

‘15억 초과’ 초고가 아파트 주택담보대출 금지 합헌결정에 대한 소고

—헌법재판소 2023. 3. 23. 2019헌마1399 결정에 대한 평석—

성중탁*

【목 차】

I. 서론	IV. 이 사건 본안 위헌 심사에서 논의된 헌법상 기본원리와 관련 기본권
II. 대상 판결 - 헌법재판소 2022. 3. 31. 2019헌마1399 기획재정부 주택시장안정화방안 일부 위헌확인 결정	1. 우리 헌법상 경제질서
1. 사건의 쟁점	2. 재산권
2. 결정요지	3. 소결 - 재산권과 헌법상 경제질서 간의 관계
III. 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성 요건과 관련하여	V. 이 사건 본안 합헌결정의 문제점
1. 심판대상 적격 부분	1. 법률유보원칙과 포괄위임금지원칙 위반 여부
2. 권리보호이익	2. 과잉금지원칙 위반 여부
3. 보충성 부분	3. 신뢰보호원칙 위배 여부
	VI. 결론

【국 문 요 약】

금융위원회 위원장이 시중 은행을 상대로 투기지역·투기과열지구 내 시가 15억 원을 초과하는 초고가 아파트에 대한 주택구입용 주택담보대

* 경북대 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사

출을 금지한 조치는 합헌이라는 헌법재판소 결정이 최근 나왔다. 우리나라는 2021년까지 부동산 시장이 지나치게 폭등하였고, 가계부채가 국가 예산 수준으로 늘어났으며, 금리와 물가가 동시에 상승하는 인플레이션까지 나타났다. 이에 정부의 대처는 필요하다고 할 것이고, 부동산 폭등을 잡기 위한 강한 조치가 어느 정도는 예상되었다. 그러나 총부채원리금상환비율(DSR) 제한이나 기존의 LTV, DTI 강화 등 국민 개인의 개별 신용 조건 등에 따른 대출 제한 내지 15억 매매 시가 초과시에도 대출을 전면적으로 금지하는 방법이 아닌 개인별 대출 여력이나 주택가격별 대출 가능 총액의 차등을 두는 단계적 방안들로도 어느 정도 소기의 목적을 충분히 달성할 수 있거나 있었다. 그럼에도 불구하고, 매매가 15억이라는 객관적 근거가 전혀 없는 일도양단의 기준을 만들어 전면적 대출 제한을 할 필요가 있었는가에 대한 의문이 들지 않을 수 없다. 더 나아가 시중은행의 건전성과 부동산 시장의 안정 등의 공익상 목적으로 제정된 은행법 규정을 통해 일반 시민에 대한 주택담보대출을 제한하는 것이 합당한지도 의문이다. 이러한 기본권 제한이 가능하려면 국회에서 정당한 입법절차를 통해 만들어진 법률로써 해야 할 것임에도, 법적 근거가 빈약한 ‘고시’와 그에 기한 ‘행정지도’에 기초하여 이루어진 이번 조치는 포괄위임금지원칙, 법률유보(의회유보)원칙, 신뢰보호원칙에도 위반되고, 자유시장경제질서를 근본으로 하는 우리 헌법상의 경제질서에도 명백히 위배된다. 결국 정부의 이 사건 대출제한조치는 그로 인해 시장경제의 핵심이라고 할 수 있는 주택거래 자체가 힘들어져, 청구인과 같이 실거주를 위한 주택 매수자들의 거주이전의 자유, 재산권, 계약의 자유가 침해되는 한편, 은행의 영업의 자유와 계약의 자유를 침해하여 위헌이라고 할 것이다.

I. 서론

금융위원회 위원장이 시중 은행을 상대로 투기지역·투기과열지구 내 시가 15억 원을 초과하는 초고가 아파트에 대한 주택구입용 주택담보대출을 금지한 조치는 헌법에 어긋나지 않는다는 헌법재판소 결정이 나왔다. 현재는 A씨가 기획재정부 주택시장 안정화 방안 중 이 같은 내용을

담은 부분이 위헌이라며 낸 헌법소원 사건(2019헌마1399)을 재판관 5(합헌)대 4(위헌) 의견으로 2023년 3월 23일 기각했다. 주택시장이 한참 가열되던 2019년 12월경 정부는 국토교통부, 기획재정부, 국세청 등 관계 부처 합동으로 주택시장 안정화 방안을 발표했다. 당시 대책의 주요 내용으로는 투기 수요 억제 강화 및 주택보유부담 강화, 양도소득세 제도를 보완, 투명하고 공정한 거래질서 확립, 실수요자를 위한 공급확대 등을 주요 내용을 포함하고 있다. 이들 중 투기적인 대출수요를 규제하는 정책에서 정부가 초고가 주택에 대한 주택담보대출을 전면 금지한다는 부분이 담겨 있었다. 여기서 정부가 밝힌 초고가 주택의 기준은 15억원 이상의 아파트로, 이러한 아파트 매수를 위한 주택담보대출을 전면 금지하는 정책을 정부는 위 12·16 대책 발표 다음날인 2019년 12월 17일 바로 실행한다고 발표하였다.¹⁾ 이러한 정부 발표에 대하여 부동산 가격을 반드시 잡겠다는 정부 의지를 보였다는 측면에서 일부 긍정적인 평가와 함께 국민의 재산권, 거주이전의 자유와 시중 일반 은행의 영업의 자유 등에 대한 과도한 제한이라는 측면에서의 부정적 평가가 크게 대립하였다.²⁾

II. 대상 판결 - 헌법재판소 2022. 3. 31. 2019헌마1399 기획재정부 주택시장안정화방안 일부 위헌확인 결정

1. 사건의 쟁점

본 사건은 은행의 건전성을 입법목적으로 은행법 관련 규정에 근거한 행정지도 방식을 빌어 일반 시민에 대한 15억 이상의 고가 아파트를 구매를 위한 주택담보대출을 전면적으로 제한하는 것이 재산권 등에 대한 과도한 제한으로서 위헌인지 여부이다. 먼저 적법성 요건과 관련하여, 이 사건 심판청구 대상의 공권력 행사성과 자기관련성, 직접성, 보충성원칙 등이 문제된다. 다음으로 은행법 관련 하위 행정입법 고시에 근거한 행

1) 또한, 정부는 시가 9억원 이상의 주택담보대출에 대한 담보인정비율(LTV)을 현행 40%에서 20%로 축소하는 정책을 2020년 12월 23일부터 시행한다고 발표하였다.

2) 데일리안, “정부 부동산대책, 역대 최악의 대실패 정책”, <https://www.news1.kr/articles/?3795140>, 2020. 12. 17.자 기사)

정지도를 통한 대출 규제가 포괄위임금지원칙, 법률유보원칙(의회유보원칙) 등을 위반하여 위헌인지 여부이다. 또한, 이러한 조치로 청구인의 재산권, 거주이전의 자유, 계약의 자유 등을 과도하게 제한하는 것이 과잉금지원칙을 위배하여 위헌인지도 문제되는바, 이 사건에서 실제로 청구인은 정부의 이번 대출 규제조치로 인해, 계약체결 후 중도금과 잔금 지급에 필요한 담보 대출이 되지 않아, 계약이 무효가 되고 말았다. 다음으로 15억 이상의 아파트에 대한 대출 규제가 자의적인 기준이라는 점에서 시중 은행의 대출업무에 대해 정부가 과도하게 개입하여 은행의 영업의 자유와 계약의 자유를 침해하는지 여부 및 이러한 조치가 우리 헌법이 지향하는 시장경제질서, 신뢰보호원칙 등에 위배되는 것은 아닌지도 부수적 쟁점이다.

2. 결정요지

가. 이 사건의 쟁점

청구인은 이 사건 조치로 인하여 자신이 소유하던 기존 부동산에 대한 담보물권 설정(처분행위)을 통해 은행과 담보대출계약을 체결할 수 없게 됨으로써 재산권 및 계약의 자유를 제한받게 되었으므로, 이 사건 조치가 법률유보원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권과 계약의 자유를 침해하는지 문제된다.

나. 법률유보원칙 위반 여부

기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다. 또한 이 사건 조치에 법률적 근거가 구비되어 있는지 여부를 판단함에 있어서는 이 사건 조치의 특성 및 그로 인한 기본권 제한의 정도가 고려되어야 한다. 첫째, 이 사건 조치는 일정한 경우 주택담보대출을 금지하는 것을 내용으로 하는데, 주택담보대출의 범위를 제한하거나 금지하는 내용의 각종 규제는 이 사건 조치를 전후하여 은행업감독규정을 통해 지속적으로 이루어져 왔다. 은행업감독규정이 2007. 7. 26. 금융감독위원회공고 제2007-94호로 개정되면서 제29조의2 제1항이 신설되어 ‘금융기관이 주택담보대출 취급 시

법 제45조의 규정에 따라 경영의 건전성이 유지되도록 <별표6>에서 정한 담보인정비율, 총부채상환비율, 기타 주택담보대출 취급 및 만기연장에 대한 제한 등을 준수하여야 한다’는 규정이 마련되었다. 위 규정 <별표6>은 ‘주택담보대출에 대한 리스크관리기준’이라는 표제 하에 주택담보대출 제한의 구체적인 내용을 상세하게 규정하였다. 특히 금융위원회는 2020. 12. 3. 금융위원회 고시 제2020-54호로 은행업감독규정 <별표6> ‘주택관련 담보대출에 대한 리스크관리기준’을 개정하여 이 사건 조치와 같은 내용의 담보대출 취급 제한을 규정하였다(제8호 본문). 둘째, 은행 경영의 건전성 확보를 위한 주택담보대출의 규제에는 아래와 같이 분명한 법률적 근거가 있다. 은행법 제34조는 금융위원회에 은행이 준수하여야 할 경영지도기준을 정할 권한을 부여한다. 또한 은행법 시행령 제20조 제1항은 ‘신용공여 관리기준에 관한 사항’, ‘그 밖에 은행 경영의 건전성 확보를 위하여 금융위원회가 정하여 고시하는 사항’ 등이 경영지도기준에 포함되어야 한다고 규정한다. 은행업감독규정 제29조의2 제1항은 은행법 제34조가 위임 근거임을 명시적으로 밝히고 있고, 위 규정 제29조의2 제1항 <별표6>은 위와 같은 위임 근거에 따라 마련된 것이므로 법률적 근거가 있다. 셋째, 피청구인이 이 사건 조치 발표 당일 은행연합회 등 금융회사를 상대로 발송한 ‘주택담보대출에 대한 리스크관리 기준, 금융행정도 시행’ 공문에 의하면, 이 사건 조치는 그 당시 존재하였던 행정규칙인 은행업감독규정 제29조의2 제1항 <별표6>의 개정을 예고하고, 개정될 때까지 당분간 개정될 내용을 준수해 줄 것을 요청하는 내용의 행정지도이다. 위 공문의 기재 내용에 따르면 이 사건 조치의 유효기간은 “‘19. 12. 17.부터 관련 개정규정 시행일까지(행정지도의 유효기간은 최대 1년이나 조속히 규정개정 절차를 완료할 계획)”로 정해져 있다. 또한 금융위원회는 위와 같이 예고한 내용 그대로 이 사건 조치 시행일로부터 1년이 지나기 전인 2020. 12. 3. 은행업감독규정 제29조의2 제1항 <별표6>을 개정하여 이 사건 조치를 명문화하였다. 넷째, 이 사건 조치의 구속력의 정도는 은행업감독규정의 구속력만큼 크지 않으므로, 이 사건 조치에 의한 청구인의 기본권 제한 정도 역시 은행업감독규정의 기본권 제한 정도보다 덜하다. 물론 은행들의 입장에서 이 사건 조치에 따르지 않을 것을 기대하기 어려운 사회적 여건이 조성되어

