

보도자료

2012. 8. 23. (목)



공보관실 : 전화 02-766-7022, 팩스 02-766-7757

제 목 : 2012년 8월 선고사건 결정요지 등

우리 재판소에서 2012. 8. 23. (목) 선고한 심판사건 결정요지 등 보도자료를 보내 드리오니 참고하시기 바랍니다.

- 일시 : 2012. 8. 23. (목) 14:00 ~
- 장소 : 헌법재판소 대심판정

붙임 보도자료 18건. 끝.

보도자료

방송사업자에게 사과방송을 명할 수 있도록 한 사건

[2009헌가27 방송법 제100조 제1항 제1호 위헌제청]

[선고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 7(위헌) : 1[합헌]의 의견으로 구 방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되고 2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 제1호 중 '방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우'에 관한 부분 및 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제100조 제1항 제1호 중 '방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우'에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다.

방송사업자의 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 사과방송이 추구하는 입법목적 달성을 할 수 있고, 사과방송으로 인한 방송사업자의 인격권 제한의 정도가 추구하는 공익에 비해 결코 가볍다고 할 수 없는바, 과잉금지원칙에 위배하여 방송사업자의 인격권을 침해하므로 위헌이라고 판단한 것이다.

이에 관하여는 방송사업자와 같은 법인은 인격권의 주체가 될 수 없으므로 위 조항은 방송사업자의 인격권을 제한하지 않는바 헌법에 위반되지 아니한다는 재판관 1인[재판관 김종대]의 반대의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 방송통신위원회는 주식회사 문화방송에 대하여 ‘방송심의에 관한 규정’(이하 ‘심의규정’이라 한다)을 위반하였다는 이유로 ‘시청자에 대한 사과’의 제재조치를 하였고, 문화방송은 위 제재조치에 대한 취소소송을 제기하였는데(서울 행정법원 2009구합15968호), 당해 사건 법원은 직권으로 구 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 제1호에 대하여 위헌법률심판제청결정을 하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판의 대상은 구 방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되고, 2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 구법조항’이라 한다) 및 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 현행법조항’이라 하고, 이하 ‘이 사건 구법조항’과 ‘이 사건 현행법조항’을 합하여 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)의 위헌 여부이다.
(방송법이 2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되면서 제100조 제1항이 일부 개정되었으나 이 사건 구법조항에 해당하는 부분은 개정 없이 현재에 이르고 있는바, 법질서의 정합성과 소송경제를 위하여 이 사건 현행법조항도 이 사건 심판의 대상에 포함시키기로 한다.)

- 이 사건 심판대상조항(밑줄 친 부분)의 내용은 다음과 같다.

구 방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되고, 2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것)

제100조(제재조치 등) ① 방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 제33조의 심의규정 및 제74조 제2항에 의한 협찬

고지 규칙을 위반한 경우에는 다음 각 호의 제재조치를 명할 수 있다. 제27조 제8호의 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다. 다만, 방송통신심의위원회는 심의규정 등의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자 또는 해당 방송프로그램의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다.

1. 시청자에 대한 사과

방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것)

제100조(제재조치 등) ① 방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 제33조의 심의규정 및 제74조 제2항에 의한 협찬 고지 규칙을 위반한 경우에는 5천만 원 이하의 과징금을 부과하거나 다음 각 호의 제재조치를 명할 수 있다. 제35조에 따른 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다. 다만, 방송통신심의위원회는 심의규정 등의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다.

1. 시청자에 대한 사과

□ 결정이유의 요지

- 이 사건 심판대상조항에 의한 ‘시청자에 대한 사과’는 사과여부 및 사과의 구체적인 내용이 방송통신위원회에 의해 결정됨에도 불구하고 마치 방송사업자 스스로의 결정에 의한 사과인 것처럼 그 이름으로 대외적으로 표명되고, 이는 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객관성이나 공정성 등을 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 방송에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 방송사업자의 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해한다. 법인은 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이

나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 심판대상조항은 방송사업자의 의사에 반한 사과행위를 강제함으로써 방송사업자의 인격권을 제한한다.

- 이 사건 심판대상조항은 방송의 공적 책임을 높임으로써 시청자의 권익보호와 민주적 여론 형성 및 국민문화의 향상을 도모하고 방송의 발전과 공공복리의 증진에 이바지하기 위하여, 공정하고 객관적인 보도를 할 책무를 부담하는 방송사업자가 심의규정을 위반한 경우 방송통신위원회로 하여금 전문성과 독립성을 갖춘 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 ‘시청자에 대한 사과’를 명할 수 있도록 규정한 것이므로, 입법목적의 정당성이 인정되고, 이러한 제재수단을 통해 방송의 공적 책임을 높이는 등 입법목적에 기여하는 점을 인정할 수 있으므로 방법의 적절성도 인정된다.
- 그러나 ‘시청자에 대한 사과’의 제제조치가 ‘주의 또는 경고’ 등 다른 제제조치에 비하여 시청자의 권익보호나 민주적 여론 형성 등에 더 기여하거나 위반행위가 재발하는 것을 방지하는 데 더 효과적이라고 할 수는 없다. 심의규정을 위반한 방송사업자에게 ‘주의 또는 경고’만으로도 반성을 촉구하고 언론사로서의 공적 책무에 대한 인식을 제고시킬 수 있고, 위 조치만으로도 심의규정에 위반하여 ‘주의 또는 경고’의 제제조치를 받은 사실을 공표하게 되어 이를 다른 방송사업자나 일반 국민에게 알리게 됨으로써 여론의 왜곡 형성 등을 방지하는 한편, 해당 방송사업자에게는 해당 프로그램의 신뢰도 하락에 따른 시청률 하락 등의 불이익을 줄 수 있다. 또한, ‘시청자에 대한 사과’에 대하여는 ‘명령’이 아닌 ‘권고’의 형태를 취할 수도 있다. 이와 같이 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 이 사건 심판대상조항이 추구하는 목적을 달성할 수 있는 반면, 사과명령은 방송사업자가 스스로 인정하거나 형성하지 아니한 윤리적·도의적 판단의 표시를 하도록 강제로 명하는 것이어서 자신의 잘못을 인정하고 시청자에게 용서를 구한다는 부분은 그 실효성이 크다고 할 수 없으므로 사과명령이 다른 제재수단에 비해 효과가 더 크다고 할 수 없는바, 이 사건 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

또한 이 사건 심판대상조항은 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객

관성이나 공정성 등을 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 방송에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 방송사업자에 대하여 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해하는 것인바, 방송사업자의 인격권에 대한 제한의 정도가 이 사건 심판대상조항이 추구하는 공익에 비해 결코 작다고 할 수 없으므로 이 사건 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

재판관 김종대의 반대의견

- 법인은 결사의 자유를 바탕으로 하여 법률에 의해 비로소 창설된 법인격의 주체여서 관념상 결사의 자유에 앞서 존재하는 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다 할 수 없고, 그 행동영역도 법률에 의해 형성될 뿐이며, 기본권의 성질상 법인에게 적용될 수 있는 경우에 한하여 해당 기본권의 주체가 될 수 있다. 인간의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권은 자연적 생명체로서 개인의 존재를 전제로 하는 기본권으로서 그 성질상 법인에게 적용될 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 법인의 인격권을 제한하지 않으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 다만, 법인이 헌법상 인격권의 주체가 될 수 없다고 하여서 어떠한 인격권적 내용도 향유할 수 없는 것은 아니고, 법률에 의하여 법인에게 인격권 유사 내용이 인정될 수 있으므로 그 범위 내에서 법인은 법률적 수준의 인격권적 권리를 누릴 수는 있을 것이다.

보 도 자 료

지신탁하도록 강제하는 것은 최소침해성 원칙에 반하여 국회의원의 재산권을 침해하므로 헌법에 합치되지 않는다는 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대 의견이 있다.

국회의원이 보유한 직무관련성 있는 주식의 매각 또는 백지신탁을 명하고 있는 구 공직자윤리법 제14조의4 제1항이 헌법에 위반되는지 여부에 관한 사건 (2010헌가65 공직자윤리법 제14조의4 제1항 위헌제청)

【 선 고 】

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 4인의 의견으로 국회의원이 보유한 직무관련성 있는 주식의 매각 또는 백지신탁을 명하고 있는 구 공직자윤리법 제14조의4 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’)이 헌법에 위반되지 않는다고 선고하였다.

헌법재판소는, 이 사건 법률조항이 국회의원의 보유주식과 직무 사이의 이해충돌을 방지하기 위하여 국회의원 및 그 이해관계인이 직무관련성이 인정되는 주식을 보유하고 있는 경우 당해 국회의원으로 하여금 그 보유주식을 매각 또는 독립된 지위에 있는 수탁자에게 백지신탁하도록 강제하는 것은 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단으로서, 그 적용대상과 범위를 최소화하고 있고 달리 입법목적에 동일한 수준으로 달성할 수 있는 다른 대체수단이 존재한다고 단정할 수 없으므로 과잉금지의 원칙에 반하여 국회의원의 재산권을 침해한다고 볼 수 없고, 나아가 이 사건 법률조항이 국회의원의 평등권을 침해하거나 연좌제 금지원칙에 위배되는 것도 아니라고 판단하였다.

이에 대해서는, 이 사건 법률조항은 주식소유자의 처분권을 부인하고 있어 목적달성을 위한 적절한 방법이라 할 수 없고, 나아가 국회의원의 이해충돌방지를 위해서는 형사처벌, 부당이득환수, 직무회피, 주식의 단순보관신탁 등의 대체수단을 강구할 수 있음에도 불구하고 무조건적으로 보유주식을 매각 또는 백



2012. 8. 23.
헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 구 공직자윤리법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 것) 제14조의4 제1항은 국회의원을 비롯한 고위공직자들에 대해 직무관련성 있는 주식의 매각 또는 백지신탁의무를 부과하고 있는바, 배영식은 제18대 국회 기획재정위원회 소속 국회의원으로 위 규정의 적용을 면하기 위해 2008. 9. 1. 주식백지신탁심사위원회에 보유주식의 직무관련성 여부에 관한 심사를 청구하였다.
- 주식백지신탁심사위원회는 2008. 10. 8. “배영식은 기획재정위원회 위원으로서 보유주식 발행기업에 대한 정보접근 및 영향력 행사의 가능성이 있다”는 이유를 들어 직무관련성이 인정된다는 심사결정을 하였고, 배영식은 위 결정에 대한 행정소송 진행 중에 위 구 공직자윤리법 제14조의4 제1항이 자신의 재산권 등을 과잉금지원칙에 반하여 침해하고 있다고 주장하였으며, 이에 제청법원은 2010. 4. 28. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 구 공직자윤리법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 것) 제14조의4 제1항 제1호 및 제2호 가목 본문 중 같은 법 제10조 제1항 제1호의 ‘국회의원’에 관한 부분(이하, ‘이 사건 법률조항’)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 공직자윤리법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 것)

제14조의4(주식의 매각 또는 신탁) ① 등록의무자 중 제10조 제1항의 규정에 의한 공개대상자와 기획재정부 및 금융위원회 소속 공무원 중 대통령령이 정하는 자(이하 "공개대상자 등"이라 한다)는 본인 및 그 이해관계자

(제4조 제1항 제 2호 또는 제3호에 해당하는 자를 말하되, 제4조 제1항 제3호의 자 중 제12조 제4항의 규정에 의하여 재산등록사항의 고지를 거부한 자를 제외한다. 이하 같다) 모두가 보유한 주식의 총가액이 1천만원 이상 5천만원 이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 때에는 초과하게 된 날(공개대상자 등으로 된 날 또는 제6조의3 제1항의 규정에 의한 유예사유가 소멸된 날 현재 주식의 총가액이 1천만원 이상 5천만원 이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 때에는 공개대상자 등으로 된 날 또는 유예사유가 소멸된 날을, 제14조의5 제6항의 규정에 의하여 주식백지신탁심사위원회에 직무관련성 여부에 관한 심사를 청구한 때에는 직무관련성이 있다는 결정을 통지받은 날을 말한다)부터 1월 이내에 직접 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 이해관계자로 하여금 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하도록 하고 그 행위를 한 사실을 등록기관에 신고하여야 한다. 다만, 제14조의5 제7항의 규정에 의하여 주식백지신탁심사위원회로부터 직무관련성이 없다는 결정을 통지받은 때에는 그러하지 아니하다.

1. 당해 주식의 매각

2. 다음 각 목의 요건을 갖춘 신탁 또는 투자신탁(이하 "주식백지신탁"이라 한다)에 관한 계약의 체결

가. 수탁기관은 신탁계약이 체결된 날부터 60일 이내에 당초 신탁된 주식을 처분할 것. 다만, 60일 이내에 주식을 처분하기 어려운 사정이 있는 경우로서 수탁기관이 공직자윤리위원회의 승인을 얻은 때에는 주식의 처분시한을 연장할 수 있으며, 이 경우 1회의 연장기간은 30일 이내로 하여야 한다

□ 결정이유의 요지

- 이 사건 법률조항은 국회의원으로 하여금 직무관련성이 인정되는 주식을 매각 또는 백지신탁하도록 하여 그 직무와 보유주식 간의 이해충돌을 원천적으로 방지하고 있는바, 헌법상 국회의원의 국가이익 우선의무, 지위남용 금지의무 조항 등에 비추어 볼 때 이는 정당한 입법목적 달성을 위한

적절한 수단이다.

나아가 이 사건 조항은 국회의원이 보유한 모든 주식에 대해 적용되는 것이 아니라 직무관련성이 인정되는 금 3천만 원 이상의 주식에 대하여 적용되어 그 적용범위를 목적달성에 필요한 범위 내로 최소화하고 있는 점, 당사자에 대한 사후적 제재수단인 형사처벌이나 부당이득환수, 또는 보다 완화된 사전적 이해충돌회피수단이라 할 수 있는 직무회피나 단순보관신탁 만으로는 이 사건 조항과 같은 수준의 입법목적 달성효과를 가져올 수 있을지 단정할 수 없다는 점에 비추어 최소침해성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 국회의원의 공정한 직무수행에 대한 국민의 신뢰확보는 가히 돈으로 환산할 수 없는 가치를 지니는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 법률조항으로 인한 사익의 침해가 그로 인해 확보되는 공익보다 반드시 크다고는 볼 수 없으므로 법익균형성 원칙 역시 준수하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건 원고의 재산권을 침해하지 아니한다.

- 이 사건 법률조항이 매각 또는 백지신탁의 대상이 되는 주식의 보유한다액을 결정함에 있어 국회의원 본인 뿐만 아니라 본인과 일정한 친족관계가 있는 자들의 보유주식 역시 포함하도록 하고 있는 것은 본인과 친족 사이의 실질적·경제적 관련성에 근거한 것이지, 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 오로지 친족관계 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제3항에 위배되지 아니한다.
- 이 사건 법률조항이 매각 또는 백지신탁의 대상으로 부동산을 제외하고 있는 것은, 주식과 부동산 간의 환가성·개인생활과의 연관성·변동성 등의 차이를 종합적으로 고려한 합리적인 차별이라 할 것이므로 당해사건 원고의 평등권을 침해하지 아니한다.

반대의견의 요지

이 사건 법률조항은 그 입법목적 달성을 위하여 재산권의 중핵이라 할 수

있는 처분권의 존속 및 처분시기의 결정권을 부인함으로써 당해사건 원고의 재산권을 침해하는 수단을 채택하고 있는바, 방법의 적정성 원칙에 위배된다.

나아가, 이 사건 법률조항의 입법목적 달성을 위한 방법으로는 국회의원이 직무상 얻은 정보를 이용하여 실제로 주식거래를 하였을 경우에 형사처벌 및 부당이득환수 등으로 이를 강력히 응징한다거나, 어떤 주식을 보유한 국회의원이 그 직무수행상 이해충돌의 여지가 있는 경우에는 처음부터 당해 직무수행에서 배제시킨다거나, 굳이 이 사건 조항과 같이 주식을 강제처분하지 않고 독립한 지위에 있는 자에게 신탁하여 두는 방법 등과 같이 재산권을 덜 침해하는 여러 가지 수단들을 강구할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 주식매각 및 백지신탁을 일률적으로 강제하고 있는바, 이는 최소침해성 원칙에도 위배된다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 당해사건 원고의 재산권을 침해하므로 결국 헌법에 위반된다 할 것이나 이를 단순위헌 결정하는 경우 법의 공백상태가 발생할 수 있으므로 잠정적용의 헌법불합치 결정을 하여 입법자로 하여금 이를 조속히 개정토록 함이 바람직하다.

결정의 의의

위 결정은 국회의원을 비롯한 고위공직자들의 이해충돌방지 및 직무공정성 확보를 위해 공직자윤리법상 도입된 주식백지신탁제도의 위헌 여부에 대한 헌법재판소의 최초 결정례로서, 헌법재판소는 주식백지신탁제도를 대체할 만한 다른 방안의 실효성에 의문이 있는 한, 이것이 과잉금지원칙에 반하여 재산권 등 헌법상의 기본권을 침해하는 것은 아니라는 결론을 도출하였다.

보 도 자 료

단체협약 시정명령 이행강제조항 사건

[2011헌가22 노동조합 및 노동관계조정법 제93조 제2호 위헌제정]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 5:3의 의견으로, 단체협약에 대한 행정관청의 시정명령을 위반한 자를 500만원 이하의 벌금으로 처벌하고 있는 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ [1998. 2. 20. 법률 제5511호로 개정된 것] 제93조 제2호 중 “제31조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.

이에 대하여, 이 사건 법률조항은 “행정관청의 시정명령 위반”이라는 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐, 구성요건의 실질적 내용을 행정관청이 정하도록 하고 있어 죄형법정주의의 법률주의에 위반된다는 재판관 김종대의 반대의견, 이 사건 법률조항이 확정되지 않은 행정관청의 시정명령을 이행하지 않았다는 이유로 형사처벌을 가하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다는 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 전국민주공무원노동조합(이하 ‘민공노’라 한다)은 2007. 7. 1. 설립된 전국 단위의 공무원 노동조합, 정현재는 민공노 위원장, 이한진은 민공노 부산지역본부 영도구지부장인바, 이들은 모두 부산지방법원에서 다음과 같은 공소 사실로 약식명령을 받았다.

『부산광역시 영도구청과 민공노 부산지역본부 영도구지부는 2007. 12. 28. 단체협약을 체결하였는데, 그 단체협약 제3조 제1항은 ‘본 협약이 정한 기준은 영도구청장이 정한 제 규칙, 규정, 조합원과 맺은 개별계약보다 우선한다’고 정하고 있다.

이에 부산지방노동위원회는 노동부장관의 2009. 6. 11. 요청에 따라 “단체협약 제3조 제1항은, 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임한 범위 내에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 정한 모든 규칙, 규정보다 단체협약의 효력을 우선하여 인정한다는 것이므로, 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례의 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서 효력을 가지지 않는다고 규정한 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제10조 제1항에 위반된다”고 의결하는 등 별지 기재와 같이 위 협약 중 총 22개 조항이 관련 법률에 위반된다고 의결하였다.

