

## 전월세 상한정책의 헌법상 권리 침해 여부에 관한 연구: Rosenbloom 등의 헌법상 권리구조 모형 적용

고효진\*

정진경\*\*

---

본 연구는 2011년 5월 이후 주택임대차보호법 개정 법률안 발의에 따라 논란이 되었던 '전월세 상한정책'을 사례로 하여, 본 정책에 의해 개인의 기본권을 침해할 위험성의 소지가 있는지를 체계적인 진술문(if-then statement)에 따라 정책형성과정에서 판단할 수 있도록 용이하게 설계된 Rosenbloom 등의 권리구조모형을 적용하여 분석하였다.

분석결과 실제적 재산권 침해소지와 관련하여, 정당한 공익적 목적을 취지로 임대인의 재산권에 영향을 미치나 최소한의 제한적 접근이 아닌 직접적 가격규제방식과 재산권 손실에 따른 보상규정이 마련되어 있지 않는 등으로 헌법상에 보장된 재산권 보호 측면에서는 위헌의 소지가 있다고 판단되었다. 동등보호권 침해소지와 관련하여, 정책대상의 분류의 기초는 지역이며, 이 정책에서 지역을 기준으로 분류한 것은 합리적 기준에 근거하는 것으로 동등보호 위반으로 의심되지 않는 수준이며, 또 이것이 근본적인 헌법원리를 침해하는 것으로 판단하기 어려웠다.

정책에 대한 헌법적합성 여부를 사전에 판단할 수 있는 본 연구를 통해 전월세 상한제 정책 수단 변경이 필요하다는 시사점을 도출하였다. 또한, 입법을 통한 정책형성과정에서 정책분석가 및 공공행정가로 하여금 헌법적 민감성을 가지고 정책을 분석할 수 있는 유용한 틀을 제시하였다는데 의의가 있다.

주제어: 전월세상한제, 행정의 헌법적합성

---

\* 광운대학교에서 행정학 석사학위를 취득하고, 현재 광운대학교 행정학과 박사과정에 재학중이다. 주요 관심분야는 규제정책 등이다(hyojin@kw.ac.kr).

\*\* 이화여자대학교에서 문학박사학위(사회복지정책전공)를 취득하고, 현재 광운대학교 행정학과 교수로 있다. 주요 관심분야는 사회복지정책, 자원봉사 및 비영리섹터 등이다(whitenap@kw.ac.kr).

## I. 서론

민주주의 국가에서 모든 행정작용은 국민의 대표기관인 의회에서 제정되는 법률에 의거해서 행해져야 하며 이 법률은 상위법인 헌법(憲法)에 근거한다. 이러한 법치행정의 원리는 우리나라 헌법에도 명시되어 있으며 정부의 정책결정과 행정작용의 기본이 되고 있다.

Rohr(1989)는 행정이 단순히 헌법에 근거해야 한다는 소극성을 넘어 행정국가의 정당성을 헌법가치의 준수에서 찾아야 한다고 주장한다. 그는 공무원들이 행정이 추구해야 할 본질적인 이념, 즉 헌법적인 원리나 가치에는 눈을 감고 있다는 점을 지적하고, 공무원은 헌법 운영자라는 자각과 넓은 시야를 가지고 정책결정 시 헌법 원리를 바탕으로 공익을 판단할 수 있어야 한다고 주장한다(Rohr, 1989; 표시열, 2005).

특히 공익을 강조하는 행정에 있어서 국민 개인의 기본권 침해에 대한 고려, 개인들에 대한 동등한 보호, 적법한 절차 등이 중요시 된다. 그러나 정책결정과정에서 해당 정책이 국민의 헌법적 권리를 동등하게 보호할 것인지, 기본권의 제한이 최소한의 제한적 범위 내에서 이루어질 것인지 등을 판단하기란 쉽지 않다. 기본권 침해와 관련해서는 구체적인 사법적 판결이 이루어진 이후에나 확인되며, 이때문에 헌법의 기본권보장 내지 침해의 범위에 대한 정의 역시 헌법판례 이후에 점증적으로 구성되어간다.

공공의 목적으로 제한되는 국민의 기본권 중 많은 논란을 일으키는 부분 중 하나가 재산권과 관련된 것이다. 이는 특히 부동산 관련 정책에서 상당히 많이 등장한다. 우리나라의 경우 헌법 제122조에서 토지공개념을 규정하고 있으므로, 공개념에 기초한 부동산 관련 규제 정책들은 공공성을 지니고 있다고 여겨지기 때문에 다른 재산권 제한의 경우보다 더 높은 수준에서의 침해가 용인된다. 그럼에도 불구하고 부동산 공개념에 기초하여 도입된 여러 부동산 정책은 피규제자의 재산권을 지나치게 침해한다는 과잉금지의 원칙 위반 등으로 대부분 위헌논란에 휩싸였다. 이미 「토지초과이득세법」은 헌법불합치<sup>1)</sup>, 「택지소유상한에 관한 법률」(이하 "택지소유상한제")은 위헌 판결<sup>2)</sup>을 받아 그 실효성이 사라졌으며 최근 국회에서

1) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49.

논의 중인 「주택임대차보호법」 개정안 전월세상한제정책(이하 “전월세상한제”)은 소유주의 재산권을 지나치게 침해할 소지가 있다는 지적에 따라 위헌성에 관한 논란이 제기되고 있다.

Rosenbloom·Kravchuk·Clerkin(이하 “Rosenbloom 등”)은 자신들의 저서에서 일련의 구조모형(진술문)을 제시하고, 정부의 어떤 행위가 헌법이 보장하고 있는 기본적인 권리에 도전한다고 여겨질 때 이 모형을 따라 판단하다 보면 개략적으로나마 헌법의 위반 여부를 알 수 있다고 하였다. 본 연구에서는 이들이 제시한 헌법의 권리구조모형을 부동산 관련 정책 중 하나인 주택임대차보호법 개정안 ‘전월세상한제’에 적용하여 보고자 한다.

전월세상한제는 현재 국회에서 논의 중인 정책 중 하나로 임차인의 법적 권리를 현재보다 강력하게 보장해 줌으로써 사회적 약자인 임차인의 주거 안정을 도모하고자 하는 정책이다. 그러나 위에서 언급한 대로 임차인의 주거안정 도모를 위하여 임대인의 재산권을 과도하게 침해한다는 위헌 논란이 일고 있는 가운데, 정책 형성 과정에서 본 정책 실행으로 인한 기본권 침해 가능성에 대해 사전판단을 하기 위한 분석체계가 부재한 상황이다.

Rosenbloom 등의 권리구조모형은 행정가들이 정책결정단계에서 헌법적 민감성을 가지고 사전에 기본권 침해 여부를 용이하게 판단할 수 있는 모형으로 본 연구 적용에 적합하다. 본 연구는 헌법의 기본권 관점에서 공공행정을 접근하는 것이며, 구체적으로 전월세상한제의 정책형성 과정에서 제시되고 있는 법률안에 대해 어떤 단계에서 어떠한 이유로 기본권 침해가 발생할 수 있을 것인가에 대한 분석을 토대로 정책수단의 변경 또는 보완을 위한 시사점을 제시할 수 있을 것이다.

## II. 이론적 배경

### 1. 공공행정에서의 기본권 보장과 제한

2) 현재 1999. 4. 29. 94헌바37.

## 1) 행정의 헌법적합성

헌법은 법치행정의 원리, 국민전체의 봉사자로서의 공무원, 인간의 존엄성과 국민의 기본권보장, 행정에 대한 국민의 참여와 공개성 및 투명성 등 행정이 준거하고 지향해야 할 기본원리를 직접적으로 제시하며, 행정은 이러한 헌법에 적합한 것이어야 한다(김철수, 2006:27; 김항규, 2008:95). 나아가 행정의 정당성과 행정행위의 근거인 법률 또한 헌법 규정의 범위를 초과할 수 없을 뿐 아니라 헌법으로부터 그 정당성을 제공받는 것으로 행정은 법률과 헌법으로부터 근원적인 영향을 받는다고 할 수 있다.

