

# 목 차

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

(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)

◆ 소리로 읽는 판례집 : 시각장애인 등을 위한 음성변환 바코드가 실려 있습니다(우측 상단)

## 제20권2집(하)

### 판례목록

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71· 88·94, 2008헌 바3·62, 2008 헌가12(병합) 구 종합부동산세 법 제5조 등 위 헌소원 등 (전원재판부)	1. 종합부동산세의 과세 방법을 ‘인별합산’이 아니라 ‘세대별 합산’으로 규정한 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제2항, 제3항, 제12조 제1항 제1호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항이 헌법 제36조 제1항에 위반되는 것인지 여부(적극)	헌법 제11조, 제14조, 제23조 제1항, 제34조 제1항, 제35조 제3항, 제36조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제40조, 제59조, 제119조, 제122조, 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제1조	위헌, 헌법 불합치 (일부 합헌, 합헌 의견 있음), 합헌	1

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>2. 주택분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제2항(이하 '이 사건 주택분 종합부동산세 부관규정'이라 한다)과 종합합산과세 대상 토지분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1호, 제13조 제1항, 제3항 중 '또는 제2항' 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제12조 제1항 제1호 본문 중</p>	<p>내지 제6조, 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 제10조, 제11조, 제12조 제1호, 제13조 제1항, 제3항 중 '또는 제2항' 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 제15조, 제18조, 부칙 제2조, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제1조 내지 제6조, 제7조, 제8조 제1항, 제9조 제1항·제2항, 제10조, 제11조, 제12조 제1항 제1호, 제2항, 제13조 제1항·제3항 중 '또는 제2항' 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항·제2항, 제15조, 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 및 제17조 중 '납세지 관할 세무서장', '납세지 관할 지방</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>괄호 부분을 제외한 부분, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항, 제2항(이하 ‘이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)이 납세의무자의 재산권을 침해하는지 여부(이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 적극, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정은 소극)</p> <p>3. 종합부동산세를 국세로 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분이 자치재정권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 종합부동산세 제도가 이중과세, 소급입법 과세, 미실현 이득에 대한 과세 및 원본잠식, 헌법 제119조 위반, 헌법상 체계정당성 원리 위반, 입법권 남용에 해당하는지 여부(소극)</p>	<p>국세청장’ 부분, 종합부동산세법 시행령(2005. 12. 31. 대통령령 제19253호로 개정된 것) 제1조의2, 지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정된 것) 제111조, 제180조 내지 제184조, 제187조 내지 제191조, 제195조의2, 지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제111조, 제180조 내지 제184조, 제187조 내지 제191조, 제195조의2, 지방자치법 제142조, 제135조, 제136조, 제11조, 구조세특례제한법(2005. 12. 31. 법률 제7839호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제8호, 제3조 제1항, 민법 제830조 제1항, 제831조, 제830조 제2항, 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	5. 종합부동산세 부과로 인한 평등권 또는 평등 원칙 위배, 거주 이전의 자유 침해, 생존권 또는 인간다운 생활을 할 권리 침해, 개발제한구역 내 토지와 관련한 재산권 등 침해에 해당하는지 여부(소극) 6. 헌법불합치결정 및 잠정적용을 명한 사례	되기 전의 것) 제61조, 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전부 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제3조, 제4조, 제5조, 제8조, 상속세 및 증여세법 제44조		
2008. 11. 27. 2005헌가21 사립학교법 제57조 위헌제청 (전원재판부)	1. 사립학교 교원이 파산선고를 받으면 당연퇴직되도록 정하고 있는 사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 사립학교 교원의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 대학의 자율성을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제15조, 제31조 제4항, 제6항, 제37조 제2항, 사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조 중 ‘국가공무원법 제33조 제1항 제2호’ 부분, 구 국가공무원법(1963. 4. 17. 법률 제1325호로 폐지제정되고, 2007. 3. 29. 법률 제8330호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 제2호, 민법 제690조, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제319조 제1	합헌 (반대 의견 있음)	118

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		항, 제321조 제1항 제1호, 제384조, 제564조 제1항 제1호 내지 제6호, 제2항, 제574조 제1항 제1호 내지 제3호, 제575조 제1항, 구 과산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제358조 제1항 제1호 내지 제4호, 제359조, 제1항		
2008. 11. 27. 2006헌가1 국민연금법 제63조 제1항 제1호 단서 위헌제청 (전원재판부)	처(妻) 사망 시 부(夫)의 유족연금 수급자격을 부(夫)가 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 경우로 한정된 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 제1호 단서가 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항, 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 제1호 단서, 구 국민연금법 제66조 제1항	합헌 (반대 의견 있음)	138
2008. 11. 27. 2007헌가13 석유 및 석유대체연료 사업법 제39조 제1항 제7호 위헌제청 (전원재판부)	석유판매업자의 건전한 유통질서 저해행위를 대통령령에 위임한 ‘석유 및 석유대체연료 사업법’ 제39조 제1항 제7호 중 석유판매업자에 관한 부분이 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금	헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제75조, 석유 및 석유대체연료 사업법 제39조 제1항 제7호(2004. 10. 22. 법률 제7240호로 전부 개정된 것) 중 ‘석유판매업	합헌	152

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	지원칙에 위반되는지 여부(소극)	자에 관한 부분, 구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제10조 제1항 내지 제4항, 제13조 제1항·제3항, 제14조 제1항, 제39조, 제46조 제10호, 구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행령(2006. 2. 7. 대통령령 제19320호로 일부 개정된 것) 제2조 제3호, 제13조, 제43조 제1항, 구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙(2006. 10. 4. 산업자원부령 제369호로 일부 개정된 것) 제2조 제1항		
2008. 11. 27. 2007헌가24 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 위헌제청 (전원재판부)	1. ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제3조 제1항의 ‘다중의 위력으로써’라는 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극) 2. ‘다중의 위력으로써’ 형법상 주거침입, 폭행, 협박, 재물손괴의 죄를 범	헌법 제11조, 제37조 제2항, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제3조 제1항의 ‘다중의 위력으로써 제2조 제1항에 열거된 죄 중 형법 제319조 제1항의 죄를 범한 자’	합헌	173

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>한자를 모두 같은 법정 형으로 처벌하는 것이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>3. ‘다중의 위력으로써’ 주거침입을 하는 경우를 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입을 하는 경우보다 중하게 처벌하는 것이 평등원칙 위반인지 여부(소극)</p>	<p>부분, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제1항, 제2항, 형법 제257조 제1항, 제2항, 제260조 제1항, 제2항, 제276조 제1항, 제2항, 제283조 제1항, 제2항, 제324조, 제350조, 제366조</p>		
<p>2008. 11. 27. 2004헌바54 예산회계법 제96조 제2항 등 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 상고심에서 적용이 배제된 민법 제766조 제1항이 환송 후 항소심에서 재판의 전제성을 갖는지 여부(소극)</p> <p>2. 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항과 민법 제766조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라고 한다)에 대한 한정위헌청구가 적법한 것인지 여부(적극)</p> <p>3. 소멸시효제도를 규정한 이 사건 법률조항들이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제10조, 제23조, 제37조 제2항, 헌법재판소법 제45조, 제68조, 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고, 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항, 민법 제766조 제1항, 제2항</p>	<p>합헌, 각하</p>	<p>186</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 11. 27. 2006헌바48 신탁업법 제17조 의10 위헌소원 (전원재판부)	법원이 심판대상조항을 적용하지 않고 다른 법률의 조항을 적용하여 재판을 한 경우 심판대상조항의 위헌 여부는 그 재판의 전제가 되지 않는다고 본 사례	신탁업법 제17조의10, 신탁법 제34조	각하	220
2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19 (병합) 특정범죄가중처 벌 등에 관한 법 률 제5조의4 제6 항 위헌소원 (전원재판부)	1. ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4 제6항 중 상습 절도에 대한 가중처벌 규정인 동조 제1항 또는 제2항에 해당하는 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 위 제1항의 죄를 범한 때에 형법 제35조 누범가중과 별도로 형의 단기의 2배까지 가중하도록 규정한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항의 법정형의 하한이 “6년 이상의 징역”으로 강도·강간 및 살인죄의 그것보다 높아 형벌체계상	헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4 제1항, 제2항, 제6항 중 “제1항 또는 제2항의 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 제1항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다” 부분, 형법 제35조	합헌	226

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	의 균형을 상실한 것인지 여부(소극)			
2008. 11. 27. 2007헌바11 관세법 제269조 제3항 제2호 위헌소원 (전원재판부)	<p>1. 반송신고한 물품과 다른 물품을 반송하는 행위(밀반송행위)를 처벌하는 규정인 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제269조 제3항 제2호 소정의 “반송”의 의미와 그 적용범위가 명확하지 아니하여 죄형법정주의의 과생원칙인 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)</p> <p>2. 구 관세법 제276조 제1항 제4호 소정의 허위반송신고죄가 사실상 밀반송죄의 미수범에 해당함에도 밀반송죄에 대하여 별도의 미수범 처벌규정을 둠으로써 처벌규정이 병존하여 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>3. 구 관세법 제269조 제3항 제2호가 단순한 행정절차 위반 정도에 그치는 위법행위와 마약 등 반송금지 물품이 다른</p>	헌법 제12조, 제13조, 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제2호, 제3호가 목, 나목, 제154조, 제156조, 제241조 제1항, 제243조 제2항, 제246조 제1항, 제248조 제1항, 제3항, 제269조 제3항 제2호 중 “반송” 부분, 제271조 제2항, 제276조 제1항 제4호, 관세법(2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정된 것) 제2조 제2호의2, 대외무역법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조 제1호, 반송절차에 관한 고시(2002. 11. 14. 관세청 고시 제95-926호) 제2조 제1호	합헌	242

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>물품으로 위장되어 은밀하게 국가 간에 이동되는 경우와 같은 위법행위 사이에 아무런 구별을 두지 아니하고 단일한 법정형을 정하고 있을 뿐만 아니라, 허위반송신고죄는 벌금형만으로 처벌하면서 밀반송죄는 반송행위가 추가되었을 뿐임에도 징역형으로 처벌할 수 있어 책임과 형벌 간의 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2008. 11. 27. 2007헌바36 근로기준법 제37조 제2항 등 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 법률시행 전이므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 본 사례 2. 사용자의 파산 시 최종 3개월분의 임금과 최종 3년간 퇴직금에 대하여 최우선변제권을 인정하는 구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조 제2항 제1호 및 제2호가 사용자에 대한 담보물권자의 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제23조, 제32조 제1항, 제34조, 제119조 제1항, 구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조 제2항 제1호, 제2호, 근로자퇴직급여보장법 제11조 제2항, 구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조 제2항</p>	<p>합헌, 각하</p>	<p>260</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 11. 27. 2007헌바51 건축사법 제15조 제1항 위헌소원 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 건축사예비시험의 응시자격 중 하나로서, '대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자'를 규정하고 있는 건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것) 제15조 제1항 제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)</li> <li>2. 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)</li> <li>3. 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</li> </ol>	헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것) 제15조 제1항 제1호	합헌	273
2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합) 게임제공업소의 경품취급기준고 시 위헌확인 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 문화관광부고시 제2004-14호 “게임제공업소의 경품취급기준” 중 ‘사행성 간주 게임물’의 개념을 설정하고 이에 해당하는 경우 경품제공 등을 금지한 규정(이하 '이 사건 심판대상규정'이라 한다)이 헌법소원의 대상이 되는지 여부(적극)</li> </ol>	헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항·제2항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 헌법 제40조, 제75조, 제95조, 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항, 헌법재판소법 제	기각 (반대의견 있음)	290

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>2. 이 사건 심판대상규정에 대한 헌법소원 심판 청구에 대하여 보충성의 예외를 인정할 수 있는지 여부(적극)</p> <p>3. 구 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’ (2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전부 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제32조 제3호(이하 ‘이 사건 모법조항’이라 한다)가 권리·의무에 관한 사항을 법규명령이 아닌 문화관광부고시에 위임한 것이 위헌인지 여부(소극)</p> <p>4. 이 사건 모법조항이 포괄위임입법금지원칙 및 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>5. 이 사건 심판대상규정이 이 사건 모법조항의 위임범위를 일탈하였는지 여부(소극)</p> <p>6. 이 사건 심판대상규정이 죄형법정주의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>7. 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 직업의</p>	<p>68조 제1항, 게임제공업소의 경품취급기준(2004. 12. 31. 문화관광부고시 제2004-14호) 제3조 가항 ②호·③호, 제3조 나항 ①호, 제3조 나항 ④호 ㉠목·㉡목, 제4조 다항, 제5조 라항, 제6조 가항 단서, 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제1조, 제2조 제3호·제4호·제9호·제12호, 제5조, 제6조, 제20조 제1항·제3항·제4항·제7항, 제21조 제1항·제2항·제3항·제4항, 제26조, 제32조 제3호, 제39조 제1항 제2호·제5호, 제42조 제3항 제3호, 제50조 제1의2호·제3호, 관광진흥법(2007. 4. 11. 법률 제8343호로 전부 개정되</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>8. 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>9. 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>10. 청구인들의 행복추구권 침해 주장에 대하여 독자적인 판단을 요하는지 여부(소극)</p>	<p>기 전의 것) 제20조, 제22조, 제24조, 제25조, 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법(2006. 3. 24. 법률 제 7901호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 라목, 제30조 제1항 제4호·제5호, 한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제 7547호로 개정된 것) 제3조, 제4조, 제6조 제1항·제3항, 제6조의3, 제7조, 제8조 제1항·제2항, 제9조 제1항·제2항, 게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제3조, 제4조 제3항 제2호, 제5조, 제13조, 제17조, 게임제공업용게임물등급분류기준 세부규정(2005. 2. 4. 영상물등급위원회 공고 제2005-4호) 제2조, 제3조, 제5조, 제6조, 부칙 제1조, 부칙 제3조</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 11. 27. 2005헌마197 게임제공업소의 경품취급기준고 시 위헌확인 (전원재판부)	직접적인 수급자를 게임 제공업자로 하는 문화관 광부고시 제2004-14호 “게임제공업소의 경품취 급기준”에 대하여 게임제 공업자가 아닌 게임물제 작·판매업자인 청구인들 이 기본권 침해의 자기관련 성을 가지는지 여부(소극)	헌법 제10조, 제 11조 제1항, 제12조 제1항, 제15조, 제 23조 제1항, 제37조 제2항, 제40조, 제 75조, 제95조, 헌법 재판소법 제68조 제1항, 게임제공업 소의 경품취급기준 (2004. 12. 31. 문화관광 부고시 제2004-14호) 제2조 ②항, 제3조 가항 ②호·③호, 제3조 나항 ④호 ㉠ 목·㉠목, 제4조 나 항, 제4조 다항 전 단, 제6조 가항 단 서, 제6조 나항, 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 (2006. 4. 28. 법률 제 7943호 ‘영화 및 비디오 물에 관한 법률’ 부칙 제 3조로 폐지되기 전의 것) 제1조, 제2조 제 3호·제4호·제9 호·제12호, 제5조, 제6조, 제20조 제1 항·제3항·제4 항·제7항, 제21조 제1항·제2항·제 3항·제4항, 제26	각하	345

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		조 제1항·제4항, 제32조 제3호, 제50 조 제1의2호·제3호		
2008. 11. 27. 2006헌마352 방송법 제73조 제5항 등 위헌확인 (전원재판부)	<p>1. 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 규정하고 있는 구 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 구 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것, 이하 법 및 시행령 규정을 합하여 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 방송광고판매대행업자인 청구인의 직업수행의 자유와 평등권을 침해하는지 여부(적극)</p> <p>2. 이 사건 규정과 거의 유사한 내용을 담고 있는 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 및 방송법시행령 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제</p>	<p>헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항, 구 방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 제73조 제5항, 방송법(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 제73조 제5항, 구 방송법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것) 제59조 제3항, 방송법시행령(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것) 제59조 제5항, 구 방송법 제108조 제1항 제10호, 한국방송광고공사법 제1조, 제2조, 제18조, 제19조</p>	헌법 불합치 (단순 위헌, 전부 위헌, 일부 각하, 일부 위헌 의견 있음)	367

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	20219호로 개정된 것도 함께 심판대상에 포함시켜 판단하고 현행법령에 대해서는 계속적용을 명한 사례			
2008. 11. 27. 2006헌마688 여객자동차운수 사업법 시행규칙 제17조 위헌확인 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 구 ‘여객자동차 운수사업법 시행규칙’(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조 제9항에서 원용하고 있는 같은 조 제1항 제1호가목 소정의 개인택시 운송사업면허의 양도·양수인가 요건인 5년 이상의 무사고 운전경력 부분과 같은 조 제1항 단서 소정의 당해 경력 기간의 관할관청별 완화적용 부분(이하 ‘이 사건 심판대상규정’이라 한다)이 청구인의 기본권을 직접 침해하는지 여부(적극)</li> <li>2. 이 사건 심판대상 규정이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</li> <li>3. 이 사건 심판대상 규정이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</li> <li>4. 이 사건 심판대상 규정이 일사부재리의 원칙</li> </ol>	헌법 제13조 제1항, 제15조, 구 여객자동차운수사업법 시행규칙(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항, 제9항에서 원용하고 있는 같은 조 제1항 제1호가목 소정의 ‘양도·양수인 가신청일 현재 최종 운전종사일부터 기산하여 5년 이상 무사고로 운전한 경력이 있는 자’ 부분 및 같은 조 제1항 단서, 구 여객자동차 운수사업법(2005. 3. 31. 법률 제7474호로 개정되고, 2005. 12. 7. 법률 제7712호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항, 제15조 제1항, 제2항, 제76조 제1항 제3호, 구 여객자	기각 (반대 의견 있음)	397

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	에 반하는지 여부(소극)	동차 운수사업법 시행령(2005. 8. 5. 대통령령 제18966호로 개정되고, 2006. 5. 10. 대통령령 제19476호로 개정되기 전의 것) 제10조, 구 여객자동차운수사업법 시행규칙(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항		
2008. 11. 27. 2007헌마49 재판취소 (전원재판부)	헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판이 아니라고 본 사례	헌법 제13조 제1항 후문, 형법 제3조 제7조	각하 (반대, 보충 의견 있음)	413
2008. 11. 27. 2007헌마389 건설기술관리법 시행령 [별표 1] 제1호 위헌확인 (전원재판부)	1. 별도로 국가기술자격법에 의한 기사·산업기사의 자격을 취득하지 않으면 초급기술자에서 중급 이상의 기술자로 기술등급이 승급되지 않도록 한 개정 건설기술관리법 시행령 조항이 건설기술 학력·경력자인 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극) 2. 위 시행령 조항이 신뢰보호의 원칙에 위반되	헌법 제11조 제1항, 제15조, 건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정된 것) 제4조(건설기술자의 범위) 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’ 중 ‘학력·경력자에 대한 부분’, 부칙 제1조, 제3조, 건설기술관리법(1997. 1. 13. 법률 제	기각	422

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	는지 여부(소극)	5287호로 개정된 것) 제2조 제8호, 구 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호(2006. 12. 29. 대통령령 제 19805호로 개정되기 전의 것)		
2008. 11. 27. 2007헌마860 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제25조의2 등 위헌확인 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 행위의무조항과 별도로 규정되어 있는 과태료의 제재규정에 대한 헌법소원의 적법 여부(소극)</li> <li>2. 영화관 관람객이 입장권 가액의 100분의 3을 부담하도록 하고 영화관 경영자는 이를 징수하여 영화진흥위원회에 납부하도록 강제하는 내용의 영화상영관 입장권 부과금 제도가 영화관 관람객의 재산권 및 영화관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)</li> <li>3. 위 2.항과 같은 영화상영관 입장권 부과금 제도가 영화관 관람객 및 영화관 경영자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</li> <li>4. 위헌결정의 정족수에</li> </ol>	헌법 제11조 제1항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제54조 제1항, 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호, 부담금관리기본법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조, 제3조, 제7조, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제1조, 제23조, 제24조, 제25조의2 제1항, 제2항, 제3항, 제4항, 제38조, 제98조 제2항 제1호, 제99조 제1항, 부칙 제1조, 제2조, 제3조 제6조 제1항, 제2	기각, 각하 (위헌의견 있음)	447

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	이르지 못하여 기각결정을 선고한 사례	항, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호로 개정된 것) 제9조의4 제1항, 제2항, 제3항, 제4항, 제5항, 부칙		
2008. 11. 27. 2007헌마1024 공직선거법 제56조 제1항 제1호 위헌확인 (전원재판부)	1. 대통령선거 후보자등록 요건으로 5억 원의 기탁금 납부를 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 후보예정자의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극) 2. 헌법불합치결정을 하고 잠정적용을 명한 사례	헌법 제25조, 공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호, 공직선거법 제47조 제2항, 제57조, 제82조의2, 제82조의3, 제122조의2 제3항 제6호, 제7호	헌법 불합치 (단순 위헌, 반대 의견 있음)	477
2008. 11. 27. 2008헌마399·400(병합) 불기소처분취소 등 (전원재판부)	1. 고소를 제기한 바 없는 범죄피해자가 불기소처분에 대하여 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부(적극) 2. 쌍방 폭행 여부가 문제된 사안에서, (1) 피의자들의 청구인에 대한 공동폭행 혐의에 대한 불기소처분은 청구인의 평등권 등 기본권을 침해하지 아니한 반면, (2) 청구인의 폭행 혐의를 인정한 기소유예처분은	헌법재판소법 제68조 제1항 단서, 형사소송법 제260조 제1항	인용, 기각	500

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	증거가치나 위법성 판단의 잘못 또는 수사미진의 잘못에 의해 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 사례			
2008. 11. 27. 2008헌마517 대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정 위헌확인 (전원재판부)	정부의 대한민국건국60년 기념사업위원회의 설치·운영 및 건국60년 기념사업 추진행위의 위헌확인을 구하는 헌법소원 심판에서 역사학자, 국회의원, 독립운동단체, 시민사회단체의 구성원들인 청구인들의 법적 관련성 내지 기본권침해 가능성을 부인한 사례	헌법 전문, 제1조 제2항, 제3조, 제4조, 제10조, 제23조, 제130조 제2항, 대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제1조 내지 제17조	각하	509
2008. 12. 26. 2007헌가10·16(병합) 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조 위헌 제청 (전원재판부)	1. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(이하 ‘특강법’이라 한다) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”에 관한 부분(이하에서는 특강법 제3조 중 이 부분만을 한정하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)	헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조(강도상해·치상)의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 ‘특정범죄 가중처	위헌 (반대 의견 있음)	523

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위반되는지 여부(적극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부(적극)</p>	<p>벌 등에 관한 법률’ 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”에 관한 부분, 특정 강력범죄의 처벌에 관한 특례법(2005. 8. 4. 법률 제7653호로 제정된 것) 제2조, 특정 범죄 가중처벌 등에 관한 법률(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정된 것) 제5조의5, 형법(2005. 7. 29. 법률 제7623호로 제정된 것) 제35조, 제337조, 제339조, 제342조</p>		
<p>2008. 12. 26. 2005헌라11 북제주군과 완 도군 등 간의 권 한쟁의 (전원재판부)</p>	<p>1. 청구인이 피청구인 완도군수를 상대로 동경 126° 38', 북위 33° 55'에 위치한 섬(이하 ‘이 사건 섬이라 한다)에 대한 관할권한의 확인과 그 임야대장 등록말소의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 심판청구의 적법 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 섬에 대한 지방자치단체의 관할구역 판단기준</p> <p>3. 이 사건 섬에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속되는지 여부(적극)</p>	<p>헌법 제117조 제1항, 헌법재판소법 제61조, 지방자치법 제4조 제1항</p>	<p>인용, 각하 (반대의견 있음)</p>	<p>547</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 12. 26. 2005헌바16 특정강력범죄의 처벌에 관한 특 례법 제3조 등 위헌소원 (전원재판부)	1. 재판의 전제성을 부인 한 사례 2. ‘특정강력범죄의 처벌 에 관한 특례법’ 제3조 중 “특정강력범죄로 형 을 받아 그 집행을 종료 하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337 조의 강도치상죄를 범 한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2 배까지 가중한다”라는 부분이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임 원칙에 위반되는지 여 부(소극) 3. 특정강력범죄에 대한 집행유예가 실효되어 그 본형을 집행당한 경우 실형을 선고받은 경우 보다 누범기간의 적용 에 있어서 불합리하게 차별을 받는 것인지 여 부(소극)	헌법 제10조, 제 11조, 제37조 제2 항, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 (1990. 12. 31. 법률 제 4295호로 제정된 것) 제3조 중 “특정강력 범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거 나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강 력범죄인 형법 제 337조의 강도치상 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배 까지 가중한다”라 는 부분, 형사소송 법(1954. 9. 23. 법률 제 341호로 제정된 것) 제 462조, 특정강력범 죄의 처벌에 관한 특례법(2005. 8. 4. 법 률 제7653호로 제정된 것) 제2조, 형법 (2005. 7. 29. 법률 제 7623호로 제정된 것) 제35조, 제337조	합헌, 각하	564
2008. 12. 26. 2005헌바30 구 관세법 제198 조 제2항 등 위 헌소원	1. 밀수출(신고없이 또는 다른 물품으로 신고하여 수출)의 경우 그 대상 물품을 필 요적으로 몰수·추징하 도록 규정한 관세법 조	헌법 제11조 제1 항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제 103조, 구 관세법 (1998. 12. 28. 법률 제	합헌 (반대 의견 있음)	580

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
(전원재판부)	<p>항이 형벌의 체계상 균형을 잃은 것으로 비례의 원칙이나 법관의 양형결정권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 위 관세법조항이 관세포탈죄나 밀수입죄의 경우와 비교해 볼 때 헌법상의 평등에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>5583호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되기 전의 것) 제198조 제2항, 제3항 중 제179조 제3항 제1호, 제2호 가운데 제137조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분, 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제282조 제2항, 제3항 중 제269조 제3항 제1호, 제2호 가운데 제241조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분</p>		
<p>2008. 12. 26. 2005헌바34 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제5조 위헌소원 등 (전원재판부)</p>	<p>1. 금융기관의 합병에 필요한 절차상의 기간을 상법이 정한 것보다 단축하고, 합병을 위한 주주총회 결의 시 증권예탁원의 의결권 대리행사를 인정하고 있는 구 '금융산업의 구조개선</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제119조 제1항, 구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26.</p>	<p>합헌, 각하 (보충의견 있음)</p>	<p>594</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>에 관한 법률’(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘금산법’이라 한다) 제5조 제4항, 제6항, 제8항, 제10항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 주주의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 금산법의 적용을 받는 합병회사 주주의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항이 헌법상 시장경제질서에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>법률 제8265호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제5조</p>		
<p>2008. 12. 26. 2006헌바16 형법 제335조 등 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 형법 제335조의 폭행·협박 규정이 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)</p> <p>2. 형법 제335조에서 준강도에 대하여 강도죄와 같은 법정형을 규정한 것이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>3. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(이하 ‘특강법’이라 한다) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년</p>	<p>헌법 제10조, 제11조, 제12조, 제13조, 제37조 제2항, 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제35조, 제333조, 제334조, 제335조, 제337조, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제2조, 제3조 중 ‘특정강력범죄로 형을 받아 그 집</p>	<p>합헌</p>	<p>618</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>이내에 다시 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>4. 특강법 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분이 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃어 평등원칙에 반하는지 여부(소극)</p>	<p>제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다’ 부분</p>		
<p>2008. 12. 26. 2006헌바115 구 상속세 및 증여세법 제63조 제3항 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 대통령령이 정하는 최대주주 및 그와 특수관계에 있는 주주의 주식에 대하여 주식평가액의 100분의 20을 가산하되, 최대주주가 발행주식총수의 100분의 50을 초과하여 보유하는 경우에는 100분의 30을 가산하도록 규정한 구</p>	<p>헌법 제11조, 제23조, 제37조, 구 상속세 및 증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제63조 제1항, 제3항 전문 중 ‘제63조 제1항 제1호 다목이 정한 주식’에</p>	<p>합헌</p>	<p>636</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>‘상속세 및 증여세법’ (1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제63조 제3항 전 문 중 ‘제63조 제1항 제1 호 다목이 정한 주식’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법 률조항’이라 한다)이 조세 평등주의에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 재 산권을 침해하는지 여부 (소극)</p>	<p>관한 부분, 구 상속 세 및 증여세법 시 행령(2000. 12. 29 대 통령령 제17039호로 개 정되고, 2001. 12. 31. 대 통령령 제17459호로 개 정되기 전의 것) 제19 조 제2항, 제53조 제3항, 제4항, 제54 조 제1항, 제2항</p>		
<p>2008. 12. 26. 2007헌바128 민법 제1066조 제1항 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 자필증서에 의한 유언 에 있어서 ‘주소의 자서’ 와 ‘날인’을 유효요건으 로 규정하고 있는 민법 (1958. 2. 22. 법률 제471호 로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분(이하 한정된 부분을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 중에서 ‘날인’ 부분이 유 언자의 재산권과 일반 적 행동자유권을 침해 하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항 중 ‘주 소’ 부분이 유언자의 재 산권과 일반적 행동자 유권을 침해하는지 여부 (소극)</p>	<p>헌법 제10조, 제 11조, 제19조, 제23 조 제1항, 제37조 제2항, 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제 정된 것) 제18조 제1 항, 제562조, 제1060 조, 제1065조, 제 1066조 제1항</p>	<p>합헌 (한정 위헌, 위헌 의견 있음), 각하</p>	<p>648</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 12. 26. 2005헌마971· 1193, 2006헌마 198(병합) 공무원의 노동조 합 설립 및 운영 등에 관한 법률 위헌확인 등 (전원재판부)	1. 헌법 제33조 제2항에 따 라 공무원인 근로자에 게 단결권·단체교섭권 ·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형 태의 행위를 어느 범위 에서 인정할 것인가 등 에 대하여 국회가 광범 위한 입법형성권을 가 지는지 여부(적극) 2. 5급 이상 공무원의 노동 조합가입을 금지하고, 나아가 6급 이하의 공무 원 중에서도 ‘지휘·감 독권 행사자’, ‘업무 총 괄자’, ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서 는 자’, ‘노동관계의 조 정·감독 등 업무 종사 자’ 등의 가입을 금지하 는 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ (2005. 1. 27. 법률 제 7380호로 제정된 것, 이하 ‘공 노법’이라 한다) 제6조가 공무원인 청구인들의 단결권을 과도하게 제 한하며, 5급 및 6급 공무 원을 합리적 이유 없이 7급 이하 공무원인 공무 원들과 차별하여 평등	헌법 제1조 제1 항, 제33조 제1항, 제2항, 제37조 제2 항, 공무원의 노동 조합 설립 및 운영 등 에 관한 법률 (2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제2조, 제3 조, 제6조 제1항, 제 2항, 제4항, 제8조 제1항 단서, 제9조 제4항, 제10조 제1 항, 제11조, 제17조 제3항 중 ‘제89조 2 호’ 및 ‘제90조 중 제 81조’ 부분, 제18조, 국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조 제 1항, 지방공무원법 (1973. 3. 12. 법률 제 2594호로 개정된 것) 제58조 제1항, 노동 조합 및 노동관계조 정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제5조, 제81조, 제 84조, 제85조, 제89 조, 제90조, 공무원 의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1.	기각 (반대 의견 있음), 각하	666

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>권을 침해하는지 여부 (소극)</p> <p>3. ‘법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책 결정에 관한 사항, 임용 권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항’에 대해서는 단체교섭을 할 수 없도록 규정하고 있는 공노법 제8조 제1항 단서가 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 노동조합이 2 이상인 경우 노동조합이 정부교섭대표의 교섭창구 단일화요구에 응하지 않는 경우에는 정부교섭대표로 하여금 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 공노법 제9조 제4항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. ‘법령·조례·예산 및 하위규정’과 다른 내용으로 체결되는 단체협</p>	<p>27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>약에 대하여 효력을 발생하지 않도록 한 공노법 제10조 제1항이 국회의 입법 재량권의 한계를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>6. 공무원에 대하여 일체의 쟁의행위를 금지한 공노법 제11조가 청구인들의 단체행동권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>7. 공노법 제11조를 위반하여 파업·태업 그밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 공무원을 형사처벌하는 공노법 제18조가 죄형법정주의 원칙 중 명확성의 원칙에 반하거나 입법재량의 한계를 일탈한 과중한 처벌로서 헌법에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>8. 노동조합 및 노동관계조정법상 단체교섭 거부, 단체협약 불이행 및 구제명령 불이행에 대한 형사처벌 조항의 적용을 배제하고 있는 공노법 제17조 제3항 중</p>			

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	‘제89조 2호’, ‘제90조 중 제81조’ 부분이 헌법이 부여한 입법재량권의 한계를 일탈하여 공무원노동조합의 단체교섭권을 침해하고, 일반 노동조합에 비하여 공무원 노동조합을 합리적 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)			
2008. 12. 26. 2005헌마1158 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고 3. (다) 위헌확인 등 (전원재판부)	1. 주민투표권이 헌법이 보장하는 참정권에 포함되는지 여부(소극) 2. 행정처분에 대한 헌법소원의 보충성 요건 판단 3. ‘중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 대한 특별법’에 대한 청구인들의 헌법소원심판청구가 청구인들의 기본권 침해가능성 내지 자기관련성이 있는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제35조, 제37조 제2항, 제72조, 헌법재판소법 제68조 제1항, 구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제8조 제1항, 제11조, 제12조, 제13조, 제14조, 제17조 제1항, 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고 3. (다)	각하	714

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2008. 12. 26. 2006헌마273 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관 한 법률 시행령 제5조 제3항 위 헌확인 (전원재판부)	1. 공인중개사 자격시험 제1차 시험과 제2차 시 험을 동시에 시행하는 경우 제1차 시험에 불합 격한 자의 제2차 시험을 무효로 하도록 규정하 고 있는 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신 고에 관한 법률 시행 령’(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제5조 제3항(이하 ‘이 사 건 조항’이라 한다)이 1차 시험 불합격자의 직업 의 자유를 침해하는지 여부(소극) 2. 이 사건 조항이 평등권 을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제 15조, 제37조, 공인 중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령 (2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제5조, 제6조, 제 7조, 제10조 제1항 내지 제3항, [별표 1], 공인중개사의 업 무 및 부동산 거래 신고에 관한 법률 (2005. 7. 29. 법률 제 7638호로 전부 개정된 것) 제4조	기각	724
2008. 12. 26. 2006헌마384 변호사보수의 소 송비용 산입에 관한 규칙 [별표] 중 100만 원까지 부분 위헌확인 (전원재판부)	구 ‘변호사보수의 소송 비용 산입에 관한 규칙’ (2007. 11. 28. 대법원규칙 제 2116호로 개정되기 전의 것) 제 3조 제1항 별표 중 ‘소송목 적의 값이 100만 원까지는 소송비용에 산입되는 비 율을 10%로 정한 부분’이 청구인의 재판청구권을 침 해하는지 여부(소극)	헌법 제11조 제1 항, 제23조 제1항, 제27조 제1항, 구 ‘변호사보수의 소 송비용 산입에 관한 규칙’(2007. 11. 28. 대 법원규칙 제2116호로 개정되기 전의 것) 제3 조 제1항 별표 중 ‘소송목적의 값이 100만 원까지는 소 송비용에 산입되는	기각	734

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		비율을 10%로 정 한 부분’, 민사소송 법 제98조, 제109조		
2008. 12. 26. 2006헌마462 공무원의 노동 조합 설립 및 운 영 등에 관한 법 률 제6조 제1항 제2호 위헌확인 (전원재판부)	1. 노동조합에 가입할 수 있는 특정직공무원의 범위를 “6급 이하의 일 반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관 리직 공무원”으로 한정 하여, 소방공무원을 노 동조합 가입대상에서 제외한 ‘공무원의 노동 조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2005. 1. 27. 법 률 제7380호로 제정된 것) 제6조 제1항 제2호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 소방공무원인 청구인의 단결권을 침해하는지 여부 (소극) 2. 심판대상조항이 청구인 의 평등권을 침해하는 지 여부(소극)	헌법 제6조 제1 항, 제11조 제1항, 제33조 제1항, 제2 항, 제37조 제2항, 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제 정된 것) 제2조, 제6 조, 국가공무원법 (1973. 2. 5. 법률 제 2460호로 개정된 것) 제66조 제1항, 소 방공무원법(2006. 3. 24. 법률 제7909호로 개정된 것) 제1조, 지 방공무원법(1973. 3. 12. 법률 제2594호로 개 정된 것) 제58조 제1 항, 소방공무원복 무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제1조, 제2 조, 제3조, 제4조, 제 5조, 제6조	기각 (위헌 의견 있음)	748
2008. 12. 26. 2006헌마518 공무원의 노동	1. 공무원 노동조합의 설 립 최소단위를 ‘행정부’ 로 규정하여 노동부만	헌법 제6조 제1 항, 제11조 제1항, 제33조 제1항, 제2	기각	768

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제5조 제1항 중 행정부 부분 등 위헌확인 (전원재판부)	<p>의 노동조합 결성을 제한한 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제5조 제1항 중 ‘행정부’ 부분이 청구인들의 단결권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 노동부 소속 근로감독관 및 조사관의 공무원 노동조합 가입을 제한한 공노법 제6조 제2항 제4호 및 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조 제4호가목, 나목이 청구인들의 단결권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>항, 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제3조, 제5조 제1항 중 ‘행정부’ 부분, 제6조 제2항 제4호, 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조, 국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조 제1항</p>		
2008. 12. 26. 2006헌마1192 공무원보수규정 제8조 제2항 위헌확인 (전원재판부)	<p>1. 군인과 군무원의 상당 계급기준표에 있어서 하사를 9급으로 규정하는 구 공무원봉급업무처리지침(중앙인사위원회 예규 81호, 2006. 1. 24. 시행, 2007. 2. 2. 폐지) [별표 2] 호봉획정을 위한 공무원경력의 상당계급기준표 중 군인과 군무원 간</p>	<p>헌법 제10조, 제39조 제2항, 구 공무원보수규정(2000. 4. 18. 대통령령 제16785호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 15] 제1호 나목의 (2), 구 공무원보수규정</p>	기각 (반대 의견 있음)	787

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>상당계급기준표의 ‘하사’에 관한 부분(이하 ‘상당계급기준표 부분’이라 한다), 경력으로 인정되는 군의무복무기간을 병역법에 의한 군의무복무기간으로 한정하는 구 공무원보수규정(2000. 4. 18. 대통령령 제16785호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 15] 제1호 나목의 (2)(이하 ‘군의무복무기간 부분’이라 한다), 유사경력 중 전문·특수경력의 인정 시점을 국가기술자격법에 의한 자격증 등을 취득한 이후로만 한정하는 구 공무원보수규정(2006. 1. 12. 대통령령 제19268호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 16] 제2호 가목의 (1)(이하 ‘전문·특수경력 부분’이라 한다)에 대한 심판청구가 기본권침해의 직접성 요건을 충족하여 적법한지 여부(적극)</p> <p>2. 상당계급기준표 부분이</p>	<p>(2006. 1. 12. 대통령령 제19268호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 16] 제2호 가목의 (1), 구 공무원봉급업무처리지침(중앙인사위원회 예규 81호, 2006. 1. 24. 시행, 2007. 2. 2. 폐지) [별표 2] 호봉획정을 위한 공무원경력상당계급기준표 중 군인군무원 간 상당계급기준표의 ‘하사’에 관한 부분, 국가공무원법 제46조, 제47조, 공무원보수규정 제1조, 제4조</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>평등권을 침해하는지 여부 (소극)</p> <p>3. 군의무복무기간 부분이 평등권 및 헌법 제39조 제2항에 반하는지 여부 (소극)</p> <p>4. 전문·특수경력 부분이 행복추구권을 침해하는 지 여부(소극)</p>			
<p>2008. 12. 26. 2007헌마193· 194·195·320 ·321(병합) 불기소처분취소 (전원재판부)</p>	<p>1. 청구인들이 불기소처분 의 취소를 구하는 경우 그 불기소처분의 근거 가 된 공소시효의 기간 및 그 정지와 효력에 관 한 형사소송법 제249조 제1항, 제1253조도 함 께 심판대상이 되는지 여부(소극)</p> <p>2. 불기소처분자체가 헌법 에 위배되지 아니하여 그 취소를 구하는 헌법 소원심판청구가 인용되 지 아니하므로 부수적 규범통제에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 가 없다고 본 사례</p>	<p>형사소송법 제249 조, 253조</p>	<p>기각 (반대 의견 있음)</p>	810
<p>2008. 12. 26. 2007헌마444 공무원보수규정 제5조에 의한 [별표 10] 위헌</p>	<p>1. 공무원보수규정의 봉급 액 책정에 있어서 경찰 공무원과 군인을 평등 권 침해 여부의 판단에 있어서 의미 있는 비교</p>	<p>헌법 제10조, 제 23조 제1항, 공무원 보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조에</p>	<p>기각 (반대 의견 있음)</p>	820

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
확인 (전원재판부)	<p>집단으로 볼 수 있는지 여부(적극)</p> <p>2. 공무원보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조에 의한 [별표 10](경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경의 봉급표) 중 ‘경장’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법령조항’이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법령조항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 이 사건 법령조항이 청구인의 직업선택의 자유 및 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>의한 [별표 10](경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경의 봉급표) 중 ‘경장’에 관한 부분, 국가공무원법 제46조, 제47조, 공무원보수규정 제1조, 제4조</p>		
2008. 12. 26. 2007헌마456 불기소처분취소 (전원재판부)	<p>특허권 침해 사건에서 소극적 권리범위 확인심판에 대한 특허심판원의 심결 결과만을 원용하여 특허권 침해가 성립되지 않는다고 불기소처분한 것이 소극적 권리범위 확인심판의 내용과 효력에 비추어 현저한 수사미진에 해당한다고 본 사례</p>	<p>헌법 제11조, 제27조 제5항, 특허법 제135조 제1항</p>	인용 (취소)	838
2008. 12. 26. 2007헌마775	<p>폐지 전 국정홍보처가 2007. 5. 22. 발표한 ‘취재</p>	<p>정부조직법 제30조 제1항</p>	각하 (별개)	844

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
취재지원시스템 선진화 방안 위 헌확인 (전원재판부)	지원시스템 선진화방안 (이하 ‘이 사건 방안’이라 한다) 에 대한 헌법소원 심판청 구에서 위 방안에 따른 정 책을 모두 폐지하고, 종전 의 상태로 환원시킨 경우 이 사건 방안에 대한 주관 적 권리보호이익 내지 예 외적인 심판이익이 있는 것인지 여부(소극)		의견 있음	
2008. 12. 26. 2007헌마862 신도시 주변지 역에 대한 개발 행위허가 제한 지역 지정취소 (전원재판부)	1. 신도시 주변지역에 대 하여 개발행위허가를 제 한하는 건설교통부고시 의 법적 성격 2. 보충성과 자기관련성 및 현재성을 갖추지 못 하여 헌법소원심판청구 가 부적법하다고 판시 한 사례	건설교통부고시 제2007-294호 중 ‘1. 제한지역, 3. 제 한대상행위’ 부분, 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 (2007. 1. 19. 법률 제 8250호로 개정된 후 2008. 2. 29. 법률 제 8852호 개정되기 전의 것) 제63조, 구 국토 의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 (2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제60조	각하	857
2008. 12. 26. 2007헌마1149 세무사법 제5조 의2 위헌확인 (전원재판부)	1. 일정한 경력을 갖춘 세 무직 공무원 등에 대하 여 세무사자격시험 중 일부를 면제하고 있는 세무사법 제5조의2 제1 항, 제2항(각 2005. 12. 29.	헌법 제11조 제1 항, 제15조, 세무사 법 제5조의2 제1항, 제2항(각 2005. 12. 29. 법률 제7796호로 일부 개정된 것), 세무사법	기각	866

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>법률 제7796호로 일부 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 일반 응시자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부 (소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부 (소극)</p>	<p>(2008. 3. 28 법률 제9045호로 일부 개정된 것) 제3조, 제5조 제1항, 제3항, 제5조의2 제3항, 제4항, 세무사법 시행령 (2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제1조의4, 제1조의5 제2항, 제2조, 제4조, 제8조, [별표 1], [별표 2]</p>		
<p>2008. 12. 26. 2007헌마1387 서울특별시 보도상영시설물 관리 등에 관한 조례 제3조 제2항 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 서울특별시 보도상영시설물 운영자 중 자산가액 2억 원 미만인 자로서 제소전화해조서를 제출한 자에 대하여만 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 도로점용허가를 갱신하도록 한 구 ‘서울특별시 보도상영시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 조례’라 한다) 제3조 제2항 후문, 제4항, 제4조 제3호, ‘서울특별시 보도상영시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정된</p>	<p>헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제117조 제1항, 구 서울특별시 보도상영시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제3조 제1항, 제2항 후문, 제4항, 제5항, 제4조 제3호, 제5조 제1항, 제3항, 제9조 제1항, 제2항, 제12조 제1호, 서울특별시 보도상영시설물 관리 등에 관</p>	<p>기각 (반대 의견 있음)</p>	<p>882</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>것) 제3조 제6항(이하 위 조항들을 통칭할 때에는 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하는지 여부(적극)</p> <p>2. 이 사건 조항들이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었는지 여부(적극)</p> <p>3. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>6. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>7. 제소전화해조서의 제출을 갱신허가요건으로 규정한 이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3</p>	<p>한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정된 것) 제3조 제6항, 구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항, 제2항, 제40조 제1항, 제2항, 지방자치법 제15조, 구 도로법 시행령(2007. 6. 28. 대통령령 제20133호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제24조 제1항, 제5항 제11호, 구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2001. 7. 16. 조례 제3889호로 제정되고, 2003. 1. 10. 조례 제4057호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제3항, 구 서울특별시 도로 점용 허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 4. 17. 조례 제4509호로 개정되고, 2008. 3. 12. 조례 제4610호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제2호</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>호가 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>8. 이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3호가 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32 (병합) 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례 제3조 제4항 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 서울특별시 보도상영업시설물 운영자 중 자산가액 2억 원 미만인 자로서 재산조회동의서 등 관련서류를 제출한 자에 대하여만 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 도로점용허가를 갱신하도록 한 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 조례’라 한다) 제3조 제4항 및 제5항 본문(이하 위 두 조항을 통칭할 때에는 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하는지 여부(적극)</p> <p>2. 이 사건 조항들이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었는지 여부(적극)</p> <p>3. 이 사건 조항들에 규정</p>	<p>헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제117조 제1항, 구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제3조 제1항, 제2항, 제4항, 제5항 본문, 제5조 제1항, 제3항, 제9조 제1항, 제2항, 제12조 제1호, 부칙 제1항, 제2항, 구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항, 제2항, 제40조 제1항, 제2항, 지방자치법 제22조, 구 도로법 시행령</p>	<p>기각, 각하 (반대 의견 있음)</p>	<p>910</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>되지 않은 다른 사유로 갱신허가거부처분을 받은 자가 이 사건 조항들에 대한 위헌확인을 구할 권리보호이익이 인정되는지 여부(소극)</p> <p>4. 이 사건 조항들이 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>5. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분이 명확성원칙에 반하는지 여부(소극)</p> <p>6. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>7. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>8. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>9. 위 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>10. 이 사건 조례 제3조 제5</p>	<p>(2007. 6. 28. 대통령령 제20133호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제24조 제1항, 제5항 제11호, 구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례 (2001. 7. 16. 조례 제 3889호로 제정되고, 2003. 1. 10. 조례 제 4057호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제3항, 구 서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 4. 17. 조례 제4509호로 개정되고, 2008. 3. 12. 조례 제 4610호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제2호</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	항 본문이 청구인들의 직업의 자유를 침해하 는지 여부(소극)			
2008. 12. 26. 2008헌마192 법학전문대학원 설치인가 심사 기준 위헌확인 (전원재판부)	학교법인이 법학전문대 학원 설립 인가를 신청하 기 이전에 변호사 휴업을 한 전임교원만을 법학전 문대학원의 법조실무경력 교원으로 인정한다는 내 용을 규정하고 있는 교육 과학기술부장관의 ‘법학 전문대학원 설치인가 심 사기준’에 대하여, 법과대 학 교수인 청구인이 기본 권침해의 자기관련성을 갖 는지 여부(소극)	법학전문대학원 설치인가 신청 공고 (2007. 10. 30. 교육과학 기술부 공고 제2007- 120호)의 ‘법학전문 대학원 설치인가 심 사기준’ 중 “4.3.1. ‘법조실무경력교원 의 수 확보 여부 (P/F)	각하	939
2008. 12. 26. 2008헌마345 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제29 조 제2항 제2호 단서 위헌확인 (전원재판부)	1. 6·25 전몰군경의 배우 자가 1993. 1. 1. 이후 연 금을 받은 사실이 있는 경우 6·25 전몰군경의 손자녀에 대한 취업보 호의 혜택을 배제함으 로써 1993. 1. 1.을 기준 으로 그 배우자가 연금 을 받은 사실이 있는 6·25 전몰군경의 자녀 와 그렇지 아니한 자녀 를 달리 취급하고 있는 구 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’ 제	헌법 전문(前文), 제11조, 제32조 제6 항, 제37조 제2항, 구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관 한 법률(2006. 3. 3. 법 률 제7873호로 개정되 고, 2008. 3. 28. 법률 제 9079호로 전부 개정되 기 전의 것) 제4조 제1 항 제3호, 제2항, 제 5조, 제12조, 제28 조, 제29조	기각	945

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>29조 제2항 제2호 단서 중 “전몰군경의 배우자가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 보상금을 받은 사실이 있는 경우” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부(소극)</p>			
<p>2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436(병합) 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입 위생 조건 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 2008. 6. 26. 농림수산식품부 고시 제2008-15호 ‘미국산 쇠고기 수입 위생조건’(이하 ‘이 사건 고시’라 한다.)과 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 기본권 보호의무</p> <p>2. 일반소비자인 청구인이 이 사건 고시에 대하여 위헌확인을 구할 기본권 침해의 자기관련성을 갖는지 여부(적극)</p> <p>3. 기본권 보호의무 위반에 대한 심사기준</p> <p>4. 이 사건 고시가 청구인들의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 의무를 명백히 위반하였</p>	<p>헌법 제6조 제1항, 제10조, 제12조 제1항, 제36조 제3항, 제37조 제2항, 제60조 제1항, 헌법재판소법 제68조 제1항, 미국산 쇠고기 수입의 위생조건에 관한 고시(농림부고시 제2006-15호), 가축전염병예방법 제34조 제2항</p>	<p>기각 (기각, 각하, 위헌 의견 있음), 각하</p>	<p>960</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부명)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	는지 여부(소극) 5. 이 사건 고시가 헌법 제6 조 제1항 및 제60조 제1 항 등을 위배하였는지 여부(소극)			

## 부 록

수록사건색인 .....	1013
헌법재판소의 위헌여부심판 법령조항 .....	1018
사항색인 .....	1021
법령색인 .....	1028

## 구 종합부동산세법 제5조 등 위헌소원 등

(2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌마71·88·94,  
2008헌마3·62, 2008헌가12(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 종합부동산세의 과세방법을 ‘인별합산’이 아니라 ‘세대별 합산’으로 규정한 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제2항, 제3항, 제12조 제1항 제1호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항(이하 ‘이 사건 세대별 합산규정’이라 한다)이 헌법 제36조 제1항에 위반되는 것인지 여부(적극)

2. 주택분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제2항(이하 ‘이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)과 종합합산과세 대상 토지분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1호, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제12조 제1항 제1호 본문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항, 제2항(이하 ‘이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)이 납세의무자의 재산권을 침해하는지 여부(이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 적극, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정은 소극)

3. 종합부동산세를 국세로 규정한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기

전의 것) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분(이하 ‘이 사건 국세규정’이라 한다)이 자치재정권을 침해하는지 여부(소극)

4. 종합부동산세 제도가 이중과세, 소급입법 과세, 미실현 이득에 대한 과세 및 원본잠식, 헌법 제119조 위반, 헌법상 체계정당성 원리 위반, 입법권 남용에 해당하는지 여부(소극)

5. 종합부동산세 부과로 인한 평등권 또는 평등원칙 위배, 거주 이전의 자유 침해, 생존권 또는 인간다운 생활을 할 권리 침해, 개발제한구역 내 토지와 관련한 재산권 등 침해에 해당하는지 여부(소극)

6. 헌법불합치결정 및 잠정적용을 명한 사례

### 【결정요지】

1. 특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다 할 것인데, 이 사건 세대별 합산규정은 생활실태에 부합하는 과세를 실현하고 조세회피를 방지하고자 하는 것으로 그 입법목적의 정당성은 수긍할 수 있으나, 가족 간의 증여를 통하여 재산의 소유 형태를 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있었다고 단정할 수 없고, 정당한 증여의 의사에 따라 가족 간에 소유권을 이전하는 것도 국민의 권리에 속하는 것이며, 우리 민법은 부부별산제를 채택하고 있고 배우자를 제외한 가족의 재산까지 공유로 추정할 근거규정이 없고, 공유재산이라고 하여 세대별로 합산하여 과세할 당위성도 없으며, 부동산 가격의 양등은 여러 가지 요인이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세제의 불비 때문에 발생하는 것만이 아니며, 이미 헌법재판소는 자산소득에 대하여 부부간 합산과세에 대하여 위헌 선언한바 있으므로 적절한 차별취급이라 할 수 없다.

또한 부동산실명법상의 명의신탁 무효 조항이나 과징금 부과 조항, 상속세 및 증여세법상의 증여 추정규정 등에 의해서도 조세회피의 방지라는 입법 목적을 충분히 달성할 수 있어 반드시 필요한 수단이라고 볼 수 없다.

이 사건 세대별 합산규정으로 인한 조세부담의 증가라는 불이익은 이를 통하여 달성하고자 하는 조세회피의 방지 등 공익에 비하여 훨씬 크고, 조세회피의 방지와 경제생활 단위별 과세의 실현 및 부동산 가격의 안정이라는 공익은 입법정책상의 법익인데 반해 혼인과 가족생활의 보호는 헌법적 가치라는 것을 고려할 때 법익균형성도 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있으므로, 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

2. 종합부동산세는 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산 가격을 안정시키려는데 목표가 있고, 아울러 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하는 것으로 이러한 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 수긍할 수 있다. 또한 전체 재산세 납세의무자나 인구, 세대 중 종합부동산세의 납세의무자가 차지하는 비율, 1인당 또는 1세대당 평균세액, 세액 단계별 납세자 및 납세액의 분포, 부동산 가격 대비 조세부담률, 직전년도 총세액 부담액에 대한 150% 내지 300%의 세액 상한의 설정 등에 비추어 보면, 종합부동산세법이 규정한 조세의 부담은 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 원칙적인 처분권한을 여전히 부동산 소유자에게 남겨 놓는 한도 내에서의 재산권의 제한이고, 위 가격 대비 부담률에 비추어 보면, 매년 종합부동산세가 부과된다고 하더라도 상당히 짧은 기간 내에 사실상 부동산가액 전부를 조세 명목으로 무상으로 몰수하는 결과를 가져 오게 되는 것이라고 보기도 어려우므로, 이 사건 주택분 및 종합토지분 종합부동산세의 과세표준 및 세율로 인한 납세의무자의 세부담 정도는 종합부동산세의 입법 목적에 비추어 일반적으로는 과도하다고 보기 어려운 것으로 입법재량의 범위를 일탈하였다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은, 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산

이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어서는 그 보유의 동거나 기간, 조세 지불능력 등과 같이 정책적 과세의 필요성 및 주거생활에 영향을 미치는 정황 등을 고려하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세 표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 할 것임에도 이와 같은 주택 보유의 정황을 고려하지 아니한 채 다른 일반 주택 보유자와 동일하게 취급하여 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 결과적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것이므로, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 과도하게 주택 보유자의 재산권을 제한하는 것으로서 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.

이와 달리, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정은, 매년 종합합산 과세대상인 토지에 대한 종합부동산세가 반복적으로 부과되어 재산권에 대한 제한이 있다 하더라도 종합부동산세 납세의무자의 세부담의 정도 및 주택과는 또 다른 토지의 특수성 등을 종합하면, 부동산에 대한 과도한 보유 및 투기적 수요 등을 억제함으로써 부동산의 가격안정을 꾀하며, 징수한 종합부동산세의 지방양여를 통하여 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전을 도모함으로써 얻을 수 있는 공익이 보다 크다고 할 것이므로, 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보기는 어렵다 할 것이다.

3. 부동산 보유세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 입법 정책의 문제에 해당되고, 입법정책상 종합부동산세법이 부동산 보유세인 종합부동산세를 국세로 규정하였다 하더라도 지방자치단체의 자치재정권의 본질을 훼손하는 것이라고 보기 어려우므로 이 사건 국세 규정은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 가. 종합부동산세는 재산세와 사이에서는 동일한 과세대상 부동산이라고 할지라도 지방자치단체에서 재산세로 과세되는 부분과 국가에서 종합부동산세로 과세되는 부분이 서로 나뉘어져 재산세를 납부한 부분에 대하여 다시 종합부동산세를 납부하는 것이 아니고, 양도소득세와 사이에서는 각각 그 과세의 목적 또는 과세 물건을 달리 하는 것이므로, 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다.

나. 구 종합부동산세법 부칙 제2조는 구 종합부동산세법이 그 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용됨을 명백히 규정하고 있으므로, 구 종합부동산세법이 시행된 후 과세기준일 현재 과세대상 부동산에 대하여 종합부동산세를 부과하는 것은 소급입법에 의한 과세라고 하기는 어렵다.

다. 종합부동산세는 본질적으로 부동산의 보유사실 그 자체에 담세력을 인정하고 그 가액을 과세표준으로 삼아 과세하는 것으로서, 일부 수익세적 성격이 있다 하더라도 미실현 이득에 대한 과세의 문제가 전면적으로 드러난다고 보기 어렵고, 그 부과로 인하여 원본인 부동산가액의 일부가 잠식되는 경우가 있다 하더라도 그러한 사유만으로 곧바로 위헌이라 할 수는 없을 것이다.

라. 국가에 대하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 규정한 헌법 제119조 제2항이 보유세 부과 그 자체를 금지하는 취지로 보이지 아니하므로 주택 등에 보유세인 종합부동산세를 부과하는 그 자체를 헌법 제119조에 위반된다고 보기 어렵다.

마. 종합부동산세는 지방세인 재산세와는 별개의 독립된 국세로서 구 조세특례제한법상의 중과세 특례라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 종합부동산세가 재산세나 다른 조세와의 관계에서도 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순된다고 보기도 어려우므로, 입법 체계의 정당성에 위반된다고 할 수 없다.

바. 조세 관련 법률이라 하여 정부가 제출하는 방식으로 입법하여야 한다는 헌법적인 관행이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 헌법 제40조에 의하면 입법권은 본래 국회에 속하는 것이므로, 종합부동산세법이 비록 국회의원이 제출하는 형식으로 입법되었다 하여 이를 들어 입법권의 남용이라 하기도 어렵다.

5. 가. (1) 일정 가액 이상의 부동산에 대하여 각각 부채를 고려함이 없이 누진세율에 의하여 과세하도록 한 것은, 입법재량의 범위 내에서 부동산의 가격안정과 담세능력에 상응한 과세를 도모하기 위한 것으로 합리적인 이유 없이 차별대우하는 것이 아니고, (2) 토지와 주택의 사회적 기능이나 국민경제의 측면, 특히 주택은 인간의 기본적인 생존의 조건이 되는 생활공간인 점을 고려할 때, 토지와

주택을 다른 재산권과 달리 취급하더라도 합리성이 없다 할 수 없으며, (3) 종합부동산세법은 전국의 모든 부동산을 소유자별로 합산한 가액을 과세표준으로 하는 재산세의 일종이므로, 사회·경제적인 여건으로 종합부동산세의 부과대상이 수도권에 편중되어 있다 하여 이를 들어 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수는 없고, (4) 임대주택, 기숙사, 사원용 주택, 건설사업자의 미분양 주택 등은 주거생활의 안정을 위한 주택의 공급에 기여하여 부동산의 가격안정에 도움을 주는 것으로 이를 과세표준 합산대상에 배제하는 것이 합리적이라 할 것이므로, 평등의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

나. 주택 등에 대한 종합부동산세의 부과로 거주 이전의 자유가 사실상 제약당할 여지가 있으나, 이는 위의 기본권에 대한 침해가 아니라 주택 등의 재산권에 대한 제한이 수반하는 반사적인 불이익에 지나지 아니하므로 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정이 거주 이전의 자유를 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

다. 종합부동산세법은 공시가격을 기준으로 주택분의 경우에는 6억 내지 9억 원, 종합합산 토지분의 경우에는 3억 내지 6억 원을 초과하여 보유한 자를 납세의무자로 하고 있는바, 위 과세대상 주택 등의 가액에 비추어 보면, 종합부동산세의 납세의무자는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활을 유지할 수 있는 지위에 있다 할 것이므로, 이 사건 종합부동산세 부과규정으로 인하여 납세의무자의 생존권이나 인간다운 생활을 할 권리를 제한하거나 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

라. 종합합산 과세대상 토지가 '개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법'상의 개발제한구역의 지정으로 인하여 재산권 행사에 제한을 받고 있다 하더라도, 그 토지의 재산적 가치가 완전히 소멸되는 것이 아니라 그러한 재산권의 제한은 당해 토지의 개별공시지가에 반영되어 과세표준이 감액 평가됨으로써 일반토지와 비교할 때 감액된 종합부동산세를 부담하게 될 것이므로, 개발제한구역으로 지정된 토지에 대하여 재산세에 더하여 다른 일반토지와 같은 세율의 종합부동산세를 부과한다 하여 다른 일반 토지에 비하여 특별히 청구인의 재산권이 침해되었다거나, 평등원칙에 위반된다고 보기는 어렵다 할 것이다.

6. 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 단순위헌으로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 할 경우에는, 단순위헌의 선언에도 불구하고 인별 합산규정에 따라 종합부동산세를 부과할 수 있는 이 사건 세대별 합산규정의 경우와는 달리, 주택분에 대한 종합부동산세를 전혀 부과할 수 없게 되는 등 법적인 공백 상태를 초래하게 되고, 이는 일정한 경우에 과세 예외조항이나 조정장치를 두지 않은 것이 납세의무자의 재산권을 침해한다는 이 사건 위헌 결정의 취지와 달리 모든 주택분 종합부동산세 납세의무자에 대해서까지 주택분 종합부동산세를 부과하지 못하게 하는 부당한 결과에 이르게 될 뿐만 아니라, 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 줌으로써, 일부 위헌적인 요소가 있는 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인하여 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있고, 위헌적인 규정을 구체적으로 어떠한 내용으로 합헌적으로 조정할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 특히 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서는 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 주어 충분한 사회적인 합의를 거쳐 위헌적인 문제점을 해결하도록 함이 상당하다 할 것이므로, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정에 대하여는 헌법불합치 결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

#### 헌법불합치 부분에 대한 재판관 목영준의 일부 합헌의견

1. 납세의무자의 주관적 요소에 따라 납세의무자 여부와 적용세율을 달리하는 것은 재산세의 성격에 비추어 타당하지 않고, 종합부동산세법상 납세의무자의 범위와 세율이 조세정책에 관한 입법자의 재량범위를 벗어났다고 볼 수도 없으므로, 결국 납세의무자에 관한 법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분 제외) 및 세율에 관한 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2항)은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 그러나 주택의 장기보유자에 대한 조세부과는 ‘주택의 가격안정’이라는 목적을 이루기 위한 범위를 벗어날 뿐 아니라 이를 달성하는데 아

무런 도움을 주지 못하므로, 법 제8조(개정 법 제8조 제1항, 과세표준)가 과세표준을 시가에 근접한 공시가격을 기준으로 정하면서도 과세표준의 상승폭 제한 또는 물가상승에 따른 보유공제 등 과세표준에 대한 조정장치를 마련하지 않은 것은 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 주택 장기보유자의 재산권을 침해함으로써, 헌법에 합치되지 않는다 할 것이다.

### 재판관 조대현의 합헌의견

1. 종합부동산세는 과세기준금액을 넘는 부동산의 보유 자체를 조세 부담능력으로 파악하는 것이므로, 그 과세표준을 산정하면서 보유 부동산의 가액에서 부채(負債)를 공제한 실질적인 재산가치를 기준으로 삼지 않았다고 하여 조세부담능력을 잘못 인정하였다거나 응능부담주의에 어긋나는 것이라고 볼 수 없고, 게다가 부동산 보유세 강화의 충격을 완화하기 위하여 과세기준가격을 높게 설정함과 아울러 과세표준을 공시가격에 접근시키는 비율을 점차적으로 높이도록 규정하고 있으므로, 조세입법권의 재량 한계를 벗어났다고 볼 수 없어 사유재산제도를 근본적으로 부정하거나 납세의무자의 재산권을 중대하게 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

2. 종합부동산세의 본질은 국가재원을 조달하기 위한 재산보유세이며, 부동산 투기억제나 부동산 가격안정을 근본목적으로 하는 것이 아니므로, 과세대상 부동산의 장기보유 여부나 보유목적의 투기성 여하에 따라 종합부동산의 과세 여부나 과세 범위를 달리하여야 하는 것은 아니므로, 종합부동산세를 부과하면서 주거목적으로 보유하는 1주택의 경우에 장기보유 여부나 다른 재산·소득의 유무를 고려하지 않고 일률적으로 과세하는 것이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 종합부동산세의 세대별 합산과세제도는 세대별 부동산 보유를 하나의 과세단위로 파악하는 조세정책적 결정이고, 세대원들의 소유명의 분산을 통한 조세회피행위를 방지하여 종합부동산세 부담의 실질적 공평을 도모하려는 것이므로, 조세부담능력을 잘못 파악하였다거나 응능

판례집 20-2(하)

부담의 원칙에 어긋난다거나 헌법 제36조 제1항 또는 제11조 제1항에 위반된다고 보기 어렵다.

4. 종합부동산세의 과세대상을 제한하고 과세기준금액을 높게 설정하여 고액의 부동산을 소유하는 극소수의 국민들에게만 차별과세하는 결과로 되었다고 하더라도, 이를 불합리한 차별과세라거나 조세일반부담의 원칙이나 조세평등의 원칙에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

### 재판관 김종대의 합헌의견

1. 종합부동산세 제도의 입법목적에 정당성이 인정되고 종합부동산세 부과로 인한 납세의무자의 부담 정도가 입법재량 사항이라고 한다면, 그 제도를 구성하는 일부규정들 속에 불합리한 규정이 들어있다 하더라도 그 규정의 불합리성이 너무 지나쳐 헌법적 가치를 훼손함에 이르지 않는 한, 우리는 그 제도의 유지 및 변경에 대한 판단을 국회에 맡겨야 한다.

2. 세대별 합산과세방식에 관해 보건대, 주택은 그 소유권이야 개인별로 귀속되겠지만, 그 사용은 세대를 이루어 사는 가족들의 공동주거로 쓰이는 특수성이 있다. 이 같은 과세목적물인 주택의 특성상 같은 세대를 구성한 구성원이 여러 주택을 소유하고 있을 때 개인별로 과세 않고 이를 세대별로 합산과세 하겠다는 것은 입법목적에 달성하기 위해 꼭 필요할 뿐 아니라 과세단위에 관한 논리상의 결함도 없으므로, 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 1주택 보유자에 대한 과세예외조항에 관해 보건대, 주거목적의 1주택이라고 해도 고가의 주택보유자에 대해서는 그 주택가액에 상응하는 보유세를 부담하게 함으로써 조세부담의 형평성을 제고할 필요가 있고, 그 부담 정도 역시 선진제국에 비하여 현저히 낮은 수준에 불과하고, 혹 납세의무자에 따라서는 극소수자에게만 부과시키는 과도한 세금이라고 느낄 수 있는 측면이 있을 수도 있으나 이는 종합부동산세와는 다른 세금인 양도소득세의 부과상 문제점에서 비롯된 면이 없지 않은 점과 중

합부동산세의 입법목적에는 보유세 부담의 형평성 제고 이외에 부동산 투기 및 과다 보유의 억제를 통한 부동산 가격의 안정을 도모한다는 측면도 있다는 점을 아울러 고려할 때, 그와 같은 주택보유자에 대하여 보유기간이나 조세지불능력을 고려한 과세예외조항이나 조정장치를 두지 않았다고 하여 입법재량의 한계를 일탈하였다고 보기는 어려우므로, 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택에 대한 재산세 과세표준을 합한 금액이 4억5천만 원을 초과하는 자는 당해 주택에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

#### ② 생략

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제8조(과세표준) 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 주택분 재산세 과세표준을 합한 금액에서 4억5천만 원을 공제한 금액으로 한다. 다만, 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제9조(세율 및 세액) 주택에 대한 종합부동산세는 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액을 그 세액(이하 “주택분 종합부동산세액”이라 한다)으로 하되, 납세의무자별로 주택분 재산세로 부과된 세액(제7조 제2항 각 호에 규정된 주택에 대하여 주택분 재산세로 부과된 세액은 제외하며, 지방세법 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용되기 전의 표준세율에 의하여 계산한 세액을 말한다)의 합계액 중 199만 원을 초과하는 금액은 주택분 종합부동산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
5억5천만 원 이하	1,000분의 10
5억5천만 원 초과 45억5천만 원 이하	1,000분의 20
45억5천만 원 초과 1,000분의 30	

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조(납세의무자) 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액이 3억 원을 초과하는 자

판례집 20-2(하)

2. 생략

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제13조(과세표준) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액에서 3억 원을 공제한 금액으로 한다.

② 생략

③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제14조(세율 및 세액) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 종합합산세액”이라 한다)으로 하되, 납세의무자별로 당해 과세대상토지에 대하여 토지분 재산세로 부과된 세액(지방세법 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용되기 전의 표준세율에 의하여 계산한 세액을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 합계액 중 125만 원을 초과하는 금액은 토지분 종합합산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
7억 원 이하	1,000분의 10
7억 원 초과 47억 원 이하	1,000분의 20
47억 원 초과	1,000분의 40

② 생략

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “주택분 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자는 종합부동산세를 납부할 의무가 있다. 이 경우, 개인은 1세대에 속하는 자(이하 “세대원”이라 한다)중 대통령이 정하는 주된 주택소유자(이하 “주된 주택소유자”라 한다)가 납세의무자가 된다.

② 주된 주택소유자 또는 세대원의 판정은 과세기준일 현재의 상황에 의한다.

③ 주된 주택소유자 외의 세대원은 그가 소유한 주택의 공시가격을 한도로 주된 주택소유자와 연대하여 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제8조(과세표준) ① 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 주택의 공시가격을 합산한 금액에서 6억 원을 공제한 금액으로 한다. 다만, 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

② 생략

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제9조(세율 및 세액) ① 주택에 대한 종합부동산세는 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액을 그 세액(이하 “주택분 종합부동산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세 율>
3억 이하	1천분의 10

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

3억 원 초과 14억 원 이하	1천분의 15
14억 원 초과 94억 원 이하	1천분의 20
94억 원 초과	1천분의 30

② 주택분 종합부동산세액을 계산함에 있어 2006년부터 2008년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 주택분 종합부동산세에 대하여는 제1항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 제1항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 70
2. 2007년 : 100분의 80
3. 2008년 : 100분의 90

③~④ 생략

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제12조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 3억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “토지분 종합합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자. 다만, 개인의 경우에는 세대원 중 대통령령이 정하는 주된 토지소유자로 한다.

2. 생략

② 제7조 제2항 및 제3항의 규정은 종합합산과세대상 토지에 대한 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제13조(과세표준) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액에서 3억 원을 공제한 금액으로 한다.

② 생략

③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제14조(세율 및 세액) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 종합합산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세율>
17억 원 이하	1천분의 10
17억 원 초과 97억 원 이하	1천분의 20
97억 원 초과	1천분의 40

② 제1항의 규정에 의한 세액을 계산함에 있어서 2006년부터 2008년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 종합합산과세대상 토지분 종합부동산세에 대하여는 제1항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 제1항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해연도의 세액으로 한다.

판례집 20-2(하)

1. 2006년 : 100분의 70
2. 2007년 : 100분의 80
3. 2008년 : 100분의 90

③~⑦ 생략

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조(신고·납부) ① 종합부동산세의 납세의무자는 매년 납부하여야 할 종합부동산세의 과세표준과 세액을 당해연도 12월 1일부터 12월 15일까지 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세지 관할세무서장(이하 “관할세무서장”이라 한다)에게 신고하여야 한다.

② 생략

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제17조(결정과 경정) ① 관할세무서장 또는 납세지 관할지방국세청장(이하 “관할지방국세청장”이라 한다)은 납세의무자가 제16조의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 때에는 당해 납세의무자의 당해연도의 과세표준과 세액을 결정한다.

② 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 제16조의 규정에 의한 신고를 한 자의 신고내용에 탈루 또는 오류가 있는 때에는 당해연도의 과세표준과 세액을 결정한다.

③ 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 과세표준과 세액을 결정 또는 경정한 후 그 결정 또는 경정에 탈루 또는 오류가 있는 것이 발견된 때 또는 제8조 제2항 제1호에 규정된 임대주택의 소유자로서 동 규정에 의하여 종합부동산세를 경감받은 자가 임대사업에 공하던 당해 주택이 추후 동 규정에 의한 임대주택에 해당하지 아니하게 된 때(이하 “임대주택에 대한 추정사유가 발생한 때”라 한다)에는 이를 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

④ 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 제2항 및 제3항의 규정에 의한 경정·재경정 및 추정사유가 지방세법 제191조 제2항의 규정에 의한 재산세의 세액변경 또는 수시부과 사유에 해당되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 종합부동산세의 과세표준과 세액을 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

**【참조조문】**

헌법 제11조, 제14조, 제23조 제1항, 제34조 제1항, 제35조 제3항, 제36조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제40조, 제59조, 제119조, 제122조

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “시·군·구”라 함은 지방자치법 제2조의 규정에 의한 지방자치단체인 시·군 및

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌마71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

자치구(이하 “시·군”이라 한다)를 말한다.

2. “시장·군수·구청장”이라 함은 지방자치단체의 장인 시장·군수 및 자치구의 구청장(이하 “시장·군수”라 한다)을 말한다.
3. “주택”이라 함은 지방세법 제180조 제3호의 규정에 의한 주택을 말한다. 다만, 동법 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장은 제외한다.
4. “토지”라 함은 지방세법 제180조 제1호의 규정에 의한 토지를 말한다.
5. “주택분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 주택에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
6. “토지분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 토지에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
7. “재산세 과세표준”이라 함은 주택 또는 토지에 대한 지방세법 제187조 제1항의 규정에 의한 과세표준을 말한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제3조(과세기준일) 종합부동산세의 과세기준일은 지방세법 제190조에 규정된 재산세의 과세기준일로 한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제4조(납세지) ① 종합부동산세의 납세의무자가 개인 또는 법인으로 보지 아니하는 단체인 경우에는 소득세법 제6조의 규정을 준용하여 납세지를 정한다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 법인 또는 법인으로 보는 단체인 경우에는 법인세법 제9조 제1항 내지 제3항의 규정을 준용하여 납세지를 정한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제5조(과세구분 및 세액) ① 종합부동산세는 주택에 대한 종합부동산세와 토지에 대한 종합부동산세의 세액을 합한 금액을 그 세액으로 한다.

② 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 제14조 제1항의 규정에 의한 토지분 종합부동산세액과 동조 제2항의 규정에 의한 토지분 별도합산세액을 합한 금액으로 한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제6조(비과세 등) ① 지방세법 또는 조세특례제한법에 의한 재산세의 비과세·과세면제 또는 경감에 관한 규정(이하 “재산세의 감면규정”이라 한다)은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

② 지방세법 제7조 내지 제9조의 규정에 의한 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 종합부동산세에 재산세의 감면규정을 준용함에 있어서는 그 감면대상인 주택 또는 토지의 재산세 과세표준에서 그 과세표준에 당해 감면비율(비과세 또는 과세면제의 경우에는 이를 100분의 100으로 본다)을 곱한 금액을 공제한 후의 금액을 이 법에 의한 재산세 과세표준으로 본다.

④ 제2항에 규정된 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정 또는 분리과세규정에 따라 종합부동산세를 경감하는 것이 종합부동산세를 부과하는 취지에 비추어 적합하지 않

판례집 20-2(하)

은 것으로 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 종합부동산세를 부과함에 있어서 제2항의 규정 또는 그 분리과세규정을 적용하지 아니한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택에 대한 재산세 과세표준을 합한 금액이 4억5천만 원을 초과하는 자는 당해 주택에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

② 다음 각 호의 주택은 제1항의 규정에 의한 과세표준 합산의 대상이 되는 주택의 범위에 포함되지 아니하는 것으로 본다.

1. 임대주택법 제6조의 규정에 의하여 임대사업자가 임대사업용으로 등록한 임대주택으로서 임대기간, 주택의 수, 가격, 규모 등을 감안하여 대통령령이 정하는 주택
2. 그 밖에 종업원의 주거에 공하기 위한 기숙사 및 사원용 주택, 주택건설사업자가 건축하여 소유하고 있는 미분양주택 등 종합부동산세를 부과하는 취지에 적합하지 않은 것으로서 대통령령으로 정하는 주택

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제10조(세부담의 상한) 종합부동산세의 납세의무자가 당해 연도에 납부하여야 할 주택분 재산세액상당액과 주택분 종합부동산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “주택에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 주택에 부과된 주택에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제9조의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제11조(과세방법) 토지에 대한 종합부동산세는 국내에 소재하는 토지에 대하여 지방세법 제182조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합합산과세대상(이하 “종합합산과세대상”이라 한다)과 동법 제182조 제1항 제2호의 규정에 의한 별도합산과세대상(이하 “별도합산과세대상”이라 한다)으로 구분하여 과세한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조(납세의무자) 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액이 3억 원을 초과하는 자
2. 별도합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액이 20억 원을 초과하는 자

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제13조(과세표준) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액에서 3억 원을 공제한 금액으로 한다.

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

② 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액에서 20억 원을 공제한 금액으로 한다.

③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제14조(세율 및 세액) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 종합합산세액”이라 한다)으로 하되, 납세의무자별로 당해 과세대상토지에 대하여 토지분 재산세로 부과된 세액(지방세법 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용되기 전의 표준세율에 의하여 계산한 세액을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 합계액 중 125만 원을 초과하는 금액은 토지분 종합합산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
7억 원 이하	1,000분의 10
7억 원 초과 47억 원 이하	1,000분의 20
47억 원 초과	1,000분의 40

② 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 별도합산세액”이라 한다)으로 하되, 납세의무자별로 당해 과세대상토지에 대하여 토지분 재산세로 부과된 세액의 합계액 중에서 680만 원을 초과하는 금액은 토지분 별도합산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
80억 원 이하	1,000분의 6
80억 원 초과 480억 원 이하	1,000분의 10
480억 원 초과	1,000분의 16

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제15조(세부담의 상한) ① 종합부동산세의 납세의무자가 종합합산과세대상인 토지에 대하여 당해 연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 종합합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제1항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 별도합산과세대상인 토지에 대하여 당해연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 별도합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제2항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

판례집 20-2(하)

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제18조(가산세) 종합부동산세의 납세의무자가 제16조의 규정에 의한 신고 또는 납부의무를 이행하지 아니한 때 또는 임대주택에 대한 추정사유가 발생한 때에는 제9조 및 제10조 또는 제14조 및 제15조의 규정에 의하여 산출한 세액(이하 “산출세액”이라 한다) 또는 신고하거나 납부하여야 할 세액에 미달하게 신고 또는 납부한 세액(이하 “부족세액”이라 한다)에 다음 각 호의 금액을 가산한다.

1. 제16조 제1항의 규정에 의하여 신고하지 아니하였거나 신고한 세액이 산출세액에 미달하는 때에는 당해 산출세액 또는 부족세액의 100분의 20에 상당하는 금액
2. 제16조 제2항의 규정에 의하여 납부하지 아니하였거나 산출세액에 미달하게 납부한 때에는 그 납부하지 아니한 세액 또는 부족세액에 다음 산식을 적용하여 계산한 금액 납부하지 아니한 세액(또는 부족세액) × 납부기한의 다음날부터 자진납부일 또는 납세고지일까지의 기간 × 금융기관이 연체대출금에 대하여 적용하는 이자율을 감안하여 대통령령이 정하는 이자율

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 부칙 제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “시·군·구”라 함은 지방자치법 제2조의 규정에 의한 지방자치단체인 시·군 및 자치구(이하 “시·군”이라 한다)를 말한다.
2. “시장·군수·구청장”이라 함은 지방자치단체의 장인 시장·군수 및 자치구의 구청장(이하 “시장·군수”라 한다)을 말한다.
3. “주택”이라 함은 지방세법 제180조 제3호의 규정에 의한 주택을 말한다. 다만, 동법 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장은 제외한다.
4. “토지”라 함은 지방세법 제180조 제1호의 규정에 의한 토지를 말한다.
5. “주택분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 주택에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
6. “토지분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 토지에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
7. 삭제
8. “세대”라 함은 주택 또는 토지의 소유자 및 그 배우자와 그들과 생계를 같이하는 가족으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.
9. “공시가격”이라 함은 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따라 가격이 공

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

시되는 주택 및 토지에 대하여 동법에 따라 공시된 가액을 말한다. 다만, 동법에 따라 가액이 공시되지 아니한 경우에는 「지방세법」 제111조 제2항 제1호 단서 및 제2호의 규정에 의한 가액으로 한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제3조(과세기준일) 종합부동산세의 과세기준일은 지방세법 제190조에 규정된 재산세의 과세기준일로 한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제4조(납세지) ① 종합부동산세의 납세의무자가 개인 또는 법인으로 보지 아니하는 단체인 경우에는 소득세법 제6조의 규정을 준용하여 납세지를 정한다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 법인 또는 법인으로 보는 단체인 경우에는 법인세법 제9조 제1항 내지 제3항의 규정을 준용하여 납세지를 정한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제5조(과세구분 및 세액) ① 종합부동산세는 주택에 대한 종합부동산세와 토지에 대한 종합부동산세의 세액을 합한 금액을 그 세액으로 한다.

② 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 제14조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 토지분 종합합산세액과 동조 제4항 내지 제6항의 규정에 의한 토지분 별도합산세액을 합한 금액으로 한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제6조(비과세 등) ① 지방세법 또는 조세특례제한법에 의한 재산세의 비과세·과세면제 또는 경감에 관한 규정(이하 “재산세의 감면규정”이라 한다)은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

② 지방세법 제7조 내지 제9조의 규정에 의한 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 재산세의 감면규정을 준용함에 있어서 그 감면대상인 주택 또는 토지의 공시가격에서 그 공시가격에 재산세 감면비율(비과세 또는 과세면제의 경우에는 이를 100분의 100으로 본다)을 곱한 금액을 공제한 금액을 공시가격으로 본다.

④ 제2항에 규정된 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정 또는 분리과세규정에 따라 종합부동산세를 경감하는 것이 종합부동산세를 부과하는 취지에 비추어 적합하지 않은 것으로 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 종합부동산세를 부과함에 있어서 제2항의 규정 또는 그 분리과세규정을 적용하지 아니한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제8조(과세표준) ① 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 주택의 공시가격을 합산한 금액에서 6억 원을 공제한 금액으로 한다. 다만, 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 주택은 제1항의 규정에 의한 과세표준 합산의 대상이 되는 주택의 범위에 포함되지 아니하는 것으로 본다.

1. 「임대주택법」 제2조 제1호의 규정에 의한 임대주택 또는 대통령령이 정하는 다가구 임대주택으로서 임대기간, 주택의 수, 가격, 규모 등을 감안하여 대통령령이 정하는 주택
2. 제1호의 주택 외에 종업원의 주거에 제공하기 위한 기숙사 및 사원용 주택, 주택건

판례집 20-2(하)

설사업자가 건축하여 소유하고 있는 미분양주택 등 종합부동산세를 부과하는 목적에 적합하지 아니한 것으로서 대통령령이 정하는 주택

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제9조(세율 및 세액) ① 주택에 대한 종합부동산세는 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액을 그 세액(이하 “주택분 종합부동산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세율>
3억 이하	1천분의 10
3억 원 초과 14억 원 이하	1천분의 15
14억 원 초과 94억 원 이하	1천분의 20
94억 원 초과	1천분의 30

② 주택분 종합부동산세액을 계산함에 있어 2006년부터 2008년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 주택분 종합부동산세에 대하여는 제1항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 제1항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 70
2. 2007년 : 100분의 80
3. 2008년 : 100분의 90

③ 주택분 과세기준금액을 초과하는 금액에 대하여 당해 과세대상 주택의 주택분 재산세로 부과된 세액(「지방세법」 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용된 세액, 같은 법 제195조의2의 규정에 의하여 세부담 상한을 적용받은 경우에는 그 상한을 적용받은 세액을 말한다)은 주택분 종합부동산세액에서 이를 공제한다.

④ 주택분 종합부동산세액의 계산에 있어서 주택분 재산세로 부과된 세액의 공제 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제10조(세부담의 상한) 종합부동산세의 납세의무자가 당해 연도에 납부하여야 할 주택분 재산세액상당액과 주택분 종합부동산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “주택에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 주택에 부과된 주택에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 300을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제9조의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제11조(과세방법) 토지에 대한 종합부동산세는 국내에 소재하는 토지에 대하여 지방세법 제182조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합합산과세대상(이하 “종합합산과세대상”이라 한다)과 동법 제182조 제1항 제2호의 규정에 의한 별도합산과세대상(이하 “별도합산과세대상”이라 한다)으로 구분하여 과세한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제12조(납세의무자) ① 과세

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 3억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “토지분 종합합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자. 다만, 개인의 경우에는 세대원 중 대통령령이 정하는 주된 토지소유자로 한다.
  2. 별도합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 40억 원(이하 “토지분 별도합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자
- ② 제7조 제2항 및 제3항의 규정은 종합합산과세대상 토지에 대한 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제13조(과세표준) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액에서 3억 원을 공제한 금액으로 한다.

② 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액에서 40억 원을 공제한 금액으로 한다.

③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제14조(세율 및 세액) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 종합합산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세 율>
17억 원 이하	1천분의 10
17억 원 초과 97억 원 이하	1천분의 20
97억 원 초과	1천분의 40

② 제1항의 규정에 의한 세액을 계산함에 있어서 2006년부터 2008년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 종합합산과세대상 토지분 종합부동산세에 대하여는 제1항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 제1항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 70
2. 2007년 : 100분의 80
3. 2008년 : 100분의 90

③ 토지분 종합합산 과세기준금액을 초과하는 금액에 대하여 당해 과세대상 토지의 토지분 재산세로 부과된 세액(「지방세법」 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용된 세액, 같은 법 제195조의2의 규정에 의하여 세부담 상한을 적용받은 경우에는 그 상한을 적용받은 세액을 말한다)은 토지분 종합합산세액에서 이를 공제한다.

④ 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 별도합산세액”이라 한다)으로 한다.

판례집 20-2(하)

<과세표준>	<세 율>
160억 원 이하	1천분의 6
160억 원 초과 960억 원 이하	1천분의 10
960억 원 초과	1천분의 16

⑤ 제4항의 규정에 의한 세액을 계산함에 있어서 2006년부터 2014년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 별도합산과세대상 토지분 종합부동산세에 대하여는 같은 항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 같은 항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 55
2. 2007년 : 100분의 60
3. 2008년 : 100분의 65
4. 2009년 : 100분의 70
5. 2010년 : 100분의 75
6. 2011년 : 100분의 80
7. 2012년 : 100분의 85
8. 2013년 : 100분의 90
9. 2014년 : 100분의 95

⑥ 토지분 별도합산 과세기준금액을 초과하는 금액에 대하여 당해 과세대상 토지의 토지분 재산세로 부과된 세액(「지방세법」 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용된 세액, 같은 법 제195조의2의 규정에 의하여 세부담 상한을 적용받은 경우에는 그 상한을 적용받은 세액을 말한다)은 토지분 별도합산세액에서 이를 공제한다.

⑦ 토지분 종합부동산세액의 계산에 있어서 토지분 재산세로 부과된 세액의 공제 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제15조(세부담의 상한) ① 종합부동산세의 납세의무자가 종합합산과세대상인 토지에 대하여 당해 연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 종합합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 300을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제1항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 별도합산과세대상인 토지에 대하여 당해연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 별도합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제4항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조(신고·납부) ① 종합부동산세의 납세의무자는 매년 납부하여야 할 종합부동산세의 과세표준과 세액을 당해연도 12월 1일부터 12월 15일까지 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세지 관할세무서장(이하 “관할세무서장”이라 한다)에게 신고하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 신고한 납세의무자는 신고기한 이내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할세무서장·한국은행 또는 체신관서에 종합부동산세를 납부하여야 한다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제17조(결정과 경정) ① 관할세무서장 또는 납세지 관할지방국세청장(이하 “관할지방국세청장”이라 한다)은 납세의무자가 제16조의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 때에는 당해 납세의무자의 당해연도의 과세표준과 세액을 결정한다.

② 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 제16조의 규정에 의한 신고를 한 자의 신고내용에 탈루 또는 오류가 있는 때에는 당해연도의 과세표준과 세액을 경정한다.

③ 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 과세표준과 세액을 결정 또는 경정한 후 그 결정 또는 경정에 탈루 또는 오류가 있는 것이 발견된 때 또는 제8조 제2항 제1호에 규정된 임대주택의 소유자로서 동 규정에 의하여 종합부동산세를 경감받은 자가 임대사업에 공하던 당해 주택이 추후 동 규정에 의한 임대주택에 해당하지 아니하게 된 때(이하 “임대주택에 대한 추정사유가 발생한 때”라 한다)에는 이를 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

④ 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 제2항 및 제3항의 규정에 의한 경정·재경정 및 추징사유가 지방세법 제191조 제2항의 규정에 의한 재산세의 세액변경 또는 수시부과 사유에 해당되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 종합부동산세의 과세표준과 세액을 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

종합부동산세법 시행령(2005. 12. 31. 대통령령 제19253호로 개정된 것) 제1조의2(세대의 범위) ① 「종합부동산세법」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제8호에서 “대통령령이 정하는 것”이라 함은 주택 또는 토지의 소유자 및 그 배우자가 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족과 함께 구성하는 1세대를 말한다.

② 제1항에서 “가족”이라 함은 주택 또는 토지의 소유자와 그 배우자의 직계존비속(그 배우자를 포함한다) 및 형제자매를 말하며, 취학, 질병의 요양, 근무상 또는 사업상의 형편으로 본래의 주소 또는 거소를 일시퇴거한 자를 포함한다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 배우자가 없는 때에도 이를 제1항의 규정에 따른 1세대로 본다.

1. 30세 이상인 경우
2. 배우자가 사망하거나 이혼한 경우
3. 「소득세법」 제4조의 규정에 따른 소득이 「국민기초생활보장법」 제2조 제6호의 규정

판례집 20-2(하)

에 따른 최저생계비 수준 이상으로서 소유하고 있는 주택 또는 토지를 관리·유지하면서 독립된 생계를 유지할 수 있는 경우. 다만, 미성년자의 경우를 제외하되, 미성년자의 결혼, 가족의 사망 그 밖에 재정경제부령이 정하는 사유로 1세대의 구성이 불가피한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 혼인함으로써 1세대를 구성하는 경우에는 혼인한 날부터 2년 동안은 제1항의 규정에 불구하고 주택 또는 토지를 소유하는 자와 그 혼인한 자별로 각각 1세대로 본다.

⑤ 60세(여자의 경우에는 55세) 이상의 직계존속을 동거봉양하기 위하여 합가함으로써 1세대를 구성하는 경우에는 합가한 날부터 2년 동안은 제1항의 규정에 불구하고 주택 또는 토지를 소유하는 자와 그 합가한 자별로 각각 1세대로 본다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제111조(과세표준) ① 취득세의 과세표준은 취득당시의 가액으로 한다. 다만, 년부로 취득하는 경우에는 년부금액으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 취득당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 다음 각 호에 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

1. 부동산가격공시및감정평가에관한법률에 의하여 가격이 공시되는 토지 및 주택에 대하여는 동법에 의하여 공시된 가액. 다만, 개별공시지가 또는 개별주택가격이 공시되지 아니한 경우에는 시장·군수가 동법의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격비준표 또는 주택가격비준표를 사용하여 산정한 가액으로 한다.

2. 제1호 외의 건축물과 선박·항공기 그 밖의 과세대상에 대하여는 거래가격, 수입가격, 신축·건조·제조가격 등을 참작하여 정한 기준가격에 종류·구조·용도·경과연수 등 과세대상별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 지방자치단체의 장이 결정한 가액

③ 건축물을 건축(신축 및 재축을 제외한다) 또는 개수한 경우와 대통령령이 정하는 선박·차량 및 기계장비의 종류변경 또는 토지의 지목을 사실상 변경한 경우에는 그로 인하여 증가한 가액을 각각 과세표준으로 한다. 이 경우 제2항의 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 신고가액이 대통령령이 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

④ 제105조 제6항의 규정에 의하여 과점주주가 취득한 것으로 보는 당해 법인의 부동산·거량·기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권에 대한 과세표준은 그 부동산·차량·기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권의 총가액을 그 법인의 주식 또는 출자의 총수로써 나눈 가액에 과점주주가 취득한 주식 또는 출자의 삭를 곱한 금액을 과세표준액으로 한다. 이 경우 과점주주는 조예가 정하는 바에 의하여 과세표준액 및 기타 필요한 사항을 신고하여야 한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 신고가액이 과세표준액에 미달하는 때에는 시장·군수가 당해 법인의 결산서 기타 장부 등에 의한 취득세 과세대상자산총액을 기초로 전단의 계산방법에 의하여 산출한 금액을 과세표준액으로 한다.

⑤ 다음에 계기하는 취득(증여·기부 기타 무상취득을 제외한다)에 대하여는 제2항 단서

및 제3항의 규정에 불구하고 사실상의 취득가격 또는 연부금액에 의한다.

1. 국가·지방자치단체 및 지방자치단체조합으로부터의 취득
  2. 외국으로부터의 수입에 의한 취득
  3. 판결문·법인장부 중 대통령령이 정하는 것에 의하여 취득가격이 입증되는 취득
  4. 공매방법에 의한 취득
- ⑥ 제2항의 규정에 의한 시가표준액의 결정에 관한 사항을 심의하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 지방세과세표준심의위원회를 둔다.
- ⑦ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 취득세의 과세표준이 되는 가액, 가격 또는 연부금액의 범위 및 그 적용과 취득시기에 관하여는 대통령령으로 정한다.
- ⑧ 제6항의 규정에 의한 지방세과세표준심의위원회의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제180조(정의) 재산세에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 토지 : 지적법에 의하여 지적공부의 등록대상이 되는 토지와 그 밖에 사용되고 있는 사실상의 토지
2. 건축물 : 제104조 제4호의 규정에 의한 건축물
3. 주택 : 주택법 제2조 제1호의 규정에 의한 주택. 이 경우 토지와 건축물의 범위에는 주택을 제외한다.
4. 선박 : 제104조 제5호의 규정에 의한 선박
5. 항공기 : 제104조 제2호의4의 규정에 의한 항공기

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제181조(과세대상) 재산세는 토지, 건축물, 주택, 선박 및 항공기(이하 이 절에서 “재산”이라 한다)를 과세대상으로 한다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제182조(과세대상의 구분) ① 토지에 대한 재산세 과세대상은 종합합산과세대상, 별도합산과세대상 및 분리과세대상으로 구분한다.

1. 종합합산과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 토지 중 별도합산 또는 분리과세대상이 되는 토지를 제외한 토지. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 토지는 종합합산과세대상으로 보지 아니한다.
  - 가. 이 법 또는 관계법령의 규정에 의하여 재산세가 비과세 또는 면제되는 토지
  - 나. 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 재산세가 경감되는 토지의 경감비율에 해당하는 토지
2. 별도합산과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 대통령령이 정하는 건축물의 부속토지 및 별도합산과세하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지. 다만, 제1항 제1호 가목 및 나목의 규정에 의한 토지는 이를 별도합산과세대상으로 보지 아니한다.
3. 분리과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 토지 중 다음 각목의 1에 해당하는 토지
  - 가. 공장용지·전·담·과수원 및 목장용지로서 대통령령이 정하는 토지

판례집 20-2(하)

- 나. 산림의 보호육성을 위하여 필요한 임야 및 중중소유 임야로서 대통령령이 정하는 임야
  - 다. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조동항 각 호외의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다)용 토지와 동조동항의 규정에 의한 고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지
  - 라. 가목 내지 다목의 규정에 의한 토지와 유사한 토지로서 분리과세하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지
- ② 주거와 주거 외의 용도에 겸용되는 과세대상의 구분방법, 주택부속토지의 범위산정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제183조(납세의무자) ① 재산세 과세기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유재산인 경우에는 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 보며, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 당해 주택에 대한 산출세액을 제111조 제2항의 규정에 의한 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 본다.

② 제1항의 규정에 불구하고 재산세 과세기준일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다.

1. 공부상의 소유자가 매매 등의 사유로 소유권에 변동이 있었음에도 이를 신고하지 아니하여 사실상의 소유자를 알 수 없는 때에는 공부상의 소유자
2. 상속이 개시된 재산으로서 상속등기가 이행되지 아니하고 사실상의 소유자를 신고하지 아니한 때에는 행정자치부령이 정하는 주된 상속자
3. 공부상에 개인 등의 명의로 등재되어 있는 사실상의 중중재산으로서 중중소유임을 신고하지 아니한 때에는 공부상의 소유자
4. 국가·지방자치단체·지방자치단체조합과 재산세 과세대상 재산을 연부로 매매계약을 체결하고 그 재산의 사용권을 무상으로 부여받은 경우에는 그 매수계약자
5. 신탁법에 의하여 수탁자명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우에는 위탁자. 이 경우 수탁자는 제37조의 규정에 의한 납세관리인으로 본다.
6. 도시개발법에 의하여 시행하는 환지방식에 의한 도시개발사업 및 도시및주거환경정비법에 의한 정비사업(주택재개발사업 및 도시환경정비사업에 한한다)의 시행에 따른 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 체비지 또는 보류지로 정한 경우에는 사업시행자

③ 재산세 과세기준일 현재 소유권의 귀속이 분명하지 아니하여 사실상의 소유자를 확인할 수 없는 경우에는 그 사용자가 재산세를 납부할 의무가 있다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제184조(납세지) 재산세의 납세지는 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지 : 토지의 소재지를 관할하는 시·군

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

2. 건축물 : 건축물의 소재지를 관할하는 시·군
3. 주택 : 주택의 소재지를 관할하는 시·군
4. 선박 : 선박법에 의한 선적항의 소재지를 관할하는 시·군. 다만, 선적항이 없는 경우에는 정계장 소재지(정계장이 일정하지 아니한 경우에는 선박 소유자의 주소지)를 관할하는 시·군으로 한다.
5. 항공기 : 항공법에 의한 등록원부에 기재된 정치장의 소재지(항공법의 규정에 의하여 등록을 하지 아니한 경우는 소유자의 주소지)를 관할하는 시·군

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제187조(과세표준) ① 토지·건축물·주택에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액에 대통령령이 정하는 적용비율을 곱하여 산정한 가액으로 한다. 이 경우 적용비율을 적용한 가액이 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액을 초과하지 아니하도록 하여야 한다.

② 선박·항공기에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액으로 한다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제188조(세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지

가. 종합합산과세대상

<과세표준>	<세 율>
5,000만 원 이하	1,000분의 2
5,000만 원 초과 1억 원 이하	10만 원+5,000만 원 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	25만 원+1억 원 초과금액의 1,000분의 5

나. 별도합산과세대상

<과세표준>	<세 율>
2억 원 이하	1,000분의 2
2억 원 초과 10억 원 이하	40만 원+2억 원 초과금액의 1,000분의 3
10억 원 초과	2백80만 원+10억 원 초과금액의 1,000분의 4

다. 분리과세대상

- (1) 전·답·과수원·목장용지 및 임야 : 과세표준액의 1,000분의 0.7
- (2) 골프장 및 고급오락장용 토지 : 과세표준액의 1,000분의 40
- (3) (1) 및 (2)외의 토지 : 과세표준액의 1,000분의 2

2. 건축물

가. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조동항 각 호의의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다)·고급오락장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 40

나. 특별시·광역시(군지역을 제외한다)·시(읍·면지역을 제외한다)지역 안에서 국토의계획및이용에관한법률 그 밖에 관계법령의 규정에 의하여 지정된 주거지역 및 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 지역안의 대통령령이 정하는 공장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 5

판례집 20-2(하)

다. 가목 및 나목외의 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 2.5

3. 주 택

가. 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장 : 과세표준액의 1,000분의 40

나. 가목외의 주택

<과세표준>	<세 율>
4,000만 원 이하	1,000분의 1.5
4,000만 원 초과 1억 원 이하	6만 원 + 4,000만 원 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	24만 원 + 1억 원 초과금액의 1,000분의 5

4. 선 박

가. 제112조 제2항의 규정에 의한 고급선박 : 과세표준액의 1,000분의 50

나. 가목외의 선박 : 과세표준액의 1,000분의 3

5. 항공기

과세표준액의 1,000분의 3

② 수도권정비계획법 제6조 제1항 제1호의 규정에 의한 과밀억제권역(산업집적활성화및공장설립에관한법률의 적용을 받는 산업단지 및 유치지역과 국토의계획및이용에관한법률의 적용을 받는 공업지역을 제외한다)안에서 행정자치부령이 정하는 공장 신설·증설에 해당하는 경우 당해 건축물에 대한 재산세의 세율은 최초의 과세기준일부터 5년간 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 세율의 100분의 50에 해당하는 세율로 한다.

③ 시장·군수는 조례가 정하는 바에 의하여 재산세의 세율을 제1항의 표준세율의 100분의 50의 범위 안에서 가감조정할 수 있다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제189조(세율적용) ① 토지에 대한 재산세는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 세율을 적용한다.

1. 종합합산과세대상 : 납세의무자가 소유하고 있는 당해 시·군 관할구역 안에 소재하는 종합합산과세대상이 되는 토지의 가액을 모두 합한 금액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 가목의 세율을 적용한다.

2. 별도합산과세대상 : 납세의무자가 소유하고 있는 당해 시·군 관할구역 안에 소재하는 별도합산과세대상이 되는 토지의 가액을 모두 합한 금액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 나목의 세율을 적용한다.

3. 분리과세대상 : 분리과세대상이 되는 당해 토지의 가액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 다목의 세율을 적용한다.

② 주택에 대한 재산세는 주택별로 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다. 이 경우 주택별로 구분하는 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 주택을 2인 이상이 공동으로 소유하거나 토지와 건물의 소유자가 다를 경우 당해 주택에 대한 세율을 적용함에 있어서는 당해 주택의 토지와 건물의 가액을 합산한 과세표준액에 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다.

④ 동일한 재산에 대하여 2 이상의 세율이 해당되는 경우에는 그 중 높은 세율을 적용한다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제190조(과세기준일) 재산세의 과세기준

일은 매년 6월 1일로 한다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제191조(납기) ① 재산세의 납기는 다음 각 호와 같다.

1. 토지 : 매년 9월 16일부터 9월 30일까지
2. 건축물 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지
3. 주택 : 산출세액의 2분의 1은 매년 7월 16일부터 7월 31일까지, 나머지 2분의 1은 9월 16일부터 9월 30일까지
4. 선박 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지
5. 항공기 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지

② 시장·군수는 과세대상 누락, 위법 또는 착오 등으로 인하여 이미 부과한 세액을 변경하거나 수시부과하여야 할 사유가 발생한 때에는 수시로 부과징수할 수 있다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제195조의2(세부담의 상한) 당해 재산에 대한 재산세의 산출세액이 대통령령이 정하는 방법에 따라 계산한 직전연도의 당해 재산에 대한 재산세액 상당액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 100분의 150에 해당하는 금액을 당해연도에 징수할 세액으로 한다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제111조(과세표준) ① 취득세의 과세표준은 취득당시의 가액으로 한다. 다만, 연부로 취득하는 경우에는 연부금액으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 취득당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 다음 각 호에 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

1. 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 의하여 가격이 공시되는 토지 및 주택에 대하여는 동법에 의하여 공시된 가액. 다만, 개별공시지가 또는 개별주택가격이 공시되지 아니한 경우에는 시장·군수가 동법의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제정한 토지가격비준표 또는 주택가격비준표를 사용하여 산정한 가액으로 하고, 공동주택가격이 공시되지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따라 시장·군수가 산정한 가액으로 한다.
2. 제1호외의 건축물과 선박·항공기 그 밖의 과세대상에 대하여는 거래가격, 수입가격, 신축·건조·제조가격 등을 참작하여 정한 기준가격에 종류·구조·용도·경과연수 등 과세대상별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 지방자치단체의 장이 결정한 가액

③ 건축물을 건축(신축 및 재축을 제외한다) 또는 개수한 경우와 대통령령이 정하는 선박·차량 및 기계장비의 종류변경 또는 토지의 지목을 사실상 변경한 경우에는 그로 인하여 증가한 가액을 각각 과세표준으로 한다. 이 경우 제2항의 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 신고가액이 대통령령이 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

④ 제105조 제6항의 규정에 의하여 과점주주가 취득한 것으로 보는 당해 법인의 부동산·차량·기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·승마회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권에 대한 과세표준은 그 부동산·차량·기계장비·

판례집 20-2(하)

입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·승마회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권의 총가액을 그 법인의 주식 또는 출자의 총수로써 나는 가액에 과점주주가 취득한 주식 또는 출자의 수를 곱한 금액을 과세표준액으로 한다. 이 경우 과점주주는 조례가 정하는 바에 의하여 과세표준액 및 기타 필요한 사항을 신고하여야 한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 신고가액이 과세표준액에 미달하는 때에는 시장·군수가 당해 법인의 결산서 기타 장부등에 의한 취득세 과세대상자산총액을 기초로 전단의 계산방법에 의하여 산출한 금액을 과세표준액으로 한다.

⑤ 다음에 계기하는 취득(증여·기부 그 밖의 무상취득 및 「소득세법」 제101조 제1항의 규정에 의한 거래로 인한 취득을 제외한다)에 대하여는 제2항 단서 및 제3항의 규정에 불구하고 사실상의 취득가격 또는 연부금액에 의한다.

1. 국가·지방자치단체 및 지방자치단체조합으로부터의 취득
2. 외국으로부터의 수입에 의한 취득
3. 판결문·법인장부중 대통령령이 정하는 것에 의하여 취득가격이 입증되는 취득
4. 공매방법에 의한 취득
5. 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」 제27조의 규정에 의한 신고서를 제출하여 동법 제28조의 규정에 의하여 검증이 이루어진 취득

⑥ 제2항의 규정에 의한 시가표준액의 결정에 관한 사항을 심의하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 지방세과세표준심의위원회를 둔다.

⑦ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 취득세의 과세표준이 되는 가액, 가격 또는 연부금액의 범위 및 그 적용과 취득시기에 관하여는 대통령령으로 정한다.

⑧ 제6항의 규정에 의한 지방세과세표준심의위원회의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제180조(정의) 재산세에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 토지 : 「지적법」에 의하여 지적공부의 등록대상이 되는 토지와 그 밖에 사용되고 있는 사실상의 토지
2. 건축물 : 제104조 제4호의 규정에 의한 건축물
3. 주택 : 「주택법」 제2조 제1호의 규정에 의한 주택. 이 경우 토지와 건축물의 범위에 는 주택을 제외한다.
4. 선박 : 제104조 제5호의 규정에 의한 선박
5. 항공기 : 제104조 제2호의4의 규정에 의한 항공기

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제181조(과세대상) 재산세는 토지, 건축물, 주택, 선박 및 항공기(이하 이 절에서 “재산”이라 한다)를 과세대상으로 한다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제182조(과세대상의 구분) ① 토지에 대한 재산세 과세대상은 종합합산과세대상, 별도합산과세대상 및 분리과세대상으로 구분한다.

1. 종합합산과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 토지중 별도합산

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

또는 분리과세대상이 되는 토지를 제외한 토지. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 토지는 종합합산과세대상으로 보지 아니한다.

가. 이 법 또는 관계법령의 규정에 의하여 재산세가 비과세 또는 면제되는 토지  
나. 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 재산세가 경감되는 토지의 경감비율에 해당하는 토지

2. 별도합산과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 대통령령이 정하는 건축물의 부속토지 및 별도합산과세하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지. 다만, 제1항 제1호 가목 및 나목의 규정에 의한 토지는 이를 별도합산과세대상으로 보지 아니한다.

3. 분리과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 토지중 다음 각목의 1에 해당하는 토지

가. 공장용지·전·답·과수원 및 목장용지로서 대통령령이 정하는 토지

나. 산림의 보호육성을 위하여 필요한 임야 및 중중소유 임야로서 대통령령이 정하는 임야

다. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조동향 각 호의의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다)용 토지와 동조동향의 규정에 의한 고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지

라. 가목 내지 다목의 규정에 의한 토지와 유사한 토지로서 분리과세하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지

② 주거와 주거 외의 용도에 겸용되는 과세대상의 구분방법, 주택부속토지의 범위산정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제183조(납세의무자) ① 재산세 과세기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유재산인 경우에는 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 보며, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 당해 주택에 대한 산출세액을 제111조 제2항의 규정에 의한 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 본다.

② 제1항의 규정에 불구하고 재산세 과세기준일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다.

1. 공부상의 소유자가 매매 등의 사유로 소유권에 변동이 있었음에도 이를 신고하지 아니하여 사실상의 소유자를 알 수 없는 때에는 공부상의 소유자

2. 상속이 개시된 재산으로서 상속등기가 이행되지 아니하고 사실상의 소유자를 신고하지 아니한 때에는 행정자치부령이 정하는 주된 상속자

3. 공부상에 개인 등의 명의로 등재되어 있는 사실상의 중중재산으로서 중중소유임을 신고하지 아니한 때에는 공부상의 소유자

4. 국가·지방자치단체·지방자치단체조합과 재산세 과세대상 재산을 연부로 매매계약

판례집 20-2(하)

- 을 체결하고 그 재산의 사용권을 무상으로 부여받은 경우에는 그 매수계약자
5. 「신탁법」에 의하여 수탁자명의로 등기·등록된 신탁재산의 경우에는 위탁자. 이 경우 수탁자는 제37조의 규정에 의한 납세관리인으로 본다.
  6. 「도시개발법」에 의하여 시행하는 환지방식에 의한 도시개발사업 및 「도시 및 주거환경정비법」에 의한 정비사업(주택재개발사업 및 도시환경정비사업에 한한다)의 시행에 따른 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 체비지 또는 보류지로 정한 경우에는 사업시행자
- ③ 재산세 과세기준일 현재 소유권의 귀속이 분명하지 아니하여 사실상의 소유자를 확인할 수 없는 경우에는 그 사용자가 재산세를 납부할 의무가 있다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제184조(납세지) 재산세의 납세지는 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지 : 토지의 소재지를 관할하는 시·군
2. 건축물 : 건축물의 소재지를 관할하는 시·군
3. 주택 : 주택의 소재지를 관할하는 시·군
4. 선박 : 「선박법」에 의한 선적항의 소재지를 관할하는 시·군. 다만, 선적항이 없는 경우에는 정계장 소재지(정계장이 일정하지 아니한 경우에는 선박 소유자의 주소지)를 관할하는 시·군으로 한다.
5. 항공기 : 「항공법」에 의한 등록원부에 기재된 정치장의 소재지(「항공법」의 규정에 의하여 등록을 하지 아니한 경우는 소유자의 주소지)를 관할하는 시·군

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제187조(과세표준) ① 토지·건축물·주택에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액으로 한다.

② 선박·항공기에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액으로 한다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제188조(세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지

가. 종합합산과세대상

<과세표준>	<세 율>
5,000만 원 이하	1,000분의 2
5,000만 원 초과 1억 원 이하	10만 원+5,000만 원 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	25만 원+1억 원 초과금액의 1,000분의 5

나. 별도합산과세대상

<과세표준>	<세 율>
2억 원 이하	1,000분의 2
2억 원 초과 10억 원 이하	40만 원+2억 원 초과금액의 1,000분의 3
10억 원 초과	2백80만 원+10억 원 초과금액의 1,000분의 4

다. 분리과세대상

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

- (1) 전·답·과수원·목장용지 및 임야 : 과세표준액의 1,000분의 0.7
- (2) 골프장 및 고급오락장용 토지 : 과세표준액의 1,000분의 40
- (3) (1) 및 (2) 외의 토지 : 과세표준액의 1,000분의 2

2. 건축물

- 가. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조동항 각 호 외의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다)·고급오락장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 40
- 나. 특별시·광역시(군지역을 제외한다)·시(읍·면지역을 제외한다)지역안에서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 그 밖에 관계법령의 규정에 의하여 지정된 주거지역 및 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 지역안의 대통령령이 정하는 공장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 5
- 다. 가목 및 나목 외의 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 2.5

3. 주 택

- 가. 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장 : 과세표준액의 1,000분의 40
- 나. 가목 외의 주택

<과세표준>	<세 율>
4,000만 원 이하	1,000분의 1.5
4,000만 원 초과 1억 원 이하	6만 원+4,000만 원 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	24만 원+1억 원 초과금액의 1,000분의 5

4. 선 박

- 가. 제112조 제2항의 규정에 의한 고급선박 : 과세표준액의 1,000분의 50
- 나. 가목 외의 선박 : 과세표준액의 1,000분의 3

5. 항공기

과세표준액의 1,000분의 3

- ② 「수도권정비계획법」 제6조 제1항 제1호의 규정에 의한 과밀억제권역(「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」의 적용을 받는 산업단지 및 유치지역과 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 적용을 받는 공업지역을 제외한다)안에서 행정자치부령이 정하는 공장신설·증설에 해당하는 경우 당해 건축물에 대한 재산세의 세율은 최초의 과세기준일부터 5년간 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 세율의 100분의 50에 해당하는 세율로 한다.
- ③ 시장·군수는 조례가 정하는 바에 의하여 재산세의 세율을 제1항의 표준세율의 100분의 50의 범위안에서 가감조정할 수 있다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제189조(세율적용) ① 토지에 대한 재산세는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 세율을 적용한다.

- 1. 종합합산과세대상 : 납세의무자가 소유하고 있는 당해 시·군 관할구역 안에 소재하는 종합합산과세대상이 되는 토지의 가액을 모두 합한 금액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 가목의 세율을 적용한다.
- 2. 별도합산과세대상 : 납세의무자가 소유하고 있는 당해 시·군 관할구역 안에 소재하는 별도합산과세대상이 되는 토지의 가액을 모두 합한 금액을 과세표준액으로 하여

판례집 20-2(하)

제188조 제1항 제1호 나목의 세율을 적용한다.

3. 분리과세대상 : 분리과세대상이 되는 당해 토지의 가액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 다목의 세율을 적용한다.

② 주택에 대한 재산세는 주택별로 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다. 이 경우 주택별로 구분하는 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 주택을 2인 이상이 공동으로 소유하거나 토지와 건물의 소유자가 다를 경우 당해 주택에 대한 세율을 적용함에 있어서는 당해 주택의 토지와 건물의 가액을 합산한 과세표준액에 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다.

④ 동일한 재산에 대하여 2 이상의 세율이 해당되는 경우에는 그 중 높은 세율을 적용한다. 지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제190조(과세기준일) 재산세의 과세기준일은 매년 6월 1일로 한다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제191조(납기) ① 재산세의 납기는 다음 각 호와 같다.

1. 토지 : 매년 9월 16일부터 9월 30일까지
2. 건축물 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지
3. 주택 : 산출세액의 2분의 1은 매년 7월 16일부터 7월 31일까지, 나머지 2분의 1은 9월 16일부터 9월 30일까지 다만, 산출세액이 5만 원 이하인 경우에는 조례가 정하는 바에 따라 납기를 7월 16일부터 7월 31일까지로 하여 일시에 부과·징수할 수 있다.
4. 선박 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지
5. 항공기 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지

② 시장·군수는 과세대상 누락, 위법 또는 착오 등으로 인하여 이미 부과한 세액을 변경하거나 수시부과하여야 할 사유가 발생한 때에는 수시로 부과징수할 수 있다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제195조의2(세부담의 상한) 당해 재산에 대한 재산세의 산출세액이 대통령령이 정하는 방법에 따라 계산한 직전연도의 당해 재산에 대한 재산세액 상당액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 100분의 150에 해당하는 금액을 당해연도에 징수할 세액으로 한다.

지방자치법 제11조(국가사무의 처리제한) 지방자치단체는 다음 각 호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다.

1. 외교, 국방, 사법(사범), 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무
2. 물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무
3. 농산물·임산물·축산물·수산물 및 양곡의 수급조절과 수출입 등 전국적 규모의 사무
4. 국가종합경제개발계획, 국가하천, 국유림, 국토종합개발계획, 지정항만, 고속국도·일반국도, 국립공원 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무
5. 근로기준, 측량단위 등 전국적으로 기준을 통일하고 조정하여야 할 필요가 있는 사무
6. 우편, 철도 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌마71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

7. 고도의 기술을 요하는 검사·시험·연구, 항공관리, 기상행정, 원자력개발 등 지방자치단체의 기술과 재정능력으로 감당하기 어려운 사무

지방자치법 제135조(지방세) 지방자치단체는 법률로 정하는 바에 따라 지방세를 부과·징수할 수 있다

지방자치법 제136조(사용료) 지방자치단체는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수할 수 있다.

지방자치법 제142조(재산과 기금의 설치) ① 지방자치단체는 행정목적을 달성하기 위한 경우나 공익상 필요한 경우에는 재산을 보유하거나 특정한 자금을 운용하기 위한 기금을 설치할 수 있다.

② 제1항의 재산의 보유, 기금의 설치·운용에 관하여 필요한 사항은 조례로 정한다.

③ 제1항에서 “재산”이란 현금 외의 모든 재산적 가치가 있는 물건과 권리를 말한다.

구 조세특례제한법(2005. 12. 31. 법률 제7839호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~7. 생략

8. “조세특례”라 함은 일정한 요건에 해당하는 경우의 특례세율의 적용, 세액감면, 세액공제, 소득공제, 준비금의 손급산입등의 조세감면과 특정목적용을 위한 익금산입, 손급불산입 등의 중과세를 말한다.

②~③ 생략

구 조세특례제한법(2005. 12. 31. 법률 제7839호로 개정되기 전의 것) 제3조(조세특례의 제한) ① 이 법, 국세기본법 및 조약과 다음 각 호의 법률에 의하지 아니하고는 조세특례를 정할 수 없다.

1. 소득세법
2. 법인세법
3. 상속세및증여세법
4. 부가가치세법
5. 특별소비세법
6. 주세법
7. 인지세법
8. 증권거래세법
9. 국제징수법
10. 교통세법
11. 관세법
12. 지방세법
13. 임시수입부가세법
14. 삭제
15. 국제조세조정에 관한 법률
16. 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률

판례집 20-2(하)

17. 삭제
18. 교육세법
19. 농어촌특별세법
20. 삭제
21. 남북교류협력에관한법률
22. 농어가목돈마련저축에관한법률
23. 자유무역지역의지정및운영에관한법률

② 생략

민법 제830조(특유재산과 귀속불명재산) ① 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.

② 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.

민법 제831조(특유재산의 관리등) 부부는 그 특유재산을 각자관리, 사용, 수익한다.

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정되기 전의 것) 제61조(자산소득합산과세) ① 거주자 또는 그 배우자가 이자소득·배당소득 또는 부동산임대소득(이하 “자산소득”이라 한다)이 있는 경우에는 당해 거주자와 그 배우자중 대통령령이 정하는 주된 소득자(이하 “주된 소득자”라 한다)에게 그 배우자(이하 “자산합산대상배우자”라 한다)의 자산소득이 있는 것으로 보고 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산한다.

② 주된 소득자의 판정은 당해연도 과세기간 종료일 현재의 상황에 의한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하는 경우에 자산합산대상배우자에 대하여는 그 자산소득외의 소득에 한하여 세액을 계산한다.

④ 제1항에 규정하는 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 세액(가산세액을 제외한다)의 합계액을 공제한 금액을 그 세액으로 한다.

구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전부 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되기 전의 것) 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. 생략
2. 주된 소득자의 배우자
- 3.~ 4. 생략

②~③ 생략

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제3조(실권리자명의등기의무 등) ① 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니된다.

② 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받는 경우에는 채무자·채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기신청서와 함께 등기관에게 제출하여야 한다.

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

② 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제5조(과징금) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과한다.

1. 제3조 제1항의 규정을 위반한 명의신탁자
  2. 제3조 제2항의 규정을 위반한 채권자 및 동조동항의 규정에 의한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자
- ② 제1항의 부동산가액은 과징금을 부과하는 날 현재의 다음 각 호의 가액에 의한다. 다만, 제3조 제1항 또는 제11조 제1항의 규정을 위반한 자가 과징금을 부과받은 날 이미 명의신탁관계를 종료하였거나 실명등기를 하였을 때에는 명의신탁관계 종료시점 또는 실명등기시점의 부동산가액으로 한다.
1. 소유권의 경우에는 소득세법 제99조의 규정에 의한 기준시가
  2. 소유권외의 물권의 경우에는 상속세및증여세법 제61조 제5항 및 제66조의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한 금액
- ③ 제1항의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 제2항의 규정에 의한 부동산가액(이하 “부동산평가액”이라 한다), 제3조의 규정을 위반한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적으로 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 과징금의 금액이 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 몰납할 수 있다.
- ⑤ 제1항의 규정에 의한 과징금은 당해 부동산의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장이 부과·징수한다. 이 경우 과징금은 위반사실이 확인된 후 지체없이 이를 부과하여야 한다.
- ⑥ 제1항의 규정에 의한 과징금을 납부기한내에 납부하지 아니한 때에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.
- ⑦ 제1항의 규정에 의한 과징금의 부과 및 징수등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

판례집 20-2(하)

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조(중증 및 배우자에 대한 특례) 다음 각 호의 1에 해당하는 경우로서 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 제4조 내지 제7조 및 제12조 제1항·제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 중증이 보유한 부동산에 관한 물권을 중증(중증과 그 대표자를 같이 표시하여 등기한 경우를 포함한다)외의 자의 명의로 등기한 경우
2. 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우

상속세 및 증여세법 제44조(배우자 등에 대한 양도시의 증여추정) ① 배우자 또는 직계존비속(이하 이 조에서 “배우자등”이라 한다)에게 양도한 재산은 양도자가 당해 재산을 양도한 때에 그 재산의 가액을 배우자등이 증여받은 것으로 추정하여 이를 배우자등의 증여재산가액으로 한다.

② 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자에게 양도한 재산을 그 특수관계에 있는 자(이하 이 항 및 제4항에서 “양수자”라 한다)가 양수일부터 3년 이내에 당초 양도자의 배우자등에게 다시 양도한 경우에는 양수자가 당해 재산을 양도한 당시의 재산가액을 당해 배우자등이 증여받은 것으로 추정하여 이를 배우자등의 증여재산가액으로 한다. 다만, 당초 양도자 및 양수자가 부담한 「소득세법」에 의한 결정세액의 합계액이 당해 배우자등이 증여받은 것으로 추정할 경우의 증여세액보다 큰 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항 및 제2항은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 적용하지 아니한다.

1. 법원의 결정으로 경매절차에 의하여 처분된 경우
2. 파산선고로 인하여 처분된 경우
3. 「국세징수법」에 따라 공매된 경우
4. 「증권거래법」 제2조 제12항의 규정에 의한 유가증권시장 또는 동조 제14항의 규정에 의한 코스닥시장을 통하여 유가증권이 처분된 경우. 다만, 불특정다수인간의 거래에 의하여 처분된 것으로 볼 수 없는 경우로서 대통령령이 정하는 경우를 제외한다.
5. 배우자등에게 대가를 지급받고 양도한 사실이 명백히 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

④ 제2항 본문의 규정에 의하여 당해 배우자등에게 증여세가 부과된 경우에는 「소득세법」의 규정에 불구하고 당초 양도자 및 양수자에게 당해 재산양도에 따른 소득세를 부과하지 아니한다.

**【참조판례】**

1. 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403  
헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170  
헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657  
헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 600
2. 헌재 1992. 2. 25. 90헌가69등, 판례집 4, 114, 120-121  
헌재 1997. 6. 26. 94헌바38등, 판례집 9-1, 611, 621-622

현재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

- 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 315-316
- 현재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 238-247
- 현재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 524-525
- 현재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38, 49-50
- 현재 2008. 7. 31. 2007헌바13, 공보 142, 1067, 1073
- 3. 현재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170, 182-183
- 4. 현재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 96-97
- 현재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 98
- 현재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 245-247
- 현재 2008. 5. 29. 2006헌바99, 공보 140, 746, 750-75
- 5. 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 346
- 현재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 248-249
- 현재 2004. 10. 28. 2002헌바328, 판례집 16-2하, 195, 204
- 현재 2006. 11. 30. 2006헌바489, 공보 122, 1419, 1424-1425
- 6. 현재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271, 1300-1301
- 현재 2007. 6. 28. 2004헌바644등, 판례집 19-1, 859, 886

## 【당 사 자】

제청법원 서울행정법원(2008헌가12)

청 구 인 1. 손○애 외 83명([별지 1] 기재와 같다, 2006헌바112)

대리인 변호사 민한홍

2. 변호사 전정구(2007헌바71)

3. 권○희(2007헌바88)

대리인 변호사 민한홍

4. 여○연(2007헌바94)

5. 여○호(2007헌바94)

위 청구인들 대리인 변호사 강인애

6. 심○동(2008헌바3)

대리인 변호사 민한홍

7. 신○성(2008헌바62)

대리인 법무법인 서면

담당변호사 이덕욱 외 1인

당해사건 서울행정법원 2006구합19297 종합부동산세등부과처분취소(2006헌바112)

판례집 20-2(하)

서울행정법원 2006구합30546 종합부동산세등과세처분취소(2007헌바71)

서울행정법원 2007구합9082 종부세처분취소(2007헌바88)

서울행정법원 2007구합13449 거부처분취소(2007헌바94)

춘천지방법원 2007구합1468 종합부동산세처분취소(2008헌바3)

서울행정법원 2007구합26339 종부세처분취소(2008헌가12)

부산지방법원 2007구합2082 종합부동산세경정거부처분취소(2008헌바62)

## 【주 문】

1. 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제2항·제3항, 제12조 제1항 제1호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항은 헌법에 위반된다.

2. 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9조 제1항·제2항은 헌법에 합치되지 아니한다.

위 각 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

3. 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1호, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제12조 제1항 제1호 본문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항·제2항, 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2006헌바112 사건

(가) [별지 1] 기재 청구인 손○애 외 83명은 2006. 2. 1.부터 같은 달 13. 사이에 [별지 2] 기재 내역과 같이 2005년분 종합부동산세의 부과처분을 받았다.

(나) 이에 위 청구인들은 2006. 5. 29. 서울행정법원에 위 각 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2006구합19297호), 그 소송절차에서 위 부과처분의 근거법률인 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 종합부동산세법’이라 한다) 제5 내지 제14조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(2006아1052호), 법원이 2006. 12. 15. 이를 기각하자, 2006. 12. 26. 구 종합부동산세법 제1조, 제5 내지 제15조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2007헌바71 사건

(가) 청구인 전정구는 2005년분 종합부동산세의 과세기준일인 2005. 6. 1. 현재 서울 강남구 도곡동 ○○아파트 비(B)동 503호를 소유하고 있어, 2006. 2. 7. 역삼세무서장으로부터 2005년분 종합부동산세 1,113,750원 및 농어촌특별세 222,750원의 부과처분을 받았다.

(나) 이에 청구인 전정구는 2006. 8. 24. 서울행정법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2006구합30546호), 그 소송절차에서 위 부과처분의 근거법률인 구 종합부동산세법 규정 전부에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(2007아1231호), 법원이 2007. 6. 8. 그 중 구 종합부동산세법 제1조, 제2조 제1호·제2호·제4호·제6호, 제6조, 제10조 내지 제15조, 제18조 내지 제25조에 대한 신청을 각하하고, 나머지 신청을 기각하자, 2007. 7. 13. 구 종합부동산세법 제2조 제3호·제5호·제7호, 제3조 내지 제9조, 제16조 내지 제18조, 부칙 제2조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2007헌바88 사건

(가) 청구인 권○희는 2006년분 종합부동산세의 과세기준일인 2006. 6. 1. 현재 서울 서초구 우면동 ○○아파트 103동 1403호를 소유하고 있어, 2007. 2. 8. 서초세무서장으로부터 2006년분 종합부동산세 803,205원 및 농어촌특별세 160,550원의 부과처분을 받았다.

(나) 이에 청구인 권○희는 국제심판을 거쳐 서울행정법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2007구합9082호), 그 소송절차에서

판례집 20-2(하)

위 부과처분의 근거법률인 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것, 이하 ‘개정 종합부동산세법’이라 하고, 앞서 본 ‘구 종합부동산세법’과 합하여는 ‘종합부동산세법’이라 한다) 제2조 제8호·제9호, 제5조 내지 제14조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(2007아509호), 법원이 2007. 8. 14. 그 중 개정 종합부동산세법 제2조 제8호, 제5조, 제6조, 제7조 제1항 전문 괄호 부분 및 후문, 제2항·제3항, 제8조 제2항, 제10조 내지 제14조에 대한 신청을 각하하고 나머지 신청을 기각하자, 2007. 8. 27. 개정 종합부동산세법 제2조 제8호·제9호, 제5조 내지 제15조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 2007헌바94 사건

(가) 2006년분 종합부동산세의 과세기준일인 2006. 6. 1. 현재 청구인 여○연은 서울 마포구 ○○동 28-349 대 0.70㎡, 같은 동 28-350 대 11㎡ 및 인천 중구 증산동 갑종지 495.80㎡, 청구인 여○호는 인천 중구 증산동 갑종지 495.80㎡를 각 소유하고 있어 개정 종합부동산세법 제12조 제1항 제1호에 정한 종합부동산세의 납부의무자에 해당됨에 따라 2006. 12. 14. 농어촌특별세를 포함하여 2006년도 종합부동산세로 청구인 여○연은 2,027,200원, 여○호는 1,949,710원을 각 신고·납부하였다.

(나) 그 후 위 청구인들은 2006. 12. 20. 마포세무서장에게 종합부동산세의 근거가 되는 개정 종합부동산세법이 헌법에 위반됨을 이유로 위와 같이 납부한 종합부동산세에 대하여 경정청구를 하였다가, 같은 달 29. 경정청구 거부처분을 받았고, 이에 서울행정법원에 위 거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고(2007구합13449호), 그 소송절차에서 개정 종합부동산세법 제7조, 제8조, 제9조, 제12조, 제13조, 제14조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(2007아791호), 법원이 2007. 8. 28. 그 중 개정 종합부동산세법 제7조 내지 제9조, 제12조 제1항 제1호 본문 괄호 부분 및 단서, 제2호, 제13조 제2항, 제14조 제4항 내지 제6항에 대한 신청을 각하하고 나머지 신청을 기각하자, 2007. 9. 6. 개정 종합부동산세법 제7조 내지 제9조, 제12조 내지 제14조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(5) 2008헌바3 사건

(가) 청구인 심○동 및 그 배우자 이○희, 이들과 생계를 같이 하는 아들 심○용은 2006년분 종합부동산세의 과세기준일인 2006. 6. 1. 현재 아래 표 기재와 같은 주택들을 소유하고 있어, 2007. 2. 8. 원주세무서장으로부터

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

2006년분 종합부동산세 7,160,090원 및 농어촌특별세 1,432,010원의 부과처분을 받았다.

과세대상 물건						
소유자	소재지	부속토지 (㎡)	건물 (㎡)	지분 (%)	주택 구분	공시가격(원)
심○동	용인시 수지구 상현동	82.40	254.99	100	아파트	408,000,000
심○동	서울 강남구 도곡동	23.60	338.86	50	아파트	662,000,000
이○회	서울 강남구 도곡동	23.60	338.86	50	아파트	662,000,000
심○용	서울 서초구 우면동	35.70	101.27	100	아파트	144,000,000
합 계		141.70	695.12			1,876,000,000

(나) 이에 청구인 심○동은 국세심판을 거쳐 춘천지방법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2007구합1468호), 그 소송절차에서 위 부과처분의 근거법률인 개정 종합부동산세법 제2조 제8호·제9호, 제5조 내지 제15조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(2007아76호), 법원이 2007. 12. 20. 이를 기각하자, 2008. 1. 28. 개정 종합부동산세법 제2조 제8호·제9호, 제5조 내지 제15조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(6) 2008헌가12 사건

(가) 제청신청인(이하 ‘신청인’이라 한다) 이○훈 및 그 배우자 김○숙, 이들과 생계를 같이 하는 아들 이○철은 2006년분 종합부동산세의 과세기준일인 2006. 6. 1. 현재 아래 표 기재와 같이 주택 및 토지를 소유하고 있어, 2007. 3. 2. 역삼세무서장으로부터 2006년분 종합부동산세 28,854,630원 및 농어촌특별세 5,770,920원의 부과처분을 받았다.

종합합산 토지분 과세대상 물건					
순번	소유자	소재지	지목	면적(㎡)	공시가격(원)
1	신○인	안산시 단원구 고잔동	대	2,019.30	2,827,020,000
2		충남 태안군 남면	임야	1,629	15,833,880
3		충남 태안군 남면		205	1,992,600
4		충남 태안군 남면		162	1,574,640
5		전남 진도군 군내면	잡종지	566	2,456,440

판례집 20-2(하)

종합합산 토지분 과세대상 물건					
순번	소유자	소재지	지목	면적(㎡)	공시가격(원)
6	김○숙	광주시 초월읍	대	660	15,444,000
7		보령시 오천면	임야	381	1,459,230
8		보령시 오천면		48,589	87,946,090
9	의왕시 이동	70.30		1,068,560	
10	의왕시 이동	290.70		7,732,620	
11	보령시 오천면	49,190		101,823,300	
12	이○철	충남 태안군 남면		5,384	49,802,000
합계				109,146.3	3,114,153,360

주택분 과세대상 물건						
소유자	소재지	부속토지(㎡)	건물(㎡)	지분(%)	주택구분	공시가격(원)
신○인	서울 강남구 도곡동	12.90	175.08	50	아파트	953,000,000
김○숙	서울 강남구 도곡동	12.90	175.08	50	아파트	953,000,000
이○철	서울 강남구 개포동	52.60	44.66	100	아파트	365,000,000
합계		78.4	394.82			2,271,000,000

(나) 이에 신청인은 서울행정법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2007구합26339호), 그 소송절차에서 위 부과처분의 근거법률인 개정 종합부동산세법 제7조 내지 제9조, 제12조 내지 제14조, 제16조, 제18조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하자(2007아1573호), 법원은 그 중 일부인 개정 종합부동산세법 제7조 제1항 전문 괄호 부분 및 후문, 제2항·제3항, 제8조 제1항 중 ‘납세의무자별로’ 부분, 제12조 제1항 제1호 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항, 제13조 제1항 중 ‘납세의무자별로’ 부분 등 각 세대별 합산 관련규정에 대하여 2008. 4. 25. 위헌 여부의 심판을 제청하였다.

(7) 2008헌바62 사건

(가) 청구인 신○성은 2005년분 종합부동산세의 과세기준일인 2005. 6. 1. 현재 부산 해운대구 ○○동 591-10, 같은 동 591-44, 같은 동 591-8, 부산 해운대구 ○○동 460-1 및 같은 동 453-1 등을 포함한 총 10필지의 토지를 소유하고 있어, 2006. 2. 16. 부산진세무서장으로부터 농어촌특별세와 가산금을 포함하여 2005년분 종합부동산세 30,552,140원의 부과처분을 받고, 2006. 3.

21. 위 종합부동산세를 납부하였다.

(나) 그 후 청구인 신○성은 2006. 8. 29. 부산진세무서장에게 위 종합부동산세 과세대상 토지 10필지 중 위 5필지의 토지를 해운대구청장으로부터 컨테이너 장치장으로 허가받아 사용하고 있어 구 종합부동산세법상 종합합산과세 대상토지가 아닌 별도합산과세 대상토지에 해당된다며 이미 납부한 종합부동산세에 대하여 경정청구를 하였다가, 2006. 9. 1. 경정청구 거부처분을 받자 2007. 5. 14. 부산지방법원에 위 거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2007구합2082호), 그 소송절차에서 구 종합부동산세법 제11조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(부산지방법원 2008아21), 법원이 2008. 4. 24. 이를 기각하자, 같은 달 29. 그 결정문을 송달받고, 2008. 5. 28. 구 종합부동산세법 제11조에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 구 종합부동산세법 관련 사건(2006헌바112, 2007헌바71, 2008헌바62)

(가) 위 사건의 청구인들이 위헌 여부의 심판을 청구한 법률조항 중 구 종합부동산세법 제11조는 목적 조항으로서 그 조항 자체에서 어떠한 헌법상의 원칙이나 기본권 및 평등권의 제한 또는 침해로 가져오는 것이 아니고, 제6조, 제7조 제2항, 제12조 제2호, 제13조 제2항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분, 제14조 제2항, 제18조는 청구인들에 대한 종합부동산세 부과처분에 적용된 법률조항이 아니므로 당해 사건의 재판의 전제가 되지 않음이 명백하며, 제2조 제3호·제5호·제7호는 정의 규정, 제3조 내지 제5조, 제11조는 과세기준일, 납세지, 과세구분 및 세액과 과세방법에 관한 규정, 제9조 후단 및 제14조 제1항 후단은 재산세로 부과된 세액의 공제를, 제10조는 제7조 내지 제9조에 따라 정하여지는 주택에 대한 종합부동산세액의 상한을, 제15조는 제12조 내지 제14조에 따라 정하여지는 토지에 대한 종합부동산세액의 상한을 각각 정한 것으로 청구인들에 대하여 세액 부담을 덜어주는 규정, 부칙 제2조는 구 종합부동산세법이 그 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용됨을 명백히 한 규정으로, 청구인들이 비록 종합부동산세의 부과 자체를 다투고는 있으나, 위 각 조항이 규율하는 부분에 관하여 구체적인 위헌 주장이 없을 뿐만 아니라 아래 심판 대상조항의 위헌성이 드러날 경우 당연히 위 조항들 또한 그 적용이 배제될 것이므로, 위 각 조항은 심판대상에서 제외함이 상당하다.

(나) 구 종합부동산세법 제16조, 제17조에 관하여 청구인들은 종합부동산세

판례집 20-2(하)

를 지방세가 아닌 국세로 정함으로써 그 실질에 반하고 지방자치권을 침해하여 위헌이라는 취지로 주장하고 있으므로, 제16조 제1항 및 제17조 중 국세임을 나타내는 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분으로 심판대상을 한정함이 상당하다.

(다) 한편, 2008헌바62 사건의 청구인은 구 종합부동산세법 제11조에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 그 심판청구의 취지와 이유를 보면, 청구인이 이 사건 심판청구에서 실제로 다투고자 하는 것은, 이 사건 토지가 개발제한구역으로 지정되어 재산권 행사에 제한을 받고 있음에도 불구하고, 재산세와 종합부동산세를 동시에 부과하는 것은 이중과세금지원칙에 반하여 재산권을 침해하고, 또한 개발제한 구역으로 지정되지 아니한 일반 토지와 같은 세율로 종합부동산세를 부과하는 것은 평등원칙에 위배되므로, 종합부동산세 부과처분의 근거법률이 위헌이라는 것이므로, 이에 부산지방법원 2008아21호 위헌법률심판 제청사건의 경과, 당해 사건 재판과의 관련성의 정도, 이해관계기관의 의견 등 여러 가지 사정을 종합하여 보면, 이 사건 심판대상을 직권으로 구 종합부동산세법 제11조에서 종합부동산세 부과처분의 근거조항인 구 종합부동산세법 제12조 제1호, 제13조 제1항, 제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단으로 변경함이 상당하다 할 것이다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 233 ; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 395-396 참조).

(라) 따라서, 구 종합부동산세법 관련사건의 심판대상은 구 종합부동산세법 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 제12조 제1호, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련조항의 내용은 아래와 같다.

(2) 개정 종합부동산세법 관련 사건(2007헌바88·94, 2008헌바3, 2008헌가12)

(가) 위 사건의 청구인들이 심판청구를 한 각 법률조항 중 개정 종합부동산세법 제6조, 제8조 제2항, 제12조 제1항 제2호, 제13조 제2항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분, 제14조 제4항 내지 제6항은 청구인들에 대한 종합부동산세의 부과처분에 적용된 것이 아니므로 당해 사건 재판의 전제가 되지 않음이 명백하고, 제2조 제8호·제9호는 정의규정, 제5조는 과세구분 및 세액에 관한 규정, 제9조 제3항·제4항 및 제14조 제3항·제7항은 재산세로 부과된 세액

의 공제를, 제10조는 제7조 내지 제9조에 따라 정하여지는 주택에 대한 종합부동산세액의 상한을, 제15조는 제12조 내지 제14조에 따라 정하여지는 토지에 대한 종합부동산세액의 상한을 각각 정하여 청구인들에 대하여 세액 부담을 덜어주는 규정으로, 청구인들이 비록 종합부동산세의 부과체계를 다루고 있는 있으나, 위 각 조항이 규율하는 부분에 관한 구체적인 위헌 주장이 없을 뿐만 아니라 아래 심판 대상조항의 위헌성이 드러날 경우 당연히 위 조항들 또한 그 적용이 배제될 것이므로, 위 각 조항은 심판대상조항에서 제외함이 상당하다.

(나) 한편, 청구인들은 위헌제청신청에서 관련조항을 명시하지는 않았지만 종합부동산세가 국세라서 지방자치권을 침해하여 위헌이라고 주장하였고, 당해법원도 이 부분에 대하여 판단하였으므로, 당해 종합부동산세 부과처분의 근거조항과 아울러 종합부동산세가 국세임을 나타내는 종합부동산세법(여기에서는 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것을 말한다) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분은 이 사건 심판대상에 포함되어야 할 것이다.

(다) 따라서, 개정 종합부동산세법 관련사건의 심판대상은, 2008헌가12 사건의 제청법원이 제청한 세대별 합산 관련규정을 포함하여 개정 종합부동산세법 제7조, 제8조 제1항, 제9조 제1항·제2항, 제12조 제1항 제1호, 제2항, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항·제2항 및 종합부동산세법(여기에서도 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것을 말한다) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련조항의 내용은 아래와 같다.

[심판대상조항]

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택에 대한 재산세 과세표준을 합한 금액이 4억5천만 원을 초과하는 자는 당해 주택에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

제8조(과세표준) 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 주택분 재산세 과세표준을 합한 금액에서 4억 5천만 원을 공제한 금액으로

판례집 20-2(하)

한다. 다만, 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

제9조(세율 및 세액) 주택에 대한 종합부동산세는 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액을 그 세액(이하 “주택분 종합부동산세액”이라 한다)으로 하되, 납세의무자별로 주택분 재산세로 부과된 세액(제7조 제2항 각 호에 규정된 주택에 대하여 주택분 재산세로 부과된 세액은 제외하며, 지방세법 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감 조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용되기 전의 표준세율에 의하여 계산한 세액을 말한다)의 합계액 중 199만 원을 초과하는 금액은 주택분 종합부동산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
5억5천만 원 이하	1,000분의 10
5억5천만 원 초과 45억5천만 원 이하	1,000분의 20
45억5천만 원 초과	1,000분의 30

제12조(납세의무자) 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액이 3억 원을 초과하는 자

제13조(과세표준) ① 종합합산과세 대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액에서 3억 원을 공제한 금액으로 한다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

제14조(세율 및 세액) ① 종합합산과세 대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 종합합산세액”이라 한다)으로 하되, 납세의무자별로 당해 과세대상토지에 대하여 토지분 재산세로 부과된 세액(지방세법 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감 조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용되기 전의 표준세율에 의하여 계산한 세액을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 합계액 중 125만 원을 초과하는 금액은 토지분 종합합산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
7억 원 이하	1,000분의 10
7억 원 초과 47억 원 이하	1,000분의 20
47억 원 초과	1,000분의 40

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “주택분 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자는 종합부동산세를 납부할 의무가 있다. 이 경우, 개인은 1세대에 속하는 자(이하 “세대원”이라 한다)중 대통령이 정하는 주된 주택소유자(이하 “주된 주택소유자”라 한다)가 납세의무자가 된다.

② 주된 주택소유자 또는 세대원의 판정은 과세기준일 현재의 상황에 의한다.

③ 주된 주택소유자 외의 세대원은 그가 소유한 주택의 공시가격을 한도로 주된 주택소유자와 연대하여 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

제8조(과세표준) ① 주택에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 주택의 공시가격을 합산한 금액에서 6억 원을 공제한 금액으로 한다. 다만, 그 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

제9조(세율 및 세액) ① 주택에 대한 종합부동산세는 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액을 그 세액(이하 “주택분 종합부동산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세 율>
3억 이하	1천분의 10
3억 원 초과 14억 원 이하	1천분의 15
14억 원 초과 94억 원 이하	1천분의 20
94억 원 초과	1천분의 30

② 주택분 종합부동산세액을 계산함에 있어 2006년부터 2008년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 주택분 종합부동산세에 대하여는 제1항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 제1항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해 연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 70
2. 2007년 : 100분의 80
3. 2008년 : 100분의 90

제12조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

판례집 20-2(하)

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 3억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “토지분 종합합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자. 다만, 개인의 경우에는 세대원 중 대통령이 정하는 주된 토지소유자로 한다.

② 제7조 제2항 및 제3항의 규정은 종합합산과세대상 토지에 대한 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

제13조(과세표준) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액에서 3억 원을 공제한 금액으로 한다.

③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

제14조(세율 및 세액) ① 종합합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 종합합산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세 율>
17억 원 이하	1천분의 10
17억 원 초과 97억 원 이하	1천분의 20
97억 원 초과	1천분의 40

② 제1항의 규정에 의한 세액을 계산함에 있어서 2006년부터 2008년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 종합합산과세대상 토지분 종합부동산세에 대하여는 제1항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 제1항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해 연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 70
2. 2007년 : 100분의 80
3. 2008년 : 100분의 90

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조(신고·납부) ① 종합부동산세의 납세의무자는 매년 납부하여야 할 종합부동산세의 과세표준과 세액을 당해 연도 12월 1일부터 12월 15일까지 대통령이 정하는 바에 의하여 납세지 관할세무서장(이하 “관할 세무서장”이라 한다)에게 신고하여야 한다.

제17조(결정과 경정) ① 관할 세무서장 또는 납세지 관할 지방국세청장(이

하 “관할 지방국세청장”이라 한다)은 납세의무자가 제16조의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 때에는 당해 납세의무자의 당해 연도의 과세표준과 세액을 결정한다.

② 관할 세무서장 또는 관할 지방국세청장은 제16조의 규정에 의한 신고를 한 자의 신고내용에 탈루 또는 오류가 있는 때에는 당해 연도의 과세표준과 세액을 경정한다.

③ 관할 세무서장 또는 관할 지방국세청장은 과세표준과 세액을 결정 또는 경정한 후 그 결정 또는 경정에 탈루 또는 오류가 있는 것이 발견된 때 또는 제8조 제2항 제1호에 규정된 임대주택의 소유자로서 동 규정에 의하여 종합부동산세를 경감받은 자가 임대사업에 공하던 당해 주택이 추후 동 규정에 의한 임대주택에 해당하지 아니하게 된 때(이하 “임대주택에 대한 추정사유가 발생한 때”라 한다)에는 이를 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

④ 관할 세무서장 또는 관할 지방국세청장은 제2항 및 제3항의 규정에 의한 경정·재경정 및 추정사유가 지방세법 제191조 제2항의 규정에 의한 재산세의 세액변경 또는 수시부과 사유에 해당되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 종합부동산세의 과세표준과 세액을 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

[관련조항]

[별지 3] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장, 제정법원의 위헌제청 이유, 법원의 위헌제청 신청 기각 이유 및 이해관계 기관 의견의 요지

[별지 4] 기재와 같다.

3. 본안에 관한 판단

가. 종합부동산세의 개요

(1) 종합부동산세의 도입 경과 및 취지

지난 날 우리의 경제가 국제통화기금(IMF)의 관리 체제를 벗어나면서 수도권권의 아파트를 중심으로 부동산 가격이 급등하자, 정부는 부동산 그 중 특히 주택의 가격을 안정시키기 위한 정책으로 부동산 보유세제를 개편하여 시·군·구 등 지방자치단체가 먼저 지방세인 재산세를 부과하고, 중앙정부가 전국을 단위로 개인별 보유 부동산의 가액을 합산하여 고액의 부동산 소유자에 대하여는 국세인 종합부동산세를 부과하는 것을 내용으로 하는 부동

판례집 20-2(하)

산 대책을 마련하였다.

종래 부동산 보유세제로 재산세와 종합토지세가 있었으나, 이에 대하여는 낮은 보유세와 높은 거래세의 부담으로 부동산의 과다보유를 억제하는 기능이 미약하고, 과세표준의 낮은 현실화율과 지역간·건물간 과세표준 현실화율의 격차로 보유세로서 투기 및 과다 보유를 억제하지 못하였으며, 지방자치단체의 과세표준 현실화 노력의 부족과 탄력세율의 과도한 적용으로 지역간 과세의 불평등을 초래한 것 이외에도 지방세인 종합토지세의 특성상 전국적인 토지 합산기능에 부적합하다는 등 여러 가지 문제점이 지적되었으므로, 이를 보완하고 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하며, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형적인 발전과 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위하여 2005. 1. 5. 구 종합부동산세법을 제정하여 종합부동산세를 부과하게 되었다.

(2) 부동산 보유세제의 개편 내용 및 구 종합부동산세법의 개정

(가) 재산세

2005년 부동산 보유세제의 개편에 따라 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정된 지방세법은 재산세의 과세대상으로 부동산을 토지·건축물·주택으로 구분하고 주택의 경우 그 부속 토지를 건물과 함께 과세대상으로 삼아, 임야 또는 나대지를 보유한 납세의무자와 주택을 보유한 납세의무자는 하나의, 상가 등 주택 이외의 건축물을 보유한 납세의무자는 건물과 부속토지라는 두 개의 과세대상을 가지게 되었다.

그리고 재산세의 납세지는 부동산의 소재지를 관할하는 시·군·자치구이고, 과세표준은 토지 및 주택의 경우에는 ‘부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률’에 의하여 공시된 가액, 주택 이외의 건물의 경우에는 법률이 정하는 일정한 기준을 참작하여 대통령이 정하는 기준에 따라 지방자치단체장이 결정한 가액, 즉 취득세의 시가표준액에 대통령이 정하는 일정 비율을 곱하여 산출하도록 하였다.

이렇게 계산된 과세표준에 대한 재산세 표준세율은 종합합산 과세대상의 경우 0.2·0.3·0.5%, 별도합산 과세대상의 경우 0.2·0.3·0.4%, 별장 이외의 주택의 경우 0.15·0.3·0.5% 등 모두 3단계의 초과누진세율 구조를 취하고, 나머지는 각 부동산의 용도를 고려하여 단일세율로 규정하고 있다.

(나) 구 종합부동산세법상의 종합부동산세

종합부동산세의 과세대상은 일정한 액수를 초과하는 주택, 나대지 및 빌

당·상가·사무실 등의 부속토지이다.

주택에 대한 종합부동산세의 납부의무자는 지방세법상의 주택분 재산세 납부의무자로서 국내에 소유하는 주택의 지방세법상 재산세 과세표준의 합계액이 4억 5천만 원을 초과하는 자이고(구 종합부동산세법 제7조 제1항), 지방세법상 재산세 과세표준의 합계액이 4억 5천만 원인 경우 국세청의 기준시가는 이것의 2배에 해당하므로 단 한 채의 주택을 소유한 사람이라고 하더라도 그 가액이 9억 원을 초과하면 모두 종합부동산세의 납부의무자가 되었다.

종합부동산세의 세율은 과세표준 5억 5천만 원 이하 부분은 1,000분의 10, 5억 5천만 원 초과 45억 5천만 원 이하 부분은 1,000분의 20, 45억 5천만 원 초과 부분은 1,000분의 30이고, 과세표준의 인상이나 주택가격의 상승으로 인하여 세액이 급격히 상승하는 것을 방지하기 위하여 50%의 상한선을 정하여 당해 연도의 주택에 대한 재산세액 상당액과 종합부동산세액 상당액의 합계액이 전년도에 당해세액 상당액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액이 없는 것으로 하고 있다(구 종합부동산세법 제9조, 제10조).

토지는 나대지와 같이 종합합산 과세대상인 경우에는 당해 토지에 대한 지방세법상 재산세 과세표준액이 3억 원, 사업용 토지와 같이 별도합산 과세대상인 경우에는 당해 토지에 대한 지방세법상 재산세 과세표준의 합계액이 20억 원을 각 초과하는 때에 납세의무자가 되며(구 종합부동산세법 제13조), 그 세율은 종합합산 과세대상인 경우 과세대상 7억 원 이하 부분은 1,000분의 10, 7억 원 초과 47억 원 이하 부분은 1,000분의 20, 47억 원 초과 부분은 1,000분의 40으로 하고, 별도합산 과세대상인 경우 과세표준 80억 원 이하 부분은 1,000분의 6, 80억 원 초과 480억 원 이하 부분은 1,000분의 10, 480억 원 초과 부분은 1,000분의 16으로 각 규정하고 있다(구 종합부동산세법 제14조).

그리고 주택의 경우와 같은 취지에서 토지에 대한 종합부동산세의 경우에도 50%의 세액 상한을 설정하고 있다(구 종합부동산세법 제15조).

한편, 종합부동산세액 중 지방세인 재산세로 이미 부과된 부분은 이를 종합부동산세에서 공제하도록 하여 동일한 과세대상에 대하여 지방세로, 다시 국세로 과세하는 결과를 사전에 방지하고 있다(구 종합부동산세법 제9조, 제14조).

(다) 구 종합부동산세법의 개정

구 종합부동산세법의 조기 시행 등 여러 가지의 부동산 정책에도 불구하고 부동산 시장이 안정되지 아니하자 다시 2005. 12. 31. ‘8·31 부동산 종합대책’

판례집 20-2(하)

의 일환으로 구 종합부동산세법을 개정하여, 주택 및 비사업용 토지에 대한 종합부동산세의 과세기준 금액을 주택은 공시가격 9억 원에서 6억 원으로, 비사업용 토지는 공시가격 6억 원에서 3억 원으로 하향 조정하고(개정 종합부동산세법 제7조 제1항, 제12조 제1항), 과세표준 적용율을 2005년 현재 50%에서 2006년 70%, 2007년 80%, 2008년 90%, 2009년 100% 등으로 연차적으로 인상하며(개정 종합부동산세법 제9조 제2항, 제14조 제2항), 전년 대비 세부담의 상한을 150%에서 300%로 상향조정하고(개정 종합부동산세법 제10조, 제15조 제1항), 과세 방법을 인별 합산에서 세대별 합산 방식으로 전환하였으며(개정 종합부동산세법 제7조 제1항, 제12조 제1항), 주택에 대한 세율 체계를 종전의 3단계 초과누진율 체계(공시가격 9억 원 초과 20억 원 이하 부분은 1%, 20억 원 초과 100억 원 이하 부분은 2%, 100억 원 초과 부분은 3%)에서 진입단계의 1단계가 추가된 4단계의 초과누진율 체계(공시가격 6억 원 초과 9억 원 이하 부분은 1%, 9억 원 초과 20억 원 이하 부분은 1.5%, 20억 원 초과 100억 원 이하 부분은 2%, 100억 원 초과 부분은 3%)로 변경하는 등(개정 종합부동산세법 제9조 제1항) 주택 및 비사업용 토지에 대한 종합부동산세의 과세를 강화하였다.

(3) 종합부동산세의 법적 성격

종합부동산세는 종합부동산세법상 과세기준일인 매년 6월 1일 현재 일정한 가액을 초과하는 주택과 토지 등 부동산을 소유하는 자에 대하여 그 부동산 가액을 과세표준으로 삼아 과세하는 세금으로서(종합부동산세법 제3조, 지방세법 제190조, 종합부동산세법 제7조, 제8조, 제12조, 제13조), 일정한 재산의 소유라는 사실에 담세력을 인정하여 부과하는 재산보유세의 일종이라 할 것이나, 일부 과세대상 부동산으로부터 발생하는 수익에 대하여 부과하는 수익세적 성격도 포함하고 있는 것으로 이해되고 있다.

한편, 종합부동산세법 제1조는 “이 법은 고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하여, 고액의 부동산 보유에 대하여 중과세함으로써 국가재정 수요의 충당 이외에 부동산의 과도한 보유 및 투기적 수요 등을 억제하여 부동산 가격을 안정시키고자 하는 유도적·형성적 기능을 가진 정책적 조세로서의 성격도 함께 지니고 있음을 밝히고 있다.

나. 종합부동산세제도와 관련한 헌법적 쟁점

(1) 이중과세의 문제

(가) 재산세와의 관계

종합부동산세법상 종합부동산세의 세액은 과세대상 부동산에 대하여 재산세로 부과된 세액을 공제하여 산출하기 때문에(구 종합부동산세법 제9조 후단, 제14조 제1항 후단, 개정 종합부동산세법 제9조 제3항, 제14조 제3항), 결국 동일한 과세대상 부동산이라고 할지라도 지방자치단체에서 재산세로 과세되는 부분과 국가에서 종합부동산세로 과세되는 부분이 서로 나뉘어져 재산세를 납부한 부분에 대하여 다시 종합부동산세를 납부하는 것이 아니므로, 종합부동산세와 재산세 사이에 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다.

(나) 양도소득세와의 관계

종합부동산세는 전국의 모든 과세대상 부동산을 과세물건으로 하여, 소유자별 내지 세대별로 합산한 '부동산가액'을 과세표준으로 삼는 보유세의 일종으로, 양도차익이라는 '소득'에 대하여 과세하는 양도소득세와는 각각 그 과세의 목적 또는 과세 물건을 달리하므로, 여기에 이중과세의 문제는 발생하지 아니한다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 98 참조).

(2) 소급입법 과세의 문제

헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”고 하고, 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있는데, 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거에 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하는 것이므로, 새로운 입법으로 과거에 소급하여 과세하거나 이미 납세의무가 존재하는 경우에 소급하여 중과세하는 것은 이에 위반된다(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바99, 공보 140, 746, 750-751).

그런데, 구 종합부동산세법 부칙 제2조는 구 종합부동산세법이 그 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용됨을 명백히 규정하고 있으므로, 구 종합부동산세법이 시행된 후 과세기준일 현재 과세대상 부동산에 대하여 종합부동산세를 부과하는 것을 두고 소급입법에 의한 과세라고 하기는 어렵다.

(3) 미실현 이득에 대한 과세 및 원본잠식의 문제

앞서 본 바와 같이, 종합부동산세는 본질적으로 부동산의 보유사실 그 자체에 담세력을 인정하고 그 가액을 과세표준으로 삼아 과세하는 것으로서, 일부 수익세적 성격이 있다 하더라도 미실현 이득에 대한 과세의 문제가 전

판례집 20-2(하)

면적으로 드러난다고 보기 어렵고, 미실현 이득에 대한 과세 자체도 과세 목적, 과세소득의 특성, 과세기술상의 문제 등을 고려하여 판단할 입법정책의 문제일 뿐, 헌법상의 조세개념에 저촉되거나 그와 양립할 수 없는 모순이 있는 것으로는 보이지 아니한다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 96-97 참조).

또한 종합부동산세가 부동산의 보유사실 그 자체에 담세력을 인정하여 이에 대하여 과세한다는 점을 고려할 때, 그 부과로 인하여 원본인 부동산가액의 일부가 잠식되는 경우가 있다 하더라도 그러한 사유만으로 곧바로 위헌이라 할 수는 없을 것이다.

다만, 종합부동산세의 부과로 인한 재산권의 침해 여부와 관련하여 뒤에서 보는 바와 같이, 종합부동산세의 정책 목적, 1인 또는 1세대당 평균세액, 세액 단계별 납세자 및 납세액의 분포, 부동산 가격 대비 조세부담율 등을 종합할 때, 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 원칙적인 처분 권한을 여전히 부동산 소유자에게 남겨 놓는 한도 내에서 재산권을 제한하는 것인지, 또는 매년 종합부동산세를 부과하여 비교적 짧은 기간 내에 사실상 부동산가액 전부를 조세 명목으로 징수하게 됨으로써 그 재산권을 사실상 무상으로 몰수하는 효과를 가져 오는지 여부 등에 따라 헌법상 재산권 보장의 원칙에 위배되는지 여부가 결정되어질 것이다(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 245-247 참조).

(4) 자치재정권 침해의 문제

(가) 지방자치단체의 자치권은 자치입법권·자치행정권·자치재정권으로 나눌 수 있고, 자치재정권은 지방자치단체가 재산을 관리하여 재산을 형성하고 유지할 권한을 의미하며, 이에 따라 지방자치단체는 행정목적의 달성을 위하여 또는 공익상 필요한 경우에는 재산을 보유하거나, 특정한 자금의 운용을 위한 기금을 설치할 수 있고(지방자치법 제142조), 자치에 필요한 경비를 주민에게 조세로서 부과하거나(지방자치법 제135조), 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대하여 사용료를 징수하는 등(지방자치법 제136조)의 권한을 가진다.

이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한되나, 다만 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다(헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170, 182-183).

(나) 그런데, 종합부동산세는 전국에 산재하는 부동산을 인별로 합산하여 누진세율을 적용하여야 하기 때문에 이에 대한 부과·징수는 전국적인 통일·조정을 요하는 사무 내지는 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로는 감당하기 어려운 사무로서 지방자치법 제11조 소정의 국가사무에 해당한다고 볼 수 있고, 우리나라와 같이 부동산 가격의 지역별 편차가 심하고 이러한 지역별 편차가 중앙정부 차원의 거점중심 개발을 추진한 결과와 밀접한 연관이 있는 경우에 종합부동산세를 부동산 보유세라는 이유로 지방자치단체의 세수로 한다면 결국 부동산 가격의 차이로 인하여 지방자치단체 사이에 심각한 재정 불균등 문제를 야기하여 오히려 지방자치 제도의 정착에 큰 문제를 초래할 수 있으며, 종합부동산세를 재원으로 지방자치단체의 예산으로 교부되어 재정여건이 어려운 지방자치단체의 일반재원으로 사용되고 있을 뿐만 아니라, 부동산 보유세가 그 속성으로 응익성을 가진다 하더라도 반드시 지방세로 하여야 하는지는 의문이 있고, 일본의 지가세, 영국의 비주거용 재산세, 독일의 재산세 등과 같이 부동산 보유세를 국세로 부과한 입법례도 있는 점을 종합하여 볼 때, 부동산 보유세의 본질을 명백히 국세나 지방세 어느 하나에 해당되는 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 부동산 보유세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 입법정책의 문제에 해당된다 할 것이다.

(다) 따라서 입법정책상 종합부동산세법이 부동산 보유세인 종합부동산세를 국세로 규정하였다 하더라도 이를 두고 지방자치단체의 자치재정권의 본질을 훼손하는 것이라고 보기는 어렵다 할 것이므로, 종합부동산세를 국세로 규정한 종합부동산세법(여기에서도 2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것을 말한다) 제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분(이하 ‘이 사건 국세 규정’이라 한다)은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

#### (5) 헌법 제119조 위반의 문제

2007헌바71 사건의 청구인은, 헌법 제119조는 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 경우에도 ‘소득의 분배’는 할 수 있으나, ‘자산의 분배’에는 개입할 수 없음을 선언하고 있는데도 구 종합부동산세법은 자산의 원본인 주택에 고율의 종합부동산세를 부과함으로써 이를 점진적으로 몰수하게 되어 헌법 제119조에 위반된다고 주장한다.

그런데, 조세의 부과에 있어 자산의 보유사실 그 자체에 착안하여 과세되는 재산세 등과 같은 보유세에 관하여 그 부과 자체는 일반적으로 헌법상 정당

판례집 20-2(하)

한 것으로 인정되고, 다만, 보유세 부과와 범위 내지 한계가 문제될 따름이다.

그리고 헌법 제119조 제2항이 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정한 것은, 보유세 부과 그 자체를 금지하는 취지로 보이지 아니하고, 또한 뒤에서 보는 바와 같이 주택 등에 대하여 매년 종합부동산세가 부과된다고 하더라도 그 자산의 원본 자체를 몰수하게 되는 것이라고 보기도 어려우므로, 이와 다른 전제에서 헌법 제119조 위반을 탓하는 위 청구인의 주장은 받아들일 수 없다 할 것이다.

(6) 헌법상 체계정당성 원리 위반의 문제

2007헌바71 사건의 청구인은, 종합부동산세가 재산세에 대한 구 조세특례제한법(2005. 12. 31. 법률 제7839호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 조세특례법’이라 한다) 제2조 제1항 제8호 소정의 중과세 특례인데도 구 조세특례법 제3조 제1항에 구 종합부동산세법이 열거되어 있지 아니하여 중과세 특례의 근거법률이 될 수 없으므로, 구 종합부동산세법은 헌법상 체계 정당성의 원리에 반한다고 주장한다.

그러나, 구 종합부동산세법에서 규정하고 있는 종합부동산세는 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격 안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하여, 일정 가액 이상의 토지 및 부동산만을 대상으로 일정액을 초과하는 가액을 과세표준으로 하여 별도의 세율로 부과되는 국세로서, 지방세인 재산세와는 별개의 독립된 조세라고 할 것이므로, 이를 두고 재산세에 대한 구 조세특례법 제2조 제1항 제8호 소정의 중과세 특례라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 종합부동산세가 재산세나 다른 조세와의 관계에서도 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순된다고 보기도 어려우므로, 입법 체계의 정당성에 위반된다고 할 수 없다.

(7) 입법권 남용의 문제

2007헌바71 사건의 청구인은, 종합부동산세법은 국가의 세입재원을 확보하기 위한 것으로서 그 입법에 있어서는 정부가 입안·제출하는 방식을 취하여야 함에도 국민에 대한 중과세를 견제하여야 할 국회가 의원발의 형식으로 입법하였으므로, 입법권의 남용에 해당된다고 주장한다.

그러나 조세 관련 법률이라 하여 정부가 제출하는 방식으로 입법하여야 한다는 헌법적인 관행이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 헌법 제40조에 의하면 입법권은 본래 국회에 속하는 것이므로, 종합부동산세법이 비록 국회의원이 제출하는 형식으로 입법되었다 하여 이를 들어 입법권의 남용이라 하기도 어렵다 할 것이다.

다. 세대별 합산과세와 헌법 제36조 제1항 위반 여부

(1) 세대별 합산과세 관련규정의 확정 및 헌법상의 쟁점

(가) 2008헌가12 사건의 제청법원은 개정 종합부동산세법 제7조 제1항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제2, 3항, 제12조 제1항 제1호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항(이하 ‘이 사건 세대별 합산규정’이라 한다)과 함께 제8조 제1항 중 ‘납세의무자별로’ 부분과 제13조 제1항 중 ‘납세의무자별로’ 부분에 대하여서까지 위헌심판을 제청하고 있다.

그러나, 종합부동산세의 과세방법이 ‘인별 합산’에서 ‘세대별 합산’으로 변경된 것은 개정 종합부동산세법 제8조 제1항 및 제13조 제1항 중 각 ‘납세의무자별로’ 부분과 관계없이 이 사건 세대별 합산규정에 의한 것이고, 개정 종합부동산세법 제8조 제1항 및 제13조 제1항 중 각 ‘납세의무자별로’ 부분은 종합부동산세의 과세방법이 ‘인별 합산’인지, ‘세대별 합산’인지와 상관없이 과세표준을 산정하는 방법을 명확히 하고 있는 기술적인 규정으로, 인별 합산에 의한 과세방법을 취하였던 구 종합부동산세 당시부터 규정되어 있었던 점 등을 볼 때, 이 사건 세대별 합산규정의 위헌여부에 따라 종합부동산세의 과세방법이 ‘인별 합산’인지, ‘세대별 합산’인지가 결정되고, 이로 인하여 과세표준액과 세율이 달라질 뿐, 개정 종합부동산세법 제8조 제1항 및 제13조 제1항 중 각 ‘납세의무자별로’ 부분은 종합부동산세의 세대별 합산과세 방법을 규정하는 것이 아니므로, 이들 조항은 개정 종합부동산세법상의 세대별 합산과세 관련규정에서 제외함이 상당하다.

(나) 이 사건 세대별 합산규정에 의하면, 개인의 경우 주택 및 종합합산 과세대상 토지(이하 ‘주택 등’이라 한다)에 대하여 세대별로 소유하고 있는 과세대상의 공시가격을 합산하여 과세기준 금액을 계산하고, 그 과세기준 금액이 주택의 경우 6억 원, 종합합산 과세대상 토지의 경우 3억 원을 초과할 경우에는 계산된 과세표준에 따라 개정 종합부동산세법 제9조 제1항, 제14조 제1항 등의 규정에 의하여 누진적 세율이 적용되며, 이 경우 1세대에 속하는 자 중 주된 주택 등 소유자가 종합부동산세의 납세의무자가 되고 기타의 세대원은

판례집 20-2(하)

그가 소유한 주택 등의 공시가격을 한도로 주된 주택소유자와 연대하여 납부할 의무가 있다.

그리고 여기에서 ‘세대’라 함은 주택 등의 소유자 및 그 배우자가 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족, 즉 소유자와 그 배우자의 직계 존비속(그 배우자를 포함한다) 및 형제자매와 함께 구성하는 1세대를 말한다(개정 종합부동산세법 제2조 제8호, 같은 법 시행령 제1조의 2 제1항, 제2항).

따라서 혼인한 부부나 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족과 함께 구성된 1세대에 속하는 자는 이와 같이 혼인을 하였다거나 가족과 함께 세대를 구성하였다는 사유만으로 세대원들이 소유한 주택 등의 공시가격이 세대원 중 주된 주택 등 소유자의 공시가격에 합산됨으로써 개인별로는 과세대상이 아니었다가 과세대상으로 되거나 합산 전의 경우보다 과세표준액이 증가되어 일반적으로 더 높은 누진세율을 적용받는데다가, 연대납부 의무를 부담하기 때문에, 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 더 많은 조세를 부담하게 된다.

결국 이 사건 세대별 합산규정에 의하여 혼인한 부부 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 더 많은 조세를 부과하는 것이 혼인과 가족생활을 특별히 더 보호하도록 한 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부가 문제된다 할 것이다.

(2) 헌법 제36조 제1항의 의미와 심사기준

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 불이익을 주지 않을 것을 명하고 있고, 이는 적극적으로 적절한 조치를 통하여 혼인과 가족을 지원하고 제3자에 의한 침해로부터 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제와, 소극적으로 불이익을 야기하는 제한 조치를 통하여 혼인과 가족생활을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함하는 것이다.

이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지의 명령은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 결합하여 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 보호하고자 하는 목적을 지니고 있고, 따라서 특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36

조 제1항에 위반된다 할 것이다.

이는 단지 차별의 합리적인 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이에 적절한 비례적 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사하여야 한다는 것을 의미하고(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403 ; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조), 위와 같은 헌법원리는 조세 관련 법령에서 과세단위를 정하는 것이 입법자의 입법형성의 재량에 속하는 정책적 문제라고 하더라도 그 한계로서 적용되는 것이다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 600 참조).

(3) 이 사건 세대별 합산규정의 헌법 제36조 제1항 위반 여부

(가) 입법 목적의 정당성

이 사건 세대별 합산규정은 부동산과 관련하여 경제생활의 바탕을 개인이 아닌 부부 등 가족으로 구성된 세대라고 보고 이를 과세단위로 삼아 종합부동산세를 부과함으로써 생활실태에 부합하는 과세를 실현하고, 개정 전 종합부동산세가 인별 기준으로 부과되는 점을 이용하여 세대원 간에 과세대상 부동산의 증여 등으로 소유권을 인위적으로 분산함으로써 과세기준 금액과 누진세율의 차이에 따라 조세를 회피하려는 것을 방지하고자 하는 목적을 지니고 있으므로, 그 입법 목적의 정당성은 수긍할 수 있다.

(나) 차별 취급의 적합성 여부

그러나, 가족 간의 증여를 통하여 재산의 소유 형태를 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있었다고 단정할 수 없고, 배우자가 혼인 전부터 소유하고 있던 부동산이나 가족이 세대를 구성하기 전부터 소유하고 있던 부동산 또는 가족이 자신의 자금으로 취득한 부동산 등은 조세회피를 목적으로 명의를 분산한 것이라고 할 수 없으며, 정당한 증여의 의사에 따라 상속세 및 증여세법에 규정된 최고세율이 50%에 달하는 증여세를 부담하고 부동산 등의 소유권을 배우자 등 가족에게 이전한 경우에도 이러한 법률관계를 형성하는 것 또한 국민의 권리에 속하는 것이라 할 것이다.

또한, 우리 민법은 부부별산제를 채택하여 일방이 혼인하기 전부터 가지고 있던 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 특유재산으로 부부가 각자 관리·사용·수익하고(민법 제830조 제1항, 제831조), 예외적으로 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산만을 부부의 공유로 추정할 뿐이며(민법 제830조 제2항), 더욱이 배우자를 제외한 가족의 재산까지 공유로 추정한다는 어떠한 근거규정도 없을 뿐만 아니라 공유재산이라고 하여 당연

판례집 20-2(하)

히 개인단위가 아닌 세대별로 합산하여 과세할 논리적 당위성도 없다 할 것인데도, 부동산을 소유한 배우자 등 가족이 1세대를 구성하였다는 이유만으로, 종합부동산세의 부담에 있어 그 과세기준 금액과 누진세율 구조상 그 불이익이 더욱 커지게 되는 상황에서 이 사건 세대별 합산규정에 따라 부부 일방 또는 가족인 세대원의 특유재산까지 세대별로 합산하여 과세대상으로 삼고, 여기에 누진세율까지 적용하는 것은 그 입법 목적을 고려하더라도 헌법 제36조 제1항의 헌법원리에 비추어 적절한 방법이라 할 수 없다.

더욱이 투기 등으로 인한 부동산 가격의 앙등은 통화량의 팽창에 의한 수요, 주택 등의 수요·공급 원리, 경제정책의 실패 등이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세제의 불비 때문에 발생하는 것만이 아닌데도, 부동산 가격의 안정 등의 입법 목적을 달성하기 위하여 헌법 제36조 제1항의 규정 취지와는 부합하기 어려운 이 사건 세대별 합산규정까지 그 수단으로 삼는 것은 적절하다고 보기 어렵다.

이미 헌법재판소는 자산소득에 대하여 부부간 합산과세를 하던 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정되기 전의 것) 제61조 및 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전부 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전부 개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호에 대하여, 혼인한 부부를 사실혼 관계의 부부나 독신자에 비하여 차별 취급하는 것으로서 헌법상 정당화 되지 아니하므로 헌법 제36조 제1항에 위반된다는 이유로 위헌임을 선언한 바 있다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170 ; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592).

또한 부동산은 물론 다른 재산의 대부분은 예외적으로 상속이나 증여에 의하여 취득한 경우를 제외하면 그 취득자가 경제활동을 통하여 얻은 세후 소득의 저축이 그 원본이므로 소득과 재산은 서로 불가분의 밀접한 관계를 형성하고 있고, 또 보유세는 재산보유 사실 자체에 과세하는 것으로서 재산운용으로 인한 수익이 없을 경우 소득으로 납부할 수밖에 없어, 소득에 대하여는 합산과세하지 못하면서 재산의 보유에 대하여만 세대별로 합산과세할 수 있다고 볼 수는 없는 것이다.

(다) 차별취급의 필요성 여부

이 사건 세대별 합산규정이 추구하는 인위적인 자산 분산에 의한 조세회피의 방지라는 목적은 반드시 주택 등의 공시가격을 세대별로 합산하는 방법을 통해서만 달성할 수 있는 것이 아니다.

‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)은 조세 포탈 목적으로 배우자에게 명의신탁을 한 경우를 비롯하여 명의신탁 약정을 무효라고 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 위반에 대하여는 부동산 가액의 30%에 해당하는 금액의 범위 안에서 과징금을 부과하도록 하고 있고(부동산실명법 제3, 4, 5, 8조), 상속세 및 증여세법상의 배우자 또는 직계존비속에 대한 양도 시의 증여 추정규정(상속세 및 증여세법 제44조)에 의하면 경우에 따라 최고세율 50%의 증여세에다 취득세와 등록세도 함께 부담하도록 되어 있는 등 상당히 무거운 제재를 가하고 있으므로, 이러한 규정을 통해서도 조세회피의 방지라는 입법 목적을 충분히 달성할 수 있으며, 투기 목적의 부동산 소유에 대하여는 개인단위 합산과세로도 충분히 대처할 수 있는 것이므로, 이 사건 세대별 합산규정이 반드시 필요한 수단이라고 볼 수는 없다 할 것이다.

또한, 과거 여성들이 주로 가사노동에 종사하고 사회활동 참여가 미미하던 때에 비하여 오늘날 그들의 사회적 지위가 상승하여 맞벌이 부부의 수가 늘어나고, 법률혼 이외에 사실혼 관계의 남녀가 증가하는 등 전통적인 생활양식에도 많은 변화가 일어나고 있는 등, 전통적인 가(家)의 개념이 변화하고 있음을 고려할 때, 혼인한 부부가 사실혼 관계의 부부나 독신자에 비하여 조세 부담에 관하여 불리한 취급을 받아야 할 이유를 찾아보기 어려우며, 더욱이 혼인신고를 하지 않고 동거하는 사실혼 관계의 부부와 혼인한 부부는 경제생활의 단위라는 면에서는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 혼인한 부부에게만 보유세인 종합부동산세를 합산과세한다는 것은 헌법상 정당화되기 어려울 뿐만 아니라, 혼인한 부부나 가족과 함께 세대를 구성한 자에 대한 이러한 차별취급은 혼인을 저해하거나 가정을 해체하는 요인으로 작용할 수 있는 것이 아닌가 하는 염려마저 들게 하므로 이러한 논리는 받아들이기 어렵다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 602 참조).

(라) 법익의 균형성 여부

혼인에 따라 1세대를 구성하는 경우에는 혼인한 날부터 2년 동안은 주택 등을 소유하는 자와 혼인한 자별로 각각 1세대로 보고 있으나(개정 종합부동산세법 시행령 제1조의 2 제4항), 이는 한시적·임시적인 규정으로서 이것만으로 이 사건 세대별 합산규정의 위헌성이 완전히 제거된다고 보기 어렵고, 이 사건 세대별 합산규정으로 인하여 혼인한 부부나 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 가해지는 조세부담의 증가라는 불이익은 이를 통하여 달성하고

판례집 20-2(하)

자 하는 조세회피의 방지 등 공익에 비하여 훨씬 크다 할 것이다.

또한, 이 사건 세대별 합산규정이 추구하는 공익, 즉 인위적인 자산분산에 의한 조세회피의 방지와 경제생활 단위별 과세의 실현 및 부동산 가격의 안정이라는 공익은 헌법상 근거를 두지 않은 입법정책상의 범익에 지나지 아니하는 반면, 이 사건 세대별 합산규정으로 인하여 침해되는 범익은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 혼인과 가족생활을 근거로 한 차별 금지라는 헌법적 가치에 해당하는 것이므로, 범익의 일반적·추상적인 비교 차원에서 보거나, 차별 취급으로 인한 부작용의 면에서 보거나 이 사건 세대별 합산규정은 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적정한 균형관계를 이루고 있다고 보기 어렵다 할 것이다.

(4) 소결론

따라서 개정 종합부동산세법상의 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있으므로, 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

라. 종합부동산세 부과로 인한 재산권 침해 여부

(1) 조세법률주의와 재산권 보장

조세 관련 법률이 헌법 제38조 및 제59조에서 선언하고 있는 조세법률주의의 원칙에 따라 과세요건을 명확히 규정하고 있다 하더라도, 그 법률의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 과잉금지의 원칙 등 헌법상의 제반 원칙에도 합치되어야 하므로(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69등, 판례집 4, 114, 120-121; 헌재 1997. 6. 26. 94헌바38등, 판례집 9-1, 611, 621-622; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바65등, 판례집 14-1, 508, 524-525 각 참조), 조세 관련 법률이 과잉금지 원칙에 어긋나 국민의 재산권을 침해하는 때에는 헌법 제38조에 의한 국민의 납세의무에도 불구하고 헌법상 허용되지 아니하는 것이다(헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38, 49-50).

(2) 심사의 기준

헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권은 사유재산에 관한 사용·수익·처분을 본질로 하고 있기 때문에 조세의 부과·징수로 이에 대하여 중대한 제한을 받게 되는 경우 재산권의 침해가 될 수 있으므로, 국가가 조세를 부과·징수함에 있어서는 재산권의 본질적인 내용인 사적 유용성과 처분권이 납세자에게 남아 있을 한도 내에서만 조세의 부담을 지울 수 있는 것이므로,

비교적 짧은 기간 내에 사실상 부동산 등 사유재산의 가액 전부를 조세의 명목으로 징수하는 셈이 되어 재산권을 무상으로 몰수하는 결과를 초래하여서는 아니 될 것이다(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 238-247 ; 헌재 2008. 7. 31. 2007헌바13, 공보 142, 1067, 1073 참조).

그리고 종합부동산세와 같이 국가재정 수요의 충당에서 더 나아가 부동산 가격안정 등의 적극적인 목적을 추구하는 유도적·형성적 기능을 지닌 정책적 조세에 있어서는 당해 조세가 추구하는 특별한 정책 목적과의 관계에서 그 수단인 조세의 부가가 정책 목적 달성에 적합하고 필요한 한도 내에 그쳐야 할 뿐만 아니라 그 정책 목적에 의하여 보호하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에도 비례관계를 유지하여 과잉금지의 원칙에 어긋나지 않도록 하여야 하는 것이다.

(3) 과잉금지원칙의 위배 여부

(가) 목적의 정당성 및 방법의 적절성

종합부동산세는 부동산 보유에 대한 과세를 강화함으로써 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산 가격을 안정시키려는 데에 그 주된 정책적 목표가 있고, 아울러 징수하는 세액을 지방자치단체에 양여하여 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하는 것으로서, 이러한 입법 목적은 정당하다고 할 것이다.

그리고 일정 가액 이상의 고가의 부동산 보유자에 대하여 그 부동산의 가액에 따라 지방세인 재산세에 비하여 높은 누진세율의 국세를 부과함으로써 부동산에 대한 과도한 보유와 투기적 수요 등을 억제하여 부동산 가격의 안정에도 기여하고, 징수한 세액을 재정이 취약한 지방자치단체에 양여할 수 있을 것이므로, 그 방법의 적절성 또한 수긍할 수 있다.

(나) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

1) 종합부동산세의 세부담 정도

먼저, 종합부동산세법상 주택 및 종합합산 과세대상 토지에 대한 과세표준과 세율로 인한 납세의무자들의 세부담 정도에 관하여 본다.

관련 통계자료에 의하면, 2005년분 종합부동산세의 신고대상은 개인과 법인을 합하여 73,631건으로 전체 재산세 부과건수 약 1,223만 건의 0.6% 정도이고, 그 중 개인이 64,914명으로 전체 인구 4,800만 명을 기준으로 약 0.135%에 해당한다.

개인 신고대상자 64,914명 중 95.6%인 62,089명이 891억 7,900만 원의 종합

판례집 20-2(하)

부동산세를 신고하였고, 신고자 중 100만 원 이하의 세 부담자가 74.14%인 46,038명, 1인당 평균 납세액은 140만 원으로 파악되었다.

종합부동산세를 신고한 개인 62,089명 중 주택에 대하여 34,387명, 토지에 대하여 32,251명이 신고를 하였으며, 법인을 포함한 주택분 신고자 36,441인 중 1주택 보유자는 25.4%인 9,250명이었으며, 상위 10%의 신고인원이 해당 세액에서 차지하는 비율은 주택분이 48.3%, 종합합산 토지분이 94.1%, 별도합산 토지분이 98.3%이었다.

한편, 2006년분 전체 종합부동산세 대상은 개인과 법인을 합하여 346,953건이고, 그 중 개인이 333,952세대로 이는 2005. 8. 30. 통계에 따른 주민등록상 전국 세대수 1,777만 세대의 1.879%에 해당한다.

개인 신고대상자 333,952세대 중 98.2%인 327,797세대가 7,671억 6,900만 원의 종합부동산세를 신고하였고, 신고자 중 100만 원 이하의 세 부담자는 51.6%인 169,175세대, 1세대 당 평균 납세액은 234만 원으로 파악되었고, 종합부동산세를 신고한 개인 327,797세대 중 주택에 대하여 232,027세대, 토지에 대하여 108,501세대가 신고를 하였으며, 법인을 포함한 주택분 신고자 235,317세대 중 1주택 보유자는 29.8%인 70,214세대이었다.

또 상위 10%의 신고인원이 해당 세액에서 차지하는 비율은 주택분이 47.4%, 종합합산 토지분이 86.0%, 별도합산 토지분이 98.3%이다.

그리고 2007년분 종합부동산세의 신고대상은 개인과 법인을 합하여 483,663건이고, 그 중 개인이 469,559세대로 이는 2007. 6. 통계에 따른 주민등록상 전국 세대수 1,855만 세대의 2.531%에 해당한다.

개인 신고대상자 469,559세대 중 99.8%인 468,529세대가 1조 5,731억 1,600만 원의 종합부동산세를 신고하였고, 신고자 중 100만 원 이하의 세 부담자는 40.9%인 191,531세대, 1세대 당 평균 납세액은 336만 원으로 파악되었고, 종합부동산세를 신고한 개인 468,529세대 중 주택에 대하여 377,972세대, 토지에 대하여 113,709세대가 신고를 하였으며, 법인을 포함한 주택분 신고자 381,636세대 중 1주택 보유자는 40.1%인 152,969세대이었다.

또 상위 10%의 신고인원이 해당 세액에서 차지하는 비율은 주택분이 49.1%, 종합합산 토지분이 83.6%, 별도합산 토지분이 97.4%이다.

그리고 구 종합부동산세법 시행 당시인 2005년부터 개정 종합부동산세법 시행이후인 2007년까지의 주택 및 종합합산 과세대상 토지에 대한 종합부동산세 부담내용의 대강은 아래 표와 같은데, 다만 이 표의 세액과 부담률은 과

현재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

세표준 계산시의 감면률을 적용하지 않고, 또 재산세를 공제하지 않았으며, 농어촌특별세를 고려하지 않은 상태에서 계산된 것이다.

< 주택분 종합부동산세 부담의 대강 >

{① 주택가격 : 공시가격, ② 부담률 : 가격 대비, ③ 인원(개인+법인) 및 세액 누적 : 신고 현황 기준으로 해당 주택가격 미만의 누적분}

년 도	주택가격	과세표준	세율 (%)	세 액	부담률 (%)	인원 누적 (%)	세액 누적 (%)
2005년	10억 원	5,000만 원	1	50만 원	0.05	36.2	4.2
	15억 원	3억 원	1	300만 원	0.2	86.0	37.7
	25억 원	8억 원	2	1,050만 원	0.402	97.7	62.2
	101억 원	46억 원	3	8,700만 원	0.861	99.8	81.4
2006년	9억 원	3억 원	1	210만 원	0.233	63.0	18.5
	10억 원	4억 원	1.5	315만 원	0.315	72.2	26.6
	15억 원	9억 원	1.5	840만 원	0.560	92.1	59.5
	25억 원	19억 원	2	2,065만 원	0.826	98.8	84.0
2007년	101억 원	95억 원	3	12,775만 원	1.265	100.0	96.2
	9억 원	3억 원	1	240만 원	0.267	58.3	13.9
	10억 원	4억 원	1.5	360만 원	0.360	68.3	21.1
	15억 원	9억 원	1.5	960만 원	0.640	89.3	51.2
	25억 원	19억 원	2	2,360만 원	0.944	98.3	81.5
	101억 원	95억 원	3	14,600만 원	1.446	100.0	97.1

<종합합산과세 대상 토지분 종합부동산세 부담의 대강>

{① 토지지가 : 공시가격, ② 부담률 : 지가 대비, ③인원(개인+법인) 및 세액 누적 : 신고 현황 기준 해당지가 미만의 누적분}

년도	토지지가	과세표준	세율 (%)	세 액	부담률 (%)	인원 누적 (%)	세액 누적 (%)
2005년	10억 원	2억 원	1	200만 원	0.20	54.1	1.7
	20억 원	7억 원	1	700만 원	0.35	84.4	5.7
	50억 원	22억 원	2	3,700만 원	0.74	95.8	14.4
	100억 원	47억 원	2	8,700만 원	0.87	98.2	22.4
	200억 원	97억 원	4	28,700만 원	1.44	99.2	33.1

판례집 20-2(하)

년도	토지지가	과세표준	세율 (%)	세액	부담률 (%)	인원누적 (%)	세액누적 (%)
2006년	10억 원	7억 원	1	490만 원	0.49	81.6	10.1
	20억 원	17억 원	2	1,190만 원	0.60	93.8	18.0
	50억 원	47억 원	2	5,390만 원	1.08	98.4	29.8
	100억 원	97억 원	2	12,390만 원	1.24	99.3	37.7
	200억 원	197억 원	4	40,390만 원	2.02	99.7	48.8
2007년	10억 원	7억 원	1	560만 원	0.56	81.1	10.6
	20억 원	17억 원	2	1,360만 원	0.68	93.6	19.0
	50억 원	47억 원	2	6,160만 원	1.23	98.3	30.7
	100억 원	97억 원	2	14,160만 원	1.42	99.3	38.8
	200억 원	197억 원	4	46,160만 원	2.31	99.7	49.3

이상에서 살펴 본 바와 같이, 전체 재산세 납세의무자나 인구, 세대 중 종합부동산세의 납세의무자가 차지하는 비율, 1인당 또는 1세대당 평균세액, 세액 단계별 납세자 및 납세액의 분포, 부동산 가격 대비 조세부담률(2005년 주택분은 97.8%의 누적인원에서 0.402% 이하, 종합토지분은 95.8%의 누적인원에서 0.74% 이하, 2006년 주택분은 98.8%의 누적인원에서 0.826% 이하, 종합토지분은 93.8%의 누적인원에서 0.60% 이하, 2007년 주택분은 98.3%의 누적인원에서 0.944% 이하, 종합토지분은 93.6%의 누적인원에서 0.68% 이하), 직전년도 총세액 부담액에 대한 150% 내지 300%의 세액 상한의 설정 등에 비추어 보면, 종합부동산세법이 규정한 조세의 부담은 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 원칙적인 처분권한을 여전히 부동산 소유자에게 남겨 놓는 한도 내에서의 재산권의 제한이고, 위 가격 대비 부담률에 비추어 보면, 매년 종합부동산세가 부과된다고 하더라도 상당히 짧은 기간 내에 사실상 부동산가액 전부를 조세 명목으로 무상으로 몰수하는 결과를 가져 오게 되는 것이라고 보기도 어려우므로(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 238-247 참조), 이와 같은 종합부동산세의 과세표준 및 세율로 인한 납세의무자의 세부담의 정도는 종합부동산세의 입법 목적에 비추어 일반적으로는 과도하다고 보기 어려운 것이어서 입법재량의 범위를 일탈하였다고 단정할 수는 없을 것이다.

2) 주택보유 정황과 과세 감면의 필요성

그러나, 부동산 특히 주택의 가격 급등을 해소하기 위한 대책으로 종합부

동산세법이 일정액 이상의 고가 주택 보유자에게만 누진세율에 따른 종합부동산세를 부과함으로써 주택에 대한 과도한 보유 및 투기적 수요 등의 억제 를 통하여 가격의 안정이라는 정책 목적을 추구함에 있어서는 주택이 지니는 다음과 같은 헌법적 인 의미 및 특성이 별도로 고려되어야 할 것이다.

먼저, 헌법 제35조 제3항은 “국가는 주택개발 정책 등을 통하여 모든 국민 이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”고 규정하여 국민 개개 인의 쾌적한 주거생활이 국가의 중요한 정책목표가 될 만큼의 보호가치가 있 음을 천명하고 있다.

또한 일반 토지는 생산이나 영업 활동에 주로 이용되고 원칙적으로 생산이 나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있는데 비하여, 주택은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진 개인의 주거로서 쾌적한 주거생활을 통하여 행복을 추구 할 권리를 실현할 장소로 필수 불가결할 뿐만 아니라 합리적인 주택공급 정 책의 수단을 통하여도 국민의 주거생활 안정을 도모할 수 있을 것이므로, 주 택의 가격안정을 목적으로 보유 주택의 가액을 기준으로 재산세에 더하여 종 합부동산세를 부과할 것인지 여부나 그 범위 및 정도를 결정함에 있어서는 주택의 보유 동기나 기간 등의 정황도 감안하여 주택을 통한 인간으로서의 존엄성과 행복추구권의 적절한 실현도 가능하게 하면서 동시에 타인의 주거 생활 안정을 가능하게 하는 선에서 보다 신중하게 그 과세기준이 결정되어야 할 것이다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 315-316 참조).

나아가 주택의 가격을 기준으로 고액의 주택을 보유한 자를 정책 집행의 대상으로 삼아 주택가격을 안정시키려는 수단의 선택은, 주택의 면적이나 보 유수를 기준으로 하여 정책적 효과를 집중시킴으로써 주택가격을 안정시키려 는 수단의 선택보다도 더 엄격한 헌법적 심사의 기준에서 이루어져야 할 것 이다.

왜냐하면 주택의 면적이나 보유수는 바로 타인에 대한 주택 공급의 장애요 인으로 작용함으로써 비교적 쉽게 일정한 면적 또는 보유수를 넘는 주택 보 유를 투기적이거나 투자에 비중을 둔 수요로 간주하고 이에 대하여 주택의 가격안정을 위한 규제의 필요성을 인정할 수 있지만, 주택가격의 고저의 문제 는 주택의 면적, 입지, 주변의 교육·생활·교통의 여건 등 제반사정이 모두 결합하여 나타나는 것이므로 이를 지표로 하여 정책집행 대상으로 삼는 것은 개별적이고 구체적인 사정에 따라 입법 목적의 범위를 넘어 정책적 효과가 과다하게 또는 심대하게 정책의 집행대상자에게 미칠 위험성을 다분히 내포

판례집 20-2(하)

하고 있기 때문이다.

그런데도 종합부동산세법은 주택에 대하여 종합부동산세를 부과함에 있어 통상의 정책적 과세와는 달리 추구하는 정책적 목적이 내포되는 행위를 개별적으로 규정하지 아니하고 일정 가액 이상의 주택을 보유하고 있다는 사실을 투기적이거나 투자에 비중을 둔 수요의 징표로 삼아 그 보유의 동기나 기간 등 구체적인 보유 정황을 묻지 않고 일률적으로 그리고 무차별적으로 과세함으로써 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위나 이로 인하여 납세자의 주거생활에 미치는 영향을 가늠하여 보지도 아니한 채 정책적 효과의 측면만을 강조하고 있다.

그리고, 이와 같은 사정은 과세기준 가액 이상의 주택을 보유하는 자라고 하더라도, 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세 지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등의 경우에 두드러지게 나타난다 할 것이다.

먼저, 주거 목적으로 한 채의 주택을 일정한 기간 이상 보유하는 자의 경우는, 주택을 단지 생활의 필수 불가결한 터전으로 삼아 거주하는 동안 자신의 의사와는 무관한 사회·경제적인 요인으로 주택가격이 상승함에 따라 과세기준 가액 이상의 주택을 보유하게 되었을 뿐, 투기적이거나 투자의 동기에서 당해 주택을 보유하게 되었다고 보기 어려워 주택가격의 상승에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 주택가격의 상승으로 인하여 자산가치가 증가하는 때에도 이는 명목상·계산상의 것에 지나지 아니하고, 따라서 그 보유기간이 상당한 기간을 지나 장기화되면 될수록 과도한 보유 및 투기적 수요 등의 억제를 통한 주택가격의 안정이라는 정책의 집행이 필요한 대상으로서의 성격이 점차 희박해지거나 소멸된다 할 것이다.

그리고, 이렇듯 주거 목적으로 한 채의 주택을 일정한 기간 이상 보유하는 자에게는 보유기간이 장기화됨에 따라 당해 주택이 쾌적한 주거생활을 실현하고 행복을 추구할 장소로서 가지는 의미가 큰 비중을 차지하게 될 것이므로, 그 주택 보유에 대한 규제가 당해 보유자를 포함한 가족에게 미치는 불리한 영향은 다른 주택 보유자에 비할 수 없을 만큼 클 것으로 보인다.

또한, 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수

입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등의 경우에도 투기적인 목적으로 당해 주택을 보유하게 되었다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 주택 가격의 상승으로 인한 자산가치의 증가분은 명목상·계산상인 것에 지나지 아니하는 경우가 대부분이어서 그 가격 상승이 실질적인 조세지불 능력의 증가로 이어지지 아니하고, 더욱이 외국에 비하여 가처분 소득 대비 주택 가격이 매우 높은 우리의 실정까지 감안하면, 이들에 대해서까지 부동산 시장에서의 주택가격 상승분을 매년 그대로 반영하여 확일적으로 주택 가액을 기준으로 종합부동산세를 부과하는 것은, 사실상 과세대상인 주택의 처분을 강요하는 것에 다를 바 없어 주택이 개인의 주거로서 가지는 특수한 의미에 비추어 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 종합부동산세의 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 현재의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어서는 그 보유의 동기나 기간, 조세 지불능력 등과 같이 정책적 과세의 필요성 및 주거생활에 영향을 미치는 정황 등을 고려하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 할 것임에도 이와 같은 주택 보유의 정황을 고려하지 아니한 채 다른 일반 주택 보유자와 동일하게 취급하여 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 결과적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것은, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 과도하게 주택 보유자의 재산권을 제한하는 것으로서 피해의 최소화 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.

### 3) 종합합산 과세대상 토지에 대한 종합부동산세의 당부

이와 달리, 종합합산 과세대상인 토지에 대한 종합부동산세는, 매년 종합부동산세가 반복적으로 부과되어 재산권에 대한 제한이 있다 하더라도 앞서 본 바와 같은 종합부동산세 납세의무자의 세부담의 정도 및 주택과는 또 다른 토지의 특수성, 즉 토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지 면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 데다가 토지 소유의 편중 현상마저 심각한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있는 등 그 사회적인 기능

판례집 20-2(하)

에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다를 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체적인 이익이 보다 더 강하게 관철될 것이 요구된다는 점 등을 종합하면, 부동산에 대한 과도한 보유 및 투기적 수요 등을 억제함으로써 부동산의 가격안정을 꾀하며, 징수한 종합부동산세의 지방양여를 통하여 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전을 도모함으로써 얻을 수 있는 공익이 보다 크다고 할 것이므로, 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보기는 어렵다 할 것이다.

(4) 소결론

따라서 주택분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정하고 있는 구 종합부동산세법 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단, 개정 종합부동산세법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9조 제1항·제2항(이하 ‘이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)은, 주택 가액만을 기준으로 삼아 주택에 대한 과도한 보유나 투기적 수요 등을 억제하고 가격을 안정시키려는 것으로서, 적어도 주거 목적으로 과세기준 이상의 주택 한 채만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여도 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 일체의 여과 조치 없이 일률적으로 종합부동산세를 과세함으로써 과잉금지 원칙에 위배하여 재산권을 침해하고 있으므로 헌법에 위반된다 할 것이다.

그러나, 종합합산과세 대상 토지분 종합부동산세의 납세의무자와 과세표준, 세율 및 세액을 규정하고 있는 구 종합부동산세법 제12조 제1호, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항 전단, 개정 종합부동산세법 제12조 제1항 제1호 본문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항·제2항(이하 ‘이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정’이라 한다)은 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

마. 그 밖의 종합부동산세 부과로 인한 기본권 침해 여부

(1) 평등권 또는 평등원칙 위배 여부

(가) 먼저, 청구인들은 보유한 주택 등에 대하여 부채를 공제하지 않고 일정 가액 이상을 대상으로 누진세율로 과세하는 것은 헌법상 평등의 원칙에

위배된다고 주장하나, 얼마 이상의 주택 등에 대하여 어떠한 세율로 과세할 것인지, 그리고 과세대상에 설정된 부채를 고려할 것인지 여부는 종합부동산세의 목적, 과세표준액의 평가방식, 세액단계별 납세의무자 및 납세액의 분포, 실제 조세부담률, 종합부동산세가 세수에서 차지하는 비율 등을 종합하여 입법정책적으로 결정되어야 할 것이고, 위와 같은 제반요소, 특히 앞서 본 바와 같은 재산세 부과 대상자 중 종합부동산세 납세의무자의 비율, 그들이 부담하는 실제 종합부동산세 부담률 및 주택 등의 심한 편중현상을 고려하여 볼 때, 공시가격을 기준으로 구 종합부동산세법의 경우에는 9억 원을 초과하는 주택 보유자 및 6억 원을 초과하는 종합합산과세 대상 토지 보유자에 대하여, 개정 종합부동산세법의 경우에는 6억 원을 초과하는 주택 보유자 및 3억 원을 초과하는 종합합산과세 대상 토지 보유자에 대하여 각각 부채를 고려함이 없이, 누진세율에 의하여 과세하도록 한 것은, 입법재량의 범위 내에서 부동산의 가격안정과 담세능력에 상응한 과세를 도모하기 위한 것이고, 따라서 납세의무자들을 합리적인 이유 없이 차별대우하는 것이라 할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다 할 것이다(헌재 2001. 2. 22. 99헌바3등, 판례집 13-1, 226, 248-249 참조).

(나) 다음으로, 청구인들은 예금 등 다른 재산과는 달리 ‘일정한 주택 및 토지’에 대하여만 과세하는 것도 헌법상 평등원칙에 위반된다고 주장하나, 토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있는데다가 우리의 경우 인구에 비하여 가용 토지 면적이 절대적으로 부족한 형편이고, 주택 역시 토지와 같은 정도는 아니더라도 위와 같은 성질의 토지상에 건축되어 그 공급에 일정한 정도의 제한이 따를 수밖에 없으며, 토지와 주택은 모든 국민의 생산 및 생활의 기반이자 출발점으로서 그 합리적인 이용이 무엇보다 중요하다 할 것이므로, 개인의 법익 보다는 공동체의 이익이 보다 더 강하게 요구된다 할 것이다.

더욱이 주택은 개인의 주거로서 행복을 추구하고 쾌적한 생활을 하면서 인격을 실현할 기본적인 장소로 이용되므로 누구나 자신이 생활의 근거로서 주택을 보유할 수 있어야 한다는 공동체적인 요청은 일반 토지에 비하여도 보다 강하다고 할 것이다.

한편, 헌법이 제35조 제3항에서 “국가는 주택개발 정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”고 하고, 제122조에서 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균

판례집 20-2(하)

형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 토지와 주택의 사회적 기능이나 국민경제의 측면, 특히 주택은 인간의 기본적인 생존의 조건이 되는 생활공간인 점을 고려하여 볼 때, 토지와 주택을 다른 재산권과 달리 취급하여 종합부동산세를 부과한다 하여도 거기에 합리성이 없다 할 수 없으므로, 이를 두고 평등권을 침해하였다거나 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(다) 또 청구인들은 종합부동산세의 부과대상이 수도권에 편중되어 있어 수도권을 비수도권에 비하여 차별하여 과세한다고 주장하나, 종합부동산세법은 전국의 모든 부동산을 소유자별로 합산한 가액을 과세표준으로 하는 재산세의 일종이므로, 사회·경제적인 여건으로 종합부동산세의 부과대상이 수도권에 편중되어 있다 하여 이를 들어 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수는 없다.

(라) 끝으로, 청구인들은 임대주택, 기숙사, 사원용 주택, 건설사업자의 미분양 주택 등을 과세표준의 합산대상이 되는 주택의 범위에서 제외하여 일반주택과 비교하여 차별 취급한다고 주장하나, 임대주택, 기숙사, 사원용 주택, 건설사업자의 미분양 주택 등은 주거생활의 안정을 위한 주택의 공급에 기여하여 부동산의 가격안정에 도움을 주는 것이라 할 것이므로 이를 과세표준 합산대상에서 배제하는 것(구 종합부동산세법 제7조 제2항, 개정 종합부동산세법 제8조 제2항)은 종합부동산세법의 입법 목적에 따른 합리적인 이유가 있는 차별로서 평등의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

(2) 거주 이전의 자유 침해 여부

청구인들은 종합부동산세의 부담이 과중하여 그 납부를 위하여 과세대상 주택을 팔고 이사할 수밖에 없거나, 종합부동산세의 부담을 피하기 위하여 거주하는 곳에서 이사하도록 강요하거나 원하는 곳으로 이사할 수 없게 함으로써 거주 이전의 자유를 침해한다고 주장한다.

그러나, 종합부동산세는 주택 등이 어느 장소에 있든 이를 묻지 않고 일정 가액 이상의 주택 등에 대하여 세금을 부과할 뿐이고, 이와 같은 종합부동산세의 부과가 일정 가액 이상의 주택 등을 보유할 것인가 여부에 관한 의사결정에 영향을 주고, 주거 목적으로 한 채의 주택을 보유하는 자 중 특히 과세대상 주택 외에 따로 별다른 재산이나 소득이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여는 사실상 과세대상인 주택의 처분을 강요하는 영향을 미치게 되어 그들의 거주 이전의 자유가 사실상 제약당할 여지

가 있으나, 이는 위의 기본권에 대한 침해가 아니라 주택 등의 재산권에 대한 제한이 수반하는 반사적인 불이익에 지나지 아니하므로(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 346 참조), 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정이 거주 이전의 자유를 침해한다는 주장은 받아들이기 어렵다 할 것이다.

(3) 생존권, 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부

헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회적 기본권의 일종으로 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리이고(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195, 204), 이는 국가가 국민에게 인간다운 생활을 할 수 있도록 하는 최소한의 조건을 마련하여 주어야 한다는 사회국가적 원리를 반영한 것으로서, 이러한 헌법원리에 비추어 조세는 원칙적으로 납세자가 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 조건을 침해하지 아니하는 한도 내에서 부과되어야 할 것이다(헌재 2006. 11. 30. 2006헌마489, 공보 122, 1419, 1424-1425).

그런데 종합부동산세법은 공시가격을 기준으로 주택분의 경우에는 6억 내지 9억 원, 종합합산 토지분의 경우에는 3억 내지 6억 원을 초과하여 보유한 자를 납세의무자로 하고 있는바, 위 과세대상 주택 등의 가액에 비추어 보면, 종합부동산세의 납세의무자는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활을 유지할 수 있는 지위에 있다 할 것이므로, 이 사건 종합부동산세 부과규정으로 인하여 납세의무자의 생존권이나 인간다운 생활을 할 권리를 제한하거나 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

(4) 개발제한구역 내 토지와 관련한 재산권 등 침해 여부

2008헌바62 사건의 청구인은 ‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’(이하 ‘개발제한구역 특조법’이라 한다)상의 개발제한구역으로 지정되어 재산권 행사에 제한을 받고 있는 토지에 대하여 재산세에 더하여 일반토지와 같은 세율의 종합부동산세를 부과하는 것은 당해 토지 소유자의 재산권을 침해함과 아울러 헌법상 평등원칙에 반한다고 주장한다.

그런데, 종합부동산세 부과대상 토지가 개발제한구역 특조법상의 개발제한구역의 지정으로 인하여 재산권 행사에 제한을 받고 있다 하더라도, 그 토지의 재산적 가치가 완전히 소멸되는 것이 아니라 그러한 재산권의 제한은 당해 토지의 개별공시지가에 반영되어 과세표준이 감액 평가되고, 그 과세표준에 해당되는 누진세율이 적용되어 당해 토지의 종합부동산세액이 결정될 뿐이며, 이와 같이 산정된 종합부동산세액은 일반토지의 그것과 비교하여 볼 때

이미 개발제한구역의 지정으로 인한 토지재산권의 제한이 반영되어 감액된 것이라 할 것이므로, 개발제한구역으로 지정된 토지에 대하여 재산세에 대하여 다른 일반토지와 같은 세율의 종합부동산세를 부과한다 하여 다른 일반 토지에 비하여 특별히 청구인의 재산권이 침해되었다거나, 평등원칙에 위반 된다고 보기는 어렵다 할 것이다.

4. 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령

(1) 이 사건 세대별 합산규정은 혼인과 가족생활의 보장에 관한 헌법 제36 조 제1항에 위반되고, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 종합부동산 세의 납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 그들의 헌법상 기본권인 재산권을 침해하여 위헌임을 면할 수 없다 할 것이나, 다만 다음에서 보는 바와 같이 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정에 대하여는 이 사건 세대별 합산규정과 달리 단순위헌의 결정을 하는 것은 적절치 아니하다고 할 것이다.

(2) 법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범력을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌 결정을 하여야 하지만, 위헌결정을 통하여 법률 조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백과 그로 인한 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 할 수도 있는 것이다.

즉 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 상태가 위헌 결정으로 말미암아 발생하는 법적 공백이 없는 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859, 886).

만약 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 단순위헌으로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 할 경우에는, 단순위헌의 선언에도 불구하고 인별 합산규정에 따라 종합부동산세를 부과할 수 있는 이 사건 세대별 합산규정의 경우와는 달리, 주택분에 대한 종합부동산세를 전혀 부과할 수 없게 되는 등 법적

인 공백 상태를 초래하게 되고, 이는 앞서 본 바와 같은 자 등에 대하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 일체의 과세 예외조항이나 조정장치를 두지 않은 채 일률적으로 주택분 종합부동산세를 부과하는 것이 그와 같은 종합부동산세 납세의무자의 재산권을 침해한다는 이 사건 위헌 결정의 취지와 달리 모든 주택분 종합부동산세 납세의무자에 대해서까지 주택분 종합부동산세를 부과하지 못하게 하는 부당한 결과에 이르게 될 뿐만 아니라, 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 줌으로써, 일부 위헌적인 요소가 있는 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인하여 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있다.

또한 종합부동산세 납세의무자의 재산권 침해를 방지하기 위하여 앞서 본 자 등에 대하여 과세의 예외조항이나 조정장치가 헌법적으로 요청된다 하더라도 이와 같이 위헌적인 규정을 구체적으로 어떠한 내용으로 합헌적으로 조정할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 특히 일률적·장기적으로 다수의 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서는 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 주어 충분한 사회적 합의의 거처 위헌적인 문제점을 해결하도록 함이 상당하다 할 것이다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271, 1300-1301 참조)

(3) 따라서 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정에 대하여는 헌법불합치 결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 해야 할 의무가 있다 할 것이고, 늦어도 2009. 12. 31.까지 개선입법을 이행하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 2010. 1. 1.부터 그 효력을 상실하게 된다.

## 5. 결 론

그렇다면 이 사건 세대별 합산규정은 헌법에 위반되고, 이 사건 주택분 종합부동산세 부과규정은 헌법에 합치되지 아니하나 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 하며, 이 사건 종합토지분 종합부동산세 부과규정 및 이 사건 국세 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 다음 6. 내지 8. 과 같은 반대의견을 제외한 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과

판례집 20-2(하)

같이 결정한다.

6. 헌법불합치 부분에 대한 재판관 목영준의 일부 합헌의견

나는, 세대별 합산규정이 위헌이라는 점(단순위헌)과, 구 종합부동산세법 제8조(개정 종합부동산세법 제8조 제1항)가 헌법에 합치되지 아니한다는 점(잠정적용 헌법불합치)에서는 다수의견과 견해를 같이 한다.

그러나 다수의견의 나머지 헌법불합치 부분[구 종합부동산세법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분) 및 구 종합부동산세법 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2항)]은 헌법에 위반되지 않는다고 판단하므로 다음과 같이 견해를 밝힌다.

가. 다수의견

다수의견은, 주거 목적으로 한 채의 주택을 보유한 자로서 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여, 과세의 예외조항이나 조세의 감경 또는 면제에 관한 조정장치를 두지 않고 다른 일반 주택보유자와 동일하게 취급하여 일률적으로 또는 무차별적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것은 과잉금지 원칙에 위반하여 그들의 재산권을 침해하는 것으로 보아, 해당 법률조항인 구 종합부동산세법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분 제외, 납세의무자), 제8조(개정 법 제8조 제1항, 과세표준) 및 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2항, 세율)이 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하였다.

나. 판 단

(1) 납세의무자 및 세율 부분

종합부동산세는 보유세로서 재산세인바(다수의견은 종합부동산세가 수익세적 성격도 포함하고 있다고 하나, 수익세는 소유물로부터 얻어지는 수익을 과세대상으로 하는 것이므로, 특정한 시점에서의 과세대상 가액에 일정한 세율을 적용하여 계산한 금액을 부과하는 종합부동산세가 수익세적 성격을 가졌다고 보기는 어렵다), 재산세란 과세대상 물건의 소유사실에 대하여 그 소유자에게 과세하는 조세이다. 즉, 종합부동산세의 납세의무자는 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자인바(법 제7조 제1항) 이는 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자이다(지방세법 제183조 제1항 본문).

이처럼 보유세인 재산세는 재산의 보유 자체가 과세의 근거가 되므로 보유자에게 다른 소득이 있는지 여부 또는 다른 재산이 있는지 여부 등, 보유자의

주관적 사정에 따라 납세의무자 여부가 결정될 수는 없다. 또한 입법자가 이러한 요소를 고려하여 입법하기가 쉽지 않고 과세관청으로도 그 해당 여부를 판단하기가 쉽지 않으며, 오히려 현실적으로는 이러한 고려가 실질과세 원칙이나 조세평등주의에 어긋날 우려 역시 배제할 수 없다(주택을 장기간 보유한 자에 대하여 세액을 조정하여 줄 필요가 있지만, 이는 뒤에서 보는 바와 같이 과세표준의 조정 문제이지 납세의무자인지 여부의 문제는 아니다).

나아가 위와 같은 납세의무자의 주관적 요소에 따라 세율을 달리 하는 것 역시 앞에서 본 바와 같은 현실적 어려움과 위험이 있을 뿐 아니라, 세율의 조정에 의하여 다수의견이 제시하는 문제점을 해결하기가 쉽지도 않다.

이처럼 납세의무자의 주관적 요소에 따라 납세의무자 여부와 적용세율을 달리하는 것은 재산세의 성격에 비추어 타당하지 않고, 종합부동산세법상 납세의무자의 범위와 세율이 조세정책에 관한 입법자의 재량범위를 벗어났다고 볼 수도 없으므로, 결국 납세의무자에 관한 법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분 제외) 및 세율에 관한 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2항)은 헌법에 위반되지 아니한다.

## (2) 과세표준 부분

종합부동산세는 고액의 부동산 보유자에 대하여 세금을 부과하여 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모하고자 하는 정책목적의 조세임은 앞에서 본 바와 같다. 즉, 부과시점을 기준으로 일정 가액 이상의 주택을 보유하고 있다는 사실을 투기적 수요의 징표로 삼아 과세표준(주택의 공시가격에서 6억 원을 공제한 금액, 법 제8조)에 법 제9조 소정의 세율을 곱하여 산출된 세액을 부과하고 있고, 이 때 과세표준의 기준이 되는 ‘공시가격’은 ‘부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률’에 따라 가격이 공시되는 주택 및 토지에 대하여 동 법에 따라 공시된 가액이라고 규정함으로써(법 제2조 제9호), 과세표준을 실지거래가액(시가)에 근접시키고 있다.

종합부동산세는 ‘주택의 가격안정’이라는 목적을 위하여 일반 재산세와 별도로 부과되는 조세이므로, 그 범위는 이러한 목적을 이루기 위한 범위내로 제한되어야 하고, 이러한 목적은 주택에 대한 단기적 투기를 방지하여 주택의 건전한 투자행태 및 소유행태를 유도함으로써 실현될 수 있다고 본다. 그런데 주택을 장기간 보유하게 되면 통상 물가상승 등 주택보유자의 의사와는 전혀 무관한 요소에 의하여 주택의 시가가 상승하게 되고, 이에 따라 공시가격도

판례집 20-2(하)

상승되므로, 이러한 상승분 중 상당 부분은 주택의 실질적 가치를 반영하기 보다는 명목적 성격이 매우 강하다. 그럼에도 불구하고 보유자가 주택의 취득 시 예상하지 못한 현재의 주택시가를 기준으로 과세표준을 정하면서도 이에 대하여 물가상승을 등을 고려한 조정장치를 두지 않는다면, 오히려 주택의 장기보유자가 단기적 투기자 보다 실질적으로 더 많은 불이익을 입게 되므로, 결국 이러한 조세부과는 '주택의 가격안정'이라는 목적을 이루기 위한 범위를 벗어날 뿐 아니라 이를 달성하는데 아무런 도움을 주지 못한다.

그러므로 법 제8조(개정 법 제8조 제1항, 과세표준)가 과세표준을 시가에 근접한 공시가격을 기준으로 정하면서도 과세표준의 상승폭 제한(오히려 개정 종합부동산세법은 제9조 제2항에서 과세표준의 연도별 적용비율을 2006년의 100분의 70에서 2008년의 100분의 90까지 높이고 있다) 또는 물가상승에 따른 보유공제 등 과세표준에 대한 조정장치를 마련하지 않은 것은 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 주택장기보유자의 재산권을 침해한다고 할 것이다.

다. 소 결

결국 이 사건 세대별 합산규정이 헌법에 위반되고, 구 종합부동산세법 제8조(개정 법 제8조 제1항)가 헌법에 합치되지 아니한 반면, 구 종합부동산세법 제7조 제1항(개정 법 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분) 및 제9조 전단(개정 법 제9조 제1항·제2항)은 헌법에 위반되지 아니한다.

7. 재판관 조대현의 합헌의견

이 사건 법률조항들은 모두 헌법에 위반되지 아니한다고 생각한다.

가. 납세의무의 헌법상 한계

헌법 제38조는 납세의무를 국민의 기본의무로 규정하고 있다. 납세의무는 국가가 국가의 유지와 발전에 필요한 비용을 조달하기 위하여 국민에게 아무런 대가 없이 금전적 부담을 지우는 것이다.

납세의무가 헌법상의 기본의무라고 하여 헌법이 보장하는 기본권이나 다른 헌법원리보다 우선하는 것은 아니고 헌법의 가치체계 안에서 다른 헌법원리와 조화를 이루어야 한다. 납세의무는 국민에게 무상(無償)의 경제적 부담을 지우는 것이므로, 납세의무의 구체적인 내용은 미리 법률로 정해져야 하고(조세법률주의), 국가의 재정을 조달하기 위한 것이어야 하며(재정조달주의), 조세부담능력이 있는 경우에 그 한도에서 부과되어야 하고(응능부담주의), 조세평등의 원칙에 부합되어야 한다(조세평등주의).

납세의무는 무상의 경제적 부담을 지우는 것이지만, 납세의무에 관한 헌법

상의 한계를 벗어나지 않는 한, 헌법 제38조(납세의무)에 근거한 것으로서, 납세의무자의 재산권이나 경제적 자유를 침해하여 헌법에 위반되는 것이라고 볼 수 없다. 그러나 납세의무는 국민의 경제적 자유 및 재산권의 보장과 함께 존중되면서 조화를 이루어야 하는 것이므로 조세의 부과가 납세의무자의 경제적 자유나 사유재산권을 근본적으로 부정하는 결과를 가져오는 경우에는 납세의무의 한계를 벗어나 기본권 침해의 문제로 된다고 할 것이다.

#### 나. 종합부동산세의 목적-재정조달과 부동산정책

조세는 국가의 재정을 조달하기 위한 경우에만 헌법 제38조(납세의무)에 의하여 정당화될 수 있다. 재정조달의 목적을 떠나 어떠한 정책적 목적만을 위하여 국민에게 무상의 경제적 부담을 지우는 것은 국민의 기본권을 침해하는 문제이므로 헌법 제37조 제2항(기본권 제한의 한계)의 통제를 받아야 한다.

종합부동산세는 전액 지방자치단체의 균형발전을 위하여 교부되므로(지방교부세법 제4조 제3항, 제9조의3), 지방재정의 불균형을 조정하기 위한 재원을 조달하기 위한 것으로서 헌법 제38조에 근거한 것이라고 할 수 있다. 지역별로 부동산 가격의 차이가 커서 지방자치단체별로 재산세 수입의 차이가 크고 그에 따른 지방재정의 불균형이 심하기 때문에, 이를 조정하기 위하여 일정한 부동산 보유에 대하여 종합부동산세를 국세로 과세하여 그 전액을 지방재정의 불균형을 조정하는 재원으로 사용하게 한 것이다.

이처럼 종합부동산세의 목적은 지방재정의 불균형을 조정하기 위한 국가재원을 마련하기 위한 것이지만, 종합부동산세법은 부동산 보유세 부담의 조정과 부동산의 가격안정이라는 사회경제적 정책목적을 가미시키고 있다. 부동산 거래세(취득세·등록세)를 낮추고 부동산 보유세를 높이는 조세정책에 따라 종합부동산세를 신설하고 그 과세표준을 공시가격으로 점차 상향시키도록 하면서 고액의 부동산 보유자에게만 과세하도록 하여 부동산의 가격안정도 도모하도록 하였다.

종합부동산세는 지방재정의 불균형을 조정하기 위한 재원을 조달하려는 목적과 부동산 보유세를 상향 조정하려는 목적으로 마련된 것이므로 부동산 정책에 관한 목적을 가미하였다고 하더라도 헌법 제38조에 터잡은 것이라고 봄이 상당하다.

#### 다. 종합부동산세와 응능부담주의(應能負擔主義)

##### (1) 종합부동산세의 조세부담능력

판례집 20-2(하)

종합부동산세는 일정한 부동산의 보유 자체에 대하여 과세하는 재산보유세이다. 종합부동산세는 일정한 부동산의 보유 자체를 조세부담능력으로 파악하는 것이고, 그 부동산으로부터 수익이 생기는지 여부를 묻지 않고, 다른 재산이나 소득의 유무도 따지지 아니한다.

종합부동산세의 과세대상인 부동산은 모두 재산세의 과세대상이고 양자 모두 보유세의 성질을 가진다. 재산세가 부과되는 부동산에 대하여 종합부동산세를 다시 부과하는 것은 동일한 조세부담능력에 대하여 두 가지 조세를 과세하는 것이지만, 재산보유세의 일부를 지방재정의 불균형을 조정하는 재원으로 사용하기 위하여 국세로 과세하게 한 것이고, 종합부동산세의 세액에서 재산세로 부과된 세액을 공제하게 하였으므로 이중과세의 문제는 생기지 않는다고 할 것이다.

(2) 종합부동산세의 과세 정도

종합부동산세는 과세대상 주택의 공시가격이 6억 원을, 종합합산과세대상 토지의 공시가격이 3억 원을, 별도합산과세대상 토지의 공시가격이 40억 원을 초과하는 경우에 그 초과금액만 과세표준으로 삼고, 세율은 1%에서 4%까지 누진시키며, 과세표준에다 1% 내지 4%의 세율을 곱하여 산출된 금액에서 재산세액을 공제하고 그 잔액을 종합부동산세액으로 산정한다. 이처럼 보유 부동산의 과세표준에서 고액의 과세기준금액을 초과하는 금액에 대해서만 1% 내지 4%의 보유세를 부과하는 것이므로 조세부담능력이 없는 경우에 과세한다거나 조세부담능력의 한도를 넘어서 과세한다고 보기 어렵다.

종합부동산세는 과세기준금액을 넘는 부동산의 보유 자체를 조세부담능력으로 파악하는 것이므로, 그 과세표준을 산정하면서 보유 부동산의 가액에서 부채(負債)를 공제한 실질적인 재산가치를 기준으로 삼지 않았다고 하여 조세부담능력을 잘못 인정하였다거나 응능부담주의에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다. 또 개개의 부동산마다 부채를 조사하여 실질적 재산가치를 산정하는 비용이 매우 크고, 현실적으로 부동산의 가액에서 부채를 공제하고 남은 실질가치가 4% 미만으로 되는 경우는 거의 없다고 할 것이므로, 부동산의 가액에서 부채를 공제하고 보유세 부담능력을 산정할 필요성도 인정하기 어렵다고 할 것이다.

중전에 실제 시세보다 훨씬 낮은 시가표준액을 기준으로 재산세를 부과하여 왔는데 종합부동산세의 과세표준은 실제 시세에 가까운 공시가격을 기준으로 삼기 때문에 부동산 보유세의 부담을 급격하게 상향시켰다고 할 수 있

지만, 이는 부동산에 관한 거래세를 낮추고 보유세를 높이려는 조세정책 개편 방안에 따른 것으로서 조세입법권의 재량에 맡겨진 사항이라고 할 수 있다. 게다가 부동산 보유세 강화의 충격을 완화하기 위하여 과세기준가격을 높게 설정함과 아울러 과세표준을 공시가격에 접근시키는 비율을 점차적으로 높이도록 규정하고 있으므로, 조세입법권의 재량 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

결국 종합부동산세제도가 납세의무자의 조세부담능력을 잘못 파악하거나 초과하여 조세용능부담의 원칙에 어긋난다고 보기 어렵고, 사유재산제도를 근본적으로 부정하거나 납세의무자의 재산권을 중대하게 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

(3) 주거의 목적으로 1주택을 보유하는 경우

이상의 법리는 과세대상 주택이 주거의 목적으로 보유하는 1주택이라고 하여 다를 바 없고, 주거목적의 1주택 보유자가 장기보유자이거나 별다른 재산·소득이 없는 자인 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

종합부동산세는 일정한 부동산의 보유 자체를 조세부담능력으로 파악하는 것이므로, 그 부동산의 수익 발생 여부나 다른 재산이나 소득의 유무는 따질 필요가 없고, 주택의 보유 목적이 주거용인지 투기용인지도 따질 필요가 없는 것이다.

종합부동산세의 본질은 국가재원을 조달하기 위한 재산보유세이고, 부동산 투기억제나 부동산 가격안정을 근본목적으로 하는 것이 아니므로, 과세대상 부동산의 장기보유 여부나 보유목적의 투기성 여하에 따라 종합부동산의 과세 여부나 과세 범위를 달리하여야 하는 것은 아니다. 부동산 보유의 투기 목적 여하는 종합부동산세법이 고려하고 있는 사항도 아니다.

일정 가액 이상의 주택 보유에 대하여 종합부동산세를 부과하는 것은 고액 주택의 보유를 억제하려는 것이 아니라 일정 가액 이상의 주택을 보유하는 경우에는 실제거주 여부와 상관없이 보유사실 자체에 일정한 조세부담능력을 인정할 수 있기 때문이다. 따라서 종합부동산세의 과세대상이 주거의 목적으로 보유하는 1주택이라고 하더라도, 또한 장기간 보유하거나 그 주택 외에 다른 재산이나 소득이 없는 경우라고 하더라도, 주거용 주택의 보유나 한도를 제한하거나 쾌적한 주거생활을 건드리거나 인간다운 생활을 방해하는 것이라고 볼 수 없다. 오히려 보유 주택의 공시가격에서 세대별로 6억 원을 공제함으로써 주거용 주택의 보유를 보호하고 있다고 할 것이다.

따라서 종합부동산세를 부과하면서 주거목적으로 보유하는 1주택의 경우에

판례집 20-2(하)

장기보유 여부나 다른 재산·소득의 유무를 고려하지 않고 일률적으로 과세하는 것이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

(4) 세대별 합산과세의 문제

종합부동산세는 세대별로 합산하여 과세하면서 세대별 주거생활을 보장하기 위하여 보유 주택의 공시가격 중 6억 원을 넘는 가액을 과세표준으로 삼고, 주된 소유자가 납세의무자로 되고 다른 소유자는 소유재산의 한도에서 연대납세의무를 진다(법 제7조, 제12조).

세대란 주택 또는 토지의 소유자와 그 배우자, 그들과 동일한 주거에서 생계를 같이하는 직계존비속(그 배우자 포함) 및 형제자매를 말한다. 근친이 생계를 같이하는 경우에는 이를 하나의 경제생활공동체로 보고 하나의 과세단위로 파악한 것이다. 세대별 합산에 관한 법률조항은 동일한 주거에서 생계를 같이하는 근친 세대원들 중 2인 이상의 명의로 과세대상 부동산을 소유하는 경우에 적용되는 것인데, 이러한 경우에 부동산 보유세를 개인별로 과세할 것인지, 세대별로 과세할 것인지는 종합부동산세의 과세목적과 조세정책에 비추어 조세법률로 정할 사항이라고 할 것이다. 민법상 부부별산제의 원칙이 당연히 부동산 보유세의 과세단위로 되어야 하는 것은 아니고, 종합부동산세의 과세단위가 부부별산제의 원칙과 부합되지 않는 부분이 있다고 하여 헌법상의 조세원리에 어긋나거나 혼인생활을 보장하여야 하는 국가의 의무에 위반된다고 보기 어렵다.

그리고 종합부동산세는 과세대상 부동산의 공시가격이 일정한 액수 이상의 고액인 경우에만 과세하고 누진세율을 적용하기 때문에, 개인별로 과세할 경우에는 생계를 같이하는 근친들이 부동산의 소유명의를 분산시킴으로써 종합부동산세의 과세를 회피할 염려가 있고, 그러한 현상이 실제로 나타나기도 하였다. 그러한 조세회피행위를 방지하기 위하여 세대별 합산과세방식을 채택한 것이다.

종합부동산세의 합산과세제도는 혼인한 부부만을 대상으로 하는 것도 아니고 혼인한 사람을 직접적으로 차별하기 위한 것도 아니므로, 헌법 제36조 제1항(혼인과 가족생활의 보장)이나 제11조 제1항(평등의 원칙)에 어긋난다고 볼 수 없다.

뿐만 아니라, 종합부동산세법 시행령 제1조의 2는 배우자가 없더라도 30세 이상이거나 배우자가 사망하거나 이혼한 경우, 성년자로서 최저생계비 이상의 소득으로써 독립된 생계를 유지할 수 있는 경우, 미성년자라도 1세대의 구

성이 불가피한 경우에는 독립된 1세대로 인정하는 한편, 혼인으로 인하여 부부가 1세대를 구성하거나 고령(남자 60세 이상, 여자 55세 이상)의 직계존속을 동거봉양하기 위하여 합가한 경우에는 혼인한 날 또는 합가한 날로부터 2년간은 부부 또는 봉양자와 피부양자를 따로따로 1세대로 보도록 규정함으로써, 세대별 합산과세로 인하여 생길 수 있는 폐해를 없애고 있다.

결국 종합부동산세의 세대별 합산과세제도는 세대별 부동산 보유를 하나의 과세단위로 파악하는 조세정책적 결정이고, 세대원들의 소유명의 분산을 통한 조세회피행위를 방지하여 종합부동산세 부담의 실질적 공평을 도모하려는 것이므로, 조세부담능력을 잘못 파악하였다거나 응능부담의 원칙에 어긋난다거나 헌법 제36조 제1항 또는 제11조 제1항에 위반된다고 보기 어렵다.

다수의견과 같이 세대별 합산과세제도가 위헌이라면 세대별 주거생활을 보호하기 위하여 6억 원을 공제하여 주는 제도도 주된 근거를 잃게 될 것이다.

#### 라. 소수 편중(少數偏重)의 문제 - 조세평등의 원칙

종합부동산세는 여러 가지 부동산 중에서 주택과 일부 토지에 대해서만 과세될 뿐만 아니라, 과세대상 부동산에 대해서도 주택의 과세표준이 6억 원 이상, 종합합산과세대상 토지의 과세표준이 3억 원 이상, 별도합산과세대상 토지의 과세표준이 40억 원 이상인 경우에만 과세된다. 이처럼 과세대상이 제한되고 과세기준금액이 매우 높기 때문에, 극히 소수의 국민만 종합부동산세를 부담하게 된다. 그리하여 2007년분 종합부동산세의 신고대상은 개인과 법인을 합하여 483,663건이고, 개인은 469,559세대로서 주민등록상 전국 세대수 1,855만 세대의 2.513%에 불과하다. 따라서 일반국세인 종합부동산세를 극소수의 고액 부동산 보유자에게만 편중(偏重)하여 과세하는 것이라고 볼 수 있다.

그러나 여러 가지 부동산 중에서 어느 것을 과세대상으로 정할 것인지는 조세정책에 따라 선택할 수 있는 사항이므로, 종합부동산세의 과세대상을 주택과 일부 토지로 한정하였다고 하여 조세평등의 원칙에 위반된다고 보기는 어렵다.

그리고 종합부동산세의 과세기준금액을 높게 설정한 이유는, 종합부동산세의 과세표준을 과세대상 부동산의 공시가격을 기준으로 삼으면서 보유세 부담의 급격한 증가를 완화하고, 주택의 공시가격이 세대별로 6억 원 이하인 경우에는 재산세만 부과되도록 하여 세대별 주거생활을 보호하기 위한 것이다. 이러한 조세정책적 고려를 불합리하다고 볼 수는 없다. 고액의 부동산 보유에

판례집 20-2(하)

대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산의 가격안정을 도모하려는 것도 종합부동산세의 과세기준금액을 높게 설정한 이유 중 하나이고 고액의 부동산에 종합부동산세를 부과하는 것이 부동산의 가격을 안정시키는 효과적인 수단인지 의문이라고 하더라도, 부동산 정책에 관한 목적은 부차적인 것에 불과하므로 위와 같은 결론에 영향을 준다고 볼 수 없다.

따라서 종합부동산세의 과세대상을 제한하고 과세기준금액을 높게 설정하여 고액의 부동산을 보유하는 극소수의 국민들에게만 차별과세하는 결과로 되었다고 하더라도, 이를 불합리한 차별과세라거나 조세일반부담의 원칙이나 조세평등의 원칙에 위반된다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 과세기준금액과 세율을 낮추어 더 많은 국민이 종합부동산세를 분담하게 하는 것이 조세일반부담의 원칙이나 조세평등의 원칙에 비추어 바람직하다고 하더라도, 그것은 여러 가지 조세정책을 고려하여 결정할 문제로서 조세입법권의 판단에 맡겨진 사항이지 헌법재판소가 결정할 문제가 아니라고 할 것이다.

마. 주문 제2항의 위헌성 표시 범위

다수의견은 종합부동산세를 부과하는 제도는 세대합산제도를 제외하고 전반적으로 헌법에 합치되지만 주거목적의 1주택 중 장기보유자나 다른 재산·소득이 없는 경우에도 일률적으로 적용하는 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 하면서, 주문 제2항에서는 종합부동산세의 주택분 납세의무자 조항 전부가 헌법에 합치되지 아니한다고 표시하고 있다.

이러한 주문 표시는 이유에서 밝힌 위헌성의 범위를 넘어선 것일 뿐만 아니라 이유에서 헌법에 합치된다고 밝힌 부분까지 포함하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하는 것이다. 그 결과 적용시한으로 정한 2009. 12. 31.이 지나면 주택분 납세의무자 조항 전부가 효력을 상실하게 된다.

따라서 주문 제2항은 종합부동산세의 주택분 납세의무자에 관한 조항을 주거목적의 1주택 중 장기보유하거나 다른 재산·소득이 없는 경우에도 일률적으로 적용하는 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 표시하여 위헌성이 있는 부분을 특정하여야 한다.

8. 재판관 김종대의 합헌의견

가. 종합부동산세의 입법목적은 고액의 부동산 보유자에 한해 그 부동산 보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정, 지방재정의 균형발전, 국민경제의 건전한 발전에 이바지함에 있다. 그리고 이와 같은 입법 목적에 관해서는 이미 그 헌법적 정당성을 인정받고 있을 뿐 아니라(헌재

1994. 7. 29. 92헌바49, 판례집 6-2, 64, 95 참조) 이 사건 위헌의견들도 견해를 같이 하고 있다.

나. 입법목적의 정당성을 인정한다는 것은 당해 법률에 공익적 명분이 뚜렷함을 말한다. 그렇다면 그 명분을 실현하는 구체적 실현방법에 관해서는 광범위한 입법재량이 인정되어야 하고 특히 조세정책에 관해서는 모든 국민의 경제적 공동번영을 위해 그 재량이 더 한층 크게 인정되어야 할 것이다. 따라서 조세에 관한 헌법적 관심은 조세의 항목과 세율이 법률로써 규정됨으로써 조세액에 대한 예측가능성을 요구하는 선에서(헌법 제59조) 그쳐야 할 것이며 조세의 항목과 세율이 법률로써 정해진 이상, 왜 그 항목에 대해서도 조세를 부과하는지, 왜 그 세율이 그같이 높고 낮은지에 대한 가치 판단은 국민대표기관인 국회의 고유한 입법재량에 관한 문제일 뿐이다.

다. 이 사건 위헌의견에서도 인정하다시피, 종합부동산세제도의 입법목적에 정당성이 인정되고 종합부동산세 부과로 인한 납세의무자의 부담 정도가 입법재량 사항이라고 한다면, 그 제도를 구성하는 일부규정들 속에 불합리한 규정이 들어있다 하더라도 그 규정의 불합리성이 너무 지나쳐 헌법적 가치를 훼손함에 이르지 않는 한, 우리는 그 제도의 유지 및 변경에 대한 판단을 국회에 맡겨야 한다.

라. 먼저 세대별 합산과세방식에 관해 보건대, 주택은 그 소유권이야 개인별로 귀속되겠지만, 그 사용은 세대를 이루어 사는 가족들의 공동주거로 쓰이는 특수성이 있다. 이 같은 과세목적물인 주택의 특성상 같은 세대를 구성한 구성원이 여러 주택을 소유하고 있을 때 개인별로 과세 않고 이를 세대별로 합산과세 하겠다는 것은 입법목적의 달성을 위해 꼭 필요할 뿐 아니라 과세단위에 관한 논리상의 결함도 없다.

다음으로 1주택 보유자에 대한 과세예외조항에 관해 보건대, 주거목적의 1주택이라고 해도 고가의 주택보유자에 대해서는 그 주택가액에 상응하는 보유세를 부담하게 함으로써 조세부담의 형평성을 제고할 필요가 있고, 그 부담 정도 역시 선진제국에 비하여 현저히 낮은 수준에 불과하고, 혹 납세의무자에 따라서는 극소수자에게만 부과시키는 과도한 세금이라고 느낄 수 있는 측면이 있을 수도 있으나 이는 종합부동산세와는 다른 세금인 양도소득세의 부과상 문제점에서 비롯된 면이 없지 않은 점과 종합부동산세의 입법목적에는 보유세 부담의 형평성 제고 이외에 부동산 투기 및 과다 보유의 억제 등을 통한 부동산 가격의 안정을 도모한다는 측면도 있다는 점을 아울러 고려할 때, 그와

판례집 20-2(하)

같은 주택보유자에 대하여 보유기간이나 조세지불능력을 고려한 과세예외조항이나 조정장치를 두지 않았다고 하여 입법재량의 한계를 일탈하였다고 보기는 어렵다. 하물며 1세대 다주택 보유의 경우에도 개인별로 1주택 보유자이 기만 하면 그 보유자에 대해서까지 장기보유 여부나 조세지불능력을 고려한 예외나 조정장치를 두어야 한다는 것은 더욱 납득하기 어렵다.

마. 결국 종합부동산세에 관한 위 규정들이 그 자체로서 헌법 논리상 위헌성을 띤다고 보기는 어렵다. 뿐만 아니라 종합부동산세제도는 우리 사회의 대립하는 두 가치의 갈등관계를 조정하기 위하여 종합부동산세 부과대상자를 강자로 보고 그렇지 못한 약자와의 상생을 위한 이해의 조정방안으로 국민의 대의기관인 국회가 재석 247인 중 찬성 170, 반대 69, 기권 8의 표결로 제정한 법률에 의해 인정된 제도다. 따라서 위 법률의 중요한 사항을 쉽사리 위헌으로 판단해 종합부동산세제도의 중요부분을 실효시키는 것은 굳이 이 제도의 폐지불가론의 근거<sup>1)</sup>를 댈 것 없이 민주주의 원리상으로도 부당하다고 본다.

바. 오늘날과 같이 국민의 사회정책적 욕구불만이 헌법소원이라는 형식으로 폭주하고 있는 상황 아래서는 헌법적 가치의 문제와 입법 타당성의 문제 사이에는 일정한 경계가 있어야 하고, 헌법재판소는 이 경계를 엄정히 할 필요가 있다. 만약 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 심사함에 있어서 헌법적 가치에 합치하는 지 여부를 최종적으로 심판하는 기관에서 한걸음 더 나아가 국가의 최종적인 정책적 타당성까지 관여하려 한다면 모든 국가사회의 정책적인 당·부당의 문제들이 헌법재판사항인 위헌문제로 귀착될 우려가 있고, 이는 국민주권주의, 민주주의를 실현하기 위해서 뿐 아니라 국가기능의

- 1) ① 국민의 97%가 (중앙일보 2008. 9. 24.자 사설 참조) 종합부동산세 폐지를 반대하고 있다.
- ② 보유세 강화 정책은 부동산중심사회에서 벗어나기 위해 선진제국들이 시행하고 있고 우리의 과거정부들도 모두 그 시행을 위해 노력해 왔다. 그러나 아직도 우리의 보유세 부담률은 선진제국의 1% 이상에 현저히 못 미치는 0.3% 이하이다.
- ③ 부동산 투기로 인한 불로소득을 조장함으로써 땀 흘려 한푼 두푼 모아 내 집 마련을 하는 것보다 대출 받아 집 사두는 것이 이득이 된다는 생각이 만연해지면 경제의 선진화를 이룰 수 없고, 부동산소유권이 소수국민들에 집중되어 부동산을 소유 못한 다수국민들과 갈등하여 국력이 분열된다.
- ④ 국세인 종합부동산세를 지방세인 재산세로 흡수하면 수도권과 지방권의 재정격차를 더욱 키워서 국가의 분열을 초래할 우려가 있다.

질서 있는 작용을 위해서라도 결코 바람직하지 않다고 보기 때문이다.

사. 이상의 이유로 나는 종합부동산세제도의 입법개선을 촉구하는 것<sup>2)</sup>은 별론이나 그 제도가 위헌이라고까지는 생각하지 않는다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지 1] 2006헌바112 사건의 청구인들 명단 : 생략

[별지 2] 2006헌바112 사건 각 부과처분의 내역

<중부세 : 종합부동산세, 농특세 : 농어촌특별세>

(역삼세무서장)

1. 손○애	중부세 417,500원,	농특세 83,500원,	처분일 2006. 2. 13.
2. 이○국	중부세 2,382,500원,	농특세 467,500원,	처분일 2006. 2. 13.
3. 윤○찬	중부세 1,761,000원,	농특세 352,200원,	처분일 2006. 2. 7.
4. 이○송	중부세 127,500원,	농특세 25,500원,	처분일 2006. 2. 7.
5. 석○우	중부세 1,695,070원,	농특세 339,010원,	처분일 2006. 2. 7.
6. 서○수	중부세 12,076,730원,	농특세 2,415,340원,	처분일 2006. 2. 7.
7. 김○영	중부세 278,750원,	농특세 55,750원,	처분일 2006. 2. 7.
8. 홍○주	중부세 2,191,250원,	농특세 438,250원,	처분일 2006. 2. 7.
9. 허○기	중부세 561,250원,	농특세 112,250원,	처분일 2006. 2. 13.
10. 김○관	중부세 453,750원,	농특세 90,750원,	처분일 2006. 2. 7.
11. 손○홍	중부세 683,750원,	농특세 136,750원,	처분일 2006. 2. 13.
12. 윤○섭	중부세 1,712,040원,	농특세 342,400원,	처분일 2006. 2. 7.
13. 권○호	중부세 2,110,000원,	농특세 422,000원,	처분일 2006. 2. 13.
14. 최○현	중부세 1,473,090원,	농특세 294,610원,	처분일 2006. 2. 7.
15. 정○선	중부세 245,320원,	농특세 49,060원,	처분일 2006. 2. 7.
16. 박○윤	중부세 2,346,880원,	농특세 469,370원,	처분일 2006. 2. 7.

2) 최근 기획재정부 장관이 2008. 10. 22.자 의견서에서 종합부동산세가 자유시장경제원칙에 따라 사유재산을 보장하고 경제 활성화를 도모하려는 정부의 정책방향에 배치된다는 이유로 그 개편 필요성을 주장하고 있음을 보더라도, 종합부동산세제도는 헌법에 합치하는지의 문제가 아닌 입법정책의 문제이고 따라서 이 문제는 헌법재판소가 헌법재판으로 해결할 것이 아니라 국회의 입법정책적으로 해결해야 할 문제임을 알 수 있다.

판례집 20-2(하)

17. 김○명	종부세 292,420원,	농특세 58,480원,	처분일 2006. 2. 7.
18. 추○우	종부세 3,560,000원,	농특세 712,000원,	처분일 2006. 2. 7.
19. 윤○국	종부세 277,040원,	농특세 55,400원,	처분일 2006. 2. 13.
20. 김○명	종부세 773,750원,	농특세 154,750원,	처분일 2006. 2. 7.
21. 최○익	종부세 713,750원,	농특세 142,750원,	처분일 2006. 2. 13.
22. 임○순	종부세 245,000원,	농특세 49,000원,	처분일 2006. 2. 7.
23. 박○신	종부세 1,023,750원,	농특세 204,750원,	처분일 2006. 2. 13.
24. 박○신	종부세 970,000원,	농특세 194,000원,	처분일 2006. 2. 13.
25. 민○자	종부세 1,152,850원,	농특세 230,570원,	처분일 2006. 2. 7.
26. 윤○향	종부세 730,000원,	농특세 146,000원,	처분일 2006. 2. 13.
27. 이○춘	종부세 7,926,820원,	농특세 1,585,360원,	처분일 2006. 2. 13.
28. 양○수	종부세 4,197,050원,	농특세 839,410원,	처분일 2006. 2. 13.
29. 손○익	종부세 1,409,120원,	농특세 281,820원,	처분일 2006. 2. 7.
30. 김○식	종부세 6,625,000원,	농특세 1,325,000원,	처분일 2006. 2. 7.
31. 이○은	종부세 2,048,750원,	농특세 409,750원,	처분일 2006. 2. 7.
32. 박○진	종부세 1,324,550원,	농특세 264,910원,	처분일 2006. 2. 7.
33. 이○숙	종부세 945,000원,	농특세 189,000원,	처분일 2006. 2. 7.
34. 이○우	종부세 3,172,930원,	농특세 634,580원,	처분일 2006. 2. 7.
35. 박○자	종부세 3,098,400원,	농특세 619,680원,	처분일 2006. 2. 7.
36. 염○확	종부세 2,450,740원,	농특세 490,140원,	처분일 2006. 2. 13.
37. 유○순	종부세 840,000원,	농특세 168,000원,	처분일 2006. 2. 13.
38. 신○옥	종부세 500,000원,	농특세 100,000원,	처분일 2006. 2. 7.
39. 김○옥	종부세 697,500원,	농특세 139,500원,	처분일 2006. 2. 7.
40. 이○봉	종부세 775,000원,	농특세 155,000원,	처분일 2006. 2. 13.
41. 박○윤	종부세 2,710,930원,	농특세 542,180원,	처분일 2006. 2. 7.
42. 이○찬	종부세 765,550원,	농특세 153,110원,	처분일 2006. 2. 7.
43. 원○희	종부세 4,568,600원,	농특세 913,720원,	처분일 2006. 2. 7.
44. 박○일	종부세 11,112,550원,	농특세 2,222,510원,	처분일 2006. 2. 13.
(삼성세무서장)			
45. 김○대	종부세 547,740원,	농특세 109,540원,	처분일 2006. 2. 1.
46. 유○락	종부세 913,100원,	농특세 182,620원,	처분일 2006. 2. 1.
47. 이○행	종부세 713,400원,	농특세 142,680원,	처분일 2006. 2. 1.
48. 김○태	종부세 330,460원,	농특세 66,090원,	처분일 2006. 2. 1.
49. 온○훈	종부세 538,890원,	농특세 107,770원,	처분일 2006. 2. 1.
50. 김○육	종부세 377,050원,	농특세 75,410원,	처분일 2006. 2. 13.
51. 이○국	종부세 644,380원,	농특세 128,870원,	처분일 2006. 2. 13.

52. 이○숙	종부세 547,740원,	농특세 109,540원,	처분일 2006. 2. 1.
53. 윤○훈	종부세 560,000원,	농특세 112,000원,	처분일 2006. 2. 1.
54. 형○준	종부세 644,380원,	농특세 128,870원,	처분일 2006. 2. 1.
55. 김○호	종부세 347,580원,	농특세 69,510원,	처분일 2006. 2. 1.
56. 김○형	종부세 377,040원,	농특세 75,400원,	처분일 2006. 2. 1.
57. 박○성	종부세 233,750원,	농특세 46,750원,	처분일 2006. 2. 1.
58. 신○식	종부세 985,000원,	농특세 197,000원,	처분일 2006. 2. 1.
59. 전○성	종부세, 377,040원,	농특세 75,408원,	처분일 2006. 2. 1.
60. 신○섭	종부세 2,276,130원,	농특세 455,220원,	처분일 2006. 2. 1.
61. 권○익	종부세 348,650원,	농특세 69,730원,	처분일 2006. 2. 1.
62. 김○일	종부세 644,390원,	농특세 128,870원,	처분일 2006. 2. 1.
63. 김○균	종부세 3,065,480원,	농특세 613,090원,	처분일 2006. 2. 1.
64. 선○영	종부세 510,000원,	농특세 102,000원,	처분일 2006. 2. 1.
65. 온○곤	종부세 753,750원,	농특세 150,750원,	처분일 2006. 2. 13.
66. 김○승	종부세 2,795,260원,	농특세 559,050원,	처분일 2006. 2. 1.
67. 오○식	종부세 1,984,640원,	농특세 396,920원,	처분일 2006. 2. 1.
68. 박○혁	종부세 807,500원,	농특세 161,500원,	처분일 2006. 2. 1.
69. 이○희	종부세 581,250원,	농특세 116,250원,	처분일 2006. 2. 1.
70. 김○환	종부세 807,500원,	농특세 161,500원,	처분일 2006. 2. 1.
71. 박○자	종부세 807,500원,	농특세 161,500원,	처분일 2006. 2. 1.
72. 최○호	종부세 535,000원,	농특세 107,000원,	처분일 2006. 2. 1.
73. 노○욱	종부세 2,107,710원,	농특세 421,540원,	처분일 2006. 2. 1.
74. 이○원	종부세 654,510원,	농특세 130,900원,	처분일 2006. 2. 1.
75. 홍○희	종부세 910,000원,	농특세 182,000원,	처분일 2006. 2. 1.
76. 권○환	종부세 910,000원,	농특세 182,000원,	처분일 2006. 2. 1.
77. 이○현	종부세 807,500원,	농특세 182,000원,	처분일 2006. 2. 1.
78. 경○호	종부세 807,500원,	농특세 182,000원,	처분일 2006. 2. 1.
79. 이○진	종부세 1,263,750원,	농특세 252,750원,	처분일 2006. 2. 1.
80. 박○자	종부세 910,000원,	농특세 182,000원,	처분일 2006. 2. 1.
81. 유○순	종부세 550,000원,	농특세 110,000원,	처분일 2006. 2. 1.
82. 이○호	종부세 877,500원,	농특세 175,500원,	처분일 2006. 2. 1.
83. 유○식	종부세 910,000원,	농특세 182,000원,	처분일 2006. 2. 1.
(송과세무서장)			
84. 맹○주	종부세 6,142,450원,	농특세 1,228,490원,	처분일 2006. 2. 5.

판례집 20-2(하)

[별지 3] 관련조항

구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제 7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “시·군·구”라 함은 지방자치법 제2조의 규정에 의한 지방자치단체인 시·군 및 자치구(이하 “시·군”이라 한다.)를 말한다.
2. “시장·군수·구청장”이라 함은 지방자치단체의 장인 시장·군수 및 자치구의 구청장(이하 “시장·군수”라 한다.)을 말한다.
3. “주택”이라 함은 지방세법 제180조 제3호의 규정에 의한 주택을 말한다. 다만, 동법 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장은 제외한다.
4. “토지”라 함은 지방세법 제180조 제1호의 규정에 의한 토지를 말한다.
5. “주택분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 주택에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
6. “토지분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 토지에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
7. “재산세 과세표준”이라 함은 주택 또는 토지에 대한 지방세법 제187조 제1항의 규정에 의한 과세표준을 말한다.

제3조(과세기준일) 종합부동산세의 과세기준일은 지방세법 제190조에 규정된 재산세의 과세기준일로 한다.

제4조(납세지) ① 종합부동산세의 납세의무자가 개인 또는 법인으로 보지 아니하는 단체인 경우에는 소득세법 제6조의 규정을 준용하여 납세지를 정한다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 개인 또는 법인으로 보는 단체인 경우에는 법인세법 제9조 제1항 내지 제3항의 규정을 준용하여 납세지를 정한다.

제5조(과세구분 및 세액) ① 종합부동산세는 주택에 대한 종합부동산세와 토지에 대한 종합부동산세의 세액을 합한 금액을 그 세액으로 한다.

② 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 제14조 제1항의 규정에 의한 토지

분 종합합산세액과 동 조 제2항의 규정에 의한 토지분 별도합산세액을 합한 금액으로 한다.

제6조(비과세 등) ① 지방세법 또는 조세특례제한법에 의한 재산세의 비과세·과세면제 또는 경감에 관한 규정(이하 “재산세의 감면규정”이라 한다.)은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

② 지방세법 제7조 내지 제9조의 규정에 의한 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 종합부동산세에 재산세의 감면규정을 준용함에 있어서는 그 감면대상인 주택 또는 토지의 재산세 과세표준에서 그 과세표준에 당해 감면비율(비과세 또는 과세면제의 경우에는 이를 100분의 100으로 본다.)을 곱한 금액을 공제한 후의 금액을 이 법에 의한 재산세 과세표준으로 본다.

④ 제2항에 규정된 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정 또는 분리과세규정에 따라 종합부동산세를 경감하는 것이 종합부동산세를 부과하는 취지에 비추어 적합하지 않은 것으로 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 종합부동산세를 부과함에 있어서 제2항의 규정 또는 그 분리과세규정을 적용하지 아니한다.

제7조(납세의무자) ② 다음 각 호의 주택은 제1항의 규정에 의한 과세표준합산의 대상이 되는 주택의 범위에 포함되지 아니하는 것으로 본다.

1. 임대주택법 제6조의 규정에 의하여 임대사업자가 임대사업용으로 등록한 임대주택으로서 임대기간, 주택의 수, 가격, 규모 등을 감안하여 대통령령이 정하는 주택
2. 그 밖에 종업원의 주거에 공하기 위한 기숙사 및 사원용 주택, 주택건설사업자가 건축하여 소유하고 있는 미분양주택 등 종합부동산세를 부과하는 취지에 적합하지 않은 것으로서 대통령령으로 정하는 주택

제10조(세부담의 상한) 종합부동산세의 납세의무자가 당해 연도에 납부하여야 할 주택분 재산세액상당액과 주택분 종합부동산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “주택에 대한 총세액상당액”이라 한다.)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 주택에 부과된 주택에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는

판례집 20-2(하)

제9조의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

제11조(과세방법) 토지에 대한 종합부동산세는 국내에 소재하는 토지에 대하여 지방세법 제182조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합합산과세대상(이하 “종합합산과세대상”이라 한다.)과 동 법 제182조 제1항 제2호의 규정에 의한 별도합산과세대상(이하 “별도합산과세대상”이라 한다.)으로 구분하여 과세한다.

제12조(납세의무자) 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

2. 별도합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액이 20억 원을 초과하는 자

제13조(과세표준) ② 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 재산세 과세표준을 합한 금액에서 20억 원을 공제한 금액으로 한다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 금액이 영보다 작은 경우에는 영으로 본다.

제14조(세율 및 세액) ② 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 별도합산세액”이라 한다.)으로 하되, 납세의무자별로 당해 과세대상토지에 대하여 토지분 재산세로 부과된 세액의 합계액 중에서 680만 원을 초과하는 금액은 토지분 별도합산세액에서 이를 공제한다.

<과세표준>	<세 율>
80억 원 이하	1,000분의 6
80억 원 초과 480억 원 이하	1,000분의 10
480억 원 초과	1,000분의 16

제15조(세부담의 상한) ① 종합부동산세의 납세의무자가 종합합산과세대상인 토지에 대하여 당해 연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 종합합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다.)으로서 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제1항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 별도합산과세대상인 토지에 대하여 당해 연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 별도합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제2항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

제18조(가산세) 종합부동산세의 납세의무자가 제16조의 규정에 의한 신고 또는 납부의무를 이행하지 아니한 때 또는 임대주택에 대한 추정사유가 발생한 때에는 제9조 및 제10조 또는 제14조 및 제15조의 규정에 의하여 산출한 세액(이하 “산출세액”이라 한다) 또는 신고하거나 납부하여야 할 세액에 미달하게 신고 또는 납부한 세액(이하 “부족세액”이라 한다)에 다음 각 호의 금액을 가산한다.

1. 제16조 제1항의 규정에 의하여 신고하지 아니하였거나 신고한 세액이 산출세액에 미달하는 때에는 당해 산출세액 또는 부족세액의 100분의 20에 상당하는 금액
2. 제16조 제2항의 규정에 의하여 납부하지 아니하였거나 산출세액에 미달하게 납부한 때에는 그 납부하지 아니한 세액 또는 부족세액에 다음 산식을 적용하여 계산한 금액 납부하지 아니한 세액(또는 부족세액)×납부기한의 다음날부터 자진납부일 또는 납세고지일까지의 기간×금융기관이 연체대출금에 대하여 적용하는 이자율을 감안하여 대통령령이 정하는 이자율

부칙 제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 후 최초로 납세의무가 성립하는 종합부동산세에 대하여 적용한다.

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 고액의 부동산 보유자에 대하여 종합부동산세를 부과하여 부동산보유에 대한 조세부담의 형평성을 제고하고, 부동산의 가격안정을 도모함으로써 지방재정의 균형발전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

3. “주택”이라 함은 지방세법 제180조 제3호의 규정에 의한 주택을 말한다. 다만, 동 법 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장은

판례집 20-2(하)

제외한다.

5. “주택분 재산세”라 함은 지방세법 제181조 및 제183조의 규정에 의하여 주택에 대하여 부과하는 재산세를 말한다.
8. “세대”라 함은 주택 또는 토지의 소유자 및 그 배우자와 그들과 생계를 같이하는 가족으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.
9. “공시가격”이라 함은 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따라 가격이 공시되는 주택 및 토지에 대하여 동 법에 따라 공시된 가액을 말한다. 다만, 동법에 따라 가격이 공시되지 아니한 경우에는 「지방세법」 제111조 제2항 제1호 단서 및 제2호의 규정에 의한 가액으로 한다.

제3조(과세기준일) 종합부동산세의 과세기준일은 지방세법 제190조에 규정된 재산세의 과세기준일로 한다.

제5조(과세구분 및 세액) ① 종합부동산세는 주택에 대한 종합부동산세와 토지에 대한 종합부동산세의 세액을 합한 금액을 그 세액으로 한다.

② 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 제14조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 토지분 종합합산세액과 동조 제4항 내지 제6항의 규정에 의한 토지분 별도합산세액을 합한 금액으로 한다.

제6조(비과세 등) ① 지방세법 또는 조세특례제한법에 의한 재산세의 비과세·과세면제 또는 경감에 관한 규정(이하 “재산세의 감면규정”이라 한다)은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

② 지방세법 제7조 내지 제9조의 규정에 의한 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정은 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 재산세의 감면규정을 준용함에 있어서 그 감면대상인 주택 또는 토지의 공시가격에서 그 공시가격에 재산세 감면비율(비과세 또는 과세면제의 경우에는 이를 100분의 100으로 본다)을 곱한 금액을 공제한 금액을 공시가격으로 본다.

④ 제2항에 규정된 시·군의 감면조례에 의한 재산세의 감면규정 또는 분리과세규정에 따라 종합부동산세를 경감하는 것이 종합부동산세를 부과하는 취지에 비추어 적합하지 않은 것으로 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 종합부동산세를 부과함에 있어서 제2항의 규정 또는 그 분리과세규정을 적용하지 아니한다.

제8조(과세표준) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 주택은 제1항의 규

정에 의한 과세표준 합산의 대상이 되는 주택의 범위에 포함되지 아니하는 것으로 본다.

1. 「임대주택법」 제2조 제1호의 규정에 의한 임대주택 또는 대통령령이 정하는 다가구 임대주택으로서 임대기간, 주택의 수, 가격, 규모 등을 감안하여 대통령령이 정하는 주택
2. 제1호의 주택 외에 종업원의 주거에 제공하기 위한 기숙사 및 사원용 주택, 주택건설사업자가 건축하여 소유하고 있는 미분양주택 등 종합부동산세를 부과하는 목적에 적합하지 아니한 것으로서 대통령령이 정하는 주택

제9조(세율 및 세액) ③ 주택분 과세기준금액을 초과하는 금액에 대하여 당해 과세대상 주택의 주택분 재산세로 부과된 세액(「지방세법」 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감 조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용된 세액, 같은 법 제195조의 2의 규정에 의하여 세부담 상환을 적용받은 경우에는 그 상환을 적용받은 세액을 말한다)은 주택분 종합부동산세액에서 이를 공제한다.

④ 주택분 종합부동산세액의 계산에 있어서 주택분 재산세로 부과된 세액의 공제 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제10조(세부담의 상환) 종합부동산세의 납세의무자가 당해 연도에 납부하여야 할 주택분 재산세액상당액과 주택분 종합부동산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “주택에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 주택에 부과된 주택에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 300을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제9조의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

제11조(과세방법) 토지에 대한 종합부동산세는 국내에 소재하는 토지에 대하여 지방세법 제182조 제1항 제1호의 규정에 의한 종합합산과세대상(이하 “종합합산과세대상”이라 한다)과 동법 제182조 제1항 제2호의 규정에 의한 별도합산과세대상(이하 “별도합산과세대상”이라 한다)으로 구분하여 과세한다.

제12조(납세의무자) ① 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

판례집 20-2(하)

2. 별도합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 40억 원(이하 “토지분 별도합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자

제13조(과세표준) ② 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 과세표준은 납세의무자별로 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액에서 40억 원을 공제한 금액으로 한다.

제14조(세율 및 세액) ③ 토지분 종합합산 과세기준금액을 초과하는 금액에 대하여 당해 과세대상 토지의 토지분 재산세로 부과된 세액(「지방세법」 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감 조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용된 세액, 같은 법 제195조의 2의 규정에 의하여 세부담 상한을 적용받은 경우에는 그 상한을 적용받은 세액을 말한다)은 토지분 종합합산세액에서 이를 공제한다.

④ 별도합산과세대상인 토지에 대한 종합부동산세의 세액은 과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “토지분 별도합산세액”이라 한다)으로 한다.

<과세표준>	<세 율>
160억 원 이하	1천분의 6
160억 원 초과 960억 원 이하	1천분의 10
960억 원 초과	1천분의 16

⑤ 제4항의 규정에 의한 세액을 계산함에 있어서 2006년부터 2014년까지의 기간에 납세의무가 성립하는 별도합산과세대상 토지분 종합부동산세에 대하여는 같은 항의 규정에 의한 세율별 과세표준에 다음 각 호의 연도별 적용비율과 같은 항의 규정에 의한 세율을 곱하여 계산한 금액을 각각 당해연도의 세액으로 한다.

1. 2006년 : 100분의 55
2. 2007년 : 100분의 60
3. 2008년 : 100분의 65
4. 2009년 : 100분의 70
5. 2010년 : 100분의 75
6. 2011년 : 100분의 80
7. 2012년 : 100분의 85
8. 2013년 : 100분의 90

9. 2014년 : 100분의 95

⑥ 토지분 별도합산 과세기준금액을 초과하는 금액에 대하여 당해 과세대상 토지의 토지분 재산세로 부과된 세액(「지방세법」 제188조 제3항의 규정에 의하여 가감조정된 세율이 적용된 경우에는 그 세율이 적용된 세액, 같은 법 제195조의 2의 규정에 의하여 세부담 상한을 적용받은 경우에는 그 상한을 적용받은 세액을 말한다)은 토지분 별도합산세액에서 이를 공제한다.

⑦ 토지분 종합부동산세액의 계산에 있어서 토지분 재산세로 부과된 세액의 공제 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제15조(세부담의 상한) ① 종합부동산세의 납세의무자가 종합합산과세대상인 토지에 대하여 당해 연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 종합합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 종합합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 300을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제1항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

② 종합부동산세의 납세의무자가 별도합산과세대상인 토지에 대하여 당해 연도에 납부하여야 할 재산세액상당액과 토지분 별도합산세액상당액의 합계액(이하 이 조에서 “별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액”이라 한다)으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액이 당해 납세의무자에게 전년도에 당해 토지에 부과된 별도합산과세대상인 토지에 대한 총세액상당액으로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 세액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 그 초과하는 세액에 대하여는 제14조 제4항의 규정에 불구하고 이를 없는 것으로 본다.

종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것) 제16조(신고·납부) ① 종합부동산세의 납세의무자는 매년 납부하여야 할 종합부동산세의 과세표준과 세액을 당해 연도 12월 1일부터 12월 15일까지 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세지 관할 세무서장(이하 “관할 세무서장”이라 한다)에게 신고하여야 한다.

제17조(결정과 경정) ① 관할세무서장 또는 납세지 관할 지방국세청장(이하 “관할 지방국세청장”이라 한다)은 납세의무자가 제16조의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 때에는 당해 납세의무자의 당해연도의 과세표준과 세액을

판례집 20-2(하)

결정한다.

② 관할 세무서장 또는 관할 지방국세청장은 제16조의 규정에 의한 신고를 한 자의 신고내용에 탈루 또는 오류가 있는 때에는 당해 연도의 과세표준과 세액을 경정한다.

③ 관할 세무서장 또는 관할 지방국세청장은 과세표준과 세액을 결정 또는 경정한 후 그 결정 또는 경정에 탈루 또는 오류가 있는 것이 발견된 때 또는 제8조 제2항 제1호에 규정된 임대주택의 소유자로서 동 규정에 의하여 종합부동산세를 경감받은 자가 임대사업에 공하던 당해 주택이 추후 동 규정에 의한 임대주택에 해당하지 아니하게 된 때(이하 “임대주택에 대한 추정사유가 발생한 때”라 한다)에는 이를 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

④ 관할 세무서장 또는 관할 지방국세청장은 제2항 및 제3항의 규정에 의한 경정·재경정 및 추정사유가 지방세법 제191조 제2항의 규정에 의한 재산세의 세액변경 또는 수시부과사유에 해당되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 종합부동산세의 과세표준과 세액을 경정 또는 재경정하거나 경감받은 세액을 추징하여야 한다.

종합부동산세법 시행령(2005. 12. 31. 대통령령 제19253호로 개정된 것) 제1조의2(세대의 범위) ① 「종합부동산세법」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제8호에서 “대통령령이 정하는 것”이라 함은 주택 또는 토지의 소유자 및 그 배우자가 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족과 함께 구성하는 1세대를 말한다.

② 제1항에서 “가족”이라 함은 주택 또는 토지의 소유자와 그 배우자의 직계존비속(그 배우자를 포함한다) 및 형제자매를 말하며, 취학, 질병의 요양, 근무상 또는 사업상의 형편으로 본래의 주소 또는 거소를 일시퇴거한 자를 포함한다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 배우자가 없는 때에도 이를 제1항의 규정에 따른 1세대로 본다.

1. 30세 이상인 경우
2. 배우자가 사망하거나 이혼한 경우
3. 「소득세법」 제4조의 규정에 따른 소득이 「국민기초생활보장법」 제2조 제6호의 규정에 따른 최저생계비 수준 이상으로서 소유하고 있는 주택 또는 토지를 관리·유지하면서 독립된 생계를 유지할

수 있는 경우. 다만, 미성년자의 경우를 제외하되, 미성년자의 결혼, 가족의 사망 그 밖에 기획재정부령이 정하는 사유로 1세대의 구성이 불가피한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 혼인함으로써 1세대를 구성하는 경우에는 혼인한 날부터 2년 동안은 제1항의 규정에 불구하고 주택 또는 토지를 소유하는 자와 그 혼인한 자별로 각각 1세대로 본다.

⑤ 60세(여자의 경우에는 55세) 이상의 직계존속을 동거봉양하기 위하여 합가함으로써 1세대를 구성하는 경우에는 합가한 날부터 2년 동안은 제1항의 규정에 불구하고 주택 또는 토지를 소유하는 자와 그 합가한 자별로 각각 1세대로 본다.

지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332로 개정된 것) 제111조(과세표준) ② 제1항의 규정에 의한 취득 당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 다음 각 호에 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

1. '부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률'에 의하여 가격이 공시되는 토지 및 주택에 대하여는 동법에 의하여 공시된 가액. 다만, 개별공시지가 또는 개별주택가격이 공시되지 아니한 경우에는 시장·군수가 동법의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격 비준표 또는 주택가격 비준표를 사용하여 산정한 가액으로 한다.
2. 제1호외의 건축물과 선박·항공기 그 밖의 과세대상에 대하여는 거래가격, 수입가격, 신축·건조·제조가격 등을 참작하여 정한 기준가격에 종류·구조·용도·경과연수 등 과세대상별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 지방자치단체의 장이 결정한 가액

제180조(정의) 재산세에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 토지 : 지적법에 의하여 지적공부의 등록대상이 되는 토지와 그 밖에 사용되고 있는 사실상의 토지
2. 건축물 : 제104조 제4호의 규정에 의한 건축물
3. 주택 : 주택법 제2조 제1호의 규정에 의한 주택. 이 경우 토지와 건축물의 범위에는 주택을 제외한다.

제181조(과세대상) 재산세는 토지, 건축물, 주택, 선박 및 항공기(이하 이

판례집 20-2(하)

절에서 “재산”이라 한다.)를 과세대상으로 한다.

제182조(과세대상의 구분) ① 토지에 대한 재산세 과세대상은 종합합산과세대상, 별도합산과세대상 및 분리과세대상으로 구분한다.

1. 종합합산과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 토지 중 별도합산 또는 분리과세대상이 되는 토지를 제외한 토지. 다만, 다음 각 목의 1에 해당하는 토지는 종합합산과세대상으로 보지 아니한다.

가. 이 법 또는 관계법령의 규정에 의하여 재산세가 비과세 또는 면제되는 토지

나. 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 재산세가 경감되는 토지의 경감비율에 해당하는 토지

2. 별도합산과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 대통령령이 정하는 건축물의 부속토지 및 별도 합산과세하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지. 다만, 제1항 제1호 가목 및 나목의 규정에 의한 토지는 이를 별도합산과세대상으로 보지 아니한다.

3. 분리과세대상 : 과세기준일 현재 납세의무자가 소유하고 있는 토지 중 다음 각 목의 1에 해당하는 토지

가. 공장용지·전·답·과수원 및 목장용지로서 대통령령이 정하는 토지

나. 산림의 보호육성을 위하여 필요한 임야 및 종중소유 임야로서 대통령령이 정하는 임야

다. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 각 호외의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다.)용 토지와 동조 동항의 규정에 의한 고급오락장용 토지로서 대통령령이 정하는 토지

라. 가목 내지 다목의 규정에 의한 토지와 유사한 토지로서 분리과세하여야 할 상당한 이유가 있는 것으로서 대통령령이 정하는 토지

제183조(납세의무자) ① 재산세 과세기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유재산인 경우에는 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다.)

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 보며, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 당해 주택에 대한 산출세액을 제111조 제2항의 규정에 의한 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분 계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 본다.

제184조(납세지) 재산세의 납세지는 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지 : 토지의 소재지를 관할하는 시·군
2. 건축물 : 건축물의 소재지를 관할하는 시·군
3. 주택 : 주택의 소재지를 관할하는 시·군

제187조(과세표준) ① 토지·건축물·주택에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액에 대통령령이 정하는 적용비율을 곱하여 산정한 가액으로 한다. 이 경우 적용비율을 적용한 가액이 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액을 초과하지 아니하도록 하여야 한다.

{지방세법 시행령(2005. 12. 31. 대통령령 19259호로 개정되기 전의 것) 제138조(과세표준액 적용비율) 법 제187조 제1항의 규정에 의한 대통령령이 정하는 적용비율은 100분의 50으로 한다.}

제188조(세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토 지

가. 종합합산과세대상

<과세표준>	<세 율>
5,000만 원 이하	1,000분의 2
5,000만 원 초과 1억 원 이하	10만 원+5,000만 원 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	25만 원+1억 원 초과금액의 1,000분의 5

나. 별도합산과세대상

<과세표준>	<세 율>
2억 원 이하	1,000분의 2
2억 원 초과 10억 원 이하	40만 원+2억 원 초과금액의 1,000분의 3
10억 원 초과	2백 80만 원+10억 원 초과금액의 1,000분의 4

다. 분리과세대상

- (1) 전·답·과수원·목장용지 및 임야 : 과세표준액의 1,000분

판례집 20-2(하)

의 0.7

- (2) 골프장 및 고급오락장용 토지 : 과세표준액의 1,000분의 40
- (3) (1) 및 (2)외의 토지 : 과세표준액의 1,000분의 2

2. 건축물

- 가. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동조 동항 각 호외의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다)·고급오락장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 40
- 나. 특별시·광역시(군 지역을 제외한다)·시(읍·면 지역을 제외한다)지역 안에서 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 그 밖에 관계법령의 규정에 의하여 지정된 주거지역 및 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 지역안의 대통령령이 정하는 공장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 5
- 다. 가목 및 나목외의 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 2.5

3. 주 택

- 가. 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장 : 과세표준액의 1,000분의 40
- 나. 가목외의 주택
 

<과세표준>	<세 율>
4,000만 원 이하	1,000분의 1.5
4,000만 원 초과	6만 원+4,000만 원 1억 원 이하 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	24만 원+1억 원 초과금액의 1,000분의 5

③ 시장·군수는 조례가 정하는 바에 의하여 재산세의 세율을 제1항의 표준세율의 100분의 50의 범위 안에서 가감 조정할 수 있다.

제189조(세율적용) ① 토지에 대한 재산세는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 세율을 적용한다.

1. 종합합산과세대상 : 납세의무자가 소유하고 있는 당해 시·군 관할 구역 안에 소재하는 종합합산과세대상이 되는 토지의 가액을 모두 합한 금액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 가목의 세율을 적용한다.
2. 별도합산과세대상 : 납세의무자가 소유하고 있는 당해 시·군 관할

헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)

구역 안에 소재하는 별도합산과세대상이 되는 토지의 가액을 모두 합한 금액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 나목의 세율을 적용한다.

3. 분리과세대상 : 분리과세대상이 되는 당해 토지의 가액을 과세표준액으로 하여 제188조 제1항 제1호 다목의 세율을 적용한다.

② 주택에 대한 재산세는 주택별로 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다. 이 경우 주택별로 구분하는 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 주택을 2인 이상이 공동으로 소유하거나 토지와 건물의 소유자가 다를 경우 당해 주택에 대한 세율을 적용함에 있어서는 당해 주택의 토지와 건물의 가액을 합산한 과세표준액에 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다.

④ 동일한 재산에 대하여 2 이상의 세율이 해당되는 경우에는 그 중 높은 세율을 적용한다.

제190조(과세기준일) 재산세의 과세기준일은 매년 6월 1일로 한다.

제191조(납기) ①재산세의 납기는 다음 각 호와 같다.

1. 토지 : 매년 9월 16일부터 9월 30일까지
2. 건축물 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지
3. 주택 : 산출세액의 2분의 1은 매년 7월 16일부터 7월 31일까지, 나머지 2분의 1은 9월 16일부터 9월 30일까지

제195조의2(세부담의 상한) 당해 재산에 대한 재산세의 산출세액이 대통령령이 정하는 방법에 따라 계산한 직전연도의 당해 재산에 대한 재산세액 상당액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 100분의 150에 해당하는 금액을 당해 연도에 징수할 세액으로 한다.

지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정된 것) 제111조(과세표준) ② 제1항의 규정에 의한 취득 당시의 가액은 취득자가 신고한 가액에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 다음 각 호에 정하는 시가표준액에 미달하는 때에는 그 시가표준액에 의한다.

1. 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 의하여 가격이 공시되는 토지 및 주택에 대하여는 동법에 의하여 공시된 가액. 다만, 개별공시지가 또는 개별주택가격이 공시되지 아니한 경우에는 시장·군수가 동법의 규정에 의하여 건설교통부장관이 제공한 토지가격 비준표 또는 주택가격 비준표를 사용하여 산정한 가액

판례집 20-2(하)

으로 하고, 공동주택가격이 공시되지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따라 시장·군수가 산정한 가액으로 한다.

2. 제1호외의 건축물과 선박·항공기 그 밖의 과세대상에 대하여는 거래가격, 수입가격, 신축·건조·제조가격 등을 참작하여 정한 기준가격에 종류·구조·용도·경과연수 등 과세대상별 특성을 감안하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 지방자치단체의 장이 결정한 가액

제180조(정의) 재산세에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 토지 : 「지적법」에 의하여 지적공부의 등록대상이 되는 토지와 그 밖에 사용되고 있는 사실상의 토지
2. 건축물 : 제104조 제4호의 규정에 의한 건축물
3. 주택 : 주택법 제2조 제1호의 규정에 의한 주택. 이 경우 토지와 건축물의 범위에는 주택을 제외한다.

제181조(과세대상) 재산세는 토지, 건축물, 주택, 선박 및 항공기(이하 이 절에서 “재산”이라 한다)를 과세대상으로 한다.

제183조(납세의무자) ① 재산세 과세기준일 현재 재산을 사실상 소유하고 있는 자는 재산세를 납부할 의무가 있다. 다만, 공유재산인 경우에는 그 지분에 해당하는 부분(지분의 표시가 없는 경우에는 지분이 균등한 것으로 본다)에 대하여 그 지분권자를 납세의무자로 보며, 주택의 건물과 부속토지의 소유자가 다를 경우에는 당해 주택에 대한 산출세액을 제111조 제2항의 규정에 의한 건축물과 그 부속토지의 시가표준액 비율로 안분 계산한 부분에 대하여 그 소유자를 납세의무자로 본다.

제184조(납세지) 재산세의 납세지는 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1. 토지 : 토지의 소재지를 관할하는 시·군
2. 건축물 : 건축물의 소재지를 관할하는 시·군
3. 주택 : 주택의 소재지를 관할하는 시·군

제187조(과세표준) ① 토지·건축물·주택에 대한 재산세의 과세표준은 제111조 제2항의 규정에 의한 시가표준액으로 한다.

제188조(세율) ① 재산세의 표준세율은 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

2. 건축물
  - 가. 제112조 제2항의 규정에 의한 골프장(동 조 동 항 각 호외의 부분 후단의 규정을 적용하지 아니한다)·고급오락장용 건축

물 : 과세표준액의 1,000분의 40

나. 특별시·광역시(군 지역을 제외한다)·시(읍·면 지역을 제외한다)지역 안에서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 그 밖에 관계법령의 규정에 의하여 지정된 주거지역 및 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 지역안의 대통령령이 정하는 공장용 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 5

다. 가목 및 나목외의 건축물 : 과세표준액의 1,000분의 2.5

3. 주 택

가. 제112조 제2항 제1호의 규정에 의한 별장 : 과세표준액의 1,000분의 40

나. 가목외의 주택

<과세표준>	<세 율>
4,000만 원 이하	1,000분의 1.5
4,000만 원 초과 1억 원 이하	6만 원+4,000만 원 초과금액의 1,000분의 3
1억 원 초과	24만 원+1억 원 초과금액의 1,000분의 5

③ 시장·군수는 조례가 정하는 바에 의하여 재산세의 세율을 제1항의 표준세율의 100분의 50의 범위 안에서 가감 조정할 수 있다.

제189조(세율적용) ② 주택에 대한 재산세는 주택별로 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다. 이 경우 주택별로 구분하는 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 주택을 2인 이상이 공동으로 소유하거나 토지와 건물의 소유자가 다를 경우 당해 주택에 대한 세율을 적용함에 있어서는 당해 주택의 토지와 건물의 가액을 합산한 과세표준액에 제188조 제1항 제3호의 세율을 적용한다.

④ 동일한 재산에 대하여 2 이상의 세율이 해당되는 경우에는 그 중 높은 세율을 적용한다.

제190조(과세기준일) 재산세의 과세기준일은 매년 6월 1일로 한다.

제191조(납기) ① 재산세의 납기는 다음 각 호와 같다.

- 2. 건축물 : 매년 7월 16일부터 7월 31일까지
- 3. 주택 : 산출세액의 2분의 1은 매년 7월 16일부터 7월 31일까지, 나머지 2분의 1은 9월 16일부터 9월 30일까지

판례집 20-2(하)

제195조의2(세부담의 상한) 당해 재산에 대한 재산세의 산출세액이 대통령령이 정하는 방법에 따라 계산한 직전연도의 당해 재산에 대한 재산세액 상당액의 100분의 150을 초과하는 경우에는 100분의 150에 해당하는 금액을 당해 연도에 징수할 세액으로 한다.

[별지 4]

가. 청구인들의 주장요지(2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62)

(1) 종합부동산세는 조세의 효율과 중립성, 부담부분의 공평성 및 행정적 단순성을 지키지 못하여 종합부동산세법의 입법 목적조차도 달성할 수 없는 세제이고, 구 조세특례법 제2조 제1항 제8호에 해당하는 지방세에 대한 중과세 특례임에도 구 종합부동산세법이 구 조세특례법 제3조 제1항에 열거되어 있지 않아 중과세 특례의 근거법률이 될 수 없으므로, 이는 근거법률 없이 이루어진 과세로서 조세법률주의, 실질적 법치주의, 적법절차 원칙에 위배되고, 종합부동산세법은 헌법상의 체계정당성의 원리, 헌법 제59조, 제23조 및 제11조에 위배된다.

(2) 종합부동산세는 본질적으로 잠재소득에 대하여 과세하는 소득세(가격 상승분에 대한 과세의 성격이 있다)인데, 시장가격의 변동으로 고액이 되었다는 사정만으로 달리 이득이 발생한 것이 아닌데도 미실현 소득에 대하여, 이 중으로 또는 중복하여(양도소득세에서 종합부동산세액을 공제하는 제도가 없다), 높은 누진세율을 적용하여 계속적으로, 부동산의 가액에서 부채를 공제하지 아니한 채 주택의 유지·관리비용과 감가상각 충당금을 필요경비에 불산입하는 방법으로 과세하여, 원본잠식 및 무상수용을 초래하고(과잉금지원칙, 반액과세원칙, 원본잠식금지원칙, 실질과세원칙에 반한다), 주택시세의 하락기에 소유자가 입을 자본손실에 대응하여 이를 보완하여 줄 조정장치도 없이 과세함으로써 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해하며, 주택이나 토지의 소유 목적이나 기능 등에 따른 예외를 인정하지 않은 채, 일률적으로 과세기준 금액을 초과하는 주택이나 부동산을 과세대상으로 삼아 지나친 세부담으로 개인이 소유할 수 있는 토지와 주택의 양을 제한하는 등 결과적으로 시장경제 질서와 사유재산 제도를 부정하게 된다.

