

발간사

우리 헌법의 가치와 정신을 지키고 국민의 기본권을 보장하기 위하여 1988. 9. 1. 설립된 헌법재판소는 지난 22년 동안 국민들에게 멀게만 느껴졌던 헌법을 국민들의 삶 속에 자리 잡게 하는 데 크게 기여하였습니다.

실제로 헌법재판소의 결정들은 국민들에게 자신의 모든 생활영역에서 기본권에 대한 인식을 고양하게 하였고, 국민 각자의 고취된 기본권적 인식은 우리 사회가 보다 성숙한 민주사회로 나아가는 토대가 되었습니다.

이러한 관점에서 헌법재판소 결정에 대한 정확한 이해는 헌법재판소가 제 기능을 다하기 위한 중요한 출발점이 됨은 물론, 국민들과 헌법재판소 간의 소통을 원활하게 하는 역할을 합니다. 헌법재판소 결정에 대한 정확한 이해와 그에 기초한 정당한 비판은 헌법재판소를 한 단계 더 발전시킬 수 있는 계기도 될 것입니다.

이에 헌법재판소는 매해 전년도에 선고된 결정 중에서 의미 있고 중요한 결정들을 선정하여, 그 결정의 조사 및 연구에 참여한 헌법연구관들의 해설을 실은 해설집을 발간하여 오고 있고, 2010년에도 2009년도에 선고된 결정 중 23건을 가려 뽑아 여덟 번째 ‘결정해설집’을 발간하게 되었습니다.

아무쪼록 이 해설집이 헌법재판의 과정과 결과를 국민들에게 정확하게 알려 국민들이 헌법재판소 결정을 분명하게 이해하도록 도우며, 이를 통하여 국민들의 기본권에 대한 인식을 더 한층 고양하는 데 일조하기를 기원합니다.

다만, 이 책에 실린 해설은 집필을 담당한 헌법연구관 개인의 견해일 뿐 헌법재판소의 공식적인 견해가 아니라는 점을 밝혀두면서, 바쁜 연구업무 중에도 원고를 정성껏 작성하여 주신 헌법연구관 집필자 여러분과 이 책을 간행할 수 있도록 애써 주신 발간위원들께 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

2010. 12.

헌법재판소 사무처장 하 철 용

목 차

교통사고처리특례법 제4조 제1항 등 위헌확인	이수영	1
공직선거법 제62조 제2항 등 위헌확인	이수영	15
법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제1조 등 위헌확인 ...	최갑선	31
공직선거법 제261조 제5항 제1호 위헌제청	이명웅	51
경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례 [별표] 위헌확인	이규홍	69
주민소환에 관한 법률 제1조 등 위헌확인	박진영	87
국세징수법 제78조 제2항 후문 위헌제청	이대근	123
서울특별시와 정부 간의 권한쟁의	이규홍	147
산업재해보상보험법 제38조 제6항 위헌소원 등	박진영	167
정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원	이규홍	197
표준어 규정 제1장 제1항 등 위헌확인	김진한	221
성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항 등 위헌소원	황치연	261
공직선거법 제200조 제2항 단서 위헌확인	황치연	297
학교보건법 제6조 제1항 제3호 위헌제청	김진한	315
집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청	성 왕	351
지방세법 제31조 제2항 제3호 위헌소원	김지현	377

산업입지 및 개발에 관한 법률 제11조 제1항 등 위헌소원	이황희	405
공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인	최희수	431
구 파산법 제38조 제2호 위헌제청	이종림	455
서울특별시 동작구와 관악구 간의 권한쟁의 등	황문섭	479
형법 제304조 위헌소원	최기상	505
입법부작위 위헌확인	김정중	529
집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제1호 위헌소원 등	성 왕	575

교통사고처리특례법 제4조 제1항 등 위헌확인

- 종합보험 가입 운전자의 교통사고에 대한
불기소처분의 허용범위 -

(헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764, 2008헌마118(병합) 판례집 21-1상, 156)

이 수 영*

【판시사항】

1. 교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문 중 업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 상해에 이르게 한 경우 공소를 제기할 수 없도록 한 부분(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)이 교통사고 피해자의 재판질차진술권을 침해하는지 여부(일부 적극)
2. 이 사건 법률조항이 교통사고 피해자의 평등권을 침해하는지 여부(일부 적극)
3. 이 사건 법률조항이 교통사고 피해자에 대한 국가의 기본권보호의무에 위반하는지 여부(소극)
4. 구 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대해 합헌결정을 하였던 것을 판례 변경한 사례

【심판대상】

심판의 대상은 교통사고처리특례법(2003. 5. 29. 법률 제6891호로 개정된 것. 이하 '특례법'이라 한다) 제4조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라고 한다)의 위헌 여부이고 그 내용은 아래와 같다.

교통사고처리특례법(2003. 5. 29. 법률 제6891호로 개정된 것) 제4조 (보험

* 울산지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

등에 가입된 경우의 특례)

① 교통사고를 일으킨 차가 보험업법 제4조 및 제126조 내지 제128조, 육운진흥법 제8조 또는 화물자동차운수사업법 제36조의 규정에 의하여 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조 제2항 본문에 규정된 죄를 범한 당해 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 제3조 제2항 단서에 해당하는 경우나 보험계약 또는 공제 계약이 무효 또는 해지되거나 계약상의 면책규정 등으로 인하여 보험사업자 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

[사건의 개요]

청구인은 2004. 9. 5. 도로를 횡단하던 중 다른 사람이 운전하는 승용차에 부딪혀 약 12주간의 치료를 요하는 폐쇄성두개천장골절 등의 상해를 입었는데, 검사는 2004. 12. 13. 교통사고처리특례법(2010. 1. 25. 법률 제9941호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항에 따라 가해운전자에 대하여 ‘공소권 없음’ 결정을 하였다. 그 후 청구인은 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.¹⁾

헌법재판소는 교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문 중 업무상과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 상해에 이르게 한 경우 공소를 제기할 수 없도록 한 부분(이하, ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반된다고 결정하고, 이 사건 법률조항에 관한 종전판례²⁾를 변경하였다.

1) 본문의 사건의 개요는 2005헌마764 사건에 관한 것이고, 2008헌마118 사건의 개요는 청구인 A가 2007. 12. 14. 청구인 B와 청구인들의 처인 C, D를 태우고 승용차를 운전하던 중, 화물차에 추돌당하여 C, D는 사망하고, A는 목디스크, 두정부 두피 열상 등을, B는 늑골 골절, 다발성 두피 열상 등의 상해를 입었는데, 그 후 청구인들은 외상성 스트레스 증후군이나 불면증 등 심각한 교통사고 후유증을 앓게 되었고, 검사가 청구인들에 대한 교통사고에 관하여 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 따라 2007. 12. 28. 가해운전자에 대하여 ‘공소권 없음’ 결정을 하자, 청구인들이 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 헌법소원심판청구를 한 것이다.

2) 헌법재판소는 1997. 1. 16. 선고 90헌마110 결정에서 이 사건 법률조항에 관하여 위 헌의권이 5인에 그쳐 합헌결정을 내린 바 있다.

【결정요지】

1. 가. 교통사고 피해자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 ‘중상해’를 입은 경우

이 사건 법률조항은 자동차 수의 증가와 자가운전 확대에 즈음하여 운전자들의 종합보험 가입을 유도하여 교통사고 피해자의 손해를 신속하고 적절하게 구제하고, 교통사고로 인한 전과자 양산을 방지하기 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정되며, 그 수단의 적절성도 인정된다.

그러나 교통사고 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우, 즉 중상해를 입은 경우(형법 제258조 제1항 및 제2항 참조), 사고발생 경위, 피해자의 특이성(노약자 등)과 사고발생에 관련된 피해자의 과실 유무 및 정도 등을 살펴 가해자에 대하여 정식 기소 이외에도 약식기소 또는 기소유예 등 다양한 처분이 가능하고 정식 기소된 경우에는 피해자의 재판절차진술권을 행사할 수 있게 하여야 함에도, 이 사건 법률조항에서 가해차량이 종합보험 등에 가입하였다는 이유로 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서조항(이하, ‘단서조항’이라고 한다)에 해당하지 않는 한 무조건 면책되도록 한 것은 기본권침해의 최소성에 위반된다.

한편 우리나라 교통사고율이 OECD 회원국에 비하여 매우 높고, 교통사고를 야기한 차량이 종합보험 등에 가입되어 있다는 이유만으로 그 차량의 운전자에 대하여 공소제기를 하지 못하도록 한 입법례는 선진 각국의 사례에서 찾아보기 힘들며, 가해자는 자칫 사소한 교통법규위반을 대수롭지 않게 생각하여 운전자로서 요구되는 안전운전에 대한 주의의무를 해태하기 쉽고, 교통사고를 내고 피해자가 중상해를 입은 경우에도 보험금 지급 등 사고처리는 보험사에 맡기고 피해자의 실질적 피해회복에 성실히 임하지 않는 풍조가 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 법률조항에 의하여 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권의 행사가 근본적으로 봉쇄된 것은 교통사고의 신속한 처리 또는 전과자의 양산 방지라는 공익을 위하여 위 피해자의 사익이 현저히 경시된 것이므로 법익의 균형성을 위반하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 업무상 과실 또는

중대한 과실에 의한 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권을 침해한 것이라 할 것이다.

나. 교통사고 피해자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 ‘중상해가 아닌 상해’를 입은 경우

이 사건 법률조항이 교통사고로 인한 피해자에게 중상해가 아닌 상해의 결과만을 야기한 경우 가해 운전자에 대하여 가해차량이 종합보험 등에 가입되어 있음을 이유로 공소를 제기하지 못하도록 규정한 한도 내에서는, 그 제정목적인 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 도모하려는 공익과 동 법률조항으로 인하여 침해되는 피해자의 재판절차에서의 진술권과 비교할 때 상당한 정도 균형을 유지하고 있으며, 단서조항에 해당하지 않는 교통사고의 경우에는 대부분 가해 운전자의 주의의무태만에 대한 비난가능성이 높지 아니하고, 경미한 교통사고 피의자에 대하여는 비형벌화하려는 세계적인 추세 등에 비추어도 위와 같은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 이익의 균형성을 갖추었으므로 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다.

2. 가. 교통사고 피해자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 ‘중상해’를 입은 경우

단서조항에 해당하지 않는 교통사고로 중상해를 입은 피해자와 단서조항에 해당하는 교통사고의 중상해 피해자 및 사망사고의 피해자 사이의 차별 문제는 교통사고 운전자의 기소 여부에 따라 피해자의 헌법상 보장된 재판절차진술권이 행사될 수 있는지 여부가 결정되어 이는 기본권 행사에 있어서 중대한 제한을 구성하기 때문에 엄격한 심사기준에 의하여 판단한다.

교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서조항에 해당하지 않는 교통사고로 인하여 중상해를 입은 피해자는, 자신에게 발생한 교통사고의 유형이 단서조항에 해당하지 않는다는 우연한 사정에 의하여 형사재판에서의 진술권을 전혀 행사하지 못하게 되는데, 이는 역시 우연하게도 단서조항에 해당하는 교통사고를 당한 중상해 피해자가 재판절차진술권을 행사하게 되는 것과 비교할 때 합리적인 이유 없이 차별취급을 당하는 것이다.

또한 교통사고로 인하여 중상해를 입은 결과, 식물인간이 되거나 평생 심

각한 불구 또는 난치의 질병을 안고 살아가야 하는 피해자의 경우, 그 결과의 불법성이 사망사고 보다 결코 작다고 단정할 수 없으므로, 교통사고로 인하여 피해자가 사망한 경우와 달리 중상해를 입은 경우 가해 운전자를 기소하지 않음으로써 그 피해자의 재판절차진술권을 제한하는 것 또한 합리적인 이유가 없는 차별취급이라고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 단서조항에 해당하지 아니하는 교통사고로 중상해를 입은 피해자를 단서조항에 해당하는 교통사고의 중상해 피해자 및 사망사고의 피해자와 재판절차진술권의 행사에 있어서 달리 취급한 것은, 단서조항에 해당하지 아니하는 교통사고로 중상해를 입은 피해자들의 평등권을 침해하는 것이라 할 것이다.

나. 교통사고 피해자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 ‘중상해가 아닌 상해’를 입은 경우

업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 피해자에게 중상해가 아닌 상해의 결과만을 야기한 경우에는, 앞서 본 바와 같이 재판절차진술권의 행사에 있어 중상해 피해자와 비교하여 달리 취급할 만한 정당한 사유가 있다 할 것이므로 피해자 보호 및 가해운전자의 처벌에 있어서 평등의 원칙에 반하지 아니한다.

3. 국가의 신체와 생명에 대한 보호의무는 교통과실범의 경우 발생한 침해에 대한 사후처벌뿐 아니라, 무엇보다도 우선적으로 운전면허취득에 관한 법규 등 전반적인 교통관련법규의 정비, 운전자와 일반국민에 대한 지속적인 계몽과 교육, 교통안전에 관한 시설의 유지 및 확충, 교통사고 피해자에 대한 보상제도 등 여러 가지 사전적·사후적 조치를 함께 취함으로써 이행된다 할 것이므로, 형벌은 국가가 취할 수 있는 유효적절한 수많은 수단 중의 하나일 뿐이지, 결코 형벌까지 동원해야만 보호법익을 유효적절하게 보호할 수 있다는 의미의 최종적인 유일한 수단이 될 수는 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 국가의 기본권보호의무의 위반 여부에 관한 심사기준인 과소보호금지의 원칙에 위반한 것이라고 볼 수 없다.

4. 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리하여 구 교통사고처리특례법(1984. 8. 4. 법률 제3744호로 개정되고, 1997. 8. 30. 법률 제5480호로 개정

되기 전의 것) 제4조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 1997. 1. 16. 90헌마110 등 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경한다.

재판관 조대현, 재판관 민형기의 반대의견

1. 헌법재판소는 1997. 1. 16. 이 사건의 선례인 90헌가110·136(병합) 사건에서 구 교통사고처리특례법 제4조 제1항이 헌법에 위반하지 아니한다고 결정하였는바, 그 결론은 정당하고 이를 변경하여야 할 사정이나 필요성이 있다고 보이지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 자동차 운전자로 하여금 종합보험 등의 가입을 유도함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하려는 목적으로 제정된 것이고, 교통사고를 일으킨 운전자가 중대한 과실을 범하지 않은 경우 형사처벌의 위협에서 벗어날 수 있도록 하려는 중요한 의도도 포함하고 있는바, 이 사건 법률조항이 가해 운전자가 단서조항에 해당하는 정도의 중대한 주의의무를 위반하지 아니하는 한 종합보험 등에 가입한 경우에는 공소를 제기할 수 없도록 한 것은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 적절한 수단이라고 아니할 수 없다.

다수의견과 같이 교통사고 가해운전자에 대하여 공소를 제기하여 처벌할 수 있는 범위를 확대한다면 종합보험 등에 가입하여 객관적인 손해의 담보가 예정되어 있는데도 피해자가 처벌을 빌미로 좀 더 많은 배상을 받기 위하여 가해 운전자를 압박하는 등 또 다른 크고 작은 폐해가 초래될 가능성을 배제할 수 없고, 단서조항에 해당하지 않은 교통사고로 중상해를 입은 피해자에 대하여 재판절차에서 진술할 권리를 보장한다 하더라도, 피해자의 신원(신원)을 이루어주는 것 이외에는 현실적으로 피해회복을 담보하기에 쉽지 않을 것이며, 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복은 가해 운전자에 대한 형사처벌을 통하여서가 아니라 민사적인 수단과 방법으로, 특히 종합보험 등에 의하여 손해를 담보함으로써 해결되도록 함이 바람직한데, 다수의견과 같이 교통사고 가해자에 대한 형사처벌의 범위를 확대하려는 것은 형사책임과 민사책임을 분리하여 후자를 강조하는 시대적인 조류에 거스르는 조치가 아닌지 의문이 든다.

3. 다수의견과 같이 단서조항에 해당하지 않는데도 피해자에게 중상해를 입혔다 하여 공소를 제기할 수 있도록 한다면, 중상해인지 여부를 명백히 판단하기 어렵고, 교통사고로 인한 상해 정도는 운전자의 과실 정도에 비례하는 것이 아니라 피해자의 나이, 성별, 부상부위, 신체적 특이성 등 우연한 사정에 의하여 달라질 수 있는 것이므로, 법 적용의 예측 가능성과 통일성을 확보하기 어렵게 될 것이다.

4. 피해자의 재판절차진술권은 피의자가 이미 공소제기된 것을 전제로 하는 것으로서, 종합보험 등 가입을 이유로 검사의 공소권 없음의 불기소처분이 내려진 교통사고 사건의 피해자는 재판절차진술권을 가지고 있다고 볼 수 없다 할 것이므로, 종합보험 등에 가입한 경우 공소제기할 수 없도록 하여 소추조건을 제한하였다 하더라도 이것이 곧바로 피해자의 재판절차진술권이 침해되는 것이라고 보기는 어렵다.

【해 설】

1. 문제의 제기

가. 관련 헌법규정 등

이 사건에서 주로 논의가 되는 기본권 등은 재판절차진술권, 평등권, 국가의 기본권보호의무이다. 그 중 재판절차진술권은 헌법 제27조 제5항에, 평등권은 헌법 제11조에 규정되어 있고, 국가의 기본권보호의무에 관한 근거로는 주로 헌법 제10조 제2문³⁾이 제시되고 있는데, 헌법 전문, 제30조⁴⁾, 제37조 제1항⁵⁾을 드는 견해도 있다.

나. 이 사건의 쟁점

이 사건 법률조항은 업무상 과실범 간의 처벌의 균형 상실, 운전자의 안

3) 헌법 제10조 제2문 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

4) 헌법 제30조 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.

5) 헌법 제37조 제1항 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

전의식 해이, 인명경시풍조 등을 이유로 문제점이 지적되어 왔는바, 이 사건 법률조항이 재판절차진술권, 평등권과 같은 기본권을 침해하고 있는지의 여부, 국가의 기본권보호의무 위반 여부에 관한 헌법적 논거 등이 주요 쟁점이라고 할 수 있다.

한편, 이 사안은 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 아니라 직접 그 근거법률에 대하여 헌법소원 심판청구를 한 것으로서,⁶⁾ 헌법재판소는 검사의 불기소처분이 이 사건 법률조항을 기계적으로 적용한 결과라는 이유로 직접성을 인정하였다. 그런데 이에 대하여는 직접성을 인정하는 논거가 위와 같다면, 법률에 근거한 집행행위가 이른바 ‘기속행위’에 해당하는 경우 그 집행행위는 법률을 그대로 적용한 결과에 불과하므로 모든 근거법률에 대해서 헌법재판소 제68조 제1항에 의한 헌법소원 심판청구가 가능하게 되는데, 이는 결국 헌법이 위헌법률심사에 관하여 예정하고 있는 ‘법원의 제청(또는 법원의 제청 기각+당사자의 헌법소원)+헌법재판소의 심판’이라는 틀을 벗어난 것으로서, 위헌법률심판에 법원의 관여는 배제되고 헌법재판소가 오로지 그 심사권을 행하는 모습이 되는 것이 되어 바람직하지 않다는 견해가 있다.⁷⁾

2. 검토

가. 선행판례와 비교법적 검토

(1) 선행판례(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정)

재판관 김문희, 정경식, 고중석, 신창언의 합헌의견

경과실·중과실이라는 차별의 기준은 법이 의도하는 입법목적을 달성하기에 적합한 것이며, 범죄의 유형화에 따른 어쩔 수 없는 결과가 초래될 수 있다는 이유만으로 평등원칙에 반한다고 할 수 없고, 과잉제한금지의 원칙에도 위반되지 않는다. 또한 교통과실범에 대한 국가형벌권의 범위를 확대한다고

6) 종전 선행 사건인 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정에서도 불기소처분 취소 부분은 권리보호이익이 없다는 이유로 각하된 바 있다.

7) 김국현, “우리나라 공법상 쟁송에서의 위헌·위법통제”, 2010. 5. 1. 한국공법학회·대법원 헌법연구회 공동학술대회 발표문(현재 미공간).

해서 형벌권의 행사가 곧 확실하고도 효율적인 법익의 보호로 이어지는 것도 의문이므로, 형벌은 이 경우 국가가 취할 수 있는 유효적절한 수많은 수단 중의 하나일 뿐 최종적인 유일한 수단이 될 수 없으므로 국가의 기본권 보호의무 위반에 해당하지 않는다.

재판관 김진우, 이재화, 조승형의 위헌의견

이 사건 법률조항은 국가의 국민의 생명·신체에 대한 보호로서는 너무도 부족하여 과소보호금지의 원칙에 반하고, 단서조항에 해당하는 교통사고의 피해자들과 단서조항에 규정된 경우에 해당하지 아니하나 중과실로 인한 교통사고로 중상해를 입은 피해자를 그 생명·신체의 보호에 있어서 차별하고 있고 그 차별을 정당화할 만한 중대한 공익의 실현을 위한 불가피한 사유가 존재하지 않는다.

재판관 김용준, 황도연의 위헌의견

이 사건 법률조항은 형사처벌체계에 현저히 반하고 결과적으로 범죄행위자들의 형사처벌에 있어서 지켜져야 할 평등의 원칙에도 반한다. 또한 그러한 유형의 교통사고 피해자로 하여금 형사피해자로서의 재판절차에서의 진술권을 행사할 수 없게 한 것은 형사피해자의 기본권제한에 있어서 위 규정에 의하여 실현되는 이익과 그로 인하여 제한되는 기본권 상호간에 지켜져야 할 법익상의 균형을 잃은 것이어서 과잉금지의 원칙에 위반된다.

(2) 비교법적 검토

외국의 입법례를 보면 대물사고(對物事故) 혹은 경미한 교통사고에 대하여 형사처벌을 면제하는 사례는 있으나, 이 사건 법률조항과 같이 피해자가 사망한 경우를 제외한 모든 대인사고(對人事故)에 관하여 합의 또는 종합보험 등의 가입을 조건으로 과실 및 피해의 정도를 불문하고 형사처벌을 하지 않는 입법례는 찾아보기 어렵다.⁸⁾

8) 정태호, “교통사고처리특례법의 위헌성에 대한 소고”, 손해보험 479호, 대한손해보험협회(2008. 10.), 3.

나. 이 사건 결정에 대한 분석

(1) 재판진술권의 침해

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위반하여 재판진술권을 침해한 것인지의 여부에 관하여 그 입법목적의 정당성과 수단의 적절성은 수궁하면서도 최소침해성과 법익의 균형성에 어긋난다고 판단하였다. 사고의 발생 경위, 피해자의 특이성(노약자 등)과 사고발생에 관련된 피해자의 과실 유무 및 정도 등을 살펴 정식 기소 이외에도 약식기소 또는 기소유예 등 다양한 처분이 가능하도록 함이 바람직하고, 우리나라의 여전히 심각한 교통사고⁹⁾을 고려할 때 '교통사고의 신속한 처리' 또는 '전과자의 양산 방지'라는 공익을 위하여 '재판절차진술권'이라는 피해자의 사익이 현저히 경시되었다고 할 수 있으므로 위와 같은 판시는 정당하다고 판단된다.¹⁰⁾

(2) 평등권의 침해

헌법재판소는 종전 선례인 위 90헌마110등 결정 이후에 변화된 판례에 따라 엄격한 심사기준을 적용하여, 이 사건 법률조항에 따라 단서조항에 해당하지 않는 교통사고로 중상해를 입은 피해자와 단서조항에 해당하는 교통사고의 중상해 피해자 및 사망사고 피해자 사이에 초래되는 재판절차진술권 행사에 있어서의 차별은 합리적 이유가 없는 것이고 그 차별의 정도도 균형을 잃은 것이라고 보았다. 생명·신체의 보호는 다른 모든 기본권의 전제가 되는 것이며, 이 사건 법률조항의 적용 여부는 곧 재판절차진술권 행사 여부

9) 우리나라는 국제적으로 비교하여도 각종 통계상 교통사고율이 매우 높은바, 2004년 기준 OECD 국가별 인구 10만 명당 교통사고 발생건수는 6위(459.1건), 자동차 1만 대당 교통사고 발생건수는 119.3건으로 가장 많고, 전체 교통사고 사망자 중 보행 중 사망자의 비율도 39.3%로 가장 높다["OECD 회원국 교통사고 비교", 도로교통안전관리공단(2006) 참조]

10) 이에 대하여, 재판절차진술권은 형성유보가 있는 권리로서, 그 권리를 침해하는지의 여부는 개인의 기본권 침해여부를 기준으로 할 것이 아니라, 법률이 그 기본권의 인정여부를 어떠한 근거와 기준으로 하여 유형화하였는지, 그 유형화 자체에 명백한 잘못을 없었는지의 기준에 입각하여 심사하여야 하며, 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 입법자가 명백하게 재판절차진술권이라는 제도자체를 유명무실하게 하였거나 형해화하였다고는 말할 수 없으므로 결국 재판절차진술권을 침해하였다고 볼 수 없다는 비판적 견해가 있다[방승주, "교통사고처리특례법 제4조 제1항의 위헌여부 심사기준," 법률신문 3733호(2009. 3.), 15 참조].

와 직결되어 결국 재판절차진술권이라는 기본권 행사에 있어서 중대한 제한을 구성한다고 할 것이므로, 이에 대하여 비례성 심사를 하여 평등권을 침해한 것이라는 결론에 이른 것은 타당하다고 할 수 있다.

(3) 국가의 기본권보호의무

기본권 보호의무란 사인에 의하여 역시 기본권 주체인 사인의 기본권적 법익에 대한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 이를 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하는바, 특히 대상법익에 있어서 자유권적 기본권에 국한되는 것인지에 관하여는 다툼의 여지가 있다. 그러나 대상 법익이 자유권인지의 문제보다는 구체적 권리성이 있는지를 기준으로 삼는 것이 독일에서의 판례·학설이며, 자유권이 아니더라도 구체적 권리성이 인정되는 기본권의 경우에는 국가의 보호의무를 인정할 가능성이 있다고 한다.¹¹⁾ 또한 국가의 보호의무가 발생하면 국가는 사인이 기본권적 법익을 위법하게 제약하는 것을 법치국가적 수단을 통하여 예방 내지 진압하여야 할 의무를 지게 되는데, 그 법적 형태는 형법적 수단, 설비(기구)의 창설, 급부의 제공 등에 이르는 포괄적 보호를 요구한다고 한다.¹²⁾

헌법재판소 판례에서 기본권 보호의무가 논해진 것은 사립학교교원의 기간제 임용에 관한 판시,¹³⁾ 교통사고에서 피해자보호조치에 관한 판시,¹⁴⁾ 불

11) 장석조, “민사재판과 헌법적 판단”, 법조 56권 7호, 법조협회(2007. 7.), 5, 34.

12) 장석조(주 12), 35.

13) 헌법재판소 2003. 12. 18, 2002헌바14 결정은 “교육은 개인의 잠재적인 능력을 계발하여 줌으로써 개인이 각 생활영역에서 개성을 신장할 수 있도록 해 주며, 국민에게 민주시민의 자질을 길러줌으로써 민주주의가 원활히 기능하기 위한 정치문화의 기반을 조성할 뿐만 아니라, 학문연구결과의 전수의 장이 됨으로써 우리 헌법이 지향하고 있는 문화국가의 실현을 위한 기본적 수단이 된 교육이 수행하는 이와 같은 중요한 기능에 비추어 우리 헌법은 제31조 제6항에서 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적 사항을 법률로 정하도록 한 것이다. 따라서 입법자가 법률로 정하여야 할 교원지위의 기본적 사항에는 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함된다.”라고 판시하였다.

14) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌가19결정은 “이 사건 법률조항의 경우는 교통질서확립이라는 일반적인 교통행정 규제목적 뿐만 아니라 나아가 피해자 구호와 관련하여 교통사고가 야기된 후 발생할 지도 모를 생명, 신체에 대한 위험을 최대한 경감하고 예방하고자 하는 국가의 국민의 생명, 신체에 대한 보호의무도 그 형

기소처분에 관한 판시 등을¹⁵⁾ 예시할 수 있으며, 가장 구체적으로 언급한 것은 이 사건 법률조항에 대한 종전 선례에서이다.

한편, 국가의 보호의무가 발생하는 경우, 그 보호조치는 법익보호를 위하여 적합하고 효과적이며 수인할 수 있는 것이어야 하고, 입법자는 이와 관련한 광범위한 입법재량권을 가지게 되는데, 헌법이 명하는 최소한의 보호수준에 미달하여서는 아니된다.¹⁶⁾ 즉, 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 90헌마110등 결정 참조).

이 사건 법률조항을 두고 국가가 일정한 교통사고범죄에 대하여 형벌권을 행사하지 않음으로써 도로교통의 전반적인 위험으로부터 국민의 생명과 신체를 적절하고 유효하게 보호하는 아무런 조치를 취하지 않았든지, 아니면 국가가 취한 현재의 제반 조치가 명백하게 부적합하거나 부족하여 그 보호

량의 대상이 된다. 더군다나 이 사건의 경우는 교통사고를 야기하고 사람의 생명, 신체에 대한 위해를 발생시킨 자에 대하여 당연히 요구되는 자연법상의 의무인 구호조치의무를 법규로 확인한 그 법적의무를 위반한 자에 대한 행정적 제재라는 관점도 고려의 대상이 된다고 할 것이다.”라고 판시하였다.

15) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정은 “국가기관이 공소권을 독점하고 피해자에 의한 복수를 허용하지 아니하면서 자력구제를 아주 제한적으로만 인정하고 있는 법제도는 국가에 의한 피해자 보호가 충분히 이루어질 때 비로소 그 존재의 의의가 있는 것이다. 따라서 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무가 이루어지지 아니할 때 국가의 의무위반을 국민에 대한 기본권 침해로 규정할 수 있다. 이 경우 개인의 법익을 직접 침해하는 것은 국가가 아닌 제3자의 범죄행위이므로 위와 같은 원초적인 행위 자체를 기본권침해 행위라고 규정할 수는 없으나, 이와 같은 침해가 있음에도 불구하고 이것을 배제하여야 할 국가의 의무가 이행되지 아니한다면 이 경우 국민은 국가를 상대로 헌법 제10조, 제11조 제1항 및 제30조(이 사건과 같이 생명·신체에 대한 피해를 받은 경우)에 규정된 보호의무 위반 또는 법 앞에서의 평등권 위반이라는 기본권 침해를 주장할 수 있는 것이다.”라고 판시하였다.

16) 장석조(주 12), 36.

의무를 명백히 위반한 것이라고 할 수 없다고 한 것은 타당하다고 생각된다.

3. 이 사건 결정의 의의

입법자는 이 사건 결정 이전에 교통사고처리특례법(2007. 12. 21. 법률 제 8718호로 개정된 것) 제3조 제2항 단서에 제11호¹⁷⁾를 추가하는 등 입법적 보완을 계속하고 있다. 그러나 위와 같은 지속적인 유형화 작업에도 불구하고 그에 포섭되지 못하는 예외상황은 늘 존재하게 마련이고, 유형화로 인하여 소수가 받는 불이익의 정도가 수인한계를 넘어서고 그로 인한 불평등의 정도가 심각한 것이라면 결국 문제를 근본적으로 해결하기는 어렵다¹⁸⁾는 점에서, 이 사건 법률조항을 위헌으로 선언한 이 사건 결정은 상당한 의미가 있다.

또한 교통사고처리특례법의 입법목적은 ‘교통사고로 인한 피해자의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진’하는데 있었는데 있었는데, 자동차종합보험 가입률이 2005년 기준으로 전체 등록 차량의 87%에 이르렀고¹⁹⁾, 무보험과 뺑소니 차량에 의한 사고 피해자에 대한 정부의 보상제도²⁰⁾ 등 피해보상의 수준이 한층 향상된 점 등을 고려할 때에도 이 사건 법률조항에 대한 위헌 선언은 시의적절한 것이었다고 하겠다.