있었고, 이 사건 조치의 이행 여부를 확인하는 현장점검반 운영이 예정되어 있었으며 현장점검이 실제로 실시되었다는 점에서 이 사건 조치는 구속적 성격이 있다. 그러나 이 사건 조치는 행정지도의 형식으로 발령되었고, 금융규제 운영규정 제7조에 따라 이 사건 조치에 불응하더라도 불이익한 조치가 이루어지지 않을 것임이 명시적으로 고지되었다. 종합하여 보면, 이 사건 조치와 관련하여 요청되는 법률적 근거의 구비 여부에 대한 심사의 정도는 그다지 강하다고 하기 어렵다. 결국 행정지도로 이루어진 이 사건 조치의 내용이 금융위원회에 적법하게 부여된 규제 권한을 벗어나지 않는 이상 법률유보원칙을 충족한다.

다. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

정부는 국민의 주거안정을 위해 다양한 정책을 펼치고 있으며, 특히 주택이 투기의 대상이 되어 과도하게 가격이 상승하여 국민의 내 집 마련이 어려워지는 상황을 방지하고자 각종 정책을 시도해왔다. 부동산은 일반 재화와 마찬가지로 시장에서의 수요와 공급에 의해 가격과 거래량이 결정되는데 부동산의 특성상 공급이 비탄력적이므로 급격한 수요의 증가는 급격한 가격 상승을 초래한다. 따라서 단기에 주택 공급 증대가 어려운 상황에서는 주택가격 안정을 위해서 수요억제책이 필요하다. 또한 투기적 대출수요가 증가할 경우, 주택가격 하락 등 외부 충격이 있게 되면 주택가격의 하락폭이 확대되고, 결국 주택담보대출 회수 가능성이 크게 낮아져 금융기관의 경영 건전성이 저해된다. 이 사건 조치는 직접적인 수요억제를 통하여 주택가격 상승을 억제함으로써 전반적인 주택시장 안정화를 도모함과 동시에 금융기관인 은행의 대출 건전성 관리 차원에서 그간 지속된 부동산 부문으로의 과도한 자금 흐름을 개선하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정된다. 일반적으로 주택담보대출의 제한은 주택 매수에 대한 수요를 억제하므로 주택시장 안정화를 위한 정책 수단이 된다고 볼 수 있고, 15억 원 초과 아파트에 대해서 주택담보대출을 금지하는 것은 이러한 초고가 주택에 대한 수요억제를 통하여 주택가격 상승을 완화할 것이므로 위 목적 달성에 기여한다. 그러므로 이 사건 조치는 수단의 적합성도 인정된다.

(2) 침해의 최소성

이 사건 조치는 2018년 이후 계속되어 온 고가주택에 대한 주택담보대출 규제에 대한 일환으로 볼 수 있고, 2주택 이상 혹은 1주택 세대에 대하여 제한적으로 시행하던 주택담보대출 ‘금지’ 규제를 확대한 것일 뿐, 기존 규제와 전혀 다른 새로운 규제가 아니다. 고가주택(공시가격 9억 원 초과 주택)에 대하여 2018. 9. 13. 대책 이후 규제지역(투기과열지구·투기지역 및 조정대상지역) 내에서는 실거주 목적인 경우를 제외하고는 주택담보대출이 원칙적으로 금지되었다. 마찬가지로 2018. 9. 13. 대책 시 2주택 이상 보유세대는 규제지역 내 주택 신규 구입을 위한 주택담보대출이 금지되었고, 1주택 세대는 규제지역 내 주택 신규 구입을 위한 주택담보대출이 금지되었다. 이 사건 조치는 이 같은 대책에도 불구하고 주택가격이 급등하는 등 주택시장 안정화 및 금융시장 전체의 건전성 관리라는 목표 달성이 어려워지자 이를 한 단계 강화한 것으로서, 과열된 주택시장을 안정화시키기 위한 조치로 볼 수 있다. 이 사건 조치는 한정된 장소(투기지역·투기과열지구 내), 대상(시가 15억 원 초과 초고가 아파트), 목적(초고가 아파트를 담보로 한 주택구입목적의 주택담보대출)에 적용된다. 즉, 위와 같은 장소, 대상, 목적 중 어느 하나에 해당하지 않는 경우에는 여전히 주택담보대출이 가능하므로 청구인은 주택구입이 아닌 생활안정자금이나 사업 운영자금 마련을 목적으로 하는 경우에는 자신의 주택을 담보로 대출을 받을 수 있다. 이와 같이 이 사건 조치는 그 범위가 한정적이며 예외도 인정하고 있는 점, 덜 제한적인 기존의 주택담보대출 제한 정책만으로 목적 달성이 곤란해진 상황에서 도입된 점 등을 종합할 때, 필요 이상의 과도한 제한으로 볼 수 없다.

(3) 법익의 균형성

투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트의 잠재적 수요자가 금융기관으로부터 자금을 차입하여 초고가 아파트를 구입할 경제적 기회를 상실하는 불이익에 비하여, 주택시장을 안정화하여 국민 주거 생활의 안정을 도모하고 금융기관과 금융시장의 건전성을 확보한다는 공익은 현저히

크므로 법익의 균형성도 인정된다.

(4) 소결

따라서 이 사건 조치는 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권 및 계약의 자유를 침해하지 아니한다.

III. 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성 요건과 관련하여

1. 심판대상 적격 부분

가. 이 사건 심판청구 대상

이 사건 심판대상은 ‘주택시장 안정화 방안’ 중 ②항 가운데 은행업에 관한 부분, 즉 피청구인이 2019. 12. 16. 시중 은행을 상대로 투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)에 대한 주택구입용 주택담보대출을 2019. 12. 17.부터 금지한 조치(이하 ‘이 사건 조치’라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

나. 심판대상으로서 공권력 행사의 의미

헌법소원심판은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여’ 기본권을 침해 받은 경우에 청구할 수 있는 것이므로 그 취소를 구하는 공권력이나 위헌확인을 구하는 공권력의 불행사가 존재하지 아니하면 헌법소원은 부적법하게 된다. 여기의 공권력의 행사 또는 불행사라 함은 공권력을 행사할 수 있는 지위에 있는 기관, 즉 공권력주체에 의한 작위·부작위로서 그로 인해 국민의 권리·의무 내지 법적 지위에 직접적인 영향을 가져오는 행위이어야 한다.³⁾

다. 관련 판례

(1) 행정계획이나 행정공고의 공권력성 인정 여부

일반적으로 비구속적 행정계획안이나 행정지침은 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사라고 볼 수 없으나, 예외적으로 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로

3) 헌법재판소 1994. 8. 31. 92헌마174 결정

실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행사로써 헌법소원의 대상이 될 수 있다.⁴⁾ 이와 관련하여, 정부의 행정행위이나 행정작용 공고가 어떠한 법률효과를 가지는지에 대해서는 일률적으로 말할 수 없고 개별 공고의 내용과 관련 법령의 규정에 따라 구체적으로 판단하여야 하는바, 현재는, “지방공무원법 제35조 제1항 및 지방공무원임용령 제62조는 지방공무원의 공개경쟁시험에 있어서 시험실시기관은 응시자격·선발예정인원 등을 시험실시일 20일 전에 신문 또는 방송 기타 효과적인 방법에 의하여 공고하도록 하고 있는데, 그중 직렬 및 지역별 모집인원과 응시연령의 기준일(최종시험시행일) 등은 시험실시기관이 구체적으로 결정하여 알리는 것으로, 이 공고에 따라 해당 시험의 모집인원과 응시자격의 상한연령 및 하한 연령의 세부적인 범위 등이 비로소 확정되고, 이에 따라 응시자의 자격을 제한하는 등의 구체적 효과가 발생하므로 이는 바로 공권력의 행사에 해당한다”고 판시한 바 있다.⁵⁾ 나아가, 사전 안내의 성격을 갖는 ‘통지’라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이러한 것도 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 예컨대 구체적인 시험일정과 장소는 위 공고에 따라 비로소 확정되는 것이다. 따라서 이 사건 공고는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 본다.⁶⁾

(2) 행정지도에 대한 공권력성 인정 여부

행정상의 사실행위는 경고(警告), 권고(勸告), 시사(示唆)와 같은 정보 제공행위나 단순한 지식표시행위인 행정지도(行政指導)와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’⁷⁾로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사

4) 헌법재판소 2000. 6. 1. 99헌마538결정 등

5) 헌법재판소 2000. 1. 27. 99헌마123 결정 등

6) 헌법재판소 2001. 9. 27. 2000헌마159 결정

7) 권력적 사실행위란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 것이 아니라, 직접적으로 사

실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다. 일반적으로 어떤 행정행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지의 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.⁸⁾ 이와 관련하여 현재는 최근, 문화예술계 블랙리스트 사건에서 “이 사건 지원배제 지시는 예술위 등으로 하여금 피청구인들의 뜻대로 순응케 하여 그 이름으로 청구인들에 대한 지원을 배제하는 결과를 사실상 실현시킨 행위이며, 그 자체로 청구인들의 법적 지위를 결정짓는 구체화되고 특정된 지시로서, 청구인들에 대한 문화예술 지원배제라는 일정한 사실상의 결과발생을 목적으로 우월한 지위에서 개입한 권력적 사실행위임을 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 지원배제 지시는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다”고 판시한 바 있다.⁹⁾ 또한, “재무부장관이 제일은행장에 대하여 한 국제그룹의 해체준비 착수지시와 언론발표 지시는 상급관청의 하급관청에 대한 지시가 아님은 물론 동 은행에 대한 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적 권고·조언 등의 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어선 것이고, 이와 같은 공권력의 개입은 주거래 은행으로 하여금 공권력에 순응하여 제3자 인수식의 국제그룹 해체라는 결과를 사실상 실현시키는 행위라고 할 것으로, 이와 같은 유형의 행위는 형식적으로는 사법인인 주거래은행의 행위였다는 점에서 행정행위는 될 수 없더라도 그 실질이 공권력의 힘으로 재벌기업의 해체라는 사태변동을 일으키는 경우인 점에서 일종의 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다”고 판시하였다.¹⁰⁾

실상의 효과만을 가져오는 공권력의 행사를 말한다. 헌법재판소는 권력적 사실행위에 대해 행정심판이나 행정소송의 대상이 된다고 단정하기 어렵다거나 또는 행정심판이나 행정소송의 대상이 될 수 있는 경우라고 보더라도 그 권력적 사실행위가 이미 종료되어 행정심판이나 행정소송에서 소의 이익이 없다고 볼 가능성이 있다는 점을 들어 헌법소원의 대상성을 인정한다.

