

## 28. 사법시험 응시횟수제한 효력정지 가처분사건

<헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471 사법시험령 제4조 제3항 효력정지 가처분신청, 판례집 12-2, 381>

### 가. 사건의 배경

이 사건은 사법시험 제1차 시험을 4회 응시한 자는 마지막 응시 이후 4년간 다시 응시할 수 없도록 한 사법시험령 관련 규정에 대하여 그 위헌여부의 본안 판단을 하기에 앞서 가처분으로서 그 효력을 잠정적으로 정지시키는 결정을 내린 사건이다.

1996. 8. 사법시험령이 개정되어 사법시험 제1차 시험을 4회 응시한 자는 마지막 응시 이후 4년간 다시 응시할 수 없도록 한 응시횟수제한 규정이 신설되었는데, 1997년부터 2000년까지 사법시험 제1차 시험에 응시하여 4년간 연속하여 불합격한 신청인들이 그 첫 적용대상자들이 되었으며, 그들은 2001년부터 4년간 사법시험 제1차 시험에 응시할 수 없게 되었다.

이에 신청인들은 사법시험에 응시할 수 없어 판사·검사·변호사 등이 될 수 있는 길을 봉쇄당함으로써, 헌법상 보장되는 직업선택의 자유·공무담임권·행복추구권·평등권 등 기본권을 침해당하게 되었을 뿐만 아니라, 사법시험령은 대통령령에 불과한 것으로 반드시 법률에 의하여만 기본권을 제한할 수 있도록 한 헌법규정에도 위배된다고 주장하면서, 위 규정의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하는 한편, 당장 2001년도 사법시험에서의 응시자격제한을 피하고자, 위 규정의 효력정지를 구하는 이 사건 가처분신청을 제기하였다.

### 나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 신청인들의 가처분 신청을 인용하였는 바 그 이유의 요지는 다음과 같다.

헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가처분에 관한 규정을 두고 있을 뿐, 다른 헌법재판절차에 있어서도 가처분이 허용되는가에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만 헌법재판소법은 심판절차에 관하여 동법에 특별한 규정이 없는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하고 특히 헌법소원 심판의 경우에는 행정소송법의 규정을 함께 준용한다고 규정하고 있다.

위 명문의 규정이 있는 두 심판절차 이외에 같은 법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에 있어서도 가처분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가처분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로 위 헌법소원심판청구사건에서도 가처분이 허용된다.

따라서 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않고 헌법소원심판에서 다투어지는 '공권력 행사 또는 불행사'의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있으며 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익 보다 크다면 가처분을 인용할 수 있다.

그런데 신청인들의 이 사건 본안심판 청구는 명백히 이유없는 경우라고 할 수 없고 또한 위 규정의 효력이 그대로 유지되는 한 신청인들은 2001년부터 4년간 제1차 시험에 응시할 수 없게 되어 사법시험에 합격할 가능성이 원천적으로 봉쇄되는 회복하기 어려운 손해를 입게 될 것이 명백하다. 사법시험 제1차 시험은 연초(年初)에 시행되므로 시간적인 긴급성도 인정된다. 만약 이 사건 가처분신청을 기각하고 나중에 본안심판을 인용한다면 신청인들은 이에 응시하여 합격할 기회를 상실하는 돌이킬 수 없는 손해를 입게 된다.

#### 다. 사후경과

이 결정에 따라 신청인들 뿐만 아니라 응시횟수의 제한 규정으로 인하여 2001년 사법시험에 응시할 수 없었던 자들 모두가 제43회 사법시험에 응시할 수 있었다.

한편 국회는 사법시험령이 대통령령의 형태로 법률의 위임도 없이 국민의 권리, 의무에 관한 사항을 정하고 있어 문제가 있다는 각계의 비판을 받아들여 2001. 3. 28. 사법시험법을 제정하였다. 그리고 이 법 제5조에서는 응시자격을 규정하면서 이 사건 심판대상조항의 내용과 같은 응시횟수에 대한 아무런 제한을 하고 있지 않다. 사법시험령은 2001. 3. 31. 폐지되었다.

또한 위 가처분신청사건의 본안인 당해 사법시험령규정에 대한 위헌소원 사건은 이와 같은 법령의 제정 및 폐지로 인하여 권리보호이익이 없어졌다는 이유로 각하되었다.