

■ 목 차

■ 헌법소송법제 연구센터 발족 인사 ■

- 헌법소송법제 연구센터 발족 인사1

■ 칼럼 ■

- 과잉금지원칙의 의의와 한계2

■ 최근 주요수행사건 소개 ■

- 사법연수생 판사 즉시 임용을 제한한 법원조직법 헌법소원 사건6
- 임대주택법 헌법소원 사건 개요와 쟁점정리9
- 경찰공무원 보수체계에 대한 헌법소원 사건13
- 미디어랩법 헌법소원 사건 개요와 쟁점정리16
- 구 특가법 제8조의2에 대한 위헌법률심판제청신청20
- 한의사의 초음파기기 사용 관련 헌법소원 사건21

■ 산업과 헌법 ■

- 개발사업 동의율에 대한 헌법적 조망(眺望) – 도시정비법을 중심으로28

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

- 구 도시 및 주거환경정비법 제86조제7호 등 위헌제청 사건31
- 구 조세범처벌법 제3조 위헌제청 사건32
- 소득세법 제104조의3제1항제4호 위헌소원 사건33
- 구 지방세법 제111조제5항제1호 등 위헌소원34
- 구 도시 및 주거환경정비법 제84조 위헌소원 사건36
- 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조제2항 위헌제청 사건37
- 도시 및 주거환경정비법 제38조 위헌제청 사건39
- 구 소득세법 제89조제3호 위헌소원 사건41
- 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조제7호 등 위헌소원 사건43
- 기소유예처분취소45
- 공직선거법 제93조제1항 등 위헌확인46
- 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제5조제1항 등 위헌소원48
- 부가가치세법 제17조의2 위헌소원 사건49
- 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제45조제1항 위헌확인 등 사건50

■ 헌법소송법제 연구센터 발족 인사 ■

헌법소송법제 연구센터 발족 인사



(법무법인 지평지성 이공현 대표변호사)

우리나라에서는 1948년 제헌 헌법 이래 헌법재판제도가 존속하여 왔습니다. 그러나 1988년 지금과 같은 모습의 헌법재판소가 도입되기까지 40년의 기간 동안 20여 건의 헌법재판사건이 심리되었고, 그 중 5건에서 위헌 결정이 있었습니다.

그런데 헌법재판소가 설립된 이래 지난 22년 남짓한 기간 법령 490여 조문과 370건 정도의 국가 공권력행사가 위헌으로 결정되었습니다. 우리나라가 민주화와 경제발전을 지속적으로 그리고 동시에 이룩한 데에는 활발한 헌법재판이 일정 부분 기여한 것으로 평가받고 있습니다.

헌법재판의 활성화에 따라 이제 헌법 조항은 우리 사회의 모든 영역에 직접 적용되고, 이에 따라 헌법의 해석과 적용은 어느 부문에서 무슨 일을 하든 모든 국민에게 영향을 미칠 수밖에 없게 되었습니다.

법무법인 지평지성에도 헌법의 해석과 적용에 관한 문의와 헌법소송의 위임이 잇따르고 있습니다. 이러한 요청에 보다 체계적이고 효율적으로 부응하기 위하여 헌법소송팀을 발족하고, 뉴스레터를 발간하게 되었습니다.

지속적인 관심과 후원을 부탁드립니다.

■ 헌법 칼럼 ■

과잉금지원칙의 의의와 한계



(법무법인 지평지성 박성철 변호사)

1. 들어가며

우리 헌법은 130개 조문으로 이루어져 있습니다. 모두 중요한 조항입니다. 그래도 굳이 우열을 가려 순위를 매긴다면, 제37조 제2항을 손에 꼽을 수 있다고 생각합니다. 이런 내용입니다. “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다” 여기 “필요한 경우에 한하여”라는 문언이 바로 과잉금지원칙입니다. 어쩌면 기술적인 내용을 핵심조항으로 여기는 이유는 근대 헌법이 제정되고 많은 시간이 흘렀기 때문입니다. 오늘날 모든 사람이 헌법상 기본권을 지닌다는 데에 토를 다는 목소리는 없습니다. 그렇기 때문에 기본권 인정여부가 아니라 기본권 제한의 허용 범위가 늘 쟁점이 됩니다. 헌법소송을 수행하는 변호사로서는 기본권을 ‘제한’하는 법률이 과잉금지원칙에 위배되어 기본권을 ‘침해’한다고 주장·입증해야 합니다. 자신의 권리를 제한하는 부당한 법률이 있을 때 위헌이 아닌지 의심이 든다면, 과잉금지원칙에 반하는 것이 아닌지 섬세하게 따져보아야 합니다.

2. 과잉금지원칙의 요소

과잉금지원칙은 ‘목적의 정당성’, ‘수단의 적합성’, ‘피해의 최소성’, ‘법익의 균형성’ 원칙으로 구성됩니다. 기본권을 제한하는 법률의 목적이 정당한지, 목적을 달성하려고 고른 방법이 적합한지, 피해를 최소화하려는 수단을 택하였는지, 이루려는 공익이 침해되는 사익보다 더 큰지 하나씩 생각해 보는 것입니다. 하나의 원칙이라도 맞지 않으면 과잉금지원칙 위배로 위헌이 됩니다. 논리적 정밀성만 고집하면 어느 원칙이 부인되면 다음 단계를 검토할 필요가 없겠지만, 우리 헌법재판소는 늘 네 가지 원칙을 모두 적용해 판단을 합니다. 각 원칙이 분절되어

있지 않고 뒤흔어짐의 띠처럼 연결되어 있으므로 법익의 균형성까지 따져보는 태도가 더 바람직할 것입니다.

3. 목적의 정당성 원칙

‘목적의 정당성’ 원칙이란 법률이 추구하는 목적이 정당한지 살펴보는 것입니다. ‘목적의 정당성’은 엄밀히 말해 과잉금지원칙과는 구별되므로 따로 검토해야 한다는 비판이 있습니다. 그러나 우리 헌법에서 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여”라는 목적을 명시하고 있고, 헌법재판소가 과잉금지원칙위배 여부를 판단할 때 늘 목적의 정당성부터 검토하므로 과잉금지원칙의 한 요소로 보는 것이 좋겠습니다. 물론 국회에서 통과된 법률의 목적 정당성부터 부인되는 경우는 찾아보기 어렵습니다. 드물게 동성동본의 결혼을 금하는 법률에 대해 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 ‘사회질서’나 ‘공공복리’에 해당될 수 없다고 목적 정당성을 부인한 사건이 있는 정도입니다(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6결정).

4. 수단의 적합성 원칙

‘수단의 적합성’ 원칙은 “입법 수단이 목적을 달성하는 데에 필요하고 효과적이어야 한다”는 뜻입니다(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정). 헌법재판소는 “피고인의 신병확보 또는 부당한 보석허가결정을 바로잡는다는 명목으로 보석결정에 대해 검사에게만 즉시항고를 허용한 법률은 수단의 적합성을 갖춘 것이라고 할 수 없다”고 하여 위헌이라고 본 바 있습니다(헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정). 최근에는 선거일 180일 전부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현과 선거운동을 금지하고 처벌하는 공직선거법은 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지한다는 목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 할 수 없다고 하여 헌법에 반한다고 판시했습니다(헌법재판소 2011. 12. 29. 2007헌마1001결정).

5. 피해의 최소성 원칙

‘피해의 최소성’ 원칙은 입법목적 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다는 의미입니다(헌법재판소 1998. 5.

28. 선고 96헌가5 결정). 가령 입법자가 임의적 규정만으로 목적을 실현할 수 있는데도 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면, 피해의 최소성 원칙에 위배됩니다(헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가12 결정). 설령 어떤 법률의 입법목적이 정당하고 목적을 달성하기 위해 국민에게 의무를 부과하고 불이행에 대해 제재를 가하는 것이 적합하다고 하더라도, 만일 덜 제한적인 방법을 택하거나 아예 의무를 부과하지 않고 목적을 실현할 수 있는데도 굳이 의무를 부여하고 제재조치를 둔다면 피해의 최소성 원칙에 위배됩니다(헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2002헌바80결정). 헌법재판소는 혼인빙자간음죄 처벌조항에 대하여, “사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이고 처벌조항이 보복을 가하거나 위자료를 받아내는 수단으로 악용되는 부작용을 고려하면 피해의 최소성도 갖추지 못하였다”고 판시했습니다(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58결정).

6. 법익의 균형성 원칙

끝으로, ‘법익의 균형성’ 원칙이란 어떤 입법으로 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 저울질해 보면 사익보다 공익이 더 커야 한다는 원칙입니다(헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95결정). 헌법재판소는 “낙태가 불가능한 시기 이후에도 태아의 성별 정보를 알려 주지 못하게 하면 얻을 수 있는 공익은 별로 없는 반면, 의사의 직업수행자유를 제한할 뿐 아니라 임부와 가족의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해하는 것으로 법익 균형성 요건을 갖추지 못한 것”이라고 결정했습니다(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌마1010 결정). 이와 같이 법익의 균형성을 갖추지 못하여 위헌결정을 받은 사례는 매우 많습니다. 예를 들어, 자동차운전학원을 졸업하고 면허를 받은 사람 중 사고를 사람이 일정 비율을 초과하면 학원등록을 취소하거나 영업정지를 명할 수 있도록 한 도로교통법 조항에 대하여, “이 사건 조항으로 공익을 달성할 수 있을지 불투명한 반면, 제재를 당하는 운전학원은 충실히 운전교육과 기능검정을 했더라도 피할 수 없는 규제를 당할 수 있고, 제재에 따른 영업 손실이 더 큰 것”이어서 법익의 균형성 원칙에 위배된다고 보았습니다(헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2004헌가30 결정).

7. 과잉금지원칙의 한계와 극복방안

헌법재판소는 20년 넘는 세월 동안 과잉금지원칙을 적용한 수많은 결정을 남겼습니다. 외국의 이론과 판결을 그대로 수입하는 것이 아니라, 우리 토양에 뿌리내릴 수 있는 현실적 기준과

잣대를 제시했다는 데에 의미가 있습니다. 다만 과잉금지원칙을 보다 세밀하게 만들기 위해 몇 가지 극복해야 할 몇 가지 과제를 생각해 보겠습니다.

첫째, 위헌 여부를 판단할 때 과잉금지원칙을 '과잉'사용하는 것이 아닌지 돌아 볼 필요가 있을 것입니다. 사법관계(私法關係)에서 권리의무를 밝히는 데에 신의칙과 권리남용의 법리가 전면 에 나서는 것을 자제해야 하는 것처럼, 위헌여부를 판단할 때에도 과잉금지원칙은 후방에 물러 서야 한다고 생각합니다. 그래야 다른 다른 헌법이론이 더 정교해질 수 있을 것입니다. 과잉 금지원칙이 제일 먼저 나서는 것은 골기퍼가 최전방 공격수로 뛰는 것처럼 체계에 맞지 않고 어색한 일이 아닌가 합니다.

둘째, 입증책임 배분에 관한 이론을 더 발전시킬 필요가 있다고 생각합니다. 헌법재판소는 과 잉금지원칙을 적용할 때 엄격한 심사와 완화된 심사라는 표현을 쓰며 적용강도를 달리합니다. 그런데 '엄격'과 '완화'의 차이와 기준이 무엇인지 모호해 보입니다. 심사강도가 달라지면 구체 적으로 어떤 차이가 있는지도 분명하지 않습니다. 자칫 위헌결정을 하려면 엄격한 심사를 하 고, 합헌결정을 하려면 완화되는 심사를 하는 것으로 오해될 수도 있습니다. 이와 같은 주객 전도의 문제를 막으려면, 일정한 경우 입법자가 스스로 합헌성을 입증하도록 증명책임 전환의 방법과 기준을 마련하면 좋겠습니다. 특히 청구인이 엄격한 심사가 적용되어야 한다는 점을 입증하는 데에 성공하면, 과잉금지원칙의 세부 원칙에 반하지 않는다는 사실에 대해서는 입법 자에게 증명책임을 부여함으로써 과잉금지원칙의 자의적인 적용을 막으면서도 권리보호에 기 여할 수 있을 것입니다.