8) 헌법재판소 1994. 5. 6. 89헌마35 결정; 2005. 3. 31. 2003헌마87 결정 등

9) 헌법재판소 2020. 12. 23. 2017헌마416 결정

10) 헌법재판소 1993. 7. 29. 89헌마31 결정(재무부장관의 국제그룹 해체지시 사건)

(3) 고시의 공권력 행사성

한편, 헌법재판소는 보건복지부장관의 2002년도 최저생계비 고시 위헌 확인 사건에서 “이 사건 고시는 보장법 제6조 제1항의 직접적인 위임에 따라 보건복지부장관이 최저생계비를 정한 것으로서 상위법인 국민기초생활보장법과 결합하여 보장법상의 수급자에게 지급할 생계급여 액수를 결정한다는 점에서 직접 대외적 효력을 가지며(법령보충적 행정규칙¹¹⁾), 그 내용이 일의적이고 명백하여 보장법상 관할행정청의 수급자선정결정이 이루어지면 최저생계비에 따라 기계적으로 계산하는 과정을 거쳐 산정된 생계급여가 수급자에게 지급되는 기계적 내지 단순한 사실적 집행 행위를 거칠 뿐이므로, 보장법상 생계급여 수급자인 청구인들에 대하여 그 자체에 의하여 직접적인 효력을 갖는다.”라고 판시한 바 있다.¹²⁾

라. 사안의 경우

이 사건 청구인은 취학 중인 자녀들을 보유 주택[서초삼풍 아파트 단지]에서 실거주하며 통학시키고 있는 상황인 바, 개인 사정으로 주택 규모를 줄여 동일 단지 내 이사를 계획하고 있던 중 피청구인의 이 사건 대책발표(행정지도/행정계획/통지,공고)로 인해 은행 대출을 못받게 된 사정이 인정된다. 즉, 이 사건 청구인 단지는 동일 단지의 평형을 불문하고 모든 세대의 시가가 현재 2019. 11. 기준 15억원을 상회하고 있다. 이에 그만한 현금을 보유하지 못한 청구인으로서 우선 보유 중인 이 사건 아파트를 담보로 자금을 대출받아 현재보다 작은 규모 아파트를 매수하여 취득한 후 적절한 시점을 선택하여 위 보유 아파트를 처분하려 하였으나, 이 사건 「12/16 주택시장 안정화 대책」 및 그 일환인 시중 은행에 대한 행정지도 및 금융위원회 고시(2020.12. 3.부터 현재까지 적

11) 즉, 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니나, 다만, ①행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 ②재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다고 봅니다.

12) 헌법재판소 2004. 10. 28. 2002헌마328 결정

용중인 은행업감독규정 별표6 제8목)로 인해 ①주택구입자금을 마련을 위하여 현재 보유 중인 아파트를 담보로 대출받는 것이 불가능하게 되었을 뿐만 아니라 ②현재 보유 중인 아파트를 매도함에 있어서도 장차 주택담보대출을 활용하여 매수하려는 매수인에게 매도할 기회도 상실하게 된 불이익을 입게 되었으므로 이 사건 공고는 공권력 행사성에 해당된다고 봄이 상당하다.

같은 이유로 대상 판례 역시 피청구인이 이 사건 조치 발표 당일 은행연합회 등 금융회사를 상대로 발송한 ‘주택담보대출에 대한 리스크 관리기준, 금융행정지도 시행’ 공문에 의하면, 이 사건 조치는 “금융행정지도”라는 표제 하에 이루어졌고, 주택담보대출에 대한 리스크 관리기준을 1년 내에 개정할 것을 예고하고 개정 절차 완료 전이라도 자발적인 준수를 요청하는 내용이다. 또한 이 사건 조치에는 ‘금융행정지도에 따르지 아니하였다는 것만을 이유로 하여 불이익한 조치를 하여서는 아니된다’는 내용의 금융규제 운영규정 제7조 제4항이 부기되어 있다. 따라서 이 사건 조치는 형식과 내용 모두 행정절차법 제2호 제3호에 규정된 행정지도에 해당하고, 다른 한편, 이 사건 조치는 일정한 경우 모든 은행에 대하여 주택담보대출을 금지하는 것을 내용으로 하므로 개인의 재산권 행사 및 은행과 사이의 계약의 자유에 대한 규제적 성격이 강하다. 또한 이 사건 조치가 부동산 가격 폭등을 억제하여야 할 정책적 필요성이 절실한 상황에서 추진된 것인 점, 이 사건 조치와 같은 내용으로 곧 관련 고시가 개정될 것이 예정되어 있었던 점, 이 사건 조치의 준수 여부를 확인하기 위한 현장점검반 운영이 예정되어 있었고 실제로도 현장점검이 이루어진 점에 비추어 보면 상대방인 은행 입장에서 이 사건 조치에 따르지 않을 것을 기대하기는 어려웠던 것으로 보이므로, 이 사건 조치는 그 상대방에 대하여 사실상의 강제력을 미친 것으로 인정된다. 따라서 이 사건 조치는 규제적·구속적 성격을 갖는 행정지도로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당된다고 판시하였다.

2. 권리보호이익

청구인은 피청구인의 이 사건 조치에 대한 위헌결정을 통해 그 ‘투기

지역·투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)에 대한 주택구입용 주택담보대출 금지’의 효력을 상실시키고자 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것인데, 피청구인의 2022. 11. 10. ‘은행업감독규정 개정안에 대한 규정변경예고’ 및 이에 따른 2022. 11. 23. 금융위원회고시 제 2022-45호 ‘은행업감독규정’ 개정에 따라, 2022. 12. 1.부터 투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 원 초과)에 대한 주택구입목적 주택담보대출이 무주택자 및 1주택자(기존 주택 처분조건부)에게 허용되었으므로, 이 사건 조치와 관련한 청구인의 주관적 권리보호이익은 소멸하였다. 그러나 이 사건 조치와 같은 규제적·구속적 금융행정지도는 앞으로도 반복될 가능성이 있다. 또한 이 사건은 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 대한민국 경제질서(헌법 제 119조 제1항)에서, 국민의 재산권 보장 및 은행과의 계약의 자유에 대한 공권력 개입의 헌법적 한계에 관한 중요한 사안이다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 동종의 기본권 침해사유가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우에 해당되므로¹³⁾, 심판청구이익이 인정된다고 할 것이다.

3. 보충성 부분

가. 관련 판례

보충성의 원칙을 지나치게 엄격히 적용할 경우에는 헌법소원의 대상이 극히 협소해지고 그 결과 헌법이 헌법소원제도를 규정하고 있는 취지가 거의 상실되기 때문에 우리 헌법재판소는 법률의 명문의 규정이 없음에도 보충성의 원칙에 대한 예외를 폭넓게 인정하고 있다. 따라서 ① 다른 권리구제절차가 없는 경우, ② 청구인의 귀책사유로 돌릴 수 없는 정당한 이유로 전심절차를 밟지 않은 경우, ③ 통상의 권리구제절차로 권리가 구제될 가능성이 희박한 경우, ④ 특정한 경우에는 통상의 권리구제절차가 허용되는지가 객관적으로 분명하지 않은 경우, ⑤ 기타 전심절차를 거칠 것을 기대하기 어려운 경우 등에는 보충성의 예외가 인정된다.¹⁴⁾

13) 헌법재판소 2009. 12. 29. 2009헌마5; 헌재 2015. 6. 9. 2015헌마485 결정 등

나. 사안의 경우

위와 같이 법률상 구제절차가 없는 경우에 해당하거나 사전에 구제절차를 거칠 것을 기대하기가 곤란한 경우에는 보충성의 요건을 충족한다고 볼 수 있는바, 이 사건 정부의 「12/16 주택시장 안정화 대책」 및 그로 인한 은행에 대한 행정지도 및 금융위원회 고시(2020.12. 3.부터 현재까지 적용중인 은행업감독규정 별표6 제8목)가 행정쟁송의 대상인 처분인 여부는 객관적으로 불확실하므로, 위 행정지도와 고시를 다툴에 있어 행정쟁송을 거칠 것을 요구하는 것은 적절치 않다고 할 것이어서 보충성의 예외에 해당한다고 봄이 상당하다.

IV. 이 사건 본안 위헌 심사에서 논의된 헌법상 기본원리와 관련 기본권

1. 우리 헌법상 경제질서

헌법 제119조 제1항에서 ‘대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.’고 규정하고 있다. 즉, 우리 헌법이 추구하는 경제질서는 자유시장경제체제를 기본으로 함을 의미하는 것이다. 또한, 제2항에는 ‘국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.’고 규정하고 있어 예외적으로 정부가 개입할 수 있는가를 헌법에 규정함으로써 정부의 시장 개입 및 통제 여지를 남겨 놓고 있다.¹⁵⁾ 이에 우리 헌법은 자유시장경제질서를 전제로 하면서도, 예외적으로 시장의 남용을 방지하고, 조화를 위해 규제와 조정을 할 수 있도록 규정하고 있음을 알 수 있다.¹⁶⁾ 이러한 측면에서 우리 헌법상의 경제질서는 단순히 헌법 제119조만 놓고 봐도 자유시장 경제체

14) 헌법재판소 1989. 9. 4. 88헌마22; 1995. 12. 28. 91헌마80; 2008. 5. 29. 2007헌마712 결정 등

15) 정연주, 경제활동의 자유와 국가개입, 사단법인 한국공법학회, 공법연구 제42집 제1호 2013. 10, 329-339면.

16) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2019, 864면.

제를 근간으로 하고 공익상의 이유로 국가의 개입이 가미된 혼합경제체제라고 볼 수 있다.¹⁷⁾ 헌법재판소도 “정부의 공익적 측면에서 시장에 개입 가능, 시장의 독점 및 남용을 방지하고 경제주체와의 조화 추구, 헌법 제34조 제1항은 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리와 관련하여 자유시장경제체계의 모순을 제거하고 국민의 생활보장을 위한 사회복지·사회정의 추구 등의 내용을 이유로 사회적·공익적 측면에서 사회적 시장경제체제에 해당한다고 볼 수 있다.”고 판시하고 있다.¹⁸⁾

다만, 헌법재판소는 그동안 특별히 자유시장경제질서를 강조하여 판시한 예도 다수 있다. 특히, 현재 1993. 7. 29. 89헌마31 결정에서는 헌법 제119조 제1항을 시장경제원리에 입각한 경제체제임을 천명한 것으로 본 뒤, “이는 기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유 의 표현이며 국가의 공권력은 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 불개입을 원칙으로 한다는 뜻이다. 나아가 헌법 제126조는 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다고 규정하여 사영기업의 경영권에 대한 불간섭의 원칙을 보다 구체적으로 밝히고 있다. 결국, 은행의 자율에 맡기지 않고 공권력이 가부장적·적극적으로 개입함은 기업 스스로의 문제해결 능력 즉 자생력만 마비시키는 것이며, 시장경제원리에의 적응력을 위축시킬 뿐인 것이므로 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중을 기본으로 하는 헌법 제119조 제1항의 규정과는 합치될 수 없는 것이다.”라고 판시하여 시장경제에 대한 국가 개입의 한계를 천명하고 있다.