피고인 정현재, 이한진은 2009. 7. 16. 서울 성동구 마장동 772-2에 있는 민공노 사무실에서, 노동부장관으로부터 위 2007년 단체협약 제3조 제1항이 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제10조 제1항에 위반되는 등 별지 시정명령 목록 기재와 같이 총 22개 조항이 관련 법률에 위반되므로 2009. 9. 17.까지 시정하라는 내용의 시정명령을 받고도 이에 불응함으로써 공모하여 위법한 단체협약에 대한 노동위원회의 의결을 얻은 행정관청의 시정명령을 따르지 아니하였다.

피고인 민공노는 위 일시 경 피고인의 대표자인 위 정현재, 이한진이 피고인의 업무에 관하여 위와 같이 위반행위를 하였다.』

- 위 민공노, 정현재, 이한진은 위 약식명령에 대하여 정식재판을 청구하고 (부산지방법원 2010고정5160), ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제93조 제2호 및 제31조 제3항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 법원은 2011. 3. 31. ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제93조 제2호 중 “제31조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자” 부분에 대하여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(1998. 2. 20. 법률 제 5511호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제93조 제2호 중 “제31조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상 조항]

노동조합 및 노동관계조정법(1998. 2. 20. 법률 제5511호로 개정된 것)

제93조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제21조 제1항·제2항 또는 제31조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자

[관련 조항]

노동조합 및 노동관계조정법

제31조(단체협약의 작성) ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다.

② 단체협약의 당사자는 단체협약의 체결일부터 15일 이내에 이를 행정관청에게 신고하여야 한다.

③ 행정관청은 단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다.

□ 결정이유의 요지

(1) 죄형법정주의의 위배 여부

○ 법률주의

- 이 사건 법률조항은 “제31조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있는데, 제31조 제3항의 내용을 살펴보면 결국 이 사건 법률조항이 규정한 범죄 구성요건은 “행정관청이 단체협약 중 위법한 내용에 대하여 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명한 경우에 그 명령(이하 ‘시정명령’이라 한다)에 위반한 행위”로서 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌을 법률에서 스스로 규정하고 있다.

- 행정관청이 발할 수 있는 시정명령의 내용은 법 제31조 제3항에 의해 단체협약 중 위법한 내용의 시정을 명하는 것이 될 것이며, 단체협약이 위법한 것인지 여부에 대해서는 법률에 근거하여 판단하게 될 것이므로, 이 사건 법률조항에 의한 범죄구성요건은 실질적으로 이미 법률에 규정되어 있다.

- 단체협약 중 위법한 내용의 다양성, 구체적 상황에 따라 위법한 단체협약에 대하여 탄력적·유동적으로 대응할 필요성 등을 고려할 때, 시정명령의 구체적 내용이나 발령 여부를 미리 법률로 정하는 것은 용이하지 않으며, 이 사건 법률조항은 행정관청이 특정인에게 구체적 내용을 정하여 시정명령을 발한 것을 전제로 그 시정명령에 위반한 행위를 범죄의 구성요건으로 규정하고 있으므로, 죄형법정주의의 법률주의에 위반된다고 할 수 없다.

○ 명확성원칙

- 이 사건 법률조항은 위법한 내용의 단체협약을 체결한 행위 자체를 처벌하는 것이 아니라 행정관청이 단체협약 중 위법한 내용에 대하여 노동위원회의 의결을 얻어 시정할 것을 명한 경우 그 시정명령에 위반하는 행위를 처벌하는 것이고, 행정관청의 시정명령은 그 성격상 단체협약 중 위법하다고 판단한 부분을 구체적으로 특정하여 시정하도록 요구하는 내용이 될 수밖에 없으므로, 행정관청의 시정명령 이전 단계에서 단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우가 광범위하고 다양할 수 있다고 해서 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는 행위가 불명확하다거나 그 범위가 지나치게 포괄적이고 광범위하고 할 수 없다.

- 이 사건 법률조항은 행정관청이 구체적인 형식과 내용 및 이행기간을 정하여 시정명령을 발한 것을 전제로 그 시정명령을 이행하지 아니한 행위를 처벌하는 것이므로, 처벌되는 행위가 무엇인지 예견할 수 없다고 할 수는 없다.
- 따라서 이 사건 법률조항이 형벌법규의 명확성 원칙에 위반한다고 볼 수 없다.

(2) 과잉금지원칙 및 적법절차원칙 위배 여부

○ 과잉금지원칙

- 시정명령은 위법한 단체협약을 신속히 시정하여 선의의 피해자가 생기는 것을 방지하고, 위법한 단체협약의 사후 교정과정에서 발생할 수 있는 혼란이나 갈등을 예방하여 궁극적으로 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는데, 이 사건 법률조항은 이와 같은 시정명령의 이행을 강제하여 단체협약 중 위법한 내용을 신속하고 확실하게 제거하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다.
- 어떤 행정법규 위반행위에 대하여 행정질서벌인 과태료를 과할 것인지 아니면 행정형벌을 과할 것인지는 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 문제인데, 단체협약의 내용은 양당사자 간의 합의에 의하여 정해진 것이고, 그에 대해 다면적이고 집단적인 이해관계가 형성될 수 있으며, 노동조합이나 사용자의 구체적인 사정이나 단체협약의 내용에 따라서는 과태료나 이행강제금의 경우, 이를 납부하고서라도 위법한 단체협약의 내용을 유지할 동기도 있을 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 과태료나 이행강제금 등의 수단으로도 위법한 단체협약 내용의 신속하고 확실한 시정이라는 이 사건 법률조항의 입법목적 달성을 데에 충분하다고 단정하기 어렵다.
- 한편, 행정관청의 처분을 위반한 행위를 처벌하는 경우 그 처분의 적법성이 구성요건 요소가 되므로, 시정명령 위반행위의 처벌 여부를 재판하는 법원으로서의 시정명령 자체의 적법 여부를 판단하여 그 시정명령이 위법하면 무죄를 선고할 것이므로, 위법한 시정명령에 위반한 행위도 이 사건 법률조항으로 인해 처벌된다고 볼 수 없고, 만약 위법한 시정명령 위반

행위에 대한 유죄판결이 선고되고 확정된 후에도, 그 시정명령을 취소하는 행정소송이 확정되면 재심청구를 통해 구제받을 수 있다.

- 나아가 이 사건 법률조항의 법정형을 살펴보다라도, 입법자가 시정명령 이행의 실효성 확보를 위해 형벌을 제재 수단으로 택한 후 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 반한다거나 형벌체계상의 균형을 상실하였다고 보기도 어렵다.

- 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

○ 적법절차원칙

위에서 본 과잉금지원칙에 관한 판단에서와 본 것과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 그 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있다 할 것이므로 적법절차원칙에 위반되지 않는다.

재판관 김종대의 반대의견(죄형법정주의 위반)

- 이 사건 법률조항은 ‘행정관청의 시정명령에 위반하는 행위’를 처벌하도록 규정함으로써 형식적으로는 범죄의 구성요건을 법률이 정하고 있는 듯이 보이지만, 실질적으로는 어떠한 행위가 처벌되는 행위인지 법률이 전혀 규정한 바 없다. 이 사건 법률조항은 “행정관청의 시정명령 위반”이라는 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐, 구성요건의 실질적 내용에 관하여는 스스로 아무런 규정을 하지 않은 채 전적으로 행정관청에 위임하여 범죄구성요건의 실질적 알맹이, 즉 금지의 실질을 시정명령의 내용에 모두 내맡기고 있다.
- 다수의견과 같이 “행정관청의 시정명령을 위반한 행위”가 이 사건 법률조항의 구성요건이고 이는 법률이 직접 규정하고 있으므로 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 보는 것은, 행정관청의 명령 내용이 무엇이 되었든 간에 그 명령에 불응하는 행위를 처벌할 수 있다는 전제에 선 것으로, 이는 법집행기관이 스스로 범죄의 구성요건을 정하지 못하도록 하려는 죄형법정주의의 목적에 전혀 부합하지 않는다.
- 한편 범죄구성요건과 처벌에 관해서도 위임의 필요성이 있는 경우에는 예

외적으로 하위법령에 위임하는 것이 허용될 수 있을 것이지만, 이 사건 법률조항에 있어서는 그러한 위임의 필요성도 인정하기 어렵다. 이 사건 법률조항의 목적을 달성하기 위해서는, 특정한 법령 조항들에 대하여 그것에 위반하는 단체협약은 효력이 없다거나 그 협약에 따른 이행이 금지된다는 뜻을 법률이 직접 규정하고 그에 위반하면 처벌하도록 규정하였어야 할 것이다.

- 결국 이 사건 법률조항은 구성요건의 실질을 행정관청이 정하도록 함으로써 죄형법정주의의 법률주의에 반하여 헌법에 위반된다.

재판관 송두환, 이정미의 반대의견(과잉금지원칙 위반)

○ 입법목적의 정당성

이 사건 법률조항의 입법목적은 시정명령의 이행을 강제하여 위법한 단체협약을 신속하고 확실하게 제거하기 위한 것인바, 이러한 입법목적은 정당하다. 다만, 이와 같은 입법목적은 궁극적으로 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘법’이라 한다)의 목적, 즉 ‘근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함’(법 제1조)이라는 근본적인 목적을 달성하기 위한 것이 되어야 한다.

○ 수단의 적정 여부

- 위법한 내용이 포함된 단체협약이 체결되었다고 해서 즉각적으로 형벌을 통하여 시정을 강제해야 할 만큼 산업평화와 국민경제에 위협을 초래한다고 보기 어렵고, 오�히려, 노사 간에 협상과 타협을 통해 어렵게 체결한 단체협약에 대하여 행정관청이 시정명령을 내리고, 이어서 형벌의 위협에 의하여 위 명령의 즉각적 이행이 강요된다면, 노사 양측은 충분한 협의와 토론에 앞서 당장 시정명령의 이행에만 급급하도록 내몰리게 되어, 결국 새로운 노동쟁의의 위험을 배태하게 하는 결과가 될 것이다.
- 시정명령의 대상이 되는 단체협약 내용이 과연 위법한 것인지는 명백하지 아니한 경우가 대부분이고, 종국적으로 사법기관(법원)의 규범적 판

단에 의하여 확정될 수밖에 없다. 이 사건의 당해사건에서 문제된 시정명령의 내용을 보더라도, 시정명령의 대상이 된 단체협약 22개 조항 중 20개 조항에 대한 시정명령 이유는 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제8조 제1항 단서(‘국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.’)에 위반된다는 것인데, 단체협약의 내용이 위 법률조항에 위반되는지 여부는 일의적으로 명백하게 판단하기 어렵고, 종국적으로는 사법심사를 통해 판단되어야 한다.

- 한편 법 제89조 제2호는 부당노동행위에 대한 노동위원회의 구제명령에 있어서 ‘확정된 구제명령’에 위반한 행위만을 처벌하는 것으로 규정하고 있는데(법 제89조 제2호, 제85조 제3항) 이는 ‘미확정’의 명령에 대한 불이행을 형사처벌하는 경우의 문제점을 인식한 결과이다. 이 사건 법률조항과 같이 법원에 의하여 위법한 것으로 판단될 수도 있는 시정명령의 이행, 바꾸어 말하면 위법성이 아직 확정되기도 전인 단체협약의 시정을 형벌로써 서둘러 강제하여야 할 만큼 시급하고도 긴박한 필요성이 무엇인지 납득할 수 없다.

- 결국, 이 사건 법률조항이 위와 같이 그 위법 여부가 불명확 또는 불확정 상태에 있는 단체협약의 즉각 시정을 강요하고, 또한 사법심사 절차를 통한 불복 가능성이 있어 확정되지 아니한 시정명령의 이행을 형벌로써 강제하는 것은 이 사건 법률조항의 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 보기 어렵다.

○ 침해의 최소성 충족 여부

- 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적이고 보충적인 것이어야 하므로, 행정명령의 불이행에 대하여 형벌을 과하는 것은 불가피한 경우에 한하여 예외적으로 인정되어야 한다. 행정상의 의무이행확보는 결국 행정목적의 실현을 위한 것이므로, 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단을 통해 이루어져야 한다(헌재 1995. 3. 23. 92헌가14, 판례집 7-1, 307, 320 참조).
- 헌법재판소는 위 92헌가14 사건에서, 아직 확정되지 않은 노동위원회의

구제명령을 이행하지 아니한 행위를 처벌하는 구 노동조합법 조항에 대하여, 헌법에 위반된다고 판시한 바 있다.

- 위법한 단체협약에 대한 시정명령의 이행은 굳이 이 사건 법률조항과 같은 형벌의 부과 방식이 아니더라도, 행정질서벌, 과징금 또는 이행강제금 등의 보다 덜 기본권침해적인 강제수단을 통해서도 충분히 달성할 수 있다.

- 법 제95조는 법원의 명령(구제명령 이행명령)에 위반한 자에 대한 처벌을 규정하면서 ‘과태료’에 처하도록 하고 있다. 이와 같이 일정한 사법심사를 거쳐 법원이 내린 명령을 위반하는 행위에 대하여도 ‘과태료’ 부과에 그치는 것과 비교하여 보면, 이 사건 법률조항의 형벌 부과가 과도한 것임을 쉽게 알 수 있다 할 것이다.

- 이 사건 법률조항은 보다 덜 기본권침해적인 대체수단이 가능한데도 이를 모색하지 아니한 채 즉각 형벌이라는 수단을 동원하였다는 점에서 최소 침해성의 원칙을 위반하였다.

○ 법익의 균형 여부

- 이 사건 법률조항은, 단체협약의 적법성 보장이라는 가치만을 앞세워 노사의 자유로운 단체협약 체결 및 이행으로 인한 이익을 지나치게 제한하는 것으로서, 법익의 균형성도 상실하였다.

보 도 자 료

구 토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원 사건

[2010헌바28 구 토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제 7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분은 명확성원칙에 위반되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니하고, 위 구 토양환경보전법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 부분은 소급입법금지원칙에는 위반되지 아니하나 신뢰보호원칙에 위반되어 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다.

이 결정에는 재판관 김종대의 반대 의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인은 주택건설업 등을 목적으로 하는 회사로, 2003. 3. 14. 한국철강 주식회사(이하 ‘한국철강’이라 한다)로부터 마산시 월영동 621 등 토지 합계 245,730.7㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 매수하여 2003. 3. 25. 청구인 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다.
- 이 사건 토지는 한국철강의 철강공장 부지로 사용되어 오던 것으로, 2006. 10.경 실시한 토양오염정밀조사 결과 아연, 니켈 등 토양오염물질이 토양환경보전법이 정한 토양오염 우려기준을 초과하는 것으로 나타났다.
- 이에 마산시장은, 이 사건 토지가 구 토양환경보전법 제2조 제3호에서 정하는 ‘토양오염관리대상시설’에, 청구인이 같은 법 제10조의3 제3항 제3호의 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’에 각 해당한다고 보아, 2007. 9. 18. 청구인에게 이 사건 토지에 관하여 위 법 제15조 제3항 제3호에 근거한 정화조치명령(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.
- 청구인은 창원지방법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2008. 12. 18. 기각되고(창원지방법원 2007구합3204), 항소하였으나 2009. 6. 26. 기각되었다(부산고등법원 2009누829). 이에 청구인은 대법원에 상고하여 그 상고심 계속중 법 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 및 법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2009. 12. 24. 본안과 함께 기각되자(대법원 2009아89), 2010. 1. 8. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다) 및 구법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한

자’ 부분(이하 ‘이 사건 오염원인자 조항’이라 한다)이 위헌인지 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것)

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

3. “토양오염관리대상시설”이라 함은 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물 및 장소 등을 말한다.

제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자로 본다. 다만, 제3호(토양오염관리대상시설을 양수한 자에 한한다) 및 제4호의 경우에 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

3. 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자

□ 결정이유의 요지

◎ 법정의견의 요지

- 이 사건 정의조항에 대한 판단

이 사건 정의조항은 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는’이라는 문구에 의하여 그 범위가 한정되고 있다. ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물의 부지’는 ‘장소’의 범위에 포함되는데, 이는 토양오염을 예방하고 오염된 토양을 정화한다는 토양환경보전법의 목적을 달성하기 위하여 일정한 부지의 소유자·점유자·운영자, 양수자, 인수자에게도 토양오염에 대한 책임을 부담시킬 필요가 있기 때문이다. 한편, 구법 제10조의2 제1항은 ‘토양오염관리대상시설’에서 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으

로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물의 부지'를 제외하고 있으나, 위 조항 역시 '토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지'만의 거래를 통해서도 토양오염에 대한 책임이 발생할 수 있음을 전제하고 있으므로, 이 사건 정의조항과 모순된다고 보기 어렵다. 또한 토양은 토양오염물질의 확산을 통하여 그 자체 다른 토양오염의 원인이 되거나 다른 토양을 오염시킬 우려가 있으므로, 구법 제10조의3 제3항 제2호가 '토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설'이라고 규정한 것은, 이 사건 정의조항이 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키고 있는 것과 모순되지 아니한다. 그렇다면 이 사건 정의조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

○ 이 사건 오염원인자 조항에 대한 판단

- 토양오염이 과거에 시작되어 이 사건 오염원인자 조항의 시행 당시 계속되고 있는 상태라면 이는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당하므로, 이 사건 오염원인자 조항은 부진정소급입법으로서 종래의 법적상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다.

- 이 사건 오염원인자 조항은 위 조항 시행 이전의 양수자에게까지 오염원인자의 인적범위를 시적으로 확장하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 달성하고자 하는 것이다. 환경오염책임제도가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재하고, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠던 것으로 보인다. 또, 토양오염관리대상시설의 양수자는 통상 토양오염사실 또는 그 가능성에 대해 알거나 알 수 있는 위치에 있다고 평가되기 쉬우므로, 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호가 시행되어 토양오염관리대상시설의 양수자가 오염원인자로 간주된 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 대해서는

선의이며 무과실인 양수자에 대한 면책규정이 사실상 의미가 없다. 나아가 다른 오염원인자가 존재하지 않거나 무자력인 경우가 많고, 자력이 있는 다른 오염원인자가 존재하더라도 구상권 행사의 절차 및 책임분배의 기준이 미비하여, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 되는 경우도 많다. 이처럼 이 사건 오염원인자 조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로, 이 사건 오염원인자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는 이 사건 오염원인자 조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다. 그러나 2002. 1. 1. 이후 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있고, 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있으므로, 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 오염원인자 조항은 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하였으므로, 신뢰보호원칙에 위배된다.

- 이 사건 오염원인자 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 토양오염관리대상시설의 양수자를 오염원인자로 간주할 근거규정이 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 입법자에게는 민주주의 원칙의 관점에서 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이 인정되므로, 이 사건 오염원인자 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 함이 상당하다.

◎ 반대의견의 요지(재판관 김종대)

자신이 지배하는 물건으로 인한 피해에 대해 손해배상책임을 부담할 수 있다는 것은 민법상의 일반원칙으로 오래전부터 받아들여져 왔다. 폐기물에 대한 행정적 규제는 이미 1970년대 초부터 존재하여 왔고, 오염원인자 책

임원칙 역시 비록 선언적인 형태이지만 1977. 환경보전법이 제정되면서 명시적으로 도입되었다. 본격적인 산업화가 시작된 시점이 1970년대 이후라는 사실을 감안하면, 1970년대 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 ‘토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호) 또는 ‘토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자’(구법 제10조의3 제3항 제2호)에 해당할 가능성이 높다. 따라서 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자라 하더라도, 그 신뢰의 보호가치는 크지 않다고 할 것이다.