셋째, 과잉금지원칙의 마지막 단계로 비례심사를 할 때 '기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없 다'는 점에 대해서도 함께 고려해야 할 것입니다. 비록 어떤 '법률'로 얻을 수 있는 '공익'이 '사익'보다 크다고 하더라도, 만일 '사익'의 본질적 내용을 침해한다면 합헌이 될 수는 없습니다. 예를 들어, 괴물에게 한 명을 제물로 바쳐서 만 명의 목숨을 구할 수 있다고 가정해 볼 때, 언 뜻 보면 만 명의 생명이라는 '공익'이 한 사람의 목숨이라는 '사익'보다 크다고 생각할 수 있을 것입니다. 그러나 만 명을 구할 수 있다고 하더라도 누군가를 죽음으로 내모는 것은 생명권의 본질을 침해하는 행위로 허용될 수 없는 것은 아닌지 더 생각해 보아야 합니다. 최대 다수의 최대 행복만으로는 헌법이 추구하는 정의에 부합하기 어렵다고 생각합니다.

이와 같은 과잉금지원칙의 한계를 극복함으로써 더 많은 사람의 권리를 구제하는 데에 기여할 수 있습니다. 법과 제도가 딛고 선 정치, 사회, 경제, 문화, 과학과 같은 토대가 끊임 없이 변 화하는 만큼, 과잉금지원칙도 진화를 게을리하지 않아야 사상누각이 되지 않을 것입니다.

■ 최근 주요 수행사건 소개 ■

사법연수생 판사 즉시 임용을 제한한 법원조직법 헌법소원 사건

구나영 변호사

1. 법원조직법 부칙에 관한 헌법소원사건(2011마786 사건) 소개

저희 지평지성은 사법연수생 821명을 대리하여 2011년 12월 6일 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호로 개정된 것) 부칙에 대한 헌법소원을 제기하였습니다.

개정된 법원조직법 제42조제2항은 10년 이상 변호사 등 법조경력에 있는 사람 중에서만 판사를 임용할 수 있도록 하여 전면적인 법조일원화를 도입하였습니다. 법조일원화는 2013년 1월 1일부터 시행될 예정인데, 다만 판사 임용을 위한 재직연수에 관한 경과규정을 마련하여 2013년 1월 1일부터 곧바로 10년 이상의 법조경력을 요구하는 것이 아니라 임용시기에 따라 단계적으로 3년, 5년, 7년, 10년 이상의 법조경력을 요구하도록 정하였습니다(부칙 제1조 단서, 제2조).

부칙[2011. 7. 18. 제10861호]

제1조(시행일) 이 법은 2012년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제41조의2의 개정규정은 2011년 9월 1일부터 시행하고, 제42조제1항·제2항, 제44조제2항 및 제45조제4항의 개정규정은 2013년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(판사 임용을 위한 재직연수에 관한 경과조치) 제42조제2항의 개정규정에도 불구하고 2013년 1월 1일부터 2017년 12월 31일까지 판사를 임용하는 경우에는 3년 이상 제42조제1항 각 호의 직에 있던 사람 중에서, 2018년 1월 1일부터 2019년 12월 31일까지 판사를 임용하는 경우에는 5년 이상 제42조제1항 각 호의 직에 있던 사람 중에서, 2020년 1월 1일부터 2021년 12월 31일까지 판사를 임용하는 경우에는 7년 이상 제42조제1항 각 호의 직에 있던 사람 중에서 임용할 수 있다.

현행 법원조직법에 따르면, 사법시험에 합격하여 사법연수원 소정 과정을 마친 사람은 판사로 즉시 임용될 수 있으나, 개정 법원조직법에 따르면 아래서 보는 바와 같이 판사의 임용자격이 각 시기별로 달라집니다.

- 현재 ~ 2012. 12. 31.까지 : 사법연수원 수료 후 바로 임용 가능
- 2013. 1. 1. ~ 2017. 12. 31.까지 : 3년 이상의 법조경력 필요
- 2018. 1. 1. ~ 2019. 12. 31.까지 : 5년 이상의 법조경력 필요
- 2020. 1. 1. ~ 2021. 12. 31.까지 : 7년 이상의 법조경력 필요
- 2022. 1. 1. ~ : 10년 이상의 법조경력 필요

청구인인 사법연수생들은 모두 2013년 1월 1일 이후 사법연수원을 수료할 예정인 사법연수생들로 개정된 법원조직법에 따라 사법연수원을 수료하더라도 즉시 법관으로 임용될 수가 없게 되었습니다. 그런데 법원조직법은 청구인들이 사법연수원에 입소한 이후에 비로소 개정되었습니다. 청구인들이 사법연수원에 입소할 당시 가지고 있던 “사법연수원 수료 후 법관에 즉시 임용될 것이라는 기대”는 보호할 가치가 있는 정당한 기대입니다. 특히 청구인들 중에는 군복무, 출산, 육아, 질병, 대학졸업 등의 이유로 사법연수원 입소가 늦어진 사람들도 있었습니다.

입법자는 청구인들이 가지고 있던 정당한 신뢰를 침해하지 않도록 적어도 청구인들을 포함하여 법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들만큼은 사법연수원 과정을 수료하면 곧 판사로 임용될 수 있도록 경과규정을 두어 법 시행시기를 조정했어야 합니다. 그러나 입법자는 합리적 이유 없이 청구인들의 판사 임용자격을 제한하였습니다. 청구인들은 2012년 1월 사법연수원을 수료한 사람들(법원조직법 개정 당시 사법연수원 2년차 과정에 있었던 사람)과 판사 임용에 대한 동일한 기대를 가지고 있었고, 그 자격에 있어서 아무런 차이가 없음에도 불구하고 사법연수원 수료 후 즉시 판사로 임용될 수 없게 되었습니다.

개정된 법원조직법의 부칙 조항은 또 한 가지 치명적인 결함을 가지고 있습니다. 청구인들은 2021년에는 법조경력 8년 차로서 판사로 임용될 수 있다가 2022년에는 법조경력 9년 차로서 판사로 임용될 수 없고, 2023년부터 법조경력 10년 차가 되면서 다시 판사로 임용될 수 있게 됩니다. 경과조치에 관한 부칙 조항이 얼마나 졸속으로 만들어졌는지를 단적으로 보여줍니다.

이에 “① 개정된 법원조직법 제42조제2항을 2013년 1월 1일부터 시행하도록 정한 부칙 제1조

단서, ② 2013년 1월 1일부터 바로 3년 이상의 법조경력을 요구함으로써 청구인들의 경우 사법연수원을 수료한 즉시 판사로 임용될 수 없도록 하였을 뿐만 아니라 2022년에는 판사로 임용될 수 없는 1년의 공백이 발생하도록 정한 부칙 제2조는 신뢰보호원칙에 위반하여 청구인들의 공무담임권을 침해하므로 위헌"이라는 취지로 법원조직법 부칙에 대한 헌법소원을 제기하게 되었습니다.

2. 관련 기사

- 사법연수생 "법관 즉시임용 불가조항" 헌소 - SBS 뉴스 방송(2011. 12. 4.)
- 사법연수생 '법관 즉시임용 불가조항' 헌법소원 - YTN 뉴스 방송(2011. 12. 4.)
- 연수생 '법관 즉시임용 불가조항' 헌법소원(종합) - 연합뉴스 기사(2011. 12. 4.)
- 사법연수원생들 '법관 즉시 임용 불가' 헌소 - 한국일보 기사(2011. 12. 4.)
- 사법연수생, '법관 즉시임용 제한' 법원조직법 헌법소원 - 아시아투데이 기사(2011. 12. 4.)
- 42기 연수생, '법관 즉시임용 불가조항' 헌법소원 - 헤럴드경제 기사(2011. 12. 4.)
- 법조 경력자만 법관 임용, "법원조직법 평등권 침해" - 법률신문 기사(2011. 12. 5.)

3. 다운로드 : 「법원조직법」 개정(법률 10861호, 2011. 7. 18. 시행)

■ 최근 주요 수행사건 소개 ■

임대주택법 헌법소원 사건 개요와 쟁점정리

장품 변호사

1. 사실관계

- (1) 임대주택의 분양전환가격이나 분양전환절차는 임대주택법 시행령 및 시행규칙에서 일정한 산식과 구체적인 사항을 규정해두고 있습니다. 다만 민간임대사업자가 공급한 임대아파트의 경우에는 일정한 경우 가격조건을 자율적으로 정하도록 하여, 민간의 참여를 보장하고 있는데, 이 부분이 문제된 사건입니다.
- (2) 구 임대주택법 시행령(2002. 9. 11. 대통령령 제17727호로 개정되어 2003. 6. 25. 대통령령 제18020호로 개정되기 전의 것, 이하 '**2002년 개정 시행령**')은 임대주택의 분양전환가격 규제를 완화하여 임대주택건설의 활성화를 도모하기 위하여, "국가·지방자치단체·대안주택공사 또는 지방공사가 아닌 임대사업자가 건설한 공공건설임대주택으로서 전용면적 60㎡를 초과하는 주택"에 대해서 건설교통부령으로 정하는 분양전환가격산정기준의 적용을 받지 않도록 개정하였습니다. 그리고 위 개정규정은 2002년 개정 시행령 시행 후 최초로 입주자를 모집하는 임대주택부터 적용하도록 하였습니다(부칙 제2항). 즉 전용면적 60㎡를 초과하는 임대주택은 임대의무기간이 경과한 후 계약자유의 원칙에 따라 임대인과 임차인이 자율적으로 협의하여 결정할 수 있었던 것입니다. 그에 따라 oo건설사(이하 '신청인')는 2003년 2월경 입주자모집공고를 실시하여 임대차계약을 체결하였습니다.
- (2) 2002년 개정 시행령은 2005년 12월 13일경 다시 개정되었습니다. 구 임대주택법 시행령(2005. 12. 13. 대통령령 제19178호로 개정된 것, 이하 '**2005년 개정 시행령**')은 분양전환가격의 산정기준의 적용을 받지 않는 공공건설임대주택의 범위를 전용면적 85㎡를 초과하는 주택으로 한정하였습니다(제9조제5항제1호). 위 개정규정 역시 2005년 개정 시행령 시행 후 최초로 입주자를 모집하는 임대주택부터 적용하도록 하였으므로(부칙 제2항), 신청인의 임대주택은 여전히 2002년 개정 시행령을 적용 받아 임대인과 협의하여 자율적으로 분양전환가격을 결정할 수 있었습니다.

- (3) 그러나 다시 임대주택법이 개정되어 구 임대주택법(2008. 3. 21. 법률 제8966호로 전부 개정되어 2009. 3. 25. 법률 제9541호로 개정되기 전의 것, 이하 '**2008년 개정 임대주택법**')에 따르면 분양전환의 방법, 절차 및 가격 사항은 대통령령으로 정하고, 2008년 개정 임대주택법 부칙 제3조에서 "종전의 규정에 따라 분양전환계획서를 제출하거나 분양전환의 허가를 신청한 임대사업자"에 대해서만 개정법을 적용하지 않는다고 하였습니다. 분양전환계획서의 제출 시점 등을 기준으로 분양전환가격의 산정방법이 달라진 것입니다. 또한 개정된 임대주택법 시행령(2008. 6. 20. 대통령 제20849호로 개정되어 2009. 7. 27. 대통령령 제21641호로 개정되기 전의 것, 이하 '**2008년 개정 시행령**')은 분양전환가격 산정기준의 적용을 받지 않는 공공건설임대주택의 범위를 종전과 같이 전용면적 85㎡를 초과하는 주택으로 규정하면서도(제13조제5항제1호), 부칙에서 별도의 경과조항을 두지 않았습니다.
- (4) 이후 신청인은 임대의무기간 5년이 경과하고 임차인과 협의한 분양전환가격에 따라 임대주택의 분양전환승인을 신청하였습니다. 2005년 개정 시행령 부칙의 경과규정이 아직 실효되지 않았으므로, 전용면적 85㎡를 넘지 않는 임대주택의 분양전환가격은 자율적으로 결정될 수 있다고 신뢰하였기 때문입니다. 그런데 관할 행정청은 신청인의 분양전환승인 신청을 반려하였습니다. 2008년 개정 임대주택법은 분양전환계획서의 제출시를 기준으로 분양전환의 방법, 절차 및 가격에 관한 개정 조항을 적용하도록 하고 있고, 별도의 경과규정을 두지 않았으므로, 전용면적 84.9868㎡인 신청인의 임대주택은 분양전환 당시의 2008년 개정 시행령을 적용하여야 한다고 본 것입니다.