정리하면, 자유시장경제질서를 근간으로 하는 현행 헌법 체계하에서는 일반 국민과 기업의 자유와 창의를 가능한 존중되어야 하는바, 일반 시중은행에 대한 각종 행정규제권한을 가진 정부가 그 우월적 지위에서 규제 제의 제한이 없고, 담당자가 바뀌면 언제든지 바뀔 수 있으며, 이의제기

17) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2019, 717면.

18) 헌법재판소 1996. 4. 25. 92헌바47 결정; 2001. 2. 22. 99헌마365 결정

수단도 온전치 못한 행정지도를 수단으로 민간 주택시장에 과도하게 개입하는 것은 위에서 살펴 본 우리 헌법상의 시장경제질서를 훼손하게 되어 위헌 소지가 다분히 있다고 할 것이다.

2. 재산권

현행 헌법상 재산권은 다음과 같이 규정되어 있다. 먼저 제1항에서는 ‘국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.’고 규정하고 있다. 여기서 규정하고 있는 재산권은 사적인 유용성과 임의적인 처분권능이 인정되는 모든 재산으로 가치가 있는 모든 사법상·공법상의 권리를 뜻한다. 여기에는 동산, 부동산에 대한 모든 종류의 물권(소유권·점유권·전세권·지상권 및 그 처분권 등), 임차권 등과 같은 재산 가치가 있는 채권, 광업권·어업권·수렵권 등과 같은 모든 헌법상 재산권에 포함된다.¹⁹⁾ 또한, 재산권은 그 내용과 한계가 법률로써 정해진다. 즉, 국민의 대표자인 국회의 입법 활동을 통한 법률을 통해 기본권이 형성되고, 그 내용과 한계가 보장된다는 것이다. 여기서 입법자는 일정한 범위 내에서 입법재량권을 가지고 개인의 재산권 행사와 자본주의 시장경제 질서와 같은 객관적 질서를 고려하여 사유재산제도를 보장한다. 다음으로 헌법 제23조 제1항 제2문에 따라 재산권의 구체적 내용과 한계는 법률에 정하고, 어떠한 권리가 재산권으로 인정된다고 해도 재산권의 행사는 헌법 제23조 제2항에 따라 공공복리에 적합하도록 그 한계가 정해지는데 이를 사회적 구속성이라 한다.²⁰⁾ 이처럼 사회적 구속성을 구체화하는 이유는 재산권 행사의 헌법적 한계를 명백하게 하기 위한 것이다.²¹⁾

이러한 사회적 구속성에 관하여 헌법재판소는 “재산권의 사회적 제약

19) 허영, 한국헌법론(제16판), 박영사, 2020., 529면.

20) 재산권은 사회적 구속성을 가지므로, 사유재산에 대한 무제한의 임의적인 이용·수익·처분권이 허용되지 않고, 재산권의 내용과 한계는 입법권자에 의해 법률로 정해진다는 의미도 포함된다고 하겠다. 또한, 공공복리를 위하여 재산권의 주체가 무보상으로 재산권 행사를 제한받게 되는 것을 말한다.

21) 허영, 앞의 책, 2020., 543쪽; 김문현, “재산권의 보장과 한계-헌법재판소 판례에 대한 평가를 중심으로-”, 헌법논총 제19집, 2008, 596면.

내지 사회적 기속성을 강조하는 것은 재산권의 절대적 보장에서 야기되는 사회적 폐단을 최소화함과 아울러 사유재산제도의 기본이념을 보호하려는 것으로 사유재산제도의 유지·존속을 위한 사유재산제도의 최소한의 자기희생 내지 양보인 것이다.”²²⁾로 판시하고 있다. 이러한 사회적 기속성은 단순한 윤리적 의무라기보다는 헌법과 법률에 근거한 법적 의무이다. 마지막으로 헌법 제23조 제3항에서는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상을 규정하고 있는데 이에 대한 정당한 보상은 별론으로 하더라도 이 또한 법률로써 하도록 되어 있다.²³⁾

정리하면, ‘헌법상 재산권 보장’의 의미는 다른 기본권과의 조화적 측면에서 기본권 자체가 가지는 의미와 사유재산에 대한 제도적 보장으로서의 의미를 포함하고 있다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 헌법재판소도 재산권 보장에 대하여 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로써 보장한다는 의미와 개인의 재산권을 향유 할 수 있는 수단으로써 사유재산제도를 보장한다는 이중적 의미를 포함한다고 판시한바 있다.²⁵⁾ 또한, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 한계가 정해져 사회적으로 기속되지만, 결국 재산권의 보장과 그 한계 범위는 입법자가 스스로 만든 법률로써 구체적으로 정하여야 한다. 이러한 점에서 본 사안에서 문제가 된 ‘주택’이라는 개인 사유재산의 취득과 처분에 있어 주요 수단이 되는 은행 담보 대출을 전면 차단함으로써 투기수요 차단과 같은 간접적 효과를 어느 정도 기대할 수 있는 것은 사실이다. 그러나, 그러한 대출 제한이 실질적으로 사유재산에 영향을 주는 것이라면, 결국에는 헌법 제23조에서 규정한 재산권을 제한하는 것이므로 그 제한의 근거는 정당한 입법절차를 통하여 법률에 직접 규정하여야 할 것임에도²⁶⁾, 이를 단지 법적 근거도 불분명한 ‘행정지도’를 통하여 행하는(무엇보다, 단지 주관적 가치

22) 헌재 1988. 12. 22. 선고 88헌가13

23) 나달수, “헌법상 재산권의 보장과 한계”, 토지공법연구 제30집, 2006, 112면.

24) 재산권 보장에 대한 이중적 성격에 관하여 전광석, 한국헌법론(제16판), 집현제, 2021., 415-416쪽

25) 헌재 1993. 07. 29. 선고 92헌바20

26) 신현구·김상겸, “헌법상 재산권 보장과 그 제한의 현대적 의미”, 토지공법연구 제90집, 토지공법학회, 2020, 103면.; 차진아, “재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할”, 고려법학 제76호, 고려대학교 법학연구원 2015, 132면 이하.

판단에 근거한 15억 이상 초고가주택²⁷⁾이라는 이유만으로 대출을 전면 금지) 것은 그 자체로 위헌 가능성이 크다고 사료된다.

3. 소결 - 재산권과 헌법상 경제질서 간의 관계

헌법재판소는 “우리 헌법은 자유민주적 기본질서의 바탕 위에서 제23조 제1항에서 재산권의 보장을 규정하여 사유재산제도를 보장함과 동시에 국민의 구체적 재산권을 기본권으로 보장하는 한편 제119조 제1항에서 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 경제질서를 기본으로 한다고 규정함으로써 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하여 국민에게 자유스러운 경제활동을 보장한다.”고 판시하여 재산권과 헌법상 경제질서와의 조화를 통한 국민의 기본권 보장을 강조하고 있다. 또한 헌법재판소는 “헌법 제119조 제1항은 사유재산제도와 사적자치의 원칙 및 과실책임원칙을 기초로 하는 자유시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고”라고 판시함으로써 우리 헌법상의 경제질서가 사유재산제도와

27) 심판대상조항들의 입법목적, 지방세법의 체계나 다른 규정, 관련법규를 살펴 보더라도 초고가주택의 기준과 범위로 15억원을 제시하고 있는바, 이는 그 자체로 명확성원칙에도 위배될 여지가 있다. 세법이나 주택·건축관련 법률들을 살펴 보아도 초고가주택이 무엇인지 직·간접적으로 밝히고 있는 관련규정을 찾아볼 수 없고 심판대상조항들의 입법목적만으로는 호화·사치의 초고가주택이라는 막연한 관점만 제시될 뿐 구체적으로 어느 정도 규모의, 어떤 설비를 갖춘, 어느 정도 가액의 주택이 고급주택인지에 대한 아무런 해답을 주지 못한다. 물론 초고가주택의 기준은 고정된 것이 아니라 소비생활의 변화, 주거 및 오락문화의 변천, 사회·경제적 정책의 변화, 경제현실의 변동, 건축공법의 발달 등의 여러 가지 변수에 따라 변화되기 마련이다. 그러나 그 변화의 정도가 국회입법을 포기하고 행정입법으로써 즉시 대응하지 않으면 아니될 정도로 변화무쌍하다고 하기는 어렵다. 건축공법과 같은 것은 일조일석에 변화할 수 없는 것이고, 부동산시장이나 경기의 변동 같은 것도 수년 혹은 10여년의 주기를 두고 변동하는 성질의 것이므로 이러한 변화요인들을 이유로 국회입법이 포기되어서는 아니되며, 사회·경제적 정책의 변화가 있다면 국회를 통한 사회적 합의의 과정을 도출하는 것이 더욱 중요한 만큼 이는 오히려 국회입법을 필요로 하는 사유라 하겠다. 설사 국회입법이 곤란할 만큼 변화의 횡수와 진폭이 잦고 다양하다 하더라도 법률로써 최저기준(초고가주택의 경우 주택의 규모와 가액 등을 기준점으로 삼을 수 있을 것이다)을 설정하여 두고 그 범위내에서 세부적 기준과 범위를 대통령령에 위임함으로써 변화에 탄력적으로 대응할 수 있게 할 수 있는 것이므로 심판대상조항들과 같이 행정입법에 전적으로 위임할 수 밖에 없는 불가피한 사정이 있다고 할 수는 없다. 이상과 같은 이유로 심판대상조항들은 주담보 금지라는 행정지도요건을 불명확하게 규정함으로써 헌법 제75조에도 위배된다고 할 것이다.

