

**농업생산기반정비 관련조직 통합에 따른
주요범률과제에 대한 검토결과**

1998. 8.

농 립 부

여 백

I. 검토 개요

1. 검토경위

- 정부는 '98년 7월 농업생산기반정비사업 관련기관인 농어촌진흥공사 및 농지관리기금법에 의한 농어촌진흥공사, 농지개량조합법에 의한 농지개량조합·농지개량조합연합회등 3개기관을 통합하기로 하고 새로운 법인인 “농업기반공사(가칭)”의 설립작업을 추진하고 있음.
- 새로운 공사조직을 설립함에 있어 재산의 포괄승계시 사유재산권의 침해 등 위헌소지여부, 임·직원의 신분관계, 해산·청산관련사항 등에 대하여 법률적으로 면밀히 검토할 필요성이 있음.
- 이를 위하여, 우방종합법무법인(대표변호사 윤호일, 유인의외 4인)으로부터 법률논쟁이 예상되는 주요사항에 대한 자문을 거쳐 조직통합작업에 따른 타당성을 검토하였음.

2. 농업생산기반정비 관련조직 통합의 주요내용

- 현행 『농어촌진흥공사법및농지관리기금법』 과 『농지개량조합법』 은 폐지하고, 새로이 『(가칭)농업기반공사및농지관리기금법』 을 제정하여 3개기관을 통합
- 현재의 농진공, 농조연, 농조는 신설공사 설립과 동시, 해산 및 청산 간주
- 3개기관의 재산 및 권리·의무를 신설공사에 포괄승계
- 3개기관 임원의 임기는 새로운 공사법 설립시행과 동시에 종료

3. 법률자문의 요지

- 3개기관의 재산을 포괄승계시 사유재산권의 침해 및 위헌성 여부
 - 자산 및 채권채무, 장기채, 제적립금의 유가증권등 현금
- 임·직원의 임기종료에 대한 의제 입법시 위헌성 여부
- 해산·청산 의제간주시 법적효력 여부, 조세 등 기타사항

II. 검토결과 요지

① 조합·연합회의 재산 포괄승계시 사유재산 침해여부

⇒ 위헌가능성 없음

- 신설공사법의 제정시행으로 재산권침해는 발생하지 않음
 - 조합·연합회·조합원들이 새공사법 제정·시행으로 입게되는 재산권의 침해는 없을 것이며, 설령 있다 하더라도 헌법이 긍정하고 있는 한계내에 있는 것으로 판단되어 재산권의 침해와 관련된 위헌 문제는 없을 것임(재산권의 제한으로 얻어지는 공익이 재산권의 제한으로 잃게 되는 사익보다 더 큼).
 - 재산권에 대한 침해가 존재하려면 재산권을 향유할 주체의 존재가 전제되어야 함
 - 3개기관 재산의 포괄승계는 신설공사의 설립과 3개기관의 소멸이 동시에 이루어지면 재산권의 주체가 없음.
- 신설공사법에 따라 3개기관 재산이 국가가 출자한 새 공사에 포괄양도 되는 것과, 현행법에 따라 조합 및 연합회가 정상적으로 소멸되는 경우의 잔여재산 귀속의 결과는 동일함.
- 조합원이 조합에 대하여 가지는 농업기반시설을 사용·수익 할 수 있는 재산권은 인정되지만 조합의 재산이 신설법인에게 귀속되고 조합원의 권리가 소멸함 없이 그대로 존속되므로 조합원의 재산권 침해는 발생하지 않음.
- 장기채는 조합원의 구상권 취득에 관한 약정없이 채무이행 분담·약정만 있음에 비추어 조합원의 지위에서 인정되는 각종 부담금 성격으로 조합원의 재산권이 될 수 없음.
- 조합 및 연합회의 재산권은 조합법내에서만 인정되는 한계를 가지고 있으며, 조합 및 연합회에 법인격을 부여한 입법자는 조합법을 폐지하고 대체할 법인의 근거법을 제정할 수 있음.

② 유가증권등 현금에 대한 조합원의 사유재산 침해여부

⇒ 조합원의 재산권 대상 및 침해가 아님

- 퇴직급여충당금, 감가상각충당금, 각 적립금 등은 조합원의 재산권 대상이라 할 수 없다는 점에서, 포괄적으로 농업기반공사에 송계된다고 하여 조합원의 재산권을 침해하는 것이 될 수 없음.
- 따라서, 조합원의 재산권 침해를 전제로 한 위헌문제는 제기될 가능성이나, 설령 제기되더라도 위헌이 될 가능성은 매우 희박함.

③ 조합 및 연합회의 선거직 임원의 임기만료 의제문제

⇒ 위헌가능성 없음

- 새공사법에서 3개기관 임원의 임기만료를 의제하더라도 임원 또는 임기의 권리성격이나 새공사법의 공익적 목적등에 비추어 위헌가능성은 매우 적을 것임.
- 신분이 보장된 직업공무원의 경우에도 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때는 직권면직 할 수 있도록 되어 있음(국가공무원법 제70조)에 비추어 조합 및 연합회의 소멸을 내용으로 한 새 법률의 임기만료의 제규정이 신분 보장을 해하는 것은 아님.
- 헌법상 국민의 자유와 권리는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 제한할 수 있도록 규정하고 있으므로 통폐합 정책이 공공복리를 위한 것이라면 공공복리로 부터의 이익이 침해되는 임원의 권리보다 큰 경우 법률로서 임원들의 권리를 제한 할 수 있음.
- 조합장등의 권리는 직업선택의 자유에 기초하여 농조장선거에 출마하여 선출되어 누리는 공무담임권과 유사한 권리로서 국가가 제정한 법률에 의한 기본권으로 합리적인 사유가 있으면 입법자에 의한 제한이 가능함

- 과잉금지의 원칙에 기초하여 통합으로 인한 혜택이 농민에게 귀속되는 점을 고려하면 더이상 존재하지 않는 조합장등의 임기를 보장하는 것보다 공공복리에 의한 통합의 필요성이 매우 클 것으로 판단되어 과잉금지의 원칙에 위배되지 않음.

④ 해산 및 청산의 의제처리 및 입법적 보완문제

⇒ 위험가능성 없음

- 정상적인 해산 및 청산절차없이 새로운 입법에 의한 현행법 폐지 및 기존 3개기관의 해산의제는 3개기관 및 조합원의 기본권이 침해되지 않는 점에서 위험 문제가 거론되기는 어려움.
- 새로운 법이 시행되면 조합법이 폐지되므로 조합법 안에서 가능한 조합 및 연합회의 기본권은 그 근거를 상실하게 됨.
- 조합·연합회의 기본권은 입법자에 의한 법률에 근거하고 있으며, 이는 입법자가 근거법률을 폐지하고 새로운 법을 만드는 입법자의 입법형성권을 기초로 한 것이므로 법의 폐지 및 새로운 법 제정등은 헌법내의 입법권자의 재량임.
- 기존의 공기관을 소멸시키고 대체공기관의 설치근거법이 제정될 경우 해산 및 청산절차없이 해산되는 것으로 의제규정을 삽입하는 것은 흔한 입법방식임.
- 다만, 신설공사법에 해산간주조항만 있는 것에 대하여는 청산절차에 관한 내용도 추가 필요

⑤ 조세감면 관련 경과조치

⇒ 근거규정 마련 필요

- 보칙에 조세감면 등의 관련근거 삽입 필요하며, 법인세율 감경은 국가의 징세권 및 입법정책상의 문제로 관계부처간 협의에 의해 조정가능함.

Ⅲ. 법률검토 세부내용

1. 3개 기관의 재산을 포괄승계시키는 입법의 위헌성 여부 등¹⁾

가. 입법에 의한 재산권의 침해와 위헌문제 제기의 요건

입법과 관련하여 제기된 위헌의 문제는 헌법재판소에 의해 아래의 두 제도를 통하여 판단될 것이므로, 간단히 살펴보겠습니다.

(1) 규범통제제도 - 위헌법률심사제도

헌법재판소는 헌법재판의 가장 핵심적인 제도로써 법률의 위헌여부를 심사해서 위헌법률의 효력을 상실시킬 수 있는 바, 이를 헌법에 의한 규범통제제도(規範統制制度)라고 합니다. 그렇지만 법률에 대한 위헌심사는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어 법원이 당해 법률에 대한 위헌심사 제청을 하는 경우에만 가능합니다. 이를 구체적 규범통제(具體的規範統制)라고 합니다.²⁾ 그런데 이러한 규범통제는 우리 헌법상 위헌법률심사제(違憲法律審査制)로 나타나고 있습니다(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조 내지 제47조). 따라서 구체적 규범통제는 개별적인 법률분쟁에서 위헌법률에 의하여 기본권을 침해당하였다고 주장하는 당사자(기본권의 주체)가 있을 것을 전제로 한다고 하겠습니다.

이러한 위헌법률심사신청에 대하여 헌법재판소는 '합헌과 위헌'의 두 가지 결정을 할 수 있습니다(헌법재판소법 제47조 참조). 그러나 실제로 다양한 변형결정³⁾이 내려지기도 합니다. 위헌결정이 내려진 법률 또는 그 법률조항은 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하나, 형벌에 관한 조항만은 소급하여 그 효력을 상실하며, 위헌결정의 효력은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈屬)합니다(헌법재판소법 제47조 제1, 2항).

- 1) 법률검토에 있어 3개 기관 중 농어촌진흥공사는 위헌문제의 제기가능성이 거의 없는 것으로 보이므로, 조합 및 연합회와 그 임원이나 조합원에 대한 관계에서의 위헌여부 검토
- 2) 이에 반하여 법률이 재판의 전제가 되지 않는 경우에도 일정한 국가기관의 신청에 의해 그 법률의 위헌여부를 심사하게 하는 경우를 추상적 규범통제(抽象的規範統制)라고 하는 바, 우리나라는 아직 한번도 이 제도를 채택한 바 없습니다. 독일이 이 제도를 성공적으로 운영하고 있다고 합니다.
- 3) 이러한 변형결정에는 위헌불선언결정, 한정합헌결정, 한정위헌결정, 일부위헌결정, 조건부위헌결정, 헌법불합치결정, 부분위헌결정 등이 있습니다.

(2) 헌법소원

0 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 자유와 권리를 침해당한 자는 헌법재판소법0이 정하는 절차에 따라 헌법소원(憲法訴願)에 관한 심판을 구할 수 있습니다(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항 참조). 여기서 말하는 공권력의 행사에는 위헌법률과 관련한 입법행위, 위헌적인 행정처분, 위헌적인 사법작용(단, 재판행위는 제외) 모두가 포함됩니다. 다만 위헌적인 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 할 수는 없음이 원칙이지만, 그 법률의 집행 내지 적용을 기다리지 않고 위헌법률 그 자체가 특정한 기본권주체 자신의 기본권을 직접 그리고 현실적으로 침해하게 되는 예외적인 경우에는 법률도 헌법소원의 대상이 될 수 있습니다. 우리 헌법재판소 역시 법률이 직접적으로 국민의 권리를 침해하거나 박탈할 때는 누구든지 다른 구제절차를 거치지 않고도 피해구제를 위한 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 결정한 바 있습니다(헌법재판소 1989. 3. 17. 88헌마1 결정). 다만 법률에 대하여 헌법소원을 하려면 청구인 스스로가 당해 규정에 관련되어야 할 뿐 아니라 다른 집행행위를 통해서가 아니라 당해 규정에 의하여 현재 권리 침해를 받아야 합니다.

(3) 소 결

그렇다면 법률에 의한 위헌이 제기될 수 있는 공통적인 요건으로서는 ① 헌법에 의하여 인정되는 기본권의 주체가, ② 구체적인 입법 또는 그 법률의 집행 등에 의하여 자신에게 인정되는 헌법상의 기본권을 침해당하고, ③ 그 침해가 헌법에서 정한 기본권의 제한의 한계를 넘는 것이어야 할 것입니다. 따라서 아래에서는 질의에서 문제되는 조합 및 연합회, 또는 그 임원이나 기관의 구성원(조합원)들이 헌법상의 기본권의 주체가 될 수 있는지, 입법 또는 그 법률의 집행 등에 의하여 침해되는 기본권이 있는지, 있다면 무엇인지, 그리고 제한되는 기본권이 있다고 할 경우 그 제한이 헌법에서 정한 한계를 넘는 것인지 등에 대하여 차례로 살펴보겠습니다.

나. 기본권 주체성

(1) 개 설

위헌적인 법률에 의하여 직접 또는 그 시행에 의하여 기본권을 침해당했다는 위헌문제가 제기되기 위해서 먼저 조합, 연합회, 조합원 등이 헌법에서 보장하는 기본권의 주체가 될 수 있는 자이어야 합니다. 자연인인 국민이 기본권의 주체가 됨에는 이론이 없으나,⁴⁾ 조합, 연합회와 같은 법인, 특히 공법인이 기본권을 향유할 수 있는 것인지 문제됩니다.

(2) 조합 및 연합회

(가) 법적 성격

조합과 연합회는 명칭에도 불구하고 법인입니다(조합법 제4조). 그리고 조합은 농민의 자주적 조직을 통하여 농업생산기반정비사업을 시행하고 농업생산기반시설을 유지·관리·이용함으로써 농업생산성의 향상과 농촌경제의 발전을 도모하는 한편 농민의 경제적 자립과 이익의 증진에 이바지할 목적을 가진 공법에 의해서 설립되었으므로 공공적인 성격을 가집니다. 이에 따라 대법원도 조합을 공법인이라고 직접 판시하고 있으며(대법원 1977. 7. 26. 선고 76다3022 판결), 헌법재판소도 조합이 '공법인성'을 가진다고 판시함으로써 같은 취지로 결정하고 있습니다(헌법재판소 1991. 3. 11. 90헌마28). 이런 점에서 조합을 구성원으로 하고, 조합법에 의하여 설립된 연합회 역시 공법인이라고 생각합니다. 또한 법인을 사단법인과 재단법인으로 구분할 경우, 조합 및 연합회는 일정한 목적에 바쳐진 재산이 실체인 것이 아니라 일정한 목적을 위하여 결합한 사람의 단체 또는 그 단체들이 실체를 이루고 있는 것이므로 공공조합인 공법상의 사단이라고 하겠습니다.

(나) 법인의 기본권 주체성

법인이 기본권의 주체가 되는지에 대하여 논란이 있습니다. 그러나 오늘날 법인이 자연인 못지 않은 활동을 하고 그 법인의 활동 효과가 결국 자연인에게 귀속하는 만큼 국민의 권리와 의무에 관한 규정이, 성질상 가능하다면, 법인에게도 인정된다는 견해가 일반적으로 받아들여지고 있습니다. 헌법재판소도 재산권과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권이

4) 조합원 중에 외국인이 있다면 그에 대하여도 기본권의 주체가 될 수 있는지 문제가 될 수 있지만, 일견 조합원 중에 외국인이 있을 것으로 생각되지는 않으므로, 그에 대하여는 살펴보지 않겠습니다.

법인에게도 적용되어야 한다고 판시하고 있습니다(헌법재판소 1991. 6. 3. 90 헌마 56 참조). 다만 공법상의 법인인 국가기관 등이 기본권을 향유할 것인지 의문입니다. 이를 긍정할 경우 대사인적(對私人的) 효력과의 관계에서 공법인이 국민을 상대로 기본권을 주장할 수 있다는 결과가 초래되기 때문입니다. 이러한 이유로 부정하는 견해도 없지 않으나, 공법인이 다른 공법인에 대한 관계내에서의 경우처럼 일정한 제한적인 범위에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 견해가 유력합니다. 다만, 공법인의 기본권은 그것이 비록 인정된다고 하여도 그 성격상 제한가능성이 커질 것으로 생각합니다.

한편 성질상 법인에게 인정될 수 없는 기본권이 있습니다. 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 혼인의 순결·보건권, 생존권, 인신의 자유, 생명권, 형사보상청구권, 범죄피해자 구조청구권, 참정권, 종교의 자유, 양심의 자유 등 자연적인 인격을 전제로 한 기본권들이 그 예로써 거론되고 있습니다.

(3) 조합원

조합은 조합구역안에서 토지를 농업의 목적으로 사용·수익하는 토지소유자 및 그 토지에 대한 물권을 가진 자 등 20명 이상이 자연인인 발기인에 의해 설립됩니다(조합법 제9조 제1항, 제19조 각호 참조). 따라서 조합원은 자연인입니다. 그리고, 자연인인 국민이 당연히 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 됨에는 의문이 없습니다.

(4) 소 결

그렇다면 자연인으로서 국민인 조합원은 우선 헌법상 보장되는 기본권의 주체가 될 수 있습니다. 아울러 질의사안에서는 공법인인 조합 및 연합회와 신설되는 농업기반공사 또는 입법작용(또는 입법에 의한 법규정)과의 관계가 문제(즉, 대사인적 관계(對私人的關係)에서 문제되는 것이 아님)되므로 조합 및 연합회가 비록 공법인이기는 하지만, 적어도 이와 관련된 부분에서는 기본권의 주체가 될 수 있을 것이라 생각합니다.

다. 기본권의 내용과 침해 여부

본 질의 부분에서 농업기반공사법의 제정과 관련하여 문제될 것으로 보이는 기본권은 재산권(적 기본권)이라 생각합니다. 따라서 과연 기본권의 주체들이 현행법의 폐지 및 농업기반공사법의 제정 및 시행과 관련하여 어떠한 재산권이 문제되며, 그러한 재산권이 침해되는지 살펴보겠습니다.

(1) 조합 및 연합회의 자산 및 채권·채무 일체

(가) 재산권의 내용

조합은 그 설립등기와 동시에 조합구역안에서 국가·지방자치단체 또는 농어촌진흥공사가 설치한 기반시설을 그 설치자로부터 포괄적으로 인수하여 관리해 왔습니다(조합법 제16조 제1항). 따라서 부동산인 기반시설에 대한 소유권이전등기도 조합명의로 경료되었을 것입니다. 이런 점에서 조합이 가진 자산 및 채권·채무 일체는 조합의 재산권대상이 됨에 의문이 없습니다(헌법 제23조 제1항 본문). 또한 연합회를 통하여 관리하는 농지개량조합자립육성 금고에 대하여도 재산권에 가까운 권리를 가지고 있을 것으로 생각합니다. 연합회 역시 재산권을 가지고 있을 것입니다. 비록 조합이나 연합회의 재산이 국가 등으로부터 무상으로 인수한 것이라 하더라도 위 권리가 부정될 수는 없을 것입니다.

그런데 농업기반공사법에서는 조합 및 연합회의 자산 및 채권·채무 일체가 포괄하여 신설 농업기반공사에 승계될 것을 예정하고 있습니다. 따라서 포괄적인 승계로 인하여 조합 및 연합회가 재산권을 침해당하는 것인지 먼저 살펴야 합니다.

(나) 재산권에 대한 침해 여부

1) 재산권 주체의 존속가능성

재산권의 침해가 일어나기 위해서는 우선적으로 그 재산권을 향유할 주체가 존재하고 유지되어야 하므로, 조합이나 연합회가 입법 등에 의하여 재산권을 침해당하기 위해서는 계속하여 존속해야 합니다. 그런데 신설될 농업기반공사법에 의하여 농업기반공사는 조합 및 연합회로부터의 일체의 재산을 포괄승계함과 동시에 신설될 것이고, 재산권의 포괄 승계와 함께 조합이나 연합회는 해산된 것으로 간주되므로 소멸할 것입니다(시안 부칙 제11조).⁵⁾

5) 그렇다면 재산권 침해여부 또는 그 위헌성 여부는 조합 및 연합회를 소멸케 하는 농업기반공사법의 제정 및 그 시행과 밀접하게 관련됩니다. 이에 대하여는 후술하겠지만, 요약컨대, 앞서 본 것처럼 법인에게서는 본질적으로 인신권, 생명권 등의 자연적인 인격을 전제로 한 권리가 인정되지 않는다는 점, 조합 및 연합회를 창조해 낸 입법자에게는 광범위한 입법형성재량이 인정된다는 점 등에 비추어 조합 및 연합회의 소멸을 전제하는 입법이 위헌이 될 것으로 보이지는 않습니다.

따라서 재산권의 주체가 소멸하는 마당에 그 법인이 재산권의 주체임을 전제로 하는 재산권침해에 기한 농업기반공사법의 위헌문제가 제기되기는 사실상 어려울 것으로 보입니다.

2) 재산권의 침해 가능성

앞서 본 것처럼 조합 및 연합회는 단체의 성격상 사단법인에 속합니다. 사단이 해산하는 경우 민법은 그 재산이 정관에서 정한 자에게 귀속되거나 총회의 결의에 의해 유사한 목적을 위하여 처분될 수 있으며, 처분되지 않은 재산은 국고에 귀속된다고 규정하고 있습니다(민법 제80조 참조). 물론 질의 사안에서 조합이 해산 및 청산을 할 것으로 보이지는 않습니다. 그렇지만 현행 조합법 및 보충적인 민법에 의한 해산 및 청산의 경우라도 하더라도 조합의 재산은 궁극적으로는 농지개량조합자립육성기금(이하 “육성기금”)에 납입되며(조합법 제70조 제5호), 육성기금 역시도 해체되면서 다시 조합에 귀속되므로(조합법 제85조 제3항), 조합의 잔여재산이 조합이나 연합회, 또는 조합원에게 귀속되지 않고, 국고에 귀속될 것입니다. 마찬가지로 연합회의 해산의 경우에도 민법 중 사단법인에 대한 규정이 적용되므로(조합법 제91조 제3항) 연합회의 잔여 재산 역시 궁극적으로는 국고에 귀속되게 될 것입니다(민법 제80조 제3항).

그렇다면 농업기반공사법에 따라 조합 및 연합회의 일체 재산이 국가의 전액 출자로 신설될 공법인인 농업기반공사에 포괄적으로 양도되는 것과 현행법에 따라 조합 및 연합회의 정상적으로 소멸하게 되는 경우의 잔여재산의 귀속 모두, 조합이나 연합회, 조합원에게⁶⁾ 귀속되지 않는다는 점에서 동일합니다. 따라서 조합 및 연합회의 소멸에 위헌의 소지가 없다면, 재산권의 침해 문제를 중심으로 한 위헌의 문제가 생길 가능성은 매우 적을 것으로 생각됩니다.

(2) 조합 및 연합회의 재산 중 조합원(私人)에게 귀속될 재산과 침해 가능성

(가) 조합원에게 귀속될 재산 - 농업기반시설 사용권

앞서 본 것처럼 조합 및 연합회가 정상적으로 해산하고 청산하는 경우에도 그 재산이 국고 등에 귀속될 수는 있어도, 조합원에게 분배될 가능성은 없어 보입니다. 조합 및 연합회가 민법상의 계약관계인 조합이 아니므로 그 구성원인 조합원들 역시도 어떠한 출자를 한 바 없다는 점에서 당연하게 느껴지기도 합니다. 오히려 조합원들은 조합의 소유인 농업생산

6) 다만 조합원에게는 조합에 대하여 후술하는 것처럼 조합비 및 특별부담금의 지급의무를 지는 대신 농업생산 기반시설에 대한 사용 및 수익권이 있습니다.

기반시설 등을 사용함에 있어 조합의 사업필요 경비를 조합비로써 부담해 왔고,⁷⁾ 경우에 따라 특별분담금이나 가입금을 납부하는 등으로(조합원 제46, 48조) 의무를 부담해 왔습니다. 따라서 조합원들에게 조합이나 연합회의 재산에 대하여 별도로 인정될 재산권이 없어 보이므로, 농업기반공사법의 입법 및 그 시행과 관련하여 조합원들에게 재산권침해문제가 발생할 여지는 적다고 생각합니다.

다만 조합원이 가지는 권리란 조합구역 내에 있는 저수지, 수로 등 농업생산기반시설에 대한 사용권 등이라 할 것이며, 이 역시 헌법에서 보장하는 재산권에 포함됩니다(김철수, 헌법학개론, 박영사 1996, 455면).

(나) 장기채의 성격

장기채란 농어촌정비법에 의하여 농업생산기반정비사업자가 농업정비생산기반시설을 위하여 정부일반회계, 재정융자특별회계의 융자계정 및 양곡관리기금에서 교부된 자금을 금융기관으로부터 융자받아 생긴 채무와 국제금융기구(외국정부기금을 포함)로부터 차관을 받아 생긴 채무를 말합니다(조합법 제2조 제6호). 따라서 장기채는 결국 조합이 조합원들의 농업생산기반을 구축하기 위한 사업시행에 소요된 비용을 충당하기 위한 장기의 차입금이며, 채권자와의 관계에서는 그 명의로 직접 차입한 자가 장기채의 채무자가 될 것입니다. 그러나 채무자측에서 내부적으로 채무이행의 분담을 정할 수 있음은 물론이며, 만약 그에 대한 약정이 있을 경우 당사자 사이에서는 그 약정이 준수되어야 함이 당연합니다. 내부 약정에 따른 이행결과 일방이 타방에게 권리를 가질 수 있는 것인지, 즉 구상의 문제가 발생하는지도 개별 약정에 의해 결정됩니다.

그런데 질의 사안에 따르면, 농업기반정비사업시행자(국가·지방자치단체·농어촌진흥공사·농지개발조합 등)가 미리 수혜농민들로부터 전체 비용의 50% 범위내에서 부담하겠다는 동의를 받아 1988년까지 설치할 농업생산기반시설의 설치에 소요되는 비용을 국내 및 국제 금융기관으로부터 5년 거치 30년 상환의 장기채를 기채하였다고 합니다. 그리고 조합원, 즉 수혜농민들은 1988년까지 약 30% 범위 내에서 장기채를 변제했고, 1989년 이후에는 전액 국고의 보조로 변제되고 있는 것으로 보입니다. 따라서 실제로 조합원들이 이행한 채무금액은 1996. 12. 31. 현재 원금기준 총 장기채 415,695,000,000원 중 31,165,000,000원으로서 약 8% 정도에 불과하고, 더 이상의 부담은 없으며, 앞으로도 없을 것입니다.

7) 1997년 이전에는 농지 1천 제곱미터당 6천원씩을, 1997년 이후에는 전년도의 조합비 및 물가승율, 지역여건 등을 감안하여 이사회의 결의를 거쳐 조합장이 결정했습니다(조합법 제44조 참조).