그렇다면 양수자의 신뢰를 보호해야 할 가치는 크지 않은 반면, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상하여 궁극적으로 일반 공중의 건강 및 쾌적한 생활환경을 확보한다는 이 사건 오염원인자 조항이 추구하는 공익은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로, 이 사건 오염원인자 조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

보 도 자 료

토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원 사건

[2010헌바167 토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제 7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분은 명확성원칙에 위반되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니하고, 위 구 토양환경보전법 제10조의3 제3항 제2호는 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다.

이 결정에는 재판관 김종대의 반대 의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구의 정순임은 2004. 10. 16. 청구인으로부터 마산시 석전동 271-7 대 131.01㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)와 2필지를 임차하여 주유소를 운영하였는데, 2005. 6. 21. 토양오염도 누출검사결과 이 사건 토지의 지하에 설치된 유류저장탱크에 연결된 배관에 이상이 발견되고, 2005. 7.경 토양오염 정밀조사결과 이 사건 토지에서 토양오염물질이 우려기준 이상 검출되자, 마산시장은 2005. 7. 18. 위 정순임에게 시설개선 또는 오염토양의 정화조치를 명하였으나 위 정순임은 이를 이행하지 않았다.
- 이에 마산시장은 2008. 5. 21. 이 사건 토지의 소유자인 청구인에게 이 사건 토지 및 주변의 오염범위 파악을 위한 오염정밀조사의 실시 및 정밀조사 결과 확인된 오염토양의 정화를 명하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)
- 청구인은 창원지방법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2009. 6. 4. 기각되고(창원지방법원 2008구합2734), 항소하였으나 2009. 10. 9. 기각되었다(부산고등법원 2009누3897). 이에 청구인은 상고하여 그 소송 계속중 구 토양환경보전법 제2조 제3호, 제10조의3 제3항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2010. 3. 11. 본안과 함께 기각되자(대법원 2010아7), 2010. 4. 12. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다) 및 구법 제10조의3 제3항 제2호(이하 ‘이 사건 오염원인자 조항’이라 한다)가 위헌인지 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것)

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

3. “토양오염관리대상시설”이라 함은 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물 및 장소 등을 말한다.

제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자로 본다. 다만, 제3호(토양오염관리대상시설을 양수한 자에 한한다) 및 제4호의 경우에 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

2. 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자

□ 결정이유의 요지

◎ 법정의견의 요지

- 이 사건 정의조항에 대한 판단

이 사건 정의조항은 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는’이라는 문구에 의하여 그 범위가 한정되고 있다. ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물의 부지’는 ‘장소’의 범위에 포함되는데, 이는 토양오염을 예방하고 오염된 토양을 정화한다는 토양환경보전법의 목적을 달성하기 위하여 일정한 부지의 소유자·점유자·운영자, 양수자, 인수자에게도 토양오염에 대한 책임을 부담시킬 필요가 있기 때문이다. 한편, 구법 제10조의2 제1항은 ‘토양오염관리대상시설’에서 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·구축물의 부지’를 제외하고 있으나, 위 조항 역시 ‘토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지’만의 거래를 통해서도 토양오염에 대한 책임이 발생

할 수 있음을 전제하고 있으므로, 이 사건 정의조항과 모순된다고 보기 어렵다. 또한 토양은 토양오염물질의 확산을 통하여 그 자체 다른 토양오염의 원인이 되거나 다른 토양을 오염시킬 우려가 있으므로, 구법 제10조의3 제3항 제2호가 ‘토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설’이라고 규정한 것은, 이 사건 정의조항이 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키고 있는 것과 모순되지 아니한다. 그렇다면 이 사건 정의조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

○ 이 사건 오염원인자 조항에 대한 판단

- 이 사건 오염원인자 조항은 신속하고 확실하게 토양오염에 대한 책임자를 특정하고 그에 따른 책임이행을 확보할 수 있도록 오염원인자의 범위를 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자로 확장하여 이들에게 무과실의 책임을 부담시키고 있는데, 이러한 입법목적은 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 토양생태계의 보전을 위하여 오염된 토양을 정화하는 등 토양을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 하려는 토양환경보전법의 목적에 비추어 정당하다. 한편, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 손해배상책임 및 오염토양의 정화책임 등을 부과하는 것은 그러한 입법목적 달성에 적합한 수단이 된다.

그러나 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 ‘토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있고, 위와 같은 수단들을 도입함으로써 발생할 수 있는 손해배상 및 토양정화 등 책임의 공백 또는 그 책임 이행의 지연 문제는 환경손해보험 및 토양정화기금 등과 같은 제도로 보완할 수 있으며, 구상

권의 존재는 이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 받게 되는 침해를 완화하기에 부족하므로, 이 사건 오염원인자 조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다.

토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 사실상 면책이 불가능한 1차적인 무과실 책임을 부담하고, 경우에 따라서는 파산에 이를 정도로 거액에 이르기까지 하는 비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 한다는 점에서, 이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 얻게 될 공익보다 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익이 더 클 수도 있다.

따라서 이 사건 오염원인자 조항은 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권을 침해한다.

- 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임은 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 마찬가지로 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하므로, 그 성격이 본질적으로 동일하다. 따라서 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와는 달리, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게는 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책만을 허용하고 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 오염원인자 조항은 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해한다.

- 이 사건 오염원인자 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 토양오염관리대상시설의 양수자를 오염원인자로 간주할 근거규정이 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 입법자에게는 민주주의 원칙의 관점에서 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이 인정되므로, 이 사건 오염원인자 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 함이 상당하다.

◎ 반대의견의 요지(재판관 김종대)

- 이 사건 오염원인자 조항은 토양오염의 발생이라는 상태를 그 원인이

된 토양오염관리대상시설의 소유·점유·운영을 통하여 사실적으로 지배하는 자에게 토양오염에 대한 상태책임을 인정한 것으로, 소유자·점유자·운영자는 재산권자로서 재산권의 사회적 기속성에 근거하여 자신이 지배하는 물건으로부터 위험이나 장해를 발생시켜서는 안 될 의무를 부담하고, 토양오염의 발생이라는 상태에 가장 근접해 있는 자로서 토양오염을 효과적으로 제거할 수 있는 법적·사실적 지위에 있으므로, 이 사건 오염원인자 조항은 토양오염에 대하여 책임을 부담하는 소유자·점유자·운영자의 범위를 합리적으로 제한하고 있다. 한편, 토양오염은 그 피해가 장기간에 걸쳐 누적적으로 발생하므로 토양오염 피해가 발생한 시기에는 자력이 있는 오염유발자를 찾기 어려운 경우가 많고, 소유자·점유자·운영자의 과실 유무를 확정하기도 곤란하므로, 신속하고 확실한 손해배상 및 토양정화를 위해서는 토양오염관리대상시설에 대한 사실적 지배를 기준으로 오염원인자를 확정하여 손해배상 및 정화책임을 수행할 능력이 있는 자에게 우선적으로 책임을 부담시킬 필요가 있다. 나아가 손해배상 및 토양정화를 행한 소유자·점유자·운영자는 다른 오염원인자에 대하여 책임 비율에 따른 구상권을 행사하여 손해를 전보 받을 수 있다.

이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익보다는, 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 오염된 토양을 정화하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 한다는 이 사건 오염원인자 조항이 추구하는 공익이 더 크다.

- 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자와 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 본질적으로 다르다. 따라서 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자에 대해서만 그 양수·인수 이전에 발생한 토양오염에 대하여 선의·무과실인 경우 면책을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있다.

보 도 자 료

중학교 학생으로부터의 학교운영지원비 징수 사건

(2010헌바220 초·중등교육법 제30조의2 제2항 제2호 등 위헌소원)

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 전원일치의 의견으로 구 초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 제7호 중 중학교에 관한 부분에 대한 청구인들의 심판청구와 구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2 제2항 제2호 중 중학교 학생으로부터 징수하는 것에 관한 부분에 대한 사립중학교 학부모들의 심판청구를 모두 각하하고, 재판관 7(위헌) : 1(각하)의 의견으로 구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2 제2항 제2호 중 중학교 학생으로부터 징수하는 것에 관한 공립중학교 학부모들의 청구부분에 대해 이 조항은 헌법 제31조 제3항에서 규정하는 의무교육의 무상원칙에 위배되어 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인들은 공립 및 사립 중학교에 재학 중이거나 졸업한 자녀를 두고 있는 부모로서 자녀가 재학 중이던 중학교에 학교운영지원비를 납부하였다.
- 청구인들은 위와 같이 납부한 학교운영지원비가 의무교육의 무상원칙에 반하는 것이라고 주장하며, 대한민국, 서울특별시, 경기도, 경상북도, 광주광역시, 전라북도를 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였으나 2009. 6. 17. 청구가 기각되자, 이에 항소하였다.
- 청구인들은 위 항소심 계속 중 학교운영지원비를 학교회계 세입항목에 포함시키고 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항을 학교운영위원회가 심의하도록 규정하고 있는 구 초·중등교육법 제30조의2 제2항 제2호 및 제32조 제1항 제7호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자, 2010. 6. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2 제2항 제2호 중 중학교 학생으로부터 징수하는 것에 관한 부분(이하 ‘이 사건 세입조항’이라 한다.) 및 구 초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 제7호 중 중학교에 관한 부분(이하 ‘이 사건 심의조항’이라 한다.)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것)

제30조의2(학교회계의 설치) ② 학교회계는 다음 각 호의 수입을 세입으로 한다.

2. 제32조 제7호의 학교운영지원비

구 초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것)

제32조(기능) ① 국·공립학교에 두는 학교운영위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

7. 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항

□ 결정이유의 요지

- 이 사건 심의조항

이 사건 심의조항은 국·공립중학교에 두는 학교운영위원회가 심의하는 사항들 중의 하나로서 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항을 포함시키고 있을 뿐이어서, 이를 학교운영지원비를 징수할 수 있는 근거가 되는 조항으로 볼 것은 아니므로 당해사건의 재판에 적용되는 법률이라 할 수 없다. 따라서, 청구인들의 이 사건 심의조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

- 이 사건 세입조항

- 사립중학교 학부모들의 청구 부분

이 사건 세입조항은 ‘국·공립중학교’에만 적용되는 것이지, ‘사립중학교’에서 징수하는 학교운영지원비에 대해서는 적용되는 것이 아니므로 사립중학교 학부모들의 청구 부분은 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

- 공립중학교 학부모들의 청구 부분

헌법 제31조 제3항에 규정된 의무교육 무상의 원칙에 있어서 무상의 범위는 헌법상 교육의 기회균등을 실현하기 위해 필수불가결한 비용, 즉 모든 학생이 의무교육을 받음에 있어서 경제적인 차별 없이 수학하는 데 반드시 필요한 비용에 한한다고 할 것이며, 이에 따라 의무교육이 실질적으로 균등하게 이루어지기 위한 본질적 항목으로 수업료나 입학금의 면제, 학교와 교사 등 인적·물적 기반 및 그 기반을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 재원마련 및 의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필

수불가결한 비용은 무상의 범위에 포함된다.

그런데 학교운영지원비는 그 운영상 교원연구비와 같은 교사의 인건비 일부와 학교회계직원의 인건비 일부 등 의무교육과정의 인적기반을 유지하기 위한 비용을 충당하는데 사용되고 있다는 점, 학교회계의 세입상 현재 의무교육기관에서는 국고지원을 받고 있는 입학금, 수업료와 함께 같은 항에 속하여 분류되고 있음에도 불구하고 학교운영지원비에 대해서만 학생과 학부모의 부담으로 남아있다는 점, 학교운영지원비는 기본적으로 학부모의 자율적 협찬금의 성격을 갖고 있음에도 그 조성이나 징수의 자율성이 완전히 보장되지 않아 기본적으로 필수적인 학교 교육에 필요한 비용에 가깝게 운영되고 있다는 점 등을 고려해보면 이 사건 세입조항은 헌법 제31조 제3항에 규정되어 있는 의무교육의 무상원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

반대의견(재판관 이동흡)의 요지

- 이 사건 세입조항은 학교운영지원비 징수의 근거가 되는 조항이 아니므로 이 사건 세입조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 흠결하여 부적법하다.
- 가사, 이 사건 세입조항에 대하여 재판의 전제성이 인정된다 하더라도, 학교운영지원비는 학교 운영상 부족한 부분을 지원하기 위한 학부모들의 자발적 협찬금에 불과하여 학교운영지원비 자체를 의무교육에 있어서 무상의 범위에 포함되는 ‘의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필수불가결한 비용’으로 보기는 어려운 점, 학교운영지원비를 어떤 분야에 사용할 것인지는 각 단위학교가 결정할 사항으로, 이 사건 세입조항만으로는 학교운영지원비가 위와 같은 필수불가결한 비용으로 사용될 것이라고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 세입조항에서 학교운영지원비를 학부모로부터 징수한다 하더라도 이를 헌법상 의무교육의 무상원칙에 반하는 것으로 볼 수는 없다.

보 도 자 료

낙태죄 사건

(2010헌바402 형법 제270조 제1항 위헌소원)

【 선 고 】

헌법재판소는 2012년 8월 23일 조산사 등이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’)에 대하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.

이 결정에는 재판관 이강국, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견 및 재판관 이동흡의 반대의견에 대한 보충의견이 있는 것 외에 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요 및 심판대상

● 사건개요

○ 청구인은 조산사로서 2009. 2.경부터 부산에서 ‘○○○ 조산원’이라는 상호로 조산원을 운영하는 자인바, ‘2010. 1. 28. 위 조산원에서 임부로부터 임신 6주된 태아를 낙태시켜 달라는 촉탁을 받고, 진공기를 임부의 자궁 안에 넣어 위 태아를 모체 밖으로 인위적으로 배출하는 방법으로 낙태하게 하였다.’는 등의 공소사실로 기소되어 재판을 받던 중(부산지방법원 2010고단2425), 처벌의 근거가 되는 형법 제270조 제1항에 대하여 위헌법률심판 제청신청(부산지방법원 2010초기2480)을 하였으나 기각되었다. 이에 청구인은 2010. 10. 17. 형법 제270조 제1항이 헌법에 위반된다고 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판대상

이 사건 심판대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 조항]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

[관련 조항]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 생략

모자보건법(2009. 1. 7. 법률 제9333호로 개정된 것) 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의

동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.

1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우
4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우
5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

□ 결정이유의 요지

○ 자기낙태죄 조항(형법 제269조 제1항)의 위헌 여부

인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 이러한 생명에 대한 권리는 기본권 중의 기본권이다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 한다. 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 다만 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것은 아니며, 그 단계에서는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로 자궁에 착상하기 이전 단계의 수정란을 그 이후의 태아와 동일하게 취급하지 아니하는 것은 그 나름의 합리성이 인정될 수 있으며, 또한 통통시부터는 태아가 산모로부터 독립하여 생존이 가능하므로 그 때를 기준으로 사람으로 취급하는 것도 합리적이라고 할 것이다. 한편, 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적을 달성할 수 없게 될 것이고, 성교육과 피임법의 보편적 상용, 임부에 대한 지원 등은 원하지 않는 임신을 미연에 방지하는 수단이 될 수 있을지는 모르나 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다. 나아가 입법자는 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우와 같은 예외적인 경우에는 임신

24주 이내의 낙태를 허용하여(모자보건법 제14조, 동법 시행령 제15조), 불가피한 사정이 있는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있다. 이것에서 더 나아가 사회적·경제적 사유로 인한 낙태로까지 그 허용의 사유를 넓힌다면, 자칫 자기낙태죄 조항은 거의 사문화되고 낙태가 공공연하게 이루어져 인간생명에 대한 경시풍조가 확산될 우려마저 없지 않다. 나아가 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권이 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우므로, 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

○ 이 사건 법률조항의 위헌 여부

- 이 사건 법률조항은 조산사가 임부의 촉탁이나 승낙을 받아 낙태를 하게 한 경우를 징역형으로만 처벌하도록 규정하고 있으나, 그 법정형의 상한이 2년 이하의 징역으로 되어 있어 법정형의 상한 자체가 높지 않을 뿐만 아니라, 비교적 죄질이 가벼운 낙태에 대하여는 작량감경이나 법률상 감경을 하지 않아도 선고유예 또는 집행유예 선고의 길이 열려 있으므로, 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 하는 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다.
- 낙태는 행위태양에 관계없이 태아의 생명을 박탈하는 결과를 초래할 위험이 높고, 일반인에 의해서 행해지기는 어려워 대부분 낙태에 관한 지식이 있는 의료업무종사자를 통해 이루어지며, 태아의 생명을 보호해야 하는 업무에 종사하는 자가 태아의 생명을 박탈하는 기술을 한다는 점에서 비난가능성 또한 크다. 나아가 경미한 벌금형은 낙태기술의 기능이나 낙태에 사용하는 약품 등을 알고 있는 것을 남용하여 영리행위를 추구하는 조산사에 대하여는 위하력을 가지기 어렵다. 이러한 점들을 고려하여 입법자가 이 사건 법률조항에 대하여 형법상 동의낙태죄(제269조 제2항)와 달리 벌금형을 규정하지 아니한 것이 형벌체계상의 균형에 반하여 헌법상 평등원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

□ 반대의견(재판관 이강국, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환)

○ 자기낙태죄 조항의 위헌 여부

태아에 대한 국가의 보호의무에는 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함된다고 보아야 할 것이고, 국가는 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호 정도나 보호수단을 달리할 수 있다.

현대 의학의 수준에서는 태아가 임신 24주에 이르기까지는 자존적 생존가능성이 전혀 없다고 보고 있으므로, 태아의 독자적 생존능력이 인정되는 임신 24주 이후에는 태아의 생명도 인간의 생명과 어느 정도 동일시할 수 있으므로 임부의 낙태를 원칙적으로 금지하고, 임부의 생명이나 건강에 현저한 위해가 생길 우려가 있는 등 특단의 사정이 있는 경우에만 낙태를 허용함이 바람직하다. 임신 중기(임신 13주-24주)의 낙태는 임신 초기(임신 1주-12주)의 낙태에 비하여 합병증의 우려가 크고, 모성사망률의 위험도 급격히 커져 임부의 생명이나 건강에 위해가 생길 우려가 증가한다는 점에서 국가는 모성의 건강을 증진하기 위하여 낙태의 절차를 규제하는 등으로 임신중기의 낙태에 관여할 수 있다고 할 것이다.

그런데, 의학계에서는 일반적으로 임신 초기(임신 1주-12주)의 태아는 사고나 자아인식, 정신적 능력과 같은 의식적 경험에 필요한 신경생리학적 구조나 기능들은 갖추지 못한 것으로 판단하고 있는바, 임신 초기의 태아는 고통을 느끼지 못하는 반면, 임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮아지므로, 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 여지가 크다. 불법낙태로 임부의 건강이나 생명에 위험이 초래되는 사태가 빈발하고 있어 그 대책이 시급한 현실에 비추어 보면, 적어도 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 필요성이 있다. 따라서 자기낙태죄 조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

한편, 형법상 낙태죄 규정이 현재는 거의 사문화되어 낙태의 근절에 큰 기여를 하지 못하고 있으므로 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 태아의 생명보호라는 공익은 더 이상 자기낙태죄 조항을 통하여 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 임신 초기의 낙태까지 금지하고 처벌하는 것은 임부의 임신

유지 여부에 대한 자기결정의 영역을 전혀 존중하지 아니하는 것으로서, 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권은 결코 가볍게 볼 수 없어 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다.