그러나 행정에 대한 헌법의 원리는 법률에 기반한 행정행위 즉 법치행정의 원리만을 의미하는 것이 아닌, 공공행정을 통해 적극적으로 모든 국민들의 기본권이 보장되는지, 혹은 공공행정에 의해 기본권을 침해받는 개인이 없는지를 고려하는 것이다.

최근 국민들의 기본권 보장에 대한 높은 인식과 적극적 행위로의 연결, 헌법재판을 통한 법률 또는 행정행위의 기본권 침해 판단 등 사법적 결정이 직접적으로 법률의 개정과 정책의 변동 혹은 행정행위의 변화에 영향을 미침으로써(정진경, 2007), 행정에 있어서 기본권에 대한 중요성은 매우 높아지고 있다고 할 수 있다.

헌법에서의 기본권이란 시민 개인의 자유권과 같은 실체적 권리와 동등보호(평등권), 적법절차 등을 의미한다. 공공행정 실무자나 학자들이 헌법의 기본권에 대한 합리적인 지식과 이해가 필요한 이유는 다음의 4가지 측면에서 설명할 수 있다(Rosenbloom·Kravchuk and Clerkin, 2009:468). 첫째, 공공행정은 민주주의를 그 핵심으로 하며 따라서 헌법과 민주주의 가치를 이해하지 못하면 해당 행정의 작용은 그 적절함과 가치를 인정받을 수 없다. 둘째, 공공행정가는 헌법의 수호를 맹세했기 때문이다. 일부 사람들은 이를 요식행위로 보기도 하지만, 이 맹세는 국가의 근본적인 법 규칙을 망라하는 중요한 내용을 담고 있으며 공공행정가에게 공공 신념을 상기시키는 역할을 한다. 셋째, 시민 개인이나 집단의 헌법적 권리가 침해됐을 경우 공공행정가는 손해배상이나 처벌을 받을 수 있는 당사자가 될 수 있다. 넷째, 공익을 증진하기 위한 공적서비스 제공에 있어 자유, 평등, 정의와 같은 헌법적 해석에 대한 관심이 증가함에 따라 헌법의 기본권에 대한 지식이 필요해졌다.

공공행정에 있어 국민 개인에 대한 기본권 존중의 중요성이 강조된다 하더라도

행정의 근거인 ‘법률 제·개정’이 입법부 고유의 기능이며, 따라서 법률내용 자체가 기본권을 침해할 소지가 있다면 행정행위만으로 기본권 보장을 하는데는 한계가 있을 수도 있다. 그러나 우리나라 입법과정에서 행정부의 직간접적인 작용이 실제적으로 이루어지고 있으며(박영도, 2005), 공적서비스영역의 확대와 함께 시민 개개인을 직접 만나게 되는 일선 관료(street-level)들이 증가하고 있다는 점을 미루어 볼 때 행정에 있어서도 헌법적 기본권에 대한 이해가 실질적으로 필요하다 할 수 있다.

## 2) 공익과 기본권의 제한

우리나라 헌법 제10조에서는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 전 국가적인 자연권으로 인정하며 이는 기본권 보장의 근본규범이 되고 있다. 대표적인 기본권으로는 평등권<sup>3)</sup>, 자유권<sup>4)</sup>, 생존권<sup>5)</sup>, 참정권<sup>6)</sup> 등이 있다. 그러나 헌법에서 보장하는 국민의 기본권은 절대적인 것이라 할 수 없다. 헌법 제37조에서는 국민의 기본권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 명시하고 있다.

또한 우리나라 헌법 제23조 1항에 모든 국민의 재산권은 보장되며 그 내용과 한계는 법률로서 정한다고 규정하고 있다. 재산권은 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하므로 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유 실현의 물질적 바탕을 의미하며 자유와 재산권은 상호 불가분의 관계라 할 수 있다<sup>7)</sup>.

그런데 재산권은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보 형태를 띠고 있다. 따라서 헌법상 재산권은 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 실현되고 구체화된다. 그러나 입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형성의 자유를 가

3) 헌법 제11조 1항.

4) 헌법 제10조, 제37조.

5) 헌법 제32조 1항.

6) 헌법 제24조, 제25조, 제72조, 제130조 2항.

7) 헌재 1998. 12.24. 89헌마214, 판례집 10-2. 926, 945 참조

지는 것은 아니다. 어떠한 재산을 사용, 수익할 수 있는 사적 유용성과 원칙적인 처분권을 본질로 하는 재산권은 법률로 구체적인 내용과 한계가 형성되어 있지 않은 경우에도 인간의 존엄과 가치를 실현하고 인간의 자주적이고 주체적인 삶을 이루어나가기 위한 범위에서 헌법적으로 보장되어 있어야 한다. 즉, 재산권의 내용과 한계를 ‘법률’로 정한다는 것은 ‘헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한’하는 것으로 볼 수 있다(이명웅, 2000).

결국 재산권 보호영역의 설정은 수많은 개별사례를 통해 이루어지는 수밖에 없다. 일차적으로 헌법상의 재산권 보호 규정의 해석을 통해 추출된 개념요소들을 사례를 통해 재검토하고 추상적인 개념에 구체적인 내용을 채워나가는 방식에 의하여야 한다. 순수하게 논리적으로 보면 보호영역이 선행하여 존재한 이후에야 재산권 제한과 침해가 판단될 수 있으나 실제로는 헌법재판소가 기본권 제한을 인정하는 개별사건들을 통해 보호영역을 간접적으로 확인할 수 있을 뿐이다. 따라서 재산권의 보호영역을 파악하기 위해서는 재산권에 관한 헌법재판소 결정례들을 분석하여 어떤 경우에 개별 기본권의 제한을 인정하였는지 정리함으로써 무엇을 재산권이라 하고 무엇을 재산권 침해에 해당하지 않는다고 하였는지를 분석해내는 수밖에 없다(전종익, 2005).

헌법 제23조 제1항이 보장하는 재산권은 국민이 헌법에 합치하는 법률이 정하는 범위 내에서 구체적 재산권을 보유하여 이를 자유롭게 이용·수익·처분할 수 있음을 의미하는 것이다<sup>8)</sup>. 헌법재판소는 “헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고, 그 재산가액의 다과를 불문한다. 또 이 재산권의 보장은 재산권의 자유로운 처분의 보장까지 포함한 것이다<sup>9)</sup>.” 라고 하여 재산권을 광범위하게 인정한다.

그러나 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권보장의 대상이 되지 않는다고 판시<sup>10)</sup> 함으로써 재산권의 보호영역을 제한하기도 하였다.

다른 한편, 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위한 일

8) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌바104, 공보 94, 655, 663.

9) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372.

10) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 104; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664.

반적인 경우, 헌법 제23조 제3항의 공공필요를 위한 경우 재산권을 제약할 수 있다고 규정하고 있다. 재산권 제한의 유형으로는 공용수용, 공용사용, 공용제한 등이 있다<sup>11)</sup>.

그러나 아무리 공공목적을 위한 재산권 규제라 할지라도 공공복리와 비례원칙 및 평등원칙에 부합하는지 여부를 심사하여야 한다. 이는 헌법상 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 의미한다. 개개인의 경제행위와 경제적 자유를 최소로 침해하여 소기의 목적을 달성할 수 있는 다른 방법이 있음에도 이를 채택하지 아니한 경우에는 명백히 과잉금지의 위반이 된다. 또한 공권력에 의해서 개인의 권리와 자유가 침해되는 정도와 이로써 얻어지는 공익과의 비교형량에 의해서 불가피한 경우에만 개인에게 그 자유와 권리의 침해에 대한 수인가능성을 기대할 수 있다(정영화, 2006). 즉 목적적합성, 최소필요성 등이 충족되어야 한다.

