

17. 원행정처분 취소청구 사건

〈헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등 양도세 등 부과처분취소, 판례집 10-1, 660〉

가. 사건의 배경

이 사건은 원(原)처분, 즉 행정소송을 거친 후 원래의 행정처분은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 아니라고 하여 각하결정한 사건이다.

원처분 자체가 위헌성이 있다고 하여 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있는가 하는 문제는 헌법재판소 설립 이후 계속적으로 논란이 된 문제였다. 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한 결과 재판을 거친 행정처분에 대한 헌법소원도 제외한다면 국민의 기본권 보장을 위해 마련된 헌법소원의 범위가 매우 제약되는 한편 청구인이 행정소송에서 기각판결을 받고 그 판결이 확정된 다음 헌법재판소가 원처분만을 취소한다면 판결의 효력과 충돌되는 문제가 발생한다.

청구인들은 자신들에게 부과되었던 양도소득세 등 부과처분을 법원에서 다투었으나 모두 기각되어 확정되었다. 그후 청구인들은 문제의 양도소득세 부과처분 자체가 조세법률주의 등에 반한 위헌적인 법령에 근거한 것이라는 이유로 그 처분에 대해 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 다음과 같이 4인 재판관의 다수의견이 원처분에 대한 헌법소원이 특별한 경우외에는 허용되지 않는다고 하고, 1인의 재판관과 다른 3인의 재판관이 각기 다른 이유로 각하의견을 제시하여 청구인의 헌법소원심판을 각하하였다.

헌법재판소는 1997년 12월 24일 선고한 96헌마172, 173(병합) 사건에 관한 결정에서 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판은 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있음을 선언하면서 법원의 재판을 취소함과 아울러 그 재판의 대상이 되었던 당해 행정처분(원행정처분)에 대한 헌법소원심판청구까지 받아들여 이를 취소한 바 있다.

그러나 위 결정에서 보는 바와 같이 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소하는 것은 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 취소되는 경우에 한하여 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고, 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이다. 따라서 법원의 재판이 위 사건과 같은 예외적인 경우에 해당하여 그 역시 동시에 취소되는 것을 전제로 하지 아니하는 한 원행정처분의 취소 등을 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 아니한다고 할 것이다. 뿐만 아니라 원행정처분에 대한 헌법소원 심판청구를 허용하는 것은 헌법 제107조 제2항의 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”는 규정이나 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제

1항의 취지에도 어긋나는 것으로 볼 수 있다.

이에 대하여는 이영모 재판관의 소수의견, 이재화, 고중석, 한대현 재판관의 별개의견, 조승형 재판관의 반대의견이 있었다.

이영모 재판관은 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 위헌인 법률(위헌으로 선언된 법률보다 넓은 개념이다)을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판은 포함되지 않는 것이라고 재강조하면서 이 사건 과세처분의 근거가 된 법률은 구 소득세법(1978. 12. 5. 법률 제3098호로 개정된 것으로 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제60조로서 헌법재판소가 위헌으로 선언한 바 있으므로 청구인이 거친 대법원의 재판에 대해서는 그 취소를 구하는 헌법소원을 제기할 수 있는 것인데, 청구인들은 이 사건에서 과세처분의 취소만을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고 청구취지를 확장할 신청기간도 이미 도과되어 이 심판청구는 각하할 수 밖에 없다는 의견을 제시하였다.

이재화, 고중석, 한대현 재판관은 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 심판대상에서 ‘법원의 재판’을 제외한 것은 위 조항 단서의 보충성의 원칙과 결합하여 법원의 재판 자체뿐만 아니라 재판의 대상이 되었던 원행정처분도 제외하는 것으로 보아야하는바, 그 이유는 원행정처분에 대하여 헌법소원심판을 하는 것은 단순한 행정작용에 대한 심사가 아니라 사법작용에 대한 심사와 행정작용에 대한 심사를 동시에 행하는 것이 되고 결국 헌법소원심판의 대상에서 제외됨에 따라 금지된 사법작용에 대한 심사를 행하는 것이 되어 결과적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 것이 되기 때문이라는 의견을 제시하였다.

이에 대한 조승형 재판관의 반대의견은 다음과 같다.