그러므로 자기낙태죄 조항은 임신 초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 임부의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다.

○ 이 사건 법률조항의 위헌 여부

위에서 본 바와 같이, 자기낙태죄 조항이 임부의 임신 초기의 낙태까지 일률적으로 처벌하고 있다는 점에서 위헌이므로, 동일한 목표를 실현하기 위하여 임신 초기의 임부의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태시술을 한 조산사를 형사처벌하는 이 사건 법률조항도 위 범위 내에서 위헌이다.

따라서 이 사건 법률조항 및 이와 동일한 위헌 사유가 있는 형법 제269조, 제270조 제3항 중 제1항에 관한 부분의 각 “낙태”에 ‘임신 12주 이내의 낙태’가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 선언하여야 할 것이다.

□ 반대의견에 대한 보충의견(재판관 이동흡)

- 임부의 자기결정권을 존중하여 임신 초기의 낙태를 허용하더라도 임부가 낙태에 대하여 충분히 숙고한 뒤에 결정할 수 있도록 함과 동시에 의학적으로 안전한 낙태시술이 이루어질 수 있도록 입법조치를 취하여야 한다. 즉 입법자는 임부가 낙태에 대하여 충분히 숙고한 뒤에 결정을 내릴 수 있도록 전문가와의 상담 등 사전 조치들을 강구할 필요가 있다. 상담은 태아의 생명보호에 기여할 수 있도록 임부를 격려하고 자녀와 함께하는 삶의 비전을 일깨워 주기 위한 것이어야 하며, 임부가 책임 있고 양심에 따른 결정을 할 수 있도록 도와주는 것이어야 한다. 나아가 입법자는 의학적으로 안전한 낙태시술이 이루어질 수 있도록 병원이나 의사 등에 대한 일정한 요건을 마련하여, 임부의 생명과 건강을 보호하기 위해 노력하여야 한다.

보 도 자 료

공무원연금법 제3조 제1항 제1호 등 위헌소원

[2010헌바425 공무원연금법 제3조 제1항 제1호 등 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 ‘국가공무원법 제33조 소정의 임용결격 사유가 존재함에도 불구하고 공무원으로 임용되어 근무하거나 하였던 자’ (이하 ‘임용결격공무원’ 이라 한다)를 공무원 퇴직연금수급권자에 포함시키지 않는 ‘공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제46조 제1항 중 제3조 제1항 제1호 가목 본문의 ‘공무원’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다고 선고하였다.

이 결정에는 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 보충의견 및 재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견, 그리고 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대의견에 대한 보충의견이 있는 것 이외에 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인은 1975. 7. 22. 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받아 1975. 7. 29. 형이 확정되었고, 1979. 6. 1. 초등학교 정교사로 임용되어 근무하다가 2010. 2. 28. 정년퇴직한 후 퇴직연금지급을 청구하였다. 그러나 공무원연금공단은 2010. 3. 9. 청구인에 대하여 임용 당시 공무원임용결격자에 해당한다는 이유로 퇴직연금의 지급을 거부하는 처분을 하면서, ‘공무원임용결격자 및 당연퇴직자의 기여금반환에 관한 지침’에 따라 청구인이 1979. 6.부터 2010. 2.까지 기납부한 기여금 및 공단의 기금운용수익률을 가산한 금액(이하 ‘기여금’이라 한다)만을 지급하였다.
- 청구인은 서울행정법원에 퇴직연금지급거부처분취소를 구하는 소를 제기하면서(2010구합22559) 위 소송 계속중에 공무원연금법 제3조 제1항 제1호 및 제46조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2010아2431)을 하였으나 2010. 10. 1. 위 신청이 기각되자 2010. 11. 9. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제46조 제1항 중 제3조 제1항 제1호 가목 본문의 ‘공무원’ 부분(이하 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것)

제46조(퇴직연금 또는 퇴직연금일시금) ① 공무원이 20년 이상 재직하고 퇴직한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때부터 사망할 때까지 퇴직 연금을 지급한다.

1. 65세가 되었을 때

2. 법률 또는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙

및 대통령령(이하 “공무원임용관계법령등”이라 한다)에서 정년 또는 근무상한 연령(공무원임용관계법령등에서 근무상한연령을 정하지 아니한 공무원의 근무상한연령은 공무원임용관계법령등에서 정한 그 공무원과 유사한 직위의 공무원의 근무상한연령 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 연령을 말한다)을 60세 미만으로 정한 경우에는 그 정년 또는 근무상한 연령이 되었을 때부터 5년이 경과한 때

3. 공무원임용관계법령등에서 정한 계급정년이 되어 퇴직한 때부터 5년이 경과한 때

4. 직제와 정원의 개정과 폐지 또는 예산의 감소 등으로 인하여 직위가 없어 지거나 정원을 초과하는 인원이 생겨 퇴직한 때부터 5년이 경과한 때

5. 대통령령으로 정하는 장애 상태가 된 때

제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공무원”이란 상시 공무에 종사하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 「국가공무원법」, 「지방공무원법」, 그 밖의 법률에 따른 공무원. 다만, 군인과 선거에 의하여 취임하는 공무원은 제외한다.

□ 결정이유의 요지

- 공무원퇴직연금수급권은 국가의 재정상황, 국민 전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회·경제적인 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있는 광범위한 입법형성의 재량이 인정되기 때문에 법률에 의하여 비로소 인정되는 권리라고 할 수 있고, 법정요건을 갖춘 후 발생하는 공무원 퇴직연금수급권만이 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리로서 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권에 포함되는 것이다. 그런데 청구인과 같은 임용결격공무원의 경우 그 임용행위가 당연무효이므로 공무원 퇴직연금수급권의 법정요건의 하나인 적법한 공무원이라 할 수 없으므로 이 사건 심판대상조항에 의하여 청구인의 재산권이 침해될 여지는 없다고 할 것이다.
- 공무원은 국민 전체의 봉사자로서 일반 근로자와는 다르고, 공직에 대한 국민의 신뢰, 공무원연금제도의 인사행정적 기능 및 공직사회의 질서 유지, 그리고

공무원연금제도의 사회보장적 성격 등을 고려하면 이 사건 심판대상조항이 임용결격공무원을 배제하고 적법하게 임용된 공무원만을 한정하여 공무원 퇴직연금수급권을 부여하는 것은 그 목적이 정당하고, 이미 납부한 기여금은 임용결격공무원에게 퇴직 시 반환이 되고 임용결격공무원인 청구인이 관할 지방자치단체를 상대로 별도의 민법상 부당이득반환청구 소송을 제기하여 근로기준법에 따른 퇴직금 상당의 금액을 반환 받을 수 있는 법적 구제가능성이 열려 있으며, 임용결격사유가 있음에도 불구하고 공무원으로 임용된 청구인의 신뢰를 보호할 필요성은 크지 않은 반면에 공무원의 고도의 윤리성·도덕성 및 공직사회에 대한 국민의 신뢰, 공무원연금재정문제 등의 공익은 상당히 중요하므로 이 사건 심판대상조항은 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다.

□ 법정의견에 대한 보충의견(재판관 이동흡, 재판관 박한철)의 요지

- 선진 외국의 입법례를 살펴보면, 독일의 경우 공무원의 임용이 무효로 되거나 취소가 되어도 최상급 직무관청이나 동 관청이 지정한 기관이 동의하는 경우 지급된 급여나 연금의 전부나 일부의 반환청구가 배제되고, 미국의 경우에도 임용결격공무원의 연금수급권은 연방인사관리처의 ‘재량권’에 의하여 보장하는 등 임용결격공무원이라 하더라도 연금의 지급을 전적으로 부정하는 것이 아니라, 정당한 사유가 인정되는 경우에는 연금의 전부 또는 일부를 지급받을 수 있는 길을 열어놓고 있는바, 이 사건 심판대상조항과 관련하여 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 전부 부정할 것이 아니라 그 신뢰를 인정할 만한 정당한 사유가 인정되는 경우에는 일부 금액의 여지를 보장하는 방향으로 입법에 의하여 개선하는 것이 바람직하다.

□ 반대의견(재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미)의 요지

- 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 선고 받은 공무원에 대한 연금 감액 조항에 대해서는 헌법불합치결정을 한 헌법재판소 선례가 있다. 그 취지에 비추어 볼 때, 임용결격공무원에게 공무원퇴직연금을 지급한다고 하여 공무원에 대한 국민의 신뢰를 침해하거나 공무원연금재정에 심각한 위협이 된다고

볼 수는 없고, 국가의 임용 과실 책임을 임용결격공무원에게만 모두 전가시키는 부당한 결과를 초래하며, 그리고 임용결격공무원이 제기한 부당이득반환청구소송에서 법원은 국가가 연금일시금을 넘는 퇴직금 상당액만큼을 부당이득금으로 반환하도록 판시하고 있으므로 그 금액을 굳이 연금형식으로 반환하는 것만은 안 된다고 해야 할 실질적 이유가 없다는 점 등을 고려하면 임용결격공무원에 대하여 공무원 퇴직연금수급권의 취득을 금지하는 것은 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하므로 이 사건 심판대상조항 중 퇴직연금수급권자인 공무원의 범위에 모든 임용결격공무원이 포함되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

□ 반대의견에 대한 보충의견 (재판관 김종대, 재판관 송두환)의 요지

- 퇴직연금수급권은 기여금 부분은 물론 국가가 부담하는 부분까지 포함하여 공무원의 기여로 형성되는 재산권으로 보아야 한다.
- 모든 임용결격자에 대한 임용행위를 수십년간 근무하고 정년퇴직한 공무원에 대해서까지 당연무효로 보는 것은 문제가 있고, 공익에 비해 청구인의 신뢰를 보호해 주어야 할 필요성이 더 큰 경우에는 예외적으로 임용행위의 하자가 치유될 수도 있다는 점 등에서 모든 임용결격공무원에 대하여 퇴직연금수급권을 부정하는 것은 부당하다. 가사 임용결격자의 임용을 당연무효로 보더라도 그것과 임용결격공무원에 대한 퇴직연금수급권의 인정여부는 달리 보아야 하며, 특히 청구인처럼 다른 공무원과 마찬가지로 퇴직연금수급권 취득을 위한 동가치적인 기여를 한 경우에는 퇴직연금수급권을 인정하는 것이 타당하다. 따라서, 이 사건 심판대상조항은 청구인의 재산권인 퇴직연금수급권을 과잉제한 했다는 점에서도 헌법에 위반된다.

보 도 자 료

도시개발법 제4조 제3항 등 위헌소원

[2010헌바471 도시개발법 제4조 제3항 등 위헌소원]

【 선 고 】

헌법재판소는 2012년 8월 23일 관여 재판관 전원일치의 의견으로, 서울특별시장이 용산국제업무지구 조성을 목표로 용산구 한강로 일대를 도시개발구역으로 지정하고 고시함에 있어 공람 또는 공청회의 방법으로 주민의 의견을 청취하는 구체적인 대상 및 방법 등을 대통령령에 위임하고 있는 도시개발법(2008. 3. 21. 법률 제8970호로 개정된 것) 제7조 제2항이, 포괄위임입법금지 원칙에 위반되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요 및 심판대상

● 사건개요

- 서울특별시장은 2010. 4. 22. 서울특별시 용산구 한강로 3가 40-1 일대 510,385.9㎡를 도시개발구역으로 지정하여 대상구역 내에 도시개발사업을 시행하고 대상구역 토지에 관한 지형도면을 고시하는 것을 내용으로 하는 ‘용산국제업무지구 도시개발구역지정 및 개발계획 수립, 지형도면’을 고시하였다(이하, ‘이 사건 고시’라 한다).
- 청구인들은 이 사건 도시개발구역으로 지정된 대상구역 내에 위치한 서울 용산구 이촌동 395 대림아파트와 같은 동 422 북한강아파트의 구분소유자들로, 이 사건 고시에 의하면 서울 용산구 이촌동 395 일원은 주거지역으로, 같은 동 422 일원은 학교시설 대상지역으로 결정되어 수용될 예정이다.
- 청구인들은 2010. 7. 6. 서울행정법원에 이 사건 고시의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고(서울행정법원 2010구합27912), 도시개발법 제4조 제3항, 제7조 제2항, 제22조 제1항 단서 전문과 후문, 제22조 제3항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판대상

○ 심판대상

- i) 구 도시개발법(2008. 3. 21. 법률 제8970호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11186호로 개정되기 전의 것) 제4조 제3항(이하 ‘이 사건 환지동의조항’이라 한다),
- ii) 도시개발법(2008. 3. 21. 법률 제8970호로 개정된 것) 제7조 제2항(이하 ‘이 사건 공람 등 위임조항’이라 한다), 제22조 제1항 단서 전문(이하 ‘이 사건 수용동의조항’이라 한다)과 후문(이하 ‘이 사건 동의기준일조항’이라 한다), 제22조 제3항(이하 ‘이 사건 사업인정의제조항’이라 한다), 이 헌법에 위반되는지 여부

○ 심판대상조항

구 도시개발법(2008. 3. 21. 법률 제8970호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11186호로 개정되기 전의 것)

제4조(개발계획의 수립 및 변경) ③ 지정권자는 환지(換地) 방식의 도시개발 사업에 대한 개발계획을 수립하려면 환지 방식이 적용되는 지역의 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지 소유자와 그 지역의 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상의 동의를 받아야 한다. 환지 방식으로 시행하기 위하여 개발계획을 변경(대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경은 제외한다)하려는 경우에도 또한 같다.

도시개발법(2008. 3. 21. 법률 제8970호로 개정된 것)

제7조(주민 등의 의견청취) ② 제1항에 따른 공람의 대상 또는 공청회의 개최 대상 및 주민의 의견청취 방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제22조(토지 등의 수용 또는 사용) ① 시행자는 도시개발사업에 필요한 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있다. 다만, 제11조 제1항 제5호 및 제7호부터 제11호까지의 규정(같은 항 제1호부터 제4호까지의 규정에 해당하는 자가 100분의 50 비율을 초과하여 출자한 경우는 제외한다)에 해당하는 시행자는 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 소유하고 토지 소유자 총수의 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 받아야 한다. 이 경우 토지 소유자의 동의요건 산정기준일은 도시개발구역지정 고시일을 기준으로 하며, 그 기준일 이후 시행자가 취득한 토지에 대하여는 동의 요건에 필요한 토지 소유자의 총수에 포함하고 이를 동의한 자의 수로 산정한다.

③ 제2항에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용할 때 제5조 제1항 제14호에 따른 수용 또는 사용의 대상이 되는 토지의 세부목록을 고시한 경우에는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제20조 제1항과 제22조에 따른 사업인정 및 그 고시가 있

었던 것으로 본다. 다만, 재결신청은 같은 법 제23조 제1항과 제28조 제1항에도 불구하고 개발계획에서 정한 도시개발사업의 시행 기간 종료일까지 하여야 한다.

□ 적법요건에 관한 판단

● 이 사건 환지동의조항에 관한 심판청구는 재판의 전제성이 없어 부적법하다

○ 이 사건 환지동의조항의 내용은, 도시개발구역을 지정하는 자가 ‘환지 방식’의 개발계획을 수립하고자 하는 경우 대상지역 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지소유자와 그 지역의 토지소유자 총수 2분의 1 이상의 동의를 얻어야 한다는 것이다.

○ 그런데 이 사건 고시에 의한 용산국제업무지구 개발사업은 ‘환지 방식’이 아닌 ‘수용 또는 사용 방식’에 의한 개발사업이기 때문에 이 사건 환지동의조항이 적용될 여지가 없어, 이 사건 환지동의조항이 헌법에 위반되는지 여부는 이 사건 고시의 취소를 구하는 당해 사건에서 재판의 결론이나 재판의 내용 및 효력에 관한 법률적 의미에도 영향을 미칠 수 없으므로, 이 사건 환지동의조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

● 이 사건 수용동의조항, 동의기준일조항, 사업인정의제조항에 관한 심판청구 역시 재판의 전제성이 없어 부적법하다

○ ‘수용 또는 사용 방식’에 의해 사업이 시행되는 경우, ① 도시개발구역으로 지정될 구역에 대한 기초조사, 주민 등의 의견 청취 등 절차를 거쳐, 도시개발구역을 지정하고 개발계획을 수립하며 사업시행자를 지정하여 고시하는 ‘구역 지정 및 개발계획 수립 단계’, ② 도시개발사업의 시행자가 개발계획

을 토대로 구체적인 사업시행계획을 수립하고 인가받아 고시하는 ‘실시계획 수립 단계’, ③ 도시개발사업의 시행자가 토지소유자 및 관계인과의 협의 등을 통하여 토지 등을 취득하거나 보상하고 이주시키는 ‘토지수용 단계’, ④ 사업시행에 필요한 위 절차들을 모두 마친 후 사업에 착공, 시행한 후 완공하는 ‘공사 단계’를 차례로 거치게 된다.