또한 과거에 형성된 이익 또는 재산에 대하여 그 시행 이전부터 거주하였는지 여부를 묻지 않고 획일적으로 법 시행 이후에 과세하여 신뢰보호의 원칙에 위배되고, 고액 주택의 구분 기준을 합리적인 기준 없이 지나치게 낮게

책정하여 누진세율로 중과세함으로써 비례원칙, 과잉금지원칙에도 위배되어 헌법에 위반된다.

(3) 담세력은 경제력의 총체에서 나타나는데, 순저축분의 다른 형태인 예금 또는 주식은 그 원금에 대하여 과세하지 않으면서, 주택이나 토지의 가격상승에 어떠한 원인제공을 한 바 없는데도 주택과 토지만을 다른 재산과 분리하여 과세하고, 사실상 수도권의 부동산만을 대상으로 함으로써 지방과 차별하며, 주택은 의식주의 하나로서 토지와도 구별됨에도 같이 취급하고 있어 각각 평등원칙에 반한다.

(4) 주택은 인간다운 생활을 위한 필수품임에도 종합부동산세는 1가구 1주택보유자, 특히 1주택 이외에 다른 재산이 없는 노년층 및 장기 보유자 등에 대하여도 일률적으로 과세하여 이들로 하여금 종래 살던 곳을 떠나도록 강요하는 것이므로 인간다운 생활을 할 권리, 생존권 및 거주 이전의 자유를 침해한다.

(5) 부동산에 대한 과세는 지방자치단체가 과세주체가 되어 그 지방에서 징수한 세금을 그 지방을 위하여 사용하여야 하는데도, 종합부동산세는 국세로서 그 지방에서 징수한 세금을 타 지방에 교부하는 결과가 되어 당해 자치단체의 자치권을 침해할 수 있다.

(6) 헌법 제119조는 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 경우에도 '소득의 분배'를 할 수 있을 뿐, '자산(순저축분)의 분배' 방식으로는 개입할 수 없음을 선언하고 있고, 자유민주적 시장경제 하에서 국가는 순저축분, 즉 자산원본의 가치를 보호하여야 할 책무가 있는데도, 종합부동산세의 과세대상이 되는 주택은 이미 관련 세금을 납부한 이후의 순저축분으로서 '침해할 수 없는 자유와 권리의 본질적 내용'에 해당하고, 구 종합부동산세법은 순저축분인 원본을 점진적으로 몰수하는 것으로서 재산권을 침해하며, 헌법 제119조에도 반한다.

(7) 조세법은 국가 세입 예산안의 핵심적 요소인 세입재원을 확보하기 위한 것이고, 국가 세입 예산안의 입안·제출은 행정부가 전담하므로 종합부동산세법 또한 정부제안의 입법 방식을 취하여야 함에도, 보편적인 헌법상인 원리와 행정부와 입법부 간의 업무분담에 위배하여 국민에 대한 중과세를 견제하여야 할 국회가 의원발의 형식으로 입법하였으므로, 이는 입법권을 남용하거나 입법제량의 범위를 현저히 일탈한 것이다.

(8) 개발제한구역 특조법상의 개발제한구역으로 지정되어 재산권 행사에

판례집 20-2(하)

제한을 받고 있는 토지에 대하여 지방세인 재산세에 더하여 국세인 종합부동산세까지 부과하는 것은 이중과세 금지원칙에 위반할 뿐만 아니라 재산권을 과도하게 침해하는 것이고, 이와 같은 토지에 대하여 개발제한구역으로 지정되어 있지 않은 일반토지와 같은 세율을 적용하여 종합부동산세를 부과하는 것은 헌법상 평등원칙에 위반된다.

나. 제청법원의 위헌제청 이유요지(2008헌가12)

(1) 혼인 및 이혼 여부에 따라 종합부동산세의 과세대상이 되고, 누진세율 구조상 그 불이익이 더 커지게 되는 것은 중대한 합리적인 근거가 있는 차별이라고 보기 어렵다.

(2) 주택 등을 포함한 부동산의 소유권은 등기명의인에게 귀속되고, 민법상 부부별산제가 원칙이고(민법 제830조 제1항), 예외적으로 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산만을 부부의 공유로 추정할 뿐이며(민법 제830조 제2항), 더구나 배우자를 제외한 세대원의 재산까지 공유로 추정된다는 규정도 없으므로, 세대별 합산 관련규정이 주거 현실 및 이에 기초한 경제 현실에 부합한다고 단정할 수 없고, 더구나 세대원 각자의 재산을 실질적인 공유 재산으로 추정할 아무런 근거규정도 없는 상태에서 그 부동산에 대한 보유세를 세대 단위로 계산하는 것은 합리적이라고 볼 수 없다.

(3) 종합부동산세 자체의 목적과 세대별 합산 관련규정의 목적의 정당성은 구분되어야 할 것으로서, 세대별 합산 관련규정은 종합부동산세의 목적을 달성하기 위한 조세기술적인 문제이므로, 종합부동산세 자체의 목적의 정당성이 인정된다고 하여 당연히 세대별 합산 관련규정의 목적의 정당성이 인정되는 것은 아니다.

(4) 부부 또는 세대원 간의 인위적인 명의분산과 같은 가장행위 등은 상속세 및 증여세법상 증여추정, 부동산실명법상의 규제 등을 통하여 충분히 방지할 수 있다.

(5) 직계비속이 자신의 자금으로 주택을 보유한 경우나 배우자가 혼인 전부터 소유하고 있던 주택 등은 조세회피 목적의 명의분산과는 무관함에도 합산과세의 대상으로 하는 것은 종합부동산세의 목적 달성을 위하여 적절한 수단이라고 할 수 없다.

(6) 가족 간의 증여를 통한 종합부동산세의 회피를 막기 위하여 세대별 합산 관련규정이 반드시 필요하고 적절한 수단이라고 하나, 먼저 가족 간의 재산소유 형태를 증여를 통하여 형성하였다고 하여 모두 조세회피의 의도가 있

다고 볼 수 없고, 정부가 세대별 합산 관련규정 등으로 증가될 것으로 예상한 1년 동안의 종합부동산세액은 3,000억 원 정도에 불과하여 2003년 증여세 증가액 3,714억 원, 2004년 증여세 증가액 2,902억 원과 크게 차이가 나지 않아 국가 입장에서는 세금 수입에 큰 영향이 없었다는 점에서 볼 때, 종합부동산세의 회피를 막기 위하여 세대별 합산 관련규정이 반드시 필요하다거나 수단의 적절성이 충족되었다고 볼 수 없다.

(7) 주택 등 부동산 가격의 변동은 경제사정에 따른 것임에 반해, 부동산 투기는 통화량의 팽창에 의한 가수요, 주택 등에 대한 수요·공급의 원리, 경제정책의 실패 등이 복합적으로 작용하여 발생하는 것으로서 오로지 세제의 불비 때문에 발생하는 것만이 아니고 그 해결책이 세대별 합산 관련규정만이라고 볼 수도 없으므로, 수단의 적절성이나 피해의 최소성 요건을 갖추었다고 보기 어렵다.

(8) 부동산의 보유에 대하여 미국은 개인별로, 영국 및 일본은 개인별로 일정률에 의하여 과세하고 있고, 또 부부와 미성년 자녀의 재산세를 합산과세하는 입법례가 있더라도 이 경우 부부에 대해 다른 누진세율 체제를 적용하거나(스페인), 공제항목을 배우자에게 특별히 인정하거나(독일), 단순합산하지 않고 합산분할하거나 가족할당 등을 하는 등(독일, 이탈리아, 프랑스 등) 과세 대상이 합산되는 부부에 대하여 혼인으로 인하여 불합리한 차별이 발생하지 않도록 충분히 배려하고 있는데도, 우리의 세대별 합산 관련규정은 어떠한 분할방식도 취함이 없이 세대별로 합산하는 것으로서 매우 특유한 과세방식에 속하고, 혼인한 부부 및 가족이 불합리한 차별을 받지 않도록 하는 제도를 마련하지 않은 점에서 헌법 제36조 제1항에 위배된다.

(9) 세대별 합산 관련규정과 유사하게 과세단위를 파악한 것으로는 자산소득에 대하여 부부간 합산과세를 하였던 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제 4803호로 전부 개정된 것) 제61조 제1항과 양도소득세의 과세대상 중 1주택에 대한 비과세규정을 적용함에 있어 그 단위를 1세대로 파악하고 있는 소득세법 제89조 제1항 제3호의 규정 등이 있는데, 그 중 구 소득세법 제61조 제1항에 대하여는 헌법재판소 2002. 8. 29. 2001헌바82호 결정에서 혼인한 부부를 혼인하지 않는 부부나 독신자에 비하여 차별 취급하는 것으로 헌법상 정당화되지 아니하기 때문에 헌법 제36조 제1항에 위반된다는 이유로 위헌이 선언되었고, 양도소득세의 과세대상 중 1주택에 대한 비과세 규정은 1세대를 우대하는 것으로서 오히려 혼인과 가족생활을 보호하고자 하는 헌법 제36조 제1

판례집 20-2(하)

항의 규정취지에도 부합한다.

(10) 보유세는 주거라는 개념보다는 재산의 보유라는 사실 그 자체에 대하여 과세하는 것이므로 재산운용으로 인한 수익이 없을 경우 소득으로 납부할 수밖에 없는데 소득에 대하여는 합산과세하지 못하면서 재산의 보유에 대해서만 세대별로 합산과세할 수 있다고 보기는 어렵고, 이와 같은 이유에서 세대별 합산 관련규정은 혼인한 자 또는 세대원이 있는 자를 차별 취급하는 것으로 자산소득에 대한 부부간 합산과세와 유사한 구조를 가지고 있다.

다. 법원의 위헌제청 신청 기각 이유요지(2006헌바112, 2007헌바71·88·94, 2008헌바3·62)

(1) 종합부동산세는 지방세인 재산세와 그 입법 목적과 세목, 과세대상 등이 다르므로 재산세에 대한 구 조세특례법상의 중과세 특례라 할 수 없다.

(2) 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부과하고 있는 헌법 제35조 제3항, 토지재산권에 대한 광범위한 입법형성권을 부여하고 있는 헌법 제122조 등과, 토지와 주택의 다른 재산에 대한 특수성, 누진제 등 세율체계는 입법정책의 문제인 점, 세율이 1000분의 10에서 1000분의 40으로 그리 과중하지 않은 점, 종합부동산세가 당해 부동산 자체에 대한 재산권 침해가 아니라는 점 등을 종합하여 보면, 구 종합부동산세법이 사유재산권을 부인하거나 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 정도로 과도하여 부동산의 원본을 잠식하거나 수년 내에 재산을 무상으로 수용하는 결과가 될 것으로 보이지 아니한다.

(3) 종합부동산세법은 불필요한 부동산 보유를 억제하여 주택 가격을 안정시키고 국민 다수에게 쾌적한 주거공간을 제공할 수 있도록 함으로써, 결국 국민 대다수의 생존권 또는 인간다운 생활을 할 권리를 보장하게 되고, 또한 종합부동산세법상의 주택에 대한 세율이 지나치게 높아 고향을 떠나 주거환경이 열악한 곳으로 가지 않으면 아니 된다거나, 종합부동산세를 내기 위하여 살던 집을 팔아야 할 정도라고는 보이지 아니하며, 설령 일부 납세자에게 종합부동산세가 부과대상 부동산의 처분을 강요하여 거주 이전의 자유 등이 사실상 제한된다고 하여도 이는 거주 이전의 자유 등에 대한 직접적인 침해가 아니라 토지 및 주택 재산권에 대한 제한이 수반하는 반사적 불이익에 지나지 아니할 뿐만 아니라, 종합부동산세법의 입법 목적과 헌법 제35조 제3항 등의 규정에 비추어 규제의 합리성도 인정되므로, 청구인들의 거주 이전의 자유를 침해하지 아니한다.

(4) 토지 공급의 유한성, 주택 문제의 심각성, 주택과 토지 가격의 상승과 투기현상, 토지와 주택의 문제가 인간다운 생활을 할 권리의 문제로 이어지는 일반국민의 토지와 주택에 대한 의존도 및 토지나 주택의 사회적 공공성 등에 비추어 종합부동산세법이 토지와 주택만을 예금, 주식 등 다른 재산과 구별하여 과세대상으로 삼았다 하더라도 평등의 원칙에 어긋나지 않는다.

(5) 종합부동산세는 전국에 있는 모든 부동산을 과세대상으로 하고, 소유자 별로 합산한 부동산 가액을 과세표준으로 삼는 재산세의 일종이므로, 납세자나 부과대상 부동산이 수도권에 편중되었다는 사정만으로 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수 없다.

(6) 부동산의 가격 안정과 공공복리는 무관하지 않으며, 토지나 주택의 공공성, 불필요하고 과다한 부동산 보유억제 정책의 불가피성, 토지나 주택의 과도한 가격상승과 투기현상 등에 대한 규제의 필요성, 종합부동산세법이 달성하고자 하는 공익이 종합부동산세의 부담이라는 개인의 사익 침해에 비하여 과하지 않은 점 등에 비추어 구 종합부동산세법은 헌법 제37조 제2항의 규정에 반하여 국민의 기본권을 침해한 것으로 보이지 않는다.

(7) 종합부동산세는 보유기간 중에 발생한 수익에 대하여 과세하는 것이 아니므로 양도소득세와는 과세대상, 과세요건 뿐만 아니라 과세 목적을 달리하여 이중과세의 문제가 발생하지 않고, 이미 부과된 재산세액을 공제하므로 재산세와의 관계에서도 이중과세에 해당하지 않는다.

(8) 종합부동산세는 가격 상승분이나 과거에 발생한 소득에 대하여 과세하는 수익세가 아니라 구 종합부동산세법 시행 이후 과세기준일 현재 보유하고 있는 당해 부동산 가액 전체 중 일정 가액을 초과하는 부분에 대하여 과세하는 것으로서 보유단계에 있는 재산 그 자체에 담세력을 인정하여 보유 또는 이용 사실에 기초하여 부과하는 것이므로 미실현 이득에 대한 과세나 소급입법에 의한 과세라 할 수 없다.

(9) 종합부동산세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 입법정책에 따라 판단할 성질의 것으로서, 종합부동산세나 재산세가 반드시 지방세이어야 할 이유가 없고, 종합부동산세는 기존의 지방세를 그대로 둔 채 일정한 가액을 초과하는 부분에 대하여 별도의 세목을 신설한 것으로서 그 입법 목적 등에 비추어 볼 때 지방자치단체의 자치재정권을 침해하였다고 보기 어렵다.

(10) 조세법은 행정부 제안 방식으로 입법되어야 한다는 헌법적 관행이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 의원발의의 형식을 취하였다고 하여 권력분립에

판례집 20-2(하)

반한다고 할 수도 없으며, 위에서 본 바와 같이 종합부동산세가 구 조세특례법의 규정, 평등의 원칙에 위배되거나 재산권을 침해하였다고 볼 수 없으므로, 구 종합부동산세법을 입법형성의 재량권을 남용한 자의적인 입법이라고 보기 어렵다.

(11) 과세단위를 정하는 것은 입법자가 재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고, 한정된 토지 및 주택을 일부 국민이 과도하게 보유하는 것을 억제함으로써 투기를 방지하고 국민 대다수의 주거안정을 기할 필요가 절실하며, 우리나라의 경우 세대별로 같은 집에 거주하는 것이 통례이므로 과세단위는 주거단위인 세대라고 봄이 합리적이고, 부부 및 세대원 사이에 주택 및 토지를 분산 소유하는 것을 방지하기 위해서는 증여세 부과나 부동산실명법에 의한 통제 보다는 세대별 합산과세가 더 효과적일 뿐만 아니라, 소득세 법상 배우자 및 자녀에 관하여 각종 인적공제를 하고 있고, 이혼 시 재산분할은 공유재산의 청산으로 보는 등 부부 내지는 가족이 경제생활의 관점에서 하나의 단위로 취급되는 경우가 많은 점 등을 종합하면, 종합부동산세법의 세대별 합산조항은 합리적인 이유에 의한 차별로서 헌법 제36조 제1항의 규정에 위반되지 아니한다.

라. 이해관계 기관 국세청장의 의견요지

(1) 종합부동산세는 고액의 부동산 보유자에게 부과하여 과도한 부동산 투기현상과 수도권 집중의 폐해를 막는 등 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위한 것이다.

(2) 종합부동산세는 보유세로서 미실현 이익에 대한 과세가 아닐 뿐만 아니라, 미실현 이익에 대한 과세라고 보더라도 그 과세 자체를 위헌이라고 볼 수 없고, 과세대상 이득을 공평하고 정확하게 계측하는 것이 제일의 과제인데 부동산 가액을 산정하는 기준인 ‘공시가격’ 등 관련 제도가 객관성과 합리성을 띠고 있으므로, 종합부동산세의 부과가 재산권을 침해한다고 보기 어렵다.

(3) 원본에 대한 과세가 이루어진다고 하여 당연히 재산권의 본질에 대한 침해가 되어 위헌이라고 할 수 없고, 나아가 비례의 원칙 등 헌법상의 여러 원칙에 위배하였는지를 여부를 살펴야 하는데, 종합부동산세법은 투기적 수요의 억제나 소득 재분배 효과라는 정책 목적의 달성을 위하여 과거의 종합토지세를 대체·확대하는 취지에서 제정되었고, 공시가격의 현실화율이 공동주택의 경우 80-90%이며, 토지는 그 보다 낮은 등 과세표준의 현실화율이 낮으며, 1 내지 4%의 세율 또한 높다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 적용대상자

가 많지 않다는 점에서도 헌법 제23조의 재산권 보장에 위배되지 않고, 그 입법 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익 균형성의 측면에서도 과잉금지 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(4) 종합부동산세는 이미 납부한 재산세액이 공제되므로 재산세와 사이에 이중과세의 문제가 발생할 여지가 없고, 양도소득세가 소득세임에 반하여 재산보유세로서 그 성질을 달리하며, 재산보유세액을 소득세액에서 공제할지는 입법재량의 영역에 속한다.

(5) 토지나 주택의 공공성, 헌법 제122조 및 제35조 제3항의 각 규정을 종합하여 볼 때, 종합부동산세법이 사유재산권을 부인하거나 재산권 등 헌법상 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도하여 소유한 부동산의 원본을 잠식할 정도이거나 수년 내에 재산을 무상으로 수용하는 결과가 되어 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(6) 종합부동산세법에 대한 평등심사는 헌법이 제시하고 있는 영역에 대한 차별 또는 관련 기본권의 중대한 제한을 초래하는 것이 아니므로 합리성 심사도 충분하고, 주택과 토지의 사회성, 공공성, 투기방지 필요성 등에 비추어 다른 재산과 달리 주택 및 토지에 한하여 종합부동산세를 부과하는 것은 합리적인 사유가 있다 할 것이므로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없으며, 서울을 비롯한 수도권에 소재한 부동산만을 대상으로 하는 것도 아니므로 서울을 비롯한 수도권을 비수도권에 비하여 차별한다고 할 수도 없다.

(7) 인간다운 생활을 할 권리는 광범위한 입법재량이 인정되는 영역으로서 그 내용이 법률에 의하여 구체화되는데, 6억 원 내지 9억 원을 초과하는 주택에 대하여 종합부동산세가 부과된다는 것만으로 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고 하기 어렵고, 1가구 1주택자 또는 1세대 1주택자에 대하여도 ‘응능부담의 원칙’ 이나 ‘응익부담의 원칙’이 적용되어야 하고, 이들에 대하여 경감 제도를 둔다면 조세형평의 지해, 부동산 가격 불안정 등의 문제점이 발생할 수 있으며, 종합부동산세의 보유세로서의 성격과 도입 목적에 비추어 다른 과세 대상 부동산과 동일하게 종합부동산세를 부과하는 것이 타당하다.

(8) 종합부동산세의 세율이 지나치게 높다거나 종합부동산세를 납부하기 위하여 살던 집을 팔아야 할 정도라고는 보이지 아니하고, 설사 종합부동산세를 납부하기 위하여 부동산의 처분을 사실상 강요당한다고 하여도 이는 토지 및 주택재산권의 제한에 수반하는 반사적 불이익에 불과하고, 종합부동산세법의 입법 목적과 헌법 제35조 제3항 등에 비추어 그 규제의 합리성도 인정

판례집 20-2(하)

되므로, 거주 이전의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

(9) 종합부동산세는 재산세와 과세 목적 및 대상을 달리하는 별개의 세법체계로 재산세에 대하여 중과세하는 특례 대상이 아니다.

(10) 헌법 제119조와 관련하여 우리 헌법이 '소득의 분배'는 허용하나 '재산의 분배'는 허용하지 않는다는 취지로 해석할 수는 없다.

(11) 종합부동산세법의 시행으로 새로운 세부담이 발생하였다 하더라도, 장래에 세부담이 없을 것이라는 신뢰는 '보호할 만한 신뢰'라고 보기 어렵고, 보호된다고 하여도 종합부동산세법으로 보호하고자 하는 공익이 우월하다고 할 것이므로 신뢰보호원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(12) 종합부동산세를 국세로 할 것인지 지방세로 할 것인지는 과세목적에 따라 입법정책적으로 판단할 성질의 것으로서 종합부동산세를 반드시 지방세로 하여야 할 이유가 없고, 우리나라의 경우 부동산의 보유에 따라 얻는 편익이 지방자치단체로부터 얻어진 것보다는 중앙정부로부터 얻어진 것이 더 많다는 점을 고려하여 국세로 한 것이며, 종합부동산세를 재원으로 지방자치단체의 예산이 교부되어 재정여건이 어려운 지방자치단체의 일반재원으로 사용되고 있으므로, 헌법이 보장하는 지방자치단체의 자치재정권을 침해한다고 보기 어렵다.

(13) 개발제한구역 내 토지에 대한 종합부동산세의 부과는 개발제한구역 내 토지 자체의 재산적 가치, 즉 개발제한구역 지정으로 인하여 토지의 사용가치가 제한된 사정이 반영된 당해 토지의 공시지가를 기초로 산정된 과세표준에 따라 과세액이 결정되는 것이므로, 개발제한구역 내 토지에 대하여 동일한 세율에 따라 종합부동산세를 부과하는 것 자체를 두고 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해한다거나 평등원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

(14) 이 사건 세대별 합산규정은 조세회피의 방지를 통하여 담세력에 부응한 공평한 세부담의 실현 및 소득재분배의 효과를 도모하기 위한 것으로서, 목적의 정당성이 인정되고, 세대간의 명의이전을 통한 조세회피 시도를 막아 종합부동산세법의 입법 목적을 달성하는데 적절한 수단으로서 수단의 적절성이 인정되며, 조세회피의 방지 방법으로 증여의제제도 등이 있으나 1회의 증여세 부담을 통하여 지속적인 보유세의 부담을 회피할 수 있게 된다는 점에서 세대별 합산을 하지 않을 경우 법의 입법 목적을 달성하기가 매우 어렵고, 실제로 종합부동산세의 논의가 본격화된 2003년 이후에 증여세의 세수가 급격하게 증가한 점에 비추어 보면 개인별 과세 제도를 악용하여 세대 구성원

에게 증여함으로써 조세 회피를 도모한 것으로 추정되는바, 이 사건 세대별 합산규정은 종합부동산세의 회피 방식을 통해 입법 목적을 달성하기 위한 제도로써 최소침해의 원칙에 부합하고, 이 사건 세대별 합산규정을 통하여 얻을 수 있는 보유세 부담의 정상화, 부동산의 가격안정, 지방재정의 균형발전 및 국민경제 발전의 실효성 확보 등의 공익이 혼인한 부부의 차별취급이라는 사익에 비하여 우월하므로 법익의 균형성 또한 갖추고 있다.

비록 이 사건 세대별 합산규정은 혼인한 자를 차별취급하고는 있으나 위와 같이 비례의 원칙을 위반한 것이 아니어서, 헌법 제36조 제1항 등을 위반하였다고 볼 수 없다.

또한 1세대 1주택자에 대한 양도세 비과세 제도, 1세대 다주택자 증과세 제도와 같이 세대의 개념이 다른 세제에 이미 이용되고 있고, 부부가 소유하는 부동산이 실질적으로 공유재산의 범위에 있는 부동산이라면 그에 대한 보유세 역시 부부를 단위로 계산하는 것이 합리적이어서 이 사건 세대별 합산규정은 실질과세 원칙에 부합하는 과세방식으로서 위헌으로 보기 어렵다.

과세단위의 선택이 헌법에 위배되는지 여부를 판단하려면 입법 목적, 구체적인 조세 부과 유형, 사회·경제정책적인 고려 등 여러 가지 상황을 종합적으로 검토하여야 하며, 특히 누진세제 하에서 동시에 달성할 수 없는 개인간 공평성, 세대간 공평성, 혼인 중립성 등 세가지 가치 중 세대간 공평성을 추구 하면서 혼인 중립성을 일정한 정도 제약하는 방법을 택한 종합부동산세의 세대별 합산과세에 대한 입법자의 선택을 존중하여야 하고, 과세단위에 관한 입법례를 보더라도, 재산보유과세에 누진율을 적용하는 스위스의 경우 세대별 합산과세를 하고 있고, 미국의 재산세, 일본의 지가세, 고정자산세, 독일의 재산세 등은 누진세율을 적용하고 있는 종합부동산세와 달리 단일세율을 적용하고 있어 세대별 합산과세의 필요성이 없는 경우이므로, 이 사건 세대별 합산규정이 위헌이라고 볼 수 없다.

마. 이해관계 기관 기획재정부장관의 의견요지

기획재정부장관은 종전 재정경제부장관이 제출한 것을 포함하여 2006헌바112 사건에 대한 2007. 3. 23.자, 2007헌바71 사건에 대한 2007. 9. 12.자, 2007헌바88 사건에 대한 2007. 11. 15.자, 2007헌바94 사건에 대한 2007. 12. 5.자 및 2008헌바3·62, 2008헌가12 사건에 대한 2008. 8. 26.자 각 의견서에서 위 국세청장의 의견요지와 대체로 같은 취지의 의견을 표시하였다가, 이 사건에 대한 2008. 10. 22.자 의견서에서 위 2008. 8. 26.자 의견서의 의견을 철회하고, 종합

판례집 20-2(하)

부동산세는 자유시장경제 원칙에 따라 사유재산을 보장하고 경제 활성화를 도모하려는 현 정부의 정책 방향에 배치되는 제도로써, 부동산 투기 문제를 조세로 해결하려고 함으로써 세제의 왜곡 등 여러 가지 문제를 야기하고 있음은 물론, 담세력을 초과하는 과도한 세부담으로 지속하기 어려운 세제이므로, 조세원칙과 일반적인 보유세제 원칙에 맞게 종합부동산세제를 정상화시키기 위하여 근본적인 개편이 필요하다는 요지의 의견을 제출하였다.

## 사립학교법 제57조 위헌제청

(2008. 11. 27. 2005헌가21 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 사립학교 교원이 파산선고를 받으면 당연퇴직되도록 정하고 있는 사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 사립학교 교원의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 대학의 자율성을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 파산선고를 받은 사립학교 교원에 대하여 당연퇴직이라는 신분상 불이익을 가하는 이 사건 법률조항은 교원의 사회적 책임 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고, 교원으로서의 성실하고 공정한 직무수행을 담보하기 위한 법적 조치로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 파산선고를 받은 교원을 교직에서 배제하도록 한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단이다. 파산선고를 받은 사립학교 교원이 교직을 계속 수행할 경우 공평무사하게 학생들을 교육하는 본업에 전념할 수 있을지에 관하여는 회의적일 뿐만 아니라 피교육자나 그 학부모 등 사회공동체의 구성원들이 당해 교원의 신뢰성에 근본적인 의문을 가지게 될 개연성이 대단히 높고, 위와 같은 입법 목적을 효과적으로 달성할 수 있으면서도 제약이 덜한 대체적인 입법수단의 존재가 명백하지 아니하며, 파산선고에 따른 자격제한을 없앨 경우 파산신청의 남용이 우려되는 점, 파산선고를 받은 교원의 지위가 박탈된다고 하여도 그것이 교원의 사회적 책임과 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고한다는 공익에 비해 더 비중이 크다고는 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 침해의 최소성이나 법익의 균형성을 위반하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지

판례집 20-2(하)

아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 국가가 헌법 제31조 제6항에 따라 부여받은 교육제도 전반에 관한 형성권에 근거한 것으로, 합리적인 입법한계를 벗어나 대학의 자율성의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

### 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 반대의견

복잡다기한 현대의 경제생활에서 파산은 다양한 원인에 의하여 발생할 수 있고, 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우에도 그 원인 여하에 따라 국민의 교직에 대한 신뢰에 미치는 영향은 큰 차이가 있다고 보아야 할 것인바, 이 사건 법률조항은 덜 제약적인 대체적 입법수단을 강구하지 아니하고 파산선고를 받은 사립학교 교원을 일률적으로 교직에서 퇴출되도록 하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 위배된다. 또한 이 사건 법률조항은 면책 여부에 불구하고 파산선고를 받은 교원을 일률적으로 그의 경제적 생생의 기초가 되는 교직으로부터 퇴출시키고 있는바 이는 개인파산제도의 취지와도 맞지 아니하고, 사립학교 교원의 임용결격사유와 당연퇴직사유를 동일하게 취급하는 것은 규정체계상으로도 공익과 사익 간에 적절한 균형이 이루어진 입법이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 합치되지 아니한다.

### 【심판대상조문】

사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조(당연퇴직의 사유) 사립학교의 교원이 국가공무원법 제33조 제1항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당연 퇴직된다

### 【참조조문】

헌법 제15조, 제31조 제4항, 제6항, 제37조 제2항

구 국가공무원법(1963. 4. 17. 법률 제1325호로 폐지제정되고, 2007. 3. 29. 법률 제8330호로 개정되기 전의 것) 제33조(결격사유) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

1. 생략
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자

헌재 2008. 11. 27. 2005헌가21

3.~ 8. 생략

② 생략

민법 제690조(사망, 파산등과 위임의 종료) 위임은 당사자일방의 사망 또는 파산으로 인하여 종료한다. 수임인이 금치산선고를 받은 때에도 같다.

채무자 희생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제319조(파산선고를 받은 채무자의 구인) ① 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 파산선고를 받은 채무자를 구인하도록 명할 수 있다.

②~③ 생략

채무자 희생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제321조(채무자 등의 설명의무) ① 다음 각 호의 자는 파산관재인·감사위원 또는 채권자집회의 요청에 의하여 파산에 관하여 필요한 설명을 하여야 한다.

1. 채무자 및 그 대리인

2.~ 4. 생략

② 생략

채무자 희생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제384조(관리 및 처분권) 파산재단을 관리 및 처분하는 권한은 파산관재인에게 속한다.

채무자 희생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제564조(면책허가) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때를 제외하고는 면책을 허가하여야 한다.

1. 채무자가 제650조·제651조·제653조·제656조 또는 제658조의 죄에 해당하는 행위가 있다고 인정하는 때
2. 채무자가 파산선고 전 1년 이내에 파산의 원인인 사실이 있음에도 불구하고 그 사실이 없는 것으로 믿게 하기 위하여 그 사실을 속이거나 감추고 신용거래로 재산을 취득한 사실이 있는 때
3. 채무자가 허위의 채권자목록 그 밖의 신청서류를 제출하거나 법원에 대하여 그 재산 상태에 관하여 허위의 진술을 한 때
4. 채무자가 면책의 신청 전에 이 조에 의하여 면책을 받은 경우에는 면책허가결정의 확정일부터 7년이 경과되지 아니한 때, 제624조에 의하여 면책을 받은 경우에는 면책확정일부터 5년이 경과되지 아니한 때
5. 채무자가 이 법에 정하는 채무자의 의무를 위반한 때
6. 채무자가 과다한 낭비·도박 그 밖의 사행행위를 하여 현저히 재산을 감소시키거나 과대한 채무를 부담한 사실이 있는 때

② 법원은 제1항 각 호의 면책불허가사유가 있는 경우라도 파산에 이르게 된 경위, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 경우에는 면책을 허가할 수 있다.

③~④ 생략

채무자 희생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제574조(당연복권) ① 파산선고를 받은 채무자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 복

판례집 20-2(하)

권된다.

1. 면책의 결정이 확정된 때
2. 제538조의 규정에 의한 신청에 기한 파산폐지의 결정이 확정된 때
3. 파산선고를 받은 채무자가 파산선고 후 제650조의 규정에 의한 사기파산으로 유죄의 확정판결을 받음이 없이 10년이 경과한 때

② 생략

채무자 희생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 것) 제575조(신청에 의한 복권) ① 제574조의 규정에 의하여 복권될 수 없는 파산선고를 받은 채무자가 변제 그 밖의 방법으로 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임을 면한 때에는 파산법원은 파산선고를 받은 채무자의 신청에 의하여 복권의 결정을 하여야 한다.

②~③ 생략

구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제358조(법정복권) ① 파산자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 복권한다.

1. 면책의 결정이 확정된 때
2. 강제화의인가의 결정이 확정된 때
3. 제319조의 규정에 의한 신청에 기한 파산폐지의 결정이 확정된 때
4. 파산자가 파산선고후에 사기파산의 죄에 관하여 유죄의 확정판결을 받음이 없이 10년을 경과한 때

② 생략

구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제359조(신청에 의한 복권)

① 전조의 규정에 의하여 복권될 수 없는 파산자가 변제 기타의 방법으로 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임을 면한 때에는 파산법원은 파산자의 신청에 의하여 복권의 결정을 하여야 한다.

② 생략

**【참조판례】**

1. 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 417  
헌재 1997. 12. 24. 95헌바29등, 판례집 9-2, 780, 786-787
2. 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047, 판례집 18-1상, 601, 615

**【당 사 자】**

제청신청인 박○조

대리인 변호사 김현익

당 해 사 건 대구지방법원 2005가합5755 교원지위확인

헌재 2008. 11. 27. 2005헌가21

## 【주 문】

사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요 및 심판대상

#### 가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 학교법인 ○○학원이 운영하는 ○○대학교 사회과학대학 사회복지학과 교수로 재직하던 중 2004. 2. 27. 대구지방법원에서 파산선고(2001하1호)를 받았고, 이에 대한 제청신청인의 항고 및 재항고가 모두 기각되어 같은 해 8. 18. 위 파산선고가 확정되었다.

대구지방법원은 그 무렵 교육인적자원부장관에게 제청신청인에 대한 파산선고가 확정되었음을 통지하였고, 학교법인 ○○학원은 제청신청인이 2004. 8. 18.자로 당연퇴직되었음을 제청신청인에게 통지하였다.

(2) 제청신청인은 2005. 4. 26. 대구지방법원에 학교법인 ○○학원을 상대로 교원지위확인소송(2005가합5755)을 제기하여 그 소송 계속중 제청신청인에 대한 당연퇴직의 근거조항인 사립학교법 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분에 대하여 위헌제청신청을 하였고, 위 법원은 같은 해 11. 1. 이를 받아들여 위 사립학교법 조항 부분에 대하여 위헌제청결정(2005카기2415)을 하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것) 제57조(당연퇴직의 사유) 사립학교의 교원이 국가공무원법 제33조 제1항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당연 퇴직된다.

(이 사건 법률조항은 2008. 3. 14. 법률 제8888호로 개정된 바 있으나, 그 개정 내용은 단지 “국가공무원법”이라는 부분을 “「국가공무원법」”으로 범명표기방식만 변경하였을 뿐, 그 외에는 범문상으로도 내용상으로도 아무런 변화가 없었다. 따라서 이 사건 법률조항은 위 2008. 3. 14. 법률 제8888호로 개정

판례집 20-2(하)

된 이후의 법률과도 실질적으로 그 내용이 동일하다 할 것이므로, 위에서 밝힌 이 사건 심판대상에는 위 2008. 3. 14. 법률 제8888호로 개정된 것까지 포함되어 있다고 할 것이다.)

구 국가공무원법(1963. 4. 17. 법률 제1325호로 폐지제정되고, 2007. 3. 29. 법률 제8330호로 개정되기 전의 것) 제33조 (결격사유) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

2. 파산자로서 복권되지 아니한 자

구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제358조(법정복권) ① 파산자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 복권한다.

1. 면책의 결정이 확정된 때
2. 강제화의인가의 결정이 확정된 때
3. 제319조의 규정에 의한 신청에 기한 파산폐지의 결정이 확정된 때
4. 파산자가 파산선고 후에 사기파산의 죄에 관하여 유죄의 확정판결을 받음이 없이 10년을 경과한 때

제359조(신청에 의한 복권) ① 전조의 규정에 의하여 복권될 수 없는 파산자가 변제 기타의 방법으로 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임을 면한 때에는 파산법원은 파산자의 신청에 의하여 복권의 결정을 하여야 한다.

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정되고, 2006. 4. 1.부터 시행된 것) 제319조(파산선고를 받은 채무자의 구인) ① 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 파산선고를 받은 채무자를 구인하도록 명할 수 있다.

제321조(채무자 등의 설명의무) ① 다음 각 호의 자는 파산관재인·감사위원 또는 채권자집회의 요청에 의하여 파산에 관하여 필요한 설명을 하여야 한다.

1. 채무자 및 그 대리인

제384조(관리 및 처분권) 파산재단을 관리 및 처분하는 권한은 파산관재인에게 속한다.

제564조(면책허가) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때를 제외하고는 면책을 허가하여야 한다.

1. 채무자가 제650조, 제651조, 제653조, 제656조 또는 제658조의 죄에 해당하는 행위가 있다고 인정하는 때

헌재 2008. 11. 27. 2005헌가21

2. 채무자가 파산선고 전 1년 이내에 파산의 원인인 사실이 있음에도 불구하고 그 사실이 없는 것으로 믿게 하기 위하여 그 사실을 속이거나 감추고 신용거래로 재산을 취득한 사실이 있는 때
  3. 채무자가 허위의 채권자목록 그 밖의 신청서류를 제출하거나 법원에 대하여 그 재산상태에 관하여 허위의 진술을 한 때
  4. 채무자가 면책의 신청 전에 이 조에 의하여 면책을 받은 경우에는 면책허가결정의 확정일부터 7년이 경과되지 아니한 때, 제624조에 의하여 면책을 받은 경우에는 면책확정일부터 5년이 경과되지 아니한 때
  5. 채무자가 이 법에 정하는 채무자의 의무를 위반한 때
  6. 채무자가 과다한 낭비·도박 그 밖의 사행행위를 하여 현저히 재산을 감소시키거나 과대한 채무를 부담한 사실이 있는 때
- ② 법원은 제1항 각 호의 면책불허가사유가 있는 경우라도 파산에 이르게 된 경위, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 경우에는 면책을 허가할 수 있다.

제574조(당연복권) ① 파산선고를 받은 채무자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 복권된다.

1. 면책의 결정이 확정된 때
  2. 제538조의 규정에 의한 신청에 기한 파산폐지의 결정이 확정된 때
  3. 파산선고를 받은 채무자가 파산선고 후 제650조의 규정에 의한 사기파산으로 유죄의 확정판결을 받음이 없이 10년이 경과한 때
- 제575조(신청에 의한 복권) ① 제574조의 규정에 의하여 복권될 수 없는 파산선고를 받은 채무자가 변제 그 밖의 방법으로 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임을 면한 때에는 파산법원은 파산선고를 받은 채무자의 신청에 의하여 복권의 결정을 하여야 한다.

민법 제690조(사망, 파산등과 위임의 종료) 위임은 당사자일방의 사망 또는 파산으로 인하여 종료한다. 수임인이 금치산선고를 받은 때에도 같다.

2. 위헌제청결정의 이유 및 이해관계인의 의견요지

가. 위헌제청결정의 이유요지

(1) 헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항을 법률로 정한다.”라고

판례집 20-2(하)

규정하고 있으므로 교원의 지위에 관해서는 입법자에게 폭넓은 입법형성권이 인정되지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한의 입법적 한계를 넘어서는 아니 된다.

(2) 사립학교 교원도 유동적이고 복잡한 경제적 위험에 노출되어 있으므로 판단착오, 급작스러운 경기변동, 불가피한 인적·물적 보증 등 다양한 사유로 파산의 결과에 이를 수 있음에도 사립학교 교원이 파산에 이르게 된 경위나 과정을 묻지 아니하고 파산선고가 있었다는 사실 자체로 당연퇴직하게 하는 것은 부당하다. 그리고 사립학교 교원이 이와 같은 불운한 경제적 상황이나 경제적 선택 등의 사유로 파산에 이르게 되었다고 하더라도 이것이 교원직에서 당연히 퇴직되어야 할 만큼 교원의 품위를 손상시켰다거나 장차 손상시킬 가능성이 있다고 보기 어렵다.

(3) 파산선고를 받으면 예외 없이 당연퇴직되도록 할 것이 아니라 파산의 원인, 정도 및 비난가능성에 따라 그 제재를 달리하는 것이 최소침해성의 원칙에 부합하고, 외국의 입법례도 같은 취지에서 파산선고를 당연퇴직사유로 규정하고 있지 아니하다.

(4) 일단 채용된 교원을 퇴직하게 하는 것은 교원이 장기간 쌓은 지위를 박탈하는 것으로 그 교원이 잃는 불이익이 대단히 크다는 점에서 교원임용 이전의 임용결격사유와 교원임용 이후의 당연퇴직사유를 동일하게 규율하는 것은 사익에 비하여 지나치게 공익을 보호하는 것이다. 그리고 파산제도의 목적이 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자 등 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자의 효율적인 회생을 도모하거나 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것인 점에 비추어 보면 법익균형의 원칙에도 위배된다.

나. 구 교육인적자원부장관의 의견요지

(1) 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우 경제적인 문제는 차치하더라도 파산선고로 인한 심리적 요인이 학생들의 정서적인 면에 부정적인 영향을 미칠 수밖에 없다. 그리고 파산선고의 효과로서 거주지를 떠날 수 없을 뿐 아니라 면접 또는 통신상의 제한을 받게 되므로, 업무수행의 안정성을 확보하기도 어렵다. 따라서 파산을 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 규정한 입법목적의 정당성이 인정되고, 이로써 교원의 신속하고 안정적인 업무수행과 학생들의 학습권이 보장되므로 방법의 적정성도 인정된다.

(2) 이 사건 법률조항에 따른 당연퇴직은 파산자의 과거 행동에 대한 제재

의 성격이 아니라 파산자의 일정한 행동을 장래를 향하여 제약함으로써 경제생활의 안정을 도모하고 공무수행 내지 일정한 직업수행의 적정성을 확보하고자 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 파산의 원인에 따라 제재의 정도를 달리하여야 한다는 책임주의의 요청은 애당초 문제되지 아니 한다. 그리고 파산선고는 소극재산이 적극재산을 초과한다는 객관적 사실에 기초하는 것으로 그 사유를 따로 공시하는 방법이 없는 이상 파산사유에 따른 차별적 제제도 불가능하다.

(3) 파산을 개인의 책임에 따른 징계사유로 볼 수 없는 한 당해 교원을 직무에서 배제하는 방법은 당연퇴직 외에는 없다. 그리고 파산선고를 받은 자는 교원으로서의 교육활동이 크게 제약될 우려가 있어 공평무사한 직무수행과 학생의 수업권 확보가 어렵게 되므로 이에 대하여 퇴직 외에 더 완화된 다른 수단이나 방법을 찾기도 어렵다.

(4) 이 사건 법률조항으로 보호하려는 공익은 경제적인 파산의 상태가 교원의 업무수행에 영향을 미쳐 원활한 교육활동이 이루어지지 못하게 되는 것을 방지하고자 하는 데에 있고, 이는 파산선고를 받은 사립학교 교원이 당연퇴직됨으로써 받는 불이익과 비교하여 법익의 균형을 상실한 것으로 볼 수 없다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건 법률조항의 의미

이 사건 법률조항은 국가공무원법의 임용결격사유를 원용하여 파산선고를 받은 것을 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 규정하고 있으므로, 사립학교 교원이 파산선고를 받으면 임용권자의 별도의 의사표시 없이 법률상 당연히 퇴직된다.

법문상 ‘파산자로서 복권되지 아니한 자’라고 되어 있어 사립학교 교원에게 이 사건 법률조항을 적용하기 위해서는 파산선고를 받은 외에 복권되지 않았을 것까지 요하는 것은 아닌지 의문이 생길 수 있으나, 이는 기본적으로 이 사건 법률조항이 임용결격사유를 그대로 당연퇴직사유로 원용하고 있는 데에서 기인하는 것이다. 즉, ‘파산자로서 복권되지 아니한 자’가 임용결격사유로 작용하는 경우에는 파산선고에 의하여 임용결격의 제한이 발생하고 그 후 복권이 이루어지면 임용결격의 제한이 소멸되는 것이나, 당연퇴직사유로 작용하는 경우에는 파산선고라는 결격사유가 발생하는 것 자체에 의하여 임용권자의 별도의 의사표시 없이 결격사유에 해당하게 된 시점에 당연히 교원으로서의 신분을 상실하는 것이고, 당연퇴직의 효력이 생긴 후에 당연퇴직사유가

판례집 20-2(하)

소멸한다는 것은 있을 수 없으므로 파산선고 후에 복권이 이루어졌다 하더라도 이미 발생한 당연퇴직의 효력에는 영향이 없다.

구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘구 파산법’이라 한다) 제358조 및 제359조나 구 파산법을 폐지하면서 제정된 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정되고, 2006. 4. 1.부터 시행된 것, 이하 ‘통합도산법’이라 한다) 제574조 및 제575조에서 복권제도를 두고 있는 취지가 파산자에게 부과되는 개별 법률상의 제약, 즉 각종의 자격 내지 권리에 대한 공·사법상의 제한이 파산선고에 의하여 발생함을 전제로 일정한 경우 그와 같은 제한을 소멸시켜서 파산자의 사회복귀를 도모하고자 하는 데에 있다고 보아야 하고, 구 파산법이나 통합도산법이 규정하고 있는 복권에는 면책결정이 확정된 경우뿐만 아니라 단순히 파산선고 후 10년이 경과함으로써 이루어지는 경우도 있으므로, 이러한 점들에 비추어 보아도 이 사건 법률조항이 정하고 있는 당연퇴직사유를 해석함에 있어 파산선고를 받은 외에 복권되지 않았을 것까지 그 요건으로 한다고 볼 수는 없다.

나. 개인파산제도 개관

(1) 개인파산제도의 의의 및 목적

재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채권자 사이의 공평을 확보하고, 채무자의 경제적 재출발을 용이하게 함으로써 경제사회의 손실을 방지하기 위한 도산처리제도가 필요하다. 종전의 도산처리제도는 구 파산법, 구 회사정리법, 구 회의법, 구 개인채무자회생법 등 개별 법률에서 별도로 규정하고 있었으나, 위 법률들을 폐지하면서 제정된 통합도산법은 여러 도산처리제도를 통합적으로 규율하고 있다.

통합도산법은 개인 채무자의 도산처리절차로서 청산형 절차인 개인파산절차와 회생형 절차인 개인회생절차를 규정하고 있는바, 그 중 개인파산절차는 채무자가 자신의 모든 재산으로도 채무를 변제할 수 없는 지급불능상태에 빠지게 된 경우에 채권자 또는 채무자의 신청으로 법원의 심리를 통해 파산선고가 이루어지고 이후 파산채권의 확정과 파산재단의 관리·환가절차를 거쳐 면책 및 복권에 이르는 일련의 과정을 말한다. 파산선고에는 아래에서 보는 바와 같은 신분상의 불이익이 따르는 데 반하여, 개인회생절차는 급여소득자 등 정기적인 수입을 얻을 가능성이 있는 채무자가 그와 같은 신분상의 불이익을 받지 않으면서 일정 기간 채무를 변제하면 잔존채무를 면제받는 점에서

개인파산절차와 주요한 차이가 있다.

위와 같은 개인파산제도의 주된 목적은 모든 채권자가 평등하게 채권을 변제받도록 보장함과 동시에 채무자에게 면책절차를 통하여 남아 있는 채무에 대한 변제책임을 면제하여 경제적으로 재기·갱생할 수 있는 기회를 부여하는 데에 있다.

(2) 파산선고의 효과

파산선고가 있으면 원칙적으로 채무자가 종래 소유하고 있던 재산의 전부는 파산재단을 구성하고 이에 관한 관리처분권은 파산관재인에 속하게 된다(통합도산법 제384조). 통합도산법이 파산선고를 받은 채무자에게 부과하는 제한은 파산에 관하여 설명할 의무(제321조), 일정한 경우 법원이 채무자를 구인할 수 있도록 하고(제319조), 통신의 비밀을 제한할 수 있도록 한 것(제484조) 정도이나, 개별 법률에서는 파산선고를 광범위한 자격제한사유로 규정하고 있다.

여기에는 이 사건 법률조항과 같이 파산선고를 소극적 신분요건인 당연퇴직사유로 규정하고 있는 경우(국가공무원법 제69조, 제33조 제2호, 지방공무원법 제61조, 제31조 제2호 등), 소극적 자격요건인 등록취소사유로 규정하고 있는 경우(변호사법 제18조 제1항 제2호, 제5조 제6호, 공인회계사법 제9조 제1항 제1호, 제4조 제5호, 법무사법 제10조 제3호, 제6조 제2호, 세무사법 제7조 제2호, 제4조 제3호 등), 소극적 영업요건인 인·허가의 실효 또는 취소사유로 규정하고 있는 경우(건설산업기본법 제83조 제3호, 제13조 제1항 제1호, ‘학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률’ 제9조 제2항, 제1항 제2호 등) 등이 있다.

파산선고로 인한 자격제한은 면책결정이 확정되면 소멸되나, 이 사건 법률조항과 같이 파산선고가 당연퇴직사유나 자격상실사유로 규정되어 있는 경우에는 면책결정을 받아 복권되더라도 면책결정에는 소급효가 없으므로 상실된 자격이 당연히 회복되는 것은 아니다.

(3) 개인파산제도의 이용 현황

구 파산법은 1962년 제정 당시부터 개인파산 및 면책제도를 규정하고 있었지만, 파산에 따른 사회적 불명예 등으로 거의 이용되지 않다가 외환위기 및 그 대책의 일환으로 소비자금융에 대한 제한을 완화한 결과 가계부채로 인한 신용불량자가 급격히 증가함에 따라 개인파산 및 면책신청사건도 폭발적으로 늘어나는 양상을 보이고 있는데, 2003년 3,856건에 불과하던 개인파산 신청이

판례집 20-2(하)

2007년에는 154,039건으로, 면책신청 역시 2003년 1,823건에서 2007년에는 154,009건으로 비약적으로 증가하였다(“2008 사법연감” 참조).

개인파산사건은 주로 채무자 본인이 스스로 파산신청을 하고, 채무자에게 배당의 재원이 될 만한 재산이 거의 남아 있지 아니하여 이를 환가하여도 파산절차의 비용에도 충당할 수 없는 경우가 많아 파산선고와 동시에 파산절차를 종결하는 경우가 대부분이며, 채무자가 스스로 파산신청을 하는 가장 주된 목적 역시 파산선고를 받고 면책절차를 거쳐 면책결정을 받아 채무로부터 해방되는 데에 있으므로, 파산선고 자체는 면책결정을 받기 위한 하나의 전체 과정으로 기능하는 양상을 보이고 있다.

통합도산법은 일정한 불허가사유가 있는 경우 이외에는 반드시 면책을 허가하도록 하고 있고(제564조 제1항), 법원의 실무 역시 면책신청에 대한 인용률이 대단히 높아 2007년 전국 법원에서 처리된 면책사건 122,061건 중 118,184건이 인용되어 그 인용률이 96.8%에 이른다(“2008 사법연감” 참조).

다. 교원의 지위 및 직무의 특수성과 교원의 신분보장

(1) 교원의 지위 및 직무의 특수성

교육이란 학생들의 건전한 지식과 인격의 신장을 목표로 하여 그들을 지도하고 가르치는 것이고, 이러한 교육을 담당하는 교원은 미래사회를 이끌어 나갈 학생들로 하여금 자립하여 생활할 수 있는 능력을 길러주는 공교육제도의 주관자로서 주도적 지위를 담당하도록 주권자인 국민으로부터 위임받은 사람이다. 그리고 교원의 직무는 피교육자인 학생들의 기본적 권리인 교육을 받을 권리와 서로 앞뒷면을 이루고 있다는 특징이 있다. 따라서 교원의 직무에는 교육제도의 구조적 특성과 교육의 자주성 등에 내재하는 두 가지 한계가 있는바, 하나는 교원직무의 자주성이 교육을 받을 기본권을 가진 피교육자인 학생들의 권익과 복리증진에 저해가 되어서는 아니된다는 것이고, 다른 하나는 국가와 사회공동체의 이념과 윤리의 테두리 안에서 직무의 자주성은 제약을 받게 된다는 것이다. 즉, 교원의 자주성은 그 자체가 책임을 수반하는 것으로서 그것이 피교육자인 학생의 권익과 복지증진에 공헌할 것인가와 국가와 사회공동체의 공동이념 및 윤리와 조화될 수 있는가라는 상대적 관계에서 그 범위가 정해지는 것이다(헌재 1997. 12. 24. 95헌바29등, 판례집 9-2, 780, 786-787).

(2) 교원지위법정주의와의 관계

우리 법은 교육의 자주성과 특수성을 확보하기 위하여 교원에 대하여는 일

반 근로자 및 공무원에 비하여 그 지위를 두텁게 보장하고 있다. 즉, 국·공립학교 교원은 국가공무원법과 지방공무원법의 적용을 받는 한편 별도로 제정된 교육공무원법에서 그 자격·임용·보수·연수 및 신분보장에 관하여 일반 공무원과 다른 특례를 규정하여 보호하고 있고, 사립학교 교원에 대하여도 사립학교법에서 자격요건, 복무, 신분보장 및 사회보장 등에 있어서 일반 근로자와 달리 국·공립학교 교원과 동일하게 처우하고 있다(헌재 1997. 12. 24. 95헌바29등, 판례집 9-2, 780, 787).

그러나, 교원지위법정주의는 단순히 교원의 권익보장만을 위한다거나 교원의 지위를 행정권력에 의한 부당한 침해로부터 보호하는 것만을 목적으로 한 것은 아니고, 국민의 교육을 받을 권리를 실효성 있게 보장하는 것도 그 중요한 목적이라 할 것이므로, 입법부가 교원의 지위를 정하는 법률을 제정함에 있어 교원의 신분보장이나 경제적·사회적 지위보장과 함께 국민의 교육을 받을 권리를 저해할 우려가 있는 행위의 금지 등 교원의 의무에 관한 사항을 포함하여 교원의 기본권을 제한하는 사항까지도 규율할 수 있다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 417 참조).

라. 직업선택의 자유 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항은 청구인과 같이 파산선고를 받은 사람을 사립학교 교원직에서 퇴직하게 함으로써 청구인의 직업선택의 자유를 제한하고 있는 바, 그것이 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수하고 있는지를 본다.

(2) 목적의 정당성과 방법의 적절성

이 사건 법률조항은 경제적 파탄상태에 빠진 파산자를 사립학교 교원직에서 당연퇴직시킴으로써 교원의 사회적 책임 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고, 교원으로서의 성실하고 공정한 직무수행을 담보하기 위한 법적 조치로서 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

또한 파산선고를 받은 자를 교직에서 배제하도록 한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단이라 할 것이다.

(3) 침해의 최소성과 법익의 균형성

(가) 자본주의경제질서하에서 파산은 경제활동에 어느 정도 불가피하게 수반되는 병리적인 현상으로서의 측면이 있으므로 이를 반드시 반사회적·범죄적 행위로서 비난할 것은 아니다.

그러므로 채무자가 파산선고를 받았다는 사실 자체가 채무자의 불성실이나 부도덕의 징표가 된다고까지 볼 것은 아니다. 그러나 적어도 파산선고를 받으

면 파산자가 독자적인 경제주체로서의 자립성을 상실하였음을 부인할 수는 없다. 이 점은 설사 채무자가 파산에 이른 원인이 무절제한 소비생활에 기인하는 것이 아닌 경우 즉, 파산자가 이른바 ‘성실하지만 불운한’ 채무자에 해당하여 그에게 뚜렷한 윤리적 비난가능성이 없는 경우이거나 파산자가 면책결정을 받았다 하더라도 달리 볼 것은 아니라 할 것이다.

더구나 위에서 본 바와 같이 우리의 개인파산제도가 실무상 채권자의 실질적인 채권회수가 이루어지는 경우는 거의 없음에도 파산선고를 받은 대부분의 채무자는 면책결정을 받는 형태로 운영되고 있는 현실에서는, 비록 채무자에게 재출발의 기회를 부여하는 것이 공공의 이익에 부합한다는 점에서 면책제도의 정당성 자체를 부인할 수는 없다 하더라도, 이는 결국 채권자의 재산권을 제약하는 것을 전제로 하는 것이다.

(나) 한편, 교원은 국민으로부터 공교육의 주도자로서의 역할을 부여받은 수임자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라 교원이 수행하는 교직 자체가 공교육이라는 공공의 이익을 위한 것이고 이것이 원활하게 이루어지기 위해서는 교원 개개인이나 교직에 대한 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 교원에게 고전적인 의미의 사표(師表)로서 모든 생활영역에서의 염결성을 요구할 수는 없다 하더라도 교원의 신뢰성에 대하여 국민들이 가지는 기대수준은 여전히 여러 직역 가운데 최상위에 자리잡고 있음을 부인할 수 없다.

나아가 경제적으로 파탄상태에 이른 교원이 공평무사하게 학생들을 교육하는 본업에 전념할 수 있을지에 관하여는 회의적일 수밖에 없고, 위에서 본 바와 같이 학생들로 하여금 자립하여 생활할 수 있는 기초능력을 길러주는 것이 공교육의 주요한 기능 중의 하나인바, 파산선고를 받음으로써 스스로 경제주체로서의 자립성을 상실한 교원으로 하여금 위와 같은 의미의 공교육을 계속 담당하게 하는 것은 피교육자나 그 학부모 등 사회공동체의 구성원들이 당해 교원의 신뢰성에 근본적인 의문을 가지게 될 개연성이 대단히 높다.

따라서 파산선고를 받은 교원은 교원으로서의 자질에 심각한 흠결이 생겼다고 볼 수 있고, 사인간의 관계에서도 신뢰관계를 전제로 하는 위임계약의 경우 일방 당사자가 파산선고를 받으면 위임계약이 당연 종료되는 것으로 보는 것(민법 제690조)에 비추어 보면, 파산선고로 인하여 그 자질에 심각한 흠결이 생긴 교원에 대하여 위임자가 그 신뢰를 거두어 들여 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민전체의 이익을 위해 적절한 수단이 될 수

있고 이것이 교원에게 공교육의 임무를 위임한 국민의 일반의사에도 부합할 것이다.

(다) 공교육을 수행하는 주체로서 교원에 대하여 요구되는 사회적 책임과 신뢰를 제고하는 방법으로, 이 사건 법률조항과 같이 파산선고라는 명백하고 일률적인 기준을 설정하여 통제하는 것 이외에도 제청법원의 의견처럼 파산의 원인, 정도 및 비난가능성에 따라 그 제재를 달리하는 방법도 상정해 볼 수 있으나, 파산 및 면책을 규율하는 우리의 법제와 법원에서의 운영실무상 파산에 수반되는 개별 채무자에 대한 비난가능성을 형량하는 것은 대단히 어렵고, 면책결정 여부만을 그 적절한 기준으로 삼기에는 부족한 것으로 보일 뿐만 아니라 다른 제재 예컨대 사립학교 내부의 자율적 징계에 의하여 이 사건 법률조항과 마찬가지로 교원의 사회적 책임을 제고하고 교원에 대한 신뢰성을 확보하려는 입법목적은 효과적으로 달성하게 될 것인지 여부는 불명확하다.

(라) 또한 우리의 도산처리법제 및 법원 실무와 관련하여 보건대, 교원과 같이 정기적인 수입이 있는 채무자가 장래 변제의 부담이 남지 않는 파산절차 대신 개인회생절차를 선택하는 주된 이유는 파산선고에 따른 자격제한을 피하고자 함에 있을 터인데, 그러한 제한이 없을 경우 채무자로서는 즉시 면책을 기대하면서 개인회생절차 대신 파산신청을 선호하게 되리라는 것을 충분히 예상할 수 있는바, 그와 같은 파산신청의 남용가능성에 대한 뚜렷한 대책이 없는 상황에서 파산선고에 따른 자격제한을 없애는 것은 채무자의 도덕적 해이를 유발하는 것이 될 수도 있다.

#### (4) 소 결

개별 법률이 광범위한 영역에서 파산선고를 자격제한사유로 규정하고 있음은 위에서 본 바와 같고, 그 모든 경우에 특히 이 사건과 같이 제청신청인 아닌 제3자가 파산신청을 한 경우에도 입법목적이 추구하는 공익과 자격제한이라는 사익 사이에 비례의 원칙이 준수되고 있는지에 관하여는 의문이 없지 않다. 최근 파산선고를 자격제한 등 결격사유에서 제외하고 있는 법률개정 사례(예컨대, 의료법, 건축사법, 약사법 등)가 이어지고 있는 것도 입법자가 이러한 문제점을 반성적으로 고려한 결과라 할 것이고, 그와 같은 입법자의 개선 노력은 지속적으로 이루어질 필요가 있다.

그러나 국민으로부터 공교육의 수행이라는 막중한 임무를 위임받은 교원에 대하여 요구되는 사회적 책임과 교직 수행에 대한 신뢰의 수준은 아직도 다

판례집 20-2(하)

른 여느 직역보다도 높고, 그러한 신뢰를 확보할 필요성 역시 크다. 이 사건 법률조항은 교원에 대한 그와 같은 중대한 공익을 추구하기 위한 것으로 위와 같은 입법목적은 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 대체적 입법수단의 존재가 명백하지 아니할 뿐만 아니라 비록 이 사건 법률조항으로 인하여 교원 지위가 박탈된다고 하여도 그것이 위와 같은 중대한 공익에 비해 더 비중이 크다고는 볼 수 없다는 점에서, 파산선고를 사립학교 교원의 당면퇴직사유로 하고 있는 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

마. 대학의 자율성 침해 여부

청구인이 사립대학의 교원이라는 점에서 이 사건 법률조항이 학교법인 또는 교수회의 교원에 대한 징계의 자율성을 배제하여 대학의 자율성을 침해하는 것은 아닌지 여부도 살펴볼 필요가 있다.

국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받고 있으므로, 이 사건 법률조항이 대학의 자율성을 침해하는지 여부는 입법자가 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047, 판례집 18-1상, 601, 615).

이 사건 법률조항은 앞서 살펴 본 바와 같이 교원의 사회적 책임 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 제고하고, 교원으로서의 성실하고 공정한 직무수행을 담보하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 사립학교로 하여금 내부의 자율적 징계절차에서 파산에 수반하는 개별 채무자에 대한 비난가능성, 교원의 신뢰성 등을 판단하도록 하는 것이 위와 같은 입법목적은 효율적으로 달성할 수 있는 수단이 될 수 있는지 불명확한 상태에서 파산신청의 남용가능성을 막고, 교육에 대한 신뢰를 확보하기 위하여 규정된 것이므로 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 아래 5.와 같은 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배된다고 판단하므로 아래와 같이 그 의견을 밝힌다.

가. 목적의 정당성과 방법의 적절성

이 사건 법률조항이 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 갖추고 있다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이하므로, 이를 따로 반복하지 아니하고 해당 부분의 설시를 원용하고자 한다.

나. 최소침해성원칙의 위반 여부

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

이 사건 법률조항은 사립학교 교원이 파산선고를 받은 원인이나 파산에 이르는 과정에 대한 비난가능성의 유무와 정도, 파산선고 후 면책결정을 받았는지 여부를 불문하고 파산선고만 있으면 당연히 사립학교 교원직에서 즉각 퇴직하도록 하고 있는바, 이러한 일률적인 직업박탈이 우리 파산법제가 상정하고 있는 개인파산 및 면책제도의 목적, 파산선고가 성실하고 책임있는 교직의 수행과 그에 대한 국민의 신뢰에 미치는 영향 등과 관련하여 필요한 정도를 넘는 과잉제한이 아닌지가 문제된다.

(2) 복잡다기한 현대의 경제생활에서 파산이라는 경제현상은 다양한 원인에 기하여 발생할 수 있다. 여기에는 채무자의 무절제한 소비생활이나 모험적인 투자 등 파산자에게 비난가능성이 높은 경우가 다수 있을 것이나, 자연적 재해 또는 경제상황의 급격한 악화로 인한 고용불안, 정의(情誼)관계에 기한 불가피한 채무보증, 소비자금융의 급격한 발달에 따른 과잉여신, 정부의 부적절한 경제정책 등의 여파로 인하여 이른바 ‘성실하지만 불운한’ 채무자가 파산에 이르는 경우도 있을 수 있다.

따라서 모든 파산이 채무자의 부도덕 또는 불성실을 징표한다고 보기는 어렵고, 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우에도 그 원인 여하에 따라 국민의 교직에 대한 신뢰에 미치는 영향도 큰 차이가 있다고 보아야 한다.

(3) 한편, 경제적으로 파탄상태에 이른 사립학교 교원에게 성실하고 공정한 교직수행을 기대할 수 없는 경우도 있을 것이나, 이러한 경우에 대비하여 사립학교법은 근무성적이 불량하거나 직무수행능력이 부족한 경우 등을 직권면직(제58조) 또는 직위해제(제58조의2)의 사유로 하고 있고, 직무상의 의무를

판례집 20-2(하)

위반하거나 직무를 태만히 한 때 그리고 직무의 내외를 불문하고 교원으로서의 품위를 손상하는 행위를 한 때를 파면·해임 등 징계의 사유(제61조)로 규정하여, 파산선고가 교직수행에 영향을 미칠 경우 그에 상응하는 제재를 부과할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있다.

(4) 그렇다면 입법자로서는 파산선고를 받은 모든 경우를 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 할 것이 아니라, 입법목적에 달성하는 데 반드시 필요한 범위에서 파산의 원인별 유형을 한정하거나, 파산선고 후 일정한 기한 내에 면책결정을 받은 경우를 제외하는 등 적용범위를 제한하여 규정하거나, 혹은 사립학교법에 마련된 징계 등 별도의 제도로써도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직사유에서 제외시켜 규정하는 등의 방법을 선택할 수도 있다 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 위와 같은 덜 제약적인 대체적 입법수단을 강구하지 아니하고, 파산선고를 받은 사립학교 교원을 일률적으로 교직에서 퇴출되도록 하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

다. 법익균형성원칙의 위반 여부

(1) 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 파산자를 사립학교 교원직에서 당연퇴직시킴으로써 교원의 사회적 책임 및 교직에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것임에 반하여, 파산선고를 받은 사립학교 교원으로서의 별도의 실체적·절차적 요건 없이 바로 교원직에서 퇴직하도록 되어 있어 장기간 쌓아온 교원으로서의 지위를 일시에 박탈당하게 되므로, 그 법적 지위가 가장 예민하게 침해받는 경우에 해당한다.

따라서 공익과 사익 간의 비례성을 심사함에 있어서도 더욱 엄격한 기준이 요구된다고 할 것이다.

(2) 교원의 사회적 책임과 성실한 교직 수행에 대한 국민의 기대수준이 높다는 점은 다수의견이 실시하는 바와 같으나, 산업사회를 거쳐 정보화사회로 이행되어 가는 오늘날의 사회구조에서 교원에 대하여 여전히 모든 생활영역에서 모범이 되어야 한다는 전제 하에 완전무결성을 요구하는 것은 더 이상 유지되기 어렵고, 오히려 교원도 직업인으로서의 지위를 가지므로 그의 교원 지위가 일차적으로 생활의 기초로서의 의미를 가진다 할 것이다.

한편, 개인파산제도는 면책제도와 결합하여 파산자에게 경제적 갱생의 기회를 부여하는 것을 목적으로 하고 있는데, 이 사건 법률조항은 면책 여부에 불구하고 파산선고를 받은 교원을 일률적으로 그의 경제적 갱생의 기초가 되

는 교직으로부터 퇴출시키고 있는바, 이는 개인파산제도의 취지와도 맞지 아니할 뿐만 아니라 공익을 사익에 비해 지나치게 우선시키고 있는 것이라 하지 않을 수 없다.

(3) 또한, 사립학교법은 이 사건 당연퇴직사유를 임용결격사유와 동일한 것으로 규정하고 있는바(제54조의3 제4항, 제1항 제4호), 같은 입법목적을 위한 것이라고 하여도 사립학교 교원으로 임용되려고 하는 자에게 임용될 자격을 인정하지 아니하는 사유와 기존에 교원으로 근무하는 자를 퇴직시키는 사유를 동일하게 취급하는 것은 규정체계상으로도 공익과 사익 간에 적절한 균형이 이루어진 입법이라고 할 수 없다.

왜냐하면, 사립학교 교원을 새로 임용하는 경우에는 임용될 자격이 인정되지 않는다고 하여도 해당자가 잃는 이익은 크다고 할 수 없지만, 일단 임용된 교원을 퇴직시키는 것은 교원이 장기간 쌓은 지위를 박탈해 버리는 것이므로 당해 교원이 잃는 이익은 대단히 클 뿐만 아니라, 임용결격사유로서의 파산선고는 그 후 복권됨으로써 임용결격사유가 소멸되는 것임에 반하여 당연퇴직사유로 작용하는 경우에는 파산선고 자체로 별도의 처분없이 바로 퇴직되고 사후에 복권되었다 하여 당연복직이 이루어지는 것은 아니기 때문이다.

이와 같이 다루고 있는 이익의 크기가 현저하게 상이함에도 불구하고 이를 교직 수행을 위한 자격의 문제로 파악하여 교원으로 임용되기 이전의 임용결격사유와 이후의 당연퇴직사유를 동일하게 규율하는 것은 파산선고로 당연퇴직되는 사립학교 교원의 사익에 비하여 지나치게 공익을 우선한 입법이라고 하지 않을 수 없다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 228-229 참조).

#### 라. 결 론

(1) 결국 이 사건 법률조항은 파산의 원인, 면책결정을 받았는지 여부, 파산선고가 성실한 교직수행에 미치는 영향의 정도 등을 가리지 않고 파산선고를 받은 모든 경우를 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 규정함으로써 입법목적 달성에 필요한 최소한의 정도를 넘어 청구인의 기본권을 과도하게 제한하고, 교직에 대한 신뢰의 확보라는 공익과 교원의 사익을 적절하게 조화시키지 못하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다 할 것이다.

(2) 그러나 이 사건 법률조항에 위에서 본 바와 같은 위헌성이 있다고 할지라도 합헌인 부분과 위헌인 부분의 경계가 분명하다고 할 수는 없고, 위헌성을 제거하는 방법이 있어서도 해당 교원이 반드시 퇴직하여야 할 파산의 원

판례집 20-2(하)

인이나 유형 등의 범위를 한정하여 규정하거나, 일정한 기한 내에 면책결정을 받은 자를 제외하는 방법 혹은 이미 사립학교법에 마련되어 있는 징계 등의 방법을 활용함으로써 입법목적을 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직사유에서 제외시켜 규정하는 등 다양한 수단이 있을 수 있으므로 입법자에게 그러한 가능성에 대한 선택의 여지를 부여할 필요가 있으며, 나아가 이 사건 법률조항 외에도 파산선고를 광범위한 자격제한 사유로 규정하고 있는 다수의 법령들을 체계적으로 정비할 것을 촉구할 필요도 있다는 점에서 단순위헌을 선언하기 보다는 헌법불합치결정을 하여야 할 것이다.

이상과 같은 이유로 우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고해야 한다고 생각하므로 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 송두환

## 국민연금법 제63조 제1항 제1호 단서 위헌제청

(2008. 11. 27. 2006헌가1 전원재판부)

### 【판시사항】

처(妻) 사망 시 부(夫)의 유족연금 수급자격을 부(夫)가 60세 이상 이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 경우로 한정된 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 제1호 단서(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

오늘날 노동시장의 유연화와 여성의 경제활동참가의 확대 등 사회경제적 환경이 변화하고 가족 내에서의 경제적 역할분담의 양상이 다양화되기는 하였으나, 이 사건 법률조항은 그 제정 및 시행 당시 우리나라의 기혼 남성과 여성의 사회경제적 지위, 취업 기타 소득활동 참가율, 기간 및 소득수준, 그리고 가정에서의 역할 등에 있어서의 현실적 차이를 반영한 것으로서 남성 배우자의 사망으로 생활이 곤란하게 된 여성 배우자를 보호하기 위한 것이었다. 이렇게 원래는 평등원칙에 합치하는 법률조항이 사회경제적 환경의 변화로 인하여 어느 때인가부터 평등원칙에 반하는 것으로 되는지 여부가 문제되는 사안의 경우, 사회경제적 환경의 변화와 그 시점에 대한 충분한 실증이 없는 이상, 그에 대하여 이견(異見)이 있을 수 있다고 하더라도 입법자의 판단을 존중함이 상당하다. 그러므로 입법자가 이 사건 법률조항을 2007년에 이르러 개정하였다고 하여 그것이 시기적으로 너무 늦었다고 단정하기는 어렵다. 나아가 이 사건 법률조항은 우리나라 취업 시장의 현황, 임금 구조, 전체적인 사회보장수준, 우리 가족관계의 특성 등을 종합적으로 고려하여 유족급여의 제공 여부를 결정하고 있는 것으로서, 남성 배우자에 대한 실질적 차별을 내용으로 하고 있거나 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 상실하였다고 볼 수 없어 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

판례집 20-2(하)

**재판관 김희옥, 재판관 김중대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의  
반대의견**

이 사건 법률조항이 입법되던 당시와는 달리 시대의 변화로 인해 여성의 경제활동인구가 증가하고, 가족 내에서 경제적 역할분담의 양상이 다양해진 오늘날, 부에 대한 유족연금수급권을 처에 비하여 차별적으로 인정하는 것은 헌법 제11조의 평등원칙에 위반된다.

**【심판대상조문】**

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조(유족의 범위 등) ① 유족연금을 지급받을 수 있는 유족은 가입자 또는 가입자이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 생계를 유지하고 있던 다음의 자로 한다. 이 경우 가입자 또는 가입자이었던 자에 의하여 생계를 유지하고 있던 자에 관한 인정기준은 대통령령으로 정한다.

1. 배우자. 다만, 부의 경우에는 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 자에 한한다.
- 2.~5. 생략
- ②~③ 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제66조(배우자에 대한 유족연금의 지급정지) ① 유족연금의 수급권자인 처에 대하여는 수급권이 발생한 때부터 5년간 유족연금을 지급한 후 50세에 달할 때까지 그 지급을 정지한다. 다만, 당해 수급권자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 지급을 정지하지 아니한다.

1. 장애등급 2급이상인 때
2. 가입자 또는 가입자이었던 자의 18세미만 또는 장애등급 2급이상인 자녀의 생계를 유지한 때
3. 대통령령이 정하는 소득이 있는 업무에 종사하지 아니한 때
- ②~④ 생략

**【참조판례】**

헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 517

헌재 2008. 11. 27. 2006헌가1

**【당 사 자】**

제청신청인 문○식

대리인 법무법인 새벽

담당변호사 최원

당 해 사 건 서울행정법원 2005구합26380 유족연금거부처분취소

**【주 문】**

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 제1호 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인의 처인 망 용○정은 국민연금법상 사업장가입자인데 2004. 4. 15:40경 출산 중 사인 미상으로 사망하였고, 제청신청인은 같은 해 8. 19. 사망일시금 11,760,000원을 지급받았다. 제청신청인은 2005. 8.경 국민연금관리공단에 유족연금의 지급을 청구하였으나, 국민연금관리공단은 같은 달 19. 제청신청인이 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조에서 규정한 유족의 범위에 포함되지 않는다는 이유로 유족연금의 지급을 거부하는 내용의 처분을 하였다. 이에 불복하여 제청신청인은 국민연금관리공단을 상대로 서울행정법원 2005구합26380호로 위 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 한편, 구 국민연금법 제63조 제1항 제1호 단서에 대하여 위헌법률심판제청신청(2005아1596)을 하였고, 위 법원은 2006. 1. 12. 이를 받아들여 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제63조 제1항 제1호 단서(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같고 관련규정의 내용은 [별지] 기재와 같다.

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제63조(유족의 범위 등) ① 유족연금을 지급받을 수 있는 유족은 가입자 또는 가입자이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 생계를 유지하고 있던 다음의 자로

판례집 20-2(하)

한다. 이 경우 가입자 또는 가입자이었던 자에 의하여 생계를 유지하고 있던 자에 관한 인정기준은 대통령령으로 정한다.

1. 배우자. 다만, 부의 경우에는 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하는 자에 한한다.

2. 법원의 위헌제청 이유와 관계기관의 의견

가. 법원의 위헌제청 이유

(1) 이 사건 법률조항은 과거 우리 사회에서 가족의 생계를 유지하는 주된 책임이 남성에게 있다는 성의 역할에 관한 고정관념에 기초하여 사회보장급여의 수급권을 성별에 의해 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항은 가입자의 사망 당시 그에 의하여 생계를 유지하고 있던 남편인 배우자의 유족연금수급권을 제한하는 것일 뿐만 아니라 가입자의 사망으로 인하여 사회·경제적 약자의 지위에 놓이게 될 염려가 있는 다른 유족들의 생활보장에 대한 기대를 침해하는 결과를 초래할 것이라는 점에서 과잉금지의 원칙에 반하여 헌법 제23조 제1항에 위반된다.

나. 보건복지부장관 및 국민연금관리공단이사장의 의견

(1) 제청신청인은 비록 망 용○정보다 월소득이 적기는 하였으나 자신의 직장을 가지고 근로소득을 올려왔으므로 이 사건 법률조항이 정한 “가입자의 사망 당시 그에 의하여 생계를 유지하고 있던 자”가 아니고, 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부와 관계없이 유족연금 지급대상인 유족에 해당하지 아니하므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제가 되지 않는다.

(2) 처인 배우자의 유족연금수급제도는 노령연금수급권자가 아닌 “가입기간 10년 이상인 가입자이었던 자” 또는 “가입자”에 해당하는 자의 사망으로 소득상실의 위험에 직면하게 될 대표적인 유족인 처를 상정하여 제도화한 것으로 입법 당시 사회적 약자로서 남성과는 달리 경제활동에 상당한 성차별적인 사회적 관행과 현실적인 장애를 갖고 있는 여성 미망인들의 소득상실에 대한 위험을 연금제도에서 보장하고자 하는 취지로 입법화한 것이고, 입법자의 정책형성에 관한 재량범위 내의 것으로서 사회적 약자인 ‘여성’에 대하여 ‘다른 것은 다르게’ 대한 것으로 합리적 이유가 있으므로 평등권을 침해하는 것이 아니다. 또한 이 사건 법률조항은 남성 배우자의 사회보장수급권이자 재산권으로서의 유족연금수급권을 창설하는 조항임은 별론으로 하고 재산권을 과잉금지하는 조항이 아니다.

### 3. 적법요건에 관한 판단

보건복지부장관과 국민연금관리공단이사장은 제청신청인이 자신의 소득이 있었으므로 유족의 범위에 해당되지 않는다고 한다. 그러나 이 사건 법률조항은 유족연금의 지급대상인 유족은 가입자의 사망 당시 그에 의하여 생계를 유지하고 있던 자로서, 가입자에 의한 생계유지 여부에 관한 인정기준은 대통령령으로 정한다고 하였고, 망 용○정의 사망 당시 시행되던 국민연금법 시행령(2003. 11. 29. 대통령령 제18146호로 개정되고 2006. 3. 23. 대통령령 제19391호로 개정되기 전의 것) 제43조의2는 배우자의 경우 주거를 같이 하면 가입자에 의한 생계유지를 인정하도록 규정하고 있었다. 따라서 제청신청인이 망 용○정과 주거를 같이하는 이상 제청신청인은 망 용○정에 의하여 생계를 유지하고 있던 자라 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 당해사건 재판에 적용되는 것으로 그 위헌 여부에 따라 당해사건에서 재판의 내용이 달라질 것이므로 이 사건 법률조항의 위헌여부는 당해사건 재판의 전제가 된다.

### 4. 이 사건 법률조항의 입법취지 및 연혁 등

#### 가. 입법취지

이 사건 법률조항은 유족연금의 지급요건으로 남편인 배우자의 연령을 60세 이상 또는 장애등급 2급 이상 해당자로 제한하여 노령이나 장애로 인한 경제활동의 제약이 없는 한 남편에게는 급여 지급을 하지 않도록 하였다. 이와 함께 구법 제66조 제1항은 처에 대하여 유족연금수급권 발생 후 5년간 수급한 후 원칙적으로 지급을 정지하고 50세가 되어야 다시 지급하도록 함으로써 스스로 생활을 영위할 수 있는 경우에는 지급을 제한하도록 하는 규정을 두었다(구법 제66조 제1항).

이처럼 유족연금에 대해서 남편의 경우 연령을 60세 이상으로 또는 장애등급 2급 이상 해당자로 제한하거나 처의 경우 50세 이상으로 제한하는 등 생활능력이 없는 것을 수급요건으로 한 것은, 유족연금이 원래 가계를 책임진자의 사망으로 생활의 곤란을 겪는 가족의 생계보호를 위하여 도입된 제도일 뿐 아니라, 유족연금이 자신의 보험료를 납부하여 그에 상응하는 급여를 받는 것이 아니라 결혼 또는 의존성 여부에 따라 결정되는 파생적 급여이고, 이 급여가 배우자 등 가족의 기여에만 의지한다기보다는 전체 가입자가 불행을 당한 가입자의 가족을 원조하는 형태를 강하게 띠고 있기 때문이다. 이는 유족연금의 급여기준을 보면 알 수 있는데, 유족연금은 가입기간에 비례하여 급여

액이 결정된다기보다는 일정기간 가입을 조건으로 생활을 일부 보조할 수 있는 급여액을 지급하고 있어 가입기간과 소득수준에 비례하는 노령연금과 지급기준이 다르다(구법 제64조, 현행 국민연금법 제74조). 따라서 유족연금은 전체 가입자 간 상호원조 및 소득재분배를 통한 급여라고 할 수 있다.

세계적으로 볼 때, 유족연금이 처음 도입된 배경은 여성이 주로 가사에만 종사하던 시기 그 배우자가 사망하였을 때 생활을 영위하기 어려움에 따라 스스로 생활을 영위할 수 있을 때까지 또는 취업이 불가능한 기간 동안 유족연금을 지급하여 자립을 돕도록 한 것인데, 유럽에서는 최근 여성취업이 증가하고 남녀 평등수급권에 대한 요구가 강해지면서 남녀간 수급연령의 차이를 두지 않도록 하는 조치가 취해지거나 논의되고 있다. 이와 같이 유족연금이 급여가 설정되었던 시기와 남녀역할분담, 결혼양태 등의 영향을 받을 수밖에 없고, 남녀의 사회경제적 역할의 변화와 함께 그 수급요건 등이 변경될 가능성이 큰 급여이다.

나. 입법연혁 등

이 사건 법률조항을 포함한 유족연금제도는 국민복지연금법이 1973. 12. 24. 제정(법률 제2655호)되었을 때부터 존재하였다. 그러나 국민복지연금법은 그 제정 이래 경제적 여건 악화로 시행일을 미루어 오다가 1986. 12. 31. 법률 제3902호로 법률의 명칭을 “국민연금법”으로 변경하고 전부 개정(법률 제3902호)되어 1988. 1. 1.부터 시행되었는데, 이 사건 법률조항의 규정 내용은 2007. 7. 23. 국민연금법이 전부 개정되기 전까지 계속되었다.

이 사건 법률조항은 부에 대한 유족연금수급권을 60세 이상 또는 장애등급 2급 이상인 자로 제한함에 반해 처인 경우에는 연령에 따른 제한을 하고 있지 않으므로 60세 이전이라도 유족연금의 수급이 가능하도록 규정하고 있다. 다만 부양가족이 있거나 장애가 있어 소득능력이 없는 등 특수한 경우를 제외하고는 소득활동에 종사할 수 있으므로 구 법 제66조 제1항은 처에 대한 지급정지 규정을 따로 두어, 유족연금 수급권이 발생한 때부터 5년간 소득있는 업무에 종사하는지 여부와 관계없이 유족연금을 지급한 후 같은 항 단서의 예외사유가 없는 한 50세에 달할 때까지 그 지급을 정지하도록 하였다.

이와 같이 부인 배우자에 대한 유족연금 수급권을 제한한 것은 과거 선진국에서 유족연금을 설정했던 방식을 참고하여 수급요건을 정한 것이다. 그러나 오늘날 여성의 사회경제적 지위 상승으로 개별수급권을 가지고 있던 기혼 여성이 먼저 사망하는 경우 남편에게도 동일하게 유족급여 수급권을 인정하

는 것이 바람직하다는 점을 반영하여, 2007. 7. 23. 국민연금법을 전부 개정하면서(법률 제8541호) 배우자의 유족연금 수급요건에 있어서 남녀 배우자의 구별을 폐지하였다(제73조 제1항 제1호). 이와 함께 종전에 처에 대하여는 유족연금 수급권이 발생한 때부터 5년간 유족연금을 지급한 후 50세에 달할 때까지 지급을 정지하도록 하던 것을, 남녀 배우자 구별 없이 유족연금 수급권이 발생한 때부터 3년 동안 유족연금을 지급한 후 55세가 될 때까지 지급을 정지하도록 하여 수급재개연령을 성별에 관계없이 55세로 동일하게 조정하였다(제76조 제1항). 그리고 부칙 제8조에서 “법률 제5623호 국민연금법증개정 법률 …… 제66조 제1항 본문 …… 중 급여에 관한 지급연령은 그 지급연령에 관한 각각의 규정에도 불구하고 그 지급연령에 2013년부터 2017년까지는 1세를, 2018년부터 2022년까지는 2세를, 2023년부터 2027년까지는 3세를, 2028년부터 2032년까지는 4세를, 2033년 이후에는 5세를 각각 더한 연령을 적용한다.”고 규정하여 처에 대한 지급재개연령이 갑자기 늦춰지는 것을 방지함으로써 처에 대한 보호규정을 두었다.

#### 5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

##### 가. 이 사건의 쟁점

이 사건 법률조항에 따르면, 부는 처의 사망 당시 60세 이상이거나 장애등급 2급 이상에 해당하지 않는 이상 유족연금수급권이 없다. 반면, 처는 부의 사망으로 유족연금수급권이 발생한 날로부터 5년간은 소득있는 업무에 종사하는지 여부와 관계없이 지급되고 수급권자의 연령이 50세에 달한 때에도 이와 같다(구 법 제66조 제1항 본문).

과도한 사회보장급여는 국가에 대한 의존심, 수혜자의 나태 등을 조장하여 수혜자의 근로의욕을 감소시키므로 과도한 급여는 수혜자가 생활의 자립을 도모하는 데 오히려 장애가 될 수 있어 복지수혜자의 근로의욕을 고취시키는 유인책으로 급여를 제한, 조정, 중지하는 방안이 필요하다. 이러한 맥락에서 유족급여수급권이 순수한 재산권이 아니라 유족의 경제적 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 하는 사회보장수급권으로서의 성격을 가진 이상 사망한 가입자의 배우자에 대하여 아무런 제한 없이 유족급여를 지급할 수는 없는 것이다.

다만, 이 사건 법률조항은 유족연금수급에 있어서 부의 수급요건을 처와는 달리 정하고 있어 부를 처에 비하여 차별하고 있음이 인정된다. 그렇다면 이 사건에서 그러한 차별이 헌법적으로 정당성을 지니고 있는 것인지가

판례집 20-2(하)

문제된다.

나. 심사의 척도

평등위반 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있다.

자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제가 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.

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 경우

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여 성별에 의한 차별을 금지하고 있고, 나아가 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 있어서 특별히 양성의 평등대우를 명하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항에 대하여는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 심사를 행하여야 할 것이다.

라. 평등원칙 위반 여부

(1) 입법목적의 정당성

유족연금은 가입자 또는 가입자이었던 자가 사망할 경우 그에 의하여 생계

를 유지하던 자의 생계보호를 목적으로 지급되는 급여이다. 따라서 소득수단이 없는 연금가입자의 배우자나 그가 부양하던 미성년자 등 유족이 가입자의 사망으로 생활의 어려움에 처하는 것을 보호하기 위하여 지급되는 유족연금의 주된 목적에 비추어, 유족의 범위에 해당되는 자들은 주로 스스로 노동을 통한 소득을 얻기 어려운 상태에 있는 자라고 볼 것이다.

이 사건 법률조항은 여성이 주로 가사에만 종사하던 시기에 남성의 경우에는 노령이나 장애로 인한 경제활동의 제약이 없는 한 유족급여를 지급하지 아니하는 반면 여성의 경우에는 그 배우자가 사망하였을 때 생활을 영위하기 어려움에 따라 스스로 생활을 영위할 수 있을 때까지 또는 취업이 불가능한 기간 동안 유족연금을 지급하여 자립을 돕기 위한 것으로서, 이러한 입법목적 자체가 부당한 것이라고는 보기 어렵고, 특히 이러한 입법목적이 이 사건 법률조항 제정 당시에는 타당하였다고 할 것이다.

일반적으로 법률에 성차별적 규정이 존재할 수 있는 것은 입법자의 차별의도보다는 성별에 대한 무의식(Gender Blindness)과 당시의 사회적 의식에 의한 경우가 많다. 또한 제정된 법률과 사회의 변화 사이에 간극이 발생하여 제정 당시에는 성차별적으로 인식되지 않던 규정도 그 시행과 적용과정에서 차별적 규정이 되기도 한다. 그러나 사회적 인식의 변화를 반영하여 법률의 개정시점을 정하는 것은 입법자에게 판단의 여지가 있다고 할 것이고, 특히 연금수급권과 같은 사회보장수급권의 영역에 있어서는 입법자의 재량이 더욱 넓어진다고 할 것이다.

오늘날 노동시장의 유연화와 여성의 경제활동참가의 확대 등 사회경제적 환경이 변화하고 가족 내에서의 경제적 역할분담의 양상이 다양화되기는 하였으나, 이 사건 법률조항은 그 제정 및 시행 당시(1988. 1. 1.) 우리나라의 기존 남성과 여성의 사회경제적 지위, 취업 기타 소득활동의 참가율, 기간 및 소득수준, 그리고 가정에서의 역할 등에 있어서의 현실적 차이를 반영한 것이었다. 즉, 남성 배우자를 여성 배우자에 비해 차별하려는 의도였다기보다는 남성 배우자의 사망으로 생활이 곤란하게 된 여성 배우자의 생활을 보장한다는 사회보장의 측면에서 여성 배우자를 보호하고자 하는 의도가 강하였다고 볼 것이다. 이렇게 원래는 평등원칙에 합치하는 법률조항이 사회경제적 환경의 변화로 인하여 어느 때인가부터 평등원칙에 반하는 것으로 되는지 여부가 문제되는 사안의 경우, 사회경제적 환경의 변화와 그 시점에 대한 충분한 실증이 없는 이상, 그에 대하여 이견(異見)이 있을 수 있다고 하더라도 입법자의

판례집 20-2(하)

판단을 존중함이 상당하다. 그러므로 입법자가 이 사건 법률조항을 2007년에 이르러 개정하였다고 하여 그것이 시기적으로 너무 늦었다고 단정하기는 어렵다고 보인다.

(2) 차별대우의 적합성 여부

이 사건 법률조항은 파생적 수급권인 유족연금에 대하여 취업형태와 임금 구조 등 노동시장에서의 여성의 경제적 지위를 반영하여 가계를 책임지는 자는 통상 남성가장이라는 입법자의 판단에 따라 부와 처를 가계를 책임지는 자의 구별 징표로 삼은 것으로서, 가계를 책임진 자의 사망으로 생활의 곤란을 겪는 가족의 생계보호라는 입법목적의 달성을 촉진하고 있다고 할 것이므로 정책수단으로서의 적합성을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

(3) 차별대우의 비례성 여부

연금수급권은 기본적으로 재산권보다 사회보장수급권으로서의 성격이 강하고, 유족급여수급권은 더욱 그러하다. 구법에서 배우자인 수급권자가 재혼하거나, 장애로 인하여 수급권을 취득한 자가 장애등급 2급 이상에 해당하지 아니하게 되는 등의 경우에 유족연금의 수급권을 상실하는 것으로 규정한 것(제65조 제1항 제2호·제6호), 유족의 범위에서 방계혈족을 배제하여 재산상속인의 범위보다 좁게 설정한 것(제63조 제1항)은 이미 입법자가 유족급여의 사회보장적 성격을 강조하고 있다는 반증이다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마 333, 판례집 11-1, 503, 517).

이러한 사회보장수급권으로서의 성격이 강한 유족급여의 경우 배우자의 유족연금의 수급요건을 정하는 것은 남녀의 사회·경제적 역할 분담과 그 지위 등에 영향을 받을 수밖에 없는 것이다. 물론 유족연금제도 도입 당시에 비해 여성경제활동 참가율 등이 증가한 측면은 있으나, 2006년 12월 말 현재 국민연금가입률(남자 65.7%, 여자 34.3%), 노령연금수급자(남자 1,047천명, 여자 470천명), 경제활동참가율(남자 74.1%, 여자 50.4%), 여성근로자의 평균임금(남성근로자의 64%) 등을 감안할 때 구법 시행 당시에는 유족연금의 수급요건에 있어서 남녀 배우자간에 차별이 있다 하더라도 이는 여성 배우자 보호의 필요에 의한 것이라고 보여지고, 2007. 7. 23.에 이르러 비로소 유족연금의 수급요건이 남녀 배우자 동일하게 개정되었다고 하여 이 사건 법률조항이 위헌이라고 단정하기는 어렵다.

그러므로, 이 사건 법률조항은 우리나라 취업 시장의 현황, 임금 구조, 전체적인 사회보장수준, 우리 가족관계의 특성 등을 종합적으로 고려하여 유족급

여의 제공 여부를 결정하고 있는 것으로서, 이 사건 법률조항이 남성 배우자에 대한 실질적 차별을 내용으로 하고 있다거나 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 상실하였다고 볼 수 없고, 따라서 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

## 6. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

## 7. 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 반대의견

우리는 기본적으로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다는 다수의 견에 찬성하지 아니하고, 아래와 같은 이유에서 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 생각한다.

다수의견이 밝힌 바와 같이, 유족연금은 가입자 또는 가입자이었던 자가 사망할 경우 그에 의하여 생계를 유지하던 자의 생계보호를 목적으로 지급되는 급여이므로, 유족연금의 주된 목적은 가계를 책임진 자의 사망으로 생활의 곤란을 겪는 가족의 생계보호를 위한 것이다. 가입자 등의 배우자가 부인지 처인지 여부에 따라 차별대우를 하는 이 사건 법률조항은 그 제정·시행 당시 부부 중 여성이 주로 가사에만 종사하고, 노동시장에서 남성과 여성의 지위에 차이가 있던 사회경제적 배경을 반영한 것으로 볼 수 있고, 가입자 등의 사망으로 생활의 곤란을 겪게 되는 여성 배우자의 보호를 위한 것이었다는 점에서 그 입법목적은 일응 수긍할 수 있다.

그러나, 이 사건 법률조항이 파생적 수급권인 유족연금에 대하여 취업형태와 임금구조 등 노동시장에서의 남성과 여성의 경제적 지위를 반영한 것이라고 하더라도, 오늘날 노동시장의 유연화 및 인구노령화 등의 사회·경제적 환경의 변화와 가족구조 및 여성의 경제활동 변화는 유족의 노후소득보장과 관련하여 기존의 틀을 개선하는 노력이 필요하다는 것을 시사하고 있다. 세계적으로도 유족연금은 가사활동이나 양육 등으로 인하여 경제활동을 하지 않는 사람이 부양자의 사망으로 겪게 되는 경제적 애로를 방지하기 위한 목적으로 도입되었으나, 점차 여성들의 경제활동참가율이 남성과 비슷해지면서 유럽국가들의 경우 1990년대 이후 유족급여의 수급요건에 대한 남녀 간의 차이를

판례집 20-2(하)

점차 폐지하되, 유족급여의 수급기간을 축소하는 등 유족급여에 대한 변화를 모색해가고 있다.

그러므로 여성의 경제활동인구가 증가하고, 가족 내에서 경제적 역할분담의 양상이 다양해진 현대에 이르러서는 부와 처의 확실적인 구별에 의하여 유족연금수급권을 차별적으로 인정하는 방식에 의해서는 가계를 책임진 자의 사망으로 생활의 곤란을 겪는 가족의 생계보호를 위한다는 입법목적달성하기에 불합리한 측면이 있다.

나아가 이 사건 법률조항과 구법 제66조 제1항에 의하면, 2급 이상 장애인이 아닌 배우자의 경우, 가입자 등의 사망 시에 배우자가 남성이면 연령이 60세 이상일 경우에만 유족연금 수급이 가능하고, 배우자가 여성이면 연령제한은 없으나 50세 미만일 경우 5년간 유족연금이 지급되고 일정한 요건이 충족되지 않을 때 50세까지 유족연금의 지급이 정지되므로, 유족연금의 수급대상이 여성 배우자인 경우 연령제한이 사실상 없는 것과 유사하다. 즉, 여성의 경우 일정한 조건을 충족하지 못하면 50세 미만까지 유족연금의 지급이 정지될 수 있지만 일단 유족연금의 수급자가 되면 5년간은 그 조건을 충족하지 않아도 유족연금이 지급되므로 적어도 45세부터는 아무런 조건 없이 유족연금의 수급이 가능하다고 볼 수 있다.

그러므로 연령 이외의 다른 여건이 동일하다면 배우자의 유족연금 수급연령은 여성의 경우 45세 이상이고 남성의 경우 60세 이상으로 볼 수 있다. 그런데 남성의 경우에도 18세 미만의 아동이나 장애아동을 부양하는 경우가 있고 질병, 부상 기타 여러 사정으로 소득활동을 할 수 없는 경우가 있으므로 남성배우자에 대하여 과도하게 연령제한을 하는 것은 남성배우자를 여성배우자에 비하여 지나치게 차별하는 것이라 할 것이다.

우리나라 경제발전 초기인 과거에 여성의 취업이 어렵고 여성근로자의 임금이 매우 낮아 여성이 소득활동을 하여 가족을 부양하기가 어렵다는 전제에서 여성 배우자의 유족연금 수급을 용이하게 하기 위하여 여성 배우자에 대한 유족연금 수급연령을 낮게 설정했다고 볼 수 있다. 그러나, 고용구조의 변화에 따라 여성의 경제활동참가가 확대되고 있는 추세이므로 유족연금에서 남녀 간 수급연령의 격차유지는 더 이상 설득력이 없다고 할 것이다. 외국의 입법례를 보아도 대부분의 국가에서 남녀 간 유족연금 수급요건에 차이를 두지 않고 있다.

따라서, 이 사건 법률조항은 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비

헌재 2008. 11. 27. 2006헌가1

중과 차별로 인한 불평등의 효과가 균형을 이루고 있다고 볼 수 없다.

결론적으로 이 사건 법률조항이 입법되던 당시와는 달리 시대의 변화로 인해 여성의 경제활동인구가 증가하고, 가족 내에서 경제적 역할분담의 양상이 다양해진 오늘날, 부에 대한 유족연금수급권을 처에 비하여 차별적으로 인정하는 것은 헌법 제11조의 평등원칙에 위반된다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지] 관련규정

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것) 제62조(유족연금의 수급권자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 사망한 때에는 그 유족에게 유족연금을 지급한다. 다만, 가입기간이 1년 미만인 가입자가 질병이나 부상으로 인하여 사망한 경우에는 가입중에 발생한 질병이나 부상으로 사망한 경우에 한한다.

1. 노령연금수급권자
2. 가입기간이 10년 이상인 가입자이었던 자
3. 가입자
4. 장애등급 2급 이상에 해당하는 장애연금수급권자

제66조(배우자에 대한 유족연금의 지급정지) ① 유족연금의 수급권자인 처에 대하여는 수급권이 발생한 때부터 5년간 유족연금을 지급한 후 50세에 달할 때까지 그 지급을 정지한다. 다만, 당해 수급권자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 지급을 정지하지 아니한다.

1. 장애등급 2급 이상인 때
2. 가입자 또는 가입자이었던 자의 18세 미만 또는 장애등급 2급 이상인 자녀의 생계를 유지한 때
3. 대통령령이 정하는 소득이 있는 업무에 종사하지 아니한 때

구 국민연금법시행령(2003. 11. 29. 대통령령 제18146호로 개정되고 2006. 3. 23. 대통령령 제19391호로 개정되기 전의 것) 제43조의2(유족연금 지급대상의 생계의 유지에 관한 인정기준) 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 유족연금의 지급대상이 되는 가입자 또는 가입자이었던 자에 의하여 생계를 유지하고 있



던 자에 관한 대상자별 인정기준은 [별표 2]와 같다.

[별표 2] 수급권자 또는 가입자 등에 의한 생계유지자의 대상자별 인정기준(제36조, 제37조의2, 제43조의2 및 제45조의2관련)

대상자	인정기준	입증자료	적용대상급여
배우자·자녀	<p>○주거를 같이하는 경우 : 인정</p> <p>○주거를 달리 하는 경우 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 인정</p> <p>1. 당사자의 학업·취업·요양·사업·주거의 형편 기타 이에 준하는 사유로 주거를 달리 하는 경우</p> <p>2. 수급권자(유족연금 및 사망일시금의 경우 가입자 또는 가입자이었던 자)가 정기적으로 생계비 등 경제적 지원을 한 경우</p>	<p>○주거를 같이 하는 경우</p> <p>-주민등록표등본</p> <p>-호적등본</p> <p>○주거를 달리 하는 경우</p> <p>-주민등록표등본</p> <p>-호적등본</p> <p>-재학증명서 등</p>	<p>· 가급연금</p> <p>· 미지급급여</p> <p>· 유족연금</p> <p>· 사망일시금</p>

# 석유 및 석유대체연료 사업법 제39조 제1항 제7호 위헌제청

(2008. 11. 27. 2007헌가13 전원재판부)

## 【판시사항】

석유판매업자의 건전한 유통질서 저해행위를 대통령령에 위임한 ‘석유 및 석유대체연료 사업법’ 제39조 제1항 제7호 중 석유판매업자에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

## 【결정요지】

석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위의 유형을 규정함에 있어서 사회의 복잡다양화 및 기술의 발달 등에 따라 널리 알려진 유통질서 저해행위 이외에도 새로운 형태의 부당거래, 석유제품시장의 정상적인 운영에 부정적인 영향을 미치는 신종 수법 등이 수시로 출현하는 현실을 부정할 수 없는 반면, 우리 나라의 경우 석유는 국민 경제뿐만 아니라 국가의 존립까지도 위태롭게 할 수 있는 자원이기 때문에 수시로 변동하는 거래현실에 대처하여 시기적절하게 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위를 규제하여야 할 필요성이 인정되므로 입법기술상 석유판매업자에게 금지되는 행위를 일일이 법률에 기재하기 보다는 그 세부적인 규율은 행정입법에 위임하도록 하는 것이 보다 적절하다.

‘석유 및 석유대체연료 사업법’의 입법목적, 석유판매업의 등록에 관한 규정, 석유판매업자에 대한 행위금지에 관한 규정 등을 종합해 볼 때 이 사건 법률조항의 위임을 받아 대통령령에 규정될 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위란 ‘석유 및 석유대체연료 사업법 제39조 제1항 제1호 내지 제6호에 준하는 행위로서 석유 등의 수급과 가격의 안정을 해치거나 석유 등의 시장에서의 공정한 경쟁질서에 어긋나는 행위’와 ‘석유 및 석유대체연료 사업법이 정한 석유판

판례집 20-2(하)

매업별 취급석유제품의 범위를 초과하거나 각 석유판매업의 고유한 영업형태를 벗어나 다른 석유판매업자의 영업에 방해할 수 있는 행위' 등이 그 주된 내용이 될 것이라고 예측가능하다 할 것이므로 이 사건 법률조항이 수범자로 하여금 처벌대상 행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 불명확하게 규정되었다거나 포괄적으로 입법사항을 위임하고 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.

**【심판대상조문】**

석유 및 석유대체연료 사업법 제39조(행위의 금지) ① 석유정제업자·석유수출입업자·석유판매업자·석유비축대행업자 또는 석유대체연료제조업자등은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

- 1.~ 6. 생략
  - 7. 그 밖에 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령이 정하는 행위
- ② 생략

**【참조조문】**

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제75조

구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제10조(석유판매업의 등록 등) ① 석유판매업을 하고자 하는 자는 산업자원부령이 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 등록하여야 한다. 다만, 부산물인 석유제품의 판매업을 하고자 하는 자는 산업자원부장관에게 등록하여야 한다.

- ② 제1항의 규정에 불구하고 석유판매업중 일반판매소 등 대통령이 정하는 경우에는 산업자원부령이 정하는 절차에 따라 시·도지사에게 신고하여야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 등록 또는 신고를 한 자가 등록 또는 신고사항중 시설소재지 등 대통령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 경우에는 산업자원부령이 정하는 바에 따라 등록 또는 신고를 한 산업자원부장관이나 시·도지사에게 변경등록 또는 변경 신고를 하여야 한다.
- ④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 등록 또는 신고 대상 석유판매업의 종류와 그 취급석유제품 및 제1항의 규정에 의한 석유판매업의 시설기준 등 등록요건은 대통령령으로 정한다.
- ⑤ 생략

구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제13조(등록의 취소 등) ① 산업자원부장관은 석유정제업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 석유정제업의 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제3호 내지 제5호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1. 거짓 그 밖에 부정한 방법으로 제5조 제1항의 규정에 의한 등록을 한 때
2. 제5조 제3항의 규정에 의한 석유정제업의 시설기준 등 등록요건에 적합하지 아니한 때
3. 석유정제업을 폐업한 때
4. 제6조 제1호 내지 제5호의 1 또는 제7호의 규정에 의한 결격사유에 해당한 때(법인의 경우 6월 이내에 대표자를 변경하는 경우를 제외한다)
5. 정당한 사유없이 제12조 제1항의 규정에 의한 기간 이내에 그 사업을 개시하지 아니하거나 사업개시후 1년 이상 계속하여 석유정제업을 하지 아니한 때
6. 제17조의 규정에 의한 석유비축의무를 위반한 때
7. 제21조 제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 때
8. 제22조 제1항의 규정에 의한 조치를 위반한 때
9. 제25조 제1항의 규정에 의한 품질검사를 받지 아니한 석유제품을 판매 또는 인도하거나 동조 제2항의 규정에 의한 품질검사를 거부·방해 또는 기피한 때
10. 제26조 제2항의 규정을 위반하여 품질보정행위를 한 때
11. 제27조의 규정에 의한 품질기준에 적합하지 아니한 석유제품의 판매금지 등을 위반한 때
12. 제29조의 규정을 위반하여 유사석유제품을 제조·수입·판매하거나 유사석유제품임을 알고 이를 저장·운송 또는 보관한 때
13. 제38조 제1항의 규정에 의한 검사를 거부·방해 또는 기피한 때
14. 제39조의 규정에 의한 행위의 금지를 위반한 때

② 생략

③ 산업자원부장관 또는 시·도지사는 석유판매업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 석유판매업의 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제4호 내지 제6호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1. 거짓 그 밖에 부정한 방법으로 제10조 제1항의 규정에 의한 등록을 한 때
2. 제10조 제4항의 규정에 의한 석유판매업의 시설기준 등 등록요건에 적합하지 아니한 때
3. 제10조 제4항의 규정에 의한 취급석유제품이 아닌 석유제품을 판매하거나 다른 석유판매업자에게 그 취급석유제품이 아닌 석유제품을 공급한 때
4. 석유판매업을 폐업한 때
5. 제10조 제5항에 의하여 준용되는 제6조 제1호 내지 제5호의 1 또는 동조 제7호의 규정에 의한 결격사유에 해당한 때(법인의 경우 6월 이내에 대표자를 변경하는 경우를 제외한다)

판례집 20-2(하)

- 6. 정당한 사유없이 제12조 제1항의 규정에 의한 기간 이내에 그 사업을 개시하지 아니하거나 사업개시후 1년 이상 계속하여 석유판매업을 하지 아니한 때
  - 7. 제17조의 규정에 의한 석유비축의무를 위반한 때
  - 8. 제1항 제7호 내지 제14호의 1에 해당한 때
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 위반행위별 처분기준은 산업자원부령으로 정한다.
- 구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제14조(과징금) ① 산업자원부장관 또는 시·도지사는 석유정제업자·석유수출입업자 또는 석유판매업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 제13조의 규정에 의한 사업정지처분에 갈음하여 20억 원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.
- 1. 석유정제업자가 제13조 제1항 제7호 내지 제14호의 1에 해당한 때
  - 2. 석유수출입업자가 제13조 제2항 제7호에 해당한 때
  - 3. 석유판매업자가 제13조 제3항 제2호·제3호 또는 동항 제8호에 해당한 때

②~⑥ 생략

구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제39조(행위의 금지) ① 석유정제업자·석유수출입업자·석유판매업자·석유비축대행업자 또는 석유대체연료제조업자등은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

- 1. 정량에 미달하여 석유 및 석유대체연료를 판매하는 행위
- 2. 시장의 지배, 경쟁자의 배제 또는 경쟁의 제한을 목적으로 협정·계약 또는 결의를 하거나 수요자에 대한 차별적 거래를 하는 행위
- 3. 정당한 사유없이 석유 및 석유대체연료의 생산을 중단·감축하거나 출고·판매를 제한하는 행위
- 4. 제23조의 규정에 의한 최고액 또는 최저액을 위반하여 석유를 판매하는 행위
- 5. 폭리를 목적으로 석유 및 석유대체연료를 사재기하는 행위
- 6. 자기의 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 상대방과 거래하거나 상대방의 합리적 선택을 방해하는 행위
- 7. 그 밖에 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위

② 누구든지 제10조 제4항에서 정하지 아니한 석유판매업의 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. 석유정제업자 또는 석유수출입업자 상호간에 산업자원부령이 정하는 규모 이하의 석유를 판매하는 행위
- 2. 석유정제업자·석유수출입업자 또는 제10조 제1항 단서의 규정에 의한 부산물인 석유제품의 판매업자 상호간에 산업자원부령이 정하는 석유제품을 판매하는 행위
- 3. 그 밖에 석유수급의 안정을 위하여 필요하다고 인정하여 대통령령이 정하는 행위

구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제46조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

헌재 2008. 11. 27. 2007헌가13

1.~ 9. 생략

10. 제39조 제1항 제1호 또는 제7호의 규정에 의한 행위의 금지를 위반한 자

구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행령(2006. 2. 7. 대통령령 제19320호로 일부 개정된 것) 제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~ 2. 생략

3. “주유소”라 함은 석유정제업자·석유수출입업자 또는 일반대리점업자로부터 휘발유·등유 또는 경유를 공급받아 이를 점포에서 고정된 주유설비에 의하여 실소비자에게 직접 판매하는 소매업인 석유판매업소를 말한다. 이 경우 등유 또는 경유는 점포에서 고정된 주유설비에 의하여 실소비자에게 직접 판매하면서 산업자원부령이 정하는 이동판매의 방법에 따라 판매하는 경우를 포함한다.

4.~10. 생략

구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행령(2006. 2. 7. 대통령령 제19320호로 일부 개정된 것) 제13조(등록 또는 신고 대상 석유판매업의 종류) 법 제10조 제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 등록 또는 신고하여야 할 석유판매업의 종류와 그 취급석유제품은 별표 1과 같다.

구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행령(2006. 2. 7. 대통령령 제19320호로 일부 개정된 것) 제43조(석유 및 석유대체연료의 유통질서저해행위) ① 법 제39조 제1항 제7호에서 “석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위”라 함은 다음 각 호의 행위를 말한다.

1. 제2조 각 호의 규정에 의한 석유판매업별 또는 석유대체연료판매업별 영업범위 또는 영업방법을 위반하여 석유제품 또는 석유대체연료를 공급하거나 공급받는 행위
2. 제13조의 규정에 의한 석유판매업 및 제36조 제1항의 규정에 의한 석유대체연료 판매업의 종류별 취급제품이 아닌 제품을 공급하는 행위
3. 특정지역 또는 전국적인 수급의 안정에 차질을 초래할 정도로 석유제품 또는 석유대체연료의 가격을 인상 또는 인하시켜 공급하는 행위
4. 석유제품 또는 석유대체연료의 거래선을 변경하거나 유지하는 대가로 부당한 이익을 취득·제공하거나 요구·약속하는 행위
5. 등유 또는 부생연료유를 경유용 차량의 연료로 판매하는 행위
6. 부생연료유를 등유 또는 중유에 대체하여 연료유로 사용하는 실소비자외의 자에게 공급하는 행위(등유에 대체하는 부생연료유를 「폐기물관리법」 제26조의 규정에 의한 폐기물처리업자에 의하여 폐유를 재활용한 정제연료유의 품질개선 목적으로 사용하는 경우에 당해 폐기물처리업자에게 공급하는 행위를 제외한다)
7. 상표제품(석유제품 또는 석유대체연료 공급자의 상표를 표시하고 판매하는 석유제품 또는 석유대체연료를 말한다. 이하 같다)과 비상표제품(상표제품외의 석유제품 또는 석유대체연료를 말한다. 이하 같다)을 함께 판매하는 주유소인 석유판매업자 또는 석유대체연료판매업자가 비상표제품을 판매하는 주유소임을 표시하지 아니하고 석유제품 또는 석유대체연료를 판매하는 행위

판례집 20-2(하)

- 8. 일반판매소인 석유판매업자가 주유소의 명칭을 사용하여 석유제품을 판매하는 행위
- 9. 석유판매업자 또는 석유대체연료판매업자가 등록 또는 신고한 상호와 다른 상호를 사용하여 석유제품 또는 석유대체연료를 판매하는 행위

②~④ 생략

구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙(2006. 10. 4. 산업자원부령 제369호로 일부 개정된 것) 제2조(이동판매 및 배달판매) ① 「석유 및 석유대체연료 사업법 시행령」(이하 “령”이라 한다) 제2조 제3호 후단·제4호 후단 및 제9호 후단의 규정에 의한 이동판매의 방법은 적체용량 3킬로리터 이하의 차량에 주유기를 부착하여 실소비자(「자동차관리법」 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차의 사용자와 「건설기계관리법」 제2조 제1호의 규정에 의한 건설기계 중 덤프트럭 및 콘크리트믹서트럭의 각 사용자를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에게 직접 판매하는 것을 말한다.

② 생략

**【참조판례】**

- 헌재 2006. 11. 30. 2004헌바86등, 판례집 18-2, 459, 465
- 헌재 2006. 11. 30. 2006헌바36, 판례집 18-2, 488, 506-507
- 헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 공보 139, 602, 608
- 헌재 2007. 7. 26. 2005헌바100, 판례집 19-2, 55, 65-66

**【당 사 자】**

제청법원 부산지방법원  
 당해사건 부산지방법원 2007고정1841 석유및석유대체연료사업법위반

**【주 문】**

석유 및 석유대체연료 사업법 제39조 제1항 제7호(2004. 10. 22. 법률 7240 호로 전부 개정된 것) 중 석유판매업자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상
  - 가. 사건의 개요
    - (1) 당해 사건의 피고인은 부산 해운대구 반여동에서 주유소를 운영하는 자인데, 주유소를 운영하는 석유판매업자는 자동차의 사용자를 상대로는 이동판매 방법에 의하여 경유를 공급할 수 없음에도 불구하고 이에 위반하여,

헌재 2008. 11. 27. 2007헌가13

2006. 10. 17. 부산 남구 감만동에 있는 세차장 내에서 피고인의 주유소에서 운행하는 유류 탱크로리 차량을 이용하여 트레일러 차량에 경유 125리터를 주유하였다.

(2) 이에 피고인은 ‘석유 및 석유대체연료 사업법’(이하 ‘법’이라 한다) 제46조 제10호, 제39조 제1항 제7호 위반으로 약식기소되어 벌금 50만 원에 처하는 약식명령을 받았으나(부산지방법원 2007고약3872호) 이에 불복하여 정식재판을 청구하였고(부산지방법원 2007고정1841 석유및석유대체연료사업법위반), 제청법원은 위 사건 계속중인 2007. 5. 29. 법 제39조 제1항 제7호는 그 위헌 여부가 당해사건 재판의 전제가 될 뿐만 아니라 헌법 제75조가 규정하는 위임 입법의 한계 및 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항의 죄형법정주의에 위반하여 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 하면서 위 법률조항에 대하여 직권으로 위헌제청결정을 하였다.

#### 나. 심판의 대상

제청법원은 법 제39조 제1항 제7호 전체에 대하여 위헌제청을 하였으나 당해 사건은 석유판매업자의 법 위반행위가 문제되는 경우이므로 심판의 대상을 법 제39조 제1항 제7호(2004. 10. 22. 법률 7240호로 전부 개정된 것) 중 석유판매업자에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부로 한정함이 상당하다고 할 것인바 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

#### [심판대상조항]

석유 및 석유대체연료 사업법 제39조(행위의 금지) ① 석유정제업자·석유수출입업자·석유판매업자·석유비축대행업자 또는 석유대체연료제조업자 등은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

7. 그 밖에 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로써 대통령령이 정하는 행위

#### [관련조항]

구 석유 및 석유대체연료 사업법(2005. 12. 23. 법률 제7755호로 일부 개정된 것) 제46조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~ 9. 생략

10. 제39조 제1항 제1호 또는 제7호의 규정에 의한 행위의 금지를 위반한 자

제39조(행위의 금지) ① 석유정제업자·석유수출입업자·석유판매업자·석유

판례집 20-2(하)

비축대행업자 또는 석유대체연료제조업자 등은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 정량에 미달하여 석유 및 석유대체연료를 판매하는 행위
2. 시장의 지배, 경쟁자의 배제 또는 경쟁의 제한을 목적으로 협정·계약 또는 결의를 하거나 수요자에 대한 차별적 거래를 하는 행위
3. 정당한 사유없이 석유 및 석유대체연료의 생산을 중단·감축하거나 출고·판매를 제한하는 행위
4. 제23조의 규정에 의한 최고액 또는 최저액을 위반하여 석유를 판매하는 행위
5. 폭리를 목적으로 석유 및 석유대체연료를 사재기하는 행위
6. 자기의 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 상대방과 거래하거나 상대방의 합리적 선택을 방해하는 행위
7. 그 밖에 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위

② 누구든지 제10조 제4항에서 정하지 아니한 석유판매업의 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 석유정제업자 또는 석유수출입업자 상호간에 산업자원부령이 정하는 규모 이하의 석유를 판매하는 행위
2. 석유정제업자·석유수출입업자 또는 제10조 제1항 단서의 규정에 의한 부산물인 석유제품의 판매업자 상호간에 산업자원부령이 정하는 석유제품을 판매하는 행위
3. 그 밖에 석유수급의 안정을 위하여 필요하다고 인정하여 대통령령이 정하는 행위

제10조(석유판매업의 등록 등) ① 석유판매업을 하고자 하는 자는 산업자원부령이 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 등록하여야 한다. 다만, 부산물인 석유제품의 판매업을 하고자 하는 자는 산업자원부장관에게 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 불구하고 석유판매업 중 일반판매소 등 대통령령이 정하는 경우에는 산업자원부령이 정하는 절차에 따라 시·도지사에게 신고하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 등록 또는 신고를 한 자가 등록 또는 신

고사항 중 시설소재지 등 대통령령이 정하는 사항을 변경하고자 하는 경우에는 산업자원부령이 정하는 바에 따라 등록 또는 신고를 한 산업자원부장관이나 시·도지사에게 변경등록 또는 변경신고를 하여야 한다.

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 등록 또는 신고 대상 석유판매업의 종류와 그 취급석유제품 및 제1항의 규정에 의한 석유판매업의 시설기준 등 등록요건은 대통령령으로 정한다.

⑤ 생략

제13조(등록의 취소 등) ① 산업자원부장관은 석유정제업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 석유정제업의 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제3호 내지 제5호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1.~13. 생략

14. 제39조의 규정에 의한 행위의 금지를 위반한 때

② 생략

③ 산업자원부장관 또는 시·도지사는 석유판매업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 석유판매업의 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제4호 내지 제6호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1.~7. 생략

8. 제1항 제7호 내지 제14호의 1에 해당할 때

④ 생략

제14조(과징금) ① 산업자원부장관 또는 시·도지사는 석유정제업자·석유수출입업자 또는 석유판매업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 제13조의 규정에 의한 사업정지처분에 갈음하여 20억 원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

1., 2. 생략

3. 석유판매업자가 제13조 제3항 제2호·제3호 또는 동항 제8호에 해당할 때

(이하 생략)

구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행령(2006. 2. 7. 대통령령 제19320호로 일부 개정된 것) 제43조(석유 및 석유대체연료의 유통질서저해행위) ① 법 제39조 제1항 제7호에서 “석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는



행위로서 대통령령이 정하는 행위”라 함은 다음 각 호의 행위를 말한다.

1. 제2조 각 호의 규정에 의한 석유판매업별 또는 석유대체연료판매업별 영업범위 또는 영업방법을 위반하여 석유제품 또는 석유대체연료를 공급하거나 공급받는 행위
2. 제13조의 규정에 의한 석유판매업 및 제36조 제1항의 규정에 의한 석유대체연료 판매업의 종류별 취급제품이 아닌 제품을 공급하는 행위
3. 특정지역 또는 전국적인 수급의 안정에 차질을 초래할 정도로 석유제품 또는 석유대체연료의 가격을 인상 또는 인하시켜 공급하는 행위
4. 석유제품 또는 석유대체연료의 거래선을 변경하거나 유지하는 대가로 부당한 이익을 취득·제공하거나 요구·약속하는 행위
5. 등유 또는 부생연료유를 경유용 차량의 연료로 판매하는 행위
6. 부생연료유를 등유 또는 중유에 대체하여 연료유로 사용하는 실 소비자외의 자에게 공급하는 행위(등유에 대체하는 부생연료유를 「폐기물관리법」 제26조의 규정에 의한 폐기물처리업자에 의하여 폐유를 재활용한 정제연료유의 품질개선 목적으로 사용하는 경우에 당해 폐기물처리업자에게 공급하는 행위를 제외한다)
7. 상표제품(석유제품 또는 석유대체연료 공급자의 상표를 표시하고 판매하는 석유제품 또는 석유대체연료를 말한다. 이하 같다)과 비상표제품(상표제품외의 석유제품 또는 석유대체연료를 말한다. 이하 같다)을 함께 판매하는 주유소인 석유판매업자 또는 석유대체연료판매업자가 비상표제품을 판매하는 주유소임을 표시하지 아니하고 석유제품 또는 석유대체연료를 판매하는 행위
8. 일반판매소인 석유판매업자가 주유소의 명칭을 사용하여 석유제품을 판매하는 행위
9. 석유판매업자 또는 석유대체연료판매업자가 등록 또는 신고한 상호와 다른 상호를 사용하여 석유제품 또는 석유대체연료를 판매하는 행위

(이하 생략)

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1., 2. 생략

3. “주유소”라 함은 석유정제업자·석유수출입업자 또는 일반대리점업자로부터 휘발유·등유 또는 경유를 공급받아 이를 점포에서 고정된 주유설비에 의하여 실소비자에게 직접 판매하는 소매업인 석유판매업소를 말한다. 이 경우 등유 또는 경유는 점포에서 고정된 주유설비에 의하여 실소비자에게 직접 판매하면서 산업자원부령이 정하는 이동판매의 방법에 따라 판매하는 경우를 포함한다.

(이하 생략)

제13조(등록 또는 신고 대상 석유판매업의 종류) 법 제10조 제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 등록 또는 신고하여야 할 석유판매업의 종류와 그 취급 석유제품은 [별표 1]과 같다.([별표 1]은 [별지 1] 참조)

구 석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙(2006. 10. 4. 산업자원부령 제369호로 일부 개정된 것) 제2조(이동판매 및 배달판매) ① 「석유 및 석유대체연료 사업법 시행령」(이하 “영”이라 한다) 제2조 제3호 후단·제4호 후단 및 제9호 후단의 규정에 의한 이동판매의 방법은 적재용량 3킬로리터 이하의 차량에 주유기를 부착하여 실소비자(「자동차관리법」 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차의 사용자와 「건설기계관리법」 제2조 제1호의 규정에 의한 건설기계 중 덤프트럭 및 콘크리트믹서트럭의 각 사용자를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에게 직접 판매하는 것을 말한다.

② 생략

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유 요지

이 사건 법률조항은 금지행위를 대통령령에 위임하면서 대통령령에 규정될 내용과 범위에 관한 기본사항을 구체적으로 정하지 아니한 채 막연히 “건전한 유통질서를 저해하는 행위”라는 지나치게 추상적이고 광범위한 개념을 사용하여 부작위 의무의 내용과 구성요건적 행위의 태양이 구체적으로 나타나 있지 않고, 법의 다른 관련 조항들, 특히 법 제39조에서 금지하고 있는 각호의 행위들을 종합하여 보더라도 대통령령에서 어떠한 내용의 범죄 구성요건이 정하여질 것인지를 일반인의 입장에서 예측하기 어렵다.

또한 이 사건 법률조항의 위임에 따른 법 시행령 제43조 제1항의 내용을 보더라도 급변하는 사회현상에 맞추어 긴급하게 개정하여야 할 필요가 있는 항목은 찾아보기 어려워 이를 입법기술상 법률에 규정하는 것이 현저히 곤란

판례집 20-2(하)

하다고 볼 수도 없으므로(당해 사건에 적용될 위 조항 제1호는 특히 그러하다) 위와 같은 행위에 대한 처벌요건을 행정입법에 포괄적으로 위임하여야 할 부득이한 사정을 인정하기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반될 뿐만 아니라 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반된다는 의심이 든다.

나. 산업자원부장관의 의견

이 사건 법률조항에서 규율하는 “건전한 유통질서를 저해하는 행위”의 유형을 정함에 있어서 사회가 복잡, 다양화됨에 따라 정량미달판매, 무자료거래, 덤핑판매, 매점매석 등과 같은 널리 알려진 행위 외에도 새로운 형태의 부당거래, 석유제품의 가격에 영향을 미치는 신종 수법 등 급변하는 사회현상, 기술상황의 변화에 맞추어 긴급하게 개정하여야 할 필요가 있는 항목이 존재하는바 이로 인해 입법기술상 “건전한 유통질서를 저해하는 행위”를 일일이 법률에 기재하는 것은 현저히 곤란하다. 또한, 우리나라의 경우 석유는 국민 경제뿐만 아니라 국가의 존립까지도 위태롭게 할 수 있는 자원이기 때문에 원유 가격의 급격한 상승과 같은 돌발적인 상황에서 발생하는 석유의 유통질서 저해행위에 대하여 신속히 대처해야 하는 점, 기술의 발달에 따라 끊임없이 진화하는 석유관련 영역의 경우 그 규율대상이 고도로 전문적이고 기술적인 점 등에 비추어 세부적이고 기술적인 규율을 국회에 맡기기보다는 행정입법에 의하도록 하는 편이 보다 적절하다고 할 것이다.

이 사건 법률조항의 수범자인 석유판매업자는 관련 법조항들에 의거하여 석유판매업을 등록하는 과정에서 석유판매업자가 갖추어야 할 요건 및 석유판매업자가 하지 말아야 할 대강의 의무에 관하여 사전에 충분히 숙지하게 되고, 특히 석유판매업자의 유통질서 준수 의무는 석유판매업자가 지켜야 할 핵심의무라고 할 것인바, 관련 조항들의 체계적 해석을 통해 이 사건 법률조항에 의하여 정량미달판매, 덤핑판매, 사재기 등에 준하는 석유유통질서 저해행위 즉, 석유판매업의 종류에 따라 허용된 영업범위를 초과하거나 허용된 영업방법 이외의 방법으로 영업하는 행위도 금지될 것임을 충분히 예상할 수 있다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 연혁 및 입법목적

이 사건 법률조항과 같은 석유판매업자에 대한 행위 규제는 구 석유사업법

이 1995. 12. 29. 법률 제5092호로 전부 개정되기 전까지는 현행 법 제39조 제1항 제1호 내지 6호와 거의 동일한 내용만을 한정적으로 열거하는 형태로 되어 있었으나, 사회현상의 복잡 다양화에 따라 금지되는 행위의 유형 모두를 입법부에서 제정하는 법률로 규정하는 것이 어려운 점을 감안하여 위 전부 개정 시에 구 석유사업법 제29조 제1항 제7호로 이 사건 법률조항에 해당하는 “기타 건전한 석유유통질서를 저해하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위”를 신설하였다. 그 후 구 석유사업법이 2004. 10. 22. 법률 제7240호로 ‘석유 및 석유대체연료 사업법’으로 전부 개정되면서 법 제39조 제1항 제7호로 조항이 변경되었고 규제 대상에 석유 이외에 석유대체연료가 추가된 점을 제외하면 내용상의 변경없이 현재에 이르고 있다.

한편 법은 석유의 수급 및 가격의 안정을 기하고 석유제품의 적정한 품질을 확보함으로써 국민경제의 발전과 국민생활의 향상에 이바지함을 목적으로 하여 제정된 것으로서(법 제1조), 법 제10조, 제39조 및 법 시행령 제2조, 제43조 제1항에서 석유판매업의 종류를 일반대리점, 용제대리점, 주유소, 일반판매소, 용제판매소, 부생연료유통판매소, 특수판매소 등으로 세분하여 구분하면서 그 취급석유제품, 판매대상, 판매방법 등을 엄격히 규정하고, 석유판매업을 하려는 자는 시·도지사 등에게 등록 또는 신고하여야 하고, 그 등록 또는 신고 사항이 변경된 경우에는 그 변경등록 또는 변경신고를 하도록 하는 한편 석유판매업자별 영업범위 또는 영업방법을 위반하여 석유제품을 공급하거나 공급받는 행위를 금지하고 있는 것은 석유판매업의 종류에 따라 허용된 영업범위 내에서 또는 허용된 영업방법으로만 영업을 가능하도록 함으로써 무자료거래, 덤핑판매, 매점매석 등 건전한 석유유통질서를 저해하는 행위를 단속하여 건전한 석유유통질서를 확보하고자 하는 데 그 입법이유가 있다고 할 것이다(대법원 2002. 5. 14. 선고 2001도5632 판결(공2002, 1460) 참조).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건의 쟁점

법 제39조 제1항은 석유판매업자에게 금지되는 행위를 규정하면서 제1호 내지 제6호에서 정량미달판매(제1호), 담합 등 공정거래 질서에 반하는 행위(제2호, 제6호), 매점매석 등 시장교란행위(제3호, 제5호), 가격규제 위반행위(제4호)를 열거한 후 이 사건 법률조항에서 “그 밖에 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위”를 규정하여 위 제1호 내지 제6호에는 해당하지 아니하나 석유 및 석유대체연료(이하 ‘석

판례집 20-2(하)

유 등'이라 한다)의 건전한 유통질서를 저해하는 행위를 규제하고자 하고 있다. 한편 이와 같은 법상 행위금지 규정을 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금 등 형사벌(구 법 제46조 제10호)과 석유판매업등록의 취소 또는 사업정지, 과징금 등 행정적 제재(구 법 제13조 제3항 제8호, 제14조 제1항 제3호)가 가해진다.

당해 사건은 법 제46조 제10호 중 이 사건 법률조항의 위반이 문제된 것이고 제청법원은 이 사건 위헌제청을 통하여 이 사건 법률조항이 범죄의 구성요건이 되는 금지행위의 유형을 대통령령에 위임하면서 대통령령에 규정될 내용과 범위에 관한 기본 사항을 구체적으로 정하지 아니한 채 막연히 “건전한 유통질서를 저해하는 행위”라는 추상적이고 광범위한 개념을 사용하여 구성요건적 행위의 태양을 명확하게 규정하고 있지 않은 것이 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다는 의심이 든다고 하고 있다. 따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부에 있다고 할 것이다.

(2) 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙

헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다고 규정하고, 헌법 제13조 제1항은 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하여 죄형법정주의를 선언하고 있다. 이러한 죄형법정주의원칙은 죄와 형을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고, 나아가 형식적 의미의 법률로 규정하더라도 그 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여 개인의 법적 안정성을 보호하고, 국가 형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 기본원칙이다(헌재 2006. 11. 30. 2004헌바86등, 판례집 18-2, 459, 465).

그러나 아무리 권력분립이나 법치주의가 민주주의의 원리라 하더라도 형벌법규를 법률에 의하여 규정하라는 원칙을 예외 없이 관철한다는 것은 사회현상이 갈수록 복잡다기해져 가는 현대국가의 실정에 비추어 볼 때 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하므로 형벌법규에 대하여도 행정부의 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다. 이와 같이 현대사회에

서 위임입법의 필요성은 누구도 부인할 수 없으나, 의회입법의 원칙, 법치주의의 원리에 입각하여 헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여서만 위임할 수 있도록 그 한계를 설정하고 있다. 특히 형벌법규의 위임에 있어서는 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에 의하여 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대하여 범죄의 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적 내용을 규정하고 있어야 한다. 그러나 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 2006. 11. 30. 2004헌바86등, 판례집 18-2, 459, 465).

즉, 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 한다. 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 2006. 11. 30. 2006헌바36, 판례집 18-2, 488, 506-507).

(3) 이 사건 법률조항에 대한 판단

(가) 위임의 필요성

이 사건 법률조항의 위임에 따른 구 법 시행령 제43조 제1항을 살펴보면 석유판매업자에게 금지되는 행위의 유형이 다양하고 또한 그 규정내용이 상당히 구체적임을 알 수 있다. 한편 위 시행령 조항의 입법연혁을 살펴보면, i) 1999. 4. 9. 구 석유사업법 시행령이 대통령령 제16240호로 개정되면서 ‘석유판매업의 종류별 취급석유제품이 아닌 석유제품을 공급하는 행위’와 ‘등유를 경유용 차량의 연료로 판매하는 행위’가 추가되었고, ii) 2000. 7. 27. 대통령령 제16921호로 구 ‘석유사업법 시행령’을 개정하면서 ‘석유판매업별 영업방법을 위반하여 석유제품을 공급하거나 공급받는 행위’를 추가하였으며, iii) 2001. 8. 25. 구 ‘석유사업법 시행령’이 대통령령 제17343호로 개정되면서 ‘석유제품 공급자의 상표를 표시하고 판매하는 상표제품과 그러하지 아니한 비상표제품을

판례집 20-2(하)

함께 판매하는 주유소인 석유판매업자가 비상표제품을 판매하는 주유소임을 표시하지 아니하고 석유제품을 판매하는 행위 및 ‘일반판매소인 석유판매업자가 주유소의 명칭을 사용하여 석유제품을 판매하는 행위’가 추가되었고, iv) 2005. 4. 22. 대통령령 제18796호로 구 ‘석유 및 석유대체연료 사업법 시행령’을 개정하면서 ‘부생연료유를 등유 또는 중유에 대체하여 연료유로 사용하는 실소비자 외의 자에게 공급하는 행위’를 추가하였으며, v) 2007. 6. 15. 대통령령 제20091호로 구 ‘석유 및 석유대체연료 사업법 시행령’ 제5호와 제5호의2를 변경 및 신설하여 ‘등유 또는 부생연료유를 휘발유용 차량의 연료로 판매하는 행위’ 및 ‘바이오디젤, 바이오에탄올 및 용제를 휘발유용 또는 경유용 차량의 연료로 판매하는 행위’를 금지행위에 추가하여 이를 규제하고 있다.

이와 같이 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위의 유형을 규정함에 있어서 사회의 복잡다양화 및 기술의 발달 등에 따라 정량미달판매(구 법 제39조 제1항 제1호), 담합 등 공정거래 질서에 반하는 행위(같은 항 제2호, 제6호), 매점매석 등 시장교란행위(같은 항 제3호, 제5호), 가격규제 위반행위(같은 항 제4호) 등과 같은 널리 알려진 유통질서 저해행위 이외에도 새로운 형태의 부당거래, 석유제품시장의 정상적인 운영에 부정적인 영향을 미치는 신종 수법 등이 수시로 출현하는 현실을 부정할 수 없는 반면, 우리나라의 경우 석유는 국민 경제뿐만 아니라 국가의 존립까지도 위태롭게 할 수 있는 자원이기 때문에 이러한 수시로 변동하는 거래현실에 대처하여 시기적절하게 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위를 규제하여야 할 필요성이 인정되므로 현실의 변화에 따른 신속한 입법적 대응을 위해 입법기술상 석유판매업자에게 금지되는 행위를 일일이 법률에 기재하기 보다는 그 세부적인 규율은 행정입법에 위임하도록 하는 것이 보다 적절하다고 할 것이다.

더욱이 석유판매업자에는 여러 종류가 있고, 이들이 각 취급하는 석유제품 또한 다양하여(구 법 제10조 제4항, 구 법 시행령 제2조, 제13조 참조) 석유제품의 판매에 있어 판매업자별, 취급품목별로 금지되는 행위의 유형이 달라질 수 있으므로 법에서 이러한 경우를 모두 포괄하는 내용을 획일적으로 정하는 데는 한계가 있다고 할 것이다(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 공보 139, 602, 608 참조).

(나) 위임의 구체성·명확성의 요구 정도 및 예측가능성

이 사건 법률조항은 처벌법규의 구성요건 조항이라는 점에서 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있으므로 구체성·명확성의 요구

가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하나, 한편으로 위임의 필요성에서 살펴본 바와 같이 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위가 다양하고 수시로 변화하는 점을 고려하면 위임의 구체성·명확성의 요건을 완화할 필요성도 인정된다. 아울러 이 사건 법률조항의 수범자가 일반 국민이 아닌 구 법 제10조에서 석유판매업을 등록 또는 신고한 석유판매업자라는 점을 고려한다면 이 사건 법률조항에서 요구되는 위임의 구체성, 명확성의 정도는 일반 국민을 대상으로 하는 처벌법규에 비하여 완화된다고 볼 것이다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌바100, 판례집 19-2, 55, 65-66).

살피건대, 법은 석유의 수급 및 가격의 안정을 기하고 석유제품과 석유대체연료의 적정한 품질을 확보함으로써 국민경제의 발전과 국민생활의 향상에 이바지함을 목적으로 하고(제1조), 석유판매업을 하고자 하는 자는 시·도지사 등에게 이를 등록 또는 신고하도록 하고 있으며, 등록 또는 신고 대상 석유판매업의 종류와 그 취급석유제품 및 석유판매업의 시설기준 등에 변경이 있는 경우 이를 변경등록 또는 변경신고하도록 하고 있다(구 법 제10조). 한편 석유판매업자에게 금지되는 행위를 규정하고 있는 구 법 제39조 제1항은 제1호 내지 제6호에서 정량미달판매(제1호), 담합 등 공정거래 질서에 반하는 행위(제2호, 제6호), 매점매석 등 시장교란행위(제3호, 제5호), 가격규제 위반행위(제4호)를 열거한 후 이 사건 법률조항에서 “그 밖에 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위”라고 규정하고 있다. 그렇다면 이러한 규정들을 종합해 볼 때 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 “건전한”이라는 개념이 다소 추상적이기는 하나 이 사건 법률조항의 위임을 받아 대통령령에 규정될 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위란 ‘위 구 법 제39조 제1항 제1호 내지 제6호에 준하는 행위로서 석유 등의 수급과 가격의 안정을 해치거나 석유 등의 시장에서의 공정한 경쟁질서에 어긋나는 행위’가 그 주된 내용이 될 것임을 예측할 수 있다.

또한 구 법 제10조 제2항은 ‘석유판매업 중 일반판매소’, 같은 조 제4항은 ‘등록 또는 신고 대상 석유판매업의 종류와 그 취급석유제품’이라고 각 규정하고 있는바, 이들 문언에 비추어 보면 석유판매업에는 여러 가지 종류가 있고 각 그 취급석유제품이 구별되며 그에 따라 석유판매업별로 고유한 영업형태가 있을 수 있음을 예측해 볼 수 있다. 아울러 구 법 제39조 제2항에서는 같은 법 제10조 제4항에서 정하지 아니한 석유판매업의 행위를 금지하고 있

판례집 20-2(하)

는바 위 규정에 비추어 볼 때 석유판매행위는 법에서 정한 방법 이외에는 허용되지 않으리라는 점도 예측가능하다. 그렇다면 위 조항들이 규정한 석유판매업별 취급석유제품의 범위를 초과하거나 각 석유판매업의 고유한 영업형태를 벗어나 다른 석유판매업자의 영업에 방해할 수 있는 행위 내지 석유의 수급 및 가격의 안정을 기하고자 하는 법의 입법목적에 반하는 행위 등은 석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 것으로 금지될 것이고 이 사건 법률조항에 의해 위임을 받은 대통령령에는 위와 같은 내용의 행위제한이 규정될 것이라고 예측가능하다 할 것이다.

한편, 수범자의 측면을 고려해 볼 때 이 사건 법률조항의 수범자인 석유판매업자는 구 법 제10조에 의하여 석유판매시설 등 일정한 요건을 갖추어 석유판매업을 등록 또는 신고한 자인바, 이들은 대통령령에 규정될 '석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위'의 대강을 위와 같이 예측할 수 있는 지위에 있다고 할 것이다.

결국, 이 사건 법률조항과 관련 규정들을 유기적·체계적으로 해석하여 보면, 이 사건 법률조항의 위임에 따라 대통령령에 규정될 '석유 등의 건전한 유통질서를 저해하는 행위'란 구 법 제39조 제1항 제1호 내지 제6호에 준하는 행위로서 석유 등의 수급과 가격의 안정을 해치거나 석유 등의 시장에서의 공정한 경쟁질서에 어긋나는 행위와 석유판매업별 취급석유제품의 범위를 초과하거나 각 석유판매업의 고유한 영업형태를 벗어나 다른 석유판매업자의 영업에 방해할 수 있는 행위 내지 석유의 수급 및 가격의 안정을 기하고자 하는 법의 입법목적에 반하는 행위' 등이 될 것임을 예측할 수 있어 이 사건 법률조항이 수범자로 하여금 처벌대상 행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 불명확하게 규정되었다거나 포괄적으로 입법사항을 위임하고 있다고 보기 어렵다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌바100, 판례집 19-2, 55, 66 참조).

따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성의 원칙 및 포괄위임입법 금지원칙에 위반되지 아니한다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 다음 5.와 같은 반대의견이 있는 이외에 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

우리는 이 사건 심판대상조문이 헌법상 죄형법정주의에 위반된다고 판단하

므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 심판대상에 관하여

다수의견은 이 사건 심판대상을 ‘석유 및 석유대체연료 사업법’(2004. 10. 22. 법률 제7240호로 전부 개정된 것, 이하 ‘석유사업법’이라 한다) 제39조 제1항 제7호 중 석유판매업자에 관한 부분으로 삼은 후, 심판대상조항이 처벌법규의 구성요건이라고 보아 그 위헌 여부를 판단하였으나 이는 심판대상조항의 규정 형식과 의미에 비추어 부당하다.

석유사업법 제39조 제1항 제7호는 석유판매업자 등이 하지 말아야 하는 일정한 행위를 금지하는 규범으로서 그 금지의무를 위반한 경우 어떠한 불이익을 가할 것인지, 즉, 형벌을 가할지, 행정상 제재를 가할지 아니면 기타 법률상 어떤 불이익을 가할지에 대해서는 전혀 규정하고 있지 않다. 다시 말해 제재규범과는 독립된 금지규범으로서의 법률조항이다. 그러나 석유사업법 제46조는 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 하면서 동조 제10호에서 제39조 제1항 제7호의 규정에 의한 행위의 금지를 위반한 자를 규정하여 석유사업법 제39조 제1항 제7호 소정의 금지를 위반하는 경우 형사처벌을 가할 수 있는 처벌조항이다.

당해 사건에서 문제가 된 것은 주유소를 운영하는 석유판매업자가 자동차의 사용자를 상대로 이동판매 방법에 의하여 경유를 공급할 수 없음에도 이를 위반한 경우 형사처벌을 가할 것인지에 대한 것으로 단순히 금지의무만을 부과하고 있는 석유사업법 제39조 제1항 제7호의 문제가 아닌 이를 위반한 자에게 형사처벌을 가할 수 있도록 규정한 석유사업법 제46조 제10호 중 ‘제39조 제1항 제7호의 석유판매업자’에 관한 부분이 문제되는 것이다. 그렇다면, 이 사건 심판대상조항은 석유사업법 제46조 제10호 중 ‘제39조 제1항 제7호의 석유판매업자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이라고 할 것이며 이에 대한 판단이 이루어져야 한다.

나. 본안에 관하여

헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다고 규정하고, 헌법 제13조 제1항은 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하여 죄형법정주의를 선언하고 있다. 이러한 죄형법정주의원칙은 죄와 형을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 한다(헌재 2006. 11. 30. 2004헌바86등, 판례집 18-2, 459, 465). 따라서 형벌법

판례집 20-2(하)

규의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 하며 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우에도 범죄의 구성요건은 처벌 대상행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 정도로 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다(헌재 2007. 7. 26. 2005헌바100, 판례집 19-2, 55, 64 등).

석유사업법 제39조 제1항 제7호는 “그 밖의 석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령이 정하는 행위”를 금지하고 있으며 이를 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 5천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(석유사업법 제46조 제10호). 그러나 이 법률 규정만으로는 대통령령에 규정될 내용의 대강이라도 예측하는 것이 불가능하다. 제청법원의 당해 사건에서 문제가 된 ‘주유소를 운영하는 석유판매업자의 자동차 사용자를 상대로 한 이동판매 방법에 의한 경유 판매’라는 행위가 금지되고 이를 위반 시 신체의 자유까지도 억압될 수 있다는 것은 의회가 제정한 법률 어디에서도 그러한 행위의 금지를 예측할 수 없다. 이러한 행위가 금지된다는 것은 다음의 일련의 과정을 심사숙고 해야지만 알 수 있다.

즉, 석유사업법 제39조 제1항 제7호를 보고 ‘석유 및 석유대체연료의 건전한 유통질서를 저해하는 행위로서 대통령이 정하는 행위’에 자동차 사용자를 상대로 한 이동판매행위가 포함될 수 있음을 예견하고, 석유사업법 시행령 제43조 제1항 제1호에서 “제2조 각 호의 규정에 의한 석유판매업법 또는 석유대체연료판매업법 영업범위 또는 영업방법을 위반하여 석유제품 또는 석유대체연료를 공급하거나 공급받는 행위”에 속하는지를 살펴보아야 한다. 또한, 석유사업법 시행령 제2조 제3호에서 “‘주유소’라 함은 …… 점포에서 고정된 주유설비에 의하여 실소비자에게 직접 판매하는 소매업인 석유판매업소를 말한다. 이 경우 등유 또는 경유는 점포에서 고정된 주유설비에 의하여 실소비자에게 직접 판매하면서 지식경제부령이 정하는 이동판매의 방법에 따라 판매하는 경우를 포함한다.”를 보고 고정된 주유설비에 의한 경우만이 허용된다는 것을 인지하여 지식경제부령이 정하는 이동판매가 가능한지를 확인하여야 한다.

이상의 과정을 거친 후에야 비로소 실소비자인 자동차에 대한 석유의 이동판매행위가 금지됨을 확인할 수 있는 것이다. 그렇다면 인간의 본질적인 권리인 신체의 자유를 침해하는 형벌의 부과요건이 되는 범죄구성요건을 수범자인 국민이 석유사업법 제39조 제1항 제7호를 보고 그 내용이 무엇인지를 확

헌재 2008. 11. 27. 2007헌가13

정할 수 있다고 하는 것은 불가능하다 할 것이고, 이는 고도로 훈련된 법률적 지식을 가진 사람에게도 하위 법령 및 관련 법령까지를 종합적으로 살펴보지 않고는 쉽게 확정할 수 없는 일이다.

다. 결 론

결국, 이 사건 법률조항은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 처벌되는 구성요건이 무엇인지 법률을 통해 도저히 확정할 수 없고, 국회가 제정한 법률이 아닌 정부의 편의에 의한 자의적인 국가형벌권 행사가 우려되므로 죄형법정주의에 위배되어 헌법에 위반된다 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 위헌제청

(2008. 11. 27. 2007헌가24 전원재판부)

### 【판시사항】

1. ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것, 이하 ‘폭처법’이라 한다) 제3조 제1항의 ‘다중의 위력으로써’라는 부분(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. ‘다중의 위력으로써’ 형법상 주거침입, 폭행, 협박, 재물손괴의 죄를 범한자를 모두 같은 법정형으로 처벌하는 것이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. ‘다중의 위력으로써’ 주거침입을 하는 경우를 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입을 하는 경우보다 중하게 처벌하는 것이 평등원칙 위반인지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 이 사건 규정은 ‘다중의 위력으로써’ 주거침입의 범죄를 범한자를 형사처벌하고 있는바, 이 사건 규정의 ‘다중’은 단체를 구성하지는 못하였으나 다수인이 모여 집합을 이루고 있는 것을 말하는 것으로서 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, ‘위력’이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 의미한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 규정은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.
2. 형법상 단순한 주거침입, 폭행, 협박, 재물손괴는 서로 다른 법정형으로 처벌되고 있음에도 불구하고, ‘다중의 위력으로써’ 이들 범죄를 범하게 되면 이 사건 규정은 폭처법 제3조 제1항에 의하여 모두 같은 법정형인 1년 이상의 유기징역에 처해진다. 그런데 폭처법

이 ‘다중의 위력으로써’ 위와 같은 범죄를 범하는 경우 가중처벌하는 것은 집단범죄가 가지는 개인적, 사회적 위험성 때문이다. 따라서 폭처법에서 ‘다중의 위력으로써’라는 행위 요소가 더하여지는 경우 형법에서와는 달리 모두 같게 처벌하고 있다고 하더라도 이것이 형벌과 책임 간의 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다.

3. 폭처법은 ‘다중의 위력으로써’ 주거침입을 하는 경우에 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입을 하는 경우보다 엄하게 처벌하고 있다. 그런데 ‘다중의 위력으로써’ 주거침입을 하는 것은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 보여 주거침입을 하는 것이고, ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입을 하는 것은 복수 참가자 상호간에 공동실행행위를 하여 주거에 침입하는 것으로 두 범죄 사이에는 그 불법성에 있어서 일반적으로 차이가 있다고 할 것이다. 따라서 이 둘을 차별하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 평등원칙을 위반하고 있다고 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제3조(집단적 폭행 등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 제2조 제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다.

②~④ 생략

### 【참조조문】

헌법 제11조, 제37조 제2항

폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제2조(폭행 등) ① 상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 처벌한다.

1. 「형법」 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(채물손괴등)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역
2. 「형법」 제260조 제2항(존속폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역
3. 「형법」 제257조 제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조 제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공간)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역

② 2인 이상이 공동하여 제1항 각 호에 열거된 죄를 범한 때에는 각 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

판례집 20-2(하)

③~④ 생략

형법 제257조(상해, 존속상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 생략

형법 제260조(폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 생략

형법 제276조(체포, 감금, 존속체포, 존속감금) ① 사람을 체포 또는 감금한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제283조(협박, 존속협박) ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 생략

형법 제324조(강요) 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다

형법 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다

형법 제366조(재물손괴 등) 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 기 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

**【참조판례】**

1. 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383  
헌재 2006. 4. 27. 2005헌바36, 판례집 18-1상, 520, 524-525
2. 헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 197  
헌재 2006. 7. 27. 2004헌바77, 판례집 18-2, 108, 120
3. 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10, 650, 659  
헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1 622, 627-628

헌재 2008. 11. 27. 2007헌가24

## 【당 사 자】

당해사건 서울남부지방법원 2006노608, 2006노645 폭력행위등처벌에 관한 법률위반(집단·흉기등주거침입)

## 【주 문】

‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제3조 제1항의 ‘다중의 위력으로써 제2조 제1항에 열거된 죄 중 형법 제319조 제1항의 죄를 범한 자’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

당해 사건의 피고인들은 2005. 9. 30. 08:00경부터 서울 영등포구 소재 근로복지공단 정문 앞에서, 근로복지공단의 ○○코리아 노조원 13명에 대한 집단 정신질환 산재신청 불승인에 항의하는 민주노총 산하 전국금속산업노동조합 연맹의 결의 대회에 민주노총 조합원 150여 명과 함께 참가하여 집회를 진행하던 중, 같은 날 15:10경 다중의 위력으로써 근로복지공단 이사장 방용석이 관리하는 건조물에 침입하였다. 이에 당해 사건의 피고인들은 서울남부지방법원에 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제3조 제1항 위반으로 공소제기되어 [황○훈 외 2인(2006노608호)과 엄○선(2006노645호)은 별도로 기소됨] 유죄 판결을 받았다.

당해 사건 피고인들은 항소하였고, 서울남부지방법원에 재판 계속 중 법원은 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제3조 제1항의 위헌 여부가 이 사건 당해 사건 재판의 전제가 되고, 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하여, 2007. 11. 29. 직권으로(2007초기66호, 2007초기132호) 위헌제청결정을 하였고, 2007. 12. 28. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것, 이하 ‘폭처법’이라 한다) 제3조 제1항의 ‘다중의 위력으로써 제2조 제1항에 열거된 죄 중 형법 제319조 제1항의 죄를 범한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내용과 관계규정의 내용은 다음과 같다.

판례집 20-2(하)

[심판대상규정]

폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제3조(집단적 폭행 등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 제2조 제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다.

②~④ 생략

제319조(주거침입, 퇴거불응) ① 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 생략

[관계규정]

폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것) 제2조(폭행 등) ① 상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 처벌한다.

1. 「형법」 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거 침입, 퇴거불응) 또는 제366조(재물손괴 등)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역
2. 「형법」 제260조 제2항(존속폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역
3. 「형법」 제257조 제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조 제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공갈)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역

② 2인 이상이 공동하여 제1항 각 호에 열거된 죄를 범한 때에는 각 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

③, ④ 생략

형법 제260조(폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

②, ③ 생략

제283조(협박, 존속협박) ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

②, ③ 생략

제366조(재물손괴 등) 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 법원의 위헌제청 이유

가. ‘다중’의 사전적 의미는 많은 사람을 뜻하는바, 판례는 이를 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미한다고 해석하나, 이는 다중의 사전적 의미와 반드시 상통한다고 보기 어렵고, 같은 조항의 ‘단체의 위력으로써’ 또는 ‘단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써’와 명확하게 구별되지 않을 뿐만 아니라, 심지어는 같은 법 제2조 제2항의 ‘2인 이상이 공동하여’와는 개념적으로 일치하는 부분마저 있어 죄형법정주의에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배될 여지가 있다.

나. 형법 제319조의 주거침입죄 등은 그 법정형이 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금형이고, 폭처법 제2조 제2항의 ‘2인 이상이 공동하여’ 이 죄를 범한 때에도 위에서 정한 법정형의 2분의 1까지만 가중하고 있어 벌금형의 선택이 가능한 반면, 이 사건 규정은 ‘다중의 위력으로써’ 같은 죄를 범한 때에는 1년 이상의 유기징역형만을 규정하고 있는바, 이는 범죄와 형벌 사이에 균형을 상실하고 있는 것일 뿐만 아니라 법관의 적정한 양형재량권까지 심각하게 침해하는 것이다.

다. ‘다중’이라는 의미는 ‘2인 이상이 공동하여’와 개념적으로 공통되고, 경우에 따라서는 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입의 죄를 범한 경우가 ‘다중의 위력으로써’ 같은 죄를 범한 때보다 불법성이 더 클 가능성이 있음을 배제할 수 없다. 그럼에도 불구하고 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입죄를 범한 경우에는 벌금형의 선고가 가능하도록 한 반면, ‘다중의 위력으로써’ 주거침입의 죄를 범한 경우에는 1년 이상의 유기징역만을 규정하고 있다. 따라서 불법성이 더 적은 범죄에 대하여 더 무거운 형이 선고되거나, 또는 같은 범죄사실에 대하여 검사가 어느 조항을 적용하여 기소하느냐에 따라 적용될 형이 크게 달라질 수 있다. 이는 자의적인 차별로서 평등원칙을 위반하는 것이다.

3. 본안판단

가. 죄형법정주의 명확성원칙 위반 여부

(1) 헌법상 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자

신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 법률이 명확하지 않다면 당해 행위가 허용되는지 여부를 예측할 수 없고, 국민의 인권은 보장될 수 없다. 이와 같은 명확성의 원칙은 특히 처벌법규에 있어서 엄격히 요구된다. 다만 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의해 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정되면 족하다. 즉, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 명확성원칙에 배치되는 것은 아니며, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람을 기준으로 하여 그 내용이 일의적으로 파악될 수 있으면 명확성 원칙을 준수한 것이다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383 ; 헌재 2006. 4. 27. 2005헌바36, 판례집 18-1상, 520, 524-525).

(2) 이 사건 규정은 ‘다중의 위력으로써’ 주거침입의 범죄를 범한 자에게 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있는바, ‘다중’과 ‘위력’이라는 다소 추상적인 내용을 가진 용어를 구성요건 요소로 사용하고 있다.

그런데 이 사건 규정의 ‘다중’은 단체를 구성하지는 못하였으나 다수인이 모여 집합을 이루고 있는 것을 말하는 것으로, 이는 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, ‘위력’이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 의미한다고 할 것이다. 다만 몇 명의 사람이 다수에 해당하든지 여부는 이를 일률적으로 말할 수 없고, 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 하며, 이 경우 상대방에 대한 의사의 제압은 현실적으로 제압될 필요까지는 없더라도 상대방의 의사를 제압할 만한 세력이라는 것을 인식시킬 수 있을 정도는 되어야 한다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도 174 참조).

(3) 한편, 위에서 본 바와 같이 ‘다중’이 몇 명의 사람을 의미하는지 그 기준을 일률적으로 말할 수는 없지만, 폭처법은 ‘다중’ 이외에 ‘단체’나 ‘집단’ 또는 ‘2인 이상이 공동하여’와 같은 복수가 가담하는 범죄 유형을 규정하고 있는바, 이들 상호간을 구별하는 개념적 표지도 이 사건 규정의 의미를 파악하는데 중요한 역할을 한다.

먼저 ‘단체’란 공동의 목적 아래 특정 다수인에 의하여 이루어진 계속적이

고도 최소한의 통솔체제를 갖춘 조직화된 결합체를 의미한다. 그러므로 이러한 ‘단체’와 ‘다중’은 계속적인 조직체로서 특정 다수인이 통솔체제를 갖추고 있는가 여부에 따라 구별될 것이다. ‘다중’은 계속적 조직체일 필요가 없으며, 통솔체제 또한 필요하지 않고, 단지 그 존재 자체로서 위협이 될 정도의 세력을 보일 수 있는 인원이 집단적으로 특정 장소에 집결해 있으면 족하기 때문이다.

한편, ‘집단’의 사전적 의미는 ‘한군데로 모인 때’로서 이 사건 규정의 ‘다중’과 유사한 의미를 가진 것으로 보인다. 그런데 일반적으로 ‘집단’은 다수가 동시에 동일 장소에 집합되어 있는 결합체일 것을 요구한다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2397 판결 참조). 이에 의하면 ‘집단’은 단순한 ‘다중’은 아니고 일시적으로라도 조직의 형태를 갖춘 결합체여야 한다.

결국 ‘다중’과 ‘단체’는 계속적 조직체로서 통솔체제를 갖추고 있는가 여부에 따라, ‘다중’과 ‘집단’은 조직체로서 통솔체제를 갖추고 있는가 여부에 따라, ‘단체’와 ‘집단’은 계속적 조직체인지 여부에 따라 구별될 것이다.

또한 폭처법은 제2조 제2항에서 ‘2인 이상이 공동하여’라는 별도의 구성요건을 두고 있는데, ‘2인 이상이 공동하여’란 수인간에 소위 공범관계가 존재하고, 그 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 범행을 하는 경우를 의미한다(대법원 1991. 1. 29. 선고 90도 2153 판결 ; 대법원 1996. 2. 23. 선고 95도1642 판결 ; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결 등 참조). 이에 의하면 범죄에 대한 공동의 실행행위를 ‘2인 이상이 공동하여’의 개념적 징표로 삼고 있으므로 그러한 것을 요하지 않는 ‘다중’과는 구별이 가능하다. 그런데 ‘2인 이상’과 이 사건 규정의 ‘다중’의 의미는 수적인 요소로만 보자면, 그 구분이 어려운 경우가 있다. 일반적으로 ‘다중’은 ‘2인 이상’에 포함되는 개념이고, ‘2인 이상’ 중에서 어느 정도를 ‘다중’이라고 해야 할지 그 경계가 애매하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 폭처법은 이 둘을 구별하여 ‘2인 이상이 공동하여’의 경우에는 폭처법 제2조 제2항에서 그 법정형을 ‘다중’의 경우보다 경하게 규정하고 있으므로 행위자의 입장에서 보면, 그 구별은 중요할 수밖에 없고, 만약 그 구별이 불가능하다면 이는 자의적인 법 적용을 가능하게 하는 것으로서 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하게 될 것이다.

그런데 이 사건 규정의 ‘다중의 위력으로써’의 의미를 파악하는 데에는 ‘다중’만이 유일한 고려 요소가 아니고 ‘다중’이라는 수적인 요소에 더하여 다중

판례집 20-2(하)

에 의한 ‘위력’이라는 수단적 요소도 함께 고려하여야 할 것이고, ‘다중’은 또한 그 자체로 구성요건의 일부이면서 동시에 ‘위력’을 판단하는 징표가 되기 때문에 ‘다중’과 ‘위력’의 이와 같은 불가분적 관계 하에서 이 사건 규정의 의미를 살펴야 할 것이다. 위와 같은 관점에서 이 사건 규정의 의미를 살펴보면, ‘다중’은 수적인 의미만을 가진 단순한 ‘다중’이 아니라 사람의 집결로써 ‘위력’을 보여야 하는 ‘다중’이므로 사람의 집결 자체로 상대방을 제압하기에 충분한 세력을 형성하고 있어야 한다. 따라서 집결하고 있는 인원수를 비롯한 범행 참가자들의 구성, 범행 시간과 장소, 주변 정황 등을 종합적으로 살펴 그 의미를 파악하여야 한다. 결국 ‘2인 이상이 공동하여’는 복수 가담자 상호간에 공범관계가 존재하는 경우에 성립한다 할 것이고, ‘다중의 위력으로써’는 사람의 집결 자체로 상대방을 제압하기에 충분한 정도로 세력을 이루는 경우에 성립할 것이다. 그렇다면 ‘다중’과 ‘2인 이상이 공동하여’는 그 구분이 가능하다고 할 것이다.

(4) 이상에서 본 바와 같이 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인은 이 사건 규정의 의미를 알 수 있을 것이므로 이 사건 규정이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고, 이로 인하여 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 197; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바77, 판례집 18-2, 108, 120 등 참조)

(2) 이 사건 폭처법 규정은 2006년 개정되기 전까지 형법 제257조 제1항(상

해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 다중의 위력을 보여 범한 경우 동일하게 모두 3년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있었다. 그런데 2006년 위 범죄들에 대해 일률적으로 정하던 법정형을 세 그룹으로 분리하여, 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(재물손괴 등)의 경우에는 1년 이상의 유기징역, 형법 제260조 제2항(존속폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 경우에는 2년 이상의 유기징역, 형법 제257조 제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조 제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공갈)의 경우에는 3년 이상의 유기징역으로 하는 법률 개정을 하였다. 그리하여 이 사건 규정의 ‘다중의 위력으로써’ 주거침입의 죄를 범한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처해진다.

그런데 이 사건 규정의 ‘다중의 위력으로써’ ‘주거침입’을 하는 경우와 ‘다중의 위력으로써’ ‘폭행’, ‘협박’, ‘재물손괴’ 등을 하는 경우는 ‘다중의 위력으로써’ 행한다는 점에서 집단범죄라는 공통점이 있지만, 이들은 서로 다른 범죄들이므로 불법성의 면에서 같다고 할 수 있는지에 관하여 의문이 생긴다.

(3) 모든 범죄에 대해 그 불법성을 정확하게 계측하여 그에 상응하는 법정형을 찾아내는 것은 거의 불가능에 가깝다. 실정법상 유사한 행위 태양과 유사한 결과를 기준으로 동일한 범죄 여부를 판단하지만, 같은 범죄라고 정의 내리고 있는 범죄들 내에서도 똑같은 범죄는 있을 수 없을 만큼 행위 태양이 다양한 데다, 법정형을 정할 때 각 범죄마다 고려해야할 요소 또한 서로 다르다. 결국 각 범죄마다 정확한 불법의 크기를 측정하여 법정형을 정하는 것은 입법기술상 불가능하고, 이러한 이유로 입법자는 법정형을 일정하게 범주화하는 입법기술을 사용하여 그 불합리성을 극복하고 있다. 법정형을 고정시키지 않고 일정한 범위로 정하는 방식은 범죄 상호간의 법익이나 죄질의 정확한 계측이 불가능한 상황에서 어쩔 수 없이 선택할 수밖에 없는 방법이고, 따라서 법정형의 상한이나 하한을 단순히 평면적으로 비교하여 그 중합 정도를 판단해서는 안된다.

(4) 한편, 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 위와 같이 그 정확한 계측이 불가능한 이유로 법정형의 상한이나 하한에는 어느 정도 불합리성이 나타날 수 있다. 그런데 법정형에 불합리한 점이 존재한다는 이유만으로 그러한 법정

형이 반드시 위헌이 되는 것은 아니다. 법관의 양형이라는 절차에서 어느 정도 그 불합리성을 제거할 가능성이 있다면 위헌성은 충분히 극복될 수 있다. 특정 범죄행위에 대한 평가는 일차적으로는 법정형을 통해서 이루어지지만, 재판 과정에서 법관의 양형이라는 또 다른 단계를 거쳐 최종적인 평가가 이루어지기 때문에 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있으면 법정형이 내포하고 있는 약간의 위헌성은 극복될 수 있는 것이다.

(5) ‘다중의 위력으로써’ 범죄를 범하는 경우 동일한 법정형으로 처벌을 받는 폭처법상의 주거침입, 폭행, 협박, 손괴의 죄에 대한 형법 본조상의 법정형을 서로 비교해 보면, 주거침입의 경우는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금(형법 제319조 제1항), 폭행은 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제260조 제1항), 협박의 경우는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제283조 제1항)이고, 재물손괴의 경우는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금(제366조)이다. 이들 형법 본조상 범죄들 중, 폭행과 협박의 경우는 주거침입이나 재물손괴의 경우에는 없는 구류나 과료 처벌 규정이 있는 것으로 보아 이들 범죄에 비해 경한 범죄로 평가받고 있는 것으로 보인다.

그런데 형법전의 위와 같은 기본 범죄에 다른 행위 요소가 더하여질 경우에도 형법전의 평가가 그대로 적용될지는 의문이다. 더하여지는 행위 요소가 무엇이냐에 따라 새로운 유형의 범죄는 그 평가가 달라질 수 있을 것으로 보인다. 기본 범죄에 다른 행위 유형이 더하여 지더라도 여전히 형법전의 기본 행위에 중점이 있는 경우가 있고, 이와는 달리 기본 범죄에 더하여지는 행위에 중점이 있는 경우가 있을 수 있다. 그런데 폭처법이 이 사건 규정의 ‘다중의 위력으로써’ 일정 범죄를 범하는 경우 가중처벌하는 것은 집단범죄가 가지는 개인적, 사회적 위험성 때문이고, 그렇다면 이와 같은 경우의 행위반가치 판단의 중점은 ‘다중’ 부분에 있을 것이다. 결국 이 사건 ‘다중의 위력으로써’라는 구성요건 요소가 더하여지는 경우 형법전의 평가와 이 사건 규정의 평가가 반드시 정비례 관계를 이루어야 한다고는 볼 수 없으며, 따라서 형법전의 평가가 서로 다른 범죄들을 ‘다중의 위력으로써’라는 요소가 추가되는 경우에 같게 평가한다고 하더라도 이것이 형벌과 책임간의 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다.

설령 폭처법 제2조 제1항 제1호에 규정된 범죄에 대한 형법 본조상의 평가가 ‘다중의 위력으로써’ 행하는 경우에도 그대로 적용된다 보더라도 위에서

살펴본 바와 같이 형법 본조에서의 불법성에 대한 평가의 차이 정도는 법관의 양형으로서 충분히 극복될 수 있는 범위 내의 것으로 보인다. 따라서 이 사건 법정형이 수긍할 수 없을 정도로 비례성을 일탈하고 있다고 볼 수 없다.

(6) 한편, 제청법원은 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입의 죄를 범하는 경우와는 달리 ‘다중의 위력으로써’ 행하는 경우에 벌금형을 선택할 수 없도록 하는 것은 서로 유사한 행위에 대해 법적 평가를 달리 하는 것으로서 범죄와 형벌 사이에 현저히 균형을 잃은 것일 뿐만 아니라 법관의 양형권한도 침해하는 것이라고 위헌제청이유를 밝히고 있다.

그런데 집단적으로 범죄행위를 하는 경우 그 상호간에는 서로 범의를 강화시키는 작용을 하게 되고, 따라서 이 사건 규정의 주거침입행위만을 하였다 하더라도 얼마든지 보다 강력한 범죄로 나아갈 가능성을 내포하고 있으며, 그렇게 되는 경우 피해는 예측할 수 없이 커질 수 있다. 이에 입법자가 중한 범죄로 평가하고 벌금형을 법정형에서 제외한 것이므로 벌금형이 포함되어 있지 않은 것 자체가 문제될 수는 없다. 그리고 이 사건 범죄의 경우 법관은 벌금형을 선고할 수 없지만, 1년 이상의 유기징역형 안에서 선고형을 결정할 수 있으므로 불법성이 가벼운 경우에는 징역형에 대한 선고유예나 집행유예와 같은 형으로써 가벼운 처벌을 할 수 있다. 실제 당해 사건 피고인들에 대해 법원은 징역 6월에 집행유예 1년, 징역 1년에 집행유예 2년을 각 선고하고 있다. 따라서 이 사건 규정이 벌금형을 법정형으로 정하고 있지 않다는 이유로 범죄와 형벌 사이에 현저히 균형을 잃고 있다거나 법관의 양형재량권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

이상에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 과잉금지원칙을 위반하고 있다고 볼 수 없다.

#### 다. 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 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10, 650, 659 ; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1 622, 627-628).

판례집 20-2(하)

제청법원은 ‘다중’이라는 의미는 ‘2인 이상’과 개념적으로 공통되고, 경우에 따라서는 ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입의 죄를 범한 경우가 ‘다중의 위력으로써’ 같은 죄를 범한 때보다 불법성이 더 클 가능성을 배제할 수 없음에도 불구하고, ‘2인 이상이 공동하여’ 하는 경우가 법정형이 더 낮은 것은 자의적으로 두 범죄를 차별하는 것이라고 위헌제청이유를 밝히고 있다.

그런데 위에서도 살펴보았듯이 ‘다중의 위력으로써’ 주거침입을 하는 것은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 보여 주거침입을 하는 것이고, ‘2인 이상이 공동하여’ 주거침입을 하는 것은 복수 참가자 상호간에 공동실행행위를 하여 주거에 침입하는 것인데, 두 범죄 사이에는 그 불법성에 있어서 일반적으로 차이가 있다고 볼 수 있다. ‘다중의 위력으로써’란 집결한 인원수 그 자체로서 상대방을 제압하기에 충분한 세력이 되기 때문에 ‘다중의 위력’을 수단으로 하는 범죄는 범죄 그 자체가 사회적 불안울 조성하는 요인이 됨은 물론, 그 피해 또한 언제나 확대될 위험성을 내포하고 있다. 따라서 ‘2인 이상이 공동하여’하는 경우보다 행위반가치 면에서 중한 범죄로 평가할 수 있다. 다만 경우에 따라서는 ‘2인 이상이 공동하여’ 하는 경우가 ‘다중의 위력으로써’ 하는 경우보다 불법성이 클 경우도 있을 수도 있으나, 법정형의 비교는 일반적인 경우를 상정하여 이루어져야 하며, 극히 예외적인 경우를 법정형 비교의 기준으로 삼을 수는 없다. 만약 구체적인 사건에서 예외적으로 ‘2인 이상이 공동하여’하는 경우와 ‘다중의 위력으로써’하는 경우의 법정형을 달리 정한 결과 불합리성이 나타난다면, 이는 법관의 양형을 통해 시정하면 된다.

그렇다면 이 사건 규정의 행위를 ‘2인 이상이 공동하여’ 하는 경우보다 높게 처벌하고 있더라도, 이는 차별에 합리적인 이유가 있는 경우이므로 평등원칙을 위반하고 있다고 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 예산회계법 제96조 제2항 등 위헌소원

(2008. 11. 27. 2004헌바54 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 상고심에서 적용이 배제된 민법 제766조 제1항이 환송 후 항소심에서 재판의 전제성을 갖는지 여부(소극)
2. 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항과 민법 제766조 제2항(이하 '이 사건 법률조항들'이라고 한다)에 대한 한정위헌청구가 적법한 것인지 여부(적극)
3. 소멸시효제도를 규정한 이 사건 법률조항들이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 대법원은 청구인들의 당해 손해배상청구소송은 민법 제766조 제1항이 정한 3년의 단기소멸시효기간 내에 제기되었음이 기록상 명백하므로 청구인들의 손해배상청구권이 위 단기소멸시효의 완성으로 소멸하였다고 볼 수 없다고 판시하였고, 당해법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 하되 대법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속되고 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 없는 한 위 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 볼 수 없으므로 위 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않아 부적법하다.
2. 청구인들이 이 사건 법률조항들을 국가가 국가공권력을 악용하여 국민을 고문하고 이를 통하여 사유재산권을 박탈하는 등 반인도적 범죄행위를 함으로써 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권에도 적용하는 것으로 해석하는 한 헌법 제10조 등에 위반한다고 주장하므로 한정위헌청구의 적법 여부가 문제되는데, 이에 대하여는 다음과 같은 의견이 있다.



즉, 우선 적법하다는 의견을 보면, 재판관 이강국, 재판관 이동흡은 청구인들의 주장은 이 사건 법률조항들에 ‘국가의 반인도적 범죄행위로 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권’에 대한 적용 예외 조항을 두지 않은 것의 위헌성을 주장하고 있는 것으로 선해할 수 있어 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성을 다투는 것으로 이해하여야 한다는 의견이고, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 송두환은 법률의 적용대상이 유형적·추상적으로 한정되어 다른 것들과 구별되는 경우 그 한정되는 적용영역에 대한 위헌심판청구는 결국 법률조항에 대한 심판청구로 볼 수 있는데 이 사건 법률조항들이 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’의 손해배상청구권에도 적용하는 것은 위헌이라는 다른 적용영역으로부터 유형적·추상적으로 구별되는 영역에 대한 한정위헌결정을 구하는 취지로 이해할 수 있으므로 적법하다는 의견이며, 재판관 조대현은 헌법재판소의 심판대상은 법률 해석을 통하여 내용이 특정되고 구체적인 규범력을 가지게 된 “법률 또는 법률조항의 내용”이고, 법률에 대한 특정의 해석 내용을 한정하여 그 위헌 여부의 심판을 청구하는 것(한정위헌심판청구)도 그러한 해석 내용이 규범력을 가지고 있는 이상 허용된다고 보아야 하므로 이 사건 심판청구는 적법하다는 것이다.

다음 부적법하다는 의견을 보면, 재판관 이공현은 이 사건 심판청구는 법률조항 자체를 다투는 것으로 인정하기 어렵고, 법원의 사실관계 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다투는 것으로서 부적법하다는 의견이고, 재판관 김종대, 재판관 목영준은 한정위헌청구가 적법하기 위하여는 청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있어야 하는 것인데 이 사건 심판청구 대상인 공무원에 의한 ‘반인권적 범죄’에 관한 한정위헌청구는 위와 같이 분리될 수 없어 법률 또는 법률조항의 질적 일부가 될 수 없으므로 부적법하다는 의견이다.

3. 이 사건 법률조항들을 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’에 의한 국민의 손해배상청구권에도 적용하는 것이 불법행위의 피해자인 청

구인들의 재산권을 침해하는지 여부에 대하여는 다음과 같은 의견이 있다.

우선 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 합헌의견은 소멸시효제도의 일반적인 존재이유와 특히 구 예산회계법 제96조 제2항의 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 목적 등을 고려하면 이 사건 법률조항들의 입법목적의 정당성과 수단의 적정성은 인정되고, 전시·사변·쿠데타 등 국가비상시기 등에 공무원들이 국가기관의 공권력을 이용하여 조직적으로 저지른 불법행위의 피해자가 국가에 대하여 적시(適時)에 배상청구권을 행사하는 것을 기대할 수 없는 경우일지라도 민법 등 관련규정상 시효의 기산점에 대한 해석, 시효의 중단·정지 및 시효이익의 포기 등에 의하여 보완될 수 있고, 실무상으로도 이 사건 법률조항들을 적용하는 과정에서 소멸시효의 기산점을 늦추거나 소멸시효주장에 대해 신의성실의 원칙을 적용하여 배척하는 등으로 소멸시효제도로 인한 불합리한 결과를 최소화하려는 법해석이 가능하며, 법원의 판결을 통하여도 이러한 법해석에 기초하여 구체적 타당성을 보완하려는 시도가 이루어지고 있어 최소침해성에 반하지 않으며, 소멸시효제도에 내재된 여러 공익적인 측면과 시효적용으로 인하여 해당 영역의 권리자들이 입게 되는 불이익의 성격과 내용 등을 비교형량하여 보면 법익의 균형성원칙에 위배된다고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 않는다는 것이다.

다음 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 헌법불합치의견은 위와 같이 목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정되는 점에 관하여는 의문이 없으나, ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 손해배상채권의 경우는 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생한 것으로 보기 어려워 통상의 불법행위와는 확연히 구별되는데다가 심지어 가해자인 공무원에 의한 증거 내지 국가기록의 의도적 은폐, 폐기 등의 가능성도 부정할 수 없고, 이 사건 법률조항들에 따르면 일반적인 국가에 대한 손해배상청구권과 함께 일반법인 민법 제766조 제2항에 의한 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것으로 일률적으로 규율하고 있으며 나아가 국가재정의 안정적이고 효율적인 운용이라는 점에 중점을 두어 구 예산회계법 제96조 제2항은 5년의 단



기소멸시효기간을 규정하면서 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’와 같은 특수한 불법행위에 대한 고려를 전혀 하지 않고 있는바 이는 그로 인한 피해자들의 손해배상청구권을 형해화하는 것으로 입법형성권의 범위를 벗어나 침해의 최소성에 위반된다고 볼 것이고, 법익의 균형성 원칙에도 위반되는바 입법자는 합헌적인 방향으로 법률을 개선하여야 할 것이라는 것이다.

재판관 조대현의 한정위헌의견은 국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 침해하였다면, 국가가 헌법 제10조의 기본권보장의무를 고의적으로 위반하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 것이므로 그로 인한 국가의 손해배상책임을 5년 또는 10년의 세월이 지났다고 하여 소멸시키는 것 역시 헌법 제10조에 위반되므로 그 내용을 제거하여야 한다는 것이다.

**【심판대상조문】**

구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고, 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조(금전채권과 채무의 소멸시효) ① 생략

② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.

민법 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 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제23조, 제37조 제2항

헌법재판소법 제45조(위헌결정) 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.

헌법재판소법 제68조

**【참조판례】**

1. 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 141

2. 헌재 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448-449

헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 865 등

헌재 2008. 11. 27. 2004헌바54

헌재 2000. 8. 31. 99헌바98, 판례집 12-2, 225, 231

헌재 2005. 7. 21. 2001헌바67, 판례집 17-2, 21, 29

헌재 2006. 2. 23. 2003헌바84, 판례집 18-1상, 110, 119-120

3. 헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175

헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 841-842

헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660, 663-665

## 【당 사 자】

청 구 인 [별지] 목록과 같음

대리인 법무법인 소망

담당변호사 임순명 외 3인

당해사건 서울고등법원 2003나71077 손해배상(기)

## 【주 문】

1. 민법 제766조 제1항에 대한 심판청구를 각하한다.

2. 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고, 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항, 민법 제766조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 원호대상자 정착직업재활조합 서울목공분조합(이하 ‘이 사건 분조합’이라고 한다)은 상이군경 등 원호대상자들의 직업재활을 도모하기 위하여 제정된 구 원호대상자직업재활법 제17조에 의하여 1972. 3. 6. 설립된 단체로서 당초 광명시 광명동 근처에서 각종 가구류의 제조, 판매 등 목공업을 영위하여 오다가 1976.경 인천 북구 십정동 228 공장용지 3,499.7㎡ 외 4 필지 토지 및 그 지상건물(이하 ‘이 사건 부동산들’이라 한다)로 목공장(이하 ‘이 사건 목공장’이라고 한다)을 이전하였다. 청구인들은 1980. 7. 당시 이 사건 분조합의 분조합원들이거나 일부 분조합원들이 사망한 이후 그 지위를 승계한 사람들이고, 당시 조합장은 망 서○석이었다.

(2) 1980.경 비상계엄 당시 계엄사령부 합동수사본부 수사관들은 이 사건 분조합 임원들의 공금횡령 및 뇌물공여 등 혐의를 수사하는 과정에서 1980. 7.

판례집 20-2(하)

10. 망 서○석 등 임원들을 적법절차를 거치지 아니한 채 강제연행한 다음 공금횡령이나 뇌물공여 등 위법사실을 밝히겠다면서 위 망인 등 임원들을 지하 유치장에 감금하여 두고 그 자백을 강요함으로써 결국 장기간의 불법구금에 견디지 못한 위 망인 등 임원들이 공금을 유용하고 뇌물을 공여하였음을 시인 하기에 이르렀다. 또한 위 수사관들은 위 망인 등 임원들에게 부당하게 축재된 그들 명의의 개인재산 및 이 사건 분조합에 관한 지분을 자진헌납의 방식으로 국가에 증여하지 아니하면 형사처벌을 받게 할 뿐만 아니라 앞으로도 계속 감금하면서 그 사회, 경제적 행동에 대한 제재를 가하거나 신체의 위해를 가할 듯한 태도를 보여 위 망인 등 임원들로 하여금 같은 해 7.경 이 사건 분조합에서 탈퇴하면서 각 그 합유지분에 의해 이 사건 분조합 재산에 대하여 가지는 일체의 권리를 국가에 헌납하겠다는 취지의 각서를 작성하게 하였다.

(3) 그 무렵 국가보위비상대책회의에서는 이 사건 분조합의 재산을 환수하여 전체 원호대상자들의 복리증진을 위하여 활용한다는 명목으로 이 사건 분조합을 해산하기로 결정하였고 같은 해 9. 17. 청구인 김○규 등 22인이 원호 처로부터 생계보조비로 금 2,400,000원씩을 지급받으면서 이 사건 분조합을 탈퇴하고 분조합 재산에 관한 일체의 권리를 포기한다는 내용의 의결서의 각 해당란에 날인하는 등 이 사건 분조합 해산절차가 완료되었다.

(4) 그리하여 원호처장의 지시하에 구 국립재활원이 서울목공사업소라는 명칭으로 이 사건 분조합의 모든 재산을 관리하여 왔는데, 이 사건 부동산들에 관하여 구 원호기금법 부칙 제5조의 규정에 터잡아 1981. 7. 7.자로 1981. 3. 27. 귀속을 원인으로 하는 대한민국 명의의 소유권이전등기가 경료된 후 구 한국원호복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단의 규정에 터잡아 1982. 3. 9.자로 1981. 11. 2. 권리귀속을 원인으로 하는 한국보훈복지의료공단 명의의 소유권이전등기가 경료되었고, 한국보훈복지의료공단은 이 사건 분조합의 모든 자산과 부채 일체를 인계하여 인천목제사업소라는 명칭으로 경영하여 오다가 1989. 5. 25.경 이 사건 목공장을 안산으로 이전하면서 인천 북구 십정동 소재 공장건물에 남은 전력설비와 집진기 설비 등 일반공장의 기본시설은 다른 회사에게 임대하였다.

(5) 한편, 청구인들은 1990.경 이 사건 부동산들에 관하여 이루어진 위 1981. 7. 7.자 및 1982. 3. 9.자 각 소유권이전등기는 그 귀속의 근거인 각 법률 조항들이 위헌이므로 원인무효의 등기라고 주장하면서 서울민사지방법원 90 가합37421호로 위 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소를

제기하였고 그 소송에서 같은 법원이 1991. 12. 13. 위 각 근거 법률조항의 위헌 여부에 대한 심판을 제청하자 헌법재판소는 1994. 4. 28. 선고 92헌가3 결정에서 위 각 근거 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 내렸다.

(6) 그리하여 위 서울민사지방법원 90가합37421호 사건은 그 항소심인 서울고등법원 97나45619호 사건을 거쳐 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다16896호 판결로 위헌무효의 법률조항인 보훈기금법(구 원호기금법) 부칙 제5조를 근거로 이 사건 부동산들에 관하여 경료된 위 각 소유권이전등기는 원인무효의 등기라는 취지로 파기환송된 후 1998. 1. 15.경 확정되었고, 같은 해 3. 19.경 이 사건 부동산들은 청구인들에게 반환되었다

(7) 청구인들은 1998. 12. 31. 위 소송과는 별도로 대한민국을 상대로 위와 같은 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 소를 제기하였는데 제1심인 서울중앙지방법원 98가합114393호 사건과 그 항소심인 서울고등법원 2000나62218호 사건에서는 대한민국의 불법행위책임을 인정하면서도 청구인들이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년이 경과한 후에 위 손해배상청구 소송을 제기하여 이미 그 손해배상청구권은 민법 제766조 제1항에 의한 시효완성으로 소멸하였다는 이유로 각 청구기각판결이 내려졌으나, 상고심인 대법원 2001다44086호 사건에서는 청구인들의 손해배상청구권이 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효의 완성으로 소멸되었다고 볼 수는 없으나 소 제기일로부터 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정된 후 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항의 소멸시효기간인 5년을 역산한 날 이전에 발생한 손해부분은 시효의 완성으로 소멸하였다고 판시하며 항소심 판결을 파기하고 사건을 항소심으로 환송하였다.

(8) 이에 청구인들은 소멸시효에 관한 규정인 구 예산회계법 제96조 제2항과 민법 제766조 제1항, 제2항을 국가에 의한 반인도적 범죄의 피해자인 청구인들이 손해배상을 청구하는 경우에까지 적용되는 것으로 해석하는 것은 청구인들의 재산권 등을 침해하는 것이라며 환송 후 항소심인 서울고등법원 2003나71077호 사건에서 위 법률들에 관한 위헌법률심판제청신청(같은 법원 2004카기141)을 하였으나 2004. 7. 7. 그 신청이 기각되자 2004. 8. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판대상조항들은 구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것) 제96조 제2항과

판례집 20-2(하)

민법 제766조 제1항, 제2항(이하 구 예산회계법 제96조 제2항과 민법 제766조 제2항만을 ‘이 사건 법률조항들’이라고 한다)이며 이 사건 심판대상조항들과 관련조항은 다음과 같다.

구 예산회계법 제96조(금전채권과 채무의 소멸시효)

① 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은 5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다.

② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.

민법 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 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

2. 청구인들의 주장, 서울고등법원의 위헌심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

소멸시효제도는 사회질서의 안정, 입증곤란의 구제 및 권리행사 태만에 대한 제재 등을 그 존재이유로 하는 것인데, 국가가 공권력을 악용하여 국민을 강제연행, 장기구금, 협박·고문하고 이를 통하여 사유재산권을 박탈하는 등 반인도적 범죄행위를 한 경우에는 보호하여야 할 제3자의 신뢰란 있을 수 없어 사회질서 안정과 무관하고, 국가권력 특히 수사기관이 개입된 범죄는 사후에 행위 당시 범행의 실체에 접근할 만한 여지가 별로 없거나 설령 있다고 하여도 은폐·조작되어 민사상 구제도 사실상 불가능한 경우가 많아 입증곤란을 구제할 필요성도 적으며, 나아가 국가권력의 담당자 또는 그 후계자가 계속 권력을 보유하고 있는 동안에는 피해구제를 위한 권리행사가 사실상 봉쇄되거나 극도로 위축 또는 제한될 수밖에 없어 권리위에 잠자고 있다는 이유로 보호가치가 없다고 할 수 없을 것이다. 그러므로 이 사건 심판대상조항들을 국민의 인권보장을 그 책무로 하는 국가가 국민을 상대로 범죄를 저질러 놓고 이에 대하여 스스로 면책을 주장하는 경우에도 적용되는 것으로 해석하는 것은 헌법 제10조로 보호되는 인간의 존엄과 가치를 훼손하고 행복추구권을 침해할 뿐 아니라 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 본질적 내용을 침해

하는 것이고, 특히 구 예산회계법 제96조 제2항은 합리적인 사유 없이 국가에 대한 손해배상청구권을 사인(私人)간에 적용되는 10년간의 소멸시효보다 단기간으로 제한하고 있는 점에서 과잉금지의 원칙에 반하는 것이라 할 것이다.

나. 서울고등법원의 위헌심판제청신청 기각이유

불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 불법행위가 통상 서로 모르는 당사자 간에 발생하므로 채권자인 피해자가 장기간 손해배상청구권을 행사하지 아니하면 채무자는 극히 불안정한 지위에 놓이게 되므로 민법 제766조는 합리적 존재이유와 정당한 목적이 있어 채권자의 손해배상청구권을 과도하게 제한하거나 재산권의 본질을 침해할 정도로 시효기간이 불합리하게 짧다고 할 수 없고, 구 예산회계법 제96조 제2항도 국가의 채권, 채무관계를 조기에 확정하고 예산 수입의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 규정으로 합리적인 존재이유와 정당한 목적이 있으며 그 권리제한 방법에 있어 수단의 적절성도 있으므로 채권자의 손해배상청구권을 과도하게 제한하거나 재산권의 본질을 침해할 정도로 시효기간이 불합리하게 짧다고 할 수 없다. 그리고 청구인들은 국가가 반인도적 범죄행위를 한 경우에 이 사건 심판대상조항들을 적용하는 것은 위헌이라고 주장하나 민사상 절차에서는 국가를 단지 사적(私的) 경제주체 중 하나로 보므로 국민보다 우월적 지위에 있다고 할 수 없고 달리 국가에 대하여 이 사건 심판대상조항들의 적용을 배제할 합리적인 근거도 없을 뿐 아니라 나아가 한정위헌결정을 구하는 청구인들의 주장은 헌법합치적 법률해석의 요청, 즉 법령의 적용 및 해석은 법원의 본질적 기능으로서 헌법에 부합하는 해석이 가능한 이상 대상조항을 위헌으로 판단하지 말아야 한다는 요청에도 반하므로 이를 받아들일 수 없다.

다. 한국보훈복지의료공단의 의견

소멸시효제도의 존재이유와 구 예산회계법 제96조 제2항의 입법취지를 종합하여 보면 이 사건 심판대상조항들이 규정하고 있는 단기소멸시효기간은 그 형평성에 아무런 문제가 없고, 특히 청구인들이 1990.경 소유권이전등기말 소소송을 제기할 때 이미 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기할 수 있었음에도 뒤늦게 당해사건을 제소한 것으로 이는 소멸시효제도의 근본취지 및 구 예산회계법의 입법취지에 어긋나는 것이라 할 것이다. 그리고 청구인들이 주장하는 반인도적 범죄라는 것이 도대체 어떠한 행위를 의미하는지 특정되어야 할 것인바, 가사 특정이 가능하고 반인도적 범행에 대하여는 소멸시효제도를 적용할 수 없다고 하더라도 국회에서 특별법 등의 제정을 통하여 적용

판례집 20-2(하)

을 제외하는 규정을 두는 것이 아니라 해석을 통하여 소멸시효제도 자체를 배제할 수는 없는 것이므로 이 사건 심판대상조항들이 청구인들의 재산권 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 민법 제766조 제1항에 대하여

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 재판의 전제성이 있을 것이 요구되는데, 이 경우 재판의 전제성이 있다고 함은 문제된 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률로서 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58 ; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 등, 판례집 10-2, 116, 141).

그런데 앞서 보았듯이 대법원(2001다44086)은 청구인들의 당해 손해배상청구소송은 위 법률조항이 정한 3년의 단기소멸시효기간 내에 제기되었음이 기록상 명백하므로 청구인들의 손해배상청구권이 위 단기소멸시효의 완성으로 소멸하였다고 볼 수 없다고 판시하고 있고, 당해법원은 다시 변론을 거쳐 재판하여야 하되 대법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상 판단에 기속되고 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 없는 한 위 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 볼 수 없으므로 위 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않아 부적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항들에 대하여

(1) 재판의 전제성

구 예산회계법 제96조 제2항은 환송 후 항소심인 당해사건 법원을 기속하는 상고심 법원의 법률상 판단에서 청구인들의 청구를 일부 배척하는 근거법률로 적시된 것이기 때문에 당해사건에 직접 적용될 법률조항으로 재판의 전제성이 인정됨은 의문의 여지가 없고, 민법 제766조 제2항의 경우도 소멸시효기간을 5년으로 정한 구 예산회계법 제96조 제2항이 당해사건에 적용되지 아니하게 되면 바로 적용되어야 할 것인데, 청구인들이 당해사건에서 20년간의 영업이익이나 그 상당의 손해배상을 구하고 있어 소멸시효기간을 10년으로 정한 민법 제766조 제2항이 위헌으로 선고되는지 여부에 따라 손해배상의 인용금액이 변경되는 등 재판의 주문이 달라질 가능성이 있으므로 역시 재판의 전제성이 인정된다.

(2) 한정위헌청구의 적법여부에 대한 판단

청구인들은 ‘이 사건 법률조항들을 국가가 국가공권력을 악용하여 국민을 고문하고 이를 통하여 사유재산권을 박탈하는 등 반인도적 범죄행위를 함으로써 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권에도 적용하는 것으로 해석하는 한 헌법 제10조, 제23조 제1항·제3항 등에 위반한다.’고 주장하면서 한정위헌결정을 구하고 있다. 그러므로 이러한 청구인들의 한정위헌청구가 적법한지 여부를 살펴본다.

(가) 적법하다는 의견

1) 재판관 이강국, 재판관 이동흡의 의견

가) 헌법재판소법 제68조 제2항은 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 동 조항에 의거하여 청구하는 헌법소원은 법률 또는 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이어야 하고, 법률 또는 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있는 한 청구인이 그 헌법소원에서 어떤 법률조항을 ‘……하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하고 있다 하여 달리 볼 것이 아니다.

이에 따라 헌법재판소가 그동안 적극적으로 심판대상으로 삼아 판단한 경우는 대체로 다음의 세 가지로 분류할 수 있다. 첫째 법규정 자체의 불명확성을 다투는 것으로 보는 경우로서, 헌법상의 명확성원칙을 다투는 경우 혹은 조세법률주의(과세요건 명확주의) 위반을 다투는 경우(헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 536; 헌재 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448, 449 등), 둘째 소위 “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 공보 60, 852 등), 셋째 위 두가지 경우에 해당하지 않지만 한정위헌의 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448-449; 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66 등, 판례집 12-1, 848, 865 등)이다.

그런데 청구인들의 주장취지를 보면 이 사건 법률조항들은 시효소멸의 대상을 ‘국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것’, ‘불법행위로 인한 손해배상의 청구권’으로만 규정하고 있는데 청구인들은 ‘국가의 반인도적 범죄행위로 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권’이 이 사건 법률조항들에 포함하는지 여부에 관하여 법률해석상 다투어질 수

있는 것임을 주장하는 것이 아니라 법률해석상 이 사건 법률조항들에 당연히 포함되어 있다는 전제하에서 그 부당성 즉 이 사건 법률조항들에 ‘국가의 반인도적 범죄행위로 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권’에 대한 적용 예외 조항을 두지 않은 것의 위헌성을 주장하고 있는 것으로 선택할 수 있다. 따라서 이와 같은 경우에는 비록 청구형식이 한정위헌을 구하는 것으로 구성되어 있다 할지라도 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성을 다투는 것으로 이해하여야 할 것이므로, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 청구로서 적법한 것이다(헌재 2006. 2. 23. 2003헌바84, 판례집 18-1상, 110, 119-120).

나) 뒤에서 보는 바와 같이 한정위헌청구의 적법성에 관한 선례의 입장과 달리, 법률조항의 적용대상 중 유형적·추상적인 일부 영역에 관한 한정위헌 청구 혹은 청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있는 경우의 한정위헌청구는 적법하다는 견해가 있으나 우리는 그와 견해를 달리하므로 다음과 같이 이를 밝혀두고자 한다.

첫째, 어떤 법률조항의 의미나 적용영역에 있어서 ‘유형적·객관적·개념적·추상적인 부분’을 위 견해가 설명하는 바와 같이 이해할 수 있다고 하더라도 일반적인 기준으로서의 위 개념은 여전히 모호하고 그 범위를 한정하기 매우 어려우며, 위와 같은 영역은 결국 법률조항의 해석에 의하여 파악될 수밖에 없으므로 그 이해의 폭이 다양하고 때로는 자의적인 것이 될 가능성이 크다. 즉, 어떤 법률조항에 있어서 그 하위영역이 유형적·객관적·개념적·추상적으로 명확하게 구분될 수 있는가에 대하여는 의견대립이 있을 수밖에 없으며, 이때 위 견해가 제시하는 ‘유형적·객관적·개념적·추상적’이라는 개념은 아무런 구체적인 기준을 제시해 주는 것이라고 볼 수 없다. 위 견해가 각각 들고 있는 유형화의 구체적 기준이 실질적으로는 서로 동일한 것으로 보임에도 불구하고 이 사건 심판청구에 대하여 위 견해가 내린 평가가 서로 상반된 점을 보더라도 이 점은 분명하게 드러난다고 생각된다. 즉 일부의 의견은, 청구인들이 위헌성이 있다고 주장하는 적용 영역을 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상시기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’로 이해할 수 있다고 하면서 이는 유형적·추상적으로 구별되는 영역이라고 평가하고 있는 반면, 다른 일부 의견은 이와 반대로 이 사건 심판대상은 구체적 사실관

계를 떠나 그 개념이나 유형이 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 없어 법률 또는 법률조항의 질적 일부가 될 수 없으므로 이에 대한 한정위헌청구는 부적법하다고 판단하고 있다. 이러한 상반된 평가의 근거에는 바로 앞서 지적한 바와 같이, ‘유형적·객관적·개념적·추상적’의 개념이란 것이 도대체 아무런 구체적인 기준을 제시해 주지 않고 있는 사정에서 비롯된 것이라고 보지 않을 수 없다. 부연하자면, 위 견해가 청구인들의 주장에 기초하여 유형화하고자 했던 ‘반인권적 국가범죄’라는 개념은 이를 정의한 법령이나 법원의 해석을 찾아 볼 수 없고, 이와 관련하여 참고할 만한 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’(Rome Statute of the International Criminal Court)이나 위 로마규정을 이행하기 위하여 2007. 12. 21. 법률 제8719호로 제정된 ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’의 규정 내용을 살펴봐도 이는 위의 ‘반인권적 국가범죄’와는 전혀 다른 의미를 갖고 있다고 보인다. 나아가 그 외에 반인권적 국가범죄와 관련한 민사손해배상에 대한 소멸시효제도의 적용배제를 위한 외국의 입법례나 국제조약 등도 거의 찾아 볼 수 없으므로 결국 ‘반인권적 국가범죄’는 어느 곳에서도 정의되고 있지 않은, 자의적이고 임의적인 해석에 기초한 것임을 알 수 있다. 또한 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사태에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’라는 개념 내지 적용 영역도 여전히 해석의 여지가 넓은 불명확한 것이라고 할 것이라는 점에서 동일한 문제제기가 가능하다고 생각된다. 따라서 설령 이 부분에 대한 위헌결정이 선고된다고 하더라도 법원에서 어떠한 사실관계가 갖추어져야 위 요건에 해당한다고 볼 수 있는지의 판단에 큰 어려움을 겪을 가능성이 크고 경우에 따라서는 권위주의 정부 시절의 국가에 의한 모든 기본권 침해행위와 같은 매우 넓은 범위의 행위가 여기에 포함될 가능성이 많다고 볼 수 있다. 따라서 헌법재판소가 적극적으로 이러한 불명확한 용어를 개념정의하고 이에 대하여 위헌 여부를 심사하는 것은 매우 적절치 못하다고 생각된다. 요컨대, 모호하고 그 범위를 한정하기 어려우며, 결국 법률조항의 해석에 의하여 파악될 수밖에 없으므로 그 이해의 폭이 다양하고 때로는 자의적인 것이 될 가능성이 큰 ‘유형적·객관적·추상적·개념적’이라는 기준에 의하여 헌법소원심판청구의 적법 여부를 가리는 것은, 그 기준에 따른 헌법재판소의 판단 자체가 자의적이라는 비난 가능성으로 이어질 수 있다는 점에서 받아들이기 어렵다고 하지 않을 수 없다.

판례집 20-2(하)

둘째, 유형적·객관적·개념적·추상적 영역에 대한 한정위헌청구를 적법하다고 보는 견해에 충실하기 위해서는 이 사건 심판대상을 법률조항 자체로 보아서는 아니되고, 그 허용의 취지와 본안판단의 범위를 고려해 볼 때 심판대상 자체도 위와 같이 한정된 영역으로 제한된다고 봄이 논리적일 것이다. 그런데 위와 같이 심판대상이 제한된다면 본안판단도 그 제한된 범위에 대하여서만 이루어져야 할 것인데, 만일 심판대상이 되지 않은 법률조항의 다른 영역에서 위헌성이 발견되더라도 이에 대하여 위헌판단을 할 수 없다는 의미라면 불합리하고 규범통제의 속성에도 맞지 않을 것이다. 또한 만일 어떤 법률조항에 대하여 많은 유형적·객관적·개념적·추상적인 영역구분이 가능하다면 경우에 따라서는 한 법률조항에 대하여 수없이 많은 후행의 한정위헌청구가 가능하게 될 것이어서 이는 규범통제에 있어서 결코 바람직한 모습은 아니며, 한정위헌청구를 통한 심판대상이 구분된다고 하더라도 이 구분된 영역의 범위확정은 해석을 통해 이루어지는 것이므로 후행의 한정위헌청구가 선행의 한정위헌청구와 그 심판대상이 동일한 것인지 여부의 판단에도 많은 어려움이 있을 것이다.

셋째, 유형적·추상적 영역에 대한 한정위헌청구가 허용된다는 것은 그러한 유형적·추상적인 개념구분이 가능하고 그 범위가 어디까지인지를 밝히는 단계와 나아가 헌법소원을 제기한 청구인들이 관련된 사실관계가 그 범주에 해당하여 그 유형적·추상적 부분이 위헌이 되면 청구인도 구제될 개연성이 있다는 단계를 갖춘 것임을 의미한다. 전자의 문제점은 앞에서 본 바와 같고, 후자의 판단과 관련하여서는 통상 법률조항 자체가 심판대상인 경우에는 비교적 간단하게 이루어질 수 있을 것이나 유형적·추상적 영역에 대한 한정위헌청구에 있어서는 그 판단이 좀 더 복잡해질 수 있다. 즉, 이러한 판단을 위해서는 청구인이 관여된 사실관계가 위의 영역에 해당한다는 사실인정의 문제가 개입될 수밖에 없고 이 사건에서 일부 의견도 청구인들이 주장하는 손해배상청구권이 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사기에 국가기관에 의하여 조직적·계획적으로 이루어지는 개인의 기본권침해행위에 의한 것’에 해당하는지와 관련하여 당해사건에서의 구체적인 사실판단을 원용해서 이에 해당할 개연성을 부정하지 않고 있다. 그런데 이와 같은 방식의 판단은 구체적인 사실관계의 판단에 어느 정도는 개입하는 것이어서 적절하지 아니하고, 이는 규범통제를 해야 하는 헌법재판소법 제68조 제2항이 정한 헌법소원의 근본취지에도 어긋나는 것이다. 즉, 만일 아직 사실관계가 구체적으로 밝혀지지 않은

경우에는 아예 해당 여부의 판단이 불가능하게 되거나, 혹은 일정한 사실관계를 전제로 판단을 하였더라도 이후 당해사건의 재판에서 다른 사실관계로 밝혀진 경우에는 결과적으로 청구인들로서는 이러한 한정위헌 청구영역에 대한 아무런 관련이 없었던 것이 되어 재판의 전제성 자체를 인정하기 어려울 것이다. 따라서 위와 같은 유형적·추상적 영역에 대한 한정위헌청구는 당해사건에 적용되는 구체적인 사건규범에 접근하는 것이어서 재판의 결과를 다투는 이른바 재판소권이 될 가능성이 크다고 하지 않을 수 없다.

넷째, 앞서 본 바와 같이 지금까지 헌법재판소는 ‘한정위헌청구는 원칙적으로 부적법하고 다만 예외적인 경우에만 적법하게 된다.’고 판단하여 위 선례에 해당하는 경우를 적법한 것으로 보아 본안판단을 하여 왔다. 그런데 이러한 선례의 실시내용 및 예외적인 적법판단을 하게 된 취지 등을 고려해 보면, 청구인들 주장에 따라 평등권이나 부진정입법부작위 등의 주장으로 선해하거나 세 번째 예외유형을 활용하여 한정위헌청구를 법률조항 자체에 관한 다툼으로 보는 방법이 가능하므로 굳이 앞서 본 바와 같은 많은 문제점이 지적될 수 있는 유형적·객관적·개념적·추상적 부분이라는 개념을 새로 설정하여야 이에 대한 한정위헌청구를 새로이 받아들이는 방법을 도입할 필요성은 없다고 할 것이다.

다) 이상의 이유로, 우리는 청구인들의 주장을 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성 주장으로 선해하여 적법성을 긍정한 다음 본안 판단을 함이 상당하다고 판단한 것이다.

2) 재판관 김희욱, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 의견

가) 법률조항의 유형적·추상적 일부에 대한 한정위헌청구의 적법성

법률의 적용대상이 유형적·추상적으로 한정되어 다른 것들과 구별되는 경우에도 그 한정되는 적용영역에 대한 위헌심판청구는 결국 법률조항에 대한 심판청구로 볼 수 있는 것이다. 즉, 법률조항의 적용대상이 상당한 영역을 가질 때 그 적용대상의 구체적 범위는 개별사건에 대한 재판에서 법원의 해석에 의하여 물론 결정되지만 그 적용대상 중 다른 것과 유형적·추상적으로 구별이 되는 특정한 범위의 것을 한정하고 이에 대하여 위헌 여부의 심판을 청구하는 것은, 그것이 재판의 전제가 되는 한도에서, 법률조항에 대한 위헌여부의 심판청구에 해당하므로 이는 헌법재판소의 권한에 속하고 여기서 유형적이라고 하는 것은 객관적인 징표와 기준에 의하여 다른 것들과 구별할 수 있는 하나의 범주로 파악이 가능한 것을, 추상적이라고 하는 것은 개별적

판례집 20-2(하)

행위나 사실에 관한 구체적 판단 이전에 개념적·일반적으로 한계 획정이 가능한 것을 말한다.

나) 이 사건 한정위헌청구의 적법성

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구취지가 단순히 당해사건에 적용하기 위한 구체적 법률해석과 구별하여 유형적·추상적 적용영역으로 설정되기 위하여는 이 사건 법률조항들에 대하여 성립가능한 많은 종적, 횡적 적용영역 중 객관적인 징표와 기준에 의하여 다른 적용영역과 뚜렷이 개념적으로 구별할 수 있는 하나의 범주로 파악이 가능하여야 할 것이다.

그러므로 이 사건 심판청구취지를 최대한 반영하면서 유형적·추상적 범주를 획정한다면, 첫째 행위주체와 방법의 측면에서 ‘공무원의 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위’로 파악하여 고의에 의한 직무상 불법행위이지만 개인적, 우발적으로 행하여진 경우와 개념적으로 구별하고, 둘째 행위대상의 측면에서 ‘국민의 기본권’을 대상으로 본다면 대체로 살인 혹은 고문 등 같이 인권을 중대하게 침해하는 불법행위를 의미하는 것으로 한정할 수 있으며, 셋째 시기적인 측면에서 평상시에는 사법부를 포함한 국가체제가 정상적으로 가동되기 때문에 국가나 국가조직이 체계적이고 조직적으로 국민의 권리를 침해하는 상황이 발생하기도 어려울 뿐만 아니라 가사 발생하였다고 하여도 일반 구제절차에 의하여 구제받을 수 있다는 점에서 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상시기’에 이루어지는 불법행위만으로 그 적용범위를 명확하게 하여 유형화·추상화의 범주를 획정할 수 있을 것이다.

그렇다면 이 사건 심판청구를 이 사건 법률조항들이 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상시기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’의 손해배상청구권에도 적용하는 것은 위헌이라는, 다른 적용영역으로부터 유형적·추상적으로 구별되는 영역에 대한 한정위헌결정을 구하는 취지로 이해할 수 있으므로 적법한 것으로 인정되어야 할 것이다.

다만, 가령 이 사건 심판청구가 위와 같이 유형적·추상적으로 구별될 수 있다고 하더라도 당해사건의 재판에서 인정된 사실관계가 앞에서 본 적용영역에 해당되는 것으로 인정되지 않는 경우 이 사건 법률조항들의 위헌 여부가 당해사건 재판의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 아무런 영향을 미치지 않게 됨으로써 재판의 전제성을 결여할 수 있다는 주장

도 가능하나, 앞서 인정된 사건의 개요에 의하면 당해사건이 이 사건 법률조항들의 앞서 인정된 적용영역에 해당할 개연성이 적지 않다고 할 것이고, 나아가 위와 같은 사실관계 인정 문제는 당해사건 재판을 담당하는 법원이 판단할 사항으로서 헌법재판소에서 이를 미리 판단함은 적절하지 않다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 322 ; 헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498-498 참조).

### 3) 재판관 조대현의 의견

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 심판은 당사자가 법원에 위헌심판제청을 신청하였다가 기각된 법률 또는 법률조항을 대상으로 하는 것이지만, 여기서 “법률 또는 법률조항”이란 “법률 또는 법률조항의 내용”을 의미하는 것이고 “법률 또는 법률조항의 내용”은 법률에 대한 해석을 통하여 구체화된다. 법률에 대한 해석은 법률을 집행하는 행정기관이나 법률을 적용하는 법원에 의하여 이루어지고, 헌법재판소도 법률 내용의 위헌 여부를 심판하기 위하여 “법률의 해석·적용에 관한 의견”을 판시하고 변경할 수 있다(헌법재판소법 제23조 제2항 제2호). 이러한 해석에 의하여 구체적으로 형성된 법률의 내용이 규범력(規範力)을 가지고 구체적인 행정처분이나 재판의 기준으로 된다.

헌법재판소의 심판대상은 법률 해석을 통하여 내용이 특정되고 구체적인 규범력을 가지게 된 “법률 또는 법률조항의 내용”이고, 해석에 의하여 내용이 특정되기 전의 “법률 또는 법률조항” 자체가 아니다. 법률에 대한 해석의 내용이 동일되고 이론(異論)이 없을 경우에는 “법률 또는 법률조항” 자체와 “법률 또는 법률조항의 내용”은 동일한 것이라고 볼 수 있지만, 동일한 법률조항에 대하여 다른 내용의 해석이 존재하거나 가능할 때에는 양자는 동일하다고 볼 수 없다.

동일한 법률조항에 대하여 어떠한 내용의 해석이 존재하고 구체적으로 적용되어 규범력을 가질 때에는 헌법재판소는 그 해석에 의하여 형성되는 법률의 내용이 헌법에 위반되는지 여부를 심판하여야 한다. 법률의 내용이 합헌적인 내용으로 해석될 수도 있고 위헌적인 내용으로 해석될 수도 있는 경우에는 입법권 존중의 원칙상 위헌적인 내용의 해석만 제거하고 합헌적인 내용의 해석은 존속시켜야 한다. 이러한 경우에 헌법재판소는 위헌적인 내용의 해석도 가능하다고 하여 합헌적으로도 해석될 수 있는 “법률 또는 법률조항” 전체의 위헌을 선언할 수는 없는 것이므로, 한정위헌심판의 형식을 취하여 합헌적

판례집 20-2(하)

인 내용을 존속시키면서 위헌적인 내용만 제거하여야 한다.

따라서 법률에 대한 특정의 해석 내용을 한정하여 그 위헌 여부의 심판을 청구하는 것(한정위헌심판청구)도 그러한 해석 내용이 규범력을 가지고 있는 이상 허용된다고 보아야 한다. 한정위헌심판청구의 대상으로 삼은 법률내용이 독단적인 해석으로서 구체적으로 적용되지 아니하여 규범력을 가지지 못할 경우에는 심판할 필요가 없다고 할 수 있지만, 특정의 해석내용이 구체적으로 적용되어 규범력을 가지고 있다면 집행사례나 재판선례가 집적되어 있지 않더라도 그 위헌 여부를 심판하여 위헌적인 해석 내용의 규범력을 제거할 필요가 있는 것이다.

이러한 법리는 법률 해석의 주체가 법원이라 하여도 마찬가지이다. 법원의 사법권은 법률을 해석하여 적용할 권한을 포함하지만, 법원의 해석에 의하여 구체화되고 재판의 기준으로 되는 법률 내용의 위헌 여부에 대해서는 헌법재판소가 심판할 권한을 가진다. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있으므로, 구체적인 사실관계를 인정하고 법률의 내용을 적용하여 그 법률효과를 판단하는 사법작용에 대하여는 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 없지만, 법원이 법률을 해석하여 법률의 내용을 결정하는 작용에 대해서는 법률의 내용을 위헌적인 내용으로 해석하지 않도록 하기 위하여 위헌법률심판제도의 통제를 받게 하여야 하는 것이다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구가 법률에 대한 법원의 해석을 다투는 것이라 하여 부적법하다고 볼 수는 없다.

이 사건 심판대상인 예산회계법 제96조 제2항은 국가에 대한 금전채권의 소멸시효기간을 5년으로 규정하고 있고, 국가의 반인도적 범죄행위로 인한 손해배상채권에 대해서도 적용되고 있다. 예산회계법 제96조 제2항에 대한 대법원의 해석은 구체적인 규범력을 가지고 재판의 기준으로 되고 있으므로, 그 위헌 여부를 심판할 필요가 있다.

따라서 예산회계법 제96조 제2항이 국가의 반인도적 범죄행위로 인하여 발생한 손해배상채무에 대해서도 적용되는 점의 위헌 여부를 심판하여 달라는 이 사건 심판청구는 적법하다고 보아야 하고, 본안에 들어가 심판하여야 한다.

(나) 부적법하다는 의견

이 사건 심판청구가 적법하다고 보아 본안판단에 나아간 위 의견들에 대하여는 다음과 같은 반대의견이 있다.

1) 재판관 이공현의 의견

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 ‘법률’의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 당사자의 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에 신청을 한 당사자의 청구에 의하여 규범심사를 하는 구체적 ‘규범’통제절차이고, 한편 구체적 사건에서 법률을 해석하고, 적용하는 권한은 법원의 재판의 본질적 내용에 해당하며 법원의 재판에 대한 헌법소원심판청구는 허용되지 아니한다(헌법재판소법 제68조 제1항). 따라서 단순히 법원의 사실관계 인정과 평가 및 ‘법률의 해석·적용’에 관한 문제를 들어 법원의 ‘재판’을 다투는 한정 위헌청구는 허용되지 아니한다.

다만 한정위헌청구의 취지가 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해되는 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항의 적법한 청구로 받아들여짐은 물론이다(헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 37; 헌재 2000. 8. 31. 99헌바98, 판례집 12-2, 225, 231; 헌재 2005. 7. 21. 2001헌바67, 판례집 17-2, 21, 29등 참조). 우리 재판소는 청구인의 주장에 심판대상 법률조항의 불명확성을 문제삼는 취지가 내포된 경우나, 법원의 법률 해석·적용에 의하여 심판대상규정에 관한 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우 그와 같은 해석·적용이 헌법합치적 법률해석의 한계를 넘어 법률의 내용을 형성하는 것으로 의심되는 때에는 법률조항 자체에 대한 다툼이 있는 것으로 보아 왔으며, 또한 청구인의 주장이 평등권 침해 여부, 부진정입법부작위 등의 문제로 선해질 수 있는 경우에도 ‘법률’의 위헌확인을 구하는 것으로 보아 본안판단을 하여 왔다.

‘법률의 해석·적용’의 위헌 확인을 구하는 경우와 ‘법률’의 위헌 확인을 구하는 경우를 준별하여 적법 여부를 판단하는 것은 자의의 개입소지가 있거나 국민의 권익보호에 충분하지 못하므로 한정위헌청구의 허용범위를 확대할 필요가 있다는 지적은 경청할 가치가 있다. 그러나 규율대상에 관한 입법당시의 사회적 인식·이론·관념 등이 총체적으로 결합된 일종의 틀로서 법률조항이 내포하고 있는 모든 추상적, 유형적 개념범주를 해체하여 위헌의 가능성을 제거하려는 시도는 자칫 입법자의 의사를 왜곡하여 민주적 정당성에 기초한 입법권 행사를 침해할 가능성이 있고, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외한 취지에 반할 우려가 있으며, 무엇보다 심판의 대상에서 제외된 당해 법률조항의 ‘법률해석 등’에 관하여 본안판단이 필요하고 가능한 것인지 여부 및 결정의 기속력의 인정 여부·범위에 관하여 실무상 해결하기 어려운 문제를 야기하므로 받아들이기 어렵다. 나아가 위와

판례집 20-2(하)

같은 시도는 한정위헌청구가 문제되지 아니하는 일반적인 헌법소원심판절차에서의 심판대상 확정 및 본안판단의 기준 등에 관하여도 전면적 재고를 요하는 것으로 규범통제제도가 지니는 객관적 법질서보호의 측면을 약화시키고 지나치게 구체적 사건 해결의 면으로 편향되게 할 위험성도 지니고 있다고 본다.

살피건대, 이 사건 법률조항들에 관한 심판청구는 이 사건 법률조항들이 ‘반인권적 국가범죄로 인한 손해배상채권에 관한 소멸시효를 배제하지 아니하는 경우’에는 위헌이라는 취지인바, 법률조항 자체의 불명확성을 다투는 것으로 보기는 어렵다. 또한 현재 반인권적 국가범죄의 법적인 개념이 확립되어 있다거나 그에 관한 판례가 집적되어 일정한 사례군이 형성되어 있다고 할 수 없는 상황에서 위와 같은 소멸시효의 배제 여부가 당연히 이 사건 법률조항들의 내용을 이루고 있다고 볼 수도 없다. 결국 이 사건 심판청구는 법률조항 자체를 다투는 것으로 인정하기 어렵고, 법원의 사실관계 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다투는 것으로서 부적법하므로 각하되어야 한다.

2) 재판관 김종대, 재판관 목영준의 의견

가) 선례에 대한 비판

우리는, ‘한정위헌청구는 원칙적으로 부적법하고 다만 예외적인 경우에만 적법하게 된다’는 취지의 위 선례[앞의 3. 나. (2) (가) 1)]가 다음과 같은 이유에서 변경되어야 한다고 생각한다.

첫째, 헌법재판소는 한정위헌결정을 적법한 것으로 인정함으로써 심판대상인 법률조항이 양적으로 뿐만 아니라 질적으로도 분리가능하다고 보고 있는 바, 법률조항의 질적 일부 위헌청구라고 할 수 있는 한정위헌청구가 원칙적으로 부적법하다는 것은 논리적으로 모순된다고 할 수 밖에 없다.

둘째, 위 선례의 예외범위 역시 논리적으로 타당하다고 볼 수 없다. 우선 선례가 첫 번째 및 세 번째 예외로 들고 있는 ‘법규정 자체의 불명확성을 다투는 경우’ 또는 ‘법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우’는 엄격한 의미의 한정위헌청구가 아니라 법률조항 자체에 대한 위헌청구를 당사자가 한정위헌의 형식으로 청구한 것이므로, 이를 한정위헌청구에 대한 예외라고 볼 수 없다. 또한 두 번째 예외로 들고 있는 ‘법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정의 위헌성 문제가 있는 것으로 볼 만큼, 일정한 사례군이 상당기간 걸쳐 형성·집적된 경우’는 ① 판례가 집적될 시간적 여유가 없는 새로운

법률의 경우에는 한정위헌청구가 적법하게 될 여지가 없는 점, ② ‘법원의 해석’과 같은 법률의 후발적 사유가 심판대상의 적법성 판단에 결정적 기준이 될 수 없는 점(그와 같은 논리라면 법률의 의미와 적용범위를 정하는데 후발적인 ‘시행령’등 하위규범의 내용을 포함시켜야 할 것이다), ③ 만일 위와 같은 논리라면 대법원판례가 변경됨에 따라 헌법재판소의 한정위헌청구의 적법성에 대한 판단도 변경되어야 하는 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 경우에 해당하는지 여부가 한정위헌청구의 적법성을 판단하는데 타당한 기준이라고 할 수 없다.

셋째, 헌법재판소는 법률의 양적 일부에 대한 위헌청구를 인정하고 있는바, 실제 사건에 있어서 양적 일부위헌과 질적 일부위헌 간의 구별이 모호한 경우가 많으므로, 질적 일부에 대한 위헌청구인 한정위헌청구를 원칙적으로 부적법하다고 보는 것은 타당하지 않다.

결국 규범통제라는 헌법재판의 고유기능에 비추어 볼 때, 선례의 판시는, “한정위헌청구는 원칙적으로 적법하되, 다만 그 전제로서 법률조항의 일부라고 인정될 만한 적법요건을 갖추어야 한다.”고 변경되어야 한다.

#### 나) 한정위헌청구의 적법 요건

위헌법률심판 및 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률 또는 법률조항의 위헌 여부를 심사하는 것이다(헌법재판소법 제45조). 그러므로 법률 또는 법률조항의 질적 일부청구인 한정위헌청구가 적법하기 위하여는 그 질적 일부가 양적 일부에 상응할 만큼 객관적·개념적·추상적으로 분리가능하여야 한다. 즉, 한정위헌청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 있어야 하는 것이다. 그리고 이러한 판단에는, 심판대상이 의미와 적용범위에 있어서 독립된 개념으로 분리될 수 있는지 여부는 물론, 해당 법률에 포함된 다른 법률조항의 규정, 다른 법률의 규정, 헌법재판소가 종전 한정위헌결정을 한 사례, 집적된 대법원판례가 있는지 여부 등도 아울러 고려되어야 할 것이다.

이에 반하여, 한정위헌청구된 심판대상이 구체적 사실관계를 떠나서는 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 없다면 이는 법률 또는 법률조항에 대한 청구가 아니고 구체적 사실관계에 대한 법률의 해석·적용을 다투는 것으로서 이는 일반 법원의 판단대상일 뿐(일반 법원은 증거에 의하여 사실관계를 확정된 후, 법률의 해석을 통하여 해당 법률이 그 사실관계에 적용되는지 여부를 판단한다) 헌법재판의 심판대상이 될 수 없으므로 부적법하다고 할

것이다.

다) 이 사건 심판청구의 적법 여부

① 이 사건 심판청구

청구인들은, “국가에 의한 반인도적 범죄를 원인으로 한 손해배상청구에 소멸시효에 관한 민법 제766조 제1, 2항 및 구 예산회계법 제96조 제2항이 적용된다고 해석하는 한 위헌”이라고 주장한다.

이에 대하여, 재판관 이강국, 재판관 이동흡은 이를 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성으로 다루는 것으로 이해하여 선례[앞의 3. 나. (2) (가) 1)]의 예외적 경우로서 청구의 적법성을 인정하고 있고, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 송두환은 위 주장을 “전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상시기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우”로 보고 이를 유형적·추상적으로 구별되는 영역에 대하여 한정위헌결정을 구하는 취지로 이해함으로써 청구의 적법성을 인정하고 있다.

그런데 우리는 앞에서 본 바와 같이 선례가 변경되어야 한다는 전제에 있으므로, ‘국가에 의한 반인권적 범죄’ 또는 ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상시기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’가 객관적·개념적·추상적으로 분리가능한지, 즉 위와 같은 한정위헌청구가 그 적법요건을 갖추었는지 여부를 살펴본다.

② 반인권적 범죄의 개념

우리나라에서 통칭되는 공무원에 의한 ‘반인권적 범죄’에 관한 한정위헌청구가 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리가능한지를 살펴본다.

첫째, ‘반인권적 국가범죄’라는 개념을 정의한 법령이나 법원의 해석은 찾아 볼 수 없다. 다만 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’(Rome Statute of the International Criminal Court, 1998. 7. 17. 채택 2002. 7. 1. 발효) 제7조 제1항은 “반인도적 범죄는 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 다음의 행위를 말한다. 가. 살해, 나. …… 마. 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 심각한 박탈”이라고, 제2항은 “제1항의 목적상, 가. 민간인 주민에 대한 공격이라 함은 그러한 공격을 행하려는 국가나 조직의 정책에 따르거나 이를 조장

하기 위하여 민간인 주민에 대하여 제1항의 행위를 다수 범하는 것에 관련된 일련의 행위를 말한다.”라고 각 규정하고 있고, 위 로마규정을 이행하기 위하여 2007. 12. 21. 법률 제8719호로 제정된 ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’은 ‘집단살해죄(제8조)’, ‘인도에 반한 죄(제9조)’, ‘사람에 대한 전쟁범죄(제10조)’ 등을 규율하고 있으며, 그 중 ‘인도에 반한 죄’는 주로 ‘민간인 주민에 대하여 공격을 행하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 사람을 살해, 노예화, 국제법규에 위반한 감금, 신체적 자유의 박탈행위, 정당한 이유 없이 중대한 신체적 또는 정신적 고통을 가하여 고문하는 행위 등’을 말하고 있다. 따라서 로마규정상 ‘반인도적 범죄’는 이 사건 심판대상인 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’와는 전혀 다른 의미를 갖는 것으로서 위 심판대상의 객관적·추상적·개념적 분리가능성을 판단하는데 아무런 도움을 주지 못한다.

둘째, 이러한 용어가 사용된 구 법률안들(모두 2008. 5. 29. 17대 국회입법자료로 폐기)을 살펴보면, 먼저 ‘반인권적 국가범죄의 공소시효 등에 관한 특례법안’(2005. 7. 10. 발의)은 그 적용대상을 ‘국가공권력에 의해 범해진 살인죄 등 반인권범죄 등’이라고 하면서 제2조에서 “공무원이 직무수행과 관련하여 형법 제24장(살인의 죄)에 규정된 각 조의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자의 직무상 폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우에는 공소시효의 적용을 배제한다.”라고 규정하고 있고, ‘반인권적 국가범죄의 소멸시효이의 포기’에 관한 특례법안’(2007. 6. 4. 발의)은 ‘국가공권력에 의해 자행된 조직적·계획적 불법행위’를 그 개념 및 규제대상으로 하고 있다(제1조). 한편 현재 국회 계류 중인 ‘반인권적 국가범죄의 공소시효 배제 등에 관한 특례법안’(2008. 7. 16. 발의)은 ‘국가공권력을 이용하여 범한 살인죄 등의 중범죄를 포함하여 반인권범죄 및 그 조작·은폐행위 관련 범죄’를 규율대상으로 하면서, 제2조 제1항은 ‘국가의 소추권 행사에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 공무원이 그 지위를 연장 또는 강화하거나 법률상 허용될 수 없는 정책·방침 또는 기관의 이익을 실현할 목적으로 공권력을 이용하여 조직적으로 형법 제250조 제1항(살인) 등의 죄를 범한 경우’에 공소시효의 배제를 규정하고 있다. 이처럼 각 법률안들에서의 ‘반인권적 범죄’도 그 개념과 범위에 있어서 다양하므로, 위 법률안의 규정으로도 이 사건 심판대상을 개념적으로 분리할 수 없다고 할 것이다.

판례집 20-2(하)

셋째, 대법원판결 중 소수의견이, 국가기관에 의한 반인권적 범죄는 “국가 소속의 공무원이 통상적인 공무수행을 하는 과정에서 개별적으로 저지르게 된 일반적인 불법행위가 아니고, 그 당시의 비상한 시기에 국가에 의하여 대규모로 그리고 조직적으로 실시된 …… 특수한 불법행위”(대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결의 반대의견)라고 정의한 바 있으나, 이는 사건에서의 구체적 사실관계를 바탕으로 내린 판사이므로 ‘국가기관에 의한 반인권적 범죄’의 추상적이고 객관적인 정의라고는 할 수 없다.

이와 같이 이 사건 심판대상인 불법행위는 그 발생시기, 주체, 행위태양, 침해정도 등으로 개념이 설정되어 있으나, 그 각 개념이 모호하고 포괄적이며 가변적이어서 구체적 사실관계를 떠나 그 개념이나 유형이 객관적·개념적·추상적으로 가분되거나 특정될 수 있다고 보기 어렵다.

### ③ 적법 여부

이처럼 청구인들의 이 사건 심판대상은 객관적·개념적·추상적으로 분리될 수 없어 법률 또는 법률조항의 질적 일부가 될 수 없으므로 이에 대한 한정위헌청구는 부적법하다고 할 것이다. 결국 국가의 위와 같은 범죄행위로 인한 손해배상청구권에 대하여 국가 스스로가 소멸시효 항변을 행사하는 것이 신의성실원칙에 위반되거나 권리남용에 해당하는지 여부는 일반 법원이 증거에 의하여 구체적 사실관계를 확정된 후 신의성실 원칙의 적용 여부 및 권리남용 여부를 판단할 수 밖에 없다.

#### 라) 소 결

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 한정위헌청구의 적법요건을 갖추지 못한 부적법한 것으로서 각하되어야 한다.

#### 다. 소결론

이상 살펴 본 바와 같이 적법요건판단에 대하여는 이 사건 심판대상조항 중 민법 제766조 제1항을 각하하는 점에 대하여는 재판관 전원의 의견이 일치되었고, 이 사건 법률조항들에 대하여는 재판관 6인이 적법의견이므로 본안판단의 대상이 된다 할 것이다. 이하 이 사건 법률조항들에 대하여만 살펴 본다.

## 4. 본안에 관한 판단

### 가. 판단의 대상

이 사건 쟁점은 이 사건 법률조항들을 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’에 의한 국민의 손해배상청구권에도 적용하는 것이 불법행위의 피해자인 청구인들

의 재산권을 침해하는지 여부이다.

다만 청구인들은 그 외에 이 사건 법률조항들에 의하여 헌법 제10조가 규정한 인간의 존엄과 가치가 침해된다고 주장하므로 보건대, 우선 국가기관이 인간성을 훼손하는 행위를 했을 때 피해자의 기본권으로서 인간의 존엄과 가치가 침해될 것이지만 그 후에 배상의 시효기간을 정하는 것에는 손해배상청구권이라는 재산권이 관련될 뿐 인간의 존엄과 가치가 직접 관련된다고는 보기 어려운바 이는 인간의 존엄과 가치의 보호범위에 ‘공무원의 불법행위로 인한 손해배상의 실효적 보장’까지 포함되는 것으로 보기 어렵기 때문이다. 더구나 이 사건 법률조항들은 손해배상을 일체 불허하는 규정이 아니라 그 손해배상청구권의 행사시기를 한정한 규정이므로 더군다나 인간의 존엄과 가치와 거리가 멀다. 결국 이 사건에서는 재산권 침해 여부를 다툼으로서 청구인들의 주장취지가 관철될 수 있으며, 인간의 존엄과 가치는 이 사건 법률조항들과 관련이 없다고 할 것이므로 본안에서 판단하지 아니한다.

나. 소멸시효제도의 의의

(1) 소멸시효의 존재이유

소멸시효제도는 권리자가 그의 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 일반적인 존재이유는 다음과 같다(헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175 ; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 841-842 ; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660, 663-665 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 사실상태가 권리관계로 인정됨에 따라 진정한 권리관계가 실현되지 못하게 되는

판례집 20-2(하)

측면도 있으므로 시효기간의 차등, 시효중단·정지 및 시효이익의 포기 등에 의하여 진정한 권리자와 의무자의 이익을 상호 조정한다.

(2) 재산권 형성적 법률유보와 소멸시효

(가) 우선 불법행위로 인한 손해배상청구권의 법적 성격을 살피건대, 민법 제750조에 의하면, 불법행위의 요건이 충족되면 그 효과로서 불법행위로 인하여 생긴 손해의 배상을 청구하는 권리, 즉 가해자에 대한 피해자의 손해배상청구권이 발생하므로 불법행위는 사무관리·부당이득과 더불어 이른바 법정 채권발생원인의 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.

(나) 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).

그렇다 하더라도 입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형성의 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 개인의 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).

(다) 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.

헌재 2008. 11. 27. 2004헌바54

다. 이 사건 법률조항들의 위헌 여부

이에 관하여는 아래와 같이 재판관들 사이에 의견이 나뉜다.

(1) 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 합헌의견

(가) 목적의 정당성

앞서 본 소멸시효제도의 일반적인 존재이유와 특히 구 예산회계법 제96조 제2항의 경우 위와 같은 존재이유 이외에도 국가의 재정은 세입·세출계획인 예산을 통하여 이루어지고 예산은 회계연도단위로 편성되어 시행되므로 국가가 금전채권을 가지거나 금전채무를 부담하고 오랜 세월이 지난 뒤에도 언제든지 채권자가 채권을 행사할 수 있다면 국가의 채권채무관계가 상당한 기간 확정되지 못하게 되고 결국 예산수립 시 예측가능성이 떨어짐으로써 국가재정의 안정적이고 효율적인 운용이 어려워지게 되어 국가채무에 대하여 단기 소멸시효를 두는 것은 국가의 채권, 채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 것인 점(헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836) 등을 고려하면 이 사건 법률조항들의 입법목적의 정당성은 인정된다(헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175-176 ; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660 참조).

(나) 수단의 적정성

한편 위와 같이 '일정한 기간'의 경과로 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하는 것으로 규정된 이 사건 법률조항들은 위와 같은 목적을 달성하기에 상당한 수단이라고 볼 것이다.

(다) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

1) 문제의 소재

앞서 본 바와 같은 소멸시효제도의 본질과 내용 등에 비추어 볼 때 소멸시효제도는 궁극적으로 법적 안정성을 존재이유로 하는 것으로 원칙적으로 채권의 성질이나 내용에 따라 그 기간이 달라질 수 있어도 특정 채권에 대하여 소멸시효의 적용 자체를 배제시킬 수는 없다고 할 것이다. 왜냐하면, 특정 채권에 대하여 소멸시효의 적용 자체를 배제하면, 아무리 오랜 세월이 흘러도 그 채권이 존속하는 결과 당해 채권을 둘러싼 법률관계에 관한 법적 안정성이 극도로 훼손될 것이기 때문이다.

더욱이 불법행위에 기한 법률관계는 통상 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생하는 것이고, 가해자는 언제 손해배상청구를 받을지 얼마나 손해배상책임을 지게 될 지 등이 분명치 아니하여 매우 불안

판례집 20-2(하)

정한 지위에 놓이게 되므로, 10년 또는 5년의 소멸시효기간이 결코 짧은 것이라고는 할 수 없다. 앞서 본 바와 같이 시효기간에 대하여는 입법자가 입법재량의 범위 내에서 정책적으로 결정할 사항이므로 법적 안정성 등을 존재이유로 한 소멸시효제도의 본질, 특히 구 예산회계법 제96조 제2항의 입법목적 등에 비추어 사법기관이 정상적으로 기능을 하는 평상시에는 위 법률조항에 대하여 시효기간(5년)의 적정성이나 그 기산점(권리를 행사할 수 있을 때) 등의 합헌성을 문제 삼기는 어려울 것이다.

다만, 전시·사변·쿠데타 등 국가비상시기 등에 공무원들이 국가기관의 공권력을 이용하여 조직적으로 저지른 불법행위의 피해자가 국가에 대하여 적시(適時)에 배상청구권을 행사하는 것을 기대할 수 없는 경우이거나, 가해자인 공무원이 증거를 인멸하거나 멸실함으로써 진정한 권리실현에 장애가 발생하는 경우에 있어서는, 이 사건 법률조항들에 따라 소멸시효기간이 그대로 진행된다면 진정한 권리자에게 가혹하거나 그 권리보호에 미흡한 결과가 초래되지 않을까 하는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항들과 관련하여 검토의 여지가 있는 부분은 위와 같은 이유로 적시에 권리행사를 하는 것이 사실상 곤란한 경우에 한정된다고 할 것이다.

2) 최소침해성

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들에 의한 소멸시효기간을 일률적으로 구체적인 사례에 적용하는 과정에서 실질적 정의에 부합하지 않을 정도로 당사자의 권리구제에 미흡한 경우도 발생할 여지가 있을 것이다. 그렇지만 소멸시효제도로 인하여 제한될 수 있는 진정한 권리의 실현문제는 민법 등 관련 규정상 시효의 기산점에 대한 해석, 시효의 중단·정지 및 시효이익의 포기 등에 의하여 보완될 수 있고, 실무상으로도 이 사건 법률조항들을 적용하는 과정에서 소멸시효의 기산점을 늦추거나 소멸시효주장에 대해 신의성실의 원칙을 적용하여 배척하는 등으로 소멸시효제도로 인한 불합리한 결과를 최소화하려는 법해석이 가능하며, 법원의 판결을 통하여도 이러한 법해석에 기초하여 구체적 타당성을 보완하려는 시도가 이루어지고 있다.

우선 구 예산회계법 제96조 제2항의 시효기간은 ‘권리를 행사할 수 있을 때’로부터 진행하는바, ‘권리를 행사할 수 있을 때’라 함은 ‘채권을 최초로 주장할 수 있고 필요하면 소로써 관철할 수 있는 시점’이라고 할 것이며, 여기서 채권을 주장할 수 있는 가능성은 객관적으로 판단하여야 하므로 객관적 사정 때문에 소를 제기할 기대가능성이 없는 경우에는 시효기간이 개시되지 않는

다고 볼 수 있는 것이어서, 앞서 본 국가비상사태 등에 있어서 공무원이 조직적으로 저지른 특정불법행위의 피해자가 국가를 상대로 자신의 배상청구권을 주장하는 것을 기대할 수 없는 동안에는 시효기간이 개시되지 않는다고 해석할 수 있을 것이다.

또한 대법원은 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실에 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다32332 판결 ; 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결 등 참조).

그러므로 이 사건 법률조항들을 적용하는 과정에서 실질적 정의에 반하는 결과가 초래될 수 있는 예외적인 경우에는 우리 민법상의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용원칙 등을 구체적 사안에 따라 적절하게 적용함으로써 소멸시효의 기산점을 뒤로 늦추거나 소멸시효완성 주장을 배척하는 등으로 이 사건 법률조항들의 일률적 적용에 따른 불합리성을 보완할 수 있을 것으로 보이므로, 법적 안정성 등을 이유로 일률적으로 소멸시효제도를 규정하고 있다고 하더라도 그로 인한 불합리한 결과를 최소화하면서 진정한 권리자를 보호할 수 있도록 위와 같은 보완 방법이 있다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항들은 최소침해성의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.

### 3) 법익균형성

앞서 본 바에 의하더라도 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 국가에 대한 손해배상채권에 관하여 소멸시효 규정을 둘 경우 그 피해자인 국민이 이로 인하여 받는 정신적, 물질적 손해의 정도와 충격이라는 사익도 적지 않은 것이 사실이다. 그러나 앞서 보았듯이 이 사건 법률조항들로 인한 불이익은 평상시의 권리구제절차가 정상적으로 가동하지 못하는 예외적인 상황에서만

판례집 20-2(하)

발생할 수 있는 것이고, 그 경우도 진정한 권리관계를 보호해야 할 사익과 법적 안정성을 비롯한 시효제도의 공익적인 요소를 구체적·개별적으로 비교형량하는 과정에서 기존 소멸시효제도를 적절하게 해석하고 적용함으로써 불합리한 결과를 최소화하거나 완화하는 것이 불가능한 것도 아니다.

그럼에도 불구하고 소멸시효제도로 말미암아 불합리한 결과가 발생하는 예외적인 상황을 구제하기 위하여 소멸시효를 배제한다고 하면 국가의 채무는 영원히 존재하게 되어 그 자체로 소멸시효제도의 목적인 법적 안정성의 본질적 내용이 크게 손상될 것임은 명확하다. 특히 법적 안정성을 희생하면서까지 보호해야 할 국가배상청구권이 국민의 신체·생명 등 자유권의 침해로 인한 것이 아니라 이 사건에서 보듯이 재산권의 침해로 인한 것에 불과한 경우에는 더욱 그러하다고 할 것으로, 실무상 다른 인접영역과 구별하여 소멸시효가 배제되는 해당 영역을 확정하는 것이 쉽지 아니한 상황에서는 양자 간의 구체적 타당성 측면에서의 형평성 문제가 반복적으로 제기되면서 국가의 재정 운영 등과 관련하여 감당하기 어려운 정도로 법적 불안이 가중될 것이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항들을 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’행위로 인한 손해배상채권에 적용함으로써 달성할 수 있는 공익이 그로 말미암아 침해되는 피해자인 청구인들의 사익보다 크지 않다고 단정할 수는 없으므로, 이 사건 법률조항들이 법익균형성원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

(라) 소 결

위와 같이 소멸시효제도는 법적 안정성 등을 위해 불가피하게 존재할 수밖에 없는 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정될 뿐만 아니라, 일률적으로 소멸시효를 적용함에 따라 발생하는 불합리한 결과를 최소화할 수 있는 여러 방법들을 고려할 때 최소침해성원칙에 위배된다고 볼 수도 없으며, 나아가 소멸시효제도에 내재된 여러 공익적인 측면과 시효적용으로 인하여 해당 영역의 권리자들이 입게 되는 불이익의 성격과 내용 등을 비교형량하여 보면 법익의 균형성도 인정되므로, 이 사건 법률조항들이 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(2) 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 헌법불합치 의견

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정됨에 관하여는 의문이 없다.

(나) 침해의 최소성

일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구권은 재산권의 하나로서 보장되

고, 특히 그것이 공무원의 불법행위로 인한 것일 때에는 헌법 제29조 제1항이 직접 이를 보장하고 있다. 즉, 동 조항 전단은 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는데 여기서 ‘법률이 정하는 바에 의하여’의 의미는 입법자가 법률로써 기본적으로 국민의 국가배상청구권을 실효적으로 마련하라는 것을 뜻한다고 보아야 할 것이며, ‘법률이 정하는 바에 따라서만’ 손해배상청구권이 인정될 수 있다는 포괄적인 유보를 뜻하는 것이라 볼 수는 없을 것이다. 입법자가 단지 국가에 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 법률에 의한 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미하며(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481), 따라서 헌법이 정하고 있는 손해배상청구권이 형해화될 수 있는바, 특히 헌법 제10조 제2문이 국가의 기본권보호의무를 천명하고 있으며, 오늘날 기본권이 직접 효력을 갖는 법으로서 입법자를 기속한다는 점에서 볼 때, 위 헌법조항이 국가배상청구권의 인정 여하를 전적으로 입법자의 재량에 맡긴 것이라고 볼 수 없는 것이다.

특히 이 사건에서 보면 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 손해배상채권의 경우는 미지의 당사자 간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생한 것으로 보기 어려워 통상의 불법행위와는 확연히 구별되는데다가 심지어 가해자인 공무원에 의한 증거 내지 국가기록의 의도적 은폐, 폐기 등의 가능성도 부정할 수 없고, 이 경우 평상시의 일상적 분류에 의하여 야기된 권리 침해와는 발생배경과 경위가 현저히 다른 반인권적 범죄의 피해자인 국민이 장기간에 걸쳐 권리행사를 하지 아니하였다 하더라도 이로 인하여 국가가 갖는 신뢰가 보호할 가치가 있는 것이라고 말하기도 어려운바, 이러한 특수성을 고려한다면 ‘국가를 채무자로 하는 반인권적 범죄로 인한 손해배상채권’에 대하여는 보다 장기간의 소멸시효기간을 규정하거나 혹은 그밖에 기본권을 실효적으로 보장받을 수 있는 방안을 고려하여야 할 것임에도, 오히려 이 사건 법률조항들에 따르면 일반적인 국가에 대한 손해배상청구권과 함께 일반법인 민법 제766조 제2항에 의한 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것으로 일률적으로 규율하고 있고, 나아가 국가재정의 안정적이고 효율적인 운용이라는 점에 중점을 두어 특별법인 구 예산회계법 제96조 제2항은 5년의 단기소멸시효기간을 규정하면서 그러한 특수한 불법행위에 대한 고려를 전혀 하지 않고

있다.

그렇다면 국민의 기본권 보호의무를 지고 있는 공무원이 오히려 국민의 생명과 신체를 해하는 ‘반인권적 범죄’를 범하였고, 그 피해자인 국민에게 손해배상청구권을 실효적으로 보장하기 위한 입법적 조치까지 마련하지 않고 있는 것이라면, 이는 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’로 인한 피해자들의 손해배상청구권을 형해화하는 것으로 입법형성권의 범위를 벗어난 것이므로 침해의 최소성에 위반된다고 볼 것이고, 더욱이 반인권적 범죄행위로 인한 국가배상청구권에 대하여 실효성 있는 권리구제를 도모한다고 하더라도 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’는 비상시의 극히 예외적 상황을 전제한 것이므로, 이로 인해 이 사건 법률조항들이 추구하는 입법목적의 달성이 불가능하게 되는 것이라 볼 수 없을 것이다.

앞서 본 합헌론은 법원에서 기산점을 늦추거나, 시효주장에 대하여 ‘특별한 사정이 있는 한’ 신의성실의 원칙을 적용하는 등의 법해석 방법으로 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’ 같은 경우에 이 사건 법률조항들에 따른 일률적 소멸시효적용으로 인하여 초래가능한 불합리한 결과를 완화할 수 있다고 본다. 그러나 언제 ‘특별한 사정’이 있는 것인지에 관하여 대법원 관례가 확립된 것도 아니고, 기산점을 달리 하는 것도 법률해석상 한계가 있으므로, 이러한 방법이 이 사건 법률조항들의 합헌성을 유지하기 위한 충분한 논거라고 보기 어렵다.

(다) 법익의 균형성

위에 본 바를 종합하면 국가채무에 대하여 소멸시효 규정을 둘 경우 앞서 본 이 사건 법률조항들의 입법목적에 따른 법적 안정성 등 공익도 적지는 않다고 할 수 있으나, 국민의 기본권을 보호하여 주어야 할 의무를 지고 있고, 개인의 사적 복수를 허용하지 않으면서 형벌권과 강제처분권을 독점하고 있는 국가의 기관인 공무원이 오히려 공권력을 조직적으로 남용하여 국민의 생명과 신체를 해하는 ‘반인권적 범죄’를 범한 경우 그 피해자인 국민들이 입은 정신적, 물질적 손해의 정도와 충격이 가볍다고는 결코 말할 수 없을 것이다. 비록 그것이 비정상적인 예외적 상황이라 하더라도 그 빈도수에 불문하고 국민의 생명과 신체에 대한 국가기관의 조직적 침해에 대해서는 사후에라도 손해배상 등의 구제수단을 통한 교정이 반드시 필요하며 이것이 실질적 정의와 법치국가에 기본 이념에 부합한다는 점에서 더욱 그러한 것이다.

특히 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’의 경우 국가가 조직적, 계획적으로 심

각한 인권침해를 하고 증거를 은폐하거나 조작할 가능성이 있다는 점, 피해자들은 단지 평상시를 전제한 소멸시효규정 하에서는 실효성 있는 권리주장을 할 수 없었다는 점에서 시효제도의 법적 안정성은 한 발 후퇴할 수밖에 없는 것으로 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’의 특수성과 이로 인한 피해 및 구제수단의 불충분성을 고려할 때 이 사건 법률조항들이 아무런 예외 없이 일률적으로 그러한 시효제도를 규정하고 있는 것은 법익의 균형성원칙에 위배된다.

(라) 소 결

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항들에는 재산권 제한의 한계를 일탈하여 침해의 최소성 및 법익균형성에 어긋나는 부분이 포함되어 있음을 인정할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항들에 대해서는 단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시키는 것이 원칙이라 하겠으나, 이 사건 법률조항들의 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있다. 그러므로 입법자는 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄로 인한 손해배상채권’에 관하여 소멸시효제도의 적용을 제한함으로써 합헌적인 방향으로 법률을 개선(이 사건 법률조항들을 개정하거나 특별법을 제정하는 등 방법)하여야 하고 그때까지 일정 기간 동안은 이 사건 법률조항들을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이다.

(3) 재판관 조대현의 한정위헌의견(국가공권력의 불법행위와 소멸시효)

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 진다(헌법 제10조). 따라서 국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 침해하였다면, 국가가 헌법 제10조의 기본권 보장 의무를 고의적으로 위반하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 것이므로, 그로 인한 국가의 손해배상책임을 5년 또는 10년의 세월이 지났다고 하여 소멸시키는 것 역시 헌법 제10조에 위반되어 허용되지 아니한다고 보아야 한다. 개인의 기본권을 보장할 의무가 있는 국가의 공권력에 의하여 침해될 수 없는 기본권을 침해당하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 훼손당한 국민이 5년 또는 10년간 국가에 대한 손해배상채권을 행사하지 않았다고 하여 국가가 헌법 제10조를 위반한 책임을 면할 수 있도록 하는 것은 헌법 제10조가 명백하게 밝히고 있는 국가의 기본권보장 의무를 명백하게 무시하는 것이라고

판례집 20-2(하)

보지 않을 수 없다.

대법원은 이러한 경우의 위헌성을 해소하기 위하여 구체적인 사정을 따져서 국가가 소멸시효의 항변을 하는 것이 신의성실의 원칙에 어긋난다고 판시하기도 하지만, 위와 같은 위헌성을 근본적으로 해소시키기 위해서는 헌법재판소가 그 위헌성을 선언하여 구 예산회계법 제96조 제2항 중 위헌적인 내용을 제거할 필요가 있다. 구 예산회계법 제96조 제2항을 국가의 위와 같은 손해배상채무에 적용하지 못하게 되면 민법 제766조 제2항이 적용될 것이므로, 민법 제766조 제2항에 대해서도 같은 이유로 위헌성을 선언하여 위헌적인 내용을 제거할 필요가 있다.

따라서 구 예산회계법 제96조 제2항 또는 민법 제766조 제2항을 국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인의 불가침의 기본권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 경우에 생기는 손해배상채무에 대해서도 적용하는 것은 헌법 제10조에 위반된다고 선언하여야 한다.

다만 이 사건 헌법소원심판 청구의 계기가 된 당해사건의 사실관계가 국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인의 불가침의 기본권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 경우에 해당되는지 여부는 당해사건을 재판하는 법원이 판단할 사항이다.

### 5. 결 론

청구인들의 이 사건 심판대상조항들 중 민법 제766조 제1항에 관하여는 그 청구를 각하하는 것으로 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었고, 이 사건 법률조항들에 관하여는 재판관 이공현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 각하의견, 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 합헌의견, 재판관 김희욱, 재판관 송두환의 헌법불합치의견, 재판관 조대현의 한정위헌의견으로 나뉘었는바, 위헌의견에 찬성한 재판관은 3인이어서 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 정한 헌법소원의 인용결정의 정족수에 미달하므로, 이 부분은 헌법에 위반되지 아니한다는 선고를 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지] 청구인들의 표시 : 생략

## 신탁업법 제17조의10 위헌소원

(2008. 11. 27. 2006헌마48 전원재판부)

### 【판시사항】

법원이 심판대상조항을 적용하지 않고 다른 법률의 조항을 적용하여 재판을 한 경우 심판대상조항의 위헌 여부는 그 재판의 전제가 되지 않는다고 본 사례

### 【결정요지】

청구인들은 당해사건에는 신탁업법 제17조의10만이 적용된다는 전제에서, 위 법률조항이 위탁자 및 수익자의 열람청구권을 지나치게 제한한다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였는데 반하여, 대법원은 당해사건에 신탁법 제34조 제1항을 적용하여 판단하였다. 그렇다면 위 법률조항의 위헌 여부는 당해사건 법원의 재판에 직접 적용되거나 관련되는 것이 아니어서 재판의 전제성이 없다.

### 【심판대상조문】

신탁업법 제17조의10(신탁재산등에 관한 장부·서류) ① 수익자는 신탁회사에 대하여 영업시간내에 당해 수익자에 관련된 신탁재산에 관한 장부·서류의 열람이나 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있으며, 신탁회사는 정당한 사유없이 이를 거절하지 못한다.  
② 제1항의 규정에 의한 열람이나 등본 또는 초본의 교부청구의 대상이 되는 장부·서류의 범위등에 관하여 필요한 사항은 금융감독위원회가 정한다.

### 【참조조문】

신탁법 제34조(서류의 열람) ① 이해관계인은 언제든지 전조의 서류의 열람을 청구할 수 있다.  
② 위탁자, 그 상속인 및 수익자는 신탁사무의 처리에 관한 서류의 열람을 청구하거나 신탁사무의 처리에 관하여 설명을 요구할 수 있다.

### 【참조판례】

헌재 2001. 11. 29. 2000헌마49, 판례집 13-2, 639, 644-645

판례집 20-2(하)

**【당 사 자】**

청 구 인 1. 주식회사 ○○빌  
 2. ○○건설 주식회사  
 청구인들 대표이사 곽○식  
 청구인들 대리인 선명 법무법인  
 담당변호사 김정옥 외 9인  
 당해사건 서울고등법원 2006라227 회계장부등 열람등사허용가처분

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 각하한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 2001년 말경 주식회사 한국토지신탁(이하 ‘한국토지신탁’이라 한다)과 사이에 청구인들 소유의 토지를 위탁하여 그 지상에 아파트를 신축·분양하기로 하는 토지신탁사업약정을 체결하였다. 위 토지에 대한 신탁사업이 종료된 후 한국토지신탁은 2005. 6. 17.경 청구인들에게 최종 사업수지표를 송부하면서 그 승인을 요청하였는데, 청구인들은 한국토지신탁의 사업비 집행내역에 의혹이 있다면서 한국토지신탁에게 사업비 집행내역의 사실관계를 확인할 수 있는 송금영수증 등의 회계서류를 제공하여 줄 것을 요청하였으나, 한국토지신탁은 이를 거절하였다.

(2) 이에 청구인들은 한국토지신탁을 상대로 신탁법 제34조 제1항 소정의 이해관계인의 서류열람청구권 등을 피보전권리로 하여 신탁 관련 서류들의 송부를 구하는 가처분을 신청하였는데(서울중앙지방법원 2005카합4278호), 위 법원은 ‘수탁자가 신탁회사인 경우에는 신탁법의 특별법인 신탁업법만이 적용되는바, 한국토지신탁이 청구인들에게 신탁업법 제17조의10에서 정한 재무제표 등의 서류를 이미 열람하도록 하거나 교부하였으므로 피보전권리 및 보전의 필요성이 인정되지 아니한다’는 이유로 위 가처분신청을 기각하였다.

(3) 청구인들은 이에 대하여 항고하는 한편(서울고등법원 2006라227호), 그 소송계속중 신탁업법 제17조의10에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나, 위 법원 역시 2006. 4. 14. 위와 같은 취지로 항고 및 위헌법률심판 제청신

청을 기각하였다.

(4) 청구인들은 항고심 법원의 판단에 불복하여 대법원에 재항고하면서, 2006. 5. 19. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

(5) 그 후 대법원은 2008. 9. 25. “그 입법취지와 목적을 달리하는 ‘신탁업법’의 단속적·규제적 규정을 들어 ‘신탁법’이 규율하는 사법적인 신탁관계의 본질에서 비롯되는 수익자 등의 신탁사무에 관한 감독권을 제한하는 근거로 삼을 수 없을 것이다. …… 원심이 위 ‘신탁업법’의 규정을 내세워서 ‘신탁법’ 제34조 제1항에 근거한 재항고인들의 권리주장이 배척될 수 있다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이다”라고 판시함으로써, 청구인들이 신탁법 제34조 제1항에 따라 서류의 열람을 할 수 있음을 명시하였다. 다만, 대법원은, 신탁법 제34조 제1항에서는 서류의 ‘열람’청구권만을 규정하고 있음에도 청구인들은 서류의 ‘송부’를 구하고 있으므로 그 신청취지가 신탁법의 열람청구권의 범위를 초과한다는 이유에서 청구인들의 재항고를 기각하였다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006마459 결정).

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 신탁업법 제17조의10(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부이고, 심판 대상 및 관련 법률조항은 아래와 같다.

#### [심판대상 법률조항]

신탁업법 제17조의10(신탁재산 등에 관한 장부·서류) ① 수익자는 신탁회사에 대하여 영업시간 내에 당해 수익자에 관련된 신탁재산에 관한 장부·서류의 열람이나 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있으며, 신탁회사는 정당한 사유 없이 이를 거절하지 못한다.

② 제1항의 규정에 의한 열람이나 등본 또는 초본의 교부청구의 대상이 되는 장부·서류의 범위 등에 관하여 필요한 사항은 금융감독위원회가 정한다.

#### [관련조항]

신탁업감독규정 제25조(2001. 1. 29. 금융감독위원회 공고 2001-1호로 전부 개정된 것) (수익자의 열람) ② 법 제17조의10 규정에 의해 수익자가 신탁회사에 대하여 열람이나 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있는 범위는 다음과 같다.

1. 신탁상품의 대차대조표
2. 신탁상품의 손익계산서
3. 신탁상품의 자산운용내역서

판례집 20-2(하)

신탁법 제33조(장부비치의무) ① 수탁자는 장부를 비치하고 각 신탁에 관하여 그 사무의 처리와 계산을 명백히 하여야 한다.

② 수탁자는 신탁을 인수한 때와 매년 1회 일정의 시기에 각 신탁의 재산 목록을 작성하여야 한다

제34조(서류의 열람) ① 이해관계인은 언제든지 전조의 서류의 열람을 청구할 수 있다.

② 위탁자, 그 상속인 및 수익자는 신탁사무의 처리에 관한 서류의 열람을 청구하거나 신탁사무의 처리에 관하여 설명을 요구할 수 있다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 수탁자가 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 신탁재산을 관리하고 있는지 여부를 회계장부 및 회계서류를 통하여 확인하고 수탁자에게 신탁사무에 관한 설명을 요구하는 것은 위탁자 및 수익자의 재산권을 행사하는 것인데, 이 사건 법률조항은 수탁자에 대하여 열람을 청구할 수 있는 자를 수익자로 한정하고 열람대상 서류도 대차대조표, 손익계산서, 자산운용내역서로 제한하여 청구인들의 재산권을 침해한다.

(2) 신탁을 업으로 하지 아니하는 수탁자에게 재산을 위탁하는 경우에는 신탁법 제34조에 의해 신탁사무에 관한 서류의 열람이 허용되는 반면, 신탁을 업으로 하는 수탁자에게 재산을 위탁하는 경우에는 이 사건 법률조항에 의해 서류열람의 범위가 제한되므로, 이 사건 법률조항은 신탁회사에 위탁한 위탁자 및 수익자를 달리 취급하여 평등원칙에 위반된다. 또한 부동산신탁은 위탁자 및 수익자가 대체로 소수이므로 불특정다수를 대상으로 하는 금전신탁과 본질적으로 다름에도 불구하고 이 사건 법률조항은 부동산신탁의 경우에도 금전신탁과 동일하게 서류의 열람을 제한하고 있으므로 평등원칙에 위배된다.

(3) 신탁업감독규정 제25조는 이 사건 법률조항의 위임 취지와 달리 재무제표만을 열람 대상으로 규정하였을 뿐 회계장부에 대해서는 열람대상으로 전혀 규정하지 아니하여 헌법 제23조 및 제37조 제2항에 위반된다.

나. 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 위헌임을 인정할 만한 상당한 이유가 없으므로, 청구인들의 위헌제청신청은 이유 없다.

다. 관계기관의 의견

(1) 한국토지신탁의 의견

(가) 수익자의 신탁관련 서류에 대한 열람청구권은 수익자의 지위와 분리하여 임의로 제3자에게 처분할 수 있는 것도 아니고, 열람청구권만으로 재산가치 있는 권리에 해당한다고 볼 수 없기 때문에 재산권이 아니고 수익자의 알권리 또는 수탁자에 대한 감독권능일 뿐이며, 신탁업감독규정 제25조 제2항 각 호에서 규정한 ‘신탁상품의 대차대조표, 손익계산서 및 자산운용내역서’만으로도 수익자의 알권리를 충족시키고 수탁자에 대한 감독권을 충분히 행사할 수 있다.

(나) 신탁업법상 신탁회사의 자격요건은 신탁법상 수탁자의 자격요건과 엄연히 구별되고, 신탁회사는 금융감독위원회 및 금융감독원으로부터 각종 감독을 받고 부동산신탁사업의 단계별 진행상황에 대한 공시의무까지 부담하고 있으므로 신탁업법에서 열람·등사청구의 대상을 제한하는 것은 합리적 이유 있는 차별로서 평등권을 침해하지 아니한다.

(다) 부동산신탁사업에 있어서도 위탁자 및 수익자가 다수로 존재하는 경우가 있으며, 더욱이 부동산신탁회사가 하나의 신탁사업만을 영위하는 것이 아니라 수백여 개의 신탁사업을 영위하고 있다는 점을 감안할 때, 수백여 개의 신탁사업에 있어서 각 위탁자 및 수익자들이 신탁재산에 관한 모든 회계장부를 열람·등사청구하는 경우에 부동산신탁회사의 영업에 지장을 초래하는 것은 금전 등 신탁에 있어서 수백여 명의 위탁자 및 수익자가 열람·등사청구하는 경우와 다르지 아니하다.

(2) 재정경제부장관의 의견

한국토지신탁의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 일반법원에 계속 중인 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 사건에 적용할 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 2002. 11. 28. 2000헌마70, 판례집 14-2, 626, 630 참조).

나. 당해사건에서 청구인들은 신탁법 제34조 제1항 소정의 이해관계인의 서류열람청구권 등을 피보전권리로 하여 신탁 관련 서류들의 송부를 구하는

판례집 20-2(하)

가처분을 신청하였다. 그런데 제1심 및 항고심 법원은 오히려 신탁업법이 신탁법에 대한 특별법이어서 위 신탁법 규정은 적용되지 않고, 신탁관계 서류의 열람이나 등초본 교부에 대하여는 신탁업법 중 관련규정인 이 사건 법률조항만이 적용된다고 판시하였다. 그러자 청구인들은 당해사건에는 이 사건 법률조항만이 적용된다는 전제에서, 이 사건 법률조항이 위탁자 및 수익자의 열람청구권을 지나치게 제한한다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다.

다. 그러나 앞서 본 바와 같이 대법원은 ‘신탁업법의 규정을 내세워 신탁법 제34조 제1항에 근거한 청구인들의 권리주장을 배척할 수 없다’고 하면서 당해사건에 신탁법 제34조 제1항을 적용하여 판단하였다. 즉, 대법원의 판시에 의하여 당해사건에는 청구인들이 가처분신청의 근거로 삼은 신탁법 제34조 제1항이 적용될 뿐, 이 사건 법률조항은 적용될 여지가 없게 된 것이다.

라. 결국 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 당해사건 법원의 재판에 직접 적용되거나 관련되는 것이 아니어서 재판의 전제성이 없으므로(헌재 2001. 11. 29. 2000헌바49, 판례집 13-2, 639, 644-645 참조), 이 사건 심판청구는 부적법하다.

#### 4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하하여야 할 것이므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제6항 위헌소원

(2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것, 이하 ‘특가법’이라 한다) 제5조의4 제6항 중 상습절도에 대한 가중처벌규정인 동조 제1항 또는 제2항에 해당하는 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 위 제1항의 죄를 범한 때에 형법 제35조 누범가중과 별도로 형의 단기의 2배까지 가중하도록 규정한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항의 법정형의 하한이 “6년 이상의 징역”으로 강도·강간 및 살인죄의 그것보다 높아 형벌체계상의 균형을 상실한 것인지 여부(소극)

### 【결정 요지】

1. 이 사건 법률조항은 형법상 누범과 달리 그 형의 단기를 2배 가중하도록 규정하고 있는바, 전범과 후범이 모두 고의범으로서 특가법에 의하여 가중처벌되는 상습절도 범죄(이하 ‘특가법상 상습절도’라 한다)라는 관련성을 가지고 있고, 특히 전범의 요건으로 특가법상 상습절도로 2회 이상의 실형을 선고받을 것을 요구하고 있어 형법상의 누범조항보다 그 요건을 엄격히 하고 있으며 이로써 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 적용된다고 보여지므로 형법상의 누범에 비하여 그 비난가능성이 더 크다고 할 수 있다. 그러므로 형법상 누범과 별도로 형의 단기를 2배 가중하여 처벌하더라도 책임에 비하여 지나치게 과한 형벌이라 할 수 없다. 또한 상습절도는 날이 갈수록 그 범행수법이 지능적이고 대담해지고 있고, 범행 도중 강도·강간·살인의



범행으로 돌변할 위험성이 높아 엄벌의 필요성이 있는 점, 그 중 특가범상 상습절도로 2회 이상 실형을 받은 전력이 있음에도 그 형의 집행 종료 또는 면제 후 3년 내에 다시 동일한 죄를 범한 자에 대하여는 고도의 사회적 비난이 가능하고 이들로부터 사회를 방위하고 엄벌을 통해 그 재범을 방지하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적 등을 고려한다면 이 사건 법률조항이 특가범상 상습절도죄에 정한 형의 단기를 2배 가중하여 처벌하도록 규정하고 있다는 이유만으로 헌법상 과잉금지 원칙을 벗어난 과잉형벌이라 할 수 없다.

2. 이 사건 법률조항의 법정형이 “무기 또는 6년 이상의 징역”으로 강도·강간 및 살인죄의 법정형의 하한보다 높으나, 이 사건 법률조항의 입법목적, 특가범상 상습절도로 2회 이상 실형을 받은 전력이 있음에도 다시 동일한 범죄를 저지른 자에 대한 고도의 사회적 비난가능성 등을 고려할 때 이 사건 법률조항이 정한 법정형이 단 1회의 범행의 경우에도 적용이 가능한 살인·강도·강간의 법정형의 하한보다 높다는 이유만으로 형벌체계상의 균형을 상실한 것이라 볼 수도 없다.

### 【심판대상조문】

특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4(상습강·절도죄 등의 가중처벌) ①~⑤ 생략

⑥ 제1항 또는 제2항의 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다.

### 【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항

형법 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다

특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4(상습강·절도죄등의 가중처벌) ① 상습으로 형법 제329조 내지 제331조의 죄 또는 그 미수죄를 범한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

② 5인 이상이 공동하여 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

③~⑥ 생략

헌재 2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19(병합)

### 【참조판례】

1. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229  
헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 234-235  
헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487  
헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404  
헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 538-539  
헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 629  
헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830  
헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499  
헌재 2002. 10. 31. 2001헌바68, 판례집 14-2, 500, 512-513  
헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2, 242-243
2. 헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 234-235  
헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 551  
헌재 1997. 3. 27. 95헌바50, 판례집 9-1, 290, 298-299

### 【당 사 자】

- 청 구 인 1. 강○경(2006헌바94)  
          대리인 변호사 윤기정
2. 박○자(2007헌바19)  
          국선대리인 변호사 유주상
- 당해사건 1. (2006헌바94)  
          서울고등법원 2006노1703 특정범죄가중처벌등에관한법률위반  
          (절도)
2. (2007헌바19)  
          대법원 2006도8800 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)

### 【주 문】

‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4 제6항 중 “제1항 또는 제2항의 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 제1항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.



**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2006헌바94

청구인 강○경은 2002. 1. 8. 수원지방법원에서 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 위반(절도)죄로 징역 1년 6월을, 2005. 3. 15. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월을 각 선고받고 2006. 5. 26. 그 형의 집행을 종료한 자인바, 2006. 7. 26. 같은 법원에서 ‘상습으로 2006. 6. 16. 08:15경 수원시 팔달구 인계동 소재 피해자의 집 앞에 이르러 열려진 문을 통하여 침입한 뒤 그 곳 거실 소파 위에 놓여 있던 피해자 소유의 지갑 1개를 가지고 나와 그 안에 있던 현금과 금반지 등 시가 합계 403,910원 상당의 금품을 절취하였다’라는 범죄사실로 징역 3년을 선고받았다(위 법원 2006고합277).

위 청구인은 이에 항소하여 항소심 소송 계속 중(서울고등법원 2006노1703) 1심 법원이 적용한 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의4 제6항이 헌법에 위반된다며 위 항소심 법원에 위헌제청을 신청하였으나, 위 법원이 2006. 10. 18. 위헌제청신청을 기각하자(위 법원 2006초기472) 같은 달 22. 이를 송달받아 2006. 11. 22. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2007헌바19

청구인 박○자는 1991. 6. 27. 부산지방법원 동부지원에서 상습절도죄로 징역 1년, 1992. 11. 19. 창원지방법원에서 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 위반(절도)죄로 징역 1년, 1994. 2. 18. 부산지방법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월, 1999. 2. 5. 창원지방법원에서 같은 죄로 징역 3년 및 보호감호, 2004. 8. 31. 부산지방법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월을 각 선고받고 2005. 8. 26. 그 형의 집행을 종료한 자인바, 2006. 7. 7. 같은 법원에서 ‘상습으로 2006. 1. 10. 15:40경 부산 기장군 기장읍 기장시장 내 상호불상의 건어물 노점 앞에서 시장을 보고 있는 피해자의 등 뒤에서 사람들로 인하여 혼잡한 틈을 이용하여 피해자가 어깨에 맨 가방을 열어 현금 650원, 건강보험증 1매, 국민은행 통장 1개, 시티뱅크 통장 1개, 농협인출금 통장 1개, 농협 하나로 현금카드 1매 등이 들어있는 시가 5,000원 상당의 빨간색 손지갑을 꺼내어 이를 절취하였다’라는 범죄사실로 징역 3년을 선고받았다(위 법원 2006고합215).

위 청구인은 이에 항소, 상고하여 대법원에 소송 계속 중(2006도8800) 원심

헌재 2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19(병합)

법원이 적용한 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의4 제6항이 헌법에 위반된다며 대법원에 위헌제청을 신청하였으나, 대법원이 2007. 2. 22. 위헌 제청신청을 기각하자(2007초기35) 2007. 3. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건들의 심판대상은 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것, 이하 ‘특가법’이라 한다) 제5조의4 제6항 중 “제1항 또는 제2항의 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 제1항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다” 라는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

이 사건 법률조항(밑줄 친 부분) 및 관련규정은 다음과 같다.

[심판대상조항]

특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4(상습강·절도죄 등의 가중처벌) ⑥ 제1항 또는 제2항의 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다.

[관련조항]

특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것) 제5조의4(상습강·절도죄 등의 가중처벌) ① 상습으로 형법 제329조 내지 제331조의 죄 또는 그 미수죄를 범한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

② 5인 이상이 공동하여 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

③ 상습으로 형법 제333조, 제334조, 제336조, 제340조 제1항의 죄 또는 그 미수죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

④ 형법 제363조의 죄를 범한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

⑤ 형법 제329조 내지 제331조와 제333조 내지 제336조, 제340조, 제362조의 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제1항 내지 제4항과 같다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해

판례집 20-2(하)

당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제330조(야간주거침입절도) 야간에 사람의 주거, 간수하는 저택, 건조물이나 선박 또는 점유하는 방실에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제331조(특수절도) ① 야간에 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 전조의 장소에 침입하여 타인의 재물을 절취한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자도 전항의 형과 같다.

제332조(상습범) 상습으로 제329조 내지 제331조의2의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 2006헌바94 사건

이 사건 법률조항은 2005. 8. 4. 사회보호법이 폐지됨에 따라 상습절도범에 대하여 법정형을 강화하자는 취지로 제정된 것으로 위헌적 소지가 있어 폐지된 사회보호법상 보안처분을 부활한 것이나 다름없다.

상습절도범에 대하여는 형법 제332조 외에 특가법 제5조의4 제1항에서 별도로 가중처벌하고 있고 특히 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당하는 경우 형법 제35조의 누범 조항이 적용되므로 장기를 2배 가중하여 처벌할 수 있음에도 불구하고, 이 사건 법률조항에 의하여 법정형의 단기마저 2배 가중하고 있으므로 책임원칙에 반하는 과잉형벌이고, 강도죄와 강간죄의 법정형이 3년 이상의 유기징역이고 살인죄의 법정형이 5년 이상의 유기징역 또는 사형, 무기임을 고려할 때 죄질이 더 무거운 이들 죄의 법정형 단기보다 더 높아 죄형간의 균형을 상실하였다.

또한 상습범의 경우 1회만 다시 범하더라도 상습성의 발현으로 보아 상습범으로 기소하는 것이 일반적이어서 2회 상습절도범의 경우에는 단 1번만 절도죄를 범하더라도 그 금액의 다소, 사정 여하를 불문하고 최소한 6년, 법관

헌재 2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19(병합)

이 작량감경하더라도 3년 이상의 징역형에 처해지게 되고 사실상 집행유예 선고마저 불가능하여 결국 법관의 양형에 있어서 재량 범위를 현저히 제한하는 등 헌법상 과잉금지원칙에 위배된다.

(2) 2007헌바19 사건

위 2006헌바94 사건의 청구인의 주장과 대체로 동일하다. 다만 이 사건 법률조항은 동 조항이 신설되기 전의 실행 전과를 그 구성요건으로 하고 있어 헌법 제13조 제1항 전단의 형벌불소급의 원칙에 반하고, 특가법상 상습절도로 처벌받은 경력이 있다는 이유만으로 형을 가중하여 처벌하므로 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리 원칙에도 위반된다.

나. 서울고등법원 및 대법원의 각 위헌제청신청 기각결정의 요지

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 기본적으로 국가의 입법정책에 속하는 문제이므로, 그 내용이 형벌의 목적과 기능에 본질적으로 배치된다든가 또는 평등의 기본원리인 합리성과 비례성의 원칙을 현저하게 침해하는 것이 아닌 한 이를 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정할 수 없는바, 이 사건 법률조항의 입법취지는 사회보호법이 폐지됨에 따라 재범의 전력이 있는 일정한 상습절도 사범에 대한 법정형을 강화하기 위한 데 있고 이 사건 법률조항의 적용요건이나 효과 등은 구 사회보호법상의 보호처분 등과 달리 규정되어 있으므로 폐지된 구 사회보호법이 부활한 것으로 볼 수 없다.

또한 이 사건 법률조항은 상습절도범에 대하여 일정한 구성요건을 충족하는 경우에 한하여 적용되므로 형법 제35조의 누범가중과는 별도의 요건하에 가중처벌하는 것이고, 비록 이 사건 법률 조항의 법정형 단기가 강도죄와 강간죄 및 살인죄의 각 법정형 단기보다 높지만 이 사건 법률 조항의 입법배경, 죄질의 경중과 법정형의 하한의 높고 낮음이 반드시 정비례하는 것이 아닌 점 등을 종합하여 고려할 때, 죄형간의 균형을 상실하여 입법 목적의 정당성을 훼손함으로써 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다.

한편 이 사건 법률조항의 적용을 받게 되는 경우 집행유예의 선고가 불가능한 이유는 현행 형법 규정이 누범으로 처벌할 경우 집행유예의 선고가 불가능하도록 규정하고 있기 때문일 뿐이다.

다. 수원지방법검찰청 검사장의 의견요지(2006헌바94)

법원의 위헌제청신청 기각결정 취지와 대체로 동일하다. 다만 이 사건 법률조항은 형법상의 누범과는 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 상습절도라는 일련의 관련성을 가지고 있어 그 성립을 엄격히 제한하고 있고, 여기에

판례집 20-2(하)

더하여 상습절도의 죄로 2회 이상의 실형을 받을 것을 요건으로 전범의 범위를 더욱 제한함으로써 상습절도로 인한 전판결의 경고를 무시하고 또 다시 동일한 상습절도 범행을 저지른 경우에만 이 사건 법률조항을 적용하도록 하고 있어 책임원칙에 반하는 과잉형벌이라고 보기는 어렵다.

라. 법무부장관의 의견요지(2007헌바19)

(1) 입법목적의 정당성

특가법에서 상습절도를 가중처벌하는 이유는 상습으로 행해지는 절도의 수법이 점점 대담해지고 지능적·전문적이 되어갈 뿐만 아니라 절도범이 범행도중 강도·강간·살인 등 강력범죄로 돌변하는 경우가 급증한다는 사회적 경향을 바탕으로 이를 강력히 처벌함으로써 강력범죄를 억제하는 일반예방적 효과를 극대화하기 위함이다. 또한 이 사건 법률조항은 누범의 특칙은 아니나 상습절도로 인해 실형을 선고받아 이를 집행한 후 3년 후에 다시 상습절도를 범한 경우 책임의 가중이 있으며 재범예방의 필요성이 있기 때문이므로 결국 이 사건 법률조항은 상습절도에 대하여 강력히 대처하고 재범을 예방한다는 입법목적의 정당성을 가지고 있다.

(2) 죄형간의 균형상실 및 비례원칙 등 위반 여부

살인·강도·강간죄의 경우는 행위태양이 매우 다양하므로 형의 선택의 폭을 비교적 넓게 규정한 것이다. 또한 어떤 범죄가 살인죄보다 형의 단기가 높다는 이유만으로 죄형간의 균형을 잃었다고 할 수도 없다. 특가법상 상습절도죄로 2회 이상 실형을 받고 그 집행을 종료·면제받은 후 3년 내에 다시 특가법상 상습절도죄를 범한 경우 그 비난가능성이 매우 크다는 점, 그 법정형에 사형이 없는 점 및 죄질의 경중과 법정형의 하한이 높고 낮음이 반드시 정비례하는 것이 아닌 점 등에 비추어 이 사건 법률조항이 형벌체계상 균형을 잃었다고 할 정도로 과중하다고 할 수 없다. 또한 전범과 후범 사이에 실질적 관련성을 요구하고 상습절도 범죄로 인한 2회 이상의 실형 전력을 요구함으로써 요건을 매우 엄격히 하여 전판결의 경고기능을 실질화하고 있으므로 형법상의 책임원칙에 부합하므로 과잉처벌이라고 할 수 없다.

(3) 법관의 양형재량 침해 여부

이 사건 법률조항이 적용되는 경우 법관이 집행유예를 할 수 없는 것은 이 사건 법률조항이 정한 요건이 형법 제62조 단서에서 정한 집행유예결격 사유와 일치하고 있어 발생하는 현상이므로 이 사건 법률조항 자체의 위헌성 여부는 무관하다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건 법률조항의 성격

이 사건 법률조항은 범행전력으로 ‘특가법상 상습절도로 2회 이상의 실행 전력’을, 범행빈도로 ‘위 실행의 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특가법 제5조의4 제1항의 상습절도를 범할 것’이라는 요건을 충족하는 경우 특가법 제5조의4 제1항의 상습절도죄에 정한 형의 단기의 2배를 가중하도록 규정되어 있다. 이는 형법 제35조가 정한 누범 조항의 구성요건 및 법률효과와 다르나 일정한 범행전력과 범행빈도를 그 요건으로 하고 법률효과로 그 형을 가중하고 있으므로 일종의 누범 가중 형식을 취하고 있다고 할 수 있다. 한편 후범으로 특가법 제5조의4 제1항에 의하여 그 형이 가중되는 상습절도범을 요건으로 하고 있으므로 결국 이 사건 법률조항에는 상습범가중과 누범가중이 혼재되어 있다고 할 수 있다.

#### 나. 이 사건 법률조항의 입법배경 및 그 목적

이 사건 법률조항은 2005. 8. 4. 제254회 국회에서 법률 제7654호로 “사회보호법 폐지법률안”과 함께 “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안”으로 제안·의결된 것인바, 그 제안이유는 “사회보호법의 폐지에 따른 보완입법으로 사회보호법상 규정된 보호감호 청구의 주요대상이 되었던 상습절도 사범 등에 대한 법정형을 강화함으로써 형벌의 일반예방 및 특별예방 효과를 제고하고 건전한 사회질서 유지에 이바지하기 위함”으로 밝혀져 있다.

상습절도는 구 사회보호법상 보호감호처분의 주 대상범죄였고 당시 보호감호 가출소자의 재범 비율 중에서도 절도범죄의 재범 비율이 가장 높은 것으로 나타났다. 이러한 현실에서 입법자는 사회보호법 폐지로 인하여 재범의 가능성이 높은 상습절도 사범에 대하여 형벌 외에 다른 제재수단이 없어질 경우 민생치안 등 사회안전망에 부정적 사태가 발생할 수 있다는 점을 고려하여 다수의 위험한 잠재적 상습절도 사범으로부터 사회를 방위하고 이에 대한 특별예방 및 일반예방의 효과를 실현하기 위하여 양형 강화차원에서 이 사건 법률조항을 신설하기에 이른 것임을 알 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항의 입법목적은 그 정당성이 인정된다고 할 것이고 이 사건 법률조항의 요건과 법률효과는 폐지된 사회보호법상 보호감호의 그것과 전혀 다르므로 청구인들의 주장과 같이 이 사건 법률조항이 사회보호법상 보호감호제도의 부활이라 할 수는 없다.

#### 다. 과잉금지의 원칙 위반 여부

판례집 20-2(하)

(1) 형벌 범규에 대한 위헌심사기준

어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404; 헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 538-539; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622-629 등 참조). 한편 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형벌의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법의 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229-232; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24,

판례집 15-2, 242-243, 252-253 참조).

(2) 책임원칙에 반하는 과잉형벌인지 여부

이 사건 법률조항의 입법목적이 정당하다 하더라도 특가법에 상습절도범에 대한 가중처벌조항이 있음에도 일정한 누범 요건에 해당하는 경우 그 죄에 정한 형의 단기를 2배 가중하도록 하고 있으므로 행위의 죄질과 책임에 비추어 지나치게 과도한 형벌을 규정하고 있는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다.