## 2. 전월세상한제 관련 개정법률안 발의 내용 및 기본권 침해 쟁점

### 1) 전월세상한제 관련 법률안 내용

2009년 4월 이후 약 2년 8개월간 전세가가 지속적으로 상승했다<sup>12)</sup>. 그 상승폭도 커서 전세가는 2010년에만 전체 물가 상승률 2.9%를 훨씬 웃도는 7.1%를, 특히 아파트의 경우는 8.8% 상승률을 기록했다. 임대가격 상승과 수요공급 불균형 등 전월세와 관련된 사회문제는 ‘전세대란’이라고 불리며 사회적 이슈로 떠올랐다. 공급측면에서는 저금리 기조 속에서 임대 소득을 챙기려는 집주인이 늘면서 전세 물건에서 월세 물건으로 전환되는 경우도 많았고, 수요 측면에서는 장기간 경기 침체로 주택 매매 차익 기대가 줄면서 전세에 대한 수요가 늘었다는 점을 이유로

11) 특정한 공익사업을 위하여 개인의 재산권을 법률에 의하여 강제적으로 취득하는 것을 말한다. 수용 또는 공용징수라고도 한다. 공용사용은 특정한 공익사업을 위하여 그 사업주체가 타인의 소유인 토지 기타 재산권을 강제적으로 사용하는 것을 말한다. 공용수용이 재산권 자체를 징수하는 데 대하여, 공용사용은 그 재산권의 사용권만을 징수하는 점에서 차이가 있다. 한편 위의 두가지가 재산권의 강제적 취득인 반면 특정한 공익사업의 목적을 위하여 특정한 재산권에 부과되는 공법상의 제한을 의미하는 공용제한은 임의적 취득 및 재산권의 제한을 의미한다(이병태, 2010).

12) 자료: 국민은행 주간아파트 동향, 국민은행 부동산정보팀.

뽑을 수 있다.

현행 주택임대차보호법 제7조에 근거한 시행령 제2조는 임대차 계약을 갱신하는 경우에 이전 약정한 차임 및 임대 보증금을 연간 5%이상 인상하지 못하도록 규정하고 있다. 그러나 현실적으로 관련 규정이 잘 집행될 수 있도록 하는 행정 감독 및 집행기능에 관한 규정이 마련되어 있지 않아 주택 전월세 차임 및 임대 보증금의 증액상한 규정이 잘 준수되고 있지 못한 실정이다(장경석, 2011).

전월세상한제는 서민 주거안정과 임차인의 보호를 위해 사문화되어 있는 위의 규정을 법률에 명시하여 부동산 시장에서 전세 및 월세의 인상을 제한하는 것과 임대보증기간 연장을 실제로 도모하려는 정책으로 지난 2011년 2월 민주당 박영선 의원이 ‘주택임대차보호법일부개정법률안’을 발의하면서 이슈화 되었다. 이후 강기갑, 강용석, 박선영, 박준선, 이용섭, 조경태, 조승수 등 여러 의원들이 관련 개정안을 발의하였다. 여러 명의 의원이 발의하였으나 발의 내용이 대부분 유사하며, 본 글에서는 원내 다수정당 및 정당간 쟁점법안으로 국회입법조사처 등에서 검토한 주요 발의안인 박영선 의원안(민주당), 박준선 의원안(한나라당), 박선영 의원안(자유선진당) 3가지를 살펴보고자 한다.

우선 민주당 박영선 의원이 대표발의한 개정안의 내용이다. 주택 임대차 계약시 전월세 인상한도를 주택임대차보호법에서 직접 규제하고, 전월세 2년 계약 만기 뒤 세입자에게 한차례에 한해 임대계약 갱신을 요구할 수 있는 권한을 주어 최대 4년의 임대기한을 보장하며, 임대료인상은 연간 5%, 2년에 최대 10%를 넘어설 수 없도록 제한하는 내용을 골자로 하고 있다. 이 안은 정책의 전국적인 시행을 전제로 하고 있다.

박준선 한나라당 의원이 발의한 개정안은 목적은 같으나 그 수단이 약간 다르다. 적극적인 규제가 필요한 지역을 국토해양부장관이 ‘주택임대차관리지역’으로 지정해 보증금이나 월세 최고가격을 고시하고, 전월세 가격이 급등하지는 않지만 지속적으로 상승추세를 보이는 곳은 ‘주택임대차신고지역’으로 지정해 권장가격을 고시한다. 아울러 ‘공정시장임대료’ 제도를 도입해 국토부장관이 지역별로 주기적으로 적정 임대료를 산정, 고시하도록 하는 내용을 담고 있다.

박선영 자유선진당 의원이 발의한 개정안 역시 선별적 규제방식을 따르고 있다. 시군구청장이 위원장이 되는 임대료 심의조정위원회가 분기별 임대보증금,



차임의 증감기준 및 범위 등을 결정하여 이에 따르도록 하는 것이다. 또한 임대차 기본 계약 보장기간은 기존 2년에서 3년으로 연장하고 또한 임차인에게 임대차 계약갱신청구권을 행사할 수 있게 한다.

<표 1> 전월세상한제 개정발의안 주요내용 비교

구분	박영선 의원안 (민주당)	박준선 의원안 (한나라당)	박선영 의원안 (자유선진당)
임대차 계약기간	최장 4년 (임대차 계약 갱신청구권 1회 인정)	-	기존 2년 → 3년 (임대차 계약갱신 청구권 인정)
임대료 규제	인상률 자체를 직접규제	주택시장상황에 따라 선별 규제	
	인상률 연간 5%로 제한, 시행령에 규정되어 있던 사항을 법률에 명시	국토해양부 장관이 지역별 '적정 임대료' 지정 및 관리 지역으로 지정된 경우, 물가 상승률 등을 감안하여 차임이나 보증금의 최고 가격을 지정	시·군·구청장이 위원장이 되는 임대료 심의조정위원회가 분기별 임대보증금 또는 차임의 증감기준 및 범위 등을 결정하여 이에 따르도록 함

자료: 장경석(2011), "주택 임대료 규제 관련 국내외 동향과 시사점", NARS 현안보고서 제119호, 국회의원 법조사처, p.18. 재구성.

## 2) 전월세상한제의 재산권 및 동등보호 침해 쟁점

전월세상한제 관련 법률 개정발의안의 내용은 지금까지 부동산 관련 정책의 재산권 침해와 관련된 법적분쟁과 마찬가지로 기본권 제한의 소지가 있다. 본 연구에서 살펴본 3개의 대표 발의안은 상세 내용에 다소 차이가 있으나 각각 기본권 침해 쟁점의 소지를 가지고 있다. 전월세상한제의 시행에 따른 기본권 침해 관련 쟁점 사항은 다음과 같다.

첫째, 재산권의 침해 우려이다. 우선 차임등의 증감청구권은 3기의 차임액을 연체하는 등 계약갱신 거절사유가 없는 한 임대인으로서의 최장 4년 또는 6년 동안 계약갱신 시 5% 한도 내에서만 차임 등을 증액할 수 있게 하였다. 특히 민주당 박영선 의원 발의안의 경우 일괄적으로 5%를 법률로써 정하도록 하게 하여 예외 사항이 존재할 수 없으므로 물가상승률이 차임 등의 증액청구율보다 높은 경우 등, 경우에 따라서는 임대인의 재산권 행사에 지나친 제한을 초래할 우려가 있다<sup>13)</sup>.

13) 법제사법위원회, 주택임대차보호법개정안 검토보고서, 2011.

한편 헌법 제23조 3항에서는 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한은, 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량(衡量)하여 법률로 정한 보상을 지급하여야 한다고 밝히고 있는 것을 근거로, 본 정책의 임대인의 재산권 손실에 대한 보상 관련 규정이 없음에 위헌성에 대한 논란이 제기될 수 있다.

둘째, 동등보호권 측면에서의 기본권 침해 쟁점이다. 한나라당 박준선 의원 발의안의 경우 전월세상한제의 적용지역, 즉 “관리지역”을 따로 지정하여 지정된 지역에서만 전월세상한제를 적용하고자 하였다. 정책의 시행에 있어 전면적 시행이 아닌 일부 지역에만 차별적으로 제약을 가하는 것에 대해 헌법상 동등보호원칙 위반의 쟁점이 될 수 있다.

