

— 목 차 —

법 률

사립학교법 일부개정법률 798

규 칙

헌법재판소계약직공무원규칙 일부개정규칙(헌법재판소규칙 제197호) 801

인 사

..... 801

공지사항

주요업무일지 801

심판사건통계표 803

등록도서현황 805

주요신착도서 805

 - 2007년도 7월 구입도서 805

 - 2007년도 7월 교환도서 806

헌법재판소장 동정 808

판 려

..... 811

서울시 종로구 가회로 15(재동 83) ☎ 110-250 대표☎(02)708-3456 <http://www.ccourt.go.kr>

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

법 률

○ 사립학교법 일부개정법률

(법 률 제8545호)
(2007. 7. 27. 공포)

사립학교법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제명 “私立學校法”을 “사립학교법”으로 한다.

제14조 제3항부터 제6항까지를 각각 다음과 같이 한다.

③ 학교법인은 제1항에 따른 이사 정수의 4분의 1(단, 소수점 이하는 올림한다)에 해당하는 이사(이하 “개방이사”라 한다)를 제4항에 따른 개방이사추천위원회에서 2배수 추천한 인사 중에서 선임하여야 한다.

④ 개방이사추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)는 제26조의2에 따른 대학평의위원회(이하 “대학평의위원회”라 한다) 또는 「초·중등교육법」 제31조에 따른 학교운영위원회(이하 “학교운영위원회”라 한다)에 두고 그 조직과 운영 및 구성은 정관으로 정하되, 위원 정수는 5인 이상 홀수로 하고 대학평의위원회 또는 학교운영위원회에서 추천위원회 위원의 2분의 1을 추천하도록 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다.

⑤ 제3항에 따라 추천위원회가 개방이사를 추천하는 경우에는 30일 이내에 완료하여야 하며, 이 기간 내에 추천하지 못하는 때에는 관할청이 추천한다.

⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정에 따른 개방이사의 추천, 선임방법 및 자격요건과 기준에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.

제18조의2 제2항에 단서를 다음과 같이 신설한다. 다만, 이사회는 출석임원 중 3인을 호선하여 이사회 회의록 및 회의조서에 대표로 간(間)서명 또는 간(間)인하게 할 수 있다.

제20조의2 제1항 제1호 중 “이 법과 「초·중등교육법」, 「고등교육법」을 “이 법, 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」으로 한다.

제20조의2 제1항 제4호·제5호 및 제7호를 각각 삭제한다.

제21조 제5항을 다음과 같이 한다.

⑤ 학교법인에 두는 감사 중 1인은 추천위원회에서 추천하는 자를 선임한다.

제23조 제1항을 다음과 같이 한다.

① 이사장은 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장을 겸할 수 없다. 다만, 유치원만을 설치·경영하는 학교법인 이사장의 경우에는 당해 유치원장을 겸할 수 있다.

제24조의2 내지 제24조의4를 각각 다음과 같이 신설한다.

제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 제25조에 따른 임시이사의 선임과 제25조의2에 따른 임시이사의 해임 및 제25조의3에 따른 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한 중요 사항을 심의하기 위하여 교육인적자원부장관 소속으로 사학분쟁조정위원회(이하 “조정위원회”라 한다)를 둔다.

② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 임시이사의 선임에 관한 사항
2. 임시이사의 해임에 관한 사항
3. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항
4. 그 밖에 관할청이 조정위원회에 심의를 요청한 사항

③ 조정위원회는 제2항 각 호의 사항에 대한 심의결과를 지체 없이 관할청에 통보하여야 한다.

④ 관할청은 제3항에 따른 심의결과에 따라야 한다. 다만, 심의결과에 이의가 있는 경우에는 조정위원회에 재심을 요청할 수 있고, 그 재심 결과를 수용하여야 한다.

제24조의3(조정위원회의 구성 등) ① 조정위원회는 대통령이 위촉하는 다음 각 호의 위원으로 구성하며, 위원장은 대법원장이 추천하는 인사 중에서 호선한다.

1. 대통령이 추천하는 자 3인
2. 국회의장이 추천하는 자 3인
3. 대법원장이 추천하는 자 5인

② 위원의 임기는 2년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있다.

③ 조정위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제24조의4(조정위원회 위원의 자격 기준) ① 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자이어야 한다.



- 1. 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 직에 15년 이상 재직한 자
- 2. 대학의 총장·학장 또는 초·중등학교의 교장경력이 있는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
- 3. 대학에서 부교수 이상의 직에 종사하는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
- 4. 회계사로서 회계업무경력 15년 이상인 자
- 5. 교육행정기관에서 고위공무원의 경력이 있는 자로서 공무원경력 15년 이상인 자

② 제22조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 위원이 될 수 없다.

제25조 제1항 각 호 외의 부분, 같은 항 제2호, 같은 조 제3항 및 제6항을 각각 다음과 같이 한다.

관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 이해관계인의 청구 또는 직권으로 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 선임하여야 한다.

2. 제20조의2에 따라 학교법인의 임원취임 승인을 취소한 때. 다만, 제18조에 따른 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 때에 한한다.

③ 임시이사는 제1항에 따른 사유가 해소될 때까지 재임하되, 임시이사의 임기는 선임된 날부터 3년을 초과할 수 없다.

⑥ 임시이사가 선임된 학교법인 중 재정이 열악한 학교법인의 최소한의 이사회 운영경비 및 사무직원 인건비는 국가 또는 지방자치단체에서 지원할 수 있다.

제25조의2 각 호 외의 부분을 다음과 같이 한다.

관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사의 전부 또는 일부를 해임할 수 있다.

제25조의3 제1항 내지 제3항을 각각 다음과 같이 하고, 같은 조 제4항을 삭제한다.

① 관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다.

② 임시이사가 선임된 학교법인은 매년 1회 이상 조정위원회에 정상화 추진 실적을 보고하여야 한다.

③ 조정위원회는 제2항의 추진 실적을 평가하여 해당 학교법인의 임시이사 해임 및 정상화 여부에 관한 사항을 관할청에 통보한다.

제26조의2를 다음과 같이 한다.

제26조의2(대학평의회) ① 대학교육기관에 다음 각 호의 사항을 심의하게 하기 위하여 대학평의회를 둔다. 다만, 제3호 및 제4호는 자문사항으로 한다.

- 1. 대학의 발전계획에 관한 사항
- 2. 학칙의 제정 또는 개정에 관한 사항
- 3. 대학현장의 제정 또는 개정에 관한 사항
- 4. 대학교육과정의 운영에 관한 사항
- 5. 추천위원회의 위원의 추천에 관한 사항
- 6. 그 밖에 교육에 관한 중요 사항으로서 정관으로 정하는 사항

② 대학평위원회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.

제29조 제6항을 다음과 같이 하고, 같은 조 제7항을 삭제한다.

⑥ 제2항에 따른 교비회계에 속하는 수입은 다른 회계에 전출하거나 대여할 수 없다. 다만, 차입금의 원리금을 상환하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제45조에 단서를 다음과 같이 신설한다.

다만, 제70조의2 제1항에 따라 정관으로 정하는 학교법인 및 학교의 사무기구와 정원에 관련된 사항은 이사회 의결로 확정하고 이를 교육인적자원부장관에게 보고한다.

제53조 제3항 중 “1회에 한하여 중임할 수 있다”를 “중임할 수 있다”로 하고, 같은 항에 단서를 다음과 같이 신설한다.

다만, 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있다.

제54조의3 제2항 중 “5년”을 “그 임명의 제한 기간”으로 하고, 같은 조 제3항 각 호 외의 부분에 단서를 다음과 같이 신설한다.

다만, 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다.

법률 제7802호 사립학교법 중 개정법을 부칙 제5조 중 “제22조 제2호·제3호”를 “제22조 제2호부터 제5호까지”로 한다.

부 칙

- 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.
- 제2조(이사회 구성에 관한 적용례) 이 법 시행 후 임원의 임기 만료 등으로 인하여 궐위되는 때에는 우선적으로 제14조 제3항의 개정 규정에 따라 개방이사추천위원회의 추천을 받아 임원을 선임하여야 한다.
- 제3조(개방이사에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 제14조 제3항에 따라 선임된 개방이사는 이 법에 따라 선임된 것으로 본다.
- 제4조(임시이사에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 제25조에 따라 선임된 임시이사는 이 법에 따라 선임된 것으로 본다.
- 제5조(임시이사 임기에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 재임 중인 임시이사로서 2006년 7월 1일 이후 선임된 임시이사의 임기는 2008년 6월 30일까지로 한다.

◇ 개정이유

학교법인 이사장의 겸직금지의무와 각급 학교의 장의 중임제한을 완화하고, 이사장의 친족이라고 하더라도 교육경험과 사학경영능력이 있는 경우에는 예외적으로 학교의 장에 임명될 수 있도록 하여 개인의 직업선택권 등 기본권 침해에 대한 논란을 해소하는 한편, 사학현장의 대립과 갈등을 해소하고 사학운영의 투명성과 합리성을 실현하기 위하여 개방이사추천위원회 및 사학분쟁조정위원회를 두는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

◇ 주요내용

가. 개방이사추천위원회(법 제14조 제3항 및 제4항) 대학평의회 또는 학교운영위원회에 개방이사추천위원회를 두고 학교법인의 이사정수의 4분의 1을 개방이사추천위원회에서 2배수 추천한 인사 중에서 선임하도록 하며, 개방이사추천위원회의 위원정수는 5인 이상 홀수로 하되, 대학평의회 또는 학교운영위원회에서 개방이사추천위원회 위원의 2분의 1을 추천하도록 함.

- 나. 학교법인 이사장의 겸직금지의무 완화(법 제23조 제1항) 종전에는 학교법인의 이사장은 당해 학교법인 및 다른 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장이나 다른 학교법인의 이사장을 겸할 수 없도록 하였으나, 앞으로는 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장만을 겸할 수 없도록 하고, 이 경우에도 유치원만을 설치·경영하는 학교법인의 이사장은 당해 유치원장을 겸할 수 있도록 함.
- 다. 사학분쟁조정위원회(법 제24조의2 및 제24조의3 신설) 임시이사의 선임·해임과 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안 등을 심의하기 위하여 교육인적자원부장관 소속으로 사학분쟁조정위원회를 두고, 사학분쟁조정위원회의 위원은 대통령이 3인, 국회의장이 3인, 대법원장이 5인을 각각 추천하도록 함.
- 라. 대학평의원의 기능 조정(법 제26조의2 제1항) 대학평의원의 기능 중 대학현장의 제정 또는 개정과 대학교육과정의 운영에 관한 사항을 대학평의원의 심의사항에서 자문사항으로 변경함.
- 마. 각급 학교의 장의 중임제한 완화(법 제53조 제3항) 종전에는 각급 학교의 장의 임기는 4년을 초과할 수 없고 1회에 한하여 중임을 허용하였으나, 앞으로는 횟수 제한 없이 중임을 허용하되, 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있도록 함.
- 바. 학교법인 이사장의 배우자 등에 대한 학교의 장의 임명제한 완화(법 제54조의3 제3항) 종전에는 학교법인의 이사장과 그 배우자 또는 직계존속 및 직계비속과 그 배우자의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장에 임명할 수 없도록 하였으나, 앞으로는 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 예외로 하도록 함.

<법제처 제공>



규 칙

○ 헌법재판소계약직공무원규칙 일부개정규칙 (헌법재판소규칙 제197호) (2007. 7. 9. 공포)

헌법재판소계약직공무원규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별표 1의 조사연구란 중 헌법재판을 위한 조사·연구란 위에 헌법재판의 중요쟁점에 관한 조사·연구란을 다음과 같이 신설한다.

헌법재판의 중요쟁점에 관한 조사·연구	헌법연구위원	헌법연구위원			
----------------------	--------	--------	--	--	--

부 칙

이 규칙은 공포한 날부터 시행한다.

◇ 개정이유 및 주요내용

전문계약직공무원 중 헌법연구위원을 채용할 수 있는 근거규정을 마련하려는 것임.

인 사

○ 승 진

- 2007. 7. 1. 재판관실

행정주사보 김 기 필
임 행정주사

○ 파 견

- 2007. 7. 12. 헌법연구관 이 승 환
명 미국 버클리대학교(2007. 7. 24.~2009. 7. 23.)
- 헌법연구관 신 미 용
명 미국 조지워싱턴대학교(2007. 7. 24.~2009. 7. 23.)

○ 휴 직

- 2007. 7. 23.

심판자료국 도서과

사서주사

이 소 영

명 국가공무원법 제71조 제2항 제4호의 규정에 의함(2007. 7. 23.~2008. 7. 22.)

공 지 사 항

○ 주요업무일지

<2007년 7월>

- 7. 3. 재판관회의 개최
-안 건
• 헌법재판소계약직공무원규칙 일부 개정규칙안
- 7. 9. 규칙 개정
-헌법재판소계약직공무원규칙 일부개정규칙(헌법재판소규칙 제197호)
- 7. 12. 변론(대심판정)
-2004헌가25 실화책임에관한법률 위헌 제청
- 7. 13. 독거노인 초청 만찬
-종로구 관내 독거노인 36명을 초청 하여 만찬, 청사견학 및 기념품 제공
- 7. 20. 공무국의출장
-출 장 자 : 헌법재판관 조대현
-출장국가 : 캐나다
-출장기간 : 2007. 8. 1.~2007. 8. 8.
- 7. 25. 공무국의출장
-출 장 자 : 헌법연구관 사봉관
-출장국가 : 영국, 프랑스, 독일
-출장기간 : 2007. 8. 1.~2007. 8. 14.
- 7. 26. 결정선고(대심판정)
-2006헌가4 의료법 제46조 제4항 등 위헌제청 등 95건
• 위 헌 : 2건
• 인 용 : 2건
• 합 헌 : 4건
• 기 각 : 76건
• 각 하 : 11건
- 7. 1.~7. 31. 헌법재판소 견학
-견학횟수 : 서운중학교 학생 외 6회

(283명)
- 강 의 : 지인수 사무관 외 1인
홈페이지 운영현황
- 접속 건 수 : 31,946건
(누계 : 5,336,613건)

- 질문과의견 : 158건
(누계 : 115,361건)
- 답변 : 53건
(누계 : 6,531건)



○ 심판사건통계표

심 판 사 건 총 괄 표																	
2007. 7. 31. 현재																	
구 분	처 리	접 수			처 리											미 취	
		합 계	전 달 (년) 미 제	이 달 (년) 접 수	합 계	결 정											
						계	위 헌	헌법불합치	한정 위헌	한정 합헌	인 용	합 헌	기 타	각 하	기 타		
7 월 계	합 계	1,044	874	170	186	183 <5>	2 <5>				2	4	76	99 (88)	3	858	
	위헌법률	33	31	2	2	2 <1>	1 <1>					1				31	
	탄핵																
	정당해산																
	권한쟁의	15	15										1			14	
	헌법소원	계	996	828	168	183	180 <4>	1 <4>				2	3	76	98 (88)	3	813
		§68①	818	668	150	172	169 <4>	1 <4>				2		76	90 (82)	3	646
§68②		178	160	18	11	11						3	8 (6)		167		
금 년 누 계	합 계	1,922	887	1,035	1,064	1,036 <20>	5 <8>	9 <12>			10	35	417	560 (517)	28	858	
	위헌법률	39	22	17	8	7 <4>	4 <4>					3			1	31	
	탄핵																
	정당해산																
	권한쟁의	17	14	3	3	2							2		1	14	
	헌법소원	계	1,866	851	1,015	1,053	1,027 <16>	1 <4>	9 <12>			10	32	417	558 (517)	26	813
		§68①	1,641	700	941	995	970 <15>	1 <4>	8 <11>			10		417	534 (500)	25	646
§68②		225	151	74	58	57 <1>		1 <1>				32	24 (17)		1	167	
비고																	

주 : 1. 결정관의 < >는 심판대상법률조항의 숫자임.
 2. 헌법소원심판사건 중 지정재판부의 처리건수는 ()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 하였음.
 3. 법령에 대한 §68①의 헌법소원심판사건이 인용된 경우는 그 내용에 따라 위헌·헌법불합치·한정 위헌 등으로 분류하였음.

심판사건누계표

1988. 9. 1. - 2007. 7. 31. 현재

구분	처리 접수	처 리											미 제 체		
		합 계	결 정											취 하	
			계	위 헌	헌 법 불 합 치	한 정 위 헌	한 정 합 헌	인 용	합 헌	기 각	각 하	기 타			
합 계	14,980	14,122	13,620 <336>	303 <206>	105 <67>	48 <34>	28 <29>		266	1,032	4,931	6,903 (5,653)	4	502	858
위헌법률	560	529	423 <166>	117 <121>	38 <22>	15 <9>	7 <14>			217		29		106	31
탄핵	1	1	1								1				
정당해산															
권한쟁의	44	30	26						5		9	12		4	14
헌법소원	계	14,375	13,562	13,170 <170>	186 <85>	67 <45>	33 <25>	21 <15>	261	815	4,921	6,862 (5,653)	4	392	813
	§68①	12,797	12,151	11,799 <74>	49 <43>	21 <23>	10 <8>		261	3	4,921	6,531 (5,467)	3	352	646
	§68②	1,578	1,411	1,371 <96>	137 <42>	46 <22>	23 <17>	21 <15>		812		331 (186)	1	40	167
비 고															

- 주 : 1. 결정란의 < >는 심판대상법률조항의 숫자임.
 2. 헌법소원심판사건 중 지정재판부의 처리건수는 ()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 하였음.
 3. 법령에 대한 §68①의 헌법소원심판사건이 인용된 경우는 그 내용에 따라 위헌·헌법불합치·한정 위헌 등으로 분류하였음.



○ 등록도서현황

(2007. 7. 31. 현재, 단위 : 권)

구 분		총 등록도서	금 년 도	금 월
합 계		85,530	3,254	400
국내도서		35,045	1,526	211
외국도서	동양서	22,933	474	99
	서양서	27,552	1,254	90

○ 주요신착도서

- 2007년도 7월 구입도서

【국 내】

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• (통합도산법에 따른) 개인회생·파산실무	한 병 호	진 원 사	2006
• (통합도산법에 따른) 법인·개인 회생사건처리 실무	유 재 복	법 률 정 보 센 타	2006
• 著作権法	뫼 承 鍾	博 英 社	2007
• (2006 사업연도 법인세·소득세 신고를 위한) 조세 특례 이론과 실무	이 택 용	지 식 공 작 소	2007
• 現代憲法과 立憲主義	프 리 드 리 히, 칼 J	홍 의 출 판 사	2006

【일 본】

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• ジェンダーと人権：知っていますか？ 一問一答	船 橋 邦 子	解 放 出 版 社	2006
• 個人情報と人権：知っていますか？ 一問一答	白 石 孝	解 放 出 版 社	2006
• (解説) 関連でみる民法Ⅰ：應用がもっときくようになる	椿 壽 夫	日 本 評 論 社	2007
• (注釋) 大韓民國 親族法	金 疇 洙	日 本 加 除 出 版	2007
• 福祉國家の形成・再編と社會福祉政策 [第1卷] : 日本・韓國-福祉國家の再編と福祉社會の開發	野 口 定 久	中 央 法 規	2006
• 新しいビジネス法	山 田 剛 志	弘 文 堂	2006
• 新・裁判實務大系 (28) : 新版 破産法	園 尾 隆 司	青 林 書 院	2007
• 新解説世界憲法集	初 宿 正 典	三 省 堂	2006
• 人權總論の再檢討：私人間にあける人權保護と裁判所	木 下 智 史	日 本 評 論 社	2007
• 財政會計六法 [平成19年版]	大 藏 財 務 協 會	大 藏 財 務 協 會	2007

서명	저자명	출판사	출판연도
• 裁判と社會：司法の「常識」再考	ダニエル・H・フツト	N T T 出版	2006
• 裁判員制度はいらない	高山俊吉	講談社	2006
• 政府規制と經濟法：規制改革時代の獨禁法と事業法	土田和博	日本評論社	2006
• (平成17年) 行政關係判例解説	行政判例研究會	ぎょうせい	2007
• 憲法Ⅱ [第2版]：國家の組織と人權保障手續	松浦寛	嵯峨野書院	2006
• 憲法の基礎理論と解釋	尾吹善人	信山社	2007
• 憲法の理性	長谷部恭男	東京大學出版部	2006
• 憲法講義Ⅱ	大石眞	有斐閣	2007
• 憲法國家の實現：保障・安全・共生	石村修	尚學社	2006
• 憲法學の基本問題	富永健	嵯峨野書院	2006

【영미】

서명	저자명	출판사	출판연도
• Human rights and Criminal justice	Emmerson, Ben	Sweet & Maxwell	2007
• Selwyn's law of employment	Selwyn, Norman	Oxford	2006
• Shipping conferences under EC antitrust law : Criticism of a legal paradox	Blanco, Luis Ortiz	Hart Publishing	2007

- 2007년도 7월 교환도서

- 교환처 : 포르투갈 헌법재판소
- 교환일자 : 2007. 7. 4.

서명	저자명	출판사	출판연도
• Acórdãos do Tribunal Constitucional v.63	Tribunal Constitucional Portugal	Tribunal Constitucional Portugal	2007

- 교환처 : 미국 위스콘신대학교
- 교환일자 : 2007. 7. 4.

서명	저자명	출판사	출판연도
• Wisconsin Law Review vol.2006 no.6	The University of Wisconsin Law School	The University of Wisconsin Law School	2006



- 교 환 처 : 일본 최고재판소
- 교환일자 : 2007. 7. 4.

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• 最高裁判所判例集 第60卷 第6號	最 高 裁 判 所 判 例 調 査 會	最 高 裁 判 所 判 例 調 査 會	2006
• 最高裁判所判例集 第60卷 第7號	"	"	2006
• 最高裁判所判例集 第60卷 第8號	"	"	2006
• 最高裁判所判例集 第60卷 第9號	"	"	2006

- 교 환 처 : 아르헨티나 대법원
- 교환일자 : 2007. 7. 18.

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• Digesto De Los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion (A-N) : Tomo XX - Volumen 1	Corte Suprema de Justicia de la Nación	Publicacion a cargo de la secretaria de jurisprudencia del Tribunal	2007
• Digesto De Los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion (O-Z) : Tomo XX - Volumen 2	"	"	2007

- 교 환 처 : 이탈리아 헌법재판소
- 교환일자 : 2007. 7. 18.

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• Corte costituzionale della Repubblica italiana, della normativa e della documentazione rilevante relativa agli anni 1956-2006	Corte Costituzionale della Repubblica italiana	Corte Costituzionale della Repubblica italiana	2007

- 교 환 처 : 일본 와세다(早稻田)대학교
- 교환일자 : 2007. 7. 19.

서 명	저 자 명	출 판 사	출판연도
• The waseda journal of political science and economics No.367	-	The waseda society of political science and economics	2007
• 法研論集 第122號	早 稻 田 大 學 法 學 會	早 稻 田 大 學 法 學 會	2007

○ 헌법재판소장 동정

월 일	내 용
2007. 7. 13.(금)	종로구 관내 독거노인 초청 만찬(헌법재판소 구내식당)
2007. 7. 17.(화)	제59주년 제헌절 경축식 참석(국회의사당 중앙홀)



종로구 관내 독거노인 초청 만찬(2007. 7. 13.)



제59주년 제헌절 경축식 참석(2007. 7. 17.)



判 例

이 곳에 게재된 판시사항, 결정요지, 심판대상조문, 참조조문 및 참조판례 등은 독자의 편의를 위하여 작성한 것으로서 헌법재판소결정 원문의 일부가 아님을 밝힙니다.

(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)

【판례편찬과 ☎ 708-3493】

1. 의료법 제46조 제4항 등 위헌제청 814

(2007. 7. 26. 2006헌가4 전원재판부)

가. “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”는 규정 위반 시 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제69조 중 ‘제46조 제4항’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(적극)

나. 위 부분이 포괄위임법금지원칙에 위반되는지 여부(적극)

2. 노동조합 및 노동관계조정법 제92조 제1호 다목 위헌제청 819

(2007. 7. 26. 2006헌가9 전원재판부)

가. 노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목 중 ‘징계의 중요한 절차’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

나. 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 법률주의를 판시한 헌법재판소 96헌가20 결정의 취지에 반하는 것인지 여부(소극)

3. 국회의원과 정부간의 권한쟁의 824

(2007. 7. 26. 2005헌라8 전원재판부)

가. 국회의 구성원인 국회의원이 국회를 위하여 국회의 권한집행을 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권한쟁의심판에

있어서 이른바 ‘제3자 소송담당’이 허용되는지 여부(소극)

나. 국회의원의 심의·표결 권한이 국회의장이나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부(소극)

4. 소득세법 제97조 제4항 위헌소원 831

(2007. 7. 26. 2005헌바98 전원재판부)

가. 배우자로부터 증여받은 토지를 5년 이내에 양도하는 경우 증여받은 때의 가액을 취득가액으로 삼지 않고 증여(贈與)배우자의 취득가액을 수증(受贈)배우자의 취득가액으로 의제토록 규정한 소득세법(2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정된 것) 제97조 제4항 중 ‘제94조 제1항 제1호의 규정에 의한 토지’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

나. 이 사건 법률조항이 ‘배우자인 수증자’와 ‘배우자 아닌 수증자’를 차별하여 혼인으로 인한 차별금지를 위반하고 평등권을 침해하는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 자기책임의 원칙 및 실질적 조세법률주의에 위반되는지 여부(소극)

5. 전기통신사업법 제4조 제2항 등 위헌소원 837

(2007. 7. 26. 2005헌바100 전원재판부)

등록을 하지 아니하고 별정통신사업을 경영한 자를 처벌하는 전기통신사업법 제70조 제3호 중 같은 법 제4조 제3항 제1호에 의한 같은 조 제2항의 ‘공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역부의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무(이하 ‘기간통신역무’라 한다)’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’

이라 한다)이 헌법상 죄형법정주의의 명확성 원칙 내지는 포괄위임입법금지의 원칙에 위반 되는지 여부(소극)

6. 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌소원 843

(2007. 7. 26. 2006헌바12 전원재판부)

가. '특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률'(이하 '특경법'이라 한다) 제4조 제1항 중 '법령에 위반하여' 부분이 명확성의 원칙 및 포괄 위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

나. 특경법 제4조 제2항 제1호 소정의 단계별 가중처벌 규정이 과잉금지원칙에 반하여 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 구 외국환관리법(1997. 12. 13. 법률 제 5453호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항 이 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

7. 민사집행법 제130조 제3항 위헌소원 850

(2007. 7. 26. 2006헌바40 전원재판부)

가. 헌법재판소법 제68조 제2항 후문의 '당해 사건의 소송절차'에 당해 사건의 상소심 소송절차가 포함되는지 여부(적극)

나. 항고심 소송절차에서 위헌법률심판제청신청을 하여 그 신청이 기각되었는데도 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가 그 재항고심 소송절차에서 같은 이유를 들어 위헌법률심판제청신청을 하여 그 신청이 기각되자 헌법소원심판청구를 한 경우에 헌법재판소법 제68조 제2항 후문에 위배되는지 여부(적극)

8. 문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인 851

(2007. 7. 26. 2003헌마377 전원재판부)

가. 문화재의 은닉을 처벌하도록 규정한 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법'이라 한다) 제 81조 제4항, 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제103조 제4항 및 도굴 등이 된 문화재의 보유·보관을 처벌하도록 규정한 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항이 명확성 원칙에 반하는지 여부(소극)

나. 본인의 은닉행위 이전에 타인이 당해 문화

재를 절취하는 등으로 문화재의 효용을 해한 행위가 처벌되지 않은 경우에도, 본인의 은닉행위를 처벌하도록 규정한 구 법 제81조 제4항 및 법 제103조 제4항이 과잉금지 원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 본인의 문화재의 보유·보관행위 이전에 타인이 한 당해 문화재에 관한 도굴 등이 처벌되지 아니하여도, 본인이 그 정을 알고 보유·보관하는 경우 처벌하도록 규정한 구 법 제82조 제4항 및 법 제104조 제4항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

라. 은닉, 보유·보관된 당해 문화재의 필요적 몰수를 규정한 구 법 제81조 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제7항 중 제4항 부분 및 법 제103조 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제7항 중 제4항 부분이 책임과 형벌 간 비례원칙에 위배되는지 여부(적극)

9. 제한경쟁특별임용시험 자격제한 취소 861

(2007. 7. 26. 2004헌마686 전원재판부)

가. 피청구인들의 2004. 3. 12.자 '제1회 제한 경쟁특별임용시험 시행계획 공고'(이하 '이 사건 공고'라 한다)에서 응시자격을 '김제시청 내 기능직 또는 정원 외 상근인력·재료비(일용직) 등으로 계속 근무하고 있는 자'로 제한하는 것(이하 '이 사건 자격제한'이라 한다)이 공권력의 행사에 해당하는지 여부(적극)

나. 이 사건 공고에 의한 이 사건 자격제한이 권리보호이익이 있는지 여부(소극)

10. 지방교육자치에 관한 법률 제78조 위헌확인 863

(2007. 7. 26. 2004헌마730 전원재판부)

청구인이 다투던 구 '지방교육자치에 관한 법률'(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 중 교육감선거 부분(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 개정되어 권리보호이익이 없다고 본 사례

11. 한국철도공사법 부칙 제8조 위헌확인 864

(2007. 7. 26. 2004헌마914 전원재판부)

가. 시혜적인 법령조항의 적용 대상자가 그 시혜의 내용이 기대에 미치지 못한다는 이유로 당해 법령조항을 대상으로 헌법소원심판을 청구한 경우, 기본권침해의 가능성이나 위험성이 있는지 여부(소극)



- 나. 시혜적인 법률의 적용대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권 침해가 발생하는지 여부(소극)
- 다. 시혜적인 법률에 관한 입법재량
- 12. 형사소송법 제246조 위헌확인 등 874
(2007. 7. 26. 2005헌마167 전원재판부)
 - 가. 국가소추주의를 규정한 형사소송법 제246조(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)가 제한하는 기본권
 - 나. 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)
- 13. 한국철도공사법 부칙 제7조 제4항 위헌확인 877
(2007. 7. 26. 2005헌마350 전원재판부)
 - 가. 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구할 수 있는지 여부(소극)
 - 나. 철도청 공무원이 한국철도공사(이하 '철도공사'라 한다)의 직원으로 임용된 때에는 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 보도록 하고 있는 한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제 7052호로 제정된 것) 부칙 제7조 제4항이 공무원 잔류 의사를 유지한 자들의 법적 지위에 영향을 미치지 여부(소극)
- 14. 토지보상 부작위 위헌확인 880
(2007. 7. 26. 2005헌마501 전원재판부)
 - 가. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건
 - 나. 도시계획시설사업 실시계획의 인가·고시가 없고 지목이 '임야'인 토지에 대하여 행정청이 시가에 의하여 정당한 보상을 하여야 할 헌법상 작위의무가 존재하는지 여부(소극)
- 15. 가석방심사대상 제외 위헌확인 883
(2007. 7. 26. 2006헌마298 전원재판부)
 - 가. 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 아니한 교도소장의 행위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 해당 하는지 여부(소극)
 - 나. 법무부 예규인 가석방업무지침(2005. 3. 4. 법무부 예규 제723호) 제11조 제2항 제2호에 대한 심판청구가 청구기간을 도과한 것인지 여부(적극)
- 16. 상고심절차에 관한 특례법 제4조 등 위헌확인

- 등 885
(2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88·255(병합) 전원재판부)
- 가. 심리불속행제도를 규정하고 있는 '상고심절차에 관한 특례법'(2002. 1. 26. 법률 제 6626호로 개정된 것, 이하 '특례법'이라 한다) 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분, 제7조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부(소극)
- 나. 심리불속행 상고기각판결의 경우 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분(이하 '이 사건 제5조 제1항'이라 한다)이 헌법 제27조 제1항에서 보장하는 재판청구권 등을 침해하는지 여부(소극)
- 17. 국가공무원법 제33조 위헌확인 897
(2007. 7. 26. 2006헌마764 전원재판부)
 - “금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자는 공무원에 임용될 수 없다”고 규정한 국가공무원법 제33조 제1항 제3호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 공무원임권을 침해하는지 여부(소극)
- 18. 군사시설보호법 제4조 등 위헌확인 898
(2007. 7. 26. 2006헌마1164 전원재판부)
 - 가. 군사시설보호법(2003. 5. 15. 법률 제6870호로 개정된 것, 이하 '군사시설법'이라 한다) 제4조에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간이 도과되어 부적법하다고 판단한 사례
 - 나. 군사시설법 제4조에 대한 심판청구가 기본권 침해성이 없으므로 부적법하다고 판단한 사례
 - 다. 부진정입법부작위라도 청구기간을 준수하여야 한다고 판단한 사례
 - 라. 국가배상법(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정된 것) 제13조 제8항 제2호에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간이 도과되어 부적법하다고 판단한 사례
- 19. 재판누락 위헌확인 901
(2007. 7. 30. 2007헌마837 제1지정재판부)
 - 가. 헌법소원심판청구의 청구인이 그 심판청구사건의 종국결정에 앞서 중간결정을 하여줄 것을 헌법소원심판의 형식으로 구하는 것이

적법한지 여부(소극)
 나. 헌법소원심판청구의 청구인이 그 심판청구사건의 일부 심판대상을 대상으로 하여

제기한 중간확인 의 헌법소원심판청구를 중복하여 헌법소원을 제기한 경우에 해당한다는 이유로 각하한 사례

1. 의료법 제46조 제4항 등 위헌제청

(2007. 7. 26. 2006헌가4 전원재판부)

【판시사항】

가. “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”는 규정 위반 시 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제69조 중 ‘제46조 제4항’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(적극)

나. 위 부분이 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

가. 법 제46조 제4항은 아무런 금지사항, 요구사항 또는 명령사항을 규정하고 있지 않다. 또 법 제46조 제4항과 제1항 내지 제3항의 관계가 모호하다. 만일 제46조 제4항이 같은 조 제1항 내지 제3항과 독립되어 제69조의 구성요건을 이루는 것이라면 제4항은 아무런 금지규정의 형식을 취하고 있지 아니하므로 무엇을 위반하여야 처벌되는지 알 수가 없다. 반면 제4항이 제1항 내지 제3항이 금지하고 있는 의료광고의 예외로서 의료광고가 허용되는 범위를 정하는 규정으로 본다면, 제4항만으로는 법 제69조의 구성요건을 이룰 수 없게 된다. 한편 제4항만으로는 그 범위가 ‘한정적’인 것인지 ‘예시적’인 것인지 알 수가 없다. 결국 이 사건 법률조항은 금지된 행위가 무엇인지, 처벌의 범위가 어떠한지가 불분명하여 예측가능성을 주지 못하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

나. 법 제46조 제4항은 위임되는 내용이 허용되는 의료광고의 범위인지, 금지되는 의료광고의 범위인지 모호할 뿐 아니라, 하위법령에 규정될 의료광고의 범위에 관한 내용이 한정적인지, 예시적인 것인지도 불분명하다. 위 조항이 위임하고 있는 내용이 광고의 내용에 관한 것인지, 절차에 관한 것인지 그 위임의 범위를 특정하기도 쉽

지 않다. 이는 형사처벌의 대상이 되는 구성요건을 구체적으로 위임하지 않고, 하위법령에서 어떤 행위가 금지될 것인지에 예측할 수 없게 하므로 헌법 제75조 및 제95조의 포괄위임입법금지원칙에 위반된다.

재판관 김희옥의 반대 의견

입법연혁을 보면 의료법상 의료광고는 전면 금지에서 부분 허용으로 발전되어 왔다. 그러한 입법연혁과 처벌조항의 존재를 볼 때 법 제46조 제4항은 제1항 내지 제3항에서 금지되는 광고의 유형이 아닌 것 중에서 허용되는 광고의 범위를 한정적으로 규정하려는 것이 입법의도상 드러난다. 이러한 점은 실무상 명백한 것이었고 수범자인 의료인들에게도 충분히 예측된 것이었다. 이는 법해석·집행기관의 법보충적인 해석을 통하여 법률의 내용이 구체화된 경우라고 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 명확성원칙이나 포괄위임입법금지원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 달리 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼만한 사정도 없다.

【심판대상조문】

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제69조 중 ‘제46조 제4항’ 부분

【참조조문】

구 의료법 제46조 제1항, 제2항, 제3항

【참조판례】

- 가. 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 792-793
- 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 260
- 나. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 61-62
- 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 592
- 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99

【당사자】

제청법원 청주지방법원 충주지원
 당해사건 청주지방법원 충주지원 2005고단614 의료법위반

【주 문】

의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제69조 중 ‘제46조 제4항’ 부분은 헌법에 위반된다.



[이 유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

당해 사건 피고인은 충주시에서 ○○정형외과를 운영하는 의사인바, 2004. 9. 일자 미상경부터 2005. 5. 16.경까지 사이에 위 정형외과 인터넷 홈페이지 '관절클리닉 - 관절경 수술란'에 '진단적 관절 내시경술 - 관절경에 의한 확진율은 99%까지 가능, 최근 의학이 발달, 최첨단의료장비 개발로 관절경 검사와 동시에 관절경 수술로 치료가능, 관절의 상처가 거의 남지 않고 정확한 진단과 동시에 수술가능' 등의 내용 및 수술장면 사진을 게재하였다.

당해 사건에서 검사는 주위적 공소사실로서 위 의료광고행위가 과대광고라며 의료법 제69조, 제46조 제1항에 의하여 기소함과 아울러, 예비적 공소사실로서, 피고인은, 의료법인·의료기관 및 의료인은 보건복지부령에 정한 의료업무에 관한 광고의 범위 이외의 사항에 대하여는 광고할 수 없음에도 앞서서와 같은 내용의 광고를 함으로써 의료법 제69조, 제46조 제4항을 위반하였다고 기소하였다.

제청법원은 예비적 공소사실에 적용될 의료법 제69조, 제46조 제4항에 대하여 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, "의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제69조 중 제46조 제4항 부분"(이하 '이 사건 조항'이라 한다)의 위헌 여부이다. 제청법원은 제69조 및 제46조 제4항의 위헌 여부 심판을 제청하였으나 위헌제청취지를 보면 제69조 중 '제46조 제4항' 부분을 다루는 것이며, 제46조 제4항에 대하여 독자적으로 심판을 구하는 것으로 볼 수 없으므로 심판의 대상을 위와 같이 한정한다. 이 사건 조항 및 관련조항은 다음과 같다.

의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되기 전의 것) 제69조(벌칙) 제46조 제4항에 위반한 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

제46조(과대광고 등의 금지) ① 의료법인·의료기관 또는 의료인은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대한 광고를 하지 못한다.

② 의료법인·의료기관 또는 의료인이 아닌 자는 의료에 관한 광고를 하지 못한다.

③ 누구든지 특정의료기관이나 특정의료인의 기능·

진료방법·조산방법이나 약효 등에 관하여 대중광고·암시적 기재·사진·유인물·방송·도안 등에 의하여 광고를 하지 못한다.

④ 의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

의료법시행규칙(2003. 10. 1. 보건복지부령 제261호로 개정되고, 2007. 4. 6. 보건복지부령 제393호로 개정되기 전의 것) 제33조(의료광고의 범위 등) ① 법 제46조 제4항의 규정에 의하여 의료법인·의료기관 및 의료인이 행할 수 있는 의료광고의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 진료담당 의료인의 성명·성별 및 그 면허의 종류
2. 전문과목 및 진료과목
3. 의료기관의 명칭 및 그 소재지와 전화번호 및 인터넷 홈페이지 주소
4. 진료일·진료시간
5. 응급의료 전문인력·시설·장비 등 응급의료시설 운영에 관한 사항
6. 예약진료의 진료시간·접수시간·진료인력·진료과목 등에 관한 사항
7. 야간 및 휴일진료의 진료일자·진료시간·진료인력 등에 관한 사항
8. 주차장에 관한 사항
9. 의료인 및 보건의료인의 환자 수에 대한 배치비율 및 각 인원수
10. 의료인의 해당 분야에서의 1년 이상 임상경력
11. 법 제32조의3의 규정에 의한 시설 등의 공동이용에 관한 사항
12. 법 제47조의2의 규정에 의한 최근 3년 이내의 의료기관 평가결과

② 제1항의 광고는 텔레비전과 라디오를 제외한 모든 매체(인터넷 홈페이지를 포함한다)에 의하여 할 수 있다. 다만, 일간신문에 의한 광고는 월 2회를 초과할 수 없다.

③ 의료기관이 새로 개설되거나 휴업·폐업 또는 이전한 때에는 제2항 단서의 규정에 불구하고 일간신문에 그 사실을 3회에 한하여 광고할 수 있다.

다. 이 사건 조항의 개정 경과

이 사건 조항은 위 위헌심판제청이 신청된 이후인 2007. 1. 3. 법률 제8203호로 개정되었는데, 제68조(벌칙)에서 "..... 제46조 제1항 내지 제4항에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다"라고 규정하면서, 제46조 제1항은 의료인

아닌 자의 의료광고금지를, 제2항은 금지되는 의료광고의 내용 등을, 제3항은 허위·과대광고의 금지를, 제4항은 의료광고방법의 제한을 각 규정한 후, 제5항은 “제1항 또는 제2항 규정에 따라 금지되는 의료광고의 구체적인 기준 등 의료광고에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고 있다.

또한 의료법은 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 재차 개정되었는데, 2007. 4. 11.자 개정 후 제89조는 개정 전의 위 제68조와, 개정 후 제56조는 개정 전의 위 제46조와 대동소이하다.

2. 법원의 위헌제정이유 및 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제정이유

(1) 당해 사건에서 주위적 공소사실은 무죄로 선고될 가능성이 높다. 그 이유는 첫째, 법 제46조 제1항(허위, 과장광고 금지)에 적용될 광고행위는 적어도 제46조 제4항에 의하여 허용되는 의료광고에 속할 것이 전제되는데, 피고인의 광고행위의 경우 제46조 제4항이 허용한 광고에 속하지 않아 제46조 제4항 위반은 될 수 있으나 제46조 제1항 위반은 될 수 없기 때문이다. 둘째, 양 조항의 관계를 달리 보더라도 피고인의 광고행위는 허위, 과장광고라고 보기 어렵기 때문에 제46조 제1항은 적용되기 어렵고, 따라서 예비적 공소사실에 관한 이 사건 조항이 적용될 가능성이 높다. 따라서 이 사건 조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라질 수 있으므로 재판의 전제성이 있다.

(2) 이 사건 조항은 “의료광고에 필요한 사항”이 어떤 것일지 하위법에서 예측하기 어려운 정도로 추상적이고 광범위하며, “의료광고의 범위” 역시 보건복지부장관이 자의적으로 판단한 사항을 부령에 규정할 수 있어 지나치게 포괄적이다. 이 사건 조항은 범죄의 구성요건을 포괄적으로 위입하고 있어 죄형법정주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배된다.

(3) 이 사건 조항이 죄형법정주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 않는다 하더라도, 이 사건 조항은 포괄적으로 보건복지부령에서 정한 광고의 범위를 넘는 광고금지행위에 대하여 벌금형에 처하도록 함으로써, 입법목적과 수단 간의 비례성을 갖추지 못하여 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해하고 있다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 의료업무에 관한 광고의 범위를 일탈한 경우에는 법 제46조 제4항 위반이 되고, 나아가 그러한 광고가 허위이거나 과대한 광고일 경우에는 제46조 제1항 위반도 된다(상상적 경합관계). 당해 사건에 문제된 피고인의 의료광고행위는 위 조항들을 모두 위배한 것이므로

로 우선 주위적 공소사실이 유죄로 인정되어야 할 것이고, 따라서 예비적 공소사실에 적용되는 이 사건 조항은 재판의 전제성이 없다.

(2) 법 제46조 제4항이 죄형법정주의 및 포괄위임금지원칙에 반한다고 할 수 없다. 제46조 제1항에서 의료인의 허위, 과대광고를 금지하고 있는 점, 같은 조 제2항에서 의료인이 아닌 자는 의료에 대한 광고를 할 수 없다고 규정하고 있는 점, 같은 조 제3항에서 누구든지 조산방법이나 약효 등에 관하여 대중광고·암시적 기재·사진·유인물·방송·도안 등에 의하여 광고를 하지 못하는 점(“특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법”에 관하여는 헌법재판소로부터 위헌결정을 받았으므로 제외) 등과 같은 의료광고 규정에 관한 핵심적 사항이 이미 규정되어 있어, 이 사건 조항의 “의료업무에 관한 광고의 범위”는 ‘허위, 과장을 하지 않는 범위 내에서 의료인이 광고를 할 수 있는 형식적 내용’임을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이고, “의료광고에 필요한 사항”이라 함은 광고를 하기 위한 형식적 절차에 관한 사항임을 충분히 예측할 수 있다.

(3) 제청법원은 이 사건 조항이 표현의 자유 내지 직업수행의 자유를 침해한다고 보나, 법 제46조 제4항은 제1항 내지 제3항과 달리 광고를 허용하고 있는 것이며 비례의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 청주지방검찰청 충주지청장의 의견

대체로 보건복지부장관의 의견과 같다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 위헌법률심판제정이 적법하기 위하여서는 문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어야 한다. 재판의 전제성이라 함은 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 여기서 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 제청법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌 여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우를 뜻한다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 590).

(2) 이 사건 조항에 대한 재판의 전제성이 인정되면 우선 예비적 공소사실의 적용 법조인 이 사건 조항이 당해 사건에 적용되어야 하는바, 이에 대하여 제청



법원은 주위적 공소사실이 무죄로 선고될 가능성이 높아 예비적 공소사실이 판단의 대상이 될 수 있기 때문에 이 사건 조항은 재판의 전제성이 있다고 본다.

(3) 위헌 여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부에 대하여는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 가능한 한 법원의 법률적 견해를 존중해야 할 것이고, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에는 헌법재판소가 이를 직권으로 조사할 수 있다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 239; 헌재 1997. 9. 25. 97헌가4, 판례집 9-2, 332, 351).

제청법원은 해당 광고행위가 허위 또는 과장광고가 아닐 수 있다고 보았는데, 법원의 그러한 사실판단 내지 단순한 법률적용상 견해는 존중되어야 할 것이고, 이 사건에서 그것이 명백히 유지될 수 없는 경우라고 보기 어렵다. 그렇다면 이 사건 조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 결론이 달라질 수 있으므로 재판의 전제성이 인정된다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 명확성원칙의 위반 여부

(가) 법 제46조 제4항은 형사처벌규정인 법 제69조의 구성요건을 이루고 있다. 그런데 제46조 제4항은 “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다”라고만 규정할 뿐, 아무런 금지사항, 요구사항 또는 명령사항을 규정하고 있지 않다. 그러므로 이 사건 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

(나) 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 792-793; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 260).

(다) 이 사건 조항이 명확성의 원칙에 부합하는지 여부에 관하여 보건대, 우선 법 제46조 제4항과 제1항 내지 제3항의 관계가 모호하다. 만일 제46조 제4항이 같은 조 제1항 내지 제3항과 독립되어 제69조의 구성요건을 이루는 것이라면 제4항은 아무런 금지규정의 형식

을 취하고 있지 아니하므로 무엇을 위반하여야 처벌되는지 알 수가 없다.

반면 제4항이 제1항 내지 제3항이 금지하고 있는(다만 제3항 중 ‘의료기관이나 의료인의 기능·진료방법’에 대한 광고금지 부분은 헌법재판소 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정에 의하여 위헌으로 선고됨) 의료광고의 예외로서 의료광고가 허용되는 범위를 정하는 규정으로 본다면, 제4항만으로는 법 제69조의 구성요건을 이룰 수 없게 된다(즉 처벌규정은 ‘법 제69조 중 제46조 제3항 부분’이 된다). 한편 위 제4항을 의료광고의 금지에 관련되는 규정으로 보건, 의료광고의 허용에 관한 규정으로 보건 간에, 제4항만으로는 그 범위가 ‘한정적’인 것인지 ‘예시적’인 것인지, 의료광고의 내용을 규율하는 것인지 아니면 절차를 규율하는 것인지 알 수가 없다.

(라) 결국 처벌조항인 제69조 중 제46조 제4항 부분은 금지된 행위가 무엇인지, 처벌의 범위가 어떠한지가 불분명하여 통상의 사람에게 예측가능성을 주지 못하고 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다(법원과 검찰의 실무상 법 제46조 제4항을 ‘허용되는 의료광고의 범위를 한정적으로 위임한 것’으로, 제69조를 ‘허용되는 광고의 범위를 벗어나는 광고에 대한 처벌규정’으로 보는 예가 있다 하더라도, 형사처벌의 대상이 되는 법규범 자체가 위와 같이 지나치게 불명확한 이상, 이를 달리 볼 사정은 되지 못한다).

(2) 포괄위임법금지원칙 위반 여부

(가) 헌법 제75조는 “법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관하여 대통령령을 발할 수 있도록 하고, 헌법 제95조는 “법률의 위임을 받아” 부령을 발할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 대통령령이나 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 이미 법률에 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령이나 부령에 규정될 내용의 대강 내지 기본적 윤곽을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99). 다만 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수 없다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 61-62; 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 592).

(나) 법 제46조 제4항을 보면 그 문언상 무엇을 부령에 위임하는 취지인지 전혀 구체화되어 있지 않다. 즉, 위에서 본 바와 같이 위임되는 내용이 허용되는

의료광고의 범위인지, 금지되는 의료광고의 범위인지 모호할 뿐 아니라, 하위법령에 규정될 의료광고의 범위에 관한 내용이 한정적인 것인지, 예시적인 것인지도 불분명하다. 나아가 위 조항이 위임하고 있는 내용이 광고의 내용에 관한 것인지, 절차에 관한 것인지 그 위임의 범위를 특정하기도 쉽지 않다.

(다) 그렇다면 이 사건 조항은 형사처벌의 대상이 되는 구성요건을 구체적으로 위임하지 않고 있으며, 통상의 사람에게는 물론 법률전문가에게도 하위법령에서 어떤 행위가 금지될 것인지에 관하여 예측할 수 없게 하므로, 헌법 제75조 및 제95조의 포괄위임입법금지원칙에 위반된다.

4. 결 론

이 사건 조항은 헌법에 위반되므로 재판관 김희옥의 아래와 같은 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김희옥의 반대의견

가. 이 사건 조항은 다수의견이 지적하고 있듯이 불분명하고 무엇이 금지되는 행위인지 일반인이 예측하기 어렵게 규정되어 있는 측면이 있다. 그런데 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이 나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822).

나. 입법연혁을 보면 의료법상 의료광고는 전면 금지에서 부분 허용으로 발전되어 왔다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 197 참조). 종전의 국민의료법(1951. 9. 25. 법률 제221호)은 전문과목의 표방 이외의 의료광고를 전면 금지하였고, 전문과목의 표방도 주무부 장관의 허가를 받도록 하였다. 구 의료법(1965. 3. 23. 법률 제1690호) 역시 유사하게 전문과목과 진료과목의 표시 외에는 의료광고를 전면 금지하였다. 그 후 개정된 의료법(1973. 2. 16. 법률 제2533호)은 의료업무 또는 의료인의 경력에 관하여 허위 또는 과대광고를 금지하는 규정을 두는 한편 종전의 금지규정을 그대로 유지하면서도 보건사회부령으로 일부 범

위의 의료광고를 정하도록 하였는데 보건사회부령은 허용되는 의료광고를 정하였다. 한편 2002. 3. 30. 개정된 의료법은 의료인의 경력광고를 허용하였고, 2003. 10. 1. 개정된 의료법시행규칙은 인터넷 홈페이지 주소, 의료인의 환자 수에 대한 배치비율 및 인원수, 의료기관의 평가결과를 추가로 광고할 수 있도록 허용하였다.

다. 이러한 입법연혁을 볼 때 법 제46조 제1항 내지 제3항은 금지되는 광고의 유형을 구체적으로 정하고 있는 것이고, 제4항은 '허용되는 광고'의 범위를 규정하려는 것이 입법의도상 분명히 드러난다. 또 법 제46조 제4항 위반에 대한 처벌규정이 마련된 것을 볼 때 동 제4항은 허용되는 광고 범위를 '한정적'으로 위임한 취지라고 해석될 수 있다. 이러한 점은 실무상 명백한 것이었고 수범자인 의료인들에게도 충분히 예측된 것이었으며, 제청법원을 포함한 대부분의 법원 역시 그렇게 해석하는 것에 의문을 제기하지 않아 왔다.