경제활동의 자유 및 자유경쟁을 기초로 하는 자유시장경제질서를 근간으로 하고 있음을 천명하고 있다.²⁸⁾ 이러한 측면에서 헌법재판소로서는 본 사안을 단순히 투기수요 방지와 거래 억제를 통한 집 값 하락 등의 측면에 초점을 맞추어 심리할 것이 아니라 실제로 이번 심판 대상 조치가 우리 헌법상의 사유재산권과 사유재산제도를 보장하는 자유시장경제질서의 근간을 뒤흔드는 것이 아닌지를 심도 깊게 검토할 필요가 있다. 나아가 국민의 사유재산권에 대한 제한을 초래하는 정부의 정책 수단은 최대한 완화된 방법으로 시행이 되어야 하는바, 본 사안과 같이 ‘15억 이상 주택 소유자에 대한 담보대출 전면금지’라는 일도 양단식의 과도한 형태로 정부의 주요 대책을 일방적으로 밀어 붙이는 것은 시장경제질서에도 위배된다는 점에서도 부당하다고 할 것이다.²⁹⁾

V. 이 사건 본안 합헌결정의 문제점

1. 법률유보원칙과 포괄위임금지원칙 위반 여부

가. 행정지도의 역할과 문제점

행정절차법 제2조 제3호에서 행정지도에 대하여 행정기관이 그 소관 사무의 범위 안에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용으로 규정하고 있다. 이러한 행정지도는 행정현상이 복잡·다양해짐에 따라 그 행정 수요에 대응하기 위한 새로운 형태의 사실행위로서의 행정행위이다. 이러한 측면에서 행정지도는 법령에 의한 처분 등과 같은 권력적 수단이 아닌 상대방의 협력을 바탕으로 한 임의적이고 비권력적 수단으로 일정한 행동을 하도록 유도함으로써 마찰이나 저항 없이 소기의 행정 목적을 달성하기 위해 사용되고 있다. 이처럼 행정지도는 다양한 이익집단 간의 이해관계 갈등과 대립이 나타나는 현대사회에 특성상 이를 합리적으로 해결하고, 균형있는 사회발전을 도모하는 기능을 수행한다. 또한, 행정지도는 법령의 직접적 근거를 가지고 있는 경우도 있다. 그 외

28) 헌법재판소 1997. 6. 26. 93헌바49 결정; 1998. 8. 27. 96헌가22 결정

29) 정극원, “헌법의 가치결정과 재산권보장의 규범구조”, 공법학연구 제5권 제1호, 2004, 149면.

에도 행정지도는 새로운 과학기술의 발전이나 경제 상황의 급격한 변동과 같은 행정 현상에 탄력적으로 대응하는 임시응급대책기능을 수행한다. 본 사안에서와 같이 급격한 경제 상황의 변동에 따라 은행법 제34조 제2항에 따른 경영 건전성 측면에서 금융위원회의 고시를 정하여 이에 따르도록 하는 것도 법 규정의 형식상 측면으로는 가능하다고 할 수 있겠다. 그러나 실제로 이러한 법 규정을 적용 및 운영했을 경우에 어떠한 결과가 발생하는지와 같은 실질적인 측면은 다른 문제이므로, 헌법상 기본권 침해 여부 등에 비추어 세부적으로 살펴볼 필요가 있다. 행정지도는 현대사회의 성격에 비추어 필요성을 부정할 수는 없으나, 적지 않은 문제점을 갖고 있기 때문이다.³⁰⁾

먼저 행정지도는 사실상 강제성을 띤다. 원래 행정지도가 일정한 행위를 유도하는 비권력적 행위라지만 행정주체가 공권력 주체의 지위로써 행하는 것이기 때문에 실제로 법률의 지식이 없거나 부족한 국민의 입장이라면, 이를 무시 또는 거부하기가 사실상 어렵다. 다음으로 행정지도의 내용이 지나치게 포괄적이고 그 한계가 불명확하다. 이는 행정지도가 반드시 법적 근거 하에서 이루어지는 것은 아니기 때문이다. 즉, 법령에서 정한 기준이 없이 그 필요의 한계를 넘어 행해지기 쉽고, 그로 인해 상대방인 국민의 권익을 침해할 소지도 커진다. 또한, 법령의 기준이 없으므로 담당자의 변동 등의 경우에는 책임소재가 불분명하게 되거나 동일한 상황에 대하여 모순된 행정지도가 행하여질 우려도 있다. 마지막으로 행정지도에 대한 법률상의 구제수단이 불완전하다. 원칙적으로 행정지도는 비권력적 사실행위이므로 행정쟁송의 대상이 되는 처분이 아니기 때문이다.³¹⁾

물론, 본 사안과 관련하여 일정한 행정 목적의 달성이나 공익에 장애가 될 일정한 행위를 예방·억제하기 위한 규제적 행정지도도 가능하며, 개인 또는 단체 사이에 이해의 대립 또는 과열 경쟁으로 인하여 건전한

30) 고현환, “행정절차법상 행정지도와 문제점 개선방안”, 법학연구, 한국법학회, 2007, 24면.

31) 이채영, “행정지도의 개선방안에 관한 연구”, 연세법학, 연세법학회, 2018, 155면 이하.

경제질서의 조성 등 일정한 행정목적에 지장을 가져올 우려가 있는 경우에 이를 조정하기 위한 조정적 행정지도도 가능하다. 그렇지만, 이러한 행정지도는 법령에 근거한 명시적인 행정처분이 아니라 할 것이므로 행정기관이 이를 악용하여 만족할 만한 권리구제 절차를 보장받지 못하고, 개인의 기본권 침해 소지가 다분히 존재한다. 따라서 기본권 보장의 사각지대를 없앤다는 측면에서도 본 사안과 같이 은행의 경영 건전성을 목적으로 제정이 된 은행법 관련 규정을 국민의 주택 소유권 행사를 규제하는 것으로 전용하는 식의 행정지도 방식을 통한 주택담보 대출제한은 개인의 재산권, 은행의 영업의 자유 측면에서도 위헌 소지가 크다고 하겠다.

나. 법률유보원칙 위반 여부

법률유보의 원칙이란 행정작용이 법률에 수권(授權)에 의하여 행해져야 한다는 적극적 법률적합성 원칙이다. 헌법재판소는 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 결정, 헌재 2019. 4. 11. 2013헌바112 결정 등에서 법률유보원칙이란 단지 행정작용이 법률에 근거하기만 하면 되는 것이 아니라 기본권 실현과 같은 국가공동체와 구성원에게 기본적이고 중요한 의미를 갖는 영역에서는 입법자 스스로 본질적 사항에 대해 결정해야 한다는 요구로써 의회유보원칙을 그 취지로 한다는 점을 분명히 하고 있다. 나아가, 이러한 법률유보 대상이 되는 본질적 사항, 즉, 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당하는지에 대하여 대법원은 “구체적 사례에 관련된 이익 또는 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 할 것이지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다”고 판시한 바 있다.³²⁾

본 사안에 문제가 되고 있는 주택담보 대출제한은 당초 피청구인 측이

32) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결

밝힌 취지인 투기수요 방지와 관련된 특정 법률에 직접 근거한 것이 아니라, 단지 은행의 경영건전성 확보와 관련된 은행법³³⁾에 근거한 금융기관에 대한 피청구인의 행정지도에서 비롯된 것에 불과하다. 이렇게 직접적인 법적 근거 규정 없이 행정지도 방식으로 국민의 기본권을 쉽사리 제한하게 되면 국가는 앞으로도 국민의 기본권을 제한하는 방식이나 제한 정도 등에 있어 전적으로 정부기관의 재량에 맡겨지는 문제가 발생하게 된다. 실제로 행정지도에 불과한 심판대상 조치로 인해, 이 사건 청구인에 대한 은행의 대출이 전면 규제되어 은행의 건전한 경영이라는 은행법 본래의 입법목적이나 취지가 아닌 국민 개인의 정당한 주거권 보장을 위한 주택담보대출계약 자체가 불가능하게 되면서 청구인의 재산권과 거주이전의 자유, 계약의 자유 침해라는 부작용으로 이어지고 말았다. 이는 결국, 정부가 법규성이 없는 행정규칙에 불과하거나, 가사 상위 법령과 결합하여 일부 법규성이 인정되더라도 금융위원회 고시에 불과한 은행업 감독규정 별표6에 의하여 은행과 일반 국민에게 일정 범위의 주택담보대출을 전면 금지함으로써, 국민의 주거권, 재산권, 계약의 자유 및 은행의 영업의 자유와 계약의 자유를 침해하고, 우리 헌법이 보장하는 시장경제 질서에도 위반하게 된다. 따라서 이러한 기본권과 국가 질서의 본질적인 사항들은 충분히 국회에서 논의하여 이 사건과 같은 은행의 경영건전성 확보를 위한 조문이 아닌 다른 법률 조항에 보다 직접적이고, 구체적으로 규정할 사항이라고 할 것이므로, 이 점에서도 이 사건 심판대상은 법률유보(특히 의회유보)원칙에 위반되어 위헌이라고 할 것이다.

다. 포괄위임금지원칙 위반 여부

다음으로 포괄위임금지 원칙 위반 여부이다. 이와 관련하여 헌법재판

33) ○ 은행법 제34조 제2항 은행은 경영의 건전성을 유지하기 위하여 다음 각 호의 사항에 관하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 경영지도기준을 지켜야 한다.

제4호 그 밖에 경영의 건전성 확보를 위하여 필요한 사항

○ 은행법 시행령 제20조 제1항 제5호

그 밖에 은행 경영의 건전성 확보를 위하여 금융위원회가 정하여 고시하는 사항

소는 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하는데 그 예측가능성 판단 있어 당해 특정조항 하나만 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합·판단하여야 하며, 대상 법률의 성질에 따라 구체적이고 개별적으로 검토하여야 한다고 판시하고 있다.³⁴⁾ 나아가 헌법재판소는 “법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령과 비교할 때 보다 용이(容易)한 점이 있으므로 이를 악용하여 기본권을 침해할 소지가 크다고 할 것이므로, 법률에서 위임받은 사항을 중간과정에서 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 또한, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정 사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다”는 이위임금지(履委任禁止) 내지 복위임금지(復委任禁止) 원칙을 분명히 하고 있다.³⁵⁾

이 사건 공표의 법적 근거

- 은행법 제34조 제2항 은행은 경영의 건전성을 유지하기 위하여 다음 각 호의 사항에 관하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 경영지도기준을 지켜야 한다.
제4호 그 밖에 경영의 건전성 확보를 위하여 필요한 사항
- 은행법 시행령 제20조 제1항 제5호
그 밖에 은행 경영의 건전성 확보를 위하여 금융위원회가 정하여 고시하는 사항
- 은행업감독규정 <별표 6> 주택관련 담보대출에 대한 리스크관리기준
1.(용어의 정의)
버. “초고가아파트”라 함은 시가 15억원을 초과하는 아파트를 말한다. <신설 2020.12.3.>

34) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2010헌바385 결정; 2015. 1. 29. 2013헌바173 결정 등

35) 헌법재판소 1996. 2. 29. 94헌마213 결정 등

사안의 경우, 상위 은행법 제34조 제2항 제4호에는 대통령령 등 하위 법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함에도 불구하고, 그러한 예측가능성이 전혀 인정되지 않는다. 뿐만 아니라, 위 공표의 법적 근거에서 알 수 있는바와 같이, 은행법에서 위임받은 사항을 시행령, 시행규칙에서도 전혀 규정하지 않고 그대로 바로 하위 행정규칙인 금융위 고시에 재위임하는 것은 사실상 국회가 만든 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되어 허용되지 않는다고 할 것이므로 ‘복위임금지’ 내지 ‘포괄위임금지’원칙에 위배되어 위헌이라고 할 것이다.