그렇다면 조합원에 의해 일부 상환된 장기채 부분이 조합을 상대방으로 하는 채권, 즉 재산권이 될 수 있는지 문제될 수 있습니다. 생각건대, 장기채 기채시 농민들이 내부적으로 50% 범위내에서 원리금의 변제 의무를 이행하겠다고 했다는 것이므로, 이는 내부적인 조합원의 부담이 될 수는 있을 지언정, 내부적인 의무부담 약정에 기한 일부 의무이행이 조합에 대하여 같은 금액에 상당하는 별도의 구상권을 취득하게 하는 원인이 될 것인지는 의문입니다. 당초부터 구상권의 취득에 관한 약정은 없었던 것으로 보이는데다, 오히려 장기채의 일부에 대하여 스스로 자신들이 이행하기로 한 채무로 보여질 가능성도 없지 않기 때문입니다. 실제로, 이 장기채가 조합원들이 사용·수익하는 농업생산기반시설의 설비자금이었다는 점에서도, 조합원이 부담한 일부 장기채에 대한 이행 부분은 결국 조합법상 조합원의 지위에서 인정되는 각종 부담금과도 맥을 같이 하는 것으로 보일 여지도 많습니다.

결국 조합원들이 한 장기채에 대한 일부 상환행위가 조합에 대하여 재산권을 취득하게 하는 것은 아니라고 생각됩니다. 따라서 장기채와 관련하여 조합원들에게 별도의 재산권이 인정될 가능성도 적다고 사료됩니다.

(다) 연합회의 재산에 대한 귀속가능성

연합회는 조합을 구성원으로 하는 공법인이고, 그 재산은 결국에는 국고에 귀속됩니다. 따라서 연합회의 잔여재산에 대하여 조합원의 권리가 인정될 가능성은 매우 희박하다고 생각됩니다.

(라) 재산권의 침해 여부

우선 장기채가 조합에 대한 조합원의 재산권이 될 수 없고, 농업생산기반시설에 대한 사용·수익권 외의 다른 재산권이 조합원에게 인정되지도 않을 것으로 보입니다. 그렇다면 문제는 조합원의 시설에 대한 사용·수익권이 새로운 입법에 의하여 침해될 수 있는지라 하겠습니다.

생각건대, 신설될 농업기반공사법의 입법의도는 조합 및 연합회의 일체 재산이 신설법인에게 그대로 포괄적으로 승계되도록 함으로써, 그에 대하여 어떠한 변형도 일어나지 않게 할 입법의도가 엿보입니다. 조합법상의 조합원을 그대로 농업기반공사법의 수혜자로 자구만을 수정하고 있기도 합니다. 만약 조합법상의 조합원들이 모두 농업기반공사법의 수혜자가 되고, 그들의 농업생산기반시설에 대한 사용 및 수익권이 동일하게 또는 현재보다도 더 폭넓게 인정된다면 실질적으로 조합원들의 재산권이 침해될 여지는 없을 것입니다.

그런데 농림부에서 의도하고 있는 것은 농업기반공사법이 제정되고 시행될 경우에도 희망하는 조합원에게는 현행 조합법에 의하여 인정되는 위와 같은 권리가 그대로, 아니면 현재보다도 더 크게 인정되도록 하는 것이라 생각됩니다. 그렇다면 이와 관련해서도 조합원들이 침해당하는 재산권은 없다고 보아야 할 것입니다.

다만 농업기반공사법상의 수혜자의 범위(시안 제18조 제1항)와 조합법상의 조합원의 범위(조합법 제19조)가 그대로 일치하는지는 조항의 문언만을 보아서 확인되지 않습니다. 이런 점에서 제정법 시안에서는 수혜자의 범위를 조합법상의 조합원의 범위와 일치 또는 초과할 수 있도록 할 것이 필요하다고 생각합니다.

(마) 유가증권등 현금에 대한 조합원의 사유재산권 침해 여부

농업기반공사법에서 조합이 보유하고 있는 아래의 재산 또는 평가계정을 농업기반공사에 포괄승계시키는 것이 조합원(私人)들의 사유재산권 침해 및 위헌의 가능성 여부

- 일반회계 적립금(퇴직급여 총당금, 감가상각 총당금, 재정자립 적립금)
- 수익사업특별회계 적립금(퇴직급여 총당금, 감가상각 총당금)
- 수익사업특별회계 잉여적립금(사업준비 적립금, 이월금)

① 개 설

입법에 의해서 직접 헌법상의 기본권을 침해당한 자가 헌법재판소에 위헌입법에 대한 심사 또는 헌법 소원을 통하여 권리를 구제받을 수 있게 되는 점 및 조합원(私人)이 헌법상의 기본권의 주체가 될 수 있음에 대하여는 이미 1998. 8. 12. 자 의견서에서 살펴본 바 있습니다. 그런데, 앞서 언급한 각 적립금 또는 총당금 등 일체가 신설된 농업기반공사법에 의해 농업기반공사에 포괄적으로 승계된다는 것이므로(시안 부칙 제10조 제1항 참조), 만약 조합원들에게 이 적립금 또는 총당금에 대한 권리가 인정된다면 우선은 농업기반공사법이 조합원들의 권리를 침해하는 것이 될 가능성이 있습니다. 그렇다고 그것이 확정적으로 위헌이라고 말할 수는 없을 것입니다. 그 기본권의 침해가 헌법에서 정한 한계를 넘지 않을 경우에는 위헌의 문제까지는 발생하지 않을 수 있기 때문입니다.

이러한 점에서 위 적립금이나 총당금에 조합원의 권리가 인정되는지를 먼저 살펴볼 필요가 있습니다.

② 각 충당금

◆ 퇴직급여 충당금(reserve for retirement allowance)

(의미와 회계 및 세법상의 취급)

직원이 퇴직을 할 경우를 대비하여 기업은 직원의 계속근무연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 적립하는 제도를 설정해야 합니다(근로기준법 제34조 제1항). 따라서 이에 따라 설정되고 있는 퇴직금은 직원의 회사에 대한 채권이라 할 것인데 직원이 실제로 퇴직하지 않는 한 기업의 현실적인 부채가 되지는 않습니다. 이러한 이유 때문에 부채(負債)라는 용어 대신 충당금(充當金)이란 용어를 사용하고 있습니다. 한편 퇴직금으로 지그비될 금액이 추산될 수 있음에도 이를 현실적인 퇴직시에 일시비용으로 하는 것은 당해 사업연도에 과대한 비용을 계상하는 것이 되어 정확한 기간손익을 반영하지 못하는 경우가 될 수 있습니다. 이러한 이유로 퇴직급여를 직원이 재직하는 기간 동안 나누어 비용으로 계산하는 것이 필요하게 됩니다. 기업회계기준에서는 회계연도 말 현재 전임직원이 일시에 퇴직할 경우 지급하여야 할 퇴직금에 상당하는 금액을 충당금으로 하도록하고(기업회계기준 제30조 제1항), 세법에서도 퇴직급여충당에 대한 근거와 함께, 일정 범위의 퇴직급여충당금은 손금으로 신입할 수 있다고 규정하고 있습니다(법인세법 제13조 제1항, 시행령 제18조 제1항 등 참조)

(포괄승계의 가능성)

기업의 사업이 포괄적으로 양도되는 경우 퇴직급여 충당금도 마찬가지로 이에 포함될 수 있습니다(법인세법 제13조 제5항)

(법적 성격과 조합재산으로서의 취급)

앞서 본 것처럼 퇴직급여충당금은 실질적으로는 기업의 직원에 대한 부채이나 현실화되어 있는 것이라 볼 수는 없을 것입니다. 한편 조합이 적립하는 퇴직급여 충당금은 육성금고의 재원으로 관리됩니다(조합법 제84조 제1항 제7호). 따라서 퇴직급여 충당금이 현실적으로 조합의 재산으로 관리되어 있다고 하더라도, 그것은 육성금고의 재원으로서 그에 따른 관리를 받아야 하는 것이라고 할 수 있습니다.

◆ 감가상각 충당금(allowance for depreciation)

감가상각충당금 계정이란 건물, 집기, 기계 등의 감가상각대상 자산에 대한 감가상각비의 누계액을, 당해 감가상각자산에서 직접 차감하지 않고 간접적으로 공제하는 방법에 의해 재무제표상의 표시를 행하는 평가계정을 말합니다. 기업회계기준에서도 건물·건축물·기계장치·선박·차량운반구 및 기타의 유형자산에 대하여 그 자산과목에서 감가상각누계액을 차감할 수 있다고 규정하고 있습니다(기업회계기준 제21조 제1항). 이러한 회계상의 자산차감 항목은 오로지 회계 및 세무처리상의 평가를 위한 것이므로 퇴직급여충당금과는 달리 조합의 부채라고 볼 수 없습니다. 당연히 감가상각 충당금은 조합원과 전연 무관하고, 따라서 조합원에게 감가상각 충당금에 대한 어떠한 권리도 인정될 수 없을 것으로 보입니다. 한편 감가상각충당금 역시도 육성금고의 재원을 구성하는 것이고(조합법 제84조 제1항 제6호), 그 육성금고는 농업기반공사에 포괄적으로 승계되므로, 그 처리에 대하여 조합원들이 문제를 삼기도 어려울 것입니다.

③ 각 적립금

조합은 재정자립 적립금이나 사업준비 적립금 등을 적립해야 하고, 그 적립금은 육성금고의 재원이 될 것으로 보입니다(조합법 제43조 제2항 제1호, 제84조 제1항 제6호). 이러한 적립금은 영리법인인 주식회사의 경우 장래에 생길지도 모르는 필요에 대비하기 위하여 대차대조표상의 순재산액으로부터 자본액을 공제한 금액 가운데 일부를 회사내에 유모하여 두는 준비금과 의미가 동일한 것으로 생각됩니다(상법 제461조, 470조, 기업회계기준 제34조, 35, 37조). 준비금을 적립한다는 것이 일정한 금전을 현실적으로 적립하는 것이 아니라 대차대조표의 자본의 부에 기재할 분비금 액수를 증가시키는 것에 불과하고, 준비금을 사용하는 것도 금전의 현실적인 사용이 아니라 대차대조표상의 준비금의 액수를 감소시키는 것을 의미합니다.

따라서 이러한 적립금이 조합원의 재산과 상관이 없는 것임은 위에서 본 충당금의 경우와 다르지 않을 것입니다.

(3) 소 결

공법인인 조합이나 연합회, 그리고 조합의 구성원인 조합원들이 재산권의 주체가 될 수는 있다고 생각합니다. 그러나 새로운 입법에 의하여 조합 및 연합회는 소멸할 것인데다,

현행법에 의하여 소멸한 때에도 조합이나 연합회 또는 그 구성원에게 귀속될 재산이 없다는 점에서 농업기반공사법의 제정 및 그 시행에 의한 조합 및 연합회의 소멸의 결과와 동일하므로 조합 및 연합회의 재산권이 침해된다고 볼 수는 없을 것입니다. 실제로 당해 법인의 일체 재산이 다른 신설 공법인에 포괄적으로 승계된다는 이유로 위헌문제가 제기될 가능성 역시 거의 없을 것입니다.

조합원들 역시 조합에 대하여 농업생산시설의 사용·수익권이라는 재산권이 인정되지만, 농업기반공사법의 제정 및 시행으로 인하여 그러한 권리가 소멸함이 없이 그대로 존속하거나 또는 오히려 강화될 것이라는 점에서 재산권 침해의 문제가 발생하지는 않을 것으로 생각합니다. 그렇지만 만약 조합원에 비하여 수혜자의 범위가 축소될 경우에는 문제이므로, 신설법의 제정시 이 점이 고려되어야 할 것입니다.

그렇다면 우선, 퇴직급여 총당금이 조합의 직원들에 대한 부채라고 할 수는 있어도, 조합원(私人)에 대한 채무가 될 수는 없을 것입니다. 더구나 퇴직급여 총당금은 육성금고에 귀속되어야 하는 것이고, 그 육성금고는 농업기반공사에 포괄적으로 승계될 것이므로, 이러한 퇴직급여 총당금에 대하여 조합원들이 권리를 주장할 수는 없을 것이라고 생각합니다. 농업기반공사법에서는 직원들에 대한 고용을 전부 승계함을 원칙으로 하고 있다는 점에서도, 퇴직급여총당금이 농업기반공사에 이전됨이 당연한 것으로 보입니다.

라. 기본권의 제한가능한 한계의 일탈여부

(1) 개설

조합 및 연합회, 조합원의 헌법상의 기본권이 농업기반공사법의 제정 및 그 시행에 따라 침해된다고 하더라도 그것이 궁극적으로 위헌인지를 판정하기 위해서는 다시 그러한 제한이 헌법에서 규정한 기본권제한의 한계를 일탈한 것인지를 살펴야 합니다. 헌법상 재산권은 보호되나, 그 내용과 한계가 법률에 의해서 정해지며, 재산권의 행사도 공공복리에 적합하여야 하고(헌법 제23조 제1항 단서, 제2항 참조),⁸⁾ 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 법률에 의해서 기본권도 제한될 수도 있어(헌법 제37조 참조),⁹⁾ 기본권의 제한도 일정한 경우에는 정당화될 수 있기 때문입니다.

8) 이를 기본권의 헌법적 한계(憲法的限界)라고 합니다.

9) 이를 기본권에 대한 법률유보(法律留保)라고 합니다.

(2) 법률에 의한 기본권제한과 한계

기본권은 원칙적으로 국회에서 제정한 형식적 법률에 의해서만 제한될 수 있습니다. 이러한 법률은 일반적이어야 하며, 명확하여야 하고, 제한하는 기본권이 구체적으로 특정될 수 있어야 합니다. 아울러 기본권의 제한은 국가의 존립이나 헌법질서의 유지 등 국가안전보장, 공공의 안녕질서 유지, 공공복리를 위해서만 가능합니다. 나아가 위와 같은 목적이 있는 경우라도 기본권 제한이 필요하고 그러한 제한으로부터 얻어지는 공익이 기본권의 제한으로부터 잃게 되는 사익보다 더 커야만 위헌적인 것이 되지 않을 수 있습니다.

(3) 본건의 경우

본건 질의 사안에서 조합 및 연합회, 조합원들에 대하여 침해가 문제되는 기본권은 재산권입니다. 앞서 본 것처럼 재산권이 침해된 바 없다고 생각되지만, 설령 침해가 있다고 하더라도 아래와 같은 이유에서 그것을 위헌으로 보기는 어려울 것입니다.

(가) 재산권의 발생근거

우선 조합이나 연합회의 재산권은 조합법에 근거합니다. 조합법이 새로이 제정되기 전에 조합법의 제정을 위임한 명시적인 상위법규는 존재하지 않았을 것입니다. 따라서 조합이나 연합회의 재산권을 포함한 권리 등은 조합법, 즉 실정법 내에서만 인정된다는 한계를 지니고 있다고 하겠습니다. 그런데 조합법을 제정함으로써 조합 및 연합회에 권리를 부여한 자는 마찬가지로 그러한 권리를 박탈할 권능도 가지고 있다는 점이 부정되기 어려울 것인데, 이러한 권능을 가진 자가 조합법을 폐지하고 조합 및 연합회를 대체할 법인의 근거법을 제정하는 것은 합리적인 이유가 있는 한 가능하다고 해야 할 것입니다.

(나) 공공복리를 위한 목적

농업기반공사법의 제정·시행이 고려된 것은 IMF라는 국가적인 경제적 어려움을 극복하고자 함에 있는 것으로 보입니다. 농어민들이 소비위축, 생산과잉 등으로 더욱 심각한 어려움에 빠지고 있고, 농업인구는 감소하는데도 3개 기관 등 중복된 기관들의 난립으로 고비용·비효율의 병폐가 팽배해져 국가경영차원에서 유사기능을 가진 공기관들을 통합해야 한다는 여론이 정부의 공기업 구조조정을 심각하게 고려하게 했을 것입니다. 이에 정부는 조합법 등을 폐지하고 개설공사법을 제정하여 3개 기관을 통합하는 구조조정에 착안하게 되었습니다. 따라서 농업기반공사법에 의해 신설될 농업기반공사는 3개 기관의 기능을 중복없이

하나로 통합하여 대농업인의 서비스를 획기적으로 개선하고 효율적인 운영체제를 구축하여 낭비를 없애는 한편, 농업용수의 확보 및 날로 심각해지는 농업용수의 수질오염을 예방하는 등 공익을 위한 많은 역할을 효율적이고 신속하게 수행할 것이라 보여집니다. 결국 농업기반공사법의 제정 및 시행은 상당한 공익성에 의해 뒷받침되고 있다고 하겠습니다.

(다) 비례성의 확보

농업기반공사법의 제정 및 시행은 분명히 충분한 설득력과 실천가능성, 공익성의 전제하에 이루어질 것으로 보입니다. 그런데 신법의 제정·시행으로 침해당하는 조합, 연합회 및 조합원들의 기본권은 개별공사법에 의해 새로이 창출될 공익을 초과하지는 못할 것이라 생각됩니다. 실제로 농업기반공사법의 제정 및 시행에 의하여 제한되게 되는 조합 및 연합회, 조합원들의 기본권은 아예 인정되지 않거나 극히 미약할 것으로 보이는 바, 이에 비하여 공익을 달성하기 위한 목적도 정당하고, 입법을 통한 농업기반공사의 설립 방법 역시 부적절하지 않기 때문입니다.

(라) 법률에 의한 제한

신설될 농업기반공사는 농업기반공사및농지관리기금법(법률)에 의할 것이고, 조합이나 연합회, 조합원들에 영향을 주는 재산의 포괄적인 양도 등 역시 농업기반공사법에서 명시적으로 규정할 것입니다. 그렇다면 이는 헌법상 허용되는 법률에 의한 기본권 제한이 되기에 충분하다고 생각됩니다.

(마) 소 결론

조합이나 연합회, 조합원들이 농업기반공사법의 제정 및 시행에 의하여 입게 되는 재산권 침해는 거의 없을 것입니다. 그러나, 설령 그것이 있다손 치더라도 헌법에서 긍정하고 있는 기본권 제한의 한계내의 것이 될 가능성이 매우 높다고 생각됩니다. 결국 재산권 침해와 관련한 위헌의 문제는 거의 없을 것이라 사료됩니다.

2. 조합 및 연합회의 선거직 임원의 임기만료를 규정한 입법의 위헌성 여부

가. 위헌성에 대한 근거

조합 및 연합회의 임원들은 조합법 등에 의해서 선출되어 그 직무에 근무하면서 법에서 정한 일정 기간 동안의 지위보장을 신뢰하고 있었을 것입니다. 그런데 농업기반공사법이 이들에 대한 임기가 진행되고 있는 상태에서 조합 및 연합회를 해산한 것으로 간주하면서, 임기에 대한 경과규정을 둠이 없이 임기가 만료된 것으로 의제해 버릴 경우 임원들은 잔여 임기 동안 유지되는 임원으로서의 지위를 상실하게 됩니다.

그렇다면 농업기반공사법의 제정 및 시행이 임원들의 지위보장에 대한 신뢰 또는 정당한 기대이익을 해하는 것이 되는 것은 아닌지, 직업선택의 자유 등을 침해하는 것이 아닌지, 특히 조합 및 연합회의 공법인성에 비추어 공무원의 지위에 준하는 것으로 주장될 가능성도 있는 바, 이 경우 공무원에 대한 헌법상의 신분보장이 전혀 이루어지지 않는 것은 아닌지 등과 관련하여 위헌의 문제가 제기될 수 있습니다.

나. 임원의 근거 등

조합법에 의하면 조합의 조합장은 조합원 중에서 조합원이 직접 선출하도록 되어 있으며 조합장 이외의 임원은 총회에서 선출하도록 규정하고 있습니다(조합법 제32조). 조합장과 이사의 임기는 4년으로 하고 감사의 임기는 3년입니다(조합법 제34조). 한편 연합회의 회장과 상임감사는 총회에서 선출되며, 상임이사는 총회의 동의를 얻어 회장이 임명하고 비상임이사 및 비상임감사는 총회가 회원조합장 중에서 선출하게 됩니다(조합법 제77조). 연합회 회장 및 이사의 임기는 4년, 감사의 임기는 3년이며, 비상임이사의 임기는 2년입니다(조합법 제78조).

다. 임기만료 의제와 위헌성 여부

(1) 지위보장에 대한 신뢰 및/또는 기득권(이하 “신뢰 등”)의 발생 등

조합이나 연합회의 임원들은 법에 따른 방식에 따라 일정 임기가 보장되도록 선출되었으므로, 적어도 법률에 규정되어 있는 위 임기동안 위 직위에서 직무를 수행할 것에 대한 신뢰(信賴) 및 지위에 대한 기득권(既得權)을 가지고 있습니다. 그런데 갑작스럽게 조합과 연합회가 해산될 경우 잔여 임기에도 불구하고 임원으로서의 직책을 수행할 수 없게 될 것은 쉽게 예상됩니다. 뿐만 아니라 임원들이 남은 임기동안 직책을 가질 수 있으리라는 신뢰를 저버리는 결과를 초래할 수도 있다고 생각됩니다.

더구나 앞서 본 것처럼 조합 및 연합회는 그 성격상 공법인이므로, 그 임원들 역시 헌법상의 신분이 보장되는 공무원 또는 그에 준하는 지위를 갖는다고 주장될 여지도 없지 아니합니다. 새로운 입법에 의하여 조합과 연합회가 해산되면서 임원들의 잔여 임기에도 불구하고 그 직위를 행사할 수 없게 하는 것이 헌법상 공무원의 신분보장에 위배된다는 문제가 발생할 여지가 있습니다. 또한 직업선택의 자유와의 관계에서도 의문의 여지는 있습니다.

그렇다면 결과적으로 농어촌공사법의 제정 및 시행은 임원들의 권리를 지나치게 제한하게 되어 헌법상의 기본권을 제약하는 것으로 보게 될 가능성도 배제할 수는 없게 됩니다.

(2) 임원들의 지위의 성격 및 공무원의 신분보장의 한계

우선 조합 및 연합회의 임원들이 헌법상 공무원의 범주에 해당되는지에 대하여 의문이 있습니다. 헌법에서 신분이 보장되는 공무원은 직업공무원(職業公務員)으로서, 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 의하는 것일 뿐, 정치적 공무원이라든가 임시적 공무원은 포함되지 않는 개념입니다(헌법재판소 1989. 12. 18. 89 헌마 32 참조). 그런데 임원들이 조합이나 연합회와 근로계약을 체결하고 있는 것이 아님은 명백해 보이고, 선거라는 방식에 의하여 선출됨이 원칙임에 비추어 임원들을 헌법에서 신분이 보장되는 직업공무원이라 할 수는 없다고 생각됩니다.

한편 직업공무원이라고 하더라도, 그 신분보장이란 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도(獵官制度)를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위한 것입니다. 따라서 국가공무원법도 헌법 제7조의 정신을 반영하여 공무원에 대한 직권면직사유를 제한적으로 나열하고 있으며(국가공무원법 제70조), 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 된 경우 등은 직권면직사유의 하나로 규정되어 있습니다. 이러한 점에 비추어 비록 임원을 공무원으로 보더라도 그들에 대한 임기만료 의제를 규정한 새로운 법률은 결국 조합 및 연합회의 소멸을 내용으로 하는 것이어서 직제의 개폐 또는 폐직으로 볼 여지도 있으므로, 농업기반공사법에 의한 임기만료 의제규정의 신설이 선불리 공무원의 신분보장을 해하는 것이라 판단되기도 곤란할 것으로 생각됩니다.

(3) 신뢰 등, 직업선택의 자유 등과 기본권의 제한 가능성

(가) 신뢰 등의 형성과 직업선택의 자유의 침해

임원들에게 그들의 임기에 관한 신뢰가 형성되었을 것임은 당연히 예측됩니다. 그리고 이미 취득권을 취득하고 있는 것이 됩니다. 이러한 신뢰 등을 보호해야 한다는 원칙은 법치주의 원리에서 도출된다고 보는 것이 일반적인 견해입니다. 따라서 이러한 신뢰 등은 보호되어야 할 것인데, 농업기반공사법의 제정에 따라 보호되지 못하게 되는 어려움이 생깁니다. 한편 농업기반공사법의 제정에 의해 직업선택의 자유가 침해되는 문제도 발생합니다(헌법 제15조). 직업선택의 자유에는 선택한 직업을 영위하면서, 사회적·경제적 생활관계를 형성해 나가는 직업행사의 자유도 포함하기 때문이며, 임원들에게는 겸직이 제한되어 있기 때문이기도 합니다(조합법 제7조).

(나) 기본권의 제한 가능성

1) 공공복리를 근거로 한 제한 가능성

우리 헌법상 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있도록 규정되어 있습니다(헌법 제37조 제2항 전단). 따라서 국민의 권리를 제한하는 것이 모든 경우에 있어서 위헌성을 가지는 것은 아닙니다. 정부가 추진하고 있는 3개 기관의 통폐합 정책은 공공복리를 위한 것이라 생각됩니다. 물론 공공복리는 다의적이고 불확정개념이기 때문에 이것을 기본권제한의 근거로 삼는데 논란의 여지가 없지는 않습니다. 그러나 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공존공영의 이익, 즉 국민일반의 생활안전과 건강 증진, 사회·경제 영역의 안정·발전·편의 등 국민공동의 행복과 이익이라고 일반적으로 이해되고 있습니다.

그런데 질의 사안에 의하면 3개 기관의 통폐합으로 20 내지 30%의 인건비와 운영비의 감축이 가능하고 이에 따른 비용절약분만도 6백 77억원 내지 1천억원에 이를 것으로 추산되고 있습니다. 뿐만 아니라 전문기술력을 이용한 시설물관리의 효율성이 높아지고 규모화작업 역시 더욱 체계적이고 효율적으로 이루어질 수 있다는 장점을 지니고 있는 것으로 보입니다. 이러한 3개 기관의 통폐합으로 인한 이익은 실질적으로 조합원 포함한 전체 농민들에게 되돌아가는 것이 되므로 대부분의 농민들도 환영하고 있는 것으로 알고 있습니다. 이와 같은 공공복리의 측면에서, 공공복리로부터의 이익과 침해되는 개인의 권리를 비교형량하여 전자가 더 큰 것으로 판단된다면 국민의 자유와 권리는 제한될 수 있을 것으로 보입니다.

이러한 공공복리를 위해서는 예외적인 경우이기는 하지만, 국민 기본권이 제한될 수도 있다는 것이 헌법 제37조 제2항 전단의 내용입니다. 그러므로 본건에 있어서 3개 기관의 통폐합이 공공복리에 부합된다면 헌법규정에 따라 새로 제정되는 법률 즉 농업기반공사법에 의해 조합장 등이 가지는 개개인의 기본권에 제약이 가해지는 것이 불가능할 것으로 보이지는 않습니다.