2. 위헌법률심판제청신청 및 헌법소원의 제기

- (1) 신청인은 대법원에 상고를 제기하면서 2008년 개정 임대주택법 부칙조항에 관하여 위헌법률심판제청을 신청하였습니다. 소급입법으로서 법치국가원리에 위배되고 신청인의 재산권과 일반행동의 자유에서 파생되는 계약자유에 관한 권리를 침해하며, 아울러 평등원칙에 위배됨을 주장하였습니다.
- (2) 또한 위헌인 법률을 적용하여 판단한 대법원 판결과 재판에 대한 헌법소원을 금지한 헌법재판소법 제68조제1항에 대해서 헌법소원을 제기하였습니다. 대법원 판결과 헌법재판소법이 위헌적인 공권력의 행사로서, 신청인의 재산권과 계약자유에 관한 권리 및 평등권을 침해한다고 보았기 때문입니다.

3. 쟁점

(1) 재판의 전제성

위헌법률심판제청이 인정되기 위해서는 재판의 전제성이 인정되어야 합니다. 특정한 법률이 당해 재판의 전제가 되는 경우에 한하여, 그 법률에 대한 위헌을 판단하여 효력을 상실시킬 실익이 있기 때문입니다. 바꿔 말해, 특정한 법률이 위헌이라고 하더라도, 재판의 결론이나 중요한 쟁점에 특별한 영향을 미치지 못한다면, 재판의 전제성부터 인정되지 않습니다. 따라서 위헌법률심판을 할 수 없습니다. 법률의 위헌을 다룰 경우에 반드시 검토되어야 하는 부분입니다.

이 사건의 경우 2008년 개정 임대주택법의 부칙조항은 ① 변경된 분양전환가격 산정기준의 변경 시점을 스스로 규정하고 있는 조항임과 동시에, ② 분양전환가격의 구체적인 산정기준에 관한 2008년 개정 시행령의 적용시점을 해석하는 기준이고, 위 부칙조항의 위헌여부에 따라 분양전환가격 산정기준의 변경시점이 달라지며, 2008년 개정 시행령의 의미가 달라지기 때문에 재판의 전제성이 인정될 수 있습니다.

(2) 재판에 대한 헌법소원

헌법재판소법 제68조제1항은 재판에 대한 헌법소원을 금지하고 있습니다. 이에 대하여 헌법재판소는 위헌인 법률을 적용하여 기본권을 침해하는 판단을 한 판결에 대해서만 예외적으로 헌법소원을 인정해 왔습니다. 그러나 사법작용 역시 공권력의 행사로서 기본권을 침해한다면, 예외 없이 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 비판이 학계에서 계속 제기되어 왔습니다. 따라서 재판에 대한 헌법소원을 금지하고 있는 헌법재판소법의 법령헌법소원과 함께 재판에 대한 헌법소원도 동시에 진행되어야 합니다.

(3) 소급입법에 의한 신뢰보호원칙의 위배

신청인이 입주자 모집공고를 할 당시 적용되었던 2002년 개정 시행령에 따르면, 전용면적이 60㎡를 초과하였던 임대주택은 임차인들과 분양전환가격을 협의하여 결정할 수 있습니다. 계약 자유의 원칙에 따라 매도인(원고)과 매수인(임차인)이 매매가격(분양전환가격)을 정하는 것입니다. 그러나 개정 임대주택법의 부칙조항에서 분양전환가격의 산정기준 변경

시점을 분양전환계획서 제출 시점 등으로 변경함으로써, 신청인의 임대주택은 2008년 개정 시행령에 따라 전용면적 85㎡ 이하의 주택으로서 국토해양부령에서 정한 엄격한 분양 전환가격 산정기준에 따라야 합니다. 즉 신청인의 신뢰에 반하는 소급입법에 해당합니다. 신청인은 처음 임대주택사업을 시작하면서 가격을 자율적으로 정할 수 있을 것이라는 신뢰를 갖고 있었습니다. 또한 법령이 개정되더라도 입주자 모집공고시점이 기준이 될 것이라는 신뢰가 있었습니다. 2008년 개정 임대주택법은 신청인의 이러한 신뢰를 보호하면서도 경과규정을 두어 얼마든지 공익과 사익을 조화시킬 수 있었음에도 이와 같이 규정하지 않았습니다. 소급입법으로 인한 신뢰보호원칙위반이 문제될 수 있는 사안입니다.

(4) 평등권의 침해

또한 분양전환계획서의 제출시기를 기준으로 삼아 가격에 대한 국가의 통제권여부를 달리 취급하는 것은 입법목적(차별목적)을 달성하기 위해 적정한 수단을 취한 것으로 볼 수 없습니다. 분양전환계획서 제출시기를 기준으로 차별하는 입법은, 행위 당시의 법을 신뢰한 임대사업자의 신뢰를 중대하게 침해하는 데에 반하여 그로 인해 얻을 수 있는 공익은 미미합니다. 차별목적의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계를 상실한 것으로서 평등원칙에 위배될 가능성이 높습니다.

4. 결론

임대주택법은 2000년 이후 1~2년 단위로 개정을 반복해 왔으며, 세부적으로 분양전환가격이나 절차를 규율하는 시행령과 시행규칙도 잦은 변경을 반복해 왔습니다. 이 과정에서 임대주택사업을 수행하는 사업자는 당초 예상하였던 사업계획과 다른 형태로 분양전환절차를 진행하는 경우가 많았으며, 필연적으로 신뢰보호원칙 위반 문제가 제기될 수밖에 없습니다. 임대주택법은 서민의 주거생활안정이라는 공공성을 실현하기 위한 법이나, 한편으로 민간 임대사업자로 하여금 임대주택사업에 진출하도록 유도하면서 주택공급행정을 보완하는 성격도 가지고 있습니다. 따라서 공익과 사익의 세밀한 균형점을 찾는 판단이 요구됩니다. 특히 임대주택법의 체계가 간단하지 않고, 주택공급사업상 변동되는 수많은 현실을 반영함에 한계가 있어 법령 해석과 관련하여 다툼 여지가 많습니다.

5. 다운로드 : 「임대주택법」 전부개정(법률 8966호, 2008. 3. 21. 시행)
「헌법재판소법」 일부개정(법률 10546호, 2011. 4. 5. 시행)

■ 최근 주요 수행사건 소개 ■

경찰공무원 보수체계에 대한 헌법소원 사건

김태형 변호사

1. 들어가며

법무법인 지평지성은 경찰공무원들이 「경찰공무원법」 제2조, 「공무원보수규정」 별표 10 중 '경위, 경사' 부분, 「공무원보수 등의 업무지침」 별표 2 호봉확정을 위한 공무원 상당계급기준표 중 '경찰' 부분에 대하여 제기한 헌법소송을 대리했습니다.

2. 현행 경찰공무원 보수체계의 문제점

현행 공무원 보수체계에 따르면,公安직 공무원은 전체 계급에 걸쳐 일반직 공무원보다 약 6%의 우대를 받는데 경찰공무원은 순경(9급)을 제외하고는公安직 공무원보다 우대율이 낮습니다. 순경 1호봉 우대율(8.4%)은 경장 진급과 함께 절반 이하(4.0%)로 하락하고, 경사와 경위로 승진하면 일반직 공무원보다도 낮은 기본급을 받게 됩니다.

또한 일반직과公安직은 9급에서 8급으로 승진하면 모두 14%씩 기본급이 인상되지만 경찰은 순경에서 경장으로 승진해도 8.8%만 인상될 뿐입니다. 일반직,公安직 공무원이 8급에서 7급으로 승진하면 각각 12.6%, 13.7% 임금이 상승하지만, 경찰 공무원은 7.7% 인상에 만족해야 합니다.

위와 같은 문제는 다른 공무원들과 달리 경찰공무원 직급체계를 10단계로 구분하면서 그에 상응하는 조정을 하지 않았기 때문에 발생했습니다. 잘못된 경찰관 직급체계는 경찰공무원이 수령하는 봉급과 연금에 직접 영향을 미치고 있을 뿐만 아니라, 승진적체현상과 같은 문제도 발생시키고 있습니다.

3. 침해되는 기본권

침해되는 기본권은 평등원칙, 공무담임권, 행복추구권입니다. 경찰공무원들이 공안직 공무원에 비해 노동시간, 노동강도 등에서 현저히 격무에 시달리고 있음에도 오히려 낮은 기본급을 받고 있기 때문입니다. 과도한 근무시간, 업무의 난이도, 공무수행 중 발생할 수 있는 공상의 위험, 잦은 야근과 출동으로 정상적인 가정생활을 유지할 수 없는 고충 등을 생각할 때, 대부분 내근 업무를 담당하고 있는 국회·법원 경위직보다 경찰관들이 낮은 기본급을 받고 있는 현실은 명백히 부당합니다.

위와 같이 경찰공무원의 지위와 공무의 특수성을 고려하지 않은 급여체계를 유지하는 것은 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것입니다. 인사행정의 근본 기준을 훼손하고 있으며, 책임 및 직무의 중요성에 역행하고 있기 때문입니다. 직업공무원제도가 훼손됨으로써 공무담임권은 물론 경찰공무원, 또는 경찰공무원을 꿈꾸는 청년들의 행복추구권도 침해되고 있습니다.

4. 이번 헌법소원의 의미

이번 사건은 공무원인 현직 경찰관이 전체 경찰에 대한 처우개선을 요구하며 헌법소원을 제기한 사건으로 언론의 주목을 받고 있습니다. 평소 경찰공무원의 처우개선에 많은 관심을 가지고 있었던 전북경찰청 군산경찰서 성산파출소장 오승욱 경감이 처음으로 헌법소송을 제안했고, 경찰 내부전산망을 통한 '1인당 1만 원 모금운동'이 진행되어 경찰내부에서 뜨거운 호응을 얻은 것으로도 화제가 된 적이 있습니다.

일부 언론에서는 경찰공무원이 자신의 밥그릇을 챙기기 위해 월급인상을 요구하고 있다는 논조로 곱지 않은 시선을 보내기도 했지만, 이번 헌법소원은 ① 경찰공무원도 자신의 기본권을 위해 법률이 허용하는 한도에서 적극적인 수단을 행사할 수 있다는 사실, ② 공무원을 포함한 모든 국민의 기본권을 위해 헌법소원이 활용될 수 있다는 사실을 확인할 수 있다는 점에서 향후 헌법재판소의 판단이 주목을 받고 있습니다. 이번 헌법소원은 단순히 급여인상의 문제가 아니라, 일선 경찰관들이 겪고 있는 여러 고충들, 즉 일상적인 야근과 밤샘근무, 사망·부상의 위험에 노출된 근무환경, 승진의 어려움과 같은 문제들이 한꺼번에 터져나온 것으로 해석해야

할 것입니다. 경찰공무원은 국민의 생명과 재산을 지키는 최후의 보루이므로, 경찰공무원들이 겪고 있는 어려움을 해결하기 위해 사회전체의 논의를 모으는 작업이 필요합니다.

오승욱 경감이 2012년 4월호 신동아에 기고한 내용에 따르면, 신입 순경을 교육하는 중앙경찰 학교 본관 건물 옥상에 “젊은 경찰관이여! 조국은 그대를 믿노라”라는 문구가 새겨진 풋말이 설치되어 있다고 합니다. 지금까지 대다수 일선 경찰관들은 위와 같은 믿음에 보답하고자 어려운 근무환경에서도 국민의 재산과 안전을 지키는 업무를 묵묵히 수행하고 있습니다. 이번 헌법소원을 통해 경찰공무원들이 겪는 고충이 공론화되고, 상처 난 경찰공무원들의 마음을 보듬어 줄 제도정비가 진행될 계기가 마련되어야 할 것입니다.

5. 언론보도

- “경찰도 국민! 특혜라니? 차별과 홀대 더 이상 견딜 수 없다” - 신동아(2012. 4.)
- 경찰 간부 헌법소원...경찰 급여체계 어떻게 - 한국경제(2012. 3. 17.)
- “다른 공무원보다 급여 낮다...올려달라” 경찰간부 헌법소원 - 동아일보(2012. 3. 14.)
- 현직 경찰간부 급여체제 개선 위해 헌법소원 청구 - 머니투데이(2012. 3. 14.)