<표 2> 전월세상한제의 기본권 침해 쟁점

기본권 유형	기본권 침해 쟁점
재산권	임대인의 재산권 규제 방식, 재산권 손실에 대한 보상 측면
동등보호권	정책 적용대상 지역 지정

### Ⅲ. 연구의 방법

#### 1. 연구범위

본 연구의 범위는 주택임대차보호법 제7조 및 범시행령 제2조를 중심으로, 2011년 5월 기준 개정 발의된 10건 중 박영선 의원안, 박준선 의원안, 박선영 의원안 3개의 대표 발의안으로 한정한다.

발의안에 대한 분석 내용은 헌법이 보장하는 국민의 기본권 중 첫째, 재산권과 관련된 임대료 규제방식 및 재산권 손실에 대한 임대인에의 보상 관련 측면에서의 내용을 분석하고, 둘째, 동등보호권 측면에서 전월세상한제를 지역에 따라 선별적으로 시행하는 것에 관한 내용을 분석한다.

## 2. 분석모형

Rosenbloom·Kravchuk and Clerkin(2009)은 정부가 어떤 목적을 가지고 행위를 할 때 그것이 헌법적 바탕위에서 수행되고 있는지를 점검하는 것은 매우 중요함을 강조하면서 이를 판단할 수 있는 일련의 권리구조모형을 제시하였다. 본 모형은 정부의 정책 및 특정행위가 개인의 기본권에 대해 어느 정도 개입하는 것이 헌법의 범위 내에서 수용될 수 있는가를 사전에 판단할 수 있는 일련의 진술문(If-then statement)으로 구조화되어 있다.

정부의 특정행위로 인해 기본권이 침해되었는지에 대한 위헌성 여부는 특정 개별사례의 법적쟁송에 대한 헌법적 판결이 있어야만 중국적으로 알 수 있다. 따라서 Resenbloom 등의 권리구조모형은 실제 사법부 영역에서의 위헌성 여부를 판단하는 절차 및 구조와는 다를 수 있다.

그러나 본 모형은 행정의 헌법적합성, 특히 정부의 공익적 행정행위로 인한 국민 개인의 기본권 침해정도가 위헌성 소지로 연결될 수 있을 것인지를 ‘사건의 발생 전’에 적용함으로써 정부 정책의 정당성을 확보하고 위헌소지를 사전에 방지할 수 있다는 점에서 유용한 분석틀을 제공한다. 또한 본 모형에서 제시되는 일련의 진술문은 정책결정가 및 공공행정 실천가들이 정책현장에서 실제 적용이 용이하게 되어있다.

권리구조모형은 크게 실체적권리 구조(structure of substantive rights)와 적법절차권리 구조(structure of procedural due process rights), 동등보호권리 구조(structure of equal protection rights)로 구성되어 있다. 이 가운데 적법절차권리 구조는 행정행위가 국민의 권리를 제한하는 경우에는 반드시 적법한 절차와 국회가 정한 법률에 근거하여야 한다는 원칙으로 헌법에서 보호하는 국민의 기본권이기는 하지만, 이는 정책집행과정에서 적용되는 원리인데 반해 본 연구 대상인 전월세상한제 정책 발의 내용은 법률안 상태이기 때문에 분석적용에 무리가 있으므로 제외하기로 한다.

본 연구의 대상인 전월세상한제 규제정책의 쟁점인 실체적 권리 및 동등보호권리 구조 모형을 보다 상세히 기술하고자 한다.

첫째, 실체적 권리(substantive rights)는 결사의 자유, 종교의 자유 등을 포함한 자유권, 재산권, 정치권, 교육권 등 헌법상 보장되는 국민의 실체적 권리를 의미한다.

실체적 권리구조 모형은 4단계에 걸친 일련의 진술문에 대한 판단을 거친 뒤 정책의 헌법 합치성 여부를 가늠하게 한다. 1단계에서는 해당 정부의 행위가 개인의 헌법상 권리를 침해하거나 축소하는데 영향을 미치는지 여부를 판단하고, 2단계에서는 그 실행이 정부의 이익 즉 공익과 밀접하게 연결되는지, 3단계에서는 그러한 행위를 통해 개인의 권리를 최소한도로 제한하면서 정부의 이익(공익)이 그 무엇보다도 큰 수준인지를 판단한다. 마지막 4단계에서는 만약 그렇다고 하면 정부가 실행하려는 정책이 최소한의 제한적인 접근이나 협소화된 목적 선정으로 필요요건을 갖추었는가를 판단한다. 본 모형을 ‘재산권’ 침해여부 사례에 적용할 경우 4단계의 필요요건으로서 재산권 제한에 따라 비례하는 보상이 있는가를 판단기준으로 제시한다.

이러한 실체적 권리모형은 구체적으로 정부 행위가 개인의 실체적 권리 중 하나인 재산권을 침해하는 정도가 위헌인지의 여부를 사전에 판단할 수 있도록 적용가능하다. 먼저 정부의 활동이 개인의 재산권을 침해(제한) 하는지를 묻고, 그러한 정부정책으로 인한 재산수용이나 제한이 공익과 관련되는가를 살펴본 후 해당 정책이 최소한의 제한적 접근인가를 분석하며, 마지막으로 소유주가 입게 되는 손실에 대해 그에 비례하는 보상적 혜택이 있는가를 판단함으로써 정부의 재산권 제한·수용이 합헌적인가를 가려내는 것이다(Rosenbloom·Kravchuk and Clerkin, 2009:484-486).

본 연구에서는 Rosenbloom 등의 실체적 권리모형과 재산권 행사 적용 예 등을 기본으로 하여 다음과 같이 전월세상한제의 재산권 침해 소지를 사전에 판단할 수 있는 모형을 구체화하였다.

둘째, 정책의 대상은 경제적, 사회적, 인구통계학적, 지리적<sup>14)</sup> 또는 다른 특징에 따라 분류하게 될 수 있다. 이는 바람직하고 필요한 사항이기도 하다. 예를 들면 납세자들은 그들이 벌어들이는 수입의 양에 따라 분류되어질 수 있다. 또한 연령, 병역이행여부, 교육정도, 지리적 거주지, 외국인 등 다양한 기준에 의해 유형화될 수 있다. 동등보호 구조모형(structure of equal protection rights)은 이러한 정책대상의 유형화가 헌법상 동등보호 권리를 침해할 소지가 있는지에 대한 판단절차와

14) Rosenbloom, D·Kravchuk, S & Clerkin, R(2009:491)의 동등보호권리구조 모형에 의한 설명에 의하면, ‘거주지’는 지리적 거주지역을 의미하는 것임.

기준을 제시한다.

<그림 1> 재산권 구조 모형



자료: Rosenbloom, D·Kravchuk, S & Clerkin, R(2009:484,486)의 재구성<sup>15)</sup>

그 분류가 강한 정부의 이익이나 소수에게 유리한 이익을 주는데 초점이 맞춰져 있을 경우 동등보호를 위반한 것으로 ‘의심 됨’ 수준, 상대적으로 중요한 정부의 목적을 수행하거나 소수의 목적과 상당한 수준으로 관계가 있을 경우는 ‘약간의 의심 됨’ 수준, 합법적인 정부의 목적 성취를 위해 합리적으로 설정되었을 경우 ‘의심되지 않음’ 수준이 된다.

첫째로 ‘의심 됨’ 수준은 핵심적인 동등보호의 사항들을 위반하여 동등보호를 위반할 잠재성이 높은 경우를 의미한다. 예를 들어 정치적 과정에서 상대적으로 힘이 없는 어떤 인종이나 민족을 보호하기 위해서 정책 대상 분류를 진행했는데 이것이 도리어 다른 집단에 역차별을 가하게 되는 등의 문제가 발생한다거나, 의도적으로 어느 집단의 강한 이익을 보장해 주기 위해 분류하였다고 의심되는 경우 등이 있다. 따라서 이러한 어떠한 분류가 동등보호 위반이 ‘의심됨’의 경우에

15) 그림 11.4 The Structure of Substantive Right, 그림 11.5 The Structure of A Property Owner's Land Use Right Under The "Taking Clause" After Kelo.

는, 정부는 정책대상 분류의 기준이 강한 공익을 바탕으로 하거나, 협소한 목적의 설정이 매우 필요하다는 것을 증명해야 한다. 또 이러한 협소한 목적 설정은 정부가 목표로 하는 문제의 개선책과 밀접한 관계가 있음을 증명해야 하며, 또한 언제까지 적용·실시할 것인지 그 종료시점을 밝혀야 한다. 상황에 따라 정부가 의도하지 않은 결과가 예상되면 등급 분류를 취소해야 하기도 한다.

