

사법시험령 제3조 제1항 등 위헌확인  
(2002. 2. 28. 99헌마693 전원재판부)

**【관시사항】**

사법시험의 선발예정인원 결정, 합격자 결정방식 등에 관한 사법시험령의 규정에 기본권 침해의 직접성이 인정되는지 여부 (소극)

**【결정요지】**

청구인들이 주장하는 직업선택의 자유 등의 기본권의 침해는 사법시험의 선발예정인원 결정, 시험의 공고, 합격자 결정방식에 관하여 규정하고 있는 사법시험령 조항들에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 그 조항들에 의거하여 선발예정인원의 결정과 공고, 합격자 결정 등의 구체적 집행행위가 이루어졌을 때에 비로소 현실적으로 나타나는 것이어서 그 조항들 자체로는 아직 청구인들의 기본권에 무슨 영향을 미치는 것이 아니므로 기본권 침해의 직접성이 없다.

**【심판대상조문】**

사법시험령(1998. 12. 31. 대통령령 제16032호로 개정되고 2001. 3. 31. 대통령령 제17181호로 폐지된 것) 제3조 제1항, 제9조 제2항, 제15조 제2항

**【참조조문】**

헌법재판소법 제68조제1항

**【참조판례】**

헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 공보 63, 1195

**【당 사 자】**

청 구 인 김○태 외 66인  
청구인들 대리인 1. 법무법인 나라종합  
법률사무소  
담당변호사 박원  
순

- 2. 법무법인 한결  
담당변호사 차병  
직
- 3. 변호사 하승수 외  
1인

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 각하한다.

**【이 유】**

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상  
가. 사건의 개요

청구인들은 사법시험을 준비하고 있거나 대한민국에 거주하고 있는 국민들인데, 사법시험 선발예정인원의 결정·공고 및 합격결정에 관하여 규정하고 있는 사법시험령 제3조 제1항, 제9조 제2항, 제15조 제2항 및 위 조항들에 근거하여 행정자치부장관이 매년 사법시험 선발예정인원을 결정·공고하는 행위가 청구인들의 헌법상 보장된 직업선택의 자유, 재판청구권 및 공무원임권을 침해한다고 하면서 1999. 12. 6. 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 위 사법시험령 조항들에 근거하여 행정자치부장관이 매년 사법시험 선발예정인원을 결정·공고하는 행위의 위헌확인도 구하고 있으나, 구체적 결정·공고행위를 특정하지 아니하고 법령에 근거하여 행하여지거나 행하여질 수 있는 집행행위 일반에 대하여 추상적으로 위헌확인을 구할 수는 없다 할 것 이므로 이 부분은 별도로 심판대상으로 삼지 아니한다. 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 사법시험령(1998. 12. 31. 대통령령 제16032호로 개정되고 2001. 3. 31. 대통령령 제17181호로 폐지된 것) 제3조 제1항, 제9조 제2항, 제15조 제2항(이하 “심판대상조항들”이라 한다) 이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 심판대상조항들의 내용은 다음과 같다.

제3조(선발예정인원) ① 선발예정인원은 매시험 시행시에 행정자치부장관이 법무부장관 및 법원행정처장의 의견을 들어 정하되, 그 수를 일정범위의 수로 할 수 있다.

제9조(시험의 시행 및 공고) ② 행정자치부장관은 시험을 실시하고자 할 때에는 그 일시·장소·시험방법 및 과목·응시자격·선발예정인원과 출원절차 등을 모든 응시자가 알 수 있도록 시험기일 30일전에 공고하여야 한다. 다만, 불가피한 사유로 공고내용을 변경할 경우에는 시험기일 10일전까지 그 변경사항을 공고하여야 한다.

제15조(시험의 합격결정) ② 제2차 시험의 합격결정에 있어서는 매과목 4할이상 득점한 자(제3조 제2항의

경우에는 매과목 4할이상 득점하고, 동 규정에 의하여 행정자치부장관이 정한 합격의 하한점수 기타 기준에 해당한 자)중에서 전과목 총득점에 의한 고득점자순으로 선발예정인원의 13할의 범위안에 해당되는 자에 대하여 시험성적 및 제3차 시험 응시자수 등을 고려하여 위원회에서 합격자를 결정한다.