헌법 제111조 제1항 제5호에서 헌법소원의 대상과 심판범위를 헌법재판소법에 위임한 정신이나 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 입법취지에 비추어 보면 권리구제절차로서의 재판을 거친 원공권력작용을 헌법소원의 대상에서 배제한 것이라고는 할 수 없고, 헌법 제107조 제2항의 문언에 따르더라도 처분자체의 위헌·위법성이 재판의 전제가 된 경우만을 규정하고 있으므로 그 경우를 제외하고는 처분자체에 의한 직접적인 기본권 침해를 다투는 헌법소원은 모두 가능하다고 보아야 하며, 헌법재판소는 이미 명령·규칙 자체가 직접 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원의 심판대상이 된다는 판례를 확립하고 있으므로 위 헌법조항에 병렬로 열거된 처분의 경우도 명령·규칙과 달리 보아야 할 아무런 이유를 찾아 볼 수 없다.

재판을 헌법소원대상에서 원칙적으로 제외시킨 것에서 재판의 원인된 원행정처분자체에 대한 헌법소원까지도 배제한 것이라는 결론을 바로 이끌어 내기는 어렵다. 헌법재판소법 제75조 제3, 4, 5항에서 따로 헌법소원을 인용할 때 공권력의 행사 또는 불행사의 원인이 된 당해 법률 또는 법률조항이 위헌임을 선고할 수 있음을 특별히 규정하고 있는 점에 비추어 보더라도 다수의견은 부당하고 소송물도 다르다고 할 것이다. 법원 판결의 기판력은 원칙적으로 직접 헌법적인 문제, 즉 헌법이 보장하는 기본권의 침해여부까지 미치지 아니하는데 반해, 원행정처분에 대한 헌법소원절차에서는 헌법문제, 무엇보다도 기본권침해문제 자체가 결정의 기판력 내지 기속력의 내용을 이루며, 헌법재판소법 제75조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정하여 법원도 기속함을 명백히 천명하고 있어 헌법재판소의 원행정처분취소·공권력불행사위헌확인결정의 기속력은 행정처분에 대한 법원의 확정재판의 기판력에 우선한다.

다. 사후경과

이 결정은 언론에서 주목받지는 못했으나 헌법소원의 대상을 둘러싼 매우 중요한 소송법상의 문제를 담고 있었다. 일부 공법학자들은 비록 행정소송이 확정되었다고 하더라도 헌법재판소가 원행정처분 자체의 위헌성을 심사하는 것은 가능하고 헌법재판소법이 정한 결정의 효력이 행정청뿐만 아니라 법원도 기속하게 되므로 법원의 확정판결과의 저촉문제도 심각한 것은 아니라면서 헌법재판소가 너무 소극적으로 원처분 문제를 결론지었다고 지적하였다.

또다른 견해는 헌법재판소가 원처분에 대한 헌법소원의 인정이 헌법 제107조 제2항에 위반된다고 한 것은 명령, 규칙에 대해 헌법소원을 인정하고 있는 헌법재판소의 확립된 관례에 비추어 정당성의 근거가 의심스럽다고 한다. 명령, 규칙의 경우 보충성의 예외를 인정하기가 처분의 경우보다 용이하다는 점이 양자간의 차이점이라 할 수 있으나 처분에 해당되어도 보충성의 예외에 해당되어 헌법소원이 인정될 수 있는 예외적인 경우가 있으므로 헌법소원의 허용여부를 좌우할 정도의 양자간의 차이점은 발견할 수 없다고 한다. 이 견해는 결국은 입법론적 차원에서 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 방향으로 나아가는 것이 헌법재판제도를 도입한 본 취지에 비추어 적절한 것이라고 한다(김유환, 헌법재판과 행정법의 발전: 헌법재판소 관례의 분석, 한국공법학회 학술발표회 제77회 헌법재판 10년: 그 평가와 과제, 1998. 9. 19.).

이 결정 이후 헌법재판소는 이 결정을 원용하면서 1998년 6월 25일 93헌마150 방위세 부과처분취소 사건을 각하하는 등 지금까지 10여건의 다른 원처분사건들을 각하하였다.