- 그런데 이 사건 수용동의조항, 동의기준일조항은 사업시행에 필요한 토지소유자들의 동의 정족수 및 위 동의요건의 산정기준일에 관한 규정이고, 이 사건 사업인정의제조항은 수용대상 토지의 세부목록이 고시된 경우 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’상의 사업인정 및 고시가 있었던 것으로 간주하는 규정인바, 이들 법률조항은 모두 도시개발구역이 지정되고 도시개발계획이 수립되는 ‘구역 지정 및 개발계획 수립 단계’ 이후 사업시행자가 사업을 위하여 필요한 토지로서 수용 또는 사용의 대상이 되는 토지의 세부목록을 고시하는 등 수립한 보상계획 하에 실제로 토지소유자들을 상대로 토지수용 협의 절차로 나아가는 ‘토지수용 단계’에서 적용되는 것으로서, 이 사건 고시의 근거법령도 아닌 데다가, ‘토지수용 단계’에서야 비로소 적용되는 이 사건 수용동의조항, 동의기준일조항, 사업인정의제조항이 헌법에 위반되는 것으로 선언된다 하더라도, 그 전 단계인 ‘구역 지정 및 개발계획 수립 단계’에서 이루어진 이 사건 고시의 효력에 아무런 영향을 미칠 수 없다.
- 따라서 이 사건 수용동의조항, 동의기준일조항, 사업인정의제조항은 이 사건 고시의 취소를 구하는 당해 사건 재판에 적용되는 법률이 아닐 뿐만 아니라, 위 조항들이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건 재판의 결론이나 재판의 내용 및 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미칠 수도 없으므로, 위 법률조항들에 대한 심판청구 역시 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

결정 이유의 요지

이 사건 공람 등 위임조항은 포괄위임법금지 원칙에 위반되지 아니한

다

- 도시개발법상 규정된 주민 등의 의견청취 절차는 도시개발구역 지정에 이해관계를 가지는 다수 이해관계인들의 이해대립을 합리적으로 조정하여 국민의 자유와 권리에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화 및 신뢰를 확보함과 아울러 자의적인 계획을 배제하고 타당한 계획이 되도록 하는 데 필수적인 절차인바, 도시개발법 제7조 제1항은 도시개발구역을 지정할 경우 공람이나 공청회를 통하여 주민이나 관계 전문가 등의 의견을 듣고 반영하도록 규정하고, 제2항(이 사건 공람 등 위임조항)에서 위 공람이나 공청회의 개최대상 및 주민의 의견청취 방법 등에 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있다.
- 주민 등의 의견청취 절차는 도시개발사업의 규모, 성격 및 대상 지역의 특성 등에 따라 현실에 맞게 규율할 필요가 있으므로, 이러한 요구에 보다 탄력적으로 대응할 수 있는 대통령령에 위임할 필요도 있고, 이러한 위임의 필요성은 도시개발사업의 성격, 내용, 유형, 영향 등을 전반적으로 고려할 때 공람 또는 공청회를 어느 범위에서 실시할 것인지 하는, 공람이나 공청회 실시의 ‘대상’을 선정함에 있어서도 그대로 인정된다.
- 도시개발사업의 규모의 대소를 불문하고 모든 사업에 있어 공청회를 실시하여야 한다면, 공람이라는 의견청취 절차를 선택적으로 거칠 수 있도록 규정하고 있는 것 자체가 의미가 없어질 뿐만 아니라, 간단한 의견청취 절차만으로도 무방한 도시개발사업에 관하여 무의미한 시간과 비용을 낭비함으로써 사업시행의 효율성을 저해할 수도 있다. 따라서 ‘공람’이라는 절차가 ‘공청회’보다는 약식으로 주민의 의견을 청취하는 절차인 점에 비추어 볼 때, 도시개발사업의 규모나 성격, 내용, 유형 등에 따라 공람 또는 공청회의 대상 및 개최 기준이 달라질 필요가 있고 이를 대통령령에 위임할 필요도 인정되며, ‘공청회’ 개최대상이 도시개발사업의 규모가 클 경우를 중심으로 적용될 것이라는 정도는 도시개발법상 다른 법률조항들의 내용 및 전체적 취지에 비추어 볼 때 충분히 예측할 수 있는 것으로 보이므로, 이 사건 공람 등 위임조항은 포괄위임법 금지원칙에 위반되지 아니한다.

보 도 자 료

납세고지서 발송일 기준 국세우선권 사건

[2011헌바97 국세기본법 제35조 제1항 제3호 나목 위헌소원]

【 선 고 】

헌법재판소는 2012년 8월 23일 관여재판관 전원의 일치된 의견으로, 담보권의 목적인 재산의 매각대금에서 정부가 과세표준과 세액을 결정·경정 또는 수시부과결정하는 국세를 징수하는 경우, 당해 국세의 납세고지서 발송일 후에 설정된 담보권의 피담보채권에 우선하여 국세를 징수할 수 있도록 한 구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제3호 나목 중 ‘국세’에 관한 부분이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다.



2012. 8. 23.
헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인은 2007. 7. 9. 전옥순 소유의 충남 태안읍 동문리 665-2 B동 제401호에 전세금을 1억 3,000만 원으로 하여 전세권 설정등기를 마치고 그 무렵부터 거주하여 왔다.
- 그런데, 전옥순은 이에 앞서 2005년도 귀속 사업소득세, 종합소득세 특별소비세 및 부가가치세 등(이하 ‘사업소득세 등’이라 한다)의 과세표준과 세액 신고를 누락하였고, 관할 세무서장은 그 과세표준과 세액을 경정하여 2007. 2. 10.부터 2007. 6. 30.까지 전옥순에게 고지하였다.
- 한편 선순위 근저당권자인 농업협동조합중앙회가 담보권 실행을 위한 경매신청을 하여 2008. 10. 17. 위 부동산에 대한 경매가 개시되고, 그 절차가 진행되어 매각허가 결정이 선고되었다(대전지방법원 서산지원 2008타경 12151호).
- 경매법원은 2009. 7. 15. 배당절차에서 대한민국이 전옥순에 대하여 가지는 2005년 귀속 사업소득세 등 조세채권의 법정기일이 청구인의 전세권 설정등기일보다 앞선다는 이유로 대한민국을 청구인보다 선순위로 배당표를 작성하여 청구인을 배당에서 제외하였다.
- 이에 청구인은 배당이의의 소를 제기하고(대전지방법원 서산지원 2009가단 7511), 그 소송 계속 중 국세의 납세고지서 발송일과 담보권 설정등기일의 선후를 기준으로 국세의 우선권을 인정한 국세기본법 제35조 제1항 제3호 나목이 헌법에 위반된다는 위헌법률심판 제청신청을 하였다가 모두 기각되자, 2011. 5. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판의 대상은 구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제3호 나목 중 ‘국세’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이다.

구 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것)

제35조(국세의 우선) ① 국세·가산금 또는 체납처분비는 다른 공과금 기타의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 공과금 기타의 채권에 대하여는 그러하지 아니하다.

3. 다음 각 목의 1에 해당하는 기일(이하 “법정기일”이라 한다)전에 전세권·질권 또는 저당권의 설정을 등기 또는 등록한 사실이 대통령령이 정하는 바에 의하여 증명되는 재산의 매각에 있어서 그 매각금액 중에서 국세 또는 가산금(그 재산에 대하여 부과된 국세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우의 그 전세권·질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

나. 과세표준과 세액을 정부가 결정·경정 또는 수시부과결정하는 경우에 고지한 당해 세액에 대하여는 그 납세고지서의 발송일

고 있는 납세고지서 발송일은 담보권자가 그 시점에서 담보권설정자의 조세채무의 존부와 범위를 확인할 수 있으므로 담보권자의 예측가능성을 해하지 아니하고, 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하지 아니하므로, 입법재량을 일탈하여 담보권자인 청구인의 재산권을 침해한다고 보기 어렵다.

결정의 의의

- 조세채권과 피담보채권의 우열기준을 납세고지서 발송일로 정한 것은 헌법에 위반되지 않는다는 기존의 선례(헌재 1997. 4. 24. 93헌마83결정, 2001. 7. 19. 2000헌바68 결정)를 재확인한 결정임.

결정이유의 요지

- 이 사건 법률조항에서는 조세채권과 피담보채권의 우열기준으로 납세고지서 발송일을 정하고 있는데, 납세고지서 발송일에는 이미 조세채권의 가액 및 납부기한 등이 구체적으로 확정되어 있고 그 확정된 내용이 과세관청 외부에 드러나게 되므로, 그 시기는 납세의무의 존부 및 범위가 과세관청 등에 의하여 임의로 변경될 수 없는 시기이다.
- 담보권을 체결하려고 하는 자로서는 그 상대방인 납세의무자에게 납세증명서 등을 발급받아 줄 것을 요청하거나, 납세의무자로부터 위 증명발급에 관한 위임을 받아 상대방의 조세채무의 존부와 범위를 확인할 수 있고, 전세권 또는 임차권을 설정하려고 하는 자는 국세징수법 제6조의2 규정에 의한 미납국세 열람제도를 활용할 수 있으므로, 현실에 있어 담보권자의 예측가능성은 어느 정도 보장되고 있다.
- 조세채권은 그 성립에서 확정 및 고지서 송달에 이르기까지 상당한 시일이 소요됨에 반하여 일반 민사채권은 성립과 동시에 담보권을 설정할 수 있으므로, 조세채권과 피담보채권과의 우열을 가리는 기준시점을 납세고지서 발송일보다 이후의 시점으로 한다면, 납세의무자의 허위 담보권 설정 등을 통하여 국세징수가 불가능 또는 곤란해질 우려가 있다. 허위채권에 기한 담보권 설정으로 조세채무를 회피하는 악용사례를 방지하기 위해서도 납세의무 확정일 이후인 납세고지서 발송일 이후에는 조세채권을 우선적으로 보호하는 것이 필요하다.
- 그렇다면, 이 사건 법률조항이 조세채권과 피담보채권의 우열기준으로 정하

보 도 자 료

순직공무원 적용 범위에 관한 사건

[2011헌바169 공무원연금법 부칙 제14조 제2항 위헌소원]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 전원의 일치된 의견으로, 순직공무원의 적용 범위를 확대한 개정 공무원연금법 제3조 제1항 제2호 라목 규정을 법 시행일 이후 최초로 직무를 수행하다가 입은 위해로 사망한 순직공무원부터 적용한다고 규정한 공무원연금법 부칙 제14조 2항이 청구인의 평등권을 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인의 배우자인 망 황석구는 소방공무원으로서 2009. 12. 29. 소방장비조작 및 운전원 교육훈련을 하던 중 5톤 소방펌프차량에 부딪쳐 그날 중증뇌손상으로 사망하였다. 청구인은 망인이 '위험직무 관련 순직공무원의 보상에 관한 법률'이 정한 순직공무원에 해당한다고 주장하며 순직유족연금 등을 청구하였으나 행정안전부장관은 청구인의 청구를 부결하는 처분을 하였다.
- 그런데 이후 개정된 공무원연금법은 제3조 제1항 제2호 라목을 신설하여 순직공무원의 직무 범위에 '소방공무원이 그 업무수행을 위한 긴급한 출동·복귀 및 부수활동을 포함'하도록 하였으며, 부칙 제14조 제2항에서 순직유족급여의 대상이 되는 순직공무원의 범위는 개정된 공무원연금법 시행 이후 최초로 직무를 수행하다가 입은 위해로 인하여 사망한 순직공무원부터 적용하도록 하였다.
- 이에 청구인은 2010. 8. 25. 행정안전부장관을 피고로 서울행정법원에 순직유족연금및유족보상금지급청구부결처분취소의 소송을 제기하였으나 패소한 후 서울고등법원에 항소를 제기한 후 항소심 계속 중 위 공무원연금법 부칙 제14조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청 하였으나 위 신청마져 기각되자, 2011. 8. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판의 대상은 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제14조 제2항(이하 '이 사건 부칙조항'이라고 한다)의 위헌 여부이고, 이 사건 부칙조항의 내용은 다음과 같다.

공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제14조(「위험직무 관련 순직공무원의 보상에 관한 법률」의 폐지에 따른 경과조치) ② 이 법에 따른 순직유족급여의 대상이 되는 순직공무원의 범위는 법률 제7907호 「위험직무 관련 순직공무원의 보상에 관한 법률」 부칙 제2항의 적용례에 따

른다.

구 위험직무 관련 순직공무원의 보상에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제 7907호로 제정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호 ‘공무원연금법’ 부칙 제2조로 폐지되기 전의 것) 부칙

② (적용례) 이 법은 이 법 시행 이후 최초로 직무를 수행하다가 입은 위해로 인하여 사망한 순직공무원부터 적용한다.

따라서 이 사건 부칙규정은 헌법 제11조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

결정의 의의

- 시혜적 소급입법을 할 것인지 여부는 일차적인 판단이 입법기관에 맡겨져 있으므로 입법자가 국가의 재정부담 및 법적 안정성 측면 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 정한 것은 불합리한 것이라고 보기 어렵다는 것을 확인한 결정임.

결정이유의 요지

- 공무원연금법상의 유족연금은 20년 이상 근무한 공무원인 경우에만 해당되어 대부분 30대 전후인 위험직무에 종사하는 공무원은 공무원연금법상의 연금지급 대상이 되지 아니하여 유족의 생활안정에 미흡하다는 지적이 있었고, 이에 따라 위험직무에 종사하다가 순직한 공무원의 유족에 대한 순직유족연금과 순직유족보상금을 신설하여 지급하는 내용의 순직공무원보상법이 제정되었다. 한편 법 제정 이전에 위험직무에 종사하던 중 순직한 공무원에 대해서는 소급적용에 따른 과다한 재정부담 및 순직공무원 인정을 위해 필요한 증거자료 부재에 따라 심사가 어려울 수도 있다는 점 등을 고려하여 그 적용대상에서 제외하였다(순직공무원보상법 부칙 제2항).
- 입법자는 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 공무원연금법에서 현장에서의 인명구조작업 뿐만 아니라 업무수행을 위한 긴급한 출동·복귀 및 부수활동 중 순직한 소방공무원의 경우도 그 유족에 대하여 보상을 함으로써 보상범위를 확대하였으나 마찬가지로 개정 공무원연금법의 소급적용에 따른 국가의 재정부담, 그 대상자 인정을 위한 자료부족 및 법적 안정성 측면 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 법 시행 이전에 순직한 공무원을 그 적용대상에서 제외한 것으로 보인다.
- 그렇다면, 입법자가 순직공무원의 유족의 생활안정을 위하여 보상의 대상이 되는 순직공무원의 범위를 확대하면서 이 사건 부칙조항에서 그 적용범위를 법 시행일 이후 직무를 수행하다가 입은 위해로 인하여 사망한 순직공무원으로 한정된 것은 위에서 본 바와 같이 국가의 재정부담 및 법적 안정성 측면 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 정한 것이므로, 이를 두고 입법제량의 범위를 벗어난 현저히 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.

보 도 자 료

조세회피목적 명의신탁의 증여의제 사건

[2012헌바173 구 상속세 및 증여세법 제41조의2 제1항 등 위헌소원]

【 선 고 】

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 7(합헌) : 1(위헌)의 의견으로, 명의 신탁이 조세회피의 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하는 구 상속세 및 증여세법(1998. 12. 18. 법률 제5582호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문, 단서 제1호, 제2항 중 “타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우에는 조세회피 목적이 있는 것으로 추정한다.” 부분 및 구 상속세 및 증여세법(1998. 12. 18. 법률 제 5582호로 개정되고, 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제 41조의2 제5항이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.

이 사건 심판대상 조항들에 대해서는 2012. 5. 31. 2009헌바170등 사건에 서 재판관 7(합헌) : 1(위헌)의 의견으로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고한 바 있고, 이 사건에서 달리 판단할 사정이 없으므로 같은 취지로 결정한 것이다.



2012. 8. 23.
헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인 애경유화 주식회사는 1999. 11. 15.부터 2000. 12. 31.경까지 청구인 방종태, 김선민, 백동관의 명의로 자기주식을 취득하였다. 관할 세무서장은 청구인 애경유화 주식회사가 조세를 회피할 목적으로 자기주식을 청구인 방종태 등에게 명의신탁한 것으로 보고, 청구인 방종태 등에게는 증여세부과처분을, 청구인 애경유화 주식회사에 대하여는 증여세 연대납부고지처분을 하였다.
- 청구인들은 관할 세무서장을 상대로 위 증여세 부과처분 및 연대납부고지처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 그 항소심인 당해사건 계속중 구 ‘상속세 및 증여세법’ 제41조의2 제1항, 제2항, 제5항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2012. 5. 14. 위 법률조항들에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판의 대상은 구 ‘상속세 및 증여세법’(1998. 12. 18. 법률 제 5582호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문, 단서 제1호, 제2항 중 “타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우에는 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.” 부분(이하 ‘광의의 증여의제·추정조항’이라 한다) 및 구 ‘상속세 및 증여세법’(1998. 12. 18. 법률 제5582호로 개정되고, 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제5항(이하 ‘조세범위확장조항’이라 한다)의 위헌 여부이다(이하 위 조항들을 통틀어 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다).

구 상속세 및 증여세법(1998. 12. 18. 법률 제5582호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것)

제41조의2(명의신탁재산의 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 그 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는

경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피 목적 없이 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우

② 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우와 제1항 제2호의 규정에 의한 유예기간 중에 주식 등의 명의를 실제소유자 명의로 전환하지 아니하는 경우에는 조세회피 목적이 있는 것으로 추정한다.

구 상속세 및 증여세법(1998. 12. 18. 법률 제5582호로 개정되고, 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것)

제41조의2(명의신탁재산의 증여의제) ⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 “조세”라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.

결정이유의 요지

- 이 사건 법률조항들에 대하여는 이미 헌법재판소가 2012. 5. 31. 2009헌바170등 사건 등에서 아래와 같은 이유로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고한 바 있는바, 이 사건에서도 달리 판단할 사정이 없다.

[2009헌바170등 사건의 이유 요지]

- 명의신탁을 내세워 조세를 회피하는 것을 방지하고 조세정의와 조세평등을 관철하려는 광의의 증여의제·추정조항의 입법목적은 정당하고, 증여세 부과 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다. 입법 목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 가지 수단 가운데 무엇이 덜 침해적인 것이라고 단정하기 어려운 상황에서 어떠한 수단을 선택할 것인가는 입법자의 형성의 권한 내에 있는바, 증여세를 회피하는 수단으로 이용되는 명의신탁에 대한 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 다른 대체수단들보다 납세의무자에게 더 많은 피해를 준다고 단정할 수 없으므로, 광의의 증여의제·추정조항은 기본권 제한을 함에 있어서 침해의 최소성 원칙을 준수하였다. 명의수탁자는 자신의 명의를 빌려줌으로써 조세회피를 가능하게 한 책임이 있고, 명의신탁에 조세회피의 목적이 없음을 반증하면 증여세를 부담하지 않으므로 증여세 부과를 통하여 명의수탁자가 입는 불이익은 크게 부당한 것이라고 할 수 없다. 반면, 명의신탁에 대한 증여세의 과하는 명의신탁이 증여의 은폐수단 또

는 증여세의 누진부담을 회피하는 수단으로 이용되거나, 기타 조세를 회피하는 수단으로 이용되는 것을 방지하는 데 결정적으로 기여함으로써 조세정의와 조세공평이라는 중대한 공익 실현에 중요한 역할을 수행한다. 더욱이, 조세회피 행위가 드러났을 때 원래 납부해야 할 조세를 납부하게 하는 것만으로는 조세회피를 방지하고 조세정의와 조세평등을 관철하려는 입법 목적을 충분히 달성할 수 없으므로, 최종적으로 회피된 세액에 따라 반드시 증여세액을 차등적으로 부과해야만 하는 것도 아니다. 따라서 광의의 증여의제·추정조항은 법익의 균형성 원칙에 위반된다고 할 수도 없고, 과잉금지원칙에 위배되어 명의수탁자의 재산권 및 자유로이 계약을 체결할 권리 등을 침해한다고 볼 수 없다.

- 명의신탁자와 명의수탁자 중 누구를 일차적인 납세의무자로 할 것인지, 명의신탁에 이르게 된 경위나 유형, 그에 내재된 반사회성의 정도 등을 참작할 것인지 여부의 문제 및 그 참작의 방법이나 정도 등은 입법의 재량에 속한다. 명의수탁자가 명의신탁에 동조한 책임을 일반 수증자의 납세책임과 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하더라도, 조세의 회피기도를 효과적으로 차단하기 위한 것이라는 합리적인 이유가 있으므로 광의의 증여의제·추정조항이 일률적으로 증여세를 부과하는 것은 평등원칙에 위배되지 아니한다.
- 명의신탁의 방법으로 증여세 이외의 다른 조세를 회피하는 것을 방지하고 제재할 필요성은 증여세를 회피하는 경우와 조금도 다를 바 없다. 증여세 이외의 조세를 회피할 목적이 인정되는 경우에도 명의신탁을 증여로 의제·추정하여 증여세를 부과하는 조세범위확장조항은 앞에서 광의의 증여의제·추정조항에 관하여 살핀 바와 동일한 이유로, 조세회피를 방지하고 제재한다는 입법 목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다. 앞서 광의의 증여의제·추정조항이 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는 것과 같은 이유로 조세범위확장조항은 침해의 최소성 원칙을 준수하였고, 조세회피 방지를 통한 조세정의와 조세공평이라는 공익에 비추어 볼 때 법익의 균형성도 인정된다. 나아가, 법원에서는 조세범위확장조항이 적용되는 사안들에서, 명의신탁에 부수하여 사소한 조세경감이 생기는 것에 불과하다면 조세회피 목적의 추정은 반복될 수 있으며, 단지 장래 조세경감의 결과가 발생할 수 있는 가

능성이 존재한다는 막연한 사정만으로는 조세회피 목적이 있다는 추정의 번복이 달라지지 않는다고 해석하고 있으므로, 이러한 법원의 합헌적 해석에 의하여도 법익의 균형성이 어느 정도 담보되고 있다.