17) 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제11호 : 도로교통법 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이의 신체를 상해에 이르게 한 경우

18) 정태호, “「법집행의 편익」를 고려한 입법의 헌법적 한계 - 현재 1997. 1. 16. 90헌마110등에 대한 법정외견의 유형화논거에 대한 비판”, 인권과 정의, 대한변호사협회(2002. 2.), 101 이하 참조.

19) 2005. 10. 31.자 동아일보 기사 참조.

20) 자동차손해배상 보장법 제26조 이하. 이 법에 의한 보상한도는 2005. 2. 22.부터 사망 및 후유장애시 1억 원, 부상 2천만 원이며, 2003년 현재 보상실적은 604억 원(19,522명)이라고 한다.

공직선거법 제62조 제2항 등 위헌확인

- 후보자가 장애인인 경우 공직선거법상 선거운동 제한의
위헌성 여부 -

(헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 판례집 21-1상, 211)

이 수 영*

【판시사항】

1. 선거사무원의 수를 제한한 공직선거법 제62조 제2항 제4호 및 제7호가 중증장애인인 지역구시·도의원선거 후보자 또는 지역자치구·시·군의원선거 후보자(이하 ‘이 사건 중증장애인 후보자’라 한다.)의 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
2. 명함을 배포할 수 있는 자를 제한한 공직선거법 제93조 제1항 단서가 이 사건 중증장애인 후보자의 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
3. 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등을 금지한 공직선거법 제93조 제1항 본문이 언어장애를 가진 후보자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것¹⁾, 이하 ‘법’이라고만 한다) 제62조 제2항 제4호²⁾ 및 제7호 및 제93조 제1항이고, 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

* 울산지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

- 1) 이후 심판대상조항들은 개정됨이 없이 현행법까지 유지되었다.
- 2) 청구취지에서는 공직선거법 제62조 제2항만을, 청구이유에서는 같은 조 제2항 제7호로 특정하였으나 청구인 박정혁, 오동석은 서울특별시 및 광주광역시의 시의원 선거에 입후보하여 제4호에 해당되므로 위 조항도 포함시키는 것이 타당하다.

【심판대상조항】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

第62條 (選舉事務關係者の 選任) ① 생략

② 選舉事務長 또는 選舉連絡所長은 選舉에 관한 事務를 처리하기 위하여 選舉運動을 할 수 있는 者중에서 다음 各號에 의하여 選舉事務員[第135條 (選舉事務關係者에 대한 手當과 實費補償)第1項 本文의 規定에 의한 手當과 實費를 지급받는 選舉事務員을 말한다. 이하 같다]을 둘 수 있다. <개정 1995.4.1, 1995.12.30, 1997.1.13, 1998.4.30, 2000.2.16, 2005.8.4>

1. 大統領選舉

選舉事務所에 市·道數의 6倍數 이내와 市·道選舉連絡所에 당해 市·道안의 區·市·郡(하나의 區·市·郡이 2 이상의 國會議員地域區로 된 경우에는 國會議員地域區를 말한다. 이하 이 項에서 같다)數(그 區·市·郡數가 10 미만인 때에는 10人)이내 및 區·市·郡選舉連絡所에 당해 區·市·郡안의 邑·面·洞數 이내

2. 地域區國會議員選舉 및 自治區·市·郡의 長 選舉

選舉事務所와 選舉連絡所를 두는 區·市·郡안의 邑·面·洞數의 3倍數 이내

3. 比例代表國會議員選舉

選舉事務所에 市·道數의 2倍數 이내

4. 地域區市·道議員選舉

選舉事務所에 10人 이내

5. 比例代表市·道議員選舉

選舉事務所에 당해 市·道안의 區·市·郡의 數(算定한 數가 20 미만인 때에는 20人) 이내

6. 市·道知事選舉

選舉事務所에 당해 市·道안의 區·市·郡의 數(그 區·市·郡數가 10 미만인 때에는 10人) 이내와 選舉連絡所에 당해 區·市·郡안의 邑·面·洞數 이내

7. 지역구자치구·시·군의원선거

選舉事務所에 5人 이내

8. 비례대표자치구·시·군의원선거

선거사무소에 당해 자치구·시·군 안의 읍·면·동수 이내

第93條 (脫法方法에 의한 文書·圖畫의 배부·게시 등 금지) ①누구든지 選舉日전 180日(補闕選舉 등에 있어서는 그 選舉의 실시사유가 확정된 때)부터 選舉日까지 選舉에 영향을 미치게 하기 위하여 이 法의 規定에 의하지 아니하고는 政黨(創黨準備委員會와 政黨의 政綱·정책을 포함한다. 이하 이 條에서 같다) 또는 候補者(候補者가 되고자 하는 者를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)를 支持·추천하거나 反對하는 내용이 포함되어 있거나 政黨의 명칭 또는 候補者의 姓名을 나타내는 廣告, 人事狀, 壁報, 사진, 文書·圖畫 印刷物이나 錄音·錄畫테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 선거운동기간 중 후보자가 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 제2호의 규정에 따른 명함을 직접 주거나 후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 후보자의 배우자(배우자 대신 후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함한다)가 그 명함을 직접 주는 경우에는 그러하지 아니하다.

【사건의 개요】

1. 2006. 5. 31. 실시된 제4회 동시지방선거를 위하여, 청구인 김동효는 지체장애 1급 장애인으로서 광주 광산구 나선거구에서 희망사회당 소속 광산구의원 예비후보자로, 청구인 박정혁은 뇌병변장애 1급 장애인으로서 서울특별시 동대문구 제1선거구에서 희망사회당 소속 서울특별시 시의원 예비후보자로, 청구인 오동석은 지체장애 1급 장애인으로서 대구광역시 수성구 제1선거구에서 희망사회당 소속 대구광역시 시의원 예비후보자로, 청구인 이미연은 지체장애 2급 장애인으로서 충북 청주시 제4선거구에서 희망사회당 소속 청주시 시의원 예비후보자로 등록하였다가, 2006. 5. 16. 및 2006. 5. 17. 양일간 정식 후보자등록을 한 후 적법하게 선거운동을 시작하였다³⁾.

2. 청구인들은, 선거사무원의 수를 정상인인 입후보자들과 동일하게 제한한 공직선거법 제62조 제2항 및 선거운동 시 공직선거법 규정 이외의 인쇄물 또는 녹음·녹화테이프 등을 사용하는 것을 금지하고, 후보자 또는 배우자

3) 청구인들의 대리인이 제출한 자료로는 구체적인 사실관계를 파악하기에 부족하여 중앙선거관리위원회 홈페이지(<http://www.nec.go.kr>)의 '역대선거정보시스템' 중 '제4회 동시지방선거 선거정보조회'에서 검색한 결과입니다.

가 중증장애인인 경우 활동보조인에 관한 규정을 두지 아니한 같은 법 제93조 제1항이 평등권 및 공무담임권 등 헌법상 기본권을 침해하였다고 주장하면서 선거운동기간 중인 2006. 5. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 이 사건 중증장애인 후보자는 일상생활에서와 같이 선거운동에 있어서도 활동보조인의 도움이 필수적이고, 이러한 활동보조인은 거동이 불편한 중증장애인 후보자의 손발이 되어 비장애인 후보자라면 직접 할 수 있는 행위, 즉 중증장애인 후보자의 물리적인 활동의 보조에 그 역할이 국한된다 할 것이므로, 활동보조인과 선거사무원은 그 역할과 기능이 본질적으로 달라서 공직선거법 제62조 제2항 제4호 및 제7호 상의 선거사무원에 활동보조인이 포함될 수 없음이 명백하고, 따라서 위 법률조항이 중증장애인 후보자의 경우에도 비장애인 후보자들과 동일하게 선거사무원의 수를 제한한다고 하여 이 사건 중증장애인 후보자인 청구인들의 평등권 등 기본권을 침해할 가능성이 없다.

2. 이 사건 중증장애인인 후보자 또는 후보자의 배우자가 선거운동기간 중 선거인들에게 명함을 직접 일일이 나누어주는 것은 사실상 불가능한 것이므로, 중증장애인인 후보자 또는 그의 배우자가 명함을 배포함에 있어 활동보조인의 보조는 당연히 예상할 수 있고, 이 때 활동보조인이 그들의 수족이 되어 기계적으로 명함을 나누어 주는 행위는 후보자 또는 배우자가 이를 직접 주는 것과 동일하게 평가될 수 있는 것이며, 따라서 공직선거법 제93조 제1항 단서에 ‘활동 보조인을 포함한다’는 점이 명기되어 있지 않더라도 당연히 중증장애인인 후보자 또는 후보자의 배우자의 경우에는 활동보조인도 포함되어 있다고 보아야 하므로 위 법률조항이 이 사건 중증장애인 후보자인 청구인들의 평등권 등 기본권을 침해할 가능성이 없다.

3. 공직선거법 제93조 제1항 본문이 중증장애인 후보자에 대하여만 특정한 선거운동방법을 금지·제한하는 것이 아니라 중증장애인 후보자와 비장애인 후보자를 동등하게 취급하였다는 점이 결과적으로 불평등을 초래하였다는 것이어서, 위 법률조항으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되

었다고 볼 수 없으므로 이 사건에서의 평등심사는 완화된 기준에 의한다.

법 앞에 평등하다는 것은, 법적 취급의 불평등의 금지를 의미하는 데 그치고, 현실로 사회에 존재하는 경제적, 사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여 그 실질적 평등을 보장하여야만 하는 것은 아니기 때문에, 언어장애자인 후보자와 비장애인 후보자 사이의 실질상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 곧바로 이 사건 법률조항을 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수는 없는 것이다.

공직선거법에 따라 적법하게 할 수 있는 선거운동 방법 가운데 오늘날에는 후보자가 직접 일일이 투표권자를 찾아다니며 얼굴을 알리는 방법보다는 신문·방송·인터넷을 통한 광고, 방송연설 또는 정보통신망을 이용한 선거운동의 영향력이 현저히 커지는 추세이고, 위와 같은 매체를 이용하여 선거운동을 하는 것은 언어장애가 있는 후보자라 하더라도 이로 인한 제약을 크게 받지 아니한 점, 투표권자를 개별적으로 찾아다니며 지지를 호소하는 것 이외에 후보자 본인의 ‘구두(구두)로써’ 효과적으로 할 수 있는 선거운동영역이 그다지 넓지 않고, 언어장애가 있는 후보자라 할지라도 투표권자를 개별적으로 접촉하여 지지를 호소하는 방법은 자신의 선거사무원이나 선거운동 자원 봉사자, 활동보조인 등을 통하여 얼마든지 가능한 점 등에 비추어 보면, 언어장애가 있는 후보자가 공직선거법에 규정된 방법 이외의 인쇄물, 녹음·녹화물 등을 반드시 이용하여야만 언어장애가 없는 후보자와의 동등한 위치를 확보한다고 보기는 어렵고, 설령 위와 같이 인쇄물 등의 선거운동방법을 별도로 허용한다고 하여도 장애인 후보자에게 현저하게 유익하다고 할 수도 없으므로, 공직선거법 제93조 제1항 본문이 장애인과 비장애인 후보자를 구분하지 아니하고 선거운동방법을 제한하였더라도 이를 두고 서로 다른 것들 사이의 동등하게 취급함으로써 이 사건 중증장애인 후보자인 청구인들의 평등권 등을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

나아가 입법정책상 공직선거법이 법률상 요건을 충족한 시각장애인의 선거권 행사에 대하여 일정 배려를 하고 있는 것과 마찬가지로, 선거운동에서도 정상인 후보자와 언어장애인 후보자 사이에 존재하는 사실상 불균등을 정상인 후보자 이상의 문서배포를 허용하는 것에 의하여 보충하는 것도 충

분히 검토할 가치가 있을 것이나, 언어장애인 후보자에게 인쇄물배포 등 추가적인 선거운동방법을 허용하려면 먼저 언어장애를 가졌다고 주장하는 후보자들의 언어장애의 판정기준 및 판정절차, 허용할 인쇄물 등의 종류 및 수량 등 이를 사전에 구체화하는 입법을 하여야만 할 것인데, 이는 현실적으로나 입법기술상으로 결코 쉽지 않은 문제라 하겠다.

재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 공직선거법 제93조 제1항 본문에 대한 헌법불합치의견

1. 후보자의 선거운동방법에 있어서 장애인과 비장애인을 구분하지 아니하고 일률적으로 제한한 공직선거법 제93조 제1항 본문은 선거운동의 자유라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이므로, 이에 대하여는 비례성 원칙에 따를 심사를 하여야 할 것이다.

2. 언어장애를 가지고 있는 후보자는 정확한 의사의 전달이 불가능함을 물론, 의사표시 자체는 어느 정도 가능한 경우에도 말하는 태도·방법·발음 등을 포함한 포괄적인 의미의 의사전달 행위에 있어서 유권자들이 가지는 선입견이나 비호감 등도 극복하기 어려운 난관이 되는 등 유권자에게 자신에 대한 지지를 호소하거나 정견·정책을 알리는 데 있어 결정적으로 불리한 위치에 있고, 유권자와 직접적인 대면을 통하여 후보자 자신을 소개하는 전통적인 방식이 아직도 적지 않은 영향력을 가지고 있는 한 언어장애를 가진 후보자는 비장애인 후보자에 비해 매우 불리하다고 할 수밖에 없으므로, 언어장애를 가진 후보자에게 의사전달을 도와줄 보조자로서 선거사무원을 비장애인 후보자 보다 1, 2명 가량 추가로 허용한다거나 공직선거법상 가능한 각종 인쇄물량의 법적 상한을 늘려주는 등 언어를 대체할 수 있는 선거운동방법을 추가적으로 더 많이 사용할 수 있도록 하여 비장애인 후보자와 어느 정도 대등한 경쟁을 할 수 있도록 조치를 취하여야 함에도 그렇지 아니한 채, 공직선거법 제93조 제1항 본문이 언어장애 후보자와 비장애인 후보자의 선거운동방법을 일률적으로 제한한 것은 능력이 서로 다른 언어장애 후보자와 비장애인 후보자를 동일하게 취급함으로써 차별을 발생시켰고, 이는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 입법 목적과 선거운동의 제한이라는 수

단 간의 비례성을 벗어난 것으로서 청구인들의 평등권을 침해한 것이다.

3. 위 법률조항에 대하여 단순위헌을 선언하면 언어장애 후보자나 비장애인 후보자에 대하여 종래 제한되었던 각종 선거운동방법이 일시에 가능하게 되어 무질서와 혼란이 야기될 것이므로 이를 방지하기 위하여 위 법률조항에 대하여 헌법불합치를 선언하고 개선입법을 촉구함이 상당하다.

재판관 조대현의 공직선거법 제93조 제1항 본문에 대한 위헌의견

문서·도서는 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있게 하는 선거운동방법이므로 정치적 표현의 자유로서 충분히 보장되어야 한다. 또한 문서·도서에 의한 선거운동은 그 효과에 비하여 비용이 저렴하다고 할 수 있고, 그 회수와 방법과 분량을 제한 없이 허용하더라도 선거의 공정성을 해칠 위험성이 크다고 보기 어려우며, 공직선거법은 선거운동비용의 총액을 규제하고 있으므로 그 총액의 한도에서 어떠한 선거운동방법을 선택할 것인지는 후보자에게 맡겨도 무방하다고 할 것이다. 따라서 문서·도서에 의한 선거운동을 제한하는 공직선거법 제93조 제1항 본문은 입법목적의 정당성을 인정하기 어려워, 합리적 이유도 없이 모든 후보자의 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것이므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

【해설】

1. 적법요건에 관한 판단

가. 공선법 제62조 제2항 제4호 및 제7호

청구인들은 장애정도가 심하여 자립하기가 매우 곤란한 중증장애인⁴⁾으로

4) 장애인복지법 제2조 (장애인의 정의 등) ① "장애인"이란 신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자를 말한다.

② 이 법을 적용받는 장애인은 제1항에 따른 장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장애가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다.

1. "신체적 장애"란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말한다.
2. "정신적 장애"란 발달장애 또는 정신 질환으로 발생하는 장애를 말한다.

또한 위 법 제6조에 의하면, "장애 정도가 심하여 자립하기가 매우 곤란한 장애인"을 중증장애인이라고 한다. 그런데 이와 같은 '중증장애인'의 기준은 장애인에 대한 지원혜택(서비스)의 취지와 내용에 따라 개별 법률마다 서로 다르고, 일의적으로 해

서 신체활동이 부자유하여 일상생활에서도 활동보조인이 필요한 상태이다. 이렇게 중증 장애인의 일상생활이나 사회생활 또는 이동 시의 보조 등을 위하여 국가와 지방자치단체는 그 활동에 필요한 활동보조인의 파견 등 활동보조서비스를 지원할 수 있고(장애인복지법 제55조 제1항), 서비스 지원의 기준 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다(장애인복지법 제55조 제3항).

따라서 중증장애인 후보자는 선거운동에 있어서도 활동보조인의 도움이 필수적이고, 이러한 활동보조인은 거동이 불편한 중증장애인 후보자의 손발이 되어 비장애인 후보자라면 직접 할 수 있는 행위, 즉 중증장애인 후보자

석되지 않는다.

○ 장애인복지법

장애인복지법 시행규칙 별표1(본 보고서에 첨부)에 따른 제1급 및 제2급에 해당하는 경우를 원칙적으로 중증장애인이라고 하지만, 활동보조인 서비스는 장애1급인 경우에만 해당(본 보고서에 첨부된 보건복지가족부의 08' 장애인 활동보조지원사업 개요서 참조)하는 등 중증장애인을 구분하는 법령상의 기준이 있는 것은 아니라고 한다(보건복지가족부 장애인정책과 윤병철 사무관).

- 장애인고용촉진 및 직업재활법(2008.2.29 법률 제8852호) 제2조 제2호에서는 “중증장애인이란 장애인 중 근로 능력이 현저하게 상실된 자로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다”고 하고, 위 법 시행령 제4조에서는 중증장애인의 기준으로 위 법 제2조 제2호에 따른 중증장애인으로 ① 장애인복지법 시행령 제2조에 따른 장애인 기준에 해당하는 장애인 중 노동부령으로 정하는 장애등급 이상에 해당하는 자 ② 장애인복지법 시행령 제2조에 따른 장애인 기준에 해당하는 장애인 중 제1호에 따른 장애등급보다 한 단계 낮은 장애등급에 해당하는 자로서 뇌병변장애인·시각장애인·정신지체인·발달장애인·정신장애인·심장장애인 및 팔에 장애가 있는 지체장애인 ③ 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행령 제14조제3항에 따른 상이등급에 해당하는 자 중 3급 이상의 상이등급에 해당하는 자를 규정하며, 다시 위 법 시행규칙 제2조에서 “노동부령으로 정하는 장애등급”이란 「장애인복지법 시행규칙」 별표1에 따른 제2급의 장애등급을 말한다”고 한다.
- 중증장애인생산품 우선구매 특별법(2008.3.21 법률 제8945호로 제정, 2008.9.22 시행 예정)

제2조 (정의) ① “중증장애인”이란 주요 일상생활 활동을 현저히 제한하는 신체적 또는 정신적 손상으로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 장애인복지법 제2조제2항에 따른 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자 중 다음 각 호의 자로 한다.

1. 지적장애인·자폐성장애인·정신장애인·호흡기장애인·언어장애인
2. 1급부터 3급까지에 해당하는 뇌병변장애인·심장장애인
3. 1급 또는 2급에 해당하는 시각장애인·지체장애인·청각장애인·신장장애인·간질장애인·간장장애인·안면장애인·장루·요루장애인
4. 손가락에 장애가 있는 3급의 지체장애인
5. 제3호에 해당하는 장애를 2가지 이상 가진 장애등급 3급에 해당하는 장애인

의 물리적인 활동의 보조에 그 역할이 국한된다 할 것이므로, 선거운동 시의 활동보조인은 후보자를 위하여 선거사무를 처리하는 선거사무원에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다.

또한 중증장애인의 활동보조인이 선거사무원에 해당된다는 것은 청구인들의 자의적인 해석일 뿐, 청구인들의 활동보조인이 선거사무원으로서 등록되지 않았다는 이유로 문제가 발생한 바가 없고, 소관 선거관리위원회 또는 중앙선거관리위원회에서 중증장애인의 활동보조인이 선거사무원에 포함된다는 취지의 유권해석을 내린 적도 없으며, 청구인들이 위 법률조항 위반으로 기소되거나 처벌된 사실도 없어 현실적으로도 위 법률조항이 청구인들의 선거운동에 어떠한 제한을 가한 바 없다.

결국 선거사무원과 활동보조인은 그 역할과 기능이 본질적으로 달라서 위 법률조항상의 ‘선거사무원’에 활동보조인이 포함될 수 없음이 명백하고, 위 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 공선법 제93조 제1항 본문

청구인들이 입후보하였던 2006. 5. 31.의 제4회 동시지방선거는 이미 종료 되었으므로, 위 법률조항에 대한 위헌확인을 받는다고 하더라도 선거운동 당시 침해된 권리가 회복될 수는 없다.

그러나 객관적인 헌법질서의 보장적 측면에서 볼 때, 공직선거에 있어 중증장애인 입후보자에 대한 청구인들의 주장과 같은 기본권 침해가 장래의 선거에서도 반복될 것임이 충분히 예상되므로, 위 법률조항의 위헌 여부의 해명은 헌법적으로 중요한 의미가 있다. 따라서 이 부분에 관하여는 심판청구의 이익을 인정하는 것이 타당하다.

다. 공선법 제93조 제1항 단서

청구인들은 공선법 제93조 제1항 단서에 후보자 또는 후보자 부인이 중증장애인인 경우에 활동보조인의 보조를 받을 수 있도록 규정하지 아니한 것이 역시 공무원임권 및 평등권을 침해한 것이라고 주장한다.

일상생활에서의 거동조차 불편한 중증장애인인 후보자 또는 후보자의 배우자가 선거운동기간 중 선거인들에게 명함을 직접 일일이 나누어주는 것은 사실상 불가능한 것이므로, 중증장애인인 후보자 또는 그의 배우자가 명함을 배포함에 있어 활동보조인의 보조는 당연히 예상할 수 있고, 이 때 활동보조인이 그들의 수족이 되어 기계적으로 명함을 나누어 주는 행위는 후보자 또는 배우자가 이를 직접 주는 것과 동일하게 평가될 수 있는 것이다.

즉, 위 법률조항에 ‘활동보조인을 포함한다’는 점이 명기되어 있지 않더라도 당연히 중증장애인인 후보자 또는 그의 배우자의 경우에는 활동보조인도 포함되어 있다고 보아야 하고, 이렇게 해석하는 것이 중증장애인 보호라는 헌법적 이념에 부합하고 장애인복지법에서 마련한 활동보조인제도의 취지를 살리는 것이다.

따라서 위 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

라. 소결론

그렇다면 공선법 제93조 제1항 본문에 대한 심판청구는 적법하다 할 것이지만, 공선법 제62조 제2항 제4호, 제7호, 제93조 제1항 단서에 대한 심판청구는 기본권 침해가능성이 없어 부적법하다.

2. 본안에 대한 판단 - 평등권 침해 여부

이 사건의 쟁점은 선거운동의 방법 등을 제한함에 있어서 언어장애를 가진 후보자와 비장애인 후보자를 구분하지 않고 일률적으로 규정하고 있는 공선법 제93조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 침해하는지의 여부이다. 다만 청구인들은 공무담임권침해 부분에서 선거운동방법의 제한 그 자체의 위헌성을 다룬다기보다는, 언어장애를 가진 후보자와 비장애인 후보자를 동일하게 취급함으로써 결과적으로 언어장애인들의 공무담임권을 침해하였다는 취지로 주장하고, 이는 평등권과 밀접히 관련되어 있으므로 평등권 침해부분에서 함께 살펴보기로 한다.

가. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

헌법 제11조 제1항에서는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 선언하면서, 이어서 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 하여 차별금지영역을 규정하고 있다. 장애가 있다고 하여 불합리하게 차별받아서 안 된다는 것은 당연한 원칙이지만, 헌법이 ‘장애인’을 차별금지영역으로 정하였다고 보기는 어렵다. 헌법 제34조 제5항에서 신체장애자 등은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 선언하고 있지만, 이는 국가가 장애자 등 스스로 생계와 생활을 유지할 수 없는 사회적 약자에 대하여 생존의 최소한의 수준에서 보호하여야 한다는 취지이고, 장애인과 비장애인 간에 동등한 취급을 규정한 것은 아니라고 볼 것이다.

또한, 이 사건 법률조항이 중증장애인 후보자에 대하여만 특정한 선거운동방법을 금지·제한하는 내용이 아니라, 중증장애인 후보자와 비장애인 후보자를 ‘동등하게’ 취급하였다는 점이 결과적으로는 불평등을 초래하였다는 것이므로 이 사건 법률조항으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한 것으로 볼 수는 없다.

따라서 이 사건에서의 평등심사는 완화된 기준에 의하기로 한다.

(2) 판 단

(가) 헌법재판소는 중증장애인 후보자에 관련된 사건은 아니었지만 이미 두 차례에 걸쳐 이 사건 법률조항이 평등권 및 공무담임권을 침해한 것이 아니어서 헌법에 위반되지 아니한다고 선언한 바 있고(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 205-210 ; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 539-541), 그 요지는 다음과 같다.

「공선법이 질서 있고 공평하며 비용이 적게 드는 선거운동을 위하여, 한편으로는 선전벽보, 선거공보, 소형인쇄물, 신문광고 등에 의한 선거운동행위를 상세히 규정하여 이를 허용하면서도, 공선법 제93조 제1항은 이러한 방법에 의하지 않고 실질적으로 선거에 영향을 미치는 행위, 즉 탈법방법에 의한 문서, 도화 등 시각에 호소하는 방법 이외에 녹음, 녹화테이프 등 청각 또는 시청각에 호소하는 방법에 의한 선거운동행위를 제한하고 있다.

위 조항이 과잉금지의 원칙을 위반하고 있는가에 대하여는, 국가 전체의 정치, 사회적 발전단계와 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토나 그 밖의 경제적, 문화적 제반여건을 종합하여 합리적으로 판단하여야 할 것인바, 건국 이후 반세기 가까이 수많은 선거를 치러왔으면서도 아직까지도 깨끗하고 공명한 선거풍토를 이룩하지 못하고 있는 우리의 현실적 상황을 고려하여 볼 때, 위 조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 공공의 이익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라는 점을 고려하여야 할 것이다.

그런데, 위 조항에 의한 제한은 참된 의미의 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 폐해 방지를 위하여는 일정 기간 그러한 제한을 가하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고 특히 “선거에 영향을 미치게 하기 위하여”라는 전제하에 그 제한이 이루어지며, 그 제한은 선거운동 또는 의사표현의 내용 그 자체나 모든 선거운동방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 방법, 즉 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로, 이로써 선거운동의 자유 내지 표현의 자유가 전혀 무

의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없다.

그러므로, 위 조항은 과잉금지 원칙에 위반하여 선거운동 내지 표현의 자유를 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하고 있다고 할 수 없다.

또한 공선법 제93조 제1항은 행위주체에 관하여 아무런 제한도 가하고 있지 아니하여 청구인들로서는 이 규정에 의하여는 그 누구와 대비하여서도 부당한 차별대우를 받지 아니하므로 일반인들과 비교하여 또는 현직 의원들과 비교하여 선거운동에 있어서의 평등권을 침해하는 것이 아니고, 다만 현직 의원의 경우 제111조 제1항에 의하여 선거기간 개시일부터 선거일까지의 기간 이외에는 의정활동 보고를 할 수 있어 …… 원외 후보자 또는 그 후보자가 되고자 하는 자의 국회 또는 지방의회 진출에 제한이 되어 공무담임권을 침해할 소지가 있으나, 이는 제111조 제1항에 의하여 비롯되는 차별의 문제일 뿐이다.

따라서 공선법 제93조 제1항이 평등의 원칙에 위배된다거나 공무담임권을 침해하는 규정이라고 볼 수 없다.」

(나) 법 앞에 평등하다는 것은, 법적 취급의 불평등의 금지를 의미하는 데 그치고, 현실로 사회에 존재하는 경제적, 사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여 그 실질적 평등을 보장하여야만 하는 것은 아니기 때문에, 언어장애자인 후보자와 비장애인 후보자 사이의 실질상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 곧바로 이 사건 법률조항을 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수는 없는 것이다.

후보자는 공선법에 따라 선전벽보, 선거공보, 소형인쇄물, 신문광고 등 전통적인 방법뿐 아니라 방송광고, 정보통신망을 이용한 선거운동, 인터넷 광고 등을 이용한 선거운동이 가능하다. 특히 오늘날에는 후보자가 직접 일일이 투표권자를 찾아다니며 얼굴을 알리는 방법보다는 신문·방송·인터넷을 통한 광고(공선법 제69조, 제70조 및 제82조의 7), 방송연설(공선법 제71조, 후보자가 지명하는 연설원도 가능하다) 또는 정보통신망을 이용한 선거운동(공선법 제82조의 4)을 이용한 선거운동의 영향력이 현저히 커지는 추세이고, 위와 같은 매체를 이용하여 선거운동을 하는 것은 언어장애가 있는 후보자라 하더라도 이로 인한 제약을 크게 받지 않는다. 한편, 공선법 제79조 제

10항에서는 공개장소에서의 연설·대담의 경우 녹음기 또는 녹화기를 사용하여 후보자를 홍보하는 내용의 음악, 후보자의 경력·정견·활동상황을 방송 또는 방영할 수 있도록 하고 있다.

결국 투표권자를 개별적으로 찾아다니며 지지를 호소하는 것 이외에 후보자 본인의 ‘구두(구두)로써’ 효과적으로 할 수 있는 선거운동영역이 그다지 넓지 않고, 언어장애가 있는 후보자라 할지라도 위와 같이 투표권자를 개별적으로 접촉하여 지지를 호소하는 방법은 자신의 선거사무원이나 선거운동 자원봉사자, 활동보조인 등을 통하여 얼마든지 가능하다.

그렇다면 언어장애가 있는 후보자가 공선법에 규정된 방법 이외의 인쇄물, 녹음·녹화물 등을 반드시 이용하여야만 언어장애가 없는 후보자와의 동등한 위치를 확보한다고 보기는 어렵고, 설령 위와 같이 인쇄물 등의 선거운동방법을 별도로 허용한다고 하여도 장애인 후보자에게 현저하게 유익하다고 할 수도 없으므로, 비록 공선법이 선거운동방법을 제한함에 있어 언어장애를 가진 후보자를 비장애인 후보자와 달리 취급하지 않았다고 하더라도 오늘날 인터넷을 통한 선거운동 등 선거운동방법의 다양화, 깨끗하고 공명한 선거풍토를 위한 규제의 필요성은 장애인 후보자에게도 해당되는 점 등을 고려할 때 장애인과 비장애인 후보자를 구분하지 아니하고 선거운동방법을 제한한 점을 두고 서로 다른 것을 자의적으로 동일하게 취급함으로써 평등의 원칙에 위반하였다고 할 수는 없을 것이다.

만일 이 사건 법률조항이 평등권을 침해한 것이어서 언어장애인 후보자에게 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다고 한다면, 언어장애인 후보자는 무제한으로 문서를 배포할 수 있게 되어 오히려 정상인과의 균형을 상실하게 될 것이다.