먼저 상습절도에 대한 가중처벌 규정인 특가법 제5조의4 제1항에 대하여 우리재판소는 「상습으로 행하는 절도범의 범행수법이 날로 대담하여지고 지능적으로 자행될 뿐만 아니라 범행 도중에 강도·강간·살인범으로 돌변하여 가는 등 상습절도범의 위험성이 급격히 증대되었으며 이는 심각한 사회문제로 제기되기에 이르렀으나 형법 소정의 법정형만으로써는 범인들에 대한 일반예방적 형벌의 효과를 달성할 수 없어 형벌의 일반예방의 효과를 극도로 증대시키기 위하여 특별법에 의하여 상습절도를 가중처벌하도록 규정한 것이므로 입법목적의 정당성은 인정되고 상습절도·상습야간주거침입절도·상습특수절도 중 어느 범인들이나 위와 같은 위험성은 동일하다고 보아 이를 구별함이 없이 일률적으로 ‘무기 또는 3년 이상의 유기징역’에 처하도록 법정형을 정한 것이므로 비례의 원칙이나 과잉금지원칙에 반한 규정이라고 볼 수 없다.」(헌재 1995. 3. 23. 93헌바59, 판례집 7-1, 388 참조)는 취지로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 한 바 있다. 한편 “금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자”에 대하여는 형법 제35조에 그 죄에 정한 형의 장기를 2배 가중하는 누범 조항을 두고 있는바, 누범을 가중 처벌하는 이유는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도 때문에 책임이 가중되고, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중되며 나아가 재범예방이라는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 것이라고 볼 수 있다(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 234-235 참조). 즉 형법상 책임이 행위자가 합법을 결의하고 행동할 수 있었음에도 불구하고 불법을 결의하고 행동하였다고 하는 의사형성에 대한 비난가능성을 의미한다고 볼 때 ‘재판의 경고기능의 무시’나 ‘범죄추진력의 강화’는 이러한 비난가능성을 가중시키므로 누범을 가중처벌하는 것은 일응 합리적 이유가 있다 할 것이다.

판례집 20-2(하)

이와 같이 상습절도에 대하여는 특가법 제5조의4 제1항 또는 제2항에 그 형을 가중하는 규정을 두고 있고 특가법상 상습절도가 그 형의 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 특가법 제5조의4 제1항에 해당하는 상습절도죄를 저지른 경우 형법상의 누범 조항에 의하여 그 법정형의 단기를 2배 가중하여 처벌할 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 일정한 구성요건에 해당하는 경우 특가법 제5조의4 제1항의 상습절도죄에 정한 형의 단기를 2배까지 가중하여 처벌하도록 되어 있으므로 그 죄질 및 책임도 그에 비례하는 것이어야 할 것이다.

살피건대 이 사건 법률조항이 정하는 누범요건은 과실범간의 또는 과실범과 고의범 간의 누범까지도 인정하는 형법상의 누범요건과 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 특가법상 상습절도 범죄라는 관련성을 가질 것과 특히 전범의 요건으로 특가법상 상습절도로 2회 이상의 실형을 선고받은 것을 요구하고 있는 점에서 형법상의 그것에 비하여 보다 그 요건을 엄격히 정하고 있다. 즉 형법상의 누범조항과는 달리 이전에 어떠한 범죄로든 금고 이상의 유죄판결을 받았음에도 다시 범죄를 행한 자에게 중대한 책임을 지우는 것이 아니라 이전의 특가법상 상습절도죄로 2회 이상 실형을 선고받고도 다시 특가법 제5조의4 제1항에 해당하는 상습절도죄를 저지른 경우에만 가중처벌하고 있다고 할 것이고, 따라서 이는 상습절도범죄로 인한 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 이 사건 법률조항을 적용할 수 있도록 그 요건을 정하고 있어 형법상의 누범보다 비난가능성이 크다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 형법상의 누범과 달리 형의 단기를 2배 가중하는 것은 합리적 이유가 있다.

물론 누범에 대하여 형의 하한을 일률적으로 가중하여 처벌하는 것은 구체적 사안에 있어 도식적인 구성요건이 가지는 경직성으로 인하여 과잉처벌의 문제가 발생할 여지가 있고, 전판결의 경고에 따라 행위할 능력을 가지지 못한 자의 특별예방과 재사회화를 위한 다른 제도적 장치가 충분하지 못한 상태에서 누범에 대하여 일률적으로 형을 가중하는 것이 형사정책적인 측면에서 바람직하지 못한 점도 없지는 아니하다. 그러나 날이 갈수록 범행수법이 지능적이고 대담해지며, 범행 도중 강도·강간·살인의 범행으로 돌변할 위험성이 있는 상습절도범죄의 특성, 그 중 특가법상 상습절도로 2회 이상 실형을 받은 전력이 있음에도 일정한 기간 내에 다시 상습절도죄를 범한 자에 대한 고도의 사회적 비난가능성, 이들로부터 사회를 방위하고 그 재범을

헌재 2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19(병합)

방지하기 위한 이 사건 법률조항의 입법목적 등을 고려한다면 이 사건 법률조항이 정한 법정형만을 두고 책임원칙에 반하는 과잉형벌이라고 단정하기는 어렵다.

한편 특가법상 상습절도죄로 2회 이상의 실행 전력을 가진 자가 그 집행의 종료 또는 면제 후 3년 이내에 다시 절도범행을 저지른 경우 그 절도범행이 1회에 그친 것이라 할지라도 수사기관이나 법원에서 이를 상습성의 발현으로 보아 상습절도로 인정할 가능성이 높고 이 경우 당해 범인은 이 사건 법률조항의 적용을 받아 최소 6년 이상의 징역형에 처해지는 경우가 발생할 수 있다는 점에서 하나의 행위에 대하여 상습범가중과 누범가중이 중복적으로 이루어지는 측면도 있다. 그러나 누범은 이전에 처벌을 받은 자가 그 후에 다시 죄를 범한 경우를 의미하므로 전과 없는 경우에도 상습성을 인정할 수 있는 상습범과는 구별되어야 한다. 즉 누범에서는 반복된 범죄행위가 문제되는데 반해 상습범에서는 반복된 범죄에 나타나 있는 일정한 ‘범죄에의 경향’이 문제되는 것인바, 누범을 가중처벌하는 이유는 전판결의 경고기능을 무시하고 범죄추진력을 강화하여 다시 범죄를 저지름으로써 행위책임에 대한 비난가능성이 가중되기 때문이고 상습범을 가중처벌하는 이유는 상습범에게는 범죄행위를 반복하여 저지르는 범죄의 습벽이 있어 그러하지 아니한 사람에 비하여 반사회적 위험성이 크고 그만큼 그 행위자에 대한 비난가능성이 증대되기 때문이어서 가중의 근거가 각각 다르므로 하나의 행위에 대하여 상습범 가중에 더하여 다시 누범 가중한다는 것만으로 반드시 책임의 범위를 벗어난 지나치게 과중한 형벌이 되는 것은 아니다.

또한 법관의 양형재량과 관련하여서도, 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞은 적절한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하나 입법자가 법정형을 정함에 있어 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 법률에서 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 한들, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간에 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 이러한 법률을 위헌이라고 볼 수 없다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바68, 판례집 14-2, 500, 512-513). 이 사건 법률조항은 형의 단기, 즉 하한을 2배 가중하도록 규정되어 있다는 점에서 구체적 사안에서 법관의 양형을 제한하는 면이 없지 않으나, 이 사건 법률조항의 입법목적, 이 사건 법률조항에 해당하는 상습절도범에 대한 고도의 사회적 비난가능성 등을 종합적으로 고려할 때 이

판례집 20-2(하)

사건 법률조항이 법관의 양형재량을 지나치게 과도하게 제한하고 있는 것이라 할 수 없다. 또한 법관이 이 사건 법률조항에 해당할 경우 집행유예의 선고를 할 수 없는 이유는 이 사건 법률조항이 정한 요건이 형법 제62조 단서에서 정한 집행유예결격 사유에 해당하기 때문이지 이 사건 법률조항에서 정한 법정형의 하한이 너무 높아 집행유예를 선고할 수 없는 것은 아니므로 법관으로 하여금 작량감경을 하더라도 집행유예를 선고할 수 없도록 법정형의 하한을 높게 설정한 경우와 같이 볼 것은 아니다.

(3) 소 결

그러므로 이상의 점을 종합적으로 고려할 때 위와 같은 입법자의 조치는 합리적 이유가 있다고 인정되고 이러한 입법자의 결단이 입법재량의 한계를 벗어나 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙에 위배되지는 않는다 할 것이다.

라. 형벌체계상 균형 상실 여부

(1) 청구인은 이 사건 법률조항의 법정형의 단기는 강도죄와 강간죄의 법정형이 3년 이상의 유기징역이고, 살인죄의 법정형이 5년 이상의 유기징역 또는 사형, 무기임을 고려할 때 죄질이 더 무거운 이들 죄의 그것보다 높으므로 이 사건 법률조항은 형벌체계상의 균형을 상실한 것이라고 주장한다.

(2) 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없다. 그러므로, 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일 선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 그 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중 여부를 판정하여서는 아니 된다(헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 545; 헌재 1997. 3. 27. 95헌바50, 판례집 9-1, 290, 298-299). 또한 법정형의 하한도 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 입법자가 그 재량으로 결정할 사항이며, 범죄의 경중과 법정형 하한의 경중이 언제나 반드시 정비례하는 것은 아니고 당해 범죄의 죄질 및 성격에 따라 다르다 할 것인바, 이는 우선 우리 형법상의 이른바 개인적 법익을 침해하는 죄에 관한 규정들만 보더라도 살인죄보다는 죄질이 가볍다고 볼 수 있는 죄인데도 그 법정형의 하한은 살인죄의 그것보다 높게 규정한 것이 흔히 있는데(예컨대, 제339조의 강도강간죄, 제340조 제2항의 해상강도상해죄, 제341조의 상습강도죄 등의 법정형은

헌재 2008. 11. 27. 2006헌바94, 2007헌바19(병합)

모두 “무기 또는 10년 이상의 징역”이고, 제337조의 강도상해죄, 제340조 제1항의 해상강도죄 등의 법정형은 모두 “무기 또는 7년 이상의 징역”이다) 위 형법규정들이 모두 형벌체계상의 균형을 잃은 것으로서 위헌이라고 단정할 수 없다는 점에서도 분명하다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 551).

(3) 살피건대, 이 사건 법률조항은 특가법상 상습절도죄로 2회 이상 실형을 선고받고 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 다시 특가법 제5조의4 제1항의 상습절도죄를 범한 경우에만 적용되도록 그 요건을 엄격히 규정하고 있는바, 이러한 경우는 특가법상 상습절도죄로 인한 2회 이상의 실형이라는 전판결의 경고작용에 비추어 볼 때 행위자에 대한 중대한 책임비난이 가능한 경우라고 판단되고, 특히 절도의 경우 1, 2회의 범행만으로는 상습절도로 인정되기 힘들고 더욱이 범행의 반복 등으로 인하여 상습성이 인정된다 하더라도 바로 실형을 선고받는 예는 드물며 대개 2회 이상 실형을 선고받을 정도가 되려면 상당한 횟수의 범행반복, 짧은 기간 내의 재범, 범행 수법 및 법익 침해의 중대성 등이 요구된다. 이 사건 법률조항은 전범과 후범으로 모두 특가법상 상습절도죄를 요건으로 하고 있는 점, 법정형에 “사형”이 없는 점 등을 종합적으로 고려한다면, 단 1회의 범행의 경우도 적용이 가능한 살인·강도·강간의 위 법정형에 비하여 그 법정형의 하한이 더 높다는 이유만으로 이 사건 법률조항이 형벌체계상 균형을 잃은 것이라 단정할 수는 없다.

#### (4) 소 결

그러므로 이 사건 법률조항의 법정형의 하한이 살인·강도·강간죄의 그것보다 높다는 이유만으로 형벌체계상 균형을 상실한 것이라 볼 수 없다.

#### 마. 일사부재리의 원칙 위배 여부(2007헌바19)

청구인 박○자는 이 사건 법률조항이 특가법상 상습절도로 처벌받은 경력이 있다는 이유만으로 형을 가중하여 처벌하므로 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리원칙에도 위반된다고 주장한다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 누범을 가중 처벌하는 이유는 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기망의 경고를 무시하고 범죄추진력을 강화하여 다시 범행을 저질렀다는 점에서 비난가능성이 높기 때문이지 전범에 대하여 처벌을 받았음에도 다시 범행을 하는 경우에 전범도 후범과 일괄하여 다시 처벌한다는 것은 아님이 명백하다. 더욱이 이 사건 법률조항은 전범과 후범 사이에 범죄행위의 실질적 관련성을 요구하고, 특가법 제5조의4 제1항 또는 제2항

판례집 20-2(하)

의 죄로 인한 2회 이상의 실형의 전 판결을 요구함으로써 전판결의 경고기능을 실질화하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항은 전범 자체가 심판의 대상으로 되어 다시 처벌받기 때문에 형이 가중되는 것은 아니라 할 것이므로 헌법상 일사부재리의 원칙에 위배하여 위 청구인의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 234-235 참조).

바. 청구인 박○자의 나머지 주장에 대한 판단(2007헌바19)

청구인 박○자는 이 사건 법률조항은 동 조항이 신설되기 전의 실형 전력을 기초로 후범을 중하게 처벌하므로 헌법 제13조 제1항 전단이 규정한 형벌 불소급의 원칙에 반한다고 주장하나, 형벌불소급의 원칙이란 형벌법규는 그 시행 이후에 이루어진 행위에 대하여만 적용되고 시행 이전의 행위에까지 소급하여 적용될 수 없다는 원칙으로 이 사건 법률조항이 처벌대상으로 삼고 있는 것은 이미 처벌받은 전범이 아니고 후범임이 명백하므로 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견에 의하여 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 관세법 제269조 제3항 제2호 위헌소원

(2008. 11. 27. 2007헌바11 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 반송신고한 물품과 다른 물품을 반송하는 행위(밀반송행위)를 처벌하는 규정인 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제269조 제3항 제2호 소정의 “반송”의 의미와 그 적용범위가 명확하지 아니하여 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)

2. 구 관세법 제276조 제1항 제4호 소정의 허위반송신고죄가 사실상 밀반송죄의 미수범에 해당함에도 밀반송죄에 대하여 별도의 미수범 처벌규정을 둠으로써 처벌규정이 병존하여 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 구 관세법 제269조 제3항 제2호가 단순한 행정절차 위반 정도에 그치는 위법행위와 마약 등 반송금지 물품이 다른 물품으로 위장되어 은밀하게 국가 간에 이동되는 경우와 같은 위법행위 사이에 아무런 구별을 두지 아니하고 단일한 법정형을 정하고 있을 뿐만 아니라, 허위반송신고죄는 벌금형만으로 처벌하면서 밀반송죄는 반송행위가 추가되었을 뿐임에도 징역형으로 처벌할 수 있어 책임과 형벌간의 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. “반송”의 정의규정에 대한 입법경과를 살펴보면 반송의 의미가 달라지지 않은 것으로 판단되는바, 현행 관세법에서는 「“반송”이란 국내에 도착한 외국물품이 수입통관절차를 거치지 아니하고 다시 외국으로 반출되는 것을 말한다」고 규정하고 있는 점, 통관은 화물의 이동경로에 따라 외국물품이 우리나라의 관세영역에 도착하는 경우 내국물품의 지위를 얻어 국내로 반입되는 수입통관, 외국물품 상태로 그대로 반출되는 반송통관 및 내국물품이 우리나라의 관세영역을 벗어나는 경우 외국물품의 지위를 얻어 반출되는 수출통관으로 대별

되는데 이러한 일체의 통관에 대한 신고가 성실하게 되어야만 통관 행정이 제대로 실현되어 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부가 확인될 수 있다는 점, 청구인들의 주장과 같이 “반송”을 원재료를 보냈던 화주에게 당해 물품을 보내는 경우로 한정하면 구 관세법에서 보세공장제도, 보세전시장제도 등을 두고 있는 취지에 어긋나게 된다는 점 등을 종합하면, “반송”은 법률적용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

2. 밀반송죄와 허위반송신고죄는 모두 신고 당시 보세구역에 장치되어 있는 물품을 기준으로 허위신고 여부를 판단하나, 전자는 반송 신고물품이 반송물품과 동일성이 인정되지 않는 경우에만 성립하는 반면 후자는 반송신고물품과 반송물품이 다르면 성립하고, 전자는 밀수품이 반송되는 부정적인 결과가 발생하거나 반송될 위험을 증대시켜 후자보다 불법성이 크므로, 양자는 그 성립요건과 불법의 정도를 달리한다는 점에서 동일한 구성요건에 대한 처벌조항 병존으로 인한 명확성의 원칙 위배 여부의 문제는 발생하지 않는다.

3. 밀반송죄가 반송물품의 성격이나 반송의도를 구별함이 없이 모든 밀반송행위에 대하여 동일한 법정형을 규정하고 있으나 이를 구별하여서는 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인하고자 하는 통관행정의 목적을 달성하기 어렵고, 허위 반송신고죄와는 달리 밀반송죄의 법정형에 징역형이 추가되어 있더라도 양자는 그 성립요건과 불법의 정도를 달리하므로 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 반하지 않는다.

### 【심판대상조문】

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제269조(밀수출입죄) ①~② 생략

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 생략
2. 제241조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수출물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자

**【참조조문】**

헌법 제12조, 제13조

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “수입”이라 함은 외국물품을 우리나라에 반입(보세구역을 경유하는 것은 보세구역으로부터 반입하는 것을 말한다)하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것(우리나라의 운송수단안에서의 소비 또는 사용을 포함하며, 제239조 각 호의 1에 해당하는 소비 또는 사용을 제외한다)을 말한다.

2. “수출”이라 함은 내국물품을 외국으로 반출하는 것을 말한다.

3. “외국물품”이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 물품을 말한다.

가. 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품(외국의 선박 등에 의하여 공해에서 채집 또는 포획된 수산물 등을 포함한다)으로서 제241조 제1항의 규정에 의한 수입의 신고(이하 “수입신고”라 한다)가 수리되기 전의 것

나. 제241조 제1항의 규정에 의한 수출의 신고(이하 “수출신고”라 한다)가 수리된 물품

4.~ 14. 생략

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제154조(보세구역의 종류) 보세구역은 지정보세구역·특허보세구역 및 종합보세구역으로 구분하고, 지정보세구역은 지정장치장 및 세관검사장으로 구분하며, 특허보세구역은 보세창고·보세공장·보세전시장·보세건설장 및 보세판매장으로 구분한다

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제156조(보세구역 외 장치의 허가) ① 제155조 제1항 제2호에 해당하는 물품을 보세구역이 아닌 장소에 장치하고자 하는 자는 세관장의 허가를 받아야 한다.

② 세관장은 외국물품에 대하여 제1항의 허가를 하고자 하는 때에는 그 물품의 관세에 상당하는 담보의 제공, 필요한 시설의 설치 등을 명할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자는 재정경제부령이 정하는 금액·방법 등에 의하여 수수료를 납부하여야 한다.

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제241조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 하는 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

②~⑥ 생략

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제243조(신고의 요건) ① 생략

② 제241조 제1항의 규정에 의한 수입의 신고는 당해 물품을 적재한 선박 또는 항공기가 입항된 후에 한하여 이를 할 수 있다.

③ 생략

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호

판례집 20-2(하)

로 개정되기 전의 것) 제246조(물품의 검사) ① 세관공무원은 수출·수입 또는 반송하고자 하는 물품에 대하여 검사를 할 수 있다.

②~③ 생략

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제248조(신고의 수리) ① 세관장은 제241조 또는 제244조의 규정에 의한 신고가 이 법의 규정에 적합하게 이루어진 때에는 이를 지체없이 수리하고 신고인에게 신고필증을 교부하여야 한다. 다만, 제327조 제1항의 규정에 의하여 전산처리설비를 이용하여 신고를 수리하는 경우에는 관세청장이 정하는 바에 따라 신고인이 직접 전산처리설비를 이용하여 신고필증을 교부받을 수 있다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 신고수리전에는 운송수단·관세통로·하역통로 또는 이 법에 규정된 장치장소로부터 신고된 물품을 반출하여서는 아니된다.

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제271조(미수범 등) ① 생략

② 제268조의2·제269조 및 제270조의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제276조(허위신고죄 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 물품원가 또는 2천만 원중 높은 금액 이하의 벌금에 처한다.

1.~3. 생략

4. 제241조 또는 제244조의 규정에 의한 신고를 함에 있어서 제241조 제1항에 규정된 사항을 신고하지 아니하거나 허위신고를 한 자

5. 생략

②~③ 생략

관세법(2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~2. 생략

2의2. “반송”이란 국내에 도착한 외국물품이 수입통관절차를 거치지 아니하고 다시 외국으로 반출되는 것을 말한다.

3.~14. 생략

대외무역법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “무역”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것(이하 “물품등”이라 한다)의 수출과 수입을 말한다.

가. 물품

나. 대통령령으로 정하는 용역

다. 대통령령으로 정하는 전자적 형태의 무체물(무체물)

헌재 2008. 11. 27. 2007헌마11

2.~3. 생략

반송절차에 관한 고시(2002. 11. 14. 관세청 고시 제95-926호) 제2조(용어의 정의) 이 고  
사에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “반송”이란 외국물품(수출신고수리물품제외)을 외국으로 반출하는 것을 말한다.
- 2.~10. 생략

### 【참조판례】

1. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823  
헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748  
헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260  
헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 194-195  
헌재 2004. 11. 25. 2003헌바104, 판례집 16-2하, 355, 368  
대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도1131 판결
2. 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004도1564 판결  
대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도1131 판결
3. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229  
헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 629  
헌재 2007. 5. 31. 2005헌바108, 공보 128, 574, 575

### 【당 사 자】

- 청 구 인 1. 박○준  
2. 김○호

청구인들 대리인 변호사 한상호 외 3인

당해사건 서울고등법원 2006노1055 특정범죄가중처벌등에관한법률위반  
(관세) 등

### 【주 문】

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제269조 제3항 제2호 중 “반송” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상  
가. 사건의 개요

판례집 20-2(하)

(1) 청구인 박○준은 ○○오일 주식회사(이하 ‘○○오일’이라 한다)의 대표이사이고, 청구인 김○호는 ○○오일의 국제팀 과장으로 근무하는 자이며, ○○오일은 석유수출입회사로서 정유회사와 달리 자동차 휘발유·등유·경유 등의 석유완제품만을 수입·판매할 수 있다.

(2) 그런데 환경부가 2000. 1월경 자동차용 휘발유의 품질기준 중 엠티비이(MTBE : Methyl Tertiary Butyl Ether, 옥탄가 및 산소함량을 증가시켜 주는 산소계화합물)의 함유량만으로 측정되는 산소함유량의 하한선을 상향조정하면서, ○○오일은 대만 등지에서는 엠티비이를, 일본 등지에서는 무산소 휘발유를 각 수입하여 이를 적절한 배합비율로 혼합하여 국내 품질기준에 적합한 자동차용 휘발유를 제조하여 판매하기로 하였다.

(3) 청구인들은 정유회사가 아닌 ○○오일이 자동차용 휘발유에 엠티비이를 혼합하는 행위가 유사석유제품 제조행위에 해당하여 석유사업법에 위반되지 않을까 염려한 나머지 자동차용 휘발유에 엠티비이를 혼합한다는 사실을 숨기기 위하여 엠티비이를 대만 등지에서 들여오면서 세관통관을 위하여 해상화물중개업자 등으로부터 엠티비이를 “UNLEADED MOGAS”로 허위 기재한 선하증권사본, 송품장사본 등을 받은 다음 보세창고에 반입하면서 “MOTOR GASOLINE”으로 신고하였다.

(4) 청구인들은 이렇게 반입한 엠티비이를 2000. 8. 24.부터 2002. 7. 26.까지 13회에 걸쳐 세관장의 허가를 받지 아니하고 보세창고에 장치된 휘발유, 나프타 등 성질이 다른 보세화물과 혼합하여 국내 품질기준에 적합한 휘발유를 제조한 후 위와 같이 허위 기재한 선하증권사본, 송품장 사본 등을 첨부하여 “MOTOR GASOLINE”으로 수입신고를 마치고 국내로 반입하였다.

(5) 한편, 청구인들은 2001. 7월경부터 가솔린 혼합 산화연료를 일본시장으로 수입하는 회사인 가이아에너지 주식회사(Gaia Energy Inc., 이하 ‘가이아에너지’라 한다)에게 모터가솔린, 엠티비이, 이소프로필알코올, 이소부틸알코올을 혼합하여 만들어지는 자동차용 휘발유의 일종인 오민(OMIN : Oily Mixture Including Naphtha)을 제조하여 수출하게 되었는데, 가이아에너지는 타이거오일에게 각 물질의 혼합비율과 혼합제조법을 제시하고 타이거오일의 항만시설에서 혼합하도록 요구하였다.

(6) 이에 청구인들은 울산에서 이소프로필알코올과 이소부틸알코올을 선적하고 온 선박이 평택항 4부두에 접안하게 되면, 보세창고의 엠티비이와 모터가솔린이 저장된 탱크와 위 각 알코올이 선적된 유조선의 탱크를 파이프라인

으로 연결한 후, 먼저 엠티비 전용탱크에서 특정량의 엠티비를 선적하고 모터가솔린 전용탱크에서 정해진 양의 모터가솔린을 선적함으로써 같은 탱크에 선적된 이소프로필알코올, 이소부틸알코올, 엠티비, 모터가솔린이 혼합되어 제조된 오민을 가이아에너지에 수출하면서 평택세관에 엠티비를 “MOTOR GASOLINE”으로 반송신고하였다.

(7) 검사는 청구인들이 공모하여, 위 (6)항 기재 사실과 관련하여 반송물품과 다른 물품으로 반송신고하였다는 공소사실로 청구인들을 기소하였다.

(8) 서울지방법원은 2003. 7. 30. 선고된 2003고합252 판결에서 위 공소사실에 대하여 유죄판결을 선고하면서, 위 공소사실과 관련하여 반송신고를 함에 있어서는 신고 당시를 기준으로 하여 보세구역에 장치된 물품의 원형과 성상 그대로 신고를 하여야 한다고 판시하였다. 청구인들은 위 유죄판결에 대하여 항소를 제기하였고, 서울고등법원은 2004. 1. 28. 선고된 2003노2123 판결에서 반송신고한 물품과 반송한 물품이 다른 것인지 여부는 신고자가 실제로 외국으로 반송하는 물품이 무엇인지를 기준으로 하여야 한다는 취지로 판시하면서 위 유죄판결을 파기하고 무죄판결을 선고하였다. 이에 검사가 위 무죄판결에 대하여 상고를 제기하였고, 대법원은 2006. 5. 25. 선고된 2004도1133 판결에서 물품을 반송하고자 할 때에는 반송신고 당시 보세구역에 장치되어 있는 물품의 현상 그대로 신고하여야 한다는 취지로 판시하면서 위 무죄판결을 파기하고 이 사건을 서울고등법원으로 환송하였다.

(9) 청구인들은 환송 후 항소심인 서울고등법원에 반송신고를 하지 않고 물품을 반송하는 경우의 처벌규정인 구 관세법 제269조 제3항 제1호와 반송신고한 물품과 다른 물품을 반송한 경우의 처벌규정인 같은 항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였으나, 서울고등법원은 2006. 12. 29. 구 관세법 제269조 제3항 제1호에 대한 부분은 재판의 전제성이 없다는 이유로 각하하고, 같은 항 제2호에 대한 부분은 위헌성이 없다는 이유로 기각하면서(2006초기509 결정), 유죄판결을 선고하였다. 이에 청구인들은 2007. 1. 3. 대법원에 상고를 제기하는 한편, 같은 달 30. 구 관세법 제269조 제3항 제2호에 대하여 헌법소원심판청구를 하였다.

#### 나. 심판의 대상

청구인들이 주장하는 심판의 대상은 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제269조 제3항 제2호이나, 청구인들의 주장을 고려해 볼 때 동 조항 중 “반송” 부

판례집 20-2(하)

분의 위헌 여부만이 이 사건 심판대상(밀줄 친 부분으로 이하 ‘이 사건 심판대상규정’이라 한다)이 된다고 할 것이다. 이 사건 심판대상규정의 내용은 다음과 같다.

[심판대상규정]

관세법 (2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것) 제269조(밀수출입죄) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

2. 제241조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수출물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자

다. 관련규정

[별지 1] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

[별지 2] 기재와 같다.

3. 이 사건의 쟁점

가. 먼저 이 사건 심판대상규정에서 규율하고 있는 밀반송죄의 구성요건 중 첫째, “반송”의 의미와 그 적용범위가 명확하지 아니하여 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙에 반하는지 여부, 둘째 “다른 물품”에 대한 판단기준과 허위반송신고를 한 자를 처벌하는 구 관세법 제276조 제1항 제4호 소정의 허위반송신고죄의 구성요건인 허위신고에 대한 판단기준이 동일하여, 허위반송신고죄는 사실상 밀반송죄의 미수범에 해당함에도 밀반송죄에 대하여 별도의 미수범 처벌규정을 둬으로써 처벌규정이 병존하여 수범자로 하여금 어떠한 규정에 의하여 처벌될 것인지를 예측할 수 없게 하여 명확성의 원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

나. 다음으로 이 사건 심판대상규정은 이 사건과 같은 단순한 행정절차 위반 정도에 그치는 위법행위와 마약 등 반송금지 물품이 다른 물품으로 위장되어 은밀하게 국가간에 이동되는 경우와 같은 위법행위 사이에 아무런 구별을 두지 아니하고 단일한 범정형을 정하고 있을 뿐만 아니라, 밀반송죄의 구성요건인 “다른 물품”에 대한 판단기준과 허위반송신고죄의 구성요건인 허위신고에 대한 판단기준이 동일하다고 보는 경우, 사실상 밀반송죄의 미수범인 허위반송신고죄는 벌금형만으로 처벌하면서 밀반송죄는 반송행위가 추가되었을 뿐임에도 징역형으로 처벌할 수 있어 책임과 형벌간의 평등의 원칙 및

비례의 원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

#### 4. “반송”의 명확성의 원칙 위배 여부

##### 가. 죄형법정주의와 명확성의 원칙

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다. 그러나 구성요건이 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석이 필요하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 적용대상자와 금지되는 행위를 충분히 알 수 있도록 규정하고 있거나(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260 ; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748 참조), 어느 정도의 포괄적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하더라도 당해 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석 등을 통해 법률적용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있다면 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 194-195 ; 헌재 2004. 11. 25. 2003헌바104, 판례집 16-2하, 355, 368 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건 심판대상규정 소정의 “반송”의 의미와 적용범위가 불명확한지 여부를 판명하려면, 반송 규제제도의 입법목적과 반송의 정의규정의 입법경과, 관세법의 다른 규정들과의 체계조화적 해석을 통하여 법률적용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 반송의 의미가 구체화될 수 있는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

##### 나. 명확성의 원칙 위배 여부

###### (1) 반송 규제제도의 입법목적

화물의 국제 간 이동 시에는 국가마다 여러 가지 규제를 가하는데, 이러한 규제는 세관이란 관문을 통하여 실현되는바, 이와 같이 화물이 국경(관세영역 또는 관세선)을 넘어갈 때 세관을 통과하는 것을 통관이라 한다. 그리고 이러한 통관은 화물의 이동경로에 따라 수입통관, 수출통관 및 반송통관으로 구분된다. 그리하여 외국물품이 우리나라의 관세영역에 도착한 경우에는 세관의 여러 가지 절차를 거친 후 내국물품의 지위를 얻어 국내로 반입되는 경우와 외국물품 상태 그대로 반출되는 경우가 있을 수 있는데, 전자의 경우의

판례집 20-2(하)

통관을 수입통관이라 하고 후자의 경우의 통관을 반송통관이라 한다. 그리고 내국물품이 우리나라의 관세영역을 벗어나게 되는 경우에도 세관의 여러 가지 절차를 거쳐 외국물품의 지위를 얻어 반출되는데 이 경우의 통관을 수출통관이라 한다. 이에따라 구 관세법 제9장에서도 통관을 이와 같이 세 가지로 분류하는 진제하에 통관제도에 대하여 규율하고 있으며, 특히 이 사건과 관련 되는 반송통관의 절차는 반송신고, 물품검사, 반송신고수리, 선적절차로 이루어져 있다.

구 관세법 제241조 제1항에서 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 할 때 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 세관장에게 신고하도록 하는 규정을 둔 취지는, 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인하고자 하는데 있는 것인바(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도1133 판결), 앞에서 살펴본 반송통관 절차에서 확인할 수 있는 바와 같이 반송신고가 성실하게 되어야만 반송통관행정이 제대로 실현되어 이러한 목적이 달성될 수 있다.

(2) “반송”의 정의규정의 입법경과

그런데 구 관세법은 제2조의 정의 규정에서 통관의 세 가지 유형 중 수입과 수출에 대하여는 정의 규정을 두고 있음에도 반송에 대하여는 아무런 정의 규정을 두지 않고 있으며, 같은 법 시행령이나 시행규칙에서도 그 개념을 정의하고 있지 않고, 관세법 규정에 따른 반송물품의 통관관리에 관한 처리지침을 구체화하고 있는 관세청 고시인 ‘반송절차에 관한 고시’ 제2조 제1호에서 비로소 「“반송”이란 외국물품(수출신고수리물품 제외)을 외국으로 반출하는 것을 말한다」고 규정하고 있다. 한편 구 관세법 개정 전에는 밀반송죄에 해당하는 반송을 返送이라고 적고 있었고, 구 관세법은 한자를 한글로 고쳤을 뿐 다른 개정이유가 없었으므로, 개정 전후에 있어 반송의 의미가 달라지지는 않은 것으로 판단된다. 그리고 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정된 관세법 제2조 제2의2호에서는 「“반송”이란 국내에 도착한 외국물품이 수입통관절차를 거치지 아니하고 다시 외국으로 반출되는 것을 말한다」고 규정하고 있는데, 외국물품이 수입통관절차를 거치지 않으면 외국물품으로서의 지위를 그대로 갖고 있게 된다는 점에서 위 규정 소정의 반송이란 국내에 도착한 외국물품이 다시 외국으로 반출되는 것을 뜻하게 되므로, 위 고시 소정의 반송에 관한 정의 규정과 그 의미가 동일한 것으로 보인다.

(3) 구 관세법의 다른 규정들과의 체계조화적 해석

구 관세법은 외국물품이 수입통관미필상태로 반입될 수 있는 구역인 보세 구역을 지정보세구역·특허보세구역 및 종합보세구역으로 구분하고 있고(구 관세법 제154조), 그 중 특허보세구역의 하나인 보세공장은 원래 외국으로부터 원재료를 가지고 와서 이를 보세상태로 공장에 반입하여 가공·제조한 것을 다시 수출함으로써 가공무역을 진흥하고자 하는 데서 발생한 제도인바, 이러한 보세공장에서 외국으로부터 반입된 원재료로 제조·가공한 물품을 다시 외국으로 반출하는 경우, 대외무역법상으로는 수출에 해당하나(제2조 제1호 참조), 당해 물품은 내국물품이 아니므로 내국물품을 외국물품화하여 외국으로 반출하는 경우에 적용되는 구 관세법 제2조 제2호 소정의 수출의 대상이 될 수는 없다는 점에서, 반송통관절차를 거치게 함으로써 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인할 필요가 있다. 그런데 이 경우에 만일 반송을 원재료를 보냈던 화주에게 당해 물품을 보내는 경우로 한정한다면 보세공장 제도를 마련한 취지에 어긋날 뿐만 아니라 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인하고자 하는 반송통관제도의 목적을 실효성 있게 실현할 수 없게 될 것이다.

또한 특허보세구역 중 보세전시장은 국제적인 문화교류가 활성화되고 국제 거러가 발전하면서 각종 국제적 규모의 박람회·전람회·견품시 등이 빈번히 개최됨에 따라 우리나라에서 개최되는 국제적인 박람회 등의 개최에 편의를 제공함으로써 무역진흥과 문화향상을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 제도인바, 우리나라에서 개최되는 박람회 등을 위하여 보세전시장에 반입되어 전시종료후 외국으로 반출되는 물품의 경우 내국물품이 아니라는 점에서 구 관세법 제2조 제2호 소정의 수출의 대상이 아닐 뿐만 아니라, 오늘날 전세계적인 순회 박람회 등이 빈번하다는 점을 감안하여 보면 반송의 의미를 원래 그 물품을 보냈던 화주에게 도로 돌려보내는 경우로 해석할 경우 그 이외의 경우에는 통관절차를 전혀 거칠 필요가 없게 되어 관세행정에 중대한 공백이 발생하게 되는 불합리한 결과를 초래하게 된다.

그리고 이러한 결과는 해외에서 위탁가공 후 보세구역에 반입된 물품으로서 수출할 목적으로 다시 외국으로 반출하는 경우에 반송의 의미를 원래 그 물품을 보냈던 화주에게 도로 돌려보내는 것으로 한정할 때에도 마찬가지로 발생한다.

따라서 구 관세법의 다른 규정과의 체계조화적 해석을 통하여서도 밀반송죄의 구성요건으로서의 반송은 외국물품을 외국으로 반출하는 것으로서 그

판례집 20-2(하)

물품을 보냈던 화주에게 도로 돌려보내는 것에 한정되지 않는다.

또한 반송의 적용대상도 구 관세법 제2조 제3호 가목, 제243조 제2항에 의하면, 외국으로부터 들여와 관세법에 규정된 장치장소, 즉 보세구역 또는 구 관세법 제156조에 따라 허가를 받은 장소에 있는 물품으로서 수입신고가 수리되기 전인 외국물품을 반송하는 경우로 한정됨이 명백하다.

(4) 소결론

이상의 점을 종합하면 보면 이 사건 심판대상규정 소정의 “반송”은 법률적 용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있는 것으로 판단되므로 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

5. 동일한 구성요건에 대한 처벌조항 병존 여부

구 관세법 제241조 제1항이 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 할 때 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 세관장에게 신고하도록 규정한 취지는, 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인하고자 하는 데 있는 것으로서, 관세법상 반송신고는 당해 물품이 관세법에 규정된 장치장소, 즉 보세구역에 있는 경우에 한하여 할 수 있고(구 관세법 제243조 제2항), 반송신고를 받은 세관공무원은 신고된 물품과 현품이 일치하는지 여부를 확인하기 위하여 관세법이 정하고 있는 장치장소인 보세구역에서 반송신고물품을 검사할 수 있으며(구 관세법 제246조 제1항), 반송신고를 한자는 반송신고가 관세법의 규정에 따라 적법하고 정당하게 이루어져 신고를 수리한다는 신고필증을 교부받은 후에야 관세법에 규정된 장치장소인 보세구역으로부터 신고된 물품을 반출할 수 있는 점(구 관세법 제248조 제1항, 제3항)과 앞서 본 바와 같이 구 관세법의 해석상 반송이란 외국으로부터 우리나라 보세구역에 들어온 물품을 수입하지 아니하고 외국으로 보내는 것을 의미한다는 점 등을 종합하여 보면, 물품을 반송하고자 할 때에는 반송신고 당시 보세구역에 장치되어 있는 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 현상 그대로 신고하여야 하는 것으로 해석하여야 할 것이다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도1133 판결).

그런데 이와 같이 해석할 경우 허위반송신고죄 역시 신고 당시 보세구역에 장치되어 있는 물품을 기준으로 허위신고인지 여부를 판단하므로, 밀반송죄와 반송허위신고죄의 관계가 문제된다.

살피건대, 이 사건 심판대상규정 소정의 “다른 물품”이라 함은 반송신고서에 의하여 신고한 바로 그 물품 이외의 모든 물품을 의미하는 것이 아니고,

반송신고한 물품 또는 그와 동일성이 인정되는 물품을 제외한 모든 물품을 의미하는 것으로 보아야 하기 때문에(대법원 2006. 1. 27. 선고 2004도1564 판결 참조) 당해 반송물품이 반송신고한 바로 그 물품이 아니더라도 반송신고한 물품과 동일성이 인정되는 경우에는 밀반송죄가 성립하지 않는 반면, 허위 신고죄는 주요사항을 허위로 신고하는 경우에 성립하던 종전과는 달리 구 관세법 제241조 제1항에 규정된 사항의 중요성 여부를 따지지 아니하고 어느 것이나 허위로 신고하면 성립한다는 점에서 밀반송죄와 허위반송신고죄는 각 그 성립요건에 차이가 있을 뿐만 아니라, 당해 반송물품이 반송신고한 바로 그 물품이 아니거나 그와 동일성이 인정되는 물품이 아닌 경우에는 밀반송죄와 허위반송신고죄에 모두 해당되지만, 실제로 반송행위를 함으로써 밀수품이 반송되는 부정적인 결과가 발생한 경우에는 단순히 허위신고에 그친 경우보다 그 불법성이 더 크다는 점에서 더 무거운 법정형을 규정하고 있는 밀반송죄만이 상상적 경합의 예에 따라 성립하며, 또한 밀반송죄의 미수범은 기수범과 같은 법정형으로 처벌하는바(구 관세법 제271조 제2항), 밀반송 미수에 그친 자 역시 밀수품이 반송될 위협을 증대시켜 단순히 허위신고를 한 자보다 그 불법성이 크다는 점에서 이 경우에도 역시 상상적 경합의 예에 따라 밀반송죄의 미수범만이 성립한다고 할 것이다.

따라서 밀반송죄와 허위반송신고죄는 각 그 성립요건에 차이가 있을 뿐만 아니라 그 불법의 정도를 달리 한다는 점에서 전혀 별개의 죄라 할 것이므로, 허위반송신고죄가 사실상 밀반송죄의 미수범에 해당하여 양자간에 차이가 없음을 전제로 한 청구인들의 주장은 더 나아가 살필 필요없이 이유 없다.

#### 6. 평등의 원칙 및 비례의 원칙 위배 여부

범죄에 대한 법정형의 종류와 범위의 선택 문제는 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 이탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다(헌재 1992. 4. 28. 90헌

판례집 20-2(하)

바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 629; 헌재 2007. 5. 31. 2005헌바108, 공보 128, 574, 575).

앞서 살펴본 바와 같이 구 관세법 제241조 제1항에서 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 할 때 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 세관장에게 신고하도록 하는 규정을 둔 취지는, 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인하고자 하는데 있다. 따라서 수출입 또는 반송신고한 물품과 다른 물품을 수출입 또는 반송하는 행위를 처벌하는 이유는 통관절차의 이행을 강제함으로써 이와 같은 관세행정상의 목적을 달성하기 위한 것이다. 그런데 마약 등과 같이 반송이 금지되는 물건이 다른 품목으로 위장되어 은밀하게 국가 간에 이동되는 경우나 관세포탈의 목적으로 밀수출이 이루어지는 경우에만 신고한 물품과 다른 물품을 수출입 또는 반송하는 행위를 처벌하여서는 이러한 목적을 달성하기가 어렵다. 그리하여 입법자는 수출입신고 또는 반송신고한 물품과 다른 물품을 수출입하거나 반송한 경우 그 물품의 성격이나 수출입 또는 반송의 의도가 무엇인지를 구별함이 없이 처벌함으로써 통관절차를 제대로 이행하도록 심리적 압박을 가하여 장래의 통관절차 의무이행을 확보하려 한 것으로 판단된다. 또한 앞서 본 바와 같이 밀반송죄와 허위반송신고죄는 각 그 성립요건에 차이가 있을 뿐만 아니라 불법에 있어서도 그 정도를 달리한다. 따라서 이 사건 심판대상규정 소정의 밀반송죄에 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 이탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 것으로 보이지는 않는다.

### 7. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 김희욱 김중대 민형기 이동흡  
 목영준 송두환

[별지 1] 관련규정

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

1. “수입”이라 함은 외국물품을 우리나라에 반입(보세구역을 경유하는 것은 보세구역으로부터 반입하는 것을 말한다)하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것(우리나라의 운송수단 안에서의 소비 또는 사용을 포함하며, 제239조 각 호의 1에 해당하는 소비 또는 사용을 제외한다)을 말한다.

2. “수출”이라 함은 내국물품을 외국으로 반출하는 것을 말한다.

3. “외국물품”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 물품을 말한다.

가. 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품(외국의 선박 등에 의하여 공해에서 채집 또는 포획된 수산물 등을 포함한다)으로서 제241조 제1항의 규정에 의한 수입의 신고(이하 “수입신고”라 한다)가 수리되기 전의 것

나. 생략

4.~14. 생략

제241조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 하는 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

②~⑤ 생략

제243조(신고의 요건) ① 생략

② 제241조 제1항의 규정에 의한 반송의 신고는 당해 물품이 이 법에 규정된 장치장소에 있는 경우에 한하여 이를 할 수 있다.

제246조(물품의 검사) ① 세관공무원은 수출·수입 또는 반송하고자 하는 물품에 대하여 검사를 할 수 있다.

②~③ 생략

제248조(신고의 수리) ① 세관장은 제241조 또는 제244조의 규정에 의한 신고가 이 법의 규정에 적합하게 이루어진 때에는 이를 지체없이 수리하고 신고인에게 신고필증을 교부하여야 한다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 신고수리 전에는 운송수단·관세통로·하역통로 또는 이 법에 규정된 장치장소로부터 신고된 물품을 반출하여서는 아니된다.

제271조(미수범 등) ① 생략

판례집 20-2(하)

② 제269조 및 제270조의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

제276조(허위신고죄 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 물품원가 또는 2천만 원 중 높은 금액 이하의 벌금에 처한다.

1.~3. 생략

4. 제241조 또는 제244조의 규정에 의한 신고를 함에 있어서 제241조 제1항에 규정된 사항을 신고하지 아니하거나 허위신고를 한 자

②, ③ 생략

관세법(2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1., 2. 생략

2의2. “반송”이란 국내에 도착한 외국물품이 수입통관절차를 거치지 아니하고 다시 외국으로 반출되는 것을 말한다.

3.~14. 생략

반송절차에 관한 고시(2002. 11. 14. 관세청고시 제95-926호) 제2조(용어의 정의) 이 고시에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “반송”이란 외국물품(수출신고수리물품제외)을 외국으로 반출하는 것을 말한다.

2.~10. 생략

대외무역법(2008. 2. 29 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “무역”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것(이하 “물품 등”이라 한다)의 수출과 수입을 말한다.

가. 물품

나. 대통령령으로 정하는 용역

다. 대통령령으로 정하는 전자적 형태의 무체물(무체물)

[별지 2] 청구인들의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 심판대상조항은 그 구성요건으로 “……반송한 자”라고만 규정하고 있을 뿐 구 관세법상에 “반송”의 의미에 대하여 아무런 정의규정을 두고 있지 않고, 위 조항상의 “반송”에 해당되는 구체적인 범위 또는 그 범위를 한

정할 수 있는 기준에 관하여도 아무런 규정을 두고 있지 않은바, 위 조항상의 “반송”의 의미는 그 사전적 의미에 따라 ‘우리나라에 도착한 물품을 원발송자에게 돌려보내는 것’으로 제한하여 해석될 수 있는 반면, 반송절차에 관한 고시(관세청 고시 제95-926호) 제2조 제1호의 규정이나 대법원 및 환송 후 항소심 판결처럼 ‘외국으로부터 우리나라에 들어온 물품을 수입하지 아니하고 다시 외국으로 보내는 것’으로 해석될 여지도 있어 그 개념이 명확하지 않으며, 한편 외국으로부터 들어온 물품 중 어느 단계의 수입절차까지 이루어진 물품이 반송의 대상이 될 수 있는 물품인지도 구체적으로 규정되어 있지 않아 그 적용대상 또한 명확하지 않다. 따라서 통상의 판단능력을 가진 국민이 위 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인지를 예측할 수 없을 정도로 “반송”의 의미나 그 적용범위를 둘러싸고 다양한 견해가 존재할 수 있는 위 법률조항은 해석방법에 따라 처벌범위의 무한정 확대가 가능하다는 점에서 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성 원칙에 반한다.

(2) 허위반송신고죄는 반송의 의사로 허위신고를 한 것이 구성요건이 되고, 그 기수시점은 허위신고를 한 때로 보아야 하므로, 허위신고의 내용은 반송신고를 할 당시 장치구역 내에 있는 물건의 현상과 다르게 신고한 것을 말한다고 해석된다. 그런데 대법원 및 환송 후 항소심 판결은 이 사건 밀반송죄의 구성요건인 신고의 허위성을 판단하면서 반송 당시가 아닌 허위신고를 한 시점을 기준으로 하여 장치구역 내에 보관된 상태의 현상을 기준으로 해석하고 있다. 그러나 이와 같이 해석한다면 밀반송죄에서의 허위신고와 허위반송신고죄에서의 허위신고의 개념이 동일하게 되는데, 미수범을 처벌하는 밀반송행위가 미수에 그친 경우 구성요건이 동일한 두 개의 처벌규정이 병존하게 되어 형벌체계상 허용될 수 없는 결과를 초래할 뿐만 아니라 사법 당국의 자의적인 법집행을 가능하게 하여 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙에 반한다.

(3) 국가에서 관세법 및 특별법을 통하여 밀수출입죄를 엄하게 처벌하고 있는 이유는 마약 등과 같이 수입, 수출 및 반송이 금지되는 물건이 다른 품목으로 위장되어 은밀하게 국가 간에 이동하거나 관세포탈의 목적으로 밀수출입이 이루어지는 것 등을 방지하기 위한 것인바, 청구인들이 엠티비이를 MOTOR GASOLINE으로 신고하였다고 하더라도, 이 사건의 경우와 같은 반송은 그 특성상 관세 및 내국세의 부과 대상이 아니기 때문에 관세의 부과, 징수와는 전혀 관련이 없으며, 보세구역에 장치되어 있다가 곧바로 외국으로 수출되는 것이므로 수출입물품의 통관에 미치는 영향도 거의 없다. 그럼에도

판례집 20-2(하)

불구하고 이 사건 심판대상규정은 단순한 행정절차 위반 정도에 그치는 위법 행위와 진정한 의미에서의 밀수출죄 사이에 아무런 구별을 두지 아니하고 단일한 법정형을 가하도록 규정되어 있다. 그리고 대법원 및 환송 후 항소심 법원의 판결과 같이 밀반송죄의 구성요건인 신고의 허위성을 반송 당시가 아닌 허위신고를 한 시점을 기준으로 하여 장치구역 내에 보관된 상태의 현상을 기준으로 판단하여야 한다는 해석에 따르면, 밀반송죄는 반송이라는 행위가 실제 이루어졌다는 것 외에는 나머지 부분이 허위반송신고죄와 구성요건이나 행위태양이 동일하게 되는데, 사실상 밀반송죄의 미수범에 해당하는 반송허위신고 행위에 대하여는 벌금형만으로 처벌됨에도 불구하고 이후 반송행위가 완성되었다는 하나의 사유가 추가되었다고 하여 징역형으로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다. 그리하여 이 사건 심판대상규정은 책임과 형벌 간의 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 위반된다.

나. 법원의 위헌법률심판제청신청 기각 이유

구 관세법 제241조 제1항, 제2항이 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 할 때 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 등을 세관장에게 신고하도록 규정한 취지는 관세법과 기타 수출입 관련 법령에 규정된 조건의 구비 여부를 확인하고자 하는데 있는 것이라는 점과 그 외 위 관세법 조항의 입법목적, 입법연혁, 법규범의 체계적 구조, 관련 법률조항들의 전체적·유기적 관계를 종합하여 보면, 위 법률조항에 규정된 “반송”의 의미는 ‘외국으로부터 관세법이 규정하고 있는 우리나라의 장치장소(보세구역 또는 구 관세법 제156조에 따라 세관장의 허가를 받은 보세구역 외의 장소를 의미한다)에 들어온 물품을 수입하지 아니하고 외국으로 보내는 것’으로 보아야 하고, 그 물품을 보냈던 화주에게 도로 돌려보내는 환송(還送)의 경우로 한정하여 볼 것은 아니며, 이러한 의미는 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하여 누구나 파악할 수 있다 할 것이고, 그 적용대상도 구 관세법 제2조 제3호 가목, 제243조 제2항에 의하면, 외국으로부터 들여와 관세법에 규정된 장치장소, 즉 보세구역 또는 구 관세법 제156조에 따라 허가를 받은 장소에 있는 물품으로서 수입신고가 수리되기 전인 외국물품을 반송하는 경우로 한정됨이 명백하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상규정은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 통상의 해석방법에 의하여 그 보호법익이 무엇이고 어떠한 행위가 금지될 것인지를 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이 사건 심판대상규정이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

## 근로기준법 제37조 제2항 등 위헌소원

(2008. 11. 27. 2007헌바36 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 법률시행 전이므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 본 사례
2. 사용자의 파산 시 최종 3개월분의 임금과 최종 3년간 퇴직금에 대하여 최우선변제권을 인정하는 구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조 제2항 제1호 및 제2호가 사용자에 대한 담보물권자의 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 당해 사건에서 이 사건 근로자들이 배당요구 신청을 하여 그들의 임금채권을 1순위로 배당표가 작성된 것은 근로자 퇴직급여 보장법 시행 전이므로, ‘근로자 퇴직급여 보장법’ 제11조 제2항은 당해사건에 적용되는 법률이 아니어서 재판의 전제가 되지 아니한다.
2. 구 근로기준법 제37조 제1항 및 제2호는 근로자의 임금채권 확보를 위하여 담보물권자의 우선변제적 효력을 제한한 것으로서 재산권에 대한 제한에 해당하나, 임금채권에 대한 보호를 통한 근로자의 기본적 생활의 보장이라고 하는 입법목적은 정당하고, 그 수단이 적정하며, 사회보험제도를 통한 임금채권 및 근로자의 보호가 미흡한 현실에서 덜 제한적인 수단을 찾기 어렵다. 또한 직장을 잃게 되는 근로자들에게 일정한 범위의 임금, 퇴직금 채권을 확보해 주는 것은 근로자의 기본적 생활의 보장, 나아가 사회 안정의 측면에서 그 공익적 필요성이 큰 반면, 금융기관 등 일반채권자는 채무불이행으로 인하여 파생할 수 있는 경제적 위험을 다른 다수의 채무자에게 분산시키거나 대출 시 임금채권으로 인한 손실을 최소화할 수 있는 방안을 강구할 수 있는 지위에 있다고 할 것이므로, 법익의 균형성에 반한다고 보기도 어렵다. 그 외에 실질적 사용자에 대한 담보물권자를 보호하기 위한 적절한 제한을 가할 것인지 여부는 입법자의 사회적



책적 판단영역이라고 할 것이므로 실질적 사용자에게 대한 담보물권자를 보호하기 위한 제한을 마련하지 않은 입법이 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 보기 어렵다.

**【심판대상조문】**

구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조(임금채권 우선변제) ① 생략

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다.

1. 최종 3월분의 임금
2. 최종 3년간의 퇴직금
3. 생략

③ 생략

근로자퇴직급여 보장법 제11조(퇴직금의 우선변제) ① 생략

② 제1항의 규정에 불구하고 최종 3년간의 퇴직금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다.

③ 생략

**【참조조문】**

헌법 제23조, 제32조 제1항, 제34조, 제119조 제1항

구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조(임금채권 우선변제) ① 임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다.

②~③ 생략

**【참조판례】**

1. 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58
2. 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 257-258  
헌재 1998. 2. 27. 97헌바20, 판례집 10-1, 141, 150-151

**【당 사 자】**

청 구 인 ○○유동화전문 유한회사

헌재 2008. 11. 27. 2007헌마36

대리인 법무법인 광장

담당변호사 안홍준 외 2인

당해사건 서울고등법원 2006나78437 배당이의

## 【주 문】

1. 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조 제2항 제1호 및 제2호는 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 중소기업은행은 채무자인 윤○자의 대출금채무에 대하여 연대보증을 한 그 남편 정○광 소유의 부동산에 관한 근저당권자로서 2004. 9. 8. 위 부동산에 관하여 임의경매신청을 하였고, 위 경매절차가 진행 중이던 2004. 12. 15. 청구인은 중소기업은행으로부터 위 대출금 채권을 양수받았다.

(2) 그런데 위 경매과정에서 윤○자 명의로 사업자등록이 되어 있는 ‘○○모자’에서 근무한 근로자들인 김○환 외 25인(이하 ‘이 사건 근로자들’이라 한다)은 위 ‘○○모자’의 실질적인 사업주는 정○광이라고 주장하면서 정○광에 대한 임금채권자임을 근거로 하여 배당절차에 참가하였고, 경매법원은 2005. 10. 20. 이 사건 근로자들의 임금채권을 1순위로 하여 배당표를 작성하였다.

(3) 그러자 청구인은 ‘○○모자’의 사업자등록상의 명의인은 윤○자이므로 이 사건 근로자들은 정○광에 대한 채권자들이 아니라고 주장하며 배당이의의 소를 제기하였으나 법원은 그 청구를 기각하였다. 이에 청구인은 서울고등법원에 항소하고 소송계속중 근로기준법 제37조 제2항 및 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항에 대하여 위헌제청신청을 하였으나, 당해법원이 청구인의 항소를 기각하는 한편 위 신청을 기각하자, 2007. 4. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제37조 제2

판례집 20-2(하)

항 제1호 및 제2호, 그리고 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항의 위헌 여부이며 심판대상 조문의 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

구 근로기준법 제37조(임금채권 우선변제) ② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다.

1. 최종 3월분의 임금
2. 최종 3년간의 퇴직금
3. 생략

근로자퇴직급여 보장법 제11조(퇴직금의 우선변제) ② 제1항의 규정에 불구하고 최종 3년간의 퇴직금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다.

[관련조항]

[별지 1] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장, 위헌제청신청기각결정 이유의 요지

[별지 2] 기재와 같다.

3. 재판의 전제성에 대한 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 그 대상법률이 법원에 계속 중인 당해 사건의 재판에서 적용되는 법률이어야 하고 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58; 헌재 1998. 12. 24. 98헌바30등, 판례집 10-2, 910, 922).

나. 당해 사건에 적용되는 법률

2005. 1. 27. 법률 제7379호로 구 근로기준법 제37조 제2항이 개정되면서 최우선변제의 대상 중 ‘최종 3년간의 퇴직금’ 부분이 삭제되고, 같은 날 제정된 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항에서 같은 내용으로 보장되고 있다. 그런데 근로자퇴직급여 보장법은 2005. 12. 1.부터 시행되었으므로(같은 법 부칙 제1조), 2005. 12. 1. 이전까지는 구 근로기준법 제37조 제2항이 최종 3월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금에 대한 최우선변제권의 근거법률이고, 2005. 12. 1. 이후에는 최종 3월분의 임금에 대해서는 개정된 근로기준법 제37조 제2항이, 최종 3년간의 퇴직금에 대해서는 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항이

각 근거법률이 된다.

한편, 임금채권에 대한 최우선변제권은 법정담보물권(대법원 1990. 7. 10. 선고 89다카13155 판결)으로서, 최종 3개월의 임금 및 최종 3년간의 퇴직금채권이 발생한 때 실체법적으로 성립되며, 다만 이를 행사하기 위해서는 사용자의 재산에 대하여 담보권의 실행을 위한 경매나 강제경매절차가 개시된 경우에 반드시 경락기일까지 배당요구 신청을 하여야 한다. 그런데 당해 사건에서 이 사건 근로자들이 배당요구 신청을 하여 그들의 임금채권을 1순위로 배당표가 작성된 것이 2005. 10. 20.로서 근로자퇴직급여 보장법 시행 전이므로, 청구인들의 ‘최종 3년간의 퇴직금’에 대한 최우선변제권은 어느 모로 보나 구 근로기준법 제37조 제2항의 적용을 받은 것이다.

따라서 근로자퇴직급여 보장법은 당해사건에서 적용되는 법률이 아니므로, 당해사건의 재판의 전제가 되지 아니한다.

다. 구 근로기준법 제37조 제2항 제1호 및 제2호의 재판의 전제성 여부

이 사건 위헌제청신청 시 당해 사건이 서울고등법원에 계속중이었으며, 위 법률조항은 당해사건에서 청구인보다 선순위로 배당표에 기재된 이 사건 근로자들이 임금채권 또는 퇴직금채권에 대하여 최우선변제를 받을 수 있는 법적 근거규정이 되므로 당해 사건에 적용될 법률조항이라 할 것이고, 위 법률조항이 위헌이 되는 경우 당해 사건에서 임금채권 및 퇴직금채권에 대하여 최우선변제가 이루어져야 한다는 것을 전제로 작성된 법원의 배당표는 취소되어야 할 것이므로, 위 법률조항의 위헌여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문이 달라지는 경우에 해당한다.

라. 소 결

이 사건 심판청구 중 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항 부분은 당해 사건에 적용되지 않으므로, 재판의 전제성이 없어 부적법하다. 그러므로 이하에서는 구 근로기준법 제37조 제2항 제1호 및 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 대해서만 본안판단을 한다.

#### 4. 본안에 대한 판단

가. 임금채권에 대한 우선변제제도

우리 사법체계에서 재산권은 크게 물권과 채권으로 구분되고, 일반적으로 물권은 채권보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리로 보장되고 있으며, 채권에 대해서는 채권자 평등의 원칙이 적용된다. 그러나 전통적으로 인식되어 온 물권과 물권, 물권과 채권, 채권과 채권 및 이들 권리와 다른 청구권(예컨

판례집 20-2(하)

대 세금, 사회보험료 등) 사이의 우열 순위의 구조가 유지되기 어려운 사회 환경이 존재하거나 독자적 영역에서 규율목표가 새롭게 등장할 경우, 입법자는 헌법적 한계 내에서 채권과 채권 혹은 물권과 채권, 국세 등 그 밖의 권리 사이에서도 사법의 일정한 기본원칙을 수정 또는 조정할 수 있는바, 이것이 바로 우선변제제도이다.

한편 임금채권은 근로자와 그 가족의 생계수단으로서 소위 ‘인간다운 생활’을 영위하기 위한 최소한의 물질적인 기초가 되므로, 이에 대한 사회적 보호의 필요성이 매우 크지만, 현실적으로 임금채권의 확보를 담보할 제도적 방법이 없으며, 임금채권은 사용자를 유일한 채무자로 하므로 위험분산의 가능성이 거의 없다. 따라서 이러한 점들을 고려하여, 대부분의 나라에서는 임금채권에 대한 우선변제권을 부여하거나 임금보장제도를 도입함으로써 임금채권을 보호하고 있다.

근로기준법은 1974. 12. 24. 개정으로 임금 등 채권의 우선변제에 관한 규정을 신설한 이래, 근로자의 임금채권의 우선 변제순위를 차츰 상향조정하여 왔다. 1989. 3. 29. 개정된 근로기준법에 이르러서는 근로자의 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권 모두에 우선하여 변제되어야 한다고 규정하였다. 그러나 헌법재판소가 1997. 8. 21. 94헌바19 결정에서 위와 같은 최우선변제 조항 중 “퇴직금” 부분은 아무런 범위나 한도의 제한 없이 퇴직금을 질권이나 저당권에 우선하여 변제를 받을 수 있다고 규정함으로써 담보물권을 형해화한다고 하며 헌법불합치결정 결정을 선고함에 따라, 1997. 12. 24. 개정된 근로기준법에서는 최우선변제권이 인정되는 퇴직금의 범위가 퇴직금 전액에서 최종 3년간의 퇴직금으로 제한되게 되었다.

나. 이 사건 법률조항의 의미

구 근로기준법 제37조 제1항은 “임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다.”고 규정하여, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외한 채권에 대한 임금채권의 우선변제권을 인정한다.

그런데 사용자가 도산·파산하는 경우에 청산절차에 따라 피담보채권에 대하여 우선변제를 하고 나면 근로자의 임금채권에 대한 변제자력이 충분히 확

보될 수 없어 사실상 임금채권이 우선변제적 효력을 가질 수 없다는 점을 감안하여, 위 제1항과는 별도로 이 사건 법률조항에서 '최종 3월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금'에 대한 최우선변제를 규정하고 있다. 이들 채권은 '사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제'된다(제2항).

이러한 임금우선변제권은 당사자의 약정 없이도 법률의 규정에 의하여 당연히 성립하는 법정담보물권이라는 것이 통설 및 판례이다. 우선변제의 대상이 되는 재산은 사용자의 총재산이다. 판례는 임금채권 우선변제권은 이른바 법정담보물권으로서 담보물권의 일반적인 실행절차에 의하여 우선적으로 만족을 얻을 수 있는 정도 이상의 효력을 가진다고 할 수 없는 것이므로, 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하였을 경우에 그 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 변제받을 수 있음에 그치는 것이라고 판시함으로써 독자적인 경매청구권을 부인하고 있다.

#### 다. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 근로자의 임금채권을 확보하기 위하여 재산권의 일종인 담보물권에 인정되는 담보물권자의 우선변제적 효력을 제한한 것으로서, 재산권에 대한 제한에 해당한다(헌재 1997. 8. 21. 94헌마19, 판례집 9-2, 243, 257-258 참조). 또한 '최종 3월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금 채권'은 사용자의 총재산에 대하여 '질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권'에 우선하여 변제된다고 규정함으로써, 사용자에 대한 채권자들 가운데 일정한 임금채권자를 제외한 나머지 채권자들을 차별취급 한다고 볼 수 있다(헌재 2006. 11. 30. 2003헌가14등, 판례집 18-2, 403, 414.; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 17-2, 577, 612-613 참조).

그런데 이 사건 법률조항이 재산권을 제한함에 있어 과잉금지원칙을 준수하였는지 여부의 심사 과정에서는 그러한 입법이 입법의 목적과 입법목적 달성수단의 양 측면에서 합리성을 갖추었는지 여부가 심사되므로, 재산권 침해 여부와 평등권 침해 여부를 함께 심사하기로 한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌바20, 판례집 10-1, 141, 150-151 참조).

한편 청구인은 헌법 제119조 제1항의 자본주의 시장경제질서 조항에 대한 침해를 주장하나, 앞에서 본 바와 같이 헌법 제119조 제1항은 헌법 제23조의 재산권 보장 조항과 함께 우리 헌법상 경제 질서를 형성하고 있으므로, 재산권 침해 여부를 판단하는 이상, 독자적으로 헌법 제119조 제1항 위반 여부를

따질 필요는 없다고 할 것이다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 목적의 정당성 및 방법의 적정성

헌법재판소는 구 근로기준법의 최우선변제 조항 중 “퇴직금”부분에 대한 결정에서, 다음과 같이 근로자의 생활보장 내지 사회보장이라는 퇴직금에 대한 최우선변제제도의 입법목적의 정당성은 인정된다고 판단한 바 있다.

『헌법은 제34조에서 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(제1항). 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.(제2항)’라고 규정하고 제32조 제1항에서 ‘모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 실시하여야 한다.’라고 규정함으로써, 근로자의 적정임금의 보장과 생활보장에 세심한 배려를 하고 있다. …… 퇴직금의 전액이 아니고 근로자의 최저생활을 보장하고 사회정의 실현할 수 있는 적정한 범위내의 퇴직금채권을 다른 채권들보다 우선변제함은 퇴직금의 후불임금적 성격 및 사회보장적 급여로서의 성격에 비추어 상당하다고 할 것이다.』(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 257-258).

이와 같이 이 사건 법률조항은 담보물권자인 청구인의 담보물권의 우선변제적 효력을 제한하는 것이지만, 그러한 제한의 근거는 헌법 제34조 및 제32조 제1항에서 정하는 근로자의 최저생활의 보장이라고 하는 헌법적 요청이다. 사용자에 대한 임금채권의 보전을 위하여 별다른 담보 수단을 갖지 못하는 근로자의 임금 및 퇴직금 중 일부에 대한 특별한 보호를 줌으로써, 궁극적으로 근로기준법의 목적인 근로자의 기본적 생활의 보장, 향상과 균형 있는 국민경제의 발전을 달성하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다.

또한 사용자의 파산 시 최종 3개월분의 임금과 최종 3년간 퇴직금에 대하여 최우선변제권을 인정하는 것은 이러한 목적을 달성하기에 적합한 수단이므로, 수단의 적정성도 인정된다.

(2) 피해의 최소성 및 법익균형성

이 사건 법률조항은 물권에 대한 채권의 우선적 보호를 의미하므로, 담보물권자가 예상치 못하게 담보물권의 실행을 제한받게 되어 극단적으로는 그 권리의 목적물로부터 거의 또는 전혀 변제를 받지 못하는 경우도 발생할 수 있다. 그러나 이러한 사법질서의 훼손이 반드시 헌법적 가치의 훼손으로 이어지는 것은 아니며, 이 사건 법률조항의 헌법적 정당성 여부는 임금채권의 보호

라고 하는 헌법적 요청과 제한되는 담보물권자의 재산권 간의 법익형량을 통하여 살펴야 한다.

그런데 헌법재판소는 구 근로기준법의 최우선변제 조항 중 “퇴직금”부분에 대한 불합치결정에서, 근로자의 최저생활의 보장 및 사회정의의 실현을 위하여 최우선변제의 대상이 되는 퇴직금의 ‘적정한 범위’를 선택하는 문제는 입법자의 사회정책의 판단영역이라고 판시한 바 있다(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 263 참조). 한편 임금 내지 퇴직금채권도 재산권으로서 헌법 제23조의 재산권보장에 관한 규정이 적용되며, 임금채권 우선변제제도는 재산권형성적 법률유보의 대상이 된다(헌재 2006. 7. 27. 2004헌바20, 판례집 18-2, 52, 64). 따라서 입법자가 최우선변제의 대상이 되는 ‘적정한 범위’를 선택함에 있어, 그리고 임금채권자 및 담보물권자의 재산권을 조정함에 있어 일정한 입법재량을 인정해야 한다.

먼저, 청구인이 주장하는 바와 같이 장기적으로는 임금채권에 대한 우선변제제도보다는 종업원퇴직보험제도나 기업연금제도 등 사회보험제도를 도입하여 근로자를 보호하는 것이 이상적이라고 볼 수 있다. 그러나 우리나라의 퇴직연금제도는 아직 그 시행 초기이고, 임금채권보장제도는 임금채권 우선변제제도를 전제로 하여 이를 보완하기 위한 제도이므로, 현실적으로 모든 근로자에게 위와 같은 사회보장제도에 의한 최저생활을 보장하기에는 매우 미흡하다. 그 밖에 근로자의 임금채권을 보호하기 위하여 덜 제한적인 수단을 찾기 어려우므로, 이 사건 법률조항은 최소침해성의 원칙을 준수한 것이다.

다음으로 법익균형성을 살펴보면, 임금채권은 근로자의 생계유지에 필수적인 수단임에도 현실적으로 기업에 인적, 물적 담보의 설정을 요구하기가 힘들고, 사실상 임금은 후불의 성격을 가지므로, 기업이 도산하는 경우 이미 상당한 임금채불이 이루어진 경우가 많다. 따라서 직장을 잃게 되는 근로자들에게 전부는 아니라 할지라도 상당한 범위의 임금, 퇴직금 채권을 확보해 주는 것은 근로자의 기본적 생활의 보장과 나아가 사회 안정의 측면에서도 그 공익적 필요성이 인정되며, 이는 앞에서 본 바와 같이 헌법적 요청(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 257 참조)이라고 할 것이다.

이에 비하여 금융기관 등 일반채권자의 경우는 대체로 많은 채무자를 가지고 있어 채무불이행으로 인하여 파생할 수 있는 경제적 위험을 다른 다수의 채무자에게 분산시킬 수 있다. 또한 금융채권자는 대출 시에 임금채권으로 인한 손실을 최소화할 수 있는 방안을 강구하거나 그 위험을 사용자에게 부담

판례집 20-2(하)

시킬 수도 있는 지위에 있다고 볼 것이다. 그러나 임금채권자는 사용자라는 유일한 채무자에게 의존하기 때문에 위험분산의 가능성이 거의 없으며, 그 결과 근로자에게 있어서 임금채권의 상실이란 자신이 가진 모든 채권의 상실을 의미한다는 점에서, 근로자의 당해 사용자에 대한 의존성은 다른 채권에 비할 바가 아니다.

그러므로 근로자를 우선보호의 대상으로 함으로써 담보물권자의 재산권을 제한하는 이 사건 법률조항이 법익의 균형성에 반한다고 보이지 않는다.

(3) 실질적 사용자의 경우

청구인이 이 사건 법률조항이 담보물권자의 재산권을 침해확하다고 주장하는 주된 근거는 ‘실질적인 사용자’의 경우, 금융기관 혹은 개인채권자는 법인등기부등본이나 사업자등록증 이외에 달리 사용자임을 확인할 수 있는 방법이 없는 결과, 대출 당시 전혀 예상하지 못한 최우선변제권이 있는 임금 등 채권자의 출현으로 인해 대출금을 회수할 수 없는 피해를 입게 된다는 것이다.

그러나 이러한 경우에도 이 사건 법률조항 및 근로기준법의 목적을 달성하기 위해서는 임금채권의 보호를 위하여 담보물권을 제한할 필요성이 인정된다. 특히 이 사건 채무자의 경우, 사실상 고용주로서 임금을 연체하여 이미 근로기준법위반의 유죄판결을 받은 바 있어 더욱 명의를 사업주를 타인으로 할 필요가 있었던 경우이다. 따라서 이러한 경우에 담보물권자의 예측하지 못한 손해를 최소화할 수 있는 다른 방안을 강구하는 것은 별론으로 하고, 임금채권에 대한 최우선변제를 인정하지 않거나 제한하는 것은 임금채권 최우선변제제도를 통한 임금채권의 보호를 포기하는 것이나 다름없다.

또한 이 사건 법률조항은 앞선 헌법재판소 1997. 8. 21. 94헌바19 결정의 취지에 따라 근로자의 모든 채권을 최우선 변제하는 것이 아니라 최종 3월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금에 대하여서만 우선변제를 한정시킴으로써 재산권에 대한 제한을 최소화하였으며, 이러한 제한 이외에 실질적 사용자에 대한 담보물권자를 보호하기 위한 적절한 제한을 가할 것인지 여부 역시 입법자의 사회정책적 판단영역이라고 할 것이다(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 263 참조). 따라서 실질적 사용자에 대한 담보물권자를 보호하기 위한 제한을 마련하지 않은 입법이 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 단정하기 어렵다.

(4) 소 결

이상에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 최우선변제권은 입법의 목적과 입법목적 달성수단의 양 측면에서 합리성을 갖추었으므로 사용자에게 대한 다른 채권자들을 불합리하게 차별취급 하는 것으로 볼 수 없고, 재산권을 제한함에 있어서도 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있으므로 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니하며, 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다. 따라서 최종 3월분의 임금 및 최종 3년간의 퇴직금에 대하여 최우선변제권을 정한 이 사건 법률조항이 사용자에게 대한 다른 채권자들의 평등권이나 담보물권자의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

### 5. 결 론

그렇다면 근로자퇴직급여 보장법 제11조 제2항에 관한 심판청구는 재판의 전제성이 없어 부적법하며, 구 근로기준법 제37조 제2항 제1호 및 제2호는 헌법에 위반되지 않으므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

### [별지 1] 관련조항

구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 제37조(임금채권 우선변제) ① 임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다.

근로자퇴직급여 보장법 제11조(퇴직금의 우선변제) ① 퇴직금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다.

주택임대차보호법 제8조(보증금 중 일정액의 보호) ① 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자(담보물권자)보다 우선하여 변제받을 권리가 있다.

판례집 20-2(하)

이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.

② 제1항의 경우에는 제3조의2 제4항부터 제6항까지의 규정을 준용한다.

③ 제1항에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위에서 대통령령으로 정한다.

제3조(대항력 등) ① 임대차는 그 등기(등기)가 없는 경우에도 임차인(임차인)이 주택의 인도(인도)와 주민등록을 마친 때에는 그 다음 날부터 제삼자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

[별지 2] 청구인의 주장요지 및 법원의 위헌제청신청기각이유

가. 청구인의 주장요지

(1) 근로자의 생활보장 내지 복지증진이라는 공공복리의 달성을 위하여 중업원퇴직보험제도, 기업연금제도 등 사회보험제도를 도입하는 것이 보다 적절한 방법임에도, 근로자의 보호를 위하여 담보물권자인 제3자에게 예상치 못한 피해를 주고 그 재산권을 침해하는 이 사건 법률조항은 침해의 최소성, 법익균형성에 저촉되어 헌법 제37조 제2항에 근거를 두는 과잉금지원칙에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항에 대해 대법원은 1999. 2. 5. 선고 97다48388 판결 등에서 '실질적인 사업주'를 사용자로 보고 있는바, 금융기관은 대출을 실행할 때 자신의 담보권보다 우선하는 권리가 있는지 여부를 확인함에 있어 사용자의 경우에는 법인등기부등본이나 사업자등록증 이외에 달리 확인할 수 있는 방법이 없는 결과, 대출 당시 전혀 예상하지 못한 최우선변제권이 있는 임금 등 채권자의 출현으로 인해 대출금을 회수할 수 없는 피해를 입게 된다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제23조에 위반하여 재산권인 담보물권(질권 및 저당권)의 본질적인 내용을 침해한다.

(3) 이 사건 법률조항은 기업도산에 일부 책임이 있는 근로자를 보호하기 위해 기업을 위해 자금을 제공한 제3자인 금융기관을 희생시키는 결과를 초래하는바, 이는 합리적인 범위를 넘어서 근로자에 비하여 담보물권자를 부당하게 차별대우하는 것으로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다.

(4) 오늘날 금융기관은 산업자금을 융자하여 국가의 산업과 경제발전에 기

여하는 기능을 수행하는데 임금 등 채권에 최우선변제권을 인정하면 기업이 도산한 경우 금융기관은 자금회수가 사실상 불가능하게 되어 자금을 필요로 하는 다른 기업에게 산업자금을 공급할 수 없게 되고, 그 결과 자금의 유통을 얻으면 회생할 수 있는 기업도 금융기관으로부터 자금을 얻을 수 없게 되어 결국 경제활동 주체의 창의적 활동을 저해하고 산업의 존립과 발전을 위협하게 되는데, 이는 헌법 제119조 제1항에 위반된다.

나. 법원의 제청신청기각이유

임금 등 채권은 근로자의 생계유지에 필수적인 수단임에도 현실적으로 기업에 인적, 물적 담보의 설정을 요구하기가 힘들기 때문에 사용자라는 유일한 채무자 또는 그의 재산에 의존할 수밖에 없는 한계가 있고, 따라서 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 예외적으로 사용자의 재산에 대하여 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 임금 등 채권에 우선변제권을 인정할 필요성이 있는 점, 종업원퇴직보험제도나 기업연금제도 등 사회보험 제도를 도입하여 근로자를 보호하는 것이 이상적이기는 하나 현실에 있어서는 모든 근로자에게 위와 같은 사회보장제도에 의한 최저생활의 보장이 미흡한 점, 이 사건 법률조항이 근로자의 모든 채권을 최우선 변제하는 것이 아니라 최종 3월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금에 대하여서만 우선변제를 한정 시킴으로써 재산권의 제한을 최소화하고 있는 점, 금융기관 등 일반채권자의 경우는 대체로 많은 채무자를 가지고 있어 위험이 분산되는데 반하여 임금채권자인 다수 근로자의 경우는 사용자를 유일한 채무자로 하는 불리한 위치에 있기 때문에 근로자를 우선보호의 대상으로 하는 것이 법익의 균형성 차원에서 바람직한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항은 근로자의 최저생활 보장을 위한 것으로서 공공의 이익에 부합되어 목적의 정당성이 인정되고, 침해 방법의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 측면에서 과잉 금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판단되므로, 헌법 제23조, 제37조 제2항, 제11조 제1항, 제119조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

## 건축사법 제15조 제1항 위헌소원

(2008. 11. 27. 2007헌바51 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 건축사예비시험의 응시자격 중 하나로서, '대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자'를 규정하고 있는 건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것) 제15조 제1항 제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 건축은 구조, 설계, 시공 등 광범위한 요소들로 구성된다. 그래서 현재 우리나라 대학에서는 전통적인 명칭인 건축학과에서부터, 건축디자인과, 건축인테리어과, 건축공학과, 건축설비학과 등과 같은 다양한 건축관련 학과가 존재하고 있다. 시대가 변화함에 따라 새로운 건축양식에 대한 수요가 창출되고, 변화하는 현실에 조응하는 새로운 건축의 경향이 나타나기 마련인데, 앞서 본 건축관련 학과의 다양한 명칭들은 이러한 시대의 변화하는 흐름을 반영한 것이기도 하다. 결국 이 사건 법률조항의 명확성 여부를 검토함에 있어서 위와 같은 건축학의 특성을 감안해야 하고, 결국 '건축에 관한 소정의 과정'과 같이 위 학과들을 포괄적으로 아우를 수 있는 개념으로 기술할 필요가 있다는 입법자의 인식을 고려할 수밖에 없다. 또한 일반적으로 대학에서의 교육은 전공분야를 중심으로 진행된다는 점, 역사적으로 보더라도 대학은 전문적인 학문 분야의 교육과 탐구를 위해 주로 설립되고 운영되었다는 점, 이 사건 법률조항은 건축사자격제도에 강하게 요구되는 전문성의 견지에서 전공과 부전공 등의 공식적 교육과정을 이수하고 졸업한 자로 그 의미를 충분히 구체화

할 수 있다는 점 등을 종합적으로 살펴볼 때 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 건축사라는 전문분야에 관하여 마련한 자격제도의 한 내용이라고 할 것인데, 입법자는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 수 있고, 마련한 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하지 않은 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 한다. 대형화되어 가고 있는 오늘날 건축의 추세를 감안할 때, 건축은 그 특성상 국민의 생명·신체·재산의 안전에 지대한 영향을 미치고 있다 할 것이고, 부실 건축으로 인한 피해가 대형사고로 이어져 우리 사회에 큰 해악을 끼칠 위험은 점점 커져 가고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 건축사예비시험의 응시자격으로 대학에서의 건축에 관한 소정의 과정을 이수할 것을 요구함으로써 건축사의 전문성을 강화하고, 일련의 교육과정 속에서 배태하게 되는 건축사의 사회적 책임감을 함께 갖출 수 있도록 도모하고 있다는 점을 감안할 때 이에 대한 공익의 정당성은 인정된다. 이 사건 법률조항은 건축사예비시험의 응시자격 중 하나로 대학에서의 건축에 관한 소정의 과정을 이수할 것을 요구하고 있는데, 이는 건축사에게 요구되는 자질과 기능을 갖추도록 하기 위함인바, 대학은 우리 사회 최고의 교육기관이라는 점, 다른 전문가자격제도에서도 유사한 예를 찾아볼 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때 이를 두고 불합리한 수단이라고 단정할 수 없고, 따라서 이 사건 법률조항이 현저히 자의적이라거나, 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

3. 이와 같은 건축사에게는 고도의 전문성과 사회적 책임이 요구되므로 다소간의 엄격한 자격의 제한이 수긍될 수 있고, 외국의 경우에도 이와 유사한 입법례가 상당수 존재한다는 점을 고려함과 아울러 앞서 직업의 자유에 대한 침해 여부에서 실시한 여러 정황들을 함께 살핀다면, 다른 전문직종과 달리 건축사의 경우에 특정 학문과 관련된 소정의 과정을 이수하고 졸업할 것을 요구한다 하더라도 이와 같은 취급을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

판례집 20-2(하)

**【심판대상조문】**

건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것) 제15조(건축사예비시험) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 건축사예비시험에 응시할 수 없다.

1. 대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자
  - 2.~ 4. 생략
- ② 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항

**【참조판례】**

1. 헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179
2. 헌재 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 494  
헌재 2000. 4. 27. 97헌바88, 판례집 12-1, 495, 503
3. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787

**【당 사 자】**

청 구 인 임채룡(변호사)

당해사건 서울행정법원 2006구합38496 불합격처분취소

**【주 문】**

건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것) 제15조 제1항 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2001. 2. 24. 고려대학교 법과대학을 졸업한 후 건축에 관한 실무경력이 없는 상태에서, 2006. 6. 25. 시행된 2006년도 건축사예비시험(이하 '이 사건 시험'이라고 한다)에 응시하여 건축계획 72.5점, 건축구조 60점, 건축시공 70점, 건축법규 80점 등 총점 282.5점에 평균 70.6점을 득점함으로써 합격에 요구되는 점수(평균 60점 이상, 각 과목 40점 이상)를 취득하였다.

(2) 국토해양부장관(2008. 2. 29. 법률 제8867호 정부조직법 개정으로 '건설교통부'에서 '국토해양부'로 명칭이 변경되었다)은 2006. 7. 5. 청구인을 비롯한 이 사건 시험의 합격예정자를 발표하면서, 합격예정자들에게 학력 및 경력 심사에 필요한 소정의 서류를 2006. 7. 11.부터 같은 달 14.까지 제출하도록 하고, 응시자격의 결격사유 또는 허위증빙서류 제출과 기타 부정한 방법으로 합격한 경우에는 합격을 취소한다고 공고하였다.

(3) 국토해양부장관은 건축사자격심의위원회를 개최하여 청구인을 비롯한 합격예정자들을 대상으로 학력 및 경력 심사를 하였는데, 건축사자격심의위원회는 청구인이 대학 등에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수한 적이 없어 9년 이상의 실무경력이 필요함에도 건축에 관한 실무경력이 없으므로 소정의 학력·경력 기준에 미달한다는 이유로 건축사예비시험 응시 부적격자에 해당한다고 결정하였다.

(4) 이에 따라 국토해양부장관은 2006. 8. 2. 이 사건 시험의 최종합격자 발표에서 청구인을 비롯한 6명을 제외하는 불합격처분을 하였다(이하 청구인에 대한 불합격처분을 '이 사건 처분'이라고 한다).

(5) 이에 청구인은 이 사건 처분에 불복하여 국토해양부장관을 상대로 서울 행정법원 2006구합38496으로 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 소송계속 중에 건축사법 제15조 제1항 제1호가 명확성 원칙에 어긋나고, 헌법 제15조의 직업선택의 자유 및 헌법 제11조의 평등권에 위반된다는 이유로 위헌제청신청을 하였으나, 2007. 4. 26. 기각되자, 같은 해 6. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 건축사법 제15조 제1항에 대하여 위헌여부를 심판해 줄 것을 청구하고 있다. 그런데, 청구인이 법원에 위헌여부심판제청을 신청한 것은 건축사법 제15조 제1항 제1호이고, 당해법원은 위 조항에 대하여만 재판의 전제성을 인정하고 그 신청을 기각하였다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌 여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있고, 청구인이 당해 소송법원에 위헌 여부심판의 제청신청을 하지 않았고 따라서 법원의 기각결정도 없었던 부분에 대한 심판청구는 그 심판청구요건을 갖추지 못하여 부적법하다(헌재 1997. 8. 21. 93헌마51, 판례집 9-2, 177, 188 ; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가5 등, 판례집 11-2, 703, 715 ; 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마19, 판례집 18-2, 125, 130).

판례집 20-2(하)

뿐만 아니라 당해 사건에서 청구인은 대학을 졸업한 자이고, 청구인 주장의 요체는 대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자에 한하여 건축사예비시험의 응시자격을 부여하고 있는 건축사법의 위헌여부이므로, 이 사건 심판의 대상을 건축사법 제15조 제1항 제1호로 한정하더라도 청구인이 이 사건 심판으로서 다투고자 하는 소기 목적의 달성에는 방해가 되지 않는다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 청구인이 법원에 위헌여부심판제청을 신청하고 당해 법원이 판단을 내린 건축사법 제15조 제1항 제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)라고 할 것이고, 따라서 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것) 제15조(건축사예비시험) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 건축사예비시험에 응시할 수 없다.

1. 대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자

[관련조항]

[별지]의 기재와 같다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 '대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자'라고 규정하고 있는바, 위 조항에서 말하는 '건축에 관한 소정의 과정'의 범위가 어디까지인지 구체화되어 있지 않을 뿐 아니라 건축사법은 건축사법시행령이나 건축사법시행규칙에 그 구체적 범위 확정을 위임하고 있지도 아니하다. 따라서 위 조항은 국민의 직업의 자유를 제한하면서도 제한의 범위에 관하여 명확하고 객관적인 기준을 제시하고 있지 아니함으로써 명확성의 원칙에 어긋나므로 헌법에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항은 건축사예비시험에 응시하는 데 있어 사법시험이나 공인회계사시험 등이 응시자격으로서 일정 교육시설에서 일정 과목에 대하여 일정 학점을 이수할 것을 요구할 뿐, 반드시 해당 분야의 전공을 요구하지 않는데 반하여 '건축에 관한 소정의 과정을 이수'하도록 요구하고 있고, 이러한

요건을 갖추지 못한 경우 건축사법은 9년 이상의 실무경력을 가질 것을 요구하고 있는바, 이는 비례원칙에 어긋나는 과도한 제한으로서 건축사라는 직업을 택하고자 하는 사람들을 다른 직종에 종사하려는 사람들에 비하여 불합리하게 차별함으로써 헌법 제15조의 직업선택의 자유 및 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각 이유

(1) 이 사건 법률조항에서 ‘대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수한’이라고 규정한 것은 건축은 구조, 설계, 시공 등 그 범위가 광범위하고 또한 건축과 관련한 학과의 명칭이 건축학과, 건축디자인과, 실내건축학과, 건축리모델링과 등 대학마다 다르며, 새로운 건축 수요와 경향에 따라 나날이 변화해가므로 이러한 현실을 반영하여 변화하는 환경에 탄력적으로 대응하기 위한 것이다.

또한 이 사건 법률조항에서 규정된 ‘대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자’라는 의미는 문언 그대로 각 대학에서 건축에 관한 소정의 교육과정을 이수하고 졸업한 자를 의미하는 것으로서, 전공자는 물론 복수전공자나 부전공자도 포함하는 개념이어서 입법 목적이나 취지, 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 그 의미내용을 충분히 합리적으로 구체화할 수 있으므로 위 조항이 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수는 없다.

(2) 현대사회에서 건축물이 대형화, 고도화되어감에 따라 건축물의 설계와 공사감리의 형태로 행하는 건축사의 책무도 크게는 국토환경, 작게는 건축물의 미관과 구조·화재안전 등에서 더욱 증대되고 있다. 그리하여 건축사는 그 책무를 수행함에 있어 국민의 생명·재산·안전에 미치는 영향이 작지 않으므로 국가시험을 통한 자격관리를 하고 있는 것이며, 이에 건축사법은 일정한 교육을 받거나 또는 실무경력을 갖춘 자에 한해 건축사에비시험 응시자격을 부여하고 있다. 이는 건축사의 직무내용 등에 비추어 합리적인 것으로 수긍되므로, 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위배되어 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유 또는 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하였다고 할 수는 없다.

다. 국토해양부장관의 의견

(1) ‘대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자’라는 이 사건 법률조항의 의미는 법률의 문리해석상 건축과 관련한 대학학과의 전공(복수전공, 부전공 포함)을 이수하고 졸업할 것을 요건으로 함을

판례집 20-2(하)

알 수 있다. 이는 법문을 구성하고 있는 어구나 문장의 뜻을 문법의 규칙 및 사회통념에 따라서 상식적인 언어의 용법에 의하여 확정하는 해석을 하였을 때 당연히 도출할 수 있는 내용이고, 일반인의 인식으로도 충분히 그 범위를 한정할 수 있다.

(2) 기술적인 업무를 담당하고 있는 건축사의 특성상 건축사의 비교대상은 변호사나 회계사가 아니라 기술사나 산업기사 등 국가기술자격자가 되어야 하고, 이들과 비교할 때 건축사법의 자격제한은 과도하지 않다.

3. 판 단

가. 건축사시험과 건축사의 업무

(1) 건축사가 되기 위해서는 건축사시험에 합격하여야 하고, 건축사시험은 건축사예비시험과 건축사자격시험으로 나뉜다.

건축사예비시험은, 대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자(건축사법 제15조 제1항 제1호), 전문대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 고등교육법에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자로서 2년 이상의 건축에 관한 실무경력을 가진 자(같은 항 제2호), 고등학교 또는 3년제 고등기술학교에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 초·중등교육법에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자로서 4년 이상 건축에 관한 실무경력을 가진 자(같은 항 제3호)가 응시할 수 있다.

그리고 건축사 자격시험은, 건축사법 제15조의 규정에 의한 건축사예비시험에 합격한 자로서 건축사예비시험 응시자격 취득일로부터 5년 이상 건축에 관한 실무경력(연구경력을 포함한다)이 있는 자(건축사법 제14조 제1항 제1호), 외국에서 건축사면허를 받거나 자격을 취득한 자로서 통산하여 5년 이상 건축에 관한 실무경력이 있는 자(같은 항 제5호)가 응시할 수 있다.

건축사예비시험은 필기시험의 방법으로, 건축사자격시험은 실기시험으로 실시하되(건축사법 시행령 제9조), 예비시험과목에는 건축구조, 건축시공, 건축계획, 건축법규가 포함되고, 자격시험과목에는 대지계획, 건축설계가 포함된다(동 시행령 제8조).

(2) 건축사는 건축물의 설계와 공사감리에 관한 업무를 주로 행하고(건축사법 제19조 제1항), 그 외에도 건축물의 조사 또는 감정에 관한 사항, 건축물의 현장조사·검사 및 확인에 관한 사항, 이 법 또는 건축법과 이 법 또는 건축

법의 규정에 의한 명령이나 기준 등에서 건축사의 업무로 규정한 사항, 기타 다른 법령에서 건축사의 업무로 규정한 사항(건축사법 제19조 제2항)을 행할 수 있다.

나. 명확성원칙 위반 여부

(1) 판단의 기준

법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 국민이 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 법집행 당국에 의한 자의적 집행이 가능하게 될 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269 ; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342 ; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179 참조).

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(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79). 즉, 죄형법정주의가 지배되는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용된다(죄형법정주의상의 명확성원칙). 그러나 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다(일반적 명확성원칙)(헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179).

앞에서 본 대로 이 사건 법률조항 자체는 건축사예비시험의 응시자격을 규정하며 이에 위반되는 응시자에게 위 시험의 합격취소처분을 할 수 있게 한 근거 규정일 뿐 그 자체가 형벌의 구성요건이 되거나 처벌의 조건을 규정하고 있는 것은 아니다. 따라서 이는 적법절차나 형사처벌에 관련된 매우 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용되는 경우에 해당하지 아니하며, 법치국가원칙의 일반론으로 돌아가 그로부터 파생되는 일반적 명확성원칙이 적용되는 경우라 할 것이다.

(2) 구체적 판단

그러므로 이 사건 법률조항이 일반적 명확성원칙에 부합되는 것인가를 살

펴본다.

(가) 앞에서 본 바와 같이 건축사법상 건축사는 국토해양부장관이 시행하는 자격시험에 합격한 자로서 건축물의 설계 또는 공사감리의 업무를 행하는 자이며(건축사법 제2조 제1호), 그 외에도 건축물의 조사 또는 감정에 관한 업무 및 건축물의 현장조사·검사 및 확인에 관한 업무 등을 수행할 수 있다(동 법 제19조 제2항). 여기서 설계란 자기 책임하에(보조자의 조력을 받는 경우를 포함한다) 건축물의 건축·대수선, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조를 위한 도면·구조계획서 및 공사시방서 기타 국토해양부령이 정하는 공사에 필요한 서류(이하 “설계도서”라 한다)를 작성하고 그 설계도서에서 의도한 바를 해설하며 지도·자문하는 행위를 말하고(동 조 제3호), 공사감리라 함은 자기 책임하에(보조자의 조력을 받는 경우를 포함한다) 건축법이 정하는 바에 의하여 건축물·건축설비 또는 공작물이 설계도서의 내용대로 시공되는지의 여부를 확인하고 품질관리·공사관리 및 안전관리 등에 대하여 지도·감독하는 행위를 말한다(동 조 제4호).

그렇다면, 건축이란 그와 같은 건축사의 업무로서, 특히 건축법상에서는 설계와 공사감리의 업무 등을 중심으로 규정되고 있다고 볼 것이며, 이 사건 법률조항이 규정한 ‘대학에서 건축에 관한 소정의 과정’이란 결국 위와 같은 업무에 필요한 전문적인 지식의 습득 등을 해당 교육의 근본과제로 상정하고 진행되는 교육과정으로 이해할 수 있다.

건축은 구조, 설계, 시공 등 광범위한 요소들로 구성된다. 그래서 현재 우리나라 대학에서는 다양한 건축관련 학과가 존재하고 있다. 전통적인 명칭인 건축학과에서부터, 건축디자인과, 건축인테리어과, 건축공학과, 건축설비학과, 실내건축학과, 건축리모델링과, 건축설계학과, 전통건축학과 등 대학마다 조금씩 상이하고, 그 교육과정에서 주안점을 두는 교육목표 역시 약간씩 달라 위 학과들의 성격이 완전히 일치한다고 보기도 어렵다. 그러나 ‘목적에 맞추어 건물을 설계, 구성하는 행위 및 결과물로서의 건축물’을 그들 학문의 중심적인 주제로 품고 있다는 점에서 위 학과들을 건축에 관한 소정의 과정으로 볼 수 있을 것이다.

한편, 시대가 변화함에 따라 새로운 건축양식에 대한 수요가 창출되고, 변화하는 현실에 조응하는 새로운 건축의 경향이 나타나기 마련인데, 앞서 본 건축관련 학과의 다양한 명칭들은 이러한 시대의 변화하는 흐름을 반영한 것이기도 하다.

따라서 이 사건 법률조항의 명확성 여부를 검토함에 있어서 위와 같은 건축학의 특성을 감안해야 하고, 결국 ‘건축에 관한 소정의 과정’과 같이 위 학과들을 포괄적으로 아우를 수 있는 개념으로 기술할 필요가 있다는 입법자의 인식을 고려할 수밖에 없다.

(나) 예외가 있기는 하지만, 일반적으로 우리 사회의 교육은 고등학교까지의 전인적이고 일반적인 교육과정과 대학교에서의 전문적이고 심화된 교육과정으로 구분할 수 있다. 대학에서의 교육은 이미 대학입학을 지원할 때부터 자신이 대학생활동안 천착해서 연구할 분야를 선정하고 그와 관련된 전공 학과를 지망하는 것에서부터 시작되며, 대학에서의 교육은 주로 전공분야와 관련하여 이루어지는 한편, 졸업을 하기 위해서는 일정한 전공 관련 학점의 취득이 요구되기도 하며, 경우에 따라서는 졸업 요건으로서 전공분야에서의 논문 작성이 요청되기도 한다. 이렇듯 일반적으로 대학에서의 교육은 전공분야를 중심으로 진행되며, 그 전공에 대한 자유롭고 심화된 탐구가 바로 대학 교육의 핵심적 부분을 구성한다. 나아가 역사적으로 보더라도 대학은 법학이나 의학 등 전문적인 학문 분야의 교육과 탐구를 위해 주로 설립되고 운영되었음을 확인할 수 있다. 따라서 ‘대학’에서의 ‘특정한 분야’에 관한 ‘소정의 과정’이라는 문구에 대하여 전공 또는 부전공과 같은 공식적인 교육과정을 의미하는 것으로 해석한다고 하더라도 이를 불명확한 범위에서 비롯된 부당한 해석이라고 볼 수 없다.

또한, 건축사는 주로 건축물의 설계와 공사감리의 업무를 담당하여 건축물이 안전하게 완공되게 하여 국민의 생명과 안전을 보호하는 역할을 수행하고, 나아가 건축 관련 분쟁이나 건축계획 등과 관련하여 감정·평가 등의 업무도 담당하므로, 사회적 책임이 막중하다. 과거 삼풍백화점이나 성수대교 붕괴의 뼈아픈 참사로부터 여실히 알 수 있듯이 건축물의 부실로 인한 피해는 실로 참담한 수준에까지 이를 수 있다. 그러므로 건축사는 고도의 전문성을 구비해야 하는바, 이에 건축법은 응시자격에 제한을 둔 예비시험 및 예비시험 합격 후 5년간의 실무경력을 갖춘 후의 자격시험이라는 구조를 통해 엄격한 절차로서 건축사자격을 부여하고 있다. 이러한 논리적 맥락의 연장에서 접근할 때, 이 사건 법률조항은 건축사자격제도에 강하게 요구되는 전문성의 견지에서 전공과 부전공 등의 공식적 교육과정을 이수하고 졸업한 자로 그 의미를 충분히 구체화할 수 있으므로, 이 또한 이 사건 법률조항의 명확성을 뒷받침하는 근거가 된다.

판례집 20-2(하)

(다) 결국, ‘대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자’의 의미를 해석함에 있어서, 오늘날 급변하는 건축의 경향과 이에 조응하는 학문의 분화 및 발전양상을 고려해야 한다는 점, 대학은 우리 사회의 최고 고등교육 기관이라는 점 및 일반적으로 그곳에서는 전공교육 등을 통한 전문적인 학문의 탐구가 추구된다는 점, 건축사자격제도는 그 취지에 비추어 고도의 전문성에 대한 요청을 내포하고 있다는 점을 충분히 고려하고, 이에 덧붙여 법령 위 표현이 구체적으로 해석되고 적용되는 과정에서 다소간 애매하게 보일 여지가 있을지라도 그 애매함은 위 법률조항이 추구하는 건축사자격의 전문성이라는 입법목적의 취지에 따라서 충분히 해소될 수 있다는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 위 법률조항의 의미는 법치국가 원리에서 요청되는 명확성의 기준에 어긋난다고 볼 수 없고, 적어도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서 위 조항의 의미론적 중추를 대략적으로 예측할 수 있다고 할 수 있다.

(3) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항은 위와 같은 체계적·합리적인 해석에 의할 때 의미가 불분명하다고 할 수 없고, 지나치게 추상적이고 불명확하여 행정관청의 자의적인 해석을 가능하게 한다거나 자격시험 응시자의 법적 안정성을 침해할 위험이 있는 규정이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

다. 직업선택의 자유 침해 여부

(1) 직업선택의 자유와 심사기준

(가) 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 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314).

(나) 일반적으로 직업선택의 자유를 제한함에 있어, 어떤 직업의 수행을 위한 전제요건으로서 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는, 이러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이, 누구에게나 제한없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한 목적과 합리적인 관계가 있어야 할 것이다(헌재 1995. 6. 29. 90헌바43, 판례집

7-1, 854, 868 참조).

(다) 한편, 이 사건 법률조항은 건축사라는 전문분야에 관하여 마련한 자격제도의 한 내용이라고 할 것인데, 입법자는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 수 있고, 마련한 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하지 않은 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 하며(헌재 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 494), 자격제도에서 입법자에게는 그 자격요건을 정함에 있어 광범위한 입법재량이 인정되는 만큼, 자격요건에 관한 법률조항은 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2000. 4. 27. 97헌바88, 판례집 12-1, 495, 503).

그렇다면 자격제도를 시행함에 있어서 설정하는 자격요건에 대한 판단은 원칙적으로 입법자의 입법형성권의 영역에 있다고 할 것이므로, 헌법재판소는 그것이 입법재량의 범위를 일탈하여 현저히 불합리한 경우에 한하여 그 위헌성을 선언할 수 있다. 따라서 건축사예비시험을 위한 응시자격을 규정함에 있어서 어떠한 요건으로 이를 구성하는지에 관해서는 광범위한 입법재량이 인정되므로, 이러한 점에서 이 사건 법률조항이 직업의 자유를 침해하는지에 대한 심사의 기준은 완화될 수밖에 없다.

## (2) 침해 여부

(가) 건축사는 주로 건축물의 설계와 공사감리의 업무를 담당하여 건축물이 안전하게 완공되게 하여 국민의 생명과 안전을 보호하는 역할을 수행하고, 나아가 건축 관련 분쟁이나 건축계획 등과 관련하여 감정·평가 등의 업무도 담당하므로, 고도의 전문성과 중립성이 요구된다.

그래서 건축사법은 건축물의 설계와 일정 규모의 건축물의 공사감리는 반드시 건축사가 하도록 하고(제4조), 건축사가 되기 위해서는 반드시 건축사자격시험에 합격하여야 하며(제7조), 건축사 자격증을 타인에게 대여하는 행위 등을 금지하고(제10조), 건축사가 아닌 자는 건축사 명칭을 사용하지 못하게 하는(제12조) 등 건축사의 자격과 업무에 관한 사항을 엄격하게 관리하고 있다(헌재 2008. 5. 29. 2005헌마195, 공보 140, 776, 779).

(나) 건축물은 구조와 기능, 형태, 설비 등 다양한 부분으로 복합적으로 구성되어 있고, 디자인을 통해 하나의 시스템으로 통합 조정·관리되는 것인바, 현대사회에서 건축물이 대형화, 고도화되어감에 따라 이러한 조정·관리는 더욱 중요시되고 있다. 이에 따라 건축물의 설계와 공사감리의 형태로 행하는

판례집 20-2(하)

건축사의 책무도 더욱 증대되고 있다.

대형화되어 가고 있는 오늘날 건축의 추세를 감안할 때, 건축은 그 특성상 국민의 생명·신체·재산의 안전에 지대한 영향을 미치고 있다 할 것이고, 부실 건축으로 인한 피해가 대형사고로 이어져 우리 사회에 큰 해악을 끼칠 위험은 점점 커져 가고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 건축사예비시험의 응시자격으로 대학에서의 건축에 관한 소정의 과정을 이수할 것을 요구함으로써 건축사의 전문성을 강화하고, 일련의 교육과정 속에서 배태하게 되는 건축사의 사회적 책임감을 함께 갖출 수 있도록 도모하고 있다는 점을 감안할 때 이 사건 법률조항을 통하여 실현하려는 공익의 정당성은 인정된다고 할 것이다.

(다) 이 사건 법률조항은 건축사예비시험의 응시자격 중 하나로 대학에서의 건축에 관한 소정의 과정을 이수할 것을 요구하고 있는데, 이는 건축사에게 요구되는 자질과 기능을 갖추도록 하기 위함인바, 대학은 우리 사회 최고의 교육기관이라는 점, 의사 등의 전문가자격제도에서도 유사한 예를 찾아볼 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때 이를 두고 불합리한 수단이라고 단정할 수 없고, 또한 오늘날 건축의 중요성에 비추어 보더라도 그러하다. 한편 외국의 입법례를 살펴봐도 공인교육기관의 건축학위를 취득할 것을 요구하는 경우가 상당수 존재한다.

나아가 건축사법은 비록 대학 등의 교육기관에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하지 못하였다 하더라도, 예외적으로 건축에 관하여 9년 이상의 실무 경력을 가진 자에게는 건축사예비시험의 응시자격을 인정해 줌으로써(과거 건축사법 제15조 제1항 제4호에 근거하여 시행되어 왔으나, 현재는 삭제되었고 2010. 1. 1.부터 없어지는 제도이다), 건축에 관한 전문적인 교육을 받지 못하는 사람들에게도 위 예비시험에 응시할 수 있는 길을 전적으로 봉쇄하지는 않았으며, 다른 측면에서 접근해 보더라도, 대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하지 않은 채 졸업한 자일지라도, 직업 활동을 하면서 병행할 수 있는 「고등교육법」상의 여타 교육과정을 이수하는 방법도 가능한 일이다.

(라) 종합적으로 보건대, 건축사예비시험에 필요한 응시자격의 요건을 설정함에 있어서 입법부에게는 상당한 정도의 재량이 있다고 할 것인바 건축물이 점차 대형화, 고도화되어가는 오늘날에 있어 건축사의 전문성을 견고히 확보하려는 이 사건 법률조항은 그 입법목적의 정당성과 그 수단의 상당성이 인정되고, 앞에서 본 여러 요소들을 감안해 볼 때 이 사건 법률조항이 현저히

자의적이라거나, 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 것이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인의 직업의 자유를 침해한다는 위 주장은 받아들이지 아니한다.

라. 평등권 침해 여부

(1) 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하며, 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다(헌재 1997. 5. 29. 94헌바5, 판례집 9-1, 519, 525).

(2) 심사기준과 관련하여, 우리 헌법재판소는 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것으로 보는데, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조).

이 사건 법률조항의 경우, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라거나, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권이 중대한 제한을 초래하는 경우라고 볼 수 없다. 따라서 평등권에 대한 심사는 자의의 금지라는 완화된 기준에 따라야 할 것이다.

(3) 건축물의 설계와 공사감리의 업무를 담당하여 건축물이 안전하게 완공되게 하여 국민의 생명과 안전을 보호하는 역할을 수행하고, 나아가 건축 관련 분쟁이나 건축계획 등과 관련하여 감정·평가 등의 업무도 담당하는 건축사에게는 고도의 전문성과 사회적 책임이 요구되므로 다소간의 엄격한 자격의 제한이 수긍될 수 있고, 외국의 경우에도 이와 유사한 입법례가 상당수 존재한다는 점을 고려함과 아울러 앞서 직업의 자유에 대한 침해 여부에서 설시한 여러 정황들을 함께 살핀다면, 다른 전문직종과 달리 건축사의 경우에 특정 학문과 관련된 소정의 과정을 이수하고 졸업할 것을 요구한다 하더라도

판례집 20-2(하)

이와 같은 취급을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지] 관련조항

건축사법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “건축사”라 함은 국토해양부장관이 시행하는 자격시험에 합격한 자로서 건축물의 설계 또는 공사감리의 업무를 행하는 자를 말한다.
2. “건축사보”라 함은 제23조의 규정에 의한 건축사사무소에 소속하여 건축사업무를 보조하는 자중 국가기술자격법에 의하여 건축, 토목, 전기, 기계, 화공 및 세라믹, 통신, 환경, 에너지, 국토개발 또는 안전관리 기타 대통령령이 정하는 분야의 기술사, 기사 또는 산업기사 자격을 취득하거나 제15조의 규정에 의한 건축사예비시험에 합격한 자로서 국토해양부장관에게 신고한 자를 말한다.
3. “설계”라 함은 자기 책임하에(보조자의 조력을 받는 경우를 포함한다) 건축물의 건축·대수선, 건축설비의 설치 또는 공작물의 축조를 위한 도면·구조계획서 및 공사시방서 기타 국토해양부령이 정하는 공사에 필요한 서류(이하 “설계도서”라 한다)를 작성하고 그 설계도서에서 의도한 바를 해설하며 지도·자문하는 행위를 말한다.
4. “공사감리”라 함은 자기 책임하에(보조자의 조력을 받는 경우를 포함한다) 건축법이 정하는 바에 의하여 건축물·건축설비 또는 공작물이 설계도서의 내용대로 시공되는지의 여부를 확인하고 품질관리·공사관리 및 안전관리 등에 대하여 지도·감독하는 행위를 말한다.

제14조(건축사자격시험) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 건축사

자격시험에 응시할 수 없다.

1. 제15조의 규정에 의한 건축사예비시험에 합격한 자로서 건축사예비시험 응시자격 취득일부터 5년 이상 건축에 관한 실무경력(연구경력을 포함한다. 이하 같다)이 있는 자
- 2.~4. 삭제
5. 외국에서 건축사면허를 받거나 자격을 취득한 자로서 통산하여 5년 이상 건축에 관한 실무경력이 있는 자
6. 삭제

② 제1항 제5호에 해당하는 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 건축사자격시험의 일부를 면제할 수 있다.

제15조(건축사예비시험) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 건축사예비시험에 응시할 수 없다.

1. 대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 졸업예정자 또는 「고등교육법」에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자
2. 전문대학에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 고등교육법에 의하여 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정되는 자로서 2년 이상의 건축에 관한 실무경력을 가진 자
3. 고등학교 또는 3년제 고등기술학교에서 건축에 관한 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자 및 초·중등교육법에 의하여 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정되는 자로서 4년 이상 건축에 관한 실무경력을 가진 자
4. 건축에 관하여 9년 이상의 실무경력을 가진 자(2001. 8. 14. 법률 6503호로 삭제되었으나, 동 부칙 ①에 따라 2010년 1월 1일부터 시행한다.)

② 국토해양부장관은 건축사예비시험에 합격한 자에게 국토해양부령이 정하는 바에 의하여 건축사예비시험합격증을 교부하여야 한다.

제16조(시험과목 등) ① 건축사자격시험 및 건축사예비시험의 시험과목·시험방법·경력의 인정기준 기타 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 삭제 <1989. 4. 1.>

제19조(업무내용) ① 건축사는 건축물의 설계와 공사감리에 관한 업무를

판례집 20-2(하)

행한다.

② 건축사는 제1항의 업무를 행하는 외에 다음 각 호의 업무를 행할 수 있다.

1. 건축물의 조사 또는 감정에 관한 사항
2. 건축물의 현장조사·검사 및 확인에 관한 사항
3. 이 법 또는 건축법과 이 법 또는 건축법의 규정에 의한 명령이나  
기준 등에서 건축사의 업무로 규정한 사항
4. 기타 다른 법령에서 건축사의 업무로 규정한 사항

건축사법 시행령 제8조(시험과목 등) ① 법 제16조의 규정에 의한 건축사자격시험 및 건축사예비시험의 시험과목은 다음 각 호와 같다.

1. 건축사자격시험과목
  - 가. 대지계획
  - 나. 건축설계1
  - 다. 건축설계2
2. 건축사예비시험과목
  - 가. 건축구조
  - 나. 건축시공
  - 다. 건축계획
  - 라. 건축법규

② 삭제 <1989. 7. 5.>

③ 생략

제9조(시험방법) 법 제16조의 규정에 의하여 건축사자격시험은 실기시험으로, 건축사예비시험은 필기시험의 방법으로 실시한다.

## 게임제공업소의 경품취급기준고시 위헌확인

(2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 문화관광부고시 제2004-14호 “게임제공업소의 경품취급기준”(이하 ‘이 사건 고시’라 한다) 중 ‘사행성 간주 게임물’의 개념을 설정하고 이에 해당하는 경우 경품제공 등을 금지한 규정(이하 ‘이 사건 심판대상규정’이라 한다)이 헌법소원의 대상이 되는지 여부(적극)
2. 이 사건 심판대상규정에 대한 헌법소원 심판청구에 대하여 보충성의 예외를 인정할 수 있는지 여부(적극)
3. 구 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’(2001. 5. 24. 법률 제 6473호로 전부 개정되고, 2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제32조 제3호(이하 ‘이 사건 모법조항’이라 한다)가 권리·의무에 관한 사항을 법규명령이 아닌 문화관광부고시에 위임한 것이 위헌인지 여부(소극)
4. 이 사건 모법조항이 포괄위임입법금지원칙 및 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
5. 이 사건 심판대상규정이 이 사건 모법조항의 위임범위를 일탈하였는지 여부(소극)
6. 이 사건 심판대상규정이 죄형법정주의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
7. 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
8. 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
9. 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
10. 청구인들의 행복추구권 침해 주장에 대하여 독자적인 판단을 요하는지 여부(소극)

**【결정요지】**

1. 이 사건 고시는 게임제공업을 영위하는 자가 게임이용자에게 제공할 수 있는 경품의 종류와 지급방법 등에 관한 기준을 정하고 있는데, 이는 특정인에 대한 개별적·구체적인 처분의 성격을 지닌 것이라기보다는 게임제공업소의 경품제공 일반에 관한 일반적·추상적인 규정의 성격을 지닌 것이라 봄이 상당하고, 나아가 이 사건 고시는 이 사건 모법조항의 위임에 의하여 제정된 것으로서 국민의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있어 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 기능하고 있는 것이라 볼 수 있으므로 헌법소원의 대상이 된다.

2. 이 사건 심판대상규정은 별도의 집행행위의 필요 없이 게임제공업자인 청구인들로 하여금 사행성 간주 게임물에 해당하는 경우 경품제공을 금지하고, 경품제공방법을 제한하는 등의 의무를 부과하고 있는바, 이러한 의무부과는 청구인들의 직업수행의 자유 등을 현재 직접 제한하고 있는 것이라 할 수 있고, 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 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.

3. 이 사건 모법조항은 사행성 조장이나 청소년에게 해로운 영향을 미치는 경품제공행위를 막기 위하여 게임제공업자가 게임이용자에게 제공하는 경품의 종류와 경품제공방식을 규율하려는 것으로, 사행성 조장이나 청소년 유해성의 판단근거가 되는 '경품의 종류 및 경품제공방식'이라는 사항은 어느 정도 전문적·기술적인 것으로 그 규율영역의 특성상 소관부처인 문화관광부의 고시로 위임함이 요구되는 사항이라고 볼 수 있다.

4. 이 사건 모법조항은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 게임제공업소의 경품취급기준의 내용을 문화관광부고시에 위임하고 있는 것이므로 포괄위임입법금지원칙이나 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 모법조항에 근거한 이 사건 심판대상규정이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

5. 이 사건 모법조항은 게임제공업자에 대하여 문화관광부고시에

서 정한 경품의 종류와 경품제공방법을 위반하여 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 경품제공행위의 금지를 규정하고 있는데, 이 사건 모법조항의 해석상 문화관광부장관은 개개의 게임물마다 사행성 조장 등을 평가하여 경품제공방식을 정할 수도 있고, 사행성 조장 등에 관한 일정한 기준을 정립하여 그 범주에 드는 게임물에 대하여는 경품의 제공을 금지하고 그렇지 않은 게임물에 대하여는 경품의 제공을 허용하는 경품제공방식을 정할 수도 있다고 할 것인바, 이 사건 심판대상규정은 이 사건 모법조항의 해석상 선택 가능한 위 경품제공방식 중 후자의 방식을 취한 것으로 이 사건 모법조항의 위임범위 내에 속한다.

6. 이 사건 심판대상규정은 이 사건 모법조항의 위임범위를 일탈하지 아니하였으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

7. 이 사건 심판대상규정은 시행시기에 대하여 적절한 유예기간을 부여함으로써 청구인들의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있으므로, 과잉금지의 원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이라 할 수 없다.

8. 청구인들의 영업활동은 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 않는다고 할 것이므로, 청구인들이 주장하는 폐업으로 인한 재산적 손실은 헌법 제23조 제1항의 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

9. 카지노나 실제 경마가 청구인들이 종사하는 게임제공업보다 약한 규제를 받는다고 단정할 수 없으며, 설사 차별적인 요소가 있다고 하더라도 이는 카지노나 실제 경마와 청구인들이 제공하는 게임물이 서로 목적이 다르고 사행화로 인한 피해의 정도 및 사행화의 과정이 다르며 이에 따라 사행성을 규제하는 정도나 형식이 다를 수 밖에 없기 때문이므로, 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

10. 어떠한 법령이 수범자의 직업의 자유와 행복추구권 양자를 제한하는 외관을 띠는 경우 두 기본권의 경합 문제가 발생하는데, 보



호영역으로서 '직업'이 문제되는 경우 행복추구권과 직업의 자유는 서로 일반특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선하므로 행복추구권 관련 위헌 여부의 심사는 배제되어야 한다.

재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견

우리 헌법상 법률이 행정규칙 등에 위임할 수 있는 사항은 헌법 제75조 후단이 명시한 바와 같이 집행명령에 의하여 규정할 수 있는 사항 또는 법률의 의미를 구체화하는 사항에 한정되어야 하고, 새로운 입법 사항이나 국민의 새로운 권리·의무에 관한 사항은 행정규칙 등에 위임할 수 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 모법조항은 행정적 제재의 요건이나 범죄구성요건, 즉 권리·의무에 관한 법규적 사항을 헌법상 열거된 법규명령이 아닌 '문화관광부장관의 고시'에 직접 위임한 것으로서 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없으므로, 위헌인 법률에 근거하여 제정된 이 사건 심판대상규정을 포함한 이 사건 고시 역시 그 내용이 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부를 판단할 필요 없이 헌법에 위반된다.

**【심판대상조문】**

게임제공업소의 경품취급기준(2004. 12. 31. 문화관광부고시 제2004-14호)

3. 경품지급기준

가. 경품을 제공할 수 있는 게임물 및 경품한도액 기준은 다음과 같다.

- ② 18세이용가게임물 : 2만 원 이내(시중판매가격 기준)
- ③ 사행성 간주 게임물은 경품을 제공할 수 없음

나. 동 지급기준의 용어의 의미는 다음과 같다.

- ① “경품한도액”이라 함은 1회 이상의 게임을 진행하면서 당첨된 점수를 누적하여 획득할 수 있는 경품의 최고금액을 말함.
- ④ “사행성 간주 게임물”이라 함은 다음과 같은 게임물을 말함
  - ㉠ 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물
  - ㉡ 잭팟누적점수·최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의 당첨액 등을 모두 포함)·경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물

4. 경품제공방법

다. 게임의 결과 획득한 점수는 보관할 수 없으며 이를 누구든지 매매하거나 또는 매매

하도록 하여서는 아니 된다.

5. 경품제공 시 준수사항

라. 경품제공기준에 의거 경품을 제공할 수 없는 게임물에는 「비경품게임물」이라는 표지판(10cm×5cm이상)을 게임물의 전면부 우측 상단에 식별이 용이하게 부착·관리하여야 한다.

6. 시행시기

가. 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. 다만, 이 고시 시행 당시 종전의 게임물은 고시한 후 60일이 경과한 날부터 시행한다.

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항·제2항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 헌법 제40조, 제75조, 제95조, 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항  
헌법재판소법 제68조 제1항

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 음반·비디오물·게임물의 질적 향상을 도모하고 관련산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 높이고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~2. 생략

3. “게임물”이라 함은 컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 것을 제외한다.

가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것

나. 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화관광부장관이 게임물로 규율할 필요가 없는 것으로 인정하여 고시하는 것

4. “음반등 제작업”이라 함은 음반·비디오물·게임물을 기획제작하거나 복제제작하는 영업을 말한다.

5.~8.

9. “게임제공업”이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위등규제및치벌특별법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계 없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등에 해당하는 경우를 제외한다.

판례집 20-2(하)

가. 청소년 게임장업 : 전체이용가 게임물만을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업  
 나. 일반 게임장업 : 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분·설치하여 공중  
 의 이용에 제공하는 영업

10.~11. 생략

12. “복합유통·제공업”이라 함은 제5호 내지 제11호에 해당하는 영업 가운데 2종류  
 이상의 영업을 동일한 장소에서 영위하는 영업을 말한다.

13. 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오  
 물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제5조(영상물등급위원회) 영화·음반·  
 비디오물·게임물 및 공연물과 그 광고·선전물(이하 “영상물등”이라 한다)의 윤리성 및  
 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 영상물등급위원회(이하 “위원회”라 한다)를  
 둔다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오  
 물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제6조(직무) 위원회는 다음 각 호의 사  
 항을 심의·의결한다.

1. 영상물등의 등급분류 및 청소년 유해성 확인에 관한 사항
2. 영상물등의 등급분류에 따른 제작·유통·시청 또는 이용제공 여부의 확인 등 등급  
 분류의 사후관리에 관한 사항
3. 위원회규정의 제정·개정 에 관한 사항
4. 영상물등의 등급분류의 객관성 확보를 위한 조사·연구
5. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정되거나  
 위탁받은 사항

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오  
 물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제20조(등급분류) ① 비디오물 및 게임  
 물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 배급하고자 하는 자는 미리  
 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를  
 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 비디오물 또는 게임물의 경우에는 그러하  
 지 아니하다.

1. 대가를 받지 아니하고 특정한 장소에서 청소년이 포함되지 아니한 특정인들을 대상  
 으로 하여 시청제공되는 비디오물
2. 문화관광부장관 또는 관계부처 장관이 추천하는 영상물 대회, 전시회 등에서 상영되  
 거나 이용제공되는 비디오물 및 게임물
3. 공공의 목적으로 제작·배급되거나 등급분류가 필요하지 아니한 경우 등 대통령령이  
 정하는 경우에 해당되는 비디오물 및 게임물

② 생략

③ 비디오물 및 게임물의 등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 게임물의 경우에는 제2호의  
 등급분류기준에 불구하고 신청인의 요청에 의하여 전체이용가·12세이용가·15세이용가

및 18세이용가 등급으로 분류할 수 있으며 이 경우 등급분류의 기준은 제1호의 비디오물의 기준을 준용한다.

1. 비디오물의 등급

- 가. 전체관람가 : 누구나 관람할 수 있는 것
- 나. 12세관람가 : 12세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 다. 15세관람가 : 15세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 라. 18세관람가 : 청소년은 관람할 수 없는 것

2. 게임물의 등급

- 가. 전체이용가 : 누구나 이용할 수 있는 것
- 나. 18세이용가 : 청소년은 이용할 수 없는 것

④ 위원회는 시행성이 지나친 것으로서 제3항의 규정에 의한 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대하여는 이용불가의 결정을 할 수 있다.

⑤~⑥ 생략

⑦ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 등급분류, 이용불가, 등급분류보류의 기준 및 절차와 등급분류필증의 교부절차 등에 관하여 필요한 사항은 위원회규정으로 정한다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제21조(위법한 비디오물·게임물의 판매금지 등) ① 누구든지 제20조 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지 아니한 비디오물 또는 게임물이나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 것을 제작·유통·시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.

② 누구든지 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물을 제20조 제3항 각 호의 등급구분에 위반하여 시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.

③ 누구든지 제20조 제4항의 규정에 의하여 이용불가의 결정을 받은 게임물을 제작·유통하거나 이용에 제공하여서는 아니된다.

④ 누구든지 제20조 제6항의 규정에 의한 등급분류필증을 위원회규정이 정하는 바에 의하여 당해 게임물에 부착하지 아니한 상태에서 이를 유통 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.

⑤ 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제26조(음반 등 제작업 등의 신고) ① 음반 등 제작업 및 음반 등 배급업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 음반·비디오물·게임물을 제작하는 경우로서 다음 각 호의 경우를 제외한다.

- 1. 국가 또는 지방자치단체가 제작하는 경우
- 2. 법령에 의하여 설립된 교육기관 또는 연수기관이 자체교육 또는 연수의 목적으로 사용하기 위하여 제작하는 경우
- 3. 방송법에 의한 방송사업자가 방송의 목적에 사용하기 위하여 제작하는 경우

판례집 20-2(하)

- 4. 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관 또는 정부출연기관이 그 사업의 홍보에 사용하기 위하여 제작하는 경우
  - 5. 관혼상제 또는 종교의식 등의 행사를 기념으로 남기기 위한 목적으로 제작하는 경우. 다만, 공중에게 유통하거나 시청 또는 이용에 제공하는 경우를 제외한다.
  - 6. 그 밖에 대통령령이 정하는 경우
- ② 청소년게임장업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 신고하여야 한다.

③ 삭제

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 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.~ 2. 생략

3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것

가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류외의 경품을 제공하는 행위

나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위

4.~ 8. 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조(등록취소 등) ① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 영업의 폐쇄명령 또는 등록의 취소처분을 하거나 6월 이내의 기간을 정하여 당해 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제7호에 해당하는 때에는 영업의 폐쇄를 명하거나 등록을 취소하여야 한다.

1. 생략

2. 제21조 제2항의 규정을 위반하여 비디오물 또는 게임물을 시청 또는 이용에 제공한 때

3.~ 4. 생략

5. 제32조의 규정에 의한 영업자 준수사항을 위반한 때

6.~ 7. 생략

②~③ 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제42조(폐쇄 및 수거) ①~② 생략

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

계 할 수 있다.

1.~ 2. 생략

3. 제21조 제1항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 것과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물

4.~ 6. 생략

④~⑥ 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제50조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략

1의2. 제21조 제1항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반한 자

2. 생략

3. 제32조 제3호의 규정에 위반한 자

4.~ 8. 생략

관광진흥법(2007. 4. 11. 법률 제8343호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조(허가요건 등)

① 문화관광부장관은 제5조 제1항의 규정에 의한 카지노업(이하 “카지노업”이라 한다)의 허가신청을 받은 때에는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 이를 허가할 수 있다.

1. 국제공항 또는 국제여객선터미널이 있는 특별시·광역시 또는 도(이하 “시·도”라 한다) 안에 있거나 관광특구 안에 있는 관광숙박업종 호텔업시설(관광숙박업의 등급 중 최상등급을 받은 시설에 한하며, 시·도 안에 최상등급의 시설이 없는 경우에는 그 다음 등급의 시설에 한한다) 또는 대통령이 정하는 국제회의업시설의 부대시설 안에서 카지노업을 하고자 하는 경우로서 대통령이 정하는 요건에 적합한 경우

2. 우리나라와 외국간을 왕래하는 여객선안에서 카지노업을 하고자 하는 경우로서 대통령이 정하는 요건에 적합한 경우

② 문화관광부장관은 공공의 안녕, 질서유지 또는 카지노업의 건전한 발전을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 허가를 제한할 수 있다.

관광진흥법(2007. 4. 11. 법률 제8343호로 전부 개정되기 전의 것) 제22조(카지노업의 시설기준 등) ① 카지노업의 허가를 받고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설 및 기구를 갖추어야 한다.

② 카지노사업자에 대하여는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 시설중 일정시설에 대하여 문화관광부장관이 지정·고시하는 검사기관의 검사를 받게 할 수 있다.

③ 카지노사업자는 제1항의 규정에 의한 시설 및 기구를 유지·관리하여야 한다

관광진흥법(2007. 4. 11. 법률 제8343호로 전부 개정되기 전의 것) 제24조(카지노기구의 규격 및 기준 등) ① 문화관광부장관은 카지노업에 이용되는 기구(이하 “카지노기구”라 한다)의 형상·구조·재질 및 성능등에 관한 규격 및 기준(이하 “공인기준등”이라 한다)

판례집 20-2(하)

을 정하여야 한다.

- ② 문화관광부장관은 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관이 지정하는 검사기관의 검정을 받은 카지노기구의 규격 및 기준을 공인기준등으로 인정할 수 있다.
- ③ 카지노사업자가 카지노기구를 영업장소(그 부대시설등을 포함한다)에 반입·사용하는 때에는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 당해카지노기구가 공인기준등에 적합한지의 여부에 관하여 문화관광부장관의 검사를 받아야 한다.
- ④ 제3항의 규정에 의한 검사에 합격된 카지노기구에는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 검사합격필증을 붙이거나 이를 표시하여야 한다.

관광진흥법(2007. 4. 11. 법률 제8343호로 전부 개정되기 전의 것) 제25조(카지노업의 영업종류 및 영업방법 등) ① 카지노업의 영업종류는 문화관광부령으로 정한다.

② 카지노사업자는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 카지노업의 영업종류별 영업방법 및 배당금등에 관하여 문화관광부장관에게 미리 신고하여야 한다. 신고한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

사행행위 등 규제 및 처벌 특례법(2006. 3. 24. 법률 제7901호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “사행행위영업”이라 함은 다음 각목의 영업을 말한다.

가.~다. 생략

라. 기타 사행행위업 : 가목 및 나목외에 영리를 목적으로 회전판돌리기·추첨·경품 등 사행심을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법등에 의한 영업으로서 대통령령이 정하는 영업

2.~3. 생략

② 생략

사행행위 등 규제 및 처벌 특례법(2006. 3. 24. 법률 제7901호로 개정되기 전의 것) 제30조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~3. 생략

4. 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 사행행위영업 외에 투전기·기계식구슬치기기구 또는 사행성전자식유키기구등 사행심을 유발할 우려가 있는 기계·기구등을 이용하여 우연의 결과에 따라 이용자에게 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위를 업으로 한 자

5. 제4호의 행위를 업으로 한 자에게 투전기·기계식구슬치기기구 또는 사행성전자식유키기구를 판매하거나 판매할 목적으로 이를 제조 또는 수입한 자

② 생략

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제3조(경마의 개최) ① 경마는 제18조의 규정에 의하여 설립된 한국마사회(이하 “마사회”라 한다)가 개최한다.

② 마사회가 경마를 개최하고자 할 때에는 경마장별 경마개최의 범위, 경주의 종류 및 경주마의 출주기준 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제4조(경마장) ① 마사회가 경마

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합)

장을 설치하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 요건을 구비하여 농림부장관의 허가를 받아야 한다.

② 농림부장관은 경마장의 설비가 부적합하여 경마장안의 질서를 유지할 수 없거나 경마의 공정을 확보할 수 없다고 인정할 때에는 마사회에 대하여 설비변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제6조(마권의 발매 등) ① 마사회는 경마를 개최하는 때에는 경마장 안에서 마권을 발매할 수 있다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 마권의 단위투표금액·발매방법 및 제2항의 규정에 의한 장외발매소의 시설기준, 처리사무 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제6조의3(경고문구의 표기) ① 마사회는 마권과 구매권 및 대통령령이 정하는 광고에 마권의 지나친 구매행위가 가져올 수 있는 개인적·사회적 폐해 등에 관한 경고문구를 표기하여야 한다.

② 제1항의 규정에 따른 경고문구의 표시내용 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 농림부령으로 정한다

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제7조(승마투표방법) ① 승마투표방법은 단승식·복승식·쌍승식·연승식·복연승식·삼복승식·중단승식 및 특별승마식의 8종으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 각 승마투표방법에 있어서의 승마의 결정·실시방법등에 관하여 필요한 사항은 농림부령으로 정한다.

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제8조(환급금) ① 마사회는 승마투표적중자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 경주에 대한 마권의 발매금액중에서 환급금을 교부한다.

② 승마투표적중자가 없는 경우의 발매금은 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 마권을 구매한 자에게 환급하여야 한다. 다만, 승마가 2 이상인 승마투표방법에 있어서 일부 승마에 대한 승마투표적중자가 없는 경우에는 당해 승마에 대한 환급금은 나머지 승마투표적중자에게 균분하여 교부하여야 한다.

③ 생략

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제9조(발매수득금 등) ① 마사회 의 수입은 발매수득금과 그 밖의 수입으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 발매수득금은 마사회가 마권의 발매금액에 대하여 농림부장관이 정하는 비율에 의해 수득하는 금액으로 한다. 이 경우 수득금은 발매금액의 100분의 20을 초과할 수 없다.

③ 생략

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제3조(등급분류 구분) 게임물의 등급분류는 다음 각 호와 같다.

1. 전체이용가 : 누구나 이용할 수 있는 것

판례집 20-2(하)

2. 18세이용가: 청소년은 이용할 수 없는 것(청소년이라 함은 18세 미만의 사람이며, 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 고등학교 재학중인 자를 포함한다)

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제4조(등급분류 기준) 게임물의 등급분류 기준은 다음 각 호와 같다.

- ① 생략
- ② 18세이용가 등급의 기준은 다음 각 호와 같다.
  - 1. 생략
  - 2. 주제 및 내용에 있어서 청소년에게 유해할 정도의 음란·폭력 등의 표현과 사행심을 유발시키는 내용이 있으나 18세 이상의 성인에게 적합한 작품
  - 3. 생략

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제5조(이용불가) 등급분류를 함에 있어 사행성이 지나쳐 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 다음 각 호의 게임물에 대하여는 이용불가 결정을 할 수 있다.

- 1. 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법에 의한 사행기구 및 관광진흥법에 의한 카지노업에 이용되는 카지노 기구로 관계법에 의해 검사를 받아야 하는 게임
- 2. 사행기구나 카지노 기구와 유사한 게임으로 제13조의 내용을 포함한 게임

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제13조(사행성간주) 사행성과 관련하여 다음 각 호와 같은 내용은 등급분류를 보류할 수 있다.

- 1. 게임성이 없이 경품이나 배당의 획득을 주목적으로 하는 내용
- 2. 과도한 베팅이나 배당이 있어 사행심을 조장하는 내용
- 3. 게임물의 기능 중 현금이나 유가증권, 카드 등을 사용하여 과도한 베팅을 할 수 있는 기능 및 그 배당이 현금 또는 유가증권 카드 등으로 배출되는 기능이 있는 내용
- 4. 단위시간에 지나치게 많은 정액이 투입되도록 전자장치나 카드인식장치를 부착한 내용
- 5. 사용자 상호간의 네트가 형성되어 게임의 결과에 따라 상호 손익이 직거래되는 내용

① 게임산업의 변화에 부응하는 등급분류를 위해 주요 게임류에 대한 세부규정을 둘 수 있다.

② 세부규정은 관련법률 및 기준이 정한 한도 내에서 규정하며, 위원회의 결정에 의해 수 정할 수 있다.

게임제공업용게임물등급분류기준 세부규정(2005. 2. 4. 영상물등급위원회 공고 제2005-4호) 제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 게임제공업용게임물에 대한 용어는 다음과 같다.

- 1. “1회 게임”이라 함은 게임시작 후 다음 게임이 시작되기 전까지를 말하며, 경품을 지급하는 게임물은 1회 게임의 최소시간을 4초 이상으로 제한한다. 또한, 게임의 종류별로 다음과 같이 정한다.
  - 라. 경마 게임의 경우 베팅 시작, 경마레이스, 당첨여부 표시, 부가게임 후 다음 게임의 베팅 혹은 시작 전까지를 말한다.

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합)

2. “1회 게임시간”이라 함은 1회 게임을 진행하기 위하여 이용자에 의해 구동되는 배팅, 홀드 등을 제외한 컴퓨터프로그램에 의거 작동되는 실제 게임시간을 말한다. 단 서 생략
- 3.~ 5. 생략
6. “베팅”이라 함은 게임의 진행으로 얻을 수 있는 점수 또는 결과물을 위해 1회 게임의 이용요금 한도 내에서 이용자가 투입한 금액 또는 점수를 말한다.
7. “당첨액”이라 함은 1회 게임의 진행으로 얻을 수 있는 점수 또는 결과물을 말한다.
8. “최대당첨액”이라 함은 1회 게임의 최대 이용요금(이하 “정액”이라 한다) × 최고배율을 말한다.
9. “1회 게임의 최고당첨액”이라 함은 최대당첨액, 부가게임·잭팟게임 등의 당첨액을 포함하여 1회 게임에서 획득할 수 있는 모든 점수의 합계를 말한다.
10. 생략
11. 1회 게임의 이용요금 : 1회 게임을 진행하기 위한 최대의 이용요금을 말하며, 1회 게임의 이용요금은 “1시간당 총 이용요금(90,000원) ÷ 3,600초 × 1회 게임시간”의 범위 내에서 이루어진다.

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제3조(주요 창의 명칭과 기능) 주요 창의 명칭과 기능은 다음과 같이 정하되 게임에 따라 창의 선택적으로 사용할 수 있다. 다만, 이용요금액과 창의 표시되는 단위점수는 1 : 1(예시 : 100점에 100원)로 대응되어야 한다.

1. “이용요금창(CREDIT)”은 이용요금 투입시 해당 점수를 기록하는 창으로 당첨액 등으로 누적될 수 없다.
2. “베팅창(BET)”은 이용요금창 또는 경품창의 점수를 이용하여 정액한도 내에서 배팅이 이루어지는 창을 말한다.
3. “당첨액창(WIN)”은 게임진행으로 획득한 당첨액이 표시되는 창을 말한다.
4. “경품창(GIFT)”은 경품게임물에 한해 사용되는 창으로 당첨액창의 점수를 20,000점 이내로 누적하여 이용자의 선택에 따라 경품지급 또는 게임진행을 할 수 있으며, 게임을 하는 경우 매회 정액한도 내에서 베팅창으로 이동시켜 게임을 진행할 수 있는 창을 말한다. 다만, 경품창으로 이동한 점수를 가지고 게임을 하는 경우에도 1시간당 총 이용요금에 포함된다.

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제5조(사행성간주 게임물) 18세이용가 게임물 중 비경품 게임물인 사행성간주 게임물의 기준은 다음과 같다.

1. 1회 게임의 시간(베팅, 홀드 등 이용자에 의해서 진행되는 시간은 제외됨)이 4초 미만인 게임물
  2. 1시간당 총 이용요금이 90,000원을 초과하는 게임물
  3. 1회 게임의 최고당첨액, 경품누적점수 등이 경품고시의 경품한도액을 초과하는 게임물
- 게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제6조(게임물 세

판례집 20-2(하)

부적용기준) 게임제공업용게임물의 세부적용기준은 다음과 같다. 단, 메달은 1개당 100원으로 정함.

1. 경품게임물 : 1회 게임시간당 정액, 최고당첨액 및 최고배율의 범위는 다음과 같다.
  - 다. 80초 이상(경륜·경정·경마류, 빙고류 등 다구역게임물) : 정액의 합계 2,000원 이하(1구역당 정액 100원), 1회 게임의 최고당첨액 20,000원, 최고배율 200배 이내
- 2.~3. 생략
4. 기타
  - 나. 경품게임물에서 경품이 제공됨과 동시에 이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창은 초기화되어야 한다.

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 부칙 제1조(시행일) 이 세부규정은 공고한 날로부터 시행한다.

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 부칙 제3조(경과조치) ① 경품고시 시행 이전에 등급분류를 받은 기존 게임물 중 사행성간주 게임물의 경우 경품고시 및 이 세부규정을 준수하기 위해 프로그램 등을 수정하는 경우 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제21조 제1항의 적용을 유예한다.

② 제1항의 경우와 같이 프로그램을 수정하는 경우 신청사 및 게임제공업자 등은 수정하고자 하는 내용을 위원회에 서면으로 제출하여 승인을 받아야 하며, 승인을 받은 경우에는 등급분류소위원회운영규정 제12조의 규정에 의한 재심의를 받은 것으로 본다.

③ 제2항에 의거 승인을 받고자 하는 경우 관련된 제출서류 및 승인서, 승인표지의 도안 및 승인사항 기재 등은 별도의 지침으로 운영한다.

**【참조판례】**

1. 헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449  
헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 506  
헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894, 판례집 16-1, 114, 125
2. 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204  
헌재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589  
헌재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 173
3. 헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 119
4. 헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-1, 187, 194-195  
헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748  
헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5, 판례집 14-1, 478, 487
6. 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341  
헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585  
헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529, 535
7. 헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910  
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 667-668

현재 2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합)

- 현재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 145-146  
현재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40-41  
8. 현재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103  
현재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664  
현재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310  
현재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318  
현재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 152  
현재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43  
9. 현재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406  
현재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 17-2, 577, 612  
현재 2007. 5. 31. 2006헌바49, 판례집 19-1, 600, 605  
10. 현재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 408  
현재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 123  
현재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 472  
현재 2007. 5. 31. 2007헌바3, 공보 128, 589, 595

## 【당 사 자】

- 청 구 인 1. 강○화 외 334인(2005헌마161 사건, [별지 1] 목록과 같음)  
대리인 법무법인 이우  
담당변호사 정대훈 외 7인  
2. 강○무 외 14인(2005헌마189 사건, [별지 2] 목록과 같음)  
대리인 법무법인 충정  
담당변호사 하광호 외 5인  
피청구인 문화관광부장관(2005헌마161 사건)

## 【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 구 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전부 개정된 것, 이하 ‘음비게법’이라 한다) 제27조 제1항 및 음비게법시행규칙(2001. 11. 16. 문화관광부령 제57호로 전부 개정된 것) 제4

판례집 20-2(하)

조에 따라 게임제공업자로 등록 또는 변경등록한 다음, 각 영업장소에 영상물 등급위원회로부터 18세이용가게임물로 등급분류 판정을 받은 게임물인 속칭 스크린경마게임물(이하 ‘이 사건 게임물’이라 한다) 기기를 설치하고 게임제공업을 영위하고 있는 자들이다.

(2) (가) 음비계법 제32조 제3호(이하 ‘이 사건 모법조항’이라 한다)는 게임제공업자가 사행성(射倖性)을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미치는 것을 방지하기 위하여 피청구인 겸 이해관계기관인 문화관광부장관(정부조직법이 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되면서 ‘문화체육관광부장관’으로 되었다. 이 결정에서는 혼란을 피하기 위하여 심판청구가 제기된 때의 명칭인 ‘문화관광부장관’으로 표시하기로 한다)에게 경품종류와 경품제공방법을 고시하도록 위임하였다.

(나) 이에 문화관광부장관은 “게임제공업소의 경품취급기준”을 고시하여 왔고, 2002. 12. 30. 개정·고시한 “게임제공업소의 경품취급기준(문화관광부고시 제2002-18호, 이하 ‘중전 고시’라고 한다)”은 경품제공을 통하여 사행행위를 조장할 수 있는 유가증권(도서상품권·문화상품권 및 국민관광상품권 제외)의 진열·제공을 금지하고(제2조 가항), 18세이용가게임물의 경우에는 경품 1개의 가격이 20,000원을 초과할 수 없다(제2조 나항)고 규정하였을 뿐, 사행성이 있다고 보는 게임물의 판단기준에 대해서는 규정하지 아니하였다.

(다) 그런데 게임제공업소에서 제공하는 게임물의 사행성이 계속하여 사회문제를 일으키자, 문화관광부장관은 [별지 3] 기재와 같이 2004. 12. 31. “게임제공업소의 경품취급기준(문화관광부고시 제2004-14호, 이하 ‘이 사건 고시’라고 한다)”을 개정·고시하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

18세이용가게임물의 경우 게임이용자에게 제공할 수 있는 경품한도액을 20,000원 이내로 제한하고(이 사건 고시 제3조 가항 ②호), 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물과 잭팟누적점수·최고당첨액·경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물을 ‘사행성 간주 게임물’로 규정하면서(이 사건 고시 제3조 나항 ④호 ㉠목·㉡목), 사행성 간주 게임물의 경우에 게임이용자에 대한 경품제공을 금지하는(이 사건 고시 제3조 가항 ③호) 한편, 경품지급기준에 의하여 경품을 제공할 수 없는 게임물에는 「비경품게임물」이라는 표지판을 게임물 전면부 우측 상단에 식별이 용이하게 부착·관리하도록 하였고(이 사건 고시 제5조 라항), 게임의 결과 획득한 점수의 보관 및 그 점수의 매매 등을 금지하였으며(이 사건 고시 제4조 다항), 개정된 규

정의 시행시기에 있어 이미 시중에서 유통 중인 종전의 게임물에 대하여는 60일의 유예기간을 부여하였다(이 사건 고시 제6조 가항 단서).

(3) 이 사건 게임물은 1회 게임시간이 약 3분 내지 3분 30초, 베팅구역이 102개 내외, 구역당 베팅금액이 2,500원으로 설계되어 있으므로, 이론상 1회 게임에 최고 255,000원까지 베팅이 가능하고, 당첨배율도 단식·복식·연식·쌍승식을 포함하여 999배 내지 9,999배에 이르러, 이 사건 고시 제3조 나항 ④호 ㉔목·㉕목에 의하여 '사행성 간주 게임물'에 해당하게 되었고, 이로 인하여 게임제공업자는 이 사건 고시 제3조 가항 ③호에 따라 게임이용자에게 경품을 제공할 수 없게 되었다.

(4) 청구인들은 2005. 2. 15.(2005헌마161 사건) 및 2005. 2. 22.(2005헌마189 사건) 이 사건 고시 중 아래 나항에 기재된 심판대상조항이 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 주장하며 각 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

##### (1) 2005헌마161 사건

(가) 위 사건의 청구인들은 심판청구취지에서 이 사건 고시 전부가 헌법에 위반된다고 주장하나, 구체적으로는 사행성 간주 게임물의 경우 경품제공 금지를 규정한 제3조 가항 ③호, 시간당 총 이용금액 내지 또는 경품한도액을 초과하는 게임물을 사행성 간주 게임물로 규정한 제3조 나항 ④호 ㉔목·㉕목, 게임의 결과 획득한 점수를 보관하거나 그 점수의 매매 등의 금지를 규정한 제4조 다항, 비경품게임물이라는 표지판을 부착·관리하도록 규정한 제5조 라항, 종전의 게임물에 대하여 이 사건 고시의 시행을 60일 동안 유예한 규정인 제6조 가항 단서가 위헌이라고 주장하고 있으므로, 심판대상을 위 조항들로 한정한다(헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 판례집 18-1상, 439, 443-444; 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468, 판례집 20-1상, 1, 15-16 등 참조).

(나) 한편 위 사건의 청구인들은 2005. 12. 13.자 "청구이유 보충서(Ⅱ)"에서 이 사건 모법조항이 위임입법의 한계를 이탈하였다는 등의 이유로 위헌이라는 취지의 주장을 하고 있다.

그러나 위 서면의 표제나 형식이 청구이유 보충서일뿐 심판청구취지 추가 신청서가 아니므로, 이 사건 모법조항을 이 사건의 심판대상으로 삼지 아니한다.

설사 심판청구취지를 추가하는 것으로 보더라도, 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구

판례집 20-2(하)

하여야 하는바(헌법재판소법 제69조 제1항), 이 사건 모법조항은 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정·공포되어 2001. 9. 25.부터 시행된 조항으로써, 위 사건의 청구인들은 늦어도 이 사건 심판청구일인 2005. 2. 15.경에는 그 사유가 있다는 것을 알았다고 보이고, 위 서면은 그로부터 90일이 훨씬 경과한 2005. 12. 13.에 제출된 것이므로, 이에 의하여도 심판청구취지의 추가는 부적법하다 할 것이다.

(2) 2005헌마189 사건

위 사건의 청구인들은 심판청구취지에서 이 사건 고시 제3조 전부가 헌법에 위반된다고 주장하나, 구체적으로는 18세이용가게임물의 경우 경품한도액을 20,000원 이내로 규정한 제3조 가항 ②호, 사행성 간주 게임물의 경우 경품제공 금지를 규정한 제3조 가항 ③호, 경품한도액을 1회 이상의 게임을 진행하면서 당첨된 점수를 누적하여 획득할 수 있는 경품의 최고금액이라고 정의한 제3조 나항 ①호, 시간당 총 이용금액 내지 경품한도액을 초과하는 게임물을 사행성 간주 게임물로 규정한 제3조 나항 ④호 ㉠목·㉡목이 위헌이라고 주장하고 있으므로, 심판대상을 위 조항들로 한정한다(위 2005헌마598 결정; 위 2007헌마1468 결정 등 참조).

(3) 소 결

따라서 이 사건 심판의 대상은 이 사건 고시 제3조 가항 ②호·③호, 제3조 나항 ①호 및 ④호 ㉠목·㉡목, 제4조 다항, 제5조 라항, 제6조 가항 단서의 위헌 여부이고, 이 사건 심판대상조항 및 관련규정은 다음과 같다(이 사건 고시 제6조 가항 부분은 밑줄 그은 부분에 한한다).

[심판대상조항]

게임제공업소의 경품취급기준(2004. 12. 31. 문화관광부고시 제2004-14호)

### 3. 경품지급기준

가. 경품을 제공할 수 있는 게임물 및 경품한도액 기준은 다음과 같다.

② 18세이용가게임물 : 2만 원 이내(시중판매가격 기준)

③ 사행성 간주 게임물은 경품을 제공할 수 없음

나. 동 지급기준의 용어의 의미는 다음과 같다.

① “경품한도액”이라 함은 1회 이상의 게임을 진행하면서 당첨된 점수를 누적하여 획득할 수 있는 경품의 최고금액을 말함.

④ “사행성 간주 게임물”이라 함은 다음과 같은 게임물을 말함

- ㉠ 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물
- ㉡ 잭팟누적점수·최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의 당첨액 등을 모두 포함)·경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물

4. 경품제공방법

다. 게임의 결과 획득한 점수는 보관할 수 없으며 이를 누구든지 매매하거나 또는 매매하도록 하여서는 아니 된다.

5. 경품제공 시 준수사항

라. 경품지급기준에 의거 경품을 제공할 수 없는 게임물에는 「비경품게임물」이라는 표지판(10cm×5cm이상)을 게임물의 전면부 우측 상단에 식별이 용이하게 부착·관리하여야 한다.

6. 시행시기

가. 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. 다만, 이 고시 시행 당시 중전의 게임물은 고시한 후 60일이 경과한 날부터 시행한다.

(위 각 심판대상조항은 게임제공업자의 영업방법 등을 제한한 것으로, 이하에서는 이를 모두 통틀어 ‘이 사건 심판대상규정’이라고 한다.)

[관련조항]

[별지 4]의 기재와 같음

2. 청구인들의 주장요지 및 문화관광부장관의 의견요지

[별지 5]의 기재내용과 같음

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 고시가 헌법소원의 대상이 되는지 여부

고시의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 506 참조).

이 사건 고시는 게임제공업을 영위하는 자가 게임이용자에게 제공할 수 있는 경품의 종류와 지급방법 등에 관한 기준을 정하고 있는데, 이는 특정인에 대한 개별적·구체적인 처분의 성격을 지닌 것이라기보다는 게임제공업소의 경품제공 일반에 관한 일반적·추상적인 규정의 성격을 지닌 것이라 봄이 상당하다. 나아가 이 사건 고시는 이 사건 모법조항의 위임에 의하여 제정된 것

판례집 20-2(하)

으로서 국민의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있으므로 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 기능하고 있는 것이라 볼 수 있으므로 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 449 ; 헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894, 판례집 16-1, 114, 125 등 참조).

나. 직접성 및 보충성 요건의 구비 여부

이 사건 심판대상규정은 별도의 집행행위의 필요 없이 게임제공업자인 청구인들로 하여금 사행성 간주 게임물에 해당하는 경우 경품제공을 금지하고, 경품제공방법을 제한하는 등의 의무를 부과하고 있는바, 이러한 의무부과는 청구인들의 직업수행의 자유 등을 현재 직접 제한하고 있는 것이라 할 수 있고, 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다루는 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 ; 헌재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589 ; 헌재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 173 등 참조).

다. 그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 게임물의 기존 운용방식과 경품제공 실태

(1) 기존의 운용방식

이 사건 게임물은 게임이용자들이 극장 크기의 실내 스크린에서 실제 경마와 같은 내용의 3차원 입체영상을 보면서 최대 60대의 단말기가 네트워크로 연결된 각 단말기의 일정 구역(각 경주마들의 예상 순위로 조합된 경우의 수)에 일정 금액을 베팅한 후 승부결과에 따라 베팅한 금액에 일정 배당률을 곱한 금액을 받도록 운영된다. 즉, 게임이용자가 게임을 하기 위해서 500원짜리 동전을 단말기에 투입하면 크레딧창(이용요금창)에 500원당 10점이 입력되도록 되어 있고, 게임이용자는 위 크레딧을 가지고 단말기화면 상단에 제공된 8마리 내지 12마리로 구성된 컴퓨터 경주마에 대한 정보 등을 고려하여 베팅액을 결정하는데, 한 구역에 베팅할 수 있는 최대 크레딧은 50점(2,500원)이나, 베팅을 하는 구역의 수에는 제한이 없어 최대 102구역(경주마가 8마리인 경우를 기준으로 한 것이고, 경주마가 8마리를 초과하는 경우 베팅을 하는 구역의 수는 늘어나게 된다) 중 일정 구역에 베팅하게 된다. 게임 시작 후 다음 게임이 시작되기 전까지의 시간인 1회 게임의 시간은 경주거리에 따라

달라지나 대략 3분 내지 3분 30초 정도가 소요되고, 배당률은 999배 내지 9,999배에 이른다. 경주가 끝나면 게임 결과에 따라 배팅액과 배당률을 곱한 보너스점수가 게임이용자에게 주어지는데, 이 중 100점까지는 화면의 보너스창에 입력되고, 나머지 점수는 배팅을 할 수 있는 크레딧창으로 옮겨가게 되며(따라서 다음 게임에서 별도의 추가 이용료 없이 게임을 할 수 있다), 보너스창에 있는 점수 100점은 5,000원권 상품권으로 배출할 수가 있고, 4회 게임 이상을 하는 경우 400점(20,000원)까지만 누적될 수 있어, 400점까지 누적되었다면 상품권 4장을 한꺼번에 인출할 수 있다.

(2) 기존의 경품제공 실태

게임제공업자들은 중전 고시가 18세이용가게임물의 경품액수를 20,000원으로 제한하였을 뿐 게임이용자들이 1회 게임에 배팅할 수 있는 최대금액에 대해서는 아무런 제한을 두지 않은 점을 이용하여 게임이용자들이 1회 게임에 최고 255,000원(1구역당 최대 배팅 가능액 2,500원 × 1회 게임당 최대 배팅 가능구역 102개) 정도까지 배팅할 수 있게 하고 그 대가로 받은 게임점수에 대하여도 100점당 5,000원권 상품권 1장씩으로 환산하여 최대 20,000원까지는 이 사건 게임물 기기에 설치된 경품인출기를 통하여 교부하고, 나머지 점수는 그에 해당하는 상품권 또는 현금을 게임이용자에게 직접 지급하였다. 게임장에서 지급된 상품권은 대부분 가맹점이 지극히 적거나 없어 해당 게임장에서 경품으로 사용되는 것 외에는 물품구입 등에 사용할 수 없는 형식상의 상품권(속칭 딱지 상품권)으로서 해당 게임장과 연결된 인근 상품권 환전업소에서 현금으로 교환되고 있었다. 게임제공업자들은 상품권 환전업소로부터 위와 같이 교환된 상품권을 구입하여 다시 그들의 영업을 위하여 사용하였다.

나. 이 사건 고시의 개정 과정

상품권 발행자의 자격을 제한하고, 상품권 발행업을 등록제로 하며, 분기별 미회수된 상품권의 액면총액 중 일정액을 공탁하도록 규정하였던 구 상품권법(제정 1961. 12. 27. 법률 제875호, 전부 개정 1994. 1. 5. 법률 제4700호)이 기업의 자유로운 경제활동을 도모한다는 목적으로 1999. 2. 5. 폐지되어 상품권 발행이 자유로워지고, 과거 전자유기장을 허가제로 하였던 구 공중위생법(제정 1986. 5. 10. 법률 제3822호, 개정 1995. 12. 29. 법률 제5100호)이 1999. 2. 8. 폐지되면서 마련된 음비게법이 등록만으로 게임제공업을 영위할 수 있도록 하자, 수많은 게임제공업소가 난립하여 과도한 경품제공을 내걸고 게임이용자들을 유인하여 국민의 건전한 근로의욕을 저하시키고 일부 게임이용자

판례집 20-2(하)

들로 하여금 경제적 파탄상태에 이르게 하는 등 사회적·경제적 폐해가 문제되어 왔다.

청구인들이 제공하는 이 사건 게임물은 음비게임 제20조에 의하여 게임물의 등급분류를 담당하는 영상물등급위원회로부터 18세이용가게임물로 등급분류를 받았다. 그런데 위 등급분류 당시 종전 고시와 등급분류의 기준을 규정한 영상물등급위원회의 게임제공업용게임물등급분류기준 및 그 세부규정에는 18세이용가게임물의 경우 경품 1개의 한도액을 20,000원으로 제한하였을 뿐 게임이용자들이 1회 게임에 베팅할 수 있는 최대금액에 대해서 아무런 제한을 두지 아니하였다. 이 점을 이용하여 게임제공업자들은 앞서 본 바와 같이 이 사건 게임물 기기에서 경품으로 최고 20,000원 상당의 상품권이 배출되도록 하여 종전 고시 및 위 분류기준을 충족한 것처럼 하고는 베팅기간을 많이 설정하여 1회 게임에 최고 255,000원 정도까지 베팅할 수 있도록 영업함으로써 그 사행성이 끊임없이 문제되었다.

이에 영상물등급위원회는 2004. 2. 27. 스크린경마게임물 제작업체와의 사이에 건전한 게임문화 정착과 게임산업발전을 위하여 사행성이 과도한 게임물을 차단할 수 있는 전반적인 대책을 공유함과 동시에 시행 중인 게임제공업용게임물등급분류기준을 재검토하여 새로운 등급분류기준안을 마련하기 위하여 간담회를 개최하였으며, 문화관광부장관은 2004. 5.경 이 사건 게임물을 비롯한 스크린경마게임기의 1구간 베팅액 200원, 최대베팅액 2,000원, 경품금액 20,000원을 주요 내용으로 하는 규제안을 마련하여 2004. 10. 8. 게임제공업소의 경품취급기준 고시 개정안을 입법예고하고, 2004. 11. 10. 게임제공업자와 게임물제작업자 등 18명을 참석시켜 위 개정안에 베팅액 및 당첨금액과다 등의 요건을 갖춘 사행성 간주 게임물의 경우에 경품을 제공할 수 없도록 하는 내용을 추가하는 내용에 대하여 업계 간담회를 하는 등 수차례에 걸쳐 관련 업계에 위 개정안을 설명하면서 그에 대한 의견을 청취하고, 2004. 12. 31. 이 사건 고시를 개정·고시하였다.

다. 이 사건 심판대상규정의 위헌 여부

(1) 이 사건 모법조항의 위헌성에 기인한 이 사건 심판대상규정의 위헌 여부

(가) 문제의 제기

청구인들은 이 사건 모법조항이 헌법 제95조 등에 위반되어 위헌인 조항이므로 이 사건 모법조항의 위임에 의하여 제정된 이 사건 심판대상규정은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 헌법에 위반된다고 주장한다.

이 사건 모법조항은 게임제공업자에 대해서 “사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 ‘일정한 태양’의 경품제공행위를 하지 아니할 것”을 명하면서, 그 태양으로 “문화관광부장관이 고시하는 종류 외의 경품을 제공하는 행위”와 “문화관광부장관이 고시하는 방법에 의하지 아니한 경품제공행위”를 규정하고 있고, 음비계법 제50조 제3호는 이를 위반한 자를 2년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

따라서 이 사건 모법조항이 헌법이 들고 있는 범규명령의 형식이 아닌 문화관광부장관의 고시에 위임한 형식 그 자체가 헌법에 위배되는지, 이 사건 고시를 범규명령이라고 보는 경우 이 사건 모법조항이 “문화관광부장관이 고시하는”이라고 한 것이 포괄위임입법금지 원칙에 위배되는지, 또한 음비계법 제50조 제3호의 벌칙규정과 연관시켜 볼 때 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지를 살펴보기로 한다.

(나) 이 사건 모법조항이 취한 위임 형식이 헌법에 위배되는지 여부

1) 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 119 참조).

2) 이 사건에서 살펴건대, 이 사건 모법조항은 사행성 조장이나 청소년에게 해로운 영향을 미치는 경품제공행위를 막기 위하여 게임제공업자가 게임이용자에게 제공하는 경품의 종류와 경품제공방식을 규율하려는 것이다. 그런데

판례집 20-2(하)

어떤 종류의 경품을 어떠한 방식으로 어느 정도 제공하는 것이 사행성을 조장하거나 청소년에게 유해한지에 관하여 이를 일률적으로 규정하기 곤란하고, 그 판단을 하려면 관행행정기관과의 협의 또는 관련연구기관에서 축적한 전문지식의 활용이 필요하며, 국가의 경제적·사회적 정책을 고려하여야 한다. 따라서 사행성 조장이나 청소년 유해성의 판단근거가 되는 ‘경품의 종류 및 경품제공방식’이라는 사항은 어느 정도 전문적·기술적인 것으로 그 규율 영역의 특성상 소관부처인 문화관광부의 고시로 위임함이 요구되는 사항이라고 볼 수 있다.

(다) 포괄위임입법금지 원칙 및 명확성의 원칙의 위배 여부

1) 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. 그리고 헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만, 국무총리나 행정각부의 장으로 하여금 법률의 위임에 따라 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있는 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자는 법률에서 구체적으로 범위를 정하기만 한다면 대통령령뿐만 아니라 부령에 입법사항을 위임할 수도 있음은 당연하다고 할 것이다. 위 헌법 규정에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 위임입법의 위와 같은 구체성 내지 예측가능성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것인데 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 처벌법규 등에서는 그 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이나 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-1, 187, 194-195 참조).

그리고 헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에서 도출되는 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 의미하며 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를

결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가 10, 판례집 12-1, 741, 748 참조).

이와 같이 범죄와 형벌에 관한 사항에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙의 요구와 결합된다고 할 수 있다(헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5, 판례집 14-1, 478, 487 참조).

2) 이 사건 모범조항의 위임입법 규정은 컴퓨터프로그램 등 정보처리기술이나 기계장치를 이용하여 오락 등을 할 수 있도록 제작된 영상물 및 기기(음비계법 제2조 제3호 참조)의 제공업과 결합된 경품제공행위에 관한 것인데, 현대 과학기술의 발달로 경품을 제공하는 방식으로 운영되는 게임물의 기능과 종류가 급속하게 발달·증가하고, 이에 발맞추어 게임이용자에게 경품으로 제공되는 유·무형의 재화 또한 빠른 속도로 변모와 증가를 거듭하고 있는 추세를 감안할 때, 그러한 경품제공행위에 관한 내용은 전문적·기술적 사항으로서 법률에서 직접 모두 규정하기보다는 전체적인 기준 및 개요를 법률에 정한 뒤 구체적이고 세부적인 사항은 변동 상황에 따른 탄력적 혹은 기술적 대응을 위하여 하위법에서 정하게 할 필요성이 인정된다고 할 것이다.

문화관광부고시에 위임된 것은 경품의 종류와 경품제공방법에 관한 것이며, 그 적용대상(게임제공업자)과 기준(사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 경품제공행위)은 이 사건 모범조항에서 명확하게 규정하고 있다.

이 사건 모범조항의 경품제공행위에 대한 제한은 국민의 문화적 삶의 질을 높이기 위하여 게임제공업자의 영업수행방식을 적절하게 규제함으로써 게임물이 사행성을 조장하거나 청소년에게 나쁜 영향을 미치는 것을 차단함을 목적으로 한다. 이러한 법규의 목적과 게임물의 종류와 기능, 경품의 종류가 급속히 변모·증가하는 게임관련산업의 현실을 종합하여 보면, 이 사건 모범조항에 따라 문화관광부고시로 정하여질 내용은 게임물의 사행성 조장과 청소년 유해성을 억제하기 위하여 게임이용자에게 제공할 수 있는 경품의 종류를 한정하거나 경품제공이 불가능한 게임물에 관한 일반적 기준의 정립이 그 내용이 될 것이라는 점이 충분히 예측될 수 있다.

그렇다면 이 사건 모범조항은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 게임제공업소의 경품취급기준의 내용을 문화관광부고시에 위임하고 있는 것이므로 포괄위임입법금지 원칙이나 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 모범조항에 근거한 이 사건 심판대상규정이 바로 헌법에

판례집 20-2(하)

위반된다고 볼 수도 없다.

(2) 이 사건 심판대상규정이 이 사건 모법조항의 위임범위 내인지 여부

이 사건 모법조항은 게임제공업소에서 제공하는 게임물이 사행성을 조장하거나 청소년에게 나쁜 영향을 미치는 것을 차단하기 위하여 게임제공업자의 여러 영업수행방식 중 경품제공행위에 관하여 일정한 의무를 부과한 것이다. 이 사건 심판대상규정은 일정한 게임물을 사행성 간주 게임물로 규정하면서 이러한 게임물의 경우에는 경품제공을 금지하고, ‘비경품게임물’이라는 표지판을 부착·관리하도록 하며, 게임의 결과 획득한 점수의 보관 및 그 점수의 매매 등을 금지하고 있다.

이 사건 심판대상규정이 사행성 간주 게임물이라는 개념을 도입하고 경품제공금지 등 여러 의무를 부과하는 내용을 둔 것은, 현대 과학기술 발전에 따라 나날이 변모·증가하는 게임물 중에서 경품제공이 가능한 게임물인지 여부를 개별적으로 적시하는 것이 어렵고, 오히려 개별적으로 적시하는 경우에 게임물들 사이에 불합리한 차별이 발생할 소지도 있으므로, 게임물의 운영실태를 바탕으로 사행성 조장 등에 관한 일정한 기준을 정립하여 그에 해당하는 경우 경품제공이 금지되는 게임물로 보기로 한 것으로 이해할 수 있다.

이 사건 모법조항은 게임제공업자에 대하여 문화관광부고시에서 정한 경품의 종류와 경품제공방법을 위반하여 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 경품제공행위의 금지를 규정하고 있는데, 이 사건 모법조항의 해석상 문화관광부장관은 개개의 게임물마다 사행성 조장 등을 평가하여 경품제공방식을 정할 수도 있고, 사행성 조장 등에 관한 일정한 기준을 정립하여 그 범주에 드는 게임물에 대하여는 경품의 제공을 금지하고 그렇지 않은 게임물에 대하여는 경품의 제공을 허용하는 경품제공방식을 정할 수도 있다고 할 것이다. 이 사건 심판대상규정은 이 사건 모법조항의 해석상 선택 가능한 위 경품제공방식 중 후자의 방식을 취한 것으로 이 사건 모법조항의 위임범위 내에 속한다고 보여진다.

따라서 이 사건 심판대상규정은 이 사건 모법조항이 위임한 범위를 일탈하였다고 할 수 없다.

(3) 죄형법정주의와 법치주의의 원칙 위배 여부

(가) 죄형법정주의는 어떠한 행위가 처벌될 수 있는 행위인가를 국민이 사전에 예측할 수 있도록 성문법의 형태로 형벌법규가 제정되어야 함을 의미하고, 그리함으로써 국가의 형벌권의 자의적인 발동으로부터 개인의 자유와 권

리를 보장하려는 제도로서 우리 헌법은 제12조 제1항 후단에서 이를 명시하고 있다. 따라서 형사법은 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하나 다만 위임입법의 불가피성은 범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 마찬가지로 부득이 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라 하더라도 그 법규명령에는 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임근거규정이 있어야 하며 그 내용은 위임의 범위 내의 것이어야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 ; 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585 ; 헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529, 535 등 참조).

이 사건 모범조항을 준수하지 않을 경우 청구인들은 위 법 제50조 제3호에 따라 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해지므로 이 사건 모범조항으로부터 경품의 종류와 지급방법 등에 관하여 위임을 받은 이 사건 심판대상규정은 처벌법규의 구성요건 부분에 해당한다.

그렇다면 이 사건 심판대상규정이 죄형법정주의에 위반하였는지 여부는 그 내용이 위임의 근거인 이 사건 모범조항의 범위 내에 있는지 여부에 따라 결정된다 할 것인데, 이 사건 심판대상규정이 이 사건 모범조항의 위임범위를 일탈하지 아니한 점은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 심판대상규정이 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(나) 이 사건 심판대상규정은 청구인들에게 음비계법을 위반하여 이 사건 게임물의 내용을 수정할 것을 요구하고 있지 않으므로, 법치주의원칙 위배 주장에 대하여는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

그리고 청구인들이 이 사건 심판대상규정이 게임물의 내용을 수정할 것을 요구하고 있다며 그 근거로 들고 있는 게임제공업용게임물등급분류기준 세부규정(2005. 2. 4. 영상물등급위원회 공고 제2005-4호) 부칙 제3조는 '이 사건 고시 시행 이전에 등급분류를 받은 기존 게임물 중 사행성 간주 게임물의 경우 이 사건 고시와 위 세부기준에 맞도록 프로그램 등을 수정하고자 하는 게임물제작업자·게임제공업자가 서면으로 영상물등급위원회에 수정하고자 하는 내용을 제출하여 승인을 받으면 재심의를 받은 것으로 보고 음비계법 제21조 제1항의 적용을 유예한다.'라는 내용으로, 이는 영상물등급위원회가 이 사건 심판대상규정에 맞도록 게임물의 내용을 수정하려는 게임제공업자 등을 위하여 간편한 특별절차를 마련해준 것에 불과할 뿐이다.

(4) 직업의 자유의 침해 여부

(가) 문제의 제기

판례집 20-2(하)

청구인들은 종전에는 이 사건 게임물이 18세이용가게임물로 등급분류된 것이었으므로 경품 1개의 한도액으로 20,000원을 초과하여 제공하지 않는 한 이 사건 게임물을 이용하여 게임제공업을 영위할 수 있었으나, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 이 사건 게임물이 사행성 간주 게임물에 해당하게 되어 이 사건 심판대상규정이 청구인들에 적용되는 2005. 3. 2.부터는 종전의 방식대로 게임장 영업을 할 수 없게 되었다.

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’뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하는 기본권이다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40 참조).

이 사건 심판대상규정은 기존에 18세이용가게임물로 등급분류 받았던 이 사건 게임물을 사행성 간주 게임물에 해당시켜 청구인들이 이 사건 게임물을 게임이용자들에게 계속하여 제공하는 경우에는 경품을 제공하는 행위를 금지하고, 게임의 결과 획득한 점수의 보관·매매·매매알선을 금지하며, 경품을 제공할 수 없는 게임물에 비경품게임물이라는 표지판을 설치하도록 한 것이므로, 게임제공업의 영업방법을 규율하는 규정으로서 청구인들의 직업수행의 자유를 제한하는 규정이다. 청구인들이 이 사건 심판대상규정으로 인하여 게임이용자들을 유인할 수 없어 사실상 더 이상 이 사건 게임물의 제공이라는 영업을 할 수 없다 하더라도, 이 사건 게임물에 관한 게임제공업은 하나의 독립된 직업이 아니라 단지 게임제공업을 행사하는 방법의 하나라고 할 것이므로, 이 사건 심판대상규정이 직업수행의 자유를 제한하는 규정이라는 헌법적 판단에 있어서 달라지는 것은 없다.

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니라 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이나, 이 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권 제한의 한계인 과잉금지의 원칙이 지켜져야 한다.

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합)

그리고 직업의 자유의 보장이 입법자로 하여금 이미 형성된 직종을 언제까지나 유지하거나 직업종사의 요건을 계속하여 동일하게 유지할 것까지를 요구하는 것은 아니라고 할 것이나, 입법자가 공익상의 필요에 의하여 직업행사의 요건을 달리 정하거나 강화하는 등 직업제도를 개혁함에 있어서는 기존 종사자들의 신뢰를 보호하는 것이 헌법상 범치국가의 원리로부터 요청되고, 신뢰보호가 충분히 이루어졌는지 여부가 과잉금지의 원칙의 위반 여부를 판단하는 기준이 될 것이다(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 667-668 ; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 41 등 참조).

(나) 법규의 개정과 신뢰의 보호

법규가 개정되는 경우에는 기존 법질서와의 사이에 어느 정도의 이해관계의 상충은 불가피하다고 할 것인바, 이 경우 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법규의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 손상을 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 헌법상 범치국가의 원리로부터 파생되는 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 그리고 이러한 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910 ; 헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 145-146 등 참조).

(다) 이 사건 심판대상규정의 목적

음비게임은 게임물의 질적 향상을 도모하고 관련산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 높이고 국민경제의 발전에 이바지하게 하는 것을 목적으로 하고 있고(제1조), 그 목적달성을 위한 방법의 하나로 게임제공업자의 준수사항으로 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 경품제공행위를 금지하면서 그 구체적인 기준의 정립을 문화관광부장관에 위임하였으며(이 사건 모범조항), 위 준수사항을 위반한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하고(제50조 제3호), 영업폐쇄나 등록취소를 하도록 규정하고 있다(제39조 제1항 제5호).

종전 고시는 18세이용가게임물의 경우 경품 1개의 한도액을 20,000원으로 제한하였을 뿐 게임이용자들이 1회 게임에 베팅할 수 있는 최대금액에 대해서 아무런 제한을 두지 아니함으로써, 앞서 본 바와 같이 베팅구간이 많이 설

판례집 20-2(하)

정된 이 사건 게임물은 1회 게임에 최대 255,000원 정도까지 베틱이 가능하도록 운영되었고, 그로 인하여 사회적·경제적으로 이 사건 게임물의 사행성이 크게 문제되었다.

이에 문화관광부장관은 종전 고시의 불충분한 내용을 보완하여 시간당 과도한 이용금액이 투입되거나 경품한도액 등을 초과할 가능성이 있는 게임물을 사행성 있는 게임물로 보고, 사행성 간주 게임물에 해당하는 경우에는 게임제공업자가 게임이용자에게 경품을 제공하는 것을 금지하는 내용 등의 이 사건 심판대상규정을 개정·고시하였다.

따라서 국민의 문화적 삶의 질을 향상시키는데 이바지하고자 하는 음비게임법의 목적에 부합되도록, 이 사건 심판대상규정은 위와 같이 문제점이 심각한 이 사건 게임물이 종전의 방식대로 운영되는 경우에는 사행성 간주 게임물에 해당시켜 경품의 제공을 금지하는 등 영업방법에 대한 규제를 설정한 것이므로, 그 목적이 정당하다.

(라) 과잉금지원칙의 위배 여부

이 사건 게임물의 사행성은 그 자체의 최고 베틱액이나 최고 당첨배율이 높고 획득한 점수를 매매할 수 있다는 점에 그 원인이 있음을 부정할 수 없으므로, 이를 규제하기 위해서는 베틱액수나 당첨배율의 상한을 정하고 획득점수의 매매를 금지해 놓는 것이 한 방법이 될 수 있다는 점에서, 이 사건 심판대상규정이 도입한 방법이 적절하다 할 것이다.

입법자는 새로운 인식을 수용하고 변화한 현실에 적절하게 대처해야 하기 때문에, 국민은 현재의 법적 상태가 항상 지속되리라는 것을 원칙적으로 신뢰할 수 없다. 이 사건의 경우, 국가는 1999. 2. 8. 법률 제5925호로 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’을 제정·시행한 이후 게임제공업소에서 제공하는 게임물의 사행성이 사회문제화 되자 2001. 5. 24. 법을 전부 개정하여 게임물의 사행화를 방지하기 위한 규정을 강화하면서(음비게임법 제20조 제3항, 제21조 제3항, 제32조 제3호, 제39조 제1항 제5호, 제49조 제1항 제1호, 제50조 제3호 등) 문화관광부장관과 영상물등급위원회에 게임제공업소용 게임물에 대한 사행성 판정기준의 정립을 위임함으로써 게임제공업소를 운영하려는 자들에 대하여 법령에 근거한 개인의 신뢰를 제한하거나 배제하려는 명확한 규범적 표현을 하였고, 또한 음비게임법의 위임에 따라 제정된 ‘게임제공업소의 경품취급기준’과 ‘게임제공업용게임물등급분류기준 세부규정’ 등이 사행성이 높은 게임물의 유통을 저지하는 방향으로 개정되어 왔다는 점에서 볼 때 사

행성이 과도하게 높은 게임물일 경우 그 유통이 금지될 수 있다는 가능성을 충분히 예견할 수 있었다고 보이므로, 음비게법의 시행을 전후하여 이 사건 게임물 제공업을 영위하여 온 청구인들에게 인정될 수 있는 신뢰이익의 보호 가치는 미약하다고 할 것이다.

또한, 청구인들의 영업행위는 특정 경제정책상의 목표를 달성하기 위하여 국가에 의하여 유도된 사경제의 활동에 속하는 것이 아니라, 스스로의 위험부담으로 법률이 부여한 기회를 활용한 경우에 지나지 않는다고 할 것이므로(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 148 참조), 그러한 관점에서도 법규개정 이익에 우선하는 특별히 보호되어야 하는 신뢰이익이라 볼 수 없다.

다만, 청구인들이 이 사건 심판대상규정의 시행 이전에는 합법적으로 영업을 해온 사실에 비추어, 청구인들의 신뢰이익은 변화한 법적 상황에 적정할 적절한 유예기간을 요청할 뿐이다.

이 사건 심판대상규정은 이 사건 고시 시행일로부터 60일의 유예기간을 부여하고 있다. 위 유예기간은 청구인들에게 기존의 영업을 포기하든지 아니면 이 사건 게임물의 사행성을 제거하여 이 사건 심판대상규정이 허용하는 방식으로 영업할지(위 게임제공업용게임물등급분류기준 세부규정의 절차에 따라 경품제공한도를 낮추어 새로이 규정된 18세이용가게임물의 요건에 맞게 변경하는 방법과 이 사건 게임물을 그대로 제공하되 경품제공을 포기하는 방법이 있다)에 관하여 결정하고 그에 대처하는 기간을 의미한다.

이 사건의 경우, 청구인들로서는 사행성이 과도하게 높은 게임물일 경우 그 유통이 금지될 수 있다는 가능성을 충분히 예견할 수 있었다고 보이는 점, 청구인들이 이 사건 게임물을 경품제공방식으로 영업하고자 하는 경우에 이 사건 심판대상규정으로 인하여 변경하여야 할 내용은 이 사건 게임물 중 가장 중요하고 시간과 비용이 많이 드는 영상(그래픽)부분이나 음향(사운드)부분에 수정을 가할 필요 없이 단지 1시간당 이용금액이 90,000원을 초과할 수 없게 하고 게임결과에 따른 최고 당첨금액이 20,000원이 넘지 않도록 저장장치(중앙서버의 하드디스크)에 있는 확률프로그램을 수정하면 되는 점, 이 사건 게임물이 그 지나친 사행성으로 말미암아 장기간의 유예기간을 부여하는 것에 대하여 이의를 제기하는 공익상의 이유가 존재한다는 점, 게임제공업의 경우 다른 게임물을 설치함으로써 다른 업종으로의 전환이 용이하다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 심판대상규정이 청구인들에게 부여한 60일의 유예기간은 법

판례집 20-2(하)

규개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처하기에 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 심판대상규정은 그 시행시기에 대하여 적절한 유예기간을 부여함으로써 청구인들의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있으므로, 과잉금지의 원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이라 할 수 없다.

(5) 재산권의 침해 여부

청구인들은 이 사건 심판대상규정으로 더 이상 중전의 방식으로 게임제공업을 영위할 수 없어 적법하게 운영해온 영업장을 폐쇄해야 하므로, 이는 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위배될 뿐만 아니라 신뢰보호원칙과 과잉금지원칙에 위반되는 재산권의 침해라고 주장한다.

헌법 제13조 제2항은 “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 진정소급효의 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 비교衡量 과정에서, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318 ; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43 등 참조).

그런데 이 사건 심판대상규정은 이 사건 게임물을 사행성 간주 게임물에 해당시켜 청구인들이 더 이상 게임이용자들에게 경품을 제공하는 행위를 금지하고 있는데, 이 사건 심판대상규정의 이러한 규정내용은 법률을 이미 종결된 과거의 사실 또는 법률관계에 사후적으로 적용함으로써 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급효의 입법과는 다른 것으로서, 이는 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인들에 대한 신뢰보호의 문제일 뿐, 소급입법의 문제는 아니다.

헌법상 재산권 보장의 중요한 기능은 재산권에 의하여 보호되는 법적 지위에 관하여 국민에게 법적 안정성을 보장하고 합헌적인 법률에 의하여 형성된

구체적 재산권의 존속에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있다. 이러한 의미에서 법치국가적 신뢰보호원칙은 재산권적 법적 지위에 관한 한 헌법상의 재산권 보장을 통하여 고유하게 형성되고 헌법적으로 구체적으로 표현되었다고 할 수 있다.

그러나 청구인들이 영업을 포기해야 하기 때문에 발생하는 재산상의 손실은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권에 포함되지 아니한다. 헌법재판소는 종래 다수의 결정에서 ‘헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권 보장의 대상이 아니다.’라고 판시하였다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마36, 판례집 8-2, 90, 103; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310 등 참조).

이 사건 심판대상규정에 의하여 청구인들이 소유하는 시설이나 장비 등 재산권 보장의 보호를 받는 구체적인 권리가 침해되는 것은 아니다. 또한, 청구인들의 영업활동은 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 책임 하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다고 할 것이므로, 청구인들이 주장하는 폐업으로 인한 재산적 손실은 헌법 제23조 제1항의 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 152 참조).

따라서 이 사건 심판대상규정은 소급입법이 아닐 뿐만 아니라, 나아가 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들의 재산권이 침해된 바가 없다.

#### (6) 평등권의 침해 여부

(가) 평등의 원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 그렇지만 이러한 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 17-2, 577, 612; 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마49, 판례집 19-1, 600, 605 등 참조).

판례집 20-2(하)

(나) 청구인들이 운영하는 게임제공업과 카지노 또는 실제 경마는 사행성 요소가 포함된 점에서는 동일하지만 다음과 같이 그 규제에 있어 차별을 들 합리적 이유도 있다.

카지노는 현금 자체의 거래를 용인하고 있고 고액의 당첨이 가능한 점에서 이 사건 게임물보다 사행성의 정도가 훨씬 크다고 볼 수 있다. 그러나 관광여 건 조성 등의 공익을 위하여 관광진흥법은 관광객에게 오락을 제공하는 관광 사업의 하나로서 이를 예외적으로 허용하면서, 다만 사행성으로 인하여 발생 하는 피해를 줄이기 위하여 같은 법 제20조 및 제22조에서 허가요건과 시설 기준을, 제24조에서 카지노기구의 규격과 기준 등을 규정하고 있으며, 그밖에도 영업종류와 영업방법 및 사업자의 준수사항을 규제하고 있다. 또한 카지노 는 일반인들이 쉽게 접근할 수 없도록 관련규정에 따라 제한된 곳에만 허가 되고 있다.

경마도 현금거래가 가능한 점과 고액의 배당이 가능한 점에서는 이 사건 게임물보다 사행성의 정도가 비교적 크다고 할 수 있다. 그러나 한국마사회법 은 국민의 건전한 여가(레저)활동의 기회제공과 수익금의 사회환원 등의 공 익을 위하여 이를 허용하면서 역시 사행성의 피해를 억제하기 위하여 한국마 사회의 개최에 의하여서만 독점적으로 시행될 수 있게 하고 마권의 발매, 경 고문구의 표기, 승마투표방법, 환급금의 지급 및 발매수득금의 비율 및 처리 방법에 관하여 규정하였다. 또한 현실적으로 제한된 장소에서 제한된 시간에 만 시행되게 함으로써 국민의 일상생활이 사행화하는 것을 방지하고 있다.

이에 비하여 청구인들이 종사하는 게임제공업은 단순히 게임물을 제공하는 영업이기 때문에 영업장소재지나 영업시간에 있어 제한이 적어 카지노나 실 제 경마보다 일반 국민들이 이에 접근하기 용이하며, 이에 따라 그 영업이 사 행화될 경우 국민의 일상생활이 사행화할 가능성이 매우 높은바, 이는 사행성 규제의 필요성도 크다는 것을 보여준다.

그런데 이 사건 게임물이 사행화될 수 있는 이유는 성취감을 위한 유인에 불과하였던 경품이 사실상 환전의 도구로 이용되었기 때문이고, 보다 구체적 으로는 게임제공업자가 경품지급 후 당첨액 점수를 삭제하지 않거나 이를 보 관하여 사실상 모든 당첨액에 대하여 경품을 지급하면서 경품으로 딱지 상품 권을 지급함으로써 이를 환전하지 아니하고는 달리 사용할 방법이 없게 한 데 있으므로, 이 사건 게임물의 사행성을 제거하기 위해서는 게임의 결과 획득 한 점수의 보관·매매 등을 금지하고 경품의 제공을 금지하는 등 경품의

지급방법과 종류에 대한 규제는 필연적인 것이다.

이와 같이 카지노나 실제 경마가 청구인들이 종사하는 게임제공업보다 약한 규제를 받는다고 단정할 수도 없으며, 설사 차별적인 요소가 있다고 하더라도 이는 카지노나 실제 경마와 이 사건 게임물이 서로 목적이 다르고 사행화로 인한 폐해의 정도 및 사행화의 과정이 다르며 이에 따라 사행성을 규제하는 정도나 형식이 다를 수밖에 없기 때문이므로, 이 사건 심판대상규정이 청구인들의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

(다) 청구인들이 이 사건 게임물을 경품제공방식으로 영업하고자 하는 경우에 이 사건 심판대상규정으로 인하여 변경하여야 할 내용은 단지 1시간당 이용금액이 90,000원을 초과할 수 없게 하고 게임결과에 따른 최고 당첨금액이 20,000원이 넘지 않도록 저장장치에 있는 확률프로그램을 수정하면 되는 점은 앞서 본 바와 같다. 따라서 청구인들이 확률게임제공업자에 비하여 불합리하게 차별을 받고 있다고 인정되지도 않는다.

#### (7) 행복추구권 침해 여부

행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니고(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 408; 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 123 등 참조), 특히 어떠한 법령이 수범자의 직업의 자유와 행복추구권 양자를 제한하는 외관을 띠는 경우 두 기본권의 경합 문제가 발생하는데, 보호영역으로서 '직업'이 문제되는 경우 행복추구권과 직업의 자유는 서로 일반특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선하여 행복추구권 관련 위헌 여부의 심사는 배제되어야 하는 것이므로(헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 472; 헌재 2007. 5. 31. 2007헌바3, 공보 128, 589, 595 등 참조), 이 사건에 있어서 청구인들이 게임제공업을 영위하는 행위가 직업의 자유의 보호영역에 포함된다고 보아 앞서 그 침해 여부를 판단한 이상, 행복추구권의 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다.

### 5. 결 론

그렇다면, 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대이견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

#### 6. 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대이견

판례집 20-2(하)

우리는 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정된 것) 제32조 제3호(이 사건 모법조항)가 헌법상 위임입법의 형식을 갖추지 못하여 헌법에 위반되고, 따라서 위 법률조항의 위임을 받아 제정된 이 사건 고시(이 사건 심판대상규정 포함) 역시 헌법에 위반된다고 생각하므로, 다음과 같이 위헌의견을 밝힌다.

가. 위 법률의 규정

위 법 제32조(유통관련업자의 준수사항)는, “유통관련업자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다. …… 3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것. 가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류 외의 경품을 제공하는 행위, 나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위”라고 규정하고 있다.

한편 법 제39조 제1항(등록취소 등)은, “시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 영업의 폐쇄명령 또는 등록의 취소처분을 하거나 6월 이내의 기간을 정하여 당해 영업의 정지를 명할 수 있다. …… 5. 제32조의 규정에 의한 영업자 준수사항을 위반한 때”라고 규정하고 있고, 법 제50조(벌칙)는, “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. …… 3. 제32조 제3호의 규정에 위반한 자”라고 규정하고 있다.

결국 유통관련업자가 문화관광부장관의 고시에서 정한 경품의 종류나 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하면, 등록취소 등 행정처분의 대상이 될 뿐 아니라 형사처벌까지 받게 되므로, 위 법 제32조 제3호는 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정이라고 할 것이다.

나. 우리 헌법의 규정

우리 헌법은 제40조에서 국회입법의 원칙을 천명하면서, 다만 헌법 제75조, 제95조, 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항에서 법률의 위임을 받아 발할 수 있는 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 등을 한정적으로 열거하고 있다. 그런데 우리 헌법은 그것에 저촉되는 법률을 포함한 일체의 국가의사가 유효하게 존립될 수 없는 경성헌법이므로 헌법에 규정된 원칙에 대하여는 헌법 자신이 인정하는 경우에 한하여 예외가 허용될 뿐 법률 또는 그 이하의 입법형식으로써 그 예외를 인정할 수는 없다. 즉, 우리 헌법과 같이 법규명령의 형식이 헌법상 확

정되어 있고 구체적으로 법규명령의 종류·발령주체·위임범위·요건 등에 관한 명시적 규정이 있는 이상, 법률로써 그와 다른 종류의 법규명령을 창설할 수 없고 더구나 그러한 법규사항을 행정규칙 기타 비법규명령에 위임하여서는 아니 된다.

결국 법률이 행정규칙 등에 위임할 수 있는 사항은 집행명령(헌법 제75조 후단)에 의하여 규정할 수 있는 사항 또는 법률의 의미를 구체화하는 사항에 한정되어야 하는 것이고, 새로운 입법사항이나 국민의 새로운 권리·의무에 관한 사항이 되어서는 아니 된다는 것이다.

#### 다. 법규명령과 행정규칙의 차이

현실적으로도, 일반적 구속력을 갖는 법규명령과 중앙 또는 지방행정기관에 의하여 발령되는 고시·훈령·통첩 등 행정규칙은 그 생성과정 및 효력에 있어서 매우 다르다. 우리 행정절차법에 의하면, 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있는데 반하여(제45조), 고시나 훈령 등 행정규칙 등을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정이 없다. 또한 법규명령은 법제처의 심사를 거치고(대통령령은 국무회의에 상정되어 심의된다) 반드시 공포되어야 효력이 발생하는데 반하여, 행정규칙 등은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력이 발생된다.

결국 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 아니한 우리나라에서는, 행정규칙 등은 그 성립과정에 있어서 타기관의 심사·수정·통제·감시를 받지 않고 또 국민에 의한 토론·수정·견제·반대 등에 봉착함이 없이 은연중 성립되는 것이 가능하다. 그러다 보니 행정기관으로서 당연히 규율의 방식으로서 법규명령 보다 행정규칙 등을 선호하게 되고, 이는 결국 국민의 자유와 권리를 행정의 편의에 맡겨버리는 위험을 초래할 수밖에 없다.

#### 라. 단계적 위임 가능성

선례와 다수의견은 법령의 내용이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 경우에는 행정규칙으로의 직접적 위임이 허용되어야 한다고 주장한다(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91 참조).

그러나 행정적 제재의 요건이나 범죄의 구성요건을 이루는 사항을 경미한

판례집 20-2(하)

사항이라고 할 수 없을 뿐 아니라, 만일 복잡하고 전문화된 규율대상에 대하여 행정부처가 탄력적이고 기능적합적으로 대응하여야 할 필요성이 있다면, 이는 이른바 단계적 위임에 의하여 충분히 해결할 수 있다. 즉, 법률이 헌법에 정하여진 법규명령에 대하여 위임을 하고, 다시 법규명령이 구체적 범위를 정하여 행정규칙 등에 위임하는 형식을 갖추으로써 헌법적 결단에 합치하면서도 국가의 적극적 기능을 확보할 수 있는 것이다.

마. 소 결

그렇다면 위 법 제32조 제3호는 권리·의무에 관한 법규적 사항을 헌법상 열거된 법규명령이 아닌 ‘문화관광부장관의 고시’에 직접 위임한 것으로서 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없고, 따라서 위헌인 법률에 근거하여 제정된 이 사건 고시(이 사건 심판대상규정 포함) 역시 그 내용이 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부를 판단할 필요없이 헌법에 위반된다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지 1] 청구인 목록(2005헌마161 사건) : 생략

[별지 2] 청구인 목록(2005헌마189 사건) : 생략

[별지 3] 문화관광부고시 제2004-14호

음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(법률 제7131호) 제32조 제3호의 규정에 의하여 게임제공업소(게임제공업을 포함하는 복합유통·제공업소 포함)의 경품취급기준을 다음과 같이 개정·고시합니다.

2004년 12월 31일

문화관광부장관

#### 게임제공업소의 경품취급기준

##### 1. 목 적

게임제공업소에서 제공하는 경품의 종류 및 지급방법 등 취급기준을 정함으로써 청소년을 보호하고 사행행위를 방지하여 게임제공업소의 건전한 운영에 기여하고자 함.

## 2. 경품의 종류

게임의 결과로 제공할 수 있는 경품의 종류는 다음과 같다.

- ① 완구류·문구류·캐릭터상품류·문화상품류·관광기념품류·액세서리류, 경품교환용티켓(전체이용가게임물에 한함)
- ② (재) 한국게임산업개발원 등의 인증 심사를 거쳐 문화관광부장관이 공고하는 인증된 상품권(18세이용가게임물에 한함)
- ③ 의류·생활필수품 등 일상생활에서 일반적으로 유통되는 물품. 단, 청소년보호법에서 규정하는 청소년 유해매체물 및 유해약물·물건은 제외

## 3. 경품지급기준

가. 경품을 제공할 수 있는 게임물 및 경품한도액 기준은 다음과 같다

- ① 전체이용가게임물 : 1만 원 이내(시중판매가격 기준)
- ② 18세이용가게임물 : 2만 원 이내(시중판매가격 기준)
- ③ 사행성 간주 게임물은 경품을 제공 할 수 없음

나. 동 지급기준의 용어의 의미는 다음과 같다.

- ① “경품한도액”이라 함은 1회 이상의 게임을 진행하면서 당첨된 점수를 누적하여 획득할 수 있는 경품의 최고금액을 말함.
- ② “시중판매가격”이라 함은 일반 소매상점에서 판매되고 있는 동일 상품 또는 유사상품과 비교해서 인정되는 가격을 말함.
- ③ “1회 게임”이라 함은 게임 시작 후 다음 게임이 시작되기 전까지를 말하며, 다만 메달을 이용하는 게임물의 경우 메달 1개 투입 후 다음 메달 1개를 투입하기 전을 말함.
- ④ “사행성 간주 게임물”이라 함은 다음과 같은 게임물을 말함
  - ㉠ 1회 게임의 시간(배팅·홀드 등 이용자에 의해서 진행되는 시간은 제외됨)이 4초 미만인 게임물
  - ㉡ 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물
  - ㉢ 잭팟누적점수·최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의 당첨액 등을 모두 포함)·경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물

## 4. 경품제공방법

가. 경품은 등급분류기관에서 등급분류 시에 승인된 경품지급장치를 통해서만 제공되어야 하며, 특히 18세이용가게임물의 경우 경품

판례집 20-2(하)

지급장치에 의하지 아니하고 영업소 관계자 등이 경품을 교환·제공하여서는 아니 된다.

- 나. 경품이 제공될과 동시에 이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창의 기록사항은 반드시 삭제되어야 한다.
- 다. 게임의 결과 획득한 점수는 보관할 수 없으며 이를 누구든지 매매하거나 또는 매매하도록 하여서는 아니 된다.

5. 경품제공 시 준수사항

- 가. 경품을 환전 또는 환전알선하거나, 제공되어진 경품을 재매입하는 행위를 하여서는 아니 된다.
- 나. 제공되는 경품 이외의 다른 물품을 전시·보관하거나 교환·제공하여서는 아니 된다.
- 다. 경품의 구매일자, 종류, 단가, 수량(상품권은 일련번호 표기 포함) 및 구입처 등이 기재된 경품구매대장(거래내역확인서 첨부)을 구매한 날로부터 1년 이상 보관하여야 한다.
- 라. 경품지급기준에 의거 경품을 제공할 수 없는 게임물에는 「비경품게임물」이라는 표지판(10cm×5cm이상)을 게임물의 전면부 우측 상단에 식별이 용이하게 부착·관리하여야 한다.

6. 시행시기

- 가. 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. 다만, 이 고시 시행 당시 종전의 게임물은 고시한 후 60일이 경과한 날부터 시행한다.
- 나. 경품의 종류 중 상품권은 문화관광부장관이 공고한 날부터 시행한다.

[별지 4] 관련조항

음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 음반·비디오물·게임물의 질적 향상을 도모하고 관련산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 높이고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.<개정 2004. 1. 29.>

- 1., 2. 생략

3. “게임물”이라 함은 컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 것을 제외한다.

가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것

나. 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화관광부장관이 게임물로 규율할 필요가 없는 것으로 인정하여 고시하는 것

4. “음반등 제작업”이라 함은 음반·비디오물·게임물을 기획제작하거나 복제제작하는 영업을 말한다.

5.~ 8. 생략

9. “게임제공업”이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각 목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위 등 규제 및 처벌 특별법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등에 해당하는 경우를 제외한다.

가. 청소년 게임장업 : 전체이용가게임물만을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

나. 일반 게임장업 : 전체이용가게임물과 18세이용가게임물을 구분·설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

10., 11. 생략

12. “복합유통·제공업”이라 함은 제5호 내지 제11호에 해당하는 영업 가운데 2종류 이상의 영업을 동일한 장소에서 영위하는 영업을 말한다.

13. 생략

제5조(영상물등급위원회) 영화·음반·비디오물·게임물 및 공연물과 그 광고·선전물(이하 “영상물 등”이라 한다)의 윤리성 및 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 영상물등급위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제6조(직무) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

판례집 20-2(하)

1. 영상물 등의 등급분류 및 청소년 유해성 확인에 관한 사항
2. 영상물 등의 등급분류에 따른 제작·유통·시청 또는 이용제공 여부의 확인 등 등급분류의 사후관리에 관한 사항
- 3., 4. 생략
5. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정되거나 위탁받은 사항

제20조(등급분류) ① 비디오물 및 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 배급하고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 비디오물 또는 게임물의 경우에는 그러하지 아니하다.<개정 2004. 1. 29.>

1.~ 3. 생략

② 생략

③ 비디오물 및 게임물의 등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 게임물의 경우에는 제2호의 등급분류기준에 불구하고 신청인의 요청에 의하여 전체이용가·12세이용가·15세이용가 및 18세이용가 등급으로 분류할 수 있으며 이 경우 등급분류의 기준은 제1호의 비디오물의 기준을 준용한다.

1. 비디오물의 등급

- 가. 전체관람가 : 누구나 관람할 수 있는 것
- 나. 12세관람가 : 12세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 다. 15세관람가 : 15세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 라. 18세관람가 : 청소년은 관람할 수 없는 것

2. 게임물의 등급

- 가. 전체이용가 : 누구나 이용할 수 있는 것
- 나. 18세이용가 : 청소년은 이용할 수 없는 것

④ 위원회는 사행성이 지나친 것으로서 제3항의 규정에 의한 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대하여는 이용불가의 결정을 할 수 있다.<개정 2004. 1. 29.>

⑤, ⑥ 생략

⑦ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 등급분류, 이용불가, 등급분류보류의 기준 및 절차와 등급분류필증의 교부절차 등에 관하여 필요한 사항은 위원회 규정으로 정한다.

<개정 2004. 1. 29.>

제21조(위법한 비디오물·게임물의 판매금지 등) ① 누구든지 제20조 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지 아니한 비디오물 또는 게임물이나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 것을 제작·유통·시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.

② 누구든지 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물을 제20조 제3항 각호의 등급구분에 위반하여 시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.<개정 2004. 1. 29.>

③ 누구든지 제20조 제4항의 규정에 의하여 이용불가의 결정을 받은 게임물을 제작·유통하거나 이용에 제공하여서는 아니된다.<개정 2004. 1. 29.>

④ 누구든지 제20조 제6항의 규정에 의한 등급분류필증을 위원회규정이 정하는 바에 의하여 당해 게임물에 부착하지 아니한 상태에서 이를 유통 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.<개정 2004. 1. 29.>

⑤ 생략

제26조(음반 등 제작업 등의 신고) ① 음반 등 제작업 및 음반 등 배급업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 음반·비디오물·게임물을 제작하는 경우로서 다음 각 호의 경우를 제외한다.

1.~ 6. 생략

② 청소년게임장업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 신고하여야 한다.

③ 삭제<2004. 1. 29.>

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.<개정 2004. 1. 29.>

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., 2. 생략

3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것  
가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류 외의 경품을 제공하

판례집 20-2(하)

는 행위

나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위

4.~ 8. 생략

제39조(등록취소 등) ① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 영업의 폐쇄명령 또는 등록의 취소처분을 하거나 6월 이내의 기간을 정하여 당해 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제7호에 해당하는 때에는 영업의 폐쇄를 명하거나 등록을 취소하여야 한다.<개정 2004. 1. 29., 2005. 3. 24.>

1. 생략

2. 제21조 제2항의 규정을 위반하여 비디오물 또는 게임물을 시청 또는 이용에 제공한 때

3., 4. 생략

5. 제32조의 규정에 의한 영업자 준수사항을 위반한 때

6., 7. 생략

② 및 ③ 생략

제42조(폐쇄 및 수거) ①, ② 생략

③ 문화관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 1에 해당하는 음반·비디오물·게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.<개정 2004. 1. 29., 2005. 3. 24.>

1., 2. 생략

3. 제21조 제1항의 규정에 의한 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 것과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물

4.~ 6. 생략

④~⑥ 생략

제50조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략

1의2. 제21조 제1항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반한 자

2. 생략

3. 제32조 제3호의 규정에 위반한 자

4.~ 8. 생략

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합)

게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고) 제3조(등급분류 구분) 게임물의 등급분류는 다음 각 호와 같다.

1. 전체이용가 : 누구나 이용할 수 있는 것
2. 18세이용가 : 청소년은 이용할 수 없는 것(청소년이라 함은 18세 미만의 사람이며, 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 고등학교 재학중인 자를 포함한다)

제4조(등급분류 기준) 게임물의 등급분류 기준은 다음 각 호와 같다.

- ① 생략
- ② 18세이용가 등급의 기준은 다음 각 호와 같다.

1. 생략
2. 주제 및 내용에 있어서 청소년에게 유해할 정도의 음란·폭력 등의 표현과 사행심을 유발시키는 내용이 있으나 18세 이상의 성인에게 적합한 작품
3. 생략

제5조(이용불가) 등급분류를 함에 있어 사행성이 지나쳐 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 다음 각 호의 게임물에 대하여는 이용불가 결정을 할 수 있다.

1. 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법에 의한 사행기구 및 관광진흥법에 의한 카지노업에 이용되는 카지노 기구로 관계법에 의해 검사를 받아야 하는 게임
2. 사행기구나 카지노 기구와 유사한 게임으로 제13조의 내용을 포함한 게임

제13조(사행성간주) 사행성과 관련하여 다음 각 호와 같은 내용은 등급분류를 보류할 수 있다.

1. 게임성이 없이 경품이나 배당의 획득을 주목적으로 하는 내용
2. 과도한 베팅이나 배당이 있어 사행심을 조장하는 내용
3. 게임물의 기능 중 현금이나 유가증권, 카드 등을 사용하여 과도한 베팅을 할 수 있는 기능 및 그 배당이 현금 또는 유가증권 카드 등으로 배출되는 기능이 있는 내용
4. 단위시간에 지나치게 많은 정액이 투입되도록 전자장치나 카드인식장치를 부착한 내용
5. 사용자 상호간의 네트워크가 형성되어 게임의 결과에 따라 상호 손익

판례집 20-2(하)

이 직거래되는 내용

제17조(세부규정) ① 게임산업의 변화에 부응하는 등급분류를 위해 주요 게임류에 대한 세부규정을 둘 수 있다.

② 세부규정은 관련법률 및 기준이 정한 한도 내에서 규정하며, 위원회의 결정에 의해 수정할 수 있다.

게임제공업용 게임물 등급분류기준 세부규정(2005. 2. 4. 영상물등급위원회 공고 제2005-4호) 제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 게임제공업용게임물에 대한 용어는 다음과 같다.

1. “1회 게임”이라 함은 게임시작 후 다음 게임이 시작되기 전까지를 말하며, 경품을 지급하는 게임물은 1회 게임의 최소시간을 4초 이상으로 제한한다. 또한, 게임의 종류별로 다음과 같이 정한다.  
 라. 경마 게임의 경우 배팅 시작, 경마레이스, 당첨여부 표시, 부가게임 후 다음 게임의 배팅 혹은 시작 전까지를 말한다.
2. “1회 게임시간”이라 함은 1회 게임을 진행하기 위하여 이용자에 의해 구동되는 배팅, 홀드 등을 제외한 컴퓨터프로그램에 의거 작동되는 실제 게임시간을 말한다. 단서 생략
6. “배팅”이라 함은 게임의 진행으로 얻을 수 있는 점수 또는 결과물을 위해 1회 게임의 이용요금 한도 내에서 이용자가 투입한 금액 또는 점수를 말한다.
7. “당첨액”이라 함은 1회 게임의 진행으로 얻을 수 있는 점수 또는 결과물을 말한다.
8. “최대당첨액”이라 함은 1회 게임의 최대 이용요금(이하 “정액”이라 한다) × 최고배율을 말한다.
9. “1회 게임의 최고당첨액”이라 함은 최대당첨액, 부가게임·잭팟 게임 등의 당첨액을 포함하여 1회 게임에서 획득할 수 있는 모든 점수의 합계를 말한다.
11. 1회 게임의 이용요금 : 1회 게임을 진행하기 위한 최대의 이용요금을 말하며, 1회 게임의 이용요금은 “1시간당 총 이용요금(90,000원) ÷ 3,600초 × 1회 게임시간”의 범위 내에서 이루어진다.

제3조(주요 창의 명칭과 기능) 주요 창의 명칭과 기능은 다음과 같이 정하되 게임에 따라 창의 선택적으로 사용할 수 있다. 다만, 이용요금액과 창의 표시되는 단위점수는 1 : 1(예시 : 100점에 100원)로 대응되어야 한다.

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161·189(병합)

1. “이용요금창(CREDIT)”은 이용요금 투입시 해당 점수를 기록하는 창으로 당첨액 등으로 누적될 수 없다.
2. “베팅창(BET)”은 이용요금창 또는 경품창의 점수를 이용하여 정액한도 내에서 베팅이 이루어지는 창을 말한다.
3. “당첨액창(WIN)”은 게임진행으로 획득한 당첨액이 표시되는 창을 말한다.
4. “경품창(GIFT)”은 경품게임물에 한해 사용되는 창으로 당첨액창의 점수를 20,000점 이내로 누적하여 이용자의 선택에 따라 경품 지급 또는 게임진행을 할 수 있으며, 게임을 하는 경우 매회 정액한도 내에서 베팅창으로 이동시켜 게임을 진행할 수 있는 창을 말한다. 다만, 경품창으로 이동한 점수를 가지고 게임을 하는 경우에도 1시간당 총 이용요금에 포함된다.

제5조(사행성간주 게임물) 18세이용가 게임물 중 비경품 게임물인 사행성간주 게임물의 기준은 다음과 같다.

1. 1회 게임의 시간(베팅, 홀드 등 이용자에 의해서 진행되는 시간은 제외됨)이 4초 미만인 게임물
2. 1시간당 총 이용요금이 90,000원을 초과하는 게임물
3. 1회 게임의 최고당첨액, 경품누적점수 등이 경품고시의 경품한도를 초과하는 게임물

제6조(게임물 세부적용기준) 게임제공업용게임물의 세부적용기준은 다음과 같다. 단, 메달은 1개당 100원으로 정함.

1. 경품게임물 : 1회 게임시간당 정액, 최고당첨액 및 최고배율의 범위는 다음과 같다.
  - 다. 80초 이상(경륜·경정·경마류, 빙고류 등 다구역게임물) : 정액의 합계 2,000원 이하(1구역당 정액 100원), 1회 게임의 최고당첨액 20,000원, 최고배율 200배 이내
4. 기타
  - 나. 경품게임물에서 경품이 제공됨과 동시에 이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창은 초기화되어야 한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 이 세부규정은 공고한 날로부터 시행한다.

제3조(경과조치) ① 경품고시 시행 이전에 등급분류를 받은 기존 게임물 중

판례집 20-2(하)

사행성간주 게임물의 경우 경품고시 및 이 세부규정을 준수하기 위해 프로그램 등을 수정하는 경우 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제21조 제1항의 적용을 유예한다.

② 제1항의 경우와 같이 프로그램을 수정하는 경우 신청사 및 게임제공업자 등은 수정하고자 하는 내용을 위원회에 서면으로 제출하여 승인을 받아야 하며, 승인을 받은 경우에는 등급분류소위원회운영규정 제12조의 규정에 의한 재심의를 받은 것으로 본다.

③ 제2항에 의거 승인을 받고자 하는 경우 관련된 제출서류 및 승인서, 승인표지의 도안 및 승인사항 게재 등은 별도의 지침으로 운영한다.

사행행위 등 규제 및 처벌 특례법(2006. 3. 24. 법률 제7901호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “사행행위영업”이라 함은 다음 각 목의 영업을 말한다.

가. 내지 다. 생략

라. 기타 사행행위업 : 가목 및 나목 외에 영리를 목적으로 회전판돌리기·추첨·경품 등 사행성을 유발할 우려가 있는 기구 또는 방법 등에 의한 영업으로서 대통령령이 정하는 영업

제30조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내지 3. 생략

4. 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 사행행위영업 외에 투전기·기계식구슬치기기구 또는 사행성전자식유기기구 등 사행성을 유발할 우려가 있는 기계·기구 등을 이용하여 우연의 결과에 따라 이용자에게 재산상의 이익 또는 손실을 주는 행위를 업으로 한 자

5. 제4호의 행위를 업으로 한 자에게 투전기·기계식구슬치기기구 또는 사행성전자식유기기구를 판매하거나 판매할 목적으로 이를 제조 또는 수입한 자

② 생략

관광진흥법(2007. 4. 11. 법률 제8343호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조(허가요건 등) ① 문화관광부장관은 제5조 제1항의 규정에 의한 카지노업(이하 “카지노업”이라 한다)의 허가신청을 받은 때에는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 이를 허가할 수 있다.

1. 국제공항 또는 국제여객선터미널이 있는 특별시·광역시 또는 도

(이하 “시·도”라 한다) 안에 있거나 관광특구 안에 있는 관광숙박업 중 호텔업시설(관광숙박업의 등급 중 최상등급을 받은 시설에 한하며, 시·도 안에 최상등급의 시설이 없는 경우에는 그 다음 등급의 시설에 한한다) 또는 대통령령이 정하는 국제회의업시설의 부대시설 안에서 카지노업을 하고자 하는 경우로서 대통령령이 정하는 요건에 적합한 경우

2. 우리나라와 외국간을 왕래하는 여객선 안에서 카지노업을 하고자 하는 경우로서 대통령령이 정하는 요건에 적합한 경우

② 문화관광부장관은 공공의 안녕, 질서유지 또는 카지노업의 건전한 발전을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 허가를 제한할 수 있다.

제22조(카지노업의 시설기준 등) ① 카지노업의 허가를 받고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설 및 기구를 갖추어야 한다.

② 카지노사업자에 대하여는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 시설 중 일정시설에 대하여 문화관광부장관이 지정·고시하는 검사기관의 검사를 받게 할 수 있다.

③ 카지노사업자는 제1항의 규정에 의한 시설 및 기구를 유지·관리하여야 한다.

제24조(카지노기구의 규격 및 기준등) ① 문화관광부장관은 카지노업에 이용되는 기구(이하 “카지노기구”라 한다)의 형상·구조·재질 및 성능 등에 관한 규격 및 기준(이하 “공인기준 등”이라 한다)을 정하여야 한다.

② 문화관광부장관은 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관이 지정하는 검사기관의 검정을 받은 카지노기구의 규격 및 기준을 공인기준 등으로 인정할 수 있다.

③ 카지노사업자가 카지노기구를 영업장소(그 부대시설 등을 포함한다)에 반입·사용하는 때에는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 당해카지노기구가 공인기준 등에 적합한지의 여부에 관하여 문화관광부장관의 검사를 받아야 한다.

④ 제3항의 규정에 의한 검사에 합격된 카지노기구에는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 검사합격필증을 붙이거나 이를 표시하여야 한다.

제25조(카지노업의 영업종류 및 영업방법 등) ① 카지노업의 영업종류는 문화관광부령으로 정한다.

판례집 20-2(하)

② 카지노사업자는 문화관광부령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 카지노업의 영업종류별 영업방법 및 배당금등에 관하여 문화관광부장관에게 미리 신고하여야 한다. 신고한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

한국마사회법(2005. 5. 31. 법률 제7547호로 개정된 것) 제3조(경마의 개최)  
 ① 경마는 제18조의 규정에 의하여 설립된 한국마사회(이하 “마사회”라 한다)가 개최한다.

② 마사회가 경마를 개최하고자 할 때에는 경마장별 경마개최의 범위, 경주의 종류 및 경주마의 출주기준 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

제4조(경마장) ① 마사회가 경마장을 설치하고자 할 때에는 대통령이 정하는 요건을 구비하여 농림부장관의 허가를 받아야 한다.

② 농림부장관은 경마장의 설비가 부적합하여 경마장안의 질서를 유지할 수 없거나 경마의 공정을 확보할 수 없다고 인정할 때에는 마사회에 대하여 설비변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있다.

제6조(마권의 발매 등) ① 마사회는 경마를 개최하는 때에는 경마장안에서 마권을 발매할 수 있다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 마권의 단위투표금액·발매방법 및 제2항의 규정에 의한 장외발매소의 시설기준, 처리사무 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제6조의3(경고문구의 표기) ① 마사회는 마권과 구매권 및 대통령이 정하는 광고에 마권의 지나친 구매행위가 가져올 수 있는 개인적·사회적 폐해 등에 관한 경고문구를 표기하여야 한다.

② 제1항의 규정에 따른 경고문구의 표시내용 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 농림부령으로 정한다.

제7조(승마투표방법) ① 승마투표방법은 단승식·복승식·쌍승식·연승식·복연승식·삼복승식·중단승식 및 특별승마식의 8종으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 각 승마투표방법에 있어서의 승마의 결정·실시방법 등에 관하여 필요한 사항은 농림부령으로 정한다.

제8조(환급금) ① 마사회는 승마투표적중자에 대하여 대통령이 정하는 바에 따라 당해 경주에 대한 마권의 발매금액중에서 환급금을 교부한다.

② 승마투표적중자가 없는 경우의 발매금은 대통령이 정하는 바에 따라 이를 마권을 구매한 자에게 환급하여야 한다. 다만, 승마가 2 이상인 승마투

표방법에 있어서 일부 승마에 대한 승마투표적중자가 없는 경우에는 당해 승마에 대한 환급금은 나머지 승마투표적중자에게 균분하여 교부하여야 한다.

③ 생략

제9조(발매수득금 등) ① 마사회의 수입은 발매수득금과 그 밖의 수입으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 발매수득금은 마사회가 마권의 발매금액에 대하여 농림부장관이 정하는 비율에 의해 수득하는 금액으로 한다. 이 경우 수득금은 발매금액의 100분의 20을 초과할 수 없다.

③ 생략 끝.

[별지 5] 청구인들의 주장요지 및 문화관광부장관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 2005헌마161 사건

(가) 이 사건 모법조항의 위헌성의 기인한 이 사건 고시 자체의 위헌 주장  
이 사건 모법조항은 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 헌법 제75조에 위반될 뿐만 아니라 범죄의 구성요건에 해당하는 사항을 전적으로 행정부에 맡길 것으로 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항 및 제13조, 권력분립주의, 법치주의, 의회입법의 원칙에 반하여 위헌이므로, 이에 터잡은 이 사건 고시 자체는 더 나아가 살필 필요 없이 헌법에 위배된다.

(나) 법체계의 면에서의 이 사건 심판대상규정의 위헌 주장

1) 위임범위 일탈

이 사건 모법조항은 게임제공업자의 준수사항으로서 “게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것”이라고 하면서, 가목에서 “문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류 외의 경품을 제공하는 행위”와 나목에서 “문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위”를 각 규정하고 있는바, 이에 의하면 이 사건 모법조항이 문화관광부장관에게 위임한 사항은 제공할 수 있는 경품의 종류와 경품제공의 방법에 관한 사항일 뿐, 사행성 간주 게임물의 기준을 정립할 권한과 경품의 제공을 금지할 수 있는 권한까지 위임한 것이 아니다.

따라서 이 사건 심판대상규정은 이 사건 모법조항이 위임한 범위를 일탈하였다.

판례집 20-2(하)

2) 죄형법정주의와 법치주의의 원칙 위배

이 사건 심판대상규정은 사행성 간주 게임물의 제공업자에게 경품의 제공 없이 이 사건 게임물을 제공하든지 아니면 이 사건 게임물의 내용을 수정하여 경품을 제공하든지의 2가지 선택가능성을 제시하면서, 실제로는 이 사건 게임물의 내용을 수정하도록 강요하고 있다. 그런데 음비게임법 제21조 제1항은 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 것을 제공하는 것을 금지하면서, 이에 위반하는 경우 음비게임법 제42조 제3항 제3호에서 그 게임물을 수거·폐기하고, 음비게임법 제39조 제1항 제6호에서 영업폐쇄, 등록취소, 영업정지 등의 처분을 하며, 음비게임법 제50조 제1호의2에서 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 각 규정하고 있다. 그리고 이 사건 게임물의 내용을 변경하지 아니하고 종전의 방식으로 영업할 경우에는 음비게임법 제50조 제3호에서 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

따라서 이 사건 심판대상규정이 청구인들에게 음비게임법에 의하여 금지되어 있는 게임물의 내용 변경을 강요하는 것은 헌법상 원칙인 법치주의의 원칙에 위배되고, 게임물의 내용을 변경하지 아니할 경우 청구인들을 처벌하도록 한 것은 헌법상 원칙인 죄형법정주의에 위배된다.

(다) 직업의 자유의 침해 주장

청구인들은 수익 원을 투자하여 경품제공방식을 전제로 한 이 사건 게임물을 설치한 후 게임제공업을 영위하여 왔다. 그런데 이 사건 심판대상규정은 ‘사행성 간주 게임물’이라는 개념을 새로이 규정하여 경품지급을 금지함으로써 청구인들은 사행성 간주 게임물에 해당하게 된 이 사건 게임물을 경품제공방식으로 제공할 수 없게 하고 경품제공을 위한 당첨액 점수의 관리방식을 제한하였는바, 이는 헌법상 원칙인 신뢰보호의 원칙에 위배하여 청구인들의 헌법상 보장된 직업의 자유를 침해하고 있다.

(라) 재산권 침해 주장

1) 소급입법금지원칙 내지 신뢰보호원칙 위배

청구인들은 음비게임법 등 종전의 관계법령에 따라 게임제공업자로 등록을 한 후 상당한 비용을 들여서 각 영업장소에 이 사건 게임물을 설치하고 게임 이용자들에게 경품을 제공하는 방식으로 게임제공업을 영위하여 왔는데, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 이 사건 게임물이 사행성 간주 게임물에 해당하게 되고 나아가 게임이용자들에게 경품을 제공할 수 없게 됨으로써 더 이상 종전의 방식으로 게임제공업을 영위할 수 없어 영업장을 폐쇄하여야 할

처지에 놓이게 되었는바, 이는 청구인들이 적법하게 영위하여 오던 영업에 대하여도 이 사건 심판대상규정이 소급적용됨으로써 결국 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재산권의 하나인 영업권이 침해되고, 특히 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위배되며, 법치국가원리에서 파생되는 법적 안정성의 원리와 신뢰보호의 원칙에도 위배되는 것이다.

2) 과잉금지원칙 위배

이 사건 심판대상규정은 청구인들이 종전부터 설치·운영하여 오고 있는 이 사건 게임물의 특성을 고려하지 아니한 채 만연히 이 사건 게임물을 사행성 간주 게임물로 단정하고 게임이용자들에 대한 경품제공을 금지하는 등 청구인들의 영업방식에 대하여 과도하게 규제함으로써 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재산권의 하나인 영업권의 본질적인 내용을 침해하고 있다.

(마) 평등권 침해 주장

1) 카지노나 실제 경마와 같이 사행성이 높은 게임에 대하여는 이 사건 심판대상규정과 같은 규제가 없음에 비추어, 이 사건 심판대상규정은 청구인들을 합리적 이유 없이 차별취급하는 것으로서 평등의 원칙에 위배된다.

2) 국내의 성인전용 게임은 확률게임과 다구역게임으로 나누어지는데, 확률게임은 카지노와 같이 게임이용자가 어디에 투입하여 맞으면 배율에 의한 결과를 얻어내는 것이고, 다구역게임은 게임이용자가 확률과 배당률을 고려하여 여러 구역에 베팅을 하는 것으로, 이 사건 게임물은 다구역게임에 해당한다. 이 사건 게임물보다 사행성이 더 높은 확률게임은 간단한 기기 조작으로 1회 게임시간을 4초 이상으로 늘이면 사행성 간주 게임물에 해당하지 않게 되나, 이 사건 심판대상규정에 적합하도록 이 사건 게임물의 내용을 수정하려면 프로그램, 사운드, 그래픽 등 시간이 많이 드는 중요 부분을 변경하여야 한다. 따라서 이 사건 심판대상규정은 확률게임제공업자에 비하여 청구인들을 합리적 이유 없이 차별취급하는 것으로서 평등의 원칙에 위배된다.

(바) 행복추구권 침해(구체적인 주장 내용 없음)

(2) 2005헌마189 사건

(가) 소급입법금지원칙 내지 신뢰보호원칙 위배로 인한 재산권의 침해

청구인들은 위 법 등 종전의 관계법령에 따라 게임제공업자로 등록을 한 후 상당한 비용을 들여서 각 영업장소에 이 사건 게임물을 설치하고 게임이용자들에게 경품을 제공하는 방식으로 게임제공업을 영위하여 왔는데, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 이 사건 게임물이 사행성 간주 게임물에 해당하

판례집 20-2(하)

게 되고 나아가 게임이용자들에게 경품을 제공할 수 없게 됨으로써 더 이상 종전의 방식으로 게임제공업을 영위할 수 없어 영업장을 폐쇄하여야 할 처지에 놓이게 되었는데, 이는 청구인들이 적법하게 영위하여 오던 영업에 대하여도 이 사건 심판대상규정이 소급적용됨으로써 결국 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재산권이 침해되고, 특히 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위배되며, 법치국가원리에서 파생되는 법적 안정성의 원리와 신뢰보호의 원칙에도 위배되는 것이다.

(나) 과잉금지원칙 위배로 인한 직업선택의 자유 및 재산권의 침해

이 사건 심판대상규정은 청구인들이 종전부터 설치·운영하여 오고 있는 이 사건 게임물의 특성을 고려하지 아니한 채 만연히 이 사건 게임물을 사행성 간주 게임물로 단정하고 게임이용자들에 대한 경품제공을 금지하는 등 청구인들의 영업방식에 대하여 과도하게 규제함으로써 헌법 제15조에 의하여 보장된 직업의 자유와 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재산권의 본질적인 내용을 침해하고 있다.

나. 문화관광부장관(피청구인 겸 이해관계인)의 의견요지

(1) 적법요건 부분

청구인들이 이 사건 심판대상규정으로 인하여 권리가 침해된 경우 행정소송으로 구제받을 수 있으므로, 이 사건 헌법소원은 보충성이 결여되어 부적법하다.

(2) 본안 부분

(가) 위임입법의 한계 일탈 주장에 대하여

이 사건 모법조항이 이미 사행성이 있는 경품의 제공을 금지한 채 위임하고 있으므로, 이 사건 심판대상규정에 경품제공이 금지되는 게임물로서 ‘사행성 간주 게임물’을 규정하였다고 하여도 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다.

또한 이 사건 심판대상규정은 청구인들로 하여금 이 사건 게임물의 내용을 수정하라고 요구하는 것이 아니다.

(나) 과잉금지원칙 위배 주장에 대하여

이 사건 게임물 기기에 ‘비경품게임물’이라는 표시만 하면 이 사건 게임물을 그 내용을 변경하지 않고도 그대로 사용할 수 있고, 설사 이 사건 게임물을 경품제공이 가능하도록 계속 사용하고자 하는 경우에는 기존 게임의 형식을 유지한 채 1시간당 이용금액이 90,000원을 초과하지 않고 게임 결과에 따

른 최고 당첨금액이 20,000원이 넘지 않도록 잔여 점수를 삭제하는 내용으로 중앙서버의 하드디스크에 있는 확률프로그램만 수정하면 되는데, 이러한 수정작업은 매우 간단하여 이 사건 심판대상규정이 부여한 60일의 유예기간이면 충분하다.

이 사건 심판대상규정의 시행으로 게임제공업소가 사행행위를 조장하는 것을 막고자하는 공익은 청구인들이 제한받는 사익보다 훨씬 우월하므로 과잉 금지원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 신뢰보호원칙 등 위배 주장에 대하여

청구인들이 이 사건 게임물의 설치·운영을 시작하였을 때에 위 법령에 적합하였다고 하더라도 그 당시 기준이 영속되라는 법적인 기대는 청구인들에게 인정되지 않으므로 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들의 영업에 제한이 가하여졌어도 신뢰보호원칙이나 소급입법금지원칙에 저촉되는 것이 아니다.

(라) 평등권 침해 주장에 대하여

이 사건 게임물의 사행성은 카지노나 경마보다 높으므로 그들과 다른 취급을 한다고 하여도 평등권을 침해한 것이 아니다. 더구나 카지노나 경마에 대하여 관광진흥법에 따라 부과되는 지도나 명령, ‘사행행위규제 및 처벌 특별법’에 따른 형사처벌 등을 감안하면 카지노나 경마가 이 사건 게임물에 비하여 가볍게 규율되는 것도 아니다. 끝.

## 게임제공업소의 경품취급기준고시 위헌확인

(2008. 11. 27. 2005헌마197 전원재판부)

### 【판시사항】

직접적인 수급자를 게임제공업자로 하는 문화관광부고시 제 2004-14호 “게임제공업소의 경품취급기준”(이하 ‘이 사건 고시’라 한다)에 대하여 게임제공업자가 아닌 게임물제작·판매업자인 청구인들이 기본권 침해의 자기관련성을 가지는지 여부(소극)

### 【결정요지】

이 사건 고시는 청소년을 보호하고 사행행위(射倖行爲)를 방지하여 게임제공업소의 건전한 운영에 기여하기 위하여 게임제공업소에서 제공하는 경품의 종류 및 지급방법 등 취급기준을 규정한 것으로 그 직접적인 수급자는 게임제공업자이고, 게임제공업자에게 자신이 개발한 게임물을 판매하는 청구인들은 경품의 종류 및 지급방법 등과 관련하여 직접적인 법률관계를 갖지 않아 이 사건 고시의 직접적인 수급자가 아니라 단지 제3자에 불과하다.

게임제공업자들이 기존에 하는 영업을 그만둘지 아니면 계속할지, 계속하는 경우 그들의 영업장에 사행성이 없어서 경품제공이 가능한 게임물을 설치할지 아니면 경품제공이 불가능하더라도 사행성이 있는 이 사건 게임물을 설치할지는 게임제공업자의 가치철학과 경영방식, 영업장 소재지 부근의 문화적 환경, 게임물을 이용할 사람들의 교육정도와 생활수준 등 여러 사정을 종합하여 게임제공업자의 선택에 따라 결정될 것이므로, 이 사건 고시가 게임물제작·판매업자인 청구인들에게 게임제공업자와 게임물판매계약을 체결할 때 미치는 효과는 그 직접성이나 정도에 있어서 청구인들을 이 사건 고시에 법적으로 의미 있게 관련시킬 정도로 강하다고 보기는 어렵고, 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련될 뿐이므로, 게임물제작·판매업자인 청구인들의 이 사건 심판청구는 자기관련성이 인정되지 아니한다.

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

### 【심판대상조문】

게임제공업소의 경품취급기준(2004. 12. 31. 문화관광부고시 제2004-14호) 제2조

#### 2. 경품의 종류

게임의 결과로 제공할 수 있는 경품의 종류는 다음과 같다.

- ② (재) 한국게임산업개발원 등의 인증 심사를 거쳐 문화관광부장관이 공고하는 인증된 상품권(18세이용가게임물에 한함)

#### 3. 경품지급기준

가. 경품을 제공할 수 있는 게임물 및 경품한도액 기준은 다음과 같다

- ② 18세이용가게임물 : 2만 원 이내(시중판매가격 기준)

- ③ 사행성 간주 게임물은 경품을 제공할 수 없음

나. 동 지급기준의 용어의 의미는 다음과 같다.

- ④ “사행성 간주 게임물”이라 함은 다음과 같은 게임물을 말함

- ㉠ 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물

- ㉡ 잭팟누적점수 · 최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의 당첨액 등을 모두 포함) · 경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물

#### 4. 경품제공방법

나. 경품이 제공됨과 동시에 이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창의 기록사항은 반드시 삭제되어야 한다.

다. 게임의 결과 획득한 점수는 보관할 수 없으며 이를 누구든지 매매하거나 또는 매매하도록 하여서는 아니 된다.

#### 6. 시행시기

가. 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. 다만, 이 고시 시행 당시 종전의 게임물은 고시한 후 60일이 경과한 날부터 시행한다.

나. 경품의 종류 중 상품권은 문화관광부장관이 공고한 날부터 시행한다.

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제40조, 제75조, 제95조

헌법재판소법 제68조 제1항

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 음반·비디오물·게임물의 질적 향상을 도모하고 관련산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 높이고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

판례집 20-2(하)

1.~ 2. 생략

3. “게임물”이라 함은 컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 것을 제외한다.

가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것

나. 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화관광부장관이 게임물로 규율할 필요가 없는 것으로 인정하여 고시하는 것

4. “음반등 제작업”이라 함은 음반·비디오물·게임물을 기획제작하거나 복제제작하는 영업을 말한다.

5.~ 8. 생략

9. “게임제공업”이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위등규제및처벌특례법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계 없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법등에 해당하는 경우를 제외한다.

가. 청소년 게임장업 : 전체이용가 게임물만을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

나. 일반 게임장업 : 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분·설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

10.~11. 생략

12. “복합유통·제공업”이라 함은 제5호 내지 제11호에 해당하는 영업 가운데 2종류 이상의 영업을 동일한 장소에서 영위하는 영업을 말한다.

13. 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제5조(영상물등급위원회) 영화·음반·비디오물·게임물 및 공연물과 그 광고·선전물(이하 “영상물등”이라 한다)의 윤리성 및 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 영상물등급위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및 비디오물에 관한 법률’ 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제6조(직무) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 영상물등의 등급분류 및 청소년 유해성 확인에 관한 사항
2. 영상물등의 등급분류에 따른 제작·유통·시청 또는 이용제공 여부의 확인 등 등급분류의 사후관리에 관한 사항
3. 위원회규정의 제정·개정에 관한 사항
4. 영상물등의 등급분류의 객관성 확보를 위한 조사·연구

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

5. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정되거나 위탁받은 사항

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제20조(등급분류) ① 비디오물 및 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 배급하고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 비디오물 또는 게임물의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 대가를 받지 아니하고 특정한 장소에서 청소년이 포함되지 아니한 특정인들을 대상으로 하여 시청제공되는 비디오물
2. 문화관광부장관 또는 관계부처 장관이 추천하는 영상물 대회, 전시회 등에서 상영되거나 이용제공되는 비디오물 및 게임물
3. 공공의 목적으로 제작·배급되거나 등급분류가 필요하지 아니한 경우 등 대통령령이 정하는 경우에 해당되는 비디오물 및 게임물

② 생략

③ 비디오물 및 게임물의 등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 게임물의 경우에는 제2호의 등급분류기준에 불구하고 신청인의 요청에 의하여 전체이용가·12세이용가·15세이용가 및 18세이용가 등급으로 분류할 수 있으며 이 경우 등급분류의 기준은 제1호의 비디오물의 기준을 준용한다.

1. 비디오물의 등급

- 가. 전체관람가 : 누구나 관람할 수 있는 것
- 나. 12세관람가 : 12세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 다. 15세관람가 : 15세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 라. 18세관람가 : 청소년은 관람할 수 없는 것

2. 게임물의 등급

- 가. 전체이용가 : 누구나 이용할 수 있는 것
- 나. 18세이용가 : 청소년은 이용할 수 없는 것

④ 위원회는 사행성이 지나친 것으로서 제3항의 규정에 의한 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대하여는 이용불가의 결정을 할 수 있다.

⑤~⑥ 생략

⑦ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 등급분류, 이용불가, 등급분류보류의 기준 및 절차와 등급분류필증의 교부절차 등에 관하여 필요한 사항은 위원회규정으로 정한다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제21조(위법한 비디오물·게임물의 판매금지 등) ① 누구든지 제20조 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지 아니한 비디오물 또는 게임물이나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 것을 제작·유통·시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.

판례집 20-2(하)

- ② 누구든지 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물을 제20조 제3항 각 호의 등급구분에 위반하여 시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.
- ③ 누구든지 제20조 제4항의 규정에 의하여 이용불가의 결정을 받은 게임물을 제작·유통하거나 이용에 제공하여서는 아니된다.
- ④ 누구든지 제20조 제6항의 규정에 의한 등급분류필증을 위원회규정이 정하는 바에 의하여 당해 게임물에 부착하지 아니한 상태에서 이를 유통 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.
- ⑤ 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제26조(음반등 제작업 등의 신고) ① 음반등 제작업 및 음반등 배급업을 영위하고자 하는 자는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)에게 신고하여야 한다. 다만, 음반·비디오물·게임물을 제작하는 경우로서 다음 각 호의 경우를 제외한다.

- 1. 국가 또는 지방자치단체가 제작하는 경우
- 2. 법령에 의하여 설립된 교육기관 또는 연수기관이 자체교육 또는 연수의 목적으로 사용하기 위하여 제작하는 경우
- 3. 방송법에 의한 방송사업자가 방송의 목적에 사용하기 위하여 제작하는 경우
- 4. 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관 또는 정부출연기관이 그 사업의 홍보에 사용하기 위하여 제작하는 경우
- 5. 관혼상제 또는 종교의식 등의 행사를 기념으로 남기기 위한 목적으로 제작하는 경우. 다만, 공중에게 유통하거나 시청 또는 이용에 제공하는 경우를 제외한다.
- 6. 그 밖에 대통령령이 정하는 경우

②~③ 생략

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 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.~2. 생략
- 3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것
  - 가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류의 경품을 제공하는 행위
  - 나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위

4.~8. 생략

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 '영화 및 비디오

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제50조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략
- 1의2. 제21조 제1항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반한 자
2. 생략
3. 제32조 제3호의 규정에 위반한 자
- 4.~8. 생략

### 【참조판례】

- 헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-417  
헌재 2002. 6. 27. 2001헌마122, 판례집 14-1, 671, 674  
헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1132, 판례집 19-1, 702, 708  
헌재 2008. 4. 24. 2006헌마990, 판례집 20-1상, 698, 707-708

### 【당 사 자】

- 청 구 인 1. 주식회사 ○○시스템  
대표이사 박○규
2. 주식회사 ○○앤지  
대표이사 김○태
3. 주식회사 ○○플렉스  
대표이사 김○진
4. 주식회사 ○○산업  
대표이사 전○환
5. ○○비즈 주식회사  
공동대표이사 송○석, 차○관
- 청구인들의 대리인
1. 변호사 조병훈 외 1인
  2. 법무법인 디지탈  
담당변호사 이강진 외 1인
- 청구인 주식회사 ○○앤지의 대리인 변호사 김승섭

### 【주 문】

청구인들의 심판청구를 각하한다.

판례집 20-2(하)

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 [별표 1] 기재와 같이 구 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전부 개정된 것, 이하 ‘위 법’이라 한다) 제26조, 제30조 또는 제31조 및 위 법 시행규칙(2001. 11. 16. 문화관광부령 제57호로 전부 개정된 것) 제6조에 따라 게임물제작업자 신고 또는 변경 신고를 마치고 게임물제작·판매업에 종사하고 있는 법인들로 속칭 스크린경마게임물의 일종인 [별표 2] 기재의 각 게임물(이하 ‘이 사건 게임물’이라 한다)을 개발하여 위 법 제20조에 의하여 영상물등급위원회로부터 ‘18세이용가 게임물’로 등급분류를 받아 게임제공업자들에게 판매하여 왔다.

(2) (가) 위 법 제32조 제3호는 게임제공업자가 사행성(射幸性)을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미치는 것을 방지하기 위하여 문화관광부장관(정부조직법이 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되면서 ‘문화체육관광부장관’으로 되었다. 이 사건 결정에서는 혼란을 피하기 위하여 심판청구가 제기된 때의 명칭인 ‘문화관광부장관’으로 표시하기로 한다)에게 경품종류와 경품제공방법을 고시하도록 위임하였다.

(나) 이에 문화관광부장관은 “게임제공업소의 경품취급기준”을 고시하여 왔고, 2002. 12. 30. 개정·고시한 “게임제공업소의 경품취급기준(문화관광부고시 제2002-18호, 이하 ‘중전 고시’라고 한다)”은 경품제공을 통하여 사행행위를 조장할 수 있는 유가증권(도서상품권·문화상품권 및 국민관광상품권 제외)의 진열·제공을 금지하고(제2조 가항), 18세이용가게임물의 경우에는 경품 1개의 가격이 20,000원을 초과할 수 없다(제2조 나항)고 규정하였을 뿐, 사행성이 있다고 보는 게임물의 판단기준에 대해서는 규정하지 아니하였다.

(다) 그런데 게임물의 사행성이 계속하여 사회문제를 일으키자, 문화관광부장관은 [별지 1] 기재와 같이 2004. 12. 31. “게임제공업소의 경품취급기준(문화관광부고시 제2004-14호, 이하 ‘이 사건 고시’라고 한다)”을 개정·고시하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

1) [경품용 상품권 인증제도] 18세이용가게임물의 경우에는 재단법인 한국 게임산업개발원 등의 인증 심사를 거쳐 문화관광부장관이 공고하는 인증된 상품권만을 경품으로 제공할 수 있도록 하고(이 사건 고시 제2조 ②항), 그 시행시기를 문화관광부장관이 공고한 날부터 시행하도록 하였다(이 사건 고

시 제6조 나항). 문화관광부장관이 2005. 3. 31. “게임제공업소의 경품제공용 상품권 선정공고(문화관광부공고 제2005-26호)”를 함으로써 이 사건 고시 제2조 ②항은 그 날부터 시행되었다.

2) [사행성 간주 게임물] 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물과 잭팟누적점수·최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의 당첨액 등을 모두 포함)·경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물을 ‘사행성 간주 게임물’로 규정하고(이 사건 고시 제3조 나항 ④호 ㉠목·㉡목), 사행성 간주 게임물의 경우에 게임이용자에 대한 경품제공을 금지하는(이 사건 고시 제3조 가항 ③호) 한편, 18세이용가게임물의 경우 게임이용자에게 제공할 수 있는 경품한도액(1회 이상의 게임을 진행하면서 당첨된 점수를 누적하여 획득할 수 있는 경품의 최고금액)을 20,000원 이내로 제한하였다(이 사건 고시 제3조 가항 ②호).

3) [경품제공방법] 게임제공업자는 경품이 제공됨과 동시에 게임이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창외 기록사항이 반드시 삭제되도록 이 사건 게임물 기기를 관리하여야 하고(이 사건 고시 제4조 나항), 게임이용자가 게임을 이용하여 획득한 점수를 보관하지 못하도록 하였다(이 사건 고시 제4조 다항).

4) [유예기간] 이 사건 고시 중 제2조 ②항을 제외한 부분의 시행시기에 있어 이미 시중에서 유통 중인 종전의 게임물에 대하여는 60일의 유예기간을 부여하였다(이 사건 고시 제6조 가항 단서).

(3) 이 사건 게임물은 1회 게임시간이 약 3분 내지 3분 30초, 베타구역이 91개, 구역당 베타금액이 2,500원으로 설계되어 있으므로, 이론상 1회 게임에 최대 227,500원까지 베타가 가능하고, 당첨배율도 단식·복식·연식·쌍승식을 포함하여 999배 내지 9,999배에 이르러, 이 사건 고시 제3조 가항 ②호 및 나항 ④호 ㉠목·㉡목에 의하여 사행성 간주 게임물에 해당하게 되었고, 이로 인하여 게임제공업자는 이 사건 고시 제3조 가항 ③호에 따라 게임이용자에게 경품을 제공할 수 없게 되었다.

(4) 이에 청구인들은, ① 이 사건 고시 중 경품용 상품권 인증제도 부분은 위임입법의 한계를 일탈하여 청구인들의 재산권을 침해하고, ② 이 사건 고시 중 사행성 간주 게임물 부분은 위임입법의 한계를 일탈하여 죄형법정주의에 위배됨은 물론 청구인들의 재산권을 침해하며, ③ 이 사건 고시 중 경품제공방법 부분은 직접적으로 게임이용자의 행복추구권과 재산권을 침해하고, 그

판례집 20-2(하)

결과 게임제공업자 및 청구인들과 같은 게임물제작업자의 재산권을 침해하며, ④ 이 사건 고시 중 유예기간 부분은 신뢰보호원칙, 과잉금지원칙 및 죄형법정주의에 위배되고, 청구인들의 신체의 자유를 침해한다고 주장하면서, 2005. 2. 23. 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 심판청구취지에서 이 사건 고시 제2조 제②항, 제3조 가항 ②호·③호, 나항 ④호 ㉞목·㉟목·㊱목, 제4조 나항, 다항 전단, 제6조 가항·나항이 헌법에 위반된다고 주장한다.

그런데 이 사건 고시 제3조 나항 ④호 ㉞목은 ‘1회 게임의 시간(배팅·홀드 등 이용자에 의해서 진행되는 시간은 제외함)이 4초 미만인 게임물’도 사행성 간주 게임물에 해당한다고 규정한 것으로, 청구인들이 개발·판매하는 이 사건 게임물은 1회 게임시간이 3분 내지 3분 30초로서 위 규정에 해당하지 않을 뿐만 아니라 청구인들도 위 제3조 나항 ④호 ㉞목에 대하여는 구체적인 주장을 전혀 하지 않고 있다. 그리고 이 사건 고시 제6조 가항 본문은 이 사건 고시를 고시한 날부터 시행한다는 규정으로, 그 단서에서 종전 게임물에 대하여는 유예기간을 부여하고 있고, 경품용 상품권 인증제도의 시행시기에 관하여는 별도의 규정이 있으며, 청구인들도 위 제6조 가항 본문에 대하여는 구체적인 주장을 전혀 하지 않고 있다.

따라서 이 사건의 심판대상을 이 사건 고시 제2조 제②항, 제3조 가항 ②호·③호, 나항 ④호 ㉞목·㉟목, 제4조 나항, 다항 전단, 제6조 가항 단서, 나항으로 한정하기로 한다.

이 사건의 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다(이 사건 고시 제4조 다항 및 제6조 가항 부분은 밀줄 그은 부분에 한한다).

[심판대상조항]

게임제공업소의 경품취급기준(2004. 12. 31. 문화관광부고시 제2004-14호)

2. 경품의 종류

게임의 결과로 제공할 수 있는 경품의 종류는 다음과 같다.

② (재) 한국게임산업개발원 등의 인증 심사를 거쳐 문화관광부장관이 공고하는 인증된 상품권(18세이용가게임물에 한함)

3. 경품지급기준

가. 경품을 제공할 수 있는 게임물 및 경품한도액 기준은 다음과 같다

② 18세이용가게임물 : 2만 원 이내(시중판매가격 기준)

③ 사행성 간주 게임물은 경품을 제공할 수 없음

나. 동 지급기준의 용어의 의미는 다음과 같다.

④ “사행성 간주 게임물”이라 함은 다음과 같은 게임물을 말함

㉠ 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물

㉡ 잭팟누적점수·최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의  
당첨액 등을 모두 포함)·경품누적점수 등이 경품한도액  
을 초과하는 게임물

#### 4. 경품제공방법

나. 경품이 제공됨과 동시에 이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창의 기록사항은 반드시 삭제되어야 한다.

다. 게임의 결과 획득한 점수는 보관할 수 없으며 이를 누구든지 매매하거나 또는 매매하도록 하여서는 아니 된다.

#### 6. 시행시기

가. 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. 다만, 이 고시 시행 당시 종전의 게임물은 고시한 후 60일이 경과한 날부터 시행한다.

나. 경품의 종류 중 상품권은 문화관광부장관이 공고한 날부터 시행한다.

[관련조항]

[별지 2] 기재와 같다.

#### 2. 청구인들의 주장요지 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 고시 제2조 ②항 및 제6조 나항[경품용 상품권 인증제도] 부분 위 고시 부분으로 인하여 이 사건 게임물의 경품으로 시중에 유통 중인 30여종의 상품권 중 인증을 받게 될 소수의 상품권을 제외하고는 대부분의 상품권이 그 재산상 가치를 잃게 되는데, 이는 그 상품권을 소지한 게임이용자나 게임제공업자 또는 상품권발행업자의 재산권을 침해한 것이며, 이와 같은 재산권 침해 규정을 모법인 위 법 제32조 제3호의 위임 없이 이 사건 고시에 둔 것은 위임입법의 한계를 일탈한 것이다.

(2) 이 사건 고시 제3조 가항 ②호·③호 및 나항 ④호 ㉠목·㉡목[사행성 간주 게임물] 부분

청구인들은 경품제공방식을 전제로 수십억 원을 투자하여 이 사건 게임물

판례집 20-2(하)

을 개발하여 제작·판매하였다. 그런데 위 고시 부분이 모법인 위 법 제32조 제3호의 위임 없이 ‘사행성 간주 게임물’이라는 개념을 규정하여 경품제공을 금지함으로써 청구인들은 사행성 간주 게임물에 해당하게 된 이 사건 게임물을 더 이상 개발 당시 예정한 경품제공방식으로 사용할 수 없게 되었다. 이는 위임입법의 한계를 일탈하여 청구인들의 헌법상 보장된 직업선택의 자유와 재산권을 침해한 것이며, 모법인 위 법 제32조 제3호의 위임 없이 행정법규에 형사처벌법규의 구성요건에 해당하는 사실을 규정한 점에서 죄형법정주의에도 위배된다.

(3) 이 사건 고시 제4조 나항, 다항 전단[경품제공방법] 부분

위 고시 부분으로 인하여 게임이용자가 다음 게임을 하기 위해서는 새로이 돈을 투입하여 크레디트를 구입하여야 하는바, 이는 게임이용자가 이전에 돈을 투입하여 획득해 두었던 크레디트를 상실하게 하는 점에서, 그리고 새로운 게임을 위하여 다시 돈을 투입하여야 하는 점에서 게임이용자의 재산권을 침해한 것이다.

또한 이러한 제한으로 인하여 어느 정도의 사행성을 전제로 개발된 이 사건 게임물이 18세이용가게임물로서의 흥미가 떨어지게 됨에 따라 게임이용자의 행복추구권을 침해하고 결과적으로 청구인들의 영업에 손실을 발생시키는 바 이는 청구인들의 재산권과 직업의 자유를 침해하는 것이기도 하다.

(4) 이 사건 고시 제6조 가항 단서[유예기간] 부분

청구인들이 경품지급방식을 유지하기 위해서는 이 사건 게임물의 내용을 바꾸어 새로이 18세이용가의 등급분류를 받아야 하는바 그 준비기간으로 최소한 2년이 걸리고, ‘사행행위 등 규제 및 처벌 특례법’에 따른 성인게임으로 변경하는 데에도 10개월 정도가 소요되는데도 위 고시 부분은 그 유예기간으로 60일만을 허용하고 있다. 이는 과잉금지의 원칙에 위배되며, 신뢰보호의 원칙을 침해한 것은 물론 위 법의 시행 초기에 기존게임물의 새로운 등급분류만을 위해서도 게임물제작업자에게 2년의 유예기간이 허용되었던 경우와 비교하여 청구인들을 불평등하게 대우한 것이므로 평등권을 침해하였다. 또한 위 법 제21조 제1항, 제50조 제1호의2는 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 것을 제작·유통하거나 이용에 제공하는 것을 처벌하고 있는데, 청구인들은 기술적 한계로 인하여 60일의 유예기간만으로는 이 사건 게임물의 내용을 18세이용가게임물 또는 성인게임물로 변경할 수도 없으므로, 위 고시 부분은 죄형법정주의에 위반되고 청구인들의 신체의 자유를 침해한다.

(5) 청구인 주식회사 ○○엔지의 평등권 침해 주장

이 사건 게임물은 경품 당첨시 상품권 강제배출 기능이 없어서 1시간에 90,000원 이상 배팅할 수 있다는 이유로 사행성 간주 게임물에 해당하게 되었다. 한편 이 사건 게임물과 경쟁 관계에 있는 속칭 바다이야기는 경품 당첨시 상품권 강제배출 기능이 있어서 1시간에 90,000원 이상 배팅할 수 없다는 이유로 사행성 간주 게임물에 해당하지 않게 된다. 그런데 위 바다이야기는 1회 게임시간이 약 4초로 1회 게임시간이 약 3분 내지 3분 30초인 이 사건 게임물보다 단위 시간당 게임의 횟수에서 그 사행성이 월등하게 높다. 따라서 이 사건 고시는 위 바다이야기 게임물제작업자에 비하여 청구인들을 합리적 이유 없이 차별취급하여 평등의 원칙에 위배된다.

나. 문화관광부장관의 의견요지

(1) 적법요건 부분

청구인들은 심판대상조항과 간접적·사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 제3자에 불과하므로, 이 사건 헌법소원은 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

또한 청구인들이 심판대상조항으로 인하여 권리가 침해된 경우 행정소송으로 구제받을 수 있으므로, 이 사건 헌법소원은 보충성이 결여된 점에서도 부적법하다.

(2) 본안 부분

(가) 위임입법의 한계 일탈 주장에 대하여

이 사건 고시는 위 법 제32조 제3호에 근거하여 게임의 결과로 제공할 수 있는 경품용 상품권을 상품권 본래의 기능을 할 수 있는 인증받은 상품권으로 규정하고 있을 뿐이므로, 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다.

또한 위 법 제32조 제3호가 이미 사행성이 있는 경품의 제공을 금지한 채 위임하고 있으므로 이 사건 고시에 경품제공이 금지되는 게임물로서 사행성 간주 게임물을 규정하였다고 하여도, 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다.

(나) 과잉금지원칙 위배 주장에 대하여

이 사건 게임물을 경품제공이 가능하도록 계속 사용하고자 하는 경우에는 기존 게임의 형식을 유지한 채 1시간당 이용금액이 90,000원을 초과하지 않고 게임 결과에 따른 최대 당첨금액이 20,000원이 넘지 않도록 잔여 점수를 삭제하는 내용으로 중앙서버의 하드디스크에 있는 확률프로그램만 수정하면 되는데 이러한 수정작업은 매우 간단하여 60일의 유예기간이면 충분하고, 나아가

판례집 20-2(하)

문화관광부장관은 이 사건 고시 제6조 가항 단서의 시행일인 2005. 3. 2.부터 2005. 4. 1.까지 30일간의 계도기간을 부여하여주기도 하였으므로, 과잉금지원칙에 위배되는 것이 아니다.

(다) 죄형법정주의 위배 주장에 대하여

이 사건 고시의 시행 이전에 등급분류를 받은 기존의 게임물 중 이 사건 고시의 시행에 따라 사행성 간주 게임물에 해당하게 된 게임물에 대하여 이 사건 고시의 내용을 준수하기 위하여 프로그램 등을 수정하는 경우 위 법 제21조 제1항의 적용을 유예하도록 정하고 있는 것은 영상물등급위원회가 제정한 게임제공업용게임물등급분류 세부규정 부칙 제3조 제1항이므로, 이 사건 고시와 무관하다.

(라) 재산권 침해 주장에 대하여

청구인들이 종전 고시 시행 당시 게임물에 대한 등급분류를 받아 영업을 하였다고 하더라도 등급분류 당시의 상태가 영속할 것이라는 법적인 기대권이 인정되지 아니하므로, 이 사건 고시로 인하여 청구인들이 더 이상 이 사건 게임물을 경품제공용으로 판매할 수 없게 되었다고 하더라도 소급입법금지나 신뢰보호의 원칙에 반하지 않으며, 또한 청구인들은 이 사건 고시에 따라 사행성 간주 게임물이 아닌 것으로 이 사건 게임물의 프로그램 등을 변경하는 방법으로 계속하여 영업할 수 있는데, 이 사건 고시의 시행으로 게임이 사행화하는 것을 막고자하는 공익은 청구인들이 제한받는 사익보다 훨씬 우월하므로 이 점에서도 소급입법금지나 신뢰보호의 원칙에 반하지 않는다.

3. 판 단

가. 헌법소원심판이 적법하려면 청구인에게 공권력작용에 대한 자기관련성이 인정되어야 한다. 즉, 청구인은 공권력작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 한다. 따라서 청구인이 공권력작용에 대하여 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련될 뿐인 경우에는 그 헌법소원심판청구는 부적법하게 된다. 그리고 법률에 의한 기본권 침해의 경우에는 그 법률의 직접적인 수급자가 아닌 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권 침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다(헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1132, 판례집 19-1, 702, 708; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌마990, 판례집 20-1상, 698, 707-708 등 참조).

나. 이 사건 고시는 청소년을 보호하고 사행행위(射倖行爲)를 방지하여 게임제공업소의 건전한 운영에 기여하기 위하여 게임제공업소에서 제공하는 경

품의 종류 및 지급방법 등 취급기준을 규정한 것으로(이 사건 고시 제1조) 그 직접적인 수급자는 게임제공업자이고, 게임제공업자에게 자신이 개발한 게임물을 판매하는 청구인들은 경품의 종류 및 지급방법 등과 관련하여 직접적인 법률관계를 갖지 않아 이 사건 고시의 직접적인 수급자가 아니라 단지 제3자에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 기본권 침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다.

여기서 청구인들에게 이 사건 고시에 대한 법적 관련성을 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는가 하는 문제는 결국 이 사건 고시의 목적 및 실질적인 규율대상, 청구인들에게 미치는 효과의 직접성이나 그 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-417; 헌재 2002. 6. 27. 2001헌마122, 판례집 14-1, 671, 674; 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1132, 판례집 19-1, 702, 708; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌마990, 판례집 20-1상, 698, 708 등 참조).

다. 위 법은 음반·비디오물·게임물의 질적 향상을 도모하고 관련 산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화적 삶의 질을 높이고 국민경제의 발전에 이바지할 목적으로 제정되었는데(위 법 제1조), 그 목적을 달성하기 위하여 게임제공업자에 대하여 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 경품제공행위를 금지하면서 경품의 종류와 제공방법 등에 관한 내용의 정립을 문화관광부장관에게 위임하였다(위 법 제32조 제3호).

위 법의 위임에 따라 고시된 이 사건 고시는 게임제공업자가 게임이용자에게 제공할 수 있는 경품의 종류와 그 제공방법 등에 관한 기준을 정하고 있을 뿐 게임물제작·판매업체를 규율하는 내용을 전혀 포함하고 있지 아니하므로 청구인들과 같은 게임물제작·판매업을 하는 사업자들과는 관련이 없고, 위법정도 게임제공업자와 게임물제작·판매업자의 사적인 거래에 대하여 전혀 규제를 가하지 아니할 뿐만 아니라 이 사건 고시를 위반하였을 때 그 처벌대상도 게임제공업자로 한정하고 있으므로(위 법 제50조 제3호 참조), 이 사건 고시나 그 근거인 위 법으로 인하여 청구인들의 법적 이익 등이 어떠한 침해를 받고 있지도 않다.

청구인들과 같은 게임물제작·판매업체들은 이 사건 고시에도 불구하고 여전히 게임제공업자에게 이 사건 게임물을 판매할 수 있고, 이는 이 사건 고시가 마련되기 이전이나 이후에 있어 달라진 것이 없다.

즉, 이 사건 고시는 게임제공업자들이 위 법의 입법취지를 무시한 채 게임



이용자들에게 사행성이 농후한 게임물을 무차별적으로 제공하도록 방치하면 결국에는 그 중독성으로 인하여 국민들의 건전한 근로의욕이 저하되고 게임 이용자들의 경제적 파탄상태가 속출할 것이 명백하므로, 이러한 문화적 및 사회·경제적 문제의 발생을 미연에 방지함으로써 위 법이 목적하는 국민의 문화적 삶의 질을 향상시키기 위하여 게임제공업자가 게임제공업소를 운영함에 있어 지켜야 할 경품제공에 관한 여러 가지 사항을 규율하고 있을 뿐이고, 여기서 더 나아가 청구인들과 같은 게임물제작·판매업체들과 게임제공업자 사이의 게임물판매계약 자체를 제한할 것까지도 그 목적으로 하는 것이라고 볼 수는 없다.

그리고 게임제공업자들이 기존에 하는 영업을 그만둘지 아니면 계속할지, 계속하는 경우 그들의 영업장에 사행성이 없어서 경품제공이 가능한 게임물을 설치할지 아니면 경품제공이 불가능하더라도 사행성이 있는 이 사건 게임물을 설치할지는 게임제공업자의 가치철학과 경영방식, 영업장 소재지 부근의 문화적 환경, 게임물을 이용할 사람들의 교육정도와 생활수준 등 여러 사정을 종합하여 게임제공업자의 선택에 따라 결정될 것이므로, 이 사건 고시가 게임물제작·판매업자인 청구인들에게 게임제공업자와 게임물판매계약을 체결할 때 미치는 효과는 그 직접성이나 정도에 있어서 청구인들이 이 사건 고시에 법적으로 의미 있게 관련시킬 정도로 강하다고 보기는 어렵고, 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련될 뿐이다.

라. 앞서 살펴 본 바와 같이 이 사건 고시의 직접적인 수규자가 아니고 제3자에 불과한 청구인들로서는 달리 이 사건 고시와 직접 관련되었다고 볼 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수는 없고, 이 사건 고시에서 규정한 사행성 간주 게임물과 그 관련 내용에 따라 청구인들에게 초래될 지도 모를 게임물판매수입의 감소는 간접적, 사실적, 경제적 이해관계에 불과하므로, 청구인들의 이 사건 심판청구는 자기관련성이 인정되지 아니한다.

#### 4. 결 론

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

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

[별표 1]

청 구 인	개업년월일	신고(변경신고)일	등록번호
주식회사 ○○시스템	1998. 4. 13.	2003. 11. 27.	제828호
주식회사 ○○엔지	2001. 8. 3.	2003. 2. 5.	제 제계2235호
주식회사 ○○플렉스	1998. 12. 5.	2004. 4. 3.	제 제계1262호
주식회사 ○○산업	1998. 12. 15.	2003. 11. 10.	제999호
○○비즈 주식회사	2003. 12. 29.	2004. 2. 3.	제 제계3100호

끝.

[별표 2]

청구인	게임물의 제명	등급분류일자	등급분류번호
주식회사 ○○시스템	ROYAL GRANDPRIX DERBY ON AIR VER. 1.1.30(출장) 로얄 그랑프리 더비 온 에어 버전 1.1.30.	2003. 10. 29.	2003-A0618
주식회사 ○○엔지	ACE NET ASCOT VER. 60(출장) 에이스 넷 에스코트 버전 60	2004. 1. 28.	2004-A0044
주식회사 ○○플렉스	TRIPLE CROWN30C(출장) 트리플 크라운 30C	2003. 12. 30.	2003-A0789
주식회사 ○○산업	LIVE KING MULTI 30T(출장) 라이브 킹 멀티 30T	2004. 5. 25.	2004-A0387
○○비즈 주식회사	QUEEN'S CUP CLASSIC AQ- 18C(출장) 퀸즈 컵 클래식 AQ-18C	2004. 7. 6.	2004-A0546

끝.

[별지 1]

문화관광부고시 제2004-14호

‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’(법률 제7131호) 제32조 제3호의  
규정에 의하여 게임제공업소(게임제공업을 포함하는 복합유통·제공업소 포  
함)의 경품취급기준을 다음과 같이 개정·고시합니다.

2004년 12월 31일

문화관광부장관

## 게임제공업소의 경품취급기준

### 1. 목 적

게임제공업소에서 제공하는 경품의 종류 및 지급방법 등 취급기준을 정함으로써 청소년을 보호하고 사행행위를 방지하여 게임제공업소의 건전한 운영에 기여하고자 함.

### 2. 경품의 종류

게임의 결과로 제공할 수 있는 경품의 종류는 다음과 같다.

- ① 완구류·문구류·캐릭터상품류·문화상품류·관광기념품류·액세서리류, 경품교환용티켓(전체이용가게임물에 한함)
- ② (재) 한국게임산업개발원 등의 인증 심사를 거쳐 문화관광부장관이 공고하는 인증된 상품권(18세이용가게임물에 한함)
- ③ 의류·생활필수품 등 일상생활에서 일반적으로 유통되는 물품. 단, 청소년보호법에서 규정하는 청소년 유해매체물 및 유해약물·물건은 제외

### 3. 경품지급기준

가. 경품을 제공할 수 있는 게임물 및 경품한도액 기준은 다음과 같다

- ① 전체이용가게임물 : 1만 원 이내(시중판매가격 기준)
- ② 18세이용가게임물 : 2만 원 이내(시중판매가격 기준)
- ③ 사행성 간주 게임물은 경품을 제공 할 수 없음

나. 동 지급기준의 용어의 의미는 다음과 같다.

- ① “경품한도액”이라 함은 1회 이상의 게임을 진행하면서 당첨된 점수를 누적하여 획득할 수 있는 경품의 최고금액을 말함.
- ② “시중판매가격”이라 함은 일반 소매상점에서 판매되고 있는 동일 상품 또는 유사상품과 비교해서 인정되는 가격을 말함.
- ③ “1회 게임”이라 함은 게임 시작 후 다음 게임이 시작되기 전까지를 말하며, 다만 메달을 이용하는 게임물의 경우 메달 1개 투입 후 다음 메달 1개를 투입하기 전을 말함.
- ④ “사행성 간주 게임물”이라 함은 다음과 같은 게임물을 말함  
㉠ 1회 게임의 시간(배팅·홀드 등 이용자에 의해서 진행되는 시간은 제외됨)이 4초 미만인 게임물

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

- ㉠ 1시간당 총 이용금액이 90,000원을 초과하는 게임물
- ㉡ 잭팟누적점수·최고당첨액(주게임, 부가게임, 잭팟게임의 당첨액 등을 모두 포함)·경품누적점수 등이 경품한도액을 초과하는 게임물

4. 경품제공방법

- 가. 경품은 등급분류기관에서 등급분류 시에 승인된 경품지급장치를 통해서만 제공되어야 하며, 특히 18세이용가게임물의 경우 경품지급장치에 의하지 아니하고 영업소 관계자 등이 경품을 교환·제공하여서는 아니 된다.
- 나. 경품이 제공됨과 동시에 이용자가 투입한 이용요금창을 제외한 모든 창의 기록사항은 반드시 삭제되어야 한다.
- 다. 게임의 결과 획득한 점수는 보관할 수 없으며 이를 누구든지 매매하거나 또는 매매하도록 하여서는 아니 된다.

5. 경품제공 시 준수사항

- 가. 경품을 환전 또는 환전알선하거나, 제공되었던 경품을 재매입하는 행위를 하여서는 아니 된다.
- 나. 제공되는 경품 이외의 다른 물품을 전시·보관하거나 교환·제공하여서는 아니 된다.
- 다. 경품의 구매일자, 종류, 단가, 수량(상품권은 일련번호 표기 포함) 및 구입처 등이 기재된 경품구매대장(거래내역확인서 첨부)을 구매한 날로부터 1년 이상 보관하여야 한다.
- 라. 경품지급기준에 의거 경품을 제공할 수 없는 게임물에는 「비경품게임물」이라는 표지판(10cm×5cm이상)을 게임물의 전면부 우측 상단에 식별이 용이하게 부착·관리하여야 한다.

6. 시행시기

- 가. 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. 다만, 이 고시 시행 당시 종전의 게임물은 고시한 후 60일이 경과한 날부터 시행한다.
- 나. 경품의 종류 중 상품권은 문화관광부장관이 공고한 날부터 시행한다. 끝.

[별지 2] 관련조항

음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(2006. 4. 28. 법률 제7943호 ‘영화 및

판례집 20-2(하)

비디오물에 관한 법률' 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.<개정 2004. 1. 29.>

1., 2. 생략

3. “게임물”이라 함은 컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 것을 제외한다.

가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것

나. 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화관광부장관이 게임물로 규율할 필요가 없는 것으로 인정하여 고시하는 것

4. “음반 등 제작업”이라 함은 음반·비디오물·게임물을 기획제작하거나 복제제작하는 영업을 말한다.

5.~ 8. 생략

9. “게임제공업”이라 함은 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 이를 제공하는 다음 각목의 1에 해당하는 영업을 말한다. 다만, 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법에 의한 사행기구를 갖추어 사행행위를 하는 경우와 관광진흥법에 의한 카지노업을 하는 경우를 제외하며, 게임물과 관계없는 다른 영업을 경영하면서 고객의 유치 또는 광고 등을 목적으로 당해 영업소의 고객이 게임물을 이용할 수 있도록 하는 경우에 있어서 대통령령이 정하는 게임물의 종류 및 방법 등에 해당하는 경우를 제외한다.

가. 청소년 게임장업 : 전체이용가게임물만을 설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

나. 일반 게임장업 : 전체이용가게임물과 18세이용가게임물을 구분·설치하여 공중의 이용에 제공하는 영업

10., 11. 생략

12. “복합유통·제공업”이라 함은 제5호 내지 제11호에 해당하는 영업 가운데 2종류 이상의 영업을 동일한 장소에서 영위하는 영업을 말한다.

13. 생략

제5조(영상물등급위원회) 영화·음반·비디오물·게임물 및 공연물과 그

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

광고·선전물(이하 “영상물 등”이라 한다)의 윤리성 및 공공성을 확보하고 청소년을 보호하기 위하여 영상물등급위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제6조(직무) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 영상물 등의 등급분류 및 청소년 유해성 확인에 관한 사항
2. 영상물등의 등급분류에 따른 제작·유통·시청 또는 이용제공 여부의 확인 등 등급분류의 사후관리에 관한 사항
- 3., 4. 생략
5. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정되거나 위탁받은 사항

제20조(등급분류) ① 비디오물 및 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 배급하고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 비디오물 또는 게임물의 경우에는 그러하지 아니하다.<개정 2004. 1. 29.>

1.~3. 생략

② 생략

③ 비디오물 및 게임물의 등급은 다음 각 호와 같다. 다만, 게임물의 경우에는 제2호의 등급분류기준에 불구하고 신청인의 요청에 의하여 전체이용가·12세이용가·15세이용가 및 18세이용가 등급으로 분류할 수 있으며 이 경우 등급분류의 기준은 제1호의 비디오물의 기준을 준용한다.

1. 비디오물의 등급

- 가. 전체관람가: 누구나 관람할 수 있는 것
- 나. 12세관람가: 12세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 다. 15세관람가: 15세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 라. 18세관람가: 청소년은 관람할 수 없는 것

2. 게임물의 등급

- 가. 전체이용가: 누구나 이용할 수 있는 것
- 나. 18세이용가: 청소년은 이용할 수 없는 것

④ 위원회는 사행성이 지나친 것으로서 제3항의 규정에 의한 등급을 부여할 수 없다고 인정하는 게임물에 대하여는 이용불가의 결정을 할 수 있다.

<개정 2004. 1. 29.>

⑤ 위원회는 등급분류를 함에 있어서 비디오물 또는 게임물의 내용이 제35

판례집 20-2(하)

조 제2항 각 호의 1에 해당된다고 인정하는 경우 또는 게임물의 사행성 여부를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 충분한 내용검토를 위하여 3월 이내의 기간을 정하여 등급분류를 보류할 수 있다.

⑥ 생략

⑦ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 등급분류, 이용불가, 등급분류보류의 기준 및 절차와 등급분류필증의 교부절차 등에 관하여 필요한 사항은 위원회 규정으로 정한다.

<개정 2004. 1. 29.>

제21조(위법한 비디오물·게임물의 판매금지 등) ① 누구든지 제20조 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지 아니한 비디오물 또는 게임물이나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 것을 제작·유통·시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.

② 누구든지 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물을 제20조 제3항 각 호의 등급구분에 위반하여 시청 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.<개정 2004. 1. 29.>

③ 누구든지 제20조 제4항의 규정에 의하여 이용불가의 결정을 받은 게임물을 제작·유통하거나 이용에 제공하여서는 아니된다.<개정 2004. 1. 29.>

④ 누구든지 제20조 제6항의 규정에 의한 등급분류필증을 위원회규정이 정하는 바에 의하여 당해 게임물에 부착하지 아니한 상태에서 이를 유통 또는 이용에 제공하여서는 아니된다.<개정 2004. 1. 29.>

⑤ 생략

제26조(음반 등 제작업 등의 신고) ① 음반 등 제작업 및 음반 등 배급업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 음반·비디오물·게임물을 제작하는 경우로서 다음 각 호의 경우를 제외한다.

1.~ 6. 생략

② 생략

③ 삭제<2004. 1. 29.>

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.<개정 2004. 1. 29.>

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

헌재 2008. 11. 27. 2005헌마197

호의 사항을 지켜야 한다.

1., 2. 생략

3. 게임제공업자는 사행성을 조장하거나 청소년에게 해로운 영향을 미칠 수 있는 다음 각 목에 해당하는 경품제공행위를 하지 아니할 것

가. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 종류 외의 경품을 제공하는 행위

나. 문화관광부장관이 정하여 고시하는 방법에 의하지 아니하고 경품을 제공하는 행위

4.~ 8. 생략

제50조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략

1의2. 제21조 제1항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반한 자

2. 생략

3. 제32조 제3호의 규정에 위반한 자

4.~ 8. 생략 끝.

## 방송법 제73조 제5항 등 위헌확인

(2008. 11. 27. 2006헌마352 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 규정하고 있는 구 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 구 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것, 이하 법 및 시행령 규정을 합하여 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 방송광고판매대행업자인 청구인의 직업수행의 자유와 평등권을 침해하는지 여부(적극)

2. 이 사건 규정과 거의 유사한 내용을 담고 있는 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 및 방송법시행령 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)도 함께 심판대상에 포함시켜 판단하고 현행법령에 대해서는 계속적용을 명한 사례

### 【결정요지】

1. 이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위해 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있으나 아직까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없어 여전히 한국방송광고공사의 독점체제가 유지되고 있는바, 이는 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 볼 수 없다.

또한 입법자는 지상파 방송광고 판매대행사업을 일정한 요건을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을

조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지 하는 등의 방법으로 이 사건 규정의 입법목적을 달성하면서도 기본권 침해를 최소화시킬 수 있으나 입법자는 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에 대해서만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있을 뿐이다. 결국 이 사건 규정은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다고 할 것이다.

한편, 이 사건 규정의 입법목적 달성은 지상파 방송광고 판매대행사에 공적 부분의 출자가 있었는지 등의 여부를 불문하고 실질적인 경쟁관계를 형성하면서 방송의 공공성이나 다양성 등을 제고하기 위한 실질적인 제도를 구축하고 있는지 여부에 달려 있다고 할 것인데, 이 사건 규정은 단지 지상파 방송광고 판매대행사를 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사로 한정하고 있는바, 이는 차별 목적과 수단 사이에 비례성을 상실한 것으로서 청구인의 평등권을 침해하는 것이라 할 것이다.

2. 이 사건 구 방송법 규정과 구 방송법시행령 규정은 개정이 이루어졌으나 개정된 규정들과 구 방송법령 규정 사이에는 본질적인 차이가 없으므로 위헌결정의 실효성을 담보하고, 법질서의 정합성과 소송경제를 위하여 개정된 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항에 대해서도 이 사건 규정과 함께 위헌을 선언한다. 다만 이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거 규정이 사라지게 되므로 헌법불합치결정을 하기로 하는바, 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항은 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 늦어도 2009. 12. 31.까지는 개정을 하여야 할 것이다.

#### 재판관 이공현의 단순위헌의견

이 사건 심판대상 규정들에 대해 단순위헌 결정을 한다고 하더라도 지상파 방송광고 외의 다른 방송광고의 예에 비추어보면, 민영 방송광고 판매대행업자의 수의 증가나 그들 상호간의 경쟁 등이 방송의 공공성, 공익성 등을 결정적으로 훼손시키고, 법치국가적 법적 안정성을 심

판례집 20-2(하)

각하게 저해하는 결과를 가져오리라고는 생각되지 아니하므로 이 사건 심판대상규정들에 대해서는 단순위헌을 선고하여야 한다.

#### 재판관 조대현의 전부위헌의견

방송법 제73조 제5항은 지상파 방송광고 판매를 대행사에게 위탁하도록 강제하는 부분<위탁강제제도>과 지상파 방송광고 판매를 대행하는 자격을 제한하는 부분<대행제한제도>을 함께 규정하고 있는데, 다수의견은 대행제한부분만 심판대상으로 삼아 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고 있지만, 위탁강제부분도 대행제한부분과 함께 청구인의 기본권을 침해하므로 이 모두에 대해 판단하고 모두에 대해 전부위헌을 선언하여야 한다.

#### 재판관 이동흡의 일부각하, 일부위헌의견

구 방송법 제73조 제5항은 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사로 규정하고 있을 뿐이므로, 법률조항 자체는 방송광고 판매대행업자인 청구인에 대하여 직접 어떠한 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈도 가져오지 않는다. 따라서 이 부분 심판청구는 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

한편, 구 방송법시행령 제59조 제3항은 한국방송광고공사의 경쟁업체를 한국방송광고공사가 출자한 회사로 규정함으로써 여전히 지상파 방송광고 판매대행에 있어 한국방송광고공사의 독점체제가 유지되도록 하고 있는바, 이는 헌법에 합치되지 아니한다.

#### 【심판대상조문】

구 방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 제73조(방송광고 등) ①~④ 생략

⑤ 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

방송법(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 제73조(방송광고 등) ①~④ 생략

헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352

⑤ 지상파방송사업자(지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함한다)는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

구 방송법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것) 제59조(방송광고) ①~② 생략

③ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

④ 생략

방송법시행령(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것) 제59조(방송광고) ①~④ 생략

⑤ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

⑥ 생략

### 【참조조문】

헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항

구 방송법 제108조(과태료) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처한다.

1.~ 9. 생략

10. 제73조 제1항·제2항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반하여 방송광고를 한 자

11.~ 27 생략

②~⑤ 생략

한국방송광고공사법 제1조(목적) 이 법은 한국방송광고공사를 설립하여 공공에 봉사하는 방송광고질서를 정립하고 국민의 건전한 문화생활과 방송문화의 발전 및 방송광고진흥에 이바지함을 목적으로 한다

한국방송광고공사법 제2조(법인격) 한국방송광고공사(이하 “공사”라 한다)는 무자본특수법인으로 한다.

한국방송광고공사법 제18조(재원) 공사의 재원은 제19조 제1항의 규정에 의한 방송광고물의 수탁수수료, 사업수익금 및 기타 수입금으로 충당한다.

한국방송광고공사법 제19조(방송광고물의 수탁수수료등) ① 공사가 위탁한 광고물을 방송한 지상파방송 사업자는 대통령이 정하는 일정률에 해당하는 금액을 광고물의 수탁수수료로 공사에 납부하여야 한다.

② 공사는 제1항의 규정에 의한 수탁수수료중 정관이 정하는 일정률을 광고주를 대행하여 당해 방송광고물을 공사에 의뢰한 광고회사에 대하여 수수료로 지급하여야 한다.

③ 공사의 운영경비는 제1항의 규정에 의한 수탁수수료에서 충당하되, 그 운영경비는 필요한 최소한의 금액이어야 한다.

판례집 20-2(하)

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124-125
- 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787
- 헌재 2002. 2. 28. 99헌바117, 판례집 14-1, 118, 124
- 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 공보 142, 1097, 1105

**【당 사 자】**

청 구 인 주식회사 ○○커뮤니케이션  
 대표이사 이○섭  
 대리인 법무법인 정평  
 담당변호사 박연철 외 3인

**【주 문】**

1. 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 및 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 및 ‘방송법 시행령’ 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다.

3. 위 제2항 규정들은 2009. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 국내외 지상과 방송광고 판매대행 사업 및 국내외 CATV, 위성방송, DMB 등의 방송광고 판매대행 사업 등을 목적으로 2006. 2. 7. 설립된 주식회사로서 현재 CATV나 위성방송, DMB 등에 대하여 방송광고 판매대행 사업을 하고 있다.

그런데 방송법 제73조 제5항은, 지상과 방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는

방송광고를 할 수 없도록 하고 있고, 방송법시행령 제59조 제3항에서는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사를 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사로 한정하고 있다. 따라서 한국방송광고공사의 출자 없이 설립된 청구인 회사는 위 방송법 조항과 시행령 조항에 의해 지상파방송사에는 방송광고 판매대행 사업을 할 수 없다. 이에 청구인은 위 규정들이 청구인의 직업선택의 자유와 평등권 등을 침해한다고 주장하며, 2006. 3. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편, 방송법 제73조 제5항은 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정되어 지상파방송사업자에 지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함시켰으며, 방송법시행령 제59조 제3항은 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되면서 조항의 위치를 제5항으로 옮겼다.

#### 나. 심판의 대상

(1) 먼저 이 사건 심판대상은 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 방송법’이라 한다) 및 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 방송법시행령’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다(이하에서는 위 심판대상규정들을 합하여 ‘이 사건 규정’이라 한다).

(2) 한편, 구 방송법 제73조 제5항은 2007. 1. 26. 법률 제8301호 개정으로 지상파방송사업자에 지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함시켰으며, 방송법시행령 제59조 제3항은 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되어 조항의 위치만 제5항으로 옮겼다. 그런데 위 규정들은 지상파 방송광고 판매대행업의 시장 형태에 관하여는 개정 전의 규정들과 그 내용에 있어 변함이 없다고 할 것인바, 헌법재판소가 개정 전의 규정들에 대해서만 위헌 여부를 판단하여 위헌을 선언하는 경우, 그 위헌의 효력은 현행법에는 미치지 못할 것이어서 지상파 방송광고 판매대행 사업의 시장형태와 관련한 위헌 상태는 계속될 것이다. 따라서 개정된 방송법과 방송법시행령 규정도 법질서의 정합성과 소송경제 측면을 고려하여 이 사건 규정과 함께 심판대상규정에 포함시키기로 한다.

판례집 20-2(하)

이 사건 심판대상규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

[심판대상]

구 방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것) 제73조(방송광고 등) ⑤ 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

방송법(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것) 제73조(방송광고 등) ⑤ 지상파방송사업자(지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함한다)는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

구 방송법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것) 제59조(방송광고) ③ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

방송법시행령(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것) 제59조 ⑤ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

[관련규정]

구 방송법 제108조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처한다.

10. 제73조 제1항·제2항·제4항 또는 제5항의 규정에 위반하여 방송광고를 한 자

한국방송광고공사법 제1조(목적) 이 법은 한국방송광고공사를 설립하여 공공에 봉사하는 방송광고질서를 정립하고 국민의 건전한 문화생활과 방송문화의 발전 및 방송광고진흥에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(법인격) 한국방송광고공사(이하 “공사”라 한다)는 무자본특수법인으로 한다.

제13조(업무) 공사는 다음 각 호의 업무를 행한다.

1. 「방송법」에 의한 지상파방송사업자의 방송광고영업의 대행에 관한 사항
2. 「방송법」 제37조 제6항 및 제40조의 규정에 의하여 방송위원회가 위탁하는 방송발전기금의 징수 및 관리에 관한 사항
3. 방송광고의 진흥을 위한 조사·연구 및 교육
4. 기타 제1호 내지 제3호의 업무에 부대되는 사업

제18조(재원) 공사의 재원은 제19조 제1항의 규정에 의한 방송광고물의 수탁수수료, 사업수익금 및 기타 수입금으로 충당한다.

제19조(방송광고물의 수탁수수료 등) ① 공사가 위탁한 광고물을 방송한 지상파방송 사업자는 대통령령이 정하는 일정률에 해당하는 금액을 광고물의 수탁수수료로 공사에 납부하여야 한다.

② 공사는 제1항의 규정에 의한 수탁수수료 중 정관이 정하는 일정률을 광고주를 대행하여 당해 방송광고물을 공사에 의뢰한 광고회사에 대하여 수수료로 지급하여야 한다.

③ 공사의 운영경비는 제1항의 규정에 의한 수탁수수료에서 충당하되, 그 운영경비는 필요한 최소한의 금액이어야 한다.

## 2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 규정은 한국방송광고공사 및 한국방송광고공사가 출자한 민영 방송광고 판매대행사에게만 지상파방송사업자에게 방송광고를 판매할 수 있도록 규정하고 있고, 한국방송광고공사는 경영상의 판단을 이유로 아직까지 민영 방송광고 판매대행사에게 출자를 하고 있지 않은바, 현재 지상파방송사업자에 대한 방송광고물 판매에 있어서는 한국방송광고공사의 독점체제가 공고히 이루어지고 있다고 할 것이므로 이는 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사가 지상파방송사업자에게 방송광고물 판매대행을 하는 것 자체를 금지하는 것으로서 청구인의 직업선택의 자유를 침해함은 물론, 청구인을 한국방송광고공사 등에 비해 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

(2) 한편, 이 사건 구 방송법 규정은 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매를 대행할 수 있는 사업자를 대통령령에 위임하면서 그 대상이 되는 사업자의 기준이나 한계를 구체적으로 제시함이 없이 단순히 '대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사'라고만 규정하여, 이것만 가지고는 이 사건 시행령

판례집 20-2(하)

규정에서 위임될 내용을 전혀 예측할 수 없도록 하고 있다. 따라서 이 사건 구 방송법 규정은 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙을 위반하고 있다.

나. 문화체육관광부장관(구 문화관광부장관) 및 한국방송광고공사의 의견

(1) 이 사건 구 방송법 규정에 의하여 대통령령으로 정하여질 지상파 방송광고 판매대행사의 범위는 이 사건 규정의 입법목적 및 여러 다른 방송법 규정에 비추어 방송의 공공성을 실현할 수 있는 자 내지 그 실현에 방해를 줄 우려가 없는 자로 한정된다 할 것이므로 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 청구인은 이 사건 규정으로 인하여 지상파 방송광고에 대해서는 판매대행 사업을 할 수 없으나 다른 방송광고 판매대행 사업을 하는 것에는 제한이 없다 할 것이므로 이 사건 규정은 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 것으로서 완화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다.