6. 다운로드

- 「경찰공무원법」 제2조
- 「공무원보수규정」 별표 10 중 '경위, 경사'부분
- 「공무원보수 등의 업무 지침」 별표 2 호봉획정을 위한 공무원 상당계급기준표 중 '경찰' 부분

■ 최근 주요 수행사건 소개 ■

미디어랩법 헌법소원 사건 개요와 쟁점정리

배기완 변호사

1. 들어가며

지평지성이 MBC를 대리하여 MBC의 방송광고 판매를 한국방송광고진흥공사에만 위탁하도록 강제한 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」(이하 '방송광고판매대행법') 제5조제2항은 헌법재판소 결정의 기속력에 반하고 직업의 자유, 계약의 자유 등을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였습니다.

2. 사건 개요

가. 구 방송법에 대한 헌법불합치결정

헌법재판소는 2008년 11월 27일 KOBACO와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 규정하고 있던 구 방송법 제73조제5항 및 구 방송법시행령 제59조제3항에 대해 KOBACO의 출자 없이 설립된 회사의 직업수행의 자유를 침해한다는 이유로 헌법불합치결정을 내렸습니다.

나. 「방송광고판매대행법」제정 및 MBC의 헌법소원심판 청구

헌법재판소의 구 방송법에 대한 헌법불합치결정 이후 2012년 2월 22일 「방송광고판매대행법」이 제정되었습니다. 그런데 「방송광고판매대행법」 제5조제2항(이하 '심판대상 조항')은 MBC, KBS, EBS의 경우 여전히 KOBACO에서 명칭만 바뀐 한국방송광고진흥공사를 통해서만 방송광고를 판매할 수 있도록 하고 있습니다.

MBC는 심판대상 조항이 헌법재판소의 구 방송법에 대한 헌법불합치결정의 기속력에 반하는 것으로 MBC의 직업수행의 자유, 계약의 자유를 침해하는 조항일 뿐만 아니라 평등권을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였습니다. 지평지성은 MBC의 헌법소원심판청구에 대한 대리를 하였습니다.

3. 청구 내용

가. 직업수행의 자유와 계약의 자유를 침해하는 심판대상 조항

(1) 심판대상 조항으로 인해 MBC는 광고판매를 자유롭게 하지 못하고 한국방송광고진흥공사를 통해서만 광고를 판매하여야 하므로 심판대상 조항은 MBC의 직업수행의 자유 및 계약의 자유를 제한합니다. 심판대상 조항은 MBC의 주요 수입원을 한국방송광고진흥공사에게만 맡기는 것과 같은 효과를 가져오기 때문에 엄격한 심사기준인 과잉금지원칙에 따라 위헌여부가 판단되어야 합니다.

(2) 과잉금지원칙의 심사기준에 따라 심판대상 조항을 검토한 내용은 다음과 같습니다.

첫째, MBC가 한국방송광고진흥공사를 통해서만 방송광고를 판매할 수 있도록 하는 것은 방송의 공공성, 공익성, 다양성 등의 제고라는 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 할 수 없습니다.

둘째, 입법자는 독점체제를 선택하지 않고 덜 제한적인 방법을 취할 수 있는데도 독점방식으로 방송광고 판매를 규율하는 것이므로 심판대상 조항은 피해의 최소성 원칙에 위배됩니다.

셋째, 심판대상 조항은 헌법재판소가 위헌이라고 판단한 부분이 전혀 시정되지 않고 있기 때문에 중대한 기본권을 침해하고 있으나 독점체제를 취함으로써 얻을 수 있는 공익은 미미하므로 법익 균형성을 상실한 것입니다.

- (3) 따라서 심판대상 조항은 과잉금지원칙에 위반하여 MBC의 직업수행의 자유 및 계약의 자유를 침해합니다.

나. 평등권을 침해하는 심판대상 조항

- (1) 심판대상 조항은 MBC, KBS, EBS로 하여금 한국방송광고진흥공사가 위탁하는 방송광고에 한하여 방송광고를 할 수 있도록 함으로써 MBC를 SBS와 종편 등 방송사업자와 달리 취급하여 미디어랩 선택권을 박탈하고 있습니다. 이러한 심판대상 조항에는 ① MBC를 SBS와 종편 등 방송사업자와 다르게 취급한 차별, ② MBC를 KBS, EBS와 동일하게 취급한 차별이 존재합니다.

MBC는 SBS와 종편 등 방송사업자와 (i) 수익구조 및 재원조달 방법 측면, (ii) 설립목적 측면, (iii) 소유구조 측면, (iv) 광고매출에 따른 사회적 책임 부담 측면 등에서 차이가 없습니다. 특히 광고수익으로 회사를 운영한다는 점에서 완전히 동일한 구조를 취하고 있으므로 미디어랩에 대한 선택에 있어서 차별이 존재할 이유가 없습니다.

MBC는 「방송법」 제66조에 따라 텔레비전 방송 수신료를 징수하여 재원조달을 할 수 있는 KBS, EBS와 달리 대부분의 재원조달을 광고수익에 의존하고 있으므로, 미디어랩에 대한 선택에 있어서 이들과 함께 취급될 이유가 없습니다.

- (2) MBC를 SBS와 종편 등 방송사업자와 달리 특별히 방송의 공공성, 공정성, 공익성을 추구하여야 할 필요가 있다고 인정된다고 가정하더라도 입법자가 선택한 차별 수단은 그 목적달성에 적합하지도 않을 뿐더러 차별 목적과 비례관계가 성립하지도 않습니다. 미디어랩이 '민영'인지 '공영'인지 혹은 독점체제인지에 따라서 방송의 공공성, 공정성, 공익성, 다양성이 달라지는 것은 아니기 때문입니다. 「방송광고판매대행법」이 미디어랩 허가제도 등 미디어랩을 통해 방송광고를 판매하는 경우 방송의 공공성, 공정성, 공익성을 담보하기 위한 개별 장치를 마련하고 있는 상황에서는 더욱 그러합니다.

(3) 따라서 심판대상 조항은 평등원칙에 위배되어 위헌을 면할 수 없습니다.

4. 언론보도

MBC의 미디어랩법에 대한 헌법소원심판청구와 관련하여 다음과 같은 언론보도 내용이 있었습니다.

- MBC, '미디어랩법' 헌법소원심판 청구 - 아시아경제(2012. 3. 16.)
- MBC, '미디어랩법' 헌법소원심판 청구 - 헤럴드경제(2012. 3. 16.)

5. 다운로드 : 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제정(법률 11373호, 2012. 5. 23. 시행)

■ 최근 주요 수행사건 소개 ■

구 특가법 제8조의2에 대한 위헌법률심판제청신청

여연심 변호사

1. 대구고등법원 2011노372사건의 위헌법률심판제청신청 대리

이 사건의 피고인은 공급가액 400억 이상의 허위 세금계산서를 주고받았다는 이유로 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(허위세금계산서교부등)죄로 기소되었습니다.

대상 법률조항은 허위 세금계산서 수수행위에 대한 가중처벌요건을 정한 것인데 '영리의 목적이 있는 경우'와 '공급가액등의 합계액이 일정액 이상일 것'을 가중구성요건으로 하고 있습니다. 그런데 허위 세금계산서를 수수하는 행위는 필연적으로 영리의 목적을 내포하고 있기 때문에 영리의 목적이라는 가중구성요건은 가중구성요건으로서 기능하지 못하고 있습니다. 기본구성요건에 해당하는 자는 빠짐없이 가중구성요건에 해당된다는 순환적인 결론에 이르게 되어 형사처벌법령의 체계정당성을 무너뜨리고 처벌범위를 확대하게 됩니다. 법원이 대상 법률조항(구 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의2 제1항)의 '영리의 목적'의 의미를 제한하여 해석하려는 시도를 한 사례도 있으나, 가중구성요건에서 특히 금지하는 영리의 목적이 무엇인지가 명확하지 아니하여 자의적인 해석을 낳을 우려가 있습니다. 그리고 실제로 영리의 목적에 대한 해석이 통일되어 있지 않습니다.

대상 법률조항이 위와 같은 문제점을 가지고 있기 때문에 명확성 원칙과 책임주의를 위반한 위헌적인 법령일 가능성이 있습니다. 이에 피고인의 변호인으로서 대구고등법원에 위헌법률심판제청을 신청하였습니다.

2. 다운로드 : 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 일부개정(법률 9169호, 2008. 12. 26. 시행)

■ 최근 주요 수행사건 소개 ■

한의사의 초음파기기 사용 관련 헌법소원 사건

김영식 변호사

1. 사건의 개요

(1) 한의사 A, B는 초음파 골밀도 측정기인 'OsteoImager PLUS'를 사용하여 성장판검사를 시행한 다음 체질개선 한약을 처방하였고, 한의사 C는 목이 아프다고 하는 환자의 상체 전부에 초음파검사를 한 다음 목 뒤쪽에 침구치료 및 부항 등 물리치료를 하고 갑상선결절이라는 병명으로 소견서를 작성해 양방병원에 전원을 의뢰하는 등 환자들에게 초음파 촬영 비용을 별도로 받지 않고 초음파 촬영을 통한 진료행위를 하였습니다.

(2) 부산지방법검찰청 동부지청 검사는 A, B에 대해 "한의사가 사용할 수 없는 초음파 골밀도 측정기를 사용하여 의사가 아니면서도 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다"는 피의사실에 대해 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조(부정의료업자), 의료법 제27조를 적용하여 기소유예처분을 하였고, 춘천지방법검찰청 원주지청 검사는 C에 대해 의료법 제27조 위반의 '무면허 의료행위'임을 인정하고, 기소유예처분을 하였습니다. 관련 규정은 다음과 같습니다.

제5조(부정의료업자의 처벌)

「의료법」 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.

1. 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업(業)으로 한 행위
2. 치과의사가 아닌 사람이 치과의료행위를 업으로 한 행위
3. 한의사가 아닌 사람이 한방의료행위를 업으로 한 행위

제27조(무면허 의료행위 등 금지)

① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

(3) 기소유예처분을 받은 한의사들은 “의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정한 의료법 제27조는 포괄위임금지원칙 및 죄형법정주의의 명확성 원칙 등에 위반되고, 기소유예처분은 청구인들의 평등권, 직업의 자유, 행복추구권을 침해하였다”고 주장하면서, 각각 검사를 피청구인으로 하여 “기소유예처분을 취소해 달라”는 취지의 헌법소원심판(2009헌마623, 2010헌마109 각 기소유예처분취소)을 청구하였습니다.

(4) 대한한의사협회는 사건의 초기부터 청구인들의 대리인을 통해 적극적으로 의견을 제출하였고, 대한한의사협회는 영상의학과 전문의, 내과 전문의와 함께 제3자참가(헌법재판소법 제40조제1항, 행정소송법 제16조)를 하였습니다.

(5) 청구인들은 명확성의 원칙, 평등권 등에 관해 헌법소송적 쟁점들을 제기했지만, 실질적인 쟁점은 “한의사가 초음파기기를 사용해 진료행위를 해도 무방한가”, 나아가 “초음파기기를 사용해 진료행위를 하는 것은 의료행위의 고유영역인가, 아니면 한방의료행위의 영역에도 포함될 수 있는가”이었습니다.

2. 청구인들과 대한한의사협회 주장의 요지

청구인들과 대한한의사협회측 주장의 요지는 다음과 같습니다.

(1) 한의사의 초음파기기 사용은 ‘정보수집’을 위한 것일 뿐, ‘정보의 해석’, 즉 ‘진단(변증)’에

해당하지 않고, 초음파기기 자체는 다른 방사선기기와 달리 별다른 위험성도 없으므로, 한의사들이 초음파기기를 사용해 '정보수집'을 하는 것을 금지할 이유가 없다.

(2) 한의과대학의 교과과정에는 초음파기기 사용에 필수적인 교과목들(예컨대 발생학, 생리학, 병리학, 방사선과학 등)이 포함되어 있으므로, 한의사자격을 취득한 한의사는 초음파 진단기를 사용할 능력을 충분히 보유하고 있다.

(3) 현행 의료법상 의료행위와 한방의료행위의 구분은 불명확하고, 현행법상 한의사가 초음파기기를 사용하는 것에는 아무런 문제가 없으며, 미국의 초음파 부티크에서는 비의료인들이 초음파기기를 사용하여 자유롭게 태아를 촬영하기도 한다.

3. 한의사의 현대적 의료기기 사용에 관한 선례들

(1) 한의사들이 크게 늘어나면서 한의사들은 지속적으로 의사들의 업무영역에 진입하였고, 이에 따라 여러 사건에서 의료행위와 한방의료행위의 구분이 문제되었습니다. 이는 결국 "의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다"고 규정한 현행 의료법 제27조(구 의료법 제25조)제1항 본문 후단 부분의 효력 및 그에 대한 해석의 문제로 귀결됩니다.