2. 과잉금지원칙 위반 여부

가. 의의

헌법재판소는 초기부터 기본권 제한은 이른바 “과잉금지원칙 내지 비례원칙”에 따라 행해져야 한다고 보았다.³⁶⁾ 이 원칙은 ‘기본권은 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다.’는 헌법 제37조 제2항에 근거한 기본권 제한의 합헌성을 판단하는 대표적인 심사 도구이다. 과잉금지원칙은 구체적인 개념요소로 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 내용으로 한다.³⁷⁾ 우리 헌법재판소는 일부 비판의 의견도 있지만, 목적의 정당성 요건을 과잉금지원칙의 하부요건으로 과잉금지원칙 준수 여부를 통제할 때 우선적으로 심사하고 있다. 이에 따라 본 사안에 대해 살펴보자면 다음과 같다.

나. 목적의 정당성

가계부채가 2016년부터 12·16대책(2019)이 나올 때까지 250조 이상 증가하였고, 지금까지 총 500조원 넘게 증가하게 되었다. 물론 정부의 유동성 완화를 위한 금리 인하가 주요 원인이 되었겠지만, 코로나 팬데

36) 헌재 1989. 03. 17. 선고 88헌마1

37) 헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8

믹 등과 같은 외부적 요인을 감안(勘案)한다고, 하더라도 부동산 시장 가격급등 요인도 크다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 이러한 가계부채의 증가는 경제에도 큰 영향을 미칠 수 있으므로 정부의 입장에서는 이를 묵과(默過)해서는 안된다고 할 것이다. 또한, 부동산 투기의 경우 전세대출을 이용한 깎투자자가 주된 형태로 나타나므로, 이 또한 은행 대출과 관련이 깊다. 특히 부동산 시장은 다른 금융시장의 경우와 다르게 금전으로 전환 또는 회수가 쉽지 않다. 따라서 정부로서는 부동산 투자를 방지하고, 금융시장과 부동산 시장을 안정화하기 위해 은행에 대한 일정 수준의 규제조치는 필요가능하다고 할 것이다. 이러한 측면에서 본다면 은행의 과도한 대출을 막음으로써 투기수요를 차단하고 은행의 경영건정성을 유지한다는 이유로 한 이 사건 정부의 대출 규제는 그 목적의 정당성은 인정할 수 있다고 하겠다.

다. 수단의 적정성

‘수단의 적합성’ 원칙은 “입법 수단이 목적을 달성하는 데에 필요하고 효과적이어야 한다”는 의미이다.³⁹⁾ 헌법재판소는 “피고인의 신병확보 또는 부당한 보석허가결정을 바로잡는다는 명목으로 보석결정에 대해 검사에게만 즉시항고를 허용한 법률은 수단의 적합성을 갖춘 것이라고 할 수 없다”고 하여 위헌이라고 본 바 있고⁴⁰⁾, 선거일 180일 전부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현과 선거운동을 전면 금지하고, 처벌하는 공직선거법은 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지한다는 목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 할 수 없다고 하여 헌법에 반한다고 판시하였다.⁴¹⁾

사안의 경우 앞서 언급한 것과 같이 은행의 경영건정성 확보와 관련하여 대출에 대한 금지조치가 그 목적이 정당하다고는 하나, 적절한 수단

38) 머니투데이, “가계부채 잡겠다”고 했는데...’1862조 폭탄’ 남긴 文정부,

<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2022050611572116250>, 2022. 05. 07. 기사, 최종방문일 2023. 05. 10.

39) 헌법재판소 1989. 12. 22. 88헌가13 결정 등

40) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정

41) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2007헌마1001결정

이었는데 대해서는 생각해볼 여지가 있다. 즉, 이 사건 청구인의 경우와 같이 담보가치가 충분하여 안전성이 보장된 초고가 주택에 대한 대출 업무를 은행에게 제한된 범위라도 허용하여 은행 업무의 본연의 수익인 예대 마진의 전통적인 영업상 이익을 얻도록 하는 것이 은행의 경영건전성을 기하는 것이지 반대로 이를 전면 금지함으로써 은행의 수익창출력을 약화시키는 피청구인의 조치는 오히려 은행의 경영건전성 약화시키는 부당한 조치에 해당하기 때문이다. 결국 이 사건 주담대 금지 조치의 목적이 은행의 경영건전성이 아니었음은 물론, 가사 그 목적이 은행의 경영건전성이었다고 하더라도 이 사건 금지 조치가 이를 달성하기 위한 적합한 수단은 결코 아니라고 할 것이다.

무엇보다, 실제로 대출을 금지하였을 경우 이 사건 청구인의 경우와 같이 당장 그 시점에서 진행 중인 부동산 계약이 갑작스럽게 파기(破棄)될 수 있고, 실제로 거주를 목적으로 한 계약이었다면, 거주 이전의 자유의 침해문제로도 이어질 수 있기 때문이다. 부동산 계약은 개인의 사유 재산인 부동산에 대하여 개인 의사의 합치를 통한 매도·매수과정을 거친다. 이러한 법률관계에서 제3자인 은행도 개인이 가진 종전 자산과 담보 범위 내에서 얼마든지 대출이 가능한 것이다. 우리 헌법은 제23조에서 재산권을 보장하고 있고, 헌법 제23조 제1항과 헌법 37조 제2항에 따라 법률로써 재산권을 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 재산권을 제한하기 위해서는 국회에서 정당한 입법절차를 거친 법률을 통해서만 가능하다. 따라서 정부로서는 사안과 같은 강력한 규제 조치를 하기 전에 국회의와의 협의를 통해 보다 구체적인 입법적 조치를 마련하였어야만 했다. 그러나 본 사안에서 정부는 이러한 사전에 제대로 된 법적근거를 마련하지 아니한 채⁴²⁾ 은행법 하위 행정규칙(고시)에서 근거한 행정지도 방식

42) 본 사안 관련 헌법 제76조 소정의 긴급재정경제명령 발동 가능성

헌법재판소는 긴급재정경제명령이 헌법 제76조 소정의 요건과 한계에 부합한다면, 그 자체로 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이라는 기본권 제한의 한계로서의 과잉금지원칙을 준수하는 것이 된다고 하여, 기본권 제한의 관한 내용이 내재되어 있음을 언급하였다. 다음으로 긴급재정경제명령의 발동은 재정경제상의 위기가 현실적으로 발생한 후 이를 사후적으로 수습하여 헌법질서를 유지하기 위하여 헌법이 정한 절차에 따라 행사되어야 한다. 긴급재정경제명령에 대한 상황적 요건은 대통령이 일차적으로 판단

을 빌어 은행대출을 규제함으로써 실질적으로 은행뿐만 아니라 각 계약의 당사자인 국민 개인에 대한 재산권 침해라는 결과를 초래하였으므로 그 수단의 적합성도 인정되지 않을 소지가 크다.

라. 침해의 최소화

‘침해의 최소화’ 원칙은 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다는 의미이다.⁴³⁾ 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 '방법'에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소

하여야 하나, 대통령의 자유재량도 아니고 상황적 요건이 존재한다는 주관적 확신만으로 행사되어서는 아니되고, 객관적 상황이 존재하여야 한다. 국가긴급권은 잠정적 권한이므로 긴급재정명령이 2년간 지속된 것은 바람직하지는 않지만 그 이유만 가지고 바로 헌법에 위반되는 것은 아니라고도 보았다. 물론 이러한 긴급수단은 대통령의 교유한 권한이라고 할 것이나, 발동 가능성에 대해 세부적으로 검토해볼 필요가 있다. 현재 부동산 시장의 상태가 1997년 IMF 국제통화기금에 자금지원을 요청할 정도로 헌법에 규정하는 중대한 재정상의 위기 또는 위기에 준할 정도였는지를 현재 우리나라의 경제규모, 자산, 부채 등 총체적인 측면에서 판단해 볼 필요가 있다. 긴급재정경제명령은 사후적인 수단으로 발동되어야 하기 때문이다. 따라서 긴급재정경제명령이 사전적 수단으로 사용되어서는 안된다고 할 것이고 이에 대한 시기적 판단이 필요하다. 또한, 발동 요건 중에 국회의 소집을 기다릴 수 없을 정도로 불가능한 상황을 현재 상황에서 가능한 것인지가 의문이다. 우리나라 헌정 역사상 최근 50년간 긴급재정명령이 단 2번 정도만 이루어질 정도로 실제 발동되는 경우가 거의 없기 때문이다. 만약에 긴급재정명령이 발동된다고 하더라도 중장기적인 측면에서 법률로 인한 조치가 필요하다. 1993년 8월에 시행된 금융실명제를 예를 들어보면 다음과 같다. 긴급재정명령으로 시행된 금융실명제도 실시 전에는 범죄를 수사하기 위한 거액의 현찰거래나 외환거래에 대한 자금세탁방지법으로 관련 법률 정도만 있었다. 그리고 긴급재정명령 발동 후 4년 뒤에 국회의 대체입법을 통해 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」을 제정 및 선포하였다. 이를 통해 알 수 있는 것은 결국, 제도를 시행하는 것과 효력을 유지하기 위해 국회의 입법적 조치를 통한 법률에 근거하여 이루어진다는 것으로 귀결된다는 것이다. 긴급한 사유로 발동된 정당행위 명령이라 하더라도 결국 금융실명제는 법률상 조치로 귀속되므로, 이로 미루어 볼 때, 법률을 근거하지 않은 제도의 시행 및 유지에 대하여 국민의 소유권 행사와 관련한 재산권을 제한하는 것은 법률유보원칙을 위반하여 적절하다고 볼 수 없다고 할 것이다.(헌법재판소 1996. 2. 29. 93헌마 186 결정)

43) 헌법재판소 1998. 5. 28. 96헌가5 결정

그 다음 단계인 기본권행사의 '여부'에 관한 규제를 선택해야 한다. 가령 입법자가 임의적 규정 내지 보다 덜 기본권 제한적인 다른 수단이나 방법으로도 목적을 충분히 실현할 수 있는데도 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적(금지)규정을 둔다면, 피해의 최소성 원칙에 위배된다.⁴⁴⁾ 즉 설령 어떤 법률의 입법목적 이 정당하고 목적을 달성하기 위해 국민에게 의무를 부과하고 불이행에 대해 제재를 가하는 것이 적합하다고 하더라도, 만일 보다 덜 제한적인 방법을 택하거나 아예 의무를 부과하지 않고 목적을 실현할 수 있는데도 굳이 의무를 부여하고 제재조치를 둔다면 아예 행위 자체를 못하도록 막는다면 피해의 최소성 원칙에 위배되는 것이다.⁴⁵⁾