그리고 이 사건 규정의 입법목적은 지상파 광고시장에 있어서 한국방송광고공사의 독점으로 인한 불합리성을 시정함과 아울러 방송의 공익성을 해하지 않는 범위 내에서 경쟁적인 요소를 도입하기 위한 것으로 공익적 특수법인인 한국방송광고공사가 출자하는 방송광고 판매대행사에 한하여 지상파 방송광고 판매대행을 허용하는 것은 방송의 공익성을 달성하기 위한 적절한 수단이고, 다른 수단을 통해서는 그 목적을 달성할 수 없다 할 것이며, 방송의 공익성은 청구인 개인의 직업수행의 자유보다 우월하다 할 것이므로 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다고 볼 수 없다.

(3) 위에서 본 바와 같이 이 사건 규정이 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익 균형성 요건을 충족하는 이상, 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 회사에 비해 순수한 민영 방송광고 판매대행사인 청구인을 차별한다고 하더라도 이는 합리적인 차별로서 청구인의 평등권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 규정의 직접성 충족 여부

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 그 법률 또는 법률조항이 직접 청구인의 기본권을 침해하여야 하는데, 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 당해 법령

에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다 할 것이며(헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마356, 공보 105, 696, 700 등 참조), 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에도 당해 법률의 직접성은 원칙적으로 부인된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155) 할 것이다.

다만, 어떤 법률 규정이 하위 법령에 그 규정의 구체화를 위하여 내용의 일부를 위임하고 있는 경우라 하더라도 수권 조항과 시행령 조항이 서로 불가분의 관계를 이루면서 전체적으로 하나의 규율 내용을 형성하고 있고, 수권 조항과 시행령 조항을 서로 분리하여서는 규율 내용의 전체를 파악하기 어려운 경우에는 수권 조항과 시행령 조항 모두에 대해 불가분의 일체로서 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있을 것이다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 공보 141, 911, 913 등 참조).

그런데 이 사건 규정인 구 방송법 제73조 제5항은, 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다고 규정하고, 구 방송법시행령 제59조 제3항은, 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다라고 규정하고 있는바, 이들 규정에 의하면 한국방송광고공사가 아니거나 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사가 아니면 지상파 방송광고 판매대행업을 할 수 없다. 그렇다면 위 구 방송법 조항과 구 방송법시행령 조항은 지상파 방송광고 판매대행 시장 형태와 관련하여 서로 불가분적으로 결합되어 전체로서 하나의 규범 체계를 형성하고 있음은 물론, 그 자체에서 일반 민영 방송광고판매대행사의 지상파 방송광고 판매대행업을 제한하고 있다고 할 것인바, 이 사건 규정의 기본권 침해의 직접성은 인정된다고 할 것이다.

#### 나. 자기관련성

헌법소원에 있어서는 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 자기관련성이 인정되고, 공권력의 작용에 단지 간접적이나 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자의 경우에는 자기관련성이 인정되지 않는다(헌재 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-1, 104, 111). 다만 공권

판례집 20-2(하)

력 작용의 직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 예외적으로 그 제3자에게 자기관련성이 있다고 할 것인바(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111 ; 헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684 참조), 이러한 기본권침해의 자기관련성 판단은 입법의 목적, 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미친 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416).

이 사건 규정은 지상파방송사업자에게 한국방송광고공사나 그로부터 출자를 받은 회사가 위탁하는 방송광고물이 아니면 방송광고를 할 수 없도록 하는 의무를 부과하면서, 이를 위반한 지상파방송사업자에게 3천만 원 이하의 과태료에 처할 수 있도록 하여 그 직접적인 수규자를 지상파방송사업자로 한정하고 있다. 이러한 규정 형식과 관련하여 민영 방송광고 판매대행사에 불과한 청구인의 이 사건 규정에 대한 자기관련성에 의문을 제기할 수 있다. 그런데 지상파 방송사업자에게 방송광고 판매대행을 하고자 하는 청구인은 이 사건 규정이 지상파방송사업자에게 방송광고를 위탁할 수 있는 자로 한국방송광고공사와 그로부터 출자를 받은 사업자로 한정하고 있기 때문에 이를 하지 못하는 것이므로 청구인도 이 사건 규정으로 인해 자신의 직업 수행에 관한 기본권을 제한 받고 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 규정에 대한 청구인의 자기관련성은 인정된다고 할 것이다.

다. 소 결

이 사건 규정에 대한 심판청구는 직접성, 자기관련성 등을 모두 갖추고 있으므로 적법하다 할 것이다.

4. 현행 지상파 방송광고판매대행제도와 방송광고제도

가. 지상파 방송광고 판매제도의 변화

지상파 방송광고의 판매에 있어 1970년대에는 방송사들이 광고주들을 상대로 직접 영업을 할 수 있었다. 그런데 1980년 12월 31일 언론통폐합 조치의 일환으로 ‘한국방송광고공사법’이 제정되었고, 동 법 제15조에서는 “국내 각 방송국은 공사가 대행 위탁하는 방송광고물 외에는 광고방송을 할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 광고방송에 대하여는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하여 한국방송광고공사만이 독점적으로 지상파 방송광고물 판매대행을 할

수 있도록 하였다.

한편, 위와 같은 한국방송광고공사의 지상파 방송광고 판매대행에 대한 독점체제와 관련하여 끊임없이 비판이 제기되자, 2000. 1. 국회는 방송법을 개정하여 제73조 제5항에서 ‘지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고 판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다’는 규정을 두어 지상파 방송광고 판매대행 시장에 복수 경쟁체제의 도입을 위한 기초를 마련하였고, 한국방송광고공사 독점의 근거가 되었던 한국방송광고공사법 제15조를 삭제하였다. 그리고 위와 같은 방송법 개정 이후 방송법시행령 제59조 제3항은, ‘법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다’는 규정을 두어 지상파 방송광고 판매대행 시장에 복수 경쟁체제의 가능성을 열어놓았다. 그러나 한국방송광고공사는 경영상의 판단을 이유로 민영회사에 대한 출자를 하지 않아 현재에도 한국방송광고공사만이 유일하게 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있을 뿐이며, 지상파 방송광고 판매대행 시장에서의 제한적 경쟁체제는 여전히 이루어지지 않고 있다.

#### 나. 지상파방송광고의 특성과 규제의 필요성

방송광고도 판매자와 구매자 사이에 거래되는 사적 재화이다. 그러나 시장에서 유통되는 일반적인 사적 재화들과는 다른 특성을 지닌다. 방송광고는 그 수명이 한시적이라서 방영시간이 지나면 제품의 가치가 소멸하기 때문에 어떤 가격이라도 팔아야 하고, 공급량이 상당히 제한된 상품이라서 광고물량이 증가하더라도 방송광고시간을 늘릴 수 없으며, 요금의 상승이나 하락에도 그 수요가 거의 영향을 받지 않는다. 상품으로서의 위와 같은 특성으로 인해 방송광고는 시장적 접근에 있어 상당히 유리한 위치를 점하고 있다.

그런데 방송광고는 시장적 접근을 배제하고 정부개입 내지 규제를 정당화하는 특성도 지니고 있다. 그것은 바로 방송광고를 거래하는 매개 수단인 방송의 공공재적 성격 때문이다. 방송전파는 무한정 생산되는 생산재가 아니라 전 국민이 공유하는 한정된 자원이기 때문에 방송전파에 의존하는 방송에는 공공성과 공익성이 요구되고, 방송의 주요 재원 역할을 하는 방송광고 역시 방송전파에 의존하여야 한다는 점에서 방송과 같이 공공성과 공익성이 요구된다.

방송의 위와 같은 공공재적 성격 때문에 방송광고는 다른 언론매체와는 달

판례집 20-2(하)

리 전통적으로 엄격한 법적 규제를 받아 왔다. 음성과 영상을 통하여 이루어지는 방송매체는 동시적이며, 누구나 쉽게 접근할 수 있어서 통제하기가 어려울 뿐만 아니라 방송영상의 구성, 기법, 시간배정 또는 내용배정에 따라서는 대중 조작도 가능하다는 이유로 다른 미디어들보다도 공공성, 공익성이 더 강조되어 왔고, 이러한 방송의 공공성, 공익성은 방송광고를 통제하고 규제하는 이유가 되어 왔다.

다. 방송광고와 미디어랩 제도

미디어랩은 매체사를 대신하여 광고주나 광고회사에 광고시간이나 지면을 대신 판매해주고, 매체사로부터 판매대행 수수료를 받는 회사를 의미하는 것으로, 매체를 뜻하는 미디어(Media)와 대표자를 뜻하는 레프리젠티티브(Representative)의 합성어이다.

그런데 방송광고 판매와 관련하여 당사자간의 직거래를 제한하고 위와 같은 미디어랩을 통해서만 이를 할 수 있도록 하는 이유는 방송사가 광고를 유치하기 위해 광고주에게 압력을 행사하거나, 반대로 자본가인 광고주가 광고를 빌미로 방송사에게 영향을 끼치는 것을 막기 위해서이다. 만약 방송광고물을 놓고 방송사와 광고주간에 직거래를 하게 된다면, 방송사와 광고주 사이에 세력 균형이 맞지 않는 경우 공정한 거래를 하기 어렵게 될 것이다. 예컨대 상대적으로 자본력이 부족한 중소 광고주의 경우는 방송사의 여러 가지 횡포를 그대로 수용할 수밖에 없으며, 광고주가 자본력이 막강한 경우에는 방송사가 그 광고주에 의해 좌우되어 광고주의 이익을 대변하는 방송사로 전락될 위험에 처하게 될 것이다.

한편, 방송사가 미디어랩을 이용하게 되면, 방송의 편성 및 제작을 광고영업과 분리시켜 전문화, 효율화를 꾀함으로써 방송경영의 합리화와 수익성을 제고할 수 있고, 광고주의 입장에서도 미디어랩이 시청률 조사 등의 분석 자료를 통해 광고주들에게 적합한 방송광고를 제시해 주고, 사후 광고효과 분석과 같은 방송광고에 관련된 제반 서비스를 제공해 주므로 자신의 조건에 맞는 최적의 프로그램을 찾아 원하는 목적을 달성할 수 있게 된다. 이러한 이유로 대부분의 국가에서는 미디어랩을 통해 방송광고의 판매와 구매를 하도록 하고 있다.

라. 공영미디어랩으로서 한국방송광고공사의 역할

한국방송광고공사는 1980년 언론통폐합 과정에서 제정된 ‘한국방송광고공사법’에 의거하여 설립되었다. 언론통폐합을 통해 공영과 민영이 혼재하던

방송체제가 공영방송 단일체제로 전환되었고, 이 과정에서 공영방송제도 도입의 정당성을 뒷받침하기 위해 한국방송광고공사를 설립하였는데, 영리를 배제하고 공익을 추구해야 하는 공영방송은 광고영업을 할 수 없다는 이유에서 방송사의 광고영업기능을 대행하는 기구로 한국방송광고공사를 설립한 것이다.

한국방송광고공사는 공공에 봉사하는 방송광고질서를 정립하고 국민의 건전한 문화생활과 방송문화의 발전 및 방송광고진흥에 이바지함을 목적으로 하며, 그 기능은 공영미디어랩으로서 방송의 제작·편성과 광고영업분리정책의 실효성 있는 수행을 통한 공영방송의 공익성과 공공성을 보장하고, 공영방송과 특수방송의 성장과 유지에 필요한 재원의 안정성을 도모하며, 공적 인프라로서 방송광고 요금을 조정하는 것이다.

그런데 한국방송광고공사는 위에서 본 것처럼 강제적인 언론통폐합 과정에서 설립되었다는 점과 지상파 방송광고 요금 규제 및 끼워 팔기 등으로 방송광고 시장에 심각한 비효율을 초래하고 있다는 점, 그리고 정부의 규제 보호막 속에서 경쟁에 노출되지 않아 국내는 물론 국제적인 광고 산업의 경쟁력을 저하시키고 있다는 점에서 그 존립의 정당성에 관하여 끊임없이 비판을 받아 왔다.

#### 5. 이 사건 규정의 위헌 여부

##### 가. 문제되는 기본권

(1) 이 사건 규정은 한국방송광고공사 및 한국방송광고공사가 출자한 방송광고 판매대행사만이 지상파방송사업자에게 방송광고를 판매할 수 있도록 규정함으로써 한국방송광고공사가 출자하지 않은 민영 방송광고 판매대행업자는 지상파방송사업자에 방송광고판매를 할 수 없도록 하고 있는바, 이는 과잉금지원칙을 위반하여 직업수행의 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 의문을 갖게 한다.

(2) 한편, 이 사건 규정은 한국방송광고공사와 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에게 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 함으로써 순수한 민영 방송광고 판매대행사를 이들에 비해 과도하게 차별하는 것이 아닌가 하는 의문을 갖게 한다.

(3) 이상에서와 같이 이 사건 규정은 직업수행의 자유와 평등권 침해 문제를 야기하고 있으므로 이하에서는 이들에 대해 살펴본다.

##### 나. 직업수행의 자유에 대한 침해 여부

판례집 20-2(하)

위에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 제한하고 있으나, 이러한 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능하다고 할 것인바(헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124-125 ; 헌재 2002. 2. 28. 99헌바117, 판례집 14-1, 118, 124 ; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 공보 142, 1097, 1105 참조), 이하에서는 이 사건 규정이 그 제한의 범위를 벗어나 직업수행의 자유를 침해하고 있는지를 살펴본다.

(1) 심사 기준

이 사건 규정은 한국방송광고공사 또는 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사에게만 지상파방송사업자에게 방송광고를 판매할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 방송이라는 매체를 통해 광고를 판매할 수 있는 곳이 지상파방송 이외에도 존재하지만, 지상파 방송광고가 전체 방송광고 시장의 대부분을 차지하고 있는 우리나라 광고시장의 현실을 감안할 때, 지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사만 하도록 하는 것은 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 유명무실하게 할 우려가 있다. 이와 같이 직업수행의 자유에 대한 제한이지만 그 실질이 직업수행의 자유를 형해화시키는 경우에는 그것이 직업선택이 아닌 직업수행의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성

이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위해 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 민영미디어랩에서 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 이 사건 규정의 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

(나) 수단의 적합성

이 사건 규정이 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 민영 방송광고 판매대행사에게만 지상파 방송광고의 판매대행을 하도록 하는 것은 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 확보하기 위한 수단으로서 어느 정도 입법목적에 기여할 것이다.

문제는 한국방송광고공사와 한국방송광고공사가 출자한 방송광고 판매대행사에게만 지상파방송사에 방송광고를 판매하도록 하는 것이 과연 제한적이지만 시장원리를 도입한 것인지에 관한 것이다. 이하에서는 이 사건 규정이 제한적 경쟁원리를 도입한 것인지에 관해 본다.

지상파 방송광고 시장은 그동안 한국방송광고공사에 의한 거래독점, 요금 규제 및 끼워팔기 등으로 인해 심각한 비효율과 경쟁력 저하를 초래하였다. 그리고 최근에는 위성방송 등의 발달로 지상파 방송광고의 효과가 과거에 비해 감소되어 기업들이 마케팅비용에서 광고비를 줄이고 있다. 이에 지상파 방송광고 시장의 활성화를 위해서는 지상파 방송광고 판매대행 시장에 있어 제한적으로라도 경쟁체제를 도입하여야 한다는 주장이 강하게 제기되었고, 이를 위해 이 사건 규정에서 한국방송광고공사 이외에 한국방송광고공사가 출자한 회사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 이 사건 제도를 도입하게 된 것이다.

그런데 이 사건 규정이 한국방송광고공사와 한국방송광고공사가 출자한 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하는 것이 지상파 방송광고 판매대행 시장에 경쟁체제를 도입한 것인지에 대해서는 의문을 갖지 않을 수 없다.

이 사건 규정은 한국방송광고공사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하던 것을 해제하여 한국방송광고공사가 출자한 회사의 경우에도 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 함으로써 외관상으로는 제한적 경쟁체제를 도입하였다. 그런데 실제 이 사건 규정이 만들어진 2000년 이후 오늘날까지 한국방송광고공사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 출자를 한 회사는 한 곳도 없으며, 이와 같이 한국방송광고공사가 경영상의 판단을 이유로 지금까지 계속해서 출자를 미룬다면, 한국방송광고공사의 독점체제는 무너지지 않을 것이다. 이것은 이 사건 규정에서 지상파 방송광고 판매대행사업자를 합리적이고도 객관적인 기준에 의해 정하고 있는 것이 아니라 아무런 기준 없이 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사로 한정하여 특정 주체에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 방법을 택하고 있는 데 기인하는 것이다. 이 사건 규정은 한국방송광고공사의 출자 요건에 관하여 전혀 정하고 있지 않으며, 그 출자 여부가 오로지 한국방송광고공사의 판단에 의해 좌우되도록 함으로써 한국방송광고공사가 출자를 결정하지 않으면 결국 한국방송광고공사의 독점체제가 여전히 유지될 수 있도

록 하고 있다.

이 사건 규정이 이와 같이 한국방송광고공사의 재량적 판단에 지상파 방송광고 판매대행 시장의 경쟁체제의 실현 여부를 맡겨 놓은 것은 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한 것이라고 말할 수 없다.

실령, 한국방송광고공사가 출자를 한다고 하더라도 이 역시 한국방송광고공사가 방송광고 판매대행과 지상파 방송광고 시장의 규제기관으로서 독점적 지위를 유지해 온 기존 체제의 연장선일 뿐, 제한적으로라도 시장경쟁의 원리를 도입한 것이라고 볼 수 없다. 한국방송광고공사로부터 출자를 받게 되면, 아무리 민영 방송광고 판매대행사라고 하더라도 한국방송광고공사의 규제 하에 놓일 수밖에 없으며, 그렇게 되면 한국방송광고공사의 지배로부터 자유로운 민영미디어랩으로서의 역할을 기대하기 어렵다.

결국 이 사건 규정은 한국방송광고공사의 독점적인 방송광고시간 판매대행과 가격규제로 인한 비효율이 방송광고 시장, 시청자 시장, 외주제작 시장을 포함한 지상파방송시장의 전 영역에서 발생하고 있음을 감안하여, 이러한 문제를 해결하고자 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 민영회사로 하여금 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 제한적 경쟁체제를 도입한 것이나, 이것은 외관상으로만 제한적 경쟁체제를 도입한 것일 뿐, 그 실질에 있어서는 기존 한국방송광고공사의 독점체제의 연장에 지나지 않는다 할 것이다.

따라서 이 사건 한국방송광고공사의 출자 방식은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적으로라도 경쟁체제를 도입한다는 이 사건 규정의 입법목적에 기여하는 수단이라고 볼 수 없다.

(다) 피해의 최소화

이 사건 규정과 관련하여 입법자는 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입하고, 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 확보한다는 명분 아래 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있다. 그런데 위에서 본 바와 같이 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 것은 이 사건 규정의 입법 목적을 달성하는 적절한 수단이 아님은 물론, 기본권 제한을 최소화하는 방법도 될 수 없다. 예컨대 이 사건 규정이 목표로 하는 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 보장하고 실질적인 제한적 경쟁체제를 도입하면서도 이로 인한 기본권 침해를 최소화하는 방법으로

입법자는 지상파 방송광고 판매대행사업을 일정한 요건, 조직, 시설을 갖춘 업체에 한하여 허가제로 한다든지, 중소 방송국에 일정량의 방송광고를 제공하는 경우에만 민영 광고판매 대행사업자의 설립을 허가한다든지, 방송광고 가격의 상한선을 정하다든지, 특정 장르, 특정 시청자를 대상으로 한 프로그램 쿼터제를 도입한다든지, 방송사의 출연금으로 기금을 조성하여 공공성이 높은 프로그램제작에 보조금을 지급한다든지, 허가를 받은 경우에도 방송의 공익성·공정성을 해하는 영업을 할 경우에는 허가를 취소한다든지 하는 등의 사전적 혹은 사후적 규제나 감독 방법을 선택할 수 있다. 그럼에도 불구하고 입법자는 위와 같은 방법을 외면한 채, 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사만 지상파방송광고의 판매대행을 할 수 있도록 함으로써 실질적으로는 지상파 방송광고 판매대행 시장이 한국방송광고공사에 의해 독점될 수 있도록 하고 있다. 이는 기본권 제한 수단을 선택할 경우에는 보다 덜 침해적인 수단을 선택하여야 한다는 기본권 침해의 최소침해성원칙을 위반한 것이다.

(라) 법익균형성

청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행 사업자는 현재 케이블 TV나 유선 방송 사업자에 대해서는 방송광고를 판매할 수 있으나, 그 규모는 지상파 방송광고 시장의 크기 및 그 수익에 비하여 미약한 수준이므로 이 사건 규정으로 인해 민영 방송광고 판매대행사가 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 없어 침해당하는 기본권은 심히 중대하다 할 것이다.

이에 비해 이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입하고, 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 확보한다는 명목으로 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사에 대해서만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하고 있으나, 이 사건 규정이 선택하고 있는 위와 같은 방법은 지상파 방송광고 판매시장에 제한적 경쟁체제를 도입한 것이라고는 볼 수 없으며, 오히려 여러 가지 다른 수단들이 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행을 보다 덜 제한하면서도 입법목적 달성에 기여할 수 있다는 것을 앞에서 보았다.

결국 이 사건 규정을 통해 보호하려는 공익 자체는 중요한 공익이지만, 선택된 수단이 그러한 공익 달성에 기여하지 못하고 중대한 기본권의 침해만 야기하고 있는바, 이와 같은 기본권 침해는 보호하려는 공익의 크기를 불문하고 정당화될 수 없으며, 그 자체로 법익 균형을 상실하는 것이라 할 것이다.

판례집 20-2(하)

(마) 소 결

이상에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고 있다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

평등원칙 위반에 대한 심사는 엄격한 심사척도에 의하는 경우와 완화된 심사척도에 의하는 경우로 나뉘어진다. 그런데 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여는 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

그런데 이 사건 규정은 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 민영 방송광고 판매대행 사업자가 아니면 지상파 방송사업자에 방송광고 판매대행을 전혀 할 수 없도록 하여 일반 민영 방송광고 판매대행 사업자의 직업수행의 자유에 중대한 제한을 초래하고 있다. 따라서 이 사건 평등권 위반 여부 심사에 있어서는 엄격한 비례심사가 적용되어야 할 것이다.

(2) 평등권 침해 여부

이 사건 규정은 지상파 방송광고 판매대행과 관련하여 제한적 경쟁체제를 도입하면서도 방송의 공공성 내지 공익성, 다양성을 담보하기 위해 지상파 방송광고 판매대행사로 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 자로 한정하고 있다.

그런데 한국방송광고공사는 마케팅 영업본부, 공익사업본부 등 각 분야별로 전문인력을 갖추고 있고, 다양한 공익광고를 제작하며, 광고연구소 및 관련 부설기관 등을 통해 광고 산업 발전을 위한 여러 가지 공적 기능과 역할을 수행하고 있다. 또한 한국방송광고공사로부터 출자를 받은 회사는 사익의 추구를 자제하고, 건전한 재무구조를 이루어 지상파 방송광고 판매에 있어서 광고주나 방송사의 지배에서 벗어나 독립적으로 영업 수행을 할 수 있는 가능

성을 가지고 있다.

그러나 사정이 위와 같더라도 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 맡길 이유는 없다. 방송광고가 순수한 사적 영역이 아니라 공공성과 공익성이 요구되는 특수한 분야이기는 하나, 민영 방송광고 판매대행사를 통하는 경우라 하더라도 그 요건을 허가제로 하거나 중소방송사에 대한 광고판매대행 할당제를 설정하거나 정해진 기준을 위반하는 경우 허가를 취소하거나 하는 등의 사전 또는 사후의 철저한 관리를 하면, 지상파 방송광고 판매대행업의 제한적 경쟁체제를 유지하고, 방송의 공공성, 공익성, 다양성을 달성할 수 있기 때문이다. 위와 같은 입법목적의 달성은 한국방송광고공사이거나 이로부터 출자를 받았는지 여부로 좌우되지는 않으며, 지상파 방송광고 판매대행사가 공영인지 민영인지, 또는 공적 부분의 출자가 있었는지 여부를 불문하고 실질적인 경쟁관계를 형성할 수 있는 복수의 광고판매 대행사가 존재하는지, 공공성이나 다양성 등을 제고하기 위한 실질적인 제도를 구축하고 있는지 여부에 달려 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 규정은 민영 방송광고 판매대행사는 사적 이익만을 위해 설립된 회사라고 단정하고 한국방송광고공사와 이로부터 출자를 받은 회사에만 지상파 방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하고 있는바, 이는 차별목적과 수단 사이에 비례성을 상실한 것이라 할 것이다.

따라서 이 사건 규정은 청구인의 평등권을 침해하고 있다고 할 것이다.

라. 심판대상 확장 및 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령

(1) 위에서 본 바와 같이 이 사건 규정인 구 방송법 제73조 제5항은 2007. 1. 26. 법률 제8301호 개정으로 지상파방송사업자에 지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함시켰으며, 구 방송법시행령 제59조 제3항은 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되면서 조항의 위치만 제3항에서 제5항으로 옮겼다. 그런데 위 개정된 규정들과 이 사건 규정 사이에는 본질적인 차이가 없으므로 개정된 규정들에 대해서도 이 사건 규정의 위헌 문제가 발생한다고 할 것인바, 구 방송법 제73조 제5항과 구 방송법시행령 제59조 제3항에 대해 위헌을 선언하기로 하면서 개정된 방송법과 방송법시행령 규정의 효력을 그대로 유지시킨다면 이는 위헌적인 상태를 여전히 방치하는 결과가 될 것이다. 따라서 위헌결정의 실효성을 담보하고, 법질서의 정합성과 소송경제를 위하여 개정된 방송법과 방송법시행령 규정에 대해서도 이 사건 규정과 함께 위헌을

판례집 20-2(하)

선고할 필요가 있다고 할 것이므로 방송법 제73조 제5항, 방송법 시행령 제59조 제5항에 대해서도 위헌을 선언하기로 한다.

(2) 그런데 앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 심판대상규정들은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 지상파 방송광고 판매대행을 규제하는 근거 규정이 사라져 방송광고 판매대행사업자가 난립함으로써 지상파 방송광고 판매대행 시장을 무질서한 상태에 빠뜨리게 될 것이다.

따라서 이 사건 심판대상규정들에 대해 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하기로 하는바, 방송법 제73조 제5항과 방송법시행령 제59조 제5항은 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 늦어도 2009. 12. 31.까지는 개정을 하여야 할 것이다.

6. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상규정들은 헌법에 합치되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 7.과 같은 재판관 이공현의 단순위헌의견, 아래 8.과 같은 재판관 조대현의 전부위헌의견, 아래 9.와 같은 재판관 이동흡의 반대이견 및 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 이공현의 단순위헌의견

나는 이 사건 심판대상규정이 순수한 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유와 평등권을 침해한다는 다수의견에 찬성하지만, 이 사건에서 헌법불합치 결정을 해야 할 사유가 있다고 보지 아니하므로 아래와 같은 단순위헌의견을 밝힌다.

가. 헌법불합치결정의 정당화 사유

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 최고규범성을 보장하기 위하여 그 법률은 원칙적으로 위헌으로 선언되어야 하고, 다만 헌법불합치 결정을 정당화하는 예외적 사유가 인정되는 때에 한하여 불합치결정을 할 수 있다.

헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는, ① 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌 결정을 하는 때에는 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있거나, ② 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어

려운 경우 등을 들 수 있으나, 자유권을 침해하는 위헌적 법률에 대하여는 위헌결정을 통한 위헌성의 제거로 합헌성이 회복된다는 측면에서 예외적 사유의 긍정에 매우 신중을 기하여야 할 것이다.

위헌법률의 제거로 인한 법적 공백이나 혼란의 우려가 있다 하더라도, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치 결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418 참조).

나. 이 사건의 경우

이 사건 심판대상규정들에 대하여 단순위헌 결정을 하여 지상과 방송광고 판매대행을 규제하는 근거규정이 사라지게 되면, 지상과 방송광고 판매대행은 현재 지상과 방송을 제외한 나머지 방송에 대해서와 마찬가지로 시장의 일반원리에 입각하여 이루어지게 될 것인데, 지상과 방송광고 외의 다른 방송광고의 예에 비추어보면 민영 방송광고 판매대행업자의 수의 증가나 그들 상호간의 경쟁 등이 방송의 공공성, 공익성 등을 결정적으로 훼손시키고, 법치국가적 법적 안정성을 심각하게 저해하는 결과를 가져오리라고는 생각되지 아니한다.

결국 이 사건 심판대상규정들은 과잉금지원칙에 위배하여 직업수행의 자유 등을 침해하는 것으로, 이에 대하여 헌법불합치결정을 해야 할 예외적 사유를 긍정하기 어려우므로 원칙에 따라 단순위헌을 선고하여야 한다.

8. 재판관 조대현의 전부위헌의견

가. 다수의견과 다른 점

방송법 제73조 제5항은 지상과 방송광고 판매를 대행사에게 위탁하도록 강제하는 부분<위탁강제제도>과 지상과 방송광고 판매를 대행하는 자격을 제한하는 부분<대행제한제도>을 함께 규정하고 있다.

다수의견은 주문에서는 방송법 제73조 제5항이 전부 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하면서 이유에서는 방송법 제73조 제5항의 내용 중 위탁강제부분은 심판대상이 아니라고 보고 대행제한부분만 심판대상으로 삼아 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고 있다. 방송법 제73조 제5항의 내용 중 대행제한부분이 방송광고대행사인 청구인의 기본권을 침해한다는 점에 대해서는 이견이 없다.

판례집 20-2(하)

그러나 방송법 제73조 제5항 중 위탁강제부분도 대행제한부분과 함께 청구인의 기본권을 침해한다고 보아야 한다.

나. 위탁강제제도의 기본권 침해성

방송법 제73조 제5항 본문의 내용 중 위탁강제부분은 지상파방송사업자가 방송광고주나 방송광고대행사와 직접 방송광고계약을 체결하는 것을 금지하고 지상파 방송광고를 반드시 특정 대행사에게 위탁하여 수주하도록 강제하는 것이다. 이로 인하여 지상파방송사업자는 자신이 방송할 광고물을 스스로 주문받지 못하고 특정의 방송광고대행사에게 위탁하여 수주하여야 하며, 방송광고의 내용(심사)·시간·방법·요금 등도 방송광고대행사의 결정에 맡기게 된다. 이는 지상파방송사업에 필요한 주요 수입원을 특정의 방송광고대행사에게 전부 맡기는 것이어서 지상파방송사업의 자주적 생존과 자율성을 치명적으로 침해하는 것이라고 할 것이다. 따라서 방송법 제73조 제5항 본문의 위탁강제제도는 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 침해하는 것이라고 보지 않을 수 없다.

또한 방송법 제73조 제5항 본문의 위탁강제제도는 지상파 방송광고를 하고자 하는 방송광고주나 그 대행사로 하여금 방송광고의 내용을 지상파방송사업자와 직접 협의하여 결정하지 못하고 지상파 방송광고의 판매를 대행하는 대행사와 협의하여 방송광고계약을 체결하게 하여 방송광고주와 그 대행사의 계약체결의 자유도 제한한다.

다. 위탁강제제도의 위헌성을 함께 심판하여야 할 필요성

방송법 제73조 제5항 본문의 내용 중에서 방송광고대행사인 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 부분은 주로 대행제한부분이라고 할 수 있다. 방송법 제73조 제5항 본문의 내용 중 대행제한부분은 지상파 방송광고 판매를 대행할 수 있는 방송광고대행사를 한정함으로써 거기에 해당되지 않는 방송광고 대행사로 하여금 지상파 방송광고 판매를 대행하지 못하게 하여 방송광고대행사인 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 것이다.

그런데 대행제한제도는 지상파방송사업자가 방송광고를 직접 판매하지 못하고 반드시 대행사에게 위탁하여 판매하도록 강제하는 위탁강제제도를 토대로 하여 존립하면서 위탁강제제도와 힘을 합쳐서 청구인과 같은 일반 방송광고대행사의 직업수행의 자유를 제한한다. 대행제한제도는 위탁강제제도를 떠나서는 독자적으로 존재할 이유가 없고, 위탁강제제도가 없으면 대행제한제도는 기본권제한의 위력을 가지지 못하거나 약화될 것이므로, 위탁강제제도

는 대행제한제도가 위헌성을 가지게 되는 바탕과 원인을 제공한다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건에서는 대행제한제도와 대행강제제도를 합쳐서 함께 심판할 필요가 있다.

위에서 본 바와 같이 위탁강제제도가 지상파방송사업의 자유를 침해하는 정도가 중대함에도 불구하고, 이를 제쳐두고 대행제한제도의 위헌 여부만 심판한다면 위탁강제제도의 위헌성을 묵과하게 된다. 따라서 대행제한제도의 위헌성뿐만 아니라 위탁강제제도의 위헌성도 아울러 밝혀야 한다. 대행제한제도가 전부 위헌이라 하여 실효시키지 않고 헌법에 합치되지 아니하므로 개선하여 존속시켜야 한다고 판단하는 경우에는 위탁강제제도의 위헌성을 밝힐 필요성이 더욱 크다고 할 것이다.

#### 라. 위탁강제제도의 위헌성

방송법 제73조 제5항 본문의 위탁강제제도가 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 침해하는 것이라는 점은 앞서 본 바와 같다.

문화체육관광부장관과 한국방송광고공사는 지상파방송의 공공성·공정성·공익성을 확보하기 위하여 지상파방송사업자의 광고영업을 분리시켜 독립된 방송광고공사에게 맡겨야 한다고 주장한다. 그러나 지상파방송은 수신자를 제한할 수 없어 공공성이 크고, 정보제공과 여론형성에 미치는 영향력이 커서 공정성을 확보하고 개인의 권리나 공공의 이익을 해치지 않도록 하여야 할 필요가 있다고 하겠지만, 그것이 지상파방송과 그 방송광고를 분리시켜야 할 사유라고 보기 어렵고, 오히려 지상파방송의 공공성·공정성을 확보하려면 지상파 방송광고의 내용을 지상파방송을 실시하는 방송사업자가 심사하고 선별하게 할 필요가 있다고 할 것이다.

방송법 제73조 제5항 본문이 위탁강제제도를 채택한 이유는 지상파방송사업자와 광고주가 광고계약을 기화로 서로 부당한 영향을 주지 못하게 하려는 것이라고 한다. 그러나 그러한 입법목적은 지상파방송사업자와 광고주가 광고계약을 기화로 서로 부당한 영향을 주지 못하게 규제하는 방법으로 충분히 달성할 수 있다고 할 것이므로, 광고계약의 직접 체결을 전면적으로 금지하고 방송광고의 판매를 대행사에게 위탁하도록 강제하는 제도까지 정당화시킬 수는 없다고 할 것이다.

또한 방송법 제73조 제5항 본문은 지방방송국·특수방송국 등 소규모 지상파방송사업자의 광고수주활동을 통합하여 대행하고 소규모 방송을 지원함으

판례집 20-2(하)

로써 지상파방송의 공익성·다양성을 보장하는데 기여한다고 한다. 그러나 지상파방송의 공익성은 지상파방송이 정보제공과 여론형성에 미치는 영향력이 크기 때문에 그 공정성을 확보하고 개인의 권리나 공공의 이익을 해치지 않도록 하여야 한다는 것을 의미할 뿐이고, 공익성을 이유로 지상파방송의 자유를 제한하는 것도 그러한 한도에서만 허용되는 것이다. 지상파방송사업이 공익적으로 활용되게 할 목적으로 지상파방송사업의 자유를 제한하기 위해서는 그러한 공익목적이 지상파방송사업의 자유를 제한할 수 있을 정도로 중요한 것이어야 하는데, 소규모방송이나 특수방송을 보호하기 위하여 지상파 방송광고의 판매를 전부 위탁하도록 강제하는 것은 방송사업의 자유를 제한하기 위한 비례의 원칙에 부합된다고 보기 어렵다. 그리고 지상파 방송광고의 판매를 지상파방송사업자의 자율에 맡기더라도 방송발전기금을 부담하게 하는 등의 방법으로 지상파방송의 다양성을 확보하는 방안을 강구할 수 있을 것이므로, 지상파 방송광고의 판매를 전부 대행시키도록 강제하는 것이 지상파방송의 다양성을 확보하는 수단으로서 반드시 필요하고 적절한 것인지 의문이다.

실사 지상파 방송광고의 판매를 대행사에게 위탁시킬 필요성이 있다고 하더라도 방송광고 판매의 위탁 여부를 지상파방송사업자의 선택에 맡기지 아니하고 반드시 특정 대행사에게 위탁하도록 법률로 강제하는 것까지 정당화할 수는 없다고 할 것이다.

결국 방송법 제73조 제5항 본문 중 위탁강제부분은 지상파방송사업의 자유를 제한하여야 할 정당한 사유도 없이 지상파방송사업의 자유(직업수행의 자유와 언론의 자유)를 중대하게 제한하는 것이라고 보지 않을 수 없다.

마. 결 론

따라서 방송법 제73조 제5항 본문은 대행제한부분과 위탁강제부분을 포함하여 전부 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다. 위탁강제부분이 위헌인 이상 대행제한부분도 개선시켜 존치시킬 필요가 없다고 할 것이고, 방송법 제73조 제5항 본문이 전부 위헌인 이상 그 시행령 규정의 위헌 여부는 더 나아가 따져볼 필요가 없다.

9. 재판관 이동흡의 반대의견 및 별개의견(구 방송법 제73조 제5항에 대한 각하의견 및 구 방송법시행령 제59조 제3항에 대한 별개의견)

다수의견은 이 사건 규정인 구 방송법 제73조 제5항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고만 한다)과 구 방송법시행령 제59조 제3항(이하 ‘이 사건 시행령조

항'이라고만 한다)이 불가분적으로 결합하여 일체를 이루는 것으로 보고 기본권침해의 직접성을 인정함은 물론 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하였다.

하지만 나는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 불가분적으로 결합하여 일체를 이루는 것이 아니라 각기 분리 가능한 독자적인 의미를 지니고 있고 그 위헌성 심사의 범위나 내용에도 차이가 있으므로 당연히 이를 구분하여 심사하여야 하고, 그 결과 이 사건 법률조항에 대하여는 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없으므로 그에 대한 심판청구는 각하를 면할 수 없다고 할 것이고, 이 사건 시행령조항에 대하여만 독자적인 위헌성 심사를 거쳐 헌법불합치 선언이 이루어져야 한다고 생각한다. 아래에서 그 이유에 관하여 밝히기로 한다.

가. 법률조항과 시행령조항의 의미와 위헌성 심사의 범위

(1) 이 사건 법률조항은 입법자가 한국방송광고공사의 지상파 방송광고 판매대행에 대한 독점체제를 폐지하고 지상파 방송광고 판매대행시장에 복수경쟁체제를 도입할 목적으로 마련한 것으로, 그 내용에서도 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 '한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사'로 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 지상파 방송광고 판매대행시장에서의 독점체제를 폐지하고 복수경쟁체제를 도입한 입법으로 볼 수 있을 뿐, 이 사건 청구인이 문제 삼고 있는 지상파 방송광고 판매대행시장에서의 한국방송광고공사의 독점체제와 연관지을 수는 없는 것이다.

(2) 한편 이 사건 법률조항의 위임에 따라 대통령령으로 규정된 이 사건 시행령조항은, 한국방송광고공사 이외에 허용되는 지상파 방송광고 판매대행사의 범위를 '방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사'로 규정하고 있어 형식적으로는 지상파 방송광고 판매대행시장에서의 복수경쟁체제를 도입한 것으로 볼 수 있지만 실질적으로는 한국방송광고공사의 경쟁업체를 '한국방송광고공사가 출자한 회사'로 규정함으로써 여전히 한국방송광고공사의 독점체제를 유지한 것에 불과하다고 볼 여지도 있는 것이다.

(3) 이와 같이 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 그 형식 및 규정 내용에 있어 확연히 구분되는 것이므로 그 위헌성 심사의 범위나 내용에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없는 것이다. 즉, 이 사건 법률조항에서 지상파 방송광고판매대행사의 허용범위를 한국방송광고공사 이외에 '대통령령이 정하

판례집 20-2(하)

는 방송광고대행사'로 규정한 것이 위헌인지의 여부(복수경쟁체제의 도입)와 이 사건 시행령조항에서 한국방송광고공사 이외에 지상파 방송사업자에게 방송광고를 위탁할 수 있는 업체를 '한국방송광고공사가 출자한 회사'로 제한한 것이 위헌인지의 여부(한국방송광고공사의 실질적 독점체제의 유지)는 구분되어야 하고, 그 당연한 귀결로서 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항에 대한 각각의 위헌성 심사의 범위나 내용은 물론 그 위헌여부에 대한 판단도 서로 달라질 수 있는 것이다. 청구인 스스로도 이 사건 헌법소원심판청구서에서 주위적으로는 이 사건 법률조항 및 이 사건 시행령조항의 위헌확인을 구하면서도 예비적으로는 이 사건 시행령조항의 위헌확인만을 구하고 있고, 또한 이 사건 시행령조항에 대하여만 한국방송광고공사의 독점체제 유지로 인한 직업선택의 자유 및 평등권 침해를 위헌사유로 주장하고 있는 것도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있는 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 기본권침해의 직접성

(1) 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 각기 분리 가능한 것인 만큼, 수권조항인 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 직접 침해하는 것이냐가 문제된다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원사건에서의 적법요건인 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하는 것이고, 이때의 집행행위에는 '입법행위'도 포함되는 것이며(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93, 판례집 15-2상, 319, 351 등 참조), 다수의견에서도 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률의 기본권침해의 직접성은 원칙적으로 부인된다고 밝힌 바 있다.

(2) 그런데 이 사건 법률조항은 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 '한국방송광고공사 또는 대통령령이 정하는 방송광고판매대행사'로 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항의 수범자도 아닌 방송광고 판매대행업자인 청구인의 입장에서는 이 사건 법률조항의 내용 중 '대통령령이 정하는 방송광고판매대행사'에 해당하는지의 여부에 따라 직업수행의 자유 등 기본권을 제한받게 되는 것인지, 아닌지가 결정되는 것이다. 다시 말하면, 청구인이 지상파 방송광고 판매대행업을 영위할 수 있는지, 없는지는 이 사건 법률조항 자체에 의하여 확정되는 것이 아니라 오로지 하위규범인 이 사건 시행령조항에 의하여 확정되는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의해서는 청구인에 대하여

어떠한 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이라는 법적 효과가 발생한다고 볼 수 없는 것이고, 이 사건 시행령조항에 의하여 청구인이 지상파방송사업자에게 방송광고를 위탁할 수 있는 대행사의 범위에서 배제되거나 그 자격이 제한되는 경우에 비로소 청구인에 대한 기본권침해의 문제가 발생하게 되는 것이므로, 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 결여한 것이라고 볼 수밖에 없는 것이다. 결국 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없어 부적법하므로 각하되어야 마땅하다.

(3) 그러나 다수의견은 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 서로 불가분적으로 결합하여 그 자체에서 일반 민영방송광고판매대행사의 지상파 방송광고 판매대행업을 제한하고 있는 것으로 보고 이 사건 법률조항에 대하여서까지 기본권침해의 직접성을 인정하였다. 하지만 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 각기 분리 가능한 독자적인 영역을 지니고 있으므로 불가분의 일체를 이루는 것으로 볼 수 없는 것임은 물론이고 다수의견이 기본권침해의 직접성을 인정하면서 근거로 든 헌법재판소의 선례는 수권조항 자체에서 불온통신금지의무를 규정하여 수범자인 청구인에게 직접적으로 금지 또는 제한의무를 부과한 경우이거나(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625 참조), 방송광고 사전심의제도를 규정한 법률조항으로 인하여 방송광고를 하고자 하는 자는 누구든지 사전에 심의를 거쳐야 하는 의무가 부과된 경우(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 공보 141, 911, 913)에 해당하므로, 수권조항 자체에서 청구인에게 어떠한 금지 또는 행위의무를 부과한 것으로 볼 수 없는 이 사건 법률조항의 경우에도 직접적으로 적용될 수 있는 선례로 볼 수는 없다고 할 것이다. 오히려 헌법재판소는 그 동안 많은 사례에서 하위규범의 시행을 예정하고 있는 수권조항 규정의 기본권침해의 직접성을 부인한 바 있으므로(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 155; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마66, 판례집 13-1, 151, 161; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878-879; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93, 판례집 15-2상, 319, 351; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마194, 판례집 15-2상, 391, 401; 헌재 2008. 4. 24. 2004헌마440, 공보 139, 590, 592 등 참조), 이 사건 법률조항의 기본권침해의 직접성을 부인하는 것이 헌법재판소의 기존의 선례의 태도에 반하는 것이 아님은 명백하다고 할 수 있다.

다. 이 사건 시행령조항에 대한 본안 심사

판례집 20-2(하)

(1) 이 사건 시행령조항에 대한 헌법소원심판청구는 적법요건을 충족한 것인 만큼, 이 사건 시행령조항이 청구인의 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하였는지의 여부에 관한 위헌성 심사가 필요하다고 할 것이다.

(2) 이에 관하여 살피건대, 이 사건 시행령조항에서 지상파 방송광고 판매대행사의 허용범위를 ‘한국방송광고공사가 출자한 회사’로 규정한 것은 방송의 공정성과 공익성, 그리고 다양성을 확보하기 위한 것이므로 그 입법목적은 정당하다고 할 것이지만, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익균형성의 점에 있어서는 다수의견이 지적하고 있는 바와 같은 이유, 즉 허가제의 도입 등 방송의 공정성과 공익성을 담보할 수 있으면서도 사익의 침해를 최소화할 수 있는 다른 여러 가지 수단이 있음에도 방송의 공정성 등을 확보하기 위한 목적으로 이 사건 시행령조항이 규정한 한국방송광고공사의 출자방식은 실질적으로 지상파 방송광고 판매대행시장에서의 한국방송광고공사 독점체제의 유지를 가능하게 함으로써 청구인과 같은 민영 방송광고판매대행업자의 직업수행의 자유를 심히 침해하고 있다는 점에서 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익균형성 원칙에 위배되는 것이므로, 청구인의 직업수행의 자유를 과잉금지 원칙에 위반하여 침해하고 있다고 할 것이다. 또한 이 사건 시행령조항은 한국방송광고공사가 출자하지 않은 회사를 한국방송광고공사가 출자한 회사와 차별 취급하고 있는 것인바, 지상파 방송광고 판매대행시장에서의 복수경쟁체제의 도입과 방송의 공정성, 공익성 및 다양성 확보라는 입법목적의 달성 여부가 한국방송광고공사의 출자여부라는 단일기준에 의하여 좌우될 수는 없다는 점에서 이 사건 시행령조항은 차별취급의 정당성을 인정할 수 없는 것이므로, 청구인의 평등권을 침해하고 있다고 할 것이다.

(3) 따라서 이 사건 시행령조항 및 그와 동일한 내용을 담고 있는 개정된 시행령조항은 다수의견이 ‘심판대상 확장 및 헌법불합치결정과 잠정적용 명령’에서 지적하고 있는 바와 같은 이유로 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 하여야 한다.

(4) 나는 이와 같이 이 사건 시행령조항이 헌법에 합치되지 아니한다는 다수의견의 결론에는 동의하지만, 그 위헌성 심사에 있어서는 이 사건 법률조항과는 독립된 이 사건 시행령조항에 대한 독자적인 위헌성 심사가 이루어져야 한다는 점에서 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항을 일체로 보고 위헌성 심사를 진행한 다수의견과 그 이유를 달리하는 것이다. 하지만 다수의견이 직업수행의 자유 침해 여부를 판단하면서 내세운 위헌사유를 보면, 실제로는

헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352

이 사건 시행령조항에서 비롯된 한국방송광고공사의 실질적 독점체제 유지와 관련된 것일 뿐, 복수경쟁체제를 도입한 이 사건 법률조항과는 무관한 것이라 할 것이므로, 결과적으로 다수의견은 이 사건 시행령조항에 대한 위헌성 논증만을 가지고 위헌성 논증의 대상이 될 수 없거나 위헌성 논증이 이루어진 바도 없는 이 사건 법률조항까지도 함께 위헌이라고 판단하는 오류를 범한 것이라는 비판을 면할 수 없다고 할 것이다.

라. 결 론

이상과 같이 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항은 불가분의 일체를 이루는 것이 아니라 각기 독자적인 의미를 지니고 있고 각각의 위헌성 심사의 범위나 내용에도 차이가 있으므로 당연히 구분되어 위헌성 심사가 이루어져야 하고, 그 결과 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없어 부적법하여 각하되어야 마땅하고, 이 사건 시행령조항에 대해서만 청구인의 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다고 하여야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 여객자동차운수사업법 시행규칙 제17조 위헌확인

(2008. 11. 27. 2006헌마688 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 구 ‘여객자동차 운수사업법 시행규칙’(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조 제9항에서 원용하고 있는 같은 조 제1항 제1호 가목 소정의 개인택시운송사업면허의 양도·양수인가 요건인 5년 이상의 무사고 운전경력 부분과 같은 조 제1항 단서 소정의 당해 경력기간의 관할관청별 완화적용 부분(이하 ‘이 사건 심판대상규정’이라 한다)이 청구인의 기본권을 직접 침해하는지 여부(적극)

2. 이 사건 심판대상 규정이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 심판대상 규정이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

4. 이 사건 심판대상 규정이 일사부재리의 원칙에 반하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 개인택시운송사업면허의 양도·양수인가신청자가 무사고 운전경력 요건을 갖추지 못한 경우 관할관청은 재량의 여지없이 인가신청을 불허하여야 하므로, 무사고 운전경력을 갖추지 못한 양도·양수인가신청자는 이 사건 심판대상규정으로 인하여 관할관청의 집행행위 유무 또는 내용에 관계없이 개인택시운송사업을 영위할 수 없어, 이 사건 심판대상규정으로 인한 기본권 침해의 직접성이 인정된다.

2. 이 사건 심판대상규정 소정의 무사고 운전경력이란 운전자의 책임있는 사유에 의한 사고가 없었다는 운전경력을 말하므로 운전자의 무과실에 의한 사고의 경우에까지 무사고 운전경력이 상실되는 것은 아니고, 수사기관 등에 의하여 운전자의 과실에 의한 사고로 종결처리되더라도 법원이 독자적으로 운전자의 과실 유무를 판단할 수 있으므로 과실 없는 사고로 무사고 운전경력이 상실될 위험은 최소화되어 있을 뿐만 아니라, 안전운행능력을 갖춘 자가 개인택시운

송사업을 영위하게 함으로써 개인택시승객들의 생명과 신체의 안전을 확보하기 위한 공익이 이 사건 심판대상으로 인하여 제한되는 청구인의 직업선택의 자유보다 더 크므로 이 사건 심판대상 규정은 청구인의 직업의 자유를 침해하지 않는다.

3. 개인택시운송사업면허의 양도·양수인가를 받고자 하는 그러한 면허취득에 대한 기대만을 갖는 반면 당해 인가를 받은 자는 당해 면허를 취득하여 사업을 영위하는 자라는 점에서 양자의 법적 지위가 본질적으로 다르므로, 전자는 사고의 중대성이나 빈도를 불문하고 책임있는 사유에 의한 사고가 있으면 일정기간 동안 당해 인가를 받지 못해 개인택시운송사업을 영위할 수 없는 반면 이미 인가를 받은 자는 중대한 교통사고 또는 빈번한 교통사고로 많은 사상자가 발생한 경우에도 그 인가가 취소되거나 6월 이내의 기간 동안 사업의 전부 또는 일부의 정지명령을 받게 되더라도 청구인의 평등권을 침해하는 것은 아니다.

그리고 관할관청별로 무사고 운전경력 기간을 완화하여 적용할 수 있도록 한 규정은 개인택시운송서비스의 수급안정을 위한 것이라는 점에서 합리적인 이유가 있으므로 청구인과 같이 서울특별시장으로부터 개인택시운송사업면허 양도·양수인가를 받으려고 하는 자와, 서울특별시장보다 무사고 운전경력기간을 짧게 정한 다른 관할관청으로부터 당해 인가를 받으려고 하는 자간에 차별이 발생하더라도 청구인의 평등권을 침해하는 것은 아니다.

4. 청구인이 이 사건 교통사고로 인하여 범칙금을 납부하고 개인택시운송사업면허 양도·양수인가를 받지 못하는 불이익을 입게 되더라도 이러한 불이익은 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌이 아니므로 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다.

#### 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

개인택시운송사업면허의 양도·양수인가처분은 관할관청이 지역의 수송수요와 수송력공급 수준을 고려하여 발급 여부를 결정할 수 있는 재량처분인 이상, 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 관할관청인 서울특별시장의 재량권 행사인 인가거부처분에 의하여 현실화되는 것이므로

판례집 20-2(하)

이 사건 심판청구는 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

**【심판대상조문】**

구 여객자동차운수사업법 시행규칙(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조(개인택시운송사업의 면허기준 등) ① 제16조의 규정에 의하여 개인택시운송사업의 면허를 받고자 하는 자는 제12조 제1항의 규정에 의한 시설등의 기준외에 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다. 다만, 관할관청은 필요하다고 인정하는 때에는 다음 각 호의 요건의 2분의 1의 범위안에서 이를 완화하여 적용할 수 있다.

1. 다음 각목의 1에 해당하는 자일 것

가. 면허신청공고일부터 기산하여 과거 6년간 국내에서 여객자동차운송사업용 자동차, 「화물자동차 운수사업법 시행규칙」 제3조의 규정에 의한 화물자동차(이하 이 조에서 “화물자동차”라 한다)로서 화물자동차운수사업에 사용되는 화물자동차 또는 「건설기계관리법 시행규칙」 제73조 제1항의 규정에 의한 건설기계(이하 이 조에서 “건설기계”라 한다)로서 건설기계대여업에 사용되는 건설기계를 운전한 경력이 5년 이상인 자로서 면허신청공고일 이전의 최종 운전종사일부터 기산하여 5년 이상 무사고로 운전한 경력이 있는 자

나.~ 다. 생략

2.~3. 생략

②~⑥

⑦ 관할관청은 지역실정을 고려하여 제1항의 규정에 의한 개인택시운송사업의 면허기준 외에 다음 각 호의 사항이 포함된 면허기준을 따로 정하여 면허할 수 있다.

1. 면허신청공고일이전 2년이내의 당해지역 거주기간
2. 면허발급요건 또는 우선순위
3. 기타 관할관청이 특히 필요하다고 인정하는 사항

⑧ 생략

⑨ 법 제15조 제2항의 규정에 의하여 개인택시운송사업을 양수하고자 하는 자는 양도·양수인가신청일 현재 제1항의 규정에 의한 요건을 갖춘 자이어야 한다.

**【참조조문】**

헌법 제13조 제1항, 제15조

구 여객자동차 운수사업법(2005. 3. 31. 법률 제7474호로 개정되고, 2005. 12. 7. 법률 제 7712호로 개정되기 전의 것) 제6조(면허 등의 기준) ① 여객자동차운송사업의 면허기준은 다음 각 호와 같다.

1. 사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것

헌재 2008. 11. 27. 2006헌마688

2. 최저의 면허기준대수·보유차고면적·부대시설 기타 건설교통부령이 정하는 기준에 적합할 것
3. 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업의 경우에는 운전경력·교통사고유무·거주지 등 건설교통부령이 정하는 기준에 적합할 것

② 생략

구 여객자동차 운수사업법(2005. 3. 31. 법률 제7474호로 개정되고, 2005. 12. 7. 법률 제 7712호로 개정되기 전의 것) 제15조(사업의 양도·양수 등) ① 여객자동차운송사업을 양도·양수하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도지사에게 신고하여야 한다.

② 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업을 양도·양수하고자 하는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도지사의 인가를 받아야 한다. 이 경우 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설교통부령이 정하는 일정기간 여객자동차운송사업의 양도·양수를 제한할 수 있다.

③~⑤ 생략

구 여객자동차 운수사업법(2005. 3. 31. 법률 제7474호로 개정되고, 2005. 12. 7. 법률 제 7712호로 개정되기 전의 것) 제76조(면허취소 등) ① 건설교통부장관 또는 시·도지사(터미널사업 및 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업의 경우에 한한다)는 여객자동차운수사업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 면허·등록·허가 또는 인가를 취소하거나, 6월이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나, 노선폐지·감차등을 수반하는 사업계획의 변경을 명할 수 있다. 다만, 제4호 및 제6호의 경우에는 면허 또는 등록을 취소하여야 한다.

1.~ 2. 생략

3. 중대한 교통사고 또는 빈번한 교통사고로 인하여 많은 사상자를 발생하게 한 때

4.~ 16. 생략

② 생략

구 여객자동차 운수사업법 시행령(2005. 8. 5. 대통령령 제18966호로 개정되고, 2006. 5. 10. 대통령령 제19476호로 개정되기 전의 것) 제10조(양도·양수시 인가를 받아야 하는 여객자동차운송사업) 법 제15조 제2항의규정에 의하여 양도·양수의 인가를 받아야 하는 여객자동차운송사업은 개인택시운송사업으로 한다.

구 여객자동차 운수사업법 시행규칙(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조(개인택시운송사업의 면허기준 등) ①~⑥ 생략  
⑦ 관할관청은 지역실정을 고려하여 제1항의 규정에 의한 개인택시운송사업의 면허기준 외에 다음 각 호의 사항이 포함된 면허기준을 따로 정하여 면허할 수 있다.

1. 면허신청공고일이전 2년 이내의 당해지역 거주기간
2. 면허발급요건 또는 우선순위
3. 기타 관할관청이 특히 필요하다고 인정하는 사항

⑧~⑨ 생략

판례집 20-2(하)

**【참조판례】**

1. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823  
 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104  
 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935-936  
 대법원 1994. 8. 23. 선고 94누4882 판결  
 대법원 1996. 10. 11. 선고 96누6172 판결
2. 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374  
 헌재 1995. 6. 29. 90헌바43, 판례집 7-1, 854, 868  
 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314  
 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 832-833  
 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결  
 대법원 1997. 8. 22. 선고 97누5923 판결  
 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005두999 판결
3. 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727  
 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바71, 공보 127, 509, 513  
 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005두999 판결
4. 헌재 2004. 2. 26. 2001헌바80등, 판례집 16-1, 202, 231-232  
 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 99

**【당 사 자】**

청 구 인 임○재  
 국선대리인 변호사 전선훈

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 일반택시운송사업자인 ○○주식회사의 택시 서울33아0000호의 운전업무에 종사하는 자로서, 2006. 3. 19. 17 : 43경 위 차량을 운전하여 서울 동대문구 답십리동에 있는 ○○마트 노상의 2차로 중 1차로를 청라리 굴다리 방향에서 동대문여중 방향으로 운행하던 중, 택시를 잡기 위하여 갑자기 1차로로 뛰어들어든 피해자 최○규를 위 차량으로 들이받아 그 충격으로 위 피해

자로 하여금 3주간의 치료를 요하는 상해를 입게 하였다(이하 ‘이 사건 교통 사고’라 한다). 그 후 청구인은 위와 같은 안전운전의무위반을 이유로 40,000원의 범칙금 납부 통고처분을 받고 그 무렵 이를 납부하였다.

(2) 한편 여객자동차운수사업법 시행규칙은 개인택시운송사업 양도·양수 인가요건으로 ‘양도·양수인가신청일 현재 최종 운전종사일부터 기산하여 5년 이상 무사고로 운전한 경력’을 요하면서, 다만 관할관청으로 하여금 2분의 1의 범위 안에서 이를 완화할 수 있도록 규정하고 있고(제17조 제1항 제1호 가목, 제9항), 이에 따라 서울특별시장은 무사고 운전경력을 3년으로 완화하여 적용하고 있다. 그 결과, 청구인은 이 사건 교통사고로 인하여 2006. 1. 4. 종족되었던 무사고 운전경력을 상실함으로써 개인택시운송사업 양도·양수 인가를 받지 못하게 될 수 있는 상황에 처하게 되었다.

(3) 이에 청구인은 여객자동차운수사업법 시행규칙 제17조가 자신의 직업 선택의 자유와 평등권을 침해한다는 이유로 2006. 6. 14. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

#### 나. 심판의 대상

청구인은 여객자동차운수사업법 시행규칙 제17조 전체를 심판대상으로 하고 있으나, 청구인의 주장을 살펴보면, 청구인은 개인택시운송사업을 양수하고자 하는 자로서 위 조항 중 ‘양도·양수인가신청일 현재 최종 운전종사일부터 5년 이상 무사고 운전경력을 요구하는 부분’ 및 ‘관할관청에 따라 당해 경력을 완화하여 적용할 수 있도록 한 부분’을 다투고 있는 것으로 보이므로, 이 사건 심판대상은 여객자동차운수사업법 시행규칙(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조 제9항, 제1항 제1호 가목 소정의 ‘양도·양수 인가신청일 현재 최종 운전종사일부터 기산하여 5년 이상 무사고로 운전한 경력이 있는 자’ 부분 및 같은 조 제1항 단서(밑줄 친 부분으로 이하 ‘이 사건 심판대상규정’이라 한다)로 한정함이 상당하다. 이 사건 심판대상규정 및 관련 법령의 내용은 다음과 같다.

여객자동차 운수사업법 시행규칙(2006. 3. 7. 부령 제501호로 개정되고, 2006. 5. 30. 부령 제329호로 개정되기 전의 것) 제17조(개인택시운송사업의 면허기준 등)

① 제16조의 규정에 의하여 개인택시운송사업의 면허를 받고자 하는 자는 제12조 제1항의 규정에 의한 시설 등의 기준 외에 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다. 다만, 관할관청은 필요하다고 인정하는 때에는 다음 각 호의 요건

판례집 20-2(하)

의 2분의 1의 범위 안에서 이를 완화하여 적용할 수 있다.

1. 다음 각 목의 1에 해당하는 자일 것

- 가. 면허신청공고일부터 기산하여 과거 6년간 국내에서 여객자동차운송사업용 자동차, 「화물자동차 운수사업법 시행규칙」 제3조의 규정에 의한 화물자동차(이하 이 조에서 “화물자동차”라 한다)로서 화물자동차운수사업에 사용되는 화물자동차 또는 「건설기계관리법 시행규칙」 제73조 제1항의 규정에 의한 건설기계(이하 이 조에서 “건설기계”라 한다)로서 건설기계대여업에 사용되는 건설기계를 운전한 경력이 5년 이상인 자로서 면허신청공고일 이전의 최종 운전종사일부터 기산하여 5년 이상 무사고로 운전한 경력이 있는 자

⑦ 관할관청은 지역실정을 고려하여 제1항의 규정에 의한 개인택시운송사업의 면허기준 외에 다음 각 호의 사항이 포함된 면허기준을 따로 정하여 면허할 수 있다.

1. 면허신청공고일 이전 2년 이내의 당해지역 거주기간
2. 면허발급요건 또는 우선순위
3. 기타 관할관청이 특히 필요하다고 인정하는 사항

⑨ 법 제15조 제2항의 규정에 의하여 개인택시운송사업을 양수하고자 하는 자는 양도·양수인가신청일 현재 제1항의 규정에 의한 요건을 갖춘 자이어야 한다.

여객자동차 운수사업법(2005. 3. 31. 법률 제7474호로 개정되고, 2005. 12. 7. 법률 제7712호로 개정되기 전의 것) 제6조(면허 등의 기준) ① 여객자동차운송사업의 면허기준은 다음 각 호와 같다.

1. 사업계획이 당해 노선 또는 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합할 것
2. 최저의 면허기준대수·보유차고면적·부대시설 기타 건설교통부령이 정하는 기준에 적합할 것
3. 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업의 경우에는 운전경력·교통사고유무·거주지 등 건설교통부령이 정하는 기준에 적합할 것

제15조(사업의 양도·양수 등) ① 여객자동차운송사업을 양도·양수하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도지사에게 신고하여야 한다.

② 대통령이 정하는 여객자동차운송사업을 양도·양수하고자 하는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도지사의 인가를 받아야 한다. 이 경우 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설교통부령이 정하는 일정기간 여객자동차운송사업의 양도·양수를 제한할 수 있다.

여객자동차 운수사업법 시행령(2005. 8. 5. 대통령령 제18996호로 개정되고, 2006. 5. 10. 대통령령 제19476호로 개정되기 전의 것) 제10조(양도·양수 시 인가를 받아야 하는 여객자동차운송사업) 법 제15조 제2항의 규정에 의하여 양도·양수의 인가를 받아야 하는 여객자동차운송사업은 개인택시운송사업으로 한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

[별지 1] 기재와 같다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 직접성

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접 기본권을 침해받아야 하고, 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의해 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935-936). 그러나 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104).

개인택시운송사업면허의 양도·양수인가는 그 양도·양수에 대한 법률효과를 완성시키는 인가처분과 양도인이 가지고 있던 면허와 동일한 내용의 면허를 양수인에 대하여 부여하는 처분이 포함되어 있는 처분인바(대법원 1994. 8. 23. 선고 94누4882 판결), 이러한 개인택시운송사업면허처분은 관할관청이 지역의 수송수요와 수송력공급 수준을 고려하여 발급 여부를 결정할 수 있는 재량행위이다(구 여객자동차 운수사업법 제6조 제1항 제1호, 대법원 1996. 10. 11. 선고 96누6172 판결 참조).

판례집 20-2(하)

그러나 관할관청의 이러한 재량은, 양도·양수인가신청자가 이 사건 심판대상규정 소정의 무사고 운전경력 요건을 충족한 경우에 인가를 하여줄 지 여부에 대한 재량일 뿐, 인가신청자가 이러한 무사고 운전경력 요건을 갖추지 못한 경우에는 관할관청은 재량의 여지없이 인가신청을 불허할 수밖에 없으므로, 이 사건 심판대상규정의 내용은 관할관청의 집행행위 이전에 이미 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 할 것이다.

결국 무사고 운전경력을 갖추지 못한 양도·양수인가신청자는 이 사건 심판대상규정으로 인하여 관할관청의 집행행위의 유무 또는 내용에 관계없이 개인택시운송사업을 영위할 수 없으므로, 위 규정으로 인한 기본권침해의 직접성이 인정된다.

나. 청구기간

법령 자체에 의하여 기본권이 침해되었다고 주장하는 법령소원에 있어서의 청구기간은, 그 법령의 시행과 동시에 기본권침해를 당한 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내, 그 법령이 시행된 날로부터 1년 이내이고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내이다(헌재 2001. 8. 30. 2000헌마349, 공보 60, 886, 888 ; 헌재 2002. 3. 28. 2000헌마725, 판례집 14-1, 228 ; 헌재 2004. 4. 29. 2004헌마93, 공보 92, 554, 556).

청구인은 이 사건 교통사고로 인하여 비로소 이 사건 심판대상규정에 해당할 수 있는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되었고, 당해 통고처분을 받은 무렵에는 그러한 사유가 발생하였음을 알았다고 할 것이다. 따라서 청구인은 2006. 3. 19. 이 사건 교통사고를 일으키고 그 무렵 범칙금 납부 통고처분을 받은 것으로 보이므로, 2006. 6. 14. 제기된 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간을 준수한 것이 명백하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 직업의 자유 침해 여부

(1) 이 사건에서 제한되는 직업의 자유의 내용

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 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314). 여기서 ‘직업’이란

생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374).

그런데 개인택시운송사업을 하고자 하는 자가 이 사건 심판대상규정 소정의 무사고 운전경력 요건을 충족하지 못하는 경우 당해 요건을 충족하게 될 때까지는 개인택시운송사업에 종사할 수 없게 되는바, 이는 일정한 직업을 선택함에 있어 기본권 주체의 능력과 자질에 따른 제한으로서 이른바 ‘주관적 요건에 의한 좁은 의미의 직업선택의 자유의 제한’에 해당하는 것이라 할 수 있다.

(2) 이러한 직업선택의 자유의 제한

이와 같이 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한함에 있어, 어떤 직업의 수행을 위한 전제요건으로서 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는 이러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이 누구에게나 제한 없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다(헌재 1995. 6. 29. 90헌바43, 판례집 7-1, 854, 868). 다시 말하면, 이러한 제한은 헌법 제37조 제2항이 정한 기본권 제한의 한계 내에서 그 제한의 목적이 헌법상 정당해야 하고, 그 제한의 수단이 비례의 원칙을 준수하여야 한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374 ; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 832-833).

(3) 비례의 원칙 위배 여부

(가) 목적의 정당성 및 방법의 적절성

우리나라 택시운송사업의 초창기에는, 운송사업면허를 가진 운송사업자와 실질적으로 자동차를 소유하고 있는 차주간의 계약으로 외부적으로는 자동차를 운송사업자 명의로 등록하여 운송사업자에게 귀속시키고, 내부적으로는 각 차주들이 독립된 관리 및 계산으로 영업을 하며 운송사업자에 대하여는 지입료를 지불하는 운송사업형태, 이른바 지입제 운영이 성행하고 있었다. 그런데 이러한 지입제 경영은 무면허 운송사업을 조장하고, 적정한 서비스 제공능력이 없는 사업자를 양산하며, 운송사업자가 아무런 노력 없이 명의이용 허용에 따른 불로소득을 얻을 수 있게 함으로써, 비정상적 경영 및 운송서비

스의 저하 등으로 인하여 국민의 불편을 초래하였다. 이에 정부는 자동차운송사업의 기업화를 통하여 경영개선을 촉진함으로써 대국민서비스를 향상시키고 운수업의 확대재생산을 유도하여 기업의 충실과 발전을 기함으로써 국가산업발전에 기여하고자 하는 목적으로, 1965. 9. 15. 교통부 고시 제1111호를 제정하게 되었는데, 이 고시에서 기존 운송사업자의 기업화 촉진을 유도하는 한편, 택시이용승객에 대한 운송서비스의 질을 향상시키고 택시운수종사자의 안전운행을 유도하기 위하여 일정기간 무사고로 운전한 택시운수종사자에게 개인택시운송사업면허를 발급해 주는 제도를 신설함으로써 택시운송사업이 일반택시운송사업과 개인택시운송사업으로 이분화되었다.

나아가 개인택시운송사업제도의 도입배경 및 운송사업자가 직접 운전을 하는 개인택시운송사업의 특성을 고려하고, 검증된 안전운행능력을 갖춘 자가 개인택시운송사업을 영위하게 함으로써 택시운송서비스를 받는 승객들의 생명과 신체에 대한 안전을 확보하기 위하여, 이 사건 심판대상규정은 개인택시운송사업자의 면허를 받거나 양수하고자 하는 자에게 일정기간 무사고 운전경력을 요구하고 있는 것이다.

위 입법취지에 비추어 볼 때, 이 사건심판대상 규정은 그 목적의 정당성이 인정될 뿐 아니라, 이를 달성하기 위한 적절한 수단으로 보인다.

(나) 피해의 최소화

사고경력이 있는 경우 관할관청이 개별적·구체적 사정을 일일이 고려하여 개인택시운송사업 양도·양수인가 여부를 결정하는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 설사 가능하다 하더라도 관할관청의 자의가 개입하게 되어 오히려 개인택시운송사업 양도·양수인가처분을 받고자 하는자들간에 형평에 어긋나는 결과가 초래될 우려도 있으므로, 일정기간 무사고 운전경력을 요건을 두는 방법으로 안전운행능력을 검증하는 것이 불가피하다.

다만, 이 사건 심판대상규정 소정의 ‘무사고 운전경력’이라 함은 그에 대한 처벌 사실의 유무를 불문하고 운전자의 책임있는 사유에 의한 사고가 없었다는 운전경력을 말하므로 운전자의 무과실에 의한 사고의 경우예까지 무사고 운전경력이 상실되는 것은 아니고(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005두999 판결), 또한 수사기관 등에 의하여 운전자의 과실에 의한 사고로 종결처리되었다 하더라도, 법원은 독자적으로 운전자의 과실 유무를 판단하여 그러한 사고에도 불구하고 과실이 없는 사고여서 여전히 무사고 운전자라고 판단할 수도 있으므로(대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결, 대법원 1997. 8. 22. 선고 97누

5923 판결), 과실 없는 사고로 인하여 무사고 운전경력이 상실될 위험은 최소화되어 있다고 할 것이다.

(다) 법익의 균형성

5년 이상의 무사고 운전경력 요건으로 인하여 운전업무에 종사하는 자가 일정기간 개인택시운송사업을 직업으로 선택하지 못하는 불이익을 받게 되지만 운전자의 책임있는 사유에 의한 사고의 경우에만 무사고 운전경력이 상실되므로 그 불이익이 그리 크다고 볼 수 없는 반면, 안전운행능력을 갖춘 자에게 개인택시운송사업을 영위하게 함으로써 택시운송서비스를 받는 승객들의 생명과 신체에 대한 안전을 확보한다는 공익은 매우 중대하다고 할 것이다.

따라서 이 사건 심판대상규정으로 인하여 제한되는 청구인의 직업선택의 자유보다 당해 규정의 입법목적의 달성을 통하여 얻게 되는 공익이 더 크다고 할 것이므로 위 규정은 법익균형성을 갖추었다.

(라) 소결론

결국 이 사건 심판대상규정이 비례의 원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하였다고 보기 어렵다.

나. 평등권 침해 여부

(1) 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727 ; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바71, 공보 127, 509, 513).

(2) 먼저 청구인은 이 사건 심판대상규정이 개인택시운송사업 양도·양수인가를 받은 후 교통사고를 일으킨 개인택시운송사업자에 비하여 당해 인가를 받기 전에 교통사고를 일으킨 자를 합리적인 이유 없이 차별취급하고 있다고 주장한다.

살피건대, 개인택시운송사업의 양도·양수인가를 받고자 하는 자는 사고의 중대성이나 빈도를 불문하고 책임있는 사유에 의한 사고가 있으면 일정기간 당해 인가를 받을 수 없게 되어 그 기간 동안 개인택시운송사업을 영위할 수 없는 반면, 이미 인가를 받은 자는 중대한 교통사고 또는 빈번한 교통사고로 인하여 많은 사상자가 발생한 경우에도 그 인가가 취소되거나 6월 이내의 기

판례집 20-2(하)

간 동안 사업의 전부 또는 일부의 정지명령만을 받게 되므로(구 여객자동차 운수사업법 제76조 제1항 제3호), 양자 사이에 차별이 발생한다.

그러나 앞에서 본 바와 같이, 개인택시운송사업면허의 양도·양수에 대한 인가에는 그 법률효과를 완성시키는 인가처분과 양도인이 가지고 있던 면허와 동일한 내용의 면허를 양수인에게 부여하는 처분이 포함되어 있다. 나아가 위 면허처분은 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 수익적 재량행위이므로(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005두999 판결), 이미 양도·양수에 대한 인가를 받은 자는 관할관청의 처분에 의하여 개인택시운송사업면허를 취득한 것이 된다.

그렇다면 개인택시운송사업면허를 취득하여 그 사업을 영위하는 자와, 요건이 충족되면 관할관청의 인가처분에 의하여 면허를 취득하리라 기대하는 자는 그 법적 지위에서 본질적으로 다르다할 것이므로, 양자를 달리 취급한다고 하더라도 이를 평등원칙에 반한다고 할 수 없다.

(3) 다음으로 청구인은 이 사건 심판대상규정이 개인택시운송사업의 양도·양수인가 관할관청에 따라 무사고 운전경력기간을 달리 정하게 할 수 있도록 규정함으로써 자신의 평등권을 침해한다고 주장한다.

살피건대, 청구인과 같이 서울특별시시장으로부터 개인택시운송사업 양도·양수인가를 받으려고 하는 자와, 서울특별시장보다 무사고 운전경력기간을 짧게 정한 다른 관할관청으로부터 당해 인가를 받으려고 하는 자간에 차별취급이 발생할 수 있다.

그러나 관할관청은 한편으로는 개인택시운송사업자간의 과당경쟁을 방지하고 다른 한편으로는 개인택시이용승객이 개인택시운송서비스를 원활하게 이용할 수 있게 하기 위하여 개인택시운송사업자의 수를 적정하게 조절할 필요가 있고, 이를 위하여 관할관청은 개인택시운송사업자의 사업계획이 사업구역의 수송수요와 수송력공급에 적합한 지를 고려하여(구 여객자동차 운수사업법 제6조 제1항 제1호), 면허신청공고일 이전 2년 이내의 당해지역 거주기간, 면허발급요건 또는 우선순위, 기타 관할관청이 특히 필요하다고 인정하는 사항이 포함된 면허기준을 따로 정하여 개인택시운송사업면허를 발급할 수 있다(같은 법 시행규칙 제17조 제7항).

이처럼 관할관청은 지역의 사정을 고려하여 개인택시운송사업면허를 발급할 수 있는 재량권을 가지므로, 이 사건 심판대상규정이 개인택시운송사업의 양도·양수인가 관할관청에 따라 무사고 운전경력기간을 달리 정하게 할 수

있도록 규정한 것에는 합리적 이유가 있다. 따라서 청구인의 평등권을 침해하지 않는다고 할 것이다.

다. 일사부재리의 원칙 위배 여부

헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 하여 이른바 ‘이중처벌금지의 원칙’을 규정하고 있는바, 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 ‘일사부재리의 원칙’이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다.

이러한 점에서 헌법 제13조 제1항의 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 이에 포함시킬 수는 없다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌바80등, 판례집 16-1, 202, 231-232 ; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 99).

청구인은 이 사건 교통사고로 인하여 범칙금을 납부했을 뿐만 아니라 개인택시운송사업 양도·양수인가를 받지 못하는 불이익을 입게 될 수도 있으나, 이러한 불이익은 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌이 아니므로, 청구인이 이 사건 심판대상규정으로 인하여 그와 같은 불이익을 입게 될 위험이 있다고 하여 당해 규정이 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여, 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

법령에 대한 헌법소원에 있어서 “기본권침해의 직접성”을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 “재량행위”인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이 때의 기본권침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에

판례집 20-2(하)

는 법령에 의한 기본권침해의 직접성이 인정될 여지가 없다(헌재 2003. 7. 24. 2003헌마3, 공보 83, 726, 729).

그런데 개인택시운송사업면허의 양도·양수인가처분은 개인택시운송사업 면허의 양도·양수에 대한 법률효과를 완성시키는 의미에서의 인가처분 뿐만 아니라 양수인에 대해 양도인이 가지고 있던 면허와 동일한 내용의 면허를 부여하는 처분이 포함되어 있는 처분으로서(대법원 1994. 8. 23. 선고 94누 4882 판결) 지역의 수송수요와 수송력공급 수준을 고려하여 발급 여부를 결정할 수 있는 재량권이 관할관청에 부여되어 있는 행정처분이다(구 여객자동차 운수사업법 제6조 제1항 제1호 참조). 따라서 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 관할관청인 서울특별시시장의 재량권 행사인 인가거부처분에 의하여 현실화되는 것이고, 이에 대하여는 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있을 뿐만 아니라 그 소송절차에서 이 사건 심판대상규정의 위헌·위법 여부에 대하여도 다룰 수 있다. 결국 이 사건 심판대상규정은 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우라고 할 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지 1] 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 심판대상규정은 교통사고의 유형과 원인, 과실의 경중 등에 관계 없이 행정편의를 위하여 개인택시운송사업자의 자격을 무사고 운전경력에만 의존하여 판단하게 함으로써 청구인의 직업의 자유를 침해한다.

(2) 이 사건 심판대상규정은 개인택시운송사업 양도·양수인가를 받은 후 교통사고를 일으킨 개인택시 운송사업자에 비하여 당해 인가를 받고자 하나 교통사고를 일으킨 자를 합리적인 이유없이 차별취급하고 있을 뿐만 아니라, 관할관청에 따라 무사고 경력기간을 달리 정할 수 있게 함으로써 청구인의 평등권을 침해한다.

헌재 2008. 11. 27. 2006헌마688

(3) 청구인은 이 사건 교통사고로 인하여 피해자가 입은 민사상 손해를 피해자와 합의하여 배상하고, 범칙금까지 납부하였음에도 불구하고, 이 사건 심판대상규정은 당해 교통사고 이전의 무사고 경력을 인정받지 못하게 하는 이 중의 불이익을 입게 함으로써 일사부재리의 원칙에 위배된다.

나. 구 건설교통부장관의 의견요지

청구인이 주장하는 직업의 자유 및 평등권 침해 등은 관할관청인 서울특별시장의 개인택시운송사업 양도·양수인가거부처분에 의하여 비로소 현실화 되는 것이므로, 이 사건 심판대상규정이 직접 청구인의 기본권을 침해한다고 할 수 없어 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 결하여 부적법하다.

## 재판취소

(2008. 11. 27. 2007헌마49 전원재판부)

### 【판시사항】

헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판이 아니라고 본 사례

### 【결정요지】

헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판을 제외한 법원의 재판은 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 없는바, 심판대상판결은 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당되지 아니하므로 그 취소를 구하는 이 사건 심판청구는 부적법하다.

재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기의 반대의견

청구인의 청구취지는 동일한 사건으로 외국에서 형벌을 집행받았는데 이를 무시하고 국내에서 거듭 처벌하는 것은 부당하다는 것이므로, 외국에서 형벌을 집행받은 청구인을 국내에서 거듭 처벌하는 것 자체와 그 경우에 외국에서 집행받은 형기를 국내의 거듭처벌에서 공제하여 주지 않는 형법 제7조를 모두 심판대상으로 삼은 것이라고 봄이 상당하고, 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여 거듭처벌할 수 있음을 전제로 하고 있는 형법 제7조는 헌법 제13조 제1항 후문(거듭처벌금지)에 위반된다고 볼 수는 없다.

그러나 동일한 범죄에 대하여 외국과 국내에서 거듭 처벌하는 것을 허용하는 경우에도 그로 인하여 신체의 자유가 침해되는 정도를 최소한도로 줄여야 한다. 형법 제7조의 법정형 감경제도도 법정형의 형기를 2분의 1로 줄일 뿐 선고형의 감면이나 형기의 감축을 보장하는 것이 아니고, 법정형의 감경 여부도 법관의 재량에 맡기고 있으므로, 거듭처벌로 인한 인권침해의 정도를 최소한도로 줄이기에는 미흡하므로 헌법 제

37조 제2항의 요구 중 기본권 제한 최소한의 원칙을 충족시키지 못한다고 할 것이다. 이와 같이 형법 제7조는 헌법에 위반되지만 합헌적인 부분도 포함하고 있고, 그 위헌성을 제거하여 합헌적인 내용으로 변경하는 일은 입법권에 속하는 사항이라고 보여지므로, 형법 제7조에 대하여 헌법불합치결정을 하고 합헌적인 개선입법을 촉구함이 상당하다.

### 재판관 이동흡의 보충의견

청구인은 이 사건 심판청구서에서 형법 제7조를 헌법소원심판의 대상으로 기재한 바 없고, 형법 제7조는 형의 임의적 감면사유를 규정한 것일 뿐 일사부재리원칙이나 거듭 처벌에 관한 근거조항이 될 수는 없는 점, 이 사건과 같이 재판취소를 구하는 헌법소원의 경우에 있어 재판에 적용된 법률조항 즉, 형법 제7조에까지 이 사건 심판대상을 확장할 수도 없는 점, 이 사건에서 청구인이 형법 제7조를 심판대상으로 하여 헌법소원을 청구한 것이라면, 그 헌법소원은 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여는 임의적 변경이 아닌 필요적 면제 또는 필요적 형기산입 조항을 두어야 한다는 내용의 부진정입법부작위에 관한 헌법소원의 형식을 취하여야 할 것인데 그와 같은 헌법소원은 이 사건 재판소원과는 본질적으로 차이가 있으며, 나아가 설사 이 사건에서 청구인이 형법 제7조에 대한 법령소원을 제기한 것으로 본다 하더라도, 청구인은 늦어도 형 면제 또는 필요적 형기산입이 이루어지지 않은 1심 판결을 선고받은 2006. 7. 25.경 기본권 침해사유를 알게 되었다고 할 것이어서 2007. 1. 12. 제기된 이 사건 심판청구는 90일의 청구기간을 도과한 것이므로, 형법 제7조에 대한 심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 심판의 대상은 법원의 재판인 위 항소심 판결에 한정될 수밖에 없는 것이다.

### 【참조조문】

헌법 제13조 제1항 후문

형법 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다  
형법 제7조(외국에서 받은 형의 집행) 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의

판례집 20-2(하)

집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

### 【참조판례】

헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

### 【당 사 자】

청 구 인 강○원

국선대리인 변호사 최성수

피청구인 법무부장관

### 【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1990년부터 인도네시아에 정착하고 현지여성과 결혼하여 생활해 오던 중, 2002. 6.경 인도네시아에 거주하는 한국인 2인 및 현지인 1인(이하 ‘주범들’이라 한다)이 국내에 거주하는 고철수집상 2인(이하 ‘피해자들’이라 한다)을 인도네시아로 유인하여 금품을 강취하고자 범행도구를 준비하였음을 알면서, 주범들과 공모하여 피해자들을 감금하여 가혹한 행위를 하고 금원을 강취하고 상해를 가하고 치사에 이르게 하였다는 범죄사실로, 인도네시아에서 기소되어 징역 3년 6월을 선고받고 약 3년을 복역한 뒤 출소하였는데, 2006. 7. 25. 동일한 범죄사실에 대하여 부산지방법원에서 강도치상 등 죄로 징역 6년을 선고받고(2006고합192), 부산고등법원에 항소를 제기하여 2006. 12. 7. 형법 제7조의 범률상 감경을 받아 징역 3년을 선고받았으며(2006노467), 대법원에 상고하였으나 2007. 2. 8. 상고가 기각되어 판결이 확정되었다(2006도9184).

청구인은 동일한 사건으로 외국에서 이미 처벌받았음에도 불구하고 위 항소심 판결이 ‘외국판결은 우리나라에서 기판력이 없어 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다’(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2366 판결)는 이유로 청구인에게 다시 징역 3년을 선고한 것은 청구인의 기본권을 침해하여 위헌이라고 주

헌재 2008. 11. 27. 2007헌마49

장하면서 2007. 1. 12. 이 사건 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 부산고등법원 2005. 12. 7. 선고 25006노467 판결이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이며, 관련규정의 내용은 다음과 같다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

제7조(외국에서 받은 형의 집행) 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

헌법 제13조 ① 모든 국민은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 동일한 사건으로 인도네시아에서 3년 6월의 징역형을 선고받고 다시 국내에서 3년의 징역형을 선고받은 결과 총 6년 6월의 형을 집행당하고 있다. 이는 주범들이 인도네시아에서 6년의 형을 선고받은 점에 비추어 불공평하다.

(2) 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 되지 않지만, 헌법의 해석을 그르쳤거나 헌법정신에 어긋나는 법원의 판결은 마땅히 헌법소원의 대상으로 되어야 한다.

(3) 외국판결은 우리나라에서 기관력이 없어 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다는 대법원 판결(83도2366)에 따르면, 외국에서 형사판결을 받고 확정된 후 국내에 귀국하는 자는 귀국하지 않는 자에 비하여 불공평한 결과가 초래될 수 있다.

나. 법무부장관의 의견

청구인의 청구는 법원의 재판에 대한 헌법소원심판청구로서 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 헌법소원심판의 대상이 될 수 없어 부적법 각하되어야 한다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 의하여 법원의 재판은 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 없다. 다만 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대하여만 헌법재판소법 제68조 제1항에

판례집 20-2(하)

의한 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842).

살피건대 이 사건 항소심 판결(부산고등법원 2006노467)은 앞에서 본 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당되지 아니하므로 그 취소를 구하는 이 사건 심판청구는 부적법하다.

#### 4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 본안에 나아가 판단할 것 없이 이를 각하하기로 결정한다. 이 결정에는 아래 5.와 같은 재판관 조대현, 재판관 김중대, 재판관 민형기의 반대의견과 아래 6.과 같은 재판관 이동흡의 보충의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

#### 5. 재판관 조대현, 재판관 김중대, 재판관 민형기의 반대의견

우리는 이 사건 심판대상 중 판결 부분에 대한 심판청구를 각하하여야 한다는 점에 대해서는 동의하지만, 형법 제7조가 외국에서 처벌받은 경우에도 거듭 처벌하게 하면서 임의적으로 법정형을 감경할 수 있도록 규정한 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 생각한다.

##### 가. 이 사건 심판대상

청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구한 취지는 동일한 사건으로 외국에서 형벌을 집행받았는데 이를 무시하고 국내에서 거듭 처벌하는 것은 부당하다는 것이므로, 외국에서 형벌을 집행받은 청구인을 국내에서 거듭 처벌하는 것 자체와 그 경우에 외국에서 집행받은 형기를 국내의 거듭처벌에서 공제하여 주지 않는 형법 제7조를 모두 심판대상으로 삼은 것이라고 봄이 상당하다고 할 것이다.

##### 나. 외국에서 처벌받은 경우에 국내 거듭처벌의 위헌 여부

헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 규정하여 거듭처벌을 금지하고 있다. 이는 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사하지 못하게 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하려는 것이다(헌재 1994. 6. 30. 92헌바38).

대한민국 헌법은 대한민국의 국가기관을 구속하지만, 외국이나 외국의 국가기관을 구속하지 못하므로, 대한민국에서 처벌받은 국민이 외국에서 거듭 처벌받는 것을 막지 못한다. 그리고 형사판결은 국가 형벌권을 행사하는 것인데 외국의 재판이나 형벌에 의하여 대한민국의 형벌권 행사가 제한된다고 볼 수 없다. 현실적으로 국가안보범죄나 외국의 형벌이 경미한 경우와 같이 대한

민국의 형벌권을 행사할 필요도 있다. 외국에서 처벌받은 경우에 자국의 처벌을 금지하는 입법례도 많지 않다.

따라서 대한민국 국민이 동일한 범죄에 대하여 외국에서 처벌받은 경우에 대한민국에서 다시 처벌하는 것이 헌법 제13조 제1항 후문에 의하여 금지된다고 볼 수는 없다. 대법원도 “피고인이 동일한 행위에 관하여 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받았다 하더라도 이런 외국판결은 우리나라에서는 기판력이 없으므로 여기에 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다”고 판시하였다(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2366).

결국 형법 제7조는 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여 거듭처벌할 수 있음을 전제로 하고 있지만, 그것이 헌법 제13조 제1항 후문(거듭처벌금지)에 위반된다고 볼 수는 없다.

#### 다. 거듭처벌로 인한 기본권 침해의 최소화

신체의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 개인의 기본권을 보장하기 위한 기초이므로 최대한 보장되어야 한다. 동일한 범죄에 대하여 외국과 국내에서 거듭 처벌하는 것은 신체의 자유를 근본적으로 침해하는 것이다. 따라서 국가형벌권의 행사를 위하여 부득이하게 거듭처벌을 허용하는 경우에도 그로 인하여 신체의 자유가 침해되는 정도를 최소한도로 줄여야 한다.

형법 제7조는 거듭처벌로 인한 인권침해를 최소화하기 위하여 외국에서 받은 형벌의 집행을 임의적으로 참작하여 법정형을 감면할 수 있도록 하고 있다. 이러한 법정형 감경제도는 법정형의 형기를 2분의 1로 줄일 뿐 선고형의 감면이나 형기의 감축을 보장하는 것이 아니고, 법정형의 감경 여부도 법관의 재량에 맡기고 있으므로, 거듭처벌로 인한 인권침해의 정도를 최소한도로 줄이기에는 미흡하다고 할 것이다. 외국에서 집행된 형기를 전부 반드시 공제하게 하는 방법과 비교하여 보면 형법 제7조의 태도가 거듭처벌로 인한 인권침해를 최소화하지 못하는 것임이 명백하다. 이 점에서 형법 제7조는 헌법 제37조 제2항의 요구 중 기본권 제한 최소한의 원칙을 충족시키지 못한다고 할 것이다.

그러나 형법 제7조가 택하고 있는 임의적 법정형 감경제도도 불완전하기는 하지만 거듭처벌로 인한 인권침해의 최소화에 기여하는 것이므로, 형법 제7조에 대하여 위헌결정을 하여 그 효력을 상실시키면 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여 임의적 감면도 할 수 없게 되는 결과로 된다. 형법 제7조는 헌법에 위반되지만 합헌적인 부분도 포함하고 있고, 그 위헌성을 제거하여 합

판례집 20-2(하)

현적인 내용으로 변경하는 일은 입법권에 속하는 사항이라고 보여지므로, 형법 제7조에 대하여 헌법불합치결정을 하고 합헌적인 개선입법을 촉구함이 상당하다고 할 것이다.

#### 6. 재판관 이동흡의 보충의견

나는 이 사건 심판의 대상은 부산고등법원 2005. 12. 7. 선고 2006노467 판결이 청구인의 기본권을 침해하는지의 여부에 한정된다는 다수의견과 그 뜻을 같이 하지만, 형법 제7조가 이 사건 심판의 대상이 될 수 없다는 점에 관하여 그 이유를 밝힐 필요가 있다고 생각하므로, 아래와 같이 이에 관한 의견을 보충하기로 한다.

가. 청구인은 동일한 사건으로 외국에서 확정판결을 받아 이미 처벌을 받았음에도 불구하고 위 항소심 판결이 ‘외국판결은 우리나라에서 기판력이 없어 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다.’는 이유로 실형을 선고한 것은 청구인의 기본권을 침해하여 위헌이라는 취지로 주장하고 있으므로, 이 사건 심판의 대상은 원칙적으로 법원의 재판인 위 항소심 판결에 한정된다고 할 것이다. 다만 청구인의 위와 같은 주장은 확정된 외국판결에 대하여는 일사부재리원칙이 적용되지 않음에 따라 청구인의 기본권이 침해되었다는 취지로도 이해할 수 있으므로, 현행 법령상 외국에서 확정판결을 받은 자에 대하여는 일사부재리원칙이 적용되지 않는다거나 거듭 처벌이 허용된다는 법률조항이 있는 경우에는 그 법령까지도 이 사건 심판대상으로 삼을 여지는 있다고 할 것이다.

나. 그런데 대한민국 헌법 제13조 제1항 후문에서 규정한 일사부재리원칙은 동일한 재판권에 속하는 경우의 규정으로 해석되므로(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2366 판결 참조), 대한민국 국민이 동일한 범죄에 대하여 외국에서 처벌받은 경우에 대한민국에서 다시 처벌하는 것이 헌법 제13조 제1항 후문에 의하여 금지된다고 볼 수는 없는 것이고, 달리 외국에서 확정판결을 받은 자에 대하여도 일사부재리의 원칙이 적용된다거나 거듭 처벌이 허용되지 않는다는 내용의 법률조항은 물론 그와 반대되는 내용의 법률조항도 찾을 수 없다(일본 형법은 제5조 본문에서 ‘외국에서 확정판결을 받은 자라 하더라도 동일한 행위에 관하여 재차 처벌하는 것을 방해하지는 않는다.’고 규정하면서 같은 조 단서에서 ‘외국에서 언도된 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 때에는 형의 집행을 필요적으로 감경 또는 면제한다.’고 규정하고 있다). 따라서 청구인의 위와 같은 주장은 결국 위 항소심 법원의 대한민국 헌법 제13조 제

1항 후문의 일사부재리원칙의 적용범위에 관한 해석, 즉 외국판결은 우리나라에서는 기판력이 없어 일사부재리의 원칙이 적용될 수 없다는 위 항소심 판결을 닮하는 것에 불과한 것이라 할 것이고, 위 항소심 판결 이외에 달리 이 사건 심판의 대상으로 삼을 법률조항이 존재하는 것도 아니다.

다. 한편 형법 제7조는 ‘범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.’고 규정하고 있다. 그런데 청구인은 이 사건 심판청구서에서 형법 제7조를 헌법소원심판의 대상으로 기재한 바 없는데다가, 형법 제7조는 형의 임의적 감면사유를 규정한 것일 뿐 일사부재리원칙이나 거듭 처벌에 관한 근거조항이 될 수는 없는 것이어서 형법 제7조의 존재나 그 위헌 여부와는 무관하게 외국에서 확정판결을 받은 청구인에 대하여 거듭 처벌이 가능한 것이므로, 형법 제7조를 이 사건 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수는 없다 할 것이다.

라. 또한 헌법재판소는 기존의 선례에서 법령소원 사건의 경우에 심판대상조항과 동일한 심사척도와 법리가 적용된다거나 서로 필연적인 연관관계가 있다거나 그 적용의 전제가 되는 경우 등에 있어서 다른 법령조항에까지 심판대상을 확장하였을 뿐, 이 사건과 같이 재판취소를 구하는 헌법소원의 경우에 있어 그 심판대상을 재판에 적용된 법률조항으로까지 확장하지는 않았으므로, 형법 제7조에까지 이 사건 심판대상을 확장할 수도 없다 할 것이다.

마. 뿐만 아니라 이 사건에서 청구인이 형법 제7조를 심판대상으로 하여 헌법소원을 청구한 것이라면, 그 헌법소원은 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여는 임의적 변경이 아닌 필요적 면제 또는 필요적 형기산입조항을 두어야 한다는 내용의 부진정입법부작위에 관한 헌법소원의 형식을 취하여야 할 것인데 그와 같은 헌법소원은 이 사건 재판소원과는 본질적으로 차이가 있는 것이다. 나아가 설사 이 사건에서 청구인이 형법 제7조에 대한 법령소원을 제기한 것으로 본다면 하더라도, 청구인은 늦어도 형 면제 또는 필요적 형기산입이 이루어지지 않은 1심 판결을 선고받은 2006. 7. 25.경 기본권 침해사유를 알게 되었다고 할 것이어서 2007. 1. 12. 제기된 이 사건 심판청구는 90일의 청구기간을 도과한 것이므로, 형법 제7조에 대한 심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없는 것이다.

바. 따라서 형법 제7조는 이 사건 심판의 대상이 될 수 없으므로, 이 사건 심판의 대상은 법원의 재판인 위 항소심 판결에 한정될 수밖에 없는 것

판례집 20-2(하)



이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 건설기술관리법 시행령 [별표 1] 제1호 위헌확인

(2008. 11. 27. 2007헌마389 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 별도로 국가기술자격법에 의한 기사·산업기사의 자격을 취득하지 않으면 초급기술자에서 중급 이상의 기술자로 기술등급이 승급되지 않도록 한 개정 건설기술관리법 시행령 조항이 건설기술 학력·경력자인 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 시행령 조항이 신뢰보호의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 건설기술자제도는 자격제도의 하나이고 입법자에게는 그 자격요건을 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려하여 재량에 따라 정할 수 있는 입법형성권이 인정되므로 이 사건 심판대상조항의 위헌성 심사는 입법자가 건설기술자의 자격요건을 정함에 있어 입법형성권을 자의적으로 행사하여 합리적인 입법한계를 일탈하였는지 여부를 살피면 족하다.

아무런 검정절차 없이 일정한 학력·경력과 일정한 건설공사업무 수행기간을 충족하였다는 이유만으로 중급 이상의 건설기술자자격을 부여하는 것은 필연적으로 실질적인 자격에 대한 의문과 함께 국가기술자격법에 의한 기술자격자와의 형평 문제를 야기할 수 밖에 없고, 결국 건설기술자제도에 대한 전반적인 신뢰를 떨어뜨리는 계기가 될 수 있다.

이러한 문제들은 일정한 등급 이상의 건설기술자 자격을 공적인 검정절차를 통한 자격 취득과 건설공사업무에 대한 경력이라는 두 가지 요건을 모두 갖춘 자에게만 부여하는 방법으로 해결할 수 밖에 없으므로, 비록 건설기술관련 학과의 소정의 과정을 이수·졸업하고 일정한 기간 건설공사업무를 수행한 경력이 있다고 하더라도 중급 이상의 건설기술자자격을 부여하기 위하여는 일정한 시험을 통한 능력의 검증이 필요하다는 입법자의 판단이 합리성을 결여한 것으로

판례집 20-2(하)

볼 수 없고, 청구인의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하고 있다고 할 수도 없다.

2. 헌법적 신뢰보호는 개개의 국민이 어떠한 경우에도 ‘실망’을 하지 않도록 하여 주는 데까지 미칠 수는 없는 것이며, 입법자는 구법 질서가 더 이상 그 법률관계에 적절하지 못하며 합목적적이지도 아니함에도 불구하고 그 수혜자군을 위하여 이를 계속 유지하여 줄 의무는 없다.

구 건설기술관리법 시행령에 의한 학력·경력자에 대한 중급 이상 기술자자격 부여는 헌법상 보장된 기본권에 기초한 권리가 아니므로 입법정책의 변화에 따라 언제든지 변경될 수 있고, 청구인의 신뢰는 헌법적으로 보호할 가치가 있는 신뢰에 해당하지 않으며, 청구인의 신뢰는 합목적적이지 못한 구법질서에 터잡은 것으로서 그나마 확정적인 것도 아니어서 그 보호의 필요성이 크지 않은 반면 공익적 요청은 기존의 불합리한 제도를 개선하기 위한 것으로서 청구인의 신뢰보호라는 사익보다 우선되어야 한다.

**【심판대상조문】**

건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정된 것) 제4조(건설기술자의 범위) 법 제2조 제8호에서 “대통령령이 정하는 자”라 함은 별표 1에서 정하는 자를 말한다.

[별표 1] 건설기술자의 범위

1. 건설기술자의 기술등급 및 인정범위

기술 등급	기술자격자	학력·경력자
특 급 기술자	· 기술사	
고 급 기술자	· 기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자로서 10년 이상 건설공사업무를 수행한 자	
중 급 기술자	· 기사의 자격을 취득한 자로서 4년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자	

기술 등급	기술자격자	학력·경력자
초 급 기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 기사의 자격을 취득한 자</li> <li>· 산업기사의 자격을 취득한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 석사 이상의 학위를 취득한 자</li> <li>· 학사학위를 취득한 자로서 1년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 전문대학을 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 고등학교를 졸업한 자로서 5년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 건설교통부장관이 정하는 교육기관에서 1년 이상 건설기술 관련 교육과정을 이수한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>

비 고 :

- 가. “기술자격자”는 「국가기술자격법」의 기술자격종목 중 제3호에 따른 직무분야의 기술자격을 취득한 자를 말하며, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.
- 나. “학력·경력자”는 다음의 어느 하나에 해당하는 자를 말하며, 해당 전공학과의 범위, 교육기관, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.
- (1) 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 따른 해당 학교에서 건설기술 관련 학과의 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자
  - (2) 그 밖의 관계 법령에 따라 국내 또는 외국에서 (1)과 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자
  - (3) 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정하는 교육기관에서 소정의 건설기술 관련 교육과정을 이수한 자
- 다. “건설공사업무를 수행한 자”는 건설 관련 해당 분야에서 계획·설계·조사·설계감리·시공·품질관리·시험·검사·공사감독·감리·유지관리·사업관리 또는 연구업무 등 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정하는 업무를 수행한 자와 공병병과·시설병과 또는 측지분야병과에서 복무한 자를 말한다.
- 라. 건설기술자 중 측량기술자(「측량법」 제2조 제2호 내지 제4호에 따른 기본측량·공공측량 또는 일반측량에 종사하는 자에 한한다)의 기술등급 및 인정범위에 관하여 측량법령에서 따로 정하고 있는 경우에는 가목 내지 다목에 불구하고 측량법령의 규정에 따른다.

2.~ 3. 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제15조

건설기술관리법(1997. 1. 13. 법률 제5287호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~ 7. 생략

8. “건설기술자”라 함은 국가기술자격법등 관계법률에 의한 건설공사 또는 건설기술용역에 관한 자격을 가진 자와 일정한 학력 또는 경력을 가진 자(이하 “학력·경력자”

판례집 20-2(하)

라 한다)로서 대통령이 정하는 자를 말한다.

건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호) 부칙 제1조(시행일) 이 영은 2007년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제35조의2·제61조 제1항 제15호의3 및 별표 1의 개정규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호) 제3조(건설기술자의 범위 및 기술등급에 관한 경과조치) ① 이 영 시행 전에 법 제6조의2 제1항에 따라 경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관에게 신고하여 건설기술자의 기술등급을 인정받은 자는 별표 1의 개정규정에 따른 건설기술자의 기술등급을 보유한 것으로 본다.

② 이 영 시행 후 종전의 규정에 따른 기술자격 또는 학력·경력을 가진 자(종전의 [별표 1] 비교란 다목에 해당하는 자를 제외한다)가 이 영 시행 전까지의 경력·학력 및 자격 등을 2007년 8월 31일까지 건설교통부장관에게 신고한 경우로서 종전의 규정에 따른 기술등급을 인정받은 경우에는 별표 1의 개정규정에 의한 건설기술자의 기술등급을 보유한 것으로 본다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 건설기술자의 기술등급을 인정받은 자중 법 제6조의2 제1항에 따라 경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관에게 신고하여 다음 표에 의한 상위등급 요건에 충족되나, 제7조 제3항 제1호 나목의 전문교육을 이수하지 아니한 자가 2008년 2월 29일까지 전문교육을 이수(제7조 제3항 제1호 가목의 교육을 이수하지 아니한 자는 그 교육을 이수한 후 동호나목의 전문교육을 이수하여야 한다)한 경우에는 별표 1의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 따른 상위 기술등급의 건설기술자로 본다.

[표 생략]

④ 이 영 시행 전에 종전의 [별표 1] 비교란 다목에 따라 건설교통부장관이 정한 경력자에 대한 경력 및 기술능력 인정방법 등에 따라 신청한 자가 이 영 시행일부터 1년 이내에 다음 표에 의한 기술등급을 인정받은 경우에는 [별표 1]의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 의한 기술등급의 건설기술자로 본다.

[표 생략]

⑤ 이 영 시행 전에 종전의 규정에 따른 건설기술관련 자격종목중 전자분야의 공업계측 제어기사나 공업계측산업기사, 광업자원분야의 지하수기사나 지하수산업기사의 자격을 취득하고 2007년 8월 31일까지 건설교통부장관에게 신고한 자는 [별표 1]의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 따른 당해 건설기술 관련 자격이 있는 것으로 본다.

구 건설기술관리법 시행령 제4조(건설기술자의 범위) 법 제2조 제8호에서 “대통령령이 정하는 자”라 함은 별표 1에서 정하는 자를 말한다.

[별표 1] 건설기술자의 범위

1. 건설기술자의 기술등급 및 인정범위

기술등급	기술자격자	학력·경력자	경력자
특급기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 기술사</li> <li>· 기사의 자격을 취득한 자로서 10년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 산업기사의 자격을 취득한 자로서 13년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 박사학위를 취득한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 석사학위를 취득한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 학사학위를 취득한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 전문대학을 졸업한 자로서 15년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 고등학교를 졸업한 자로서 18년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	
고급기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 산업기사의 자격을 취득한 자로서 10년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 박사학위를 취득한 자로서 6년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 석사학위를 취득한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	
		<ul style="list-style-type: none"> <li>· 전문대학을 졸업한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 고등학교를 졸업한 자로서 15년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	
중급기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 기사의 자격을 취득한 자로서 4년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 산업기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 석사학위를 취득한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 학사학위를 취득한 자로서 6년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 전문대학을 졸업한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 학사 이상의 학위를 취득한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 전문대학을 졸업한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 고등학교를 졸업한 자</li> </ul>

판례집 20-2(하)

기술등급	기술자격자	학력·경력자	경력자
		사업무를 수행한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자	로서 15년 이상 건설공사업무를 수행한 자
초급기술자	· 기사의 자격을 취득한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자	· 석사학위를 취득한 자 · 학사학위를 취득한 자 · 전문대학을 졸업한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자	· 학사 이상의 학위를 취득한 자로서 또는 전문대학을 졸업한 자로서 5년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 건설공사업무를 10년 이상 수행한 자

비고

- 가. “기술자격자”는 「국가기술자격법」의 기술자격종목 중 제3호의 규정에 의한 직부분야의 기술자격을 취득한 자를 말하며, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관이 정한다.
- 나. “학력·경력자”는 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 의한 해당학교에서 건설기술관련학과의 소정의 과정을 이수하고 졸업하거나 기타 관계법령에 의하여 국내 또는 외국에서 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자를 말하며, 해당전공학과의 범위, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관이 정한다.
- 다. “경력자”는 건설기술관련 자격·학력이 없는 자 중 건설관련 해당분야의 경력과 소정의 기술능력을 가진 자를 말하며, 경력자에 대한 경력 및 기술능력인정방법은 건설교통부장관이 정한다.
- 라. “건설공사업무를 수행한 자”는 건설관련 해당분야에서 계획·설계·조사·설계감리·시공·품질관리·시험·검사·공사감독·감리·유지관리·사업관리 또는 연구업무 등 건설교통부장관이 정한 업무를 수행한 자와 공병병과·시설병과 또는 측지분야병과에서 복무한 자를 말한다.
- 마. 건설기술자 중 측량기술자(「측량법」 제2조 제2호 내지 제4호의 규정에 의한 기본측량·공공측량 또는 일반측량에 종사하는 자에 한한다)의 기술등급 및 인정범위에 관하여 측량법령에서 따로 정하고 있는 경우에는 가목 내지 라목의 규정에 불구하고 측량법령의 규정에 의한다.

2.~3. 생략

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350  
 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 345

헌재 2008. 11. 27. 2007헌마389

2. 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 683

헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910

헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-1, 175, 195

## 【당 사 자】

청 구 인 이○원

대리인 법무법인 한결

담당변호사 전성우 외 1인

## 【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2002. 2. 22. ○○대학 건축과를 졸업하고, 같은 해 4. 15.경부터 불교텔레비전사옥 신축공사의 건축설계업무 등 건설공사업무를 2년 이상 수행한 건설기술관리법상 초급기술자이다.

(2) 구 건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정되기 전의 것) 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’에 의하면 청구인과 같은 학력·경력자는 기사·산업기사의 자격을 취득하지 않더라도 일정기간 건설공사업무를 수행하면 중급 이상의 기술자로 승급할 수 있었다.

그런데 2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’가 개정되면서 청구인과 같은 학력·경력자는 별도로 기사·산업기사의 자격을 취득하지 않는 한 초급기술자에서 더 이상 기술등급이 승급되지 아니하게 되었다.

(3) 이에 청구인은 2007. 3. 28. 위와 같은 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’의 개정에 의하여 직업의 자유 등을 침해받았다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

판례집 20-2(하)

청구인은 건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정된 것) 제4조(건설기술자의 범위) 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’ 전체를 심판의 대상으로 삼고 있으나, 청구인의 주장에 비추어 볼 때 ‘학력·경력자’의 기술등급 및 인정범위만이 문제되고, ‘기술자격자’의 기술등급 및 인정범위는 문제되지 않으므로, 이 사건 심판의 대상은 건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정된 것) 제4조(건설기술자의 범위) 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’ 중 ‘학력·경력자에 대한 부분’(이하 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)으로 한정함이 상당하다. 이 사건 심판대상조항은 다음과 같고, 관련규정은 [별지 1]과 같다.

[심판대상조항]

건설기술관리법 시행령 제4조(건설기술자의 범위) 법 제2조 제8호에서 “대통령령이 정하는 자”라 함은 [별표 1]에서 정하는 자를 말한다.

[별표 1] 제1호(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정된 것)

건설기술자의 범위(제4조 관련)

1. 건설기술자의 기술등급 및 인정범위

기술 등급	기술자격자	학력·경력자
특급 기술자	· 기술사	
고급 기술자	· 기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수 행한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자 로서 10년 이상 건설공사업 무를 수행한 자	
중급 기술자	· 기사의 자격을 취득한 자로서 4년 이상 건설공사업무를 수행 한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자 로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자	

기술 등급	기술자격자	학력·경력자
초급 기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 기사의 자격을 취득한 자</li> <li>· 산업기사의 자격을 취득한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 석사 이상의 학위를 취득한 자</li> <li>· 학사학위를 취득한 자로서 1년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 전문대학을 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 고등학교를 졸업한 자로서 5년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>· 건설교통부장관이 정하는 교육기관에서 1년 이상 건설기술 관련 교육과정을 이수한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>

비 고

가. “기술자격자”는 「국가기술자격법」의 기술자격종목 중 제3호에 따른 직무분야의 기술 자격을 취득한 자를 말하며, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.

나. “학력·경력자”는 다음의 어느 하나에 해당하는 자를 말하며, 해당 전공학과의 범위, 교육기관, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.

- (1) 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 따른 해당 학교에서 건설기술 관련 학과의 소정의 과정을 이수하고 졸업한 자
- (2) 그 밖의 관계 법령에 따라 국내 또는 외국에서 (1)과 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자
- (3) 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정하는 교육기관에서 소정의 건설기술 관련 교육과정을 이수한 자

다. “건설공사업무를 수행한 자”는 건설 관련 해당 분야에서 계획·설계·조사·설계감리·시공·품질관리·시험·검사·공사감독·감리·유지관리·사업관리 또는 연구업무 등 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정하는 업무를 수행한 자와 공병병과·시설병과 또는 측지분야병과에서 복무한 자를 말한다.

라. 건설기술자 중 측량기술자(「측량법」 제2조 제2호 내지 제4호에 따른 기본측량·공공측량 또는 일반측량에 종사하는 자에 한한다)의 기술등급 및 인정범위에 관하여 측량 법령에서 따로 정하고 있는 경우에는 가목 내지 다목에 불구하고 측량법령의 규정에 따른다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

[별지 2]와 같다.

3. 건설기술자 자격제도

가. 건설기술자의 정의와 분류

건설산업기본법 제2조 제12호는 “건설기술자라 함은 건설공사에 관한 기술 또는 기능을 가진 자로서 관계 법령에서 그 기술이나 기능이 인정된 자를 말

한다.”라고 규정하고 있고, 건설기술관리법 제2조 제8호는 “건설기술자라 함은 국가기술자격법 등 관계 법률에 의한 건설공사 또는 건설기술용역에 관한 자격을 가진 자와 일정한 학력 또는 경력을 가진 자(이하 학력·경력자라 한다)로서 대통령이 정하는 자를 말한다.”고 규정하고 있으며, 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1]에서 건설기술자의 기술등급을 특급기술자, 고급기술자, 중급기술자, 초급기술자로 구분하여 각 등급별로 기술자격자와 학력·경력자의 경우 필요한 최소한의 자격, 학력과 경력을 정하고 있고, 건설기술관련 직분분야를 기계, 금속, 전기, 전자, 토목, 건축, 광업자원, 국토개발, 안전관리, 환경, 상업용용, 교통 등으로 나누고, 각 직분분야별로 등급을 기술사, 기사, 산업기사로 구분하여 각 등급 해당자가 할 수 있는 직무를 규정하고 있다.

나. 건설기술자 관련 법령의 규정

(1) 건설업자는 건설공사의 시공관리 기타 기술상의 관리를 하게 하기 위하여 대통령이 정하는 바에 의하여 건설공사의 현장에 건설기술자 1인 이상을 배치하여야 하고(건설산업기본법 제40조 제1항), 건설공사의 현장에 배치하여야 하는 건설기술자는 당해 공사의 공중에 상응하는 건설기술자이어야 하며, 당해 건설공사의 착수와 동시에 배치하여야 한다(건설산업기본법 시행령 제35조 제1항). 이와 같이 건설기술자를 건설현장에 지정 배치토록 한 것은 건설공사의 시공을 효율적으로 관리하고 건설공사를 안전하고 적정하게 시공함으로써 부실공사를 방지하기 위한 것이다.

(2) 국토해양부장관(건설교통부는 2008. 2. 29. 정부조직법 개정으로 국토해양부로 변경되었다)은 건설기술자가 자기의 성명을 사용하여 다른 사람에게 건설공사 또는 건설기술용역업무를 수행하게 하거나 건설기술경력증을 대여한 때, 건설공사를 성실하게 시공하지 아니함으로써 당해 건설공사의 주요구조부가 현저하게 손상되었거나 공중에 위해를 끼친 때 또는 시설물의 내구성 저하될 우려가 있을 때, 시방기준에 미달하거나 부적합한 규격의 건설자재를 사용함으로써 시설물의 내구성 저하될 우려가 있을 때 등의 경우에는 1년 이내에 기간을 정하여 건설공사 또는 건설기술용역업무를 수행을 정지할 수 있다(건설기술관리법 제6조의4 제1항).

(3) 건설기술관리법 시행령 제38조 제1항은 “발주청은 …… 건설기술용역을 발주할 때에는 이에 참여하는 건설기술자의 능력, 사업의 수행실적, 신용도 등을 종합적으로 고려한 사업수행능력 평가기준에 따라 평가하여 입찰에

참가할 자를 선정하여야 한다.”라고 규정하고, 국토해양부 ‘업무수행능력평가서 작성지침 및 평가기준’에 의하면 국토해양부는 입찰참가자 자격 사전심사에 있어서 참여기술자 항목을 별개의 심사항목으로 선정하고 참여기술자의 기술등급에 따라 차등하여 배점, 평가하고 있다.

(4) 건설산업기본법 시행령 제13조 관련 [별표 2] ‘건설업의 등록기준’에 의하면 일정 규모 이상의 자본금(법인 5억 원 이상, 개인 10억 원 이상)을 가진 건설공사를 등록하기 위해서는 건축분야의 건축기사 또는 건축분야의 중급기술자 이상인 자 2인을 포함한 해당분야 건축분야 건설기술자 5인 이상의 건설기술인력이 요구된다.

다. 건설기술자 자격제도의 변천

(1) 구 건설기술관리법(1995. 1. 5. 법률 제4921호로 개정되기 전의 것) 제2조 제5호는 “건설기술자라 함은 국가기술자격법에 의한 토목·건축 등 건설분야의 기술계 기술자격취득자로서 대통령령이 정하는 자를 말한다.”라고 규정하여 국가기술자격법에 의한 국가기술자격자만을 건설기술자로 인정하고 있었고, 구 건설기술관리법 시행령(1995. 8. 4. 대통령령 제14744호로 개정되기 전의 것) 제4조(건설기술자의 범위)는 “법 제2조 제5호에서 대통령령이 정하는 자라 함은 [별표 1]에서 정하는 자를 말한다.”라고 규정하고, 제4조 관련 [별표 1]에서는 건설기술자의 종류 및 등급을 기술사, 기사1급, 기사2급으로만 분류하고, 건설기술분야를 토목, 건축, 기계, 국토개발, 안전관리, 교통으로 분류하고 있었다.

(2) 그러나 구 건설기술관리법(1995. 1. 5. 법률 제4921호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5287호로 개정되기 전의 것) 제2조 제5호는 “건설기술자라 함은 국가기술자격법에 의한 토목·건축 등 건설분야의 기술계·기능계 기술자격취득자 및 일정한 학력 또는 경력을 가진 자로서 대통령령이 정하는 자를 말한다.”라고 규정하여, 국가기술자격법에 의한 국가기술자격취득자 이외에 학력·경력자를 건설기술자로 새로 인정하게 되었다.

이에 따라 구 건설기술관리법 시행령(1995. 8. 4. 대통령령 제14744호로 개정되고, 2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정되기 전의 것) 제4조 관련 [별표 1]은 건설기술자의 기술등급을 초급기술자, 중급기술자, 고급기술자, 특급기술자로 구분하고, 기술자를 “기술자격자”, “학력·경력자”, “경력자”로 나눈 후에 기술자격자의 경우 기사·산업기사의 자격을 가진 자를 초급기술자로 하되, 일정한 기간 건설공사업무를 수행하면 중급기술자, 고급기술자뿐만

판례집 20-2(하)

아니라 기술사와 같은 등급인 특급기술자로 승급할 수 있도록 하였다.

그리고 학력·경력자의 경우에는 석사학위를 취득한 자, 학사학위를 취득한 자, 전문대학을 졸업한 자, 고등학교를 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자는 기술자격자가 아니라도 초급기술자로 하고, 일정한 기간 건설공사업무를 수행하면 중급기술자, 고급기술자뿐만 아니라 기술사와 같은 등급인 특급기술자로 승급할 수 있었고, 경력자의 경우에는 학사 이상의 학위를 취득한 자로서 또는 전문대학을 졸업한 자로서 5년 이상 건설공사업무를 수행한 자, 고등학교를 졸업한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자, 건설공사업무를 10년 이상 수행한 자는 기술자격자가 아니라도 초급기술자로 하고, 일정한 기간 건설공사업무를 수행하면 중급기술자까지 승급할 수 있도록 하였다.

(3) 그런데 학력·경력기술자제도의 도입으로 건설기술자의 공급과잉현상이 발생하고, 일정한 학력·경력이 있으면 아무런 검정절차없이 국가기술자격법에 의한 기술자와 동등한 대우를 하게 됨으로써 기술자 자격의 실효성이 저하되는 등의 문제점이 발생하였다.

이에 대통령은 2004. 5. 24. 「인정기술사 제도 개선, 기술사 제도의 전문성과 실효성 제고, 고급기술자격의 국제 통용성 제고 등 기술사 제도 개선방안 마련」을 관계기관에 지시하였고, 교육과학기술부(과학기술부는 2008. 2. 29. 정부조직법 개정으로 교육과학기술부로 변경되었다)와 노동부는 2005. 3.부터 4.까지 기술사 제도개선관련 조정협의를 통하여 기술사 제도의 소관부처 일원화 등에 관하여 협의하였고, 한편 국무조정실 「인적자원개발/연구개발기획단」은 2004. 12.부터 2005. 3.까지 민·관 합동 「자격제도개선분과위원회」를 설치하여 기술사제도개선방안에 관하여 논의하고, 2005. 4. 1. 기술사 제도개선방안에 대한 공청회를 개최한 후, 2005. 7.부터 9.까지 교육과학기술부, 국토해양부 등 관련부처와 협의를 거쳐 2005. 9. 개선방안을 수립하였다.

위 개선방안의 내용은 ‘기술등급별로 초급을 제외한 중급·고급·특급기술자에 해당하는 학력·경력기술자는 더 이상 배출되지 않도록 하되 이미 배출된 학력·경력기술자의 법적 지위는 계속 인정하고, 초급·중급·고급·특급 등의 기술자 등급은 존치하되, 학력·경력기술자의 연한경과에 따른 승급은 불허한다.’는 것이었고, 이를 위하여 관련부처는 건설기술관리법, 전력기술관리법, 정보통신공사법, 소방시설공사법 등의 개정을 추진하기로 하였다.

이에 국토해양부는 1995년 학력·경력 건설기술자제도 도입 이후 기술자의

공급과잉으로 인한 수급불균형 해소 및 우수 건설기술인력의 육성을 통한 국가기술 경쟁력 강화를 위해 학력·경력자는 초급기술자로만 인정하고 연한경과에 따른 중급·고급·특급으로의 승급은 불허하되, 그 때까지 배출된 학력·경력 건설기술자의 기술등급(법적 지위)은 유지하고 학력·경력자가 중급, 고급기술자로 승급하기 위해서는 기사·산업기사의 자격을 취득하도록 하며, 기술자격자 중 기술사에 한해 특급기술자로 인정하고, 기사·산업기사는 고급까지만 승급토록 하는 내용으로 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호를 개정하였다.

#### 4. 판 단

##### 가. 직업선택의 자유 침해 여부

(1) 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”고 규정함으로써 직업의 자유를 보장하고 있다. 이러한 직업의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다.

의사·한의사나 치과의사와 같이 국민의 생명과 건강을 다루는 직업의 경우와 변호사·변리사나 건축사 등과 같이 전문적 지식과 기술을 가져야만 직업을 원활히 수행할 수 있다고 판단되는 직업에 대해 실시되고 있는 자격제도는 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 공익목적을 위하여 국회가 제정한 법률로 전면적으로 금지시켜 놓은 다음 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것이다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 344 ; 헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543 참조). 따라서 입법자는 실질적으로 당해 직업의 업무를 원활히 수행하는데 충분한 능력과 지식 등을 갖춘 것으로 인정되는 사람이면 모두에게 자격을 부여하여야 하는 것이 원칙이다.

그러나 이러한 자격제도를 시행함에 있어 각각의 직업에 어떤 자격요건을 설정할 것인가는 입법자의 재량사항으로 보아야 한다. 자격제도를 만들면서 그 업무에 실질적으로 필요한 자격요건이 무엇인가 하는 것은 그 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서, 이러한 점에 대한 판단·선택은 헌법재판소에서 가능하기보다는 입법자에게 맡겨두는 것이 옳다고 생각되기 때문이다. 따라서 그러한 범위에서 입법자에게 입법형성권이 인정된다. 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 위헌 문제가 생길 수 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌

판례집 20-2(하)

마152, 판례집 13-2, 338, 345 ; 헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350 참조).

(2) 구 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’는 석사학위를 취득한 자, 학사학위를 취득한 자, 전문대학을 졸업한 자와 고등학교를 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자 등 학력·경력자에게 초급기술자의 자격을 인정해 주고, 이러한 학력·경력이자 일정한 기간 건설공사업무를 수행하면 별도의 검정절차없이 중급, 고급, 특급기술자로 승급할 수 있었으므로 건설기술관련 전문대학을 졸업하여 초급기술자가 된 청구인은 일정한 기간 건설공사업무를 수행하기만 하면 별다른 검정절차 없이 중급, 고급, 특급기술자로서의 직업을 가질 수 있었다. 그러나 이 사건 심판대상조항에서 학력·경력의 중급, 고급, 특급기술자로의 승급이 삭제됨으로써 청구인은 중급 이상의 기술자로서의 직업을 선택하여 수행함에 있어 불이익을 받고 있어 직업선택의 자유를 침해받고 있는지 여부가 문제된다.

한편 건설기술자제도는 자격제도의 하나이고 입법자에게는 그 자격요건을 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려하여 재량에 따라 정할 수 있는 입법형성권이 인정되므로 이 사건 심판대상조항의 위헌성 심사는 입법자가 건설기술자의 자격요건을 정함에 있어 입법형성권을 자의적으로 행사하여 합리적인 입법한계를 이탈하였는지 여부를 살펴보면 족하다.

(3) 건설기술자 자격제도는 건설기술자업무에 필요한 능력과 자질을 갖춘 것으로 확인된 자들에게만 자격을 인정하여 건설기술수준의 향상과 건설공사시행의 적정을 기하고 건설공사의 품질과 안전을 확보하여 공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(건설기술관리법 제1조).

구 건설기술관리법 시행령에서는 일정한 학력과 경력을 갖춘 자에게는 검정절차 없이 초급기술자의 자격을 부여하고 있었을 뿐만 아니라 아무런 검정절차 없이 중급, 고급, 특급기술자로의 승급까지도 인정하고 있었다. 이는 건설경기의 활황과 책임감리제 도입으로 인한 기술자 수요는 급증한 반면 기술자자격자가 부족하여 불법 자격대여행위가 만연하자 건설기술자의 공급부족을 해소하기 위한 방편이었다.

그러나 능력과 자질에 대한 검정 없이 자격을 부여하는 것은 국가기술자격법에 의한 기술자격자와 비교하여 형평에 반하다는 비판과 함께 건설기술자, 특히 기술사와 같은 취급을 받는 특급기술자의 과도한 공급초과 현상의 발생,

건설기술자에 대한 공신력의 저하, 학력·경력기술자제도로 인한 국가기술자 자격제도의 위축과 고급기술 취득노력의 저하현상 등의 문제를 야기하였다. 따라서 학력·경력기술자에게 초급기술자의 자격은 부여하되, 중급, 고급, 특급 기술자로의 자동승급부여제도를 폐지하고, 원칙적으로 국가기술자격법에 의한 검정절차를 통하여 기사·산업기사의 자격을 취득한 자에게만 중급, 고급 기술자로의 승급을 인정하고 국가기술자격법에 의한 검정절차를 통하여 기술사의 자격을 취득한 자만을 특급기술자로 인정하도록 한 이 사건 심판대상조항은 건설기술자 자격제도의 목적에 부합한다고 할 것이다.

(4) 건설기술자는 건설공사의 적정하고 안정적인 시공을 위하여 공사현장에 반드시 배치되도록 함으로써 국민의 재산권 등 권리를 보호하는 건설전문가이다. 이에 따라 건설기술관리법 제6조는 국토해양부장관으로 하여금 건설기술인력의 효율적 활용과 기술능력의 향상을 위하여 건설기술자의 관리와 교육훈련 등에 관한 시책을 수립·추진토록 하고 있고, 제6조의2는 건설기술자는 건설공사 또는 건설기술용역업무에 종사할 때에는 국토해양부장관에게 신고하도록 하고 있으며, 제6조의3에서 건설기술자는 자기의 성명을 사용하여 다른 사람에게 건설공사 또는 건설기술용역업무를 수행하거나 건설기술경력증을 대여하지 못하도록 규정하고 있다.

물론 건설기술관련 학과의 소정의 과정을 이수하고 졸업하거나 기타 관계 법령에 의해 이와 동등한 학력이 있고, 일정기간 건설공사업무를 수행한 학력·경력자의 경우 어느 정도 건설공사업무 전반에 걸친 지식과 능력을 갖추고 있다고 할 것이다.

그러나 중급 이상의 건설기술자업무를 수행하는 데에 필수적인 전문지식과 능력에 대한 다른 검정절차 없이 일정한 학력·경력과 일정한 건설공사업무 수행기간을 충족하였다는 이유만으로 중급 이상의 건설기술자 자격을 부여하는 것은 필연적으로 실질적인 자질에 대한 의문과 함께 국가기술자격법에 의한 기술자격자와의 형평 문제를 야기할 수 밖에 없고, 결국 건설기술자제도에 대한 전반적인 신뢰를 떨어뜨리는 계기가 될 수 있다.

이러한 문제들은 일정한 등급 이상의 건설기술자 자격을 공적인 검정절차를 통한 자격 취득과 건설공사업무에 대한 경력이라는 두 가지 요건을 모두 갖춘 자에게만 부여하는 방법으로 해결할 수밖에 없으므로, 비록 건설기술관련 학과의 소정의 과정을 이수·졸업하고 일정한 기간 건설공사업무를 수행한 경력이 있다고 하더라도 중급 이상의 건설기술자 자격을 부여하기 위하여

판례집 20-2(하)

는 일정한 시험을 통한 능력의 검증이 필요하다는 입법자의 판단이 합리성을 결여한 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

(5) 이 사건 심판대상조항으로 인하여 청구인이 중급 이상의 건설기술자의 직업을 선택하는데 있어서 건설기술관리법 시행령의 개정 전에 비하여 불이익을 받고 있는 점은 인정된다. 그러나 청구인은 국가기술자격법에 정해진 검정절차에 따라 기사·산업기사의 자격을 취득하고 건설공사업무경력을 쌓으면 중급 이상의 건설기술자 자격을 취득할 수 있으므로, 이 사건 심판대상조항에 의하여 청구인이 직업선택의 자유를 지나치게 제한받고 있다고 할 수는 없다.

(6) 그렇다면 이 사건 심판대상조항에 의하여 청구인이 중급 이상 건설기술자의 직업선택에 불이익을 받고 있다 하더라도 이것이 합리성을 결여한 자의적인 입법으로서 청구인의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하고 있다고 보기는 어렵다.

나. 신뢰보호의 원칙 위반 여부

(1) 헌법상 법치국가의 원리로부터 신뢰보호의 원리가 도출된다. 법률의 개정 시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 원칙상 허용될 수 없다.

그러나 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수 밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에서는 이해관계의 상충이 불가피하다. 그러므로 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호되는 것이 아니라, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 의하여 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호할 필요성이 인정되어야 한다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 683 ; 헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910 참조). 즉, 헌법적 신뢰보호는 개개의 국민이 어떠한 경우에도 ‘실망’을 하지 않도록 하여 주는 데까지 미칠 수는 없는 것이며, 입법자는 구법질서가 더 이상 그 법률관계에 적절하지 못하며 합목적적이지도 아니함에도 불구하고 그 수혜자군을 위하여 이를 계속 유지하여 줄 의무는 없다 할 것이다(헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-1, 175, 195 ; 헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910 참조).

(2) 이 사건의 경우 청구인이 일정한 기간 건설공사업무를 수행하면 구 건설기술관리법 시행령에 따라 중급 이상 기술자자격을 부여받을 것이라는 기대를 가졌을 것이다. 그러나 구 건설기술관리법 시행령에 의한 학력·경력기술자에 대한 중급 이상 기술자자격 부여는 헌법상 보장된 기본권에 기초한 권리가 아니므로 입법정책의 변화에 따라 언제든지 변경될 수 있다. 따라서 이 사건의 경우에 청구인의 신뢰가 헌법적으로 보호할 가치가 있는 신뢰에 해당한다고 보기 어렵다.

설사 청구인의 중급 이상 기술자자격 부여에 대한 기대가 보호할 가치가 있는 신뢰이익에 해당한다고 하더라도, 이 사건의 경우에는 이를 제한할 만한 충분한 공익적 요청이 존재할 뿐만 아니라, 청구인의 신뢰이익의 침해정도도 필요최소한도에 그치고 있다.

즉, 구 건설기술관리법 시행령에 의한 학력·경력자에 대한 중급 이상 기술자자격부여는 국가기술자격법에 의한 기술자격자와의 관계에서 형평의 문제, 자질이 검증되지 않고 일정한 경력만으로 기술등급의 승급이 이루어짐으로써 중급 이상 기술자에 대한 신뢰의 문제, 중급 이상 기술자의 공급과잉의 문제, 국가기술자격법에 의한 기술자격취득의 기피현상 등을 초래하였으므로, 국가 기술자격자와의 형평성의 제고 및 건설기술자에 대한 공신력의 제고, 그리고 고급기술 취득노력 저하현상의 해결을 위하여, 학력·경력기술자에 대한 중급 이상 기술자자격 부여를 제한한 것이다. 이처럼 청구인의 신뢰는 합목적적이지 못한 구법질서에 터잡은 것으로서 그나마 확정적인 것도 아니어서 그 보호의 필요성이 크지 않은 반면, 위와 같은 공익적 요청은 기존의 불합리한 제도를 개선하기 위한 것으로서 청구인의 신뢰보호라는 개인적인 사익보다는 우선되어야 하는 것이다.

(3) 더욱이 개정된 이 사건 심판대상조항은 학력·경력자를 여전히 초급기술자로 인정하고 있고, 시행령 부칙 제3조 제2항에서 '이 영 시행 전까지의 경력·학력 및 자격 등을 2007. 8. 31.까지 국토해양부장관에게 신고한 경우로서 종전의 규정에 따른 기술등급을 인정받은 경우에는 [별표 1]의 개정규정에 의한 건설기술자의 기술등급을 보유한 것으로 본다.'고 규정하여, 연한 경과에 따른 중급, 고급, 특급기술자로의 승급은 불허하되, 지금까지 배출된 학력·경력기술자의 기술등급은 유지토록 하고 있다. 또한 시행령 부칙 제3조 제3항에서 '경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 국토해양부장관에게 신고하여 상위등급 요건에 충족되나, 승급교육을 이수하지 아니한 자

판례집 20-2(하)

에 대하여 2008. 2. 29.까지 교육을 이수한 경우 종전의 규정에 따른 상위 기술등급의 건설기술자로 본다'고 규정하였다.

이처럼 6개월의 신고유예기간과 1년간의 승급교육 이수기간을 통해 종전 규정에 의한 기술등급을 부여받을 수 있도록 경과규정을 둬으로써 학력·경력자의 신뢰보호를 위하여 상당한 배려를 하고 있다.

(4) 결국 이 사건에 있어서 청구인의 신뢰는 헌법적으로 보호할 만한 신뢰라고 하기에는 미흡할 뿐 아니라, 설사 그것이 보호가치가 있다 하더라도 공익적 요청에 미치지 못하므로, 이 사건 심판대상조항이 신뢰보호의 원칙을 위반하였다고 할 수 없다.

다. 평등권의 침해 여부

(1) 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 '본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 취급해야 한다는 것을 의미한다. 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 상대적·실질적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적인 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 2001. 6. 28. 99헌마516 판례집 13-1, 1393, 1406 ; 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24 참조).

(2) 청구인은 이 사건 심판대상조항이 ① 학력·경력자를 기술자격자에 비하여 부당하게 차별 취급하고 있고, ② 건설기술 분야에서의 학력·경력자를 감리 또는 엔지니어링기술 분야에서의 학력·경력자에 비하여 차별 취급하고 있다고 주장한다. 또한 건설분야 학력·경력자 중에서도 박사학위를 취득한 자, 석사학위를 취득한 자, 학사나 전문학사를 취득한 자, 고등학교를 졸업한 자는 그 교육기간이나 전문지식의 범위와 깊이가 명백히 다름에도 불구하고 모두 동등하게 초급기술자로 인정함으로써, 고험력·경력자들을 부당하게 취급하고 있다고 주장한다.

그러나 ① 국가자격기술법에 의한 검정절차를 통과한 기술사·기사·산업기사 등 기술자격자와 아무런 검정절차를 거치지 않고 단지 건설기술관련 학과 소정의 과정을 이수하고 졸업한 후 일정기간 건설공사업무를 수행한 학력·경력자는 본질적으로 같은 비교집단이 될 수 없고, ② 건설기술분야 학력·경력자와 감리 분야나 엔지니어링기술 분야의 학력·경력자 또한 본질적으로 같은 비교집단이 될 수 없으므로, 이들을 다르게 취급한다고 하여 부당한 차별이라고 할 수 없다. 또한 건설분야 학력·경력자 중 박사학위를 취득한 자,

석사학위를 취득한 자, 학사나 전문학사를 취득한 자, 고등학교를 졸업한 자는 비록 학력에 있어서는 차이가 있지만 모두 국가기술자격법에 따른 검정 절차를 거치지 않은 자라는 점에서는 본질적으로 같은 집단이라고 할 것이므로 이들을 같게 취급한다고 하여 부당한 차별이라고 할 수도 없다.

5. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지 1] 관련규정

건설기술관리법(1997. 1. 13. 법률 제5287호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

8. “건설기술자”라 함은 「국가기술자격법」 등 관계 법률에 의한 건설공사 또는 건설기술용역에 관한 자격을 가진 자와 일정한 학력 또는 경력을 가진 자(이하 “학력·경력자”라 한다)로서 대통령령이 정하는 자를 말한다.

건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호) 부칙 제1조(시행일) 이 영은 2007년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제35조의2·제61조 제1항 제15호의3 및 [별표 1]의 개정규정은 2007. 3. 1.부터 시행한다.

제3조(건설기술자의 범위 및 기술등급에 관한 경과조치) ① 이 영 시행 전에 법 제6조의2 제1항에 따라 경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관(국토해양부장관)에게 신고하여 건설기술자의 기술등급을 인정받은 자는 [별표 1]의 개정규정에 따른 건설기술자의 기술등급을 보유한 것으로 본다.

② 이 영 시행 후 종전의 규정에 따른 기술자격 또는 학력·경력을 가진 자(종전의 [별표 1] 비고란 다목에 해당하는 자를 제외한다)가 이 영 시행 전까지의 경력·학력 및 자격 등을 2007년 8월 31까지 건설교통부장관(국토해양부장관)에게 신고한 경우로서 종전의 규정에 따른 기술등급을 인정받은 경우에는 [별표 1]의 개정규정에 의한 건설기술자의 기술등급을 보유한 것으로 본다.

판례집 20-2(하)

로 본다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 건설기술자의 기술등급을 인정받은 자 중 법 제 6조의2 제1항에 따라 경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관(국토해양부장관)에게 신고하여 다음 표에 의한 상위등급 요건에 충족되나, 제7조 제3항 제1호 나목의 전문교육을 이수하지 아니한 자가 2008년 2월 29일까지 전문교육을 이수(제7조 제3항 제1호 가목의 교육을 이수하지 아니한 자는 그 교육을 이수한 후 동호 나목의 전문교육을 이수하여야 한다)한 경우에는 [별표 1]의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 따른 상위기술등급의 건설기술자로 본다.

[표 생략]

④ 이 영 시행 전에 종전의 [별표 1] 비고란 다목에 따라 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한 경력자에 대한 경력 및 기술능력 인정방법 등에 따라 신청한 자가 이 영 시행일로부터 1년 이내에 다음 표에 의한 기술등급을 인정받은 경우에는 [별표 1]의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 의한 기술등급의 건설기술자로 본다.

[표 생략]

건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호로 개정되기 전의 것)

[별표 1]

건설기술자의 범위(제4조 관련)

1. 건설기술자의 기술등급 및 인정범위

기술등급	기술자격자	학력·경력자	경력자
특급 기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>기술사</li> <li>기사의 자격을 취득한 자로서 10년 이상 건설공사 업무를 수행한 자</li> <li>산업기사의 자격을 취득한 자로서 13년 이상 건설공사 업무를 수행한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>박사학위를 취득한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>석사학위를 취득한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>학사학위를 취득한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>전문대학을 졸업한 자로서 15년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> <li>고등학교를 졸업한 자로서 18년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	
고급 기술자	<ul style="list-style-type: none"> <li>기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>박사학위를 취득한 자</li> <li>석사학위를 취득한 자로서 6년 이상 건설공사업무를 수행한 자</li> </ul>	

기술등급	기술자격자	학력·경력자	경력자
	· 산업기사의 자격을 취득한 자로서 10년 이상 건설공사업무를 수행한 자	· 학사학위를 취득한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 전문대학을 졸업한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 15년 이상 건설공사업무를 수행한 자	
중급 기술자	· 기사의 자격을 취득한 자로서 4년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자	· 석사학위를 취득한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 학사학위를 취득한 자로서 6년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 전문대학을 졸업한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자	· 학사 이상의 학위를 취득한 자로서 9년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 전문대학을 졸업한 자로서 12년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 15년 이상 건설공사업무를 수행한 자
초급 기술자	· 기사의 자격을 취득한 자 · 산업기사의 자격을 취득한 자	· 석사학위를 취득한 자 · 학사학위를 취득한 자 · 전문대학을 졸업한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자	· 학사 이상의 학위를 취득한 자로서 또는 전문대학을 졸업한 자로서 5년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 고등학교를 졸업한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자 · 건설공사업무를 10년 이상 수행한 자

비고

- 가. “기술자격자”는 「국가기술자격법」의 기술자격종목 중 제3호의 규정에 의한 직분분야의 기술자격을 취득한 자를 말하며, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.
- 나. “학력·경력자”는 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 의한 해당학교에서 건설기술관련학과의 소정의 과정을 이수하고 졸업하거나 기타 관계법령에 의하여 국내 또는 외국에서 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자를 말하며, 해당전공학과의 범위, 경력인정방법 및 절차 등은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.
- 다. “경력자”는 건설기술관련 자격·학력이 없는 자 중 건설관련 해당분야의 경력과 소정의 기술능력을 가진 자를 말하며, 경력자에 대한 경력 및 기술능력인정방법은 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한다.
- 라. “건설공사업무를 수행한 자”는 건설관련 해당분야에서 계획·설계·조사·설계감리·시공·품질관리·시험·검사·공사감독·감리·유지관리·사업관리 또는 연구업무 등 건설교통부장관(국토해양부장관)이 정한 업무를 수행한 자와 공병병과·시설병과 또는 측지분야병과에서 복무한 자를 말한다.
- 마. 건설기술자 중 측량기술자(「측량법」 제2조 제2호 내지 제4호의 규정에 의한 기본측량·공공측량 또는 일반측량에 종사하는 자에 한한다)의 기술등급 및 인정범위에 관하여 측량법령에서 따로 정하고 있는 경우에는 가목 내지 라목의 규정에 불구하고 측량법령의 규정에 의한다.

판례집 20-2(하)

[별지 2] 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 건설공사업무를 2년 이상 수행한 건설기술관리법상 초급기술자로서 2006. 12. 29. 개정되기 전의 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’에 의하면 앞으로 6년 남짓한 기간 건설공사업무를 더 수행할 경우 중급기술자의 자격을 취득하게 된다.

그런데 2006. 12. 29. 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 ‘건설기술자의 기술등급 및 인정범위’가 개정되어 청구인을 비롯한 학력·경력자는 초급기술자에서 더 이상 기술등급이 승급되지 않고, 새로이 진입하는 학력·경력자는 모두 초급기술자등급에 편입되게 된다.

(2) 국가, 지방자치단체 및 일반 기업은 대부분 건설과 관련한 시공사 선정 및 인력 채용에 있어 기술인력의 건설기술등급을 주요한 기준으로 삼고 있다. 또한 건축공사업 등 일정 규모 이상의 자본금을 가진 건설업을 등록하기 위해서는 중급기술자 이상인 자 중 2인 이상을 포함한 해당분야 건설기술자 6인 이상의 기술인력이 요구된다. 그런데 개정 기준으로 인해 청구인은 중급 이상의 기술등급을 취득하지 못하게 됨에 따라 건설업에 수십 년 종사하여 전문적인 기술을 취득하더라도 중급 이상의 건설기술등급을 취득하지 못하게 되고, 그에 따라 건설업을 등록하는 것은 물론, 건설업을 등록하고자 하는 기업에 취업을 하는 것 역시 중대한 제한을 받게 되었다.

그리고 건설업자는 공사예정금액의 규모가 20억 원 이상인 경우 기사 또는 산업기사 자격을 취득한 자나 중급 이상의 기술등급을 가진 자를 건설현장에 배치하여야 하는데, 개정기준으로 인해 청구인은 수십 년 동안 건설업에 종사하여 전문적인 기술능력을 갖추더라도 중급 이상의 기술등급은 취득하지 못하게 됨에 따라 관련 건설기업에 건설기술자로 취업하는 것이 사실상 불가능하게 되었다.

결국 청구인의 직업의 자유는 개정기준으로 인해 중대하게 제한되었다고 할 것이고, 개정기준은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업의 자유를 침해하는 위헌적인 공권력의 행사이다.

(3) 개정기준을 시행하면서 부칙 제3조에서 일정한 유예조치를 마련하고 있으나, 개정기준 시행일인 2006. 12. 29. 전까지 전문교육 이수 외의 조건을 충족하지 못하여 상위 자격등급을 받지 못한 학·경력자들은 기사 등 자격을 취득하는 외에 상위 등급을 받을 수 있는 가능성이 봉쇄되어 신뢰보호원칙에

도 위반된다.

청구인의 경우 중급 이상 기술자로서 건설산업분야에 종사하려는 기대를 갖고 2년 이상 관련 업무를 수행하여 왔는데, 개정기준에 의하면 부칙의 유예 규정에도 불구하고 기사 등 기술자격을 취득하지 못할 경우 중급 이상의 기술자가 될 수 없게 되었다.

(4) 개정기준에 의해 청구인을 비롯한 학력·경력자들은 기사, 기술사 등 기술자격자와는 달리 초급기술자의 자격만을 인정받게 되므로, 개정기준은 기술자격자와 학력·경력자를 부당하게 차별취급하고 있다.

기술자격자와 학력·경력자간의 기술등급 인정문제는 건설기술 분야에만 국한된 것이 아니고, 엔지니어링 기술자, 감리원 등의 경우에는 여전히 학력·경력자가 학위를 취득하고 일정기간 관련 실무에 종사한 경우 기술자격자와 마찬가지로 중급 이상의 기술자격을 부여하고 있다. 따라서 개정기준은 건설분야의 학력·경력자들을 다른 분야의 학력·경력자와 부당하게 차별취급하고 있다.

개정기준은 석사 이상의 학위를 취득한 자, 학사학위를 취득한 자로서 1년 이상 건설공사업무를 수행한 자, 전문대학을 졸업한 자로서 3년 이상 건설공사업무를 수행한 자, 고등학교를 졸업한 자로서 5년 이상 건설공사업무를 수행한 자, 건설교통부장관이 정하는 교육기관에서 1년 이상 건설기술 관련 교육과정을 이수한 자로서 7년 이상 건설공사업무를 수행한 자를 모두 동일하게 초급기술자로 인정하고 있다. 그러나 박사학위를 취득한 자, 석사학위를 취득한 자, 학사나 전문학사를 취득한 자는 교육기간이나 전문지식의 범위와 깊이가 명백히 다르다 할 것임에도 개정기준은 박사학위를 취득하고 수십 년간 건설공사업무를 수행한 자도 초급기술자로 인정하여, 고등학교 교육조차 받지 않은 자가 건설교통부장관이 정하는 교육기관에서 1년 이상 건설기술 관련 교육과정을 이수하고, 7년 이상 건설공사업무를 수행한 경우와 동일하게 초급기술자로 취급하고 있다. 또한 같은 학력을 가진 자간에도 관련 업무에 종사한 기간에 관계없이 동일하게 취급하고 있다.

나. 건설교통부장관(국토해양부장관)의 의견요지

(1) 1995년 이전에는 국가기술자격자만을 건설기술자를 인정하였으나 건설경기의 활황과 책임감리제 도입으로 기술자 수요는 급증한 반면 기술자격자는 부족하여 불법 기술자격대행위가 만연하여 부실공사의 주요원인으로 작용하였다. 이에 건설기술자의 공급부족을 해소하고 부실공사 방지를 위해 실

판례집 20-2(하)

제 공사에 참여하는 학력·경력을 가진 자에 대한 제도적 관리가 필요하다는 정책적 판단에 따라 1995. 1. 5. 건설기술관리법을 개정하고, 1995. 8. 4. 건설기술관리법 시행령을 개정하여 국가기술자격자 외에 일정한 학력·경력자를 건설기술자로 인정하게 되었다.

(2) 그러나 국가경쟁력 강화를 위하여 고도의 전문지식과 실무경험을 보유한 산업현장의 최고자격자인 기술사를 체계적으로 양성·활용할 필요성이 증대되었고, 또한 학력·경력기술자제도는 별도의 검정절차없이 업무경력만으로 중급, 고급, 특급으로 등급이 상승할 수 있어 시간경과에 따라 특급 등 상위 등급 기술자가 계속 증가함으로써 등급구조의 불균형을 초래하였고 특급 기술자의 공급과잉현상이 발생하였다. 뿐만 아니라 기술사·기사·산업기사 등 어렵게 국가기술자격시험에 응시하여 자격증을 취득하지 않고도 특급기술자까지 상승할 수 있는 학력·경력기술자제도로 인하여 특급기술자인 기술사 자격의 실효성이 저하되고, 기술자의 학습노력 저감현상이 심화되고 국가기술자격제도 자체의 실효성이 없게 되었다.

이에 1995년 학력·경력 건설기술자제도 도입 이후 기술자의 공급과잉으로 인한 수급불균형 해소 및 우수 건설기술인력의 육성을 통한 국가기술 경쟁력 강화를 위해 학력·경력자는 초급기술자로만 인정하고 연한경과에 따른 중급·고급·특급으로의 승급은 불허하되, 그 때까지 배출된 학력·경력 건설기술자의 기술등급(법적 지위)은 유지토록 하며, 기술자격자 중 기술사에 한해 특급기술자로 인정하고, 기사·산업기사는 고급까지만 승급토록 하는 내용으로 2006. 12. 29. 건설기술관리법 시행령 제4조 관련 [별표 1] 중 제1호를 개정하게 되었고, 이와 같이 학력·경력기술자의 기술등급을 초급으로 제한한 것은 공익적인 목적을 갖는 것으로서 목적의 정당성이 인정된다.

건설기술관리법 시행령을 개정하면서 부칙 제1조에 개정규정은 2007. 3. 1. 부터 시행하며, 부칙 제3조 제2항에 '이 영 시행 전까지의 경력·학력 및 자격 등을 2007. 8. 31.까지 건설교통부장관에게 신고하여 종전규정에 따른 기술등급을 인정받은 경우에는 [별표 1]의 개정규정에 의한 건설기술자의 기술등급을 보유한 것으로 본다.'라는 경과규정을 마련하였고, 아울러 부칙 제3조 제3항에서 경력·학력 및 자격 등의 관리에 필요한 사항을 건설교통부장관에게 신고하여 상위등급 요건에 충족되나, 승급교육을 이수하지 아니한 자에 대하여 2008. 2. 29.까지 교육을 이수할 경우 종전의 규정에 따른 상위 기술등급을 부여받을 수 있도록 하였다. 이처럼 6개월의 신고유예기간 및 1년간의 승급교

육 이수기간을 통해 종전 규정에 의한 기술등급을 부여받을 수 있도록 최소한의 경과조치를 두었으므로 신뢰보호의 원칙에 위반하지 않는다.

(3) 헌법 제22조 제2항, 국가기술자격법 제14조 등은 여러 면에서 기술자격 취득자를 우대함으로서 학력·경력자 등 일반기술자와는 합리적으로 차별하고 있고 기술등급 인정제한이 건설기술자의 전문성을 강화하기 위한 입법목적 달성을 위한 것으로서 그 합리성이 인정되어 학력·경력자의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.

또한 건설기술자뿐만 아니라 정보통신기술자, 측량기술자, 전력기술자, 감리원 등 학력·경력기술자 제도를 운영하고 있는 부처별로 소관 법령 개정을 완료하였거나 또는 현재 개정을 추진 중에 있으므로 건설기술 분야 학력·경력자가 다른 분야 학력·경력자와 비교해 부당한 차별을 받고 있다고 할 수 없다.

그리고 개정기준은 학력·경력기술자의 범위에 분명히 학력에 따라 건설공사업무 수행기간을 달리하여 학력과 경력을 합쳐 8년이 경과한 때부터 초급기술자로 인정하고 있으므로, 학력·경력 초급기술자 상호간에 부당한 차별도 없다.

## 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제25조의2 등 위헌확인

(2008. 11. 27. 2007헌마860 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 행위의무조항과 별도로 규정되어 있는 과태료의 제재규정에 대한 헌법소원의 적법 여부(소극)
2. 영화관 관람객이 입장권 가액의 100분의 3을 부담하도록 하고 영화관 경영자는 이를 징수하여 영화진흥위원회에 납부하도록 강제하는 내용의 영화상영관 입장권 부과금 제도가 영화관 관람객의 재산권 및 영화관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 위 2.항과 같은 영화상영관 입장권 부과금 제도가 영화관 관람객 및 영화관 경영자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 위헌결정의 정족수에 이르지 못하여 기각결정을 선고한 사례

### 【결정요지】

1. 영화관 경영자의 부과금 징수·납부의무 불이행에 대한 과태료의 제재 규정은 과태료 부과처분 및 이에 대한 이의시의 과태료 재판이라는 구체적 집행행위를 예정하고 있으며, 청구인들은 영화관 경영자에게 부과금의 징수 및 납부의무의 이행을 강제한다는 것만을 다투고 있을 뿐, 과태료라는 제재가 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등은 주장하지 않고 있으므로 행위의무조항과 별도로 규정된 과태료의 제재규정은 기본권침해의 직접성이 없다.

2. 가. 재판관 이강국, 재판관 김중대, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 기각의견

영화관 관람객이 입장권 가액의 100분의 3을 부담하도록 하고 영화관 경영자는 이를 징수하여 영화진흥위원회에 납부하도록 강제하는 내용의 영화상영관 입장권 부과금 제도는, 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전의 토대를 구축하

기 위한 영화발전기금의 안정적 자원 마련이라는 정당한 입법목적을 위한 것으로 헌법적으로 정당화되는 재정조달목적 부담금으로서 위와 같은 목적 달성에 적합한 수단이다.

즉 영화예술의 진흥과 한국영화산업의 발전이라는 공적 과제는 반드시 조세에 의하여만 재원이 조달되어야만 하는 국가의 일반적 과제라기보다 관련된 특정 집단으로부터 그 재원이 조달될 수 있는 특수한 공적 과제의 성격을 가진다. 그리고 영화상영관 관람객은 영화라는 단일 장르의 예술의 향유자로서 집단적 동질성이 있고, 영화예술의 진흥 발전에 객관적 근접성이 있으며, 영화발전기금의 지출 용도는 영화의 장기적 발전에 기여하는 내용으로 그 기금의 집행을 통한 궁극적인 이익은 영화산업의 소비자인 관람객에게 돌아간다는 점에서 집단적 책임성 및 집단적 효용성도 인정되므로 위와 같은 공적 과제에 대하여 특별히 밀접한 관련성이 있는 집단이다. 따라서 이들을 부과금의 납부의무자로 정한 입법자의 선택이 현저히 불합리하다고 볼 수는 없으며, 이 사건 부과금은 부담금관리기본법에 따라 그 징수의 타당성 및 적정성에 대하여 국회의 지속적 통제를 받으므로 재정에 대한 민주적 통제체계로부터 이탈하는 수단으로 남용될 위험성도 크지 않다.

한편 영화상영관 경영자에게 관람객과 가까이 있다는 이유로 부과금 징수 및 납부의무를 부담시킨 것은 부과금의 납부의무자가 불특정 다수의 관람객이라는 점에서 그 징수 업무의 효율성을 달성하기에 합리적인 수단이다.

또한 관람객이 부담하는 실제 부담액이 입장권 가액의 100분의 3에 불과하여 과다하지 아니하고, 부과금의 모금 기간을 2007. 7. 1.부터 2014. 12. 31.까지 7년 6개월로 법정하여 한시적으로 정하였으며, 영화관 경영자에 대하여는 부과금 징수 과정에서 그 미납에 대하여 의견을 진술할 기회를 주도록 되어 있고, 애니메이션영화·소형영화·단편영화 또는 영화진흥위원회가 인정하는 예술영화를 연간 상영 일수의 100분의 60 이상 상영하는 전용상영관에 대하여는 징수·납부의무를 면제하는 등 그 피해를 최소화하고 있다.

그리고 이와 같은 정도로 제한되는 관람객의 재산권과 영화관 경영자의 직업수행의 자유에 비하여 한국영화의 발전 및 영화산업의

진흥이라는 공익이 결코 작다고 할 수 없어 법익의 균형성 또한 인정된다.

그러므로 영화상영관 입장권에 대한 부과금 제도는 과잉금지원칙에 반하여 영화관 관람객의 재산권과 영화관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

나. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 위헌의견

영화상영관 입장권에 대한 부과금 제도는 영화 예술의 진흥이라는 국가의 문화적 책무의 수행과 한국영화산업의 발전이라는 산업적·경제적인 정책의 추구를 목적으로 하고 있는바, 이는 영화라는 단일 장르에 대한 지원이라는 특별한 정책적 필요에 의한 것으로서 조세의 경우와 달리 특정의 관련된 집단으로부터만 그 재원을 조달할 수 있는 특수한 공적 과제에 해당한다.

그러나 영화관 관람객은 이러한 공적 과제에 대하여 특별히 밀접한 관련성이 있는 집단이 아니다. 즉 대중문화인 영화의 관람은 우연한 일시적 사정일 뿐 그 관람객이 역사적·사회적·법적으로 동질성 있는 특정 집단은 아니며, 영화는 일상적으로 용이하게 접근 가능하므로 국민 중 누구를 영화 예술의 진흥에 더 근접하다고 할 수 없고, 특히 영화라는 특정 산업의 진흥에 직접적 근접성 및 책임성과 효용성이 인정되는 집단은 그 산업의 종사자들이지 불특정 다수의 소비자가 아니므로 영화관 관람객을 책임 있는 집단으로 선정한 것은 합리성이 결여되어 있는 것이며, 현재의 납부의무자와 집단적 동질성이 없는 장래의 관람객에게 기대되는 간접적 이익만으로 집단적 효용성이 있다고 보기도 어렵다. 또한 부담금의 징수 및 집행 과정에 관한 입법자의 통제가 있다는 점은 납부의무자 집단이 공적 과제에 대하여 특별히 밀접한 관련성을 가져야 한다는 요건과는 별개의 문제이다.

따라서 영화관 입장권에 대한 부과금 제도는 재정조달목적 부담금의 헌법적 허용 한계를 벗어난 것이므로 입법목적 달성을 위하여 적절치 못한 방법을 선택한 것으로, 과잉금지원칙을 위반하여 영화관 관람객의 재산권 및 영화관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하였다.

3. 가. 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 목영

### 준의 기각의견

영화상영관 입장권 부과금 제도는 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화 요건을 갖추었으며 영화상영관 관람객은 영화의 본래적·전형적 소비자인 점에서 이들에게 일반 국민들, 특히 다른 문화영역을 향유하는 사람들과 다른 특별한 재정책임을 지우는 것은 합리적 근거가 있다.

또한 위와 같은 영화산업의 특수성과 부과금 부과 효율적 집행이라는 측면에서 볼 때 영화상영관 경영자에게 특별히 부과금의 징수 및 납부의무를 지우는 것 역시 합리적 근거가 있는 것이므로, 이는 영화상영관 경영자를 다른 사업자, 특히 영화 이외의 문화산업을 영위하는 사람들과 자의적으로 차별하는 것이 아니다.

나. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 위헌의견

영화상영관 입장권 부과금은 재정조달목적 부담금으로서 그 부과 목적인 특수한 공적 과제와 특별히 밀접한 관련성이 인정되지 않는 영화관 관람객을 납부의무자로 하여 조세 외의 재정책임을 지우고 있으므로, 합리적 근거가 없이 영화상영관 관람객과 이외의 일반 국민들, 특히 문학, 음악, 미술 등 다른 문화 영역에서의 소비자를 차별하는 것이다.

또한 위와 같이 합리성이 결여되어 있는 부과금 부과 집행을 위해 영화상영관 경영자에게 강제적으로 그 징수 및 납부의무를 지우고 있으므로, 이는 자의적으로 영화상영관 경영자를 다른 사업자, 특히 영화 이외의 문화산업을 영위하는 사람들과 차별하는 것이다.

4. 이 사건 심판청구 중 영화관 경영자의 부과금 징수·납부의무 불이행에 대한 과태료의 제재 규정에 대한 부분은 부적법하므로 각 하하여야 한다는 데에 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었고, 영화상영관 입장권 부과금 제도에 관한 부분에 대하여는 재판관 4인이 기각의견을, 재판관 5인이 위헌의견을 표시하여 헌법에 위반된다는 의견이 다수이기는 하나, 이로써 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호의 재판관의 수에 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로 기각결정을 선고한다.

판례집 20-2(하)

**【심판대상조문】**

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제25조의2(부과금의 징수) ① 영화진흥위원회는 한국영화의 발전 및 영화·비디오물산업의 진흥을 위하여 영화상영권(비상설상영장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 입장권 가액의 100분의 5 이하의 범위에서 대통령령이 정하는 부과금을 징수할 수 있다.

② 영화상영권 경영자는 관람객으로부터 제1항의 규정에 따른 부과금을 수납하여 이를 영화진흥위원회에 납부하여야 한다.

③~④ 생략

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제98조(과태료) ① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제25조의2 제2항의 규정을 위반하여 부과금을 납부하지 아니한 자  
 1의2.~9. 생략

③ 생략

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제99조(과태료의 부과·징수절차) ① 제98조의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 “부과권자”라 한다)이 부과·징수한다.

②~④ 생략

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호로 개정된 것) 제9조의4(입장료에 대한 부과금 등) ① 법 제25조의2 제1항에 따른 부과금(이하 “부과금”이라 한다)의 부과 대상 및 금액은 다음 각 호와 같다.

1. 부과 대상 : 법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 영화를 연간 상영일수의 100분의 60 이상을 상영하는 전용상영권을 제외한 영화상영권(비상설상영장을 포함한다. 이하 이 조에서 “부과 대상 영화상영권”이라 한다)

2. 부과 금액 : 부과 대상 영화상영권 입장권 가액의 100분의 3

② 부과 대상 영화상영권 경영자는 매월 말일까지 징수한 부과금을 다음 달 20일까지 영화진흥위원회에 납부하여야 한다.

③~⑤ 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제54조 제1항, 제113조 제1항

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ① 생략

② 재판부는 중국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 재판관 6인이상의 찬성이 있어야 한다.

헌재 2008. 11. 27. 2007헌마860

1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우

2. 생략

부담금관리기본법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “부담금”이라 함은 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세외의 금전지급의무를 말한다.

부담금관리기본법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제3조(부담금설치의 제한) 부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.

부담금관리기본법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제7조(부담금운용종합보고서의 국회제출 등) ① 부담금을 규정하고 있는 법률의 소관 중앙행정기관의 장(이하 “부담금의 소관 중앙행정기관의 장”이라 한다)은 매년 전년도 부담금의 부과실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용보고서를 작성하여 기획재정부장관에게 제출하여야 한다.

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

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

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 영화 및 비디오물의 질적 향상을 도모하고 영상산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화생활 향상과 민족문화의 창달에 이바지함을 목적으로 한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제23조(기금의 설치 등) ① 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전을 위하여 영화발전기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② 기금은 제4조의 규정에 따른 영화진흥위원회가 관리·운용하되, 독립된 회계로 따로 계리하여야 한다.

③ 기금의 관리·운용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제24조(기금의 조성) 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 정부의 출연금

2. 개인 또는 법인으로부터의 기부금품

3. 제25조의2의 규정에 따른 영화상영관 입장권에 대한 부과금

4. 기금의 운용으로 생기는 수익금

5. 그 밖에 대통령이 정하는 수입금

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제25조(기금의 용도) ① 기금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 위하여 사용하여야

판례집 20-2(하)

한다.

1. 한국영화의 창작·제작 진흥 관련 지원
2. 영상 전문투자조합 출자
3. 한국영화의 수출 및 국제교류 지원
4. 소형영화·단편영화의 제작 지원
5. 영화상영관 시설의 보수·유지 및 개선 지원
6. 영화진흥위원회가 인정하는 영화 관련 단체 및 시민단체의 영화 관련 사업 지원
7. 한국예술영화의 발전과 관련한 사업 지원
8. 영상문화의 다양성·공공성 증진과 관련한 사업 지원
9. 비디오산업의 진흥과 관련한 사업 지원
10. 장애인 등 소외계층의 영화향수권 신장을 위한 사업 지원
11. 기금의 조성·운용 및 관리에 필요한 경비
12. 그 밖에 영화산업 및 비디오산업의 진흥을 위한 사업으로서 영화진흥위원회에서 필요하다고 의결한 사업 지원

② 제1항 제12호의 사업에 집행될 수 있는 기금의 액수는 연간 기금 집행 액수의 100분의 15를 초과할 수 없다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제25조의2(부과금의 징수) ①~② 생략

③ 제2항의 규정에 따라 영화상영관 경영자가 수납한 부과금을 납부하는 때에는 부과금 수납부 사본 등 부과금 수납과 관련된 자료를 영화진흥위원회에 제출하여야 한다.

④ 부과금의 징수방법·납부시기 및 부과금 수납 관련 자료 제출 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제38조(전용상영관에 대한 지원) ① 문화관광부장관은 청소년 관객의 보호와 영화예술의 확산 등을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 영화를 연간 상영일수의 100분의 60 이상을 상영하는 영화상영관(이하 “전용상영관”이라 한다)을 지원할 수 있다.

1. 한국영화
2. 애니메이션영화·소형영화·단편영화 또는 영화진흥위원회가 인정하는 예술영화
3. 청소년관람가영화(제29조 제2항 제1호 내지 제3호에 해당하는 영화를 말한다)

② 전용상영관의 지원에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 이 법 시행 전에 제23조의 개정규정에 따른 영화발전기금의 설치·운영에 필요한 준비를 할 수 있으며, 제25조의2의 개정규정은 2007년 7월 1일부터 시행한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 부칙 제2조(유효기간) 제25조의2의 개정규정은 2014년 12월 31일까지 효력을 가진다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 부칙

헌재 2008. 11. 27. 2007헌마860

제3조(영화진흥금고에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 영화진흥위원회가 관리·운영하고 있는 영화진흥금고의 채권·채무 그 밖의 권리·의무는 이 법에 따라 영화진흥위원회가 관리·운영하는 영화발전기금에 귀속된다. 다만, 부칙 제1조의 규정에 불구하고 부칙 제5조 제2항의 규정에 따라 기금운용계획안을 국회에 제출하여 심의·의결되기 전까지는 종전의 규정에 따른 영화진흥금고를 관리·운영할 수 있다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 부칙 제6조(다른 법률의 개정) ① 국가재정법 일부를 다음과 같이 개정한다.

별표 2에 제59호를 다음과 같이 신설한다.

59. 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」

② 부담금관리기본법 일부를 다음과 같이 개정한다.

[별표]에 제119호를 다음과 같이 신설한다.

119. 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제25조의2의 규정에 따른 부과금

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호로 개정된 것) 제9조의4(입장료에 대한 부과금 등) ①~② 생략

③ 부과 대상 영화상영관 경영자가 부과금을 징수하여 납부하려는 경우에는 현금으로 납부하거나 영화진흥위원회의 위원장이 정하는 정보통신망을 이용한 전자화폐 또는 전자결제 등의 방법으로 납부하여야 한다.

④ 부과 대상 영화상영관 경영자는 문화관광부령으로 정하는 매월의 부과금수납내역서에 부과금 수납을 증명하는 서류를 첨부하여 다음 달 20일까지 영화진흥위원회에 제출하여야 한다. 다만, 영화진흥위원회가 법 제39조 제1항에 따른 영화상영관입장권 통합전산망을 통하여 확인할 수 있는 경우에는 부과금 수납을 증명하는 서류를 첨부하지 아니할 수 있다.

⑤ 영화진흥위원회는 이 영에서 정한 것 외에 부과금 징수절차 등에 관하여 필요한 사항을 정하려는 경우에는 문화관광부장관의 승인을 받아 부과금징수규정을 정하여야 하고, 이를 시행하기 전에 인터넷 홈페이지 등에 미리 공고하여야 한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호로 개정된 것) 부칙 이 영은 2007년 4월 27일부터 시행한다. 다만, 제9조의4의 개정규정은 2007년 7월 1일부터 시행한다

## 【참조판례】

1. 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 382  
헌재 2006. 11. 30. 2004헌마431, 공보 122, 1356, 1359
2. 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830-831  
헌재 1999. 10. 21. 97헌바84, 판례집 11-2, 433, 453-454  
헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 102  
헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2하, 367, 380-381  
헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 26-28, 37



법 시행령 제9조의4 제1항, 제2항에 의하면, 부과금 부과대상 영화상영관에 입장하는 관람객은 그 입장권 가액의 100분의 3에 해당하는 금액을 부과금으로 더 납부하여야 영화를 관람할 수 있고, 영화상영관 경영자는 그 부과금을 매월 말일까지 징수하여 다음 달 20일까지 영화진흥위원회에 납부하여야 하며, 만약 이를 납부하지 아니한 경우에는 문화체육관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장으로부터 1천만 원 이하의 과태료를 부과 받도록 하고 있다.

이에 청구인들은 위와 같이 영화발전기금의 재원 마련을 위하여 영화 관람객의 부과금 납부와 이에 대한 영화상영관 경영자의 징수 및 납부를 강제하고 있는 위 법령조항들은, 부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 관람객이나 영화상영관 경영자의 재산권을 침해하고 평등의 원칙에 반하며, 영화상영관 경영자에 대해서는 직업수행의 자유마저 침해한다고 주장하면서 2007. 7. 27. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판대상은 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률’이라 한다) 제25조의2 제1항 및 제2항, 제98조 제2항 제1호, 제99조 제1항과 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 시행령’이라 한다) 제9조의4 제1항 및 제2항의 위헌 여부로서 영화상영관 경영자에게 관람객으로부터 부과금을 징수하여 영화진흥위원회에 납부하도록 하는 한편 그 납부 의무를 위반할 경우의 과태료 부과를 규정한 조항들이다.

(2) 청구인들은 이 사건 헌법소원심판청구서에서 이 사건 법률 제25조의2 전체에 대한 위헌확인을 구하고 있으나, 그 주장 전체의 취지에 의하면 부과금 징수·납부의무의 직접적 근거조항인 같은 조 제1항 및 제2항의 위헌 여부만이 문제되므로 심판대상은 이 부분으로 한정함이 상당하다.

또한 청구인들은 구체적인 부과금의 부과 대상 및 금액을 정하고 있는 이 사건 시행령 제9조의4 제1항 중에서 ‘부과 금액’에 관한 제2호에 대하여만 위헌확인을 구하고 있으나, ‘부과 대상’에 관한 같은 항 제1호 역시 심판대상조항인 위 법률 조항의 위임에 따라 정한 것으로서 이에 해당하는 영화상영관의 입장권 가액이 부과금의 부과 및 그 액수의 논리적 전제가 되므로, 이 사건 시행령 제9조의4 제1항에 관하여는 제2호 뿐만 아니라 제1호를 포함한 같

판례집 20-2(하)

은 항 전체의 위헌 여부를 심판대상으로 삼는다.

이 사건 심판대상조항은 다음과 같으며, 관련 법령은 [별지 1] 기재와 같다.

[심판대상조항]

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제25조의2(부과금의 징수) ① 영화진흥위원회는 한국영화의 발전 및 영화·비디오물산업의 진흥을 위하여 영화상영관(비상설상영장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 입장권 가액의 100분의 5 이하의 범위에서 대통령령이 정하는 부과금을 징수할 수 있다.

② 영화상영관 경영자는 관람객으로부터 제1항의 규정에 따른 부과금을 수납하여 이를 영화진흥위원회에 납부하여야 한다.

제98조(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제25조의2 제2항의 규정을 위반하여 부과금을 납부하지 아니한 자

제99조(과태료의 부과·징수절차) ① 제98조의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 “부과권자”라 한다)이 부과·징수한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호로 개정된 것) 제9조의4(입장료에 대한 부과금 등) ① 법 제25조의2 제1항에 따른 부과금(이하 “부과금”이라 한다)의 부과 대상 및 금액은 다음 각 호와 같다.

1. 부과 대상 : 법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 영화를 연간 상영 일수의 100분의 60 이상을 상영하는 전용상영관을 제외한 영화상영관(비상설상영장을 포함한다. 이하 이 조에서 “부과 대상 영화상영관”이라 한다)

2. 부과 금액 : 부과 대상 영화상영관 입장권 가액의 100분의 3

② 부과 대상 영화상영관 경영자는 매월 말일까지 징수한 부과금을 다음 달 20일까지 영화진흥위원회에 납부하여야 한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

[별지 2] 기재와 같다.

3. 이 사건 법률 제98조 제2항 제1호, 제99조 제1항에 대한 판단

벌칙·과태료 조항의 전제가 되는 구성요건조항이 별도로 규정되어 있는

경우에, 벌칙·과태료 조항에 대하여는 청구인들이 그 법정형이 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체가 위헌임을 주장하지 않는 한 직접성을 인정할 수 없다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165 등, 판례집 18-1하, 337, 382; 헌재 2006. 11. 30. 2004헌마431, 공보 122, 1356, 1359 참조).

이 사건 법률 제25조의2 제2항 및 이 사건 시행령 제9조의4 제2항은 영화상영관 경영자에게 부과금의 징수 및 납부의무를 부과하고 있으며, 그 위반에 대한 제재로서의 과태료 부과 및 질차는 위 의무조항을 전제로 하여 별도로 이 사건 법률 제98조 제2항 제1호 및 제99조 제1항에서 정하고 있다. 이에 따라 영화상영관 경영자가 위 의무를 이행하지 않는 경우에는 과태료 부과처분에 의해 제재를 받게 되며, 이에 대하여는 이 사건 법률 제99조 제2항 이하의 이의절차를 통하여 법원의 과태료 재판을 받게 되는데, 이는 위 과태료 부과처분 및 그 처분에 대한 이의시 과태료에 대한 재판이라는 구체적 집행행위를 예정하고 있는 것이다. 또한 이 사건 청구인들은 과태료의 제재를 통해 영화상영관 경영자에게 부과금의 징수 및 납부의무의 이행을 강제한다는 것만을 다투고 있을 뿐, 과태료라는 제재가 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체의 위헌성은 주장하지 않고 있다. 따라서 영화상영관 경영자에 대하여 행위의무조항과 별도로 그 위반에 대한 과태료의 제재 및 그 절차를 규정하고 있는 이 사건 법률 제98조 제2항 제1호 및 제99조 제1항은 기본권 침해의 직접성이 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

4. 이 사건 법률 제25조의2 제1항·제2항, 이 사건 시행령 제9조의4 제1항·제2항에 대한 판단

가. 영화상영관 입장권에 대한 부과금의 도입 취지와 법적 성격

(1) 이 사건 법률 제23조에서 정하는 영화발전기금의 설치 목적은 한국영화 발전의 기반이 되는 다양성 신장을 기하고 안정적 투자 환경을 마련함으로써 한국영화의 국제적 경쟁력을 강화하며, 영화상영관에서의 한국영화의 무상영일수의 축소 정책을 보완함으로써 한국영화산업의 위축을 방지하여 한국영화가 산업적·예술적으로 발전할 수 있는 기반을 구축함에 있다. 이 사건 법률 제25조의2 제1항, 제2항, 이 사건 시행령 제9조의4 제1항·제2항(이하 '이 사건 법령조항들'이라 한다)이 정하는 영화상영관 입장권에 대한 부과금(이하 '이 사건 부과금'이라 한다) 제도는 이러한 영화발전기금의 재원을 확충하기 위한 것으로서(이 사건 법률 제24조 제3호 참조), 이 사건 법률 부칙 제1조, 제2조 및 이 사건 시행령 부칙에 따라 2007. 7. 1.부터 시행되고 있

판례집 20-2(하)

으며 2014. 12. 31.까지 한시적으로 운용된다.

(2) 부담금관리기본법은 제3조에서 “부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.”라고 규정하고, 별표 제119호에서 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제25조의2의 규정에 따른 부과금’을 동법에서 말하는 부담금의 하나로서 열거하고 있다. 그러나 어떤 공과금이 조세인지 아니면 부담금인지는 단순히 법률에서 그것을 무엇으로 성격 규정하고 있느냐를 기준으로 할 것이 아니라, 그 실질적인 내용을 결정적인 기준으로 삼아야 한다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 32 참조).

이 사건 부과금은 문화체육관광부 산하에 있는 법인인 영화진흥위원회가(이 사건 법률 제4조, 제5조) 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전이라는 특정 공적 과제의 수행을 위하여(제23조 제1항) 영화상영관을 이용하는 관람객이라는 특정 부류의 사람들에게만 그 시설 이용의 대가가 아닌 금전을 강제적·일률적으로 부과하며, 이렇게 재원이 마련된 영화발전기금은(제24조 제3호) 영화 및 비디오 산업의 진흥이라는 제한된 용도로만 지출되고(제25조) 영화진흥위원회가 독립된 회계로 관리·운용한다는 점에서(제23조 제2항) 그 이념과 기능이 조세와는 구별되므로 부담금에 해당한다.

(3) 부담금은 그 부과목적과 기능에 따라 ① 순수하게 재정조달의 목적만 가지는 재정조달목적 부담금과 ② 재정조달 목적뿐만 아니라 부담금의 부과 자체로써 국민의 행위를 특정한 방향으로 유도하거나 특정한 공법적 의무의 이행 또는 공공출연으로부터의 특별한 이익과 관련된 집단 간의 형평성 문제를 조정하여 특정한 사회·경제정책을 실현하기 위한 정책실현목적 부담금으로 구분될 수 있다. 전자의 경우에는 공적 과제가 부담금 수입의 지출 단계에서 비로소 실현되나, 후자의 경우에는 공적 과제의 전부 혹은 일부가 부담금의 부과 단계에서 이미 실현된다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 25-26; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 302 참조).

이 사건 부과금은 그 부과의 목적이 한국영화산업의 진흥·발전을 위한 각종 사업의 용도로 쓰일 영화발전기금의 재원을 마련하는 것으로서, 그 부과 자체로써 부과금의 부담 주체인 영화상영관 관람객의 행위를 특정한 방향으로 유도하거나 관람객 이외의 다른 사람들과의 형평성 문제를 조정하고자 하는 등의 목적은 없으며, 또한 추구하는 공적 과제가 부과금으로 재원이 마련

된 영화발전기금의 집행 단계에서 실현되므로 순수한 재정조달목적 부담금에 해당한다.

나. 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화 요건

재정조달목적 부담금은 특정한 반대급부 없이 부과될 수 있다는 점에서 조세와 매우 유사하므로 헌법 제38조가 정한 조세범률주의, 헌법 제11조 제1항이 정한 법 앞의 평등원칙에서 파생되는 공과금 부담의 형평성, 헌법 제54조 제1항이 정한 국회의 예산심의·확정권에 의한 재정감독권과의 관계에서 오는 한계를 고려하여, 그 부과가 헌법적으로 정당화되기 위하여는 ① 조세에 대한 관계에서 예외적으로만 인정되어야 하며 국가의 일반적 과제를 수행하는 데에 부담금 형식을 남용하여서는 아니 되고, ② 부담금 납부의무자는 일반 국민에 비해 부담금을 통해 추구하고자 하는 공적 과제에 대하여 특별히 밀접한 관련성을 가져야 하며, ③ 부담금이 장기적으로 유지되는 경우 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사되어야 한다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830-831 ; 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 26-28 ; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 302 ; 헌재 2007. 12. 27. 2006헌바25, 공보 135, 80, 84 ; 헌재 2008. 2. 28. 2006헌바70, 공보 137, 85, 92 등 참조).

특히 부담금 납부의무자는 그 부과를 통해 추구하는 공적 과제에 대하여 ‘특별히 밀접한 관련성’이 있어야 한다는 점에 있어서 ① 일반인과 구별되는 동질성을 지녀 특정집단이라고 이해할 수 있는 사람들이어야 하고(집단적 동질성), ② 부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 경제적·사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있어야 하며(객관적 근접성), ③ 그러한 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 져야 할 책임이 인정될만한 집단이어야 하고(집단적 책임성)(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830-831 ; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바84, 판례집 11-2, 433, 453-454 ; 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 102 ; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2하, 367, 380 ; 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 28 등 참조), ④ 만약 부담금의 수입이 부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용될 경우에는 그 부과와 정당성이 더욱 제고된다(집단적 효용성)(헌재 1999. 10. 21. 97헌바74, 판례집 11-2, 433, 453-454 ; 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 89 ; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 308 참조).

판례집 20-2(하)

또한 부담금은 국민의 재산권을 제한하는 성격을 가지고 있으므로 부담금을 부과함에 있어서도 평등원칙이나 비례성원칙과 같은 기본권제한입법의 한계는 준수되어야 하며(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830 ; 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 13, 29-30 참조), 위와 같은 부담금의 헌법적 정당화 요건은 기본권 제한의 한계를 심사함으로써 자연히 고려될 수 있다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 95 ; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 304 참조).

다. 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 기각 의견

(1) 재산권 및 직업수행의 자유의 침해여부

이 사건 법령조항들에 의해 영화상영관 관람객은 영화상영관 입장 시에 입장권 가액의 100분의 3에 해당하는 부과금을 납입하여야 하므로 재산권이 제한되며, 영화상영관 경영자는 입장권 판매에 부수하여 강제적으로 위 부과금을 징수하여 영화진흥위원회에 납부할 의무를 지게 되어 주된 영업 활동의 방식에 제약을 받게 되므로 직업수행의 자유가 제한된다. 따라서 이 사건 법령조항들에 따른 청구인들의 기본권 제한에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙이 지켜져야 한다.

(가) 입법목적의 정당성

이 사건 법령조항들은 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전의 토대를 구축하기 위한 영화발전기금의 안정적 재원 마련을 그 목적으로 하고 있다. 이는 대중문화의 질적 향상과 다양성 보장을 위한 풍토를 조성하고, 문화산업의 안정적 발전을 도모한다는 국가의 문화정책적 책무와 산업정책적 기능에 터잡은 것으로서 그 정당성이 인정된다.

(나) 방법의 적절성

1) 영화상영관 관람객에 대하여 입장권 가액에 대한 일정한 비율의 부과금을 부과하는 것이 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 되기 위해서는 그것이 재정조달목적 부담금으로서 헌법적으로 허용되는 것이어야 한다.

가) 이 사건 부과금으로 그 재원의 일부가 조달되는 영화발전기금의 설치 는 ‘영화예술의 진흥’이라는 국가의 문화적 책무의 수행과 함께 ‘한국영화산업의 발전’이라는 산업적·경제적 정책을 추구하고자 하는 것이며, 또한 이것은 다양한 장르의 문화영역에 대한 포괄적인 정책의 일부가 아니라, 영화라는 단

일 장르에 대하여 관련된 국내 산업의 위축을 방지하고 중장기적으로는 영화 산업을 핵심적인 국내 문화산업의 하나로서 육성하고자 하는 특별한 정책적 필요에 의한 것이다. 이는 반드시 조세에 의하여만 재원이 조달되어야만 하는 국가의 일반적 과제라기보다는 관련된 특정 집단으로부터 그 재원이 조달될 수 있는 특수한 공적 과제의 성격을 가진다고 할 것이므로, 이를 위해 영화상영관 입장권에 일정 수준의 부과금을 부과하는 것이 국가의 일반적 과제를 수행하면서 부담금 형식을 남용한 것이라고는 볼 수 없다.

나) 한편 이 사건 부과금이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 영화예술의 진흥과 한국영화산업의 발전이라는 공적 과제에 대하여 부과금의 납부의무자 집단으로 선정된 영화상영관 관람객이 특별히 밀접한 관련성을 가져야 한다.

#### ① 집단적 동질성

다른 국민들과 구분되고 내부 의무자들 사이에 동질적인 특정 요소가 있다면 의무자 집단이 불특정 다수라고 하여 집단적 동질성을 부정해야 하는 것은 아닌바, 영화상영관 입장권에 대한 부과금의 경우 그 납부의무자를 영화상영관 관람객으로 한정하여 단일 장르에 대한 이용자로 특정하였으므로, 이들은 현재의 질적 수준을 갖춘 영화예술을 향유한다는 점에서 동질적인 특정 요소를 갖추고 있다.

#### ② 객관적 근접성

영화예술의 진흥과 그 결과물인 영화의 감상은 장르의 한정으로 인하여 명백히 밀접한 관련성이 있으며, 따라서 영화를 감상하는 관람객은 영화예술의 향유자로서 그 진흥·발전에 객관적 근접성이 있다.

#### ③ 집단적 책임성

조세외적인 재원 마련이 허용된다는 의미에서 공적 과제의 특수성이 인정된다면 그와 객관적 근접성이 인정되는 집단의 책임성도 인정할 여지가 커지는 바, 영화상영관 관람객은 영화발전기금의 집행을 통하여 질적 수준이 향상된 영화를 감상하게 되는 혜택을 누리게 될 것이므로 그 재원 마련을 위하여 일정 정도 집단적인 책임이 있다고 볼 수 있다. 특히 영화상영관 관람객은 완전한 자유의사에 의해 영화라는 장르에 접하게 되는 것이므로 불합리한 조세외적 부담을 진다고 보기도 힘들다.

#### ④ 집단적 효용성

영화상영관 입장권에 대한 부과금으로써 그 재원이 마련된 영화발전기금의 지출용도(이 사건 법률 제25조 제1항)를 살펴보면, 전반적으로 영화 예술이라

판례집 20-2(하)

는 장르에 한정하여 그 장기적 발전에 기여하는 내용을 담고 있으며, 영화예술의 질적 향상과 한국영화산업 발전의 궁극적 이익은 결국 영화를 감상하는 영화산업의 소비자에게 돌아가게 되므로, 이 사건 부과금의 징수로 인한 수입은 궁극적으로 영화상영관 관람객이라는 집단의 이익을 위하여 사용된다고 할 수 있다. 또한 영화발전기금의 지출 내용이 영화상영관 관람객의 집단적 이익에 실제로 어느 정도 기여하느냐는 원칙적으로 그 지출 단계에서의 합리성 여부와 관련된 문제일 뿐, 이 사건 부과금의 부과 자체에 관한 직접적 위헌 사유로서 검토할 문제는 아니다.

⑤ 따라서 영화예술의 질적 향상과 한국영화산업의 발전이라는 특성의 공적과제에 대하여 영화상영관 관람객은 일반 국민에 비해 특별히 밀접한 관련성을 가지며, 이를 인정한다면 영화산업진흥과 관련된 재정조달목적 부담금의 납부의무자 집단을 선정함에 있어서 그 산업의 소비자 중에서 특히 영화상영관 관람객을 납부의무자로 정한 입법자의 선택이 현저하게 불합리하다고 볼 수는 없다.

다) 이 사건 부과금은 부담금관리기본법 별표 제119호에 따라 같은 법의 적용을 받으며, 같은 법 제7조에 의하면 기획재정부장관은 매년 부담금의 부과실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용종합보고서를 작성하여 국회에 제출하도록 되어 있다. 이에 의하여 그 징수의 타당성이나 적정성은 매년 입법자의 지속적인 심사를 받게 되어 있으므로, 이 사건 부과금의 부과가 재정에 대한 국회의 민주적 통제체계로부터 이탈하는 수단으로 남용될 위험성은 크지 않다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 37 참조).

라) 요컨대 영화상영관 관람객에 대하여 입장권 가액에 대한 일정한 비율의 부과금을 부과하는 것은 헌법적으로 허용되는 재정조달목적 부담금으로서 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 것이다.

2) 또한 영화상영관 경영자에게 관람객과 가까이 있다는 이유로 부과금 징수 및 납부의무를 부담시킨 것은 부과금의 납부의무자가 불특정 다수의 관람객이라는 점에서 그 징수 업무의 효율성을 달성하기에 합리적인 수단이므로 역시 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다.

(다) 피해의 최소성

이 사건 부과금은 관람객이 부담하는 실제 부담액이 입장권 가액의 100분의 3에 불과하여 과다하지 아니하고, 부과금의 모금 기간을 2007. 7. 1.부터 2014. 12. 31.까지 7년 6개월로 법정하여 한시적으로 정함으로써 영화상영관

관람객의 재산권에 대한 제한을 최소화하고 있다.

한편 영화상영관 경영자에 대하여는 부과금 미납에 따른 과태료 징수에 있어서 10일 이상의 기간을 정하여 말로나 서면으로 의견을 진술할 기회를 주도록 되어 있으며(이 사건 시행령 제34조 제2항 참조), 애니메이션영화·소형영화·단편영화 또는 영화진흥위원회가 인정하는 예술영화를 연간 상영일수의 100분의 60 이상 상영하는 전용상영관에 대하여는 징수·납부의무를 면제하고(이 사건 시행령 제9조의4 제1항, 제1호, 이 사건 법률 제38조 제1항 제2호), 부과금의 징수 및 납부행위를 통합전산망 가입을 통해 자동적으로 할 수 있도록 하는 등의 조치가 마련되어 있으며(이 사건 시행령 제9조의4 제4항, 이 사건 법률 제39조 제1항), 또한 이 사건 부과금은 위와 같이 한시적으로 운영되는 제도이므로, 그 직업수행의 자유에 대한 제한 역시 최소화되어 있다.

(라) 법익의 균형성

한국영화의 발전 및 영화산업의 진흥이라는 공익은 입장권 가액의 100분의 3에 불과한 관람객의 재산권에 비하여 결코 작다고 할 수 없고, 또한 효율적인 모금 방식을 택하기 위해 영화상영관 경영자의 입장권 판매와 관련된 경영 방식상의 자유에 필요최소한도의 제한을 가한 것이므로, 이 사건 부과금이 추구하는 공익은 위와 같은 영화상영관 경영자의 직업수행의 자유에 비하여도 작다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 부과금 제도는 법익의 균형성도 갖추었다.

(마) 따라서 영화상영관 입장권에 대한 부과금 제도를 정하고 있는 이 사건 법령조항들은 과잉금지원칙에 반하여 영화상영관 관람객의 재산권 및 영화상영관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(2) 평등권의 침해 여부

(가) 차별취급의 존재

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다. 특히 조세를 비롯한 공과금의 부과에서의 평등원칙은, 공과금 납부의무자가 법률에 의하여 법적 및 사실적으로 평등하게 부담을 받을 것을 요청한다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 956-957 참조).

영화상영관 관람객은 다른 국민들과 마찬가지로 납세의무 특히 부가가치세의 납부의무를 부담하고 있음에도 조세외적으로 이 사건 부과금을 부담하고 있으므로 그 밖의 일반국민들, 특히 문학, 음악, 미술 등 기타 문화생활을

판례집 20-2(하)

영유하는 사람들, 그리고 비디오물 감상 등 영화상영관 입장 이외의 형태로 영화를 감상하는 사람들과 차별 취급을 받는다. 또한 영화상영관 경영자는 그 서비스의 소비자인 관람객으로부터 이 사건 부과금을 징수·납부할 의무를 진다는 점에서 다른 사업자, 특히 영화 이외의 문화산업을 영위하는 사람들과 차별 취급을 받는다. 따라서 이러한 차별에 합리적 근거가 있는지가 문제된다.

(나) 심사기준

부담금은 국민의 재산권을 제한하여 일반 국민이 아닌 특별한 의무자집단에 대하여 부과되는 특별한 재정책임이므로, 납부의무자들을 일반 국민이나 다른 집단과 달리 취급하여 이들을 불리하게 대우함에 있어서 합리적 이유가 있어야 하며 자의적인 차별은 납부의무자들의 평등권을 침해한다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 27; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 304; 헌재 2007. 12. 27. 2006헌바25, 공보 135, 80, 86 등 참조). 평등원칙의 적용에 있어서 부담금의 문제는 합리성의 문제로서 자의금지원칙에 의한 심사 대상인데(헌재 2008. 2. 28. 2006헌바70, 공보 137, 85, 92 참조), 선별적 부담금의 부과라는 차별이 합리성이 있는지 여부는 그것이 행위형식의 남용으로서 부담금의 헌법적 정당화 요건을 갖추었는지 여부와 관련이 있다.

(다) 판 단

영화산업은 시장의 크기, 산업의 국가적 선도성, 간접지원의 가능성 등의 측면에서 게임, 음반, 출판 등 다른 문화산업과 차이가 있으므로 그 지원을 위한 별도의 재원 마련에 합리성이 있으며, 이는 입법재량의 영역에 있는 것으로 그 지원을 위하여 영화발전기금이라는 별도의 재원을 마련하는 것은 특수한 공적 과제에 해당한다. 또한 이러한 영화산업의 진흥에 대하여 이 사건 부과금의 납부의무자인 영화상영관 관람객은 영화의 본래적·전형적 소비자인 점에서 특별히 밀접한 관련성이 있는 집단이므로, 이들에게 일반 국민들, 특히 다른 문화영역을 향유하는 사람들과 다른 특별한 재정책임을 지우는 것은 합리적 근거가 있고, 설사 결과적으로 비디오물 관람 등 영화상영관 입장 이외의 형태로 영화를 감상하는 사람들에게는 부과금이 부과되지 않는다 하더라도 이를 두고 현저히 불합리한 자의적 차별이라고 할 수는 없다.

또한 위와 같은 영화산업의 특수성과 부과금 부과 효용적 집행이라는 측면에서 볼 때 영화상영관 경영자에게 특별히 이 사건 부과금의 징수 및 납부

의무를 지우는 것 역시 합리적 근거가 있는 것이므로, 이는 영화상영관 경영자를 다른 사업자, 특히 영화 이외의 문화산업을 영위하는 사람들과 자의적으로 차별하는 것이 아니다.

따라서 이 사건 법령조항들은 영화상영관 관람객과 영화상영관 경영자의 평등권을 침해하지 않는다.

(3) 결 론

그렇다면 이 사건 법률 제25조의2 제1항, 제2항, 이 사건 시행령 제9조의4 제1항, 제2항은 과잉금지원칙에 반하여 영화상영관 관람객의 재산권과 영화상영관 경영자의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 이들의 평등권을 침해한다고도 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니하는바, 이 부분에 대한 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각되어야 한다.

라. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 위헌의견

(1) 재산권 및 직업수행의 자유의 침해 여부

(가) 이 사건 법령조항들에 의해 영화상영관 관람객의 재산권 및 영화상영관 경영자의 직업수행의 자유가 제한되므로 이러한 기본권 제한에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙이 지켜져야 한다.

이 사건 법령조항들의 입법목적은 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전의 토대를 구축하기 위한 영화발전기금의 안정적 재원 마련으로서 그 정당성은 인정된다. 그런데 이러한 목적을 달성하기 위한 수단으로서 영화상영관 관람객을 대상으로 이 사건 부과금을 부과한 것이 적절한 방법이 되기 위해서는 그것이 재정조달목적 부담금의 헌법적 허용한계 내에 있어야 한다.

(나) 이 사건 부과금이 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화 요건을 충족했는지 여부

1) 이 사건 부과금의 부과는 영화 예술의 진흥이라는 국가의 문화적 책무의 수행과 한국영화산업의 발전이라는 산업적·경제적인 정책의 추구를 목적으로 하고 있는바, 이는 영화라는 단일 장르에 대한 지원이라는 특별한 정책적 필요에 의한 것으로서 조세의 경우와 달리 특정의 관련된 집단으로부터만 그 재원을 조달할 수 있는 특수한 공적 과제에 해당한다.

2) 그런데 이 사건 부과금이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 영화예술의 진흥과 한국영화산업의 발전이라는 공적 과제에 대하여 부과금의 납부의무자

판례집 20-2(하)

집단으로 선정된 영화상영관 관람객이 특별히 밀접한 관련성을 가져야 한다.

가) 집단적 동질성

부담금의 정당화 요건으로서의 의무자 집단의 동질성 요건은 의무자 집단이 동질적 요소에 의하여 일반 국민들과 구별되어야 할 뿐만 아니라 내부의 납부의무자들 사이에서도 동질성의 정도가 서로 유사하게 유지되어야 한다는 것이다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 306). 이러한 동질성의 요소인 공통의 조건이나 이익상태는 부담금 부과 목적과 관련이 있는 내용을 가진 것으로서, 이와 무관한 우연한 사실 관계에 따라 달라지는 것이어서는 아니 된다.

이 사건 부과금의 경우 영화상영관 관람객이라는 집단은 문화생활의 하나로서 영화를 관람했다는 것 이외에는 위와 같은 의미에서의 동질성을 발견하기 어렵다. 영화 관람을 한 사람과 하지 않은 사람을 구분지음과 동시에 영화 관람을 한 사람 사이에 동질적이라고 볼 수 있는 요소는, 이유야 어찌 되었든 ‘영화를 관람했다는 사실’ 말고는 달리 찾을 수가 없다. 이는 다분히 우연한 가변적 사정이며 영화산업의 중장기적인 진흥이라는 부과 목적과의 내용적 연결 고리도 없다. 예컨대 이전에 영화를 본 사람이 앞으로는 영화를 보지 않을 가능성도 있고, 이전에 영화를 보지 않던 사람이 앞으로는 영화를 볼 가능성도 있는데, 개인적인 일상생활의 일환으로 어느 특정한 때에 영화를 보았다는 사실만으로 중장기적 영화산업의 진흥과 내용적 관련이 있다고 보는 것은 무리이며 한시적으로 운용되는 이 사건 부과금 제도에 있어서는 더욱 그러하다.

한편 현대문화국가에서는 공연장 등의 이용이 선택된 문화적 향수자라고 구획될 만한 특정 국민에게만 허용되는 것이 아니며, 그러한 구획이 있다면 이는 우연한 사정에 의한 일시적인 것에 불과하므로, 공연 등을 관람하는 문화시설 이용자는 역사적, 사회적, 법적으로 동질성 있는 특정 집단이라고 할 수 없는바(헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2하, 367, 381(재판관 4인의 위헌의견) 참조), 영화는 그 대중성으로 인하여 위와 같은 구획 요소가 없기 때문에 이 점은 장르를 영화로 한정했다고 하여 사정이 달라지지 않는다.

나) 객관적 근접성

부담금의 납부의무자는 그 부과를 통해 수행하려는 공적 과제에 대하여 일반납세자나 다른 사회집단에 비해 객관적인 근접성이 있어야 한다. 즉 공적 과제의 내용이 특수하게 설정되었다면 그 내용과 연결되는 납부의무자 집단

또한 그에 맞게 합리적으로 설정되어야 할 것이다.

그런데 공연 등을 관람하는 것은 모든 국민에게 일상적으로 용이하게 접근 가능하기 때문에 일반 관람자로서의 국민들 중에 누구를 특별히 문화예술의 진흥이라는 공적 과제에 더 근접하다고 자리매김하는 것은 너무나 무리한 일인바[헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2하, 367, 381(재판관 4인의 위헌의견) 참조], 이 점 역시 장르를 영화로 한정한다고 하여 달라지지 않는다.

특히 영화는 문화의 측면뿐만 아니라 대가를 받고 서비스를 제공하는 산업의 측면이 있다는 점, 이 사건 부과금의 징수 목적 역시 이러한 특정 산업에 대한 지원이라는 경제정책적 측면이 있다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 특정 산업의 진흥에 직접적 근접성을 갖는 사람의 집단은 일차적으로 그러한 산업의 소비자가 아니라 관련 업계 종사자이며, 불특정 다수의 소비자는 다만 간접적이고 우연한 관련성만을 가질 뿐이다. 이렇게 산업적 측면이 있는 영화 장르에 대하여, 그 이용에 문화 향수의 측면이 있다는 이유로 당해 산업의 진흥에 보다 직접적인 근접성을 갖는 영화 관련 업계 종사자들을 배제하고, 소비자인 관람객에게 객관적 근접성이 있다고 보는 것은 정당화 요건에 포함되는 경우를 지나치게 확장하는 것이다.

따라서 영화상영관 관람객과 한국영화의 진흥이라는 이 사건 부과금의 부과 목적 사이에는 객관적 근접성이 없다고 보아야 한다.

#### 다) 집단적 책임성

부담금은 추구하는 공적 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 저야 할 책임이 인정될만한 집단에 대해서만 부과되어야 한다. 이 역시 공적 과제 수행에 책임 있는 집단을 합리적으로 선정하였느냐의 문제가 되며, 집단적 효용성의 문제와도 어느 정도 관련이 있다. 만약에 애초에 추구하는 공적 과제가 일반적 공익사업이라면 이는 조세로서 그 재원을 충당하여야 할 것이므로 집단적 책임성을 인정할 수 없으나, 공적 과제의 특수성을 인정한다 하더라도 책임이 있는 집단의 선정을 합리적으로 정하였는지는 다시 검토하여야 한다.

이 사건 부과금의 경우 영화산업의 진흥이라는 공적 과제의 특수성을 인정한다 하더라도, 위에서 살펴본 바와 같이 영화 산업에 대한 소비자인 불특정 다수의 관람객을 그에 대하여 책임성이 있는 집단으로 선정한 것에는 합리성이 결여되어 있는바, 이는 부담금 부과 정당화 요건으로서의 집단적 책임성도 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다.

#### 라) 집단적 효용성

판례집 20-2(하)

부담금의 수입이 부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되어야 한다는 요건은 부담금의 개념 요소에 반대급부의 보장이 요구되는 것이 아니라라는 점에서(부담금관리기본법 제2조 참조) 엄격하게 요구하지 않을 수 있고, 비록 간접적 수혜라 하더라도 효용성을 인정할 수 있다. 또한 이 사건 부과금으로 재원이 마련된 영화발전기금의 지출 용도를 살펴보아도 전반적으로 영화 예술의 장기적 발전에 기여하는 내용을 담고 있으므로 간접적으로나마 장래의 영화상영관 관람객의 이익을 인정할 여지도 없지 않다.

그러나 '현재 부과금을 납부하는 관람객'과 '장래에 영화발전기금 집행의 혜택을 받는 관람객' 사이에 집단적 동질성이 인정되지 않는 이상, 장래에 기대되는 간접적 효용성을 부담금의 정당화 요건으로서의 집단적 효용성이라고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 부과금은 결과적으로 그 헌법적 정당화 요건으로서 집단적 효용성도 갖추지 못하고 있다.

마) 따라서 이 사건 부과금의 부과로써 추구하는 공적 과제인 한국영화산업의 진흥·발전에 대하여 납부의무자 집단인 영화상영관 관람객은 특별히 밀접한 관련성을 가진다고 볼 수 없다.

3) 한편 부담금관리기본법 제7조에 따라 기획재정부장관은 매년 이 사건 부과금의 부과실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용종합보고서를 작성하여 국회에 제출하도록 되어 있어 그 징수의 타당성이나 적정성이 매년 입법자의 지속적인 심사를 받는다. 그러나 이는 사후적인 심사로서 납부의무자 집단이 공적 과제에 대하여 특별히 밀접한 관련성을 가져야 한다는 요건과는 별개의 문제이다.

(다) 요컨대 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전의 토대를 구축하기 위한 영화발전기금의 안정적 재원 마련을 위하여 영화상영관 관람객을 대상으로 이 사건 부과금을 부과한 것은 재정조달 목적 부담금의 헌법적 허용 한계를 벗어난 것이므로 입법목적 달성을 위하여 적절치 못한 방법을 선택한 것이다.

따라서 이 사건 법령조항들은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 영화상영관 관람객의 재산권 및 영화상영관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하였다.

(2) 평등권의 침해 여부

이 사건 부과금은 재정조달목적 부담금으로서, 그 부과 목적인 영화 예술의 질적 향상과 한국영화산업의 진흥이라는 특수한 공적 과제와 특별히 밀접

한 관련성이 인정되지 않는 영화상영관 관람객을 납부의무자로 하여 그들에게 입장료에 대한 부가가치세 등 조세 외의 재정책임을 지우고 있다. 이는 합리적 근거가 없이 영화상영관 관람객과 이외의 일반 국민들, 특히 문학, 음악, 미술 등 다른 문화 영역에서의 소비자를 차별하는 것이며, 나아가 비디오물 관람 등 영화상영관 입장 이외의 형태로 영화를 감상하는 사람들과도 합리적 근거 없이 차별하는 것이다.

또한 이 사건 법령조항들은 위와 같이 합리성이 결여되어 있는 부과금 부과와 집행에 대해 영화상영관 경영자에게 강제적으로 그 징수 및 납부의무를 지우고 있으므로, 이는 자의적으로 영화상영관 경영자를 다른 사업자, 특히 영화 이외의 문화산업을 영위하는 사람들과 차별하는 것이다.

따라서 이 사건 법령조항들은 영화상영관 관람객 및 영화상영관 경영자의 평등권을 침해한다고 할 것이다.

### (3) 결 론

그렇다면 이 사건 법률 제25조의2 제1항, 제2항, 이 사건 시행령 제9조의4 제1항, 제2항은 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화 요건을 갖추지 아니함으로써, 과잉금지원칙에 위반하여 영화상영관 관람객의 재산권 및 영화상영관 경영자의 직업수행의 자유를 침해하고 또한 이들의 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

### 5. 결 론

이 사건 심판청구 중 이 사건 법률 제98조 제2항 제1호, 제99조 제1항에 대한 부분에 대하여는 부적법하므로 각하하여야 한다는 데에 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었고, 이 사건 법률 제25조의2 제1항·제2항, 이 사건 시행령 제9조의4 제1항, 제2항에 대한 부분에 대하여는 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 목영준 등 4인이 각각의견을, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희욱, 재판관 민형기, 재판관 송두환 등 5인이 위헌의견을 표시하여 헌법에 위반된다는 의견이 다수이기는 하나, 이로써 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호의 재판관의 수에 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로, 이에 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

판례집 20-2(하)

[별지 1] 관련 법령

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(2007. 1. 26. 법률 제8280호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 영화 및 비디오물의 질적 향상을 도모하고 영상산업의 진흥을 촉진함으로써 국민의 문화생활 향상과 민족문화의 창달에 이바지함을 목적으로 한다.

제3절 영화발전기금

제23조(기금의 설치 등) ① 영화예술의 질적 향상과 한국영화 및 영화·비디오물산업의 진흥·발전을 위하여 영화발전기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② 기금은 제4조의 규정에 따른 영화진흥위원회가 관리·운용하되, 독립된 회계로 따로 처리하여야 한다.

③ 기금의 관리·운용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제24조(기금의 조성) 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 정부의 출연금
2. 개인 또는 법인으로부터의 기부금품
3. 제25조의2의 규정에 따른 영화상영관 입장권에 대한 부과금
4. 기금의 운용으로 생기는 수익금
5. 그 밖에 대통령이 정하는 수입금

제25조(기금의 용도) ① 기금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 위하여 사용하여야 한다.

1. 한국영화의 창작·제작 진흥 관련 지원
2. 영상 전문투자조합 출자
3. 한국영화의 수출 및 국제교류 지원
4. 소형영화·단편영화의 제작 지원
5. 영화상영관 시설의 보수·유지 및 개선 지원
6. 영화진흥위원회가 인정하는 영화 관련 단체 및 시민단체의 영화 관련 사업 지원
7. 한국예술영화의 발전과 관련한 사업 지원
8. 영상문화의 다양성·공공성 증진과 관련한 사업 지원
9. 비디오산업의 진흥과 관련한 사업 지원
10. 장애인 등 소외계층의 영화향수권 신장을 위한 사업 지원
11. 기금의 조성·운용 및 관리에 필요한 경비

12. 그 밖에 영화산업 및 비디오산업의 진흥을 위한 사업으로서 영화진흥위원회에서 필요하다고 의결한 사업 지원

② 제1항 제12호의 사업에 집행될 수 있는 기금의 액수는 연간 기금 집행액수의 100분의 15를 초과할 수 없다.

제25조의2(부과금의 징수) ①, ② (생략 : 이 사건 심판대상조항)

③ 제2항의 규정에 따라 영화상영관 경영자가 수납한 부과금을 납부하는 때에는 부과금수납부 사본 등 부과금 수납과 관련된 자료를 영화진흥위원회에 제출하여야 한다.

④ 부과금의 징수방법·납부시기 및 부과금 수납 관련 자료 제출 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제38조(전용상영관에 대한 지원) ① 문화관광부장관은 청소년 관객의 보호와 영화예술의 확산 등을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 영화를 연간 상영일수의 100분의 60 이상을 상영하는 영화상영관(이하 “전용상영관”이라 한다)을 지원할 수 있다.

1. 한국영화

2. 애니메이션영화·소형영화·단편영화 또는 영화진흥위원회가 인정하는 예술영화

3. 청소년관람가영화(제29조 제2항 제1호 내지 제3호에 해당하는 영화를 말한다)

② 전용상영관의 지원에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제99조(과태료의 부과·징수절차) ① (생략 : 이 사건 심판대상조항)

② 제1항의 규정에 의한 과태료 처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 부과권자에게 이의를 제기할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 과태료 처분을 받은 자가 제2항의 규정에 의한 이의를 제기한 때에는 부과권자는 지체 없이 관할 법원에 그 사실을 통보하여야 하며 그 통보를 받은 관할 법원은 「비송사건절차법」에 의한 과태료의 재판을 한다.

④ 제2항의 규정에 의한 기간 이내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 이

판례집 20-2(하)

법 시행 전에 제23조의 개정규정에 따른 영화발전기금의 설치·운영에 필요한 준비를 할 수 있으며, 제25조의2의 개정규정은 2007년 7월 1일부터 시행한다.

제2조(유효기간) 제25조의2의 개정규정은 2014년 12월 31일까지 효력을 가진다.

제3조(영화진흥금고에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 영화진흥위원회가 관리·운영하고 있는 영화진흥금고의 채권·채무 그 밖의 권리·의무는 이 법에 따라 영화진흥위원회가 관리·운영하는 영화발전기금에 귀속된다. 다만, 부칙 제1조의 규정에 불구하고 부칙 제5조 제2항의 규정에 따라 기금운용계획안을 국회에 제출하여 심의·의결되기 전까지는 종전의 규정에 따른 영화진흥금고를 관리·운영할 수 있다.

제6조(다른 법률의 개정) ① 국가재정법 일부를 다음과 같이 개정한다.

별표 2에 제59호를 다음과 같이 신설한다.

59. 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」

② 부담금관리기본법 일부를 다음과 같이 개정한다.

별표에 제119호를 다음과 같이 신설한다.

119. 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제25조의2의 규정에 따른 부과금

부담금관리기본법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “부담금”이라 함은 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과 권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세외의 금전지급의무를 말한다.

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

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

② 기획재정부장관은 제1항의 규정에 의하여 부담금운용보고서를 제출받은 때에는 이를 기초로 부담금운용종합보고서를 작성하여 매년 정기국회 개최일

전까지 국회에 제출하여야 한다.

영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령(2007. 4. 26. 대통령령 제 20025호로 개정된 것) 제9조의4(입장료에 대한 부과금 등) ①, ② (생략 : 이 사건 심판대상조항)

③ 부과 대상 영화상영관 경영자가 부과금을 징수하여 납부하려는 경우에는 현금으로 납부하거나 영화진흥위원회의 위원장이 정하는 정보통신망을 이용한 전자화폐 또는 전자결제 등의 방법으로 납부하여야 한다.

④ 부과 대상 영화상영관 경영자는 문화관광부령으로 정하는 매월의 부과금수납내역서에 부과금 수납을 증명하는 서류를 첨부하여 다음 달 20일까지 영화진흥위원회에 제출하여야 한다. 다만, 영화진흥위원회가 법 제39조 제1항에 따른 영화상영관입장권 통합전산망을 통하여 확인할 수 있는 경우에는 부과금 수납을 증명하는 서류를 첨부하지 아니할 수 있다.

⑤ 영화진흥위원회는 이 영에서 정한 것 외에 부과금 징수절차 등에 관하여 필요한 사항을 정하려는 경우에는 문화관광부장관의 승인을 받아 부과금 징수규정을 정하여야 하고, 이를 시행하기 전에 인터넷 홈페이지 등에 미리 공고하여야 한다.

#### 부 칙

이 영은 2007년 4월 27일부터 시행한다. 다만, 제9조의4의 개정규정은 2007년 7월 1일부터 시행한다.

#### [별지 2] 청구인의 주장과 관계기관의 의견

##### 가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 부과금은 영화발전기금의 재원 마련을 위한 것으로서 재정충당목적의 부담금의 일종인바, 영화상영관 관람객은 일상생활 중 문화 향수의 일환으로 영화를 관람하는 것에 불과하므로 ① 그들 사이에 일반 국민과 구별되는 집단적 동질성이 없고, ② 관람객들에게 영화 예술의 질적 향상과 한국 영화 산업의 진흥에 객관적 근접성이 있다거나, ③ 이를 위한 집단적 책임이 있다고 보기도 어려우며, ④ 영상 문화의 다양성·공공성 증진 사업, 소외계층의 영화 향수권 신장 등을 관람객의 집단적 이익이라고 보기도 어려워, 결국 영화상영관 관람객에게는 이 사건 부과금을 통해 달성하려는 공적 과제에 대하여 조세외적인 부담을 지울 만한 ‘특별히 밀접한 관련성’이 없다. 따라서 이 사건 부과금은 부담금의 헌법적 허용한계를 넘은 것이다.

판례집 20-2(하)

(2) 이 사건 법령조항들은 위와 같이 부담금의 헌법적 허용한계를 넘어 영화상영관 관람객에게 직접적으로 입장권 가액의 100분의 3에 해당하는 부과금의 납부의무를 지우고 있으므로, 과잉금지원칙에 위반하여 영화상영관 관람객의 재산권을 침해하며 관람객들을 일반 국민들과 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 그들의 평등권을 침해한다.

(3) 이 사건 법령조항들은 직접적으로 영화상영관 경영자로 하여금 관람객으로부터 부과금을 징수하여 납부할 의무를 지우고, 이를 위반할 경우 과태료 및 횡령죄의 죄책마저 지워 이를 강제하고 있다. 그런데, 위와 같이 이 사건 부과금이 부담금의 헌법적 허용 한계를 벗어난다면 ① 관람객으로부터 입장권 가액의 100분의 3에 해당하는 부과금 부분을 본래의 입장권 가액에 추가로 징수하는 것이 현실적으로 불가능한 만큼, 이를 실질적으로 영화상영관 경영자가 부담하게 되어 이는 과잉금지원칙에 위반하여 영화상영관 경영자의 재산권을 침해하는 것이며, 그들을 다른 사업자들과 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해할 뿐만 아니라, ② 영화상영관 경영자로 하여금 강제적으로 관람객의 재산권을 침해하는 부과금의 징수사무를 맡게 함으로써 그의 직업수행의 자유를 침해한다.

나. 문화체육관광부장관의 의견요지

(1) 부담금의 부과가 정당화되기 위하여, 그 부과를 통해 이루고자 하는 공적 과제에 관하여 그 납입의무자에게 일정한 내용적 요소를 갖춘 ‘특별히 밀접한 관련성’이 있어야 한다는 이론은, 이를 위한 논증의 도구로서의 헌법상 요건으로 삼을 만한 근거가 없다.

나아가 이 사건 부과금은 위와 같은 부담금의 허용 요건을 충족한다. 즉, 부과 대상을 문예진흥기금의 경우와는 달리 영화상영관 관람객으로 한정하여 단일 장르에 대한 이용자로 특정하였으므로 집단적 동질성이 인정되고, 영화의 진흥과 그 이용자인 영화상영관 관람객 사이에는 객관적 근접성이 있으며, 문화예술의 특정한 장르인 영화의 관람자는 영화 발전의 혜택을 직접 보게 되는 자로서 조세외적 부담을 통하여 이에 기여할 집단적 책임이 인정되고, 부과금을 통해 모금된 영화발전기금은 영상문화의 다양성·공공성 증진 사업, 격오지 주민·장애인 등 소외계층의 영화 향수권 신장 사업 등 관람객의 집단적 이익을 위하여 사용되므로 집단적 효용성도 갖추고 있다.

(2) 이 사건 부과금은 과잉금지원칙을 준수하여 영화상영관 관람객의 재산권을 침해하지 않는다. 부과금의 모금을 통해 영화발전기금의 설치 및 그 안

정적 재원을 마련한다는 이 사건 법률조항의 입법목적은 현재 우리나라 영화산업의 중요성과 상황에 비추어 정당성이 인정되고, 이 사건 부과금은 부담금의 정당화 요건을 충족했을 뿐만 아니라, 부담금관리기본법에 따라 그 부과 및 징수 과정에 대한 적절한 통제 장치가 이미 마련되어 있어 기본권 제한 방법의 적절성이 인정되며, 관람객은 입장권 가액의 100분의 3에 불과한 소액을 부담하고, 그 모금 기간도 한시적으로 2007. 7. 1.부터 2014. 12. 31.까지로만 정하고 있으므로 그 피해 또한 최소화되어 있으며, 관람객의 입장권에 대한 소액의 재산권에 비해 한국영화의 발전과 영화산업의 진흥이라는 공익이 더 우월하다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추고 있다.

(3) 이 사건 법령조항은 영화상영관 경영자의 재산권 및 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

영화상영관 경영자는 관람객으로부터 부과금을 징수하여 이를 영화진흥위원회에 납부하는 것에 불과하므로 그의 재산권이 침해되는 것이 아니며, 경영현실상 결과적으로 영화상영관 경영자가 부과금 납부의 부담을 지게 되는 것은 행정지도를 비롯한 법령의 집행과정의 문제에 불과할 뿐, 이 사건 법령조항 그 자체의 위헌성과는 관계가 없다.

또한 영화상영관 경영자에게 관람객과 가까이 있다는 이유로 부과금 징수 의무를 부담시킨 것은 부과금 징수 업무의 효율성을 달성하려는 목적 정당성이 있고, 그 방법 또한 적절하며, 부과금 징수 과정에서 그 미납에 대한 의견진술 및 소명 기회 부여, 영세 영화관과 예술영화전용관 등에 대한 부과금 면제 등 피해를 최소화하려는 조치가 마련되어 있고, 부과금 모금 방식의 효율성 달성이라는 공익에 비해 제한되는 영화상영관 경영자의 경영 방식상의 자유가 그리 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 또한 갖추고 있어, 결국 영화상영관 경영자에게 이 사건 부과금 징수의무를 지운다고 하여 그 직업수행의 자유를 과잉금지원칙에 반하여 침해하고 있다고 볼 수는 없다.

(4) 이 사건 법령조항은 평등원칙에 위반되지 않는다.

영화상영관 관람객과 일반 국민 사이에는 영화산업의 진흥에 대한 객관적 실질적 관련성의 입장에서 차별의 합리적 이유가 있고, 또한 게임, 음반, 출판 등 다른 문화산업과 영화산업과는 시장의 크기, 산업의 국가적 선도성, 간접지원의 가능성 등의 측면에서 다르므로 영화상영관 경영자와 다른 문화산업 종사자 사이에도 차별의 합리적 이유가 있다.

## 공직선거법 제56조 제1항 제1호 위헌확인

(2008. 11. 27. 2007헌마1024 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 대통령선거 후보자등록 요건으로 5억 원의 기탁금 납부를 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 후보예정자의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하고 잠정적용을 명한 사례

### 【결정요지】

1. 후보자난립 방지를 위하여 기탁금제도를 두더라도 그 금액이 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정된 것이라면 허용될 수 없다. 5억 원의 기탁금은 대통령선거 입후보예정자가 조달하기에 매우 높은 액수임이 명백하다. 개정된 정치자금법은 대통령선거의 후보자 및 예비후보자도 후원회 지정권자에 포함시켰으나, 5억 원은 쉽게 모금할 수 있는 액수라고 보기 어렵고, 지지도가 높은 후보자라고 하더라도 그 지지도가 반드시 후원금의 기부액수로 연결될 것이라고 단정할 수 없다. 기탁금은 공직선거법상 유효투표총수의 10~15%의 득표를 받을 경우에 50%가 반환되고, 15% 이상의 득표를 받을 경우에만 전액 반환되므로, 그러한 지지율에 못 미칠 경우 5억 원을 기꺼이 희생할 수 있는 사람이 아니라면 피선거권 행사를 못하게 될 것이다. 헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고 92헌마269등 결정에서 대통령선거에서 3억 원의 기탁금을 규정한 구 대통령선거법 제26조 제1항을 합헌으로 결정하였으나, 당시 선거법은 기탁금으로 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용, 그리고 TV와 라디오를 통한 각 1회의 후보자 및 연설원의 연설비용을 국가가 부담하면서 7% 이상 득표하지 못한 경우 기탁금에서 공제하도록 하였지만, 현행 공직선거법은 선거인 명부 작성비용을 기탁금으로 부담하게 하는 제도를 폐지하였고 선거방송비용도 선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회 및 정책토론회 외에는 전적으로 후보자 개인부담으로 하였

다. 따라서 현행 선거법 하에서 대통령선거의 기탁금 액수가 종전과 같이 3억 원이 되어야 할 필요성은 오히려 약해졌는데도 기탁금이 5억으로 증가되어 있고, 또 기탁금이 반환되는 유효투표총수의 득표율은 더 높아졌다. 결국, 이 사건 조항은 개인에게 현저하게 과도한 부담을 초래하며, 이는 고액 재산의 다과에 의하여 공무담임권 행사 기회를 비합리적으로 차별하므로, 청구인의 공무담임권을 침해한다.

2. 이 사건 조항이 헌법에 위반되는 이유는 기탁금제도 자체에 있는 것이 아니라 기탁금 액수가 지나치게 고액이라는 데에 있으므로, 입법자가 기탁금 액수를 합헌적 범위 내로 조정하는 것과 함께 무소속후보자의 추천요건을 강화하는 방안이 고려될 수 있는바, 이러한 권한은 입법자에게 있으므로 이 사건 조항에 대하여 단순위헌 선언을 하여 조항 자체를 폐지시키는 것 보다는 추후 입법자가 여러 사정을 고려하여 합헌적으로 개정할 수 있도록 헌법불합치 선언을 하여야 한다.

#### 재판관 김종대, 재판관 이동흡의 단순위헌의견

이 사건 조항이 청구인의 기본권을 침해하는 이유는 다수의견과 같으나, 다음 대통령선거는 2012년으로 예정되어 있어 이 사건 조항을 단순위헌으로 선언하더라도 입법자는 충분한 기간 내에 기탁금제도를 후보자가 조달할 수 있는 합헌적인 범위로 정할 수 있으므로, 헌법불합치결정을 할 것이 아니라 단순위헌결정을 하여야 한다.

#### 재판관 조대현의 단순위헌의견

공직선거의 후보자로 등록하려면 기탁금을 납부하여야 하고 일정한 비율 이상의 득표를 하지 못하면 기탁금을 반환하지 아니하는 제도는, 입법목적의 정당성을 인정할 수 없고, 합리적 사유 없이 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하여 차별하는 것이어서, 전부 헌법에 위반된다.

#### 재판관 이공현의 반대의견

대통령선거에서는 후보난립 방지필요성이 절실하며, 현재 대통령 선

판례집 20-2(하)

거에서 각 후보자들이 막대한 금액을 선거비용으로 지출하고 있고, 개정된 정치자금법 제6조가 대통령선거 후보자 및 예비후보자로 하여금 후원회를 지정할 수 있게 하였으므로 2,500명 이상 5,000명 이하의 추천을 받을 수 있는 능력과 자질을 갖춘 무소속후보자라면 우리의 경제현실에 비추어 그와 같은 기탁금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어렵다고 할 수 없으며, 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대한 실질적 제재 효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 것 등을 고려하면, 기탁금 5억 원이 목적달성에 필요한 금액으로서 과도하다고 볼 수 없다.

### 【심판대상조항】

공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회 규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 5억 원
- 2.~5. 생략
- ②~③ 생략

### 【참고조항】

헌법 제25조

공직선거법 제47조(정당의 후보자추천) ① 생략

- ② 정당이 제1항의 규정에 따라 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다.
- ③~④ 생략

공직선거법 제57조(기탁금의 반환 등) ① 선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 해당 금액중에서 제56조(기탁금)제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 선거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거
  - 가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액
  - 나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액
2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거
 

당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액
- ② 제1항의 규정에 의하여 반환하지 아니하는 기탁금은 선거일후 30일 이내에 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. 이 경우 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담

하여야 할 비용이 해당 기탁자에게 반환하지 아니하는 기탁금을 넘는 때에는 당해 선거구선거관리위원회의 고지에 따라 그 넘는 금액을 당해 기탁자가 그 고지를 받은 날부터 10일 이내에 선거구선거관리위원회에 납부하여야 하며, 그 기간내에 납부하지 아니한 때에는 우선 국가 또는 당해 지방자치단체가 지출한 후 관할세무서장에게 위탁하여 관할세무서장이 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 당해 지방자치단체에 납입하여야 한다.

③~④ 삭제

⑤ 기탁금의 반환 및 귀속 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회) ① 중앙선거방송토론위원회는 대통령선거 및 비례대표국회의원선거에 있어서 선거운동기간중 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 대담·토론회를 개최하여야 한다.

1. 대통령선거

후보자 중에서 1인 또는 수인을 초청하여 3회 이상

2. 비례대표국회의원선거

비례대표국회의원후보자중에서 당해 정당의 대표자가 지정하는 1인 또는 수인을 초청하여 2회 이상

② 시·도선거방송토론위원회는 시·도지사선거 및 비례대표시·도의원선거에 있어서 선거운동기간 중 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 대담·토론회를 개최하여야 한다.

1. 시·도지사선거

후보자 중에서 1인 또는 수인을 초청하여 1회 이상

2. 비례대표시·도의원선거

비례대표시·도의원후보자 중에서 당해 정당의 대표자가 지정하는 1인 또는 수인을 초청하여 1회 이상

③ 구·시·군선거방송토론위원회는 선거운동기간 중 지역국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거의 후보자를 초청하여 1회 이상의 대담·토론회 또는 합동방송연설회를 개최하여야 한다. 이 경우 합동방송연설회의 연설시간은 후보자마다 10분 이내의 범위에서 균등하게 배정하여야 한다.

④ 각급선거방송토론위원회는 제1항 내지 제3항의 대담·토론회를 개최하는 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 후보자를 대상으로 개최한다. 이 경우 각급선거방송토론위원회로부터 초청받은 후보자는 정당한 사유가 없는 한 그 대담·토론회에 참석하여야 한다.

1. 대통령선거

가. 국회에 5인 이상의 소속의원을 가진 정당이 추천한 후보자

나. 직전 대통령선거, 비례대표국회의원선거, 비례대표시·도의원선거 또는 비례대표자치구·시·군의원선거에서 전국 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표한 정당이 추천한 후보자

다. 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 언론기관이 선거기간개시일전 30일부터 선거기간개시일전일까지의 사이에 실시하여 공표한 여론조사결과를 평균한

판례집 20-2(하)

지지율이 100분의 5 이상인 후보자

2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거

가. 제1호 가목 또는 나목에 해당하는 정당의 대표자가 지정한 후보자

나. 제1호 다목에 의한 여론조사결과를 평균하여 100분의 5 이상의 지지를 얻은 정당의 대표자가 지정한 후보자

3. 지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거

가. 제1호 가목 또는 나목에 해당하는 정당이 추천한 후보자

나. 직전 선거에서 당해 선거구(선거구의 구역이 변경되어 변경된 구역이 직전 선거의 구역과 겹치는 경우를 포함한다)에 입후보하여 유효투표총수의 100분의 10 이상을 득표한 후보자

다. 제1호 다목에 의한 여론조사결과를 평균한 지지율이 100분의 5 이상인 후보자

⑤ 각급선거방송토론위원회는 제4항의 초청대상에 포함되지 아니하는 후보자를 대상으로 대담·토론회를 개최할 수 있다. 이 경우 대담·토론회의 시간이나 횟수는 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 제4항의 초청대상 후보자의 대담·토론회와 다르게 정할 수 있다.

⑥ 각급선거방송토론위원회는 제4항 후단의 규정을 위반하여 정당한 사유 없이 대담·토론회에 참석하지 아니한 초청 후보자가 있는 때에는 그 사실을 선거인이 알 수 있도록 당해 후보자의 소속 정당명(무소속후보자는 “무소속”이라 한다)·기호·성명과 불참사실을 제10항 또는 제11항의 중계방송을 시작하는 때에 방송하게 하여야 한다.

⑦ 각급선거방송토론위원회는 제1항 내지 제3항 및 제5항의 대담·토론회(합동방송연설회를 포함하며, 이하 이 조에서 “대담·토론회”라 한다)를 개최하는 때에는 공정하게 하여야 한다.

⑧ 각급선거방송토론위원회위원장 또는 그가 미리 지명한 위원은 대담·토론회에서 후보자가 이 법에 위반되는 내용을 발표하거나 배정된 시간을 초과하여 발언하는 때에는 이를 제지하거나 자막안내하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.

⑨ 각급선거방송토론위원회위원장 또는 그가 미리 지명한 위원은 대담·토론회장에서 진행을 방해하거나 질서를 문란하게 하는 자가 있는 때에는 그 중지를 명하고, 그 명령에 불응하는 때에는 대담·토론회장밖으로 퇴장시킬 수 있다.

⑩ 공영방송사는 그의 부담으로 대담·토론회를 텔레비전방송을 통하여 중계방송하여야 하되, 대통령선거에 있어서 중앙선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회는 오후 8시부터 당일 오후 11시까지의 사이에 중계방송하여야 한다. 다만, 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서 전국을 방송권역으로 하는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑪ 구·시·군선거방송토론위원회는 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서 제10항 단서의 규정에 의하여 공영방송사가 중계방송을 할 수 없는 때에는 다른 지상파방송사업자나 종합유선방송사업자의 방송시설을 이용하여 대담·토론회를 텔레비전방송을 통하여 중계방송하게 할 수 있다. 이 경우 그 방송시설이용료는 국가 또는 당해

지방자치단체가 부담한다.

⑫ 각급선거방송토론위원회는 대담·토론회를 개최하는 때에는 청각장애선거인을 위하여 자막방송 또는 수화통역을 할 수 있다.

⑬ 「방송법」 제2조(용어의 정의)의 규정에 의한 방송사업자·중계유선방송사업자 및 인터넷언론사는 그의 부담으로 대담·토론회를 중계방송할 수 있다. 이 경우 편집없이 중계방송하여야 한다.

⑭ 대담·토론회의 진행절차, 개최홍보, 방송시설이용료의 산정·지급 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제82조의3(선거방송토론위원회 주관 정책토론회) ① 중앙선거방송토론위원회는 정당이 방송을 통하여 정당·정책을 알릴 수 있도록 하기 위하여 임기만료에 의한 선거(대통령의 궐위로 인한 선거 및 재선거를 포함한다)의 선거일전 90일(대통령의 궐위로 인한 선거 및 재선거에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 날의 다음달)부터 후보자등록신청개시일전일까지 다음 각 호에 해당하는 정당(선거에 참여하지 아니할 것을 공표한 정당을 제외한다)의 대표자 또는 그가 지정하는 자를 초청하여 정책토론회(이하 이 조에서 “정책토론회”라 한다)를 월 1회 이상 개최하여야 한다.

1. 국회에 5인 이상의 소속의원을 가진 정당
2. 직전 대통령선거, 비례대표국회의원선거 또는 비례대표시·도의원선거에서 전국 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표한 정당

② 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회)제7항 내지 제9항·제10항 본문·제12항 및 제13항의 규정은 정책토론회에 이를 준용한다. 이 경우 “대담·토론회”는 “정책토론회”로, “각급선거방송토론위원회”는 “중앙선거방송토론위원회”로 본다.

③ 정책토론회의 운영·진행절차·개최홍보 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제122조의2(선거비용의 보전 등) ①~② 생략

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 비용은 국가 또는 지방자치단체가 후보자를 위하여 부담한다. 이 경우 제5호의 비용은 국가가 부담한다.

- 1.~ 5. 생략
6. 제161조(투표참관)의 규정에 의한 투표참관인 및 제162조(부재자투표참관)의 규정에 의한 부재자투표참관인의 수당과 식비
7. 제181조(개표참관)의 규정에 의한 개표참관인의 수당과 식비

④ 생략

**【참조판례】**

1. 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 101  
헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779, 780  
헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337  
헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 90

판례집 20-2(하)

헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 426  
 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224  
 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743

**【당 사 자】**

청 구 인 장○표  
 대리인 변호사 전상화

**【주 문】**

공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호는 헌법에 합치되지 아니한다.

위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

청구인은 2007. 8. 9. 중앙선거관리위원회에 제17대 대통령선거 예비후보자로 등록하고 같은 날 ‘대통령선거 출마 기자회견문’을 발표하였으며, 2007. 12. 19. 실시되는 제17대 대통령선거에 무소속으로 출마하고자 한다고 주장하였다.

청구인은 대통령선거 후보자로 등록할 때 5억 원의 기탁금을 납부하도록 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제1호가 평등권과 공무담임권 등을 침해한 다며 2007. 9. 12. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 조항 및 현행 공직선거법상의 관련조항은 아래와 같다.

공직선거법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청 시에 후보자 1인마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 5억 원
2. 국회의원선거는 1천500만 원

3. 시·도의회의원선거는 300만 원
4. 시·도지사선거는 5천만 원
5. 자치구·시·군의 장 선거는 1천만 원
6. 자치구·시·군의원선거는 200만 원

② 제1항의 기탁금은 체납처분이나 강제집행의 대상이 되지 아니한다.

③ 제261조(과태료의 부과·징수 등)의 규정에 의한 과태료 및 제271조(불법시설물 등에 대한 조치 및 대집행)의 규정에 의한 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 제1항의 기탁금에서 부담한다.

제57조(기탁금의 반환 등) ① 선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 해당 금액 중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거

가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액

나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액

2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거

당해 후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액

② 제1항의 규정에 의하여 반환하지 아니하는 기탁금은 선거일후 30일 이내에 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. (이하 생략)

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

기탁금의 주된 존재 이유가 후보자의 난립을 방지하기 위한 것이라면 이는 공직선거법 제48조 제2항의 후보자추천 요건의 강화와 이를 정당추천 후보자에게까지 확대함으로써 해결할 수 있음에도, 이 사건 조항이 우리나라 국민 대다수가 평생 만져보지 못할 거금인 5억 원을 대통령선거 기탁금으로 요구하는 것은 자격 있는 후보자가 제도권 정치로 진입하는 것을 원천적으로 막는 것으로서, 이는 명백히 재산의 보유 정도에 의한 주권행사의 차별이자(평등권 침해), 정치적 동물인 인간의 욕구를 원천적으로 좌절시키는 것이며(행복추구권 침해), 유권자들의 판단을 받아볼 기회도 없이 선출직 국가공무원인

판례집 20-2(하)

대통령이 될 자격을 사전에 박탈하는 것이고(직업선택의 자유, 공무담임권 침해), 공직선거법 제57조 기탁금의 국고귀속 규정까지 고려하면 사유재산권을 강탈하는 것이다(재산권 침해).

헌법재판소는 제14대 대선 당시 기탁금 3억 원을 합헌이라고 보았고, 지난 15년간 국민소득, 물가수준 상승 등을 고려하면 현재의 기탁금 5억 원은 과도한 금액이 아니라고 판단할 수도 있겠으나 그 결정(92헌마269)의 문제점은 차치하고라도(재판관 김진우, 조승형의 반대의견 참조), 당시에는 기탁금 반환에 필요한 유효투표총수 대비 득표율이 5%, 7%였으나, 현재는 10%, 15%로 2배 가량 증가하여 기탁금을 돌려받을 확률이 매우 낮아졌고, 당시에는 기탁금에서 대집행비용, 선거인명부 등의 사본작성비용, 국고부담연설비용까지 부담하였으나, 현재는 각종 과태료, 대집행비용만을 공제한다는 점을 보면 기탁금 5억 원은 과거의 3억 원에 비해서 과도하게 책정된 금액이다.

나. 관계기관의 의견

중앙선거관리위원회 위원장은 의견없음을 통보하였고 다른 관계기관의 의견은 제출되지 않았다.

3. 적법요건에 관한 판단

청구인은 중앙선거관리위원회에 제17대 대통령선거 예비후보자로 등록하였으나 동 선거에 출마하지 않았다.

청구인은 후보자로 등록할 경우 요구되는 기탁금 액수가 지나치게 과도하다며 이 사건 조항을 다투는데, 비록 위 대통령선거는 종료되었지만 이 사건 조항이 대통령선거에 출마하려는 사람의 공무담임권을 침해하는지 여부에 대해서 헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 권리보호이익을 예외적으로 인정함이 상당하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 입법연혁 및 후보자 관련 통계

(1) 1963. 2. 1. 제정된 대통령선거법은 제22조에서 후보자는 정당이 추천하는 경우만 등록할 수 있도록 규정하였고, 후보자 등록 시 납부하는 기탁금제도는 없었다.

1980. 12. 31. 개정된 대통령선거법은 일정한 유권자들의 추천을 받은 개인이 후보자등록을 할 수 있도록 규정하였고 기탁금제도는 없었다.

1987. 10. 27. 제9차 헌법개정에 의하여 대통령선거가 간선제에서 직선제로 바뀌었고 제13대 대통령선거를 앞두고 1987. 11. 7. 대통령선거법 전부 개정

시 기탁금제도가 처음으로 도입되었다. 당시 기탁금은 정당추천 후보자가 5,000만 원, 무소속 후보자가 1억 원이었으며(제26조 제1항), 후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 그 정당 또는 후보자의 기탁금은 국고에 귀속되도록 하였다(제26조 제6항).

제14대 대통령선거를 앞두고 1992. 11. 11. 개정된 대통령선거법은 기탁금을 무소속이나 정당추천 여부에 관계없이 모두 3억 원으로 하였다(제26조 제1항). 한편 동법 제26조 제7항은 후보자의 기탁금에서 선거인명부 및 부재자 신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 의무적으로 공제하도록 하였다(제26조 제7항). 그런 뒤 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 7 이상이면 기탁금을 반환하고, 100분의 5를 초과하였으나 100분의 7 미만인 때에는 국고에서 부담하는 후보자 및 연설회의 연설회비용을 공제한 뒤 반환하고, 후보자가 사퇴하거나 등록 무효인 때 또는 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 동 연설회비용을 공제한 뒤 국고에 귀속되도록 하였다.

제15대 대통령선거를 앞두고 1997. 11. 14. 개정된 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 기탁금 액수를 5억 원으로 하였으며, 기탁금에서 공제되는 비용은 불법행위에 대한 대집행비용에 한정하였다. 기탁금의 반환은 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10 이상일 경우에만 가능하였다.

(2) 역대 대통령선거에서 기탁금과 후보자수는 다음 표와 같다.

대통령선거	기탁금	후보자수
제11대(1980)	없음	1
제12대(1981)	없음	4
제13대(1987)	5천만(정당추천), 1억(무소속)	8
제14대(1992)	3억	8
제15대(1997)	5억	7
제16대(2002)	5억	7
제17대(2007)	5억	12

제13대 대통령선거의 결과를 보면, 후보자 등록을 한 8인 중 3인은 중도에 사퇴하였고, 유효투표총수의 5% 이상 득표자는 4인이었다.

판례집 20-2(하)

제14대 대통령선거의 결과를 보면, 후보자 8인 중 유효투표총수의 5% 미만 득표자는 3인, 5-7% 득표자 1인, 7%이상 득표자는 3인이었다. 한편 중앙선거관리위원회가 발행한 ‘제14대 대통령선거총람’에 의하면 기탁금에서 공제되는 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설품 등에 대한 대집행비용은 후보자 1인당 최고 4,500만 원 정도였으나, 국고부담연설비용은 후보자 중 최저가 3억여 원 최고는 6억여 원이었다. 그리하여 반환된 기탁금은 5-7% 득표자의 경우 전혀 없었으며(오히려 일부는 부채를 짐), 7% 이상자의 경우 최고 4,500만 원을 공제한 나머지 액수였다.

제15대 대통령선거의 경우, 후보자 7인 중 유효투표총수의 7% 이상 득표자가 3인이었고 나머지는 모두 5% 미만으로 득표하였다. 그 3인의 경우 부과된 과태료를 제외한 나머지 금액이 반환되었다.

제16대 대통령선거의 경우, 후보자 7인 중 유효투표총수의 7% 이상 득표자가 2인이었고 나머지는 모두 5% 미만 득표자였다. 7% 이상 득표자들의 경우 과태료 2600-2800여만 원을 공제한 나머지 금액이 반환되었다(중앙선거관리위원회의 사실조회 회보서 참조).

제17대 대통령선거의 경우 후보자는 12인이었고 선거기간 중 2인이 사퇴하였는데, 유효투표총수의 15% 이상 득표자는 3인이었으며 이들에게는 과태료(900- 2400여만 원)를 기탁금에서 공제한 나머지 금액이 반환되었고, 나머지 9인은 모두 유효투표총수의 10% 미만 득표자로서 기탁금에서 과태료 내지 대집행비용을 제외한 나머지 금액은 모두 국고에 귀속되었다(제17대 대통령선거총람, 112-113쪽).

나. 이 사건 조항의 위헌 여부

(1) 제한되는 기본권

청구인은 이 사건 조항이 평등권, 행복추구권, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권을 침해한다고 주장한다.

이 사건 조항은 후보자등록에 5억 원을 요구함으로써 재산에 따라 공직기회를 차별하고 있으므로, 평등권, 재산권, 공무담임권이 모두 관련된다. 이는 하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권경합에 해당하는데, 그러한 경우 기본권침해를 주장하는 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보게 된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337 ; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614,

판례집 14-1, 410, 426).

공무담임권의 내용은 일반적으로 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받을 것을 의미하는데(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224 ; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743), 이 사건은 공직취임의 기회 자체가 기탁금 납부 여부에 의하여 제한되고 있다는 측면에서 공무담임권이 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 기본권이라고 할 것이다. 그러므로 공직취임 기회를 제한하는 기탁금 액수가 과다하여 공무담임권을 침해하는지 여부가 주된 판단대상이 된다.

한편 청구인이 주장한 기본권 중 직업선택의 자유는 공무담임권 판단시 별도로 판단할 필요가 없으며(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 811), 행복추구권은 다른 기본권의 침해 여부를 논하는 한 독자적으로 판단할 필요가 없다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 408).

## (2) 공무담임권의 침해 여부

(가) 대통령선거에서 진지하지 못한 불성실한 후보자들이 난립할 경우 불법선거운동의 감시와 투개표 등 선거관리에 지장이 초래되며, 선거에 관한 국가비용이 증가하게 된다. 또 후보자들에게 불법선거에 대한 과태료나 불법시설물 등에 대한 대집행비용이 발생하는 경우를 대비하여 기탁금을 예납하게 할 필요성도 있다. 한편 지나친 후보자난립으로 인하여 표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화되는 것은 바람직하지 못하다. 후보자난립을 방지하기 위한 기탁금 제도는 그러한 목적에 기인한 것이며 이는 공공복리를 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 101 ; 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779).

그런데 기탁금을 납부해야만 대통령선거 후보자가 될 수 있게 하는 것은 필연적으로 후보자의 재력에 따라 공직취임 기회를 차별하는 결과가 되고, 아무리 자격 있는 후보라도 기탁금을 마련할 수 없는 자는 참정권 내지 피선거권을 행사할 기회가 박탈되는 결과가 된다. 비록 대통령이 국가의 원수이자 행정부 수반으로서 특수한 지위를 지니나, 국민주권주의와 대의민주주의를 기반으로 하고 모든 국민에게 참정권과 정치적 표현의 자유 그리고 개인의 기회 균등을 보장하는 우리 헌법의 체제 하에서 피선거권을 가진 국민으로서 다른 국민들의 신임을 얻을만한 능력과 자질을 갖추고 있다고 한다면 대통령직에 도전할 수 있는 균등한 기회가 허용되어야 하며, 재산의 다과에 의하여 그 기회를 박탈하게 되는 것은 특별한 정당화 사유가 없는 한 허용되어서는

판례집 20-2(하)

안 될 것이다.

대통령선거에 입후보한다는 것은 그 당락을 떠나서 정치적 쟁점을 공론화하고 시민의 참여와 국민토론의 장을 마련한다는 의미도 지니며, 이는 국정현안에 대한 진지한 관심을 제고시키고 능력 있는 정치인을 육성하는 계기가 된다. 그러므로 후보자난립 방지를 위하여 기탁금제도를 두더라도 후보예정자의 참정권과 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제약하지 않는 한도 내에서 입법자의 정책적 재량이 행사되어야 한다.

구체적으로 대통령선거에서 어느 정도의 기탁금이 위와 같은 입법목적과 헌법적 가치를 조화시키는 합당한 범위인지는 원칙적으로 입법자의 판단에 맡겨져야 할 것이나, 그 금액이 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정된 것이라면 허용될 수 없다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 780 참조).

(나) 이 사건 조항이 정한 5억 원의 기탁금은 청구인과 같은 대통령선거 입후보예정자가 조달하기에는 매우 높은 액수임이 명백하다. 주요 정당의 경우 정기적으로 지급되는 국고보조금을 받으므로 그러한 정당추천 후보예정자의 경우 5억 원의 기탁금 마련이 가능할 것이나(2007. 8. 14. 지급된 정당에 대한 경상보조금(연 4회 중 1회분)은 한나라당이 22억, 대통합민주신당 15억, 열린우리당이 20억, 민주노동당이 5억, 중도통합민주당이 5억, 국민중심당이 3억 여 원이었다. 경상보조금 외에 선거가 있는 해에는 선거보조금도 따로 지급된다. 정치자금법 제25조 제3항), 국고보조금이 지급되지 않는 군소 정당의 추천을 받을 후보예정자이거나 무소속 후보예정자의 경우 특별히 재력가가 아니라면 부채를 지거나 다른 사람들의 기부를 받지 않는 한 5억 원 마련은 사실상 어려울 것이다.

대통령선거 후보자가 부채를 지고 마련하기에는 5억 원은 지나치게 큰 액수이며, 그러한 고액의 부채를 공직후보자가 부담하는 것은 사회적, 정치적으로 바람직하지 않다. 기탁금의 전액 반환을 위해서는 유효투표총수의 15% 이상을 득표하여야 하며 이에 해당되기 쉽지 않다는 점에서 기탁금 마련을 위한 부채는 결국 후보자와 주위 사람들에게 지나친 부담이 될 가능성이 크다.

한편 2008. 2. 29. 개정된 정치자금법은 제6조에서 2의2호를 신설하여 “대통령선거의 후보자 및 예비후보자”도 후원금을 받을 수 있는 후원회의 지정권자로 포함시켰으나, 5억 원은 국민들의 인지도가 어느 정도 있는 예비후보자라 하더라도 쉽게 모금할 수 있는 액수라고 보기 어렵다.

우리나라에서는 일반 국민들이 정치적 후원회에 기부하는 것이 보편화되어 있지 않으며, 기성 정당 출신이나 유명 정치인이 아니라면 그러한 기부를 받을 기회는 더 제약되어 있다. 특히 국민들은 자신의 실명으로 정치적 후원금을 내거나 이것이 공개되는 것을 꺼려하는 경향이 있었으며, 그 대상자가 야당 출신 후보자이거나 무소속 후보자일 때는 더욱 그러하였다. 정치자금법상 익명으로 기부할 수 있는 금액은 1회 10만 원 이하 연간 120만 원 이하이며(정치자금법 제11조 제3항), 후원회의 회계장부에는 기재되거나 일반에게 공개되는 않는 경우는 대통령선거의 후보자 및 예비후보자의 경우 연간 500만 원 이하를 기부한 자의 인적 사항과 금액에 한정된다(동법 제42조 제4항). 따라서 후원자들이 실명이 공개되는 것을 꺼릴 경우 익명이나 비공개를 전제로 후원회를 통하여 5억 원을 마련할 기회는 제약되어 있으며, 경제상황이 악화된다면 후원금을 통한 정치자금의 조달은 더욱 제약될 것이다.

그러므로 국민들의 지지도가 높은 후보자라고 하더라도 그러한 지지도가 반드시 후원금의 기부액수로 연결될 것이라고 단정할 수 없다. 개인이 5억 원을 가지고 있거나 쉽게 동원할 수 있다는 것과 5억 원을 일반인으로부터 모금할 수 있다는 것은 차원이 다른 문제라고 볼 것이다. 기탁금이 피선거권 행사의 필수적 선결조건이 되고 있다는 점에서 후보자 개인 입장에서 그 금액 조달이 가능한지 여부가 기탁금의 과다 여부 판단의 일차적 고려사항이 되어야 하며, 후원회를 통하여 그러한 금액을 조달할 수 있거나 부채를 질 수 있는지 여부는 기탁금 액수의 위헌성 문제를 판단하는데 중요한 고려사항이라고 보기 어렵다.

외국의 경우, 정치자금의 기부가 폭넓게 허용되지만 우리와 같은 고액 기탁금제도가 없으며, 정치자금을 모금할 수 있으므로 고액 기탁금제도가 허용되어야 한다는 논지도 발견할 수 없다.

(다) 고액 기탁금의 문제점은 그 반환조건과도 연관된다. 아무리 고액의 기탁금을 마련한 후보자도 현행 공직선거법에서처럼 유효투표총수의 10-15%의 득표를 받을 경우 50% 반환, 15% 이상의 득표를 받을 경우에만 전액 반환된다면(제57조 제1항), 그러한 지지율에 못 미칠 경우 5억 원을 기꺼이 희생할 수 있는 사람이 아니라면 피선거권 행사를 못하게 될 것이다.

이는 결국 기탁금이 고액이라도 재력이 풍부하여 그 정도의 돈을 쉽게 조달, 활용할 수 있는 사람에게는 입후보 난립방지 효과를 가지지 못하면서, 그 기탁금에 부담을 느끼는 사람들에게만 입후보를 방지하는 효과를 가지게 되

판례집 20-2(하)

는 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 90). 더구나 그러한 효과가 단순히 5억 원이라는 고도의 경제적 상태를 기준으로 나타나게 한 것은 공직선거에 후보자로 참여할 기회를 불합리하게 차별하는 것이다.

(라) 헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고 92헌마269등 결정에서 대통령선거에 3억 원의 기탁금을 규정한 구 대통령선거법 제26조 제1항을 합헌으로 결정하였다.

그런데 당시의 선거법은 기탁금으로 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용을 부담하도록 하였으며, TV와 라디오를 통한 각 1회의 후보자 및 연설원의 연설비용을 국가가 부담하도록 하였다(그러나 기탁금에서 이를 공제하고 다만 후보자가 유효투표총수의 7% 이상 득표시 공제하지 않음). 그러므로 무분별한 후보자가 난립할 경우를 대비하여 그러한 선거비용의 담보를 위해 기탁금이 3억 원이 되어야 할 필요성이 있었다. 실제로 당시 국고에서 부담한 연설비용은 후보자 중 최저가 3억여 원이었고 최고는 6억여 원에 이르렀으므로 모두 기탁금 3억 원을 초과하였다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 780).

그런데 현행 공직선거법에서는 선거인 명부 작성비용을 기탁금으로 부담하게 하는 제도가 폐지되었고 선거방송비용도 선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회 및 정책토론회(공직선거법 제122조의2 제3항 제4호, 제5호) 외에는 전적으로 후보자 개인부담이 된다(득표율 10% 이상시 국가가 사후에 이를 보전함).

선거방송토론위원회가 주관하는 위 대담·토론회는 기본적으로 대상이 ‘국회의원 5인 이상 소속 정당의 후보자, 직전 선거에서 3% 이상 득표한 정당의 후보자, 여론조사 평균지지율 5% 이상 후보자’(공직선거법 제82조의2)에 한정되고, 위 정책토론회는 ‘국회의원 5인 이상 소속 정당 혹은 직전 선거에서 3% 이상 득표한 정당의 대표자나 지정자’(공직선거법 제82조의3)에 한정되므로, 후보자가 난립한다고 해서 그 비용이 증가할 것이라고 단정할 수 없다.

한편 과태료 내지 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 종전 규정과 마찬가지로 기탁금에서 공제하게 되나, 제14대 대통령선거의 경우 그 금액은 후보자별로 최대가 4,500만 원 미만이었고, 제16대의 경우 최대가 2,800만 원 미만이었으며, 제17대의 경우 최대가 4,775만 원이었던 것을 보면, 과태료 및 대집행비용을 미리 확보하기 위하여 기탁금이 3억 원이나 5억 원과 같은 고액일 필요는 없다고 볼 것이다.

공직선거법은 구 대통령선거법과 같이 투표참관인과 개표참관인의 수당과 식비를 국가나 지방자치단체가 부담하도록 하였으나(제122조의2 제3항 제6호, 제7호), 제16대 대통령선거의 통계를 보면 군소정당 후보자나 무소속 후보자의 경우 참관인 선정은 모든 투표소나 개표소에 이루어진 것이 아니고 현실적으로 비교적 적은 수에 그치고 있으므로(중앙선거관리위원회 간, 제16대 대통령선거총람, 101, 119쪽), 후보자가 난립된다고 해서 국가나 지방자치단체의 부담이 비약적으로 증가할 것이라고 단정하기 어렵다.

공직선거법은 선전벽보의 첩부 및 철거비용, 점자형 선거공보의 작성 비용 등을 국가나 지방자치단체의 부담으로 하고 있으나, 실사 기탁금이 더 낮아져서 후보자가 더 증가한다고 해도 그러한 비용의 증가는 심각한 것이라고 보이지 않는다.

결국 현행 선거법 하에서 대통령선거의 기탁금 액수가 종전과 같이 3억 원이 되어야 할 필요성은 오히려 약해졌는데도, 기탁금이 5억으로 증가되어 있고, 또 기탁금이 반환되는 유효투표수 득표율도 종전은 7% 이상이었으나, 현행 공직선거법은 15% 이상(전부 반환) 혹은 10% 이상 15% 미만(절반만 반환)이어야 하므로 반환조건은 더 엄격해졌다.

그렇다면 이 사건 조항의 기탁금이 왜 5억 원으로 되어야 했는지에 대해서는 합리적 설명이 존재하지 않는다. 기탁금이 3억 원일 때 후보자가 난립되었으므로 기탁금 액수를 더 상향하여야 한다거나, 그 정도의 상향은 불가인상으로 인한 것이라고 볼 수도 없다.

(마) 기탁금이 고액이 아닐 경우 후보자가 늘어날 가능성은 있지만, 무소속 후보자의 경우 검인된 추천장을 사용하여 5 이상의 시·도에 나누어 총 선거권자 2500명 내지 5000명의 추천을 받아야 하고(공직선거법 제48조 제2항 제1호), 통상 대통령선거에서 소요되는 많은 비용과 노력을 감안하면 기탁금 액수만 가지고 후보자난립 문제를 대처할 필요는 없다고 볼 것이다. 또한 정당 정치의 발전과 국민들의 정치문화의 성숙도에 따라 진지하지 못한 후보자의 난립현상은 줄어들 수 있다.

(바) 통상 대통령선거에서 사후에 보고되는 총 선거비용이 정당추천 후보자에 따라서는 3-400여억 원에 이르는 상황을 보면 기탁금 5억 원은 상대적으로 적은 금액이라고 볼 수 있다. 그러나 모든 후보자가 그 정도의 선거비용을 사용할 수 있는 것은 아니며, 일단 후보자 등록단계에서 5억 원을 조달할 수 없으면 후보자가 될 수 없으며, 아무리 훌륭한 자질을 가지고 있거나 사회

판례집 20-2(하)

적으로 지지를 받는 사람들이라도 후보자등록 시 5억 원이 지나친 부담이 되어 입후보를 포기하게 한다면 이들에게는 대통령직에 대한 피선거권의 행사가 봉쇄당하게 된다. 비록 그러한 사람들이 소수에 그치더라도 그러한 소수자들의 기회가 박탈당하는 것은 정당하지 않다. 일부 소수층의 참정권 제한은 문제될 것이 없다고 한다면 다수결의 원리에 의하여 지배되는 정치과정에서 필연적으로 발생하는 '소외된 소수자'들의 인권을 헌법보장의 사각지대에 방치하는 결과가 되어 결국 헌법의 기본권 보장정신에 어긋나기 때문이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 90).

대통령제를 둔 외국에서는 대통령선거에 기탁금제도를 두는 나라 자체를 찾아볼 수 없으며(중앙선거관리위원회 발행, 외국의 선거제도 비교분석집, 2005), 유일하게 프랑스에서 기탁금제도를 찾아볼 수 있으나 우리 돈 260만 원 정도에 그치고 있다. 선거제도의 차이점을 감안한다고 하더라도 지구상에 유래가 없는 그런 고액의 기탁금제도를 우리나라에서만 두어야 하는 합리적 이유를 발견하기 어렵다.

(사) 결론적으로, 이 사건 조항이 설정한 5억 원의 기탁금은 대통령선거에서 후보자난립을 방지하기 위한 입법목적의 달성수단으로서는 개인에게 현저하게 과다한 부담을 초래하며, 이는 고액 재산의 다과에 의하여 공무담임권 행사기회를 비합리적으로 차별하므로, 입법자에게 허용된 재량의 범위를 넘어선 것이다.

(3) 소결론

이 사건 조항은 청구인의 공무담임권을 침해한다.

다. 주문에 관한 의견

(1) 재판관 이강국, 재판관 김희욱, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 헌법불합치 의견

이 사건 조항이 헌법에 위반되는 이유는, 기탁금제도 자체에 있는 것이 아니라 기탁금 액수가 지나치게 고액이라는 데에 있다. 그러므로 위 기탁금 액수는 대통령선거에 출마하는 진지하고 성실한 후보자라면 적법한 범위 내에서 충분히 조달할 수 있는 금액으로 조정되어야 한다.

한편 대통령선거에서 지나친 후보자난립을 방지할 필요성이 있음은 앞에서 본 바와 같은바, 우리 공직선거법은 이를 위하여 기탁금제도와 함께, 선거권자의 추천제도를 두고 있다. 즉, 대통령선거의 무소속후보자가 되고자 하는 자는 검인된 추천장을 사용하여 5 이상의 시·도에 나누어 하나의 시·도에

주민등록이 되어 있는 선거권자의 수를 500인 이상으로 한 2500인 이상 5000인 이하 선거권자의 추천을 받도록 하고 있다(법 제48조 제2항 제1호).

그렇다면 후보자난립을 방지하면서도 후보자에게 과도한 금전적 부담을 주지 않기 위하여는, 기탁금 액수를 합헌적 범위 내로 조정하는 것과 함께 무소속후보자의 추천요건을 강화하는 방안이 고려될 수 있는바, 이러한 권한은 입법자에게 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 조항에 대하여 단순위헌 선언을 하여 조항 자체를 폐지시키는 것 보다는 추후 입법자가 여러 사정을 고려하여 합헌적으로 개정할 수 있도록 헌법불합치 선언을 하고, 입법자가 2009. 12. 31.을 시한으로 하여 개정할 때까지 이를 계속 적용하는 것이 상당하다 할 것이다.

(2) 재판관 김종대, 재판관 이동흡의 단순위헌의견

이 사건 조항이 청구인의 기본권을 침해하는 이유는 다수의견과 같으나 주문에 대해서는 다수의견에 동의할 수 없다.

이 사건 조항은 공무담임권을 침해하는 것이므로 특별한 사정이 없으면 단순위헌결정이 선고되어야 한다. 다음 대통령선거는 2012년으로 예정되어 있으므로, 헌법재판소가 이 사건 조항을 단순위헌으로 선언하더라도 입법자는 충분한 기간 내에서 기탁금제도를 후보자가 조달할 수 있는 합헌적인 범위로 정할 수 있다.

헌법재판소는 선거가 종료된 후에 기탁금제도의 위헌성을 확인하는 경우 헌법불합치결정을 한 적이 있으나(국회의원선거 기탁금 사건. 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정), 당시는 국회의원의 재선거나 보궐선거를 있을 것을 고려한 것이었고, 그러한 고려사항이 없을 경우 해당 선거가 종료된 후에는 기탁금제도에 대하여 단순위헌결정을 하였다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등 결정). 이 사건에서 재선거나 보궐선거를 고려할 필요성이 없다.

그러므로 이 사건에서 굳이 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 필요가 없이 단순위헌결정을 하여야 한다.

5. 결 론

이 사건 조항이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여 재판관들의 의견이 위와 같다면, 이에 대하여는 헌법에 합치되지 아니한다는 선언을 하여야 하므로 이에 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 위헌의견과 재판관 이공현의 아래 7.과 같은 반대의견이 있다.

6. 재판관 조대현의 위헌의견

판례집 20-2(하)

공직선거의 후보자로 등록하려면 기탁금을 납부하여야 하고 일정한 비율 이상의 득표를 하지 못하면 기탁금을 반환하지 아니하는 제도는 전부 헌법에 위반된다고 생각한다.

공직선거는 대의제 민주주의를 실현하기 위한 핵심절차이고 공직선거의 후보자로 되는 것은 헌법이 보장하는 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 구현하는 수단이다. 공직선거의 후보자 등록요건으로서 기탁금의 납부를 요구하고 선거결과 유효투표의 일정 비율 이상을 득표하지 못할 경우에 기탁금의 전부 또는 일부를 몰수하도록 하는 것은 선거제도의 민주주의 실현 기능을 억제하고 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이며, 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력이 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하는 것이다.

따라서 기탁금제도에 의하여 공직선거의 후보자로 되는 것을 제한하려면, 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한할 필요성(국가안전보장·질서유지 또는 공공복리)이 있어야 하고, 공직선거의 후보자 등록에 관하여 경제적 능력이 없는 국민을 차별하여야 할 합리적 이유가 있어야 한다.

기탁금제도는 후보자의 난립을 방지하기 위한 것이라고 한다. 그러나 공직선거는 대의제 민주주의를 실현하기 위한 핵심절차이고 그 후보자 등록은 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 구현하는 수단인 점에 비추어 보면, 공직선거의 후보자가 가급적 많이 등록하도록 유도함이 마땅하다고 할 것이고, 공직선거의 후보자가 난립할 우려가 있다고 하여 그 후보자 등록을 제한할 필요가 있다고 보기 어렵다.

그리고 헌법 제8조 제1항은 복수정당제를 보장하고 있으므로 정당추천 후보자의 난립을 막기 위하여 기탁금제도를 두는 것은 허용되기 어렵다. 무소속 후보자로 되고자 하는 자는 일정한 수 이상의 선거권자의 추천을 받도록 요구하고 있는바, 이처럼 선거권자의 추천을 받은 후보자에 대하여 다시 후보자의 난립을 방지한다는 이유로 기탁금을 요구할 필요가 있다고 보기 어렵다.

기탁금은 선거비용에 충당되는 것이 아니라 과태료나 불법선거에 대한 대집행비용으로 충당되는데, 기탁금제도가 매우 중요한 정치적 자유를 제한하는 점에 비추어 보면, 공직선거법 위반에 대한 제재수단을 위법행위가 있기도 전에 미리 확보하기 위하여 기탁금을 예납하게 하는 것도 합리적이라고 보기 어렵다.

결국 공직선거의 기탁금제도와 그 몰수제도는 헌법 제37조 제2항이 요구하

는 기본권 제한사유도 없이 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이고, 합리적 사유도 없이 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력이 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하여 차별하는 것이어서 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

#### 7. 재판관 이공현의 반대의견

나는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 보므로 아래와 같이 견해를 밝힌다.

##### 가. 후보난립 방지필요성의 절실성

오늘날 민주국가에서 선거제도의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 선거는 국민이 직접 정치적 의사형성에 참여할 수 있도록 하는 중요한 제도로서 통치권 또는 국정담당자를 결정하는 주권행사의 수단으로 민주적 정당성 부여의 계기이고, 우리 사회의 소수자의 목소리를 들을 수 있는 소중한 기회이며, 나아가 소수가 다수가 될 수 있는 균등한 기회를 제공하는 장이 된다.

위와 같은 이념적 중요성을 가지는 외에 선거에 참여하는 국민들에 대한 관계에서 선거는 스스로의 이해관계나 정치적 지향, 변화의 요구를 정책과 제도에 관철시킬 수 있는 구체적 기회가 되고, 막대한 선거비용 중 상당부분은 궁극적으로 국민의 세금으로 충당되는 것이라는 점에서 현실적으로도 국민들의 이해와 직접적이고 중요한 연관을 맺고 있다.

그러나 한편으로 선거는 후보자에 대한 정보제공 및 후보자의 공약 또는 비전의 제시 과정에서 개인과 집단의 이익을 위하여 악용될 가능성도 있다. 사업적 목적이나 종교적 목적을 위하여, 또는 병적인 과시욕 등으로 자신의 존재를 세상에 알리고, 허황된 약속이나 자신에 대한 신화적 포장을 통해 대중을 미혹하여 이익을 얻고자 하는 이들에게 선거는 더할 나위없는 수단이 될 우려가 있으며, 후보자에 대한 신분보장(공직선거법 제11조)을 남용하고자 하는 이들 또한 있을 수 있다. 이러한 진지하지 못하고 불성실하며, 경우에 따라 사회에 해악을 끼치는 후보자의 출현은 선거의 순기능을 저해하고, 국민의 정치에 대한 냉소를 심화시켜 선거를 단순한 유희로 전락시킨다.

이 사건 법률조항이 규정하는 기탁금제도는 직접적으로는 위와 같은 무분별한 후보난립을 방지하고, 궁극적으로는 선거의 진지성을 확보하여 선거의 순기능을 극대화하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

특히 대통령선거는 국가의 원수이자 행정부의 수반으로서 국가의 독립, 영

판례집 20-2(하)

토의 보전, 국가의 계속성과 헌법을 수호해야 할 책무를 지는 가장 중요한 국가권력담당자인 대통령을 선출하는 것이다. 일정한 나이에 달한 국민 모두를 선거권자로 하고, 우리 사회가 그에 쏟는 에너지가 천문학적이라고 해도 과언이 아닐 정도라는 점을 고려하면 후보난립으로 인한 폐해가 다른 어느 선거에서 보다 크다고 할 것이고, 후보난립을 방지할 필요성은 매우 절실하다.

그러므로 이 사건 법률조항이 규정하는 대통령 선거에서의 기탁금제도는 그 기탁금액이 과다하지 않는 한 헌법상 허용된다고 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779 참조).

나. 기탁금액의 과다 여부

대통령선거에서 기탁금제도 자체의 정당성이 인정된다고 하더라도 기탁금을 납부하지 아니하면 후보등록을 할 수 없게 된다는 점에서 자유로운 입후보에 대한 제한이 되고, 그 금액이 과다하여 당선가능성이 있음에도 이를 납부할 경제적 능력이 없는 자로 하여금 입후보를 할 수 없게 하는 정도라면 참정권, 공무담임권, 평등권 등을 침해하는 것이 될 수 있으므로 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 책정되어야 한다. 다만 구체적인 기탁금액은 입법자가 정책적 판단에 따라 재량으로 결정할 사항이라 할 것이므로 그 금액이 입법자에게 허용된 재량의 범위를 넘어 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정되어 위 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779-780).

이 사건 법률조항이 정한 기탁금 5억 원이 대통령선거에서 후보난립을 방지하기 위한 목적달성에 필요한 적정한 수준을 넘는 금액인지 여부에 관하여 살펴본다.

헌재 대통령 선거의 경우 선거비용 제한액이 인구수에 950원을 곱한 금액으로(공직선거법 제121조 제1항 제1호) 각 후보자들이 막대한 금액을 선거비용으로 지출하고 있는 현실, 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대한 실질적 제재 효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면 위 기탁금 5억 원이 목적달성에 필요한 금액으로서 과도하다고 볼 수 없다.

한편 1995년 우리 재판소는 대통령선거 입후보자에 대한 기탁금 3억 원이 과다하지 아니하다고 판시한 바 있는데, 1995년부터 2007년에 이르는 동안의 소비자물가상승률을 생각할 때 위와 같은 정도의 기탁금인상은 지나친 것으

로 보이지 아니한다.

다음으로 위 금액이 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 하는 정도로 과다하여 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 것인지 여부에 관하여 본다. 기탁금은 원칙으로 당선되거나 일정한 수준의 득표만 하면 선거종료 후 반환받는 것이므로 당선가능성이 있는 자에게는 사후반환이 보장된 일시적인 예납금이라 할 수 있다. 정당은 정치적 의사형성에 필요한 조직을 갖추고 있는 것이므로 대통령선거에서 당선가능성이 있다고 보아 후보자를 추천하였다면 그러한 정당에서 5억 원 정도의 기탁금을 마련하는 것이 크게 어렵다고 보지는 않고, 이 사건 심판청구 이후 개정된 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제6조에 의하면 대통령선거 후보자 및 예비후보자는 후원회를 지정하여 둘 수 있으므로 공직선거법에 따라 2,500명 이상 5,000명 이하의 추천(공직선거법 제48조)을 받을 수 있는 능력과 자질을 갖춘 무소속후보자라면 우리의 경제현실에 비추어 위와 같은 기탁금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어렵다고 할 수 없다. 따라서 위 기탁금액이 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 과다한 것이라고 볼 수 없다(헌재 1995. 5. 25, 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 781-782 참조).

또한 선거비용의 과다지출과 선거부정 및 과열 등으로 공명선거에의 요청이 큰 우리의 선거풍토에서 단순히 외국의 예를 기준으로 위 기탁금액이 과다하다고 할 수는 없다. 무소속 후보자에 대한 추천제도가 무분별한 후보난립을 방지하는 유력한 방법이기는 하지만 단순한 추천제도만으로는 정치적 냉소가 심각한 현실 속에서 진지하지 못한 추천의 가능성이 높아 기탁금제도를 전적으로 대체할 수단이라고 보기 어려우므로 입법자가 이러한 여러 가지 사정을 고려하여 추천제도를 두면서 아울러 5억 원을 기탁하도록 정한 것이 현저히 불합리하다고 할 수도 없다(헌재 1995. 5. 25, 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 781-782 참조).

한편 후보난립의 폐해를 막기 위한 기탁금 제도의 취지상 기탁금 반환에 일정한 제한을 둘 수밖에 없는데, 그 제한의 엄격성이 곧 기탁금 액수의 과다함을 추정하도록 하는 것은 아니다. 반환요건의 엄격성으로 인한 문제는 기탁금 액수가 적은 경우에도 동일하게 발생할 수 있음을 상기할 필요가 있다. 반환요건의 엄격성으로 인하여 기탁금액에 대한 부담이 더 커질 수 있다는 점을 고려하더라도, 공직선거법 제57조에 따르면 최대 6인(유효투표총수의 15%

판례집 20-2(하)

이상의 득표자)에 대하여 과태료 및 대집행 비용을 공제한 잔액의 반환이 가능하다는 점, 그리고 위와 같은 국민적 지지를 통하여 능력과 자질이 검증된 이들에 대하여는 과거 대통령선거법과 달리 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용을 기탁금에서 공제하지 아니하도록 하여 더욱 실질적인 반환보장을 하고 있다는 점 및 그에 미치지 않더라도 유효투표총수의 10% 이상을 득표한 경우에는 50%의 기탁금을 반환하도록 하면서 과거 대통령선거법 하에서와는 달리 국고연설비용부담을 공제하지 아니하여 명목상의 반환에 그치지 않도록 한 점 등에서 위와 같은 반환요건으로 인하여 이 사건 법률조항이 입법목적 달성의 필요를 넘어 자의적으로 과도한 기탁금을 정한 것이라 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 규정하는 기탁금 5억 원은 대통령선거에서 기탁금제도의 목적달성에 필요한 금액을 넘지 아니하고 입후보하려는 국민의 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지도 아니하여 입법재량의 범위를 일탈한 과도한 금액이라고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 불기소처분취소 등

(2008. 11. 27. 2008헌마399·400(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 고소를 제기한 바 없는 범죄피해자가 불기소처분에 대하여 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부(적극)
2. 쌍방 폭행 여부가 문제된 사안에서, (1) 피의자들의 청구인에 대한 공동폭행 혐의에 대한 불기소처분은 청구인의 평등권 등 기본권을 침해하지 아니한 반면, (2) 청구인의 폭행 혐의를 인정한 기소유예처분은 증거가치나 위법성 판단의 잘못 또는 수사미진의 잘못에 의해 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 사례

### 【결정요지】

1. 범죄피해자는 그가 고소를 제기한 바 없었어도 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 자격이 있는 한편, 그는 고소인이 아니므로 불기소처분에 대하여 검찰청법에 정한 항고, 재항고의 제기에 의한 구제를 받을 방법이 없고, “고소권자로서 고소한 자”에 해당하지 않아 형사소송법 제260조 제1항 소정의 재정신청 절차를 취할 수도 없으므로 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

2. 가. 피의자들의 청구인에 대한 공동폭행 혐의에 부합하는 증거로는 다름 당사자인 청구인의 진술뿐이고, 이에 상대방 피의자들의 진술을 종합하여 볼 때, 이 사건 당시 위 혐의사실과 같은 폭행행위까지 이르는 정황이었다고 보기 어렵고, 당사자들 진술의 진위를 확인하기 위하여 추가로 수사할 다른 방법이 있어 보이지 아니하는 등, 피청구인이 위 혐의사실에 대하여 증거불충분으로 불기소처분에 이른 것에 정의와 형평에 반한 수사, 헌법해석, 법률의 적용 또는 증거판단의 잘못이 있었다고 보이지 아니하고, 기타 위 불기소처분이 자의적인 처분으로 볼 자료도 없으므로 이로 말미암아 청구인의 평등권 등 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

나. 청구인의 폭행 혐의에 부합하는 증거는 상대방 일행 중 1인의

판례집 20-2(하)

진술이 있을 뿐인데, 그의 진술이 일관되지 아니고, 그 일행의 진술과도 상이하여 이를 그대로 믿기 어려운 점, 청구인의 폭행 혐의사실이 인정된다 하더라도 청구인이 폭행에 이른 경위나 동기, 상황 등을 구체적으로 살펴보면 위 행위가 정당방위 또는 정당행위에 해당한다고 볼 여지가 있는 점, 이 사건 다툼상황과 이에 관한 증거관계 등에 비추어 볼 때 상대방 일행들에 대하여는 혐의를 인정하지 아니하고 청구인에 대하여만 폭행 혐의를 인정하는 것은 그 처분결과가 심히 형평성을 잃었다고 보이는 점, 이와 같이 청구인을 다툼의 상대방과 구별하여 청구인에 대하여만 폭행혐의를 인정하기 위해서는 기존의 증거들만으로는 부족하여 수사가 미진하다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 청구인에 대한 기소유예처분은 증거가치나 위법성에 대한 판단의 잘못 또는 수사미진의 잘못에 의한 것이라 할 것이고, 그로써 헌법상 보장된 청구인의 기본권인 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 할 것이다.

**【참조조문】**

헌법재판소법 제68조 제1항 단서

형사소송법 제260조(재정신청) ① 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조부터 제125조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 “관할 고등법원”이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

②~④ 생략

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1992. 1. 28. 90헌마227, 판례집 4, 40, 44
- 헌재 1992. 7. 23. 91헌마142, 판례집 4, 527, 531

**【당 사 자】**

청 구 인 박○규  
 대리인 변호사 이호명  
 피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

**【주 문】**

1. 피청구인이 2007. 10. 15. 서울중앙지방법검찰청 2007형제108705호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

2. 청구인의 나머지 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요

가. 피청구인은 2007. 10. 15. 아래 혐의사실의 요지 기재 ‘피의자 박○선, 신○호, 강○선의 피해자 청구인에 대한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동폭행) 혐의’에 대하여는 불기소처분(혐의없음, 이하 ‘이 사건 불기소처분’이라 한다)을, ‘청구인의 박○선에 대한 폭행 혐의’에 대하여는 기소유예처분(이하, ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다)을 하였다(서울중앙지방법검찰청 2007형제 108705).

<혐의사실의 요지>

1. 피의자 박○선 등에 대한 혐의사실의 요지

피의자 신○호는 주식회사 ○○에너젠의 회장, 피의자 박○선, 강○선은 위 회사에 재직 중인 회사원들인바, 공동하여, 2007. 8. 1. 10:56경 서울 강남구 삼성동 오크우드 호텔 5층 비즈니스룸에서 피해자 청구인을 만나, 청구인이 자신이 운영하는 네이버 포털사이트 “무한동력의 허실” 카페에 주식회사 ○○에너젠에서 발명한 제품이 사기라는 취지의 글을 올린 것에 대하여 청구인에게 해명을 요구했으나 청구인이 이에 응하지 아니하고 돌아가려고 한다는 이유로, 피의자 박○선은 청구인의 진로를 막고 손을 잡아 비틀고, 피의자 신○호, 강○선은 이에 합세하여 청구인이 나가지 못하도록 가로막아 청구인을 폭행하였다.

2. 청구인에 대한 혐의사실의 요지

피의자 박○규(청구인)는 위 일시, 장소에서 그곳을 벗어나려는데 피해자 박○선이 자신을 가로막자 그의 팔을 잡아 비틀고 목덜미를 미는 등 폭행하였다.

나. 청구인은 이 사건 불기소처분 및 기소유예처분의 결과를 통지받지 못하고 있던 중 2008. 2. 21. 이를 우연히 알고 2008. 5. 20. 위 각 처분으로 인하여 평등권 등 기본권을 침해받았다고 주장하면서 그 취소를 구하는 이 사건 헌

판례집 20-2(하)

법소원 심판청구를 하였다.

## 2. 이 사건 불기소처분에 대한 심판청구의 적법성

범죄피해자는 그가 고소를 제기한 바 없었어도 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 자격이 있고, 그는 고소인이 아니므로 불기소처분에 대하여 검찰청법에 정한 항고, 재항고의 제기에 의한 구제를 받을 방법이 없으므로 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1992. 1. 28. 90헌마227, 판례집 4, 40, 44; 헌재 1992. 7. 23. 91헌마142, 판례집 4, 527, 531 참조).

청구인은 “고소권자로서 고소한 자”에 해당하지 않아 형사소송법 제260조 제1항 소정의 재정신청 절차를 취할 수도 없다.

따라서 이 사건 심판청구 중 불기소처분의 취소를 구하는 부분은 보충성 요건을 갖춘 것으로 봄이 상당하다.

## 3. 본안판단

### 가. 사건발생 경위

경찰이 작성한 청구인, 신○호에 대한 각 피의자신문조서(수사기록 25, 39 쪽)의 각 진술기재, 강○선, 신○호, 박○선이 작성한 각 진술서(수사기록 19, 20, 21쪽), 네이버카페 글(수사기록 51쪽)의 각 기재 등에 의하면, 이 사건 발생경위에 관한 아래 기재 사실을 인정할 수 있다.

(1) 청구인은 인터넷 네이버 카페 “무한동력의 허실(<http://cafe.naver.com/skepics>)”을 운영하면서, 2007. 7. 24. 주식회사 신연에너지에 대하여 다음과 같은 글을 올렸다.

「최근에 신○호라는 사람이 주식회사 ○○에너지 설립하고 무한동력이 가능한 것처럼 대중들을 현혹하고 또 투자자를 모집하고 있어 피해자 발생 가능성이 높으므로 이를 경계하는 의미에서 주의할 것을 당부한다. 첨부한 파일은 “인공 기압차 유도 풍력발전기”라는 내용으로 특허 받은 내용이다. 산업상 이용가능성, 즉 경제적인 가치가 있을지 의문이다. 또 “자기증폭엔진”이라는 허무맹랑한 주장을 하는데 이는 명백한 거짓과학이다. 다음은 관련 사이트의 링크이다.

<http://www.shinyeonenergy.com>

<http://blog.naver.com/shinyeoneng.do>」

(2) 주식회사 ○○에너지의 설립자인 신○호는, 위 회사에 대한 인터넷 검색 시 위 글을 비롯하여 청구인이 위 회사를 비난하는 글이 검색되는 등으로 말미암아 위 회사에 적지 않은 손해가 발생할 것으로 판단하여 직원을 통해

이를 해결하고자 시도하였으나 실패하고 청구인과 전화 연락조차 이루어지지 아니하자, 이 사건 발생 무렵 자신의 아들 이름(신○상)을 사칭하여 청구인에게 전화를 걸어 청구인의 특허출원 제품에 관심이 있는 양 가장하면서 직접 만나서 제품설명을 해달라고 요청하고 이를 미끼로 청구인을 유인하여, 2007. 8. 1. 서울 강남구 삼성동 소재 오크우드호텔 5층 비즈니스룸에서 위 회사 직원인 박○선, 강○선과 함께 청구인을 만나게 되었다.

(3) 청구인은 위 일시, 장소에서 신○호 등을 만나고 얼마 지나지 않아 그들 중 1인이 주식회사 신연에너지의 설립자 신○호임을 눈치채고 신○호 등이 자신을 만나고자 한 목적이 무엇인지 직감하고는 바로 위 장소를 벗어나고자 하였다. 신○호 등은 청구인에게 주식회사 ○○에너지에서 개발한 제품을 설명하고 청구인으로 하여금 위 회사 및 제품에 대해 비난하는 글을 철회하도록 설득하고자 그를 막아섰는데, 이 과정에서 이 사건 쌍방 폭행이 있었는지 여부가 문제된 상황이 발생하였다.

나. 이 사건 심판청구 중 이 사건 불기소처분의 취소를 구하는 부분

(1) 피의자 박○선 등의 혐의사실에 부합하는 증거

이 사건 현장에 사건 당사자들 외에 목격자는 없었다.

피의자 박○선 등의 혐의사실에 부합하는 증거로는 청구인의 진술이 있을 뿐인바, 이 사건 심판청구서의 기재, 경찰이 작성한 청구인에 대한 피의자신문조서(수사기록 26쪽)의 진술기재에 의하면 청구인의 진술취지는 다음과 같다.

‘청구인이 위 장소를 벗어나고자 하는데 신○호가 함께 있던 직원들에게 청구인을 막으라고 지시하였고, 박○선이 청구인의 진로를 막고자 청구인의 손목을 잡고 비틀었고, 신○호, 강○선도 이에 합세하여 청구인의 몸을 잡았다.’

(2) 이에 반하여 경찰이 작성한 박○선, 신○호, 강○선에 대한 각 피의자신문조서(수사기록 32, 33, 41, 47쪽)의 각 진술기재에 의하면, 피의자 박○선은 ‘청구인이 급히 일어나 나가려고 하기에 출입문 손잡이를 먼저 잡고 막았는데, 청구인이 그냥 빠져나가려고 박○선의 왼팔 팔뚝을 잡고 목덜미를 밀자 옆에 있던 직원(강○선)이 청구인의 팔을 잡았다’는 취지로 진술하였고, 신○호는 ‘박○선은 청구인이 나가지 못하도록 아주 잠깐 문을 잡았고, 청구인은 문을 열려고 하는 과정에서 가벼운 실랑이가 있었다.’는 취지로 진술하였으며, 강○선은 ‘청구인과 대화를 하고자 그의 진로를 막은 적이 있으나 큰 실랑이는 없었다’는 취지로 진술하였음을 알 수 있다.