2) 기본권 제한의 한계의 일탈 문제

기본권이 침해될 수 있는 예외적인 경우라도 자유와 권리의 본질적인 부분은 침해될 수 없습니다(헌법 제37조 제2항 후단). 따라서 임기만료 의제규정을 새 법에서 정하는 것이 조합장 등이 가지는 헌법상의 기본권의 본질적인 부분까지 침해한 것인가에 대한 검토가 필요합니다. 이와 관련하여 논의될 수 있는 기본원리는 이중기준의 원칙, 과잉금지의 원칙, 본질적 침해금지의 원칙 등이 있습니다.

가) 이중기준의 원칙

이 중에서 이중기준(二重基準)의 원칙은 헌법상의 기본권을 신체적, 정신적 자유권과 재산적, 경제적 자유권으로 구별하고, 전자의 가치는 후자의 가치에 우월하다는 판단에 기초합니다. 따라서 후자에 대한 제한방법이나 제한기준이 상대적으로 완화되어 있다고 하겠습니다.

그런데 임기와 관련된 임원들의 권리는 신체적, 정신적 자유권으로 보기 어렵습니다. 오히려 직업선택의 자유에 기초하여 농지개량조합장 선거에 출마하여 선출되어 누리는 공무담임권과 유사한 권리로서 경제적, 사회적 기본권의 일종으로 보는 것이 타당할 것으로 생각합니다. 그렇다면 이는 국가가 형성된 후 비로소 창설된 실정법상의 기본권이라고 해야 하고, 경우에 따라서는 합리적이 사유가 있으면 입법자에 의하여 상당한 제한이 가능한 기본권이라 생각합니다.

나) 과잉금지의 원칙

한편, 헌법상의 과잉금지 원칙(過剩禁止原則)에 비추어, 비록 임원들의 임기가 제한된다고 하더라도 그 목적이 헌법과 법률의 체계 내에서 정당성이 인정되어야 하고(목적정당성의 원칙), 입법목적달성을 위한 가장 효과적이고 적절한 방법이어야 하며(방법적정성의 원칙), 기본권의 제한조치가 입법목적달성을 위해 필요최소한에 그쳐야 하고(피해최소성의 원칙), 기본권제한이 의도하는 정치·경제·사회적 유용성과 그 제한에 의하여 야기되는 국민적·사회적 손해가 비교형량 결과 형평을 이루어야 합니다(법의균형성의 원칙).

임원들에 대한 임기만료의제가 공공복리달성을 위해 가장 효과적이고 적절한 것인가, 임기만료의제 이외의 방법은 없는가, 임기만료로 인해 발생하는 손해나 법익침해가 수인한도를 넘는 것인가, 새로운 법의 제정으로 인한 임기만료 의제방식이 정당한 것인가에 대해서는 좀 더 구체적인 검토가 필요합니다. 그러나 현재 비능률과 고비용의 체제에서 새로운 공사설립으로 얻는 비용절감효과가 엄청나고 조직의 쇄신을 통한 농민관련업무를 보다 체계적이고 효율적으로 운영할 수 있게 된다는 점, 그로 인한 혜택이 고스란히 일반농민에게 귀속될 것이라는 점 등을 고려해 볼 때, 조직의 해산으로 인해 더 이상 유지될 수 없는 임원의 임기를 보장하는 것보다 공공복리에 의한 통합의 필요성이 매우 클 것으로 여겨지며, 따라서 일용헌법상의 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 봄이 올바른 이해라 생각됩니다.

다만 과잉금지 원칙과 관련하여 설사 신뢰 등이 보호되지 못하는 결과가 될 우려가 있으므로, 그 침해의 정도를 최소화한다는 차원에서 후술하는 것처럼 보상문제가 논의될 수 있을 것입니다.

다) 본질적 침해금지 원칙

본건 제한대상이 되는 기본권이 공무담임권과 유사한 것이고 공무담임권이나 공무원의 신분은 경우에 따라서는 면직을 통한 제한이 가능합니다. 이러한 점에 비추어 조합 및 연합회의 해산에 정당한 사유가 있는 한 임원들의 권리가 본질적으로 침해된 것이라고 볼 여지도 적다고 생각합니다.

(4) 소결론 및 보완조치 등

그렇다면 임원들이 임기에 대하여 가지는 기본권의 성격이나 현재 추진중인 통폐합의 목적을 고려할 때, 임기만료의제로 인하여 침해되는 임원의 권리보다 공공복리를 위한 일련의 조치에서 오는 이익이 더 크다고 할 수 있고 결국 임기만료 의제의 법규정에 대한 위헌가능성은 크지 않을 것으로 사료됩니다.

그러나 3개 기관의 통폐합 및 그에 따른 임원들에 대한 퇴직에 의해 지방의 유지들인 조합장 등 임원들의 조직적인 반발도 예상됩니다. 실제로 임원들이 농업기반공사법의 제정 및 시행과 관련하여 위헌문제를 제기할 가능성도 없지 않습니다. 따라서 새로이 제정되는 법률에 경과규정을 두어 남은 임기동안에 임원들로 하여금 새로운 공사에서 새로운 업무를 수행하게 하고 그 이후에 새로이 임원을 선출하게 하거나 임명하는 것도 고려해 볼 만 합니다. 그러나 현실적으로 새로이 통합되는 농업기반공사와 해산되는 기존의 조합 또는 연합회는

업무의 내용이나 성격에 차이가 있을 뿐만 아니라 임원들의 임기도 일률적인 것이 아닙니다. 이러한 이유 때문에 이들에게 일일이 새로운 공사에서 남은 임기동안 직책을 수행하게 한다는 것은 사실상 불가능할 것입니다.

그렇다면 다른 한 가지 방법으로 이들 임원들에게 남은 임기동안 받을 수 있었던 보수를 산정하여 그 전부 또는 일정한 비율의 일부를 보상하여 주는 것도 고려할 수 있을 것입니다. 물론 잔여임기 동안 그 직책에서 업무를 수행할 권리는 보수를 받을 권리처럼 경제적인 면만이 있는 것은 아닙니다. 직업행사의 권리 등과 같은 비경제적인 측면도 없지 않기 때문입니다. 따라서 단순히 보수에 상당하는 금원에 기한 보상이 있다고 하여 제소의 위험성이 완전히 소멸하는 것은 아닙니다. 금전적인 손해배상은 별도의 민사적인 문제이지, 위헌 여부를 판단하는데 결정적인 요소가 될 수 없기 때문입니다.

그럼에도 불구하고 위와 같은 보상금을 지급함과 동시에 향후 헌법, 민·형사상 쟁송권을 포기한다는 약속을 얻어 낼 수 있다면, 또는 비록 약속을 얻어내지는 못하더라도 임원들이 일정한 보상금을 수령하기만 한다면, 장래에 예상되는 분쟁을 미연에 방지하는 효과를 거둘 수 있을 것입니다. 연합회 등의 직원에 대하여 적용되는 인사규정상의 명예퇴직규정이 있는 바, 임원들에 대한 보상과 관련하여 위 명예퇴직 조항이 직접 적용될 수는 없다고 하더라도 그 조항의 의미들이 원용될 수 있을 수 있다고 생각합니다.

또한 위와 같은 보상의 내용을 신설될 농업기반공사법의 부칙에 반영하는 것도 고려할 수 있을 것입니다.

3. 농어촌공사법상 해산의제처리의 위헌성 여부 및 입법적 보완조치

가. 위헌 가능성의 쟁점

3개 기관이 해산 및 청산에 따른 현행법상의 소멸절차를 거침이 없이, 직접 농업기반공사법 규정에 의해 해산한 것으로 간주될 경우 그러한 내용의 규정이 위헌일 수 있는가가 질의인 것으로 이해됩니다. 그렇다면 위헌문제 역시 입법 또는 그 작용에 의해서 침해되는 기본권을 전제로 하는 위헌법률심사 또는 헌법소원 심사를 통하여 다루어질 것입니다. 따라서 본 질의부분의 쟁점은 앞서 살펴 본 농업기반공사법의 제정 및 그 시행에 따라 발생할 여지가 있는 기본권 침해와 관련된 위헌문제와 상당부분 공통됩니다.

나. 해산 및 청산 절차와 그에 대한 조합 등의 기본권 존부

(1) 현행법에 따른 해산 및 청산절차

귀 공사의 존립근거인 농어촌진흥공사법에서는 귀 공사의 해산 및 청산 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않습니다. 그러나 조합법에서는 조합 및 연합회의 해산 및 청산에 대하여 별도의 규정을 두고 있습니다(조합법 제61조 내지 제70조, 제91조 제2, 3항). 그렇지만 귀 공사 및 연합회의 경우 민법에 의한 청산종결 절차가 이루어질 것으로 보이고(민법 제80조 참조), 조합 역시도 잔여재산은 농지개발조합자립육성금고에 귀속되었다고 다시 위 금고가 해체될 경우 그 지분권은 다시 조합에 귀속된다는 점에서(조합법 제70조 제5항, 제85조 제3항), 결국 조합의 재산 중 최종적으로 남게되는 부분 역시 국고에 귀속되고, 이로써 청산 절차가 마무리될 것입니다(민법 제80조 제3항). 이러한 해산 및 청산 절차는 3개 기관의 근거인 법률이 유효하게 존속되어 그 법 또는 보충적으로 민법에서 정한 절차에 따라 소멸하게 되는 경우에 적용됩니다.

그런데 본건은 해당 법률에서 상정하지 않은 법률의 폐지라는 사유에 근거한 3개 기관이 소멸(해산 등)하는 경우입니다. 따라서 정상적인 경우와 같은 해산 및 청산절차를 거침이 없는데도 새로운 입법에 의한 현행법 폐지 및 기존 3개 기관의 해산의제가 위헌인지 여부에 대한 본건 질의는 현행법의 폐지를 정하고 있는 농업기반공사법의 제정 및 시행이 합헌적인 것이냐의 문제에 귀착됩니다. 법률이 위헌의 소지없이 폐지되는 마당이라면 관련 법에서 정한 해산 및 청산의 절차가 고집되기는 어려울 것이기 때문입니다.

(2) 피침해 기본권의 유무

해산 및 청산절차 없이 해산한 것으로 간주되는 법규정이 시행된다고 하더라도, 귀 공사나 조합, 연합회 자체가 침해될 당하는 재산권이 있을 수 있는지 의문임은 앞서 본 바와 같습니다. 이미 즉시 소멸이 예정된 자들이 기본권을 주장할 가능성도 적으며, 실제로 현행법에 의해 적법하게 해산·청산된다고 하여 소멸하는 귀 공사, 조합 또는 연합회에게 귀속될 잔여재산도 없기 때문입니다. 조합원에 대해서도 농업생산기반시설에 대한 사용·수익권 등 외에 귀속되는 재산이 없는 것은 같으며, 이 사용·수익권이 입법 및 그 시행에 의하여 현재와 동일하게 또는 오히려 더 이상 인정될 것이라는 점에서 침해되는 기본권이란 특별히 없다고 해야 할 것입니다.

다만 가능성은 극히 적다고 생각되지만, 신설될 농업기반공사법이 소급적으로 위헌이라 판명될 경우 이미 소멸한 조합이나 연합회가 문제삼을 가능성은 적더라도 조합원에 의해서 기본권을 침해당했다는 주장이 전혀 불가능한 것은 아니라고 생각합니다.

(3) 소 결

그렇다면 본 질의는 새로운 입법에 의하여 3개 기관의 근거법률 및 보충적으로 적용될 민법의 규정이 배제될 수 있을 것인가가 쟁점입니다. 그리고 이 역시 위헌의 문제와 관련을 가지기 위해서는 침해되는 기본권이 전제되어야 합니다. 그런데 침해되는 기본권이 존재하지 않아 보이는 본건에서 위와 같은 입법 및 그 법률의 시행에 대해 위헌문제가 거론되기는 어렵다고 생각합니다.

나. 본건의 경우 위헌문제 제기 가능성

(1) 해산간주 및 청산절차 생략 입법의 위헌성 유무

앞서 본 것처럼 입법에 의해 침해되는 기본권을 가지지 않는 조합 및 연합회는 구체적인 분쟁을 전제로, 또는 직접 입법 자체 혹은 신설 법률의 시행으로 직접 권리를 침해당했다며 위헌심판을 청구할 수는 없을 것입니다. 사실상 위헌심사의 문제가 제기되기도 전에 공법인(조합 및 연합회)이 소멸할 것으로 보이기도 합니다.

(2) 입법 자체의 위헌성 문제

(가) 법인과 생명권(生命權)

우선 입법 또는 그 법의 시행에 따른 조합 및 연합회의 소멸이 그 자체로 기본권의 하나인 생명권을 침해하는 것은 아닌지 생각해 볼 일입니다. 자연인인 경우 생명권은 가장 기본적인 기본권인 바, 법인의 소멸이 법인으로서의 생명을 박탈하는 것으로 보일 여지도 없지 않기 때문입니다. 그러나 앞서 본 것처럼 법인에게는 그 성질상 생명권 등 자연인을 전제로 한 기본권은 인정되지 않으므로, 법인의 소멸을 내용으로 하는 입법 자체를 크게 문제삼을 수는 없을 것입니다.

(나) 입법권자의 광범한 입법형성의 재량

또한 조합이나 연합회는 그것이 본래 기본권을 가진 주체로 존재하지는 않았습니다. 입법자에 의한 법률에 근거하고 있을 뿐입니다. 그런데 이러한 입법자가 조합이나 연합회의 근거 법률을 폐지하고 새로운 법을 만드는 것은 광범위한 입법자의 입법형성권을 기초로 한 것입니다. 따라서 법의 폐지 및 새로운 법의 제정 등은 원칙적으로 헌법내의 입법권자의 재량에 근거한 것입니다(헌법재판소 1989. 3. 17. 89헌마1 참조).¹⁰⁾ 따라서 이러한 재량권의 범위내의 것이라면 위헌의 소지는 적을 것입니다.

(다) 조합 및 연합회의 기본권의 한계

조합 및 연합회가 가지는 재산권 등 기본권은 근거법인 조합법의 범위내에서 인정되는 한계를 가지는 것으로 이해됩니다. 그런데 질의 사안은 조합법 자체가 폐지되는 경우를 전제로 합니다. 따라서 조합법 안에서 가능한 조합 및 연합회의 기본권은 그 법률의 폐지로 근거를 상실하게 될 것으로 보입니다.

(라) 합헌적 헌법해석 원칙

의형상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 그것이 헌법의 정신에 맞도록 해석될 여지가 조금이라도 있다면 이를 쉽사리 위헌이라고 해석해서는 안된다는 원칙을 합헌적 법률해석 원칙(合憲的法律解釋原則)이라고 합니다. 이러한 원칙은 헌법의 최고규범성에서 나오는 별질서의 통일필요성, 권력분립의 정신, 법률의 내용 및 절차상의 추정적 효력, 국가간의 신뢰보호 필요성 등을 이론적인 근거로 합니다. 따라서 조합 및 연합회에 대한 해산간주 규정이 농업기반공사법에 규정된다고 하더라도 우선 그것은 합헌적인 것으로 추정되어야 할 것입니다.

10) 이 결정은 법원 및 검찰에서의 서기직 종사기간이 전혀 주사직 종사기간으로 환산되지 아니함으로써 사법서서자격의 문호를 좁힌 결과를 낳도록 사법사서법이 개정된 것이 위헌이나에 대한 것이었습니다. 헌법재판소는 법의 개정에 의해 사법서사의 직업선택의 자유가 제한되는 결과가 초래된 것은 사실이지만, 다른 한편으로 사법서사의 자질 저하를 막고 대국민(對國民) 위해를 방지코자 하는 공공복리를 위한 제한으로서 헌법상의 비례의 원칙(比例의原則) 내지 과잉금지 원칙(過剩禁止의原則)에 위배되지 않아 합헌이라고 판시하면서, 아울러 재량규정을 두는 것은 입법권자의 광범한 입법형성 재량에 근거한 선택결정 사항에 속함을 밝히고 있습니다.

(마) 다양한 유사 입법의 존재

기존의 공기관을 소멸시키고 새로운 대체 공기관의 설치근거법이 제정될 경우 기존의 공기관이 해산 및 청산절차없이 해산되는 것으로 의제되는 규정을 삽입하는 것은 혼한 입법 방식입니다.¹¹⁾ 특히 본건과 같이 3개의 기관을 대체하는 하나의 새로운 법인을 설치하는 법률의 경우 이러한 규정이 삽입되는 것이 당연합니다. 이미 귀 공사의 근거인 농어촌진흥공사및농지관리기금법의 부칙 제7조 제4항에서 『농업진흥공사는 이 법에 의한 공사의 설립과 동시에 민법 중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 본다』라고 규정하고 있기도 합니다.¹²⁾

(바) 청산의 불필요 또는 불가능

3개 기관의 경우 본래의 기능을 수행하고 해산할 경우 청산절차를 밟는 것이 당연할 것입니다(조합법 제70조, 제91조). 법인이 해산할 경우 완전히 소멸할 때까지 잔무를 처리하고 재산을 정리하여야 할 것인데, 이 절차가 청산이며, 법인이 그 본래의 목적수행을 위한 적극적 활동을 정지하고 청산절차에 들어가는 것을 해산이라고 합니다. 그런데 질의 사안의 경우 조합이나 연합회가 조합법이나 민법에서 정한 절차에 따른 것이 아니라 공익적인 입법작용에 의해 소멸하게 되며, 소멸한 법인의 일체의 재산이 신설법인에게 그대로 포괄적으로 양도됩니다. 따라서 처리되지 않는 별도의 잔여재산도 있을 수 없고 당연히 그에 대한 잔여재산의 분배절차가 필요하거나 가능한 상황도 아닙니다.

11) 물론 소멸할 기존의 공기관과 신설 공기관이 같은 수일 경우 신설법의 부칙 경과규정에서는 기존의 공기관이 개정법에 의하여 신설 공기관으로 본다는 간주규정이 삽입되는 경우가 있습니다. 그 예로써, 축산업협동조합법에 『제2조(중전의 단체에 대한 경과조치) ① 이 법 시행당시 농업협동조합법의 규정에 의한 특수농업협동조합(축산부문조합을 말한다. 이하 같다)은 이 법에 의하여 설립된 축산업협동조합으로 본다』, 대한지방행정공제회법에 『제2조(대한지방공제회에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 민법의 규정에 의하여 설립된 사단법인 대한지방행정공제회는 이 법에 의하여 설립된 공제회로 본다』라는 규정을 들 수 있습니다.

12) 다만 재단법인의 경우 임원들의 결의에 의해 법인이 소멸됨과 동시에 신설법인에 모든 권리의무를 이전시키고자, 아래와 같은 경과규정을 두기도 합니다.

한국법제연구원법 부칙 제3조(재단법인 법령편찬보급회 및 재단법인 입법기술연구소에 관한 경과조치)는 『① 이 법 시행당시의 재단법인 법령편찬보급회 및 재단법인 입법기술연구소(이하 “보급회등”이라 한다)는 이사회의 의결에 의하여 그 모든 권리와 의무를 이 법에 의하여 설립될 연구원이 승계하도록 법제처장에게 신청할 수 있다.

② 보급회 등은 법제처장의 승인을 얻은 때에는 이 법에 의한 연구원의 설립과 동시에 민법 중 법인의 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 보며, 보급회 등에 속하였던 모든 권리와 의무는 연구원이 승계한다.』

이러한 입법형식은 재단법인에 관한 대외경제정책연구원법, 한국해양수단연수원법 등에서도 나타나고 있습니다.

(사) 기본권 제한의 한계 충족

앞서 본 것처럼 위와 같은 입법은 경쟁력을 구비하지 못한 채 비효율·경제적으로 방만하며, 업무적으로도 중복운영되던 3개 기관을 통합하여 효율성 극대화 및 농어촌의 발전에 기여하고, 소요비용의 절감 및 농업용수의 관리를 통하여 오염을 방지하려는 등의 공익적인 목적을 달성하기 위한 때문입니다. 그리고 이러한 입법 및 그 시행에 의하여 침해되는 사익이란 부존재하거나 존재하더라도 거의 미미하다고 생각합니다. 적어도 새로이 창출되는 공익을 초과하지는 못할 것이 명백할 것으로 보입니다. 그렇다면 이익의 비교 교량상 비례성도 유지된다고 생각합니다.

이런 점을 종합할 때, 법률의 제정 및 그 시행에 의해 침해되는 기본권으로 인해 발생할 위헌의 문제는 극히 적다고 생각합니다.

다. 소결론 및 입법적 보완조치

그렇다면 기존 3개 기관의 존립근거인 법률이 폐지되는 상황에서 폐지될 법 또는 보충적으로 적용되는 민법에서 정한 해산 및 청산절차를 거치지 않고, 그대로 해산되는 것으로 간주하는 법규정이 위헌이 될 가능성은 거의 없을 것이라 생각합니다.

다만 농업기반공사법에서 해산 간주조항만 있는 것에 대하여 청산절차에 관한 내용도 담고자 한다면, 농업기반공사법 부칙 제10조의 말미가 청산절차에 대한 내용까지를 포함하는 것으로서 수정되어야 할 것입니다. 그 수정조항에 대하여는 후술하겠습니다.

4. 농업기반공사법 시안 및 재산 등의 포괄승계에 따른 조세감면 등 제반 경과 조치에 대한 검토

가. 시안에 대한 검토

(1) 제3조(설립)

농업기반공사가 농어촌진흥공사 및 조합, 연합회의 신설합병에 의하여 설립되는 것으로 보이지는 않습니다. 오히려 3개 기관이 근거법의 폐지와 함께 소멸하고, 이를 대체하는 새로운 입법에 의하여 농업기반공사가 설치되는 것으로 보입니다. 그렇다면 상법상의 법률용어으로써 그에 상응하는 의미 및 절차가 전제되는 “합병”이라는 용어는 오해를 불러일으킬 소지가 있어 부적절하다고 생각합니다.

차라리 본 조항에서 “합병하여”라는 용어 대신, “통합하여” 또는 “대체하는”라는 용어가 더 적절할 것이라 생각합니다.

(2) 제14조 제2항

조합법 제45조 제1항에서와 같이 “전부”이라는 용어를 삽입한다면 더 명확한 규정이 되지 않을까 생각합니다. 그렇다면 본 조항은 “제1항의 규정에 의한 비용 중 농업기반시설 유지관리비를 공사가 전부 충당할 수 없다고 농림부장관이 인정할 경우 국고에서 부족액을 보조한다”가 될 것입니다.

(3) 제15조 제2항

새로이 설립될 농업기반공사는 법의 시안에서 잘 나타나고 있는 것처럼 종전의 3개 기관의 역할 및 그 이상의 임무를 수행할 목적으로 하며, 그 활동의 기초가 자본금이라고 할 수 있습니다. 물론 농업기반공사가 수행해야 할 사업내용과 같은 업무를 수행하기 위하여 설립되는 다른 법인이 있을 수 있고, 또 자본금만이 농업기반공사의 재산적 기초가 될 것으로 보이는 않습니다. 따라서 농업기반공사로서는 그 자본금의 전부를 그 법인에 출자할 수도 있을 것입니다. 그렇지만 농업기반공사가 이사회를 통하여 그 자본금의 전부를 타 법인에 출자할 것을 법률에 명시하는 것이 꼭 바람직한지 의문입니다.

차라리 “전부”라는 용어를 삭제하여 “공사는 … 법인에 대하여 그 자본금의 일부를 출자할 수 있다” 또는 “공사는 … 법인에 대하여 출자할 수 있다”로 수정할 수 있다고 생각합니다.

(4) 제17조

(가) 제2, 5항

초안에서는 수해지역의 지정 및 관리를 위하여 “공고”라는 방식을 사용하고 있으나, 구체적으로 공고 장소가 나타나 있지 않을 뿐만 아니라 이를 하위 규정에 위임하고 있는 것으로 보이지도 않습니다.¹³⁾ 공고의 장소가 특정되는 것이 바람직하다고 생각합니다. 단순히 “공고”(초안 제2항) 또는 “해당 게시판에 공고”(초안 제5항) 부분을 “주사무소 및 수해지역을 관할하는 분사무소의 게시판에 공고”로 수정하는 것이 한 예가 될 것입니다.

13) 농어촌공사법 시안에서는 수해지역에서 제외되는 절차에 대하여만 대통령령에 위임하고 있습니다(같은조 제4항 참조)

(나) 제3항

수혜지역이 편입된 시점을 특정한 것은 타당하다고 생각되나, 수혜지역으로 “지정”한 것이 언제인지 명확하지 않습니다. 즉 농업기반공사의 일방적 결정에 의해 “지정”이 가능할 것이라는 점에서 농업기반공사 내부적으로 지정을 결정한 시점인지, 아니면 같은조 제2항 또는 제5항에서 규정한 것처럼 “공고”한 시점인지, 아니면 그 공고기간이 경과한 시점인지 더 특정할 필요가 있습니다. 문리해석상 “지정한 시점”이란 농업기반공사 내부에서 지정하기로 결정한 시점으로 풀이될 가능성이 크고, 이 경우 농업인(또는 수혜자)이 알기 곤란하다는 문제가 생깁니다. 이러한 점을 고려하여 이를 “공고한 날” 또는 “공고기간이 경과한 날”에 수혜지역에 편입된 것으로 하는 것이 타당할 것이라 사료됩니다.

(5) 제18조

(가) 제1항

앞서 언급한 것처럼 수혜자의 범위가 조합원의 범위와 일치하거나 그것을 포함하는 것이어야만 조합원에 대한 농업생산기반시설에 대한 사용·수익권의 침해문제가 발생하지 않게 될 가능성이 커집니다. 그렇다고 수혜자의 범위를 무제한으로 확대할 경우 농업기반공사가 수행하는 사업으로부터 아무런 이익도 받지 못하는 자(가령, 수혜지역 범위내에서 대지위에 건물만을 소유하면서 환경개발 또는 오염과 무관한 자 등)까지 수혜자에 포함되게 되며, 이러한 경우 수혜자에게 강제적으로 징수되는 요금이 부과되어야 하는지의 문제도 발생하게 됩니다(시안 제20조 참조).

이런 점에서 수혜자의 범위를 조합원의 범위와 동일하게 또는 더 넓게 인정하되, 합리적으로 제한할 필요가 있습니다. 생각건대, 농업기반공사는 조합과는 달리 환경복원사업과 환경기초시설의 설치 및 지원사업, 농업생산기반관련 구조물 생산 및 보급사업을 할 수 있으므로(시안 제15조 제1항 제3호), 위와 같은 농업기반공사의 사업과 관련을 가지는 수혜지역의 토지에 대한 물권자까지만을 수혜자로 함이 타당할 것입니다.