나아가 입법정책상 공선법이 법률상 요건을 충족한 시각장애인의 선거권 행사에 대하여 일정 배려를 하고 있는 것과 마찬가지로(공선법 제151조 제7항; 특수투표용지 또는 투표보조용구 제작, 사용), 선거운동에서도 정상인 후보자와 언어장애인 후보자 사이에 존재하는 사실상 불균등을 정상인 후보자 이상의 문서배포를 허용하는 것에 의하여 보충하는 것도 충분히 검토할 가치가 있을 것이다. 그러나 언어장애인 후보자에게 인쇄물배포 등 추가적

인 선거운동방법을 허용하려면 먼저 언어장애를 가졌다고 주장하는 후보자들의 언어장애의 판정기준 및 판정절차, 허용할 인쇄물 등의 종류 및 수량 등 이를 사전에 구체화하는 입법을 하여야만 할 것인데, 이는 현실적으로나 입법기술상으로 결코 쉽지 않은 문제라 하겠다.

나. 소결론

따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 공선법 제62조 제2항 제4호· 제7호, 제93조 제1항 단서에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 한다.

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률

제1조 등 위헌확인

- 법학전문대학원 입학 제한과 직업선택의 자유 -
(헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248)

최갑선*

【판시사항】

1. 법제정의 목적을 규정한 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’(2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제정된 후 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률’이라 한다) 제1조에 대한 심판청구가 기본권침해의 자기 관련성 요건을 갖추었는지 여부
2. 이 사건 법률 제6조 제2항, 제19조 제1항 및 제20조 제2항에 대한 심판청구가 기본권침해 가능성 요건을 갖추었는지 여부
3. 이 사건 법률 부칙 제1항 및 제2항에 대한 심판청구가 기본권침해 가능성 요건을 갖추었는지 여부
4. 법학전문대학원 입학자 중 법학 외의 분야 및 당해 법학전문대학원이 설치된 대학 외의 대학에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 규정한 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부
5. 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부

【심판대상】

1. 심판대상 조항

* 헌법연구관

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률(2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제정된 후 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률’ 또는 ‘법’이라 한다.) 제1조, 제6조 제2항, 제19조 제1항, 제20조 제2항, 제26조 제2항 및 제3항, 부칙 제1항 및 제2항이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률(2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제정된 후 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 법학전문대학원의 설치·운영 및 교육 등에 관한 사항을 정함으로써 우수한 법조인을 양성함을 목적으로 한다.

제6조(설치인가의 기준) ② 제1항의 설치인가에 관하여 필요한 세부기준은 교육과학기술부장관이 정한다.

제19조(학점) ① 법학전문대학원 석사학위과정의 이수에 필요한 학점은 대통령령으로 정하는 학점 이상으로 하되, 학칙으로 정한다.

제20조(교육과정) ② 법학전문대학원이 개설하여야 하는 교과목 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제26조(학생구성의 다양성) ② 법학전문대학원은 입학자 중 법학 외의 분야에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 하여야 한다.

③ 법학전문대학원은 입학자 중 당해 법학전문대학원이 설치된 대학 외의 대학에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 하여야 한다.

부 칙 (제8544호, 2007. 7. 27.)

① (시행일) 이 법은 공포 후 2개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제27조부터 제37조까지의 규정은 2009년 1월 1일부터 시행한다.

② (학생의 최초의 입학 시기에 관한 적용례) 이 법에 따라 설치되는 법학전문대학원은 2009년 3월 1일부터 학생의 입학에 허가할 수 있다.

2. 관련조항

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률(2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제

정된 후 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제2조(교육이념) 법학전문대학원의 교육이념은 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의의 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성에 있다

제6조(설치인가의 기준) ① 교육과학기술부장관은 제5조 제2항에 따른 법학전문대학원의 설치인가에 대한 신청이 있는 경우에는 제2조에 따른 교육이념을 달성하기 위한 교육목표 및 교육과정의 타당성과 설치기준의 충족 여부 등을 고려하여 인가할 수 있다.

제20조(교육과정) ① 법학전문대학원은 제2조의 교육이념의 취지에 부합하는 법조인의 양성에 필요한 교과목을 개설하는 등 체계적인 교육과정을 운영하여야 한다.

제26조(학생구성의 다양성) ① 법학전문대학원은 다양한 지식과 경험을 가진 자를 입학시키도록 노력하여야 한다.

사법시험법(2006. 3. 24. 법률 제7893호로 일부 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 판사·검사·변호사 또는 군법무관이 되려고 하는 자에게 필요한 학식과 능력의 유무 등을 검정하기 위한 사법시험에 관하여 규정함을 목적으로 한다.

제2조(사법시험실시기관) 사법시험(이하 “시험”이라 한다)은 법무부장관이 이를 관장·실시한다.

제3조(시험의 시행 및 공고) ① 법무부장관은 매년 1회 이상 시험을 실시하되, 그 실시계획을 공고하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 공고에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제4조(선발예정인원) 선발예정인원은 시험을 시행할 때마다 법무부장관이 제14조의 규정에 의한 사법시험관리위원회의 심의의견과 대법원 및 변호사법 제78조의 규정에 의한 대한변호사협회의 의견을 들어 정한다.

사법시험법시행령(2007. 3. 27. 대통령령 제19958호로 일부 개정된 것) 제2조(시험의 공고) ① 법무부장관은 「사법시험법」(이하 “법”이라 한다) 제3조

의 규정에 의하여 사법시험(이하 “시험”이라 한다)을 실시하고자 하는 때에는 그 시험일시·시험장소·시험방법·시험과목·응시자격·선발예정인원 및 출원절차 등을 매년 1월 31일까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 현재 서울대학교 법과대학 등 서울 소재 14개 대학교의 각 법과대학에 재학중인 학생들로서, 법조인이 되기 위하여 사법시험을 준비해오고 있다.

나. ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’이 2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제정됨에 따라 법학전문대학원(이하 ‘로스쿨’이라 한다)이 새로운 법조인 양성제도로서 2009. 3. 1.부터 설치·운영되게 되었고, 앞으로 제정될 변호사시험법은 로스쿨 졸업자가 변호사시험에 합격하여야만 변호사가 될 수 있도록 규정될 것으로 예측되고 있다.

다. 청구인들은, 로스쿨이 새로운 법조인 양성제도로 도입됨에 따라 현행 사법시험제도에 의한 사법시험 선발인원이 점차적으로 줄어들고 장기적으로는 사법시험제도가 폐지될 것으로 예상되자, 위 법률 제1조에 의한 로스쿨제도가 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권, 공무담임권을 침해하고, 위 법률 제6조 제2항, 제19조 제1항, 제20조 제2항이 포괄위임법금지원칙에 위배되며, 위 법률 제26조 제2항 및 제3항이 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권, 공무담임권을 침해하고, 위 법률 부칙 제1항 및 제2항이 신뢰보호원칙에 위배된다고 주장하며 2007. 11. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 법 제1조의 목적은 우수하고 다양한 경력을 가진 법조인을 많이 배출하는 것을 목표로 하는 것으로 추정되지만 불요불급한 입법목적에 해당되므로 그 목적의 정당성을 인정하기 어렵고, 로스쿨제도는 우수한 법조 인력

을 많이 배출하겠다는 입법의 목적을 달성할 수 있는 효과적인 수단이 되지 못하므로 수단의 적합성이 없으며, 법조인이 되기 위해서 짧지 않은 기간과 막대한 비용을 부담하지 못한다면 변호사자격시험에 응시할 수 없도록 한 것은 최소침해성의 원칙에 위배되며, 로스쿨제도의 시행으로 얻게 되는 공공의 이익보다 법조계 지원자들이 부담해야 할 불이익이 훨씬 크다고 할 것이어서 법익균형성원칙에 위반되므로, 로스쿨제도는 청구인들의 직업의 자유와 공무담임권을 침해한다.

(2) 로스쿨 제도의 시행으로 법조인이 되기 위해서는 약 1억 5,000만 원 정도의 일실수입과 1억 7,000만 원에서 2억 8,000만 원에 이르는 추가비용 지출이 요구되는 바, 이는 빈곤층 응시자와 부유층 응시자들을 차별하는 것이다. 그런데 로스쿨제도의 도입으로 얻게 될 공적 이익보다 경제적 약자가 받게 될 차별의 불이익이 크다고 할 것이므로, 이 법은 청구인들의 평등권을 침해한다.

(3) 법 제6조 제2항은 법 제2조의 교육이념을 고려하여 로스쿨의 인가기준을 마련하라고 위임한 것과 마찬가지로, 위 교육이념은 추상적이고 포괄적이어서 부령에 어떠한 내용이 포함될지, 그 대강 내지 기본적 윤곽을 예측할 수 없으므로 위 법조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다.

(4) 법 제19조 제1항은 석사학위 과정의 이수에 필요한 학점에 관하여 아무런 범위나 한계를 정함이 없이 백지위임을 하였고, 법 제20조 제2항은 법조인 양성에 필요한 교과목에 관하여 대통령령으로 위임하였는데, 이는 로스쿨의 교과목에 관하여 아무런 범위나 한계를 정함이 없이 하위 법령에 백지위임을 한 것이므로, 위 법률조항들은 포괄위임금지원칙에 위반된다.

(5) 법 제26조 제2항 및 제3항이 일률적으로 로스쿨 입학자의 비율을 정하여 강제하는 것은 대학의 자율권을 침해하고, 법문상 대학에 아무런 재량권을 주지 않고 숫자에 의하여 일률적, 명시적으로 제한을 규정하고 있어 로스쿨 입학을 원하는 법과대학 학생들에게 불합리한 불이익을 주기 때문에 청구인들의 공무담임권, 직업의 자유, 평등권을 침해한다.

(6) 청구인들은 2007년 이전에 사법시험제도를 통하여 법조인이 되리라는 기대와 목표를 갖고 법과대학에 진학하였으므로 사법시험 합격자 수가

1,000명 선에서 향후 10년 동안 급격하게 변하지 않을 것이라는 기대와 신뢰를 갖고 있다. 그런데 이 법의 시행으로 2009년부터 로스쿨 입학생을 선발할 예정인 가운데 사법시험 선발인원이 2008년 1차 합격자부터 감소될 것이 예정됨에 따라 겪게 되는 청구인들의 불이익은 이 법이 달성하고자 하는 공익에 비하여 크다고 할 것이므로, 법 부칙 제1항 및 제2항은 청구인들이 보호받아야 할 신뢰이익을 침해한다.

나. 교육과학기술부장관의 의견요지

(1) 청구인들은 현재 사법시험을 준비하고 있는 자들로서 이 법이 설립을 예정하고 있는 로스쿨에 진학하려는 이들이 아니므로 이 법의 수범자가 아니며 제3자에 지나지 않는다. 다만, 이 법이 제정되면서 청구인들이 응시하려는 사법시험이 장차 폐지되는 결과가 생길 수는 있으나 이러한 불이익은 이 법이 제정되고 시행되면서 부수적으로 나타나는 불이익으로 간접적 사실적인 것에 불과하므로 이 법으로 인하여 청구인들 자신의 기본권이 침해된다고 볼 수 없다.

(2) 이 법이 청구인들의 기본권을 침해한다고 하더라도 이는 별개 집행행위를 매개로 한 결과이고, 사법시험 선발인원 감축이나 사법시험 폐지는 이 법의 직접적인 효과가 아니다. 사법시험 선발인원은 사법시험법 제4조 및 제14조에 의거하여 법무부장관이 정하도록 되어 있고 사법시험 폐지 여부도 사법시험법 및 법무부장관의 처분에 따라 달라진다. 결국, 이 법 자체는 사법시험을 준비중인 청구인들의 자유를 제한하거나 어떠한 법적 의무를 부과하지 않으므로 직접성 요건이 결여되어 있다. 그리고 청구인들은 법 제1조의 목적규정을 다투고 있는데, 이러한 정의규정 내지 선언규정 성격인 법률조항 자체만으로는 청구인들에게 어떤 법적 효과가 일어난다고 할 수 없다.

(3) 심판대상 법률조항들은 법학전문대학원 설치 목적에 관한 규정과 학생 구성의 다양성을 확보하려는 로스쿨 입학자에 대한 규정이고 공무원 임용에 관한 규정이 아니므로 공무원임권의 침해 여부가 문제될 가능성 자체가 없다.

(4) 이 법은 로스쿨 졸업자에 한해 변호사자격을 취득할 수 있도록 하는

제한을 예정하고 있으나 이러한 조건은 누구에게나 동등하게 적용되고, 로스쿨제도는 기존 사법시험제도가 지니는 단점을 개선할 수 있는 여러 장점을 가지고 있으므로 직업의 자유를 침해하는 것이 아니다.

(5) 이 법은 로스쿨의 등록금과 수업료에 대하여 규정하고 있지 않고, 그 금액은 로스쿨을 설치한 각 대학에서 개별적으로 정하게 되므로 로스쿨의 설립과 인가에 관한 법률 조항이 그 자체로 청구인들의 평등권을 침해하는 것이 아니다.

(6) 법 제6조 제2항, 법 제19조 제1항, 법 제20조 제2항에서 대통령령과 부령에 위임하고 있는 설치인가에 대한 기준이 어떠한지, 학점과 교과목이 어느 범위에서 정하여질지는 이 법의 목적 등을 고려하여 관련 법조항 전체를 볼 때 충분히 예측할 수 있으므로 위 법률조항들은 헌법이 금지하는 포괄위임입법이라고 볼 수 없다.

(7) 로스쿨이 도입되더라도 사법시험은 2017년까지 유지될 예정이고 합격인원도 점차로 줄어들 예정이므로 청구인들에게는 큰 불이익이 없는 반면, 법학교육을 정상화하고 선발방식의 다양화를 통해 여러 영역의 전공자를 법조인으로 양성하여 법률서비스의 질을 향상하는 공익이 더 크므로 로스쿨 도입이 청구인들의 신뢰를 지나치게 침해하였다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률 제1조는 법제정의 목적을 선언하고 있을 뿐이어서 청구인들에게 어떠한 구체적인 법적 효과를 미친다고 할 수 없어서 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 전혀 없으며, 이 사건 법률 제1조에 의한 로스쿨제도의 도입 자체는 사법시험을 준비중인 청구인들에게 직접적인 불이익을 준다고 할 수 없고, 법령 장애에 관한 법령의 개정 또는 제정에 의하여 사법시험 선발인원이 축소되거나 폐지되는 결과로 이어진다 하더라도 그로 인한 불이익은 간접적이고 사실적인 이해관계에 불과하므로 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 없으므로, 청구인들에게는 기본권침해의 자기관련성이 인정되지 않는다.

2. 이 사건 법률 제6조 제2항, 법 제19조 제1항 및 법 제20조 제2항은 로

스쿨 설치 및 운영자들에게 일정한 법적 영향을 미칠 것으로 보이지만, 사법시험을 준비중인 청구인들의 기본권에는 아무런 영향을 주지 않는다고 할 것이므로 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 존재하지 않는다.

3. 이 사건 법률 부칙 제1항 및 제2항은 이 사건 법률의 효력발생시기와 로스쿨의 최초 입학생 선발시기에 관하여 규정하고 있을 뿐, 사법시험의 폐지나 그 선발인원의 축소에 대해서는 규율하고 있지 않으므로 청구인들의 신외와 기본권을 침해할 가능성이 전혀 없다.

4. 다양한 전공자를 대상으로 전문적인 법학교육을 실시하고 다양한 학문풍토를 조성하고자 하는 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항이 추구하는 입법목적의 정당성이 인정되고, 전공과 출신대학에 따라 로스쿨 입학정원 비율을 제한하는 것은 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항이 추구하는 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 될 수 있고, 입법 목적을 달성하는 수단을 선택함에 있어서 입법자의 선택재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없어서 최소침해성원칙에도 위배되지 아니하며, 로스쿨을 지원함에 있어서 청구인들이 받게 되는 불이익보다 위와 같은 입법 목적을 달성하여 얻게 되는 공익이 훨씬 더 크다고 할 것이어서 법익균형성원칙에도 위배되지 아니하므로, 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항은 비례의 원칙에 위배되지 않기 때문에 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

5. 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항이 로스쿨 입학정원을 정함에 있어서 법학전공자와 로스쿨 설치 대학 지원자를 차별하지만 다양한 전공자를 대상으로 전문적인 법학교육을 실시하고 다양한 학문풍토를 조성하고자 하는 합리적인 사유가 있으므로 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

재판관 조대현의 이 사건 법률 제26조 제2항 및 제3항에 대한 위헌 의견

법조인으로 된 뒤에 다양한 지식과 경험을 취득하여도 무방하고, 자대(自大) 출신의 선발인원을 제한하는 것도 우수한 법조인 양성과 무관하므로, 법과대학 졸업생과 자대 졸업자의 법학전문대학원 입학정원을 제한하여야 할 정당한 사유가 없음에도 불구하고 이 사건 법률 제26조 제2항과 제3항이 이

를 제한한 것은 청구인들의 적성과 능력에 맞는 교육과 진로를 선택할 자유를 부당하게 침해하므로 헌법에 위반된다.

【해설】

1. 적법요건 판단에 대한 해설

이 사건 결정의 적법요건판단에서는 심판대상 법률조항들에 의하여 청구인들 자신의 기본권이 침해될 가능성이 있는지 여부가 문제되었다.

가. 법 제1조에 대한 심판청구의 적법 여부

(1) 청구인들의 주장 요지

청구인들은 이 사건 법률의 목적 조항인 법 제1조에 대하여 심판청구를 하였는데, 로스쿨 제도 도입 자체가 청구인들의 직업의 자유 등의 기본권을 침해하여 위헌이므로 이 사건 법률 전체가 위헌이 될 것이지만 이 사건 법률 전체에 대한 심판청구를 할 수 없기 때문에 법률조항을 특정하기 위하여 법 제1조를 심판대상으로 삼았다고 주장하였다. 따라서 청구인들의 법 제1조에 대한 심판청구를 어떻게 판단해야 하는지가 문제되었다.

(2) 법 제1조 자체에 대한 심판청구로 보는 경우

우선 법 제1조 자체에 대한 심판청구로 보는 경우에 적법한지 여부를 살펴본다.

(가) 헌법재판소의 선례 : 헌재 1998. 10. 15. 96헌바77, 판례집 10-2, 573, 585

“이 법률조항 중 제2조는 이 법의 적용을 받는 지역인 도서벽지에 대한 ‘정의’규정이고, 제3조는 국가는 도서벽지의 의무교육의 진흥을 위하여 타에 우선하여 조치를 취하여야 하며 이에 필요한 제 경비는 타에 우선하여 지급하여야 한다는 ‘국가의 임무’를 선언한 규정이다. 그런데 이와 같은 ‘정의규정’ 내지는 ‘선언규정’인 이 법률조항 자체에 의하여서는 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생길 수 없다고 할 것이다. 그러므로 이 법률조항에 대한 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 따른 헌

법소원심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.”

(나) 법 제1조 자체에 대한 심판청구의 경우

법 제1조는 “이 법은 법학전문대학원의 설치·운영 및 교육 등에 관한 사항을 정함으로써 우수한 법조인을 양성함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 이 사건 법률의 제정목적은 선언하고 있는 규정이다.

따라서 헌법재판소는 법 제1조 자체는 법제정의 목적을 선언하고 있을 뿐이어서 청구인들에게 어떠한 구체적인 법적 효과를 미친다고 할 수 없어서 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 전혀 없으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다고 판시하였다.

(3) 법 제1조에 의하여 도입되는 로스쿨 제도에 대한 심판청구로 보는 경우

이어서 법 제1조에 대한 심판청구를 이 사건 법률에 의하여 도입되는 로스쿨 제도에 대한 심판청구로 보는 경우에 적법한지 여부를 살펴본다.

(가) 청구인들 주장의 선해

청구인들의 주장 취지는 로스쿨 제도를 도입하는 것 자체가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 것이므로 법 제1조에 대한 심판청구를 이 사건 법률에 의한 로스쿨 제도의 도입 자체에 대한 심판청구로 볼 수 있을 것이다.

더군다나 청구인들이 명시적으로 이 사건 법률 전체에 대하여 헌법소원 심판을 청구하지 못하는 관계로 목적조항인 법 제1조에 대하여 헌법소원 심판을 청구하였다고 밝히고 있으므로, 법 제1조에 의하여 로스쿨 제도를 도입하는 것이 청구인들의 기본권을 침해하는 것으로 청구인들의 주장을 선해할 수 있을 것이다.

(나) 법 제1조에 의한 로스쿨 제도 도입에 대한 심판청구가 적법한지 여부

이에 따라 헌법재판소는 법 제1조에 대한 심판청구의 취지를 청구인들의 주장에 따라 선해하여, 법 제1조에 의한 로스쿨 제도의 도입이 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 있어서 이에 대한 심판청구가 적법한지 여부를 판단하였다.

1) 기본권침해의 자기관련성에 대한 헌법재판소 판례

가) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있는 바, 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580 ; 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 94).

나) 법률에 의하여 기본권을 침해받은 경우에는 법률에 의하여 직접 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 할 것이고 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다. 다만 어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-417 ; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 94).

다) 제3자의 자기관련성을 인정한 사례

법무사법 제4조 제1항 제1호는 신규 법무사의 수요를 충족하는 두 개의 공급원 즉, 하나는 경력공무원이고 다른 하나는 시험합격자라고 하는 두 개의 공급원을 규정하고 있으므로 이 두 개의 공급원은 어떤 형태와 어떤 정도에 의해서든 개념상 서로 상관관계를 가질 수밖에 없다. 따라서 경력공무원에 의한 신규 법무사의 충원이 중단된다면 시험합격자에 의한 충원의 기회는 개념상 늘어날 수밖에 없어서 청구인들의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있으므로, 청구인들은 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대하여 자기관련성을 갖는다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750, 751).

라) 제3자의 자기관련성을 부정한 사례

청구인은 이 사건 도로부지점용허가처분의 직접적인 상대방이 아닌 제3

자이다. 청구인은 점용허가 없이 불법으로 이 사건 도로부지를 점용하고 있는 자에 지나지 않는다. 청구인은 이 사건 도로부지점용허가처분에 대하여 단지 간접적이고 사실적이고 경제적인 이해관계가 있는 자일 뿐 법적인 이해관계인이 아니다. 따라서 청구인에게는 동 처분에 관하여 자기관련성이 인정되지 않는다고 할 것이다(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5- 1, 104, 111).

2) 법 제1조에 의한 로스쿨 제도 도입에 대한 심판청구가 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 있어서 적법한지 여부

이 사건 법률은 로스쿨 설치 및 운영 예정자와 로스쿨 입학 예정자를 직접적인 수급자로 하고 있어서 로스쿨을 설치하고 운영하려는 학교 법인들 및 로스쿨 입학 예정자들에게 직접적으로 적용되는 것이고, 장차 법조인이 될 것을 목표로 준비중에 있을 뿐인 사람들에게 직접 적용되는 것은 아니다.

따라서 사법시험을 준비중인 청구인들은 이 사건 법률의 직접적인 수급자가 아닌 제3자에 불과하므로, 청구인들에게 제3자로서의 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 있을 것인지 여부가 문제된다.

법 제1조에 의거하여 로스쿨 제도가 도입됨으로 인하여 장차 사법시험 선발인원이 축소되거나 사법시험이 폐지되는 결과가 발생할 것으로 예상된다 하더라도, 그러한 결과는 이 사건 법률이 아니라 장차 사법시험법의 개정 및 그에 의거한 법무부장관의 사법시험 실시 고시 또는 새롭게 제정될 변호사시험법에 의하여 초래될 것이다.

따라서 법 제1조에 의한 로스쿨제도의 도입 자체는 사법시험을 준비중인 청구인들에게 무슨 직접적인 불이익을 준다고 할 수 없고, 설령 장래에 사법시험법의 개정 및 그에 의거한 법무부장관의 사법시험 실시 고시 또는 새로이 제정될 변호사시험법에 의하여 사법시험선발인원이 축소되거나 폐지되는 결과로 이어진다 하더라도 그로 인한 불이익은 간접적이고 사실적인 이해관계에 불과하다 할 것이다.

이에 따라 헌법재판소는 법 제1조에 의한 로스쿨제도의 도입은 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 없어서 청구인들에게는 기본권침해의 자기관련성이 인정되지 않으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다고 판시하였다.

나. 법 제6조 제2항, 제19조 제1항 및 제20조 제2항에 대한 심판청구의 적법 여부

(1) 위 법조항들의 내용

법 제6조 제2항은 로스쿨 설치인가에 관하여 세부적 기준을 교육과학기술부 장관이 정하도록 위임하고 있으며, 법 제19조 제1항은 로스쿨의 이수에 필요한 학점은 대통령령이 정하는 학점 이상으로 하도록 위임하고, 법 제20조 제2항은 로스쿨이 개설하여야 할 교과목에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다.

(2) 기본권침해 가능성 존재 여부

법 제6조 제2항이 로스쿨 설치인가 기준을, 법 제19조 제1항이 로스쿨 이수 학점을, 그리고 법 제20조 제2항이 로스쿨의 교육과정을 각 규율하는 것은, 로스쿨 설치 및 운영자들에게 일정한 법적 영향을 미칠 것으로 보이지만, 사법시험을 준비중인 청구인들의 기본권에는 아무런 영향을 주지 않는다고 할 것이므로, 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 존재하지 않는다.

이에 따라 헌법재판소는 법 제6조 제2항, 제19조 제1항 및 제20조 제2항에 대한 심판청구가 부적법하다고 판시하였다.

다. 법 부칙 제1항, 제2항에 대한 심판청구의 적법 여부

(1) 청구인들은 위 법 부칙 조항에 따른 이 사건 법률의 시행으로 인해 청구인들이 기존 사법시험제도에 의해 사법시험에 합격하여 법조인이 될 신뢰가 침해되므로 위 법 부칙 조항들이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하였다.

(2) 그런데 위 법 부칙 조항들은 이 사건 법률의 효력발생시기와 로스쿨의 최초 입학생 선발시기에 관하여 규정하고 있을 뿐, 사법시험의 폐지나 그 선발인원의 축소에 대해서는 규율하고 있지 않다. 사법시험 선발인원은 사법시험법 제4조 및 제14조에 의거하여 법무부장관이 매년 정하도록 되어 있고 사법시험 폐지 여부도 사법시험법의 존속 여부에 따라 결정된다. 따라서 사법시험에 대한 청구인들의 신뢰이익 침해 여부는 사법시험법 폐지나 사법

시험법 제4조 및 제14조에 의거하여 매년 행해지는 법무부장관의 사법시험 실시계획 공고의 내용에 의하여 좌우된다고 할 것이다.

이에 따라서 헌법재판소는 법 부칙 제1항 및 제2항은 청구인들의 신뢰와 기본권을 침해할 가능성이 전혀 없다고 할 것이므로 위 법조항들에 대한 심판청구는 부적법하다고 판시하였다.

2. 본안 판단에 대한 해설

가. 법률상 쟁점

법 제26조 제2항은 법학전문대학원 입학자 중 법학 외의 분야에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 해야 한다고 규정하고, 법 제26조 제3항은 법학전문대학원 입학자 중 당해 법학전문대학원이 설치된 대학 외의 대학에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 해야 한다고 규정하고 있다.

따라서 법 제26조 제2항 및 제3항이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부가 본안판단에서 법률상의 쟁점이 되었다.

나. 직업선택의 자유 침해 여부

(1) 법 제26조 제2항 및 제3항이 직업선택의 자유를 제한하는지 여부

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유라 함은 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유뿐만 아니라 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함한다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 162 ; 2002. 11. 28. 2001헌마596, 판례집 14-2, 734, 742). 그리고 직업선택의 자유에는 자신이 원하는 직업 내지 직종에 종사하는데 필요한 전문지식을 습득하기 위한 직업교육장을 임의로 선택할 수 있는 ‘직업교육장 선택의 자유’도 포함된다.¹⁾

그런데 법 제26조 제2항 및 제3항이 로스쿨에 입학하는 자들에 대하여 학사 전공별로, 그리고 출신 대학별로 로스쿨 입학정원의 비율을 각각 규정한 것은 변호사가 되기 위하여 필요한 전문지식을 습득할 수 있는 로스쿨에

1) 허영, 한국헌법론, 2007, 460쪽 ; 정종섭, 헌법학원론, 2008, 581쪽

입학하는 것을 제한하는 것이기 때문에 직업교육장 선택의 자유 내지 직업 선택의 자유를 제한한다고 할 것이다.

(2) 법 제26조 제2항 및 제3항이 비례의 원칙에 위배되는지 여부

법 제26조 제2항 및 제3항이 직업교육장 선택의 자유 내지 직업선택의 자유를 제한한 것이 비례의 원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

1) 사법시험 합격 및 사법연수원 교육 제도를 통한 현행의 법조인 양성 제도하에서는 ① 법학교육과 사법제도의 연계가 부족하여 대학에서 충실한 법학교육이 이루어지기 어렵고, ② 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 예방하고 해결하는 능력을 갖춘 법조인을 양성하는 데 미흡하며, ③ 응시자격 및 응시회수에 제한받지 않는 과도한 사법시험 응시로 인하여 국가 인력이 낭비되는 등의 폐해가 발생하고, ④ 특정 소수 대학에게 사법시험 합격자가 지나치게 편중되며, ⑤ 사법연수원 교육제도가 변호사 실무교육이 아닌 법원 및 검찰 실무교육에만 치우쳐 있는 등의 문제점이 오랜 기간 동안 지적되어 왔다.

이에 따라 법 제1조는 “이 법은 법학전문대학원의 설치·운영 및 교육 등에 관한 사항을 정함으로써 우수한 법조인을 양성함을 목적으로 한다.”라고 규정하고, 법 제2조는 “법학전문대학원의 교육이념은 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성에 있다.”라고 규정하고 있다.

그렇다면, 법 제1조(목적), 제2조(교육이념) 및 이 사건 법률의 전체 규율 내용을 종합적으로 고려해볼 때, 로스쿨제도의 도입을 통하여 추구하는 입법 목적은, 현행 법조인 양성제도가 가지고 있는 위와 같은 문제점을 해결하여 다양한 학문적 배경을 가진 학위 소지자를 대상으로 전문적인 법률이론 및 실무에 관한 교육을 실시함으로써 다양하고 경쟁력있는 우수한 법조인을 많이 양성하는 것이라고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률이 로스쿨제도의 도입을 통하여 다양하고 경쟁력있는 우수한 법조인을 양성하고자 하는 입법목적은 추구하는 것은 법학교육의 질을 담보하고 법전문인력의 효율적인 양성과 활용을 통하여 공익에 기여한다고 할 것이므로, 이 사건 법률은 목적의 정당성이 인정된다.

2) 법 제26조 제2항이 전공에 따라서 입학정원의 비율을 제한하고자 하는 입법목적은 다양한 전공자를 대상으로 전문적인 법학 교육을 실시하려는 것이고, 법 제26조 제3항이 출신 대학별로 입학정원의 비율을 제한하고자 하는 입법목적은 법조 인력이 특정대학 출신으로 집중되는 것을 막아 법조 인맥을 형성치 못하도록 하고 타 대학의 출신자가 입학하도록 함으로써 다양한 학문풍토 조성에 기여하도록 하기 위한 것이다.

살피건대, 법 제26조 제2항이 다양한 전공자를 대상으로 전문적인 법학교육을 실시하고자 하는 입법목적 및 법 제26조 제3항이 다양한 학문풍토를 조성하고자 하는 입법목적은 추구하는 것은 공공복리에 기여한다고 할 것이므로, 각 입법목적의 정당성이 인정된다.

그리고 전공과 출신대학에 따라 로스쿨 입학정원 비율을 제한하는 것은 법 제26조 제2항 및 제3항이 추구하는 입법목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 될 수 있으므로, 수단의 적합성도 인정된다.