판례집 20-2(하)

(3) 판 단

피의자 박○선 등의 혐의사실 즉, ‘박○선이 청구인의 손목을 잡아 비틀었고, 신○호, 강○선이 이에 합세하여 청구인의 진로를 가로막았다’는 점에 부합하는 증거는 다툼의 당사자인 청구인의 진술이 있을 뿐이고, 상대방인 박○선, 신○호, 강○선 등은 ‘가벼운 실랑이 외에 폭행이라고 부를만한 상황은 없었다’는 취지로 진술하고 있다. 위 진술들을 종합해 볼 때, 이 사건 당시 박○선 등이 청구인의 진로를 막고자 하여 청구인이 주장하는 바와 같은 폭행행위에게까지 이른 정황이었다고는 보기 어렵고, 그 밖에 위 당사자들 진술의 진위를 확인하기 위하여 추가로 수사할 다른 방법이 있어 보이지도 아니한다.

나아가 박○선 등이 그 밖의 유형력 행사로 청구인의 진로를 가로막은 행위 자체는 있었던 것으로 보이므로 그에 대한 혐의인정 여부에 관하여 보건대, 그 행위내용을 구체적으로 특정하기 어려울 뿐만 아니라, 위 행위에 이른 동기나 경위가 앞서 본 바와 같고, 그 유형력 행사의 정도가 경미하고 시간도 짧은 점(따라서 감금죄에 해당한다고 보기도 어렵다) 등 제반사정을 고려하면, 박○선 등이 청구인의 진로를 가로막기 위하여 한 유형력 행사는 형법 제 20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니한 행위로서 위법성이 없다고 볼 개연성이 높다.

이에 피청구인은 피의자 박○선 등의 폭행 혐의사실에 대하여 증거가 불충분하다고 보고, 나아가 청구인의 진로를 가로막기 위한 그 밖의 유형력 행사에 대하여 별도로 판단하지 아니한 채 이 사건 불기소처분에 이른 것인바, 피청구인이 피의자 박○선 등의 혐의사실에 관하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다거나 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 위 불기소처분 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보이지 아니하고, 달리 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없으므로 이로 말미암아 청구인 주장의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

다. 이 사건 심판청구 중 이 사건 기소유예처분의 취소를 구하는 부분

(1) 이 사건 기소유예처분의 경위

이 사건을 담당한 사법경찰관은 청구인 및 박○선 등에 대한 신문, 청구인이 주식회사 ○○에너지에 대하여 인터넷에 올린 글에 대한 조사 등 수사를 마치고 2007. 10. 1. ‘청구인과 박○선의 각 폭행혐의에 대하여는 기소 의견으로, 신○호, 강○선의 각 폭행혐의에 대하여는 불기소(혐의없음) 의견으로’ 위

사건을 검찰에 송치하였다.

피청구인은 위 사건에 대하여 더 이상 수사를 진행하지는 아니하고, 사법경찰관의 수사결과가 기록된 수사서류만을 근거로 2007. 10. 15. 앞서 본 바와 같이 박○선에 대하여는 위 송치의견과 달리 불기소(혐의없음)처분을 하고, 청구인에 대하여는 위 송치의견에 따라 폭행혐의를 인정하되, 다만 그 동기나 행위태양을 고려하여 기소유예처분을 하였다.

(2) 청구인의 혐의사실에 부합하는 증거에 관하여

이 사건 수사기록에 의하면, 청구인에 대한 혐의사실, 즉 ‘청구인이 박○선의 팔을 잡아 비틀고 목덜미를 미는 등 폭행하였음’을 인정할만한 증거로는 박○선이 작성한 진술서의 기재, 경찰이 작성한 박○선에 대한 피의자신문조서의 진술기재가 있을 뿐이다.

그런데 박○선이 이 사건 발생 당일 사법경찰관으로부터 피의자신문을 받기 전 작성한 진술서의 기재에 의하면, ‘청구인이 당시 한 손에 우산을 들고 있었다’고 하면서도 ‘청구인이 자신의 양팔을 잡아 근육이 아프고 왼쪽 목이 꺾이는 과정에서 목을 돌릴 수 없도록 아프다’는 취지인데(수사기록 21쪽), 사법경찰관이 작성한 박○선에 대한 피의자신문조서의 진술기재에 의하면, ‘청구인이 오른팔로 자신의 왼팔 팔뚝을 잡고 우산을 들고 있던 왼손으로는 팔을 잡지 못하고 청구인의 옷깃을 잡아당기다가 잘 안 되니 오른손으로 자신의 목덜미를 밀었다’는 취지로서(수사기록 32, 33쪽), 위 각 진술 모두 기억이 생생한 이 사건 발생 당일의 진술임에도 폭행상황의 진술내용이 일관되지 아니한다.

한편, 이 사건 현장은 청구인과 그 상대편인 박○선 및 그 일행만 있던 호텔 비즈니스룸 안이었고, 그 당시의 상황은 청구인이 위 장소를 벗어나려고 하자 박○선 등이 청구인에게 자기 회사제품에 대해 비난하는 글을 철회하도록 설득하고자 그를 막아서는 과정에서 발생하였으므로 시선이 집중되는 상황이었다. 그런데 박○선의 일행인 강○선은 ‘청구인이 나가려고 할 때 박○선이 이를 막은 적은 있었으나 이것을 싸우거나 실랑이한 것이라고 볼 수 없을 정도였다’는 취지로 진술하였고, 역시 박○선의 일행인 신○호는 ‘청구인이 박○선의 목을 밀치는 것을 보지 못했다’, ‘싸움도 아니고...’, ‘이것은 폭행도 아니고...’라고 진술하여(수사기록 41, 42쪽), 위 박○선의 진술과는 상이하다.

위와 같은 제반사정에 박○선이 이 사건 다툼의 당사자인 점을 함께 고려해 보면, 박○선 작성의 진술서 또는 경찰 작성의 박○선에 대한 피의자신문

판례집 20-2(하)

조서에 각 기재된 진술내용을 그대로 신빙하기는 어렵다고 할 것이다.

(3) 청구인 행위의 위법성에 관하여

가사 박○선의 진술을 그대로 받아들여 청구인이 이 사건 혐의사실과 같이 상대방 1인을 폭행하였음을 인정하는 경우에도, 그 위법성 판단에 있어서는 다음과 같은 사정이 고려되어야 할 것이다.

이 사건 다툼 상황은, 앞서 본 바와 같이, 박○선 등 3인이 청구인을 폐쇄된 공간인 호텔 방으로 유인한 후 청구인에게 자신들의 주장을 설득하려고 하였으나 청구인이 이를 거부하고 그곳을 벗어나려 하자 청구인의 진로를 가로막는 과정에서 발생하였다. 청구인(52세)은 위와 같이 홀로 상대편 3인(40세, 50세, 58세)과 대립한 상황에서 호텔방 밖으로 나가고자 하다가 박○선(40세)이 출입문 손잡이를 잡고 막아서자 단지 그곳을 빠져나가기 위하여 팔뚝을 잡거나 목을 미는 등의 행위를 하였다는 것이고, 그 정도 또한 박○선의 일행인 강○선의 진술처럼 “싸우거나 실랑이한 것이라고 볼 수 없을 정도”에 불과하다.

한편, 청구인은 결국 위 호텔방에서 빠져나오지 못하여 스스로 112 신고를 하였고, 경찰관 출동 후에 위 방에서 나오게 되었다.

그렇다면, 청구인의 위와 같은 행위는 형법 제21조 소정의 정당방위 또는 제20조 소정의 정당행위에 해당한다고 볼 여지가 있다.

(4) 청구인과 박○선 등 사이의 형평성에 관하여

앞서 본 바와 같이 청구인은 박○선 등 3인의 유인에 의하여 호텔 방에 갔다가 그곳을 벗어나려는 과정에서 이를 막는 박○선 등과 쌍방 폭행 여부가 문제되는 상황이 발생한 것으로서, 위 쌍방 폭행을 뒷받침하는 증거란 대립 당사자들의 각 진술이 있을 뿐이고, 위 각 진술들은 앞서 본 바와 같이 그대로 믿기 어려운 사정이 있다. 또한 혐의사실 요지 기재와 같은 폭행이 아니라, 한쪽은 진로를 막으려 하고, 다른 한쪽은 뿌리치고 방을 빠져나오려 하는 과정에서 쌍방 사이에 어떤 유형력의 행사가 있었다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 쌍방의 행위 모두 위법성이 있다고 단정하기 어려워 보인다.

그런데도 피청구인이 박○선 등 3인에 대하여는 혐의없음 불기소처분을 한 반면, 청구인에 대하여는 혐의를 인정하고 기소유예처분을 한 것은 그 처분 결과가 심히 형평성을 잃었다고 할 것이다.

(5) 수사미진의 점

이러한 제반사정을 고려할 때, 피청구인이 위 박○선 등과는 구별하여 청구

헌재 2008. 11. 27. 2008헌마399·400(병합)

인에 대하여만 이 사건 폭행혐의를 인정하기 위해서는 위에서 본 증거들 외에 추가로 수사를 하여 앞서 지적한 증거의 신빙성 및 위법성 등에 관한 의문을 해소하였어야 한다 할 것이고, 피청구인이 그리하지 아니한 것은 결국 수사가 미진하였던 것이라고 볼 것이다.

(6) 소 결

그렇다면 이 사건 기소유예처분은 증거가치나 위법성에 대한 판단의 잘못 또는 수사미진의 잘못에 의한 것이라 할 것이고, 그로써 헌법상 보장된 청구인의 기본권인 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구 중 기소유예처분에 대한 부분은 이유 있으므로 피청구인이 수사의 보완을 거쳐 다시 상당한 결정을 하게 하기 위하여 이 사건 기소유예처분을 취소하고, 불기소처분에 대한 부분은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

## 대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정 위헌확인

(2008. 11. 27. 2008헌마517 전원재판부)

### 【판시사항】

정부의 대한민국건국60년 기념사업위원회의 설치·운영 및 건국60년 기념사업 추진행위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판에서 역사학자, 국회의원, 독립운동단체, 시민사회단체의 구성원들인 청구인들의 법적 관련성 내지 기본권침해 가능성을 부인한 사례

### 【결정 요지】

통일정신, 국민주권원리 등은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있지만 그에 기하여 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해내기는 어려우며, 헌법전문에 기재된 대한민국 임시정부의 법통을 계승하는 부분에 위배된다는 점이 청구인들의 법적지위에 현실적이고 구체적인 영향을 미친다고 볼 수도 없다.

건국60년 기념사업 추진행위가 독도 영유권 포기에 관한 사업내용을 전혀 포함하고 있지 아니하므로 영토권이라는 기본권의 침해가능성 또한 존재하지 않는다.

기념사업 추진에 거액의 예산이 확보되었다고 하더라도 헌법상 조세의 효율성과 타당한 사용에 대한 감시는 국회의 주요책임이자 권한이고 국민은 선거를 통하여 간접적이고 보충적으로만 관여할 수 있고, 재정지출의 합리성과 타당성 판단은 재정분야의 전문성을 필요로 하는 정책판단의 영역으로서 사법적으로 심사하는데 어려움이 있을 수 있는 점을 고려하면, 청구인들에게 납세자로서의 권리라는 헌법상 기본권을 인정하기 어려우며, 세부담이 증가할 수 있다는 막연한 가능성만으로 재산권 침해의 가능성 또한 인정할 수 없다.

‘건국60년’이라는 표현을 사용했다는 점만으로 헌법개정이 이루어

졌다고 볼 수 없어 헌법 제130조 제2항의 국민투표권의 침해가능성이 인정되지 아니하고, 건국60년 기념사업 추진행위에 의해 청구인들이 내심의 동요와 혼란을 겪었을지라도 이로써 헌법상 보호되는 명예권이나 행복추구권의 침해가능성 및 법적관련성이 인정되지 아니한다.

### 【참조조문】

헌법 전문, 제1조 제2항, 제3조, 제4조, 제10조, 제23조, 제130조 제2항

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제1조(목적) 대한민국 건국 60년이 되는 2008년을 맞아 건국이후 호국, 산업화, 민주화를 달성한 역사를 평가하고, 선진일류국가 건설을 위한 비전의 제시, 각종 행사의 개최 및 지원, 종합계획의 수립·조정·시행 등의 업무를 효율적으로 추진하기 위하여 국무총리소속하에 대한민국건국60년기념사업위원회를 둔다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 훈령에서 “건국60년기념사업”이란 대한민국 건국60년이 되는 2008년을 범국가 차원에서 경축하고, 선진일류국가로 출발하는 전환점으로 삼기 위한 각종 기념행사, 국내외 학술대회, 문화·예술행사, 출판 등의 사업을 말한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제3조(기능) 대한민국건국60년기념사업위원회(이하 “위원회”라 한다)는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 건국60년기념사업의 추진방향 및 추진사업의 결정
2. 건국60년기념사업 종합계획의 수립
3. 건국60년기념사업과 관련된 행사계획의 종합·조정
4. 건국60년기념사업과 관련된 행사의 지원
5. 그 밖에 건국60년기념사업에 관한 사항으로서 위원회의 위원장이 부의하는 사항

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제4조(구성) ① 위원회는 15명 이내의 정부위원과 60명 이내의 민간위원을 포함하여 75명 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원은 다음 각 호의 자가 된다.

1. 정부위원 : 국무총리, 기획재정부장관, 교육과학기술부장관, 외교통상부장관, 통일부장관, 법무부장관, 국방부장관, 행정안전부장관, 문화체육관광부장관, 지식경제부장관, 국가보훈처장, 국무총리실장과 대통령이 지명하는 중앙행정기관의 장
  2. 민간위원 : 학식과 경험이 풍부하고 국민의 신망이 두터운 자로서 대통령이 위촉하는 자
- ③ 위원회는 건국60년기념사업에 관한 종합적인 자문을 받기 위하여 대통령이 위촉하는 고문을 둘 수 있다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령



제225호로 개정된 것) 제5조(위원장) ① 위원회의 위원장(이하 “위원장”이라 한다)은 국무총리와 민간위원 중에서 대통령이 지명하는 자가 공동으로 된다.

② 위원장은 각자 위원회를 대표하며, 위원회의 업무를 총괄한다.

③ 위원장 모두가 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리인 위원장이 미리 정한 위원이 위원장의 직무를 대행한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제6조(회의) ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하며, 그 의장이 된다.

② 위원회의 회의는 공동위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제7조(간사) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1명을 두되, 간사는 국무차장이 된다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제8조(분과위원회) ① 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 분과위원회를 둘 수 있다.

② 분과위원회의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제9조(조정위원회) ① 위원회에 상정할 의안을 미리 검토·조정하고 위원회에서 위임받은 사항을 처리하기 위하여 위원회에 조정위원회를 둔다.

② 조정위원회는 조정위원회의 위원장(이하 “조정위원장”이라 한다)을 포함하여 30명 이내의 조정위원으로 구성하되, 조정위원은 다음과 같다.

1. 정부위원 : 국무총리실장, 국무차장, 기획재정부차관, 교육과학기술부차관, 외교통상부차관, 통일부차관, 법무부차관, 국방부차관, 행정안전부차관, 문화체육관광부차관, 지식경제부차관, 국가보훈처차장, 국사편찬위원장
2. 민간위원 : 학식과 경험이 풍부한 자로서 국무총리가 위촉하는 자

③ 조정위원장은 국무총리실장과 민간위원인 조정위원 중에서 국무총리가 위촉하는 자가 공동으로 된다.

④ 조정위원회의 자문에 응하기 위하여 조정위원회에 자문위원회를 둘 수 있다.

⑤ 제6조의 규정은 조정위원회에 관하여 이를 준용한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제10조(전문위원 등) 위원장은 위원회의 전문적인 조사·연구업무를 담당하게 하기 위하여 분과위원회 또는 자문위원회에 관련분야의 전문가를 전문위원 또는 계약직 공무원으로 둘 수 있다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제11조(대한민국건국60년기념사업추진기획단) ① 위원회 및 조정위원회의 업무를 지원하기 위하여 위원회에 대한민국건국60년기념사업추진기획단(이하 “기

확단"이라 한다)을 둔다.

② 기획단에는 업무추진에 필요한 팀을 둘 수 있고, 단장·부단장·팀장·팀원 등으로 구성한다.

③ 기획단의 단장, 부단장, 팀장 및 팀원은 관계행정기관에서 파견된 공무원과 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 또는 정부출연연구기관에서 파견된 임·직원 중에서 단장이 위촉하는 자가 되며, 단장은 고위공무원으로 보한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제12조(단장의 직무) ① 단장은 기획단의 운영 및 업무에 관한 사항을 총괄한다.

② 단장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 부단장이 그 직무를 대행한다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제13조(조사·연구의 의뢰) ① 위원회는 업무수행을 위하여 필요한 경우에는 관계전문가 또는 관계기관·단체 등에 조사 또는 연구를 의뢰할 수 있다.

② 제1항에 따라 관계전문가 또는 관계기관·단체 등에 조사 또는 연구를 의뢰하는 경우에는 예산의 범위에서 필요한 경비를 지급할 수 있다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제14조(관계기관에의 협조요청) ① 위원장은 위원회의 업무수행을 위하여 필요한 때에는 관계행정기관, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 및 정부출연연구기관 등 관계기관의 장에게 필요한 인력의 파견을 요청할 수 있다.

② 위원회는 업무수행을 위하여 필요한 때에는 전문지식과 경험이 있는 관계공무원 또는 전문가를 위원회에 출석하게 하여 의견을 듣거나 관계기관 등에 대하여 필요한 자료 또는 의견의 제출 등을 요청할 수 있다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제15조(여론의 수렴) 위원회는 위원회의 업무수행을 위하여 필요한 때에는 세미나의 개최, 방송토론 등을 통하여 여론을 수렴할 수 있다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제16조(수당 등) 위원회와 조정위원회, 자문위원회의 위원 및 전문위원과 기획단에 파견된 임·직원에 대하여는 예산의 범위에서 수당·여비, 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다.

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정(2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) 제17조(운영세칙) 이 규정에서 규정한 것 외에 위원회·조정위원회·자문위원회 및 기획단의 운영에 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.

## 【참조판례】

헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238, 243

헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 공보35, 466-468

헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 677

판례집 20-2(하)

헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579등, 판례집 17-2, 481, 522

헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319

## 【당 사 자】

청 구 인 김○동 외 99인([별지 1] 목록과 같음)

대리인 변호사 이종걸

피청구인 대통령

## 【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

(1) 정부는 2008. 4. 16. 대통령훈령 제214호로 ‘대한민국건국60년기념사업 위원회의 설치 및 운영에 관한 규정’을 제정하여, 같은 해 5. 20. 국무총리 산하 ‘대한민국건국60년기념사업위원회’를 출범시켰고, 60개 주요사업에 대한 예산 약279억 원을 확보하였다.

(2) 청구인들은 역사학자, 국회의원, 독립운동관련단체·민족운동단체 및 시민사회단체의 구성원들인 자들로서, 정부가 건국60년 기념사업위원회를 설치하여 2008. 8. 15. 행사를 ‘광복절’보다는 ‘건국절’이 더욱 강조되도록 건국60주년 기념행사를 준비하는 것은 한민족의 역사를 단절시키며, 대한민국임시정부의 정통성도 부인하는 것으로서 청구인들의 명예권, 행복추구권, 납세자로서의 권리, 재산권, 영토권 등 기본권을 침해하는 동시에 헌법전문, 국민주권원리(헌법 제1조 제2항), 영토조항 및 통일정신(헌법 제3조, 제4조), 헌법개정절차 등에 위배된다며 2008. 8. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 대한민국건국60년 기념사업위원회(이하 ‘이 사건 위원회’라 한다)의 설치·운영 및 건국60년 기념사업(이하 ‘이 사건 기념사업’이라 한다)을 추진하는 행위가 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위배되는지 여부이다. 관련규정은 [별지 2]와 같다.

### 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 정부는 2008. 4. 16. 대통령훈령 제214호로 ‘대한민국건국60년기념사업 위원회의 설치 및 운영에 관한 규정’(이하 ‘이 사건 규정’이라 함)을 제정하여 같은 해 5. 20. 국무총리 산하 이 사건 위원회를 출범시키고 60개 주요사업에 대한 예산 279억 원을 확보한 후, 2008. 8. 15.을 광복절보다 건국절이 더 강조 되도록 하는 ‘건국 60주년 기념행사’를 비롯한 이 사건 기념사업을 준비·추진 중에 있다.

(2) 정부의 이 같은 행위는 1948. 8. 15.에야 비로소 대한민국이 건국된 것으로 보므로, 대한민국 정부와 대한민국임시정부가 단절되어 헌법전문이 규정한 대한민국임시정부의 법통을 계승하지 못함으로써 대한민국의 정통성을 부정하고, 대한민국에 대한 자긍심, 대한민국임시정부와 독립운동가에 대한 존경심, 애국심 등을 훼손하는 바, 이는 대한민국임시정부의 법통을 승계하는 헌법전문에 위반될 뿐만 아니라, 청구인들과 같은 일반국민을 비롯하여 독립운동가 및 그 유족의 명예권과 행복추구권을 침해한다.

(3) 정부의 이 사건 위원회의 설치 및 운영과 이 사건 기념사업의 추진은 대한민국임시정부의 법통을 승계하는 헌법전문을 일부 삭제하는 결과가 되어 헌법개정에 해당하는 바, 국회의결이나 국민투표 없이 단지 대통령 훈령에 의한 행정처분의 형태로 헌법을 개정한 것과 같으므로 헌법전문 및 헌법 제1조 제2항의 국민주권원리에 반하며, 헌법 제130조의 국민투표권을 침해한다.

(4) 한편, 1948. 8. 15.을 건국일로 할 경우 38선 이남지역만을 대상으로 설립된 정부만을 인정하게 되는 것으로 헌법전문, 영토조항 및 통일정신에 반하며, 대한민국이 1948년에 건국된 신생독립국임을 인정하는 것이므로 1905년에 일본이 독도를 편입했다는 논거를 뒷받침함으로써 청구인들의 영토권을 침해한다.

(5) 이 사건 기념사업을 위하여 정부가 약 279억 원에 달하는 예산을 확보하여 상당부분 집행하고 있는바, 이는 국민이 세금을 낸 목적에 부합하지 않는 사용으로서 청구인들의 납세자로서의 권리 및 재산권을 침해한다.

나. 건국60년 기념사업위원회 위원장의 의견요지

(1) 적법요건 부분

(가) 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하는 공권력 행사를 ① 이 사건 규정으로 본다면 이는 행정기관 내부의 업무처리 지침 내지 사무처리 준칙에 불과한 것으로서 부적법하며, ② 이 사건 위원회가 추진하는 각종 사업들을

판례집 20-2(하)

대상으로 본다면 어느 범위의 사업을 포함하는지에 대한 구체적 특징이 이루어지지 않았을 뿐만 아니라, 이러한 사업추진 행위는 비권력적 사실행위로서 공권력 행사성이 부정된다.

(나) 헌법전문, 국민주권원리, 통일정신에 위배된다는 주장은 기본권에 관한 것이 아니어서 기본권 침해가능성이 없고, 이 사건 규정 등이 헌법 제72조의 '국가안위에 관한 중요정책'에 해당하지 않으며, 설령 해당한다고 보더라도 국민투표 부의여부는 대통령의 재량으로서 국민에게 특정 국가정책에 관한 국민투표 회부 요구권이 인정되지 않으므로 국민투표권의 침해가능성이 있다고 볼 수 없으며, 이 사건 사업내용이 독도영유권포기를 직접적인 사업내용으로 하지 않으므로 영토권이라는 기본권 침해의 가능성 또한 인정되지 않는다.

(다) 이 사건 규정 및 기념사업은 청구인들의 명예권, 재산권, 납세자로서의 권리 및 행복추구권에 직접 영향을 미치지 않아 자기관련성이 흠결되었다.

(라) 이 사건 규정은 2008. 4. 16. 무렵 발령되었고 청구인들은 국회의원, 역사학자들로서 그 무렵부터 헌법소원 심판사유가 있음을 알았던 것으로 추정됨에도 그로부터 90일이 도과한 2008. 8. 7. 이 사건 심판청구를 한 것이므로 청구기간을 도과하여 부적법하다.

(2) 본안판단 부분

건국60년 기념사업의 취지는 과거와의 단절이 아닌 역사의 연속선에서 건국60주년을 기념하겠다는 것이지 독립운동과 광복의 의미를 무시하는 것이 아니며, 광복절을 건국절로 대체한다는 어떠한 논의도 없다. 이 사건 규정의 목적과 규율대상, 법적효과에 있어서 독도 영유권 문제와는 직접 관련이 없어 영토권을 침해하지 않으며, 명예권이나 인간의 존엄과 가치를 훼손할 정도도 아니다. 청구인들의 주된 목적은 이 사건 심판청구를 통해 정치적 논쟁을 하고자 하는 것이므로 이 사건 규정 등이 청구인들의 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이므로, 공권력의 행사로 인하여 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향이 미치지 않는다면 애당

헌재 2008. 11. 27. 2008헌마517

초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 공보 35, 466-468 ; 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817 ; 헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1455 ; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마579, 판례집 16-2하, 568, 574).

청구인들은 이 사건 위원회의 설치·운영 및 이 사건 기념사업의 추진행위가 1948. 8. 15.을 대한민국 건국일로 보는 것을 전제함으로써 한민족의 역사를 단절시키며, 대한민국임시정부의 정통성도 부인하는 것으로서 청구인들의 명예권, 행복추구권, 재산권, 국민투표권 등 기본권을 침해하는 동시에 헌법전문, 국민주권원리, 영토조항 및 헌법상 통일정신 등에 위배된다고 주장하므로, 이에 대하여 살펴본다.

나. 헌법전문, 통일정신, 국민주권 원리에 반한다는 부분

공권력의 행사 또는 불행사로 헌법의 기본원리 혹은 헌법상 보장된 제도의 본질이 훼손되었다고 하여 그 점만으로 바로 국민의 기본권이 현실적으로 침해된 것이라고 할 수는 없다(헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집7-1, 238, 243 ; 헌재 1998. 10. 29. 96헌마186, 판례집 10-2, 600, 606).

살피건대, 청구인들이 주장하는 것 가운데 통일정신, 국민주권원리 등은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있지만, 그에 기하여 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해 내기는 어렵다. 한편, 헌법전문에 기재된 대한민국임시정부의 법통을 계승하는 부분이 침해되었다는 부분은 청구인들의 법적지위에 현실적이고 구체적인 영향을 미친다고 볼 수 없으므로 기본권침해의 가능성이 인정되지 않는다. 따라서 이 사건 위원회의 설치 및 운영, 기념사업 추진행위가 역사정신을 왜곡하여 헌법전문 및 헌법에 규정된 헌법정신을 훼손한다는 점만으로는 청구인들의 기본권이 현실적으로 침해된 것이라고 할 수 없다.

다. 영토조항 및 영토권 침해부분

헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하여 대한민국의 주권이 미치는 공간적 범위를 명백히 선언하고 있다. 이 같은 영토조항은 우리나라의 공간적인 존립기반을 선언하는 것인바, 영토변경은 우리나라의 공간적인 존립기반에 변동을 가져오고, 또한 국가의 법질서에도 변화를 가져옴으로써, 필연적으로 국민의 주관적 기본권에도 영향을 미치지 않을 수 없다. 이러한 관점에서 살펴본다면, 국민의 개별적 기본권이 아니라

판례집 20-2(하)

할지라도 기본권 보장의 실질화를 위하여서는, 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로는 헌법소원을 청구할 수 없다 할지라도, 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리를, 이를테면 영토권이라 구성하여 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능하다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 677 참조).

그러나 이 사건 기념사업 추진행위에는 독도 영유권 포기과 관련된 사업내용이 전혀 포함되어 있지 않을 뿐만 아니라, 오히려 영토 주권 이론훈육 및 독도탐방 훈련교육을 목적으로 하는 ‘영토사랑 청소년 독도캠프’ 및 ‘독도 아카데미’ 등이 사업내용에 포함되어 있는바, 이 사건 기념사업 추진행위에 의하여 청구인들이 주장하는 영토권이라는 기본권 침해가능성은 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

라. 납세자로서의 권리 및 재산권 침해부분

(1) 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 납세자의 권리 인정여부

청구인들은 이 사건 기념사업에 약 279억 원에 달하는 예산이 확보되어 집행되는 것이 납세의무자의 지위에 상응하는 납세자로서의 권리를 침해한다고 주장한다. 그러나 헌법상 조세의 효율성과 타당한 사용에 대한 감시는 국회의 주요책무이자 권한으로 규정되어 있어(헌법 제54조, 제61조) 재정지출의 효율성 또는 타당성과 관련된 문제에 대한 국민의 관여는 선거를 통한 간접적이고 보충적인 것에 한정되며, 재정지출의 합리성과 타당성 판단은 재정분야의 전문성을 필요로 하는 정책판단의 영역으로서 사법적으로 심사하는 데에 어려움이 있을 수 있다. 게다가 재정지출에 대한 국민의 직접적 감시권을 기본권으로 인정하게 되면 재정지출을 수반하는 정부의 모든 행위를 개별 국민이 헌법소원으로 다룰 수 있게 되는 문제가 발생할 수 있다. 청구인들이 주장하는 납세의무자로서 청구인들의 재산권이란 결국 재정사용의 합법성과 타당성을 감시하는 납세자의 권리에 다름 아닌바, 이와 같은 권리를 헌법상 보장된 기본권으로 볼 수 없으므로 그에 대한 침해의 가능성 역시 인정될 수 없다(헌재 2007. 12. 31. 2007헌마1446, 공보 135, 123, 124 ; 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579등, 판례집 17-2, 481, 522 ; 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 판례집 18-1상, 439, 447 참조).

(2) 헌법 제23조 제1항의 재산권 침해 부분

조세의 부과·징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙적으로 재

산권의 침해가 되지 않고 다만 그로 인해 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에만 재산권의 침해가 될 수 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773).

그런데, 이 사건 위원회의 설치·운영 및 기념사업 추진행위는 직접 국민에게 납세의무나 재정적 부담을 지우는 조세나 부담금에 관한 규정이 없으며, 이 사건 기념사업에 대한 예산으로 279억 원이 확보된 사실이 있다 하더라도 그것만으로 국민 개개인에게 세부담이 얼마나 증가될지 여부를 알 수 없다.

결국 이 사건 기념사업 추진행위 등이 청구인들의 재산권을 직접 제한하는 것이 아닌 이상, 세부담이 증가할 수 있다는 막연한 가능성이나 세금을 낸 목적에 부합하는 사용이 아니라는 점만으로는 재산권 침해의 가능성을 인정할 수 없다.

마. 국민투표권 침해부분

청구인들은 이 사건 위원회의 설치·운영 및 이 사건 기념사업 추진행위는 헌법전문에 규정되어 있는 것으로서 실질적으로 헌법개정예에 해당하되, 국민투표 없이 헌법개정을 한 것은 헌법 제130조 제2항의 국민투표권을 침해하는 것이라고 주장한다. 그러나 설령 “건국60년”이라는 표현이 적절하지 못한 면이 있고 헌법전문에 취지에 어긋난다고 볼 여지가 있다고 하더라도, 이것만으로 이를 헌법개정예에 해당한다고 볼 수 없으므로 국민들에게는 헌법개정에 관여할 국민투표권 자체가 발생할 여지가 없어 헌법 제130조 제2항이 규정한 청구인들의 국민투표권의 침해가능성은 인정되지 않는다.

바. 행복추구권, 명예권 침해 부분

이 사건 기념사업 추진행위로 침해될 수 있는 청구인들의 기본권 중 일반적 인격권, 행복추구권 등을 상정할 수 있는지에 관하여 보건대, 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함될 수 있으나(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 774), 여기서 말하는 ‘명예’는 사람이나 그 인격에 대한 ‘사회적 평가’, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319).

이 사건 위원회의 설치 목적 및 기념사업 추진내용 등을 종합적으로 고려할 때 청구인들은 기념사업의 추진 등에 관하여 일반 국민의 지위에서 사실상의 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나, 청구인들이 주장하는 바와 같이 헌법상 보장된 청구인들 자신의 기본권을 현재 그리고 직접적

판례집 20-2(하)

으로 침해받는다고는 할 수 없다. 설령, 건국일을 1948. 8. 15로 보지 않는 청구인들의 입장에서는 건국일을 1948. 8. 15로 보는 이 사건 위원회의 설치·운영 및 이 사건 기념사업 추진행위에 의해 내심의 동요와 혼란을 겪었을 수도 있으나, 이는 헌법이 보호하는 법익인 명예가 아니라 내면의 명예감정이나 내적인 자긍심에 불과하다고 할 것이다. 따라서 청구인들은 이 사건 위원회의 설치·운영 및 이 사건 기념사업 추진행위에 대해 적법하게 헌법소원을 제기할 수 있는 자기관련성이 인정되지 않는다.

4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구는 법적관련성 내지 기본권침해의 가능성이 없으므로 나머지 부분에 관하여는 더 나아가 판단할 것 없이 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기  
이동흡 목영준 송두환

[별지 1] 청구인의 성명 및 주소 : 생략

[별지 2] 관련조항

대한민국건국60년기념사업위원회의 설치 및 운영에 관한 규정 (2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호로 개정된 것) <한시법 : 2008. 12. 31.>

제1조(목적) 대한민국 건국 60년이 되는 2008년을 맞아 건국이후 호국, 산업화, 민주화를 달성한 역사를 평가하고, 선진일류국가 건설을 위한 비전의 제시, 각종 행사의 개최 및 지원, 종합계획의 수립·조정·시행 등의 업무를 효율적으로 추진하기 위하여 국무총리소속하에 대한민국건국60년기념사업위원회를 둔다.

제2조(정의) 이 훈령에서 “건국60년기념사업”이란 대한민국 건국60년이 되는 2008년을 범국가 차원에서 경축하고, 선진일류국가로 출발하는 전환점으로 삼기 위한 각종 기념행사, 국내외 학술대회, 문화·예술행사, 출판 등의 사업을 말한다.

제3조(기능) 대한민국건국60년기념사업위원회(이하 “위원회”라 한다)는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 건국60년기념사업의 추진방향 및 추진사업의 결정

2. 건국60년기념사업 종합계획의 수립
3. 건국60년기념사업과 관련된 행사계획의 종합·조정
4. 건국60년기념사업과 관련된 행사의 지원
5. 그 밖에 건국60년기념사업에 관한 사항으로서 위원회의 위원장이 부의하는 사항

제4조(구성) ① 위원회는 15명 이내의 정부위원과 60명 이내의 민간위원을 포함하여 75명 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원은 다음 각 호의 자가 된다.

1. 정부위원 : 국무총리, 기획재정부장관, 교육과학기술부장관, 외교통상부장관, 통일부장관, 법무부장관, 국방부장관, 행정안전부장관, 문화체육관광부장관, 지식경제부장관, 국가보훈처장, 국무총리실장  
과 대통령이 지명하는 중앙행정기관의 장
2. 민간위원 : 학식과 경험이 풍부하고 국민의 신망이 두터운 자로서 대통령이 위촉하는 자

③ 위원회는 건국60년기념사업에 관한 종합적인 자문을 받기 위하여 대통령이 위촉하는 고문을 둘 수 있다.

제5조(위원장) ① 위원회의 위원장(이하 “위원장”이라 한다)은 국무총리와 민간위원 중에서 대통령이 지명하는 자가 공동으로 된다.

② 위원장은 각자 위원회를 대표하며, 위원회의 업무를 총괄한다.

③ 위원장 모두가 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리인 위원장이 미리 정한 위원이 위원장의 직무를 대행한다.

제6조(회의) ① 위원장은 위원회의 회의를 소집하며, 그 의장이 된다.

② 위원회의 회의는 공동위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

제7조(간사) 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1명을 두되, 간사는 국무차장이 된다.

제8조(분과위원회) ① 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 분과위원회를 둘 수 있다.

② 분과위원회의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.

제9조(조정위원회) ① 위원회에 상정할 의안을 미리 검토·조정하고 위원회에서 위임받은 사항을 처리하기 위하여 위원회에 조정위원회를 둔다.

판례집 20-2(하)

② 조정위원회는 조정위원회의 위원장(이하 “조정위원장”이라 한다)을 포함하여 30명 이내의 조정위원으로 구성하되, 조정위원은 다음과 같다.

1. 정부위원 : 국무총리실장, 국무차장, 기획재정부차관, 교육과학기술부차관, 외교통상부차관, 통일부차관, 법무부차관, 국방부차관, 행정안전부차관, 문화체육관광부차관, 지식경제부차관, 국가보훈처차장, 국사편찬위원장

2. 민간위원 : 학식과 경험이 풍부한 자로서 국무총리가 위촉하는 자

③ 조정위원장은 국무총리실장과 민간위원인 조정위원 중에서 국무총리가 위촉하는 자가 공동으로 된다.

④ 조정위원회의 자문에 응하기 위하여 조정위원회에 자문위원회를 둘 수 있다.

⑤ 제6조의 규정은 조정위원회에 관하여 이를 준용한다.

제10조(전문위원 등) 위원장은 위원회의 전문적인 조사·연구업무를 담당하게 하기 위하여 분과위원회 또는 자문위원회에 관련분야의 전문가를 전문위원 또는 계약직 공무원으로 둘 수 있다.

제11조(대한민국건국60년기념사업추진기획단) ① 위원회 및 조정위원회의 업무를 지원하기 위하여 위원회에 대한민국건국60년기념사업추진기획단(이하 “기획단”이라 한다)을 둔다.

② 기획단에는 업무추진에 필요한 팀을 둘 수 있고, 단장·부단장·팀장·팀원 등으로 구성한다.

③ 기획단의 단장, 부단장, 팀장 및 팀원은 관계행정기관에서 파견된 공무원과 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 또는 정부출연연구기관에서 파견된 임·직원 중에서 단장이 위촉하는 자가 되며, 단장은 고위공무원으로 보한다.

제12조(단장의 직무) ① 단장은 기획단의 운영 및 업무에 관한 사항을 총괄한다.

② 단장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 부단장이 그 직무를 대행한다.

제13조(조사·연구의 의뢰) ① 위원회는 업무수행을 위하여 필요한 경우에는 관계전문가 또는 관계기관·단체 등에 조사 또는 연구를 의뢰할 수 있다.

② 제1항에 따라 관계전문가 또는 관계기관·단체 등에 조사 또는 연구를 의뢰하는 경우에는 예산의 범위에서 필요한 경비를 지급할 수 있다.

헌재 2008. 11. 27. 2008헌마517

제14조(관계기관에의 협조요청) ① 위원장은 위원회의 업무수행을 위하여 필요한 때에는 관계행정기관, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 및 정부출연연구기관 등 관계기관의 장에게 필요한 인력의 파견을 요청할 수 있다.

② 위원회는 업무수행을 위하여 필요한 때에는 전문지식과 경험이 있는 관계공무원 또는 전문가를 위원회에 출석하게 하여 의견을 듣거나 관계기관 등에 대하여 필요한 자료 또는 의견의 제출 등을 요청할 수 있다.

제15조(여론의 수렴) 위원회는 위원회의 업무수행을 위하여 필요한 때에는 세미나의 개최, 방송토론 등을 통하여 여론을 수렴할 수 있다.

제16조(수당 등) 위원회와 조정위원회, 자문위원회의 위원 및 전문위원과 기획단에 파견된 임·직원에 대하여는 예산의 범위에서 수당·여비, 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다.

제17조(운영세칙) 이 규정에서 규정한 것 외에 위원회·조정위원회·자문위원회 및 기획단의 운영에 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.

부 칙 <제214호, 2008. 4. 16.>

제1조(시행일) 이 훈령은 발령한 날부터 시행한다.

제2조(유효기간) 이 훈령은 2008년 12월 31일까지 효력을 가진다.

## 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조 위헌제청

(2008. 12. 26. 2007헌가10·16(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(이하 ‘특강법’이라 한다) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘특가법’이라 한다) 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”에 관한 부분(이하에서는 특강법 제3조 중 이 부분만을 한정하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위반되는지 여부(적극)

2. 이 사건 법률조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부(적극)

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에서 정한 요건에 해당하는 경우에는 특가법 제5조의5와 특강법 제3조가 거듭 적용됨으로 인하여 사실상 그 형이 사형, 무기 또는 20년 이상의 징역이 되는바, 위 두 조항은 강도상해죄 등의 누범자로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하고자 하는 동일한 목적을 위하여 하나의 범죄행위에 대한 형을 거듭 가중하는 것으로, 이 사건 법률조항에 의하여 ‘특가법 제5조의5에서 규정한 전범과 후범의 존재’ 및 ‘누범기간’이라는 형식적인 누범요건이 존재하기만 하면 특강법 제3조까지 적용하여 형법 제337조에서 정한 7년 이상의 유기징역보다 3배 가까이 가중된 20년 이상의 유기징역에 처할 수 있게 하는 것은 사실상 그 형의 하한이 형법상 유기징역형의 원칙적 상한인 징역 15년보다도 더 높게 되는 결과가 되어 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하여 형벌체계상 지나치게 과중한 형벌을 부과한 것으로 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 반한다.

2. 형법 제337조 또는 그 미수죄의 누범자는 검사의 기소 여하에 따른 특가법 제5조의5의 적용 여부에 의하여 사실상 '무기 또는 징역 14년 이상'에서부터 '사형, 무기 또는 징역 20년 이상'에 이르는 편차가 큰 형을 선고받을 수 있고, 만일 특가법 제5조의5를 적용하고 그 법정형 중 무기징역형을 선택하면 누범에 관한 특강법 제3조를 적용할 여지가 없게 되고 그 후 법률상감경 또는 작량감경을 하면 처단형이 징역 7년 이상 15년 이하가 되는 데 비하여 애초에 유기징역형을 선택한 후 특강법 제3조를 적용하여 누범가중을 하게 되면 나중에 감경을 하더라도 처단형이 징역 10년 이상 12년 6월 이하의 징역이 됨으로써 특가법 제5조의5의 법정형 중 가장 가벼운 유기징역형을 선택하는 경우가 무기징역형을 선택하는 것보다 처단형의 하한이 더 높아 불합리하게 되며, 형법상 각 규정에 대하여 특강법 제3조가 적용되는 경우에는 전범과 후범이 강도상해·치상죄인 경우나 그보다 더 무거운 강간치사죄, 강도치사죄 및 해상강도상해·치상죄인 경우에 유기징역형은 모두 동일하게 되는바 이는 보호법익이나 죄질의 경중이 달라 그에 대한 형을 정함에 있어서도 달리 취급하여야 할 강도상해·치상죄와 강간치사죄, 강도치사죄 및 해상강도상해·치상죄 등을 자의적으로 동일하게 취급하는 결과가 되는데, 이와 같은 불합리한 결과가 발생 가능하게 되는 이 사건 법률조항은 형벌의 체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에도 반한다.

재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대이견

이 사건 법률조항은 누범에 관한 형법 제35조의 특례규정으로 형법 제35조의 누범과는 달리 전범과 후범의 범죄가 모두 죄질이 불량하고 범행에 대한 비난가능성이 크며 피해가 중한 반인륜적이고 반사회적인 범죄인 특정강력범죄에 해당하는 경우에만 그 법정형의 단기까지 2배로 가중하고 있는 것인바, 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄인 특정강력범죄에 대한 가중처벌을 통하여 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하는 데 그 입법목적이 있고, 단순한 누범이 아니라 이전의 특정강력범죄로 유죄판결을 받고도 죄질이 중한 같은 특정강력범죄를 저지른 경우에만 가중처벌을 하고 있으며, 그와 같은 경우

비난가능성·반사회성 및 책임이 더 클 뿐만 아니라 범죄예방 및 사회 방위라는 목적달성을 위한 특별한 수단이 요구되는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 지나치게 과중한 형벌을 규정하여 책임원칙에 반한 다거나 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위배되는 조항이라고 볼 수 없다.

**【심판대상조문】**

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조(누범의 형) 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(2005. 8. 4. 법률 제7653호로 개정된 것) 제2조(적용범위) ① 이 법에서 “특정강력범죄”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 형법 제24장의 살인의 죄 중 제250조(살인·존속살해), 제253조(위계 등에 의한 촉탁살인 등), 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범을 제외한다)
  2. 형법 제31장의 약취와 유인의 죄 중 제287조(미성년자의 약취·유인), 제288조(영리 등을 위한 약취·유인·매매등), 제289조(국외이송을 위한 약취·유인·매매), 제293조(상습범), 제294조(미수범. 다만, 제291조 및 제292조의 미수범을 제외한다)
  3. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미성년자에 대한 간음·추행)의 죄 및 제301조(강간 등에 의한 치사상)의 죄
  - 3의2. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄(제304조의 죄를 제외한다), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조 내지 제12조의 죄 또는 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄로 2회 이상 실형을 받은 자가 범한 「형법」 제297조, 제298조, 제299조, 제300조, 제305조 및 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄
  4. 형법 제38장의 강도의 죄중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치사), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범. 다만, 제329조 내지 제332조의 미수범을 제외한다)
  5. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조(단체 등의 구성·활동), 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의8(단체 등의 조직)
- ② 제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10·16(병합)

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정된 것) 제5조의5(강도상해 등 재범자의 가중처벌) 형법 제337조·제339조의 죄 또는 그 미수죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 이들 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

형법(2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정된 것) 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

형법(2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정된 것) 제337조(강도상해, 치상) 강도가 사람을 상해하거나 치상한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

형법(2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정된 것) 제339조(강도강간) 강도가 부녀를 강간한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

형법(2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정된 것) 제342조(미수범) 제329조 내지 제334조, 제336조, 제337조 전단, 제338조 전단, 제339조, 제340조와 전조의 미수범은 처벌한다. 단, 제340조 중 사람을 사상에 이르게 한 죄는 예외로 한다.

## 【참조판례】

1. 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242, 252-253
2. 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446, 458-459

## 【당 사 자】

- 제청법원 1. 부산고등법원(2007헌가10)  
2. 전주지방법원 군산지원(2007헌가16)
- 당해사건 1. 부산고등법원 2007노38 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(2007헌가10)  
2. 전주지방법원 군산지원 2007고합13 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(2007헌가16)

## 【주 문】

‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

판례집 20-2(하)

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2007헌가10

(가) 김○진은 2002. 2. 22. 창원지방법원 통영지원에서 강도상해죄 및 강도죄로 징역 3년 6월을 선고받고 2005. 5. 12. 그 형의 집행을 마쳤다.

(나) 그 후 김○진은 2006. 9. 24. 02:10경 거제시 신현읍 장평리 소재 장평육교 부근에서, 피해자 성○조(여, 42세)가 핸드백을 메고 위 육교 위로 올라가는 것을 발견하고 피해자의 목을 잡아 밀어 뒤로 넘어뜨린 뒤 소지하고 있던 흉기인 집이식 과도를 잡은 손으로 피해자의 얼굴 부위를 1회 내리쳐 피해자의 반항을 억압한 다음 피해자가 메고 있던 현금 7만 원 및 농협 통장 1개 등이 들어 있는 핸드백을 낚아채어 가 이를 강취하고, 그로 인해 피해자에게 약 3주간의 치료를 요하는 다발성 좌상 등을 가하였다.

(다) 김○진은 위와 같은 공소사실로 구속기소되어, 창원지방법원 통영지원(2006고합103)이 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5(강도상해 등 재범자의 가중처벌), 형법 제337조(강도상해)를 적용하는 한편 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조에 따라 그 형의 단기의 2배까지 누범가중한 후 작량감경하여 징역 10년을 선고하자 항소하여 부산고등법원(2007노38)에서 재판을 받는 중이다.

(라) 부산고등법원은 2007. 4. 5. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조 중 「‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 특정강력범죄를 범한 때」 부분이 과중하고 가혹한 형벌을 규정하여 책임원칙에 위배되고 형벌체계상 균형체계를 현저히 상실함으로써 평등의 원칙에 반한다는 이유로 직권으로 위헌제청결정을 하였다.

(2) 2007헌가16

(가) 김○완은 2004. 3. 26. 전주지방법원 군산지원에서 강도상해죄, 절도죄 및 주거침입죄로 징역 장기 3년, 단기 2년을 선고받아 2006. 11. 10. 그 형의 집행을 마쳤다.

(나) 그 후 김○완은 2007. 1. 16. 18:00경 군산시 대야면 소재 피해자 조○자(여, 46세)의 집 안방에서 조○자 소유의 18K 팔찌 2돈 시가 16만 원 상당 등을 절취한 후 다른 물건을 물색하던 중, 조○자의 시어머니인 피해자 신○이(여, 76세)가 이를 발견하고 앞을 가로막자 체포를 면탈할 목적으로 신○이

의 멱살을 잡고 그곳 장독대로 끌고 나가 넘어뜨린 다음 발로 신○이의 얼굴 및 엉덩이 부위를 각 1회 차고, 넘어져 있던 신○이의 손목을 발로 밟으며 위협하는 등으로 반항을 억압한 후 신○이로부터 현금 5,000원을 빼앗아 이를 강취하고, 그로 인해 신○이에게 약 2주간의 치료를 요하는 얼굴의 얇은 손상 및 타박상 등을 가하였다.

(다) 김○완은 위와 같은 공소사실 등에 대하여 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5, 형법 제337조 등이 적용되어 전주지방법원 군산지원에 구속기소되어 1심(2007고합13) 재판을 받는 중이다.

(라) 전주지방법원 군산지원은 2007. 7. 6. 김○완에 대하여 적용될 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조가 과중하고 가혹한 형벌을 규정하여 책임원칙에 위배되고 형벌체계상 균형체계를 현저히 상실함으로써 평등의 원칙에 반한다는 등의 이유로 직권으로 위 조항에 대하여 위헌제청결정을 하였다.

#### 나. 심판의 대상

2007헌가16 사건의 제청법원은 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(이하 ‘특강법’이라고만 한다) 제3조 전부를 위헌제청하였으나, 특강법 제3조는 전·후의 특정강력범죄가 특강법 제2조에서 열거하는 범죄유형에 해당하는 모든 경우를 규정하여 그 적용범위가 매우 넓게 되어 있는바, 전·후의 특정강력범죄의 구체적인 죄명과 유형에 따라서는 그 위헌심사기준이 달라질 수 있다. 그런데 이 사건에 있어서 위 각 당해 사건은 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘특가법’이라고만 한다) 제5조의5에서 규정하는 죄 중 형법 제337조(강도상해·치상)에 대한 것으로서 형법 제339조의 강도강간죄 및 그 미수죄는 위 각 당해 사건과는 아무 관련이 없고, 유기징역형만을 놓고 보면 형법 제339조에서 특가법 제5조의5, 특강법 제3조로 가중되는 정도가 형법 제337조에 비해 현저히 약하여 다른 판단의 여지도 충분히 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건의 심판대상은 특강법 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조(강도상해·치상)의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 특가법 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”에 관한 부분(이하에서는 특강법 제3조 중 이 부분만을 한정하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 한정한다.

#### [심판대상조항]

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 (1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조(누범의 형) 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제

판례집 20-2(하)

받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.

제2조(적용범위) ① 이 법에서 “특정강력범죄”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

4. 형법 제38장의 강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범. 다만, 제329조 내지 제332조의 미수범을 제외한다)

② 제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정된 것) 제5조의5(강도상해 등 재범자의 가중처벌) 형법 제337조·제339조의 죄 또는 그 미수죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 이들 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

[관련조항]

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제1조(목적) 이 법은 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위함을 목적으로 한다.

제2조(적용범위) ① 이 법에서 “특정강력범죄”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 형법 제24장의 살인의 죄 중 제250조(살인·존속살해), 제253조(위계 등에 의한 촉탁살인 등), 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범을 제외한다)
2. 형법 제31장의 약취와 유인의 죄 중 제287조(미성년자의 약취·유인), 제288조(영리 등을 위한 약취·유인·매매 등), 제289조(국외이송을 위한 약취·유인·매매), 제293조(상습범), 제294조(미수범. 다만, 제291조 및 제292조의 미수범을 제외한다)
3. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미수범)

성년자에 대한 간음·추행의 죄 및 제301조(강간 등에 의한 치사상)의 죄

3의2. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄(제304조의 죄를 제외한 다), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조 내지 제12조의 죄 또는 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄로 2회 이상 실형을 받은 자가 범한 「형법」 제297조, 제298조, 제299조, 제300조, 제305조 및 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄

5. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조(단체 등의 구성·활동), 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의8(단체 등의 조직)

형법 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

제337조(강도상해·치상) 강도가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제339조(강도강간) 강도가 부녀를 강간한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제342조(미수범) 제329조 내지 제341조의 미수범은 처벌한다.

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유 요지

(1) 부산고등법원의 위헌제청이유 요지(2007헌가10)

강도상해·치상죄의 경우 3년 이내의 재범자라는 동일한 사유로 특가법 제5조의5를 적용한 후 다시 특가법 제3조에 따라 가중처벌하여 유기징역형을 선택하면 그 형의 하한이 20년이 되는데, 이는 사안이 무거운 흉기휴대 특수강도상해의 재범자에게는 물론, 그 사안이 훨씬 가벼운 준강도치상의 재범자에게도 동일하게 적용되는 점, 강도상해죄보다 훨씬 죄질이 무거운 살인죄의 경우 3년 이내의 재범자라고 하더라도 형법 제250조 및 특가법 제3조를 적용하여 유기징역형의 하한이 10년에 그치는 것과 비교하면, 이 사건 법률조항은 강도상해·치상의 재범자에 관한 한 결과적으로 행위불법의 크기와 행위자 책임의 정도를 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 것이며, 형벌체계상 균형체계를 현저히 상실함으로써 헌법상 평등의 원칙에 반한다.

(2) 전주지방법원 군산지원의 위헌제청이유 요지(2007헌가16)

판례집 20-2(하)

(가) 특가법 제3조에 의한 일률적인 누범가중의 책임원칙 위반

특가법 제3조에 의하여 강도상해 등으로 인한 전범의 존재와 누범의 요건에 해당하기만 하면 특가법 제5조의5의 법정형의 장기와 단기를 모두 2배 가중하여 처벌하는 것은 누범자에게 책임을 귀속시킬 수 없는 범행에 대하여도 일률적으로 행위자의 책임의 양을 초과하는 형벌을 강제로 부과하고 있는 것이므로 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 반하는 과잉형벌이다.

(나) 과잉금지원칙, 죄형법정주의 및 실질적 법치주의의 위반

특가법 제3조는 그 책임가중의 본질이 행위자의 극복할 수 없는 범죄적 성향이나 사회적 환경에 있는 경우까지도 일률적으로 가중처벌함으로써 후범에 대하여 가중적 책임을 묻거나 비난할 수 없는 피고인들의 존엄성과 신체의 자유를 중대하게 제한하므로 과잉금지원칙에 위반되고, 종전 강도상해 등의 행위불법 및 결과불법의 정도, 당해 강도상해 등의 범행동기 및 수단 등 여러 양형요소를 고려함이 없이 기계적이고 형식적으로 법정형의 하한까지 2배 가중하는 것은 죄형법정주의 및 실질적 법치주의에도 위반된다.

(다) 평등원칙의 위반

특가법 제3조는 전(前)판결의 경고에 따라 자신의 행위를 결정할 능력이 없거나 억제할 수 없는 폭력성향 등 스스로 극복할 수 없는 범죄적 성향이나 사회적 환경요인에 의하여 누범을 저지른 피고인의 범행과 전판결에 포함된 경고기능을 이해하고도 강력한 범죄에너지로써 이를 무시하고 다시 특정강력범죄를 범한 피고인의 범행을 구별하지 않고 그 각 형의 장·단기를 일률적으로 2배 가중하는바, 이는 스스로 극복할 수 없는 범죄적 성향이나 사회적 환경에 있는 피고인들을 불합리하게 차별하는 것이므로 헌법상 평등원칙에 위반된다.

(라) 특가법 제5조의4와의 관계로 인한 법체계상 혼란

특가법 제3조도 특가법 제5조의4 제6항과 같이 별도의 구성요건을 창설한 것이라고 해석한다면 검사가 공소장의 적용법조에 특가법 제3조를 기재하지 않은 이상 특가법 제3조를 적용하여 당해 특정강력범죄를 저지른 자를 처벌할 수 없다고 보아야 하나, 기존의 대법원 판례와 같이 검사가 공소장에 특가법 제3조를 기재하지 않아도 법원이 이를 적용하여 장기 및 단기의 형을 2배 가중한 유기정역형으로 처벌해야 한다면 불고불리의 원칙에 위배되고 헌법상의 권력분립원칙에 위배될 우려가 있으므로, 이러한 해석론상, 체계상의 혼란을 제거할 필요가 있다.

나. 이해관계인의 의견요지

(1) 창원지방검찰청 통영지청 검사의 의견요지(2007헌가10)

갈수록 지능화, 전문화되고 흉악해지는 반인륜적 범죄로부터 가정과 사회 질서를 보호하기 위하여 강도상해 등의 재범을 가중처벌하는 이 사건 법률조항은 목적의 정당성, 수단의 적정성, 범익의 균형성 등에 비추어 볼 때 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 부합하는 규정이다.

강도상해죄와 준강도상해죄는 양자 모두 폭력범죄와 재산범죄가 결합된 형태로서 준강도상해죄의 상해 정도가 강도상해죄의 상해 정도보다 중한 경우가 있을 수 있는 등 그 범익침해의 정도는 개개의 사안 별로 판단할 것이고, 죄명에 따라 획일적으로 강도상해죄의 사안이 준강도상해죄의 사안보다 중하다고 판단할 수는 없다.

살인죄의 경우 우발적 범행부터 계획적 범행까지 다중·다양한 동기에 의하여 이루어지는 반면, 강도상해죄의 경우 우발적 범행보다는 계획적 범행이 대부분인 점, 살인죄보다는 강도상해죄의 경우가 통상 재범의 우려가 높은 점에 비추어 보면 형법상 살인죄의 법정형의 하한이 강도상해죄의 그것보다 낮은 것은 합리적 이유가 있다 할 것이고, 그로 인하여 누범가중한 형의 법정형 하한에 있어서도 강도상해죄가 살인죄보다 높은 것은 당연한 귀결이라고 할 것이며, 살인죄의 경우 법정형의 하한은 징역 5년이지만 그 죄질의 경중에 따라 사형, 무기징역까지 선고되는 것이 현실이지만, 강도상해죄의 경우 사형, 무기징역형을 선택하는 일은 거의 드문 점 등을 고려할 때 이 사건 법률조항이 법관의 양형에 관한 재량을 합리적 이유없이 침해하고 있다고 보기 어렵다.

(2) 전주지방검찰청 군산지청 검사의 의견요지(2007헌가16)

특강법이 살인, 약취·유인, 강간, 강도, 단체범죄 등 죄질이 불량하고 비난 가능성이 크며 피해가 중한 반인륜적이고 반사회적인 범죄만을 특정강력범죄로 제한한 점 및 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 초범에 비하여 비난가능성·반사회성 및 책임이 더 크고 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방, 더 나아가 사회의 질서유지의 목적을 달성하기 위한 하나의 수단이기도 한 점 등을 고려하면, 특강법 제3조는 강력범죄에 강력히 대처하고 재범의 예방을 위한다는 입법목적의 정당성이 있다.

또한 전범과 후범 사이에 특정강력범죄로서 범죄행위의 실질적 관련성을

판례집 20-2(하)

요구한 특강법 제3조의 누범요건은 형법상의 누범과 비교하여 보더라도 책임 원칙 내지 과잉금지원칙 및 평등원칙 등에 반하지 아니하고, 나아가 그로 인하여 실질적 법치주의 등을 위반하였다고 볼 수도 없다.

(3) 법무부장관의 의견요지(2007헌가10, 2007헌가16)

(가) 죄형간의 균형상실 및 비례원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 강도범 등의 범행수법이 갈수록 지능적이고 대담하며 조직적으로 자행될 뿐만 아니라 재범도 격증하는 사회현상하에서 국민의 생명과 안전을 보호하기 위하여 이를 엄벌하고자 하는 취지인바, 그 입법목적과 규정내용, 제재수단 등을 고려하면, 강도상해 등의 재범자에 대하여 특가법 제5조의5를 적용한 후 다시 특강법 제3조의 누범가중을 하여 그 형의 단기까지 2배 가중한 것은 입법형성권의 재량 내에 있다고 보이고, 달리 비례원칙에 반한다거나 형벌체계상의 균형을 상실한 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 것이라고도 할 수 없다.

(나) 평등원칙 위배 여부

범죄자들의 각각의 사정이나 정상, 전범의 형벌에 대한 이해, 후범의 동기 등은 법관의 양형판단에 의해 충분히 고려될 수 있기 때문에 이 사건 법률조항이 다른 것을 같게 처벌하는 것은 아니다.

3. 특가법 제5조의5와 특강법 제3조의 관계

가. 특가법 제5조의5의 제정경위

특가법은 “형법·관세법·조세범처벌법·산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 및 마약류관리에 관한 법률에 규정된 특정범죄에 대한 가중처벌 등을 규정함으로써 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 기여함을 목적”(제1조 참조)으로 1966. 2. 23. 법률 제1744호로 제정되었고, 특가법 제5조의5는 강도범 등의 범행수법이 날로 지능적이고 대담하며 조직적으로 자행될 뿐만 아니라 심지어 인명을 살상함으로써 사회불안을 조성하고 있는 점을 감안하여 강도상해 등 재범자를 가중처벌하기 위하여 1980. 12. 18. 법률 제3280호로 신설된 것이다.

나. 특강법 제3조의 입법목적

1990. 12. 31. 특강법을 신규 제정한 이유는 반인륜적이고 반사회적인 흉악 범죄로서 가중과 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하기 위한 것이다.

그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여 특강법 제2조에서 살인, 강도, 강간, 미성년자의 약취유인 등 형법과 여러 형사특별법의 일정한 범죄를 특정강력범죄로 규정하고, 특강법 제3조는 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중”하도록 규정하며, 특강법 제5조에서 “특정강력범죄로 형의 선고를 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 10년을 경과하지 아니한 자가 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 형의 집행을 유예하지 못한다”고 규정하는 등의 입법을 하고 있다. 그러므로 특강법 제3조의 입법목적은 결국 특강법의 입법목적과 같다 할 것이고, 특강법 제3조는 제정된 이래로 단 한 차례도 개정된 바 없이 유지되어 오고 있다.

다. 문제의 소재

특가법 제5조의5는 “형법 제337조·제339조의 죄 또는 그 미수죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 이들 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.”라고 규정하고 있어, 특가법 제5조의5에서 가중처벌하는 형법 제337조의 죄 및 그 미수죄, 제339조의 죄 및 그 미수죄 중 어느 하나의 죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 위 죄 중 하나를 저지르면 형법이 아닌 특가법 제5조의5에 의하여 처벌된다.

그런데 특가법 제5조의5 위반죄는 특강법 제2조 제2항에 의한 특정강력범죄이고, 특가법 제5조의5에서 가중처벌하는 죄인 형법 제337조의 죄 및 그 미수죄, 제339조의 죄 및 그 미수죄 역시 모두 특강법 제2조 제1항 제4호 소정의 특정강력범죄이므로, 형법 제337조의 죄 및 그 미수죄, 제339조의 죄 및 그 미수죄 중 어느 하나의 죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 위 죄 중 하나를 저지르면, 특가법 제5조의5에 의하여 가중처벌될 뿐만 아니라, “그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.”라고 규정한 특강법 제3조의 요건도 충족하게 된다.

결국 형법 제337조의 죄 및 그 미수죄, 제339조의 죄 및 그 미수죄 중 어느 하나의 죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 위 죄 중 하나를 저지른 경우에는, 먼저 특가법 제5조의5에 의하여 형이 가중되고, 만약 유기징역형을 선택하는 경우에는 특강법 제3조가 적용되어 형의 장기 단기가 2배까지 가중됨으로써 처단형의 범위가 징역 20년 이상이 되는데, 달리 법률상감경이나 작량감경 등의 사유가 없다면 선고형도 그 범위 내에서

판례집 20-2(하)

결정될 것이다.

대법원도 「특가법 제5조의5의 규정취지는 강도상해죄·강도강간죄 또는 그 미수죄로 형을 받아 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 이들을 범한 자에 대하여 가중처벌을 하여 같은 조 소정의 법정형에 의하여 처벌한다는 뜻으로 새겨야 하고, 한편 특가법 제5조의5 위반죄는 특가법 제2조 제2항에 의하여 특정강력범죄에 해당하므로 특가법 제3조에 의하여 누범가중을 한 형기범위 내에서 처단형을 정하는 것이 타당하다.」(대법원 2006. 3. 23. 선고 2006도536 판결)라고 판시하여 특가법 제5조의5 위반죄에 대한 특가법 제3조의 누범가중을 긍정하고 있다.

#### 4. 본안에 대한 판단

이 사건 관련 피고인들의 경우 1심에서 유죄로 인정되었거나 인정될 가능성이 높은 특가법 제5조의5 위반죄의 법정형은 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이고, 특가법 제5조의5 위반죄는 특가법 제2조 제2항 소정의 특정강력범죄이므로 항상 특가법 제3조에 따라 형의 단기의 2배까지 가중되어 사실상 그 처단형의 범위가 사형, 무기 또는 20년 이상의 징역이 된다. 이 경우 형이 지나치게 무거워 범행의 경중과 행위자의 책임, 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 한다는 형사법상 책임원칙에 반하고 형벌체계상의 정당성과 균형성을 상실하여 평등의 원칙에 위배되는 것은 아닌지를 검토하기로 한다.

##### 가. 형벌법규에 대한 위헌심사기준

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라, 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 범감정, 그리고 범죄 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비해 지나치게 가혹하여 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20).

다른 한편 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없고, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고

보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하며, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형벌의 경우도 마찬가지로, 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 그 법정형이 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정할 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 참조).

나. 책임원칙에 반하는 과잉형벌인지 여부

(1) 특가법 제5조의5와 특가법 제3조의 각 입법목적이 정당하다 하더라도, 이 사건 법률조항에서 정한 요건에 해당하는 경우에 위 두 조항이 거듭 적용됨으로 인하여 사실상 그 형이 사형, 무기 또는 20년 이상의 징역이 되는 것이 그 행위의 죄질과 책임에 비추어 지나치게 과도한 형벌을 규정하고 있는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다.

(2) 특가법 제3조는 형법 제35조 누범 규정의 특례규정이고, 특가법 제5조의5는 형법 제35조의 누범요건을 강도상해 등 재범자의 가중처벌요건으로 포섭시켜 법정형을 가중한 것이다. 또 이 사건 법률조항에 해당하기 위한 요건은 특가법 제5조의5에서 규정하는 ‘전범과 후범의 존재’ 및 ‘누범기간’이라는 요건과 동일하고, 특가법 제5조의5의 강도상해 등의 재범가중과 특가법 제3조의 누범가중은 그 근본이념과 취지가 특히 위험한 범죄인으로부터 사회를 방위하고 장래의 재범을 방지하고자 하는 것인 점에서 동일하다.

형사특별법은 그 입법목적에 따른 새로운 가중처벌사유가 추가될 때에만 그 가중처벌이 의미를 가진다고 볼 것인바, 특가법 제5조의5의 가중사유와 특가법 제3조의 누범가중사유는 사실상 동일한 내용인데도 이 사건 법률조항에 의하여 중복 적용하게 되는 것은, 동일한 목적을 위하여 하나의 행위에 대한 형을 중첩적으로 가중하는 것이 된다.

(3) 한편, 형법 제42조 본문은 “징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유

판례집 20-2(하)

기는 1월 이상 15년 이하로 한다.”라고 규정하여 유기징역형의 상한은 원칙적으로 징역 15년이다. 그런데 이 사건 법률조항에 의하여 ‘특가법 제5조의5에서 규정한 전범과 후범의 존재’ 및 ‘누범기간’이라는 형식적인 누범요건이 존재하기만 하면 특가법 제3조까지 적용하여 형법 제337조에서 정한 7년 이상의 유기징역보다 3배 가까이 가중된 20년 이상의 유기징역에 처하게 되는바, 이는 그 형의 하한이 형법상 유기징역형의 원칙적 상한인 징역 15년보다도 더 높게 되는 결과가 되는 것이다.

(4) 결국 이 사건 법률조항은 강도상해죄 등의 누범자로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하고자 하는 동일한 목적을 위하여 하나의 범죄행위에 대한 형을 거듭 가중함으로써 형벌체계상 지나치게 가혹한 형을 규정하였다고 할 것이고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하여 그 행위의 죄질과 책임에 비추어 지나치게 과중한 형벌을 부과하여 책임원칙에 반한다고 할 것이다.

다. 형벌체계상의 균형성 및 평등원칙의 위반 여부

(1) 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이라는 문제가 제기된다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 233 ; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446, 458-459).

(2) 이 사건의 당해 사건과 같이 강도상해죄 등으로 형을 받아 그 집행을 종료한 후 3년 내에 다시 강도상해죄 등을 범하여 특가법 제5조의5에 해당하는 경우에는 항상 특가법 제3조 또는 형법 제35조의 누범요건에도 해당하게 된다.

이러한 경우 검사는 특가법 제5조의5 및 특가법 제3조를 적용하여 기소하는 것이 특가법 제5조의5 및 특가법 제3조의 입법목적과 특별법 우선의 법리에 부합한다 할 것이나, 실제로는 위와 같은 사안에서 범인의 성행, 범행의 경위, 결과발생의 정도, 전과의 내용 등을 고려하여 ① 형법 제337조와 특가법 제3조를 적용하는 경우(사실상 처단형이 무기 또는 14년 이상 25년 이하의 징역), ② 특가법 제5조의5와 특가법 제3조를 적용하는 경우(사실상 처단형이 사형, 무기 또는 20년 이상 25년 이하의 징역) 등으로 달리 기소될 수도 있는

바, 그 경우 그 유기징역형의 하한은 징역 14년 또는 징역 20년으로 그 편차가 크게 된다.

결국 강도상해죄, 강도치상죄 또는 강도상해미수죄의 모든 재범자는 검사의 기소 여하에 따른 특가법 제5조의5의 적용 여부에 의하여 사실상 ‘무기 또는 징역 14년 이상’에서부터 ‘사형, 무기 또는 징역 20년 이상’에 이르는 형을 선고받을 수도 있게 되는데, 이와 같은 불합리한 결과가 발생 가능하게 되는 이면에는 이 사건 법률조항이 형벌의 체계정당성에 어긋나 있다는 것이 자리 잡고 있다 할 것이다.

또한 이 사건 관련 피고인들의 경우 특가법 제5조의5를 적용하고 그 법정형 중 무기징역형을 선택하면 누범에 관한 이 사건 법률조항을 적용할 여지가 없게 되고, 그 후 법률상감경 또는 작량감경을 하면 처단형이 징역 7년 이상(형법 제55조 제1항 제2호) 15년 이하(대법원 1992. 11. 24. 선고 92도2432 판결 참조)가 되는 데 반하여, 애초에 유기징역형을 선택한 후 특가법 제3조를 적용하여 누범가중을 하게 되면 나중에 감경을 하더라도 처단형이 징역 10년 이상 12년 6월 이하의 징역이 되는데, 결국 특가법 제5조의5의 법정형 중 가장 가벼운 유기징역형을 선택하는 경우가 무기징역형을 선택하는 것보다 처단형의 하한이 더 높게 되어 불합리하게 되며, 이 또한 이 사건 법률조항이 형벌의 체계정당성에 어긋나는 측면을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

(3) 어느 범죄가 얼마나 사회적으로 유해한가 하는 점에 대하여는 어느 정도 사회적 합의가 형성되어 있으며, 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 이러한 통일적인 가치체계를 표현한다고 할 수 있다. 따라서 그 법정형을 가중하는 것도 형법상의 기존 법정형을 기준으로 일정 정도를 가중하는 것이 옳고 그 가중의 정도도 유사범죄와 비교하여 현저히 부당하지 아니한 범위 내에서 가중하도록 해야 하며(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2, 446 참조), 특히 형사특별법의 경우 일반 형법에 규정되어 있는 각 범죄의 상이한 법정형을 무시하고 일률적으로 형을 가중하여서는 아니 된다.

이 사건 법률조항의 형을 특가법 제3조가 적용되어 유사한 형에 이르게 되는 다른 특정강력범죄의 형과 상호 비교하여 보면 [별지 1]의 표와 같은바, 위 표에 의하여 ① 강간치상죄 등을 범하여 징역형을 선고받아 그 집행을 종료한 후 3년 이내에 다시 강간치상죄 등을 범한 경우, ② 강도치상죄를 범하여 징역형을 선고받아 그 집행을 종료한 후 3년 이내에 다시 강도치상죄를 범한

판례집 20-2(하)

경우 및 ③ 해상강도상해·치상죄를 범하여 징역형을 선고받아 그 집행을 종료한 후 3년 이내에 다시 해상강도상해·치상죄를 범한 경우 등을 ④ 강도상해·치상죄를 범하여 징역형을 선고받아 그 집행을 종료한 후 3년 이내에 다시 강도상해·치상죄를 범하여 이 사건 법률조항이 적용되는 경우와 비교하여 보면, 유기징역형에 있어서는 형이 모두 동일하다.

그런데 강도치사죄와 강간치사죄 등은 사람의 생명을 앗아가는 범죄라는 점에서 강도상해·치상죄에 비하여 불법의 정도가 더 크고, 해상강도상해·치상죄는 '다중의 위력으로 해상에서' 강도행위를 하는 것으로 강도상해·치상죄에 비하여 위험성이 더 크므로, 형법에서도 위와 같이 강도상해·치상죄보다 강간치사죄, 강도치사죄 및 해상강도상해·치상죄의 법정형을 중하게 규정한 것으로 볼 것이다.

그럼에도, [별지 1]의 표 ① 내지 ④에서 보는 바와 같이 형법상의 각 규정에 대하여 특강법 제3조가 적용되는 경우에는, 전범과 후범이 강도상해·치상죄인 경우나 그보다 더 무거운 강간치사죄 등, 강도치사죄 및 해상강도상해·치상죄인 경우에 유기징역형은 모두 동일하게 되는데, 이는 보호법익이나 죄질의 경중이 달라 그에 대한 형을 정함에 있어서도 달리 취급하여야 할 강도상해·치상죄와 강간치사죄, 강도치사죄 및 해상강도상해·치상죄 등을 자의적으로 동일하게 취급하는 결과가 되고 있으며, 이 또한 이 사건 법률조항이 형벌의 체계정당성에 어긋나고 있음을 보여주는 것이라 할 것이다.

(4) 이상의 여러 점들에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 형벌체계상의 정당성과 균형성을 상실하여 평등의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

라. 소 결

그렇다면, 이 사건 법률조항은 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 반하고, 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에도 반하는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이다.

5. 결 론

이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로, 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 6.과 같은 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

6. 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견(합헌의견)

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다고 생각하므로, 아래와 같이 반대의견을

밝힌다.

가. 이 사건 법률조항(특강법 제3조)의 입법목적과 성격

(1) 다수의견이 지적하고 있는 바와 같이, 특강법의 제정 이유는 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄로서 가정과 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하기 위한 것이고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 규정된 특강법 제3조의 입법목적 또한 특강법의 입법목적과 동일하다 할 것이다.

(2) 그런데 이 사건 법률조항은 강도상해 등 재범자를 가중처벌하기 위한 특별구성요건인 특가법 제5조의5(강도상해 등 재범자의 가중처벌)의 범죄를 범한 자에 대하여 다시 특강법 제3조에 따라 그 법정형의 장기 및 단기의 2배까지 누범가중을 하도록 규정하고 있는데, 특강법 제3조에서 정한 누범가중요건은 형법 제35조 제1항과는 달리 전범과 후범이 특강법이 정하는 특정강력범죄에 해당할 것을 요구한다는 점에서 전범과 후범 간에 아무런 관련성을 요구하지 않는 형법 제35조가 정한 누범요건과 차이가 있고, 그 효과 면에서는 형법상의 누범의 경우 형의 상한만을 2배 가중하고 있는 데 반해 형의 상한과 하한을 모두 2배 가중하고 있는 점에서 차이가 있다.

나. 책임원칙에 반하는 과잉형벌인지의 여부

(1) 헌법재판소는 형법 제35조의 누범조항의 위헌 여부에 관하여, 「형법 제35조 제1항이 규정하는 누범은 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우로, 같은 법조 제2항에서 누범을 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중하도록 규정하고 있는바, 이와 같이 가중처벌하는 취지는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도와, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 책임이 가중되어야 한다는 데 있고, 또한 재범예방이라는 형사정책적 목적이 배려된 바 있다 할 것이다. 따라서 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대하여 형벌을 받았음에도 다시 범행을 하였다는 데 있는 것이지, 전범과 후범을 일괄하여 다시 처벌한다는 것이 아니므로 일사부재리의 원칙에 위배되는 것은 아니다. 또한 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 사회적 비난가능성이 높고, 누범이 증가하고 있는 추세를 감

판례집 20-2(하)

안하여 범죄예방 및 사회방위의 형사정책적 고려에 기인한 것이어서 합리적 근거 있는 차별이라 볼 것이므로 평등원칙에도 위배되지 아니한다고 할 것이다.»라고 판단한 바 있고(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 234-236), 또한 '2회 이상 폭력범죄로 징역형을 받은 후 다시 폭력범죄를 범한 자에 대한 누범가중처벌 규정'인 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항의 위헌 여부에 관하여, 「폭처법 제3조 제4항이 정하는 누범요건은 과실범 간의 또는 과실범과 고의범 간의 누범도 인정하는 형법상의 누범요건과는 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 폭력범죄라는 관련성을 가질 것과 폭력범죄로 인한 2회 이상의 징역형을 요구하고 있는 점에서 보다 엄격히 그 요건을 정하고 있다. 따라서 누범요건으로 전범과 후범 사이에 범죄행위의 관련성을 요구하고, 전범으로 2회 이상의 징역형을 요구하는 위 조항의 누범요건은 폭력범죄로 인한 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 폭력범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 누범이 성립되도록 그 요건을 정하고 있어, 형법상의 누범조항과는 달리 단순한 범죄의 반복만으로 중대한 책임을 지우는 것이 아니라 이전의 반복된 폭력범죄로 유죄판결을 받고도 죄질이 중한 같은 폭력범죄를 저지른 경우에만 가중처벌을 하고 있다고 할 것이므로 그 요건에서 이미 책임원칙과 조화되도록 하고 있다. 나아가 폭력전과자들의 반복된 폭력행위, 그것도 조직적·집단적 폭력과 같이 그 위해가 심대하거나 흉기폭력과 같이 생명·신체에 중대한 손상을 초래하는 폭력범죄로부터 건강한 사회를 방위하고, 고질적인 폭력풍토를 시급히 쇠신하여야 할 현실적 필요성에서 제정된 폭처법의 입법배경을 고려하면, 위 조항이 정한 누범의 법정형이 책임원칙에 반하는 과잉처벌이라고 단정하기 어렵다.»고 판단한 바 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바68, 판례집 14-2, 500, 509-512).

(2) 이 사건으로 돌아와 살피건대, 이 사건 법률조항의 특강법 제3조는 누범에 관한 형법 제35조의 특례규정에 해당하는바, 그 입법목적은 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄인 특정강력범죄에 대한 가중처벌을 통하여 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하는 데 있으므로 입법목적의 정당성은 인정된다 할 것이지만, 형법 제35조에서 정한 누범과는 달리 일정한 누범요건에 해당하면 일률적으로 그 법정형의 단기까지 2배로 가중하고 있으므로 행위의 죄질과 책임에 비추어 지나치게 과도한 형벌을 규정하고 있는 것은 아닌지가 문제된다.

그런데 이 사건 법률조항이 정한 누범은 형법상의 누범처럼 이전에 어떠한

범죄로든 금고 이상의 유죄판결을 받았음에도 다시 범죄를 행한 자에게 중대한 책임을 지우는 것이 아니라, 전범 및 후범의 범죄를 죄질이 불량하고 범행에 대한 비난가능성이 크며 피해가 중한 반인륜적이고 반사회적인 특정강력범죄로 한정함으로써 특정강력범죄에 해당하지 아니하는 죄질이 가벼운 일반범죄는 그 적용대상에서 배제하는 한편 전범과 후범 사이에 실질적 관련성까지 요구하고 있으므로, 형법 제35조의 누범에 비하여 가중된 책임의 근거를 엄격한 요건의 설정에서 명시하고 있는 것이다. 또한 이와 같은 경우 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 비난가능성·반사회성 및 책임이 더 크다고 할 수 있는 점, 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄인 특정강력범죄를 단기간 내에 재범한 경우에는 국민의 생명, 신체 등 법익을 심각하게 침해할 가능성이 높고 사회질서에 대한 혼란을 야기할 수도 있으므로 특정강력범죄의 특별예방 및 일반예방, 더 나아가 사회방위 및 사회의 질서유지라는 목적 달성을 위하여 특별한 수단이 요구되는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 그 법정형의 단기까지 2배 가중하는 것도 합리적인 입법재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수는 없는 것이다(대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도1258 판결 ; 대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1640 판결 참조).

따라서 이 사건 법률조항이 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄(강도상해죄, 강도치상죄 또는 강도상해미수죄)를 범하여 특가법 제5조의5에 의하여 처벌되는 경우에 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하여 처벌하도록 규정하였다 하여 이를 두고 범죄와 형벌사이에 적절한 비례관계가 있어야 한다는 책임원칙에 반하는 과잉형벌이라 단정할 수는 없다고 할 것이다.

(3) 이에 대하여 다수의견은, 이 사건 법률조항이 책임원칙에 반하는 과잉형벌을 규정하여 헌법에 위반된다면서 그 이유로 이 사건 법률조항은 하나의 행위에 대한 형을 특가법 제5조의5와 특강법 제3조가 중첩적으로 가중하는 것이고, 가중된 형의 하한이 징역 20년이 되어 형법 제42조에서 정하고 있는 유기징역형의 상한인 징역 15년보다도 높다는 점을 들고 있다.

하지만 특가법 제5조의5와 특강법 제3조의 규정내용이 실질적으로 유사하긴 하나 특가법 제5조의5는 강도상해 등 재범자에 대한 특별구성요건을 창설한 조항이고 특강법 제3조는 형의 법률상 가중사유를 규정한 형법 제35조의 특례규정에 해당하는 것이므로 각각의 법률조항의 의미와 목적이 동일하다고

판례집 20-2(하)

할 수 없고, 따라서 특가법 제5조의5의 죄를 범한 자에 대하여 특가법 제3조에 따라 그 형을 가중하는 것은 누범가중의 범리에 의한 것일 뿐 이를 두고 중복처벌 또는 이중처벌에 해당한다고 할 수는 없는 것이다.

또한 형법 제42조는, “징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1월 이상 15년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 25년까지로 한다.”고 규정하고 있는바, 특가법 제5조의5의 법정형이 특가법 제3조에 의하여 가중된 결과 그 처단형의 하한이 징역 20년이 된다고 하더라도, 법정형을 가중한 처단형의 과잉처벌 여부를 판단함에 있어 처단형이 아닌 법정형의 상한인 징역 15년을 기준으로 할 수는 없는 것이고 형법 제42조에서도 형이 가중된 경우의 상한을 징역 25년으로 규정하고 있는 만큼, 이 사건 법률조항에 따라 가중된 형벌이 책임원칙에 반하는지를 판단함에 있어 형법 제42조에서 정한 법정형의 상한인 징역 15년을 기준으로 하여야 할 어떠한 합리적인 이유도 찾을 수 없는 것이다.

다. 형벌체계상의 균형성 및 평등원칙의 위반 여부

(1) 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이라는 문제가 제기된다 할 것인바(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 233 ; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446, 458-459), 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 그 요건을 엄격히 정하여 실질적으로 행위자에게 중대한 책임비난이 가능하고 국민의 생명, 신체 등 법익을 심각하게 침해할 가능성이 높으며 사회질서를 위협할 수 있는 경우에 한하여 일률적으로 그 법정형의 장기 및 단기를 2배 가중하는 방식을 취한 점에서, 그것이 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우라거나 평등의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

(2) 이에 대하여 다수의견은, 이 사건 법률조항이 형벌체계상의 균형성을 상실하였고 평등원칙에도 반한다고 하면서 그 이유로, 첫째, 검사가 형법 제337조와 특가법 제3조를 적용하여 기소하는 경우와 특가법 제5조의5와 특가법 제3조를 적용하여 기소하는 경우 그 유기징역형의 하한이 각 징역 14년과 징역 20년이 되어 그 편차가 크게 된다는 점, 둘째, 특가법 제5조의5에서 정한

형 중 무기징역형을 선택한 다음 형을 감경하면 처단형의 하한이 징역 7년이 됨에 반하여 유기징역형을 선택한 다음 특가법 제3조의 누범가중 이후에 형을 감경하면 처단형의 하한이 징역 10년이 되는 점, 셋째, 특가법 제3조가 적용되는 경우에는 전범과 후범이 강도상해·치상죄인 경우보다 죄질이 더 무거운 강도치사죄나 강간치사죄인 경우에도 가중된 형기가 모두 동일하게 된다는 점을 들고 있다.

하지만 다수의견이 위헌의 근거로 내세우고 있는 위와 같은 사정들은 이 사건 법률조항의 위헌성 논증에 기여할 수 있는 것이 되지 못한다. 즉 첫째, 검사가 형법 제337조와 특가법 제3조를 적용하여 기소하는 경우와 특가법 제5조의5와 특가법 제3조를 적용하여 기소하는 경우 그 처단형의 하한이 각 징역 14년과 징역 20년이 되어 그 편차가 작지 아니하지만 이는 이 사건 법률조항의 문제가 아니라 검사의 기소재량에 의한 결과일 뿐으로 특별형법을 규정하는 다른 모든 경우에도 마찬가지로의 문제가 발생하는 것이다. 둘째, 특가법 제5조의5에서 정한 형 중 무기징역형을 선택한 다음 형을 감경하면 그 징역형의 하한이 징역 7년이 됨에 반하여 유기징역형을 선택한 다음 특가법 제3조의 누범가중 이후에 형을 감경하면 처단형의 하한이 징역 10년이 된다고 하지만, 이와 같은 차이는 ‘법률상 감경’에 따른 효과의 차이일 뿐 ‘누범가중의 특례’를 규정한 이 사건 법률조항 자체에 내포된 문제로 볼 수는 없는 것이다. 셋째, 특가법 제3조가 적용되는 경우에는 전범과 후범이 강도상해·치상죄인 경우보다 죄질이 더 무거운 강도치사죄나 강간치사죄인 경우에도 가중된 형기가 모두 동일하게 된다고 하지만, 특가법 제3조는 일률적으로 장기 및 단기를 2배 가중하고 있을 뿐 개개의 범죄에 대한 법정형이나 처단형을 따로 정하고 있는 것이 아니므로, 특가법 제3조에 의하여 가중된 형기가 동일하게 되는 결과는 애초에 강간치사죄, 강도치사죄, 해상강도상해죄 및 특가법 제5조의5의 유기징역형의 법정형을 동일하게 정한 형법 규정과 특가법 제5조의5의 문제로 귀결되는 것이지, 이 사건 법률조항의 문제로 볼 수는 없는 것이다.

(3) 오히려 다수의견과 같이 이 사건 법률조항만을 위헌이라고 판단할 경우에는 형벌체계의 정당성과 평등의 원칙을 위반하는 결과를 초래할 수도 있다. 즉, 특가법 제3조는 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하도록 하고 있는바, 특가법 제3조 자체가 책임원칙에 위반되어 위헌이라고 하는 것은 별론으로 하고, 누범가중에 관한 특례규정인

판례집 20-2(하)

특강법 제3조가 ‘형법 제337조(강도상해·치상)의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 특가법 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때’에 적용되는 부분만을 헌법에 위반된다고 한다면 이는 결국 특가법 제5조의5 위반죄를 제외한 나머지 특정강력범죄의 누범에 대하여는 특강법 제3조의 적용을 긍정하는 셈이 되어 다른 특정강력범죄를 제법한 누범과 특가법 제5조의5 위반죄에 해당하는 누범을 차별하는 것이 되고, 그 결과 특가법 제5조의5 위반죄를 범한 자로서는 강도상해죄의 누범으로 처벌받는 경우에는 특강법 제3조에 따라 누범가중되어 그 처단형의 하한이 14년이 되는데 비하여, 가중처벌을 위한 특별구성요건인 특가법 제5조의5 위반죄로 처벌받는 경우에는 형법 제35조에 따라 누범가중되어 그 처단형의 하한이 10년이 되는 모순이 발생할 수밖에 없는 것이다.

그럼에도 불구하고 다수의견은 앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 판단하였는바, 이는 결국 특강법 제3조가 가중처벌을 위한 특별구성요건을 창설한 조항이 아니라 특정강력범죄에 한하여 일률적으로 적용되는 누범가중에 관한 특례규정임을 간과한 데서 기인한 것이라고 볼 수밖에 없는 것이다.

라. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 지나치게 과중하고 가혹한 형벌을 규정하여 책임원칙에 반한다거나 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위배되는 조항이라고 볼 수 없으므로, 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지 1]

(단위 : 징역)

죄 명	적 용 법 조	특별법상 가중처벌	특강법 3조 적용
① 강간치사 등	형법 제301조의2 무기 또는 10년 이 상	적용 없음	무기 또는 20년 이상 25년 이하
② 강도치사	형법 제338조 무기 또는 10년 이 상	적용 없음	무기 또는 20년 이상 25년 이하

헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10·16(병합)

죄 명	적 용 법 조	특별법상 가중처벌	특강법 3조 적용
③ 해상강도상 해·치상	형법 제340조 ②항 무기 또는 10년 이 상	적용 없음	무기 또는 20년 이상 25년 이하
④ 강도상해· 치상	형법 제337조 무기 또는 7년 이상	사형, 무기 또 는 10년 이상 (특가법 제5조 의5)	사형, 무기 또는 20년 이상 25년 이하

## 북제주군과 완도군 등 간의 권한쟁의

(2008. 12. 26. 2005헌라11 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 청구인이 피청구인 완도군수를 상대로 동경 126° 38', 북위 33° 55'에 위치한 섬(이하 '이 사건 섬'이라 한다)에 대한 관할권한의 확인과 그 임야대장 등록말소의 부작위가 위법하다는 확인을 구하는 심판청구의 적법 여부(소극)
2. 이 사건 섬에 대한 지방자치단체의 관할구역 판단기준
3. 이 사건 섬에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속되는지 여부(적극)

### 【결정요지】

1. 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 지방자치단체인 청구인이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 완도군수를 상대로 다투고 있는 것이 분명하므로, 이 부분 심판청구는 그 다툼의 본질을 지방자치권의 침해로 보기 어렵고, 따라서 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판청구로서 부적법하다.
2. 지방자치법 제4조 제1항에서 정한 관할구역의 기준과 관련하여 다양한 해석론이 제시될 수 있으나, 토지(육지)에 대한 지방자치단체의 관할구역의 경우 지적법에 의하여 공부상 정리되어 있고, 지적법에 따라 임야대장 등 지적공부에 토지를 등록하면서 토지 특성의 한 방법으로 소재지의 지번을 기재하는 행정구역의 표시는 당해 토지를 관할하는 지방자치단체의 특징이라는 의미도 가진다고 할 것이므로, 토지(육지)에 대한 지방자치단체의 관할구역을 결정함에 있어서는 원칙적으로 '지적공부상의 기재'를 기준으로 하되 지적공부상 기재에 명백한 오류가 있거나 그 기재내용을 신뢰하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 지형도, 기타 역사적, 행정적 관련 자료 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

3. 지적공부상으로 이 사건 섬은 현재 청구인과 피청구인 완도군 모두에게 등록되어 있으나, 지방자치법 제4조 제1항에 따라 1948. 8. 15. 당시를 기준으로 할 경우 당시 지적공부인 임야대장과 토지등기부, 임야도에 청구인만이 이 사건 섬을 등록하고 있고, 나아가 위 지적공부상 기재에 명백한 오류가 있거나 그 기재 내용을 신뢰하지 못할 만한 다른 사정이 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 섬에 대한 자치권한은 청구인에게 귀속된다 할 것이다.

**재판관 조대현의 반대의견(피청구인 완도군수에 대한 청구 부분)**

피청구인 완도군수가 청구인의 관할권한 행사를 방해하고 있는 이상, 청구인의 위와 같은 청구는 피청구인 완도군수가 청구인의 관할권한을 침해하는 상태를 제거시키는 적절한 수단이라고 할 것이고, 이를 인용(認容)함이 상당하다. 이러한 청구는 이 사건 섬에 대한 임야대장 등록권한이 피청구인 완도군수에게 귀속되지 않음을 전제로 하는 것이지만, 청구인이 이 사건 청구원인으로 내세운 것은 이 사건 섬에 대한 관할권한의 침해이고 임야대장 등록권한에 관한 다툼이 아니다. 청구인에게 이 사건 섬에 관한 임야대장 등록권한이 없으므로 피청구인 완도군수에 대한 청구는 부적법하다고 판단하는 것은 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 청구의 취지를 오해하거나 이 사건 권한분쟁의 본질을 간과하는 것이다.

청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 적법하고 이유 있으므로, 각하해서는 안 되고 인용(認容)하여야 한다.

**【참조조문】**

헌법 제117조 제1항

헌법재판소법 제61조(청구사유) ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

지방자치법 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역) ① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전

판례집 20-2(하)

과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정하되, 시·군 및 자치구의 관할 구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.

②~⑥ 생략

**【참조판례】**

1. 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 418
2. 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 430  
헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 333

**【당 사 자】**

청 구 인 폐지된 북제주군의 수계인 제주특별자치도  
대표자 도지사 김태환  
대리인 변호사 이연봉  
법무법인 화우  
담당변호사 이선애

피청구인 1. 완도군  
대표자 군수 김종식  
2. 완도군수  
피청구인들 대리인 변호사 신창연 외 2인  
피청구인들 복대리인 변호사 유주상

**【주 문】**

1. 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 동경 126° 38', 북위 33° 55'에 위치한 섬에 대한 관할권한이 청구인에게 있음을 확인한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 동경 126° 38', 북위 33° 55'에 위치한 섬(이하 '이 사건 섬'이라 한다)을 청구인(원래 이 사건 청구인이었던 북제주군이 2006. 7. 1. '제주도 행정체제 등에 관한 특별법'이 시행됨에 따라 폐지되면서 제주특별자치도가 그 관할을

포괄적으로 승계하였다) 측은 사수도, 피청구인들 측은 장수도라 불렀는데, 국토지리정보원 주관으로 인공위성 영상 및 항공사진, 구 지도 등을 확인한 결과 양측이 주장하는 섬은 그 면적, 형태에 있어 동일한 것으로 밝혀졌다.

(2) 이 사건 섬은 임야조사령에 따라 1919(대정 8). 7. 10. ‘예초리 산 121 임야 6정 9단 7무(69,223㎡)’ 소유자 김○흥으로 사정되어 임야대장에 최초로 등록된 후 1930(소화 5). 4. 9. ‘제주도(濟州島) 추자면 예초리 산 121번지 임야 6정 9단 7무’로 소유권보존등기가 마쳐지고, 같은 달 11. ‘대서리’에 주소를 두고 있던 일본인 田中○○에게 소유권이전 되었으며, 1960(단기 4293). 12. 10. 에는 대한민국으로 소유권이전 되었고, 1972. 4. 17.에는 제주 북제주군 추자면 대서리 31에 주소를 둔 추자초등학교 육성회가 소유권을 취득하였으며, 2000. 10. 13.에 이 육성회가 명의를 ‘추자초등학교 운영위원회’로 변경하여 오늘에 이르고 있다.

(3) 한편 1978년 당시 내무부장관은 각 시·도에 미등록 도서의 지적등록을 지시하였고, 그 지시에 따라 완도군은 1979. 2. 2. 이 사건 섬에 관하여 ‘전남 완도군 소안면 당사리 산 26 임야 214,328㎡’ 소유자 국(재무부)으로 임야대장에 신규 등록하였다.

(4) 청구인은 2005. 9. 23.경 피청구인 완도군수에게 이 사건 섬이 청구인의 관할구역에 속하므로 임야대장을 말소하여 줄 것 등을 요청하였으나 거절당하자 피청구인들에 대하여 이 사건 섬에 대한 자치권한이 청구인에게 있다는 확인을 구하고, 피청구인 완도군수에 대하여 이 사건 섬의 임야대장 등록말소를 구한다는 취지로 2005. 11. 30. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였으며, 2006. 8. 18.경 제주특별자치도가 청구인 수계신청을 하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은, 피청구인들에 대하여 이 사건 섬에 대한 자치권한이 청구인에게 속하는지 여부와 피청구인 완도군수에 대하여 이 사건 섬을 지번 “전남 완도군 소안면 당사리 산 26”, 지목 및 면적 “임야 214,328㎡”, 사유 “1979년 2월 2일 신규등록”, 소유자 “국(재무부)”으로 임야대장에 등록한 것의 말소절차를 이행하지 아니한 부작위가 위헌 내지 위법인지 여부이다.

#### 2. 청구인의 주장 및 피청구인들의 답변

[별지] 기재와 같다.

#### 3. 적법요건에 대한 판단

가. 권한쟁의심판 청구의 적법성

판례집 20-2(하)

헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 권한쟁의심판을 청구하려면 청구인과 피청구인 상호간에 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어야 하고, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우이어야 한다(헌재 1998. 6. 25. 94헌라1, 판례집 10-1, 739, 751-752 ; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 416 참조).

나. 피청구인 완도군에 대한 심판청구의 적법 여부

권한쟁의심판의 청구요건으로 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하지 아니하는 경우에는 이를 허용하지 않는 것이 원칙이라 할 것이나, 피청구인의 장래 처분이 확실하게 예정되어 있고, 피청구인의 장래 처분에 의해서 청구인의 권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해 주어야 할 필요성이 큰 예외적인 경우에는 피청구인의 장래 처분에 대해서도 권한쟁의심판을 청구할 수 있다 할 것이다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 421).

이 사건에 있어 피청구인 완도군이 이 사건 섬에 대한 관할권한을 행사하는 처분은 아직 행하여지지 않고 있으나, 피청구인 완도군수가 1979. 2. 2. 이 사건 섬을 임야대장에 등록한 바 있어 피청구인 완도군이 이 사건 섬에 대한 관할권한을 행사할 위험성을 배제할 수 없는 것이므로, 청구인으로서의 피청구인 완도군을 상대로 그 장래 처분에 대하여 권한쟁의심판을 청구할 필요가 있다고 할 것이고, 위와 같이 장래 처분에 의한 권한침해의 위험성이 발생하는 경우에는 장래 처분이 내려지지 않은 상태로서 청구기간의 제한이 없다고 보아야 하며(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 423), 그 밖에 청구인의 피청구인 완도군에 대한 심판청구와 관련하여 적법요건에 흠결이 없으므로, 이 부분 심판청구는 적법하다.

다. 피청구인 완도군수에 대한 심판청구의 적법 여부

(1) 지방자치단체가 권한쟁의심판을 청구하기 위하여는 헌법 또는 법률에

의하여 부여받은 권한 즉, 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있어야 한다.

그런데 지방자치단체의 사무 중 국가가 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무는 그 처리의 효과가 국가에 귀속되는 국가의 사무로서 지방자치단체의 사무라 할 수 없고, 지방자치단체의 장은 기관위임사무의 집행권한과 관련된 범위에서는 그 사무를 위임한 국가기관의 지위에 서게 될 뿐 지방자치단체의 기관이 아니므로, 지방자치단체는 기관위임사무의 집행에 관한 권한의 존부 및 범위에 관한 권한분쟁을 이유로 기관위임사무를 집행하는 국가기관 또는 다른 지방자치단체의 장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 없다 할 것이다.

결국 국가사무로서의 성격을 가지고 있는 기관위임사무의 집행권한의 존부 및 범위에 관하여 지방자치단체가 청구한 권한쟁의심판 청구는 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 심판청구로서 그 청구가 부적법하다고 할 것이다(헌재 1999. 7. 22. 98헌라4, 판례집 11-2, 51, 64-65; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 418 참조).

이와 관련하여 지적법은 임야대장 등 지적공부의 등록을 국가사무(제3조 제1항)로 규정하고, 지적공부의 등록·비치·보관·보존 등 집행행위를 소관청인 시장·군수가 담당하도록 하여(제2조 제2호, 제3조 제2항, 제8조 제1항 등 참조), 지적공부의 등록이라는 국가사무를 법률 그 자체에 의해서 시장·군수에게 위임하고 있으므로, 지적공부의 등록·비치·보관·보존 등 집행행위는 기관위임사무에 속하며, 지적공부의 등록사무를 관장하는 소관청인 시장·군수는 그 권한과 관련하여 국가기관으로서의 지위를 갖는다 할 것이다.

이 사건에 있어 청구인은 피청구인 완도군수의 이 사건 섬에 대한 임야대장 등록행위가 청구인의 지방자치권한을 침해한다는 전제 아래 이 사건 섬에 대한 관할권한의 확인과 그 임야대장 등록의 말소에 대한 부작위가 위법하다는 확인을 구하고 있으나, 지적법상 임야대장 등록 등에 관한 규정 내용에서 보듯이 이 부분 심판청구의 본질은 이 사건 섬의 임야대장 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼이라고 할 것이므로, 결국 지방자치단체인 청구인이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 다투고 있다고 봄이 상당하다.

그렇다면 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 지방자치단체인 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판 청구로 볼 것이

판례집 20-2(하)

므로, 청구인이 지방자치단체로서 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한을 침해받은 경우에 해당하지 않는다.

(2) 임야대장 등록사무 등 기관위임사무를 집행하는 국가기관으로서의 피 청구인 완도군수는 해당 임야의 등록사무를 담당할 뿐 지방자치단체인 청구인 및 피청구인 완도군과 같이 자치권한을 행사하거나 다른 지방자치단체의 자치권한을 침해할 지위에 있지 아니하므로, 청구인과 피청구인 완도군수 사이에 이 사건 섬과 관련하여 지방자치권 자체에 관한 분쟁이 존재한다고 보기도 어렵고, 설령 청구인과 피청구인 완도군수 상호간에 청구인의 지방자치권의 침해를 이유로 한 분쟁이 존재한다 하여도 이는 피청구인 완도군의 장래의 처분 또는 부작위를 매개로 하는 잠재적이며 간접적인 분쟁에 불과하다.

(3) 위와 같이 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 지방자치단체인 청구인이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 완도군수를 상대로 다투고 있는 것임이 분명하므로, 이 부분 심판청구는 그 다툼의 본질을 지방자치권의 침해로 보기 어렵고, 따라서 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판 청구로서 부적법하다 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

가. 섬의 귀속과 관련한 관할권한 판단 기준

(1) 지방자치법 제4조 제1항에 의한 지방자치단체의 구역

지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부 개정된 것) 제4조 제1항은 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다.

여기에서 ‘종전의 구역’의 의미에 대하여 헌법재판소는 2003헌라1 광양시와 순천시 등 간의 권한쟁의 사건에서 최초 지방자치법이 ‘지방자치단체의 구역은 종전에 의하도록’ 규정하고 있고, 이 법 제정 이전의 ‘구 지방행정에 관한 임시조치법’(1948. 11. 17. 제정 법률 제8호) 및 그 하위 법령인 ‘지방행정기관의 명칭·위치 및 관할구역에 관한 건’(1948. 11. 18. 제정 대통령령 제34호)이 ‘지방행정기관의 관할구역은 1948. 8. 15. 현재에 의한다.’고 규정하고 있는 점을 감안하여 1948. 8. 15. 현재의 구역을 의미하는 것으로 판시한 바 있다(헌

헌재 2008. 12. 26. 2005헌라11

재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 333 참조).

(2) 지방자치단체 구역 결정의 법적 기준

헌법재판소는 2000헌라2 사건에서 지방자치단체의 구역에 대한 경계분쟁에 관하여, “현행 지방자치법 제4조 제1항은 ‘지방자치단체의 행정구역은 종전에 의하고 ……’라고 규정하고 있다. 여기서 ‘종전’이란 종전의 법령 내용만을 의미하는 것이 아니고, 지적공부상의 기재 등까지를 포괄하는 의미로 해석되어야 하며, ‘지방자치단체의 행정구역은 종전에 의한다.’는 것은 동법 시행 시 존재한 구역을 그대로 답습한다는 것을 의미한다. 지방자치단체의 관할구역 중 육지에 관한 부분은 위와 같은 법령에 의하여 직접 특정되지는 않았더라도 위 법령에서 예컨대, 경기도의 관할구역을 광주군 등으로 한다고 규정하고 그 중 특정 토지가 지적관련공부에서 광주군 ○○면 ○○동(리) ○번지로 특정됨에 따라 그 특정 토지는 경기도의 관할구역으로 특정되게 되었다.”라고 판시하였고(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 430), 이에 의하면 지방자치단체의 구역은 법령 외에 지적공부상의 기재 등을 기준으로 결정할 수 있다 할 것이다.

나아가 헌법재판소는 2000헌라2 사건에서 ‘지적공부의 기재’ 외에 국토지리정보원 간행의 지형도를 또 하나의 기준으로 제시하고 있으나(판례집 16-2상, 404, 433) 이는 바다에 있어서 관할구역이 문제된 사안에 관한 것이므로 육지의 토지처럼 지번 등이 특정되어 있는 이 사건 분쟁에 있어서 위 기준을 그대로 적용할 수는 없다고 할 것이다.

(3) 검 토

지방자치법 제4조 제1항에서 정한 관할구역의 기준과 관련하여 다양한 해석론이 제시될 수 있으나, 토지(육지)에 대한 지방자치단체의 관할구역의 경우 지적법에 의하여 공부상 정리되어 있고, 지적법에 따라 임야대장 등 지적공부에 토지를 등록하면서 토지 특정의 한 방법으로 소재지의 지번을 기재하는 행정구역의 표시는 당해 토지를 관할하는 지방자치단체의 특징이라는 의미도 가진다고 할 것이므로, 토지(육지)에 대한 지방자치단체의 관할구역을 결정함에 있어서는 앞서 헌법재판소가 판시한 바와 같이 원칙적으로 ‘지적공부상의 기재’를 기준으로 하되 지적공부상 기재에 명백한 오류가 있거나 그 기재내용을 신뢰하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 지형도, 기타 역사적, 행정적 관련 자료 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

나. 이 사건 섬의 관할구역 판단

판례집 20-2(하)

(1) 증거자료에 나타난 사실관계

(가) 지적공부의 기재

1) 추자도(楸子島) 또는 추자면은 조선시대까지는 그 관할이 불분명하였는데 일제시대 지방행정구역명칭일람(1912년, 을 제2호증)에 의하면 당시 추자면이 완도군 관할에 속해 있었으나, 1914. 3. 1.자 전국의 행정구역 개편(1913. 12. 19.자 조선총독부령 제111호, 을 제3호증)으로 완도군에서 제외되어 북제주군으로 귀속되었다.

2) 이 사건 섬이 지적공부에 기재된 것은 토지 및 임야조사사업이 완료될 무렵인 1919. 7. 10.인데, 그 당시 임야조사령에 따라 김○흥이 토지소재를 “全羅南道 濟州島 楸子面 禮草里 泗水島”라 표시하여 토지소유자로 신고하고 사정을 받음과 아울러 임야대장에 “제주 북제주군 추자면 예초리 산 121 임야 69,223㎡”로 등록하였다.

그 후 이 사건 섬은 1940. 4. 11. 추자면 대서리 田中○○(일본인)로 소유권이전등기가 마쳐졌고, 1960. 12. 10. 대한민국으로 소유권이전등기가 마쳐졌으며, 1967. 4. 14. 추자초등학교 육성회가 이를 매수하여 1972. 4. 17. 소유권이전등기를 마친 다음 2000. 10. 13. 소유자 명의를 추자초등학교 운영위원회로 표시 변경한 후 현재에 이르고 있다.

3) 한편 피청구인 완도군은 1978. 내부무장관이 각 시도에 미등록 도서의 지적등록을 마치라는 지시에 따라 1979. 2. 2. 이 사건 섬에 관하여 ‘전남 완도군 소안면 당사리 산 26 임야 214,328㎡’ 소유자 국(재무부)으로 임야대장에 신규등록하고, 1982. 12. 23.자로 국(재무부)으로 소유권 보존등기를 하였다.

(나) 양 당사자의 이 사건 섬 및 인근수역에 대한 관할권 행사

1) 1931. 7. 20. 조선총독 명의로 추자면 예초리 사수도 인근어장에 대한 어업면허를 하였고, 1932년 추자면에서 발행한 해조류 채취구역에 대한 협정 관련철에서도 예초리를 채취구역으로 포함시키고 있으며, 2002. 12. 30. 박금자 외 6인이 ‘추자면 사수도 연안 150m 이내’ 어업신고를 한 것에 대하여 추자면장이 이를 수리한 적도 있다.

2) 한편 제주해양경찰 및 북제주군청 어업감독 공무원들은 이 사건 섬 부근에서 어업을 하는 완도선적의 어선들에 대하여 전라남도 도계를 넘었다는 이유로 조업구역위반으로 단속하여 왔는데, 이에 불만을 가진 피청구인 완도군이 청구인에게 이와 같은 단속을 완화하여 줄 것을 요청하는 공문을 발송하고 청구인이 이를 거절하는 답변을 한 바도 있다.

3) 그 밖에 1960. 12. 10.자로 대한민국으로 소유권이전등기가 된 후에 이 사건 섬을 추자국민학교에 대부한 적이 있는데, 1966. 3. 7.자로 이러한 대부허가를 취소하였다가 “대부자 제주세무서장 김○범”, “수대부자 추자국민학교”로 하여 다시 대부하였다.

4) 그 후 이 사건 섬은 국유재산 매매를 이유로 추자초등학교(육성회)에 매도되었다가 1966. 12. 17. “북제주군 추자면 예초리 산 121번지”라고 적시하여 재산평가가 이루어진 바 있으며, 1982. 11. 16. 문화공보부장관이 이 사건 섬인근을 “제주도 북제주군 사수도 일원”이라고 적시하면서 해조류 및 흑비둘기·슴새 번식지라는 내용으로 천연기념물 지정을 하였다.

(2) 이 사건 섬에 대한 관할구역 판단

지방자치법 제4조 제1항에서 말하는 ‘종전’이란 법령 내용만을 의미하는 것이 아니고, 지적공부상의 기재 등까지를 포괄하는 의미로 해석되는 것이므로 육지의 경계확정 분쟁과 유사한 성격을 가지는 이 사건 분쟁의 성격상 지적공부를 중심으로 이 사건 섬의 귀속을 판단하여야 할 것이다.

앞서 사실관계에서 보았듯이, 지적공부상으로 이 사건 섬은 현재 청구인과 피청구인 완도군 모두에게 등록되어 있으나, 지방자치법 제4조 제1항에 따라 1948. 8. 15. 당시를 기준으로 할 경우 당시 지적공부인 임야대장과 토지등기부, 임야도에 청구인만이 이 사건 섬을 등록하고 있고, 나아가 위 지적공부상 기재에 명백한 오류가 있거나 그 기재 내용을 신뢰하지 못할 만한 다른 사정이 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 섬에 대한 자치권한은 청구인에게 귀속된다 할 것이다.

또한, 1931. 7. 20. 조선총독부에서 ‘추자면 예초리 사수도’라고 적시하면서 어업면허를 한 사실과 1932년에는 추자면 예초리로 적시되어 해조채취구역으로 지정된 사실을 확인할 수도 있어 최초 지방자치법 시행 당시인 1948. 8. 15. 무렵에는 이 사건 섬 및 그 인근지역을 청구인 측에서 관리하였다고 봄이 상당하고, 따라서 1948. 8. 15. 당시를 기준으로 지적공부의 기재뿐만 아니라 위와 같은 연혁 및 역사적 사실을 종합하여 보더라도 이 사건 섬에 대한 자치권한은 청구인에게 귀속된다고 할 것이다.

다만, 앞서 헌법재판소 선례에서 본 바와 같이 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 되지만 이러한 경계에 관하여 행정관습법 등 불법법적인 근거에 의한 변경이 이루어졌음이 인정된다면, 그 변경된 경계가 지방자치단체의 관할구역 경계로서 효력을 가질 수 있을 것이므로(헌

판례집 20-2(하)

재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 333 참조), 이 사건에 있어서도 1948. 8. 15. 이후 피청구인 완도군에게 이 사건 섬이 귀속되었다고 볼 만한 해상관습법 등 불문법상 근거에 의한 변경이 이루어졌는지 여부를 살펴볼 필요는 있을 것이다.

당사자들이 제출한 증거자료 등에 의하면, 1948. 8. 15. 이후 작성된 국토지리정보원의 지형도에는 도서 등의 소속을 표시하는 기호에 이 사건 섬이 완도군 소안면의 관할에 속해 있는 것으로 되어 있고, 1978년 경 내무부장관의 지시에 의한 미등록도서의 지적등록 절차에 의하여 이 사건 섬을 ‘완도군 소안면 당사리 산 26’으로 등록한 후 1999. 6. 17. (주)한국해양기술에 공유수면 점용허가를 한 사실은 인정되나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 섬의 귀속 여부는 지적공부 등을 기준으로 하는 것이 타당할 뿐만 아니라 헌법재판소의 선례에서 국토지리정보원 작성의 지형도에 의하여 해상경계선을 인정한 사안인 경우 공유수면의 해상경계선이 문제된 것으로 이 사건과 사안을 달리하고 있는 점 등에 비추어 국토지리정보원에서 작성된 지형도상의 경계표시에 의하여 이 사건 섬의 귀속 여부를 결정할 수는 없다고 할 것이고, 나아가 이 사건 섬 인근의 공유수면에 대하여 앞서 본 바와 같이 북제주군 추자면에서 어업면허를 하고 제주해양경찰에서 경계업무를 수행하는 등 청구인측에서 관할권을 행사하여 온 점까지 감안한다면, 이 사건 섬이 피청구인 완도군에 귀속되었다고 볼 만한 해상관습법 등 불문법상 근거에 의하여 변경되었다고 볼 수는 없다 할 것이다.

### 5. 결 론

그렇다면 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 섬에 대한 관할권한이 청구인에게 있음을 확인하여야 할 것이므로, 피청구인 완도군수에 대한 심판청구에 관한 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

### 6. 재판관 조대현의 반대의견

피청구인 완도군수에 대한 심판청구를 각하할 것이 아니라 인용하여야 한다고 생각한다.

이 사건 섬이 청구인의 행정구역에 속하는 점, 피청구인 완도군수가 이 사건 섬이 전라남도 완도군의 행정구역에 속하는 것처럼 완도군 임야대장에 등록하였고, 그것이 청구인의 이 사건 섬에 대한 관할권한을 침해한다는 점에

대해서는 다수의견이 실시하는 바와 같다.

이 사건 섬이 전라남도 완도군의 관할에 속하지 않음에도 불구하고 피청구인 완도군수가 이 사건 섬을 완도군 임야대장에 등록하고 그 등록의 말소를 거부하는 행위는 이 사건 섬을 관할하는 지방자치단체를 오해하게 함으로써 청구인의 관할권한 행사를 침해하는 것이다. 따라서 청구인은 청구인의 관할권한 행사를 침해하는 피청구인 완도군수를 상대로 그러한 권한침해행위의 중지를 청구할 수 있다고 할 것이다. 피청구인 완도군수가 위에서 본 바와 같이 청구인의 관할권한 행사를 방해하고 있는 이상, 청구인의 위와 같은 청구는 피청구인 완도군수가 청구인의 관할권한을 침해하는 상태를 제거시키는 적절한 수단이라고 할 것이고, 이를 인용(認容)함이 상당하다. 이러한 청구는 이 사건 섬에 대한 임야대장 등록권한이 피청구인 완도군수에게 귀속되지 않음을 전제로 하는 것이지만, 청구인이 이 사건 청구원인으로 내세운 것은 이 사건 섬에 대한 관할권한의 침해이고 임야대장 등록권한에 관한 다툼이 아니다. 청구인에게 이 사건 섬에 관한 임야대장 등록권한이 없으므로 피청구인 완도군수에 대한 청구는 부적법하다고 판단하는 것은 청구인의 피청구인 완도군수에 대한 청구의 취지를 오해하거나 이 사건 권한분쟁의 본질을 간과하는 것이다.

청구인이 완도군 임야대장을 관장하는 피청구인 완도군수에게 완도군 임야대장에 기재된 이 사건 섬에 관한 등록을 말소하라고 청구하지 못한다면, 완도군 임야대장에 이 사건 섬을 등록한 기재(청구인의 관할권한을 방해하는 상태)를 그대로 놓아두라는 말인가? 행정소송법상의 기관소송을 제기할 수 있다는 말인가? 이 사건 섬이 완도군 임야대장에 등록되었다고 하여 북제주군 군수나 제주특별자치도 도지사가 이 사건 섬을 자신이 관할하는 임야대장에 등록하지 못하게 되는 것도 아니고 그 임야대장에 이미 등록되었는데, 제주특별자치도 도지사가 이 사건 섬에 관한 임야대장 등록권한이 침해되었다고 주장하여 청구하라는 것인가?

피청구인 완도군수가 이 사건 섬을 완도군 임야대장에 등록한 행위가 완도군의 자치권한을 행사한 것이 아니라 임야대장 등록이라는 국가사무를 위임받은 지위에서 한 것이라고 하더라도, 위임받은 국가사무에 관해서는 그 수입기관(국가기관)의 지위에서 위와 같은 청구의 상대방으로 될 수 있다고 할 것이다.

청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 적법하고 이유 있으므로,

각하해서는 안되고 인용(認容)하여야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해의출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 청구인의 주장 및 피청구인들의 답변

1. 청구인의 주장

청구인은 피청구인 완도군수에 대한 청구의 적법 여부에 관하여 아래 (1)항과 같이 주장하고, 피청구인들에 대한 본안에 관하여는 아래 (2)항의 사정에 비추어 ① 피청구인들에 대하여 이 사건 섬에 대한 자치권한(관할권한)이 청구인에게 있다는 확인을 구하고, ② 피청구인 완도군수에 대하여 임야대장에 등록된 것을 말소하지 아니하는 부작위가 청구인의 자치권한을 침해하여 위법하다는 확인을 구한다.

가. 피청구인 완도군수에 대한 청구의 적법요건에 대하여

(1) 청구인은 이 사건 섬에 대한 지적법상의 임야대장관리권한이 기본적으로 국가의 권한임을 당사자들이 다투는 것이 아니고, 다만 이 사건 섬에 대한 임야대장관리권한의 귀속을 결정하는 선결적 요소인 행정구역상의 소속과 관련하여 「이 사건 섬은 청구인의 관할권한하에 있는 행정구역에 속한다는 것」을 주장하면서 이를 피청구인 완도군수와 사이에 다투고 있는 것이다. 따라서 이 부분 청구에서 다툴이 있는 권한은, 지방자치단체인 청구인이 이 사건 섬에 대하여 가지고 있다는 지방자치법상의 관할권한이다. 이 사건에서의 계쟁권한을 임야대장관리권한이라고 파악하는 것은 청구인의 주장을 오해한 것이거나, 이 사건 권한분쟁의 본질과 실상을 외면한 것, 또는 지방자치단체의 자치관할권에 관한 부인은 동격의 다른 지방자치단체에 의하여서만 행하여지는 것이 아니고 피청구인 완도군수와 같은 국가기관에 의하여서도 행하여질 수 있음을 간과한 것이다.

(2) 임야대장상의 행정구역기재는 비록 관할권한의 창설적 효력은 없지만 관할권한을 대외적으로公示하고 관할권한을 사실상 추정케 하는 중요한 기능을 수행하므로 이것이 잘못될 경우 그 영향은 매우 심각하고 중대하다.

이 사건 섬의 임야대장상의 행정구역표시가 피청구인 완도군으로 기재되어 있게 되면 이로써 이 사건 섬은 완도군의 관할권한에 속하는 외관이 설정되

고 이것은 동시에 청구인의 관할권한을 부인하는 사실상의 외관을 형성하는 것이다. 이 사건 섬이 청구인의 관할권한 하에 있는 것이라고 가정할 경우 이러한 잘못된 외관은 청구인의 관할권한 행사에 중대한 장애가 되므로 이는 관할권한에 대한 명백한 침해가 되고 이러한 침해는 그것이 제거되기까지는 계속 존재하게 되므로, 이러한 관할권한 귀속의 외관 형성행위 자체로 청구인의 관할권한에 대한 '현재의 침해'를 구성하는 것이다.

(3) 법률상의 작위의무가 인정되는 경우의 부작용만이 헌법재판소법 제61조 제2항 소정의 '부작위'에 해당한다고 해석하는 견해는 행정소송 중 항고소송의 대상이 되는 부작용에 관한 기존의 일부 학설이나 법원의 판례를 새로운 형태의 헌법소송에 무리하게 적용하는 잘못을 범하는 것이다. 나아가 지방자치단체의 토지관할권한에 당연히 수반되는 방해제거청구의 권능이 이 사건에서 청구인의 실체법상 청구권원이 된다고 본다면, 피청구인 완도군수가 청구인의 방해제거청구권의 행사에 응하여 방해물을 제거하여 원상회복시킬 법률상의 작위의무가 있는 것이고 그렇다면 피청구인 완도군수가 청구인의 임야대장등록 말소청구에 불응하는 것은 법률상의 작위의무를 위반한 부작용에 해당하는 것이다.

#### 나. 본안에 대하여

(1) 동경 126° 38', 북위 33° 55'에 위치한 이 사건 섬은 임야조사령에 따라 1919. 7. 10. 소유자 김○흥으로 사정되어 '제주 북제주군 추자면 예초리 산 121 임야 69,223㎡'로 임야대장에 등록되었으며, 그 후 이 사건 섬에 관하여 1940. 4. 11. 추자면 대서리 田中○○(일본인)로 소유권이전등기가 경료되고, 1960. 12. 10. 대한민국으로 소유권이전등기가 경료되었으며, 1967. 4. 14. 추자초등학교 육성회가 이를 매수하여 1972. 4. 17. 소유권이전등기를 경료받은 다음, 2000. 10. 13. 소유명의를 '추자초등학교 운영위원회'로 표시 변경하였다.

(2) 청구인은 1982. 11. 4. 회귀조류인 흑비둘기, 습새 등의 번식지로 천연기념물 제333호로 지정된 이 사건 섬을 보호관리하고 있고, 제주 해양경찰서와 합동으로 타도 연안어선의 월선어업을 단속하여 왔으며, 이 사건 섬 연안 150m 이내에서 패류, 해초류의 포획·채취를 지도하여 왔다. 또한 소유자인 추자초등학교 운영위원회도 사수도 취득경위 표시석 및 '입산금지' 경고판을 설치하여 지속적인 관리를 해왔으며 환경정비에도 힘 기울여 왔다.

(3) 이 사건 섬은 1961. 4. 22. 국무원고시에는 동경 126° 30', 북위 33° 55'으로 표기되어 있으나, 1973. 1. 내무부에서 발행한 도서지에는 동경 126° 38',

판례집 20-2(하)

북위 33° 55'으로 그 위치가 정정되어 제주 북제주군 추자면에 포함된 섬임을 밝히고 있으며, 제주지방해양수산청에서는 1989. 10. 24. 이 사건 섬에 항로표지를 설치하여 관리하여 오고 있다.

(4) 청구인은 1978. 1. 1.부터 1978. 12. 31.까지 시행된 “미등록도서 및 비정위치 도서의 일체조사등록”방침에 따라 이 사건 섬의 면적을 대한지적공사의 측정에 따라 ‘69,223m<sup>2</sup>’에서 ‘286,918m<sup>2</sup>’로 변경하였으나 토지대장 및 지적도를 정정하지 못하였다. 한편 피청구인인 완도군에서는 이 사건 섬의 면적을 측정하여 그 면적이 ‘214,328m<sup>2</sup>’인 사실을 확인한 후 청구인이 이미 1919.부터 제주 북제주군 추자면 예초리 산 121번지로 등록을 하였음에도 이 사실을 모르고 “전남 완도군 소안면 당사리 산 26 임야 214,328m<sup>2</sup>”로 임야대장에 신규등록을 하였다.

(5) 피청구인 완도군은 임야대장등록을 기화로 이 사건 섬에 대한 관할권이 있음을 전제로 하는 권한행사를 시도하기에 이르렀고, 청구인이 피청구인인 완도군의 임야대장등록은 이중등록이어서 무효이므로 그 등록을 말소하라는 요구하였으나 거절하여 오다가, 피청구인 완도군수는 2001. 8. 6.자로 국립지리원에 청구인이 주장하는 사수도와 피청구인이 주장하는 장수도가 별개의 섬인지 여부의 확인을 구하여 국립지리원으로부터 2001. 9. 4.자로 두 섬이 동일하다는 회신을 받았고, 2005.에 와서는 국토지리정보원(구 국립지리원, 이하 ‘국토지리정보원’으로 표시함.)에 지명관리시스템오류 수정협조의뢰를 하였으며, 이에 대하여 국토지리정보원은 관계기관회의를 개최하고 “인공위성상, 최근 항공사진, 구지도 등의 자료를 양 기관 확인결과 하나의 섬으로 동의”라는 회의결과를 통보하였다.

(6) 국토지리정보원의 결정에 따라 청구인은 2005. 9. 23. 피청구인 완도군수에게 이 사건 섬에 관한 지적공부를 말소하여 줄 것과 그 조치결과를 2005. 10. 31.까지 통보하여 주기를 요청하였으나 피청구인들은 현재까지 아무런 조치도 취하지 않고 통보도 하지 않고 있다.

2. 피청구인들의 답변

가. 지방자치단체의 관할구역에 관한 법령의 연혁을 종합하면, 첫째 지방자치단체의 구역은 ‘중전에 의하고’, 둘째, 중전에 의하여 결정된 구역은 법률 또는 대통령령에 의하여 변경될 수 있는 것으로 요약될 수 있다. 그런데 이 사건 섬의 관할 구역에 관하여는 제헌헌법 이래 현재까지 법률이나 대통령령이 규정된 바가 없다. 그러므로 이 사건 섬의 관할 구역은 ‘지방행정기관의 명

청·위치 및 관할구역에 관한 건(제정 1948. 11. 18. 대통령령 제34조)’에 따라 1948(단기4281). 8. 15. 현재에 의한다고 할 것이므로 이 일자 이전의 연혁을 살펴보는 것이 그 판단의 핵심이다.

나. 이 사건 섬은 1866(고종 3)에 청산진이 설치되면서 청산도·소안도·여서도와 함께 그 관할에 속하였으며, 반면 추자도는 청산진이 아닌 영암에 속해 있었다. 그 후 일제시대에는 소안면·보길면·추자면이 모두 완도군에 속해 있다가, 1914. 3. 1.자로 전국 행정구역개편이 이루어지면서 추자면은 완도군에서 제외되어 북제주군에 속하게 되었다. 그 무렵 발행된 소안도 지도에 의하면 1917(대정 6).에 이 사건 섬은 장수도라는 명칭으로 소안면에 속해 있는데 반하여 추자군도의 지도에는 이 사건 섬이 포함되어 있지 않다. 그러므로 관할기준시점인 1948. 8. 15.에 이 사건 섬은 전남 완도군 소안면에 속해 있었다.

다. 국토지리정보원의 지형도에 표시된 ‘도서들의 소속을 표시하는 기호’는 당해 도서의 행정구역을 증명하는 중요한 입증자료라 할 수 있는데 수차례 발간된 국토지리정보원의 소안면 지도에 의하면 이 사건 섬은 완도군 소안면에 속해 있다.

라. 이 사건 섬이 공부에 등재된 경위를 보면, 내무부장관이 1978.경 각 시도에 미등록도서의 지적등록을 지시하였고, 이에 따라 완도군이 1979. 2. 2. 이 사건 섬을 임야대장에 등록한 것이다. 내무부장관의 지시에 의한 미등록도서의 지적등록은 국토기본도 제작 시 촬영한 항공원도와 그 성과를 자동도화기에 의거 지적을 등록한 것이었고, 도서의 경계와 위치는 일제시대에 조사시 사용한 기본도와 비교하여 도해법으로 검사하는 방법에 의한 것이었다. 따라서 이 사건 섬이 위치한 지역에 도서가 등록된 바 없었음은 당시 명백한 것이었다.

마. 피청구인들은 1999. 6. 17. (주)한국해양기술에 대하여 육지-제주 간 해저케이블 보호 순시선 정박을 위한 공유수면점용을 허가하였고, 2000. 6. 14. 공유수면 점용·사용 변경을 위한 허가를 하는 방법으로 이 사건 섬에 대한 관할권을 행사한 바가 있다.

바. 지방자치단체의 관할구역은 지방자치법에 따라 종전(1948. 8. 15.) 당시에 의하거나 법령의 개정에 의하여서만 결정될 수 있는 것이다. 그러므로 법령개정 이외의 방법으로 관할구역을 변경하는 사실상태가 발생하였다면 이는 법령위반으로 당연히 무효이다. 그런데 청구인이 이 사건 섬이 북제주군에 속



한다고 주장하는 모든 방법은 법령개정에 의한 것이 아니므로 이 사건 섬의 관할을 결정하는 근거가 될 수 없다.

사. 청구인 관할구역의 주소인 “제주 북제주군 추자면 예초리 산 121”로 등재된 섬과 이 사건 섬은 그 위치, 면적, 형태에 있어서 전혀 다른 섬이다. 최초 소유자 김○홍이 소유권보존을 위하여 작성한 신고서의 위치를 설명하는 기재내용에 의하면 북제주군에 등록된 섬은 이 사건 섬과 다른 섬이다. 면적도 북제주군에 등록된 섬은 69,223㎡인데 반하여 이 사건 섬은 214,328㎡이고, 섬의 형태도 북제주군에 등록된 섬은 둥근 원형모양인데 이 사건 섬은 긴 막대모양이다.

## 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조 등 위헌소원

(2008. 12. 26. 2005헌바16 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 재판의 전제성을 부인한 사례
2. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(이하 ‘특강법’이라 한다) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 강도치상죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 특정강력범죄에 대한 집행유예가 실효되어 그 본형을 집행당한 경우 실형을 선고받은 경우보다 누범기간의 적용에 있어서 불합리하게 차별을 받는 것인지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 청구인이 선고받은 순서대로 특수강도죄 등에 대한 형을 먼저 복역하고 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 위반죄의 형집행을 나중에 마쳤더라도 당해 사건에서 특강법 제3조의 누범인 것에는 변함이 없어 그 재판의 주문이나 결론에 영향을 주거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달라지게 할 수는 없으므로 ‘형집행의 순서’를 규정한 형사소송법 제462조 부분은 재판의 전제성이 없어 부적법하다.
2. 형법 제337조의 강도치상죄의 죄질, 특강법 제3조의 누범요건 및 입법목적, 관련 헌법재판소 결정, 대법원 판례 등을 종합하면, 특강법 제3조에 의하여 강도치상죄의 형의 하한이 징역 7년에서 징역 14년까지 가중된다고 하더라도 지나치게 과중하고 가혹한 형벌을 규정하는 조항이라고 단정할 수 없다.
3. 특정강력범죄에 대한 집행유예가 실효되어 그 본형을 집행당한 경우 누범기간의 시기와 종기가 그 특정강력범죄에 대하여 실형이 선



고된 경우보다 늦어지게 되더라도 특정강력범죄로 형을 받아 실제 그 집행을 종료한 때로부터 3년이라는 누범기간에는 변동이 없는 이상 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받은 자가 실형을 선고 받은 자보다 누범기간의 적용에 있어서 불합리하게 차별을 받는다고는 볼 수 없다.

**【심판대상조문】**

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조(누범의 형) 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제462조(형 집행의 순서) 2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에 그 중한 형을 먼저 집행한다. 단, 검사는 소속장관의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(2005. 8. 4. 법률 제7653호로 제정된 것) 제2조(적용범위) ① 이 법에서 “특정강력범죄”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 형법 제24장의 살인의 죄 중 제250조(살인·존속살해), 제253조(위계 등에 의한 촉탁살인 등), 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범을 제외한다)
  2. 형법 제31장의 약취와 유인의 죄 중 제287조(미성년자의 약취·유인), 제288조(영리 등을 위한 약취·유인·매매 등), 제289조(국외이송을 위한 약취·유인·매매), 제293조(상습범), 제294조(미수범. 다만, 제291조 및 제292조의 미수범을 제외한다)
  3. 형법 제32장의 정조에 관한 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미성년자에 대한 간음·추행)의 죄 및 제301조(강간 등에 의한 치사상)의 죄
  4. 형법 제38장의 강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범. 다만, 제329조 내지 제332조의 미수범을 제외한다)
  5. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조(단체 등의 조직), 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의8(단체 등의 조직)
- ② 제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마16

형법(2005. 8. 4. 법률 제7623호로 개정된 것) 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

형법(2005. 8. 4. 법률 제7623호로 개정된 것) 제337조(강도상해, 치상) 강도가 사람을 상해하거나 치상한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

### 【참조판례】

1. 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바72, 판례집 20-1상, 585, 589-590
2. 헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20, 판례집 20-1상, 426, 435-436

### 【당 사 자】

청 구 인 김○현

대리인 법무법인 송과합동법률사무소

담당변호사 최광호 외 4인

당해사건 서울고등법원 2004노3084 강도상해(인정된 죄명 : 강도치상)

### 【주 문】

1. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도치상죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제462조에 대한 심판청구를 각하한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1997. 7. 18. 서울지방법원에서 특수강도죄 및 특수절도미수죄로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받았으나, 2000. 4. 27. 광주지방법원에서 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 위반죄로 징역 2년 6월을 선고받아 2000. 5. 9. 그 판결이 확정됨으로써 위 집행유예의 선고가 실효되어, 2002. 2.

판례집 20-2(하)

11.까지 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 위반죄에 대한 징역 2년 6월의 형집행을 마쳤고 2003. 6. 17. 특수강도죄 등에 대한 징역 1년 6월의 형집행을 종료하였다.

(2) 그 후 청구인은 윤○수와 공동하여 2004. 7. 9. 08:30경 서울 강남구 압구정동 현대아파트 1107동 뒤편 주차장에서, 피해자 한○민이 자신의 승용차 운전석으로 타자 바로 승용차 문을 열고 들어가 흉기인 등산용 칼을 피해자의 우측 목 부분에 들이대고 운전석 쪽 창문을 울려 피해자를 항거불능케 하였으나 피해자가 칼을 뿌리치고 몸부림을 치며 문을 열고 도망하자, 피해자의 승용차에서 회사 회계장부가 든 서류상자 1개를 꺼내어 가 이를 강취하고, 그 과정에서 위 칼에 피해자의 뒷목 부분이 그어지게 하여 피해자로 하여금 치료일수 미상의 뒷목 우측 부위 절창상을 입게 하였다.

(3) 한편 청구인에 대하여 먼저 선고된 특수강도죄 등에 대한 징역 1년 6월의 형이 2003. 6. 17.까지 나중에 집행됨으로 인하여, 청구인은 2004. 11. 10. 수원지방법원 성남지원(2004고합164)에서 형법 제337조의 강도치상죄가 유죄로 인정되고 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조에 의해 그 형의 단기의 2배까지 누범가중 후 작량감경되어 징역 7년의 형을 선고받았다.

(4) 그 후 청구인은 서울고등법원에 항소하여 재판(2004노3084)을 받던 중 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조와 ‘형집행의 순서’를 규정한 형사소송법 제462조가 헌법에 위반된다는 위헌법률심판제청신청(2005초기13)을 하였으나, 서울고등법원은 2005. 2. 2. 그 신청을 기각함과 동시에 청구인의 항소도 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 23. 위 각 법률조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 당해 사건에 대하여도 상고하였으나, 대법원은 2005. 4. 14. 상고기각판결(2005도1258)을 선고하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것, 이하 ‘특강법’이라고만 한다) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도치상죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분 및 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제462조이다.

[심판대상조항]

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조(누범의 형) 특정강력범죄로 형

을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.

형사소송법 제462조(형집행의 순서) 2 이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 그 중한 형을 먼저 집행한다. 단, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.

[관련조항]

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제1조(목적) 이 법은 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위함을 목적으로 한다.

제2조(적용범위) ① 이 법에서 특정강력범죄라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 「형법」 제24장의 살인의 죄 중 제250조(살인·존속살해), 제253조(위계 등에 의한 촉탁살인 등), 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범을 제외한다)
2. 형법 제31장의 약취와 유인의 죄 중 제287조(미성년자의 약취·유인), 제288조(영리 등을 위한 약취·유인·매매 등), 제289조(국외이송을 위한 약취·유인·매매), 제293조(상습범), 제294조(미수범. 다만, 제291조 및 제292조의 미수범을 제외한다)
3. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미성년자에 대한 간음·추행)의 죄 및 제301조(강간 등에 의한 치사상)의 죄
- 3의2. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄(제304조의 죄를 제외한다), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조 내지 제12조의 죄 또는 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄로 2회 이상 실형을 받은 자가 범한 「형법」 제297조, 제298조, 제299조, 제300조, 제305조 및 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄
4. 「형법」 제38장의 강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강

판례집 20-2(하)

도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범. 다만, 제329조 내지 제332조의 미수범을 제외한다)

5. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조(단체 등의 구성·활동), 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의8(단체 등의 조직)

② 제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

형법 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

제337조(강도상해, 치상) 강도가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 청구인에게 적용된 특강법 제3조는 누범기간 중의 범죄라는 이유만으로 형의 장·단기를 확실히 2배까지 가중하도록 규정하고 있는바, 이 규정에 의하여 형사피고인을 처벌할 경우에는 그 형이 지나치게 무거워 구체적인 사정에 따라 적절한 형벌을 과하려고 하는 양형의 목적을 달성할 수 없게 되므로 입법목적을 달성하기 위한 수단이 그 합목적성을 일탈한 법률조항에 해당한다.

또한 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받았다가 그 유예기간 중에 특정강력범죄가 아닌 범죄로 실형을 선고받아 위 집행유예가 실효되어 그 형을 집행받은 경우까지 특강법 제3조가 적용되어 그 형의 장·단기를 각 2배까지 가중하게 된다면, 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받은 경우가 그에 대하여 실형을 선고받은 경우보다 특강법 제3조에 의한 누범 종료시기가 더 늦어지는 불합리한 결과를 낳게 되어 형평에 어긋나므로 헌법에 위반된다.

(2) 형사소송법 제462조는 ‘형집행의 순서’를 규정하고 있고 그 본문의 ‘중형 선집행의 원칙’에 따라 청구인에 대하여 경(輕)한 특수강도죄 등에 대한 형이 나중에 집행됨으로써 청구인이 특강법 제3조의 누범에 해당하게 되었는데, 이처럼 중형 선집행의 원칙을 합리적인 이유도 없이 이종형(異種刑)의 경

우 뿐 아니라 동종형(同種刑)의 경우까지 획일적으로 적용하여 청구인에게 불이익을 주는 것은 부당하다.

또한 형사소송법 제462조는 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받았다가 그 유예기간 중에 특정강력범죄가 아닌 범죄로 실형을 선고받아 위 집행유예가 실효되는 경우, 본형이 어느 쪽이 더 무거운가라는 우연한 사정에 따라 위 특정강력범죄에 대한 형의 집행순서가 결정되어 특강법 제3조에서 정한 누범기간의 시기 및 종기를 예측하게 어렵게 하는 등 법적안정성과 예측가능성을 침해하므로 위헌적인 법률조항이다.

나. 서울고등법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

(1) 특강법 제3조에 관한 주장에 대한 판단

우리 사회의 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 극도로 잔인·흉포해지는 범죄로부터 사회를 방위하는 것을 목적으로 하는 특강법의 입법취지와 특강법 제2조에서 살인, 약취·유인, 강간, 강도, 단체범죄 등 특히 죄질이 불량하고 범행에 대한 비난가능성이 크며 피해가 중한 범죄만을 특강법이 적용되는 특정강력범죄로 제한한 점을 고려하면, 특강법에서 정한 특정강력범죄로 이미 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 비교적 짧은 기간이라 할 3년 이내에 또 다시 특강법에서 정한 특정강력범죄를 범한 때로 그 기간을 정하여 다시 범한 특정강력범죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하도록 정한 특강법 제3조가 그 입법목적에 비하여 비례의 원칙에 반할 정도로 합리적인 입법재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수는 없다.

한편 누범의 형을 가중하는 이유가 종전 특정강력범죄에 대하여 형을 선고받아 그 집행을 위하여 상당기간 교정기관에서 수감생활을 겪는 과정에서 특정강력범죄에 대한 응보와 회개의 기회를 충분히 경험하였음에도 불구하고 3년이라는 단기간 내에 다시 새로운 특정강력범죄에 나아간 경우에는 초범에 비하여 비난가능성·반사회성 및 책임이 더 크고 특별·일반예방이라는 형벌의 목적에 비추어 보아도 재범에 대한 형을 가중할 정당한 근거와 필요성이 있기 때문이라는 것인바, 이와 같은 누범가중의 이유에 비추어 누범기간을 종전 특정강력범죄에 대한 형을 실제 집행받은 때로부터 일정한 기간으로 정하는 것은 당연한 것이고, 비록 종전 특정강력범죄에 대하여 실형을 선고받은 경우보다 집행유예를 선고받았다가 그 집행유예가 실효됨으

판례집 20-2(하)

로써 본형을 집행받은 경우 결과적으로 누범기간의 시기 및 종기가 더 늦어진다고 하더라도, 형을 실제 집행받은 때로부터 3년이라는 전체 누범기간이 동일한 이상 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받은 자가 실형을 선고받은 자보다 누범기간의 적용에 있어서 불합리하게 차별을 받는 것이라고 볼 수는 없다.

(2) 형사소송법 제462조에 관한 주장에 대한 판단

2 이상의 형의 집행순서를 어떻게 정할 것인지는 입법자가 합리적인 범위 내에서 정할 입법정책적인 문제이고 형이 이종인 경우와 동종인 경우에 그 집행순서를 달리 취급하여야만 할 분명한 근거도 없으므로, 형사소송법 제462조에서 2 이상의 형이 이종인 경우와 동종인 경우 모두 중한 형을 먼저 집행하도록 정하였다고 하여 합리적인 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수는 없다.

또 위 조항으로 인하여 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받았다가 그 유예기간 중에 특정강력범죄가 아닌 범죄로 실형을 선고받아 위 집행유예가 실효되는 경우, 본형이 어느 쪽이 더 무거운가 하는 사정에 따라 특정강력범죄에 대한 형의 집행순서가 결정되어 특강법 제3조에서 정한 누범기간의 시기 및 종기가 달라진다고 하더라도, 누범가중의 이유에 비추어 볼 때 특정강력범죄에 대한 형을 실제 집행받은 때로부터 3년이라는 누범기간이 동일한 이상 종전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받은 자가 실형을 선고받은 자보다 누범기간의 적용에 있어서 더 불리하게 취급받는 것이라고 볼 수 없고, 누범기간의 시기 및 종기가 달라진다는 이유만으로 위 조항이 누범기간에 대한 법적안정성과 예측가능성을 침해하는 위헌적인 법률조항이라고 할 수도 없다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 형사소송법 제462조에 대한 재판의 전제성 검토

이 사건의 경우 청구인에 대한 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(이하 ‘폭처법’이라고만 한다) 위반죄가 2000. 5. 9. 확정되고 그에 따라 집행유예의 선고가 실효된 종전의 특수강도죄 등에 우선하여 위 폭처법 위반죄에 대한 검사의 형집행지휘가 이루어졌으나, 이러한 검사의 형집행지휘처분에 대해 쟁송기간이 이미 도과하였음은 명백하다. 그렇다면 이 사건 검사의 형집행지휘처분에 대한 쟁송기간이 도과된 후에 그 처분의 근거가 되는 형사소송법 제462조에 대한 위헌소원을 제기한 경우, 그 위헌 여부에 따라 서울고등법원 2004노3084 사

건에 대한 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 없는 것이므로 그 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

(2) 특강법 제3조의 위헌 여부

(가) 특강법 제3조는 흉악범죄 및 누범이 격증하는 사회현상하에서 국민의 생명과 안전을 보호하기 위하여 특정강력범죄에 대하여 누범요건을 강화한 후 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하여 처벌하도록 규정하고 있는바, 그 입법목적과 규정내용, 제재수단 등을 고려하면 특강법 제3조가 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 이탈함으로써 행위자의 책임을 초과하여 처벌하거나 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 규정이라고 볼 수는 없다.

(나) 누범의 기간요건을 판단함에 있어서는 전범에 대한 집행이 종료되거나 면제된 이후부터 기산하여야 하는데, 집행유예가 실효 또는 취소되어 누범기간의 시기 및 종기가 늦어지고 이에 따라 청구인에게 불이익한 결과가 발생하였다고 하더라도 이는 법원이 청구인에 대해 정상을 참작하여 집행유예를 선고하였음에도 그 후 청구인의 잘못으로 그 집행유예가 실효 또는 취소되어 받는 불이익이라 할 것이므로, 결국 청구인의 책임에 기인한 것으로서 그가 수인하여야 할 것이다.

(3) 형사소송법 제462조의 위헌 여부

2 이상의 형의 집행순서를 어떻게 정할 것인지는 입법자가 합리적인 범위 내에서 정할 입법정책적인 문제이므로 합리적인 기준을 통해 형의 집행순서를 정하고 있다면 쉽사리 헌법위반으로 단정할 수 없는바, 형사소송법 제462조는 중형 선집행의 원칙을 취하여 중한 형을 기준으로 형집행순서를 정하되, 구체적 타당성을 고려하여 이러한 집행의 순서를 변경할 수 있도록 하고 있다. 따라서 위 조항은 그 자체로 청구인의 기본권을 침해하거나 헌법원리에 위반된다고 볼 수 없고, 청구인의 주장과 같은 우연한 사정에 따라 특강법 제3조의 적용 여부가 달라지는 것은 형사소송법 제462조가 위헌성을 내포하고 있어서가 아니라 청구인의 범행과 책임에 기인한 것이므로 이를 청구인과 무관한 우연한 사정이라고 할 수 없다.

3. 재판의 전제성에 대한 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여는 문제된 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 하고, 이때 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 소송사건의 재판에

판례집 20-2(하)

적용되는 것이어야 하고, 그것이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라져야만 한다(헌재 2008. 4. 24. 2006헌바72).

나. 특강법 제3조 부분에 대한 판단

청구인은 1심에서 강도치상죄가 유죄로 인정되고 특강법 제3조에 따라 누범가중되어 징역 7년을 선고받은 후 항소하여 이 사건 심판청구 당시 그 형사사건이 법원에 계속되어 있었으므로, 특강법 제3조는 청구인에 대한 형을 정하는데 적용되는 법률조항으로서 그 위헌 여부는 청구인에 대한 당해 사건의 재판의 주문 혹은 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미칠 수 있다.

그러므로 2005. 4. 14. 청구인에 대한 위 형사사건이 이미 확정되어 종료되었다 하더라도, 이 사건 헌법소원이 인용되는 경우에는 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때라도 당사자는 재심을 청구할 수 있어(헌법재판소법 제75조 제7항) 재판의 전제성이 소멸된다고 볼 수는 없으므로(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 등), 특강법 제3조에 관하여는 재판의 전제성이 인정된다.

다. 형사소송법 462조 부분에 대한 판단

형사소송법 제462조 본문에 의하면, “2 이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 그 중한 형을 먼저 집행”하는데, 이를 보통 ‘중형 선집행의 원칙’이라고 한다. 이에 따라 청구인은 광주지방법검찰청 검사의 형집행지휘에 따라 먼저 2002. 2. 11.까지 폭처법 위반죄에 대한 징역 2년 6월의 형을 집행당하고 연이어 서울지방검찰청 검사의 형집행지휘에 의해 특수강도죄 등에 대한 징역 1년 6월의 형을 복역하여 2003. 6. 17. 위 두 형의 집행을 모두 종료하였다.

청구인에 대한 당해 사건의 1, 2심 재판부는 청구인이 2003. 6. 17. 특정강력범죄인 특수강도죄 등에 대한 징역 1년 6월의 형을 집행종료하고 그로부터 3년 이내인 2004. 7. 9. 강도치상죄를 저질렀으므로 특강법 제3조의 누범에 해당한다고 판단하였다.

그런데 청구인이 1997. 7. 18. 특수강도죄 등으로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받을 당시 미결구금일수가 55일이었는바, 청구인의 주장대로 특수강도죄 등에 대한 징역 1년 6월의 형이 나중에 선고받은 폭처법 위반죄의 판결 확정일인 2000. 5. 9.의 다음날인 2000. 5. 10.부터 먼저 집행되었다고 하더라도

라도 그 집행종료일시는 2001. 9. 15.이므로, 청구인이 그로부터 3년 이내인 2004. 7. 9.에 범한 강도치상죄에 대하여 특강법 제3조의 누범으로 처벌받는 것에는 아무런 차이가 없게 된다.

따라서 형집행의 순서를 규정한 형사소송법 제462조에 대하여 이 사건에서 위헌결정을 하더라도 그로써 청구인에 대한 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미를 달라지게 할 수는 없다고 할 것이므로, 형사소송법 제462조 부분은 당해 사건에 관한 한 그 전제성을 갖추지 못하였다.

#### 라. 소 결

그렇다면 이 사건 심판청구 중 특강법 제3조 부분은 적법하고, 형사소송법 제462조 부분은 재판의 전제성이 없어 부적법하다.

#### 4. 특강법 제3조 부분의 위헌 여부에 대한 판단

##### 가. 특강법 제3조의 성격

특강법 제3조가 정하는 누범요건은 전범과 후범이 특강법이 정하는 특정강력범죄에 해당할 것을 요구한다는 점에서 전범과 후범 간에 아무런 관련성을 요구하지 않는 형법 제35조가 정한 누범요건과 차이가 있고, 그 효과 면에서는 형법상의 누범의 경우 형의 상한만을 2배 가중하고 있는데 반해 형의 상한과 하한을 모두 2배 가중하고 있다.

##### 나. 특강법 제3조의 입법목적

1990. 12. 31. 특강법을 제정한 이유는 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄로서 가정과 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하기 위한 것이었다. 그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여 특강법 제2조에서 형법과 여러 형사특별법의 일정한 범죄를 특정강력범죄로 규정하고, 특강법 제3조는 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하도록” 규정하며, 특강법 제5조에서 “특정강력범죄로 형의 선고를 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 10년을 경과하지 아니한 자가 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 형의 집행을 유예하지 못한다”라고 규정하는 등의 입법을 하였다. 그러므로 특강법 제3조의 입법목적은 결국 특강법의 입법목적과 같다 할 것이고, 특강법 제3조는 제정된 이래로 단 한 차례도 개정된 바 없이 유지되어 오고 있다.

판례집 20-2(하)

다. 과잉금지의 원칙 위반 여부

(1) 형벌법규에 대한 위헌심사기준

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려 뿐 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20).

한편 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형벌의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 참조).

(2) 책임원칙에 반하는 과잉형벌인지 여부

이 사건 특강법 제3조 부분의 입법목적이 정당하다 하더라도 형법 제35조에 누범에 대한 가중처벌조항이 있음에도 특정강력범죄의 일정한 누범요건에 해당하기만 하면 강도치상죄에 정한 법정형의 단기까지 2배 가중하도록 하고 있으므로 행위의 죄질과 책임에 비추어 지나치게 과도한 형벌을 규정하고 있

는 것은 아닌지 문제된다.

먼저 ‘2회 이상 폭력범죄로 징역형을 받은 후 다시 폭력범죄를 범한 자에 대한 누범가중처벌 규정’인 폭처법 제3조 제4항에 대하여 우리 재판소는 「폭처법 제3조 제4항이 정하는 누범요건은 과실범 간의 또는 과실범과 고의범 간의 누범도 인정하는 형법상의 누범요건과는 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 폭력범죄라는 관련성을 가질 것과 폭력범죄로 인한 2회 이상의 징역형을 요구하고 있는 점에서 보다 엄격히 그 요건을 정하고 있다. 따라서 누범요건으로 전범과 후범 사이에 범죄행위의 관련성을 요구하고, 전범으로 2회 이상의 징역형을 요구하는 위 조항의 누범요건은 폭력범죄로 인한 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 폭력범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 누범이 성립되도록 그 요건을 정하고 있어, 형법상의 누범조항과는 달리 단순한 범죄의 반복만으로 중대한 책임을 지우는 것이 아니라 이전의 반복된 폭력범죄로 유죄판결을 받고도 죄질이 중한 같은 폭력범죄를 저지른 경우에만 가중처벌을 하고 있다고 할 것이므로 그 요건에서 이미 책임원칙과 조화되도록 하고 있다. 나아가 폭력전과자들의 반복된 폭력행위, 그것도 조직적·집단적 폭력과 같이 그 위해가 심대하거나 흉기폭력과 같이 생명·신체에 중대한 손상을 초래하는 폭력범죄로부터 건강한 사회를 방위하고, 고질적인 폭력풍토를 시급히 쇄신하여야 할 현실적 필요성에서 제정된 폭처법의 입법배경을 고려하면, 위 조항이 정한 누범의 법정형이 책임원칙에 반하는 과잉처벌이라고 단정하기 어렵다.」(헌재 2002. 10. 31. 2001헌마68)라고 결정한 바가 있다. 한편 “금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자”에 대하여는 형법 제35조에 그 죄에 정한 형의 장기를 2배 가중하는 누범 조항을 두고 있는바, 누범을 가중처벌하는 이유는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도 때문에 책임이 가중되고, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중되며 나아가 재범예방이라는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 것이라고 볼 수 있다(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43 참조). 즉 형법상 책임이 행위자가 합법을 결의하고 행동할 수 있었음에도 불구하고 불법을 결의하고 행동하였다고 하는 의사형성에 대한 비난가능성을 의미한다고 볼 때 ‘재판의 경고기능의 무시’나 ‘범죄추진력의 강화’는 이러한 비난가능성을 가중시키므로 누범을 가중처벌하는 것

판례집 20-2(하)

은 일응 합리적 이유가 있다 할 것이다.

이상의 점을 종합하여 이 사건 특강법 제3조 부분에 대하여 살펴보면, 이 사건 특강법 제3조 부분이 정한 누범은 형법상의 누범처럼 이전에 어떠한 범죄로든 금고 이상의 유죄판결을 받았음에도 다시 범죄를 행한 자에게 중대한 책임을 지우는 것이 아니라, 이전의 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 강도치상죄를 범한 경우에만 가중처벌을 함으로써 전판결의 경고기능을 실질화 하였다. 또한 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 사회를 방위함을 목적으로 하는 특강법의 입법목적과 특강법 제2조에서 살인, 약취·유인, 강간, 강도, 단체범죄 등 죄질이 불량하고 범행에 대한 비난가능성이 크며 피해가 중한 반인륜적이고 반사회적인 범죄만을 특강법이 적용되는 특정강력범죄로 제한하고 있는 점, 특정강력범죄인 강도치상죄가 국민의 생명, 신체 등 법익을 심각하게 침해할 가능성이 높고 사회질서에 대한 혼란을 야기할 수 있는 점 및 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 초범에 비하여 비난가능성·반사회성 및 책임이 더 크고, 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방, 더 나아가 사회의 질서유지의 목적을 달성하기 위한 하나의 수단이기도 한 점 등을 고려하면, 특강법에서 정한 특정강력범죄로 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 비교적 짧은 기간이라 할 수 있는 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 강도치상죄를 범한 경우 그 죄에 정한 형의 장기 뿐 아니라 단기의 2배까지 가중하여 처벌하도록 규정한 이 사건 특강법 제3조 부분이 위 입법목적에 비하여 범죄와 형벌 사이에 적절한 비례관계가 있어야 한다는 책임원칙에 반하는 과잉형벌이라 단정할 수는 없다고 할 것이다.

또한 법관의 양형재량과 관련하여서도, 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞은 적절한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하나 입법자가 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20).

이 사건 특강법 제3조 부분은 형의 단기, 즉 하한의 2배까지 가중하도록 규

정되어 있다는 점에서 법관의 양형을 제한하는 면이 없지 않으나, 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄에 해당하는 특정강력범죄의 재발을 방지하고자 하는 입법목적과 특정강력범죄로 이미 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 자가 그 후 3년 내에 다시 특정강력범죄인 강도치상죄를 저지른 경우에는 그 비난가능성이 특히 크다고 보아 엄히 처벌하려는 것이 입법자의 결단으로 보이고 이러한 입법자의 결단에 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다고 보여진다. 따라서 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 조치라고 보기는 어렵고, 이 사건 특강법 제3조 부분이 법관의 양형재량을 지나치게 과도하게 제한하고 있는 것이라 할 수 없다.

라. 집행유예선고의 경우 누범의 종료시기가 늦추어져 불합리하다는 취지의 주장에 대한 판단

(1) 특강법 제3조는 본형에 대하여 집행유예가 선고된 경우이든 실형이 선고된 경우이든 구별하지 않고 그 형의 집행을 종료한 후 3년 이내라고 규정하고 있다. 형의 집행종료라는 동일한 사실관계에 대하여 동일한 취급을 하고 있는 것이다. 또한 나중에 집행유예가 실효되어 형의 집행을 받은 경우와 실형이 선고되어 형의 집행을 받은 경우를 법률적으로 다른 사실관계로 볼 특별한 기준을 찾아 볼 수도 없다.

(2) 특강법상 누범의 형을 가중하는 이유가 종전 특정강력범죄에 대하여 형을 선고받아 그 집행과정에서 특정강력범죄에 대한 응보와 회개의 기회를 충분히 가졌음에도 불구하고 3년이라는 단기간 내에 다시 새로운 특정강력범죄에 나아간 경우에는 초범에 비하여 비난가능성·반사회성 및 책임이 더 크고 재범에 대한 형을 가중할 정당한 근거와 필요성이 있기 때문이라는 것인바, 이와 같은 누범가중의 이유에 비추어 누범기간을 종전 특정강력범죄에 대한 형을 실제 집행받은 때로부터 일정한 기간으로 정하는 것은 당연한 것이다.

따라서 이 사건에서와 같이 집행유예의 실효 등으로 인하여 사실상 누범기간의 시기와 종기가 늦어지고 그에 따라 청구인에게 불이익한 결과가 발생한 것은 사실이지만, 이것은 집행유예제도의 운용으로 당연히 생겨나는 결과이다. 즉 법원이 청구인에 대해 정상을 참작하여 집행유예를 선고하였음에도 그 후 청구인의 잘못으로 그 집행유예가 실효된 것은 청구인의 책임에 기인하는 것으로 청구인이 수인하여야 할 불이익이라 할 것이다.

(3) 결국 특정강력범죄로 형을 받아 실제 그 집행을 종료한 때로부터 3년

판례집 20-2(하)

이라는 누범기간에는 변동이 없는 이상 중전 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받은 자가 실형을 선고받은 자보다 누범기간의 적용에 있어서 불합리하게 차별을 받는 것이라고 볼 수도 없다.

마. 소 결

그렇다면 이 사건 특강법 제3조 부분이 지나치게 과중하고 가혹한 형벌을 규정하는 조항이라고 단정할 수 없고, 또한 특정강력범죄에 대하여 집행유예를 선고받은 자를 실형을 선고받은 자에 비하여 불합리하게 차별취급하는 것도 아니라 할 것이다.

5. 결 론

따라서 특강법 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도치상죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분은 헌법에 위반되지 아니하고 형사소송법 제462조에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 구 관세법 제198조 제2항 등 위헌소원

(2008. 12. 26. 2005헌바30 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 밀수출(신고없이 또는 다른 물품으로 신고하여 수출)의 경우 그 대상 물품을 필요적으로 몰수·추징하도록 규정한 관세법 조항이 형벌의 체계상 균형을 잃은 것으로 비례의 원칙이나 법관의 양형결정권을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 관세법조항이 관세포탈죄나 밀수입죄의 경우와 비교해 볼 때 헌법상의 평등에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 수출신고는 수출통관의 핵심적인 요소로서 수출금지 품목을 수출하는 것은 아닌지, 수출허가 품목에 대하여 허가를 받지 않은 것은 아닌지, 재산 해외 도피를 위한 편법의 허위수출은 아닌지 등을 확인하는 기본적인 절차이고, 신고를 통한 수출 내용의 파악은 국가 수출입 정책의 수립 및 관세 행정의 실효성을 확보하는 기초가 되는데, 수입과 달리 일단 물품이 해외로 반출된 이후에는 증거확보조차 곤란하다. 이러한 수출 신고의 중요성과 관세법상 몰수·추징의 징벌적 성질 및 관세법의 입법 목적 등을 종합하여 볼 때, 무신고 수출의 경우 형사처벌의 대상으로 하고 그 대상 물품을 필요적으로 몰수·추징하도록 할 필요가 있다. 임의적 몰수·추징을 통하여 입법 목적을 달성할 수 없는지, 특히 관세 감경의 혜택도 없는 무상 임가공 수출의 경우까지 필요적 몰수·추징을 규정한 것이 과도한 것이 아닌지가 문제되나, 무신고 수출을 처벌하는 목적이 신고의 확보를 위한 것이므로 유·무상 수출 여부를 구분할 것은 아니며, 해외 임가공 수출의 경우 가공·수리한 물품을 재수입할 때 관세를 경감해주는 제도를 악용하기 위한 수단이 될 수 있는 점, 임의적 몰수·추징만으로는 관세법 위반 물품의 유통을 억제하고 일반예방의 효과를 달성하려는 관세법의 입법 목적을 실현하기 곤란한 점 등을 고려할



때 필요적 몰수·추징이 과도한 기본권의 침해가 아니다. 나아가, 벌금형에 대하여 필요적 몰수·추징을 규정하였다고 하더라도 범죄로 인한 이익을 환수할 필요성이 크다는 점을 감안하면 과잉입법이라고 할 수 없다. 또한, 주형의 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 양형의 형평성을 기할 수 있는 점 등에서 보면 필요적 몰수·추징 규정이 법관의 양형결정권을 침해한다고 보기 어렵다.

2. 관세포탈죄보다 법정형이 무겁지 아니한 밀수출죄에 대하여 관세포탈죄에도 규정되어 있지 아니한 필요적 몰수·추징을 규정하더라도 통관의 기본이 되는 수출신고의 확보라는 목적을 가진 밀수출죄는 적정한 관세의 부과·징수를 통한 관세수입의 확보라는 목적을 가진 관세포탈죄 및 밀수입죄와는 그 입법 목적을 달리하므로 평등 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

나아가, 밀수입의 경우와 달리 관세포탈의 이익이 없고 오히려 수출 장려금 등의 손실을 보게 되는 밀수출에 대하여 밀수입과 같이 필요적 몰수·추징을 규정하였다고 하더라도 밀수출죄의 입법 목적은 포탈관세의 환수에 있지 아니하고 수출신고를 확보하는 데에 있으며, 더욱이 임가공 수출의 경우 완제품 재수입 시 적용되는 관세 경감제도를 악용하는 범죄를 방지하는 의미가 있으므로 밀수입죄와 비교하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

#### 재판관 조대현의 반대의견

수출 금지품이 아닌 경우에는 수출 신고만 하면 수출할 수 있고, 수출 물품에 대하여 관세가 부과되는 것이 아닌데도, 수출신고 확보를 위하여 미신고 수출행위를 형사처벌하고 그 대상 물품을 필요적으로 몰수·추징하게 하는 것은 수출의 자유와 재산권을 과도하게 제한하는 것으로 헌법 제15조과 제23조 제1항 본문 및 제37조 제2항에 위반된다.

#### 【심판대상조문】

구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되기 전의 것) 제198조(몰수·추징) ① 생략  
② 제179조 제2항 및 제3항 또는 제186조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다.

헌재 2008. 12. 26. 2005헌바30

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

④ 생략

관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제282조(몰수·추징) ① 생략

② 제269조 제2항 및 제3항 또는 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

④ 생략

### 【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제103조

### 【참조판례】

1. 헌재 2004. 3. 25. 2001헌바89, 판례집 16-1, 346

### 【당 사 자】

청 구 인 지○식

대리인 법무법인 위민

담당변호사 김남근 외 2인

당해사건 대법원 2002도7502 관세법위반

### 【주 문】

구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되기 전의 것) 제198조 제2항·제3항 중 제179조 제3항 제1호·제2호 가운데 제137조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분 및 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제282조 제2항·제3항 중 제269조 제3항 제1호·제2호 가운데 제241조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

판례집 20-2(하)

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 중국에 ○○전자유한공사를 설립하고 원재료 수출 및 임가공 수입업을 해오던 중, 1999. 3. 31.부터 2001. 1. 13.까지 152회에 걸쳐 실제보다 적게 수출한 것처럼 신고하여 그 차액에 해당하는 원가 합계 880,506,437원 상당의 물품을 세관에 신고하지 아니하고 수출하였다는 등 범죄사실로 공소 제기되어 2002. 8. 7. 인천지방법원에서 일부 범죄사실에 대하여 선고유예, 나머지 범죄사실에 대하여 징역 3월, 집행유예 2년 및 360,045,050원의 추징을 선고받고(2001고단5234, 6717), 항소 및 상고를 거쳐 2002. 12. 30. 대법원에서 경합범의 범리위반을 이유로 파기 환송되었다가(2002도7502), 항소심에서도 위와 같은 형이 선고되고 그 후 2005. 9. 15. 상고가 기각되어 확정되었다(2005도4712).

(2) 청구인은 미신고 수출에 의한 관세법 위반의 경우 해당 물품을 필요적으로 몰수하거나 몰수할 수 없을 때에는 추징하도록 한 구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되기 전의 것) 제198조 제2항·제3항 및 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제282조 제2항, 제3항이 헌법에 위반된다며 위 2002도7502 사건 계속중 대법원에 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2005. 3. 11. 기각되자(2003초기164), 2005. 4. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 위 범죄사실 중 2000. 12. 31.까지의 것에 적용된 구 관세법 제198조 제2항·제3항 전부 및 2001. 1. 1. 이후의 것에 적용된 관세법 제282조 제2항·제3항 전부에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 그에 대하여 법원이 기각의 결정을 하였으나, 당해 사건은 수출신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출함으로써 관세법을 위반하였다는 내용이므로, 이 사건 심판의 대상은 구 관세법 제198조 제2항·제3항 중 제179조 제3항 제1호·제2호 가운데 제137조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분 및 관세법 제282조 제2항·제3항 중 제269조 제3항 제1호·제2호 가운데 제241조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분으로 한정함이 상당하다(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다).

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마30

이 사건 법률조항들 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제198조(몰수·추징) ② 제179조 제2항 및 제3항 또는 제186조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

제179조(밀수출입죄) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 몰품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제137조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출하거나 반송한 자
2. 제137조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 신고를 하였으나 당해 수출물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자

제137조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다) 또는 반송하고자 할 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것) 제282조(몰수·추징) ② 제269조 제2항 및 제3항 또는 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

제269조(밀수출입죄) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 몰품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제241조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출하거나 반송한 자
2. 제241조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 신고를 하였으나 당해 수출물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자

판례집 20-2(하)

제241조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 하는 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계기관의 의견가. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항들에 의하면 주형인 벌금형보다 부가형인 몰수·추징의 액이 많아질 수 있는데, 이는 죄질이나 책임에 비하여 국민의 재산권을 과도하게 침해하는 것이고, 관세포탈죄보다 그 위법성이나 법정형이 무겁지 아니한 이 사건 범죄에 대하여 관세포탈죄에도 규정하지 아니한 필요적 몰수·추징을 규정한 것은 형벌 체계상 균형을 잃어 평등원칙에 반하며, 밀수입의 경우와 달리 관세포탈의 이익이 없고 오히려 수출 환급금, 수출 장려금 등의 손실을 보게 되는 밀수출의 경우에 밀수입의 경우와 동일하게 필요적 몰수·추징을 규정하거나 더 나아가 무상수출의 경우에까지 일률적으로 필요적 몰수·추징을 규정하는 것은 기본권 제한의 최소침해성원칙과 평등의 원칙에 반하며, 정상 참작의 여지를 주지 않고 필요적으로 몰수·추징하도록 규정한 것은 법관의 양형결정권을 침해할 뿐만 아니라, 헌법재판소는 이미 구 관세법 제198조 제2항에 대하여 이 사건 청구이유와 유사한 이유로 위헌 결정을 한 바가 있다.(2004. 3. 25. 2001헌바89, 판례집 16-1, 346 참조).

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

보세구역이 아닌 장소에 장치한 물품을 세관장에 신고하지 아니하고 수입한 경우 필요적으로 몰수·추징 하도록 규정한 것이 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 결정(위 2001헌바89)이 있으나, 그 취지와 관세법상의 밀수출입죄에 관한 보호법의 및 관세법상의 몰수·추징의 입법취지 등에 비추어 보면, 밀수출의 경우에 필요적으로 몰수·추징을 하는 것이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반된다거나, 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조, 제103조에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 인천지방검찰청 검사장의 의견요지

관세법상 필요적 몰수·추징의 성질은 범죄행위로 인한 이익의 박탈이 아닌 범죄에 공용된 물건의 폐기를 주된 목적으로 하는 징벌적 성질의 처분이므로, 밀수출의 경우를 밀수입의 경우와 다르게 취급할 근거가 없다.

관세법이 밀수출을 막는 것은 국내의 관세법 질서뿐만 아니라 해당 외국의 법치주의를 훼손하려는 행위까지 차단한다는 데 의미가 있고, 특히 수출업자

헌재 2008. 12. 26. 2005헌바30

가 현지 수입업자와 통모하여 수입국 관세 당국의 규제를 회피하거나 국내 회사가 외국 현지에 직접 투자하는 방식으로 회사를 설립하여 수출·수입하는 경우와 같이 수출국과 수입국이 사실상 구별되지 아니하는 정도로 거래구조가 복잡다단해져 가는 오늘날에 있어 밀수출을 밀수입과 구별하여 필수적 몰수·추징을 임의적 몰수·추징으로 규정하여야 할 필요성도 적다.

라. 기획재정부장관의 의견요지

밀수출죄는 신고 자체가 이루어지지 않는다는 점에서 행위의 유형상 밀수입죄와 유사한 점이 있으나 관세포탈죄와는 행위의 유형이 달라 그 위법성을 단순히 비교하기 곤란하다.

밀수출은 다른 관세법상의 제도를 악용하는 수단으로 사용되고, 도난 차량이나 문화재의 밀수출, 밀수출을 통한 비자금의 조성, 전략물자의 밀수출로 인한 국가안전보장의 저해 등 부작용이 우려되므로 이에 대하여는 강한 형사적 제재가 필요하다.

밀수출죄는 수출신고의 확보를 위한 것이고, 이를 위하여 필요적 몰수·추징이 효과적인 수단이 된다.

수출입의 물류 및 통관질서의 유지를 위하여 수출신고의 확보가 필수적이므로 수출신고를 하지 않는 밀수출죄가 관세포탈죄에 비하여 위법성이 더 적다고 할 수 없다.

관세법상 몰수·추징은 재산상의 이익을 환수하는데 그치는 것이 아니라 징벌적인 성격을 가지고, 행위자의 책임과 형벌의 비례관계는 주형과 부가형을 통산하여 인정되는 것이어서, 주형인 벌금형에 비해 더 많은 몰수·추징이 이루어진다고 하여 그것이 곧 과도한 형벌이라 단정할 수 없으며, 특히 밀수출은 장기간 연속적으로 발생하는 경우가 많고 전형적인 이윤범에 해당하므로 그 불법이득을 전부 몰수·추징하지 않고 단지 물품 원가보다 낮은 액수의 벌금만을 과하는 것만으로는 범죄의 유인을 제거하기 어렵다.

또한 복잡한 수입통관의 요건을 갖추어야 하고 보세 등 제도적 장치가 필요한 수입통관과는 달리, 관세의 부과가 없고 수출의 촉진을 위하여 절차가 간소화되어 있는 수출통관의 경우에는 사무 처리상의 과실 또는 착오로 신고를 누락하는 경우는 거의 없을 것이므로, 이 사건은 2001헌바89결정의 사안과 그 내용을 달리 하는 것이다.

### 3. 판 단

가. 무신고 수출의 처벌과 필요적 몰수·추징

판례집 20-2(하)

(1) 이 사건 법률조항들은 신고 없이 또는 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 하고, 그 대상 물품을 필요적으로 몰수·추징하도록 규정하고 있다.

관세법상 수출입 신고는 관세의 징수를 확보하고 통관절서를 확립하기 위하여 마련된 제도이고, 그에 대한 형벌은 이러한 관세법상의 목적을 실현하기 위하여 규정한 제재이다.

관세법은 자연범인 형사범과 달리 재정범이자 행정법의 일종으로서 관세징수의 확보와 통관절서의 유지에 방해가 되는 행위를 처벌하는 것으로 행정의 합목적성이 강조되는 특질을 가진다.

(2) 관세행정에 있어 법이 정한 통관절차는 이를 통하여 수출입 물품에 대한 관세·내국세 등 제세의 적정한 부과·징수를 가능하게 하여 재정수입을 확보하는 외에도 국가정책에 필요한 각종의 규제사항에 대한 실효성을 확보하게 된다.

수출입의 신고는 통관절차의 핵심적인 요소로서 수출입신고가 이루어지지 않을 경우 해당 물품의 국내반입 또는 해외반출을 파악할 방법이 없고, 통관절차의 진행도 불가능하기 때문에 이를 해태하는 경우 일반 행정법규상의 단순한 신고 미이행 등과 같은 질서벌이 아닌 형사범으로 다루며, 밀수의 규모가 클 때에는 특정범죄로 가중처벌까지 하는 이유가 된다.

(3) 비록 수출에 있어서는 수입의 경우와 달리 관세의 확보라는 목적은 없으나, 수출신고를 통하여 관세법 기타 수출입 관련 법령에 규정된 허가·승인·추천·표시·증명 기타 조건의 구비 여부를 확인할 수 있고, 수출에 관련된 무역통계는 정치·경제·행정적인 각종 정책수립에 중요한 기초자료가 되며, 국제기구나 외국과의 통상에도 중요한 기초자료로 활용된다.

(4) 관세법상의 필요적 몰수·추징은 모든 관세범죄에 적용되는 것이 아니라 금제품의 수출입이나(제282조 제1항), 미신고 수출입 또는 그러한 수출입의 대상이 되는 물품을 취득·양여·운반·보관 또는 알선하는 등의 경우 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품에 대하여 적용되는 것으로(제282조 제2항), 결국 필요적 몰수·추징은 원칙적으로 신고 자체가 이루어지지 아니하는 경우와 그 관련되는 범죄에 한하여 적용된다.

나. 비례의 원칙 위배 여부

(1) 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적

헌재 2008. 12. 26. 2005헌바30

상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄 예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법제량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 부분이다.

몰수는 타형에 부가하여 과하는 형의 일종으로서 어떤 범죄에 대하여 몰수형을 규정할 것인지의 여부와 이를 임의적으로 할 것인지 또는 필요적으로 할 것인지도 입법자가 위와 같은 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550, 556; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌바89, 판례집 16-1, 346, 355 등).

또한, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌 체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 578-579; 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바37, 판례집 13-2, 632, 637; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678, 688 등).

관세 형벌은 그 시대의 국가경제 및 수출입 정책, 국민들의 수출입에 관한 질서의식 등을 고려하여 그 시대의 경제적·사회적 상황에 맞추어 국가 재정권과 통관질서의 유지를 보호하기 위한 적절한 형벌의 종류와 범위를 정할 수밖에 없는 제재이므로 그 제재의 정도는 기본적으로 입법자의 입법형성의 자유의 범위 내에 속한다(헌재 1998. 2. 5. 96헌바96, 판례집 10-1, 4, 12; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 710-711 참조).

관세법은 재정법으로서 국가경제에 미치는 영향이 크며, 조직성, 전문성, 국제성을 갖춘 영리범이라는 특성을 갖고 있고 범행의 인지, 범인의 체포 등이 극히 어려우므로, 이 범죄에 대하여 철저하게 대처해야 할 필요성이 있으며, 법률의 위하적 효력으로서의 일반예방적 효과를 제고할 필요성이 있다(헌재 1996. 11. 28. 96헌가 13, 판례집 8-2, 519).

헌법재판소는 관세포탈죄에 대하여 필요적 몰수를 규정하고 있던 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것) 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항 부분에 대하여 『필요적 몰수·추징 규정을 두고 있는 입법

판례집 20-2(하)

취지는 관세포탈죄로 인하여 생긴 물품의 사회적 유통을 억제하고 일반예방적인 차원에서 이를 엄하게 징벌하려는 데에 그 목적이 있다. 관세법상의 몰수·추징에 관하여는 이를 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 주목적으로 하는 형법상의 몰수·추징과는 달리 그 범죄 공용물의 회기 또는 징벌적 목적의 달성을 주목적으로 하는 징벌적 성질의 처분인 것이다. 청구인은 선박 수입에 대한 관세포탈의 경우 포탈관세액의 40배에 달하는 선박 자체를 몰수하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 주장하나, 선박에 대한 수입 관세를 선박 가액의 2.5%로 낮게 규정한 것은 입법정책의 문제에 속하고 당해 선박에 대하여 몰수형과 추징을 부가하여 과한다고 하여 입법재판권을 현저하게 일탈했다고 볼 수는 없다. 그러므로 선박 수입에 대한 관세포탈의 경우 그 선박을 몰수하거나 몰수할 수 없는 때에는 그 가액 상당을 추징하도록 규정된 법조항은 헌법상의 과잉금지의 원칙 또는 비례의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.』고 판시하여 합헌결정을 한 바 있다(헌재 1998. 2. 5. 96헌바96, 판례집 10-1, 4, 11-13).

(2) 관세법의 입법목적은 관세의 부과·징수 및 수출입 물품의 통관을 적정하게 하여 국민경제의 발전에 기여하고 관세수입의 확보를 하기 위한 것으로, 그 위반에 대한 처벌은 우리의 경제질서에 관한 헌법 제119조, 제125조의 규정에 따른 입법자의 합리적 재량 범위 내의 사항으로 그 정당성이 인정된다(헌재 1996. 11. 28. 96헌가13, 판례집 8-2, 507, 518 ; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌바89, 판례집 16-1, 346, 355).

수출신고는 수출통관의 핵심적인 요소로서, 수출절차가 간소화된 현재의 관세행정에서 수출금지 품목을 수출하는 것은 아닌지, 수출허가 품목에 대하여 허가를 받지 않은 것은 아닌지, 재산 해외도피를 위한 편법의 허위수출은 아닌지 등을 확인하는 기본절차이고 수입과 달리 일단 물품이 해외로 반출된 이후에는 증거확보조차 곤란하다는 점에서 법적 강제력을 통해 수출신고를 확보하는 것이 필요하다.

관세법상 몰수·추징의 징벌적 특성, 부가형적인 성질 및 관세법의 입법 목적과 수출통관 절차에서 수출신고의 중요성 등을 종합하여 볼 때, 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하고 물품을 수출한 경우 이를 형사처벌의 대상으로 하고 그 대상 물품을 필요적으로 몰수·추징하는 것은 관세법의 입법목적 달성을 위하여 적절한 수단이 된다 할 것이다.

(3) 임의적 규정으로는 법의 목적을 실현하기에 부족하고 필요한 규정이

입법목적의 달성을 위하여 반드시 필요한 경우라면 필요한 제재규정이라고 하더라도 ‘최소 침해성의 원칙’에 위배되지 않음은 헌법재판소도 인정해 온 바이다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가19등, 판례집 14-1, 235, 244-246; 헌재 2003. 6. 26. 2001헌바31, 판례집 15-1, 691, 700 등 참조).

(가) 그런데 청구인은 이 사건에 있어 임의적 몰수·추징을 통하여 입법목적 달성을 할 수 있고, 특히 관세 감정의 혜택도 없는 무상 임가공 수출의 경우까지 필요적 몰수·추징을 규정한 것은 과도하다고 주장한다.

그러나 밀수출은 신고를 하지 않는다는 측면에서 필요적 몰수·추징이 적용되는 밀수입죄와 그 행위 유형이 유사하고, 미신고 수출을 처벌하는 목적이 신고의 확보를 위한 것이므로 유·무상 수출 여부를 구분할 것은 아니며, 해외 임가공 수출과 같은 경우에도 가공·수리한 물품을 재수입할 때 관세를 경감(관세법 제101조)해 주는 제도를 악용하기 위한 수단이 될 수 있는 점을 감안하면 필요적 몰수·추징이라는 강화된 처벌에 수궁이 간다.

또한, 이 사건과 같은 경우 부가형으로 임의적인 몰수·추징만이 가능하면 관세법을 위반한 물품의 유통을 억제하고 일반예방의 효과를 달성하려는 관세법의 입법 목적을 실현하지 못하게 될 것이다

(나) 나아가, 벌금형에 대하여 필요적 몰수·추징을 규정하는 것이 과잉이라는 주장에 대하여 살펴본다.

관세법은 그 성질이 이윤범이고 재정범이므로 범죄로 인한 이익을 환수할 필요성이 크다는 점에서 재산형을 형벌의 원칙적인 모습으로 하며, 그 범죄이익의 환수를 위하여 몰수·추징을 빠짐없이 할 필요가 있고, 따라서 행위의 불법성이 다소 크더라도 자유형 보다는 벌금형이 효율적인 경우에는 주형으로 벌금형을 고려할 수 있으며, 범죄이익 등의 환수를 위하여 그것이 벌금액보다 크다 하더라도 이를 필요적으로 몰수·추징하는 것이 필요하므로, 주형인 벌금형에 비하여 상대적으로 많은 몰수·추징이 있다 하여 그것이 곧 과도한 형벌이라고 단정할 수 없고, 이는 몰수가 형식적으로는 일종의 형벌이지만 실질적으로는 범죄의 반복 위협성을 예방하고 범인이 범죄로부터 부당한 이득을 취하지 못하도록 하는 것을 목적으로 하는 대물적 보안처분의 성격을 가진다는 점에 비추어 보더라도 더욱 그러하다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌바89, 판례집 16-1, 346, 365).

(다) 또한, 이 사건 법률 조항들이 법관의 양형결정권을 과도하게 제한하는지 여부를 살펴본다.

판례집 20-2(하)

먼저 부가형이 주형보다 중할 수 있다는 점만으로 법관의 양형결정권을 과도하게 제한하는 것은 아니다.

관세법상의 몰수·추징은 징벌적인 성격을 가지고 행위자의 책임과 형벌의 비례관계는 주형과 부가형을 통산하여 인정되는 것이어서 주형의 구체적인 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 구체적 형평성을 기할 수 있다.

법관은 주형에 대하여 선고를 유예하지 아니하면서 그에 부가할 추징에 대하여서만 선고를 유예할 수는 없으나(대법원 1979. 4. 10. 선고 78도3098 판결), 필요적 몰수의 경우라 하더라도 주형에 대하여 선고를 유예하는 경우에는 부가형인 필요적 몰수나 몰수·추징에 대하여 선고를 유예할 수 있고(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도584 판결, 대법원 1978. 4. 25. 선고 76도2262 판결), 사안에 따라 필요적 몰수·추징이 가혹할 경우에는 주형을 양정하는 데 감안할 수도 있으므로 법관의 양형결정권이 과도하게 제한된다고 볼 수 없다.

(라) 청구인은 헌법재판소의 기존 결정례(위 2001헌바89)에 비추어 보더라도 이 사건 법률 조항들은 헌법에 반한다고 주장한다.

그러나 이 사건은 무신고 수출의 경우 다른 방법을 통하여 신고 누락을 보완할 방법이 없다는 점에서 타소장치의 허가를 받아 신고 없이 물품을 반출하는 경우 필요적 몰수·추징을 규정한 것이 위헌이라는 위 결정례의 경우와는 다르다.

위 결정례의 경우 타소장치의 허가를 받기 위해서는 당해 물품의 내외국 물품의 구별, 수량 및 가격, 번호 및 개수(시행령 제68조) 등을 기재한 신청서를 제출하여야 하므로, 관세당국으로서는 타소장치 허가를 받은 곳에 반입된 물품을 파악할 수 있고 물품이 신고 없이 반출된다 하더라도 관세의 징수를 확보할 수 있는 사안이나, 이 사건의 경우는 수출신고 자체가 전혀 이루어지지 않았으므로 관세 당국으로서는 다른 방법으로 미신고된 사안을 파악하거나 추후에라도 수출에 있어 필요한 절차를 보완할 방법이 없으며 해당 물품이 수출금지 품목에 해당되는 지 여부 등을 알 수 없는 것이다.

나아가, 타소장치 허가를 받은 물품의 미신고 반출의 경우에는 이미 반입대상 물품이 관세당국에 파악되어 있다는 점에서 미신고 반출은 그야말로 절차상의 신고의무 해태나 지연에 불과한 것으로 볼 수 있으나, 이 사건 미신고 수출의 경우에는 당국에 전혀 파악된 바 없는 물품의 해외반출이라는 점에서 그 성격이 전혀 다르다.

헌재 2008. 12. 26. 2005헌바30

따라서, 이 사건 법률 조항들이 기본권 제한에 관한 헌법상의 비례원칙을 위반한다고 볼 수 없다.

다. 평등원칙 위배 여부

일반적으로 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하는 것으로서, 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다.

그러나 이러한 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등원칙에 반하는 것이 아니다(위 98헌바26결정, 판례집 11-1, 627-628).

그리고 차별 대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별 대우는 자의적인 것이라고 할 수 없고, 비교 집단들이 본질적으로 동일한 한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있는 것이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701 참조).

법정형이 관세포탈죄보다 더 무겁다고 보기 어려운 밀수출죄에 관세포탈죄에도 규정되어 있지 아니한 필요적 몰수·추징 규정을 두고 있는 점이 평등원칙에 위반하는지 여부가 문제되나, 통관의 기본이 되는 수출신고의 확보라는 목적을 가진 밀수출죄는 적정한 관세의 부과·징수를 통한 관세수입의 확보라는 목적을 가진 관세포탈죄와는 입법목적에 달리하므로, 관세포탈죄에 없는 필요적 몰수·추징 규정을 밀수출죄에 두었다고 하여 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

다음으로, 청구인은 밀수출의 경우는 밀수입의 경우와 달리 관세의 부담이 없으므로 관세포탈의 이익이 없고 오히려 수출 환급금, 수출 장려금 등의 손실을 보게 되는데도 밀수입죄와 동일하게 필요적 몰수·추징을 규정하는 것은 형평을 잃은 것이라고 주장한다.

그러나 밀수출죄의 입법목적은 밀수입죄의 경우와 달리 포탈관세의 환수에 있지 아니하고, 국가의 수출입 및 관세행정의 기본 전제가 되는 수출신고를 확보하는 데에 있으며, 더욱이 임가공 수출의 경우 완제품 재수입 시 적용되는 관세 경감제도를 악용한 범죄를 방지하는 의미가 있으므로 밀수출죄에 있어서 필요적 몰수·추징은 관련 물건의 폐기나 이익의 박탈에 그치는 것이

판례집 20-2(하)

아니고 징벌적 성격을 가지고 있다 할 것이고, 따라서 이러한 밀수출죄의 입법목적과 성격을 감안한다면 밀수출죄를 밀수입죄보다 가볍게 취급하여 임의적 몰수·추징으로 규정해야 한다는 것은 받아들이기 어렵다.

따라서, 이 사건 법률 조항들은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

#### 4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 조대현의 다음 5.와 같은 반대 의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

#### 5. 재판관 조대현의 반대 의견

수출금지 물품이 아님에도 불구하고 수출신고를 하지 않고 수출하였다고 하여 처벌하고 그 물품을 반드시 몰수하거나 추징하도록 하는 것은 헌법에 위반된다고 생각한다.

수출금지품이 아닌 경우에는 수출신고만 하면 수출할 수 있는 것이고, 수출 물품에 대하여 관세가 부과되는 것도 아니다. 수입신고는 관세를 징수하기 위하여 형사처벌 수단을 동원하여 강제할 필요가 있다고 할 수 있을지 모르지만, 수출신고의 경우에는 그러한 필요성을 인정하기 어렵다.

수출물품에 관하여 법령상 요구되는 허가·승인·추천·표시·증명 기타 조건의 구비 여부를 확인하고 수출 관련 통계의 적정을 도모하기 위하여 수출신고를 확보할 필요가 있다고 하지만, 그러한 목적은 미신고 수출행위를 형사처벌하고 그 수출물품을 필요적으로 몰수·추징하게 하는 것을 정당화할 수 있는 사유라고 보기 어렵고, 설사 그것이 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권 제한사유(국가안전보장·질서유지 또는 공공복리)에 해당된다고 하더라도 그러한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어서 수출의 자유와 재산권을 과도하게 제한하는 것이라고 보지 않을 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항들이 미신고 수출물품을 필요적으로 몰수·추징하도록 하는 것은 기본권을 제한할 필요성이 없거나 그러한 필요성의 한도를 넘어서 수출의 자유와 재산권을 제한하는 것으로서 헌법 제15조과 제23조 제1항 본문 및 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제5조 위헌소원 등

(2008. 12. 26. 2005헌바34 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 금융기관의 합병에 필요한 절차상의 기간을 상법이 정한 것보다 단축하고, 합병을 위한 주주총회 결의 시 증권예탁원의 의결권 대리행사를 인정하고 있는 구 ‘금융산업의 구조개선에 관한 법률’(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘금산법’이라 한다) 제5조 제4항, 제6항, 제8항, 제10항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 주주의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 금산법의 적용을 받는 합병회사 주주의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 헌법상 시장경제질서에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 금산법 제5조 제10항이 주주총회의 합병결의 시 증권예탁원의 의결권 대리 행사를 인정하고 있지만, 실질주주는 여전히 주주총회에 직접 출석하거나 대리인을 통하여 합병에 대한 찬반의 의결권을 행사할 수 있고, 이 사건 법률조항의 이른바 그림자 투표(shadow voting) 방식에 따르면 증권예탁원으로는 실제로 의결권을 행사한 주주들의 찬·반 비율에 따라 의결권을 대리 행사하여야 하므로 주주들의 의사 결정은 왜곡되지 않는다.

금산법 제5조 제4항은 상법 제363조 제1항이 2주간 전으로 정한 주주총회 소집 통지기간을 7일 전으로 단축하고 있지만, 우편물이 송달되는 통상의 기간이 이 사건 법률조항이 정하고 있는 7일 이내로 보이며, 이 사건 법률조항은 금융기관으로 하여금 서면통지 발송

일 이전에 2 이상의 일간신문에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하도록 규정하고 있고, 대체로 우리 사회에서 이른바 금융기관의 합병은 언론매체를 통하여 지속적인 보도가 이루어진다는 현실적인 측면까지 함께 살펴보면, 7일이라는 기간이 불합리하게 짧아 주주권 행사가 현저히 곤란하다거나 증권거래법상 증권예탁원에 대한 의결권 위임 절차 및 상법상 의결권의 불통일 행사 절차 규정을 제대로 준수하기 어렵다고 볼 수는 없다.

또한, 이 사건 법률조항으로 인해 실질주주가 주주총회 회일의 5일 전까지 증권예탁원에 의사표시를 하지 못하였다 하더라도, 여전히 주주총회 당일 직접 혹은 대리인을 통하여 얼마든지 자신의 의결권을 행사할 수 있으며, 그렇지 못한 경우에도 앞서 본 바와 같이 증권예탁원에 의한 의결권 대리 행사로 인하여 주주의 의사결정이 적극적으로 왜곡될 가능성을 미리 차단하고 있다.

금산법 제6항, 제8항에 의해 주주총회에 참석할 주주를 확정하거나 합병에 반대하는 소수주주의 권익을 보호하는 일에 다소간의 제약이 수반될 수도 있을 것이나, 그와 같은 시간적 제약으로 말미암아 위 기간 보장을 통하여 확보하고자 한 주주의 권리행사가 원천적으로 부정되거나 현저히 곤란해졌다고 보기도 어렵다.

따라서 금융산업의 경쟁력 향상을 위한 산업구조의 개선이라는 입법 목적에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항을 두고 입법적 재량을 벗어나 주주의 재산권을 과도하게 제한한 것이라고 보기는 어렵다.

2. 금융 산업의 경쟁력 제고라는 시대적 목표를 달성하기 위해서는 금융기관의 인수, 합병 등을 통한 금융기관의 대형화, 전문화를 지향해야 한다는 목적을 실현하기 위한 공익적 목적 및 금융산업의 경쟁력 제고와 산업 구조의 합리화를 달성하기 위해 구조조정에 있어 신속하게 대처할 필요성 등을 종합적으로 고려해 본다면 금융기관의 합병에 대한 이 사건 법률조항의 차별취급은 합리적인 이유가 있다고 할 수 있고, 자의적인 차별로서 금산법의 적용을 받는 합병회사 주주의 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

3. 이 사건 법률조항에 있어서도 합병의 과정에서는 여전히 회사 주주들을 포함하는 시장경제의 주체들에 의한 합리적인 의사 결정권이 중심적인 역할을 수행하도록 예정되어 있고 그 외에 이 사건 법

률조항으로 인하여 우리 헌법이 추구하고 있는 시장경제질서가 과도하게 위축될 가능성이라든가, 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중되지 못할 우려를 발견하기 어려우므로 이 사건 법률조항은 헌법 제119조 제1항에 위배되지 아니한다.

### 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 보충의견

이 사건 법률조항은 유독 금융기관의 합병에만 특례를 두고 있으므로 산업 간 형평성이라는 관점에서 입법적인 문제점이 있을 수 있고, 구조조정의 시급함이 비교적 덜한 정상적인 금융기관에까지 일반적인 합병절차를 간소화시킨 특례조항을 적용하는 것은 주주의 보호를 위해 바람직하지 않다. 또한 합병의 과정에서 중시되어야 할 주주의 권리와 이익에 대해서 상대적으로 미흡하게 반영하였다고 보인다. 비록 이 사건 법률조항이 외환위기 당시의 경제적 난관을 극복하기 위하여 입법되었고 일정 부분에 걸쳐 위기의 극복에 기여한 바가 있다고 하더라도, 이제는 금융산업의 구조조정이 대체로 마무리지어 졌다고도 할 수 있으므로 위 법률조항에 대한 입법적인 타당성을 다시금 검토할 필요가 있다.

비록 이 사건 법률조항이 입법 재량을 현저히 일탈 남용하였다고 하여 위헌이라고 선언할 정도에 이르렀다고 볼 수는 없다하더라도, 다른 산업기관과의 형평성, 주주의 이익에 대한 실질적인 보호 등에 대한 면밀한 검토를 통하여 위 문제를 보완하는 입법적 시정조치가 있어야 할 것이다.

### 【심판대상조문】

구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것) 제4조(인가) ① 금융기관이 이 법에 의한 합병 또는 전환을 하고자 할 때에는 미리 금융감독위원회의 인가를 받아야 한다.

② 삭제

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 인가를 함에 있어서는 다음 각 호의 기준에 적합한지의 여부를 심사하여야 한다.

1. 합병 또는 전환이 그 목적이 타당하고, 금융거래의 위축이나 기존 거래자에 대한 불이익을 초래할 우려가 없는 등 금융의 효율화와 건전한 신용질서를 저해하지 아니할 것
2. 합병 또는 전환이 금융기관 상호간의 경쟁을 실질적으로 제한하지 아니할 것

판례집 20-2(하)

3. 합병 또는 전환 후에 행하고자 하는 업무의 범위가 적정하고, 조직 및 인력이 업무를 수행할 체제와 능력을 갖추고 있을 것
  4. 상법·증권거래법 기타 관계법령에 따른 절차의 이행에 하자가 없을 것
  5. 기타 제1호 내지 제4호의 기준에 준하는 것으로서 금융감독위원회가 정하는 기준을 충족할 것
- ④ 금융감독위원회는 금융기관간의 합병을 인가하고자 하는 경우에는 제3항 제2호에서 규정한 금융기관 상호간의 경쟁을 실질적으로 제한하지 아니하는지의 여부에 대하여 미리 공정거래위원회와 협의하여야 한다.
- ⑤ 금융감독위원회는 제3항 각 호의 기준에 비추어 금융산업의 건전한 발전을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 제1항의 규정에 의한 인가에 조건을 붙일 수 있다.
- 구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것) 제5조(합병·전환에 관한 절차의 간소화 등) ① 금융기관이 제4조의 규정에 의한 합병 또는 전환의 인가를 받은 경우에는 제2제 항1호 각목에 규정된 법률에 의한 금융기관의 영업, 영업의 폐지 또는 합병에 대한 인가·허가 또는 지정을 받은 것으로 본다.
- ② 증권거래법에 의한 상장법인인 금융기관과 비상장법인인 금융기관이 합병하는 경우로서 그 비상장법인인 금융기관이 증권거래법 제3조의 규정에 의하여 등록을 한 날부터 7일이 경과한 후에 상법 제522조의 규정에 의하여 주주총회의 승인을 얻은 경우 그 승인은 증권거래법 제190조의 규정에 불구하고 효력을 가진다.
- ③ 금융기관은 주주총회에서 합병의 결의를 한 경우에는 상법 제232조 제1항 단서의 규정에 불구하고 채권자에 대하여 10일 이상의 기간을 정하여 이의를 제출할 것을 2 이상의 일간신문에 공고할 수 있다. 이 경우 개별채권자에 대한 최고는 이를 생략할 수 있다.
- ④ 금융기관은 합병의 결의를 위한 주주총회를 소집함에 있어서는 상법 제363조 제1항의 규정에 불구하고 주주총회의 회일 7일전에 각 주주에 대하여 서면으로 통지를 발송할수 있다. 이 경우 금융기관은 서면통지 발송일 이전에 2 이상의 일간신문에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 한다.
- ⑤ 금융기관이 합병하는 경우에는 상법 제522조의2 제1항의 규정에 불구하고 합병승인을 위한 주주총회일 7일전부터 합병을 하는 각 금융기관의 대차대조표를 당해 금융기관의 본점에 비치할 수 있다.
- ⑥ 금융기관은 합병의 결의를 위하여 상법 제354조 제1항의 규정에 의하여 주주명부를 폐쇄하거나 기준일을 정하는 때에는 동법 제354조 제4항의 규정에 불구하고 그 폐쇄일 또는 기준일부터 7일전에 이를 공고할 수 있다. 이 경우 2 이상의 일간신문에 공고하여야 한다.
- ⑦ 제12조 제6항의 규정은 금융기관이 합병으로 인하여 주식을 병합하는 경우에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 주주에 대한 개별통지는 2 이상의 일간신문에 공고함으로써 이에 갈음할 수 있다.
- ⑧ 제12조 제7항 내지 제9항은 금융기관이 주주총회에서 합병의 결의를 하는 경우 주식

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마34

매수청구에 관하여 이를 준용한다. 다만, 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부 등”이라 한다)의 자금지원이 없이 합병하는 경우로서 당해 금융기관이 증권거래법에 의한 주권상장 법인에 해당하는 때에는 주식매수가격의 결정에 관하여 동법 제191조 제3항의 규정을 준용한다.

⑨ 이 법에 의한 합병의 경우에는 조세감면규제법 기타 조세의 감면에 관한 법령이 정하는 바에 의하여 부동산등의 취득에 따른 취득세, 법인·부동산등의 등기에 따른 등록세, 합병으로 소멸되는 금융기관의 청산소득에 대한 법인세, 합병으로 소멸되는 금융기관의 주주의 의제배당에 대한 소득세 또는 법인세 기타 조세를 감면할 수 있다.

⑩ 금융기관이 주주총회에서 합병의 결의를 하는 경우 증권거래법 제173조의 규정에 의한 증권예탁원(이하 “증권예탁원”이라 한다)은 증권거래법 제174조의6 제5항 제3호의 규정에 불구하고 그 의결권을 행사할 수 있다. 다만, 증권예탁원이 의결권을 행사하는 경우에는 당해 주주총회의 참석 주식수에서 증권예탁원이 의결권을 행사할 주식수를 차감한 주식수의 의결내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사하여야 한다.

⑪ 제4항의 규정은 금융기관이 상법 제526조 및 동법 제527조의 규정에 의한 흡수합병의 보고총회 또는 신설합병의 창립총회를 소집하는 경우에 관하여 이를 준용한다.

### 【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제119조 제1항

### 【참조판례】

1. 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 842-843  
헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 126-127  
헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660, 665
2. 헌재 1997. 5. 29. 94헌바5, 판례집 9-1, 519, 525
3. 헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등, 판례집 10-1. 522, 533-534

### 【당 사 자】

청 구 인 윤○대

국선대리인 변호사 전상귀

당해사건 서울고등법원 2003나86161 합병철회

### 【주 문】

1. 구 ‘금융산업의 구조개선에 관한 법률’(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제5조 제1항·제2항·제3항·제5항·제7항·제9항·제11항에 대한 심판청구를 모두 각하

판례집 20-2(하)

한다.

2. 위 ‘금융산업의 구조개선에 관한 법률’ 제5조 제4항·제6항·제8항·제10항은 각 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 합병 전 주식회사 국민은행(이하 ‘국민은행’이라고 한다)은 2001. 4. 23. 주식회사 한국주택은행(이하 ‘주택은행’이라 한다)과 합병하여 새로이 은행을 설립하고 그 명칭을 ‘주식회사 국민은행’으로 하기로 하여 합병계약을 체결하였다.

(2) 국민은행은 2001. 9. 29. 10:00 대한상공회의소 회의실에서 개최된 임시주주총회에서 의결권 있는 발행주식 총수의 83.19%를 가진 주주들이 참석한 가운데 그 중 99.16%의 찬성으로 합병계약을 승인받고, 2001. 10. 26. 주택은행과 함께 합병에 관한 금융감독위원회의 인가를 받았으며, 그 후 2001. 11. 1. 국민은행과 주택은행은 해산하고 주식회사 국민은행을 설립하는 합병등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 합병’이라 한다).

(3) 국민은행의 주주이자 노동조합의 조합원인 청구인은 이와 관련하여 국민은행을 상대로 합병무효 등의 소를 제기하였으나(서울지방법원 2001가합18662, 2001가합61253), 2003. 11. 20. 청구기각 등의 판결을 선고받았고, 이에 항소하여 항소심 계속중 ‘금융산업의 구조개선에 관한 법률’ 제5조 제3항 내지 제8항, 제10항, 제11항이 금융기관의 합병에 있어 필요한 절차상의 기간을 상법과 증권거래법이 정한 것보다 단축하여 규정하고 있어 청구인의 재산권 등을 침해한다며 위헌제청 신청을 하였으나, 2005. 3. 30. 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 ‘금융산업의 구조개선에 관한 법률’(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘금산법’이라 한다) 제4조 및 제5조(그 중 제5조 제4항·제6항·제8항·제10항을 이하에서 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)에 대하여 위헌 여부의 심판을 구하고 있는바, 이 사건의 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 [별지] 기재와 같다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견

요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 금산법 제4조 및 제5조는 합병에 필요한 절차상의 기간을 상법과 증권거래법이 정한 것보다 단축하여 규정하고 있는데, 이는 적용대상 금융기관을 명시하지 않고 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 국민은행이나 주택은행과 같은 우량금융기관이 합병하는 경우에도 그와 같이 간소화된 절차를 적용하게 되고, 그 결과 위 법률조항은 구조조정을 신속히 추진하기 위한 목적에 치중한 나머지 주주의 경제적 자유와 재산권을 침해하며, 합병에 반대하는 주주를 합병에 찬성하는 주주와 차별적으로 취급하게 된다.

또한 위 규정들은 경제질서가 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다는 헌법 제119조 제1항 및 평등권을 정하고 있는 헌법 제11조에도 위반된다.

(2) 특히 금산법 제5조 제4항은, 합병의 결의를 위한 주주총회소집의 통지시기를 상법상 규정된 기간보다 단축하여 주주총회의 회일 7일 전에 발송할 수 있도록 하였는데, 이는 증권거래법 제174조의6 제5항이 실질주주로 하여금 주주총회일의 5일 전까지 의결권 행사 여부를 증권예탁원에 통지하도록 하고 있는 점과 통상적으로 인정되는 우편 소요일수에 비추어 볼 때 주주권의 행사를 불가능하게 하여 주주의 고유한 권리를 침해하는 것이다.

(3) 또한 금산법 제5조 제10항은, 금융기관이 주주총회에서 합병의 결의를 하는 경우 증권예탁원은 증권거래법 규정과 달리 주주의 의결권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는데, 주주들이 주주총회에 참석하지 않는 것도 반대의사를 표시하는 하나의 방법임을 감안한다면 위 조항에 따라 증권예탁원이 실질주주의 의결권을 대리행사할 경우 애당초 주주총회의 개최가 불가능한 때조차도 그 개최가 가능하게 되어 합병의 의사결정이 이루어 질 것이므로 이는 결국 주주들의 의사결정권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

합병결의의 경우에 채권자 및 주주를 보호하기 위한 기간을 단축하고 증권예탁원의 의결권 대리행사를 가능하게 하고 있는 금산법 제5조의 각 조항은 금융기관의 주식에 대한 권리행사의 제한에 해당하나, 헌법이 예정하고 있는 기본권 제한의 정당한 범위 내에 있다.

즉, 금산법의 위 각 규정은 금융산업의 경쟁력 제고라는 시대적 목표를 달성하기 위하여는 금융기관의 인수, 합병 등을 통한 금융기관의 대형화, 전문

판례집 20-2(하)

화를 지향해야 한다는 목적을 실현하기 위한 규정으로서, 이와 같은 목적 달성을 위하여 실질주주들의 권리행사를 방해하지 않는 한도 내에서만 채권자 및 주주를 보호하기 위하여 기간을 단축하고 증권예탁원의 보충적인 의결권 대리행사를 인정하고 있으며, 의결권 대리행사의 방법도 주주들의 의사결정이 왜곡되지 않도록 하고 있고, 주주의 이익과 함께 금산법의 입법 목적에 따른 금융산업의 경쟁력 제고라는 법익의 보호도 필요한 점에 비추어 볼 때, 위 조항들은 기본권 행사의 정당한 제한에 해당한다고 볼 수 있으므로 헌법 제 119조 제1항 및 헌법 제11조에 반한다고 볼 수 없다.

다. 주식회사 국민은행의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에만 청구할 수 있고, 청구인이 당해 소송 법원에 위헌 여부 심판의 제청신청을 하지 않고 따라서 법원의 기각결정도 없는 부분에 대한 심판청구는 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다(헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집9-2, 177, 188 ; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가5등, 판례집11-2, 703, 715 ; 헌재 2006. 7. 27. 2005헌바19, 판례집 18-2, 125, 130 등 참조).

그런데 기록에 첨부된 서울고등법원의 위헌제청신청 기각 결정(2004카기 376)에 의하면, 청구인은 금산법 제4조, 제5조 제1항·제2항·제9항에 관한 위헌 여부 심판의 제청신청을 하지 않았고 따라서 이에 대한 법원의 기각 결정도 없었으므로 청구인의 위 법률조항들에 대한 심판청구는 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 또한 금산법 제5조 제3항·제5항·제7항·제11항은 당해 사건의 재판에서 청구인이 합병무효의 사유로서 주장하고 있는 내용과 관련된 조항들이 아니어서 당해 사건에 적용되는 조항이라고 할 수 없으므로, 설령 이 사건 판결을 통하여 그 위헌성이 밝혀진다고 하더라도 당해 사건 재판의 결론에 영향을 미치지 않는다 할 것이므로 이 부분에 대한 심판 청구 역시 심판청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 법률조항의 입법취지와 내용

금산법은 금융기관의 합병·전환·정리 등 금융산업의 구조개선을 지원하여

금융기관간의 건전한 경쟁을 촉진하고 금융업무의 효율성을 높임으로써 금융산업의 균형있는 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다(제1조).

특히 이 사건에서 문제되는 금산법 제5조는 1997년 말 외환위기를 맞아 경제적 위기를 극복하고, 시장에서의 합리적인 질서와 산업구조를 확립함으로써 위기의 재발을 억제하기 위한 조치의 일환으로서, 하나의 금융기관이 파산하게 되면 그 피해는 그 기관에 그치지 않고 다른 금융기관으로 번져 사회 전반에 크나큰 피해를 미칠 수 있는 금융제도의 특성을 고려하여 경제적 위기에 처한 당시의 상황에서 금융산업의 구조조정을 신속히 진행하기 위하여 1998. 9. 14. 도입된 법률조항이다.

이 사건 법률조항의 내용을 구체적으로 살펴보면, 상법 제363조 제1항이 2주간 전으로 정한 주주총회 소집 통지기간을 7일 전으로(금산법 제5조 제4항), 상법 제354조 제4항이 2주간 전으로 정한 주주명부폐쇄 및 기준일 공고기간을 7일 전으로(동조 제6항), 상법 제522조의3 제1항이 20일 이내로 정한 주식매수청구권행사기간을 10일 이내로(동조 제8항) 합병에 관련한 상법상의 각 기간을 단축하고 있고, 합병을 결의하는 주주총회에서 증권예탁원의 의결권을 제한한 증권거래법 제174조의6 제5항 제3호에 대한 특례 조항으로서 그와 같은 주주총회에서도 증권예탁원의 의결권 행사를 인정하고 있다(동조 제10항).

이러한 규정들은 금융기관의 합병을 신속하게 추진할 수 있도록 함으로써 앞서 본 금산법의 입법 목적을 구체적이고도 제도적으로 보장하기 위한 것으로 이해되는데, 금산법 제5조는 이 사건 법률조항 이외에도 같은 취지로, 상법 제232조 제1항이 1월 이상으로 정한 채권자의 제출기간을 10일 이상으로(동조 제3항), 상법 제522조의2 제1항이 합병주주총회일 2주 전으로 정한 대차대조표의 공시기간을 7일 전으로(동조 제5항), 상법 제530조 제3항, 제440조가 1월 이상으로 정한 주식병합을 위한 구 주권 제출공고 기간을 5일 이상으로(동조 제7항), 상법 제526조, 제527조가 2주간 전으로 예정한 흡수합병의 보고총회 또는 신설합병의 창립총회 소집 통지기간을 7일 전으로(동조 제11항) 하여 그 기간을 단축하고 있다.

나. 이 사건 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부

(1) 주주권이 재산권에 속하는지 여부 및 재산권 제한의 심사기준

(가) 청구인은 이 사건 법률조항이 예정하고 있는 각종 기간의 단축 등으로 인하여 주주의 고유한 권리가 침해되었다고 주장하는바, 이 주장의 당부

판례집 20-2(하)

를 검토하기 위하여는 먼저 주주권이 헌법상 재산권 보장의 대상에 해당하는지에 관한 문제를 살펴보아야 할 것이다.

우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 ‘경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리’이고, 이 때 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 ‘사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리’를 의미한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372 ; 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103 등 참조).

이 사건에서 문제되는 주주권은, 비록 주주의 자격과 분리하여 양도·질권 설정·압류할 수 없고 시효에 걸리지 않아 보통의 채권과는 상이한 성질을 갖지만, 다른 한편 주주의 자격과 함께 사용(결의)·수익(담보제공)·처분(양도·상속)할 수 있다는 점에서는 분명히 ‘사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 권리’로 볼 수 있으므로 헌법상 재산권 보장의 대상에 해당한다고 볼 것이다.

그렇다면 이러한 주주권의 행사와 관련하여 상법상 일반적으로 보장되고 있는 기간을 앞서 본 바와 같이 단축하고 있는 이 사건 법률조항은, 그로써 주주의 재산권 행사를 제한하고 있는 법률조항이라 할 것이다.

(나) 헌법 제23조 제1항에 의하면 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 헌법상의 재산권은 이를 통하여 실현되고 구체화되나, 그렇다고 하더라도 입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형성의 자유를 가지는 것은 아니다.

왜냐하면, 어떠한 재산을 사용·수익할 수 있는 사적 유용성과 처분권을 본질로 하는 재산권은 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 인간의 자주적이고 주체적인 삶을 이루어나가기 위한 범위에서 이미 헌법적으로 보장되어 있기 때문이다. 따라서 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한하는 것으로 볼 수 있다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20 판례집 5-2, 36, 44 ; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 842-843 참조).

또한 우리 재판소는, 특정 재산권의 이용과 처분이 그 소유자 개인의 생활 영역에 머무르지 아니하고 일반 국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한을 폭넓게 가진다고 하면서, 대형 금융기관의 주식에 대한 재산권의 경우 재산권이 개인의 인격발현에 지니는 의미는 상당히 미미한데 반하여 사회적

연관성이나 사회적 기능이 뚜렷하므로 국가에 의하여 보다 폭넓게 제한될 수 있음을 긍정한 바 있다(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 126-127 참조).

그렇다면 금융기관의 합병결의에 있어서 주주권을 행사할 수 있는 제도적 기간과 그 행사 방식을 제한하고 있는 이 사건 법률조항에 대하여는 입법자의 형성적 재량을 인정할 수 있으므로, 결국 위 법률조항의 위헌성에 관한 판단은 위와 같은 제한이 기본권 제한의 입법적 한계를 넘었는지 여부 즉, 재산권을 형해화시킨다거나 그 행사를 현저히 곤란하게 만드는 등 그 제한이 지나치게 자의적이어서 입법자에게 허용되는 형성재량의 범위를 명백히 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다.

(2) 금산법 제5조 제10항에 의한 증권예탁원의 의결권 대리 행사의 위헌 여부

증권거래법 제174조의6 제5항 제3호에서는 합병계약 승인에 관한 주주총회 결의에서 증권예탁원이 자기명의로 명의개서된 예탁자(이하 '실질주주'라 한다)의 주식에 관하여 의결권을 행사할 수 없다고 규정하고 있으나, 금산법 제5조 제10항에서는 금융기관이 합병결의를 하는 경우에는 증권예탁원이 실질주주의 위 의결권을 행사할 수 있도록 허용하고 있다.

금산법의 위 법률조항은, 금융산업의 경쟁력을 제고하기 위한 금융기관의 인수, 합병 등 구조개선을 지원함에 있어 실질주주들의 주주총회에 대한 무관심으로 인하여 합병결의를 위한 주주총회 자체가 무산되는 것을 방지하기 위하여 입법된 것으로서 그 입법 목적의 정당성을 긍정할 수 있으나, 문제는 위 법률조항으로 인 한 주주의 의결권의 제한이 지나치게 자의적이어서 입법자에게 허용되는 형성재량의 범위를 명백히 벗어난 것인지 여부이다.

우선 실질주주는 증권예탁원에 의결권 행사 여부를 통지하였는지와 무관하게 여전히 주주총회에 직접 출석하거나 대리인을 통하여 합병에 대한 찬반의 의결권을 행사할 수 있을 뿐만 아니라, 설령 실질주주가 의결권을 행사하지 않는 방법으로 합병결의에 대하여 반대의사를 표시하고자 할 때에도 그러한 취지를 증권예탁원에 미리 통지할 경우에는 증권거래법 제174조의6 제5항 등에 의하여 증권예탁원은 의결권을 대리 행사할 수 없기 때문에 위 법률조항을 두고 실질주주들의 의결권 행사를 배제하거나 이를 무력화시키려는 입법이라고 볼 수는 없다.

증권예탁원은 주주총회에 참석하지 않은 주주들만을 대리하여 의결권을 행

판례집 20-2(하)

사할 뿐이므로 이처럼 주주총회에 참석하지 않음으로써 의결권 행사를 포기한 실질주주들에 대한 증권예탁원의 예외적인 권리행사가 주주들의 권리를 과도하게 제한한다고 할 수는 없다.

나아가 위 법률조항의 단서는 “다만, 증권예탁원이 의결권을 행사하는 경우에는 당해 주주총회의 참석 주식 수에서 증권예탁원이 의결권을 행사할 주식 수를 차감한 주식수의 의결 내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사하여야 한다.”고 하여 증권예탁원의 권리행사 방법으로 이른바 그림자 투표 (shadow voting) 방식을 규정하고 있는데, 이에 따르면 증권예탁원으로는 주주총회에 참석하여 실제로 의결권을 행사한 주주들의 찬·반 비율에 따라 의결권을 대리 행사하여야 하므로 주주들의 의사 결정은 전혀 왜곡되지 않은 채로 주주총회 결의에 반영될 수 있게 된다.

그렇다면, 비록 위 법률조항에 따라 금융기관의 합병에 있어 증권예탁원의 의결권 대리행사가 예외적으로 인정됨으로써 설령 주주총회의 결의에 반대하는 의사를 표시하는 하나의 방법으로 주주총회에 참석하지 않는다는 취지의 주주의 의사가 그대로 반영되지 않는 면이 발생한다고 하더라도, 이는 금융기관의 합병결의에 필요한 절차의 준수를 위하여 불가피하게 요청되는 측면에 따른 것으로 보일 뿐만 아니라, 위와 같은 의결권 대리행사의 한계 설정을 통하여 주주의 의사결정이 적극적으로 왜곡되어 주주총회의 결의에 반영될 가능성을 미리 차단함으로써 주주권에 대한 제한의 정도도 단지 ‘소극적인 의미에서의 의결권 행사’를 제한하는 정도에 그치도록 하였다는 점에서, 금융산업의 경쟁력 향상을 위한 산업구조의 개선이라는 시대적 요청에 따르고자 한 앞서 본 입법 목적에 비하여 중하다고는 볼 수 없으므로, 결국 위 법률조항을 두고 입법적 재량을 벗어나 주주의 재산권을 과도하게 제한한 것이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.

따라서 금융기관의 합병결의에 있어 증권예탁원이 예탁된 실질주주의 주식에 관하여 의결권을 행사할 수 있도록 허용하고 있는 위 법률조항을 위헌이라고 할 수 없다.

(3) 금산법 제5조 제4항·제6항·제8항의 기간 단축에 대한 위헌 여부

(가) 금산법 제5조 제4항에 대한 판단

1) 상법 제363조 제1항이 주주총회를 소집하려면 2주간 전에 주주에게 소집통지를 발송하여야 한다고 규정하고 있는 것에 비하여 금산법 제5조 제4항은 이 기간을 7일로 단축하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

주주총회의 소집일로부터 일정 기간을 앞두고 주주에게 그 소집통지를 발송하도록 한 위 규정들의 취지는, 주주에게 주주총회의 개최사실을 알려 출석할 기회를 보장함과 동시에 주주로 하여금 주주총회에서 의견 개진 등 주주총회에 대처할 시간을 확보해주기 위한 것으로 보이며, 과연 어느 정도의 기간이 이러한 취지를 실현하기 위하여 적정한 기간인가에 관해서는 그 기간 설정을 통하여 보장하고자 하는 주주의 권리의 성격이나 내용 및 행사 방법 등을 고려하여 입법자가 입법재량의 범위에서 정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이므로, 결국 위 금산법 제5조 제4항의 위헌 여부는 그것이 위와 같은 기간 설정의 취지를 무의미하게 하는 등 현저히 자의적이어서 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌마90, 판례집 17-1, 660, 665 참조).

우편물이 송달되는 통상의 기간이 위 법률조항이 정하고 있는 7일 이내로 보이는데다가 무엇보다도 위 법률조항은 개별적으로 주주총회의 소집통지서를 발송하는 방법과 병행하여 금융기관으로 하여금 서면통지 발송일 이전에 2 이상의 일간신문에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하도록 규정하고 있고, 대체로 우리 사회에서 이름난 금융기관의 합병은 사회적으로 큰 관심의 대상이 되어 언론매체를 통하여 지속적인 보도가 이루어진다는 현실적인 측면까지 함께 살펴보면, 위 법률조항이 정하고 있는 7일이라는 기간이 주주에게 주주총회의 개최 사실을 알리고 이에 대처할 준비 시간을 부여한다는 본래의 취지를 무의미하게 할 정도로 불합리하게 짧은 것이라고 볼 수는 없다.

2) 증권거래법 제174조의6 제5항 본문은 “예탁원의 명의로 명의개서된 주권을 소유하고 있는 주주가 주주총회 회일의 5일 전까지 예탁원에 그 의결권을 직접 행사·대리 행사 또는 불행사의 뜻을 표시하지 아니하는 경우에는 예탁원이 그 의결권을 행사할 수 있다.”고 규정하고 있고, 상법 제368조의2 제1항 후단은 주주가 자신이 가진 복수의 의결권을 통일하지 아니하고 행사하기 위하여는 주주총회 회일의 3일 전에 회사에 대하여 서면으로 그 뜻과 이유를 통지하여야 한다고 규정하고 있다.

청구인은, 금산법 제5조 제4항으로 인하여 증권거래법상 증권예탁원에 대한 의결권 위임 절차 및 상법상 의결권의 불통일 행사 절차 규정을 제대로 준수하기 어렵게 되는 등 주주권에 대한 제한을 받게 되므로 위 법률조항이 위헌이라는 취지로 주장한다.

판례집 20-2(하)

우선, 앞서 본 바와 같이 우편물 송달에 소요되는 통상의 기간 및 주주총회 소집에 관한 개별적 통지 이외에도 2 이상의 일간신문에 주주총회의 소집에 관한 정보가 공고되고, 금산법에 따른 합병을 하는 금융기관들은 실무적으로 주주총회 소집통지를 하면서 우편발송의 방법뿐만 아니라 팩스를 통하여도 증권예탁원에 대한 의결권 행사 여부의 뜻을 표시할 수 있다는 점을 아울러 통지하고 있는 사정 등을 고려하면, 위 법률조항에 따라 7일 전에 주주총회 소집통지를 발송함으로써 인하여 그 소집통지를 받은 주주가 주주총회 회일의 5일 전까지 증권예탁원에 그 의결권을 직접 행사할지 대리 행사할지 혹은 불행사할지 여부를 표시하는 것 및 주주총회 회일의 3일 전까지 직접 금융기관에 의결권 불통일 행사의 뜻을 전하거나 실질주주가 증권예탁원을 통하여 그 뜻을 전하는 것이, 비록 시간적으로 다소 촉박할지는 몰라도, 불가능하거나 현저히 곤란하다고 단언할 수는 없다.

나아가, 만약 주주총회 소집통지의 도달이 늦어 시일이 촉박해 집에 따라 주주총회 회일의 5일 전까지 증권예탁원에 의사표시를 하지 못한 실질주주가 있다 하더라도, 그 의결권 행사가 원천적으로 봉쇄되는 것은 아니고, 실질주주는 여전히 주주총회 당일 직접 혹은 대리인을 통하여 얼마든지 자신의 의결권을 행사할 수 있으며, 그렇지 못한 경우에도 증권예탁원에 의한 의결권 대리 행사로 인하여 주주의 의사결정이 적극적으로 왜곡될 가능성을 미리 차단하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

결국 금산법 제5조 제4항 또한 입법적 재량을 벗어나 주주의 재산권을 과도하게 제한하는 법률조항이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(나) 금산법 제5조 제6항·제8항에 대한 판단

주식이 유통됨에 따라 주주명부상의 주주는 수시로 변하기 때문에, 주주총회의 소집을 앞두고 주주권을 행사할 자를 시기적으로 특정해 둘 필요가 있고, 이를 위한 기술적인 방법으로 상법은 일정 기간 주주명부에 권리변동의 기재를 금하는 ‘주주명부의 폐쇄’와 일정한 날의 주주를 그 이후의 변동에도 불구하고 주주권을 행사할 자로 확정하는 ‘기준일의 설정’을 예정하고 있고, 합병에 반대하는 주주의 보호를 위하여 그들에게 주식매수청구권을 부여하고 있다.

이러한 제도들은 다수주주의 결정에 의한 합병을 존중하면서도 그와 동시에 이에 반대하는 소수주주를 다수결의 남용으로부터 보호하기 위한 것이다.

그런데 이와 같은 주주명부의 폐쇄와 기준일의 설정 및 주식매수청구권의

시한은 소수주주를 보호하고 주주권의 행사를 확정짓는 중요한 절차이므로 이에 적절한 기간을 부여함이 상당하고, 이러한 기간의 적정성에 대한 판단이 원칙적으로 입법자의 몫이라 하더라도 그것은 주주권의 행사 기회를 근본적으로 제약하지 않는 한도 내에서만 허용될 수 있다.

금산법 제5조 제6항·제8항은, 상법 제354조 제4항이 2주간 전으로 정한 주주명부폐쇄 및 기준일 공고기간을 7일 전으로, 상법 제522조의3 제1항이 20일 이내로 정한 주식매수청구권 행사기간을 10일 이내로 단축하고 있으나, 이는 앞서 금산법 제5조 제4항의 기간 단축에서 본 바와 같이 금융산업의 구조 개선과 시장의 안정, 그리고 기업 경쟁력의 강화를 위하여 금융기관의 합병을 신속히 추진하기 위한 목적에서 입법된 것으로서, 비록 상법에 견주어 주주명부의 폐쇄와 기준일의 공고기간 및 합병반대주주의 주식매수청구권의 행사기간을 단축하고 있는 위 법률조항으로 인하여 주주총회에 참석할 주주를 확정하거나 합병에 반대하는 소수주주의 권익을 보호하는 일에 다소간의 제약이 수반될 수도 있을 것이나, 그와 같은 시간적 제약으로 말미암아 위 기간 보장을 통하여 확보하고자 한 주주의 권리행사가 원칙적으로 부정되거나 현저히 곤란해졌다고 보기도 어렵다.

왜냐하면 주주명부의 폐쇄 또는 기준일의 설정으로 인하여 주식의 양도가 직접적으로 제한되는 것은 아니고, 주식이 이전되어 실질상으로는 주주가 변동된 때에도 폐쇄기간 이전 또는 기준일 현재의 주주명부에 주주로서 기재되어 있는 자만이 권리의 행사를 할 수 있다는 제한만을 받을 뿐인데다가, 주주명부폐쇄 및 기준일공고 이후 7일이라는 기간이 주식의 양도 여부 등을 결정하고 이를 실천할 기간으로서 불합리하게 짧다고 볼 수 없으며, 주주총회 결의 후 10일 이내에 구체적인 매수 대상 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 매수청구를 하는 것 또한 가능하다고 보이기 때문이다.

이러한 취지에서 볼 때, 위 법률조항의 공익적 목적이 그로 인하여 잃게 되는 사익과 비교할 때 우월하다는 입법자의 판단에는 합리적인 이유가 있고, 그와 같은 기간의 단축만을 근거로 위 법률조항들이 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.

다. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부

(1) 청구인은 이 사건 법률조항이 합병에 찬성하는 주주에 비하여 합병에 반대하는 주주들을 차별 취급하는 것으로 평등원칙에 위배된다고 주장하나, 위 조항은 신속한 합병절차를 진행하기 위한 특칙을 규정한 것으로 금산법의

판례집 20-2(하)

적용을 받는 합병회사의 주주들에게 예외 없이 모두 적용되고 특별히 합병에 반대하는 주주들에 대하여만 주주권 행사 등을 제한하거나 합병에 찬성하는 주주들에게만 어떤 혜택을 부여하는 것이 아니어서 그들 간에는 불평등의 문제가 생기지 않고, 다만 금산법의 적용을 받는 합병회사의 주주와 그렇지 않은 합병회사의 주주 사이에 차별이 있을 수는 있다.

(2) 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하며, 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법 목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마5, 판례집 9-1, 519, 525 등).

이러한 평등 위반의 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는데, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화되고, 또 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조).

이 사건 법률조항의 경우 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라거나, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권이 중대한 제한을 초래하는 경우라고 볼 수 없으므로, 평등권에 대한 심사는 자의의 금지라는 완화된 기준에 따라야 할 것이다.

(3) 금산법의 적용을 받는 합병회사의 주주와 그렇지 않은 합병회사의 주주 사이의 차별이 헌법상 평등권에 위반되는 것인지 살펴보건대, 앞서 본 바와 같이 금융산업의 경쟁력 제고라는 시대적 목표를 달성하기 위해서는 금융기관의 인수, 합병 등을 통한 금융기관의 대형화, 전문화를 지향해야 한다는 목적을 실현하기 위한 공익적 목적 및 금융산업의 경쟁력 제고와 산업구조의 합리화를 달성하기 위해 구조조정에 있어 신속하게 대처할 필요성 등을 종합적으로 고려해 본다면 차별취급에 대한 합리적인 이유가 있다고 할 수 있고, 나아가 이 사건 법률조항이 단지 주주권 등의 행사 기간만을 단축하고 있으며 예탁원에 의한 의결권 대리행사는 보충적인 차원으로 예정하고 있다는 점

에서 이와 같은 취급을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

라. 이 사건 법률조항이 헌법상 시장경제질서에 위배되는지 여부

헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하여 사유재산제도, 사적자치 및 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있는데(헌재1998. 5. 28. 96헌가4등, 판례집 10-1, 522, 533-534 참조), 이 사건 법률조항으로 인하여 금산법이 적용되는 합병에 있어서 회사 주주를 보호하기 위한 기간이 단축되고 증권예탁원의 의견권 대리행사가 가능해 졌다고 하더라도, 그 권리가 배제되었다거나 그 행사가 현저하게 곤란해 졌다고 할 수 없고, 여전히 합병의 과정에서는 회사주주들을 포함하는 시장경제의 주체들에 의한 합리적인 의사 결정권이 중심적인 역할을 수행하도록 예정되어 있으며, 그 외에 이 사건 법률조항으로 인하여 우리 헌법이 추구하고 있는 시장경제질서가 과도하게 위축될 가능성이라든가, 개인과 기업의 경제상의 자유와 창위가 존중되지 못할 우려를 발견하기 어려우므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제119조 제1항에 위배되지 아니한다.

## 5. 결 론

이상에서 본 바와 같이 금산법 제4조, 제5조 제1항·제2항·제3항·제5항·제7항·제9항·제11항에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하고, 금산법 제5조 제4항·제6항·제8항·제10항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 6.과 같은 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 보충의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

## 6. 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 보충의견

우리는 이 사건 법률조항이 입법자가 재량의 범위를 넘어서 명백히 불합리하게 입법형성권을 행사한 것으로 보기 어려우므로 합헌이라는 법정의견 및 그 논지에 원칙적으로 찬성한다. 그러나 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 입법적 시정조치가 필요함을 밝히고자 한다.

첫째, 이 사건 법률조항이 지난 외환위기 직후 우리 사회가 직면해야 했던 경제적 위기를 극복하고 산업 구조의 개선을 통해 위기의 재발을 억제하기 위한 개혁의 일환으로 도입되었다는 사실을 모르는 바 아니다. 당시 입법자에게는, 금융기관의 합병이 다른 기관의 경우와 달리 큰 제약 없이 시급히 이루어져야 할 당면 과제로서 인식되었다고 보인다.

판례집 20-2(하)

그러나 왜 금융기관의 합병만 다른 기업의 합병과는 달리 특별한 취급을 받아야 하는지에 관한 입법적 근거가 다소간 미약해 보인다. 외환위기 당시 우리나라 경제가 노정하였던 고질적인 문제점 및 시장 개방에 대비하여 산업 경쟁력을 향상시킬 필요성 등은 비단 금융산업에 한정된 것이라고 단정할 수 없는바 유독 금융기관의 합병에만 특례를 두고 있는 이 사건 법률조항에는 산업간 형평성이라는 관점에서 입법적인 문제점이 있을 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항이 정상적인 금융기관과 부실금융기관의 구별없이 광범위하게 적용되고 있다는 점에서, 구조조정의 시급함이 비교적 덜한 정상적인 금융기관에까지 일반적인 합병절차를 간소화시킨 특례조항을 적용하는 것은 주주의 보호를 위해 바람직하지 않다는 점을 지적해 둔다.

둘째, 입법자는 이 사건 법률조항 등 금산법상 합병에 대한 간소화조항을 통하여 3개월 내지 6개월 소요되었던 금융기관의 합병이 2개월 내외로 단축될 수 있음을 강조함으로써 합병에 있어서 효율성의 덕목을 강조하였지만, 그 반면에 합병의 과정에서 더불어 중시되어야 할 주주의 권리와 이익에 대해서는 상대적으로 미흡하게 반영하였다고 보인다. 경제적 효율만을 앞세워 절차적으로 보장된 권익을 간과하는 이른바 결과지상주의적 태도는 우리 사회가 극복해야 할 오래된 악습 중 하나인데, 이 사건 법률조항 역시 그와 같은 폐단의 산물은 아닌지 반성적인 성찰을 요구하는 부분이라 할 것이다.

셋째, 비록 이 사건 법률조항이 외환위기 당시의 경제적 난관을 극복하기 위하여 입법되었고 일정 부분에 걸쳐 위기의 극복에 기여한 바가 있다고 하더라도, 이제는 금융회사의 수가 적정히 줄어든 반면 자산규모나 건전성이 크게 개선되는 등 금융산업의 구조조정이 대체로 마무리지어 졌다고도 할 수 있다. 그렇다면 현재의 관점에 서서 이 사건 법률조항과 같은 특례조항에 대한 입법적인 타당성을 다시금 검토할 이유가 충분하다고 보인다.

비록 이와 같은 문제를 지적할 수 있다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 입법 재량을 현저히 일탈 남용하였다고 하여 위헌이라고 선언할 정도에 이르렀다고 볼 수는 없다. 다만 다른 산업기관과의 형평성, 주주의 이익에 대한 실질적인 보호 등에 대한 면밀한 검토를 통하여 위 문제를 보완하는 입법적 시정조치가 있어야 한다는 의견을 밝히는 바이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해의출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지]

[심판대상조항]

구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것) 제4조(인가) ① 금융기관이 이 법에 의한 합병 또는 전환을 하고자 할 때에는 미리 금융감독위원회의 인가를 받아야 한다.

② 삭제

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 인가를 함에 있어서는 다음 각 호의 기준에 적합한지의 여부를 심사하여야 한다.

1. 합병 또는 전환이 그 목적이 타당하고, 금융거래의 위축이나 기존 거래자에 대한 불이익을 초래할 우려가 없는 등 금융의 효율화와 건전한 신용질서를 저해하지 아니할 것
2. 합병 또는 전환이 금융기관 상호간의 경쟁을 실질적으로 제한하지 아니할 것
3. 합병 또는 전환 후에 행하고자 하는 업무의 범위가 적정하고, 조직 및 인력이 업무를 수행할 체제와 능력을 갖추고 있을 것
4. 상법·증권거래법 기타 관계법령에 따른 절차의 이행에 하자가 없을 것
5. 기타 제1호 내지 제4호의 기준에 준하는 것으로서 금융감독위원회가 정하는 기준을 충족할 것

④ 금융감독위원회는 금융기관 간의 합병을 인가하고자 하는 경우에는 제3항 제2호에서 규정한 금융기관 상호간의 경쟁을 실질적으로 제한하지 아니하는지의 여부에 대하여 미리 공정거래위원회와 협의하여야 한다.

⑤ 금융감독위원회는 제3항 각 호의 기준에 비추어 금융산업의 건전한 발전을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 제1항의 규정에 의한 인가에 조건을 붙일 수 있다.

제5조(합병·전환에 관한 절차의 간소화 등) ① 금융기관이 제4조의 규정에 의한 합병 또는 전환의 인가를 받은 경우에는 제2조 제1호 각 목에 규정된 법률에 의한 금융기관의 영업, 영업의 폐지 또는 합병에 대한 인가·허가 또는 지정을 받은 것으로 본다.

② 「증권거래법」에 의한 상장법인인 금융기관과 비상장법인인 금융기관이 합병하는 경우로서 그 비상장법인인 금융기관이 「증권거래법」 제3조의 규정

판례집 20-2(하)

에 의하여 등록을 한 날부터 7일이 경과한 후에 「상법」 제522조의 규정에 의하여 주주총회의 승인을 얻은 경우 그 승인은 「증권거래법」 제190조의 규정에 불구하고 효력을 가진다.

③ 금융기관은 주주총회에서 합병의 결의를 한 경우에는 상법 제232조 제1항 단서의 규정에 불구하고 채권자에 대하여 10일 이상의 기간을 정하여 이의를 제출할 것을 2 이상의 일간신문에 공고할 수 있다. 이 경우 개별채권자에 대한 최고는 이를 생략할 수 있다.

④ 금융기관은 합병의 결의를 위한 주주총회를 소집함에 있어서는 상법 제363조 제1항의 규정에 불구하고 주주총회의 회일 7일 전에 각 주주에 대하여 서면으로 통지를 발송할 수 있다. 이 경우 금융기관은 서면통지 발송일 이전에 2 이상의 일간신문에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 한다.

⑤ 금융기관이 합병하는 경우에는 상법 제522조의2 제1항의 규정에 불구하고 합병승인을 위한 주주총회일 7일 전부터 합병을 하는 각 금융기관의 대차대조표를 당해 금융기관의 본점에 비치할 수 있다.

⑥ 금융기관은 합병의 결의를 위하여 상법 제354조 제1항의 규정에 의하여 주주명부를 폐쇄하거나 기준일을 정하는 때에는 동법 제354조 제4항의 규정에 불구하고 그 폐쇄일 또는 기준일부터 7일 전에 이를 공고할 수 있다. 이 경우 주주에 대한 개별통지는 2 이상의 일간신문에 공고하여야 한다.

⑦ 제12조 제6항의 규정은 금융기관이 합병으로 인하여 주식을 병합하는 경우에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 주주에 대한 개별통지는 2 이상의 일간신문에 공고함으로써 이에 갈음할 수 있다.

⑧ 제12조 제7항 내지 제9항은 금융기관이 주주총회에서 합병의 결의를 하는 경우 주식매수청구에 관하여 이를 준용한다. 다만, 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부 등”이라 한다)의 자금지원이 없이 합병하는 경우로서 당해 금융기관이 증권거래법에 의한 주권상장법인에 해당하는 때에는 주식매수가격의 결정에 관하여 동법 제191조 제3항의 규정을 준용한다.

⑨ 이 법에 의한 합병의 경우에는 「조세특례제한법」, 기타 조세의 감면에 관한 법령이 정하는 바에 의하여 부동산 등의 취득에 따른 취득세, 법인·부동산 등의 등기에 따른 등록세, 합병으로 소멸되는 금융기관의 청산소득에 대한 법인세, 합병으로 소멸되는 금융기관의 주주의 의제배당에 대한 소득세 또는 법인세 기타 조세를 감면할 수 있다.

⑩ 금융기관이 주주총회에서 합병의 결의를 하는 경우 증권거래법 제173조의 규정에 의한 증권예탁원(이하 “증권예탁원”이라 한다)은 증권거래법 제174조의6 제5항 제3호의 규정에 불구하고 그 의결권을 행사할 수 있다. 다만, 증권예탁원이 의결권을 행사하는 경우에는 당해 주주총회의 참석 주식수에서 증권예탁원이 의결권을 행사할 주식수를 차감한 주식수의 의결내용에 영향을 미치지 아니하도록 의결권을 행사하여야 한다(증권예탁원에 주권행사의 뜻을 밝히지 않은 경우 증권예탁원이 대리행사).

⑪ 제4항의 규정은 금융기관이 상법 제526조 및 동법 제527조의 규정에 의한 흡수합병의 보고총회 또는 신설합병의 창립총회를 소집하는 경우에 관하여 이를 준용한다.

[관련 법률조항]

상법 제232조(채권자의 이의) ① 회사는 합병의 결의가 있는 날부터 2주 내에 회사채권자에 대하여 합병에 이의가 있으면 일정한 기간 내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 이를 최고하여야 한다. 이 경우 그 기간은 1월 이상이어야 한다.

제354조(주주명부의 폐쇄, 기준일) ① 회사는 의결권을 행사하거나 배당을 받을 자 기타 주주 또는 질권자로서 권리를 행사할 자를 정하기 위하여 일정한 기간을 정하여 주주명부의 기재변경을 정지하거나 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주 또는 질권자를 그 권리를 행사할 주주 또는 질권자로 볼 수 있다.

④ 회사가 제1항의 기간 또는 날을 정한 때에는 그 기간 또는 날의 2주간 전에 이를 공고하여야 한다. 그러나 정관으로 그 기간 또는 날을 지정한 때에는 그러하지 아니하다.

제363조(소집의 통지, 공고) ① 총회를 소집함에는 회일을 정하여 2주간 전에 각 주주에 대하여 서면 또는 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 통지가 주주명부상의 주주의 주소에 계속 3년간 도달하지 아니한 때에는 회사는 당해 주주에게 총회의 소집을 통지하지 아니할 수 있다.

제434조(정관변경의 특별결의) 제433조 제1항의 결의는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식 총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

제522조(합병계약서와 그 승인결의) ① 회사가 합병을 함에는 합병계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 한다.

판례집 20-2(하)

② 합병계약의 요령은 제363조에 정한 통지와 공고에 기재하여야 한다.

③ 제1항의 승인 결의는 제434조의 규정에 의하여야 한다.

제522조의2(합병계약서 등의 공시) ① 이사는 제522조 제1항의 주주총회 회일의 2주 전부터 합병을 한 날 이후 6월이 경과하는 날까지 다음 각 호의 서류를 본점에 비치하여야 한다.

1. 합병계약서
2. 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주에게 발행하는 주식의 배정에 관하여 그 이유를 기재한 서면
3. 각 회사의 최종의 대차대조표와 손익계산서

제526조(흡수합병의 보고총회) ① 합병을 하는 회사의 일방이 합병 후 존속하는 경우에는 그 이사는 제527조의 5의 절차의 종료 후, 합병으로 인한 주식의 합병이 있을 때에는 그 효력이 생긴 후, 합병에 적당하지 아니한 주식이 있을 때에는 합병 후, 존속하는 회사에 있어서는 제443조의 처분을 한 후, 소규모합병의 경우에는 제527조의3 제3항 및 제4항의 절차를 종료한 후 지체 없이 주주총회를 소집하고 합병에 관한 사항을 보고하여야 한다.

② 합병 당시에 발행하는 신주의 인수인은 제1항의 주주총회에서 주주와 동일한 권리가 있다.

③ 제1항의 경우에 이사회는 공고로써 주주총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다.

제527조(신설합병의 창립총회) ① 합병으로 인하여 회사를 설립하는 경우에는 설립위원은 제527조의5의 절차의 종료 후, 합병으로 인한 주식의 병합이 있을 때에는 그 효력이 생긴 후, 병합에 적당하지 아니한 주식이 있을 때에는 제443조의 처분을 한 후 지체 없이 창립총회를 소집하여야 한다.

② 창립총회에서는 정관변경의 결의를 할 수 있다. 그러나 합병계약의 취지에 위반하는 결의는 하지 못한다.

③ 제308조 제2항, 제309조, 제311조, 제312조와 제316조 제2항의 규정은 제1항의 창립총회에 준용한다.

④ 제1항의 경우에 이사회는 공고로써 주주총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다.

제529조(합병무효의 소) ① 합병무효는 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 소만으로 이를 주장할 수 있다.

② 제1항의 소는 제528조의 등기가 있는 날로부터 6월내에 제기하여야 한다. 증권거래법 제173조(설립) ① 유가증권의 집중예탁과 계좌 간 대체 및 유통의 원활을 기하기 위하여 증권예탁결제원(이하 “예탁원”이라 한다)을 설립한다.

② 예탁원은 법인으로 한다.

③ 예탁원은 대통령령이 정하는 바에 따라 주된 사무소의 소재지에서 설립 등기를 함으로써 성립한다.

제174조의6(예탁유가증권의 권리행사) ① 예탁원은 예탁자 또는 고객의 신청에 의하여 예탁유가증권에 관한 권리를 행사할 수 있다. 이 경우 고객의 신청은 예탁자를 거쳐야 한다.

② 예탁원은 예탁유가증권에 대하여 자기명의로 명의개서 또는 등록을 청구할 수 있다.

③ 예탁원은 제2항의 규정에 의하여 자기명의로 명의개서된 주식에 대하여는 예탁자의 신청이 없는 경우에도 상법 제358조의 2에 규정된 사항과 주주명부의 기재 및 주권에 관하여 주주로서의 권리를 행사할 수 있다.

④ 주권의 발행회사가 주주총회 소집의 통지 또는 공고를 하는 경우에 예탁원의 명의로 명의개서된 주권을 소유하고 있는 주주에 대하여는 제5항에 규정된 예탁원의 의결권 행사에 관한 내용을 함께 통지 또는 공고하여야 한다.

⑤ 예탁원의 명의로 명의개서된 주권을 소유하고 있는 주주가 주주총회 회의일의 5일 전까지 예탁원에 그 의결권을 직접행사·대리행사 또는 불행사의 뜻을 표시하지 아니하는 경우에는 예탁원이 그 의결권을 행사할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 당해 주권의 발행회사가 제4항의 규정에 의한 예탁원의 의결권 행사에 관한 내용을 함께 통지 또는 공고하지 아니한 경우
2. 당해 주권의 발행회사가 예탁원으로 하여금 의결권을 행사하지 못하게 할 것을 금융감독위원회에 요청하는 경우
3. 당해 주주총회의 회의목적 사항이 상법 제360조의3, 제360조의 16, 제374조, 제438조, 제518조, 제519조, 제522조, 제530조의3 및 제604조에 규정된 사항에 해당하는 경우
4. 당해 주주가 주주총회에서 의결권을 직접 행사 또는 대리 행사하는 경우

⑥, ⑦ 생략

판례집 20-2(하)

금융산업의 구조개선에 관한 법률 제12조(부실금융기관에 대한 정부 등의 출자 등) ⑥ 제3항 및 제4항의 규정에 의하여 주식을 병합하는 경우에 당해 부실금융기관은 5일 이상의 기간(그 기간 중 마지막 날을 “주식병합기준일”이라 한다)을 정하여 그 내용과 그 기간 내에 주권을 회사에 제출할 것을 공고하고, 주식병합 기준일로부터 1월 이내에 신주권을 교부하여야 한다. 다만, 증권거래법에 따라 주권이 증권에탁원에 예탁되어 있는 주식을 병합하는 경우에는 주식병합 기준일에 실질 주주명부의 기재에 의하여 구주권의 제출 및 신주권의 교부가 이루어진 것으로 할 수 있으며 이 경우 그 사실을 본문의 규정에 의한 공고 시 함께 공고하여야 한다.

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

⑧ 부실금융기관은 제7항에 의한 청구가 있는 경우에는 청구를 받은 날부터 2월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다. 이 경우 주식의 매수가액은 주주와 회사 간의 협의에 의하여 결정하며 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 회계전문가가 정부 등의 출자 또는 유가증권의 매입이 이루어지기 전의 부실금융기관의 재산가치와 수익가치 등을 고려하여 산정한 가격으로 한다.

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

## 형법 제335조 등 위헌소원

(2008. 12. 26. 2006헌바16 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 형법 제335조의 폭행·협박 규정이 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)
2. 형법 제335조에서 준강도에 대하여 강도죄와 같은 법정형을 규정한 것이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(이하 ‘특강법’이라 한다) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 특강법 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분이 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃어 평등원칙에 반하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 형법 제335조의 입법목적과 관련조항의 규정, 대법원의 확립된 해석방법 등을 종합하면 형법 제335조가 폭행 및 협박의 행위상황을 구체적으로 규정하지는 않았지만 강도죄에 준하여 처벌하는 입법형식을 통하여 준강도의 행위상황이 강도와 동일하게 볼 수 있을 정도의 위험상황이어야 한다는 입법자의 입법의도가 일의적으로 파악되기에 충분하고, 수많은 판례를 통하여 형법상 폭행죄 또는 협박죄 및 형법 제335조의 준강도를 비롯하여 그 태양에 폭행 또는 협박을 포함하는 모든 죄에 있어서 폭행·협박의 각각의 의미가 분명해졌다고 할 것이므로, 형법 제335조의 폭행·협박 규정이 불명확하다고 단정하기는 어려워 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

2. 준강도의 성립요건을 대법원 판례와 같이 폭행·협박이 절도의 기회에 행하여져야 할 뿐만 아니라 그 정도도 강도죄의 경우와 같아야 한다고 이해하는 한 준강도죄와 강도죄 사이에는 재물탈취 및 폭행·협박의 결합이라는 점에서 어느 정도 동일성이 인정되고 따라서 같게 취급할 필요가 있다 할 것이므로 그에 대하여 같은 법정형을 규정한 것이 ‘다른 것을 같게’ 취급하는 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에 위반된다고는 볼 수 없다.

3. 형법 제337조의 강도상해죄의 죄질, 특강법 제3조의 입법목적 및 누범요건, 관련 헌법재판소 결정, 대법원 판례 등을 종합하면, 특강법 제3조에 의하여 강도상해죄의 형의 하한이 징역 7년에서 징역 14년까지 가중된다고 하더라도 지나치게 과중하고 가혹한 형벌을 규정하는 조항이라고 단정할 수 없고, 입법재량의 한계를 벗어나 법관의 양형재량을 과도하게 제한하고 있는 것이라고도 볼 수 없다.

4. 특강법의 입법배경, 생명과 신체의 안전이라는 보호법익의 중대성, 강도상해죄를 범한 누범자의 반사회성과 위험성, 행위자 책임의 정도 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등을 종합적으로 고려할 때, 강도상해죄에 특강법 제3조를 적용하여 단기의 2배까지 가중하는 경우 그 법정형이 무기 또는 14년 이상의 징역이 된다 하더라도 강도강간·해상강도상해·해상강도 등의 법정형과 비교하여 그 형의 하한이 더 높다는 이유만으로 그 가중정도가 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하여 평등원칙에 반한다고 단정할 수는 없다.

### 【심판대상조문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제335조(준강도) 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전2조의 예에 의한다.

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조(누범의 형) 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제12조, 제13조, 제37조 제2항

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제334조(특수강도) ① 야간에 사람의 주거, 간수하는 저택, 건조물이나 선박 또는 점유하는 방실에 침입하여 전조의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 전조의 죄를 범한 자도 전항의 형과 같다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제337조(강도상해, 치상) 강도가 사람을 상해하거나 치상한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제2조(적용범위) ① 이 법에서 “특정강력범죄”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 형법 제24장의 살인의 죄 중 제250조(살인·존속살해), 제253조(위계 등에 의한 촉탁살인 등), 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범을 제외한다)
2. 형법 제31장의 약취와 유인의 죄 중 제287조(미성년자의 약취·유인), 제288조(영리 등을 위한 약취·유인·매매 등), 제289조(국외이송을 위한 약취·유인·매매), 제293조(상습범), 제294조(미수범. 다만, 제291조 및 제292조의 미수범을 제외한다)
3. 형법 제32장의 정조에 관한 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미성년자에 대한 간음·추행)의 죄 및 제301조(강간 등에 의한 치사상)의 죄
4. 형법 제38장의 강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범. 다만, 제329조 내지 제332조의 미수범을 제외한다)
5. 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직), 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의8(단체등의 조직)

② 제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

## 【참조판례】

1. 헌재 1997. 8. 21. 96헌바9, 판례집 9-2, 272, 279-280
3. 헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20, 판례집 20-1상, 426, 435-436

판례집 20-2(하)

**【당 사 자】**

청 구 인 이○신  
 대리인 법무법인 신성  
 담당변호사 안상돈 외 6인  
 당해사건 부산고등법원 2005노691 강도상해

**【주 문】**

1. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호) 제335조는 헌법에 위반되지 아니한다.
2. ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조 중 ‘특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상
  - 가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1999. 9. 3. 창원지방법원 진주지원에서 강도강간죄 등으로 징역 6년을 선고받아 2004. 11. 19. 대구교도소에서 그 형의 집행을 마쳤다.

(2) 그 후 청구인은 김○인과 합동하여 2005. 5. 11. 05:35경부터 같은 날 05:45경까지 사이에 진주시 상대동에 있는 원룸식 공동주택인 ○○빌리지 306호에 들어가 피해자 문○호의 현금 5만 원과 시가 35만 원 상당의 차량경보기 1개를 가지고 가고, 그곳에서 같이 잠을 자던 피해자 박○진의 현금 4만 원과 신용카드 2장 등이 들어 있는 지갑 1개를 꺼내어 가 이를 각 절취하였다.

그런데 박○진이 인기척에 잠이 깨 청구인과 김○인이 집밖으로 나가는 것을 발견하고 문○호를 깨워 “도둑이 들었다. 녹색 티와 검정색 티를 입은 사람 2명이다.”라고 알려준 후 둘이서 함께 청구인 등을 뒤쫓아 나가 주위를 살피던 중, 위 범행장소로부터 100~150미터 가량 떨어진 분식집 앞을 걸어가는 청구인 등을 발견하고 박○진이 서라고 고함치자 청구인 등은 도주를 하였다.

이에 문○호 등이 청구인 등을 추격하여 붙잡은 다음 훔친 지갑을 내놓으라고 하자, 청구인은 이에 항거하면서 체포를 면탈하기 위하여 문○호의 얼굴

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마16

을 주먹으로 수회 때리고, 문○호가 청구인의 머리를 잡아 바닥에 앉히자 청구인은 다시 일어나 문○호의 얼굴을 때리고, 문○호와 박○진이 함께 주먹과 발로 청구인을 때리자 그 와중에 김○인은 옷통을 벗고 문신을 보여 겁을 주며 주먹으로 문○호의 얼굴을 1회 때려, 문○호에게 약 10일간의 치료를 요하는 안면부 좌상 등을 가하였다.

(3) 이로 인하여 청구인은 형법 제337조의 강도상해죄로 기소되어 창원지방법원 진주지원(2005고합39)에서 유죄로 인정되고 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조에 의해 그 형의 단기의 2배까지 누범가중된 후 작량감정된 형기의 범위 내에서 징역 8년을 선고받고, 이에 항소하여 부산고등법원에서 재판을 받던 중, 형법 제335조, 제337조 및 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조가 헌법상 평등원칙, 죄형법정주의의 원칙 등에 반하는 위헌적인 법률조항이라며 위헌심판제청신청(2006초기7)을 하였으나, 2006. 2. 9. 위신청이 기각되자, 같은 달 20. 형법 제335조 및 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 제3조에 관하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 그 후 청구인에 대하여는 또 다른 강도상해 사건이 병합된 후 2006. 9. 20. 부산고등법원에서 강도상해죄로 징역 7년이 선고되었고(2005노691-1, 390), 이에 대하여 청구인이 상고하였으나 대법원은 2006. 12. 7. 상고를 기각하였다(2006도7103).

#### 나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제335조 및 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것, 이하 ‘특강법’이라고만 한다) 제3조 중 ‘특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.’ 부분이다.

#### [심판대상조항]

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호) 제335조(준강도) 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전 2조의 예에 의한다.

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호) 제3조(누범의 형) 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의

판례집 20-2(하)

2배까지 가중한다.

[관련조항]

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제1조(목적) 이 법은 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위함을 목적으로 한다.

제2조(적용범위) ① 이 법에서 “특정강력범죄”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 형법 제24장의 살인의 죄 중 제250조(살인·존속살해), 제253조(위계 등에 의한 촉탁살인 등), 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범을 제외한다)
2. 형법 제31장의 약취와 유인의 죄 중 제287조(미성년자의 약취·유인), 제288조(영리 등을 위한 약취·유인·매매 등), 제289조(국외이송을 위한 약취·유인·매매), 제293조(상습범), 제294조(미수범. 다만, 제291조 및 제292조의 미수범을 제외한다)
3. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미성년자에 대한 간음·추행)의 죄 및 제301조(강간 등에 의한 치사상)의 죄
- 3의2. 「형법」 제32장의 강간과 추행의 죄(제304조의 죄를 제외한다), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조 내지 제12조의 죄 또는 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄로 2회 이상 실형을 받은 자가 범한 「형법」 제297조, 제298조, 제299조, 제300조, 제305조 및 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의 죄
4. 형법 제38장의 강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범. 다만, 제329조 내지 제332조의 미수범을 제외한다)
5. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조(단체 등의 구성·활동), 특

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마16

정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의8(단체 등의 조직)

② 제1항 각 호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

형법 제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다.

② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.

제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제334조(특수강도) ① 야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입하여 제333조의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 전조의 죄를 범한 자도 전항의 형과 같다.

제337조(강도상해, 치상) 강도가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

## 2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장

#### (1) 형법 제335조에 대하여

(가) 형법 제335조는 본래의 강도죄와 동일하게 평가될 “폭행 및 협박의 행위상황”을 규정하지도 않은 채 강도죄의 형으로 처벌하도록 정하고 있는바, 이 규정만으로는 절도를 당한 며칠 후 그 절도범을 알아 본 피해자가 절도범을 체포하려고 하자 절도범이 체포를 면탈하기 위하여 피해자를 폭행·협박한 경우에도 제335조의 준강도에 해당된다고 해석할 수밖에 없게 되는데, 이는 범죄의 구성요건을 명확하게 규정하지 아니함으로써 헌법 제12조, 제13조의 죄형법정주의의 원칙을 위반한 것이다.

(나) 또한 ① 절도 직후 절도현장에서 바로 추격되는 경우가 아니라 절도범이 일단 피해자의 시야를 벗어나 현장에서 상당히 벗어난 경우에도 피해자가 절취 피해사실을 확인하고 집 밖으로 쫓아나가 200미터 정도 떨어진 곳에서 절도범을 발견하여 체포하는 과정에서 폭행·협박이 행하여지거나, ② 그 체포 과정에서 피해자가 사회상규상 체포에 필요한 정도를 넘는 폭력을 행사하여 절도범이 이에 대항하기 위하여 폭행한 경우에도 모두 준강도죄라고 해석

판례집 20-2(하)

하는 것이 재판실무인데, 이렇게 넓게 준강도를 인정하면 본래의 강도죄와 동일하게 평가하여 같은 법정형으로 처벌하는 근거를 상실하고 질적·양적으로 다른 범죄를 동일하게 평가하여 같은 법정형으로 처벌하는 결과가 됨으로써, 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위반되고, 형벌은 행위의 반가치성과 행위자의 부책에 상응하는 정당한 비례성이 지켜져야 하며 가혹한 형벌은 배제되어야 한다는 헌법 제12조, 제13조의 죄형법정주의의 원칙에 위반된다.

(다) 예비적으로, 위 항에서 본 바와 같이 절도 직후 범행현장으로부터 시간적, 장소적으로 떨어진 상태에서 체포를 면탈하기 위하여 폭행·협박하거나, 절도범이 체포를 당하는 과정에서 피해자의 폭행행위에 소극적으로 저항하는 행위까지 준강도범이라고 재판실무상 해석하는 것은 헌법상 평등원칙 등에 위반된다.

(2) 특가법 제3조에 대하여

특가법 제3조는 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.”라고 규정하여, 형법 제35조의 누범이 장기만 2배까지 가중되는 것과 달리 장기와 단기 모두를 2배까지 가중하고 있고, 이로 인하여 준강도가 상해의 결과를 야기하였을 때에는 징역 14년 이상의 처벌을 받게 되고 가사 작람감경을 하더라도 7년 이상의 징역형이 선고될 수밖에 없으나, 이는 행위의 반가치성과 행위자의 부책에 상응하는 형벌이어야 한다는 비례의 원칙을 무시하고 지나치게 가혹한 것이므로 헌법 제10조, 제11조, 제12조 및 제13조에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유요지

형법 제335조가 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없고, 절도가 체포를 면탈할 목적으로 폭행·협박한 것을 준강도로 처벌하는 것은 그 행위의 죄질이 강도와 등가로 평가할 수 있기 때문이며, 특가법 제3조가 평등의 원칙에 반한다거나 과잉형벌이라고 볼 수도 없고, 죄형법정주의의 원칙에 반한다거나 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다고도 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 형법 제335조의 위헌 여부

(가) 명확성원칙 위배 여부

준강도죄는 그 규정체계상 절도죄 규정이 아니라 강도죄 규정의 하위에 위

치하고 있기 때문에 통설·판례에 의하여 그 폭행 또는 협박의 정도가 강도죄에서 규정한 그것의 정도와 동일하게 해석되어 온 점, 형법에 있는 폭행죄, 협박죄 또는 그 태양에 폭행 또는 협박을 포함하는 모든 죄에 있어 폭행 또는 협박의 정도를 따로 규정한 바 없다는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제335조가 명확성의 원칙에 반한다는 청구인의 주장은 받아들이기 어렵다.

(나) 준강도죄 법정형의 합리성

형법 제335조에서 절도가 폭행 또는 협박을 행한 경우 중 강도와 죄질이 같은 것으로 볼 수 있는 일부의 경우를 강도죄와 동일한 법정형으로 규정한 것은 준강도행위를 억제하고 국민의 생명과 신체를 보호하기 위하여 국가가 당연히 취해야 할 수단을 채택한 것이라 할 것이다. 또한 판례와 통설에 의하면 준강도와 강도죄의 죄질을 동일하게 볼 수 있는 구성요건으로서 “절도범행의 실행 중 또는 실행 직후로서 절도범행과의 밀접한 건련성”을 갖춰야 하기 때문에 자의적으로 처벌의 범위가 확대되는 것은 충분히 방지되고 있다. 따라서 형법 제335조가 준강도죄와 강도죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 평등의 원칙에 위배되었다거나 형벌체계상 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수는 없다.

(2) 특강법 제3조의 위헌 여부

특강법 제3조는 흉악범죄 및 누범이 격증하는 사회현상 하에서 국민의 생명과 안전을 보호하기 위하여 특정강력범죄에 대하여 누범요건을 강화한 후 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하여 처벌하도록 규정하고 있는바, 그 입법목적과 규정내용, 제재수단 등을 고려하면 특강법 제3조가 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 행위자의 책임을 초과하여 처벌하거나 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 규정이라고 볼 수 없다.

3. 본안에 대한 판단

가. 형법 제335조의 위헌 여부

(1) 형법 제335조의 준강도는 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박할 때에 성립하는 범죄로서 강도죄(형법 제333조)와 특수강도죄(형법 제334조)의 예에 의하여 처벌하는 바, 준강도죄의 불법내용을 위 각 강도죄의 그것과 같다고 하기 위해서는 폭행·협박이 절도의 기회에 행하여져야 할 뿐만 아니라 그 정도도 강도죄의 경우와 같아야 한다.

판례집 20-2(하)

우리 재판소는 「형법에서 준강도를 인정한 취지는 절도범인 중 형법 제335조 소정의 행위를 한 자의 그 죄질이나 위험성을 강도와 같게 보아서 강도와 동일한 법정형으로 처벌하도록 함에 있는 것이다. 즉, 강도는 먼저 폭행·협박을 사용하고 그 다음에 재물을 탈취하는 것이지만, 준강도는 먼저 재물을 탈취하거나 또는 이의 실행 중에 폭행·협박을 사용한다는 점에서 차이가 있을 뿐, 절도범행의 실행 중 또는 실행 직후에 발각되었을 때 폭행·협박의 범행을 유발할 수도 있는 특별한 위험상황을 배제할 수 없고 그와 같은 상황이 일어난다면 그 행위의 죄질이 강도와 등가로 평가할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 볼 때 준강도의 죄질을 강도와 동일하게 볼 수 있기 위하여는 절도범행의 실행 중 또는 실행 직후로서 절도범행과 밀접한 관련성이 요구되는 것이며 형법 제335조는 이 요구에 부응하고 있다.」(헌재 1997. 8. 21. 96헌바9, 판례집 9-2, 272, 279-280 참조)라고 결정한 바 있다.

(2) 청구인은 형법 제335조는 본래의 강도죄와 동일하게 평가될 “폭행 및 협박의 행위상황”을 규정하지도 않은 채 강도죄의 형으로 처벌하도록 정하고 있는데, 이는 범죄의 구성요건을 명확하게 규정하지 아니함으로써 헌법 제12조, 제13조의 죄형법정주의원칙을 위반한 것이라 주장한다.

살피건대, 「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 규정하여야 하는 것을 의미한다. 이와 같은 명확성의 원칙은 특히 처벌법규에 있어서 엄격히 요구된다. 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 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 배치되는 것이 아니다.」(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383 ; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748)

앞서 살펴본 바와 같이 형법 제335조는 절도범인이 절취행위의 기수 후 또는 절취에 착수하여 범행완성 전에 본조 소정의 목적으로 폭행·협박을 한

경우에 재물탈취의 방법으로 폭행·협박을 사용하는 강도죄와 비교하여 재물 탈취 및 폭행·협박의 시간적 순서에 전후의 차이가 있을 뿐 폭행·협박의 목적 및 행위상황의 죄질은 동일하다고 보아 강도죄에 준하는 처벌규정을 둔 것으로서, 그 규정체계상 절도죄 규정(형법 제329조)이 아니라 강도죄 규정(형법 제333조)의 하위에 위치하고 있다. 또한 형법에는 제335조의 준강도 외에도 여러 구성요건(제115조의 소요죄, 제136조의 공무집행방해죄, 제297조의 강간죄 등)에서 폭행 또는 협박이라는 개념이 사용되는데, 형법 제335조의 폭행 또는 협박의 정도는 강도죄에서 규정한 그것의 정도와 같다는 것이 통설이다. 대법원도 「준강도죄의 구성요건인 폭행, 협박은 일반강도죄와의 균형상 사람의 반항을 억압할 정도의 것임을 요하므로, 일반적, 객관적으로 체포 또는 재물탈환을 하려는 자의 체포의사나 탈환의사를 제압할 정도라고 인정될 만한 폭행, 협박이 있어야만 준강도죄가 성립한다.」(대법원 1990. 4. 24. 선고 90도193 판결, 대법원 1985. 11. 12. 선고 85도2115 판결, 대법원 1985. 5. 14. 선고 85도619 판결, 대법원 1981. 3. 24. 선고 81도409 판결 등 참조)라고 일관되게 해석하고 있다.

형법 제335조의 입법목적과 관련조항의 규정, 위와 같은 학계와 대법원의 확립된 해석방법을 종합하면, 형법 제335조가 비록 폭행 및 협박의 행위상황을 구체적으로 규정하지는 않았지만 강도죄에 준하여 처벌하는 입법형식을 통하여 준강도의 행위상황이 강도와 동일하게 볼 수 있을 정도의 위험상황이어야 한다는 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기에 충분하고, 형법 제335조의 폭행·협박에 대하여 법관의 보충적 해석의 필요성이 있다고 하더라도 그 동안 수많은 판례를 통하여 형법상 폭행죄 또는 협박죄 및 형법 제335조의 준강도를 비롯하여 그 대양에 폭행 또는 협박을 포함하는 모든 죄에 있어서 폭행·협박의 각각의 의미가 분명해졌다고 할 것이다.

그렇다면 형법 제335조를 적용함에 있어서 그 행위상황에 대한 다의적 해석의 우려가 있다고는 볼 수 없으므로 형법 제335조의 폭행·협박 규정이 불명확하다고 단정하기는 어렵고, 따라서 형법 제335조가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 또한 청구인은 위 2. 가. (1)의 (나), (다)에서 ① 절도범이 절도 직후 현장에서 상당히 이탈한 경우에 피해자가 절도범을 추격하여 현장에서 멀리 떨어진 곳에서 절도범을 발견하고 체포하는 과정에서 절도범이 체포를 면탈하

판례집 20-2(하)

기 위하여 폭행·협박하는 경우도 준강도죄에 해당한다거나, ② 피해자가 절도범을 체포하고자 하면서 체포에 상당한 정도를 넘는 폭행을 가하는 경우에 절도범이 그에 소극적으로 저항하는 행위도 준강도에 해당하는 것으로 해석, 적용하는 것은 위헌이라는 취지의 주장을 하고 있다.

그러나 위에서 본 우리 재판소의 결정 및 대법원의 판결례에 비추어 볼 때, 청구인이 주장하는 바는 준강도죄의 성립에 필요한 시간적·장소적 견련성 또는 형법 제335조에서 열거하고 있는 목적의 범위의 판단에 대한 것으로서 법원의 구체적인 법률해석 및 적용에 관한 문제일 뿐, 형법 제335조 자체의 위헌성 문제는 아니라 할 것이다.

(4) 또한 준강도의 성립요건을 앞서 본 바와 같이 이해하는 한, 준강도죄와 강도죄 사이에는 채물탈취 및 폭행·협박의 결합이라는 점에서 어느 정도 동일성이 인정되고 따라서 같게 취급할 필요가 있다 할 것이므로, 그에 대하여 같은 법정형을 규정한 것이 ‘다른 것을 같게’ 취급하는 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에 위반된다고는 볼 수 없다.

(5) 소 결

결국, 형법 제335조는 헌법 제12조, 제13조의 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니하고, 헌법 제11조의 평등원칙 또는 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치에 위배되지 아니한다고 할 것이다.

나. 특가법 제3조 부분의 위헌 여부

(1) 특가법 제3조의 성격

특가법 제3조가 정하는 누범요건은 전범과 후범 모두 특가법이 정하는 특정강력범죄에 해당할 것을 요구한다는 점에서 전범과 후범 간에 아무런 관련성을 요구하지 않는 형법 제35조가 정한 누범요건과 차이가 있고, 그 효과 면에서는 형법상 누범의 경우 형의 상한만을 2배 가중하고 있는 데 반하여 형의 상한과 하한을 모두 2배 가중하고 있다.

(2) 특가법 제3조의 입법목적

1990. 12. 31. 특가법을 제정한 이유는 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄로서 가정과 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 방위하기 위한 것이었다. 그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여 특가법 제2조에서 형법과 여러 형사특별법의 일정한 범죄를 특정강력범죄로 규정하고, 특가법 제3조에서는 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나

면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중”하도록 규정하며, 특강법 제5조에서는 “특정강력범죄로 형의 선고를 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 10년을 경과하지 아니한 자가 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 형의 집행을 유예하지 못한다”라고 규정하였다. 그러므로 특강법 제3조의 입법목적은 결국 특강법의 입법목적과 같다 할 것이고, 특강법 제3조는 제정된 이래로 단 한 차례도 개정된 바 없이 유지되어 오고 있다.

(3) 과잉금지의 원칙 위반 여부

(가) 형벌법규에 대한 위헌심사기준

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20).

다른 한편 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형벌의 경우에도 마찬가지로서, 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자

판례집 20-2(하)

의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률 조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24 참조).

(나) 책임원칙에 반하는 과잉형벌인지 여부

이 사건 특강법 제3조 부분의 입법목적이 정당하다 하더라도, 형법 제35조의 누범 가중처벌 조항이 있는 외에 특정강력범죄의 일정한 누범요건에 해당하기만 하면 강도상해죄에 정한 법정형의 단기까지 2배 가중하도록 하고 있는 것이 행위의 죄질과 책임에 비추어 지나치게 과도한 형벌을 규정하고 있는 것은 아닌지 문제된다.

먼저 ‘2회 이상 폭력범죄로 징역형을 받은 후 다시 폭력범죄를 범한 자에 대한 누범 가중처벌 규정’인 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제3조 제4항에 대하여 우리 재판소는 「폭처법 제3조 제4항이 정하는 누범요건은 과실범간의 또는 과실범과 고의범 간의 누범도 인정하는 형법상의 누범요건과는 달리 전범과 후범이 모두 고의범으로서 폭력범죄라는 관련성을 가질 것과 폭력범죄로 인한 2회 이상의 징역형을 요구하고 있는 점에서 보다 엄격히 그 요건을 정하고 있다. 따라서 누범요건으로 전범과 후범 사이에 범죄행위의 관련성을 요구하고, 전범으로 2회 이상의 징역형을 요구하는 위 조항의 누범요건은 폭력범죄로 인한 전판결의 경고가 실질적으로 동일한 폭력범죄를 억제할 것을 명하는 기능을 하는 경우에만 누범이 성립되도록 그 요건을 정하고 있어, 형법상의 누범조항과는 달리 단순한 범죄의 반복만으로 중대한 책임을 지우는 것이 아니라, 이전의 반복된 폭력범죄로 유죄판결을 받고도 죄질이 중한 같은 폭력범죄를 저지른 경우에만 가중처벌을 하고 있다고 할 것이므로 그 요건에서 이미 책임원칙과 조화되도록 하고 있다. 나아가 폭력전과자들의 반복된 폭력행위, 그것도 조직적·집단적 폭력과 같이 그 위해가 심대하거나 흉기폭력과 같이 생명·신체에 중대한 손상을 초래하는 폭력범죄로부터 건강한 사회를 방위하고, 고질적인 폭력풍토를 시급히 쇄신하여야 할 현실적 필요성에서 제정된 폭처법의 입법배경을 고려하면, 위 조항이 정한 누범의 법정형이 책임원칙에 반하는 과잉처벌이라고 단정하기 어렵다.’(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바68)라고 결정한 바가 있다.

한편 “금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자”에 대하여는 형법 제35조에 그 죄에 정한 형의 장기를 2배 가중하는 누범 조항을 두고 있는바, 누범을 가중처벌하는 이유는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지

아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도 때문에 책임이 가중되고, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지므로써 범죄추진력이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중되며, 나아가 재범 예방이라는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 것이라고 볼 수 있다(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43 참조). 즉 형법상 책임이 행위자가 합법을 결의하고 행동할 수 있었음에도 불구하고 불법을 결의하고 행동하였다고 하는 의사형성에 대한 비난가능성을 의미한다고 볼 때 ‘재판의 경고기능의 무시’나 ‘범죄추진력의 강화’는 이러한 비난가능성을 가중시키므로 누범을 가중처벌하는 것은 일응 합리적 이유가 있다 할 것이다.

이상의 점을 종합하여 이 사건 특강법 제3조 부분에 대하여 살펴보면, 이 사건 특강법 제3조 부분이 정한 누범은, 형법상의 누범이 이전에 어떠한 범죄로든 금고 이상의 유죄판결을 받고서도 다시 범죄를 행한 자에게 중대한 책임을 지우는 것과는 달리, 이전의 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 강도상해죄를 범한 경우에만 가중처벌을 함으로써 전판결의 경고기능을 실질화한 것으로 볼 수 있다.

또한 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 사회를 방위함을 목적으로 하는 특강법의 입법목적, 특강법 제2조에서 살인, 약취·유인, 강간, 강도, 단체범죄 등 죄질이 불량하고 범행에 대한 비난가능성이 크며 피해가 중한 반인륜적이고 반사회적인 범죄만을 특강법이 적용되는 특정강력범죄로 제한하고 있는 점, 특정강력범죄인 강도상해죄가 국민의 생명, 신체 등 법익을 심각하게 침해할 가능성이 높고 사회질서에 대한 혼란을 야기할 수 있는 점 및 이 사건 특강법 제3조 부분에서 가중처벌되는 누범은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 비난가능성·반사회성 및 책임이 더 크고, 그에 대한 가중처벌은 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방, 더 나아가 사회의 질서유지의 목적을 달성하기 위한 하나의 수단이기도 한 점 등을 고려하면, 특강법에서 정한 특정강력범죄로 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 비교적 짧은 기간이라 할 수 있는 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 강도상해죄를 범한 경우 그 죄에 정한 형의 장기뿐만 아니라 단기의 2배까지 가중하여 처벌하도록 규정한 이 사건 특강법 제3조 부분이 범죄와 형벌 사이에 적절한 비례관계가 있어야 한다는 책임원칙에 반하는 과잉형벌이라 단정

판례집 20-2(하)

할 수는 없다고 할 것이다.

한편 법관의 양형재량과 관련하여 보건대, 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞는 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 그 폭을 가급적 넓게 규정하는 것이 바람직하나, 입법자가 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 법률 그 자체로써 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수궁할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20 참조).

이 사건 특강법 제3조 부분은 형의 단기, 즉 하한의 2배까지 가중하도록 규정하고 있다는 점에서 법관의 양형을 제한하는 면이 없지 않으나, 반인륜적이고 반사회적인 흉악범죄에 해당하는 특정강력범죄의 재발을 방지하고자 하는 입법목적 및 특정강력범죄로 이미 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 자가 그 후 3년 내에 다시 특정강력범죄인 강도상해죄를 저지른 경우에는 그 비난가능성이 특히 크다고 보아 엄히 처벌하려는 입법자의 판단에 수궁할 만한 합리적 이유가 있다고 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 특강법 제3조 부분이 입법재량의 한계를 벗어나 법관의 양형재량을 과도하게 제한하고 있는 것이라고 볼 수 없다.

(4) 평등의 원칙 위반 여부

(가) 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이라는 문제가 제기된다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바 24, 판례집 4, 225, 233 ; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446, 458-459).

(나) 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서, 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수 밖에 없다. 그러므로 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일 선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중 여

부를 판정하여서는 아니 된다(헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 545; 헌재 1997. 3. 27. 95헌바50, 판례집 9-1, 290, 298-299).

또한 어느 범죄에 대한 법정형의 하한도 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 입법자가 그 재량으로 결정할 사항이며, 범죄의 경중과 법정형 하한의 경중이 언제나 반드시 정비례하는 것은 아니고 당해 범죄의 죄질 및 성격에 따라 다르다. 이는 우선 우리 형법상의 이른바 개인적 법익을 침해하는 죄에 관한 규정들만 보더라도 살인죄보다는 죄질이 가볍다고 볼 수 있는 죄인데도 그 법정형의 하한은 살인죄의 그것보다 높이 규정된 것이 흔히 있는바(예컨대, 제339조의 강도강간죄, 제340조 제2항의 해상강도상해죄 등의 법정형은 모두 “무기 또는 10년 이상의 징역”이고, 제340조 제1항의 해상강도죄 등의 법정형은 “무기 또는 7년 이상의 징역”이다), 위 형법 규정들이 모두 형벌체계상의 균형을 잃은 것으로서 위헌이라고 단정할 수 없다는 점에서도 분명하다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40 참조).

(다) 살피건대, 이 사건 특강법 제3조 부분은 이전의 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 강도상해죄를 범한 경우에만 적용되도록 그 요건을 엄격히 하고 있는바, 이러한 경우는 특강법상 특정강력범죄로 인한 실형을 선고한 전판결의 경고작용에 비추어 행위자에 대한 중대한 책임비단이 가능한 경우라고 판단되고, 특히 특정강력범죄가 국민의 생명, 신체 등 법익을 심각하게 침해할 가능성이 높고 사회질서에 대한 혼란을 야기할 수 있는 점, 이러한 유형의 특정강력범죄를 예방하고 근절하려는 목적에서 특별법으로 제정된 특강법의 입법배경, 생명과 신체의 안전이라는 보호법익의 중대성, 강도상해죄를 범한 누범자의 반사회성과 위험성, 행위자 책임의 정도 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등을 종합적으로 고려할 때, 청구인에 대한 강도상해죄에 특강법 제3조를 적용하여 단기의 2배까지 가중하는 경우 그 법정형이 무기 또는 14년 이상의 징역이 된다 하더라도, 단 1회의 범행에도 적용 가능한 강도강간·해상강도상해·해상강도 등의 법정형과 비교하여 그 법정형의 하한이 더 높다는 이유만으로 그 가중정도가 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하여 평등원칙에 반한다고 단정할 수는 없다.

(5) 소 결

그렇다면 이 사건 특강법 제3조 부분이 과중하고 가혹한 형벌을 규정하여 책임원칙에 반한다거나 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 위배되는 조

판례집 20-2(하)

항이라고는 볼 수 없다.

#### 4. 결 론

따라서 형법 제335조 및 특가법 제3조 중 ‘특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도상해를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.’ 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동흡  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 구 상속세 및 증여세법 제63조 제3항 위헌소원

(2008. 12. 26. 2006헌바115 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 대통령령이 정하는 최대주주 및 그와 특수관계에 있는 주주의 주식에 대하여 주식평가액의 100분의 20을 가산하되, 최대주주가 발행주식총수의 100분의 50을 초과하여 보유하는 경우에는 100분의 30을 가산하도록 규정한 구 ‘상속세 및 증여세법’(1999. 12. 28. 법률 제 6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제63조 제3항 전문 중 ‘제63조 제1항 제1호 다목이 정한 주식’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 조세평등주의에 위반되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항이 최대주주 등의 보유주식 가치를 다른 주주의 보유주식과 달리 취급하면서 예외를 인정하지 아니하는 일률적인 규율방식을 취하였고, 또한 거래 주식의 수량이나 거래의 상대방 등에 따라 그 적용범위를 한정하는 방식을 취하지 아니하였다고 하더라도, 이는 주식의 가치 및 회사 지배권의 특성을 감안한 바탕 위에 공평한 조세부담을 통한 조세정의의 실현 요구, 징세의 효율성이라는 조세정책적, 기술적 요구를 종합적으로 고려하여 결정한 것이라고 할 수 있을 뿐, 그 입법목적에 비추어 자의적이거나 임의적인 것으로서 입법형성권의 한계를 벗어났다고 볼 수 없으므로 조세평등주의에 위반되지 아니하다.

2. 최대주주가 보유한 주식은 그 가치에 더하여 당해 회사의 지배권을 행사할 수 있는 특수한 가치, 이른바 ‘지배권 프리미엄’을 지니고 있으며, 이것은 개별 회사의 자본 및 부채의 구조, 경영실적 등 다양한 요소들에 의해 그 가치가 달라질 수 있다. 따라서 개개 법인에 존재하는 지배권의 가치를 개별적으로 정확하게 파악하는 것은

판례집 20-2(하)

결코 쉬운 일이 아니며 지배가치를 평가함에 있어 어떠한 입법 방식을 택하고 어느 정도의 가치를 부여할 것인가의 문제는 여러 사회·경제적 요소들을 고려하여 입법자가 입법형성적 재량을 일탈하지 않는 범위 내에서 선택할 수 있는 사항이다. 위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 최대주주의 주식에 대하여 20%의 가산율을 규정하고 최대주주가 발행주식총수의 100분의 50을 초과하여 보유한 경우에는 100분의 30을 가산하도록 규정한 것은 주식보유비율에 따른 할증률의 차등 적용일 뿐, 이러한 가산율이 지나치게 과잉한 것으로서 입법자의 입법형성적 재량을 일탈하여 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

**【심판대상조문】**

구 상속세 및 증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제 6780호로 개정되기 전의 것) 제63조(유가증권 등의 평가) ①~② 생략

③ 제1항 제1호 및 제2항의 규정을 적용함에 있어서 대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계에 있는 주주 또는 출자자(이하 이 항에서 “최대주주 등”이라 한다)의 주식 및 출자지분(평가기준일이 속하는 사업연도 전 3년 이내의 사업연도부터 계속하여 법인세법 제14조제2항의 규정에 의한 결손금이 있는 법인의 주식 또는 출자지분을 제외한다)에 대하여는 제1항 제1호 및 제2항의 규정에 의하여 평가한 가액에 그 가액의 100분의 20을 가산하되, 최대주주 등이 당해 법인의 발행주식총수 등의 100분의 50을 초과하여 보유하는 경우에는 100분의 30을 가산한다. 이 경우 최대주주 등이 보유하는 주식 또는 출자지분의 계산은 대통령령으로 정한다.

④ 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조, 제23조, 제37조

구 상속세 및 증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제 6780호로 개정되기 전의 것) 제63조(유가증권 등의 평가) ① 유가증권 등의 평가는 다음 각 호의 1에서 정하는 방법에 의한다.