이러한 점을 고려하여 본항의 제3호를 그대로 둔 채, 제1, 2호를 수정함으로써 수혜자의 범위를 제한적으로 규정해 본다면, 다음과 같을 것입니다.

1. 수혜지역안의 토지를 공사의 사업과 관련하여 사용·수익하는 토지 소유자
2. 수혜지역안의 토지를 공사의 사업과 관련하여 사용·수익하기 위하여 소유권 이외의 물권(등기된 임차권을 포함한다. 이하 같다)을 가진 자

(나) 제3항

조항을 더 명확하게 하기 위해서 다음과 같이 수정하는 것이 바람직하다고 생각합니다. 즉 “수해지역의 토지에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 자는 지체없이 공사에 신고하여야 한다”.

(다) 제4항의 신설

제3항에서 신고의무가 규정되어 있으나, 그 절차에 대하여는 아무런 언급이 없으므로, 신고의 절차 등에 대하여 대통령령 또는 농림부령에 위임하는 규정이 신설될 필요가 있다고 생각합니다.

(6) 부칙 제8조

농업기반공사법의 시행과 동시에 임원들의 임기가 종료된 것으로 보는 조항이 위헌이 될 가능성은 적다고 생각합니다. 그러나 적절한 보상이 이루어질 경우 그 가능성 또는 위헌여부에 대한 문제제기의 가능성은 더 축소될 것입니다. 이러한 점에서 만약 예산이 허용된다면 아래와 같이 보상에 관한 위임규정을 둘 수도 있을 것입니다. 다만, 이러한 규정이 없더라도 사실상의 적절한 보상을 행함으로써 위헌 관련 문제발생의 가능성을 줄일 수 있다는 점에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같습니다.

“이 법 시행과 동시에 … 종료된 것으로 본다. 다만 이와 관련한 보상의 내용 및 절차에 대하여는 대통령령(또는 농림부령)으로 정한다.”

(7) 부칙 제11조

농업기반공사법은 공사설립위원회에 관한 경과규정(시안 부칙 제5조)을 제외하면 공포 후 1년이 경과해야 시행되고(시안 부칙 제1조), 농업기반공사법이 시행되어야 조합법 등이 폐지됩니다(시안 부칙 제2조). 그리고 농업기반공사법이 공포 후 시행되기 전부터(따라서 조합법 등이 폐지되지 않은 상태에서) 공사설립위원회가 농업기반공사의 설립을 위한 준비로써 정관을 작성한 후 농림부장관의 인가를 얻어 설립동기를 행하면 농업기반공사가 설립됩니다(시안 부칙 제5조 제1, 3항). 그런데 농업기반공사가 설립되면 귀 공사 및 조합, 연합회의 재산 일체가 포괄승계될 것이며(시안 부칙 제10조 제1항), 동시에 귀 공사 및 조합, 연합회는 해산간주될 것입니다(시안 부칙 제11조). 물론 농업기반공사는 농업기반공사법의 시행 전에 설립될 것으로 예상됩니다.

그렇다면 농업기반공사가 설립되고 귀 공사 등의 재산 일체가 포괄승계되는데, 이 당시는 농업기반공사법의 시행 전일 것이어서 조합법이 유효하게 존속하므로, 조합의 경우 조합법상의 해산절차를 밟아야만 하는 문제가 생길 수 있습니다. 재산이 전혀 없는 조합이 당초의 설립목적 달성을 달성할 수 없을 것이며, 이는 법정 해산사유이기 때문입니다(조합법 제61조 제1항). 연합회(조합법 제61조 제2, 3항, 민법 제77조) 및 귀 공사의 경우도 마찬가지입니다(민법 제77조). 따라서 귀 공사 등이 해산간주되기 위해서는 민법 뿐만 아니라 조합 및 연합회에 대하여 특별한 해산 및 청산과정에 대하여 규정하고 있는, 그 당시까지는 폐지됨이 없이 유효하게 존속될 가능성이 있는, 조합법상의 관련 규정도 적용되지 않아야 할 필요가 있게 됩니다.

또한 해산 후 청산에 대하여 언급이 전혀 없는 것도 문제될 수 있습니다. 차라리 귀 공사 등의 재산일체가 포괄적으로 농어촌공사에 승계됨과 동시에 청산이 마무리되었다고 간주할 수 있을 것입니다.

이러한 취지를 종합적으로 반영하여 본 조를 수정해 본다면 다음과 같을 것입니다.

“농어촌진흥공사·… 연합회는 농지개량조합법 및 민법 중 해산 및 청산에 관한 규정에도 불구하고 공사의 설립과 동시에 해산되고, 재산 및 권리·의무가 공사에 포괄승계됨과 동시에 청산된 것으로 본다.”

나. 재산 등의 포괄승계와 관련한 조세 감면 관련 경과조치

(1) 조세감면 등과 관련된 사항

농어촌진흥공사및농지관리기금법 제39조에서 규정하고 있는 것처럼, 농업기반공사가 농지매매사업(제24조), 농지의 장기 임대차(제26조) 등의 사업과 관련하여 농지소유자가 농지를 농업기반공사에 매도함으로써 발생하는 소득이나 농지의 장기임대차와 관련하여 농업기반공사에 발생하는 소득에 대하여 조세를 감면하는 근거를 둘 필요가 있다고 생각합니다. 다만 이러한 문제는 국가의 징세권(徵稅權) 및 입법정책에 따라서, 그리고 관계부처간의 협의에 의해서 결정되는 것이라 하겠습니다.

이와 관련하여 농어촌진흥공사및농지관리기금법 제39조의 조항과 유사한 내용 및 형식의 규정을 보칙에 삽입하는 것도 고려할 수 있을 것이며, 아래의 규정내용이 참고될 수 있을 것입니다.¹⁴⁾

제00조 【租稅의 減免】

- ① 농지의 소유자가 제24조의 규정에 의하여 공사에 농지를 매도함으로써 발생되는 소득에 대하여는 조세감면규제법이 정하는 바에 따라 양도소득세 또는 법인세 특별부가세를 감면할 수 있다.
- ② 공사가 제24조 및 제26조에 규정된 사업을 시행하는 경우 조세감면규제법 또는 지방세법이 정하는 바에 따라 법인세 및 법인세특별부가세와 취득세·등록세·종합토지세 및 농지세를 감면할 수 있다.

(2) 농업기반공사에 대하여 적용되는 법인세율

신설법에 의해 설립될 농업기반공사가 조세감면규제법상의 공공법인이 될 수 있을 것이라 생각됩니다. 그렇지만 농업기반공사가 비영리내국법인으로 인정될 여지도 적어 보이고(조세감면규제법 제60조 제1항 후단 참조), 농업기반공사에 적용될 법인세율이 현재 농지개량조합에 적용되던 100분의 12가 될지는 의문입니다(조세감면규제법 제59조 제1항 제1호, 제60조 제2항 제8호). 공공법인 중에서 비교적 규모가 작고 영세한 법인¹⁵⁾에 대하여만 100분의 12의 최저세율이 적용되고 법인세법 제8조의 과세표준(= 수익사업에 대한 각 사업년도의 소득 - 이월결손금 - 비과세소득 - 소득공제)이 적용되지 않을 뿐, 다른 공공법인에 대하여도 대부분이 100분의 28의 법인세율이 적용되고 있기 때문입니다.

다만 농업기반공사에 적용될 세율이 어떠해야 하는가 역시도 순전히 국가의 징세권 및 입법정책상의 문제이지, 법이론상의 필연성 또는 법논리에 의하여 결정될 사안은 아닙니다. 이러한 점에서 신설될 농업기반공사에 적용될 법인세율이 관계부처간(농림부와 재정경제부)의 협의를 통해 현재 귀 공사에 적용되는 세율보다 감경될 가능성이 전혀 없다고는 할 수 없을 것입니다.

14) 아래의 법령도 참고가 될 수 있을 것입니다.

제주도개발특별법

제44조 【租稅의 減免】

국가 또는 지방자치단체는 개발사업과 진흥계획의 원활한 추진을 위하여 필요한 경우 개발사업지구 안의 토지 등을 양도 또는 취득함에 따라 발생하는 소득이나 진흥계획에 의한 사업을 경영함에 따라 발생하는 소득 등에 대하여는 조세감면규제법 및 지방세법 등이 정하는 바에 의하여 조세를 감면할 수 있다.

국제선박등록법

제 9 조 【國際船舶에 대한 支援】

정부는 국제선박에 대하여 관계법령이 정하는 바에 의하여 조세의 감면 기타 필요한 지원을 할 수 있다.

15) 각종 협동조합이 그것입니다(조세감면규제법 제59조 제1항 제1호, 제60조 제1항).

5. 결 론

- 가. 조합이나 연합회, 조합원들이 농업기반공사법의 제정 및 시행에 의하여 침해당하는 재산권은 사실상 거의 없게 될 것입니다. 조합원들이 장기채의 일부분의 변제를 이행하였다고 하여 그것이 조합 또는 연합회에 대한 채권이 된다거나 또는 포괄승계되는 재산에 대한 권리를 주장할 수 있는 사유가 된다고 보이지도 않습니다. 또한 재산권의 일부가 침해된다고 하더라도 그것은 헌법에서 긍정하고 있는 한계내의 것이 될 가능성이 매우 높을 것입니다. 이러한 점에서 농업기반공사법의 입법과 관련한 조합, 연합회, 조합원에 대한 재산권침해 문제는 발생할 가능성이 극히 적다고 생각합니다.
- 나. 퇴직급여충당금, 감가상각충당금, 각 적립금 등은 조합원의 재산권 대상이라 할 수 없다는 점에서, 포괄적으로 농업기반공사에 승계된다고하여 조합원의 재산권을 침해하는 것이 될 수는 없을 것이라 생각합니다. 따라서 조합원의 재산권 침해를 전제로 한 위헌문제는 제기될 가능성이나, 설령 제기되더라도 위헌이 될 가능성은 매우 희박하다고 생각합니다.
- 다. 농업기반공사법에서 조합 및 연합회의 임원들에 대한 임기가 일률적으로 만료된다고 의제하더라도, 임원 또는 그가 임기에 관하여 가지는 권리의 성격이나, 농업기반공사법이 추구하는 공익적 목적 등에 비추어 위헌이 될 가능성 역시 매우 적을 것입니다. 다만 위헌의 문제를 포함한 사법상의 문제를 야기할 가능성이 있다면, 별도의 보상과정을 통하여 그러한 위험을 예방하는 것도 고려할 수 있을 것입니다.
- 라. 기존 3개 기관의 존립근거인 법률이 폐지되는 상황에서 이를 대체할 새로운 법에서 폐지될 현행법 내지는 보충적으로 적용되는 민법에서 규정한 소멸(해산 및 청산)절차를 거침이 없이 그대로 해산된다는 간주규정을 두더라도 그 법률 또는 관련 규정 부분이 위헌적인 것이 될 가능성은 거의 없을 것으로 생각합니다.
- 마. 농업기반공사법 시안에 대한 검토는 본문의 해당 부분과 같으며, 새로이 설립될 농업기반공사에 대하여 적용될 법인세율이 현재의 농지개량조합에 적용되는 것과 같이 감경되기 위해서는 부처간의 협의가 필요하다고 생각합니다.

(우방종합법무법인 법률자문변호사)

담당변호사 윤 호 일, 담당변호사 유 인 의, 담당변호사 윤 희 응

담당변호사 김 재 영, 담당변호사 최 승 진, 담당변호사 함 정 민(이상 6명)

여 백

(참고자료)

헌법재판소 결정례

1. 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호 결정(사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원)
2. 1991. 3. 11. 선고 90헌마28 결정(지방의회의원선거법 제28조 등에 대한 헌법소원)
3. 1991. 6. 3. 선고 90헌마56 결정(영화법 제12조 등에 대한 헌법소원)
4. 1989. 12. 18. 선고 89헌마32 등 결정(국가 보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원)

여 백

헌법재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1호 결정 : 사법서사법시행규칙에 관한 헌법소원

[재판요지]

[판시사항]

1. 구 사법서사법시행규칙 (1973.10.1. 대법원규칙 제544호로 개정되기 전의 것) 제1조의 폐지에 따르는 경합자 환산경과규정 불비의 입법부작위에 대한 헌법소원의 적법여부
2. 법령에 대한 헌법소원의 직접성의 요건을 갖춘 예
3. 법령에 대한 헌법소원과 보충성의 원칙
4. 사법서사법(1986.5.12. 법률 제3828호) 제4조 제1항 제1호의 위헌여부

[결정요지]

1. 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없고 다만 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였을 때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 되지만, 이른바 부진정역급효입법의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 입법의무가 없으므로 헌법소원심판청구는 부적법하다.
2. 사법서사의 자격부여가 경력에 치중하여 운영되고 있다면 기본권침해의 소지는 사법서사법 제4조 제1항 제1호 전단의 경력규정 부분에서 직접 생길 수 있는 것이고, 또한 위 전단규정만에 의하여 사법서사직을 선택하여서는 안 될 의무가 생긴다면 이른바 기본권침해의 직접성의 요건도 갖추어진 것이다.
3. 법령자체에 의한 기본권침해가 문제되어 법령자체에 대한 헌법소원심판청구를 하였을 때에는 이른바 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 보충성의 예외적인 경우에 해당한다.
4. 사법서사법의 개정으로 서기직 종사기간이 전혀 주사직 종사기간으로 환산되지 아니함으로써 사법서사자격의 문호를 좁혀 직업선택의 자유를 제한하는 결과가 되었다 해도 이와 같은 제한은 공공복리를 위한 제한으로 보아야 할 것이고 그 제한이 헌법상의 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙의 위배로 보여지지 않고, 나아가 사법서사법이 환산근거규정을 두지 않았다 하여도 이는 입법자의 결정사항에 속한다.

[참조조문]

헌법 제11조 제1항, 제15조

헌법재판소법 제68조 제1항 단서

사법서사법(1986.5.12. 법률 제3828호) 제4조 부칙

구 사법서사법시행규칙(1973.10.1. 대법원규칙 제544호로 개정되기 전의 것) 제1조

=====

[재판전문]

청구인 김공수

대리인 변호사 김도창(국선)

[주문]

이 사건 심판청구 중 입법부작위에 관한 부분을 각하하고, 나머지 청구를 기각한다.

[이유]

1. 심판의 대상

이 사건 소원심판 청구는 첫째로 법원서기 및 주사 경합자의 경우 주사경력으로 환산하는 사법서사법시행규칙을 두지 아니한 입법부작위에 의한 기본권의 침해, 둘째로 사법서사의 자격요건에 관하여 “동등이상의 학력과 경험이 있다고 인정하는 자”의 규정을 두지 아니한 사법서사법 제4조 제1항 제1호에 의한 기본권의 침해주장에 관한 것이다.

2. 사법서사 자격에 관한 관계규정과 헌법소원의 제기

가. 사법서사의 자격요건에 관한 사법서사법 개정연혁을 살펴보기로 한다.

1963.4.25. 법률 제1333호(이하 1963년 법이라 한다)로 제정된 사법서사법 제4조에 의하면 사법서사의 자격요건에 관하여 제1호에서 “5년이상 법원 및 검찰청 서기 이상의 직에 있던 자 또는 동등 이상의 학력, 경험이 있다고 인정되는 자”로, 제2호에서 “사법서사시험에 합격한 자”로 규정하였고, 동법 시행규칙(1963.5.11. 공포, 대법원규칙 제178호) 제1조 제1항에서는 “사법서사법 제4조 제1호 후단의 동등이상의 학력, 경험이 있다고 인정되는 자라 함은 10년이상 법원, 검찰청의 서기보의 직에 있던 자를 말한다”고 하고, 제2항에서 “서기보와 서기의 재직연수가 경합하는 경우에는 서기보의 재직연수의 2분의 1을 서기의 재직연수로 계산한다”(이하 경합자 환산 규정이라 한다)고 각 규정하였다.

한편 1973.1.25. 개정된 법원조직법 부칙 제5조에 의하여 법원서기(갑)은 법원주사로, 법원서기(을)은 법원주사보로, 법원서기보(갑)은 법원서기로, 법원서기보(을)은 법원서기보로 각 그 직명이 바뀌게 되었다.

그뒤 1973.2.24. 법률 제2551호(이하 1973년 법이라 한다)로 개정하면서, 동법 제4조 제1호에서는 실무경력자의 자격요건에 관하여 “7년이상 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년이상 법원사무관 이상의 직에 있던 자”로 상향시키는 한편, 1963년 법에 있었던 “동등 이상의 학력, 경험이 있다고 인정하는 자” 규정(이하 동등 이상의 규정이라 한다) 부분을 삭제함과 동시에 동법 시행규칙의 개정으로 1963년 시행규칙 제1조의 규정이 폐기됨으로써 위 경합자 환산 규정은 없어지게 되었다.

위 사법서사법 제4조 제1호는 또다시 1986.5.12. 법률 제3828호(이하 1986년 법이라 한다)로 개정되었는데 여기에서는 실무경력자의 자격요건을 “15년 이상 법원서기보나 검찰서기보 이상의 직에 있던 자, 7년이상 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년 이상 법원사무관이나 검찰사무관 이상의 직에 있던 자로서 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자”로 규정함으로써 법원 검찰서기보 15년 이상의 근속자에게 사법서사의 자격취득을 가능케 하였으나, 1963년 법상의 동등 이상의 규정이나 1963년 시행규칙상의 경합자 환산규정은 부활하지 아니하였다.

나. 청구인은 1968.6.17. 조건부 법원서기보의 직에 임명되어 서울민사지방법원 안성동기소에서 처음 근무를 시작하여 같은 해 12.16. 법원서기보의 직에, 1978.5.1. 법원주사보의 직에, 1980.1.1. 법원주사의 직에 차례로 승진하면서 서울민사지법, 춘천지법 등지에 근무하다가 1981.2.4.에 퇴직하게 되었다.

다. 청구인은 1968.6.17.부터 1978.4.30.까지 9년 10개월 남짓 법원서기보직에, 1978.5.1.부터 1981.2.4.까지 2년 9개월 남짓 법원주사보, 주사직에 있었지만, 1986년 법 즉 현행법에 의하면 15년 이상 법원서기보 이상의 직, 7년이상 법원주사보 이상의 직의 각 실무능력을 요하므로 사법서사의 자격을 취득할 수 없게 되어있다. 다만 1963년 시행규칙에서와 같은 재직연수의 경합자 환산의 규정이 있으면 법원서기보 재직연수 9년 10개월의 2분의 1인 4년 11개월과 법원주사보 이상의 재직연수 2년 9개월을 합한 7년 8개월이 되어 위 7년이상의 법원주사보 이상의 직에 있던 자에 해당하게 되어 사법서사 자격을 취득할 수 있게 된다.

그리하여 청구인은 1987.7.11. 대법원에 사법서사의 자격을 인정해 달라는 취지의 민원신청을 하였으나, 대법원은 같은해 7.20.에 현행법은 물론 1973년 개정 법률 이래 사법서사 자격취득을 위한 실무경력에 관하여 1963년 법에서와 같은 동등 이상의 규정을 두고 있지 아니하여 동법 시행규칙에 경합자 환산규정을 둘 수 없다는 것을 이유로 이를 받아 들이지 아니하였다.

그리하여 청구인은 법원행정처장을 상대로 사법서사 규칙을 제정해 달라는 행정소송(서울고등법원 87구 1582)을 제기하였고, 1988.5.17. 패소판결을 받자 이에 불복하여 상고를 제기하였다가 같은 해 12.22. 상고취하를 하였다. 청구인은 같은해 9.23. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 당 재판소에 이 사건 헌법소원 청구를 한 것이다.

3. 당사자 등 주장요지

가. 청구인의 주장

(1) 청구인 주장의 요지는, 사법서사 자격에 관하여 위 1986년 법 개정시 그 시행규칙에서 마땅히 부활시켜야 할 경합자 환산 규정을 두지 아니한 입법부작위 그리고 원칙적으로 1986년 사법서사법을 개정하면서 동법 시행규칙에서 위 경합자환산 규정의 근거모법이 될 동등이상의 규정부분을 빼고 개정한 동법 제4조 제1항 제1호 전단의 위헌법률 때문에 다음과 같은 기본권의 침해를 받았다는 취지로 보여진다.

첫째로 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해받았다고 하는 것이다.

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 공공복리 등을 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있으나, 그 경우에도 필요한 최소한도의 제한만을 할 수 있는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙을 존중하여야 할 것인 바, 사법서사법이나 규칙에서 경합자 환산규정을 두지 아니함으로써 하위직 경력이 무시되어 예를들면 서기보 15년이면 사법서사 자격을 얻는데, 서기 10년에 주사보 4년 11개월의 경력으로도 자격을 얻지 못하는 결과가 생기는 등으로 분명히 위 비례의 원칙에 위반된다는 것이고,

둘째로는 위 1963년 법 아래에서는 위 시행규칙상의 환산규정에 의하여 혜택을 받을 수 있었으나, 위 1973년 법과 1986년 법 아래서는 위와같은 재직기간 환산규정이 없으므로 그 혜택을 받을 수 없으니, 이는 결국 입법행위의 면에서 헌법상 보장된 평등의 원칙 내지 형평의 원칙에 위배임은 물론 조리법에도 위반되는 위헌법률이니 청구인은 이에 의하여 평등권을 침해당하였다는 것이다.

이에 나아가 현행 사법서사법 제4조 제2항에 대법원 규칙으로 위임한 위임규정이 있으며 또 1986년 법에 동등이상의 규정을 두지 않았다 하여도 15년이상 서기보직에 있었던 자에게 자격을 인정하였음에 비추어 당연히 경합자 환산 규정을 두어 보호하여야 한다는 것이다.

나. 법원행정처장의 답변요지

(1) 먼저 법원행정처장은 법령자체에 대한 헌법소원임을 전제로 하여 본안전 항변으로, 법령의 규정자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 당해 법령의 규정만에 의하여 “직접적으로” 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우라야 할 것인데, 이 사건에 있어서 청구인이 문제삼고 있는 법규정에 의하여서는 이에 해당되지 않는다는 것이다. 즉 현행 사법서사법 제4조 제1항 제1호의 규정에 의하면, 사법서사 자격의 취득 여부는 법원 또는 검찰에서의 일정한 실무경력의 유무만에 의하여 결정되는 것이 아니고, 종국적으로는 대법원장이 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 인정하느냐 않느냐에 따라서 결정되는 것이므로, 위 사법서사법에서 경합자 환산 규정의 모법을 두지 않고 있다하여 그것이 “직접적으로” 청구인의 어떠한 권리를 침해하고 있다

고 볼 수는 없다는 것이다. 또 경합자 환산규정을 두지 아니한 위 사법서사법의 규정 등이 헌법위반이 된다고 하더라도, 청구인으로서는 일단 대법원장에게 사법서사의 자격인정 신청을 한 다음 그 신청이 거부되었을 때 법률에 규정된 구제절차를 밟을 수 있을 것이며, 이러한 절차를 밟은 바 없이 위 규정 등이 청구인의 기본권을 침해하였다하여 심판청구를 함은 부당하다는 것이다.

따라서 청구인이 직접적으로 기본권의 침해를 받은 바 없이 또한 법률에 규정한 구제절차를 밟은 바 없이 이 사건 심판청구에 이른 것은 부적법하다는 취지이다.

(2) 현행법 제4조 제1항 제1호가 사법서사의 자격인정을 받을 수 있는 자를 위와같이 한정적으로만 열거하고 있는 이상, 대법원규칙으로는 하위직의 재직기간을 상위직의 재직기간으로 환산해 주어 사법서사의 자격인정을 받을 수 있도록 하는 등의 규정을 둘 수 없다는 것이고, 동조 제2항의 대법원규칙에 위임하는 규정은 사법서사 자격인정의 구체적절차 등에 필요한 사항을 대법원규칙으로 정한다는 취지에 불과한 것이고 경력환산에 관한 것이 아니라는 것이다.

(3) 현행 사법서사법 제4조 제1항 제1호의 규정이나 동법 시행규칙에서 환산규정을 두고 있지 않은 것이 헌법상 보장된 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 이를 불필요하게 제한한다고 볼 수 없고, 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다는 것이다.

4. 판단

가. 사법서사법 시행규칙의 입법부작위에 관한 소원부분 판단

우선 그 적법성에 관하여 직권으로 본다.

무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려하에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 일반국민이 입법을 해달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 타하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 입법당국으로 하여금 입법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 입법자의 지위에 같음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 된다고 할 것이다.

따라서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수 밖에 없다고 할 것인 바, 생각컨대 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법 위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당될 것이며, 이때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다.

이 사건으로 돌아가서 보면 헌법은 물론 사법서사법에서 하위법인 사법서사 규칙에다가 실무 경력자를 위해 위와같은 경합자 환산 규정을 두도록 위임한 바는 없으며, 오히려 사법서사법 제4조 제1항 제1호에서 사법서사 자격의 취득을 위한 경력으로 15년이상 서기보이상의 직에 있던 자, 7년이상 주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년이상 사무관 이상의 직에 있던 자 등 세 가지를 한 정적으로 열거하고 있을 뿐이며, 동조 제2항의 위임규정은 단지 제1항 제1호 후단에서 정한 대법원장의 인정행위 등의 구체적 절차에 대한 것에 불과하다고 볼 것이고, 1986년 법에서 서기보이상의 직에 있었던 자에게 실무경력을 인정하는 것이 곧 1963년 법상의 동등이상의 규정 부활이라고는 볼 수 없을 것이다.

나아가 청구인에게 있어서 입법을 통해 국가가 보호하여야 할 어떠한 기본권이 확보되어 있는가를 본다.

과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법을 상정할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다고 할 것이다.

청구인의 경우에 1973년 위 경합자 환산 규정이 폐지될 당시인 1973.2.까지 법원서기보직으로 4년 10개월정도 재직하였으므로 구법인 동 시행규칙에 의해서도 청구인은 주사직 2년 5개월간 종사자로 환산되는데 그치고 따라서 주사직 5년을 요했던 구법당시 사법서사법에 의해서도 이미 그 자격을 얻은 것이 아니고 취득을 위한 기간이 진행중에 있었음이 분명하다면, 공익을 고려하고 정책의 형성자유가 부여된 입법자로서 위 환산규정을 폐지하면서 신입법을 하는 마당에 구법상의 기대이익 존중의 입법의무까지는 발생하지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건에 있어서는 위임규정으로 인하여서나 기히 생긴 기본권의 존중을 위하여서나 입법의무가 있는 경우에 해당되지 아니하므로 위와같은 의무의 존재를 전제로 한 이 사건 심판 청구중 입법부작위에 관한 부분은 더 나아가 살필 필요도 없이(규칙으로 입법을 하지 않고 있는데 대하여 부작위 위법확인 청구의 문제도 따져 볼 수 있다 할 것인데 구태여 여기에서는 논의치 않기로 한다) 부적법을 면치 못할 것이다.