둘째, 유형화가 ‘약간 의심됨’으로 판단되는 경우이다. 이 경우에는 일정 정도의 정밀조사를 받게 되며 이러한 유형화는 정부 목표를 달성하기 위해 실제적으로 필요한 사항이어야 한다.

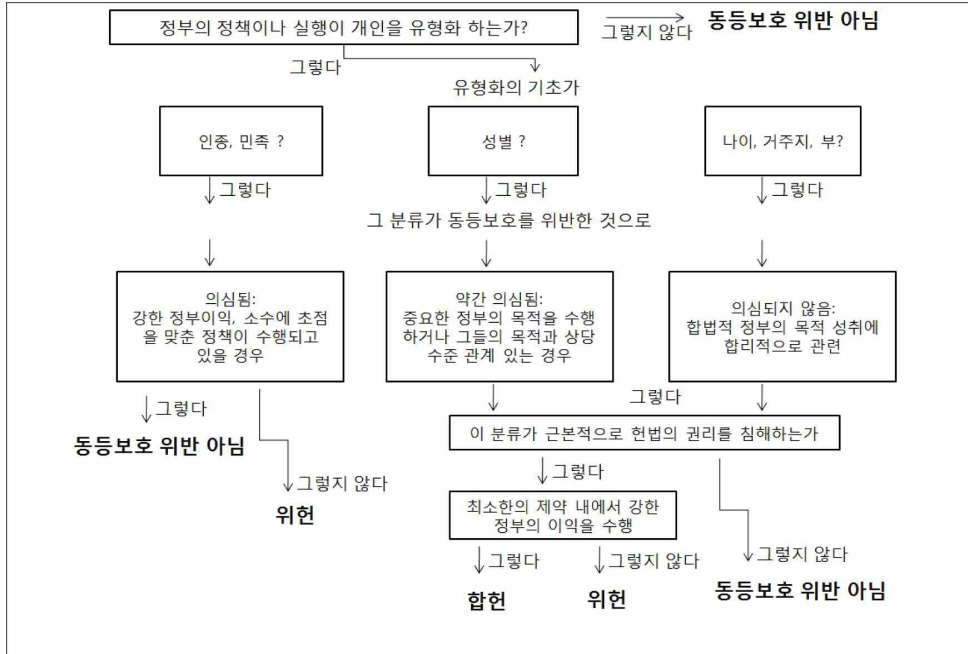
셋째로 ‘의심되지 않음’의 수준은 정책이 동등보호 조항의 목적을 위반했다고 여길만한 이유가 없는 경우이다. 이 경우의 유형화는 동등보호를 위반하지 않은 것으로 간주되며, 넓은 범위의 공익을 기초로 하여 정부의 목적이 합리적인 방법, 즉 합리적인 기준에 바탕을 두고 합법적이라는 것에 의심의 여지가 없다.

Rosenbloom 등은 주로 의심됨의 수준을 보이는 유형화는 자신들을 보호할 정치적 힘이 부족한 인종, 민족 등 소수자 집단의 정책과 관련하여 많이 나타나며, 대조적으로 연령, 부, 거주지역 등에 기초한 분류는 주로 ‘의심되지 않음’을, 성별을 기초로 한 유형화의 경우는 의심됨과 의심되지 않음의 중간수준을 보인다고 하였다.

그 수준이 ‘약간 의심됨’, ‘의심되지 않음’ 수준이라면 그 유형화가 근본적인 헌법의 권리를 위반하는지를 다시 한번 검토한다. 그 검토 결과가 근본적으로 헌법의 권리를 위반하는 것이라면 최소한의 제약 내에서 강한 정부의 이익을 위해 수행하는 것인지를 분석하고 그렇지 않은 경우에는 위헌의 소지가 있다는 분석이 가능하다.

위와 같은 내용을 모형화하면 다음과 같이 제시할 수 있다.

<그림 2> 동등보호 구조모형



자료: Rosenbloom, D·Kravchuk, S & Clerkin, R(2009:490)의 재구성<sup>16)</sup>

본 연구에서는 위에서 제시된 모형을 바탕으로 분석을 실시하되, 연구자의 작위적 내지 임의적 사고를 최대한 배제하면서 각 진술문의 단계에 대한 판단을 하기 위해, 각 개정 발의안과 법제사법위원회의 검토보고서 및 연구기관의 검토보고서, 기존의 유사한 헌법재판소의 판례, 외국의 사례 등을 근거로 하여 제시하였다.

## IV. 분석결과

### 1. 전월세상한제의 재산권 침해 소지에 대한 분석결과

1) 정책이 헌법상에 규정된 개인의 재산권을 침해(제한) 하는가?

16) 그림11.7 ‘The Structure of Equal Protection Rights’

전월세상한제 정책은 특히 임대인의 자유로운 재산권 사용의 권리를 제한하는 것으로써 개인의 재산권에 제한적인 영향을 미친다고 판단할 수 있다.

이러한 판단의 근거로는 첫째, 헌법 제23조 제1항이 보장하는 재산권은 국민이 헌법에 합치하는 법률이 정하는 범위 내에서 구체적 재산권을 보유하여 이를 자유롭게 이용·수익·처분할 수 있음을 의미하는 것으로서<sup>17)</sup>, 전월세상한제 발의 개정안 중 임대료 인상을 제한이나 차임 및 보증금 최고가격 지정 등의 내용은 임대인의 재산권에 대한 자유로운 '수익'에 직접 영향을 미친다고 할 수 있다.

둘째, 헌법재판소는 “헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고, 그 재산가액의 다과를 불문하며, 또 이 재산권의 보장은 재산권의 자유로운 처분의 보장까지 포함한 것이다.”고 판시한 바 있다<sup>18)</sup>. 이에 비추어 임차인에게 임대차 계약기간을 연장할 수 있도록 한 계약갱신 청구권 인정은 반대로 임대인의 재산권에 대한 자유로운 처분에 영향을 미친다고 할 수 있다.

## 2) 정책에 따른 재산권 제한이 공익과 관련되는가?

전월세상한제 정책이 개인의 재산권 행사에 영향을 미친다는 앞서의 진술문에 대한 판단 이후 다음 단계에서는 해당 정책에 따른 재산권 제한이 “공익”과 관련되어 있는지를 판단하는 것이다.

공익과의 관련성 여부는 주로 입법취지나 법률에 제시된 목적 및 이념을 통해 확인할 수 있다. 전월세상한제 개정발의 안들은 임차인의 주거생활 안정을 도모하는 취지를 담고 있다. 사회적 약자인 임차인을 보호한다는 점에서 입법취지는 긍정적으로 평가되고 있으며(법제사법위원회 검토보고서, 2011) 전월세상한제는 임대인에 대한 재산권 제한에 비추어 폭넓은 공익과 관련된 것으로 판단할 수 있다.

또한 헌법 제35조 제3항도 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”고 규정함으로써 전월세상한제는 정부정책이 헌법에 근거한 국가의 의무로도 판단할 수 있다. 따라서 전월세상한제에 따른 재산권 제한은 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 기본권을

17) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌바104, 공보 94, 655, 663.

18) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372.



제한할 수 있다는 헌법 제37조 규정에 합치한다고 할 수 있다.

관련되어 공익의 목적에 의한 재산권 제약 허용의 예는 1999년도 헌법판례(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 309-317)에서도 찾아볼 수 있다. 즉 「택지소유상한에 관한 법률」에 의한 택지보유에 대한 규제가 택지의 사회성·공공성 및 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익이라는 점에서 법의 목적이 정당함을 판시<sup>19)</sup>한 바 있다.