(2) 먼저 서울고등법원은 "한의사가 방사선사로 하여금 전산화단층촬영장치(CT기기)로 촬영하게 하고 이를 이용하여 방사선진단행위를 한 것은 '한방의료행위'에 포함된다고 보기 어려우며, 의료법 제25조에서 정한 '면허된 이외의 의료행위'를 한 경우에 해당한다"고 판시한 바 있습니다(서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결).

또한 서울행정법원은 한의사가 진단용 엑스선 발생기인 'BGM-6'를 사용하여 성장판검사를 실시한 것에 관해 "'한방의료행위'에 포함된다고 보기 어려워 한의사의 면허 범위 외의 의료행위에 해당"한다고 판시하면서 '한방의료행위의 판단기준'에 관해 "구체적 사안에 따라 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관련된 관계 규정, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것으로, 어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것"이라고

판시한 바 있습니다(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결).

한편 최근 부산지방법원은 한의사가 성장클리닉을 운영하면서 골밀도 측정용 초음파 진단기기인 'OsteoImager PLUS'를 사용하여 환자들의 발목 부분을 촬영하게 하고 이를 이용하여 성장판의 개폐 및 그 진행 상태에 관한 진단행위를 한 것에 관해 "한방의료행위에 포함된다고 보기 어려워 면허된 이외의 의료행위를 한 때에 해당한다"고 판시함으로써, 피고인에게 의료법위반죄를 인정하였습니다(부산지방법원 2011. 11. 25. 선고 2011노2012 판결).

4. 대한의사협회 주장 요지

대한의사협회 주장의 요지는 다음과 같습니다.

(1) '진단'에 선행하면서 의료행위와 무관한 '정보수집'이란 있을 수 없고, 환자의 신체상태에 관한 '정보수집' 자체가 이미 '진단'행위의 일부에 해당한다. 이 사건에서 한의사는 초음파기기를 사용해 진료한 다음 '갑상선결절 추정'이라는 소견을 작성하였는데, 이러한 초음파기기 사용은 '의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위'에 해당하며, 그와 무관한 정보수집행위가 아니다. 또한 초음파기기의 사용은 '음양, 오행, 정기, 사기, 기의 흐름, 경혈, 경락 등'의 개념을 기초로 진단, 치료하는 전통적 한의학의 이론에 전혀 부합하지 않는다.

(2) '의학적 용도의 초음파기기 사용이 위험한 것인지'는 방사선의 유무나 방사선량의 정도만을 기준으로 판단할 수 없고, 반드시 '정확한 진단'의 가능성, 즉 '오진' 가능성을 기준으로 판단하여야 한다. 초음파검사에는 해부학적 지식을 기초로 한 의학적 지식이 필수적이고, 확진에 다른 영상의학적 검사들 및 다른 의학적 검사들이 필요한 경우가 대부분이다. 의사들의 경우에도 초음파검사만으로 확진하는 경우 오진 가능성이 높다. 이 사건에서, 성장판검사를 할 수 없는 초음파기기를 사용해 성장판검사를 한 후 한의사가 내린 '진단'은 '오진'이 될 가능성이 매우 높다.

(3) 한의과대학에서 의학과목을 교육하는 것은 한의학이론에 전혀 부합하지 않는다. 또한 한의과대학 교과과정의 경우, 대부분의 교과목은 한의학이론에 기초한 것이고, 대한한의사협회의

주장과 달리 의학과목은 몇 개 없으며, 전문적인 실습이 이루어지지도 않는다. 영상의학 장비를 이용한 의학적 검사에는 고도의 통합적 의학 전문지식과 전문적 수련이 요구되는데, 통상적으로 영상의학적 검사는 영상의학 전문의에 의해 시행되고 있다. 한의사협회측의 주장대로라면 해부학, 생리학, 병리학을 교육받고 있는 약사, 치과의사, 간호사도 초음파기기를 사용할 수 있다는 것이 되는데, 이런 부당한 결론은 대한한의사협회가 면허제도의 의미를 간과하고 의료행위, 한방의료행위, 비의료행위의 구분을 무시하는 것에서 비롯된 것이다.

(4) 보건복지부는 국민건강보험법 제42조제4항에 근거하여 모든 의료행위, 한방의료행위를 대상으로 '그 행위가 건강보험요양급여의 대상인지 여부'를 고시하고 있으며, 따라서 현행 법령상 의료행위와 한방의료행위의 구분은 명확하다. 현행 보건복지부 고시에 의하면 초음파검사는 분명하게 '의료행위' 중 '비급여 항목'에 포함되어 있으며, '한방의료행위'가 아님이 명백하다. 한편 이 사건의 쟁점은 '누구나 초음파기기를 자유롭게 사용해도 무방한가'가 아니라 '진단과 치료를 위한 의료적 용도로 한의사가 초음파기기를 사용해도 되는가'이다. 따라서 미국의 초음파 부티크에서 태아를 기념 촬영하는 행위와 한국의 한의사가 질병의 발생, 정도를 확인하기 위해 초음파기기를 사용하는 행위는 비교의 대상이 될 수 없다.

5. 헌법재판소 결정의 요지

헌법재판소는 대한의사협회의 주장을 받아들여 청구인들의 청구를 모두 기각하였습니다. 결정의 요지는 다음과 같습니다.

(1) '의료인의 면허된 것 이외의 의료행위'에서의 '의료행위'는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여서 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는바, 이것이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

또한 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면, 한방의료행위는 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형법법규의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 청구인은 (학문적 목적이 아니라) 환자를 치료할 목적으로, 또는 환자의 질병을 진단할 목적으로 초음파 진단기를 사용한 것이다. 청구인이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 침구치료 등을 한 행위는 의료법상 '의료행위'에 해당한다. 한의사에게 면허된 '의료행위'는 한방의료행위라 할 것인데, 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(3) 청구인이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 그 결과를 토대로 침술 등 치료행위를 한 것은 한의학적 지식이나 방법에 기초한 것이 아니라 인체에 대한 해부학적 지식을 기초로 한 것이다.

또한 초음파검사는 기본적으로 의사의 진료과목 및 전문의 영역인 영상의학과와 업무영역에 포함되어 있다. 의과대학 및 의학전문대학원에서 행하는 초음파검사 관련 교육이나, 전문의 수련과정 등에서 이루어지는 초음파검사 실습의 실태 등을 보면, 원칙적으로 초음파 진단기를 통해 얻어진 정보를 기초로 진단을 내리는 것은 영상의학과 전문의 또는 의과대학에서 영상의학과 관련 이론 및 실습을 거친 의사의 업무영역에 속한다고 볼 수 있다.

(4) 따라서 청구인의 행위는 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위에 해당하지 않는다.

6. 헌법재판소 결정의 의미와 향후 전망

헌법재판소는 지금까지 "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며"라고 규정한 의료법 제27조제1항 본문 전단 부분에 관해서만 판단해 왔을 뿐, 후단 부분의 효력과 의미에 관해서는 입장을 밝힐 기회를 갖지 못하였습니다. 이 사건은 헌법재판소가 처음으로 그에 관해 구체적 입장을 밝힌 데 첫 번째 의미가 있습니다.

두 번째로, 헌법재판소는 지금까지 한방의료행위의 개념에 관해 "우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미"한다고 판시해 왔을 뿐, '한방의료행위의 판단기준'에 관해서는 그 입장을 밝힌 적이 없었습니다.

헌법재판소는 이 사건에서 처음으로 “특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단”해야 한다는 입장을 밝혔습니다.

세 번째로, 이 사건에서 헌법재판소는 초음파기기 사용이 한방의료행위의 범위에 속하지 않음을 명확히 하였습니다. 이러한 판단은 향후 한의사의 현대적 의료기기 사용이 합법적인지 여부에 관한 판단에 있어 중요한 시금석이 될 것으로 보입니다.

다만 이 사건 결정 이후 대한한의사협회는 “작년 7월에 개정된 한의약육성법의 취지에 부합하도록 초음파 진단기 등 현대적 의료기기에 관한 교육의 강화 및 한의약적 활용 등으로 한의약의 현대화·객관화·표준화를 위한 제반 여건 개선에 박차를 가할 것”이라는 내용의 성명을 발표하였습니다. 따라서 이후에도 현대적 의료기기 사용을 둘러싼 의사들과 한의사들의 분쟁은 계속될 것으로 보입니다.

7. 다운로드 : [헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623, 2010헌마109 결정](#)

■ 산업과 헌법 ■

개발사업 동의율에 대한 헌법적 조망(眺望) - 도시정비법을 중심으로



(법무법인 지평지성 정원 변호사)

도시를 개발하고, 정비하며 산업단지를 조성하는 사업을 대체로 개발사업(開發事業)이라고 부릅니다. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 주택법, 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법'), 택지개발촉진법 등이 개발 사업을 규율하는 대표적인 법률입니다.

개발사업은 일정한 비율 이상의 동의를 사업시행의 전제로 규정하고 있는 경우가 많습니다. 물론 택지개발촉진법처럼 택지개발지구 지정행위만으로 전면적인 수용(收用)이 가능하도록 정한 법률도 있으나 이는 헌법상 재산권 보장 관점에서 평가할 때 예외적인 입법태도입니다. 참고로 택지개발촉진법은 5공화국의 통치 기반을 조성하기 위하여 신군부가 조직한 국가보위입법회의에서 제정된 법률입니다. 이른바 '국보위 입법'에 대한 일반적인 위헌 논란을 차치하더라도 2010년 기준 전국 주택보급률이 112.9%, 주택수요가 높은 수도권외의 경우에도 103.6%를 기록하고 있는 현실에서 과연 "도시지역의 시급한 주택난을 해소하기 위"함이라는 택지개발촉진법의 목적(제1조)이 정당성을 가질 수 있는지 의문입니다. 주택은 더 이상 건설을 '촉진'할 대상으로 보기 어렵다는 판단 하에 주택건설촉진법이 2003년 5월 주택법으로 이름을 바꾸었는데도 택지는 여전히 개발을 '촉진'할 대상이라는 점도 쉽게 이해되지 않습니다.

동의율에 관하여도 헌법적 관점에서 검토할 문제가 적지 않습니다. 토지소유자 등과 같이 개발사업 대상지에 일정한 권리를 가진 자가 사업을 추진할 때에는 동의율 확보가 사업시행의 절대적 요건입니다. 따라서 동의율 확보 여부는 실무상 사업시행자와 그에 반대하는 이해관계인들 사이에 첨예하게 다투어지고 있습니다. 그런데 이러한 동의율을 어떻게 정할지는 기본적으로 입법형성의 자유에 속하는 영역으로서 입법재량에 맡겨져 있는 부분이라고 하겠습니다. 하지만 헌법적인 관점에서 한계를 분명히 할 필요는 있습니다.

먼저 재건축 동의율 문제를 살펴봅니다. 과거 재건축을 하려면 기본적으로 집합건물 구분소유자 80%가 동의해야 했습니다. 그리고 이 비율은 도시정비법의 재건축사업 동의율 규정에 그대로 승계되었습니다. 하지만 80%의 비율을 충족하는 것이 생각보다 쉬운 일이 아니었고 이에 2007년 12월 개정 때 동의율을 75%로 완화했습니다. 앞으로 동의율 충족은 점점 어려워질 것입니다. 일례로 우리보다 고령인구 비중이 높은 일본의 경우 주민의 동의를 얻어 재건축사업을 추진하는 것은 매우 어렵다고 합니다. 재건축이라는 것은 기본적으로 투자(投資) 행위인데 노년층의 경우 투자회피적인 경향이 크기 때문에 재건축에 동의하는 일이 만만하지 않은 일인 것입니다. 우리 사회에 아직까지 재건축·재개발 사업이 활발히 추진된다는 것은 아직 우리사회가 투자선호적인 사회, 활기 있는 사회라는 방증이라고 할 수 있습니다. 그러나 우리 사회가 전세계에서 가장 빨리 노령화가 진행되고 있는 사회임을 고려할 때 2020년대 이후에는 현재 도시정비법이 규정하고 있는 동의율을 충족하여 사업을 진행하는 것이 현재보다 더 어려워질 것이 예상됩니다. 그 때 과연 지금보다 동의율을 낮추어 규정할 수 있는지, 구분소유자들의 반대를 무릅쓰고 헌법상 수용으로 평가되는 매도청구권 행사를 허용해 줄 수 있는 동의율은 과연 어느 정도로 보아야 할지 심도 있는 논의가 필요합니다.