나. 사법서사법에 관한 소원부분 판단

(1) 이 사건은 사법서사법 제4조 제1항 제1호에 의하여 사법서사 자격취득을 위한 경력으로 위 동등이상의 규정을 두지 아니하여 청구인의 기본권이 침해되었으며 이의 보충규정이 필요하다는 의미에서 사법서사법 자체의 입법부작위에 관한 소원인 것으로도 보여지지만, 동 조항 자체가 위헌이라는 적극적 의미의 입법행위에 관한 소원인 것으로 선택하면서 위 법원행정처장의 본 안전 항변을 본다.

살피건대, 사법서사 자격 부여과정에 있어서 사법서사법 제4조 제1항 제1호 전단 소정의 경력있는 자에 대해서는 특단의 사정이 없는한 동 후단 소정의 “사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다”고 인정하고 있으며, 따라서 자격부여에 있어서 대법원장의 인정행위보다는 경력에 치중하여 운영되고 있는 것이 실정이라면 기본권침해의 소지는 경력 규정 부분에서 바로 직접 생길 수 있는 것이라고 봄이 상당할 것이고, 또 이 사건에 있어서 엄밀하게는 제4조 제1항 제1호 후단이 아니고 전단의 위헌성을 다투고 있는 것이며 이것이 재량규정이 아님은 규정자체로 명백하다면 전단규정의 집행행위 여하에 따라 사법서사의 자격을 얻게 될 수 있는 것이 아니니 청구인에게 이 규정만에 의하여 사법서사직을 선택하여서는 안될 의무가 생기므로 이른바 기본권 침해의 직접성은 갖추어진 것이다.

한편 앞서 본바와 같이 청구인이 1987.7.20. 민원의 형식으로 대법원에 사법서사 자격인정 신청을 했다가 거부된 바 있는데 그 거부사유가 동 후단 소정의 사법서사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력을 인정할 수 없다는 것이 아니고, 현행 사법서사법에는 구법에서처럼 동등 이상의 규정이 없어 동 시행규칙상 경합자 환산 규정의 입법의 여지가 없다는 것으로 문제의 소재가 법률 자체에 있다는 것이었던 바, 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 신설된 이제(당 재판소 설치전에 청구인은 행정소송을 제기한 바가 있음은 앞서 본 바이다) 법률에 대한 헌법소원으로 사법서사법의 위헌성을 직접 다투는 문제의 해결책을 시도하지 않고, 위 거부행위를 놓고 법률에 관한 직접적인 위헌판단이 허용되지 아니하며 우회적인 해결책 밖에 될 수 없는 행정소송을 먼저 제기할 것을 요구함은 기대가능성이 없는 일이거니와, 이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없어, 구체절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구체절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다.

따라서 법원행정처장의 본안전 항변은 어느모로 보아도 그 이유없다 할 것이고, 사법서사법에 관한 소원부분은 적법한 것으로 인정된다.

(2) 나아가 사법서사법에 관한 소원 부분의 본안에 대하여 본다.

우선 청구인의 직업선택의 자유의 침해라는 주장부터 살핀다.

원래 법원주사보, 법원주사, 법원사무관 또는 법원서기관 등 법원주사보 이상의 직(이하 주사직이라 한다)은 절차법상 심판참여, 조서작성, 소송서류의 공증, 보관 및 집행문부여 등 재판의 부수업무와 아울러 등기업무를 취급하는 각급 법원에 배치된 단독제 국가기관인데 대하여, 법원서기보, 서기직(이하 서기직이라 한다)은 단지 이 직책의 보조자에 지나지 아니하며 서기직에 있는자에게 주사직의 직무대리가 허용되지 않을뿐 아니라 연한이 닳고 공석이 생겨도 바로 서기직에서 주사직으로 승진될 수 있는 것이 아니고 법원공무원규칙에 따른 별도의 7급 일반 승진시험의 합격을 요한다는 점에서 서기직책과 주사직책 사이에는 질적 차이가 있다고 할 것이다.

그런데 사법서사직은 이와같은 서기직에 대응한다기보다 주사직 업무에 대응하는 것으로 입법연혁상으로도 주사직 경력자에 그 자격을 부여함을 원칙으로 하여 왔던 것이며, 때에 따라 서기직 장기근속자에게도 자격을 주었다면 그것은 다분히 은혜적 성질의 것임을 부인할 수 없다고 할 것이다.

한편 사법서사직은 대국민 법률서비스직의 일종으로 현재와 같이 변호사가 전국적으로 확산 분포되지 않은 우리나라의 현황하에서는 그 자질과 능력 여하에 따라 국민의 법률생활에 지대한 영향을 미칠 공익적 직책이다.

따라서 무슨 직종이던 단순히 법원에 근무하였다는 사실만으로 되도록 호의적 방향의 자격부여의 입법만이 능사가 아니며 국민의 법률생활의 안정과 불의의 위해방지를 위하여 그 자격부여에 있어서 합목적적으로 신중히 정할 입법사항이라고 할 것이다.

그렇다면 사법서사법에 위 동등 이상의 규정을 정하지 아니하여 경합자 환산 규정의 근거를 잃게 되었고 따라서 서기직 종사기간이 전혀 주사직 종사기간으로 환산되지 아니함으로써 사법서사자격의 문호를 좁혀 직업선택의 자유를 제한하는 결과가 되었다 해도 직업선택의 자유가 제한될 수 없는 절대적 자유가 아닐진대 이와같은 제한은 위에서 본 바와같이 서기직의 지위를 고려하여 사법서사의 자질저하를 막고 대국민 위해를 방지코자하는 공공복리를 위한 제한으로 보아야 할 것이고, 그 제한이 헌법상의 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙의 위배로 보여지지는 않는다.

다음 청구인의 평등권 위반의 주장을 살펴본다.

사법서사법에 위 동등이상의 규정을 두지 아니함으로써 하위법규인 시행규칙상 서기와 주사 경합자 환산규정을 둘 수 없는 결과가 된 것도 사실이지만, 또한 주사와 사무관 경합자 환산 규정을 제정할 여지가 없게 된 것도 간과해서는 안될 것이다.

이렇게 본다면 동등이상의 규정을 두지 아니한 것이유독 서기와 주사 경합자에 한하여 부당하게 차별대우를 받게 되는 모법으로도 볼 수 없을 것이다. 더구나 입법자는 모든 사람에게 사법서사 시험에 의하지 아니하고 자격취득의 혜택을 준 것은 아니다. 법원직원의 실무경력을 존중하여 시험면제케 한 것 자체가 다른 자격취득자에 비하면 보다 유리한 법적지위를 부여한 것이다. 입법부의 입장에서 사법서사 자격부여를 위한 경력등에 관하여 엄격하게 객관적으로 일정한 기간 경력을 쌓은 자에게 국한시키는 방안과 이 이외에 “동등이상의 학력, 경험이 있다고 인정하는 자”에게까지 확대하는 방안을 상정할 수 있다 할 것인데, 후자의 방안을 택하여 주관적 재량규정을 두는 쪽을 택하면 이 규정의 운영당국이 누구를 동등이상의 학력과 경험이 있는 자로 정할 것인가에 관하여 자율적 입법권에 바탕을 둔 규칙으로 적의 지침을 세워 바람직한 운영을 기할 수도 있지만, 지침을 그릇세우다 보면, 자격남발로 국민에게 큰 위해를 끼칠 수도 있는 것이다.

이렇듯 재량규정을 둬서 장단점이 있을 수 있는 이상 어느때는 두었다가 이제 이를 삭제하였다 하여도(위 재량규정은 위에서 본바와 같이 현행법 이전인 1973년 사법서사법 개정시에 이미 삭제되었던 것이며 문제의 소재가 그때부터 발생된 것이다), 이는 특단의 사정이 없는한 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 선택결정 사항에 속한다고 할 것이며 위 입법에 헌법재판소가 관여할만큼 현저한 합리성이 결여되거나 입법형성권에 명백한 남용내지 자의가 있어서 평등권의 침해가 있었다고 할 사유를 찾을 수 없다.

따라서 사법서사법 제4조 제1항 제1호는 헌법 제11조, 제15조의 규정에 위반하는 것이 아니다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 입법부작위 부분은 부적법하여 이를 각하할 것이고, 그 나머지 부분은 이유없어 이를 기각할 것인바, 이에 관하여는 관여재판관 전원의 의견일치를 보았다.

재판장	재판관 조규광	재판관 이성렬	재판관 변정수
	재판관 김진우	재판관 한병채	재판관 이시윤
	재판관 최광률	재판관 김양균	재판관 김문희

재판관 한병채는 해외출장중이므로 서명날인 불능.

헌법재판소 1991. 3. 11. 선고 90헌마28 결정 : 지방의회의원선거법 제28조 등에
대한 헌법소원

[재판요지]

[판시사항]

1. 법규에 대한 헌법소원의 적법요건
2. 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법 제33조 제1항 제6호의 위헌여부
3. 권력분립의 원칙과 공무원의 겸직금지의 필요성
4. 참정권보장의 필요성
5. 농지개량조합의 조합장에 대한 겸직금지규정 등의 위헌여부

[결정요지]

1. 법규 때문에 기본권의 침해를 받았다하여 헌법소원의 형태로 그 위헌여부의 심판을 구하는 법규에 대한 헌법소원은 구체적인 소송사건에서 전제된 경우도 아니고 단순히 어느 법규가 위헌인가의 여부에 대한 의문이 있어 제기하는 추상적 규범통제제도와는 근본적으로 다른 것으로서 자기관련성, 현재성, 그리고 직접성의 요건을 갖추게 되면 그것만으로 적법한 소원심판청구로 되어 허용이 된다.

2. 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호 전면 개정) 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법(1990.12.31. 법률 제 4310호 개정) 제33조 제1항 제6호 중 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·연연초생산협동조합·인삼협동조합의 조합장에 대한 부분은 국민의 참정권을 제한함에 있어서 합리성 없는 차별대우의 입법이라 할 것이므로 헌법에 위반된다.

3. 권력분립의 원리는 인적 측면에서도 입법과 행정의 분리를 요청하고, 만일 행정공무원이 지방입법기관에서라도 입법에 참여하면 권력분립의 원칙에 배치되게 되는 것으로, 공무원의 경우는 지방의회의원의 입후보제한이나 겸직금지가 필요하다.

4. 민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 치자와 피치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대다수의 최대정치참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요부득이한 경우에 국한되어야 한다.

5. 농지개량조합의 조합장에 대한 겸직금지 규정 등은 다른 조합의 조합장과 달리 그에 대해 부과될 직무전념의 성실의무 그리고 공법인성 등과 상치된다고 단정할 수 없을 것이며 겸직금지에 의하여 참정권이 제한된다고 하여도 이때에 얻는 이익과 잃는 이익을 비교형량하여 어느 것이 큰지는 매우 판단하기 어려운 일로서, 이 경우에 겸직금지규정을 두느냐의 여부는 입법자의 결단사항이라고 봄이 무방할 것이다.

재판관 한병채의 반대의견

농업협동조합 등의 조합장들에 대한 겸직금지 및 입후보금지규정은 각 조합들의 법적 성격과 공익적 기능을 고려하고 각 조합의 직무의 성실성을 확보하여 농촌경제의 육성발전을 위하여 필요하다는 판단에서 제정된 것으로서, 이에 대하여는 헌법재판의 대상이 아닌 입법정책의 문제이고 또 기본권의 본질을 침해한 것도 아니며 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된 위헌입법이라 할 수 없다.

[참조조문]

헌법 제7조, 제11조, 제25조 제37조 제2항

헌법재판소법 제68조 제1항

지방의회의원선거법 제35조

지방의회의원선거법 제69조

지방의회의원선거법 제180조

구 지방의회의원선거법(1990.12.31.법률 제4311호로 개정되기 전의 것) 제28조(공무원 등의 입후보)

지방자치법 제32조(의원의 보수)

지방자치법 제33조(겸직 등 금지)

지방자치법 제2조(지방선거의 실시시기)

구 지방자치법(1990.12.31. 제4310호로 개정되기 전의 것) 제33조

농업협동조합법 제1조

농업협동조합법 제6조

농업협동조합법 제7조

농업협동조합법 제11조

농업협동조합법 제16조

농업협동조합법 제22조

농업협동조합법 제23조

농업협동조합법 제31조

농업협동조합법 제46조

농업협동조합법 제58조

농업협동조합법 제164조

농업협동조합법 제165조

수산업협동조합법 제8조

수산업협동조합법 제55조

축산업협동조합법 제8조

축산업협동조합법 제41조

산림조합법 제6조

산림조합법 제41조
엽연초생산협동조합법 제6조
엽연초생산협동조합법 제19조
인삼협동조합법 제17조
농촌근대화촉진법 제1조의2
농촌근대화촉진법 제7조
농촌근대화촉진법 제30조
농촌근대화촉진법 제33조
농촌근대화촉진법 제44조
은행법 제3조
정당법 제17조

=====

[재판전문]

청구인 : 조 신 영 의 6인

청구인들의 대리인 변호사 이 상 규 의 1인

[주문]

1. 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호 전면 개정) 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법(1990.12.31. 법률 제4310호 개정) 제33조 제1항 제6호 중 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·엽연초생산협동조합·인삼협동조합의 조합장에 관한 부분은 헌법에 위반된다.
2. 청구인 윤용문의 심판청구를 기각한다.

[이유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 조신영은 금산농업협동조합의 조합장이고, 같은 장순복은 인천시수산업협동조합의 조합장이며, 같은 심상범은 업종별축산업협동조합인 서울경기양돈협동조합의 조합장이고, 같은 윤용문은 온양농지개량조합의 조합장이고, 같은 신호철은 용인군 산림조합의 조합장이고, 같은 권영진은 이천엽연초생산협동조합의 조합장이며, 같은 조기환은 강화인삼협동조합의 조합장이다.

청구인들은 1990.2.24. 헌법재판소에, 개정전 지방의회의원선거법(1988.4.6. 법률 제4005호) 제28조 제1항 제7호 및 개정전 지방자치법(1989.12.30. 법률 제4162호) 제33조 제1항 제6호가 청구인들과 같은 각 조합의 조합장들이 지방자치단체의 의원 후보자가 되는 것 및 지방의회 의원의 직을 겸하는 것을 금지하여 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 직접 침해하였다고 주장하면서 위 각 법조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다고, 1990.12.31. 법률 제4311호로 지방의회의원

선거법이 전면 개정되자 1991.2.6. 위 개정전의 법조항에 대응하는 개정된 지방의회의원선거법 제 35조 제1항 제7호로 심판청구의 대상을 변경하였고, 한편 위 개정전 지방자치법 제33조 제1항 제6호도 1990.12.31. 법률 제4310호로 일부 개정되었다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 위 개정된 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호 전면 개정) 제35조 제1항 제7호 및 지방자치법(1990.12.31. 법률 제4310호 개정) 제33조 제1항 제6호 중 각 “조합장”에 관한 부분이 청구인들이 기본권을 침해하였는지의 여부이며, 그 조문가운데 각 그 “상근 임·직원” 부분은 심판의 대상이 아닌 것이다.

지방의회의원선거법 제35조 (공무원 등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 지방의회 의원의 임기만료일전 90일까지 그 직에서 해임되어야 한다. 다만, 임기만료에 의하지 아니하는 재선거·보궐선거·중원선거 또는 선거를 연기한 경우에 있어서는 후보자등록 전까지 그 직에서 해임되어야 한다. 그러나 지방의회 의원이 당해 지방의회 의원선거에 후보자가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. ~6. 생략

7. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개량조합산림조합·엽연초생산협동조합·인삼협동조합의 조합장과 상근 임·직원

8. 생략

지방자치법 제33조 (겸직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

1.~5. 생략

2. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개량조합·산림조합·엽연초생산협동조합·인삼협동조합의 조합장과 그 상근 임·직원

7. 생략

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

위 심판의 대상인 각 법조항들은 그 각 법조항 소정의 조합장들이 지방의회의원 후보자가 되려면 그 직에서 해임되어야 하고, 또한 위 각 조합장과 지방의회의원의 직을 겸하지 못하도록 규정하여 청구인들의 참정권 내지 공무담임권을 제한하고 있는 바, 이는 우선 이들 조합장과 유사한 중소기업협동조합·신용협동조합·새마을금고·의료보험조합 등의 임직원에 대하여는 이러한 제한을 하지 않고 있는 점에서 청구인들에 대한 합리적 근거 없는 차별로서 평등권을 침해한 것일 뿐만 아니라 일정한 직무에 있는 자들의 공무담임권을 제한하려면 그 업무의 내용과 근무의 형태에 있어서 제한의 필요가 있어야 할 것인데 농업협동조합 등은 구성원의 자주적 조직체로서 공공조합이 아니며 청구인들과 같은 조합장 등을 비상근 명예직으로서 법률로써 선거에 의하여 취임하는 공무원의 겸직이 허용되어 있고 정당가입도 허용되고 있으며 이들의 지방의회의원 겸직을 허용한다고하여 커다란 폐단이 발생하리라고 예상되지도 않으므로 청구인들의 공무담임권을 제한한 것은 합리적 이유 없는 기본권의 침해로서 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

한편 청구인들의 기본권은 위 각 법조항에 의하여 다른 집행행위의 매개 없이 직접적으로 침해되었고 지방의회의원선거가 곧 실시되게 됨으로 말미암아 그 침해가 현실화되었으므로 법률에 대한 헌법소원의 적법요건은 갖추어졌다.

나. 법무부장관의 의견

법률 그 자체에 대한 헌법소원은 허용되지 아니할 뿐만 아니라 이 사건에 있어서는 이 사건 심판의 대상인 각 법조항에 의하여 청구인들의 기본권이 직접 침해되었다고는 보기 어려우므로 이 사건 헌법소원 심판청구는 부적법하다.

가사 이 사건 헌법소원 심판청구가 적법하다고 하더라도 특별법에 의하여 설립된 공공조합인 위 각 법조항 소정의 조합들은 그 공공성으로 인하여 그 구성원들의 이익을 위한 것에 불과한 중소기업협동조합 등과는 전혀 성격을 달리할 뿐만 아니라 그 성격과 기능상 국가의 각종 지원과 감독이 불가피하여 법률로써 정치에의 관여를 금지하고 있는데 만일 이들 조합의 조합장과 지방의회의원의 겸직을 허용한다면 조합을 정치적으로 악용할 우려도 적지 않으므로 이들 조합의 조합장의 지방의회의원 겸직을 제한하는 데에는 합리적인 이유도 있으며, 또한 피선거권은 권리의무의 주체로 될 수 있는 자격요건 내지 권리능력에 불과하고 권리로서의 성격을 가지는 것도 아니므로 청구인들의 공무담임권이 침해되었다고 할 수도 없다.

다. 내무부장관의 의견

지방의회의원은 특정이해집단이나 계층만의 이익 대변자이어서는 아니되는데 농업협동조합 등의 조합장은 그 지지기반이 매우 강하여 그들의 지방의회의원 겸직을 허용한다면 지방의회가 대부분 특정 직능대표자인 이들 조합장에 의하여 구성될 가능성을 배제할 수 없으므로 이들의 입후보제한 및 겸직금지 지역 대표성의 보장이란 측면에서 입법적 타당성이 인정될 뿐만 아니라 이들 조합은 그 업무의 내용이나 그 설립 배경 등에 비추어 볼 때 다른 중소기업협동조합 등 보다 공공성이 뚜렷하고 그 조합장들도 법적으로는 비상근의 명예직으로 되어 있으나 실제에 있어서는 상근직에 가까우므로 이들의 지방의회의원 입후보금지 내지 겸직금지 합리적 근거를 가진 것으로서 위헌이라고 할 수 없다.

3. 판단

가. 이 사건 심판청구의 적법성에 관하여 살핀다.

이 사건과 같이 법규 때문에 기본권의 침해를 받았다고 하여 헌법소원의 형태로서 그 위헌여부의 심판을 구하는 법규에 대한 헌법소원은, 구체적인 소송사건에서 전제된 경우도 아니고 법규 때문에 직접적인 기본권의 침해가 있는 경우도 아닌데 단순히 어느 법규가 위헌인가의 여부에 대한 의문이 있어 제기하는 외국의 추상적 규범통제제도와는 근본적으로 다른 별개의 제도인 것이다. 이러한 법규 헌법소원을 자기 관련성, 현재성 그리고 직접성을 갖추게 되면 그것만으로 적법한 소원심판청구로 되어 허용이 된다(당재판소 1989.3.17.선고, 88헌마1결정, 동 1989.7.21.선고, 89헌마12 결정 참조). 그런데 지방자치법과 지방의회의원선거법이 새로 개정되어 지방의회의원의 선거를 목전에 두고 있는 바이고(지방자치법 부칙 제2조 제1항 참조), 이번에 실시하는 지방의회의원선거에 입후보를 하고자 하는 청구인들의 경우에 있어서 문제의 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7

호와 지방자치법 제33조 제1항 제6호의 규정의 운영 잘못이 아니라 그 법 자체 때문에 동법 소정의 조합장의 직위를 유지하는 상태에서는 입후보하거나 의회의원직을 겸할 수 없는 참정권의 제약을 받아 그 위헌성의 심판으로 자기의 참정권을 구제 받고자 제기한 것이 이 사건 소원심판청구하고 한다면 그것으로서 그 적법요건인 자기관련성, 현재성 및 직접성이 모두 갖추어졌다고 볼 것이며, 따라서 소원심판청구의 적법성을 다투는 주장은 그 이유 없다고 할 것이다.

나. 본안에 관하여 살핀다.

지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호에서는 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개량조합·산림조합·염초생산협동조합·인삼협동조합(이하 농업협동조합 등이라 약칭한다)의 조합장이 지방의회의원의 입후보자가 되고자 하는 때에는 지방의회의원의 임기만료일전 90일까지 그 직에서 해임되어야 하고(다만 동법 부칙 제2조에 의하면 이 법 시행후 최초로 실시하는 지방의회의원선거에 있어서는 선거일 공고일로부터 5일 이내에 그 직에서 해임되어야 한다고 규정하였다), 지방자치법 제33조 제1항 제6호에 의하면 지방의회의원은 농업협동조합 등의 조합장의 직을 겸할 수 없게 되어 있다. 이와 같은 농업협동조합장 등에 대한 지방의회의원선거법상의 입후보 제한규정과 지방자치법상의 겸직금지규정은 농업협동조합 등의 조합장이 그 직을 유지한 상태에서는 지방의회의원의 후보자도 될 수 없고 지방의회의원의 겸직도 불가능하게 하는 것이므로, 이들에 대한 사회적 신분에 의한 정치생활의 영역에 있어서의 차별이고(헌법 제11조), 국민의 공무담임권(헌법 제25조)의 계약으로 보여진다. 이렇듯 농업협동조합 등의 조합장에 대한 입후보 제한 및 겸직금지규정이 헌법 제25조 소정의 공무담임권의 차별적 처우라면 과연 그것이 합리적 차별이라고 할 수 있을 것이다. 입후보 제한규정은 자격제한 규정으로서 만일 당선이 못되면 조합장·지방의회의원 두가지 모두 놓치게 되는 점에서, 양립불능으로 이 두가지 중 한 가지만 선택하여야 하는 겸직금지 규정보다도 공무담임권 제한의 정도가 더 강한 편이나 어느 것도 공무담임권의 제한임에 틀림없으며 그것이 과연 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화 할 수 있는 기본권의 제한이라 할 것인가. 우선 농업협동조합 등의 성격 및 조합장의 법적지위와 관련하여 제한의 필요성을 살펴본다.

(1) 먼저 농지개량조합의 조합장을 제외한 나머지 조합장부터 본다. 농업협동조합의 예를 보면 농업협동조합은 농민의 자주적인 협동조직을 통하여 농업생산의 증진과 농민의 경제적·사회적 지위향상을 도모함을 목적으로 하는 농민을 위한 협동조직체이다(농협법 제1조). 구역내에 거주하는 농민 20인 이상이 발기인이 되어 설립하며(농협법 제16조), 구역내에 거주하는 농민을 조합원으로 하여 그 출자로 자금을 조달하는(농협법 제22조, 제23조) 농민의 자치조직으로서 임의탈퇴가 허용되며(농협법 제31조) 그 조합장은 국가임명 아닌 조합원의 직선제에 의하여 조합원 중에서 선출된다(농협법 제46조 제2항). 따라서 국가의 강력한 감독은 받지만 행정목적수행을 위해 설립한 것도 아니고, 그 설립면에 있어서나 관리면에 있어서 자주적인 단체이기 때문에 공법인성보다도 사법인성이 강하고 그 조합장은 공무원이 아닌 것이다. 다만 농업협동조합법 제6조가 조합에 대하여서는 정치관여를 금지시켰지만, 자연인인 조합의 조합장을 비롯한 임원에 대하여서는 같은 규정이 없으며, 오히려 농업협동조합법 제7조는 그 정치적 자유를 존중하여 선거에 의하여 취임하는 공무원을 겸직할 수 있도록 규정하였다. 선거에 의하여 취임하는 공무원을 겸직할 수 있음은 농업협동

조합의 목적과 그 조합장의 법적지위가 대동소이한 수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·연연초생산협동조합의 조합장의 경우에도 같다(수협법 제8조, 축협법 제8조, 산림조합법 제6조 제1항, 연연초협법 제6조). 더구나 인삼조합의 조합장의 경우는 일반공무원 겸직 금지의 규정조차도 없다. 이처럼 이들 조합장에 대해 선거직 공무원의 겸직을 각 그 조합법에서는 일반규정으로 허용하면서, 지방의회의원선거법과 지방자치법에서는 특별규정으로 선거직 공무원의 대표적인 것이라고 할 지방의회의원 겸직을 막아 그 정치적 자유를 제약할 이유가 어디에 있는지 쉽사리 찾기 어렵다. 또 농업협동조합 등의 조합장은 정당법상 정당의 당원이 될 수 있다(정당법 제17조 참조). 이점에서 국민전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립성을 유지하여야 하고(헌법 제7조) 정당의 당원이 되어 정치참여 하는 것이 허용 안되는 공무원과는 법적지위가 다르다. 그러므로 공무원에 대해 지방의회의원의 입후보 제한 및 겸직금지가 요청된다고 해서 곧바로 농업협동조합 등의 조합장의 경우에도 같은 요구를 할 수는 없는 것이다. 생각건대 권력분립의 원리는 인적인 측면에서도 입법과 행정의 분리를 요청한다. 만일 행정공무원이 지방입법기관에서라도 입법에 참여한다면 권력분립의 원칙에 배치되게 된다. 이와 같이 권력분립의 원칙을 준수할 필요성 때문에 공무원의 경우는 지방의회의원의 입후보 제한이나 겸직금지가 필요하며 또 그것이 당연하다고 할 것이나, 어느 특정 계층의 자조적 협동체의 임원에 그치는 조합장에게 같은 필요가 있다고는 할 수 없을 것이다. 나아가 살펴건대 겸직금지의 필요성은 이해가 서로 상충될 관계에 있는 단체의 구성원 상호간에 있어서는 분명히 있다. 그러나 농업협동조합 등과 지방자치단체와는 반드시 그 이해가 충돌될 이른바 경합관계에 있는 것이 아니며, 주민복리의 증진이라는 목적상의 합치로 때로는 상조관계일 수도 있는 것이다.