이 사건 조항은 그 규정 자체의 모호성에도 불구하고, 이미 이 규정이 생긴 1973년부터 실무상으로는 '시행규칙에서 한정적으로 허용된 의료광고의 범위'를 벗어난 것을 처벌하는 것으로 해석되어 온 것이고, 이는 법해석·집행기관의 범보충적인 해석을 통하여 법률의 내용이 구체화 된 경우라고 볼 수 있다.

라. 한편 법 제46조 제4항에 따라 위임된 하위법규는 '허용되는 한정적 범위의 의료광고'를 정하는 것이라고 볼 때, 하위법규에 정해질 내용의 대강은 모범에서 예측될 수 있다. 즉, 하위법규에서 허용될 광고는, 법 제46조 제1항 내지 제3항이 구체적이고 포괄적인 의료광고의 금지사유를 정하고 있으므로, 그러한 금지사유가 아닌 것 중에서 의료인이 행할 수 있는 광고로서 이는 주로 의료인의 업무에 관하여 일반인들이 알아야 할만한 객관적 정보에 관한 사항이 될 것이라고 예측될 수 있다. 또 법 제46조 제4항에서 말하는 "기타 의료광고에 필요한 사항"은 위와 같이 허용되는 광고의 형식적, 절차적 측면을 위임한 것이라고 예측될 수 있다.

마. 그렇다면 이 사건 조항에 관련된 입법연혁과 법 제46조 각 조항 간의 연관성, 법해석·집행 당국의 보충적 해석가능성, 수범자에게 있어서 예측가능성을 종합할 때, 이 사건 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙이나 포괄위임입법금지원칙에 반한다고 볼 수 없는 것이다. 그 외 달리 이 사건 조항이 위헌이라고 볼만한 사정도 없다.

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



2. 노동조합 및 노동관계조정법 제92조 제1호
다목 위헌제청

(2007. 7. 26. 2006헌가9 전원재판부)

【관시사항】

가. 노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목 중 '징계의 중요한 절차'에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 과잉금지원칙에 위반되는 지 여부(소극)

나. 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 법률주의를 판시한 헌법재판소 96헌가20 결정의 취지에 반하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

가. 이 사건 법률조항은 징계에 관한 중요한 절차에 대한 사항을 단체협약으로 체결하고도 그 단체협약을 지키지 않은 자를 처벌함으로써 징계의 중요한 절차에 관한 단체협약의 이행을 확보하여 궁극적으로는 산업평화를 유지하고 헌법이 보장하고 있는 근로3권의 실현에 기여하고자 하는 것으로 볼 수 있다.

단체협약의 일반적 효력에 근거한 사법상 권리·의무에 대한 제한이나 근로기준법상의 행정상 제재와 같은 수단들은 단체협약의 이행을 직접 강제하거나 그 이행 의무 위반에 대한 직접적인 규제조치가 될 수 없음은 물론 이행에 대한 심리적 강제 또한 그리 크다고 볼 수 없어 단체협약의 이행 확보 수단으로서 불완전하다.

그렇다면 이행을 확보하고자 하는 단체협약의 내용과 그 단체협약의 이행 여부가 산업평화의 유지와 근로3권의 실현에 미치는 영향, 단체협약 위반의 내용에 대한 비난가능성 등을 입법자가 종합적으로 고려한 결과, 근로자를 징계함에 있어 거쳐야 할 중요한 절차에 관한 단체협약만큼은 반드시 준수되어야 한다고 판단하여, 징계의 중요한 절차에 관한 단체협약을 위반한 자에 대해서는 형사처벌을 가하도록 규정한 것이 자의적인 입법이라고 볼 수는 없다.

나. 단체협약 위반행위에 대한 처벌규정의 주된 수범자는 사용자와 근로자인데, 이와 같이 수범자들이 일정한 범위로 제한되어 있는 경우에는 그 규정의 명확성에 대한 요구가 다소 완화된 수

있다. 이 사건 법률조항의 주된 수범자인 사용자는 단체교섭에 참여하고 단체협약의 체결에 관여한 일방 당사자로서 단체협약의 내용이 된 '징계의 절차 중에서 중요하다고 볼 수 있는 사항'이 무엇인지를 충분히 파악하거나 예측할 수 있는 지위에 있다.

이 사건 법률조항의 입법취지와 입법경위에 비추어 볼 때, 여기서 "중요한 절차"에 관한 사항이란 기본적으로 징계의 효력에 영향을 미칠 수 있는 절차로서 당해 단체협약의 체결과정에서 고려하기로 한, 근로자의 근로권과 그 방어에 중요한 영향을 줄 수 있는 절차에 관한 사항 등으로 그 의미를 제한하여 확정할 수가 있을 것이며, 그러나 궁극적으로는 법관이 개별적인 사건들에서 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석·적용하여 판례를 축적해 감으로써 이 사건 "중요한 절차"에 관한 사항의 의미를 보다 구체화해야 한다.

따라서 법원이 입법목적과 입법경위 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 법률조항의 수범자가 그 구체적인 의미를 충분히 예측할 수 있는 내용으로 합리적이고 객관적인 해석의 기준을 충분히 마련할 수 있을 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 것은 아니다.

다. 이 사건 법률조항은 헌법재판소 96헌가20 결정의 대상이 되었던 개정 전의 법률조항과는 달리 처벌의 대상이 될 단체협약 위반행위를 6가지로 분류하고 구체화하여 이를 직접 법률로써 규정한 것 중의 하나로서, 형벌을 통해 금지하고자 하는 행위의 실질을 법률 스스로 직접 규정하고 있으므로 위 헌법재판소의 결정의 취지에 반하는 것으로 볼 수 없다.

【심판대상조문】

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목 중 '징계의 중요한 절차' 부분

【참조조문】

헌법 제12조, 제13조, 제33조 제1항

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제31조, 제33조, 제92조

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합 및 노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3, 제34조 제1항

구 근로기준법(2007. 1. 26. 법률 제8293호로 개정되기

전의 것) 제30조, 제110조

【참조판례】

- 가. 헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404
- 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 220-222
- 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바77, 판례집 18-2, 108, 120
- 나. 헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35등, 판례집 16-2상, 77, 88
- 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821
- 헌재 2007. 3. 29. 2006헌바69, 공보 126, 310, 315
- 다. 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 220-222

【당사자】

제청법원 대전지방법원
 제청신청인 업○환 외 1인
 제청신청인들 대리인 변호사 조용무 외 3인

당해사건 대전지방법원 2006고정25 노동조합및노동관계조정법위반

【주 문】

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제 6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목 중 ‘징계의 중요한 절차’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인 업○환은 국민건강보험공단 ○○지역 본부장, 제청신청인 오○환은 국민건강보험공단 ○○지역 본부 보통징계위원장으로, 공모하여, 2005. 3. 10. 14:00 경 위 국민건강보험공단 ○○지역본부 6층 회의실에서 전국 사회보험노동조합 전국대의원이자 중앙정책위원인 김○현에 대하여 노조활동과 관련하여 ‘마이오피스(My-office) 자유게시판에 맹목적인 비판의 글을 게재하여 공단을 폄하하고 명예를 훼손하였으며 직원으로서의 품위를 손상한 사실, 직장 내에서 노동가요를 고음으로 방송하여 복무분위기를 저해한 사실, 2005. 3. 1. 지사의 시무식을 행함에 있어 노조원들을 노조 시무식에 참석토록 주도하여 지사 시무식을 방해한 사실’ 등을 이유로 징계위원회를 개최함에 있어, 노사합의로 체결된 단체협약 제35조 제1항에 “공단은 노조활동으로 인하여 노조원을 징계하고자 할 때 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 진술의 기회를 부여하여야 하고, 노조에서 추천하는 자 1인을 징계위원회에 참관토록 하여야 한다.”고 규정되어 있음에도 불구하고 노조에서 추천한 전국사회보험노동조합 ○○지부 사무국장 정○근의 참관요청을 거부하였다는 공소사실로 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노조법’이라 한다) 제92조 제1호 다목 위반죄로 대전지방법원에 기소되었고, 이에

제청신청인들이 동 조항에 대하여 위헌제청신청을 하자 제청법원은 2006. 4. 19. 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원이 위헌제청한 심판대상은 노조법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목이나, 제청신청인들에게는 징계에 관한 절차만이 문제되므로 이 사건 심판의 대상은 위 조항 중 ‘징계의 중요한 절차’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 함이 상당하다. 이 사건 심판대상조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제 6456호로 개정된 것) 제31조(단체협약의 작성) ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인하여야 한다.1)

제33조(기준의 효력) ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

제92조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제31조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약의 내용중 다음 각 목의 1에 해당하는 사항을 위반한 자
 - 가. 임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항
 - 나. 근로 및 휴게시간, 휴일, 휴가에 관한 사항
 - 다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항
 - 라. 안전보건 및 재해부조에 관한 사항
 - 마. 시설·편의제공 및 근무시간중 회의참석에 관한 사항
 - 바. 쟁의행위에 관한 사항

노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 개정되고, 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 개정되기 전의 것) 제34조(단체협약의 작성) ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인하여야 한다.

제46조의3(벌칙) 제34조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약 또는 제38조의 규정에 정한 결정에 위

1) 이 조항은 2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되어 “단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다.”로 변경되었고, 2007. 7. 1.부터 시행되었다.



반한 자는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제정법원의 위헌제정이유와 관계기관의 의견 [별지] 기재와 같다.

3. 판 단

가. 관련 선례와 이 사건 법률조항의 제정

(1) 헌법재판소는 1998. 3. 26. 96헌가20 결정으로 “ 단체협약에 위반한 자는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있던 구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 개정되고, 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 개정되기 전의 것) 제46조의3 중 단체협약 위반에 관한 부분이 죄형법정주의의 원칙에서 요구되는 법률주의와 명확성의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 선언하였는데(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213), 그 결정의 주요 내용은 다음과 같다.

「이 사건 법률조항은 형벌 구성요건의 실질적 내용을 법률에서 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청으로서 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 “법률”로써 정하여야 한다는 법률주의에 위배된다는 의심이 있다.

범죄구성요건의 실질적 알맹이, 즉 금지의 실질을 단체협약의 내용에 모두 내맡기고 있는바, 단체협약은 근로조건에 관한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 간에 체결되는 계약에 불과하므로 결국 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사(勞使)에 넘겨준 것이나 다름없다 할 것이다.

이 사건 법률조항의 “단체협약에 위반한 자”라는 구성요건은 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 또 다른 요청인 명확성의 원칙에 위배된다.

단체협약에 위반하기만 하면 구성요건이 충족되게 되는데, 단체협약이란 것은 그 체결의 주체, 방식, 효력에 관하여만 노동조합법 제33조, 제34조에서 규정하고 있을 뿐 그 내용에 관하여는 아무런 규정이 없다. 따라서 개별적 및 집단적 노사관계의 모든 사항에 관하여 노사는 자율적으로 특별한 제약없이 단체협약을 체결할 수 있는 것이어서(단체협약은 조합활동, 임금 및 퇴직금, 근로시간, 휴가, 산업안전 및 재해보상, 인사, 교육 및 복지후생, 단체교섭, 노동쟁의, 경영협의 등 노사 간에 문제되는 사항을 폭넓게 다루고 있는 것이 보통이다), 단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특정이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법

정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.」

(2) 한편 위와 같은 헌법재판소의 위헌결정이 있자, 위헌으로 선언된 법률조항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 노조법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정) 제92조 제1호에 대해서 위헌결정의 취지에 따른 개정 논의가 진행되었고 그 결과 2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 노조법에서 이 사건 법률조항이 만들어졌다. 나. 과잉금지의 원칙 위반 여부(형사 처벌 자체의 위헌 여부)

(1) 먼저 이 사건 법률조항이 규정한 것과 같은 행위를 형벌로써 처벌하는 것이 타당한 것인지가 문제된다. 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 범죄의 설정과 법정형의 종류 및 범위의 선택은 행위의 사회적 악성과 범죄의 죄질 및 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관과 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 행위를 범죄로 규정하고 그 법정형을 정한 것이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체제상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 습사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다(헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404; 헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 538-539; 헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 578; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바77, 판례집 18-2, 108, 120 등 참조).

(2) 우리 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 하여 근로자의 생존확보 수단으로서 근로3권을 보장하고 있는데, 위와 같은 근로3권의 행사를 통한 최종적인 결과물이 바로 단체협약이다. 이러한 단체협약은 근로자의 근로조건을 개선시키는 기능을 하고, 단체협약 체결 후 일정한 기간 동안에는 분쟁을 회피할 수 있어 산업평화를 유지시키는 기능을 하는바, 만일 단체협약이 잘 이행되지 아니하고 그 위반행위가 빈발한다면 근로자들이 갖는 근로3권은 형해화될 것이고 산업평화도 유지될 수 없게 될 것이다.

이러한 점에서 이 사건 법률조항은 정계에 관한

중요한 절차에 대한 사항을 단체협약으로 체결하고도 그 단체협약을 지키지 않은 자를 처벌함으로써 징계의 중요한 절차에 관한 단체협약의 이행을 확보하여 궁극적으로는 산업평화를 유지하고 헌법이 보장하고 있는 근로3권의 실현에 기여하고자 하는 것으로 볼 수 있다.

물론 단체협약의 이행을 강제하기 위해서는 단체협약의 일반적 효력에 근거한 사법상 권리·의무에 대한 제한이나 근로기준법상의 행정상 제재와 같은 수단도 있을 수 있다. 그러나 그러한 수단들은 단체협약의 이행을 직접 강제하거나 그 이행 의무 위반에 대한 직접적인 구제조치가 될 수 없음은 물론 이행에 대한 심리적 강제 또한 그리 크다고 볼 수 없어 단체협약의 이행 확보 수단으로서는 불완전하다.

그렇다면 이행을 확보하고자 하는 단체협약의 내용과 그 단체협약의 이행 여부가 산업평화의 유지와 근로3권의 실현에 미치는 영향, 단체협약 위반의 내용에 대한 비난가능성 등을 입법자가 종합적으로 고려한 결과, 근로자를 징계함에 있어 거쳐야 할 중요한 절차에 관한 단체협약만큼은 반드시 준수되어야 한다고 판단하여, 징계의 중요한 절차에 관한 단체협약을 위반한 자에 대해서는 형사처벌을 가하도록 규정한 것이 자의적인 입법이라고 볼 수는 없다.

나아가 이 사건 법률조항은 법정형으로 징역형이나 금고형을 정하지 아니하고 1,000만 원 이하의 벌금만을 정하고 있으므로 책임에 비해 지나치게 가혹한 제재를 가하여 책임과 형벌의 비례원칙에 반한다거나 형벌제 제상의 균형을 상실하였다고 보기도 어렵다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항이 징계의 중요한 절차에 관한 사항에 대한 단체협약을 위반한 자에 대해 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 것은 과잉금지 원칙에 위반되지 않는다.

다. 죄형법정주의의 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 헌법 제12조 및 제13조를 통해 보장되는 죄형법정주의원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 의미한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적 확정개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식

과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 배치되는 것은 아니다. 만일 모든 구성요건을 단순한 서술적 확정개념으로만 규정할 것을 요구한다면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821 참조). 따라서 법규범이 불확정개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 법원의 자의적인 적용을 배제하는 합리적이고 객관적인 기준을 얻는 것이 가능한 경우는 명확성의 원칙에 반하지 아니한다(헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35등, 판례집 16-2상, 77, 88).

(2) 이 사건 법률조항 중 “중요한” 또는 “중요한 절차” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부에 대해 살펴본다.

단체협약은 노동조합과 사용자가 단체교섭의 결과 합의한 사항을 서면으로 작성한 것을 말하고 단체협약 위반행위에 대한 처벌규정의 주된 수범자는 사용자와 근로자인데 이와 같이 수범자들이 일정한 범위로 제한되어 있는 경우에는 그 규정의 명확성에 대한 요구가 다소 완화될 수 있다. 이 사건 법률조항의 주된 수범자인 사용자(법문상으로는 근로자도 수범자에서 배제되지 않았으나 징계에 관한 절차를 준수할 것을 요구받는 대상은 주로 사용자일 것이다)는 단체교섭에 참여하고 단체협약의 체결에 관여한 일방 당사자로서 단체협약의 내용이 된 ‘징계의 절차 중에서 중요하다고 볼 수 있는 사항’이 무엇인지를 충분히 파악하거나 예측할 수 있는 지위에 있다.

또 이 사건 법률조항의 입법취지는 사용자로 하여금 단체협약으로 체결된 징계의 절차를 준수하도록 하여 징계의 객관성과 공정성을 확보하고 나아가 사용자의 징벌권 남용을 방지하고자 하는 것으로 보인다. 그리고 이 사건 법률조항은, 그 입법과정에서 처벌의 대상이 되는 위반행위의 범위를 제한하려는 사용자측(경영계)의 요구가 반영되어 모든 절차의 위반이 아닌 “중요한” 절차에 관한 사항에 대한 위반만을 처벌하도록 규정하게 되었던 것이다. 이와 같은 입법취지와 입법경위에 비추어 볼 때, 여기서 “중요한 절차”에 관한 사항이란 기본적으로 징계의 효력에 영향을 미칠 수 있는 절차로서 당해 단체협약의 체결과정에서 고려하기로 한, 근로자의 근로권과 그 방어에 중요한 영향을 줄 수 있는 절차에 관한 사항 등으로 그 의미를 제한하여 확정할



수가 있을 것이며, 그러나 궁극적으로는 법원이 개별적인 사건들에서 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석·적용하여 판례를 축적해 감으로써 이 사건 “중요한 절차”에 관한 사항의 의미를 보다 구체화해야 할 것이다.

(3) 따라서 법원이 이 사건 법률조항의 “중요한 절차” 부분을 해석함에 있어, 이 사건 법률조항의 입법목적, 수범자의 범위, 단체협약의 특성과 그 체결과정 및 통상의 운용실태, 구 노동조합법 조항에 대해 위헌선언한 헌법재판소 결정의 취지, 이 사건 법률조항의 입법과정에서 논의된 내용을 비롯한 입법경위 등을 종합적으로 고려하여, 이 사건 법률조항의 수범자가 그 구체적인 의미를 충분히 예측할 수 있는 내용으로 합리적이고 객관적인 해석의 기준을 충분히 마련할 수 있을 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 것은 아니다(헌재 2007. 3. 29. 2006헌바 69, 공보 126, 310, 315 참조).

라. 헌법재판소의 결정의 취지에 반하는 것인지 여부 앞서 보았듯이 헌법재판소는 위 96헌가20 결정에서 구 노동조합법 제46조의3 중 단체협약 위반에 관한 부분이 구성요건의 실질적 내용에 관하여 법률에 아무런 규정을 두지 않고 단체협약에 그 내용을 모두 맡기고 있다는 점에서 죄형법정주의가 요구하는 법률주의에 위반한 의심이 있다는 취지로 판단하였다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 220-222).

그런데 이 사건 법률조항은 위 헌법재판소 결정의 대상이 되었던 개정 전의 법률조항과는 달리 처벌의 대상이 될 단체협약 위반행위를 6가지로 분류하고 구체화하여 이를 직접 법률로써 규정한 것 중의 하나로서, 형벌을 통해 금지하고자 하는 행위의 실질을 법률 스스로 직접 규정하고 있다(이 사건 법률조항의 규정형식보다 더 이상 구체성을 띤 입법형식으로 단체협약 위반행위를 규정한다는 것은 입법기술상으로도 쉽지 않다고 보여진다).

그러므로 이 사건 법률조항은 위 헌법재판소 96헌가 20 결정의 취지에 반하는 것으로 볼 수 없다.

4. 결 론

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

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

[별 지] 제청법원의 위헌제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

(1) 이 사건 법률조항은 단체협약의 대상인 사항을 나열하는데 그치고 있으므로, 그 구성요건을 ‘단체협약……에 위반한 자’라고만 규정하고 있었던 개정 전의 법률조항과 마찬가지로 구체적인 가벌성 등 불법유형의 판단기준을 제시하지 못하고 있고, 나아가 ‘중요한 절차에 관한 사항’이라는 추상적이고 불명료한 내용을 포함하고 있으면서도 그 중요성의 판단기준을 제시하지 않고 있다. 따라서, 중요성의 판단기준이 징계의 유효성 여부에 영향을 미치는 것을 기준으로 하는 것인지, 아니면 단체협약의 체결 당시 노사 간에 중요한 의미를 부여한 것인지를 기준으로 할 것인지, 노동조합의 주관적 의사를 기준으로 할 것인지 분명하지 않다.

더욱이, 징계의 사유와 절차는 단체협약에 매우 다양한 형태로 규정되게 될 것인바, 사용자와 노동조합은 단체협약 중 어떠한 규정이 징계의 중요한 절차에 해당하는 사항인지 예측할 수 없고, 따라서 단순히 ‘징계의 중요한 절차에 관한 사항’을 위반한 경우 처벌한다는 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위반된다는 의심이 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법취지는, 단체협약을 강제적으로 준수하도록 하여 근로자의 권익보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지를 꾀하겠다는 데에 있었던 것이나, 이처럼 단체협약의 위반행위를 처벌하는 입법취지와 관련하여, 노사 간의 자치법규인 단체협약 위반행위 그 자체를 형벌로써 제재하는 이러한 입법례는 그 유례를 찾아보기 어렵고, 노동관계법의 전체적인 체계에 비추어 볼 때에도 적절한 것이라고 할 수 없으며 단체협약을 위반한 경우 국가형벌권이 개입하는 것이 타당한지 의문이 있다.

이 사건 법률조항에 의하여 처벌해야 할 필요성이 있는 경우는, 단체협약상 해고 및 징계의 사유나 중요한 절차에 관한 사항을 위반하였으나, 사용자에게 부당한 징벌을 가할 의사가 전혀 없고, 부당노동행위에 해당하지 아니하는 경우인데, 이러한 사용자의 행위를 처벌하는 것은 형벌권의 과잉행사가 아닌가 하는 의심이 든다.

결국 이 사건 법률조항의 입법취지가 근로자의 권익 보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지에 있다고 하더라도, 노사가 노동관계를 자율적으로 형성하는데 있어 최소한의 의사소통적 기초조건을 침해하는 행위만을 불법유형으로 수용하여 처벌하는데 그치지 아니하고,

이를 초과하여 단체협약위반행위 자체를 처벌하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반된다는 의심이 있다.

나. 노동부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항의 실효성에 대하여

단체협약은 본래 당사자인 노동조합과 사용자 간의 계약이지만 근로자의 권익보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지를 위하여 국가법이 특별히 정책적으로 협약당사자에게 규범설정의 권한을 수권함으로써 규범적 효력을 부여한 개별적·집단적 노사관계를 규율하는 최상위 자치규범으로 법 규범에 준하는 법적 성질을 인정받고 있으므로 국가는 헌법상 근로3권 보장의 의의를 살피 협약규범을 불이행하고 준수하지 아니함으로써 협약질서를 위반하는 특정한 행위에 대하여는 이를 처벌하는 것이 타당하다.

이 사건 법률조항은 단체협약의 내용 중 '징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항'을 위반한 자에 대하여 처벌하도록 하고 있는바, 구 근로기준법 제30조 제1항 위반에 따른 처벌은 징계 및 해고사유에 관한 것으로서 그 절차에 관한 것은 이에 포함되지 않으며, 단체협약에 정한 소정의 절차를 밟지 아니하여 해고의 효력이 부인되지만 일반형벌의 원칙에 따라 '고의'가 입증되지 않는 경우에도 이 사건 법률조항에 따라 단체협약 위반으로 처벌할 수 있기 때문에 이 사건 법률조항의 실효성이 있을 뿐만 아니라 절차적 제한에 대한 입법 흠결을 보완하는 기능을 하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 '중요한 절차'가 명확성의 원칙에 반하는지 여부에 대하여

노사가 단체협약으로 근로자에 대한 징계 및 해고의 절차를 정하는 이유는 사용자의 징벌권 남용으로부터 근로자를 보호하고 징계의 절차적 정당성을 확보함으로써 징계의 객관성과 공정성을 담보하기 위함에 있으므로 '중요한' 절차의 판단기준은 근로자의 방어권 행사와 관련된 절차로서 징계의 유효성 여부에 영향을 미치는지 여부에 있다고 봄이 상당하다 할 것이다.

따라서, 단체협약에 정한 징계에 관한 절차 중 어떠한 내용이 그 징계 효력에 영향을 미치느냐에 대하여는 일률적으로 말할 수는 없다 하더라도 근로자를 징계함에 있어 중요한 절차의 위반으로 그 징계의 효력이 부인되는 판례가 상당하게 축적되어 있어서 당해 협약체결의 당사자인 노사는 물론 준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인은 중요한 절차가 무엇을 의미하는지 알 수 있어 '공정한 경고'로서의 예측 가능성이 존재하기 때문에 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵고, 그 절차에 대해 일일이 열거하여 범위를 정하기가 어

렵다.

(3) 과잉금지의 원칙 위반 여부에 대하여

단체협약의 대상은 '근로조건의 결정에 관한 사항'과 그밖에 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 위하여 필요한 조합활동이나 교섭의 절차·방식 등 '근로조건의 결정에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 사항'으로 대부분 정형화되어 있으나, 그 내용은 매우 포괄적이고 광범위하므로 현행법에서는 단체협약위반행위 중 진정 형사처벌이 불가피한 중요한 사항을 특정·정형화하여 예측할 수 있도록 규정하고 이에 대한 위반행위에 대하여는 형벌로써 제재함으로써 단체협약 이행의 실효성을 확보하고 있다.

궁극적으로는 단체협약의 이행을 확보하기 위한 방안으로 형사처벌보다는 노사 간 민사법적 책임을 추궁함으로써 단체협약의 규범력을 확보하는 방향으로 가는 것이 바람직하다 할 것이나, 현재 우리 노사관계의 현실에서 형사처벌 조항을 배제한 어떠한 민사법적·행정법적 방안도 단체협약의 이행촉진을 위한 실효성 있는 방안으로는 한계가 있고, 단체협약위반행위에 의해 협약자치질서와 근로3권 보장질서가 중대하게 침해된다면 노사 당사자들의 규범의식에 기초한 질서유지가 정착될 때까지는 형사법적 규율이 필요하다.

이 사건 법률조항은 사용자가 근로자에 대해 부당한 징벌을 가할 의사는 없으나 징계의 효력 유무 또는 징계 양정에 결정적인 영향을 미칠 수 있는 절차를 위반한 경우에 적용될 수 있어 그 필요성이 인정되고, 또한 이 사건 법률조항은 구법과 달리 그 위반행위의 내용을 구체적으로 규정함으로써 노사지지원칙과 실질적인 근로3권의 보호라는 법익의 균형을 유지하고 있으므로 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

3. 국회의원과 정부간의 권한쟁의

(2007. 7. 26. 2005헌라8 전원재판부)

【판시사항】

가. 국회의 구성원인 국회의원이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권한쟁의심판에 있어서 이른바 '제3자 소송담당'이 허용되는지 여부(소극)

나. 국회의원의 심의·표결 권한이 국회의장이나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】



가. 국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에 권한쟁의심판을 청구할 수 있게 하는 것은 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 국가기관이 기관 내부에서 민주적인 방법으로 토론과 대화에 의하여 기관의 의사를 결정하려는 노력 대신 모든 문제를 사법적 수단에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려도 있으므로, 국가기관의 부분 기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 '제3자 소송담당'을 명시적으로 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계하에서는 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.

나. 국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 국회의원을 상호간 또는 국회의원과 국회의장 사이와 같이 국회 내부적으로만 직접적인 법적 연관성을 발생시킬 수 있을 뿐이고 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서는 권한 침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다. 따라서 피청구인인 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의원의 청구인들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다.

재판관 이동홍의 별개의견

세계무역기구 회원국들과의 쌀협상 과정에서 작성된 이 사건 합의문은 법적 효력을 발생하게 하는 조약체결을 위한 국내절차를 전혀 거치지 아니한 점, 조약의 일반적인 명칭과 다른 명칭과 형태로 체결된 점, 이 사건 양허안 개정안의 원만한 체결을 위하여 이해관계국과 사이의 신의에 기초하여 작성되었다고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 법적 구속력이 있는 헌법상의 조약이라고 보기보다는 당사국 간의 신의에 기초하여 이루어진 신사협정이라고 봄이 상당하므로, 이 사건 합의문이 조약임을 전제로 한 이 사건 심판청구는 심판의 대상도 부존재하여 각하를 면할 수 없다.

재판관 송두환의 반대의견

가. 정부와 의회가 다수당에 의해 지배되어 의회의 헌법상 권한이 행정부에 의해 침해되었거나 침해될 위험에 처하였음에도 불구하고 의회의 다수파 또는 특정 안건에 관한 다수세력이 의회의

권한을 수호하기 위한 권한쟁의심판 등 견제수단을 취하지 않았음으로써 의회의 헌법적 권한이 제대로 수호되지 못하고 헌법의 권력분립 질서가 왜곡되는 상황하에서는, 의회 내 소수파 의원들의 권능을 보호하는 것을 통하여 궁극적으로는 의회의 헌법적 권한을 수호하기 위하여, 그들에게 일정한 요건하에 국회를 대신하여 국회의 권한침해를 다룰 수 있도록 하는 법적 지위를 인정할 필요가 있고, 그 구체적 방안으로서 이른바 '제3자 소송담당'을 인정할 필요가 있다.

나. 이 사건과 같은 권한쟁의심판에 있어서 '제3자 소송담당'은 적어도 국회의 교섭단체 또는 그에 준하는 정도의 실체를 갖춘 의원 집단에게는 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 지위를 인정하여야 할 것이다.

【참조조문】

- 헌법 제40조, 제41조 제1항, 제60조 제1항
- 헌법재판소법 제40조, 제61조
- 국회법 제93조, 제109조 내지 제112조

【당 사 자】

- 청 구 인 별지 기재와 같다.
- 대리인 변호사 김정진 외 1인
- 피청구인 대통령
- 대리인 변호사 황도수

【주 문】

청구인들의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
 - 가. 사건의 개요
 - (1) 대한민국 정부는 1995년부터 2004년까지 10년간 쌀에 대한 관세화를 유예받았던 특별대우를 2014년까지 10년간 추가로 연장하기 위하여 세계무역기구(WTO) 회원국들과 사이에 소위 쌀협상을 하였고, 그 결과 다시 10년간 쌀에 대한 관세화를 유예하기로 하는 내용의 "세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정 부속서 1가 중 1994년도 관세 및 무역에 관한 일반협정에 대한 마라케쉬 의정서에 부속된 대한민국 양허표 일부개정안"을 채택하게 되었다.
 - (2) 정부는 위 쌀협상 과정에서 이해관계국인 미국, 인도, 이집트와 사이에 쌀에 대한 관세화 유예기간을 연장하는 대가로 위 나라들의 요구사항을 일부 수용하는 내용의 각 합의문(이하 '이 사건 합의문'이라고 한다)

을 작성하였다.

(3) 정부가 2005. 6. 7.경 국회에 위 양허표 개정안에 대한 비준동의안을 제출하면서 이 사건 합의문을 포함시키지 아니하자, 국회의원인 청구인들은 이 사건 합의문을 포함하여 비준동의안을 제출할 것을 요구하였고, 정부는 이를 거부하였다.

(4) 이에 청구인들은 2005. 10. 31. 위 양허표 개정안에 대한 비준동의안 제출행위와 이 사건 합의문에 대한 비준동의안 제출거부행위로 인하여 청구인들의 조약안 심의·표결권 등이 침해되었다고 주장하면서 정부를 상대로 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였고, 그 후 2007. 4. 26. 헌법상 조약의 체결·비준 주체인 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위로 인하여 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권이 침해되었다고 청구취지를 변경하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 위 양허표 개정안에 대한 비준동의안 제출행위와 이 사건 합의문에 대한 비준동의안 제출거부행위가 청구인들의 조약안 심의·표결권 등을 침해한다는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다가, 그 후 청구취지를 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위가 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권을 침해한다고 변경하였으므로(변경 전 청구와 변경 후 청구는 모두 이 사건 합의문에 대하여 국회의 동의절차를 거치지 아니한 행위를 다투기 위한 것으로 그 청구의 기초에 변경이 없으므로 청구의 변경은 적법하다), 이 사건 심판대상은 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위가 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권을 침해하였는지 여부이다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변, 관계기관들의 의견요지

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 합의문 중 '미국과의 이행을 위한 별도 합의서'는 일체의 수입쌀에 대하여 공개입찰을 하도록 정하고 있는데, 수입양곡은 정부관리양곡의 일종으로서 현행 양곡관리법 제9조 제3항에 따라 "곡가조절용"으로 판매하는 경우에 한하여 공개입찰이 가능하다 할 것이므로, 위 합의서는 결국 양곡관리법의 개정이 필요한 입법사항에 관한 조약에 해당하고, '인도와 이집트와의 국별 합의서'는 대한민국이 관세화 유예 지속 시 인도로부터 10년간 91,210톤의 쌀을, 이집트로부터 20,000톤

의 쌀을 구매하기로 정하고 있는데, 그 구매가는 약 533억 원에 해당하는 금액이므로 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약에 해당한다. 따라서 이 사건 합의문은 그 체결·비준을 위하여 헌법 제60조 제1항에 따른 국회의 동의를 필요로 하는 조약이다.

(2) 피청구인은 이 사건 합의문을 체결·비준함에 있어 국회의 동의절차를 거치지 아니함으로써 위 합의문에 대한 국회의 조약 체결·비준 동의권한을 침해하였다. 그런데 정부와 국회의 권력이 다수당을 중심으로 형성되는 현대의 정당국가적 권력분립구조하에서 다수의 권력행사를 실효성 있게 견제할 수 있기 위하여는 소수정당이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장할 수 있어야 하므로, 소수정당의 국회의원인 청구인들은 국회를 위하여 위 합의문에 대한 국회의 체결·비준 동의권이 침해되었다는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

(3) 국회의원의 심의·표결권 행사는 국회의 의사를 형성하기 위한 국회 내부의 행위이므로 원칙적으로 국회의 대내적 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐이나, 이 사건과 같이 피청구인이 이 사건 합의문에 대한 비준동의안을 제출하지 아니함으로써 국회의원의 심의·표결권의 행사 자체가 불가능하게 된 경우에는 대외적 관계에서도 국회의원의 심의·표결권이 침해될 수 있다.

(4) 따라서 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위는 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권을 침해하는 것이다.

나. 피청구인의 답변

(1) 피청구인은 이 사건 합의문에 서명 또는 날인한 바 없으므로 피청구인적격이 없다.

(2) 이 사건 합의문은 국가 간에 법적 구속력을 가지는 '조약'이 아니라 정치적·도덕적 구속력만을 가지는 '신사협정'에 불과하여 국회의 체결·비준 동의를 대상이 아니하므로, 청구인들이 주장하는 권한침해의 가능성이 없다.

(3) 이 사건 청구취지변경신청서는 이 사건 합의문이 체결·비준된 때로부터 헌법재판소법 제63조 제1항 소정의 청구기간이 이미 도과된 후에 접수되었으므로, 청구기간이 도과되었다.

(4) 조약에 대한 체결·비준 동의권한은 국회에게 있으므로 국회의 구성원으로서의 개별 국회의원은 국회의 권한침해를 이유로 권한쟁의심판을 청구할 수 없고, 국회의원이 국회의 권한침해를 주장하여 권한쟁의심판



을 청구할 수 있기 위하여는 이를 허용하는 명문의 규정이 있어야 하나 우리 헌법이나 헌법재판소법에 그에 관한 규정이 없다.

다. 농림부장관의 의견

(1) 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 국가기관을 한정적으로 규정하고 있으므로 국회의원은 권한쟁의심판에 있어 당사자능력이 없고, 국회의원의 심의·표결권은 대통령의 조약 체결·비준권과는 헌법적 관련성이 없으므로 심의·표결권이 침해되었다는 이유로 권한쟁의심판을 청구할 자격이 없으며, 제3자 소송담당 허용 여부 및 청구기간에 관하여는 피청구인의 의견과 대체로 같다.

(2) 이 사건 합의문 중 '미국과의 이행을 위한 별도 합의서'는 양곡관리법의 개정을 필요로 하는 내용을 담고 있지 않다. 공개입찰이 허용되는 양곡관리법 제9조 제3항 제3호상의 '국가조절용' 양곡은 '가공용'이나 '민수용' 양곡 등에 대한 상위개념으로서 여타의 용도로 쓰이는 양곡이라도 그 양곡이 '국가조절용'으로 시판될 때에는 공개입찰이 허용된다는 의미이므로, 수입쌀이라도 농림부장관이 '국가조절용'으로 시판하는 이상 당연히 공개입찰이 허용되기 때문이다. 이 사건 합의문 중 '인도와 이집트와의 국별 합의서' 역시 이미 정부 예산에 반영되어 운용되고 있는 남북협력기금에서 그 재정적 부담을 충당하게 되어 있으므로 별도로 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 초래한다고 볼 수 없다.

라. 외교통상부장관의 의견

농림부장관의 의견과 대체로 같다.

마. 법무부장관의 의견

농림부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 이 사건의 쟁점

청구인들은 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준함으로써 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권이 침해되었다고 주장하면서 이 사건 권한쟁의심판을 청구하고 있다.

그러므로 먼저 ① 국회의 구성원인 청구인들이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권한쟁의심판에 있어 이른바 '제3자 소송담당'이 허용되는지 여부와 ② 국회의원의 심의·표결권이 국회의장이거나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부에 관하여 살펴본다.

다만 위 쟁점은 이 사건 합의문이 조약에 해당함을 전제로 하나, 위 합의문은 이 사건 심판에 현출되지 아

니하여 그 구체적 내용을 알 수 없으므로 조약 여부에 대하여 단정하기

어렵지만 그 체결주체 및 변론과정에서 나타난 대략적 내용을 종합하여 보면 조약으로 볼 수 있는 요건이 갖추어져 있으므로, 일용 조약으로 보고 위 쟁점에 대한 판단을 하기로 한다(만약 조약이 아니고 신사협정이라면 이 사건은 심판의 대상이 부존재하여 각하를 면할 수 없다).

나. 권한쟁의심판에 있어 '제3자 소송담당'의 허용 여부

(1) 헌법 제60조 제1항은 "국회는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다."라고 규정하고 있으므로, 조약의 체결·비준에 대한 동의권은 국회에 속한다. 따라서 조약의 체결·비준의 주체인 피청구인이 국회의 동의를 필요로 하는 조약에 대하여 국회의 동의절차를 거치지 아니한 채 체결·비준하는 경우 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권이 침해되는 것이므로, 이를 다루는 권한쟁의심판의 당사자는 국회가 되어야 할 것이다.

(2) 이와 달리 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 권한침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있기 위하여는 이른바 '제3자 소송담당'이 허용되어야 한다.

소위 '제3자 소송담당'이라고 하는 것은 권리주체가 아닌 제3자가 자신의 이름으로 권리주체를 위하여 소송을 수행할 수 있는 권능이다. 권리는 원칙적으로 권리주체가 주장하여 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하므로, '제3자 소송담당'은 예외적으로 법률의 규정이 있는 경우에만 인정된다.

그런데 권한쟁의심판에 있어 헌법재판소법 제61조 제1항은 "국가기관 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관은 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다."고, 제2항은 "제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다."고 규정함으로써 권한쟁의심판의 청구인은 청구인의 권한침해만을 주장할 수 있도록 하고 있다. 즉 국가기관의 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 '제3자 소송담당'의 가능성을 명시적으로 규정하고 있지 않다(이에 반해 권한쟁의심판에 있어 '제3자 소송담당'을 허용하고 있는 독일은 기본법과 연방헌법재판소법에 부분기관이 소속된 기관을 위하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 명문의

규정을 두고 있다).

권한쟁의심판에 있어서의 '제3자 소송담당'은, 정부와 국회가 원내 다수정당에 의해 주도되는 오늘날의 정당 국가적 권력분립구조하에서 정부에 의한 국회의 권한 침해가 이루어지더라도 다수정당이 이를 묵인할 위험성이 있어 소수정당으로 하여금 권한쟁의심판을 통하여 침해된 국회의 권한을 회복시킬 수 있도록 이를 인정할 필요성이 대두되기도 하지만, 국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에게 권한쟁의심판을 청구할 수 있게 하는 것은 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 국가기관이 기관 내부에서 민주적인 방법으로 토론과 대화에 의하여 기관의 의사를 결정하려는 노력 대신 모든 문제를 사법적 수단에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려도 있다.

따라서 권한쟁의심판에 있어 '제3자 소송담당'을 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계하에서 국회의 구성원인 청구인들은 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다 할 것이므로, 청구인들의 이 부분 심판청구는 청구인적격이 없어 부적법하다.

다. 국회 외의 국가기관에 의한 국회의원의 심의·표결권의 침해가능성 여부

국회가 헌법 제60조 제1항에 따라서 조약의 체결·비준에 대한 동의권한을 행사하는 경우에, 국회의원은 헌법 제40조 및 제41조 제1항과 국회법 제93조 및 제109조 내지 제112조에 따라서 조약의 체결·비준 동의안에 대하여 심의·표결할 권한을 가진다. 그런데 국회의 동의권과 국회의원의 심의·표결권은 비록 국회의 동의권이 개별 국회의원의 심의·표결절차를 거쳐 행사되기는 하지만 그 권한의 귀속주체가 다르고, 또 심의·표결권의 행사는 국회의 의사를 형성하기 위한 국회 내부의 행위로서 구체적인 의안 처리와 관련하여 각 국회의원에게 부여되는데 비하여, 동의권의 행사는 국회가 그 의결을 통하여 다른 국가기관에 대한 의사 표시로서 행해지며 대외적인 법적 효과가 발생한다는 점에서 구분된다.

따라서 국회의 동의권이 침해되었다고 하여 동시에 국회의원의 심의·표결권이 침해된다고 할 수 없고, 또 국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 국회의원들 상호간 또는 국회의원과 국회의장 사이와 같이 국회 내부적으로만 직접적인 법적 연관성을 발생시킬 수 있

을 뿐이고 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서 권한침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다.

따라서 피청구인 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의 체결·비준 동의권이 침해될 수는 있어도 국회의원의 청구인들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다고 할 것이므로, 청구인들의 이 부분 심판청구 역시 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 이점에서 벌써 부적법하므로 더 나아가 살펴볼 것 없이 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 이 사건 합의문의 조약 여부에 관한 재판관 이동흡의 아래 5.와 같은 별개의견과 '제3자 소송담당'의 허용 여부에 관한 재판관 송두환의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 이동흡의 별개의견

나는 이 사건 심판청구가 각하되어야 한다는 다수의견의 결론에는 동의하지만, 이 사건 심판청구는 권한쟁의심판에 있어 '제3자 소송담당'이 허용되지 아니하고 대통령 등 국회 이외의 국가기관에 의하여 국회의원의 심의·표결권이 침해될 수 없으므로 부적법하다는 사유 외에 이 사건 합의문이 신사협정에 해당하여 심판의 대상도 부존재하여 부적법하다는 사유가 있으므로 각하를 면할 수 없다고 생각한다.

'조약법에 관한 비인(Wien) 협약' 제2조 제1항 a호가 '조약은 단일의 문서 또는 둘 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이, 또한 그 특정의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가 간에 체결되고 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의'라고 규정하고 있는 점에 비추어 조약은 '국제법 주체 간에 권리·의무관계를 창출하기 위하여 서면형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의'라고 정의할 수 있고, 한편 신사협정은 당사국 간에 법적인 권리·의무관계를 창출하지 않는 모든 형태의 합의로서, 합의에 법적 구속력이 있는지 여부에 의해 조약과 구별된다.

그런데 먼저 이 사건 합의문은 법적 효력을 발생하게 하는 조약체결을 위한 국내절차인 국무회의 심의, 대통령 재가, 공포 등을 전혀 거치지 아니하였는바, 이는 이 사건 합의문에 발효를 위한 국내절차규정이 포함되어 있지 아니함을 의미하므로 체결 당사자 사이에 법적 구속력을 부여할 의도가 없었다고 보이고, 다음으로 피청구인의 주장에 의하면 이 사건 합의문은 재외



공관장들 간의 외교서한의 형태로서 특별한 명칭이 없거나 양해록(record of understanding)으로 되어 있는 바, 조약의 일반적인 명칭에 비추어 이는 위 합의문을 조약의 형태로 체결 의사가 없었음을 의미하며, 또한 다자간 조약인 이 사건 양허안 개정안의 원만한 체결을 위하여 이해관계국과 사이의 신의에 기초하여 이 사건 합의문을 작성하였다고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 합의문은 법적 구속력이 있는 헌법상의 조약이라고 보기보다는 당사국 간의 신의에 기초하여 이루어진 신사협정이라고 봄이 상당하다.

그렇다면 이 사건 합의문이 조약임을 전제로 조약에 대한 국회의 체결·비준 동의권과 국회의원의 심의·표결권이 침해되었음을 주장하는 이 사건 심판청구는 심판의 대상이 부존재하여 부적법하므로 각하되어야 한다.

6. 재판관 송두환의 반대의견

다수의견의 논지 중 “권한쟁의심판에 있어서 제3자 소송담당이 허용될 수 없다”는 점에 대하여는 동의할 수 없으므로, 다음과 같이 나의 의견을 밝혀 둔다.

가. 다수의견은 제3자 소송담당을 허용하는 법률의 규정이 없다는 이유로, 국회의 구성원인 청구인들이 국회의 조약 체결·비준 동의권의 침해를 다투는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다고 한다. 그러나 제3자 소송담당은 헌법의 권력분립원칙과 소수자보호의 이념으로부터 직접 도출될 수 있으므로, 헌법재판소법에 명문의 규정이 없다는 이유만으로 이를 전면 부정할 것은 아니다.

나. 우리 헌법은 제40조에서 “입법권은 국회에 속한다.”, 제66조 제4항에서 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”, 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”라고 규정함으로써 권력분립의 원칙을 선언하고 있다. 권력분립의 원칙은 국가권력의 분리와 합리적 제약을 통하여 권력의 남용을 방지하고, 이로써 국민의 자유와 권리를 보장하려는 것이다. 나아가, 헌법은 단순히 권력을 분립시키는 것에 그치지 않고 권력 상호간에 ‘견제와 균형’을 이루도록 함으로써 국가권력 작용이 서로 통제되면서 효율적으로 이루어지게 하고 있다. 이러한 권력분립의 원칙이 제대로 실현되기 위해서는 무엇보다도 의회와 정부 사이에 권력의 견제와 균형이 제대로 이루어져야 한다.

다. 그런데 오늘날 정부와 국회의 권력이 다수당을 중심으로 형성되는 현대의 정당국가적 권력분립구조 하에서는 의회와 행정부가 정당을 통하여 융화되는 현상을 보이고 있고, 그에 따라 의회의 대정부 견제기능

이 약화되는 부작용이 초래되기도 한다. 그리하여 고전적 권력분립의 원칙을 의회 내에서의 여당과 야당 간의 기능적 권력분립이론을 통해 보완하여야 한다는 실질적, 기능적 권력분립이론이 주장되고 있다. 그와 같은 실질적 권력분립이론은 헌법이 지향하는 소수자보호의 이념에 부합하는 것이기도 하다.

라. 정부와 의회가 다수당에 의해 지배되는 경우, 의회의 헌법상 권한이 행정부에 의해 침해되었거나 침해될 위험에 처하였음에도 불구하고 의회의 다수파 또는 특정 안건에 관한 다수세력이 그에 대한 방어를 제대로 하지 않는 상황이 초래될 수 있다. 다수파나 다수세력이 의회의 권한을 수호하기 위한 권한쟁의심판 등 견제수단을 취하지 않음으로써 헌법이 명명하는 권력의 견제기능을 제대로 수행하지 않는 현상이 나타날 수 있는 것이다.

이와 같이 의회의 헌법적 권한이 제대로 수호되지 못하고 헌법의 권력분립 질서가 왜곡되는 상황하에서는, 의회 내 소수파 의원들의 권능을 보호하는 것을 통하여 궁극적으로는 의회의 헌법적 권한을 수호하기 위하여, 그들에게 일정한 요건하에 국회를 대신하여 국회의 권한침해를 다룰 수 있도록 하는 법적 지위를 인정할 필요가 있고, 그 구체적 방안으로서 이른바 ‘제3자 소송담당’을 인정할 필요가 있다.

마. 다수의견은 법률상 명문규정의 부존재를 이유로 ‘제3자 소송담당’을 부정하고 있으나, 역으로 ‘제3자 소송담당’을 금지하는 법률의 규정도 없으므로 성급히 단정해버릴 문제는 아니다.

헌법소송의 주된 법원(法源)인 헌법재판소법이 그 제정 당시 헌법재판 역사와 경험의 일천으로 인하여 헌법소송에 필요한 모든 규율을 완결적으로 담아내지 못하였음은 주지의 사실이다. 한편, 헌법재판소법이 제40조에서 ‘헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용’하도록 규정하면서, 다시 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서’라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다.

이에 비추어 볼 때, 헌법재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거한 창조적 법형성으로 법적 흠결을 보완해 나갈 여지가 주어지고, 또한 그것이 예정되어 있는 것이라고 보아야 할 것이다.

따라서, 의회의 대정부 견제기능의 정상적 작동을 전제로 한 헌법상의 권력분립이 명목적 원리로 전락하는 예외적 상황에서, 헌법재판소가 실질적 권력분립원칙과 소수자보호라는 헌법의 정신에 따라 '제3자 소송담당'을 허용할 것인지 여부 및 어떤 범위와 요건하에서 허용할 것인지를 결정해 나감으로써 헌법재판소법에 내재된 입법적 흠결을 스스로 보완하는 것은 법적으로 금지되는 것이 아니라, 오히려 요청되는 바라 할 것이다.

그렇다면, 다수의견이 '제3자 소송담당'의 필요성을 일용 인정할 수 있다고 보면서도 단순히 법률상 명문 규정의 부존재를 이유로 이를 부정하는 것은 납득하기 어렵다.

바, 다수의견은 제3자 소송담당을 인정하는 것은 국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 소수의 의사에 따라 번복될 수 있음으로써 의회주의의 본질에 어긋나며, 국가기관이 내부에서 민주적 방법으로 토론과 대화로 의사를 결정하려는 노력 대신 사법적 수단 에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려가 있음을 지적한다.

그러나 이 사건에서 논의되고 있는 '제3자 소송담당'은, 헌법이 요구하는 의회의 대정부 견제기능이 의회 내 다수파의 정략적 결정에 의하여 저해되고 그럼으로써 헌법이 명령하는 의회주의가 왜곡 내지 훼손되는 경우에, 그로부터 의회주의를 회복하기 위한 수단으로써 강구되는 것이므로 의회주의의 본질에 반한다고 볼 수 없고, 오히려 의회주의의 본질을 더욱 충실하게 하는 데 기여할 수 있다.

다수의견이 제3자 소송담당을 인정하는 경우 남용의 우려가 있음을 지적하는 것은 당연히 경청하여야 할 바이다. 그러나, 남용의 위험성 문제는 개별적, 구체적 사안에서 권한쟁의 심판의 이익 유무를 검토하거나 또는 권리남용의 법리를 적용하는 것을 통하여 대체로 해소될 수 있을 뿐만 아니라, 제3자 소송담당의 인정 범위와 요건 등을 정함에 있어서 고려하여야 할 요소가 될 수 있을 뿐, 제3자 소송담당을 전면적으로 부정하는 논거가 될 수는 없다.

사. 이 사건과 같은 권한쟁의심판에 있어서 위와 같이 '제3자 소송담당'을 인정하는 경우 어떤 범위와 어떤 요건하에서 인정할 것인지가 문제인바, 적어도 국회의 교섭단체 또는 그에 준하는 정도의 실체를 갖춘 의원 집단에게는 제3자 소송담당의 방식으로 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 지위를 인정하여야 할 것이다.