도시정비법 규정을 구체적으로 살펴보면 위헌 문제가 제기될 수 있는 조항이 여러 가지 눈에 띕니다. 도시환경정비사업의 경우가 대표적입니다. 도시환경정비사업은 구 도시재개발법에서 정하고 있던 도심재개발 사업으로서 토지등소유자 또는 조합이 주체가 되어 사업을 시행할 수 있습니다. 원칙적으로 조합이 사업시행자로 규정되어 있는 다른 정비사업과 달리 도시환경정비사업에서 토지등소유자를 사업시행자로 규정한 것은 이 사업의 역사적인 연원 때문입니다. 즉 도시환경정비사업은 과거 서울 도심지에 고층 빌딩을 건축하는 형태의 사업으로 수행되었는데 도심부의 특성상 소수의 토지소유자들이 직접 시행자가 되어 사업을 시행한 예가 많았습니다. 이러한 연원 때문에 도시환경정비사업은 토지등소유자를 시행자로 정한 것입니다. 이 때문에 토지등소유자가 시행자인 도시환경정비사업의 경우 입법적 규제가 거의 없었습니다(2009년 개정 때 비로소 시공자선정시기 등의 제한 규정이 신설되었습니다). 이러한 법률의 허점을 이용해 수 백명의 토지등소유자가 조합을 구성하지 않고 토지등소유자 방식으로 개발을 진행하는 사례가 다수를 차지하고 있습니다. 그런데 도시정비법은 토지등소유자가 시행자인 경우와 조합이 시행자인 경우 사업시행에 필요한 동의율을 달리 정하고 있습니다. 조합의 경우 토지등소유자 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 동의를 얻어야 조합설립인가를 얻어 사업시행을 할 수 있는데 토지등소유자의 경우 조합설립을 할 필요가 없으므로 위 요건을 충족할 필요 없이 토지등소유자 4분의 3 이상의 동의를 얻으면 사업시행을 할 수 있습니다. 면적 요건은 없는 것입니다. 그 결과 사업시행에 반대하는 토지

등소유자가 비교적 큰 면적의 땅을 소유하고 있더라도 사업시행자가 조합방식이 아닌 토지등소유자 방식으로 사업을 추진하게 되면 자신의 의사에 반하여 수용당하게 될 우려가 커집니다. 이는 도시정비법이 조합방식에 비하여 토지등소유자 방식의 경우 사업시행이 용이하도록 정하고 있기 때문입니다. 하지만 사업방식에 대하여 선택할 권한이 없는 토지등소유자 입장에서는 사업시행자가 어느 방식을 취하는지에 따라 자신의 토지가 수용당할지 여부가 바뀔 수 있는 상황에 놓이게 됩니다. 이러한 문제를 해소할 수 있는 보완적인 입법이 요청됩니다(구체적으로는 일정한 숫자 이상의 토지등소유자가 사업을 시행하는 경우 반드시 조합방식으로 사업을 추진하도록 강제하는 것을 고려할 수 있습니다).

도시정비법 상 단독주택 재건축 역시 상당한 논란이 제기되고 있습니다. 현재 국토해양부는 단독주택만의 재건축이 가능하다는 입장을 가지고 있습니다. 하지만 우리 도시정비법의 문리해석상 단독주택만의 재건축이 가능한지, 그 동의율을 얼마로 해석할지 분명하지 않습니다. 단독주택 재건축의 경우 도시정비법 제16조 제3항이 적용된다는 입장에 의하면 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의를 얻으면 됩니다. 일반적인 주택재건축의 요건인 주택단지 안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의보다 동의요건이 완화되어 있습니다. 애당초 다른 건물과 함께 반드시 재건축되어야 할 공동주택의 경우보다 단독주택의 재건축 요건이 완화되어 있는 것이 입법 재량 내에 있는지 의문이라고 하겠습니다.

이상에서 간략히 살펴본 것처럼 당연한 것처럼 보이는 동의율 규정도 헌법적인 관점에서 살펴볼 때 위헌성을 가지고 있는 조항도 상당수 존재합니다. 아울러 시대의 변화에 따라 위헌성에 대한 평가도 계속 바뀔 것이라고 생각합니다. 위헌성이 큰 조항으로 사업을 수행하는 경우 사업시행의 전제가 되는 처분의 위법성 판단에도 일정한 정도 영향이 미칠 우려가 있기 때문에 사전에 충분한 검토가 필요하다고 하겠습니다.

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 10. 25. 선고 2010헌가29 선고 구 도시 및 주거환경정비법 제86조제7호 등 위헌제청 사건 : 위헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 10월 25일 재판관 전원의 일치된 의견으로, 재개발·재건축·도시환경정비사업을 시행하는 조합 등으로 하여금 중요한 회의가 있는 때에는 속기록·녹음 또는 영상자료를 만들도록 하고, 이를 위반한 경우 조합임직원 등을 처벌하는 내용의 구 '도시 및 주거환경정비법' 제86조제7호의 "제81조제2항의 규정" 중 '중요한 회의' 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였습니다. 이 사건 법률조항은 조합의 어떤 회의체기관의 회의가 중요한 '회의'에 해당하는지 명시하지 않았고, '중요한'이라는 용어는 그 자체만으로 독자적인 판정기준이 될 수 없어 그 해당 여부가 안건에 따라 정해지는지 실제 의결된 내용에 따라 정해지는지 여부조차 예측할 수 없을 뿐만 아니라, 위 조항의 입법취지나 다른 관련조항을 종합해 보더라도 이 부분 해석에 도움이 되는 객관적이고 명확한 기준을 얻을 수 없으므로, 결국 범죄의 구성요건을 지나치게 추상적이고 모호하게 규정함으로써 통상의 판단능력을 가진 국민이 무엇이 금지되는지를 예견하기 어렵게 하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙을 위반하였다고 판단한 것입니다.

2. 다운로드 : 2010헌가29 선고 구 도시 및 주거환경정비법 제86조제7호 등 위헌제청

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 10. 25. 선고 2010헌가80 구 조세범처벌법 제3조 위헌제청 사건 : 위헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 재판관 7인의 의견으로 구 '조세범 처벌법'(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제3조 본문 중 '법인의 대리인, 사용인, 기타의 종업인이 그 법인의 업무 또는 재산에 관하여 제11조의2제1항제2호에 규정하는 범칙행위를 한 때에는 그 법인에 대하여서도 본조의 벌금형에 처한다'는 부분은 책임주의원칙에 반하므로 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였습니다. 이에 관하여는 이 사건 심판대상 조항은 '법인의 종업원 등에 대한 선임감독상의 과실'이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석할 수 있으므로 이러한 해석을 전제로 할 때 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 1인의 반대의견(재판관 이동흡)이 있었습니다.

헌법재판소는 2009년 7월 30일과 2010년 7월 29일 종업원 등의 위반행위를 이유로 법인을 처벌하는 양벌규정에 대하여 같은 이유로 위헌결정들(2008헌가14, 2008헌가16, 2008헌가17, 2008헌가18, 2008헌가24 및 2009헌가18, 33, 34, 2010헌가48, 58(병합))을 잇달아 하였는데, 이 사건 결정은 헌법재판소가 과거 양벌규정에 대하여 책임주의원칙에 반한다는 이유로 위헌선언을 한 것과 동일한 맥락에서 형벌규정이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임주의원칙에 위배되어서는 아니된다는 헌법재판소의 입장을 다시 한 번 확고히 한 것입니다.

2. 다운로드 : 2010헌가80 구 조세범처벌법 제3조 위헌제청

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 10. 25. 선고 2010헌바57 소득세법 제104조의3제1항 제4호 위헌소원 사건 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 관여 재판관 전원의 의견으로, 양도소득세가 부과되는 비사업용 토지의 항목을 법률에 구체적으로 열거하지 않고, "이용상황 등을 감안하여 거주 또는 사업과 직접 관련이 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 토지로서 대통령령이 정한 토지"를 제외한 나머지 토지 전부를 양도소득세가 부과되는 비사업용 토지로 규정하고 있는 구 소득세법 제104조의3제1항 제4호(이 사건 법률조항)가 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였습니다.

이 사건 법률조항은 농지·임야 및 목장용지 외의 토지에 대해 가목 내지 다목에서 특별히 정한 토지를 제외한 나머지 토지들은 모두 비사업용 토지로 간주하는 입법방식을 취하고 있기는 하나, 그 가목 및 나목은 지방세법상 재산세 과세대상구분방식을 원용하여, 다목은 위임입법의 방법을 통하여 각각 비사업용 토지에서 제외되어야 할 토지의 범위를 합리적으로 규정함으로써 결국 중과세 대상이 되는 비사업용 토지의 범위를 적절하게 조절하여 헌법상 과잉금지의 원칙 등 입법한계를 준수하고 있다고 보아 합헌으로 선언한 사안입니다.

이 결정은 소득세법상 양도소득세의 중과세 대상이 되는 '비사업용 토지'의 범위를 정하고 있는 소득세법 조항에 관한 것으로서, 특히 그 입법의 내용보다도 입법의 방식이 쟁점이 되었는데, 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 비록 비사업용 토지를 구체적으로 법에 열거하지 않고 반대로 비사업용 토지에서 제외되는 항목을 열거한 다음 나머지는 모두 비사업용 토지로 본다는 입법방식을 택하였더라도, 법률 전체를 유기적으로 해석해 보면 비사업용 토지에서 제외되는 항목들을 합리적으로 규정하고 있어 이 사건 법률조항으로 인해 국민의 기본권이 침해될 가능성을 최소화하였다는 점을 중시하여 이를 합헌으로 결정하였습니다.

2. 다운로드 : [2010헌바57 소득세법 제104조의3제1항제4호 위헌소원](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 10. 25. 선고 2011헌바9 구 지방세법 제111조 제5항 제1호 등 위헌소원 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로, 사실상의 취득가격을 취득세의 과세표준으로 할 수 있는 경우를 한정하고 있는 구 지방세법 제111조제5항제1호 중 "국가·지방자치단체 및 지방자치단체조합" 부분 및 같은 항 제3호 중 '법인장부' 부분이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고했습니다. 헌법재판소는 2003년 4월 24일 2002헌바71, 86 결정에서 사실상의 취득가격을 취득세의 과세표준으로 하는 사유 중 하나로 재판상 화해의 경우를 규정하지 아니한 구 지방세법(1994년 12월 22일 법률 제4794호로 개정된 것) 제111조제5항이 헌법상 조세평등주의에 반하지 아니한다고 판시하였고, 1995년 7월 21일 92헌바40 결정에서 구 지방세법(1988. 12. 26. 법률 제4028호로 개정되기 전의 것) 제111조제5항제3호 '법인장부'에 관한 부분이 개인에 비하여 법인에게 불리하게 자의적인 차별을 둔 규정이라고 할 수 없어 조세평등의 원칙이나 실질과세의 원칙에 위반되지 않는다고 판시한 바 있습니다. 이 사건 법률조항은 위 헌법재판소 선례들의 심판대상에 모두 포함되었거나 실질적으로 동일한 내용을 심판대상으로 하고 있고, 위 선례들에서 판시한 바와 같이 이 사건 법률조항은 과세표준 설정에 관한 입법재량의 범위 내에서 부동산거래의 주체를 따지지 않고 제도적으로 객관적인 자료에 의하여 그 사실상의 취득가격이 인정될 수 있는 경우를 법정한 것에 불과하며, 개인을 법인이나 국가 등에 비해서 불리하게 취급하기 위한 규정이라고 할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항에 대한 위 선례들의 판단은 헌법재판소에도 유효하며, 이를 변경할 만한 사정변경이 있다고 보기 어렵다고 보아 헌법재판소는 이 사건에서도 이를 그대로 원용하였습니다.