물론 농업협동조합 등의 조합장이 그대로 지방의회에 진출하여 소속 협동조합의 이익을 위하여 지방의회에서 부당하게 영향력 행사를 하는 때도 없지 않을 것이나 그것이 염려된다면, 그 때를 대비하여 특정의 관련의제에 토론 및 의결관여를 시키지 않는 배제입법의 정도이면 족한 것이지, 이처럼 농업협동조합 등의 조합장의 참정권 자체를 제약하는 입법으로까지 비약시킬 일을 아니다. 이것은 최소한의 제한이 못된다.

한 걸음 더 나아가 지방의회의원선거의 공정확보의 필요가 위 입후보 제한규정의 근거가 될 수 있는지를 검토한다. 농업협동조합 등의 조합장은 지방의회의원선거에 있어서 선거관리의 공직도 아니며, 지방의회의원선거법 제69조 제2항은 조합장과 같은 지위의 사람이 선거과정에서 영향력행사를 막기 위해, 누구든지 교육기관이나 종교적·직업적 단체에 대한 특수관계를 이용하여 선거운동을 할 수 없다고 규정하고 있으며, 동법 제180조 제1항은 그 위반자에 대하여 형사처벌로 응징하게끔 대응해 놓고 있는 바이다. 만일 입후보 제한 및 겸직금지의 목적이 선거의 공정성 확보라고 한다면 유독 농업협동조합 등의 조합장에게만 같은 규정을 둘 성질의 것이 아니며, 같은 정도의 영향력이 예상되는 유사 직업단체 나아가 종교적 단체의 임원에 대해서도 응당 법적으로 균형을 맞추어 놓았어야 할 것이다.

(2) 농지개량조합 조합장 이외의 나머지 조합장은 어디까지나 명예직이며, 법률상 비상근직인 것이다(농협법 제46조 제5항, 수협법 제55조 제5항, 축협법 제41조 제5항, 산림조합법 제41조 제3항, 연연초협법 제19조 제4항, 인삼조합법 제17조 제4항). 정기급의 봉급이 아니라 실비의 변상을

받을 뿐이다. 원래 명예직이란 그 성질상 특히 양립하기 어려운 사유가 없으면 응당 다른 직에 종사가 예정되어 있는 직위이다. 따라서 명예직에 종사하는 자에게 다른 직책의 겸직을 금한다는 것은 특단의 사정이 없는 한 직업선택의 자유의 침해가 되고 나아가 생존권에까지 위협을 줄 수 있다. 그렇기 때문에 타직의 겸직은 오히려 적극 장려되어야 할 일이지 막아서는 안될 일이다. 일본의 공직선거법을 보면 공무원까지 비상근직의 경우에는 입후보 제한을 받지 않는다. 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 헌법의 민주적 기본질서를 침해할 위협성이 큰 것으로서 민주주의의 원리와는 배치되는 것이기 때문에 어디까지나 최소한의 정도에 그쳐야 할 것인바, 그럼에도 불구하고 향차 공무원도 아닌 명예직의 협동조합의 조합장들에게 입후보의 원천봉쇄 및 겸직금지규정으로 참정권에 제약을 가하고 있다. 더구나 지방자치법 제32조에 의하면 지방의회의원은 명예직이며 회기중에 일비와 공무로 여행할 때에 여비를 지급받을 뿐이고 정기보수는 없으며, 이점 세비를 받는 국회의원의 지위와는 다르다. 따라서 한가지 직무에만 전념하기 어려운 명예직인 농업협동조합 등의 조합장에게 다소간 있는 공공성(국가의 감독, 계약에 의한 정부위촉의 사업수행 등)만을 강조한 나머지 다른 명예직도 겸직을 금지시키는 것은 명백히 과도한 기본권 제한이며 민주국가에 있어서의 참정권제한 최소화의 원칙에 합치될 수 없는 것이다. 이것은 오히려 지방자치의 구현, 이른바 풀뿌리 민주주의를 정착시키는 과정에 동참의 기회균등만을 막을 뿐이다. 분명히 농지개량조합의 조합장과 같은 상근직은 물론, 나머지 조합장의 지방의회 진출의 문호개방은 지역직능대표로서의 기능과 역할을 기대할 수 있는 것이고 특정 계층의 여과된 이익과 전문가적 경험을 지방자치에서 조화있게 반영시키는 계기도 될 수 있을 것이다. 물론 의원직 금지규정 등을 없앤다면 조합장에 의한 조합의 정치적 악용 내지 중립성 저해의 가능성이 없지 않을 것이나 명예직 조합장의 영향력행사의 한계 때문에 그 폐해 또한 우려할 만큼 심각한 것은 못될 것이다. 이익형량상으로도 참정권 제약해제에서 오는 이익 즉, 정치적자유를 신장시키는 이익이나 의미는 그 때 생길 불이익을 상계하고도 남을 바가 있을 것이다.

그렇다면 농지개량조합의 조합장은 별론으로 하고, 그 나머지 조합장에 대해서는 적어도 국민의 참정권을 제한함에 있어서 합리성 없는 차별대우의 입법이라고 보지 않을 수 없으며, 이들에 대한 참정권 및 평등권에 관하여 도저히 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화 될 수 없는 과도한 제한이며 그 기본권의 침해라고 볼 것이다. 민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 치자와 피치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대 다수의 최대 정치참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며, 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요 부득이한 경우에 국한되어야 한다. 이러한 헌법상의 법리가 지켜지지 않은 것이다.

(3) 이제 농지개량조합의 조합장의 법적 지위를 본다.

농촌근대화촉진법 제30조 제5항에 의하면 조합장 이외의 임원만을 명예직으로 함으로써 조합장은 상근직으로 하고 있고, 동법 제4조의 2의 선거직 공무원의 겸직 규정에도 불구하고 동법 제33조 제1항은 조합장의 경우에도 다른 직무의 겸직을 총회의 승인사항으로 규정하였다. 더구나 농지개량조합의 경우는 토지구획정리사업을 수행하는 등 공법상의 권한을 갖고 있고(농촌근대화촉진법 제7조 제1항 참조), 조합비 부과에 관한 쟁송은 행정쟁송의 방법에 의하여야 하지(동법 제44조) 민사소송에 의할 수 없으며 조합과 그 임직원의 관계는 공법관계라는 것이 판례의 태도로서, 그

공법인성은 어느 협동조합보다도 뚜렷하다. 그렇다면 농지개량조합의 조합장에 대한 겸직금지규정 등은 다른 조합의 조합장과는 달리 그에 대해 부과될 직무 전념의 성실의무 그리고 공법인성 등과 상치된다고 단정할 수 없을 것이며 겸직금지에 의해 참정권이 제한된다 하여도 이 때에 얻는 이익과 잃는 이익을 비교 형량하여 어느 것이 큰지는 매우 판단하기 어려운 일로서, 이 경우에 겸직금지규정을 두느냐의 여부는 차라리 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 결단사항이라고 봄이 무방할 것이다. 따라서 이 한도에서 참정권의 부당한 차별이라고 할 수 없으며 참정권이나 평등권의 침해가 있었다고 볼 수 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판의 대상중 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·연연초생산협동조합·인삼협동조합의 조합장에 관한 부분은 헌법에 위반되고 그 나머지 부분 즉 농지개량조합의 조합장 부분은 헌법에 위반되지 않는다고 할 것인 바(문제의 조문중 각 “그 상근임·직원” 부분은 심판의 대상에서 제외), 결국 이 사건 청구인들 중 농지개량조합장인 청구인 윤용문을 제외한 나머지 청구인들의 경우는 모두 이유있어 인용할 것이고 동 청구인의 청구는 그 이유없어 이를 기각하기로하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 한병채를 제외한 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 한병채의 반대의견

가. 첫째 본건의 심판사항은 입법부에서 결정할 입법정책상의 문제이지 위헌성으로 재판할 사항이 아니라고 본다.

본건의 심판대상인 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제7호와 지방자치법 제33조 제1항 제6호의 규정들은 지방자치의 실시로 지방정치의 민주화를 기하고 그 지방의 균형적인 지역발전을 촉진하기 위하여 위 지방자치법에서 지방의회의원의 겸직 금지의 범위를 확정하고 위 지방의회의원 선거법에서 그에 따라 입후보를 제한한 것이다.

그렇다면 지방의회의원의 겸직 금지범위를 확정하고 그에 따라 입후보를 제한하는 제도와 위의 각 조문 규정의 조항자체가 국민의 기본권을 침해하는 것으로 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 것을 모르되, 본 결정의 다수의견이 동 제도와 동 조문의 조항은 합헌적인 것이라고 전제하면서 동 조문의 각호에 기재된 자 중, 농협 등 각 단위조합장에 대해서 입후보 제한과 겸직 금지규정을 둔 것을 위헌이라고 단정하는 것은 지방의회의원의 겸직 금지의 범위와 입후보자의 적격성(適格性)을 판정한 것으로서 국회에서 입법정책으로 결정할 사항을 가지고 헌법재판소에서 헌법재판의 대상으로 삼아 위헌으로 판단한 잘못이 있다고 아니할 수 없다.

지방의회의원의 겸직 금지규정과 그에 따른 입후보 제한규정이 합헌이라면, 지방정치의 민주화와 지방의 균형적인 지역발전을 촉진하기 위한 지방의회의원의 겸직 금지범위와 그에 따른 입후보의 제한범위는 그 지방의 사정과 정치적 사회적 상황을 누구보다 잘 알고 대변할 수 있는 국민의 대표기관인 입법부가 결정하는 것이 타당하고 합헌적이라는 것이 의회민주주의의 원리이며 우리 헌법상 통치구조의 기본 원칙이다.

그런데 이러한 우리 헌법상의 기본원칙을 무시하고 입법정책적인 사항을 헌법재판소가 판단하고 결정 한다는 것은 국회의 고유한 입법권을 간섭하고 입법형성의 자유를 과도히 제한하는 결

과를 자초한 것이라 아니할 수 없다.

나. 둘째 본건은 기본권의 본질을 침해한 사항이 아니다.

본건의 심판사항은 입법재량의 영역에 속하는 것이지 기본권의 본질적 침해문제가 아니다.

본건의 심판의 대상은 단위조합장에게 지방의회의원을 겸직할 수 없고, 그 직을 가지고 입후보할 수 없다는 것이지 그들에게 입후보할 자유와 권리를 제한한 것이 아니고 두 직종 중 어느 하나를 선택하라는 것이며, 그 선택의 자유와 입후보의 자유는 본인 의사에 따라 결정하도록 각 법문에서 보장하고 있어 참정권의 제한이나 기본권의 본질적 침해를 가져오지 않는 것이 명백한대 이를 기본권의 침해 문제로 다룬 잘못이 있다.

다수의견의 논지에서 보더라도 본건은 헌법상 입법부의 재량적 판단에 의하여 겸직 금지의 필요성과 이해가 서로 상충되는 관계가 있는가에 대하여 결정해야 할 기본권 제한의 적임성의 문제이지 기본권의 본질을 침해한 헌법위반의 문제가 아닌 것이 명백하다.

본건 심판의 대상이 포함된 위 각 법률규정을 보면 지방의회의원의 겸직을 금지한 자는 청구인들과 같은 각 조합의 단위조합장 외에도 여러 직종이 많이 있으며 어느 직종을 겸직 금지의 범위에 포함시키느냐 하는 것은 겸직 금지의 대상을 선정할 때 판단할 적임성의 문제이며, 그 기준의 타당성에 대한 판단은 지역 상황을 가장 잘 아는 그 지역출신인 국회의원이 결정할 문제이며 그것이 가장 합리적이고 타당한 방법이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 본건은 헌법이 입법부의 재량적 고유권한으로 법률에 유보한 범위내에 속하는 것이라고 보아야 할 것이다.

국회가 위 겸직 금지의 범위를 정하고 그 직종을 선택하는 그 적임성의 판단은 어디까지나 입법재량의 영역에 속하는 것이지 결코 기본권의 본질적 침해문제라고 하여 헌법재판으로 판단할 수 없는 것이다. 그런데 본건은 입법권의 재량문제와 기본권의 본질적 침해문제를 구분하지 않고 이를 혼동하여 본건 심의대상을 잘못 파악하고 단순히 이와 관련되는 하위법규의 체계적인 모순만을 제시하고 형식적인 논리로 본건을 심리판단 함으로써 헌법재판의 본래적 기능에 중대한 잘못을 저지른 것이다.

다. 셋째 본건은 입법부의 입법재량권을 남용한 위헌적 사항이 아니다. 본건의 심판대상규정들이 입법부가 입법재량권을 남용하였거나 입법형성권의 한계를 일탈한 위헌성이 있는가에 대하여 살펴 본다.

우리 나라의 위 각 조합들이 설립된 역사적 배경과 그 조합들을 운영하는데 근거가 되는 관계법령을 종합하여 보면 그 조합들이 관장하는 업무와 설립 및 육성에 대하여 정부가 깊이 관여하고 있을 뿐만 아니라 관계 주무부장관의 감독하에 업무를 수행하고 있으며 특히 금융사업에 대하여는 재무부장관의 감독을 받도록 되어 있다.

그리고 정부의 각부 장관은 적극적으로 조합사업에 대하여 협력하도록 법률로 정하고 있고 정부 또는 공공단체의 시설을 우선적으로 이용토록 편의를 제공하여야 하며 더 나아가 정부는 매년도 예산의 범위내에서 동 조합과 동 중앙회의 사업에 필요한 경비를 보조할 수 있도록 하고 동 조합과 동 중앙회의 업무 및 재산에 대하여는 국가나 지방자치단체의 세금과 부과금을 면제하도록 하고 있다. 뿐만 아니라 농업협동조합법 제58조 제1항 제4호에 의하면 조합은 조합원의 예금과 대출 등 신용사업을 중요한 업무로 취급하고 있어서 은행법 제3조 제2항은 “농업협동조합중앙회와

수산업협동조합중앙회 및 그 회원인 수산업협동조합과 축산업협동조합중앙회의 신용사업부문은 하나의 금융기관으로 본다.”고 규정하였고 또한 그러한 금융업무를 취급하는 범위 내에서는 한국은행의 감독과 통제를 받도록 하는 등을 볼 때 우리 나라의 조합 등은 사회의 일반적 계약에 기초한 사조직으로 발전한 서구의 조합들과는 달리 특히 공익성과 그 공공성이 강한 법률상 공법인의 성질을 가진 조직임을 알 수 있다.

이와 같이 부무부장관의 감독(농업협동조합법 제164조)과 매년도 정부의 예산보조(동법 제11조 제2항) 등의 강한 공익성과 공법인성 때문에 은행감독원의 감사 뿐만 아니라 감사원의 감사를 받는 수감기관으로 되어 있다(동법 제165조). 이와 같은 점이 조합원들의 경제활동의 육성과 조장이 주목적인 중소기업협동조합이나 대한상공회의소 등 기타의 사회조직과는 근본적으로 다른 것이다. 이러한 점을 감안하여 볼 때 각 조합의 단위조합장은 상근임직원에게 겸직을 금지하는 입법 취지에 따라 국회가 입법과정에서 실질적으로 상근임직원과 같은 주요임무와 기능을 수행하는 것으로 보고 각 단위조합장을 겸직 금지대상에 포함된다고 규정한 것을 가지고 현저하게 입법재량권을 남용하였거나 과도하게 입법재량권의 한계를 일탈한 위헌적인 입법이라고 단정할 수는 없다.

라. 넷째 본건 다수의견이 헌법의 하위법률인 각 조합법에서 공법인성이 있고 “상근”이라고 규정하고 있으면 합헌이고 그러한 규정이 없으면 위헌이라고 판단하고 결정한 것은 문제의 본질을 피상적으로 보고 형식논리에 의하여 헌법규범을 다루었다고 아니할 수 없다.

본건의 주문과 이유에서 청구인들 중 농지개량조합장은 그 법에 공법인성이 있는 조합이고 상근으로 되어 있으므로 본건 헌법소원을 기각하고 다른 조합장은 명예직으로 규정하고 실비변상만을 받기 때문에 상근성이 없어 위헌이라고 하였으므로 각 조합의 공법인성과 조합장의 상근성 여부에 관하여 살펴 본다.

다수의견은 농업협동조합 법 제46조 제5항 등에서 조합장은 명예직으로 하고 정관이 정하는 바에 의하여 실비의 변상을 받는다고 규정하고 있으므로 조합장 역시 일반 이사와 마찬가지로 비상근성이 명백하다고 판단하였지만 입법부가 입법과정에서 그 상근성의 여부에 대하여 판단하는 기준은 그 직무의 계속성과 성실한 수행에 지장이 있는가 없는가 등으로 실질적인 면을 가지고 판단하는 것이며 그것이 법률제정의 원칙인데, 청구인의 주장 및 다수의견과 같은 형식적인 기준만으로서 겸직 금지의 부당성을 단정하고 판단하는 것은 합당하지 않다고 할 것이다.

오히려 상근조합장으로 규정된 농지개량조합보다 농협이나 수협 같은 다른 위 단위조합장은 더 공익성이 강한 중요한 업무를 관장하고 있으며 이들도 매일 조합에 출근하여 일상업무를 처리하고 그 조합의 책임자로서 그 사무처리에 대하여 결재하며 조합의 수입과 지출 등을 관장하는 등 다른 상근임직원의 업무보다 더 중요한 임무를 수행하고 감독하고 있으며 실제에 지급되는 보수도 상근직에 준하여 생활보장급부에 상당하는 금액이 지급되고 있는 것이 현 실정이며 또 각 조합법에 규정된 단위조합장의 기능과 직책 등을 종합하여 판단하여 보면 다른 이사들의 비상근성과는 판이하게 구별되는 것으로 상근임직원을 총괄 감독하고 있으며 성실한 직무를 수행하여 조합원의 권익을 보장하여야 할 책임있는 위치에 있는 것이다. 이러한 조합의 공법인성과 단위조합장의 직책과 기능은 겸직 금지의 범위에 포함된 상근직 보다 더 입후보와 겸직을 금지할 이유가 있는 것으로 판단하기에 충분하다 할 것이다.

그렇다면 청구인들의 주장과 같이 조합장이 형식적인 법률해석으로 비상근직이므로 당연히 지방의회의원과의 겸직이 허용되어야 한다고 판단하는 것보다 더 실질적이고 본질적인 헌법상의 원칙을 가지고 입법의 재량권을 위헌적으로 남용하였는가를 검토하고 그에 따라 위헌여부를 결정하는 것이 옳은데 그렇지 못한 잘못이 있다 할 것이다. 즉 위에서 실시한 바와 같은 조합장의 직무와 기능 및 공공적 성격으로 볼 때 조합장의 겸직제한 규정을 두어 지방의회의원의 입후보에 있어서 겸직을 금지하는 것이 입법상 타당한 것인가 아닌가 하는 것은 조합장 등의 상근·비상근 여부에 대한 형식적인 단순논리에 의하여 판단하는 것보다 직무의 내용을 실질적으로 검토하여 판단하여야 할 문제라고 보아야 할 것이다. 이렇게 볼 때 본건에서 판단해야 할 이러한 이유와 그에 따른 실질적인 입법의 타당성 문제는 우리 나라의 농촌경제와 그 지역의 특수한 사정 및 사회적 환경을 실질적으로 잘 알고 있는 그 지역과 국민의 대표자인 국회의원들로 구성된 입법부에서 판단하는 것이 가장 객관적이고 합리적이라고 할 것이고, 이러한 정치적 사회적 상황을 종합적으로 고려하여 입법적 제한을 어느 범위와 정도로 할 것인가를 정하는 것은 국민의 대표기관인 입법부에게 결정하는 것이 헌법의 기본정신에 합당하다고 보아야 할 것이고 그에 따라 입법부가 이러한 실질적인 점을 감안하여 위 각 단위조합장들에 대하여 겸직 금지대상에 포함시킨 법률을 가지고 입법권의 재량을 위헌적으로 남용한 것이라고 볼 수 없다.

라. 끝으로 헌법질서의 기본은 국민의 생활과 조직 속에서 형성되는 것이지 하위 법규의 법률적 체계와 조문의 형식적인 논리에 의하여 이루어지는 것이 아니다. 따라서 헌법상의 구성원리인 권력분립과 권력작용의 견제와 균형의 원리를 무시하고 형식 논리에 치우쳐 모든 입법에 대하여 위헌성 여부를 판단할 수 있다고 단정하고 위헌을 선언하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본정신에 위배된다고 할 것이다. 더구나 여야합의로 지방자치를 촉진하기 위하여 제정되고 그 입법제정 과정에서 우리나라의 농촌경제의 특수한 사정과 위와 같은 조합들의 여러 가지 법적 성격과 공익적 기능을 고려하여 조합장 및 상근임직원에 대하여는 그 조합의 직무의 성실성을 확보하여 농촌경제의 육성발전을 위하여 필요하다고 보고 입후보 제한규정을 둔 본건의 심판대상은 앞에서 실시하나 바와 같이 헌법재판의 대상이 아닌 입법 정책적인 문제이고 또 기본권의 본질을 침해한 것도 아니며 입법 재량권을 남용하여 비례의 원칙과 과잉 제한금지의 원칙에 위배되는 위헌적인 공권력의 행사로 인하여 제정된 법률이라고 할 수 없다. 그래서 본 결정의 다수의견에 대하여 반대하는 것이다.

1991. 3. 11.

재판장 재판관 조규광
재판관 김진우
재판관 최광률

재판관 이성렬
재판관 한병채
재판관 김양균

재판관 변정수
재판관 이시운
재판관 김문희

헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 90헌마56 결정 : 영화법 제12조 등에 대한 헌법소원

[재판요지]

[판시사항]

1. 단체내부의 분과위원회에 헌법소원능력이 있는지 여부
2. 단체가 그 구성원들의 기본권침해를 주장하는 경우 자기관련성 인정 여부

[결정요지]

1. 청구인 한국영화인협회 감독위원회는 영화인협회로부터 독립된 별개의 단체가 아니고, 영화인협회의 내부에 설치된 8개의 분과위원회 가운데 하나에 지나지 아니하며, 달리 단체로서의 실체를 갖추어 당사자능력이 인정되는 법인 아닌 사단으로 볼 자료가 없으므로 헌법소원심판청구능력이 있다고 할 수 없다.

2. 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원 심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다 할 것인데, 청구인 사단법인 한국영화인협회는 그 자신의 기본권이 침해당하고 있음을 이유로 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이 아니고, 그 단체에 소속된 회원들인 영화인들의 헌법상 보장된 예술의 자유와 표현의 자유가 침해당하고 있음을 이유로 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하여 자기관련성의 요건을 갖추지 못하였다.

재판관 변정수의 반대의견

1. 사단법인은 구성원전체의 이익을 위한 것일 때에는 구성원의 권리구제를 위하여 자기의 이름으로 헌법소원을 제기할 수 있으므로 청구인 영화인협회는 자기 자신의 기본권은 직접 침해된 것이 아니라고 하더라도 자기 구성원의 기본권구제를 위하여 헌법소원을 제기할 수 있다.

2. 청구인 협회가 자기 자신이 향유하고 있는 언론·출판의 자유, 예술의 자유가 직접 침해되었다고 주장하고 헌법소원심판을 청구할 수 있는 지위에 있는 이상 위 협회가 주장하는 청구이유 가운데에는 자기 자신의 기본권침해주장이 당연히 포함되어 있다고 볼 수 있다.

재판관 한병채의 반대의견

1. 청구인 감독위원회는 별도의 대표자를 갖고 독립적인 기능과 업무를 수행하는 권리능력 없는 사단으로서의 법률적 지위를 가지고 있으므로 실질적인 요건을 검토하여 권리능력 없는 사단의 경우와 같이 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보는 것이 합당하다.

2. 헌법재판에 있어서는 청구의 내용에 따라 집단의 당사자적격을 인정하여야 하는 것이 헌법적 정의실현에 합당한 경우도 있을 수 있으므로 청구인들의 당사자능력과 적격의 문제는 헌법심판의 본질적 기능에 보다 실질적으로 심리검토하여야 한다.

[참조조문]

헌법 제21조 제1항·제2항, 제22조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

영화법 제12조

영화법 제13조

영화법 제32조

=====

[재판전문]

청구인 : 1. 사단법인 한국영화인협회

대표자 이사장 유 제 동

2. 한국영화인협회 감독위원회

대표자 위원장 김 호 선

청구인들 대리인 변호사 박 용 일

[주문]

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

[이유]

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 사단법인 한국영화인협회는 영화제작에 관여하는 영화인 상호간의 친목도모 및 영화 예술의 발전과 영화시책의 개선 건의 등을 목적으로 설립된 사단법인이며, 청구인 한국영화인협회 감독위원회는 청구인 사단법인 한국영화인협회의 산하에 있는 영화감독들의 모임이다.