### 3) 정책수단이 최소한의 제한적 접근 또는 제한적으로 적용되는가?

전월세상한제가 임차인의 주거생활 안정이라는 공익적 목적을 지향하나 이러한 목적을 이룰 수 있는 정책수단은 다양한 방법이 있을 수 있다. 전세난 해소의 목적으로 제시된 다른 방식의 정책들, 즉 주택공급확대, 서민을 위한 민간임대주택 확대 및 장기 전세 주택 확대 등 전세물량을 늘려 전세난을 해결하려는 대안과 주택바우처 제도 등 서민들에게 직접 지원을 하는 방식의 대안, 전월세 인상 제한에 따른 임대인에 대한 재산세·양도세 감면 등을 통한 방식들도 제시되고 있다. 이러한 방식들은 정부가 임대차 계약에 직접 관여하지 않고 임대차 환경을 재구성하는 간접규제의 방식들이다.

그러나 지금까지 발의된 전월세상한제 관련 규정 안들은 가격규제의 형태로 전월세 인상을 제한 또는 보증금 최고금액 고시 등 직접적인 규제방식을 띠고 있다. 따라서 이러한 정책수단이 기본권을 제한하는 최소한의 제한적 접근으로 판단하기는 어렵다.

이러한 판단의 근거로 첫째, 전월세상한제의 ‘임대료 규제 조항’은 최고가격 규제(Maximum Price)를 의미하며, 정부가 현재의 시장가격이 지나치게 높다고 판단할 경우에 그보다 낮은 수준에서 가격을 통제할 때에 이용된다<sup>20)</sup>. 그러나 이는 사

19) 택지소유상한에 관한 법률은 특별시·광역시에 있어서 택지의 소유상한을 200평으로 정하고 있다. 동법의 진정한 입법목적은 실수요자가 아님에도 지가상승을 기대하고 토지투기 등의 목적으로 토지를 필요 이상으로 보유하는 사회적·국민 경제적으로 유해한 행위를 방지하고자 하는 것이다. 이는 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익이자, 헌법 제35조 제3항에 규정된 국가의 의무로서 헌법적 근거를 두고 있는 것이므로, 법의 목적은 정당하다. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 309-317

20) 현행 이와 유사한 제도로는 이자상한제(이자제한), 분양가 상한제 등이 있고, 한편 택지소유

회적으로 바람직하다고 여겨지는 어떠한 상황을 만들기 위하여 정부가 직접적으로 가격을 통제하고 이를 위반할 경우 처벌하는 방식의 규제으로써 최소한의 제한적 접근이라 보기 어렵다.

둘째, 박영선 의원 안에 따르면 3기의 차임액을 연체하는 등 계약갱신 거절사유가 없는 한 임대인으로서의 최장 4년 또는 6년 동안 계약갱신 시 5% 한도 내에서만 차임등을 증액할 수 있게 된다. 그러나 이 역시 물가상승률이 차임등 증액청구율보다 높은 경우 등 경우에 따라서는 임대인의 재산권 행사에 지나친 제한을 초래하여 위헌성 논란까지 이어질 수 있어(법제사법위원회의 검토보고서, 2011)<sup>21)</sup> 최소한의 제한적 적용으로 보기 어렵다.

결국 공익적 목적이라 해도 과도하게 재산권을 침해할 소지가 있으며, 이는 택지소유상한제의 위헌판결 판례를 통해 유사한 사례를 확인할 수 있다. 택지소유상한제는 택지소유를 일률적으로 200평 이하로 규정하는 하한규제이다. 이 역시 가격상한제와 같이 직접적인 규제방식이며 전월세상한제의 임대료 증액청구율 규정과 유사한 방식으로 볼 수 있다. 이에 대해 헌법재판소는 택지소유의 상한을 지나치게 낮게 정한 법률 조항은 재산권침해의 효과와 소유상한을 통해 달성하려는 공익 사이의 합리적 비례관계를 벗어나 헌법상 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적 규정으로 판단하고 있다(94헌바37)<sup>22)</sup>.

상한제는 헌법재판소 위헌판결로 폐지되었음.

- 21) 3기의 차임액을 연체하는 등 계약갱신 거절사유가 없는 한 임대인으로서의 최장 4년 또는 6년 동안 계약갱신 시 5% 한도 내에서만 차임등을 증액할 수 있어 물가상승률이 차임등 증액청구율보다 높은 경우 등 경우에 따라서는 임대인의 재산권 행사에 지나친 제한을 초래하여 위헌성 논란을 있을 수 있음.

법제사법위원회 검토보고서(2011)

- 22) 소유목적이나 택지의 기능에 따른 예외를 전혀 인정하지 아니한 채 일률적으로 660㎡로 소유상한을 제한함으로써, 어떠한 경우에도 어느 누구라도 660㎡를 초과하는 택지를 취득할 수 없게 한 것은, “적정한 택지공급”이라고 하는 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 제한이다. 따라서 택지소유의 상한을 지나치게 낮게 정한 법 제7조 제1항 제1호는 헌법상의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다. 또한 입법자가 소유상한을 지나치게 낮게 설정한 것은 재산권침해의 효과와 소유상한을 통하여 달성하려는 “적정한 택지공급”이라는 공익 사이의 합리적인 비례관계를 명백히 벗어났다고 판단된다.

헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 309-31

## 4) 소유주가 받는 손해와 이익이 비례하는가?

지금까지 발의된 전월세상한제 관련 법률개정안 내용에는 임대인이 받게 될 손해에 대한 어떠한 보상의 근거도 제시되지 않아 손해와 이익이 비례한다고 판단할 수 없다.

앞서 전월세상한제에 의한 임대인의 재산권 제한이 최소한의 접근방식으로 보기 어려우며 따라서 기본권 침해에 대한 위헌의 소지가 있었다는 것을 알 수 있었다. 따라서 마지막 네번째 진술문에 대한 판단의 결과가 ‘그렇지 않다’라면 명백한 수준에서의 위헌성을 예측할 수 있을 것이다.

우리나라 헌법 제23조 제3항은 재산권행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 일반적으로 재산권의 수용이란 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하고, 강제적 박탈이란 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 취득하는 것을 의미한다. 이러한 재산권의 수용·사용·제한과 같은 경우에 그 가치에 상응하는 보상을 하는 것이 헌법상에 규정되어 있긴 하지만, 국가의 수용 혹은 사용이 아닌 ‘제한’의 경우, 어느 정도의 제한에 국가의 보상이 필요한 것인지 명확하지 않아 대부분의 법령에서 보상규정이 존재하지 않는다.

그런데 헌법 제23조 제2항에 근거한 재산권의 일부 ‘제한’의 경우에도 보상이 필요한 경우가 있으며 이를 ‘조정적 보상’이라 한다. 조정적 보상은 수용과는 다른 것으로서 원칙적으로 사회적 제약의 범위 내에서 이루어지는 재산권에 대해, 재산권의 본질적 내용을 침해하지 않는 영역에서 행해지는 보상이다. 이러한 보상은 헌법 제23조 3항이 요구하는 정당한 보상이 필요한 것도 아니고 단지 비례관계를 회복할 수 있는 보상으로 족하다는 결론이 된다. 따라서 보상의 유형이 반드시 금전보상일 필요가 없으며 입법자는 규제 of 해제나 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등의 방법으로 이를 실현할 수 있게 된다(김동건, 2006).

외국의 경우 주택가격 급등에 따른 임차인의 경제적 지위가 위태로워지지 않도록 보호하는 것과 임대소득에 대한 소득세 감면, 임대료 상한기준의 조정 및 재산세 감면 등을 통해 임대인의 경제적 이익을 보호하려는 조치가 동시에 고려되고 있다(장경석, 2011)<sup>23)</sup>. 그러나 전월세상한제 관련 개정발의안 내용에서는 임차인

에 대한 권리만을 강조할 뿐 임대인의 손해발생시 유무형의 보상규정은 물론 최소한의 손실보상을 청구할 수 있는 절차조차 제시되어 있지 않아, 피규제자의 손해와 이익이 비례한다고 볼 수 없다.

5) 소결

지금까지 실제적 권리모형을 적용한 네 단계의 진술문에 따른 분석적 판단을 통해 전월세상한제 관련 개정 발의안들이 ‘헌법상 규정된 개인의 재산권을 침해할 위헌의 소지가 있다’는 결과를 도출할 수 있었다.