- 광의의 증여의제·추정조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 판단한 것과 동일한 이유로, 조세범위확장조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

반대의견(재판관 김종대)의 요지

- 2009헌바170등 사건에서 밝힌 바와 같이, 이 사건 법률조항들은 조세법률주의에 반하고 수단의 합리성을 갖추지 못하며 의무부과방법이 비합리적인 것만 아니라 의무부과내용 또한 과잉하여 헌법에 위반된다.

[2009헌바170등 사건 중 재판관 김종대의 반대의견 요지]

- 이 사건 법률조항들은 과세요건에 해당하는 조세회피 목적을 납세의무자로 하여금 입증하도록 하여 입증책임을 전환하고 있으므로, 납세의무자가 객관적 진실과는 다르게 조세회피 목적이 있었던 것으로 인정될 위험을 부담한다. 회피목적의 대상이 되는 조세는 국세, 지방세, 관세를 포괄하는 것이고, 납세의무자는 실제소유자의 내심을 밝혀 조세회피 목적이 없었음을 입증하여야 하므로, 납세의무자의 예측가능성 및 법적 안정성이 보장되지 않는다. 이 사건 법률조항들은 거래의 법적 형식이나 거래관행 등을 획일적으로 무시하고 민사법상 자유로운 경제행위를 제한하므로 입법목적 달성을 위한 합리적인 조세부과방법이라 할 수 없다.
- 명의신탁을 증여로 의제하는 것보다 법률 외관상의 소유관계에 따라 각종 과세를 하고 증여의 합리적 추정규정을 두어 증여에 대하여 효과적으로 과세할 수 있는 다른 여러 수단이 존재하므로, 이 사건 법률조항들은 의무부과 내용이 과잉하여 헌법에 위반된다.

결정의 의의

- 명의신탁을 억제하고, 차명주식 등을 이용한 각종 조세의 회피를 방지하려는 조세행정의 헌법적 정당성을 재확인한 사례

보도자료

불법체류 외국인 강제출국 사건

(2008헌마430 긴급보호 및 보호명령 집행행위 등 위헌확인)

[선고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 5인의 의견으로, 피청구인 서울출입국관리사무소장이 불법체류 외국인인 청구인들(림부 토르너, 소부르 압두스)을 2008. 5. 2. 보호명령서에 의하지 않은 채 긴급보호하고, 2008. 5. 15. 강제퇴거(출국)시킨 것은 청구인들의 기본권을 침해하지 않았다는 결정을 선고하였다. 청구인들은 긴급보호될 당시 “서울경기인천 이주노동자조합”의 위원장과 부위원장으로 활동하고 있었다.

이에 반해, 재판관 송두환, 이정미는 청구인들에 대하여 미리 보호명령서를 발부받을 여유가 없었다고 볼 수 없어 긴급보호는 요건을 갖추지 못하였고, 청구인들에 대한 강제퇴거(출국)조치는 자의적이고 선별적인 법집행으로 볼 여지가 있고 청구인들에 대한 청문의 기회도 충분히 보장되지 못한 채 이루어진 것으로 적법절차원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하였다고 보았다.

한편 재판관 김종대는, 우리 헌법상 외국인에게는 기본권주체성이 인정되지 않으므로 외국인인 청구인들은 헌법소원을 청구할 수 없어 이 사건 심판청구가 부적법하다는 의견이었다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인 림부 토르너 바하두르(Limbu Torna Bahadur, 이하 ‘림부’라 한다)는 नेपाल인으로 1991. 11. 18. 체류기간 15일의 관광통과 체류자격으로 대한민국에 입국하였고, 청구인 소부르 엠디 압두스(Sabur MD Abdus, 이하 ‘소부르’라 한다)는 방글라데시인으로 1998. 11. 19. 체류기간 90일의 사증면제 체류자격으로 대한민국에 입국하였다.
- 청구인들은 체류기간 만료 후에도 출국하지 않고 계속해서 대한민국에 체류하였고, 2008. 1.경부터는 “서울경기인천 이주노동자 노동조합”(이하 “이주노동자조합”이라 한다)의 위원장(림부)과 부위원장(소부르)으로 활동하였다.
- 서울출입국관리사무소 소속 직원들은 청구인들이 출입국관리법상 강제퇴거대상자라는 이유로, 2008. 5. 2. 20:20경 서울 중구 예관동 소재 이주노동자조합 사무실 앞에서 청구인 림부를, 같은 날 21:00경 서울 성동구 행당동에 있는 청구인 소부르의 주거지에서 청구인 소부르를 각 긴급보호하여 청주외국인보호소로 인치하고, 피청구인 서울출입국관리사무소장은 청구인들에 대한 2008. 5. 2.자 보호명령서를 발부하였으며, 2008. 5. 4. 청구인들에 대한 강제퇴거명령서를 발부하였다.
- 청구인들은 2008. 5. 5. 법무부장관에게 위 보호명령 및 강제퇴거명령에 대한 이의신청을 제기하고, 2008. 5. 9. 피청구인을 피고로 위 명령들의 취소를 구하는 행정소송(서울행정법원 2008구합19772)과 그 소송의 본안 판결 확정시까지 강제퇴거명령의 효력정지를 구하는 집행정지신청(서울행정법원 2008아1278)을 하였다.
- 피청구인은 2008. 5. 15. 14:00경 청구인들에 대한 강제퇴거명령의 집행을 개시하였고, 국가인권위원회는 2008. 5. 15. 강제퇴거명령의 집행을 유예할 것을 권고하는 결정을 하였으며 청구인들의 변호인이 그 집행을 정지해 줄 것을 요구하였으나, 피청구인은 21:30경 방콕행 비행기편을 통해 청구인들을 출국시켜 강제퇴거의 집행을 완료하였다.

- 청구인들은 2008. 6. 2. ‘청구인들에 대한 2008. 5. 2.자 긴급보호 및 보호명령의 집행행위와 2008. 5. 15.자 강제퇴거명령의 집행행위가 청구인들의 기본권을 침해하였다.’고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판의 대상은, ‘피청구인의 2008. 5. 2.자 긴급보호 및 보호명령의 집행행위’(이하 ‘이 사건 보호’라 한다)와 ‘피청구인의 2008. 5. 15.자 강제퇴거명령의 집행행위’(이하 ‘이 사건 강제퇴거’라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이다(이하 ‘이 사건 보호 및 이 사건 강제퇴거’를 ‘이 사건 보호 및 강제퇴거’라 한다).

[관련 법률조항]

- 구 출입국관리법 (2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것)
제17조(외국인의 체류 및 활동범위) ① 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위 내에서 대한민국에 체류할 수 있다.
제46조(강제퇴거의 대상자) ① 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 1에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.
제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각 호의 1에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받아 그 외국인을 보호할 수 있다.
7. 제17조 제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제21조, 제23조, 제24조 또는 제25조의 규정에 위반한 자
③ 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각 호의 1에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다.

□ 결정이유의 요지

(1) 이 사건 보호(긴급보호)가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부

- 청구인들은 체류기간이 만료하고도 출국하지 아니한 채 계속해서 대한민국에 체류하고 있었으므로 출입국관리법에 따라 강제퇴거의 대상에 해당되고, 청구인들은 이미 2002. 5.경에 한 차례 출국기한의 유예를 받았음에도 그 기간 내에 출국하지 아니하였고, 이주노동자조합의 위원장과 부위원장으로 활동하고 있었던 점에 비추어 보면, 스스로 출국할 의사가 없었던 것으로 보이고, 사무소장등이 퇴거절차를 진행하고자 할 경우 도주할 염려가 있었다고 판단되므로, 청구인들은 출입국관리법이 정한 보호의 대상에 해당한다.
- 청구인들은, 전국 출입국관리기관장 및 해외기관장 회의가 열려 불법체류 외국인에 대한 대책이 논의된 날 저녁 청구인들에 대한 긴급보호가 있었던 점, 청구인들이 비슷한 시간대에 서로 다른 장소에서 각각 긴급보호된 점, 청구인들과 다른 한 명의 불법체류 외국인만을 단속한 후 곧바로 불법체류 외국인 단속이 종료된 점, 청구인들을 서울출입국관리사무소가 아닌 청주외국인보호소로 인치한 점 등을 들어, 청구인들에 대한 긴급보호는 사전에 준비하여 계획적으로 이루어진 것으로 긴급성의 요건을 갖추지 못한 것이라고 주장하나, 설사 위와 같은 사실이 인정된다고 하더라도 그것만으로 ‘긴급을 요하여 사무소장등으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때’에 해당하지 않는다고 단정할 수 없으며, 출입국관리법에 따른 외국인등록을 하지 않은 외국인에 대해서는 인적 동일성이나 주거지 등을 확인할 수 있는 객관적인 자료가 없어 강제퇴거 대상자를 사전에 특정하여 보호명령서를 발부받은 후 집행하기는 현실적으로 어려우므로, 외국인등록을 하지 아니한 채 오랜 기간 불법적으로 체류하면서 스스로 출국할 의사가 없는 청구인들에 대한 긴급보호가 긴급성의 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수 없다.
- 따라서 이 사건 보호가 적법절차의 원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(2) 청구인 소부르의 주거의 자유를 침해하였는지 여부

- 청구인 소부르는 자신에 대한 긴급보호 과정에서 서울출입국관리사무소 소속 직원 10명이 자신의 주거지에 무단으로 침입하여 주거의 자유를 침해하였다고 주장하나, 수사절차에서 피의자를 체포·구속하는 경우 필요한 범위 내에서 타인의 주거 내에서 피의자를 수사할 수 있는 것(형사소송법 제216조 제1항 참조)과 마찬가지로, 출입국관리법에 의한 보호에 있어서도 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 것이라면, 그 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없으므로, 청구인 소부르에 대한 긴급보호가 적법한 이상 청구인 소부르의 주거의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 보호 및 강제퇴거가 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였는지 여부

- 헌법 제12조 제4항 본문이 규정하고 있는 “변호인의 조력을 받을 권리”는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권 보장을 위한 것으로 출입국관리법상의 보호나 강제퇴거 절차에 적용된다고 보기 어렵고, 출입국관리법에 의하면 용의자를 보호한 후 변호인 등에게 3일 이내에 통지하여야 하는데, 청구인들이 2008. 5. 2. 긴급보호된 후 바로 그 다음날인 2008. 5. 3. 변호사와 접견한 사실이 인정되므로 피청구인이 출입국관리법에 의한 ‘변호인에 대한 통지 의무’를 위반하였다고 볼 수 없다.
- 한편 출입국관리법상 강제퇴거의 집행 사실이나 이의신청에 대한 결정을 변호인에게 통지할 의무는 없으므로 피청구인이 강제퇴거의 집행 사실이나 이의신청에 대한 법무부장관의 기각결정을 변호인에게 통지하지 않았다고 해서 ‘변호인에 대한 통지 의무’를 위반하였다고 볼 수 없다.
- 따라서 이 사건 보호 및 강제퇴거가 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.

(4) 이 사건 강제퇴거가 청구인들의 평등권을 침해하였는지 여부

- 청구인들은, 다른 강제퇴거 대상자들과 달리 청구인들에 대해서만 국가인권위원회의 조사가 진행중임에도 강제퇴거를 집행하고, 그 비용도 퇴거 대상

자 부담으로 하던 것과 달리 국가의 부담으로 하여 이례적으로 신속하게 강제퇴거의 집행을 완료한 것은, 청구인들이 이주노동자조합의 간부라는 이유에서 이루어진 차별취급이어서 청구인들의 평등권을 침해하였다고 주장하나, 청구인들은 2008. 5. 2. 보호되어 2008. 5. 4. 강제퇴거명령을 받고 2008. 5. 15. 강제퇴거되었는데 그와 같은 강제퇴거 집행이 이례적으로 신속하게 집행되었다고 보기 어렵고, 국가인권위원회의 조사 절차가 진행중이라고 해서 피청구인이 강제퇴거 집행을 정지할 의무는 없으며, 청구인들의 경우를 제외한 모든 경우에 국가인권위원회의 조사 절차가 진행중임을 이유로 강제퇴거의 집행을 유예하였다고 인정할 자료도 없어 청구인들을 부당하게 차별하였다고 볼 수 없다.

- 강제퇴거의 집행 비용을 퇴거 대상자에게 부담시키지 않았다고 해서 그것이 퇴거 대상자를 부당하게 차별취급하였다고 보기는 어렵다.
- 한편 청구인들이 강제퇴거된 2008년에만 모두 30,576명의 불법체류 외국인이 강제퇴거되었는데, 청구인들이 출입국관리법상 강제퇴거의 대상자임이 인정되는 이상, 청구인들이 이주노동자조합의 간부들이었기 때문에 강제퇴거되었다고 하기도 어렵다.
- 이 사건 강제퇴거가 청구인들의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(5) 이 사건 강제퇴거가 청구인들의 재판청구권을 침해하였는지 여부

- 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니하므로(행정소송법 제23조 제1항), 청구인들의 취소소송이나 집행정지신청에 관한 법원의 판단이 있기 전에 피청구인이 이 사건 강제퇴거명령을 집행하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없고, 청구인들이 취소소송과 집행정지신청을 제기한 사실을 피청구인이 미리 알고 청구인들의 재판청구권 행사를 제한하거나 방해하기 위하여 이 사건 강제퇴거의 집행을 개시한 것으로 볼 만한 자료도 없어 이 사건 강제퇴거가 청구인들의 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

☐ 재판관 김종대의 반대의견(각하의견)

- 나는 헌법재판소가 2011. 9. 29. 선고한 2007헌마1083등 사건의 결정에서, 우리 헌법상 외국인인 기본권의 주체가 될 수 없으므로 기본권을 침해 받은 자만이 제기할 수 있는 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 이미 밝힌 바 있다.

- 기본권을 인간으로서의 권리와 국민으로서의 권리로 나누어 인간의 권리에 대해서는 외국인의 기본권 주체성을 긍정하는 견해는 다음과 같은 이유에서 부당하다.

첫째, 기본권의 주체를 ‘모든 국민’으로 명시한 우리 헌법의 문언에 반한다.

둘째, ‘인간의 권리’가 헌법 이전에 존재하더라도, 대한민국의 헌법에 수용되었기 때문에 비로소 주관적 공권으로서 규범적 효력을 가지므로 대한민국이라는 공동체의 구성원인 국민만이 기본권의 주체가 될 수 있다.

셋째, 헌법상 기본적 권리는 헌법상 기본적 의무와 표리를 이루므로 기본권의 주체는 기본의무의 주체와 동일해야 한다.

넷째, 어느 나라 국민인지 그 나라 헌법은 우리 국민을 어떻게 처우하는지 묻지 않고 모든 외국인에게 기본권 주체성을 인정하는 것은 국제관계에서의 상호주의 원칙을 취한 우리 헌법(제6조 제2항)에 어긋난다.

다섯째, 일반적·추상적 자격이라고 할 기본권 주체성 문제를 권리의 구체적 인 내용에 들어가 그 성질을 검토해 본 후에야 결정할 수 있다는 것은 판단의 순서가 역행되어 부당하다.

여섯째, 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 것이 외국인을 헌법상 보호의 대상에서 제외한다는 뜻은 아니고 외국인은 국제법이나 조약 등에 의하여 충분히 그 지위가 보장된다.

- 외국인이라도 일정한 요건에 해당하면 사실상 국민으로 취급해 예외적으로 기본권 주체성을 인정할 여지가 있을 수 있으나, 적법하게 체류할 자격도 갖추지 못한 청구인들의 경우 그러한 예외에 해당한다고 볼 수도 없다.

- 이 사건은 외국인으로서 기본권 주체가 될 수 없고 헌법소원심판을 청구할 수 없는 자들이 제기한 헌법소원으로서 부적법하므로 각하하여야 한다.

☐ 재판관 송두환, 이정미의 반대의견(인용의견)

(1) 청구인들에 대한 긴급보호의 문제점

- 청구인들은 2002. 5.경에 출국기한의 유예를 받은 사실이 있고 2008. 1.경부터는 이주노동자조합의 위원장과 부위원장으로 활동하면서 각종 집회와 행사에 공개적으로 참석하여 그 활동이 언론에 보도되기도 하였는데, 이러한 사정에 비추어 보면 피청구인은 불법체류자로서 강제퇴거 대상인 청구인들의 소재나 활동 등에 관하여 이미 알고 있었을 가능성이 크다.
- 피청구인은 불법체류 외국인에 대한 단속과정에서 청구인들을 우연히 발견하였다고 주장하나 이를 입증할 만한 자료가 없고, 오히려 피청구인은 청구인 립부를 20:20경, 청구인 소부르를 21:00경 각 긴급보호하였는데, 그 시간대는 야간으로서 사람들의 활동과 이동이 적은 시간대였으며, 긴급보호된 장소도 청구인 립부는 서울 중구 예관동에 있는 이주노동자조합 사무실 앞에서, 청구인 소부르는 서울 성동구 행당동에 있는 자신의 주거지에서 긴급보호되어, 서로 다른 장소에서 비슷한 시간대에 보호되었는데 당시 청구인들 이외에는 단 한 명의 불법체류자만이 단속된 상태였으나 피청구인은 곧바로 단속을 종료하고 청구인들을 '서울출입국관리사무소 보호실'이 아닌, 멀리 떨어진 청주시에 있는 청주외국인보호소로 야간에 이송하여 보호하였다.
- 결국, 피청구인은 미리 청구인들의 인적 사항과 소재를 파악한 후 계획적으로 신병 확보에 나섰을 가능성이 더 큰 것으로 보이므로 청구인들에 대한 긴급보호는 긴급성 요건을 갖추었다고 인정하기 어렵다.

(2) 이 사건 강제퇴거의 문제점

- 자의적이고 선별적인 집행 가능성
 - 전체 불법체류자 중 약 15%에 못 미치는 숫자의 불법체류 외국인만이 단속되고 그 중에서도 다시 5% 내외의 사람들은 강제퇴거의 대상에서 제외되고 있는데, 청구인들은 2002. 5.경에 출국기한의 유예를 받고 출국하지 않았으나 강제퇴거 집행을 당하지 않다가, 이주노동자조합의 위원장과 부위원장으로 활동한 이후에야 강제퇴거가 집행되었고, 이주노동자조합의 전임 위원장들과 간부들도 이주노동자조합의 활동을 하던 중 긴급보호되어 강제퇴거가 집행되었던 점에 비추어 보면, 이주노동자조합의 간부로 활동

한 것과 강제퇴거의 집행이 무관하다고 단정하기 어렵다.