또 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 과세표준을 정한 규정일 뿐 재판청구권과는 관련이 없고, 이 사건에서 청구인이 주장하는 불이익은 결국 실제 취득가액보다 다액인 시가표준액을 취득세의 과세표준으로 적용함으로써 발생하는 세액부담의 증가라고 할 것인데, 이는 실제 신고가액이 시가표준액에 미달하는 경우 시가표준액을 취득세의 과세표준으로 삼는 구 지방세법 제111조제2항 단서에 대한 위헌 주장으로는 될 수 있으나 실질과세의 원칙에서 제도적으로 객관적 자료에 의하여 그 사실상의 취득가격이 인정될 수 있어서 납세의무자의 신고 유무 및 신고

가액에 불구하고 사실상의 취득가격을 과세표준으로 할 수 있는 경우를 정하고 있는 이 사건 법률조항에 대한 위헌 사유로는 보기 어렵고, 또한 앞에서 본 바와 같이 조세평등주의에 반하지 않는 이 사건 법률조항이 달리 헌법 제23조에 반하여 납세의무자의 재산권을 침해하는 규정이라고 볼 사유도 없다고 하여 이 사건 법률조항이 조세평등주의에 반하지 않고, 재판청구권 및 재산권을 침해하지 않는다는 점을 명백히 하였습니다.

2. 다운로드 : [2011헌바9 구 지방세법 제111조 제5항 제1호 등 위헌소원](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 10. 25. 선고 2011헌바13 구 도시 및 주거환경정비법 제84조 위헌소원 사건 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주택재건축정비사업조합이나 도시환경정비사업조합의 임원을 형법상 뇌물죄의 적용에 있어서 공무원으로 의제하는 구 '도시 및 주거환경정비법'(이하 '도시정비법') 제84조(이하 '이 사건 법률조항')에 대하여 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였습니다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 정비사업의 공정성을 확보하고자 함에 그 입법취지가 있는바, 주택재건축사업이나 도시환경정비사업 그 자체를 규제하는 것이 아니라 이들 정비사업과 관련된 비리를 엄하게 처벌하려는 것이며, 주택재건축사업이나 도시환경정비사업과 관련된 비리는 그 조합 및 조합원의 피해로 직결되고 지역사회 및 국가 전체에 미치는 병폐도 크다는 점에서 주택재건축정비사업조합이나 도시환경정비사업조합의 임원을 지나치게 무겁게 처벌하는 것이라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다고 판단했습니다.

한편, 도시정비법은 주택재건축사업의 공적인 성격을 강화하여 도시환경정비사업, 주택재개발사업 등과 함께 정비사업으로서 규율하고 있으므로, 주택재건축정비사업조합의 임원을 여전히 사적인 경제활동의 영역에 속해 있는 주택법상의 주택조합의 임원이나 사기업의 임원과 달리 뇌물죄의 주체로 의제한다고 하여 불합리한 차별이라고 볼 수 없고, 나아가 도시환경정비사업과 시장정비사업은 그 목적, 투기나 비리의 발생가능성, 사회·경제에 미치는 영향 등에서 중요한 차이가 있기 때문에 입법자가 이와 같은 차이들을 고려하여 입법정책적 차원에서 형법상 뇌물죄의 적용과 관련하여 도시환경정비사업조합의 임원을 구 재래시장법상의 시장정비사업조합의 임원과 달리 취급한다 하더라도 이를 불합리한 차별이라고 보기 어려우므로 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에도 위반되지 아니한다고 판단한 것입니다.

2. 다운로드 : 2011헌바13 구 도시 및 주거환경정비법 제84조 위헌소원

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 11. 24. 선고 2010헌가42 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제18조제2항 위헌제청 사건 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 기업의 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자를 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 규정한 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법') 제18조제2항(이하 '이 사건 법률조항')에 대하여 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였습니다. 이 사건에서 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 법정형의 상한이 5년 이하의 징역으로 되어 있어 선고유예 또는 집행유예 선고의 길이 열려 있고, 영업비밀은 일단 유출되면 그 피해를 회복하기 어려우며, 경미한 벌금형은 악성 높은 영업비밀 침해자에 대하여는 위하력을 가지기 어렵다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 영업비밀의 유출행위로 인하여 재산상 이득액을 얻지 아니한 행위자에 대해서는 벌금형을 선택할 수 없도록 한 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 반하는 과잉형벌이라고 할 수 없다고 판단했습니다. 또 고액의 벌금형을 선고하는 것이 집행유예 등과 같은 단기의 자유형을 선고하는 것보다 영업비밀을 유출하는 행위자에게는 더 큰 형벌이 될 수 있다는 점에서 징역형이 벌금형보다 중하다는 단순한 비교방법은 이 사건에 있어서는 적절하지 아니하고, 나아가 행위와 관련된 이득액이 클 경우 벌금형만 부과하여야 하는 것이 아니라 징역형도 병과할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 영업비밀의 유출행위로 인하여 재산상 이득액을 얻은 행위자와 달리 재산상 이득액을 얻지 아니한 행위자에 대해서는 벌금형을 선택할 수 없도록 한 것은 그 차별에 합리적인 이유가 있으므로 헌법상 평등원칙에 위배되지 아니한다고 판단한 것입니다.

이에 관하여는 이 사건 법률조항의 법정형이 내포하고 있는 약간의 위헌성은 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있기 때문에 극복될 수 있다는 의미일 뿐이며, 입법자는 영업비밀의 유출행위로 인하여 재산상 이득액을 얻지 아니한 행위자에 대해서도 벌금형을 선택형으로 규정하는 등의 방법으로 이를 개선하는 것이 바람직하다는 재판관 이동흡의 보충의견과, 이 사건 법률조항은 선택형인 벌금형을 '재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금'으로 규정함으로써, 결과적으로 재산상 이득을 얻지 않은 범죄행위자에 대하여는 벌금형을 선택할

수 있는 가능성을 원천적으로 배제한 반면 비난가능성이 더 크고 불법의 정도 또한 심한 재산상 이득을 얻은 범죄행위자에 대하여는 벌금형을 선택할 수 있도록 규정함으로써, 재산상 이득을 얻지 않은 행위자를 부당하게 차별하고 있으므로 헌법상 평등원칙에 위배되며, 나아가 적용 중지 헌법불합치선언을 하여야 한다는 반대의견(재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 이정미), 그리고 이 사건 법률조항 전체에 대해 헌법불합치결정을 할 것이 아니라 그 적용범위 중에서 '영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 행위로 인하여 재산상 이득액을 얻지 아니한 행위자에 대해서 벌금형의 선택형을 두지 아니한 부분은 헌법에 위반된다'고 하면 족할 것이므로, 그 부분만 한정하여 위헌을 선언하여야 한다는 반대의견(재판관 김종대)이 있었습니다.

2. 다운로드 : [2010헌가42 선고 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조제2항 위헌제청](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 11. 24. 선고 2010헌가95 도시 및 주거환경정비법 제38조 위헌제청 사건 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 11월 24일 재판관 7:1의 의견으로, 토지등소유자가 도시환경정비사업을 시행하는 경우 토지 등을 수용할 수 있도록 한 '도시 및 주거환경정비법' 제38조의 '사업시행자'부분 중 제8조제3항에 따라 도시환경정비사업을 토지등소유자가 시행하는 경우에 관한 부분은 재산권을 침해하거나 평등원칙에 반하지 않는다는 결정을 선고하였습니다.

헌법재판소 다수 재판관은 이 사건 법률조항이 도시환경정비사업의 시행자로 하여금 도시환경정비사업에 동의하지 않는 자를 상대로 수용권을 행사할 수 있도록 한 것은 도시공간의 효율적인 이용을 통하여 쾌적하고도 유용한 도시환경을 조성하고 궁극적으로 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진이라는 목적을 달성하기 위한 것으로, 수용의 주체가 사인이라 하여 공공필요에 대한 판단이 본질적으로 달라진다고 할 수 없고, 도시환경정비사업으로 달성하고자 하는 공익목적이 훼손되지 않도록 제도적 규율이 마련되어 있는 점에 비추어 공공필요성이 인정되며, 또 이 사건 법률조항은 이와 같은 공공복리를 추구하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되며, 수용이 적법한 절차에 따라 진행되도록 보장되어 있고 수용과 관련된 구체적 처분에 대한 권리구제수단이 마련되어 있는 점에 비추어 피해의 최소성 원칙에도 어긋나지 아니하고, 사업시행자에게 개발부담금을 부과할 수 있다는 점과 도시환경정비사업의 공익적 목표가 민간기업의 과도한 사리추구에 의해 훼손되지 않도록 보장하려는 제도적 장치들이 있음을 고려할 때 법익 균형성 원칙에 위반되지 아니하므로 헌법 제23조제3항 또는 과잉금지원칙을 위반하여 피수용자의 재산권을 침해한다고 할 수 없다고 판단했습니다. 또 주택재건축사업과 달리 도시환경정비사업의 경우 그 시행자에게 수용권을 부여한 것은 그 사업 성격의 차이를 반영한 합리적 차별이라 할 것이고, 도시환경정비사업의 경우 피수용자는 개발이익이 배제된 보상금을 지급받는데 반해 주택재건축사업의 경우 매도청구의 상대방은 시가 상당의 매매대금을 지급받음으로써 개발이익이 포함된 가격으로 보상을 받는다 하더라도 이는 수용과 매도청구가 그 행사로 인한 법률관계의 성질을 달리 함에 기인하는 것으로 그 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 평등원칙에 반한다고 할 수 없다고 판단했습니다.

반면 이 사건 법률조항은 손쉽게 사인에게 토지수용권을 주면서도 당해 수용의 공공필요성을 지속적으로 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시키기 위해 필요한 보완 규정을 두지 아니함으로써 우리 헌법상 재산권을 침해하여 헌법에 위반된다는 김종대 재판관의 반대의견이 있었습니다.

2. 다운로드 : [2010헌가95 선고 도시 및 주거환경정비법 제38조 위헌제청](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 11. 24. 선고 2009헌바146 구 소득세법 제89조제3호 위헌소원 사건 : 헌법불합치결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 재판관 7(헌법불합치) : 1(합헌)의 의견으로 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제 7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조제1항제2호의3은 헌법에 합치되지 아니하고, 따라서 적용중지를 명하며, 개정 조항인 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조제1항제4호도 헌법에 합치되지 아니하며, 2013. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 내용의 헌법불합치결정을 하였습니다.

이 사건 심판대상은 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조제1항제2호의3과 개정조항인 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조제1항제4호가 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내용은 다음과 같습니다.

구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조(양도소득세의 세율) ① 거주자의 양도소득세는 당해연도의 양도소득과세표준에 다음 각 호의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 "양도소득산출세액"이라 한다)을 그 세액으로 한다. 이 경우 하나의 자산이 다음 각 호의 규정에 의한 세율 중 2 이상의 세율에 해당하는 때에는 그 중 가장 높은 것을 적용한다.

2의3. 대통령령이 정하는 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택(이에 부수되는 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다).

양도소득과세표준의 100분의 60

소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조(양도소득세의 세율) ① 거주자의 양도소득세는 해당 과세기간의 양도소득과세표준에 다음 각 호의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 "양도소득 산출세액"이라 한다)을 그 세액으로 한다. 이 경우 하나의 자산이 다음 각 호에 따른 세율 중 둘 이상의 세율에 해당할 때에는 그 중 가장 높은 것을 적용한다.

4. 대통령령으로 정하는 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택(이에 딸린 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다.)

양도소득 과세표준의 100분의 60

헌법재판소는 양도소득세 과세에 있어 '1세대'를 과세단위로 한 것이 적절한지와 관련하여, ① 세대별로 주택이 사용되어지고, 세대의 개념상 1주택을 넘는 주택은 일시적 1세대 2주택자 등의 예외를 제외하고는 보유자의 주거용으로 사용되지 않을 개연성이 높은 점을 고려한 것으로서, 주택이 다른 재산권과 구별되는 특성을 고려하여 오로지 보유 주택수를 제한하고자 '세대'를 주택 양도소득세의 과세단위로 규정하고 있는 점, ② 주택 이외의 다른 재산을 소유하는 것까지 막는 것은 아니어서 세대별 보유 재산권에 대한 제한이 상대적으로 크다고 할 수 없는 점 등을 합쳐 보면, 이 사건 법률조항이 정하고 있는 '1세대'를 기준으로 하여 3주택 이상 보유자에 대해 중과세하는 방법은 이 사건 법률조항의 입법목적에 위하여 일응 합리적인 방법이라 할 수 있다고 보면서도, 혼인으로 새로이 1세대를 이루는 자를 위하여 상당한 기간 내에 보유 주택수를 줄일 수 있도록 하고 그러한 경과규정이 정하는 기간 내에 양도하는 주택에 대해서는 혼인 전의 보유 주택수에 따라 양도소득세를 정하는 등의 완화규정을 두는 것과 같은 손쉬운 방법이 있음에도 이러한 완화규정을 두지 아니한 것은 최소침해성원칙에 위배된다고 할 것이고, 이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 헌법 제 36조 제1항에 근거하는 혼인의 자유 또는 혼인에 따른 차별금지라는 헌법적 가치라 할 것이므로 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없어 법익균형성원칙에도 반한다고 판단했습니다. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 반하여 헌법 제36조 제1항이 정하고 있는 혼인의 자유를 침해하고, 혼인에 따른 차별 금지원칙에 위배되어 위헌인데, 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 일반적인 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 양도소득세 중과세의 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이어서, 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하였습니다.