교섭단체는 국회에서 의사진행에 관한 중요한 안전을 협의하기 위해 구성된 기구로서, 20인 이상의 소속

의원을 가진 정당이 하나의 교섭단체가 되며, 다른 교섭단체에 속하지 않은 20명 이상의 의원도 따로 교섭단체를 구성할 수 있다(국회법 제33조 제1항). 교섭단체의 국회법상 지위와 기능적 중요성을 고려할 때, 교섭단체에게는 국회를 대신하는 제3자로서 소송을 담당할 적격을 인정할 필요가 있다 할 것이다.

한편, 교섭단체는 20인 이상의 의원들로서 구성되므로 소속의원 수가 20인에 미달하는 정당은 스스로 교섭단체를 결성할 수 없고, 다른 교섭단체에 속하지 않은 20인 미만의 의원들 또한 교섭단체를 구성할 수 없으나, 그러한 경우라도 상당한 수의 의원들이 국회의 권한과 권능 수호 및 소수자보호를 위해 연대하여 국회를 대신한 권한쟁의심판청구를 하는 경우라면 교섭단체에 준하는 단체성을 인정하여 심판청구의 적격을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 보는 것이 권력분립의 원칙을 선언하고 있는 헌법의 규범적 질서에 부합하고, 그럼으로써 왜곡, 훼손된 헌법적 질서와 의회주의를 정상으로 회복하여 헌법의 수호 및 의회 내 소수자의 보호를 효과적으로 할 수 있기 때문이다.

아. 이와 같은 관점에서 이 사건의 경우를 살피건대, 청구인들은 민주노동당 소속 국회의원 9인 전원으로서, 같은 당 소속의원이 20인에 미달하여 교섭단체를 결성하지는 못하였지만 일정한 정치적 주장과 정책을 추진하는 정치적 집단의 실체를 갖추고 있고, 그러한 기초위에서 이 사건의 경우 정부가 국회의 동의를 받지 않고 조약을 체결한 행위를 다루고 있으며, 이 사건 심판 청구는 청구인들의 개인적 이해관계에서 비롯된 것이 아니라, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약에 대한 의회의 견제를 실현하기 위한 차원에서 제기된 것이다.

그렇다면, 이 사건의 경우 청구인들은 비록 국회법상의 교섭단체에 이르지 못하는 못하였지만 그에 준하는 지위에 있다고 보아서, 제3자 소송담당의 방식으로 국회의 권한 침해를 다룰 수 있는 심판청구인 적격을 인정하는 것이 상당하다고 볼 것이다.

자. 결국, 이 사건은 다른 적법요건상 문제가 있지 아니한 한 각하할 것이 아니고, 본안에 들어가 그 권한 침해 여부를 판단하여야 할 것이다.

재판관 이강국(재판장) 조대현 김희옥 김중대(주심)
민형기 이동흙 목영준 송두환



[별 지] 청구인의 표시

- 1. 국회의원 강기갑
- 2. 국회의원 권영길
- 3. 국회의원 노회찬
- 4. 국회의원 단병호
- 5. 국회의원 심상정
- 6. 국회의원 이영순
- 7. 국회의원 천영세
- 8. 국회의원 최순영
- 9. 국회의원 현애자

4. 소득세법 제97조 제4항 위헌소원

(2007. 7. 26. 2005헌바98 전원재판부)

[판시사항]

가. 배우자로부터 증여받은 토지를 5년 이내에 양도하는 경우 증여받은 때의 가액을 취득가액으로 삼지 않고 증여(贈與)배우자의 취득가액을 수증(受贈)배우자의 취득가액으로 의제토록 규정한 소득세법(2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정된 것) 제97조 제4항 중 '제94조 제1항 제1호의 규정에 의한 토지'에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 재산을 침해하는지 여부(소극)

나. 이 사건 법률조항이 '배우자인 수증자'와 '배우자 아닌 수증자'를 차별하여 혼인으로 인한 차별금지를 위반하고 평등권을 침해하는지 여부(소극)

다. 이 사건 법률조항이 자기책임의 원칙 및 실질적 조세법률주의에 위반되는지 여부(소극)

[결정요지]

가. 이 사건 법률조항은 배우자 증여공제액이 상향조정됨에 따라 토지를 배우자에게 증여한 후 양도하는 방법으로 양도소득세 부담을 회피하는 사례를 방지하기 위해 증여배우자의 취득가액을 수증배우자의 취득가액으로 의제한 것으로 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정된다. 또한 배우자 사이의 거래의 경우 상호 밀접한 관계로 말미암아 사전 또는 사후 담합의 개연성이 높고 과세관청이 이러한 일련의 거래에 대하여 개별 구체적 사정 등을 일일이 심사하여 과세하는 것은 조세행정상 불가능에 가까우므로 양도소득세의 회피를 방지하기 위하여 일률적으로 배우자의 취득가액을 승계토록 한 것은 일응 불가피한

조치라고 수긍할 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항은 그로 인한

재산권 침해를 최소화하기 위한 여러 제도적 장치를 마련해 놓고 있는데 첫째, 증여배우자가 수증배우자에게 10년 동안 3억 원까지 증여하는 경우에는 전액을 증여세 과세가액에서 공제하여 줌으로써 증여세 중복과세의 문제가 발생하지 않으며 둘째, 수증배우자의 양도소득 산정 시 증여배우자의 취득가액을 기준으로 하는 것은 그 증여가 양도일로부터 소급하여 5년 이내에 이루어진 경우에 한하므로 부부공동체가 미래에 대한 계획을 수립하여 증여 및 매도시기를 선택한다면 얼마든지 위 법률조항의 적용을 받지 않을 수 있고 셋째, 수증배우자가 증여받은 토지에 대하여 납부하였거나 납부할 증여세 상당액이 있는 경우에 양도소득세액 산정 시 이를 필요경비로 산입토록 하는 조정조항을 두고 있는 등 입법목적 달성에 필요한 범위 내에서 규율하고 있으므로 최소침해성의 원칙에 위반되지 않으며 이 사건 법률조항에 의해 달성하려는 조세정책적 공익은 조세회피의 우려가 있는 경우에 양도소득세의 증가가능성이라는 사익에 비하여 작다고 할 수 없어 법익의 균형성을 상실하였다고 볼 수도 없으므로 재산권을 침해하지 않는다.

나. 이 사건 법률조항에 의해 '배우자인 수증자'와 '배우자 아닌 수증자' 사이에 차별이 발생하나 증여세과세가액에서 공제되는 금액이 배우자인 경우에는 10년간 3억 원인 반면, 직계존비속의 경우에는 3,000만 원(미성년자는 1,500만 원), 그 이외의 친족인 경우 500만 원이고, 친족도 아닌 경우에는 공제액이 없을 만큼 현저한 차이가 있다. 그렇다면 증여제도를 이용한 양도소득세 회피의 방지라는 입법목적 달성을 위하여는, 양도소득 산정 시 취득가액의 기준에 관하여 수증배우자의 경우에 대하여는 증여배우자의 취득가액으로 엄격하게 적용하고, 직계존비속 등 특수관계자에 대하여는 이를 다소 완화하여 적용하되, 친족 아닌 수증자에 대하여는 수증 시의 가액으로 규정한 데에는 합리적인 근거가 있다고 할 것이다. 나아가 배우자 간에 증여가 이루어지고 수증배우자가 이를 타인에게 양도한 경우에도 이 사건 법률조항의 적용을 받는 경우는 제한적일 뿐 아니라 그 적용을 받더라도 피해를 최소화하는 여러 제도가 마련되어 있어 이 사건 법률조항이 수증자

중 배우자와 배우자 아닌 자를 차별하는 데에는 합리적인 이유가 있을 뿐 아니라 비례의 원칙에 반하지도 않으므로 이 사건 법률조항은 헌법 제 36조 제1항의 혼인으로 인한 차별금지과 헌법 제 11조 제1항의 평등권을 침해하지 않는다.

다. 증여배우자가 수증배우자에게 증여하고 수증배우자가 이를 제3자에게 양도하는 경우에도 부부공동체가 미래에 대한 계획을 수립하여 증여 및 매도시기를 선택한다면 얼마든지 위 법률조항의 적용을 받지 않을 수 있으므로 수증배우자가 수증 시로부터 5년 이내에 제3자에게 양도하면 증여배우자의 취득가액에 의해 양도소득세가 산정된다는 법규정에도 불구하고 이를 행한 경우에 이 사건 법률조항의 적용을 받아 양도소득세를 부담하는 것은 자신들이 선택한 거래 형식에 의해 예정된 법적 결과를 받는 것으로 자기책임의 원리에 위반된다고 볼 수 없다. 또한 배우자 간 증여공제제도 및 증여세의 필요경비산입제도의 취지에 비추어 볼 때, 수증배우자가 수증 후 5년 이내에 수용 등 부득이한 사유로 수증자산을 처분하는 경우에 증여배우자의 취득가액을 기준으로 양도차익을 산정하는 것이 자기책임의 원리 또는 실질적 조세법률주의에 위반된다고 할 수도 없다.

【심판대상조문】

소득세법(2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정된 것) 제97조 제4항 중 '제94조 제1항 제1호의 규정에 의한 토지'에 관한 부분

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조, 제36조 제1항, 제37조
구 소득세법(2005. 12. 31. 법률 제7837호로 개정되기 전의 것) 제94조 제1항 제1호, 제96조 제1항 제4호, 제101조

구 상속세 및 증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되고, 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항

【참조판례】

- 가. 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260
- 헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38, 50
- 헌재 2006. 6. 29. 2005헌바45, 판례집 18-1하, 281, 292

【당사자】

청 구 인 손○숙
 대리인 법무법인 삼덕
 담당변호사 김백영

당해사건 부산지방법원 2005구합2187 증여세등부과 처분취소

【주 문】

소득세법(2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정된 것) 제97조 제4항 중 '제94조 제1항 제1호의 규정에 의한 토지'에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2003. 1. 16. 부산 부산진구 ○○동 대 377㎡ 중 1,140분의 1,100 지분(이하 '이 사건 토지'라 한다)에 관하여 자신의 남편인 박○재로부터 2002. 12. 30. 증여받았음을 원인으로 한 지분소유권이전등기를 경료한 후, 같은 날 청구의 주식회사 ○○(이하 '청구의 회사'라 한다) 앞으로 2003. 1. 15.자 매매를 원인으로 한 지분소유권이전등기를 마쳐 주었고, 2003. 6. 2. 이 사건 토지의 양도에 따른 양도소득세 45,419,750원을 납부하였다.

(2) 그 후 부산진세무서장(당해 사건 피고)은 위 박○재에 대한 세무조사 과정에서 그가 2002. 11. 12.경 청구의 회사에게 이 사건 토지를 포함한 인근의 토지 5필지 및 그 지상의 건물(이하 합하여 '매매 부동산'이라 한다)을 일괄하여 대금 3,890,000,000원에 매도하는 계약을 체결한 다음, 그 중 이 사건 토지를 위와 같이 청구인에게 증여하였다가 다시 청구의 회사에게 이전등기 하고, 위 나머지 매매 부동산은 직접 청구의 회사에게 이전등기 한 사실을 확인하였다.

(3) 부산진세무서장은, 청구인이 이 사건 토지를 취득한지 1년 이내에 다시 청구의 회사에게 양도하였으므로 위 토지가 당시 소득세법 제96조 제1항 단서 제4호의 규정에 따라 실지거래가액에 의한 양도소득세 과세대상이라고 보고, 위 매매부동산의 전체 매매대금을 관계 법령의 규정에 따라 안분하여 계산한 605,378,681원을 이 사건 토지의 실지거래가액으로 보아, 2005. 6. 10. 청구인에 대하여 이 사건 토지의 수중에 따른 증여세 71,506,030원 및 양도소득세 78,267,840원(기납부세액 공제)을 각 부과하였다.

(4) 이에 청구인은 부산지방법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 소송(2005구합2187)을 제기하였고, 이 소송 계속 중인 2005. 9.경 부산진세무서장은 위 양도소득세 산정에 있어 양도가액뿐만 아니라 취득가액도 위 실지거래가액을 토대로 환산한 금액으로 하여야 한다는 청구인의 주장을 받아들여 위 양도소득세를 58,019,500원으로 감액정정하였다.



(5) 위 소송 계속 중 청구인은 위 양도소득세 계산에 있어 배우자로부터 증여받아 이를 5년 이내에 양도하는 경우, 증여받은 때의 가액을 취득가액으로 삼지 않고 배우자의 취득가액을 청구인의 취득가액으로 의제토록 한 소득세법 제97조 제4항이 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청을 신청하였으나(2005아366), 위 법원은 2005. 11. 17. 청구인의 당해 사건에서의 청구를 기각하면서 아울러 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각하자, 청구인은 같은 해 12. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 소득세법 제97조 제4항 전체에 대하여 위헌소원을 제기하였으나 청구인의 청구이유와 당해 사건을 종합하여 살펴보면, 이 사건 심판의 대상은 당해 사건에서 청구인의 토지에 대한 양도소득세 산정에 적용되어 재판의 전제가 되는 소득세법(2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정된 것) 제97조 제4항 중 ‘제94조 제1항 제1호의 규정에 의한 토지’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 한정함이 상당하고, 그 조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

소득세법(2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정된 것) 제97조(양도소득의 필요경비계산) ④ 거주자가 양도일부터 소급하여 5년 이내에 그 배우자로부터 증여받은 제94조 제1항 제1호의 규정에 의한 자산 기타 대통령령이 정하는 자산의 양도차익을 계산함에 있어서 양도가액에서 공제할 필요경비는 제3항의 규정에 의하되, 취득가액은 당해 배우자의 취득 당시 제1항 제1호 각목의 1의 금액으로 한다. 이 경우 거주자가 증여받은 자산에 대하여 납부하였거나 납부할 증여세 상당액이 있는 경우에는 제3항의 규정에 불구하고 필요경비에 산입한다.

[관련조항]

구 소득세법(2005. 12. 31. 법률 제7837호로 개정되기 전의 것) 제94조(양도소득의 범위) ① 양도소득은 당해연도에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

1. 토지(지적법에 의하여 지적공부에 등록하여야 할 지목에 해당하는 것을 말한다) 또는 건물(건물에 부속된 시설물과 구축물을 포함한다)의 양도로 인하여 발생하는 소득

2.~4. 생략

② 생략

제96조(양도가액) ① 제94조 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 자산의 양도가액은 당해 자산의 양도

당시의 기준시가에 의한다. 다만, 당해 자산이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 양도자와 양수자 간에 실제로 거래한 가액(이하 “실지거래가액”이라 한다)에 의한다.

- 1.~3. 생략
4. 취득 후 1년 이내의 부동산인 경우
5. 이하 생략

②~⑥ 생략

제101조(양도소득의 부당행위계산) ① 납세지 관할 세무서장 또는 지방국세청장은 양도소득이 있는 거주자의 행위 또는 계산이 그 거주자와 특수관계 있는 자와의 거래로 인하여 당해 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 그 거주자의 행위 또는 계산에 관계없이 당해연도의 소득금액을 계산할 수 있다. (1995. 12. 29. 개정)

② 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 제1항에 규정하는 특수관계자에게 자산을 증여(제97조 제4항의 규정을 적용받는 배우자의 경우를 제외한다)한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 3년 이내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 본다. 이 경우 당초 증여받은 자산에 대하여는 상속세 및 증여세법의 규정에 불구하고 증여세를 부과하지 아니한다. (2003. 12. 30. 후단 신설)

③~④ 생략

구 상속세 및 증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되고, 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제53조(증여재산공제) ① 거주자가 다음 각 호의 1에 해당하는 자로부터 증여를 받은 경우에는 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 증여세과세가액에서 공제한다. 이 경우 당해 증여 전 10년 이내에 공제받은 금액과 당해 증여가액에서 공제받을 금액의 합계액이 다음 각 호에 규정하는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분은 이를 공제하지 아니한다.

1. 배우자로부터 증여를 받은 경우에는 3억 원 (2002. 12. 18. 개정)
2. 직계존비속(증여자가 직계존속인 경우 그 직계존속의 배우자를 포함한다)으로부터 증여를 받은 경우에는 3천만 원. 다만, 미성년자가 직계존속으로부터 증여를 받은 경우에는 1천5백만 원으로 한다.
3. 배우자 및 직계존비속이 아닌 친족으로부터 증여를 받은 경우에는 5백만 원

② 생략

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 우리 헌법은 그 전문과 제10조에서 개인책임의 원리를 천명하고 있는바, 청구인이 취득한 재산에 관하여 청구인의 취득시점이 아닌 전(前) 소유자의 취득시점을 과세소득계산상 취득시점으로 의제함으로써 과세소득을 과대하게 산정하는 것은 개인책임의 원리에 어긋난다.

(2) 이 사건 법률조항은 혼인을 한 배우자로부터 증여받은 경우를 배우자 아닌 자로부터 증여받은 경우에 비하여 중과세함으로써, 혼인으로 인한 차별을 금지하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반되고, 헌법 제11조 제1항의 평등권에 위배된다. 특히 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여받은 자가 증여일로부터 3년 이내에 이를 다시 타인에게 양도하는 경우에 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 보아 당초 증여받은 자산에 대하여는 증여세를 부과하지 아니하고 있는 소득세법 제101조 제2항에 비하여도 불리한 차별을 하고 있는 것이다.

(3) 또한 배우자로부터 증여받은 수증자에게 증여세와 더불어 종전 배우자가 취득한 취득시기를 의제하여 양도소득세를 계산하는 것은 이중과세로서 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 재산권을 침해하고, 5년 이내에 증여받은 배우자가 이혼을 하거나 수용 등 부득이한 사유로 처분하는 경우에도 종전 배우자의 취득시기에 취득한 것으로 의제함으로써 실질적 법치주의원리에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 국가가 과세권을 행사함에 있어 조세의 회피나 면탈을 억제하기 위한 규정을 두거나, 담세력에 따른 공평한 부담을 실현하기 위해 과세의 종목과 과세방법을 선택하는 등 조세정의의 실현을 위해 기술적으로 규제하는 것은 입법자의 광범위한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이러한 규정을 위헌이라고 단정할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 소득세법이 개정되면서 신설된 것으로서 증여세에 대한 배우자 공제 확대에 따라 단기양도에 따른 양도소득세 회피를 방지하려는 취지를 가진 것으로서 관련 증여세액을 필요경비로 인정해 주는 등 그 세액산정에 있어서도 합리성을 기하고 있으므로 이러한 입법취지나 목적, 세액산정방법 등을 고려하면 이 사건 법률조항은 조세의 회피나 면탈을 방지하여 조세정의를 실현

하려는 입법자의 의사가 반영된 것으로서 그 입법적 재량의 범위 내에 있는 것으로 청구인의 평등권이나 재산권 등을 침해하지 않는다.

다. 재정경제부장관의 의견

(1) 배우자 취득가액 승계 규정은 납세자가 자산의 장기간 보유로 인하여 상승된 자본 이익을 소멸시키기 위한 방편으로 중간에 증여행위를 끼어 넣는 이상한 거래형식을 취함으로써 고율의 누진세율에 의한 양도소득세 부담을 회피 내지 감소시키려는 부당한 조세회피행위를 규제하고, 납세자가 선택한 거래의 형식에 따라 발생할 수 있는 조세부담의 불공평을 시정하여 궁극적으로 과세의 평등을 실현하기 위한 것이다.

(2) 이 경우 납세자는 당초 배우자로부터 증여받았을 때에 증여세를 납부하고 증여받은 자산을 양도할 때 양도소득세를 납부하게 되나 증여세는 배우자로부터 무상으로 경제적 이익을 얻음에 따라 당해 무상취득이익에 대해 과세하는 것이고, 양도소득세는 증여받은 자산을 양도함으로써 얻는 자본이득에 대하여 과세하는 것이므로 각각의 과세이익과 과세목적이 달라 이중과세에 해당하지 않는다. 가사 청구인의 주장대로 이중과세라고 하더라도 이중과세의 문제점을 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택 가능성이 있는데, 그 중에서 어떤 선택을 할 것인가는 입법자가 제반 사정을 참작하여 결정할 수 있는바, 당초 증여받을 때 납부한 증여세는 양도소득세 과세 시 필요경비로 공제하여 주고 있으므로 이중과세에 해당하지 않는다.

(3) 또한 청구인은 배우자 취득가액 승계 규정이 혼인한 배우자에 대한 불리한 취급이라고 주장하나 배우자 취득가액 승계 규정은 혼인관계로 인하여 여타 증여자에 비해 많은 증여공제의 혜택을 받는 배우자에게 적용되는 것으로 혼인한 배우자에 대한 불리한 차별이 아니다.

라. 국세청장의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 배우자에게로의 증여 후 일정 기간 이내에 증여재산을 양도하는 경우 그 증여는 부부에 의해 조세회피의 수단으로 사용된 것이므로 실질적으로 양도의 주체는 수증받은 배우자라기보다는 이에 관여한 양 배우자(부부)로 볼 수 있으므로 개인책임의 원리에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 배우자공제 등 증여 공제규정을 이용하여 배우자 간 재산을 증여하고 이를 단기간에 양도함으로써 양도소득세를 줄이거나 회피하는 것을 방지하고자 하는 것으로 혼인을 하였다든 이유로 불이익을 가하는 것이 아니라 혼인을 이용한 조세회피



행위에 대응하는 것이므로 헌법상 혼인의 보호 원칙에 반한다거나 배우자라는 신분을 이유로 한 차별로 볼 수 없다.

(3) 비록 입법자가 이 사건 법률조항에서 선택한 방법으로 인해 납세의무자가 정상적인 양도거래를 왜곡하지 않았다면 부담할 세액보다 많은 세액을 부담하게 되었다 하더라도, 이는 조세회피를 위해 거래관계를 왜곡한 자가 부담하여야 할 의무와 책임으로 볼 수 있고, 그러한 책임의 범위가 납세의무자의 자유와 권리를 침해할 정도로 심각한 것이라고는 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 위반되지 않는다.

3. 판 단

가. 재산권 침해 여부

이 사건 법률조항은, 증여된 토지에 대하여 이미 수증자(受贈者)가 증여세를 납부하였음에도 불구하고 양도소득세 계산 시 증여 당시의 취득가액을 기준으로 하지 않고 증여자인 배우자(이하 '증여배우자'라고 한다)가 취득할 당시의 취득가액을 기준으로 함으로써, 증여배우자의 취득 시부터 수증자인 배우자(이하 '수증배우자'라고 한다)의 취득 시까지의 토지의 지가 상승분에 대하여도 양도소득세를 부과하게 되는바, 이는 위 기간의 지가 상승분이라는 동일한 경제적 담세력의 원천에 대하여 증여세와 양도소득세가 중복되어 과세될 가능성이 발생한다. 그렇다면 이러한 동일한 경제적 담세력의 원천에 대한 중복 과세의 가능성이 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인의 재산권을 침해하는지 여부를 살펴본다.

(1) 심사 기준

국민의 기본권을 제한하는 법률은 그 제한의 방법에 있어서도 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 즉 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 설사 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한이 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하고, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌바45, 판례집 18-1하, 281, 292 등 참조).

(2) 비례의 원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성

이 사건 법률조항과 같이 수증배우자가 증여받은 토

지를 5년 이내에 양도할 경우 증여 배우자의 당초 취득가액을 기준으로

양도소득세를 과세하도록 한 것은, '상속세 및 증여세법'의 개정으로 배우자 증여공제액이 대폭 상향조정됨에 따라 토지를 배우자에게 증여한 후 양도하는 방법으로 양도소득세 부담을 회피하는 사례를 방지하기 위한 조세정책적 조치로서, 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(나) 방법의 적절성

이 사건 법률조항은 생활공동체인 부부 사이에 배우자 증여공제제도를 이용하여 양도소득세의 부담을 회피하는 것을 방지하기 위한 것으로서 적절한 방법이라고 할 수 있다.

(다) 피해의 최소성

1) 이 사건 법률조항의 적용에 따라, 증여배우자의 취득 시부터 수증배우자에게로의 증여 시까지의 지가 상승분에 대하여 증여세와 양도소득세가 이중으로 부과됨으로써, 동일한 담세력의 원천에 대하여 중복적으로 과세되는 결과가 발생한다.

2) 그러나 배우자 사이의 거래의 경우 상호 밀접한 관계로 말미암아 사전 또는 사후 담합의 개연성이 높고 과세관청이 이러한 일련의 거래에 대하여 개별 구체적 사정 등을 일일이 심사하여 과세하는 것은 조세행정상 불가능에 가까우므로 양도소득세의 회피를 방지하기 위하여 일률적으로 배우자의 취득가액을 승계토록 한 것은 일용 불가피한 조치라고 수긍할 수 있다(헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38, 50 참조). 나아가 이 사건 법률조항은 그로 인한 재산권 침해를 최소화하기 위한 여러 제도적 장치를 마련해 놓고 있다. 첫째, 증여배우자가 수증배우자에게 10년 동안 3억 원까지 증여하는 경우에는 전액을 증여세 과세가액에서 공제하여 줌으로써('상속세 및 증여세법' 제 53조 제1항 제1호) 증여세 중복과세의 문제가 발생하지 않는다. 둘째, 수증배우자의 양도소득 산정 시 증여배우자의 취득가액을 기준으로 하는 것은 그 증여가 양도일로부터 소급하여 5년 이내에 이루어진 경우에 한하므로 부부공동체가 미래에 대한 계획을 수립하여 증여 및 매도시기를 선택한다면 얼마든지 위 법률조항의 적용을 받지 않을 수 있다. 셋째, 수증배우자가 증여받은 토지에 대하여 납부하였거나 납부할 증여세 상당액이 있는 경우에 양도소득세액 산정 시 이를 필요경비로 산입토록 하는 조정조항을 두었다(특수관계자와의 거래로 인한 양도소득의 부당행위·계산에 관한 소득세법 제101조 제2항은 증여 자체를 부정하여 증여세를

부과하지 않는데 반하여, 이 사건 법률조항은 증여 자체를 부정하지는 아니하되 이에 소요된 금액인 증여세를 양도물의 취득 과정에서 지출된 필요경비로 산입하도록 하였는바, 이는 양도소득세 회피 방지라는 목적을 달성하기 위한 입법정책상 차이라고 할 것이다. 넷째, 배우자가 증여받은 후 증여배우자가 사망하거나 이혼하여 배우자 관계가 소멸된 상태에서 수증배우자가 수증 시로부터 5년 이내에 증여토지를 처분하는 경우에는 조세실무상 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다.

3) 결국 이 사건 법률조항은 부부간 증여액 공제제도를 이용하여 양도소득세를 회피하려는 것을 방지하기 위한 것으로서, 비록 동일한 담세력의 원천에 대하여 이중으로 과세할 가능성이 있지만, 앞에서 본 여러 제도를 통하여 그 피해를 최소화하였다고 할 것이다.

(라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항에 의해 달성하려는 위와 같은 조세정책적 공익은 조세회피의 우려가 있는 경우에 양도소득세의 증가가능성이라는 사익에 비하여 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성을 상실하였다고 볼 수도 없다.

(3) 소결

그렇다면 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위반하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

나. 혼인으로 인한 차별금지 위반 및 평등권 침해 여부

앞에서 본 바와 같이 수증배우자가 5년 이내에 수증 받은 토지를 양도하는 경우에는 이 사건 법률조항에 따라 증여배우자의 취득가액이 양도차익을 산정함에 있어서의 취득가액이 된다. 이에 반하여 일반 수증자의 경우에는 수증받은 날을 양도소득세 산정의 취득시점으로 하는바(소득세법 시행령 제162조 제1항 제5호), 결국 수증배우자는 증여배우자의 취득 시부터 수증배우자에 대한 증여 시까지의 지가 상승분에 대하여도 양도소득세를 부담하여야 하므로 배우자로부터 수증받은 자와 타인으로부터 수증받은 자 사이에 차별이 발생하게 된다. 나아가 증여자와 특수관계에 있는 자 중에서도 배우자는 이 사건 법률조항의 적용을 받는데 반하여, 배우자 아닌 자는 소득세법 제101조 제2항에 의하여 ① 양도소득세를 '부당하게' 감소시키기 위하여, ② 수증일로부터 '3년' 이내에 타인에게 양도한 경우에만 증여자의 취득가액을 양도차익 산정의 취득가액으로 보되(다만 2007. 1. 1.자 '상속세 및 증여세법' 시행으로 '5년'이 되었다), ③ 이 경우 증여자산에 대하여 '증여세 자체를 부과하지 않는데,' 결국 이 사건 법률조항으로 증여자와 특수관계자 중에서도 '배우자

인 수증자'와 '배우자 아닌 수증자' 사이에 차별이 발생하게 된다.

그러나 증여세과세가액에서 공제되는 금액이 배우자인 경우에는 10년간 3억 원인 반면, 직계존비속의 경우에 3,000만 원(미성년자는 1,500만 원), 그 이외의 친족인 경우 500만 원이고, 친족도 아닌 경우에는 공제액이 없을 만큼(2002. 12. 18.자 개정 '상속세 및 증여세법' 제53조) 현저한 차이가 있다. 그렇다면 증여제도를 이용한 양도소득세 회피의 방지라는 입법목적의 달성하기 위하여는, 양도소득 산정 시 취득가액의 기준에 관하여 수증배우자의 경우에 대하여는 증여배우자의 취득가액으로 엄격하게 적용하고, 직계존비속 등 특수관계자에 대하여는 이를 다소 완화하여 적용하되, 친족 아닌 수증자에 대하여는 수증 시의 가액으로 규정한 데에는 합리적인 근거가 있다고 할 것이다. 나아가 배우자 간에 증여가 이루어지고 수증배우자가 이를 타인에게 양도한 경우에도 이 사건 법률조항의 적용을 받는 경우는 제한적일 뿐 아니라 그 적용을 받더라도 피해를 최소화하는 여러 제도가 마련되어 있음은 앞에서 본 바와 같다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 수증자 중 배우자와 배우자 아닌 자를 차별하는 데에는 합리적인 이유가 있을 뿐 아니라 비례의 원칙에 반하지도 않으므로 이 사건 법률조항이 헌법 제36조 제1항의 혼인으로 인한 차별금지와 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하지 않는다.

다. 자기책임의 원칙 및 실질적 조세법률주의 위반 여부

증여배우자가 수증배우자에게 증여하고 수증배우자가 이를 제3자에게 양도하는 경우에도 부부공동체가 미래에 대한 계획을 수립하여 증여 및 매도시기를 선택한다면 얼마든지 위 법률조항의 적용을 받지 않을 수 있다. 그러므로 수증배우자가 수증 시로부터 5년 이내에 제3자에게 양도하면 증여배우자의 취득가액에 의해 양도소득세가 산정된다는 법규정도 불구하고 이를 행한 경우에 이 사건 법률조항의 적용을 받아 양도소득세를 부담하는 것은 자신들이 선택한 거래 형식에 의해 예정된 법적 결과를 받는 것으로 자기책임의 원리에 위반된다고 볼 수 없다.

나아가 수증배우자가 이혼이나 배우자의 사망 등으로 배우자 관계가 소멸된 후 수증 시로부터 5년 이내에 제3자에게 증여자산을 양도하였다고 하여도 이 경우에는 증여자와 수증자가 배우자 관계가 아니므로 조세실무상 위 법률조항을 적용하지 않으므로 자기책임



의 원리 또는 실질적 조세법률주의에 위반된다고 할 수 없다. 또한 배우자 간 증여공제제도 및 증여세의 필요경비 산입제도의 취지에 비추어 볼 때, 수증배우자가 수증 후 5년 이내에 수용 등 부득이한 사유로 수증자산을 처분하는 경우에 증여배우자의 취득가액을 기준으로 양도차익을 산정하는 것이 자기책임의 원리 또는 실질적 조세법률주의에 위반된다고 할 수도 없다.

4. 결 론

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

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동훈 목영준(주심) 송두환

5. 전기통신사업법 제4조 제2항 등 위헌소원 (2007. 7. 26. 2005헌바100 전원재판부)

【판시사항】

등록을 하지 아니하고 별정통신사업을 경영한 자를 처벌하는 전기통신사업법 제70조 제3호 중 같은 법 제4조 제3항 제1호에 의한 같은 조 제2항의 '공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무(이하 '기간통신역무'라 한다)' 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법상 죄형법정주의의 명확성원칙 내지는 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

끊임없이 진화하는 전기통신기술 영역을 규율 대상으로 하는 전기통신사업법은 다른 법률에 비해 고도로 전문적이고 기술적일 뿐 아니라, 현실의 변화에 따른 신속한 입법적 대응이 필요한 분야의 법률이어서 그 세부적이고 기술적인 규율을 국회에 맡기기보다는 행정입법에 의하도록 하는 편이 보다 적절하다고 할 것이다. 이 사건 법률조항과 관련규정들을 유기적·체계적으로 해석하여 보면, 기간통신역무란 당해 전기통신역무가 일반 국민에게 생활필수재로서의 성격을 가질 정도로 중요성을 가져 역무의 안정적 제공을 위해서 사업자의 충분한 재정적·기술적 능력이 필요할 뿐만 아니라, 이용자보호를 위해 요금의 적정

성 등을 확보할 필요가 있는 경우 등에 한정될 것임을 예측할 수 있어 이 사건 법률조항이 수범자들로 하여금 처벌대상 행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 불명확하게 규정되었다거나 포괄적으로 입법사항을 위임하고 있다고 보기 어렵다.

재판관 김종대의 반대의견

이 사건 법률조항은 형사처벌규정인 전기통신사업법 제70조 제3호의 한 부분으로서 범죄구성요건이므로, 시행령을 뺀 법률 자체만으로도 충분히 구체적이고 명확해야 한다. 그런데 시행령과 시행규칙에 더 나아가 보지 않고서는 별정통신사업과 기간통신역무의 의미가 지나치게 추상적이고 불명확하여 수범자가 위 법률규정만으로는 처벌되는 대상행위가 어떠한 것이라고 예측하기가 어렵다. 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에서 천명하고 있는 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙과 헌법 제75조에 규정된 포괄위임금지의 원칙에 어긋나 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

전기통신사업법(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것) 제70조 제3호 중 제19조 제1항의 '별정통신사업'에 관한 같은 법 제4조 제3항 제1호에 의한 같은 조 제2항의 '공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성등을 참작하여 전신·전화역무등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무' 부분

전기통신사업법시행규칙(2004. 7. 20. 정보통신부령 제152호로 개정되고, 2005. 10. 21. 정보통신부령 제182호로 개정되기 전의 것) 제3조

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제75조

전기통신사업법(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것) 제4조, 제19조 제1항

【참조판례】

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33
헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-2, 187, 194
헌재 2004. 8. 26. 2004헌바14, 판례집 16-2상, 306, 316

【당 사 자】

청 구 인 심○호 외 2인

청구인들 대리인 변호사 이창순

당해사건 서울중앙지방법원 2005노2024 상습사기 등

【주 문】

1. 전기통신사업법(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것) 제70조 제3호 중 제19조 제1항의 '별정통신사업'에 관한 같은 법 제4조 제3항 제1호에 의한 같은 조 제2항의 '공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무(이하 "기간통신역무"라 한다)' 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 전기통신사업법시행규칙(2004. 7. 20. 정보통신부령 제152호로 개정되고, 2005. 10. 21. 정보통신부령 제182호로 개정되기 전의 것) 제3조에 대한 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 심○호는 060 회선을 이용한 실시간 대화형 유료전화정보서비스 사업을 영위하는 자이고, 청구인 구○우, 박○희는 위 사업을 영위하는 사업자들에게 060 회선을 임대해 준 자이다. 실시간 대화형 유료전화정보서비스는 전기통신설비를 이용하여 음성 등을 송신하거나 수신하게 하는 전화역무로서 기간통신사업자의 전기통신회선설비를 이용하여 기간통신역무를 제공할 수 있는 전기통신사업법 제4조 제3항 제1호 소정의 별정통신사업이므로 동 서비스를 제공하기 위해서는 전기통신사업법 제19조상의 '별정통신사업자'로서 등록을 필하여야 함에도 불구하고, 청구인 심○호는 2003. 10.경부터 2004. 8. 하순경까지 별정통신사업자 등록을 하지 아니한 채 위 사업을 영위하였음을 이유로, 청구인 구○우, 박○희는 위 기간 동안 별정통신사업자 등록을 하지 아니한 사업자인 청구인 심○호에게 060 회선을 임대해 줌으로써 위 사업을 영위할 수 있도록 방조하였음을 이유로 전기통신사업법 제70조 제3호 위반죄 및 그 방조죄 등으로 서울중앙지방법원에 기소되어 2004. 11. 18. 약식명령을 발령받았다(2004고약49104호).

(2) 청구인들은 위 사업이 등록을 요하는 별정통신사업에 해당하지 않는다고 주장하면서 서울중앙지방법원에 정식재판을 청구하여 2005. 6. 29. 동 법원으로부터 벌금형을 선고받았다(2005고정413호). 청구인들은 같은 법원에 항소를 제기하는 한편(2005노2024호), 전기통신사업법 제4조 제2항, 제3항, 제19조 제1항, 제70조 제3호 및 전기통신사업법시행규칙 제3조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2005초기2086호), 2005. 11.

23. 위 법원으로부터 항소를 기각당함과 동시에 위헌법률심판제청신청 중 전기통신사업법시행규칙 제3조에 대해서는 각하, 나머지 부분에 대해서는 기각결정을 받아 2005. 12. 12. 이 사건 헌법소원심판청구를 하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

청구인들은 전기통신사업법(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라고 한다) 제4조 제2항, 제3항, 제19조 제1항, 제70조 제3호 및 전기통신사업법시행규칙(2004. 7. 20. 정보통신부령 제152호로 개정되고, 2005. 10. 21. 정보통신부령 제182호로 개정되기 전의 것, 이하 '규칙'이라고 한다) 제3조에 대하여 위헌제청신청을 하고 이 사건 심판청구를 하고 있다. 그런데 청구인들의 법 조항들에 관한 심판청구이유 및 심판청구자료의 내용을 종합하여 살펴보면, 청구인들은 처벌규정인 법 제70조 제3호의 구성요건요소의 일부를 구성하고 있는 법 제4조 제2항의 기간통신역무에 관한 부분의 위헌성을 다투고 있을 뿐 나머지 조항에 관하여는 그 위헌사유를 주장하고 있지 않다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 법 제70조 제3호 중 제19조 제1항의 '별정통신사업'에 관한 같은 법 제4조 제3항 제1호에 의한 같은 조 제2항의 '공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무(이하 "기간통신역무"라 한다)' 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 및 규칙 제3조 (이하 '이 사건 규칙조항'이라 한다)의 위헌 여부에 한정하도록 한다. 이 사건 심판대상인 이 사건 법률조항, 규칙조항 및 관련조항들의 내용은 다음과 같다.

전기통신사업법(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되고, 2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것)

제70조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제19조 제1항의 규정에 의한 등록을 하지 아니하고 별정통신사업을 경영한 자

제19조(별정통신사업자의 등록) ① 별정통신사업을 경영하고자 하는 자는 정보통신부령이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항을 갖추어 정보통신부장관에게 등록하여야 한다.

1. 재정 및 기술적 능력
2. 이용자보호계획
3. 사업계획서등 기타 정보통신부령이 정하는 사항



제4조(전기통신사업의 구분등) ① 생략

② 기간통신사업은 전기통신화선설비를 설치하고, 이를 이용하여 공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무(이하 “기간통신역무”라 한다)를 제공하는 사업으로 한다.

③ 별정통신사업은 다음 각 호의 1에 해당하는 사업으로 한다.

- 1. 제5조의 규정에 의한 기간통신사업의 허가를 받은 자(이하 “기간통신사업자”라 한다)의 전기통신화선설비등을 이용하여 기간통신역무를 제공하는 사업

전기통신사업법시행규칙(2004. 7. 20. 정보통신부령 제152호로 개정되고, 2005. 10. 21. 정보통신부령 제182호로 개정되기 전의 것) 제3조(기간통신역무의 종류와 내용) 법 제4조 제2항의 규정에 의한 기간통신역무의 종류와 내용은 다음 각 호와 같다.

- 1. 전화역무 : 전기통신설비를 이용하여 음성등을 송신하거나 수신하게 하는 다음 각 목의 전기통신역무(다만, 부가가치를 높이기 위하여 가공 또는 축적하는 경우를 제외한다)
 - 가. 시내전화역무 : 정보통신부장관이 이용방법 및 조건등을 참작하여 고시한 지역(이하 “통화권”이라 한다) 안의 전화역무
 - 나. 시외전화역무 : 통화권 간의 전화역무
 - 다. 국제전화역무 : 국내와 국외 간의 전화역무
- 2. 가입전신역무 : 전기통신설비를 이용하여 조보식 5단위 인쇄전신방식으로 문자·부호·문언등을 송신하거나 수신하는 전기통신역무
- 3. 전기통신화선설비임대역무 : 전기통신화선설비를 임대하는 역무(임차한 국내 전기통신화선설비를 재임대하는 경우를 제외한다)
- 4. 주파수를 할당받아 제공하는 역무 : 전파법 제10조 제1항 제1호의 규정에 의하여 공고한 주파수를 할당받아 제공하는 전기통신역무
- 5. 인터넷접속역무 : 전기통신설비를 이용하여 인터넷접속을 제공하는 전기통신역무
- 6. 기타 역무 : 정보통신부장관이 공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향이 크거나 역무의 안정적 제공이 특히 필요하다고 인정하여 고시하는 전기통신역무

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 기간통신사업자의 전기통신화선설비 등을 이용하여 ‘기간통신역무’

를 제공하는 자는 별정통신사업자로서 정보통신부장관에게 등록하여야 하고, 그 등록을 필하지 않을 경우 이 사건 법률조항에 의하여 3년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 의한 형사처벌을 받게 된다. 그런데 법 제4조 제2항은 ‘기간통신역무’에 대하여 ‘전기통신화선설비를 설치하고 이를 이용하는 통신전화역무’라는 추상적인 개념만을 규정하고 있을 뿐이어서 그 조문만으로는 ‘기간통신역무’의 의미를 정확히 알 수 없다. 더욱이 이 사건 법률조항은 형사처벌법규의 구성요건에 해당하는 조항으로서 구성요건의 중요한 일부를 이루는 ‘기간통신역무’의 종류와 내용을 대통령령이 아닌 정보통신부령에 바로 위임하고 있고, 그 규율내용의 구체적인 요건 및 기준과 범위의 대강을 정하지 아니하고 포괄적으로 위임하고 있으므로, 결국 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항에 규정된 죄형법정주의 원칙 및 제75조에 규정된 포괄위임입법금지원칙에 반한다.

(2) 한편 시행규칙이라 할지라도 법률의 위임을 받아 국민의 기본권을 제한하는 규정은 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로 기능할 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 할 것인데, 이 사건 규칙조항은 처벌법규의 구성요건을 규정하는 조항으로서 수권규정인 법 제4조 제2항의 문언만으로는 도저히 예측할 수 없는 내용을 담고 있으므로, 헌법 제12조 제1항 및 제75조에 위반되는 규칙조항이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각결정의 요지

(1) 법원의 위헌법률심판제청은 “법률”이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에 할 수 있는 것이므로, 이 사건 위헌법률심판제청신청 중 이 사건 규칙조항에 대한 부분은 부적법하다.

(2) 오늘날 전기통신 기술의 빠른 발전추세를 감안할 때 변동상황에 따른 탄력적 또는 기술적 대응을 위하여 전기통신역무의 종류 및 내용을 법률에서 직접 세부적으로 규정하지 아니하고 하위법규에 위임할 필요성이 인정될 뿐만 아니라, 법 제4조 제2항은 하위법규에서 규정될 기간통신역무의 종류와 내용에 관하여 ‘공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향이 크고, 역무의 안정적 제공의 필요성이 요구되는 전신·전화역무 및 이와 유사한 것’이라는 구체적인 기준을 제시하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 헌법 제12조 및 제75조에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 정보통신부장관 및 서울중앙지방법검찰청 검사장의

의견

법원의 위헌제청신청기각결정 이유의 요지와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단(이 사건 규칙조항에 대한 청구 부분의 적법 여부)

헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원 심판청구는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로써 심판청구를 하는 것이므로, 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 형식적 의미의 법률 및 그와 동일한 효력을 가진 명령이고 대통령령, 부령, 규칙 또는 조례 등을 대상으로 한 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구는 부적법하다(헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 27-28 등).

살피건대, 이 사건 심판청구 중 이 사건 규칙조항에 대한 청구 부분은 그 심판대상이 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없는 전기통신사업법시행규칙에 대한 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 부적법하다 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단(이 사건 법률조항의 위헌 여부)

(1) 법은 전기통신회선설비의 설치 여부와 제공하는 전기통신역무의 종류에 따라 전기통신사업을 분류하는 체계를 취하고 있는바, 법 제4조는 전기통신회선설비를 설치하고 기간통신역무를 제공하는 사업을 기간통신사업으로(제2항), 기간통신사업자의 전기통신회선설비 등을 이용하여 기간통신역무를 제공하는 사업(제3항 제1호) 및 정보통신부령이 정하는 구내에 전기통신설비를 설치하거나 이를 이용하여 그 구내에서 전기통신역무를 제공하는 사업을 별정통신사업으로(제3항 제2호), 그리고 기간통신사업자로부터 전기통신회선설비를 임차하여 부가통신역무를 제공하는 사업(제4항)을 부가통신사업으로 각 분류하고 있다.

한편 법 제4조 제3항 제1호에서 정하고 있는 별정통신사업 유형은 기간통신사업자의 전기통신회선설비 등을 이용하여 기간통신역무를 제공하는 사업인바, 법 제4조 제2항은 기간통신역무란 “공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무”라고 규정하고 있다. 그런데 법 제70조 제3호에 의하면 ‘별정통신사업’을 영위하고자 하는 자는 법 제19조에 따라 정보통신부장관에게

등록하여야 하고, 등록하지 아니한 채 별정통신사업을 영위한 자는 3년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처해진다. 위 법 제70조 제3호가 적용되어 처벌받게 된 청구인들은 이 사건 심판청구를 통하여 위 기간통신역무에 관한 규정의 명확성의 원칙 위반 등에 관한 위헌성을 다투고 있다. 따라서 이 사건의 쟁점은 기간통신역무의 개념을 규정하면서 그 상세한 규율은 하위규범에 위임하고 있는 이 사건 법률조항이 헌법상 죄형법정주의로부터 파생되는 명확성의 원칙 내지 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부에 있다고 할 것이다.

(2) 헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에서 천명하고 있는 죄형법정주의란 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 함을 의미하는 것으로 이러한 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 의미하는 것이다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적 이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 260).

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33 등).

또한 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항(……)에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하는 한편, 헌법 제95조는



“국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 헌법상 근거를 마련하고 있다. 그런데 헌법 제75조는 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”으로 한정함으로써 일반적이고 포괄적인 위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있는바, 이는 헌법 제95조에 근거하여 제정된 총리령 또는 부령의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조 및 제95조는 적용되는 것이고, 다만 법률에 의한 처벌법규의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 형벌법규의 위임을 하기 위해서는 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 이러한 경우에도 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 정도로 법률에서 구체적으로 규정하여야 하되, 위임입법의 위와 같은 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 219-220 참조).

(3) 전신서비스의 출현과 전화서비스의 개통으로 시작된 전기통신기술은 단순한 전화서비스의 확충을 넘어 컴퓨터의 개발이나 통신위성의 발사 등 과학기술의 발전과 결합하여 다양한 방향으로 진화하고 있다. 특히 1980년대 디지털 기술과 결부된 통신망이 잇따라 개통(ISDN, LAN, B-ISDN, VAN 등)되면서 1990년대 이후 전기통신기술은 눈부신 발전을 거듭하고 있다. 이와 같이 끊임없이 진화하는 전기통신기술 영역을 규율대상으로 하는 전기통신사업법은 다른 법률에 비해 고도로 전문적이고 기술적일 뿐 아니라, 현실의 변화에 따른 신속한 입법적 대응이 필요한 분야의 법률이라고 할 것이어서 그 세부적이고 기술적인 규율을 국회에 맡기기보다는 행정입법에 의하도록 하는 편이 보다 적절하다고 할 것이다.

법 제4조 제2항은 ‘공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 전신·전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무’를 기간통신역무로 정의하고 있다. 여기에서 ‘전기통신역무’라 함은 ‘전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것’(전기통신기본법 제2조 제7호)

을 말하고, ‘전기통신설비’라 함은 ‘전기통신, 즉 유선·무선·광선 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신(전기통신기본법 제2조 제1호)하기 위한 기계·기구·선로 기타 전기통신에 필요한 설비’(전기통신기본법 제2조 제2호)를 의미한다.

한편 법 제5조 제3항은 기간통신사업자의 허가기준으로서 i) 기간통신역무 제공계획의 타당성, ii) 전기통신설비의 규모의 적정성, iii) 재정 및 기술적 능력, iv) 제공하고자 하는 기간통신역무와 관련된 기술개발 실적, v) 기간통신역무와 관련된 기술개발계획, vi) 전기통신발전을 위한 기술개발 지원계획, vii) 기타 사업수행에 필요한 사항 등을 규정하는 한편, 기간통신사업을 양수 또는 합병하고자 하는 경우에도 정보통신부장관은 i) 재정 및 기술적 능력과 사업운용 능력의 적정성, ii) 주파수 및 전기통신번호 등 정보통신자원 관리의 적정성, iii) 기간통신사업의 경쟁에 미치는 영향, iv) 이용자 보호 및 공익에 미치는 영향 등을 종합적으로 심사하여 인가 여부를 결정하여야 한다고 규정하고 있다(법 제13조).

살피건대, 이 사건 법률조항의 문언과 관련규정을 체계적으로 해석하여 보면, 정보통신부령에 기간통신역무로 규정될 전기통신역무는 ‘유선·무선·광선 기타 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하기 위해 필요한 설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 그 설비를 타인의 통신용으로 제공하는 행위’ 중 특히 공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향이 크고, 역무의 안정적 제공의 필요성이 요구되는 역무로서 전신·전화역무 및 그와 유사한 역무일 것임을 예측할 수 있다.

(4) 한편, 이 사건 법률조항의 수범자는 ‘전기통신사업을 영위하고자 하는 자’라 할 것인데, 특히 이 사건 법률조항에서 문제가 된 기간통신역무는 전기통신역무의 핵심을 이루는 요소인 만큼 전기통신사업을 영위하고자 하는 자라면 누구나 기간통신역무의 내용이나 그 종류가 어떠한 것일지 대체로 예측할 수 있는 정도의 전문지식과 능력을 갖추고 있다고 보아야 할 것이다. 이와 같이 제한된 수범자의 특성을 아울러 고려한다면 법률에서 요구되는 명확성·구체성의 정도는 일반 국민을 대상으로 하는 처벌법규에 비하여 완화된다고 볼 것이므로, 이러한 점에서도 역시 이 사건 법률조항이 수범자들로 하여금 처벌대상 행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 포괄적이라고 할 수 없다(헌재 2004. 8. 26. 2004헌바14, 판례집 16-2상, 306, 316 참조).

결국, 이 사건 법률조항과 관련규정들을 유기적·체계적으로 해석하여 보면, 기간통신역무란 당해 전기통신역무가 일반 국민에게 생활필수재로서의 성격을 가질 정도로 중요성을 가져 역무의 안정적 제공을 위해서 사업자의 충분한 재정적·기술적 능력이 필요할 뿐만 아니라, 이용자 보호를 위해 요금의 적정성 등을 확보할 필요가 있는 경우 등에 한정될 것임을 예측할 수 있어 이 사건 법률조항이 수범자들로 하여금 처벌대상 행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 불명확하게 규정되었다거나 포괄적으로 입법사항을 위입하고 있다고 보기 어렵다.