(나) 침해의 최소성

다양한 전공자를 대상으로 전문적인 법학교육을 실시하고 다양한 학문풍토를 조성하려는 입법목적은 달성하기 위하여 로스쿨의 입학정원을 전공별 및 출신학교별로 제한하는 경우에, 그 제한 비율을 법 제26조 제2항 및 제3항과 같이 1/3로 할 것인지, 아니면 1/4 또는 1/5 등으로 할 것인지는 전체 학부 졸업생 중에서 법과대학 졸업생이 차지하는 비율, 다양한 전공자를 필요로 하는 사회 경제적인 배경 및 그동안 사법시험 합격자 수의 특정대학 편중으로 인한 법조계의 인맥 형성에 따른 문제점 등을 고려하여 입법자가 그 입법재량의 범위 내에서 결정해야 할 것이다.

따라서 법 제26조 제2항 및 제3항이 로스쿨의 입학정원 결정에서 법학외의 전공 입학자 및 로스쿨 설치 대학 출신이 아닌 자를 1/3 이상으로 선발하도록 규정한 것은 입법목적은 달성하는 수단을 선택함에 있어서 입법자

의 선택재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없으므로, 최소침해성원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 법익균형성

법학전공 지원자가 법학 외 전공 지원자보다, 그리고 로스쿨 설치 대학 출신 지원자가 로스쿨 설치 대학 외 출신 지원자보다 로스쿨 지원에 있어서 제한을 받는다고 하더라도, 법학전공 지원자와 로스쿨 설치 대학 출신 지원자는 타 전공 지원자들 및 로스쿨 설치 대학 외 출신 지원자들보다 더 많은 3분의 2 이상의 선발비율을 점유할 수 있을 것이므로 자신들이 받게 되는 불이익이 그리 크지 않은 반면, 위 전공별 및 출신학교별 입학정원 제한을 통하여 다양한 전공자를 대상으로 전문교육을 실시하여 다양하고 경쟁력 있는 법조인을 많이 배출함으로써 얻게 되는 공익과 다양한 학교 출신자들을 대상으로 다양한 학문풍토를 형성하여 법학 전체의 발전을 도모하고 기존의 특정대학 출신의 법조 인맥 형성을 차단하여 법조비리를 사전에 예방함으로써 얻게 되는 공익은 훨씬 더 크다고 할 것이므로, 법 제26조 제2항 및 제3항은 법익균형성원칙에도 위배되지 아니한다.

(라) 소결론

따라서 헌법재판소는 위와 같은 이유로 법 제26조 제2항 및 제3항이 직업교육장 선택의 자유를 제한한 것은 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인들의 직업교육장 선택의 자유 내지 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다고 판시하였다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 차별이 존재하는지 여부

법 제26조 제2항은 법학전문대학원 입학자 중 법학 외의 분야에서 학사 학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 해야 한다고 규정하고, 법 제26조 제3항은 법학전문대학원 입학자 중 당해 법학전문대학원이 설치된 대학 외의 대학에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 해야 한다고 규정하고 있다.

이와 같이 법 제26조 제2항 및 제3항이 전공별로 그리고 출신대학별로 로

스쿨의 입학정원을 3분의 1의 비율을 기준으로 제한하는 것은, 법학전공자와 비법학전공자, 그리고 로스쿨 설치 대학 지원자와 타 대학 출신 지원자를 구분하여 그 선발인원에서 차등을 두고 있으므로, 비법학전공자에 비하여 법학전공자를, 그리고 타 대학 출신 지원자에 비하여 로스쿨 설치 대학 출신 지원자를 차별하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 차별이 헌법상 정당화되는지 여부

법 제26조 제2항 및 제3항이 법학전공자와 로스쿨 설치 대학 지원자를 차별하는 것이 헌법상 정당화되는지 여부를 본다.

이 사건 법률의 목적이 다양한 경력을 가진 우수한 법조인의 배출임을 고려할 때 상대적으로 법학에 대하여 충분한 지식을 가지지 못한 비법학전공자들에게 입학의 기회를 제공할 수 있도록 할당제를 도입할 필요성이 인정될 수 있고, 기존의 사법시험 응시자 중에서 법학전공자와 비법학전공자의 비율이 1 : 1 정도이고 그 합격자 비율이 7 : 3 정도임을 감안할 때 1/3이라는 비율이 과도하다고 볼 수 없으며, 로스쿨 제도의 도입목적 중 하나가 사법시험 합격자의 특정대학 편중으로 인한 법조계 내 학연에 따른 인맥의 형성 및 그에 따른 법조비리의 발생 등 문제점을 제거하고자 하는 것이므로, 타 대학 출신에게 어느 정도 입학정원을 할당할 필요성이 인정될 수 있다.

(3) 소결론

이에 따라 헌법재판소는 법 제26조 제2항 및 제3항이 법학전공자와 로스쿨 설치 대학 지원자를 차별하는 것은 합리적인 사유를 근거로 하고 있다고 할 것이므로 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다고 판시하였다.

재판관 조대현의 법 제26조 제2항 및 제3항에 대한 위헌의견

그러나 재판관 조대현은 법 제26조 제2항 및 제3항이 헌법에 위반된다는 의견을 다음과 같이 제시하였다.

이 사건 법률 제26조 제2항과 제3항은 각 법학전문대학원마다 법과대학 졸업생의 입학정원을 3분의 2 이하로 제한하고, 해당 법학전문대학원이 설치

된 대학교를 졸업한 자의 입학정원을 3분의 2 이하로 제한하고 있다. 이러한 규정은 서울에 있는 법과대학에 재학 중인 청구인들의 적성과 능력에 맞는 교육과 진로를 선택할 기본권을 제한한다고 할 것이다.

이 사건 법률 제26조 제2항과 제3항의 입법목적은 제1항에서 밝히고 있는 바와 같이 법학전문대학원에 다양한 지식과 경험을 가진 자를 입학시키기 위한 것이라고 한다. 법과대학 제도를 가지는 나라에서 법학전문대학원제도를 도입하면서 법과대학 출신이 법학전문대학원을 독점하는 것을 막기 위한 것인지도 모른다. 그리고 법학전문대학원의 입학정원이 제한되고 법학전문대학원을 설치할 수 있는 대학교가 제한되는 점을 고려하여 법학전문대학원이 설치되지 아니한 대학교를 졸업한 학생들도 어느 정도는 법학전문대학원에 입학할 수 있게 하려는 것인지도 모른다.

법조인이 다양한 지식과 경험을 가지는 것은 매우 바람직한 일이다. 또한 법과대학이 아닌 대학을 졸업한 사람이 법조인으로 되는 것도 권장할 가치가 있는 일이다. 그러나 법과대학을 졸업한 사람은 법조인으로서 갖추어야 할 다양한 지식과 경험을 갖추지 못하였다고 단정하기 어렵고, 법조인으로 된 뒤에 다양한 지식과 경험을 취득하여도 무방한 것이므로, 법조인이 되기도 전에 법학전문대학원에 입학할 단계에서 법과대학을 졸업한 사람들의 기본권을 제한하는 사유로 삼는 것은 허용되기 어렵다. 법학전문대학원을 졸업한다고 하여 바로 법조인으로 되는 것도 아니므로 더욱 그렇다.

그리고 자대(自大) 출신의 선발인원을 제한하는 것도 우수한 법조인 양성과 무관한 것이므로 기본권 제한사유로 삼을 수 없다.

법과대학이 아닌 대학을 졸업한 사람이나 다른 대학교를 졸업한 학생들도 법조인으로 양성할 필요가 있다고 하더라도, 그러한 학생들에게 장학금을 지급하거나 기숙사를 제공하는 등의 방법으로 우대하는 것은 몰라도, 법과대학 졸업자나 자대 출신자의 입학정원을 제한하여 그들의 기본권을 제한할 필요가 있다고 보기는 어렵다.

결국, 이 사건 법률 제26조 제2항과 제3항은 법과대학 졸업생과 자대 졸업자의 법학전문대학원 입학정원을 제한하여야 할 정당한 사유가 없음에도 불구하고 청구인들의 적성과 능력에 맞는 교육과 진로를 선택할 자유를 부

당하게 침해한다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률 제26조 제2항과 제3항에 대해서는 청구인들의 심판청구를 받아들여 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

3. 결정의 의의

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제26조 제2항 및 제3항이 로스쿨의 입학정원 결정에서 법학 외의 전공 입학자 및 로스쿨 설치 대학 출신이 아닌 자를 1/3 이상으로 선발하도록 규정하여 청구인들의 직업교육장 선택의 자유를 제한한 것은 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인들의 직업교육장 선택의 자유 내지 직업선택의 자유를 침해하지 않고, 평등권도 침해하지 않는다고 선고하였다는 데에 이 사건 결정의 의의가 있다.

공직선거법 제261조 제5항 제1호 위헌제청

- 기부행위를 제공받은 자에 대한 50배 과태료 사건 -
(헌재 2009. 3. 26. 2007헌가22, 판례집 21-1상, 337)

이 명 응*

【판시사항】

1. 심판의 대상을 개정된 법률조항으로 확장한 사례
2. 구 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것) 제261조 제5항 제1호(이하 '이 사건 구법 조항'이라 한다) 및 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제261조 제5항 제1호(이하 '이 사건 신법 조항'이라 한다)가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(적극)
3. 헌법불합치결정을 선고하면서 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체에 대하여 개선입법이 이루어질 때까지 심판대상조항의 적용중지를 명한 사례

【심판대상】

구 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것) 제261조(과태료의 부과·징수 등)

⑤ 제116조(기부의 권유·요구 등의 금지)의 규정을 위반하여 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 50배(주례의 경우에는 200만원)에 상당하는 금액의 과태료에 처하되, 그 상한은 5천만원으로 한다.

1. 물품·음식물·서적·관광 기타 교통편의를 제공받은 자
- 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제261조(과태료의 부과·징수 등) ⑤ 제116조(기부의 권유·요구 등의 금지)의 규정을 위반하여

* 전 부장헌법연구관

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(그 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액이 100만원을 초과하는 자는 제외한다)는 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 50배(주례의 경우에는 200만원)에 상당하는 금액의 과태료에 처한다. 다만, 제1호 및 제2호에 해당하는 자가 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품(제공받은 것을 반환할 수 없는 그 가액에 상당하는 금액을 말한다)을 선거관리위원회에 반환하고 자수한 경우에는 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 그 과태료를 감경 또는 면제할 수 있다.

1. 물품·음식물·서적·관광 기타 교통편의를 제공받은 자

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. ○○당 당원이던 박○준은 2006. 1. 25. 부산 중구 남포동 소재 ○○상회에서 멸치 230상자와 김 88상자 등 건어물 318상자를 구입하였는데, 위 건어물 가격은 1상자에 9,000원 상당이었다.

나. 박○준은 다음날 부산우체국에서 우체국택배를 이용해 발송인을 2006. 5. 31. 제4회 전국동시지방선거에서 ○○당 소속 부산광역시장 후보예정자였던 ‘오○돈’으로 표시한 다음, 별지 목록 기재 제청신청인들과 항고인들(이하 제청신청인들과 항고인들을 합쳐 ‘신청인들’이라고만 한다)에게 위 건어물 1상자씩을 발송하였다.

다. 부산광역시 선거관리위원회는 신청인들이 위 건어물 1상자씩을 받았다고 보고 공직선거법 제116조 및 같은 법 제261조 제5항 제1호에 따라 2006. 9. 14. 신청인들에게 과태료 각 450,000원(=9,000원×50배)을 부과하였고, 이에 대해 신청인들이 이의를 제기하자 부산지방법원 동부지원은 약식재판으로 신청인들을 과태료 450,000원에 처하였다가, 신청인들이 위 결정에 다시 이의를 신청하자 심문을 거쳐 신청인들을 과태료 450,000원에 처하는 제1심 결정을 하였으며, 신청인들은 제청법원에 위 제1심 결정에 대한 즉시항고를 제기하여 현재 항고심 재판이 계속중에 있다.

라. 제청법원은 2007. 10. 23. 공직선거법 제261조 제5항 제1호가 위헌이라고 인정할만한 상당한 이유가 있다며 위헌제청결정을 하였고, 이 결정은

2007. 11. 2. 헌법재판소에 접수되었다.

2. 위헌제청이유 및 이해관계인의 의견

가. 위헌제청 이유요지

이 사건 구법 조항에 따른 위반행위는 위반자의 요구 등 적극성, 기부행위자와 위반자의 관계, 위반자의 경제적 형편, 기부행위의 행태와 경위 등에 따라 위법성의 정도가 다양할 수 있는데도 불구하고, 이 사건 구법 조항에서는 그 위반에 대한 과태료로 통상의 입법례인 ‘…… 원 이하’가 아니라 ‘제공 받은 가액의 50배에 상당하는 금액’으로 규정하여 위반행위의 유형에 따른 차등부과의 가능성을 배제하고 있는바, 이는 필요한 정도의 적정성과 상당성을 넘어서는 수단으로서 의무위반 행위와 그에 대한 책임이 현저하게 균형을 잃은 것으로 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 비례의 원칙 또는 과잉금지원칙에 위반되는 것이고, 입법부가 사안에 따른 구체적인 사법판단의 기능까지 행사하도록 규정한 것에 다름없어 입법재량의 한계를 넘은 것이다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견요지

(1) 이 사건 구법 조항은 경미한 금품을 기부 받은 자에 대하여 형벌을 부과하던 것을 받은 가액의 ‘50배’에 상당한 과태료 부과로 변경함으로써 각종 선거에서 행하여지는 소액의 기부행위를 효과적, 실질적으로 근절하고 유권자들의 선거에 대한 의식을 제고시켜 과거로부터 이어온 금품·향응제공 등의 그릇된 선거문화를 바로잡기 위한 입법자의 의지가 반영된 것임은 물론 과태료 금액의 결정에 일체의 재량권을 부여하지 않음으로써 ‘돈 선거’를 근절하려는 확고한 의지를 나타낸 것으로, 실제로 이 사건 구법 조항에 따른 과태료 부과 제도가 실시된 이후 금품·음식물제공 행위가 급격하게 감소하는 등 제도의 실효성이 입증된 바 있다.

(2) 이와 같이 깨끗한 선거문화의 달성이라는 공익적 측면과 법정 과태료의 부과를 통한 제도의 실효성 및 이 사건 구법 조항이 적용되는 경우는 교통편의, 입당대가, 모임, 집회의 참석 대가, 각종 행사에서 금전·물품·음식물 제공 등 소액의 금품을 제공받은 경우로 제한되고 과태료 상한(5천만원)

이 규정되어 있다는 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 구법 조항은 입법제량의 범위 내에 속한 합헌적 규정이다.

【결정요지】

1. 이 사건 심판대상은 이 사건 구법 조항의 위헌 여부이지만, 이 사건 신법 조항의 경우에도 과태료의 기준 및 액수(‘제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 50배에 상당하는 금액’) 등 이 사건에서 위헌성이 문제된 부분에 있어서는 이 사건 구법 조항의 내용과 실질적인 차이가 없으며, 그렇다면 이 사건 신법 조항 또한 그 위헌 여부에 관하여 이 사건 구법 조항과 결론을 같이할 것이 명백하다 할 것이므로, 이 사건 신법 조항으로 심판대상을 확장한다.

2. 이 사건 구법 조항 및 이 사건 신법 조항(이하 이를 합쳐 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)은 의무위반자에 대하여 부과할 과태료의 액수를 감액의 여지없이 일률적으로 ‘제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 50배에 상당하는 금액’으로 정하고 있는데, 이 사건 심판대상조항이 적용되는 ‘기부행위금지규정에 위반하여 물품·음식물·서적·관광 기타 교통편의를 제공받은 행위’의 경우에는 그 위반의 동기 및 태양, 기부행위가 이루어진 경위와 방식, 기부행위자와 위반자와의 관계, 사후의 정황 등에 따라 위법성 정도에 큰 차이가 있을 수밖에 없음에도 이와 같은 구체적, 개별적 사정을 고려하지 않고 오로지 기부받은 물품 등의 가액만을 기준으로 하여 일률적으로 정해진 액수의 과태료를 부과한다는 것은 구체적 위반행위의 책임 정도에 상응한 제재가 되기 어렵다. 더욱이 이 사건 구법 조항은 형벌조항인 공직선거법 제257조 제2항과 구별되는 경미한 사안에 관한 구체적 기준을 명확히 규정하지 아니함으로써, 소액의 기부행위를 규제하겠다는 애초의 입법 의도와는 달리 죄형법정주의 내지 형사법규에 대한 엄격해석의 원칙 등에 비추어 고가의 물품 등을 기부 받은 경우에도 적용된다고 해석할 수밖에 없게 되어 책임원칙에 상응한 제재가 되기 어려울 뿐만 아니라, 위반행위자 간에도 현저히 형평에 어긋나는 결과를 초래하게 된다.

또한, 이러한 획일적인 기준에 따른 과태료의 액수는 제공받은 금액 또는

음식물·물품 가액의 '50배'에 상당하는 금액으로서 제공받은 물품 등의 가액 차이에 따른 과태료 액수의 차이도 적지 아니한데다가 그와 같은 50배의 과태료가 일반 유권자들에게 소액의 경미한 제재로 받아들여질 수도 없는 것이다. 특히 이 사건 심판대상조항이 규정한 과태료 제재의 과중성은 형벌조항인 공직선거법 제257조 제2항에서 규정한 벌금형의 법정형의 상한이 500만 원인데 비하여, 이보다 경미한 사안, 예컨대 100만원의 물품을 제공받은 경우 이사건 심판대상조항에 따라 일률적으로 5000만원의 과태료를 부담하게 된다는 점에서 분명해진다.

나아가 소액의 위법한 기부행위를 근절함으로써 선거의 공정성을 확보한다는 입법목적의 달성은, 반드시 과태료의 액수가 '50배'에 상당하는 금액이 되어야만 가능한 것이 아니고, 과태료의 액수를 '50배 이하'로 정하는 등 보다 완화된 형식의 입법수단을 통하여도 얼마든지 가능한 것이다.

3. 이 사건 심판대상조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이 사건 심판대상조항의 위헌성은 과태료 제재 자체에서가 아니라 과태료의 기준 및 액수의 획일성, 과중성에서 비롯된 것인데, 이 사건 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 입법자가 위헌의 취지에 맞추어 이 사건 심판대상조항을 개정하게 될 때까지 법적 규제의 공백상태가 되어 법 집행상의 혼란과 형평의 문제가 발생할 수 있고, 위헌적인 조항들을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이라는 점 등을 고려하여 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자가 개선 입법에 의하여 위헌성을 제거할 때까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 이 사건 심판대상조항의 적용을 중지하고 위헌성이 제거된 개정조항을 기다려 이를 적용하도록 하는 것이 상당하다.

재판관 이공현, 재판관 김희욱의 반대의견

연혁적으로 우리나라의 선거풍토에서 유권자에 대한 후보자 측의 금전이나 물품 혹은 음식물 제공행위를 규제하여야 할 입법적 필요성은 매우 크다 할 것인데, 위반행위가 있을 경우 제공받은 물품 등 가액의 50배에 상당한

과태료를 부과하도록 정한 이 사건 심판대상조항은 유권자들에게 확실한 경각심을 새겨주는 효과적이고 신속한 제재수단으로서 입법목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당한다.

더욱이 이 사건 심판대상조항이 정한 ‘50배’의 과태료는 100만원 이하의 물품 등을 제공받은 경우에만 적용되는 것이고, 질서위반행위규제법의 시행에 따라 고의 또는 과실이 없거나 정당한 이유가 있는 위법성의 착오의 경우에는 과태료를 부과하지 아니하도록 되어 위반행위와 책임 간의 불균형이 보완된 점 등을 감안할 때, 이 사건 심판대상조항이 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판대상조항은 헌법에 위반되지 않는 것이다.

【해설】

1. 입법연혁 및 입법배경

가. 입법연혁

이 사건 조항은 공직선거법 제116조(기부의 권유, 요구 등의 금지)를 위반하여 소액의 금품을 받은 자에 대해서 형벌이 아닌 과태료를 부과하도록 한 규정으로서, 2004. 3. 12. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 일부개정시 신설되었다(법률 제7189호). 이미 1948년도 국회의원선거법부터 기부행위를 받은 경우 처벌조항을 두어 왔으며, 벌금 혹은 금고 내지 벌금형에 처하다가, 이 사건 조항에 이르러 소액의 금품 등을 받은 경우에는 50배 과태료 규정으로 처벌하는 것으로 전환되었다.

○ 2004. 3. 12. 개정 전 ‘공직선거 및 선거부정방지법’

第257條 (寄附行爲의 금지제한 등 違反罪) ②第81條第6項·第82條第4項·第113條·第114條第1項 또는 第115條에서 規定하고 있는 政黨(創黨準備委員會를 포함한다), 候補者(候補者가 되고자 하는 者를 포함한다. 이하 이 條에서 같다), 候補者의 配偶者, 候補者나 그 配偶者의 直系尊·卑屬 또는 兄弟姉妹와 그 配偶者, 選舉事務長, 選舉連絡所長, 選舉事務員, 會計責任者, 演說員, 對談·討論者, 候補者 또는 그 家族과 관계있는 會社 등이나 그 任·職員과 第三者

[第116條(寄附의 勸誘·요구 등의 금지)에 規定된 행위의 상대방을 말한다]에 게 寄附를 指示·勸誘·알선·요구하거나 그로부터 寄附를 받은 者는 3年 이하의 懲役 또는 500萬원 이하의 罰金에 處한다. <改正 1997.1.13, 2000.2.16>

○ 1994. 3. 16. 폐지되기 전 국회의원선거법

第180條 (寄附行爲의 금지·제한등 違反罪) ①第82條第1項 또는 第2項에 規定된 者가 同條의 規定에 위반하여 寄附를 하거나 第83條 또는 第85條의 規定에 위반한 者는 3年이하의 懲役이나 禁錮 또는 300萬원이하의 罰金에 處한다.<改正 1991·12·31>

第83條 (寄附의 勸誘·요구등의 금지) 누구든지 選舉에 관하여 政黨·候補者 또는 그 家族·選舉事務長·選舉連絡所長·選舉運動員 및 候補者와 관계있는 會社등에게 寄附를 勸誘 또는 요구하거나 그로부터 寄附를 받을 수 없다.<改正 1991·12·31>

第183條의2 (自首者에 대한 特例) 第152條第1項·第153條第1項 또는 第180條第1項의 規定에 위반한 者중 金錢·物品 기타 이익등을 수령하거나 수령하기로 약속받은 選舉人(候補者와 그 家族·選舉事務長·選舉連絡所長·選舉運動員·參觀人·政黨의 幹部 및 詐僞의 方法으로 이익등을 수령하거나 수령하기로 한 者를 제외한다)이 自首한 때에는 그 刑을 免除한다. [本條新設 1991·12·31]

○ 1960년 국회의원선거법

第98條 左의 各號의 1에 該當하는 者는 2年以下의 懲役, 禁錮, 또는 20萬圓以下의 罰金에 處한다.

1. 投票케 하거나 投票할 수 없게 할 目的으로 選舉人에게 金錢, 物品, 響應 其他 財産의 利益이나 公私의 職을 提供, 約束 또는 要求한 者

2. 投票를 하였거나 하지 아니하였다는 報酬로서 選舉人에게 前號에 規定한 行爲를 한 者

3. 選舉運動에 利用할 目的으로 學校 其他 公益機關, 團體 또는 青年團體에게 金錢, 物品 其他 財産의 利益을 提供, 約束 또는 要求한 者

4. 前3號에 規定한 行爲에 關하여 斡旋 또는 勸誘한 者

前項第1號 또는 第2號에 規定한 財産上의 利益 또는 職의 提供을 받았거나 받을 것을 承諾한 者는 5萬圓以下의 罰金에 處한다.

第101條 前3條의 境遇에 받은 利益은 沒收한다. 且, 그 全部 또는 一部를 沒收할 수 없을 때에는 그 價額을 追徵한다.

○ 1948년 국회의원선거법

第53條 左記의1에 該當하는 者는 5年以上의 懲役 또는 拾萬圓 以下의 罰金에 處함. 但, 情狀에 依하여 懲役 及 罰金을 併科할 수 있음.

1. 詐欺의 方法으로 選舉人名簿에 登錄하거나 또는 投票한 者

2. 投票 또는 棄權의 條件으로 金錢, 物品, 響應 其他 財産上의 利益을 受授 또는 그 受授를 約束하거나 地位 或은 榮譽上 有利한 條件을 提供 또는 그 提供을 約束한 者

나. 입법배경

이 사건 조항이 50배로 과태료로 전환된 이유에 대해서는 당시 입법자료가 남아있지 않으나, 선거와 관련한 기부행위가 선거관리위원회, 경찰 등에 의해 적발되어도 그 금액이 큰 소수의 경우를 제외하고는 기부를 한 후보자만이 중전의 법 제257조에 따라 처벌될 뿐이었고 기부를 받은 유권자들은 사실상 처벌되지 않는 경우가 많아 처벌규정의 실효성이 없었고, 결과적으로 유권자들의 금품, 음식물 등 요구 관행은 근절되지 않았기 때문에, 입법자는 경미한 금품수수 등에 있어서 기부 받은 자에 대하여 형벌을 부과하던 것을 받은 가액의 50배에 상당한 과태료 부과로 변경함으로써 각종 선거에서 행하여지는 소액의 기부행위를 효과적, 실질적으로 근절하고 유권자들의 선거에 대한 의식을 제고시켜 과거로부터 이어온 금품, 향응제공 등의 그릇된 선거문화를 바로잡으려고 시도한 것으로 보인다.

다. 유사한 국내입법례(이 사건 심리 당시 기준임).

(1) 동일한 형태

○ 농업협동조합법 제174조 (과태료) ④제50조의2 제1항(제107조·제112조

또는 제161조의 규정에 따라 준용하는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 금전·물품 그 밖의 재산상의 이익을 제공 받은 자는 그 제공받은 금액 또는 가액의 50배에 상당하는 금액의 과태료에 처하되, 그 상한은 5천만원으로 한다. <신설 2005.7.21>

제50조의2 (기부행위의 제한) ①지역농협의 임원선거의 후보자, 그 배우자 및 후보자가 속한 기관·단체·시설은 ……금전·물품 그 밖의 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위(이하 "기부행위"라 한다)를 할 수 없다.

○ 산림조합법 第134條 (過怠料) ④제40조의2 제1항(제122조의 규정에 따라 준용하는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 금전·물품 그 밖의 재산상의 이익을 제공 받은 자는 그 제공받은 금액 또는 가액의 50배에 상당하는 금액의 과태료에 처하되, 그 상한은 5천만원으로 한다. <신설 2005.7.21>

제40조의2 (기부행위의 제한) ①조합의 임원선거의 후보자, 그 배우자 및 후보자가 속한 기관·단체·시설은 ……시설에 대하여 금전·물품 그 밖의 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위(이하 "기부행위"라 한다)를 할 수 없다.

○ 수산업협동조합법 제180조 (과태료) ③제53조의2(제108조, 제113조 또는 제168조의 규정에 따라 준용하는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 금전·물품 그 밖의 재산상의 이익을 제공 받은 자는 그 제공받은 금액 또는 가액의 50배에 상당하는 금액의 과태료에 처하되, 그 상한은 5천만원으로 한다. <신설 2005.7.21>

(2) 유사한 형태

○ 공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률 제22조 (벌칙) 이 법에 의한 대외송금 또는 공공차관의 도입과 관련하여 국외로 공공차관을 도피시킨 자(기업의 경우에는 그 대표자를 포함한다)는 1년 이상의 유기징역 또는 도피액의 2배이상 10배이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 도피시킨 공공차관은 이를 몰수하고, 이를 몰수할 수 없는 때에는 이에 상당하는 가액을 추징한다.

○ 관세법 제269조 (밀수출입죄) ②다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자. 다만, 제253조 제1항의 규정에 의한 반출신고를 한 자를 제외한다.

2. 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수입물품과 다른 물품으로 신고하여 수입한 자

○ 방위사업법 제62조 (벌칙) ①사위 또는 부정한 방법으로 제38조 또는 제39조 제1항의 규정에 의한 용자금 또는 보조금을 받거나 용자금 또는 보조금을 그 용도 외에 사용한 자는 10년 이하의 징역이나 금고에 처하거나 용자 또는 보조받은 금액의 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

② 부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 입힐 목적으로 그 기업에 유용한 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

○ 철도사업법 제10조 (부가운임의 징수) ①철도사업자는 열차를 이용하는 여객이 정당한 승차권을 소지하지 아니하고 열차를 이용한 경우에는 승차구간에 상당하는 운임외에 그의 30배의 범위안에서 부가운임을 징수할 수 있다

○ 환경범죄의단속에관한특별조치법 제12조 (과징금) ①환경부장관은 대통령령이 정하는 오염물질(이하 "특정오염물질"이라 한다)을 불법배출(제2조 제2호 가목 내지 자목에 한한다. 이하 이 조에서 같다)한 사업자에 대하여 불법배출이익(불법배출한 때부터 적발된 때까지 특정오염물질을 불법 배출함으로써 지출하지 아니하게 된 당해 특정오염물질의 처리비용을 말한다. 이하 같다)의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 금액과 특정오염물질의 제거 및 원상회복에 소요되는 비용(이하 "정화비용"이라 한다)을 과징금으로 부과·징수한다.

○ 도서관법 제47조 (과태료) 제20조 제2항의 규정을 위반한 자는 해당자료정가(그 자료가 비매자료인 경우에는 해당간행자료의 원가)의 10배에 해당하는 금액 이하의 과태료에 처한다.

라. 외국 입법례

중앙선거관리위원회가 발간한 ‘외국의 선거제도 비교분석집’(2005)에 의하면, 기부행위 관련 제한, 금지에 관하여 비교되는 입법례로 영국, 미국, 일본, 필리핀, 캐나다, 호주의 경우가 소개되고 있다(355-363쪽). 이 중 영국, 미국, 일본, 호주의 경우를 보면 다음과 같다.

- 영국

선거시 또는 선거 전에 자기자신이 또는 그 대리인이 투표 또는 투표합의를 하거나, 투표하지 아니하거나, 투표하지 아니할 것을 합의한 것을 이유로 금전·선물·대금(貸金)·대가·직장 또는 직업을 직접 또는 간접으로 수령·승락 또는 계약을 하여서는 아니된다.

선거 후에 투표하였거나 투표하도록 또는 투표하지 아니하도록 타인을 권유하였다는 이유로 금전 또는 대가를 직접 또는 간접으로 수령하게 하여서는 아니된다.

이러한 범죄에 대해서는 뇌물(수수)죄로 처벌된다(1983년 국민대표법 제 113조).

- 미국

미국은 선거운동방법 및 기간제한이 없는 대신 선거비용의 제한을 통하여 선거운동 전체를 규제하고 있다. 선거운동에 관하여 연방법률에서는 선거운동비용의 기부에 대한 제한, 기업, 노종조합 및 연방정부와의 계약자의 기부 금지 등 선거에 관한 자금의 규제에 중점을 두고 있으며, 이외에는 각 주가 정하는 법률에 의하여 규제된다(연방선거운동관계법 제441조의b 및 c). 연방 공직선거 또는 후보지명선거의 선거운동과 관련하여 총 100달러를 초과하여 미국 또는 외국의 현금으로 하는 기부는 금지된다(연방선거운동관계법 제 441조의g).

- 일본

일본 공직선거법은 이 사건 조항과 같이 선거에 관하여 선거법 제199조

(특정기부의 금지) 규정에 해당하는 자에게 기부를 권유하거나 요구할 수 없으며, 기부를 받을 수 없다고 규정한다(제200조).

그러나 이에 대한 처벌조항은 이 사건 조항과 달리 3년 이하의 금고 또는 50만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제248조, 권유와 수수 동일함).

- 호주

연방선거법 제326조는 다음과 같이 규정한다.

누구든지 아래와 같은 사실이 방법에 상관없이 영향을 받게 될 것을 알면서 자신 또는 다른 사람을 위한 것인지의 여부에 관계없이 어떠한 종류의 재산 또는 이익을 요구, 수령, 획득하거나 제공, 제공의 합의, 수령 또는 획득하여서는 아니된다.