- 강제퇴거 비용은 퇴거대상자에게 부담시키는 것이 원칙임에도 국가가 그 비용을 부담하면서까지 서둘러 청구인들을 강제퇴거시킨 것에 관해서도 피청구인은 설명을 하지 않고 있다.
- 이 사건 강제퇴거는 형식적으로는 출입국관리법에 근거하였다고 하더라도 실질적으로는 이주노동자조합의 간부로 활동하던 청구인들을 국외로 추방하려는 목적에서 이루어진 선별적이고 자의적인 법집행이었다는 의심을 지우기 어렵다.

○ 적정한 청문기회의 흠결

- 강제퇴거 대상자는 일거에 국내에 있는 모든 인적, 물적 관계로부터 단절되고 생활의 기반을 상실하게 되므로, 자신의 상황과 강제퇴거로 인해 발생할 문제들에 관하여 의견을 진술하고 자료를 제출할 청문의 기회가 실질적이고도 충분히 보장되어야 한다.
- 특히 청구인들은 각 16년 6개월, 9년 6개월을 국내에서 체류하여, 무수한 인적, 물적 관계가 국내에서 형성되고 자리 잡았을 것이고, 위와 같이 오랜 기간 체류하였다는 사실은, 강제퇴거의 필요성이 그리 급박한 필요가 있는 것은 아니라는 것을 반증하는 것이기도 하다.
- 피청구인은 강제퇴거를 집행함에 있어 청구인들의 구체적인 사정들에 관한 청문의 기회를 부여하지 않았고, 국가인권위원회가 강제퇴거의 집행을 유예할 것을 권고하는 결정을 하였음에도 그 집행을 그대로 진행했을 뿐 아니라, 행정소송과 집행정지신청 재판이 진행중이었음에도 강제퇴거의 집행을 완료하여 청구인들이 재판을 받을 수 있는 기회를 사실상 박탈하였다.
- 이 사건 강제퇴거는 적법절차원칙이 요구하는 청문의 기회를 청구인들에게 충분히 보장하지 않은 채 이루어진 것이다.

(3) 결론

청구인들에 대한 긴급보호는 긴급성의 요건을 갖추지 못하였고, 청구인들에 대한 강제퇴거는 선별적이고 자의적인 법집행으로 보이며, 청구인들에 대하여 청문의 기회도 충분히 부여하지 않은 채 이루어진 것이어서, 이 사건

보호 및 강제퇴거는 적법절차원칙에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하였다.

보 도 자 료

인터넷게시판 본인확인제의 위헌 여부

[2010헌마47, 2521병합] 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률
제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 전원일치 의견으로, 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 이른바 본인확인제를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 2010헌마47 : 청구인 손대규 등은 인터넷게시판에 익명으로 댓글 등을 게시하려고 하였으나, 본인확인제를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항(이하 통칭하여 ‘이 사건 법령조항들’이라 한다)에 따라 게시판 운영자가 게시자 본인임을 확인하는 절차를 거쳐야만 게시판에 댓글 등을 게시할 수 있도록 조치를 함으로써 댓글 등을 게시할 수 없게 되자 이 사건 법령조항들이 자신들의 표현의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.
- 2010헌마252 : 인터넷 언론사인 ‘인터넷 미디어오늘’을 운영하는 청구인 미디어오늘은 방송통신위원회가 자신을 2010년도 본인확인조치의무 대상자로 공시하여 2010. 4. 1.부터 본인확인조치의무를 부담하게 되자, 위 본인확인조치의무 부과의 근거법령인 이 사건 법령조항들이 자신의 언론의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판의 대상은 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것, 이하 ‘정보통신망법’이라 한다) 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것, 이하 ‘정보통신망법 시행령’이라 한다) 제29조, 제30조 제1항이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것)

제44조의5(게시판 이용자의 본인 확인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을

위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 “본인확인조치”라 한다)를 하여야 한다.

2. 정보통신서비스제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일평균 이용자수가 10만 명 이상이면 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것)

제29조(본인확인조치) 법 제44조의5 제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 필요한 조치”란 다음 각 호의 모두를 말한다.

1. 「전자서명법」 제2조 제10호에 따른 공인인증기관, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 모사전송·대면확인 등을 통하여 게시판이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련할 것
 2. 본인확인절차 및 본인확인정보 보관 시 본인확인정보 유출을 방지할 수 있는 기술을 마련할 것
 3. 게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지 본인확인정보를 보관할 것
- 제30조(정보통신서비스제공자 중 본인확인조치의무자의 범위) ① 법 제44조의5제1항 제2호에서 “대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자”란 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자수가 10만 명 이상인 정보통신서비스제공자를 말한다.**

□ 결정이유의 요지

- 본인확인제는 인터넷게시판에 타인의 명예를 훼손하는 등의 불법정보를 게시하는 것을 억제하고 불법정보 게시로 피해가 발생한 경우 가해자를 특정할 수 있는 기초자료를 확보함으로써 건전한 인터넷문화를 조성하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.
- 그러나, 인터넷게시판 운영자에게 게시판 이용자에 대한 본인확인조치를 하도록 하여 게시판 이용자가 본인확인절차를 거치지 아니하면 인터넷게시

관에 정보를 게시할 수 없도록 하는 본인확인제는 아래와 같이 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한을 하는 것으로서 침해의 최소성이 인정되지 않는다.

▶ 불법정보 게시로 인한 피해가 발생한 경우 가해자 특정은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인 등을 통하여, 피해자 구제는 정보통신서비스제공자에 의한 당해 정보의 삭제·임시조치(정보통신망법 제44조의2 제1항, 제2항), 게시판 관리·운영자에 대한 불법정보 취급의 거부·정지 또는 제한명령(정보통신망법 제44조의7 제2항, 제3항) 등으로 불법정보의 유통 및 확산을 차단하거나 사후적으로 손해배상 또는 형사처벌 등을 통하여 충분히 할 수 있다.

▶ 본인확인의 대상인 ‘게시판 이용자’는 ‘정보의 게시자’뿐만 아니라 불법행위를 할 가능성이 없는 ‘정보의 열람자’도 포함하고, 본인확인제 적용 대상인 정보통신서비스제공자 선정에 있어서 그 정확성과 기준이 불분명한 이용자수 산정 결과에 따라 적용대상의 범위가 정하여지는 등 본인확인제는 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 그 적용범위를 광범위하게 정함으로써 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고 있다.

▶ 본인확인제에 따라 정보통신서비스제공자가 본인확인정보를 보관하여야 하는 기간은 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지이므로, 정보를 삭제하여 그 게시를 종료하지 않는 한 본인확인정보는 무기한으로 정보통신서비스제공자에게 보관되는 결과가 발생할 수 있다.

○ 또한, 본인확인제는 아래와 같이 본인확인제로 인하여 게시판 이용자 및 정보통신서비스제공자가 입게 되는 불이익이 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 역시 인정되지 않는다.

▶ 표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 하는데, 본인확인제 시행 이후에 명예훼손 등의 불법정보 게시가 의미있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없고, 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자

사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있어서, 결과적으로 당초 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성하고 있다고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 본인확인제의 적용을 받지 않는 모바일 게시판, 소셜 네트워크 서비스 등 새로운 의사소통수단의 등장으로 본인확인제는 그 공익을 인터넷 공간의 아주 제한된 범위에서만 실현하게 되었다.

▶ 반면에 본인확인제로 인하여 인터넷 이용자는 자신의 신원 노출에 따른 규제나 처벌 등을 염려하여 표현 자체를 포기할 가능성이 높고, 외국인이거나 주민등록번호가 없는 재외국민은 인터넷게시판의 이용이 봉쇄되며, 새롭게 등장한 정보통신망상의 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자는 업무상 불리한 제한을 당하고, 본인확인정보 보관으로 인하여 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었다.

○ 따라서, 본인확인제를 규율하고 있는 이 사건 법령조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인 손대규 등의 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 청구인 미디어오늘의 언론의 자유 등 기본권을 침해한다.

보 도 자 료

공무원연금법 부칙 위헌확인 사건

[2010헌마197 공무원연금법 부칙 제7조 제2항 등 관련 입법부작위 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 공무원 임용시점 및 군인연금법 적용여부에 따라 개정 전 공무원연금법을 적용할 것인지 아니면 개정 공무원연금법을 적용할 것인지를 다르게 규정하고 있는 공무원연금법 부칙(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 제7조 제3항 및 제11조에 대하여 재판관 6[기각]:2[인용]의 의견으로, 위 부칙 조항들이 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다는 결정을 선고하였다.

이에 대하여는 위 부칙 조항들이 다른 아닌 병역의무의 이행을 위하여 임용을 유예한 자들이 불이익한 차별처급을 받지 않도록 경과규정을 마련하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니한 채, 개정 공무원연금법의 적용 여부를 임용시기에 의하여 일률적으로 결정되도록 정하고 있는 것은 합리성을 결여한 것으로 청구인의 평등권을 침해한 것이라는 재판관 2인[재판관 목영준, 재판관 이정미]의 반대의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

사건의 개요 및 심판의 대상

사건의 개요

- 2009. 12. 31. 공무원연금법이 개정되어 퇴직연금의 지급개시 연령이 60세에서 65세로, 유족연금의 지급금액이 퇴직연금액의 100분의 70에서 100분의 60에 상당하는 금액으로 변경되었으며(이하에서는 개정된 이후의 공무원연금법을 ‘개정 공무원연금법’, 개정되기 이전의 공무원연금법을 ‘개정 전 공무원연금법’이라 한다), 공무원연금법 부칙 제7조 제3항 및 제11조는 개정 공무원연금법의 시행일인 2010. 1. 1. 이전부터 재직 중이었던 공무원과 개정 공무원연금법 시행 후에 2010. 1. 1. 이전의 재직기간 또는 복무기간을 공무원연금법 제23조 제2항에 따라 재직기간에 합산한 자에 한해 개정 전 공무원연금법을 적용한다고 규정하였다.

청구인은 공무원연금법이 개정되기 이전에 공립 초등학교사 임용후보자 선정경쟁시험에 합격하였으나, 병역의무의 이행을 위해 임용을 연기하고, 개정 공무원연금법 시행 이후에 비로소 공무원으로 임용된 자로, 위 부칙 조항들이 개정 공무원연금법 시행 이전에 공무원으로 임용될 수 있는 자격을 취득하였으나 병역의무의 이행으로 개정 공무원연금법 시행 이후에 공무원으로 임용된 자를 상대적으로 유리한 개정 전 공무원연금법의 적용대상에 포함시키지 아니한 것이 청구인의 평등권 등을 침해한다며, 2010. 3. 30. 위 부칙 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 공무원연금법 부칙(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 제7조 제3항 및 제11조가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이며, 심판대상 조항들의 내용은 다음과 같다.

공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제7조(급여지급에 관한 경과조치) ③ 이 법 시행 전부터 재직 중인 공무원(이 법 시행 후에 이 법 시행 전의 재직기간 또는 복무기간을 제23조 제2항에 따라 합산한 자를 포함한다. 이하 같다)의 퇴직연금 및 조기퇴직연금의 지급연령은 종전의 규정에 따른다.

제11조(유족연금 지급에 관한 경과조치) 제49조 제2항4항 및 제57조 제

1항 제1호·제2호의 개정규정에도 불구하고 이 법 시행 전부터 재직 중인 공무원이거나 이 법 시행 전에 퇴직한 공무원이 사망 또는 행방불명 등이 된 경우에 퇴직연금, 조기퇴직연금 또는 유족연금은 공무원이거나 공무원이었던 자가 받을 수 있었던 퇴직연금액, 조기퇴직연금액 또는 장해연금액의 100분의 70에 상당하는 금액으로 한다.

결정의 요지

○ 임용시점에 따른 차별

개정 공무원연금법이 시행된 2010. 1. 1. 이전부터 공무원으로 임용되어 재직 중이었던 자들은, 공무원으로 임명된 날이 속하는 달부터 일정금액을 기여금으로 납부하여 온 자들로, 개정 전 공무원연금법 제46조 제1항 제1호가 정하고 있는 연령, 즉 60세에 도달하면 퇴직연금 수급권이 발생할 것이라는 점과 유족연금이 퇴직연금액의 100분의 70에 해당하는 금액이 될 것이라는 점에 대해 나름대로 구체적인 신뢰를 형성하여 온 자이라는 점에서, 개정 공무원연금법 시행 이전에 공무원으로 임용될 수 있는 자격을 취득하였을 뿐 실제로 재직하거나 기여금을 납부한 사실이 전혀 없어 개정 전 공무원연금법의 적용을 받게 될 것이라는 점에 대하여 구체적인 신뢰를 형성하였다고 볼 수도 없는 청구인과는 구별되므로, 심판대상 조항들이 임용일자를 기준으로 일률적으로 개정 전 공무원연금법의 적용 여부를 결정하도록 규정하고 있는 것에는 합리성이 인정된다.

또한, 임용시험에 합격한 자는 임용을 유예하고 병역의무를 마친 후에 공무원으로 임용할 것인지 아니면 공무원으로 임용되어 근무하다가 휴직 후 병역의무를 이행할 것인지를 선택할 수 있는 것이므로, 병역의무의 이행을 위해 임용을 유예한 경우를 개인적인 사유로 임용을 유예한 경우와 달리 볼 이유도 없는바, 심판대상 조항들이 병역의무의 이행을 마친 후 공무원으로 임용되어 그 임용시기가 2010. 1. 1. 이후가 된 자들을 보호하기 위한 특별한 규정을 두지 않았다 하더라도, 이것을 현저히 자의적인 것이라고 볼 수 없다.

○ 군인연금법 적용여부에 따른 차별

심판대상 조항들은 장교 등으로 병역의무를 이행한 자들과 공익근무요원이나 병으로 병역의무를 이행한 자들의 복무기간, 보수 등이 현저히 다르고, 결정적으로 개정 공무원연금법 시행 이전에 퇴직연금 제도가 정하고

있는 기여금을 납부하였는지 여부에 있어 차이가 있다는 점을 고려하여, 개정 공무원연금법 적용 여부를 정함에 있어 양자를 달리 취급하고 있는 것으로 여기에는 합리성이 인정된다.

재판관 목영준, 재판관 이정미의 반대의견(병역의무 이행을 위하여 임용 연기신청을 한 자들에 한하여 평등권 침해 의견)

청구인과 같이 개인적인 사유가 아니라 헌법 제39조 제1항과 병역법 제3조 제1항이 규정하고 있는 국방의 의무를 이행하기 위하여 임용 연기신청을 한 자들은, 최소한 동일한 시기에 동일한 자격시험을 통하여 공무원 임용자격을 취득한 자들보다 연금지급에 있어 불리한 대우를 받지는 않을 것이라는 점에 대한 보호 가치 있는 신뢰를 가지고 있으며, 그간의 관행이나 입영기일을 연기할 수 있는 한도를 30세로 정하고 있는 병역법 조항 등에 비추어 볼 때, 이들이 공무원 임용을 유예하고 병역의무를 이행할 것인지 공무원으로 임용되어 근무하다가 휴직 후 병역의무를 이행할 것인지 여부 역시 전적으로 개인의 자발적인 선택에 맡겨져 있다고 볼 수도 없다. 따라서 입법자로서는 임용시험 합격 후 바로 공무원으로 임용될 수 있었음에도 불구하고 다른 아닌 병역의무의 이행을 위하여 임용을 유예한 자들이 불이익한 차별취급을 받지 않도록 경과규정을 마련하는 등 적절한 조치를 취했어야 할 것임에도, 심판대상 조항들이 개정 공무원연금법의 적용 여부를 임용시기에 의하여 일률적으로 결정되도록 규정하고 있는 것은 청구인과 같이 병역의무의 이행으로 인하여 임용시기가 늦어진 자들을 합리적 이유 없이 차별취급하고 있는 것이다.

보 도 자 료

산업기능요원 복무기간의 공무원 재직기간 산입 제외 사건

[2010헌마328 제대군인지원에 관한 법률
제16조 제1항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 5[합헌] : 3[일부 반대]의 의견으로, '제대군인지원에 관한 법률' 제16조 제1항 중 "제대군인"에 관한 부분과 같은 법 제16조 제3항, 그리고 공무원연금법 제23조 제3항과 공무원연금법 시행령 제16조의2에 대하여 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다.

공익근무요원의 경우와 달리 산업기능요원의 군 복무기간을 공무원 재직기간으로 산입하지 않도록 규정하고 있는 위 법령조항들은 산업기능요원과 공익근무요원을 차별취급하는 것이기는 하지만, 양 제도의 성격과 내용상의 차이를 고려한 합리적 차별로서 산업기능요원의 평등권을 침해하지 않는다고 판단한 것이다.



2012. 8. 23.
헌법재판소 공보관실

사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인은 병무청 신체검사로 4등급의 보충역 판정을 받고 2002. 5. 22.부터 2004. 8. 31.까지 방위산업체에서 산업기능요원으로 복무한 후, 2009. 7. 9. 인천광역시 9급 지방직공무원 채용시험에 최종 합격하고 실무수습을 거쳐 2010. 7. 20. 지방시설서기보로 임용되었다.
- 청구인은 '제대군인지원에 관한 법률' 제16조 제1항 및 공무원연금법 제23조 제3항이 산업기능요원의 복무기간을 공무원 재직기간의 산입대상에서 제외하여 다른 제대군인들에 비해 공무원 호봉, 임금 및 연금 산정에서 차별받게 됨으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권 등 자신의 기본권이 침해되었다며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 이 사건 심판대상은 '제대군인지원에 관한 법률'(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제16조 제1항 중 "제대군인('병역법' 제26조 제1항 제1호 및 제2호의 업무에 복무하고 소집해제된 공익근무요원을 포함한다)" 부분과 동법 제16조 제3항, 그리고 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제23조 제3항과 공무원연금법 시행령(2010. 5. 31. 대통령령 제22175호로 개정되고 2012. 3. 2. 대통령령 제23651호로 개정되기 전의 것) 제16조의2가 헌법에 위반되는지 여부이다.
- 이 사건 심판대상 조항의 내용은 다음과 같다.

- 제대군인지원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제16조(채용 시 우대 등) ① 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위하여 응시연령을 정하여 채용시험을 실시하는 경우 그 채용시험에 응시하는 제대군인('병역법' 제26조 제1항 제1호 및 제2호의 업무에 복무하고 소집해제된 공익근무요원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게는 대통령령으로 정하는 바에 따라 세 살의 범위에서 응시연령 상한을 연장하여야 한다.
- ③ 취업보호실시기관은 해당 기관에 채용된 제대군인의 호봉이나 임금을 결정할 때에 제대군인의 군 복무기간을 근무경력에 포함할 수 있다.
- 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제23조(재직기간의 계산) ③ 공무원으로 임용되기 전의 병역법에 따른 현

역병 또는 지원하지 아니하고 임용된 부사관의 복무기간(방위소집·상근 예비역소집 또는 보충역소집에 의하여 복무한 기간 중 대통령령으로 정하는 복무기간을 포함한다)은 본인이 원하는 바에 따라 제1항의 재직기간에 산입할 수 있다.