(5) 한편, 청구인들은 이 사건 법률조항이 처벌법규의 구성요건에 해당하는 '기간통신역무'의 종류와 내용을 대통령령이 아닌 정보통신부령에 바로 위임하는 것은 헌법 제75조에 위반된다고 주장하므로 살피건대, 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 있다고 할 것인바(헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-2, 187, 194), 이에 관한 청구인들의 주장은 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 이 사건 규칙조항에 대한 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않으므로 아래 5.와 같은 재판관 김종대의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김종대의 반대의견

나는 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성원칙과 포괄위임금지의 원칙에 어긋나 헌법에 위반된다고 보므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 행정법규 위반죄와 죄형법정주의

행정법규는 행정의 원활한 수행과 사회경제적 변화에 탄력적으로 대응할 필요가 있어 그 형식에 있어 기술적, 편의적 규정이 많을 수도 있고, 또 그 규율 내용도 상당 부분을 시행령과 시행규칙 등 하위법령에 위임하는 것이 허용될 수 있다. 특히 그 수범자들이 한정된 범위이거나 전문적인 직역의 종사자들인 경우에는 법률이 다소 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하면서 그 구체적인 내용을 하위법령으로 위임한다 하더라도 “행정법규로서” 기능하는 범위 내에서는 반드시 위법·부당하다고 보기 어렵다.

그러나 행정법규 위반에 대해 형사처벌을 규정하고

자 할 때는 그 규정이 단순히 “행정법규로서의 기능”을 떠나 “범죄구성요건으로 기능”하는 것이므로 관점을 달리 해 보아야 한다. 국민의 입장에서는 행정법규 위반으로 형사처벌을 받는 것도 일반 형사법규 위반으로 형사처벌을 받는 것과 결과적으로 아무런 차이가 없기 때문에, 행정법규가 형사처벌 규정에 인용됨으로써 범죄구성요건으로 기능할 때에는 그 행정법규도 일반 형사법규의 위반에서와 같이 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙과 포괄위임금지의 원칙에 따라 엄격한 제한을 받아야 하는 것이다.

따라서 행정법규라고 하더라도 그것이 범죄구성요건이 되는 범위 안에서는, 그것이 법률로써 규정되어야 하고, 또 그 규정된 법률의 내용만으로도 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지 예견할 수 있고 그에 따라 수범자가 자신의 행위를 결정할 수 있을 정도로 명확하고 구체적으로 규정되어야 한다(이 점에서는 다수의견도 그 취지를 같이하고 있다).

나. '별정통신사업'과 '기간통신역무'의 불명확성

청구인들은, 정보통신부장관에게 등록을 하지 않고 실시간 대화형 유료전화정보서비스 사업(소위 폰팅 영업)을 하였다는 이유로 전기통신사업법 제70조 제3호, 제19조 제1항에 의해 처벌받게 되자, 그 처벌의 구성요건이 죄형법정주의에 어긋난다 하여 위헌확인을 구하고 있다.

살피건대 이 사건 심판의 대상은 “범죄구성요건으로서의” 제70조 제3호이고, 동조항이 인용하고 있는 제19조 제1항에 의한 “별정통신사업” 부분이며, 더 구체적으로는 “전기통신사업법 제19조 제1항의 ‘별정통신사업’을 정의하고 있는 제4조 제3항 제1호에서 사용된 제4조 제2항의 ‘기간통신역무’ 부분”이다. 따라서 이 사건의 핵심은 ‘별정통신사업’이나 ‘기간통신역무’라는 부분이 과연 범죄구성요건으로서의 명확성의 원칙과 포괄위임금지원칙을 충족하는지 여부라고 할 것이다.

전기통신사업법은 제4조 제1항에서 전기통신사업을 기간통신사업, 별정통신사업, 부가통신사업 등 3가지로 구분한 후, 별정통신사업의 의미에 대해서는 제4조 제3항이 ‘기간통신사업자의 전기통신회선설비 등을 이용하여 기간통신역무를 제공하는 행위’(제1호) 또는 ‘정보통신부령이 정하는 전기통신설비를 설치하거나 이를 이용하여 그 구내에서 전기통신역무를 제공하는 사업’(제2호)로 규정하고 있다. 그리고 전기통신사업법 제4조 제2항은 기간통신역무를 “공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작



하여 전신전화역무 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무"라고 규정하고 있다.

그러나 별정통신사업의 내용을 확정하기 위한 기간통신역무의 종류와 내용을 알기 위해 이 사건 법률규정들을 아무리 살펴보아도 '기간통신역무'란 '공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향이 큰 사업'이라는 정도의 개괄적, 추상적 판단만 가능할 뿐, 대통령령인 전기통신사업법 시행령보다 더 하위법령인 정보통신사업법 시행규칙 제3조에까지 나아가 살펴보지 않고서는 그 구체적 의미를 알 수가 없고, 따라서 법률로써 그 범죄구성요건을 명확하고 구체적으로 확정할 수가 없다.

다수의견은 별정통신사업과 같은 전문적·기술적 내용을 정함에 있어서는 전기통신기술의 발달에 탄력적으로 대응할 필요가 있으므로 법률에서는 그 대강만 정하고 시행령에다 구체적 내용을 위임할 수밖에 없고, 또 그 수범자는 '전기통신사업을 영위하고자 하는 자'로서 기간통신역무의 내용이나 그 종류를 어느 정도 예측할 수 있을 정도의 전문지식과 능력을 갖추고 있는 자들이므로, 이 같은 전기통신사업의 기술적 특수성과 수범자의 특성을 고려할 때 법률에서 요구되는 명확성과 구체성의 정도는 완화될 수 있다고 보고 있다. 그러나, 이 사건 법률조항의 경우에는 그 같은 특수성과 수범자의 특성을 고려한다 하더라도 그 규정의 추상성과 불명확성이 달리 판단되기는 어렵고, 이 점은 법원과 정보통신부가 폰팅 영업이 별정통신사업에 해당하는지 여부에 대해 서로 해석을 달리하였다는 점만 보더라도 넉넉히 알 수 있는 바이다.

다. 결론

별정통신사업과 기간통신역무를 규정하고 있는 전기통신사업법 제4조 제2항, 제3항이 행정법규로서만 기능할 경우에는 시행령에 다소 포괄적 위임을 한다 하더라도 그 적법·타당성을 부인하기 어렵지만, 형사처벌 규정인 위 제70조 제3호의 한 내용으로 쓰여 범죄구성요건으로도 기능할 경우에는, 시행령을 뺀 법률자체만으로도 충분히 구체적이고 명확해야 한다. 그런데 시행령과 시행규칙에 더 나아가 보지 않고서는 별정통신사업과 기간통신역무의 의미가 지나치게 추상적이고 불명확하여 수범자가 위 법률규정만으로는 처벌되는 대상행위가 어떠한 것이라고 예측하기가 어렵다.

따라서 전기통신사업법 제70조 제3호가 처벌하고 있는 제19조 제1항의 "별정통신사업" 부분은 헌법 제12조 제1항 제2문과 제13조 제1항 전단에서 천명하고 있는 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙과 헌법 제75조에 규정된 포괄위임금지의 원칙에 어긋나 헌법에

위반된다.

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

6. 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌소원

(2007. 7. 26. 2006헌바12 전원재판부)

【판시사항】

가. '특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률'(이하 '특경법'이라 한다) 제4조 제1항 중 '법령에 위반하여' 부분이 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

나. 특경법 제4조 제2항 제1호 소정의 단계별 가중처벌 규정이 과잉금지원칙에 반하여 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 구 외국환관리법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항이 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 특경법 제4조 제1항의 범죄구성요건에 해당하는 "법령에 위반하여"라는 부분은 법률의 합리적 해석을 통하여 수범자로 하여금 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있도록 규정하고 있으므로 명확성의 원칙에 위반된다고 보기 어렵고, 법률에서 하위법령에 위임하는 입법형식이 아니라, 그 자체로 완성된 구성요건을 구비하고 있는 것으로 그 법령의 적용과 관련하여 다른 법령을 전제로 하고 있는 것에 지나지 않으므로 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

나. 입법자가 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 법관의 양형재량권을 과도하게 침해하였다고 보기 어렵고, 도피금액이 형벌의 범위를 정하는 데 중요한 기준이 되는 것은 틀림없으므로, 도피금액을 기준으로 한 단계적 가중처벌에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있어 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다.

다. 구 외국환관리법 제17조 제1항에서 규정된 신고 및 허가 요건은 법률에 의하여 대통령령에 위임된 부분으로서 대통령령에 의하여 구체화될 것이므로 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 재정경제원장관이 신고 및 허가사항으로 정할 수 있는 거래범위를 세 가지 경우로 한정 한 후, 그 구체적 경우를 대통령령에서 정하도록 위임한 위법률조항은 대통령령이 정할 처벌대상행위의 범위가 어떠한 것이라고 합리적으로 예측될 수 있다 할 것이고, 위 법률조항이 구성요건을 이루는 특경법 제4조에 의하여 형벌의 종류 및 그 상한과 폭이 명백하므로 포괄위임입법금지의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

재판관 김중대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대이견 [특경법 제4조 제2항 제1호에 관하여]

특경법 제4조 제2항 제1호는 지나치게 과중한 형벌을 규정하여 행위자의 책임과 형벌 사이에 비례관계가 준수되지 않게 함으로써 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 현저히 이탈하여 과잉입법 금지원칙에 위배되며, 형벌체계상 균형성을 상실하여 평등의 원칙에 반하여 헌법에 위배된다.

【심판대상조문】

특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제4조 제1항 중 '법령에 위반하여' 부분, 제4조 제2항 제1호 구 외국환관리법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항

【참조조문】

외국환관리법 시행령(1997. 11. 29. 대통령령 제15516호로 개정되기 전의 것) 제26조

외국환관리규정(1996. 6. 1. 재정경제원 고시 제1996-13호) 제6-15조의3 제15호

【참조판례】

- 가. 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바46, 판례집 18-2, 68, 73
- 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822
- 나. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229
- 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487
- 다. 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가26 판례집 16-2, 394, 399

【당사자】

- 청 구 인 최○영
- 대리인 법무법인 세종
- 담당변호사 서 성 외 6인
- 당해사건 서울고등법원 2005노1269 특정경제범죄가

중처벌등에 관한 법률 위반(재산국외도피) 등 사건

【주 문】

특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제4조 제1항 중 '법령에 위반하여' 부분, 같은 법 제4조 제2항 제1호 및 구 외국환관리법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1996. 5.경부터 ○○은행에서 시설수입대금을 가장하여 총 9회에 걸쳐 미화 합계금 165,926,739.50달러를 해외로 송금하고, 1997. 8.경부터 국제적 조세 회피지역인 영국령 케이만 군도에 설립된 그랜드 밀레니엄 펀드 명의로 해외에서 지분증권을 발행한 후 위 지분증권 매입을 위하여 총 2회에 걸쳐 1억 달러 상당을 송금함으로써 법령에 위반하여 재산을 해외에 도피한 혐의 등으로 기소되었다.

(2) 청구인은 2006. 1. 13. 서울고등법원에서 무죄를 선고받았으나, 구 외국환관리규정의 상위법령인 구 외국환관리법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 외국환관리법'이라 한다) 제17조 제1항과 '특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률' 제4조 제1항과 제2항이 헌법에 위반된다고 같은 법원에 제기한 위헌법률심판제청신청(서울고등법원 2005초기129, 2005초기182)이 같은 날 기각되자, 당해 사건 상고심 계속 중인 같은 해 2. 10. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 위 조항들에 대한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 '특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률'(이하 '특경법'이라 한다) 제4조 제1항 중 '법령에 위반하여' 부분, 같은 법 제4조 제2항 제1호 및 구 외국환관리법 제17조 제1항(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)의 위헌 여부이다(청구인은 특경법 제4조 제1항 및 제2항 전부의 위헌을 구하고 있으나, 청구인의 청구이유와 청구인에게 구체적으로 적용되는 법률조항을 살펴보면 위와 같이 심판대상을 한정함이 상당하다).

심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

【심판대상조항】

특경법 제4조(재산국외도피의 죄) ① 법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시킨 때에는 1년 이상의 유기징역



또는 당해 범죄행위의 목적물의 가액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

② 제1항의 경우 당해 범죄행위의 목적물의 가액(이하 "도피액"이라 한다)이 5억 원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중 처벌한다.

- 1. 도피액이 50억 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

구 외국환관리법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 이전의 것) 제17조(지급 등의 신고 또는 허가)

① 재정경제원장관은 다음 각 호의 1에 해당한다고 인정되는 경우에는 국내로부터 외국에 지급하고자 하는 거주자 및 비거주자 또는 비거주자에게 지급하거나 비거주자로부터 영수하고자 하는 거주자로 하여금 당해 지급 또는 영수(이하 "지급등"이라 한다)를 함에 있어서 대통령령이 정하는 구분에 의하여 재정경제원장관에게 신고하도록 하거나 재정경제원장관의 허가를 받도록 할 수 있다.

- 1. 국제수지의 균형을 유지하기 위하여 필요한 경우
- 2. 이 법의 실효성을 확보하기 위하여 필요한 경우
- 3. 조약 및 일반적으로 승인된 국제법규의 성실한 이행 또는 국제경제질서의 유지를 위하여 불가피한 경우

[관련조항]

특경법 제4조(재산국의도피의 죄) ② 제1항의 경우 당해 범죄행위의 목적물의 가액(이하 "도피액"이라 한다)이 5억 원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중 처벌한다.

- 2. 도피액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

구 외국환관리법 시행령(1997. 11. 29. 대통령령 제 15516호로 개정되기 전의 것) 제26조(지급등의 신고 또는 허가) ① 재정경제원장관은 법 제17조 제1항의 규정에 의하여 다음 각 호의 기준에 의하여 신고를 하거나 허가를 받아야 할 지급 또는 영수(이하 "지급등"이라 한다)의 종류와 범위를 정하여 고시하여야 한다.

- 1. 신고대상 지급등 : 거래가 정형화되어 있어 지급 등의 목적이 분명하고 자본의 불법유출·유입의 가능성이 적다고 인정되는 지급등.
- 2. 허가대상 지급등 : 과도한 외화유출 및 자본의 불법유출·유입의 가능성이 큰 지급등으로서 법의 필요하다고 인정되는 지급등.

구 외국환관리규정(1996. 6. 1. 재정경제원 고시 제 1996-13호) 제6-15조의3(한국은행 총재의 허가) 거주자 또는 비거주자가 다음 각 호의 1에 해당하는 지급

등을 하는 경우에는 한국은행 총재의 허가를 받아야 한다. 다만 외국인 거주자 또는 비거주자가 제6-4조 제1항 및 제6-5조 제1항의 규정에 의한 한도 내에서 지급을 하고자 하는 경우에는 외국환 은행의 장에게 신고하여야 한다.

- 15. 당해 거주자와 비거주자 간 채권의 발생 등에 관한 거래와 관련이 없는 지급.

2. 청구인 주장의 요지, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인 주장의 요지

- (1) 특경법 제4조 제1항의 위헌성

특경법 제4조 제1항에서 '법령에 위반하여'라고 규정하고 있는 것은 위 법령의 구체적인 범위는 물론 그 범위를 한정할 수 있는 기준에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 명확성의 원칙에 위배되고, 예측할 수 있는 어떠한 기준을 정함이 없이 범죄의 요건을 하위의 법규명령에 포괄적으로 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 벗어나 포괄위임입법금지의 한계를 일탈한 것이다.

- (2) 특경법 제4조 제2항의 위헌성

특경법 제4조 제2항 제1호는 법령 위반의 가벌성 등에 현저한 차이가 있을 수밖에 없는 사정을 감안하지 않고 일률적으로 그 도피액이 50억 원을 넘을 경우 "무기 또는 10년 이상의 징역"이라는 법정형을 규정하고 있는바, 이는 가벌성의 경중이 다른 무수한 행위를 '도피액'이라는 하나의 요소로만 파악하여 법령 위반의 태양 및 정도를 구별하지 않고 일률적으로 법정형을 규정함으로써 죄형의 균형을 이루고 있지 못하여 과잉금지 원칙에 위반된다.

- (3) 구 외국환관리법 제17조 제1항의 위헌성

구 외국환관리법 제17조 제1항은 처벌법규의 내용이 전혀 구체적으로 법정되어 있지 않고 하위법령에 의하여서도 보충되지 않으므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

- (1) 특경법 제4조 제1항 및 제2항의 위헌 여부

(가) 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 의하여 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다.

이 사건 법률조항 중 “법령에 위반하여”라는 부분은 “외국환관리에 관한 법령에 위반하여”라고 해석할 수 있을 것이고, 좀 더 넓게 본다고 하더라도 “재산의 국외 이동을 금지하는 법령에 위반하여”라는 의미로 한정하여 해석할 수 있을 것이므로 합헌적 법률해석론과 예측 가능성 및 자의적 법집행 배제라는 측면에서 볼 때 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다.

(나) 특경법 제4조 제1항이 포괄적 위임에 해당하는지 살펴보면, 이 사건 법률조항은 그 문언 자체에 의하더라도 범죄의 구성요건 중 일부를 대통령 또는 행정부의 명령에 위임하는 형식을 취하고 있지 않으므로 위임입법의 한계를 논할 수 있는 대상이 되지 아니하고, 가사 그렇지 아니하더라도 이 사건 법률조항에 의한 위임의 범위는 재산의 국외이동, 보다 구체적으로는 외국환 관리에 관한 것이 명백하므로 위임입법의 한계를 초과하지 아니하였다.

(다) 과잉금지의 원칙 위반 여부

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 입법자들에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 하는 것이고, 당해 범죄의 보호법익과 죄질 등에 비추어 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없다.

(2) 구 외국환관리법 제17조 제1항의 위헌 여부

(가) 이 사건 법률조항이 규제의 대상으로 삼고 있는 행위의 태양에 대한 개념이 명확한 점, 입법기술상 어느 정도 포괄적인 개념의 규정을 두는 것이 불가피한 경우에 해당하는 것으로 보이는 점, 구 외국환관리법의 입법목적이나 입법취지, 관련 법률조항들의 전체적·유기적 관계를 종합하여 볼 때 결국 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 법률조항에는 하위규범으로 규정할 대상인 행위의 태양이 미리 정해져 있고, 그 위임에 따라 구체적으로 허가 및 신고대상을 규정함에 있어 수입기관이 따라야 할 요건 및 기준도 명확성의 원칙에 어긋나지 않을 정도로 제시되어 있으므로 이 사건 법률조항이 포괄적 위임입법의 금지원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

다. 서울중앙지방검찰청 검사장의 의견
법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 특경법 제4조 제1항의 위헌 여부

(1) 명확성원칙의 위반 여부

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(헌재 2006. 7. 27. 2004헌바46, 판례집 18-2, 68, 73). 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 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; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바46, 판례집 18-2, 68, 73). 그리고 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822).

이 사건 법률조항의 범죄구성요건에 해당하는 “법령에 위반하여”라는 부분이 다소 포괄적이고 추상적이라는 점을 부인할 수는 없다. 그러나 이 부분이 범죄구성요건 중 행위태양인 “국외 이동 또는 국외 도피” 부분을 수식·한정하고 있으므로, 법률의 합리적 해석을 통하여 이 때의 ‘법령’은 ‘외국환 관리에 관한 법률과 법규명령’이라고 쉽게 예측될 수 있다. 결국 이 사건 법률조항 부분은 수범자로 하여금 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있도록 규정되었다 할 것이므로 명확성의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.



(2) 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

헌법 제75조는 “법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관하여 대통령령을 발할 수 있도록 하였는바, 이는 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 이미 법률에 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강 내지 기본적 윤곽을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99). 그러나 특별법 제4조 제1항의 “법령에 위반하여”라는 범죄구성요건은 법률에서 하위법령에 위임하는 입법형식이 아니라, 그 자체로 완성된 구성요건을 구비하고 있는 것이고, 다만 그 법령의 적용과 관련하여 다른 법령을 전제로 하고 있는 것에 지나지 않는다.

결국 위 법률조항은 위임입법이 아니므로 이를 전제로 한 포괄위임입법금지 위반 주장은 받아들일 수 없다.

나. 특별법 제4조 제2항 제1호의 위헌 여부

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, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(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. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 629).

특별법은, 건전한 국민경제윤리에 반하는 특정경제범죄에 대한 가중처벌을 통하여 경제질서를 확립하고 국민경제의 발전에 이바지하기 위한 것으로서(법 제1조), 그 중 제4조는 재산국의도피사범에 대한 법정형을 강화하고(법 제4조 제1항) 그 도피금액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에(법 제4조 제2항 제2호), 도피금액이 50억 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에(같은 항 제1호) 각 처하도록 가중처벌함으로써 국가재산의 국외유출을 차단하려는 데 그 목적이 있다.

이와 같이 특별법 제4조 제2항 제1호가 50억 원 이상의 재산국의도피사범에 대하여 특히 가중처벌하고 있다 하더라도, 재산국의도피사범에 대한 처벌규정이 너무 가벼워서 범죄예방의 실효를 거두지 못하고 있는 현실에 대한 반성적 고려에서 이를 입법하게 된 배경, 현재 우리 나라 국민의 평균적 소득수준에 비추어 볼 때 50

억 원의 경제적 가치, 거액의 재산국의도피사범에 대한 국민 일반의 법감정, 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등을 종합적으로 고려할 때, 위 법률조항의 법정형이 형벌체계상의 균형을 잃은 것이라거나 범행자를 책임 이상으로 과잉처벌하는 것이라고 단정할 수는 없다.

물론 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞은 적절한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 폭넓게 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 입법자가 앞에서 본 바와 같이 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 법관의 양형재량권을 과도하게 침해하였다고 보기는 어렵다. 즉 특별법 제4조 제2항 제1호의 경우 그 법정형의 하한을 높게 규정함으로써 특단의 사정이 없는 한 법관이 집행유예의 선고를 할 수 없도록 규정하고 있다 하더라도 이는 거액의 재산국의도피사범에 대하여 그 위법성과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 징벌의 강도를 높이고자 한 입법자의 결단이라 보아야 할 것이고 이러한 입법자의 결단은 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 것이라고는 보기 어렵다.

나아가 재산국의도피범은 재정범으로서 일반형사범에 비하여 범행의 동기나 행위의 태양 등이 비교적 정형화되어 있고, 그것이 국가와 사회에 미치는 병폐와 피해는 도피금액이 많으면 많을수록 심화된다는 점에 비추어 볼 때, 비록 도피금액의 다과만이 죄의 경중을 가능하는 유일한 기준은 아니라 할지라도 도피금액이 형벌의 범위를 정하는데 중요한 기준이 되는 것은 틀림없다. 그러므로 위 법률조항과 같이 도피금액을 기준으로 한 단계적 가중처벌에는 수긍할만한 합리적인 이유가 있다.

결국 이 사건 법률조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하여 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배된다거나 법관의 양형재량권을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다.

다. 구 외국환관리법 제17조 제1항의 위헌 여부

(1) 명확성원칙의 위반 여부

구 외국환관리법 제17조 제1항은, “재정경제원장관은 다음 각 호의 1에 해당한다고 인정되는 경우에는 국내로부터 외국에 지급하고자 하는 거주자 및 비거주자 또는 비거주자에게 지급하거나 비거주자로부터 영수하고자 하는 거주자로 하여금 당해 지급 또는 영수(이하

“지급등”이라 한다)를 함에 있어서 대통령령이 정하는 구분에 의하여 재정경제원장관에게 신고하도록 하거나 재정경제원장관의 허가를 받도록 할 수 있다. 1. 국제수지의 균형을 유지하기 위하여 필요한 경우, 2. 이 법의 실효성을 확보하기 위하여 필요한 경우, 3. 조약 및 일반적으로 승인된 국제법규의 성실한 이행 또는 국제경제질서의 유지를 위하여 불가피한 경우”라고 규정하고 있는바, 위 조항은 특경법 제4조 제1항 중 ‘법령에 위반하여’라는 범죄구성요건을 이루고 있으므로 죄형법정주의상 명확성의 원칙에 위반되는지가 문제된다.

살피건대, 위 조항 중 제1호 내지 제3호에 규정된 신고 및 허가 요건이 그 자체로는 추상적이고 불명확한 점은 인정되나, 이는 법률에 의하여 대통령령에 위임된 부분으로서 대통령령에 의하여 구체화 될 것이므로 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(법률이 신고 및 허가 요건에 관하여 대통령령에 위임한 것은 뒤에서 보는 포괄위임법금지원칙에 반하였는지에 관한 문제라고 할 것이다).

(2) 포괄위임법금지원칙 위반 여부

앞에서 본 바와 같이 헌법 제75조는 위임입법의 필요성을 인정하면서 동시에 그 범위와 한계를 정하고 있다. 즉 법률의 대통령령에 대한 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 하고 일반적·포괄적인 위임을 하여서는 아니된다. 특히 우리 헌법 제12조 및 제13조에서 천명하고 있는 죄형법정주의 원칙상 처벌법규에 관한 위임입법은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 수권법률에 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 규정되고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭이 명백하여야만 죄형법정주의에 반하지 않는다(헌재 2004. 9. 23. 2002헌가26 판례집 16-2, 394, 399; 헌재 1995. 10. 26. 93헌바62, 판례집 7-2, 419, 429; 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 158-159).

외국환의 지급과 영수는 그 행위의 원인이 되는 거래형태와 방법이 다양할 뿐 아니라 외국환거래시장 자체가 유동적이고 급변하는 성격을 가지고 있는바, 이러한 상태에서 규제 대상과 범위를 모두 법률에 구체적으로 규정하여 두는 것은 입법기술상 불가능하고 설사 가능하다 하더라도 비효율적이다. 그러므로 급변하는 국제통화시장의 변화에 탄력적으로 대처하기 위하여는 행정권에 대한 위임입법은 불가피하다 할 것이다.

나아가 이 사건 법률조항은 재정경제원장관이 신고 및 허가사항으로 정할 수 있는 거래범위를 세 가지 경

우로 한정된 후, 그 구체적 경우를 대통령령에서 정하도록 위임하였는바, 이로써 대통령령이 정할 처벌대상 행위의 범위가 어떠한 것이라고 합리적으로 예측될 수 있다 할 것이고, 위 법률조항이 구성요건을 이루는 특경법 제4조에 의하여 형벌의 종류 및 그 상한과 폭이 명백하므로 포괄위임법금지의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 “특경법 제4조 제2항 제1호 부분”에 관한 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 아래와 같은 반대의견이 있는 외에 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항들 중 “특경법 제4조 제2항 제1호”(이하 ‘위 조항’이라 한다)는 헌법에 위반된다고 판단하므로 다음과 같이 위헌의견을 밝힌다.

가. 형벌의 한계

(1) 우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 선언하고 있다. 그러므로 국가작용인 형벌도 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 범위 내에서 행사되어야 하는바, 이를 위하여 책임 없이는 형벌을 받지 아니한다는 책임원칙에 구속되고, 필요한 범위 내에서 최후·보충적으로 발동되어야 하며, 실효성을 넘는 과중한 형벌이 부과되어서는 아니 되는 것이다.

(2) 물론 형벌에 대한 법정형의 종류와 범위가 입법 재량에 속한다고 하더라도 이러한 입법재량은 위와 같은 한계를 넘어 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없으므로, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 헌법 제10조에 의한 내재적 한계 이외에도 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 합리적 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 하며, 헌법 제11조의 실질적 평등의 원칙에 부합하여야 한다. 이러한 요구는 위 조항을 포함한 특별형벌법과 같이 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 달라지지 않는다(헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5, 판례집 18-1상, 491, 497 참조).



(3) 우리 재판소도 이러한 이유에서, '특정범죄가중처벌등에 관한 법률' 제5조의3 제2항 제1호에 대한 헌법소원사건(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225-254), '특정범죄가중처벌등에 관한 법률' 제11조 제1항 위헌소원사건(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242-257), '폭력행위등처벌에 관한 법률' 제3조 제2항 중 협박죄 부분에 대한 위헌제청사건(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446-460), '특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률' 제5조 제4항 제1호 등 위헌제청사건(위 2006헌가5 결정, 판례집 18-1상, 491-502) 등에서 해당 법률조항에 대한 위헌을 선언한 바 있다.

(4) 그러므로 위 조항이 위헌인지 여부는 위와 같은 헌법상 원리와 우리 재판소 선례의 진정한 취지에 비추어 판단되어야 한다.

나. 책임과 형벌 간 비례의 원칙 준수 여부

(1) 범죄와 형벌의 균형은 헌법질서에 기초한 그 시대의 가치체계와 일치되어야 하고, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 책임의 정도를 초과해서는 아니된다(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446, 457-458 참조).

(2) 위 조항은 1983. 12. 31. 건전한 국민경제윤리에 반하는 재산국의도피사범에 대한 법정형을 대폭 강화함으로써 경제질서의 확립을 도모한다는 일반예방적 목적으로 제정되었는데, 도피액이 1억 원 이상 10억 원 미만일 때에는 5년 이상의 징역형에, 10억 원 이상 50억 원 미만일 때에는 7년 이상의 징역형에, 50억 원 이상일 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역형에 각 처하도록 하였다(구 특경법 제4조 제2항). 그 후 국민경제규모의 확대와 외환거래량의 증가에 따라 가중대상금액과 법정형이 너무 지나치다는 인식 아래 이를 현실에 맞게 조정하기 위하여 1990. 12. 31. 법률 제 4292호로 위 조항을 현행과 같이 개정하였다. 즉 재산국의도피액이 50억 원 이상인 경우에 사형을 삭제하여 무기 또는 10년 이상의 징역형에 처하도록 하였고, 도피액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 하였으며, 도피액이 5억 원 미만인 경우에는 가중처벌 대상에서 제외하였다. 그러나 위와 같이 개정된 이후 17년 가까운 시간이 흘렀고, 그 사이 우리 나라의 경제규모와 외환거래규모는 비약적으로 증가하였다. 또한 그 기간 동안의 물가 상승, 환율의 변동, 우리 나라의 외환보유고 증가, 해외자본의 국내유입과 우리 자본의 해외투자 활성화 등 외국환에 관한 제반 환경의 변동을 고려할 때, 외환사범에 관한 1990년 당시의 비난가능성이 현재까지 같은 수준으로

유지될 수는 없다할 것이다.

(3) 우선 형사정책적 측면에서 보면, 위 조항의 입법취지, 즉 강한 엄벌주의를 통하여 달성하려고 했던 일반예방의 목적이 달성되고 있는지 의심스럽다. 양형실무상 위와 같은 엄벌규정을 적용함에 있어서 작량감경이 일상화되어 있어 감경없이 선고되는 사례가 극히 이례적인 실정이다. 실효성 없는 형벌은 법의 권위를 실추시키고 법질서의 영속성과 안정을 저해하는 요인이 될 뿐 아니라, 형벌의 일반예방적 기능까지 해치게 되는 것이다.

(4) 한편 위 조항은 법익침해의 정도, 즉 재산국의도피액만을 지나치게 중시하여 법관의 양형선택 및 판단권을 극도로 제한하고 있다. 즉 입법자는, 법관이 구체적 사건에서 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 합리적이고 적절한 형을 선고할 수 있도록 법정형을 정하여야 하는데, 위 조항에 의하면 만일 도피액이 50억 원 이상이고 법률상 감경사유가 없는 한, 법관이 법령위반 사항이 허가사항인지 신고사항인지(현행 외국환관리법 시행령에 의하면, 거래가 정형화되어 있어 지급 등의 목적이 분명하고 자본의 불법유출·유입의 가능성이 적다고 인정되는 지급 등을 '신고대상'으로, 과도한 외화유출 및 자본의 불법유출·유입의 가능성이 큰 지급 등으로서 법의 목적을 달성하기 위하여 필요하다고 인정되는 지급 등을 '허가대상'으로 규정하여 양자간 가벌성의 차이를 명백히 하고 있다), 범행의 동기, 범인의 성행, 전과 유무 등을 고려할 여지도 없이 집행유예조차 선고할 수 없게 함으로써 법관의 양형선택권을 과도하게 제한하고 있는 것이다.

(5) 결국 위 조항은 책임에 비하여 지나치게 과도한 법정형을 규정함으로써 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 반하고, 법관의 양형선택권을 제한하고 있다 할 것이다.

다. 형벌체계상 균형성 및 평등원칙 위반 여부

(1) 외환을 기준으로 이루어지는 외환거래의 경우 위 조항의 구성요건이 되는 재산국의도피액은 당해 외환의 환율에 따라 연동(連動)되어 항상 유동적이고 불확정적이라 할 것이나, 위 조항과 같이 도피액만을 기준으로 차등적 처벌을 하다 보니 동일한 죄질의 범죄가 시기에 따라 위 조항에 해당되는지 여부가 결정되는 차별이 발생하게 된다.

(2) 또한 위 조항이 재산국의도피액만을 기준으로 법정형을 정하다 보니, 동일한 범죄가 포괄일죄로 의율(擬律)되는지 혹은 경합범으로 의율되는지에 따라 지나치게 현저한 차이가 발생한다. 예를 들어, 피고인이

10억 원 미만의 여러 차례 재산 도피를 하여 그 합계가 50억 원에 이른 경우에, 만일 경합범으로 의율되면 처단형이 7년 6월 이하의 징역형인 반면, 포괄일죄로 의율되면 법정형이 10년 이상의 징역형이 되는데, 공소 제기기관에 의하여 어떻게 의율되는지에 따라 생기는 이러한 차이는 헌법이 허용하는 합리적 범위를 초과한다 할 것이다.

(3) 결국 위 조항은 '평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게'라는 실질적 평등원칙에 어긋나고, 형벌체계상 균형을 잃은 입법형태라 하지 않을 수 없다.

라. 결론

따라서 우리는, 위 조항이 지나치게 과중한 형벌을 규정하여 행위자의 책임과 형벌 사이에 비례관계가 준수되지 않게 함으로써 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉입법금지원칙에 위배되며, 형벌체계상 균형을 상실하여 평등의 원칙에 반하는 등 헌법에 위반된다고 판단한다.

재판관 이공현(재판장) 김희옥 김종대 민형기 이동흠
목영준(주심) 송두환

7. 민사집행법 제130조 제3항 위헌소원

(2007. 7. 26. 2006헌바40 전원재판부)

【판시사항】

가. 헌법재판소법 제68조 제2항 후문의 '당해 사건의 소송절차'에 당해 사건의 상소심 소송절차가 포함되는지 여부(적극)

나. 항고심 소송절차에서 위헌법률심판제청신청을 하여 그 신청이 기각되었는데도 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가 그 재항고심 소송절차에서 같은 이유를 들어 위헌법률심판제청신청을 하여 그 신청이 기각되자 헌법소원심판청구를 한 경우에 헌법재판소법 제68조 제2항 후문에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

가. 헌법재판소법 제68조 제2항은 법률의 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으나, 다만 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시

위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다고 규정하고 있는바, 이 때 당해 사건의 소송절차란 당해 사건의 상소심 소송절차를 포함한다 할 것이다.

나. 청구인들은 항고심 소송절차에서 위헌법률심판제청신청을 하여 그 신청이 기각되었는데도 이에 대하여 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가 다시 그 재항고심 소송절차에서 대법원에 같은 이유를 들어 위 법조항이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였고, 그 신청이 기각되자, 헌법소원심판청구를 한 이 사건은 헌법재판소법 제68조 제2항 후문의 규정에 위배된 것으로서 부적법하다고 할 것이다.

【심판대상조문】

민사집행법 제130조 제3항

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항, 제69조 제2항

【당 사 자】

청 구 인 1. 주식회사 ○○

대표이사 최○수

2. 김○성

청구인들 대리인 변호사 정용상

당해사건 대법원 2006마16 부동산 임의경매

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 의정부지방법원 2003타경54639, 56024 (중복) 부동산 임의경매 사건으로 진행된 경매절차에서 의정부시 ○○동 철근콘크리트조 평상라브지붕 4층 의료시설 등 경매대상 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)의 소유자와 이 사건 부동산에 대하여 도급공사대금채권을 피보전채권으로 하여 유치권신고를 한 유치권자로서, 2005. 6. 9. 이 사건 부동산의 매각을 허가하는 결정이 내려지자 이에 대하여 같은 달 16. 즉시항고를 하였다. 그러나 위 법원은 같은 달 27. 항고인들이 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정한 유가증권을 공탁하지 아니하였음을 이유로 민사집행법 제130조 제3항 및 제4항에 의하여 위 즉시항고의 항고장을 각하하였다.

이에 청구인들은 같은 해 7. 5. 위 항고장 각하결정에 대하여 의정부지방법원에 즉시항고를 제기(2005라146)함과 동시에 위 항고장 각하결정의 근거가 된 민사



집행법 제130조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2005카기909)을 하였으나 모두 기각되었다.

청구인들은 다시 대법원에 재항고를 제기(2006마16)하는 한편 다시 민사집행법 제130조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2006카기7)을 하였으나 2006. 3. 29. 모두 기각되자, 2006. 5. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 민사집행법 제130조 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이고, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

민사집행법 제130조(매각허가여부에 대한 항고) ③ 매각허가결정에 대하여 항고를 하고자 하는 사람은 보증으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정한 유가증권을 공탁하여야 한다.

2. 청구인들의 주장요지 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

이 사건 법률조항은 매각허가결정에 대한 항고보증공탁금을 합리적 산정요건에 따라 달리 산정하지 않고, 매각대금이 고액인 경우까지 그 비율에 차등을 둬서 없이 일률적으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금액을 보증공탁하도록 요구하고 있으므로 자력이 없는 항고권자들의 항고를 불가능하게 하여 청구인들의 재판청구권, 재산권을 침해하고, 평등원칙에 위배된다.

나. 법원의 제청신청 기각이유

이 사건 법률조항의 입법취지가 매각허가결정에 대한 즉시항고가 남용됨으로써 경매절차가 지연되고, 이에 따라 채권자 측의 권리행사가 지연되는 피해를 방지하기 위하여 불필요한 항고의 제기를 제한하려는 데 있음을 고려하여 보면, 매각금액에 따라 합리적인 차등을 두지 아니한 채 일률적으로 항고보증금의 비율을 정하고 있다는 것만으로 위 법률규정이 재판청구권 및 재산권 등의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제2항은 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있으나 다만 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌여부심판의 제청을 신청할 수 없다고 규정하고 있는바, 이 때 당해 사건의 소송절차란 당해 사건의 상소심 소송절차를 포함한다 할 것이다.

기록에 의하면, 청구인들은 의정부 지방법원 2005라146 사건의 진행 중

에 그 재판의 전제가 되는 민사집행법 제130조 제3항은 매각허가결정에 대한 항고보증공탁금을 합리적 산정요건에 따라 달리 산정하지 않고, 매각대금이 고액인 경우까지 그 비율에 차등을 둬서 없이 일률적으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금액을 보증공탁하도록 요구하고 있으므로 청구인들의 재판청구권 등을 침해한다고 주장하면서 위 법원에 위헌법률심판제청신청(의정부지방법원 2005카기909 위헌심판제청)을 하여 2005. 12. 1. 그 신청이 기각되었는데도 이에 대하여 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 있다가 다시 그 재항고심 소송절차에서 대법원에 같은 이유를 들어 위 법률조항이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청(대법원 2006카기 7 위헌법률심판제청)을 하였고 2006. 3. 29. 그 신청이 기각되자, 이 사건 헌법소원심판청구를 하였음이 인정된다.

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항 후문의 규정에 위배된 것으로서 부적법하다고 할 것이다.

4. 결 론

그러므로 청구인들의 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현(주심) 조대현 김희욱
김종대 민형기 이동훈 목영준 송두환

8. 문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인

(2007. 7. 26. 2003헌마377 전원재판부)

【판시사항】

가. 문화재의 은닉을 처벌하도록 규정한 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법'이라 한다) 제81조 제4항, 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제103조 제4항 및 도굴 등이 된 문화재의 보유·보관을 처벌하도록 규정한 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항이 명확성원칙에 반하는지 여부(소극)

나. 본인의 은닉행위 이전에 타인이 당해 문화재를 절취하는 등으로 문화재의 효용을 해한

행위가 처벌되지 않은 경우에도, 본인의 은닉행위를 처벌하도록 규정한 구 법 제81조 제4항 및 법 제103조 제4항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

다. 본인의 문화재의 보유·보관행위 이전에 타인이 한 당해 문화재에 관한 도굴 등이 처벌되지 아니하여도, 본인이 그 정을 알고 보유·보관하는 경우 처벌하도록 규정한 구 법 제82조 제4항 및 법 제104조 제4항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

라. 은닉, 보유·보관된 당해 문화재의 필요적 몰수를 규정한 구 법 제81조 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제7항 중 제4항 부분 및 법 제103조 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제7항 중 제4항 부분이 책임과 형벌 간 비례원칙에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

가. 인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰 '문화재'의 개념은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 통하여 판단할 수 있고, 구체적인 사건에서는 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단할 수 있으며, 입법목적과 다른 조항과의 연관성, 합리적인 해석가능성, 입법기술상의 한계 등을 고려할 때, 무엇이 이에 해당하는지의 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없으므로 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

나. 구 법 제81조 제4항 및 법 제103조 제4항은 문화재의 효용을 보존하는 것을 직접적인 목적으로 하며, 소위 '문화재의 세탁'을 통한 문화재의 밀거래, 해외반출 등의 유인을 억제하고자 한 것으로, 위 조항들로 인한 사익의 침해는 '은닉'이라는 특정한 행위 방식으로 문화재의 효용을 해하는 사용 내지 처분을 할 수 없다는 것에 불과하고, 은닉 이외의 다른 방식으로 얼마든지 문화재를 사용·수익·처분할 수 있다는 점에서 위 조항들이 과잉금지원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

다. 구 법 제82조 제4항 및 법 제103조 제4항은 문화재가 국가의 문화재 관리망을 벗어나 음성적으로 거래되는 것을 방지하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성은 인정된다. 그러나 위 조항들은 사법상 보유권한의 유무를 불문하고 도굴 등이 된 문화재인 정을 안 경우, 특히 선의취득 등

사법상 보유권한의 취득 후에 도굴 등이 된 정을 알게 된 경우까지 처벌의 대상으로 삼고 있는바, 이는 위와 같은 입법목적이 당해 문화재의 보유·보관자에 대한 신고의무나 등록의무의 부과 및 그 위반에 대한 제재를 통하여도 달성 가능하다는 점 등을 고려할 때 침해의 최소성에 반한다. 나아가 선의취득자 등이 보유문화재가 도굴 등이 된 정을 알고 즉시 제3자에게 문화재를 이전하는 경우 그 행위는 제3자를 구성요건에 해당하게 할 수 있다는 점에서 적법하게 취득한 문화재에 관한 재산권의 처분을 사실상 불가능하게 하므로 침해되는 사익이 현저하여 법익균형성의 요건 역시 충족하기 어렵다. 따라서 위 조항들은 재산권 행사의 사회적 제약을 넘어 불필요하거나 지나치게 가혹한 부담을 부과하는 것으로 헌법에 위반된다.

라. 문화재는 원칙적으로 사적 소유권의 객체가 될 수 있고, 문화재의 은닉이나 도굴된 문화재인 정을 알고 보유 또는 보관하는 행위의 태양이 매우 다양함에도 구체적 행위 태양이나 적법한 보유권한의 유무 등에 관계없이 필요적 몰수형을 규정한 것은 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하여 지나치게 과중한 형벌을 부과하는 것으로 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다.

재판관 조대현의 한정위헌의견

구 법 제81조 제4항, 제5항 중 제4항 부분 등이 사건 심판대상 법률조항들의 위헌성은 구 법 제81조 제1항, 제2항 중 "은닉" 부분과 제82조 제3항 중 "보유 또는 보관" 부분의 위헌성에서 비롯되는 것이므로 이를 함께 심판할 필요가 있다.

문화재가 적법하게 개인의 소유로 된 경우에도 이 사건 심판대상 법률조항들을 적용하면, 소유권자가 소유물을 보유·보관·은닉하는 행위를 형사 처벌하고 그 소유물을 몰수하는 결과로 되어 사유재산권을 근본적으로 부정하는 것이므로 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것) 제81조 제4항 및 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분

문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 전부 개



정된 것) 제103조 제4항 및 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분

【참조조문】

헌법 제9조, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제2항, 제23조 제1항, 제37조 제2항

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것) 제81조 제1항, 제2항, 제82조 제1항, 제2항, 제3항

문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 전부 개정된 것) 제103조 제1항, 제2항, 제104조 제1항, 제2항, 제3항

【참조판례】

- 가. 헌재 2000. 6. 29. 98헌바67, 판례집 12-1, 801, 808-812
- 나. 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도538 판결(공1987, 1741)
- 다. 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도538 판결(공1987, 1741)
- 라. 헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 사단법인 ○○미술협회
대표이사 김○춘
- 2. 정○우 외 1인
청구인들 대리인 변호사 이영모

【주 문】

1. 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것) 제81조 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분과 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 것) 제103조 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분은 헌법에 위반된다.

- 2. 청구인 정○우, 김○섭의 나머지 청구를 기각한다.
- 3. 청구인 사단법인 ○○미술협회의 청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 소관 구청장에게 문화재매매업신고를 하거나 문화재매매업허가를 받고 현재 동산에 속하는 유형문화재나 유형의 민속자료를 매매 또는 교환하는 업무 종사하고 있다.

(2) 문화재보호법은 2002. 12. 30. 법률 제6840호로 ① 지정문화재 등의 은닉행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 손상·절취·은닉 그 밖의 방법으로 그 지정문화재 등의 효용을 해하는 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 당해 은닉행위자를 처벌하고, 당해 문화재를 몰수·추징하며, ② 도굴되거나 현상변경된 문화재의 보유 또는 보관행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 도

굴·현상변경·양도·양수·취득·운반·보유 또는 보관행위가 처벌되지 아니한 경우에도 당해 보유 또는 보관행위자를 처벌하고, 당해 문화재를 몰수하도록 개정되었다.

(3) 이에 문화재매매업에 종사하는 청구인들은 위 문화재보호법 규정들이 문화재매매 등의 거래를 심히 위축시키는 부당한 결과를 초래함은 물론 헌법상 보장된 청구인들의 직업의 자유, 재산권, 평등권을 침해하고 죄형법정주의원칙과 사적자치의 원칙에 위배된다고 주장하면서 2003. 6. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 법'이라 한다) 제81조 제4항 및 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분의 위헌 여부와 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 전부 개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제103조 제4항 및 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분의 위헌 여부이다.

청구인들은 법 제103조 제4항 및 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분의 위헌확인 은 구하고 있지 아니하나, 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구 이후 문화재보호법이 개정됨에 따라 청구인들이 위헌확인을 구하고 있는 법률조항들이 그 내용을 그대로 유지한 채 조문의 위치만이 변경되었고, 개정된 법률조항들에도 동일한 심사기준이 적용되는 결과 그 위헌 여부에 관하여 동일한 결론에 이르게 되는 것이 명백한 경우이므로 개정된 위 조항들 역시 심판의 대상으로 삼아 판단한다.

심판대상 법률조항들의 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것) 제81조(손상 또는 은닉등의 죄) ① 국가지정문화재(중요무형문화재를 제외한다)로 지정된 문화재를 손상·절취 또는 은닉하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

- 1. 제1항에 규정된 것 외의 지정문화재 또는 가 지정문화재(건조물을 제외한다)를 손상·절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

2. 일반동산문화재인 것을 알고 일반동산문화재를 손상·절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

③ 생략

④ 제1항 및 제2항에 규정된 은닉행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 동항의 규정에 의한 손상·절취·은닉 그 밖의 방법으로 그 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재의 효용을 해하는 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 당해 은닉행위자는 동항에 정한 형으로 처벌한다.

⑤ 제1항 내지 제4항의 경우에 당해 문화재는 이를 몰수한다. 다만, 몰수하기가 불가능한 때에는 당해 문화재의 감정가액을 추징한다.

제82조(도굴등의 죄) ① 지정문화재 또는 가지정문화재의 보호물 또는 보호구역 안에서 허가없이 매장문화재를 발굴한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항 외의 장소에서 허가없이 매장문화재를 발굴한 자, 이미 확인되었거나 발굴중인 매장문화재포장지역의 현상을 변경한 자, 매장문화재발굴의 정지 또는 중지명령에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 위반하여 발굴되었거나 현상변경된 문화재를 그 정을 알고 유상이나 무상으로 양도·양수·취득·운반·보유 또는 보관한 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처한다.

④ 제3항에 규정된 보유 또는 보관행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 동항의 규정에 의한 도굴·현상변경·양도·양수·취득·운반·보유 또는 보관행위가 처벌되지 아니한 경우에도 당해 보유 또는 보관행위자는 동항에 정한 형으로 처벌한다.

⑤, ⑥ 생략

⑦ 제1항 내지 제6항의 경우에 있어서 당해 문화재는 이를 몰수한다.

부칙(2002. 12. 30.) 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6월이 경과한 날부터 시행한다.

문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 것) 제103조(손상 또는 은닉 등의 죄) ① 국가지정문화재(중요무형문화재는 제외한다)로 지정된 문화재를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 제1항에 규정된 것 외의 지정문화재 또는 가지정문화재(건조물은 제외한다)를 손상, 절취 또

는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

2. 일반동산문화재인 것을 알고 일반동산문화재를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역이나 2천만 원 이상 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제34조 제3호에 따른 현상변경의 허가나 변경허가를 받지 아니하고 천연기념물을 박제 또는 표본으로 제작한 자

2. 제1항, 제2항 또는 제1호를 위반한 행위를 알고 해당 문화재를 취득, 양도, 양수 또는 운반한 자

3. 제2호에 따른 행위를 알선한 자

④ 제1항과 제2항에 규정된 은닉 행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 같은 항에 따른 손상, 절취, 은닉, 그 밖의 방법으로 그 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재의 효용을 해하는 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 해당 은닉 행위자는 같은 항에 정한 형으로 처벌한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지의 경우에 해당 문화재는 몰수한다. 다만, 몰수하기가 불가능하면 해당 문화재의 감정가액을 추징한다.

제104조(도굴 등의 죄) ① 지정문화재나 가지정문화재의 보호물 또는 보호구역에서 허가 없이 매장문화재를 발굴한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항 외의 장소에서 허가 없이 매장문화재를 발굴한 자, 이미 확인되었거나 발굴 중인 매장문화재 포장지역의 현상을 변경한 자, 매장문화재 발굴의 정지나 중지 명령을 위반한 자는 10년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항과 제2항을 위반하여 발굴되었거나 현상이 변경된 문화재를 그 정(情)을 알고 유상이나 무상으로 양도, 양수, 취득, 운반, 보유 또는 보관한 자는 7년 이하의 징역이나 7천만 원 이하의 벌금에 처한다.

④ 제3항에 규정된 보유 또는 보관 행위 이전에 타인이 행한 같은 항에 따른 도굴, 현상변경, 양도, 양수, 취득, 운반, 보유 또는 보관 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 해당 보유 또는 보관행위자는 같은 항에 정한 형으로 처벌한다.

⑤ 제3항의 행위를 알선한 자도 제3항의 형과 같다.

⑥ 제54조를 위반하여 매장문화재를 발견한 후 이를 신고하지 아니하고 은닉 또는 처분하거나 현상을 변경



한 자는 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

⑦ 제1항부터 제6항까지의 경우에 해당 문화재는 몰수한다.

2. 청구이유 및 관계기관의 의견

가. 청구이유

(1) 문화재의 절취 또는 도굴 등의 본범에 대하여 공소시효가 완성되면 문화재의 장물성이 상실되어 그 후에 절취된 지정문화재 등을 은닉하거나 도굴 등이 된 문화재를 보유·보관한 자를 다시 소추할 수 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항으로 인하여 그러한 경우에도 소추할 수 있도록 한 것은 죄형법정주의에서 요구되는 형벌불소급의 원칙과 이중처벌금지의 원칙에 반하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 범행의 객체를 국가지정문화재, 그 밖의 지정문화재, 가지정문화재, 일반동산문화재 등으로 규정하고 있으나 그 내용이 너무 추상적이고 모호하기 때문에 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 반하는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 실질적으로 민법상의 선의취득이나 동산에 대한 점유취득시효에 관한 제 규정들의 적용을 배제하고, 특정인에 대하여 공소시효의 적용을 배제하는 처분적 법률로서 체계정당성의 원리 및 평등의 원칙에 반하고 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 재산권과 직업의 자유를 침해하는 것이다.

나. 문화재청장의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 동일인의 동일한 행위에 대하여 거듭 형벌을 부과하거나 공소시효가 완성된 범죄에 대하여 소급하여 소추가 가능하도록 하는 내용을 담고 있지 아니하고, 이 법 시행일 이후에 계속되고 있는 행위를 그 처벌대상으로 삼고 있으므로 형벌불소급의 원칙 및 이중처벌금지의 원칙에 반하지 아니한다.