투표 및 입후보. 후보자, 후보자 그룹 또는 정당에 대한 지지, 반대. 선거인의 투표에 나타난 지지도에 영향을 미칠 목적 또는 미칠 우려가 있는 일과 행위. 이에 대한 처벌은 5,000달러 또는 2년의 징역 또는 양자의 병과이다.

2. 이 사건 법률조항의 위헌성

가. 제재의 위헌성 문제에 관한 일반론

입법권자가 그 재량으로 행정질서벌인 과태료를 과하기로 입법상의 결단을 한 경우에 그 과태료의 액수를 정하는 것 역시 입법재량에 속한다고 볼 것이다. 다만, 의무위반의 책임을 추궁하는 데 필요한 정도를 현저히 넘어서고 다른 행정법규 위반자와 비교하여도 불합리하게 형평이 맞지 않을 정도로 과태료의 액수가 지나치게 무거운 때에는 재량의 한계를 이탈한 것이 된다(헌재 1998. 5. 28. 96헌바83, 판례집 10-1, 624, 636; 헌재 2004. 2. 26. 2002헌바97, 판례집 16-1, 272, 278-281).

과태료 액수의 과다성에 관련된 판례들을 보면, 과태료의 대상이 되는 구성요건 규정이 위헌이라는 결정은 있었으나(예, 영화사전심의제에 관한 2000헌가9 결정), 과태료 액수 자체가 지나친 것이라는 이유로 위헌결정을 한 예는 찾기 어렵다. 다만 과다한 과징금의 경우 위헌결정을 사례가 발견된다.

○ 과태료에 대한 합헌사례

부동산소유권이전등기신청을 의무화하고 그 의무위반에 대하여 등록세액의 5배 이하 과태료에 처할 수 있도록 한 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문(제2조 제1항 부분)은 합헌(헌재 1998. 5. 28. 96헌바83, 판례집 10-1, 624).

교통사고환자를 진료한 의료기관이 보험사업자에게 자동차보험 진료수가를 청구할 수 있는 경우에는 교통사고환자에게 이에 해당하는 진료비를 청구할 수 없도록 하고, 이에 위반한 의료기관의 개설자를 2천만원 이하의 과태료에 처하도록 한 규정은 합헌(헌재 2004. 2. 26. 2002헌바97, 판례집 16-1, 272).

○ 과징금 위헌사례

부동산실명법 시행 후 법을 위반한 명의신탁자 및 법 시행일로부터 1년 이내에 실명등기를 하지 아니한 기존 명의신탁자 등에 대하여 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과할 수 있도록 한 부동산실명법 제5조 제1항, 제12조 제2항 중 제5조 제1항 적용부분에 있어서, '부동산가액'의 30%라는 과징금 부과율은 부동산실명법의 입법목적을 고려한다 하더라도 지나치다고 보여지고, 또한, 100분의 30이라는 부과율은 명의신탁의 숨은 의도가 어느 정도 반사회적인지, 위반의 유형에 따른 차등부과의 방법은 없는지, 다른 참작사유는 없는지 등의 여부에 관계없이 일률적인 비율로 정하여 놓은 것이므로, 구체적인 경우에 따라 지나친 제재가 될 수 있다. 탈세나 투기를 위한 방편으로 이용되었는지, 그로 인하여 이득을 얻었는지, 실명등기 의무 지체의 기간이 얼마나 되는지 등의 다양한 요소들을 고려하여 과징금을 차등적으로 부과할 수 있는 가능성을 전혀 배제한 것은, 과잉금지의 원칙은 물론 평등의 원칙에도 반한다(헌재 2001. 5. 31. 99헌가18, 판례집 13-1, 1017, 1019-1020.).

나. 위헌의 주된 논거

다수의견은 과태료의 수액을 감액의 여지없이 일률적으로 물품가액에 비례하여 정한 부분(법관의 재판권 침해)과 그 과태료의 액수가 물품가액의 50배(상한은 5,000만원)로 정하여져 지나치게 과다(과잉금지의 원칙 침해, 피

침해기본권은 일반적 행동의 자유 등을 상정할 수 있음)하다는 두 가지 측면에서 위헌성을 인정하였다.

우선 제공받은 물품가액에 비례하여 과태료를 정하게 된다는 점에서 어느 정도 책임원칙에 부합하는 측면도 있으나, 심판대상조항이 적용되는 전제가 되는 위반행위의 태양이 다양할 수밖에 없으므로, 같은 가액의 물품을 제공받은 경우라도 그 책임이 같다고 할 수 없는 경우가 존재함은 물론, 높은 가액의 물품을 제공받은 경우보다 낮은 가액의 물품을 제공받은 경우의 책임이 더 중한 경우가 존재할 수 있다는 점에서 다양한 책임요소를 감안할 수 없어 책임원칙에 어긋나는 지나친 제재가 될 수 있다는 것이다. 한편 개정조항은 자수와 반환의 경우 임의적 감면이 가능하도록 하여 위헌소지를 완화하고는 있지만(예초에 형벌조항만이 존재하는 경우에도 자수자에 대한 특례조항은 존재하였음), 자수와 반환의 경우에만 임의적 감면사유로 규정된 것은 심판대상조항의 위헌성을 완화한 것일 뿐, 위헌성을 제거한 것으로 볼 수는 없다고 보았다.

또한 형벌조항인 공직선거법 제257조 제2항의 법정형과 비교해 볼 때, 심판대상조항에 따른 과태료 제재는 과도한 것이라고 판단되었다. 즉 과태료 사안보다 중한 사안에 적용되는 형벌조항에서 정한 벌금형의 상한이 500만원인데 비하여, 그보다 경미한 사안에 적용되는 과태료의 상한은 그 10배에 달하는 5,000만원이어서 상당한 차이가 있고, 과태료의 수액도 물품가액의 50배로 정형화되어 있어 실제로 100만원 이상의 물품을 제공받은 경우에는 무조건 과태료의 상한인 5,000만원의 과태료가 부과될 수밖에 없는 것이다. 한편 개정조항은 100만원을 초과하는 물품을 제공받은 경우에는 과태료가 아닌 형벌조항의 적용대상임을 명시하고 있지만, 이는 또한 100만원의 물품을 제공받은 경우에는 5,000만원의 과태료를 부담함에 대하여 101만원의 물품을 제공받은 경우에는 징역형을 선택하지 않는 이상 최대 500만원의 벌금을 부담하게 된다는 결과가 되므로, 행정형벌과 행정질서벌이라는 본질적 차이를 고려하더라도 이러한 벌금액과 과태료의 수액의 차이는 정당화되기 어려운 것이다.

한편 심판대상조항은 대법원의 법률해석을 전제로 할 때, 100만원의 물품

을 제공받은 자와 5,000만원의 물품을 제공받은 자 모두 5,000만원의 과태료를 부담할 수밖에 없다는 것이어서, 100만원 초과와 물품을 제공받은 자와 그 미만의 물품을 제공받은 자 사이에 심각한 불균형을 초래할 소지가 있다 (이는 개정조항에서는 해결됨).

나아가 심판대상조항의 입법목적을 감안할 때, 높은 과태료의 부과가 필요하다고 하더라도, 심판대상조항의 과태료의 수액을 “50배”가 아니라 “50배 이하”로 정한 경우에도 충분히 입법 목적을 달성할 수 있다고 판단하였다.

이러한 이유에서 다양할 수 있는 개별적 사항에 대한 제재의 확실성과 과중성 때문에 위 규정은 헌법에 위반된다고 본 것이다.

다. 입법시한 없는 헌법불합치결정의 취지

이 사건에서 헌법재판소는 심판대상조항의 과태료 제재 자체가 위헌이라는 것이 아니라 과태료의 기준 및 액수의 확실성 및 과중성으로 인하여 위헌이라는 것이므로, 단순위헌의 경우 위헌취지와는 달리 위법행위임에도 불구하고 과태료 제재자체를 할 수 없게 되고 기존의 과태료 제재를 받은 자와의 사이에 형평성 문제가 발생하므로, 헌법불합치결정을 택하였다. 한편 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 명할 경우, 과태료 기준 및 액수의 위헌성에도 불구하고 그대로 위헌적인 기준 및 액수에 따른 과태료 제재를 허용하는 셈이 되어 바람직하지 않으므로, 헌법불합치결정의 원칙적인 형태인 적용중지명령이 필요하다고 보았다(개선입법을 기다려 개선입법을 적용)

다만 입법개선시한을 정할 것인지가 문제되는바(시한을 정한다면 2010년 지자제 선거가 예정되어 있고 입법을 위한 최소한의 기한이 필요한 점 등을 고려할 때, 2009. 12. 31.이 상정될 수 있었다), 헌법재판소는 적용중지형 헌법불합치결정을 선택함으로써 합헌적으로 개선된 신법을 적용하도록 하겠다는 취지를 보인 것인데, 이 사건에서 굳이 입법개선시한을 정할 필요는 없다고 보았다.

그러한 사례는 현재 2007. 8.30. 2004헌가25, 판례집 19-2, 203, 206(실화책임에 관한 법률 사건), 현재 2004. 5.27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 675(학교보건법 사건)에서도 찾아볼 수 있다.

3. 반대의견의 논거

반대의견은 우선 연혁적 이유에서 선거를 앞두고 금전이나 음식물 등을 받은 경우에 대한 상징적인 엄격한 처벌의 필요성을 수증하였다. 입법자가 기부행위를 받은 경우 중 100만원 이하의 경우와 중한 경우를 나누어 전자를 50배의 과태료로 한 것은, 그동안 선거와 관련한 기부행위가 선거관리위원회, 경찰 등에 의해 적발되어도 그 금액이 큰 소수의 경우를 제외하고는 기부를 한 후보자만이 종전의 법 제257조에 따라 처벌되고 기부를 받은 유권자들은 사실상 처벌되지 않는 경우가 많아 처벌규정의 실효성이 없었던 것에 대한 고려이며 이러한 입법정책적 측면이 수증된다.

한편 ‘일률적인 50배’가 아니라 ‘50배 이하’의 과태료규정을 두더라도 그 입법목적은 달성할 수 있다고 단정할 수 없다. 유권자의 입장에서 볼 때 일률적인 ‘50배 과태료’라는 규정이 갖는 상징성과 일반예방적 효과는 ‘50배 이하의 과태료’보다 훨씬 클 것이라고 보았다.

한편 소수의견은 100만원 이하의 물품 등을 받은 경우 50배까지 일률적으로 과태료를 부과하는 것은 구체적인 위법행위의 정황 등에 비추어볼 때 유권자에게 심한 제재가 될 가능성이 있는 것은 인정하였으나, 실제 부과되는 과태료 액수는 5천만원에 훨씬 못 미치는 경우가 대부분이라는 현실을 고려하였다. 또한 입법자가 행정질서벌을 정함에 있어서 구체적이고 개별적인 타당성을 어느 정도 희생하더라도 중요한 공익의 달성을 위하여 합당한 과태료 제재수단을 채택할 수 있는 입법재량이 있다고 보았다.

나아가 소수의견은 2008. 6.부터 시행된 질서위반행위규제법이 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위에는 과태료를 부과하지 아니하며(제7조), 자신의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인하고 행한 경우 정당한 이유가 있으면 과태료를 부과하지 아니하도록 한 점(제8조)을 감안하고 있다. 이러한 입법의 존재는 일률적인 ‘50배 과태료’가 지니는 행위와 책임 간의 불균형성을 보완할 수 있는 것으로 보았다.

한편 소수의견도 최대 5천만원까지 과태료가 그보다 위법성이 더 강한 기부행위에 대한 형벌이 500만원 이하의 벌금인 것과 비교할 때 지나치게 고액인 점을 인정하였으나, 이는 금품 등의 가격이 100만원 이하의 것에 대한

제재로서, 기준을 ‘100만원’으로 정하다 보니 최대금액이 5천만원이 된 것인데, 실제로 부과되는 사안들은 100만원에 못 미치는 물품 등에 대한 것이 대부분이므로 수치상의 측면만으로 입법재량의 불합리성을 인정할 수는 없다고 보았다.

이러한 점과 관련하여 소수의견과 다수의견의 중요한 차이점은 이 사건 구법 조항에 대한 부과기준에 있어서 물품 등 가액이 100만원 초과인 경우에도 5천만 원까지 과태료부과가 가능할 것인지 여부에 대한 판단이다. 소수의견은 다수의견과 달리 입법의도는 ‘100만원’ 가액을 기준으로 50배일 때 5천만원으로 한 것임이 명백하며, 다수의견과 같이 해석하면 ‘가액의 50배에 상당하는 금액의 과태료에 처하되’라는 법문의 내용이 무시되는 결과가 되며, 100만원 초과인 기부행위를 상정하여 따로 공직선거법에 형벌규정을 둔 것과 조화되지도 않는다고 보았다.

4. 결정의 의의

이 사건 결정은 비록 입법목적이 정당하더라도 개별 사안의 다양성을 무시하고 일률적인 위하적 효과만 강조하는 공직선거법상 기부행위에 대한 50배 과태료 규정은 지나친 수단으로서 허용될 수 없다는 것을 인정한 것이다. 이는 입법자가 정책적 고려를 하여 제재수단을 정하더라도 국민들에게 비난 가능성과 책임성의 정도에 상응하는 제재가 될 수 있어야 하며, 다른 제재수단(형벌)의 양과 비교하여 형평성이 위반되어서는 안 된다는 법리를 명확히 한 것이다.

이 사건 결정 후 공직선거법의 관련 규정은 다음과 같이 개정되었다.

제116조(기부의 권유·요구 등의 금지) 누구든지 선거에 관하여 제113조부터 제115조까지에 규정된 기부행위가 제한되는 자로부터 기부를 받거나 기부를 권유 또는 요구할 수 없다.[전문개정 2010.1.25]

제261조(과태료의 부과·징수 등) ① - ⑤ 생략

⑥ 제116조를 위반하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(그 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액이 100만원을 초과하는 자는 제외한다)는 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 10배 이상 50배 이하에 상당하

는 금액(주례의 경우에는 200만원)의 과태료를 부과하되, 그 상한은 3천만원으로 한다. 다만, 제1호 및 제2호에 해당하는 자가 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품(제공받은 것을 반환할 수 없는 경우에는 그 가액에 상당하는 금액을 말한다)을 선거관리위원회에 반환하고 자수한 경우에는 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 그 과태료를 감경 또는 면제할 수 있다.

<신설 2004.3.12, 2008.2.29, 2010.1.25>

경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례 [별표] 위원확인

- 자치구·시·군의회의원 지역선거구 획정 -
(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마67, 판례집 21-1상, 512)

이 규 홍*

【판시사항】

1. 자치구·시·군의회의원 선거구의 인구편차 비교방식(해당 선거구의 의원 1인당 인구수를 그 선거구가 속한 자치구·시·군의회의원 1인당 평균 인구수와 비교)
2. 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에서 요구되는 인구편차의 헌법상 허용한계(평균인구수로부터 상하 60%의 편차 범위 내)
3. 이 사건 심판대상인 선거구 획정의 위헌 여부(일부 적극, 일부 소극)
4. 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에서 일부 선거구 획정의 불평등을 이유로 해당 시의 의회의원 선거구 전체에 대하여 위헌선언을 할 것인지 여부(적극)
5. 위헌인 선거구가 속한 시의회의원의 선거구들 부분을 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 하는 내용의 헌법불합치 결정을 한 사례

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례’ 제2조 [별표] 중 “상주시 마 선거구란, 영천시 다 선거구란, 김천시 라 선거구란, 경산시 나 선거구란”이 청구인들의 기본권을 침

* 대전지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 강○옥은 공직선거법 제26조 제2항에 의하여 경상북도의회가 2006. 1. 12. 조례 제2902호로 전부 개정하고 경상북도지사가 공포한 ‘경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례’ 제2조의 [별표](이하 ‘이 사건 별표’라고 하되, 구체적인 [별표]는 기재를 생략한다) 중 상주시 마 선거구에, 청구인 이○기는 영천시 다 선거구에, 청구인 설○현은 김천시 라 선거구에, 청구인 김○수는 경산시 나 선거구(이하 ‘이 사건 각 선거구’라고 한다)에 각 그 주소를 두고, 2006. 5. 31. 실시될 예정이었던 제4회 경상북도 시·군의회의원 선거에서 선거권을 행사하려던 자들이다.

그런데 청구인들은 이 사건 별표로 확정된 경상북도 시·군의회의원 선거구들 간에는 상당한 인구수의 편차가 존재하고 있고 이와 같은 인구편차는 자신들의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 평등선거의 원칙에 반할 뿐 아니라 헌법상 보장된 평등권과 선거권 등을 침해하는 것이라고 주장하면서 2006. 1. 16. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 국회의원 선거구 사이의 인구편차 허용범위에 관하여는 우리나라가 단원제 국회를 채택하고 있어 국회의원이 지역대표성도 겸하는 점, 도시와 농어촌 사이의 인구편차가 심하고 개발의 불균형이 현저한 점 등을 고려할 때 어느 정도 완화된 기준이 불가피하지만, 자치구·시·군의원 선거구의 경우는 위와 같은 문제점이 없으므로 보다 엄격한 기준에 의하여야 할 것이어서 최대인구수와 최소인구수의 비율이 2:1을 넘어서는 아니 된다.

그런데 이 사건 각 선거구의 2005. 6. 30. 기준 의원 1인당 인구수를 비교하여 보면, 모두 선거구별 인구편차가 헌법상 용인되는 범위를 초월하므로 평등선거 원칙에 위배된다.

(2) 공직선거법은 2인 이상 4인 선거구제를 도입하되 4인 선거구제를 유지하면 현저히 불합리한 결과가 발생하는 예외적인 경우에 한하여 4인 선거구를 분할할 수 있도록 하였음에도 불구하고 이 사건 별표는 개별적인 사유를 고려하지 아니하고 모든 선거구들을 분할하였다. 이는 모법인 공직선거법이 위임한 한계를 현저히 일탈하여 자의적으로 선거구를 획정함으로써 청구인들의 선거권을 침해한 것이다.

(3) 공직선거법은 자치구·시·군의회의원 선거에 있어서 중선거구제를 채택하여 소수정당이 지방의회에 진출할 수 있는 기회를 부여하고자 하였는데, 경상북도의회가 이 사건 별표를 제정하여 2인 선거구제를 채택함으로써 소수정당은 선거참여만 보장될 뿐 정치참여가 배제되게 되었다. 따라서 민주노동당 경상북도당 정책국장인 청구인 김○수는 정당활동의 자유를 침해받았다.

나. 경상북도의회의 의견

(1) 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에는 국회의원 선거구 획정의 경우와는 다르게 인구적 요소 못지않게 비인구적 요소도 충분히 참작되어야 하는바, 이 사건 별표는 그와 같은 기준에 따라 합리적으로 제정된 것이므로 합헌이다.

(2) 구체적으로 국회의원 선거구 획정과 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에 있어서 인구편차는 다음과 같은 이유에서 그 허용기준이 달라져야 한다.

첫째, 공직선거법에 의하면 국회의원 정수는 단순히 299명으로 되어 있는 반면(제21조), 자치구·시·군의회의원 정수는 인구와 지역대표성을 고려하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 기준에 따른다고 하고 있고(제24조), 그에 따른 공직선거관리규칙 제4조에서도 자치구·시·군의회의원 정수는 자치구·시·군별 인구비율과 읍·면·동수 비율 등을 고려하여 정하도록 규정함으로써 자치구·시·군의원 선거구 획정에는 시·군별로 의원 총 정수를 산정하는 단계에서부터 인구비율과 대등하게 지역대표성도 아울러 고려하도록 하고 있다. 이와 같은 기준에 따라 경상북도 시·군의회의원 선거

구획정위원회는 인구비율 50%, 읍·면·동수 비율 50%를 적용하여 시·군별 의원 총 정수를 정하였다.

둘째, 공직선거법 제26조 제2항은 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어 인구, 행정구역, 지세, 교통, 그 밖의 조건을 고려하도록 하여, 시·군의 행정구역, 지형지세, 교통사정, 사회적·경제적 생활권 내지 역사적·전통적·문화적 일체감 등의 여러 현실적 요소들을 종합적으로 고려하게 되어 있다.

셋째, 광역시의 각 자치구들과는 달리 도·농복합지역인 도의 경우 인구의 도시집중으로 인하여 도시와 농어촌(읍·면·동) 간의 인구편차와 각 분야에서의 개발 불균형이 심해 단지 인구수만을 중시할 경우 면단위 지역의 지역대표성이 현저히 훼손되고 선거구역의 인접성도 도저히 유지하기 어려운 점 등의 현실적인 문제도 있다.

(3) 4인 선거구를 분할한 것은 공직선거법 제26조 제2항, 제4항의 규정에 따른 것으로서 위임의 한계를 일탈한 것이라고 할 수 없다. 한편, 청구인들은 4인 선거구를 모두 분할하였다고 주장하나, 이 사건 별표 중에는 경산시 다 선거구 등 4개의 4인 선거구가 있다.

(4) 2인 선거구제가 소수정당의 선거참여만 보장할 뿐 정치참여를 배제하여 정당활동의 자유를 침해한다는 청구인 김○수의 주장은 아무런 근거 없는 일방적인 주장에 불과하다.

【결정요지】

1. 1선거구당 2인 내지 4인의 의원을 선출하는 방식인 자치구·시·군 선거구의 인구편차 비교방식에 있어서도 해당 선거구의 의원 1인당 인구수를 그 선거구가 속한 자치구·시·군의회의원 1인당 평균인구수(각 자치구·시·군의 인구수÷의원수)에 비교하는 방식이 더욱 간명하고 평등의 원칙에 부합한다.

2. 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리나라의 특수한 사정으로서 자치구·시·군의회의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 농어촌

간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것인바, 이러한 점에서 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에서는 국회의원 선거구 획정에서 요구되는 기준보다 더 완화된 인구편차 허용기준을 적용하는 것이 타당하고, 인구비례·지역대표성 등 고려할 사정이 유사한 시·도의회의원 선거구 획정에서의 선례 또한 평균인구수로부터 상하 60%의 편차를 허용기준으로 삼았으므로, 이와 동일한 기준에 따르는 것이 상당하다.

3. 상주시 마 선거구관, 영천시 다 선거구관, 김천시 라 선거구관의 의원 1인당 인구수는 헌법상 인구편차 허용기준인 상하 60%의 편차를 넘어서고, 이러한 인구편차를 통해서 발생한 투표가치의 불평등은 합리적 사유에 의하여 정당화될 수 없다고 할 것이므로, 위 3 선거구의 획정은 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에서 헌법상 허용되는 시·도의회 의원 재량 범위를 일탈한 것으로서 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해한다.

반면 경산시 나 선거구관의 의원 1인당 인구수는 위 60%의 편차를 넘지 아니하여, 경산시 나 선거구의 획정은 헌법상 허용되는 시·도의회 의원 재량 범위를 일탈한 것이라고 단정하기 어려우므로, 그 선거구에 거주하는 청구인의 평등권이나 선거권을 침해한다고 보기 어렵다.

4. 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것은 이 사건 별표 중 상주시 마 선거구, 영천시 다 선거구, 김천시 라 선거구에 관한 부분이지만, 각 자치구·시·군내의 의회의원 선거구들은 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미칠 수밖에 없고, 이 사건 별표 중 ‘상주시의회의원 선거구들’, ‘영천시의회의원 선거구들’, ‘김천시의회의원 선거구들’ 부분은 각 선거구들 별로 전체가 불가분의 일체를 이루어 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 해당 선거구들 전체가 위헌의 하자를 띠는 것이다.

5. 그러나 이미 위 위헌 부분에 기하여 자치구·시·군의회의원 선거가 실시된 점, 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에 있어서는 정치세력이나 행정구역간의 이해관계 등 많은 요소가 고려되어야 하기 때문에 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어려운 점, 만일 개정입법이 이루어지기 전에 재선거

또는 보궐선거가 실시될 경우 자치구·시·군의원 선거구에 관한 법의 공백이 생기게 되는 점 등을 고려할 때, 입법자가 2009. 12. 31.을 시한으로 이를 개정할 때까지 이 사건 별표 중 ‘상주시의회의원 선거구들 부분’, ‘영천시회의원 선거구들 부분’ 및 ‘김천시의회의원 선거구들 부분’의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하는 것이 타당하다.

재판관 조대현의 별개의견

2005. 8. 4. 개정·시행된 공직선거법은 기초의원(자치구·시·군의회의원) 선거에 관하여 하나의 지역구에서 2인 이상 4인 이하의 의원을 선출하는 중선거구제를 채택하였으므로, 하나의 지역구에서 1인만 선출하는 소선거구제의 경우에 비하여 각 지역구의 인구편차를 더 좁게 줄일 수 있다.

기초의원지역구의 인구편차는 서로 다른 기초자치단체 사이에서 인구편차를 비교하여야 하는 국회의원 선거나 시·도의원 선거와 같이 넓게 허용할 필요성이 적고, 기초의원 선거에 관하여 중선거구제를 채택하여 인구편차의 조정을 용이하게 한 이상, 도농복합시의 경우에도 기초의원지역구의 인구편차를 국회의원 선거나 시·도의원 선거의 경우만큼 허용하기는 어렵다.

따라서 기초의원지역구의 인구편차는 기초의원 1인당 선거인수 또는 인구수가 2:1의 비율을 넘지 못한다고 봄이 상당하다.

재판관 김종대의 별개의견

선거구 획정을 다투는 소송은 주관적 권리관계에 대한 쟁송의 성격보다는 객관적 공익소송의 성격을 띠 수밖에 없다는 선거구 소송의 근본취지상 청구인의 선거구와는 관계없이 청구인이 속한 의회 전체의 선거구들 중 최대선거구와 최소선거구의 인구수의 비율로써 위헌 여부를 판단하여야 한다.

최대선거구와 최소선거구 간의 인구편차가 2:1을 초과하여 벌어진 경우에는 최소선거구의 선거인에게 최대선거구의 선거인과 비교하여 두 사람 몫 이상의 투표가치를 인정하는 것이 되어 현저한 불평등을 초래하므로 인구편차 2:1은 선거구 획정에서 꼭 지켜져야 할 논리적이고 산술적인 평등선거제한의 한계가 된다.

재판관 송두환의 별개의견

이 사건에서 1차적이고 핵심적인 판단대상은 청구인들이 속한 선거구에 있어서의 투표가치와 해당 자치단체 내의 다른 선거구들에 있어서의 투표가치를 비교하여 불합리한 차별이 있는지 여부라 할 것이지, ‘평균적 투표가치에 미달하는 취급을 받는 것이 부당하다’는 데 있는 것이 아니다.

다수의견이 채택한 평균인구수와와 편차를 기준으로 하는 방식은, 어떤 자치구역의 여러 선거구들 중 대다수 선거구들의 각 인구수는 평균인구수 부근에 분포하고 특정 소수의 선거구만 평균인구수에서 벗어나 있는 경우에 2:1밖에 되지 않아도 위헌의 판단을, 6배에 해당하여도 합헌의 판단을 받게 되어, 기이한 결론에 이르는 수리적(數理的) 결함이 있다.

따라서 청구인의 선거구의 인구수와 최소선거구 인구수와와 비율을 기준으로 하여 평등선거권의 침해 여부를 판단하여야 하고, 그 허용비율은 광역의회의원 지역선거구보다는 엄격한 3:1을 넘지 않도록 하여야 한다.

【해설】

1. 쟁점

헌법 제118조 제2항, 공직선거법 제23조 제1항, 제26조 제2항에 의하면 자치구·시·군의회의원의 총 정수만을 법률로 정한 뒤 자치구·시·군의원 선거구의 명칭·구역 및 의원정수는 선거구획정위원회의 획정안을 존중하여 시·도 조례로 정하도록 함으로써, 시·도의회에 대하여 일정한 범위 내에서 입법형성의 자유를 보장하고 있지만, 이때 인구비례의 원칙 이외에 행정구역, 지세, 교통 등 2차적 요소들을 적절하게 고려하여 선거구들 사이에 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화하고, 이를 통해서 합리적인 인구편차 기준을 설정하는 것이 과제라고 할 것이다.

그런데 이 사건 각 선거구(관¹⁾)에는 뒤에서 보는 바와 같이 상당한 인구수

1) 인구편차 등에 의한 선거구구역표 위원확인 사건에서 헌법재판소의 주류적인 판례들은 청구인의 주소가 구체적으로 속한 특정한 선거구만을 심판대상으로 삼고 있고 다만 그 위헌선언의 범위는 선거구구역표의 불가분성을 이유로 국회의원의 경우에는 선거구구역표 전체에 대하여(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502), 광역의회의원의 경우에는 선거구구역표 중 해당 광역자치단체의 선거구 전체에 대

의 편차가 존재하고 있는바, 이러한 투표가치의 불평등이 헌법상 보장된 평등선거권을 침해하여 위헌인지 여부가 주요 쟁점이다.²⁾

2. 본안에 대한 검토 - 평등선거권 침해 여부³⁾⁴⁾

가. 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에 있어서의 헌법적 요청 사항

(1) 지방의회의원 선거와 평등선거의 원칙

우리 헌법 제11조 제1항, 제24조, 제41조 제1항이 선언한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서, 지방의회의원 선거에 있어서도 그대로 적용되는 것인데, 이는 투표의 수적(數的) 평등, 즉 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치(成果價値)의 평등(one vote, one value) 그리고 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정을 의미하기도 한다.

그런데 우리 헌법이 택한 지방자치제도의 성공 여부는 주민들의 의사가 제대로 정치의사결정에 반영되는지 여부에 달려 있으므로, 지방의회의원 선거에 있어 선거구의 획정은 선거결과가, 가능한 한 주민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 한다. 따라서 주민의 대표자를 선출하는 절차로서 지방의회의원 선거에 있어서 선거권의 평등이 침해된다면 주민의 의사가

하여 (헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 공보 제126호, 325) 위헌선언을 하는 방식을 취하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 입장을 기초의회의원 선거구에 적용하면, 그 심판의 대상은 역시 청구인의 주소가 속한 특정한 기초의회의원 선거구가 될 것이다.

2) 본 사건과 같은 날 선고된 2006헌마14, 2006헌마72, 2006헌마240, 2006헌마371 각 사건은 대상지역만 상이할 뿐 쟁점이 거의 동일하고, 역시 같은 날 선고된 2006헌마188, 2006헌마203사건도, 다른 쟁점을 포함하고 있지만 주요 쟁점 중의 하나가 본 사건과 같으므로 본 해설이 같게 적용될 것이다.

3) 청구인들의 정당활동의 자유 침해, 위임한계 이탈로 인한 선거권 침해, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 침해 등 주장에 관하여는, 결정문에 제시된 이유 부분으로 그 설명을 갈음한다.

4) 기존의 논의에 대한 정리는 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등 결정에 관한 해설인 김인숙, “공직공직선거법 제26조 제1항에 의한 [별표2] 위헌확인 등 - 지방의회의원 지역선거구 획정 -”, 헌법재판소결정해설집(2007), 83면 이하 참조.

왜곡되는 결과가 되고 이로 인하여 지방자치 민주주의의 본질과 정당성이 훼손된다고 할 것이다.