## 2. 청구이유 및 관련기관의 의견

### 가. 청구이유

(1) 사법시험 합격자 수를 국가가 미리 결정하는 것, 즉 개인이 가지고 있는 법률가로서의 자질과 소양을 그 자체로서 평가하지 않고, 국가가 미리 가지고 있는 수급계획에 따라 석차순으로 결정하는 것은 법률서비스 직역을 선택하여 법률서비스의 공급자로서 삶을 영위하려는 국민의 직업선택의 자유를 본질적으로 침해하는 것이다.

(2) 현재의 정원제 사법시험은 우리나라의 변호사 숫자를 극도로 제한함으로써 법률서비스의 시장가격을 높은 수준으로 유지하여, 자력이 부족한 사람들이 변호사의 조력없이 재판에 참가하게 하는 결과를 낳고 있는바, 이는 국민들의 재판청구권을 침해하는 것이다.

(3) 법원조직법과 검찰청법은 변호사의 자격이 있는 사람에게 판·검사 임용자격을 주고 있는데, 변호사의 자격을 얻기 위해서는 사법시험에 합격하여야 하므로, 사법시험 정원제는 결국 사법시험 응시자 중에서 판·검사가 되고자 하는 자의 공무담임권을 제한하는 결과를 가져온다.

(4) 헌법은 국민의 기본권제한은 반드시 국회가 제정한 법률에 의하도록 규정하고 있는바, 사법시험 정원 제한의 경우에는 대통령령인 사법시험령에 근거를 두고 있을 뿐이므로 기본권제한에 있어서의 법률유보 원칙에 위배된다.

### 나. 법원행정처장의 의견

(1) 사법시험 합격자 수의 제한은 양질의 법조인력을 확보하기 위한 합리적 제한이다. 자격시험의 형태로 운영하게 되면 오히려 합격자 수가 크게 줄어들게 될 우려가 있고, 실제로 과거 60점 이상을 취득한 수험생을 모두 합격시키는 절대평가제 하에서 합격자가 매우 적었던 경험도 있다.

(2) 사회적 수요에 맞추어 전문가 집단의 수를 조정하는 것은 당연하다. 일정 점수 이상 취득자를 무조건 합격시키게 되면, 전문가 집단의 수를 사회적 수요에 맞출 수가 없다. 사법시험의 경우 응시자격의 제한이 없고, 사법연수원 과정을 추가로 거쳐야 하므로 합격 정원을 사전에 투명하게 공개할 필요가 있다. 의사의 경우

도 의과대학의 설립을 제한하는 방법으로 의사정원을 사전에 조정하고 있다.

(3) 사법시험은 순수한 의미의 자격시험이라기보다는 사법연수원 입학시험의 성격을 가지고 있고, 더욱이 사법연수생은 별정직 공무원(법원조직법 제72조 제1항)이므로 공무원 임용시험의 성격도 가지고 있다.

(4) 영국과 일본에서도 정원제를 시행하고 있다.

### 다. 행정자치부장관의 의견

(1) 법원조직법 제42조 제2항 제1호, 검찰청법 제29조 제1호에 의하면 판사와 검사는 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자 중에서 임용한다고 하고 있으며, 변호사법 제4조 제1호에 의하면 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자 등에게 변호사자격이 있다고 하고 있는바, 현행 사법시험령은 위 법원조직법, 검찰청법, 변호사법에서 정한 바에 따라 판사, 검사로 임용될 자와 변호사자격을 부여할 자를 선발하기 위한 사법시험의 시행에 대한 구체적인 방법과 절차에 대하여 규정하고 있는 집행명령의 일종으로서 유효하다. 그리고 위 각 법률에 규정된 사법시험의 구체적인 시행 등에 관하여도 반드시 법률에 의할 필요 없이 대통령령으로 규율할 수 있다.