(2) 이 사건 법률조항에서 범행의 객체인 지정문화재, 가지정문화재, 일반동산문화재 등은 입법목적, 다른 조항과의 관련성, 법관의 합리적 해석에 의하여 구체적으로 특정할 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 이 사건 법률조항으로 인하여 실질적으로 민법상의 선의취득이나 동산에 대한 점유취득시효에 관한 제 규정들의 적용을 일부 배제한다고 하더라도 이는 문화재의 절취·도굴 방지 및 그 부정한 유통을 차단하기 위한 것으로 입법자의 입법형성권에 속하는 사항이므로 평등의 원칙과 사적자치의 원칙에 반하지 아니하고 청구인들의 재산권이나 직업의 자유를 침해하지 아니

한다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 사단법인 ○○미술협회의 청구의 적법 여부

단체는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 단체 자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

청구인 사단법인 ○○미술협회는 회원의 자질향상과 상호간의 친목 및 권익을 도모함을 목적으로 하는 법인인바, 이 사건 법률조항들에 의하여 자신의 기본권이 직접 침해된다고 보기 어렵다.

또한 이 사건 법률조항들이 문화재매매업자 등의 헌법상 기본권을 제한한다고 하여 이로써 ○○미술협회가 직접적으로 회복할 수 없는 손해를 입게 된다는 특별한 사정이 있음을 인정할 자료도 없으며, 나아가 문화재매매업자들이 스스로 헌법소원심판을 청구하여 그들의 헌법상 보장된 기본권의 침해에 대한 구제를 받을 수 있는 길이 막혀있다거나, 그 행사가 심히 어려운 것으로 보아야 할 사정도 찾아볼 수 없다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 298 참조). 따라서 사단법인 ○○미술협회의 이 사건 헌법소원심판청구는 자기관련성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 청구인 정○우, 김○섭의 청구의 적법 여부

법률에 의한 기본권 침해의 경우에 어떠한 경우에 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 범규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416), 형벌조항의 경우 그 자체로서 수범자에게 법적인 금지의무를 부과하고 수범자의 의무 위반이 있는 때에는 형벌을 부과하므로 수범자에게는 간접적, 사실적 이해관계를 넘는 법적인 자기관련성이 인정된다.

이 사건 심판대상 법률조항들은 전 국민을 수범자로 하며, 청구인 정○우, 김○섭과 같이 문화재매매업에 종사하여 상시 문화재를 거래하고 보유·보관하는 자들은 이 사건 심판대상 법률조항들의 수범자 집단 중에서도 실질적인 규율대상이 되므로 그 자기관련성을 긍정할 수 있다.

나아가 법률이 직접 국민에게 행위의무 또는 금지의무를 부과한 후 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌, 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요없이 제재의 근거가 되는 법률의

시행 자체로 행위의무 또는 금지의무를 직접 부담(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154 참조)하며, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 312-313 참조). 따라서 이 사건 법률조항들의 기본권침해의 직접성도 역시 인정된다.

그 밖의 적법요건의 흠결은 보이지 아니하므로 청구인 정○우, 김○섭의 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 법률조항들의 입법취지

구 법 제81조 제4항, 법 제103조 제4항은 본인의 '지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재'(이하 '문화재'라 한다)의 '은닉' 이전에 타인에 의하여 행하여진 당해 문화재에 대한 손상·절취·은닉 그 밖의 방법으로 문화재의 효용을 해하는 행위(이하 '절취 등'이라 한다)가 처벌되지 아니한 경우에도 본인을 처벌하도록, 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항은 본인의 '허가없이 발굴되었거나 현상변경된 문화재'(이하 '도굴된 문화재'라 한다)의 보유 또는 보관행위 이전에 행하여진 당해 문화재에 대한 타인의 도굴·현상변경·양도·양수·취득·운반·보유 또는 보관 행위(이하 '도굴 등'이라 한다)가 처벌되지 아니한 경우에도 본인을 처벌하도록 규정하고 있다.

문화재의 '은닉' 및 도굴 등이 된 문화재의 '보유·보관'행위는 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것) 제81조 제1항, 제2항 및 제82조 제3항에 의하여 처벌되도록 규정되어 있었으나, 대법원이 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것) 제82조의 해석과 관련하여 "허가없이 발굴한 본범에 대하여 공소시효가 완성되어 국가과형권을 발동할 수 없게 되고 따라서 그 위반물품에 대하여 몰수 또는 추징도 할 수 없는 단계에 이르렀을 때에는 그 위반물품에 대한 이른바 문화재보호법상의 장물성도 잃게 되는 것이라고 봄이 상당하므로 문화재를 허가없이 발굴한 본범에 대한 공소시효가 완성되었다면 이를 양도하거나 양도알선할 목적으로 예비하였다 하더라도 이를 처벌할 수 없다."는 취지로 판시함[대법원 1987. 10. 13. 선고 87도538 판결(공1987, 1741) 참조]에 따라 도굴범이 공소시효 완성 등으로 처벌되지 않게 된 이후에 도굴된 문화재를 전전유통시키는 경우 그에 대한 억제 방안이 없게 되자, 문화재의 사회적 효용을 유지·보존하고, 문화재의 도굴이나 현상변경의 유인을

억제하며, 절취·도굴된 문화재의 불법적 유통을 방지하기 위하여 입법을 통하여 '문화재보호법상의 장물성'에 관계없이 문화재의 은닉이나 도굴된 문화재를 그 정을 알고 보유 또는 보관하는 행위는 처벌하도록 규정한 것이다.

나. 명확성원칙의 위배 여부

(1) 헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건이 명확히 규정될 것을 요구한다(헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 18).

청구인들은, 구 법 제81조 제4항, 법 제103조 제4항이 처벌하도록 규정한 '은닉'의 객체인 '문화재보호법에 의한 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재' 및 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항이 처벌하도록 규정한 '보유 또는 보관'의 객체인 '허가없이 발굴되거나 현상변경된 문화재'는 그 내용이 지나치게 추상적이고 애매모호하여 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 사람으로서 어떤 물건이 문화재에 해당하여 그 은닉행위나 보유 또는 보관행위가 처벌대상이 되는 것인지 그 판별기준을 짐작조차 할 수 없으므로 범죄와 형벌을 명확하게 규정할 것을 요구하는 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 주장한다.

(2) 이 사건 법률조항들 중 '지정', '가지정', '동산', '매장', '허가없이 발굴되었거나 현상변경' 등의 개념은 법상의 정의규정(구 법 제2조, 제13조, 제43조, 법 제2조, 제14조, 제54조) 및 그 문언의 사전적 의미나 일반적 용례에 비추어 그 뜻이 명확한 것으로 보인다. 의미의 모호성이 문제되는 것은 '문화재'의 정의와 관련된 것이다. 즉 '인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰' 것으로 문화재를 정의한 것이 명확성원칙에 반하는 것인가 하는 점이다.

(가) 우리 재판소는 법상 일반동산문화재에 해당하는 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것)상의 '비지정동산유형문화재'의 국외 수출 또는 반출을 처벌하는 규정이 명확성원칙에 위배되는지 여부와 관련하여, 「유형의 문화재 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것」이라 함은 이 법률조항의 입법목적에 비추어 볼 때, '보존하고 활용할 가치가 있는 것'을 가리키고, 그와 같은 가치가 있는지 여부는



그 물건이 지닌 시대성, 희귀성, 예술성 및 화폐단위로 환산된 가치 등을 종합적으로 고려하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 통하여 판단할 수 있으며, 구체적인 사건에서는 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단할 수 있고, 입법목적과 다른 조항과의 연관성, 합리적인 해석가능성, 입법기술상의 한계 등을 고려할 때, 어떤 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없으므로 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.]는 취지로 판시하였다(헌재 2000. 6. 29. 98헌바67, 판례집 12-1, 801, 808-812 참조).

(나) 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것)상 '유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것'은 '인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰 것'으로 개정되었으나 그 내용은 사실상 동일하며, 재판소의 위 견해와 달리 판단해야할 사정은 보이지 아니한다. 따라서 구 법 제81조 제4항, 제82조 제4항, 법 제103조 제4항, 제104조 제4항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 제한되는 기본권

(가) 구 법 제81조 제4항, 제82조 제4항 및 법 제103조 제4항, 제104조 제4항이 장물죄의 한 유형인지 여부

1) 구 법 제81조 제4항, 제82조 제4항 및 법 제103조 제4항, 제104조 제4항이 장물죄의 한 유형인지 여부는 선의취득 등으로 문화재의 사법상 소유권한을 취득한 자가 문화재를 은닉하거나 보유·보관하는 경우에도 위 법률조항들이 정하는 구성요건에 해당하는지, 즉 위 법률조항들로 인한 재산권 제한의 문제가 발생할 수 있는지 여부를 결정한다. 장물의 경우 누군가 사법상 소유권한을 취득하여 피해자가 반환청구권을 행사할 수 없게 된 경우에는 장물성이 없어지므로 사법상의 소유권한을 가진 자는 장물죄의 구성요건의 주체가 될 수 없고, 따라서 장물죄의 처벌로 인하여 행위자의 재산권이 제한된다는 것을 상정할 수 없다.

2) 그런데 위 법률조항들의 경우 행위의 객체를 장물, 즉 재산죄에 의하여 영득된 재물에만 한정하고 있지 아니하고, 그 입법취지가 문화재의 사회적 효용을 유지·보존하고 문화재의 도굴이나 현상변경의 유인을 억제하는 데에 있다는 점에서 장물죄와는 보호법의 역시 다르므로 위 법률조항들에 해당하는 행위가 형법상 장물죄에 해당하여 범죄로 의율되는지 여부는 별론으로 하고, 그 자체가 장물죄의 한 유형이라고는 볼 수 없다.

3) 형법상 장물인지 여부는 재산죄인 범죄행위에 의하여 영득된 재물로서 피해자가 법률상 반환청구할 수 있는지 여부에 달려 있고 본범이 유죄한지 여부나 처벌되는지 여부에 달려 있는 것은 아니다. 따라서 본범의 처벌가부가 '문화재보호법상의 장물성'을 좌우하는 것으로 본 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것) 제82조 제3항에 대한 위 대법원의 해석[대법원 1987. 10. 13. 선고 87도538판결(공1987, 1741) 참조] 역시 위 제82조 제3항의 행위를 일반적인 장물죄의 한 유형으로 인정하는 것이라 볼 수 없다.

4) 결국 구 법 제81조 제4항, 제82조 제4항 및 법 제103조 제4항, 제104조 제4항은 장물죄의 한 유형은 아니라 할 것이고, 행위자의 사법상의 소유권한의 유무는 위 법률조항들의 구성요건해당성에 영향을 미치지 아니한다.

(나) 헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상은 아니라고 할 것 이므로(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 44; 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700등, 판례집 15-2하, 137, 165-166 참조) 이 사건 법률조항들이 청구인들의 영업활동의 사실상 위축을 초래할 우려가 있다는 것만으로는 청구인들의 재산권을 박탈하고 있다고 볼 수는 없으나, 앞서 (가)에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들의 해석상 사법상 소유권한이 있는 자에 대해서도 구성요건해당성이 긍정됨에 따라 재산권 제한의 문제가 발생하게 된다.

(다) 한편 구 법 제81조 제4항 및 제82조 제4항, 법 제103조 제4항 및 제104조 제4항에 의하더라도 청구인들이 영위하고 있는 문화재의 매매업자체가 금지되는 것은 아니고, 단지 영업활동을 함에 있어 문화재를 은닉하는 방법을 사용하여서는 안되고, 도굴된 문화재인 정을 알면서 보유 또는 보관해서는 안된다는 제한이 부과될 뿐이므로 위 조항들에 의하여 청구인들의 좁은 의미의 직업선택의 자유가 제한된다고 볼 수는 없고, 영업의 자유 내지 직업수행의 자유의 제한이 문제될 뿐이다.

(2) 구 법 제81조 제4항, 법 제103조 제4항에 관하여 살펴본다.

(가) 위 조항들은 문화재를 사용, 수익, 처분함에 있어 고의로 문화재의 효용을 해하는 은닉을 하여서는

아닌다는 것, 즉 문화재의 사회적 효용과 가치를 유지하는 방법으로만 사용·수익할 수 있다는 것으로, 문화재에 관한 재산권 행사의 사회적 제약을 구체화한 것에 불과하고 문화재의 사용·수익을 금지하는 등 문화재의 사적 유용성과 처분권을 부정하여 구체적으로 형성된 재산권을 박탈하거나 제한하는 것은 아니므로 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항 소정의 수용 등에 해당하는 것은 아니다. 다만 이러한 입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수해야 함은 물론이다.

(나) 위 조항들은 문화재의 효용을 보존하는 것을 직접적인 목적으로 하며, 나아가 자신의 은닉행위 이전에 타인이 당해 문화재를 절취하는 등으로 문화재의 효용을 해한 행위가 처벌되지 않은 경우에도 처벌하도록 함으로써 소위 '문화재의 세탁'을 통한 문화재의 밀거래, 해외반출 등의 유인을 억제하고자 한 것으로 그 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성이 인정되고, 다른 적절한 수단을 찾기 어려우므로 침해의 최소성 역시 인정된다. 또한 위 조항들로 인한 사익의 침해는 '은닉'이라는 특정한 행위 방식으로 문화재의 효용을 해하는 사용 내지 처분을 할 수 없다는 것에 불과하고, 은닉 이외의 다른 방식으로 얼마든지 문화재를 사용·수익·처분할 수 있으므로 침해되는 사익은 문화재의 독점적 향유가 금지됨으로써, 또는 문화재의 보유가 외부에 알려짐으로써 발생하는 사실적인 불만족, 불이익 정도도 매우 경미한 데 비하여, 달성되는 공익은 절취된 문화재 등의 유통을 억제하고, 민족의 문화적 자산을 유지·보존한다는 것으로 현저히 중요하므로 법익균형성원칙도 충족시킨다.

이는 구 법 제81조 제4항의 시행 이전에 이미 문화재를 은닉하고 있었던 자의 경우에도 마찬가지이다. 당해 문화재의 소재를 일반인 또는 문화재청이 파악할 수 있는 가능성을 제공함으로써 당해 문화재의 '처분'이나 그에 대한 '권리'의 포기를 수반하지 아니하고도 법 시행 전에 은닉행위를 중지하여 처벌을 피할 수 있는 가능성이 열려있기 때문에 침해되는 사익의 정도를 달리 판단할 여지가 없다.

나아가 비교법적으로 보아도 일본의 경우 중요문화재를 은닉하는 때에는 소유자라도 처벌하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면 위 조항들이 부당한 입법이라 보기 어렵다.

(다) 한편 위 법률조항들이 일반동산문화재의 은닉까지 금지하는 것은 제한의 폭이 너무 넓어 최소침해성 내지 법익균형성에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이

있을 수 있으나, 일반동산문화재라도 문화재로서의 가치가 일률적으로 작다고 볼 수 없는 이상 은닉을 금지할 필요가 인정되고, 문화재의 효용을 유지하는 것은 당해 문화재의 소유자 또는 관리자에게도 일정한 이익을 가져다 준다는 점에서 위와 같은 제한이 부당하다고 보기 어렵다.

(3) 다음으로 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항에 관하여 살펴본다.

(가) 문화재는 '인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰 것'으로, 그 성질상 수가 한정적이고, 대체불가능하며, 손상되는 경우 회복이나 재생이 현저히 곤란한 재화라는 점, 국가의 전통문화 계승·발전과 민족문화 창달에 노력할 의무를 규정한 우리 헌법 제9조의 정신에 비추어 그에 관한 재산권 행사에 일반적 인 재산권 행사보다 강한 사회적 의무성이 인정된다. 따라서 일정한 문화재에 대한 보유·보관을 금지하는 것은 문화재에 관한 재산권 행사의 사회적 제약을 구체화한 것으로 재산권의 내용과 한계를 정하는 것이며 헌법 제23조 제3항의 보상을 요하는 수용 등과는 구별된다. 다만 위와 같은 입법 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수하여야 하며, 재산권의 본질적 내용인 사적 유용성과 처분권을 부인해서는 아니된다.

(나) 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것)하에서는 도굴범이 공소시효가 지날 동안 문화재를 은닉하고 있다가 문화재를 유통시킬 경우 도굴범 자신이 문화재 은닉행위에 관하여 처벌받음은 별론으로 하고 당해 문화재가 도굴된 문화재임을 알고 문화재를 취득하는 자는 처벌되지 아니하였다. 그에 따라 도굴된 문화재의 전전유통이 가능해지고, 이는 다시 도굴범에게 하나의 유인을 제공하는 결과가 되어 결과적으로 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것)의 규정만으로는 문화재의 도굴과 불법적 유통의 억제 효과를 발하지 못하게 되었다.

이에 문화재가 국가의 문화재 관리망을 벗어나 음성적으로 거래되는 것을 방지함으로써 '전통 문화의 계승·발전과 민족문화의 창달'(헌법 제9조)을 도모하기 위하여, 도굴된 문화재가 '문화재보호법상의 장물성'이 없다 하더라도, 즉 본인의 문화재의 보유·보관행위 이전에 타인이 한 당해 문화재에 관한 도굴 등이 처벌되지 아니하여도, 본인이 그 정을 알고 행위하였다면 형벌을 부과하도록 규정하기에 이른 것으로 위 법률조항들은 그 입법목적의 정당성은 인정된다.



(다) 그런데 위 법률조항들의 경우 사법상 소유권한의 유무를 불문하고 도굴 등이 된 문화재인 정을 안 경우, 특히 선의취득 등 사법상 소유권한의 취득 후에 도굴 등이 된 정을 알게 된 경우까지 처벌의 대상으로 삼고 있는바, 이는 도굴 등을 통한 불법적인 문화재 유통의 차단을 통한 문화재의 보존 및 전통문화의 계승·발전이라는 입법목적 달성의 범위를 넘어선 것이다. 선의취득자가 도굴 등이 된 문화재인 정을 알게 된 경우 '신고' 내지 '등록'을 하도록 함으로써 국가는 문화재의 소재 파악 등 필요한 관리를 할 수 있으며, 이러한 관리의 효율성은 신고의무나 등록의무 위반에 대한 제재를 통하여도 달성 가능하다는 점을 고려할 때 위 법률조항들의 침해의 최소성을 인정하기 어렵다. 나아가 선의취득자 등이 보유문화재가 도굴 등이 된 정을 알고 즉시 제3자에게 문화재를 이전하는 경우 선의취득자 자신은 구성요건에 해당하는 것을 모면할 수 있을지 모르나, 그 행위는 제3자를 구성요건에 해당하게 할 수 있다는 점에서 적법하게 취득한 문화재에 관한 재산권의 처분을 사실상 불가능하게 하므로 침해되는 사익이 현저하여 법익균형성의 요건 역시 충족하기 어렵다. 구법은 시행까지 6개월의 유예기간을 두고 있으나, 위와 같이 당해 문화재의 처분이 불가능한 상황에서 유예기간은 그 장단에 관계없이 의미가 없다.

따라서 위 법률조항들은 재산권 행사의 사회적 제약을 넘어 불필요하거나 지나치게 가혹한 부담을 부과하는 것으로 헌법에 위반된다.

(4) 마지막으로, 구 법 제81조 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제7항 중 제4항 부분, 법 제103조 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제7항 중 제4항 부분에 관하여 본다.

위 법률조항들이 필요적 몰수형을 규정한 것이 지나치게 가혹한 형벌로서 청구인들의 재산권을 침해하는지 문제된다.

(가) 어떤 범죄에 대하여 타형에 부가하여 과하는 형의 일종인 몰수형을 규정할 것인지 여부와 이를 임의적으로 할 것인지 또는 필요한 것으로 할 것인지의 여부는 입법자가 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항이다. 다만 법정형의 설정이 입법정책에 속한 사항이라 하더라도 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법의 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃음으로써 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한

형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 이탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지원칙에 반하는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 입법재량권을 남용하였거나 그 한계를 이탈한 것으로서 헌법에 반한다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550 참조).

(나) 문화재는 원칙적으로 사적 소유권의 객체가 될 수 있고, 단지 효과적인 유지, 보존이 이루어질 수 있도록 국가의 일정한 관리, 감독이 요청되는 것이고, 문화재의 은닉이나 도굴된 문화재인 정을 알고 보유 또는 보관하는 행위의 태양이 매우 다양하다는 점에서 구 법 제81조 제4항, 법 제103조 제4항에 위반하여 은닉한 문화재, 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항에 위반하여 보유·보관한 문화재를 반드시 몰수하여 국가에 귀속시켜야만 위 법률조항들의 입법 목적을 달성할 수 있다고 인정하기 어렵다. 또한 문화재의 가치를 금전으로 환산하기는 곤란하나 상당한 고가인 경우가 많고, 하나의 문화재는 성질상 불가분이어서 필연적으로 '전부 몰수'가 된다는 점에서 몰수형의 재산권 제한 효과는 매우 크다. 그럼에도 불구하고 행위자의 구체적 행위 태양이나 적법한 소유권한의 유무 등에 관계없이 필요적으로 몰수하도록 규정한 것은 책임에 상응하는 형벌을 부과할 여지를 박탈하고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 이탈하여 지나치게 과중한 형벌을 부과하는 것으로 책임과 형벌 간 비례원칙에 위배된다.

따라서 위 법률조항들은 헌법에 위반된다.

라. 형벌불소급원칙 및 이중처벌금지원칙 위배 여부

(1) 죄형법정주의의 내용으로서 소급형벌의 금지는 행위 당시에 처벌의 대상이 되지 않았던 행위를 행위 후에 범죄로 하고 처벌하는 법률의 제정을 금지한다. 이에 따라 계속범이라 하더라도 처벌법률이 제정·시행되기 이전의 행위 부분을 처벌할 수는 없다. 이 사건 법률조항들도 시행일 이전 행위 부분에 대한 소급 적용은 규정하고 있지 아니하다. 따라서 이 사건 법률조항들이 형벌불소급원칙에 반한다는 청구인들의 주장은 이유 없다.

(2) 이중처벌금지의 원칙에 따라 모든 국민은 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다(헌법 제13조 제1항). 형벌조항의 입법으로 인하여 그 이전에는 처벌되지 아니하던 행위가 이후 금지되고 처벌의 대상이 되는 것은 금지되는 행위와 관련된 기본권의 제한의 문제를

발생시킬 뿐 이중처벌금지의 원칙과는 무관하다 할 것이므로 이에 대한 청구인의 주장 역시 이유 없다.

마. 평등권 침해 여부

(1) 청구인들은 이 사건 법률조항들이 형사소송법에 규정한 공소시효의 적용을 실질적으로 배제하고, 공소시효가 적용되는 일반 사범과 다르게 취급하며, 특정인들에 대한 처분적 법률로서 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장한다.

그러나 위 조항들은 공소시효의 적용을 전혀 배제하고 있지 아니하다. 즉 공소시효에 관한 일반이론은 이 사건 법률조항들에도 동일하게 적용되고, 그에 따라 실행행위가 종료되는 때, 즉 '은닉' 내지 '보유·보관'이 종료되는 때로부터 공소시효는 진행된다. 또한 이 사건 법률조항들은 특정인이나 특정사건을 규율하는 내용을 담고 있지 아니하며, 전 국민을 수범자로 하는 일반적 법률이라 할 것이므로 처분적 법률이 아니다.

(2) 청구인들은 또한 이 사건 법률조항들이 민법상의 선의취득제도 내지 시효취득제도를 배제하는 것으로 체계정당성의 원리에 반하며, 평등권을 침해한다고 주장하나, 이 사건 법률조항들은 문화재의 선의취득 내지 시효취득을 금지하는 내용을 담고 있지 아니하며 다만 취득한 문화재에 대한 재산권 행사에 있어 일정한 제한을 가할 뿐이다.

따라서 청구인의 위와 같은 각 주장은 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 청구인 사단법인 ○○미술협회의 청구는 기본권침해의 자기관련성이 없는 자가 한 것으로서 부적법하므로 이를 각하하고, 구 법 제81조 제5항 중 제4항 부분, 제82조 제4항, 제7항 중 제4항 부분과 법 제103조 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제4항, 제7항 중 제4항 부분은 헌법에 위반되므로 위헌 선언을 하기로 하며, 청구인 김○섭, 정○호의 나머지 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 한정위헌의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 조대현의 한정위헌의견

구 법 제81조 제1항, 제2항, 제4항 중 “은닉” 부분 및 제5항 중 제1항, 제2항, 제4항의 “은닉” 부분, 구 법 제82조 제3항, 제4항 중 “보유 또는 보관” 부분 및 제7항 중 제3항, 제4항의 “보유 또는 보관” 부분을 개인의 소유인 문화재에도 적용하는 것은 사유재산권을 근본적으로 부정하는 것이어서 헌법에 위반된다고 생각한다. 법 제103조, 제104조의 해당 부분도 마찬가지라고

생각한다.

청구인은 구 법 제81조 제4항, 제5항 중 “은닉” 부분과 제82조 제4항, 제7항 중 “보유 또는 보관” 부분을 심판대상으로 삼았지만, 그 기본권침해성은 아래에서 보는 바와 같이 구 법 제81조 제1항, 제2항 중 “은닉” 부분과 제82조 제3항 중 “보유 또는 보관” 부분의 위헌성에서 비롯되는 것이므로 이를 함께 심판할 필요가 있다.

문화재의 개인 소유는 금지되지 아니한다. 지정문화재이든, 가지정문화재이든, 일반동산문화재이든 가리지 않고 개인의 소유가 허용된다. 매장물 또는 유실물이 문화재로서 소유자가 분명하지 않고 국가가 보존할 필요가 있는 것이면 국유로 되지만(법 61조 제1항), 동산문화재는 점유취득시효(민법 제246조)와 선의취득(민법 제249조)의 대상으로 될 수 있다. 법 제99조 제4항은 지정문화재나 도난품·유실물로 공고된 문화재 등에 대하여 선의취득을 제한하고 있지만, 문화재의 선의취득이 전면적으로 금지되는 것은 아니다. 일단 적법하게 개인의 소유로 된 문화재는 적법하게 보유·보관할 수 있고, 그 소유권을 적법하게 이전할 수 있다.

그런데 구 법 제81조 제1항, 제2항은 문화재의 은닉 행위를 처벌하고 제5항은 은닉한 문화재를 몰수하도록 하며, 제4항은 그 문화재의 효용을 해하는 다른 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 이들 규정을 적용하여 은닉 행위를 처벌하도록 규정하고 있다. 법 제103조도 마찬가지이다. 그리고 구 법 제82조 제3항은 허가 없이 발굴되거나 현상변경된 문화재의 보유 또는 보관행위를 처벌하고 제7항은 보유·보관의 대상인 문화재를 몰수하도록 하며, 제4항은 제3항에 위반된 다른 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 이들 규정을 적용하여 보유·보관행위를 처벌하도록 규정하고 있다. 법 제104조도 마찬가지이다.

그러나 문화재가 적법하게 개인의 소유로 된 경우에도 이러한 규정들을 적용하면, 소유권자가 소유물을 보유·보관·은닉하는 행위를 형사처벌하고 그 소유물을 몰수하는 결과로 되어 사유재산권을 근본적으로 부정하는 것이므로 헌법에 위반된다고 보지 않을 수 없다. 문화재는 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 가치가 큰 것으로서 보존가치가 매우 크지만, 문화재 보호의 기본원칙은 원형유지이다(구 법 제2조의2, 법 제3조). 문화재를 개인이 소유하거나 개인소유자가 문화재를 보유·보관·은닉하는 것이 문화재의 보존가치를 훼손하거나 문화재 보호의 기본원칙에 어긋나는 것이라고 보기 어렵다. 문화재에 관하여 사유재산권을 부정해야 할 필요가 있다고 보기 어



럽고, 개인소유자가 문화재를 보유·보관·은닉하는 행위를 형사처벌하고 해당 문화재를 몰수하여야 할 필요성(입법목적의 정당성)이 있다고 인정하기 어렵다.

문화재의 적절한 보존·관리와 효용가치 활용을 위하여 개인소유자의 보유·보관이나 은닉을 금지할 필요가 있다면, 문화재를 공공의 부담으로 적절하게 보존·관리하고 활용하는 절차와 방법을 규정하고 개인소유자가 그에 따르도록 의무를 지우는 것으로 충분할 것이다. 2007. 4. 11. 전부 개정된 법은 이러한 절차를 일부 규정하고 있다. 문화재를 공적으로 보존·활용하는 절차와 방법에 의하지 아니하고 개인소유자가 문화재를 보유·보관 또는 은닉하는 행위를 범죄화하고 해당 문화재를 몰수하는 것은 문화재를 보존·관리·활용하는 적절한 방법이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 정당하다고 보기 어려운 입법 목적을 위하여 문화재의 개인 소유를 근본적으로 부정하는 셈이어서 기본권침해 최소한의 원칙과 법익균형의 원칙에도 맞지 아니한다.

재판관 이강국(재판장) 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동홍(주심) 목영준 송두환

9. 제한경쟁특별임용시험 자격제한 취소 (2007. 7. 26. 2004헌마686 전원재판부)

【판시사항】

가. 피청구인들의 2004. 3. 12.자 '제1회 제한경쟁특별임용시험 시행계획 공고'(이하 '이 사건 공고'라 한다)에서 응시자격을 '김제시청 내 기능직 또는 정원 외 상근인력·재료비(일용직) 등으로 계속 근무하고 있는 자'로 제한하는 것(이하 '이 사건 자격제한'이라 한다)이 공권력의 행사에 해당하는지 여부(적극)

나. 이 사건 공고에 의한 이 사건 자격제한이 권리보호이익이 있는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 이 사건 공고에 의한 자격제한은 지방공무원의 임용절차와 방법을 규정한 지방공무원법 제 27조 제2항 제3호, 제3항, 제35조 제1항, 지방공무원임용령 제17조 제1항 제3호의 내용을 구체화하여 제한경쟁특별임용시험의 응시자격을 '김제시청 내 기능직 또는 정원 외 상근인력·재료비(일용직) 등으로 계속 근무하고 있는 자'로 제한하고 있으므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행

사에 해당한다고 볼 수 있다.

나. 청구인은 이 사건 자격제한에 따라 위 특별임용시험에 응시하지 아니하였고, 청구인이 이 사건 심판을 청구하기 전에 이미 위 특별임용시험이 종료되었다. 따라서 이 사건 자격제한에 대하여 취소결정이 선고되더라도 청구인의 주관적인 권리구제는 불가능하다. 그리고 이 사건 공고와 같이 응시자격을 제한하여 특별임용시험이 반복되리라고 인정할 사정도 없으므로 이 사건 자격제한의 위헌 여부에 관하여 해명할 필요성이 있다고 보기 어렵다.

【참조조문】

지방공무원법 제27조 제2항 제3호, 제3항, 제35조 제1항

지방공무원임용령 제17조 제1항 제3호

【참조판례】

가. 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353
나. 헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366

【당 사 자】

청 구 인 고○석
국선대리인 변호사 김강원
피청구인 1. 김제시장
2. 김제시 인사위원회

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

피청구인들은 김제시청에서 비정규직으로 근무하고 있던 사람들을 지방공무원(기능직 5명, 일반직 10명)으로 특별채용하기로 하고, 2004. 3. 12. '제1회 제한경쟁특별임용시험 시행계획 공고(김제시인사위원회 공고 제 2004-1호)(이하 '이 사건 공고'라 한다)를 하면서, 위 특별임용시험의 응시자격을 '김제시청 내 기능직 또는 정원 외 상근인력·재료비(일용직) 등으로 계속 근무하고 있는 자'로 제한하였다(이하 '이 사건 자격제한'이라 한다). 2004. 3. 22.부터 3. 23.까지 필기시험과 면접시험을 실시하고, 4. 2. 합격자를 발표하고, 2004. 5. 8. 임용하였다.

청구인은 위와 같은 응시자격제한으로 인하여 위 특별임용시험의 기능직(전산) 10급에 응시하지 못하게 되어 직업선택의 자유 및 평등권이 침해되었다고 주장하면서, 2004. 8. 30. 이 사건 공고의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 이 사건 공고 중 이 사건 자격제한 부분이 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이다. 관련 법령조항의 내용은 다음과 같다.

지방공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6786호로 일부 개정된 것) 제27조(신규임용) ① 공무원의 신규임용은 공개경쟁시험에 의한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 특별임용시험에 의할 수 있다.

- 3. 임용예정직급과 동일한 직급에서 대통령령이 정하는 기간동안 근무한 경력이 있는 자 및 임용예정직급에 상응한 근무 또는 연구실적이 3년 이상인 자를 임용하는 경우

③ 제2항의 규정에 의한 특별임용에 있어서는 동일한 사유에 해당하는 다수인을 대상으로 경쟁의 방법에 의하여 임용(이하 "제한경쟁특별임용"이라 한다)할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 제한경쟁특별임용에 의하여야 한다.

제35조(시험의 공고) ① 공개경쟁신규임용시험·공개경쟁승진시험 또는 제한경쟁특별임용시험을 실시할 때에는 임용예정직급·응시자격·선발예정인원, 시험의 방법·시기 및 장소 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령이 정하는 바에 의하여 공고하여야 한다.

지방공무원임용령(2002. 12. 31. 대통령령 제17866호로 일부 개정된 것) 제17조(특별임용의 요건) ① 법 제27조 제2항의 규정에 의하여 특별임용하고자 할 때에는 다음 각 호의 1에 해당하여야 한다.

- 3. 법 제27조 제2항 제3호의 규정에 의하여 임용예정직급과 동일한 직급에서 근무한 경력이 있는 자를 임용하는 경우에는 그 동일한 직급에서 2년 이상 근무한 자이어야 하며, 임용예정직급에 상응한 근무 또는 연구경력이 있는 자를 특별임용하고자 하는 경우에는 임용예정직급과 관련된 직무분야에서 당해 직급에 해당하는 근무 또는 연구경력이 3년 이상인 자로서 규칙으로 정하는 임용예정계급 상당 경력기준에 해당하는 자이어야 한다. 이 경우에도 시험요구일 현재 퇴직 후 3년이 경과되지 아니한 자이어야 한다.

제55조(특별임용시험의 방법) ② 법 제27조 제2항 제2호·제6호·제8호·제9호·제11호 및 제12호의 특별임용은 제한경쟁특별임용시험에 의하여 실시하여야 하며, 그밖의 특별임용의 경우에도 시험실시기관의 장이 필요하다고 인정하는 때에는 제한경쟁특별임용시험으로 실시할 수 있다.

로 실시할 수 있다. 제한경쟁특별임용시험을 실시하는 경우에는 제1항 제1호 내지 제4호의 규정에 불구하고 필기시험을 추가할 수 있다.

2. 청구인의 주장과 피청구인의 답변요지

가. 청구인의 주장요지

공직수행에 필요한 자격증을 취득하였음에도 해당 지방자치단체에서 근무한 경력이 없다는 이유로 지방공무원 임용시험의 응시자격을 제한한 이 사건 자격제한은, 위 임용시험에 응시하려고 하였던 청구인의 공무담임권과 평등권을 침해한다.

나. 피청구인 김제시장의 답변요지

(1) 이 사건 공고는 이에 따른 특별임용시험절차가 종료되어 이미 그 효력을 상실하였으므로 사건 청구는 부적법하다.

(2) 이 사건 자격제한은 김제시청에서 이미 비정규직으로 근무하고 있던 기능직 등 하위직 지방공무원을 특별채용하여 업무의 특수성과 효율성을 도모하기 위한 것이다. 따라서 이러한 자격제한으로 인하여 청구인의 평등권이나 공무담임권이 침해되었다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 자격제한이 공권력의 행사인지 여부에 관한 판단

이 사건 공고에 의한 자격제한은 지방공무원의 임용절차와 방법을 규정한 지방공무원법 제27조 제2항 제3호, 제3항, 제35조 제1항, 지방공무원임용령 제17조 제1항 제3호의 내용을 구체화하여 제한경쟁특별임용시험의 응시자격을 '김제시청 내 기능직 또는 정원 외 상근인력·재료비(일용직) 등으로 계속 근무하고 있는 자'로 제한하고 있으므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159).

나. 권리보호이익의 유무에 관한 판단

헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 제도이므로 그 제도의 목적에 비추어 권리보호이익이 있는 경우에만 이를 제기할 수 있는바, 권리보호이익은 헌법소원의 제기 당시뿐만 아니라 헌법재판소의 결정 당시에도 존재하여야 한다(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251).

청구인은 이 사건 자격제한에 따라 위 특별임용시험에 응시하지 아니하였고, 청구인이 2004. 8. 30. 이 사건 심판을 청구하기 전에 이미 위 특별임용시험이 종료되었다. 따라서 이 사건 자격제한에 대하여 취소결정이 선고되더라도 청구인의 주관적인 권리구제는 불가능하다. 그리고 이 사건 공고와 같이 응시자격을 제한



하여 특별임용시험이 반복되리라고 인정할 사정도 없으므로 이 사건 자격제한의 위헌 여부에 관하여 해명할 필요성이 있다고 보기 어렵다.

이 사건 심판청구의 이익을 인정하기 어렵다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 권리보호이익을 인정하기 어려워 부적법하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하하기로 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현(주심) 김희옥
김중대 민형기 이동홍 목영준 송두환

10. 지방교육자치에 관한 법률 제78조 위헌확인

(2007. 7. 26. 2004헌마730 전원재판부)

【판시사항】

청구인이 다투던 구 '지방교육자치에 관한 법률'(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 중 교육감선거 부분(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 개정되어 권리보호이익이 없다고 본 사례

【결정요지】

구 '지방교육자치에 관한 법률'은 2006. 12. 20. 전문 개정되면서 교육감선거에 있어서 선거운동을 규제하던 이 사건 조항은 삭제되어 청구인이 주장하는 목적은 달성되었고, 이 사건 조항의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명이 긴요하다고 판단할만한 사정도 없으므로 이 사건 심판청구는 권리보호이익이 없다.

【심판대상조문】

구 지방교육자치에 관한 법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 중 교육감선거에 관한 부분

【참조판례】

헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370
헌재 2006. 11. 30. 2004헌마662, 판례집 18-2, 523, 526

【당 사 자】

청 구 인 김○성
대리인 변호사 정동욱

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2004. 7. 26. 실시된 제4대 서울특별시 교육감선거에 출마하여 낙선하자 구 '지방교육자치에 관한 법률'(이하 '법'이라고만 한다) 제78조가 후보자의 선거운동을 극히 제한함으로써, 선거인단에게 자신을 알릴 기회조차 가져보지 못하는 등 선거운동의 자유를 박탈당함으로써, 자신의 평등권·공무담임권 및 선거인의 알 권리 등이 침해되었다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 법 제78조 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 구 법 제78조 가운데 청구인과 관련이 되는 부분은 교육감선거에 관한 부분이므로, 이 사건 심판의 대상을 구 법 제78조(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정되기 전의 것) 중 교육감선거에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부로 한정함이 상당하다. 이 사건 법률조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

【이 사건 법률조항】

구 지방교육자치에 관한 법률(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조(선거운동의 제한) 누구든지 자기 또는 특정인을 교육위원 또는 교육감으로 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거운동기간 동안 관할 선거구선거관리위원회에서 주관하는 선거공보의 발행·배포와 소견발표회 개최, 제83조의 규정에 의한 언론기관 등 초청 대담·토론회 외의 일체의 선거운동을 하여서는 아니된다.

【관련조항】

지방교육자치에 관한 법률(2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정된 것) 제22조(교육감의 선출) ① 교육감은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 따라 선출한다.

③ 교육감선거에 관하여 이 법에 정한 것을 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 범위 안에서 「공직선거법」의 시·도지사선거에 관한 규정을 준용한다.

부칙 제1조(시행일) 이 법은 2007년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제21조, 제22조, 제24조의 규정은 공포한 날부터 시행한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 교육감선거에는 공직선거법을 적용하지 않고 선거관리위원회에서 주관하는 선거공보의 발행·배포와 소견발표회 개최, 언론기관 등 초청·대담 토론회 등 단 3가지의 선거운동만을 허용하여 선거운동의 자유를 침해하고 있다.

(2) 교육감선거의 선거권자인 학교운영위원 가운데 각급 학교의 교장과 일부 교원은 교육감의 행정적 감독을 받는 지위에 있으며 지역위원에는 현직 공무원이 다수 참여하고 있다. 법에는 실질적으로 현직 후보자가 적법한 행정행위를 가장한 사전 선거운동을 하는 것을 도저히 막을 길이 없어 비현직 출신 후보자들이 현직 후보자에 비하여 선거운동의 기회를 차별받게 되므로 평등권이 침해된다.

(3) 법에서는 교육감선거의 선거인명부의 교부를 허용하지 아니하여 후보자는 선거인이 누구인지도 모르는 상태에서 선거운동을 해야 한다. 현직 후보자나 교원단체는 일상적인 업무를 통하거나 자체 조직을 통해 선거인 명부를 확보하여 활용하고 있으나, 그 외 후보자는 그와 같은 정보를 얻기가 사실상 불가능하므로 평등권이 침해된다.

(4) 이 사건 법률조항은 선거권자가 후보자를 알 수 있는 기회를 극히 제한하고 있어 유권자인 학교운영위원들의 알 권리와 참정권을 침해하고 있다.

나. 교육인적자원부장관의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항이 선거운동방법을 엄격하게 제한한 것은, 지방교육행정의 책임자를 뽑는 선거의 공정성에 대한 사회적 요구가 매우 높고, 교육감선거 과정에서 교원 사회의 반목·갈등과 학교교육의 부실화와 같은 폐해가 생기지 않도록 할 필요성이 매우 크기 때문이다.

교육감은 학교운영위원으로 구성된 소수의 선거인단에서 선출하기 때문에 자치단체의 장 선거에서 허용되는 선거운동방법을 모두 허용할 필요가 없고, 이 사건 법률조항에 규정된 선거운동방법만으로도 선거인에게 후보자를 충분히 알릴 수 있다.

(2) 이 사건 법률조항에 의한 선거운동방법의 제한은 모든 후보자에게 동등하게 적용되므로 청구인의 평등권을 침해하지 않는다. 법 제33조의2 제2항은 교육감이 그 직을 가지고 교육감선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록을 한 날부터 선거일까지 교육감의 권한을 행사하지 못하도록 규정함으로써 현직에 있는 후보자가 직위를 이용하여 선거운동을 할 수 있는 가능성을 배제하고 있다. 그리고 법 제67조는 선거인 또는 후보자

는 누구든지 선거인명부를 열람할 수 있도록 규정하고 있다.

3. 적법요건에 관한 판단

헌법소원심판제도는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 것이므로, 그 제도의 목적에 비추어 권리보호이익이 있는 경우에만 이를 청구할 수 있다. 권리보호이익은 헌법소원심판을 청구할 당시뿐만 아니라 헌법재판소의 결정 당시에도 존재해야 한다(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370; 헌재 2006. 11. 30. 2004헌마662, 판례집 18-2, 523, 526).

청구인이 이 사건 심판청구에서 주장하는 요지는 교육감선거의 경우에도 최소한 공직선거법상 지방자치단체장의 선거에서 허용되는 만큼 선거운동을 할 수 있어야 한다는 것이다. 그런데 구 법은 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전문 개정되면서, 교육감을 주민의 직접 선거에 의하여 선출하도록 하고 그 선거운동에 관하여도 공직선거법의 시·도지사선거에 관한 규정을 준용하도록 하고, 이 사건 법률조항이 삭제되었다. 그 개정 법률은 2007. 1. 1. 시행되었다.

따라서 이 사건 법률조항의 개정으로 인하여 청구인이 주장하는 목적은 달성되었다고 할 것이다. 그리고 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부를 심판하여도 청구인이 교육감선거에서 낙선한 결과에 영향을 미칠 수 없고, 그 밖에 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명이 긴급하다고 판단할만한 사정도 찾아볼 수 없다. 그러므로 이 사건 심판청구는 더 이상 본안에 대하여 심판할 필요와 권리보호이익이 없다고 할 것이다.

4. 결 론

청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하하기로 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현(주심) 김종대 민형기 이동흙 목영준 송두환

11. 한국철도공사법 부칙 제8조 위헌확인 (2007. 7. 26. 2004헌마914 전원재판부)

【판시사항】

가. 시혜적인 법령조항의 적용 대상자가 그 시혜의 내용이 기대에 미치지 못한다는 이유로 당해 법령조항을 대상으로 헌법소원심판을 청구한 경우, 기본권침해의 가능성이나 위험성이 있는지



여부(소극)

나. 시혜적인 법률의 적용대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권 침해가 발생하는지 여부(소극)

다. 시혜적인 법률에 관한 입법재량

【결정요지】

가. 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 사람에 대하여 시혜적인 내용을 담고 있는 경우라면, 그 법령조항은 적용 대상자에게 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 초래하지 아니하여 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없다 할 것이므로, 당해 법령조항을 대상으로 헌법재판소법 제68조 제1항이 정한 권리구제형 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 아니한다.

나. 재산권에 관계되는 시혜적인 입법의 적용대상에서 제외되었다 하더라도 그 이유만으로 재산권의 침해가 생기는 것은 아니고, 또 시혜적 입법이 적용될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도, 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않는다.

다. 시혜적인 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있다고 보이지 아니하는 한 헌법에 위반된다 할 수 없다.

【심판대상조문】

한국철도공사법 부칙 제8조 제1항, 제3항 본문, 제5항

【참조조문】

- 헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항
- 헌법재판소법 제68조 제1항
- 철도산업발전기본법 제25조
- 한국철도공사법 부칙 제7조, 제8조 제2항, 제4항, 제6항 내지 제12항
- 한국철도시설공단법 제8조
- 공무원연금법 제42조, 제46조 제1항, 제4항, 제47조, 제48조 제1항, 제50조 제1항
- 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 일부 개정된 것) 부칙 제10조 제2항

국가공무원법 제70조 제1항
국민연금법 제12조 제1항 제5호, 제56조

【참조판례】

- 가. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823
- 헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195, 201
- 나. 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 220-221
- 다. 헌재 1993. 12. 23. 89헌마189 판례집 5-2, 623, 640
- 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14 판례집 11-2, 205, 219

【당사자】

청구인 전○근 외 8인

- 청구인들 대리인 1. 법무법인 세종
담당변호사 황상현 외 3인
- 2. 법무법인 광장
담당변호사 곽현수 외 2인

【주 문】

- 1. 청구인 전○근, 변○중, 정○철, 신○경, 김○웅, 노○옥, 서○원, 최○영의 심판청구를 각하한다.
- 2. 청구인 조○희의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 철도산업의 경쟁력을 높이고 발전기반을 조성하여 철도산업의 효율성 및 공익성의 향상과 국민경제 발전에 이바지할 목적으로, 2003. 7. 29. 법률 제6955호로 철도산업발전기본법이 제정되어, 2003. 10. 30.부터 시행되었다.

이 법은 철도산업을 '철도시설'과 '철도운영'으로 양분하고, 철도청과 고속철도건설공단의 관련조직을 통폐합 또는 전환하여 구조개혁을 추진하되, 철도시설은 국가가 소유하는 것을 원칙으로 하여 그 건설 및 관리를 한국철도시설공단(이하 '시설공단'이라 한다)이 담당하고, 철도운영은 시장경제원리에 따라 국가 이외의 자가 운영하는 것을 원칙으로 하여 그 관련사업의 경영을 한국철도공사(이하 '철도공사'라 한다)가 담당하도록 하였고, 이를 위하여 2003. 7. 29. 한국철도시설공단법(이하 '시설공단법'이라 한다)이, 2003. 12. 31. 법률 제 7052호로 한국철도공사법(이하 '법'이라 한다)이 제정되어, 2004. 1. 1. 시설공단과 2005. 1. 1. 철도공사가 설립되었다.

(2) 법 부칙 제7조는, 철도공사의 출범에 즈음하여, 철도청장은 그 소속 공무원 중 공무원의 신분을 계속 유지하려는 자와 철도공사의 직원으로 신분이 전환될

자를 확정하여 철도공사가 직원을 임용할 수 있도록 조치하고(제1항), 철도공사 설립 당시 공무원의 신분을 계속 유지하는 자 및 시설공단법에 의하여 시설공단 직원으로 임용된 자를 제외한 철도청 직원은 철도공사의 직원으로 임용하도록 하며(제2항), 이들이 철도공사 직원으로 임용된 때에는 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 보도록 하였다(제4항).

(3) 또 법 부칙 제8조는, 2003. 10. 29. 이전에 철도청 소속 공무원으로 재직(휴직 중인 자 포함)한 자 및 2003. 10. 29. 이전에 철도청 소속 공무원으로 재직하였다가 법 시행일인 2005. 1. 1. 이전에 철도청 소속 공무원으로 다시 임용된 자(이하 '2003. 10. 29. 이전 재직자'라 한다)가 공무원에서 퇴직하고 철도공사 또는 시설공단(이하 '철도공사 등'이라 한다)의 직원으로 임용되는 경우, 공무원연금법에 의한 재직기간이 20년 미만인 자가 철도공사 등의 직원으로 임용된 날부터 2월 이내에 공무원연금관리공단에 공무원연금법의 적용신청을 한 때에는 공무원연금법에 의한 재직기간이 20년이 될 때까지 공무원으로 봄으로써 공무원연금법의 적용을 부분적으로 인정하되, 다만 종래 공무원 신분에서 받을 수 있던 공무원연금법상의 여러 급여들을 그 요건과 내용에 있어 일부 제한하는 특례(이하 '공무원의 제특례'라 한다)를 마련하였다.

(4) 청구인들은 원래 철도청 소속 5급 이하 공무원들로, 그 중 전○근, 변○종, 정○철, 신○경, 김○용, 노○옥(이하 '청구인 전○근 등'이라 한다)은 2003. 10. 29. 이전부터 재직하였고, 서○원, 최○영, 조○희는 2003. 10. 30. 이후 임용되었다.

(5) 청구인들은 2004. 11. 25. 법 부칙 제8조 제1항, 제3항, 제5항이 청구인들의 재산권 및 평등권을 침해하고 신뢰보호의 원칙에 위배된다며, 그 중 법 부칙 제8조 제1항에 대하여는 청구인들 모두가, 제3항, 제5항에 대하여는 청구인 전○근 등이 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(6) 그 후 청구인 서○원, 최○영은 2004. 12. 30. 타 부처로 전출되어 공무원의 신분을 그대로 유지하였고, 나머지 청구인들은 2005. 1. 1. 철도공사 설립과 동시에 그 직원으로 임용되어 공무원 신분에서 퇴직하게 되었다.

(7) 2003. 10. 29. 이전의 재직자인 청구인 전○근 등은 법 부칙 제8조 제1항에 의하여 철도공사 직원으로 임용된 날부터 2월 이내에 공무원연금법의 적용신청을 하여, 같은 조 제1항, 제3항 및 제5항의 적용을 받게 되었다.

나. 심판의 대상

청구인 전○근 등은 법 부칙 제8조 제3항 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 이들 모두 연봉제 대상의 공무원이 아니므로, 이 사건 심판대상을 위 조항 중 본문만으로 한정하기로 한다.

그렇다면 이 사건의 심판대상은 법 부칙 제8조 제1항, 제3항 본문, 제5항(이하 '이 사건 심판대상조항'이라 한다)이고, 이들과 그 관련조항의 내용은 다음과 같다.

한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제7052호로 제정된 것) 부칙 제8조(철도청에서 퇴직하고 공사 또는 공단의 직원으로 임용된 자에 대한 공무원연금법의 적용에 관한 특례) ① 2003년 10월 29일 이전에 철도청 소속 공무원으로 재직(휴직 중인 자를 포함한다)한 자와 2003년 10월 29일 이전에 철도청 소속 공무원으로 재직했던 자로서 이 법 시행일 이전에 철도청 소속 공무원으로 새로이 임용된 자가 부칙 제7조 제2항 및 한국철도시설공단법 부칙 제8조 제1항의 규정에 의하여 공무원에서 퇴직하고 철도공사 또는 시설공단(이하 '철도공사 등'이라 한다)의 직원으로 임용되는 경우 공무원연금법(이하 이 조에서 '연금법'이라 한다)에 의한 재직기간이 20년 미만인 자는 철도공사 등의 직원으로 임용된 날부터 2월 이내에 연금법 제4조의 규정에 의하여 설립된 공무원연금관리공단(이하 이 조에서 '연금관리공단'이라 한다)에 연금법의 적용신청을 한 때에는 연금법에 의한 재직기간이 20년이 될 때까지 연금법 제3조 제1항 제1호의 규정에 의한 공무원으로 보되, 연금법 제42조의 규정에 의한 장기급여 중 퇴직급여·유족급여(유족보상금을 제외한다) 및 퇴직수당에 한하여 이를 지급한다.