헌법재판소는 혼인빙자간음죄 처벌조항에 대하여, “사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이고 처벌조항이 보복을 가하거나 위자료를 받아내는 수단으로 악용되는 부작용을 고려하면 피해의 최소성도 갖추지 못하였다”고 판시한 바 있고⁴⁶⁾, 또한, 서울특별시 서울광장 통행저지행위 위헌확인 사건에서, “이 사건 통행저지행위는 서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지하고 일반시민들의 통행조차 금지하는 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이므로 집회의 조건부 허용이나 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당한다. 서울광장에의 출입을 완전히 통제하는 경우 일반시민들의 통행이나 여가·문화 활동 등의 이용까지 제한되므로 서울광장의 몇 군데라도 통로를 개설하여 통제 하에 출입하게 하거나 대규모의 불법·폭력 집회가 행해질 가능성이 적은 시간대라든지 서울광장 인근 건물에의 출근이나 왕래가 많은 오전 시간대에는 일부 통제를 푸는 등 시민들의 통행이나 여가·문화활동에 과도한 제한을 초래하지 않으면서도 목적을 상당 부분 달성할 수 있는 수단이나 방법을 고려하였어야 함에도 불구하고 모든 시민의 통행을 전면적으로 제지한 것은 침해의 최소성을 충

44) 헌법재판소 1998. 5. 28. 96헌가12 결정

45) 헌법재판소 2006. 6. 29. 2002헌바80 결정

46) 헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58 결정

족한다고 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁴⁷⁾

본 사안에서 이 부분 요건(침해의 최소성)의 충족 여부는 목적 달성을 위하여 청구인 기타 동일한 처지의 일반 국민에게 피해가 더 적을 수 있는 수단을 사용 및 선택할 수 있었는지 여부에 있다. 정부는 지난 2019년 12월 16일 발표에서 시가 15억 원을 초과하는 초고가 아파트의 주택담보대출을 아예 금지하고, 9억 원을 초과하는 경우에도 주택담보대출비율(LTV)을 현행 40%에서 20%로 담보가치를 줄였다. 빚으로 취득한 주택에 대한 담보가치를 인정하지 않겠다는 의미로 보여진다. 당시 서울 아파트 가격 평균이 6억 정도였고, 강남구 아파트 가격이 평균 13억 정도 선이었음을 미루어 볼 때, 더 이상의 아파트 가격상승을 막고 대출을 통한 투자를 거의 허용치 않겠다는 정부의 강력한 의지로도 볼 수 있다고 하겠다.⁴⁸⁾ 현재 부동산 시장이 자정적으로 기능하지 않고 있다는 판단에서 최후 수단성으로 시행한 조치라는 정부 입장을 일부 고려해 볼 수도 있다. 그러나 이러한 상황에서 ‘15억’이라는 주택의 매매 시가를 기준으로 원천적으로 대출 가부를 결정하는 봉쇄정책보다 다른 완만한 정책을 사용함으로써 시장의 자율적 기능을 최대한 존중할 수 있었던 것은 아닌지 깊이 성찰해 볼 필요가 있다. 즉, 기존의 LTV와 총부채상환비율(DTI)을 보다 강화하여 개인의 신용 및 조건에 따른 대출을 제한하는 방법이 얼마든지 존재하고 일정 기준의 매매 시가 초과시, 대출 전면 금지가 아닌 대출 총액에 차등을 두어 단계적으로 대출을 통제하는 방안도 얼마든지 가능한 것이다. 이러한 보다 덜 기본권을 제한하는 다른 수단이나 방법이 엄연히 존재함에도, 일의적으로 단순히 ‘투기과열지구에 위치한 매매가 15억 이상의 아파트’라는 기준을 아무런 합리적 근거도 없이 임의로 설정하여 놓고, 그 이상에 해당하는 주택을 구매하기 위해 받는 대출 자체를 전면적으로 금지한 본 사안은 국민의 주택처분권(재산권, 계약의 자유)과 시중 민간 은행의 대출채량권(영업의 자유, 계약의 자유)을 정부가 과도하게 개입하여 침해하여 침해의 최소성 원칙을 위반하고

47) 헌법재판소 2011. 6. 30. 2009헌마406 결정

48) 머니투데이, “영끌 참았더니 '벼락거지'“…文정부서 서울 집값 6.5억→13억,
<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2022050415191362616>, 2022. 05. 07. 기사, 최종방문일 2023. 05. 10.

도 남음을 알 수 있다.

참고로, 서울 지역 아파트 평균 매매가가 많은 지역에서 15억원에 육박하거나 초과하는 상황에서 이 사건 심판대상 정부 조치는 일부 소수 부자를 상대로 한 예외적 조치가 아니라 일반 중산층 이상의 국민 다수를 겨냥하고 있다는 점에서도 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 실제로 아래 표에서 알 수 있는 바와 같이 '국민 주택형'으로 불리는 60㎡초과 85㎡이하 중소형 아파트만 봐도 서울지역 기준 평균 실거래가가 14억원 선을 훌쩍 뛰어 넘었음을 알 수 있다. 또한, 부동산 대출 규제가 갈수록 심해지고 있는 가운데, 9억 원 초과~15억 원 아파트 LTV 20%, 15억 원 초과 아파트 0, DSR 40% 규제에, 2020년 12월부터는 대출 총량제에 의해 멸절된 집도 담보대출이 나오지 않고 있는 상황에서 2022년부터는 DSR 40% 2단계 도입으로, 총대출액 2억 원만 넘어도 DSR 규제에 걸린다. 이렇게 강력한 대출 규제가 이어지다 보니, 아파트 거래 자체가 줄어들 수밖에 없는바, 실제로 현재 부동산시장은 양도세 일시 완화로 일부 매물이 나와도 은행 대출규제로 인해 실제 거래가 이루어 지지 않는 거래 절벽이 심각한 사회문제가 되는 등 그 부작용이 오히려 크게 발생하고 있다.⁴⁹⁾

50)

마. 법익의 균형성

끝으로, '법익의 균형성' 원칙이란 어떤 입법으로 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 저울질해 보면 사익보다 공익이 더 커야 한다는 원칙이다.⁵¹⁾ 헌법재판소는 “낙태가 불가능한 시기 이후에도 태아의 성별 정보를 알려 주지 못하게 하면 얻을 수 있는 공익은 별로 없는 반면, 의사의 직업수행자유를 제한할 뿐 아니라 임부와 가족의 태아 성별 정보에 대한

49) 뉴시스, “양도세 족쇄 풀렸는데 거래절벽 해소될까…대출규제가 문제”, 2022. 5. 11.자 기사; 시사매거진, “입주량에 상관없이 오르는 집값…원인은 대출 규제?”, 2022. 4. 16.자 기사; 아시아경제, “길어지는 거래절벽…전문가들 “장기침체는 위험””, 2022. 5. 19.자 기사 등

50) 머니투데이방송, “약탈적 규제, 15억 아파트 '대출족쇄' 언제 풀리나?“, 2022. 5. 13.자 보도.

51) 헌법재판소 1990. 9. 3. 89헌가95 결정 등

접근을 방해하는 것으로 법익 균형성 요건을 갖추지 못한 것”이라고 결정하였다.⁵²⁾ 이와 같이 법익의 균형성을 갖추지 못하여 위헌결정을 받은 사례는 매우 많다. 예를 들어, 자동차운전학원을 졸업하고 면허를 받은 사람 중 사고를 사람이 일정 비율을 초과하면 학원등록을 취소하거나 영업정지를 명할 수 있도록 한 도로교통법 조항에 대하여, “이 사건 조항으로 공익을 달성할 수 있을지 불투명한 반면, 제재를 당하는 운전학원은 충실히 운전교육과 기능검정을 했더라도 피할 수 없는 규제를 당할 수 있고, 제재에 따른 영업 손실이 더 큰 것”이어서 법익의 균형성 원칙에 위배된다고 보았다.⁵³⁾ 본 사안에서도 위에서 살펴본 바와 같이 관련 법률의 근거도 없거나 명확하지 않고, 실제로 시장 규모에 대한 합리적, 객관적 근거도 없는 기준으로 들어 이루어진 대출 규제를 두고 부동산 시장의 안정화라는 공익과 청구인의 재산권, 계약의 자유, 거주이전의 자유와 시중 은행들의 영업의 자유, 계약의 자유 등과 같은 기본권 침해를 비교해 볼 때, 개인의 기본권 침해의 정도가 과하다 할 것이므로 법익의 균형성 또한 인정되지 않는다고 할 것이다.

3. 신뢰보호원칙 위배여부

가. 관련 판례

헌법재판소는 “신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가 원리로부터 파생되는 것으로, 법률이 개정되는 경우 기존의 법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당한 반면, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성코자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰가 파괴되는 것을 정당화할 수 없는 경우, 그러한 새 입법은 허용될 수 없다는 것이다. 이러한 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해되는 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰침해의 방법 등과 또 다른 한편으로는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로 형량하여야 한다. 심판대상조항은 실제 평균임금이 노동부장관이 고시하는 한도금액 이상일 경우 그 한

52) 헌법재판소 2008. 7. 31. 2004헌마1010 결정

53) 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2004헌가30 결정

도금액을 실제임금으로 의제하는 최고보상제도를 2003. 1. 1.부터 기존 피재근로자인 청구인들에게도 적용함으로써, 평균임금에 대한 청구인들의 정당한 법적 신뢰를 심각하고 예상하지 못한 방법으로 제약하여 청구인들에게 불이익을 초래하였다. 심판대상조항이 달성하려는 공익은 한정된 재원으로 보다 많은 재해근로자와 그 유족들에게 적정한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하여 소득재분배의 기능을 수행하는 데 있는 것으로 보인다. 장해급여제도는 본질적으로 소득재분배를 위한 제도가 아니고, 손해배상 내지 손실보상적 급부인 점에 그 본질이 있는 것으로, 산업재해보상보험이 갖는 두 가지 성격 중 사회보장적 급부로서의 성격은 상대적으로 약하고 재산권적인 보호의 필요성은 보다 강하다고 볼 수 있어 다른 사회보험수급권에 비하여 보다 엄격한 보호가 필요하다. 장해급여제도에 사회보장 수급권으로서의 성격도 있는 이상 소득재분배의 도모나 새로운 산재보상사업의 확대를 위한 자금마련의 목적으로 최고보상제를 도입하는 것 자체는 입법자의 결단으로서 형성적 재량권의 범위 내에 있다고 보더라도, 그러한 입법자의 결단은 최고보상제도 시행 이후에 산재를 입는 근로자들부터 적용될 수 있을 뿐, 제도 시행 이전에 이미 재해를 입고 산재보상수급권이 확정적으로 발생한 청구인들에 대하여 그 수급권의 내용을 일시에 급격히 변경하여 가면서까지 적용할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 따라서, 심판대상조항은 신뢰보호의 원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다”라고 판시하였고⁵⁴⁾,