청구인들은 그 회원들이 영화를 제작·상영함에 있어서 공연윤리위원회의 사전심의를 반드시 거치도록 하여 사전검열을 규정하고 있는 영화법 제12조 제1항 때문에 그 심의과정에서 제작된 영화의 일부를 삭제당하거나 사회비판적 소재를 다루는 영화의 경우 기획단계에서 중단하여야 하는 등 영화제작활동상 큰 피해를 입고 있다고 주장하면서 이러한 심의와 관련된 법률조항들의 위헌여부에 대한 이 사건 헌법소원심판의 청구에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건 헌법소원심판의 대상이 되는 영화법(1973.2.16. 법률 제2536호 제정)의 조항은 공연윤리위원회의 심의를 규정한 제12조와 심의기준을 규정한 제13조 및 그 별칙규정인 제32조 제5호(청구인들은 제32조 전부를 심판청구의 대상으로 하고 있으나, 심의와 관련된 별칙규정은 제5호이다)로서, 그 법률조항의 내용은 다음과 같다.

제12조 제1항 영화(그 예고편을 포함한다)는 그 상영전에 공연법의 의하여 설치된 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다.

제2항 제1항의 규정에 의한 심의를 필하지 아니한 영화는 이를 상영하지 못한다.

제3항 (삭제 1984.12.31. 법률 제3776호)

제4항 제1항의 규정에 의하여 심의를 받은 극영화를 텔레비전방송에 방영하고자 할 때에는 다시 방송법에 의하여 설치된 방송위원회의 심의를 받아야 한다.

제13조 제1항 공연윤리위원회 또는 방송심의위원회는 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의에 있어서 다음 각호의 1에 해당된다고 인정되는 영화에 대하여는 이를 심의필한 것으로 결정하지 못한다. 다만, 그 해당부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정될 때에는 그 부분을 삭제하고 심의필을 결정할 수 있다.

제1호 헌법의 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때

제2호 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때

제3호 국제간의 우의를 훼손할 우려가 있을 때

제2항 제1항의 심의 기준에 따르는 세부사항은 대통령령으로 정한다.

제32조 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제5호 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의를 받지 아니하고 영화를 상영한 자.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

심의기관인 공연윤리위원회는 문화부장관이 위촉한 위원들로 구성되는 등 행정부의 영향아래 있고, 심의기준이 모호할 뿐 아니라, 예술표현행위를 금지하는 영화상영금지나 영화내용 중 일부 삭제까지 행할 수 있으며, 그러면서도 그러한 판정에 대한 구체절차가 없고, 심의에 관한 규정을 위반한 때에는 무거운 형사벌로써 처벌하도록 규정하고 있다. 그러므로 공연윤리위원회의 사전심의에 관련된 영화법의 규정들은 예술의 자유를 보장한 헌법 제22조 제1항과 언론자유 보장 및 언론에 대한 검열금지를 규정한 헌법 제21조 제1항·제2항에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 청구인 한국영화인협회 감독위원회는 청구인 사단법인 한국영화인협회의 내부기관에 불과하며 소원능력이 없으므로 청구인 한국영화인협회 감독위원회의 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의하지 아니하고는 법률의 위헌여부에 대하여 직접 헌법소원을 제기할 수 없으므로 이 사건 헌법소원은 부적법하다. 가사 이 사건 헌법소원이 처분적 법률을 대상으로 하여 그 청구가 가능한 것이라고 하더라도 청구인들이 영화법의 규정에 의하여 직접 권리

침해를 받은 것은 아니며, 구제절차를 거치지도 아니하였으므로 이 사건 헌법소원은 부적법하다.

헌법소원의 심판청구는 심판의 대상이 되는 법률이 효력을 발생한 날로부터 180일 이내에, 또는 늦어도 헌법재판소 구성일로부터 30일 이내에 청구하여야 하는데, 이 사건 헌법소원은 그 기간이 경과한 1990.3.30.에야 비로소 청구되었으므로 부적법하다.

(2) 그 밖에는 아래 문화부장관의 의견과 같다

다. 문화부장관의 의견

공연윤리위원회는 문화부장관이 위촉하는 위원으로 구성되는 것이기는 하나, 순수한 민간심의기구로서 그 심의과정에 정부가 관여하는 것도 아니다. 오해의 소지가 있었던 관계공무원의 심의참여제도는 1989.1.1. 폐지되었다. 또 심의기준이 모호하다거나 영화매체의 대중성과 직접성을 고려해 볼 때 처벌규정이 과중하다고도 볼 수 없고, 심의결정에 대하여 이의가 있을 경우 공연윤리위원회 회칙 제19조에 의하여 언제든지 재심을 청구할 수 있다.

따라서 영화법이 정한 영화의 사전심의제도는 언론 및 표현의 자유를 제한하는 제도이기는 하나, 헌법 제37조 제2항이 규정한 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 범위를 넘어서 언론 및 표현의 자유를 제한하는 것을 아니므로 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 판단

가. 청구인들의 헌법소원심판청구능력

우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

또한, 법인이 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(민사소송법 제48조 참조).

청구인 사단법인 한국영화인협회(이하 영화인협회라고 줄여 쓴다)는 “영화예술인 상호간의 친목도모 및 자질향상, 민족영화예술의 창달발전을 기함을 목적으로, 그 목적을 달성하기 위하여” 설립된 민법상의 비영리사단법인으로서 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 관한 한 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

그러나 청구인 한국영화인협회 감독위원회(이하 감독위원회라고 줄여 쓴다)는 영화인협회로부터 독립된 별개의 단체가 아니고, 영화인협회의 내부에 설치된 8개의 분과위원회 가운데 하나에 지나지 아니하며(사단법인 한국영화인협회의 정관 제6조), 달리 단체로서의 실체를 갖추어 당사자 능력이 인정되는 법인이 아닌 사단으로 볼 자료도 없다. 따라서 감독위원회는 그 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 헌법소원심판청구능력이 있다고 할 수 없는 것이므로 감독위원회의 이 사건 헌법소원심판청구는 더 나아가 판단할 것 없이 부적법하다.

나. 영화인협회의 헌법소원심판청구 적격

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있도록 규정하고 있고, 위 규정에 정한 공권력에는 입법권도 포함된다고 할 것이므로 당연히 법률에 대한 헌법소원심판의 청구도 가능하다.

그러나 직접 법률에 대한 헌법소원심판을 청구하려면 먼저 청구인 스스로가 당해 법률 또는 법률조항과 법적인 관련성이 있어야 할 뿐만 아니라 당해 법률 또는 법률조항에 의하여 별도의 구체적인 집행행위의 매개없이 직접·현재 헌법상 보장된 기본권을 침해당하고 있는 경우이어야 한다(당 재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 ; 1989.7.21. 선고, 89헌마12 결정 ; 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 참조).

(2) 이 사건 헌법소원심판청구의 청구원인에 의하면, 영화인협회는 그 자신의 기본권이 침해당하고 있음을 이유로 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이 아니고, 그 단체에 소속된 회원들이 영화를 제작·상영함에 있어서 공연법에 의하여 설치된 공연윤리위원회의 사전검열로 말미암아 헌법상 보장된 기본권인 예술의 자유와 표현의 자유를 각 침해당하고 있음을 이유로 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것임이 명백하다.

그러나 단체와 그 구성원을 서로 별개의 독립된 인격체로 인정하고 있는 현행의 우리나라 법제 아래에서는 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해당한 사람만이 원칙적으로 헌법소원심판 절차에 따라 권리구제를 청구할 수 있는 것이고, 단체의 구성원이 기본권을 침해당한 경우 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 그를 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 정한 헌법소원의 기능이 객관적 헌법보장제도의 기능도 가지고 있는 것이지만, 주관적 기본권의 보장이 보다 중요한 기능의 하나인 것으로 본다면 더욱 그러하다. 왜냐하면 특정이 기본권을 침해당한 경우, 그 권리구제를 받기 위한 헌법소원심판을 청구할 것인가 아니할 것인가의 여부는 오로지 그 본인의 뜻에 달려 있다 할 것이고, 또 그 본인이야 말로 사건의 승패에 따른 가장 큰 이해를 가진 사람이라 할 것이므로 누구보다도 적극적으로, 또한 진지하게 헌법소원절차를 유지·수행할 사람이기 때문이다.

따라서 단체는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는 헌법소원심판제도가 가진 기능에 미루어 원칙적으로 단체 자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 이 사건 심판의 대상이 된 법률조항은 영화를 제작하여 상영하려는 영화업자·기타 영화제작자 또는 영화의 제작에 참여하는 감독·연기인 등 영화인을 그 적용대상으로 하는 것이며(영화법 제2조 제8호·제9호, 제4조, 제5조의 2), 영화인협회는 스스로 영화제작 또는 상영사업을 수행하지 않는 이상 직접 위 법률조항의 적용을 받는 것으로 보기 어렵다(영화인협회의 정관 제4조 참조). 뿐만 아니라 위 법률조항이 영화업자 또는 영화인협회 회원인 감독·연기인등 영화인들의 헌법상 기본권을 제한한다고 하여 이로써 영화인협회가 직접적으로 회복할 수 없는 손해를 입게 된다는 특별한 사정이 있음을 인정할 자료가 없다. 더구나 이 사건에서는 영화업자 또는 영화인협회

의 회원인 영화인들이 스스로 헌법소원심판을 청구하여 그들의 헌법상 보장된 기본권의 침해에 대한 구제를 받을 수 있는 길이 막혀있다거나, 그 행사가 심히 어려운 것으로 보아야 할 사정도 찾아볼 수 없다.

따라서 영화인협회의 이 사건 헌법소원심판청구는 자기관련성의 요건을 갖추지 못한 부적법한 것이다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 헌법소원심판청구 중 감독위원회의 심판청구는 헌법소원청구 능력이 없는 자의 청구인 경우에, 영화인협회의 심판청구는 자기 관련성이 없는 경우에, 각 해당하여 부적법한 것이어서 이를 모두 각하하여야 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 변정수의 다음 5, 재판관 한병채의 다음 6에 실시한 것과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 변정수의 반대의견

가. 다수의견이 이 사건 소원심판청구 중 청구인 사단법인 한국영화인협회 감독위원회의 심판청구를 각하한 점에 대하여는 이의가 없으나, 청구인 사단법인 한국영화인협회의 심판청구마저도 소원요건으로서의 자기 관련성을 내세워 각하한 점에 대하여는 찬성할 수 없다.

나. 다수의견은 언론·출판의 자유나 재산권 등은 그 성질상 법인도 그 향유주체가 될 수 있고 청구인 사단법인 한국영화인협회도 정관사의 설립목적 달성을 위하여 위와같은 기본권에 관한 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하면서도, 그러나 위 협회는 자기 자신의 기본권침해를 주장하는 것이 아니라 소속회원들의 기본권침해를 주장하고 있고 단체는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는 단체자신의 기본권이 직접 침해된 경우에 한하여 단체의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수는 없으며 이 사건 심판청구의 대상이 된 법률조항들을 영화를 제작하여 상영하려는 영화업자, 기타 영화제작자 또는 영화의 제작에 참여하는 감독·연기인 등 영화인을 그 적용대상으로 하는 것인데 청구인 협회는 스스로 영화제작 또는 상영사업을 수행하지 아니하므로 위 법률조항의 적용을 받는 것으로 보기 어렵고 따라서 청구인 협회의 이 사건 헌법소원심판청구는 자기관련성의 요건을 갖추지 못하여 부적법한 것이라고 한다.

다. 그러나 다수 의견에는 다음과 같은 잘못이 있다.

첫째, 헌법소원의 심판청구는 직접 자기 자신의 기본권침해를 이유로 제기할 수 있는 것이 원칙이지만 이 자기관련성은 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 객관적 기능에 비추어 되도록 넓게, 그리고 관대하게 적용되어야 하는 것이다. 따라서 사단법인은 구성원 전체의 이익을 위한 것일 때에는 구성원의 권리구제를 위하여 자기의 이름으로 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다. 구성원 전체의 이익은 바고 법인 자신의 이익이 되기 때문이다.

그러므로 영화법 제12조, 제13조, 제32조가 영화인 전체의 언론·출판의 자유, 예술의 자유 등 기본권을 침해하는 것이라면 청구인 협회는 가사 자기 자신의 기본권은 직접 침해된 것이 아니라고 하더라도 자기구성원의 기본권 구제를 위하여 위 법률 조항들에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 하는 것이다.

공권력에 의하여 사단법인의 구성원 전체의 기본권이 침해되었을 경우라도 사단법인이 그의 이름으로 직접 헌법소원을 하여서는 아니되고 반드시 구성원 각자의 이름으로써만 헌법소원심판을 청구하도록 요구하는 것은 번잡하고 비경제적일 뿐 그렇게 하여야 할 아무런 공익상의 필요성을 발견할 수 없다. 구성원 전체의 기본권이 침해되었을 경우 구성원들은 법인이 나서서 구제절차를 밟아주기를 희망하거나 강력히 요구할 수도 있을 것이며, 구성원들의 뜻에 따라 법인이 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구하는 것은 법인의 구성원에 대한 임무를 수행하는 것이어서 오히려 자연스럽고 당연한 일이다. 더구나 청구인 협회처럼 회원의 권익옹호를 설립목적으로 하고 있는(정관 제3조) 사단법인의 경우 더욱 그렇다. 이 사건도 청구인 협회가 필시 구성원인 영화인들의 희망이나 요구에 의하여 그의 이름으로 제기한 사건일 것이며, 이를 수리한 헌법재판소로서도 수많은 영화인들이 연명으로 제기해 온 것보다 편리했으면 했지 불편한 점은 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 굳이 이 사건을 각하하고 영화인 각자의 이름으로 다시 심판청구할 것을 요구하는 것은 지나치게 자기관련성에 집착한 나머지 국민의 편익을 외면한 것이 아닌가 생각된다.

둘째, 이 사건 심판청구 대상법률인 영화법 제12조(심의), 제13조(심의기준), 제32조(벌칙)의 각 규정은 반드시 영화제작 또는 영화상영을 업으로 하는 자에게만 적용되는 법률이 아니고 그러한 것을 업으로 하지 아니하더라도 가사 단 한번이라도 영화를 상영(영화를 영사하여 공개하는 것)하고자 하는 자에게는 누구에게나 적용되는 법률이다. 따라서 위 법률 조항이 청구인 협회에게도 적용되는 법률이 될 수 있느냐의 여부는 위 협회가 영화제작이나 영화상영을 사업으로 하는 자이냐의 여부만으로 결정되는 것이 아니라 위 협회가 영화를 상영할 수 있느냐 없느냐 즉 영화의 상영이 위 협회의 권리능력이나 행위능력의 범위에 속하느냐의 여부에 따라 결정되어야 한다. 그리고 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 되는 것이나(민법 제34조) 정관으로 정한 목적의 범위란 정관이 정한 목적만이 아니라 그 목적수행을 위하여 필요한 사항까지도 포함되는 것이다. 그런데 청구인 협회의 정관에 의하면 동 협회는 영화인 상호간의 친목을 도모하고 회원의 권익을 옹호하며 자질을 향상하여 민족영화예술의 창달발전에 기여함을 목적으로 하고(제3조) 그 목적 달성을 위하여 (1) 회원의 권익옹호 및 복리증진을 위한 사업, (2) 영화인의 자질향상을 위한 사업, (3) 신인발굴 및 양성을 위한 사업, (4) 연구기관지의 발간사업, (5) 영화예술의 학술적 연구 및 제반자료의 수집조사 통계, (6) 영화도서실 설치, (7) 공로 영화인에 대한 포상, (8) 영화진흥을 위한 연구발표회 및 강좌개최, (9) 영화인 해외파견 및 외국영화인사 초청 세미나 개최 등 사업을 할 수 있는 외에 기타 위 설립목적 달성을 위한 부대사업을 시행하도록 되어 있으므로(제4조) 위 협회는 그 설립목적 달성을 위한 부대사업으로서 영화를 제작하거나 수입하거나 또는 상영도 할 수 있다고 보여질 뿐더러(영화제작이나 수입을 업으로 하고자 할 때에는 문화부에 등록만 하면 된다) 사업으로서가 아니라도 그의 목적 수행을 위하여 필요한 때에는 영화를 제작하거나 상영도 할 수 있다고 보여지고 그렇다면 이 사건 심판청구 대상 법률조항들은 청구인 협회에게도 적용되는 법률이라 할 것이므로 청구인 협회는 위 법률 조항들에 대하여 자기 자신이 향유하고 있는 언론·출판의 자유, 예술의 자유가 직접 침해되었다고 주장하고 헌법소원심판을 청구할 수 있는 지위에 있고 그러한 지위에 있는 이상 이 사건에서 위 협회가 주장하는 청구 이유 가운데에는 자기 자신의 기본권침해 주장이 당연히 포함되어 있다고 볼 수 있

으며 또 그와 같이 해석해 주어야 하는 것이다.

그럼에도 불구하고 다수의견이 청구인 협회는 스스로 영화제작이나 상영사업을 수행하지 아니하고 따라서 심판청구 대상 법률 조항의 적용을 받지 않는다는 전제아래 청구인이 자기 자신의 기본권 침해를 주장하는 것이 아니라 소속회원들의 기본권 침해만을 주장하는 것으로 보아 부적법한 헌법소원이라고 단정하고 심판청구를 각하하고 만 것은 청구인 협회의 권리능력과 행위능력 및 기본권 침해의 자기관련성에 관한 법리를 오해한 나머지 사건을 너무 가볍게 처리한 것이라고 생각한다.

라. 이미 언급하였다시피 헌법소원의 적격요건으로서의 “자기관련성”은 이를 너무 엄격하게 적용하여서는 아니되고 헌법소원이 민중소송화되는 것을 억제하는 한도에서 되도록 관대하게 적용하여야 한다. 그런데 다수 의견이 “자기관련성”을 지나치게 엄격히 적용한 나머지 언론·출판의 자유 및 학문·예술의 자유의 신장 및 헌법질서의 유지를 위하여 매우 중요한 사안이라고 보여지는 이 사건 헌법소원에 관하여 “자기관련성”을 내세워 실질심사를 거부한 것은 옳지 못한 일이라고 생각한다.

6. 재판관 한병채의 반대의견

본건 다수 의견은 청구인 중 한국영화인협회 감독위원회는 헌법소원청구 능력이 없는 자의 청구이고, 사단법인 영화인협회는 자기 관련성이 없는 부적법한 것이어서 이를 모두 각하한다는 것이나 본 재판관은 본안 심리에 들어가지 않고 본안 전 사유를 가지고 본건을 종결하는 것에 대하여 찬성할 수 없다.

다수 의견은 본건 청구인 중 한국영화인협회 감독위원회는 영화인협회로부터 독립된 별개의 단체가 아니고 영화인협회의 내부에 설치된 8개 분과위원회 가운데 하나에 지나지 아니하며 달리 단체로서의 실체를 갖춘 당사자 능력을 인정할 법인이 아닌 사단으로도 볼 자료가 없어 헌법소원심판을 청구할 능력이 없다고 판단하였으나 본건의 당사자와 청구 내용을 실질적으로 살펴 보면 이 사건 심판의 대상이 된 법률 조항은 영화를 제작하여 상영하려는 영화인, 영화제작자, 연예인 및 영화제작에 직접 참여하는 감독인 등을 그 적용대상으로 하는 것이며(영화법 제2조 제8호·제9호, 제4조, 제5조의2), 영화인협회는 영화제작, 영화인, 영화감독 등 영화사업에 관계하는 자들이 각 그 직능에 따라 별도의 모임을 가지고 각 그 대표자를 선정하고 조직한 8개 단체가 모여서 영화예술인들 상호간의 친목도모 뿐만 아니라 그들의 공동목표인 민족영화예술의 창달발전을 기할 목적으로 협회를 구성하고, 그 목적을 효과적으로 달성하기 위하여 그 8개 단체가 위원회의 이름으로 민사소송법상의 비영리 사단법인인 협회를 설립한 것이다. 위 감독위원회는 그 중의 하나이며 따라서 영화인협회의 각 위원회는 동일한 자격과 직능을 가진 사람들이 모여 하나의 단체를 구성한 권리능력 없는 사단에 유사한 조직체이며 일반 사회단체나 법인의 내부적 조직기능을 수행하는 하부조직으로서의 기관에 불과한 일반 위원회와는 전혀 다른 별개의 단체로서의 법률적 성격을 가진 것이라고 못 볼 바 아니다. 즉 영화인협회의 각 위원회는 각기 조 조직과 구성원이 예술인이라는 것은 공통되나 그 말은 분야에 따라 그 기능과 전문성에 의하여 각 위원회마다 가입하는 자격이 한정되어 있고, 그 구성원에 의하여 선출되는 대표자가 정해져 있고, 그 운영과 업무에 있어서도 이해관계가 다른 독자적인 기능과 업무를 수행하는 권리능력 없는 사단으로서의 법률적 지위를 가

지고 있는 것이다.

그렇다면 법인 아닌 사단 또는 재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회조직체로서 활동하는 단체는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당한 경우에 그 단체의 이름으로 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 하는 지금까지의 당재판소의 판례에 따라 청구인 감독위원회에 대해서도 실질적인 요건을 검토하여 권리능력 없는 사단의 경우와 같이 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 보는 것이 합당하다고 할 것이다. 위 감독위원회가 독립된 단체로서 법인등기를 하지 않고, 영화 예술의 창달과 그 기능을 효과적으로 달성하기 위하여 공동의 목표를 가진 동종의 모임체가 협회를 구성하는데 참여하고 그들의 목적을 효과적으로 수행하기 위하여 각기 8개 단체가 개별적으로 각기 사단법인으로 등록하지 않고 그들의 동의에 의하여 협회를 구성하는데 참여하였다면 비록 그 협회 소속의 위원회라는 명칭을 사용한다고 하더라도 그 조직이 협회의 고유한 업무기능의 일부를 운영하는 하나의 단체기구로서의 위원회에 지나지 아니하는 것이 아니라 독립된 대표자와 고유한 각기능의 전문성이 있는 독립된 각자의 권리능력이 있는 단체 8개가 모여서 영화인 협회를 구성한 것이라고 못 볼 바 아닌데 다수의견은 변호사회나 의사회와 같은 일반단체의 연구내지 사무분담의 집행기구의 하나로 보고 위 감독위원회를 영화인협회의 분담의 집행기구의 하나로 보고 위 감독위원회를 영화인협회의 내부에 설치 조직된 단순한 하부조직의 8개 위원회 가운데 하나에 지나지 아니하며 독립된 별개의 단체로서 실체를 갖추었다고 볼 자료가 없다고 판단한 것은 영화인협회 감독위원회의 법적 성격을 지나치게 피상적으로 보고 판단한 잘못이 있다고 아니할 수 없다. 더구나 우리 사회에 상존하는 많은 협회의 법적 성격을 보면 통상적으로 협회라는 것은 업종의 독립된 법인 또는 단체들이 공동의 이익 추구를 위하여 별개의 독립된 법인 조직하여 운영하는 것을 말하는 것인데 영화인협회만은 협회자체가 하나의 단체이며 그 협회를 구성한 감독인, 영화인, 영화제작등 8개 분야에 속한 개성이 뚜렷한 별도의 여러 모임체들의 법적 성격을 전혀 무시하고 하나의 단순한 집행기관 내지 하부조직의 하나에 불과하다고 판단하여 협회의 조직 내부의 일부분으로 보는 것은 협회라는 법적개념에 대한 사회의 일반통념에도 어긋나는 것이라고 보지 않을 수 없고 그로 인하여 문제의 본질을 외면한 것이라 아니할 수 없다. 거기에다 다수의견은 본건은 영화예술의 창달 발전에 장애가 되는 헌법상 보장된 예술의 자유를 침해한 것이라고 본건을 제기한 것인데 청구인 영화인협회에 대해서 그 자신의 기본권이 침해당하고 있음을 이유로 하여 청구한 것이 아니고 그 구성원의 기본권을 침해 당한 것이라고 단정하고, 단체는 기본권을 침해당한 구성원의 권리구제를 위하여 헌법소원심판 청구할 수 없다고 하여 자기관련성이 없으므로 원칙적으로 헌법소원심판청구를 허용할 수 없다고 하면서 이 사건의 심판대상이 된 법률조항은 영화를 제작하여 상영하는 영화업자 등 영화인 또는 그 영화제작에 참여하는 감독인 등에게 적용대상으로 하는 것이며 영화인협회는 스스로 영화제자 또는 상여사업을 수행하지 않는 이상 직접 위 법률의 적용을 받는 것으로 보기 어렵다고 하여 영화인협회의 회원인 감독, 연기인 등의 기본권을 침해 내지 제한한 것이라고 볼 수 없고 달리 특별한 권리침해를 인정할 사정을 인정할 수 없다고 하여 청구인들의 청구를 모두 배척하였다.

본건 사안을 실질적인 면에서 검토하여 보면 감독인 개인으로서는 감당하기 어려운 예술문화의 창달을 목적으로 헌법상의 예술의 자유를 침해 내지 제한하는 것이라고 하여 다투는 본건 소송

물이기 때문에 그 권리침해를 구제하는 방법으로 본건 심판을 청구한 것인데 청구인 중 위 감독위원회는 단체가 아니라서 당사자 능력이 없고, 청구인 중의 영화인협회는 자기권리가 침해된 것으로 볼 수 없기 때문에 당사자 적격이 없다고 하여 청구인들의 청구를 배척하는 다수의견의 판시에서 적시하고 있듯이 감독인 등 예술인의 기본권에 대한 권리침해를 인정하면서 본안 전의 소송법적인 요건을 갖추지 아니하였다는 형식논리를 가지고 본건을 각하하는 것은 서로 상반된 논리를 가지고 본안의 판단을 회피한 것으로 보지 않을 수 없고, 이는 헌법상의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위한 헌법재판이 아니라 사건을 종결하기 위하여 일반민사소송의 개념에 따라 집단소송과 단체구성원의 권리구제를 위한 그 단체의 소송은 원칙적으로 허용하지 않는다는 전통적인 소송이론의 논거에 의하여 본건을 모두 각하결정한 것으로써 소송기술에 의한 재판이라는 비판을 면할 수 없다고 보지 않을 수 없다.