요약하면, 임차인의 권리를 보호함으로써 서민의 주거생활 안정을 도모하기 위한 전월세 상한정책은 정당한 공익적 목적을 취지로 하여 임대인의 재산권에 영향을 미친다, 그러나 직접적 가격제한 내지 일률적 임대료 상한을 제한 등의 규제 방식은 최소한의 제한적 접근 이라기보다는 과도하게 재산권 행사를 제한하게 되고, 재산권 손실에 상응하는 보상규정이 마련되어 있지 않은 이유 등으로 위헌의

<표 3> 재산권 구조모형의 전세가 인상제한 조항에의 적용

재산권 구조모형		분 석	비고
정책이 헌법상에 규정된 개인의 재산권을 침해(제한)하는가	그렇다	- 수익, 처분 등 재산권 사용에 대한 제한까지의 광의의 재산권 개념으로 보았을 때 재산권 제한으로 볼 수 있음 - 차임등의 상한액을 일정 비율로 정하고 계약 갱신요구권을 임차인에게 부여	-
정책에 따른 재산권 제한이 공익과 관련 되는가	그렇다	- 상대적 약자인 임차인의 부담을 경감시키고 주거 안정을 꾀함. 정책의 목적은 정당하다고 볼 수 있음	-
정책수단이 최소한의 제한적 접근 또는 제한적으로 적용되는가	그렇지 않다	- 일률적으로 5% 한도 내에서만 증액할 수 있게 해 물가상승률이 차임등 증액청구율 보다 높은 경우 등 임대인의 재산권 행사에 지나친 제한을 초래 - 주택공급물량확대, 주택바우처 제도 등 간접적인 대안이 있음에도 불구하고 가격규제라는 직접적인 규제수단을 사용	정책수단 변경의 필요성
소유주가 받는 이익과 손해가 비례하는가	그렇지 않다	- 임대인의 재산권 제한에 따르는 보상조항 없음	최소한의 보상 규정 요구

23) 이에 관한 논의는 국회입법조사처에서 발행한 현안보고서119호 <<주택임대료 규제 관련 국내외동향과 시사점>> (pp.19-41)에서 자세히 제시하고 있다.

가능성이 높다는 것이다.

정책에 대한 헌법적합성 여부를 사전에 판단할 수 있는 이러한 분석결과를 통해 정책수단의 변경이 필요하다는 시사점을 얻을 수 있다. Rosenbloom 등은 세 번째 진술문 단계에서 정책수단이 최소한의 제한적 접근방식이 아닐 경우 정책수단의 변경이 필요함을 주장한다. 또한 비록 최소한의 제한적 접근이 인정되더라도 손해에 따른 보상이 상응하지 않으면 이 역시 위헌의 소지가 있음을 강조하였다.

## 2. 전월세상한제의 동등보호 권리 침해여부에 대한 분석결과

전월세상한제의 동등보호 권리 침해여부 분석에서는 박준선 의원, 박선영 의원 등이 제시한 투기지역에 한해 선별적으로 전월세상한제를 시행하는 것이 동등보호 원칙에 위배되는지에 관한 것이다.

### 1) 정책이나 집행이 개인들을 유형화하는가? 그 유형화의 기준은 무엇인가?

박준선 의원 및 박선영 의원의 개정 발의안의 경우 주택시장 상황에 따른 관리지역 설정 등을 통해 선별적으로 규제하는 방식을 취하고 있다. 즉 투기 위험지역 등 차임등의 제한이 필요한 지역에 대하여 주택임대차관리지역으로 지정·고시하여 차별적으로 정책을 시행하므로 전월세 상한정책이 정책대상을 유형화 한다고 볼 수 있다.

한편 전국을 일률적으로 전·월세 상한제를 규정하는 것이 아니라 차임등의 상승폭이 다른 지역보다 큰 지역(관리지역, 신고지역)에만 한정하여 규정하려는 것으로, 이는 Rosenbloom 등이 제시한 유형화의 기준으로 지리적 거주지에 근거한 ‘지역’이라 할 수 있다.

### 2) 그러한 유형화(classification)가 동등보호를 위반한 것으로 의심 혹은 약간의심 혹은 의심되지 않는가?

Rosenbloom 등은 본 모형을 설명하면서 분류기준이 거주지역, 나이, 부(富)인 경우 위헌성이 ‘의심되지 않는 것(nonsuspect)’ 혹은 일반적인 것(ordinary)인 경우가 많다고 설명한다(Rosenbloom et al. 2010:491).

일단 위에서 설명한 바와 같이 본 정책은 ‘거주지역’ 별로 유형화 되어 있으며 이는 ‘의심되지 않음’의 분류에 속한다고 할 수 있다. 의심되지 않음의 경우 이러한 분류는 넓은 범위의 공익을 기초로 하며 정책의 수단이 합리적인 기준에 기반한다는 측면에서 합법적이라는 것에 의심의 여지가 없으며 동등보호를 위반하지 않는 것으로 간주한다.

### 3) 약간의심 혹은 의심되지 않음의 유형화가 근본적인 헌법적 권리를 침해하는가?

유형화의 수준이 ‘약간 의심됨’, ‘의심되지 않음’ 수준이라면 그 유형화가 근본적인 헌법의 권리를 위반하는지를 다시 한번 검토해야 한다. 위에서 설명한 바와 같이 그 검토 결과가 근본적으로 헌법의 권리를 위반하는 것이라면 최소한의 제약 내에서 강한 정부의 이익을 위해 수행하는 것인지를 분석하고 그렇지 않은 경우에는 위헌의 소지가 있다는 분석이 가능하다.

따라서 본 단계에서는 전월세상한제를 지역별로 차별적으로 실시하는 조항이 근본적으로 헌법의 권리를 침해하는지를 분석해야 한다. 택지소유상한제 판례와의 비교를 통해 이를 분석해보도록 하겠다.

택지소유상한제의 적용대상을 지역별로 분류하여 시행하는 것에 대한 위헌 소송에서 헌법재판소는 “택지소유상한에관한법률 제7조 제1항이 특별시와 광역시, 동지역의 시지역 및 나머지 지역을 구분하여 각 지역에 따라 택지의 소유상한을 달리 정한 것은 각 지역에 따른 택지의 수급현황·인구의 과다·지가상승의 정도 등을 고려한 것으로 합리적인 차별이라 할 것이고, 법 제4조가 국가 등에 대하여는 법을 적용하지 않도록 하는 것은 국가 등의 공공성에 기인한 것으로 이 역시 불합리한 차별로 볼 수 없으므로, 평등의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.” 라고 판시(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 325) 하였다.

위와 같은 결과를 통해 전월세상한제를 지역에 따라 차별적으로 시행하는 조항 역시 합리적인 차별이며 평등의 원칙에 위반되지 않는 것으로 판단 할 수 있을 것으로 보인다.

4) 소결

전월세 상한제를 별도의 관리지역에 적용하고자 하는 내용의 동등보호 위반 여부를 판단하기 위해 Rosenbloom 등의 모형에 적용해 보았다. 정부의 정책이 임대인 개인의 주택거래 자율성을 제한하려는 정책이나 신고지역을 지정하여 정책 대상자를 선별한다는 점에서 정책대상의 유형화 기초는 지역이라 할 수 있다. Rosenbloom 등은 정책대상 유형분류 기준이 인종이나 성별이 아닌 ‘지역’일 경우 ‘의심되지 않음’의 분류에 속하는 경우가 많다고 설명한 것을 통해 본 정책도 그 수준일 것으로 판단 할 수 있을 것이다. ‘의심되지 않음’ 수준의 판단 결과를 토대로 해당 유형화가 근본적인 헌법의 권리를 침해하는지 여부를 분석하기 위해 택지소유상한제의 판례에 비추어 본 결과 지역 선정에 있어 정책적으로 고려되어지는 기준이 공익에 비추어 합리적이라는 점에서 이를 불합리한 차별로 보기 어렵다는 결과를 통해 전월세상한제의 본 조항이 동등보호를 위반하지 않는다고 판단 할 수 있다.