(2) 지방의회의원 선거구 획정에 관한 입법재량과 그 한계

우리 헌법 제118조 제2항에 의하면, 국회는 지방의회의원 선거구를 획정함에 있어서 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구 간의 인구의 균형뿐만 아니라, 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려할 수 있는 폭넓은 입법형성의 자유를 가지게 되고, 이에 따라 공직선거법은 자치구·시·군의회의 의원정수에 관하여 제23조 제1항에, 자치구·시·군의원선거구의 획정에 관하여 제26조 제2항에 각 규정을 둠으로써 결국 자치구·시·군의회의원의 총 정수만을 법률로 정한 뒤 자치구·시·군의원 선거구의 명칭·구역 및 의원정수는 선거구획정위원회의 확정안을 존중하여 시·도 조례로 정하도록 함으로써, 시·도의회에 대하여 일정한 범위 내에서 입법형성의 자유를 보장하고 있다.⁵⁾

그러나 지방의회의원 선거구 획정에 관하여 국회 및 시·도의회의 재량이 인정된다고 하더라도 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 한계가 존재하므로 국회 및 시·도의회가 실시한 구체적인 선거구 획정에서 투표가치의 불평등이 발생한 경우에, 이러한 불평등이 여러 가지 비인구적 요소를 모두 참작한다고 하더라도 합리적이라고 판단할 수 없을 경우에는 그 입법재량을 일탈한 것으로서 헌법에 위반됨은 당연한 것이다.⁶⁾

(3) 자치구·시·군의회의원 선거구 획정에서의 고려 요소⁷⁾

5) 기초지방의원(자치구·시·군의회의원)은 각각 소속된 기초지방의회 단위로 활동하기 때문에 서로 다른 기초지방의회 사이에 기초의원선거의 평등 여부를 따질 필요가 없다. 이 사건의 쟁점은 동일한 기초자치단체 내에서 기초의원선거구 사이에 생기는 인구편차가 평등선거의 원칙에 위반되는지 여부이다. 즉, 기초의원선거구의 획정과 의원정수 배정의 평등 여부가 쟁점이고, 기초지방의회 사이의 의원정수 배분의 평등 여부는 쟁점이 아니다. 조대현 재판관의 별개의견(판례집 21-1상, 534면) 참조.

6) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 773; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마 985등, 판례집 19-1, 287, 302 등 참조.

7) 시·도의회의원 선거구 획정에서의 고려요소는 김인숙, 전개논문, 86면 참조.

선거권의 평등은 투표가치의 평등을 의미하므로 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서도 인구비례 원칙에 의한 투표가치의 평등은 가장 중요하고도 우선적인 기준이어야 한다.⁸⁾ 다만, 자치구·시·군의원도 국회의원이거나 시·도의회의원과 마찬가지로 주민대표임과 동시에 비록 그 대표하는 지역의 크기는 다르지만 지역대표로서의 성격을 갖고 있음을 부인할 수 없고, 또한 그 정도는 다르지만 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌 간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형이 존재하는 점은 마찬가지로 일 것이므로 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서도 행정구역이나 교통, 지세 등의 2차적인 요소들을 인구비례 원칙에 못지않게 함께 고려해야 할 필요성도 적지 않다 할 것이다(공직선거법 제25조 제1항, 제26조 제1항 참조).

그렇다면, 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서는 인구비례의 원칙 이외에 행정구역, 지세, 교통 등 2차적 요소들을 적절하게 고려하여 선거구들 사이에 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화하고, 이를 통해서 합리적인 인구편차 기준을 설정하는 것이 과제이다.

나. 외국의 입법례와 판례⁹⁾

미국 연방대법원은 연방하원의 경우와 주(州)의회의원의 경우에 그 기준을 달리하여 연방하원의 의원정수배분에 관하여는 매우 엄격한 기준을 적용하고 있으나, 주(州)의회의원의 의원정수배분에 관하여는 평등의 원칙을 적용하되 상대적으로 관대하여 선거구 평균인구수로부터 상하 10% 미만의 편차는 절대적으로 합헌으로 보고 있고, 그 이상의 편차가 있는 경우에도 해당 주(州)가 정당성을 입증하면 합헌으로 보기도 한다.¹⁰⁾ 일본 최고재판소는 중

8) 한위수, “선거구 인구불균형과 그 사법적 구제”, 서울대학교 법학석사학위논문, 1983, 71-77면 및 박홍우, “국회의원지역선거구획정과 선거권의 평등”, 김용준 헌법재판소장 화갑기념 논문집, 재판의 한길, 1998, 79-80면 참조.

9) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 공보 126호, 325, 332.

10) 이 부분은 2005헌마985등 결정문에서 ‘평균인구수로부터 상하 10% 미만의 편차는 일응 합헌인 것으로 보고 있다.’라고 서술된 바 있으나, 원래의 의미는 10% 미만의 편차인 경우에는 그 정당성을 입증할 필요 없이 합헌이라는 것이고, 10%를 초과하는 경우에도 주(州)가 그 정당성을 입증하면 합헌이 될 수 있다는 의미로서, 미국

의원의원선거의 경우에는 최대선거구와 최소선거구의 인구비율 3 : 1 정도를 선거권 평등 위반 여부의 기준으로 삼고 있으나, 참의원의 경우에는 이보다 더 기준을 완화하여 심지어 5.85 : 1의 인구불균형도 위헌의 정도에는 이르지 아니한다고 판시하고 있다. 1996. 11. 15. 개정된 독일 연방선거법 제3조 제1항 제3호는 선거구 획정 시 준수하여야 할 원칙의 하나로서 “한 선거구의 인구수가 선거구의 평균인구수로부터 상하 각 100분의 15를 초과하는 편차를 보여서는 아니되며, 편차가 100분의 25를 초과한다면 새로운 선거구 획정이 이루어져야 한다.”고 규정하고 있는데, 이는 원칙적으로 상하 편차 25%를 허용하도록 하되, 상하 편차 33⅓%는 반드시 준수해야 한다는 종전 규정보다 엄격한 것이라 할 수 있으며, 이와 같이 연방선거법이 개정되기 전에 연방헌법재판소는 선거구의 인구편차가 선거구의 평균인구수로부터 위, 아래로 그 33⅓%를 초과하는 경우에는 위헌이라고 선언하고 있다. 프랑스도 동일한 데파르트망(도) 내부에서의 선거구획정은 평균인구의 상하 20% 이내의 편차라고 하고 있다.

다. 자치구·시·군의원 선거구 간 인구편차의 허용한계(11)

(1) 인구편차 비교기준

(가) 인구편차 비교기준에 관하여 본 사건에서는 「우리 재판소는 국회의원 선거구의 인구편차의 허용기준에 있어서…… 각 선거구의 선거인에 관하여 그 투표가치가 이상(理想)에서 어느 정도 떨어져 있는가를 검토하여 그 편차가 매우 큰 경우에 투표가치평등의 요구에 반하고 위헌의 하자를 띠게 된다고 생각할 수 있으며, 또 “선거권”개념의 내포(內包)로서 “평균적인 투표가치”가 포함되어 있고 이러한 선거권이 침해된 경우에 비로소 선거권이 침해되었다고 볼 여지도 있으므로, 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 검토함이 상당하다고 보았고(헌재 1995. 12. 27.

판례상 선거구간 인구편차가 16%이고, 최대 인구편차가 89%임에도 합헌이라고 한 사례[Brown v. Thomson 462, U.S. 835(1983)]도 있다고 한다[박홍우, “선거구획정에 관한 미국연방대법원의 판례동향”, 헌법논총 5집(1994), 310-314면].

11) 국회의원 지역선거구간 인구편차 기준에 대한 헌법재판소 판례에 대한 설명은 김인숙, 전계논문, 88면 이하 참조.

95헌마224, 판례집 7-2, 760, 778 참조), 그 후에도 의원 1인당 평균인구수를 기준으로 하여 그와 같은 입장을 유지하여 왔다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마 92등; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등). 이러한 논리는 자치구·시·군의원 선거구에 대하여도 여전히 타당하다고 보여지므로, 해당 자치구·시·군의 자치구·시·군의원 1인당 평균인구수를 기준으로 인구편차의 허용 여부를 판단하기로 한다.」고 하며 기존의 입장을 유지하고 있다.

(나) 이에 대한 비판으로, 우선 재판관 조대현의 별개의견은 위와 같은 방법은 특정 선거구의 선거평등 여부만을 판단하여 그 선거구에 대해서만 위헌 여부를 선언할 경우에 적합한 기준이라고 비판하면서, 기초의원선거구의 인구편차가 평등선거의 원칙에 부합되는지 여부는 각 지방자치단체별로 모든 기초의원선거구의 의원 1인당 인구수를 전체적으로 비교하여 판단하여야 하므로, 어느 기초자치단체의 여러 기초의원선거구 중 특정 선거구의 선거평등 여부가 문제된 경우에도, 그 기초자치단체 안에서 의원 1인당 인구수가 최대인 선거구와 최소인 선거구를 비교하여 그 인구편차가 2 : 1을 넘는 지 여부를 판단함이 상당하다고 한다. 그리고 재판관 김종대의 별개의견 역시 청구인의 선거구와는 관계없이 청구인이 속한 의회 전체의 선거구들 중 최대선거구와 최소선거구의 인구수의 비율로써 위헌 여부를 판단하는 것이 선거구구역표에 대한 위헌심사의 방법으로 가장 간명하고 공익성에 부합하는 방식이라고 한다. 또한 재판관 송두환의 별개의견도 다수의견이 택한 평균인구수 대비 편차 기준 방식은 청구인들 주장의 핵심은 ‘다른 선거구의 경우와 비교하여 투표가치의 차별을 받는 것이 부당하다’는 데 있고, ‘평균적 투표가치에 미달하는 취급을 받는 것이 부당하다’는 데 있는 것이 아니고, 일정한 수리적(數理的) 결함까지 있는데다가 기본적으로 위 방식은 선거구 획정의 단계에서 미리 산출된 평균인구수를 기준으로 하여 많은 선거구를 동시에 분할, 획정함에 있어서는 유용한 도구가 될 수 있을 것이나, 선거구 인구수의 불평등으로 인하여 청구인 개인의 평등선거권 등이 침해받았는지 여부를 판단하는 헌법소원심판 사건에서의 판단기준으로 삼기에는 본질적으로 부적합한 것이라고 할 것이라고 하면서, 해당 선거구의 인구수와 해당 자치구·시·군 내의 최소선거구 인구수와의 비율 여부를 기준으로 하여야 한

다고 비판한다.

(2) 인구편차 비교방식

기존의 선례들은 하나의 선거구당 1인의 의원을 선출하는 선거를 대상으로 한 것이어서, 해당 선거구의 인구수를 전국 선거구 1개당 평균인구수(전국 인구수÷국회의원 선거구수) 또는 각 시·도의 선거구 1개당 평균인구수(각 시·도의 인구수÷선거구수)와 비교하면 되는 것이나, 하나의 선거구당 복수의 의원을 선출하는 자치구·시·군의원선거의 경우 심판대상인 선거구의 의원 1인당 인구수(선거구의 인구수÷선거구의 의원수)를 그 선거구가 속한 자치구·시·군의 의원 1인당 평균인구수(해당 자치구·시·군의 인구수÷자치구·시·군의 총의원수)와 비교하는 방식이 상당하다고 할 것이다.

(3) 인구편차 허용한계¹²⁾

(가) 구체적으로 선거구 획정에 있어 입법재량의 한계, 즉 헌법상 용인되는 각 자치구·시·군의원 선거구 사이의 인구편차의 한계를 어디까지 용인할 것인가는, 인구비례의 원칙 이외에 참작하여야 할 2차적 요소들을 얼마나 고려하여 선거구 사이의 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화할 것이냐의 문제인바, 이러한 인구편차의 허용한계에 관하여는 다음과 같은 논의가 헌법재판 실무상·이론상 있어 왔다. 우선 상하 33⅓% 편차를 기준으로 하는 방안은 선거권 평등의 이상(理想)에 접근하는 안이지만, 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서 인구비례의 원칙 이외에 행정구역 내지 지역대표성 등을 사실상 제대로 고려할 수 없어 현실적인 방안이 되기 어렵다. 다음으로 상하 50% 편차를 기준으로 하는 방안은 자치구·시·군의원 선거구 획정 시 인구비례의 원칙 이외의 제2차적 요소인 행정구역, 지역대표성 등을 보다 폭넓게 고려하고 있으나, 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌 간의 극심한 인구편차, 행정구역의 세분화 등 우리나라가 처한 특수한 사정에 비추어 볼 때, 지역대표성을 갖춘 자치구·시·군의원을 선출하기에 적

12) 본 결정의 이 부분 실시는 현재 2007. 3. 29. 2005헌마985등 결정의 관련부분 실시를 축약한 것이다. 상세는 위 결정 및 김인숙, 전계논문, 92~94면 참조.

절하다고 볼 수 없다. 끝으로 상하 60% 편차를 기준으로 하는 방안에 대하여 보건대, 자치구·시·군의원의 선거구를 획정하는데 있어서는, 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙을 기준으로 하되, 자치구·시·군의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 농어촌 간의 극심한 인구편차가 존재하는 사정이 합리적으로 참작되어야 하는바, 이러한 사정에 비추어 볼 때, 자치구·시·군의원 선거구 획정에는 인구비례, 지역대표성, 동농편차 등 고려할 사정이 유사한 시·도의회의원 선거구 획정 시의 기준(위 2005헌마985등)과 동등한 기준을 적용하되, 국회의원 선거구 획정시의 기준(위 2000헌마92등)보다는 완화된 기준을 적용하는 것이 상당하다고 할 것이다.

결국 현 시점에서는 해당 선거구가 속한 각 자치구·시·군의회의원 1인당 평균인구수 대비 상하 60%의 인구편차 기준을 헌법상 허용되는 인구편차 기준으로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다.

(나) 이에 대한 비판으로 우선 재판관 조대현의 별개의견은, 첫째 기초의원 선거에 관하여 채택된 중선거구제에서는 소선거구제의 경우에 비하여 각 선거구의 인구편차를 더 좁게 줄일 수 있고, 둘째 기초의원선거구의 인구편차는 서로 다른 기초자치단체 사이에서 인구편차를 비교하여야 하는 국회의원 선거나 시·도의원 선거와 같이 넓게 허용할 필요성이 적으므로 오히려 기초의원선거구의 인구편차는 기초의원 1인당 선거인수 또는 인구수가 2:1의 비율을 넘지 못한다고 실시하고 있다. 재판관 김종대의 별개의견 역시 선거구획정의 본질적 고려 사항이자 기준은 어디까지나 인구비례의 원칙이고, 기타 비인구적 요소는 그 다음으로 고려되어야 하는데다가 중선거구제를 택한 점을 고려하면 2:1 비율이 유지되어야 한다고 한다.¹³⁾ 한편 재판관 송두환의 별개의견은 이 사건 기초의회의원 지역선거구도 광역의회의원 지역선거구와 유사한 측면이 있는 반면, 그 지역이 상대적으로 좁은 범위여서 지역대표성의 필요성은 상대적으로 약화되는 점, 기초의회의원은 선거구당 2인 이상 4인 이하로서 탄력적 운용이 가능하고, 필요한 경우 4인 이상 선출하는

13) 나아가 두 분 재판관은 본 사건과 쟁점이 유사한 같은 날 선고된 2006헌마14 사건에서 위 2:1 비율과 최대선거구 인구수와 최소선거구 인구수를 비교하는 방식을 기준으로 일부 청구인에 대하여 반대의견을 개진하고 있다.

선거구를 2개 이상의 선거구로 분할할 수 있는 점 등을 고려하면, 자치구·시·군의회의원 지역선거구에 있어서 선거구별 인구수의 허용비율은 최대 3:1을 넘지 않도록 하여야 한다고 한다.

라. 허용한계 초과 여부에 대한 검토

(1) 선거구별 인구편차¹⁴⁾

(가) 상주시

상주시 마 선거구는 의원 1인당 인구수(1인 미만은 버림, 이하 인구수 계산에서 모두 같다. 엄밀하게는 ‘선거인수’를 기준으로 하여야 할 것이나, 선거인수와 인구수는 대체로 비례한다고 볼 수 있으므로 이하 모두 ‘인구수’를 기준으로 설명한다)가 13,647명으로 상주시의회의원 1인당 평균인구수 7,439명(상주시 인구수 합계 111,592명÷의원총수 15명)과 비교하면 +83%의 편차를 보이고 있다.

(나) 영천시

영천시 다 선거구의 의원 1인당 인구수는 18,202명으로서 영천시의회의원 1인당 평균인구수 10,338명(영천시 인구수 합계 103,389명÷의원총수 10명)과 비교하면 +76%의 편차를 보이고 있다.

(다) 김천시

김천시 라 선거구의 의원 1인당 인구수는 19,467명으로서 김천시의회의원 1인당 평균인구수 9,514명(김천시 인구수 합계 142,717명÷의원총수 15명)과 비교하면 +104%의 편차를 보이고 있다.

(라) 경산시

경산시 나 선거구의 의원 1인당 인구수는 20,083명으로서 경산시의회의원 1인당 평균인구수 17,078명(경산시 인구수 합계 222,024명÷의원총수 13명)과 비교하면 +17%의 편차를 보이고 있다.

14) 이 사건 별표가 확정될 당시에 확정위원회가 기초로 하였던 2005. 6. 30.자 인구를 기준으로 한다.

(2) 소결론

상주시 마 선거구란, 영천시 다 선거구란, 김천시 라 선거구란의 의원 1인당 인구수는 헌법상 인구편차 허용기준인 상하 60%의 편차를 넘어서고 있으므로 그 선거구의 획정은 자치구·시·군의원 선거구 획정에서 헌법상 허용되는 시·도의회 의원 재량 범위를 일탈한 것으로서 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해한다고 할 것이다. 반면 경산시 나 선거구란의 의원 1인당 인구수는 60%의 편차 범위 내에 있다.

마. 각 자치구·시·군의원 선거구들의 가분성 여부와 위헌선언의 범위

청구인들에게 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것은 이 사건 별표 중 ‘상주시 마 선거구, 영천시 다 선거구, 김천시 라 선거구’에 관한 부분인바, 이 부분에 한하여 위헌선언을 할 수 있는지 여부, 즉 이를 가분적으로 위헌선언할 수 있는지 여부가 문제되는바, 각 자치구·시·군 내의 자치구·시·군의원 선거구들은 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미칠 수밖에 없고, 이 사건 별표 중 ‘상주시의회의원 선거구들’, ‘영천시의회의원 선거구들’, ‘김천시의회의원 선거구들’ 부분은 각 선거구들 별로 전체가 불가분의 일체를 이루어 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 해당 선거구들 전체가 위헌의 하자를 띠는 것이므로, 일부 선거구의 선거구 획정에 위헌성이 있다면 그 해당 자치구·시·군에 해당하는 이 사건 별표 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 타당하다.¹⁵⁾

바. 헌법불합치

앞에서 본 이유에서 이 사건 별표 중 위 세부분에 대하여는 단순위헌결정을 하는 것이 원칙이나, 이미 위 위헌 부분에 기하여 자치구·시·군의원 선거가 실시된 점, 자치구·시·군의원 선거구 획정에 있어서는 정치세력이

15) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 789-791; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 518-519; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287, 310 참조.

나 행정구역 간의 이해관계 등 많은 요소가 고려되어야 하기 때문에 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어려운 점, 만일 개정입법이 이루어지기 전에 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 자치구·시·군의원 선거구에 관한 법의 공백이 생기게 되는 점 등을 고려할 때, 입법자가 2009. 12. 31.을 시한으로 이를 개정할 때까지 이 사건 별표 중 ‘상주시의회의원 선거구들 부분’, ‘영천시의회의원 선거구들 부분’ 및 ‘김천시의회의원 선거구들 부분’의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하는 것이 타당하다고 할 것이다.

3. 결정의 의의

본 결정은 우선 선거(투표가치)의 평등에 관하여, 소선거구제를 택한 국회의원 선거구의 인구편차는 3 : 1까지, 시·도의원 선거구의 인구편차는 4 : 1까지 각 허용된다고 한 기존의 판시에 이어, 중선거구제를 택한 자치구·시·군의원 선거구의 인구편차 역시 4 : 1까지 허용된다고 판시하여 공직선거법과 관련된 선거(투표가치)의 평등 문제를 마무리한 점에 그 의의가 있다.

즉 이는 시·도의회에 대하여 일정한 범위 내에서 입법형성의 자유를 보장하고 있지만 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 한계가 존재함을 분명히 하고, 나아가 그 한계를 설정함에 있어 자치구·시·군의원이 국회의원이나 시·도의회의원과 달리 중선거구제를 통하여 선출되지만 시·도의회의원과 마찬가지로의 인구편차 허용한계가 적용됨을 명백히 한 것이다(다만 이에 대하여는 인구편차 비교기준·방식과 그 허용한계에 관하여 다수의견과 견해를 달리하는 별개의견이 제시되었고 특히 그중 인구편차 허용한계에 관한 의견은 과거 국회의원 선거구 인구편차 허용한계 논의부터 이어온 것과 같은 맥락이다).

그리고 위헌결정의 형식에 있어서도 기존의 국회의원 선거구 사건, 광역의회의원 선거구 사건에서 취한 헌법불합치결정방식을 전원일치로 따르고 있어 선거구 관련 사건에서의 위헌결정시에는 위 결정방식이 대세로 정립된 것으로 보여 진다.

한편 경상북도의회는 본 결정의 취지에 맞추어 ‘경상북도 시·군의회의원 선거구와 선거구별 의원정수에 관한 조례’ 전부개정조례(조례 제3152호)를

의결하였고, 경상북도지사는 2010. 2. 18. 이를 공포하였다.¹⁶⁾

16) 그 개정이유를 보면 제5회 경상북도 시·군의회의원선거를 앞두고 2010. 1. 25. 공직선거법이 개정·시행되면서 광역(도)의회 의원정수 및 선거구가 조정되었으며, 일부지역이 헌법재판소에서 헌법불합치결정을 받아 선거구 조정이 불가피해진 점에 따른 것이라고 한다. 구체적으로 보면 경상북도 시·군의회의원의 총수는 284명(지역 247명, 비례대표 37명)으로 정수는 그대로 유지되었으나, 당해사건에서 문제된 상주시 마 선거구와 영천시 다 선거구는 의원정수를 각 2명에서 3명으로, 김천시 라 선거구는 의원정수는 그대로 두되 선거구역을 “용암동, 대신동, 지좌동”에서 “대신동”만으로 변경하여 인구편차의 허용기준인 상하 60% 내로 조정된 것으로 보인다.

주민소환에 관한 법률 제1조 등 위헌확인

- 주민소환의 사유를 규정하지 아니한 것 등이
지방자치단체장의 공무담임권을 침해하는지 여부 등 -
(헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843, 판례집 21-1상, 651)

박진영*

【판시사항】

1. 주민소환에 관한 법률(2006. 5. 24. 법률 제7958호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제 7조 제1항 제2호 중 시장에 대한 부분이 주민소환의 청구 사유에 관하여 아무런 규정을 두지 아니함으로써 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부 (소극)
2. 법 제7조 제1항 제2호 중 시장에 대한 부분이 당해 지방자치단체 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 15 이상 주민들만의 서명으로 당해 지방자치단체의 장에 대한 주민소환투표를 청구할 수 있도록 함으로써 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부 (소극)
3. 주민소환투표의 청구제한기간을 정함에 있어 “제12조 제1항에 의하여 주민소환투표가 적법하다고 인정하여 수리한 때”를 규정하지 아니한 법 제8조가 이미 적법하게 수리된 주민소환투표청구가 있음에도 불구하고 동일한 사유에 의한 주민소환투표청구를 재차 허용함으로써 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부 (소극)
4. 주민소환투표의 청구를 위한 서명요청 활동을 보장하면서 주민소환투표대상자에 대하여는 아무런 반대활동을 보장하지 아니한 법 제9조 제1항이 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부 (소극)
5. 주민소환투표가 발의되어 공고되었다는 이유만으로 곧바로 주민소환투표대상자의 권한행사를 정지되도록 한 법 제21조 제1항이 과잉금지의 원칙

* 헌법연구관

에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해하거나 평등권을 침해하는지 여부 (소극)

6. 주민소환투표권자 총수의 3분의 1이상의 투표와 유효투표 총수 과반수의 찬성만으로 주민소환이 확정되도록 한 법 제22조 제1항이 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해하거나 평등권을 침해하는지 여부 (소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 법 ‘제7조 제1항 제2호 중 시장에 대한 부분(이하 ‘법 제7조 해당부분’이라 한다), ‘제8조’, ‘제9조 제1항’, ‘제21조 제1항’, ‘제22조 제1항’(이하 이들을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

주민소환에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 개정된 것) 제7조 (주민소환투표의 청구)

① 전년도 12월 31일 현재 주민등록표 및 외국인등록표에 등록된 제3조제1항제1호 및 제2호에 해당하는 자(이하 “주민소환투표청구권자”라 한다)는 해당 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(비례대표선거구시·도의회의원 및 비례대표선거구자치구·시·군의회의원은 제외하며, 이하 “선출직 지방공직자”라 한다)에 대하여 다음 각 호에 해당하는 주민의 서명으로 그 소환사유를 서면에 구체적으로 명시하여 관할선거관리위원회에 주민소환투표의 실시를 청구할 수 있다.

2. 시장·군수·자치구의 구청장 : 당해 지방자치단체의 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 15이상

제8조 (주민소환투표의 청구제한기간) 제7조 제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 주민소환투표의 실시를 청구할 수 없다.

- 1. 선출직 지방공직자의 임기개시일부터 1년이 경과하지 아니한 때
- 2. 선출직 지방공직자의 임기만료일부터 1년 미만일 때
- 3. 해당 선출직 지방공직자에 대한 주민소환투표를 실시한 날부터 1년 이

내인 때

제9조 (서명요청 활동) ① 주민소환투표청구인대표자(이하 “소환청구인대표자”라 한다)와 서면에 의하여 소환청구인대표자로부터 서명요청권을 위임 받은 자는 대통령령이 정하는 서명요청 활동기간 동안 주민소환투표의 청구 사유가 기재되고 관할선거관리위원회가 검인하여 교부한 주민소환투표청구인서명부(이하 “소환청구인서명부”라 한다)를 사용하여 주민소환투표청구권자에게 서명할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 제10조의 규정에 따라 서명이 제한되는 기간은 서명요청 활동기간에 산입하지 아니한다.

제21조 (권한행사의 정지 및 권한대행) ① 주민소환투표대상자는 관할선거관리위원회가 제12조 제2항의 규정에 의하여 주민소환투표안을 공고한 때부터 제22조 제3항의 규정에 의하여 주민소환투표결과를 공표할 때까지 그 권한행사가 정지된다.

제22조(주민소환투표결과의 확정) ① 주민소환은 제3조의 규정에 의한 주민소환투표권자(이하 “주민소환투표권자”라 한다) 총수의 3분의 1이상의 투표와 유효투표 총수 과반수의 찬성으로 확정된다.

【사건의 개요】

1. 헌법소원심판청구의 경위

가. 청구인은 2006. 5. 31. 전국 동시에 실시된 기초자치단체장 선거에서 하남시 총 유권자 103,677명 중 50%인 52,431명의 투표와 그 중 40.3%인 21,140명의 선출로 시장에 당선되었다.

나. 청구인은 하남시에 광역화장장을 설치하고 경기도로부터 관련 인센티브를 지원받아 지역발전을 도모한다는 선거공약에 따라 2006. 8. 25. 경기도 지사에게 경기도 광역장사시설의 하남시 유치를 건의하고, 2006. 10. 16. 하남시 의회에 그 계획을 보고하여 동의를 구하며 주민설명회와 공청회 등을 추진했지만, 유치를 반대하는 주민들의 잇단 시위로 그 사업을 제대로 추진하지 못하였다.

다. 하남시 총 유권자 105,054명 중 31.2%에 해당하는 주민 32,848명은 2007. 7. 23. 유정준을 대표자로 하여 하남시 선거관리위원회에 청구인이 주

민의 여론을 충분히 수렴하지 않고 광역장사시설을 추진한다는 등의 이유로, 하남시의회 의원 3인을 포함하여 청구인에 대한 주민소환투표를 청구하였다(이하 '이 사건 제1청구'라 한다).

라. 청구인은 법 제1조(목적), 제11조(주민소환투표청구의 각하), 제12조(주민소환투표의 발의)가 주민소환의 구체적인 청구사유를 규정하지 않아 정치적으로 입장을 달리하거나 이해관계가 상반되는 소수 주민들의 소환의사가 관철될 수 있도록 한 것은 청구인의 공무담임권 등 기본권을 침해한다며 2007. 7. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하고, 이어 법 제7조(주민소환투표의 청구) 제1항 제2호 중 '시장'에 대한 부분, 제9조(서명요청활동), 제22조(주민소환투표결과의 확정) 제1항을 추가하여 2007. 8. 13. 그 청구취지를 변경하였다.

마. 하남시 선거관리위원회는 주민소환투표 청구의 적법요건을 심사한 후 2007. 8. 10. 그 요지를 공표하고, 청구인에게 2007. 8. 30.까지 소명자료를 제출할 것을 통지하였으며, 청구인은 자신에 대한 주민소환투표가 진행되는 것을 방지하기 위하여 2007. 8. 27. 헌법재판소에 법 제12조 제2항 등에 대한 효력정지 가처분을 신청하였다.

바. 하남시 선거관리위원회는 주민소환투표청구가 적법요건을 갖춘 것으로 보고 소명서 제출기간이 경과한 2007. 8. 31. 주민소환투표일을 2007. 9. 20.로 공고하였다. 그런데 청구인이 하남시 선거관리위원회를 상대로 제기한 주민소환투표청구 수리처분 등 무효 확인의 소에 대하여, 2007. 9. 13. 청구사유가 기재되지 아니한 서명부에 서명이 이루어졌다는 이유로 주민소환투표 청구를 수리한 처분을 취소하는 판결(수원지방법원 2007구합7360)이 선고되었고, 이에 대하여 하남시선거관리위원회는 항소하였다(서울고등법원 2007누24465).

사. 이 사건 제1청구를 추진하였던 일부 주민들은 하남시 주민 27,009명의 서명을 받아 2007. 10. 10. 다시 주민소환을 신청하였고(이하 '이 사건 제2청구'라 한다), 청구인측은 이에 대하여 다시 수원지방법원에 주민소환투표청구 수리처분 취소소송을 제기하였으나 2007. 11. 21. 위 청구가 기각되었으며, 이 사건 제2청구에 따라 절차가 진행되어 2007. 12. 12. 주민소환투표가

이루어졌다.

아. 한편 청구인은 위와 같이 이 사건 제1청구의 수리처분에 대한 취소소송이 진행 중인데도 동일한 사유로 재차 신청된 이 사건 제2청구와 관련하여, 이를 제한하는 규정을 두지 아니한 법 제8조와 주민소환투표가 공고된 날부터 투표결과가 공표되는 날까지 지방자치단체장의 권한행사가 정지되도록 한 법 제21조 제1항 또한 헌법에 위반된다며, 2007. 10. 29. 위 각 조항에 대한 심판청구를 추가하여 그 청구취지를 변경 하였다.

자. 2007. 12. 12. 실시된 주민소환투표 결과 총 유권자 10만6,435명 중 3만3,040명이 투표함으로써 31%의 투표율에 그쳐, 유권자 총수의 3분의 1 이상이 투표에 참가하여야 한다는 요건을 충족하지 못함으로써 청구인에 대한 주민소환은 결국 부결되었다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 법 제7조 중 시장부분에 대하여

주민소환은 민주적 정당성을 배신한 공직자의 권한을 제한하거나 박탈하는 제도로서 그 사유는 어느 정도 법률로 구체화할 수 있는데도, 이에 관하여 아무런 제한을 두지 아니한 것은 청구인의 공무담임권을 침해한다.

또한 주민소환청구에 필요한 주민의 수를 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 15 이상으로 정하여 너무 쉽게 주민소환을 발의할 수 있도록 한바, 이는 입법재량의 범위를 넘어 청구인의 공무담임권을 침해한다.

(2) 법 제8조에 대하여

제1청구가 적법한 것으로 수리된 경우 그것이 위법한 것으로 취소 확정되기까지 제2청구가 개시되어서도 안 되고 수리되어서도 안 된다. 법 제8조가 주민소환투표의 청구제한기간을 정하면서 “제12조 제1항에 의하여 주민소환투표가 적법하다고 인정하여 수리된 때”를 규정하지 아니한 것은 청구인의 공무담임권을 침해한다.