2. 다운로드 : 2009헌바146 선고 구 소득세법 제89조제3호 위헌소원

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 11. 24. 선고 2009헌바292 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조제7호 등 위헌소원 사건 : 합헌

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 11월 24일 재판관 6(합헌) : 2(한정위헌)의 의견으로, 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정하는 '친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법' 제2조제2호 후문이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을, 7(합헌) : 1(위헌)의 의견으로 친일재산을 그 취득 원인 행위시에 국가의 소유로 하도록 규정한 위 특별법 제3조제1항 본문이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을, 전원일치의 의견으로 한일합방의 공으로 받은 작위를 계승한 행위를 친일반민족행위로 규정한 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조제7호 후단, 위의 작위를 계승한 자를 친일반민족행위자로 규정한 '친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법' 제2조제1호가목이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 각 선고하였습니다. 헌법재판소는 단순히 일제로부터 작위를 받은 행위가 아니라 '한일합방의 공으로' 작위를 받은 행위를 친일반민족행위로 규정하고, 공정한 조사를 통해 조사대상자 등의 불이익을 최소화하기 위한 장치도 마련되어 있으며, 친일반민족행위의 규명 외에 조사대상자나 그 후손 등에 대한 불이익처우를 규정하고 있지 않은 점 등에 비추어, 한일합방의 공으로 받은 작위를 계승한 행위를 친일반민족행위로 규정한 것이 인격권을 침해한다고 볼 수 없고, 입증책임의 분배에는 입법재량이 인정되고, 오래 전에 취득된 친일재산의 취득경위를 국가측이 일일이 입증하는 것은 곤란한 반면 재산의 취득자측은 취득내역을 잘 알고 있을 개연성이 높으므로, 친일재산 추정 규정이 입법재량을 일탈하여 재판청구권을 침해한다거나 적법절차원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 소급입법을 정당화할 수 있는 경우에는 이를 허용할 수 있는바, 친일재산에 내포된 민족배반적 성격과 우리 헌법 전문의 내용에 비추어 친일재산의 소급적 박탈은 충분히 예상될 수 있었다고 보이고, 재산귀속의 대상을 사안이 중대하고 범위가 명백한 네 가지 유형으로 한정하고 있으며, 친일반민족행위자측은 그 재산이 친일행위의 대가가 아니라는 점을 입증하여 얼마든지 국가귀속을 막을 수 있으므로, 친일재산의 국가귀속 규정이 헌법 제13조제2항에 위반된다거나 재산권을 침해한다고 볼 수도 없다고 판단했습니다.

이에 대하여, 친일재산은 일본제국주의와의 투쟁과 그 극복으로 탄생한 대한민국 헌법상의 '재산권' 조항으로써 보호될 수 없다는 재판관 김종대의 별개의견, 친일재산의 국가귀속은 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하는 부진정소급입법에 해당한다는 재판관 목영준의 일부별개의견, 친일행위와 무관한 재산이라 하더라도 1912년경 일제의 토지사정부 작성에 의해 그 시기에 취득한 것으로 간주되므로 이 사건 추정조항 중 '취득'에 '사정에 의한 취득'까지 포함된다고 해석하는 한 위헌이라는 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 일부한정위헌의견, 친일재산의 국가귀속 규정은 진정소급입법이므로, 진정소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조제2항에 위반된다는 재판관 이강국의 일부위헌의견이 있었습니다.

2. 다운로드 : [2009헌바292 선고 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조제7호 등 위헌소원](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 11. 24. 선고 2008헌마627 기소유예처분취소 : 인용결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 11월 24일 재판관 7인의 의견으로, 서울북부지방법검찰청 2008년 형제 40219호 의료법위반 사건에 있어서 피청구인(서울북부지방법검찰청 검사)이 2008년 7월 28일 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 결정을 선고하였습니다.

헌법재판소는 2010년 7월 29일 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 의료법조항 등에 대하여 합헌결정(2008헌가19등)을 하였는데, 이 사건은 위 결정과 달리 의료법조항 중 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 규정한 조항이 문제 된 사건입니다. 헌법재판소는 이 사건에서 비록 '구사' 자격이 없다 하더라도 '침사' 자격을 갖고서 오랫동안 뜸 시술행위를 하여 온 청구인의 특별한 사정을 고려하여 청구인의 뜸 시술행위가 사회상규에 반하지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 인정한 것입니다. 이에 관하여는 위 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하지 않는다는 재판관 1인의 반대의견(재판관 이동흡)이 있었습니다.

2. 다운로드 : [2008헌마627 선고 기소유예처분취소](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001 공직선거법 제93조제1항 등 위헌확인 : 한정위헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 12월 29일 재판관 6(위헌) : 2(합헌)의 의견으로, 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 처벌하는 공직선거법 제93조제1항 및 제255조제2항제5호 중 제93조제1항의 각 '기타 이와 유사한 것'에, '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였습니다. 위와 같이 해석하는 것은, 정치적 표현 및 선거운동의 자유의 중요성, 인터넷의 매체적 특성, 입법목적과의 관련성, 다른 공직선거법 법률조항들과의 관계 등을 고려하면, 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 판단한 것입니다. 이에 대하여, 위와 같은 해석은 정당하고 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다는 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견이 있었습니다.

2. 다운로드 : [2007헌마1001 공직선거법 제93조제1항 등 위헌확인](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 12. 29. 선고 2011헌가20, 2011헌가 24, 2011헌가25 구 도로법 제86조 위헌제청 사건, 2011헌가28 약사법 제97조제1항 위헌제청 사건, 2011헌가33 구 식품위생법 제79조 위헌제청 사건, 2011헌가41 청소년보호법 제54조 위헌제청 사건, 2011헌가38 수질및수생태계보전에관한법률 제81조 위헌제청 사건 : 각 위헌결정

김영수 변호사

1. 위 사건 결정들은 헌법재판소가 과거 양벌규정에 대하여 책임주의원칙에 반한다는 이유로 위헌선언을 한 것과 동일한 맥락에서 형벌규정이 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임주의원칙에 위배되어서는 아니된다는 헌법재판소의 입장을 다시 한 번 확고히 한 것입니다.
2. 다운로드 : 2011헌가20 구 도로법 제86조 위헌제청
2011헌가24 구 도로법 제86조 위헌제청
2011헌가25 구 도로법 제86조 위헌제청
2011헌가28 약사법 제97조제1항 위헌제청
2011헌가33 구 식품위생법 제79조 위헌제청
2011헌가41 청소년보호법 제54조 위헌제청
2011헌가38 수질및수생태계보전에관한법률 제81조 위헌제청

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 12. 29. 선고 2010헌바130 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제5조제1항 등 위헌소원 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 12월 29일 재판관 전원일치의 의견으로, 구 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률' (2002. 3. 30. 법률 제6683호로 개정되고, 2010. 3. 31. 법률 제10203호로 개정되기 전의 것) 제5조제1항제1호, 제3항은 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였습니다.

이 사건 심판대상 조항은, 구체적인 과징금 부과기준을 대통령령에 위임하고 있으나, 정부의 부동산에 관한 정책, 수시로 변동하는 부동산 거래의 현실 등을 고려할 때 그 기준을 행정입법에 위임할 필요성이 있을 뿐 아니라 이러한 위임에 따라 규정될 내용에 대하여 누구나 예측 가능하므로 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하고, 과징금 부과기준 중 '법령에 의한 제한을 회피할 목적'의 의미가 불명확하다고 할 수 없어 명확성원칙에도 위배되지 아니하며, 그 입법목적이 정당하고, 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 되며, 명의신탁 과정에서 조세포탈목적 등이 없는 경우 산정된 과징금의 100분의 50을 감경할 수도 있는 등 침해의 최소성원칙에도 위배되지 아니하고, 법익의 균형성도 갖추고 있어 과잉금지원칙에 위배하여 명의신탁자의 재산권을 침해한다고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 것입니다.

이 사건 결정은, 실명등기의무를 위반한 부동산 명의신탁자에 대하여 과징금을 부과하고 있는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않음을 확인한 결정입니다.

2. 다운로드 : [2010헌바130 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제5조제1항 등 위헌소원](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 12. 29. 선고 2011헌바33 부가가치세법 제17조의2 위헌소원 사건 : 합헌결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 12월 29일 관여재판관 전원의 일치된 의견으로, 대손세액을 대손 확정일이 속하는 과세기간의 매출세액에서 차감하도록 규정하여 폐업 후 대손이 확정된 경우에는 대손세액공제를 허용하지 않는 구 부가가치세법(1993. 12. 31. 법률 제4663호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9915호로 개정되기 전의 것) 제17조의2제1항 본문은 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였습니다. 헌법재판소는 부가가치세법상 사업자는 사업자등록을 통해 과세관청에 자신의 사업내역을 신고하며, 부가가치세 과세표준(공급가액) 신고의무 및 납세의무, 세금계산서 발급의무 등을 부담하는 반면, 폐업한 자는 그러한 의무를 부담하지 않는데, 과세관청에서는 사업자의 폐업일 이후 매출채권에 관한 대손확정 여부 등을 확인하는데 어려움이 있을 수밖에 없으므로 이 사건 법률조항은 조세징수 및 세무행정의 적정성·효율성을 고려하여 폐업하지 아니한 사업자에게만 대손세액공제를 허용한 것이라고 보아 이 사건 법률조항이 합리적 이유 없이 폐업하지 아니한 사업자와 폐업한 자를 차별한다고 보기 어렵다고 판단했습니다. 또 이 사건 법률조항과 같은 조세경감 조치 또는 시혜적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권의 제한이 생기는 것은 아니고, 그와 같은 시혜대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익의 기대가 성취되지 않았다고 하여도 그러한 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함되지 않으므로, 이 사건 법률조항이 청구인의 재산권을 침해하였다고 할 수 없다고 보아 합헌결정을 하였습니다.

2. 다운로드 : [2011헌바33 부가가치세법 제17조의2 위헌소원](#)

■ 최근 헌법재판소 결정 소개 ■

2011. 12. 29. 선고 2009헌마527 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제45조제1항 위헌확인 등 사건 : 인용결정

김영수 변호사

1. 헌법재판소는 2011년 12월 29일 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 피청구인 대구구치소장이 2009년 6월 1일부터 2009년 10월 8일까지 대구구치소 내에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 미결수용자인 청구인의 참석을 금지한 행위(이하 '이 사건 종교행사 등 참석불허 처우')는 청구인의 종교의 자유를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다는 결정을 선고하였습니다. 헌법재판소는 종교는 수용자의 안정된 정신건강을 지원하는 순기능이 있는바 미결수용자에게 종교행사 등에의 참석을 보장해 주는 것이 오히려 자살 등과 같은 교정사고를 미연에 방지할 수 있어 교정시설의 안전과 질서유지에 기여하는 바가 큰 점, '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률' 제45조는 종교행사 등에의 참석 대상을 수용자로 규정하고 있어 수형자와 미결수용자를 구분하고 있지도 아니한 점, 피청구인이 수용자 중 미결수용자에 대하여만 일률적으로 종교행사 등에의 참석을 불허한 것은 미결수용자의 종교의 자유를 나머지 수용자의 종교의 자유보다 거꾸로 더욱 엄격하게 제한한 것인 점, 공범 등이 없는 경우 내지 공범 등이 있는 경우라도 공범이나 동일사건 관련자를 분리하여 종교행사 등에의 참석을 허용하거나 수형자용 종교집회실을 시간을 달리하여 운영하는 등의 방법으로 미결수용자의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 침해의 최소성 요건을 충족하였다고 보기 어렵고, 나아가 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 얻어질 공익의 정도가 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들이 종교행사 등에 참석을 하지 못함으로써 입게 되는 종교의 자유의 제한이라는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어려우므로 법익의 균형성 요건 또한 충족하였다고 할 수 없다고 판단했습니다. 따라서 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 종교의 자유를 침해하였다고 판단한 것입니다.

2. 다운로드 : 2009헌마527 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제45조제1항 위헌확인 등