1. 주식 및 출자지분의 평가

가. 한국증권거래소에서 거래되는 주식 및 출자지분은 평가기준일 이전·이후 각 2월간에 공표된 매일의 한국증권거래소 최종시세가액(거래실적의 유무를 불문한다)의 평균액. 다만, 평균액계산에 있어서 평가기준일 이전·이후 각 2월의 기간 중에 증가·합병 등의 사유가 발생하여 당해 평균액에 의하는 것이 부적당한 경우에는 평가기준일 이전·이후 각 2월의 기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마115

계산한 기간의 평균액에 의한다.

나. 대통령령이 정하는 협회등록법인의 주식 및 출자지분 중 대통령령이 정하는 주식 및 출자지분에 대하여는 가목의 규정을 준용한다. 이 경우 “한국증권거래소 최종시세가액”은 “증권업협회 기준가격”으로 본다.

다. 나목외의 한국증권거래소에 상장되지 아니한 주식 및 출자지분은 당해 법인의 자산 및 수익 등을 감안하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한다.

2. 제1호외의 국·공채등 기타 유가증권의 평가는 당해 재산의 종류·규모·거래상황 등을 감안하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한다.

②~④ 생략

구 상속세 및 증여세법 시행령(2000. 12. 29 대통령령 제17039호로 개정되고, 2001. 12.

31. 대통령령 제17459호로 개정되기 전의 것) 제19조(금융재산 상속공제) ① 생략

② 법 제22조제2항에서 “대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자”라 함은 주주 또는 출자자(이하 “주주 등”이라 한다) 1인과 다음 각 호의 1에 해당하는 관계가 있는 자의 보유주식 등을 합하여 그 보유주식 등의 합계가 가장 많은 경우의 당해주주 등을 말한다.

1. 친족

2. 사용인과 사용인외의 자로서 당해주주 등의 재산으로 생계를 유지하는 자

3. 재정경제부령이 정하는 기업집단의 소속기업(당해기업의 임원인 자를 포함한다)과 다음 각목의 1의 관계에 있는 자 또는 당해기업의 임원에 대한 임면권의 행사·사업 방침의 결정 등을 통하여 그 경영에 대하여 사실상의 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 자

가. 기업집단소속의 다른 기업

나. 기업집단을 사실상 지배하는 자

다. 나목의 자의 친족

4. 주주 등 1인과 제1호 내지 제3호의 자가 이사의 과반수를 차지하거나 재산을 출연하여 설립한 비영리법인

5. 제3호 본문 또는 동호 가목의 규정에 의한 기업의 임원이 이사장인 비영리법인

6. 주주 등 1인과 제1호 내지 제5호의 자가 발행주식총수 등의 100분의 30이상을 출자하고 있는 법인

7. 주주 등 1인과 제1호 내지 제6호의 자가 발행주식총수 등의 100분의 50이상을 출자하고 있는 법인

8. 주주 등 1인과 제1호 내지 제7호의 자가 이사의 과반수를 차지하거나 재산을 출연하여 설립한 비영리법인

③~④ 생략

구 상속세 및 증여세법 시행령(2000. 12. 29 대통령령 제17039호로 개정되고, 2001. 12.

31. 대통령령 제17459호로 개정되기 전의 것) 제53조(협회등록법인의 주식등의 평가 등)

①~② 생략

③ 법 제63조제3항에서 “대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계

판례집 20-2(하)

에 있는 주주 또는 출자자”라 함은 제19조제2항 본문의 규정에 해당하는 자 및 그와 동조동향 각 호의 1에 해당하는 관계에 있는 자를 말한다.

④ 법 제63조제3항의 규정에 의한 최대주주 등이 보유하는 주식 또는 출자지분의 계산을 함에 있어서는 당해 주식 등의 상속개시일 또는 증여일부터 소급하여 1년 이내에 양도하거나 증여한 주식 등을 합산하여 이를 계산한다.

구 상속세 및 증여세법 시행령(2000. 12. 29 대통령령 제17039호로 개정되고, 2001. 12. 31. 대통령령 제17459호로 개정되기 전의 것) 제54조(비상장주식의 평가) ① 법 제63조제1항 제1호 다목의 규정에 의한 한국증권거래소에 상장되지 아니한 주식 및 출자지분(이하 이 조에서 “비상장주식”이라 한다)은 다음의 산식에 의하여 평가한 가액에 의한다.

1주당 가액 = 1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액 ÷ 금융시장에서 형성되는 평균 이자율을 참작하여 재정경제부령이 정하는 율(이하 “순손익가치”라 한다)

② 제1항의 규정에 의하여 평가한 비상장주식의 가액이 다음의 산식에 의하여 평가한 가액에 미달하는 경우에는 다음의 산식에 의하여 평가한 가액으로 한다.

1주당 가액 = 당해법인의 순자산가액 ÷ 발행주식총수(이하 “순자산가치”라 한다)

③~④ 생략

**【참조판례】**

1. 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바65, 판례집 15-1, 121, 128-131  
헌재 2007. 1. 17. 2006헌바22, 판례집 19-1, 95, 106-107
2. 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바65, 판례집 15-1, 121, 131-132  
헌재 2007. 1. 17. 2006헌바22, 판례집 19-1, 95, 107-108

**【당 사 자】**

청 구 인 [별지] 목록과 같음

대리인 법무법인 태일

담당변호사 나중태 외 1인

당해사건 서울행정법원 2005구합22449 상속세결정및부과처분취소

**【주 문】**

구 ‘상속세 및 증여세법’(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제63조 제3항 전문 중 ‘제63조 제1항 제1호 다목이 정한 주식’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 금천세무서장은 2001. 4. 26. 사망한 망 최○환의 상속재산가액을 산정함에 있어 상속재산 중 모두 비상장주식인 ○○개발 주식회사 발행의 보통주 10,012주, □□ 주식회사 발행의 보통주 5,800주, △△ 주식회사 발행의 보통주 5,600주에 대한 평가액을 구 ‘상속세 및 증여세법’(1999. 12. 28. 법률 제 6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제63조 제3항에 따라 발행주식의 50%를 초과하는 최대주주의 주식이라는 이유로 130% 할증평가하여 산정하였고, 이를 기준으로 2003. 7. 1. 위 망 최○환의 상속인들인 청구인들에게 그 산출세액을 7,347,866,498원으로 하는 상속세 부과처분을 하였다.

(2) 이에 청구인들은 2005. 7. 21. 서울행정법원에 위 상속세부과처분의 취소소를 구하는 소를 제기(2005구합22449)하는 한편, 위 상속세부과처분의 근거법률 중 하나인 구 ‘상속세 및 증여세법’ 제63조 제3항이 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청신청(2006아936)을 하였으나 위 법원이 2006. 11. 28. 이를 기각하자, 같은 해 12. 29. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 구 ‘상속세 및 증여세법’ 제63조 제3항 전체에 대하여 헌법소원을 제기하였으나 동법 제63조 제3항 후문은 당해 사건과 직접적인 관련이 없으며 당해 사건은 비상장법인의 주식에 대한 평가를 다투고 있으므로 이러한 부분으로 심판대상을 한정함이 상당하다. 따라서 이 사건 심판의 대상은 구 ‘상속세 및 증여세법’(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상증법’이라 한다) 제63조 제3항 전문 중 ‘제63조 제1항 제1호 다목이 정한 주식’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부인바, 그 조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 상증법 제63조(유가증권 등의 평가) ③ 제1항 제1호 및 제2항의 규정을 적용함에 있어서 대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계에 있는 주주 또는 출자자(이하 이 항에서 “최대주주 등”이라 한다)의 주식 및 출자지분(평가기준일이 속하는 사업연도 전 3년 이내의 사업연도부터 계속하여 법인세법 제14조 제2항의 규정에 의한 결손금이 있는 법인의 주식

판례집 20-2(하)

또는 출자지분을 제외한다)에 대하여는 제1항 제1호 및 제2항의 규정에 의하여 평가한 가액에 그 가액의 100분의 20을 가산하되, 최대주주 등이 당해 법인의 발행주식총수 등의 100분의 50을 초과하여 보유하는 경우에는 100분의 30을 가산한다. 이 경우 최대주주 등이 보유하는 주식 또는 출자지분의 계산은 대통령령으로 정한다.

[관련조항]

구 상증법 제63조(유가증권 등의 평가) ① 유가증권 등의 평가는 다음 각 호의 1에서 정하는 방법에 의한다.

1. 주식 및 출자지분의 평가

가. 한국증권거래소에서 거래되는 주식 및 출자지분은 평가기준일 이전·이후 각 2월간에 공표된 매일의 한국증권거래소 최종시세가액(거래실적의 유무를 불문한다)의 평균액. 다만, 평균액계산에 있어서 평가기준일 이전·이후 각 2월의 기간 중에 증자·합병 등의 사유가 발생하여 당해 평균액에 의하는 것이 부적당한 경우에는 평가기준일 이전·이후 각 2월의 기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 기간의 평균액에 의한다.

나. 대통령령이 정하는 협회등록법인의 주식 및 출자지분 중 대통령령이 정하는 주식 및 출자지분에 대하여는 가목의 규정을 준용한다. 이 경우 “한국증권거래소 최종시세가액”은 “증권업협회 기준가격”으로 본다.

다. 나목 외의 한국증권거래소에 상장되지 아니한 주식 및 출자지분은 당해 법인의 자산 및 수익 등을 감안하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한다.

2. 생략

②~④ 생략

구 상속세 및 증여세법 시행령(2000. 12. 29 대통령령 제17039호로 개정되고, 2001. 12. 31. 대통령령 제17459호로 개정되기 전의 것) 제19조(금융재산 상속공제) ① 생략

② 법 제22조 제2항에서 “대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자”라 함은 주주 또는 출자자(이하 “주주 등”이라 한다) 1인과 다음 각 호의 1에 해당하는 관계가 있는 자의 보유주식 등을 합하여 그 보유주식 등의 합계가 가

장 많은 경우의 당해 주주 등을 말한다.

1. 친족
2. 사용인과 사용인 외의 자로서 당해 주주 등의 재산으로 생계를 유지하는 자
3. 재정경제부령이 정하는 기업집단의 소속기업(당해 기업의 임원인 자를 포함한다)과 다음 각 목의 1의 관계에 있는 자 또는 당해 기업의 임원에 대한 임면권의 행사·사업방침의 결정 등을 통하여 그 경영에 대하여 사실상의 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 자
  - 가. 기업집단소속의 다른 기업
  - 나. 기업집단을 사실상 지배하는 자
  - 다. 나목의 자의 친족
- 4.~8. 생략

③, ④ 생략

제53조(협회등록법인의 주식 등의 평가 등) ①, ② 생략

③ 법 제63조 제3항에서 “대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계에 있는 주주 또는 출자자”라 함은 제19조 제2항 본문의 규정에 해당하는 자 및 그와 동조 동항 각 호의 1에 해당하는 관계에 있는 자를 말한다.

④ 법 제63조 제3항의 규정에 의한 최대주주 등이 보유하는 주식 또는 출자지분의 계산은 함에 있어서는 당해 주식 등의 상속개시일 또는 증여일부터 소급하여 1년 이내에 양도하거나 증여한 주식 등을 합산하여 이를 계산한다.

제54조(비상장주식의 평가) ① 법 제63조 제1항 제1호 다목의 규정에 의한 한국증권거래소에 상장되지 아니한 주식 및 출자지분(이하 이 조에서 “비상장주식”이라 한다)은 다음의 산식에 의하여 평가한 가액에 의한다.

1주당 가액 = 1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액 ÷ 금융시장에서 형성되는 평균이자율을 참작하여 재정경제부령이 정하는 율(이하 “순손익가치”라 한다)

② 제1항의 규정에 의하여 평가한 비상장주식의 가액이 다음의 산식에 의하여 평가한 가액에 미달하는 경우에는 다음의 산식에 의하여 평가한 가액으로 한다.

1주당 가액 = 당해 법인의 순자산가액 ÷ 발행주식총수(이하 “순자산가치”라 한다)

판례집 20-2(하)

③, ④ 생략

2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 조세부과와 징수의 편의성만을 내세워 소량의 주식을 보유하고 있는 사람에 대해서도 단지 최대주주의 친족이라는 이유만으로 그 보유주식에 대하여 징세하는 것이어서 결과적으로 자기 책임이 아닌 타인의 자유영역에 해당하는 경제활동 영역을 그 책임의 근거로 삼고 있는 것으로 헌법이 금지하고 있는 연좌제적인 조세부담이라 할 것이고, 나아가 최대주주 등에 해당하는 사람이 실질적으로 당해 회사의 경영권(지배권)을 갖고 있는지 여부에 상관없이 단지 최대주주 등에 해당하여 회사를 지배할 가능성이 있다는 이유만으로 할증평가를 하도록 규정함으로써 실질과세의 원칙에 반하여 위헌이다.

(2) 이 사건 법률조항은 부의 분산이라는 법률사실을 도외시한 채 합리적인 근거 없이 당해 회사에 대한 지배권이 존속함을 의제하거나 또는 경영권 프리미엄이 존재함을 당연한 전제로 하여 최대주주 등의 주식 등을 상속받는 자를 일반적인 상속자에 비하여 불리하게 취급함으로써 평등의 원칙에 반하고, 경영권 프리미엄의 평가액 자체에 관하여 이의가 있는 국민은 법원에 출소하여 이를 다툴 수 있어야 함에도 그 평가액을 법에서 획일적으로 정하여 놓음으로써 합리적인 이유 없이 재판청구권을 침해하였다.

(3) 이 사건 법률조항이 경영권 프리미엄의 가치를 평가할 수 있는 그 어떤 수단도 전혀 마련하지 않은 채 이를 획일적으로 20% 내지 30%를 할증평가하도록 규정하고 있는 것은 합리적인 이유와 근거 없이 일반적인 주식 평가방식에 비하여 지나치게 과잉한 것으로서 상속인의 재산권을 침해하여 위헌이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 만일 최대주주 등의 보유주식 등에 대한 특수한 규율을 위하여 상속 또는 증여되는 주식의 수량에 관한 엄격한 요건을 요구하는 경우에는 사전에 수회에 걸쳐 소량씩 분리하여 증여하는 등 그 규율을 손쉽게 회피할 가능성이 있다. 또한 최대주주 등이 주식을 자신의 특수관계인 등에게 증여한다고 할 경우 비록 증여하는 주식이 발행주식총수에 대한 비율로 보면 소량이라고 하여도 그 이전의 효과는 다른 특수관계인 주식과 결합하여 전체 지배권의 중요한 일부가 이전되는 효과가 발생하게 된다. 나아가 일반적으로 기업의 지

배주주가 한 사람의 개인이 아닌 특수관계인 등의 집단으로 구성되어 있어 각 특수관계인에 관하여 증여 등의 상대방이 특수관계인에 해당할 것인지를 일일이 파악하는 것이 용이하지 아니하며, 수증자가 증여자인 주주와는 특수한 관계를 지니고 있지 아니하지만 지배주주 집단의 구성원 중 다른 일인과 특수한 관계를 갖는 자일 수도 있다. 또한 지배권 프리미엄을 유지할 수 있는 특수한 관계의 범위 자체가 다양하여 그 정의를 내리기 어렵다는 점도 부인하기 어렵다.

(2) 이와 같은 상황에서 이 사건 법률조항이 최대주주 등의 보유주식 등의 가치를 다른 주주의 보유주식 등과 달리 취급한 것은 주식 등의 가치 및 회사 지배권의 특성을 감안하여 공평한 조세부담을 통한 조세정의의 실현 요구, 징세의 효율성이라는 조세정책적, 기술적 요구를 종합적으로 고려하여 결정한 것이라고 할 수 있을 뿐, 그 입법목적에 비추어 자의적이거나 임의적인 것으로서 입법형성권의 한계를 벗어났다고 볼 수 없으므로 조세평등주의 또는 실질과세의 원칙에 위반되지 아니한다.

(3) 이 사건 법률조항은 최대주주 등의 주식 등에 포함되어 있는 지배권 프리미엄을 정당하게 계산하여 그 가치를 평가함으로써 정당한 조세부과를 하는 규정으로서 실질적 소득·수익이 있는 곳에 과세한다고 하는 실질과세원칙을 관철하기 위한 규정이라 할 것이고, 그 주식 등의 가치를 평가함에 있어 가산되는 비율이 20~30%로서 일반적인 지배권의 가치에 비하여 지나치게 과잉한 것으로 볼 수 없으므로 재산권을 침해한다고 볼 수도 없다.

### 3. 판 단

가. 헌법재판소의 선례 및 그 내용

(1) 헌법재판소는 2003. 1. 30. 선고된 2002헌바65 결정(판례집 15-1, 121)에서 이 사건 법률조항과 유사한 구 상증법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제63조 제3항에 대하여 합헌 판단을 한바 있다. 즉 최대주주 등의 주식에 100분의 10을 가산하여 평가하도록 규정한 심판대상조문이 최대주주 등의 보유주식 등의 가치를 다른 주주의 보유주식 등과 달리 취급하면서 예외를 인정하지 아니하는 일률적인 규율방식을 취하였고, 또한 거래 주식 등의 수량이나 거래의 상대방 등에 따라 그 적용범위를 한정하는 방식을 취하지 아니하였다고 하더라도, 이는 주식 등의 가치 및 회사 지배권의 특성을 감안한 바탕 위에 공평한 조세부담을 통한 조세정의의 실현 요구, 징세의 효율성이라는 조세정책적, 기술적 요구를 종합적으로 고려하여 결정한 것이라

판례집 20-2(하)

고 할 수 있을 뿐, 그 입법목적에 비추어 자의적이거나 임의적인 것으로서 입법형성권의 한계를 벗어났다고 볼 수 없으므로 조세평등주의에 위반되지 아니한다는 것이다.

또한 재산권침해 여부 판단에서도 심판대상조문이 최대주주 등의 주식 등에 포함되어 있는 지배권 프리미엄을 정당하게 계산하여 그 가치를 평가함으로써 정당한 조세부과를 하는 규정으로서 실질과세원칙을 관철하기 위한 규정이라 할 것이고, 그 주식 등의 가치를 평가함에 있어 가산되는 비율이 10%로서 일반적인 지배권의 가치에 비하여 지나치게 과잉한 것으로 볼 수 없으므로 재산권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

(2) 이후 헌법재판소는 2007. 1. 17. 선고된 2006헌바22 결정(판례집 19-1, 95)에서 이 사건 법률조항 중 발행주식총수의 100분의 50을 초과하지 않아 100분의 20을 가산하도록 한 부분에 대해서 다시 합헌 판단을 하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 비록 이 사건 심판대상조항이 2002헌바65 결정에 비해 ① 평가기준일이 속하는 사업연도 전 3년 이내에 사업연도부터 계속하여 법인세법 규정에 의한 결손금이 있는 법인의 주식에 대하여는 적용되지 않는다는 점과, ② 가산되는 비율이 10%에서 20%로 높아지기는 하였지만 선례의 취지를 변경할 만한 사정변경이 있다고 보기 어렵다고 하면서 이 사건 심판대상조항은 조세평등주의에 위반되지 아니하고, 달리 일률적인 가산방식이 최소침해원칙에 위배된다고 볼 수도 없다고 판시하였다.

또한 가산율의 증가에 대해서는 “최대주주가 보유한 주식은 그 가치에 더하여 당해 회사의 지배권을 행사할 수 있는 특수한 가치, 이른바 ‘지배권 프리미엄’을 지니고 있으며, 이것은 개별 회사의 자본 및 부채의 구조, 경영실적 등 다양한 요소들에 의해 그 가치가 달라질 수 있다. 따라서 개개 법인에 존재하는 지배권의 가치를 개별적으로 정확하게 파악하는 것은 결코 쉬운 일이 아니며 지배가치를 평가함에 있어 어떠한 입법 방식을 택하고 어느 정도의 가치를 부여할 것인가의 문제는 여러 사회·경제적 요소들을 고려하여 입법자가 입법형성적 재량을 일탈하지 않는 범위 내에서 선택할 수 있는 사항이다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌바65, 판례집 15-1, 121, 129-130 참조). 위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 심판대상조항이 최대주주의 주식에 대하여 20%의 가산율을 규정한 것이 지나치게 과잉한 것으로 입법자의 입법형성적 재량을 일탈하여 청구인들의 재산권을 침해하였다고 볼 수는 없다.”고 하면서 이 사건 심판대상조항이 헌법상 조세평등주의와 실질과세원칙에 반하지 아니

하고 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

나. 이 사건의 검토

(1) 이 사건 법률조항은 2006헌바22 사건의 심판대상조항과 동일하나 최대 주주가 발행주식총수의 100분의 50을 초과하여 보유한 경우 100분의 30을 가산하도록 한 부분이 추가되었다. 선례들이 가산율에 대하여 여러 사회·경제적 요소들을 고려하여 입법자가 입법형성적 재량을 일탈하지 않는 범위 내에서 선택할 수 있는 사항이라고 하여 넓은 입법재량을 부여하고 있는 것에 비추보면, 발행주식수의 100분의 50을 기준으로 100분의 50을 초과하여 보유하는 경우에는 지배권 프리미엄의 가치가 더욱 높아질 것을 감안하여 100분의 30을 가산하도록 한 입법자의 선택은 주식보유비율에 따라 할증률을 차등 적용한 것으로 입법형성적 재량을 일탈하였다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 선례에 비해 100분의 50을 초과하여 보유한 경우 100분의 30을 가산하도록 한 부분이 추가되었다 하더라도 이것이 선례의 견해를 변경할 만한 사정변경이라고는 볼 수 없으며 위 선례의 견해는 그 자체로서 지금도 타당하고, 이를 유지함이 상당하므로 이 사건 법률조항은 헌법상 조세평등주의와 실질과세원칙에 반하지 아니하고 재산권을 침해하지 않는다.

(2) 청구인들의 그 밖의 주장에 대한 판단

청구인들은 이 사건 법률조항이 실질과세원칙 및 조세평등주의에 위반되고 재산권을 침해하였다는 주장 외에 이 사건 법률조항이 연좌제적인 조세부담으로 자기책임의 원리에 반하며 합리적인 이유 없이 재판청구권을 침해하고 있다고 주장한다.

그러나 자기책임의 원리는 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않는다는 것이고(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 715 참조), 이 사건 법률조항과 같이 어떠한 행위의 책임을 누구에게 물을 것인지의 문제가 아닌 ‘지배권 프리미엄’의 가치를 어떻게 평가할 것인가의 문제, 즉 주식평가방식에 대한 규정에 대해서까지 일률적으로 적용될 수 있는 원리가 아니다.

또한 헌법상 재판청구권은 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정되는 영역이고(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 60 참조), 이 사건 법률조항은 앞에서 살펴본 바와 같이 개개 법인에 존재하는 지배권 프리미엄의 가치를 개별적으로 정확

판례집 20-2(하)

하게 파악하는 것이 결코 쉽지 않은 상황에서 입법자가 여러 사회·경제적 요소들을 고려하여 실질과세원칙을 관철하기 위하여 규정한 것으로 입법형성적 재량을 일탈하였다고 보기도 어렵다.

#### 4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원 의견 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 청구인 명단 : 생략

## 민법 제1066조 제1항 위헌소원

(2008. 12. 26. 2007헌바128 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 자필증서에 의한 유언에 있어서 '주소의 자서'와 '날인'을 유효 요건으로 규정하고 있는 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 '주소' 및 '날인' 부분(이하 한정된 부분을 '이 사건 법률조항'이라 한다) 중에서 '날인' 부분이 유언자의 재산권과 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항 중 '주소' 부분이 유언자의 재산권과 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정 요지】

1. 헌법재판소가 이 사건 법률조항 중 '날인' 부분에 대하여 2008. 3. 27. 2006헌바82 결정에서 판시한 바와 같이, 이 사건 법률조항 중 '날인' 부분은 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하며, 상속제도를 건전하게 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적은 정당하고, 자필증서에 의한 유언은 가장 간이한 방식의 유언이지만 위조나 변조의 위험성이 상대적으로 크고 유언자의 사후 본인의 진의를 객관적으로 확인하는 것이 어려우므로 방식을 구비할 것을 요구하는 것 자체는 위와 같은 입법 목적을 달성할 수 있는 적절한 수단이다.

한편, 동양문화권인 우리나라에는 법률행위에 있어서 인장을 사용하는 오랜 법의식 내지 관행이 존재하는바, 이 사건 법률조항 중 '날인' 부분은 이와 같은 법의식 내지 관행에 비추어 성명의 자서만으로는 입법 목적을 달성하기에 부족하다는 고려에 입각하고 있으므로 성명의 자서 외에 날인이라는 동일한 기능을 가진 두 가지 방식을 불필요하게 중복적으로 요구하는 것으로 볼 수는 없다. 나아가 유언자로서는 무인을 통하여 인장을 쉽게 대체할 수 있고, 민법이 마련

하고 있는 다른 방식의 유언을 선택하여 유증을 할 수 있는 기회가 열려 있으며, 생전에 수증자와 낙성·불요식의 사인증여 계약을 체결함으로써 원하는 바를 달성할 수도 있으므로, 날인을 요구하는 것은 기본권침해의 최소성원칙에 위반되지 않을 뿐 아니라 법익균형성의 요건도 갖추고 있다.

2. 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분 역시 유언자의 인적 동일성을 명확히 함으로써 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하고 상속제도를 건전하게 보호하기 위한 것이므로 그 입법목적은 정당하고, 성명의 자서로 유언자의 인적 동일성이 1차적으로 특정될 것이지만 특히 동명이인의 경우에는 유언자의 주소가 그 인적 동일성을 확인할 수 있는 간편한 수단이 될 수 있을 뿐만 아니라 전문, 성명의 자서에다 주소의 자서까지 요구함으로써 유언자로 하여금 보다 신중하고 정확하게 유언의 의사를 표시하도록 하기 위한 것이므로 입법 목적을 달성할 수 있는 적절한 수단이다.

한편, 자필증서에 의한 유언에서 자서를 요구하는 주소는 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이면 되고, 반드시 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없으므로 자필증서에 의한 유언을 할 정도의 유언자라면 쉽게 이를 기재할 수 있을 뿐만 아니라, 주소의 기재는 반드시 유언전문과 동일한 지권에 하여야 하는 것은 아니며, 유언증서로서의 일체성이 인정되는 이상 주소는 유언증서를 담은 봉투에 기재하여도 무방하므로 유언의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있고, 유언의 요식주의를 취하는 이상, 유언을 하는 자가 당연히 작성할 것이라고 기대되는 ‘유언의 전문, 유언자의 성명’ 등과 같은 최소한의 내용 이외에 다른 형식적인 기재 사항을 요구하는 것은 유언의 요식주의를 관철하기 위한 불가피한 선택이라고 볼 수 있으며, ‘주소의 자서’는 다른 유효요건과는 다소 다른 측면에서 의연히 유언자의 인적 동일성 내지 유언의 진정성 확인에 기여하는 것이므로 기본권 침해의 최소성원칙에 위반되지 않을 뿐 아니라 법익균형성의 요건도 갖추고 있다.

### 재판관 조대현의 '주소' 부분에 대한 한정위헌의견

민법 제1066조 제1항이 유언자필증서에 유언자의 주소를 기재하도록 요구하는 이유는 유언자의 성명과 주소에 의하여 유언자가 누구인지 특정할 수 있게 하려는 것이다. 그런데 성명과 함께 유언자를 특정할 수 있는 요소는 주소 외에 주민등록번호·생년월일·본적·가족 성명·사회적 신분 등 여러 가지를 생각할 수 있고, 그 중에서 주소의 특정기능이 가장 우월하다고 보기 어렵고, 유언자의 주소 기재가 없으면 유언자를 특정할 수 없게 된다고 볼 수도 없다. 따라서 유언자필증서에 유언자의 주민등록번호 기타 유언자를 특정할 수 있는 기재가 있는 경우에도 민법 제1066조 제1항 중 '주소' 부분을 적용하여 유언자필증서의 효력을 부인하는 것은 헌법에 위반된다.

### 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 '주소' 부분에 대한 위헌의견

동명이인의 경우에 유언자의 주소가 기재되지 않았더라도 그 유언의 내용 등에 비추어 보면 누구의 유언인지를 쉽게 확인할 수 있을 것이고, 이를 확인할 수 없는 경우란 쉽게 생각할 수 없으므로 이 사건 법률조항이 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것은 유언자의 인적 동일성을 확인하기 위한 적절한 방법이라고 보기는 어렵고, 실령 주소의 기재가 유언자의 인적 동일성의 확인을 위해 적절한 방법이라고 하더라도 유언장 전문의 자서와 성명의 자서, 그리고 유언의 내용에 의해서 유언장의 실제 작성자와 유언장의 명의자의 동일성을 확보할 수 있음은 물론, 유언이 그의 진의에 의한 것임을 충분히 밝힐 수 있는 등 누가 한 유언인지를 밝혀내는 것은 그리 어려운 문제가 아니므로 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 과하는 것으로 침해의 최소성원칙에 위반되며, 주소의 자서가 흠결되면 유언이 무효로 되고 유언자의 진의가 관철될 여지는 전혀 없게 될 것이므로 주소의 자서를 추가로 요구하는 것은 침해되는 법익과 보호되는 공익 사이에 현저한 불균형을 초래하고 있어 법익의 균형성의 원칙에도 위반된다.

판례집 20-2(하)

### 재판관 김종대의 위헌의견

이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분에 대하여는 앞서 본 단순위헌의견의 이유와 그 견해를 같이하고, ‘날인’ 부분에 대하여는 현재 2008. 3. 27. 2006헌바82 결정에서 위헌이유를 상세히 밝힌 바와 같이, 오늘날 날인은 자필에 비해 타인에 의한 날인가능성과 위조가능성이 커 의사의 최종적 완결 방법으로는 부적당하게 되어 각종 법률에서 서명(성명의 자서)만으로 처리하는 경향이 점차 확대되고 있으며, 자필증서에 의한 유언에서 날인을 요구하는 목적은 유언장의 전문의 자서와 성명의 자서에 의해서 충분히 달성되므로 그 밖에 날인을 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 요구하는 것으로 헌법 제10조에 의하여 보장되는 유언자의 일반적 행동의 자유를 제한함에 있어 최소 침해성의 원칙을 준수하지 못한 것이고, 법익 균형성의 원칙에도 위반되므로 위헌으로 선언하여야 한다.

#### 【심판대상조문】

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조(자필증서에 의한 유언) ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 년월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다.  
② 생략

#### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제19조, 제23조 제1항, 제37조 제2항  
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제18조(주소) ① 생활의 근거되는 곳을 주소로 한다.  
② 생략  
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제562조(사인증여) 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다.  
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1060조(유언의 요식성) 유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생하지 아니한다.  
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1065조(유언의 보통방식) 유언의 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서와 구수증서의 5종으로 한다.  
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조(자필증서에 의한 유언) ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 년월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마128

② 전항의 증서에 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 함에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 한다.

### 【참조판례】

- 1. 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 368
- 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 774
- 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 356-357
- 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13, 판례집 16-2하, 76, 81
- 헌재 2008. 3. 27. 2006헌마82, 판례집 20-1상, 355, 368
- 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다38510 판결

### 【당 사 자】

청 구 인 백○훈

대리인 변호사 한송희

당해사건 대법원 2006다12848 소유권이전등기, 대법원 2006다12855 가처  
분이의

### 【주 문】

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인(1988. 6. 23.생)의 망 조부 백○기는 2002. 6. 15. 73세의 나이로 갑작스럽게 사망하였는데, 그 법정상속인으로 청구인의 부(父) 백○성 외 6명의 딸들이 있었다. 백○기는 상속재산으로 대전시, 공주시 등지에 21건의 주택, 대지 등 부동산을 비롯하여 하나은행 유성지점 등에 2건의 예금채권을 남겼고, 위 법정상속인들은 2002. 12. 9.경까지 각 상속지분에 따라 위 각 부동산들에 관하여 각 소유권이전등기를 마치거나 위 예금채권을 모두 인출하였다.

(2) 청구인은 2003. 1. 10.경 대전지방법원에 백○기가 작성한 유언증서와 그 유언증서가 담겨 있었던 봉투라고 주장하면서, 유언증서 및 봉투에 관한 검인신청 및 유언집행자 지정청구를 하였다. 위 유언증서에는 백○기의 자필

판례집 20-2(하)

로 유언장이라는 제목과 백○기 명의로 소유한 부동산 및 기타 일체의 재산을 청구인에게 상속한다는 내용 및 작성연월일(음력 1999. 8. 15.)과 백○기의 성명이 세로로 정서되어 있고, 그 백○기의 성명 아래에는 백○기의 무인인지 식별할 수 없을 정도로 많은 인주가 묻은 채 네 번에 걸쳐 연속적으로 무인이 찍혀져 있었다. 한편, 위 봉투는 황갈색의 서류봉투로서 그 표면에는 가로줄이 그어져 있는 흰색의 편지지(양면패지)의 일부가 오려 붙여져 있고 그 위에 백○기의 주소와 전화번호 및 백○기의 이름이 기재되어 있는데, ‘유언장 재중’ 등 유언장을 담고 있는 봉투라는 뜻의 기재는 없었다.

(3) 청구인은 백○기가 위 유언증서에 그 소유의 재산 일체를 청구인에게 유증한다는 취지와 그 작성연월일 및 성명을 자필로 기재하고 그 성명 아래에 무인을 찍었으며 위 유언증서의 일부로 볼 수 있는 봉투 위에 그 주소까지 자필로 기재하였으므로 그 소유의 재산일체를 청구인에게 유증하였다고 주장하면서, 위 유언증서에 의한 백○기의 유언이 유효함을 전제로 백○성 등 법정상속인들을 상대로 2003. 4. 14. 대전지방법원 공주지원(2003카합29호)에서 유증을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 위 각 상속 부동산에 대하여 처분금지가처분결정을 받아 둔 다음 2003. 5. 27. 대전지방법원(2003가합4239호)에 위 각 상속 부동산에 관한 지분이전등기절차의 이행을 구함과 아울러 인출한 예금의 반환을 구하였다. 그러나 청구인은 2005. 5. 11. 대전지방법원에서 백○성에 대해서만 민사소송법 제150조에 의한 자백간주판결로 승소하였을 뿐, 나머지 법정상속인들에 대해서는 위 유언증서가 백○기의 것이라고 볼만한 날인 또는 무인이 흠결되어 있을 뿐만 아니라 그 주소가 자서되어 있는 것이라고 보기 어려워 민법이 정하는 자필증서에 의한 유언으로서의 요건과 방식을 갖추지 못한 것이어서 유언의 효력을 인정할 수 없다는 이유로 모두 기각되었다. 또한 청구인은 2005. 8. 31. 대전지방법원 공주지원에서 백○성을 제외한 나머지 법정상속인들 사이에서 계속된 위 가처분의 이의사건(2005카합57호)에서 위 가처분결정이 취소되고, 청구인의 가처분신청은 기각되었다.

(4) 이에 청구인이 2005. 6. 3. 및 같은 해 9. 7. 백○성을 제외한 나머지 법정상속인들을 상대로 대전고등법원(2005나5025호 및 2005나8888호)에 각 항소하였으나 2006. 1. 19. 모두 기각되자, 다시 2006. 2. 8. 대법원(2006다12848호 및 2006다12855호)에 각 상고하여 그 소송계속중에 민법 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’을 자필증서에 의한 유언의 방식으로 정한 부분에 대하여

대법원 2006카기55, 56호로 각 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2007. 10. 25. 청구인의 상고 및 위 신청들이 모두 기각되자, 2007. 11. 23. 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제 1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분(이하 한정된 부분을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제1066조(자필증서에 의한 유언) ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다.

[관련조항]

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제562조(사인증여) 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다.

제1060조(유언의 요식성) 유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생하지 아니한다.

제1065조(유언의 보통방식) 유언의 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서와 구수증서의 5종으로 한다.

제1066조(자필증서에 의한 유언) ② 전항의 증서에 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 함에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유 및 이해관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

유언은 유언자가 생전에 행하는 최종적인 의사표시로 결과실현에 대한 의욕이 큰 만큼 다른 어떠한 의사표시보다도 존중되어야 마땅한데도 이 사건 법률조항은 자필증서에 의한 유언의 진정성을 둘러싼 법적 분쟁을 해결하고 법적 안정성을 실현한다는 목적 하에 이미 성명과 작성년월일, 전문의 자서를 요구함으로써 충분히 그 진정성이 인정됨에도 불구하고 더 나아가 ‘날인’과 아울러 ‘주소의 자서’까지 추가로 요구하고 있다.

그러나 현대의 과학문명사회에서 날인제도는 동양권 일부 국가에서만 사용되는 제도일 뿐만 아니라 그 위조의 용이성이나 불확실성으로 인하여 금융기관에서조차 대출관련서류에 날인 대신에 서명을 하도록 전환하고 있는 등

판례집 20-2(하)

거래계의 일반적인 관행이 변화된 점, 주소의 자서 역시 유언자의 동일성을 확인한다는데 의미가 있으나 이는 이미 다른 요건에 의하여 충분히 명확할 뿐만 아니라 주소의 변동성과 불명료성, 유언자의 건강 및 기억력의 불완전성, 망자로 되는 유언자의 입장에서 주소가 별 큰 의미가 없다는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 ‘날인’과 아울러 ‘주소의 자서’까지 자필증서에 의한 유언의 엄격한 형식적 요건으로 요구하고 나아가 이를 흠결할 경우 유언자의 진정한 의사를 무시한 채 그 유언을 무효로 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배하여 헌법 제10조, 제11조, 제19조, 제23조 제1항, 헌법 전문 등에서 보장하는 유언자의 유언의 자유 등을 지나치게 제한하는 것이다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지

자필증서에 의한 유언은 민법이 정한 다른 유언 방식과는 달리 증인 등 제3자의 관여가 없는 상태에서 이루어지는 가장 간편한 방식의 유언으로서, 상대적으로 위조나 변조의 위험성이 크고 유언자 본인의 진의를 확인하는 것이 그만큼 어려운 것이다. 이 사건 법률조항은 이러한 점을 감안하여 유언자의 진의를 보다 명확히 하는 한편 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하고자 하는 목적에서 자필증서에 의한 유언의 엄격한 형식적 요건을 요구하는 것이므로 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제10조, 제19조, 제23조, 제37조, 헌법 전문 등 헌법상 보장된 기본권 조항과 재산권보장 조항에 위반되지 아니한다.

다. 이해관계기관 법무부 장관의 의견요지

유언은 유언자의 생전에 성립하나 유언자의 사후에 비로소 효력이 발생하게 되고 다수의 법률관계에 영향을 미치므로 법적 안정성의 확보가 중대한 의미를 지니게 된다. 자필증서에 의한 유언은 그 간이성 때문에 널리 이용되고 있는 방식이지만, 유언 내용의 불명확성이나 방식불비, 유언자의 진의 확인이 어렵고, 위·변조 가능성 등으로 인하여 유언자의 사후에 유언의 진실성에 대한 분쟁이 일어날 위험성이 크며, 특별한 공적 보관을 요구하지 않아 유언장의 분실·멸실·은닉·위조·변조·미발견의 우려가 있어 유언자의 진의확보가 곤란해진다. 이와 같은 점들을 고려하여 이 사건 법률조항은 자필증서에 의한 유언의 경우에 다른 유언 방식에 비하여 더욱 엄격한 유언의 요식성을 요구하고 있는 것이므로 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

또한 ‘날인’ 요건에 대한 합헌적 법률해석, 즉 본인이 날인하지 아니하고 다른 사람이 대신 날인하는 경우, 인감도장이 아닌 막도장이나 무인에 의한 경우, 날인을 할 장소를 한정하지 않고 유언서의 모두나 말미 등에 하는 경우 등도 모두 그 유효성을 인정하여 합헌적 법률해석을 통한 유효성의 범위를 폭넓게 인정할 수 있고, ‘주소의 자서’ 요건에 대하여도 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이라면 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없고, 다른 요건을 모두 갖추고 주소의 기재만을 빠뜨린 경우에는 유언자의 진의를 존중하여 그 유언을 유효로 볼 가능성도 있으므로 유언의 자유에 대한 침해는 최소화할 수 있다. 그리고 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 유언자의 유언의 자유의 제한 정도가 이로 인하여 달성하고자 하는 공익에 비하여 우월하다고 단정할 수 없어 법익균형성도 갖추고 있으므로 이 사건 법률조항은 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 유언자의 유언의 자유를 과도하게 침해한다고 볼 수 없다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### 가. 제한되는 기본권 및 심사기준

##### (1) 제한되는 기본권

우리 헌법의 재산권 보장은 사유재산의 처분과 그 상속을 포함하는 것인바, 유언자가 생전에 최종적으로 자신의 재산권에 대하여 처분할 수 있는 법적 가능성을 의미하는 유언의 자유는 생전증여에 의한 처분과 마찬가지로 헌법상 재산권의 보호를 받는다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 368 ; 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19 등, 판례집 9-2, 762, 774 참조). 유언자가 자필증서에 의한 유언으로 유증을 하는 경우 그 방식을 모두 구비하지 않으면 설사 유언자의 의사가 진정한 것이라고 하더라도 유언의 효력이 부인되어 유언자의 진의를 관철할 수 없게 되는데, 이는 자신의 재산권을 자유롭게 처분할 수 있는 권능을 제한하는 것으로 헌법 제23조 제1항에서 보장되는 유언자의 재산권에 대한 제한이 된다.

한편 유언의 자유는 단순한 재산권 처분의 권능 이외에도 사적 자치의 실현이라는 의미를 지닌다는 점에서 유언을 할지의 여부, 그 구체적인 내용의 선택, 유언의 방식 등은 기본적으로 개인의 자유로운 의사결정에 맡겨져 있다. 그러므로 이 사건 법률조항과 같이 자필증서에 의한 유언에 있어서 그 방식을 제한하는 것은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생된 유언자의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이 된다(헌재 2008. 3. 27. 2006헌바82, 판례집

판례집 20-2(하)

20-1상, 355, 368).

(2) 심사기준

상속권은 재산권의 일종이므로 상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이지만, 입법자가 법률로써 상속제도와 상속권의 내용을 정함에 있어서 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한의 입법한계를 일탈하는 경우에는 그 법률은 헌법에 위반된다고 할 것이다.

헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다.

따라서 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소화, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 356-357; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13, 판례집 16-2하, 76, 81; 헌재 2008. 3. 27. 2006헌바82, 판례집 20-1상, 355, 369 등 참조).

나. 이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분의 위헌 여부

(1) 종전 결정례의 요지

우리 재판소는 2008. 3. 27. 2006헌바82 결정(판례집 20-1상, 355, 369-372)에서 이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분에 대하여는 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다. 그 결정요지는 다음과 같다.

(가) 입법목적의 정당성

이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분은 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하고 상속제도를 건전하게 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적은 이를 수궁할 수 있다.

(나) 방법의 적절성

이와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 입법자는 유언에 대하여 엄격한 형

식을 구비할 것을 요구하고 있는 것이고, 특히 자필증서에 의한 유언은 가장 간단한 방식의 유언이지만 증인이나 제3자의 관여를 요구하지 않아 위조나 변조의 위험성이 상대적으로 크고 유언자의 사후에는 본인의 진의를 객관적으로 확인하는 것이 어려우므로 엄격한 방식을 구비할 것을 요구하는 것은 입법목적에 달성할 수 있는 적절한 수단이다.

(다) 침해의 최소성

동양문화권인 우리나라에는 법률행위에 있어서 인장을 사용하는 오랜 법의식 내지 관행이 존재하는바, 사문서에 있어서 인장은 주로 의사표시의 주체와 문서를 매개하여 의사표시의 진정성을 확보하고 문서가 문서작성자에 의하여 작성되었다는 것을 징표하는 기능을 하며, 특히 의사의 최종성을 표현하고 문서의 완결을 담보하는 수단으로 관행적으로 사용되어 왔다.

우리나라에서도 법률생활에 있어서 서명으로 개인의 인적 동일성을 징표하는 관행이 점차 보편화되어 가고 있는 것은 사실이지만, 청구인이 주장하는 바와 같이 서명의 관행이 날인의 관행을 완전히 대체하였다는 점이 충분히 입증되었다고 하기는 어려우며, 거래계의 일반적 관행상 서명이 의사의 최종성과 문서의 완결성을 표현하는데 충분한 수단으로 인식되거나 사용되고 있다고 할 수는 없다.

이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분은 이와 같은 법의식 내지 관행에 비추어 서명의 자서만으로는 당사자의 최종적인 진의를 확보하고 법적 안정성을 도모하고자 하는 입법목적에 달성하기에는 부족하다는 고려에 입각하고 있으므로 동일한 기능을 가진 두 가지 방식을 불필요하게 중복적으로 요구하는 것으로 볼 수는 없다. 자필증서에 의한 유언 이외에도 개인의 명의로 작성된 사문서이지만 관공서에 제출하는 문서로서 그 성립 및 내용의 진정성이 강하게 요구되는 신청서 등에 있어서는 신청자의 서명날인이 법령상 요구되는 경우가 있다.

또한 자필증서에 의한 유언에 있어서 날인은 인장에 의한 것뿐만 아니라 무인에 의한 것도 포함된다는 것이 판례의 취지(대법원 1998. 6. 12. 선고 97다38510 판결 참조)이므로 유언자로서는 무인을 통하여 인장을 쉽게 대체할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항 부분이 유언자가 접근할 수 없는 불가능한 방식을 요구하는 것이라고도 할 수 없다.

민법은 자필증서에 의한 유언 이외에도 녹음에 의한 유언, 공정증서에 의한 유언, 비밀증서에 의한 유언, 구수증서에 의한 유언 등을 마련하고 있으므로

판례집 20-2(하)

유언자로서는 다른 방식의 유언을 선택하여 유증을 할 수 있는 기회가 열려 있다. 그리고 유언자가 민법이 요구하는 유언의 방식을 구비하여 유증을 하기 어려운 경우에는 생전에 민법 제562조의 사인증여를 함으로써 자신의 의사를 관철할 수도 있다.

더욱이 ‘외국인의 서명날인에 관한 법률’은 서명날인의 제도를 가지는 국가에 속하지 않는 외국인의 경우 법령의 규정에 의하여 서명날인하여야 할 경우에 서명만으로써 이에 대신할 수 있다고 규정하여 유언자가 외국인인 경우에 서명으로 대체할 수 있도록 하여 구체적인 타당성을 도모하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분이 추구하는 입법목적을 달성하기 위해서는 전문의 자서와 서명을 요구하는 것만으로는 불충분하고 유언자로서 하여금 인장을 날인하게 할 필요가 있다고 할 것이므로 날인을 요구하는 것이 기본권침해의 최소성원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분은 자필증서 유언의 방식을 엄격하게 하여 유언자의 사후 발생하기 쉬운 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익을 추구하는 것으로서, 사익인 유언자의 유언의 자유가 제한되는 정도와 종합적으로 비교하였을 때 그 달성하고자 하는 공익이 더욱 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다.”

(2) 이 사건에서의 판단

이 사건의 경우에 위 선례에서의 판시와 달리 판단하여야 할 새로운 사정변경이 있다고 볼 수 없으므로 위 판시를 그대로 유지함이 상당하다.

그러므로 이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 유언자의 재산권과 헌법 제10조에 의해서 보장되는 일반적 행동자유권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항을 위반하였다고 할 수 없다.

다. 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분의 위헌 여부

(1) 입법목적의 정당성

이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분 역시 유언자의 인적 동일성을 명확히 함으로써 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하고 상속 제도를 건전하게 보호하기 위한 것이므로 그 입법목적의 정당성은 이를 수긍할 수 있다.

(2) 방법의 적절성

자필증서에 의한 유언은 가장 간이한 방식의 유언이지만 증인이나 제3자의 관여를 요구하지 않아 위조나 변조의 위험성이 상대적으로 크고 유언자의 사후 본인의 진의를 객관적으로 확인하는 것이 어려우므로 엄격한 형식을 구비할 필요가 있다. 또한 성명의 자서로 유언자의 인적 동일성이 1차적으로 특정될 것이지만 특히 동명이인의 경우에는 유언자의 주소가 그 인적 동일성을 확인할 수 있는 간편한 수단이 될 수 있을 뿐만 아니라 전문, 성명의 자서에다 주소의 자서까지 요구함으로써 유언자로 하여금 보다 신중하고 정확하게 유언의 의사를 표시하도록 하기 위한 것이므로 주소의 자서까지 요구하여 엄격한 방식을 구비할 것을 요구하는 것은 위와 같은 입법목적에 달성할 수 있는 적절한 수단이다.

(3) 침해의 최소성

자필증서에 의한 유언에서 자서를 요구하는 주소는 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이면 되고(민법 제18조 제1항), 반드시 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없으므로 자필증서에 의한 유언을 할 정도의 유언자라면 쉽게 이를 기재할 수 있을 뿐만 아니라, 주소의 기재는 반드시 유언전문과 동일한 지편에 하여야 하는 것은 아니고, 유언증서로서의 일체성이 인정되는 이상 주소는 유언증서를 담은 봉투에 기재하여도 무방하므로 유언의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있다.

또한 앞서 본 바와 같이 민법은 자필증서에 의한 유언 이외에도 녹음에 의한 유언, 공정증서에 의한 유언, 비밀증서에 의한 유언, 구수증서에 의한 유언 등을 마련하고 있으므로 유언자로서는 다른 방식의 유언을 선택하여 유증을 할 수 있는 기회가 열려 있고, 유언자가 민법이 요구하는 유언의 방식을 구비하여 유증을 하기 어려운 경우에는 생전에 민법 제562조의 사인증여를 함으로써 자신의 의사를 관철할 수도 있다.

자필증서에 의한 유언의 경우에는 다른 유언방식에 비하여 덜 엄격하여 가장 손쉽게 이용될 수 있는 방식인 반면 유언내용이 불명확하거나 서로 상반되어 유언자의 사후에 유언의 진실성에 대한 분쟁이 일어날 개연성이나 우리 민법이 특별한 공적인 보관을 요구하고 있지도 않아 유언장의 분실, 은닉, 위조 등의 우려도 그만큼 크다 할 것이므로 자필증서에 의한 유언에 있어서는 그 요식성을 엄격하게 강화할 필요도 있다.

결국 앞서 본 입법목적에 따라 유언의 요식주의를 취하는 이상, 유언을 하

판례집 20-2(하)

는 자가 당연히 작성할 것이라고 기대되는 ‘유언의 전문, 유언자의 성명’ 등과 같은 최소한의 내용 이외에 다른 형식적인 기재 사항을 요구하는 것은 유언의 요식주의를 관철하기 위한 불가피한 선택이라고 볼 수 있다. 이와 같은 요청에서 이 사건 법률조항은 자필증서에 의한 유언에 있어서 최소한의 내용 이외에 ‘주소의 자서’를 요구한 것이고, ‘주소의 자서’는 다른 유효요건과는 다소 다른 측면에서 의연히 유언자의 인적 동일성 내지 유언의 진정성 확인에 기여할 뿐만 아니라, 유언자가 위 요건을 충족하는 것도 그다지 어려운 것이 아니라 할 것이므로 주소의 자서를 요구하는 이 사건 법률조항을 두고 기본권침해의 최소성원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

(4) 법익의 균형성

이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분 역시 자필증서에 의한 유언의 방식을 엄격하게 하여 유언자의 사후에 발생하기 쉬운 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익을 추구하는 것으로서, 사익인 유언자의 유언의 자유가 제한되는 정도와 종합적으로 비교하였을 때 그 달성하고자 하는 공익이 더욱 크다고 할 것이므로 법익의 균형성을 갖추었다 할 것이다.

(5) 소결론

그렇다면 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분도 헌법 제23조에 의하여 보장되는 유언자의 재산권과 헌법 제10조에 의해서 보장되는 일반적 행동자유권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항을 위반하였다고 할 수 없다.

라. 청구인의 나머지 주장에 대한 판단

(1) 청구인은 이 사건 법률조항에서 자필증서에 의한 유언의 방식을 엄격하게 규정하여 ‘날인’과 ‘주소’를 요구함으로써 헌법 제11조의 평등원칙 및 헌법 제19조의 양심의 자유에 위반된다고 주장한다.

(2) 먼저 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등원칙에 위반되는지에 관하여 보건대, 개인의 재산권의 처분에 대한 일반적 의사표시에는 아무런 요식행위를 필요로 하지 않는 것이 원칙이라고 하더라도 앞서 본 바와 같이 유언자가 자필증서에 의하여 유언을 함에 있어서는 유언자의 사망 후 그 진의를 확보함과 아울러 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하고 상속제도를 건전하게 보호하기 위하여 자필증서에 날인을 요구하는 등 유언의 방식을 엄격하게 규정할 필요가 있고, 이를 규정한 이 사건 법률조항이 헌법상 과잉금지 원칙에 위반되지 않는 이상, 자필증서에 의한 유언을 하고자 하는 유언

자에 대하여 특별히 이 사건 법률조항에서 엄격하게 ‘날인’과 ‘주소’의 자서를 형식적 요건으로 요구한다고 하더라도 이를 두고 불합리한 차별이라 하여 헌법상의 평등원칙에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(3) 다음으로 이 사건 법률조항이 헌법 제19조에서 규정하는 양심의 자유에 위반되는지에 관하여 보건대, 헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 규정하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있다. 여기에서의 양심은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 아니 되는 인간의 윤리적 내심영역이다. 보호되어야 할 양심에는 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함될 수 있다(헌재2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 684). 나아가 ‘양심상의 결정’이란 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에 양심상의 심각한 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다(2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 151; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401, 공보 145, 1566, 1574)

그러나 이 사건에서와 같이 유언자가 자신의 재산을 처분하는 단독행위로서 유증을 하는 경우에 있어서 유언자의 의사표시는 재산적 처분행위로서 재산권과 밀접한 관련을 갖는 것일 뿐이고, 인간의 윤리적 내심영역에서의 가치적·윤리적 판단과는 직접적인 관계가 없다 할 것이므로 헌법 제19조에서 규정하는 양심의 자유의 보호대상은 아니라고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 유언자에게 그 의사표시를 함에 있어서 엄격하게 ‘날인’ 및 ‘주소’의 자서를 형식적 요건으로 요구한다고 하더라도 이로써 유언자의 양심의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 조대현, 재판관 이동흡, 재판관 송두환, 재판관 김종대의 다음 5. 내지 7.과 같은 반대 의견을 제외한 나머지 관여 재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

#### 5. 재판관 조대현의 ‘주소’ 부분 한정위헌의견

민법 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분은 원칙적으로 위헌이라고 보

판례집 20-2(하)

기 어렵지만, 유언자필증서의 다른 기재에 의하여 유언자를 특정할 수 있는 경우에도 민법 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 부분을 적용하여 유언자필증서의 효력을 부인하는 것은 헌법에 위반된다고 생각한다.

민법 제1066조 제1항이 유언자필증서에 유언자의 주소를 기재하도록 요구하는 이유는 유언자의 성명과 주소에 의하여 유언자가 누구인지 특정할 수 있게 하려는 것이다. 그런데 성명과 함께 유언자를 특정할 수 있는 요소는 주소 외에 주민등록번호·생년월일·본적·가족 성명·사회적 신분 등 여러 가지를 생각할 수 있고, 그 중에서 주소의 특정기능이 가장 우월하다고 보기 어렵고, 유언자의 주소 기재가 없으면 유언자를 특정할 수 없게 된다고 볼 수도 없다.

따라서 유언자필증서에 유언자의 주민등록번호 기타 유언자를 특정할 수 있는 기재가 있는 경우에도 유언자의 주소가 기재되지 않았다고 하여 그 유언자필증서의 효력을 부인하는 것은 입법취지의 범위를 넘어서 유언의 자유를 제한할 필요성도 없이 유언의 자유를 과도하게 침해하는 것이라고 할 것이다.

따라서 유언자필증서에 유언자의 주민등록번호 기타 유언자를 특정할 수 있는 기재가 있는 경우에도 민법 제1066조 제1항 중 ‘주소’ 부분을 적용하여 유언자필증서의 효력을 부인하는 것은 헌법에 위반된다고 봄이 상당하다.

#### 6. 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 ‘주소’ 부분 위헌의견

우리는 이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분에 대하여는 다수의견과 의견을 같이 하나, ‘주소’ 부분에 대하여는 다수의견과 달리 유언자의 재산권 및 일반적 행동자유권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하므로 다음과 같이 우리의 의견을 밝혀 둔다.

먼저 자필증서에 의한 유언에서 유언자의 주소의 기재를 요구하는 법 규정의 목적은 유언자의 인적 동일성을 확인함으로써 유언자의 사망 후 그 진위를 명확하게 가리고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하고 상속제도를 건전하게 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

그런데 이러한 목적을 위하여 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것이 그 목적달성을 위한 적절한 방법인가 하는 점에 대하여 먼저 살펴보면, 유언자의 인적 동일성은 제1차적으로는 그 성명에 의하여 특정될 수 있지만 동명이인도 있을 수 있으므로 이러한 경우에 유언자의 주소는 그 인적 동일성을 확인

할 수 있는 간편한 수단이 될 것이다. 이 점에서는 방법의 적정성의 요건이 갖추어졌다고 볼 여지도 있다. 그러나 동명이인의 경우에 유언자의 주소가 기재되지 않았더라도 그 유언의 내용 등에 비추어 보면 누구의 유언인지를 쉽게 확인할 수 있을 것이고, 이를 확인할 수 없는 경우란 쉽게 생각할 수 없다. 더욱이 일반인의 거래관행이나 규범의식이 법률행위를 함에 있어서 주소의 기재까지 요구하고 있지는 않다는 점, 다른 형식의 유언에서는 주소의 기재를 요구하고 있지 않은 점, 자필증서 유언의 요건으로서 주소의 기재를 요구하는 다른 나라의 입법례를 찾아볼 수 없다는 점 등까지 보태어 본다면, 이 사건 법률조항이 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것이 유언자의 인적 동일성을 확인하기 위한 적절한 방법이라고 보기는 어렵다 할 것이다.

설령 주소의 기재가 유언자의 인적 동일성의 확인을 위해 적절한 방법이라고 하더라도 침해의 최소성원칙에 위반된다고 본다. 주소의 기재가 없는 자필증서유언을 무효로 하면서까지 주소를 반드시 기재하도록 요구할 이유는 없다. 즉 유언장 전문의 자서와 성명의 자서, 그리고 유언의 내용에 의해서 유언장의 실제 작성자와 유언장의 명의자의 동일성을 확보할 수 있음은 물론, 유언이 그의 진의에 의한 것임을 충분히 밝힐 수 있는 등 누가 한 유언인지를 밝혀내는 것은 그리 어려운 문제가 아니므로 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 과하는 것이다.

그리고 유언자의 사후에 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익은 전문의 자서와 서명, 날인에 의해서도 충분히 달성할 수 있는 것임에 반하여, 주소의 자서가 흠결되면 이 사건 유언은 무효가 되고 유언자의 진의가 관철될 여지는 전혀 없게 될 것이므로 자필증서에 의한 유언에서 주소의 자서를 추가로 요구하는 것은 침해되는 법익과 보호되는 공익 사이에 현저한 불균형을 초래하고 있어 법익 균형성의 원칙에도 위반된다.

따라서 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분은 방법의 적정성 내지 침해의 최소성, 그리고 법익의 균형성이라는 요건을 충족하지 못한 것으로서 유언자의 재산권과 헌법 제10조에 의해서 보장되는 일반적 행동자유권을 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되므로 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

#### 7. 재판관 김중대의 위헌의견

나는 이 사건 법률조항이 자필증서에 의한 유언에서 유언 전문의 자서와

판례집 20-2(하)

서명 이외에 ‘주소의 자서’ 및 ‘날인’까지 요구하는 것은 헌법에 위반된다고 판단한다.

우선 이 사건 법률조항 중 ‘주소’ 부분에 대하여는 앞서 본 단순위헌의견의 이유와 그 견해를 같이하므로 따로 이유 설시를 하지 않기로 한다.

다음 ‘날인’ 부분에 대하여는 이미 헌재 2008. 3. 27. 2006헌바82 결정(판례집 20-1상, 355, 372-374)에서 아래와 같은 요지로 위헌 이유를 상세히 밝힌 바 있으므로 동 사건에서의 이유를 인용하기로 한다.

“오늘날 의사의 확정방법으로서 날인은 자필에 비해 현저히 그 중요성이 감소되었고, 더구나 날인은 자필에 비해 타인에 의한 날인 가능성과 위조 가능성이 커 의사의 최종적 완결 방법으로는 부적당하게 되어 각종 법률에서 날인을 요구하는 경향은 점차 줄어들고 단순히 서명(성명의 자서)만으로 처리하는 경향이 점차 확대되고 있다. 자필증서에 의한 유언에서 날인을 요구하는 목적은 유언장 작성자와 유언장 명의자의 동일성을 확보하고 유언이 그의 진의에 의한 것임을 밝히기 위한 것인데, 이는 유언장의 전문의 자서와 성명의 자서에 의해서 충분히 달성되므로 그 밖에 날인을 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 요구하는 것으로 최소침해성의 원칙을 준수하지 못하는 것이고, 유언자의 사후 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익은 전문의 자서와 서명에 의해서도 충분히 달성할 수 있는 것임에 반하여, 날인이 흠결되면 이 사건 유언은 무효가 되고 유언자의 진의가 관철될 여지는 전혀 없게 되므로 이 사건 법률조항 부분은 침해되는 법익과 보호되는 공익 사이에 현저한 불균형을 초래하고 있어 법익균형성의 원칙에도 위반되므로 이 사건 법률조항 중 ‘날인’ 부분은 헌법 제10조에 의하여 보장되는 유언자의 일반적 행동의 자유를 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배되므로 헌법에 위반된다.”

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 위헌확인 등

(2008. 12. 26. 2005헌마971 · 1193, 2006헌마198(병합))

전원재판부)

### 【판시사항】

1. 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 국회가 광범위한 입법형성권을 가지는지 여부(적극)

2. 5급 이상 공무원의 노동조합가입을 금지하고, 나아가 6급 이하의 공무원 중에서도 ‘지휘·감독권 행사자’, ‘업무 총괄자’, ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자’, ‘노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자’ 등의 가입을 금지하는 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ (2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것, 이하 ‘공노법’이라 한다) 제6조가 공무원인 청구인들의 단결권을 과도하게 제한하며, 5급 및 6급 공무원을 합리적 이유 없이 7급 이하 공무원인 공무원들과 차별하여 평등권을 침해하는지 여부(소극)

3. ‘법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항’에 대해서는 단체교섭을 할 수 없도록 규정하고 있는 공노법 제8조 제1항 단서가 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

4. 노동조합이 2 이상인 경우 노동조합이 정부교섭대표의 교섭창구 단일화요구에 응하지 않는 경우에는 정부교섭대표로 하여금 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 공노법 제9조 제4항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

5. ‘법령·조례·예산 및 하위규정’과 다른 내용으로 체결되는 단체협약에 대하여 효력을 발생하지 않도록 한 공노법 제10조 제1항이 국

회의 입법 재량권의 한계를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

6. 공무원에 대하여 일체의 쟁의행위를 금지한 공노법 제11조가 청구인들의 단체행동권을 침해하는지 여부(소극)

7. 공노법 제11조를 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 공무원을 형사처벌하는 공노법 제18조가 죄형법정주의 원칙 중 명확성의 원칙에 반하거나 입법재량의 한계를 일탈한 과중한 처벌로서 헌법에 위배되는지 여부(소극)

8. 노동조합 및 노동관계조정법상 단체교섭 거부, 단체협약 불이행 및 구제명령 불이행에 대한 형사처벌 조항의 적용을 배제하고 있는 공노법 제17조 제3항 중 ‘제89조 2호’, ‘제90조 중 제81조’ 부분이 헌법이 부여한 입법재량권의 한계를 일탈하여 공무원노동조합의 단체교섭권을 침해하고, 일반 노동조합에 비하여 공무원 노동조합을 합리적 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

**【결정요지】**

1. 우리 헌법은 제33조 제1항에서 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서 공무원인 근로자에 대하여는 법률에 의한 제한을 예정하고 있는바, 이는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성을 고려하여 합리적인 공무원제도의 보장과 이와 관련된 주권자의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 것이다.

따라서 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.

2. 노동조합 가입범위에 관한 공노법 제6조는 통상 5급 이상의 공무원이 제반 주요정책을 결정하고 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장사무를 처리하는 역할을 하는 공무원의 업무수행 현실, 6급 이하의 공무원 중에서도 ‘지휘감독권 행사자’ 등은 ‘항상 사용자 의 이익을 대표하는 자’의 입장에 있거나 그 업무의 공공성·공익성

이 큰 점 등을 고려하여 위 공무원들을 노동조합 가입대상에서 제외 한 것으로, 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단결권을 침해한다고 볼 수 없다.

또한 위 조항이 5급 공무원과 6급 이하 공무원, 6급 이하 공무원 중 일정 업무 담당자와 나머지 6급 이하 공무원, 노조가입이 금지되는 6급 이하 공무원과 교원을 차별취급하고 있다 하더라도, 그 차별에는 합리적인 이유가 있어 청구인들의 평등권을 침해한다고도 볼 수 없다.

3. “정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항”을 단체교섭의 대상에서 제외시킨 공노법 제8조 제1항 단서는 정부의 정책결정 및 관리운영사항은 교섭대상사항이 아니라고 본 것으로, 정책결정 및 관리운영사항 일체를 교섭대상에서 제외시킨 것이 아니고, 정부의 정책결정 및 관리운영사항 중에서도 근무조건과 직접 관련되는 사항에 대하여는 단체교섭을 허용하고 있으므로, 합리적 근거 없이 입법형성권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

4. 단체교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우 정부교섭대표에게 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있고, 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 공노법 제9조 제4항은, 복수노조 허용에 따라 예상되는 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움, 과도한 교섭비용을 줄이기 위하여, 단체교섭에 있어 관련된 노동조합에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노동조합 간의 자율적인 교섭창구 단일화를 규정한 것으로 합리적인 근거가 있으므로, 위 조항이 입법재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

5. 공노법 제10조 제1항은 공무원노조에게 단체협약체결권을 인정하면서도 단체협약의 내용 중 법령·조례·예산 등에 위배되는 내용에 대하여는 단체협약의 효력을 부정하고 있는바, 공무원의 경우 민간 부문과 달리 근무조건的大部分은 헌법상 국민전체의 의사를 대표하



는 국회에서 법률, 예산의 형태로 결정되는 것으로서, 그 범위 내에 속하는 한 정부와 공무원노동단체 간의 자유로운 단체교섭에 의하여 결정될 사항이라 할 수 없다. 따라서 노사 간 합의로 체결된 단체협약이라 하더라도 법률·예산 및 그의 위임에 따르거나 그 집행을 위한 명령·규칙에 규정되는 내용보다 우선하는 효력을 인정할 수는 없으며, 조례는 지방의회가 제정하는 것으로 해당 지방자치단체와 그 공무원을 기속하므로, 단체협약에 대하여 조례에 우선하는 효력을 부여할 수도 없다.

한편, 위 조항은 법령·조례 또는 예산 등과 저촉되는 부분에 한하여 단체협약으로서의 효력만 부인할 뿐, 교섭 자체를 할 수 없게 하거나 단체협약의 체결을 금지하지는 않고, 공노법 제10조 제2항은 정부교섭대표에게 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과하고 있으므로, 공노법 제10조 제1항이 국회의 입법재량권의 한계를 일탈하여 청구인들의 단체협약체결권을 침해한다고 보기 어렵다.

6. 공무원이 쟁의행위를 통하여 공무원 집단의 이익을 대변하는 것은 국민전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 지위와 특성에 반하고 국민전체의 이익추구에 장애가 되며, 공무원의 보수 등 근무조건은 국회에서 결정되고 그 비용은 최종적으로 국민이 부담하는바, 공무원의 파업으로 행정서비스가 중단되면 국가기능이 마비될 우려가 크고 그 손해는 고스란히 국민이 부담하게 되며, 공공업무의 속성상 공무원의 파업에 대한 정부의 대응수단을 찾기 어려워 노사 간 힘의 균형을 확보하기 어렵다.

따라서, 공무원에 대하여 일체의 쟁의행위를 금지한 공노법 제11조는 헌법 제33조 제2항에 따른 입법형성권의 범위 내에 있어, 헌법에 위배되지 아니한다.

7. 공무원의 쟁의행위에 대한 형사처벌을 규정한 공노법 제18조는 위 조항의 보호법익, 형법상 업무방해죄에 관한 대법원의 해석 등을 참조하여 통상의 해석방법에 의하여 그 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있어, 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것

인가는 원칙적으로 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야인 점, 공무원인 근로자의 업무의 공공성·공익성, 형법상 업무방해죄의 법정형에 견주어 볼 때, 위 조항의 법정형이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 볼 수 없다.

또한 공무원이 쟁의행위를 할 경우 단순히 행정질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도가 아니라 국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 고도의 개연성이 있으므로, 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 공노법 제18조가 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

8. 공노법 제17조 제3항은 ‘노동조합 및 노동관계조정법’의 적용이 배제되는 경우를 규정하면서, 사용자의 부당노동행위 및 그에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 경우의 처벌규정인 ‘노조법 제89조 2호 내지 제90조’를 들어, 공무원인 노동조합원의 쟁의행위를 처벌하는데 반하여 사용자 측인 정부교섭대표의 부당노동행위에 대하여는 처벌하지 아니하고 있다.

그러나 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법정책에 관한 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 문제이므로, 사용자의 부당노동행위에 대한 구제수단으로서 민사상의 구제절차를 마련하는데 그치고 형사처벌까지 규정하지 아니하였다고 하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하여 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

또한, 공노법이 공무원의 쟁의행위를 금지하고 이를 위반한 자를 형사처벌하는 것과 정부교섭대표 등 사용자의 부당노동행위와 구제명령위반에 대한 형사처벌규정의 적용을 배제하는 것은 그 입법목적이 서로 다르고, 공무원 노사관계의 특성을 고려한 합리적인 근거에 기한 것으로서, 청구인들의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다. 그리고 입법자가 사용자의 부당노동행위에 대한 구제방법으로 민사상의 원상회복주의를 채택하고 형사상의 처벌을 배제한 것은, 정부교섭대표를 형사처벌하지 않는다고 하여 부당노동행위가 남발할 우려는 현실적으로 크지 않음에 반하여, 형사처벌을 할 경우 부당노동행

판례집 20-2(하)

위를 둘러싼 형사고발 등으로 불필요한 행정력이 소모되고 공식사회가 갈등에 휩싸이게 되는 등의 부작용이 우려되기 때문으로, 공노법 제17조 제3항 해당부분이 사용자의 부당노동행위를 형사처벌하는 문체에 있어서 일반 근로자와 공무원인 근로자를 차별하는 데는 합리적인 이유가 있으므로, 청구인들의 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

### 재판관 조대현의 일부 반대의견

1. 헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

2. 공노법 제10조 제1항의 “법령” 중 명령·규칙은 공무원 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 제정하고 변경하는 것으로, 입법기관인 국회 또는 지방의회가 결정한 법률·조례나 예산과 같게 볼 수 없으므로, 공무원 노사의 쌍방이 합의하여 결정한 단체협약의 효력보다 모든 경우에 언제나 우선적 효력을 가진다고 보기 어렵다.

단체협약의 내용이 기존의 명령·규칙에 위반되는 경우에는, 쌍방향으로 이루어진 단체협약의 내용에 맞추어 명령·규칙을 개정함이 상당하고, 공노법 제10조 제2항이 정부에게 단체협약의 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과한 것도 그러한 취지로 보인다. 공노법 제10조 제1항은 단체협약의 내용이 기존의 명령·규칙에 위반되는 경우에도 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있지만, 그것은 공노법 제10조 제2항에 따라 기존의 명령·규칙이 개정될 때까지 단체협약의 효력을 정지시킨 것으로 해석하는 한 단체교섭권을 침해한다고 보기 어렵다.

그러나 단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

과 다른 내용의 명령·규칙을 제정·변경하여 시행함으로써 그 명령·규칙의 시행 전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있다면, 그것은 공무원 노사의 쌍방향의에 의하여 결정된 단체협약의 효력을 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 변경·실효시키는 것을 허용하는 셈이 되어 헌법 제33조 제1항·제2항이 보장하는 공무원의 단체교섭권을 근본적으로 부정하거나 본질적으로 침해하는 것이다.

따라서 공노법 제10조 제1항의 “법령”에 단체협약 체결 후에 시행되는 명령·규칙도 포함된다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제1항·제2항에 위반된다고 보아야 한다.

3. 공노법 제11조는 공무원노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하여, 정상적인 공무수행을 저해하는 쟁의행위를 금지하고 있다. 이는 헌법 제7조가 규정한 공무원의 특수한 지위와 책임을 공무원의 단체행동권의 완전한 보장보다 우선시킨 것이라고 할 수 있지만, 공무원의 단체행동권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 공무원에게도 근로3권이 인정됨을 전제로 공무원 지위의 특수성에 비추어 단체행동권의 행사가 제한되는 한계를 규정한 것이라고 보아야 한다.

따라서 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권 행사를 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 금지한다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제2항에 위반된다.

### 【심판대상조문】

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 (2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술직렬의 일반직공무원
  2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원
  3. 기능직공무원
  4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원
  5. 고용직공무원
- ② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수

판례집 20-2(하)

없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원
3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원
4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

③ 생략

④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제8조(교섭 및 체결권한 등) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 국회의원총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장·행정자치부장관(행정부를 대표한다)·특별시장·광역시장·도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다) 또는 특별시·광역시·도의 교육감 중 어느 하나에 해당하는 자(이하 “정부교섭대표”라 한다)와 각각 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 다만, 법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

②~⑤ 생략

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제9조(교섭의 절차) ①~③ 생략

④ 정부교섭대표는 제2항 및 제3항의 규정에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우에는 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있다.

⑤~⑥ 생략

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제10조(단체협약의 효력) ① 제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.

② 생략

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제11조(쟁의행위의 금지) 노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니된다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제17조(다른 법률과의 관계) ①~② 생략

③ 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서, 제24조, 제29조, 제36조 내지 제46조, 제51조 내지 제57조, 제60조 제1항·제5항, 제62조 내지 제65조, 제66조 제2항,

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

제69조 내지 제80조, 제81조 제2호 단서, 제88조 내지 제92조, 제96조 제1항 제3호 및 법률 제5310호 노동조합 및 노동관계 조정법 부칙 제5조 제1항 및 제2항의 규정은 이 법에 의한 노동조합에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제18조(벌칙) 제11조의 규정을 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 【참조조문】

헌법 제1조 제1항, 제33조 제1항, 제2항, 제37조 제2항

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “공무원”이라 함은 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에서 규정하고 있는 공무원을 말한다. 다만, 국가공무원법 제66조 제1항 단서 및 지방공무원법 제58조 제1항 단서의 규정에 의한 사실상 노무에 종사하는 공무원과 교원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률의 적용을 받는 교원인 공무원을 제외한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제3조(노동조합 활동의 보장 및 한계) ① 이 법에 의한 공무원의 노동조합(이하 “노동조합”이라 한다)의 조직 및 가입과 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 국가공무원법 제66조 제1항 본문 및 지방공무원법 제58조 제1항 본문의 규정을 적용하지 아니한다.

② 공무원은 노동조합의 활동을 함에 있어서 다른 법령이 규정하는 공무원의 의무에 반하는 행위를 하여서는 아니된다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제8조(교섭 및 체결권한 등) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장·행정자치부장관(행정부를 대표한다)·특별시장·광역시장·도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다) 또는 특별시·광역시·도의 교육감중 어느 하나에 해당하는 자(이하 “정부교섭대표”라 한다)와 각각 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 다만, 법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

② 정부교섭대표는 법령 등에 의하여 스스로 관리하거나 결정할 수 있는 권한을 가진 사항에 대하여 노동조합의 교섭요구가 있는 때에는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

③ 정부교섭대표는 효율적인 교섭을 위하여 필요한 경우 다른 정부교섭대표와 공동으로 교섭하거나, 다른 정부교섭대표에게 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 위임할 수 있다.

④ 정부교섭대표는 효율적인 교섭을 위하여 필요한 경우 정부교섭대표가 아닌 관계 기관의 장으로 하여금 교섭에 참여하게 할 수 있고, 다른 기관의 장이 관리하거나 결정할 권

판례집 20-2(하)

한을 가진 사항에 대하여는 당해 기관의 장에게 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 위임할 수 있다.

⑤ 제2항 내지 제4항의 규정에 따라 정부교섭대표 또는 다른 기관의 장이 단체교섭을 하는 경우 소속공무원으로 하여금 교섭하고 단체협약을 체결하게 할 수 있다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제9조(교섭의 절차) ① 노동조합은 제8조의 규정에 의한 단체교섭을 위하여 노동조합의 대표자와 조합원으로 교섭위원을 구성하여야 한다.

② 노동조합의 대표자는 제8조의 규정에 따라 정부교섭대표와 교섭하고자 하는 경우에는 교섭하고자 하는 사항에 대하여 권한을 가진 정부교섭대표에게 서면으로 교섭을 요구하여야 한다.

③ 정부교섭대표는 제2항의 규정에 따라 노동조합으로부터 교섭을 요구받은 때에는 교섭을 요구받은 사실을 공고하여 관련된 노동조합이 교섭에 참여할 수 있도록 하여야 한다.

④ 정부교섭대표는 제2항 및 제3항의 규정에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우에는 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있다.

⑤ 정부교섭대표는 제1항 내지 제4항의 규정에 따라 관련된 노동조합과 단체협약을 체결한 경우 그 유효기간 중에는 당해 단체협약의 체결에 참여하지 아니한 노동조합이 교섭을 요구하더라도 이를 거부할 수 있다.

⑥ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 단체교섭의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제10조(단체협약의 효력) ① 제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.

② 정부교섭대표는 제1항의 규정에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 내용에 대하여는 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력하여야 한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제17조(다른 법률과의 관계) ① 이 법의 규정은 공무원이 공무원직장협의회 설립·운영에 관한 법률에 의하여 직장협의회를 설립·운영하는 것을 방해하지 아니한다.

② 공무원에 적용할 노동조합 및 노동관계 조정에 관하여 이 법에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 제3항에서 정하는 경우를 제외하고는 노동조합 및 노동관계조정법이 정하는 바에 따른다. 이 경우 동법 제3조 중 “단체교섭 또는 쟁의행위”는 “단체교섭”으로, 제4조 본문 중 “단체교섭·쟁의행위”는 “단체교섭”으로, 제10조 제1항 각 호의 부분중 “연합단체인 노동조합과 2 이상의 특별시·광역시·도에 걸치는 단위노동조합은 노동부장관에게, 그 외의 노동조합은 특별시장·광역시장·도지사에게”는 “노동부장관에게”로, 제12조 제1항중 “노동부장관 또는 특별시장·광역시장·도지사(이하 “행정관청”이라 한다)”는 “노동부장관”으로, 제30조 제1항 및 제2항중 “사용자”는 “정부교섭대표”로, 제58조·제60

조 제2항 내지 제4항 및 제61조 제3항중 “조정위원회 또는 단독조정인”은 “공무원노동관계조정위원회”로, 제59조중 “조정위원회의 위원장 또는 단독조정인”은 “공무원노동관계조정위원회 위원장”으로, 제60조 제3항중 “제1항의 규정에 의한 조정안”은 “조정안”으로, 제61조 제1항중 “조정위원 전원 또는 단독조정인”은 “공무원노동관계조정위원회 위원 전원”으로, 제66조 제1항·제67조 및 제68조 제2항중 “중재위원회”는 “공무원노동관계조정위원회”로, 제94조 중 “제88조 내지 제93조”는 “제93조”로 보고, 동법 중 “근로자”는 “공무원”으로, “사용자”(동법 제30조의 “사용자”를 제외한다)는 “기관의 장, 공무원에 관한 사항에 대하여 기관의 장을 위하여 행동하는 자”로, “행정관청”은 “노동부장관”으로 본다.

③ 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서, 제24조, 제29조, 제36조 내지 제46조, 제51조 내지 제57조, 제60조 제1항·제5항, 제62조 내지 제65조, 제66조 제2항, 제69조 내지 제80조, 제81조 제2호 단서, 제88조 내지 제92조, 제96조 제1항 제3호 및 법률 제5310호 노동조합 및 노동관계조정법 부칙 제5조 제1항 및 제2항의 규정은 이 법에 의한 노동조합에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

②~④ 생략

지방공무원법(1973. 3. 12. 법률 제2594호로 개정된 것) 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제5조(노동조합의 조직·가입) 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 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

판례집 20-2(하)

단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재역의 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

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제84조(구제명령)

- ① 노동위원회는 제83조의 규정에 의한 심문을 종료하고 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립되지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 판정·명령 및 결정은 서면으로 하되, 이를 당해 사용자와 신청인에게 각각 교부하여야 한다.
- ③ 관계 당사자는 제1항의 규정에 의한 명령이 있을 때에는 이에 따라야 한다.

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제85조(구제명령의 확정) ① 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 불복이 있는 관계 당사자는 그 명령서 또는 결정서의 송달을 받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 그 재심을 신청할 수 있다.

- ② 제1항의 규정에 의한 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 관계 당사자는 그 재심판정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소를 제기할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에 규정된 기간 내에 재심을 신청하지 아니하거나 행정소송을 제기하지 아니한 때에는 그 구제명령·기각결정 또는 재심판정은 확정된다.
- ④ 제3항의 규정에 의하여 기각결정 또는 재심판정이 확정된 때에는 관계 당사자는 이에 따라야 한다.
- ⑤ 사용자가 제2항의 규정에 의하여 행정소송을 제기한 경우에 관할법원은 중앙노동위원회의 신청에 의하여 결정으로써, 판결이 확정될 때까지 중앙노동위원회의 구제명령의 전부 또는 일부를 이행하도록 명할 수 있으며, 당사자의 신청에 의하여 또는 직권으로 그 결정을 취소할 수 있다.

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제89조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제37조 제2항, 제38조 제1항, 제40조 제2항 또는 제42조 제1항의 규정에 위반한 자
2. 제85조 제3항의 규정에 의하여 확정되거나 행정소송을 제기하여 확정된 구제명령에 위반한 자

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제90조(벌칙) 제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조(노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위) 법 제6조 제2항 및 제4항의 규정에 따라 노동조합에 가입할 수 없는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 법령·조례 또는 규칙에 따라 다른 공무원을 지휘·감독하며 그 복무를 관리할 권한과 책임을 부여받은 공무원(직무 대리자를 포함한다)
  - 나. 훈령 또는 사무분장 등에 따라 부서장을 보조하여 부서 내 다른 공무원의 업무 수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무에 주로 종사하는 공무원(자료정리 등 단순히 업무를 보조하는 자를 제외한다)
  - 가. 공무원의 임용·복무·징계·소청심사·보수·연금 그 밖에 후생복지에 관한 업무
  - 나. 노동조합 및 「공무원직장협의회 설립·운영에 관한 법률」에 따른 직장협의회에 관한 업무
  - 다. 예산·기금의 편성 및 집행(단순집행을 제외한다)에 관한 업무
  - 라. 행정기관의 조직과 정원의 관리에 관한 업무
  - 마. 감사에 관한 업무
  - 바. 보안업무, 질서유지업무, 청사시설의 관리 및 방호에 관한 업무, 비서·운전업무
3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 「공무원임용령」 [별표 1]의 공무원 중 교정·소년보호·보호관찰·검찰사무·마약수사·출입국관리 및 철도공안 직렬의 공무원
  - 나. 조세범처벌절차 법령에 따라 검찰총장 또는 검사장의 지명을 받아 조세범처벌사건의 조사를 전담하는 공무원
  - 다. 수사업무에 주로 종사하는 공무원
  - 라. 국가정보원에 근무하는 공무원
4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 「노동위원회법」에 따른 노동위원회의 사무국에서 조정사건이나 심판사건의 업무를 담당하는 공무원
  - 나. 「근로기준법」에 따라 노동부 및 그 소속기관에서 「근로기준법」, 「산업안전보건법」 그 밖의 노동관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 근로감독관

판례집 20-2(하)

- 다. 「선원법」에 따라 「선원법」 및 「근로기준법」 그 밖의 선원근로관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 선원근로감독관
- 라. 지방자치단체에서 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합 설립신고, 단체협약 및 쟁의행위 등에 관한 업무에 주로 종사하는 공무원

### 【참조판례】

- 1.~8. 헌재 1992. 4. 18. 90헌바27등, 판례집 4, 255  
헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238  
헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215

### 【당 사 자】

청 구 인 (2005헌마971)

1. 전국공무원노동조합  
대표자 위원장 김영길

2. 임○규

3. 남○우

- 청구인들 대리인 변호사 맹주천  
법무법인 창조 담당변호사 이덕우  
법무법인 해마루 담당변호사 한경수

(2005헌마1193)

4. 김○순

국선대리인 변호사 최승욱(2006. 5. 3. 사임)

(2006헌마198)

5. 공무원노동조합총연맹 외 38([별지 1] 기재와 같다)

- 청구인들 대리인 법무법인 한울  
담당변호사 이 경우 외 7인

### 【주 문】

1. 청구인 지식경제부 공무원노동조합의 이 사건 심판청구를 각하한다.
2. 나머지 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

가. 사건의 개요

(1) 2005헌마971

(가) 청구인 전국공무원노동조합은 전국의 일선 공무원들이 2002. 3. 23. 자율적으로 조직한 범외노조의 성격을 가지고 있다가 2007. 10. 17. 노동부장관에게 설립신고를 마친 범상 공무원노동조합이고, 청구인 임○규는 1989. 8. 국가공무원 행정주사보로 임용되어 2005. 10. 현재 과학기술부 과학기술협력국 미주기술협력과에서 행정사무관으로 근무하고 있는 5급 국가공무원이며, 청구인 남○우는 1978. 11. 1. 서울특별시 지방행정서기보시보로 공채되어 2005. 10. 현재 서울특별시 강서구청 하수과 지하수팀에서 5급 지방행정사무관 대우로 근무하고 있는 지방공무원이다.

(나) 이 사건 심판청구대상인 공무원의 ‘노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(법률 제7380호, 이하 ‘공노법’이라 약칭한다)이 2004. 12. 31. 국회 본회의를 통과한 후 2005. 1. 27. 공포되어 2006. 1. 28. 시행을 앞두고 되자, 청구인들은 공노법 제6조(가입범위)와 제8조(단체교섭권), 제9조(교섭의 절차), 제10조(단체협약의 효력), 제11조(쟁의행위의 금지), 제17조(다른 법률과의 관계) 제3항 중 ‘제89조 2호’와 ‘제90조 중 제81조’ 부분, 제18조(벌칙)가 헌법 제37조 제2항이 정하는 파잉금지원칙에 반하여 청구인들의 결사의 자유, 근로3권, 행복추구권, 평등권을 침해하므로 위헌이고, 이는 ‘법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정되는 경우’에 해당하여 헌법재판소법 제75조 제6항, 제45조 단서에 의거하여 공노법 전체에 대한 위헌확인이 필요하다고 주장하며, 2005. 10. 5. 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

(2) 2005헌마1193

청구인은 이 사건 심판청구 당시 지방자치단체인 서울 동작구청 교통지도과 소속 7급 지방공무원(현재 전국공무원노동조합 서울지역본부 부분부장이자)으로서, 위에서 본 바와 같이 공노법이 2006. 1. 28. 시행을 앞두고 되자, 공노법 제10조(단체협약의 효력) 제1항은 헌법 제37조 제1, 2항을 위배하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권, 결사의 자유, 근로3권을 침해하여 위헌이고, 공노법 제18조(벌칙) 또한 헌법 제37조 제1, 2항에 위반하여 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 죄형법정주의, 결사의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하며 2005. 12. 12. 공노법 전체를 대상으로 삼아 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 2006. 3. 13. 공노법 제10조 제1항 및 제18조에 대한 위헌선언을

판례집 20-2(하)

구하는 것으로 심판청구취지를 정정하였다.

(3) 2006헌마198

청구인 1(공무원노동조합총연맹)은 공무원노동조합(이하 ‘노동조합’은 ‘노조’라 약칭한다) 연합단체이고, 청구인 2 내지 20은 공무원으로 구성된 단위 노조 또는 노조지부인바, 청구인 1 내지 20은 1998. 2. 6. 노사정 대합의를 기초로 하여 일선 공무원들이 자발적으로 결성한 결사체로서 다수의 공무원들이 가입한 범외노조의 형태로 있다가, 2006. 9. 4. 노동부장관에게 노조 설립 신고를 마쳤다. 청구인 21 내지 39는 6급 내지 8급의 국가공무원, 지방공무원 또는 기능직 공무원이다.

청구인들은 공노법에 의하여 공무원노조 가입자격을 박탈당함으로써 단결권을 제약받고 있다고 주장하고, 공노법 제6조가 6급 이하 공무원에 한정하여 노조에 가입할 수 있도록 함과 동시에 6급 이하 공무원의 경우에도 ‘지휘·감독권 행사자’, ‘업무 총괄자’, ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자’, ‘노동관계의 조정·감독 등 업무종사자’ 등에 대하여 노조가입을 철저히 금지함으로써, 결국 전체 공무원 중 30% 가량에 대하여만 노조가입을 허용하고 있는 것은 평등의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인들의 단결권을 침해하여 위헌이라고 주장하며 2006. 2. 13. 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

나. 심판의 대상

2005헌마1193 사건의 청구인은 공노법 제10조(단체협약의 효력) 제1항 및 제18조(벌칙)의 위헌 여부를, 2006헌마198 사건의 청구인들은 공노법 제6조의 위헌 여부를(구체적으로는 제6조 중 제1항·제2항·제4항을 문제삼고 있고 제3항을 다투는 취지는 없으므로, 제6조 제1항·제2항·제4항에 한정하여 살핀다)를 다투며, 2005헌마971 사건의 청구인들은 공노법 전체에 대하여 위헌을 선언해 줄 것을 구하나, 구체적으로는 공노법 제6조(가입범위) 제1항·제2항·제4항과 제8조(단체교섭권) 제1항 단서, 제9조(교섭의 절차) 제4항, 제10조(단체협약의 효력) 제1항, 제11조(쟁의행위의 금지), 제17조(다른 법률과의 관계) 제3항 중 ‘제89조 제2호’ 및 ‘제90조 중 제81조’ 부분, 제18조(벌칙)가 위헌이라고 주장하고 있으므로, 심판대상을 위 법률조항들로 한정하기로 한다 [헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 판례집 18-1상, 439, 443-444 ; 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468, 판례집 20-1상, 1, 15-16 참조].

(1) 심판대상조항(밑줄 친 부분이 있는 조항은 밑줄 친 부분에 한정됨)

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 (2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술 직렬의 일반직공무원
2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원
3. 기능직공무원
4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원
5. 고용직공무원

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원
3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원
4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

제8조(교섭 및 체결권한 등) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장·행정자치부장관(행정부를 대표한다)·특별시장·광역시장·도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다) 또는 특별시·광역시·도의 교육감 중 어느 하나에 해당하는 자(이하 “정부교섭대표”라 한다)와 각각 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 다만, 법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니한 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

제9조(교섭의 절차) ④ 정부교섭대표는 제2항 및 제3항의 규정에 따라 교섭

판례집 20-2(하)

을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우에는 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있다.

제10조(단체협약의 효력) ① 제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니 한다.

제11조(쟁의행위의 금지) 노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.

제17조(다른 법률과의 관계) ③ 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서, 제24조, 제29조, 제36조 내지 제46조, 제51조 내지 제57조, 제60조 제1항·제5항, 제62조 내지 제65조, 제66조 제2항, 제69조 내지 제80조, 제81조 제2호 단서, 제88조 내지 제92조, 제96조 제1항 제3호 및 법률 제5310호 노동조합 및 노동관계조정법 부칙 제5조 제1항 및 제2항의 규정은 이 법에 의한 노동조합에 대하여는 이를 적용하지 아니 한다.

제18조(벌칙) 제11조의 규정을 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

(2) 관련조항

[별지 2] 기재와 같다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

[별지 3] 기재와 같다.

3. 청구인 지식경제부 공무원노동조합의 이 사건 심판청구의 적법 여부  
헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 심판을 구하는 제도로서, 이 경우 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받고 있는 자여야 한다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579; 헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421). 그리고 법률에 의하여 기본권을 침해받은 경우에는 법률에 의하여 자신의 기본권을 직접적으로 침해당하고 있는 자만이 헌법소원 심판청구를 할 수 있으며, 법률의 직접적인 규율당사자가 아닌 제3자는 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없어서 심판청구를 할 수 없다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409; 헌재 2003. 10. 30. 2000마563, 판례집

15-2, 84, 91-92 참조).

이와 관련하여, 2006헌마198 사건의 청구인 2. 지식경제부 공무원노동조합이 공노법 제6조에 의하여 자기의 기본권을 침해받았다고 주장할 수 있는지가 문제된다. 공노법상 공무원노조의 설립 최소단위는 행정부로서(공노법 제5조 제1항 참조), 위 청구인은 행정부 공무원노조의 지부에 불과하므로, 과연 독자적으로 단결권의 주체가 될 수 있는지를 먼저 검토할 필요가 있다.

살피건대, 공노법상 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 주체가 될 수 있는 노동조합은 설립 최소단위인 단위노조와 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)이 인정하고 있는 단위노조의 연합단체일 뿐이므로(노조법 제10조, 공노법 제17조 제1항 참조), 위 청구인은 독자적으로 단결권의 주체가 될 수 없다 할 것이다.

가사 지식경제부 내에 국한되는 문제로 단체교섭을 하는 경우에 위 청구인이 행정부 공무원노조의 내부위임에 따라 구체적인 협상을 하고 단체협약을 대행하는 경우가 있을 수 있으나, 그 경우에도 위 청구인이 단체교섭을 할 수 있는 권한은 행정부노조의 내부위임에 의하여 비로소 발생하는 것이고, 단체협약의 당사자는 행정부 공무원노조라고 볼 것이다.

그렇다면, 공무원노조의 지부에 불과한 위 청구인의 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성이 없어 부적법하다.

#### 4. 심판대상조항들의 기본권 침해 여부

##### 가. 공무원의 노동3권에 관한 헌법 제33조 제2항의 의미

우리 헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하여 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 공무원인 근로자에 대하여는 일정한 범위의 공무원에 한하여서만 노동3권을 향유할 수 있도록 함으로써 기본권의 주체에 관한 제한을 두고 있다.

공무원인 근로자 중 법률이 정하는 자 이외의 공무원에게는 그 권리행사의 제한뿐만 아니라 금지까지도 할 수 있는 법률제정의 가능성을 헌법에서 직접 규정하고 있다는 점에서 헌법 제33조 제2항은 특별한 의미가 있다. 헌법 제33조 제2항이 규정되지 아니하였다면 공무원인 근로자도 헌법 제33조 제1항에 따라 노동3권을 가진다 할 것이고, 이 경우에 공무원인 근로자의 단결권·단

판례집 20-2(하)

체교섭권·단체행동권을 제한하는 법률에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권제한의 한계를 준수하였는가 하는 점에 대한 심사를 하는 것이 헌법원리로서 상당할 것이나, 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못하므로, 노동3권이 인정됨을 전제로 하는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용이 없는 것으로 보아야 할 것이다.

헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동3권을 제한하면서 노동3권이 보장되는 주체의 범위를 법률이 정하도록 위임한 것은, 첫째, 입법권이 국가사회공동체의 역사·문화에 따라 형성된 공무원제도의 유지·발전과 공무원제도의 다른 쪽 당사자로서 주권자인 전체 국민의 복리를 고려하고, 헌법상 보장된 공무원제도 자체의 기본틀을 해하지 않는 범위 내에서 그 제도에 관련된 여러 이해관계인의 권익을 서로 조화하면서 공공복리의 목적 아래 통합·조정할 수 있음을 의미하고, 둘째, 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 그 담당직무의 성질상 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 보장되어야 한다는 특수한 사정이 있다는 점을 고려하여, 전체 국민의 합의를 바탕으로 입법자의 구체적인 입법에 의하여 공격적이고 객관적인 질서에 이바지하는 공무원제도를 보장·보호할 수 있는 입법재량을 부여한 것이다.

그렇다면, 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다 할 것이다(헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 227-229 참조).

나. 노조 가입범위에 관한 공노법 제6조의 위헌 여부

공노법 제6조 제1항은 노조에 가입할 수 있는 공무원의 범위를 직종, 직급을 기준으로 구분하여 정하고 있고, 공노법 제6조 제2항은 위 제1항에 해당하는 공무원에 대하여 다시 직무의 성질을 기준으로 노조에 가입할 수 없는 일정한 직무를 담당하는 공무원들을 규정하며, 공노법 제6조 제4항은 위 제2항에 따라 노조에 가입할 수 없는 공무원의 구체적인 직무의 내용을 시행령이 정하도록 위임하고 있는바, 청구인들은 공노법 제6조 제1항이 원칙적으로 6급 이하의 공무원에 대하여만 노조가입을 허용하고, 같은 조 제2항이 다시 직무의 성질을 기준으로 6급 이하의 공무원 중 일정 업무종사자에 대하여 노조가입을 금지하는 것의 위헌성을 다룬다.

(1) 노동기본권의 침해 여부

공무원의 업무수행 현실을 보면, 제반 주요정책을 결정하고 그 소속 하위직 급자들을 지휘·명령하여 분장사무를 처리하는 역할은 통상 5급 이상의 공무원에게 부여되는 것이 일반적이고, 6급 이하의 공무원들 중에서도 '지휘·감독권 행사자', '업무 총괄자', '인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자', '노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자'는 '항상 사용자의 이익을 대표하는 자'의 입장에 있거나 그 업무의 공공성·공익성이 크며, 이들이 노조에 가입할 경우 예상되는 노조 운영 등에서의 지배·개입 등 노조의 자주성을 훼손하는 것을 방지하고, 노사 대화적 관계의 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현한다는 집단적 노사관계법의 기본적인 법원리에 따라 이들 공무원을 노조 가입대상에서 제외한 것으로 보인다.

또한 6급 이하 공무원 중 직무의 특성상 군인, 경찰 등 특정직 공무원과 유사하게 국가안전 및 국민의 생명과 안전보호 등 국가 기능유지에 핵심적인 업무를 수행하고 체복근무 등 조직 내 지휘·감독체계의 유지가 특히 강조되는 교정·수사 등의 업무를 수행하는 공무원과 업무의 성격상 노사 간의 이해관계에 영향을 미침으로서 업무수행에 있어서 중립성과 공정성이 특히 요구되는 노동관계의 조정·감독 등 노조 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원을 노조 가입대상에서 제외하는 것이다.

이러한 입법내용은 헌법상 근로자에 대한 근로3권의 실질적 보장을 전제하면서도 헌법 제33조 제2항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 유보함으로써 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위와 그 직무상의 공공성 등을 고려한 합리적 공무원제도의 보장 및 공무원제도와 관련한 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 의도와 어긋나는 것이라고 볼 수 없다.

그러므로 위 법률조항은 헌법 제33조 제2항이 공무원 신분의 특수성과 수행하는 업무의 공공성을 고려하여 단결권 및 단체교섭권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없고, 따라서 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

(2) 평등권의 침해 여부

(가) 심사기준

헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정

판례집 20-2(하)

하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니며 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적인 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 1989. 5. 24. 88헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24 참조).

한편, 어떤 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는바(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715), 이 사안은 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자에게 광범한 입법형성권이 부여되는 경우이므로, 평등의 원칙에 위반되었는지를 판단함에 있어서는 차별에 합리성이 있는지의 완화된 심사척도에 따라야 할 것이다.

(나) 5급 공무원과 6급 이하 공무원 간 차별취급의 위헌 여부

특정 사업장의 근로자 중에서 어느 범위까지 노조 가입을 허용할 것인가의 문제는 노조가 규약을 통해 자율적으로 규율하는 것이 원칙이며, 노조의 자율성 보장을 위해 사용자가 노조를 부당하게 지배·개입할 소지를 봉쇄할 필요성에 따라 노조법상 일반원칙인 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’(노조법 제2조 제4호 가목)는 배제하게 된다. 또 노조법에 따라 사용자의 개념에 포함되는 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’도 노조가입이 허용되지 않는다. 그리고 공무원의 경우 직무의 성격상 노동운동이 허용되기 어려운 직무가 무엇인가에 따라 일정 범위의 공무원에 대하여는 노조가입이 금지될 수 있다.

문제의 핵심은 업무의 성격상 노동운동이 허용되기 어려운 직무에 종사하는 공무원에 대하여는 노동3권을 부여하지 아니하는 것이 정당화될 수 있다는 것인바, 위 공무원에 해당하는지(직무의 공공성) 여부를 직급에 따라 나누어 5급 이상 공무원에 대하여는 일괄적으로 노조가입을 금지함으로써 6급 이하 공무원과 차별하는 것에 합리성이 인정되는가에 있다.

1) 우리 공무원제도는 공무원의 일반적 자격·능력 및 책임의 정도를 기준으로 계층을 만들어 인력을 행정수요에 맞게 효율적으로 운용하기 위하여 ‘공무원 계급제도’를 두고 있다. 그런데 공무원의 업무수행 등과 관련한 현실을 살펴보면, 계급제 성격이 강한 우리나라 공무원제도의 특성상 5급 이상 공무원은 제반 주요정책의 결정에 직접 참여하거나, 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장사무를 처리하는 역할을 수행하고 있는 것이 일반적이다.

2) 또한 공무원의 노조 가입범위를 원칙적으로 6급 이하의 공무원에 한정

하여 보아야 한다는 것은 우리 사회의 공통적인 법 인식 내지 법 감정에 해당하는 것으로, 1989년 야3당 합의안으로 국회본회의에 상정된 바 있던 노동조합법 개정법안 제8조도 이와 같은 기준을 제시하였고, 학계에서도 대부분의 학자들이 그 타당성에 동의하고 있으며, 입법 당시의 각종 여론조사 결과도 다수의 국민들이 이를 지지하는 것으로 드러났다.

3) 한편, 국제노동기구(ILO) 제151호 협약도 “공공부문에 있어 정책결정 또는 관리에 관련되는 직무를 수행하는 고위직 근로자 또는 고도의 기밀적 성격의 업무를 수행하는 근로자”에 관하여는 국내법령으로 단결권 제한이 가능하도록 하고 있으며, 외국의 입법례도 공무원 중 고위관리자(management official)와 중간관리자(supervisor)의 경우 단결권 보장대상에서 제외하고 있는 것이 보편적이다.

이러한 여러 사정을 종합하여 보면, 위 법률조항이 일반직공무원을 기준으로 5급 이상의 공무원에 대하여는 단결권, 단체교섭권을 부여하지 아니하고, 원칙적으로 6급 이하 공무원에게만 이를 보장하여 양자를 달리 취급하는 것은 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐만 아니라, 위에서 본 바와 같은 합리적인 이유 또한 있다 할 것이므로, 헌법 제11조 제1항에 정한 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

(다) 6급 이하 공무원 중 일정 업무 담당자와 나머지 6급 이하 공무원 간 차별취급의 위헌 여부

1) 6급 이하 공무원이라 하더라도 공무원 노사관계에 있어서 법령·조례 등에 의하여 다른 공무원에 대한 지휘감독권을 행사하거나, 다른 공무원의 업무를 총괄하는 공무원, 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 등을 노동조합 가입범위에서 제외한 것은, 이들이 노동조합에 가입할 경우 노동조합 운영 등에 지배·개입하는 등으로 노동조합의 자주성을 훼손하는 것을 방지하고, 노사 대항적 관계의 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사사치를 실현한다는 집단적 노사관계법의 기본적인 법원리에 따른 것이다.

2) 또한 6급 이하 공무원 중 직무의 특성상 군인, 경찰 등 특정직 공무원과 유사하게 국가안전 및 국민의 생명과 안전보호 등 국가기능 유지에 핵심적인 업무를 수행하고 제복근무 등 조직 내 지휘·감독체계의 유지가 특히 강조되는 교정·수사 등의 업무를 수행하는 공무원과 업무의 성격상 노사 간의 이

판례집 20-2(하)

해관계에 영향을 미침으로서 업무수행에 있어서 중립성과 공정성이 특히 요구되는 노동관계의 조정·감독 등 노조 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원을 노조 가입대상에서 제외하는 것이다.

따라서 공노법 제6조 제2항이 6급 이하 공무원 중에서 특정 업무 담당자들에 대하여 노조가입을 제한하는 것에는 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 이는 헌법 제11조 제1항이 정한 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

(라) 6급 공무원과 7급 이하 공무원 간 차별취급 주장에 대하여

청구인들은 심판대상조항이 6급 이하 공무원 중 일정 업무 종사자를 노조 가입대상에서 배제시킴으로써 합리적 이유 없이 6급 공무원을 7급 이하 공무원과 차별한다는 취지로도 주장하나, 심판대상조항은 6급 이하 공무원들에 대하여는 업무의 내용에 따라 특정 업무 종사자들을 노조에 가입할 수 없게 함으로써 동일한 기준을 적용하여 노조가입이 허용되는 자와 허용되지 않는 자를 구분하고 있다. 따라서 동일한 기준을 적용한 결과 7급 이하 공무원들에 비하여 6급 공무원들이 배제되는 비율이 높게 나타났다고 하더라도, 그것은 6급 공무원들이 상대적으로 노조가입이 금지되는 업무를 맡고 있는 비율이 높은 것에 기인하는 것으로, 이것이 6급 공무원과 7급 이하 공무원을 차별한 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 이 부분은 차별취급 자체가 존재하지 아니하는 것으로 볼 것이므로, 이 부분 주장도 이유 없다.

(마) 노조가입이 금지되는 6급 이하 공무원과 교원 간 차별취급의 위헌 여부

청구인들은 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’에 의한 교원은 단결권과 단체교섭권이 보장되고 있음에도 불구하고, 심판대상조항이 교원이 아닌 공무원들에게 근로3권을 보장하지 않는 것은 불합리한 차별로서 평등의 원칙에 위반된다는 취지로도 주장하나, 일반 공무원의 업무와 교원의 업무는 직역 및 처리업무의 성격에 있어서 다르고, 노동기본권을 행사하였을 때 국민 생활에 미치는 영향에도 차이가 있으므로, 교원에 대하여 근로에 관한 권리를 부여하였다고 하여 이를 두고 자의적인 차별을 가하는 것이라 할 수는 없다 (헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 234 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 256-257 각 참조).

다. 단체교섭권에 관한 조항들의 위헌 여부

(1) 공노법 제8조 제1항 단서의 위헌 여부

공노법 제8조(교섭 및 체결권한) 제1항은 노조의 대표자가 노조에 관한 사

항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 정부 교섭대표와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가짐을 규정하면서, 단서에서 “정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항”을 단체교섭의 대상에서 제외시키고 있는바, 청구인들은 위 단서가 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 주장한다.

그러나 민간부분의 이른바 ‘인사·경영사항’이 의무적 교섭사항인지가 문제되는 것처럼 정부의 정책결정 및 관리운영사항은 교섭대상사항이 아니라고 볼 수 있다. 일본·미국의 경우에도 교섭사항과 비교섭사항을 구분·명시하고 있는바, 일본의 경우 국가·지방공공단체의 사무의 관리 및 운영에 관한 사항은 교섭의 대상이 될 수 없고, 미국의 경우도 관리권한(management right)에 관한 사항(기관의 임무, 예산, 조직, 정원, 내부보안 지침, 채용, 배치, 지휘, 해고 및 정직, 강급, 면직 등 징계조치, 업무분장, 민간위탁의 결정, 기관운영자의 결정, 특정직위 임용을 위한 인원 선발, 비상조치 등)은 교섭대상에서 제외된다.

더욱이 위 법률조항은 정책결정 및 관리운영사항 일체를 교섭대상에서 제외시킨 것이 아니고 단체교섭에서 교섭대상을 둘러싼 교섭상의 혼선을 방지하기 위하여 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 정책결정에 관한 사항과 임용권의 행사 등 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 관리·운영에 관한 사항을 단체교섭의 금지대상으로 규정한 것으로, 정부의 정책결정 및 관리운영사항 중에서도 근무조건과 직접 관련되는 사항에 대하여는 단체교섭을 허용하고 있으므로, 공노법 제8조 제1항 단서가 합리적 근거 없이 입법형성권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

#### (2) 공노법 제9조 제4항의 위헌 여부

공노법 제9조(교섭의 절차) 제1항이 “노동조합은 제8조의 규정에 의한 단체교섭을 위하여 노동조합의 대표자와 조합원으로 교섭위원을 구성하여야 한다.”라고 규정하고 있는 것과 관련하여, 같은 조 제4항은 “정부교섭대표는 제2항 및 제3항의 규정에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우에는 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있다.”라고 하고 있다. 청구인들은 공노법 제9조 제4항이 구체적인 교섭창구 단일화의 방식에 대해서는 규

판례집 20-2(하)

정하지 아니한 채 사용자의 교섭거부 권한만을 명시하여, 단체교섭을 회피하고자 하는 사용자로 하여금 ‘노·노 간의 갈등’을 부추겨 창구단일화에 어려움을 겪게 함으로써 중국적으로 사용자에게 교섭의무를 회피할 수 있는 여지를 주어 청구인들의 단체교섭권을 침해하므로, 위 법률조항이 부진정 입법부작위로서 위헌이라는 취지로 주장한다.

그러나 복수노조 허용에 따라 예상되는 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움, 과도한 교섭비용을 줄이기 위하여, 단체교섭에 있어 관련된 노조에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노조 간의 자율적인 교섭창구 단일화를 규정한 공노법 제9조 제4항은 합리적인 근거가 있다. 노조법의 경우 복수노조 창구단일화 방안에 관한 수많은 논의가 있었으나 아직까지 명쾌한 결론이 나지 않고 있으며, ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률시행령’(2002. 12. 31 대통령령 제17873호로 개정된 것) 제3조 제5항은 “조직대상을 같이 하는 2 이상의 노동조합이 설립되어 있는 때에는 합의에 의하여 교섭위원을 선임하되, 합의하지 못하는 때에는 노동조합의 조합원수에 비례하여 교섭위원을 선임한다.”라고 하여 복수노조 간의 창구단일화를 자율에 맡기되, 자율적 해결이 불가능할 경우 교섭위원의 선임방법에 관한 규정을 마련하고 있다.

이에 따라 공노법 제9조 제4항도 위와 같이 원칙적으로 복수노조의 경우 창구단일화를 자율에 맡기면서, 그것이 불가능할 경우에 대비하여 공노법시행령 제8조(교섭위원의 선임) 제2항에서 “제1항의 규정에 따른 교섭위원의 선임에 있어 교섭노동조합이 2 이상인 경우에는 교섭노동조합간의 합의에 따라 교섭위원을 선임하되, 제1항 전단의 규정에 따른 기간 안에 합의하지 못하는 때에는 교섭노동조합의 조합원수에 비례하여 교섭위원을 선임하여야 한다.”라고 하여, 자율적 해결이 불가능할 경우의 교섭위원 선임방법에 관한 규정을 시행령에 마련함으로써 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률시행령처럼 조화를 꾀하고 있다. 단일화 방법을 법률이 아닌 시행령에 규정한 것은, 교섭창구 단일화를 강제하는 것은 소수조합의 독자적인 단체교섭권을 침해할 우려가 있고, 복수노조가 교섭창구를 단일화할 것인지 또는 각각 단체교섭을 진행할 것인지는 각각의 조합이 독자적으로 결정할 사항이므로 이를 법률로 강제하는 것은 부당하다는 점을 고려한 것으로 보인다.

따라서, 공노법 제9조 제4항이 구체적인 교섭창구 단일화의 방식에 대해서는 규정하지 아니한 채 사용자의 교섭거부 권한만을 명시하여 사용자에게 교

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

섭의무를 회피할 수 있는 여지를 줌으로써 입법재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

(3) 공노법 제10조 제1항의 위헌 여부

(가) 공노법 제10조(단체협약의 효력) 제1항은 “제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.”라고 규정하여, 공무원노조에게 단체협약체결권을 인정하면서도 단체협약의 내용 중 법령·조례·예산 등에 위배되는 내용에 대하여는 단체협약의 효력을 부정하고 있다. 청구인들은 위 법률조항이 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 주장한다.

(나) 살피건대, 헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 규정하여 직업공무원제도를 규정하고 있고, 직업공무원제도 하에서 공무원의 신분은 헌법에 의해 보장되며, 근무조건은 국가가 제정하는 법률로 정해지게 된다. 또한 헌법 제54조 제1항은 국가가 국가의 예산안을 심의·확정한다는 재정의회주의원칙을 규정하고 있는바, 공무원의 보수는 국가예산으로 지급되는 것이므로 보수결정의 최종적인 권한은 국가가 가지게 된다.

이상의 헌법규정에 의하면, 헌법은 공무원의 보수 등 근무조건에 관한 사항은 최종적으로 국가가 결정하도록 의도하고 있다고 볼 것이고, 공노법은 이러한 헌법정신에 따라 공무원 노사관계의 당사자인 정부교섭대표와 노조 대표자 간의 단체협약에 국회의 결정권을 배제하는 최종적 효력을 인정하지 않고 있는 것으로 볼 수 있다.

공무원의 경우 민간부문과 달리 근무조건은 대부분은 헌법상 국민 전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률, 예산의 형태로 결정되는 것으로서, 그 범위 내에 속하는 한 정부와 공무원노동단체 간의 자유로운 단체교섭에 의하여 결정될 사항이라 할 수 없다. 따라서 노사 간 합의로 체결한 단체협약이라 하더라도 법률·예산 및 그의 위임에 따르거나 그 집행을 위한 명령·규칙에 규정되는 내용보다 우선하는 효력을 인정할 수는 없다. 그리고 조례는 지방의회가 제정하는 것으로 해당 지방자치단체와 그 공무원을 기속하므로, 단체협약에 대하여 조례에 우선하는 효력을 부여할 수도 없다.

(다) 한편, 위 법률조항은 법령·조례 또는 예산 등과 저촉되는 부분에 한하여 단체협약으로서의 효력만 부인할 뿐, 교섭 자체를 할 수 없게 하거나 단

판례집 20-2(하)

체협약을 체결하지 못하도록 하고 있지는 않고, 같은 조 제2항에 의하면 정 부교섭대표에게 제1항의 규정에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니 하는 내용에 대하여 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과 하고 있다. 그리고 위 성실히 이행의무에 따라 공노법 시행령 제10조(단체협약 의 이행통보)는 정 부교섭대표로 하여금 법 제10조 제1항의 규정에 따라 단체 협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 단체협약의 내용에 대한 이행결과를 당해 단체협약의 유효기간 만료일 3월 전까지 상대방에게 서면으로 통보하도 록 하고 있다.

(라) 이상의 점들에 비추어, 위 법률조항이 국회의 입법재판권의 한계를 일 탈하여 청구인들의 단체협약체결권을 침해한다고는 보기 어렵다.

라. 단체행동권에 관한 조항들의 위헌 여부

(1) 공노법 제11조의 위헌 여부

(가) 공노법 제11조(쟁의행위의 금지)는 “노동조합과 그 조합원은 파업·태 업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.”라고 하여 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외하고는 공노법에 의하 여 새로이 노동기본권의 주체가 되는 모든 공무원에 대하여 단체행동을 금지 하고 있는바, 청구인들은 위 법률조항이 위헌이라고 다툰다.

(나) 살피건대, 노동기본권의 주체가 되는 공무원노조 및 그 조합원에 대하 여 단결권, 단체교섭권 외에 단체행동권까지 보장할 것인지를 정함에 있어서 는 공무원의 지위 및 특성, 단체행동권까지 인정할 경우에 예상되는 부작용 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

그런데 공무원이 쟁의행위를 통하여 공무원 집단의 이익을 대변하는 것은 국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원 지위와 특성에 반하고 국민 전체의 이익추구에 장애가 될 소지가 있으며, 공무원의 보수 등 근무조건은 국회에서 결정되고 그 비용은 최종적으로 국민이 부담하는바, 공무원이 자기 요구를 관 철하고자 국민을 상대로 파업하는 것은 허용되기 어려운 측면이 있고, 공무원 의 파업으로 행정서비스가 중단되면 국가기능이 마비될 우려가 크고 그 손해 는 고스란히 국민이 부담하게 되며, 공공업무의 속성상 공무원의 파업에 대한 정부의 대응수단을 찾기 어려워 노사 간 힘의 균형을 확보하기 어렵다는 특 성이 있다.

(다) 위에서 살펴본 여러 사정에다가 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로 서의 지위를 갖는다는 헌법 제7조의 규정 및 그에 따른 공무원의 기본적인

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

성실의무, 직무전념의무 등을 종합하여 볼 때, 공노법 제11조에서 공무원의 쟁의행위를 금지하는 것은 헌법 제33조 제2항에 따른 입법형성권의 범위 내에 있다 할 것이고, 따라서 헌법에 위배되지 아니한다.

(2) 공노법 제18조의 위헌 여부

(가) 공노법 제18조(벌칙)는 “제11조의 규정을 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하여 쟁의행위에 대한 처벌을 규정한다.

청구인들은 위 법률조항이 죄형법정주의원칙 중 명확성의 원칙에 위배되고, 합리적인 이유 없이 노조와 공무원인 근로자를 정부교섭대표와 차별함으로써 평등권을 침해하며, 형벌이 과도하여 과잉금지원칙에 위배된다고 주장한다.

(나) 살피건대, 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하고, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있게 하여, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있는 것이다.

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 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다. 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제에 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748 등 참조).

위 법률조항의 보호법익, 형법상 업무방해죄에 관한 대법원의 해석 등을 참조하여 볼 때, ‘파업’은 근로자가 집단적으로 노무제공을 거부함으로써 업무운영을 저해하는 가장 전형적인 쟁의수단을, ‘태업’은 사용자의 지휘명령에 따르

판례집 20-2(하)

되 이를 부분적으로 배제하고 불완전한 노무를 제공함으로써 업무의 능률을 저하시키는 쟁의수단을 각 의미하고, ‘업무’란 사람이 그 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을, ‘저해’란 업무에 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 하는 것으로 해석할 수 있고, 이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없다.

따라서, 위 법률조항은 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-270 ; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243-266 참조).

(다) 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책의 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다.

이러한 견지에서 공무원인 근로자의 업무의 공공성·공익성 및 형법상 업무 방해죄의 법정형(5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금) 등에 비추어 볼 때, 공노법 제18조의 법정형인 ‘5년 이하의 징역 또는 5,000만 원 이하의 벌금’이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고는 볼 수 없다.

(라) 공노법에 의하여 노동기본권의 주체가 되는 공무원 및 공무원노조에 있어서도 단체행동권은 인정하지 아니하는 공노법 제11조가 헌법에 위반되지 않는다는 것은 이미 앞에서 본 바와 같은바, 공무원이 쟁의행위를 할 경우 이는 단순히 행정질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 의무위반이 아니고

국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위가 될 것이므로, 공노법 제18조가 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 것이 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고도 볼 수 없다.

한편, 위 법률조항이 합리적 이유 없이 노조와 공무원인 근로자를 정부교섭 대표와 차별하여 평등권을 침해한다는 주장에 대하여는 아래 마.(3)항에서 판단하는 바와 같다.

마. 공노법 제17조 제3항 중 ‘제89조 제2호’ 및 ‘제90조 중 제81조’ 부분의 위헌 여부

(1) 공노법 제17조(다른 법률과의 관계) 제3항은 노조법 규정의 적용이 배제되는 경우를 규정하면서, 사용자의 부당노동행위 및 그에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 경우의 처벌규정인 노조법 ‘제89조 제2호 내지 제90조’를 들고 있다.

청구인들은 공무원노조에게 파업권이 보장되어 있지 않은 법체계 하에서 이 규정으로 말미암아 정부교섭대표가 단체교섭을 거부하거나 단체협약을 이행하지 않는 등 악의적으로 부당노동행위를 하더라도 공무원노조로서는 합법적으로 대응할 수단이 없게 되므로 위 법률조항 부분이 청구인들의 단체교섭권을 침해하고, 사용자의 부당노동행위로 피해를 입은 일반노조에 비하여 공무원노조를 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다고 주장한다.

(2) 먼저, 단체교섭권 침해 주장에 관하여 보면, 정부교섭대표의 부당노동행위를 처벌하지 아니하는 조항이 청구인들의 단체교섭권을 직접 침해하는 것으로 볼 수 있는가 하는 문제가 있다. 그러나 청구인들의 주장을 선해하여, 입법자로서는 단체교섭권을 실질적으로 보장해 주기 위하여 사용자 측의 부당노동행위를 처벌하는 규정을 마련하여야 할 입법의무가 있음에도 불구하고, 이에 위반하여 적극적으로 노조법의 형사처벌 조항의 적용을 배제함으로써 청구인들의 단체교섭권을 침해한다는 주장으로 보아 판단한다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 사용자의 부당노동행위에 대한 구제수단으

판례집 20-2(하)

로서 민사상의 구제절차를 마련하는 데 그칠 것인가 나아가 형사처벌까지 할 것인가는 단순한 입법정책의 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다.

입법자는 사용자의 부당노동행위에 대한 구제방법으로 민사상의 원상회복주의를 채택하고 형사상의 처벌은 배제하였는바, 정부교섭대표, 즉 기관장과 사치단체장이 노동위원회의 부당노동행위 판정과 시정명령을 따르지 않는다면 인사상 또는 선거상 불이익을 받거나 도덕적 상처를 입게 되므로, 그들을 형사처벌하지 않는다고 하여 부당노동행위가 남발할 우려는 현실적으로 크지 않다. 오히려 부당노동행위를 둘러싸고 형사고발이 빈발하여 그 다투는 과정에서 불필요한 행정력이 소모되고 공직사회가 갈등에 휩싸이는 것을 방지하는 측면에서 형사처벌 조항의 적용을 배제하는 것에 합리성이 있다고 볼 수 있다.

비교법적으로도 유럽처럼 산별노조 형태로 거대 규모의 노조가 형성되어 있는 나라는 별도의 부당노동행위제도를 가지고 있지 않고, 미국이나 일본, 우리나라처럼 기업별 노조, 기업별 교섭이 제도화된 나라에서 노조의 힘이 약하기 때문에 노사 간 힘의 균형을 맞추어 노동권을 보장하려는 취지에서 부당노동행위제도가 만들어졌으나, 미국이나 일본도 공무원노조의 경우 부당노동행위를 금지하고 그에 따른 민사상의 구제절차를 규정하고 있을 뿐 사용자를 형사처벌하는 규정은 두고 있지 않다.

위의 사정을 종합하면, 입법자에게 공무원노조의 단체교섭권을 실질적으로 보장하기 위하여 사용자인 정부교섭대표의 부당노동행위 등에 대한 형사처벌 규정을 마련하여야 할 입법의무가 있다고 보기는 어려우므로, 청구인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 평등권 침해 주장에 대하여 보건대, 이 부분은 위에서 본 공노법 제18조에 관한 평등권 침해 주장과 연결된다. 청구인들의 주장을 종합하면, 자신들의 쟁의행위에 대한 형사처벌을 규정한 공노법 제18조와 정부교섭대표의 부당노동행위 또는 구제명령 위반에 대하여 노조법상 처벌규정의 적용을 배제하는 공노법 제17조 제3항 해당부분이 결합하여 청구인들의 평등권을 침해한다는 취지와 아울러, 공노법 제17조 제3항 해당부분이 사용자의 부당노동행위로 피해를 입은 일반노조에 비하여 공무원노조를 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다는 취지로 볼 수 있다.

1) 공노법 제18조는 공무원이 쟁의행위를 할 경우 단순히 행정질서에 장해

를 줄 위험성이 있는 정도의 의무위반이 아니고 국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 고도의 개연성을 띠는 행위라고 보아 그에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 것으로서, 위 법률조항이 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없음은 위에서 살핀 바와 같다.

또 공노법 제17조 제3항 해당부분은 공무원노사관계에 있어 부당노동행위의 주체인 사용자 측, 즉 국가 또는 지방자치단체가 기관의 입장에 서서 공정하고 중립적으로 직무를 수행할 책임을 지는바, 공무원의 직무상 행위를 이유로 형사처벌할 경우 자칫 정부교섭대표 등이 공무원노사관계에 있어 사용자로서의 의무를 이행하는 데 장애로 작용할 수 있으며, 나아가 국민에 대한 봉사라는 행정의 목적달성에 지장을 초래할 수 있음을 감안한 것임도 위에서 본 바와 같다.

그렇다면, 공노법이 공무원의 쟁의행위를 금지하고 이를 위반한 자를 형사처벌하는 것과 정부교섭대표 등 사용자의 부당노동행위와 구제명령위반에 대한 형사처벌규정의 적용을 배제하는 것은 그 입법목적이 각각 다르고, 공무원노사관계의 특성을 고려한 합리적인 근거에 기한 것으로서, 가사 노사대등이라는 관점에서 볼 때 근로자 측인 청구인들과 사용자 측인 정부교섭대표 등을 차별취급한 것으로 볼 수 있다 하더라도 그 차별에는 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 청구인들의 평등권을 침해한 것으로는 볼 수 없다.

2) 또한 입법자는 사용자의 부당노동행위에 대한 구제방법으로 민사상의 원상회복주의를 채택하고 형사상의 처벌은 배제하였는바, 정부교섭대표, 즉 기관장과 자치단체장이 노동위원회의 부당노동행위 판정과 시정명령을 따르지 않은 것에 대하여 형사처벌하지 않는다고 하여 부당노동행위가 남발할 우려는 현실적으로 크지 않음에 반하여, 형사처벌을 할 경우 오히려 부당노동행위를 둘러싸고 형사고발이 빈발하여 그 다투는 과정에서 불필요한 행정력이 소모되고 공직사회가 갈등에 휩싸이는 것을 방지하는 측면에서 형사처벌 조항의 적용을 배제하게 된 것임은 위에서 본 바와 같다.

그렇다면, 공노법 제17조 제3항 해당부분이 사용자의 부당노동행위를 형사처벌하는 문체에 있어 일반 근로자와 공무원인 근로자를 차별취급하고 있다고 하더라도 그 차별에는 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 청구인들의 이 부분 주장 또한 받아들일 수 없다.

바. 심판대상조항들의 국제법규 위반 여부

청구인들은 심판대상조항들이 세계인권선언, 국제노동기구 협약·권고 등

판례집 20-2(하)

에 반함으로써 헌법에 위반된다고 주장한다.

(1) 국제법적 기준

국제노동기구협약 중 공무원의 노동기본권과 관련된 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약) 및 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등은 군인, 경찰, 중요한 정책 결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원을 제외하고는 원칙적으로 모든 영역의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 보장하고 단체행동권의 제한도 필수사업에 종사하는 자 등으로 엄격한 한계 내에서 허용하도록 규정하고 있다. 또한 국제연합의 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약인 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1006호) 및 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1007호)도 공무원의 근로3권을 원칙적으로 보장하는 취지로 해석되고, 국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’는 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다.

(2) 세계인권선언 및 국제규약과의 관계

세계인권선언은 그 전문에 나타나 있듯이 “인권 및 기본적 자유의 보편적인 존중과 준수의 촉진을 위하여 …… 사회의 각 개인과 사회 각 기관이 국제연합 가맹국 자신의 국민 사이에 또 가맹국 관할하의 지역에 있는 시민들 사이에 기본적인 인권과 자유의 존중을 지도교육함으로써 촉진하고 또한 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나, 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426).

한편 위 선언의 실효성을 뒷받침하기 위하여 마련된 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’은 제4조에서 “…… 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.”라고 하여 일반적 법률유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 법률에 의하여 노동조합을 결성하고 그 가 선택한 노동조합에 가입하는 권리의 행사를 제한할 수 있다는 것을 예정하고 있다.

나아가 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제22조 제1항은 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.”고 규정하고 있으나, 같은 조 제2항에서 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공공보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인한다고 하는 유보조항을 두고 있을 뿐만 아니라, 위 제22조는 우리나라의 국내법적 수정의 필요에 따라 가입 당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다.

따라서 위 규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서, 위에서 본 공무원의 노동기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-429; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 257-258; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 234-235 참조).

### (3) 국제노동기구의 협약들과의 관계

국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에 대하여는 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상조항들에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235 참조).

### (4) 국제기구의 권고들과의 관계

국제노동기구 ‘결사의 자유위원회’, 국제연합 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’, 또는 경제협력개발기구(OECD) ‘노동조합자문위원회’ 등이 우리나라

판례집 20-2(하)

라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이는 권고에 불과한 것으로서 이를 심판대상조항들의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235-236 참조).

(5) 소 결

따라서 심판대상조항들이 국제법규에 위반됨을 이유로 한 청구인들의 주장도 받아들일 수 없다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인 지식경제부 공무원노동조합의 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성이 없어 부적법하므로 이를 각하하고, 위 청구인을 제외한 나머지 청구인들의 이 사건 심판청구는 심판대상조항들이 헌법에 위반되지 아니하여 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 일부 반대 의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

6. 재판관 조대현의 일부 반대 의견

다수의견과 의견이 다른 부분은 다음과 같다. 그 외에는 다수의견에 동의한다.

가. 헌법 제33조 제2항의 취지에 대한 의견

헌법 제33조 제1항이 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하는 것은 근로자가 단체를 결성하여 노사관계의 균형을 이루고 근로조건을 공정하게 형성하고 향상시키려는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등). 헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자”라고 표현함으로써 공무원도 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 근로자로서 헌법 제33조 제1항에 의하여 근로3권을 가진다는 점을 인정하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등).

다만 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 지는 특수한 지위에 있고(헌법 제7조), 공무원이 담당하는 직무의 공공성이 크기 때문에 공무수행을 중단시키는 파업·직장폐쇄 등은 허용되기 어려우며, 공무원의 근로조건은 법령과 예산에 의하여 규율되는 특수성을 가진다. 그래서 헌법 제33조 제2항은 공무원은 “법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정함으로써 근로자의 근로3권을 보장하는 헌법 제33조 제1항·제2항의 취지와 공무원관계의 특수성을 고려하여 공무원

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

의 근로3권을 법률로 조절할 수 있다는 취지를 규정한 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등).

따라서 헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

나. 공노법 제10조 제1항 중 “법령” 부분에 대한 한정위헌 의견

공노법 제10조 제1항은 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 못한다고 규정하고 있다. 공무원의 근로조건은 법령과 예산에 의하여 규율되는 특수성을 가지기 때문이라고 한다. 공노법 제10조 제1항에서 “규정되는 내용”이라 함은 단체협약 체결 전에 이미 규정된 내용을 의미할 뿐만 아니라 단체협약 체결 후에 새로이 규정되는 내용도 포함된다고 해석될 여지가 있다.

법률·조례나 예산은 입법기관인 국회 또는 지방의회가 결정한 것이므로 단체협약의 효력보다 우선하는 효력을 인정한다고 하여 부당하다고 볼 수 없다. 그러나 공노법 제10조 제1항의 “법령” 중 명령·규칙은 공무원 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 제정하고 변경하는 것이므로, 공무원 노사의 쌍방이 합의하여 결정한 단체협약의 효력보다 모든 경우에 언제나 우선적 효력을 가진다고 보기는 어렵다.

단체협약의 내용이 기존의 명령·규칙에 위반되는 경우에는, 쌍방합의로 이루어진 단체협약의 내용에 맞추어 명령·규칙을 개정함이 상당하다. 그러한 경우에 공노법 제10조 제2항이 정부에게 단체협약의 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력하여야 할 의무를 부과한 것도 그러한 취지라고 이해된다. 공노법 제10조 제1항은 단체협약의 내용이 기존의 명령·규칙에 위반되는 경우에도 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있지만, 그것은 공노법 제10조 제2항에 따라 기존의 명령·규칙이 개정될 때까지 단체협약의 효력을 정지시킨 것으로 볼 수 있으므로, 그렇게 해석하는 한, 단체교섭권을 침해한다고 보기 어렵다.

그러나 단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용과 다른 내용의 명령·규칙을 제정·변경하여 시행함으로써 그 명령·규칙의 시행



전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있다면, 그것은 공무원 노사의 쌍방향의에 의하여 결정된 단체협약의 효력을 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 변경·실효시키는 것을 허용하는 셈이 된다. 이는 헌법 제33조 제1항·제2항이 보장하는 공무원의 단체교섭권을 근본적으로 부정하거나 본질적으로 침해하는 것이어서 헌법상 허용될 수 없는 것이라고 할 것이다.

따라서 공노법 제10조 제1항의 “법령”에는 단체협약 체결 후에 시행되는 명령·규칙은 포함되지 않는다고 해석함이 마땅하고, 만일 공노법 제10조 제1항의 “법령”에 단체협약 체결 후에 시행되는 명령·규칙도 포함된다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제1항·제2항에 위반된다고 보아야 한다.

다. 공노법 제11조에 대한 한정위헌 의견

공노법 제11조는 공무원노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하여 정상적인 공무수행을 저해하는 쟁의행위를 금지하고 있다. 이는 헌법 제7조가 규정한 공무원의 특수한 지위와 책임을 공무원의 단체행동권의 완전한 보장보다 우선시킨 것이라고 할 수 있지만, 공무원의 단체행동권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 공무원에게도 근로3권이 인정됨을 전제로 공무원 지위의 특수성에 비추어 단체행동권의 행사가 제한되는 한계를 규정한 것이라고 보아야 한다.

공노법 제11조를 문언 그대로 해석하면, 공무원의 단체행동권은 정상적인 공무수행을 저해하지 않는 한도에서만 허용되고, 정상적인 공무수행을 저해하지 않는 경우에는 단결권·단체교섭권뿐만 아니라 단체행동권 행사도 금지되지 아니한다고 해석된다. 이렇게 해석하는 것이 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시키도록 요구하는 헌법 제33조 제2항의 취지에 부합된다고 할 것이고, 이렇게 해석하는 한 공노법 제11조가 헌법 제33조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다. 그러나 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권을 전면적으로 부정한다고 해석하여 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 공무원의 단체행동권 행사가 금지된다고 보는 것은, 공노법 제11조의 문언해석의 범위를 벗어날 뿐만 아니라, 헌법 제7조가 요청하는 범위를 넘어서 헌법 제33조 제1항의 취지를 무시하는 것이어서 헌법 제33조 제2항의 취지에 어긋난다고 할 것이다.

따라서 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권 행사를 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 금지한다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제2항

헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971·1193, 2006헌마198(병합)

에 위반된다고 보아야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지 1] 2006헌마198 사건의 청구인 명단 : 생략

[별지 2] 관련조항

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “공무원”이라 함은 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에서 규정하고 있는 공무원을 말한다. 다만, 국가공무원법 제66조 제1항 단서 및 지방공무원법 제58조 제1항 단서의 규정에 의한 사실상 노무에 종사하는 공무원과 교원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률의 적용을 받는 교원인 공무원을 제외한다.

제3조(노동조합 활동의 보장 및 한계) ① 이 법에 의한 공무원의 노동조합의 조직 및 가입과 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 국가공무원법 제66조 제1항 본문 및 지방공무원법 제58조 제1항 본문의 규정을 적용하지 아니 한다.

② 공무원은 노동조합의 활동을 함에 있어서 다른 법령이 규정하는 공무원의 의무에 반하는 행위를 하여서는 아니 된다.

제5조(노동조합의 설립) ① 공무원이 노동조합을 설립하고자 하는 경우에는 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회·행정부·특별시·광역시·도·시·군·구(자치구를 말한다) 및 특별시·광역시·도의 교육청을 최소단위로 한다.

② 노동조합을 설립하고자 하는 자는 노동부장관에게 설립신고서를 제출하여야 한다.

제8조(교섭 및 체결권한 등) ② 정부교섭대표는 법령 등에 의하여 스스로 관리하거나 결정할 수 있는 권한을 가진 사항에 대하여 노동조합의 교섭요구가 있는 때에는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

제9조(교섭의 절차) ① 노동조합은 제8조의 규정에 의한 단체교섭을 위하여 노동조합의 대표자와 조합원으로 교섭위원을 구성하여야 한다.

② 노동조합의 대표자는 제8조의 규정에 따라 정부교섭대표와 교섭하고자

판례집 20-2(하)

하는 경우에는 교섭하고자 하는 사항에 대하여 권한을 가진 정부교섭대표에게 서면으로 교섭을 요구하여야 한다.

③ 정부교섭대표는 제2항의 규정에 따라 노동조합으로부터 교섭을 요구받은 때에는 교섭을 요구받은 사실을 공고하여 관련된 노동조합이 교섭에 참여할 수 있도록 하여야 한다.

제10조(단체협약의 효력) ② 정부교섭대표는 제1항의 규정에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 내용에 대하여는 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력하여야 한다.

제17조(다른 법률과의 관계) ② 공무원에 적용할 노동조합 및 노동관계 조정에 관하여 이 법에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 제3항에서 정하는 경우를 제외하고는 노동조합 및 노동관계조정법이 정하는 바에 따른다.

국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

지방공무원법(1973. 3. 12. 법률 제2594호로 개정된 것) 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제5조(노동조합의 조직·가입) 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 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 제

명된 것을 이유로 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 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 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재역의 방지와 구제등을 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<2006. 12. 30. 개정>

제84조(구제명령) ① 노동위원회는 제83조의 규정에 의한 심문을 종료하고 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립되지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.

③ 관계당사자는 제1항의 규정에 의한 명령이 있을 때에는 이에 따라야 한다.

제85조(구제명령의 확정) ③ 제1항 및 제2항에 규정된 기간 내에 재심을 신청하지 아니하거나 행정소송을 제기하지 아니한 때에는 그 구제명령·기각결정 또는 재심판정은 확정된다.

제89조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제85조 제3항의 규정에 의하여 확정되거나 행정소송을 제기하여 확정된 구제명령에 위반한 자

제90조(벌칙) 제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통

령령 제19303호로 제정된 것) 제3조(노동조합에의 가입이 금지되는 공무원) 법 제6조 제2항 및 제4항의 규정에 따라 노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 법령·조례 또는 규칙에 따라 다른 공무원을 지휘·감독하며 그 복무를 관리할 권한과 책임을 부여 받은 공무원(직무대리자를 포함한다)
  - 나. 훈령 또는 사무분장 등에 따라 부서장을 보조하여 부서 내 다른 공무원의 업무수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무에 주로 종사하는 공무원(자료정리 등 단순히 업무를 보조하는 자를 제외한다)
  - 가. 공무원의 임용, 복무, 징계, 소청심사, 보수, 연금 그 밖의 후생복지에 관한 업무
  - 나. 노동조합 및 「공무원직장협회의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 직장협회의에 관한 업무
  - 다. 예산·기금의 편성 및 집행(단순집행을 제외한다)에 관한 업무
  - 라. 행정기관의 조직과 정원의 관리에 관한 업무
  - 마. 감사에 관한 업무
  - 바. 보안업무, 질서유지업무, 청사시설의 관리 및 방호에 관한 업무, 비서·운전업무
3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 「공무원임용령」 [별표 1]의 공무원 중 교정·소년보호·보호관찰·검찰사무·마약 수사·출입국관리 및 철도공안 직렬의 공무원
  - 나. 조세범처벌절차법령에 따라 검찰총장 또는 검사장의 지명을 받아 조세범칙사건의 조사를 전담하는 공무원

다. 수사업무에 주로 종사하는 공무원

라. 국가정보원에 근무하는 공무원

4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원

가. 「노동위원회법」에 따른 노동위원회의 사무국에서 조정사건이나 심판사건의 업무를 담당하는 공무원

나. 「근로기준법」에 따라 노동부 및 그 소속기관에서 「근로기준법」, 「산업안전보건법」 그 밖의 노동관계법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 근로감독관

다. 「선원법」에 따라 「선원법」 및 「근로기준법」 그 밖의 선원근로관계법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 근로감독관

라. 지방자치단체에서 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합 설립신고, 단체협약 및 쟁의행위 등에 관한 업무에 주로 종사하는 공무원

[별지 3] 청구이유와 관계기관의 의견

가. 청구인들의 청구이유

(1) 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제37조의 각 규정을 조화롭게 풀이해 본다면, 공무원도 근로기본권의 향유주체임이 분명한 만큼 근로기본권을 최대한 보장해 주는 것이 헌법의 원칙 내지 기본정신에 합치하고, 헌법 제33조 제2항이 공무원의 특성에 비추어 근로기본권을 보장받는 공무원의 범위를 정하는 것을 입법자에게 위임하고 있다고 하더라도, 그 입법형성권은 무제한의 재량이 아니라 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙, 즉 기본권의 최소제한의 원칙과 본질적인 내용의 침해금지의 원칙에 따라야할 한계가 있는 것인바, 공노법은 기본권제한의 한계를 위반하여 위헌이다.

(가) 가입범위와 관련하여

공노법 제6조가 합리적 이유 없이 5급 이상 공무원의 노조가입을 금지하고, 나아가 6급 이하 공무원 중에서도 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’의 범위를 확장하여 ‘지휘·감독권 행사자’, ‘업무 총괄자’, ‘인사·보수 등 행정기관의 입장에 서는 자’, ‘노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자’의 노조

판례집 20-2(하)

가입을 금지함으로써 사실상 대부분의 6급 공무원의 노조 가입을 금지하는 것은, 노조 결성과 관련한 공무원인 근로자의 단결권을 과도하게 제약하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되는 것이고, 5급 및 6급 공무원을 합리적 이유 없이 7급 이하 공무원들과 차별하여 평등권을 침해한다.

(나) 단체교섭 및 단체협약과 관련하여

1) 공노법 제8조 제1항 단서는 ‘법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항’을 교섭금지대상으로 규정함으로써 청구인들의 단체교섭권을 침해한다. 위의 사항이라도 일단 단체교섭의 대상은 될 수 있는 것이고, 단체협약을 체결할지 여부는 구체적인 사안에 따라 판단하여 결정할 수 있는 것이다. 따라서 위 법률조항은 공무원인 근로자의 단체교섭권에 대한 과도한 침해로서 과잉금지원칙 중 최소침해의 원칙에 반한다.

2) 공노법 제9조 제4항은 구체적인 교섭창구 단일화의 방식에 대하여는 규율하지 아니한 채 사용자의 교섭거부 권한만을 명시함으로써, 단체교섭을 회피하고자 하는 사용자의 속성상 사용자로 하여금 ‘노·노간의 갈등’을 부추겨 창구단일화에 어려움을 겪게 하여 종국적으로 사용자의 교섭의무를 회피하게끔 할 수 있다. 따라서 위 법률조항 역시 근로자의 단체교섭권에 대한 과도한 침해로서 과잉금지원칙 중 최소침해의 원칙에 반한다.

3) 공무원의 신분, 임금 및 근무조건에 관한 대부분의 사항은 ‘법령·조례와 예산 그리고 법령·조례와 예산의 위임을 받은 하위 규정’들에 의해 규율되고 있다. 따라서 기존의 ‘법령·조례·예산 및 하위규정’들보다 상위하는 내용으로 단체협약이 체결되더라도 공노법 제10조 제1항에 따라 그 단체협약은 효력을 발생하지 않게 된다. 비록 법 제10조 제2항에서 정부교섭대표의 성신행 노력의무를 규정하고 있기는 하지만 이는 훈시규정에 불과하고, 정부에서는 위 제10조 제1항을 이유로 ‘법령·조례 또는 예산 등에 관한 사항’에 대해서는 아예 단체교섭 자체를 거부할 것이다. 나아가 ‘대통령령’ 및 ‘법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용’은 제정 및 개정권한이 국가·지방자치단체에게 유보되어 있다는 점에서 위 법률조항이 이 부분에 저촉되는 단체협약의 효력까지 부인하는 것은 입법 재량권의 한계를 일탈하여 위헌이다.

(다) 쟁의행위 금지 및 처벌과 관련하여

공노법 제11조가 공무원의 쟁의행위를 금지시키는 것은 ‘필수 행정 서비스

가 중단될 수 있는 위험'을 사전에 봉쇄하기 위한 목적에서 비롯한 것으로 보이나, '공공복리를 저해할 가능성', '필수 행정 서비스 중단'의 위험'은 이미 공노법 제6조 제1항에서 '군인, 군무원, 경찰공무원, 소방공무원 등의 노조가입을 제한'함으로써 상당부분 해소되었다고 할 수 있음에도 불구하고, 다시 일반 공무원의 단체행동권을 원칙적으로 박탈하는 것은 중복적인 제한이다. 한편, 노조법은 필수공익사업 종사 근로자들의 경우에도 일정 범위에서 단체행동권을 제한하고 있을 뿐 단체행동권 자체를 박탈하지는 않고 있는바, 업무의 공공적 성질에 비추어 필수공익사업 종사 근로자들과 공무원인 근로자들 사이에는 질적인 차이가 없음에도 불구하고, 공무원 근로자들의 단체행동권을 온전히 박탈하는 것은 형평성에 반한다.

공노법 제11조는 쟁의행위를 금지하고 있고, 공노법 제18조는 제11조를 위반한 경우 무거운 형벌을 부과하고 있다. 법 제18조는 죄형법정주의 원칙 중 명확성의 원칙에 위배되고, 사용자적인 정부교섭대표에게는 단지 신사협정이 라고 하는 아무런 법적 책임도 없는 지위를 부여하고 부당노동행위에 대한 처벌규정의 적용을 배제함으로써 합리적인 이유 없이 정부교섭대표와 차별을 가하고 있어 평등권을 침해한다. 노조법상 중재회부기간 동안의 파업에 대한 처벌규정에 비해 형량이 너무 무거운 점, 공무원은 집행유예만 확정되어도 당연퇴직되는 점을 고려할 때, 공노법 제18조는 형벌이 너무 무거운 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에도 반한다.

(라) 사용자의 부당노동행위 불처벌과 관련하여

사용자의 단체교섭 거부 및 단체협약 불이행에 대해 부당노동행위로 규율하여 노동위원회의 구제명령 및 형사처벌을 부과하는 노조법과 달리 공노법 제17조는 노조법상 노동위원회의 구제명령절차(노조법 제81조 내지 제86조)만 준용할 뿐 사용자의 단체교섭 거부, 단체협약 불이행 및 구제명령 불이행에 대한 형사처벌조항의 적용은 배제하고 있다. 결국 노조에게 파업권이 보장되어 있지 않는 법체제하에서 정부교섭대표가 단체교섭을 거부하거나 단체협약을 이행하지 않는 등 악의적으로 부당노동행위를 행하더라도 공무원노조로서는 합법적으로 대응할 수단이 없는 것이고, 이는 곧 단체교섭권의 형해화를 초래한다. 합리적 이유 없이 정부교섭대표의 부당노동행위에 대한 책임을 면책시킨 위 법률조항은 헌법 및 노동법 일반원칙에 반하여 공무원노조의 단체교섭권에 대한 보호를 방기한 것이고, 사용자의 지위에 있는 정부교섭대표에 비하여 공무원 노조를 합리적 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 소정의

판례집 20-2(하)

평등의 원칙에 위배되며, 다른 대상조치들이 강구되지 않는 한 국회의 입법제량권의 한계를 일탈한 것이다.

(2) 헌법은 근로3권을 가지는 공무원의 범위를 법률로 정하도록 하였지 공무원의 단결권 또는 단체교섭권을 다시 제한하거나, 단체행동권을 금지하도록 명문으로 위임한 바가 없다. 이와 같이 공노법의 핵심조항이라고 할 수 있는 제6조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조 및 제18조, 제17조 등은 헌법 제21조 제1항, 헌법 제33조 제1항, 제2항, 제10조, 제11조와 세계인권선언, 국제노동기구 협약·권고 등에 위반하여 위헌인바, 그렇다면 이는 '법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정되는 경우'에 해당하여 헌법재판소법 제75조 제6항, 제45조 단서에 의거, 공노법 전체에 대하여 위헌 확인이 필요하다.

나. 노동부장관의 의견

(1) 적법요건에 관한 주장

이 사건은 헌법소원에 있어 기본권 침해의 자기관련성과 현재성 요건을 갖추지 못하였다. 청구인 전국공무원노동조합은 공노법에 의한 노동조합이 아니고 단지 공무원들의 결사체인 법외단체에 불과하므로, 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 것으로 볼 수 없고, 또한 공노법은 2006. 1. 28. 시행 예정으로 심판청구 당시 침해의 현재성이 없다. 그리고 단결권 침해와 관련하여 공노법 시행 이후 일단 노동조합 설립신고를 하고 이에 대한 반려처분이 있으면 그에 대해 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있음에도 이를 거치지 아니하고 직접 헌법소원을 제기함으로써 보충성의 요건을 충족하지 못하였다.

또한, 청구인들은 공노법이 2005. 1. 27. 공포되어 1년 후에 시행된다는 사실을 알고 있었음에도 불구하고 법률이 공포된 때로부터 90일이 경과한 이후인 2005. 10. 5. 이 사건 심판을 제기하였으므로 청구기간이 도과하였다.

(2) 본안에 관한 주장

(가) 헌법 제33조가 근로자에게 근로3권을 보장하는 취지는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근무조건에 관한 노사 간의 실질적인 사적자치를 보장하려는 데에 있다. 그런데 공무원은 국민 전체에 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있고, 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성 등이 요구되므로 일반 근로자와는 다른 특별한 근무관계에 있는 자이며, 이러한 공무원 지위의 특수성과 직무의 공공성 등을 고려하여 우리법체계

는 공무원의 신분보장 및 제반 근무조건의 법정주의 등을 내용으로 하는 직업공무원제도를 설정하고 있다. 헌법 제33조 제2항이 근로자인 공무원에 대하여 근로3권을 전면적으로 보장하지 않고 법률의 정함에 따르도록 한 취지도, 당해 근로3권을 부여함에 있어 ‘공무의 계속성’을 목적으로 하는 공무원제도의 침해 내지 훼손이 발생되지 않도록 하고자 함에 있다.

한편, 공무원의 경우 그 임용, 해임 및 보수등 기타 제반 근무조건의 성립 내지 변경에 관한 사항은 원칙적으로 당사자 간 ‘계약’에 의하여 형성되는 것이 아니라 ‘법령’에 따라 결정되는 것으로, 수요·공급에 따른 가격결정이라는 노동시장의 일반적인 메카니즘이 작동하지 아니하므로, 민간부문의 근로자에게 적용되는 근로3권 보장질서가 동일하게 적용되기는 어렵다.

(나) 공무원의 업무수행과 관련하여 통상 제반 주요 정책을 결정하고 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장사무를 처리하는 역할을 하는 5급 이상의 공무원 및 6급 이하의 공무원 중 일정 업무 종사자를 노조 가입범위에서 제외할 것은, 노동조합의 자주성을 지키고 단체교섭에 있어서 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현한다는 집단적 노사관계법의 기본적인 법원리에 따른 것으로, 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여한 형성적 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없고, 합리적인 이유가 있으므로, 헌법상 과잉금지의 원칙이나 평등의 원칙에 위배되었다고 볼 수 없다.

(다) 공노법 제8조 제1항 단서는 단체교섭대상을 둘러싼 단체교섭상의 혼선을 방지하기 위해 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 정책결정에 관한 사항과 임용권의 행사 등 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 관리·운영에 관한 사항을 단체교섭의 금지대상으로 규정한 것이고, 공노법 제9조 제4항은 복수노조 허용에 따른 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움을 예방하고 교섭비용을 줄이기 위해, 관련된 노동조합들에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노동조합간의 자율적인 교섭창구 단일화를 유도한 것으로, 모두 합리적인 근거가 있어 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법리에 위배되지 아니한다.

(라) 헌법 제7조 제2항, 헌법 제54조 제1항에 따라 공무원의 보수 등 근무조건에 관한 사항은 최종적으로 국회가 결정하도록 헌법이 의도하고 있다. 따라서 이러한 헌법정신에 따라 공노법 제10조 제1항에서 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 규정된 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용에 위반하는 단체협약내용에 대해 단체협약으로서의 효력을 부

판례집 20-2(하)

인하는 것은 헌법에 위배되지 않는다.

(마) 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위를 갖는다는 헌법 제7조와 그에 따른 공무원의 기본적인 의무인 성실의무와 직무전념의무 등과의 관계에서 볼 때, 공노법 제11조가 공무원의 쟁의행위를 금지하고, 이를 어긴 공무원을 같은 법 제18조에서 처벌할 수 있도록 규정하고 있는 것은, 입법목적에 정당하고 그 수단도 적절하여 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

또한 공노법 제18조가 규정하는 ‘쟁의행위’ 또는 ‘업무의 정상적인 운영의 저해’라는 개념은 본래 상대적인 것으로서, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 규정과의 상호관계, 이미 확립된 판례 등을 고려하여 합리적인 해석이 가능하므로, 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

(바) 공노법 제18조가 공무원의 쟁의행위 금지규정을 위반한 자를 형사처벌하는 것과 공노법 제17조가 정부교섭대표 등 사용자의 부당노동행위와 단체협약 불이행에 대해 노조법상 형사처벌규정의 적용을 배제하는 것은, 입법목적이 각각 다르고, 공무원노사관계의 특성을 고려한 합리적인 이유에 의한 것으로, 헌법상 노동기본권을 제한하거나 평등권을 위반한 것으로 볼 수 없다.

(사) 세계인권선언은 단순히 선언적인 의미를 갖는 것으로 그 내용상의 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가진다거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니고, 이 사건과 관련되는 국제노동기구 협약 제87호, 제98호 및 제151호의 경우 우리나라가 이를 비준한 바 없으며, 또한 청구인들의 주장과 같이 이를 헌법 제6조 제1항 소정의 ‘일반적으로 승인된 국제법규로서 국내법적 효력을 갖는 것’이라고 볼 만한 객관적인 근거도 없으므로, 당해 국제노동기구 협약을 위헌성 심사의 척도로 하기는 어렵다. 나아가 이와 같이 국내법적 효력이 없는 이 사건 국제노동기구협약 및 권고의 적용에 관한 전문가위원회 견해 및 결사의자유위원회의 심결례 등이 어떠한 구속력을 갖는다고 볼 수도 없다.

## 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고 3. (다) 위헌확인 등

(2008. 12. 26. 2005헌마1158 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 주민투표권이 헌법이 보장하는 참정권에 포함되는지 여부(소극)
2. 행정처분에 대한 헌법소원의 보충성 요건 판단
3. ‘중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 대한 특별법’(이하 ‘특별법’이라 한다)에 대한 청구인들의 헌법소원심판청구가 청구인들의 기본권 침해가능성 내지 자기관련성이 있는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 주민투표법 제8조에 따른 국가정책에 대한 주민투표는 주민의 의견을 묻는 의견수렴으로서의 성격을 갖는 것이고, 주민투표권의 일반적 성격을 보더라도 이는 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다.
2. 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보지로 선정된 행위(이하 ‘이 사건 부지선정’이라 한다)는 공권력의 행사에 해당하는 행정처분으로서 행정소송법 제19조에서 정한 취소소송의 대상이 되고, 또 청구인들이 그 처분의 근거나 관련 법규에 그 처분에 따른 행위나 사업으로 인하여 환경상 이익이 침해될 것으로 규정된 영향권 밖에 있다 하더라도, 처분시설의 위험성과 환경오염의 우려가 커 그 처분 전과 비교하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해당하는 등 수인의 한도를 넘는 환경 피해를 받거나 받을 우려가 있다면 그 처분으로 인하여 환경상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 것을 밝혀 행정소송으로 그 처분을 다룰 여지가 있다 할 것이므로, 특별히 행정소송의 적법 요건을 충족시키지 못하리라는 구체적인 사정이 보이지 않는 이상, 이 사건 부지선정에 대한 헌법소원에 있어



쉽사리 보충성원칙의 예외를 인정하기 곤란하다.

3. 특별법 조항들은 그 지원 대상을 지방자치단체로 정하고 이 사건 처분시설을 유치할 지역에 대한 지원을 규정한 것이므로, 이로 인해 청구인들의 기본권이 침해될 가능성을 인정하기 어렵고, 또한 특별법 조항에 따른 시혜적 처분으로부터 배제되었다 하더라도, 특별법 조항은 지역 주민을 대상으로 한 것이 아니라 처분시설 유치지역을 대상으로 한 것인 이상 청구인들의 평등권에 대한 침해가능성 또는 자기관련성을 인정하기 어렵다.

**【심판대상조문】**

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제3조(유치지역지원위원회의 설치) ① 설치지역을 관할하는 시·군 또는 자치구(이하 “관할지방자치단체”라 한다)의 지역(이하 “유치지역”이라 한다)에 대한 지원에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 유치지역지원위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

②~⑦ 생략

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제8조(유치지역특별지원금의 지원) ① 산업자원부장관은 「전기사업법」 제12조 제1항 제3호의 규정에 따른 원자력발전사업자로 하여금 유치지역을 위한 특별지원금(이하 “지원금”이라 한다)을 관할 지방자치단체에 지원하게 할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 설치지역의 5킬로미터 이내에 위치하는 곳으로써 다른 시·군·구의 읍·면·동에 대하여도 지원금을 지원하게 할 수 있다.

②~③ 생략

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제11조(국·공유재산의 대부 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 유치지역 개발에 필요하다고 인정되는 경우에는 「국유재산법」 제20조 및 제33조와 「지방재정법」 제82조 및 제83조의 규정에 불구하고 위원회의 심의를 거쳐 국·공유재산을 무상 또는 할인하여 대부하거나 사용허가를 할 수 있고, 수익계약에 의하여 매각할 수 있다.

② 국·공유재산을 대부받거나 사용허가를 받은 자는 국·공유재산에 건물 그 밖의 시설물을 설치할 수 있다.

③ 대부·사용허가 및 매각 등에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제12조(유치지역

에 대한 국고보조금의 보조율) 국가는 유치지역의 개발을 위한 지원사업으로서 대통령령이 정하는 사업에 대하여 「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」 제10조의 규정에 따른 차등보조율에 불구하고 대통령령이 정하는 보조율에 따라 국고보조금을 인상하여 지원할 수 있다

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제13조(계약방법의 특례) 유치지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장은 유치지역의 발전을 위하여 지원되는 국고보조금 또는 지방교부세를 재원으로 하는 사업 중에서 공사금액이 50억 원 미만인 경우에 대하여는 「지방재정법」 제63조의 규정에 불구하고 그 공사의 입찰참가자격을 유치지역에 주된 영업소가 있는 자와 공동으로 입찰에 참가하는 자로 제한할 수 있다.

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제14조(지역주민의 우선 고용 및 참여) 처분시설의 설치 및 운영과 지원을 위하여 시행하는 사업에는 유치지역의 주민을 우선하여 고용 또는 참여시킬 수 있다.

구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것) 제17조(원자력발전사업자의 본사이전) ① 「전기사업법」 제12조 제1항 제3호의 규정에 따른 원자력발전사업자는 유치지역이 정해진 후 1년 이내에 토지매수·본사이전 등에 관한 계획을 확정하고, 처분시설에 대한 전원개발사업실시계획의 승인 시점부터 3년 이내에 유치지역으로의 이전을 완료하여야 한다.

② 생략

중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고(2005. 6. 16. 시행, 과학기술부)

3. 주민투표의 실시

(다) 산업자원부장관은 상기 (가)항과 (나)항의 지역 중에서 상기 2항에 의해 위원회로부터 부지적합성이 인정되는 것으로 통지받은 지역을 관할하는 지방자치단체장에게 2005년 9월 15일까지 주민투표법 제8조의 규정에 따라 시설의 유치여부를 묻는 주민투표를 실시할 것을 요구한다. 다만, 산업자원부장관은 주민투표의 실시 요구 시점까지 상기 2항의 부지적합성 평가가 완료되지 아니한 지역에 대해서도 주민투표를 요구할 수 있으며, 이 경우 주민투표 발의 이전에 부지가 부적합한 것으로 판정되는 때에는 주민투표의 실시 요구를 철회한다.

**【참조조문】**

헌법 제11조, 제35조, 제37조 제2항, 제72조

헌법재판소법 제68조

판례집 20-2(하)

### 【참조판례】

1. 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439- 1440  
헌재 2005. 10. 4. 2005헌마848, 공보 109, 1083
3. 헌재 2006. 12. 28. 2006헌마312, 판례집 18-2, 650, 655

### 【당 사 자】

청 구 인 허○정 외 1133인([별지] 목록 기재와 같다)  
대리인 법무법인 정우종합법률사무소  
담당변호사 심규명

### 【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

### 【이 유】

#### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 정부는 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설(이하 ‘처분시설’이라 한다)의 건립 추진이 해당 지역주민의 반발로 어렵게 되자, 그 처분시설을 유치한 지역에 대하여 지원을 약속함으로써 처분시설 부지를 원활히 확보하고자 2005. 3. 31. ‘중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법’(이하 ‘특별법’이라 한다)을 제정하였다.

(2) 2005. 6. 16. 당시 부총리 겸 과학기술부장관은 특별법 제7조에 따라 관할 지역에 처분시설을 유치하고자 하는 지방자치단체장은 2005. 8. 31.까지 유치신청을 하고, 신청지역의 부지적합성이 인정되면 해당 지역을 관할하는 지방자치단체장으로 하여금 2005. 9. 15.까지 시설의 유치 여부를 묻는 주민투표를 실시하도록 한 다음, 주민투표권자 총수 3분의 1 이상의 투표와 유효투표수 과반수의 찬성을 얻은 지역 중에서 유효투표수 대비 찬성률이 가장 높은 지역의 예상 부지를 처분시설 후보부지로 선정하도록 하는 내용의 ‘중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고’를 하였다.

이에 경주, 군산, 영덕, 포항 등 4곳이 유치신청을 하였고, 2005. 11. 2. 실시된 주민투표 결과, 그 중 가장 높은 찬성률을 보인 경주시 양북면 봉길리 예상 부지가 후보지로 선정되었다.

(3) 울산 북구 주민들인 청구인들은 울산 북구가 경주시 양북면 봉길리와 인접한 지역으로 처분시설이 유치될 경우 주민들이 받는 위험이나 불이익은 경주시의 주민들과 같거나 일부 지역에 따라 더 큰 위험과 불이익에 노출될 수 있는데도 처분시설의 실질적인 영향권을 고려하지 않은 채 행정구역만을 기준으로 주민투표 실시지역과 지원 대상지역을 정한 것은 자신들의 평등권, 청문권, 직업선택의 자유, 알권리, 환경권, 주민투표권 및 행복추구권 등을 침해한다며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 과학기술부장관이 2005. 6. 16. 시행한 ‘중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고’ 중 3. (다) 항 부분(이하 ‘이 사건 선정공고’라 한다)과 산업자원부장관(정부조직법의 개정으로 직제가 ‘지식경제부장관’으로 변경되었으나 변경되기 전의 사항에 대하여는 이해의 편의를 위하여 종전대로 ‘산업자원부장관’이라 한다)이 2005. 11. 3. 경주시 양북면 봉길리 예상 부지를 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지로 선정한 행위(이하 ‘이 사건 부지선정’이라 한다) 및 특별법 제3조 제1항, 제8조 제1항, 제11조, 제12조, 제13조, 제14조, 제17조 제1항이 헌법에 위배되어 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

(1) 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설 후보부지 선정 등에 관한 공고 중 3. (다) 항 부분.

3. 주민투표의 실시

(다) 산업자원부장관은 상기 (가)항과 (나)항의 지역 중에서 상기 2항에 의해 위원회로부터 부지적합성이 인정되는 것으로 통지받은 지역을 관할하는 지방자치단체장에게 2005년 9월 15일까지 주민투표법 제8조의 규정에 따라 시설의 유치 여부를 묻는 주민투표를 실시할 것을 요구한다. 다만, 산업자원부장관은 주민투표의 실시 요구 시점까지 상기 2항의 부지적합성 평가가 완료되지 아니한 지역에 대해서도 주민투표를 요구할 수 있으며, 이 경우 주민투표 발의 이전에 부지가 부적합한 것으로 판정되는 때에는 주민투표의 실시 요구를 철회한다.

(2) 구 중·저준위 방사성 폐기물 처분시설의 유치지역 지원에 관한 특별법(2005. 3. 31. 법률 제7444호로 제정되고 2008. 2. 29. 법률 제8852로 개정되기 전의 것)

제3조(유치지역 지원위원회의 설치) ① 설치지역을 관할하는 시·군 또는

판례집 20-2(하)

자치구(이하 “관할 지방자치단체”라 한다)의 지역(이하 “유치지역”이라 한다)에 대한 지원에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 유치지역 지원위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제8조(유치지역 특별지원금의 지원) ① 산업자원부장관은 「전기사업법」 제12조 제1항 제3호의 규정에 따른 원자력발전사업자로 하여금 유치지역을 위한 특별지원금(이하 “지원금”이라 한다)을 관할 지방자치단체에 지원하게 할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 바에 따라 설치지역의 5킬로미터 이내에 위치하는 곳으로서 다른 시·군·구의 읍·면·동에 대하여도 지원금을 지원하게 할 수 있다.

제11조(국·공유재산의 대부 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 유치지역 개발에 필요하다고 인정되는 경우에는 「국유재산법」 제20조 및 제33조와 「지방재정법」 제82조 및 제83조의 규정에 불구하고 위원회의 심의를 거쳐 국·공유재산을 무상 또는 할인하여 대부하거나 사용허가를 할 수 있고, 수익계약에 의하여 매각할 수 있다.

② 국·공유재산을 대부받거나 사용허가를 받은 자는 국·공유재산에 건물 그 밖의 시설물을 설치할 수 있다.

③ 대부·사용허가 및 매각 등에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

제12조(유치지역에 대한 국고보조금의 보조율) 국가는 유치지역의 개발을 위한 지원사업으로서 대통령령이 정하는 사업에 대하여 「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」 제10조의 규정에 따른 차등보조율에 불구하고 대통령령이 정하는 보조율에 따라 국고보조금을 인상하여 지원할 수 있다.

제13조(계약 방법의 특례) 유치지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장은 유치지역의 발전을 위하여 지원되는 국고보조금 또는 지방교부세를 재원으로 하는 사업 중에서 공사금액이 50억 원 미만인 경우에 대하여는 「지방재정법」 제63조의 규정에 불구하고 그 공사의 입찰참가 자격을 유치지역에 주된 영업소가 있는 자와 공동으로 입찰에 참가하는 자로 제한할 수 있다.

제14조(지역주민의 우선 고용 및 참여) 처분시설의 설치 및 운영과 지원을 위하여 시행하는 사업에는 유치지역의 주민을 우선하여 고용 또는 참여시킬 수 있다.

제17조(원자력발전사업자의 본사이전) ① 「전기사업법」 제12조 제1항 제3호의 규정에 따른 원자력발전사업자는 유치지역이 정해진 후 1년 이내에 토

지매수·본사이전 등에 관한 계획을 확정하고, 처분시설에 대한 전원개발사업 실시계획의 승인 시점부터 3년 이내에 유치지역으로의 이전을 완료하여야 한다.

## 2. 청구인들의 주장과 이해관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 선정공고는 산업자원부장관으로 하여금 유치신청을 한 지역 중에서 부지적합성이 인정되는 곳을 관할하는 지방자치단체장에게만 주민투표 실시를 요구하도록 하여, 유치신청을 한 지방자치단체의 관할구역 내에 거주하고 있는지 여부만을 기준으로 주민투표권을 부여하고, 방사성 폐기물 처분 시설에 대해 밀접한 이해관계를 가진 청구인들에 대하여는 주민투표의 실시나 주민투표법이 정한 설명회나 토론회의 기회도 부여하지 않음으로써, 국민이 국가의 의사형성에 직접 참여하는 참정권으로서 국민투표권에 유사한 기본권인 청구인들의 주민투표권, 평등권 및 알 권리를 침해한다.

(2) 이 사건 부지선정은 그로 인하여 불이익을 받게 되는 청구인들에 대하여 의견 표명의 기회를 부여하지 않은 채 결정된 것이어서 적법절차의 원리로부터 파생되는 청문권을 침해하고, 처분시설의 위험성과 환경오염의 우려가 크므로 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 보장하고 있는 환경권을 침해한다.

(3) 특별법 제3조 제1항은 지원 대상을 설치지역 관할 지방자치단체로 하고, 제8조 제1항은 지원금의 지급 대상을 관할 지방자치단체로 한정하면서 인접 시·군·구의 읍·면·동에 대해서는 대통령령이 정하는 바에 따라 5킬로미터 이내로 제한하여 지원금을 지급할 수 있도록 하고 있어 청구인들이 속한 지방자치단체는 지원 대상에 포함되지 않고 있으며, 또 제13조는 지원금을 재원으로 하는 사업에 대한 입찰 참가자격을 유치지역에 주된 영업소가 있는 자와 공동으로 입찰에 참가하는 자로 제한할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이는 인접 지방자치단체에 거주하는 청구인들의 평등권, 직업의 자유를 침해한다.

### 나. 지식경제부장관 및 한국수력원자력주식회사의 의견

(1) 이 사건 선정공고는 청구인들의 기본권 침해성을 인정할 수 없고 이미 후보부지까지 선정되었으므로 권리보호의 이익도 없으며, 이 사건 부지선정에 대한 헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 따른 보충성의 원칙을 충족시키지 못하여 부적법하다.

특별법 조항 또한 청구인들의 기본권과 법적관련성이 없고, 그 규정이 재량행

판례집 20-2(하)

위를 정하고 있는 이상 기본권 침해의 직접성 또한 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 그 밖에 국가정책에 관한 주민투표는 국가사무에 관하여 주민의 의견을 묻는 제도로서 헌법상 기본권도 아니므로 이에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다.

(2) 설령 이 사건 헌법소원심판 청구가 적법요건을 갖추었다 하더라도, 이 사건 처분시설은 고준위 방사성 폐기물에 비해 위험성이 낮은 중·저준위 폐기물을 저장하는 시설이므로 위험성이 상대적으로 낮고, 국제 및 국내 안전기준을 충족시킨 처분시설만을 건립하는 것이어서 기술적·제도적 측면에서도 안전성 확보에 문제가 없다는 점 등을 고려할 때, 청구인들의 환경권 등이 처분시설의 건설로 제한된다 하더라도 이는 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한에 의해 허용되는 범위 내에 있다 할 수 있고, 나아가 이 사건 처분시설 건설을 위한 선정공고, 부지선정, 특별법 제정에서 청구인들의 평등권이 제한된다 하더라도 이는 합리적인 차별로서 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

3. 이 사건 심판청구의 적법 여부에 대한 판단

가. 이 사건 선정공고의 기본권 침해 가능성 등 충족 여부

(1) 이 사건 선정공고는 처분시설을 유치하고자 하는 지방자치단체장으로 하여금 산업자원부장관에게 유치신청을 하고, 부지적합성이 인정되는 신청지역에 대하여 산업자원부장관이 지방자치단체장에게 주민투표를 실시할 것을 요구하도록 한 것으로서, 이 사건 선정공고만으로는 특정 지역이 유치신청을 할 것인지, 그 유치신청 지역이 부지적합성 요건을 충족시킴으로써 산업자원부장관이 주민투표실시를 요구할 것인지 여부에 대하여 구체적으로 정해지는 바가 없다.

(2) 이 사건 선정공고에 따르면, 지방자치단체장이 유치신청을 한 지역에 대하여만 주민투표를 허용하고 또 그 결과에 따라 처분시설의 부지 선정절차를 진행하도록 하고 있는바, 소속 지방자치단체의 장이 유치신청을 하지 않는 등 이 사건 선정공고에서 정한 절차에 참가하지 않는 지방자치단체의 소속 주민의 경우에는 처분시설 부지선정 절차에 대해 주민투표권을 행사할 수 없게 되는 측면이 있기는 하나, 주민투표법 제8조에 따른 국가정책에 대한 주민투표는 주민의 의견을 묻는 의견수렴으로서의 성격을 갖는 것이고, 주민투표권의 일반적 성격을 보더라도 이는 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없으므로(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439-1440 ; 헌재 2005. 10. 4. 2005헌마

848, 공보 109, 1083 참조), 설령 이 사건 선정공고로 인하여 청구인의 주민투표권이 박탈되는 측면이 있다 하더라도 이는 기본권으로서 참정권의 침해에 해당하지 않는다.

(3) 이 사건 선정공고 자체가 유치지역에 따라 다른 신청조건을 설정하는 등 유치지역의 주민들을 차별하여 취급하는 내용을 포함하고 있지 않은 이상, 이 사건 선정공고로 인하여 청구인들에 대한 불평등한 취급이 직접 발생한다고 볼 수도 없다.

(4) 결국 이 사건 선정공고로 청구인들의 기본권이 침해될 가능성을 인정할 수 없고, 또 이 사건 선정공고와 청구인들의 기본권과의 직접관련성 또한 인정되지 않는다.

나. 이 사건 부지선정의 보충성 충족 여부

(1) 헌법소원은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없으므로(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 그 심판대상이 공권력의 행사에 해당하는 행정처분으로서 행정쟁송을 통하여 그 위헌·위법 여부를 다룰 수 있는데도 이를 거치지 않았다면 이는 보충성원칙에 위배되어 적법 요건을 충족하지 못한다.

(2) 이 사건 부지선정은 공권력의 행사에 해당하는 행정처분으로서 행정소송법 제19조에서 정한 취소소송의 대상이 되고, 또 청구인들이 그 처분의 근거나 관련 법규에서 그 처분에 따른 행위나 사업으로 인하여 환경상 이익이 침해될 것으로 규정한 영향권 밖에 있다 하더라도, 앞서 주장한 바와 같이 처분시설의 위험성과 환경오염의 우려가 커 그 처분 전과 비교하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해당하는 등 수인의 한도를 넘는 환경 피해를 받거나 받을 우려가 있다면 그 처분으로 인하여 환경상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 것을 밝혀 행정소송으로 그 처분을 다룰 여지가 있다 할 것이므로(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결; 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006두14001 판결 등 참조), 이 사건에 있어 특별히 행정소송의 적법 요건을 충족시키지 못하리라는 구체적인 사정이 보이지 않는 이상, 이 사건 부지선정에 대한 헌법소원에 있어 쉽사리 보충성원칙의 예외를 인정하기 곤란하고, 따라서 이 점 헌법소원은 다른 법률에 구체절차가 있는데도 이를 거치지 않은 채 청구한 것으로서 부적법하다 할 것이다.

다. 특별법 조항의 기본권 침해가능성 등 충족 여부

(1) 이 사건 심판대상이 되는 특별법 조항들은 처분시설 설치지역을 관할

판례집 20-2(하)

하는 지방자치단체에 대한 지원과 관련된 것으로서(제3조 제1항, 제8조 제1항, 제11조, 제12조, 제14조, 제17조), 설치지역을 관할하는 시·군 또는 자치구의 지역에 대한 지원을 위해 유치지역 지원위원회를 두고(제3조 제1항), 원자력발전 사업자는 관할 지방자치단체에게 특별지원금을 지원할 수 있도록 하며(제8조), 처분시설을 설치·관리하는 사업자는 유치지역에 대하여 전기요금보조사업, 홍보사업, 육영사업, 환경·안전관리사업, 농수산물 관련 지원사업 및 관광진흥사업 등을 시행할 수 있도록 하는 한편(제10조), 유치지역 주민이 관계된 경우 수의계약에 의한 매각(제11조 제1항), 유치지역 주민으로의 입찰참가자격 제한(제13조), 주민우선고용(제14조)을 허용하고 있는 외에 유치지역에 대해서는 원자력발전사업자의 본사를 이전하도록 규정하고 있기도 하다(제17조).

(2) 이러한 조항들은 그 지원 대상을 지방자치단체로 정하고 이 사건 처분시설을 유치할 지역에 대한 지원을 규정한 것이므로, 이로 인해 청구인들의 기본권이 침해될 가능성을 인정하기 어렵고, 또한 특별법 조항에 따른 시혜적 처분으로부터 배제되었다 하더라도, 특별법 조항은 지역 주민을 대상으로 한 것이 아니라 처분시설 유치지역을 대상으로 한 것인 이상 청구인들의 평등권에 대한 침해가능성 또는 자기관련성을 인정하기 어렵다(헌재 2006. 12. 28. 2006헌마312, 판례집 18-2, 650, 655 참조).

나아가 특별법 조항이 지역주민들에 대한 실질적 지원을 의도한 것이라고 해석하더라도, 처분시설이 건설되지 않는 인근 지역주민은 처분시설이 건설되는 지역에 거주하는 유치주민들과 비교하여 지원조치에 관한 평등권을 주장할 위치에 있다고 볼 수도 없다.

(3) 따라서 이 사건 특별법 조항에 의한 청구인들의 기본권 침해 가능성 또는 청구인들과의 자기관련성을 인정할 수 없다.

4. 판 단

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

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 청구인의 표시 : 생략

## 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령 제5조 제3항 위헌확인

(2008. 12. 26. 2006헌마273 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 공인중개사 자격시험 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험을 무효로 하도록 규정하고 있는 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령’(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제5조 제3항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 1차 시험 불합격자의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 공인중개사법 시행령은 공인중개사 자격시험을 제1차 시험과 제2차 시험으로 구분하여 시행한다고 규정하고, 제1차 시험은 중개업무 수행에 필요한 기본적 소양 및 지식정도의 평가에, 제2차 시험은 중개실무 관련 개별과목의 평가를 통한 실무능력 검정에 중점을 두고 있다. 이 사건 조항은 공인중개사의 전문직업인으로서의 소양과 부동산 중개업무에 관한 실무 능력을 평가함에 있어 위와 같이 제1차 시험과 제2차 시험을 구분하여 시행하는 취지를 이어받아 단계적 시험을 통과한 사람들에게만 공인중개사 자격을 부여하려는 것으로서, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있다. 또한, 단계별 시험에 있어 상위단계 시험의 응시를 그 전 단계 합격자로 제한하는 것은 단계적으로 시험의 성취도를 측정하려는 단계별 시험의 속성에 기인한 것으로, 동시에 시험을 실시한다 하더라도 이러한 단계별 시험의 취지를 유지하기 위하여 이 사건 조항과 같이 제1차 시험 불합격자의 제2차 시험을 무효로 하는 것이 과도한 제한이라고는 볼 수 없으며, 공인중개사라는 직업이 가지는 공적 중요성



을 고려했을 때 법익의 균형성도 갖추고 있다 할 것으로 직업의 자유를 침해하지 않는다.

2. 이 사건 조항은 제1차 시험을 불합격한 사람들 모두에게 동일하게 적용되는 규정으로서, 제1차 시험 불합격자라는 집단 내에서는 본질적으로 동일한 집단을 동일하게 취급하고 있으므로 차별 취급의 문제가 발생한다고 보기 어렵다. 가사, 제1차 시험에서만 평균 60점 이상 득점한 집단과 제2차 시험에서만 평균 60점 이상 득점한 집단을 상정하여 그 사이에 차별 취급의 문제가 발생하는 것으로 본다 하더라도, 이는 단계별 시험의 취지를 유지하기 위한 것으로 그 차별에 합리적 이유가 있다 할 것이므로 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

**【심판대상조문】**

- 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제5조(시험방법 및 시험의 일부면제) ①~② 생략
- ③ 제2항의 규정에 따라 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우에는 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험은 무효로 한다.
- ④~⑥ 생략

**【참조조문】**

- 헌법 제11조, 제15조, 제37조
- 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(2005. 7. 29. 법률 제7638호로 전부 개정된 것) 제4조(자격시험) ① 공인중개사가 되고자 하는 자는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 시행하는 공인중개사자격시험에 합격하여야 한다.
- ② 건설교통부장관은 공인중개사자격시험 수준의 균형유지 등을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 직접 시험문제를 출제하거나 시험을 시행할 수 있다.
- ③ 공인중개사자격시험의 시험과목·시험방법 및 시험의 일부면제 그 밖에 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다
- 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제5조(시험방법 및 시험의 일부면제) ① 시험은 제1차 시험 및 제2차 시험으로 구분하여 시행한다. 이 경우 제2차 시험은 제1차 시험에 합격한 자를 대상으로 시행한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 법 제4조 제1항 또는 동조 제2항의 규정에 따라 시험을 시행하는 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 건설교통부장관(이

하 “시험시행기관장”이라 한다)이 필요하다고 인정하는 경우에는 제1차시험과 제2차시험을 구분하되 동시에 시행할 수 있으며, 이 경우 제2차 시험의 시험방법은 제4항의 규정에 따른다.

③ 제2항의 규정에 따라 제1차시험과 제2차시험을 동시에 시행하는 경우에는 제1차시험에 불합격한 자의 제2차 시험은 무효로 한다.

④ 제1차 시험은 선택형으로 출제하는 것을 원칙으로 하되, 주관식 단답형 또는 기입형을 가미할 수 있다.

⑤ 제2차 시험은 논문형으로 출제하는 것을 원칙으로 하되, 주관식 단답형 또는 기입형을 가미할 수 있다.

⑥ 제1차 시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차 시험을 면제한다.

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제6조(시험과목) 제1차시험 및 제2차시험의 시험과목은 [별표 1]과 같다

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제7조(시험의 시행·공고) ① 시험은 매년 1회 이상 시행한다. 다만, 시험시행기관장은 시험을 시행하기 어려운 부득이한 사정이 있는 경우에는 시험위원회의 의견을 거쳐 당해연도의 시험을 시행하지 아니할 수 있다.

② 시험시행기관장은 법 제4조의 규정에 따라 시험을 시행하고자 하는 때에는 예정 시험일시·시험방법 등 시험시행에 관한 개략적인 사항을 매년 2월 28일까지 관보 및 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조 제2호 가목의 규정에 따른 일반일간신문(이하 “일간신문”이라 한다)에 공고하여야 한다.

③ 시험시행기관장은 제2항의 규정에 따른 공고 후 시험을 시행하고자 하는 때에는 시험일시, 시험장소, 시험방법, 합격자 결정방법 및 응시수수료의 반환에 관한 사항 등 시험의 시행에 관하여 필요한 사항을 시험시행일 60일 전까지 관보 및 일간신문에 공고하여야 한다.

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제10조(시험의 합격자 결정) ① 제1차시험에 있어서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상 득점한 자를 합격자로 한다.

② 제2차시험에 있어서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상 득점한 자를 합격자로 한다. 다만, 시험시행기관장이 공인중개사의 수급상 필요하다고 인정하여 시험위원회의 의견을 거쳐 선발예정인원을 미리 공고한 경우에는 매과목 40점 이상인 자 중에서 선발예정인원의 범위 안에서 전과목 총득점의 고득점자순으로 합격자를 결정한다.

③ 제2항 단서 및 제5항의 규정에 따라 합격자를 결정함에 있어서 동점자로 인하여 선발예정인원을 초과하는 경우에는 그 동점자 모두를 합격자로 한다.

④~⑤ 생략

판례집 20-2(하)

**【당 사 자】**

청 구 인 오○교

대리인 변호사 오성계

**【주 문】**

청구인의 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2004. 11. 14. 실시된 제15회 공인중개사 자격시험, 2005. 5. 22. 실시된 제15회추가 공인중개사 자격시험, 2005. 10. 30. 실시된 제16회 공인중개사 자격시험까지 연속 3회 응시하였는데, 제16회 공인중개사 자격시험을 비롯하여 2회 연속하여 제2차 시험에서는 평균 60점 이상 득점하고도 제1차 시험에서 평균 60점 이상 득점하지 못하여 불합격되었다.

(2) 이에 청구인은 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험을 무효로 하도록 규정하고 있는 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령’ 제5조 제3항이 헌법 제11조의 평등권 및 제15조의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하면서 2006. 2. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 이후 청구인은 2006. 10. 29. 실시된 제17회 공인중개사 자격시험에서도 제2차 시험에서는 평균 60점 이상 득점하였으나 제1차 시험에서 평균 60점 이상 득점하지 못하여 불합격되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령’(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것) 제5조 제3항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌 여부인바, 그 조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호로 전부 개정된 것, 이하 ‘공인중개사법 시행령’이라 한다) 제5조(시험방법 및 시험의 일부면제) ③ 제2항의 규정에 따라 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우에는 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차

시험은 무효로 한다.

[관련조항]

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(2005. 7. 29. 법률 제 7638호로 전부 개정된 것, 이하 ‘공인중개사법’이라 한다) 제4조(자격시험) ① 공인중개사가 되려는 자는 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 시행하는 공인중개사자격시험에 합격하여야 한다. <개정 2008. 6. 13.>

② 국토해양부장관은 공인중개사자격시험 수준의 균형유지 등을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 직접 시험문제를 출제하거나 시험을 시행할 수 있다. <개정 2008. 2. 29.>

③ 공인중개사자격시험의 시험과목·시험방법 및 시험의 일부면제 그 밖에 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공인중개사법 시행령 제5조(시험방법 및 시험의 일부면제) ① 시험은 제1차 시험 및 제2차 시험으로 구분하여 시행한다. 이 경우 제2차 시험은 제1차 시험에 합격한 자를 대상으로 시행한다.

② 제1항에도 불구하고 법 제4조 제1항 또는 같은 조 제2항에 따라 시험을 시행하는 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 국토해양부장관(이하 “시험시행기관장”이라 한다)이 필요하다고 인정하는 경우에는 제1차 시험과 제2차 시험을 구분하지 동시에 시행할 수 있으며, 이 경우 제2차 시험의 시험방법은 제4항에 따른다. <개정 2008. 2. 29., 2008. 9. 10.>

③ (생략)

④ 제1차 시험은 선택형으로 출제하는 것을 원칙으로 하되, 주관식 단답형 또는 기입형을 가미할 수 있다.

⑤ 제2차 시험은 논문형으로 출제하는 것을 원칙으로 하되, 주관식 단답형 또는 기입형을 가미할 수 있다.

⑥ 제1차 시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차 시험을 면제한다.

제6조(시험과목) 제1차 시험 및 제2차 시험의 시험과목은 [별표 1]과 같다.

제7조(시험의 시행·공고) ① 시험은 매년 1회 이상 시행한다. 다만, 시험시행기관장은 시험을 시행하기 어려운 부득이한 사정이 있는 경우에는 시험위원회 의결을 거쳐 당해 연도의 시험을 시행하지 아니할 수 있다.

판례집 20-2(하)

② 시험시행기관장은 법 제4조의 규정에 따라 시험을 시행하고자 하는 때에는 예정 시험일시·시험방법 등 시험시행에 관한 개략적인 사항을 매년 2월 28일까지 관보 및 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조 제2호 가목의 규정에 따른 일반일간신문(이하 “일간신문”이라 한다)에 공고하여야 한다.

③ 시험시행기관장은 제2항의 규정에 따른 공고 후 시험을 시행하고자 하는 때에는 시험일시, 시험장소, 시험방법, 합격자 결정방법 및 응시수수료의 반환에 관한 사항 등 시험의 시행에 관하여 필요한 사항을 시험시행일 60일 전까지 관보 및 일간신문에 공고하여야 한다.

제10조(시험의 합격자 결정) ① 제1차 시험에 있어서는 매 과목 100점을 만점으로 하여 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상 득점한 자를 합격자로 한다.

② 제2차 시험에 있어서는 매 과목 100점을 만점으로 하여 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상 득점한 자를 합격자로 한다. 다만, 시험시행기관장이 공인중개사의 수급상 필요하다고 인정하여 시험위원회의 의결을 거쳐 선발예정인원을 미리 공고한 경우에는 매 과목 40점 이상인 자 중에서 선발예정인원의 범위 안에서 전 과목 총득점의 고득점자순으로 합격자를 결정한다.

③ 제2항 단서 및 제5항의 규정에 따라 합격자를 결정함에 있어서 동점자로 인하여 선발예정인원을 초과하는 경우에는 그 동점자 모두를 합격자로 한다.

④, ⑤ 생략

[별표 1]

공인중개사자격시험의 시험과목(제6조 관련)

구 분	시 험 과 목
제1차 시험	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 부동산학개론(부동산감정평가론을 포함한다)</li> <li>○ 「민법」(총칙 중 법률행위, 질권을 제외한 물권법, 계약법 중 총칙·매매·교환·임대차) 및 민사특별법 중 부동산 중개에 관련되는 규정</li> </ul>
제2차 시험	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법령 및 중개실무</li> <li>○ 부동산공시에 관한 법령(「부동산등기법」·「지적법」) 및 부동산 관련 세법</li> <li>○ 부동산공법(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」·「건축법」·「도시개발법」·「도시 및 주거환경정비법」·「주택법」·「농지법」) 중 부동산 중개에 관련되는 규정</li> </ul>

## 2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장요지

공인중개사 자격시험은 제1차와 제2차로 구별하여 객관식 시험으로 치르면서 제1차 시험과 제2차 시험을 같은 날, 같은 장소에서 실시하고 합격자 발표도 같은 날 동시에 하고 있다. 그런데 제1차 시험을 평균 60점 이상 득점하고 제2차 시험에서 평균 60점 미만을 득점하면 제1차 시험을 합격으로 인정하여 다음 회의 공인중개사 자격시험에서 제1차 시험을 면제하고 제2차 시험을 응시할 수 있는 기회를 주면서, 그와 반대로 제1차 시험에서 평균 60점 이상을 득점하지 못하고 제2차 시험에서 평균 60점 이상을 득점한 경우에 제2차 시험만은 합격인데도 이 사건 조항은 제2차 시험 자체를 무효로 처리하도록 규정하고 있으므로, 헌법상 평등권과 직업선택의 자유를 침해한다.

### 나. 건설교통부장관의 의견요지

이 사건 조항은 국민의 재산권과 밀접한 관계에 있는 중개업자의 전문직업인으로서의 소양과 부동산 중개업무와 관련된 법률 지식 등의 능력을 갖추게 하여 중개업자의 공신력을 높이고 국민의 재산권을 보호하려는 입법취지를 실현하기 위한 시험방법을 규정한 것이다. 응시생의 편의도모 및 시험의 효율성 제고를 위해 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 치르게 하더라도 제1차 시험과 제2차 시험을 구별하는 취지는 유지되어야 할 것이고, 제1차 시험에 합격한 자만이 제2차 시험에 응시할 수 있다는 원칙 역시 지켜져야 한다. 그렇다면 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행한 경우에 제2차 시험이 합격권에 들었다 하더라도 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험을 무효로 하는 것은 입법취지에 부합하는 것이다. 나아가 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우 제1차 시험에 합격하지 아니한 자가 제2차 시험에 응시하여 합격권에 들 수도 있겠으나, 이는 제1차 시험과 제2차 시험을 따로 실시하였더라면 제2차 시험의 응시 기회조차 없었을 것인데 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행한 우연한 사정에 의하여 생긴 결과일 뿐이다. 그러므로 이 사건 조항은 정당한 입법형성권 범위 내의 합리적인 합격자 결정 방식으로 기본권을 침해하지 않는다.

## 3. 판 단

### 가. 직업의 자유 침해 여부

이 사건 조항은 공인중개사 자격시험 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우에 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험을 무효화시킴으로

판례집 20-2(하)

써 청구인과 같이 제2차 시험에 합격할 수 있는 점수 이상을 득점하고도 이를 인정받지 못하는 사람들의 공인중개사 자격 취득에 영향을 줄 수 있고, 이로 인하여 이들이 공인중개사를 직업으로 선택하여 활동할 기회를 박탈할 수 있다. 따라서 이 사건 조항이 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지가 문제된다.

(1) 목적의 정당성과 방법의 적절성

공인중개사법은 공인중개사제도를 도입함으로써 그 전까지 신고제로 운용되었던 부동산중개업에 대한 공신력을 높이는 한편, 중개업을 적절하게 규율하여 건전한 부동산 거래질서를 확립하고 국민의 재산권을 보호하고자 입법되었다. 이러한 공인중개사제도의 전문성과 공익성을 제고하기 위하여, 공인중개사법 시행령은 공인중개사 자격시험을 제1차 시험과 제2차 시험으로 구분하여 시행한다고 규정하였고(제5조 제1항), 제1차 시험은 중개업무 수행에 필요한 기본적 소양 및 지식정도의 평가에, 제2차 시험은 중개실무 관련 개별 과목의 평가를 통한 실무능력 검정에 중점을 두고 있다.

이 사건 조항은 공인중개사의 전문직업인으로서의 소양과 부동산 중개업무에 관한 실무 능력을 평가함에 있어 위와 같이 제1차 시험과 제2차 시험을 구분하여 시행하는 취지를 이어받아 단계적 시험을 통과한 사람들에게만 공인중개사 자격을 부여하려는 것으로서, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있다.

(2) 피해의 최소성과 법익의 균형성

단계별 시험은 그 시험방법의 특성상 단계적으로 시험의 성취도를 측정하는 것으로서, 단계별 시험을 채택하고 있는 우리나라의 자격시험제도는 예외 없이 전 단계 시험 합격자에 한하여 그 다음 단계 시험의 응시기회를 주고 있다. 즉, '변리사법 시행령' 제3조 제3항은 제1차 시험 합격자에 한하여 제2차 시험의 응시기회를 주고 있고, 공무원의 임용(공무원임용시험령 제6조 제1항), 공인회계사(공인회계사법 시행령 제2조의2 제5항)·공인노무사(공인노무사법 시행령 제5조)·변호사(사법시험법 제7조 제2항) 등의 선발에 있어서도 동일한 원칙이 적용된다.

또한, 공인중개사법 시행령과 유사하게 단계별 시험에서 동시 시행을 규정한 경우에도 이 사건 조항과 같이 제1차 시험을 불합격한 경우에 제2차 시험을 무효로 하도록 규정하고 있다. 즉, '주택법 시행령'은 제74조 제1항과 제4항에서 주택관리사보 자격시험 제1차 시험과 제2차 시험 동시실시의 근거를

마련하는 한편, 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험을 무효로 하도록 규정하고 있다. 이러한 규정 방식은 ‘경비업법 시행령’에서도 동일하다(경비업법 시행령 제12조 제1항, 제5항).

이와 같이 단계별 시험에 있어 상위단계 시험의 응시를 그 전 단계 합격자로 응시기회를 제한하고 있는 것은 단계별 시험의 속성에 기인한 것으로, 동시에 시험을 실시한다 하더라도 단계별 시험의 취지를 유지하기 위하여 이 사건 조항과 같이 제1차 시험 불합격자의 제2차 시험을 무효로 하는 것이 과도한 제한이라고는 볼 수 없다.

또한 공인중개사법 시행령은 시험시행기관장이 시험을 시행하고자 하는 때에는 시험일시, 시험장소, 시험방법, 합격자 결정방법 및 응시수수료의 반환에 관한 사항 등 시험의 시행에 관하여 필요한 사항을 시험시행일 전에 관보 및 일간신문에 공고토록 하고 있고(공인중개사법 시행령 제7조 제2항, 제3항), 이에 따라 위 공고에서는 시험방법이나 합격자 결정 방법이라는 항목을 통하여 제1차 시험 불합격자의 제2차 시험이 무효가 됨을 사전에 알려주고 있어, 이 사건 조항으로부터 발생할 수 있는 기본권 제한의 효과를 완화시켜 주고 있다.

위와 같은 여러 점들을 종합하여 볼 때, 이 사건 조항이 피해의 최소성원칙을 위반하였다고는 보기 어렵다.

나아가, 이 사건 조항이 공인중개사 자격시험의 단계별 시험 유지를 통하여 달성하려는 공인중개사 자격시험의 공신력 유지 등의 공익은 이러한 직업이 가지는 공적 중요성을 고려했을 때 사익에 비하여 결코 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 갖추고 있다 할 것이다.

### (3) 소 결

그렇다면 이 사건 조항은 청구인의 직업의 자유를 침해하지 않는다.

#### 나. 평등권 침해 여부

청구인은, 제1차 시험을 평균 60점 이상 득점하고 제2차 시험에서 평균 60점 미만을 득점한 경우에는 제1차 시험을 합격으로 인정하여 다음 회의 공인중개사 자격시험에서 제1차 시험을 면제하고 제2차 시험을 응시할 수 있는 기회를 주면서, 그와 반대로 제1차 시험에서 평균 60점 이상을 득점하지 못하고 제2차 시험에서 평균 60점 이상을 득점한 경우에는 제2차 시험 자체를 무효로 처리하도록 이 사건 조항이 규정하고 있는 것이 헌법상 평등권을 침해한다고 주장한다.

그러나 이 사건 조항은 제1차 시험을 불합격한 사람들 모두에게 동일하게

판례집 20-2(하)

적용되는 규정으로서, 제1차 시험 불합격자라는 집단 내에서는 본질적으로 동일한 집단을 동일하게 취급하고 있으므로 차별 취급의 문제가 발생한다고 보기 어렵다.

가사, 제1차 시험에서만 평균 60점 이상 득점한 집단과 제2차 시험에서만 평균 60점 이상 득점한 집단을 상정하여 그 사이에 차별 취급의 문제가 발생하는 것으로 본다 하더라도, 이는 앞에서 살펴 본 바와 같이 단계별 시험의 취지를 유지하기 위한 것으로 그 차별에 합리적 이유가 있다 할 것이므로, 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [별표] 중 100만 원까지 부분 위헌확인

(2008. 12. 26. 2006헌마384 전원재판부)

### 【판시사항】

구 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’(2007. 11. 28. 대법원 규칙 제2116호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 대법원규칙’이라 한다) 제3조 제1항 별표 중 ‘소송목적의 값이 100만 원까지는 소송비용에 산입되는 비율을 10%로 정한 부분’(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

이 사건 조항은 근거법률인 민사소송법 제109조 제1항의 입법취지와 마찬가지로 자신의 정당한 권리실행을 위하여 제소하거나 응소하려는 자가 패소할 경우의 변호사보수의 상환을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 될 것을 방지하기 위하여 실제 지급한 보수액의 범위 내에서 소가의 일정비율에 상당하는 부분을 소송비용으로 산입하도록 하는 데에 그 취지가 있으므로, 변호사보수 중 소가의 일정비율만을 소송비용에 산입하도록 한 이 사건 조항의 목적은 정당하다고 할 것이다.

나아가 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자로부터 이를 상환받게 할 것인지 여부는 입법자가 법률로 정할 성질의 것으로 광범위한 재량이 허용되는 영역인데, 이 사건 대법원규칙에서 정해지는 소송비용산입의 범위와 기준 역시 국민의 권리보호와 소송제도의 합리적 운용 등을 고려하여 어느 정도 정책적으로 결정될 수 있는 영역으로서 구체적으로는 소가에 비례하여 변호사보수를 일정비율 만큼 소송비용에 산입하도록 규정하면서, 소가가 낮을수록 그 산입비율을 높게 책정하는 방식을 채택하고 있다. 이는 소송비용에 산입되는 변호사보수가 소가의 많고 적음에 따라 지나치게 차이가

판례집 20-2(하)

나는 것을 방지하도록 한 것으로서, 이러한 취지에서 이 사건 조항의 경우 소가 100만 원 이하 사건에 대하여 소송비용에 산입되는 비율을 10%로 규정하고 있는 것이다.

한편 변호사보수를 소송비용에 산입함에 있어 변호사보수를 기준으로 하지 않음으로써 실제로 지출한 변호사보수나 사건의 난이도 등 소송의 특수성 등을 충분히 반영하지 못하는 문제가 있다 하더라도, 이 사건 조항에서 소가에 따라 일정비율에 의하여 산정하는 방식이 특별히 자의적이라고 할 수는 없는 점 등에 비추어 이 사건 조항에 의한 변호사보수의 소송비용산입 방식이 변호사를 선임하여 재판을 받을 권리를 침해한다고 보기도 어려울 것이다.

위와 같은 사정을 종합하여 볼 때, 이 사건 조항은 국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적정한 운영이 가능하도록 한 것으로서 합리적인 수단이라고 할 것이므로, 이 사건 조항이 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다.

**【심판대상조문】**

구 '변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙'(2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116호로 개정되기 전의 것) 제3조(산입할 보수의 기준) ① 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송목적의 값에 따라 별표의 기준에 의하여 산정한다. 다만, 별표의 기준에 따른 금액이 10만 원에 미치지 못하는 때에는 이를 10만 원으로 한다.

② 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제27조 제1항

민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.

② 제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다

**【참조판례】**

헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289, 297

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마384

헌재 2002. 5. 30. 2001헌바28, 판례집 14-1, 490, 496

## 【당 사 자】

청 구 인 정○식

대리인 변호사 최규호

## 【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 김○기가 2005. 7. 21.경 청구인을 상대로 제기한 소가(변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 소정의 ‘소송목적의 값’ 또는 민사소송등인 지법 소정의 ‘소송목적의 가액’을 의미한다) 436,600원의 민사소송(수원지방법원 여주지원 2005가단7339 주위토지통행권확인등 사건, 이하 ‘이 사건 소송’이라 한다)에서 수원지방법원 여주지원은 2006. 1. 26. ‘원고 패소’ 및 ‘소송비용은 원고가 부담한다’는 내용의 판결을 선고하였다.

(2) 한편, 청구인은 이 사건 소송에 응소하기 위하여 2005. 7.경 최○호 변호사를 소송대리인으로 선임하고, 착수보수금 300만 원을 지급하였으며, 승소할 경우 성공보수금 200만 원을 지급하기로 약정하였다.

(3) 청구인은 1심에서 위와 같이 승소한 후 항소심 계속중이던 2006. 3. 22. ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’ 별표 중 ‘소송목적의 값이 100만 원까지는 소송비용에 산입되는 비율을 10%로 규정한 부분’이 헌법 제27조 제1항, 제11조 제1항, 제23조 제1항에 위반된다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’(2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 대법원규칙’이라 한다) 제3조 제1항 별표 중 ‘소송목적의 값이 100만 원까지는 소송비용에 산입되는 비율을 10%로 정한 부분’(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

판례집 20-2(하)

[심판대상조항]

구 '변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙'(2007. 11. 28. 대법원규칙 제 2116호로 개정되기 전의 것) 제3조(산입할 보수의 기준) ① 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송목적의 값에 따라 별표의 기준에 의하여 산정한다.

② 생략

[별표]

소송목적의 값	소송비용에 산입되는 비율
100만 원까지 부분	10%

[관련조항]

[별지] 기재와 같다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 소가(소송목적의 값) 100만 원 이하인 이 사건 소송의 경우 소송비용액의 확정결정을 받더라도 소송비용에 산입되는 변호사보수는 43,600원[436,500원(소가)의 10%] 정도에 불과하다. 이 사건 조항은 변호사보수가 최소 200만 원 내지 300만 원 정도인 법률시장 현실을 고려하지 아니한 것으로서, 소가 100만 원 이하인 사건에 대하여는 소송결과에 상관없이 거의 대부분의 변호사보수를 당사자에게 부담시키는 결과를 초래하므로, 소가 100만 원 이하 사건 당사자인 청구인의 변호사를 선임하여 재판받을 권리를 침해한다.

(2) 소가 100만 원 이하 사건의 당사자는 그 금액을 초과하는 사건의 당사자에 비하여 현저히 적은 금액을 소송비용으로 상환받게 되는데, 이러한 결과는 변호사보수가 소가에 비례하여 결정되지 않는 법률시장의 현실 등을 전혀 고려하지 못한 채 소가의 다과만을 기준으로 소송비용에 산입되는 변호사보수를 규정한 이 사건 조항에서 비롯되는 것이다. 그렇다면 소가 100만 원 이하 사건 당사자와 이를 초과하는 사건 당사자 사이에 이 사건 조항으로 인한 자의적인 차별이 발생하므로 평등원칙에 위배된다.

(3) 나아가 이 사건 조항으로 말미암아 청구인은 자신이 지출한 변호사보수 중 대부분을 회수하지 못하므로, 위 조항은 헌법 제23조의 재산권보장원칙에

도 위반된다.

나. 법원행정처장의 의견요지

(1) 헌법 제107조 제2항은 명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있으므로, 대법원규칙인 이 사건 조항의 경우 대법원이 최종적인 심판권을 가진다. 또한 청구인은 청구기간을 경과하여 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

(2) 변호사보수는 이를 소송비용에 산입하지 아니할 경우 남소 등을 부추기고 상당한 권리자의 경제적 손실을 충분히 보상하지 못할 위험이 있는 반면, 고액의 변호사보수를 소송비용에 전부 산입하는 경우에는 경제적 약자가 패소에 대한 염려 때문에 재판제도를 이용하는 것 자체를 꺼리게 만들 위험도 있다. 한편 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자로부터 이를 상환받게 할 것인지 여부는 국가의 재정규모, 국민의 권리의식과 경제적, 사회적 여건, 소송실무에 있어서의 변호사대리의 정도 및 변호사강제주의를 채택하였는지 여부 등을 고려하여 입법자가 법률로 정할 성질의 것이고, 나아가 변호사보수를 소송비용에 산입하는 정도 역시 당사자 쌍방의 재판청구권 등을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이다. 위와 같이 이 사건 조항은 민사소송법 제109조 제1항에서 입법정책적으로 정한 내용을 반영한 것으로서 헌법에 위반되지 않는다.

3. 판 단

가. 적법요건에 대한 판단

(1) 심판대상성 및 직접성

헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌 여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 따라서 입법부·행정부·사법부에서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369-370; 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254 등 참조).

판례집 20-2(하)

그렇다면 소가에 따라 일정한 비율만큼 소송비용을 상환하도록 규정하여 그 내용이 일의적이고 명백한 이 사건 조항에 대하여는 별도의 소송비용액 확정결정을 기다릴 필요 없이 그 조항 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 있다고 할 것이다.

(2) 청구기간

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 다만, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

기록에 의하면, 청구인은 변호사를 선임하여 이 사건 소송에서 2006. 1. 26. 승소한 후 2006. 3. 22. 이 사건 헌법소원을 청구하였고, 그 후 2006. 8. 11. 항소기각되어 2006. 9. 7.경 판결확정되었는바, 위와 같은 경위에 비추어 보면 위 판결확정 시 무렵 법령에 해당하는 사유가 발생하였다고 봄이 상당하므로, 청구인은 그와 같은 사유가 발생하기 이전에 이 사건 심판청구를 제기한 것으로서 청구기간을 준수하였다고 할 것이다.

(3) 권리보호이익

청구인이 헌법소원심판을 청구한 이후인 2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116호로 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’이 전부 개정되면서 소송목적의 값 1,000만 원까지 부분에 대하여 소송비용에 산입되는 비율이 8%로 변경되었다. 따라서 위 개정 전의 이 사건 대법원규칙 조항의 위헌 여부를 심판할 법률상의 이익과 필요성이 있는지 문제될 수 있다.

그러나 개정된 위 대법원규칙은 2008. 1. 1.부터 시행되고, 개정된 규칙의 시행 전에 법원에 접수된 사건에 대하여는 적용되지 않으므로(부칙 제1조, 제2조), 2005. 7. 21.경 법원에 접수된 이 사건 소송에 대하여는 개정 전의 대법원규칙인 이 사건 조항이 적용된다고 할 것이다. 따라서 이 사건 조항의 위헌 여부는 여전히 청구인에게 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 권리보호이익을 인정할 수 있다.

(4) 소결론

그 밖에 적법요건의 흠결이 없으므로, 이 사건 심판청구는 적법요건을 충족하였다고 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 변호사비용의 소송비용산입제도 및 이 사건 조항의 내용

(가) 민사소송법은, 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다(제98조)고 규정하여 승소당사자가 지출한 소송비용의 상환을 패소당사자에게 청구할 수 있도록 하고, 개개 사건에서 소송비용의 부담자와 그 부담분에 대해서는 법원이 사건을 완결하는 재판에서 직권으로 그 심급의 소송비용 전부에 대하여 재판하도록 하며(제104조), 구체적인 소송비용액의 확정은 비용부담의 재판이 확정되거나 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 소송비용액확정결정신청에 의하여 제1심법원이 결정으로 정하도록 하고(제110조), 그 중 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수에 관하여는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정하도록 하고 있다(제109조).

(나) 변호사보수의 소송비용 산입제도는 변호사에게 소송을 위임한 당사자가 지급한 또는 지급하기로 약정한 변호사보수를 승소한 경우에 패소자로부터 상환받을 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 이에 따라 구 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’(1981. 1. 29. 법률 제3361호로 제정된 것) 제16조 제1항은 “소송 대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위 안에서 이를 소송비용으로 한다”라고 하여 변호사보수를 소송비용에 산입하는 규정을 처음으로 신설하였고, 1990. 1. 23. 위 조항을 민사소송법에 편입하여 변호사보수의 소송비용산입이 제도적으로 정착되었다.

이러한 법률의 규정내용과 취지에 근거하여 1981. 2. 28. 대법원규칙 제758호로 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’이 제정됨으로써 대법원규칙으로 변호사보수 중 일부를 소송비용으로 산입하도록 규정하였는바, 위 규칙은 1990. 8. 21. 대법원규칙 제1123호로 개정되었다가 2003. 6. 9. 대법원규칙 제1829호로 다시 이 사건 대법원규칙으로 개정되었다. 위와 같은 2회의 개정에도 불구하고 소송비용에 산입할 변호사보수액의 기준 자체는 변함없이 계속 유지되어 오다가 2007. 11. 28. 경제사정의 변화 등을 감안하여 그 기준을 소가 구간별로 세분화하고 증액제도를 마련한 대법원규칙이 제2116호로 개정되어 2008. 1. 1.부터 시행 중에 있다.

(다) 변호사보수의 소송비용산입에 관한 입법례는 각국의 전통적인 권리의식과 재판제도에 대한 국민의 법의식 및 변호사강제주의를 취하였는지 여부에 따라 다양한 형태로 나타나고 있다. 각국의 입법례는 미국과 같이 원칙적

판례집 20-2(하)

으로 변호사보수를 소송비용에 산입하지 않는 입법례와 영국과 같이 실제 변호사보수 전부를 소송비용에 산입하여 이를 패소자부담으로 하는 입법례를 양극으로 하여 독일, 프랑스 등과 같이 소송비용에 산입하기는 하되 그 산입의 범위를 제한하는 입법례로 나눌 수 있다.

(라) 이 사건 대법원규칙에 의하면, 소송비용에 산입되는 변호사보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위의 소가(소송목적의 값)에 따라 별표상의 기준에 의하여 계산된 일정액에 한정되는데(제3조), 특히 이 사건 조항에서는 100만 원 이하의 소가에 관하여 규정한 것으로서 소가의 10%로 한정하고 있다.

위와 같이 소송비용으로 산입할 변호사보수는 소가 및 그에 대한 별표상의 일정비율에 따라 달리 계산되는데, 소가가 커짐에 따라 낮게 정해져 있는 별표상의 일정비율은 1981. 2. 당시 처음 정해진 이래 2007. 11. 28. 개정될 때까지 변동 없이 그대로 유지되어 왔다.

(2) 이 사건 조항의 위헌 여부

(가) 재판청구권 침해 여부

1) 헌법재판소는 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자의 부담으로 하도록 규정한 구 민사소송법 제99조의2 제1항(현행 민사소송법 제109조 제1항과 동일한 내용임)이 과잉금지원칙에 위배하여 재판청구권을 침해하는지 여부에 대하여 합헌으로 판시하면서, 「소송수행을 위하여 지출한 비용 중에서 어느 범위의 것을 소송비용으로 하여 패소한 당사자에게 부담시킬 것인가, 특히 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자로부터 이를 상환받을 수 있게 할 것인지는 국가의 재정규모, 국민의 권리의식과 경제적·사회적 여건, 소송실무에 있어 변호사대리의 정도 및 변호사강제주의를 채택하였는지 여부 등을 고려하여 국민의 권리보호와 소송제도를 적정하고 합리적으로 운영할 수 있도록 입법자가 법률로 정할 성질의 것이다.」라고 판시한 바 있다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289, 297).

위와 같이 변호사보수의 소송비용산입제도는 입법자가 법률로 정할 성질의 것인바, 이 사건 대법원규칙은 위 민사소송법 조항이 규정한 바에 기초하여 소송비용에 산입할 변호사보수의 범위와 기준을 정한 것으로서, 그 규정 내용이 정당한 권리실행과 적정한 소송제도의 이용 등 측면에서 지극히 불합리하여 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 아니하는 한, 보다 광범위한 재량영역에 속한다고 할 것이고, 따라서 그 산입 범위와 기준 등을 정함에 있

어 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권의 본질적 내용을 침해하거나 재판청구권을 형해화할 정도로 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사하였다고 인정되지 않는 한 헌법에 위반된다고 볼 수 없다(헌재 2002. 5. 30. 2001헌바28, 판례집 14-1, 490, 496 참조).

2) 이 사건 조항은 당사자가 지급하였거나 또는 지급할 변호사보수 중 소가의 일정비율에 해당하는 일부만을 상환받도록 하고 나머지는 상환받을 수 없도록 정하고 있으므로 당사자가 정당한 권리의 실현 또는 방어를 하고자 변호사를 선임하여 소송제도를 이용하는 데 일정한 제약이 될 수도 있다는 점에 비추어 청구인의 재판청구권을 제한하는 측면이 있다.

3) 그런데 이 사건 조항은 근거법률인 민사소송법 제109조 제1항의 입법취지와 마찬가지로, 자신의 정당한 권리실행을 위하여 제소하거나 응소하려는 자가 패소할 경우의 변호사보수의 상환을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 될 것을 방지하고자 하는 데 그 취지가 있으므로(헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289, 297), 변호사보수 중 소가의 일정비율 해당 부분만을 소송비용에 산입하도록 한 이 사건 조항의 목적은 정당하다고 할 것이다.

4) 앞서 본 바와 같이 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자로부터 이를 상환받게 할 것인지 여부는 입법자의 재량이 허용되는 영역으로서, 민사소송법은 소송비용을 패소한 당사자가 부담한다는 원칙(제98조) 하에 변호사보수를 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 소송비용으로 인정하고 있고(제109조 제1항), 이 사건 대법원규칙은 그에 기초하여 소송비용에 산입되는 변호사보수의 범위와 기준을 정하고 있으며, 위 대법원규칙에서 정해지는 범위와 기준 역시 국민의 권리보호와 소송제도의 합리적 운용 등을 고려하여 어느 정도 정책적으로 결정될 수 있는 영역이라 할 것이다.

이 사건 대법원규칙은 변호사보수를 소가의 일정비율만큼 소송비용에 산입하도록 규정하면서 소가가 낮을수록 그 산입비율을 높게 책정하는 방식을 채택하여, 고액의 소가일수록 소가에 비례하여 소송비용으로 산입되는 일정비율을 단계적으로 축소하도록 규정하는 한편(예컨대 소가 100만 원까지는 10%, 소가 100만 원에서 200만 원 사이는 9%, 소가 1억 원 이상은 0.5%), 그 산정결과가 현저히 부당할 경우 법원의 재량으로 감액할 수 있도록 하고 있다(제5조). 이는 소송비용에 산입되는 변호사보수가 소가의 많고 적음에 따라 지나치게 차이가 나는 것을 방지하도록 한 것으로서, 이러한 취지에서 이 사건 조항의 경우 소가 100만 원 이하 사건에 대하여 소송비용에 산입되는 비

판례집 20-2(하)

율을 10%로 규정하고 있는 것이다.

일반적으로 소가가 큰 사건의 경우 소송이 장기화되거나 당사자가 잠재적으로 확보하게 될 이익도 그만큼 비례하여 커진다는 측면에서 보면 변호사보수에 산입되는 비율을 소가에 비례하여 규정한 데에는 합리성을 인정할 수 있을 것이다. 여기에다가 이 사건 조항의 경우 최저액의 소가에 가장 높은 산입비율을 정한 것으로서 그보다 고액의 소가에 대하여 비율을 9%에서 0.5%까지 단계적으로 규정한 점 등을 감안할 때 그 비율을 10%로 규정한 것이 특별히 자의적이라고 할 수도 없을 것이다.

5) 다만, 이 사건 조항을 포함한 대법원규칙에서 변호사보수 지급액을 기준으로 하지 아니하고 소가를 기준으로 소송비용산입액을 산정하도록 함으로써 당사자가 실제로 지출한 변호사보수나 사건의 난이도 등 소송의 특성, 변호사 선임의 필요 정도 등 여러 요소들을 충분히 반영하지 못하는 한계를 갖고 있다는 점이 지적될 수 있다.

그러나 원칙적으로 변호사보수를 누구에게, 어느 정도의 범위에서 소송비용으로 부담하게 할 것인지는 입법자의 광범위한 재량에 속하는 영역이고, 위에서 본 바와 같이 이 사건 조항에서 소가에 따라 일정비율에 의하여 산정하는 방식이 특별히 자의적이라고 할 수는 없는 점, 당사자가 지급하였거나 또는 지급할 변호사보수액을 기준으로 할 경우에는 현실적으로 그 보수액의 적정성을 심사하기가 용이하지 아니할 뿐만 아니라, 소송당사자가 정당한 권리 실행을 위하여 제소하거나 응소하려 함에 있어서 패소할 경우의 변호사보수 상환책임 부담을 우려하여 소송제도의 이용이 지나치게 위축될 위험이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 비록 변호사보수의 소송비용 산입에 있어 변호사보수를 기준으로 하지 않음으로써 소송의 특수성 등을 충분히 반영하지 못하는 문제가 있다 하더라도 이 사건 조항에 의한 변호사보수의 소송비용산입 방식이 변호사를 선임하여 재판을 받을 권리를 침해한다고 보기는 어려울 것이다.

6) 위와 같은 여러 점에 비추어 보건대, 이 사건 조항이 소가를 기준으로 변호사보수의 산입비율을 정하고 있는 것은 앞서 본 바와 같이 국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적정한 운영이 가능하도록 한 것으로서 이러한 목적달성을 위한 합리적인 수단이라고 할 것이므로, 이 사건 조항이 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다.

(나) 청구인의 나머지 주장에 대한 판단

청구인은 소가의 많고 적음을 기준으로 소송비용에 산입되는 변호사보수를

규정한 이 사건 조항으로 인하여 소가 100만 원 이하 사건의 당사자와 이를 초과하는 사건의 당사자 사이에 자의적인 차별이 발생한다고 주장한다.

그러나 이 사건 조항은 변호사보수의 소송비용 일부 산입 원칙에 따라 소가에 따른 산입비율만을 정하고 있을 뿐, 소가 100만 원 이하 사건의 당사자와 이를 넘는 사건의 당사자를 차별하려는 의도와 목적을 가지고 있다고는 볼 수 없고, 청구인이 주장하는 차별적인 결과는 소가를 기준으로 소송비용을 산입함으로써 발생하는 결과에 불과하다 할 것이므로, 양자 사이에 이 사건 조항으로 인한 차별이 존재한다고 보기 어렵다. 설령 양자 사이에 이 사건 조항으로 인한 차별취급이 있다고 하더라도, 앞서 재판청구권 침해 여부의 판단에서 본 바와 같이 이 사건 조항에서 변호사보수의 산입비율을 소가의 10%로 정한 데에는 합리적 이유가 있다고 인정되므로 이 사건 조항으로 인한 자의적인 차별이 있다고 볼 수 없다. 따라서 청구인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다음, 청구인은 이 사건 조항으로 인하여 변호사보수를 회수하지 못하는 재산상 손해를 입게 된다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 변호사보수의 소송비용 산입 여부는 입법자가 법률로 정할 성질의 것이고, 그에 따른 산입범위와 기준 등은 보다 광범위한 재량영역에 속한다 할 것이므로, 패소당사자의 부당제소, 부당항쟁 행위가 불법행위를 구성하여 손해배상청구권이 발생하는 경우는 별론으로 하고, 승소당사자가 민사소송법 규정에 의하여 패소당사자에게 변호사보수의 소송비용상환청구권을 가지는 경우에 이를 헌법이 보장하는 재산권이라고는 할 수 없으므로, 청구인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 관련조항

민사소송법 제104조(각 심급의 소송비용의 재판) 법원은 사건을 완결하는

판례집 20-2(하)

재판에서 직권으로 그 심급의 소송비용 전부에 대하여 재판하여야 한다.(단서 생략)

제109조(변호사 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.

제110조(소송비용액의 확정결정) ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심법원은 그 재판이 확정되거나, 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.

변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(2003. 6. 9 대법원규칙 제1829호로 개정되고 2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 규칙은 민사소송법 제109조 제1항에 의하여 소송비용에 산입할 변호사보수의 금액을 정함을 목적으로 한다.

제2조(적용범위) 이 규칙은 민사소송법의 규정(다른 법률에 의하여 민사소송법의 규정이 준용되는 경우를 포함한다)에 의하여 소송비용액의 확정결정 신청을 할 수 있는 사건에 적용한다.

제3조(산입할 보수의 기준) ① 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급 단위로 소송목적의 값에 따라 별표의 기준에 의하여 산정한다.

② 가압류, 가처분 명령의 신청, 그 명령에 대한 이의 또는 취소의 신청사건에 있어서 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는, 피보전권리의 값에 따라 제1항의 기준에 의하여 산정한 금액의 2분의 1로 한다. 다만, 가압류, 가처분 명령의 신청사건에 있어서는 변론 또는 심문을 거친 경우에 한한다.

제4조(소송목적의 값 등의 산정기준) ① 제3조에 규정된 소송목적의 값 또는 피보전권리의 값의 산정은 민사소송등인지법 제2조의 규정에 의한다.

② 청구취지를 변경한 경우에는 변경한 청구취지를 기준으로 한다.

제5조(보수의 감액) 피고의 전부자백 또는 자백간주에 의한 판결과 무변론 판결의 경우 소송비용에 산입할 변호사의 보수는 제3조의 기준에 의하여 산정한 금액의 2분의 1로 한다.

제6조(재량 감액) 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액산정할 수 있다.

[별표]

소송목적의 값	소송비용에 산입되는 비율
100만 원까지 부분	10%
100만 원을 초과하여 200만 원까지 부분 [10만 원+(소송물가액-100만 원) $\times\frac{9}{100}$ ]	9%
200만 원을 초과하여 300만 원까지 부분 [19만 원+(소송물가액-200만 원) $\times\frac{8}{100}$ ]	8%
300만 원을 초과하여 400만 원까지 부분 [27만 원+(소송물가액-300만 원) $\times\frac{7}{100}$ ]	7%
400만 원을 초과하여 500만 원까지 부분 [34만 원+(소송물가액-400만 원) $\times\frac{6}{100}$ ]	6%
500만 원을 초과하여 1,000만 원까지 부분 [40만 원+(소송물가액-500만 원) $\times\frac{5}{100}$ ]	5%
1,000만 원을 초과하여 3,000만 원까지 부분 [65만 원+(소송물가액-1,000만 원) $\times\frac{4}{100}$ ]	4%
3,000만 원을 초과하여 5,000만 원까지 부분 [145만 원+(소송물가액-3,000만 원) $\times\frac{3}{100}$ ]	3%
5,000만 원을 초과하여 1억 원까지 부분 [205만 원+(소송물가액-5,000만 원) $\times\frac{1}{100}$ ]	1%
1억 원을 초과하는 부분 [255만 원+(소송물가액-1억 원) $\times\frac{0.5}{100}$ ]	0.5%

변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(2007. 11. 28. 대법원규칙 제2116 호로 개정된 것) 제3조(산입할 보수의 기준) ① 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송목적의 값에 따라 별표의 기준에 의하여 산정한다. 다만, 별표의 기준에 따른 금액이 10만 원에 미치지 못하는 때에는 이를 10만 원으로 한다.

제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지

판례집 20-2(하)

감액 산정할 수 있다.

② 법원은 제3조의 금액이 소송의 특성 및 이에 따른 소송대리인의 선임 필요성, 당사자가 실제 지출한 변호사보수 등에 비추어 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수 있다.

부 칙

제1조(시행일) 이 규칙은 2008. 1. 1.부터 시행한다.

제2조(경과조치) 이 규칙은 이 규칙 시행 전에 법원에 접수된 사건에 대하여는 적용하지 아니한다. 다만, 이 규칙 시행 이후 상소되는 사건에 대하여 상소심에서의 소송비용에 산입할 변호사보수의 금액을 정할 때는 이 규칙을 적용한다.

[별표] <개정 2007. 11. 28.>

소송목적의 값	소송비용에 산입되는 비율
1,000만 원까지 부분	8%
1,000만 원을 초과하여 2,000만 원까지 부분 [80만 원+(소송목적의 값-1,000만 원)× $\frac{7}{100}$ ]	7%
2,000만 원을 초과하여 3,000만 원까지 부분 [150만 원+(소송목적의 값-2,000만 원)× $\frac{6}{100}$ ]	6%
3,000만 원을 초과하여 5,000만 원까지 부분 [210만 원+(소송목적의 값-3,000만 원)× $\frac{5}{100}$ ]	5%
5,000만 원을 초과하여 7,000만 원까지 부분 [310만 원+(소송목적의 값-5,000만 원)× $\frac{4}{100}$ ]	4%
7,000만 원을 초과하여 1억 원까지 부분 [390만 원+(소송목적의 값-7,000만 원)× $\frac{3}{100}$ ]	3%
1억 원을 초과하여 2억 원까지 부분 [480만 원+(소송목적의 값-1억 원)× $\frac{2}{100}$ ]	2%
2억 원을 초과하여 5억 원까지 부분 [680만 원+(소송목적의 값-2억 원)× $\frac{1}{100}$ ]	1%
5억 원을 초과하는 부분 [980만 원+(소송목적의 값-5억 원)× $\frac{0.5}{100}$ ]	0.5%

## 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제6조 제1항 제2호 위헌확인

(2008. 12. 26. 2006헌마462 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 노동조합에 가입할 수 있는 특정직공무원의 범위를 “6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직 공무원”으로 한정하여, 소방공무원을 노동조합 가입대상에서 제외한 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조 제1항 제2호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 소방공무원인 청구인의 단결권을 침해하는지 여부 (소극)

2. 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 심판대상조항은 소방공무원이 그 업무의 성격상 사회공공의 안녕과 질서유지에 미치는 영향력이 크고, 그 책임 및 직무의 중요성, 신분 및 근로조건의 특수성이 인정되므로, 노동조합원으로서의 지위를 가지고 업무를 수행하는 것이 적절하지 아니하다고 보아 노동조합 가입대상에서 제외한 것이다. 소방공무원은 화재를 예방·경계하거나 진압하고, 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급 활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하는 업무를 수행하며, 소방행정의 기능은 현대사회가 복잡 다양화하고 각종 사고가 빈발함에 따라 그 역할이 확대되어 오늘날 소방행정은 재난관리의 중심적인 업무를 수행하는바, 현시점에서 노동기본권을 보장함으로 말미암아 예상되는 사회적 폐해가 너무 크다. 또한 소방공무원은 특정직 공무원으로서 ‘소방공무원법’에 의하여 신분보장이나 대우 등 근로조건의 면에서 일반직공무원에 비하여 두텁게 보호받고 있다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제33조 제2항의 입법형성권의 한계를 일탈하여 소방공무원인 청구인의 단결권을 침해한다고 볼 수 없다.



2. 또한, 위에서 본 바와 같이 소방공무원은 일반 근로자나 일반직 공무원에 비하여 그 업무의 공공성·공익성이 강하고, 신분 및 근로 조건 등에 있어 특수성이 인정된다. 따라서, 심판대상조항이 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위를 정함에 있어서 소방공무원 전체에 대하여 노동조합 가입을 금지하여 일반 근로자나 일반직공무원에 비하여 차별취급하고 있다고 하더라도, 이는 헌법 제33조 제2항에 근거를 두고 있을뿐 아니라 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 청구인의 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

#### 재판관 조대현의 위헌의견

헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 할 것이다.

소방공무원은 화재진압·재난구조 등과 같이 생명·신체에 대한 위험을 무릅써야 하는 직무를 담당하고, 근무시간이 많고 비상근무가 잦으며, 6급 이하의 직급이 대부분이어서, 그 근로조건외의 향상을 위하여 근로3권을 인정할 필요성이 크다. 그리고 소방공무원에게 근로3권을 인정하더라도 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제11조·제18조와 소방공무원법 제29조에 의하여 소방공무원의 직무충실을 충분히 확보할 수 있다.

결국, 심판대상조항이 소방공무원 전체를 공무원노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위에서 제외시킨 것은 헌법 제7조가 요청하는 한도를 넘어서 정당한 입법목적도 없이 소방공무원의 근로3권을 전면 부정하는 것이어서 헌법 제33조 제2항에 위반된다.

#### 재판관 송두환의 위헌의견

헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동3권에 대하여 무제한의 입법형성 재량권을 부여한 것이라고 보아서는 아니 되고, 공무원도 근로자의 성질을 가지므로 당연히 노동3권을 향유하되, 구체적인 직무 내용과 성질,

직급 등에 따라 필요최소한도의 범위 내에서 노동3권 중의 일부만을 제한할 수 있는 재량을 부여한 것으로 보아야 한다.

소방공무원은 근무여건이 일반 공무원들에 비하여 열악한 점이 많고, 대부분 하위직급자들로 이루어져 있어 근로조건의 향상을 위한 노동3권 보장의 필요성이 다른 직역의 공무원들보다 높으며, 주요 외국의 입법례나 국제노동기구의 권고를 보더라도 소방공무원에 대하여 최소한 단결권을 보장하고 있고, 각종 법령에 징계제도, 처벌규정 등이 구비되어 있어 단결권이나 단체교섭권 부여 시 업무중단으로 인한 공공의 위험도 그리 크지 않다.

따라서 심판대상조항이 직급이나 직무에 상관없이 직종만을 이유로 전체 소방공무원에 대하여 노동3권 일체를 박탈한 것은 기본권 최대준중 및 최소제한의 원칙에 위반하여 소방공무원의 노동3권을 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 【심판대상조문】

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 생략
  2. 특정직공무원중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원
  - 3.~5. 생략
- ②~④ 생략

### 【참조조문】

헌법 제6조 제1항, 제11조 제1항, 제33조 제1항, 제2항, 제37조 제2항

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “공무원”이라 함은 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에서 규정하고 있는 공무원을 말한다. 다만, 국가공무원법 제66조 제1항 단서 및 지방공무원법 제58조 제1항 단서의 규정에 의한 사실상 노무에 종사하는 공무원과 교원의노동조합설립및운영등에관한법률의 적용을 받는 교원인 공무원을 제외한다

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수 기술직렬의 일반직공무원
2. 특정직공무원중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원

판례집 20-2(하)

3. 기능직공무원
  4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원
  5. 고용직공무원
- ② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
  2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원
  3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원
  4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원
- ③ 공무원이 면직·파면 또는 해임되어 노동조합및노동관계조정법 제82조 제1항의 규정에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 때에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 노동조합원의 지위를 상실하는 것으로 보아서는 아니된다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

②~④ 생략

지방공무원법(1973. 3. 12. 법률 제2594호로 개정된 것) 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

소방공무원법(2006. 3. 24. 법률 제7909호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 소방공무원(국가소방공무원 및 지방소방공무원을 말한다. 이하 같다)의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건에 특수성에 비추어 그 임용·교육훈련·복무·신분보장등에 관하여 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

소방공무원복무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 영은 소방공무원법 제19조의 규정에 의하여 소방공무원(국가소방공무원 및 지방소방공무원을 말한다. 이하 같다)의 복무에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

소방공무원복무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제2조(여행의 제한) 소방공무원은 휴무일 또는 근무시간 외에 공무 아닌 사유로 즉시 직무에 복귀하기 어려운 지역으로 여행하고자 하는 때에는 소속 소방기관의 장에게 신고하여야 한다. 다만, 소방업무상 특별한 사정이 있는 기간중에는 소속 소방기관의 장의 허가를 받아야 한다.

소방공무원복무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제3조(비상소집 및 비상근무) ① 소방기관의 장은 비상사태에 대처하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 소

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마462

속 소방공무원을 긴급히 소집(이하 “비상소집”이라 한다)하여 일정한 장소에 대기 또는 특수한 근무(이하 “비상근무”라 한다)를 하게할 수 있다.

② 비상소집과 비상근무의 종별·절차 및 근무수칙 등에 관하여 필요한 사항은 소방방재청장이 정한다.

소방공무원복무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제4조(근무방법) 소방기관의 장은 화재를 예방·경계·진압하기 위하여 필요하거나 재난·재해 및 그밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동을 효과적으로 수행하기 위하여 필요한 때에는 소속 소방공무원에 대하여 격일제(2개부로 나누어 24시간씩 교대로 근무하는 방식) 또는 3부제(3개부로 나누어 일정시간 동안 교대로 근무하는 방식) 근무를 실시하게 할 수 있고, 격일제 근무자에 대하여는 순번을 정하여 주기적으로 근무일에 휴무하게 할 수 있다. 다만, 비상근무를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

소방공무원복무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제5조(화재현장 근무자의 복무) 화재현장에서 소화활동 등에 종사하는 소방공무원은 화재현장지휘관의 정당한 명령을 이유없이 거부하거나 현장지휘관의 승인없이 화재현장을 이탈하거나 진화작업을 태만히 하는 등 직무유기를 하여서는 아니된다.

소방공무원복무규정(2004. 5. 24. 대통령령 제18390호로 개정된 것) 제6조(포상휴가) 소방기관의 장은 근무성적이 탁월하거나 다른 소방공무원의 모범이 될 공적이 있는 소방공무원에 대하여 1회 10일이내의 포상휴가를 허가할 수 있다. 이 경우의 포상휴가기간은 연가에 산입하지 아니한다.

## 【참조판례】

- 1.~2. 헌재 1992. 4. 18. 90헌바27등, 판례집 4, 225
- 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238
- 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215

## 【당 사 자】

청 구 인 김○렬  
대리인 법무법인 나라종합법률사무소  
담당변호사 김경규

## 【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

## 【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상

판례집 20-2(하)

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1991. 12. 23. 지방소방사 시보로 임용된 후 2006. 3. 현재 영등포소방서 산하 여의도파출소에 근무하고 있는 소방공무원(지방소방교, 8급 상당)이다.

(2) 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(법률 제7380호, 이하 ‘공노법’이라 한다)은 2005. 1. 27. 공포되어 2006. 1. 28.부터 시행되고 있는바, 청구인은 공노법 제6조(가입범위) 제2항 제2호가 소방공무원인 청구인의 결사의 자유, 근로3권, 행복추구권, 평등권을 침해하여 위헌이라고 주장하며, 2006. 4. 12. 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

나. 심판의 대상

청구인이 주장하는 취지는 공노법 제6조 제1항 제2호가 노동조합에 가입할 수 있는 특정직공무원의 범위를 정함에 있어서 일부 외무직공무원만을 규정함으로써 소방공무원인 청구인의 단결권 등을 침해한다는 것으로, 결국 부진정 입법부작위의 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있으므로, 이 사건의 심판대상은 공노법 제6조 제1항 제2호의 기본권 침해 여부라 할 것이고, 관련규정의 내용은 [별지] 기재와 같다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

- 2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보 관리직 공무원

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구이유

(1) 청구인을 비롯한 소방공무원들은 전체 공무원 중에서 가장 열악하고 위험한 근로조건에서 근무하고 있는바, 다른 공무원들과 마찬가지로 임금 및 근로조건이 법령과 예산에 의하여 일방적으로 결정되며 그 결정과정에 공무원인 근로자들이 자신들의 입장을 개진할 수 있는 기회는 제공되고 있지 않다.

공무원직장협의회 설립·운영에 관한 법률(2005. 11. 8. 법률 제7690호로 개정된 것)도 “특정직공무원 중 재직경력 10년 미만의 외무영사직렬·외교정보기술직렬 외무공무원”만 공무원직장협의회에 가입할 수 있도록 규정하여, 소방공무원들은 공무원직장협의회에 가입하여 기관장과 “근무환경 개선, 업무능률 향상, 공무와 관련된 일반적 고충에 관한 사항 등”에 대하여 협의할

수 있는 기회조차 주어지지 않고 있다.

소방공무원 역시 근로자로서 근로자들의 자주적인 결사체인 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 보장받아야 하며, 단체활동을 통해 객관적인 자료를 수집하여 열악한 근로조건을 개선할 수 있는 방안을 모색하고 정부에 소방직공무원들의 입장을 개진할 수 있는 기회를 가질 수 있어야 한다.

(2) 심판대상조항은 특별한 이유 없이 소방공무원들의 노동조합 가입 및 결성을 포함한 근로3권 전체를 박탈하고 있는바, 소방공무원들이 맡고 있는 업무의 중대성에 비추어 보아 당해 업무의 중단이 불러올 수도 있는 공공의 피해가 크다는 점을 고려할 때 소방공무원들의 근로3권에 대한 제한이 필요하다 하더라도, 단체행동권뿐만 아니라 단결권조차 박탈하는 것은 침해의 최소성과 법익의 균형성을 위반하여 근로3권의 본질적 내용을 침해한다.

(3) 심판대상조항은 합리적인 이유 없이 청구인을 포함한 소방공무원들의 결사의 자유 및 근로3권을 과도하게 제약함으로써, 결국 근로조건 향상 등을 통해 추구하고자 하는 청구인의 행복추구권을 침해한다.

(4) 심판대상조항은 합리적인 이유 없이 소방공무원들 스스로 결정할 성질의 문제인 노동조합 가입 및 결성의 자유 자체를 박탈함으로써, 국민의 생명에 관한 업무를 담당하는 의료업무 종사자를 비롯한 일반 근로자들뿐만 아니라 공공서비스 제공의 주체인 다른 일반직공무원인 근로자들에 비하여 소방직공무원을 차별하고 있어, 헌법 제11조가 정한 평등의 원칙에 반한다.

(5) 국제노동기구(ILO) 제87호 협약에서 ‘군대와 경찰’을 제외한 모든 공무원인 근로자에 대하여 원칙적으로 단결권을 보장하도록 규정하고 있고, 국제노동기구 제295차 이사회는 5급 이상 공무원과 소방관에 대한 단결권 보장 권고안을 채택한바, 심판대상조항은 위 국제기준에 어긋난다.

#### 나. 노동부장관의 의견

(1) 심판대상조항은 공무원인 근로자의 근로3권을 법률이 정하는 자에 한하여 인정하도록 규정하고 있는 개별적 헌법유보조항인 헌법 제33조 제2항에 근거를 두고 있는바, 소방공무원은 업무의 특성상 엄격한 규율과 지휘체계 확립이 필수적이어서 노동조합원의 신분은 가지고 업무를 수행하는 것이 적절하지 아니하다고 보아 노동조합 가입을 허용하지 아니한 것으로, 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

(2) 헌법 제33조 제2항은 입법자로 하여금 우리 사회의 제반 여건과 법 인

판례집 20-2(하)

식 및 법질서의 내용 등을 참작하여 당해 공무원제도가 저해되지 않고 관련 이해 당사자 간의 법익을 조화롭게 조정하여 헌법적 가치를 단계적으로 추구할 수 있도록 입법자에게 근로3권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정할 형성적 재량권을 부여한 것인바, 위 헌법규정에 근거하여 입법자는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적인 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있다.

(3) 심판대상조항은 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐만 아니라, 일반 공무원과 다른 소방공무원 직무의 특수성·공공성 등을 고려하여 소방공무원을 단결권의 향유주체가 되는 공무원의 범위에서 제외한 것으로, 소방공무원을 다른 일반 근로자나 일반직공무원들에 비하여 차별하더라도 그 차별에 합리적인 이유가 있어 헌법상 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

(4) 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이라기보다, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권적 성격을 가지는데, 심판대상조항이 근로3권 및 결사의 자유를 침해하지 않는 이상 행복추구권의 침해문제도 발생할 여지가 없다.

(5) 국제노동기구(ILO)의 권고는 권고적 의미를 갖는 것으로 보편적인 법적 구속력이나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 수 없고, 국제노동기준 등은 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대하여 법률에 의한 합리적인 제한은 용인하고 있으므로, 심판대상조항과 정면으로 배치되는 것도 아니다.

한편, 국제노동기구 제87호 협약은 우리나라가 비준한 바 없고, 이를 헌법 제6조 제1항 소정의 ‘일반적으로 승인된 국제법규로서 국내법적 효력을 갖는 것’이라고 볼 만한 객관적인 근거도 없으므로, 위 협약을 위헌성 심사의 척도로 삼기 어렵고, 나아가 이와 같이 국내법적 효력이 없는 위 국제노동기구 협약 및 권고 등이 어떠한 구속력을 갖는다고 볼 수도 없다.

3. 심판대상조항의 기본권 침해 여부에 대한 판단

가. 쟁점의 정리

기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 336-337).

이 사건의 주된 쟁점은, 심판대상조항이 헌법 제33조 제2항에 위반하여 청구인의 단결권을 침해하는지 및 평등권을 침해하는지 여부이다(청구인은 근로3권 모두를 언급하고 있으나, 심판대상조항들이 근로3권 중 단결권에 관한 조항일 뿐만 아니라, 공노법에 의하면 단결권의 주체는 일률적으로 단체교섭권을 가지되 단체행동권은 허용되지 아니하므로, 단결권의 침해 여부만 살펴보기로 한다).

청구인은 결사의 자유와 행복추구권의 침해도 주장하나, 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것이 단결권이고, 행복추구권은 개별적 기본권인 단결권과 평등권에 대한 보충적 지위에 있으므로, 이들에 대하여는 별도로 판단하지 않는다.

#### 나. 공무원의 노동3권에 관한 헌법 제33조 제2항

우리 헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하여 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 공무원인 근로자에 대하여는 법률에 의한 제한을 예정하고 있는바, 이는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성을 고려하여 합리적인 공무원제도의 보장과 이와 관련된 주권자의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 것이라고 볼 것이다.

그러므로 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다 할 것이다(헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 227-229 참조).

#### 다. 단결권의 침해 여부

(1) 국가의 공공질서와 안전보장에 관한 업무를 담당하는 공무원인 경찰, 소방공무원, 군인, 기밀업무종사자 및 그와 유사한 특성을 가지는 공안직군의 일반직 공무원들은 업무의 특성과 국내외 여건을 고려하여 노동조합 가입 허용여부를 결정할 필요성이 있다. 그런데 심판대상조항은 소방공무원이 그 업무의 성격상 사회공공의 안녕과 질서유지에 미치는 영향력이 크고, 그 책임 및 직무의 중요성, 신분 및 근로조건의 특수성이 인정되므로, 노동조합원으로서의 지위를 가지고 업무를 수행하는 것이 적절하지 아니하다고 보아 노동조합 가입대상에서 제외한 것이다.

판례집 20-2(하)

따라서, 심판대상조항은 공무원 신분의 특수성과 수행하는 업무의 공공성을 고려하여 단결권 및 단체교섭권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없어 헌법에 위반하는 것이라고 할 수 없다.

(2) 소방공무원은 화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하는 업무를 수행하는바(소방기본법 제1조), 구체적으로 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황이 발생한 때에는 신속하게 현장에 출동하여 화재진압과 인명구조 등 소방에 필요한 활동을 하고(소방기본법 제16조), 화재가 발생한 때에는 국가경찰공무원과 협력하여 화재의 원인 및 피해 등에 대한 조사를 하며(소방기본법 제29조), 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서 사람의 생명 등을 안전하게 구조하는 활동을 한다(소방기본법 제34조).

소방행정은 화재를 예방·경계·진압하여 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서 유지와 복리증진에 이바지함을 목적으로 하는 바, 소방조직은 화재·구조·구급 등의 각종 재난상황에서 구체적이고도 즉각적인 대응을 하여야 한다는 점에서 최고관리층의 의사가 말단에까지 철저히 침투되어야 하므로, 위계질서를 통한 수직적 지휘·복종 체계의 확립을 위하여 계급제도가 도입되어 있다. 소방행정이 수행하는 직무기능은 현대사회가 복잡 다양화하고 각종사고가 빈발하며 대규모화함에 따라 화재의 예방·경계·진압의 차원에서 구조구급, 급수지원, 방역지원, 안전시설 수리봉사 등 사회복지 차원의 행정서비스를 직접 제공해 주는 데까지 활동이 확대되고 있으며, 이와 같이 소방의 기능에 방재의 개념이 도입되어 그 역할이 보다 확대되어, 오늘날 소방행정은 재난관리의 중심적인 업무를 수행하고 있다.

이와 같은 상황에서 소방공무원의 노동조합 가입을 인정할 경우 성숙한 노동조합 문화가 정착되지 못한 현실에서 행정서비스의 질이 크게 저하되는 등 공익을 크게 해칠 우려가 있고, 치안공백의 발생으로 시민의 안전이 심각하게 위협받을 수 있으며, 상명하복을 본질로 하는 특수직공무원의 위계질서를 문란케 할 우려가 있는 등 현시점에서 노동기본권을 보장함으로써 말미암아 예상되는 사회적 폐해가 너무 크므로, 노동조합 가입을 허용하지 아니하는 것에 합리성이 인정된다.

(3) 소방공무원은 특정직공무원으로서 그 직무의 특수성에 상응하게 ‘소방

공무원법'이라는 별도의 법률에 의하여 채용과 승진, 임용절차, 개방형 직위, 시험실시기관, 보수, 감사 등에 특별한 취급을 받고 있어, 신분보장이나 대우 등 근로조건의 면에서 일반직공무원에 비하여 두텁게 보호받고 있다고 볼 수 있으므로, 단결권을 제한하는 것에 합리성이 인정된다.

(4) 결국, 심판대상조항이 헌법 제33조 제2항의 입법형성권의 한계를 일탈하여 소방공무원인 청구인의 단결권을 제한한다고 볼 수 없다.

라. 평등권의 침해 여부

청구인은 심판대상조항이 합리적인 이유 없이 소방공무원 스스로 결정할 성질의 문제인 노조가입 및 결성의 자유 자체를 박탈함으로써 국민의 생명에 관한 업무를 담당하는 의료업무 종사자를 비롯한 '일반 근로자' 뿐만 아니라 공공서비스 제공의 주체인 '다른 일반직공무원'에 비하여 소방직공무원을 차별하고 있다고 주장한다.

(1) 심사기준

헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니며 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적인 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 1989. 5. 24. 88헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24, 참조).

한편 어떤 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는데(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715), 이 사안은 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자에게 광범한 입법형성권이 부여되는 경우이므로, 평등의 원칙에 위반되었는지를 판단함에 있어서는 차별에 합리성이 있는지의 완화된 심사척도에 따라야 할 것이다.

(2) 차별취급의 위헌 여부

(가) 일반 근로자와의 차별

위에서 본 바와 같이 심판대상조항은 소방공무원의 업무의 성격상 국민의 생명, 신체의 안전과 직결되어 특수성이 있으므로 노동조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 보아, 소방공무원을 노조 가입대상에서 제외한 것이다.

따라서 심판대상조항이 소방공무원의 노동조합가입을 제한하는 것은 헌법 제33조 제2항에 근거를 두고 있을 뿐만 아니라, 합리적인 이유가 있다 할 것

판례집 20-2(하)

이므로, 노동조합가입에 있어서 소방공무원을 일반 근로자와 다르게 취급하는 것은 헌법상 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

(나) 다른 일반직공무원들과의 차별

공노법 제6조가 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위를 정함에 있어 원칙적으로 6급 이하의 일반직공무원 및 기능직·고용직공무원을 규정하면서, 심판대상조항이 특정직공무원 중에서는 일부 외무직공무원만을 규정함으로써 소방공무원에 대하여는 전부 노동조합 가입을 금지하고 있으므로, 노동조합가입에 있어서 소방공무원과 다른 일반직공무원 사이에 차별이 발생하였다.

그러나 위에서 본 바와 같이 소방공무원의 업무는 국민의 생명·신체·건강 및 안전에 직접적인 영향을 미치는 것으로 노동조합가입이 허용되는 다른 일반직공무원에 비하여 상대적으로 업무의 공공성·공익성이 강하고, 신분 및 근로조건 등에 있어 특수성이 인정되므로, 위와 같은 차별에는 이를 정당화할 합리적인 이유가 있다고 할 것이어서, 청구인의 이 부분 주장도 이유 없다.

마. 심판대상조항의 국제법규 위반 여부

청구인은 심판대상조항이 ‘국제노동기구(ILO) 제87호 협약’(우리나라 1991. 12. 9. 가입)과 ‘2006. 3. 29.자 국제노동기구(ILO)의 한국정부에 대한 권고’에 반함으로써 헌법에 위반된다고 주장한다.

(1) 국제법적 기준

국제노동기구협약 중 공무원의 노동기본권과 관련된 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약) 및 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등은 군인, 경찰, 중요한 정책 결정이나 관리를 담당하는 고위직공무원 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원을 제외하고는 원칙적으로 모든 영역의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 보장하고 단체행동권의 제한도 필수사업에 종사하는 자 등으로 엄격한 한계 내에서 허용되도록 규정하고 있다. 또한 국제연합의 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약인 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1006호) 및 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1007호)도 공무원의 근로3권을 원칙적으로 보장하는 취지로 해석되고, 국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’는 우리나라에

대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다.

(2) 세계인권선언 및 국제규약과의 관계

세계인권선언은 그 전문에 나타나 있듯이 “인권 및 기본적 자유의 보편적인 존중과 준수의 촉진을 위하여 …… 사회의 각 개인과 사회 각 기관이 국제연합 가맹국 자신의 국민 사이에 또 가맹국 관할하의 지역에 있는 시민들 사이에 기본적인 인권과 자유의 존중을 지도교육함으로써 촉진하고 또한 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나, 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426).

한편 위 선언의 실효성을 뒷받침하기 위하여 마련된 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’은 제4조에서 “…… 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.”라고 하여 일반적 법률유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 법률에 의하여 노동조합을 결성하고 그 가 선택한 노동조합에 가입하는 권리의 행사를 제한할 수 있다는 것을 예정하고 있다.

나아가 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제22조 제1항은 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.”고 규정하고 있으나, 같은 조 제2항에서 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인한다고 하는 유보조항을 두고 있을 뿐만 아니라, 위 제22조는 우리나라의 국내법적 수정의 필요에 따라 가입 당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다.

따라서 위 규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적

판례집 20-2(하)

인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 공무원의 노동기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-429; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 257-258; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 234-235 참조).

(3) 국제노동기구의 협약들과의 관계

국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에 대하여는 우리나라가 비준한 바 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상조항에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235 참조).

(4) 국제기구의 권고들과의 관계

국제노동기구 ‘결사의 자유위원회’, 국제연합 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’, 또는 경제협력개발기구(OECD) ‘노동조합자문위원회’ 등이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이는 권고에 불과한 것으로서 이를 심판대상조항의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235-236 참조).

(5) 소 결

따라서 심판대상조항이 국제법규에 위반됨을 이유로 한 청구인의 주장도 받아들일 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 조대현의 아래 5.와 같은 위헌의견과 재판관 송두환의 아래 6.과 같은 위헌의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 조대현의 위헌의견

헌법 제33조 제1항이 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하는 것은 근로자가 단체를 결성하여 노사관계의 균형을 이루고 근로조건을 공정하게 형성하고 향상시키려는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등).

헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자”라고 표현함으로써 공무원도 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 근로자로서 헌법 제33조 제1항에 의하여 근로3권을 가진다는 점을 인정하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등). 다만 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 지는 특수한 지위에 있고(헌법 제7조), 공무원이 담당하는 직무의 공공성이 크기 때문에 공무수행을 중단시키는 파업·직장폐쇄 등은 허용되기 어려우며, 공무원의 근로조건은 법령과 예산에 의하여 규율되는 특수성을 가진다. 그래서 헌법 제33조 제2항은 공무원은 “법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정함으로써 근로자의 근로3권을 보장하는 헌법 제33조 제1항·제2항의 취지와 공무원관계의 특수성을 고려하여 공무원의 근로3권을 법률로 조절할 수 있다는 취지를 규정한 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등).

따라서 헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 할 것이다.

소방공무원은 화재진압·재난구조 등과 같이 생명·신체에 대한 위협을 무릅써야 하는 직무를 담당하고, 근무시간이 많고 비상근무가 잦으며, 6급 이하의 직급이 대부분(2005. 7. 현재 6급 이하의 직급이 정원의 92.8%임)이므로, 그 근로조건의 향상을 위하여 근로3권을 인정할 필요성이 크다.

그럼에도 불구하고 이 사건 심판대상조항은 공무원노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위에서 소방공무원을 전부 제외시킴으로써 소방공무원의 근로3권을 전면적으로 부정하고 있다. 소방공무원의 직무는 공공성이 매우 크고 책임이 막중하므로 소방공무원이 그 직무와 책임을 제쳐놓고 근로3권을 행사하는 것은 허용하기 어렵기 때문이라고 한다.

그런데 공노법 제11조는 공무원노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖

판례집 20-2(하)

에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하여 쟁의행위를 금지하고, 이를 위반하는 경우에는 공노법 제18조에 의하여 처벌하도록 규정하고 있다. 이는 헌법 제7조가 규정한 공무원의 특수한 지위와 책임을 공무원의 단체행동권의 완전한 보장보다 우선시킨 것이라고 할 수 있지만, 공무원의 단체행동권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 공무원에게도 근로3권이 인정됨을 전제로 공무원 지위의 특수성에 비추어 단체행동권이 제한되는 한계를 정한 것이다. 공노법 제11조의 문언해석에 의하면, 공무원의 단체행동권은 정상적인 공무수행을 저해하지 않는 한도에서만 허용되고, 정상적인 공무수행을 저해하지 않는 경우에는 단결권·단체교섭권뿐만 아니라 단체행동권도 금지되지 아니한다고 봄이 상당하다.

이처럼 공무원의 단체행동권이 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 한도에서만 허용되는 이상, 소방공무원에게 근로3권을 인정한다고 하여도 소방공무원의 직무는 정상적으로 수행될 수 있다고 할 것이다. 따라서 소방공무원의 직무가 공공성이 높다거나 업무에 지장을 주는 것을 용납할 수 없다는 점을 내세워 소방공무원의 근로3권을 전면적으로 부정할 수는 없다고 할 것이다. 그리고 소방공무원에게 근로3권을 인정한다고 하여 지휘복종체계가 무너진다고 볼 수도 없다. 더구나 소방공무원법 제29조가 소방공무원의 직무태만이나 직무유기, 직무상 명령에 복종하지 않는 행위를 형벌로 처벌하도록 규정하고 있기 때문에, 소방공무원의 직무충실이나 지휘복종을 확보하기 위하여 근로3권을 제한할 필요가 있다고 보기도 어렵다. 소방공무원에게 근로3권을 인정하더라도 공노법 제11조·제18조와 소방공무원법 제29조에 의하여 소방공무원의 직무충실을 충분히 확보할 수 있다고 할 것이다.

결국 이 사건 심판대상조항이 소방공무원을 전부 공무원노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위에서 제외시킨 것은 헌법 제7조가 요청하는 한도를 넘어서 정당한 입법목적도 없이 소방공무원의 근로3권을 전면적으로 부정하는 것이어서 헌법 제33조 제2항에 위반된다고 보지 않을 수 없다.

6. 재판관 송두환의 위헌의견

나는 이 사건 심판대상조항이 헌법 제33조 제2항이 부여한 입법형성재량의 범위 내에 있어 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 찬성할 수 없으므로, 아래와 같이 반대의견을 밝혀 둔다.

가. 헌법 제33조 제2항의 취지

다수의견은 국회가 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결

권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인지 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인지 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다고 판단하였다. 만약 현 헌법 제33조 제2항만을 따로 분리하여 그 문언적 해석에 치중한다면 위와 같은 결론에 이를 수도 있을 것이다.

그러나 헌법은 상호 단절된 각 개별 조항들의 단순한 집합체가 아니라, 각 조항들이 전체적으로 유기적인 관계에서 통일적인 가치체계를 이루고 있는 것이다. 따라서, 특정 헌법 조항의 의미를 파악, 해석함에 있어서는, 1차적으로 당해 규정의 문언적 의미에 주목해야 하는 것은 물론이나, 나아가 헌법의 기본정신과 지도원리, 다른 개별 헌법조항의 내용과 상호관계, 당해 헌법 조항 제정 또는 개정의 연혁적 취지 등을 폭넓게 고려하여 그에 부합하도록 하여야 한다.

그 결과, 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여한 입법형성권의 범위를 해석함에 있어서는 헌법 제33조 제1항, 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항의 각 규정을 존중하고 이를 조화롭게 해석하여, 기본권 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지 원칙에 따라야 하는 한계를 가지는 것으로 보아야 한다.

헌법 제33조 제2항은 모든 근로자가 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권의 노동3권을 향유한다는 대원칙을 선언한 헌법 제33조 제1항을 이어받아, 공무원도 근로자의 성질을 가지므로 당연히 노동3권을 향유한다는 대전제 위에 서되, 다만, 공무원이 다른 근로자에 비하여 갖는 특성에 비추어 노동3권의 일부 또는 극히 예외적으로 전부가 제한될 수 있으며, 구체적으로 해당 직무의 내용과 성질, 직급 등에 따라서 노동3권 보장의 범위 및 정도가 달라질 수 있음을 선언하고, 이와 같이 공무원에 대하여 노동3권이 보장되는 범위와 정도를 입법자로 하여금 보다 상세하게 합리적으로 정하도록 위임한 것으로 해석하여야 한다.

결국, 헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동3권에 대하여 무제한의 입법형성 재량권을 부여한 것이라고 보아서는 아니 되고, 공무원도 근로자의 성질을 가지므로 당연히 노동3권을 향유한다는 대전제 위에 서되, 구체적 사안에서 당해 공무원의 직무 내용과 성질, 직급 등에 따라 필요최소한도의 범위 내에서 노동3권 중의 일부만을 제한할 수 있는 재량을 부여한 것이라고 보아야 할 것이다.

나. 이 사건 심판대상조항에 대한 판단

이러한 전제하에서 이 사건 심판대상조항에 관하여 보건대, 단지 소방공무

판례집 20-2(하)

원의 업무가 국민의 생명·신체·재산에 영향을 미치는 정도가 커서 공공성이 크다는 점만을 이유로 하여, 다른 일반직공무원과 달리 직급에 상관없이 일체의 노동기본권을 행사하지 못하도록 한 것은, 비록 그 입법목적의 정당성을 인정한다 하더라도, 기본권침해의 최소성 및 법익균형성을 갖춘 것이라고 볼 수 없다.

소방공무원은 그 근무여건이 일반 공무원들에 비하여 열악한 점이 많고, 2005. 7. 31. 현재 7급 이하의 하위직급자들이 전체조직의 86.8%를 구성하고 있어, 근로조건 향상을 위한 노동3권 보장의 필요성이 다른 어느 직역의 공무원보다도 오히려 높다 할 것이다.

소방공무원의 업무의 공공성, 공익성이 크다 하나 그 정도는 군인이나 경찰공무원의 그것에는 비할 바가 아니고, 주요 외국의 입법례를 보더라도 일본을 제외한 대부분의 국가들이 군인 또는 경찰공무원과는 달리 소방공무원에 대하여는 최소한 단결권을 보장하고 있으며, 우리나라가 정식회원국으로 가입한 국제노동기구도 군인·경찰 및 중요한 정책결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원을 제외한 모든 공무원에 대하여 단결권을 부여할 것을 권고하고 있다.

더욱이 소방공무원 관계법령에 의하면 비상소집 및 비상근무에 관한 규정과 각종 징계제도가 구비되어 있고, 직무태만이나 직무유기, 상관의 직무상의 명령에 위반했을 경우의 처벌규정이 일반 공무원에 비하여 강화되어 있어, 단결권이나 단체교섭권을 부여할 경우에 예상되는 업무중단으로 인한 공공의 위험이라는 것도 그리 크지 않을 것으로 보인다.

나아가, 소방공무원 업무의 공공성, 국민에게 미칠 영향 등을 감안하더라도, 단체행동권만을 부여하지 아니하거나 또는 단결권 및 단체교섭권을 인정하되 그 행사방법을 업무수행에 지장이 없도록 적절히 제한하는 등, 노동기본권을 보다 덜 침해하는 다른 수단을 채택하는 것이 가능하다 할 것이고, 그로써 입법목적을 충분히 달성할 수 있을 것으로 보인다.

또한, 소방공무원에 대하여는 ‘공무원직장협의회 설립·운영에 관한 법률’에 따라 공무원직장협의회를 통하여 근로조건 개선의 개선을 꾀할 수 있는 기회조차도 제공되고 있지 아니하므로, 소방공무원에 대하여 노동기본권 제한을 정당화하는 공익(공공복리)과 그로 말미암아 소방공무원이 일체의 노동기본권을 제한당하는 불이익의 정도를 비교 형량해 보았을 때, 법익의 균형성을 갖추었다고도 볼 수 없다.

다. 결 론

위와 같은 여러 점들을 종합하여 볼 때, 이 사건 심판대상조항이 직급이나 직무에 상관없이 오로지 직종만을 이유로 전체 소방공무원에 대하여 노동3권 일체를 박탈한 것은 기본권 최대존중 및 최소제한의 원칙에 위반하여 소방공무원의 노동3권을 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해의출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 관련규정

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제3조(노동조합 활동의 보장 및 한계) ① 이 법에 의한 공무원의 노동조합(이하 “노동조합”이라 한다)의 조직 및 가입과 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 국가공무원법 제66조제1항 본문 및 지방공무원법 제58조제1항 본문의 규정을 적용하지 아니한다.

제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술 직렬의 일반직공무원
2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원
3. 기능직공무원
4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원
5. 고용직 공무원

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원

판례집 20-2(하)

3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원
4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

지방공무원법(1973. 3. 12. 법률 제2594호로 개정된 것) 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

소방공무원법(2006. 3. 24. 법률 제7909호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 소방공무원(국가소방공무원 및 지방소방공무원을 말한다. 이하 같다)의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건이 특수성에 비추어 그 임용·교육훈련·복무·신분보장 등에 관하여 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

## 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제5조 제1항 중 행정부 부분 등 위헌확인

(2008. 12. 26. 2006헌마518 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 공무원 노동조합의 설립 최소단위를 '행정부'로 규정하여 노동부만의 노동조합 결성을 제한한 '공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것, 이하 '공노법'이라 한다) 제5조 제1항 중 '행정부' 부분(이하 '공노법 제5조 부분'이라 한다)이 청구인들의 단결권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

2. 노동부 소속 근로감독관 및 조사관의 공무원 노동조합 가입을 제한한 공노법 제6조 제2항 제4호 및 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조 제4호 가목, 나목(이하 '공노법 제6조 부분'이라 한다)이 청구인들의 단결권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 공노법 제5조 부분은 조합활동 및 단체교섭체계의 효율화를 위하여 근무조건이 결정되는 단위별로 공무원노동조합을 결성하도록 노동조합 설립의 최소단위를 규정한 것으로서 입법목적에 합리성이 인정되고, 공무원노동조합의 형태로서 최소단위만을 제한할 뿐이어서, 각 부·처 단위의 공무원들은 행정부 공무원노동조합 또는 전국 단위 공무원노동조합에 가입할 수 있을 뿐만 아니라, 행정부·처별로 설치된 노동조합 지부 등은 각 부·처 장관이 관리하거나 결정할 권한을 가진 사항에 대하여 해당장관과의 교섭이 가능하여 그 제한의 정도가 과하다고 보기 어렵다. 따라서, 공노법 제5조 부분이 헌법 제33조 제2항의 입법형성권의 한계를 넘어 청구인들의 단결권을 제한한다고 보기 어렵다.

또한, 공노법 제5조 부분은 공무원 노동조합의 조합활동 및 단체



교섭체계의 효율화를 위하여 보수 등 주요 근로조건이 공통적으로 결정되는 단위에 맞추어 노동조합의 설립 최소단위를 규정한 것으로, 동일한 기준을 적용하여 주요 근로조건이 동일한 집단별로 노동조합설립을 허용함으로써, 행정부 내 각 부·처 단위의 노동조합설립을 허용하지 않는 결과가 발생하였다고 하더라도, 그것이 행정부 소속 공무원을 국회·법원 등 다른 헌법기관 소속 공무원과 합리적 이유 없이 차별하였다고 볼 수 없다.

2. 공노법 제6조 부분은, 근로기준법이나 그 밖의 노동관계법령위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행하는 근로감독관과, 노동위원회 소관 사무 수행에 필요한 조사업무와 부분별 위원회에 출석하여 의견을 진술하는 업무를 수행하는 노동위원회 조사관의 업무의 성격에 비추어 볼 때, 근로감독관이나 조사관이 공무원노동조합의 구성원이 되는 것은 적절하지 않다고 보아 이루어진 것으로, 그것이 입법자의 재량권을 현저히 일탈한 것이라고는 볼 수 없다.

또한 공노법 제6조 부분이 노동부 소속 근로감독관 및 조사관의 업무를 맡고 있는 공무원들의 노동조합 가입을 제한한 것은 그 업무의 공정성·공익성·중립성을 고려한 것으로, 헌법 제33조 제2항에 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 공노법 제6조 부분이 노동조합가입에 있어서 근로감독관 및 조사관을 일반 근로자나 다른 일반직공무원과 다르게 취급하여도 그것이 청구인들의 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제5조(노동조합의 설립) ① 공무원이 노동조합을 설립하고자 하는 경우에는 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회·행정부·특별시·광역시·도·시·군·구(자치구를 말한다) 및 특별시·광역시·도의 교육청을 최소단위로 한다.

② 생략

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ① 생략

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1.~ 3. 생략

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마518

4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

③~④ 생략

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제 19303호로 제정된 것) 제3조(노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위) 법 제6조 제2항 및 제4항의 규정에 따라 노동조합에 가입할 수 없는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1.~ 3. 생략

4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원

가. 「노동위원회법」에 따른 노동위원회의 사무국에서 조정사건이나 심판사건의 업무를 담당하는 공무원

나. 「근로기준법」에 따라 노동부 및 그 소속기관에서 「근로기준법」, 「산업안전보건법」 그 밖의 노동관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 근로감독관다.~라. 생략

**【참조조문】**

헌법 제6조 제1항, 제11조 제1항, 제33조 제1항, 제2항

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제3조(노동조합 활동의 보장 및 한계) ① 이 법에 의한 공무원의 노동조합(이하 “노동조합”이라 한다)의 조직 및 가입과 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 국가공무원법 제66조 제1항 본문 및 지방공무원법 제58조 제1항 본문의 규정을 적용하지 아니한다.

② 공무원은 노동조합의 활동을 함에 있어서 다른 법령이 규정하는 공무원의 의무에 반하는 행위를 하여서는 아니된다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위) ①노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술직렬의 일반직공무원
2. 특정직공무원중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원
3. 기능직공무원
4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원
5. 고용직공무원

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의

판례집 20-2(하)

입장에 서서 업무를 수행하는 공무원

3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원
  4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원
- ③ 공무원이 면직·파면 또는 해임되어 노동조합및노동관계조정법 제82조 제1항의 규정에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 때에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 노동조합원의 지위를 상실하는 것으로 보아서는 아니된다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조(노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위) 법 제6조 제2항 및 제4항의 규정에 따라 노동조합에 가입할 수 없는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 법령·조례 또는 규칙에 따라 다른 공무원을 지휘·감독하며 그 복무를 관리할 권한과 책임을 부여받은 공무원(직무 대리자를 포함한다)
  - 나. 훈령 또는 사무분장 등에 따라 부서장을 보조하여 부서 내 다른 공무원의 업무 수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무에 주로 종사하는 공무원(자료정리 등 단순히 업무를 보조하는 자를 제외한다)
  - 가. 공무원의 임용·복무·징계·소청심사·보수·연금 그 밖에 후생복지에 관한 업무
  - 나. 노동조합 및 「공무원직장협의회 설립·운영에 관한 법률」에 따른 직장협의회에 관한 업무
  - 다. 예산·기금의 편성 및 집행(단순집행을 제외한다)에 관한 업무
  - 라. 행정기관의 조직과 정원의 관리에 관한 업무
  - 마. 감사에 관한 업무
  - 바. 보안업무, 질서유지업무, 청사시설의 관리 및 방호에 관한 업무, 비서·운전업무
3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 「공무원임용령」 [별표 1]의 공무원 중 교정·소년보호·보호관찰·검찰사무·마약수사·출입국관리 및 철도공안 직렬의 공무원
  - 나. 조세범처벌절차 법령에 따라 검찰총장 또는 검사장의 지명을 받아 조세범척사건의 조사를 전담하는 공무원
  - 다. 수사업무에 주로 종사하는 공무원
  - 라. 국가정보원에 근무하는 공무원
4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마518

목의 어느 하나에 해당하는 공무원

가. 「노동위원회법」에 따른 노동위원회의 사무국에서 조정사건이나 심판사건의 업무를 담당하는 공무원

나. 「근로기준법」에 따라 노동부 및 그 소속기관에서 「근로기준법」, 「산업안전보건법」 그 밖의 노동관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 근로감독관  
다. 「선원법」에 따라 「선원법」 및 「근로기준법」 그 밖의 선원근로관계 법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 행하는 선원근로감독관

라. 지방자치단체에서 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합 설립신고, 단체협약 및 쟁의행위 등에 관한 업무에 주로 종사하는 공무원

국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

②~④ 생략

### 【참조판례】

- 1.~2. 헌재 1992. 4. 18. 90헌바27등, 판례집 4, 255  
헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238  
헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215

### 【당 사 자】

- 청 구 인 1. 안○교  
2. 오○근  
3. 조○형  
4. 박○연  
청구인들 대리인 법무법인 시민  
담당변호사 이영직 외 4인

### 【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상  
가. 사건의 개요  
(1) 청구인 안○교는 1990. 12. 1. 9급 행정서기보로 임용된 후 노동부 소속

판례집 20-2(하)

으로 서울지방노동청 직업안정과의 관리과에서 일반행정 업무를, 서울지방노동청 서울중부지방노동사무소 근로감독과와 서울지방노동청 비정규직감독과에서 근로감독관 업무를 각 담당하다가, 노동부장관이 서울지방노동청 근로감독1과로 발령함에 따라 2006. 4. 현재 근로감독관 업무를 담당하고 있는 6급 국가공무원이다.

청구인 오○근은 1997. 12. 1. 9급 행정서기보로 임용된 후 서울지방노동청 서울남부지방노동사무소 근로감독과에서 근로감독관 업무를, 서울지방노동청 서울강남지청 노사지원과에서 근로감독관 업무를 각 담당하다가, 2006. 4. 현재 노동부장관이 중앙노동위원회 서울지방노동위원회 사무국 조정과로 발령함에 따라 심사관(2007. 1. 26. 노동위원회법의 개정으로 그 명칭이 ‘조사관’으로 바뀌었다. 이하 ‘조사관’이라 한다) 업무를 담당하고 있는 7급 국가공무원이다.

청구인 조○형은 1988. 1. 24. 7급 행정주사보로 임용된 후 경인지방노동청 성남지청 근로감독과에서 근로감독관 업무를 담당하다가 2006. 4. 현재 대전지방노동청 천안지청 천안종합고용안정센터에서 일반행정 업무를 담당하였고, 2007. 2. 9. 경인지방노동청 안양지청 노사지원과로 발령받아 근로감독관으로 근무하고 있는 6급 국가공무원이다.

청구인 박○연은 1997. 12. 1. 9급 행정서기보로 임용된 후 노동부 소속으로 인천지방노동청 안산지방노동사무소 근로감독과에서 근로감독관 업무를, 경인지방노동청 수원지청에서 일반행정 업무를 각 담당하다가, 2006. 4. 현재 종합상담센터 전화상담팀에서 일반행정 업무를 담당하였으며, 2008. 3. 3. 노사협력정책국으로 발령받아 근무하고 있는 7급 국가공무원이다.

(2) ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(법률 제7380호, 이하 ‘공노법’이라 한다)은 2005. 1. 27. 공포되어 2006. 1. 28.부터 시행되고 있고, ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령’(대통령령 제19303호, 이하 ‘공노법시행령’이라 한다)은 2006. 1. 27. 제정되어 2006. 1. 28.부터 시행되고 있다.

청구인들은 공노법 제5조(노동조합의 설립) 제1항 중 ‘행정부’ 부분이 국가공무원 노동조합 설립의 최소단위를 ‘행정부’로 규정하여 노동부 소속 공무원들만의 노동조합 결성을 금지하고, 공노법 제6조(가입범위) 제2항, 공노법시행령 제3조(노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위) 제4호 가,나 목이 노동부 소속 공무원들 중 근로감독관 및 조사관의 업무를 담당하는 자의 노동조

합 결성 및 가입을 금지함으로써, 청구인들의 결사의 자유, 근로3권, 행복추구권, 평등권을 침해하여 각 위헌이라고 주장하며, 2006. 4. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 공노법 제5조 제1항 중 ‘행정부’ 부분(이하 ‘공노법 제5조 부분’이라 한다)과 공노법 제6조 제2항 제4호 및 공노법 시행령 제3조 제4호 가,나 목(이하 ‘공노법 제6조 부분’이라 한다)의 기본권 침해 여부이고, 관련규정의 내용은 [별지] 기재와 같다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 (2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것)

제5조(노동조합의 설립) ① 공무원이 노동조합을 설립하고자 하는 경우에는 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회·행정부·특별시·광역시·도·시·군·구(자치구를 말한다) 및 특별시·광역시·도의 교육청을 최소단위로 한다.

제6조(가입범위) ② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것)

제3조(노동조합에의 가입이 금지되는 공무원) 법 제6조 제2항 및 제4항의 규정에 따라 노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원

가. 노동위원회법에 따른 노동위원회의 사무국에서 조정사건이나 심판사건의 업무를 담당하는 공무원

나. 근로기준법에 따라 노동부 및 그 소속기관에서 근로기준법, 산업안전보건법 그 밖의 노동관계법령 위반의 죄에 관하여

사법경찰관의 직무를 행하는 근로감독관

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구이유

(1) 노동부 소속 근로감독관 및 조사관들은 근무여건의 악화로 인한 고충을 토로하고 충분한 자료 확보와 의견수렴을 통해 객관적인 제도 개선책을 마련하며 이를 정부에 제안할 수 있도록 결사의 자유를 보장받아야 함에도 불구하고, 심판대상조항들은 청구인들의 노동조합 결성 및 가입자격을 박탈함으로써 위와 같은 기회 자체를 원천봉쇄하고 있다.

(2) 공노법 제5조 부분은 행정기관 소속 국가공무원의 경우에만 노동조합 설립의 최소단위를 ‘행정부’로 규정하여 각 부처단위의 노동조합 결성을 금지하고 행정부 단위의 노동조합 결성을 강제하여 자유로운 노동조합 결성을 제한함으로써, 결국 헌법상 과잉금지원칙에 반하여 노동부 소속 공무원인 청구인들의 근로3권을 침해한다. 또한 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회·특별시·광역시·도·시·군·구 및 특별시·광역시·도의 교육청 소속 공무원들에 비하여 행정부 소속 국가공무원들을 합리적인 사유 없이 차별하여 청구인들의 평등권을 침해하고, 노동부장관이 임용권을 행사하는 노동부 소속 공무원들만의 노동조합 설립을 금지함으로써 노동부 소속 공무원들만의 노동조합 설립을 통하여 근로조건의 향상 등을 추구하고자 하는 청구인들의 행복추구권을 침해한다.

(3) 근로감독관 및 조사관 역시 헌법이 예정하고 있는 근로자로서 근로자들의 자주적인 결사체인 노동조합을 구성하고 가입할 권리를 보장받아야 하고, 공익적 목적에 따라 근로3권의 일부(특히 단체행동권)를 제한하더라도 공노법 제6조 부분이 이들의 단결권 자체를 박탈하는 것은 과도한 제한으로서 침해의 최소성과 법익의 균형성을 위반하여 근로3권의 본질적 내용을 침해하며, 근로조건의 향상 등을 통해 추구하고자 하는 행복추구권을 침해할 뿐만 아니라, 일반 근로자들 및 다른 헌법기관 소속 일반직공무원들에 비하여 근로감독관 및 조사관을 합리적인 이유 없이 차별함으로써 평등권을 침해한다.

(4) 국제노동기구(ILO) 제87호 협약 및 제151호 협약에 단결권은 공무원을 포함한 모든 근로자에 대하여 차별 없이 보장되도록 규정되어 있고, 국제노동기구(ILO) 제295차 이사회는 5급 이상 공무원과 소방관에 대한 단결권 보장 권고안을 채택하였는바, 심판대상조항들은 그 위헌성 심사의 기준이 되는 위 국제기준에 어긋난다.

나. 노동부장관의 의견

(1) 심판대상조항들은 공무원인 근로자의 근로3권을 법률이 정하는 자에 한하여 인정하도록 규정하고 있는 개별적 헌법유보조항인 헌법 제33조 제2항에 근거를 두고 있어 그 자체로 헌법에 반하지 않으며, 공무원의 근로조건이 결정되는 단위와 근로감독관·노동위원회 조사관이 수행하는 직무의 특수성 등을 고려하여 노동조합 설립 최소단위 및 노동조합 가입이 제한되는 공무원의 범위를 합리적으로 정한 것으로, 청구인들의 근로3권 및 결사의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

(2) 공노법 제5조 부분은, 국가공무원의 경우 근로조건이 중앙단위에서 일률적으로 결정되는 점을 감안하여 노동조합 설립에 있어 근로조건이 결정되는 단위에 맞게 설립 최소단위를 제한한 것으로, 그 제한에 합리성이 인정되므로 실질적 평등의 원칙에 위배되지 아니한다. 또한 설립 최소단위 이상의 노동조합 조직형태는 공무원들이 자율적으로 선택할 수 있고, 행정부단위의 노동조합 내부조직으로 각 부처에 지부 또는 분회 등을 설치할 수 있으므로, 설립 최소단위 제한 규정이 자유로운 노동조합의 설립이나 활동을 본질적으로 제한하는 것이 아니다.

(3) 공노법 제6조 부분은, 노동위원회 조사관과 특별사법경찰관인 근로감독관에게는 일반 공무원과 달리 직무수행에 있어 중립성과 공정성이 더욱 요구된다는 점 등을 고려하여 이들의 단결권을 제한한 것으로, 일반 공무원과의 차별에 합리적인 이유가 있고, 단결권 제한으로 달성할 수 있는 공익과 제한되는 기본권 사이의 법익형량에 있어서도 형평을 잃은 것으로 볼 수 없으므로 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

(4) 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이라기보다, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권적 성격을 가지며, 심판대상조항들이 근로3권 및 결사의 자유를 침해하지 않는 이상 행복추구권의 침해문제도 발생할 여지가 없다.

(5) 국제노동기구(ILO)의 권고는 권고적 의미를 갖는 것으로 보편적인 법적 구속력이나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 수 없고, 국제노동기준 등은 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대하여 법률에 의한 합리적인 제한을 용인하고 있으므로, 심판대상조항들과 정면으로 배치되는 것이 아니다.

판례집 20-2(하)

한편 국제노동기구(ILO) 제87호 협약은 우리나라가 비준한 바 없고, 이를 헌법 제6조 제1항 소정의 '일반적으로 승인된 국제법규로서 국내법적 효력을 갖는 것'이라고 볼 만한 객관적인 근거도 없으므로, 위 협약을 위헌성 심사의 척도로 삼기 어렵고, 나아가 이와 같이 국내법적 효력이 없는 위 국제노동기구 협약 및 권고 등이 어떠한 구속력을 갖는다고 볼 수도 없다.

3. 심판대상조항들의 기본권 침해 여부에 대한 판단

가. 쟁점의 정리

기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 336-337).

이 사건의 주된 쟁점은, 심판대상조항들이 헌법 제33조 제2항에 위반하여 청구인들의 단결권을 침해하는지 및 평등권을 침해하는지 여부이다(청구인들은 근로3권 모두를 언급하고 있으나, 심판대상조항들이 근로3권 중 단결권에 관한 조항일 뿐만 아니라, 공노법에 의하면 단결권의 주체는 일률적으로 단체교섭권을 가지되 단체행동권은 허용되지 아니하므로, 단결권의 침해 여부만 살펴보기로 한다).

청구인들은 결사의 자유와 행복추구권의 침해도 주장하나, 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것이 단결권이고, 행복추구권은 개별적 기본권인 단결권과 평등권에 대한 보충적 지위에 있으므로, 이들에 대하여는 별도로 판단하지 않는다.

나. 공무원의 노동3권에 관한 헌법 제33조 제2항

우리 헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하여 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 공무원인 근로자에 대하여는 법률에 의한 제한을 예정하고 있는바, 이는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성을 고려하여 합리적인 공무원제도의 보장과 이와 관련된 주권자의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 것이라고 볼 것이다.

그러므로 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느

범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다 할 것이다(헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 227-229 참조).

다. 공노법 제5조 부분에 대한 판단

(1) 단결권의 침해 여부

(가) 공노법 제5조 제1항은 조합활동 및 단체교섭체계의 효율화를 위하여 노동조합 설립의 최소단위를 규정한 것인바, 단체교섭의 주요대상인 공무원의 근로조건은 대부분 공무원법이나 공무원보수규정과 같은 법령에 의하여 통일적으로 규율되는 점, 단체교섭 시 혼선을 방지하기 위하여는 근로조건이 공통적으로 결정되는 단위에 맞게 노동조합이 설립되는 것이 바람직한 점, 직종별 이해관계 주장으로 인한 공직사회의 갈등 소지를 예방하기 위하여 국가공무원은 전국단위, 지방공무원은 해당 지방자치단체 단위 등으로 조직형태를 제한하는 것이 필요한 점 등을 고려할 때, 공노법 제5조 부분의 입법목적에는 합리성이 인정된다.

(나) 위 조항은 공무원노동조합의 형태로서 최소단위만을 제한할 뿐이므로 각 부·처 단위의 공무원들은 행정부 공무원노동조합 또는 전국단위 공무원노동조합에 가입할 수 있다. 다만 위 제한에 따라 위 조항에 규정된 최소단위 이하의 각 기관, 즉 행정부의 각 부·처 단위와 읍·면·동을 조직단위로 하는 공무원의 노동조합 설립이 금지되나, 각 부·처 단위의 공무원들은 필요하다면 해당 부·처의 공무원들로 구성된 지부·분회 등 노동조합 내부조직을 만들어 해당 기관 내에서 실질적으로 조합활동을 할 수 있다. 즉 정부교섭대표는 필요한 경우 다른 기관의 장이 관리하거나 결정할 권한을 가진 사항에 대하여 당해 기관의 장에게 교섭하고 단체협약을 체결하게 할 수 있으므로(공노법 제8조 제4항 참조) 행정부·처 별로 설치된 노동조합 지부 등은 각 부·처 장관이 관리하거나 결정할 권한을 가진 사항에 대하여는 해당 장관과의 교섭이 가능하다.

(다) 결국 위 조항이 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자에게 부여된 형성적 재량권의 한계를 넘어 노동부 소속 공무원인 청구인들의 단결권을 제한한다고 보기 어렵다.

(2) 평등권의 침해 여부

청구인들은 위 조항이 합리적 이유 없이 ‘행정부 소속 국가공무원’을 ‘국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회·특별시·광역시·도·시·군·구 및 특별시·광역시·도의 교육청 소속 공무원’과 차별하고 있다고 주장한다.

판례집 20-2(하)

앞에서 본 바와 같이, 위 조항은 공무원노동조합의 조합활동 및 단체교섭체계의 효율화를 위하여 보수 등 주요 근로조건이 공통적으로 결정되는 단위에 맞추어 노동조합의 설립 최소단위를 규정한 것이다. 따라서 동일한 기준을 적용하여 주요 근로조건이 동일한 집단별로 노동조합설립을 허용함으로써(국가공무원법 제32조 제2항에 의하면, 각 부·처 내의 6급 이하 공무원에 대하여는 소속 장관이 그 임용권을 가지나, 그 사실만으로 법령에 의하여 정하여지는 주요 근로조건이 부·처 별로 달라진다고 하기는 어렵다), 행정부 내 각 부·처 단위의 노동조합설립을 허용하지 않는 결과가 발생하였다고 하더라도, 그것이 행정부 소속 공무원을 국회·법원 등 소속 공무원과 합리적 이유 없이 차별하였다고 볼 수는 없다.