- 공무원연금법 시행령(2010. 5. 31. 대통령령 제22175호로 개정되고 2012. 3. 2. 대통령령 제23651호로 개정되기 전의 것)
제16조의2(재직기간으로 인정되는 복무기간) 법 제23조 제3항의 규정에 의하여 방위소집·상근예비역소집 또는 보충역소집에 의하여 복무한 기간 중 재직기간으로 인정되는 복무기간은 다음 각 호와 같다.
 1. 방위소집 또는 상근예비역소집에 의하여 실역에 복무한 기간
 2. 보충역소집에 의하여 공익근무요원으로 근무한 기간(“병역법 시행령” 제151조에 따라 산정된 기간에 한정한다) 중 ‘병역법’ 제26조 제1항 제1호·제2호 및 제4호에 따른 지원업무에 복무한 기간

결정이유의 요지

- 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되려면 그에 의해 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권이 침해되어야 한다.
이 사건 공무원연금법 제23조 제3항은 수권조항으로서 하위법령인 공무원연금법 시행령 제16조의2와 서로 불가분의 관계를 이루면서 전체적으로 하나의 규율 내용을 형성하고 있는 경우라고 할 수 있어, 수권조항과 시행령조항 모두에 대해 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있다 할 것이므로, 공무원연금법 제23조 제3항에 대한 심판청구는 직접성 요건을 충족한다.
- 이 사건 법령조항들은 공익근무요원의 복무기간은 공무원 재직기간으로 산입하면서도 산업기능요원의 복무기간은 그렇게 하지 아니함으로써 산업기능요원을 차별취급하고 있으나, 그 내용은 일정한 군 복무기간을 공무원 재직기간에 산입할 수 있도록 하여 군복무를 마친 자에 대해 일종의 혜택을 부여하는 것이라 할 수 있는바, 그러한 수혜적 성격의 법률에는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로 그 내용이 합리적인 근거를 가지지 못하여 현저히 자의적일 경우에만 헌법에 위반된다.
- 공익근무요원 제도는 예산확보가 곤란한 국가기관·지방자치단체 등 공익 목적 수행에 필요한 분야에 보충역 군인을 근무하게 하는 제도이고, 산업기능요원 제도는 국가산업의 육성·발전과 경쟁력 제고를 위해 병무청장

지정업체에서 제조·생산 인력으로 보충역 군인을 활용할 수 있도록 지원하는 제도이다.

이러한 공익근무요원과 산업기능요원 제도는 그 직무의 성격과 내용, 근무환경 등에 있어 상당한 차이가 있다. 우선, 산업기능요원은 공익근무요원과 달리 자신의 자율적 의사에 따라 그 복무를 선택하고, 그 복무관계는 공무원수행관계로 보지 아니한다. 또한 사기업체에서 자유로운 근무환경에서 근무하며, 본래 자신이 가진 전공이나 기술을 활용할 수 있고, 정식 직원에는 못 미칠지라도 상당한 보수도 지급받는다.

- 결국 이 사건 법령조항들은 본인의 의사와 상관없이 징집 또는 소집되어 열악한 근무환경 속에서 국토방위 또는 공익 목적의 직무를 수행하는 현역병 및 공익근무요원 등의 공로를 공무원 재직기간 산입이라는 제도를 통해 보상하려는 목적을 가진 것으로서, 군 복무기간의 유형과 내용에 따라 공무원 재직기간 산입 여부를 달리 보아 산업기능요원의 복무기간을 공무원 재직기간에 산입하지 않는 것은 합리적 차별이라고 할 것이므로, 이 사건 법령조항들은 산업기능요원의 평등권 등을 침해하지 않는다.

일부 반대의견(재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 이동흡)의 요지

- 법정의견은 이 사건 공무원연금법 제23조 제3항과 공무원연금법 시행령 제16조의2 모두를 심판의 대상으로 삼고 있다.
그러나 공무원연금법 제23조 제3항은 공무원 임용 전의 군 복무기간을 공무원 재직기간으로 산입할 수 있도록 하는 근거조항일 뿐이고, 시행령 제16조의2에 의하여 비로소 산업기능요원의 복무기간은 공무원 재직기간에 산입되지 않게 되어 기본권 침해 문제가 발생하게 되므로, 공무원연금법 제23조 제3항에 대한 청구는 기본권침해의 직접성을 인정하기 어려우므로 각하하여야 한다.

보 도 자 료

수사기관이 전기통신사업자로부터 이용자의 통신자료를 취득할 수 있도록 한 사건

[2010헌마439 전기통신사업법 제54조 제3항 위헌확인 등]

【 선 고 】

헌법재판소는 2012년 8월 23일 재판관 5[각하] : 3[반대]의 의견으로 경기도 방경철청장이 전기통신사업자에게 청구인의 주소, 전화번호 등 통신자료의 제공을 요청하여 취득한 행위 및 그 근거가 된 구 전기통신사업법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정되기 전의 것) 제54조 제3항 중 ‘수사관서의 장으로부터 수사를 위하여 통신자료 제공을 요청받은 때’에 관한 부분에 대한 심판청구를 각하한다는 결정을 선고하였다.

위 통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하고, 위 법률조항만으로는 청구인의 기본권이 직접 침해된다고 할 수 없어 이에 대한 심판청구는 모두 부적법하다는 것이다.

이에 관하여는 위 통신자료 취득행위는 권력적 사실행위로서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하고, 위 법률조항에 대해서는 부수적 규범통제가 가능하므로 이 사건 심판청구를 각하할 것이 아니라 본안에 나아가 위헌여부를 판단해야 한다는 재판관 3인 [재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미]의 반대의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

□ 사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

○ 청구인은 전기통신사업자가 운영하는 인터넷 게시판에 천안함 사건과 관련된 게시물을 게재하였고, 피청구인 경기도방경경찰청장은 위 전기통신사업자에게 청구인의 주소, 전화번호 등(이하 ‘이 사건 통신자료’라 한다)의 제공을 요청하여 취득한 후, 이를 이용하여 전화 및 우편으로 청구인을 소환하여 전기통신기본법위반 혐의에 관하여 조사하였다. 이에 청구인은 ‘피청구인이 위 전기통신사업자에게 이 사건 통신자료의 제공을 요청하여 취득한 행위(이하 ‘이 사건 통신자료 취득행위’라 한다)와 그 근거 법률인 전기통신사업법 제54조 제3항이 헌법상 영장주의에 위반되고, 청구인의 통신의 비밀, 사생활의 비밀과 자유, 표현의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

● 심판의 대상

○ 이 사건 심판의 대상은 이 사건 통신자료 취득행위와 구 전기통신사업법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정되기 전의 것) 제54조 제3항 중 ‘수사관서의 장으로부터 수사를 위하여 통신자료제공을 요청받은 때’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부인바, 이 중 심판의 대상이 된 법률조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 전기통신사업법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정되기 전의 것) 제54조(통신비밀의 보호) ③ 전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장으로부터 재판, 수사(‘조세법 처벌법’ 제10조 제1항, 제3항 및 제4항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범죄사건의 조사를 포함한다), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출(이하 “통신자료제공”이라 한다)을 요청받은 때에 이에 응할 수 있다.

1. 이용자의 성명

2. 이용자의 주민등록번호

3. 이용자의 주소

4. 이용자의 전화번호

5. 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자를 식별하기 위한 이용자 식별부호를 말한다)

6. 이용자의 가입 또는 해지 일자

□ 결정이유의 요지

○ 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 전기통신사업자에게 청구인에 관한 통신자료 취득에 대한 협조를 요청한 데 대하여 전기통신사업자가 임의로 이 사건 통신자료를 제공함으로써 이루어진 것인데, 피청구인과 전기통신사업자 사이에는 어떠한 상하관계도 없고, 전기통신사업자가 피청구인의 통신자료제공 요청을 거절한다고 하여 어떠한 형태의 사실상 불이익을 받을 것인지도 불분명하며, 수사기관이 압수수색영장을 발부받아 이 사건 통신자료를 취득한다고 하여 전기통신사업자의 사업수행에 지장을 초래할 것으로 보이지도 않는다. 또한 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항은 “전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다.”라고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 이용자에 관한 통신자료를 수사관서의 장의 요청에 응하여 합법적으로 제공할 수 있는 권한을 부여하고 있을 뿐이지 어떠한 의무도 부과하고 있지 않다. 따라서 전기통신사업자는 수사관서의 장의 요청이 있더라도 이에 응하지 아니할 수 있고, 이 경우 아무런 제재도 받지 아니한다. 그러므로 이 사건 통신자료 취득행위는 강제력이 개입되지 아니한 임의수사에 해당하는 것이어서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 할 것이므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

○ 이 사건 법률조항은 수사관서의 장이 통신자료의 제공을 요청하면 전기통신사업자는 이에 응할 수 있다는 내용으로, 수사관서의 장이 이용자에 관한 통신자료제공을 요청하더라도 이에 응할 것인지 여부는 전기통신사업자의 재

량에 맡겨져 있다. 따라서 수사관서의 장의 통신자료제공 요청과 이에 따른 전기통신사업자의 통신자료 제공행위가 있어야 비로소 통신자료와 관련된 이용자의 기본권제한 문제가 발생할 수 있는 것이지, 이 사건 법률조항만으로 이용자의 기본권이 직접 침해된다고 할 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대 의견

- 이 사건 통신자료 취득행위는 청구인의 통신자료를 대상으로 한 것이라는 점에서 이 사건 통신자료 취득행위가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사인지 여부를 판단함에 있어 ‘고권적 작용의 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것인지 여부’는 청구인을 기준으로 판단하여야 한다. 다수의견은 이 사건 통신자료 취득행위의 근거가 된 이 사건 법률조항이 “전기통신사업자는 … 요청받은 때에 이에 응할 수 있다.”고 규정하고 있어 전기통신사업자에게 어떠한 의무나 부담을 지우고 있지 않다는 점을 이 사건 통신자료 취득행위의 공권력 행사성을 부정하는 근거로 들고 있으나, 수사관서의 장이 이 사건 법률조항에 근거하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하는 경우 전기통신사업자가 국가기관이 법적 근거를 갖고 정보제공을 요구하는 것을 뿌리치고 굳이 자신의 위험 부담하에 이를 거절할 이유가 없을 것이므로 전기통신사업자는 실질적으로는 국가기관에 대해 의무적으로 통신자료를 제공할 수밖에 없다고 봐야 할 것이다. 그렇다면 통신자료의 제출 여부는 전기통신사업자의 의사에 의해 통신자료의 제공요청시마다 개별적·임의적으로 결정되는 것이 아니라, 사실상 이 사건 법률조항에 의한 통신자료 제출 요구가 있으면 전기통신사업자는 이에 응해야 하는 구조로 되어 있다고 보아야 할 것이다. 이 사건에서, 피청구인은 공권력인 수사권의 행사주체이고 이 사건 통신자료 취득행위는 청구인의 의사에 상관없이 진행되며 청구인의 통신자료를 보관하고 있는 전기통신사업자가, 법적 근거를 갖고 하는 피청구인의 요청을

거절할 가능성은 사실상 희박하고 청구인이 통신자료의 제공을 저지하기 위해 그 과정에 개입할 수도 없는바, 이 사건 통신자료 취득행위는 피청구인이 우월적 지위에서 일방적으로 청구인의 통신자료에 대하여 대물적으로 행하는 수사행위로서 권력적 사실행위에 해당한다. 따라서 이 사건 통신자료 취득행위는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 할 것인바, 이 사건 통신자료 취득행위에 대한 심판청구에 대하여 본안에 나아가 위헌 여부를 심사함이 타당하다. 한편, 이 사건 법률조항은 그 자체로는 직접성 요건을 통과하기 어렵지만, 이 사건 통신자료 취득행위에 대하여 위헌선언을 할 경우에는 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 이 사건 법률조항에 대하여 부수적 규범통제를 할 수 있으므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구를 각하해서는 안 될 것이다.

보 도 자 료

변리사 소송대리권 제한 사건

[2010헌마740 변리사법 제8조 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2012년 8월 23일 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로, 청구인 윤병삼의 심판청구는 청구기간을 도과하였다는 이유로 부적법하여 각하하고, 나머지 청구인들에 대하여는 특허권 등의 침해로 인한 민사소송에서 변리사의 소송대리권을 제한하는 변리사법 제8조가 청구인들의 직업의 자유 및 평등권을 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다.

이에 대하여 결론에 동의하면서도 입법자로서는 특허침해소송에서 변호사와 변리사의 공동소송대리를 허용함으로써 소송의 신속화 및 전문화를 도모하고 소송당사자의 권익을 충분히 보호할 수 있는 입법적 방안을 검토하는 것이 바람직하다는 재판관 이동훈의 보충의견이 있다.



2012. 8. 23.

헌법재판소 공보관실

사건의 개요 및 심판의 대상

● 사건의 개요

- 청구인들은 모두 특허청에 등록된 변리사들이다. 법원은 변리사법 제8조 중 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항’ 부분에 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표의 침해로 인한 손해배상, 침해금지 등의 민사소송(이하 ‘특허침해소송’이라 한다.)이 포함되지 아니하고, 민사소송법 제87조 중 ‘법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인’ 부분에 ‘변리사법 제8조에 따라 특허침해소송을 대리하는 변리사’가 포함되지 아니한다고 해석하여 그 결과 청구인들로 하여금 특허침해소송에서 소송대리를 할 수 없게 함으로써 청구인들의 직업의 자유와 평등권 등이 침해되었다고 주장하며, 2010. 12. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

● 심판의 대상

- 청구인들은 구 변리사법 제8조와 민사소송법 제87조를 이 사건 심판청구의 대상으로 삼고 있으나, 변리사인 청구인들에게 소송대리인의 자격을 부여할지 여부와 소송대리가 허용되는 소송의 범위는 변리사법 제8조에 의하여 규율되어 있고, 청구인들의 주장 내용도 비변호사의 소송대리금지 전체를 다루는 것이 아니라 변리사에게 허용되는 소송대리의 범위에서 특허침해소송을 배제하고 있는 것을 다루는 취지이므로 민사소송법 제87조는 심판대상에서 제외함이 상당하다. 따라서 이 사건 심판대상은 구 변리사법(2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정되고 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되기 전의 것) 제8조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다.)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 변리사법(2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정되고 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되기 전의 것)
제8조(소송대리인이 될 자격) 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.

□ 결정이유의 요지

○ 청구인 윤병삼의 변리사 등록일은 2001. 7. 16.이고, 이 사건 법률조항은 2005. 7. 1. 시행되었으므로, 청구인 윤병삼은 이 사건 법률조항이 시행된 날에 기본권의 침해를 받게 되었다. 그런데 청구인 윤병삼은 이때부터 1년이 훨씬 지난 2010. 12. 2. 이 사건 심판을 청구하였으므로, 청구인 윤병삼의 심판청구는 청구기간을 초과하여 부적법하다. 한편, 청구인 조희래는 2010. 5. 26., 청구인 김대훈과 정종완은 2010. 7. 9., 청구인 서상진은 2010. 9. 2., 청구인 최웅근은 2010. 10. 15., 청구인 함혜정은 2010. 11. 2., 청구인 이정열은 2010. 11. 22. 각 변리사 등록을 하였는바, 위 청구인들이 변리사 등록과 동시에 이 사건 법률조항에 의하여 특허침해소송의 소송대리권이 없음을 알게 되었다고 단정하기 어려우므로, 각 변리사 등록을 한 날로부터 1년이 경과되지 아니한 2010. 12. 2. 청구된 위 청구인들의 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항 본문의 청구기간을 준수하였다.

○ 이 사건 법률조항은 변리사에게 심결취소소송의 소송대리를 허용하되 그 밖에 특허침해소송의 소송대리권을 규정하지 않고 있어 결과적으로 특허침해소송에 대하여는 변호사에게만 소송대리가 허용되고 있으므로, 이로 인해 특허침해소송에서 소송대리를 하지 못하는 청구인들은 직업의 자유 및 평등권을 제한받게 된다. 한편, 청구인들은 이 사건 법률조항으로 인하여 특허침해소송 당사자의 변호인의 조력을 받을 권리와 재판청구권도 침해된다는 주장을 하고 있으나, 이러한 주장은 청구인들의 기본권이 침해되었다는 주장이 아니므로 따로 판단하지 아니한다.

○ 이 사건 법률조항은 변리사라는 자격제도의 형성에 관련된 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유 없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 할 것이다. 따라서 이 사건의 쟁점은 입법자가 변리사 제도를 형성하면서 변리사의 업무범위에 특허침해소송의 소송대리를 포함하지 않은 것이 입법재량의 범위를 벗어나 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부이다. 심결취소소송에서는 특허권 등 자체에 관한 전문적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로, 이에 대한 전문가인 변리사가 당사자의 권리의 내용과 범위를 정확하게 이해하고 이를 법원에

게 잘 설명하여 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다. 그러나 특허침해소송은 그 소송대리에 있어서 고도의 법률지식 및 공정성과 신뢰성이 요구되는 소송으로, 변호사 소송대리원칙(민사소송법 제87조)이 적용되어야 하는 일반 민사소송의 영역이라고 할 수 있다. 변호사는 공공성을 지닌 법률전문직이므로(변호사법 제1조 및 제2조), 특허침해사건 소송대리에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 소송당사자의 권익을 보호하기 위해 변호사에게만 특허침해소송의 소송대리를 허용하는 것은 그 합리성이 인정되며 입법재량의 범위 내라고 할 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 특허침해소송을 변리사가 예외적으로 소송대리를 할 수 있도록 허용된 범위에 포함시키지 아니한 것은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

○ 이 사건 법률조항이 심결취소소송에서는 변호사 외에도 변리사에게 소송대리를 허용하되, 특허침해소송에서는 변호사에게만 소송대리를 허용한 것은 합리적, 합목적적인 차이에 따른 것으로서 정당하며, 달리 입법자가 형성권을 자의적으로 행사하여 변호사와 비교하여 청구인들을 포함한 변리사를 부당하게 차별한 것이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

□ 보충의견(재판관 이동흡)의 요지

○ 특허침해소송은 특허권 등의 침해 여부를 쟁점으로 하는 소송으로 그 대상물의 발명·고안의 구성요건, 그 신규성이나 진보성 등의 판단 및 첨단기술의 실체파악 없이는 사안의 정확한 판단이 불가능한 전문성이 있는 사건이다. 고도의 전문적 기술·지식과 급변하는 기술수준에의 적응력을 갖춘 전문가인 변리사가 기술부분을 변호사에게 설명하고 이 설명을 들은 변호사가 재판부에 진술하는 것보다 변리사가 직접 법정에 나와 재판부에 진술하는 것이 재판의 신속화·충실화에 도움이 될 것이다. 따라서 입법자로서는 특허침해소송에서 변리사의 법률전문성을 강화하기 위하여 신뢰성이 높은 능력·담보조치를 강구한 후에 변호사와 변리사의 공동소송대리를 허용함으로써 소송의 신속화 및 전문화를 도모하고 소송당사자의 권익을 충분히 보호할 수 있도록 입법적 조치를 취하는 방안을 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다.