③ 연금법 적용대상 직원의 연금법 제3조 제1항 제4호의 규정에 의한 보수월액은 철도공사 등의 직원으로 임용되기 전날의 공무원의 직급·호봉에서 계속 승급한 것으로 보아 확정된 호봉에 의하여 산정한 보수월액의 상당액으로 한다.

⑤ 연금법에 의한 재직기간이 20년에 도달한 연금법 적용대상 직원에 대하여는 연금법 제46조 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 때부터 퇴직연금을 지급한다.

1. 60세에 도달한 때
2. 철도공사 등의 정년에 도달한 때
3. 연금법 제46조 제1항 제5호에 해당한 때
4. 법률 제6328호 공무원연금법 중 개정법을 부칙 제10조 제2항에 해당한 때

[관련조항]



철도산업발전기본법 제25조(고용승계 등) ① 철도공사 및 철도시설공단은 철도청 직원 중 공무원 신분을 계속 유지하는 자를 제외한 철도청 직원 및 고속철도 건설공단 직원의 고용을 포괄하여 승계한다.

② 국가는 제1항의 규정에 의하여 철도청 직원 중 철도공사 및 철도시설공단 직원으로 고용이 승계되는 자에 대하여는 근로여건 및 퇴직급여의 불이익이 발생하지 않도록 필요한 조치를 한다.

한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제7052호로 제정된 것) 부칙 제7조(직원의 임용특례 등) ① 철도청장은 소속 공무원 중 공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자와 철도공사의 직원으로 신분이 전환될 자를 확정하여 철도공사가 직원을 임용할 수 있도록 조치하여야 한다.

② 철도공사 설립 당시 공무원 신분을 계속 유지하는 자와 한국철도시설공단법에 의하여 한국철도시설공단 직원으로 임용된 자를 제외한 철도청 직원은 철도공사의 직원으로 임용한다.

④ 제2항의 규정에 의하여 철도공사의 직원으로 임용된 때에는 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 본다.

제8조(철도청에서 퇴직하고 공사 또는 공단의 직원으로 임용된 자에 대한 공무원연금법의 적용에 관한 특례) ① (생략 : 이 사건 심판대상조항)

② 제1항의 규정에 의한 연금법의 적용신청을 하여 연금법 제3조 제1항 제1호의 규정에 의한 공무원으로 의제되는 철도공사 등의 직원(이하 이 조에서 '연금법 적용대상 직원'이라 한다)은 연금법에 의한 재직기간이 20년에 도달하는 달의 말일에 공무원에서 퇴직한 것으로 본다. 다만, 재직기간이 20년에 도달하기 전에 철도공사에서 퇴직하거나 사망한 경우에는 그 퇴직한 날의 전날 또는 사망한 날까지 공무원으로 재직하는 것으로 본다.

③ (본문 생략 : 이 사건 심판대상조항) 다만, 연봉을 받는 공무원이었던 연금법 적용대상 직원의 보수월액은 행정자치부장관이 별도로 정하는 바에 따른다.

④ 연금법 적용대상 직원에 대하여는 철도공사 등의 장을 연금법 제3조 제1항 제6호의 규정에 의한 기관장으로, 철도공사 등의 직원으로서 소득세법에 의한 원천징수의무자를 연금법 제3조 제1항 제7호의 규정에 의한 기여금징수의무자로 본다.

⑤ (생략 : 이 사건 심판대상조항)

⑥ 제5항의 규정에 불구하고 연금법에 의한 재직기간이 20년에 도달한 연금법 적용대상 직원이 제5항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 연령에 달하지 아니하고

제2항의 규정에 의하여 공무원에서 퇴직한 때에는 본인이 원하는 경우에는 그가 사망할 때까지 연금법 제46조 제2항 각 호의 규정에 의하여 조기퇴직연금을 지급할 수 있다.

⑦ 연금법 적용대상 직원에 대하여 연금법 제64조의 규정을 적용함에 있어서 동조 제1항 제1호 및 동조 제2항의 규정에 의한 '재직 중의 사유'는 이를 '재직 중의 사유(제1항의 규정에 의하여 공무원으로 의제되는 기간 중의 사유를 포함한다)'로, 동조 제1항 제2호의 규정에 의한 '탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때'를 '제1항의 규정에 의하여 공무원으로 의제되는 기간 중의 사유로 철도공사 등에서 징계에 의하여 파면된 때'로 각각 본다.

⑧ 연금법 적용대상 직원에 대한 퇴직수당의 지급에 소요되는 비용은 연금법 제65조 제3항의 규정에 불구하고 철도공사 등이 이를 부담·관리한다. 다만, 연금법 적용대상 직원이 부칙 제7조 제2항의 규정에 의하여 철도청 소속 공무원에서 퇴직한 때에 지급하여야 할 퇴직수당에 상당하는 금액은 연금법 적용대상 직원이 철도공사 등의 직원으로 임용된 때에 연금관리공단에서 철도공사 등으로 이체한다.

⑨ 연금법 적용대상 직원에 대한 연금법 제69조 제1항의 규정에 의한 연금부담금 및 보전금은 철도공사 등이 이를 부담한다.

⑩ 연금법 적용대상 직원은 제1항의 규정에 의하여 공무원으로 의제되는 기간까지 국민연금법 제6조의 규정에 의한 국민연금의 가입대상에서 제외한다.

⑪ 연금법 적용대상 직원이 제1항의 규정에 의하여 공무원으로 의제되는 기간은 근로기준법 제34조의 규정에 의한 퇴직금 산정을 위한 계속근로연수에서 이를 제외한다.

⑫ 연금법 적용대상 직원에 대한 퇴직급여·유족급여(유족보상금을 제외한다) 및 퇴직수당의 산정·지급, 그 비용의 징수 등에 관하여 이 조에서 특별히 정하지 아니한 사항에 대하여는 연금법의 규정을 적용한다.

공무원연금법 제42조(장기급여) 이 법에 의한 장기급여는 다음과 같다.

1. 퇴직급여
 - 가. 퇴직연금
 - 나. 퇴직연금일시금
 - 다. 퇴직연금공제일시금
 - 라. 퇴직일시금
 - 마. 삭제
2. 장해급여

- 가. 장해연금
- 나. 장해보상금
- 3. 유족급여
 - 가. 유족연금
 - 나. 유족연금부가금
 - 다. 유족연금특별부가금
 - 라. 유족연금일시금
 - 마. 유족일시금
 - 바. 삭제
 - 사. 유족보상금

4. 퇴직수당

제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금) ① 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직할 때에는 다음 각 호의 1에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직연금을 지급한다.

1. 60세에 도달한 때
2. 법률 또는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 대통령령(이하 '공무원 임용관계 법령 등'이라 한다)에서 정한 또는 근무상한연령(공무원 임용관계 법령 등에서 근무상한연령을 정하지 아니한 공무원의 근무상한연령은 공무원 임용관계 법령 등에서 정한 그 공무원과 유사한 직위의 공무원의 근무상한연령 등을 고려하여 대통령령이 정하는 연령을 말한다)을 60세 미만으로 정한 경우에는 당해 정년 또는 근무상한연령에 도달한 때
3. 공무원 임용관계 법령 등에서 정한 계급정년에 도달하여 퇴직할 때
4. 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원으로 인하여 퇴직할 때
5. 대통령령이 정하는 폐직상태로 된 때

④ 재직기간 20년에 대한 퇴직연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액으로 하고, 재직기간(공제일시금을 지급받는 때에는 재직기간에서 공제일시금 지급계산에 산입된 재직기간을 공제한 잔여 재직기간)이 20년을 초과할 때에는 그 초과하는 매 1년(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다. 이하 같다)에 대하여 평균보수월액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 한다. 이 경우에 퇴직연금의 금액은 평균보수월액의 100분의 76을 초과하지 못한다.

2000. 12. 30. 법률 제6328호 공무원연금법 중 개정 법률 부칙 제10조(퇴직연금의 지급에 관한 경과조치)

② 이 법 시행당시 재직 중인 공무원(1995년 12월 31일 이전에 임용되었거나, 1996년 1월 1일 이후에 임용된 공무원으로서 1995년 12월 31일 이전의 공무원·

군인 및 사립학교교직원 경력을 합산받은 자를 말한다. 이하 제3항 및 제4항에서 같다)으로서 재직기간이 20년 미만인 자가 이 법 시행 이후 재직기간이 20년 이상이 되어 퇴직한 경우의 퇴직연금은 제46조 제1항 제1호 및 제2호의 개정규정에 불구하고 다음 각 호의 퇴직연도(퇴직한 날의 전날이 속하는 연도 또는 사망한 날이 속하는 연도를 말한다)별로 정한 해당 연령에 도달한 때부터 지급한다. 다만, 제46조 제1항 제2호의 개정규정에 의한 정년 또는 근무상한연령에 먼저 도달한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 2001년부터 2002년 : 50세
2. 2003년부터 2004년 : 51세
3. 2005년부터 2006년 : 52세
4. 2007년부터 2008년 : 53세
5. 2009년부터 2010년 : 54세
6. 2011년부터 2012년 : 55세
7. 2013년부터 2014년 : 56세
8. 2015년부터 2016년 : 57세
9. 2017년부터 2018년 : 58세
10. 2019년부터 2020년 : 59세

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 전○근 등의 주장

(가) 법 부칙 제8조 제1항에 관한 부분

법 부칙 제8조 제1항은 철도청 소속 공무원에서 철도공사 등의 직원으로 전환된 사람들에 대하여 공무원연금법 적용에 관하여 특례를 인정하고 있으나, 그 가입기간을 최장 20년까지로 한정함으로써 평균 보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액만큼만을 퇴직연금으로 받을 수 있을 뿐, 계속하여 공무원 신분을 유지할 경우 20년을 초과하여 재직함으로써 많게는 평균보수월액의 100분의 76에 상당하는 금액을 퇴직연금으로 받을 수 있는 기회를 상실하게 되므로, 위 조항은 청구인 전○근 등의 공무원연금법상 퇴직연금수급권을 침해한다.

그리고 법 부칙 제8조 제1항 후단은 청구인 전○근 등이 철도청 소속 공무원 신분에서 퇴직하여 철도공사의 직원으로 임용되면 공무원연금법상의 여러 급여 중 단기급여 전부와 장기급여 중 장해급여의 혜택을 받을 수 없게 함으로써 공무원연금법상 급여수급권을 침해한다.

따라서 법 부칙 제8조 제1항은 입법재량의 한계를 벗어난 것으로서, 이로 인하여 종전 법률에 기하여 형성된 공무원연금법상의 퇴직연금수급권의 존속에 대한



신뢰가 침해되었다할 것이고, 이는 헌법 제13조 제2항이 정한 소급입법에 의한 재산권침해금지원칙에 위반된다.

(나) 법 부칙 제8조 제3항 본문에 관한 부분

청구인 전○근 등이 공무원 신분을 그대로 유지할 경우 호봉승급은 물론 승진도 하게 되고 그에 비례하여 퇴직연금 액수도 증가하게 되는데, 법 부칙 제8조 제3항 본문은 보수월액의 산정에 있어 호봉승급만을 인정하고 승진은 인정하지 않아 철도청에서 퇴직하여 철도공사에 임용되는 이들의 퇴직연금수급권을 침해한다.

따라서 입법재량의 한계를 벗어난 법 부칙 제8조 제3항 본문에 의하여 종전의 법률에 의하여 형성된 공무원연금법상의 퇴직연금수급권의 존속에 대한 청구인 전○근 등의 신뢰가 침해되었다고 할 것이고, 이는 헌법 제13조 제2항이 정한 소급입법에 의한 재산권침해금지원칙에 위반된다.

(다) 법 부칙 제8조 제5항에 관한 부분

철도공사 설립 당시 재직기간이 20년 이상인 자는 공무원 신분에서 퇴직함과 동시에 공무원연금법 제46조 제1항 제4호가 정한 '직제와 정원의 개폐에 의하여 폐직 또는 과원으로 인하여 퇴직한 때'에 해당한다는 이유로 즉시 공무원연금법상 퇴직연금의 수급요건을 충족하게 되어 그때부터 바로 퇴직연금을 수령하게 된다.

반면, 재직기간이 20년 미만인 청구인 전○근 등은 철도공사 설립 당시 공무원연금법상 퇴직연금의 수급요건을 충족하지 못하여 퇴직연금을 수령하지 못함은 물론, 이후 재직기간이 20년에 달하더라도 그때부터 바로 퇴직연금을 수령하는 것이 아니고, 다시 법 부칙 제8조 제5항이 정한 일정한 요건에 해당하여야만 퇴직연금을 수령할 수 있다.

즉 청구인 전○근 등은 법 부칙 제8조 제2항에 의하여 재직기간이 20년에 도달하는 달의 말일에 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 보고, 이는 '직제와 정원의 개폐에 의하여 폐직 또는 과원으로 인하여 퇴직한 때'에 해당하여 그때부터 바로 공무원연금법상 퇴직연금을 수령할 수 있어야 하는데, 법 부칙 제8조 제5항으로 인하여 퇴직연금 수령 시기(始期)가 늦어지는 불이익을 입게 된다.

특히 청구인 전○근, 변○중, 정○철, 신○경의 경우 공무원 임용시기가 불과 2~3개월 가량 늦다는 이유로 약간 먼저 입사하여 철도공사 설립 당시 재직기간이 20년 이상 된 동료 직원에 비하여 퇴직연금 수령시기가 무려 11~14년이나 늦어짐으로써 재산상의 불이익을 입게 된다.

위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 재직기간 20년을 기준으로 일률적으로 퇴직연금 수령시기에 차이를 두어 구체적인 경우에 있어 불과 2~3개월의 입사 시기 차이로 퇴직연금 수령시기가 무려 11~14년이나 차이가 나는 결과를 초래한 법 부칙 제8조 제5항은 아무런 합리적인 이유 없이 자의적으로 설정한 기준에 의하여 경제적 생활영역에서 차별을 한 경우에 해당하여 청구인 전○근 등의 평등권을 침해한다.

(2) 청구인 서○원, 최○영, 조○희(이하 '청구인 서○원 등'이라 한다)의 주장

(가) 재산권 침해 주장

청구인 서○원 등은 법이 제정·공포된 2003. 12. 31. 예야 비로소 자신들이 공무원의제특례의 적용대상자에 해당되지 않는다는 사실을 알 수 있었고, 오히려 그 이전에는 "국가는 철도청 직원 중 철도공사 직원으로 고용이 승계되는 자에 대하여는 퇴직급여의 불이익이 발생하지 않도록 필요한 조치를 한다."고 규정한 철도산업발전기본법 제25조 제2항에 따라 철도공사 직원으로 임용되어도 퇴직급여에 있어서 아무런 불이익도 없을 것으로 예상하였다.

그런데 법 부칙 제8조 제1항은 공무원의제특례의 적용을 받을 수 있는 대상자의 범위를 2003. 10. 29. 이전 재직자로 한정함으로써, 2003년에 시행된 7급(철도행정직) 국가공무원 필기 공채시험에 합격하여 2003. 10. 30. 이후에 철도청 소속 공무원으로 임용된 청구인 서○원 등은 공무원의제특례의 적용을 받지 못하여 공무원연금법상 퇴직연금수급권을 완전히 상실하는 재산권의 침해를 당하게 된다.

따라서 법 부칙 제8조 제1항에 의하여 종전의 법률에 기하여 형성된 공무원연금법상의 퇴직연금수급권의 존속에 대한 청구인 서○원 등의 신뢰가 침해되었다고 할 것이고, 이는 명백히 헌법 제13조 제2항이 정한 소급입법에 의한 재산권침해금지원칙에 위반된다.

(나) 평등권 침해 주장

철도청 소속 공무원들을 2003. 10. 29. 이전 재직자와 그 후에 임용된 사람으로 구분하여, 전자에 대해서만 공무원연금법의 적용에 있어 공무원의제특례를 인정하고 후자에 해당하는 청구인 서○원 등에 대해서는 이를 인정하지 않는 것은, 아무런 합리적인 이유 없이 자의적으로 설정한 기준에 의하여 경제적 생활영역에서 차별을 한 경우로서 청구인 서○원 등의 평등권을 침해한다.

나. 건설교통부장관의 의견

국가는 공무원연금법상의 연금수급권의 구체적인 내용을 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 결정하거나 변경할 수 있는 폭넓은 재량을 가지고, 더욱이 공무원의 신분을 상실하는 사람에 대한 공무원연금수급권 부여 여부 및 급여의 구체적 내용에 대해서는 재직 중에 있는 공무원에 대한 것보다 더 넓은 재량을 가진다.

공무원연금법상의 연금수급권은 아직 완성되지 아니하고 형성 중에 있는 권리이므로, 소급입법에 의한 재산권의 박탈은 문제가 되지 않고, 종래 법적 상태의 존속에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐이다.

철도산업발전기본법은 철도청을 철도공사로 전환하는 것으로 정책방향을 삼고 있는데, 위 법 시행 후 철도청 공무원으로 임용된 사람들은 철도청이 공사화함에 따라 공무원연금의 혜택을 받을 수 없게 되리라 예상할 수 있는 상태에서 임용되었으므로, 2003. 10. 29. 이전 재직자와 그 후 임용된 사람 사이에 공무원의제 특례의 적용을 달리하는 것을 두고 명백히 불합리하거나 자의적 차별에 해당한다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인들의 재산권, 평등권을 침해하지 않으며, 헌법상 신뢰보호의 원칙에도 위배되지 않는다.

다. 행정자치부장관의 의견

철도청 소속 공무원에서 철도공사 직원으로 전환된 사람들의 경우, ① 공무원연금에 20년까지만 한정하여 가입하도록 한 것은 공무원연금 재정의 안정화 등을 위한 것이고, ② 공무원연금법상 인정되는 단기급여(공무상요양비, 공무상요양일시금, 재해부조금, 사망조위금)와 장해급여 등이 배제된 것은, 철도공사 직원은 일반 기업체 근로자와 동일한 신분으로 업무상 재해 등에 대한 보상에 관하여 산업재해보상보험법의 적용을 받게 되는 점을 감안한 것으로, 이들 모두 합리적인 이유가 있다.

공무원 신분에서 퇴직하고 철도공사 직원으로 임용된 사람들은 공무원 재직 시에 비하여 높은 보수를 지급받고, 승진의 경우도 공무원과는 별개의 규정에 의하여 이루어지는 관계로 공무원연금법상 보수월액 산정에 있어 승진을 반영할 객관적 기준이 없는 점을 고려하면, 법 부칙 제8조 제3항 본문이 공무원연금법상의 보수월액 산정에 있어 승진을 반영하지 않는 것에도 합리적인 이유가 있다.

철도공사 설립 시인 2005. 1. 1.을 기준으로 20년 이상 재직자가 퇴직과 동시 퇴직연금을 지급받을 수 있

는 것은 공무원연금법 제46조 제1항이 정한 퇴직연금 지급사유 즉 '직제와 정원의 개폐에 의하여 폐직 또는 과원으로 인하여 퇴직한 때'에 해당하기 때문이고, '20년 이상 재직자'와 '20년 미만 재직자 중 2003. 10. 29. 이전 재직자' 사이에 퇴직연금 지급개시 시점에 있어 차이가 나는 것은 법 부칙 제8조 제5항으로 인한 것이 아니다.

그 밖에는 건설교통부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 철도청의 공사화(公社化)와 소속 공무원의 퇴직 연금수급권 등

(1) 공사화와 관련된 퇴직급여의 연계제도

공무원연금법 제50조 제1항은, 국가 또는 지방자치단체의 특정업무가 공사 또는 이와 유사한 기관·단체로 이관됨에 따라 그 업무에 종사하던 공무원이 퇴직하여 공사의 임·직원이 되는 경우에는 당해 공사의 퇴직급여 계산에 있어 그 임·직원의 종전 공무원 재직기간을 당해 공사의 재직기간에 합산하고, 그 임·직원이 공사에서 퇴직하거나 사망한 때에 공무원연금법에 의한 종전의 공무원으로서의 퇴직급여인 퇴직연금일시금 또는 퇴직일시금에 상당하는 금액을 공무원연금관리공단에서 당해 공사에 이체하도록 하였다.

(2) 철도청 소속 공무원의 신분 변화와 공무원연금수급권

(가) 철도산업발전기본법 제25조 제1항, 법 부칙 제7조 및 시설공단법 부칙 제8조는, 철도공사 등은 철도청 직원 중 공무원 잔류를 희망한 자를 제외한 철도청 직원 및 고속철도건설공단 직원의 고용을 포괄하여 승계하고, 철도공사 설립 당시 공무원 잔류를 희망하여 공무원 신분을 유지하게 된 사람 및 시설공단 직원으로 임용된 사람을 제외한 철도청 직원은 철도공사의 직원으로 임용하도록 하였으므로, 철도청 소속 공무원은 자신의 선택에 따라 공무원의 신분을 계속 유지하거나 철도공사 등의 직원으로 임용될 수 있게 되었다.

(나) 공무원 신분을 유지하는 경우

철도청 소속 공무원이 공무원으로 잔류할 것을 희망하면 공무원 신분이 계속 유지되므로 공무원연금법상의 불이익을 받을 수 없으나, 철도공사 설립 후에는 철도청의 직제가 폐지되므로, 잔류 공무원이 다른 부처로 진출되지 못하면 국가공무원법 제70조 제1항에 의하여 직권으로 면직될 위험성을 안게 되었다.

(다) 철도공사 등의 직원으로 임용되는 경우

1) 공무원연금법 제46조 제1항, 제48조 제1항에 의하면, 20년 이상 재직한 공무원만이 퇴직연금수급권자가



될 수 있는 반면, 20년 미만 재직자는 퇴직일시금만을 받을 수 있다.

그런데 법 부칙 제7조 제4항과 시설공단법 제8조 제3항은, 철도청 소속 공무원이 철도공사 등의 직원으로 임용된 때에는 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 보므로, 퇴직 당시를 기준으로 공무원 재직기간이 20년 이상인지 여부에 따라 공무원연금법상의 퇴직급여에 있어 큰 차이가 발생하게 된다.

2) 퇴직 당시를 기준으로 20년 이상 재직자

공무원연금법 제46조 제1항 제4호는, 공무원이 20년 이상 재직하고 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원으로 인하여 퇴직할 때에는 60세에 도달하지 아니한 경우에도 퇴직연금을 지급하도록 하고 있다.

철도청 소속 공무원이 철도청의 공사화에 수반하여 철도공사 등의 직원으로 임용됨으로써 공무원 신분에서 퇴직하는 것은 공무원연금법 제46조 제1항 제4호의 요건에 해당하므로, 철도청 퇴직 당시를 기준으로 20년 이상 재직함으로써 퇴직연금수급권을 취득한 직원들은 철도공사 등으로부터 급여를 수령함과 아울러 퇴직연금 중 공무원연금법 제47조에 의하여 산출된 지급정지액을 공제한 금액을 받을 수 있다.

3) 퇴직 당시를 기준으로 20년 미만 재직자

퇴직 당시를 기준으로 20년 미만 재직자는, 공무원연금법 제46조 제1항이 정하고 있는 퇴직연금수급 요건을 갖추지 못한 상태에서 공무원 신분에서 퇴직하게 되므로 공무원연금법상 퇴직연금을 받을 권리를 상실하고, 다만 앞서 본 바와 같이 공무원연금법 제50조 제1항에 의하여 종전의 공무원 재직기간을 철도공사 등의 재직기간으로 합산 받는 것에 그치므로, 이를 보완하기 위하여 법 부칙 제8조는 공무원연금법의 적용과 관련하여 2003. 10. 29. 이전 재직자에 대한 공무원의제 특례를 규정하게 된 것이다.

(3) 20년 미만 재직자들이 퇴직연금수급권 등에 있어 불이익을 받게 되는 원인

철도청 소속 공무원 중 20년 미만 재직자들이 철도공사 등 직원으로 신분이 전환되어 공무원연금법상 퇴직연금수급권 등에 있어 불이익을 받게 되는 것은, 공무원으로 잔류할 것을 신청하지 아니하여 철도공사 등의 직원으로 임용됨으로써 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 보기 때문이다.

(4) 법 부칙 제8조의 성격

(가) 입법 경위

앞서 본 바와 같이 철도청 소속 공무원에서 철도공

사 직원으로 신분이 전환될 당시를 기준으로 공무원 재직기간이 20년 이

상인 사람은 공무원연금법상 퇴직연금을 수령할 수 있음에 반하여, 공무원 재직기간이 20년 미만인 사람은 공무원연금법상 퇴직연금을 받을 수 없게 되므로, 그러한 불이익을 조정해야 할 필요성이 제기되었다.

현행법상 국민연금과 공무원·군인·사립학교교직원연금 등 특수직역의 연금 사이에는 연계가 인정되지 않고, 국민연금법에 의하면 국민연금 가입기간이 최소한 10년 이상이어야 60세에 달할 때에 노령연금 수급권을 취득하며(제56조), 사업자 가입자는 60세에 달할 날의 다음날 가입자격을 상실한다(제12조 제1항 제5호).

특히 철도청 소속 공무원에서 철도공사 직원으로 신분이 전환된 직원 중 공무원 재직기간이 20년 미만이고 60세에 이르기 전의 기간이 10년에 미치지 못하는 사람은 공무원연금과 국민연금 중 어느 것의 수급권도 취득하지 못하므로, 최소한의 사회적 안전망의 차원에서 연금수급권이 발생하지 않는 이러한 상황을 사전에 방지할 필요가 있게 되었다.

이에 입법과정에서 국민연금과 공무원·군인·사립학교교직원연금 등 특수직역의 연금 사이에 연계를 구축하는 방안과 일정한 요건 아래 철도공사의 직원으로 신분이 전환되더라도 20년을 한정하여 공무원연금 가입을 인정하는 방안을 두고 논의한 끝에, 공적 연금제정의 건전성을 유지하고 재직기간이 20년 미만인 철도청 소속 공무원의 퇴직연금상의 불이익을 방지하는 두 가지 목적을 달성하는 데 있어, 후자가 보다 합리적인 방안이라는 결론에 이르게 됨으로써 법 부칙 제8조가 추가되었다.

(나) 법률조항의 성격

철도청 소속 공무원 중 공무원연금법에 의한 재직기간이 20년 미만인 상태에서 철도공사 직원으로 임용되어 공무원 신분에서 퇴직하게 된 사람들은 공무원연금법 제50조 제1항에 의하여 공무원 재직기간을 철도공사의 재직기간으로 합산받아 나중에 철도공사로부터 합산된 기간에 해당하는 퇴직금을 수령하는데 그치고, 퇴직연금을 받을 수 없는 것이 원칙이다.

그런데 예외적으로 법 부칙 제8조는, 철도청 소속 공무원 중 2003. 10. 29. 이전 재직자가 공무원연금법에 의한 재직기간이 20년 미만인 상태에서 철도공사 직원의 임용을 선택하여 공무원 신분에서 퇴직한 경우에는 제한된 범위 내에서 공무원연금법상 퇴직연금을 받을 수 있도록 하는 공무원의제특례를 규정하고 있다.

이는 IMF 구제금융 사태 이후 현저해진 저금리

기조의 정착과 평균수명의 연장으로 인하여 퇴직일시금을 받는 것보다 퇴직연금을 받는 것이 유리하다고 판단하여 후자를 선택하는 직원이 증가하는 현상을 고려하여, 사회보장적 내지 사회복지적 목적에서 특별히 제정된 것이다.

따라서 위 법률조항은 그 적용 대상자에게 권리·이익을 부여하기 위한 것으로서 시혜적인 성격을 갖는다 할 것이다.

나. 청구인 전○근 등의 청구에 대한 판단

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 ‘침해’당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것이고, 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 당해 법령 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우이어야 한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195, 201 등 참조).

따라서 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 사람에 대하여 시혜적인 내용을 담고 있는 경우라면, 그 법령조항은 적용 대상자에게 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 초래하지 아니하여 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없다 할 것이므로, 당해 법령조항을 대상으로 헌법재판소법 제68조 제1항이 정한 권리구제형 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용되지 아니한다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 심판대상조항은 청구인 전○근 등 2003. 10. 29. 이전 재직자들이 공무원의 신분을 상실함으로써 공무원연금법상 퇴직연금 등을 전혀 지급받지 못하게 되는 불이익을 입는 것을 방지하기 위하여 제한적으로나마 공무원연금법 적용에 있어서 공무원으로 의제하기 위하여 마련된 시혜적인 규정이다.

청구인 전○근 등은 공무원으로 잔류하는 경우와 철도공사 직원으로 임용되는 경우의 장·단점을 합리적으로 형량하여 후자를 선택하였다 할 것이므로, 그들이 공무원연금법상 퇴직연금 가입기간, 급여의 범위, 보수월액 산정 등에 있어 공무원 신분을 유지하는 경우보다 불리해졌다 하더라도, 이는 공무원 신분에서 퇴직하였음에 따른 것일 뿐이고, 공무원 신분의 상실로 인한

퇴직연금수급권 등의 불이익을 완화하기 위하여 제정된 이 사건 심판대상조항에서 비롯된 것은 아니라 할 것이다.

설령 이 사건 심판대상조항에 의하여 청구인 전○근 등에게 부여하는 혜택이 그들의 기대에 미치지 못한다 하더라도, 그 이유만으로 헌법상 기본권이 침해되거나 제한된다 할 수는 없다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인 전○근 등에게 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이라는 불이익을 초래하지 아니하므로, 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없다 할 것이다.

(2) 청구인 전○근 등은, 법 부칙 제8조 제5항으로 인하여 공무원 신분에서 퇴직하는 날자인 2005. 1. 1.을 기준으로 공무원 재직기간 20년 이상인 자는 즉시 퇴직연금을 지급받을 수 있음에 반하여, 20년 미만인 청구인 전○근 등은 퇴직연금의 수령시기가 뒤로 늦춰짐으로써 평등권을 침해당한다고 주장한다.

그러나 2005. 1. 1.을 기준으로 공무원 재직기간 20년 이상인 사람들이 퇴직과 동시에 퇴직연금을 지급받을 수 있는 것은, 그들이 공무원연금법 제46조 제1항이 정한 퇴직연금 대상자가 된 상태에서 같은 항 제4호가 정하고 있는 퇴직연금의 지급요건, 즉 ‘20년 이상 재직 후 직제와 정원의 개폐에 의한 퇴직’에 해당하게 되었기 때문이다.

이에 반하여 청구인 전○근 등은 2005. 1. 1. 퇴직 당시 재직기간 20년 이상을 채우지 못하였기 때문에 원칙적으로는 퇴직연금수급권이 없다.

그럼에도 불구하고 법 부칙 제8조는 사회보장적 내지 사회복지적 목적에서 공무원의제특례를 규정하여 그들로 하여금 퇴직연금을 지급받을 수 있도록 하되, 같은 조 제5항은 퇴직연금 지급 시기(始期)에 관하여 일반 공무원의 경우와 유사하게 정하고 있을 뿐이다.

청구인 전○근 등을 위한 시혜적인 법률조항의 일부인 법 부칙 제8조 제5항에 정한 혜택의 내용이 그들의 기대에 미치지 못한다 하더라도, 그 이유만으로 시혜적인 법률조항이 그 적용대상자의 평등권을 침해하는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 위 조항으로 인하여 청구인 전○근 등의 평등권이 침해될 가능성이나 위험성도 없다 할 것이다.

(3) 그렇다면 청구인 전○근 등이 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없는 이 사건 심판대상조항에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항이 정한 권리구제형의 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다.

다. 청구인 서○원, 최○영의 청구에 대한 판단



청구인 서○원, 최○영은 이 사건 헌법소원심판청구 후인 2004. 12. 30. 다른 부처로 전출하여 공무원 신분을 그대로 유지하고 철도공사 등의 직원으로 임용되지 않았으므로, 이들은 법 부칙 제8조 제1항에 의한 기본권침해를 주장할 수 있는 지위에 있지 아니하고, 따라서 이들의 이 사건 헌법소원심판청구는 기본권침해의 자기관련성이 없어 부적법하다(헌재 2003. 2. 27. 2001헌마550, 공보 78, 263 참조).

라. 청구인 조○회의 청구에 대한 판단

(1) 재산권 침해 주장에 대한 판단

(가) 철도청 소속 공무원에서 퇴직할 당시 공무원 재직기간 20년 미만자들 중 2003. 10. 30. 이후 공무원으로 임용된 사람들을 공무원의제특례의 적용대상에서 제외하고 있는 법 부칙 제8조 제1항이, 소급입법으로 청구인 조○회의 재산권을 침해하여 헌법 제13조 제2항에 위반되는지 및 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

(나) 소급입법에 의한 재산권 침해 해당 여부

청구인 조○회가 공무원연금법상 퇴직연금수급권 등 각종 급여수급권을 상실한 것은, 그가 철도공사 직원으로 임용됨으로써 법 부칙 제7조 제4항에 의하여 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 의제되기 때문이다.

법 부칙 제8조 제1항은 2003. 10. 29. 이전 재직자 중 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 볼 당시 공무원연금법에 의한 재직기간이 20년 미만인 사람이 철도공사 직원으로 임용된 날부터 2월 이내에 공무원연금관리공단에 공무원연금법의 적용신청을 한 때에는 공무원의 제특례를 적용한다는 시혜적인 조항인데, 2003. 10. 30. 이후 철도청 소속 공무원으로 임용된 청구인 조○회는 위 조항의 적용대상에 포함되지 않는다.

그러나, 이처럼 재산권에 관계되는 시혜적인 입법의 적용대상에서 제외되었다 하더라도 그 이유만으로 재산권의 침해가 생기는 것은 아니고, 또 시혜적 입법이 적용될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도, 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로, 이 사건에서는 청구인 조○회에 대한 재산권 침해가 문제되지 않는다 할 것이다(헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 220-221 참조).

따라서 법 부칙 제8조 제1항으로 인하여 청구인 조○회의 공무원연금법상 퇴직연금수급권 등이 침해되었다 할 수 없고, 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인 조○회에 대한 신뢰보호만이 문제될 뿐 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제되지 아니하므로, 이는 소

급입법에 의한 재산권 박탈을 금하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.

(다) 신뢰보호의 원칙 위배 여부

법 부칙 제8조 제1항이 청구인 조○회와의 관계에서 신뢰보호의 원칙에 위배되는지에 관하여 보면, ① 2003. 10. 30.부터 시행된 철도산업발전기본법에 의하여, 철도청 및 고속철도건설공단의 관련조직을 통폐합 또는 전환하여 구조개혁을 추진하되, 철도시설은 국가가 소유하는 것을 원칙으로 하여 그 건설 및 관리를 시설공단이 담당하고, 철도운영은 시장경제원리에 따라 국가 이외의 자가 운영하는 것을 원칙으로 하여 그 관련사업의 경영을 철도공사가 담당하도록 한 점, ② 청구인 조○회는 위 법률이 시행된 후인 2004. 3. 22. 철도청 소속 공무원으로 임용되었으므로 공무원으로 임용될 당시 조만간 철도청의 공사화로 공무원 신분에서 퇴직하여 공무원연금법상 퇴직연금 등 여러 급여를 받을 수 없으리라 예상할 수 있었을 것으로 보이는 점, ③ 청구인 조○회의 공무원 재직기간이 1년 미만이고, 철도공사 입사 후에는 국민연계에 가입할 수 있는 점, ④ 철도산업발전기본법 제25조 제2항이, 국가가 철도청 직원 중 철도공사 등 직원으로 고용이 승계되는 사람들에 대하여 근로여건 및 퇴직급여의 불이익이 발생하지 않도록 필요한 조치를 취하도록 규정하고는 있으나, 이는 국가가 철도공사 등 입사 후의 임금인상, 처우개선 등을 모두 고려하여 퇴직급여의 불이익이 발생하지 않도록 노력할 것을 요구하는 선언적인 규정으로서, 공무원 신분을 유지하는 경우와 동일한 퇴직연금을 보장한 것으로 보기는 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 설령 청구인 조○회가 공무원연금법상의 퇴직연금 등을 받을 수 있을 것으로 신뢰하였다 하더라도 그 신뢰이익은 보호가치가 있다고 하기 어렵고, 공무원연금법상 퇴직연금 등을 받지 못함으로써 청구인 조○회가 받게 되는 불이익 또한 크지 않다 할 것이다.

또한 공무원연금법상 '저부담·고급여'의 구조 및 평균수명의 연장으로 인하여 기존의 공무원연금 재정이 어려운 상황에 있음을 감안하면, 위 조항과 같이 2003. 10. 30. 이후 공무원으로 임용된 사람들을 퇴직연금과 관련된 공무원의제특례의 적용대상에서 제외함으로써 달성되는 공익 또한 크다 하지 않을 수 없다.

따라서 위 조항이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

(2) 평등권 침해 주장에 대한 판단

(가) 법 부칙 제8조 제1항이 철도청 소속 공무원에서

퇴직할 당시 공무원 재직기간 20년 미만자들 중 2003. 10. 29. 이전 재직자들만 공무원의제특례의 적용을 인정하고, 2003. 10. 30. 이후 공무원으로 임용된 사람들에 대하여는 이를 인정하지 않는 것이 청구인 조○회의 평등권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부가 문제된다.

(나) 시혜적 법률에 관한 입법재량

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적인 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적인 평등을 뜻하는 것이므로, 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 반할 뿐이다.

그리고 시혜적인 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로, 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있다고 보이지 아니하는 한 헌법에 위반된다 할 수는 없다(헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 623, 640; 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 219 참조).

(다) 차별의 합리성 유무

법 부칙 제8조 제1항이 2003. 10. 30. 이후 공무원으로 임용된 경우는 공무원의제특례의 적용을 인정하지 않고 있는 것이 청구인 조○회의 평등권을 침해하는지 여부에 관하여 보면, ① 앞서 본 바와 같은 위 법률조항의 입법 경위, ② 철도산업발전기본법 시행 후 철도청 소속 공무원으로 임용된 청구인 조○회는 장차 철도청이 공사화되리라는 사정을 알면서 임용된 것으로 보이는 점, ③ 청구인 조○회는 공무원 잔류를 신청함으로써 철도공사 직원으로 임용되지 아니하고 공무원 신분을 계속 유지하는 것을 선택할 수도 있었던 점, ④ 위 조항은 재정적 뒷받침을 요하는 시혜적 입법인데, 입법자는 이러한 시혜적 입법에서 광범위한 입법재량을 갖는 점, ⑤ 앞서 본 바와 같이 '저부담·고급여'의 구조 및 평균수명의 연장으로 인하여 기존의 공무원연금 재정이 어려운 상황에 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위 조항이 입법자에게 허용되는 재량의 범위를 벗어나 현저하게 합리성이 결여된 입법으로서 평등권을 침해하는 것이라고 할 수는 없다.

(3) 소결론

그렇다면 법 부칙 제8조 제1항은 청구인 조○회의 재산권 및 평등권을 침해하지 않고, 그 법률조항이 달

리 헌법에 위반되는 점을 발견할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인 전○근, 변○중, 정○철, 신○경, 김○용, 노○옥, 서○원, 최○영의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 청구인 조○회의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

12. 형사소송법 제246조 위헌확인 등

(2007. 7. 26. 2005헌마167 전원재판부)

【판시사항】

가. 국가소추주의를 규정한 형사소송법 제246조(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)가 제한하는 기본권

나. 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 입법자는 이 사건 법률조항을 통해 형사소추권을 검사에게 독점적으로 전속시킴으로써 범죄의 피해자가 가해자의 처벌을 직접 법원에 청구할 수 없도록 하고 있어, 검사가 형사소추를 하지 아니할 경우에는 형사재판절차 자체가 개시될 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 형사피해자로 하여금 자신이 피해자인 범죄에 대한 형사재판절차에 접근할 가능성을 제한하는 것으로서 형사피해자의 재판청구권의 침해 여부가 문제된다.

나. 공익의 대표자인 검사로 하여금 객관적인 입장에서 형사소추권을 행사하도록 하여 형사소추의 적정성 및 합리성을 기하는 한편, 형사피해자의 권익 보호를 위하여 형사소송법 등에서 고소권, 항고·재항고권, 재정신청권, 재판절차에서의 피해자진술권, 헌법소원심판청구권 등의 규정을 두어 형사피해자가 형사절차에 관여할 수 있는 여러 제도를 마련하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 형사소추권의 행사에 관한 입법형성권의 한계를 벗어나 형사피해자의 재판청구권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

【심판대상조문】

형사소송법 제246조



【참조조문】

헌법 제11조, 제27조 제1항, 제5항
검찰청법 제4조, 제10조, 제29조, 제34조 제1항
형사소송법 제223조, 제260조

【참조판례】

나. 헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 35
헌재 1997. 8. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 232
헌재 1998. 10. 29. 97헌마17, 판례집 10-2, 609, 612

【당 사 자】

청 구 인 이○미
대리인 변호사 이정일
피청구인 수원지방검찰청 성남지청 검사

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 ○○ 주식회사의 주주로서 2005. 2. 15. 경 정리회사 ○○ 주식회사의 관리인이었던 청구의 김능오와 위 회사를 인수한 박○선을 업무상배임 혐의로 고소하였다.

(2) 피청구인은 2005. 3. 31. 위 고소사건에 대하여 ‘혐의없음’의 불기소처분(수원지방검찰청 성남지청 2005형제5139호)을 하였고, 청구인은 불복하여 검찰청법에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되었다.

(3) 청구인은 피고소인들을 위 (1) 기재와 같이 고소하는 한편 피해자가 가해자에 대한 형사소추를 직접 법원에 제기할 수 없도록 규정한 형사소송법 제246조가 청구인의 재판명령권 등을 침해한다고 주장하면서 2005. 2. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 그 후 위 불기소처분에 대한 재항고가 기각되자 같은 해 11. 23. 위 불기소처분의 취소를 구하는 심판청구를 추가하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형사소송법 제246조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부 및 피청구인의 위 불기소처분(이하 ‘이 사건 불기소처분’이라고 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이며, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

형사소송법 제246조(국가소추주의) 공소는 검사가 제기하여 수행한다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 피해자인 국민이 직접 가해자를 형사소추할 수 없고 이를 국가가 독점적으로 행사하는 것은 청구인의

재판명령권 등을 침해하여 헌법에 위반된다.

나. 청구인의 진술과 청구인이 제출한 증거자료를 면밀히 살펴보면 피고소인들에 대한 업무상배임 혐의를 인정하기에 충분함에도 피청구인은 소극적인 수사로 피고소인들의 변명만을 받아들여 혐의없음의 불기소처분을 하였는바, 이는 청구인의 평등권과 재판명령권 등을 침해한 것이다.

3. 이 사건 법률조항에 대한 위헌확인청구에 관하여
가. 이 사건 법률조항이 제한하는 기본권

청구인은 이 사건 법률조항으로 인하여 수임인(공무원) 교체권을 포함하여 자기의 일을 자기의 재량으로 처리할 권리, 인간의 존엄과 가치, 재판명령권 등의 권리를 침해받고 있다고 주장하고 있는데, 이는 검사가 공소제기권한을 공정하게 행사하지 못하면 형사피해자가 직접 형사소추를 할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 이를 금지하고 있는 것이 헌법에 위반된다는 주장으로 이해된다.

입법자는 이 사건 법률조항을 통해 형사소추권한을 검사에게 독점적으로 전속시킴으로써 범죄의 피해자가 가해자의 처벌을 직접 법원에 청구할 수 없도록 하고 있어, 검사가 형사소추를 하지 아니할 경우에는 형사재판절차 자체가 개시될 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 형사피해자로 하여금 자신이 피해자인 범죄에 대한 형사재판절차에 접근할 가능성을 제한하는 것으로서 형사피해자의 재판청구권의 침해 여부가 문제된다고 할 것이다.

나. 재판청구권의 침해 여부

(1) 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있고, 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 규정하고 있다. 또 제30조에서 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제27조 제5항에서는 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”고 규정하고 있다.

따라서 국가는 범죄의 발생을 예방하고, 이미 범죄가 발생한 경우에는 범인을 수사하여 형벌권을 행사함으로써 국민을 보호하여야 할 의무가 있다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 35).

그런데 우리 헌법은 형벌권의 행사를 위한 형사소추

권한을 누구에게 부여할 것인가에 대하여 국가소추주의를 취할 것인지, 사인소추주의를 취할 것인지에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니다. 따라서 형사소송에서 어떤 절차나 형식에 따라 공소를 제기할 것인가의 문제는 헌법원리에 위배되지 아니하는 한 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄성향, 우리가 채택한 형사사법제도의 기본골격 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 입법형성의 자유에 속하는 영역이다(헌재 1997. 8. 21, 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 232 참조).

(2) 입법자는 이 사건 법률조항에서 “공소는 검사가 제기하여 수행한다”고 규정하고 검찰청법 제4조 제1항에서 검사의 직무와 권한 중 하나로 공소제기와 그 유지를 규정하여 국가소추주의와 함께 검사에 의한 기소독점주의를 채택하고 있다.

검사는 공익의 대표자로서 범죄수사 및 공소제기와 그 유지에 필요한 사항, 재판집행의 지휘·감독, 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독 등을 그 직무로 함과 아울러 이를 수행함에 있어 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 부여된 권한을 남용하여서는 아니되도록 그 공익적 지위와 객관적무를 부여받고 있다. 뿐만 아니라 법관과 동일한 자격조건에 의하여 임명되고 정당한 법령의 적용청구와 피고인의 이익을 위하여도 상소할 수 있는 준사법기관적 성격을 가지고 있다(검찰청법 제4조, 제29조, 제34조 제1항 등). 따라서 이러한 검사로 하여금 공소의 제기 및 유지활동을 하게 하는 것이 피해자의 개인적 감정이나 집단적 이해관계 또는 여론에 좌우되지 아니하고 국가형벌권 내지 형사소추권을 객관적으로 행사할 수 있어 형사소추의 적정성 및 합리성을 기할 수 있다고 보았기 때문에 검사에 의한 기소독점주의를 채택하고 있는 것이다(헌재 1998. 10. 29. 97헌마17, 판례집 10-2, 609, 612 참조).

반면 형사피해자에게 자신이 관련된 사건의 처리과정에서 자신의 정당한 이익과 기대를 반영할 수 있는 기회가 주어져야 한다는 점에서 사인소추의 필요성이 제기되기도 하지만, 사인소추제도는 법질서의 안정이라는 공공의 이익을 위하여 실현되어야 할 형벌권을 피해자의 사적 응보관념에 의존하게 만들어 형벌의 목적에 부합하지 아니할 뿐만 아니라 실체적 진실의 발견보다는 형사피해자 및 피의자·피고인의 책임 아래 형사소송이 좌우됨으로써 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 그 이념으로 하는 형사소송체계와도 일치하지

아니한 면이 있다.

현실적으로도 사인이 소추하는 경우 피해자는 강제수사를 비롯한 수사권한이 없기 때문에 범죄의 혐의를 입증하기 위한 자료를 수집하느라 소송수행에 있어 현저한 부담을 갖게 되고, 또한 일본에 비하여 고소사건의 수가 155배(인구비례를 감안하여)에 이르고 그 중 기소되는 비율은 20%에도 미치지 못하는 사건처리 현황에 비추어 볼 때, 사인소추가 허용될 경우 남소로 인한 법원의 업무량 폭증이 예상되고 그로 인해 신속한 재판을 받을 국민의 권리가 침해되는 상황이 발생할 우려도 있다.

(3) 한편 입법자는, 형사소추제도에 있어서 국가소추주의 및 기소독점주의를 채택하면서도 그로 인해 나타날 수 있는 폐해를 고려하여 형사피해자에게 형사절차에 관여할 수 있도록 아래와 같은 여러 가지 제도적 보완 장치를 마련해 두고 있다.

(가) 고소권의 행사 및 항고·재항고권의 보장

형사소송법은 형사피해자에게 고소권을 인정함과 아울러(제223조) 고소에 대한 사법경찰관의 조치의무(제238조)와 고소인 등에의 처분고지 및 공소부제기이유고지(제258조 제1항, 제259조) 규정을 두어 형사피해자의 고소권행사를 보장하고 있다. 고소권은 국가소추주의로 인하여 형사소추권이 인정되지 않는 피해자가 공소제기권한을 가지고 있는 검사에게 범죄자를 소추하여 달라고 요구할 수 있는 권한으로 사인의 소추요구를 반영하고 있다고 볼 수 있다.

또한 고소인은 검사의 불기소처분이 자의적이고 불공정하다고 판단되면 그에 불복하여 항고 및 재항고를 할 수 있다(검찰청법 제10조).

(나) 재정신청제도

형사소송법 제260조는 형법 제123조(직권남용), 제124조(불법체포, 불법감금), 제125조(폭행, 가혹행위)의 죄에 대해서는 검사의 불기소처분에 불복이 있는 고소·고발인이 법원에 직접 재정신청을 할 수 있도록 규정하여 형사피해자에게 재정신청권한을 인정하고 있다. 재정신청제도는 기소독점주의 및 기소편의주의에 따른 검사의 형사소추권행사의 남용을 방지하고 그 행사의 적정성을 확보하기 위한 것으로서 피해자는 재정신청을 통하여 검사의 공소제기를 강제할 수 있으므로 실질적으로는 사인소추의 역할을 하고 있다.

그리고 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되어 2008. 1. 1.부터 시행되는 형사소송법 제260조는 재정신청의 대상범죄를 모든 범죄로 전면 확대하여 모든 범죄에 대한 형사피해자에게 재정신청권을 인정함으로써 형사



피해자에 대한 권리보호는 더욱 실효성 있게 이루어질 수 있게 되었다.

(다) 헌법소원제도

검사의 불기소처분이 자의적으로 행사된 경우 형사 피해자는 헌법 제27조 제5항에 규정된 재판절차진술권과 제11조에 규정된 평등권의 침해를 주장하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

(라) 피해자의 진술권 보장

헌법 제27조 제5항은 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있고, 그에 따라 형사소송법은 범죄 피해자의 신청이 있으면 피해자를 증인으로 신문하도록 하고 신문 시 피해자에게 의견을 진술할 기회를 주도록 규정하여(제294조의2 제1항, 제2항) 피해자가 형사절차에서 자신의 의견을 진술할 수 있도록 하고 있다.

(4) 위에서 본 바와 같이 공익의 대표자인 검사로 하여금 객관적인 입장에서 형사소추권을 행사하도록 하여 형사소추의 적정성 및 합리성을 기하는 한편, 형사 피해자의 권익보호를 위하여 형사소송법 등에서 고소권, 항고·재항고권, 재정신청권, 재판절차에서의 피해자진술권, 헌법소원심판 청구권 등의 규정을 두어 형사 피해자가 형사절차에 관여할 수 있는 여러 제도를 마련하고 있다.

한편 사인소추를 허용하고 있는 영국, 독일에서도 증거수집의 한계, 비용부담, 사인소추절차의 복잡성 등과 같은 장애요인으로 인하여 사인소추제도의 이용율이 미미한 점에 비추어 보면 사인소추주의가 형사피해자의 재판청구권을 보장하기 위한 필수적인 제도라고 단정하기도 어렵다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 형사소추권의 행사에 관한 입법형성권의 한계를 벗어나 형사피해자의 재판청구권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

4. 이 사건 불기소처분에 대한 취소청구에 관하여

청구인은 피청구인이 2005. 3. 31.에 한 이 사건 불기소처분으로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 평등권과 재판명령권 등이 침해되었다고 주장한다.