따라서 청구인들의 평등권 침해 주장 역시 이유 없다.

라. 공노법 제6조 부분에 대한 판단

(1) 단결권의 침해 여부

(가) 위 조항은 6급 이하 공무원 중 ‘노동관계의 조정·감독 등 업무 종사자’, 즉 근로감독관과 노동위원회 조사관을 노동조합 가입대상에서 제외한 것이다.

(나) 근로감독관은 근로기준법이나 그 밖의 노동관계법령위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행하는 자로서, 위 법령에 따른 임검, 서류의 제출, 심문 등의 수사를 수행한다(근로기준법 제102조, 제105조 참조). 그리하여 근로감독관은 재직 중에는 물론 근로감독관을 그만 둔 경우에도 직무상 알게 된 비밀을 엄수할 의무를 부담한다(근로기준법 제103조). 특히 공무원노동조합이 허용된 현재 공무원과 관련된 근로기준법이나 그 밖의 노동관계 법령에 따른 형사사건과 관련한 수사를 담당하고 있다.

(다) 노동위원회 조사관은 ‘노동조합 및 노동관계조정법’, ‘근로기준법’, ‘근로자참여 및 협력증진에 관한 법률’, ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’, ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’ 및 ‘파견근로자보호 등에 관한 법률’에 따른 판정·결정·의결·승인·인정·차별시정 등에 관한 업무 및 노동쟁의의 조정·중재 또는 관계당사자의 자주적인 노동쟁의의 해결지원에 관한 업무 등 노동위원회 소관 사무 수행에 필요한 조사업무와 부분별 위원회에 출석하여 의견을 진술하는 업무를 수행한다(노동위원회법 제2조의 2(노동위원회의 소관사무), 제14조의 3(조사관) 참조). 따라서 공무원노동조합과 관련한 노동위원회의 조정·중재·부당노동행위에 대한 구제명령,

관계당사자의 자주적인 노동쟁의 해결지원에 관한 업무등과 관련한 조사업무 역시 담당하고 있다.

(라) 근로감독관과 조사관의 위와 같은 업무의 성격, 즉 공정성·공익성·중립성에 비추어 볼 때, 입법자가 근로감독관이나 조사관 자신이 공무원노동조합의 구성원이 되는 것은 적절하지 않다는 판단 아래 그 가입을 금지하는 것이 입법자의 재량권을 현저히 일탈한 것이라고 볼 수는 없다.

(마) 결국 위 조항이 헌법에 위반하여 근로감독관 또는 조사관인 노동부 소속 공무원의 단결권을 침해한다고 할 수 없다.

(2) 평등권의 침해 여부

청구인들은 위 조항이 ‘근로감독관이나 조사관의 업무를 맡고 있는 노동부 소속 공무원’을 전부 노동조합가입대상에서 배제시킴으로써, 그들을 ‘일반근로자’ 및 ‘다른 일반직공무원’에 비하여 합리적 이유 없이 차별하고 있다고 주장한다.

(가) 심사기준

헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니며 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적인 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 1989. 5. 24. 88헌가37등, 판례집 1, 48, 54 ; 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24 참조).

한편 어떤 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는바(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715), 이 사안은 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자에게 광범한 입법형성권이 부여되는 경우이므로, 평등의 원칙에 위반되었는지를 판단함에 있어서는 차별에 합리성이 있는지의 완화된 심사척도에 따라야 할 것이다.

(나) 차별취급의 위헌 여부

① 일반 근로자들과의 차별

위 조항이 노동부 소속 근로감독관 및 조사관의 업무를 맡고 있는 공무원들의 노동조합가입을 제한하는 것은 헌법 제33조 제2항에 근거를 두고 있을 뿐만 아니라, 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 노동조합가입에 있어서 공무원인 근로감독관 및 조사관을 일반 근로자와 다르게 취급하는 것은 헌법상 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

판례집 20-2(하)

② 다른 일반직공무원들과의 차별

공노법 및 시행령은, 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위를 원칙적으로 6급 이하의 공무원 및 기능직·고용직 공무원으로 정하면서, 그 중에서 노동부 소속 근로감독관 및 조사관을 비롯한 일부 공무원의 노동조합가입을 금지하고 있으므로(법 제6조, 시행령 제3조 제4호 가,나 목), 노동조합가입에 있어서 근로감독관·조사관과 다른 일반 공무원 사이에 차별이 발생하였다.

그러나 근로감독관과 조사관은 업무의 성격상 공정성·공익성·중립성이 노동조합가입이 허용되는 다른 일반직공무원에 비하여 상대적으로 강하게 요구되는 점은 앞에서 본 바와 같으므로, 이와 같은 차별에는 이를 정당화할 합리적인 이유가 있다고 할 것이고, 따라서 청구인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

마. 심판대상조항들의 국제법규 위반여부

청구인들은 심판대상조항들이 ‘국제노동기구(ILO) 제87호 협약’(우리나라 1991. 12. 9. 가입)과 ‘2006. 3. 29.자 국제노동기구(ILO)의 한국정부에 대한 권고’에 반함으로써 헌법에 위반된다고 주장한다.

(1) 국제법적 기준

국제노동기구협약 중 공무원의 노동기본권과 관련된 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약) 및 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등은 군인, 경찰, 중요한 정책 결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원을 제외하고는 원칙적으로 모든 영역의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 보장하고 단체행동권의 제한도 필수사업에 종사하는 자 등으로 엄격한 한계 내에서 허용되도록 규정하고 있다. 또한 국제연합의 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약인 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1006호) 및 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1007호)도 공무원의 근로3권을 원칙적으로 보장하는 취지로 해석되고, 국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’는 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다.

(2) 세계인권선언 및 국제규약과의 관계

세계인권선언은 그 전문에 나타나 있듯이 “인권 및 기본적 자유의 보편적

인 존중과 준수의 촉진을 위하여 …… 사회의 각 개인과 사회 각 기관이 국제연합 가맹국 자신의 국민 사이에 또 가맹국 관할하의 지역에 있는 시민들 사이에 기본적인 인권과 자유의 존중을 지도교육함으로써 촉진하고 또한 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나, 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426).

한편 위 선언의 실효성을 뒷받침하기 위하여 마련된 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’은 제4조에서 “…… 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.”라고 하여 일반적 법률유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 법률에 의하여 노동조합을 결성하고 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리의 행사를 제한할 수 있다는 것을 예정하고 있다.

나아가 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제22조 제1항은 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.”고 규정하고 있으나, 같은 조 제2항에서 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인한다고 하는 유보조항을 두고 있을 뿐만 아니라, 위 제22조는 우리나라의 국내법적 수정의 필요에 따라 가입 당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다.

따라서 위 규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 공무원의 노동기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-429 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌마50등, 판

판례집 20-2(하)

례집 17-2, 238, 257-258 ; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 234-235 참조).

(3) 국제노동기구의 협약들과의 관계

국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에 대하여는 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상조항들에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259 ; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235 참조).

(4) 국제기구의 권고들과의 관계

국제노동기구 ‘결사의 자유위원회’, 국제연합 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리 위원회’, 또는 경제협력개발기구(OECD) ‘노동조합자문위원회’ 등이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이는 권고에 불과한 것으로서 이를 심판대상조항들의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259 ; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235-236 참조).

(5) 소 결

따라서 심판대상조항들이 국제법규에 위반됨을 이유로 한 청구인들의 주장도 받아들일 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각하기로 하여 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김중대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 관련규정

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제3조(노동조합 활동의 보장 및 한계) ① 이 법에 의한 공무원의 노동조합(이하 “노동조합”이라 한다)의 조직 및 가입과 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 국가공무원법 제66조제1항 본문 및 지방공무원법 제58조제1항 본문의 규정을 적용하지 아니한다.

제6조(가입범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술 직렬의 일반직공무원
2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직 공무원
3. 기능직공무원
4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직 공무원 및 계약직 공무원
5. 고용직공무원

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원
3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호로 제정된 것) 제3조(노동조합에의 가입이 금지되는 공무원) 법 제6조제2항 및 제4항의 규정에 따라 노동조합 가입이 금지되는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 법령·조례 또는 규칙에 따라 다른 공무원을 지휘·감독하며 그 복무를 관리할 권한과 책임을 부여 받은 공무원(직무대리

자를 포함한다)

- 나. 훈령 또는 사무분장 등에 따라 부서장을 보조하여 부서 내 다른 공무원의 업무수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원
- 2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 업무에 주로 종사하는 공무원(자료정리 등 단순히 업무를 보조하는 자를 제외한다)
  - 가. 공무원의 임용, 복무, 징계, 소청심사, 보수, 연금 그 밖의 후생복지에 관한 업무
  - 나. 노동조합 및 「공무원직장협회의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 직장협의회에 관한 업무
  - 다. 예산·기금의 편성 및 집행(단순집행을 제외한다)에 관한 업무
  - 라. 행정기관의 조직과 정원의 관리에 관한 업무
  - 마. 감사에 관한 업무
  - 바. 보안업무, 질서유지업무, 청사시설의 관리 및 방호에 관한 업무, 비서·운전업무
- 3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 가. 「공무원임용령」 [별표 1]의 공무원 중 교정·소년보호·보호관찰·검찰사무·마약 수사·출입국관리 및 철도공안 직렬의 공무원
  - 나. 조세범처벌절차법령에 따라 검찰총장 또는 검사장의 지명을 받아 조세범칙사건의 조사를 전담하는 공무원
  - 다. 수사업무에 주로 종사하는 공무원
  - 라. 국가정보원에 근무하는 공무원
- 4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공무원
  - 다. 「선원법」에 따라 「선원법」 및 「근로기준법」 그 밖의 선원근로관계법령 위반의 죄에 관하여 사범경찰관의 직무를 행하는 근

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마518

로감독관

라. 지방자치단체에서 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 노동조합 설립 신고, 단체협약 및 쟁의행위 등에 관한 업무에 주로 종사하는 공무원

국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제66조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

## 공무원보수규정 제8조 제2항 위헌확인

(2008. 12. 26. 2006헌마1192 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 군인과 군무원의 상당계급기준표에 있어서 하사를 9급으로 규정하는 구 공무원봉급업무 처리지침(중앙인사위원회 예규 81호, 2006. 1. 24. 시행, 2007. 2. 2. 폐지) [별표 2] 호봉확정을 위한 공무원경력의 상당계급기준표 중 군인과 군무원 간 상당계급기준표의 ‘하사’에 관한 부분(이하 ‘상당계급기준표 부분’이라 한다), 경력으로 인정되는 군의무복무기간을 병역법에 의한 군의무복무기간으로 한정하는 구 공무원보수규정(2000. 4. 18. 대통령령 제16785호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 15] 제1호 나목의 (2)(이하 ‘군의무복무기간 부분’이라 한다), 유사경력 중 전문·특수경력 인정 시점을 국가기술자격법에 의한 자격증 등을 취득한 이후로만 한정하는 구 공무원보수규정(2006. 1. 12. 대통령령 제19268호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 16] 제2호 가목의 (1)(이하 ‘전문·특수경력 부분’이라 한다)에 대한 심판청구가 기본권침해의 직접성 요건을 충족하여 적법한지 여부(적극)
  2. 상당계급기준표 부분이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
  3. 군의무복무기간 부분이 평등권 및 헌법 제39조 제2항에 반하는지 여부(소극)
  4. 전문·특수경력 부분이 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 청구인의 초임호봉이 확정되기까지 임용권자의 초임호봉 확정 처분이라는 집행행위가 예정되어 있으나, 이 사건 심판대상 중 ‘상당계급기준표 부분’은 하사의 상당계급을 9급으로 명시하고 있고, ‘군의무복무기간 부분’은 경력인정이 되는 군의무복무기간을 병역법에 의한 의무복무기간으로 한정하고 있으며, ‘전문·특수경력 부분’은 국

가기술자격법에 의한 자격증 또는 중앙인사위원회가 인정하는 개별 법상의 자격(면허)증이나 박사학위를 취득한 경우에만 유사경력으로 인정하도록 확정적으로 정하고 있으므로 집행행위 이전에 이미 청구인의 권리관계를 직접 변동시키거나 청구인의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서, 이 사건 심판대상조항에 의한 기본권침해의 직접성이 인정된다.

2. 경력자의 호봉획정에 있어서의 상당계급을 군인사법에서 규정하고 있는 계급에 따라 규정함으로써 부사관의 상당계급이 장교의 상당계급 보다 낮게 정하여진 것은 군인 계급에서 부사관이 차지하고 있는 상대적인 지위와 업무책임도를 감안한 것으로서 합리적인 이유가 있다 할 것이다. 또한 근속연수에 따라 상당계급이 부여되는 교육공무원 경력자와 달리, 이 사건 상당계급기준표 부분이 부사관 경력자에 대하여 군인의 계급에 따른 상당계급을 부여하는 것이 합리성을 결여한 자의적인 차별이라고 볼 수 없다.

3. 군의무복무기간을 경력에 반영하도록 하는 것은 병역의무의 이행을 위하여 징집되어 복무한 기간에 대해 국가적 차원의 보상을 하고자 하는 것이다. 그런데 부사관은 직업으로서 군인을 선택하여 병역법 또는 군인사법에 의하여 현역으로 임용되어 군인공무원의 보수 및 신분상 대우를 받은 자이므로, 청구인이 부사관으로서 근무한 기간은 본인의 의사에 관계없이 징집되어 적정한 수준의 보수를 받지 않고 복무한 기간이라고 보기는 어렵다. 다만, 부사관의 실제 복무기간 중 병역법에 따른 의무복무기간은 병역의무를 수행한 것으로 볼 수 있으므로 초임호봉획정에 산입되는 군복무경력으로 인정하고 있는 것이다. 따라서 병역법에 의한 의무복무기간만을 경력으로 인정함으로써 초임호봉획정 시 군복무기간의 산입에 있어서 부사관 경력자와 일반 병 출신자 사이에 차별이 발생한다고 하더라도, 이에 합리적 이유가 있다 할 것이므로 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

또한 군의무복무기간 부분은 병역의무의 이행으로서 군복무를 한 자에게 그에 상당한 혜택을 주는 것이므로 헌법 제39조 제2항에 반하지 않는다.

4. 초임호봉획정에 있어서 인정되는 유사경력을 자격증을 취득하



기 전의 기간에도 인정하여 달라고 요구하는 것은 행복추구권(또는 평화적 생존권)의 내용이라고 보기 어렵다.

재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 심판대상규정들인 ‘상당계급기준표 부분’, ‘군의무복무기간 부분’ 및 ‘전문·특수경력 부분’은 공무원 초임호봉획정에 관한 기준을 정한 데 불과하여 위 기준에 따른 임용권자의 호봉획정처분이라는 구체적인 집행행위가 매개되지 않는 이상 이 사건 심판대상규정들만으로는 청구인이 주장하는 기본권 침해의 결과가 발생한다고 볼 수 없고, 위 집행행위에 대하여는 행정심판이나 행정소송이라는 불복방법이 존재하고 이를 통하여도 권리구제가 충분히 가능하여 직접성 요건의 예외를 인정할 여지도 없으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

【심판대상조문】

구 공무원보수규정(2000. 4. 18. 대통령령 제16785호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조(초임호봉의 획정) ① 생략

② 공무원의 초임호봉은 별표 15 공무원의 초임호봉표에 의하여 획정한다. 이 경우 당해 공무원의 경력에 특별승급 또는 승급제한등의 사유가 있는 때에는 이를 가감하여야 하고, 경력과 경력이 중복되는 경우에는 그중 유리한 경력 하나에 대하여만 획정하여야 하며, 「계약직 공무원규정」 제2조 제4항의 규정에 의한 시간제계약직공무원의 경력은 계약으로 정한 근무시간에 비례하여 획정한다.

③~⑤ 생략

[별표 15]

공무원의 초임호봉표(제8조와 관련)

공무원별	초임호봉	비 고
1. [별표 3](일반직 등)·[별표 4](공안직 등)·[별표 8](기능직) 및 [별표 10](경찰·소방)의 봉급표를 적용	[별표 16]에 의하여 경력을 계급(중앙인사위원회가 정하는 호봉획정을 위한 상당계급기준표의 상당계급을 포함한다. 이하 같다)별로 산정하여 다음의 구분에 따라 초임호봉을 획정하되, 임용되는 계급보다 높은 계급의 경력은 임용되는 계급의 경력으로 본다. [별표 16]의 경력이 없는 경우 당해 계급의 1호봉으로 초임호봉을 획정한다.	나목의 (1)에 해당하는 자의 초임호봉 획정에 있어서 (1)의 방법에 의하여 획정한 호봉보다 병역법에 의한 군의무복무기간만 있는 것

공무원별	초임호봉	비 고
받는 공무원	나. [별표 16]의 경력이 있는 경우 (1) 계급별로 산정된 경력기간을 기준으로 하여 그 중 가장 낮은 계급의 경력연수에 1을 더하여 호봉을 확정된 후 당해 계급에서 임용되는 계급까지 순차적으로 승진하는 것으로 보아 제11조(승진시의 호봉확정)의 규정을 준용하여 임용되는 계급의 호봉을 확정된 후 임용되는 계급의 경력기간을 더하여 초임호봉을 확정한다. (2) 병역법에 의한 군의무복무기간만 있는 경우 군의무복무기간을 임용되는 계급의 근무연수로 보아 그 연수에 1을 더하여 초임호봉을 확정한다.	으로 보아 (2)의 방법에 의하여 확정된 호봉이 높은 경우에는 (2)에 의한 호봉으로 초임호봉을 확정한다.

구 공무원보수규정(2006. 1. 12. 대통령령 제19268호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조(초임호봉의 확정) ① 생략

② 공무원의 초임호봉은 별표 15 공무원의 초임호봉표에 의하여 확정한다. 이 경우 당해 공무원의 경력에 특별승급 또는 승급제한등의 사유가 있는 때에는 이를 가감하여야 하고, 경력과 경력이 중복되는 경우에는 그중 유리한 경력 하나에 대하여만 확정하여야 하며, 「계약직공무원규정」 제2조 제4항의 규정에 의한 시간제계약직공무원의 경력은 계약으로 정한 근무시간에 비례하여 확정한다.

③~⑤ 생략

[별표 16]

일반직공무원 등의 경력환산율표

구 분	경 력	환산율
1. 공무원 경력	가. 「국가공무원법」 제2조 및 「지방공무원법」 제2조에 규정된 공무원으로 근무한 경력(군복무 경력을 포함하되 무관후보생 경력은 제외한다). 다만, 법령에 의한 봉급을 받지 아니하거나 비상근으로 근무한 공무원 경력은 제외하되, 시간제계약직공무원 또는 지방의회의 의원으로 근무한 경력을 포함한다. 나. 고용직(대통령령 제12705호 고용직공무원규정중개정령 시행일 전의 경노무고용직외의 고용직과 동개정령 부칙 제2항의 규정에 의한 1종 및 2종 고용직을 제외한다)으로 근무한 경력	10할  8할(고용직으로 임용될 때에는 10할)

판례집 20-2(하)

구 분	경 력	환산율
2. 유사 경력	가. 전문·특수경력 (1) 「국가기술자격법」에 의한 자격증 또는 중앙인사위원회가 인정하는 개별법상의 자격(면허)중이나 박사학위를 취득하고 법인·단체·민간기업체등에서 동일한 분야의 업무에 종사한 경력(동일분야 직렬의 공무원으로 임용되는 경우에 한한다) (2) 연구 및 기술분야의 공무원이 교육·연구기관에서 동일 업무에 종사한 경력 (3) 공보업무담당자가 일간신문사, 통신, 방송기관의 정규 직원으로서 당해 분야에 근무한 경력 (4) 중앙인사위원회가 인정하는 고도의 전문성을 요하는 업무 및 특수분야에 종사하는 공무원으로서 그와 동일한 업무에 종사한 경력	8할 이내. 다만, (3)과 (4)의 경력은 8할

구 공무원봉급업무 처리지침(중앙인사위원회 예규 81호, 2006. 1. 24. 시행, 2007. 2. 2. 폐지)

[별표 2] 호봉획정을 위한 공무원경력의 상당계급기준표

직종	상 당 계 급 구 분								
	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급	8급	9급
군무원									
군인	준장	대령	중령	소령	대위 중위 소위	준위	원사 상사	중사	하사

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제39조 제2항

국가공무원법 제46조(보수 결정의 원칙) ① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다. 다만, 직무의 곤란성과 책임도가 매우 특수하거나 결원을 보충하는 것이 곤란한 직무에 종사하는 공무원과 제4조 제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분을 적용하지 아니하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

② 공무원의 보수는 일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야 한다.

③ 경력직공무원 간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

④ 공무원의 보수 중 봉급에 관하여는 법률로 정한 것 외에는 대통령령으로 정한다.

⑤ 이 법이나 그 밖의 법률에 따른 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는 어떠한 금전

이나 유가물(유가물)도 공무원의 보수로 지급할 수 없다.

국가공무원법 제47조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
  2. 수당에 관한 사항
  3. 보수 지급 방법, 보수의 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항
- ② 제1항에도 불구하고 특수 수당과 제51조 제2항에 따른 상여금의 지급 또는 특별승급에 관한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

공무원보수규정 제1조(목적) 이 영은 「국가공무원법」·「헌법재판소법」·「외무공무원법」·「경찰공무원법」·「전투경찰대설치법」·「소방공무원법」·「교정시설경비교도대설치법」·「교육공무원법」·「군인보수법」·「군무원인사법」·「국가정보원직원법」 및 「군법무관 임용 등에 관한 법률」의 규정에 의하여 국가공무원(이하 “공무원”이라 한다)의 보수에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

공무원보수규정 제4조(용어의 정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “보수”라 함은 봉급과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다. 다만, 연봉제적용대상공무원은 연봉과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다.
2. “봉급”이라 함은 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 직책별로 지급되는 기본급여 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도와 재직기간등에 따라 계급(직무등급 또는 직위를 포함한다. 이하 같다)별·호봉별로 지급되는 기본급여를 말한다.
3. “수당”이라 함은 직무여건 및 생활여건등에 따라 지급되는 부가급여를 말한다.
4. 삭제
5. “승급”이라 함은 일정한 재직기간의 경과 기타 법령의 규정에 의하여 현재의 호봉보다 높은 호봉을 부여하는 것을 말한다.
6. “승격”이라 함은 외무공무원이 현재 임용된 직위의 직무등급보다 높은 직무등급의 직위(고위공무원단 직위는 제외한다)에 임용되는 것을 말한다.
7. “보수의 일할계산”이라 함은 그 달의 보수를 그 달의 일수로 나누어 계산하는 것을 말한다.
8. “연봉”이라 함은 매년 1월 1일부터 12월 31일까지 1년간 지급되는 다음의 기본연봉과 성과연봉을 합산한 금액을 말한다. 다만, 고정급적연봉제 적용대상공무원의 경우에는 해당직책과 계급을 반영하여 일정액으로 지급되는 금액을 말한다.
  - 가. 기본연봉은 개인의 경력·누적성과와 계급 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도를 반영하여 지급되는 기본급여의 연액을 말한다.
  - 나. 성과연봉은 전년도 업무실적의 평가결과를 반영하여 지급되는 급여의 연액을 말한다.
9. “연봉월액”이라 함은 연봉에서 매월 지급되는 금액으로서 연봉을 12로 나눈 금액을 말한다.

판례집 20-2(하)

10. “연봉의 일할계산”이라 함은 연봉월액을 그 달의 일수로 나누어 계산하는 것을 말한다.

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104
- 4. 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 902

**【당 사 자】**

청 구 인 유○육  
 국선대리인 변호사 조종만

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2006년 제1차 공군군무원 전산직 6급 특채시험에 합격하여 2006. 7. 1. 임용된 다음, 같은 달 27. 초임호봉으로 6급 4호봉을 확정한다는 통보를 받았다.

청구인은, 1988. 4. 15.부터 1993. 10. 31.까지 하사로 근무한 군복무경력 5년 6개월 및 서버운영과 웹솔루션 등의 분야에 종사한 경력 8년 6개월을 호봉확정에 있어서 경력으로 인정받아야 함에도 불구하고, 공무원의 초임호봉 확정에 관하여 규정하고 있는 공무원보수규정 제8조 제2항의 호봉확정 기준에 따라, 하사 경력을 군무원 9급으로 인정받았고, 5년 6개월의 군복무경력을 당시 병역법에 의한 군의무복무기간인 3년에 한하여 인정받았으며, 국가기술자격법에 의한 자격증 등을 취득하지 못하였다는 이유로 서버운영 등의 분야에 종사한 경력을 호봉확정의 경력으로 인정받지 못하였는바, 이러한 호봉확정의 기준들은 청구인의 평등권 등을 침해한다고 주장하면서, 2006. 10. 21. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 심판대상에 관하여 공무원보수규정(2005. 1. 7. 법률 제18671호로 개정된 것) 제8조 제2항을 들고 있으나 그 청구취지 및 청구이유를 살펴보면,

헌재 2008. 12. 26. 2006헌마1192

공무원의 초임호봉 확정의 기준에 관한 부서관(하사)에 대한 ‘상당계급기준표’, ‘병역법에 의한 군의무복무기간’ 및 유사경력 인정시점을 ‘국가기술자격법 등에 의한 자격증이나 박사학위를 취득한 이후에 동일분야의 업무에 종사한 경력 기간’으로 규정한 부분이 헌법에 위반된다고 주장하고 있다.

따라서 청구인의 위 주장에 의하면 이 사건 심판의 대상은 (1) 구 공무원봉급업무 처리지침(중앙인사위원회 예규 81호, 2006. 1. 24. 시행, 2007. 2. 2. 폐지) [별표 2] 호봉확정을 위한 공무원경력상당계급기준표 중 군인과 군무원간 상당계급기준표의 ‘하사’에 관한 부분(이하 ‘상당계급기준표 부분’이라 한다), (2) 구 공무원보수규정(2000. 4. 18. 대통령령 제16785호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 15] 제1호 나목의 (2)(이하 ‘군의무복무기간 부분’이라 한다), (3) 구 공무원보수규정(2006. 1. 12. 대통령령 제19268호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따른 [별표 16] 제2호 가목의 (1)(이하 ‘전문·특수경력 부분’이라 한다)로 봄이 상당하다.

그 구체적 내용(밑줄 친 부분) 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공무원보수규정 제8조(초임호봉의 확정) ② 공무원의 초임호봉은 [별표 15] 공무원의 초임호봉표에 의하여 확정한다. 이 경우 당해 공무원의 경력에 특별승급 또는 승급제한 등의 사유가 있는 때에는 이를 가감하여야 하고, 경력과 경력이 중복되는 경우에는 그중 유리한 경력 하나에 대하여만 확정하여야 하며, 「계약직공무원규정」 제2조제4항의 규정에 의한 시간제계약직공무원의 경력은 계약으로 정한 근무시간에 비례하여 확정한다.

[별표 15] <개정 2000. 4. 18.>

공무원의 초임호봉표(제8조와 관련)

공무원별	초임호봉	비 고
1. [별표 3](일반직 등)·[별표 4](공안직 등)·[별표 8](기능직) 및 [별표 10](경찰·소방)의 봉급표를 적용	[별표 16]에 의하여 경력을 계급(중앙인사위원회가 정하는 호봉확정을 위한 상당계급기준표의 상당계급을 포함한다. 이하 같다)별로 산정하여 다음의 구분에 따라 초임호봉을 확정하되, 임용되는 계급보다 높은 계급의 경력은 임용되는 계급의 경력으로 본다.	나목의 (1)에 해당하는 자의 초임호봉확정에 있어서 (1)의 방법에 의하여 확정된 호봉보다 병역법에 의한

판례집 20-2(하)

공무원별	초임호봉	비 고
받는 공무원	<p>가. [별표 16]의 경력이 없는 경우 당해 계급의 1호봉으로 초임호봉을 확정한다.</p> <p>나. [별표 16]의 경력이 있는 경우</p> <p>(1) 계급별로 산정된 경력기간을 기준으로 하여 그 중 가장 낮은 계급의 경력연수에 1을 더하여 호봉을 확정하는 후 당해 계급에서 임용되는 계급까지 순차적으로 승진하는 것으로 보아 제11조(승진시의 호봉획정)의 규정을 준용하여 임용되는 계급의 호봉을 확정하는 후 임용되는 계급의 경력기간을 더하여 초임호봉을 확정한다.</p> <p>(2) <u>병역법에 의한 군의무복무기간만 있는 경우</u>  <u>군의무복무기간을 임용되는 계급의 근무연수로 보아 그 연수에 1을 더하여 초임호봉을 확정한다.</u></p>	<p>군의무복무기간만 있는 것으로 보아 (2)의 방법에 의하여 확정된 호봉이 높은 경우에는 (2)에 의한 호봉으로 초임호봉을 확정한다.</p>

[별표 16] <개정 2006. 1. 12.>

일반직공무원 등의 경력환산율표

구 분	경 력	환산율
1. 공무원 경력	<p>가. 「국가공무원법」 제2조 및 「지방공무원법」 제2조에 규정된 공무원으로 근무한 경력(군복무 경력을 포함하되 무관후보생 경력은 제외한다). 다만, 법령에 의한 봉급을 받지 아니하거나 비상근으로 근무한 공무원 경력은 제외하되, 시간제계약직공무원 또는 지방의회의 의원으로 근무한 경력을 포함한다.</p>	10할
	<p>나. 고용직(대통령령 제12705호 고용직공무원규정 중개정령 시행일 전의 경노무고용직외의 고용직과 동개정령 부칙 제2항의 규정에 의한 1종 및 2종 고용직을 제외한다)으로 근무한 경력</p>	8할(고용직으로 임용될 때에는 10할)

구 분	경 력	환산율
2. 유사 경력	<p>가. 전문·특수경력</p> <p>(1) 「국가기술자격법」에 의한 자격증 또는 중앙인사위원회가 인정하는 개별법상의 자격(면허)증이나 박사학위를 취득하고 법인·단체·민간기업체등에서 동일한 분야의 업무에 종사한 경력(동일분야 직렬의 공무원으로 임용되는 경우에 한한다)</p> <p>(2) 연구 및 기술분야의 공무원이 교육·연구기관에서 동일 업무에 종사한 경력</p> <p>(3) 공보업무담당자가 일간신문사, 통신, 방송기관의 정규직원으로서 당해 분야에 근무한 경력</p> <p>(4) 중앙인사위원회가 인정하는 고도의 전문성을 요하는 업무 및 특수분야에 종사하는 공무원으로서 그와 동일한 업무에 종사한 경력</p>	8할 이내. 다만, (3)과 (4)의 경력은 8할

구 공무원봉급업무처리지침(중앙인사위원회 예규 81호, 2006. 1. 24. 시행, 2007. 2. 2. 폐지)

[별표 2] 호봉획정을 위한 공무원경력의 상당계급기준표

직 종	상 당 계 급 구 분								
	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급	8급	9급
군무원									
군 인	준장	대령	중령	소령	대위 중위 소위	준위	원사 상사	중사	하사

[관련조항]

국가공무원법 제46조(보수 결정의 원칙) ① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다. 다만, 직무의 곤란성과 책임도가 매우 특수하거나 결원을 보충하는 것이 곤란한 직무에 종사하는 공무원과 제4조 제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분을 적용하지 아니하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

② 공무원의 보수는 일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야

판례집 20-2(하)

한다.

③ 경력직공무원 간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

④ 공무원의 보수 중 봉급에 관하여는 법률로 정한 것 외에는 대통령령으로 정한다.

⑤ 이 법이나 그 밖의 법률에 따른 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는 어떠한 금전이나 유가물(유가물)도 공무원의 보수로 지급할 수 없다.

제47조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항

2. 수당에 관한 사항

3. 보수 지급 방법, 보수의 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항

② 제1항에도 불구하고 특수 수당과 제51조 제2항에 따른 상여금(賞與金)의 지급 또는 특별승급에 관한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

공무원보수규정 제1조(목적) 이 영은 「국가공무원법」·「헌법재판소법」·「외무공무원법」·「경찰공무원법」·「전투경찰대설치법」·「소방공무원법」·「교정시설경비교도대설치법」·「교육공무원법」·「군인보수법」·「군무원인사법」·「국가정보원직원법」 및 「군법무관 임용 등에 관한 법률」의 규정에 의하여 국가공무원(이하 “공무원”이라 한다)의 보수에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제7조(호봉획정 및 승급시행권자) 호봉획정 및 승급은 법령의 규정에 의한 임용권자(임용에 관한 권한이 법령의 규정에 의하여 위임 또는 위탁된 경우에는 위임 또는 위탁을 받은 자를 말한다) 또는 임용제청권자가 이를 시행한다. 다만, 군인의 경우에는 각군 참모총장이 이를 시행하되 필요한 경우에는 그 권한의 전부 또는 일부를 소속부대의 장에게 위임할 수 있다.

제8조(초임호봉의 획정) ① 공무원을 신규채용하는 경우에는 초임호봉을 획정한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 상당계급기준표 부분

중앙인사위원회 예규 [별표 2]에 의하면 군인과 군무원 계급간의 상당표에

는 원사·상사를 7급으로, 중사를 8급으로, 하사를 9급으로 규정하고 있는바, 이는 부사관은 6급 이상은 될 수 없다는 신분제한을 둔 것이고, 원사 이하 부사관은 현실적으로 장교로 승진하기 어렵다는 점을 간과한 채 군인의 계급적 서열을 그대로 나열하여 호봉획정에 관한 상당계급을 규정한 것으로서 부사관 경력자를 차별하는 것이다. 또한 교육공무원 경력자와 같이 근속연수에 따라 상당계급을 정하지 않고, 군인의 계급적 서열에 따라 상당계급을 규정한 것은 부사관 경력자를 차별하는 것이다.

(2) 군의무복무기간 부분

의무복무기간은 임의로 전역을 할 수 없는 기간을 의미하고 군인사법 제7조에서는 부사관의 의무복무기간에 대하여 장기복무 부사관은 7년, 단기복무 부사관은 4년으로 하고, 군장학생 중 부사관으로 임용된 자에 대하여는 그 의무복무기간에 1년의 범위 안의 기간을 가산하여 복무하게 할 수 있도록 규정하고 있음에도, 이 사건 ‘군의무복무기간’에서는 경력을 인정하는 의무복무기간에 대하여 병역법에 의한 군의무복무기간만 인정하여 일반병과 장교에 비해 부사관을 차별하고, 헌법 제39조 제2항에 위반된다.

(3) 전문·특수경력 부분

국가기술자격법에 의한 자격증 또는 중앙인사위원회가 인정하는 개별법상의 자격(면허)증이나 박사학위를 취득한 시점 후의 기간만을 유사경력으로 인정하여 초임호봉을 획정하는 것은 청구인의 행복추구권 및 그 내용으로서의 평화적 생존권을 침해한다.

나. 구 중앙인사위원회 위원장의 의견요지

(1) 상당계급기준표 부분

청구인은 부사관의 상당계급을 7급 이하로 정한 것은 부사관은 6급 이상은 될 수 없다는 신분제한을 둔 것이라고 주장하나, 공무원보수규정에 따른 상당계급기준은 이전의 경력을 합리적으로 평가하여 보수책정에 활용하기 위한 호봉경력 산정기준에 불과한 것으로서 어떤 직종에 대한 신분차별이라고 볼 수 없다.

또한 부사관의 상당계급은 군 계급체계에서 부사관이 차지하고 있는 상대적인 지위와 업무책임도를 다른 직종과 상호 비교하여 정한 것이므로 부사관을 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 군의무복무기간 부분

병역복무기간을 경력으로 인정하는 것은 본인의 의사와 무관하게 징집되어

판례집 20-2(하)

적정한 수준의 보수를 받지 않고 복무한 기간에 대해 국가적 차원의 보상을 하기 위한 것인바, 다만 다른 경력 인정과 형평성을 저해하지 않을 정도의 필요최소한의 기간으로 한정하기 위하여 병역법에서 의무복무기간을 초임호봉산정에 반영할 수 있는 기간으로 삼고 있다.

그런데 청구인의 주장과 같이 본인의 자발적 의사에 의해 직업으로서 군인을 선택하고 군인공무원의 보수 및 신분상 대우를 받고 근무한 경력 전부에 대하여 의무복무기간으로 인정하여 달라는 것은 위와 같은 취지에 반할 뿐만 아니라, 군인공무원의 경력만을 타 직종의 공무원경력보다 합리적 이유 없이 우대하는 것이다.

(3) 전문·특수경력 부분

경력인정 제도는 민간분야에서 근무한 경력 중 국가에 필요한 최소한의 경력만 인정하고 있는 것인바, 공무원보수규정에서는 당해 민간 경력이 일반적인 수준의 경력에 불과한 것인지, 전문성이 있는 경력에 해당하는 것인지를 선별해 낼 수 있는 객관적인 기준의 하나로서 자격증이나 박사학위 취득 여부를 활용하고 있는 것이며, 이외에도 다양한 경력에 대하여 별도의 기준을 적용하여 경력을 판단할 수 있도록 제도를 마련하고 있으므로 자격증 또는 박사학위 취득이 모든 민간경력을 인정하는 절대적인 기준이라는 청구인의 주장은 경력인정제도를 잘못 이해하여 비롯된 타당성 없는 주장이다.

다. 국방부장관의 의견요지

(1) 적법요건에 관한 주장

청구인은 민간유사경력불인정 등의 결정처분에 대하여 행정소송 등의 절차로 불복할 수 있다. 즉 청구인의 권리침해가 이 사건 심판대상이 아니라 매개 행위인 행정청의 민간유사경력불인정 등의 처분으로 발생하였고, 위 처분을 다룰 수 있는 절차가 별도로 마련되어 있으므로 청구인의 심판청구는 직접성 등 요건을 갖추지 못하여 각하되어야 한다.

(2) 본안에 관한 주장

구 중앙인사위원회 위원장 의견요지와 대체로 같다.

3. 적법성에 관한 판단

가. 기본권 침해 가능성 인정 여부

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 공권력의 행사로 인하여 ‘기본권 침해의 가능성’이 있어야 한다.

이 사건에서 청구인은, 공무원보수규정 등에 의하여 청구인 보수의 구체적

수준이 형성되었는데 그러한 보수를 형성하는 기준인 초임확정의 기준 자체가 다른 공무원에 비하여 청구인을 차별함으로써 평등권 등을 침해한다는 취지로 주장한다.

살피건대, 법률이나 법률의 위임을 받은 하위법령에 의해 구체적인 수준이 형성된 공무원의 보수청구권은 직업공무원제도의 한 내용으로서 재산권적 성격이 인정되는 공법상 권리로 보아야 하고, 더구나 청구인은 이에 관한 차별 대우에 대하여 평등권 위반을 주장하고 있으므로, 이 사건 심판대상인 위 초임호봉 확정기준은 기본권 침해 가능성이 인정되어 헌법심사의 영역에 포함된다고 볼 것이다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마643, 판례집 19-1, 843, 851 참조).

나. 직접성 인정 여부

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그것이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권을 침해하여야 하고, 여기서 말하는 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 183, 823). 하지만 법규범이 집행행위를 예정하고 있는 경우라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범에는 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104).

공무원보수규정 제7조 및 제8조에 의하면, 공무원을 신규채용하는 경우에 임용권자는 제8조 제2항의 기준에 따라 초임호봉을 확정하여야 하므로, 청구인의 초임호봉이 확정되기까지 임용권자의 초임호봉 확정처분이라는 집행행위가 예정되어 있다.

그런데 이 사건 심판대상 중 '상당계급기준표 부분'은 하사의 상당계급을 9급으로 명시하고 있고, '군의무복무기간 부분'은 경력인정이 되는 군의무복무기간을 병역법에 의한 의무복무기간으로 한정하고 있으며, '전문·특수경력 부분'은 국가기술자격법에 의한 자격증 또는 중앙인사위원회가 인정하는 개별법상의 자격(면허)증이나 박사학위를 취득한 경우에만 유사경력으로 인정하도록 확정적으로 정하고 있다. 즉, 임용권자의 초임호봉 확정처분이라는 구체적인 집행행위가 예정되어 있지만 임용권자는 호봉확정에 있어서 이 사건 심판대상조항과 달리 선택할 재량의 여지가 전혀 없는 것이다.

판례집 20-2(하)

그렇다면 이 사건 심판대상조항은 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 청구인의 권리관계를 직접 변동시키거나 청구인의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서, 위 조항만으로도 청구인의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라고 할 것이므로, 이 사건 심판대상조항에 의한 기본권침해의 직접성이 인정된다 할 것이다.

4. 본안에 관한 판단

가. 초임호봉획정에 있어서 경력인정의 취지

산업사회를 거쳐 정보화 사회로 이행되어 가는 오늘날 사회구조의 변화에 따른 사회국가적 행정임무의 증대로 인하여 공직사회에 많은 변화를 가져왔는데, 그 인적 구성에 있어서도 전문적인 지식·경험·기술을 갖춘 관료집단을 필요로 하게 되었다. 이에 따라 전문성을 가진 우수한 인재를 공직에 유치함과 동시에 공무원의 권익을 보호하기 위하여 임용되기 전의 경력을 일정 정도 인정하는 공무원 초임호봉 획정제도를 도입하게 되었다.

다만 국가공무원법 제46조 제1항은, 공무원의 보수를 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정하되, 일반의 표준생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하도록 하고 있고, 같은 법 제47조 제1항은 공무원의 보수 중 봉급·호봉 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로, 위 법률규정의 위임에 따라 행정부가 호봉 등에 관한 대통령령을 제정함에 있어서는 경력인정의 취지, 업무와 경력과의 관계, 업무의 성격 및 경력의 종류 등을 종합적으로 고려하여 호봉 등에 관한 사항을 정할 폭 넓은 재량이 인정된다 할 것이다.

나. 일반직 등 공무원의 초임호봉획정 일반

공무원의 초임호봉획정은 법령의 규정에 의한 임용권자 또는 임용제청권자가 시행하는데(공무원보수규정 제7조), 이 사건과 관련하여 군무원의 임용권자를 살펴보면 5급 이상의 일반군무원은 국방부장관의 제청으로 대통령이 임용하고, 6급 이하의 일반군무원 및 기능군무원은 국방부장관이 임용한다(군무원인사법 제6조).

일반군무원을 포함한 일반직공무원 등의 초임획정절차를 살펴보면, ① 경력의 증명 및 조회를 통해 경력인정 여부를 결정하되, 공무원보수규정 [별표 16](일반직 공무원 등의 경력환산율표)의 경력이 없는 경우에는 당해 계급의 1호봉으로 초임호봉을 획정하고, 병역법에 의한 군의무복무기간만 있는 경우에는 군의무복무기간을 임용되는 계급의 군무연수로 보아 그 연수에 1을 더

하여 초임호봉을 확정한다. ② 모든 경력을 계급별로 구분한 후 경력환산율표를 적용하여 기간을 계산하고, 임용되는 계급보다 높은 계급의 경력은 임용되는 경력의 경력으로 보며, 임용되는 직종과 계급체계가 다른 공무원 경력 및 유사경력 경우에는 상당계급기준표에 의하여 계산한다(위 규정 [별표 15], [별표 16]). ③ 계급별로 산정된 경력기간을 기준으로 하여 그 중 가장 낮은 계급의 경력연수에 1을 더하여 호봉을 확정된 후 당해 계급에서 임용되는 계급까지 순차적으로 승진하는 것으로 보아 제11조(승진시의 호봉확정)의 규정을 준용하여 임용되는 계급을 확정된 후 임용되는 계급의 경력기간을 더하여 초임호봉을 확정한다(위 규정 [별표 15]). ④ 이때 계급별로 산정된 경력기간을 기준으로 하여 확정된 호봉보다 병역법에 의한 군의무복무기간만 있는 것으로 보아 확정된 호봉이 높은 경우에는 병역법에 의한 군의무복무기간에 의한 호봉으로 초임호봉을 확정한다(위 규정 [별표 15]).

일반군무원을 포함한 일반직공무원 등에 적용되는 봉급표는 계급·직무등급에 따라 1급부터 9급까지, 호봉은 1호봉부터 32호봉까지 구분되어 있다(위 규정 [별표 1], [별표 3]).

다. 상당계급기준표 부분에 관한 판단

(1) 상당계급기준표의 의의

공무원의 초임호봉을 확정함에 있어 국가공무원법 등에 규정된 공무원으로 근무한 경력 및 유사경력에는 그 근무기간을 호봉확정에 참작한다. 그런데 임용되는 직종과 계급체계가 다른 공무원경력이나 유사경력의 경우에는 임용 전 경력을 새로운 직종에서의 경력으로 인정하기 위한 기준이 있어야 하는바, 이에 따라 각 직종의 상당계급표가 규정되었다.

이 사건과 관련하여 군무원으로 임용된 청구인에게 적용된 상당계급기준표는 다음과 같다.

직 종	상 당 계 급 구 분								
군무원	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급	8급	9급
군 인	준장	대령	중령	소령	대위 중위 소위	준위	원사 상사	중사	하사

(2) 평등권 침해 여부에 관한 판단

우선, 경력 인정으로 인한 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경

판례집 20-2(하)

우에 해당한다고 볼 수 없고, 이에 대하여 광범위한 재량이 부여된다는 점을 고려하면, 이 부분 평등심사는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용함이 상당하다.

(가) 장교경력자와의 차별

청구인은, 부사관 중 원사나 상사의 경우에는 준위, 소위, 중위보다 같은 호봉 대비 많은 봉급이 책정되어 있음에도 상당계급기준표상에는 이러한 특성을 전혀 참작하지 않은 채 군인사법에 규정된 계급에 따라 상당계급을 정하는 것은 보수청구권에 있어서 부사관 경력자들을 장교경력자와 차별하는 것이라는 취지로 주장한다.

살피건대, 국가공무원법에서는 공무원의 임용자격, 방법, 업무내용, 복무형태 및 신분보장 여부 등을 기준으로 공무원의 종류를 구분하고 있고, 군인 등 특수분야 업무에 종사하는 특정직 공무원은 군인사법 등 각 개별법에서 규정한 인사체계에 따라 그 임용기준 및 계급체계를 운영하고 있다. 이에 따라 공무원 또는 공무원 경력을 가진 자가 임용기준, 계급구조 등 인사운영체계가 다른 직종의 공무원으로 임용되는 경우에는 임용 전의 경력을 새로운 직종에서의 경력으로 인정하기 위한 기준이 있어야 하고, 이러한 기준을 정함에 있어서는 직종의 특성 및 계급별 경력의 차이를 반영하는 것이 타당하다고 할 것이다.

군인사법에 의하면 부사관은 군인의 16개 계급 중 원사, 상사, 중사 및 하사를 지칭하는 계급이고, 그 서열에 관하여는 장교 및 준사관보다 아래의 서열로 규정되어 있으며(군인사법 제3조, 제4조), 장교의 지휘 아래 통상 육군의 분·소대와 같은 규모의 집단을 지휘하고 전투기본교육, 보급, 정비, 행정 및 부대관리 등의 분야의 업무를 담당하고 있다. 이에 따라 부사관의 상당계급은 군 계급체계에서 부사관이 차지하고 있는 상대적인 지위와 업무책임도를 감안하여 장교보다 하위의 계급으로 규정된 것이다.

다만, 이와 같이 부사관은 장교보다 서열상 하위의 계급이므로 직무의 곤란성과 책임의 정도에 의하여 보수를 책정한다면 상위계급인 장교보다 낮아야 할 것이나, 공무원의 보수 책정에는 생계비적 요소 등 제반 여건이 함께 고려되어야 하는 점 및 부사관이 장교로 진급하는 예가 사실상 드물기 때문에 부사관으로서의 계속 근무에 따른 적절한 보상이 필요한 점 등을 참작하여 부사관 중 원사·중사의 봉급월액이 같은 호봉의 상위계급인 중위 및 소위보다 높게 산정되어 있을 뿐이다.

결국 경력자의 호봉획정에 있어서의 상당계급을 군인사법에서 규정하고 있는 계급에 따라 규정함으로써 부사관의 상당계급이 장교의 상당계급 보다 낮게 정하여진 것은 군인 계급에서 부사관이 차지하고 있는 상대적인 지위와 업무책임도를 감안한 것으로서 합리적인 이유가 있다 할 것이다(청구인은 부사관의 상당계급을 7급 이하로 정한 것은 부사관은 6급 이상이 될 수 없다는 신분제한을 둔 것이라는 취지로 주장하나, 상당계급기준은 호봉산정의 기준에 불과하고, 부사관 경력을 가진 자의 승진을 제한하는 등 인사상 제약을 가하는 것이 아니므로 이러한 주장은 그 자체로 이유 없다).

(나) 교육공무원 경력자와의 차별

청구인은, 교육공무원 경력자는 근속연수에 따라 상당계급이 정하여지는 반면, 부사관 경력자는 군인의 계급적 서열에 따라 상당계급이 규정됨으로써 차별이 발생한다고 주장한다.

살피건대, 교육공무원과 같이 직종의 특성상 계급구분이 존재하지 않아 근속연수에 따른 업무숙련도 등을 반영하여 단일호봉제를 적용하고 있는 경우에는 상당계급기준에 있어서도 근속연수별 경력가치에 따라 계급이 정해지는 것이 상당하나, 군인은 교육공무원과 달리 계급체계를 가지고 있는 공무원으로서 각 계급에 따라 직무의 책임과 난이도가 달라져서 계급별, 근속연수별 경력가치를 모두 반영한 계급별 근속호봉제를 실시하고 있고, 이는 계급구분이 존재하는 다른 일반직 공무원에게도 마찬가지로 적용된다.

따라서 근속연수에 따라 상당계급이 부여되는 교육공무원 경력자와 달리, 이 사건 상당계급기준표 부분이 부사관 경력자에 대하여 군인의 계급에 따른 상당계급을 부여하는 것이 합리성을 결여한 자의적인 차별이라고 볼 수 없다.

(다) 소 결

결국 이 사건 상당계급기준표 부분이 부사관 경력자를 장교경력자 및 교육공무원 경력자와 달리 취급한 것은 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

라. 군의무복무기간 부분에 관한 판단

(1) 취 지

이 사건 군의무복무기간 부분은 병역법에 의한 의무복무기간을 경력으로 인정하여 호봉을 획정하도록 규정하고 있는바, 이는 병역의무로 인하여 본인의 의사에 관계없이 징집되어 적정한 수준의 보수를 받지 않고 복무 기간에 대하여 호봉획정에 반영함으로써 상대적으로 열악한 환경 하에서 병역의

판례집 20-2(하)

무를 이행한 공로를 보상하고자 하는 것이다.

이에 따라 군인뿐만 아니라 모든 직종의 공무원의 임용시 위 의무복무기간을 경력으로 인정하고, 의무복무기간을 계급별로 구분하지 않고 임용되는 계급경력으로 호봉에 합산하도록 하고 있다.

(2) 평등권 침해 여부에 관한 판단

청구인은, 군인사법에 의하면 부사관의 의무복무기간이 4년이므로 초임호봉획정 시 위 기간이 모두 산입되어야 함에도 이 사건 군의무복무기간 부분 때문에 병역법에 의한 군의무복무기간만이 의무복무기간으로서 인정됨으로써, 부사관 경력자인 청구인을 일반 병(兵) 출신자에 비하여 차별하고 있다는 취지로 주장한다.

살피건대, 경력 인정으로 인한 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 이에 대하여 광범위한 재량이 부여된다는 점을 고려하면, 이 부분 평등심사는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용함이 상당하다.

앞에서 본 바와 같이, 군의무복무기간을 경력에 반영하도록 하는 것은 병역의무의 이행을 위하여 징집되어 복무한 기간에 대해 국가적 차원의 보상을 하고자 하는 것이다. 그런데 부사관은 병역법에 따라 의무복무로서 징집되거나 지원한 병이 아니라 직업으로서 군인을 선택하여 병역법 또는 군인사법에 의하여 현역으로 임용되어 군인공무원의 보수 및 신분상 대우를 받은 자이므로, 청구인이 부사관으로서 근무한 기간은 본인의 의사에 관계없이 징집되어 적절한 수준의 보수를 받지 않고 복무한 기간이라고 보기는 어렵다. 다만, 부사관의 실제 복무기간 중 병역법에 따른 의무복무기간은 아울러 병역의무를 수행한 것으로 볼 수 있으므로 초임호봉획정에 산입되는 군복무경력으로 인정하고 있는 것이다.

따라서 이 사건 군의무복무기간 부분이 병역법에 의한 의무복무기간만을 경력으로 인정함으로써 초임호봉획정 시 군복무기간의 산입에 있어서 부사관 경력자와 일반 병 출신자 사이에 차별이 발생한다고 하더라도, 이에는 합리적 이유가 있다 할 것이므로 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

(3) 헌법 제39조 제2항 위반 여부에 관한 판단

청구인은, 이 사건 군의무복무기간 부분이 헌법 제39조 제2항에 반한다고 주장하나, 위 헌법조항은 병역의무의 이행으로 인하여 불이익을 받지 않는다는 것인데, 위 군의무복무기간 부분은 병역의무의 이행으로서 군복무를 한 자

에게 그에 상당한 혜택을 주는 것이므로 헌법 제39조 제2항에 반하지 않는다.

마. 전문·특수경력 부분에 관한 판단

(1) 취 지

공무원의 보수는 직급에 반영된 직무의 종류·곤란도·책임도 및 근속에 따른 업무숙련도 등을 고려하여 국가예산의 범위 내에서 계급별·호봉별로 차등을 두어 정해지므로 새로이 공무원으로 임용된 자에게는 해당 직급 및 호봉에 상응한 보수가 지급되어야 한다. 그러나 국가에 필요한 전문성을 가진 인재를 공직에 유치하고 그 전문성을 활용하여 공직의 생산성을 제고하려는 정책적인 목적에서, 이 사건 전문·특수경력 부분은 공무원으로서의 경력이 아닌 전문·특수분야의 경력을 유사경력으로 인정하여 일정 부분 공무원의 경력으로 환산하여 주고 있다.

(2) 행복추구권 침해 여부에 관한 판단

청구인은, 이 사건 전문·특수경력 부분이 국가기술자격법에 의한 자격증 또는 중앙인사위원회가 인정하는 개별법상의 자격(면허)증이나 박사학위를 취득한 후의 경력만을 유사경력으로 인정하는 것은 청구인의 행복추구권(또는 평화적 생존권)을 침해한다고 주장한다.

헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리가 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권이다(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 902 등 참조). 그러므로 초임호봉확정에 있어서 인정되는 유사경력을 자격증을 취득하기 전의 기간에도 인정하여 달라고 요구하는 것은 행복추구권(또는 평화적 생존권)의 내용이라고 보기 어렵다 할 것이므로, 이 사건 전문·특수경력 부분이 청구인의 행복추구권을 침해한다는 주장은 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 아래 6.과 같은 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

우리는 2008. 10. 30. 선고된 2007헌마1281 사건(공보 145, 1597)에서 밝힌 바와 같이 이 사건 심판대상규정들의 직접성 요건에 대하여 다수의견과 달리 직접성 요건이 결여되었다고 판단하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

판례집 20-2(하)

가. 법령에 대한 헌법소원심판에 있어 '직접성' 요건

법률에 대한 헌법소원심판에 있어 '기본권침해의 직접성'을 요구하는 것은 일반적으로 당해 법률에서 예정한 구체적인 집행행위를 매개로 하여 그 법률이 비로소 국민 개인의 기본권에 영향을 미칠 수 있게 되므로 개개의 국민은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 구체적인 집행행위를 대상으로 하여 그로 인한 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 순서이고 이는 최후·보충적인 기본권구제수단이라는 헌법소원심판의 본질로부터 당연히 요청되는 것이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504). 즉 구체적인 집행행위가 존재하는 경우 그 집행행위를 대상으로 한 구제절차에서 문제된 해당 법률의 적용과 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하면서 해당 법률의 위헌 여부, 심판의 필요성 등을 법원에서 판단할 필요가 있으므로 집행행위의 근거가 되는 법률을 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼아서는 아니 된다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 202 참조).

한편, 헌법재판소는 그의 재판관할의 범위 내에서만 직접성 또는 보충성 요건에 대한 예외를 인정할 수 있다. 다시 말하자면, 이 사건 심판대상규정들에 대한 위헌심사가 헌법소원의 대상이 되는 경우에 비로소 직접성 요건의 충족 여부를 판단하는 의미가 있고 나아가 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 있다 할 것이다.

명령과 규칙이 구체적인 소송에서 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법 제107조 제2항에 따라 그의 위헌성을 간접적으로 심사할 수 있다. 그러나 명령과 규칙에 의하여 직접 기본권을 침해받은 경우에는 그의 위헌성을 심사받을 수 있는 길이 달리 없기 때문에, 헌법재판소는 이와 같이 직접 기본권을 침해하는 명령과 규칙에 대하여만 헌법소원심판을 청구할 수 있는 길을 열어 주었다. 따라서 심판대상조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는, 헌법재판소가 명령과 규칙의 위헌성 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하므로 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다(헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 702-703 참조).

나. 직접성 요건의 예외 인정 여부

다수의견은 범규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 범규범의 내용이 일의적이고 명백한 것이어서 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하고 있는 경우 당해 법령을 헌

법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다고 하여 직접성 요건의 예외를 인정하고 있다.

(1) 그러나 법령의 내용이 일의적이고 집행행위에 재량의 여지가 없다고 하여 항상 직접성 요건의 예외를 인정할 경우 당사자가 집행행위를 다투지 않고 집행행위의 전제되는 근거규범만을 다투으로써 집행행위에 불가쟁력이 발생할 수 있고, 이와 같이 불가쟁력이 발생한 집행행위에 대하여는 위헌결정의 효력이 미치지 않고 행정청이 집행행위를 직권으로 취소할 의무가 있는 것도 아니므로, 헌법재판소가 근거규범에 대하여 위헌결정을 한다고 하더라도 당사자는 불이익한 집행행위 자체를 취소할 방법이 없어 직접적인 권리구제를 받지 못하게 되는 결과가 발생한다. 따라서 법령의 내용이 일의적이라도 그것을 적용하는 집행행위가 매개되어 있는 이상 되도록 법원을 통한 권리구제를 일차적으로 선택하여 이에 집중할 수 있도록 국민을 유도하는 것이 국민의 기본권에 대한 실효적 보장을 위하여 더 바람직하다.

(2) 헌법소원에서의 직접성 요건은 국민의 기본권을 더 실효적으로 구제하는 길을 찾고 권리구제에 있어서 법원 등과 헌법재판소 사이에서 효율적으로 관할을 분배하기 위한 소송법적 요건이므로, 구체적 사례마다 국민의 권리구제라는 이념을 염두에 두고 신중적으로 판단하여야 한다. 따라서 비록 법령이 일의적이고 확정적이어서 행정청에게 재량의 여지가 없는 집행행위라고 하더라도, 그것이 전형적인 행정행위로서 일반법원에 소를 제기할 방법이 충분히 열려있고 법원을 통한 권리구제가 가능한 경우인지를 충분히 고려하여 직접성 요건의 예외 인정 여부를 판단하여야 할 것이다.

다. 이 사건 심판대상규정들의 직접성 인정 여부

살피건대, 이 사건 심판대상규정들인 ‘상당계급기준표 부분’, ‘군의무복무기간 부분’ 및 ‘전문·특수경력 부분’은 공무원보수규정 제8조 제2항에 의한 공무원 초임호봉획정에 관한 기준을 정한 데 불과하여 위 기준에 따른 임용권자의 호봉획정처분이라는 구체적인 집행행위가 매개되지 않는 이상 이 사건 심판대상규정들만으로는 청구인이 주장하는 기본권 침해의 결과가 발생한다고 볼 수 없다. 또한 위 집행행위에 대하여는 행정심판이나 행정소송이라는 전형적인 불복방법이 존재하고 위와 같은 절차를 통하여도 그 근거규범의 위헌 위법 여부에 따른 권리구제가 충분히 가능하므로 직접성 요건의 예외를 인정할 여지도 없다.

라. 결 론



판례집 20-2(하)

따라서 이 사건 심판대상규정들에 대한 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 불기소처분취소

(2008. 12. 26. 2007헌마193·194·195·320·321(병합))

전원재판부

### 【판시사항】

1. 청구인들이 불기소처분의 취소를 구하는 경우 그 불기소처분의 근거가 된 공소시효의 기간 및 그 정지와 효력에 관한 형사소송법 제249조 제1항, 제1253조(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)도 함께 심판대상이 되는지 여부(소극)
2. 불기소처분자체가 헌법에 위배되지 아니하여 그 취소를 구하는 헌법소원심판청구가 인용되지 아니하므로 부수적 규범통제에 관하여는 더 나아가 판단할 필요가 없다고 본 사례

### 【결정요지】

1. 이 사건 각 헌법소원심판청구의 심판대상은 이 사건 각 불기소처분이라는 공권력의 행사로 인하여 청구인들 주장의 각 기본권이 침해되었는지의 여부임이 명백하고, 이 사건 법률조항의 위헌 여부 그 자체는 직접적인 심판대상이 될 수 없다.
2. 피청구인들이 공소권없음의 각 불기소처분을 한 것은 옳고, 이 사건 각 헌법소원심판청구가 인용되지 아니하는 이상 부수적 규범통제에 관하여는 더 나아가 판단할 필요가 없을 뿐만 아니라, 가사 이 사건 법률조항이 위헌이라고 하더라도 그 위헌결정의 효력에는 소급효를 인정할 수 없으므로, 이미 공소시효가 완성된 피의자들에 대하여 다시 공소를 제기하여 형사처벌을 할 수도 없다.

재판관 이동흡의 보충의견 및 반대의견(각하의견)

이 사건 헌법소원심판청구의 심판의 대상은 이 사건 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지의 여부로 한정되는 바, 설사 이 사건 법률조항이 위헌인 경우라 하더라도 형벌에 관한 법률조항에 해당하지

판례집 20-2(하)

않는 만큼 그 위헌결정의 효력에 소급효를 인정할 수 없는 것이고, 또한 이 사건 법률조항이 위헌이라 하여 이미 공소시효가 완성된 형사피의자들을 다시 기소하여 형사처벌할 수 있도록 하는 것은 이미 공소시효가 완성된 형사피의자의 신체의 자유 내지 형사처벌과 관련한 법적 안정성이나 신뢰보호이익을 지나치게 침해하는 것이어서 용인될 수 없는 것이므로, 결국 이 사건 법률조항이 위헌임을 이유로 위 불기소처분의 취소를 구하는 심판청구는 인용될 여지가 없다. 따라서 인용결정을 전제로 하는 부수적 규범통제의 대상인 이 사건 법률조항에 대하여는 별도로 위헌성 여부를 판단할 필요가 없고, 이 사건 심판청구는 주관적 권리보호의 이익이 없는 경우에 해당하여 부적법하다.

#### 재판관 조대현의 반대의견

청구인들은 이 사건 불기소처분은 위헌인 법률을 적용한 것이기 때문에 취소되어야 한다고 주장하는 것이므로, 이 사건 불기소처분에 적용된 법률이 위헌인지 여부를 선결문제로서 판단한 다음 청구의 당부를 결론지어야 한다. 이 사건 불기소처분에 적용된 법률의 위헌 여부를 판단하지 않고, 그 법률이 합헌임을 전제로 그러한 법률을 적용한 이 사건 불기소처분은 정당하다고 심판하는 것은, 청구인들의 청구사유에 대한 판단을 회피하거나 누락하는 결과로 된다.

#### 【참조조문】

형사소송법 제249조(공소시효의 기간) ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다.

1. 사형에 해당하는 범죄에는 25년
  2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년
  3. 장기10년이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년
  4. 장기10년미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년
  5. 장기5년미만의 징역 또는 금고, 장기10년이상의 자격정지 또는 벌금에 해당하는 범죄에는 5년
  6. 장기5년이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 3년
  7. 장기5년미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년
- ② 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정이 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마193·194·195·320·321(병합)

형사소송법 253조(시효의 정지와 효력) ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기가 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.

② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.

③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다.

### 【참조판례】

1. 헌재 1995. 7. 21. 95헌마8등, 판례집 7-2, 206, 211-212
2. 헌재 1993. 9. 27. 92헌마284, 판례집 5-2, 340, 347  
헌재 1995. 7. 21. 95헌마8등, 판례집 7-2, 206, 211-212  
헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 107-108

### 【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이○임(2007헌마193)  
2. 김○령(2007헌마194)  
3. 김○영(2007헌마195)  
4. 김○경(2007헌마320)  
5. 김○연(2007헌마321)

청구인들 대리인 변호사 이명숙 외 2인

- 피청구인 1. 서울중앙지방검찰청 검사(2007헌마193·194·195)  
2. 서울서부지방검찰청 검사(2007헌마320·321)

### 【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요

가. 2007헌마193

청구인 이○임은 18세 때인 1967년경 남자친구를 만나러 나갔다가 피고소인 안○수를 비롯한 7명의 남자들로부터 강간을 당하여 처녀막과열상 등의 상해를 입었다고 주장하면서 2006. 9. 27.경 피고소인 안○수를 강간치상 혐의로 고소하였다.

피청구인은 위 고소사건(서울중앙지방검찰청 2006년 형제107784호)을 수사

판례집 20-2(하)

한 후 2006. 10. 31. 고소범죄에 대한 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권 없음의 불기소처분을 하였다.

위 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자 그로부터 30일 이내인 2007. 2. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2007헌마194

청구인 김○령은 1986년경부터 1992년경까지 사촌인 피고소인 김○익으로부터 수습 차례에 걸쳐 강간 및 강제추행을 당하여 처녀막파열상 등의 상해를 입었다고 주장하면서 2006. 10. 2. 피고소인을 강간치상 혐의로 고소하였다.

피청구인은 위 고소사건(서울중앙지방법검찰청 2006년 형제106397호)을 수사한 후 2006. 10. 11. 고소범죄에 대한 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권 없음의 불기소처분을 하였다.

위 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자 그로부터 30일 이내인 2007. 2. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 2007헌마195

청구인 김○영은 1982년경부터 1989년경까지 사촌인 피고소인 김○일로부터 수습 차례에 걸쳐 강제추행을 당하여 우울증 등의 상해를 입었고, 1985년경부터 1995년경까지 사촌인 피고소인 김○익으로부터 수습 차례에 걸쳐 강간 및 강제추행을 당하여 처녀막파열상 등의 상해를 입었다고 주장하면서 2006. 10. 2. 피고소인들을 강제추행치상 및 강간치상 혐의로 고소하였다.

피청구인은 위 고소사건(서울중앙지방법검찰청 2006년 형제106398호)을 수사한 후 2006. 10. 12. 고소범죄에 대한 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권 없음의 불기소처분을 하였다.

위 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자 그로부터 30일 이내인 2007. 2. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 2007헌마320

청구인 김○경은 1979년경부터 1981년경까지 같은 집에 거주하던 외삼촌인 피고소인 김○엽으로부터 수습 차례에 걸쳐 강간 및 강제추행을 당하여 처녀막파열상 등의 상해를 입었다고 주장하면서 2006. 11. 23. 피고소인을 강간치상 혐의로 고소하였다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마193·194·195·320·321(병합)

피청구인은 위 고소사건(서울서부지방법검찰청 2006년 형제50477호)을 수사한 후 2006. 11. 30. 고소범죄에 대한 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권 없음의 불기소처분을 하였다.

위 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자 그로부터 30일 이내인 2007. 3. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

마. 2007헌마321

청구인 김○연은 1980년경부터 1981년경까지 같은 집에 거주하던 외삼촌인 피고소인 김○엽으로부터 수십 차례에 걸쳐 강간 및 강제추행을 당하여 처녀막파열상 등의 상해를 입었다고 주장하면서 2006. 11. 23. 피고소인을 강간치상 혐의로 고소하였다.

피청구인은 위 고소사건(서울서부지방법검찰청 2006년 형제50478호)을 수사한 후 2006. 11. 30. 고소범죄에 대한 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권 없음의 불기소처분을 하였다.

위 청구인은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자 그로부터 30일 이내인 2007. 3. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 판 단

### 가. 심판대상

청구인들은 이 사건 각 헌법소원심판청구서에서 위 각 불기소처분의 근거가 된 공소시효의 기간 및 그 정지와 효력에 관한 형사소송법 제249조 제1항, 제253조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)가 미성년자들로서 성폭력범죄 피해자들이었던 청구인들의 재판절차진술권 등을 침해하여 위헌이므로, 위헌인 이 사건 법률조항에 근거한 피청구인의 이 사건 각 불기소처분은 취소되어야 한다는 취지로 주장하고 있다.

따라서 이 사건 각 헌법소원심판청구의 심판대상은 이 사건 각 불기소처분이라는 공권력의 행사로 인하여 청구인들 주장의 각 기본권이 침해되었는지의 여부임이 명백하고(헌재 1995. 7. 21. 95헌마8등, 판례집 7-2, 206, 211-212 참조), 이 사건 법률조항의 위헌여부 그 자체는 직접적인 심판대상이 될 수 없는 것이다.

### 나. 본안에 관한 판단

기록을 살펴보아도, 피청구인들이 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단

판례집 20-2(하)

에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보이지 아니하므로, 이미 공소시효가 경과한 위 각 고소사실에 대하여 공소권없음의 불기소처분을 한 것은 옳고 이로 말미암아 청구인들 주장의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다(다만, 이 사건 헌법소원심판청구에 대하여 인용결정이 되고 그 인용결정이 이 사건 불기소처분의 근거가 된 이 사건 법률조항의 위헌에 기인한 것이라면 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 부수적으로 위헌선언을 할 수 있을 것이지만, 이 사건 각 불기소처분 자체는 헌법에 위배되지 아니하여 이 사건 각 헌법소원심판청구가 인용되지 아니하는 이상 부수적 규범통제에 관하여는 더 나아가 판단할 필요가 없을 뿐만 아니라, 가사 이 사건 법률조항이 위헌이라고 하더라도 위 조항은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서 소정의 형벌에 관한 법률조항이 아니어서 그 위헌결정의 효력에는 소급효를 인정할 수 없으므로, 이미 공소시효가 완성된 피의자들에 대하여 다시 공소를 제기하여 형사처벌을 할 수도 없는 것이다).

3. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 중 재판관 조대현, 재판관 이동흡을 제외한 나머지 재판관의 일치된 의견에 의하여 주문과 같이 결정한다.

4. 재판관 이동흡의 보충의견 및 반대의견(각하의견)

가. 심판의 대상 및 불기소처분의 근거가 된 법률조항에 대한 위헌성 심사의 필요성에 관한 보충의견

나는 이 사건 헌법소원심판청구의 심판의 대상은 위 각 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지의 여부이고, 청구인들이 위헌이라고 주장하는 형사소송법 제249조와 형사소송법 제253조는 헌법재판소법 제75조 제5항 소정의 부수적 규범통제의 대상이 될 뿐이어서 애당초 인용결정이 불가능한 이 사건 헌법소원심판청구에 있어서는 이 사건 법률조항의 위헌성 여부를 심사할 필요도 없다고 생각하는바, 이 점에 있어서 다수의견과 그 뜻을 같이 하므로 이에 관하여 그 이유를 보충하고자 한다.

(1) 이 사건 헌법소원심판청구의 대상

청구인들은 이 사건 헌법소원심판청구서에서 이 사건 불기소처분의 근거가 된 공소시효의 기간 및 그 정지와 효력에 관한 이 사건 법률조항이 미성년자인 성폭력범죄 피해자들의 재판절차진술권 등을 침해하여 위헌이므로, 위헌인 이 사건 법률조항에 근거한 피청구인의 이 사건 불기소처분은 취소되어야

한다는 취지로 주장하고 있다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구의 심판대상은 이 사건 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지의 여부임이 명백한 것이고(헌재 1995. 7. 21. 95헌마8등, 판례집 7-2, 206, 211-212 참조), 이 사건 법률조항의 위헌여부는 이 사건 헌법소원심판청구에 있어서 별개의 독립된 심판대상이 될 수 없는 것이다.

뿐만 아니라 설사 이 사건 헌법소원심판청구를 이 사건 법률조항에 대한 심판청구로 볼 수 있는 경우라 하더라도, 이 사건 헌법소원심판청구는 공소시효 완성일로부터 1년 이후에, 불기소처분결과를 통고받은 날로부터 90일 이후에 제기된 것임이 분명하므로, 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제69조의 규정에 의한 청구기간이 경과된 후 제기된 것이어서 부적법 각하를 면할 수도 없는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항에 대한 위헌성 심사의 요부

위에서 본 바와 같이 이 사건 헌법소원심판청구의 대상은 이 사건 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지의 여부이고, 따라서 이 사건 불기소처분의 근거가 된 이 사건 법률조항은 헌법재판소법 제75조 제5항의 규정에 따라 이 사건 헌법소원심판청구에 대한 인용결정이 있을 경우에만 위헌선고가 가능한 부수적 규범통제의 대상이 될 뿐인 것이다.

그런데 이 사건 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판청구는 아래에서 보는 바와 같은 이유로 애당초 인용될 수 없는 것이므로, 인용결정을 전제로 하는 부수적 규범통제의 대상인 이 사건 법률에 대하여는 나아가 그 위헌성 여부를 심사할 필요도 없다 할 것이다.

즉, 이 사건 법률조항 등에서 규정한 공소시효 제도는 시간의 경과에 따라 범죄의 사회적 영향이 약화되어 가벌성이 소멸되었다는 주된 실체적 이유에서 일정한 기간의 경과로 국가가 형벌권을 포기함으로써 결과적으로 국가형벌권의 소멸과 공소권의 소멸로 범죄인으로 하여금 소추와 처벌을 면하게 함으로써 형사피의자의 법적 지위의 안정을 법률로써 보장하는 형사소송조건에 관한 제도인바(헌재 1993. 9. 27. 92헌마284, 판례집 5-2, 340, 347), 설사 이 사건 법률조항이 위헌인 경우라 하더라도 이 사건 법률조항이 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 즉 형벌에 관한 법률조항에 해당하지 않는 만큼 그 위헌결정의 효력에 소급효를 인정할 수 없는 것이고, 또한 이 사건 법률조항이 위헌이라 하여 이미 공소시효가 완성된 형사피의자들을 다시 기소하여 형사처벌

판례집 20-2(하)

할 수 있도록 하는 것은 이미 공소시효가 완성된 형사피의자의 신체의 자유 내지 형사처벌과 관련한 법적 안정성이나 신뢰보호이익을 지나치게 침해하는 것이어서 용인될 수 없는 것이므로, 결국 이 사건 법률이 위헌임을 이유로 이 사건 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판청구는 인용될 여지가 없는 것이다.

(3) 소결론

따라서 이 사건 헌법소원심판청구의 심판의 대상은 이 사건 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지의 여부로 한정되고 부수적 규범통제의 대상인 이 사건 법률조항에 대하여는 별도로 위헌성 여부를 판단할 필요가 없다 할 것이다.

나. 반대의견(각하의견)

나는 이 사건 헌법소원심판청구를 기각한 다수의견과는 달리, 청구인들의 주장과 같이 이 사건 법률조항이 위헌인 경우라 하더라도 이 사건 불기소처분을 취소할 수는 없다 할 것이어서 결국 공소제기를 통한 청구인들의 기본권 구제는 불가능해지므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호이익을 인정할 수 없어 부적법 각하되어야 마땅하다고 생각하는바, 아래에서 그 이유에 관하여 밝히기로 한다.

(1) 헌법소원심판청구의 적법요건으로서의 권리보호이익

헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하여 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있는 경우에 비로소 이를 제기할 수 있고, 권리보호의 이익이 없는 헌법소원심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없는 것이다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 107).

(2) 이 사건 헌법소원심판청구의 권리보호이익 흠결 여부

청구인들은 이 사건 불기소처분의 근거가 된 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 점을 이 사건 불기소처분이 취소되어야 하는 이유로 주장하고 있다. 그런데 설사 청구인들의 주장과 같이 이 사건 법률조항이 위헌인 경우라 하더라도 이 사건 불기소처분을 취소할 수 없는 것이라면 이 사건 불기소처분의 당부를 따질 필요도 없이 공소제기를 통한 청구인들의 기본권 구제는 불가능해진다 할 것이므로 이 사건 헌법소원심판청구의 권리보호이익은 부정될 수밖에 없는 것이다.

그러므로 살피건대, 이미 가.항의 보충의견에서 밝힌 바와 같이 이 사건 법률조항이 위헌인 경우라 하더라도 이 사건 법률조항이 헌법재판소법 제47조

제2항 단서, 즉 형벌에 관한 법률조항에 해당하지 않는 만큼 그 위헌결정의 효력에 소급효를 인정할 수 없는 것이고, 또한 이 사건 법률조항이 위헌이라 하여 이미 공소시효가 완성된 형사피의자들을 다시 기소하여 형사처벌할 수 있도록 하는 것은 이미 공소시효가 완성된 형사피의자의 신체의 자유 내지 형사처벌과 관련한 법적 안정성이나 신뢰보호이익을 지나치게 침해하는 것이 되므로, 결국 이 사건 법률조항이 위헌인 경우라 하더라도 이 사건 불기소처분을 취소할 여지는 없다고 하여야 한다.

이와 관련하여 헌법재판소는, 불처벌의 특례를 규정한 교통사고처리특례법 제4조 제1항이 위헌이라면서 위 법률조항을 근거로 한 불기소처분의 취소를 구한 헌법소원 사건에서, '위 불기소처분의 근거가 된 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 선고되더라도 교통사고를 야기한 청구외인들의 행위 당시로 소급하여 위 법률조항을 실효시키는 효력이 없어 결국 위 불기소처분을 취소할 수 있는 여지도 없다고 할 것이므로, 위 불기소처분에 대한 헌법소원으로써는 청구인들의 기본권이 구제될 수 없다 할 것이니, 위 불기소처분의 취소를 구하는 심판청구는 주관적 권리보호의 이익이 없는 경우에 해당하여 부적법하다.'는 이유로 위 불기소처분의 취소를 구하는 심판청구를 각하한 바도 있다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 107-108 참조).

### (3) 소결론

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호이익이라는 헌법소원심판청구의 적법요건을 흠결하여 부적법한 것이므로 각하되어야 마땅하다.

### 다. 결 론

나는 이상과 같은 이유로, 이 사건 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판청구에 있어서 부수적 규범통제의 대상인 이 사건 법률조항에 대한 위헌성 심사는 요구되지 않는다고 할 것이므로 이에 관하여 보충의견을 밝히는 한편, 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호이익을 흠결하여 각하되어야 마땅한 것이므로 이 사건 헌법소원심판청구를 기각한 다수의견에 대하여 반대의견을 개진하는 바이다.

### 5. 재판관 조대현의 반대의견

청구인들의 이 사건 헌법소원 심판청구의 요지는 이 사건 불기소처분에 적용된 법률규정이 헌법에 위반되므로 이 사건 불기소처분을 취소하여야 한다는 것이다.

이 사건 심판대상은 이 사건 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하였

판례집 20-2(하)

는지 여부이므로, 그 청구기간의 준수 여부는 이 사건 불기소처분을 기준으로 따져야 한다. 이 사건 불기소처분의 취소사유로 적용법률의 위헌성을 주장하였다고 하여 그 적용법률에 대한 헌법소원이라고 보고 청구기간을 따져서는 안 된다.

청구인들은 이 사건 불기소처분은 위헌인 법률을 적용한 것이기 때문에 취소되어야 한다고 주장하는 것이므로, 이 사건 불기소처분에 적용된 법률이 위헌인지 여부를 선결문제로서 판단한 다음 청구의 당부를 결론지어야 한다. 이 사건 불기소처분에 적용된 법률의 위헌 여부를 판단하지 않고, 그 법률이 합헌임을 전제로 그러한 법률을 적용한 이 사건 불기소처분은 정당하다고 심판하는 것은, 청구인들의 청구사유에 대한 판단을 회피하거나 누락하는 결과로 된다.

이 사건 불기소처분에 적용된 법률이 위헌이라면, 위헌인 법률을 적용한 불기소처분은 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 크다고 볼 수 있다. 이 사건 불기소처분에 적용된 법률에 대한 위헌심판의 효력이 그 심판 전에 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대하여도 소급하여 미치게 하면 법적안정성이나 신뢰이익을 크게 침해하게 된다고 하더라도, 그것은 이 사건 불기소처분이 취소된 이후에 검찰이나 법원에서 따질 문제이지, 이 사건 불기소처분의 취소 여부를 심판하기 위하여 그 적용법률의 위헌 여부를 판단하는 경우에 선결문제나 권리보호이익의 문제로서 헌법재판소가 미리 따질 문제가 아니다.

결국 이 사건 불기소처분에 적용된 법률이 위헌인지 여부를 먼저 판단한 뒤에 이 사건 불기소처분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부를 심판하여야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 공무원보수규정 제5조에 의한 [별표 10] 위헌확인

(2008. 12. 26. 2007헌마444 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 공무원보수규정의 봉급액 책정에 있어서 경찰공무원과 군인을 평등권 침해 여부의 판단에 있어서 의미 있는 비교집단으로 볼 수 있는지 여부(적극)
2. 공무원보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조에 의한 [별표 10](경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경의 봉급표) 중 '경장'에 관한 부분(이하 '이 사건 법령조항'이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법령조항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법령조항이 청구인의 직업선택의 자유 및 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 경찰공무원과 군인의 관계를 보건대, 경찰공무원은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하고(경찰법 제3조), 군인은 전시와 평시를 막론하고 국방의 의무를 수행하기 위한 군에 복무하면서 대한민국의 자유와 독립을 보전하고 국토를 방위하며 국민의 생명과 재산을 보호하고 나아가 국제평화의 유지에 이바지함을 그 사명으로 하므로(국군조직법 제4조 제1항, 군인복무규율 제4조 제2호), 경찰공무원과 군인은 주된 임무가 다르지만, 양자 모두 국민의 생명·신체 및 재산에 대한 구체적이고 직접적인 위험을 예방하고 보호하는 업무를 수행하면서 그 과정에서 생명과 신체에 대한 상당한 위험을 부담한다. 나아가 국가비상사태, 대규모의 테러 또는 소요사태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우에는 경찰공무원은 치안유지를 위하여 군인에 상응하는 고도의 위험을 무릅쓰고 부여된 업무를 수행하여야만 한다. 이를 고려하여 볼 때,



직무의 곤란성과 책임의 정도에 따라 결정되는 공무원보수의 책정에 있어서(국가공무원법 제46조 제1항), 경찰공무원과 군인은 본질적으로 동일·유사한 집단이라고 할 것이다.

2. 경찰공무원임용령 시행규칙상의 계급환산기준표 및 호봉획정을 위한 공무원경력의 상당계급기준표에 의하면 경장인 청구인의 계급에 상당하는 군인 계급은 중사인바, 경찰공무원인 경장의 1호봉 봉급월액은 중사의 1호봉 봉급월액보다 적으므로 상응하는 계급인 경장과 중사 간에 봉급월액에 대한 차별취급이 존재한다.

그러나 경찰공무원과 군인은 업무를 수행하는 과정에서 생명과 신체에 대한 상당한 위험을 부담한다는 점에서 유사한 측면이 존재하지만, 법률에 의하여 부여된 고유 업무는 서로 다르고, 그에 따라 업무수행 중에 노출되는 위험상황의 성격과 정도에 있어서도 서로 일치한다고는 볼 수 없다.

또한 경찰공무원과 군인은 직종 간 특성에 따라 다른 계급체계 및 인사운영체계를 가지고 있고, 이에 따라 봉급월액을 다르게 정하고 있다.

따라서 경찰공무원 중 경장의 봉급월액이 이에 대응하는 군인계급인 중사의 봉급월액보다 적게 규정되었다고 하여 이를 합리적 이유 없는 차별에 해당한다고 볼 수 없다.

3. 공무원의 보수청구권은, 법률 및 법률의 위임을 받은 하위법령에 의해 그 구체적 내용이 형성되면 재산적 가치가 있는 공법상의 권리가 되어 재산권의 내용에 포함되지만, 법령에 의하여 구체적 내용이 형성되기 전의 권리, 즉 공무원이 국가 또는 지방자치단체에 대하여 어느 수준의 보수를 청구할 수 있는 권리는 단순한 기대이익에 불과하여 재산권의 내용에 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 청구인이 주장하는 특정한 또는 구체적 보수수준에 관한 내용이 법령에서 형성된 바 없음에도, 이 사건 법령조항이 그 수준의 봉급월액보다 낮은 봉급월액을 규정하고 있어 청구인의 재산권을 침해한다는 주장은 이유 없다.

4. 직업의 자유에 '해당 직업에 합당한 보수를 받을 권리'까지 포함되어 있다고 보기 어렵고, 이 사건 법령조항은 경찰공무원인 경장의 봉급표를 규정한 것으로서 개성 신장을 위한 행복추구권의 제한

과는 직접적인 관련이 없으므로, 청구인의 위 주장들은 모두 이유 없다.

**재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대이견**

경찰공무원과 군인은 법률에 의하여 부여된 고유한 업무가 다르고, 각 직종 간 특성에 따라 서로 다른 계급체계와 인사운영체계를 가지고 있으며, 상이한 직종 간에 비교되는 계급을 설정함에 있어서 직무의 곤란성과 책임의 정도를 등가적으로 판단할 수 있는 기준을 제시할 수 없다.

따라서 경찰공무원 계급에 있어서 경장과 군인 계급에 있어서 중사를 본질적으로 동일한 비교집단으로 볼 수는 없으므로 이 사건 법령조항은 기본적으로 동일하지 아니한 것을 다르게 취급하고 있는 것으로 차별자체가 존재하지 않는바, 청구인의 평등권이 침해될 가능성이 없다. 또한 이 사건 법령조항으로 인한 기타 기본권 침해의 가능성도 인정되지 않으므로 자신의 헌법상 보장된 기본권의 침해가 있었음을 전제로 한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없다.

**【심판대상조문】**

공무원보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조(공무원의 봉급) 공무원의 봉급월액은 [별표 1] 공무원별봉급표구분표에 의한 별표 3 내지 별표 14의 해당봉급표에 명시된 금액으로 한다.

[별표 10]

경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경 등의 봉급표

(월지급액, 단위: 원)

계급 호봉	치안정감 소방정감	치안감 소방감	경무관 소방준감	총경 소방정	경정 소방령	경감 소방경	경위 소방위	경사 소방장	경장 소방교	순경 소방사
1	2,381,100	2,126,200	1,901,000	1,741,600	1,538,300	1,320,900	1,168,100	1,046,700	974,100	895,200
2	2,473,200	2,213,800	1,979,900	1,816,100	1,603,500	1,383,900	1,229,700	1,101,100	1,025,600	943,500
3	2,567,900	2,302,600	2,061,100	1,891,800	1,671,100	1,448,500	1,292,200	1,158,600	1,080,000	994,700
4	2,664,700	2,392,800	2,143,300	1,969,500	1,741,500	1,514,800	1,356,500	1,219,200	1,135,400	1,049,000
5	2,764,000	2,484,000	2,226,700	2,048,300	1,814,000	1,582,300	1,422,600	1,281,900	1,193,400	1,104,000
6	2,864,700	2,575,700	2,311,300	2,128,000	1,888,000	1,651,700	1,489,500	1,346,300	1,252,700	1,160,300

판례집 20-2(하)

계급 호봉	치안총감 소방정감	치안감 소방감	경무관 소방준감	총경 소방정	경정 소방령	경감 소방경	경위 소방위	경사 소방장	경장 소방교	순경 소방사
7	2,967,000	2,668,600	2,396,900	2,208,600	1,963,300	1,722,600	1,557,000	1,411,400	1,312,500	1,214,300
8	3,070,500	2,761,800	2,482,800	2,289,800	2,039,700	1,794,300	1,624,700	1,476,800	1,369,900	1,266,500
9	3,175,300	2,855,500	2,569,600	2,371,200	2,116,300	1,866,600	1,692,900	1,539,200	1,424,900	1,316,700
10	3,281,000	2,949,600	2,656,600	2,452,900	2,193,700	1,934,600	1,757,500	1,599,000	1,477,200	1,365,000
11	3,386,800	3,044,100	2,743,800	2,535,300	2,266,100	1,999,100	1,818,500	1,655,600	1,527,800	1,411,300
12	3,492,700	3,138,800	2,831,500	2,610,700	2,334,000	2,060,000	1,876,600	1,709,600	1,576,000	1,456,000
13	3,599,200	3,234,100	2,913,000	2,681,200	2,398,500	2,117,800	1,931,900	1,760,900	1,622,300	1,498,700
14	3,706,000	3,320,200	2,988,600	2,747,000	2,458,600	2,172,700	1,984,000	1,810,000	1,666,400	1,540,300
15	3,799,200	3,399,900	3,058,200	2,808,900	2,515,400	2,224,300	2,033,900	1,856,700	1,708,800	1,580,100
16	3,882,100	3,472,800	3,123,300	2,867,200	2,568,900	2,273,800	2,080,800	1,901,100	1,749,700	1,618,700
17	3,955,500	3,539,900	3,183,600	2,921,400	2,619,100	2,319,800	2,125,800	1,943,700	1,788,000	1,656,200
18	4,021,000	3,601,200	3,239,700	2,972,200	2,666,700	2,364,200	2,168,200	1,984,300	1,825,100	1,691,300
19	4,079,500	3,657,800	3,291,800	3,019,500	2,711,300	2,405,600	2,208,400	2,022,500	1,860,700	1,725,600
20	4,132,200	3,709,600	3,340,200	3,063,700	2,753,100	2,445,100	2,246,600	2,059,000	1,894,600	1,758,500
21	4,180,500	3,756,700	3,385,200	3,105,100	2,792,600	2,482,300	2,283,100	2,093,800	1,927,100	1,789,400
22	4,223,700	3,800,200	3,426,900	3,143,800	2,829,700	2,518,000	2,317,600	2,126,700	1,958,200	1,819,200
23	4,260,000	3,839,900	3,465,400	3,180,300	2,864,700	2,551,000	2,350,100	2,158,500	1,987,900	1,847,400
24		3,872,200	3,501,300	3,214,400	2,897,300	2,582,700	2,381,200	2,188,700	2,016,500	1,874,700
25		3,903,200	3,531,000	3,245,800	2,928,100	2,612,600	2,411,000	2,217,100	2,043,500	1,900,500
26			3,558,900	3,272,500	2,957,200	2,640,900	2,438,300	2,244,500	2,069,800	1,924,000
27			3,585,200	3,297,000	2,981,400	2,667,400	2,461,600	2,267,700	2,091,800	1,944,200
28				3,320,400	3,004,600	2,690,100	2,484,100	2,289,300	2,112,900	1,963,600
29					3,025,900	2,711,100	2,505,200	2,310,200	2,132,900	1,982,500
30					3,046,600	2,731,700	2,525,400	2,330,000	2,152,300	2,000,600
31						2,750,900	2,544,400	2,348,800	2,171,000	2,018,600
32						2,769,200				

치안총감 및 소방총감 : 5,840,800원  
경찰대학생 : 1학년 219,500원, 2학년 246,800원, 3학년 273,300원, 4학년 343,400원  
경찰간부후보생 및 소방간부후보생 : 273,300원  
전투경찰순경 : 특경은 지원에 의하지 아니하고 임용된 하사봉급 상당액, 수경은 병장봉급 상당액, 상경은 상등병봉급 상당액, 일경은 일등병봉급 상당액, 이경은 이등병봉급 상당액

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제23조 제1항

국가공무원법 제46조(보수 결정의 원칙) ① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다. 다만, 직무의 곤란성과 책임도

가 매우 특수하거나 결원을 보충하는 것이 곤란한 직무에 종사하는 공무원과 제4조 제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분을 적용하지 아니하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

- ② 공무원의 보수는 일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부분의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야 한다.
- ③ 경력직공무원 간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.
- ④ 공무원의 보수 중 봉급에 관하여는 법률로 정한 것 외에는 대통령령으로 정한다.
- ⑤ 이 법이나 그 밖의 법률에 따른 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는 어떠한 금전이나 유가물(유가물)도 공무원의 보수로 지급할 수 없다

국가공무원법 제47조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.

- 1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
- 2. 수당에 관한 사항
- 3. 보수 지급 방법, 보수의 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항

② 제1항에도 불구하고 특수 수당과 제51조 제2항에 따른 상여금의 지급 또는 특별승급에 관한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

공무원보수규정 제1조(목적) 이 영은 「국가공무원법」·「헌법재판소법」·「외무공무원법」·「경찰공무원법」·「전투경찰대설치법」·「소방공무원법」·「교정시설경비교도대설치법」·「교육공무원법」·「군인보수법」·「군무원인사법」·「국가정보원직원법」 및 「군법무관임용 등에 관한 법률」의 규정에 의하여 국가공무원(이하 “공무원”이라 한다)의 보수에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

공무원보수규정 제4조(용어의 정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1. “보수”라 함은 봉급과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다. 다만, 연봉제적용대상공무원은 연봉과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다.
- 2. “봉급”이라 함은 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 직책별로 지급되는 기본급여 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도와 재직기간등에 따라 계급(직무등급 또는 직위를 포함한다. 이하 같다)별·호봉별로 지급되는 기본급여를 말한다.
- 3. “수당”이라 함은 직무여건 및 생활여건등에 따라 지급되는 부가급여를 말한다.
- 4. 삭제
- 5. “승급”이라 함은 일정한 재직기간의 경과 기타 법령의 규정에 의하여 현재의 호봉보다 높은 호봉을 부여하는 것을 말한다.
- 6. “승격”이라 함은 외무공무원이 현재 임용된 직위의 직무등급보다 높은 직무등급의 직위(고위공무원단 직위는 제외한다)에 임용되는 것을 말한다.
- 7. “보수의 일할계산”이라 함은 그 달의 보수를 그 달의 일수로 나누어 계산하는 것을 말한다.

판례집 20-2(하)

8. “연봉”이라 함은 매년 1월 1일부터 12월 31일까지 1년간 지급되는 다음의 기본연봉과 성과연봉을 합산한 금액을 말한다. 다만, 고정급적연봉제 적용대상공무원의 경우에는 해당직책과 계급을 반영하여 일정액으로 지급되는 금액을 말한다.
  - 가. 기본연봉은 개인의 경력·누적성과와 계급 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도를 반영하여 지급되는 기본급여의 연액을 말한다.
  - 나. 성과연봉은 전년도 업무실적의 평가결과를 반영하여 지급되는 급여의 연액을 말한다.
9. “연봉월액”이라 함은 연봉에서 매월 지급되는 금액으로서 연봉을 12로 나눈 금액을 말한다.
10. “연봉의 일할계산”이라 함은 연봉월액을 그 달의 일수로 나누어 계산하는 것을 말

**【참조판례】**

1. 헌재 2003. 1. 30. 2001헌마64, 판례집 15-1, 48, 59  
헌재 2004. 10. 28. 2002헌마358, 판례집 16-2하, 195, 210
3. 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 310
4. 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 322-323

**【당 사 자】**

청 구 인 오○근  
국선대리인 변호사 권성원

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 경장으로 근무하는 자인바, 공무원보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조에 따른 [별표 10](경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경 등의 봉급표)이 경찰공무원의 보수를 군인 및 일반직공무원에 비해 낮게 규정하여 경찰공무원인 청구인의 평등권, 재산청구권 등을 침해한다고 주장하면서, 2007. 4. 16. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마444

나. 심판의 대상

청구인은 공무원보수규정 제5조에 따른 [별표 10](경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경의 봉급표)의 경찰공무원에 관한 부분 전체를 심판의 대상으로 청구하였으나, 청구인의 현재 계급이 경장이므로 이 사건 심판대상은 공무원보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조에 의한 [별표 10](경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경의 봉급표) 중 ‘경장’에 관한 부분으로 한정함이 상당하다(이하 ‘이 사건 법령조항’이라 한다).

그 구체적 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공무원보수규정 (2007. 1. 9. 대통령령 제19831호로 개정된 것) 제5조(공무원의 봉급) 공무원의 봉급월액은 [별표 1] 공무원별봉급표구분표에 의한 [별표 3] 내지 [별표 14]의 해당봉급표에 명시된 금액으로 한다.

[별표 10] <개정 2007. 1. 9>

경찰공무원·소방공무원 및 전투경찰순경 등의 봉급표

(월지금액, 단위: 원)

계급 호봉	치안정감 소방정감	치안 감 소 방 감	경 무 관 소방준감	총 경 소방정	경 정 소방령	경 감 소방경	경 위 소방위	경 사 소방장	경 장 소방교	순 경 소방사
1	2,381,100	2,126,200	1,901,000	1,741,600	1,538,300	1,320,900	1,168,100	1,046,700	974,100	895,200
2	2,473,200	2,213,800	1,979,900	1,816,100	1,603,500	1,383,900	1,229,700	1,101,100	1,025,600	943,500
3	2,567,900	2,302,600	2,061,100	1,891,800	1,671,100	1,448,500	1,292,200	1,158,600	1,080,000	994,700
4	2,664,700	2,392,800	2,143,300	1,969,500	1,741,500	1,514,800	1,356,500	1,219,200	1,135,400	1,049,000
5	2,764,000	2,484,000	2,226,700	2,048,300	1,814,000	1,582,300	1,422,600	1,281,900	1,193,400	1,104,000
6	2,864,700	2,575,700	2,311,300	2,128,000	1,888,000	1,651,700	1,489,500	1,346,300	1,252,700	1,160,300
7	2,967,000	2,668,600	2,396,900	2,208,600	1,963,300	1,722,600	1,557,000	1,411,400	1,312,500	1,214,300
8	3,070,500	2,761,800	2,482,800	2,289,800	2,039,700	1,794,300	1,624,700	1,476,800	1,369,900	1,266,500
9	3,175,300	2,855,500	2,569,600	2,371,200	2,116,300	1,866,600	1,692,900	1,539,200	1,424,900	1,316,700
10	3,281,000	2,949,600	2,656,600	2,452,900	2,193,700	1,934,600	1,757,500	1,599,000	1,477,200	1,365,000
11	3,386,800	3,044,100	2,743,800	2,535,300	2,266,100	1,999,100	1,818,500	1,655,600	1,527,800	1,411,300
12	3,492,700	3,138,800	2,831,500	2,610,700	2,334,000	2,060,000	1,876,600	1,709,600	1,576,000	1,456,000
13	3,599,200	3,234,100	2,913,000	2,681,200	2,398,500	2,117,800	1,931,900	1,760,900	1,622,300	1,498,700
14	3,706,000	3,320,200	2,988,600	2,747,000	2,458,600	2,172,700	1,984,000	1,810,000	1,666,400	1,540,300
15	3,799,200	3,399,900	3,058,200	2,808,900	2,515,400	2,224,300	2,033,900	1,856,700	1,708,800	1,580,100
16	3,882,100	3,472,800	3,123,300	2,867,200	2,568,900	2,273,800	2,080,800	1,901,100	1,749,700	1,618,700
17	3,955,500	3,539,900	3,183,600	2,921,400	2,619,100	2,319,800	2,125,800	1,943,700	1,788,000	1,656,200

판례집 20-2(하)

계급 호봉	치안정감 소방정감	치안감 소방감	경무관 소방준감	총경 소방정	경정 소방령	경감 소방경	경위 소방위	경사 소방장	경찰 소방교	순경 소방사
18	4,021,000	3,601,200	3,239,700	2,972,200	2,666,700	2,364,200	2,168,200	1,984,300	1,825,100	1,691,300
19	4,079,500	3,657,800	3,291,800	3,019,500	2,711,300	2,405,600	2,208,400	2,022,500	1,860,700	1,725,600
20	4,132,200	3,709,600	3,340,200	3,063,700	2,753,100	2,445,100	2,246,600	2,059,000	1,894,600	1,758,500
21	4,180,500	3,756,700	3,385,200	3,105,100	2,792,600	2,482,300	2,283,100	2,093,800	1,927,100	1,789,400
22	4,223,700	3,800,200	3,426,900	3,143,800	2,829,700	2,518,000	2,317,600	2,126,700	1,958,200	1,819,200
23	4,260,000	3,839,900	3,465,400	3,180,300	2,864,700	2,551,000	2,350,100	2,158,500	1,987,900	1,847,400
24		3,872,200	3,501,300	3,214,400	2,897,300	2,582,700	2,381,200	2,188,700	2,016,500	1,874,700
25		3,903,200	3,531,000	3,245,800	2,928,100	2,612,600	2,411,000	2,217,100	2,043,500	1,900,500
26			3,558,900	3,272,500	2,957,200	2,640,900	2,438,300	2,244,500	2,069,800	1,924,000
27			3,585,200	3,297,000	2,981,400	2,667,400	2,461,600	2,267,700	2,091,800	1,944,200
28				3,320,400	3,004,600	2,690,100	2,484,100	2,289,300	2,112,900	1,963,600
29					3,025,900	2,711,100	2,505,200	2,310,200	2,132,900	1,982,500
30					3,046,600	2,731,700	2,525,400	2,330,000	2,152,300	2,000,600
31						2,750,900	2,544,400	2,348,800	2,171,000	2,018,600
32						2,769,200				

치안총감 및 소방총감 : 5,840,800원  
 경찰대학생 : 1학년 219,500원, 2학년 246,800원, 3학년 273,300원, 4학년 343,400원  
 경찰간부후보생 및 소방간부후보생 : 273,300원  
 전투경찰순경 : 특경은 지원에 의하지 아니하고 임용된 하사봉급 상당액, 수경은 병장봉급 상당액, 상경은 상등병봉급 상당액, 일경은 일등병봉급 상당액, 이경은 이등병봉급 상당액

[관련조항]

국가공무원법 제46조(보수 결정의 원칙) ① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다. 다만, 직무의 곤란성과 책임도가 매우 특수하거나 결원을 보충하는 것이 곤란한 직무에 종사하는 공무원과 제4조 제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분을 적용하지 아니하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

② 공무원의 보수는 일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야 한다.

③ 경력직공무원 간의 보수 및 경력직공무원과 특수경력직공무원 간의 보수는 균형을 도모하여야 한다.

④ 공무원의 보수 중 봉급에 관하여는 법률로 정한 것 외에는 대통령령으로 정한다.

⑤ 이 법이나 그 밖의 법률에 따른 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는

어떠한 금전이나 유가물(유가물)도 공무원의 보수로 지급할 수 없다.

제47조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
2. 수당에 관한 사항

3. 보수 지급 방법, 보수의 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항  
공무원보수규정 제1조(목적) 이 영은 「국가공무원법」·「헌법재판소법」·「외무공무원법」·「경찰공무원법」·「전투경찰대설치법」·「소방공무원법」·「교정시설경비교도대설치법」·「교육공무원법」·「군인보수법」·「군무원인사법」·「국가정보원직원법」 및 「군법무관 임용 등에 관한 법률」의 규정에 의하여 국가공무원(이하 "공무원"이라 한다)의 보수에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제4조(용어의 정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “보수”라 함은 봉급과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다.  
다만, 연봉제적용대상공무원은 연봉과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말한다.
2. “봉급”이라 함은 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 직책별로 지급되는 기본급여 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도와 재직기간 등에 따라 계급(직무등급 또는 직위를 포함한다. 이하 같다)별·호봉별로 지급되는 기본급여를 말한다.
3. “수당”이라 함은 직무여건 및 생활여건 등에 따라 지급되는 부가급여를 말한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 경찰공무원의 업무가 전쟁 시를 제외한 평상 시에는 군인보다도 오히려 더 위험하고 그 책임 또한 막중한 데도 불구하고 경찰공무원의 봉급은 군인에 비해 턱없이 낮게 책정되었고 일반직 공무원과 비슷하거나 그보다 낮게 책정되어 있다.

한편, 군인의 경우 대장이 장관급에 해당하는 봉급을 지급하도록 규정되어 있으나 경찰의 경우는 경찰청장이 장관급이 아니고 차관급에 해당하는 봉급을 받으므로 인해 그 예하 경찰공무원들의 봉급도 당연히 낮으므로, 경사나 경위 등의 보수도 군대의 상사, 원사 등과 비교하여 상당한 차이를 보이고 있다.

판례집 20-2(하)

이와 같이 경찰공무원은 그 직무상 곤란성과 위험성에 있어 군인과 차이가 존재하지 않음에도 이 사건 법령조항은 군인 및 일반직 공무원에 비하여 낮은 수준의 봉급을 규정하여 경찰공무원인 청구인의 평등권 및 재산권을 침해한다.

(2) 또한 직업선택의 자유는 자신이 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 것이고, 이러한 직업선택의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족하는 방편이 된다 할 것이며, 직업수행을 통한 기본적 수요의 충족은 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 행복추구권과도 밀접한 관련을 갖는데, 이 사건 법령조항은 경찰공무원에 대한 보수를 정당한 이유 없이 낮게 책정함으로써 청구인이 직업수행을 통해 생활의 기본적 수요를 충족하고 개성신장을 이룰 수 있는 기회를 박탈하여 청구인의 직업선택의 자유 및 행복추구권을 침해한다.

나. 구 중앙인사위원회 위원장 의견요지

공무원보수규정의 봉급표는 각 직종의 특수성을 최대한 반영하기 위하여 직종별로 구분하여 설계하고 있으나, 각 직종 최고책임자의 계급과 보수수준은 봉급표 설계 시 전혀 고려하지 않는다.

또한 청구인은 계급체계, 인사제도 및 업무특성이 전혀 다른 두 직종인 경찰공무원과 일반직 공무원에 있어서 특별한 논거 없이 순경은 9급, 경장은 8급, 경사는 7급 등으로 대응시켜 봉급월액을 비교하고 있으나, 경찰공무원과 일반직공무원 및 군인공무원간 계급환산기준표 및 상당계급기준에 의하면 경찰공무원의 봉급월액은 일반직 공무원이나 군인공무원과 같거나 높은 수준이다.

특히 군인의 경우 준사관 이하 계급은 임용, 승진과 인사관리의 측면에서 장교 계급과 별개의 인사단위를 구성하고 있는 특징으로 인해 준사관 이하 계급의 봉급은 준사관 이하에서 평생 근무할 것을 전제로 타 직종의 실무자급에 비해 높게 설정되어 있고, 군인의 정년은 타 공무원에 비해 낮게 규정되어 있는바, 이러한 사항은 고려하지 않고, 각 직종별 하위계급으로부터 순차적으로 비교하여 차별을 논하는 청구인의 주장은 경찰공무원과 군인공무원간 임용경로, 채용계급 및 인사운영 체계가 전혀 다름을 간과한 것이다.

따라서 이 사건 법령규정이 다른 직종에 비해 경찰공무원의 봉급을 낮게 책정함으로써 청구인의 평등권, 재산권 등을 침해한다는 청구인의 주장은 이유 없다.

### 3. 판 단

#### 가. 공무원의 보수청구권

헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률로써 보장할 것을 규정하고 있다. 위 조항의 뜻은 공무원이 정치과정에서 승리한 정당원에 의하여 충원되는 업관제를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성과 연속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서의 직업공무원제도를 마련해야 한다는 것이다. 직업공무원제도는 바로 그러한 제도적 보장을 통하여 모든 공무원으로 하여금 어떤 특정 정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니라 국민 전체에 대한 봉사자로서 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 함으로써 공무원 개인의 권리나 이익을 보호함에 그치지 아니하고 나아가 국가기능의 측면에서 정치적 안정의 유지에 기여하도록 하는 제도이다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 442-443 참조).

이와 같이 공무원에 대한 특별한 신분보장은 직업공무원제도를 유지하기 위해 공무원에게 반사적으로 인정되는 제도상의 지위인바, 공무원은 공무수행상의 사유가 아니면 자신의 지위를 상실하거나 기타 불이익한 처분을 받지 아니하고, 공무 이외의 타 직을 겸하는 것이 금지되지만 법정 보수를 받고 각종 연금 내지 보상청구권을 갖는다. 다만, 공무원의 신분은 무제한 보장되는 것이 아니라 공무원의 지위 및 공무의 특수성을 고려하여 헌법이 정한 신분보장의 원칙 아래 법률로 그 내용이 정하여진다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 205 ; 헌재 1997. 11. 27. 95헌바14, 판례집 9-2, 575, 584 등 참조).

이처럼 직업공무원제도를 유지하기 위해 공무원에게 보수청구권이 인정되지만, 공무담당자로서의 지위, 공무의 특수성, 국가재정적 상황 등 공무원법관계의 특성으로 인하여 그 보수청구권의 구체적 내용을 형성함에 있어서는 입법자에게 폭 넓은 재량이 헌법상 허용된다고 할 것이다.

한편 이러한 공무원의 보수청구권은 법률 및 법률의 위임을 받은 하위법령에서 보수의 구체적 수준이 형성되면 직업공무원제도의 한 내용으로서 재산권적 성격이 인정되는 공법상 권리가 된다.

#### 나. 경찰공무원의 보수 일반

공무원의 보수라 함은 봉급과 기타 각종 수당을 합산한 금액을 말하는데, 봉급은 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 직책별로 지급되는 기본급여

판례집 20-2(하)

또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도와 재직기간 등에 따라 계급(직무등급 또는 직위를 포함한다. 이하 같다)별·호봉별로 지급되는 기본급여를 말한다(공무원보수규정 제4조 제1호, 제2호).

국가공무원법 제46조 제1항에 의하면 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정하되, 일반의 표준생계비, 불가수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하도록 하고 있다. 나아가 같은 법 제47조 제1항에서는 공무원의 보수 중 봉급에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데 이에 따라 공무원보수규정에서는 공무원의 구분에 따라 봉급월액을 규정하고 있다(공무원보수규정 제5조, 별표 3 내지 별표 14).

경찰공무원에 대하여는 공무원보수규정 별표 10에서 소방공무원 및 전투경찰순경 등과 함께 규정되어 있고, 일반직공무원 등에 대하여는 같은 규정 별표 3에서, 군인에 대하여는 별표 13에서 규정되어 있다.

한편, 위 보수규정 제5조가 정하고 있는 공무원별 봉급표에 기하여 경찰공무원, 일반직공무원 및 군인의 1호봉 봉급을 개략적으로 비교하여 보면, 2007. 1. 9. 기준으로 순경은 879,400원(일반직 9급 805,600원, 하사 811,100원), 경장은 956,900원(일반직 8급 918,600원, 중사 968,200원), 경사는 1,028,200원(일반직 7급 1,034,100원, 준위 1,247,600원), 경위는 1,147,400원(일반직 6급 1,165,100원, 중위 1,041,900원)으로 규정되어 있다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

청구인은, 경찰공무원이 직무의 곤란성과 위험성에 있어 군인과 근본적인 차이가 존재하지 않음에도, 이 사건 법령조항은 경찰공무원의 봉급월액을 군인 및 일반직공무원에 비하여 낮은 수준으로 규정함으로써, 보수청구권에 있어서 경찰공무원인 청구인의 평등권을 침해한다는 취지로 주장한다.

평등권 위반여부의 심사에 있어서 엄격심사에 의할 것인지, 완화된 심사에 의할 것인지는 입법자 내지 입법의 위임을 받은 행정부에게 인정되는 형성의 자유 정도에 따라 달라진다 할 것인데(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195, 210 참조), 이 사건 법령조항으로 인한 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우에 해당한다고 볼 수 없는 점과 공무원 보수청구권의 구체적 내용에 대하여는 광범위한 재량이 부여된다는 점을 고려하면, 이에 대한 평등심사는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용함이 상당하다.

(2) 판 단

자의금지원칙에 관한 심사요건은 첫째, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관한 차별취급의 존재 여부와 둘째, 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 첫째 요건과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려있고, 둘째 요건과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌마64, 판례집 15-1, 48, 59 등 참조).

(가) 의미 있는 비교집단인지 여부

우선 경찰공무원과 일반직공무원의 관계를 본다. 경찰공무원은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하는데 반하여(경찰법 제3조), 일반직공무원은 기술·연구 또는 행정일반에 대한 업무를 담당하므로(국가공무원법 제2조 제2항 제1호), 업무의 성격, 위험성 및 직무의 곤란성 정도가 전혀 유사하지 않고, 따라서 경찰공무원과 일반직공무원을 보수 책정에 있어서 의미 있는 비교집단으로 보기 어렵다.

다음으로 경찰공무원과 군인의 관계를 본다. 앞에서 본 바와 같이, 경찰공무원은 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하는데 비하여, 군인은 전시와 평시를 막론하고 국방의 의무를 수행하기 위한 군에 복무하면서 대한민국의 자유와 독립을 보전하고 국토를 방위하며 국민의 생명과 재산을 보호하고 나아가 국제평화의 유지에 이바지함을 그 사명으로 한다(국군조직법 제4조 제1항, 군인복무규율 제4조 제2호).

이와 같이 경찰공무원과 군인은 주된 임무가 다르지만, 양자 모두 국민의 생명·신체 및 재산에 대한 구체적이고 직접적인 위험을 예방하고 보호하는 업무를 수행하면서 그 과정에서 생명과 신체에 대한 상당한 위험을 부담한다. 나아가 전시·사변, 천재·지변 그 밖에 이에 준하는 국가비상사태, 대규모의 테러 또는 소요사태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우에는 경찰공무원은 치안유지를 위하여 군인에 상응하는 고도의 위험을 무릅쓰고 부여된 업무를 수행하여야만 한다.

경찰공무원의 업무수행에 내재하는 이러한 위험성 때문에 우리 헌법 제29조 제2항은 '직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상을 청구할

판례집 20-2(하)

수 없는 직종'으로 '군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자'를 명시하고 있고, '국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률'에서도 경찰공무원이 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 사망하거나 상이를 입은 경우 및 교육훈련 또는 직무수행 중 사망하거나 상이를 입은 경우 군인과 같이 처우하도록 규정하고 있다(같은 법 제4조 제1항 제3호 내지 제6호).

이러한 사정을 고려하여 볼 때, 직무의 곤란성과 책임의 정도에 따라 결정되는 공무원보수의 책정에 있어서(국가공무원법 제46조 제1항), 경찰공무원과 군인은 본질적으로 동일·유사한 집단이라고 할 것이다.

따라서 평등권 심사에 있어서 의미 있는 비교집단인 경찰공무원과 군인 사이에 차별취급이 존재하는지 여부 및 차별취급의 정당성을 살펴보기로 한다.

(나) 차별취급의 존재 여부

경찰공무원과 군인은 각 계급체계가 다르지만, 경찰공무원임용령 시행규칙상의 계급환산기준표 및 호봉확정을 위한 공무원경력의 상당계급기준표에 의하면 경장인 청구인의 계급에 상당하는 군인 계급은 중사라고 할 것이다.

그런데 공무원보수규정에 의하면 경찰공무원인 경장의 1호봉 봉급월액은 956,900원으로 중사의 1호봉 봉급월액인 968,200원보다 적으므로, 비록 다른 직종이지만 상응하는 계급인 경장과 중사 간에 봉급월액에 대한 차별취급이 존재한다.

(다) 차별취급의 합리성

국가공무원법의 위임에 따라 대통령령을 제정해야 할 의무를 부담하는 행정부는 공무원의 보수를 정함에 있어 각 업무의 성격, 조직의 특성 및 다른 직종 간의 형평성 등을 두루 참작하여 구체적인 보수액 및 봉급월액은 물론 이를 봉급과 수당에 어떻게 배분할 것인지를 적절하게 정할 수 있는 재량권을 가진다.

앞에서 살펴본 바와 같이 경찰공무원과 군인은 업무를 수행하는 과정에서 생명과 신체에 대한 상당한 위험을 부담한다는 점에서 유사한 측면이 존재하지만, 법률에 의하여 부여된 고유 업무는 서로 다르고, 그에 따라 업무수행 중에 노출되는 위험상황의 성격과 정도에 있어서도 서로 일치한다고는 볼 수 없다.

또한 경찰공무원과 군인은 직종 간 특성에 따라 다른 계급체계 및 인사운영체계를 가지고 있고, 이에 따라 봉급월액을 다르게 정하고 있다. 특히, 군인 중 준사관 이하 계급은 경찰공무원과 달리 임용·승진과 인사관리의 측면에

서 같은 직종인 장교 계급과 별개의 인사단위를 구성하고 있어 사실상 장교 이상 계급으로의 진급이 불가능하므로 정년까지 근무한다고 하더라도 준사관으로 퇴직하게 되는 점을 감안하여 보수에 있어서도 하위계급인 준위 및 원사·중사의 봉급월액이 상위계급인 중위 및 소위보다 높게 책정되어 있다.

이와 같은 상황을 고려하여 볼 때, 경찰공무원 중 경장의 봉급월액이 이에 대응하는 군인계급인 중사의 봉급월액보다 적게 규정되었다고 하여 이를 합리적 이유 없는 차별에 해당한다고 볼 수 없다.

(라) 소 결

따라서 이 사건 법령조항이 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

라. 재산권 침해 여부

청구인은 이 사건 법령조항이 경찰공무원의 보수를 현저히 낮게 책정하고 있어 직무수행을 통해 정당하게 받아야 하는 보수를 제한함으로써 청구인의 재산권을 침해한다고 주장한다.

우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372 참조). 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치가 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 재산권에 속하지 않는다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 310 등 참조).

앞에서 판단한 바와 같이 공무원의 보수청구권은, 법률 및 법률의 위임을 받은 하위법령에 의해 그 구체적 내용이 형성되면 재산적 가치가 있는 공법상의 권리가 되어 재산권의 내용에 포함되지만, 법령에 의하여 구체적 내용이 형성되기 전의 권리, 즉 공무원이 국가 또는 지방자치단체에 대하여 어느 수준의 보수를 청구할 수 있는 권리는 단순한 기대이익에 불과하여 재산권의 내용에 포함된다고 볼 수 없다.

따라서 청구인이 주장하는 특정한 또는 구체적 보수수준에 관한 내용이 법령에서 형성된 바 없음에도, 이 사건 법령조항이 그 수준의 봉급월액보다 낮은 봉급월액을 규정하고 있어 청구인의 재산권을 침해한다는 주장은 이유 없다고 할 것이다.

마. 직업선택의 자유 및 행복추구권 침해 여부

청구인은 이 사건 법령조항이 경찰공무원의 봉급표를 낮게 책정하고 있어

판례집 20-2(하)

생활의 기본적 수요를 충족하기 위한 직업선택의 자유 및 개성신장을 위한 행복추구권을 침해한다고 주장한다.

그러나 직업의 자유에 ‘해당 직업에 합당한 보수를 받을 권리’까지 포함되어 있다고 보기 어려우므로 이 사건 법령조항이 청구인이 원하는 수준 보다 적은 봉급월액을 규정하고 있다고 하여 이로 인해 청구인의 직업선택이나 직업수행의 자유가 침해되었다고 할 수 없고(헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 322-323 참조), 위 조항은 경찰공무원인 경장의 봉급표를 규정한 것으로서 개성 신장을 위한 행복추구권의 제한과는 직접적인 관련이 없으므로, 청구인의 위 주장들은 모두 이유 없다.

따라서 이 사건 법령조항이 청구인의 직업선택의 자유 및 행복추구권을 침해하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 아래 5.과 같은 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

우리는 재산권, 직업선택의 자유 및 행복추구권 침해 여부 판단에 대하여는 다수의견에 동의하나, 평등권 침해 여부 판단에 대하여는 다수의견과 달리 경찰공무원과 군인은 평등권 침해 여부 심사에 있어서 의미 있는 비교집단으로 설정될 수 없어 결국 이 사건 헌법소원심판은 기본권침해가능성이 결여되어 부적법하다고 판단하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 평등권 침해 주장에 있어서 차별취급의 존재 여부

평등권은 당해 공권력의 행사가 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하고 있는 경우에 침해가 발생하는 것이지, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별자체가 존재한다고 할 수 없다(헌재 2006. 1. 17. 2005헌마1214, 공보 112, 216, 217).

그런데 국가공무원법은 같은 직무, 신분보장 여부 및 직무담당의 원인 등에 따라 공무원을 구분하고 있고(국가공무원법 제2조), 국가공무원법 제46조 제1항은 공무원의 보수에 있어서 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정하도록 규정되어 있다.

경찰공무원과 군인의 업무를 살펴보면, 경찰공무원은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속

기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하는 반면(경찰법 제3조), 군인은 대한민국의 자유와 독립을 보전하고 국토를 방위하며 국민의 생명과 재산을 보호하고 나아가 국제평화의 유지에 이바지함을 그 사명으로 하는 등(국군조직법 제4조 제1항, 군인복무규율 제4조 제2호) 법률에 의하여 부여된 고유한 업무가 다르고, 각 직종 간 특성에 따라 서로 다른 계급체계와 인사운영체계를 가지고 있다.

이에 따라 공무원보수규정은 군인과 경찰공무원의 봉급표를 그 담당 직무의 곤란성, 책임의 정도 및 인사운영체계 등에 맞도록 달리 규정하고 있는 것이다.

또한 상이한 직종 간에 비교되는 계급을 설정함에 있어서 직무의 곤란성과 책임의 정도를 등가적으로 판단할 수 있는 기준을 제시할 수 없고, 중사를 경장으로 환산하여 규정한 경찰공무원임용령 시행규칙상의 계급환산기준표는 특별채용의 요건 충족 여부를 결정하기 위한 기준이며, 직종 간 상당계급기준표는 공무원의 초임호봉획정에 있어서 다른 직종의 공무원 경력을 호봉에 합산하기 위한 기준일 뿐이므로 경찰공무원 계급에 있어서 경장과 군인 계급에 있어서 중사를 본질적으로 동일한 비교집단으로 볼 수는 없다.

따라서 경찰공무원과 군인은 공무원보수규정상의 봉급표에 있어서 본질적으로 동일한 지위에 있다고 볼 수 없고, 경장과 중사의 봉급월액이 다르게 규정되어 있다고 하여 이를 두고 같은 것을 다르게 취급하는 것이라고 할 수 없다.

그렇다면 경찰공무원의 봉급월액을 군인과 다르게 규정하고 있는 이 사건 법령조항은 기본적으로 동일하지 아니한 것을 다르게 취급하고 있는 것이므로 차별자체가 존재하지 않고 따라서 청구인의 평등권이 침해될 가능성이 없다.

#### 나. 소 결

따라서 경찰공무원의 봉급월액을 군인과 다르게 규정하고 있는 이 사건 법령조항은 기본적으로 동일하지 아니한 것을 다르게 취급하고 있는 것이므로 차별자체가 존재하지 않아 청구인의 평등권이 침해될 가능성이 없고, 이 사건 법령조항으로 인한 기타 기본권 침해의 가능성도 인정되지 않는다.

결국 이 사건 법령조항으로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해될 여지는 없다 할 것이므로, 이 사건 법령조항으로 인하여 자신의 헌법상 보장된 기본권의 침해가 있었음을 전제로 한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적



판례집 20-2(하)

법하여 각하를 면할 수 없다 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흙  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 불기소처분취소

(2008. 12. 26. 2007헌마456 전원재판부)

### 【판시사항】

특허권 침해 사건에서 소극적 권리범위 확인심판에 대한 특허심판원의 심결 결과만을 원용하여 특허권 침해가 성립되지 않는다고 불기소처분한 것이 소극적 권리범위 확인심판의 내용과 효력에 비추어 현저한 수사미진에 해당한다고 본 사례

### 【결정요지】

특허심판원의 소극적 권리범위 확인심판에서 심판의 대상은 ‘심판 청구인이 현재 사용하고 있는 기능이 특허권자의 특허범위에 포함되는지 여부’가 아니라, ‘심판청구인이 심판을 구하는 특정한 기능(심판 청구인이 현재 그 기능을 사용하고 있는지 여부를 불문한다)이 특허권자의 권리범위에 포함되는지 여부’이기 때문에 소극적 권리범위 확인심판의 성질상 소극적 권리범위 확인심판을 청구하는 자는 실제로 자신이 사용하는 기능이 아닌 다른 기능들도 얼마든지 심판의 대상으로 포함시켜 소극적 권리범위의 확인을 구할 수 있다. 따라서 특허권 침해 사건에서 소극적 권리범위 확인심판의 심결 결과를 원용하여 특허권 침해가 성립되지 않는다고 판단하기 위해서는 먼저 소극적 권리범위 확인심판의 심판의 대상이 되었던 기능들이 실제로 사용되었던 기술인지를 확인하는 수사가 필요하다. 그렇다면 이를 확인하지 않고 소극적 권리범위 확인심판에 대한 특허심판원의 심결 결과만을 원용하여 특허권 침해가 성립되지 않는다고 판단한 이 사건 불기소처분은 특허법상의 소극적 권리범위 확인심판의 내용과 효력을 잘못 해석, 적용함으로써 현저한 수사미진을 초래한 것이다.

### 【참조조문】

헌법 제11조, 제27조 제5항

특허법 제135조(권리범위 확인심판) ① 특허권자·전용실시권자 또는 이해관계인은 특

판례집 20-2(하)

허발명의 보호범위를 확인하기 위하여 특허권의 권리범위 확인심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 특허권의 권리범위 확인심판을 청구하는 경우에 특허청구범위의 청구항이 2이상인 때에는 청구항마다 청구할 수 있다.

**【당 사 자】**

청 구 인 김○수

대리인 법무법인 바른

담당변호사 명모승 외 2인

법무법인(유) 로고스

담당변호사 전용태 외 2인

피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

**【주 문】**

피청구인이 2005. 12. 29. 서울중앙지방검찰청 2005형제139635호로 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차상의 진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요

가. 청구인은 (주)○○텔레콤(이하 ‘○○텔레콤’이라 한다)이라는 전자전기기기업의 주주이자 대표이사로서, 주식회사 □□텔레콤(이하 ‘□□텔레콤’이라 한다)이 긴급상황통보시스템(일명 ‘알라딘’)을 운영함에 있어 청구인이 보유한 ‘이동통신망을 이용한 비상호출 처리장치와 그 방법에 관한 특허(특허등록 제379946호)’를 침해하였다며 2004. 4. 13. 서울중앙지방검찰청에 □□텔레콤을 특허법위반죄로 고소하였다.

나. 피청구인은 서울중앙지방검찰청 2005형제139635호로 사건을 수사한 후, 2005. 12. 29. □□텔레콤과 위 회사의 직원 유○봉에 대하여 범죄인정안됨을 이유로 한 혐의없음 불기소처분(이하 ‘이 사건 불기소처분’이라 한다)을 하였고, 청구인은 이에 불복하여 검찰청법이 정한 항고, 재항고를 거쳐 2007. 4. 18. 이 사건 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 이 사건 불기소처분의 피의사실 및 피청구인의 불기소처분 이유

(1) 피의사실의 요지

피의자 □□텔레콤은 개인휴대통신망 서비스 제공 사업을 하는 회사이고, 피의자 유○봉은 위 □□텔레콤의 마케팅기획팀 직원인바,

2004. 1.말경부터 같은 해 3.말경까지 경기 김포 통진면 옹정리 110의 1 ○○텔 공장에서 특허권자인 김○수가 대한민국 특허청에 2003. 3. 31. 등록번호 10-379946호로 등록한 ‘이동통신망을 이용한 비상호출 처리장치와 그 방법’의 기술을 피의자 회사의 이동통신 단말기(일명 ‘알라딘’)에 모방 개발하여 3개월 간 8만대의 알라딘 단말기를 업으로 생산하고 월평균 1만대를 판매함으로써 위 김○수의 특허권을 침해한 것이다.

(2) 피청구인의 불기소처분 이유

특허심판원의 심결등본 및 심결확정사실증명원의 각 기재내용에 의하면 본 건 피의자인 □□텔레콤이 고소인이 운영하는 ○○텔레콤을 상대로 제기한 권리범위 확인심판에서 2005. 8. 24.경 피의자가 개발한 긴급상황통보시스템(일명 ‘알라딘’)은 고소인의 특허권의 범위에 속하지 아니한다는 내용의 심결이 내려져 같은 해 9. 29. 위 심결이 확정된 사실이 인정되므로, 피의자의 기술이 고소인의 특허권의 범위에 속함을 전제로 한 본건은 혐의없음으로 귀착된다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장

(1) 피청구인이 불기소처분의 이유로 원용하고 있는, □□텔레콤이 청구인을 상대로 제기한 소극적 권리범위 확인심판의 심결은 법원에 대한 구속력이 없으며 심판의 대상을 □□텔레콤이 임의로 특정하므로 실제로 문제되는 기술과 다른 내용을 추가하여 그 기술이 특허권의 범위에 속하지 않는다는 판단을 받을 수 있을 뿐 아니라, 피청구인이 원용한 특허심판원의 심결도 위법한 심결이며 청구인이 그 심결을 재판으로 다투지 않은 것은 청구인과 □□텔레콤 사이에 이미 특허무효심판 및 그 소송이 진행 중이었으므로 청구인의 특허권에 별 영향력이 없는 소극적 권리범위 확인심판에 대해 다툴 필요가 없었다.

(2) 청구인과 □□텔레콤 사이에 있었던 특허무효 여부에 대한 다툼은 이 사건 불기소처분 당시에 계속 중이었고, 결국 대법원 판결을 거쳐 청구인의 특허가 모두 인정되기에 이르렀다.

(3) 피청구인이 소극적 권리범위 확인심판의 심결 결과만을 들어 이 사건

판례집 20-2(하)

불기소처분을 한 것은 특허법의 법리를 오해하고 수사가 미진한 상태에서 한 판단으로서 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변

(1) 권리범위 확인심판은 현행법에 의해 인정되는 제도로서 해당 분야의 전문가로 구성된 특허심판원의 결정이므로 근거 없이 배척할 수 없으며, 청구인은 위 심판의 확정과정에서 주식회사 □□텔레콤이 거짓 자료를 제출하는 등 부정한 방법을 사용하였다고 주장하나 그러한 주장을 뒷받침할 근거가 없고, 청구인은 특허심판원의 결정이 있는 후 한 달이 넘도록 이의를 제기하지 않아 그 결정이 확정되도록 하였다.

(2) 특허법원의 판결을 통해 청구인의 특허권이 인정되었다고 주장하는 일부 특허 조항들(제5항, 제6항, 제8항, 제12항, 제13항)에 대해서는 피의자 □□텔레콤이 상고심에서 다투고 있었으므로 이 사건 불기소처분 당시에는 청구인의 특허권이 아직 확정되지 않았으며, 청구인의 특허권이 인정되지 않는다고 특허법원이 판결한 일부 특허 조항들(제1항 내지 제4항, 제7항, 제9항, 제11항, 제14항)에 대해서는 청구인이 제기한 상고심이 계속중에 있었다고 하지 만, 이 사건 불기소처분 당시에는 청구인이 상고하기 전이었다.

(3) 따라서 이 사건 불기소처분은 적정한 것이다.

3. 판 단

가. 이 사건 불기소처분의 경위

(1) 청구인이 2004. 4. 13. □□텔레콤을 특허권 침해를 이유로 고소하자, □□텔레콤은 그 직후인 2004. 4. 20. 청구인을 상대로 특허심판원 2004당804호로 청구인의 특허(등록번호 제379946호)의 무효를 구하는 특허무효심판을 제기하였고(수사기록 167면), 경찰은 고소인의 진술과 유○봉의 진술만을 들은 후 아무런 추가적인 증거조사 없이, 혐의유무를 판단키 어렵고 피의자가 특허무효심판을 제기한 상태이므로 그 심판이 확정될 때까지 기소중지한다는 의견으로 2004. 5. 18. 사건을 검찰에 송치하였다. 이에 검찰은 특허무효심판이 계속되고 있음을 이유로 2004. 5. 25. 서울중앙지방검찰청 2004형제38214호로 기소중지처분하였다.

(2) 그런데 위와 같은 기소중지처분이 있는 지 약 4개월 남짓한 2004. 10. 6. □□텔레콤은 위 특허무효심판(특허심판원 2004당804호)과는 별도로, 청구인이 운영하는 ○○텔레콤을 상대로 자신의 ‘긴급상황 통보시스템’이 청구인의 특허권 범위에 속하지 않음을 확인하는 소극적 권리범위 확인심판을 새로이

청구하였고, 특허심판원은 2005. 8. 24. 2004당2139호로 ‘긴급상황 통보시스템’이 청구인의 특허권리범위에 속하지 아니한다는 심결을 하여 2005. 9. 29. 그 심결이 확정되었다(수사기록 270-281면). 이에 피의자 유○봉은 위와 같은 소극적 권리범위 확인심판에 대한 심결을 들어 2005. 12. 6. 위 기소중지 된 사건의 재기를 신청하였고(수사기록 267면), 피청구인은 2005. 12. 29. 사건을 재기하고 곧바로 이 사건 불기소처분을 하였다.

나. 기소중지처분의 근거와 중극처분(혐의없음)의 이유 사이의 모순

(1) 위에서 본 수사 경위에서 알 수 있듯이, 피청구인의 기소중지처분은 피청구인이 고소인진술과 피의자신문만을 한 차례씩 하고 청구인이 제출한 증거자료들[변리사 이○영, 이○영의 감정서(수사기록 10면, 117면), 변리사 김○수, 박○서, 신○규의 감정서(수사기록 123면)]에 대한 수사나 □□텔레콤의 ‘긴급상황 통보시스템’이 어떠한 구조로 작동되고 그 작동과정 상에 필요한 기술은 무엇인지에 대한 수사 없이, □□텔레콤이 청구인을 상대로 특허무효심판을 제기하였다는 사실을 들어 그 심판의 결과를 기다려 혐의 유무를 가리기 위한 것이었다. 만약 청구인의 특허가 무효로 판정된다면 그 자체로 특허권침해는 성립할 수 없으므로 피청구인의 기소중지처분에 대해서는 수궁할 수 있다.

(2) 그런데 위와 같은 기소중지처분이 그 근거로 삼았던 특허무효심판에 대해, 특허심판원은 2005. 1. 29. 2004당804 심결로 청구인의 특허 14개 항 중 8개 항목(제1항 내지 제4항, 제7항, 제9항, 제11항, 제14항)에 대해서는 기술의 진보성이 인정되지 않는다며 청구인의 특허를 무효로 하고, 나머지 6개 항목(제5항, 제6항, 제8항, 제10항, 제12항, 제13항)에 대해서는 그 진보성이 인정된다며 무효심판청구를 기각하였다. 이에 대해 청구인과 □□텔레콤 양측이 모두 불복하여 특허법원에 소송을 제기하여 2005. 12. 16. 특허법원 2005허1554 판결(청구인이 제기한 소송) 및 같은 날 특허법원 2005허1929 판결(□□텔레콤이 제기한 소송)로 양측의 청구가 모두 기각되어 양측 모두 다시 상고하기에 이르렀다. 이 와중에 피청구인은 기소중지처분의 근거로 삼았던 위 특허무효심판의 최종결과는 기다려 보지도 아니한 채 그와는 전혀 관계없이 □□텔레콤이 피청구인의 기소중지처분 이후에 제기한 소극적 권리범위 확인심판에 대한 심결의 결과만을 원용하여, 청구인의 특허권 침해가 성립되지 않는다며 이 사건 불기소처분을 하였다(그 후 2007. 8. 24. 이 사건 청구인 패소부분은 대법원에 의해 파기환송되었고 2008. 1. 11. 청구인 전부승소로 확정되었

다). 이는 애초에 기소증지처분을 한 이유와도 부합하지 않을 뿐 아니라, 소극적 권리범위 확인심판의 내용과 그 효력에 비추어 보아도 매우 부당한 판단이라 하지 않을 수 없다.

#### 다. 법리오해 및 수사미진

(1) 피청구인이 혐의없음 불기소처분을 한 유일한 이유는, □□텔레콤이 청구인을 상대로 제기한 소극적 권리범위 확인심판에서 특허심판원이 ‘피의자가 개발한 긴급상황 통보시스템이 청구인의 특허권의 범위에 속하지 아니한다’는 심결을 내려(2004당2139) 그 심결이 확정되었다는 사실 때문이었다. 그러나 피청구인이 소극적 권리범위 확인심판의 심결을 들어 □□텔레콤의 특허권 침해 피의사실에 대해 혐의없음 판단을 하기 위해서는, 그 심결에서 심판의 대상이 되었던 기능이 특허권 침해 여부가 문제되고 있는 □□텔레콤의 현재 사용 기술과 일치하는지 여부를 먼저 확인하였어야 했다. 왜냐하면 소극적 권리범위 확인심판에서 심판의 대상은 ‘심판청구인이 현재 사용하고 있는 기능이 특허권자의 특허범위에 포함되는지 여부’가 아니라, ‘심판청구인이 심판을 구하는 특정한 기능(심판청구인이 현재 그 기능을 사용하고 있는지 여부를 불문한다)이 특허권자의 권리범위에 포함되는지 여부’이기 때문이다. 따라서 소극적 권리범위 확인심판의 성질상 소극적 권리범위 확인심판을 청구하는 자는 실제로 자신이 사용하는 기능이 아닌 다른 기능들도 얼마든지 심판의 대상으로 포함시켜 소극적 권리범위의 확인을 구할 수 있으므로 피청구인이 청구인의 특허권 침해에 대해서 제대로 판단하기 위해서는 먼저 심판의 대상이 되었던 기능들이 실제로 사용되었던 기술인지를 확인하는 수사가 필요했다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 이를 확인하는 수사를 하지 않았다.

(2) 결국 이 사건 불기소처분은 특허법상의 소극적 권리범위 확인심판의 내용과 효력을 잘못 해석, 적용함으로써 현저한 수사미진을 초래하였다고 보지 않을 수 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면 피청구인의 이 사건 불기소처분은 청구인의 헌법상 평등권과 재판절차진술권을 침해하였다 할 것이므로, 이를 취소하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해의출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 취재지원시스템 선진화 방안 위헌확인

(2008. 12. 26. 2007헌마775 전원재판부)

### 【판시사항】

폐지 전 국정홍보처가 2007. 5. 22. 발표한 ‘취재지원시스템 선진화 방안(이하 ‘이 사건 방안’이라 한다)에 대한 헌법소원 심판청구에서 위 방안에 따른 정책을 모두 폐지하고, 종전의 상태로 환원시킨 경우 이 사건 방안에 대한 주관적 권리보호이익 내지 예외적인 심판이익이 있는 것인지 여부(소극)

### 【결정요지】

정부부처는 2008. 3. 11.부터 자율적으로 이 사건 방안에 따른 정책을 폐지하고 종전 부처별 기사송고실을 이 사건 방안 발표 이전 상태로 환원하였다. 또한 2008. 3. 10. 문화체육관광부는 ‘부처 대변인 회의’를 주관하여 청사출입증을 다시 종전의 개별 부처별 청사출입증 방식으로 변경하였다. 따라서 이 사건 방안 중 이 사건 심판대상에 따른 구체적 조치들은 모두 폐기되고 이 사건 방안 이전의 상태로 회복되었으므로 청구인들에 대한 침해행위는 이미 종료되었고 주관적 권리보호의 이익은 소멸되었다고 할 것이다.

정부는 이 사건 방안에 따른 조치들을 원상으로 회복하였고, 입법자는 이 사건 방안을 입안하고 시행하였던 주관 정부부처인 국정홍보처를 폐지하고, 종전 국정홍보처가 담당하였던 국정홍보업무의 조정 기능이 과도하였다고 판단하여 종래 국정홍보처의 업무를 승계받은 문화체육관광부의 정부조직법상의 권한범위에 정부 내 홍보업무의 조정에 관한 사항을 제외하였다. 이와 같은 사정을 종합하여 살펴보면, 정부가 다시 이 사건 방안과 같은 공권력을 행사할 가능성이 있다거나, 특히 헌법적인 해명이 필요한 것이라고 보기도 어려우므로 이 사건 심판청구에 대한 예외적인 심판이익도 인정할 수 없다.

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이나 심판청구의 이익이 있다고 할 수 없어 부적법하므로 이를 각하하기로 한다.



### 재판관 조대현의 별개의견

정부가 언론사 기자들에게 청사의 일부를 기사송고실이나 브리핑룸으로 제공하거나 정부청사의 사무실에 출입할 수 있도록 하는 것은 언론사 기자들의 취재활동에 편의를 제공하기 위한 것이다. 언론사 기자들이 취재활동을 위하여 정부청사 내에 있는 기사송고실이나 브리핑룸을 이용하거나 정부청사에 출입하는 것은 정부가 제공한 편의를 누리는 것에 불과하고 언론의 자유로서 보장되는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 방안과 조치들은 청구인들이 침해되었다고 내세우는 기본권을 침해할 가능성이 없는 것이므로, 청구인들은 이 사건 방안과 조치들에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 청구인들의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 전부 각하되어야 한다.

### 【참조조문】

정부조직법 제30조(문화체육관광부) ① 문화체육관광부장관은 문화·예술·영상·광고·출판·간행물·체육·관광에 관한 사무와 국정에 대한 홍보 및 정부발표에 관한 사무를 관장한다.

- ② 문화체육관광부에 차관보 1명을 둘 수 있다.
- ③ 문화제에 관한 사무를 관장하기 위하여 문화체육관광부장관소속으로 문화제청을 둔다.
- ④ 문화제청에 청장 1명과 차장 1명을 두되, 청장은 정무직으로 하고, 차장은 고위공무원단에 속하는 별정직국가공무원으로 보한다.

### 【참조판례】

- 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57
- 헌재 1993. 11. 25. 92헌마169, 판례집 5-2, 489, 492

### 【당 사 자】

청 구 인 [별지 1] 목록과 같음

청구인들 대리인

- 1. 법무법인 서울  
담당변호사 이두아
- 2. 법무법인 바른

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마775

담당변호사 강훈 외 2인

3. 변호사 정주교

피청구인 문화체육관광부장관

## 【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 폐지 전 국정홍보처는 2007. 5. 22. ‘취재지원시스템 선진화방안’(이하 ‘이 사건 방안’이라 한다)을 발표하였다. 그 주요 내용은 정부 부처 단독청사의 브리핑실과 기사송고실 폐지 및 권역별로 설치된 3개 합동브리핑센터 설치, 전자브리핑 시스템 구축·운영, 업무 공간 무단출입을 방지할 수 있는 조치 강구 등이다.

(2) 이 사건 방안의 추진배경은, 2003년부터 투명한 정보공개 및 공평한 취재기회 제공을 위해 각 부처 청사의 출입기자실을 폐지하고 개방형 브리핑제도 및 부처별 기사송고실을 운영하였으나, 일부 청사의 경우 기사송고실이 사실상 기자실과 같이 운영되고 있어 당초 개방형 브리핑제도의 도입취지를 훼손하고 있었으므로 이를 보완·완성시키고자 하는 것이었다.

(3) 청구인들은 주식회사 문화일보, 문화일보 기자, 문화일보 독자이자 일반 국민인데, 이 사건 방안이 보도와 취재의 자유, 알권리, 인간으로서의 존엄과 가치, 일반적 행동자유권(행복추구권) 등을 침해한다며 2007. 7. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 그 후 정부는 이 사건 방안에 따라 서울 세종로 중앙청사와 과천청사에 새로이 합동브리핑 센터를 설치하고, 2007. 10. 12.경부터 정부 부처별 기사송고실을 폐쇄하였다.

(5) 폐지 전 국정홍보처는 2007. 10. 29. 각 부처 출입기자들에게 종전 개별 부처별 정부청사 출입증은 같은 해 11. 5.부터 효력이 없어지므로 같은 해 11. 2.까지 새로운 기자출입증을 발급받을 것을 통보하고, 그에 따라 출입증 교체 작업을 진행하였다.

(6) 국정홍보처는 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 정부조직법에 의하

판례집 20-2(하)

여 폐지되었다(이하, 폐지 전 국정홍보처를 ‘국정홍보처’라고 한다). 각 부처는 2008. 3. 11.부터 자율적으로 종전 이 사건 방안에 따른 정책을 폐지하고 종전 부처별 기사송고실을 이 사건 방안의 발표 이전 상태로 환원하였다. 같은 해 9월말 현재 19개 부처 19개 기자실, 6개의 브리핑실이 신규설치되거나 복원되었으며, 각 부처 기자실에 송고석을 지정받지 못한 언론기관 기자들의 취재지원을 위하여 중앙 및 과천 합동브리핑 센터 내에 각각 공용기자실이 설치되었다.

(7) 2008. 3. 10. 문화체육관광부는 ‘부처 대변인 회의’를 주관하여 각 부처 청사출입증을 다시 종전의 개별 부처별 청사 출입증 방식으로 변경하기로 결정하였고, 이에 따라 종전 부처별 방식의 출입증 제도로 환원하여 시행하였다.

나. 이 사건 피청구인의 확정 및 심판의 대상

(1) 피청구인의 확정

헌법소원 심판청구서에서 청구인이 피청구인을 잘못 지정한 경우에도 헌법소원의 적법요건에 흠결이 있는 것은 아니므로 직권으로 공권력에 대하여 정당하게 책임져야 할 피청구인을 지정하여 정정할 수도 있는 것이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마456, 판례집 11-2, 634, 638 ; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 106-107 참조).

청구인들은 이 사건 심판청구서에서 이 사건 심판청구의 피청구인을 ‘정부’로 특정하여 기재하고 있다. 그런데 이 사건 방안은 국정홍보처장이 국정홍보처의 소관사무에 관하여 국무회의에 보고한 이후 이를 발표한 것이므로 이 사건 방안의 주체는 국정홍보처장이라고 할 것이고, 따라서 이 사건 심판청구의 피청구인은 청구인들의 이 사건 심판청구서 기재와 달리 국정홍보처장이라고 볼 것이다.

한편, 이 사건 방안이 시행된 이후 정부조직법이 개정되어 국정홍보처가 폐지되었음은 앞서 본 바와 같다. 그리고 종전에 국정홍보처의 업무사항으로 규정되어 있었던 국정에 대한 국내외 홍보 및 정부 내 홍보업무조정, 국정에 대한 여론수렴 및 정부발표에 관한 사무(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 가운데 국정에 대한 홍보 및 정부발표에 관한 사무가 문화체육관광부에 승계이전되었다(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 정부조직법 제30조 제1항 및 부칙 제2조 참조). 따라서 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 제13조 제1항에 의하면 이 사건 심판청구의 피청구인은 문화체육

관광부장관이 되어야 할 것이다.

(2) 심판의 대상

청구인이 제출한 이 사건 심판청구서의 청구취지에는 이 사건 방안의 기본권 침해 여부에 관한 심판을 구하는 것으로 기재되어 있다. 그런데 이 사건 방안의 내용 가운데 기본권의 침해 여부가 문제되는 부분은 그 중에서도 ① 정부 부처별 기사송고실을 폐지하고 지역별로 합동 브리핑실 및 기사송고실을 운영하기로 하는 부분, ② 업무공간 무단출입을 방지할 수 있는 조치 강구 부분이고, 청구인들도 이 부분의 위헌성을 다투고 있다.

따라서 이 사건 심판청구의 심판대상은 이 사건 방안 가운데 위 ①과 ② 부분의 기본권 침해 여부로 한정함이 상당하며, 이 사건 심판대상을 포함한 이 사건 방안의 주요내용은 다음과 같다.

『나. 브리핑실 운영 효율화

1) 합동브리핑센터 설치 (중앙청사, 과천청사, 대전청사)

① 중앙청사

- 청사별관 1층~3층에 브리핑룸(4개), 통합송고실(1개), 카메라기자실, 접견실, 취재지원실 등 설치
- 브리핑 기관 : 16개
  - 총리실, 외교부, 교육부, 통일부, 행사부, 여가부, 정통부, 해수부, 문화부, 법제처, 홍보처, 국세청, 소방청, 청소년위, 고층위, 인사위

② 과천청사

- 재경부 1층에 브리핑룸(4개), 통합송고실(1개), 카메라기자실, 접견실, 취재지원실 등 설치
- 브리핑 기관 : 10개
  - 재경부, 산자부, 복지부, 노동부, 환경부, 과기부, 건교부, 예산처, 통계청, 공정위

③ 대전청사 : 현행 합동브리핑실 유지

2) 단독청사

- 단독청사의 브리핑실 및 송고실 폐지
  - 브리핑은 인근 '합동브리핑센터'에서 실시
  - ※ 외교, 문화, 정통, 건교, 해수, 예산처, 국세청, 방사청, 식약청 등 브리핑 룸(송고실) 폐지
- 청와대·검찰청·경찰청·국방부·금감위는 업무의 특수성 및 지리적



헌재 2008. 12. 26. 2007헌마775

○합동브리핑센터 및 전자브리핑서비스(8월)』

(3) 관련 법률조항

[별지 2] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인(폐지 전 국정홍보처장)의 의견

[별지 3] 기재와 같다.

3. 판 단

헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우, 그 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인함으로써 기본권을 침해받은 자를 구제하는 것을 그 목적으로 하는 제도이다. 따라서 기본권의 침해를 받은 자가 그 구제를 받기 위한 헌법소원심판을 청구한 뒤에 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사가 취소되거나 새로운 공권력의 행사 등 사정변경으로 말미암아 기본권 침해행위가 이미 배제되어 청구인이 더 이상 기본권을 침해받고 있지 아니하게 된 때에는, 헌법재판소는 원칙적으로 청구인의 기본권 침해를 구제하기 위하여 헌법소원에 대한 심판을 할 필요가 없는 것이다(헌재 1993. 11. 25. 92헌마169, 판례집 5-2, 489, 492 참조).

그런데 앞의 '1. 가. 사건의 개요'에서 살펴본 바와 같이 각 정부부처는 2008. 3. 11.부터 자율적으로 종전 이 사건 방안 중 심판대상과 그에 따른 구체적 조치들을 모두 폐지하고 종전 부처별 기사송고실을 이 사건 방안 발표 이전 상태로 환원하였다. 같은 해 9월말 현재 19개 부처 19개 기자실, 6개의 브리핑실이 신규설치되거나 복원되었으며, 각 부처 기자실에 송고석을 지정받지 못한 언론기관의 기자들의 취재지원을 위하여 중앙 및 과천 합동브리핑센터 내에 각각 공용기자실이 설치되었다. 그리하여 2008년 9월말 현재 총 35개 부처 28개 기자실, 21개 브리핑실이 설치, 운영되고 있다. 또한 2008. 3. 10. 문화체육관광부는 '부처 대변인 회의'를 주관하여 청사출입증을 다시 종전의 개별 부처별 청사 출입증 방식으로 변경하였다.

따라서, 이 사건 방안 중 이 사건 심판대상과 그에 따른 구체적 조치들은 모두 폐지되고 이 사건 방안 이전의 상태로 회복되어 청구인들에 대한 침해행위는 이미 종료되었으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 그 심판청구 후 사정변경으로 인하여 주관적 권리보호 이익이 소멸되었다고 할 것이다.

나아가, 헌법소원제도는 개인의 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서를 보장하는 기능도 갖고 있는 것이므로, 헌법소원이 주관적 권리구

판례집 20-2(하)

제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판 청구의 이익을 인정할 수는 있다고 할 것이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집 9-1, 337, 342 등 참조).

그러나 앞서 본 바와 같이 정부는 이 사건 방안에 따른 조치들을 원상으로 회복하였을 뿐 아니라, 입법자는 이 사건 방안을 입안하고 시행하였던 주관 정부부처인 국정홍보처를 폐지하고, 종전 국정홍보처가 담당하였던 국정홍보 업무의 조정 기능이 과도하였다고 판단하여 종래 국정홍보처의 업무를 승계 받은 문화체육관광부의 정부조직법상 권한범위에 정부내 홍보업무의 조정에 관한 사항을 제외하였다(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 정부조직법 제 30조 제1항 참조).

이와 같은 사정들을 종합하여 살펴보면 정부가 다시 이 사건 방안과 같은 공권력을 행사할 가능성이 있다거나, 헌법적인 해명이 긴요한 것이라고 할 수 없으므로 예외적인 심판청구의 이익을 인정할 필요가 있다고 보기 어렵다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이나 심판청구의 이익이 있다고 할 수 없어 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 조대현의 별개의견이 있는 이외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조대현의 별개의견

이 사건 방안과 조치들은 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 전혀 없는 것이므로, 청구인들의 심판청구이익을 따지기 전에, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 심판대상으로 될 수 없는 조치들을 심판대상으로 삼은 것이어서 부적법하다는 이유로 각하하여야 한다. 만일 이 사건 방안과 조치들이 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 있다면, 청구인들이 이 사건 헌법소원을 제기할 법률상 이익을 부정할 수 없으므로, 권리보호이익이 없다는 이유로 각하해서는 안 되고 본안에 들어가 심판하여야 한다고 생각한다.

정부가 언론사 기자들에게 청사의 일부를 기사송고실이나 브리핑룸으로 제공하거나 정부청사의 사무실에 출입할 수 있도록 하는 것은 언론사 기자들의 취재활동에 편의를 제공하기 위한 것이다. 언론사 기자들이 취재활동을 위하여 정부청사 내에 있는 기사송고실이나 브리핑룸을 이용하거나 정부청사에

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마775

출입하는 것은 정부가 제공한 편의를 누리는 것에 불과하고 언론의 자유로서 보장되는 것이라고 볼 수 없다.

이 사건 방안과 조치들은 정부가 언론사 기자들에게 제공하여 오던 편의의 내용을 변경하는 것으로서 시혜적 조치의 변경에 불과하고, 언론사의 언론의 자유나 기자들의 취재의 자유를 제한하는 내용을 포함하고 있지 않다. 독자들의 알권리와 직접 관련된 것도 아니다.

따라서 이 사건 방안과 조치들은 청구인들이 침해되었다고 내세우는 기본권에 어떠한 영향을 주는 것이라고 볼 수 없으므로, 청구인들은 이 사건 방안과 조치들에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

청구인들의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 전부 각하되어야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해의출장으로 서명날인 불능)

[별지 1] 청구인 목록 : 생략

[별지 2] 관련 법률조항

정부조직법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제24조의2(국정홍보처) ① 국정에 대한 국내외 홍보 및 정부 내 홍보업무조정, 국정에 대한 여론수렴 및 정부발표에 관한 사무를 관장하기 위하여 국무총리소속하에 국정홍보처를 둔다.

정부조직법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제30조(문화체육관광부) ① 문화체육관광부장관은 문화·예술·영상·광고·출판·간행물·체육·관광에 관한 사무와 국정에 대한 홍보 및 정부발표에 관한 사무를 관장한다.

② 생략

#### 부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제31조제1항의 개정규정 중 “식품산업진흥”에 관한 부분은 2008년 6월 28일부터 시행하고, 부칙 제6조에 따라 개정되는 법률 중 이 법의 시행 전에 공포되었으나 시행일이 도래하지 아니한 법률을 개정한 부분은 각각 해당 법률의 시행일부터 시행한다.

판례집 20-2(하)

제2조(조직폐지 및 신설에 따른 소관사무 및 공무원 등에 대한 경과조치)  
 ① 이 법 시행 당시 다음 표의 왼쪽 란에 기재된 행정기관의 장의 사무는 같은 표의 오른쪽 란에 기재된 행정기관의 장이 각각 승계한다.

국정홍보처장의 소관사무 중 이 법 제30조 제1항에 규정된 사무	문화체육관광부장관
-------------------------------------	-----------

[별지 3] 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 방안과 같은 행정규칙에 의하여 직접 자신의 기본권을 현실적으로 침해당한 자는 다른 법률에 의한 구제절차를 거치지 않고 직접 헌법소원을 제기할 수 있다. 이 사건 방안에 따른 브리핑실과 기사송고실의 폐쇄나 통합 등 물리적 조치는 이 사건 방안이 효력을 발생함에 따른 일종의 사실행위에 불과하므로 이를 별도의 법률적 집행행위라고 볼 수는 없다. 그러므로 이 사건 방안에 대한 청구인들의 이 사건 헌법소원 심판청구는 행정규칙에 대한 헌법소원으로서 그 청구는 적법하다.

(2) 취재 및 보도의 자유에는 언론기관이나 기자가 취재활동을 함에 있어서 헌법과 법률에 의하지 아니하고는 국가권력의 침해를 받지 아니하는 권리를 포함하고 있다. 정부기관에 설치된 브리핑실이나 기사송고실은 정부나 특정정권의 소유가 아니라 주권자인 국민이 알 권리를 충족시키기 위하여 그의 부담으로 설치·제공된 국민의 재산이자 공간이다. 그런데 정부는 대부분의 언론과 여론의 압도적 반대에도 불구하고 일방적으로 정부 부처 내 브리핑실과 기사송고실을 통폐합하는 것을 주된 내용으로 하는 이 사건 방안을 추진하였다. 이 사건 방안은 언론의 취재원에의 접근을 사실상 봉쇄함으로써 건전한 여론형성, 즉 공권력 작용에 대한 국민의 감시와 비판을 거부하고 있다는 점에서 언론기관과 언론종사자의 취재 및 보도의 자유를 침해하고 있다. 또한 이로 인하여 직업수행의 자유도 침해되고 있다.

(3) 이 사건 방안은 브리핑실과 송고실을 통폐합함으로써 정부 부처 내 공무원에 대한 대면적 접근을 제한하고 있다. 이 사건 방안은 정부부처 내 취재원에 대한 접근을 근원적으로 봉쇄함으로써 표현의 자유에 속하는 언론기관과 기자의 보도의 자유와 취재의 자유를 본질적으로 훼손하고 있다. 또한 이 사건 방안은 언론의 자유에 의하여 실현되는 인간의 존엄과 가치, 그리고 이

를 토대로 형성되는 민주주의의 기본을 흔드는 결과를 초래한다.

(4) 언론사가 기자단을 구성하여 출입처 기자실을 취재기지로 삼은 관행에 따른 취재방법 등은 90여년 가까이 이어온 우리 언론의 역사적 전통이자 관행이다. 언론기관과 기자의 취재활동의 자유를 제한함으로써 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 접근을 차단하는 이 사건 방안은 언론의 자유의 핵심인 국민의 알 권리를 침해한다.

(5) 정부기관 내의 각 브리핑실과 기사송고실은 국민의 알 권리를 위해서 주어진 장소로서 국민의 세금으로 운용되는 것이므로 그릇된 언론관에 따라 이를 강제로 폐쇄하는 것은 국민주권주의에 반하며 권력의 수임자들이 여론의 감시와 비판을 거부하겠다는 것이 되므로 자유민주적 기본질서에 반하는 것이다.

(6) 이 사건 방안은 합동브리핑실을 통해 정부가 자의적으로 공개하기로 한 정보 이외의 정부 내부의 정보에 대한 언론의 자유로운 접근을 브리핑실과 기사송고실 통폐합이나 공무원에 대한 대면취재 제한 등의 조치로써 이를 봉쇄하거나 곤란하게 하고, 행정권이 주체가 되어 국가 정보가 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 선별하여 발표를 사전에 억제하고자 하는 것이며, 이는 이른바 관제의견이나 집권자에게 유리한 여론만이 허용되는 결과를 초래하는 것이므로, 이는 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 허가제나 검열제와 같은 사전적 제한조치에 해당한다.

(7) 정부가 이 사건 방안과 관련하여 공포한 국무총리 훈령에서 당초 논의되었던 공무원과의 대면취재 제한 관련조항이 삭제되었으나, 상당수 정부부처에서는 사실상 공무원과의 대면취재를 제한하는 조치가 시행되고 있어 위 국무총리 훈령에서 이러한 내용을 삭제하여도 취재에 대한 제한 가능성이 높다. 기자협회 등은 정부에 대하여 위 국무총리 훈령안을 마련하는 계재에 공무원 취재시 공보관실을 경유하지 않아도 된다는 조항을 명문화하고, 취재에 응하지 않은 공무원을 처벌하는 조항을 마련할 것, 그리고 국민생활과 밀접한 관계가 있는 식약청, 국세청, 기획예산처 등 독립청사에 있었던 기사송고실을 존치해 줄 것 등을 요구하였으나, 정부는 이를 받아들이지 않았다.

(8) 국정홍보처가 2007. 10. 29. 발표하여 시행한 기존의 부처별 출입증 무효화 및 합동 브리핑 센터 출입증 발급 조치는 출입기자들이 브리핑 센터 사용을 거부하는 것에 제동을 걸기 위한 조치로서 합동브리핑 센터에 기자를 몰아넣고 기자들의 자유로운 취재활동을 제한한 채 정부가 일방적으로 홍보

판례집 20-2(하)

하는 정보만을 제공하겠다는 의도에 따른 것이다.

나. 피청구인(폐지 전 국정홍보처장)의 답변요지<sup>1)</sup>

(1) 이 사건 방안은 그 법적 성격이 청구인들이 주장하는 바와 같은 행정규칙이 아니라 정부의 향후 정책방향을 밝힌 ‘비구속적인’ 행정계획 또는 행정예고에 불과하고, 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사 또는 불행사’에 해당하지 않는다. 설령, 이 사건 방안이 행정규칙이라는 청구인들 주장에 따르더라도, 원칙적으로 행정규칙은 ‘행정조직 내부에서만 효력을 가지는 행정상의 운영지침을 정한 것으로서 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 것’(헌재 2001. 5. 31. 99헌마413 등)이므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 또한, 향후 집행행위가 구체적으로 어떻게 이루어질지 불확실한 상황에서 이 사건 방안의 발표 자체만으로는 청구인들의 기본권이 직접, 그리고 현재 침해받았다고 볼 수 없으며, 독자인 청구인들은 이 사건 방안의 직접 상대방이 아니므로 자기관련성도 없다.

(2) 이 사건 방안은 정부 기관 내 브리핑실 등 취재지원 시설의 위치, 구조, 수를 조정하는 등 취재지원 방법을 변경하는 내용에 불과하다. 청구인들은 이 사건 방안이 보도의 자유를 침해한다고 주장하나, 이 사건 방안에는 언론기관의 보도내용에 대하여 관여하는 내용이 전혀 포함되어 있지 아니하다. 이 사건 방안은 보도의 자유와는 아무 관련성이 없으며, 청구인들의 보도의 자유 침해 주장은 보도의 자유의 보호범위에 관한 법리를 오해한 것이다.

(3) 기자가 공무원 승인 없이도 비공개 정보에 접근할 수 있는 권한(임의출입에 의한 문서열람), 취재대상이 되고 싶지 않은 공무원들에게 무한정 접근할 수 있는 권한(임의출입에 의한 취재원 접촉)은 취재의 자유의 내용에 포함된다고 볼 수 없다. 기자가 정보의 제공을 요구함에 있어서는 일반국민과 마찬가지로 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’에 따라 정보공개를 신청하고 정보공개 대상인 정보를 취득할 수 있으므로, 이와 별도로 기자가 무단출입에 의한 문서열람을 하는 권리가 인정될 수는 없다. 그렇다면, 이 사건 방안이 기자들의 정부부처 무단출입을 제한하고 일정한 절차에 따른 출입 및 취재방안을 언급하고 있다 하더라도 이는 기자들의 취재의 자유를 제한 또는 침해하는 것이 아니다.

1) 국정홍보처장은 국정홍보처가 폐지되기 전 이해관계인의 자격으로서 의견서를 송부하였다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마775

(4) 이 사건 방안은 정부기관 내 취재지원 시설의 위치, 구조, 수를 조정하는 등 취재지원 방법을 변경하는 것에 불과하고, 또한 앞으로 정책방향을 예고하고 이에 대한 의견을 들어 보려는 것에 불과하다. 따라서 보도의 자유, 취재의 자유 및 국민의 알권리를 제한하는 것과는 관련이 없으므로 이를 법률의 형식으로 정하여야 한다는 주장은 그 전제사체가 성립되지 아니하는바 이유 없다.

(5) 국정홍보처가 이 사건 출입증 교체조치를 시행하게 된 것은 기존의 부처별 송고실을 개방형 합동 브리핑 센터로 운영되게 되면서 이에 합당한 새로운 출입증을 발급하는 것이 필요하게 되었기 때문이다. 취재의 자유를 제한하는 조치가 되지 않도록 하기 위해 원하는 기자들 모두에게 기존 출입증을 합동 브리핑 센터 출입증으로 갱신하여 주고 있으며, 합동 브리핑 센터 출입증이 없이도 취재를 원하는 기자들은 임시출입증을 발급받아 정부기관을 취재할 수 있도록 하고 있다.

## 신도시 주변지역에 대한 개발행위허가 제한지역 지정취소

(2008. 12. 26. 2007헌마862 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 신도시 주변지역에 대하여 개발행위허가를 제한하는 건설교통부고시의 법적 성격
2. 보충성과 자기관련성 및 현재성을 갖추지 못하여 헌법소원심판청구가 부적법하다고 판시한 사례

### 【결정요지】

1. 신도시 주변지역에 대하여 개발행위허가를 제한하는 건설교통부고시는, 그 고시 자체로 인하여 직접 위 고시에서 지정된 특정 지역 내의 토지나 건물소유자가 토지의 형질변경 및 토석의 채취, 건축물의 신축·증축 등의 권리행사를 제한받게 되는 점에서 볼 때, 특정 개인의 구체적인 권리, 의무나 법률관계를 직접적으로 규율하는 성격을 갖는 행정처분에 해당한다.
2. 위 고시에 대하여 행정심판법에 의한 행정심판 또는 행정소송법에 의한 항고소송을 제기하는 절차를 거치지 않았으므로 청구인들의 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서가 정한 보충성의 요건을 갖추지 못한 것이어서 부적법하다. 또한 개발행위허가 제한지역에 소재하는 토지를 구입하여 주택을 지을 예정인 청구인 의 경우에는 위 고시로 인하여 자신의 기본권이 구체적으로 침해당하였다거나 또는 침해가 확실히 예상된다고 할 수 없고, 장차 기본권침해를 받을 우려가 있다고 하더라도 이는 잠재적인 것에 불과하다고 할 것이어서 위 청구인의 헌법소원심판청구는 보충성의 요건뿐만 아니라 자기관련성과 현재성을 갖추지 못하여 부적법하다.

### 【심판대상조문】

건설교통부고시 제2007-294호

1. 제한지역

- 경기도 화성시 동탄면·석우동·반송동, 용인시 농서동·고매동·통삼리·북리, 오산시 은계동·오산동·부산동·원동 일원(59,515천㎡)

3. 제한대상행위

- 건축물의 신축·증축(용도변경 포함) 또는 공작물의 설치
- 토지의 형질변경(경작을 위한 토지의 형질변경은 제외) 및 토석의 채취

### 【참조조문】

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정된 후 2008. 2. 29. 법률 제8852호 개정되기 전의 것) 제63조(개발행위허가의 제한) ① 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 지역으로서 도시관리계획상 특히 필요하다고 인정되는 지역에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙도시계획위원회 또는 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 1회에 한하여 3년 이내의 기간동안 개발행위허가를 제한할 수 있다. 다만, 제3호 내지 제5호에 해당하는 지역에 대하여는 1회에 한하여 2년 이내의 기간동안 개발행위허가의 제한을 연장할 수 있다.

1. 녹지지역 또는 계획관리지역으로서 수목이 집단적으로 생육되고 있거나 조수류 등이 집단적으로 서식하고 있는 지역 또는 우량농지 등으로 보전할 필요가 있는 지역
2. 개발행위로 인하여 주변의 환경·경관·미관·문화재 등이 크게 오염되거나 손상될 우려가 있는 지역
3. 도시기본계획 또는 도시관리계획을 수립하고 있는 지역으로서 당해 도시기본계획 또는 도시관리계획이 결정될 경우 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 변경이 예상되고 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것으로 예상되는 지역
4. 지구단위계획구역으로 지정된 지역
5. 삭제

② 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 제한지역·제한사유·제한대상행위 및 제한기간을 미리 고시하여야 한다.

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제60조(개발행위허가의 제한) ① 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 자가 건설교통부장관인 경우에는 중앙도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하며, 시·도지사 또는 시장·군수인 경우에는 당해 지방자치단체에 설치된 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다.

② 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 자가 건설교통부장관 또는 시·도지사인 경우에는 제1항의 규정에 의한 중앙도시계획위원회 또는 시·도

판례집 20-2(하)

도시계획위원회의 심의전에 미리 제한하고자 하는 지역을 관할하는 시장 또는 군수의 의견을 들어야 한다.

③ 법 제63조 제2항의 규정에 의한 개발행위허가의 제한에 관한 고시는 건설교통부장관이 하는 경우에는 관보에, 시·도지사 또는 시장·군수가 하는 경우에는 당해 지방자치단체의 공보에 게재하는 방법에 의한다

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 497  
대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. 박○복  
2. 임○빈  
청구인들 대리인 법무법인 강산  
담당변호사 김은유 외 3인
- 피청구인 국토해양부장관

**【주 문】**

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 임○빈은 오산시에 거주하면서 그 소유의 오산시 부산동 648 담 930평 지상에 1층 근린생활시설(소매점) 설치를 위해 개발행위허가 신청을 준비 중에 있었고, 청구인 박천복은 오산시에 거주하면서, 용인시 소재 토지를 매수하여 그 지상에 주택을 건설할 예정이었다.

(2) 그런데 피청구인이 2007. 6. 1. 동탄2신도시 개발계획을 발표하면서, 투기방지대책의 하나로 ‘신도시 예정지 내외에 걸쳐 특단의 토지이용규제장치를 가동’할 것을 예고하고 2007. 7. 25. 건설교통부(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 정부조직법에서 ‘국토해양부’로 변경됨) 고시 제2007-294호(이하 ‘이 사건 고시’라 한다)로 개발행위허가 제한을 고시하자, 청구인들은 오산시 은계동·오산동·부산동·원동, 용인시 농서동·고매동·통삼리·북리 일원

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마862

에 대해서 고시일로부터 3년간 건축물의 신축·증축(용도변경 포함) 또는 공작물의 설치, 토지의 형질변경(경작을 위한 토지의 형질변경은 제외) 및 토석의 채취 등 개발행위를 제한한 이 사건 고시 제1항과 제3항이 청구인들의 재산권을 침해하는 등 헌법에 위반되었다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 이 사건 고시의 1. 제한지역, 3. 제한대상행위 부분(이하 ‘이 사건 고시 규정’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 그 내용과 관련규정은 다음과 같다.

[심판대상조항]

건설교통부고시 제2007-294호

화성시 동탄면·석우동·반송동, 용인시 농서동·고매동·통삼리·북리, 오산시 은계동·오산동·부산동·원동 일원에 대하여 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제63조의 규정에 의한 개발행위허가 제한을 다음과 같이 고시합니다.

2007년 7월 25일

건설교통부장관

1. 제한지역

○경기도 화성시 동탄면·석우동·반송동, 용인시 농서동·고매동·통삼리·북리, 오산시 은계동·오산동·부산동·원동 일원(59,515천㎡)

3. 제한대상행위

-건축물의 신축·증축(용도변경 포함) 또는 공작물의 설치  
-토지의 형질변경(경작을 위한 토지의 형질변경은 제외) 및 토석의 채취

[관련 법률조항]

[별지] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 피청구인은 이 사건 고시로 동탄2신도시가 건설되는 지역 이외에 그 연접지역인 오산시 은계동·오산동·부산동·원동과 용인시 농서동·고매동·통삼리·북리 일원에 대해서까지 개발행위허가 제한지역으로 지정하였는바, 이로 인하여 청구인 임○빈은 현재 보유하고 있는 토지의 개발권능을, 청구인

판례집 20-2(하)

박○복은 보유할 토지의 개발가능을 각 제한받았고, 또 구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정된 후 2008. 2. 29. 법률 제 8852호 개정되기 전의 것) 제63조 제1항 제3호가 규정하는 지역은 신도시 예 정지역이고 그 주변지역까지 포함하는 것이 아님에도 이 사건 고시는 위 규 정취지에 반하여 법적 근거 없이 투기세력 억제라는 목적으로 주변지역에 대 하여 그 주민들의 권리를 일괄적으로 제한하는 개발행위허가 제한지역으로 지정함으로써 비례의 원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해하였다.

(2) 토지이용규제 기본법 제8조 제1항과 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법 률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제60조는 토 지이용규제와 관련한 의견청취절차를 규정하고 있고, 청구인들은 반대의견을 제시하였음에도 건설교통부장관은 주민들의 의견과 관련 지방자치단체장의 의견수렴절차를 형해화하여 이 사건 고시로 개발행위허가 제한지역을 지정하 였는데, 이는 헌법상 적법절차의 원칙을 위반한 것이다.

(3) 종래 신도시 건설과 관련하여 주변지역에 대하여 개발행위허가 제한구 역을 지정하지 않았음에도, 유독 동탄2신도시 주변지역에 대해서만 개발행위 허가를 제한하는 것은 합리적 이유 없이 청구인들을 개발행위허가 제한지역 으로 지정되지 않은 다른 지역 주민들 및 다른 신도시 주변지역 주민들과 차 별하는 것으로 평등의 원칙에 반한다.

나. 피청구인의 답변 요지

(1) 청구인 박○복에 대하여 : 헌법소원심판은 현재 기본권을 침해당한 경 우에 제기할 수 있는 것인데, 위 청구인은 이 사건 개발행위허가 제한지역에 그 소유의 토지도 없으면서 막연히 위 지역에 토지를 구입하여 주택을 지을 예정이라고만 주장하고 있으므로 위 청구인의 심판청구는 침해의 현재성이 결여된 것으로 부적법하다.

(2) 청구인 임○빈에 대하여 : 이 사건 고시는 ① 과거의 여러 신도시개발 과 관련하여 그 주변지역에 대한 극심한 부동산 투기와 환경파괴가 수반되는 무질서한 난개발 등이 발생한 사례에 비추어 이 사건 신도시예정지구의 택지 개발과 관련하여 미리 그 주변지역에 대한 투기 및 난개발을 방지할 규제의 필요성이 절실하고, 국토계획법령에 근거하여 건설교통부장관이 적법하게 제 정·시행하였으며, 이 사건 고시에 의하여 개발행위허가가 제한되더라도 토 지를 종전 용도대로 이용하는 데는 전혀 제약이 없으므로, 이 사건 고시 규정이 비례의 원칙에 반하여 위 청구인의 재산권을 침해하지 않았고, ② 이

사건 고시의 제정·시행 과정에서 관계법령이 요구하는 절차에 따라 청취한 관할 지방자치단체장과 주민들의 의견을 검토하여 이 사건 고시에 반영하였으므로 적법절차에 위배되지 않았으며, ③ 2기 신도시 개발사례에서는 개발 발표 시 대부분 주변지역을 포함하여 개발행위 제한지역을 정하는 등 합리적 이유 없이 청구인을 차별하지 않았으므로 이 사건 고시 규정은 위 청구인의 기본권을 침해하지 않는다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건 고시 규정에 관한 심판청구의 적법성

헌법재판소법 제68조 제1항은 “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.”고 규정하고 있다. 그런데 피청구인의 이 사건 고시는, 그 고시 자체로 인하여 직접 화성시 동탄면 등 위 고시가 지정한 특정 지역 안의 토지나 건물소유자가 토지의 형질변경 및 토석의 채취, 건축물의 신축·증축 등의 권리행사를 제한받게 되는 점에서 볼 때, 특정 개인의 구체적인 권리, 의무나 법률관계를 직접적으로 규율하는 성격을 갖는 행정처분에 해당한다고 보이므로(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 497; 대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결 등 참조), 청구인들로서는 이 사건 고시에 대하여 행정심판법에 의한 행정심판 또는 행정소송법에 의한 항고소송을 제기하는 절차를 거쳤어야 하고 그러한 구제절차를 거치지 않았음이 기록상 명백한 청구인들의 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서가 정한 보충성의 요건을 갖추지 못한 것이어서 부적법하다.

나. 이 외에도 청구인 박○복의 심판청구는 법적 관련성을 갖추지 못하였다.

즉, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 침해당한 경우에만 청구할 수 있다.

그런데 청구인 박○복은 이 사건 심판청구서에 이 사건 개발행위허가 제한 지역에 소재하는 토지를 구입하여 주택을 지을 예정이라고만 주장하고 있으므로 위 청구인의 경우엔 이 사건 고시로 재산권의 행사가 제한되는 침해를 받는 것이 아니라 장차 권리침해를 받을 우려가 있음에 불과하여, 이 사건 고시로 인하여 자신의 기본권이 구체적으로 침해당하였다거나 또는 침해가 확실히 예상된다고 할 수 없고, 장차 이 사건 고시에서 정한 개발행위허가의 제한사유가 발생할 경우 기본권침해를 받을 우려가 있다고 하더라도 이는 잠재

판례집 20-2(하)

적인 것에 불과하다고 할 것이다.

따라서 청구인 박○복의 헌법소원심판청구는 보충성의 요건뿐만 아니라 자기관련성과 현재성을 갖추지 못하였으므로 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 모두 부적합하다 할 것이므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흠  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 관련 법률조항

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정된 후 2008. 2. 29. 법률 제8852호 개정되기 전의 것) 제63조(개발행위허가의 제한) ① 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 지역으로서 도시관리계획상 특히 필요하다고 인정되는 지역에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 중앙도시계획위원회 또는 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 1회에 한하여 3년 이내의 기간 동안 개발행위허가를 제한할 수 있다. 다만, 제3호 내지 제5호에 해당하는 지역에 대하여는 1회에 한하여 2년 이내의 기간 동안 개발행위허가의 제한을 연장할 수 있다.

1. 녹지지역 또는 계획관리지역으로서 수목이 집단적으로 생육되고 있거나 조수류 등이 집단적으로 서식하고 있는 지역 또는 우량농지 등으로 보전할 필요가 있는 지역
  2. 개발행위로 인하여 주변의 환경·경관·미관·문화재 등이 크게 오염되거나 손상될 우려가 있는 지역
  3. 도시기본계획 또는 도시관리계획을 수립하고 있는 지역으로서 당해 도시기본계획 또는 도시관리계획이 결정될 경우 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 변경이 예상되고 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것으로 예상되는 지역
  4. 지구단위계획구역으로 지정된 지역
- ② 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의하여

개발행위허가를 제한하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 제한 지역·제한사유·제한대상행위 및 제한기간을 미리 고시하여야 한다.

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20722 호로 개정되기 전의 것) 제60조(개발행위허가의 제한) ① 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 자가 건설교통부장관인 경우에는 중앙도시계획위원회의 심의를 거쳐야 하며, 시·도지사 또는 시장·군수인 경우에는 당해 지방자치단체에 설치된 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다.

② 법 제63조 제1항의 규정에 의하여 개발행위허가를 제한하고자 하는 자가 건설교통부장관 또는 시·도지사인 경우에는 제1항의 규정에 의한 중앙도시계획위원회 또는 시·도도시계획위원회의 심의전에 미리 제한하고자 하는 지역을 관할하는 시장 또는 군수의 의견을 들어야 한다.

③ 법 제63조 제2항의 규정에 의한 개발행위허가의 제한에 관한 고시는 건설교통부장관이 하는 경우에는 관보에, 시·도지사 또는 시장·군수가 하는 경우에는 당해 지방자치단체의 공보에 게재하는 방법에 의한다.

이 사건 고시

## 2. 제한사유

- 화성동탄2 택지개발예정지구 및 주변지역에 대한 부동산 투기행위 및 난개발 방지를 위해 도시관리계획 변경 추진
- 당해 도시관리계획 결정(변경)시 용도지역·용도지구 또는 용도구역의 변경이 예상되고, 그에 따라 개발행위허가의 기준이 크게 달라질 것이 예상

## 4. 제한기간

- 고시일로부터 3년(또는 도시관리계획 결정 시까지)

※ 신도시 예정지는 택지개발예정지구 지정·고시일까지

## 5. 제한대상에서 제외되는 사항

- 난개발 및 투기우려가 없는 공영개발 및 민관합동 사업을 위한 개발행위, 단 민관합동사업은 지분구조·사업의 공공성 등을 감안하여 허용하되, 별도 중도위 심의를 거쳐야 함[택지개발예정지구 지정대상이 아닌 지역(이하 '주변지역'이라 함)에 한함].
- 농업 또는 수산업을 위한 창고, 축사 등 신고대상 건축물 설치를 위한 개발행위(주변지역에 한함)

판례집 20-2(하)

- 마을회관, 공동작업장 등 마을공동시설 설치를 위한 개발행위(주변지역에 한함)
- 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제31조 제2항 제6호 가목의 자연취락지구로 결정 또는 입안이 완료된 지역에서 지구단위계획이 수립된 범위 내에서의 개발행위. 단, 공동주택 건축은 제외(주변지역에 한함)
- 새로운 형질변경이 수반되지 않는 기존 대지내 주택 및 기존 공장부지 내 공장 증축(주변지역에 한함)
- 재해복구 및 재난수습 등 응급조치를 위한 개발행위
- 허가제한 고시일 이전에 관계 법령에 의거한 특정 사업을 위한 지역 등으로 결정되거나 관계 법령에 의하여 허가·인가·승인 등을 받은 사업 또는 제2종 지구단위계획으로 도시관리계획이 결정된 사업 중 산업지원 시설, 공공시설 설치를 위하여 필요한 사업(주변지역에 한함)
- 개발행위허가로 토지형질변경이 완료 또는 진행 중인 토지에서의 건축행위로서 개발행위허가를 받은 당시의 사용목적 범위 내 건축행위. 단, 구 국토이용관리법상 개발진흥지구(체육용지)로 지정되어 제2종 지구단위계획구역으로 갈음되는 지역에서는 그러하지 아니함(주변지역에 한함).

## 세무사법 제5조의2 위헌확인

(2008. 12. 26. 2007헌마1149 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 일정한 경력을 갖춘 세무직 공무원 등에 대하여 세무사자격시험 중 일부를 면제하고 있는 세무사법 제5조의2 제1항, 제2항(각 2005. 12. 29. 법률 제7796호로 일부 개정된 것, 이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 일반 응시자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 세무사자격시험 중 제1차 시험은 세무관련 전문지식이나 세무사의 전문적인 직무수행 능력에 대한 평가라기보다는 세무사의 업무를 수행함에 있어 요구되는 기본적인 소양을 검증하는 의미를 갖는다고 할 것인데, 이 사건 법률조항에 의해 제1차 시험을 면제받는 자들은 국세 또는 지방세에 관한 행정사무 내지 대위 이상의 경리병과장교로서 군의 경리업무에 적어도 10년 이상 종사한 자들인바, 세무직 공무원의 경우 그 채용시험이 제1차 시험과 중복되는 부분이 있고 경리병과장교의 경우 현실적으로 대부분 대학에서 경영이나 회계 등을 전공한 자가 임용되는 등 그 선발방법, 직무범위 및 경력에 비추어 볼 때 이들은 이미 위와 같은 성격의 제1차 시험에서 검증하고자 하는 정도의 기본적인 소양은 갖추었다고 보아도 무리가 없다.

또한 제2차 시험 일부 면제와 관련하여 입법자는, 20년 이상이라는 오랜 기간 동안 국세행정 사무에 종사하였거나 국세행정의 사무에서 요구되는 역할이나 비중이 상대적으로 크고 중요할 수밖에 없는 5급 이상 공무원 등의 지위에서 5년 이상 근무한 공무원들의 경우 국세행정의 근거가 되는 각종 조세 관련 법률에 관하여 세무사의 직무를 담당할 정도의 전문지식을 갖춘 것으로 보았는데, 제2차 시험의 시험면



제 과목과 시험면제 대상 공무원의 업무 사이에 관련성이 있음을 인정한 입법자의 이러한 판단은 나름대로 합리적인 것으로서 수긍할 수 있다고 보인다.

한편 일정 경력공무원에 대하여 세무사자격시험 중 일부를 면제하는 것은 세무행정의 실무 경력이 풍부한 전문 인력을 효율적으로 활용하는 한편 세무행정에 종사하는 공무원의 직무의욕을 고취하고 성실한 장기근무를 유도하기 위한 점에도 그 입법취지가 있는바, 이와 같은 정책적 관점에서도 시험면제의 근거를 찾을 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 일정 경력공무원에게 세무사자격시험의 일부를 면제함으로써 일반 응시자와 일정 경력공무원을 차별취급한 데에는 합리적 이유가 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 일반 응시자인 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

2. 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 일정 경력공무원에게 세무사자격시험의 일부를 면제해 주는 데에는 합리적인 이유가 있고, 달리 이 사건 법률조항으로 인해 일반 응시자가 세무사자격시험에 합격하는 길이 현저히 제약되거나 사실상 불가능하게 되는 등 세무사자격시험제도를 유명무실하게 하는 또는 그럴 위험이 있는 요소를 찾아 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항은 청구인들이 세무사라는 직업을 선택하는 자유를 침해하지 아니한다.

**【심판대상조문】**

세무사법(2005. 12. 29. 법률 제7796호로 일부 개정된 것) 제5조의2(시험의 일부면제) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제1차시험을 면제한다.

1. 국세(관세를 제외한다. 이하 같다)에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년이상인 자
  2. 지방세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년이상인 자중 5급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 5년이상 종사한 경력이 있는 자
  3. 지방세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 20년이상인 자
  4. 대위이상의 경리병과장교로서 10년이상 군의 경리업무를 담당한 경력이 있는 자
- ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제1차시험의 전과목과 제2차시험의 과목중 2분의 1을 넘지 않는 범위안에서 대통령령이 정하는 일부과목을 면제한다.
1. 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년이상인 자중 5급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 5년이상 종사한 경력이 있는 자
  2. 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 20년이상인 자
- ③ 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제15조

세무사법(2008. 3. 28 법률 제9045호로 일부 개정된 것) 제3조(세무사의 자격) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 세무사의 자격을 가진다.

1. 제5조의 규정에 의한 세무사자격시험에 합격한 자
2. 삭제
3. 공인회계사의 자격이 있는 자
4. 변호사의 자격이 있는 자

세무사법(2008. 3. 28 법률 제9045호로 일부 개정된 것) 제5조(세무사자격시험) ① 세무사자격시험은 제1차시험과 제2차시험으로 한다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 세무사자격시험의 과목 기타 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

세무사법(2008. 3. 28 법률 제9045호로 일부 개정된 것) 제5조의2(시험의 일부면제) ① ~② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정은 탄핵 또는 징계처분에 의하여 그 직에서 파면 또는 해임된 자에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

④ 제1차시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차시험을 면제한다.

세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제1조의4(시험의 방법 및 과목) ① 법 제5조의 규정에 의한 세무사자격시험(이하 “시험”이라 한다)의 제1차시험은 객관식 필기시험의 방법에 의하고, 제2차시험은 주관식 필기시험의 방법에 의한다.

② 제1차시험과목은 별표 1과 같고, 제2차시험과목은 별표 2와 같다.

세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제1조의5(시험의 일부면제등) ① 삭제

② 법 제5조의2 제2항에서 “대통령령이 정하는 일부과목”이라 함은 별표 2의 규정에 의한 시험과목중 세법학 1부와 세법학 2부를 말한다.

③~⑤ 생략

세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제2조(제2차시험 최소합격인원의 결정) 세무사자격심의위원회의 위원장은 세무사의 수급상황 등을 고려하여 세무사자격심의위원회의 심의를 거쳐 제2차시험의 최소합격인원을 정할 수 있다.

세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제4조(시험의 시행 및 공고) ① 시험은 매년 1회이상 시행한다.

② 세무사자격심의위원회의 위원장은 시험의 일시·장소·방법, 제2차시험의 최소합격인원과 그 밖에 필요한 사항을 시행 60일전에 공고한다.

세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제8조(합격자의 결정) ① 제1차시험에서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다.

판례집 20-2(하)

- ② 제2차시험에서는 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다. 다만, 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상을 득점한 자가 제4조 제2항의 규정에 의한 최소합격인원에 미달하는 경우에는 동 최소합격인원의 범위안에서 매과목 40점 이상을 득점한 자중에서 전과목 평균득점에 의한 고득점자순으로 합격자를 결정한다.
- ③ 제2항 단서의 규정에 의하여 합격자를 결정함에 있어서 동점자로 인하여 최소합격인원을 초과하는 경우에는 당해 동점자 모두를 합격자로 결정한다. 이 경우 동점자의 점수 계산은 소수점 이하 둘째자리까지 계산한다.

[별표 1] 제1차 시험과목(제1조의4 제2항 관련)

과 목	출 제 범 위
제정학	
회계학개론	
세법학개론	국세기본법·국세징수법·조세범처벌법·소득세법·법인세법·부가가치세법·국제조세조정에관한법률
상법	회사편
상법·민법·행정소송법 중 택1	상법(회사편), 민법(총칙), 행정소송법(민사소송법 준용규정 포함)
영어	

[별표 2] 제2차시험과목(제1조의4 제2항 관련)

과 목	출제범위
세법학 1부	국세기본법, 소득세법, 법인세법, 상속세및증여세법
세법학 2부	부가가치세법, 특별소비세법, 지방세법(취득세·등록세·재산세 및 종합토지세에 한한다), 조세특례제한법
회계학 1부	재무회계, 원가관리회계
회계학 2부	세무회계

**【참조판례】**

1. 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마646, 판례집 19-1, 745
2. 헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. 김○범  
2. 김○혁  
3. 송○숙  
4. 윤○례  
청구인들 대리인 법무법인 다산  
담당변호사 손난주

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 세무사자격시험에 응시하려고 준비 중인 자들이나, 세무사법 제5조의2가 일정한 경력을 갖춘 세무직 공무원 등에 대하여 세무사자격시험 중 일부를 면제하고 있는 것이 합리적인 이유없이 일정 경력 공무원과 일반 응시자를 차별하는 것이고 자유경쟁을 제한하며 일반 응시자인 청구인들의 합격가능성을 저해하는 것으로 청구인들의 평등권, 직업선택의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하면서 2007. 10. 15. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 청구취지에서 세무사법 제5조의2 전체에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 청구이유를 살펴보면 위 조항에서 세무직 공무원 등에 대하여 세무사자격시험의 일부를 면제하도록 규정한 것의 위헌 여부를 다루고 있다. 그렇다면 이러한 시험 면제 규정을 ‘탄핵 또는 징계처분에 의하여 그 직에서 파면 또는 해임된 자에 대하여는 적용하지 아니한다’는 같은 조 제3항 및 ‘제1차 시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차 시험을 면제한다’는 같은 조 제4항은 위 주장과 무관하고 달리 이들 규정에 대한 위헌 주장을 찾아볼 수 없는바 이들 규정은 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 세무사법 제5조의2 제1항, 제2항(각 2005. 12. 29. 법률 제7796호로 일부 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)

판례집 20-2(하)

의 위헌 여부라 할 것이고, 그 내용은 다음과 같으며 관련조항의 내용은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

세무사법 제5조의2(시험의 일부면제) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제1차 시험을 면제한다.

1. 국세(관세를 제외한다. 이하 같다)에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자
2. 지방세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자 중 5급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로 5년 이상 종사한 경력이 있는 자
3. 지방세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 20년 이상인 자
4. 대위 이상의 경리병과장교로서 10년 이상 군의 경리업무를 담당한 경력이 있는 자

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제1차 시험의 전과목과 제2차 시험의 과목 중 2분의 1을 넘지 않는 범위 안에서 대통령령이 정하는 일부 과목을 면제한다.

1. 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자 중 5급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로 5년 이상 종사한 경력이 있는 자
2. 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 20년 이상인 자

③, ④ 생략

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

세무사자격시험 제2차 시험의 합격선은 매년 60점 미만이었던 것으로 알려져 있는바, 사실상 상대평가방식에 의한다고 할 것이므로 이 사건 법률조항으로 인해 상대적으로 일반 응시자의 합격가능성이 현저히 제한된다고 볼 수 있어 자기관련성이 인정된다.

이 사건 법률조항이 일정 경력공무원에 대하여 세무사 자격을 부여해도 좋다고 볼 만한 적정한 소양평가 없이 단지 일정 기간 동안 실무에 종사했다는 이유만으로 실무경험과 무관한 과목에 대한 시험도 면제하는 등 시험면제의 대상 및 범위가 지나치게 포괄적이고 합리적 근거가 없어 해당 공무원에 대한 보상 내지 특혜에 불과하다고 보여지는 바, 자유경쟁을 제한하여 일반 응

시자의 합격가능성을 저해하므로 청구인들의 평등권 및 직업선택의 자유를 침해한다. 즉, 제1차 시험 중 세법학개론을 제외한 과목들은 세무관련 행정실무 경험과는 무관한 과목들이므로 이들 과목에 대한 시험을 면제하는 것은 합리적 근거가 없는 자의적 차별이고, 세법학개론의 경우에는 그 세부 구성분야가 모두 국세에 관한 것이므로 지방세 공무원에 대해 세법학개론 과목 시험을 면제해 주는 것은 합리적 근거가 없다. 또한 경리업무 담당장교의 경우 경리업무는 세무행정의 전문성과는 연관이 크다고 보기 어려우므로 제1차 시험을 면제하는 근거를 찾기 어렵다. 한편, 제2차 시험의 세법학 제2부 과목 중 지방세법은 국세관련 업무와 무관하므로 국세 공무원에 대해 이들 과목의 시험을 면제해 주는 것은 합리적 근거가 없다.

나. 국세청장의 의견

이 사건 법률조항은 일정 경력공무원에 대한 시험면제를 규정하고 있을 뿐 일반 응시자인 청구인들을 직접적인 규율 대상으로 하고 있지 않고, 세무사자격시험은 절대평가방식을 취하고 있으므로 이들 조항이 위헌으로 결정된다고 하더라도 일정 경력공무원에 대한 혜택이 제거될 뿐 세무사시험의 합격자 수가 당연히 증가하는 것은 아니므로 청구인들의 법적지위가 향상된다고 할 수 없어 청구인들은 이 사건 법률조항에 대하여 단순한 간접적, 사실적 이해관계만 가진다고 할 것이므로 자기관련성이 인정되지 아니한다.

상당기간 세무행정의 실무 경험을 갖춘 공무원의 경우 세무사자격시험을 통해 검증하고자 하는 세무행정 관련 전문지식이나 능력을 이미 갖춘 것으로 볼 수 있어 일부 과목에 대한 평가는 불필요하다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 일정 경력공무원에 대하여 시험의 일부를 면제해 주는 데는 합리적 이유가 있다고 할 것이다. 한편 구체적인 시험면제의 대상 및 범위는 입법자가 결정할 재량사항으로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되는데 세무사자격시험의 일부를 면제해 주는 취지가 경력공무원의 전문지식을 활용하는 데에만 있는 것이 아니라 이들의 직무의욕을 고취시키고 성실한 장기근무를 유도하는 데에도 있다는 점 등을 고려해 볼 때 이 사건 법률조항이 입법형성권의 범위를 넘어 자의적으로 규정되어 있다고 보기 어려우므로 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다. 또한 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 일반 응시자의 세무사자격시험 응시를 제한하는 것이 아니고, 세무사자격시험은 일정점수를 취득하면 합격하는 절대평가방식에 의하므로 이 사건 법률조항이 청구인들의 시험합격 가능성을 저해한다고도 볼 수 없어 청구인들의 직업선

판례집 20-2(하)

택의 자유를 침해하지 아니한다.

다. 기획재정부장관의 의견

위 국세청장의 의견과 대체로 유사하다.

### 3. 적법요건에 관한 판단

법률에 대한 헌법소원심판청구는 당해 법률에 의하여 청구인 자신의 기본권이 침해될 가능성이 없는 경우, 즉 자기관련성이 없는 경우에는 허용되지 않는 것이지만 평등권의 침해를 주장하는 헌법소원사건에서는 비교집단에게 혜택을 부여하는 법규정이 위헌이라고 선고되어 그러한 혜택이 제거된다면 비교집단과의 관계에서 청구인들의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있는 때에는 청구인들이 그 법규정의 직접적인 적용을 받는 자가 아니라고 할지라도 그들의 자기관련성을 인정할 수 있다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750, 756).

세무사자격시험 중 제1차 시험에서는 매 과목 100점을 만점으로 하여 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정하고(세무사법 시행령 제8조 제1항), 제2차 시험에서는 매 과목 100점을 만점으로 하여 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정하되, 다만 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 득점한 자가 최소합격인원에 미달하는 경우에는 동 최소합격인원의 범위 안에서 매 과목 40점 이상을 득점한 자 중에서 전 과목 평균득점에 의한 고득점자순으로 합격자를 결정한다(같은 조 제2항).

살피건대, 제2차 시험은 제1차 시험에 합격한 자 또는 제1차 시험이 면제된 자만이 응시할 수 있으므로 이 사건 법률조항 중 제1차 시험을 면제하는 부분이 위헌으로 결정되어 일정 경력공무원에 대한 제1차 시험 면제혜택이 제거되면 그만큼 제2차 시험 응시자의 수가 감소하여 제2차 시험의 경쟁률이 감소하게 된다. 이는 최소합격인원을 정하고 상대평가방식을 병행하고 있는 제2차 시험의 합격자 결정에서 청구인들과 같은 일반 응시자를 포함한 응시자들의 합격가능성 증대와 개념상 연결될 수 있으므로 청구인들의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있다. 한편, 제2차 시험의 경우를 살펴보면 일반적으로 전 과목에서 매과목 40점 이상, 평균 60점 이상을 받는 것 보다는 일부 과목에서만 이러한 점수를 받는 것이 쉽다고 할 것이므로 시험 면제혜택이 제거될 경우 매과목 40점 이상, 평균 60점 이상을 받는 경력공무원의 수가 감소할 것으로 예상되고 그에 따라 최소합격인원을 정하고 있는

제2차 시험에서는 그 감소분 중에서 일반 응시자가 합격할 수 있는 부분이 생길 수 있으므로 일반 응시자의 법적지위의 향상을 가져올 수 있다. 또한, 제2차 시험에서 위와 같은 점수를 받은 자가 최소합격인원에 미달하는 경우 시험면제혜택을 받는 경력공무원은 제2차 시험 과목 중 절반에서만 일반 응시자와 경쟁하여 고득점을 받으면 합격하게 되는 반면 일반 응시자는 전과목에서 고득점을 받아야 합격할 수 있으므로 그만큼 불이익을 받게 되는데, 시험면제혜택이 제거되면 일반 응시자가 받는 위와 같은 불이익이 제거됨으로써 상대적으로 경쟁관계에 있는 일반 응시자의 합격가능성이 높아질 수 있으므로 일반 응시자인 청구인들의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있다.

그렇다면 청구인들은 이 사건 법률조항에 대하여 기본권침해의 자기관련성을 갖는다.

#### 4. 본안에 관한 판단

헌법 제15조에 따라 모든 국민은 직업의 자유를 가지지만, 국가는 국민의 신체와 재산의 보호와 밀접한 관련이 있는 직업들에 대해서는 공공의 이익을 위해 그 직업의 수행에 필요한 자격제도를 둘 수 있으며, 이 때 그 자격제도를 구체적으로 어떻게 형성할 것인지는 그 직업에 요구되는 전문적인 능력이나 자질, 그 직업에 대한 사회적 수요와 공급 상황 기타 여러 사회·경제적 여건을 종합적으로 고려하여 판단할 사항이다. 따라서 구체적인 자격제도의 형성에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되며, 입법자가 합리적인 이유없이 자의적으로 자격제도의 내용을 규정한 것으로 인정되는 경우에만 그 자격제도가 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2007. 5. 31. 2006헌마646, 판례집 19-1, 745, 751-752).

이 사건은 세무사라는 자격제도의 형성에 관한 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 할 것인바, 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항이 일반 응시자와 달리 일정 경력공무원에게 세무사자격시험의 일부를 면제해 주는 것에 합리적 이유가 있는지 여부라고 할 것이다.

#### 가. 평등권 침해 여부

##### (1) 평등원칙의 의미

헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙은 '본질적으로 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게' 취급해야 한다는 것을 의미한다. 그러나 이는 일체의

판례집 20-2(하)

차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하며, 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다. 그런데 앞에서 본 바와 같이 세무사제도도 자격제도의 하나이고 입법자에게는 그 자격요건을 정함에 있어서 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 이 사건 법률조항이 세무사자격시험에 관해 규율하면서 합리적인 근거 없이 현저히 자의적으로 규정하고 있다고 인정되는 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2007. 5. 31. 2006헌마646, 판례집 19-1, 745, 753-754).

(2) 차별취급의 존재 여부

일정 경력공무원과 일반 응시자는 세무사법 제3조 제1호에 의해 세무사자격시험에 합격함으로써 세무사 자격을 취득하고자 하는 사람들이므로 양자간에는 동일성이 존재한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 세무사자격시험과 관련하여 일정 경력공무원에게만 세무사자격시험의 일부를 면제해주는 혜택을 부여하고 있는 반면 일반 응시자는 세무사자격시험의 전과목에서 일정 점수 이상을 얻어야 시험에 합격할 수 있으므로 이 사건 법률조항으로 인한 차별취급이 존재한다.

(3) 차별취급에 합리적 이유가 있는지 여부

(가) 세무공무원의 정의, 선발방법 및 직무범위

조세채권자의 기관으로서 조세의 부과·징수 권한을 행사할 수 있는 지위에 있는 자를 세무공무원이라 하는데, 국세를 담당하는 세무공무원이란 국세청장, 지방국세청장, 세무서장 또는 그 소속 공무원 및 세관장(국세에 관한 사무를 세관장이 관장하는 경우) 또는 그 소속 공무원, 그리고 국세를 위탁하여 징수하는 경우의 시장, 군수, 구청장 또는 그 소속 공무원 등을 말한다(국세기본법 제2조 제17호). 지방세법상의 세무공무원으로는 지방자치단체의 장과 그 위임을 받은 공무원으로서(지방세법 제1조 제1항 제3호), 지방자치단체의 장으로부터 지방세의 과세권을 위임받은 공무원, 즉 세무부서에 근무명령을 받은 자를 말한다.

국세를 담당하는 공무원은 일반적으로 국가공무원 선발·채용 절차에 따라 세무직렬(7급, 9급)로 선발되는데, 세무직 국가공무원 시험은 객관식 필기시험으로 병합 실시되는 제1·2차 시험과 면접시험으로 실시되는 제3차 시험으로 구성되며, 세무직 7급 공무원 필기시험의 경우 국어(한문 포함), 영어, 한

국사, 헌법, 세법, 회계학, 경제학 등 7과목을 필수과목으로, 세무직 9급 공무원 필기시험의 경우 국어, 영어, 한국사, 세법개론, 회계학(회계원리, 원가회계) 등 5과목을 필수과목으로 하고 있다(공무원임용시험령 제7조 제1항 별표 1). 이들은 국세청에서 수습기간을 거쳐 국세청장에 의하여 정식으로 임용되고, 국세청에서 거치는 모든 보직은 세무에 관한 것으로 취급되므로 국세청 공무원은 국세행정을 전담한다고 볼 수 있다.

한편 지방세를 담당하는 공무원은 각 지방자치단체에 의하여 채용되는 지방공무원으로서 일반적으로 세무직렬(9급)로 선발되며, 보직관리는 세무업무와 감사로 제한되나 5급 이상이 되면 직렬 구분 없이 일반행정으로 통합되어 관리 업무를 담당한다. 지방자치단체의 세무직 지방공무원 시험은 대체로 객관식 필기시험으로 병합 실시되는 제1·2차 시험과 면접시험으로 실시되는 제3차 시험으로 구성되는데, 세무직 9급 공무원 필기시험의 경우 국어, 영어, 한국사, 세법개론, 회계학(회계원리, 원가회계) 등 5과목을 필수과목으로 하고 있다(지방공무원임용령 제46조 제1항).

(나) 경리병과장교의 선발방법 및 직무범위

일반적으로 군의 경리병과장교는 장교로 임용된 자들 중에서 대학에서 경리업무에 관련된 전공 즉, 경영학이나 회계학을 전공한 자를 우선적으로 선발하는데, 이들은 각 부대 내의 운영경비에 관한 회계처리, 부대의 예산편성 및 결산, 기타 필요물품 및 공사에 관한 계약체결과 사후관리 등의 업무를 담당한다.

(다) 세무사의 직무 및 세무사자격시험의 내용

세무사는 조세에 관한 신고·신청·청구 등의 대리, 세무조정계산서 기타 세무관련 서류의 작성, 조세에 관한 신고를 위한 기장의 대행, 조세에 관한 상담 또는 자문, 세무관서의 조사 또는 처분등과 관련된 납세자의 의견진술의 대리, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제12조의 규정에 의한 개별공시지가에 대한 이의신청의 대리, 조세에 관한 신고 서류의 확인 및 기타 이에 부대되는 업무를 그 직무로 한다(세무사법 제2조).

세무사자격시험은 제1차 시험과 제2차 시험으로 이루어지는데, 제1차 시험의 과목은 재정학, 회계학개론, 세법학개론, 상법의 회사편, 상법·민법·행정소송법 중 택1, 영어로서 객관식 필기시험으로 하고, 제2차 시험의 과목은 세법학 및 회계학으로 주관식 필기시험으로 한다(세무사법 제5조, 같은 법 시행령 제1조의4 별표1, 별표2). 한편 응시자격에는 특별한 제한이 없어 누구나 응

판례집 20-2(하)

시할 수 있고 시험횟수의 제한도 없다. 제1차 시험 과목 중 세법학개론은 국세기본법, 국세징수법, 조세범처벌법, 소득세법, 법인세법, 부가가치세법, 국제조세조정예관한법률 등으로 구성되어 있는데 이는 모두 국세에 관한 것이다. 제2차 시험 과목 중 시험 면제 과목인 세법학 1부는 국세기본법, 소득세법, 법인세법, 상속세 및 증여세법으로 모두 국세에 관한 것이고, 세법학 2부는 부가가치세법, 특별소비세법, 지방세법(취득세·등록세·재산세 및 종합토지세에 한함), 조세특례제한법으로 국세 또는 지방세에 관한 것이다.

(라) 차별취급에 합리적 이유가 있는지 여부

1) 제1차 시험 면제 부분

세무사법은 세무사자격시험의 응시자격에 경력이나 학력 등 아무런 제한을 두지 않고 있는바, 그 대신 제1차 시험을 두어 응시자의 기본적인 소양을 검증한 후 일정한 점수를 얻어 이러한 기본적인 소양이 확인된 자들을 대상으로 하여 다시 세무전문지식을 검증하고자 한 것이다.

제1차 시험의 과목을 보더라도 세무사의 직무와는 직접 관련이 없는 과목(예를 들면 영어)이 포함되어 있고 법률행위에 관한 기본 과목인 상법·민법·행정소송법 중 한 과목을 택하여 시험을 치르도록 하고 있으며 국가 및 지방공공단체의 재정현상을 연구대상으로 하는 재정학도 포함되어 있다. 한편 세무전문지식에 해당하는 세법학, 회계학의 경우에는 제1차 시험에서는 개론만을 시험과목으로 하고 있고 제2차 시험에서 다시 이들 과목에 대한 보다 전문적인 지식을 검증받도록 하고 있다.

그렇다면 세무사자격시험 중 제1차 시험은 세무관련 전문지식이나 세무사의 전문적인 직무수행 능력에 대한 평가라기보다는 세무사의 업무를 수행함에 있어 요구되는 기본적인 소양을 검증하는 의미를 갖는다고 할 것인데, 이 사건 법률조항에 의해 제1차 시험을 면제받는 자들은 국세 또는 지방세에 관한 행정사무 내지 대위 이상의 경리병과장교로서 군의 경리업무에 적어도 10년 이상 종사한 자들인바, 그 선발방법 및 직무범위에 비추어 볼 때 이미 위와 같은 성격의 제1차 시험에서 검증하고자 하는 정도의 기본적인 소양은 갖추었다고 보아도 무리가 없다고 할 것이다. 특히, 위에서 살펴본 바와 같이 세무직 공무원의 채용시험에는 영어, 세법, 회계학, 경제학 등의 과목이 필수 과목으로 정해져 있는바 세무사자격시험의 제1차 시험과 중첩되는 부분이 있으므로 일부 과목들에 대한 평가는 사실상 불필요할 수도 있다. 또한 경리병과장교의 경우 현실적으로 대부분 대학에서 경영이나 회계 등을 전공한 자가

임용되고 군대 내의 전반적인 경리업무에 10년 이상 종사한 점에서 제1차 시험을 면제할 만한 근거를 찾을 수 있다.

그러므로 이 사건 법률조항에서 이와 같은 경력이 전혀 없는 일반 응시자와 일정 경력공무원을 달리 취급하여 일정 경력공무원에게 세무사자격시험의 제1차 시험을 면제하도록 정한 것이 세무사자격제도에 관한 입법형성권의 범위를 벗어난 자의적인 입법이라고 할 수 없다.

## 2) 제2차 시험 일부 면제 부분

“국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자 중 5급 이상 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로 5년 이상 종사한 경력이 있는 자와 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 20년 이상인 자”에 대하여 제1차 시험을 면제하는 것에 더 나아가 제2차 시험 과목 중 세법학 제1부(국세기본법, 소득세법, 법인세법, 상속세 및 증여세법) 및 제2부(부가가치세법, 특별소비세법, 지방세법, 조세특례제한법)를 면제한 것은 다음과 같은 입법자의 판단에 기초한 것으로 보인다. 즉 입법자는, 20년 이상이라는 오랜 기간 동안 국세행정 사무에 종사하였거나 국세행정의 사무에서 10년 이상 종사한 자 중 그 요구되는 역할이나 비중이 상대적으로 크고 중요할 수밖에 없는 5급 이상 공무원 등의 지위에서 5년 이상 근무하였다면 그만큼 위 공무원들은 국세행정의 근거가 되는 각종 조세 관련 법률에 관하여 세무사의 직무를 담당할 정도의 전문지식을 갖춘 것으로 보았는데[위 시험면제 과목이 대부분 국세에 관련된 것이고 예외가 지방세법인데, 지방세는 대부분 재산에 대하여 일정률의 세율을 과세하는 단순세목인 점, 지방세법은 지방세의 부과 징수에 관하여 지방세법 및 다른 법령에서 규정한 것을 제외하고는 국세기본법과 국세징수법을 준용하도록 하고 있고(제82조), 지방세에 관한 범칙행위에 대해서는 조세범처벌법령을 준용하도록 하고 있는 점(제84조) 등을 고려하면 국세에 관한 행정사무에 종사하여 위와 같은 경력을 갖춘 자들은 일반적으로 지방세에 관한 세무사의 직무도 담당할 수 있으리라 짐작된다], 위 시험면제 과목과 시험면제 공무원의 업무 사이에 관련성이 있음을 인정한 입법자의 이러한 판단은 나름대로 합리적인 것으로서 수긍할 수 있다고 보인다. 그렇다면 이 사건 법률조항에서 일반 응시자와 이들을 달리 취급하여 일정 경력공무원에게 제2차 시험 중 세법학 제1부 및 제2부 과목을 면제하도록 정한 것이 세무사자격제도에 관한 입법형성권의 범위를 벗어난 자의적인 입법이라고 할 수 없다.

판례집 20-2(하)

3) 한편, 일정 경력공무원에 대하여 세무사자격시험 중 일부를 면제하는 것은 위에서 살펴본 바와 같이 상당한 기간 세무행정의 실무 경험을 갖춘 공무원의 경우 세무사자격시험을 통해 검증하고자 하는 세무행정에 관련된 전문 지식이나 능력을 이미 갖춘 것으로 볼 수 있으므로 세무사자격시험 중 일부 과목들에 의한 평가는 사실상 불필요할 수도 있다는 점을 고려한 것 외에도, 세무행정의 실무 경력이 풍부한 전문 인력을 효율적으로 활용하는 한편 세무행정에 종사하는 공무원의 직무의욕을 고취하고 성실한 장기근무를 유도하기 위한 점에도 그 입법취지가 있는바(헌재 2007. 5. 31. 2006헌마646, 판례집 19-1, 745, 753 참조), 이와 같은 정책적 관점에서도 시험면제의 근거를 찾을 수 있으므로 이 사건 법률조항이 시험의 일부를 면제함으로써 일반 응시자와 일정 경력공무원을 차별취급한데에는 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

나. 직업선택의 자유 침해 여부

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항으로 인해 청구인들과 같은 일반 응시자가 일정 경력공무원에 비해 세무사자격시험에 합격하는데 어느 정도 불이익을 받는 것은 사실이지만, 일반 응시자도 세무사자격시험을 보아 합격하여 세무사가 될 수 있는 길이 열려 있음은 자명하다. 만일 일정 경력공무원에 대한 일부 시험면제제도가 합리성을 결하는 것이고 이 제도와의 관계에서 일반 응시자가 세무사자격시험에 합격하는 길이 현저히 제약되거나 사실상 불가능하도록 법률이 규정하고 있다면 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 문제될 수 있을 것이나, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 일정 경력공무원에게 세무사자격시험의 일부를 면제해 주는 데에는 합리적인 이유가 있고, 달리 세무사자격시험제도를 유명무실하게 하는 또는 그럴 위험이 있는 요소를 찾아 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항은 청구인들이 세무사라는 직업을 선택하는 자유를 침해하지 않는다고 할 것이다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750, 759 참조).

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동흠  
 목영준(해의출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지] 관련조항

세무사법(2008. 3. 28 법률 제9045호로 일부 개정된 것) 제3조(세무사의 자격) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 세무사의 자격을 가진다.

1. 제5조의 규정에 의한 세무사자격시험에 합격한 자
2. 삭제
3. 공인회계사의 자격이 있는 자
4. 변호사의 자격이 있는 자

제5조(세무사자격시험) ① 세무사자격시험은 제1차 시험과 제2차 시험으로 한다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 세무사자격시험의 과목 기타 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제5조의2(시험의 일부면제) ①, ② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정은 탄핵 또는 징계처분에 의하여 그 직에서 파면 또는 해임된 자에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

④ 제1차 시험에 합격한 자에 대하여는 다음 회의 시험에 한하여 제1차 시험을 면제한다.

세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호로 일부 개정된 것) 제1조의4(시험의 방법 및 과목) ① 법 제5조의 규정에 의한 세무사자격시험(이하 “시험”이라 한다)의 제1차 시험은 객관식 필기시험의 방법에 의하고, 제2차 시험은 주관식 필기시험의 방법에 의한다.

② 제1차 시험과목은 [별표 1]과 같고, 제2차 시험과목은 [별표 2]와 같다.

제1조의5(시험의 일부면제 등) ① 삭제

② 법 제5조의2 제2항에서 “대통령령이 정하는 일부과목”이라 함은 [별표 2]의 규정에 의한 시험과목 중 세법학 1부와 세법학 2부를 말한다.

(이하 생략)

제2조(제2차 시험 최소합격인원의 결정) 세무사자격심의위원회의 위원장은 세무사의 수급상황 등을 고려하여 세무사자격심의위원회의 심의를 거쳐 제2차 시험의 최소합격인원을 정할 수 있다.

제4조(시험의 시행 및 공고) ① 시험은 매년 1회 이상 시행한다.

② 세무사자격심의위원회의 위원장은 시험의 일시·장소·방법, 제2차 시험의 최소합격인원과 그 밖에 필요한 사항을 시행 60일전에 공고한다.

판례집 20-2(하)

제8조(합격자의 결정) ① 제1차 시험에서는 매 과목 100점을 만점으로 하여 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다.

② 제2차 시험에서는 매 과목 100점을 만점으로 하여 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 득점한 자를 합격자로 결정한다. 다만, 매 과목 40점 이상, 전 과목 평균 60점 이상을 득점한 자가 제4조 제2항의 규정에 의한 최소합격인원에 미달하는 경우에는 동 최소합격인원의 범위 안에서 매 과목 40점 이상을 득점한 자중에서 전 과목 평균득점에 의한 고득점자순으로 합격자를 결정한다.

③ 제2항 단서의 규정에 의하여 합격자를 결정함에 있어서 동점자로 인하여 최소합격인원을 초과하는 경우에는 당해 동점자 모두를 합격자로 결정한다. 이 경우 동점자의 점수계산은 소수점 이하 둘째자리까지 계산한다.

[세무사법 시행령 별표 1]

제1차 시험과목(제1조의4 제2항 관련)

과 목	출제범위
재정학	
회계학개론	
세법학개론	국세기본법·국세징수법·조세범처벌법·소득세법·법인세법·부가가치세법·국제조세조정에관한법률
상법	회사편
상법·민법·행정소송법 중 택1	상법(회사편), 민법(총칙), 행정소송법(민사소송법 준용규정 포함)
영어	

[세무사법 시행령 별표 2]

제2차 시험과목(제1조의4 제2항 관련)

과 목	출제범위
세법학 1부	국세기본법, 소득세법, 법인세법, 상속세및증여세법
세법학 2부	부가가치세법, 특별소비세법, 지방세법(취득세·등록세·재산세 및 종합토지세에 한한다), 조세특례제한법
회계학 1부	재무회계, 원가관리회계
회계학 2부	세무회계

## 서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례 제3조 제2항 등 위헌확인

(2008. 12. 26. 2007헌마1387 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 서울특별시 보도상 영업시설물 운영자 중 자산가액 2억 원 미만인 자로서 제소전화해조서를 제출한 자에 대하여만 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 도로점용허가를 갱신하도록 한 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 조례’라 한다) 제3조 제2항 후문, 제4항, 제4조 제3호, ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정된 것) 제3조 제6항(이하 위 조항들을 통칭할 때에는 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하는지 여부(적극)
2. 이 사건 조항들이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었는지 여부(적극)
3. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
4. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
5. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
6. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
7. 제소전화해조서의 제출을 갱신허가요건으로 규정한 이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3호가 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)
8. 이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3호가 청구인들의 직업

의 자유를 침해하는지 여부(소극)

**【결정요지】**

1. 이 사건 조항들은 도로법 제40조 제2항 및 제 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호의 위임에 근거한 것으로 도로점용에 관한 청구인들의 법적 지위 및 권리 의무에 영향을 미치므로 행정기관 내부의 사무처리지침이 아닌 외부효를 갖는 조례로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다.

2. 이 사건 조항들은 갱신허가처분 내지 거부처분이라는 집행행위가 예정되어 있으나, 허가의 요건과 내용이 조항 자체에 의하여 일의적이고 명백하게 정해져 있어 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라 볼 수 있으므로 침해의 직접성이 인정된다.

3. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분은 도시환경개선 및 시민 통행권 확보라는 건설행정적 공익과 사회취약계층의 자활을 돕기 위한 복지행정적 공익을 조화롭게 달성하기 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다.

자산가액 2억 원 미만이라는 기준은 국민기초생활보장법이나 근로장려세제상의 기준보다 두 배 이상 완화된 기준이고 시설물 운영자 중 대부분(83.63%)의 자산가액이 2억 원 미만이므로 갱신허가대상자의 범위가 지나치게 좁게 설정되었다고 볼 수 없다. 따라서 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없으며, 청구인들은 2007. 12. 31.까지만 도로점용을 허가받은 자들로서 위 기간 이후 법적 지위가 변동될 수 있음을 예상할 수 있었을 것이므로 위 조항으로 인하여 침해받는 사익은 공익에 비하여 크다고 볼 수 없다.

그러므로 위 조항은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

4. 위 조항은 시설물의 설치장소로서의 ‘도로’에 대한 점용권을 제한하는 것이므로 ‘시설물’ 자체에 대한 청구인들의 소유권에는 어떠한 영향도 미치지 않으며, 허가기간 만료 후 갱신허가를 통하여 계속 시설물 영업을 할 수 있으리라는 기대는 단순한 사실적 이익 내지 경제적 기회에 불과하여 헌법상 보장된 재산권이라고 볼 수 없다.

5. 위 조항은 자산가액을 기준으로 시설물 운영자를 달리 취급하고 있으나, 이는 앞서 본 바와 같이 두 공익목적은 조화롭게 달성하기 위한 것으로서 전년도 국민기초생활보장법상 수급자의 재산액이나 근로장려세제 신청자격의 재산기준, 기존 시설물 운영자의 자산정도 등에 비추어 볼 때 그 기준이 지나치게 높다고 보이지 않으므로 자의적인 차별이라고 볼 수 없다.

6. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분은 관할 행정청으로 하여금 각 지역상황에 따라 시설물 존치 및 도로점용에 대하여 탄력적으로 대응할 수 있도록 하고 허가대상자와 장소를 순환함으로써 공유재산 사용에 대한 형평성을 도모하기 위한 것인바, 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다.

점용기간을 1년 이내로 정한 것은 잡종재산의 대부계약 기간이 1년을 초과할 수 없도록 규정한 ‘공유재산 및 물품관리법’과 통일적으로 규율하기 위한 것으로, 보도상 시설물은 기타 공작물에 비하여 규모가 작고 설치 및 철거가 비교적 간편하여 탄력적인 대응이 가능하므로 점용허가기간을 다른 공작물에 비하여 단기간으로 정하였다고 하여 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없다. 한편 자산가액 2억 원 미만인 자들은 도로점용기간이 만료되었음에도 이 사건 조례에 의한 갱신허가를 통하여 수익을 얻게 된 것이므로 점용허가의 기간과 횟수가 제한됨으로써 침해받는 사익은 이 사건 공익에 비하여 크다고 볼 수 없다.

그러므로 위 조항은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

7. 도로법 제40조 제1항에서 도로점용허가에 관한 사항을 관할 행정청이 결정하도록 권한을 부여하고 처분의 법적 근거를 마련하고 있는 이상 행정청이 처분의 기준을 정함에 있어 반드시 별도로 법령의 위임이 있어야 하는 것은 아니며, 설사 위임이 필요하다고 본다 하더라도 도로법 제40조 제2항, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호를 이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3호의 위임 근거라고 볼 수 있다.

8. 위 조항은 점용기간이 만료된 도로에 대한 신속한 강제집행 및 절차진행을 가능하게 하기 위한 것으로 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다.

판례집 20-2(하)

시설물 운영자와 서울시 사이에 분쟁이 생길 경우 미리 제소전화해를 해두지 않는 이상 도로의 신속한 원상회복이 어렵고, 서울시로서는 철차치연에 따른 행정력의 낭비 등 문제점이 발생할 수 있으므로 제소전화해조서의 제출을 도로점용허가의 요건으로 삼은 것은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것이다. 한편 점용기간 중의 시설물 운영이나 기간만료 후 제때에 원상회복의무를 이행하는 경우에 있어서는 시설물 운영자의 법적 지위에 특별히 불이익을 주는 바가 없으므로 위 조항으로 인하여 침해받는 사익이 공익에 비하여 크다고 볼 수 없다.

따라서 위 조항은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 조항들은 구체적 집행행위(갱신허가처분 내지 거부처분)가 예정되어 있고 집행행위가 매개되어야만 비로소 청구인들의 권리의무에 영향을 미치게 된다. 특히 이 사건 조례 제3조 제2항 후문의 경우 자산가액 2억 원 미만인지를 판단함에 있어 자산의 항목과 부채비율 등 다양한 요소가 고려되고 있으므로 갱신허가거부처분이 있기 전에 위 조항 자체만으로는 청구인들에게 어떠한 기본권침해적인 요소도 발생한다고 보기 어렵다. 또한 갱신허가거부처분에 대하여는 행정심판이나 행정소송 등 별도의 구제절차가 마련되어 있고 이러한 구제절차가 권리구제의 기대가능성이 없거나 불필요한 우회절차를 강요하는 것이라고 볼 수 없으므로 직접성의 예외를 인정할 여지도 없다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

### 【심판대상조문】

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조(점용허가) ① 생략

② 시장은 점용허가를 받은 운영자에게 별지 제2호서식에 의한 도로점용허가증을 교부한다. 이 경우 점용허가기간은 1년이내로 한다.

③ 생략

④ 도로점용 허가기한이 2007년 12월 31일로 만료되는 운영자는 본인 및 배우자 소유의 부동산, 「국민기초생활보장법 시행규칙」 제3조 제1항 제1호다목의 규정에 의한 입차보증금 및 같은 조 같은 항 제2호의 규정에 의한 금융채산을 합하여 2억 원 미만인 자에 한하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신 허가하되, 이 경우 제3항에 의한 위원회를 거치지 아니한다.

⑤~⑥ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제4조(점용허가 갱신의 제한) 시장은 제3조 제4항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 점용허가를 갱신하지 아니하여야 한다.

1.~2. 생략

3. 제3조 제6항 규정에 의한 제소전 화해조서를 제출하지 아니한

서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정된 것) 제3조(점용허가) ①~⑤ 생략

⑥ 운영자가 제1항 규정에 의한 허가를 신청하는 때에는 제소전 화해조서를 시장에게 제출하여야 한다.

## 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제117조 제1항

구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제22조(도로관리청) ① 도로의 관리청은 국도에 있어서는 건설교통부장관, 국가지원지방도에 있어서는 도지사(특별시·광역시안의 구간은 당해 시장), 기타의 도로에 있어서는 그 노선을 인정한 행정청이 된다.

② 특별시·광역시 또는 시관할구역안의 상급도로(고속국도와 읍·면지역의 일반국도 및 지방도를 제외한다)는 제1항의 규정에 불구하고 특별시장·광역시장 또는 시장이 관리청으로 된다.

구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제40조(도로의 점용) ① 도로의 구역안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③~⑥ 생략

지방자치법 제15조(조례의 제정과 폐기 청구) ① 지방자치단체의 19세 이상의 주민(「공직선거법」 제18조에 따른 선거권이 없는 자는 제외한다. 이하 이 조 및 제16조에서 “19세 이상의 주민”이라 한다)은 시·도와 제175조에 따른 인구 50만 이상 대도시에서는 19세 이상 주민 총수의 100분의 1 이상 70분의 1 이하, 시·군 및 자치구에서는 19세 이상 주민 총수

판례집 20-2(하)

의 50분의 1 이상 20분의 1 이하의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(연서)로 해당 지방자치단체의 장에게 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 사항은 청구대상에서 제외한다.

1. 법령을 위반하는 사항
  2. 지방세·사용료·수수료·부담금의 부과·징수 또는 감면에 관한 사항
  3. 행정기구를 설치하거나 변경하는 것에 관한 사항이나 공공시설의 설치를 반대하는 사항
  - ② 지방자치단체의 19세 이상의 주민이 제1항에 따라 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구하려면 청구인의 대표자를 선정하여 청구인명부에 적어야 하며, 청구인의 대표자는 조례의 제정안·개정안 및 폐지안을 작성하여 제출하여야 한다.
  - ③ 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 청구를 받으면 청구를 받은 날부터 5일 이내에 그 내용을 공표하여야 하며, 청구를 공표한 날부터 10일간 청구인명부나 그 사본을 공개된 장소에 갖추어두어 열람할 수 있도록 하여야 한다.
  - ④ 청구인명부의 서명에 관하여 이의가 있는 자는 제3항에 따른 열람기간에 해당 지방자치단체의 장에게 이의를 신청할 수 있다.
  - ⑤ 지방자치단체의 장은 제4항에 따른 이의신청을 받으면 제3항에 따른 열람기간이 끝난 날부터 14일 이내에 심사·결정하되, 그 신청이 이유 있다고 결정한 때에는 청구인명부를 수정하고, 이를 이의신청을 한 자와 제2항에 따른 청구인의 대표자에게 알려야 하며, 그 이의신청이 이유 없다고 결정한 때에는 그 뜻을 즉시 이의신청을 한 자에게 알려야 한다.
  - ⑥ 지방자치단체의 장은 제4항에 따른 이의신청이 없는 경우 또는 제4항에 따라 제기된 모든 이의신청에 대하여 제5항에 따른 결정이 끝난 경우 제1항에 따른 요건을 갖춘 때에는 청구를 수리하고, 그러하지 아니한 때에는 청구를 각하하되, 수리 또는 각하 사실을 청구인의 대표자에게 알려야 한다.
  - ⑦ 지방자치단체의 장은 제6항에 따라 청구를 각하하려면 청구인의 대표자에게 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.
  - ⑧ 지방자치단체의 장은 제6항에 따라 청구를 수리한 날부터 60일 이내에 조례의 제정안·개정안 또는 폐지안을 지방의회에 부의하여야 하며, 그 결과를 청구인의 대표자에게 알려야 한다.
  - ⑨ 제1항에 따른 19세 이상의 주민 총수는 연도별로 계산하되, 「주민등록법」의 규정에 따른 주민등록표에 따라 조사한 전년도 12월 31일 현재 인구통계에 따른다.
  - ⑩ 조례의 제정·개정 및 폐지 청구에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 구 도로법 시행령(2007. 6. 28. 대통령령 제20133호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제24조(점용의 허가신청) ① 법 제40조 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자는 다음의 사항을 기재한 신청서를 관리청에 제출하여야 한다. 이 경우 점용장소·점용기간·공작물 또는 시설의 구조등 점용에 관한 사항은 별표 1의 기준에 적합하게 하여야 한다.

1. 점용의 목적

2. 점용의 장소와 면적
3. 점용의 기간
4. 공작물 또는 시설의 구조
5. 공사시설의 방법
6. 공사의 시기
7. 도로의 복구방법
8. 삭제

②~④ 생략

⑤ 법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가(법 제8조에 따라 다른 국가사업에 관계되는 점용인 경우에는 협의 또는 승인을 말한다)를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다.

1.~10. 생략

11. 제1호 내지 제10호외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2001. 7. 16. 조례 제3889호로 제정되고, 2003. 1. 10.조례 제4057호로 개정되기 전의 것) 제4조(점용허가 갱신의 제한) ① 이 조례에 의한 점용허가의 갱신 만료기한은 2007년 12월 31일까지로 한다.

② 생략

③ 시장은 제1항의 규정에 의한 점용허가기한 경과 후 시설물을 제거하여 도로를 원상회복 하여야 한다. 다만, 공익목적상 계속 존치할 필요가 있는 경우에는 시민의 보도이용과 도시미관을 저해하지 아니하는 범위안에서 공개경쟁의 방법으로 운영자를 선정한다.

④ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 조례는 시민보행 및 도시환경개선을 위하여 「도로법」 제40조·제75조, 같은 법 시행령 제24조 및 「공유재산 및 물품관리법」 제31조부터 제35조까지의 규정에 따라 보도상영업시설물(이하 “시설물”이라 한다)의 감축 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조(점용허가) ① 시설물을 계속하여 운영하고자 하는 자는 별지 제1호서식에 의한 도로점용허가신청서를 점용허가기간의 만료일로부터 기산하여 30일전까지 시장에게 제출하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 제4항의 규정에 의하여 도로점용허가의 갱신을 받고자 하는 자는 다음 각 호의 사항을 시장에게 제출하여야 한다. 다만, 「국민기초생활 보장법」 제2조 제1호의 규정에 의한 수급권자의 경우에는 제출을 생략할 수 있다.

1. 운영자 본인 및 배우자를 확인할 수 있는 주민등록표

판례집 20-2(하)

- 2. 부동산 및 금융재산 조회에 대한 동의서
- 3. 임대차 계약서

⑥ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제5조(대부계약) ① 지방자치단체의 소유로된 시설물을 사용하고자 하는 자는 별지 제1호서식에 의한 시설물 대부신청서를 시장에게 제출하여야 하며, 별지 제3호서식에서 정하는 바에 따라 시장과 당해 시설물에 대한 대부계약을 체결하여야 한다. 이 경우 운영자는 대부계약이 체결되기 전에 재산에 대한 손해보상을 위한 보험계약을 체결하고 그 증서를 첨부하여야 한다.

② 생략

③ 대부계약 신청·기간·갱신 등은 제3조에서 규정한 도로점용허가의 경우와 같다.

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제9조(시설물 철거) ① 시설물의 설치자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시설물을 철거하여야 한다.

- 1. 점용허가 기한이 경과된 경우. 다만, 제3조 제3항에 의하여 운영자가 선정된 경우에는 그러하지 아니하다.
- 2. 제3조의 규정에 의하여 점용허가의 갱신이 아니되는 경우
- 3. 제8조의 규정에 의하여 허가가 취소되는 경우

② 설치자가 제1항의 규정에 의한 시설물의 철거를 시장이 지정한 기한내에 이행하지 아니하는 경우 시장은 「도로법」제54조의7의 규정에 의한 행정대집행의 적용특례에 의한 절차와 방법으로 철거한다.

③ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제12조(사무의 위임) 이 조례에 의한 다음 각 호에 해당하는 시장의 사무는 시설물이 위치하는 지역을 관할하는 구청장에게 위임한다.

- 1. 제3조 내지 제5조의 규정에 의한 도로점용허가 및 대부계약의 체결에 관한 사항, 그 밖에 자치구의 위원회 설치·운영에 관한 사항
- 2.~ 4. 생략

구 서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 4. 17. 조례 제4509호로 개정되고, 2008. 3. 12. 조례 제4610호로 개정되기 전의 것) 제2조(도로점용허가) 공작물·물건·그 밖에 시설물로서 영 제24조 제5항 제11호의 규정에 의하여 도로관리청이 정하는 도로점용허가 대상 시설물은 다음 각 호와 같다.

- 1. 광고탑, 광고판, 사설안내표지판 그 밖에 이와 유사한 것
- 2. 가로판매대, 구두수선대, 버스카드판매대 그 밖에 이와 유사한 것

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1387

### 【참조판례】

2. 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104  
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343  
헌재 2008. 6. 26. 2005헌마173, 공보 141, 901, 903
3. 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결, 공2002하, 2892
4. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103-104  
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664
7. 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572

### 【당 사 자】

청 구 인 [별지 1] 목록과 같음  
대리인 변호사 김학민

### 【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

### 【이 유】

#### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

##### 가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 서울특별시의 각 구청장으로부터 서울시 내 보도에 대한 점용허가를 받아 보도상에서 교통카드판매대를 운영하고 있는 자들인바, 2001. 7. 16. 제정된 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’에 의하면 청구인들의 도로점용허가 갱신만료기한은 2007. 12. 31.까지이다.

(2) 그런데 2007. 11. 1. 위 도로점용 허가기간이 만료되는 자들 중 보유자산가액이 2억 원 미만인 자에 대하여는 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가를 할 수 있도록 위 조례가 개정되었다.

(3) 이에 청구인들은 2007. 12. 7. ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’ 제3조 제2항·제4항·제6항 및 제4조가 청구인들의 직업의 자유등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

##### 나. 심판의 대상

청구인들은 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 전체를 심판대상으로 삼고 있으나, 청구인들이 다투고자 하

판례집 20-2(하)

는 취지는 ‘도로점용허가기간을 1년 이내로 제한한 것의 위헌 여부’이므로 심판대상을 위 부분으로 한정함이 상당하다.

또한 청구인들은 위 조례 제4조 전체를 심판대상으로 삼고 있으나, ‘제소전화해조서를 제출하지 아니한 경우 점용허가를 갱신하지 않도록 한 것의 위헌 여부’에 대해서만 다투고 있으므로 심판대상을 이와 관련된 부분으로 한정하여야 한다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 조례’라 한다) 제3조 제2항 후문, 제4항, 제4조 제3호, ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정된 것) 제3조 제6항이며(이하 위 조항들을 통칭할 때에는 ‘이 사건 조항들’이라 한다), 그 내용은 다음과 같고 관련조항은 [별지 2 기재와 같다.

[심판대상조항]

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제 4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조(점용허가) ② 시장은 점용허가를 받은 운영자에게 별지 제2호서식에 의한 도로 점용허가증을 교부한다. 이 경우 점용허가기간은 1년 이내로 한다.

④ 도로점용 허가기간이 2007년 12월 31일로 만료되는 운영자는 본인 및 배우자 소유의 부동산, 「국민기초생활보장법 시행규칙」 제3조 제1항 제1호 다목의 규정에 의한 임차보증금 및 같은 조 같은 항 제2호의 규정에 의한 금융재산을 합하여 2억 원 미만인 자에 한하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신 허가하되, 이 경우 제3항에 의한 위원회를 거치지 아니한다.

제4조(점용허가 갱신의 제한) 시장은 제3조 제4항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 점용허가를 갱신하지 아니하여야 한다.

3. 제3조 제6항 규정에 의한 제소전화해조서를 제출하지 아니한 때  
서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제 4581호로 개정된 것) 제3조(점용허가) ⑥ 운영자가 제1항 규정에 의한 허가를 신청하는 때에는 제소전화해조서를 시장에게 제출하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 자산가액 2억 원이라는 기준은 현재 시세 및 물가, 청구인들의 수입에

비추어 지나치게 높은 기준이고, 갱신기간을 최장 2년으로 제한하는 것도 다른 특별한 기술 등 생활능력이 없는 청구인들에 대하여는 지나치게 짧은 기간이므로, 위 기준으로 도로점용허가를 갱신하는 것은 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 직업선택의 자유, 평등권을 침해하는 것이다. 또한 청구인들 대부분은 교통카드판매대를 자신의 돈으로 직접 설치하였는바, 이러한 보도상영업시설물(이하 '시설물'이라 한다)과 시설물에 기초한 영업권은 사유재산이므로 아무런 경과조치나 손실보상 없이 이를 제한하는 것은 재산권 침해이다.

(2) 교통카드판매대 자체는 청구인들 소유로서 제조전화해의 대상이 될 수 없음에도 제조전화해조서를 제출하는 경우에만 도로점용허가를 갱신하도록 하는 것은 상위법에 전혀 근거가 없는 내용으로서 헌법 제117조 제1항에 반한다.

나. 서울특별시장의 의견요지

(1) 이 사건 조항들은 관할 구청장이 도로점용허가에 관한 재량권을 행사함에 있어 그 기준이 되는 사무처리준칙에 불과하므로 대외적 구속력이 없고, 청구인들의 권리를 직접 침해하는 것은 각 구청장의 청구인들에 대한 도로점용갱신 허가거부(제외)처분 또는 허가처분이므로 이 사건 조항들은 기본권침해의 직접성이 없다.

(2) 이 사건 조례는 기존 점용자 중 일부 저소득층에 대하여만 생계보장을 위하여 점용기간을 연장해주도록 수혜적으로 마련된 것이므로 완화된 법률유보원칙이 적용되며, 도로법 제40조 제2항, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호를 이 사건 조항들의 위임근거로 볼 수 있다.

(3) 청구인들이 시설물을 계속 점용하여 운영할 수 있는 권리는 행정청의 시혜적인 급부행정의 일환으로서 인정되는 반사적 이익에 불과하므로 기본권에 대한 제한이 있다고 볼 수 없고, 가사 기본권을 제한하는 것이라고 하더라도 애초에 청구인들은 2007. 12. 31.까지만 한시적으로 점용을 허가받은 점, 국민기초생활보장 수급자의 최고재산액보다 높은 가액(2억 원)을 기준으로 삼고 있는 점 등을 고려하면 이 사건 조항들이 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견요지

(1) 이 사건 조항들이 위헌이라고 하더라도 구 '서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례'(2001. 7. 16. 조례 제3889호로 제정되고, 2003. 1. 10.

판례집 20-2(하)

조례 제4057호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 조례’라 한다)는 효력이 유지되므로, 청구인들은 구 조례 제4조 제1항에 따라 도로점용 허가기간이 만료되어 원상회복의무를 부담한다. 또한 이 사건 조항들은 기존 점용자의 점용기간을 연장해 주는 것이므로 청구인들에게는 수혜적 조항에 해당하고, 오히려 위 조항들로 인하여 다른 사람이 시설물을 점용할 기회가 줄어들게 되므로 일반 국민에 대한 권리 침해가 문제될 뿐이다.

(2) 시설물 운영자의 대다수(약 83.63%)가 자산가액 2억 원 미만인 자에 해당하고 보건복지부가 제시하고 있는 근로장려세제(EITC)의 기준이 자산가액 1억 원임을 감안할 때 2억 원이라는 갱신허가의 기준은 심히 부당한 기준은 아니며, 보도상영업시설물의 감축이라는 이 사건 조례의 목적을 달성하기 위한 불가피한 조치이다. 또한 청구인들의 도로점용권은 점용기간동안만 시설물 영업을 통하여 수익을 추구할 수 있는 반사적 이익일 뿐 헌법상 보장된 재산권이라고 볼 수 없다.

(3) 갱신허가신청시 제소전화해조서를 제출하도록 하는 것은 시설물 운영자가 점용기간 만료 후 원상회복의무를 이행하지 않을 경우에 대비하여 지방자치단체의 재산권을 실효성 있게 보장하기 위한 장치로서, 불법점유 등 위법행위가 없는 이상 문제될 여지가 없고 특별히 별도의 의무를 부담시키는 것이 아니므로 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 공권력 행사

도로법 제40조 제2항은 “제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있고, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호는 “법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다. …… 제1호 내지 제10호 외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것”이라고 규정하고 있는바, 이 사건 조례는 위와 같은 상위법령의 위임에 근거하여 제정된 것이다.

또한 2007. 12. 31.로 도로점용기간이 만료되어 갱신허가를 받고자 하는 청구인들의 경우 이 사건 조항들이 정한 바에 따라 제소전화해조서의 제출의무를 부담하고 허가기준 및 허가내용이 결정되므로 도로점용에 관한 법적 지위

및 권리 의무에 영향을 받게 된다.

따라서 이 사건 조항들은 단순히 행정기관 내부의 사무처리지침에 불과하다고 볼 수 없고, 지방자치단체와 주민의 관계를 규율하는 외부효를 갖는 조례로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다.

나. 직접성

법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104 ; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343 ; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마173, 공보 141, 901, 903 등).

이 사건 조항들은 관할 구청장의 갱신허가처분 내지 갱신허가거부처분이라는 집행행위가 예정되어 있으나, 자산가액이 2억 원 이상인 자들이나 제소전 화해조서를 제출하지 아니한 자에 대하여는 갱신허가신청이 거부될 것이고, 자산가액이 2억 원 미만인 자들에 대하여는 제소전 화해조서를 제출한 경우에 한하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가될 것이라는 점이 이미 이 사건 조항들 자체에 의하여 일의적이고 명백하게 정해져 있다. 따라서 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 볼 수 있으므로 권리침해의 직접성이 인정된다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분의 위헌 여부

(1) 직업의 자유 침해 여부

(가) 직업의 자유에 대한 제한

이 사건 조례 제3조 제4항은 기존 시설물 운영자 중 ‘자산가액이 2억 원 미만인 자’에 대하여만 도로점용갱신허가를 하도록 규정하고 있는바, 자산가액이 2억 원 이상인 자들은 갱신허가의 대상에서 제외되어 더 이상 서울시 내 보도상에서 시설물을 운영할 수 없게 되었다.

이러한 시설물 영업행위 역시 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동으로서 헌법상 보장된 직업의 개념에 포섭되고, 도로의 관리청으로부터 허가를 받음으로써 특정 도로에서의 시설물 영업을 할 수 있는 길을 열어둔 이상, 보도상에서 시설물을 운영하는 행위도 법적 권리 내지 자유

판례집 20-2(하)

로서 보장되므로 갱신허가 대상자의 범위에서 제외된 자들은 위 조항으로 인하여 직업의 자유를 제한받게 된다.

(나) 심사기준

도로의 점용이라 함은 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것인바, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다[대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결(공2002하, 2892)].

따라서 도로점용허가 자체는 원래 없었던 권리를 새로이 창출하는 것으로서 권리영역의 확대를 가져오므로 수익적·급부적 행위라고 볼 수 있는 점, 도로는 일반 공중의 교통에 사용되는 공유재산으로서 폭넓은 국가적 규제와 관리가 가능하고, 특정인의 고정적 사용은 예외적으로 허용되는 것으로서 도로의 관리주체인 관할 행정청이 공익상 목적이거나 각 지방의 사회·경제적 여건 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 허가 여부 및 허가의 내용을 정할 수 있는 광범위한 재량권이 인정된다는 점 등을 고려할 때, 도로점용에 관한 사항은 일반적인 침해적 행위와 그 근거조항에 비하여 보다 완화된 심사가 가능하다.

(다) 비례원칙 위배 여부

1) 목적의 정당성과 방법의 적정성

서울시 내 보도상 시설물에 대한 도로점용허가기간은 2007. 12. 31.로 만료됨이 원칙이나, 경제적 자립기반이 미약한 저소득층의 시설물 운영자에 대하여는 사회적 일자리 제공과 전업기회 보장을 위하여 위 기간 이후에도 일정기간 시설물을 연장하여 존치시킬 수 있도록 갱신허가의 근거조항으로 마련된 것이 이 사건 조례 제3조 제4항이다. 즉 시설물의 감축을 통한 도시환경개선과 시민 통행권 확보라는 건설행정적 공익을 추구하는 한편, 사회취약계층인 시설물 운영자의 자활을 돕기 위한 복지행정적 공익을 조화롭게 달성하기 위한 데 그 입법목적이 있다. 특히 2008년 이후에는 시설물을 제거하여 도로를 원상회복하되 공익목적상 계속 존치할 필요가 있는 경우에는 시민의 보도이용과 도시미관을 저해하지 아니하는 범위 안에서 공개경쟁의 방법으로 운영자를 선정하도록 함으로써(구 조례 제4조 제3항), 기존 운영자의 장기 도로독점현상을 막고 주민 모두에게 점용기회를 부여하여 공유재산 사용에 대한

형평성을 도모하고자 하였다.

이러한 입법목적이 정당함에는 의문의 여지가 없으며, 기존 운영자의 보유 자산가액을 기준으로 일정수준 미만인 자에 대하여만 제한적으로 갱신허가를 인정하는 것은 위 입법목적을 달성하기 위한 효과적인 수단이다.

2) 피해의 최소성과 법익의 균형성

가) 보건복지부가 제시한 「2007년 국민기초생활보장사업 안내」에 따르면 국민기초생활보장법에 의한 수급자와 차상위계층의 최고재산액은 4인 가구 기준으로 각각 '6,691만 원'과 '8,698만 원'이고, 우리나라가 2009년부터 시행하는 저소득 근로자 복지제도인 근로장려세제(EITC)는 자산합계액이 '1억 원 미만'인 자만 신청할 수 있도록 되어 있다. 그에 비해 이 사건 조례 제3조 제4항은 자산가액 '2억 원 미만'인 자를 저소득자로 보아 갱신허가하도록 규정하고 있는바, 이는 국민기초생활보장법이나 근로장려세제상의 기준들보다 두 배 이상 완화된 기준이고 시설물 운영자 중 대부분(83.63%)의 자산가액이 2억 원 미만이므로 갱신허가대상자의 범위가 지나치게 좁게 설정되었다고 볼 수 없다.

또한 서울특별시가 개최한 「보도상영업시설물 갱신허가 대상자 선정 및 관리방안」에 관한 회의 자료를 보면, '허위신고 시 운영자 선정 대상에서 제외할 것', '실소유주가 운영자 본인 및 배우자인 차명계좌는 본인 및 배우자 명의의 재산으로 간주할 것', '금융기관의 융자금, 공증된 사채 등으로 주택매입, 전세자금, 생계유지를 위한 사업자금이나 의료비, 학비 등에 사용한 것이 명백한 경우 그 차용한 금액 중 미상환액을 부채로 인정하여 차감할 것', '부채를 얻어 타인에게 다시 빌려주는 등 생계유지를 위한 목적으로 사용하지 않은 경우나 사용처를 구체적으로 입증하지 못하는 경우 또는 재산가액을 줄이기 위해 고의적으로 얻은 부채는 차감하지 아니할 것' 등의 운영방안이 기재되어 있는바, 각 시설물 운영자의 개별·구체적 사정을 고려함으로써 실질적 보유자산가액을 최대한 합리적으로 판단할 수 있도록 객관적인 산정방법과 기준도 마련되어 있다.

이러한 점을 고려하면 이 사건 조례 제3조 제4항에서 자산가액 2억 원 미만인 자에 대하여만 갱신허가하도록 한 것은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없다.

나) 한편 청구인들은 구 조례 제4조 제1항에 의하여 2007. 12. 31.까지만 한 시적으로 도로점용을 허가받은 자들이므로 위 기간 이후부터는 서울시의 정

판례집 20-2(하)

책목적과 도로여건 등 제반사정에 따라 시설물에 대한 운영방식이나 도로점용에 관한 사항이 변경될 수 있음은 이미 구 조례에 의하여 예정되어 있었고, 2008년 이후에도 도로를 계속 점용할 수 있을지 여부에 대한 청구인들의 법적지위는 불확실한 상태였다. 특히 구 조례에서 2007. 12. 31.까지로 점용기간을 정한 것은 각 시설물(가로판매대, 구두수선대, 교통카드판매대)의 운영자 대표 등과 수차례 협의과정을 거쳐 합의된 것인바, 청구인들로서는 위 기간 이후 시설물 운영에 관한 자신의 법적 지위가 변동될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었을 것이므로 갱신허가를 받지 못함으로써 침해받는 사익은 그리 크다고 볼 수 없다.

반면 시설물을 감축하고 공익 목적상 필요한 곳에만 적정하게 분포시킴으로써 도시환경을 개선하고 시민보행권을 확보하는 한편, 갱신허가를 제한하여 다른 주민에게도 점용기회를 부여함으로써 도로사용에 대한 형평성을 도모하고자 하는 이 사건 공익은 청구인들이 침해받는 사익에 비하여 매우 중대하다.

(라) 소 결

그렇다면 위 조항은 헌법상 비례원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 재산권 침해 여부

청구인들은 자신의 돈으로 직접 설치한 시설물과 그 시설물에 기초한 영업권은 사유재산에 해당하므로 아무런 경과조치나 손실보상도 없이 이를 제한하는 것은 재산권 침해라고 주장한다.

그러나 이 사건 조례 제3조 제4항은 ‘시설물’이 아닌 시설물의 설치장소로서의 ‘도로’에 대한 점용권을 제한하는 것이므로 시설물 자체에 대한 청구인들의 소유권이나 처분권에는 어떠한 영향도 미치지 않는다. 따라서 도로점용기간이 만료되어 원상회복을 하는 경우 청구인들이 자비로 설치한 시설물에 대하여는 이를 철거하는 것이 아니라 시설물을 다른 장소로 이관하고 도로를 반환하도록 하고 있다.

또한 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리를 의미하고, 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아니라고 할 것인바(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103-104 ; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664 등 참조), 청구인

들이 '보도상에서' 시설물을 운영할 수 있는 권리는 도로점용 허가기간동안만 일시적으로 사용을 허가받은 것에 불과하므로 허가기간이 만료된 이후에도 갱신허가를 통하여 계속 시설물 영업으로 수익을 얻을 수 있으리라는 기대는 단순한 사실적·반사적 이익 내지 경제적 기회에 불과하여 헌법상 보장된 재산권이라고 볼 수 없다.

(3) 평등권 침해 여부

이 사건 조례 제3조 제4항은 자산가액이 2억 원 미만인 자에 대하여만 갱신허가하도록 함으로써 자산가액을 기준으로 기존 시설물 운영자를 달리 취급하고 있다.

그러나 '시설물 운영자의 보유자산가액의 정도'에 따라 갱신허가 여부를 달리하도록 규율한 것은 시설물의 효율적 관리 및 감축이라는 이 사건 조례의 목적(제1조 참조)과 사회취약계층에 대한 일자리 제공이라는 두 가지 공익목적에 조화롭게 달성하기 위한 것으로서 전년도 국민기초생활보장법상 수급자의 재산액이나 근로장려세제(EITC) 신청자격의 재산기준, 기존 시설물 운영자의 자산정도 등에 비추어 볼 때 이 사건 조례가 정한 기준이 지나치게 높다고 보이지 않으며, 자산가액을 평가함에 있어서도 부채 등의 소극재산이나 재산의 실소유 여부 등 각 시설물 운영자의 개별·구체적 사정을 충분히 고려하고 있다.

그렇다면 이 사건 조례 제3조 제4항에서 자산가액 2억 원을 기준으로 저소득층 여부를 판단하도록 한 것은 합리적 이유가 있으므로 자산가액 2억 원 이상인 자에 대한 자의적인 차별취급이라고 볼 수 없다.

나. 이 사건 조례 제3조 제2항 후문 및 제3조 제4항 중 '허가기간과 허가횟수'에 관한 부분의 위헌 여부

(1) 직업의 자유에 대한 제한과 심사기준

이 사건 조례 제3조 제2항 후문은 도로점용허가기간을 1년 이내로 제한하고 있고, 위 조례 제3조 제4항은 2007. 12. 31.로 점용기간이 만료되는 운영자에 대하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가를 하도록 규정하고 있다. 따라서 자산가액이 2억 원 미만인 자라 하더라도 최대 2009. 12. 31.까지만 도로점용허가를 갱신받을 수 있는바, 그렇다면 위 조항은 갱신허가의 기간과 횟수를 제한함으로써 위 기간 이후에도 시설물 영업을 계속하고자 하는 청구인들의 직업의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 있다.

다만 도로점용허가 자체는 수익적·급부적 행위이고, 그 허가 여부 및 허가

판례집 20-2(하)

내용에 관하여 행정청에게 광범위한 재량권이 인정되는 영역이라는 점에서 완화된 비례성 심사를 함이 상당하다는 점은 앞서 본 바와 같다.

(2) 목적의 정당성과 방법의 적정성

도로점용허가의 기간 및 갱신허가의 횟수를 제한하는 것은 관할 행정청으로 하여금 각 지역의 개발상황과 도로주변 환경의 변화, 교통상황의 변동과 보행인구의 증감 등 여러 가지 다양한 사정을 고려하여 시설물 존치의 필요성 및 도로점용에 대하여 탄력적으로 대응할 수 있도록 하고, 도로는 공공재산으로서 장기간에 걸친 개인의 도로독점현상을 방지할 필요성이 있으며 특히 입지여건에 따라 영업수입이 많은 경우의 사회적 형평성과 점용허가의 권리화 현상 등의 문제가 발생할 수 있으므로 허가대상자와 장소를 순환함으로써 공유재산 사용에 대한 형평성을 도모하고자 하는 데 그 취지가 있다.

이러한 입법목적은 정당하며, 점용허가의 기간을 1년 이내로 제한하고 기존 점용자에 대하여 최대 2009. 12. 31.까지만 한시적으로 갱신을 허가하도록 한 것은 위 입법목적 달성을 위한 효과적인 수단이다.

(3) 피해의 최소성과 법익의 균형성

(가) 도로법 시행령 제24조 제1항과 관련한 [별표 1] 제2호는 전주·전선, 수도관·가스관, 주유소·주차장·터미널, 철도·궤도, 지하상가·육교 등의 점용기간은 10년 이내로 하고, 그 밖의 점용물의 점용기간은 3년 이내로 한다고 규정하고 있으므로 위 시행령 조항에 의하면 보도상 시설물은 ‘그 밖의 점용물’로서 점용기간이 3년 이내가 될 것이다.

그러나 이 사건 조례 제3조 제2항 후문 및 제4항은 보도상 시설물의 점용기간을 시행령에서 정한 기간보다 짧은 1년 이내로 정하고 있는바, 이는 ‘공유재산 및 물품관리법’상 잡종재산의 대부계약 기간이 1년을 초과할 수 없도록(갱신하는 경우에도 마찬가지이다) 한 것과 통일적으로 규율하기 위한 것이다. 즉 서울시 내 보도상 시설물 중 서울시가 직접 제작·설치한 것은 서울시 소유의 공유재산으로서 대부계약 체결의 대상이 되는데, 이 경우 관할 구청장은 시설물에 대한 대부계약체결과 시설물이 위치한 도로에 대한 점용허가를 같은 상대방과의 사이에서 함께 하는 것이 일반적이므로 양자의 기간이나 갱신 여부 등을 동일하게 규율·운영함으로써 통일적인 법집행을 할 것이 요구된다.

또한 이미 살핀 바와 같이 도로상황의 변화에 따라 시설물의 존치 여부 및 위치의 적정성, 시설물의 갯수 등을 유연하게 판단할 필요성이 있고, 보도상

시설물은 기타 공작물에 비하여 규모가 작고 설치 및 철거가 비교적 간편하여 탄력적인 대응이 가능하다는 점을 고려하면, 보도상 시설물의 점용허가기간을 다른 공작물에 비하여 비교적 단기간으로 정하였다고 하여 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없다.

(나) 한편 행정기관은 당시의 정책목적이나 의도, 사회의 일반적 통념 등을 기준으로 광범위한 재량 하에 도로점용 허가의 기간 및 내용 등을 정할 수 있으며, 비록 허가기간 중이라도 공익상 필요한 경우에는 허가사항을 변경하거나 허가를 취소할 수 있다(이 사건 청구인들에 대한 도로점용 허가증 별지 제2호 서식 중 제2호 참조). 특히 자산가액이 2억 원 미만인 청구인들은 도로점용기간이 만료되었음에도 이 사건 조례에 의한 갱신허가를 통하여 수익을 얻게 된 것이므로 이러한 점을 고려하면 점용허가의 기간과 횟수가 제한됨으로써 침해받는 청구인들의 사익은 그다지 크다고 볼 수 없다.

반면 도로점용기간을 단기간으로 제한함으로써 행정상황의 변화에 탄력적으로 대처하여 도시환경을 개선하고, 특정 개인의 도로독점현상을 방지하여 공유재산 사용의 형평성을 도모하고자 하는 이 사건 공익은 청구인들이 침해받는 사익에 비하여 매우 중대하다고 할 것이다.

#### (4) 소 결

그렇다면 위 조항은 헌법상 비례원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

다. 이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3호의 위헌 여부

(1) 법률유보원칙 위배 여부

(가) 조례제정권의 한계

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고 있고, 지방자치법 제22조는 이를 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”고 규정하고 있다. 그런데 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를

판례집 20-2(하)

정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마 264등, 판례집 7-1, 564, 572 참조).

(나) 이 사건에 대한 판단

1) 보도상 시설물 영업행위를 하기 위한 요건으로서 제소전화해조서 제출 의무를 부담시키고 불이행시 위 직업을 선택할 수 없도록 하는 것은 도로점용 갱신을 통하여 시설물 영업을 계속하고자 하는 청구인들에 대한 의무부과 내지 권리제한적 사항이라고 볼 여지가 있다.

그러나 도로법 제40조 제1항에서 “도로의 구역 안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.”고 규정하고 있고, 도로점용 허가 여부는 관할 행정청의 자유재량사항이며, 이 사건 조례는 서울시가 서울시 내 도로의 점용허가에 관한 재량권을 행사함에 있어 그 구체적인 기준을 규범화한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 법에서 이미 도로점용허가에 관한 사항을 관할 행정청이 결정하도록 권한을 부여하고 처분의 법적 근거를 마련한 이상, 행정청이 구체적인 처분의 기준을 정함에 있어 반드시 위 법적 근거와는 별도의 법령의 위임이 있어야 하는 것은 아니다.

2) 설사 도로점용허가의 기준과 요건을 조례로 정함에 있어 별도의 위임이 필요하다고 본다 하더라도, 도로법 제40조 제2항에서 “제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있고, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호에서 “법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다. …… 제1호 내지 제10호 외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것”이라고 규정하고 있으므로, 위 조항들을 이 사건 조례의 위임 근거라고 볼 수 있다.

따라서 도로점용의 전면적인 금지를 규정하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 제소전화해조서의 제출을 도로점용허가의 요건으로 규정한 위 조례 조항이 위임의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

(2) 직업의 자유 침해 여부

(가) 직업의 자유에 대한 제한과 심사기준

이 사건 조례 제3조 제6항 및 제4조 제3호에 의하면 자산가액이 2억 원 미

만인 자라 하더라도 제소전화해조서를 제출하지 않는 경우에는 도로점용 갱신허가를 받을 수 없게 되므로 도로를 점용하여 시설물 영업행위를 하고자 하는 자의 직업의 자유를 제한하는 것이다.

다만 도로점용허가 자체는 수익적·급부적 행위로서 그 허가 여부 및 허가 내용에 관하여 행정청에게 광범위한 재량권이 인정되는 영역이라는 점 등을 고려할 때 완화된 비례성 심사를 함이 상당하다는 점은 앞서 본 바와 같다.

(나) 목적의 정당성과 방법의 적정성

도로점용허가 신청자에게 제소전화해조서를 제출하도록 한 것은 도로점용기간이 만료되었음에도 점용자가 원상회복의무를 이행하지 않는 경우 제소전화해조서를 통한 강제집행 및 절차진행을 가능하게 함으로써 공공재산인 도로의 본래 기능을 신속하게 회복하기 위한 것이다.

이러한 입법목적은 정당하고, 제소전화해조서의 제출을 도로점용허가의 요건으로 규정한 것은 위 입법목적 달성에 적합한 수단이다.

(다) 피해의 최소성과 법익의 균형성

1) 점용허가기간이 만료된 시설물 운영자는 서울시 소유의 시설물에 대하여는 시설물 내의 상품 및 기타 물건 등을 제거하고 시설물에서 퇴거할 의무를, 운영자가 자비로 설치한 시설물의 경우에는 시설물을 다른 장소로 운반하거나 철거하고 도로에서 퇴거할 의무를 각각 원상회복의무로서 부담하게 된다. 여기서 시설물 또는 도로에 대한 점유자의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 것을 강제적으로 실현하기 위하여는 직접적인 실행행사가 필요하고, 대체적 작위의무에 해당하지 않으므로 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 될 수 없다. 따라서 미리 확정판결과 동일한 효력을 갖는 제소전화해를 해두지 않는 이상 점용기간이 만료된 시설물 운영자와 서울시 사이에 분쟁이 생길 경우 신속한 원상회복이 어렵고, 서울시로서는 소송비용의 지출 및 절차 지연에 따른 행정력의 낭비, 행정상황의 변화에 시기적절이 대응하지 못함으로 인한 정책추진의 어려움 등의 문제점이 발생할 수 있다. 그러므로 제소전화해조서의 제출을 도로점용허가의 요건으로 삼은 것은 점용기간이 만료된 서울시 내 도로 및 시설물에 대하여 신속한 강제집행을 가능하게 함으로써 도로의 정상적 기능을 회복하고 행정의 능률성 및 신속성을 도모하기 위한 합리적인 조치로서 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

청구인들은 시설물 운영자가 자비를 들여 설치한 교통카드판매대의 경우

판례집 20-2(하)

자기 소유이므로 제소전화해를 위한 임대차관계가 성립할 여지가 없다고 주장하나, 제소전화해조서는 ‘시설물’이 아닌 ‘도로’의 원상회복을 목적으로 하는 것으로서, ‘시설물’ 자체는 개인소유라고 하더라도 ‘시설물이 설치된 서울시 내 도로’는 서울시 소유이므로 특정 개인이 도로를 사용하기 위하여는 서울시로부터 도로점용허가를 받음으로써 도로에 대한 공물사용관계가 성립될 것을 전제로 한다. 그러므로 청구인들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

2) 한편 제소전화해조서는 시설물 운영자가 점용기간이 만료된 후에도 불법으로 도로를 계속 점용하는 경우에만 문제되는 것이고, 점용기간 중 시설물을 운영함에 있어서나 기간만료 후 제때에 원상회복의무를 이행하는 경우에 있어서는 시설물 운영자의 법적 지위에 특별히 불이익을 주는 바가 없다.

반면 일반 공중의 사용에 제공되는 도로의 정상적 기능 회복과 원활한 행정의 운영 및 추진이라는 이 사건 공익은 매우 중대하다.

(다) 소 결

그러므로 위 조항은 헌법상 비례원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

라. 기타 주장에 관한 판단

청구인들은 이 사건 조항들이 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다고 주장한다. 그러나 이 사건 조항들은 기본권제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해한다거나 기본권형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조치 규정하지 않음으로써 인간으로서의 인격이나 본질적 가치를 훼손할 정도의 내용이라고 볼 수 없고(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 648-649 참조), 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로(헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 123 참조) 앞서 직업의 자유에 대한 침해 여부를 판단한 이상 행복추구권에 대하여는 독자적으로 판단할 필요가 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 아래 6.과 같은 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

우리는 이 사건 조항들의 직접성 요건에 대하여 다수의견과 달리 직접성 요건이 결여되었다고 판단하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 법규범에 대한 헌법소원심판에 있어 ‘직접성’ 요건

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다. 다만 이 경우에 그 적법요건으로서 조례가 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해하는 것이어야 함을 요한다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 571).

이와 같이 법규범에 대한 헌법소원심판에 있어 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 것은 일반적으로 당해 법규범에서 예정한 구체적인 집행행위를 매개로 하여 그 법규범이 비로소 국민 개인의 기본권에 영향을 미칠 수 있게 되므로 개개의 국민은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 구체적인 집행행위를 대상으로 하여 그로 인한 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 순서이고 이는 최후·보충적인 기본권구제수단이라는 헌법소원심판의 본질로부터 당연히 요청되는 것이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504 참조). 즉 구체적인 집행행위가 존재하는 경우 그 집행행위를 대상으로 한 구제절차에서 문제된 해당 법규범의 적용과 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하면서 해당 법규범의 위헌 여부, 심판의 필요성 등을 법원에서 판단할 필요가 있으므로 집행행위의 근거가 되는 법규범을 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼아서는 아니 된다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 202 참조).

한편, 헌법재판소는 그의 재판관할의 범위 내에서만 직접성 요건에 대한 예외를 인정할 수 있다. 다시 말하자면, 이 사건 조항들에 대한 위헌심사가 헌법소원의 대상이 되는 경우에 비로소 직접성 요건의 충족 여부를 판단하는 의미가 있고 나아가 직접성의 예외를 인정할 여지가 있다.

명령과 규칙, 조례 등이 구체적인 소송에서 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 그의 위헌성을 간접적으로 심사할 수 있다. 그러나 명령, 규칙, 조례에 의하여 직접 기본권을 침해받은 경우에는 그의 위헌성을 심사받을 수 있는 길이 달리 없기 때문에, 헌법재판소는 이와 같이 직접 기본권을 침해하는 명령, 규칙, 조례에 대하여만 헌법소원심판을 청구할 수 있는 길을 열어 주었다. 따라서 심판대상조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는, 헌법재판소가 명령, 규칙, 조례의 위헌성 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하

판례집 20-2(하)

므로 직접성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다(헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 702-703 참조).

나. 직접성 요건의 예외 인정 여부

다수의견은 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 일의적이고 명백한 것이어서 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하고 있는 경우 당해 법규범을 헌법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다고 하여 직접성 요건의 예외를 인정하고 있다.

(1) 그러나 직접성 요건의 예외를 인정한 헌법재판소의 초기의 선례들을 살펴보면, 법규범의 내용이 일의적이고 명백한 경우라도 주로 집행행위의 존부 자체가 불명확하거나 전형적인 집행행위라고 보기 어려워 통상의 불복절차를 기대하기 어려운 사안에 대하여만 직접성 요건의 예외를 인정하였으며(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 11 ; 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254 등 참조), 최근 헌법재판소 결정 중에도 법령의 내용이 일의적이고 확정적이지만 집행행위가 매개되어야 비로소 기본권 침해의 결과가 발생하고 집행행위 자체에 대한 권리구제수단이 존재한다는 등의 이유로 직접성을 부정한 바 있다(헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231, 판례집 16-2상, 586, 598-599 ; 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 판례집 18-1상, 574, 579-581 등 참조).

(2) 법규범의 내용이 일의적이고 집행행위에 재량의 여지가 없다고 하여 항상 직접성 요건의 예외를 인정할 경우 당사자가 집행행위를 다투지 않고 집행행위의 전제되는 근거규범만을 다투으로써 집행행위에 불가쟁력이 발생할 수 있고, 이와 같이 불가쟁력이 발생한 집행행위에 대하여는 위헌결정의 효력이 미치지 않고 행정청이 집행행위를 직권으로 취소할 의무가 있는 것도 아니므로, 헌법재판소가 근거규범에 대하여 위헌결정을 한다고 하더라도 당사자는 불이익한 집행행위 자체를 취소할 방법이 없어 직접적인 권리구제를 받지 못하게 되는 결과가 발생한다. 따라서 법규범의 내용이 일의적이라도 그것을 적용하는 집행행위가 매개되어 있는 이상 되도록 법원을 통한 권리구제를 일차적으로 선택하여 이에 집중할 수 있도록 국민을 유도하는 것이 국민의 기본권에 대한 실효적 보장을 위하여 더 바람직하다.

(3) 헌법소원에서의 직접성 요건은 국민의 기본권을 더 실효적으로 구제하는 길을 찾고 권리구제에 있어서 법원 등과 헌법재판소 사이에서 효율적으로 관할을 분배하기 위한 소송법적 요건이므로, 구체적 사례마다 국민의 권리구

제라는 이념을 염두에 두고 신축적으로 판단하여야 한다. 따라서 비록 법규범이 일의적이고 확정적이어서 행정청에게 재량의 여지가 없는 집행행위라고 하더라도, 그것이 전형적인 행정행위로서 일반법원에 소를 제기할 방법이 충분히 열려있고 법원을 통한 권리구제가 가능한 경우인지를 충분히 고려하여 직접성 요건의 예외 인정 여부를 판단하여야 할 것이다.

다. 이 사건 조항들의 직접성 인정 여부

살피건대, 이 사건 조항들은 구체적 집행행위(갱신허가처분 내지 거부처분)가 예정되어 있고 집행행위가 매개되어야만 비로소 청구인들의 권리의무에 영향을 미치게 된다. 특히 이 사건 조례 제3조 제2항 후문의 경우 자산가액 2억 원 미만이라는 갱신허가의 요건 자체는 일의적이고 명백하다고 할 것이나 이를 판단함에 있어 자산의 항목과 부채비율 등 다양한 요소가 고려되고 있으므로(실제 일부 갱신허가신청자들에 대하여는 부채의 존부와 반영 여부가 결정되지 않아 일정기간 처분이 보류된 경우도 있었다.), 갱신허가거부처분이 있기 전에 위 조항 자체만으로는 청구인들에게 어떠한 기본권침해적인 요소도 발생한다고 보기 어렵다.

또한 ‘갱신허가거부(제외)처분’에 대하여는 별도의 구제절차가 마련되어 있으므로 행정심판 및 행정소송절차에서 이 사건 조항들에 대한 적법 여부를 다룰 수 있으며, 위와 같은 구제절차가 권리구제의 기대가능성이 없다거나 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것이라고 볼 수 없으므로 직접성의 예외를 인정할 여지도 없다. 갱신허가의 대상에는 해당하나 허가의 기간과 횟수 등에 대하여 위헌성을 주장하는 청구인들의 경우에도 장차 허가기간이 만료된 이후 갱신허가신청을 하고 거부처분이 내려지면 그 때 ‘갱신허가거부처분’을 대상으로 취소소송을 제기할 수 있으므로 장래 기본권 침해가 현실화된 시점에서 얼마든지 집행행위를 대상으로 불복할 수 있는 방법이 존재한다.

라. 결 론

따라서 이 사건 조항들을 심판대상으로 하는 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

판례집 20-2(하)

[별지 1] 청구인 목록 : 생략

[별지 2] 관련조항

구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제 8733호로 개정되기 전의 것) 제22조(도로관리청) ① 도로의 관리청은 국도에 있어서는 건설교통부장관, 국가지원지방도에 있어서는 도지사(특별시·광역시안의 구간은 당해 시장), 기타의 도로에 있어서는 그 노선을 인정한 행정청이 된다.

② 특별시·광역시 또는 시관할구역 안의 상급도로(고속국도와 읍·면지역의 일반국도 및 지방도를 제외한다)는 제1항의 규정에 불구하고 특별시장·광역시장 또는 시장이 관리청으로 된다.

제40조(도로의 점용) ① 도로의 구역 안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로 점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 도로법 시행령(2007. 6. 28. 대통령령 제20133호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제24조(점용의 허가신청) ① 법 제40조 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자는 다음의 사항을 기재한 신청서를 관리청에 제출하여야 한다. 이 경우 점용장소·점용기간·공작물 또는 시설의 구조 등 점용에 관한 사항은 [별표 1]의 기준에 적합하게 하여야 한다.

1. 점용의 목적
2. 점용의 장소와 면적
3. 점용의 기간
4. 공작물 또는 시설의 구조
5. 공사시설의 방법
6. 공사의 시기
7. 도로의 복구방법
8. 삭제 <1999. 8. 6.>

②~④ 생략

⑤ 법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가(법 제8조에 따라 다른 국가사

업에 관계되는 점용인 경우에는 협의 또는 승인을 말한다)를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다. <개정 1993. 8. 14., 1999. 8. 6., 2007. 1. 5.>

1.~10. 생략

11. 제1호 내지 제10호 외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2001. 7. 16. 조례 제3889호로 제정되고, 2003. 1. 10. 조례 제4057호로 개정되기 전의 것) 제4조(점용허가 갱신의 제한) ① 이 조례에 의한 점용허가의 갱신 만료기한은 2007년 12월 31일까지로 한다.

② 생략

③ 시장은 제1항의 규정에 의한 점용허가기한 경과 후 시설물을 제거하여 도로를 원상회복 하여야 한다. 다만, 공익목적상 계속 존치할 필요가 있는 경우에는 시민의 보도이용과 도시미관을 저해하지 아니하는 범위 안에서 공개경쟁의 방법으로 운영자를 선정한다.

④ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 조례는 시민보행 및 도시환경개선을 위하여 「도로법」 제40조·제75조, 같은 법 시행령 제24조 및 「공유재산 및 물품관리법」 제31조부터 제35조까지의 규정에 따라 보도상영업시설물(이하 “시설물”이라 한다)의 감축 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(점용허가) ① 시설물을 계속하여 운영하고자 하는 자는 별지 제1호 서식에 의한 도로점용허가신청서를 점용허가 기간의 만료일로부터 기산하여 30일 전까지 시장에게 제출하여야 한다.

②~④ 생략

⑤ 제4항의 규정에 의하여 도로점용허가의 갱신을 받고자 하는 자는 다음 각 호의 사항을 시장에게 제출하여야 한다. 다만, 「국민기초생활 보장법」 제2조 제1호의 규정에 의한 수급권자의 경우에는 제출을 생략할 수 있다.

1. 운영자 본인 및 배우자를 확인할 수 있는 주민등록표
2. 부동산 및 금융재산 조회에 대한 동의서

판례집 20-2(하)

3. 임대차 계약서

제5조(대부계약) ① 지방자치단체의 소유로 된 시설물을 사용하고자 하는 자는 별지 제1호 서식에 의한 시설물 대부신청서를 시장에게 제출하여야 하며, 별지 제3호 서식에서 정하는 바에 따라 시장과 당해 시설물에 대한 대부계약을 체결하여야 한다.(단서 생략)

② 생략

③ 대부계약 신청·기간·갱신 등은 제3조에서 규정한 도로점용허가의 경우와 같다.

제9조(시설물 철거) ① 시설물의 설치자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시설물을 철거하여야 한다. (개정 2007. 11. 1.)

1. 점용허가 기한이 경과된 경우. 다만, 제3조 제3항에 의하여 운영자가 선정된 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 제3조의 규정에 의하여 점용허가의 갱신이 아니되는 경우
3. 제8조의 규정에 의하여 허가가 취소되는 경우

② 설치자가 제1항의 규정에 의한 시설물의 철거를 시장이 지정한 기한 내에 이행하지 아니하는 경우 시장은 「도로법」 제54조의7의 규정에 의한 행정대집행의 적용특례에 의한 절차와 방법으로 철거한다.(개정 2007. 11. 1.)

③ 생략

제12조(사무의 위임) 이 조례에 의한 다음 각 호에 해당하는 시장의 사무는 시설물이 위치하는 지역을 관할하는 구청장에게 위임한다.(개정 2007. 11. 1.)

1. 제3조 내지 제5조의 규정에 의한 도로점용허가 및 대부계약의 체결에 관한 사항, 그 밖에 자치구의 위원회 설치·운영에 관한 사항(개정 2007. 11. 1.)

2.~ 4. 생략

구 서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 4. 17. 조례 제 4509호로 개정되고, 2008. 3. 12. 조례 제4610호로 개정되기 전의 것) 제2조(도로점용허가) 공작물·물건·그 밖에 시설물로서 영 제24조 제5항 제11호의 규정에 의하여 도로관리청이 정하는 도로점용허가 대상 시설물은 다음 각 호와 같다.(개정 2007. 4. 17.)

1. 광고탑, 광고판, 사설안내표지판 그 밖에 이와 유사한 것
2. 가로판매대, 구두수선대, 버스카드판매대 그 밖에 이와 유사한 것

## 서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례 제3조 제4항 등 위헌확인

(2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 서울특별시 보도상영업시설물 운영자 중 자산가액 2억 원 미만인 자로서 재산조회동의서 등 관련서류를 제출한 자에 대하여만 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 도로점용허가를 갱신하도록 한 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 조례’라 한다) 제3조 제4항 및 제5항 본문(이하 위 두 조항을 통칭할 때에는 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하는지 여부(적극)
2. 이 사건 조항들이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추었는지 여부(적극)
3. 이 사건 조항들에 규정되지 않은 다른 사유로 갱신허가거부처분을 받은 자가 이 사건 조항들에 대한 위헌확인을 구할 권리보호이익이 인정되는지 여부(소극)
4. 이 사건 조항들이 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)
5. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분이 명확성원칙에 반하는지 여부(소극)
6. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
7. 위 ‘허가대상자’에 관한 부분이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
8. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
9. 위 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

10. 이 사건 조례 제3조 제5항 본문이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

**【결정요지】**

1. 이 사건 조항들은 도로법 제40조 제2항 및 제 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호의 위임에 근거한 것으로 도로점용에 관한 청구인들의 법적 지위 및 권리 의무에 영향을 미치므로 행정기관 내부의 사무처리지침이 아닌 외부효를 갖는 조례로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다.

2. 이 사건 조항들은 갱신허가처분 내지 거부처분이라는 집행행위가 예정되어 있으나, 허가의 요건과 내용이 조항 자체에 의하여 일의적이고 명백하게 정해져 있어 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라 볼 수 있으므로 침해의 직접성이 인정된다.

3. ‘1인이 두 개의 시설물을 소유’하였다라는 전혀 다른 사유로 갱신허가신청에 대한 거부처분이 내려졌으므로 이 사건 심판이 위 청구인들의 권리구제에 도움이 된다고 볼 수 없다. 따라서 권리보호이익이 인정되지 아니한다.

4. 도로법 제40조 제1항에서 도로점용허가에 관한 사항을 관할 행정청이 결정하도록 권한을 부여하고 처분의 법적 근거를 마련하고 있는 이상 행정청이 처분의 기준을 정함에 있어 반드시 별도로 법령의 위임이 있어야 하는 것은 아니며, 설사 위임이 필요하다고 본다 하더라도 도로법 제40조 제2항, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호를 이 사건 조항들의 위임 근거라고 볼 수 있다.

5. 위 조항은 산정대상이 되는 자산의 종류 및 범위에 대하여 일의적인 개념을 사용하여 명확히 규정하고 있고, 산정방법 및 판단기준시점도 건전한 법감정을 가진 일반인이라면 충분히 인식할 수 있으므로 명확성원칙에 반한다고 볼 수 없다.

6. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분은 도시환경개선 및 시민 통행권 확보라는 건설행정적 공익과 사회취약계층의 자활을 돕기 위한 복지행정적 공익을 조화롭게 달성하기 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다.

자산가액 2억 원 미만이라는 기준은 국민기초생활보장법이나 근로장려세제상의 기준보다 두 배 이상 완화된 기준이고 시설물 운영자 중 대부분(83.63%)의 자산가액이 2억 원 미만이므로 갱신허가대상자의 범위가 지나치게 좁게 설정되었다고 볼 수 없다. 따라서 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없으며, 청구인들은 2007. 12. 31.까지만 도로점용을 허가받은 자들로서 위 기간 이후 법적 지위가 변동될 수 있음을 예상할 수 있었을 것이므로 위 조항으로 인하여 침해받는 사익은 공익에 비하여 크다고 볼 수 없다.

그러므로 위 조항은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

7. ‘서울시에서 시설물을 운영하는 자’와 ‘그 밖의 지역에서 시설물을 운영하는 자’는 각 지방자치단체가 관리청이 되는 도로의 점용허가에 관하여 본질적으로 동일한 지위에 있다고 볼 수 없고, ‘시설물 운영을 위하여 도로점용허가를 받고자 하는 자’와 ‘다른 사유로 도로점용허가를 받고자 하는 자’는 ‘시설물 운영 목적의’ 도로점용허가를 제한하기 위한 위 조항의 입법목적에 비추어 볼 때 본질적으로 동일한 집단이라고 볼 수 없다.

8. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분은 관할 행정청으로 하여금 각 지역상황에 따라 시설물 존치 및 도로점용에 대하여 탄력적으로 대응할 수 있도록 하고 허가대상자와 장소를 순환함으로써 공유재산 사용에 대한 형평성을 도모하기 위한 것인바, 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정된다.

점용기간을 1년 이내로 정한 것은 잡종재산의 대부분계약 기간이 1년을 초과할 수 없도록 규정한 ‘공유재산 및 물품관리법’과 통일적으로 규율하기 위한 것으로, 보도상 시설물은 기타 공작물에 비하여 규모가 작고 설치 및 철거가 비교적 간편하여 탄력적인 대응이 가능하므로 점용허가기간을 다른 공작물에 비하여 단기간으로 정하였다고 하여 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없다. 한편 자산가액 2억 원 미만인 자들은 도로점용기간이 만료되었음에도 이 사건 조례에 의한 갱신허가를 통하여 수익을 얻게 된 것이므로 점용허가의 기간과 횟수가 제한됨으로써 침해받는 사익은 이 사건 공익에 비하여 크다고 볼 수 없다.

판례집 20-2(하)

그러므로 위 조항은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

9. 위 조항은 기존 시설물 운영자의 도로독점현상을 방지함으로써 공유재산 사용의 형평성을 도모하기 위한 것이므로 ‘그동안 도로점용의 권리를 누려온 기존 운영자’와 ‘새롭게 도로점용의 기회를 얻고자 하는 신규허가신청자’는 본질적으로 동일한 집단이라고 볼 수 없다.

10. 앞서 자산가액 2억 원 미만일 것을 갱신허가의 요건으로 규정한 이 사건 조례 제3조 제4항이 헌법에 위반되지 않는다고 본 이상, 위 요건의 구비 여부를 판단하기 위하여 관련 서류의 제출의무를 부과하고 있는 이 사건 조례 제3조 제5항 본문도 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

#### 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 조항들은 구체적 집행행위(갱신허가처분 내지 거부처분)가 예정되어 있고 집행행위가 매개되어야만 비로소 청구인들의 권리의무에 영향을 미치게 된다. 특히 이 사건 조례 제3조 제2항 후문의 경우 자산가액 2억원 미만인지를 판단함에 있어 자산의 항목과 부채비율 등 다양한 요소가 고려되고 있으므로 갱신허가거부처분이 있기 전에 위 조항 자체만으로는 청구인들에게 어떠한 기본권침해적인 요소도 발생한다고 보기 어렵다. 또한 갱신허가거부처분에 대하여는 행정심판이나 행정소송 등 별도의 구제절차가 마련되어 있고 이러한 구제절차가 권리구제의 기대가능성이 없거나 불필요한 우회절차를 강요하는 것이라고 볼 수 없으므로 직접성의 예외를 인정할 여지도 없다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

#### 【심판대상조문】

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조(점용허가) ①~③ 생략  
④ 도로점용 허가기한이 2007년 12월 31일로 만료되는 운영자는 본인 및 배우자 소유의 부동산, 「국민기초생활보장법 시행규칙」 제3조 제1항 제1호 다목의 규정에 의한 입차보증

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

금 및 같은 조 같은 항 제2호의 규정에 의한 금융채산을 합하여 2억 원 미만인 자에 한하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신 허가하되, 이 경우 제3항에 의한 위원회를 거치지 아니한다.

⑤ 제4항의 규정에 의하여 도로점용허가의 갱신을 받고자 하는 자는 다음 각 호의 사항을 시장에게 제출하여야 한다. 다만, 「국민기초생활 보장법」 제2조 제1호의 규정에 의한 수급권자의 경우에는 제출을 생략할 수 있다.