헌법재판 역시 헌법소송이라는 차원에서 비록 그 절차를 일반소송의 개념으로 보아야 하는 면이 없지 않다 할지라도 헌법재판청구 절차는 헌법의 특수성을 가지고 보아야 하며 그 본질상 필연적으로 헌법적 성격을 가져야 하는 것이고, 현대민주헌법의 기본적 기초를 이루고 있는 국민의 헌법상의 기본권은 그 자체가 사적 권리인 동시에 그의 보장은 헌법수호의 이익과 직결되는 일반적인 사회공동의 공익으로 보아야 하는 것이므로 이를 보장하는 심판절차의 방법도 일반소송과는 달리 폭넓게 헌법적 정의를 구현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

우리의 전통적인 법체제가 아직도 일반소송과 헌법소송의 구분이 분명하지 못하고 우리의 법률문화가 모든 법률관계는 헌법에 기초를 두어야 한다는 헌법적 생활이 일반화되지 못한 사회환경에서 우리의 헌법재판절차가 이루어지고 있다고 하더라도 헌법재판과 청구절차의 독자성을 찾아 발전을 가져오게 하는 것인데 이러한 헌법적 특성을 소홀히 하고 청구인의 당사자 능력과 적격을 단순하게 일반소송법상의 당사자적격의 문제로 다루어 본건을 판정하는 것은 일반소송법 원칙의 예외로서 폭넓게 인정하여야 하는 경우가 많은 헌법재판 절차에 있어서는 문제가 있다고 아니할 수 없다. 헌법재판청구에 있어서는 일반법원의 소송과는 달리 사회공익의 이익보호를 위하여 때로는 제3자에게서도 당사자적격을 인정하여야 할 경우가 많이 생길 수 있는 것이 현대산업사회의 필연적 현상임을 감안할 때 헌법소원심판청구권을 개인에게 한정하여 허용되는 것을 이익으로 국한할 것이 아니라 많은 사람들에게 얽혀 있는 공통된 권익 보호를 집단적으로 구제하지 아니하면 아니되는 경우에는 이를 인정하지 않을 수 없다는 절차상의 필요성이 강하게 요청되고 있는 헌법적 현실을 받아들여야 할 것이고 따라서 그것이 헌법상의 국민기본권 보장과 헌법규범의 수호의 길이라면 그 절차방법에 있어서 전통적인 소송법상의 제소요건보다 폭넓게 인정하여야 할 이유가 많이 있는 것이며 이러한 경우 헌법재판절차에 있어서의 당사자는 직접적으로 자기의 기본권보장 뿐만 아니라 타인의 권리보호를 함께 소구하는 것이 합리적이고 또 불가피하다고 인정할 때에는 그 공동피해자들의 집단을 대표하는 대표자의 성격을 가지는 헌법소원을 청구하는 사례가 많이 나타날 수 있는 것이므로 헌법재판절차에 있어서의 당사자적격의 유무를 판단함에 있어서는 헌법의 본질과 사법철학에 의하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 헌법재판에 있어서는 청구의 내용에 따라 집단의 당사자적격을 인정하여야 하는 것이 헌법적 정의실현에 합당한 경우도 있을 수 있다.

지금까지의 소송법상의 당사자 적격의 법리는 일반 법원에서 재판을 함에 있어서 필요한 소

송요건으로서 창조 적용되어 소송법이론으로 정착된 제도이며 이것이 형식논리에 의하여 운영되면서 본안에 관한 판단을 회피하기 위한 수단으로 활용되어 옴으로써 이러한 소송법 이론과 그 기술을 이해하지 못하는 많은 국민으로부터 사법부의 불신을 가져오게 하는 하나의 역작용을 초래하기도 하였다는 것을 헌법질서의 보장의 차원에서 고려하지 않을 수 없다 할 것이다.

더구나 헌법재판의 궁극적인 목적이 국가기관이나 기타 공권력에 의하여 기본권의 침해를 받은 국민에게 기존제도에 의하여 권리구제를 받을 수 있는 수단이 없을 때에 그 최후의 권리보장의 수단으로 헌법적 방법에 의하여 권리구제를 받을 기회를 주는데 있다고 한다면 형식적인 소송요건이론을 가지고 재판청구를 배척하는 전통적인 소송법 이론보다 헌법적 정의를 구현하고 기본권을 보장하는데 필요한 실질적인 적법절차의 철학에 기초하여 재판하는 데에 중점을 주어야 할 것이다. 헌법재판의 본질이 헌법적이며 객관적인 공익성을 가지고 다수 국민에게 헌법적 보호와 헌법적 정의를 구현하는데 주안점을 두고 있다고 본다면 당사자능력이나 적격의 소송법적 개념을 일반 소송과는 달리 폭넓게 받아들여야 하고 때로는 적극적으로 집단소송적 성격을 가진 단체의 청구도 받아들이는 쪽으로 보아야 할 것이다. 헌법재판에 있어서는 전통적인 소송법 체계에서와 같이 분쟁의 대상이 된 재판의 이익은 소송당사자에게만 국한하여 관계되는 것이 아니고, 다수의 국민의 공동으로 향유하고 있는 권익을 침해하는 원인 그 자체의 제거를 요구하는 경우가 많은 것이 현대 산업사회 현상이라 할 것이므로 헌법재판소는 불특정다수인의 집단의 이익이 공통으로 관련되어 집단의 대표자가 그 권리구제를 청구할 수밖에 없을 수도 있고 그것이 청구인 개인만을 위한 것이 아니라 공동의 목적을 가진 다수인의 이익을 구제하기 위하여 그 대표자로서 제소한 것이라고 보아 받아들여야 하는 것이 합당한 경우가 있을 것이고 그 때에는 그 대표자를 당사자로 하는 헌법소원심판청구를 인정하는 것이 필요하다고 할 것이다.

이러한 헌법의 본질과 철학에 의하여 헌법상의 기본권과 헌법질서를 수호하지 아니하고 본안에 관한 판단을 회피하기 위한 수단으로 소송법상의 기술을 활용하게 되면 헌법규범의 기능을 약화시키고 헌법재판이 사법기술적 수단에 의하여 조작되고 있다는 평가를 받게 될 것이다.

그러므로 청구인들의 당사자 능력과 적격의 문제는 헌법재판의 본질적 기능에 비추어 보다 실질적으로 심리 검토하여 가급적 받아들이고 본안에 관하여 심판하여야 하는데 그렇지 못한 다수의견은 헌법재판으로서의 심리판단에 미흡하다고 지적하지 않을 수 없다.

1991. 6. 3.

재판장 재판관 조규광
재판관 김진우
재판관 최광률

재판관 이성렬
재판관 한병채
재판관 김양균

재판관 변정수
재판관 이시운
재판관 김문희

재판관 최광률은 해외여행중이므로
서명날인 불능

재판장 재판관 조규광

헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32 등 결정 : 국가 보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원

[재판요지]

[판시사항]

1. 폐지된 법률에 대한 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 적법한 사례
2. 구 헌법(1987.10.29. 전문 개정되기 전의 것) 부칙 제6조 제3항 및 구 국가보위입법회의법(1980.12.28. 법률 제3260호) 전부에 대한 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 적법여부
3. 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌여부

[결정요지]

1. 폐지된 법률(실효된 법률)이라도 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구인들의 침해된 법익을 보호하기 위하여 그 위헌여부가 가려져야 할 필요가 있는 때에는 심판의 대상이 된다.
2. 구 헌법 부칙 제6조 제3항 또는 구 국가보위입법회의법 전부에 대한 위헌여부는 청구인들의 법원의 재판의 전제성이 인정되지 아니하므로 이에 대한 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구는 부적법하다.
3. 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단은 합리적 이유없이 임명권자의 후임자 임명처분으로 공무원직을 상실하도록 함으로써 직업공무원제를 침해하였으므로 구 헌법 제6조 제2항, 헌법 제7조 제2항에 위반된다.

[참조조문]

헌법 제7조 제2항, 제111조
구 헌법(1987.1.29. 전문 개정되기 전의 것) 제6조
구 헌법(1987.10.29. 전문 개정되기 전의 것) 부칙 제6조
헌법재판소법 제68조 제2항
국가공무원법 제70조
국가보위입법회의법(1980.12.28. 법률 제3260호) 부칙

=====
[재판전문]

청구인 양근희 외 38인
대리인 변호사 한승헌
관련소송사건 서울고등법원 88 구 9352 및 88 구 9369
면직처분무효확인청구의 소

[주문]

1. 국가보위입법회의법(1980.10.28. 법률 제3260호)부칙 제4항 후단은 헌법에 위반된다.
2. 청구인들의 나머지 헌법소원심판청구는 이를 각하한다.

[이유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 청구인들은 국가보위입법회의법이 제정되기 이전 국회사무처와 국회도서관에 소속된 공무원으로 근무하여 왔는데 1980.10.28. 위 법률이 제정되면서 각각 국가보위입법회의의 사무처와 도서관에 소속된 공무원으로 되었으며, 청구인들 중 청구인 장욱상, 이광서, 이기춘, 이동철, 장창종, 정예식, 이재영, 김진기, 최병익, 유병성, 안인영, 정성수, 양문화, 홍종련, 최동필, 양보희, 권오현, 김상윤, 양승관, 박춘배, 조중기, 권상하, 김병욱, 윤여택, 임정호, 이관수, 강창익, 신용자, 이승택, 민정식, 조천수, 최광순, 안순덕, 김형락, 김원식은 1980.11.16. 국가보위입법회의의장의 인사명령에 의해, 청구인 양근휘는 1980.11.30. 국가보위입법회의의 사무처장의 인사명령에 의해, 청구인 김영모, 오경자, 구자수는 같은 날 국가보위입법회의의 도서관장의 인사명령에 의해 각각 면직되었다. 이에 청구인들은 국회의장을 상대로 서울고등법원에 같은 법원 88구9352 및 9369로 면직처분무효확인청구의 소를 제기하여 소송계속중 같은 법원 88부157 및 158로 위법률에 대하여 위헌여부심판제청신청을 하고 1989.2.14. 같은 법원에서 위 신청이 각 각하되자 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의하여 같은 달 27. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였는데 위 각 신청 또는 청구는 국가보위입법회의법 전부 또는 같은 법률 부칙 제4항(전체가 위헌이 아닌 경우)과 1980.10.27. 공포된 대한민국 헌법(이하 “구 헌법”이라 한다) 부칙 제6조 제3항의 위헌여부를 심판하여 달라는 내용이다.

청구인 장창종, 안인영, 최동필, 윤여택, 민정식, 안순덕을 제외한 나머지 청구인들은 1989.6.1.에서 같은 달 20.에 걸쳐 국회사무처와 국회도서관의 공무원으로 재임용되었다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 헌법소원심판의 대상은 국가보위입법회의법 전부와, 위 법률전부가 위헌이 아닐 경우 위 법률부칙 제4항의 “이 법 시행당시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며, 그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다”라는 규정과

(2) 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다”라는 규정이 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 것이다.

2. 청구인들의 주장과 관계인의 의견

가. 청구인들 대리인의 주장

(1) 국가보위입법회의법은 1980.5.27. 국무회의 의결로서 설치된 국가보위비상대책위원회에서 1980.10.27. 의결하여 같은 달 28.에 공포·시행된 것이고, 국가보위비상대책위원회는 헌법상의 입법권을 가지고 있는 입법기관이 아니기 때문에 위 법률은 헌법 제1조, 제40조에 위반된다.

(2) 국가보위입법회의법 부칙 제4항은 설사 성립에 하자가 없는 것으로 해석한다 하더라도 그 내용이 구 헌법 제6조 제2항과 헌법 제7조 제2항에 위반된다.

(3) 구 헌법 부칙 제6조 제3항은 구 헌법 제25조, 제26조 제1항과 헌법 제26조, 제27조 제1항에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 국가보위입법회의법 및 같은 법률 부칙 제4항은 같은 법률부칙 제2항 “이 법은 헌법에 따라 새로 구성되는 국회의 최초의 집회일 전일까지 그 효력을 가진다” 라는 규정에 의해 이미 실효되었으므로 헌법재판소의 심판의 대상으로 될 수 없다.

(2) 국민주권원리에 의할 때 헌법 및 헌법규정은 헌법재판소의 심판의 대상이 되지 않으므로 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 위헌여부는 헌법재판소의 심판의 대상으로 될 수 없다.

3. 판단

가. 폐지된 법률(실효된 법률을 포함한다. 이하 같다)이 위헌여부심판의 대상이 되는가.

국가보위입법회의법은 1980.10.27. 의결되어 같은 달 28. 법률 제3260호로 공포·시행되었고, 같은 법 부칙 제2항에 의거 1981.4.10. 폐지된 한시법이다. 그리하여 법률의 시적 효력범위 문제와 관련하여 폐지된 법률이 위헌여부심판의 대상이 될 수 있는냐가 문제된다.

그것은 법률의 위헌결정에 의하여 일반적으로 그 효력이 상실되는 우리나라의 법제하에서 이미 효력이 상실된 법률에 대하여서는 새삼스럽게 효력을 상실시킬 실익이 없다고 할 수도 있기 때문이다. 그러나 폐지된 법률에 의한 권리침해가 있고 그것이 비록 과거의 것이라 할지라도 그 결과로 인하여 발생한 국민의 법익침해와 그로 인한 법률상태는 재판시까지 계속되고 있는 경우가 있을 수 있는 것이며, 그 경우에는 헌법소원의 권리보호이익은 존속한다고 하여야 할 것이다.

법률은 원칙적으로 발효시부터 실효시까지 효력이 있고, 그 시행중에 발생한 사건에 적용되기 마련이므로 법률이 폐지된 경우라 할지라도 그 법률의 시행당시에 발생한 구체적사건에 대하여서는 법률의 성질상 더 이상 적용될 수 없거나 특별한 규정이 없는 한, 폐지된 법률이 적용되어 재판이 행하여질 수 밖에 없는 것이고, 이때 폐지된 법률의 위헌여부가 문제로 제기되는 경우에는

그 위헌여부심판은 헌법재판소가 할 수 밖에 없는 것이다. 만일 헌법재판소가 폐지된 법률이라는 이유로 위헌심사를 거부하거나 회피하면 구체적 사건에 대한 법적분쟁을 해결하여야 하는 법원으로서 법률에 대한 위헌여부결정권이 없다는 것을 이유로 하여 위헌문제가 제기된 법률을 그대로 적용할 수 밖에 없는 불합리한 결과가 생겨나게 되기 때문이다.

위헌법률심판에 있어서 문제된 법률이 재판의 전제가 된다는 것은 우선 그 법률이 당해 본안사건에 적용될 법률이어야 하고 또 그 법률이 위헌일 때는 합헌일 때와 다른 판단을 할 수 밖에 없는 경우 즉 판결주문이 달라질 경우를 뜻한다고 할 것이고 그 법률이 현재 시행중인가 또는 이미 폐지된 것인가를 의미하는 것은 아니라 할 것이므로 폐지된 법률이라는 이유로 위헌여부심판의 대상이 될 수 없다는 주장은 허용될 수 없는 것이다. 따라서 이미 폐지된 법률이라 할지라도 헌법소원심판청구인들의 침해된 법익을 보호하기 위하여 그 위헌 여부가 가려져야 할 필요가 있는 경우 즉 법률상 이익이 현존하는 경우에는 심판을 하여야 한다고 할 것이다(헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정 참조).

본건의 경우 청구인 장창종의 5명을 제외한 나머지 청구인들은 전원 1989.6.1.부터 같은 달 20.까지의 사이에 면직당시의 직급으로 재임용되어 현재 근무중이기 때문에 그들에게 소의 이익이 있느냐의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 청구인들 대리인이 주장하는 바와 같이 재임용된 청구인들이 9년전 직급으로 신규임용된 결과 승진에 불이익을 받았음은 물론 면직처분의 무효를 전제로 한 복직이 아니기 때문에 명예회복이 되지 않고 면직기간중의 보수 급여등 경제적 손실도 회복할 수 없어 헌법소원심판청구의 이익은 여전히 존재한다는 논지는 합당하고 위 장창종의 5명은 정년 초과등으로 재임명되지 않았으나 경제적 손실등 그 불이익은 상존하기 때문에 청구인들에 대한 권리침해의 현재성은 의연 존속하며 따라서 소의 이익이 있는 것으로 봐야 할 것이다.

나. 국가보위입법회의법 전부에 대한 위헌여부의 판단이 필수적인가.

청구인들은 위에서 살펴본 바와 같은 경위로 헌법소원심판청구를 하면서 우선 국가보위입법회의법 전부가 정상적인 입법권을 갖고 있는 국회에서 제정된 것이 아니므로 그 성립에 하자가 있어 위헌이라고 주장하고 있다. 여기서는 국가보위입법회의법의 위헌여부를 따지기에 앞서 위 법률 전부의 위헌여부가 「면직처분무효 확인청구의 소」 재판의 전제가 되고 있는가의 여부를 먼저 검토해 보기로 한다.

어떤 법률관계에 적용되는 법률조항의 위헌을 주장하면서 그 법률조항이 속하는 법률중 당해 법률관계와는 직접관련이 없는 법률조항 또는 그 법률 전체의 위헌성을 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 헌법소원심판청구인은 자신의 권리침해와 관련이 있는 법률 또는 법률조항의 위헌여부만 심판청구할 수 있고 헌법재판소도 원칙적으로 법원의 재판에 전제가 되는 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정하여야 하는 제한을 받는다고 할 것이다. 다만 헌법재판소법 제45조, 제75조 제6항에 의하여 헌법소원을 인용하는 경우 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때 또는 위헌결정되는 법률조항과 밀접불가분의 관계에 있는 법률조항일 때에 한하여 법률 전부 또는 관계 법률조항에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 법률은 8장과 부칙으로 구성되어 있는데 제1장 총칙으로부터 제8장 보칙까지 그 내용을 훑어봐도 청구인등이 소송 수행중에 있는 「면직처분무효확인청구의 소」와 관련이 있는 조문을 찾아내기가 어려우며 다만 위 법률중 부칙 제4항 후단만이 관련이 있을 뿐임을 확인할 수 있다. 즉 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단을 제외하고는 재판의 전제성이 인정되지 않기 때문에 그 부분에 관한 위헌여부를 판단할 수 없으며 그것은 구체적 규범통제절차를 규정하고 있는 헌법의 규정(제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호)과 헌법재판소법(제41조 제1항, 제45조, 제68조 제2항)의 해석상 당연한 논리라 할 것이다. 따라서 부칙 제4항 후단을 제외한 위 법률 전부에 대한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

다. 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 위헌여부의 판단이 필수적인가.

구 헌법은 그 부칙 제6조 제3항에서 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다” 라고 규정하여 국민의 기본권을 일부 제한하고 있는데 청구인들은 이 규정이 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권인 재판청구권이나 청원권(헌법 제26조, 제27조 제1항, 구 헌법 제25조, 제26조 제1항)을 제한하고 있기 때문에 위헌이라고 주장하고 헌법재판소가 이를 가려줄 것을 청구하고 있다. 그러나 여기서도 재판의 전제성의 유무가 검토되어야 할 것이다.

구체적 사건에 대한 법적평가는 그 사건 당시의 헌법 및 법률상태를 기준으로 하여야 하고 그 당시의 헌법에 의하여 제소가 금지된 결과 그 적부를 다룰 수 없는 상태하에서 유효한 것으로 간주된 경우라면 설사 사정이 변경되었다고 하더라도 추후에 당해사건의 적부를 판단하여 그 효력을 부정할 수 없다는 견해가 있다.

그러나 구 헌법의 제소금지 규정의 배경을 살펴보면 국가보위입법회의라는 비상기관에서 비상절차에 의하여 제정한 각종 법률에 대하여 헌법적 근거를 부여함과 동시에 그 제정절차, 즉 성립의 하자를 문제삼는 것을 예방하기 위한 비상제동장치를 마련하는데 있었다고 사료되며 그 내용의 합헌성 여부를 다투는 것을 봉쇄하는데 그 의도가 있었던 것이라고는 보여지지 않는다.

그렇다면 구 헌법 부칙 제6조 제3항의 규정은 구 헌법의 기본권보장 규정과도 모순, 충돌되는 것이었던만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것이고 따라서 모든 국민은 아무런 제약이 따르지 않는 기본권에 의하여 언제 어떤 절차로 만들어졌느냐에 관계없이 모든 법률에 대하여 법정절차에 의해서 그 위헌성 유무를 따지는 것이 가능하다고 할 것이다. 따라서 청구인들의 주된 공격대상이 되고 있는 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌성 유무를 밝히는 것은 구 헌법 부칙 제6조 제3항에 대한 위헌여부심판을 기다릴 것 없이 가능하기 때문에 결국 이에 대한 헌법소원심판청구도 부적법하다고 할 것이다.

라. 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌여부

국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단이 규정하고 있는 “…… 그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다.”라는 내용은 행정집행이나 사법재판을 매개로 하지 아니하고 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률, 즉 법률이 직접 자동집행력을 갖는 처분적 법률의 예에 해당하는 것이며 따라서 국가보위입법회의의 의장 등의 면직발령은 위 법률의 후속조치로서 당연히 행하여져야 할 사무적 행위에 불과하다고 할 것이다. 그런데 위 부칙 제4항은 공무원에게 귀책사유의 유무를 불문하고 면직시키는 것으로 규정하고 있기 때문에 헌법상 보장되고 있는 공무원의 신분보장규정(구 헌법 제6조 제2항, 헌법 제7조 제2항)과의 관계에서 그 위헌여부가 문제되는 것이다.

우리나라는 직업공무원제도를 채택하고 있는데, 이는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도(獵官制度)를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 여기서 말하는 공무원은 국가 또는 공공단체와 근로관계를 맺고 이른바 공법상 특별권력관계 내지 특별행정법관계 아래 공무를 담당하는 것을 직업으로 하는 협의의 공무원을 말하며 정치적 공무원이라든가 임시적 공무원은 포함되지 않는 것이다.

직업공무원제도하에 있어서는 과학적 직위분류제(職位分類制), 성적주의 등에 따른 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하지만 특히 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 그 중추적 요소라고 할 수 있는 것이다. 그러나 보장이 있음으로써 공무원이 어떤 특정정당이나 특정상급자를 위하여 충성하는 것이 아니고 국민전체에 대한 공복으로서 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 되는 것으로서 이는 당해 공무원의 권리나 이익의 보호에 그치지 않고 국가통치 차원에서의 정치적 안정의 유지와 공무원으로 하여금 상급자의 불법부당한 지시나 정실(情實)에 속박되지 않고 오직 법과 정의에 따라 공직을 수행하게 하는 법치주의의 이념과 고도의 합리성, 전문성, 연속성이 요구되는 공무의 차질없는 수행을 보장하기 위한 것이다.

헌법이 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”(헌법 제7조, 구 헌법 제6조)라고 명문으로 규정하고 있는 것은 바로 직업공무원제도가 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하고 정권담당자에 따라 영향받지 않는 것은 물론 같은 정권하에서도 정당한 이유없이 해임당하지 않는 것을 불가결의 요건으로 하는 직업공무원제도의 확립을 내용으로 하는 입법의 원리를 지시하고 있는 것으로서 법률로서 관계규정을 마련함에 있어서도 헌법의 위와 같은 기속적 방향(羈束的方向) 제시에 따라 공무원의 신분보장이라는 본질적 내용이 침해되지 않는 범위내라는 입법의 한계가 확정되어진 것이라 할 것이다.

그렇기 때문에 공무원에 대한 기본법인 국가공무원법이나 지방공무원법에서도 이 원리를 받아들여 공무원은 형의 선고, 징계 또는 위 공무원법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직, 강임 또는 면직당하지 아니하도록 하고, 직권에 의한 면직사유를 제한적으로 열거하여 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때를 제외하고는 공무원의 귀책사유없이 인사상 불이익을 받는 일이 없도록 규정하고 있는 것이다. 이는 조직의 운영 및 개편상 불가피한 경우외에는 임명권자의 자의적 판단에 의하여 직업공무원에게 면직등 불리한 인사조치를 함부로 할 수 없음을 의미하는 것으로서 이에 어긋나는 것일 때에는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것이 되기 때문이다.

그런데 국가보위입법회의법 부칙 제4항 전단은 “이 법 시행 당시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며……” 라고 규정하고 있는 바, 같은 법 제7조와 제8조를 모두어 판단하건대, 국회사무처와 국가보위입법회의사무처 상호간, 국회도서관과 국가보위입법회의도서관 상호간에 각 그 동질성과 연속성을 인정하고 있어 적어도 규범상으로는 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에서 직권면직사유로 규정하고 있는 직제와 정원의 개폐등 조직변경의 사정은 인정되지 않는다. 그러함에도 그 후단에서는 “그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다” 라고 규정함으로써 조직의 변경과 관련이 없음은 물론 소속공무원의 귀책사유의 유무라던가 다른 공무원과의 관계에서 형평성이나 합리적 근거등을 제시하지 아니한 채 임명권자의 후임자임명이라는 처분에 의하여 그 직을 상실하는 것으로 규정하였으니, 이는 결국 임기만료되거나 정년시까지 그 신분이 보장된다는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법에서 보장하고 있는 공무원의 신분보장 규정에 정면으로 위반된다고 아니할 수 없는 것이다.

또한 본건의 경우에 있어서는 위 법률이 제정될 당시에 이미 공무원의 신분을 취득하여 이를 보유하고 있는 청구인들에게 적용되었던 것으로서 이는 실질적으로 소급입법에 의한 공무원의 신분보장 규정 침해라고 할 것이다. 무릇 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 ‘진정소급효’(眞正遡及效)의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로하는 이른바 ‘부진정소급효’의 입법을 상정(想定)할 수 있는데, 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호와 법적안정성을 위하여 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 그대로 존중할 의무가 있고 그것이 입법의 한계라고 할 것이다(헌법재판소 1989.3.17.선고, 88헌마1 결정 참조). 그런데 본건 청구인들의 경우에는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 당사자의 귀책사유없이 인사상 불이익을 받지 않는다는 공무원으로서의 법적지위를 기존의 법질서에 의하여 이미 확보하고 있었고 그와 같은 법적지위는 구 헌법의 공무원의 신분보장규정에 의하여 보호되고 있었는데 국가보위입법회의법이라는 새로운 법률에서 공무원의 위와 같은 기득권(既得權)을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 신뢰보호(信賴保護)의 원칙에 위배되는 것으로서 입법형성권(立法形成權)의 한계를 벗어난 위헌적인 것이라 할 것이다.

위와 같이 공무원의 신분보장 규정은 헌법에서 새로이 규정한 것이 아니고 신·구 헌법이 일 관해서 이를 보장(헌법 제7조 제2항, 구헌법 제6조 제2항)해 오고 있었던 만큼 그 위헌성은 명백하 다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구 중 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단은 구 헌법 제6 조 제2항, 헌법 제7조 제2항에 위반되고, 위 부칙 제4항 후단을 제외한 이 법률 전부와 구 헌법 부 칙 제6조 제3항에 대한 것은 청구인들의 나머지 주장에 대하여 판단할 필요도 없이 재판의 전제성 이라는 제소요건 불비로 부적법하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판장 재판관 조규광
재판관 김진우
재판관 최광률

재판관 이성렬
재판관 한병채
재판관 김양균

재판관 변정수
재판관 이시운
재판관 김문희