그러나 기록을 자세히 살펴봐도 피청구인이 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나 증거의 취사선택 및 가치판단 그리고 헌법의 해석과 법률의 적용에 있어서 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 하였다고 보이지 아니하며, 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적인 처분이라고 볼 자료도 없으므로, 그로 인하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공헌 조대현 김종대(주심)
민형기 이동흡 목영준 송두환

13. 한국철도공사법 부칙 제7조 제4항 위헌확인

(2007. 7. 26. 2005헌마350 전원재판부)

【판시사항】

가. 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구할 수 있는지 여부(소극)

나. 철도청 공무원이 한국철도공사(이하 '철도공사'라 한다)의 직원으로 임용된 때에는 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 보도록 하고 있는 한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제7052호로 제정된 것) 부칙 제7조 제4항이 공무원 잔류 의사를 유지한 자들의 법적 지위에 영향을 미치지 여부(소극)

【결정요지】

가. 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위헌성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다.

나. 한국철도공사법 부칙 제7조 제1항, 제2항, 제4항의 해석상, 철도청 공무원 중 청구인들과 같이 철도공사 설립일인 2005. 1. 1.까지도 공무원 잔류 의사를 유지한 자들은 같은 조 제2항이 정한 '철도공사 설립 당시 공무원 신분을 계속 유지하는 자'에 해당하여 철도공사 직원으로 임용되지 않으므로, 이 사건 심판대상인 같은 조 제4항의 적용을 받을 여지가 없다. 따라서 청구인들은 철도청과 그 소속 기관 직제가 폐지되더라도 계속 공무원 신분을 유지한다고 볼 것이며, 같은 조 제4항은 청구인들의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우에 해당되어 애당초 기본권침해의 가능성이나 위헌성이 없으므로, 위 조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 부적법하다.

【심판대상조문】

한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제7052호로 제정된 것) 부칙 제7조 제4항

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조

헌법재판소법 제68조 제1항

한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제7052호로 제정된 것) 부칙 제7조 제1항, 제2항

국가공무원법 제68조, 제70조

【참조판례】

- 가. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823
- 헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195, 201
- 헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671

【당 사 자】

청 구 인 최○진 외 5인

청구인들 대리인 법무법인 지평

담당변호사 조용환 외 2인

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003. 7. 29. 법률 제6955호로 제정된 철도산업발전기본법은 철도산업을 ‘철도시설 부문’과 ‘철도운영 부문’으로 분리하여 철도시설은 국가가 소유하는 것을 원칙으로 하되, 철도시설의 건설 및 관리를 위하여 과거 철도청 및 고속철도건설공단의 관련조직을 통·폐합하여 특별법에 의하여 한국철도시설공단(이하 ‘시설공단’이라 한다)을 설립하고, 철도운영은 시장경제원리에 따라 국가 외의 자가 영위하는 것을 원칙으로 하며, 철도운영 관련사업을 효율적으로 경영하기 위하여 철도청 및 고속철도건설공단의 관련조직을 전환하여 특별법에 의하여 한국철도공사(이하 ‘철도공사’라 한다)를 설립하도록 규정하였다. 이에 따라 같은 날 한국철도시설공단법(이하 ‘시설공단법’이라 한다)이 제정되었고, 2003. 12. 31. 법률 제7052호로 한국철도공사법(이하 ‘법’이라 한다)이 제정되었다.

(2) 법 부칙 제7조에 의하면, 철도청장은 소속 공무원 중 공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자와 철도공사의 직원으로 신분이 전환될 자를 확정하여 철도공사가 직원을 임용할 수 있도록 조치하여야 하고(제1항), 철도공사 설립 당시 공무원 신분을 계속 유지하는 자와 시설공단법에 의하여 시설공단 직원으로 임용된 자를 제외한 철도청 직원은 철도공사의 직원으로 임용하며(제2항), 철도공사의 직원으로 임용된 때에는 공무

원 신분에서 퇴직한 것으로 본다(제4항). 철도청 소속 공무원이었던 청구인들은 공무원 신분을 계속 유지하고자 하였으므로 신청기간인 2004. 10. 26.부터 2004. 11. 2.까지 사이에 철도청장에게 공무원 잔류 신청서를 제출하였다.

(3) 철도청장은 2004. 12. 30. 공무원 잔류 희망자들이 철도청의 철도공사 전환 후 직제 폐지에 따라 직권 면직되는 불이익을 방지하는 차원에서 그들을 모두 철도공사 직원으로 임용할 예정임을 밝히고, 각 소속 장으로 하여금 그러한 처리지침을 최종 잔류 희망자 전원에게 빠짐없이 통지하도록 하였다. 이에 따라 철도청 각 지역본부장들은 2004. 12. 30.과 그 다음날 사이에 청구인들을 포함한 철도청 소속 공무원 전원이 법 부칙 제7조 제4항에 의하여 2005. 1. 1.자로 공무원 신분에서 당연퇴직한다고 통지하였다. 철도공사가 2005. 1. 1. 출범하고 철도공사 각 지역본부장들이 2005. 1. 3. 청구인들을 포함한 구 철도청 소속 공무원들에 대하여 신규임용 인사발령을 통지하였으나, 청구인들은 철도공사 직원으로의 전직을 계속 거부하였다.

(4) 청구인들은 2005. 3. 31. “청구인들이 법 부칙 제7조 제4항에 의해 자신들의 의사에 반하여 철도공사의 직원으로 임용되어 공무원 신분을 상실하고 당연퇴직의 통지를 받게 되었는데, 위 조항은 청구인들의 공무담임권·평등권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 법 부칙 제7조 제4항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 헌법상 보장된 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부인바, 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

한국철도공사법(2003. 12. 31. 법률 제7052호로 제정된 것) 부칙 제7조(직원의 임용특례 등) ① 철도청장은 소속 공무원 중 공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자와 철도공사의 직원으로 신분이 전환될 자를 확정하여 철도공사가 직원을 임용할 수 있도록 조치하여야 한다.

② 철도공사 설립 당시 공무원 신분을 계속 유지하는 자와 시설공단법에 의하여 시설공단 직원으로 임용된 자를 제외한 철도청 직원은 철도공사의 직원으로 임용한다.

④ 제2항의 규정에 의하여 철도공사의 직원으로 임용된 때에는 공무원 신분에서 퇴직한 것으로 본다.

2. 판 단

직권으로 이 사건 심판청구의 적법 여부에 관하여



살펴본다.

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 ‘침해’당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 당해 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 1995. 7. 21. 94헌마191, 판례집 7-2, 195, 201 등 참조). 그렇다면 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671).

청구인들은 이 사건 조항에 의하여 자신들이 퇴직 간주되었음을 전제로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 건설교통부장관도 법 부칙 제7조는 인력수급상황·철도공사의 사정 등 현실적 여건을 고려하여 적정한 인력배분을 하되 철도청 공무원 개인의 의사를 최대한 존중하라는 취지이므로, 현실적 여건상 불가피한 경우, 즉 공무원 잔류 희망자가 법 부칙 제7조 제2항의 ‘공무원 신분을 계속 유지하는 자’로 분류되지 못하면 철도공사 직원으로 전환되고 이 사건 조항에 의해 공무원 신분에서 퇴직 간주될 수 있다는 입장을 취하고 있다. 그러나 청구인들이 이 사건 조항의 적용을 받지 않는다면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없을 것이므로, 해석상 법 부칙 제7조 제1항이 정한 ‘공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자’가 같은 조 제2항에 의하여 ‘공무원 신분을 계속 유지하는 자’로 분류되지 못하면, 자신의 의사에 반하여 철도공사의 직원으로 임용됨으로써 이 사건 조항에 의하여 공무원 신분을 상실하는지 여부를 살펴본다.

첫째, 법 부칙 제7조 제1항은 철도청장이 ‘공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자’와 ‘철도공사의 직원으로 신분이 전환될 자’를 분류하도록 하여 후자만이 철도공사 직원으로 임용되도록 하고 있다. 공무원 잔류를 희망했던 사람들도 철도공사 설립(2005. 1. 1.) 전까지는 공무원 잔류 의사를 철회할 수 있고 그 반대의 경우도 있을 수 있으므로, 철도공사 설립일인 2005. 1. 1.이

되면 최종적으로 공무원 신분을 계속 유지할 사람들이 명확히 확정되는 관계로 법 부칙 제7조 제2항은 같은 조 제1항과 달리 ‘철도공사 설립 당시 공무원 신분을 계속 유지하는 자’라고 규정한 것으로 보이는데, 이를 근거로 공무원 잔류를 희망하더라도 국가에 의하여 ‘공무원 신분을 계속 유지하는 자’로 분류되지 않으면 그 의사에 반하여 철도공사 직원으로 임용된다고 해석하기는 어렵다.

둘째, 법이나 그 시행령 어디에도 ‘공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 자’ 중 ‘공무원 신분을 계속 유지하는 자’를 분류하는 기준이나 절차에 관한 규정을 발견할 수 없고, 그러한 분류가 이루어지지도 않았다. 이는 철도청 직원 중 공무원 잔류를 희망하는 사람들은 철도청과 그 소속 기관 직제가 폐지되더라도 당연히 공무원 신분을 계속 유지함을 의미한다. 임용권자가 이들을 직권면직하여 공무원 신분을 상실시키기 위해서는, 미리 관할 징계위원회의 의견을 듣고, 심사위원회를 구성하여 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려한 면직기준을 정한 후 면직대상자를 결정하기 위한 심의·의결을 거쳐야 한다(국가공무원법 제70조).

셋째, 법 부칙 제7조 제2항은 “……으로 임용된 자를 제외한 철도청 직원은 철도공사의 직원으로 임용한다.”는 규정 형식을 취하고 있는바, 이는 문언상 철도공사가 철도청 직원 중 철도공사 직원으로 임용될 것을 희망하는 사람의 임용을 거부할 수 없음을 의미할 뿐이고, 철도청 직원 중 공무원 잔류를 희망하는 사람들도 그 의사에 반하여 철도공사와 사이에 고용계약이 성립할 수 있다고 보기는 어렵다.

그렇다면 법 부칙 제7조 제1항, 제2항, 제4항을 해석함에 있어 철도청 공무원 중 철도공사 설립 당시 공무원 잔류를 희망하는 사람들이 그 의사에 반하여 철도공사 직원으로 임용됨으로써 공무원 신분을 상실한다고 새길 수는 없을 것이다.

이 사건에서 청구인들은 철도공사 설립일인 2005. 1. 1.까지도 공무원 잔류의사를 유지하고 있었으므로 법 부칙 제7조 제2항이 정한 ‘철도공사 설립 당시 공무원 신분을 계속 유지하는 자’에 해당하여 같은 조 제4항의 적용을 받을 여지가 없다. 또한 국가공무원법은 형의 선고·징계처분 또는 국가공무원법에 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강입 또는 면직을 당하지 아니하므로(국가공무원법 제68조 본문), 청구인들은 철도청 직제가 폐지되었더라도 계속 공무원 신분을 유지한다고 볼 것이다.

따라서 청구인들은 이 사건 조항의 적용대상자들이 아니어서 이 사건 조항이 청구인들의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우에 해당되어 애당초 기본권침해의 가능성이나 위협성이 없으므로, 이 사건 조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 부적법하다.

3. 결 론

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

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

14. 토지보상 부작위 위헌확인

(2007. 7. 26. 2005헌마501 전원재판부)

【판시사항】

가. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 적법요건

나. 도시계획시설사업 실시계획의 인가·고시가 없고 지목이 '임야'인 토지에 대하여 행정청이 시가에 의하여 정당한 보상을 하여야 할 헌법상 작위의무가 존재하는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있고, 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도, 공권력의 주체가 그 의무를 게을리하는 경우에 한하여 허용되고, 이러한 작위의무가 인정되지 않는 경우 그 헌법소원은 부적법한 청구가 되므로, 공권력의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순하고 일반적인 주장만으로 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다.

나. 도시계획시설에 편입된 토지에 대한 수용 및 사용은 당해 도시계획시설사업에 대한 실시계획의 인가·고시가 있어야 가능하므로 도시계획시설사업 실시계획의 인가·고시가 없는 토지에 대하여 행정청은 이를 수용할 수 있는 법적인 근거가 없어 행정청이 이러한 토지를 매수하여 보상하여야 할 구체적인 작위의무가 법률로 구체화되어 있다고 할 수 없다.

도시계획시설결정 이후 사업시행이 이루어지

지 않은 채 장기간 개발행위를 하지 못하는 '변경금지의무'나 '현상유지의무'가 부과된다고 하더라도, 지목이 '대' 이외인 토지의 토지소유자로서는 도시계획시설결정에도 불구하고 당해 토지의 협의매수나 수용 시까지 그 토지를 계속 종래의 용도대로 사용할 수 있으므로, 도시계획결정으로 말미암아 토지소유자에게 이렇다 할 재산적 손실이 발생한다고 볼 수 없다. 따라서 지목이 '대'가 아니라 '임야'인 토지는 종래의 목적으로 사용하는 등 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 있어 토지소유자의 재산권과 관련하여 수인하여야 하는 사회적 제약의 범주 안에 있다 할 것이므로, 이러한 토지에 대하여 매수청구권을 인정하여 보상하여야 할 헌법상의 작위의무가 있다고 볼 수 없다.

【참조조문】

헌법 제23조

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제30조, 제32조, 제43조, 제47조 제1항, 제85조, 제88조, 제90조, 제91조, 제95조, 제96조

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제20조 제1항, 제22조, 제26조, 제28조

국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제39조 제1항

【참조판례】

가. 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513

헌재 1995. 5. 25. 90헌마196, 판례집 7-1, 669, 677

헌재 2001. 1. 18. 99헌마636, 판례집 13-1, 129, 136

나. 헌재 1996. 11. 28. 92헌마237, 판례집 8-2, 600, 607

헌재 2002. 5. 30. 2001헌마708, 공보 69, 504, 506

헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84등, 판례집 17-2, 98, 126

【당 사 자】

청 구 인 안○상

국선대리인 변호사 류지환

피청구인 의정부시장

대리인 변호사 최호영

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 의정부시 ○○동 임야 3필지 총 948㎡(이하 '이 사건 토지'라 한다)는 1954. 5. 15. 내무부 고시 제203호에 따라 도시계획시설(도시근린공원)로 결정된 이래



도시계획시설사업이 시행되지 않았고, 청구인은 1973.

2. 22. 이 사건 토지의 소유권을 취득하였다.

(2) 청구인이 국민고충처리위원회에 98고충6980호로 고충민원 신청을 하여, 위원회는 1998. 9. 1. 피청구인에게 이 사건 토지에 대하여 2002. 12. 31.까지 매수 보상하도록 시정권고 하였다.

(3) 이에 피청구인은 이 사건 토지를 협의취득하기 위하여 감정평가기관을 통하여 추정공시지가를 62,500 원/m²로 정하고, 이에 따른 손실보상액을 총 5,925만 원으로 하여 2002. 6. 24. 청구인에게 통보하였다.

(4) 청구인은 이에 응하지 아니한 채 2002. 7. 8. 이 사건 토지를 재평가해 달라는 취지의 이의신청을 하고, 피청구인을 상대로 서울행정법원 2002구합27467로 이 사건 토지를 재평가하지 않은 부작위에 대하여 위법확인 소를 제기하였으나, 2002. 11. 22. 소 각하의 판결이 선고되어 확정되었다.

(5) 피청구인은 2005. 2. 2. 이 사건 토지에 대한 가압류, 근저당 등의 부담을 전부 말소하고 재판비용을 납부하면, 청구인과 피청구인이 각기 선정한 감정평가업자의 평가액을 평균한 가액으로 이 사건 토지를 매수하겠다고 통보하였으나, 청구인이 이에도 응하지 아니하였다.

(6) 이에 청구인은 피청구인이 이 사건 토지에 관하여 도시계획결정을 한 1954. 5. 15. 이래 지금까지 도시계획사업을 시행하지 않은 채 시가에 의한 정당한 보상을 하지 않는 부작위가 재산권의 본질적 내용을 침해하여 헌법에 위반된다고, 2005. 5. 21. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 '피청구인이 이 사건 토지에 대하여 시가에 의한 정당한 보상을 하지 아니하는 부작위'가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 청구인의 주장과 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장

피청구인은 1954. 5. 15. 이 사건 토지를 도시계획시설(도시근린공원)로 결정한 이래 점유·사용하여 청구인이 이를 다른 용도로 이용하지 못하도록 하였고, 그 사용료 또한 지급하지 않았다.

국민고충처리위원회가 피청구인에게 이 사건 토지를 매수 보상할 것을 권고하였는데도, 피청구인은 이 사건 토지에 대하여 부당하게 낮은 보상액으로 협의매수할 것을 제시하였을 뿐 이 사건 토지에 대하여 정당한 보상을 하지 않았고, 피청구인의 이러한 부작위는 청구인의 재산권을 침해한다.

나. 피청구인의 답변

피청구인은 2002. 6. 24. '구 공공용지의 취득 및 손실에 관한 특례법'에 따라 2개의 감정평가법인을 선정하여 평가한 가격으로 이 사건 토지를 매수한다며 청구인에게 협의보상을 요청하고, 또 2004. 7. 23. 및 2005. 2. 2. 두 차례에 걸쳐 재감정 평가를 통하여 협의보상을 요청하였는데도, 청구인이 보상액이 적다는 이유 등으로 응하지 않았으므로, 피청구인으로서 이 사건 토지에 대한 협의보상 절차에 위법이나 위헌의 소지가 없고, 피청구인이 보상을 하지 않은 부작위 또한 없으므로 이 사건 심판청구는 부당하다.

3. 판 단

가. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있고, 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도, 공권력의 주체가 그 의무를 게을리하는 경우에 한하여 허용되고, 이러한 작위의무가 인정되지 않는 경우 그 헌법소원은 부적법한 청구가 되므로, 공권력의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순하고 일반적인 주장만으로 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 헌재 1995. 5. 25. 90헌마196, 판례집 7-1, 669, 677; 헌재 2001. 1. 18. 99헌마636, 판례집 13-1, 129, 136 등).

나. 먼저 이 사건에서 피청구인에게 헌법에서 직접 유래하는 청구인 주장의 작위의무를 부담시키는 내용이 법률상 구체적으로 규정되어 있는지 여부에 관하여 본다.

(1) '국토의 계획 및 이용에 관한 법률'(이하 '법'이라 한다)에 의한 도시계획시설사업은 ① 도시계획시설에 대한 도시관리계획의 결정(제30조, 제43조), ② 그 결정 및 지형도면의 고시·열람(제30조 제6항, 제32조), ③ 단계별 집행계획의 수립(제85조), ④ 실시계획의 작성 및 건설교통부장관·시·도지사의 인가(제88조), ⑤ 실시계획의 열람(제90조), ⑥ 실시계획의 고시(제91조) 및 ⑦ 사업의 시행(토지 등의 수용 및 사용) 등의 단계를 밟아 시행된다.

법 제95조는 도시계획시설사업에 필요한 토지의 수용 및 사용권한의 근거를 부여하는 한편, 법 제96조 제2항은 법 제91조에 의한 실시계획의 고시가 있는 때에는 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제20조 제1항 및 제22조의 규정에 의한 사업인정 및 그 고시가 있는 것으로 본다'고 하여, 도시계획시설에

편입된 토지에 대한 수용 및 사용은 결국 당해 도시계획시설사업에 대한 실시계획의 인가·고시가 있어야 가능하도록 하였다.

따라서 도시계획시설사업 실시계획의 인가·고시가 없는 이 사건 토지에 대하여는 피청구인이 이를 수용할 수 있는 법적인 근거가 없으므로, 피청구인이 이 사건 토지를 매수하여 보상하여야 할 구체적인 작위의무가 법률로 구체화되어 있다고 할 수 없다.

나아가 실시계획의 인가·고시가 있다 하더라도, 도시계획시설사업의 시행자는 그 사업 실시계획의 인가·고시로 인하여 수용사업을 시행할 권한이 부여되어 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 일정한 내용의 수용권을 설정받는다는 것일 뿐, 실시계획의 인가·고시에 포함된 모든 토지를 수용할 의무를 부담하는 것도 아니다[헌재 2002. 5. 30. 2001헌마708, 공보 69, 506; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누2191 판결(공1998상, 421) 참조].

(2) 피청구인과 청구인 사이의 이 사건 토지에 대한 매수협의를 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제20조 제1항, 제26조, 제28조의 규정에 따른 것이 아니라, 피청구인이 매수할 구체적인 법률상의 작위의무가 존재하지 않는 상황에서 청구인의 고충민원을 해소하기 위하여 임의로 이루어진 것에 지나지 않는다.

(3) 국민고충처리위원회의 시정권고를 받은 관계 행정기관의 장은 이를 존중하여야 하나('국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률' 제39조 제1항 전단), 그렇다고 그 권고가 그 상대방에 대하여 어떤 법적 구속력이나 강제력을 갖는 것이 아니므로, 이 사건 토지를 매수 보상할 것을 권고하는 내용의 국민고충처리위원회의 시정권고가 있다 하더라도 피청구인에게 이에 따라야 할 법적 의무가 생긴다고 할 수 없다(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마538 참조).

따라서 국민고충처리위원회의 시정권고에 의하여도 피청구인에게 이 사건 토지를 매수하여 보상하여야 할 법률상의 작위의무가 발생한다고 할 수 없다.

다. 다음으로 피청구인이 이 사건 토지를 수용하거나 매수 보상하여야 할 구체적인 작위의무가, 헌법의 명시적인 규정이나 헌법의 위임 또는 헌법의 해석상 발생하는지 여부에 관하여 본다.

(1) 일반적으로 도시계획사업의 시행 여부나 실시 시기는 다른 사업과의 우선순위, 재정적 여건 등 다양한 요인들을 복합적으로 감안하여 결정하여야 할 사항으로, 관할 행정청은 이에 관하여 광범위한 재량권을 가

진다(헌재 1996. 11. 28. 92헌마237, 판례집 8-2, 600, 607; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마708, 공보 69, 504).

(2) 토지재산권에 대한 사회적 제약이 수인할 수 있는 정도인지에 관하여 우리 재판소는 이미 그 판단기준을 제시한 바 있다.

즉, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한 토지소유자에게 가해지는 재산권의 제한은 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로서, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 구체화한 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 더 이상 법적으로 허용된 토지이용 방법이 없어 실질적으로 사용·수익을 할 수 없는 경우에는 토지소유자가 수인하여야 할 사회적 제약의 범주를 넘는 것으로서 이러한 경우에는 손실을 완화하는 보상적 조치가 있어야 비로소 비례원칙에 부합한다는 것이다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 956-957; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 410-411; 헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84등, 판례집 17-2, 98, 120; 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18, 판례집 18-1상, 1, 18).

(3) 구체적으로 이 사건 토지는 지목이 '임야'로서, 이렇게 지목이 '대'가 아닌 도시계획시설부지에 대하여 보상할 헌법상의 구체적인 작위의무가 있는지 문제된다.

이에 관하여 우리 재판소는 2005. 9. 29. 2002헌바84등 결정에서 그러한 작위의무가 없다고 판시하고, 법 제47조 제1항 중 '토지 중 지목이 '대'인 토지' 부분이 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다(판례집 17-2, 98, 126).

「도시계획시설결정 이후 사업시행이 이루어지지 않은 채 장기간 개발행위를 하지 못하는 '변경금지'의무'나 '현상유지의무'가 부과된다고 하더라도, 지목이 '대' 이외인 토지, 가령 임야나 전답인 토지가 도로, 학교, 녹지 등 도시계획시설로 지정된 경우, 토지소유자로서는 도시계획시설결정에도 불구하고 당해 토지의 협의 매수나 수용 시까지 그 토지를 계속 종래의 용도대로 사용할 수 있으므로, 도시계획결정으로 말미암아 토지소유자에게 이렇다 할 재산적 손실이 발생한다고 볼 수 없다.

이처럼 도시계획시설결정이 있더라도 당해 도시계획시설부지에 대하여 종래의 용도에 의한 사용이나 실질적인 사용·수익이 배제되는 경우가 아닌 한, 그로 인한 이용의 제한 및 이에 따른 현상유지의무나 지가의 하락 등은 도시계획시설부지의 권리자가 수인하여야



하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로서 재산권에 대한 침해라 할 수 없다.

그러므로 법 제47조 제1항이 지목이 대지인 토지에 대하여만 매수청구제도를 두었다 하더라도 재산권을 침해하는 규정이라 할 수 없고, 대지의 경우에만 매수청구를 허용한다고 하더라도 이는 합리적인 이유가 있는 차별이라 할 것이다.」

우리 재판소의 이와 같은 견해는 그 자체로서 타당하고, 이 사건에 있어서도 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다.

지목이 '대'가 아니라 '임야'인 이 사건 토지는 종래의 목적으로 사용하는 등 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 있어 청구인이 재산권과 관련하여 수인하여야 하는 사회적 제약의 범주 안에 있다 할 것이므로, 이 사건 토지에 대하여 매수청구권을 인정하여 보상하여야 할 헌법상의 작위의무가 있다고 볼 수 없다.

(4) 따라서 헌법상 보장된 재산권 등 기본권으로부터 이 사건 토지에 대하여 피청구인이 매수 등의 방법으로 시가에 의한 정당한 보상을 할 작위의무가 직접 도출된다고 볼 수 없다.

라. 그렇다면 피청구인의 이 사건 토지에 대한 보상의 부작위를 다투는 이 사건 심판청구는 피청구인에게 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사를 대상으로 하는 것이어서 부적법하다.

4. 결 론

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

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김종대
민형기 (주심) 이동훈 목영준 송두환

15. 가석방심사대상 제외 위헌확인

(2007. 7. 26. 2006헌마298 전원재판부)

【판시사항】

가. 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 아니한 교도소장의 행위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 해당하는지 여부(소극)

나. 법무부 예규인 가석방업무지침(2005. 3. 4. 법무부 예규 제723호) 제11조 제2항 제2호에 대한 심판청구가 청구기간을 초과한 것인지 여부(적극)

【결정요지】

가. 가석방은 수형자의 개별적

인 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 행형기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 이루어지는 재량적 조치이므로, 어떤 수형자가 형법 제72조 제1항에 규정된 요건을 갖추었다고 하더라도 그것만으로 행형당국에 대하여 가석방을 요구할 주관적 권리를 취득하거나 행형당국이 그에게 가석방을 하여야 할 법률상의 의무를 부담하게 되는 것이 아니다. 수형자는 행형당국의 가석방이라는 구체적인 행정처분이 있을 때 비로소 형기만료 전 석방이라는 사실상의 이익을 얻게 될 뿐이다.

이 사건 청구인이 형법 제72조와 행형법 제51조에 따라 '일정한 기간을 경과한 수형자로서 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없는 자'에 해당하여 가석방 심사대상자로 인정될 수 있는지 여부는 안양교도소장의 재량적 판단에 달려 있고, 청구인에게 가석방 심사를 청구할 권리가 있는 것이 아니다. 따라서 안양교도소장이 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 않았다고 하더라도 청구인의 법적 지위를 불리하게 변경하는 것이라고 할 수 없다. 그렇다면 안양교도소장이 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 아니한 행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사라고 볼 수 없다. 이 부분 청구는 부적법하다. 청구인이 안양교도소에 자신을 가석방 대상자로 심사하여 줄 것을 구술요청하였고 안양교도소장이 이를 거부하였다고 하더라도, 청구인에게 그러한 청구권이 없고 안양교도소장이 그에 응할 의무가 없으므로, 결론이 달라지지 아니한다.

나. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 자신의 기본권이 침해된 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.

청구인은 안양교도소장이 2006. 2.경 가석방업무지침을 이유로 그 가석방신청을 거부하였다고 주장하고 있으므로, 그 즈음에는 이 사건 지침에 의한 기본권침해 사유가 발생하였음을 알았다고 할 것인데, 그 때로부터 90일이 지난 2006. 12. 12. 추가 청구된 이 사건 지침에 대한 심판청구는 청구기간을 초과한 것이어서 부적법하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제69조 제1항

형법 제72조 제1항
행형법 제51조, 제52조

[참조판례]

가. 헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 422
헌재 2003. 12. 23. 2003헌마875

[당사자]

청구인 박○진
국선대리인 변호사 권성연
피청구인 안양교도소장

[주 문]

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

[이 유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 '마약류관리에 관한 법률' 위반(대마)죄(이하 '마약범죄'라 한다)로 징역 10월, 집행유예 2년을 선고받고 그 집행유예 기간 중 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률' 위반(야간·집단홍기등상해)죄(이하 '폭력범죄'라 한다)로 징역 1년 3월을 선고받아 형이 확정됨으로써 위 집행유예선고가 실효되었다.

청구인은 마약범죄에 대한 형을 모두 복역한 후 폭력범죄에 대한 형을 복역하고 있었는데, 안양교도소장이 마약범죄는 가석방의 대상이 되지 않는다는 이유로 청구인을 가석방 심사대상에서 제외하였다.

청구인은 이미 형집행이 종료된 범죄를 이유로 가석방 심사대상에서 제외하는 것은 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 주장하여 2006. 3. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하고, 2006. 12. 12. 법무부의 가석방업무지침(2005. 3. 4. 법무부 예규 제723호) 제11조 제2항이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 위 조항에 대한 헌법소원을 추가하였다.

청구인은 2006. 7. 5. 형기종료로 출소하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 안양교도소장이 청구인을 가석방심사대상에서 포함시키지 아니한 행위와 가석방업무지침(2005. 3. 4. 법무부 예규 제723호) 제11조 제2항 중 아래와 같이 밑줄친 부분(이하 '이 사건 지침'이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이다.

이 사건 지침과 관련규정은 다음과 같다.

다. 이 사건 지침

가석방업무지침(2005. 3. 4. 법무부 예규 제723호) 제11조(제한사범) ② 형집행을 90% 이상 제한사범 적용 대상은 다음 각 호와 같다.

다만, 이 경우에는 소장의 의견서를 첨부하여 신청한다.

2. 마약류사범

형법 제72조(가석방의 요건) ① 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행장이 양호하여 개선의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 10년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다.

행형법 제51조(가석방심사) ① 소장은 형법 제72조 제1항의 기간을 경과한 수형자가 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 때에는 법무부령이 정하는 바에 따라 심사위원회에 가석방심사를 신청하여야 한다.

② 심사위원회가 가석방의 적격 여부를 심사함에 있어서는 수형자의 연령, 죄명, 범죄의 동기, 형기, 행형 성적, 가석방 후의 생계수단과 생활환경, 재범의 위험성 유무 등 모든 사정을 참작하여야 한다.

③ 심사위원회가 가석방 적격결정을 한 때에는 5일 이내에 법무부장관에게 가석방허가를 신청하여야 한다. 제52조(가석방허가) 법무부장관은 제51조의 규정에 의한 심사위원회의 가석방신청이 정당하다고 인정되는 때에는 이를 허가할 수 있다.

행형법시행령 제153조(가석방심사대상자의 기준 등) 가석방심사위원회는 형법 제72조 제1항의 기간을 경과한 수형자로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 심사하여 가석방의 신청 여부를 결정하여야 한다.

1. 행형성적 심사결과 누진제급이 최상급에 속하는 자

2. 제1호 외의 수형자로 재범의 위험성이 없고 사회생활에 적응할 수 있다고 인정되는 자

2. 청구인의 주장, 피청구인의 답변 및 법무부장관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 마약범죄와 폭력범죄는 완전히 다른 별개 범죄이므로, 전자에 대한 형집행이 종료되고 후자의 형이 집행 중인 상태에서 폭력범죄도 마약범죄의 영향을 받는다는 이유로 청구인을 가석방심사대상에서 제외하는 것은 헌법이 보장하는 행복추구권과 평등권을 침해한다.

(2) 이 사건 지침은 마약범죄에 대해 아무런 정당한 근거나 기준도 없이 다른 범죄와 달리 형기의 90%에 이르기까지 가석방 심사를 받을 기회를 박탈함으로써 청구인의 헌법상 평등권과 행복추구권을 침해하여 위헌이다.

나. 피청구인의 답변요지



청구인은 가석방심사대상자가 아니다.

다. 법무부장관의 의견요지

(1) 수형자가 형법 제72조 제1항에 규정된 요건을 갖추었다고 하더라도 그것만으로 행형당국에 대하여 가석방을 요구할 주관적 권리를 취득하거나 행형당국이 그에게 가석방을 하여야 할 법률상의 의무를 부담하는 것은 아니다.

(2) 청구인에게 가석방을 요구할 주관적 권리가 없으므로 피청구인이 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 않았다고 하더라도 청구인의 기본권을 침해하는 공권력의 행사라고 할 수 없다.

(3) 청구인은 2006. 7. 5. 형집행 종료로 석방된 상태이므로 권리보호이익이 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 안양교도소장이 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 아니한 행위 부분

(1) 행형법 제51조, 제52조에 의하면 교도소장은 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 수형자를 골라 가석방심사위원회에 가석방 심사를 신청하고 가석방심사위원회가 가석방 적격결정을 하면 법무부장관에게 가석방 허가를 신청하며, 가석방 허가 여부는 법무부장관이 결정한다. 이와 같이 가석방은 수형자의 개별적인 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 행형기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 이루어지는 재량적 조치이므로, 어떤 수형자가 형법 제72조 제1항에 규정된 요건을 갖추었다고 하더라도 그것만으로 행형당국에 대하여 가석방을 요구할 주관적 권리를 취득하거나 행형당국이 그에게 가석방을 하여야 할 법률상의 의무를 부담하게 되는 것이 아니다. 수형자는 행형당국의 가석방이라는 구체적인 행정처분이 있을 때 비로소 형기만료 전 석방이라는 사실상의 이익을 얻게 될 뿐이다(헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 422; 헌재 2003. 12. 23. 2003헌마875).

이 사건 청구인이 형법 제72조와 행형법 제51조에 따라 '일정한 기간을 경과한 수형자로서 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없는 자'에 해당하여 가석방 심사대상자로 인정될 수 있는지 여부는 안양교도소장의 재량적 판단에 달려 있고, 청구인에게 가석방 심사를 청구할 권리가 있는 것이 아니다. 따라서 안양교도소장이 청구인을 가석방 심사대상에 포함시키지 않았다고 하더라도 청구인의 법적 지위를 불리하게 변경하는 것이라고 할 수 없다.

그렇다면 안양교도소장이 청구인을 가석방 심사대상

에 포함시키지 아니한 행위는 헌법재판소법 제68조 제1항이 정하는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사라고 볼 수 없다. 이 부분 청구는 부적법하다. 청구인이 안양교도소에 자신을 가석방 대상자로 심사하여 줄 것을 구술요청하였고 안양교도소장이 이를 거부하였다고 하더라도, 청구인에게 그러한 청구권이 없고 안양교도소장이 그에 응할 의무가 없으므로, 결론이 달라지지 아니한다.

나. 이 사건 지침 부분

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 자신의 기본권이 침해된 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항).

청구인은 안양교도소장이 2006. 2.경 청구인이 이 사건 지침을 이유로 그 가석방신청을 거부하였다고 주장하고 있으므로, 그 즈음에는 이 사건 지침에 의한 기본권침해 사유가 발생하였음을 알았다고 할 것인데, 그 때로부터 90일이 지난 2006. 12. 12. 추가 청구된 이 사건 지침에 대한 심판청구는 청구기간을 도과한 것이어서 부적법하다.

4. 결 론

청구인의 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하하기로 결정한다.

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

16. 상고심절차에 관한 특례법 제4조 등 위헌확인 등

(2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88·255(병합) 전원재판부)

【판시사항】

가. 심리불속행제도를 규정하고 있는 '상고심절차에 관한 특례법'(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것, 이하 '특례법'이라 한다) 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분, 제7조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

나. 심리불속행 상고기각판결의 경우 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분(이하 '이 사건 제5조 제1항'

이라 한다)이 헌법 제27조 제1항에서 보장하는 재판청구권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

가. 헌법이 대법원을 최고법원으로 규정하였다 고 하여 대법원이 곧바로 모든 사건을 상고심으로서 관할하여야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니며, “헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”가 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리를 의미한다거나 또는 상고심재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 할 수는 없다. 또한 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로, 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 이 사건 법률조항은 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 위 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 민사, 가사, 행정 등 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 이 사건 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 이미 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다. 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리불속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있으므로, 이 사건 제5조 제1항은 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 볼 수 없다.

재판관 조대현의 각하의견

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이라고 하더라도 법규의 내용이 직접 기본권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다고 주장하는 경우에는 규범통제형 헌법소원과 마찬가지로 당사자나 사건의 내용에 따라 심판내용이 달라진다고 볼 수 없으므로, 이 경우에도 기본권침해의 원인인 법규의 내용과 헌법적 쟁점이 동일하면 당사자나 사실관계가 다르더라도 동일한 사건이라고 보아야 한다.

이 사건 법률조항의 경우 이미 헌법재판소가 헌법에 위반되지 아니한다고 판단한 바 있고, 그 조항이 적용된 구체적인 사건의 내용 여하나 청구인이 누구냐에 따라서 판단 이유나 결론이 달라질 경우가 아니므로, 이 사건 청구들은 헌법재판소법 제39조에 위반되어 부적법하다는 이유로 각하하여야 한다.

재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대의견

심리불속행 상고기각 판결에 있어서 이유를 기재하지 않을 수 있도록 한 이 사건 제5조 제1항은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않을 수 있도록 함으로써, 그 판결이 과연 적절한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락하였거나 잘못 판단한 점은 없는지 등에 대해 살펴볼 가능성을 원칙적으로 차단하고 있으므로 상고인의 재판청구권을 침해할 소지가 생겨난다.

아무런 이유를 기재하지 않은 채 재판의 결론만을 선고하면서 선고와 동시에 재판이 확정되었으니 그 결과에 대해 승복하라고 요구하는 것은 일방적이고 권위주의적 권력관계를 기초로 한 과거의 전제군주 통치체제하에서라면 몰라도 근대민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며 사법에 대한 국민의 불신을 초래하여 민주주의 국가의 사법제도의 존립 근거를 위협하게 될 우려마저도 없지 않고, 또한 이유기재가 없는 재판이 가능하도록 한 이 사건 제5조 제1항은 헌법과 법률이 정한 바에 따라 재판이 이루어져야 한다는 법치주의원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.

심리불속행제도를 채택한다고 해서 심리불속행 판결에는 반드시 일체의 이유기재가 생략되어야 할 논리필연적 이유는 없을뿐더러, 판결이유를 기



재한다 해도 심리불속행하는 이유의 요지만 구체적으로 기재하면 되는 것이므로, 판결에 이유기재를 해야 한다고 해서 다수의견이 우려하듯이 신속한 재판을 저해하는 등의 공익을 해치지 않는다고 본다. 특히 심리불속행 판결에 대해서도 재심은 가능한 것이므로, 적어도 상고인이 판단유탈 등 재심사유가 있는지의 유무만은 판단할 수 있을 정도의 최소한의 이유기재는 필요한 것이다. 따라서 일체의 이유기재를 아니하여 재심청구권마저 행사할 수 없도록 하는 것은 명백한 재판청구권의 침해에 해당한다.

요컨대, 이 사건 제5조 제1항은 근대민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며, 법치주의원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.

재판관 이동홍의 보충의견

일반적으로 판결에 이유기재를 요구하는 목적은 당사자에게 법원의 판단과정을 납득시키고 불복수단을 강구하도록 하려는 것이나 간소한 사건처리를 위하여 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 소액사건의 경우(소액사건심판법 제11조의2 제3항)에서 보듯이 그 이유기재 여부는 입법재량권의 영역에 속한다고 볼 수 있고, 더구나 심리불속행 재판은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 심급제도와 관련하여 입법화된 사항인 만큼 판결이유기재를 비롯한 재판과정에 대하여 일정한 범위 내에서 입법형성권이 인정될 수 있다고 할 것이다.

그런데 판단대상이 심리불속행 사유의 존부에 국한된 심리불속행 재판의 경우 판결이유의 기재 내용도 본안의 당부를 판단하는 것이 아니라 심리불속행 사유의 존부에 그치는 것이므로 그 판결이유의 기재 목적 역시 다른 경우와 달리 볼 수 있을 것이고, 나아가 심리불속행 재판이 최종심으로서 심리불속행 사유의 존부만을 판단대상으로 한다는 점에 비추어 보면 특례법 제5조 제1항에서 그 판결이유의 기재를 생략할 수 있도록 허용하였다고 하여 재판의 본질에 위배된다거나 입법형성권에 위배된다고 볼 수는 없다. 다만, 상고 제한에 관한 외국의 여러 입법례 등에 비추어 특례법 제4조 소정의 심리불속행 사유가 있다고 인정되는 경우에 재판의 성질상 이유기재를 생략할 수 있는 ‘결정’이 아닌 ‘판결’로써 상고를 기각하도

록 한 것은 입법론적으로 재검토할 여지가 있다.

【심판대상조문】

상고심절차에 관한 특례법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분, 제7조

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항
민사소송법 제208조 제1항, 제2항, 제423조, 제424조 제1항, 제451조 제1항
소액사건심판법 제11조의2 제3항

【참조판례】

- 가. 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502
- 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마781, 판례집 14-1, 555
- 헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18, 공보 70, 594
- 나. 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502
- 헌재 2001. 2. 22. 99헌마461, 판례집 13-1, 328, 344-345

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이재욱(변호사, 2006헌마551)
2. 서○황(2007헌마88)
국선대리인 변호사 전경능
3. 별지목록과 같음(2007헌마255)
대리인 법무법인 일산
담당변호사 전문우 외 4인

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2006헌마551

(가) 청구인 이재욱은 파산자 ○○ 주식회사의 파산판재인 등이 신청한 소송비용액확정사건의 소송비용액 확정결정(서울중앙지방법원 2005카기4405)에 대하여 서울중앙지방법원에 항고하였다가(서울중앙지방법원 2005라291) 기각당한 후 대법원에 재항고를 하였다(대법원 2006마286).

(나) 대법원은 2006. 4. 24. ‘상고심절차에 관한 특례법’(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것, 이하 ‘특례법’이라 한다) 제4조, 제5조 및 제7조를 적용하여 재항고를 기각하였고, 그 결정이 2006. 5. 1. 청구인 이재욱에게 송달되었다.

(다) 이에 청구인 이재욱은 특례법 제4조, 제5조 및 제7조가 헌법상 보장된 재판청구권 및 평등권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 2006. 5. 3. 이 사건 헌법

소원심판을 청구하였다.

(2) 2007헌마88

(가) 청구인 서○황은 청구의 서울특별시장을 상대로 제기한 정보비공개결정위법확인소송의 1심(서울행정법원 2005구합21521)과 2심(서울고등법원 2005누28685)에서 모두 패소한 후 대법원에 상고하였다.

(나) 대법원은 2006. 12. 22. 특례법 제4조 및 제5조를 적용하여 상고를 기각하였고(2006두17451), 그 무렵 이 판결이 청구인 서○황에게 송달되었다.

(다) 이에 청구인 서○황은 특례법 제4조 및 제5조 등이 헌법상 보장된 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2007헌마255

(가) 별지목록 기재 청구인들(이하 '청구인 노○순 등'이라 한다)은 청구의 김○순 등이 자신들을 상대로 제기한 소유권이전등기사건의 1심(인천지방법원 2003가합7896, 2003가합10137)에서 승소하였으나 2심(서울고등법원 2004나60586, 2004나57481)에서 패소한 후 대법원에 상고하였다.

(나) 대법원은 2006. 12. 7. 특례법 제4조 및 제5조를 적용하여 상고를 기각하였고(대법원 2006다52211, 2006다52228), 그 무렵 이 판결이 청구인 노○순 등에게 송달되었다.

(다) 이에 청구인 노○순 등은 특례법 제4조 및 제5조가 헌법상 보장된 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

2006헌마551 사건의 심판대상은 특례법 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항, 제7조 부분이고, 2007헌마88 사건의 심판대상은 특례법 제2조, 제4조 제1항, 제5조 제1항 부분이며, 2007헌마255 사건의 심판대상은 특례법 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항 부분이다. 다만, 특례법 제5조 제1항 중 "민사소송법 제429조 본문" 부분은 청구인들의 기본권침해와 무관하므로 이를 제외하고 제4조에 관한 부분에 한정하기로 한다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 특례법 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분, 제7조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이고, 그 규정내용과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

상고심절차에 관한 특례법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제2조(적용범위) 이 법은 민사소송·가사소송 및 행정소송(특허법 제9장의 규정과 이를 준용하는 규정에 의한 소송을 포함한다. 이하 같다)의 상고

사건에 적용한다.

제4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각 호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때
4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때
5. 제1호 내지 제4호 외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

③ 상고이유에 관한 주장이 제1항 각 호의 사유(가압류 및 가처분에 관한 판결의 경우에는 제1항 제1호 내지 제3호의 사유)를 포함하는 경우에도 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 제1항의 예에 의한다.

1. 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때
2. 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때

제5조(판결의 특례) ① 제4조 및 민사소송법 제429조 본문의 규정에 의한 판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

제7조(제항고 및 특별항고예의 준용) 제3조, 제4조 제2항·제3항, 제5조 제1항·제3항 및 제6조의 규정은 민사소송·가사소송 및 행정소송의 제항고 및 특별항고사건에 준용한다.

[관련조항]

민사소송법 제208조(판결서의 기재사항 등) ① 판결서에는 다음 각 호의 사항을 적고, 판결한 법관이 서명 날인하여야 한다.

1. 당사자와 법정대리인
2. 주문
3. 청구의 취지 및 상소의 취지
4. 이유
5. 변론을 종결한 날짜. 다만, 변론 없이 판결하는 경우에는 판결을 선고하는 날짜
6. 법원

② 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정



할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어 방법에 관한 판단을 표시한다.

제423조(상고이유) 상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

제424조(절대적 상고이유) ① 판결에 다음 각 호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때
3. 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때
4. 법정대리인·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때
5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때
6. 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때

제451조(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중급판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.
4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때

10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때

11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때
소액사건심판법 제11조의2(판결에 관한 특례) ③ 판결서에는 민사소송법 제208조의 규정에 불구하고 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 2006헌마551

(가) 헌법 제27조 제1항 및 제101조 제2항에서 대법원을 최고법원으로 한 3심제도를 간접적으로 규정하고 있음에도 이 사건 법률조항에 의한 심리불속행제도에 의하여 실질적으로 대법원으로부터 재판을 받을 권리를 제한당하고 있다.

또한, 특례법 제4조 제1항에서 정한 심리불속행의 예외사유를 보더라도 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 판례와 상반되게 해석한 때, 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때 등으로 대법원의 자의적인 판단이 가능하도록 지극히 추상적으로 규정되어 있을 뿐 아니라 민사소송법상 절대적 상고이유 등이 담긴 상고에 대하여도 심리불속행이 가능하도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 우연한 사정이나 대법원의 자의에 의한 판단을 배제할 수 없게 되어 있다.

나아가 헌법 제27조 제1항에 의한 국민의 재판을 받을 권리에는 대법원에서 당사자의 주장에 대한 당부를 심판받는 것을 내용으로 한 재판을 받는 것을 포함하는 것으로 여기에는 청구의 인용 여부에 대한 결론과 그에 이르게 된 이유에 대한 설시가 있어야 할 것인데, 심리불속행사유에 해당하는 경우 이유를 설시하지 아니하도록 한 특례법 제5조 제1항은 상고를 제기한 국민으로 하여금 특례법 제4조의 어느 사유로 인하여 심리불속행 상고기각판결을 받는지조차 알 수 없도록 한다.

따라서 이 사건 법률조항은 상고를 제기한 국민으로 하여금 원심판결의 위법에 대한 판단을 받을 기회를 박탈하는 것으로서 청구인의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해할 뿐 아니라 합리적 이유 없이 차별적 취급을 하여 평등권 등을 침해하는 것이다.

(나) 심리불속행 재판은 실질적으로는 본안심리를 거부하는 것으로서 본안전 사항에 해당하는 것임에도 본안사항인 것처럼 규정한 특례법 제4조 제1항은 청구인이

인지액을 환급받을 기회를 박탈하는 결과를 초래하는 등 합리적 이유 없이 다른 본안전 사항과 차별적 취급을 하고 있다.

(다) 심리불속행의 적용범위를 민사소송 등 사건에 국한하고 형사소송 사건을 제외하도록 규정한 특례법 제7조는 합리적 이유 없이 민사소송 등 사건과 형사소송 사건을 차별적으로 취급한 경우에 해당한다.

(2) 2007헌마88

아래 부분을 추가하는 외에는 2006헌마551 사건의 청구인 주장 중 (가) 부분과 대체로 같다.

행정소송은 그 공익성을 고려하여 행정소송법에 직권탐지주의와 직권조사에 관한 규정을 두고 있는 등 민사소송에 비하여 납소의 우려가 적음에도 불구하고 특례법 제2조에서 이러한 행정소송의 특성을 무시하고 행정소송을 심리불속행의 적용대상에 포함시킨 것은 청구인의 재판청구권과 행복추구권을 침해한 것이다.

(3) 2007헌마255

2006헌마551 사건의 청구인 주장 중 (가) 부분과 대체로 같다.

나. 관계기관의 의견

(1) 법무부장관의 의견(2006헌마551)

이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 심리불속행제도는 이른바 납상고 사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 제도로서, 헌법재판소에서는 이미 심리불속행제도에 관하여 위헌이 아니라고 결정한 바 있고, 나아가 이 사건 법률조항은 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성을 인정할 수 있으므로, 과잉금지 원칙에 위배될 정도로 국민의 재판청구권을 침해하거나 합리적 이유 없이 차별한다고 볼 수 없다.

(2) 법원행정처장의 의견(2007헌마88)

법무부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 심리불속행제도의 의의 및 입법목적

특례법 제4조 및 제5조가 규정하고 있는 심리불속행제도는, 민사·가사·행정·특허 등 소송사건에서 상고심의 초기단계에 대법원이 상고이유의 당부에 관하여 판단하기에 앞서 상고인이 주장한 상고이유에 민사소송법상의 적법한 상고이유가 실질적으로 포함되어 있는가를 검토한 후 이에 해당하지 아니한 경우에는 상고심의 심리를 속행하지 아니하고 바로 상고기각판결

을 할 수 있게 한 절차이다.

심리불속행제도는 과거의 상고허가제와는 달리 모든 당사자에게 상고를 폭넓게 허용하되, 상고인이 주장하는 상고이유 중에서 민사소송법 제423조에 정해진 법률상의 상고이유, 즉 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반에 관한 사항이 실질적으로 포함되어 있지 아니한 경우까지 다른 상고사건과 동등하게 취급하는 것은 상고심절차를 지연시키는 부당한 결과를 초래하므로 상고심의 초기단계에서 이러한 무의한 상고에 해당하는지 여부를 신속히 판단함으로써 상고로서의 의미가 없거나 나아가 상대방의 권리실현을 부당하게 저지하려는 의도가 담긴 납상고를 제한하려는 것이 그 제도의 본질이라고 할 수 있다.

나. 심리불속행제도의 내용

(1) 심리불속행 사유

심리불속행의 판단 대상은, 상고인이 주장한 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는가 여부이고, 그 원칙적인 판단기준은 민사소송법 제423조의 규정이라 할 것이므로, 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 상고가 아닌 경우에는 심리를 속행하지 아니하게 된다.

다만 특례법 제4조 제1항, 제3항에서는 당사자의 예측가능성과 법적안정성을 도모하기 위하여 불속행사유를 보다 구체적으로 규정하고 있는바, 이에 따라 특례법 제4조 제1항은 “대법원은 상고이유에 관한 주장이 일정한 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.”고 규정하고, 또한 같은 조 제3항에서는 “상고이유에 관한 주장이 위 사유를 포함하는 경우에도 그 주장자체로 보아 이유가 없거나 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 경우에 해당하는 때에는 위의 예에 의한다.”고 심리불속행사유를 구체적으로 규정하고 있는 것이다.