1. 운전자 본인 및 배우자를 확인할 수 있는 주민등록표
2. 부동산 및 금융채산 조화에 대한 동의서
3. 임대차 계약서

⑥ 생략

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제117조 제1항

구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제22조(도로관리청) ① 도로의 관리청은 국도에 있어서는 건설교통부장관, 국가지원지방도에 있어서는 도지사(특별시·광역시안의 구간은 당해 시장), 기타의 도로에 있어서는 그 노선을 인정한 행정청이 된다.

② 특별시·광역시 또는 시관할구역안의 상급도로(고속국도와 읍·면지역의 일반국도 및 지방도를 제외한다)는 제1항의 규정에 불구하고 특별시장·광역시장 또는 시장이 관리청으로 된다.

구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제40조(도로의 점용) ① 도로의 구역안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③~⑥ 생략

지방자치법 제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

구 도로법 시행령(2007. 6. 28. 대통령령 제20133호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것) 제24조(점용의 허가신청) ① 법 제40조 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자는 다음의 사항을 기재한 신청서를 관리청에 제출하여야 한다. 이 경우 점용장소·점용기간·공작물 또는 시설의 구조등 점용에 관한 사항은 별표 1의 기준에 적합하게 하여야 한다.

1. 점용의 목적
2. 점용의 장소와 면적

판례집 20-2(하)

- 3. 점용의 기간
- 4. 공작물 또는 시설의 구조
- 5. 공사시설의 방법
- 6. 공사의 시기
- 7. 도로의 복구방법
- 8. 삭제

②~④ 생략

⑤ 법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가(법 제8조에 따라 다른 국가사업에 관계되는 점용인 경우에는 협의 또는 승인을 말한다)를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다.

1.~10. 생략

11. 제1호 내지 제10호외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2001. 7. 16. 조례 제3889호로 제정되고, 2003. 1. 10. 조례 제4057호로 개정되기 전의 것) 제4조(점용허가 갱신의 제한) ① 이 조례에 의한 점용허가의 갱신 만료기한은 2007년 12월 31일까지로 한다.

② 생략

③ 시장은 제1항의 규정에 의한 점용허가기한 경과 후 시설물을 제거하여 도로를 원상회복 하여야 한다. 다만, 공익목적상 계속 존치할 필요가 있는 경우에는 시민의 보도이용과 도시미관을 저해하지 아니하는 범위안에서 공개경쟁의 방법으로 운영자를 선정한다.

④ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 조례는 시민보행 및 도시환경개선을 위하여 「도로법」 제40조·제75조, 같은 법 시행령 제24조 및 「공유재산 및 물품관리법」 제31조부터 제35조까지의 규정에 따라 보도상영업시설물(이하 “시설물”이라 한다)의 건축 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조(점용허가) ① 시설물을 계속하여 운영하고자 하는 자는 별지 제1호서식에 의한 도로점용허가신청서를 점용허가 기간의 만료일로부터 기산하여 30일전까지 시장에게 제출하여야 한다.

② 시장은 점용허가를 받은 운영자에게 별지 제2호서식에 의한 도로점용허가증을 교부한다. 이 경우 점용허가기간은 1년이내로 한다.

③~⑥ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제5조(대부계약) ① 지방자치단체의 소유로된 시설물을 사용하고자 하는 자는 별지 제1호서식에 의한 시설물 대부신청

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

서를 시장에게 제출하여야 하며, 별지 제3호서식에서 정하는 바에 따라 시장과 당해 시설 물에 대한 대부계약을 체결하여야 한다. 이 경우 운영자는 대부계약이 체결되기 전에 재산에 대한 손해보상을 위한 보험계약을 체결하고 그 증서를 첨부하여야 한다.

② 생략

③ 대부계약 신청·기간·갱신 등은 제3조에서 규정한 도로점용허가의 경우와 같다.

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제9조(시설물 철거) ① 시설물의 설치자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시설물을 철거하여야 한다.

1. 점용허가 기한이 경과된 경우. 다만, 제3조 제3항에 의하여 운영자가 선정된 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 제3조의 규정에 의하여 점용허가의 갱신이 아니되는 경우
3. 제8조의 규정에 의하여 허가가 취소되는 경우

② 설치자가 제1항의 규정에 의한 시설물의 철거를 시장이 지정한 기한내에 이행하지 아니하는 경우 시장은 「도로법」 제54조의7의 규정에 의한 행정대집행의 적용특례에 의한 절차와 방법으로 철거한다.

③ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제12조(사무의 위임) 이 조례에 의한 다음 각 호에 해당하는 시장의 사무는 시설물이 위치하는 지역을 관할하는 구청장에게 위임한다.

1. 제3조 내지 제5조의 규정에 의한 도로점용허가 및 대부계약의 체결에 관한 사항, 그 밖에 자치구의 위원회 설치·운영에 관한 사항
- 2.~ 4. 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것)부칙 제1항(시행일) 이 조례는 공포한 날부터 시행한다.

구 서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 부칙 제2항(가로판매대에 관한 경과조치) 제2조의 개정규정에 따른 가로판매대에 대한 규정은 2008년 1월 1일부터 적용한다.

구 서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 4. 17. 조례 제4509호로 개정되고, 2008. 3. 12. 조례 제4610호로 개정되기 전의 것) 제2조(도로점용허가) 공작물·물건·그 밖에 시설물로서 영 제24조 제5항 제11호 의 규정에 의하여 도로관리청이 정하는 도로점용허가 대상 시설물은 다음 각 호와 같다.

1. 광고탑, 광고판, 사설안내표지판 그 밖에 이와 유사한 것
2. 가로판매대, 구두수선대, 버스카드판매대 그 밖에 이와 유사한 것

판례집 20-2(하)

**【참조판례】**

- 2. 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104  
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343  
헌재 2008. 6. 26. 2005헌마173, 공보 141, 901, 903
- 4. 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572
- 5. 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79  
헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269  
헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342  
헌재 2001. 6. 28. 99헌바34, 판례집 13-1, 1255, 1265
- 6. 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결, 공2002하, 2892
- 7. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. [별지 1] 목록과 같음(2007헌마1422)
- 2. [별지 2] 목록과 같음(2008헌마32)
- 위 청구인들의 대리인 변호사 설창일

**【주 문】**

이 사건 헌법소원심판청구 중 청구인 김○악, 유○호의 심판청구를 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

**【이 유】**

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 서울특별시의 각 구청장으로부터 서울시내 보도에 대한 점용허가를 받아 보도상에서 가로판매대, 교통카드판매대를 운영하고 있는 자들인바, 2001. 7. 16. 제정된 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’에 의하면 도로점용허가 갱신만료기한은 2007. 12. 31.까지이다.

(2) 그런데 2007. 11. 1. 위 도로점용 허가기간이 만료되는 자들 중 보유자산가액이 2억 원 미만인 자에 대하여는 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가를 할 수 있도록 위 조례가 개정되었다.

(3) 이에 청구인들은 2007. 12. 17.(2007헌마1422) 및 2008. 1. 8.(2008헌마32) ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’ 제3조 제4항 및 제5항, 부

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

칙 제2항이 청구인들의 직업의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호) 부칙 제2항은, 가로판매대에 관한 정의규정인 위 조례 제2조 제2호가 가로판매대의 개념 속에 교통카드판매대가 포함되는 것으로 개정되면서 위 조항의 적용시점을 명시한 데 불과하므로 위 부칙 제2항만으로는 어떠한 기본권 침해도 발생하다고 보기 어렵다. 또한 청구인들은 위 부칙조항에 대한 독자적인 위헌사유도 주장하고 있지 않으므로 위 부칙 제2항은 심판대상에서 제외시킴이 상당하다.

(2) 나아가 위 조례 제3조 제5항 ‘단서’는 서류제출의무가 생략되는 예외적인 경우를 규정한 것으로서 청구인들이 다투고자 하는 취지와 아무런 관련이 없으므로 심판대상으로 삼지 아니한다.

(3) 결국 이 사건 심판대상조항은 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례’(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 조례’라 한다) 제3조 제4항 및 제5항 본문이며(이하 위 두 조항을 통칭할 때에는 ‘이 사건 조항들’이라 한다), 그 내용은 다음과 같고 관련조항은 [별지 3] 기재와 같다.

[심판대상조항]

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제3조(점용허가) ④ 도로점용 허가기한이 2007년 12월 31일로 만료되는 운영자는 본인 및 배우자 소유의 부동산, 「국민기초생활보장법 시행규칙」 제3조 제1항 제1호 다목의 규정에 의한 임차보증금 및 같은 조 같은 항 제2호의 규정에 의한 금융재산을 합하여 2억 원 미만인 자에 한하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신 허가하되, 이 경우 제3항에 의한 위원회를 거치지 아니한다.

⑤ 제4항의 규정에 의하여 도로점용허가의 갱신을 받고자 하는 자는 다음 각 호의 사항을 시장에게 제출하여야 한다. 다만, 「국민기초생활 보장법」 제2조 제1호의 규정에 의한 수급권자의 경우에는 제출을 생략할 수 있다.

1. 운영자 본인 및 배우자를 확인할 수 있는 주민등록표
2. 부동산 및 금융재산 조회에 대한 동의서
3. 임대차 계약서

판례집 20-2(하)

## 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 조항들은 법률의 위임 없이 주민의 권리제한 및 의무부과에 관한 사항을 정하고 있으므로 헌법 제117조 제1항에 반한다.

(2) 이 사건 조례 제3조 제4항에서 자산가액 2억 원 미만이라는 획일적인 기준으로 도로점용허가의 갱신 여부를 판단하도록 한 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없으므로 청구인들의 직업의 자유를 침해하고, 자산가액의 평가방법이 불명확하여 법률의 명확성 원칙에 반한다. 나아가 서울특별시 외의 다른 지역에서 보도상 영업시설물(이하 '시설물'이라 한다)을 운영하는 자, 시설물 외의 다른 사유로 도로점용허가를 신청하는 자에 비하여 청구인들을 불합리하게 차별하는 것으로서 평등원칙에 반한다.

(3) 또한 1년의 범위 안에서 2회에 한하여만 갱신허가를 하도록 하는 것은 비례원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해하는 것이고, 신규허가자들에 비하여 갱신허가자들을 차별취급하는 것으로서 평등원칙에 반한다.

(4) 이 사건 조례 제3조 제4항이 청구인들의 직업의 자유를 침해하는 이상, 이와 불가분적으로 결합되어 관련 서류의 제출의무를 부과하고 있는 위 조례 제3조 제5항도 청구인들의 일반적 행동의 자유를 침해하는 것이다.

### 나. 서울특별시시장의 의견요지

(1) 이 사건 조항들은 관할 구청장이 도로점용허가에 관한 재량권을 행사함에 있어 그 기준이 되는 사무처리준칙에 불과하므로 대외적 구속력이 없고, 청구인들의 권리를 직접 침해하는 것은 각 구청장의 청구인들에 대한 도로점용갱신 허가거부(제외)처분 또는 허가처분이므로 이 사건 조항들은 기본권침해의 직접성이 없다.

(2) 이 사건 조례는 기존 점용자 중 일부 저소득층에 대하여만 생계보장을 위하여 점용기간을 연장해주도록 수혜적으로 마련된 것이므로 완화된 법률유보원칙이 적용되며, 도로법 제40조 제2항, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호를 이 사건 조항들의 위임근거로 볼 수 있다.

(3) 청구인들이 시설물을 계속 점용하여 운영할 수 있는 권리는 행정청의 시혜적인 급부행정의 일환으로서 인정되는 반사적 이익에 불과하므로 기본권에 대한 제한이 있다고 볼 수 없고, 가사 기본권을 제한하는 것이라고 하더라도 애초에 청구인들은 2007. 12. 31.까지만 한시적으로 점용을 허가받은 점, 국민기초생활보장 수급자의 최고재산액보다 높은 가액(2억 원)을 기준으로

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

삼고 있는 점 등을 고려하면 이 사건 조항들이 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 서울특별시의회의장의 의견요지(2007헌마1422)

도로는 각 도로가 놓인 지역마다 이용 상황이 상이하고 지방자치제도의 본질상 각 지방자치단체별로 각기 특성에 맞는 기준을 적용할 수 있는 것이므로 서울시 내 보도상 시설물에 대하여만 달리 규율한다고 하여 차별취급이라고 볼 수 없다. 또한 보도상 시설물 운영이 갖는 특수성(장기간 시민의 보행권을 침해하고 방치할 경우 그 피해가 가중된다는 점 등)을 고려하여 점용허가의 제한을 두고 있는 것이고, 청구인들 역시 신규허가에 필요한 요건을 갖추어 신규허가를 받는 것이 가능하므로 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

그 외의 점은 서울특별시시장의 의견요지와 대체로 동일하다.

라. 행정자치부장관의 의견요지(2008헌마32)

(1) 이 사건 조항들이 위헌이라고 하더라도 구 ‘서울특별시 보도상영업시설물관리 등에 관한 조례’(2001. 7. 16. 조례 제3889호로 제정되고, 2003. 1. 10. 조례 제4057호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 조례’라 한다)는 효력이 유지되므로, 청구인들은 구 조례 제4조 제1항에 따라 도로점용 허가기간이 만료되어 원상회복의무를 부담한다. 또한 이 사건 조항들은 기존 점용자의 점용기간을 연장해 주는 것이므로 청구인들에게는 수혜적 조항에 해당하고, 오히려 위 조항들로 인하여 다른 사람이 시설물을 점용할 기회가 감소하므로 일반 국민에 대한 권리 침해가 문제될 뿐이다.

(2) 시설물 운영자의 대다수(약 83.63%)가 자산가액 2억 원 미만인 자에 해당하고 보건복지부가 제시하고 있는 근로장려세제(EITC)의 기준이 자산가액 1억 원임을 감안할 때 2억 원이라는 갱신허가의 기준은 지나치게 높은 기준이 아니며, 2억 원 이상인 자들은 이 사건 조례에 의한 갱신허가의 대상에서 제외되지만 사후 경쟁입찰에 참가하여 낙찰받는 방법으로 시설물을 운영할 수 있으므로 직업의 자유가 침해된다고 볼 수 없다.

### 3. 적법요건에 관한 판단

가. 공권력 행사

도로법 제40조 제2항은 “제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있고, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호는 “법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가를 받을 수 있는 공작물

판례집 20-2(하)

· 물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다. …… 제1호 내지 제10호 외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것”이라고 규정하고 있는바, 이 사건 조례는 위와 같은 상위법령의 위임에 근거하여 제정된 것이다.

또한 2007. 12. 31.로 도로점용기간이 만료되어 갱신허가를 받고자 하는 청구인들의 경우 이 사건 조항들이 정한 바에 따라 서류제출의무를 부담하고 허가기준 및 허가내용이 결정되므로 도로점용에 관한 법적 지위 및 권리의무에 영향을 받게 된다.

따라서 이 사건 조항들은 단순히 행정기관 내부의 사무처리지침에 불과하다고 볼 수 없고, 지방자치단체와 주민의 관계를 규율하는 외부효를 갖는 조례로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다.

나. 직접성

법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마173, 공보 141, 901, 903 등).

이 사건 조항들은 관할 구청장의 갱신허가처분 내지 갱신허가거부처분이라는 집행행위가 예정되어 있으나, ‘자산가액이 2억 원 이상인 자’나 ‘이 사건 조례 제3조 제5항에 명시된 서류를 제출하지 아니한 자’에 대하여는 갱신허가신청이 거부될 것이고, ‘자산가액이 2억 원 미만인 자’에 대하여는 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가될 것이라는 점이 이미 이 사건 조항들 자체에 의하여 일의적이고 명백하게 정해져 있다. 따라서 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 볼 수 있으므로 권리침해의 직접성이 인정된다.

다. 권리보호이익

청구인 김○악, 유○호에 대하여는 ‘1인이 두 개의 시설물을 소유’하였다는 전혀 다른 사유로 갱신허가신청에 대한 거부처분이 내려졌으므로 이 사건 조항들에 대한 심판이 위 청구인들의 주관적 권리구제에 도움이 될 수 없고, 같

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

은 유형의 침해행위가 반복될 위험이 있다거나 헌법적 해명이 긴요한 사항에 해당한다고 보기 어렵다. 그러므로 위 청구인들의 심판청구에 대하여는 권리보호이익이 인정되지 아니한다.

#### 4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 조항들의 법률유보원칙 위배 여부

##### (1) 조례제정권의 한계

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고 있고, 지방자치법 제22조는 이를 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”고 규정하고 있다. 그런데 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572 참조).

##### (2) 이 사건 조항들에 대한 판단

(가) 보도상 시설물 영업행위를 하기 위한 허가의 요건과 범위를 규정하고 이를 충족하지 못할 경우 위 직업을 선택할 수 없도록 하는 것은 도로점용 갱신을 통하여 시설물 영업을 계속하고자 하는 청구인들에 대한 의무부과 내지 권리제한적 사항이라고 볼 여지가 있다.

그러나 도로법 제40조 제1항에서 “도로의 구역 안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.”고 규정하고 있고, 도로점용 허가 여부는 관할 행정청의 자유재량사항이며, 이 사건 조례는 서울시가 서울시 내 도로의 점용허가에 관한 재량권을 행사함에 있어 그 구체적인 기준을 규범화한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 법에서 이미 도로점용허가에 관한 사항을 관할 행정청이 결정하도록 권한을 부여하고 처분의 법적 근거를 마련한 이상, 행정청이 구체적인 처분의 기준을 정함에 있어 반드시 위 법적 근거와는 별도의 법령의 위임이 있어야 하는 것은 아니다.

판례집 20-2(하)

(나) 설사 도로점용허가의 기준과 요건을 조례로 정함에 있어 별도의 위임이 필요하다고 본다 하더라도, 도로법 제40조 제2항에서 “제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있고, 도로법 시행령 제24조 제5항 제11호에서 “법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다. …… 제1호 내지 제10호 외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것”이라고 규정하고 있으므로, 위 조항들을 이 사건 조례의 위임 근거라고 볼 수 있다.

따라서 도로점용의 전면적인 금지를 규정하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 허가의 요건과 내용에 관하여 규정한 위 조례 조항이 위임의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

나. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가대상자’에 관한 부분의 위헌 여부

(1) 명확성원칙 위배 여부

청구인들은 이 사건 조례 제3조 제4항이 자산가액의 평가방법과 판단기준 시점에 관하여 불분명하게 규정하고 있으므로 법령의 명확성원칙에 반한다고 주장한다.

(가) 헌법상 명확성원칙

명확성원칙은 법치국가원리로부터 도출되는바, 이에 따라 범규범은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있어야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269 ; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342 등 참조).

명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 범규범에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 범규범의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 범규범이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79 참조). 또한 일반적이거나 불확정된 개념이 사용된 경우에도 당해 범규범의 입법목적과 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하여 합리적인 해석이 가능한지 여부에 따라 명확성 여부가 가려져야 할

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

것이다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바34, 판례집 13-1, 1255, 1265 참조).

(나) 이 사건에 대한 판단

1) 살피건대 이 사건 조례 제3조 제4항은 “본인 및 배우자 소유의 부동산, 「국민기초생활보장법 시행규칙」 제3조 제1항 제1호 다목의 규정에 의한 임차보증금 및 같은 조 같은 항 제2호의 규정에 의한 금융채산을 합하여 2억 원 미만인 자”라고 규정하고 있다. 이에 따르면, 부동산, 주택·상가 등에 대한 임차보증금(전세금을 포함한다), 현금, 수표, 어음, 주식, 국·공채 등 유가증권과 예금·적금·부금·보험 및 수익증권 등의 가액을 합산하되 본인뿐 아니라 배우자 소유의 자산도 합하여 산정한다는 점은 이미 규정 자체로 명백하고, 산정대상이 되는 자산의 종류와 범위도 어느 정도 정해져 있으며, 위 조항에서 정한 개념들이 해석 및 적용에 있어 특별히 다의적으로 해석될 여지도 없다.

나아가 위 조항은 생계자립기반이 미약한 저소득층 운영자에게 도로점용허가기간을 일정기간 연장해줌으로써 일자리를 제공하고 경제적 자활을 돕는다는 취지에서 마련된 것이므로 자산가액을 평가함에 있어서도 이러한 입법목적에 부합하도록 해석하여야 할 것이다. 따라서 부채 등의 소극재산이 존재하는지, 타인 명의의 부동산이나 차명계좌이지만 실소유주가 시설물의 운영자 본인 또는 배우자인지, 재산가액을 줄이기 위하여 고의로 부채를 얻었는지 등은 실질적 자산가액의 수준을 판단함에 있어 당연히 고려의 대상이 될 것이고, 이러한 내용은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 충분히 예측할 수 있다.

2) 또한 위 조항은 자산가액의 판단기준시점에 대하여 명시하고 있지 않으나, 이 사건 조례는 공포와 동시에 시행되므로 갱신허가 여부를 결정함에 있어서도 일응은 시행일(=공포일, 2007. 11. 1.)을 기준으로 판단하게 될 것이다. 만약 운영자의 ‘갱신허가신청서’를 기준으로 자산가액을 판단할 경우 각 운영자별로 판단시점이 달라져 획일적·통일적인 법집행이 곤란하고, 신청 전에 재산을 은닉한다거나 고의로 부채를 증가시킨 후 신청하는 불합리한 사정이 발생할 수 있으므로 위 조항의 시행일을 기준으로 자산가액을 판단하는 것은 해석상 불가피하다.

3) 실제로 서울특별시가 2007. 10. 29. 개최한 보도상영업시설물 갱신허가 대상자 선정 및 관리방안에 관한 회의 내용을 살펴보면, ‘허위신고 시 운영자 선정 대상에서 제외할 것’, ‘실소유주가 운영자 본인 및 배우자인 차명계좌는

판례집 20-2(하)

본인 및 배우자 명의의 재산으로 간주할 것’, ‘금융기관의 용자금, 공증된 사채 등으로 주택매입, 전세자금, 생계유지를 위한 사업자금이나 의료비, 학비 등에 사용한 것이 명백한 경우 그 차용한 금액 중 미상환액을 부채로 인정하여 차감할 것’, ‘부채를 얻어 타인에게 다시 빌려주는 등 생계유지를 위한 목적으로 사용하지 않은 경우나 사용처를 구체적으로 입증하지 못하는 경우 또는 재산가액을 줄이기 위해 고의적으로 얻은 부채는 차감하지 아니할 것’, ‘금융재산의 잔액증명서 잔액확인 기준일 등 자산보유현황 조회 기준일은 조례 개정 공포일로 할 것’ 등의 운영방안이 기재되어 있는바, 앞서 판단한 내용과 동일한 기준으로 자산가액에 대한 평가가 이루어지고 있음을 알 수 있다.

4) 결국 이 사건 조례 제3조 제4항은 산정대상이 되는 자산의 종류 및 범위에 대하여 조항 자체에서 이미 일의적인 개념을 사용하여 명확히 규정하고 있고, 그 산정방법 및 판단기준시점도 건전한 법감정을 가진 일반인이라면 위 조항의 입법목적 등에 비추어 충분히 인식할 수 있으므로, 행정청의 자의적인 법집행 가능성을 열어둔 것이라고 볼 수 없다. 따라서 헌법상 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(2) 직업의 자유 침해 여부

(가) 직업의 자유에 대한 제한

이 사건 조례 제3조 제4항은 기존 시설물 운영자 중 ‘자산가액이 2억 원 미만인 자’에 대하여만 도로점용갱신허가를 하도록 규정하고 있는바, ‘자산가액이 2억 원 이상인 자’들은 갱신허가의 대상에서 제외되어 더 이상 서울시 내 보도상에서 시설물을 운영할 수 없게 되었다.

이러한 시설물 영업행위 역시 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동으로서 헌법상 보장된 직업의 개념에 포함되고, 도로의 관리청으로부터 허가를 받음으로써 특정 도로에서의 시설물 영업을 할 수 있는 길을 열어둔 이상, 보도상에서 시설물을 운영하는 행위도 법적 권리 내지 자유로서 보장되므로 갱신허가 대상자의 범위에서 제외된 자들은 위 조항으로 인하여 직업의 자유를 제한받게 된다.

(나) 심사기준

도로의 점용이라 함은 일반공중의 교통에 공용되는 도로에 대하여 일반사용과는 별도로 도로의 특정부분을 유형적, 고정적으로 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것인바, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위로서, 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다[대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결(공2002하, 2892)].

따라서 도로점용허가 자체는 원래 없었던 권리를 새로이 창출하는 것으로서 권리영역의 확대를 가져오므로 수익적·급부적 행위라고 볼 수 있는 점, 도로는 일반 공중의 교통에 사용되는 공유재산으로서 폭넓은 국가적 규제와 관리가 가능하고, 특정인의 고정적 사용은 예외적으로 허용되는 것으로서 도로의 관리주체인 관할 행정청이 공익상 목적이나 각 지방의 사회·경제적 여건 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 허가 여부 및 허가의 내용을 정할 수 있는 광범위한 재량권이 인정된다는 점 등을 고려할 때, 도로점용에 관한 사항은 일반적인 침해적 행위와 그 근거조항에 비하여 보다 완화된 심사가 가능하다.

(다) 비례원칙 위배 여부

1) 목적의 정당성과 방법의 적정성

서울시 내 보도상 시설물에 대한 도로점용허가기간은 2007. 12. 31.로 만료됨이 원칙이나, 경제적 자립기반이 미약한 저소득층의 시설물 운영자에 대하여는 사회적 일자리 제공과 전업기회 보장을 위하여 위 기간 이후에도 일정기간 시설물을 연장하여 존치시킬 수 있도록 갱신허가의 근거조항으로 마련된 것이 이 사건 조례 제3조 제4항이다. 즉 시설물의 감축을 통한 도시환경개선과 시민 통행권 확보라는 건설행정적 공익을 추구하는 한편, 사회취약계층인 시설물 운영자의 자활을 돕기 위한 복지행정적 공익을 조화롭게 달성하기 위한 데 그 입법목적이 있다. 특히 2008년 이후에는 시설물을 제거하여 도로를 원상회복하되 공익목적상 계속 존치할 필요가 있는 경우에는 시민의 보도이용과 도시미관을 저해하지 아니하는 범위 안에서 공개경쟁의 방법으로 운영자를 선정하도록 함으로써(구 조례 제4조 제3항), 기존 운영자의 장기 도로독점현상을 막고 주민 모두에게 점용기회를 부여하여 공유재산 사용에 대한 형평성을 도모하고자 하였다.

이러한 입법목적이 정당함에는 의문의 여지가 없으며, 기존 운영자의 보유자산가액을 기준으로 일정수준 미만인 자에 대하여만 제한적으로 갱신허가를 인정하는 것은 위 입법목적을 달성하기 위한 효과적인 수단이다.

2) 피해의 최소성과 법익의 균형성

가) 보건복지부가 제시한 「2007년 국민기초생활보장사업 안내」에 따르면 국민기초생활보장법에 의한 수급자와 차상위계층의 최고재산액은 4인 가구

판례집 20-2(하)

기준으로 각각 '6,691만 원'과 '8,698만 원'이고, 우리나라가 2009년부터 시행하는 저소득 근로자 복지제도인 근로장려세제(EITC)는 자산합계액이 '1억 원 미만'인 자만 신청할 수 있도록 되어 있다. 그에 비해 이 사건 조례 제3조 제4항은 자산가액 '2억 원 미만'인 자를 저소득자로 보아 갱신허가하도록 규정하고 있는바, 이는 국민기초생활보장법이나 근로장려세제상의 기준들보다 두 배 이상 완화된 기준이고 시설물 운영자 중 대부분(83.63%)의 자산가액이 2억 원 미만이므로 갱신허가대상자의 범위가 지나치게 좁게 설정되었다고 볼 수 없다.

또한 시설물 운영자 본인 및 배우자의 보유 자산가액을 산정함에 있어, 주택매입이나 전세자금, 의료비, 학비 등 생계유지를 위하여 사용된 차용금액 중 미상환액은 차감되고, 반면 부채를 얻어 타인에게 다시 빌려주는 등 생계유지를 위한 목적으로 사용하지 않은 경우나 사용처를 구체적으로 입증하지 못하는 경우 또는 재산가액을 줄이기 위해 고의적으로 얻은 부채는 차감되지 않으며, 실소유주가 운영자 본인 및 배우자인 차명계좌는 본인 및 배우자 명의의 재산으로 간주되는 등 각 시설물 운영자의 구체적·개별적 사정을 고려하고 있는바, 각 운영자의 실질적 보유자산가액을 최대한 합리적으로 판단할 수 있도록 객관적인 산정방법과 기준도 마련되어 있다.

이러한 점을 고려하면 이 사건 조례 제3조 제4항에서 자산가액 2억 원 미만인 자에 대하여만 갱신허가하도록 한 것은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없다.

나) 한편 청구인들은 구 조례 제4조 제1항에 의하여 2007. 12. 31.까지만 한 시적으로 도로점용을 허가받은 자들이므로 위 기간 이후에는 서울시의 정책 목적과 도로여건 등 제반사정에 따라 시설물에 대한 운영방식이나 도로점용에 관한 사항이 변경될 수 있음은 이미 구 조례에 의하여 예정되어 있었고, 2008년 이후에도 도로를 계속 점용할 수 있을지 여부에 대한 청구인들의 법적 지위는 불확실한 상태였다. 특히 구 조례에서 2007. 12. 31.까지로 점용기간을 정한 것은 각 시설물(가로판매대, 구두수선대, 교통카드판매대)의 운영자 대표 등과 수차례 협의과정을 거쳐 합의된 것인바, 청구인들로서는 위 기간 이후 시설물 운영에 관한 자신의 법적 지위가 변동될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었을 것이므로 갱신허가를 받지 못함으로써 침해받는 사익은 그리 크다고 볼 수 없다.

반면 시설물을 감축하고 공익 목적상 필요한 곳에만 적정하게 분포시킴으

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

로써 도시환경을 개선하고 시민보행권을 확보하는 한편, 갱신허가를 제한하여 다른 주민에게도 점용기회를 부여함으로써 도로사용에 대한 형평성을 도모하고자 하는 이 사건 공익은 청구인들이 침해받는 사익에 비하여 매우 중대하다.

(라) 소 결

그렇다면 위 조항은 헌법상 비례원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 평등권 침해 여부

(가) 청구인들은 이 사건 조례 제3조 제4항이 서울시 내 보도상에서 시설물을 운영하는 자에 대하여만 자산가액 2억 원 미만이라는 도로점용허가의 갱신요건을 규정함으로써, 위와 같은 제한이 없는 ① 서울특별시 외의 다른 지역에서 시설물을 운영하는 자, ② 시설물 외의 다른 사유로 도로점용허가를 신청하는 자에 비하여 서울시 내 시설물 운영자인 청구인들을 불합리하게 차별취급하고 있다고 주장한다.

(나) 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701).

(다) 살피건대 이 사건 조례 제3조 제4항은 '서울시 내' 시설물에 대한 효율적 관리를 위한 것이므로 서울시에서 시설물을 운영하는 자와 그 밖의 지역에서 시설물을 운영하는 자는 각각 그 소속 지방자치단체를 달리하는 주민으로서 각 지방자치단체가 관리청이 되는 도로의 점용허가에 관하여 본질적으로 동일한 지위에 있다고 볼 수 없다.

또한 위 조항은 '시설물 운영 목적의' 도로점용허가를 제한하기 위한 취지에서 마련된 것이므로 시설물 운영을 위하여 도로점용허가를 받고자 하는 자

판례집 20-2(하)

와 시설물 운영이 아닌 다른 사유로 도로점용허가를 받고자 하는 자는 위 조항에 의한 도로점용허가에 있어 본질적으로 다른 집단이라고 할 것이다.

결국 청구인들이 주장하는 위 집단들과의 사이에서는 평등권 침해를 논할 만한 비교집단이 설정되지 않는다고 할 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

다. 이 사건 조례 제3조 제4항 중 ‘허가기간과 허가횟수’에 관한 부분의 위헌 여부

(1) 직업의 자유 침해 여부

(가) 직업의 자유에 대한 제한과 심사기준

이 사건 조례 제3조 제4항은 2007. 12. 31.로 점용기간이 만료되는 운영자에 대하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 갱신허가를 하도록 규정하고 있다. 따라서 자산가액이 2억 원 미만인 자라 하더라도 최대 2009. 12. 31.까지만 도로점용허가를 갱신받을 수 있는바, 그렇다면 위 조항은 갱신허가의 기간과 횟수를 제한함으로써 위 기간 이후에도 시설물 영업을 계속하고자 하는 청구인들의 직업의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 있다.

다만 도로점용허가 자체는 수익적·급부적 행위이고, 그 허가 여부 및 허가 내용에 관하여 행정청에게 광범위한 재량권이 인정되는 영역이라는 점에서 완화된 비례성 심사를 함이 상당하다는 점은 앞서 본 바와 같다.

(나) 목적의 정당성과 방법의 적정성

도로점용허가의 기간 및 갱신허가의 횟수를 제한하는 것은 관할 행정청으로 하여금 각 지역의 개발상황과 도로주변 환경의 변화, 교통상황의 변동과 보행인구의 증감 등 여러 가지 다양한 사정을 고려하여 시설물 존치의 필요성 및 도로점용에 대하여 탄력적으로 대응할 수 있도록 하고, 도로는 공공재산으로서 장기간에 걸친 개인의 도로독점현상을 방지할 필요성이 있으며 특히 입지여건에 따라 영업수입이 많은 경우의 사회적 형평성과 점용허가의 권리화 현상 등의 문제가 발생할 수 있으므로 허가대상자와 장소를 순환함으로써 공유재산 사용에 대한 형평성을 도모하고자 하는 데 그 취지가 있다.

이러한 입법목적은 정당하며, 점용허가의 기간을 1년 이내로 제한하고 기존 점용자에 대하여 최대 2009. 12. 31.까지만 한시적으로 갱신을 허가하도록 한 것은 위 입법목적 달성을 위한 효과적인 수단이다.

(다) 피해의 최소성과 법익의 균형성

1) 도로법 시행령 제24조 제1항과 관련한 [별표 1] 제2호는 전주·전선, 수

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

도관·가스관, 주유소·주차장·터미널, 철도·궤도, 지하상가·육교 등의 점용기간은 10년 이내로 하고, 그 밖의 점용물의 점용기간은 3년 이내로 한다고 규정하고 있으므로 위 시행령 조항에 의하면 보도상 시설물은 ‘그 밖의 점용물’로서 점용기간이 3년 이내가 될 것이다.

그러나 이 사건 조례 제3조 제2항 후문 및 제4항은 보도상 시설물의 점용기간을 시행령에서 정한 기간보다 짧은 1년 이내로 정하고 있는바, 이는 ‘공유재산 및 물품관리법’상 잡종재산의 대부계약 기간이 1년을 초과할 수 없도록(갱신하는 경우에도 마찬가지이다) 한 것과 통일적으로 규율하기 위한 것이다. 즉 서울시 내 보도상 시설물 중 서울시가 직접 제작·설치한 것은 서울시 소유의 공유재산으로서 대부계약 체결의 대상이 되는데, 이 경우 관할 구청장은 시설물에 대한 대부계약체결과 시설물이 위치한 도로에 대한 점용허가를 같은 상대방과의 사이에서 함께 하는 것이 일반적이므로 양자의 기간이나 갱신 여부 등을 동일하게 규율·운영함으로써 통일적인 법집행을 할 것이 요구된다.

또한 이미 살핀 바와 같이 도로상황의 변화에 따라 시설물의 존치 여부 및 위치의 적정성, 시설물의 갯수 등을 유연하게 판단할 필요성이 있고, 보도상 시설물은 기타 공작물에 비하여 규모가 작고 설치 및 철거가 비교적 간편하여 탄력적인 대응이 가능하다는 점을 고려하면, 보도상 시설물의 점용허가기간을 다른 공작물에 비하여 비교적 단기간으로 정하였다고 하여 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 없다.

2) 한편 행정기관은 당시의 정책목적이나 의도, 사회의 일반적 통념 등을 기준으로 광범위한 재량 하에 도로점용 허가의 기간 및 내용 등을 정할 수 있으며, 비록 허가기간 중이라도 공익상 필요한 경우에는 허가사항을 변경하거나 허가를 취소할 수 있다(이 사건 청구인들에 대한 도로점용 허가증 별지 제2호 서식 중 제2호 참조). 특히 자산가액이 2억 원 미만인 청구인들은 도로점용기간이 만료되었음에도 이 사건 조례에 의한 갱신허가를 통하여 수익을 얻게 된 것이므로, 이러한 점을 고려하면 점용허가의 기간과 횟수가 제한됨으로써 침해받는 청구인들의 사익은 그다지 크다고 볼 수 없다.

반면 도로점용기간을 단기간으로 제한함으로써 행정상황의 변화에 탄력적으로 대처하여 도시환경을 개선하고, 특정 개인의 도로독점현상을 방지하여 공유재산 사용의 형평성을 도모하고자 하는 이 사건 공익은 청구인들이 침해받는 사익에 비하여 매우 중대하다고 할 것이다.

판례집 20-2(하)

(라) 소 결

그렇다면 위 조항은 헌법상 비례원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건 조례 제3조 제4항이 2007. 12. 31.로 도로점용기간이 만료되어 갱신받는 자에 대하여 1년의 범위 안에서 2회에 한하여 도로점용허가를 하도록 제한함으로써 위와 같은 제한이 없는 신규허가자에 비하여 갱신허가자를 불합리하게 차별취급하고 있다고 주장한다.

그러나 위 조항에서 도로점용허가의 갱신기간과 횟수에 제한을 둔 입법목적은 기존 시설물 운영자의 장기간 갱신허가를 통한 도로독점현상을 방지함으로써 서울시의 다른 주민들에게도 도로점용의 기회를 부여하고 공유재산 사용의 형평성을 도모하고자 하는 데 있고, 따라서 ‘그동안 계속해서 도로점용의 권리를 누려온 기존 시설물 운영자’와 ‘새롭게 도로점용의 기회를 얻고자 하는 신규허가신청자’는 이 사건 조례에 의한 도로점용허가를 함에 있어 법적으로 동일한 평가를 받는 집단이라고 볼 수 없다.

그러므로 평등권 침해를 논할 만한 비교집단이 설정된다고 볼 수 없어 청구인들의 평등권 침해 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

라. 이 사건 조례 제3조 제5항 본문의 위헌 여부

(1) 직업의 자유에 대한 제한

이 사건 조례 제3조 제5항 본문은 같은 조 제4항의 갱신허가 대상자인지 여부를 판단하기 위한 자료로서 ‘운영자 본인 및 배우자를 확인할 수 있는 주민등록표, 부동산 및 금융재산 조회에 대한 동의서, 임대차 계약서’를 제출하도록 규정하고 있는바, 위 서류를 제출하지 않을 경우 행정청으로서는 허가신청자의 자산가액이 2억 원 미만인지를 판단할 수 없게 되므로 갱신허가거부 처분을 하게 될 것이다. 따라서 위 조항은 이 사건 조례 제3조 제4항과 불가분적으로 결합하여 도로점용허가의 갱신요건을 규정한 것이라고 볼 수 있으므로 도로를 점용하여 시설물 영입에 종사하고자 하는 자의 직업의 자유를 제한하는 것이다.

한편 청구인들은 위 조항으로 인하여 일반적 행동의 자유를 제한받고 있다고 주장하나, 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 파생되는 일반적 행동의 자유는 직업의 자유와 일반 특별의 관계에 있으므로 보도상 시설물 영입행위를 직업의 개념에 포섭된다고 보아 직업의 자유 침해 여부를 판단하는 이상 일

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

반적 행동의 자유에 대하여는 별도로 검토할 필요가 없다.

## (2) 제한의 정당성

특정 행위를 허가사항으로 규율한 이상 허가신청자에 대하여 허가 요건의 구비 여부를 증명할 수 있는 서류제출의무를 부과하는 것은 허가제도에 수반하는 당연한 조치이다. 이 사건 조례 제3조 제5항 본문에서 제출의무를 부과하고 있는 ‘운영자 본인 및 배우자를 확인할 수 있는 주민등록표, 부동산 및 금융재산 조회에 대한 동의서, 임대차 계약서’는 위 조례 제3조 제4항에서 규정하고 있는 갱신요건의 충족 여부(시설물 운영자 및 배우자의 보유자산가액이 2억 원 미만인지 여부)를 판단하기 위한 증빙자료로서 불가피하게 요구된다고 할 것인바, 앞서 자산가액 2억 원 미만일 것을 갱신허가의 요건으로 규정한 이 사건 조례 제3조 제4항이 헌법에 위반되지 않는다고 본 이상, 위 요건의 구비 여부를 판단하기 위하여 관련 서류의 제출의무를 부과하고 있는 이 사건 조례 제3조 제5항 본문도 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

## 5. 결 론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구 중 청구인 김○악, 유○호의 심판청구는 부적법하고, 나머지 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 주문과 같이 결정한다. 다만 청구인 김○악, 유○호를 제외한 나머지 청구인들의 심판청구에 관하여는 아래 6.과 같은 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견이 있다.

## 6. 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

우리는 이 사건 조항들의 직접성 요건에 대하여 다수의견과 달리 직접성 요건이 결여되었다고 판단하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

### 가. 법규범에 대한 헌법소원심판에 있어 ‘직접성’ 요건

조례는 지방자치단체가 그 자치입법권에 근거하여 자주적으로 지방의회의 의결을 거쳐 제정한 법규이기 때문에 조례 자체로 인하여 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다. 다만 이 경우에 그 적법요건으로서 조례가 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해하는 것이어야 함을 요한다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 571).

이와 같이 법규범에 대한 헌법소원심판에 있어 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 것은 일반적으로 당해 법규범에서 예정한 구체적인 집행행위를 매개

판례집 20-2(하)

로 하여 그 법규범이 비로소 국민 개인의 기본권에 영향을 미칠 수 있게 되므로 개개의 국민은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 구체적인 집행행위를 대상으로 하여 그로 인한 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 순서이고 이는 최후·보충적인 기본권구제수단이라는 헌법소원심판의 본질로부터 당연히 요청되는 것이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504 참조). 즉 구체적인 집행행위가 존재하는 경우 그 집행행위를 대상으로 한 구제절차에서 문제된 해당 법규범의 적용과 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하면서 해당 법규범의 위헌 여부, 심판의 필요성 등을 법원에서 판단할 필요가 있으므로 집행행위의 근거가 되는 법규범을 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼아서는 아니 된다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 202 참조).

한편, 헌법재판소는 그의 재판관할의 범위 내에서만 직접성 요건에 대한 예외를 인정할 수 있다. 다시 말하자면, 이 사건 조항들에 대한 위헌심사가 헌법소원의 대상이 되는 경우에 비로소 직접성 요건의 충족 여부를 판단하는 의미가 있고 나아가 직접성의 예외를 인정할 여지가 있다.

명령과 규칙, 조례 등이 구체적인 소송에서 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 그의 위헌성을 간접적으로 심사할 수 있다. 그러나 명령, 규칙, 조례에 의하여 직접 기본권을 침해받은 경우에는 그의 위헌성을 심사받을 수 있는 길이 달리 없기 때문에, 헌법재판소는 이와 같이 직접 기본권을 침해하는 명령, 규칙, 조례에 대하여만 헌법소원심판을 청구할 수 있는 길을 열어 주었다. 따라서 심판대상조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는, 헌법재판소가 명령, 규칙, 조례의 위헌성 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하므로 직접성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다(헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 702-703 참조).

나. 직접성 요건의 예외 인정 여부

다수의견은 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 일의적이고 명백한 것이어서 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하고 있는 경우 당해 법규범을 헌법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다고 하여 직접성 요건의 예외를 인정하고 있다.

(1) 그러나 직접성 요건의 예외를 인정한 헌법재판소의 초기의 선례들을 살

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

펴보면, 법규범의 내용이 일의적이고 명백한 경우라도 주로 집행행위의 존부 자체가 불명확하거나 전형적인 집행행위라고 보기 어려워 통상의 불복절차를 기대하기 어려운 사안에 대하여만 직접성 요건의 예외를 인정하였으며(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 11; 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254 등 참조), 최근 헌법재판소 결정 중에도 법령의 내용이 일의적이고 확정적이지만 집행행위가 매개되어야 비로소 기본권 침해의 결과가 발생하고 집행행위 자체에 대한 권리구제수단이 존재한다는 등의 이유로 직접성을 부정한 바 있다(헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231, 판례집 16-2상, 586, 598-599; 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 판례집 18-1상, 574, 579-581 등 참조).

(2) 법규범의 내용이 일의적이고 집행행위에 재량의 여지가 없다고 하여 항상 직접성 요건의 예외를 인정할 경우 당사자가 집행행위를 다투지 않고 집행행위의 전제되는 근거규범만을 다투으로써 집행행위에 불가쟁력이 발생할 수 있고, 이와 같이 불가쟁력이 발생한 집행행위에 대하여는 위헌결정의 효력이 미치지 않고 행정청이 집행행위를 직권으로 취소할 의무가 있는 것도 아니므로, 헌법재판소가 근거규범에 대하여 위헌결정을 한다고 하더라도 당사자는 불이익한 집행행위 자체를 취소할 방법이 없어 직접적인 권리구제를 받지 못하게 되는 결과가 발생한다. 따라서 법규범의 내용이 일의적이라도 그것을 적용하는 집행행위가 매개되어 있는 이상 되도록 법원을 통한 권리구제를 일차적으로 선택하여 이에 집중할 수 있도록 국민을 유도하는 것이 국민의 기본권에 대한 실효적 보장을 위하여 더 바람직하다.

(3) 헌법소원에서의 직접성 요건은 국민의 기본권을 더 실효적으로 구제하는 길을 찾고 권리구제에 있어서 법원 등과 헌법재판소 사이에서 효율적으로 관할을 분배하기 위한 소송법적 요건이므로, 구체적 사례마다 국민의 권리구제라는 이념을 염두에 두고 신중적으로 판단하여야 한다. 따라서 비록 법규범이 일의적이고 확정적이어서 행정청에게 재량의 여지가 없는 집행행위라고 하더라도, 그것이 전형적인 행정행위로서 일반법원에 소를 제기할 방법이 충분히 열려있고 법원을 통한 권리구제가 가능한 경우인지를 충분히 고려하여 직접성 요건의 예외 인정 여부를 판단하여야 할 것이다.

다. 이 사건 조항들의 직접성 인정 여부

살피건대, 이 사건 조항들은 구체적 집행행위(갱신허가처분 내지 거부처분)가 예정되어 있고 집행행위가 매개되어야만 비로소 청구인들의 권리의무에 영향을 미치게 된다. 특히 이 사건 조례 제3조 제2항 후문의 경우 자산가액 2

판례집 20-2(하)

억 원 미만이라는 갱신허가의 요건 자체는 일의적이고 명백하다고 할 것이나 이를 판단함에 있어 자산의 항목과 부채비율 등 다양한 요소가 고려되고 있으므로(실제 일부 갱신허가신청자들에 대하여는 부채의 존부와 반영 여부가 결정되지 않아 일정기간 처분이 보류된 경우도 있었다.), 갱신허가거부처분이 있기 전에 위 조항 자체만으로는 청구인들에게 어떠한 기본권침해적인 요소도 발생한다고 보기 어렵다.

또한 ‘갱신허가거부(제외)처분’에 대하여는 별도의 구제절차가 마련되어 있으므로 행정심판 및 행정소송절차에서 이 사건 조항들에 대한 적법 여부를 다룰 수 있으며, 위와 같은 구제절차가 권리구제의 기대가능성이 없다거나 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것이라고 볼 수 없으므로 직접성의 예외를 인정할 여지도 없다. 갱신허가의 대상에는 해당하나 허가의 기간과 횟수 등에 대하여 위헌성을 주장하는 청구인들의 경우에도 장차 허가기간이 만료된 이후 갱신허가신청을 하고 거부처분이 내려지면 그 때 ‘갱신허가거부처분’을 대상으로 취소소송을 제기할 수 있으므로 장래 기본권 침해가 현실화된 시점에서 얼마든지 집행행위를 대상으로 불복할 수 있는 방법이 존재한다.

라. 결 론

따라서 이 사건 조항들을 심판대상으로 하는 이 사건 헌법소원심판청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
 목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지 1] 청구인 목록(2007헌마1422) : 생략

[별지 2] 청구인 목록(2008헌마32) : 생략

[별지 3] 관련조항

구 도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 개정되기 전의 것) 제22조(도로관리청) ① 도로의 관리청은 국도에 있어서는 건설교통부장관, 국가지원지방도에 있어서는 도지사(특별시·광역시안의 구간은 당해 시장), 기타의 도로에 있어서는 그 노선을 인정한 행정청이 된다.

② 특별시·광역시 또는 시 관할구역 안의 상급도로(고속국도와 읍·면지역

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

의 일반국도 및 지방도를 제외한다)는 제1항의 규정에 불구하고 특별시장·광역시장 또는 시장이 관리청으로 된다.

제40조(도로의 점용) ① 도로의 구역 안에서 공작물·물건 기타의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 기타의 목적으로 도로를 점용하고자 하는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 따라 허가를 받을 수 있는 공작물·물건 그 밖의 시설의 종류와 도로 점용허가의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 도로법 시행령(2007. 6. 28. 대통령령 제20133호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것)

제24조(점용의 허가신청) ① 법 제40조 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자는 다음의 사항을 기재한 신청서를 관리청에 제출하여야 한다. 이 경우 점용장소·점용기간·공작물 또는 시설의 구조 등 점용에 관한 사항은 별표 1의 기준에 적합하게 하여야 한다.

1. 점용의 목적
2. 점용의 장소와 면적
3. 점용의 기간
4. 공작물 또는 시설의 구조
5. 공사시설의 방법
6. 공사의 시기
7. 도로의 복구방법
8. 삭제 <1999. 8. 6.>

②~④ 생략

⑤ 법 제40조 제2항에 따라 도로의 점용허가(법 제8조에 따라 다른 국가사업에 관계되는 점용인 경우에는 협의 또는 승인을 말한다)를 받을 수 있는 공작물·물건 기타의 시설의 종류는 다음 각 호와 같다. <개정 1993. 8. 14., 1999. 8. 6., 2007. 1. 5.>

1.~ 10. 생략

11. 제1호 내지 제10호외에 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 공작물·물건(식물을 포함한다) 및 시설로서 건설교통부령 또는 당해 관리청의 조례로 정한 것

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2001. 7. 16. 조례 제

판례집 20-2(하)

3889호로 제정되고, 2003. 1. 10. 조례 제4057호로 개정되기 전의 것) 제4조(점용허가 갱신의 제한) ① 이 조례에 의한 점용허가의 갱신 만료기한은 2007년 12월 31일까지로 한다.

② 생략

③ 시장은 제1항의 규정에 의한 점용허가기한 경과 후 시설물을 제거하여 도로를 원상회복 하여야 한다. 다만, 공익목적상 계속 존치할 필요가 있는 경우에는 시민의 보도이용과 도시미관을 저해하지 아니하는 범위 안에서 공개경쟁의 방법으로 운영자를 선정한다.

④ 생략

구 서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조례 제 4581호로 개정되고, 2008. 7. 30. 조례 제4660호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 조례는 시민보행 및 도시환경개선을 위하여 「도로법」 제40조·제75조, 같은 법 시행령 제24조 및 「공유재산 및 물품관리법」 제31조부터 제35조까지의 규정에 따라 보도상영업시설물(이하 “시설물”이라 한다)의 감축 및 관리에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(점용허가) ① 시설물을 계속하여 운영하고자 하는 자는 별지 제1호 서식에 의한 도로점용허가신청서를 점용허가 기간의 만료일로부터 기산하여 30일전까지 시장에게 제출하여야 한다.

② 시장은 점용허가를 받은 운영자에게 별지 제2호서식에 의한 도로점용허가증을 교부한다. 이 경우 점용허가기간은 1년 이내로 한다.(개정 2007. 11. 1.)

③~⑥ 생략

제5조(대부계약) ① 지방자치단체의 소유로 된 시설물을 사용하고자 하는 자는 별지 제1호 서식에 의한 시설물 대부신청서를 시장에게 제출하여야 하며, [별지] 제3호 서식에서 정하는 바에 따라 시장과 당해 시설물에 대한 대부계약을 체결하여야 한다. (단서 생략)

② 생략

③ 대부계약 신청·기간·갱신 등은 제3조에서 규정한 도로점용허가의 경우와 같다.

제9조(시설물 철거) ① 시설물의 설치자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시설물을 철거하여야 한다. (개정 2007. 11. 1.)

1. 점용허가 기한이 경과된 경우. 다만, 제3조 제3항에 의하여 운영자가 선정된 경우에는 그러하지 아니하다.

헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1422, 2008헌마32(병합)

2. 제3조의 규정에 의하여 점용허가의 갱신이 아니 되는 경우

3. 제8조의 규정에 의하여 허가가 취소되는 경우

② 설치자가 제1항의 규정에 의한 시설물의 철거를 시장이 지정한 기한 내에 이행하지 아니하는 경우 시장은 「도로법」 제54조의7의 규정에 의한 행정대집행의 적용특례에 의한 절차와 방법으로 철거한다.(개정 2007. 11. 1.)

③ 생략

제12조(사무의 위임) 이 조례에 의한 다음 각 호에 해당하는 시장의 사무는 시설물이 위치하는 지역을 관할하는 구청장에게 위임한다.(개정 2007. 11. 1.)

1. 제3조 내지 제5조의 규정에 의한 도로점용허가 및 대부계약의 체결에 관한 사항, 그 밖에 자치구의 위원회 설치·운영에 관한 사항(개정 2007. 11. 1.)

2.~ 4. 생략

부칙(2007. 11. 1. 조례 제4581호)

① (시행일) 이 조례는 공포한 날부터 시행한다.

② (가로판매대에 관한 경과조치) 제2조의 개정규정에 따른 가로판매대에 대한 규정은 2008년 1월 1일부터 적용한다.

구 서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례(2007. 4. 17. 조례 제 4509호로 개정되고, 2008. 3. 12. 조례 제4610호로 개정되기 전의 것) 제2조(도로점용허가) 공작물·물건·그 밖에 시설물로서 영 제24조 제5항 제11호의 규정에 의하여 도로관리청이 정하는 도로점용허가 대상 시설물은 다음 각 호와 같다.(개정 2007. 4. 17.)

1. 광고탑, 광고판, 사설안내표지판 그 밖에 이와 유사한 것

2. 가로판매대, 구두수선대, 버스카드판매대 그 밖에 이와 유사한 것

## 법학전문대학원 설치인가 심사기준 위헌확인

(2008. 12. 26. 2008헌마192 전원재판부)

### 【판시사항】

학교법인이 법학전문대학원 설립 인가를 신청하기 이전에 변호사 휴업을 한 전임교원만을 법학전문대학원의 법조실무경력교원으로 인정한다는 내용을 규정하고 있는 교육과학기술부 장관의 ‘법학전문대학원 설치인가 심사기준’(이하 ‘이 사건 심사기준’이라 한다)에 대하여, 법과대학 교수인 청구인이 기본권침해의 자기관련성을 갖는지 여부(소극)

### 【결정요지】

이 사건 심사기준은 법학전문대학원 설치인가를 신청하려는 각 학교법인을 직접적 규율대상으로 할 뿐, 각 학교법인과 계약 관계에 의하여 대학에 근무하는 교수를 직접적인 수범자로 하고 있지 않다. 따라서 법과대학 교수인 청구인이 변호사직을 휴업하고 검직을 할 수 없는 것은 이 사건 심사기준으로 인하여 직접 발생하는 것이 아니라 로스쿨 설치 인가를 원하는 학교법인과 청구인간의 교수 근무 계약에 의하여 반사적으로 초래되는 것이며, 학교법인이 청구인에게 요구하고 청구인이 변호사 휴업을 선택하여야만 비로소 나타나는 사실상 효과에 지나지 않으므로 청구인에 대하여 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

### 【심판대상조문】

법학전문대학원 설치인가 신청 공고(2007. 10. 30. 교육과학기술부 공고 제2007-120호)

법학전문대학원 설치인가 심사기준(2007. 10. 30. 교육과학기술부)

4.3.1 법조실무경력교원의 수 및 확보여부(P/F) : 계획 및 실적평가

<법조실무경력교원 현황>

구 분	편제완성 학생정원	법정교원 정원 (A)			기 확보 교원 (B)			확보 할 교원 (C)			계 (D=B+C)		
		이론	실무	계	이론	실무	계	이론	실무	계	이론	실무	계
전임 교원(명)	명												
겸임· 초빙 교원(명)	명												

※ 작성시 유의사항

- 법정교원 정원의 20% 이상의 비율에 해당하는 5년 이상의 법조실무경력교원을 충원하고 있는지를 판단
- 경력 산정에 있어 사법연수원에서의 연수기간은 산입하지 않음
  - 법학전문대학원의 설립 인가를 신청한 이후 영리를 목적으로 사건을 수입한 사실이 있는 사람은 법조실무경력교원의 수에 산입하지 않음
  - 전임교원인 법조실무경력교원의 변호사 휴업은 인가신청서 제출 이전에 신고된 것만을 인정함

※ 실무경력교원 : 변호사 또는 외국변호사의 자격이 있고 5년 이상 관련 분야의 실무에 종사한 경력이 있는 교원을 말함(법률 제16조④)

**【참조판례】**

헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580

헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 94

**【당 사 자】**

청 구 인 황도수(변호사)

**【주 문】**

청구인의 심판청구를 각하한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 변호사로서 2006. 3. 1.부터 건국대학교 법과대학 부교수로 재직하고 있는 자이다.

(2) 교육과학기술부(구 교육인적자원부)장관은 2007. 10. 30. ‘법학전문대학

판례집 20-2(하)

원 설치인가 신청'을 교육과학기술부 공고 제2007-120호로 공고하면서, 설치인가를 위한 심사기준으로 '법학전문대학원 설치인가 심사기준'을 발표하였다. 그런데 위 심사기준 중 '4.3.1. 법조실무경력교원의 수 및 확보여부(P/F) : 계획 및 실적평가'에 의하면, 법정교원 정원의 20% 이상의 비율에 해당하는 5년 이상의 법조실무 경력요원을 충원하고 있는지 여부를 평가의 항목으로 규정하면서, 설치인가를 신청한 이후 영리를 목적으로 사건을 수입한 사실이 있는 사람은 법조실무 경력교원의 수에 산입하지 않고 전임교원인 법조실무 경력교원의 변호사 휴업은 인가신청서 제출 이전에 신고된 것만을 인정하는 것으로 규정하였다(이하 '이 사건 심사기준'이라 한다).

(3) 이에 따라 청구인은 전임교원직을 유지하고 학교법인 건국대학교가 법학전문대학원(이하 '로스쿨'이라 한다) 설치인가 신청을 하는데 기여하기 위하여 2007. 11. 26. 변호사를 휴업하였다. 그리고 청구인이 소속된 학교법인 건국대학교는 교육과학기술부의 '법학전문대학원 설치인가 심사기준'에 의거하여 2007. 11. 30. 교육과학기술부장관에게 로스쿨 설치인가 신청을 하였고, 그 결과 2008. 2. 4. 로스쿨 예비인가를 받았다.

(4) 그런데 청구인은 이 사건 심사기준은 교육과학기술부장관이 법률 또는 그 위임을 받은 하위법령으로부터 위임받은 사실이 없음에도 청구인의 기본권을 제한하고 있어서 법률유보원칙에 위배되고, 심사기준의 내용이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 직업선택의 자유로서의 겸직의 자유를 침해하므로 위헌이라고 주장하며 2008. 2. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건의 심판 대상은 '법학전문대학원 설치인가 신청 공고'(2007. 10. 30. 교육과학기술부 공고 제2007-120호)의 '법학전문대학원 설치인가 심사기준' 중 "4.3.1. '법조실무경력교원의 수 확보여부(P/F) : 계획 및 실적평가'의 '※작성 시 유의사항' 중 '법학전문대학원의 설립 인가를 신청한 이후 영리를 목적으로 사건을 수입한 사실이 있는 사람은 법조실무경력교원의 수에 산입하지 않음' 및 '전임교원인 법조실무경력교원의 변호사 휴업은 인가신청서 제출 이전에 신고된 것만을 인정함'" 부분이 위헌인지 여부이다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 교육과학기술부장관이 사립학교 교원의 겸직 및 영리업무를 전면적·원천적으로 금지할 수 있는 권한을 부여받은 바가 없음에도 불구하고, 이 사

건 심사기준을 통해 기본권 제한의 한계를 넘어 로스쿨 전임교원에 대하여 전면적·원천적 겸직 및 영리업무 금지를 규정한 것은 법률유보원칙에 위배된다.

(2) 이 사건 심사기준은 실무교수에 대하여 연간 사건 수입건수를 제한하는 방법, 연간 변론참석회수를 제한하는 방법 등 다양한 대안이 있음에도 겸직 및 영리업무 금지를 전면적·원천적으로 제한함으로써 침해 최소성원칙에 어긋나 과잉금지원칙에 위배되어 직업선택의 자유로서 겸직의 자유를 침해한다.

(3) 이 사건 심사기준은 로스쿨 정식인가 내지 실제운영 시점 이후가 아닌, 로스쿨 인가신청서 제출 이전에 변호사 휴업을 강제함으로써 기본권 제한의 시간적 범위를 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되므로 청구인의 기본권을 침해한다.

나. 교육과학기술부장관의 의견요지

(1) 이 사건 심사기준은 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 제16조 제4항의 내용을 실질적으로 동일하게 확인하고 있는 것에 불과하므로, 헌법소원의 청구대상이 되는 공권력행사에 해당되지 아니한다.

(2) 이 사건 심사기준은 청구인에게 직접적으로 적용되는 것이 아니라 로스쿨을 설치하려는 대학에 적용되는 것이며, 제3자적 지위를 갖는 청구인이 변호사 휴업이라는 선택을 한 것은 간접적이고 사실적으로만 연관성을 갖는 반사적 불이익에 불과하므로, 청구인에게는 자기관련성이 인정되지 않는다.

(3) 이 사건 심사기준은 2007. 10. 30. 공고되었으므로, 특별한 사유가 없는 한 당시 법과대학 교수로 재직 중이던 청구인은 위 공고 기일 즈음에 헌법소원 청구사유가 있음을 알았다고 추정되는데, 위 공고일로부터 90일이 이미 도과된 2008. 2. 19.에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 청구기간을 초과하였다.

(4) 기본권의 제한은 법률의 근거가 필요한데, 이 사건 심사기준은 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 제16조 제4항에 근거한 규율이고 확인적인 의미를 갖기 때문에 법률유보원칙에 위반되지 아니한다.

(5) 청구인은 변호사를 겸직함으로써 얻어지는 이익은 임용권자가 해당 교수를 겸임시킴에 따라서 얻어지는 간접적이고 반사적인 것에 불과하므로, 이 사건 심사기준은 청구인의 겸직의 자유를 제한하지 아니하며, 설령 이 사건 심사기준이 청구인의 겸직의 자유를 제한한다고 하더라도, 이 사건 심사기준은 과잉금지원칙에 위반되지 않기 때문에 청구인의 겸직의 자유를 침해하지

판례집 20-2(하)

아니한다.

### 3. 판 단

이 사건 심판청구가 적법한지 여부를 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580 ; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 94).

이 사건 심사기준은 단순히 ‘법학전문대학원의 설립 인가를 신청한 이후 영리를 목적으로 사건을 수입한 사실이 있는 사람은 법조실무경력교원의 수에 산입하지 않음’ 및 ‘전임교원인 법조실무경력교원의 변호사 휴업은 인가신청서 제출 이전에 신고된 것만을 인정함’이라고 규정하여 법학전문대학원 설치 인가를 신청하려는 각 학교법인을 직접적 규율대상으로 할 뿐, 각 학교법인과 계약 관계에 의하여 대학에 근무하는 교수를 직접적인 수범자로 하고 있지 아니하다.

즉, ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 제16조에 의거 학교법인은 교원수의 5분의1 이상을 5년 이상 경력을 가진 변호사로 확보해야 하지만, 변호사직을 겸직하는 겸임교원 등도 채용할 수 있으므로 변호사직을 유지하고 있는 자라고 할지라도 교원으로 채용되는 데에는 아무런 법률상 제한이 없다. 그러므로 로스쿨 설치 인가를 원하는 학교법인이 청구인에게 요청한다고 하더라도 청구인은 변호사 휴업을 선택하지 않을 수도 있고, 학교법인의 재정 사정 등에 따라 변호사 휴업을 하지 않은 상태에서 로스쿨의 교원이 될 수도 있다.

그렇다면 청구인이 변호사직을 휴업하고 겸직을 할 수 없는 것은 이 사건 심사기준으로 인하여 직접 발생하는 것이 아니라 로스쿨 설치 인가를 원하는 학교법인과 청구인간의 교수 근무 계약에 의하여 반사적으로 초래되는 것이며, 학교법인이 청구인에게 요구하고 청구인이 변호사 휴업을 선택하여야만 비로소 나타나는 사실상 효과에 지나지 않으므로 청구인에 대하여 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

### 4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 관여 재판관 전원의 일

헌재 2008. 12. 26. 2008헌마192

치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흙  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

## 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제29조 제2항 제2호 단서 위헌확인

(2008. 12. 26. 2008헌마345 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 6·25 전몰군경의 배우자가 1993. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 경우 6·25 전몰군경의 손자녀에 대한 취업보호의 혜택을 배제함으로써 1993. 1. 1.을 기준으로 그 배우자가 연금을 받은 사실이 있는 6·25 전몰군경의 자녀와 그렇지 아니한 자녀를 달리 취급하고 있는 구 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’ 제29조 제2항 제2호 단서 중 “전몰군경의 배우자가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 보상금을 받은 사실이 있는 경우” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’ 이라 한다)이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 6·25 전몰군경의 유가족에 대한 연금 액수가 현실화된 1993. 1. 1. 이후에 6·25 전몰군경의 배우자 또는 부모가 이를 수급한 경우에 그 혜택이 간접적으로 유자녀에 미칠 수 있다는 판단하에 취업보호제도의 실시 범위를 1993. 1. 1.을 시적(時的)인 기준으로 제한하고 있는바, 국가가 제한된 재정능력으로 6·25 전몰군경의 유자녀의 생활을 실질적으로 보장하고자 하면서도 연금 수급에 의하여 간접적으로 혜택을 받은 자들과 그렇지 못한 자들 사이에서 형평성을 도모하고자 한 것으로서 정당한 이유가 인정되므로 현저히 자의적인 차별이라고 할 수 없으므로 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.
2. 이 사건 법률조항은 6·25 전몰군경의 유자녀를 위하여 손자녀에 대한 취업보호지정이라는 혜택을 부여하면서 유가족에 대한 연금액이 현실화된 시점과 연동하여 그 범위를 합리적인 입법재량의 범위 내에서

제한하고 있는 것으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하지 아니한다.

### 【심판대상조문】

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2006. 3. 3. 법률 제7873호로 개정되고, 2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조(취업보호대상자) ① 생략  
② 제1항의 유족 또는 가족에 해당하지 아니하는 사람 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 그를 지정하는 부모 모두가 질병·장애 또는 고령으로 취업이 어려운 경우에 한하여 취업보호를 실시할 수 있다. 이 경우 질병·장애 또는 고령 등에 관한 기준과 구체적인 취업보호실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 생략

2. 1953년 7월 27일 이전 및 「참전유공자예우에 관한 법률」 별표의 규정에 의한 전투 중 전사하거나 순직한 군인 또는 경찰공무원의 자녀가 지정한 그의 자녀 중 1인. 다만, 전몰군경·순직군경의 배우자 또는 부모가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 보상금을 받은 사실이 있는 경우를 제외한다.

③ 삭제

### 【참조조문】

헌법 전문(前文), 제11조, 제32조 제6항, 제37조 제2항

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제4조(적용대상 국가유공자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1.~2. 생략

3. 전몰군경 : 다음 각목의 1에 해당하는 자

가. 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자를 포함한다)

나. 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 상이를 입고 전역(퇴역·면역 또는 상근예비역소집해제를 포함한다. 이하 같다) 또는 퇴직(면직을 포함한다. 이하 같다)한 후 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청 이전에 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 상이를 입고 퇴직한 후 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청 이전에 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자를 포함한다)

4.~15. 생략

판례집 20-2(하)

② 제1항의 규정을 적용함에 있어 다음 각 호의 사항에 관한 구체적인 기준 및 범위는 대통령령으로 정한다.

1. 제1항 제3호 가목 : 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 사망한 자
2. 제1항 제3호 나목 및 제4호 : 전투 또는 이에 준하는 직무수행중 상이를 입은 자 또는 상이를 입고 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자
3. 제1항 제5호 가목 : 교육훈련 또는 직무수행중 사망한 자(공무상의 질병으로 사망한 자를 포함한다)
4. 제1항 제5호 나목 및 제6호 : 교육훈련 또는 직무수행중 상이(공무상의 질병을 포함한다. 이하 이 호에서 같다)를 입은 자 또는 상이를 입고 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자
5. 제1항 제11호 가목 : 공무로 인하여 사망한 자(공무상의 질병으로 인하여 사망한 자를 포함한다)
6. 제1항 제11호 나목 및 제12호 : 공무로 인하여 상이(공무상의 질병을 포함한다. 이하 이 호에서 같다)를 입은 자 또는 상이를 입고 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자

③~⑤ 생략

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제5조(유족등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼후 당해 국가유공자외의 자와 사실혼중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)
  2. 자녀
  3. 부모
  4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모
  5. 60세미만의 남자 및 55세미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매
  6. 삭제
  7. 삭제
- ② 제1항 제2호의 자녀의 경우, 양자는 국가유공자가 직계비속이 없어 입양한 자 1인에 한하여 자녀로 본다.
- ③ 삭제
- ④ 제1항 제3호의 모의 경우, 국가유공자를 양육하거나 부양한 사실이 있는 부의 배우자와 생모가 각각인 때에는 국가유공자를 주로 양육하거나 부양한 자 1인을 모로 본다.
- ⑤ 제1항 제4호의 경우, 성년남자인 직계비속이 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애인이거나 현역병(지원에 의하지 아니한 부사관 및 상근예비역으로 소집된 자, 「병역법」 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 공익근무요원으로 소집된 자, 「병역법」 제24조 및 제25조의 규정에 해당하는 자를 포함한다. 이하 같다)으로서 의무복무기간중에 있는

때에는 성년남자인 직계비속이 없는 것으로 본다.

⑥ 제1항 제5호의 경우, 60세미만의 남자 또는 55세미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 있더라도 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애인이거나 현역병으로서의 무복무기간중에 있는 때에는 60세미만의 남자 및 55세미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 것으로 본다.

⑦ 삭제

⑧ 삭제

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제12조(보상금) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 보상금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 보상금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·재일학도의용군인·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자
2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족중 선순위자 1인

② 제1항 제2호에 해당하는 유족중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

③ 전상군경·공상군경·4.19혁명부상자 및 특별공로상이자중 대통령령이 정하는 상이등급에 해당하는 자가 사망한 경우에는 그 상이가 원인이 되어 사망한 경우에 한하여 그의 유족에게 보상금을 지급한다.

④ 보상금의 지급수준은 「통계법」 제3조 제2호의 규정에 의하여 통계청장이 지정하여 고시하는 통계 중 가계조사통계의 전국가구 가계 소비지출액 등을 고려하여 국가유공자의 희생과 공헌의 정도에 상응하게 결정하여야 한다.

⑤ 보상금은 월액으로 하고, 그 지급액·지급방법 및 그 밖에 지급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제28조(취업보호의 실시) 국가는 국가유공자와 그 유족등의 생활안정 및 자아실현을 위하여 취업보호를 실시한다.

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조(취업보호대상자) ① 취업보호를 받을 취업보호대상자는 다음과 같다.

1. 전상군경·공상군경·무공수훈자·보국수훈자·재일학도의용군인·4.19혁명부상자·4.19혁명공로자·공상공무원·특별공로상이자 및 특별공로자와 그 가족
2. 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자·순직공무원 및 특별공로순직자의 유족
3. 제1호에 해당하는 국가유공자가 사망한 경우의 그 유족

② 제1항의 유족 또는 가족에 해당하지 아니하는 사람 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 그를 지정하는 부모 모두가 질병·장애 또는 고령으로 취업이

판례집 20-2(하)

어려운 경우에 한하여 취업보호를 실시할 수 있다. 이 경우 질병·장애 또는 고령 등에 관한 기준과 구체적인 취업보호실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 사망한 국가유공자에게 배우자 및 자녀가 없고, 부모만 있는 경우에는 그 부모가 지정하는 사망한 국가유공자의 제대(제대) 중 1인
2. 1953년 7월 27일 이전 및 「참전유공자에우에 관한 법률」 별표의 규정에 의한 전투 중 전사하거나 순직한 군인 또는 경찰공무원의 자녀가 지정한 그의 자녀 중 1인. 다만, 전몰군경·순직군경의 배우자 또는 부모가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 보상금을 받은 사실이 있는 경우를 제외한다.

③ 삭제

**【참조판례】**

1. 헌재 1992. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787  
헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1상, 269, 284  
헌재 2006. 6. 29. 2006헌마87, 판례집 18-1하, 510, 522-523

**【당 사 자】**

청 구 인 이○의  
국선대리인 변호사 이영석

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 6·25 전쟁 당시인 1950. 9. 26. 사망한 전몰군경 이○갑의 3남인바, 군 제대 후 결핵으로 인하여 취업이 불가능한 상태에서 32세 무렵에 교통사고 2급 장애 판정을 받아 현재까지 취업을 하지 못하고 있던 중, 아들로부터 전몰군경의 손자에게 취업상의 혜택이 주어진다는 말을 듣고 2008. 1. 28.경 전주보훈지청에 찾아가 아들에 대한 취업보호를 요청하였으나, 위 이○갑의 배우자 양○순이 1993. 1. 1. 이후 구 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’ 제12조에 의한 유족연금을 수령하다가 1993. 4. 18. 사망하였으므로 위 법률 제29조 제2항 제2호 단서가 적용되어 취업보호대상자에서 제외된다

는 회신을 받았다. 한편, 위 양○순 사망 이후 청구인의 형인 청구의 ‘이○건’으로 전몰군경유족선순위보상수급권자의 순위가 변경되어, 2001. 7. 1.부터 현재까지 위 이○건이 6·25 전몰군경자녀수당(2008년도의 경우 월 513,000원)을 지급받고 있다.

(2) 이에 청구인은 구 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’ 제29조 제2항 제2호 단서의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 1953. 7. 27. 이전에 전사한 전몰군경(이하 ‘6·25 전몰군경’이라고 한다)의 자녀는 자신이 질병 또는 장애나 고령 등으로 인하여 취업이 어려운 경우 그가 지정한 그의 자녀 중 1인에 한하여 취업보호를 받게 할 수 있으나, 전몰군경의 배우자 또는 부모(이 사건에서는 배우자에 해당한다)가 1993. 1. 1. 이후 유족연금을 받은 사실이 있는 경우에는 취업보호대상자에서 제외하도록 한 구 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’(2006. 3. 3. 법률 제7873호로 개정되고, 2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국가유공자예우법’이라 한다) 제29조 제2항 제2호 단서 중 “전몰군경의 배우자가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 보상을 받은 사실이 있는 경우” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)인바, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2006. 3. 3. 법률 제7873호로 개정되고, 2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제29조(취업보호대상자) ② 제1항의 유족 또는 가족에 해당하지 아니하는 사람 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 그를 지정하는 부모 모두가 질병·장애 또는 고령으로 취업이 어려운 경우에 한하여 취업보호를 실시할 수 있다. 이 경우 질병·장애 또는 고령 등에 관한 기준과 구체적인 취업보호 실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 1953년 7월 27일 이전 및 「참전유공자예우에 관한 법률, 별표의 규정에 의한 전투 중 전사하거나 순직한 군인 또는 경찰공무원의 자녀가 지정한 그의 자녀 중 1인. 다만, 전몰군경·순직군경의 배우자 또는 부모가 1993년 1월 1일 이후 제12조의 규정에 의한 보상을 받은 사실이 있는 경우를 제외한다.

[관련조항]

[별지]와 같다.

판례집 20-2(하)

2. 청구인의 주장요지 및 이해관계인 국가보훈처장의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 구 국가유공자예우법 제29조 제2항 제2호 본문에 의하면, ‘국가유공자의 유족’ 중 중증장애인 등은 아무런 제한없이 취업보호를 받을 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 국가유공자의 유족 중 배우자 등이 유족연금(보상금)을 받았다는 이유만으로 손자녀의 취업보호를 전면적으로 배제하고 있어 국가유공자의 유족이며 중증장애인이라는 점에서는 본질적으로 동일한 국가유공자의 자녀들 간의 평등권을 침해한다. ‘독립유공자 예우에 관한 법률’ 제16조에서 “독립유공자의 장손인 손자가 그의 아들(유공자의 증손)에게 지정권을 행사하게 될 때에도 질병, 장애, 고령으로 취업이 어려운 때” 라고만 규정하고 있고, 연금수령여부는 묻지 않는 점과 비교해 보더라도 이 사건 법률조항은 평등의 원칙과 과잉금지원칙에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항은 1995. 12. 29.자로 신설되었고, 그 때부터 효력이 발생하였기 때문에 당연히 1995. 12. 29.을 기준으로 취업보호의 배제여부를 결정하여야 함에도 불구하고, 아무런 근거도 없이 3년을 소급하여 1993. 1. 1.을 기준으로 국가유공자의 배우자가 보상금을 받은 사실이 있는지 여부로 취업보호의 배제여부를 결정하도록 규정하고 있어 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반된다.

나. 이해관계인 국가보훈처장의 의견요지

국가가 국가유공자의 유족에 대한 예우와 보상의 내용과 범위를 결정함에 있어서는 광범위한 입법재량이 인정되는바, 국가보훈처는 1992. 12. 31. 구 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령’의 입법 당시 국가유공자의 유자녀에 대한 보호를 실질화하고자 그 취업보호의 연령을 확대하였으나, 6·25 전물군경의 유자녀들은 당시 이미 대부분 40세~50세로 취업적령이 초과되어 현실적으로 취업이 어려운 상태였다. 따라서 1995. 12. 29. 구 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률’ 제29조 제2항을 신설하여 6·25 전물군경의 자녀가 질병 또는 장애·고령 등으로 취업이 어려운 경우 그의 자녀 1인에 대하여 취업보호를 실시하되, 1993. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 받은 사실이 있는 경우는 제외하도록 하여 실질적인 원호가 이루어지도록 한 것인바, 이 사건 법률조항이 현저히 자의적이거나 재량권의 범위를 일탈하여 청구인의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 6·25 전몰군경의 유족에 대한 보훈제도의 입법연혁

(1) 6·25 전몰군경은 1953년 7월 27일 이전에 전사한 군인 또는 경찰공무원 등을 말한다(구 국가유공자예우법 제4조 제1항 제3호). 1961. 11. 1. 법률 제758호로 제정된 구 ‘군사원호보상법’(1950년 제정된 군사원호법과 1960년 제정된 경찰원호법이 통합되어 전쟁희생에 대한 보상을 체계화함)은 전몰군경의 유족의 범위를 ① 처, ② 18세 미만의 자녀, ③ 18세 이상의 남자인 자가 없게 된 부모, ④ 18세 이상의 다른 남자인 직계비속이 없게 된 조부모, ⑤ 직계존속과 18세 이상의 남자인 형이 없게 된 18세 미만의 제매로 규정하면서(제5조 제4항), 유족에게 연금을 지급하도록 하였다. 다만, 위 유자녀의 경우에는 선순위자인 전몰군경의 처가 없는 경우에 한하여 유족연금을 지급받을 수 있었으며, 1962. 11. 24. 법률 제1230호로 개정된 구 ‘군사원호보상법’에서는 위 18세의 기준을 만 20세로 변경하였다. 아울러 위 법률의 적용대상자에 대하여는 따로 법률이 정하는 바에 의하여 직장을 알선하는 것으로 정하여 취업보호제도를 마련하였다(제10조).

(2) 1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정되어 1985. 1. 1. 시행된 구 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률’은 국가유공자의 유족 범위에 “성년인 자녀”를 포함시켜 위 법률상의 각종 지원을 받을 수 있게 하였다(제5조). 그러나 연금지급은 여전히 미성년자인 자녀만을 대상으로 하고, 열악한 국가재정상 유족연금액의 액수가 1987년도 기준 월 25,000원에 불과하여 실질적인 수혜가 어려운 형편이었다. 그리고 같은 법 시행령 제46조에서는 유자녀에 대한 취업보호의 상한을 35세까지로 한정하였는바, 결과적으로 그 당시 이미 대부분 40~50대에 도달한 6·25 전몰군경의 유자녀는 법률상 취업보호의 대상에서 배제되게 되었다.

(3) 한편, 국가는 1993년에 이르러 비로소 구 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률’의 기본연금액을 월 282,000원으로 인상시키는 등 6·25 전몰군경에 대한 보훈수혜의 수준을 실질화하였다. 그러나 1993년 무렵에는 6·25 전몰군경의 유자녀들은 이미 대부분 성년을 지나 유족 연금 수령은 불가능하였고, 다만, 6·25 전몰군경의 배우자가 생존하여 연금을 수령하는 경우에 한하여 인상된 연금의 간접적인 혜택을 받을 수 있었다. 따라서 6·25 전몰군경의 배우자나 부모가 생존하여 연금의 간접적인 수혜자가 되는 유자녀들과 그렇지 못한 자들 사이의 형평성을 제고하고 6·25 전몰군경 유자녀에게 과거의 미흡한 보상과 특별한 희생에 대한 정당한 보상을 실시하여 이들이 경제적으로 안정된 생

판례집 20-2(하)

활을 영위하고 국가유공자 자녀로서 자긍심과 품위를 갖도록 하기 위하여, 1992. 12. 31. 대통령령 제14071호로 구 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령’을 개정하여, 6·25 전몰군경 자녀 중 1992. 12. 31. 현재 연금을 받는 모 또는 조부모가 없는 자에 한하여 취업보호연령을 55세까지로 확대하기에 이른다(시행령 제46조).

(4) 그러나 당시를 기준으로 하더라도 대부분 40세~50세인 6·25 전몰군경의 유자녀들은 이미 현실적인 여건상 취업이 어려운 상태였는바, 1995. 12. 29. 구 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률’ 제29조 제2항을 신설하여 6·25 전몰군경의 자녀가 질병 또는 장애·고령 등으로 취업이 어려운 경우 그의 자녀 1인에 대하여 취업보호를 실시하되 1993. 1. 1. 이후 유족 중 연금을 받은 사실이 있는 경우는 제외하도록 하여 실질적인 원호가 이루어지도록 하였다. 이후 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률’은 1997. 1. 13. ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’로 명칭이 바뀌었으며(법률 제5291호), 2000. 12. 30. 법 제29조 제2항 제2호를 개정하여 그 대상으로 “참전군인등지원에관한법률(이후 ‘참전유공자예우에 관한 법률’로 법명이 변경되었다) 별표의 규정에 의한 전투기간 중에 전사하거나 순직한 군인의 유자녀”를 포함시켰다. 이후 2005. 7. 29. 법률 제7646호에서는 기존에 호단위로 규정되던 “6·25 전몰군경의 자녀가 질병 또는 장애·고령 등으로 취업이 어려운 경우”의 요건을 항으로 옮겼으나, 그 내용은 동일하였고, 2006. 3. 3. 법률 제7873호로 구 국가유공자예우법 제12조의 “연금”이 “보상금”으로 변경되었다.

나. 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항은 6·25 전몰군경의 자녀 중 배우자 또는 부모가 1993. 1. 1. 이후 연금을 받은 사실이 있는 경우에 그 자녀에 대한 취업보호의 혜택을 배제하고 있으므로, 1993. 1. 1.을 기준으로 그 배우자 또는 부모가 연금을 받은 사실이 있는 6·25 전몰군경의 자녀와 그렇지 아니한 자를 달리 취급하고 있다. 여기서 차별의 기준은 1993. 1. 1.을 시적(時的) 기준으로 유가족에 대한 연금수급권이 종결하였는지 여부라고 할 것인바, 그 이전에 연금수급권이 종결된 6·25 전몰군경의 자녀는 취업보호의 대상에 포함되는 반면, 그 이후에 종결되거나 아직 종결되지 않고 연금을 지급받고 있는 유가족이 있는 6·25 전몰군경의 자녀는 이 사건 취업보호의 대상에서 배제되는 것이다. 이러한 기준에 의한 차별이 청구인의 평등권을 침해한 것인지 살펴본다.

평등권 침해 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된

심사척도에 의한 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1992. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

구 국가유공자에우법 제29조 제2항 제2호 본문은 6·25 전몰군경의 자녀는 그 부모가 사망함에 따라 일반적으로 어려운 가정환경 등으로 말미암아 교육 등을 충분히 받지 못하여 자립능력이 부족한 상태인 경우가 많은바, 국가가 이들의 취업을 알선하고자 하였으나 이미 신규취업연령을 초과하여 취업에 어려움이 있었기 때문에 대신 그 자녀(6·25 전몰군경의 손자녀) 중 1인을 지정하여 취업할 수 있게 함으로써 6·25 전몰군경의 자녀의 생활안정과 복리향상에 이바지하고자 하는 취지로 입법된 것이다(헌재 2006. 6. 29. 2006헌마87, 판례집 18-1하, 510, 522-523 참조). 또한, 국가유공자에우법상 6·25 전몰군경의 유가족이 아닌 손자녀에 대한 취업보호제도는 6·25 전몰군경의 유가족에 대한 취업보호제도와 달리 헌법 제32조 제6항에 근거를 두고 있다고는 할 수 없고, 입법자가 위 조항 및 헌법 전문(前文)에 나타난 대한민국의 건국이념 등을 고려하여 입법정책적으로 취업보호의 대상자를 확대하고 있는 취지로 보아야 한다(헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1상, 269, 284 참조).

그런데 구 국가유공자에우법 제5조는 위 법에 의한 예우 및 보훈의 대상이 되는 기본적인 범위인 유족 또는 가족의 범위를 정의하고 있는바, 이는 기본적으로 배우자, 자녀, 부모, 성인남자인 직계비속이 없는 조부모, 출가한 딸 등을 포함하나, 손자녀는 이에 포함되지 않고, 구 국가유공자에우법 제29조 제1항에 의하면 취업보호의 대상이 되는 자는 원칙적으로 전몰군경의 유가족에 한정된다. 앞서 살펴본 바와 같이 구 국가유공자에우법 제29조 제2항 제2호 본문에서 국가유공자의 손자녀에게까지 취업보호의 대상을 확대하고 있는 것은 그 손자녀에 대한 고유한 보상 내지 보호의 차원에서라기보다는 구 국가유공자에우법 제29조 제1항에서 취업보호의 대상으로 규정한 국가유공자의 자녀가 질병·장애 또는 고령으로 취업이 어려운 경우 이들에 대한 보상 내

판례집 20-2(하)

지 보호가 실질적으로 이루어지도록 하기 위해 그 수혜의 대상을 예외적으로 확장한 데 따른 것이다.

이처럼 이 사건 법률조항은 기본적으로 국가유공자와 그 자녀 등을 예우하기 위해 마련된 수혜적 법률조항의 혜택범위를 정하고자 하는 성격인바, 국가가 6·25 전몰군경의 손자녀에 대하여 취업보호제도의 구체적인 내용이나 대상범위, 그 방법·기간 등을 설정함에 있어서는 국가의 재정부담능력, 6·25 전몰군경의 유족에 대한 보상금급여 등 전체적인 사회보장 수준 등을 고려하고 일반인의 공직 취임이나 근로의 기회에 대하여 불리한 차별적인 효과가 나타나지 않도록 하는 한계 내에서 정할 수 있는 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다고 할 것이다. 따라서 이는 기본적으로 국가의 입법정책에 달려 있는 영역이며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 영역이라고 할 수 없으므로, 이를 심사함에 있어서는 자의금지원칙 위반 여부를 판단함으로써 족하다고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 앞서 입법연혁에서 살펴본 바와 같이 유가족에 대한 연금 액수가 현실화된 1993. 1. 1.을 기준으로 그 배우자 또는 부모가 연금을 받은 사실이 있는 6·25 전몰군경의 자녀와 그렇지 아니한 자를 달리 취급하고 있는바, 이는 연금 액수가 현실화된 1993. 1. 1. 이후에 6·25 전몰군경의 배우자 또는 부모가 이를 수급한 경우에 그 혜택이 간접적으로 유자녀에 미칠 수 있다는 판단 하에 취업보호제도의 실시 범위를 이를 기준으로 제한한 것으로 봄이 상당하다. 이는 국가가 제한된 재정능력으로 6·25 전몰군경의 유자녀의 생활을 실질적으로 보장하고자 하면서도, 연금수급에 의하여 간접적으로 혜택을 받은 자들과 그렇지 못한 자들 사이에서 형평성을 도모하고자 한 것으로 차별을 합리화 할 수 있는 정당한 이유가 인정된다.

한편, ‘독립유공자 예우에 관한 법률’ 제5조에 의하면 독립유공자의 유가족은 ① 배우자, ② 자녀, ③ 손자녀, ④ 자부(子婦)로서 1945년 8월 15일 이전에 구호적에 입적된 자 등으로 규정되어 원칙적으로 손자녀를 보훈 수혜의 대상으로 보고 있다. 따라서 취업보호에 있어서도 손자녀는 독립유공자의 유가족으로 원칙적으로 취업보호의 대상이 되고(‘독립유공자 예우에 관한 법률’ 제16조 제2항 제1호, 제2호), 독립유공자의 유족 중 장손인 손자녀가 질병·장애 또는 고령으로 인하여 취업이 어려운 경우 그 손자녀의 자녀 1인(‘독립유공자 예우에 관한 법률’ 제16조 제2항 제3호)까지 취업보호의 대상이 될 수 있도록 하고 있다.

이는 독립유공자의 경우에는 ‘국권의 회복’이라는 측면에서 다른 국가유공자와는 특별히 다루어져야 할 가치가 있고, 희생도의 측면에서도 국권상실의 시기에 국권수호를 위하여 ‘자발적 희생’을 하였으며, 그 희생이 ‘본인의 희생’에 그치지 않고 ‘3대가 망한다’고 할 정도로 가계 전체를 붕괴시키기도 한 점을 고려하여 다른 국가유공자에 비하여 특별한 위치를 보장해 줄 필요가 있다는 차원에서 그 보훈 및 보상체계를 일반 국가유공자와는 달리 설정하고 있는 데에 기인한다. 그러므로 비록 6·25 전몰군경의 국가에 대한 공헌도와 희생도가 적지 않다고 하더라도 그 유족에 대한 보훈 및 보상의 정도를 독립유공자의 유족에 대한 보훈 및 보상의 정도와 일률적으로 비교대상으로 삼을 수 없다고 할 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항이 6·25 전몰군경의 배우자나 부모가 1993. 1. 1.을 기준으로 하여 유족연금을 받은 사실이 있을 경우, 그 손자녀에게까지 취업보호의 혜택을 부여하지 아니하였다고 하더라도 입법재량의 영역을 벗어났거나 현저히 합리성을 결여한 자의적 기준에 의한 차별이라고 보기 어렵다.

그 밖에 청구인은 이 사건 법률조항이 1995. 12. 29.자로 신설되었고, 그 때로부터 효력이 발생되었음에도 불구하고 이로부터 3년을 소급하여 1993. 1. 1.을 기준으로 국가유공자의 배우자가 연금을 받은 사실이 있는지 여부에 따라 취업보호의 배제 여부를 결정하도록 규정하고 있는 것이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 반한다고 주장하고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 6·25 전몰군경의 유자녀를 위하여 손자녀에 대한 취업보호 지정이라는 혜택을 부여하면서 유가족에 대한 연금액이 현실화된 시점과 연동하여 그 범위를 합리적인 입법재량의 범위 내에서 제한하고 있는 것인바, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반한다고 할 수 없다.

따라서, 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니하고, 과잉금지원칙에 반하지 아니한다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해의출장으로 서명날인 불능) 송두환

판례집 20-2(하)

[별지] 관련조항

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9079호로 전부 개정되기 전의 것) 제4조(적용대상 국가유공자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족 등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우 등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1.~ 2. 생략

3. 전몰군경 : 다음 각 목의 1에 해당하는 자

가. 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 사망한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 사망한 자를 포함한다)

나. 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입고 전역(퇴역·면역 또는 상근예비역소집해제를 포함한다. 이하 같다) 또는 퇴직(면직을 포함한다. 이하 같다)한 후 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청 이전에 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입고 퇴직한 후 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청 이전에 그 상이로 인하여 사망하였다고 의학적으로 인정된 자를 포함한다)

4.~ 15. 생략

② 제1항의 규정을 적용함에 있어 다음 각 호의 사항에 관한 구체적인 기준 및 범위는 대통령령으로 정한다.

1.~ 6. 생략

③~⑤ 생략

제5조(유족 등의 범위) ① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. 다만, 배우자 및 사실상의 배우자가 국가유공자와 혼인 또는 사실혼 후 당해 국가유공자 외의 자와 사실혼 중에 있거나 있었던 경우를 제외한다)

2. 자녀

3. 부모

4. 성년남자인 직계비속이 없는 조부모

5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매

6. 삭제 <1994. 12. 31.>

7. 삭제 <2000. 12. 30.>

② 제1항 제2호의 자녀의 경우, 양자는 국가유공자가 직계비속이 없어 입양한 자 1인에 한하여 자녀로 본다.

③ 삭제 <1994. 12. 31.>

④ 제1항 제3호의 모의 경우, 국가유공자를 양육하거나 부양한 사실이 있는 부의 배우자와 생모가 각각인 때에는 국가유공자를 주로 양육하거나 부양한 자 1인을 모로 본다.

⑤ 제1항 제4호의 경우, 성년남자인 직계비속이 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애인이거나 현역병(지원에 의하지 아니한 부사관 및 상근예비역으로 소집된 자, 「병역법」 제26조 제1항 제1호의 규정에 의한 공익근무요원으로 소집된 자, 「병역법」 제24조 및 제25조의 규정에 해당하는 자를 포함한다. 이하 같다)으로서 의무복무기간 중에 있는 때에는 성년남자인 직계비속이 없는 것으로 본다.

⑥ 제1항 제5호의 경우, 60세 미만의 남자 또는 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 있더라도 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애인이거나 현역병으로서 의무복무기간 중에 있는 때에는 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 것으로 본다. <개정 1991. 12. 27., 1994. 12. 31.>

⑦ 삭제 <1994. 12. 31.>

⑧ 삭제 <2000. 12. 30.>

제12조(보상금) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 보상금을 지급한다. 다만, 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 보상금지급대상에서 제외되는 자는 그러하지 아니하다.

1. 전상군경·공상군경·재일학도의용군인·4·19혁명부상자 및 특별공로상이자

2. 전몰군경·순직군경·4·19혁명사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족 중 선순위자 1인

② 제1항 제2호에 해당하는 유족 중 자녀는 미성년인 자녀에 한하되, 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 때에는 그가 성년이 된 경우에도 이를 미성년인 자녀의 예에 따라 지급한다. 대통령령이 정하는 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 미성년제매가 성년이 된 경우에도 또한 같다.

판례집 20-2(하)

③ 전상군경·공상군경·4·19혁명부상자 및 특별공로상이자 중 대통령령이 정하는 상이등급에 해당하는 자가 사망한 경우에는 그 상이가 원인이 되어 사망한 경우에 한하여 그의 유족에게 보상금을 지급한다.

④ 보상금의 지급수준은 「통계법」 제3조 제2호의 규정에 의하여 통계청장이 지정하여 고시하는 통계 중 가계조사통계의 전국가구 가계 소비지출액을 고려하여 국가유공자의 희생과 공헌의 정도에 상응하게 결정하여야 한다.

⑤ 보상금은 월액으로 하고, 그 지급액·지급방법 및 그 밖에 지급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제28조(취업보호의 실시) 국가는 국가유공자와 그 유족 등의 생활안정 및 자아실현을 위하여 취업보호를 실시한다.

제29조(취업보호대상자) ① 취업보호를 받을 취업보호대상자는 다음과 같다.

1. 생략
2. 전몰군경·순직군경·4·19혁명사망자·순직공무원 및 특별공로순직자의 유족
3. 제1호에 해당하는 국가유공자가 사망한 경우의 그 유족

② 제1항의 유족 또는 가족에 해당하지 아니하는 사람 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 그를 지정하는 부모 모두가 질병·장애 또는 고령으로 취업이 어려운 경우에 한하여 취업보호를 실시할 수 있다. 이 경우 질병·장애 또는 고령 등에 관한 기준과 구체적인 취업보호실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 사망한 국가유공자에게 배우자 및 자녀가 없고, 부모만 있는 경우에는 그 부모가 지정하는 사망한 국가유공자의 제매 중 1인

2. 생략

③ 삭제 <1999. 1. 21.>

# 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인

(2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 (병합) 전원재판부)

## 【판시사항】

1. 2008. 6. 26. 농림수산물부 고시 제2008-15호 ‘미국산 쇠고기 수입위생조건’(이하 ‘이 사건 고시’라 한다.)과 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 기본권 보호의무
2. 일반소비자인 청구인이 이 사건 고시에 대하여 위헌확인을 구할 기본권 침해의 자기관련성을 갖는지 여부(적극)
3. 기본권 보호의무 위반에 대한 심사기준
4. 이 사건 고시가 청구인들의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 의무를 명백히 위반하였는지 여부(소극)
5. 이 사건 고시가 헌법 제6조 제1항 및 제60조 제1항 등을 위배하였는지 여부(소극)

## 【결정요지】

1. 소해면상뇌증의 위험성, 미국 내에서의 발병사례, 국내에서의 섭취가능성을 감안할 때 미국산 쇠고기가 수입·유통되는 경우 소해면상뇌증에 감염된 것이 유입되어 소비자의 생명·신체의 안전이라는 중요한 기본권적인 법익이 침해될 가능성을 전적으로 부정할 수는 없으므로, 국가로서는 미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 축적된 것이 유입되는 것을 방지하기 위하여 적절하고 효율적인 조치를 취함으로써 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 구체적인 의무가 있다.

이 사건 고시는 가축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 미국산 쇠고기 수입으로 인한 소해면상뇌증 발병 가능성 등에 대응하기 위하여 취해진 보호조치의 일환으로, 이 사건에 있어서는 고시상의 보호조치가 국가의 기본권 보호의무를 위반함으로써 생명·신체의

안전과 같은 청구인들의 중요한 기본권적 법익이 침해되었는지 여부가 문제된다.

2. 이 사건 고시는 소비자의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치의 일환으로 행하여진 것이어서 실질적인 규율 목적 및 대상이 쇠고기 소비자와 관련을 맺고 있으므로 쇠고기 소비자는 이에 대한 구체적인 이해관계를 가진다 할 것인바, 일반소비자인 청구인들에 대해서는 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 자기관련성을 인정할 수 있고, 또한 이 사건 고시의 위생조건에 따라 수입검역을 통과한 미국산 쇠고기는 별다른 행정조치 없이 유통·소비될 것이 예상되므로, 청구인들에게 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무에 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 현재관련성 및 직접관련성도 인정할 수 있다.

3. 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 한다.

4. 이 사건 고시가 개정 전 고시에 비하여 완화된 수입위생조건을 정한 측면이 있다 하더라도, 미국산 쇠고기의 수입과 관련한 위험상황 등과 관련하여 개정 전 고시 이후에 달라진 여러 요인들을 고려하고 지금까지의 관련 과학기술 지식과 OIE 국제기준 등에 근거하여 보호조치를 취한 것이라면, 이 사건 고시상의 보호조치가 체감적으로 완벽한 것은 아니라 할지라도, 위 기준과 그 내용에 비추어 쇠고기 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

5. 청구인들은 검역주권 위반, 헌법 제6조 제1항 및 제60조 제1항 위반, 법률유보 위반, 적법절차원칙 위반, 명확성원칙 위반을 주장하

나, 이 사건 고시가 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

#### 재판관 김종대의 기각의견

다수의견의 결론에는 동의하나 청구인들의 법적관련성이 인정되는 이유에 대해서는 견해를 달리한다. 이 사건 고시의 규율대상인 미국산 수입 쇠고기는 특별한 사정이 인정되므로 일반소비자인 청구인들에 대해서도 자기관련성 및 현재관련성이 인정된다고 보는 것이지, 다수의견과 같이 청구인들의 구체적인 이해관계에 대한 해명 없이 만연히 특별한 사정이 없는 한 일반소비자들의 법적관련성이 인정된다고 하여서는 아니 된다.

#### 재판관 이공현, 재판관 이동흡의 각하의견

국가가 아닌 사인인 제3자로부터 초래된 위험상황에 대해 국가의 기본권 보호의무 위반 여부만을 이유로 헌법소원심판을 청구하는 것이 적법한지 판단함에 있어서는 청구인들의 주장으로부터 기본권에 대한 구체적이고 객관적인 위험 상황이 발생할 가능성이 드러나야 해당 기본권의 침해가능성을 인정할 여지도 생기는 것이다.

이 사건의 경우 가사 다수의견과 같이 청구인들의 주장을 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인한 기본권침해 주장으로 선해할 수 있다고 하더라도 현재까지의 과학기술지식 수준에서의 논의에 한정하여 볼 때 미국산 쇠고기의 수입 등으로 인한 구체적이고 객관적인 위험상황이 드러나지 아니하여 기본권 침해의 가능성을 인정할 수 없으므로, 청구인들의 이 사건 심판청구를 부적법하여 각하하여야 할 것이다.

#### 재판관 조대현의 각하의견

이 사건 고시는 미국산 쇠고기가 국민보건상 안전성을 갖추도록 도모하는 것이기 때문에 미국산 쇠고기를 소비하는 국민들의 건강에 대한 위험을 예방하고자 하는 것이므로 미국산 쇠고기의 수입업자가 아닌 일반 국민들의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 설사 이 사건 고

판례집 20-2(하)

시가 미국산 쇠고기의 광우병 위험성을 예방하기에 충분하지 않다고 하더라도, 이 사건 고시로 인하여 미국산 쇠고기 소비자들의 건강권이 막바로 침해되는 것이 아니므로, 청구인들은 이 사건 고시로 인하여 직접 기본권을 침해받는 지위에 있다고 볼 수 없다.

### 재판관 송두환의 위헌의견

국민의 생명·신체 내지 보건 등 매우 중요한 사항에 관한 것인 경우, 특히 이 사건 고시와 같이 위험성을 내포한 식재료가 대량으로 수입되어 국내에서 제대로 검역되지 못한 채 유통됨으로써 일반 소비자에게 초래될 수 있는 위험의 정도와 내용이 매우 중대하고 심각할 뿐 아니라 이를 돌이키거나 통제하는 것이 불가능한 사안에 있어서는, 제3자의 권리나 공익을 침해함이 없이 채택할 수 있는 더 개선된 다른 보호수단이 존재하거나, 보호법익에 대한 위험을 최소화하기 위한 충분한 노력과 시도를 다하였다는 점이 명백하지 아니한 한, 헌법상 충분한 보호조치를 취한 것이라고 판단할 수 없다 할 것이다.

이 사건 고시는 미국이 OIE 국제기준상 소해면상뇌증 위험통제국 지위를 얻은 것에 기초하여 특별한 사정변경 없이 개정 전 고시보다 수입 위생조건을 완화시킴으로써 미국산 쇠고기에 대한 위험방지조치의 정도를 현저히 낮춘 것으로서, 이를 정당화할만한 특별한 사정변경이나 공익적 필요성을 발견할 수 없는 반면, 미국산 쇠고기의 수입·유통으로 국민의 생명, 신체의 안전 등 기본권적 법익을 해할 위험성은 여전히 남아 있으므로, 이 사건 고시는 국가의 기본권 보호의무를 불충분하게 이행하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 봄이 상당하다.

### 【심판대상조문】

미국산 쇠고기 수입의 위생조건에 관한 고시(농림부고시 제2006-15호)

「가축전염병예방법」 제34조 제2항 및 같은법 시행규칙 제35조에 따라 「미국산 쇠고기 수입위생조건」(농림부 고시 제2006-15호, 2006년 3월 6일)을 다음과 같이 개정 고시합니다.

2008년 6월 26일

농림수산식품부 장관

[미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건]

이 수입위생조건은 미합중국(이하 “미국”이라 한다)에서 대한민국(이하 “한국”이라 한다)으로 수출되는 쇠고기 및 쇠고기 제품에 적용된다.

[용어의 정의]

1. 이 수입위생조건에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- (1) “쇠고기 및 쇠고기 제품”은 미국 연방 육류검사법에 기술된 대로 도축 당시 30개월령 미만 소의 모든 식용부위와 도축 당시 30개월령 미만 소의 모든 식용부위에서 생산된 제품을 포함한다. 다만, 특정위험물질(specified risk materials, SRM); 모든 기계적 회수육(mechanically recovered meat, MRM)/기계적 분리육(mechanically separated meat, MSM) 및 도축 당시 30개월령 이상된 소의 머리뼈와 척주에서 생산된 선진 회수육(advanced meat recovery product, AMR)은 ‘쇠고기 및 쇠고기 제품’에서 제외된다. 특정위험물질 또는 중추신경계 조직을 포함하지 않는 선진 회수육은 허용된다. 분쇄육, 가공제품, 그리고 쇠고기 추출물은 선진 회수육을 포함할 수 있지만 특정위험물질과 모든 기계적 회수육/기계적 분리육은 포함하지 않아야 한다.
- (2) “BSE”는 소해면상뇌증(Bovine Spongiform Encephalopathy)을 말한다.
- (3) “소”는 미국에서 출생·사육되거나, 한국정부가 한국으로 쇠고기 또는 쇠고기 제품의 수출 자격이 있는 것으로 인정한 국가에서 미국으로 합법적으로 수입되었거나, 또는 도축 전 최소 100일 이상 미국 내에서 사육된 가축화된 소과 동물(Bos taurus 및 Bos indicus)을 말한다.
- (4) “식품 안전 위해”는 식품을 사람이 소비하기에 안전하지 못하도록 하는 어떠한 생물학적, 화학적, 또는 물리적인 성질을 뜻한다.
- (5) “로트”는 한 육류 작업장에서 유래한 쇠고기 및 쇠고기 제품 물량으로서 하나의 수출증명서에 확인된 것을 말하며, 동일한 가공 유형 및 제품 표준(하위 유형)으로 구성되어 있다.
- (6) “육류작업장”은 미국 농업부의 검사 하에 운영되는 쇠고기 및 쇠고기 제품을 위한 도축장, 가공장 및 보관장을 포함한다.
- (7) “위반”은 식품 안전 위해에 속하지 않는 본 수입위생조건과의 불일치를 뜻한다.
- (8) “중대한 위반”은 선적된 제품내의 식품 안전 위해 또는 시스템 점검 중에 발견된 식품 안전 위해를 뜻한다.
- (9) “특정위험물질(SRM)”은 다음을 말한다.
  - (가) 모든 월령의 소의 편도(tonsils) 및 회장원위부(distal ileum)
  - (나) 도축 당시 30개월령 이상된 소의 뇌(brain)·눈(eyes)·척수(spinal cord)·머리뼈(skull)·등배신경절(dorsal root ganglia) 및 척주(vertebral column) (단, 꼬리뼈(the vertebrae of the tail), 경추·흉추·요추의 횡돌기와 극돌기(transverse processes and spinous processes of the cervical, thoracic and lumbar vertebrae), 천추의 정중천골능선과 날개(median crest and

판례집 20-2(하)

the wings of the sacrum)는 제외한다)를 말한다.

(10) “미국”은 50개 주와 워싱턴 D.C.(District of Columbia)를 말한다.

일반 요건

2. 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 선적하기 전에

(1) 미국은 과거 12개월간 구제역이, 과거 24개월간 우역, 우폐역, 럼프스킨병과 리프트게곡열이 발생하지 않았으며

(2) 이들 질병에 대하여는 예방접종을 실시하지 않았어야 한다.

상기에도 불구하고 한국정부가, 특정 질병에 대하여 긴급 예방접종 실시를 포함하여 효과적인 살처분 정책이 미국 내에서 이행된다고 인정하는 경우, 미국을 해당 질병 비발생 상태로 인정하는데 필요한 기간은 한국 정부가 위험분석을 실시한 후 국제수역사무국(OIE) 위생규약에 따라 단축될 수 있다.

3. 상기 2조에 열거된 질병이 미국 내에서 발생하는 경우, 미국 정부는 2조의 조건을 충족시키지 못하는 모든 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대하여 한국으로의 수출검역증 발급을 즉각 중단하여야 한다.

4. 미국 정부는, 미국의 규정에 따라 BSE를 효과적으로 발견하고, 그 유입 및 확산을 방지하기 위하여 조치를 지속적으로 유지한다. 이 조치들은 OIE의 BSE 위험통제국 지위에 대한 지침에 부합되거나 그 이상인 조치들이다. 미국 정부는 BSE와 관련된 어떠한 조치를 폐지 또는 개정할 경우, 미국의 세계무역기구(WTO)에 대한 약정에 따라 WTO에 통지하고 한국에도 이 내용을 알려줄 것이다.

5. 미국에 BSE가 추가로 발생하는 경우, 미국정부는 즉시 철저한 역학조사를 실시하여야 하고 조사 결과를 한국정부에 알려야 한다. 미국정부는 조사 내용에 대해 한국정부와 협의한다. 추가 발생 사례로 인해 OIE가 미국 BSE 지위 분류에 부정적인 변경을 인정할 경우 한국정부는 쇠고기와 쇠고기 제품의 수입을 중단할 것이다.

[육류작업장에 대한 요건]

6. 미국 농업부의 검사 하에 운영되는 미국의 모든 육류작업장은 한국으로 수출되는 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산할 자격이 있다. 작업장은 한국정부에 사전 통보되어야 한다.

7. 미국정부는 한국으로 수출되는 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산하는 육류작업장이 본 수입위생조건과 미국 규정을 준수하는지를 확인하기 위해 정기적인 모니터링과 점검 프로그램을 유지할 것이다. 중대한 위반이 발생한 경우, 미국 식품안전검사청(Food Safety and Inspection Service, FSIS) 직원은 위반 기록을 발행하고 위반 제품을 즉시 통제한다. 위반 제품을 야기한 공정이 진행중인 경우 FSIS는 적절한 개선 및 방지 조치가 취해졌다고 결정할 때까지 즉시 해당 공정을 중단시킬 것이다. 개선조치가 적절하다고 FSIS가 결정하는 경우에만 생산 재개가 허용될 것이다. 미국 정부는 육류작업장에 대한 중단조치가 내려진 경우 및 개선조치가 취해진 경우 이를 한국정부에 통보한다.

8. 한국정부는 한국으로 쇠고기 및 쇠고기 제품을 수출하는 육류작업장 중 대표성 있는

표본에 대해 현지 점검을 실시할 수 있다. 현지점검 결과, 본 수입위생조건에 대한 중대한 위반을 발견했을 경우, 한국정부는 그 결과를 미국정부에 통보하고, 미국정부는 적절한 조치를 취해야 하며 취한 조치를 한국정부에 알려야 한다.

9. 7조, 8조 또는 24조에 따른 중단조치를 해제하기 전에 미국정부는 중단조치된 육류 작업장이 적절한 개선 및 방지 조치를 결정하고 시행했는지 여부를 확인하여야 한다. 미국정부는 육류작업장이 취한 개선조치와 육류작업장에 대한 중단조치 해제일자를 한국정부에 통보하여야 한다.

[쇠고기 및 쇠고기 제품에 대한 요건]

10. 쇠고기 및 쇠고기 제품은 미국 내에서 출생·사육된 소, 한국정부가 한국으로 쇠고기 또는 쇠고기 제품의 수출 자격이 있는 것으로 인정한 국가로부터 미국으로 합법적으로 수입된 소, 또는 도축 전 최소한 100일 이상 미국 내에서 사육된 소에서 생산된 것이어야 한다.
11. 수출용 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산한 소는 OIE가 채택하고 있는 동물위생규약상 BSE가 의심되거나 확진된 개체, BSE 감염 소의 확진된 후대, 또는 BSE 감염 소의 확진된 동거축으로 정의된 소가 아니다.
12. 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산하는 육류작업장은 위생적으로 특정위험물질을 제거하는 프로그램을 유지하여야 한다.
13. 특정위험물질을 제거하기 위한 목적으로 도축 시 소의 연령은 나이를 확인할 수 있는 서류 또는 치아감별법에 의해 확인되었다.
14. 육류작업장은 도축용으로 소를 구입한 시설이 표시된 구매기록을 보관한다. 기록은 구매시점으로부터 2년이 경과한 후에 폐기시킬 수 있다.
15. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 미국정부가 쇠고기 및 쇠고기 제품을 한국으로 수출하는 자격을 승인한 육류작업장(도축장)에서 상주 미국 농업부수의사의 감독 하에 미국 농업부 검사관이 실시한 생체 및 해체검사에 합격한 소로부터 유래하였다.
16. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 도살 전 두개강 내에 가스나 압축공기를 주입하는 기구를 이용하여 기절시키는 과정이나 천자법(pithing process)을 사용하지 아니한 소에서 생산되었다.
17. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 FSIS의 규정에 따라 SRM 또는 30개월령 이상된 소의 머리뼈와 척주에서 생산된 기계적 회수육(MSM)에 의한 오염을 방지하는 방식으로 생산 및 취급되었다.
18. 쇠고기 및 쇠고기 제품내의 공중위생상 위험을 일으킬 수 있는 잔류물질(방사능·합성항균제·항생제·중금속·농약·훈몬제 등)과 병원성 미생물은 한국정부가 규정하고 있는 허용기준을 초과하지 아니하여야 한다. 쇠고기 및 쇠고기 제품은 한국 법규에 따라 이온화 방사선, 자외선 및 연육제로 처리될 수 있다.
19. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 위생적인 포장 재료를 사용하여 포장되어야 한다.
20. 쇠고기 및 쇠고기 제품의 가공·저장 및 수송은 가축전염병의 병원체에 의한 오염을 방지하는 방식으로 취급되어야 한다.

판례집 20-2(하)

21. 쇠고기 및 쇠고기 제품을 수송하는 선박(항공기)의 냉동(냉장)실이나 컨테이너는 미국 정부의 봉인(seal) 또는 미국 정부가 인정한 봉인으로 봉인된 후 미국정부 수의관에 의해 증명 되어야 한다.

[수출검역증]

22. 쇠고기 및 쇠고기 제품은 한국정부의 수의당국에 제출할 다음 각 호의 사항을 기재한 미국정부 수의당국에서 발행한 수출위생증명서와 한국 수출용 쇠고기 및 쇠고기 제품 증명서를 동반하였을 때 수입 검역검사를 받을 수 있다.
- (1) 상기 2조, 10조, 15조~20조에 명시된 사항
  - (2) 품명(축종 포함), 포장 수량 및 최종 가공작업장 별로 기재한 중량(순중량)
  - (3) 도축장, 식육가공장, 보관장의 명칭, 주소 및 작업장번호
  - (4) 도축기간 그리고/또는 가공기간(일/월/년-일/월/년)
  - (5) 수출자 및 수입자의 성명, 주소
  - (6) 검역증명서의 발급일자 및 발급자의 성명·서명
  - (7) 컨테이너번호 및 봉인번호

[수입 검역검사 및 규제 조치]

23. 검역 검사 과정 중 한 로트에서 식품 안전 위해를 발견하였을 경우, 한국정부는 해당 로트를 불합격 조치할 수 있다. 한국정부는 미국정부에 이에 관하여 통보하고 협의하여야 하며 적절한 경우 개선조치를 요청할 수 있다. 특정위험물질이 발견될 경우, 미국 식품안전검사청은 해당 문제의 원인을 밝히기 위한 조사를 실시할 것이다. 해당 유통작업장에서 생산된 제품은 여전히 수입검역검사를 받을 수 있다. 다만, 한국정부는 해당 유통작업장에서 이후 수입되는 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대한 검사 비율을 높일 것이다. 동일 제품의 동등 이상 물량 5개 로트에 대한 검사에서 식품안전 위해가 발견되지 않았을 경우, 한국정부는 정상 검사절차 및 비율을 적용해야 한다.
24. 동일한 유통작업장에서 생산된 별개의 로트에서 최소 2회의 식품안전위해가 발견된 경우, 해당 유통작업장은 개선조치가 취해질 때까지 중단조치될 수 있다. 해당 유통작업장에서 생산되고 중단일 이전에 인증된 쇠고기 및 쇠고기 제품은 여전히 수입 검역검사를 받을 수 있다. 작업장은 미국정부가 개선조치가 완료되었음을 한국정부에게 입증할 때까지 중단조치된 상태로 남는다. 미국정부는 유통작업장의 개선조치와 중단조치가 해제된 일자를 통보해야 한다. 한국정부는 미국에 대한 차기 시스템 점검 시 해당 작업장에 대한 현지점검을 포함시킬 수 있다.

[협 의]

25. 한국정부나 미국정부는 본 위생조건의 해석이나 적용에 관한 어떠한 문제에 관하여 상대방과 협의를 요청할 수 있다. 달리 합의하지 않으면, 협의는 요청을 받은 국가의 영토 내에서 요청일로부터 7일 이내에 개최되어야 한다.

부 칙

- ① (시행일) 이 고시는 고시한 날부터 시행한다.

- ② 미국이 강화사료금지조치를 공포할 시 제1조 (1)을 다음과 같이 수정하여 적용해야 한다. : “쇠고기 및 쇠고기 제품”은 미국 연방 육류검사법에 기술된 대로 소의 모든 식용부위와 모든 식용부위에서 생산된 제품을 포함한다. 다만, 특정위험물질(specified risk materials, SRM); 모든 기계적 회수육(mechanically recovered meat, MRM)/기계적 분리육(mechanically separated meat, MSM) 및 도축 당시 30개월령 이상된 소의 머리뼈와 척추에서 생산된 선진 회수육(advanced meat recovery product, AMR)은 ‘쇠고기 및 쇠고기 제품’에서 제외된다. 특정위험물질 또는 중추신경계 조직을 포함하지 않는 선진 회수육은 허용된다. 분쇄육, 가공제품, 그리고 쇠고기 추출물은 선진 회수육을 포함할 수 있지만 특정위험물질과 모든 기계적 회수육/기계적 분리육은 포함하지 않아야 한다.
- ③ 본 수입위생조건 시행일 후 첫 90일 동안 한국은 새로운 작업장의 승인 또는 이전에 취소되었던 작업장의 재승인에 관한 미국의 결정을 점검 그리고/또는 거부할 수 있다.
- ④ 본 수입위생조건 시행일 후 첫 180일 동안 티본스테이크와 포터하우스스테이크 수출 시에는 이들 제품이 30개월령 미만의 소에서 생산되었음을 한국정부 관리에게 확인시켜 주는 어떠한 표시가 상자에 부착될 것이다. 한국정부와 미국정부는 180일 기간이 종료된 후에 위 표시가 쇠고기 교역과 검사에 미치는 영향을 검토한 후 우려사항을 해결하기 위한 측면에서 협의하기로 합의하였다.
- ⑤ 본 수입위생조건 제1조(9)(나)의 적용과 관련하여 미국정부는 미국 내에서 도축되는 모든 소(수출용 또는 내수용을 불문한다)로부터 미국규정[9CFR§310.22(a)]에 정의된 특정위험물질(SRM)을 제거한다. 한국정부는 수입검역·검사과정에서 현행 미국규정에 따른 특정위험물질이 제거되지 않았다고 판단되는 쇠고기 또는 쇠고기제품을 발견한 때에는, 본 수입위생조건 제23조 및 제24조의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 권리를 가지고 있다.
- ⑥ 본 수입위생조건 제5조의 적용과 관련하여 한국 정부는 GATT 제20조 및 WTO SPS 협정에 따라 건강 및 안전상의 위험으로부터 한국 국민을 보호하기위해 수입중단 등 필요한 조치를 취할 권리를 가진다.
- ⑦ 부칙 2항의 규정에도 불구하고, 민간부문의 경과조치를 지원하기 위하여, 우리 소비자들의 미국산 쇠고기에 대한 신뢰가 회복될 때까지 미 농업부의 “30개월 미만 연령 검증 품질체계평가(QSA) 프로그램”에 따라 검증된 작업장에서 생산된 쇠고기 및 쇠고기 제품만 반입이 허용된다. 이 경과조치 기간동안 30개월 이상 소에서 생산된 쇠고기가 발견될 경우, 해당 쇠고기 및 쇠고기 제품을 반송한다.
- ⑧ 30개월 미만 소의 뇌, 눈, 머리뼈, 또는 척수는 특정위험물질 혹은 식품안전 위해에 해당되지 않는다. 그러나 수입자가 이들 제품을 주문하지 않는 한, 이들 제품이 검역검사과정에서 발견될 경우, 해당 상자를 반송한다.
- ⑨ 본 수입위생조건 제8조의 해석과 관련하여, 대표성 있는 표본에 대한 현지점검 시 한국정부는 점검이 필요하다고 판단하는 특정 작업장을 점검 대상에 포함시킬 수 있다. 현지점검 결과 점검단이 본 수입위생조건에 대한 중대한 위반사항이라고 판단되는 것을 발견할 경우 점검단은 적절한 개선조치에 대해 즉시 미국 정부 관계관과 협의한다. 이 기술적인 협의로 문제를 해결하지 못할 경우, 양국정부는 고위급 협의를 한다. 양국 정부가 4

판례집 20-2(하)

주 이내에 적절한 개선조치에 대해 합의하지 못할 경우, 한국정부는 비록 해당 작업장의 제품에 대한 수입 검역검사과정에서 식품안전위해가 발견되지 않았다고 하더라도 해당 작업장에서 이후 수입되는 다섯 번의 선적분에 대하여 쇠고기 및 쇠고기 제품의 검사비용을 높일 수 있다. 본 수입위생조건 제24조의 해석과 관련하여 상기 강화된 검사기간 동안 또는 일반적인 검사에서, 2회 이상 식품안전 위해가 발견되면, 한국정부는 미국정부에 해당 작업장의 중단을 요청할 수 있다. 이 요청을 받는 대로 미국정부는 해당 작업장을 중단시켜야 한다. 한국정부는 차기 시스템 점검 시 해당 작업장을 재점검할 수 있다.

**【참조조문】**

헌법 제6조 제1항, 제10조, 제12조 제1항, 제36조 제3항, 제37조 제2항, 제60조 제1항  
헌법재판소법 제68조

가축전염병예방법 제34조(수입을 위한 검역증명서의 첨부) ① 생략

② 농림수산물식품부장관은 가축방역 및 공중위생상 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 검역증명서의 내용에 관련된 수출국의 검역내용 및 위생상황 등 위생조건을 정하여 고시할 수 있다.

③ 생략

**【참조판례】**

3. 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 121-122  
헌재 2007. 7. 31. 2006헌마711, 공보 142, 1146, 1149
5. 헌재 2006. 5. 25. 2005헌마11등, 판례집 18-1하, 134, 143

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. 2008헌마419  
진보신당 외 5인([별지 3] 기재와 같다)  
대리인 변호사 김정진
2. 2008헌마423  
김○석 외 5인([별지 3] 기재와 같다)  
대리인 변호사 조성찬 외1인  
법무법인 춘추  
담당변호사 조윤 외 3인
3. 2008헌마436  
구○성 외 95,987인([별지 3] 기재와 같다)  
대리인 법무법인 덕수 외 31인([별지 3] 기재와 같다)

피청구인 농림수산물부장관  
대리인 법무법인 태평양  
담당변호사 한위수 외 4인

## 【주 문】

청구인 진보신당의 심판청구를 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요

가. 2006. 3. 6. 당시 농림부장은 가축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 미국산 쇠고기 수입의 위생조건에 관한 고시(‘미국산 쇠고기 수입위생조건’, 농림부고시 제2006-15호, 이하 ‘개정 전 고시’라 한다)를 제정·공포하였다.

개정 전 고시는 수입이 가능한 미국산 쇠고기의 범위를 30개월령 미만 소에서 생산된 지육(carccass)으로부터 뼈를 제외한 골격근육(deboned skeletal muscle meat)으로 제한하고(제1조), 모든 연령의 소의 뇌(brain), 눈(eye), 척수(spinal cord), 머리뼈(skull), 척주(vertebral column), 편도(tonsil), 회장원위부(distal ileum) 및 이들로부터 생산된 단백질 제품을 특정위험물질(Specified Risk Materials, SRM)로 규정한 다음, 미국산 쇠고기의 한국 수출에 있어서는 특정위험물질을 제거하여 수출하도록 하고, 미국의 수출 작업장이 특정위험물질을 한국에 선적하였을 경우 한국이 수입중단 조치를 취할 수 있도록 한 것이다.

나. 2003년 12월 미국에서 소해면상뇌증(Bovine Spongiform Encephalopathy, BSE, 속칭 광우병)이 발생하여 쇠고기 수입이 중단된 이후 2006년 10월 개정 전 고시에 따라 수입이 재개되었으나, 그 후 여러 차례에 걸쳐 개정 전 고시에 위반된 사례가 발견되자 정부는 2007년 10월 경 검역 및 수입을 전면 중단하는 조치를 단행하였다.

한편 미국은 2007년 5월 국제수역사무국(Office International des Epizooties, OIE)으로부터 ‘소해면상뇌증 위험통제(Controlled BSE Risk) 국가’의 지위를 획득하였고, 이에 따라 우리 정부와 미국 정부는 위 개정 전 고시를 개정하기 위한 협상을 2008. 4. 11.부터 같은 달 18.까지 진행하였으며, 2008. 4.

판례집 20-2(하)

18. 다결된 위 협상의 골자는 1단계로 30개월령 미만 소의 뼈를 포함하여 쇠고기 수입을 허용하고, 2단계로 미국의 사료 금지조치가 강화될 때(연방관보 공포 시) 30개월령 이상의 쇠고기도 수입을 허용하면서, 30개월령 미만 소의 부위 중 수입이 금지되는 특정위험물질의 범위를 축소하는 것이다.

다. 정부는 2008. 4. 22. 위 협상 결과에 따라 농림수산물식품부 공고 제 2008-45호로 미국산 쇠고기 수입위생조건 고시 개정안을 예고하였는데, 이에 2008헌마419 및 2008헌마423 사건의 청구인들은 2008. 5. 30.자로, 2008헌마436 사건의 청구인들은 2008. 6. 5.자로 위와 같이 예고된 고시 개정안이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다는 취지로 각 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 그러자 정부는 미국산 쇠고기 수입에 대한 여론이 악화되자 미국과의 추가협상을 통하여 2008. 6. 2. 위 고시 개정안에 부칙 제7항 내지 제9항을 신설하고 2008. 6. 26. 농림수산물식품부 고시 제2008-15호 ‘미국산 쇠고기 수입위생조건’(이하 ‘이 사건 고시’라 한다)을 관보에 게재하여 공포하였다.

마. 이에 2008헌마419 사건의 청구인들은 2008. 6. 27. 청구취지 변경서를, 2008헌마423 사건의 청구인들은 2008. 7. 7. 헌법소원심판 청구취지 변경신청서를, 2008헌마436 사건의 청구인들은 2008. 6. 26. 청구취지 변경신청서를 각 제출하여, 청구취지를 이 사건 고시의 위헌확인을 구하는 것으로 변경하였다.

### 2. 심판대상 및 관련규정

이 사건의 심판대상은 이 사건 고시의 위헌 여부이고, 그 내용은 관련규정과 함께 [별지 1] 기재와 같다.

### 3. 청구인들의 주장, 피청구인의 답변 및 관계기관의 의견

[별지 2] 기재와 같다.

### 4. 적법요건에 관한 판단

#### 가. 기본권 침해 가능성

(1) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여, 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다.

또한 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루

는 기본권일 뿐만 아니라, 헌법은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하여 질병으로부터 생명·신체의 보호 등 보건에 관하여 특별히 국가의 보호의무를 강조하고 있으므로(제36조 제3항), 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가로서는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다 할 것이다.

(2) 그런데 역학적으로 확인된 바에 의하면, 영국에서 1985년경 최초로 발현된 가축전염병인 소해면상뇌증은 주로 변형 프리온 단백질로 오염된 육골분 형태의 포유동물 단백질을 매체로 전파·이환된다는 가설이 유력하고, 또 이러한 소해면상뇌증에 감염된 소에 축적된 변형 프리온 단백질을 섭취한 사람에게 전이되는 변형 크로이츠펠트야콥병(Variant Creutzfeldt-Jacob Disease, vCJD, 속칭 인간광우병)은 특별한 예방이나 치료방법이 밝혀지지 않아 발병시 거의 100%에 가까운 치사율을 보이는 등 치명적인 질병으로 알려져 있으며, 이에 따라 변형 크로이츠펠트야콥병을 막기 위하여는 소해면상뇌증에 감염된 소에 축적된 변형 프리온 단백질의 섭취를 원천적으로 차단시키는 조치가 필요한 것으로 인식되어지고 있다.

이와 관련하여 미국 내에서는 2003년 12월 이후 3건의 소해면상뇌증 발병 사례가 확인되었고, 또 변형 크로이츠펠트야콥병의 경우 3명의 발병자가 보고된 바 있어 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품(이하 ‘미국산 쇠고기’라 한다)이 소해면상뇌증에 감염되어 있을 확률이 높다고 볼 수는 없으나, 그렇다고 하여 미국산 쇠고기의 수입에 있어 소해면상뇌증에 감염된 것이 유입되고, 그로 인하여 소해면상뇌증이 확산 되거나 변형 크로이츠펠트야콥병으로 전이될 위험성을 전적으로 배제할 수도 없는 것이다.

더욱이 가격 경쟁력이 높은 미국산 쇠고기가 수입·유통되는 경우 많은 소비자가 이를 구매하여 섭취할 것으로 예상되고, 그렇지 않더라도 가공식품 및 일반 식당 판매 등 여러 경로를 통하여 자신도 모르게 이를 섭취하게 될 가능성 또한 높다 할 것이다.

이러한 사정을 감안할 때, 미국산 쇠고기가 수입되어 유통되는 경우 소해면상뇌증에 감염된 것이 유입되어 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권이 침해될 가능성이 있음을 부정할 수 없으므로, 국가로서는 미국산 쇠

판례집 20-2(하)

고기의 수입과 관련하여 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 축적된 것이 유입되는 것을 방지하기 위하여 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취함으로써 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 구체적인 헌법적 의무가 있다 할 것이다.

(3) 이 사건 고시는 가축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 농림수산식품부장관이 가축방역 및 공중위생상 필요하다고 인정하여 미국산 쇠고기의 수입위생조건을 정한 것으로서, 소해면상뇌증의 원인 물질이 축적된 쇠고기의 유입을 방지하기 위한 정책들을 포함하고 있는 등 미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 소해면상뇌증 등 질병으로부터 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 취한 위험방지 조치 중의 하나이다.

그런데 이러한 고시가 미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취하지 못하였다면 이는 국가가 국민의 기본권을 보호할 의무를 위반하여 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당한다 할 것이므로, 뒤에서 보는 바와 같이 법적 관련성이 인정되는 일부 청구인들이 그와 같은 취지에서 이 사건 고시에 대하여 위헌 확인을 구하며 청구한 이 사건 헌법소원심판은 기본권침해의 가능성에 대한 적법요건을 갖추었다 할 것이다.

나. 법적 관련성

(1) 진보신당의 경우

청구인 진보신당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하기 위한 조직으로 성격상 권리능력 없는 단체에 속하지만, 구성원과는 독립하여 그 자체로서 기본권의 주체가 될 수 있고, 그 조직 자체의 기본권이 직접 침해당한 경우 자신의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있으나, 이 사건에서 침해된다고 하여 주장되는 기본권은 생명·신체의 안전에 관한 것으로서 성질상 자연인에게만 인정되는 것이므로, 이와 관련하여 청구인 진보신당과 같은 권리능력 없는 단체는 위와 같은 기본권의 행사에 있어 그 주체가 될 수 없고, 또한 청구인 진보신당이 그 정당원이나 일반 국민의 기본권이 침해됨을 이유로 이들을 위하거나 이들을 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하므로, 이 사건에 있어 청구인 진보신당은 청구인능력이 인정되지 아니한다 할 것이다.

(2) 나머지 청구인들의 경우

(가) 이 사건 고시는 미국산 쇠고기를 수입하는 자에게 적용할 수입위생조건을 정한 것으로서, 쇠고기 소비자의 경우 그 직접적인 수범자는 아니라 할 것이나, 이 사건 고시가 소비자의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치의 일환으로 행하여진 것임은 앞서 본 바와 같으므로, 실질적인 규율 목적 및 대상이 쇠고기 소비자와 관련을 맺고 있다 할 것이다.

그리고 앞서 본 바와 같이 가격 경쟁력이 높은 미국산 쇠고기가 수입·유통되는 경우 많은 소비자들이 이를 구매하여 섭취할 것으로 예상되고, 그렇지 않더라도 가공식품 및 일반 식당 판매 등 여러 경로를 통하여 소비자 자신도 모르게 이를 섭취하게 될 가능성도 있으므로, 일반 소비자라 할 수 있는 나머지 청구인들(이하 ‘청구인들’이라 한다)은 특별한 사정이 없는 한 미국산 쇠고기 수입과 관련된 보호조치인 이 사건 고시에 대하여 구체적이고 실질적인 이해관계를 가진다 할 것이고, 따라서 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무에 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 자기관련성을 인정할 수 있다 할 것이다.

(나) 또한 이 사건 고시의 위생조건에 따라 수입검역을 통과한 미국산 쇠고기는 별다른 행정조치 없이 유통·소비될 것이 예상되므로, 청구인들에게 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 대한 보호의무에 위반함으로써 인하여 초래되는 기본권 침해와의 현재성 및 직접성도 인정할 수 있다.

##### 5. 본안에 관한 판단

###### 가. 생명·신체의 안전에 관한 보호의무 위반 여부

###### (1) 심사구조와 심사기준

이 사건 고시의 수입위생조건은 가축전염병예방법 제34조 제2항에 근거하여 미국산 쇠고기 수입으로 인한 소해면상뇌증 발병 가능성 등에 대응하기 위하여 취해진 보호조치의 일환으로, 이 사건에 있어서는 고시상의 보호조치가 국가의 기본권 보호의무를 위반함으로써 생명·신체의 안전과 같은 청구인들의 중요한 기본권이 침해되었는지 여부가 문제된다 할 것이다.

그런데 국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할

판례집 20-2(하)

수 있는 것이다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 121 ; 헌재 2007. 7. 31. 2006헌마711, 공보 142, 1146, 1149 참조).

따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 122 참조).

(2) 과소보호금지 원칙 위반 여부

(가) 판단 기준 개관

미국산 쇠고기의 수입과 관련하여 국가의 보호조치가 필요한 상황 그 자체가 예상된다는 것은 앞서 본 바와 같으나, 그 일환으로 행하여진 이 사건 고시에 구체적으로 어떠한 내용의 수입위생조건을 정할 것인지는 농림수산물품부장관이 그 근거규정인 가축전염병예방법 제34조 제2항의 위임 범위 내에서 구체적 상황에 맞게 정할 수 있는 것으로서 원칙적으로 그 직무상의 재량영역에 속하는 것이라 할 것이다.

그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 고시 제정자가 구체적인 위험상황에서 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 살펴 그 보호조치 위반이 명백할 경우 이 사건 고시는 기본권 보호의무 위반에 해당한다 할 것인바, 그렇다면 구체적으로 이러한 판단을 하기 위하여는 이 사건에서 문제되는 위험상황과 보호조치의 성격 등을 고려할 필요가 있을 것이다.

특히 미국산 쇠고기 수입과 관련된 위험상황과 그에 대한 보호조치로서의 수입위생조건 등은 지금까지 밝혀진 과학적 사실과 대외적 통상 등에 관련한 국제기준 등을 기초로 하는 것으로서 상당히 전문적이고 기술적인 영역에 속할 뿐 아니라 과학기술 및 무역환경 등과 상호 밀접하게 관련되어 있으므로, 그 위험성 등은 과학기술과 국제통상 환경 등에 근거하여 객관적으로 검토되어야 할 것이다.

(나) 소해면상뇌증의 위험방지조치에 대한 국제 기준 등

1) 세계무역기구(WTO) 체제와 위생 및 검역 조치

앞서 본 바와 같이 지금까지 역학적으로 확인된 바에 의하면, 소해면상뇌증 및 변형 크로이츠펠트야콥병은 특별한 예방이나 치료책이 없이 거의 100%에 가까운 치사율을 나타내는 질병이므로, 소해면상뇌증에 감염된 쇠고기를 원천적으로 차단하는 것이야말로 변형 크로이츠펠트야콥병을 예방하는 데 필수적인 보호조치가 될 것이다.

그런데 세계무역기구(WTO)는 부속협정인 ‘위생 및 검역협정’(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS 협정)을 통하여 자유무역에 대한 일정한 예외를 두고, 인간이나 동식물의 생명 또는 건강을 위하여 필요한 위생 및 검역조치로서 취할 수 있는 표준과 평가방법을 규정하면서, 위생 및 검역조치의 과학적 정당성과 명료성 및 예측가능성을 요구함으로써 위생 및 검역조치가 자의적인 통상규제 수단으로 사용되는 것을 방지하는 한편, 과학적 정당성 등이 있는 경우에는 회원국이 국제기준 등에 기초한 조치보다 높은 보호수준의 위생 및 검역조치를 도입·유지할 권리도 함께 인정하고 있다(제3조 제2항·제3항).

이러한 위생 및 검역조치와 관련하여, 국제수역사무국(OIE)은 세계무역기구의 회원국 간에 동물과 동물성 제품의 무역에 관한 규정을 조화시키는 역할을 수행하는 국제기구로 공인되어, 현재 국제수역사무국의 후원에 따라 개발된 표준·지침·권고(이하 ‘OIE 국제기준’이라 한다)가 기본적인 국제표준으로 평가받고 있고, 회원국으로서는 소해면상뇌증에 대하여 특별히 OIE 국제기준보다 높은 보호수준의 위생·검역조치를 도입할만한 과학적인 정당성 등을 내세우지 못하는 한 OIE 국제기준에 따라 위생 및 검역조치를 설정하도록 하는 것이 일반적인 상황이다.

## 2) OIE 국제기준과 미국에서의 위험방지조치

가) 쇠고기의 수입 등과 관련하여 OIE 국제기준은 소해면상뇌증의 위험성에 대한 평가기준 등을 규정하고 있고, 구체적으로는 소해면상뇌증과 관련하여 위험성 단계에 따른 경미한 위험국가, 위험통제국가, 미확인 위험국가의 분류 등에 관한 내용을 담고 있으며, 특히 OIE 국제기준은 여러 통계 및 실험 자료를 바탕으로 국가별 위험성 단계에 따라 교역이 제한되는 쇠고기 부위의 범위에 대하여 도축된 소의 연령별로 차등을 두어 위험통제국가에 대하여는 30개월 이상이 되어 도축된 소의 뇌, 눈, 척수, 머리뼈, 척주 및 모든 연령의 소의 편도와 회장원위부를 국가 간 거래금지 부위로 규정하고 있다(OIE 육상동물위생규약 제2장, 제3장, 제13장 제14조).

판례집 20-2(하)

국제수역사무국이 그와 같이 정한 것은 이러한 부위가 소해면상뇌증의 발병 위험과 관련한 중요 요소인 이른바 특정위험물질(SRM)에 해당되고, 현재까지 확인된 과학적인 연구 결과에 의하면, 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질은 주로 그와 같은 특정위험물질 부위에 축적되고, 소해면상뇌증의 확산 및 변형 크로이츠펠트야콥병으로의 전이를 방지하기 위하여는 특정위험물질의 범위를 정하고 이를 안전하게 분리·제거할 필요가 있으며, 또한 이러한 방법은 소해면상뇌증 원인물질을 제거하고 그 전염과 확산을 줄일 수 있는 가장 효과적인 방법 중 하나로 평가되고 있기 때문이다.

나아가 OIE 국제기준에서 30개월령을 기준으로 달리 정한 것은 소해면상뇌증의 원인물질인 변형 프리온 단백질이 특정위험물질 부위에 축적되는 데에 상당한 시간이 걸린다는 점을 반영한 것이고, 통계상으로도 전 세계적으로 소해면상뇌증에 감염된 소의 90% 이상이 30개월령 이상의 소로 알려져 있다.

나) 미국의 경우 2003년 12월에 농무부가 미국소의 소해면상뇌증의 발생 사실을 공식적으로 발표한 이후 3건의 발병사례가 확인되고 있지만, 1989년 이래 영국 및 기타 소해면상뇌증 발생국가로부터의 반추동물과 반추동물 유래 육골분의 수입을 금지하였을 뿐만 아니라 특정위험물질 제거를 의무화하고 사료 금지조치의 개선으로 인하여 이른바 교차감염의 위험성도 줄어들었고, 이러한 제반 조치 이후 미국은 2007년 5월 국제수역사무국에 의해 소해면상뇌증의 위험통제국으로 분류되고 있으며, 그 위험통제 조치는 OIE 국제기준에 기초한 것으로서 최근 추가 발병사례가 확인된 바 없는 점 등에 비추어 적절한 것으로 평가되고 있다.

(다) 미국산 쇠고기에 대한 이 사건 고시상의 위험방지 조치

1) 미국산 쇠고기에 대한 수입규제 연혁

미국산 쇠고기에 대한 수입규제는 미국 내의 소해면상뇌증 발생과 그에 대한 위험방지 조치의 변화에 따라 그 내용을 달리하였는데, 종래 수입이 허용되던 미국산 쇠고기는 2003년 12월 경 미국 내에서 소해면상뇌증이 발생하자 2004. 5. 3. 농림부고시 제2004-23호로 미국을 수입금지 지역에 포함시켜 수입을 금지하였다가, 2006. 3. 6. 이 사건 개정 전 고시로 수입위생조건을 제정·고시하면서 수입금지 지역에서 제외함으로써 이 사건 개정 전 고시에서 정한 조건을 충족시킬 경우 수입이 허용되게 되었다.

그 때까지 미국은 국제수역사무국의 국가별 분류기준상 소해면상뇌증의 미확인 위험국가에 포함되어 OIE 국제기준으로 보더라도 외국에 대하여 최소

한의 수입 범위만을 요구할 수 있었으나, 그 후 2007년 5월 경 국제수역사무국으로부터 위험통제국가로 분류받자 국제수역사무국에서 정한 기준에 맞추어 이 사건 개정 전 고시의 개정을 요구하였고, 이에 우리 정부는 수입위험 분석절차를 거쳐 수입위생조건 개정 작업에 착수하여 2008. 4. 18. 미국과 국내 수입위생조건의 개정에 대한 합의에 이르게 되었다.

그런데 미국산 쇠고기에 대한 국내 수입위생조건을 완화하기로 한 합의에 대하여 미국산 쇠고기의 안전 등에 대한 국민적인 우려가 높아지자, 우리 정부는 미국 정부와의 추가적인 협의를 거쳐 2008. 6. 26. 이 사건 고시를 발령하게 되었고, 이후 국회는 2008. 9. 11. 이 사건 고시의 위급근거가 된 가축전염병예방법을 법률 제9130호로 개정하여 소해면상뇌증이 발생한 국가로부터의 쇠고기 수입규제 등에 관한 내용을 포함시키기에 이르렀다.

2) 이 사건 고시에 의한 위험방지조치

세계무역기구 회원국인 우리나라로서는 앞서 본 바와 같이 소해면상뇌증 등에 대한 위생 및 검역조치와 관련하여 OIE 국제기준을 존중할 필요가 있고, 이를 반영하여 가축전염병예방법은 미국산 쇠고기와 같은 지정검역물에 대하여 사전 예방적 보호조치로서 수입검역 절차를 거치도록 하면서 수입금지지역으로 지정하거나(제32조) 수입위생조건을 고시하는 방법(제34조) 등으로 규정하는 한편, 그 중 수입위생조건에 의한 위생 및 검역조치의 하나인 이 사건 고시에는 ‘미국 정부가 OIE 위험통제국 지위에 대한 지침에 부합되거나 그 이상의 조치를 지속적으로 유지하여야 한다’는 취지의 규정을 두고 있다(제4조).

이와 같이 이 사건 고시는 OIE 국제기준에 따라 소해면상뇌증의 위험을 통제한다는 전제 아래 OIE 국제기준 및 미국의 위험통제 등을 고려하여 취한 조치로서, 그 개정 연혁 및 취지 등에 비추어 위험방지에 관한 국제기준에 부합하는 것으로 볼 수 있다.

나아가 이 사건 고시는 수입단계 별로 특정위험물질 등의 유입을 차단하기 위한 보호조치를 정함에 있어 수출국인 미국에 대해 식품 위험관리의 책임을 분배하면서도 수입검역 등 단계에서 위험관리와 관련된 검역절차를 정하고 있는데, 이 사건 개정 전 고시와 비교할 때 종전보다 완화된 수입위생조건을 정하고 있는 것은 분명하므로 수입단계 별로 해당 조항들이 국가의 보호조치로서 과소한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

3) 이 사건 고시상의 주요 보호조치

판례집 20-2(하)

가) 특정위험물질 및 30개월령 이상 쇠고기 규제에 관한 조치

우선 이 사건 고시는 수입이 금지되는 특정위험물질과 관련하여 개정 전 고시보다 그 범위를 축소하여 ‘모든 연령의 소의 편도, 회장원위부 및 도축 당시 30개월령 이상 소의 뇌, 눈, 척수, 머리뼈, 등배신경절, 척추’를 특정위험물질로 규정하고 있다[제1조 (9) 및 부칙 제5항, 제8항].

이는 수출국의 소해면상뇌증에 대한 통제의 정도에 따라 도축된 소를 연령별로 차등을 두어 특정위험물질의 범위를 규정한 OIE 국제기준에 따른 것으로서, 국제수역사무국으로부터 위험통제국가의 지위를 인정받은 미국의 통제 조치를 고려하여 규정한 것이므로 그와 같이 규정한 것이 불합리하다고 보기는 어렵다.

나아가 이 사건 고시는 30개월령 미만 소에 국한하여 수입을 허용했던 개정 전 고시와 달리 강화된 사료금지조치의 공포를 조건으로 30개월령 제한을 해제하는 등 그 수입 허용범위를 확대하여 규정하고 있는데[제1조 (1), 부칙 제2항], 이것 역시 소해면상뇌증 위험통제국가에 대한 OIE 국제기준에 부합하는 것이고, 설령 미국의 강화된 사료금지조치 공포로 국내에 30개월령 이상 미국산 쇠고기의 수입이 가능하게 되더라도 소비자의 미국산 쇠고기에 대한 신뢰가 회복될 때까지 ‘30개월 미만 연령 검증 품질체계 평가(QSA) 프로그램’ 등을 규정한 부칙 제7항에 따라 30개월령 이상 미국산 쇠고기의 국내 반입이 실질적으로 제한되도록 하였을 뿐만 아니라, 그 취지를 명확히 하기 위하여 2008. 9. 11. 개정된 가축전염병예방법 부칙 제2조 제1항에서 소비자의 신뢰가 회복되었다고 판단되어 30개월령 이상 쇠고기를 반입하고자 하는 경우에는 국회의 심의를 받도록 한 점 등에 비추어 볼 때, 이와 같이 수입 허용 범위를 정함에 있어 특별한 문제가 있다고 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 고시 중 특정위험물질 및 30개월령 이상 쇠고기 규제를 정한 조항들은 미국이 인정받은 소해면상뇌증 위험통제국가에 대한 OIE 국제기준에 부합하고 지금까지의 과학기술 지식에 근거한 것으로서 특별히 부적합하다거나 불충분한 조치라고 단정하기 어렵다.

나) 소해면상뇌증 발병 시 수입중단 조치(제5조, 부칙 제6항)

이 사건 고시 제5조에 의하면 미국에서 소해면상뇌증이 추가로 발생하는 경우, 국제수역사무국이 미국에 대하여 소해면상뇌증 지위 분류에 부정적인 변경을 인정할 경우 우리 정부는 수입을 중단할 것이라고 되어 있으므로, 여기에서 국제수역사무국이 지위변경 결정을 내리기 이전이라도 예외적으로 수

입증단 등 비상조치를 취할 수 있는지 문제될 수 있다.

이는 검역절차와 관계없이 미국에서 추가로 소해면상뇌증이 발생한 경우 바로 수입을 중단할 수 있는지에 관한 것으로서, 미국이 2007년 5월 국제수역 사무국으로부터 위험통제국가로 인정받았다는 점을 반영하여 개정 전 고시와 달리 규정한 것이지만, 이 사건 고시 부칙 제6항에서 제5조의 적용과 관련하여 우리 정부는 GATT 제20조 및 WTO SPS협정에 따라 수입중단 등 필요한 조치를 취할 권리를 가진다는 점을 밝히고 있을 뿐 아니라, 2008. 9. 11. 개정된 가축전염병예방법 제32조의2에서 수출국에서 소해면상뇌증이 추가로 발생하여 그에 대한 긴급한 보호조치가 필요한 경우 농림수산물부장관이 일시적 수입중단 등 조치를 취할 수 있다는 내용을 신설하면서 그 이전에 정하여진 이 사건 고시에도 적용된다는 점을 같은 법 부칙 제2조 제2항을 통하여 보다 분명하게 밝히고 있기 때문에, 미국 내에서 소해면상뇌증이 추가로 발생하여 수입중단 등 긴급한 조치가 필요한 경우에는 그러한 조치를 취할 수 있을 것이므로, 이 사건 고시가 소해면상뇌증이 추가로 발생할 경우의 보호조치로서 부족하다고 평가할 수는 없다.

다) 미국 육류작업장 등 수입이전 단계에서의 위생관리 조치(제6조 내지 제9조, 부칙 제3항)

이 조항들은 미국 내 육류작업장에 대하여 개정 전 고시와 달리 우리 정부의 관여 정도를 낮추어 규정하고 있는데, 미국산 쇠고기에 대하여 수입검역 단계에서 전수검사를 실시하지 않는 점 등이 보호조치로서 과소한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나 육류 등의 교역에 있어서는 상대국의 가축방역 및 육류위생에 대한 시스템을 점검한 후 자국과 동등한 수준 이상이라고 판단되면 수출국 내의 육류작업장에 대하여 수출국 정부의 관리 하에 검사 및 통제 등이 행해지는 것이 일반적인 교역관행이므로, 기본적으로 우리 정부가 미국 내 육류작업장에 대하여서까지 직접적으로 관여할 필요가 없는 것이고, 또한 이 조항들에 의하더라도 미국의 수출 육류작업장이 이 사건 고시상의 수입위생조건과 미국 규정을 준수하는지 여부에 대하여 미국 정부가 취하여야 할 여러 조치를 규정하는 한편 미국 수출 육류작업장 중 대표성 있는 표본에 대하여 우리 정부가 관여할 수 있는 규정을 두고 있으므로, 이 조항들에 의하여 우리 정부가 미국산 쇠고기 수입위생조건과 관련한 범위 내에서 미국 육류작업장에 대하여 적정하게 관리할 수 있을 것이다.

판례집 20-2(하)

따라서 이 조항들에 의하여 종전과 달리 미국의 모든 육류작업장에 대하여 우리 정부의 관여사항이 축소되었다 하더라도 이 조항들에 의한 미국 내 육류작업장에 관련한 보호조치가 과소하다고 평가할 수는 없다.

라) 수입 검역검사 및 규제조치 부분(제23조, 제24조, 부칙 제9항)

우리 정부는 검역·검사 과정 중 한 로트에서 특정위험물질 등 식품안전의 위해가 발견되면 이를 전량 불합격 조치하여 국내에 수입될 수 없도록 하고, 그 사실을 미국 정부에 통보하여 개선조치를 요구하며, 미국 정부는 해당 작업장에 대하여 문제의 원인을 밝히기 위한 조사를 실시하도록 하였고, 또 해당 육류작업장에서 이후 수입되는 쇠고기에 대한 검사비용을 높이되 동일 제품의 동등 이상 물량 5개 로트에 대한 검사에서 식품안전 위해가 발견되지 않았을 경우 정상 검사절차 및 비용을 적용하도록 하였으며(제23조), 동일한 육류작업장에서 생산된 별개의 로트에서 최소 2회의 식품안전 위해가 발견된 경우 해당 육류작업장은 개선조치가 취해질 때까지 수입검역이 중단될 수 있도록 하였다(제24조).

이 조항들 역시 개정 전 고시 이후 미국이 국제수역사무국으로부터 위험통제국으로서의 지위를 인정받은 것을 고려한 것으로서, 2회 이상 식품안전 위해가 발견될 경우 미국정부는 우리 정부의 중단 요청을 받는 대로 해당 작업장을 중단시켜야 한다는 규정(부칙 제9항)을 두고 있으며, 또한 미국산 쇠고기 검역·검사 지침 단계에서는 소의 소장과 허 부위에 대한 전수검사가 가능하게 되어 내장 부위의 특정위험물질이 국내에 유입되는 것을 차단하는 별도의 장치까지 두고 있는 점(국립수의과학검역원의 2008. 6. 24.자 ‘미국산 쇠고기 검역·검사 지침’) 등에 비추어 이 조항들이 미국산 쇠고기의 수입검역 검사 등과 관련하여 부족한 조치임이 분명하다고 보기 어렵다.

마) 기타 조항

개정 전 고시와 달리, 율령 판정에 관한 내용이나 소해면상뇌증이 의심되거나 감염이 확인된 소가 아니라는 내용에 대하여 이 사건 고시 제22조에서는 미국 정부가 발행하는 수출위생증명서 등의 기재대상에 포함시키지 않고 있으나, 율령 판정에 관한 내용이나 소해면상뇌증이 의심되거나 감염된 소인지 여부에 관한 내용은 OIE 국제기준 등에서 요구하는 사항이 아니므로 이 사건 고시 제22조에서 이를 제외하였다 하여 이를 과소한 보호조치라고 평가할 수는 없을 것이다.

(라) 소결론

이 사건 고시는 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 미국에서의 소해면상뇌증 발병 이후 그 위험상황에 대응하고자 취해진 보호조치로서, 앞서 본 바와 같이 그 속성상 수출국인 미국에서의 위험상황과 국제무역 환경 그리고 관련 과학기술 지식 등에 기초하여 합리적인 범위 내에서 그 보호조치의 내용을 정할 수밖에 없는 것이고, 또한 OIE 국제기준은 소해면상뇌증 발병위험과 관련한 특정위험물질의 범위 등에 관한 과학적 연구결과에 기초한 것이다.

따라서 이 사건 고시가 개정 전 고시에 비하여 완화된 수입위생조건을 정하였다고 하더라도, 미국이 2000년 7월 국제수역사무국으로부터 소해면상뇌증 위험통제국가의 지위를 획득한 점과 미국산 쇠고기의 수입과 관련한 위험 상황 등과 관련하여 개정 전 고시 이후에 달라진 여러 요인들을 고려하고 지금까지의 관련 과학기술 지식과 OIE 국제기준 등을 종합하여 보호조치를 취한 것이라면, 이를 들어 피청구인이 자의적으로 재량권을 행사하였다거나 합리성을 상실하였다고 하기 어렵다 할 것이다.

그리고 최근 들어 미국에서 소해면상뇌증이 추가로 발병되었음이 확인되지 아니하고 소해면상뇌증에 대한 위험통제 조치에 특별한 문제점이 발견된 적이 없으며, 이 사건 고시에 따른 특정위험물질의 수입허용 범위를 비롯한 제반 수입위생조건을 보더라도 소해면상뇌증 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기의 국내유입을 막기 위한 여러 보호조치를 마련하고 있다고 보일 뿐만 아니라, 그 밖에 이 사건 고시를 보완하기 위하여 가축전염병예방법이 개정된 데다가 추가로 검역 및 검사 지침과 원산지표시제 등이 시행된 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 고시상의 보호조치가 완벽한 것은 아니라 할지라도, 앞서 본 기준과 내용에 비추어 쇠고기 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

나. 청구인들의 나머지 주장에 대한 판단

(1) 기타의 기본권 침해

청구인들은 이 사건 고시로 인하여 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 자기결정권 및 일반적 행동자유권, 소비자의 권리, 보건권 등이 침해되었다고 주장하나, 이 사건 고시는 그 근거법률인 가축전염병예방법 제34조에서 보듯이 가축방역 및 공중위생이라는 공익을 위하여 미국산 쇠고기의 수입자를 상대로 그 수입위생조건을 설정한 것으로서, 이 사건 고시의 직접적인 수범자인 쇠고기 수입자에 대하여 미국산 쇠고기 수입을 제한하는 내용으로 되어 있는

판례집 20-2(하)

바, 이러한 수입 제한으로 인하여 쇠고기 소비자인 청구인들이 내세우는 위 기본권 등이 침해될 수 있는 것이 아님은 명백하다.

다만, 이 사건 고시는 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 소비자인 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 위협방지 조치인 측면이 있고, 이에 대하여는 기본권 보호의무에 위반한 것인지 여부가 문제되므로 그와 관련된 범위에서 위 기본권 침해의 주장을 살펴보면 충분할 것인데, 앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 고시가 기본권 보호의무에 위반하지 않은 것으로 판단되므로, 국가의 보호의무와 관련하여서도 청구인들의 위 기본권 등이 침해된 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.

(2) 기타의 헌법원리 및 헌법원칙 위반

청구인들은 이 사건 고시가 국민주권 원리의 내용을 이루는 검역주권, 헌법 제6조 제1항 및 제60조 제1항, 제37조 제2항의 법률유보, 적법절차원칙, 명확성원칙 등에 위배된다고도 주장하나, 이와 같이 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장만으로는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해의 가능성을 인정하기 어렵다고 할 것이므로(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298, 304 참조), 청구인들의 이 부분 주장에 대하여도 이 사건 고시가 생명·신체의 안전에 관한 보호의무에 위반된 것인지 여부와 관련된 범위에서 살펴보면 충분할 것이다.

(가) 검역주권 위반

이 사건 고시는 개정 전 고시에 비하여 다소 완화된 수입위생조건을 정하고 있으나, 이는 지금까지의 과학기술 지식과 OIE 국제기준 등에 근거하여 보호조치를 취한 것으로서 그 합리성을 상실하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 구체적으로 미국에서 소해면상뇌증 발생시 수입중단 조치(제5조, 부칙 제6항), 미국 육류작업장 등에 대한 위생관리 조치(제6조 내지 제9조, 부칙 제3항), 수입 검역검사 및 규제 조치(제23조, 제24조, 부칙 제9항) 등 개별 조항들을 보더라도 앞서 살펴 본 바와 같이 OIE 국제기준 등에 따라 수입단계 별로 특정위험물질 등의 유입을 차단하기 위한 여러 보호조치를 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 고시가 검역주권을 포기하였다거나 이로 인하여 생명·신체의 안전에 관한 국가의 보호의무에 위반한 것으로 보기는 어려우므로, 이와 다른 전제에 입각한 청구인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(나) 헌법 제6조 제1항 및 제60조 제1항 위반

이 사건 고시가 헌법 제60조 제1항에서 말하는 조약에 해당하지 아니함이

분명하므로 국회의 동의를 받아야 하는 것은 아니고, 한편 이 사건 고시에서 “미국 연방 육류검사법에 기술된 대로” 미국산 쇠고기를 정의한다거나[제1조(1)], 미국정부가 제1조(9)(나)의 적용과 관련하여 “미국 규정[9CFR310.22(a)]에 정의된” 것을 제거한다(부칙 제5항)고 규정함으로써 미국의 법률 또는 규정을 원용하고 있으나, 이는 미국과의 이 사건 쇠고기 협상 내용을 반영할 수밖에 없는 이 사건 고시의 국제통상적인 성격과 전문적이고 기술적인 규율 내용 등을 고려한 표기방식에 불과한 만큼 이러한 표기에 의하여 미국의 법령이 국내법과 같은 효력을 가질 수는 없는 것이므로, 이와 다른 전제에 선 청구인들의 이 부분 주장은 위 헌법규정 위반이 기본권 보호의무 위반으로 귀결되는 것인지 여부에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(다) 법률유보 위반

청구인들은, 이 사건 고시의 위임규정인 가축전염병예방법 제34조 제1항은 “지정검역물을 수입하는 자는 수출국의 정부기관이 가축전염병의 병원체를 퍼뜨릴 우려가 없다고 증명한 검역증명서를 첨부하여야 한다.”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “농림수산식품부장관은 가축방역 및 공중위생상 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 검역증명서의 내용에 관련된 수출국의 검역내용 및 위생상황 등 위생조건을 정하여 고시할 수 있다.”고 규정하여, 쇠고기와 같은 지정검역물을 수입하는 자가 제출하여야 하는 검역증명서의 내용에 관련된 수출국의 검역내용 및 위생상황 등 위생조건에 관하여 비교적 명확하게 위임하고 있는바, 이 사건 고시와 관련하여 청구인들은 법령이 아닌 고시의 형식으로 기본권을 제한하는 데 문제가 있을 뿐만 아니라, 이 사건 고시가 수권법률에서 위임받은 범위를 벗어나 기본권을 제한하는 새로운 내용을 규정하고 있으므로 헌법 제37조 제2항이 정한 법률유보에 위반한 것으로서 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라는 취지로 주장한다.

먼저 쇠고기 소비자인 청구인들은 쇠고기 수입자와는 달리 이 사건 고시의 규율 내용으로 인하여 직접 기본권을 제한받는 자가 아니라, 이 사건 고시가 쇠고기 수입의 자유를 제한함으로써 도모하려고 하는 생명·신체의 안전에 관한 보호대상자일 뿐이므로, 설사 이 사건 고시가 쇠고기 수입자의 기본권을 제한함에 있어서 헌법 제37조 제2항에 위반한 것이라고 하더라도, 이로 인하여 자기의 기본권 침해를 주장할 수 있는 지위에 있는 것이 아니다.

한편 국가가 국민의 기본권 보호의무를 이행함에 있어 그 행위의 형식에 관하여도 폭 넓은 형성의 자유가 인정되고, 그것도 반드시 법령에 의하여 이

판례집 20-2(하)

행하여야 하는 것은 아니며, 이 사건 고시와 같이 국가가 쇠고기 소비자의 생명·신체의 안전에 관한 보호의무를 이행하기 위하여 취한 행위의 경우 법령의 위임이 없거나 그 위임의 범위를 벗어난 것이라는 사유만으로는 보호의무를 위반하거나 그로 인하여 소비자의 기본권을 침해한 것으로 볼 수 없으므로, 청구인들의 이 부분 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

(라) 적법절차원칙 위반

헌법 제12조 제1항이 천명하고 있는 적법절차원칙은 형사소송 절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 할 것이나(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877 ; 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 618 ; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10, 공보 127, 503, 508), 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지 일률적으로 정하기 어렵고, 이는 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없는 것이다(헌재 2003. 7. 28. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18 ; 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 796 ; 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58, 67).

이 사건 기록 등에 의하면, 농림수산물식품부장관은 2008. 4. 22. 농림수산물식품부 공고 제2008-45호로 미국산 쇠고기 수입위생조건 개정안에 대하여 ‘입안예고’라는 명칭으로 예고절차를 거친 이후 미국과의 쇠고기 추가협상을 통해 부칙 제5항 내지 제9항을 비롯한 일부 내용을 추가하거나 변경함에 있어 별도의 예고절차 없이 2008. 6. 26. 이 사건 고시를 관보에 게재하였으므로, 이러한 예고절차 등과 관련하여 적법절차원칙에 위반되는지 여부가 문제될 수 있다.

그러나 원래 국민의 생명·신체의 안전 등 기본권을 보호할 의무를 어떠한 절차를 통하여 실현할 것인가에 대하여도 국가에게 폭 넓은 형성의 자유가 인정된다 할 것이므로, 농림수산물식품부장관 등 관련 국가기관이 국민의 생명·신체의 안전에 영향을 미치는 고시 등의 내용을 결정함에 있어서 이해관계인의 의견을 사전에 충분히 수렴하는 것이 바람직하기는 하지만, 그것이 헌법의 적법절차 원칙상 필수적으로 요구되는 것이라고 할 수는 없다.

한편 이 사건 고시는 입법예고의 대상인 ‘법령 등’에 해당하지 아니하므로(행정절차법 제2조 제1호, 제41조 제1항 참조) 비록 입안예고를 하였다고 하더라도 법령 등에 관한 입법예고를 거칠 사항으로는 볼 수 없는 점, 행정절차

법 제46조에 의한 행정예고의 경우에도 관련 법령에서 일정한 사항에 대한 정책·제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 할 때 특별한 사정이 없는 한 20일 이상 이를 예고하도록 규정하고 있을 뿐 별도로 ‘재예고’ 절차를 두고 있지 않은 점, 나아가 당초의 입안예고와 언론보도 등을 통하여 이 사건 고시의 주요 내용이 널리 알려졌다고 보일 뿐만 아니라 새로이 추가되거나 변경된 사항의 경우 그 경위와 내용 등에 비추어 당초 예고된 사항에 비하여 쇠고기 소비자 등에게 불리하거나 중대한 변경이 발생하였다고 보기 어려우므로 재예고 절차를 반드시 거칠 필요가 없어 보이는 점, 한편 청구인들은 WTO SPS 협정 등을 근거로 이 사건 고시에 대하여 최소 60일전에 입법예고를 하여야 한다고 하나 위 협정 등에 따른 기간은 위생검역정책 변경 시 회원국들 간에 적용되는 것으로서 이 사건 고시에 이를 적용할 수는 없는 점, 그 밖에 이 사건 고시의 개정 경위와 내용, 그 예고절차의 이행 등으로 제고될 관련 이익과 국가 작용의 효율성 등 제반 상황을 종합하여 보면, 이 사건 고시와 관련하여 청구인들이 주장하는 재예고 절차 등을 거치지 않았다고 하여 그것만으로 법률이 정한 절차를 위반하였거나 이로 인하여 국민의 생명·신체의 안전에 관한 보호의무를 위반한 것으로 보기는 어렵다.

(마) 명확성원칙 위반

이 사건 고시의 경우 미국산 쇠고기 수입과 관련한 수입위생조건을 정한 것으로 앞서 본 바와 같이 쇠고기 수입자를 수범자로 하여 그 성질상 전문적이고 기술적인 사항을 규정할 수밖에 없는 영역에 속해 있는 점, 나아가 앞서 보호의무 위반에 대한 판단 등에서 본 바와 같이 30개월령 이상 쇠고기의 수입 허용 여부 등에 관하여 그 조항들의 의미가 상호 모순된다거나 불명확하다고 보기 어려울 뿐 아니라 이를 보다 명확히 하기 위한 보완조치까지 이루어진 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 고시의 명확성 여부에 대하여는 그 수범자를 기준으로 판단하여야 할 것이고, 설령 보호대상자인 쇠고기 소비자를 기준으로 보더라도 이 사건 고시의 의미 내용이 불명확하다고 보기 어렵다 할 것이므로, 이 사건 고시의 내용이 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 부족할 정도로 불명확하다고 단정할 수 없다.

다. 소결론

따라서 이 사건 고시는 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다 할 수 없다.

6. 결 론

판례집 20-2(하)

그렇다면 청구인 진보신당의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 재판관 김종대의 다음 7.과 같은 별개의견, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡, 재판관 송두환의 다음 8. 내지 10.과 같은 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

7. 재판관 김종대의 기각의견

나는 이 사건 고시가 기본권 보호의무를 명백히 위반하였다고 볼 수 없으므로 청구인 진보신당을 제외한 나머지 청구인들의 청구를 기각한다는 다수 의견의 결론에는 동의하지만, 위 청구인들의 법적관련성이 인정되는 이유에 대하여는 다수의견과 견해를 달리하므로 아래와 같이 별도로 의견을 밝힌다.

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 원칙적으로 기본권을 침해당하고 있는 자만이 제기할 수 있고, 직접적인 수범자가 아닌 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권 침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없는바, 헌법재판소는 종래 심판대상조항의 직접적인 수범자와 계약관계를 매개로 하여 이해관계를 맺은 일반 소비자의 법적관련성을 인정함에 있어서는 대체로 소극적인 입장을 견지하여 왔다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌마563, 판례집 15-2하, 84, 91; 헌재 2006. 6. 9. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 372 등 참조).

헌법소원심판의 심판대상조항의 직접적인 수범자가 아닌 제3자의 자기관련성을 인정하기 위해서는 입법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과 등을 종합적으로 고려하여 특별한 사정이 인정되어야 하는바(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-417 참조), 다수의견과 같이 단순히 미국산 쇠고기를 섭취할 가능성이 있는 소비자에 해당한다는 일반적·추상적 이해관계만으로는 위 청구인들의 자기관련성을 인정하기에 불충분하고 이 사건 고시에 대한 구체적이고 법적인 이해관계를 인정할 수 있는 특별한 사정이 인정되어야 한다.

살피건대, 이 사건 고시는 자동차와 같은 일반 공산품에 대한 수입 조건의 고시와는 그 성질이 다르다. 이 사건 고시는 단순히 무역정책적 측면에서 미국산 쇠고기의 수입을 규제하고자 하는 것을 넘어 국가가 외국산 먹거리로부터 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위해 그 수입 위생조건을 정하고 있는 것이다. 이 사건 고시의 규율 대상인 미국산 쇠고기라고 하는 먹거리는 남녀노소를 불문하고 대다수 국민들의 식생활에 제공되는 일상적인 먹거리로서, 수입과 동시에 이를 필요로 하는 사람들의 소비에 직·간접적으로 제공되

게 되므로 미국산 수입쇠고기에 수반될 수 있는 소해면상뇌증 등의 질병에 대한 우려는 바로 모든 국민을 생명·신체에 대한 공포 속으로 내 몰 수밖에 없다. 따라서 이 사건 고시는 비록 외형상으로는 쇠고기 수입업자를 직접적인 수범자로 하고 있으나, 고시가 규율하는 목적물이 국민이 바로 섭취할 수밖에 없는 일반 먹거리이고 그 먹거리는 치명적인 질병의 위험을 수반할 수 있다는 규율대상의 특수성으로 말미암아 일반 국민에게도 직접적인 관련성을 가진다고 해야 할 것이다.

또한 이 사건 고시의 규율대상인 미국산 쇠고기에 수반될 수도 있는 변형 크로이츠펠트야콥병은 기본권인 생명·신체의 안전에 불가역적(不可逆的)인 위험을 미칠 수 있는 치명적인 질병임에도 그 발병 및 전이 이전에 관하여는 아직도 명확하게 규명되고 있지 않은 부분이 많아 개별적인 수출업자와 수입업자 또는 일반 소비자들은 미국산 쇠고기의 소해면상뇌증 관련 위험성을 스스로 인식하거나 평가할 능력과 방법이 없다. 그리고 위험이 현실화된 시점에는 이미 생명·신체의 안전이라는 기본권에 대한 중대한 침해를 회복하는 것이 불가능하므로, 국민의 생명·신체의 보장을 위해서는 그 병원체로 인한 감염을 예방적으로 차단하여 위험을 제거하는 것이 필수적이다.

나아가 소해면상뇌증 및 변형 크로이츠펠트야콥병으로 인한 손해는 그 손해의 원인 및 인과관계를 규명하는 것이 사실상 불가능하므로 일반 소비자들로서는 손해배상청구와 같은 사후적인 민사상 권리구제 수단을 통하여 손해를 전보받기조차 기대하기 어렵고, 헌법소원심판제도를 통하여 수입에 앞서 미리 기본권보호조치 그 자체를 다투는 것을 제외하고는 실효성 있는 권리구제수단을 상정하기 어렵다.

이상에서 살펴본 바와 같이 이 사건 규율대상인 미국산 수입쇠고기는 바로 국민의 식생활에 제공되는 먹거리로서 희소하긴 하나 치명적인 질병을 수반할 수 있는 특성이 있고, 이 사건 고시를 통한 사전 예방 외에는 그러한 질병으로부터 달리 국민의 생명을 보호할 적당한 방법이 없다고 하는 특별한 사정이 인정되므로 일반소비자인 청구인들에 대해서도 이 사건 고시에 대하여 자기관련성 및 현재관련성이 인정된다고 해야 할 것이다.

그러나 다수의견과 같이 청구인들의 구체적인 이해관계에 대한 해명 없이 만연히 특별한 사정이 없는 한 일반소비자들의 법적관련성이 인정된다고 한다면 종래의 우리 재판소의 입장과 배치될 뿐만 아니라, 우리의 헌법소원제도에 상 허용될 수 없는 민중소송 내지 일반적 소비자소송을 인정하는 결과를 낳

판례집 20-2(하)

을 수도 있으므로 특별히 이 점을 지적하는 바이다.

8. 재판관 이공현, 재판관 이동흡의 각하의견

우리는, 국가의 기본권 보호의무와 관련하여 이 사건 헌법소원 심판청구의 적법성을 인정하고 본안판단에 나아간 다수의견과 달리, 이 사건 고시로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성을 인정할 수 없다고 판단하므로, 청구인 진보신당 외에 나머지 청구인들에 대해서도 심판청구를 각하하여야 한다는 반대 의견을 다음과 같이 개진한다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 청구인은 자신의 기본권에 대한 공권력 주체의 제한행위가 위헌적임을 어느 정도 구체적으로 주장하여야 한다. 청구인이 막연한 주장만을 한다면 그 헌법소원 청구는 부적법하여 각하될 것인바(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마544, 판례집 17-1, 133, 142 참조), 이는 국가가 제3자에 의해 유발되는 위험으로부터 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 이행하지 않음으로써 기본권의 침해가 발생하였는지를 문제 삼는 헌법소원에서도 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 이 사건 청구인들로서도 헌법소원심판을 청구하면서 먼저 국가의 기본권 보호의무와 관련하여 제3자에 의해 초래되는 위험상황으로부터 자신의 기본권이 침해될 가능성이 있음을 어느 정도 구체적으로 밝히지 않으면 안 된다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 이 사건 헌법소원의 경우 위와 같은 전제를 가지고 그 심판청구가 적법한지 여부를 살펴보아야 할 것인바, 국가가 아닌 사인인 제3자로부터 초래된 위험상황에 대해 국가의 기본권 보호의무 위반 여부만을 이유로 헌법소원심판을 청구하는 것이 적법한지 판단함에 있어서 청구인들의 주장으로부터 기본권에 대한 구체적이고 객관적인 위험 상황이 발생할 가능성이 드러나야 해당 기본권의 침해가능성을 인정할 여지도 생기는 것이라 할 것이다. 따라서 구체적이고 객관적인 위험상황의 존재 여부에 대한 판단 없이 만연히 본안에서 기본권 보호의무 위반 여부를 심사할 수는 없다 할 것인바, 만약 구체적이고 객관적인 위험상황이 발생할 가능성에 대한 사실인정 판단을 거치지 아니하고 그 심판청구를 적법하다고 본다면 이는 국가의 기본권 보호의무 위반을 이유로 한 헌법소원의 적법요건을 무리하게 확장하는 것이라 하지 않을 수 없다.

우선 청구인들은 이 사건 고시가 적극적으로 쇠고기 소비자인 자신들의 생명·신체의 안전 등에 관련한 기본권을 직접 침해한다는 취지로 주장한다. 그러나 이 사건 고시는 국내에 수입되는 미국산 쇠고기의 식품안전을 확보할

목적으로 수입위생조건을 정한 것으로서 그 목적과 내용 등에 비추어 이 사건 고시 자체로 청구인들의 위와 같은 기본권을 침해할 가능성을 인정할 수는 없을 것이다.

다만 청구인들의 기본권 침해 주장은, 이 사건 고시가 미국산 쇠고기의 수입위생조건을 정하면서 소해면상뇌증에 감염된 쇠고기가 국내에 수입 유통될 가능성을 차단하지 않아 청구인들이 그 감염된 쇠고기를 섭취할 가능성이 발생함으로써 이를 섭취할 때 감염될 수 있다고 알려진 변형 크로이츠펠트야콥병에 감염될 가능성 또한 커지게 되어 청구인들의 생명·신체의 안전이 침해될 수 있다는 것인바, 다수의견은 이와 같은 주장을 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인한 기본권 침해 주장으로 선해할 수 있다는 전제 하에 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 적절하고 효율적인 조치를 다하지 못한 것에 대하여 기본권 침해의 발생가능성을 전적으로 부정할 수 없다고 보아 본안의 판단에 나아간 것으로 보인다.

그러나 우리는 청구인들의 위와 같은 주장을 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인한 기본권침해 주장이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 가사 다수의견과 같이 청구인들의 주장을 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인한 기본권침해 주장으로 선해할 수 있다고 하더라도 다음에서 보는 바와 같이 현재로서는 미국산 쇠고기 수입 등으로 인한 구체적이고 객관적인 위험 상황을 인정하기 어렵다고 생각한다.

사법기관의 사실인정은 법에 의한 통제와 질서의 정립을 위한 전제가 되고 경우에 따라서는 법적 판단의 결론을 좌우하는 주요 요소이다. 특히 헌법재판의 경우 명확한 입증책임의 배분이 존재하지 아니하므로 사건의 해결이라는 목적에 집중하여 성급한 사실인정으로 나아가서는 안 될 것이다. 그런데 미국산 쇠고기 수입 등으로 인한 구체적이고 객관적인 위험 발생 여부에 대한 사실 인정의 경우, 본질적으로 과학적 판단이 요구됨에도 학계에서 완전하게 정립된 이론이 존재하지 아니하므로 사법기관인 재판소의 정보 획득이나 자료 분석에는 일정한 전문성의 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 일종의 예측적 판단의 성질을 가진다는 점에서 원칙적으로는 민주적 정당성을 가진 입법부와 행정부의 책무에 속하며 사법기관의 권한행사의 기능적 한계에 걸쳐 있는 것으로 보인다. 다만 이 사건의 경우 국민의 생명과 신체의 건강에 관련된 국가의 기본권 보호의무에 대하여 중대한 문제가 제기되고 있으므로 현재까지의 과학기술지식 수준에서의 논의에 한정하여 구체적이고 객관적인 위험이 존재

판례집 20-2(하)

하는지 살펴보기로 한다.

먼저 미국은 국제수역사무국으로부터 소해면상뇌증 위험통제국으로의 지위를 획득한 이후 현재까지 소해면상뇌증 발병 사실이 보고된 바 없으므로 미국에서 소해면상뇌증이 발병할 가능성은 희박하며, 미국에서 소해면상뇌증이 발병한다고 가정하더라도 감염부위를 소비자가 섭취할 위험성은 더욱 낮다고 할 것이다. 여기에다가 미국 정부가 소해면상뇌증의 발병·확산 등을 통제하기 위해 사료 제한 등 일정한 조치를 취함으로써 국제수역사무국으로부터 소해면상뇌증 위험통제국으로 분류된 점 등에 비추어 미국 내의 위험통제 조치만으로도 이미 소해면상뇌증 발생가능성과 감염 부위의 섭취 가능성이 상당 부분 낮아진 상태라고 할 수 있다.

나아가 미국 내에서의 이러한 위험통제 조치에도 불구하고 미국에서 소해면상뇌증이 다시 발생하고 그에 감염된 쇠고기 부위가 국내에 수입된다고 가정하더라도, 적어도 이 사건 고시에서 특정위험물질(제1조 제9항)에 대한 수입제한 조치를 취하고 있으므로 국민들이 변형 크로이츠펠트야콥병을 유발한다고 알려진 변형 프리온 단백질이 함유된 특정위험물질을 섭취하게 될 가능성은 매우 낮다고 할 것이다.

물론 이 경우에도 변형 프리온 단백질이 함유된 쇠고기를 섭취할 가능성이 완전히 배제된다고는 볼 수 없을지 모르나, 다시 그러한 쇠고기를 섭취하여 변형 크로이츠펠트야콥병에 걸릴 확률이 매우 희박할 뿐 아니라 쇠고기 소비자가 미국산 쇠고기를 섭취하지 않으려면 원산지표시를 확인하는 등으로 그 섭취를 피할 방법도 있다는 점 등을 종합적으로 고려하면, 현재까지 확인된 과학기술 지식에 비추어 청구인들이 내세우는 정도의 위험 주장만으로 기본권 침해의 구체적이고 객관적인 위험을 드러낸 것이라고 볼 수 없다. 따라서 위와 같이 구체적이고 객관적인 위험상황이 드러나지 않은 단계에서 본안으로 나아가 기본권보호의무 위반 여부를 판단할 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면, 청구인들의 주장을 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인한 기본권침해 주장으로 선해할 수 있다고 하더라도 현재로서는 미국산 쇠고기의 수입 등으로 인한 구체적이고 객관적인 위험상황이 드러나지 아니하여 기본권 침해의 가능성을 인정할 수 없으므로, 청구인들의 이 사건 심판청구도 부적법하여 각하하여야 할 것이다.

9. 재판관 조대현의 각하의견

이 사건 고시는 가축의 전염성 질병이 발생하거나 퍼지는 것을 막음으로써

공중위생의 향상에 기여하기 위하여 가축전염병예방법 제34조 제2항에 의거하여 미국산 쇠고기를 수입할 경우에 갖추어야 할 위생조건과 그 검증에 관한 사항을 정한 것이다.

이 사건 고시는 쇠고기의 수입조건을 정한 것이기 때문에 미국산 쇠고기를 수입하는 자유를 제한한다고 할 수 있지만, 쇠고기 소비자의 기본권을 침해하는 내용은 포함하고 있지 않다. 오히려 이 사건 고시는 미국산 쇠고기가 국민 보건상 안전성을 갖추도록 도모하는 것이기 때문에 미국산 쇠고기를 소비하는 국민들의 건강에 대한 위협을 예방하고자 하는 것이다. 따라서 이 사건 고시는 미국산 쇠고기의 수입업자가 아닌 일반 국민들의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

청구인들은 이 사건 고시가 미국산 쇠고기의 광우병 위험성을 완전하게 제거시키지 못하여 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무를 충분히 이행하지 아니함으로써 미국산 쇠고기 소비자들의 건강권을 침해한다고 주장한다.

그러나 이 사건 고시는 앞서 본 바와 같이 미국산 쇠고기를 소비하는 국민들의 건강에 대한 위협을 예방하기 위한 조치라고 할 수 있다. 그리고 식품위생법 제4조와 제5조는 병원미생물에 감염되었거나 유해물질이 들어있는 식품이나 질병으로 죽은 동물의 고기 등을 판매하거나 판매할 목적으로 수입하는 행위 등을 금지하고, 이에 위반한 경우에는 처벌하도록 규정하고(제74조의2) 있으므로, 국가가 미국산 쇠고기의 광우병 위험성으로부터 국민들의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 소홀히 하고 있다고 보기 어렵다.

그리고 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 불이행하여 기본권이 침해되었다고 하려면, 국민의 생명·신체의 안전에 대한 위협이 구체적으로 현존하고, 그대로 방치하면 국민의 생명·신체가 침해될 것이 명백한 경우라야 하는데, 그러한 상황이라고 인정할 자료가 없다. 미국은 2003. 12. 광우병이 발생된 후 광우병 발생 위험성을 제거하는 조치를 시행하여 2007. 5. 국제무역사무국으로부터 광우병 위험을 통제하는 국가로 인정받았기 때문에, 이 사건 고시가 공포된 2008. 6. 26. 이후에 수입하는 미국산 쇠고기에 광우병의 위험성이 구체적으로 현존하고 그대로 방치하면 국민들이 광우병에 걸릴 위험성이 명백하다고 보기 어렵다고 할 것이다.

결국 이 사건 고시는 국민들의 생명과 신체에 대한 구체적이고 명백한 위협이 현존한다고 볼 수 없어서 국가의 건강보호의무를 거론할 수 없는 상황에서 국민들의 건강에 대한 미지(未知)의 위협을 예방하기 위하여 마련한 조

판례집 20-2(하)

치라고 할 것이고, 국민들의 건강권을 막바로 침해하거나 위협에 방치하는 것이라고 볼 수 없다.

실사 이 사건 고시가 미국산 쇠고기의 광우병 위험성을 예방하기에 충분하지 않다고 하더라도, 이 사건 고시로 인하여 미국산 쇠고기 소비자들의 건강권이 막바로 침해되는 것이 아니다. 미국산 쇠고기를 수입하는 행위와 그것을 소비하는 행위가 있어야 비로소 그 소비자들만 광우병의 위험성과 접촉하게 되는 것이고 건강을 침해받을 가능성이 생기게 되는 것이다.

따라서 이 사건 고시는 미국산 쇠고기의 수입업자가 아닌 청구인들에 대하여 기본권 침해성이 없고, 청구인들은 이 사건 고시로 인하여 직접 기본권을 침해받는 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 이 사건 헌법소원심판 청구는 부적법하다고 보지 않을 수 없다. 이 사건 심판청구를 각하하여야 한다.

10. 재판관 송두환의 위헌의견

나는 이 사건 고시가 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권 보호의무를 위반하였음이 명백하지 아니하다는 다수의견에 찬성하지 아니하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝혀 둔다.

가. 기본권 보호의무 위반의 구체적 심사기준

(1) 국가가 어떠한 입법·행정상의 조치를 통하여 국민의 생명·신체의 안전을 유지, 보호하고 그에 대한 침해의 위험을 방지할 것인지는 원칙적으로 국가의 폭 넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이고, 따라서 헌법재판소로서는 원칙적으로 국가가 기본권 보호의무를 위반한 것이 명백한 경우에만 국가의 해당 작위나 부작위의 위헌성을 확인할 수 있다 할 것이다. 우리 헌법재판소는 그 기준을 “과소보호 금지원칙”이라 하여 이를 기본권 보호의무 위반에 관한 심사의 기준으로 삼아 왔다.

그런데 구체적 사안에서 국가의 기본권 보호의무 이행조치가 과소보호 금지원칙에 위반된 것인지 여부를 실제로 판단함에 있어서 그 기준의 엄격 정도는 일률적으로 정할 수 있는 것이 아니고, 문제되는 기본권 보호법익의 종류 및 중요도, 위협의 정도와 내용 등을 종합적으로 비교衡量하여 구체적으로 확정하여야 할 것이다.

(2) 이 사건 사안과 같이 국민의 생명·신체 내지 보건 등 매우 중요한 사항에 관한 것인 경우, 특히 이 사건 고시와 같이 위험성을 내포한 식재료가 대량으로 수입되어 국내에서 제대로 검역되지 못한 채 유통됨으로써 일반 소비자에게 초래될 수 있는 위협의 정도와 내용이 매우 중대하고 심각할 뿐 아

나라 이를 돌이키거나 통제하는 것이 불가능한 사안에 있어서는, 단순히 기본권보호의무 위반이 명백한 경우에만 그 보호조치가 헌법에 위반된다고 보는 것은 국가에게 국민의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 부과한 헌법의 기본정신에 부합한다고 보기 어렵고, 제3자의 권리나 공익을 침해함이 없이 채택할 수 있는 더 개선된 다른 보호수단이 존재하거나, 보호법익에 대한 위협을 최소화하기 위한 충분한 노력과 시도를 다하였다는 점이 명백하지 아니한 한, 헌법상 충분한 보호조치를 취한 것이라고 판단할 수 없다 할 것이다.

더구나, 국가 보호조치의 수준을 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받은 의회가 직접 정하지 않고 이 사건 고시와 같이 하위의 법령에 의하여 보호조치의 수준이 결정되도록 하고 있는 경우에는, 보다 엄격한 기준에 의하여 심사할 필요가 있다 할 것이다.

나. 이 사건 고시의 문제점

(1) 다수의견도 지적하는 바와 같이, 변형 크로이츠펠트야콥병은 소해면상뇌증에 감염된 소에 축적된 변형 프리온 단백질을 섭취한 사람에게 전이되는 것으로, 발병될 경우 거의 100%에 가까운 치사율을 보이는 것으로 알려져 있고, 그에 대한 특별한 예방이나 치료방법이 밝혀지지 않은 현재의 과학기술지식으로서의 소해면상뇌증에 감염된 소에 축적된 변형 프리온 단백질을 차단시키는 조치가 필요한 것으로 확인되고 있다. 그런데 미국에서는 이미 소해면상뇌증과 변형 크로이츠펠트야콥병이 발병한 사실이 객관적으로 확인된 바 있을 뿐 아니라, 지금까지의 과학기술지식에 의하더라도 소해면상뇌증에 감염된 미국산 쇠고기가 수입·유통됨으로써 소해면상뇌증이 확산되거나 변형 크로이츠펠트야콥병으로 전이될 가능성을 배제할 수 없다 할 것이다.

다수의견은 이러한 사실을 전제로 미국산 쇠고기 수입과 관련하여 국민의 생명과 신체 등 기본권적 법익을 보호하여야 할 위험상황에 처해 있다는 점과 그 위협을 방지하기 위하여 국가에게 구체적 보호의무가 있다는 점을 인정하면서도, 미국이 OIE 국제기준에 따라 소해면상뇌증 위험통제국의 지위를 취득한 것과 관련하여 그 자체로써 미국산 쇠고기 수입으로 인한 소해면상뇌증 및 변형 크로이츠펠트야콥병이 발병·전이될 위험성이 실제로 감소된 것으로 본 나머지, 미국산 쇠고기의 수입위생조건 및 검역조건을 종전보다 완화시킨 이 사건 고시가 관련 과학기술 지식과 OIE 국제기준 등에 근거한 보호조치로서 자의적으로 재량권을 행사하였다거나 합리성을 상실하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

판례집 20-2(하)

(2) 그러나 이와 같이 다수의견이 이 사건 고시의 위헌성과 관련하여 중요한 판단기준으로 내세우는 OIE 국제기준은 국제수역사무국에서 세계무역기구 회원국 간에 동물과 동물성 제품의 무역과 관련하여 개발한 표준 내지 기준으로서 단지 권고적 의미만을 가질 뿐이므로, 이에 기초하여 이 사건 고시의 기본 권보호의무 위반 여부를 판단할 수는 없다고 할 것이다(회원국의 위생 검역조치가 자의적인 무역제한조치로 악용되는 것을 방지하기 위한 목적으로 체결된 SPS 협정은 각국의 조치가 관련 국제기준에 부합할 것을 요구하면서도, 회원국의 특수성에 기반하여 과학적 정당성 등이 있는 경우에는 회원국이 국제기준 등에 기초한 조치보다 높은 보호수준의 위생 및 검역조치를 도입·유지할 권리를 배제하지 않고 있다. SPS 협정 제3조 제2항·제3항 참조).

다만, 세계무역기구 회원국인 우리나라로서는 소해면상뇌증 등에 대한 위생 및 검역조치와 관련하여 국제무역환경 속에서 OIE 국제기준과 과학기술 지식에 터잡아 위생 및 검역조치를 취할 필요가 있다는 측면까지 부정하기는 어려우므로, 개정 전 고시에 비하여 전반적으로 완화된 내용의 수입위생조건을 담고 있는 이 사건 고시의 위헌방지조치로서의 합리성 등을 판단함에 있어, 한편으로는 OIE 국제기준 및 과학기술지식 등을 염두에 두면서, 다른 한편 수입위생조건에서 정한 수입허용범위가 적정한 것인지, 미국에서 수출용 쇠고기에 대한 위생검역조치가 합리적인 것인지, 국내 수입검역장에서의 위생 및 검역조치가 제대로 갖추어져 있는지 여부 등을 종합적으로 확인할 필요가 있을 것이다. 물론 여기에는 미국산 쇠고기를 섭취하는 우리 국민의 식생활 습관과 국내 시장에서의 쇠고기 유통현황 등도 함께 고려되어야 할 것이다.

(3) 이 사건 고시는 개정 전 고시에 비하여 수입허용 범위를 더 넓히면서 검역과 통제는 더 축소하는 등 미국산 쇠고기에 대한 수입위생조건을 완화하여 설정하고 있다.

먼저, 개정 전 고시는 30개월령 미만 소에서 생산된 지육으로부터 뼈를 제거한 골격근육만을 수입하도록 하면서 모든 소의 뇌, 눈, 척수, 머리뼈, 척추, 편도, 회장원위부 및 이들로부터 생산된 단백질 제품을 제외한 반면, 이 사건 고시는 30개월령 이상 소의 경우에도 뇌, 눈, 척수, 머리뼈, 등뼈, 등배신경절, 척추를 제외하고는 수입이 가능한 것으로 규정함으로써 수입허용범위를 지나치게 넓게 설정하고 있다. 비록 이 사건 고시 부칙에서 30개월령 이상 쇠고기에 대해서는 소비자 신뢰 개선 시까지 수입을 일시 유예하면서(제7항), 미국

이 ‘강화된 사료조치’를 공포할 경우에 수입이 허용될 수 있도록 하였으나(제2항), 여기서 말하는 유예조치는 한시적인 것에 불과할 뿐 아니라 ‘강화된 사료조치’가 무엇인지 불분명하며, 나아가 30개월령 미만의 소의 경우 눈, 머리 뼈, 척수에 대해서도 수입업자의 주문만으로 수입이 가능하다는 문제가 있다(부칙 제8항). 특히 이 사건 고시에서 특정위험물질(SRM, 제1조 제9항)을 정함에 있어 막연히 내장 부위 중 회장원위부 정도만을 특정위험물질로 정하고 있는데(기록에 편철된 우리 정부의 2007. 9. 11.자 제2차 전문가회의 자료에 의하면, 위, 창자 등 내장 전체를 수입금지할 것을 제안한 바 있음), 이는 국내 수입검역과정에서 소장 부위 중 특정위험물질인 회장원위부가 제대로 제거됐는지 확인하는 것이 어렵다는 점과 국내에서 소장을 비롯한 소의 내장을 광범위하게 식재료로 사용하고 있다는 점을 제대로 고려하지 아니한 것으로서, 미국산 쇠고기 수입과 관련한 이 사건 고시의 수입위생조건을 정함에 있어 내장 및 뼈 부위를 식재료로 광범위하게 사용하여 온 우리 국민의 식생활 습관을 충분히 고려하지 않았다는 데 문제의 심각성이 있다고 할 것이다.

나아가 수출작업장의 관리·감독권과 관련하여, 개정 전 고시는 수출 쇠고기의 작업장 선정에 대한 한국정부의 현지 점검 및 승인권을 인정함과 아울러(제5조), 수출 쇠고기의 작업장에 대한 현지점검권을 인정하면서 수입위생조건 중 중대한 위반사실을 발견한 때에는 미국정부에 해당 작업장에서 처리된 쇠고기의 한국수출 중단을 요구할 수 있다고 하였으나(제7조), 이 사건 고시에서는 미국 농업부의 검사 하에 운영되는 미국의 모든 육류작업장에 대하여 수출 쇠고기 또는 쇠고기 제품의 생산자격을 부여하였고(제6조), 수출 작업장에 대한 감독권한을 미국정부에 부여하였으며(제7조), 한국 정부는 단지 쇠고기 및 쇠고기 제품을 수출하는 육류작업장 중 대표성 있는 표본에 대하여 현지 점검을 실시할 수 있는 정도로 규정함으로써(제8조) 미국 내 수출작업장에 대한 우리 정부의 관여 정도를 개정 전 고시에 비하여 현저하게 약화시켜 놓았다.

또한 수입검역 단계에서도 이 사건 고시는 개정 전 고시와는 달리 수출검역서의 기재사항에서 소해면상뇌증 의심 또는 감염소가 아니라는 확인을 제외시킴으로써 종래 수출국인 미국 측의 검역사항으로 되어있던 것을 상당 부분 수입국인 우리 정부의 검역사항으로 전환시킨 결과가 되었고, 국립수의과학검역원의 지침인 ‘미국산 쇠고기 검역·검사 지침’에 따르면, 수입된 물량 중 일부에 대한 개봉검사(관능검사) 비율(제22조의 ‘정상 검사절차 및 비율’을

판례집 20-2(하)

의미함)이 3% 정도에 불과하여, 우리 정부가 설사 검역 검사 과정 중 식품 안전에 대한 위해를 발견한다고 하더라도 생산단위인 당해 로트를 불합격 조치할 수 있을 뿐 해당 육류작업장에서 생산된 제품은 여전히 수입검역검사를 받을 수 있으며, 동일 제품의 동등 이상 몰량 5개 로트에 대한 검사에서 식품 안전 위해가 발견되지 않는다면 여전히 정상 검사절차 및 비율을 적용하여야 한다고 하여(이 사건 고시 제23조), 수입 검역의 내용에 대하여 특별한 제한을 두지 않았던 개정 전 고시(제20조 참조)에 비하여 검역권한 자체를 상당히 축소함으로써 미국산 쇠고기 수입으로 인한 위험방지조치로서 취해진 이 사건 수입위생조건 자체를 유명무실하게 만들 만큼 수입검역조치가 부실화될 우려를 배제할 수 없게 되었다.

(4) 정부가 위와 같이 수입위생조건을 완화하여 설정한 것은 미국에서 OIE 국제기준에 따라 소해면상뇌증의 위험을 통제하고 있다는 전제에 선 것이나, 앞서 보았듯이 OIE 국제기준은 소해면상뇌증으로 인한 위험성 판단 요소 중 하나에 불과하고, 나아가 미국에서의 소해면상뇌증 위험통제에 대하여 불 때 동물성 단백질 사료를 소 이외에 다른 가축의 사료로 사용함으로써 비롯되는 이른바 교차오염의 위험을 해결하지 못하고 있을 뿐만 아니라(교차위험은 OIE 국제기준에 나와 있지는 않으나, 소해면상뇌증의 위험성을 증대시키는 요인으로 알려져 있음), 2008. 4. 25. 미국 연방 관보에 입법예고된 미국의 사료금지조치(2009. 4. 27. 시행)에 의하더라도 30개월령 미만이나 소해면상뇌증의 감염 의심이 있는 소로부터 유래된 동물성 사료의 사용 금지 여부를 규제하지 않아 여전히 소해면상뇌증 발병 위험성이 상존한다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 미국에서 소해면상뇌증에 대한 위험통제가 제대로 이루어진다고 판단할 수는 없을 것이다.

그럼에도 불구하고 우리 정부는 미국에서 소해면상뇌증에 대한 위험통제가 충분히 적절하게 이루어질 것이라고 안이하게 판단하여 개정 전 고시보다 수입허용범위를 더 넓히면서 수출작업장에 대한 통제와 수입검역단계에서의 검역조치를 축소하거나 약화시키는 내용의 이 사건 수입위생조건을 설정한 것이다.

(5) 이 사건 고시는 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호하기 위한 조치로서의 성격을 지니는 것이므로, 개정 전의 고시에 비하여 전반적으로 그 보호조치를 완화함에 있어서는 단지 OIE 국제기준만을 고려하는 것을 넘어서, 미국산 쇠고기의 실질적 위험성의 감소 여부에 대한 독자적인 판단과

우리나라의 특수한 사정에 대한 고려를 통하여 그 보호조치가 부족함이 없는 지를 보다 세심히 살폈어야 할 것이다.

특히, 내장 및 뼈 부위를 식재료로 광범위하게 사용하여 온 우리나라의 식문화의 특수성은 어느 정도 인정되는 것인 만큼, 정부는 과학적인 지식에 입각한 전문적인 위험성 조사 및 그 결과에 대한 투명한 공개를 통하여 국민의 막연한 우려와 공포심을 합리적인 이성에 입각한 판단으로 전환시킬 수 있는 사전적 절차를 충분히 마련하였어야 할 것이다.

또한, 수입쇠고기의 불투명한 유통과정, 군대·학교 등 대규모 급식의 불충분한 관리 상태, 당초 원산지 표시제가 시행되고 있지 않았던 점 등 법률적·제도적인 측면에서도 이 사건 고시의 제정 무렵에는 소비자의 선택권이 충분히 보장되기 어려운 상황이었다.

이 사건 고시를 발령할 당시 정부가 이러한 사정을 종합적으로 충분히 고려하여 미국산 쇠고기 수입으로 인한 위험방지조치를 취하였다고는 보기 어렵고, 위와 같은 이 사건 고시의 미비점은 엄청난 국민적 저항에 부딪쳐 뒤늦게 일부 보완되기도 하였으나, 그렇다고 하여 이 사건 고시 자체의 미비점이 완전히 치유되었다고는 보기 어렵다.

(6) 위에서 본 바와 같이, 미국이 비록 OIE 국제기준에 따라 소해면상뇌증 위험통제국 지위를 취득하였다고 하더라도 이 점만으로 미국에서 소해면상뇌증의 위험성이 감소하였다고 평가하기는 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 고시에서 정한 수입허용 범위, 수출국 검역장에 대한 조치 및 수입검역단계에서의 조치 등을 종합적으로 볼 때, 이 사건 고시는 미국에서의 소해면상뇌증에 대한 위험통제 상황과 관련 과학기술지식 및 우리 국민의 식생활 습관 등에 대하여 충분히 고려하지 아니한 채 성급하게 이루어진 것이라고 할 것이다.

#### 다. 결 론

이 사건 고시는 미국이 OIE 국제기준상 소해면상뇌증 위험통제국 지위를 얻은 것에 기초하여 특별한 사정변경 없이 개정 전 고시보다 수입위생조건을 완화시킴으로써 미국산 쇠고기에 대한 위험방지조치의 정도를 현저히 낮춘 것으로서, 이를 정당화할만한 특별한 사정변경이나 공익적 필요성을 발견할 수 없는 반면, 미국산 쇠고기의 수입·유통으로 국민의 생명, 신체의 안전 등 기본권적 법익을 해할 위험성이 여전히 남아 있다 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 고시는 국가의 기본권 보호의무를 불충분하게 이행한 것이라고 아니할 수 없고, 따라서 이 사건 고시는 국가의 기본권 보호의무에 위배

판례집 20-2(하)

하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 봄이 상당하다 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍  
목영준(해외출장으로 서명날인 불능) 송두환

[별지 1] 농림수산물부고시 제2008-15호

「가축전염병예방법」 제34조 제2항 및 같은법 시행규칙 제35조에 따라 「미국산 쇠고기 수입위생조건」(농림부 고시 제2006-15호, 2006년 3월 6일)을 다음과 같이 개정 고시합니다.

2008년 6월 26일

농림수산물부 장관

[미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건]

이 수입위생조건은 미합중국(이하 “미국”이라 한다)에서 대한민국(이하 “한국”이라 한다)으로 수출되는 쇠고기 및 쇠고기 제품에 적용된다.

[용어의 정의]

1. 이 수입위생조건에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

(1) “쇠고기 및 쇠고기 제품”은 미국 연방 육류검사법에 기술된 대로 도축 당시 30개월령 미만 소의 모든 식용부위와 도축 당시 30개월령 미만 소의 모든 식용부위에서 생산된 제품을 포함한다. 다만, 특정위험물질(specified risk materials, SRM); 모든 기계적 회수육(mechanically recovered meat, MRM)/기계적 분리육(mechanically separated meat, MSM) 및 도축 당시 30개월령 이상된 소의 머리뼈와 척주에서 생산된 선진 회수육(advanced meat recovery product, AMR)은 ‘쇠고기 및 쇠고기 제품’에서 제외된다. 특정위험물질 또는 중추신경계 조직을 포함하지 않는 선진 회수육은 허용된다. 분쇄육, 가공제품, 그리고 쇠고기 추출물은 선진 회수육을 포함할 수 있지만 특정위험물질과 모든 기계적 회수육/기계적 분리육은 포함하지 않아야 한다.

(2) “BSE”는 소해면상뇌증(Bovine Spongiform Encephalopathy)을 말한다.

(3) “소”는 미국에서 출생·사육되거나, 한국정부가 한국으로 쇠고기 또는 쇠고기 제품의 수출 자격이 있는 것으로 인정한 국가에서 미국으로 합법적으로 수입되었거나, 또는 도축 전 최소 100일 이상 미국 내에서 사육된 가축화된 소과 동물(Bos taurus 및 Bos indicus)을 말한다.

(4) “식품 안전 위해”는 식품을 사람이 소비하기에 안전하지 못하도록 하는

어떠한 생물학적, 화학적, 또는 물리적인 성질을 뜻한다.

(5) “로트”는 한 육류 작업장에서 유래한 쇠고기 및 쇠고기 제품 물량으로서 하나의 수출증명서에 확인된 것을 말하며, 동일한 가공 유형 및 제품 표준(하위 유형)으로 구성되어 있다.

(6) “육류작업장”은 미국 농업부의 검사 하에 운영되는 쇠고기 및 쇠고기 제품을 위한 도축장, 가공장 및 보관장을 포함한다.

(7) “위반”은 식품 안전 위해에 속하지 않는 본 수입위생조건과의 불일치를 뜻한다.

(8) “중대한 위반”은 선적된 제품내의 식품 안전 위해 또는 시스템 점검 중에 발견된 식품 안전 위해를 뜻한다.

(9) “특정위험물질(SRM)”은 다음을 말한다.

(가) 모든 율령의 소의 편도(tonsils) 및 회장원위부(distal ileum)

(나) 도축 당시 30개월령 이상된 소의 뇌(brain)·눈(eyes)·척수(spinal cord)·머리뼈(skull)·등배신경절(dorsal root ganglia) 및 척주(vertebral column (단, 꼬리뼈(the vertebrae of the tail), 경추·흉추·요추의 횡돌기와 극돌기(transverse processes and spinous processes of the cervical, thoracic and lumbar vertebrae), 천추의 정중천골능선과 날개(median crest and the wings of the sacrum)는 제외한다)를 말한다.

(10) “미국”은 50개 주와 워싱턴 D.C.(District of Columbia)를 말한다.

#### 일반 요건

2. 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 선적하기 전에

(1) 미국은 과거 12개월간 구제역이, 과거 24개월간 우역, 우폐역, 럼프스킨 병과 리프트게곡열이 발생하지 않았으며

(2) 이들 질병에 대하여는 예방접종을 실시하지 않았어야 한다.

상기에도 불구하고 한국정부가, 특정 질병에 대하여 긴급 예방접종 실시를 포함하여 효과적인 살처분 정책이 미국 내에서 이행된다고 인정하는 경우, 미국을 해당 질병 비발생 상태로 인정하는데 필요한 기간은 한국 정부가 위험 분석을 실시한 후 국제수역사무국(OIE) 위생규약에 따라 단축될 수 있다.

3. 상기 2조에 열거된 질병이 미국 내에서 발생하는 경우, 미국 정부는 2조의 조건을 충족시키지 못하는 모든 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대하여 한국으로의 수출검역증 발급을 즉각 중단하여야 한다.

4. 미국 정부는, 미국의 규정에 따라 BSE를 효과적으로 발견하고, 그 유입

판례집 20-2(하)

및 확산을 방지하기 위하여 조치를 지속적으로 유지한다. 이 조치들은 OIE의 BSE 위험통제국 지위에 대한 지침에 부합되거나 그 이상인 조치들이다. 미국 정부는 BSE와 관련된 어떠한 조치를 폐지 또는 개정할 경우, 미국의 세계무역기구(WTO)에 대한 약정에 따라 WTO에 통지하고 한국에도 이 내용을 알려 줄 것이다.

5. 미국에 BSE가 추가로 발생하는 경우, 미국정부는 즉시 철저한 역학조사를 실시하여야 하고 조사 결과를 한국정부에 알려야 한다. 미국정부는 조사 내용에 대해 한국정부와 협의한다. 추가 발생 사례로 인해 OIE가 미국 BSE 지위 분류에 부정적인 변경을 인정할 경우 한국정부는 쇠고기와 쇠고기 제품의 수입을 중단할 것이다.

[육류작업장에 대한 요건]

6. 미국 농업부의 검사 하에 운영되는 미국의 모든 육류작업장은 한국으로 수출되는 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산할 자격이 있다. 작업장은 한국정부에 사전 통보되어야 한다.

7. 미국정부는 한국으로 수출되는 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산하는 육류작업장이 본 수입위생조건과 미국 규정을 준수하는지를 확인하기 위해 정기적인 모니터링과 점검 프로그램을 유지할 것이다. 중대한 위반이 발생한 경우, 미국 식품안전검사청(Food Safety and Inspection Service, FSIS) 직원은 위반 기록을 발행하고 위반 제품을 즉시 통제한다. 위반 제품을 야기한 공정이 진행중인 경우 FSIS는 적절한 개선 및 방지 조치가 취해졌다고 결정할 때까지 즉시 해당 공정을 중단시킬 것이다. 개선조치가 적절하다고 FSIS가 결정하는 경우에만 생산 재개가 허용될 것이다. 미국 정부는 육류작업장에 대한 중단조치가 내려진 경우 및 개선조치가 취해진 경우 이를 한국정부에 통보한다.

8. 한국정부는 한국으로 쇠고기 및 쇠고기 제품을 수출하는 육류작업장 중 대표성 있는 표본에 대해 현지 점검을 실시할 수 있다. 현지점검 결과, 본 수입위생조건에 대한 중대한 위반을 발견했을 경우, 한국정부는 그 결과를 미국정부에 통보하고, 미국정부는 적절한 조치를 취해야 하며 취한 조치를 한국정부에 알려야 한다.

9. 7조, 8조 또는 24조에 따른 중단조치를 해제하기 전에 미국정부는 중단 조치된 육류작업장이 적절한 개선 및 방지 조치를 결정하고 시행했는지 여부를 확인하여야 한다. 미국정부는 육류작업장이 취한 개선조치와 육류작업장

에 대한 중단조치 해제일자를 한국정부에 통보하여야 한다.

[쇠고기 및 쇠고기 제품에 대한 요건]

10. 쇠고기 및 쇠고기 제품은 미국 내에서 출생·사육된 소, 한국정부가 한국으로 쇠고기 또는 쇠고기 제품의 수출 자격이 있는 것으로 인정한 국가로부터 미국으로 합법적으로 수입된 소, 또는 도축 전 최소한 100일 이상 미국 내에서 사육된 소에서 생산된 것이어야 한다.

11. 수출용 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산한 소는 OIE가 채택하고 있는 동물위생규약상 BSE가 의심되거나 확정된 개체, BSE 감염 소의 확정된 후대, 또는 BSE 감염 소의 확정된 동거축으로 정의된 소가 아니다.

12. 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 생산하는 육류작업장은 위생적으로 특정위험물질을 제거하는 프로그램을 유지하여야 한다.

13. 특정위험물질을 제거하기 위한 목적으로 도축 시 소의 연령은 나이를 확인할 수 있는 서류 또는 치아감별법에 의해 확인되었다.

14. 육류작업장은 도축용으로 소를 구입한 시설이 표시된 구매기록을 보관한다. 기록은 구매시점으로부터 2년이 경과한 후에 폐기시킬 수 있다.

15. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 미국정부가 쇠고기 및 쇠고기 제품을 한국으로 수출하는 자격을 승인한 육류작업장(도축장)에서 상주 미국 농업부수의사의 감독 하에 미국 농업부 검사관이 실시한 생체 및 해체검사에 합격한 소로부터 유래하였다.

16. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 도살 전 두개강 내에 가스나 압축공기를 주입하는 기구를 이용하여 기절시키는 과정이나 천자법(pithing process)을 사용하지 아니한 소에서 생산되었다.

17. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 FSIS의 규정에 따라 SRM 또는 30개월령 이상된 소의 머리뼈와 척주에서 생산된 기계적 회수육(MSM)에 의한 오염을 방지하는 방식으로 생산 및 취급되었다.

18. 쇠고기 및 쇠고기 제품내의 공중위생상 위해를 일으킬 수 있는 잔류물질(방사능·합성항균제·항생제·중금속·농약·홀몬제 등)과 병원성 미생물은 한국정부가 규정하고 있는 허용기준을 초과하지 아니하여야 한다. 쇠고기 및 쇠고기 제품은 한국 법규에 따라 이온화 방사선, 자외선 및 연육제로 처리될 수 있다.

19. 쇠고기 또는 쇠고기 제품은 위생적인 포장 재료를 사용하여 포장되어야 한다.

판례집 20-2(하)

20. 쇠고기 및 쇠고기 제품의 가공·저장 및 수송은 가축전염병의 병원체에 의한 오염을 방지하는 방식으로 취급되어야 한다.

21. 쇠고기 및 쇠고기 제품을 수송하는 선박(항공기)의 냉동(냉장)실이나 컨테이너는 미국 정부의 봉인(seal) 또는 미국 정부가 인정한 봉인으로 봉인된 후 미국정부 수의관에 의해 증명 되어야 한다.

[수출검역증]

22. 쇠고기 및 쇠고기 제품은 한국정부의 수의당국에 제출할 다음 각 호의 사항을 기재한 미국정부 수의당국에서 발행한 수출위생증명서와 한국 수출용 쇠고기 및 쇠고기 제품 증명서를 동반하였을 때 수입 검역검사를 받을 수 있다.

- (1) 상기 2조, 10조, 15조~20조에 명시된 사항
- (2) 품명(축종 포함), 포장 수량 및 최종 가공작업장 별로 기재한 중량(순중량)
- (3) 도축장, 식육가공장, 보관장의 명칭, 주소 및 작업장번호
- (4) 도축기간 그리고/또는 가공기간(일/월/년-일/월/년)
- (5) 수출자 및 수입자의 성명, 주소
- (6) 검역증명서의 발급일자 및 발급자의 성명·서명
- (7) 컨테이너번호 및 봉인번호

[수입 검역검사 및 규제 조치]

23. 검역 검사 과정 중 한 로트에서 식품 안전 위해를 발견하였을 경우, 한국정부는 해당 로트를 불합격 조치할 수 있다. 한국정부는 미국정부에 이에 관하여 통보하고 협의하여야 하며 적절한 경우 개선조치를 요청할 수 있다. 특정위험물질이 발견될 경우, 미국 식품안전검사청은 해당 문제의 원인을 밝히기 위한 조사를 실시할 것이다. 해당 육류작업장에서 생산된 제품은 여전히 수입검역검사를 받을 수 있다. 다만, 한국정부는 해당 육류작업장에서 이후 수입되는 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대한 검사 비율을 높일 것이다. 동일 제품의 동등 이상 물량 5개 로트에 대한 검사에서 식품안전 위해가 발견되지 않았을 경우, 한국정부는 정상 검사절차 및 비율을 적용해야 한다.

24. 동일한 육류작업장에서 생산된 별개의 로트에서 최소 2회의 식품안전 위해가 발견된 경우, 해당 육류작업장은 개선조치가 취해질 때까지 중단조치될 수 있다. 해당 육류작업장에서 생산되고 중단일 이전에 인증된 쇠고기 및 쇠고기 제품은 여전히 수입검역검사를 받을 수 있다. 작업장은 미국정부가 개

선조치가 완료되었음을 한국정부에게 입증할 때까지 중단조치된 상태로 남는다. 미국정부는 육류작업장의 개선조치와 중단조치가 해제된 일자를 통보해야 한다. 한국정부는 미국에 대한 차기 시스템 점검 시 해당 작업장에 대한 현지점검을 포함시킬 수 있다.

[협 의]

25. 한국정부가나 미국정부는 본 위생조건의 해석이나 적용에 관한 어떠한 문제에 관하여 상대방과 협의를 요청할 수 있다. 달리 합의하지 않으면, 협의는 요청을 받은 국가의 영토 내에서 요청일로부터 7일 이내에 개척되어야 한다.

부 칙

① (시행일) 이 고시는 고시한 날부터 시행한다.

② 미국이 강화화살포금지조치를 공포할 시 제1조 (1)을 다음과 같이 수정하여 적용해야 한다. : “쇠고기 및 쇠고기 제품”은 미국 연방 육류검사법에 기술된 대로 소의 모든 식용부위와 모든 식용부위에서 생산된 제품을 포함한다. 다만, 특정위험물질(specified risk materials, SRM); 모든 기계적 회수육(mechanically recovered meat, MRM)/기계적 분리육(mechanically separated meat, MSM) 및 도축 당시 30개월령 이상된 소의 머리뼈와 척주에서 생산된 선진 회수육(advanced meat recovery product, AMR)은 ‘쇠고기 및 쇠고기 제품’에서 제외된다. 특정위험물질 또는 중추신경계 조직을 포함하지 않는 선진 회수육은 허용된다. 분쇄육, 가공제품, 그리고 쇠고기 추출물은 선진 회수육을 포함할 수 있지만 특정위험물질과 모든 기계적 회수육/기계적 분리육은 포함하지 않아야 한다.

③ 본 수입위생조건 시행일 후 첫 90일 동안 한국은 새로운 작업장의 승인 또는 이전에 취소되었던 작업장의 재승인에 관한 미국의 결정을 점검 그리고 /또는 거부할 수 있다.

④ 본 수입위생조건 시행일 후 첫 180일 동안 티본스테이크와 포터하우스 스테이크 수출 시에는 이들 제품이 30개월령 미만의 소에서 생산되었음을 한국정부 관리에게 확인시켜주는 어떠한 표시가 상자에 부착될 것이다. 한국정부와 미국정부는 180일 기간이 종료된 후에 위 표시가 쇠고기 교역과 검사에 미치는 영향을 검토한 후 우려사항을 해결하기 위한 측면에서 협의하기로 합의하였다.

⑤ 본 수입위생조건 제1조(9)(나)의 적용과 관련하여 미국정부는 미국 내에서 도축되는 모든 소(수출용 또는 내수용을 불문한다)로부터 미국규정

판례집 20-2(하)

[9CFR§310.22(a)]에 정의된 특정위험물질(SRM)을 제거한다. 한국정부는 수입 검역·검사과정에서 현행 미국규정에 따른 특정위험물질이 제거되지 않았다고 판단되는 쇠고기 또는 쇠고기제품을 발견한 때에는, 본 수입위생조건 제23조 및 제24조의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 권리를 가지고 있다.

⑥ 본 수입위생조건 제5조의 적용과 관련하여 한국 정부는 GATT 제20조 및 WTO SPS 협정에 따라 건강 및 안전상의 위험으로부터 한국 국민을 보호하기위해 수입중단 등 필요한 조치를 취할 권리를 가진다.

⑦ 부칙 2항의 규정에도 불구하고, 민간부문의 경과조치를 지원하기 위하여, 우리 소비자들의 미국산 쇠고기에 대한 신뢰가 회복될 때까지 미 농업부의 “30개월 미만 연령 검증 품질체계평가(QSA) 프로그램”에 따라 검증된 작업장에서 생산된 쇠고기 및 쇠고기 제품만 반입이 허용된다. 이 경과조치 기간동안 30개월 이상 소에서 생산된 쇠고기가 발견될 경우, 해당 쇠고기 및 쇠고기 제품을 반송한다.

⑧ 30개월 미만 소의 뇌, 눈, 머리뼈, 또는 척수는 특정위험물질 혹은 식품안전 위해에 해당되지 않는다. 그러나 수입자가 이들 제품을 주문하지 않는 한, 이들 제품이 검역검사과정에서 발견될 경우, 해당 상자를 반송한다.

⑨ 본 수입위생조건 제8조의 해석과 관련하여, 대표성 있는 표본에 대한 현지점검 시 한국정부는 점검이 필요하다고 판단하는 특정 작업장을 점검 대상에 포함시킬 수 있다. 현지점검 결과 점검단이 본 수입위생조건에 대한 중대한 위반사항이라고 판단되는 것을 발견할 경우 점검단은 적절한 개선조치에 대해 즉시 미국 정부 관계관과 협의한다. 이 기술적인 협의로 문제를 해결하지 못할 경우, 양국정부는 고위급 협의를 한다. 양국 정부가 4주 이내에 적절한 개선조치에 대해 합의하지 못할 경우, 한국정부는 비록 해당 작업장의 제품에 대한 수입 검역검사과정에서 식품안전위해가 발견되지 않았다고 하더라도 해당 작업장에서 이후 수입되는 다섯 번의 선적분에 대하여 쇠고기 및 쇠고기 제품의 검사비용을 높일 수 있다. 본 수입위생조건 제24조의 해석과 관련하여 상기 강화된 검사기간 동안 또는 일반적인 검사에서, 2회 이상 식품안전 위해가 발견되면, 한국정부는 미국정부에 해당 작업장의 중단을 요청할 수 있다. 이 요청을 받는 대로 미국정부는 해당 작업장을 중단시켜야 한다. 한국정부는 차기 시스템 점검 시 해당 작업장을 재점검할 수 있다.

구 가축전염병예방법(2008. 9. 11. 법률 제9130호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘가축전염병예방법’이라 한다) 제31조(지정검역물) 수출입검역대상물건은 다

음 각 호의 1에 해당하는 물건으로서 농림수산식품부령이 정하는 물건(이하 “지정검역물”이라 한다)으로 한다.

1. 동물과 그 사체
2. 뼈·살·가죽·알·털·발굽·뿔 등 동물의 생산물과 그 용기 또는 포장
3. 그 밖에 가축전염성질병의 병원체를 퍼뜨릴 우려가 있는 사료·기구·깔짚 기타 이에 준하는 물건

제32조(수입금지) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물건은 수입하지 못한다. 다만, 시험연구 또는 예방약제조에 사용하기 위하여 농림수산식품부장관의 허가를 받은 물건과 항공기·선박의 단순기항 또는 밀봉된 컨테이너로 차량·열차에 탑재하여 제1호의 수입금지지역을 경유한 지정검역물에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 농림수산식품부장관이 지정·고시하는 수입금지지역에서 생산 또는 발송되었거나 그 지역을 경유한 지정검역물
2. 동물의 전염성질병의 병원체

제33조(수입금지물건 등에 대한 조치) ① 검역관은 수입된 지정검역물이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 화주(대리인을 포함한다. 이하 같다)에게 반송을 명할 수 있으며, 반송하는 것이 가축방역에 지장이 있거나 반송이 불가능하다고 인정하는 경우에는 소각·매몰 또는 농림수산식품부장관이 정하여 고시하는 가축방역상 안전한 방법(이하 “소각·매몰 등”이라 한다)으로 처리할 것을 명할 수 있다.

2. 제34조 제1항 본문의 규정에 의하여 수출국의 정부기관이 발행한 검역증명서를 첨부하지 아니한 경우

제34조(수입을 위한 검역증명서의 첨부) ① 지정검역물을 수입하는 자는 수출국의 정부기관이 가축전염병의 병원체를 퍼뜨릴 우려가 없다고 증명한 검역증명서를 첨부하여야 한다. 다만, 동물검역에 관한 정부기관이 없는 국가로부터의 수입 등 농림수산식품부령이 정하는 경우와 동물검역기관의 장이 인정하는 수출국가의 정부기관으로부터 통신망을 통하여 전송된 전자문서 형태의 검역증이 동물검역기관의 주전산기에 저장된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 농림수산식품부장관은 가축방역 및 공중위생상 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 검역증명서의 내용에 관련된 수출국의 검역내용



및 위생상황 등 위생조건을 정하여 고시할 수 있다.

제36조(수입검역) ① 지정검역물을 수입한 자는 지체 없이 농림수산물식품부령이 정하는 바에 따라 동물검역기관의 장에게 검역을 신청하고 검역관의 검역을 받아야 한다. 다만, 여행자 휴대품으로 지정검역물을 수입하는 자는 입국 즉시 농림수산물식품부령이 정하는 바에 따라 출입 공항·항만 등에 소재하는 동물검역기관의 장에게 신고하고 검역관의 검역을 받아야 한다.

제44조(불합격품 등의 처분) ① 검역관은 제36조·제39조와 제41조 제1항 본문 및 제2항에 따라 검역을 실시하는 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지정검역물을 발견한 때에는 화주로 하여금 소각·매몰 등의 방법으로 처리할 것을 명하거나 이를 폐기할 수 있다.

1. 제34조 제2항 따른 위생조건을 준수하지 아니한 것

제52조(농림수산물식품부장관의 지시) ② 농림수산물식품부장관은 가축전염성 질병의 국내유입을 방지하기 위하여 동물검역기관의 장에게 검역중단, 검역시행장 등에 보관중인 지정검역물의 출고중지 등 수입 검역에 관하여 필요한 조치를 지시할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 따라 동물검역기관의 장이 취할 조치에 관하여는 제44조의 규정을 준용한다.

가축전염병예방법(2008. 9. 11. 법률 제9130호로 개정된 것) 제32조의2(수출국에 대한 쇠고기 수입 중단 조치) ① 농림수산물식품부장관은 제34조제2항에 따라 위생조건이 이미 고시되어 있는 수출국에서 소해면상뇌증이 추가로 발생하여 그 위험으로부터 국민의 건강과 안전을 보호하기 위하여 긴급한 조치가 필요한 경우 쇠고기 또는 쇠고기 제품에 대한 일시적 수입 중단 조치 등을 취할 수 있다.

② 농림수산물식품부장관은 제1항에 따라 수입을 중단하거나 이를 재개하려는 경우 제4조제1항에 따른 중앙가축방역협의회의 의견을 들어야 한다.

부칙 제2조(쇠고기 및 쇠고기 제품 위생조건에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 당시 제34조제2항에 따라 농림수산물식품부장관이 고시한 쇠고기 및 쇠고기 제품에 관한 위생조건은 종전의 규정에 따른다. 다만, 농림수산물식품부 고시 제2008-15호 부칙 제7항에 따라 소비자들의 신뢰가 회복되었다고 판단되어 3개월령 이상 쇠고기 또는 쇠고기 제품을 반입하고자 하는 경우에는 국회의 심의를 받아야 한다.

② 종전의 위생조건이 적용되는 수출국에서 소해면상뇌증이 추가로 발생한

경우에는 제32조의2의 개정규정을 적용하고 종전의 위생조건이 적용되는 수출국에서 중단된 쇠고기 및 쇠고기 제품의 수입을 재개할 경우에는 제34조제3항의 개정규정을 적용한다.

[별지 2] 청구인들의 주장, 피청구인의 답변 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 이 사건 고시 중 미국에서 소해면상뇌증이 발병할 경우에도 한국 정부의 수입중단 조치 권한을 인정하지 않고 있는 제5조, 미국 내 육류작업장에 대한 한국 정부의 감독 권한 및 현지점검 권한 등을 모두 미국 당국에 위임한 제6조 내지 제9조 및 제22조 내지 제24조, 이 사건 고시 부칙 제2항 내지 제5항 등은 국민주권의 내용인 검역주권을 포기한 것으로서 헌법 제1조에 위반된다.

(2) 정부는 이 사건 고시의 개정 과정에서 미국산 쇠고기의 수입위생조건을 개정할 때 한미 정상회담과 한미 자유무역협정(FTA)의 타결에 연계시키고자 하였는데, 이는 국가의 이익과 국민의 이익이 상호 충돌하는 경우에는 '국민이익 우선' 원칙에 따른다는 것을 명확히 한 헌법 제10조 전문 전단에 위반된다.

(3) 변형 크로이츠펠트야콥병은 그 치료는 물론 예방도 어렵고, 한번 발병할 경우 급속히 확산될 가능성이 높으므로 소해면상뇌증 위험성이 있는 쇠고기 및 쇠고기 제품의 수입을 차단하는 것이야말로 이를 예방할 수 있는 유일한 방법인데도 이 사건 고시는 위험성이 높은 미국산 쇠고기에 대한 최소한의 통제장치도 마련하지 아니하여 미국산 쇠고기의 수입으로 국민은 변형 크로이츠펠트야콥병에 걸릴 위험에 직접 노출되게 되므로, 이 사건 고시는 헌법 제36조 제3항에서 보장하는 보건에 관한 권리, 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항의 생명권 및 신체를 훼손당하지 아니할 권리 등을 침해한다.

(4) 이 사건 고시를 통하여서 소비자는 쇠고기의 원산지가 미국이라는 것 이외에 당해 제품의 월령이나 소해면상뇌증 위험성에 대해서는 어떠한 정보도 구할 수 없어 소비자의 안전할 권리가 심각하게 침해되고, 그 이행을 담보하기 위한 방안으로 부족한 육류원산지 표시제 이외에 달리 어떠한 대책도 마련하고 있지 않으므로 헌법 제10조 전문 후단의 국민의 행복추구권 및 헌법 제10조, 제37조 제1항에서 보호되는 일반적 행동자유권, 소비자의 권리 등을 침해한다.

(5) 이 사건 고시의 모태가 된 한미 양국 간 협정은 우리 헌법 제6조 제1항

판례집 20-2(하)

이 규정하고 있는 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’도 아니고, ‘일반적으로 승인된 국제법규’에도 해당되지 않는 것인데도 이 사건 고시의 일부 조항(제1조 제1항, 부칙 제5항)에 의하여 미국 법률에 의한 정의조항 또는 기준들이 국내법과 같은 효력을 가지게 된다는 점에서 헌법 제6조 제1항에 위반되고, 나아가 이 사건 고시에 검역주권을 포기 내지 제한하는 내용을 담고 있으므로 주권의 제약에 관해서는 그 체결·비준 전에 국회의 동의를 받아야 한다는 헌법 제60조 제1항에 위반되며, 이 사건 고시가 법령이 아닌 고시의 형식으로 기본권을 제한하고 있을 뿐 아니라 수권법률의 위임을 벗어나 기본권을 제한하는 새로운 내용을 규정하고 있으므로 헌법 제37조 제2항에도 위반된다.

(6) 이 사건 고시가 2008. 4. 22. 입법예고된 후 청구인들의 건강권 등 국민의 기본권과 직접 관련되는 내용이 변경되었으므로 해당 부분의 입법예고를 다시 하여야 하는데도 이와 같은 절차가 이루어지지 않았고, 세계무역기구협정 소정의 60일 간의 입법예고 기간을 준수하지 아니하였으며, 나아가 이 사건 고시 제5조는 당초의 입법예고와는 다른 내용으로 변경되어 공포되었으므로, 헌법 제37조 제2항과 적법절차원칙을 위반한 것이다.

(7) 이 사건 고시는 그 자체로서 조항의 객관적 의미가 일반인이 보아서는 도저히 명료하게 이해되지 않으며, 그 내용이 상호 모순되어 헌법상의 명확성의 원칙에 반한다.

나. 피청구인 농림수산물부장관 및 이해관계인 법무부장관의 의견요지

(1) 청구인 진보신당은 헌법상 정당으로서 그 단체의 성질상 헌법 제8조에 근거한 정당의 설립과 활동의 자유, 헌법 제21조의 표현의 자유 등 정치적 기본권이 인정될 수 있을 뿐, 보건권, 생명권 등의 기본권과 관련하여서는 청구인 능력이 인정되지 않고, 나머지 청구인들의 경우에도 다음과 같이 적법요건을 구비하지 못하였으므로 이 사건 헌법소원심판은 모두 부적법하므로 각하되어야 한다.

(2) 이 사건 고시는 전문적·기술적인 내용으로 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 상위 법령인 가축전염병예방법에서 고시의 형식으로 정할 수 있도록 위임한 것으로, 일반 국민에 대하여 대외적인 구속력이 없는 행정규칙에 불과하여 헌법소원의 대상 적격이 인정되지 않는다.

(3) 이 사건 고시는 미국 정부 및 미국 내의 육류작업장에 의무를 부과하는 것일 뿐 청구인들의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않으므로 기본권 침해의 가능성이 인정되지 않는다.

(4) 이 사건 고시의 수범자는 미국 내의 육류작업장과 국내 수입자이고 청구인들은 이 사건 고시에 관하여 간접적·사실적 또는 경제적 이해관계만을 가지므로 자기관련성이 인정되지 않는다.

(5) 이 사건 고시는 단순히 미국 정부 및 미국 육류사업장과 우리 정부 간의 수입위생조건을 정하고 있는 행정규칙에 불과하여 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 그 법적 지위에 영향을 미치는 것이 아니고, 국내 검역기관의 수입 검역검사는 집행행위가 예정되어 있으므로 기본권침해의 직접성이 인정되지 않으며, 만일 이 사건 고시가 기본권 침해의 직접성이 인정되는 것이라면 청구인들은 법원에 이 사건 고시에 대한 취소소송을 제기할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 헌법소원심판은 보충성의 원칙에 반한다.

(6) 또 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장만으로는 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못하므로(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268 결정), 이 부분 주장도 부적법하다.

(7) 수입 쇠고기의 검역과 같은 영역에서는 국가 간 협의를 통하여 그 권리와 의무를 조화시키는 것이 필요하므로, 한 국가의 검역에 관한 권한은 절대적이고 무제한적인 것이 될 수 없고, ‘검역주권’이란 개념은 현대적인 국민주권 개념을 남용한 것에 불과하여, 이 사건 고시가 국민주권의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(8) 이 사건에서 국가가 헌법 제10조에서 인정되는 국민의 생명 또는 신체의 안전에 관한 보호의무 또는 헌법 제36조 제3항에서 인정되는 국민 보건에 관한 보호의무를 다하였는지, 즉 기본권 보호의무를 다하였는지의 여부에 관한 심사기준은 ‘과소보호 금지의 원칙’이 되어야 하며, 특히 국가기관이 전적으로 보호조치를 이행하지 않거나 명백하게 부적절하거나 불충분하게 행한 경우에 한하여 헌법재판소가 국가의 보호의무 위반을 확정할 수 있다는 ‘명백성 통제’를 심사기준으로 삼아야 한다.

우리 정부는 독자적인 위험성 평가와 국제기준인 국제수역사무국의 기준에 입각하여 변경된 미국의 소해면상뇌증 위험통제국의 지위를 바탕으로 이 사건 고시를 개정한 것이고, 추가 협상을 통해서 그 내용의 일부를 수정하였으므로 미국산 쇠고기의 수입 재개를 위하여 필요한 최소한의 과학적인 조사와 법적·행정적인 절차들을 모두 거쳤다.

또한 이 사건 고시는 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품에 대한 일반적 요건, 위 요건을 충족하지 못하는 경우의 조치, 우리 정부의 육류작업장에 대한 승

판례집 20-2(하)

인 및 현지 점검 권한, 수입위생조건에 대한 중대한 위반시의 조치 권한, 수출 검역증의 기재사항, 우리 정부의 수입검역 검사 및 규제조치에 대하여 규정하여 공중위생의 향상에 기여하기에 효과적이고 적합한 수단을 채택하고 있고, 특히 부칙에서 한국 수출용 30개월령 미만 증명 프로그램을 도입한 것 등을 종합하면, 이 사건 고시의 내용이 국민의 생명과 건강을 보호하기 위한 기본권 보호의무를 이행함에 있어서 명백하게 부적절하거나 불충분한 것이라고 할 수 없다.

또한 설사 기본권 침해 여부가 문제된다 하더라도, 이 사건 고시는 공중위생의 향상에 기여하고, 국제적인 기준 및 과학적 근거에 입각한 위생보호 조치를 설정함으로써 통상마찰을 예방하고 국제무역을 증진시키고자 한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고, 쇠고기의 수입 단계별로 적절한 수단을 선택하고 있어 방법의 적절성이 인정되며, 정부는 원산지 표시제 적용 대상을 확대하여 그 피해를 최소화할 수 있는 수단을 선택하여 피해의 최소성원칙에 반한다고 할 수 없고, 법익의 균형성도 갖추었는바, 이 사건 고시가 국민의 행복추구권 및 일반적 행동자유권, 소비자의 권리, 생명권 등을 침해한다고 볼 수 없다.

(9) 이 사건 고시는 단순히 미국산 쇠고기의 검역절차 및 그에 따른 권리·의무를 규율하는 것이어서 조약이라고 할 수 없고, 조약이라고 보더라도 그 내용은 ‘주권의 제약에 관한 사항’ 또는 ‘입법 사항’에 관한 것이 아니므로 국회의 동의 대상이 되지 않아 헌법 제60조 제1항에 위반되지 않는다.

(10) 또한 이 사건 고시는 가축전염병예방법 제34조의 명시적인 위임에 근거하고 있고, 이에 의거하여 수입되는 미국산 쇠고기는 안전성을 확보한 것이므로 그 위임의 취지에 반하는 것이라고 볼 수 없으며, 일부 미국법상의 정의 조항을 인용한 것은 기술적 표현방식에 불과하여, 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.

(11) 나아가 이 사건 고시는 행정예고의 대상이므로 재입법 예고를 할 필요가 없으며, 설사 입법예고의 대상이라고 하더라도 추가된 부칙규정은 기존 예고 내용에 중대한 변경이 발생한 것으로 볼 수 없고, 청구인들에게 유리하게 변경된 부분이므로 입법예고가 불필요할 뿐만 아니라(행정절차법 제41조 제1항 제5호), 세계무역기구협정에서는 입법예고 기간을 정하고 있지 않고, 행정절차법 제46조에서도 행정예고 기간을 20일 이상으로 규정하고 있으므로, 입법예고 기간을 준수하지 않았다고 할 수 없어 적법절차의 원칙에도 위반되지

헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 (병합)

않는다.

(12) 이 사건 고시에서 수입이 가능한 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품의 범위는 고시에 기재된 바와 같이 명확하며, 다만 추가협상의 결과 부칙 제7항에서 30개월령 이상 미국산 쇠고기의 수입 자체를 국민의 신뢰가 개선될 때까지 수입을 차단하기로 한 것이므로, 이 사건 고시는 명확성의 원칙에도 위반되지 않는다.

[별지 3] 청구인 및 대리인 명단 : 생략

## 수록사건색인

### 1. 위헌법률심판

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2005헌가21	사립학교법 제57조 위헌제청	2008. 11. 27.	118
2	2006헌가1	국민연금법 제63조 제1항 제1호 단서 위헌제청	2008. 11. 27.	138
3	2007헌가13	석유 및 석유대체연료 사업법 제39조제1항 제7호 위헌제청	2008. 11. 27.	152
4	2007헌가24	폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조제1항 위헌제청	2008. 11. 27.	173
5	2007헌가10·16(병합)	특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조 위헌제청	2008. 12. 26.	523

### 2. 권한쟁의심판

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2005헌라11	북제주군과 완도군 등 간의 권한쟁의	2008. 12. 26.	547

### 3. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2006헌바112, 2007헌바1·88·94, 2008헌바3·62, 2008헌가12(병합)	구 종합부동산세법 제5조 등 위헌소원	2008. 11. 13.	1

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
2	2004헌바54	예산회계법 제96조 제2항 등 위헌소원	2008. 11. 27.	186
3	2006헌바48	신탁업법 제17조의10 위헌소원	2008. 11. 27.	220
4	2006헌바94 2007헌바19 (병합)	특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제6항 위헌소원	2008. 11. 27.	226
5	2007헌바11	관세법 제269조 제3항 제2호 위헌소원	2008. 11. 27.	242
6	2007헌바36	근로기준법 제37조 제2항 등 위헌소원	2008. 11. 27.	260
7	2007헌바51	건축사법 제15조 제1항 위헌소원	2008. 11. 27.	273
8	2005헌바16	특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조 등 위헌소원	2008. 12. 26.	564
9	2005헌바30	구 관세법 제198조 제2항 등 위헌소원	2008. 12. 26.	580
10	2005헌바34	금융산업의 구조개선에 관한 법률 제5조 위헌소원 등	2008. 12. 26.	594
11	2006헌바16	형법 제335조 등 위헌소원	2008. 12. 26.	618
12	2006헌바115	구 상속세 및 증여세법 제63조 제3항 위헌소원	2008. 12. 26.	636
13	2007헌바128	민법 제1066조 제1항 위헌소원	2008. 12. 26.	648

#### 4. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2005헌마161 · 189(병합)	게임제공업소의 경품취급기준 고시 위헌확인	2008. 11. 27.	290
2	2005헌마197	게임제공업소의 경품취급기준 고시 위헌확인	2008. 11. 27.	345

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
3	2006헌마352	방송법 제73조 제5항 등 위헌 확인	2008. 11. 27.	367
4	2006헌마688	여객자동차 운수사업법 시행규칙 제17조 위헌확인	2008. 11. 27.	397
5	2007헌마49	재판 취소	2008. 11. 27.	413
6	2007헌마389	건설기술관리법 시행령 [별표 1] 제1호 위헌확인	2008. 11. 27.	422
7	2007헌마860	영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제25조의2 등 위헌확인	2008. 11. 27.	447
8	2007헌마1024	공직선거법 제56조 제1항 제1호 위헌확인	2008. 11. 27.	477
9	2008헌마399 · 400(병합)	불기소처분취소 등	2008. 11. 27.	500
10	2008헌마517	대한민국건국60년기념사업위원회 설치 및 운영에 관한 규정 위헌확인	2008. 11. 27.	509
11	2005헌마971 · 1193, 2006헌 마198(병합)	공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 위헌확인 등	2008. 12. 26.	666
12	2005헌마1158	중·저준위방사성폐기물처분 시설 후보 부지 선정 등에 관한 공고 3. (다) 위헌확인 등	2008. 12. 26.	714
13	2006헌마273	공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령 제5조 제3항 위헌확인	2008. 12. 26.	724
14	2006헌마384	변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙 별표 중 100만원까지 부분 위헌확인	2008. 12. 26.	734

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
15	2006헌마462	공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제6조 제1항 제2호 위헌확인	2008. 12. 26.	748
16	2006헌마518	공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제5조 제1항 중 행정부 부분 등 위헌확인	2008. 12. 26.	768
17	2006헌마1192	공무원보수규정 제8조 제2항 위헌확인	2008. 12. 26.	787
18	2007헌마193 · 194 · 195 · 320 · 321(병합)	불기소처분취소	2008. 12. 26.	810
19	2007헌마444	공무원보수규정 제5조에 의한 [별표 10] 위헌확인	2008. 12. 26.	820
20	2007헌마456	불기소처분취소	2008. 12. 26.	838
21	2007헌마775	취재지원시스템 선진화방안 위헌확인	2008. 12. 26.	844
22	2007헌마862	신도시 주변지역에 대한 개발 행위허가 제한지역 지정취소	2008. 12. 26.	857
23	2007헌마1149	세무사법 제5조의 2 위헌확인	2008. 12. 26.	866
24	2007헌마1387	서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례 제3조 제2항 등 위헌확인	2008. 12. 26.	882
25	2007헌마1422, 2008헌마32 (병합)	서울특별시 보도상영업시설물 관리 등에 관한 조례 제3조 제4항 등 위헌확인	2008. 12. 26.	910
26	2008헌마192	법학전문대학원 설치인가 심사기준 위헌확인	2008. 12. 26.	939

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
27	2008헌마345	국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률 제29조 제2항 제2호 단서 위헌확인	2008. 12. 26.	945
28	2008헌마419 · 423 · 436(병합)	미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인	2008. 12. 26.	960

## 헌법재판소의 위헌여부심판 법령조항

### 1. 단순위헌으로 결정된 법령조항

종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제2항·제3항, 제12조 제1항 제1호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제2항	39
특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것) 제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제 받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”에 관한 부분	526

### 2. 헌법불합치로 결정된 법령조항

구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제8조, 제9조 전단	39
종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제8조 제1항, 제9 조 제1항·제2항	39
방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 일부 개정되기 전의 것), 제73조 제5항 (2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것)	371
방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것), 제59조 제5 항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)	371
공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호	483

### 3. 단순합헌으로 결정된 법령조항

구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1호, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외 한 부분, 제14조 제1항 전단	39
--	----

<p>종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것)          제12조 제1항 제1호 본문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제13조 제1항·제3항 중 ‘또는 제2항’ 부분을 제외한 부분, 제14조 제1항·제2항</p>	39
<p>구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2007. 1. 11. 법률 제8235호로 개정되기 전의 것)          제16조 제1항 및 제17조 중 ‘납세지 관할 세무서장’, ‘납세지 관할 지방국세청장’ 부분</p>	39
<p>사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제5438호로 개정된 것)          제57조 중 국가공무원법 제33조 제1항 제2호 부분</p>	122
<p>구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호로 전부 개정되기 전의 것)          제63조 제1항 제1호 단서</p>	140
<p>석유 및 석유대체연료 사업법          제39조 제1항 제7호(2004. 10. 22. 법률 7240호로 전부 개정된 것)          석유판매업자에 관한 부분</p>	157
<p>폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 일부 개정된 것)          제3조 제1항의 ‘다종의 위력으로써 제2조 제1항에 열거된 죄 중 형법 제319조 제1항의 죄를 범한 자’ 부분</p>	176
<p>구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되고, 2006. 10. 4. 법률 제8050호로 폐지되기 전의 것)          제96조 제2항, 민법 제766조 제2항</p>	190
<p>특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7654호로 개정된 것)          제5조의4 제6항 중 “제1항 또는 제2항의 죄로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 제1항의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분</p>	228
<p>구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8833호로 개정되기 전의 것)          제269조 제3항 제2호 중 “반송” 부분</p>	246
<p>구 근로기준법(1997. 12. 24. 법률 제5473호로 개정되고 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것)          제37조 제2항 제1호 및 제2호</p>	262
<p>건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호로 개정된 것)          제15조 제1항 제1호</p>	275

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것)	
제3조 중 “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제 받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도치상죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다”라는 부분	566
구 관세법(1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정되기 전의 것)	
제198조 제2항·제3항 중 제179조 제3항 제1호·제2호 가운데 제137조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분	582
관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전부 개정된 것)	
제282조 제2항·제3항 중 제269조 제3항 제1호·제2호 가운데 제241조 제1항의 신고를 하지 아니하거나 다른 물품으로 신고하여 수출한 자에 대하여 적용되는 부분	582
구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8265호로 개정되기 전의 것)	
제5조 제4항·제6항·제8항·제10항	599
형법(1953. 9. 18. 법률 제293호)	
제335조	621
특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호로 제정된 것)	
제3조 중 ‘특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제 받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄인 형법 제337조의 강도상해죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다.’ 부분	621
구 상속세 및 증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것)	
제63조 제3항 전문 중 ‘제63조 제1항 제1호 다목이 정한 주식’에 관한 부분	639
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)	
제1066조 제1항 중 ‘주소’ 및 ‘날인’ 부분	652

사 항 색 인

2인 이상이 공동하여	179, 185	계속적 조직체	180
6·25 전몰군경	950	고시	859, 860, 862
		고영미디어랩	379
(㉠)		공공제적 성격	378
가중처벌	536, 575, 631	공권력 행사	893, 920
각하	817	공무담임권	487
강간치상	813	공무원	684, 698
강도	627	공무원노동조합	701, 778
강도상해	536, 538, 631, 631	공법관계	180
강도치상	538, 575, 577	공소시효	813
개발제한구역 내 토지	74	공영방송 단일체제	380
개발행위허가 제한	859, 860	공익성	383
개인적, 사회적 위험성	183	공익의 크기를 불문	384
개인택시운송사업면허의 양도·양수인가	404	공익적 요청	438
개인파산제도	127	공정성	781
객관적 근접성	462, 467	파소보호 금지원칙	993, 975
거듭처벌	417	과잉금지	317, 318, 321, 342, 343, 355, 356, 357
거래독점	382	과잉금지원칙	353, 380, 385
건설기술자	435	과잉금지의 원칙	63, 181, 589
검정절차	436	▣ 비례원칙 참조	
게임제공업소의 경품취급기준	290, 305, 307, 319, 345, 351, 353	광고주	379
경력공무원	874	교원지위법정주의	129
경력인정	801	구법질서	437
경품용 상품권	351, 352, 353, 354, 356	국가비상시기	197
계급환산기준표	836	국고보조금	489
		국민주권주의	488, 516
		국민투표권	518
		국세수역사무국	970, 976, 991

군무원	793	누범	231, 234, 536, 575, 577, 578, 631, 632
군외무복무기간	804	누범가중	234
권리 또는 법적 지위의 박탈	375		
권리남용금지의 원칙	214		
권리보호이익	485	(㉡)	
근로3권	686, 753, 774		
근로감독관	773	다양성	383
근로자	684	다종의 위력으로	179
근로조건	684, 690, 692, 775	다종의 위력으로써	185
금융기관의 합병	602	단결권	684, 756, 775
기간의 단축	602	단기	231
기본권 제한사유	496	단순위헌	75
기본권 침해 가능성	971	단순위헌결정	387
기본권 침해를 최소화	383	단체	179
기본권 침해성	993	단체교섭권	684
기본권 침해의 가능성	799	단체행동권	684
기본권 침해의 법률효과	376	단체협약	691
기본권 침해의 최소침해성 원칙	384	단체협약체결권	693
기본권에 대한 증대한 제한	385	당연퇴직사유	126
기본권을 침해할 가능성	990	대의민주주의	488
기본권이 침해될 가능성	972, 989	대통령	488
기본권침해의 가능성	516	대통령선거	485
기본권침해의 자기관련성	377, 943	대학의 자율성	133
기본권침해의 직접성	375	도로점용허가	895, 926
기사승고실	850	독점적인 방송광고시간 판매대행	383
기소유예처분	502		
기탁금	485	(㉢)	
		로마규정	198
날인	657	(㉣)	
납세자의 권리	517		
노동3권	684	명예권	518
노동기본권	685	명확성	312, 313, 627
노동부	772	명확성원칙	179, 923
노동위원회	779	명확성의 원칙	165, 250, 280
노동조합	754, 773	목적의 정당성	130

☞ 과잉금지원칙 참조	법질서의 정합성	386	상습범	231	신체의 자유	353, 355, 418	
무사고 운전경력	407	보세공장	252	상습범가중	234	실질과제원칙	645
무신고 수출	586	보세구역	252	상습절도	231, 233, 234	실질적인 경쟁관계	386
문화관광부고시	305, 307, 314, 315, 351, 353	보세전시장	252	상습절도죄	229	실질적인 제한적 경쟁체제	383
미디어랩	379	보수청구권	830	생명·신체의 안전	971, 973, 974	실형	577
미실현 이득에 대한 과세	55	보충성	308, 343, 503, 862, 863	생존권	74	심사기준	974, 993
민영 방송광고 판매대행사	380, 386	보충성원칙	722	석유판매업자	166	심판청구의 이익	851
밀반송죄	253	복권	126	선거	496		
		복수 경쟁체제	378	선거방송비용	491		
		복수의 광고판매 대행사	386	선거비용	491	(○)	
(나)		봉급표	834	세대별 합산과세	58	양심의 자유	662
		부당노동행위	697	세무사자격시험	875	언론의 자유	852
반송	251	부동산 보유세제	50	소급입법에 의한 과세	54	엄격한 비례심사	385
반송통관	250	부부별산제	60	소멸시효	195	엄격한 심사기준	381
반인권적 국가범죄	198	부수적 규범통제	815	소멸시효의 존재이유	210	엄격한 심사척도	385
방법의 적절성	130	불가분의 관계	376	소방공무원	753	업무의	781
☞ 과잉금지원칙 참조		불가분의 일체	376	소송경제	386	업무의 공공성	686, 695, 757
방송광고 판매대행사	376, 378	불가분적 관계	181	소해면상너중	972, 994	영토권	517
방송의 공공성	383	불기소처분	502, 841	손자녀	954	완화된 심사	895, 926
방송의 공공제적 성격	378	비교집단	832	손해배상청구권	209	완화된 심사척도	385
방송전파	378	비례의 원칙	59, 130, 588	수사미진	508, 843	우선변제제도	264
배우자	146	☞ 과잉금지원칙 참조		수익세적 성격	53	원본잠식의 문제	54
벌금형	184			수입통관	250	위력	179
벌칙·과태료 조항	458	(나)		수출통관	250	위법성	508
법관의 양형	183			수해자군	437	위임입법	352, 355, 356
법관의 양형결정권	184, 590	사립학교 교원	126	시장경쟁의 원리	383	위헌결정의 실효성	386
법규명령	308, 309, 312, 325, 327	사용자	687	시장경제질서	610	위험방지조치	975
법률유보원칙	900, 922	사적재화	378	시험면제	878	유언의 자유	656
법률조항의 유형적·추상적 일부	200	사행성 간주 게임물	305, 306, 307, 311, 315, 316, 317, 319, 321, 328, 336, 337, 340, 341, 342, 343, 352, 353, 354, 356, 359	신뢰보호	318, 321, 322, 341, 342, 344, 355, 357	유족연금	145
법리오해	843			신뢰보호원칙	353	음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률	304, 319, 325, 351
법원의 재판	416			신뢰보호의 원칙	439	의무의 부과	375
법의 균형성	384			신뢰보호이익	817	이동판매	170
법의의 균형성	130, 731	사회보호법	231	신뢰이익	438	이중과세의 문제	54
법적 안정성	817	상당계급기준표	802, 836	신분보장	830	인간다운 생활을 할 권리	74
법적관련성	519, 973	상대적 평등	184	신분의 특수성	686, 757	인간의 존엄과 가치	210
법정형	180, 181	상속권	657	신의성실의 원칙	214	인별 합산	53
법정형의 상한	182	상속제도	657				

일반적 인격권	518	재판질차진술권	843	지상파방송사업자	376, 378		
일반적 행동의자유	656	재판청구권	646	직급	685	(트)	
일반직공무원	688, 753, 780	쟁위행위	693	직무의 성질	685		
입금채권	262	전문·특수경력	806	직업공무원제도	830	통관	250
임의적 법정형 감경제도	418	정당	489	직업선택의 자유	130, 283, 355, 437, 834, 879	통솔체제	180
입법권의 남용	58	정치자금	490	직업수행의 자유	380, 385	통일정신	516
입법계량	284	정확한 불법의 크기	182	직업수행의 자유를 행해화	381	특별히 밀접한 관련성	460, 460, 467
입법제량권	181	제한적 경쟁체제	378, 381, 386	직업의 자유	316, 317, 318, 321, 324, 343, 341, 730, 894, 925	특수한 공적 과제	462, 466
입법정책의 변화	438	조사관	773			특정직공무원	753
입법형성권	385, 434, 435, 687, 758, 780	조세법률주의	63				
		조세지불 능력	70			(프)	
입법형성의 자유	685, 756, 778	조세평등주의	645	직접관련성	722		
입법형성적 계량	646	조직화된 결합체	180	직접성	404, 800, 894, 921, 974	파산선고	126
		종합토지세	51	직접성 또는 보충성 요건의 예외	807	평등권	71, 287, 322, 324, 342, 344, 355, 356, 487, 502, 697, 732, 775, 843, 874, 898, 928, 953
(가)		죄형법정주의	165, 178, 250, 312, 313, 315, 340, 341, 352, 353, 355, 357	직접적인 관련성	988		
자격요건	434, 435			직접적인 상대방	376		
자격제도	284, 434, 435	죄형법정주의의 명확성원칙	180	직종	685	평등권 침해 문제	380
자기관련성	356, 357, 359, 376, 723, 863, 974, 987, 988	주거침입	182	집단	179	평등권 원칙	59, 71, 145, 537, 539, 545, 592, 608, 629, 634, 661, 184, 686, 758, 780
자기책임의 원리	646	주거침입의 범죄	179	집단지 동질성	462, 467	평등의 원칙	
자유에 제한	375	주거침입행위	184	집단지 책임성	462, 468	포괄위임입법금지	312, 313
자치제정권	56	주관적 권리보호 이익	850	집단지 효용성	462, 468	포괄위임입법금지원칙	165
자필증서에 의한 유언	656	주관적 요건에 의한 좁은 의미의 직업선택의 자유의 제한	406	집행유예	577	폭행	182, 627
감정적으로 적용	387	직업선택의 자유의 제한		집행행위	376	피선거권	490
재물손괴	182	주민투표권	721, 722			피해의 최소성	731
재산권	63, 210, 264, 321, 322, 341, 342, 343, 352, 353, 354, 355, 357, 487, 518, 603, 645, 656, 834, 897	주소의 자서	660	차별	579	☞ 과잉금지원칙 참조	
		주유소	164, 170	차별에 합리적인 이유	185	필요적 물수·추징	586
재산보유세	53	준강도	626	책임원칙	536, 537, 539, 545, 575, 577, 631, 632		
재산세	50	중소 광고주	379			(ㅎ)	
재정조달목적 부담금	460	중소방송사에 대한 광고판매대행 할당제	386	초임호봉 획정	793	하위법령	376
재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화 요건	460, 466	증거가치	508	초임호봉 획정치분	800	한국광고공사의 독점체제의 연장	383
재판의 전제	224	증권예탁원의 의견권 대리행사	605	최소단위	773	한국방송광고공사	376
재판의 전제성	195, 225, 574	지방세	50	최소침해원칙	645	한국방송광고공사의 독점체제	382
		지상파 방송 광고 판매대행원	376	최소침해원칙	645	한정위헌청구	196
		지상파 방송광고 판매대행에 대한 독점체제	378	취업보호제도	954		
				취체의 자유	852		
				침해의 최소성	130		



행복추구권	324, 342, 352,	헌법전문	516
	355, 508, 656, 806	헌재성	861, 863
행정규칙	308, 312326, 327	협박	182, 627
행정부	774	형벌 체계상의 균형	588
행정처분	308	형벌과 책임간의 비례성	183
허위반송신고죄	254	형법 제7조	417
헌법 제13조 제1항 후문	418	형성적 재량권	686
헌법불합치	493	호봉회정기준	793
헌법불합치 결정	75, 387	환경상 이익	722
헌법상 체계 정당성의 원리	57	후보자난립	488
헌법의 기본원리	516		

## 법 령 색 인

### 《헌법 조문》

제1조	1008		232, 240, 241, 313,
제1조 제2항	513, 514		410, 417, 418, 419
제3조 513제4조	513	제13조 제2항	321, 342, 343
제6조 제1항	700, 713, 755, 761, 777, 783, 983, 1008, 1009	제15조	276, 278, 283, 343, 405, 434, 593, 727, 874
제7조	693, 701, 702, 703, 713, 762, 763	제17조	711
제7조 제2항	692, 712, 830	제18조	711
제8조	1009	제19조	655, 662
제8조 제1항	495	제21조	1009
제10조	193, 196, 210, 218, 219, 235, 518, 575, 585, 625, 629, 630, 655, 656, 659, 661, 664, 665, 708, 711, 764, 806, 931, 971, 1008, 1010	제21조 제1항	711
제10조 제1항	712	제21조 제2항	854
제11조	07, 150, 276, 600, 601, 625, 629, 655, 661, 710, 711, 727, 754	제22조 제2항	446
제11조 제1항	59, 83, 84, 141, 145, 184, 271, 272, 736 278, 286, 439, 459, 464, 585, 609, 686, 688, 689, 708, 758, 764, 780, 874	제23조	107, 114, 193, 211, 223, 266, 268, 271, 272, 585, 655, 659, 661, 737
제12조	250, 624, 625, 627, 629, 694	제23조 제1항	63, 141, 196, 211, 322, 342, 343, 517, 593, 603, 655, 656, 736, 897
제12조 제1항	158, 163, 165, 170, 313, 316, 340, 985, 1008	제23조 제3항	196
제13조	250, 340, 416, 624, 625, 627, 629, 694	제27조 제1항	736
제13조 제1항	158, 163, 165, 170,	제29조 제1항	216
		제31조 제6항	133
		제32조 제2항	267, 754, 954
		제33조	711
		제33조 제1항	684, 701, 702, 703, 711, 756, 762, 764, 777
		제33조 제2항	684, 685, 686, 687, 688, 694, 701, 702, 703, 708, 711, 712, 755, 756, 757, 758, 762, 763, 764, 776, 777, 778, 780

제34조	267	제54조	517
제34조 제1항	74	제54조 제1항	459, 692, 712
제35조 제1항	75	제59조	54, 63, 86, 107
제35조 제3항	68, 72, 111, 114	제60조 제1항	983, 1009, 1011
제36조 제1항	58, 59, 60, 61, 63, 83, 84, 110, 113, 116, 145	제61조	517
제36조 제3항	1008, 1010	제72조	515
제36조 제6항	124	제75조	158, 163, 165, 166, 312, 313, 325, 326, 340
제37조	655	제75조 제6항	711
제37조 제1항	680, 1008	제95조	311, 312, 313, 325
제37조 제2항	80, 112, 125, 130, 133, 181, 211, 223, 235, 239, 271, 272, 317, 381, 406, 418, 461, 466, 469, 495, 532, 536, 575, 585, 593, 630, 655, 657, 659, 661, 664, 665, 680, 685, 695, 708, 709, 710, 721, 764, 951, 956, 983, 984, 1009, 1011	제103조	585
제38조	54, 63, 79, 80, 459	제107조 제2항	738, 807
제39조 제2항	798, 805, 806	제108조	325
제40조	58, 312, 325	제113조 제2항	325
		제114조 제6항	325
		제117조 제1항	892, 900, 919, 922
		제119조	56, 57, 108, 115, 589
		제119조 제1항	266, 272, 600, 601, 610
		제119조 제2항	57
		제122조	111, 114
		제125조	589
		제130조	514
		제130조 제2항	518

### 《헌법재판소법 조문》

제23조 제2항	202, 219, 471		944, 988, 990
제40조	848	제68조 제2항	195, 196, 197, 200, 202, 204, 206, 230, 231, 264, 277, 573, 602, 641
제45조	206, 681, 712	제69조	817
제47조 제2항	816, 817, 819	제69조 제1항	308
제61조 제1항	552	제75조 제6항	681, 712
제61조 제2항	561	제75조 제7항	574, 816, 817
제62조 제1항	225		
제68조 제1항	203, 204, 394, 417, 516, 684, 721, 723, 800, 852, 853, 863,		

## 《기타 법령 등 조문》

<p>가축전염병예방법(2008. 9.11. 법률 제9130호)</p> <p>제34조 제2항 970, 973, 980, 984, 992, 1007</p> <p>건설교통부고시(제2007-294호)</p> <p>1. 제한지역 860</p> <p>3. 제한대상행위 860</p> <p>건설기술관리법(1997. 1. 13. 법률 제5287호)</p> <p>제2조 제8호 431, 440</p> <p>건설기술관리법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호)</p> <p>제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 435, 441, 443</p> <p>건설기술관리법 시행령(2006. 12. 29. 대통령령 제19805호)</p> <p>제4조 관련 [별표 1] 중 제1호 428, 429, 431, 443, 445</p> <p>부칙 제1조 440, 445</p> <p>부칙 제3조 440, 443</p> <p>건축사법(2005. 7. 13. 법률 제7593호)</p> <p>제15조 제1항 제1호 275, 276, 277, 279, 288</p> <p>게임제공업소의 경품취급기준(2004. 12. 31. 문화관광부고시 제2004-14호)</p> <p>제2조 ②항 351, 352, 353, 354, 361</p>	<p>제3조 가항 ②호 305, 307, 328, 352, 353, 361</p> <p>제3조 가항 ③호 305, 306, 307, 328, 352, 353, 361</p> <p>제3조 나항 ①호 307, 328</p> <p>제3조 나항 ④호 ㉠목 305, 306, 307, 328, 352, 353, 362</p> <p>제3조 나항 ④호 ㉡목 305, 306, 307, 328, 352, 353, 362</p> <p>제4조 나항 352, 353, 362</p> <p>제4조 다항 306, 307, 308, 329, 352, 353, 357, 362</p> <p>제5조 라항 306, 307, 308, 329</p> <p>제6조 가항 306, 307, 308, 329, 353, 354, 362</p> <p>제6조 나항 353, 362</p> <p style="text-align: center;"><b>게임제공업용게임물등급분류기준(영상물등급위원회 2001. 9. 26. 공고)</b></p> <p>제3조 334</p> <p>제4조 제2항 334</p> <p>제5조 334</p> <p>제13조 334</p> <p>제17조 335</p> <p style="text-align: center;"><b>게임제공업용게임물등급분류기준 세부규정(2005. 2. 4. 영상물등급위원회 공고 제2005-4호)</b></p> <p>제2조 335</p> <p>제3조 335</p> <p>제5조 336</p> <p>제6조 336</p> <p>부칙 제1조 336</p>
--	---

부칙 제3조	336	제10조	680
공무원보수규정(2007. 1. 9. 대통령령 제19831호)		제10조 제1항	680, 681, 681, 683, 692, 702, 703, 709, 712
제5조에 의한 [별표 10]	825, 826	제11조	680, 681, 683, 693, 695, 703, 709, 710, 713
공무원보수규정(2008. 1. 9. 대통령령 제20573호)		제17조	680, 710
제8조 제2항에 따른 [별표15]		제17조 제3항	681, 683, 696, 698
제1호 나목의 (2)	794	제18조	680, 681, 683, 694, 695, 697, 710, 713
공무원보수규정(2008. 7. 3. 대통령령 제20897호)		공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2006. 1. 27. 대통령령 제19303호)	
제1조	797, 828	제3조	707, 784
제4조	828	제3조 제4호 가목	774, 781
공무원봉급업무 처리지침(2006. 1. 24. 중앙인사위원회 예규 81호)		제3조 제4호 나목	774, 781
[별표2]	794, 796	공인증개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(2005. 7. 29. 법률 제7638호)	
공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호)		제4조	728
제2조	704	공인증개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행령(2005. 12. 30. 대통령령 19248호)	
제3조	704, 784	제5조	728
제5조 제1항	773, 774, 778	제5조 제3항	727
제6조	759, 779, 781, 784	제6조	728
제6조 제1항	681, 682, 685, 710, 713	제7조	728
제6조 제1항 제2호	753, 766	제10조 제1항	729
제6조 제2항	681, 682, 685, 689	제10조 제2항	729
제6조 제2항 제4호	774	제10조 제3항	729
제6조 제4항	681, 682, 685	공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호)	
제8조	680, 681,	제56조 제1항 제1호	483
제8조 제1항	682, 689, 709, 712		
제9조	680, 682		
제9조 제4항	681, 690, 691, 709		

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제 8879호)		제248조 제1항	253
제57조	498	제248조 제3항	253, 256
제82조의2	491	제269조 제3항 제2호	246, 249
제82조의3	491	제271조 제2항	254, 257
제122조의2 제3항 제6호	492	제276조 제1항 제4호	249, 257
제122조의2 제3항 제7호	492	관세법(2007. 12. 31. 법률 제8833호)	
관광진흥법(2006. 9. 27. 법률 제 8014호)		제2조의2	257
제20조	337	국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제 2460호)	
제22조	338	제66조 제1항	705, 767, 786
제24조	338	국가공무원법(2006. 12. 20. 법률 제8069호)	
제25조	338	제33조 제1항 제2호	123
관세법(2000. 1. 12. 법률 제6136호)		국가공무원법(2008. 6. 13. 법률 제 9113호)	
제137조 제1항	582, 583, 584	제46조	796, 827
제198조 제2항	582, 583, 584	제47조	797, 828
제198조 제3항	582, 583, 584	국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8852호)	
제179조 제3항 제1호	582, 583, 584	제4조 제1항 제3호	957
제179조 제3항 제2호	582, 583, 584	제4조 제2항	957
관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호)		제5조	957
제282조 제 2항	582, 583, 584, 587	제12조	958
제282조 제 3항	582, 583, 584	제28조	959
제241조 제1항	582, 585, 585	제29조	959
관세법(2007. 4. 11. 법률 제8367호)		제29조 제2항 제2호	950, 951, 953, 954
제2조 제1호	251, 252, 256	국민연금법(2007. 5. 17. 법률 제 8435호)	
제2조 제2호	252, 256	제63조 제1항 제1호	140
제2조 제3호 가목	256, 259	제66조 제1항	142, 143, 144
제154조	252		
제156조	253, 259, 259		
제241조 제1항	251, 253, 254, 255, 256, 259		
제246조 제1항	253, 256		

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 (2007. 12. 27. 법률 제8820호)		대외무역법(2008. 2. 29. 법률 제 8852호)	
제63조	863	제2조 제1호	257
국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제 20647호)		대한민국건국60년기념사업위원 회의 설치 및 운영에 관한 규정 (2008. 8. 14. 대통령훈령 제225호)	
제60조	861, 864	제1조	519
근로기준법(2003. 3. 15. 법률 제 6974호)		제2조	519
제37조 제2항 제1호	262, 263, 264, 270	제3조	519
제37조 제2항 제2호	262, 263, 264, 270	제4조	520
근로자퇴직급여 보장법(2008. 3. 28 법률 제9039호)		제5조	520
제11조 제2항	262, 263, 264, 270	제6조	520
금융산업의 구조개선에 관한 법 률(2005. 3. 31. 법률 제7428호)		제7조	520
제4조	598, 599, 600, 601, 610, 612	제8조	520
제5조	599, 600, 601, 602, 612	제9조	520
노동조합 및 노동관계조정법 (2001. 3. 28. 법률 제6456호)		제10조	521
제5조	705	제11조	521
제81조	705	제12조	521
제84조	705	제13조	521
제85조	705	제14조	522
제89조	705	제15조	522
제90조	705	제16조	522
		제17조	522
		도로법(2007. 1. 26. 법률 제8283호)	
		제22조 제1항	907, 935
		제22조 제2항	907, 935
		제40조 제1항	901, 907, 936
		제40조 제2항	892, 893, 901, 907, 919, 936
		도로법 시행령(2007. 6. 28. 대통령 령 제20133호)	
		제24조 제1항	899, 907, 929, 936
		제24조 제5항 제11호	892, 901, 908, 919, 923, 936

미국산 쇠고기 수입의 위생조건  
에 관한 고시  
농림부고시 제2006-15호 970

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호)  
제18조 제1항 660  
제562조 654, 659, 660  
제1060조 654  
제1065조 654  
제1066조 654  
제1066조 제1항 652, 662, 663

민법(2007. 12. 21. 법률 제8720호)  
제690조 124, 131  
제766조 제1항 190, 192, 193,  
195, 207, 219  
제766조 제2항 192, 193, 195,  
207, 216, 219  
제830조 제1항 60, 109  
제830조 제2항 60, 109  
제831조 60

민사소송법(2007. 5. 17. 법률 제  
8438호)  
제98조 740, 742  
제109조 740, 745

반송절차에 관한 고시(2002. 11.  
14. 관세청 고시 제95-926호)  
제2조 제1호 257, 258

방송법(2006. 12. 28. 법률 제8101호)  
제73조 제5항 372, 373, 376,  
386, 391  
제108조 제1항 제10호 373

방송법(2007. 1. 26. 법률 제8301호)  
제73조 5항 371, 373, 387, 388,  
389, 390, 391

방송법시행령(2006. 12. 29. 대통령  
령 제19806호)  
제59조 제3항 371, 372, 373,  
376, 386, 391

방송법시행령(2007. 8. 7. 대통령령  
제20219호)  
제59조 제5항 371, 373, 387

법학전문대학원 설치인가 신청  
공고(2007. 10. 30. 교육과학기술부  
공고 제2007-120호) 941

법학전문대학원 설치인가 심사  
기준(2007. 10. 30. 교육과학기술부)

4.3.1 법조실무경력교원의 수 및 확보  
여부(P/F) : 계획 및 실적평가 941

변호사보수의 소송비용 산입에  
관한 규칙(2003. 6. 9. 대법원규칙  
제1829호)

제3조 제1항 736, 737, 745

부담금관리기본법(2008. 2. 29. 법  
률 제8852호)

제2조 459, 469, 473  
제3조 473  
제7조 463, 469, 473

부동산 실권리자명의 등기에 관한  
법률(2007. 5. 11. 법률 제8418호)

제3조 62

제4조	62	서울특별시 보도상영업시설물 관
제5조	62	리 등에 관한 조례(2001. 7. 16. 조
제8조	62	례 제3889호)
사립학교법(1997. 12. 13. 법률 제		제4조 제1항
5438호)		893, 908, 920,
제57조	122	922, 927
사행행위 등 규제 및 처벌 특례법		제4조 제3항
(2005. 3. 31. 법률 제7428호)		908, 937
제2조 제1항 제1호 라목	337	서울특별시 보도상영업시설물 관
제30조 제1항 제4호	337	리 등에 관한 조례(2007. 11. 1. 조
제30조 제1항 제5호	337	례 제4581호)
상속세 및 증여세법(2000. 12. 29.		제3조 제6항
법률 제6301호)		891
제63조 제1항	641	서울특별시 보도상영업시설물 관
제63조 제3항	639, 640	리 등에 관한 조례(2008. 4. 3. 조례
상속세 및 증여세법(2008. 2. 29.		제4616호)
법률 제8863호)		제1조
제44조	62	908, 937
상속세 및 증여세법 시행령(2000.		제3조 제1항
12. 29 대통령령 제17052호)		908, 937
제19조 제2항	641	제3조 제2항 후문
제53조 제3항	642	891, 898, 899, 906
제53조 제3항	642	제3조 제2항
제54조 제1항	642	930, 934, 937
제54조 제2항	642	제3조 제4항
서울특별시 도로 점용허가 및 점		891, 894, 895, 896,
용료 등 징수 조례(2007. 10. 1. 조		897, 898, 899, 918, 919,
례 제4568호)		923, 924, 925, 927, 928,
제2조 제1호	909, 938	929, 931, 932
제2조 제2호	909, 938	제3조 제5항
		908, 918, 931, 932
		제4조 제3호
		891, 900, 901
		제5조 제1항
		909, 937
		제5조 제3항
		909, 937
		제9조 제1항
		909, 937
		제9조 제2항
		909, 938
		제12조 제1호
		909, 938
		부칙 제1항
		938
		부칙 제2항
		938
		석유 및 석유대체연료 사업법
		(2004. 10. 22. 법률 7240호)
		제39조 제1항 제7호
		157, 164, 170,
		171

석유 및 석유대체연료 사업법 (2005. 12. 23. 법률 제7755호)		제1조의4	876, 880
제10조 제1항	159	제1조의5 제2항	880
제10조 제2항	159	제2조	880
제10조 제3항	159	제4조	880
제10조 제4항	160	제8조	881
제13조 제1항	160	[별표1]	881
제13조 제3항	160	[별표2]	881
제14조 제1항	160	소득세법(1994. 3. 24. 법률 제4744호)	
제39조	158, 162, 164	제80조 제1항 제2호	61
제46조 제10호	158, 165, 170, 171	소득세법(2001. 12. 31. 법률 제6557호)	
석유 및 석유대체연료 사업법 시행령 (2006. 2. 7. 대통령령 제19320호)		제61조	61
제2조 제3호	162	소방공무원법(2006. 3. 24. 법률 제7909호)	
제13조	162	제1조	767
제43조 제1항	160, 164, 171	신택법(2008. 3. 14. 법률 제8908호)	
석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙(2006. 10. 4. 산업자원부령 제369호)		제34조	223
제2조 제1항	162	신택업법(2005. 7. 29. 법률 제7615호)	
세무사법(2005. 12. 29. 법률 제7796호)		제17조의10	221, 222
제5조의2 제1항	870, 871	여객자동차 운수사업법(2005. 3. 31. 법률 제7474호)	
제5조의2 제2항	870, 871	제6조 제1항	403
세무사법(2008. 3. 28 법률 제9045호)		제15조 제1항	403
제3조	880	제15조 제2항	404
제5조 제1항	880	제76조 제1항 제3호	409
제5조 제3항	880	여객자동차 운수사업법 시행령 (2005. 8. 5. 대통령령 제18966호)	
제5조의2 제3항	880	제10조	404
제5조의2 제4항	880		
세무사법 시행령(2006. 6. 12. 대통령령 제19513호)			

<p><b>여객자동차운수사업법 시행규칙</b>          (2006. 3. 7. 건설부령 제501호)</p> <p>제17조 제1항 402          제17조 제7항 409          제17조 제9항 403</p> <p><b>영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률</b>(2007. 1. 26. 법률 제8280호)</p> <p>제1조 471          제23조 455, 458, 471          제24조 471          제25조 471          제25조의2 제1항 455, 456, 457, 458, 466, 470          제25조의2 제2항 455, 456, 457, 458, 458, 466, 470          제25조의2 제3항 472          제25조의2 제4항 472          제38조 472          제98조 제2항 제1항 455, 456, 457, 458, 470          제99조 제1항 455, 456, 457, 458, 470          부칙 제1조 472          부칙 제2조 473          부칙 제3조 473          부칙 제6조 제1항 473          부칙 제6조 제2항 473</p> <p><b>영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령</b>(2007. 4. 26. 대통령령 제20025호)</p> <p>제9조의4 제1항 455, 456, 456, 457, 458, 466, 470          제9조의4 제2항 455, 456, 456, 457, 458, 466, 470          제9조의4 제3항 474</p>	<p>제9조의4 제4항 464, 474          제9조의4 제5항 474          부칙 458, 474</p> <p><b>예산회계법</b>(2005. 1. 27. 법률 제7347호)</p> <p>제96조 제2항 190, 192, 193, 194, 195, 203, 207, 213, 216, 219</p> <p><b>음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률</b>(2004. 11. 29. 법률 제7131호)</p> <p>제1조 329          제2조 제3호 314, 330, 363          제2조 제4호 330, 363          제2조 제9호 330, 363          제2조 제12호 330, 363          제5조 330, 363          제6조 330, 364          제20조 제1항 331, 341, 364          제20조 제3항 331, 364          제20조 제4항 331, 364          제20조 제7항 331, 365          제21조 제1항 316, 332, 365          제21조 제2항 332, 365          제21조 제3항 332, 365          제21조 제4항 332, 365          제26조 332          제26조 제1항 365          제26조 제4항 365          제32조 제3호 325, 327, 332, 366          제50조 제의2호 366          제39조 제1항 제2호 333          제39조 제1항 제5호 333          제42조 제3항 제3호 333, 341          제50조 제1의2호 333, 341          제50조 제1의3호 333</p>
---	---

제50조 제3호	366	제1조	94
<b>정부조직법</b> (2008. 2. 29. 법률 제 8852호)		제2조	94
제30조 제1항	847, 852	제3조	95
<b>조세특례제한법</b> (2005. 12. 29. 법률 제 7775호)		제5조	95
제2조 제1항 제8호	57, 107	제6조	95
제3조 제1항	57, 107	제7조	48
<b>종합부동산세법</b> (2005. 1. 5. 법률 제 7328호)		제8조	95
제1조	40, 44, 91	제8조 제1항	39, 48
제2조	91	제9조 제1항	39, 48, 96
제3조	91	제9조 제2항	39, 48, 96
제4조	91	제10조	96
제5조	41, 91	제11조	96
제6조	41, 44, 92	제12조 제1항 제1호	39, 49
제7조	92	제13조	97
제7조 제1항	39, 41, 45, 46, 71, 77, 79	제13조 제1항	39, 49
제8조	39, 45, 46, 71, 79	제13조 제3항	39, 49
제9조	39, 44, 45, 47, 52, 54, 71, 77, 79	제14조 제1항	39, 49
제10조	44, 52, 92	제14조 제2항	39, 49
제11조	45, 93	제15조	98
제12조 제1호	39, 45, 47, 71	제16조 제1항	39, 46, 49, 56, 98
제13조 제1항	39, 45, 47, 71	제17조	39, 46, 49, 56, 98
제13조 제3항	39, 47, 71, 93		
제14조	52	<b>종합부동산세법 시행령</b> (2005. 12. 31. 대통령령 제19253호)	
제14조 제1항	39, 44, 45, 47, 54, 71	제1조의2	83, 99
제15조	44, 52, 93	<b>중·저준위 방사성 폐기물 처분 시설 후보부지 선정 등에 관한 공고</b>	
제18조	44, 94	3. (다)	718
부칙 제2조	40, 44, 54, 94	<b>중·저준위 방사성 폐기물 처분 시설의 유치지역 지원에 관한 특별법</b> (2005. 3. 31. 법률 제7444호)	
<b>종합부동산세법</b> (2005. 12. 31. 법률 제7836호)		제3조 제1항	718, 720, 723
		제8조 제1항	718, 719, 723
		제11조	718, 719, 723
		제12조	718, 719, 723

제13조	718, 719
제14조	718, 719, 723
제17조 제1항	718, 719

**지방공무원법(1973. 3. 12. 법률 제 2594호)**

제58조 제1항	705, 767
----------	----------

**지방세법(2005. 1. 5. 법률 제7332)**

제111조	100
제180조	100
제181조	100
제182조	101
제183조	101
제184조	102
제187조	102

**지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호)**

제111조	104
제180조	105
제181조	105
제183조	105
제184조	105
제187조	105
제188조	105
제189조	105
제190조	105
제191조	105
제195조의2	106

**지방자치법(2008. 2. 29. 법률 제 8852호)**

제4조 제1항	553, 554, 556
제11조	56
제135조	55
제136조	55
제142조	55

**채무자 회생 및 파산에 관한 법률**  
(2005. 3. 31. 법률 제7428호)

제319조 제1항	123
제321조 제1항	123
제384조	123
제564조 제1항 제1호	123, 129
제564조 제1항 제2호	124
제564조 제1항 제3호	124
제564조 제1항 제4호	124
제564조 제1항 제5호	124
제564조 제1항 제6호	124
제574조 제1항 제1호	124
제574조 제1항 제2호	124
제574조 제1항 제3호	124
제575조 제1항	124

**특정강력범죄의 처벌에 관한 특  
례법(1990. 12. 31. 법률 제4295호)**

제2조	623, 629, 632
제3조	526, 528, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 566, 567, 570, 571, 572, 573, 574, 577, 578, 579, 622, 625, 626, 629, 630, 631, 632, 634, 636

**특정강력범죄의 처벌에 관한 특  
례법(2005. 8. 4. 법률 제7653호)**

제2조	529, 534, 568
-----	---------------

**특정범죄 가중처벌 등에 관한 법  
률(1980. 12. 18. 법률 제3280호)**

제5조의5	527, 528, 529, 530, 531, 533, 534, 535, 536,
-------	---

537, 538, 540, 542, 543,  
544, 545

**특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률**  
(2005. 8. 4. 법률 제7654호)

제5조의4 제1항	230, 234, 236, 237, 240
제5조의4 제2항	230
제5조의4 제6항	228, 229, 230

**파산법**(2002. 1. 26. 법률 제6627호)

제358조 제1항 제1호	123
제358조 제1항 제2호	123
제358조 제1항 제3호	123
제358조 제1항 제4호	123
제359조제1항	123

**폭력행위 등 처벌에 관한 법률**  
(2006. 3. 24. 법률 제7891호)

제2조 제1항	177
제2조 제2항	177, 178, 180
제3조 제1항	176, 177

**한국마사회법**(2005. 5. 31. 법률 제  
7547호)

제3조	339
제4조	339
제6조 제1항	339
제6조 제3항	339
제6조의3	339
제7조	339
제8조 제1항	339
제8조 제2항	339
제9조 제1항	340
제9조 제2항	340

**한국방송광고공사법**(2008. 2. 29.  
법률 제8852호)

제1조	373
제2조	373
제18조	374
제19조	374

**형법**(1953. 9. 18. 법률 제293호)

제3조	416
제7조	416, 417, 418, 420
제35조	624, 625, 626, 631
제333조	624, 625, 626
제334조	624, 626
제335조	621, 622, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 636
제337조	622, 624

**형법**(2005. 7. 29. 법률 제7623호)

제35조	230, 231, 232, 234, 530, 536, 537, 540, 541, 542, 545, 569, 574, 574, 576
제249조	815
제253조	814, 815
제257조 제1항	181
제260조 제1항	177, 182, 183, 503
제260조 제2항	177, 182
제276조 제1항	182
제276조 제2항	182
제283조 제1항	177, 182, 183
제283조 제2항	182
제324조	182
제337조	527, 528, 530, 534, 537, 543, 544, 569, 579
제339조	530, 534
제342조	530
제350조	182

제366조 178, 182

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제  
341호)

제462조 566, 568, 569, 570, 571, 572,  
574, 579





版 權  
所 有

---

헌법재판소판례집 제20권 2집(하)

2009年 4月 20日 印刷

2009年 4月 30日 發行

發 行 憲 法 裁 判 所  
印 刷 三 和 印 刷 株 式 會 社

---

(非賣品)