또한, “법 시행 이전부터 소유하고 있는 택지까지 법의 적용대상으로 포함시킨 것은 입법목적을 실현하기 위하여 불가피한 조치였다고 보여지지만, 택지는 소유자의 주거장소로서 그의 행복추구권 및 인간의 존엄성의 실현에 불가결하고 중대한 의미를 가지는 경우에는 단순히 부동산투기의 대상이 되는 경우와는 헌법적으로 달리 평가되어야 하고, 신뢰보호의 기능을 수행하는 재산권 보장의 원칙에 의하여 보다 더 강한 보호를 필요로 하는 것이므로, 택지를 소유하게 된 경위나 그 목적 여하에 관계

54) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2005헌바20,22, 2009헌바30(병합) 결정

없이 법 시행 이전부터 택지를 소유하고 있는 개인에 대하여 일률적으로 소유상한을 적용하도록 한 것은, 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 침해이자 신뢰보호의 원칙 및 평등원칙에 위반된다”고 판시한 바 있으며⁵⁵⁾,

또한, “2001. 11. 30. 정원제한조항이 제정되기 전 화물자동차운송사업을 등록한 6인승 밴형화물자동차운송사업자들은, 당시 화물자동차영업이 면허제에서 등록제로 전환되었고, 그 전에 승차정원을 3인으로 한정하던 규정과 화물자동차의 바닥면적제한 규정이 폐지되어, 6인승 밴형화물자동차를 등록하여 승객과 화물을 동시에 운송할 수 있었고, 그 경우 화물의 중량이나 부피에 대하여 특별한 제한이 없었기 때문에 동 운송사업에 종사하게 된 것이다. 그렇다면 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들이 종전 법에 대하여 가졌던 신뢰는 정당한 것으로서 보호될만한 가치를 지닌다. 그런데 정원제한조항이 적용되는 경우 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 6인승 콜밴 영업에 대한 종전의 법적 신뢰는 침해되며, 더 나아가 화물제한조항은 승객 1인당 화물중량 40kg 이상이거나 화물부피 80,000cm³ 이상이 되도록 제한하므로, 이러한 규제에 의하면 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 콜밴 영업은 애초 등록시 존재하던 영업 환경에 비추어 볼 때 극히 축소될 수밖에 없어, 심판대상조항들은 청구인들의 법적 신뢰를 심각하게 예상치 못한 방법으로 제약하고 있다. 한편 심판대상조항들은 택시업계와 콜밴업계 사이의 운송질서 확립 차원에서 마련된 것인데, 그러한 운송질서의 유지는 결과적으로 택시업계의 종전 영업범위를 보호하는 것이 되지만, 국민의 운송시설 이용에 새롭게 편의를 주는 것은 아니므로 중대한 공익목적에 해당한다고 볼 수는 없다. 그렇다면 심판대상조항들이 추구하는 운송질서 확립이라는 공익과 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 종전 법에 대한 신뢰 침해의 정도 및 이로 인해 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들에게 초래되는 불이익 등을 비교형량 할 때, 심판대상조항들은 정원제한조항 제정 전에 등록한 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 법적 신뢰를 과도하게

55) 헌법재판소 1999. 4. 29. 94헌바37 결정 등

침해하므로, 이들에 대하여 적용되는 한, 신뢰보호의 원칙에 위반된다. 또 이는 기본권을 위협적인 방법으로 제한하는 것이므로 이들의 직업수행의 자유를 침해한다”라고 판시한 바 있다.⁵⁶⁾

나. 사안의 경우

사안의 경우 피청구인 측은 지난 2019년 12·16 부동산 대책을 발표하면서 금융위의 금융기관 행정지도를 통해 15억 초과 아파트에 대한 주택담보대출을 그 즉시 전면 금지하였다. 그런데 이 사건 청구인은 취학 중인 자녀들을 이 사건 보유 주택[서초삼풍 아파트 단지]에서 실거주하며 통학시키고 있는 상황에서 부득이 경제적인 사정으로 주택 규모를 줄여 동일 단지 내에서 이사를 계획하고 있던 중 이 사건 대책과 고시, 공고 등으로 인해 당연히 가능할 줄 알았던 주택담보 대출을 못 받게 되어 이사를 가지 못하게(계약 포기) 된 사정이 발생하였다. 이러한 피해는 청구인인 등 유사한 사정이 있는 일반 국민들에게 최소한 예측가능성을 부여하도록 충분히 유예기간이나 경과규정을 두지 아니한 채 바로 대출을 전면금지 시킨 까닭에 발생한 것으로서, 청구인 등의 신뢰보호이익⁵⁷⁾에도 위배될 뿐만 아니라 그로 인해 청구인의 재산권, 거주이전의 자유, 계약의 자유 등을 침해하여 위헌이라고 할 것이다.

VI. 결론

우리나라는 2021년까지 부동산 시장이 지나치게 폭등하였고, 가계부채가 국가예산 수준으로 늘어났으며, 금리와 물가가 동시에 상승하는 인플레이션까지 나타난 가운데, 이런 경제현상에 대한 국가의 대처는 반드시 필요하다고 할 것이고, 이에 일정 부분 강력한 조치가 예상될 수 있었다. 그러나 총부채원리금상환비율(DSR) 제한이나 기존의 LTV, DTI 강화 등 국민 개인의 개별 신용 조건 등에 따른 대출 제한 방법 내지 일정 기준 금액 매매 시가 초과시 대출을 전면적으로 금지하는 극단적 방법이

56) 헌법재판소 2004. 12. 16. 2003헌마226·270·298·299 결정

57) 청구인은 정부의 앞선 부동산 조치 중 하나인 ‘15억 초과 아파트에 대한 담보인정비율(LTV)이 시가의 40%로 제한’으로 아파트 시가의 최소 40%까지의 대출은 시중 은행에서 받을 수 있을 것이라는 정당한 신뢰를 형성하고 있는 상황이었다.

아닌 개인별 대출 여력이나 주택가격별 대출 가능 총액의 차등을 두는 단계적 방안들로도 어느 정도 소기의 목적을 충분히 달성할 수 있거나 있었다. 그럼에도 불구하고, 매매가 15억이라는 객관적 근거가 없는 모호한 기준을 만들어 일도 양단식의 전면적 대출제한을 할 필요가 있는가에 대한 거듭 의문이 들지 않을 수 없다. 더 나아가 은행의 건전성과 부동산 시장의 안정 등의 공익상 목적으로 은행 경영건전성 확보에 관한 은행법 규정을 통해 일반 시민에 대한 대출을 제한하는 것도 타당한지 의문이다. 이러한 기본권 제한이 가능하려면 국회에서 정당한 입법절차를 통해 만들어진 법률로써 해야 할 것임에도, 법적 근거가 빈약한 ‘고시’와 그에 기한 ‘행정지도’에 기초하여 이루어진 이번 조치는 포괄위임 금지원칙, 법률유보(의회유보)원칙, 신뢰보호원칙에도 위반되고, 자유시장 경제질서를 근본으로 하는 우리 헌법상의 경제질서에도 위배된다고 할 수 있다. 결국 정부의 이 사건 조치로 인해 주택거래 자체가 힘들어져, 청구인과 같이 실거주를 위한 주택 매수자들의 거주이전의 자유, 재산권, 계약의 자유가 침해되는 한편, 은행의 영업의 자유와 계약의 자유도 침해되었다고 할 것이다.

(논문투고일: 2023.5.15., 심사개시일: 2023.6.12., 게재확정일: 2023.6.26.)



▶ **성중탁**

초고가주택 주택담보대출제한, 행정지도, 법률유보원칙, 과잉 금지원칙, 재산권, 계약의 자유, 거주이전의 자유

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2019
한수용, 『헌법학』, 법문사, 2019
전광석, 한국헌법론(제16판), 집현제, 2021., 415-416쪽
허영, 한국헌법론(제16판), 박영사, 2020., 529쪽

II. 논문

- 고현환, “행정절차법상 행정지도와 문제점 개선방안”, 법학연구, 한국법학회, 2007.
김문현, “재산권의 보장과 한계”, 헌법논총 제19집, 헌법재판소, 2008.
나달숙, “헌법상 재산권의 보장과 한계”, 토지공법연구, 제30집, 2006.
성소미, “재산권제한에 관한 입법기준 - 장기미집행 도시계획시설에 관한 헌법불합치결정의 분석을 중심으로 -”, 국회사무처, 2003. 12.
신현구, 김상겸, “헌법상 재산권 보장과 그 제한의 현대적 의미”, 토지공법연구 제90집, 2020.
이종엽, “법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구”, 사법정책연구원, 2018. 10.
이채영, “행정지도의 개선방안에 관한 연구”, 연세법학, 연세법학회, 2018.
정극원, “독일 기본법상의 재산권의 사회 구속성”, 공법연구 제25집 제4호, 1997.
정극원, “헌법의 가치결정과 재산권보장의 규범구조”, 공법학연구, 제5권 제1호, 2004.
정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰, 공법연구 제32집 제3호, 2004. 2.
정연주, 경제활동의 자유와 국가개입, 사단법인 한국공법학회, 공법연구 제42집 제1호 2013. 10, 329-339면.
차진아, “재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할”, 고려법학 제76호, 고려대학교 법학연구원 2015.

Abstract

A review on the constitutional decision to ban ultra-high-priced
apartment mortgage loans that exceed 1.5 billion won
-Commentary on the 2019 Heonma 1399 decision of the Constitutional
Court on March 23, 2023-

Sung, Joong-Tak*

Recently, the Constitutional Court ruled that the measure by the head of the Financial Services Commission to ban commercial banks from providing mortgage loans for the purchase of super-expensive apartments with a market price of over 1.5 billion won in speculative and overheated districts was not contrary to the Constitution. In the meantime, the real estate market has soared excessively, household debt has increased to the level of the national budget, and even inflation, in which interest rates and prices rise at the same time, is appearing. could be expected However, it is a step-by-step plan that differentiates the total amount of loans available, rather than restricting loans according to individual credit conditions of individuals, such as limiting the total debt repayment ratio (DSR) or strengthening the existing LTV and DTI, or completely banning loans when the trading market price exceeds a certain standard. Even though it was possible to achieve the intended purpose to some extent, it is impossible not to ask again and again whether it is necessary to limit the full-scale loan by creating an ambiguous standard without objective basis that the sale is 1.5 billion. Furthermore, it is doubtful whether it is reasonable to limit lending to ordinary citizens through the Banking Act provisions on securing bank management soundness for public interest purposes such as bank soundness and real estate market stability. In order for such a restriction of basic rights to be possible, it

* Prof., Lawyer, JD Kyungpook National University Law School

would have to be done through a law made through a legitimate legislative process in the National Assembly. It can be said that it violates the (parliamentary reservation) principle, the trust protection principle, and the economic order of our Constitution, which is based on the free market economic order. In the end, the government's measures in this case made the housing transaction itself difficult, violating the freedom of relocation, property rights, and contracts of the home buyers for actual residence like the claimant, while the freedom of business and contract of the bank was also violated. would be said to have been violated.



▶ **Sung, Joong-Tak**

Housing mortgage loan restrictions, administrative guidance, violation of the principle of legal reservation, violation of property rights, freedom of contract, and freedom of movement of residence