(3) 법 제9조에 대하여

위 조항은 주민소환투표의 청구를 위한 서명요청 활동을 보장하면서 주민소환투표대상자에 대하여는 반대활동을 보장하고 있지 않다.

주민소환제도의 부정적인 측면이나 주민소환투표의 확정요건이 지나치게 가법다는 사정을 함께 살펴보면, 이와 같은 불균형은 주민소환투표에까지 영향을 미치는 중대한 문제로서 헌법에 위반된다.

(4) 법 제21조 제1항에 대하여

주민소환 사유에 제한이 없고 그 발의요건도 지나치게 가벼운데도, 주민소환투표가 발의되어 주민소환투표안이 공고되었다는 이유만으로 주민소환투표 대상자의 권한행사가 곧바로 정지되도록 함으로써 주민소환제도가 정치적으로 오용되거나 남용될 가능성이 더욱 커진다.

(5) 제22조 제1항에 대하여

주민소환투표권자 총수의 3분의 1의 투표와 유효투표 총수 과반수의 찬성으로 주민소환이 확정되므로 주민소환투표권자 총수의 약 16.7%의 찬성만 있으면 대상자는 그 직을 상실하게 된다.

국회의원의 경우나(헌법 제64조 제3항), 주식회사의 이사의 경우(상법 제385조 제1항, 제434조)와 비교하여 보더라도 주민소환에 의한 공직상실요건을 너무 완화함으로써 공무담임권과 평등권을 침해한다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

공권력의 행사자인 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인, 그 기관은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 아니므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 청구할 수 없으며, 청구인은 하남시장으로서 공권력 행사자라고 할 것이므로 헌법소원을 청구할 수 없다. 그리고 지방자치제도는 제도적 보장에 해당하는 것으로서 지방자치단체장의 선임에 관한 사항 등은 헌법상의 기본권과 무관한 것으로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

(2) 본안에 관하여

(가) 주민소환은 사유를 불문하고 선출직 공직자에 대하여 정치적 책임을 묻는 제도인 점, 청구사유를 제한할 경우 청구의 적법성 여부는 최종적으로 사법부가 판단하게 되어 묻는 주민소환제도가 법적 책임을 묻는 제도로 전환될 우려가 있는 점, 청구사유 해당여부 판단에 장시간이 소요되어 지방행정의 불안정 상태가 지속되고 임기 중 소환투표까지 이어지지 못함으로써 제도가 유명무실해질 수 있는 점을 고려해 볼 때, 청구사유를 제한하지 않았다고 하여 위헌이라고는 볼 수 없다.

(나) 법 제8조가 주민소환투표의 청구제한기간을 설정한 것은 선출직 공직자의 임기 초에는 과오 등을 입증하기 어렵고, 임기종료 임박 시에는 소환의 실익이 없는 점과 주민소환이 부결되었음에도 반복적으로 주민소환투표를 청구하는 폐해를 방지하기 위한 것이다. 관할 선거관리위원회가 적법한 것으로 수리한 청구가 있다 하더라도 또 다른 사유로 주민소환투표 청구를 추진할 경우도 있을 수 있으므로, 주민의 직접 참여 확대라는 입법목적을 달성하기 위하여는 또 다른 청구를 제한하지 않는 것이 옳다.

(다) 주민소환의 남용을 막기 위하여 주민소환투표 청구에 일정 비율 이상 주민의 서명을 요건으로 하는 이상 서명요청활동은 주민소환 제도를 실시하기 위하여 필수적으로 보장되어야 하는 활동인 반면, 통·반 단위까지 세밀한 행정력을 보유하고 있는 지방자치단체의 공직자로 하여금 주민소환투표가 발의되지도 않은 상태에서 주민들의 서명요청 활동에 대한 반대운동을 허용하면 실제로 주민소환투표 제도는 투표청구조차 하기 어려울 정도로 유명무실하게 될 우려가 크므로, 법 제9조가 주민소환투표 청구를 위한 서명요청 활동에 대한 대상 공직자의 반대운동을 보장하지 않았다 하여 이를 불균형한 것이라고 할 수 없다.

(라) 법 제21조가 주민소환투표가 발의되어 공고된 후 주민소환투표 결과를 공표할 때까지 주민소환투표 대상자의 권한행사를 정지시킨 것은, 주민소환투표 관리의 공정성과 객관성, 지방행정의 안정성과 효율성을 고려한 입법정책적인 판단의 결과로서 헌법 제117조 제2항 및 제118조 제2항에 의한 입법제량사항이므로, 청구인의 공무담임권을 침해한다고 할 수 없다.

또한 현실적으로, 주민소환투표 대상자는 주민소환 반대투표운동에 전념할 수밖에 없어 권한을 유지할 경우 해당 직무를 소홀히 할 수밖에 없고, 소속 공무원들의 불법 투표운동 시비를 초래할 수도 있으며, 주민들도 소환될 수 있는 공직자가 수행하는 직무를 신뢰하지 않을 수 있으므로, 투표운동기간 동안 소환대상자의 권한행사를 정지시키는 것이 오히려 지방행정의 안전성을 유지할 수 있다.

(마) 주민소환투표의 발의요건을 지나치게 완화하면 정치적인 불안정이 초래될 수 있고 지나치게 엄격하게 하면 제도 자체가 유명무실해지므로, 주민소환투표의 발의요건과 주민소환의 확정요건은 입법자가 광범위한 재량으로 결정영역에 속한다. 주민소환의 확정요건은 지방자치단체장 및 지방의회 의원 선거에 있어서의 투표율과 당선자가 취득하는 유효투표의 수 등에 비추어 결코 낮지 않고, 외국의 입법례에 비하여도 지나치게 낮지 않다. 오히려 선거에서는 투표율을 묻지 않고 단순다수득표자를 당선자로 확정하는데 반하여 주민소환투표의 경우 3분의 1 이상의 투표율을 충족하도록 한 것은 선거에 비하여 엄격한 요건을 설정한 것이다.

다. 이해관계인 유정준 및 이해관계인 전국 시장·군수·구청장 협의회의 의견

이해관계인 전국 시장·군수·구청장협의회회의 의견은 청구인의 의견과, 이 사건 제1청구의 청구인 대표자였던 이해관계인 유정준의 의견은 행정자치부장관의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

1. 법 제7조 제1항 제2호 중 시장에 대한 부분이 주민소환의 청구사유에 제한을 두지 않은 것은 주민소환제를 기본적으로 정치적인 절차로 설계함으로써 위법행위를 한 공직자뿐만 아니라 정책적으로 실패하거나 무능하고 부패한 공직자까지도 그 대상으로 삼아 공직에서의 해임이 가능하도록 하여 책임정치 혹은 책임행정의 실현을 기하려는데 그 입법목적이 있다.

입법자는 주민소환제의 형성에 광범위한 입법재량을 가지고, 주민소환제

는 대표자에 대한 신임을 묻는 것으로 그 속성이 재선거와 같아 그 사유를 묻지 않는 것이 제도의 취지에도 부합하며, 비민주적, 독선적인 정책추진 등을 광범위하게 통제한다는 주민소환제의 필요성에 비추어 청구사유에 제한을 둘 필요가 없고, 업무의 광범위성이나 입법기술적인 측면에서 소환사유를 구체적으로 적시하기 쉽지 않으며, 청구사유를 제한하는 경우 그 해당 여부를 사법기관에서 심사하게 될 것인데 그것이 적정한 지 의문이 있고 절차가 지연될 위험성이 크므로, 법이 주민소환의 청구사유에 제한을 두지 않는 데에는 나름대로 상당한 이유가 있고, 청구사유를 제한하지 아니한 입법자의 판단이 현저하게 잘못되었다고 볼 사정 또한 찾아 볼 수 없다.

또 위와 같이 청구사유를 제한하지 않음으로써 주민소환이 남용되어 공직자가 소환될 위험성과 이로 인하여 주민들이 공직자를 통제하고 직접참여를 고양시킬 수 있는 공익을 비교하여 볼 때, 법익의 형량에 있어서도 균형을 이루었으므로, 위 조항이 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

2. 주민소환투표의 구체적인 요건을 설정하는 데 있어 입법자의 재량이 매우 크고, 이 청구요건이 너무 낮아 남용될 위험이 클 정도로 자의적이라고 볼 수 없으며, 법 제7조 제3항과 법 시행령 제2조가 특정 지역 주민의 의사에 따라 청구가 편파적이고 부당하게 이루어 질 위험성을 방지하여 주민들의 전체 의사가 어느 정도 고루 반영되도록 하고 있으므로, 이 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 주민소환투표의 청구기간을 제한한 것은, 선출직 공직자의 임기 초에는 소신에 따라 정책을 추진할 수 있는 기회를 주어야 하는 점, 임기 종료가 임박한 때에는 소환의 실익이 없는 점을 고려하고, 주민소환투표가 부결되었음에도 반복적으로 주민소환투표를 청구하는 폐해를 방지하려는 데 그 입법목적 있으므로, 주민소환투표에 회부되어 부결되었음에도 불구하고 소정의 기간 내에 반복적으로 소환투표를 청구하는 경우가 아닌 한, 제2, 제3의 청구를 할 수 있고 그것을 제한하여야 할 이유도 없다.

따라서, 법 제8조가 사실상 동일한 청구사유에 의하여 주민소환투표를 재청구하는 것을 막는 규정을 두지 아니하였다고 하여 이로써 청구인의 공무

담임권이 침해된다고 보기 어렵다.

4. 주민소환투표 청구는 일정 수 이상 주민의 서명을 요하므로, 이와 관련한 서명요청은 필수적으로 보장되어야 하는 활동이나 이를 주민소환투표 운동에 속하는 것으로는 보기 어려운 점, 서명요청 활동이 있더라도 실제로 청구요건을 갖추어 주민소환투표 청구가 이루어질 것인지 사전에 알 수 없기 때문에, 주민소환투표 청구가 이루어지기 전 단계에서부터 소환대상 공직자에게 소환반대 활동의 기회를 보장할 필요가 없고, 이를 허용할 경우 행정공백의 상태가 불필요하게 늘어나는 점, 관할 선거관리위원회는 주민소환투표 청구가 이루어진 후 주민소환투표대상자에게 소명할 기회를 제공하고(법 제14조), 주민소환투표가 발의된 이후에는 소환대상자의 반대운동이 가능하여(법 제17조, 제18조), 전체적으로 공정한 반대활동 기회가 보장되고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 법 제9조 제1항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

5. 법 제21조 제1항의 입법목적은 행정의 정상적인 운영과 공정한 선거관리라는 정당한 공익을 달성하려는 데 있고, 주민소환투표가 공고된 날로부터 그 결과가 공표될 때까지 주민소환투표 대상자의 권한행사를 정지하는 것은 위 입법 목적을 달성하기 위한 상당한 수단이 되는 점, 위 기간 동안 권한행사를 일시 정지한다 하더라도 이로써 공무담임권의 본질적인 내용이 침해된다고 보기 어려운 점, 권한행사의 정지기간은 통상 20일 내지 30일의 비교적 단기간에 지나지 아니하므로, 이 조항이 달성하려는 공익과 이로 인하여 제한되는 주민소환투표 대상자의 공무담임권이 현저한 불균형 관계에 있지 않은 점 등을 고려하면, 위 조항이 과잉금지의 원칙에 반하여 과도하게 공무담임권을 제한하는 것으로 볼 수 없다.

또 대통령 등 탄핵소추 대상 공무원의 권한행사 정지와 주민소환 대상 공무원의 권한행사 정지는 성격과 차원을 달리하여, 양자를 평등권 침해 여부 판단에 있어 비교의 대상으로 삼을 수 없으므로, 탄핵소추대상 공무원과 비교하여 평등권이 침해된다는 청구인의 주장도 이유 없다.

6. 주민소환투표권자 총수의 3분의 1 이상의 투표와 유효투표 총수 과반수의 찬성으로 주민소환이 확정되도록 한 법 제22조 제1항이 객관적으로 볼

때 그 요건이 너무 낮아 주민소환이 아주 쉽게 이루어질 수 있는 정도라고 보기 어려운 점, 일반선거와 달리 주민소환투표에 최소한 3분의 1 이상의 투표율을 요구하여 상대적으로 엄격한 요건을 설정하고 있는 점, 요즈음 지방선거의 투표율이 저조하고, 주민소환투표가 평일에, 다른 선거 등과 연계되지 아니한 채 독자적으로 실시될 가능성이 많은 점 등을 감안해 볼 때 위 요건이 너무 낮다고 볼 수 없고, 근본적으로 이는 입법재량 사항에 속하므로, 이 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

또, 제명 대상 국회의원과 주민소환 대상 지방자치단체장을 평등권 침해 여부 판단에 있어 비교의 대상으로 삼을 수는 없으므로, 국회의원의 경우는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 제명되는 점에 비추어(헌법 제64조 제3항) 평등권이 침해된다는 청구인의 주장도 받아들일 수 없다.

재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 일부 반대의견

심판대상조항 중 주민소환투표가 발의되었다는 이유만으로 주민소환투표 대상자의 권한행사를 정지시키는 법 제21조 제1항은 선출직 자치단체장의 공무담임권을 대의제의 원리 및 과잉금지원칙에 반하여 과도하게 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다.

주민소환 청구사유에 아무런 제한이 없고 발의요건이 엄격하지 아니한 데 주민소환투표안이 공고되었다는 이유만으로 주민소환투표 대상자의 권한행사를 곧바로 정지하면 주민소환제가 정치적으로 악용되거나 남용될 가능성이 크다.

헌법상 탄핵소추 대상 공무원의 권한행사 정지요건과 비교해 볼 때 요건이 지나치게 가벼워, 지방자치단체의 선출직 공무원을 헌법상 탄핵소추 대상 공무원에 비하여 평등의 원칙에 반하여 차별하는 것으로 볼 수 있다.

권한행사의 정지기간은 최장 90일까지 될 수 있어 그 기간이 짧아 기본권 침해의 정도가 가볍다고 단정할 수 없고, 주민소환이 부결되는 경우 권한행사 정지는 결과적으로 정당성을 가질 수 없으므로, 권한행사 정지기간이 길

지 않다는 점이 권한행사정지를 정당화할 논거가 될 수 없다.

권한행사를 허용할 경우 예상되는 부작용은 다른 제도를 강구하여 충분히 그 폐해를 방지할 수 있을 뿐만 아니라, 권한행사의 정지는 주민소환이 발의된 상태에서 공무담임권에 대하여 이루어질 수 있는 가장 무거운 침해 수단인 점, 직무집행을 정지되도록 하였으나 주민소환이 부결된 경우보다는 직무를 계속 수행하도록 하였으나 주민소환이 확정된 경우가 보다 헌법정신에 합치하고 청구인의 기본권을 덜 침해하게 되는 점 등을 고려하면, 위 조항이 공·사익의 형량에 있어 균형을 이루었다고 보기 어렵다.

주민소환이 확정되기도 전에 그 발의요건에 지나지 아니하는 15% 이상 주민의 서명만 가지고 그 권한행사를 정지시키는 것은, 이미 적법하게 확정된 선거의 결과와 임기제를 무시하는 것으로서 대의제의 본질을 침해한다.

【해설】

1. 적법요건에 대한 판단

가. 기본권주체성

국가 및 그 기관 또는 조직의 일부나 공법인은 원칙적으로는 기본권의 '수범자'로서 기본권의 주체가 되지 못하고, 다만 국민의 기본권을 보호 내지 실현하여야 할 책임과 의무를 지니는 데 그칠 뿐이므로(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480 참조), 공직자가 국가기관의 지위에서 순수한 직무상의 권한행사와 관련하여 기본권 침해를 주장하는 경우에는 기본권의 주체성을 인정하기 어려우나, 그 외의 사적인 영역에 있어서는 기본권의 주체가 될 수 있다.

청구인은 선출직 공무원인 하남시장으로서 이 사건 법률 조항으로 인하여 공무담임권 등이 침해된다고 주장하여, 순수하게 직무상의 권한행사와 관련된 것이라기보다는 공직의 상실이라는 개인적인 불이익과 연관된 공무담임권을 다투고 있으므로, 이 사건에서 청구인에게는 기본권의 주체성이 인정된다고 보았다(헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743-744 ; 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 696 ; 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 471-472 참조).

나. 권리보호의 이익

헌법소원심판 계속 중 사실 또는 법률관계의 변동으로 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우 원칙적으로 권리보호의 이익이 없다 할 것이므로(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370 참조), 이 사건에서 주민소환이 부결된 이상 청구인의 기본권의 침해는 종료되었다고 할 것이다.

그러나 헌법소원은 주관적인 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능 또한 겸하고 있으므로, 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험성이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정할 수 있는바(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1425 참조), 이 사건에 있어서도 그와 같은 사정이 있다고 보아 객관적 권리보호의 이익을 인정하였다.

2. 주민소환제도 개관

가. 주민소환의 의의와 입법이유

(1) 주민소환의 의의

우리 지방자치법은 “주민은 그 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(비례대표 지방의회의원은 제외한다)을 소환할 권리를 가진다”(제20조 제1항)라고 하여 주민소환을 규정하면서도 그 구체적인 정의를 내리고 있지는 아니하다. 일반적으로 주민소환제도(the Recall)란 지방의원, 지방자치단체의 장 기타 지방자치단체의 공무원을 임기 전에 해직하도록 주민이 결정하는 제도를 말한다.¹⁾

주민소환제는 주민에 의한 지방행정 통제의 가장 강력한 수단이며, 이는 지방자치단체의 특정한 공직에 있는 자가 주민의 신뢰에 반하는 행위를 하

1) 좀 더 구체적으로는 “주민소환은 “공직의 정해진 임기가 끝나기 전에 해당 공직자를 유권자의 고발이나 청원, 그리고 투표로써 그 공직으로부터 해임하는 절차”(Zimmerman, 김영기역, 미국의 주민소환제도, 2002, 11면)라거나, 혹은 “지역유권자가 지방공직자를 임기 중에 청원과 투표로써 해임하는 정치적 절차”(김영기, 한국의 주민소환제, 2006, 73-74면)라고 정의하기도 한다.

고 있다고 생각될 때 임기 종료 전에 주민이 그 해직을 청구하는 제도로써, 주민의 참정기회를 확대하고 주민대표의 정책이나 행정처리가 주민의사에 반하지 않도록 주민대표자기관이나 행정기관에 대한 통제와 주민에 대한 책임성 확보에 의의가 있다.

(2) 입법경위

우리나라에서 지방자치제는 1952년에 처음 실시되었으나 1961년에 폐지되었고, 1991년에 지방의회의원을 선출하는 것으로 부활하여 1995년 지방자치단체장 선거까지 포함되면서 완전한 형식을 갖추게 되었다.

그 이후 선출된 많은 지방자치단체장과 지방의회의원들이 형사 처벌되는 등 사회문제가 되자 지방공직자들에 대한 통제 문제가 논의되기 시작하였고, 2000년 고양시장의 러브호텔 허가를 둘러싸고 시장퇴진 운동이 일어나고 2004년에 주민소환제를 규정한 광주광역시와 전라남도의 조례안이 통과되었으나, 대법원은 현행 지방자치법이나 다른 법령에서 주민소환제를 조례로써 정할 수 있도록 위임한 근거를 찾아볼 수 없으므로 동 조례는 무효라고 판결하였다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004후89 판결).

이런 상황에서 2006. 5. 2. 법이 국회에서 통과되어 2007. 7. 1.부터 시행되었다.

(3) 입법이유

주민소환법의 입법이유는 ‘선출직 지방공직자인 지방자치단체의 장 또는 지방의회의원의 위법·부당행위, 직무유기 또는 직권남용 등을 통제하고 주민의 직접 참여를 확대하는 주민소환제도를 도입함으로써 지방자치행정의 민주성·책임성의 제고와 주민복리의 증진을 도모함’에 있다.²⁾

나. 주민소환제와 국민주권의 원리

(1) 국민주권의 원리

우리 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은

2) 국회 행정자치위원회의 ‘주민소환에 관한 법률안’ 제안이유 참조

국민으로부터 나온다”고 하여 국민주권주의를 천명하고 있다. 국민주권의 원리는 일반적으로 어떤 실천적인 의미를 갖기 보다는 국가권력의 정당성이 국민에게 있고 모든 통치권력의 행사를 최후적으로 국민의 의사에 귀착시킬 수 있어야 한다는 국가권력 내지 통치권의 정당화원리로 이해된다.³⁾

한편 국민의 헌법상 지위를 주권자로서의 국민 외에 주권행사기관으로서의 국민으로 나누어 후자는 국가기관으로서의 국민을 의미하며 국가중요정책에 관한 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)과 선거기관으로서 대표기관의 선출권(헌법 제41조, 제67조)을 갖는 것으로 보는 견해가 있고⁴⁾, 근본적으로 국민주권주의는 목적이고 국민대표제는 이를 실현하기 위한 수단이라는 관점에서 국민주권의 원리를 주권의 소재 이외에도 주권의 실질적 행사라는 관점에서 보아 미국에서의 공화제적인 접근인 자기지배라는 원리 하에 국민의 참여민주주의라는 입장에서 국민주권주의에 대하여 동(動)적으로 접근할 필요성을 강조하는 견해도 있으며,⁵⁾ 이러한 입장들에 의하면 국민주권주의가 통치권의 단순한 정당화원리를 넘어서는 실천적인 원리로 이해되어 직접민주주의적인 제도의 도입을 좀 더 요구하는 원리가 될 가능성이 있다.

헌법재판소도 기본적으로 국민주권주의를 통치권력의 정당성원리나(헌재 2000. 3. 30. 99헌바113, 판례집 12-1, 359., 368-369, 헌재 2006. 2. 23. 2003헌바84, 판례집 18-1상, 110-127 등 참조)⁶⁾ 헌법상의 제도나 원칙(선거운동

3) 허영, 헌법이론과 헌법(2005), 760면; 정종섭, 헌법학원론(2007), 191면; 장영수, 헌법총론(2004), 214면

4) 김철수, 헌법학개론(2004), 1029면 : 김철수 교수도 국민주권주의가 갖는 정당성의 원리로서의 성격을 부정하는 것은 아니며(같은 책, 137면) 여기에 부가적으로 국가기관으로서의 국민의 개념을 추가하고 있는 것으로 보인다. 이러한 견해에 대하여 이러한 국민투표권과 선거권은 주권자로서 국가기관을 창조하고 국가정책의 결정에 민주적 정당성을 부여해 주기 위한 국민주권원리의 표현이지, 그 자체가 국가기관으로서의 행위를 뜻하는 것은 아니라는 비판이 있다(허영, 앞의 책, 761면).

5) 장용근, 국민주권론의 비판적 재구성, 세계헌법연구 제13권 제1호, 111-142면 참조; 한편 더 나아가서는 우리헌법상 보통선거가 실시되는 점, 명령적 위임금지의무규정이 존재하지 않는 점, 국민투표가 규정되어 있는 점, 면책특권은 유권자로부터의 독립이 아닌 집행권으로부터의 독립이라는 점, 국회의원의 국익우선의무는 국회의원의 유권자이익 봉사 의무를 부정하기 위한 것이 아니라 국회의원 개인의 청렴의무를 강조하는 성격이 강한 점을 고려하면 우리헌법은 순수대표제로 이해할 수는 없고, 직접제로 경사되고 있는 반(半)대표제로 보아 헌법 개정 논의 없이 국민소환제 논의가 가능하다는 견해도 있다(이경주, 유권자의 권리찾기, 책세상, 2005년, 102-103면).

의 자유의 근거인 선거제도, 최형법정주의) 등의 근거로 작동하는 것으로 보고 있으나(헌재 2004. 8. 26. 2004헌바14, 판례집 16-2상, 306-323; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422-440), 신행정수도 사건에서는 국민민주권주의가 적극적인 측면을 갖고 있음을 밝히기도 하였다.⁷⁾

(2) 국민주권의 실현

국민주권의 행사방법으로는 직접민주제와 간접민주제가 있는데, 국민은 선거를 통하여 대표를 선출하고 그 대표가 통치권을 행사하는 간접민주제(대의제)가 우리 헌법은 물론 오늘날 대부분의 민주국가에 있어서 국민주권의 원칙적인 행사방법이다.

대의제의 원리는 역사적으로 형성된 개념이므로 이는 나라의 사정이나 주장자에 따라 다를 것이나 일반적으로 통치자와 피치자의 구별, 통치구조에 있어서 정책결정권과 기관구성권의 분리, 선거를 통한 대표자의 선출과 통치자의 전체국민의 대표자성, 국민의 경험적 의사에 대한 국민의 추정적 의사

6) “국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본 원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권이나 국가교육권(교육입법권·교육행정권·교육감독권 등)도 이 원리에 따른 국민적 정당성기반을 갖추어야만 한다.”

7) “헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.’고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있는 것이다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. 이와 같이 관습에 의한 헌법적 규범의 생성은 국민주권이 행사되는 한 측면인 것이다. 국민민주주의 또는 민주주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에의 국민의 참여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다”고 하였다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 40).

이 결정에 대하여는 국민주권의 통치질서에서 혁명이나 저항권행사와 같은 특별한 사정이 없는 한, 주권자인 국민에 의한 국가정책의 결정도 헌법에 명문의 규정이 있어야 인정되고 국민과 국가기관을 구속하는 것이며, 이는 즉, 국민의 결단 내지는 국민 다수의사의 확인도 헌법과 법률에 따라 이루어져야 함, 일정한 범법칙을 준수하여야 하며, 주권자인 국민 다수의 의사에 의해서도 침해될 수 없는 고유한 가치가 있다고 할 것인데, 위 결정은 국민주권을 병자하여 헌법의 헌법개정조항을 위반하고 있다는 점에서 대의민주주의 원리에 반하여 결국 자유민주주의원리에도 위배되는 결정이라는 비판이 있다(박경철, 국민주권, 국민의 헌법제정권 그리고 관습헌법, 헌법학연구 제13권 제2호(2007. 6.), 225-228면 참조).

의 우선과 부분이익에 대한 전체이익의 우선, 명령적 위임의 배제 등을 기본 내용과 개념으로 하고 있다.⁸⁾

직접민주제는 국민이 직접 국정을 운영하는 제도를 말하는 것으로서 국민의 투표에 의한 표결의 방법으로 행해지는 것이 보통인바, 직접민주제의 방법으로는 국민표결(국민투표), 국민발안, 국민소환, 국민거부제가 있다.

국민주권과 통치원리에 관하여는 역사적으로 대립된 주권이론이 있었는데, 프랑스에서 논의된 국민(Nation)주권론은 국민은 ‘전체로서의 국민’을 의미하며 이는 이념적 통일체로서 존재하는 추상적 존재로서 대의제 원리가 적합한 형태라고 설명되고, 인민(People)주권론에서의 인민은 현실적인 개인들의 총체이며 항상 주권을 스스로 행사할 수 있는 존재를 말하며 직접민주제가 더 이상적인 제도라고 설명된다. 오늘날의 대의제의 정착은 국민주권론의 승리를 의미하는 것으로 볼 수 있지만, 보통선거의 일반화, 직접민주제 원리의 헌법상 제도화는 위 두 주권이론이 융합되고 통합된 타협적 헌법체제로 정착되었음을 의미한다고 한다.⁹⁾

(3) 대의민주주의와 직접민주제의 긴장과 조화

국민주권주의를 구현하기 위하여 우리 헌법은 국가의 의사결정방식으로 대의민주주의를 채택하고, 이를 가능하게 하는 선거제도와 선거권, 피선거권을 기본권으로 보장하며, 대의제도를 보완하기 위한 방법으로 국민투표제도(헌법 제72조)를 두고 있다.¹⁰⁾

위와 같이 국민주권주의가 국가권력의 민주적 정당성을 의미하는 것이고, 국민전체가 직접 국가기관으로서 통치권을 행사하는 것을 의미하는 것은 아니라고 보면 국민주권의 원리는 주권의 소재와 통치권의 담당자가 언제나 같을 것을 요구하는 것은 아니고 국민이 직접 주권을 행사하는 예외적인 경우 외에는 ‘통치권의 담당자’가 국민의 의사에 의해서 결정되어야 하고 그를 통해서 국가권력의 행사도 궁극적으로 국민의 의사에 의해 정당화될 것을

8) 정종섭 헌법연구1(1994), 228-229면.

9) 김하열, 대통령신임투표를 국민투표에 부치는 행위 위헌확인 등, 헌법재판소결정해설집(2003), 743-745면 참조

10) 정종섭, 헌법학원론(2007), 116, 192면

요구하는 것이다.¹¹⁾

따라서 통치를 위한 기관의 구성원리로서의 대의제도는 국민주권의 이념을 존중하면서도 현대의 대중사회가 안고 있는 여러 가지 민주정치에 대한 장애요인들을 합리적으로 극복하기 위해 창안된 조직원리로서, 기관구성권과 정책결정권의 분리, 정책결정권의 자유위임을 기본적 이념으로 하는바, 후자는 특히 국민이 선출한 대의기관은 일단 국민에 의해서 선출된 후에는 법적으로 국민의 의사와 관계없이 독자적인 양식과 판단에 따라 정책결정에 임하기 때문에, 자유위임관계를 본질로 한다.¹²⁾

그런데 직접민주주의제도 중 하나인 국민소환제는 국가원수나 국민대표자를 임기 도중에 국민의 투표로 해임시키는 것인바, 국민소환제가 위법한 행위를 이유로 실시되는 경우에는 대의제와 조화될 수 있지만, 업무상의 무능이나 정책의 실패를 이유로 하는 경우에는 자유위임의 원칙을 내용으로 하는 대의제와 갈등을 빚을 수 있다.¹³⁾

오늘날 전통적인 의미의 대의제가 갖는 많은 문제점을 공감하여 많은 국가에서 국민발안, 국민투표, 국민소환과 같은 직접민주주의의 방식을 채택하고 있으나, 이는 대의제를 보완하고 보충하는 의미에서 각 나라의 고유한 사정을 고려하여 채택한 것으로 일반적으로 이해되고 있다. 그러나 위와 같은 제도가 헌법에 직접 규정된 경우에는 위헌의 문제가 있을 수 없으나 법률에 규정된 경우에는 대의제와 조화를 이루지 아니하면 합헌성이 문제될 수 있고, 주민소환제에 있어서도 마찬가지로의 문제가 제기될 수 있다.

(4) 관련판례와 독일의 예

가) 헌법재판소의 대통령신임투표사건에서 소수의견(김영일, 권성, 김경일, 송인준 재판관)은 대의제를 근간으로 하는 헌법구조에 국민투표와 같은 직접 민주적 요소를 삽입하는 경우에는 삽입된 직접 민주적 요소가 대의제와 조화될 수 있어야 하므로 국민투표와 같은 직접 민주적 헌법규범이 국가권

11) 허영, 한국헌법론(2005), 639면

12) 허영, 한국헌법론(2005), 641 - 646면

13) 정종섭, 헌법학원론(2007), 127-128, 131면

력을 위임받은 국가기관 상호간의 권한 및 법치국가원리와 같은 기본적 헌법원리에 위반되어서는 안된다고 하여 직접민주적인 요소의 대의제와의 조화를 강조하고 있다(헌재 2003. 11. 27. 2003헌마694등, 판례집 15-2하, 350).