위와 같은 심리불속행사유와 관련하여 입법정책적인 측면에서 다른 견해가 있을 수 있으나, 우선 민사소송법 제424조 제1항 제6호 소정의 ‘이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때’를 특례법 제4조 제1항의 심리불속행사유에서 제외한 것은 당사자들이 실제로는 법령위반이나 채증법칙위반에 불과한 것도 모두 ‘이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때’로 주장하여 심리불속행으로 나아가도록 하여 심리불속행제도의 입법목적이 무색해질 우려가 있다는 점이 고려된 것으로서 이를 제외하더라도 ‘이유를 밝히지 아니하거나 이



유에 모순이 있는 때'에는 같은 항 제5호 소정의 '중대한 법령위반'에 해당한다고 해석할 수 있고, 다음으로 특례법 제4조 제3항에 대하여는 절대적 상고이유에 해당하더라도 심리불속행 여부를 심리하는 정도의 간단한 심리만으로도 그 위법이 원심판결에 영향을 미치지 아니하였음이 명백한 경우에 한하여 심리불속행사유에서 제외하려는 것으로 이해될 수 있는 것이며, 나아가 민사소송법상의 재심사유와 심리불속행사유의 관계에 대하여 보면, 재심사유 중 민사소송법 제451조 제1항 제1호 내지 제3호는 특례법 제4조 제1항 제6호에 의해 심리불속행사유에 해당하고, 나머지 재심사유는 이를 상대적 상고이유로 보더라도 같은 항 제5호 소정의 '중대한 법령위반'에 해당한다고 해석할 수 있는 것이다.

나아가 헌법재판소는 "특례법 제4조 제1항 각 호에서 심리불속행의 예외사유를 객관적이고 구체적으로 규정하여 구체적인 사건의 상고이유와 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 결정을 배제하고 있다."고 판시한 바 있고(헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502, 520), 특히 심리불속행의 예외사유 중 '대법원판례 위반'과 '중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때'와 관련하여 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바도 있다(헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18, 공보 70, 594, 598-599).

(2) 심리불속행 재판의 성질

심리불속행 재판은 상고제기의 절차가 적법히 이루어졌는지를 검토하여 부적법한 경우에 선고되는 상고각하의 재판과는 달리, 상고제기의 절차가 적법함을 전제로 하여 상고장에 기재된 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는가를 판단하는 것으로서 그 범위에서 실체판단의 성격을 가진다고 할 것이다. 결론적으로 심리불속행 재판은 상고각하의 형식판단과 상고이유를 심리한 결과 이유 없다고 인정되는 경우에 내려지는 상고기각의 실체판단과의 중간적 지위를 가진 재판이라 할 것이다.

(3) 심리불속행 상고기각판결

특례법 제5조 제1항에 따라 심리불속행의 사유로 인한 상고기각판결은 이유를 기재하지 아니할 수 있다. 이는 심리불속행판결의 경우 실질적으로 법적 문제가 없어 상고심이 그에 대한 이유를 기재하는 것이 별 의미가 없고 오히려 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키게 되므로 판결이유를 쓰는 시간을 절약함으로써 상고심의 부담을 경감시키려는 취지이다. 나아가 위 상고기각판결은 선고를 하지 아니하며 상고인에게 송달됨으로써 그 효력

이 생긴다(특례법 제5조 제2항).

다. 이 사건 '법률조항의 위헌 여부

(1) 심리불속행제도에 대한 헌법재판소의 선례

이 사건 법률조항 중 특례법 제2조 및 제7조는 행정소송사건 등에 심리불속행제도를 적용하거나 재항고사건 등에 심리불속행제도를 준용하도록 하는 규정으로서 결국 이 사건의 실질적 쟁점은 특례법 제4조 및 제5조가 규정하는 심리불속행제도의 위헌 여부라고 할 것이다. 그런데 헌법재판소는 이미 심리불속행제도를 규정한 구 '상고심절차에 관한 특례법'(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 및 특례법 제4조 및 제5조(그 중 제4조 제2항과 제5조 제3항은 이를 제외한다. 이하 같다) 등과 관련하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있고 여기에는 특례법 제2조 및 제7조를 심판대상으로 한 사건도 포함되어 있는바(헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마781, 판례집 14-1, 555; 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마441 등), 그 결정요지를 보면 다음과 같다.

「① 헌법 제101조 제2항은 "법원은 최고법원인 대법원과 각급 법원으로 조직된다."고 규정하고, 헌법 제102조 제3항은 "대법원과 각급 법원의 조직은 법률로 정한다."고 규정하여 대법원을 최고법원으로 하고 그 아래에 심급을 달리하여 각급 법원을 두도록 하고 있다. 헌법이 위와 같이 대법원을 최고법원으로 규정하였다고 하여 대법원이 곧바로 모든 사건을 상고심으로서 관할하여야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니다. 헌법 제102조 제3항에 따라 법률로 정할 "대법원과 각급 법원의 조직"에는 그 관할에 관한 사항도 포함되며, 따라서 대법원이 어떤 사건을 제1심으로서 또는 상고심으로서 관할할 것인지는 법률로 정할 수 있는 것으로 보아야 하기 때문이다.

② 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있으므로 국민은 법률에 의한 정당한 재판을 받을 권리가 있고, 하급심에서 잘못된 재판을 하였을 때에는 상소심으로 하여금 이를 바로 잡게 하는 것이 재판청구권을 실질적으로 보장하는 방법이 된다는 의미에서 심급제도는 재판청구권을 보장하기 위한 하나의 수단으로 이해할 수 있다.

그러나 여기에서 말하는 "헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리"가 사건의 경중을 가리지 아니하고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리를 의미한다거나 또는 상고심재판을 받을 권리를 의미하는

것이라고 할 수는 없다. 왜냐하면 상고제도의 목적을 “법질서의 통일과 법발견 또는 법창조에 관한 공익의 추구”에 둘 것인지, 아니면 “구체적인 사건의 적절한 판단에 의한 당사자의 권리구제”에 둘 것인지, 또는 양자를 다같이 고려할 것인지는 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 그 중 어느 하나를 더 우위에 두었다고 하여 헌법에 위반되는 것은 아니기 때문이다. 다시 말하면, 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견 차원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다.

③ 심리불속행제도를 규정하고 있는 특례법 제4조·제5조는, 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 위와 같은 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 그 합리성을 인정할 수 있으므로 헌법에 어긋나는 것이라고 할 수 없다. 즉, 특례법 제4조·제5조가 규정하는 심리불속행제도의 내용은 상고제도에 의한 법질서의 통일과 구체적 사건에서의 권리구제와도 조화를 이루고 있기 때문이다.

만일, 법이 심리불속행의 사유(또는 그 예외사유)를 재판부의 업무부담 등 예측할 수 없는 사정을 그 기준으로 규정하였다면 이는 법치국가에서 용인될 수 없는 법적 불안을 야기시키는 것이고 평등의 원칙에도 위배된다고 할 것이나, 특례법 제4조, 제5조는 심리불속행의 예외사유를 객관적이고 구체적으로 규정하여 구체적 사건의 상고이유와 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 결정을 배제하고 있다. 그러므로 특례법 제4조, 제5조는 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 민사·가사·행정 등 소송사건에 있어서 상고심 재판을 받을 수 있는 객관적인 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

(2) 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대한 판단

(가) 특례법 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제7조에 관한 부분

위와 같이 헌법재판소는 종전의 여러 결정에서 “특례법 제4조가 심리불속행의 예외사유를 객관적이고 구체적으로 규정하여 구체적인 사건의 상고이유와 관계없는 우연한 사정이나 법원의 자의에 의한 결정을 배제하고 있다.”고 판시하여 왔을 뿐 아니라 심리불속행을 행정소송에 적용한 특례법 제2조나 재항고사건에 준용한 특례법 제7조에 대하여도 합헌결정을 한 바 있다.

이 사건에서 청구인들이 내세우는 주장내용은 심리불속행제도의 내용과 헌법재판소의 종전결정 등에 비추어 특례법 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제7조의 해석론에서 비롯된 것이거나 입법정책상의 타당성을 비판하는 것에 지나지 않는다.

나아가 종전결정 이후의 제반 사정을 감안하더라도 이 사건에서 종전결정과 달리 판단하여야 할 아무런 사정변경도 없는데, 그렇다면 심리불속행제도와 관련된 특례법 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제7조가 청구인들의 재판청구권, 평등권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다.

(나) 특례법 제4조 제1항, 제7조와 관련한 청구인 이재욱의 평등권 침해 주장 부분

앞서 본 바와 같이 심급제도에 관하여 광범위한 입법형성권이 인정되는 이상 특례법 제4조 제1항, 제7조와 관련한 평등권 심사에 있어 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 판단하면 될 것인바, 일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편, ①의 요건에 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한 한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59).

우선, 심리불속행 재판이 실질적으로 본안전 사항에 해당함에도 불구하고 이와 달리 규정한 특례법 제4조 제1항으로 말미암아 상고장각하명령 등 다른 본안전 사항과 차별취급이 이루어진다는 취지의 청구인 이재욱의 주장내용에 관하여 본다. 앞서 본 바와 같이 심리불속행 재판은 상고각하의 형식 판단과 상고이유를 심리한 결과 이유 없다고 인정되는 경우에 내려지는 상고기각의 실제판단과의 중간적 지위를 가진 재판이므로, 상고장 자체가 부적법하다 하여 수리할 수 없다는 취지의 재판인 상고장각하명령(민사소송법 제425조, 제402조)이나 소송요건 등을 흠결하여 부적법하다는 취지의 재판인 상고각하(민사소송법 제425조, 제413조)와 동일하게 볼 수는 없다. 따라서 심리불속행 재판은 상고장각하명령 등 본안전 사항과 본질적으로 같지 않은 것이므로, 특례법 제4조 제1항에 의한 차별취급 자체가



존재한다고 할 수 없다.

다음으로, 특례법 제7조에 의한 평등권 침해 주장에 관하여 본다. 특례법 제7조는 민사소송·가사소송 및 행정소송의 재항고, 특별항고 사건에 준용되나 형사사건의 경우에는 그 준용대상에 포함되지 않는다. 원래 심리불속행제도는 민사소송법상의 남상고를 여과하기 위하여 민사소송에 국한됐던 상고허가보다 그 범위를 확대하여 입법화한 것인데, 형사사건을 특례법 제7조의 준용범위에서 제외된 것은 심리불속행제도의 이러한 입법연혁적 측면뿐 아니라 피고인의 신체의 자유에 영향을 미치는 형사소송의 특성상 남상고의 억제보다는 신중한 사건처리가 요구된다는 점 등이 고려된 결과이므로, 심리불속행의 준용범위를 규정한 특례법 제7조에서 형사소송이 제외된 것에는 충분히 합리성이 있다고 할 것이다.

따라서 특례법 제4조 제1항, 제7조 부분이 평등권에 위배된다고 볼 수도 없다.

(다) 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분

앞서 본 바와 같이 특례법 제4조 및 제5조에서 규정하는 심리불속행제도는 남상고 사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 제도로서 그 입법취지 및 규정내용 등에 비추어 충분히 합리성이 인정된다. 이러한 입법취지 등을 고려하여 특례법 제5조 제1항에서는 판결에 이유를 기재하여야 한다는 민사소송법 제208조의 특칙으로서 심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 것이다. 또한 특례법 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 이 부분 조항을 포함한 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다.

한편 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리불속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

따라서 심리불속행 재판의 판결이유를 생략하도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분은 그 입법취지 등에 비추어 합리성이 인정될 뿐 아니라

이 사건에서 중전결과 달리 판단하여야 할 아무런 사정변경도 없으므로, 이 부분 조항이 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 볼 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조대현의 아래 5.와 같은 각하의견, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 아래 6.과 같은 반대의견, 재판관 이동흡의 아래 7.과 같은 보충의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 조대현의 각하의견

헌법재판소법 제39조는 “이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다”고 규정하고 있는데, 이는 동일한 사건에 대한 심판을 필요 없이 반복하지 말라는 취지이다. 여기서 “동일한 사건”인지의 여부는 심판의 종류에 따라 구분하여 판단하여야 한다. 구체적인 분쟁의 해결을 목적으로 하는 탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판과 공권력에 의한 기본권의 침해 여부를 심판대상으로 삼는 권리구체형 헌법소원 심판에서는 당사자와 쟁점 및 사실관계까지 동일하여야 동일한 사건이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 법률의 위헌 여부를 심판대상으로 삼는 심판에서는 당사자나 재판의 전제가 되는 당해 사건의 여하에 따라 심판내용이 달라지는 것이 아니므로 심판대상인 법률조항과 헌법적 쟁점이 동일하면 동일한 사건에 해당된다고 보는 것이 상당하다. 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이라고 하더라도 법규의 내용이 직접 기본권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다고 주장하는 경우에는 규범통제형 헌법소원과 마찬가지로 당사자나 사건의 내용에 따라 심판내용이 달라진다고 볼 수 없으므로, 이 경우에도 기본권침해의 원인인 법규의 내용과 헌법적 쟁점이 동일하면 당사자나 사실관계가 다르더라도 동일한 사건이라고 보아야 한다.

이 사건 청구인들이 기본권 침해의 원인으로 내세우는 ‘상고심절차에 관한 특례법’ 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항, 제7조에 대해서는 헌법재판소가 이미 별표와 같이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다. 그리고 위 조항들에 대하여 이미 심판한 사건과 이 사건의 헌법적 쟁점은 모두 위 법률조항들의 내용이 재판청구권을 침해하는지 여부이고, 그 조항들이 적용된 구체적인 사건의 내용 여하나 청구인이 누구냐에 따라서 판단 이유나 결론이 달라질 경우가 아니다.

더구나 2006헌마466 사건은 이 사건 청구인 이재욱이 청구한 것이었다.

심판대상	헌법재판소 결정
제2조	2002. 5. 30. 선고 2001헌마781
제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항	1997. 10. 30. 선고 97헌바37등, 2006. 7. 27. 선고 2006헌마466
제7조	2004. 3. 25. 선고 2003헌마591 2006. 4. 27. 선고 2004헌마441

그러므로 위 법률조항들에 대한 이 사건 청구들은 헌법재판소법 제39조에 위반되어 부적법하다는 이유로 각하하여야 한다.

6. 재판관 김희욱, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대이견

우리는 이 사건 심판대상 중 심리불속행제도를 규정하고 있는 위 특례법 제4조 자체가 위헌이라고는 보지 않는다. 그러나 심리불속행 상고기각 판결에 있어서 이유를 기재하지 않을 수 있도록 한 같은 법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분(이하 '이 사건 제5조 제1항'이라 한다)은 헌법에 위반된다고 보므로 아래와 같이 반대이견을 밝힌다.

가. 이 사건 제5조 제1항의 문제점과 재판청구권의 침해

심리불속행 상고기각은 상고이유의 당부에 관하여 판단하기에 앞서 상고인이 주장한 상고이유에 민사소송법상의 적법한 상고이유가 실질적으로 포함되어 있는가를 검토한 후 이에 해당하지 않는다고 판단될 경우 본안에 관한 심리를 더 이상 속행하지 않은 채 상고를 기각하는 것이므로 심리불속행 상고기각 판결에서는 본안에 관한 이유를 기재할 수 없음이 자명하다. 따라서 이 사건 제5조 제1항에서 우리가 문제 삼는, 기재가 생략되어서는 안 될 "이유"란 상고사건의 본안에 관한 이유가 아니라 "심리불속행의 이유"를 의미하는 것이다.

그런데 심리불속행으로 상고를 기각하면서 그 이유를 기재하지 않는 경우 상고한 당사자로서는, 상고가 적법함에도 불구하고 상고사건에 대한 대법원의 중독적인 판단이 거부되었을 뿐 아니라 자신이 주장한 상고이유가 왜 심리불속행 사유에 해당되는지에 대해서도 아무런 이유를 제시받지 못한 채 패소의 확정판결을 받게 되는 것이므로 그 결론의 적법 타당성을 알 방법이 없고 심지어 판단유타과 같은 재심사유가 있는지 여부조차 알 수가 없다.

결국 이 사건 제5조 제1항은 대법원의 심리불속행

상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않을 수 있도록 함으로써, 그 판결이 과연 적절한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락하였거나 잘못 판단한 점은 없는지 등에 대해 살펴볼 가능성을 원천적으로 차단하고 있으므로 상고인의 재판청구권을 침해할 소지가 생겨난다.

나. 국민주권주의와 법치주의 아래서의 재판

(1) 국민주권주의와 재판

헌법은 대한민국의 주권이 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 점을 명백히 선언하고 있다(제1조 제2항). 국가권력의 하나인 사법권 역시 국민으로부터 나오는 것이므로 현실적으로는 법관이 재판을 담당하지만 이념적으로는 국민으로부터 위임받은 권한을 법관이 행사할 뿐이다. 이것은 곧 국민이 국민의 이름으로 재판하고 재판을 받는다는 것을 의미하는 것으로 치자와 피치자의 동일성을 핵심 원리로 하는 민주주의 국가의 사법이념이기도 하다.

따라서 국민주권주의가 확립된 오늘날의 민주주의 국가에서는, 재판권을 행사하는 자가 치자로서 갖는 고유한 힘에 의해 재판했다는 이유로 그 재판이 정당화되거나 그 결과에 복종을 요구할 수 있는 권위가 인정되지는 않는다. 재판이 정당성을 확보하고 권위를 인정받기 위해서는 납득할 만한 합리적인 이유를 통해 국민을 설득할 수 있어야 하고 필요한 최소한도의 불복 방법을 보장해 주어야 한다.

재판에서 당사자를 설득하기 위한 노력이 바로 이유의 제시이고 이러한 이유의 제시야말로 최소한의 불복 방법을 보장해 주는 수단이 된다.

아무런 이유를 기재하지 않은 채 재판의 결론만을 선고하면서 선고와 동시에 재판이 확정되었으니 그 결과에 대해 승복하라고 요구하는 것은 일방적이고 권위주의적 권력관계를 기초로 한 과거의 전제군주 통치체제하에서라면 몰라도 근대민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며 사법에 대한 국민의 불신을 초래하여 민주주의 국가의 사법제도의 존립 근거를 위협하게 될 우려마저도 없지 않다.

(2) 법치주의와 재판

재판은 법치주의의 핵심 제도로서 구체적인 사건을 놓고 거기에 헌법과 법률을 적용해 무엇이 법인가를 선언함으로써 분쟁을 해결하는 절차이다. 투표에 의한 표결이나 추천 또는 일방적 지시 등을 통해서도 분쟁을 해결할 수는 있겠지만 법치주의하에서의 재판절차가 그와 같은 방법들과 본질적으로 다른 점은 헌법과 법률에 따라 결론이 도출된다는 점에 있는 것이다.



그런데 구체적인 재판에서 확정된 결론만 있고 그 결론에 이르는 이유가 없다면 그 재판이 헌법과 법률에 따라 판단된 것인지 여부를 알 길이 없다. 재판절차를 형성하는 법률이, 헌법과 법률에 따라 판단한 것인지 여부를 알 수 없도록 하는 재판을 허용하고 있다면, 재판절차를 형성하고 있는 그 법률은 법치주의의 원리에 반하는 법률이라고 하지 않을 수 없다.

또한 재판의 본질은 재판을 청구한 당사자의 주장에 대한 법원의 응답이며 그 응답이 바로 이유의 기재라 볼 수 있을진대, 이유를 제시하지 않아도 되는 재판을 해도 된다고 하면 그런 재판은 재판의 본질에 반해 부당할 뿐 아니라 그런 재판을 하는 법원으로서도 자신의 판단이 과연 헌법과 법률에 따라 적정하게 이루어진 것인지에 대해 스스로 검토할 계기가 줄어들게 되므로 자의적 판단에 빠질 위험성도 그만큼 커지게 된다.

결국 이유기재가 없는 재판이 가능하도록 한 이 사건 제5조 제1항은 헌법과 법률이 정한 바에 따라 재판이 이루어져야 한다는 법치주의원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.

다. 다수의견에 대한 비판

(1) 다수의견은 이 사건 제5조 제1항의 입법취지를 남상고 사건을 신속하게 처리하여 정당한 상고인의 재판받을 권리를 충실히 하도록 하려는 것이라고 보고 있는데, 이는 곧 대법원의 업무 부담을 완화하여 사건 처리의 효율성을 높이려는 것으로 이해된다. 그러나 법원의 업무부담 경감은 인력이나 조직의 확충, 관할의 조정 등과 같은 제도의 개선을 통해 해결하여야 할 것이지 국민주권주의 아래서의 법치주의 이념에 반하거나 재판의 본질에 반하는 방법인 이유의 기재를 하지 않는 방법을 통해 해결할 일은 아니다.

(2) 모든 재판에서 반드시 이유기재가 있어야만 한다고 할 수 없다. 아주 경미한 사건이거나 불복이 보장되는 하급심 재판에서는 신속한 재판을 위해 이유기재를 생략하더라도 재판청구권 침해의 문제는 생기지 않는다.

그래서 결정이나 명령 형식의 재판에서는 이유기재를 생략할 수 있도록 한 규정이 있어도 이를 위헌이라 볼 것은 아니고, 또 소액의 민사사건에 대한 판결이 이유기재를 생략하더라도 선고 시 그 이유의 요지가 구술로 설명되고, 그 사건의 항소심 판결에서는 이유기재가 생략될 수 없기 때문에 소액사건심판법 제11조의2 제3항이 국민의 재판청구권을 침해한다고 볼 것도 아니다.

그러나 상고심 판결의 경우는 다르다. 그 재판형식이 판결이고, 또 그 판결은 더 이상 불복을 할 수가 없는 최종적인 판결이다. 뿐만 아니라 심리불속행되는 상고사건의 범위에 대한 아무런 제한조차 없다. 따라서 아무리 중요하고 소가가 큰 사건이라 해도 그 사건의 성질이나 내용 기타 그 사건이 당사자에게 미치는 효과의 경중을 묻지 않고 일체의 이유기재가 없는 재판의 길을 열어놓고 있는 이 사건 제5조 제1항은 국민의 재판청구권을 침해하는, 명백히 부당한 입법이다.

(3) 심리불속행제도를 채택한다고 해서 심리불속행 판결에는 반드시 일체의 이유기재가 생략되어야 할는 리필연적 이유는 없을뿐더러, 판결 이유를 기재한다 해도 심리불속행하는 이유의 요지만 구체적으로 기재하면 되는 것이므로, 판결에 이유기재를 해야 한다고 해서 다수의견이 우려하듯이 신속한 재판을 저해하는 등의 공익을 해치지는 않는다고 본다. 특히 심리불속행 판결에 대해서도 재심은 가능한 것이므로, 적어도 상고인이 판단유탈 등 재심사유가 있는지의 유무만은 판단할 수 있을 정도의 최소한의 이유기재는 필요한 것이다. 따라서 일체의 이유기재를 아니하여 재심청구권마저 행사할 수 없도록 하는 것은 명백한 재판청구권의 침해에 해당한다.

(4) 한편 '민사소송 등 인지법' 제14조 제1항은 심리불속행 상고기가 판결을 인지의 환급 대상에서 제외하고 있는데, 다수의견은 심리불속행 상고기가 판결이 단순한 적법요건의 구비 여부에 대한 판단이 아니라 법률이 정한 상고이유가 있는지 여부를 실질적으로 판단하는 재판이며 원심판결의 내용에 대한 전면적인 재검토를 필요로 하는 판결이라는 점에서 그 정당성을 찾고 있다.

그러면서도 심리불속행 판결에 이유를 기재 않아도 된다고 할 때에는 반대로 심리불속행 기간 판결이 실제에 관한 중국검토 없이 사건의 개요만 파악해 더 이상 심리를 속행할 필요가 없어 간략하고 신속히 종결 처리되었다는 이유를 내세우는데, 이는 인지액 환급을 하지 않아도 된다는 이유를 제시할 때와는 모순되고 합리성이 없다. 따라서 인지액 환급을 안 해도 된다면 이유기재는 해 주어야 함이 타당하다.

(5) 심리불속행제도는 '구 소송촉진등에 관한 특례법'상의 상고허가제도가 국민의 재판청구권을 침해한다는 비난을 받고 폐지되면서 도입된 제도이다. 그러나 심리불속행 상고기가 판결이 모두 이유기재 없이 이루어진다면 상고허가제가 폐지되기 전이나 후나 국민 입장에서

별 차이가 없고, 따라서 여전히 재판청구권을 침해한다는 비난을 면하기가 어렵다.

(6) 다수의견은 대법원 판결이 비록 이유를 구체적으로 기재하지 않았더라도 그 속에는 특례법 제4조 소정의 심리불속행 제외사유에 관한 판단을 한 결과, 거기에 해당하는 점이 없었기 때문에 이유기재가 생략되었을 뿐이므로 이유 불기재가 되었다 해도 재판청구권을 침해한 것은 아니라는 판단에 바탕을 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 그와 같은 판단은 재판을 담당하는 대법원이 할 성질의 것이 아니다. 그것은 재판 받는 당사자나 제3자가 해야 할 일이다. 만약 위와 같은 논거를 내세워 이유기재를 생략할 수 있다면 모든 기각판결이나 무죄판결에서도 이유기재가 생략될 수 있다는 입론도 가능한데(즉 원고 주장의 모든 점이 이유 없다고 판단되었기 때문에 이유기재 없이도 청구기각 판결을 할 수 있고, 검사가 제기한 공소사실이 모두 인정되지 않았기 때문에 이유 실시할 필요 없이 무죄판결을 할 수 있다는 입론) 이것이 앞서 본 바와 같이 법치주의하의 판결의 본질에 어긋나는 부당한 것임은 말할 필요도 없다.

라. 결론

이 사건 제5조 제1항은 청구인들의 재판청구권을 침해하여 헌법에 위반된다.

7. 재판관 이동흡의 보충의견

나는 이 사건 심판청구를 기각하여야 한다는 결론에는 동의하지만 그 이유 중 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 대한 부분과 관련하여 다수의견에 대하여 다음과 같이 보충하여 판단하기로 한다.

판결서에는 원칙적으로 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격, 방어방법에 관한 판단을 표시하여야 하고(민사소송법 제208조 제2항), 만약 판결에 이유를 밝히지 않거나 이유에 모순이 있는 때에는 절대적 상고이유가 된다(민사소송법 제424조 제1항 제6호). 그렇다면 판결로 상고기각을 하는 심리불속행 재판의 경우에도 원칙적으로 다른 판결들과 마찬가지로 심리불속행 재판에 이르게 된 이유와 관련하여 당사자의 주장 등에 대한 판단을 표시하여야 마땅하다.

그런데 심리불속행 재판의 경우에는 민사소송법 제208조의 특칙인 특례법 제5조 제1항에 의하여 판결에 이유를 기재하지 아니할 수 있는바, 이는 다수의견이 지적하는 바와 같이 남상고 사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 심리불속행제도의 입법취지에서 비롯되

었다고 볼 수도 있으나 이미 심리를 개시하였다가 판결의 형식으로 종결하는 특수성에 비추어 다음과 같은 사정도 고려되어야 할 것이다.

일반적으로 판결에 이유기재를 요구하는 목적은 당사자에게 법원의 판단과정을 납득시키고 불복수단을 강구하도록 하려는 것이나 간이한 사건처리를 위하여 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 소액사건의 경우(소액사건심판법 제11조의2 제3항)에서 보듯이 그 이유기재 여부는 입법재량권의 영역에 속한다고 볼 수 있고, 더구나 심리불속행 재판은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 심급제도와 관련하여 입법화된 사항인 만큼 판결이유 기재를 비롯한 재판과정에 대하여 일정한 범위 내에서 입법형성권이 인정될 수 있다고 할 것이다.

그런데 판단대상이 심리불속행사유의 존부에 국한된 심리불속행 재판의 경우 판결이유의 기재내용도 본안의 당부를 판단하는 것이 아니라 심리불속행사유의 존부에 그치는 것이므로 그 판결이유의 기재 목적 역시 다른 경우와 달리 볼 수 있을 것이고, 나아가 심리불속행 재판이 최종심으로서 심리불속행사유의 존부만을 판단대상으로 한다는 점에 비추어 보면 특례법 제5조 제1항에서 그 판결이유의 기재를 생략할 수 있도록 허용하였다고 하여 재판의 본질에 위배된다거나 입법형성권에 위배된다고 볼 수는 없다. 다만, 상고제한에 관한 외국의 여러 입법례 등에 비추어 특례법 제4조 소정의 심리불속행사유가 있다고 인정되는 경우에 재판의 성질상 이유기재를 생략할 수 있는 '결정'이 아닌 '판결'로써 상고를 기각하도록 한 것은 입법론적으로 재검토할 여지가 있음을 지적해 둔다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면, 심리불속행 재판의 판결이유를 생략하도록 규정한 특례법 제5조 제1항은 당사자에게 법원의 판단과정을 충분히 납득시킬 수 없는 측면이 있기는 하나, 심리불속행제도의 여러 특수성을 감안한다면 입법형성권을 벗어날 정도로 합리성을 상실하였다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

따라서 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분이 위헌이라고 볼 수는 없다.

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

[별 지] 청구인 명단 : 생략



17. 국가공무원법 제33조 위헌확인

(2007. 7. 26. 2006헌마764 전원재판부)

【판시사항】

“금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자는 공무원에 임용될 수 없다”고 규정한 국가공무원법 제33조 제1항 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 공무원임권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소는 1997. 11. 27. 선고 95헌바14 등 결정에서 “금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자는 공무원에 임용될 수 없다”고 규정한 국가공무원법 제33조 제1항 제4호에 대하여 합헌으로 판단한 바 있고, 일반적으로 실형인 경우 집행유예보다 공직에 대한 신뢰를 해하는 정도가 더 크고 그만큼 원활한 공무수행에 지장을 초래할 우려도 더 높은 점을 감안하면, 이 사건 법률조항이 위 신뢰의 경우보다 공무원 임용을 불합리하게 더 제한하고 있다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항 또한 공무원임권을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

국가공무원법 제33조 제1항 제3호

【참조판례】

헌재 1997. 11. 27. 95헌바14, 판례집 9-2, 575, 585-587

【당 사 자】

청 구 인 양○욱

국선대리인 변호사 정현해

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2006. 2. 3. 서울동부지방법원에서 준강도 및 절도죄로 징역 1년 6월을 선고받고 그 형이 확정되어 복역 중인 자이다.

청구인은 위 사건으로 구금되기 전에 공무원시험을 준비해온 수험생이었는데, 국가공무원법 제33조 제1항 제3호로 인하여 청구인이 형의 집행을 마친 뒤에도 5년간 공무원으로 임용될 수 없게 되어 공무원임권이 침해되었다는 이유로 2006. 6. 29. 이 사건 헌법소원심

판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 국가공무원법 제33조 제1항 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

국가공무원법 제33조(결격사유) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.

3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자

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

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

공무원으로 임용되고자 하는 자가 금고 이상의 형을 선고받았다고 하더라도, 그 구체적인 사안에 따라 가벌성이 현저히 적은 경우도 있을 수 있고, 공무원의 자질과 관련이 없는 경우도 있다. 그런데도 이 사건 법률조항은 아무런 예외도 없이 금고 이상의 형을 선고받으면 복역 후 5년간 공무원으로 임용될 수 없도록 규정하여 청구인의 공무원임권을 과도하게 제한하고 있다.

나. 중앙인사위원회의 의견

공무원은 ‘국민전체에 대한 봉사자’로서 공무를 담당하므로 고도의 윤리성·도덕성을 갖추어야 요구된다.

이 사건 법률조항은 공무원 임용을 영구히 제한하는 것이 아니라, 형의 집행이 종료된 후 5년이 지나면 공무원으로 임용될 수 있으므로, 과도한 제한이 아니다.

3. 판 단

가. 국가공무원법 제33조 제1항 제4호에 대한 선례 헌법재판소는 1997. 11. 27. 선고 95헌바14등 결정에서 “금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자는 공무원에 임용될 수 없다”고 규정한 국가공무원법 제33조 제1항 제4호 부분에 대하여 합헌으로 판단한 바 있다. 결정요지 중 이 사건과 관련된 부분만 추리면 다음과 같다.

「공무원은 국민전체의 봉사자로서 그가 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이고, 원활한 직무수행을 위해서는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민 신뢰가 기본바탕이 되어야 하므로, 직무의 공공성에 상응하는 고도의 윤리성을 갖추어야 한다.

법원이 범죄의 모든 정황을 고려한 나머지 금고 이상의 형에 대한 집행유예의 판결을 선고하였다면, 그와 같은 사실은 공무원의 품위를 손상하는 것으로서 당해 공무원에 대한 사회적 비난가능성이 적지 아니함을

의미한다고 할 것인데, 이러한 사정은 그 범죄행위가 공무원의 직무와 직접적 관련이 없더라도 마찬가지라 할 것이다.

금고 이상의 형에 대한 집행유예 판결에 내포된 사회적 비난가능성과 공무원에게는 직무의 성질상 고도의 윤리성이 요구된다는 점을 함께 고려할 때, 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 받은 것을 공무원 임용 결정사유로 규정한 이 사건 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 직업선택의 자유나 공무담임권, 평등권, 행복추구권 등을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없다(헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575, 585-587).」

나. 이 사건 법률조항의 공무담임권 침해 여부

이 사건 법률조항은 그 규율대상이 국가공무원이라는 점과 금고 이상의 형을 선고 받은 자가 일정 기간 공무원으로 임용되지 못하게 한다는 점에서 위 95헌바14등 결정의 심판대상과 규율 내용이 유사하다. 따라서 95헌바14등 결정에서 판시한 기본적인 이유는 이 사건 법률조항에 대해서도 타당하다고 할 수 있다.

다만 이 사건 법률조항은 위 결정과 달리 금고 이상의 형에 대한 집행유예를 선고받은 경우가 아니라 실형을 선고받은 경우를 대상으로 하고 공무원 임용 유예기간도 5년으로 정하여 3년 더 길게 규정하고 있으므로, 그 부분에 대하여 본다. 집행유예는 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우 정상에 참작할 만한 사유가 있을 때 선고할 수 있도록 규정되어 있으므로, 실형은 집행유예보다 죄질이나 범정이 더 무거운 범죄에 대하여 선고되는 것이 보통이다. 따라서 실형을 선고받은 경우에는 집행유예를 선고받은 경우보다 공무원에게 요구되는 고도의 윤리성을 저하시키는 정도가 더 크다고 할 것이고, 그만큼 원활한 공무수행에 지장을 초래할 우려도 더 높다고 할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 만료된 날로부터 5년간 공무원으로 임용되지 못하도록 규정하였다고 하여 입법자의 재량을 일탈하여 청구인의 공무담임권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없으므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로, 청구인의 심판청구를 기각하기로 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현(주심) 김종대
민형기 이동흙 목영준 송두환

18. 군사시설보호법 제4조 등 위헌확인

(2007. 7. 26. 2006헌마1164 전원재판부)

【판시사항】

가. 군사시설보호법(2003. 5. 15. 법률 제6870호로 개정된 것, 이하 ‘군사시설법’이라 한다) 제4조에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간이 도과되어 부적법하다고 판단한 사례

나. 군사시설법 제4조에 대한 심판청구가 기본권 침해성이 없으므로 부적법하다고 판단한 사례
다. 부진정입법부작위라도 청구기간을 준수하여야 한다고 판단한 사례

라. 국가배상법(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정된 것) 제13조 제8항 제2호에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간이 도과되어 부적법하다고 판단한 사례

【결정요지】

가. 군사시설법 제4조는 2003. 8. 15.부터 시행되어 왔고, 청구인이 이 사건 토지를 이전한 2004. 8. 17. 이후에는 군사시설법 제4조에 해당하는 사유가 발생하여 기본권침해를 받았다고 볼 수 없으며, 청구인이 대한민국을 상대로 제기한 무단점유군사시설물철거소송의 판결문에 청구인 소유의 토지가 군사시설보호구역으로 지정되었음이 나타나고 있으므로 늦어도 위 판결에 대하여 청구인이 항소한 2005. 8. 8.경에는 청구인이 군사시설법 제4조에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 할 것이므로 기본권침해의 사유가 발생한 날부터 1년 이내, 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에 청구되지 않은 군사시설법 제4조에 대한 심판청구는 청구기간이 도과되어 부적법하다.

나. 청구인이 군사시설법 제4조로 인하여 받고 있다고 주장하는 기본권침해의 법률효과는 군사시설법 제4조 자체에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 국방부장관이 군사시설법 제4조에 따라서 구체적인 집행행위인 군사시설보호구역 설정·변경·해제 등의 행정처분을 한 때에 비로소 현실적으로 나타나게 되므로 군사시설법 제4조에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성도 결여하였다.

다. 군사시설법 제4조가 군사시설보호구역을 설정할 수 있도록 하여 토지 소유자의 재산권 행사를 제한하면서도 이에 대한 정당한 보상을 지



급하는 규정을 두지 않은 것이 위헌이라는 주장은, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등의 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있다는 것으로서, 이른바 부진정 입법부작위를 주장하는 것이라고 할 것으로 이러한 부진정입법부작위를 다투는 청구인의 청구역시 청구기간을 준수하지 못하여 부적법하다.

라. 국가배상법 제13조 제8항 제2호는 2000. 12. 29.부터 시행되어 왔고, 청구인의 배상신청은 국가배상법 제13조 제8항 제2호에 따라 2006. 6. 30. 각하되고, 같은 해 7. 6. 각하결정을 고지받았으므로 청구인이 기본권침해 사유가 발생하였음을 안 날은 2006. 7. 6.이라고 할 것이고 이 때부터 90일 이내에 청구되지 않은 국가배상법 제13조 제8항 제2호에 대한 심판청구 역시 청구기간이 도과되어 부적법하다.

【심판대상조문】

군사시설보호법(2003. 5. 15. 법률 제6870호로 개정된 것) 제4조

국가배상법(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정된 것) 제13조 제8항 제2호

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항, 제69조 제1항

【참조판례】

- 가. 헌재 1996. 6. 13. 95헌마115, 판례집 8-1, 516, 522-523
헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 489
- 나. 헌재 1998. 2. 27. 97헌마101, 판례집 10-1, 208, 209
- 다. 헌재 1999. 1. 28. 97헌마9, 판례집 11-1, 45, 51
헌재 2000. 4. 27. 99헌마76, 판례집 12-1, 556, 565

【당 사 자】

청 구 인 신○표

대리인 변호사 신영한

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 파주시 ○○읍 △△리 산 41의 1 임야 5,621㎡, 같은 리 336의 5 도로 631㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)를 1983. 1. 7.경부터 2004. 8. 17.경까지 소유하였다. 한편 육군 ○○부대는 1993.경부터 이 사건 토지 중 413㎡에 교통호, 병커 및 진지 등 군사시설을 설치하여 점유·사용하여 왔고, 1993. 12. 27. 위 산

41의 1 임야 5,621㎡를 군사시설보호구역으로 지정하였다.

(2) 청구인은 대한민국을 상대로 무단점유군사시설물철거소송을 제기(서울중앙지방법원 2004가단12057)하여 2005. 7. 21. 일료상당의 부당이득금 469,780원 및 지연이자를 지급하라는 일부 승소판결을 받았고, 이에 불복하여 상소하였으나 기각(서울고등법원 2006. 1. 20. 선고 2005나64738, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006다1280)되어 위 판결이 확정되었다.

청구인은 다시 육군 ○○사령부지구배상심의회에 위 토지의 무단점유로 인한 재산손해가 있다며 배상신청을 하였으나, 2006. 6. 30. 청구인이 이전에 동일한 청구원인으로 국가배상법에 의한 손해배상의 소송을 제기하여 배상금지급 또는 기각의 확정판결을 받은 경우에 해당한다는 이유로 국가배상법 제13조 제8항 제2호에 따라 각하되었다.

(3) 이에 청구인은 군사시설보호구역을 설정할 수 있도록 규정한 군사시설보호법 제4조, 배상신청 각하의 근거규정인 국가배상법 제13조 제8항 제2호가 청구인의 재산권, 청원권을 침해한다고 주장하면서, 2006. 10. 16. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 군사시설보호법(2003. 5. 15. 법률 제6870호로 개정된 것) 제4조, 국가배상법(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정된 것) 제13조 제8항 제2호이며, 그 내용은 다음과 같다.

군사시설보호법(2003. 5. 15. 법률 제6870호로 개정된 것, 이하 '군사시설보호법'이라 한다) 제4조(보호구역등의 설정등) ① 국방부장관은 합동참모의장의 건의에 따라 보호구역 또는 민간인통제선(이하 "민통선"이라 한다)을 설정하거나 이를 변경할 수 있다.

② 국방부장관은 군사시설의 철거, 작전환경의 변화 기타의 사유로 제1항의 규정에 의한 보호구역 또는 민통선을 유지할 필요가 없게 된 때에는 지체 없이 이를 해제하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 민통선은 제4항 제1호의 규정에 의한 보호구역 안에 설정하되, 군사분계선의 남방 15킬로미터의 범위 안에서 설정할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의한 보호구역의 설정범위는 다음과 같다.

- 1. 군사분계선 인접지역 : 군사분계선의 남방 25킬로미터 범위 안에서 다음 각 목과 같이 구분하여 설정한다.

가. 통제보호구역 : 민통선이북지역. 다만, 통일 정책의 추진을 위하여 필요한 지역, 취약지역, 안보관광시설지역등으로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 지역은 이를 제한 보호구역으로 설정할 수 있다.

나. 제한보호구역 : 민통선이남지역. 다만, 중요한 군사시설이 있는 지역은 당해 군사시설의 최외곽경계선으로부터 500미터를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 통제보호구역으로 설정할 수 있으며, 중요한 군사시설이 없거나 군 작전상 장애가 되지 아니하는 지역으로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 지역은 이를 제한보호구역에서 제외할 수 있다.

2. 제1항 외의 지역 : 군사시설의 최외곽경계선으로부터 1킬로미터 이내에서 보호구역을 설정할 수 있다. 이 경우 통제보호구역은 당해 군사시설의 최외곽경계선으로부터 500미터를 초과할 수 없다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 보호구역 및 민통선의 설정은 군사시설보호와 군사목적달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 하여야 한다.

⑥ 국방부장관은 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 보호구역이나 민통선을 설정·변경 또는 해제하고자 할 때에는 제5조 제1항의 규정에 의한 국방부 군사시설보호구역심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

⑦ 국방부장관은 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 보호구역이나 민통선을 설정·변경 또는 해제할 때에는 이를 지체 없이 관계 행정기관의 장에게 통보하여야 한다.

국가배상법(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정된 것, 이하 '국가배상법'이라 한다) 제13조(심의와 결정)

⑧ 심의회는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 배상신청을 각하한다.

2. 신청인이 이전에 동일한 청구원인으로 이 법에 의한 손해배상의 소송을 제기하여 배상금지급 또는 기각의 확정판결을 받은 경우

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견
가. 청구인의 주장

군사시설보호법 제4조는 군사시설보호구역을 설정할 수 있도록 하여 토지소유자의 재산권 행사를 제한하고, 그에 대한 보상범위를 구체적으로 규정하지 않아 재산권을 침해한다. 국가배상법 제13조 제8항 제2호는 배상신청을 각하하도록 규정하여, 국민의 청원에 대하여 심

사하여야 할 국가기관의 의무에 반하여 국민의 청원권을 침해한다.

나. 국방부장관의 의견

(1) 군사시설보호법 제4조에 따라 군사시설보호구역으로 지정되더라도 건축물의 신축, 증축 등이 전면적으로 금지되는 것이 아니라 관할 부대장의 협의를 거쳐 관계 행정기관의 허가 처분에 따라서 얼마든지 토지를 활용할 수 있으므로, 토지소유자가 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 없거나 법률상 허용된 토지의 이용방법이 없어 실질적으로 토지의 사용·수익권이 폐지된 경우에 해당하는 가혹한 부담을 진다고 볼 수 없다.

(2) 국가배상신청은 국가배상법에 따른 배상심의절차로 청원권의 보호영역이 아니며, 보호영역이라고 하더라도 국가기관이 청원을 수리하고 심사하여 각하결정이라는 처리결과를 통지하였으므로 국가배상법 제13조 제8항 제2호는 청원권을 침해하지 아니한다.

3. 판 단

가. 군사시설보호법 제4조 부분

(1) 청구기간

(가) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 심판은 기본권의 침해사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하며(헌법재판소법 제69조 제1항), 법령에 대한 헌법소원은 법령시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

(나) 군사시설보호법 제4조는 2003. 8. 15.부터 시행되어 왔고, 청구인은 2004. 8. 17.경 이 사건 토지를 청구의 신○법에게 이전하였으므로 2004. 8. 17. 이후에는 군사시설보호법 제4조에 해당하는 사유가 발생하여 기본권침해를 받았다고 볼 수 없다. 또한 청구인이 대한민국을 상대로 제기한 무단점유군사시설물철거소송(서울중앙지방법원 2005. 7. 21. 선고 2004가단12057)의 판결문에 청구인 소유의 토지가 군사시설보호구역으로 지정되었음이 나타나고 있으므로 늦어도 위 판결에 대하여 청구인이 항소한 2005. 8. 8.경에는 청구인이 군사시설보호법 제4조에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 할 것이다.

그렇다면 청구인은 아무리 늦어도 2004. 8. 17.부터 1



년 이내에, 2005. 8. 8.부터 90일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 할 것인데, 이 사건 헌법소원심판은 2006. 10. 16.에 청구되었으므로 이 부분 심판청구는 청구기간이 도과되었음이 날짜 계산상 명백하여 부적법하다.

(2) 기본권침해의 직접성

(가) 법률에 대한 헌법소원이 적법성을 갖기 위하여는 그 대상이 되는 법률이 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우이어야 한다. 여기에서 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우란 법률에 의하여 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우를 말한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마 101, 판례집 10-1, 208, 209).

(나) 청구인이 군사시설보호법 제4조로 인하여 받고 있다고 주장하는 기본권침해의 법률효과는 군사시설보호법 제4조 자체에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 국방부장관이 군사시설보호법 제4조에 따라서 구체적인 집행행위인 군사시설보호구역 설정·변경·해제 등의 행정처분을 한 때에 비로소 현실적으로 나타나게 된다. 즉 군사시설보호법 제4조는 구체적으로 국방부장관의 군사시설보호구역 설정·변경·해제처분이 라는 집행행위의 매개를 예정하고 있는 규정이라고 볼 것이다.

그렇다면 군사시설보호법 제4조에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 없으므로 부적법하다.

(3) 보상입법부작위를 다투는 부분

(가) 군사시설보호법 제4조가 군사시설보호구역을 설정할 수 있도록 하여 토지소유자의 재산권행사를 제한하면서도 이에 대한 정당한 보상을 지급하는 규정을 두지 않은 것이 위헌이라는 청구인의 주장은, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등의 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있다는 것으로서 이른바 부진정입법부작위를 주장하는 것이라고 할 것이다(헌재 1999. 1. 28. 97헌마9, 판례집 11-1, 45, 51 참조).

(나) 그런데 부진정입법부작위의 경우에는 진정입법부작위의 경우와는 달리, 불완전한 법규 자체를 대상으로 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 하여야 하고, 헌법재판소법에서 정한 청구기간도 준수하여야 한다(헌재 1996. 6. 13. 95헌마115, 판례집 8-1, 516, 522-523; 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 489; 헌재 2000. 4. 27. 99헌마76, 판례집 12-1,

556, 565 등). 따라서 부진정입법부작위를 다투는 청구인의 청구 역시 위에서 살핀 바와 같이 청구기간을 준수하지 못하여 부적법하다.

나. 국가배상법 제13조 제8항 제2호 부분

국가배상법 제13조 제8항 제2호는 2000. 12. 29.부터 시행되어 왔고, 청구인이 육군 ○○사령부지구배상심의회에 한 배상신청은 국가배상법 제13조 제8항 제2호에 따라 2006. 6. 30. 각하되고, 청구인이 작성한 재심신청서의 기재에 의하면 같은 해 7. 6. 청구인이 각하결정을 고지받았다.

그렇다면 청구인이 현실적으로 국가배상법 제13조 제8항 제2호로 인한 기본권의 침해를 받은 때는 2006. 6. 30.이고, 청구인이 기본권 침해사유가 발생하였음을 안 날은 2006. 7. 6.이라고 할 것이다.

따라서 청구인은 이 사건 심판을 기본권 침해사유가 발생하였음을 안 날인 2006. 7. 6.부터 90일 이내에 청구하여야 할 것인데, 이 사건 헌법소원심판은 그 기간이 도과하였음이 날짜 계산상 명백한 2006. 10. 16.에 청구되었으므로 부적법하다 할 것이다.

4. 결 론

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

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김종대 민형기 이동흙 목영준(주심) 송두환

19. 재판누락 위헌확인

(2007. 7. 30. 2007헌마837 제1지정재판부)

【판시사항】

가. 헌법소원심판청구의 청구인이 그 심판청구 사건의 종국결정에 앞서 중간결정을 하여줄 것을 헌법소원심판의 형식으로 구하는 것이 적법한지 여부(소극)

나. 헌법소원심판청구의 청구인이 그 심판청구 사건의 일부 심판대상을 대상으로 하여 제기한 중간확인의 헌법소원심판청구를 중복하여 헌법소원을 제기한 경우에 해당한다는 이유로 각하한 사례

【결정요지】

가. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우에 제기할 수 있는 것인바, 헌법재판소가 중국결정을 하기에 앞서 쟁점사항에 대하여 미리 정리·판단을 하여 중국결정을 용이하게 하고 이를 준비하는 결정인 중간결정을 할 것인지 여부는 전적으로 헌법재판소의 재량에 달려 있는 것이어서 청구인에게는 헌법재판소에 중간결정을 신청할 권리가 인정되지 아니하므로 청구인이 그 심판청구사건의 중국결정에 앞서 중간결정을 하여줄 것을 헌법소원심판의 형식으로 구하는 것은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우에 해당하지 아니하여 부적법하다.

나. 청구인은 현재 헌법재판소에 계속중인 헌법소원심판사건의 일부 심판대상인 대법원판결이 재판누락의 재판임을 확인한다는 취지의 중간확인결정을 구하고 있는바, 이는 계속중인 위 헌법소원심판 사건에서의 주장과 동일한 주장을 반복하여 되풀이하고 있는 것에 불과하므로 중복하여 헌법소원을 제기한 경우에 해당하여 부적법하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제40조 제1항 전단, 제68조 제1항
민사소송법 제201조, 제264조

【참조판례】

나. 현재 2007. 7. 10. 2007헌마713

【당사자】

청구인 이○미
대리인 변호사 이정일

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 대법원의 심리불속행 기각결정(2006두11132)의 취소를 구함과 아울러 상고심절차에관한특례법 제4조 제1항, 제5조, 헌법재판소법 제68조 제1항 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분 및 헌법재판소법 제39조가 헌법에 위반된다며 헌법소원심판(2006헌마1133)

을 청구를 하여 현재 계속중에 있다.

나. 청구인은 2007. 7. 24. 위 헌법소원심판의 청구내용 중 위 대법원의 기각결정은 재판누락의 재판임을 확인한다는 취지의 중간결정 또는 중간확인결정을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판 단

청구인은 위 대법원 결정에 관하여 민사소송법 제201조(중간판결)과 제264조(중간확인 의 소)에 기하여 중간결정 또는 중간확인결정을 구하고 있다.

먼저, 청구인은 위 2006헌마1133 사건의 중국결정에 앞서 중간결정을 하여줄 것을 헌법소원심판의 형식으로 구하는 부분에 관하여 보건대, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우에 제기할 수 있는 것인바, 헌법재판소가 중국결정을 하기에 앞서 쟁점사항에 대하여 미리 정리·판단을 하여 중국결정을 용이하게 하고 이를 준비하는 결정인 중간결정을 할 것인지 여부는 전적으로 헌법재판소의 재량에 달려 있는 것이어서 청구인에게는 헌법재판소에 중간결정을 신청할 권리가 인정되지 아니하므로 청구인이 위 2006헌마1133 결정에 앞서 중간결정을 헌법소원심판의 형식으로 구하는 것은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우에 해당하지 아니하여 부적법하다.

다음으로 청구인이 민사소송법 제264조에 기하여 중간확인 의 헌법소원심판청구를 하는 부분에 관하여 보면, 청구인은 위 대법원판결이 재판누락의 재판임을 확인한다는 취지의 중간확인결정을 구하고 있는바 이는 현재 헌법재판소에 계속중인 2006헌마1133 사건에서의 주장과 동일한 주장을 반복하여 되풀이 하고 있는 것에 불과하므로 중복하여 헌법소원을 제기한 경우에 해당하여 부적법하다(2007. 7. 10. 2007헌마713 참조).

그렇다면 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 민형기 이동흡(주심)