<표 4> 동등보호 구조모형의 관리지역 지정조항에의 적용

동등보호 구조모형 진술문	관리지역 지정	비고
정부의 정책이 개인을 유형화 하는가	그렇다	임대인 개인의 주택거래의 자율성을 제한
분류의 기초는	지역	대통령령이 지정한 관리지역
이 유형화가 근본적인 동등보호를 위반한 것으로 의심되는가	의심되지 않음	의심되지 않음 수준인 것으로 우선 판단
의심되지 않음의 유형화가 근본적인 헌법의 권리를 침해하는가	그렇지 않다	동등보호 위반 아님

V. 결론

본 연구에서는 공공행정에 대한 헌법적 관점을 기초로, 행정의 행위가 개인의 기본권을 침해할 소지가 있는지의 여부를 알아보기 위해 Rosenbloom 등이 제시한 권리구조모형에 따라 현재 정책형성 과정 중에 있는 전월세 상한정책을 분석하였다.

실체적 권리모형의 재산권 침해에 대한 위헌성 판단 분석 결과, 현재 전월세상

한제 관련 개정 발의안들에서 제시된 방식들은 ‘헌법상 규정된 개인의 재산권을 침해할 위헌의 소지가 있음’의 결과가 도출되었다. 사회적 약자인 임차인의 권리를 보호함으로써 서민의 주거생활 안정을 도모하기 위한 전월세 상한정책은 정당한 공익적 목적을 취지로 하고 있으나, 임대인의 재산권에 영향을 미치며, 특히 직접적 가격제한 내지 일률적 임대료 상한을 제한 등의 규제방식은 과도하게 재산권 행사를 제한할 우려가 있으며, 재산권 손실에 상응하는 보상규정 또한 마련되어 있지 않은 이유 등으로 위헌의 가능성이 높았다.

이러한 분석결과는 지금까지 제안되고 있는 전월세 상한정책의 정책수단이 변경될 필요성을 제기한다. 특히 전국적 시행을 전제로 한 직접적 가격규제방식을 취하고 있는 방안들은 개인의 재산권 보호 및 재산권 제한에 대한 최소한의 접근이라는 헌법적 가치와의 불일치 뿐 아니라, 이러한 규제방식은 동일한 규제 비용으로 많은 정책 효과를 얻을 수 있는 다른 수단의 활용 가능성을 배제시킨다는 문제점 또한 가지고 있다.

새로운 정책수단을 고려하는데 있어 본 연구에서 분석된 ‘관리지역’ 지정을 정책대상 분류의 기초로 하는 것이 동등보호원칙 즉 평등의 원리에 위반되지 않는다는 결과 역시 반영될 수 있다. 이는 오히려 전국적 시행방식보다는 기본권 제한에 대한 최소한의 제한적 접근방식으로서 헌법에 부합할 수 있다는 것이다. 그러나 관리지역 지정을 위한 공익과 연계된 합리적 고려와 객관적 기준 등이 법률로서 전제되어야 한다. 또한 관리지역 지정을 통한 최소한의 제한적 접근이라 해도 전세가 인상액 최고금액을 직접적으로 제시하기 보다 인상률 제시방식이 바람직하며, 이는 물가변동률에 따라 조정될 수 있다는 단서조항을 마련함으로써 개인의 재산권 제한에 대한 최소한의 제한적 접근이 최대한 반영되도록 할 수 있다.

또한 이러한 정책수단을 고려하는데 있어서 마지막까지 임대인의 재산권 제한에 대한 권리구제절차 등 조정적 보상 규정이 마련되어야 할 것이다.

본 연구는 위와 같은 정책적 시사점 이외에 정책연구자 및 공공행정가에게 많은 시사점을 제시한다. 첫째, 입법부에 의한 정책결정 과정이라 해도 행정부 및 공공행정가의 역할이 중요하다는 점을 다시 한 번 발견한다. 전월세상한제는 주택임대차보호법의 개정을 통해 정책으로 결정되며 이는 의원입법에 의한 것이다. 법률에 근거하여 정책을 집행하여야 하는 공공행정가에게 해당 공공행위로 인해



개인의 기본권이 과도하게 침해되지 않도록 하기 위해서는 이것이 의원입법이라 해도 해당 법률의 입법과정에 깊은 관심을 가져야 한다. 나아가 정책형성과정에서 본 정책이 결정되고 난 이후의 정책 집행 시 발생하게 될 공권력에 의한 기본권 침해에 따른 사법적 분쟁의 소지까지 예측할 수 있어야 한다는 것이다.

둘째, 지금까지 전월세상한제에 대한 소수의 연구들이 법률적 검토 내지 정치적 관점에서의 접근이었다면, 본 연구는 행정에 대한 헌법적 관점에서 전월세상한제의 위헌성 여부를 정책분석적으로 접근한 것이다. 행정에서의 헌법적 원리와 가치를 중요시 한다 해도 해당 정책을 체계적으로 분석할 수 있는 틀이 없다면 일상적인 행정행위에서 헌법적 민감성을 유지하기 어려울 것이다. 본 연구에서 활용한 Rosenbloom 등의 권리구조모형은 사법적 차원의 헌법판결구조와는 다른 정책적 판단의 기준을 제시한 것으로 공공행정이 및 정책분석가가 실제 적용하기에 용이하다는 장점을 가지고 있다. 또한 Rosenbloom 등의 모형은 우리나라의 전월세상한제 정책 사례를 분석하는데도 설명력이 있었다. 정책 형성과정에 본 모형을 적용해 봄으로써 우리의 정책 결정과정에서도 위헌의 소지를 줄일 수 있는 방법이 될 수 있을 것이다.

#### ■ 참고문헌

- 김동건. (2006). 공용제한의 법리와 손실보상. 《공법학회보》.7(3):77-108.
- 김용섭. (2004). 행정입법에 대한 의회통제의 문제점 및 개선방안. 《행정법연구》.2004 하반기:15-41.
- 김향규. (2004). 거버넌스 하에서의 법치행정의 과제. 《한국공공관리학회보》18(2): 47-72.
- \_\_\_\_\_. (2008). 《행정과 법》. 서울: 대영문화사.
- 김철수. (2006). 《헌법개설》. 제5판. 서울: 박영사.
- 박영도. (2005). "입법학과 입법정책". 《법과 사회정책》. 5(1) 1-24.
- 서승환. (2006). 《부동산과 시장경제》. 서울: 삼성경제연구소.
- 이명웅. (2000). 헌법 제23조의 구조. 《헌법논총》. 제11집.
- 이병태. (2010). 《법률용어사전》. 서울: 법문북스.
- 이원우. (2010). "행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점". 《행정법연구》. 25.

- 장경석. (2011). “주택 임대료 규제관련 국내의 동향과 시사점”, 《NARS 현안보고서》. 제119호. 국회입법조사처.
- 전종익. (2005). "재산권의보호영역". 《헌법논총》. 제16집.
- 정영화. (2005). "경제규제의 헌법원리 이론연구". 《미국헌법연구》. 17(1);1-40.
- 정진경. (2007). “사법적 판단과 사회복지정책 변화에 관한 연구”. 《사회복지정책》. 30:163-185.
- 법제사법위원회. (2011). 《주택임대차보호법개정안 검토보고서》.
- 표시열. (1992). “행정법과 행정관리”. 《행정과 정책》. 창간호: 309-318.
- \_\_\_\_\_. (2005). “행정부의 정책결정 주도에 대한 사법적 견제방안과 그 한계: 한·미 위헌 법률심판 사례분석을 중심으로.” 《한국행정학회 하계학술대회 논문발표집》. 175-197.
- 헌법재판소.(2006). 《헌법판례요지집:헌법일반》.
- Rohr, John A. (1989). *Ethics for bureaucrats: An Essay on Law and Values*,: Marcell Dekker.
- Rosenbloom, David H., (1989). *Public Administration: Understanding management, politics, and law in the public sector*. McGraw-Hill.
- Rosenbloom, David H. and Kravchuk, Robert S. and Clerkin, Richard M. (2009). *Public Administration: Understanding management, politics, and law in the public sector*. McGraw-Hill.
- Rosenbloom, David H. & O'Leary Rosemary & Chanin Joshua., (2010). *Public Administration and Law..* CRC Press.