(2) 전문성·기술성을 요하는 직업의 경우 시험합격 등과 같은 일정한 주관적 사유 내지 전체조건과 결부시켜 직업선택의 자유를 제한할 수 있는바, 사법시험의 경우 국민의 생명과 재산을 다룰 법조인을 선발하는 시험이므로 시험을 부과하여 자격있는 자를 선발하는 것은 당연하고, 선발인원을 결정함에 있어서 국가인력의 효율적 관리 측면, 법률서비스에 대한 사회적 수요, 공급되는 법조인력의 질적 수준, 기존의 법조인력 현황 등을 고려하는 것이 위헌이라고 보기 어렵다.

### 라. 법무부장관의 의견

(1) 청구인들이 주장하는 직업선택의 자유 등의 기본권은 현재, 직접 침해당하고 있지 않으며, 심판대상 조항들은 선발예정인원의 공고, 합격·불합격처분 등과 같은 집행행위에 의하여 기본권에 영향을 줄 수 있을 뿐, 법률조항 자체에 의하여 직접 기본권을 침해하는 것이 아니고, 행정자치부장관의 선발예정인원의 결정·공고 행위는 처분성이 인정되는데도 행정소송을 거치지 않은 채 헌법소원을 청구하였다. 그러므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 법조인 선발에 있어서 그 방법을 사법시험 형태로 할 것인지 아니면 다른 형태로 할 것인지 여부, 또한 사법시험을 절대점수제로 할 것인지 아니면 정원제로 할 것인지 여부, 그 밖에 선발인원을 몇 명으로 할

것인지 여부 등의 문제는 입법자가 각 나라마다 고유한 사법문화와 역사, 사법제도의 실태와 운용현황, 국민의식 및 교육환경 등을 종합적으로 고려, 합목적적으로 판단하여 결정할 입법정책의 문제이다.

(3) 사법시험은 순수한 자격시험이 아니라 판·검사 임용을 전제로 한 국가공무원 임용시험의 성격도 함께 지니고 있는 데다가, 법조인의 고도의 전문성, 그 역할의 사회적 중요성 등을 고려하여 일정하게 합격자 수를 제한한다고 하여 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. 설사 사법시험이 순수한 자격시험이라 하더라도 시장경쟁의 원리에 맡겨 법조인을 제한없이 양성해 낸다면 국가적 비용의 낭비, 국가경쟁력 약화 등의 부작용을 초래할 수 있으므로 이를 방지하기 위하여 정책적으로 법조인의 적정한 수를 유지할 필요성이 있다.

(4) 사법시험 정원제하에서도 법조인을 적정수 이상으로 충분히 선발하면 법률서비스 가격이 하락할 것이므로 정원제가 재판청구권을 침해한다고 볼 수는 없다. 과거 절대점수제의 시행으로 합격자가 적어 법조인의 수급에 차질이 생겨 정원제를 도입하게 된 것에 비추어 정원제는 오히려 국민의 재판청구권을 보호하기 위한 조치라 할 것이다.

(5) 판·검사 임용의 전제가 되는 사법시험의 응시 자격에 아무런 제한이 없어 국민 누구에게나 기회균등이 보장되어 있는 한 합격자수를 정원제로 하더라도 공무담임권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

(6) 사법시험의 구체적인 시행 등에 관하여 반드시 법률에 의할 필요 없이 대통령령으로 규율할 수 있다는 점에 관하여는 행정자치부장관의 의견과 같다.

### 3. 판 단

헌법재판소법 제68조제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는……헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있는바 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 이 사건의 경우와 같이 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 그 법령이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체로서 현재·직접적으로 헌법상 보장된 자기의 기본권을 침해하는 경우이어야 한다(헌재 1991. 2. 2. 91헌마1, 판례집 3, 7, 9; 헌재 1998. 2. 27. 96헌마134, 판례집 10-1, 176, 182 등).

그런데 청구인들이 주장하는 기본권의 침해는 심판대상조항들에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 심판

대상조항들에 의거하여 선발예정인원의 결정과 공고, 합격자 결정 등의 구체적 집행행위가 이루어졌을 때에 비로소 현실적으로 나타나는 것이므로 심판대상조항들 자체로는 아직 청구인들의 기본권에 무슨 영향을 미치는 것이 아니다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 없는 법령조항을 직접 심판대상으로 삼은 것으로서 법령에 대한 헌법소원의 요건을 갖추지 못하였으므로 부적법하다.

### 4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일  
권 성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선  
회