나) 대법원도 완주군의회회의규칙중개정규칙제의결취소등 사건에서 지방자치법에 따른 의회대표제하에서 의회의원과 주민은 엄연히 다른 지위를 지니는 것으로서 의원과는 달리 정치적, 법적으로 아무런 책임을 지지 아니하는 주민이 본회의 또는 위원회의 안건 심의 도중 안건에 관하여 발언한다는 것은 현행법상 선거제도를 통한 대표제원리에 정면으로 위반되는 것으로서 허용될 수 없다고 보아야 할 것이고, 다만 간접민주제를 보완하기 위하여 의회대표제의 본질을 해하지 않고 의회의 기능수행을 저해하지 아니하는 범위 내에서 주민이 의회의 기능수행에 참여하는 것 - 예컨대 공청회에서 발언하거나 또는 본회의, 위원회에서 참고인, 증인, 청원인 등의 자격으로 발언하는 것 - 은 허용된다고 하여 대의제에 반하는 직접민주주의 방식을 제한적으로 해석하고 있다(대법원 1992. 2. 26. 92추109 판결).

다) 독일에서의 학설은 주민표결을 포함한 주민직접참여제도는 대표제원리와 양립하는 범위에서 허용된다고 하고, 주민직접참여제도가 대표제원리와 의 관계에서 허용되는 한계의 문제에 대하여 추상적으로는 주민직접참여제도에 의하여 대표민주제의 기능이 상실되거나 또는 지방의회가 지방자치법의 보조적인 지위로 전락하여서는 아니 된다고 보고 있다.¹⁴⁾ 독일에서는 소환제의 일반적인 형식은 소환의 발의나 소환결정이 주민이나 의회의 어느 일방에 의해 독점되기 보다는 양자의 공동관여하에 이루어지고 있다.¹⁵⁾

(5) 소결

결국 근대국가가 대부분 대의제를 채택하였다가 그 후에 직접민주적인 요소를 도입한 역사적인 사정을 보면 대의제가 갖는 문제점과 한계를 극복하기 위하여 직접민주제가 도입된 것이 분명하고, 따라서 헌법적인 차원은 별론으로 하더라도 법률에 의한 직접민주적인 제도의 도입에 있어서는 기본적

14) 노현수, 주민참여와 주민소환제, 영남대대학원 석사학위논문(2005), 39면 ,

15) 최봉석, 주민소환제에 관한 독일에서의 논의와 법제, 공법연구 제30집 제1호, 503면

으로 대의제와 조화가 되어야 하므로, 직접민주적인 제도의 도입은 대의제의 본질적인 요소나 근본취지를 부정하여서는 안 된다는 한계를 지닌다고 할 수 있다.

다. 지방자치와 주민소환제

(1) 지방자치의 의의와 성격

지방자치는 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구를 설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 책임 아래 처리하는 것을 말한다.¹⁶⁾

전통적으로 지방자치는 지방의 주민의 의사에 따라 지방의 행정을 처리하는 것이 지방자치의 근간이 된다는 ‘주민자치’와 지방분권주의를 기초로 하여 국가내의 일정한 지역을 토대로 하는 독립단체가 존재하는 것을 전제로 하여 그 단체의 의회와 기관으로써 그 단체의 사무를 처리하는 ‘단체자치’를 요소로 성립되어 있다고 설명되고, 지방자치는 기본권이 아닌 헌법상의 제도 보장으로 이해되고 있다.¹⁷⁾

더 구체적으로 보면 ‘단체자치’란 상위정부에 대한 지방정부의 자율성 측면에 관한 것으로서 상위정부와 지방정부간의 분권/집권이 핵심문제가 되고, ‘주민자치’는 지방정부에 대한 시민사회의 투입측면에 관계되는 것으로서 참여/통제가 핵심문제가 되는 것이며, 오늘날은 여기에 지방정부에 대한 지배 집단(주로 기업집단)의 영향력에 주목하여 지방정부의 지배집단에 대한 중립/종속을 지방자치의 요소에 포함시키고 있고, ‘주민자치’의 측면에서는 직접민주제적 요소의 강화가 요청되고¹⁸⁾, 지방자치단체는 주민들의 기본권의

16) 허영, 앞의 책, 787면

17) 김철수, 앞의 책, 1262-1263면 참조 ; 제도보장설에 대하여는 제도의 최소골격을 유지시킨다는 점에서는 여전히 의미가 있으나, 오늘날 글로벌 경제에서 규모의 경제를 배경으로 하는 집권의 논리와 지역사회의 다양성과 정치민주화를 배경으로 하는 분권의 논리간의 갈등과 충돌의 상황에서 헌법이 입법자에게 지방자치를 통해 헌법의 가치를 최적으로 실현시키도록 하는 규범력을 갖도록 하는데 무력하다는 점에서 많은 비판을 받고 있다(지방자치의 헌법적보장(헌법재판연구 제17권, 2006) 84-89면 참조).

18) 이승중, 지방자치론 제2판(2005), 박영사, 3-4, 18면

보호와 실현을 위한 수단으로서 위치를 갖고 있다고 이해하는 헌법적 관점에서 주민자치는 지방자치단체의 권한강화(단체자치)보다 더 중요한 가치를 가진다고 한다.¹⁹⁾

헌법재판소는 “지방자치제도는 민주주의의 요체이며 현대의 다원적 복합 사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 지방의 공동관심사를 자율적으로 척결함과 동시에 주민의 자치역량을 배양하여 국민민주주의와 자유민주주의의 이념구현에 이바지함을 목적으로 하는 제도이다”라고 이해하고 있고(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 100; 헌재 1998. 4. 30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 384), “지방자치제도의 헌법적 보장은 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있으므로, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 함은 헌법상의 요청”이라고 하여(헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 22),²⁰⁾ 지방자치를 제도보장으로 이해하고 있다.

지방자치를 제도보장으로 이해하게 되면, 입법자는 지방자치의 실현을 위해 구체적인 법률을 제정함에 있어 광범위한 입법제량을 갖게 되나, 지방자

19) 지방자치의 헌법적 보장, 헌법재판연구 제17권(2006), 94면

20) 헌법재판소 선례를 보면 지방자치는 주로 단체자치의 측면, 즉 중앙정부와의 관계에서의 자치가 주로 문제되어 온 것으로 보인다(헌재 1998. 8. 27. 96헌라1, 판례집 10-2. 364-397; 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170-184 등 참조).

지방자치의 내용과 성질에 대하여 더 구체적으로 실시한 선례(헌재 2006.02.23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320)를 보면, “지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이고, 우리 헌법상 자치단체의 보장은 단체자치와 주민자치를 포괄하는 것이다. 그런데 지방자치제도는 제도적 보장의 하나로서, 「제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 임법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 그러나 기본권의 보장은 … (중략) … ‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용” 된다.”고 하고 있다.

치단체의 수를 조정하기 위한 지방자치단체의 통·폐합은 가능하지만 모든 지방자치단체를 폐지하는 것은 금지되고(자치단체보장)²¹⁾ 지방자치단체로 하여금 오로지 국가의 위임사무만을 처리케 함으로써 국가의 집행기관으로 기능케 하는 것도 허용되지 않으며(자치사무보장), 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고 독자적인 책임 하에 처리할 수 있는 자치고권을 보장하는 본질적인 내용에 대하여는 제한을 받게 된다.²²⁾

(2) 지방자치단체장의 선거와 대의제

헌법상 지방의회의 구성원리는 선거에 의한다고 규정하고 있으나(제118조), 지방자치단체의 장을 선거하는 주민의 권리는 규정되어 있지 않고 다만 지방자치법에 규정된 점과 관련하여, 단체장에 대한 선거권을 국민의 법률상의 권리로 이해하는 견해(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249 재판관 조규광, 김진우의 보충의견²³⁾)와 헌법상의 권리로 보는 견해(위 결정에서의 재판관 변정수의 반대의견과 재판관 김양균의 반대의견²⁴⁾)로 나뉜다.²⁵⁾

21) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1190, 판례집 18-1상, 652, 657-658 : 헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. 헌법상 지방자치제도보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이므로, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다. 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것이다.

22) 허영, 앞의 책, 796-797면

23) 헌법 제118조 제2항은 선거의 방법으로 선출할 것을 전제로 규정한 지방의회의원의 경우와는 달리 지방자치단체장의 선임방법에 관한 사항은 법률로 정한다고만 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 단체장에 대한 주민직접선거제가 헌법적 의지라고는 볼 수 없으므로 단체장 선거권 및 피선거권은 법률에 의하여 보장되는 법률상의 권리에 불과하다.

24) 헌법 제24조, 제25조 및 제118조 제2항이 지방자치단체의 집행기관으로서 단체장을 둔다는 것, 그 단체장은 주민이 직접 선출할 수도 있도록 법률로써 정할 수 있다는 것을 규정하였고, 그 헌법규정에 따라 제정된 구 지방자치법 및 구 지방자치단체의 장 선거법이 지방자치단체 주민의 단체장 선거권 및 피선거권을 규정하고 있었으므로 이는 헌법상의 기본권이다(재판관 변정수의 반대의견). 헌법 제117조, 제118조는 지방자치단체를 명문으로 보장하고 있으며, 지방자치란 지역중심의 지방

대의제는 선거를 전제로 한 개념이므로 단체장에 대한 선거권을 헌법상의 권리로 이해하면 지방자치단체장에 대하여도 헌법상의 대의제의 원리가 적용되는 것으로 볼 수 있으나, 단순한 법률상의 권리로 보면 이를 헌법에서 명문으로 선거권을 인정하는 대통령이나 국회의원, 지방의회의원과 같은 수준의 대의제의 원리가 작동하는 것으로 볼 수는 없다.

따라서 지방자치단체장의 주민들에 대한 무기속위임성(명령적 위임의 배제)은 좀 더 약해진다고 할 수 있고 주민들의 단체장에 대한 통제가 더 강화될 수 있다고 보아야 한다.

(3) 지방자치와 주민소환

주민소환제도 자체가 지방자치의 본질적인 내용이라고 볼 수는 없으므로 이를 보장하지 않는 것이 위헌이라거나 어떤 특정한 내용의 주민소환제를 반드시 보장해야 한다는 헌법적인 요구가 있다고 볼 수는 없다.

오히려 주민소환제도가 지방자치의 본질적인 내용을 침해하는 것인지가 문제된다 할 것이나, 주민자치의 측면에서 보면 주민소환제는 주민의 참여를 적극 보장하는 것으로서 그 자체로 주민자치를 실현하여 지방자치에 부합하는 면이 있어 이 점에서는 위헌의 문제가 발생할 수 없다.

주민자치의 제도적 형성으로서의 주민소환제에 대하여는 입법자에게 광범위한 입법재량이 있다고 할 수 있으나, 앞서 본 바와 같이 단체장도 선거에 의하여 선출되므로 이러한 단체장의 공무담임권을 과잉으로 제한하는지, 제도적인 측면에서는 대의제의 본질적인 부분을 침해하는지의 문제는 여전히 남게 된다.

자치단체가 독자적인 자치기구를 설치하여 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭 없이 스스로의 권한과 책임아래 처리하는 것을 의미하므로, 지방자치단체의 대표인 단체장이 주민의 자발적 지지에 기초를 둔 선거에 의해 선출되어야 한다는 것은 지방자치제도의 본질로부터 논리적으로 당연히 도출되는 원리여서, 국민의 단체장 선거권 및 피선거권은 헌법에 의하여 보장되는 기본권이다(재판관 김양균의 반대의견).

- 25) 헌법재판소는 단체장에 대한 선거권이 헌법상 명문으로 규정된 권리가 아니라고 할 뿐 특별히 이에 대한 성격을 밝히고 있지는 않다(헌재 2002. 3. 28. 2000헌마283, 판례집 14-1, 211-227).

(4) 주민소환의 성격

주민소환제를 규범적인 차원에서 정치적 절차로 설계할 것인지 아니면 사법적인 절차로 할 것인지는 현실적인 차원에서 입법자가 여러 가지 사정을 고려하여 정책적으로 결정할 수 있는 사항이다.

우리나라의 주민소환법은 주민소환의 청구사유를 두지 않았다는 점에서 입법자가 기본적으로 정치적인 절차로 설정한 것으로 볼 수 있고, 이 점은 다른 청구요건에 대하여도 심사기준을 완화해서 살펴볼 수 있는 기본지침으로 작용할 수 있다.

주민소환제를 정치적 절차로 볼 것인지 사법적 절차로 볼 것인지에 대하여는 미국에서 많은 논의가 있었는데, 기본적으로 정치적 과정으로 본다면 소환대상이 되는 공직자가 배임, 직권남용과 같은 혐의가 없더라도 주민소환은 청구될 수 있고 방어하는 공직자의 권리를 보호하기 위한 사법적 절차를 적용하지 않는다. 미국의 각 주마다 주민소환제가 정치적 절차인지, 사법적 절차인지 입장이 나뉘어 있는데, 소환사유를 구체적으로 규정한 주에서는 이를 사법적 절차로 보고 있다.²⁶⁾

한편 외국의 다른 입법례에서 대체로 청구사유 제한을 두지 않고 있다는 점에 주목하면 주민소환제는 기본적으로 정치적인 절차의 성격이 강하다고 볼 수 있다.

3. 쟁점의 정리와 심사의 방법

가. 쟁점의 정리

이 사건의 주된 쟁점은 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청

26) 김영기, 앞의 책, 101-105면 : 캘리포니아 주헌법은 청원의 배경에 관하여 법원이 심사할 수 없다고 규정하여 정치적 절차임을 분명히 하고 있고, 콜로라도 주헌법도 “소환제와 관련된 배경의 합법성, 타당성, 충분성에 관한 사항은 유권자들의 독자적이고 배타적인 판단에 관한 것이며, 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다”고 규정하고 있는바, 1974년 소환권은 본질적으로 정치적인 것으로 확인하였다. 조지아주는 “공직자가 그 직무에 반하거나 공공의 권익에 반하여 행동한 경우와 직권남용, 선서위반, 임무수행의 실패, 공용재산의 전용 등의 행위를 주민소환제 발동의 근거로 규정하고, 재량행위는 공직자의 소환사유를 구성하지 아니한다”고 규정하였다.

구인의 공무담임권을 침해하는지 여부이고, 일부 조항에 대하여는 평등권 침해여부도 문제된다. 청구인은 피선거권의 침해도 아울러 주장하였으나, 이는 주민소환이 확정되어 소환대상자가 그 직을 상실하는 경우 그로 인하여 실시되는 보궐선거에 후보자로 등록할 수 없다는 것으로, 공무담임권의 박탈에 필연적으로 수반되는 불이익이라 할 수 있어 공무담임권의 침해여부 판단에 포함된다고 보아 별도로 판단하지 아니하였다.

나. 심사의 방법(심사기준)

주민소환제 자체의 위헌 판단을 구하는 것이 아니고 주민소환제를 구성하는 여러 요건이 청구인의 공무담임권을 침해한다고 주장된 이 사건에 있어서는, 직접민주제의 도입이 대의제의 본질적인 내용을 침해하여서는 안 된다는 점, 주민소환제는 기본적으로 정치적인 절차로서의 성격이 강하다는 점, 그리고 지방자치단체장에 대한 선거(대의제)나 주민소환(직접민주제)이 헌법적인 차원이 아닌 법률적인 차원에서 보장되고 있음을 참작해 볼 때 주민소환제는 지방자치의 측면에서 입법재량의 여지가 큼에 반하여 지방자치단체장이 대의제원리에 따라서 갖는 자유위임의 원칙은 상대적으로 약화될 수 있다는 점이 함께 고려되어야 한다고 보았다.

한편 대의제와 공무담임권의 관계가 문제되나 선출직 공무원의 공무담임권은 선거를 전제로 하는 대의제의 원리에 의하여 발생하는 것이므로, 공직의 취임이나 상실에 관련된 어떠한 법률조항이 헌법상 대의제의 원리에 반한다면 이는 공무담임권도 침해하는 것이라고 볼 수 있다.²⁷⁾

결론적으로 입법자는 주민소환제의 형성에 있어서 광범위한 입법재량을 갖고 있으나, 대의제의 본질적인 부분을 침해하여 공무담임권을 침해하지 않

27) 헌법재판소는 국회의원 피선거권 25세 연령제한 사건(헌재 2005. 4. 28. 2004헌마 219, 판례집 17-1, 547)에서, “국회의원선거에 입후보하여 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다.”고 하여 간접적으로 대의제가 공무담임권 형성의 한계원리로 작용할 수 있음을 시사하고 있다.

아야 하는 한계를 지켜야 함을 전제로, 이 사건 법률조항이 대의제의 본질적인 부분을 침해하는지와 아울러 과잉금지원칙에 위반되는지를 여부를 판단하였다.

다만, 과잉금지원칙을 심사함에 있어서 피해의 최소성 판단에 있어서는 입법재량의 범위가 넓다는 점을 고려하여 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가’라고 하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다고(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등 판례집 14-2, 410, 433-438 참조)²⁸⁾ 보았다.

따라서 이 사건 법률조항에 대한 위헌심사의 기준은 대의제에 반하지 않는 범위 내에서 대의제를 보완하는 직접민주제적 요소로 도입한 주민소환제의 제도의 형성에 입법자가 상당한 재량권을 가지는 점과 청구인도 주민소환제 자체의 위헌성을 주장하는 것이 아니라 소환의 요건이 과소 혹은 과잉하다는 문제를 제기하는 것인 점을 고려하여, 완화된 비례심사를 한 것으로 볼 수 있다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌여부

가. 법 제7조 제1항 제2호 중 ‘시장’ 부분(청구사유를 제한하지 않은 부분)

(1) 주민소환은 지방자치에 관하여 주민의 직접적인 참여를 확대하고 지방행정의 민주성과 책임성을 제고하기 위한 제도로서(법 제1조), 그 청구사유에 제한을 두지 않은 것은 주민소환제를 기본적으로 정치적인 절차로 설계함으로써 위법행위를 한 공직자뿐만 아니라 정책적으로 실패하거나 무능하고 부패한 공직자까지도 그 대상으로 삼아 공직에서의 해임이 가능하도록 하여 책임정치 혹은 책임행정의 실현을 기하려는데 그 입법목적이 있다. 이

30) 이 사건은 대의제를 보완하기 위하여 직접민주제적 요소를 결합시키는 제도로서의 주민소환제도를 새로이 형성함에 있어서, 소환요건을 지나치게 엄격하게 설정할 경우는 제도 자체가 유명무실해지고 너무 완화할 경우 선출직 지방공직자의 공무담임권을 지나치게 제한할 우려가 있어 양자의 적절한 조화가 요구되는 사안이다. 구체적인 요건을 정함에 있어서 입법자는 투표율 등에 관한 예측을 토대로 할 것인바, 기본적으로 입법자의 형성의 자유를 존중하여 그러한 예측이 잘못된 것임이 명백하지 않은 한 침해의 최소성 원칙을 위반한 것으로 보아서는 안 될 것이라는 점에서, 위 선례와 사안은 다르지만 비슷한 기준을 사용한 것으로 보인다.

러한 입법목적은 주민자치를 실현하기 위하여 주민소환제가 잘 기능할 수 있도록 한다는 점에서 그 정당성을 인정할 수 있다.

위 조항부분은 지방자치단체장이 행정의 민주성과 투명성을 높이려고 노력하는 효과를 가져 올 수 있어 위 입법목적의 증진에 기여할 수 있는 유용한 수단이라 할 것이므로 수단의 적합성도 인정된다.

(2) 입법자는 주민소환제의 형성에 있어 광범위한 입법재량을 가지므로, 주민소환제의 핵심을 이루는 청구사유의 존재 여부에 대하여도 우리의 정치적 현실을 고려하여 자유롭게 정할 수 있다. 주민소환제는 역사적인 기원을 따져 볼 때 기본적으로 정치적인 행위로 이해하는 것이 타당하고²⁹⁾, 주민소환제를 두고 있는 대부분의 국가에서도 이러한 취지에서 청구사유에 제한을 두고 있지 않다.³⁰⁾

그리고 대의민주주의 아래에서 대표자에 대한 선출과 신임은 선거의 형태로 이루어지는 것이 바람직하고, 주민소환은 대표자에 대한 신임을 묻는 것으로서 그 속성은 재선거와 다를 바 없으므로, 선거와 마찬가지로 그 사유를 묻지 않는 것이 제도의 취지에도 부합한다. 또 업무의 광범위성이나 입법기술적인 측면에서 보아도 지방자치단체장의 소환사유를 구체적으로 적시하는 것 또한 쉽지 않다.

한편 이와 같이 청구사유를 제한하지 아니하였다는 점만으로 공직자가 바로 공직에서 퇴출되거나 이러한 구체적인 위협에 처하게 되는 것이 아니고 단지 주민소환투표가 청구될 추상적인 위험이 있을 뿐, 이후 그 투표결과가

31) 에봇(Abbot)은 주민소환제의 기원을 기원전 133년 고대 로마에서 호민관 옥타비우스(Octavius)가 시민투표에 의하여 해임된 데서, 찾기도 하고, 스위스에서는 칸턴(Canton)의 공직자를 임기가 끝나기 전에 관습법에 따라 해임하였던 것으로 알려져 있으며, 미국에서 소환제의 기원을 1776년 펜실베이니아 주의 헌법이 “주 의회와 집행기관 업무에 채용된 자는 억압되지 않으며, 주민은 그들이 적정하다고 간주하는 임기에 따라 공직자들을 감축할 수 있으며, 임시선거 또는 정기선거에 의하여 공석을 충원할 권리를 갖는다”고 규정한 조항에서 찾기도 한다고 한다. 그리고 크로닌(Cronin)에 따르면 주민소환제의 배경은 분명히 부패한 정치체계에서 비롯되었다고 한다(김영기, 앞의 책, 75면).

30) 주민소환제는 역사적으로도 위법·탈법행위를 한 공직자를 규제한다기보다 지역 주민의 의사에 반하여 비민주적, 독선적으로 정책을 추진하고 예산을 낭비하는 것을 광범위하게 통제하여야 한다는 이유에서 그 필요성이 강조되어 왔으므로, 이를 반영하기 위하여는 주민소환의 청구사유에 제한을 둘 필요가 없다.

확정될 때에 이르러서야 비로소 위험이 구체화되는 것이므로, 이 조항에 의한 제한의 정도가 과도한 것이라고는 할 수 없다.

청구사유에 제한을 두지 않음으로써 주민소환제가 남용될 위험은, 주민소환투표는 일정수의 유권자의 서명을 받되 소환사유를 구체적으로 명시하여 청구하도록 하고(법 제7조), 해당 선출직 지방공직자의 임기개시일 후 1년 내나 임기 만료일로부터 1년 내, 주민소환투표를 실시한 날부터 1년 내에는 청구를 제한하며(법 제8조), 서명요청 활동에 있어서 지방자치단체장 입후보 예정자나 그 가족 등이 관여할 수 없고(법 제10조 제2항 제5호), 주민소환투표는 주민소환투표권자 총수 3분의 1이상의 투표와 유효투표 총수 과반수의 찬성으로 확정되도록 하여(법 제22조) 제도적으로 방지하고 있고, 현실적으로도 지방자치의 경험과 연륜이 축적되면서 시민의식이 성장하게 되면서 남용의 위험성은 점차 줄어들 것으로 예상할 수 있다.

그리고 청구사유를 제한하는 경우 그 해당 여부를 사법기관에서 심사하는 것이 과연 가능하고 적정한 지 의문이 있고, 사법절차를 거칠 때 주민소환 청구를 둘러싼 지역 내의 대립이 심화되고 절차가 지연됨으로써 조기에 문제를 해결하지 못할 위험성이 크다 할 수 있으며, 만일 청구사유를 제한한다 하더라도 여기에 포함될 것으로 예상되는 위법행위의 유형은 통상의 형사사법 절차라도 그 책임을 추궁할 수 있을 것으로 보여 굳이 주민소환제를 둘 제도적 필요성은 그만큼 약화된다.

따라서 법이 주민소환의 청구사유에 제한을 두지 않는 데에는 나름대로 상당한 이유가 있고, 입법자가 주민소환제 형성에 있어서 반드시 청구사유를 제한하여야 할 의무가 있다고 할 수도 없으며, 달리 그와 같이 청구사유를 제한하지 아니한 입법자의 판단이 현저하게 잘못되었다고 볼 수는 없으므로, 피해의 최소성 원칙도 충족한다 할 것이다.

(3) 또 위와 같이 청구사유를 제한하지 않음으로써 주민소환제도가 남용되어 공직자가 소환될 위험성과 이로 인하여 주민들이 공직자를 통제하고 주민의 직접참여를 고양시킬 수 있는 공익을 비교하여 보면, 전자의 위험성은 매우 추상적이고 이를 견제할 장치가 있음에 반하여, 후자의 이익은 보다 광범위하고 직접적이어서 훨씬 크다고 볼 수 있으므로, 법익의 형량에 있어

서도 균형을 이루었다.

나. 법 제7조 제1항 제2호 중 ‘시장’ 부분(주민소환의 발의요건)

(1) 주민소환투표의 구체적인 요건을 설정하는 데 있어 입법자의 재량이 매우 크다 할 수 있고, 이 청구요건이 너무 낮아 남용될 위험이 크다는 의미에서 현저하게 자의적이라고 볼 수 없으며, 외국의 입법례에 비하여 낮은 수준이라고 단정하기도 어렵다.³¹⁾

(2) 또한 법 제7조 제3항에 따르면, 시장에 대한 주민소환투표를 청구함에 있어서는 당해 시장의 선거구 안의 읍·면·동 전체의 수가 3개 이상인 경우에는 3분의 1 이상의 읍·면·동에서 주민소환투표청구권자 총수의 1만분의 5이상 1천분의 10 이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 수 이상의 서명을 받도록 하되, 다만 당해 시장 선거구 안의 읍·면·동 전체의 수가 2개인 경우에는 각각 주민소환투표 청구권자 총수의 100분의 1 이상의 서명을 받도록 하고 있고, 법 시행령 제2조(주민소환투표 청구 서명인 수)에 따르면, 법 제7조 제2항 본문에 따라 시장의 주민소환투표 청구를 위하여 해당 선거구 안의 읍·면·동 전체의 수가 3개 이상인 경우에 3분의 1 이상의 읍·면·동에서 받아야 할 서명인 수는 해당 읍·면·동별 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 15 이상(2호), 또는 산정된 서명인 수가 각각 해당 지방자치단체의 장 또는 해당 지방의회의원 선거구 안의 주민소환투표 청구권자 총수의 1만분의 5 미만인 경우에 서명을 받아야 할 서명인 수는 1만분의 5로 하고, 1만분의 100을 초과하는 경우에 서명을 받아야 할 서명인 수는 1만분의 100으로 하고 있다.따라서, 특정 지역 주민의 의사에 따라 청구가 편파적이고 부당하게 이루어 질 위험성은 거의 없고 주민들의 전체 의사가 어느 정도 고루 반영되도록 되어 있다.

(3) 이러한 사정을 종합적으로 고려할 때 이 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

31) 일본에서의 유권자의 1/3보다는 훨씬 낮다고 볼 수 있으나, 미국의 평균적인 청구요건이 지난 선거 투표자의 25%인데 이는 우리의 유권자의 15% 기준보다 낮을 가능성이 크다.

다. 법 제8조(청구제한 기간)

(1) 법 제8조 제3호는 해당 선출직 지방공직자에 대한 주민소환투표를 실시한 날로부터 1년 이내에는 주민소환투표의 실시를 청구할 수 없도록 하고 있을 뿐이고 오히려 제13조 제2항 3호에서는 주민소환투표 공고일 90일 이내에 동일한 선출직 지방공직자에 대한 주민소환투표가 있으면 1차 청구와 2차 청구를 병합해 실시할 수 있도록 규정되어 있다. 따라서 법은 주민소환투표가 실시된 때로부터 1년 이내가 아니라면 동일한 선출직 지방공직자에 대한 중복된 주민소환투표를 허용하는 것으로 해석된다.

(2) 위 조항이 주민소환투표의 청구기간을 제한한 것은, 선출직 공직자의 임기 초에는 일정 기간 소신에 따라 정책을 추진할 수 있는 기회를 주어야 하고, 임기 초 단기간 내에는 과오 등을 입증하기 어려울 뿐만 아니라, 임기 종료가 임박한 때에는 소환의 실익이 없는 점을 고려하고, 주민소환투표를 실시하여 부결되었음에도 불구하고 반복적으로 주민소환투표를 청구하는 폐해를 방지하는데 그 입법목적이 있고, 그러한 입법목적은 정당하다.

따라서 동일한 사유로 한 번 주민소환투표에 회부되어 부결되었음에도 불구하고 소정의 기간 내에 반복적으로 소환투표를 청구하는 경우가 아닌 한, 다른 청구사유 혹은 일정 기간이 경과한 후 같은 사유로도 제2, 제3의 청구를 할 수 있고 그것을 제한하여야 할 이유는 없으며, 더욱이 법은 예산낭비 등에 대비하여 투표를 병합하여 실시할 수 있도록 규정하고 있다(법 제13조 제2항).

(3) 설사 주민소환투표를 병합하여 실시하지 못한 경우라도, 제1의 청구가 부결되면 사유를 불문하고 그 이후 1년 이내에는 주민소환투표를 실시할 수 없으므로, 제2, 제3의 청구를 인정하더라도 그것이 과잉금지의 원칙에 위배되어 청구인의 공무담임권을 침해한다고 보기는 어렵다.

(4) 이 사건의 경우처럼, 주민소환투표 청구를 위한 주민의 서명을 받는 과정에서 서명부에 청구사유를 기재하지 아니하였다는 절차적인 사유로 선거관리위원회가 투표청구를 수리한 처분이 법원에 의하여 취소된 경우, 이후 제대로 된 절차를 다시 밟아 제2의 주민소환투표를 청구하는 것을 막는다면 그것이 오히려 주민들의 주민소환투표 청구권을 지나치게 제한하는 것으로

불 소지도 있다.

(5) 따라서, 위 조항이 사실상 동일한 청구사유에 의하여 주민소환투표를 재청구하는 것을 금지하지 아니한 것이 청구인의 공무담임권을 침해한다고 보기 어렵다.

라. 제9조 제1항(서명요청 활동)

(1) 주민소환투표 청구는 일정 수 이상 주민의 서명을 요하므로, 이와 관련한 서명요청활동은 필수적으로 보장되어야 하는 활동이자 주민소환투표 청구의 준비행위에 해당하나, 이는 주민소환투표 발의 후 진행되는 주민소환투표와는 별개이므로 위 서명요청 활동을 주민소환투표 운동에 속하는 것으로는 보기 어렵다.

(2) 서명요청 활동이 있다고 하더라도 실제로 청구요건을 갖추어 주민소환투표청구가 이루어질 것인지 미리 알 수 없기 때문에, 주민소환투표 청구가 이루어지기 전 단계에서부터 소환대상 공직자에게 소환반대 활동의 기회를 보장할 필요가 없고, 이를 허용한다면 그 기간만큼 직무수행에 지장을 주게 되어 행정공백의 상태가 불필요하게 늘어날 위험성이 있다.

(3) 관할 선거관리위원회는 주민소환투표 청구가 이루어진 후 적법요건을 확인하면 대상자에게 소명할 기회를 제공하고(법 제14조), 주민소환투표가 발의된 이후에는 주민소환투표 청구인 측의 찬성 활동에 대하여 소환대상자의 반대운동이 가능하며(법 제17조, 제18조) 이때의 활동이 소환대상자에게 더욱 중요하고 긴요하므로, 전체적으로 공정한 반대활동 기회가 보장되었다고 볼 수 있다.

(4) 다만, 주민소환투표 대상자는 주민소환 투표안이 공고된 때부터 주민소환투표 결과 공표시까지 그 권한행사가 정지되므로(법 제21조 제1항), 그 전에 반대활동을 보장할 필요성이 있다고 볼 여지가 있다. 그러나 위 공고로 인한 불이익은 완전한 직무박탈이 아니라 약 20-30일 정도 권한행사가 정지되는 것에 불과하여 그 정도가 매우 크다고 할 수 없고, 주민소환청구 전에 반대활동을 허용할 경우 청구인측은 소환에 찬성해 달라는 적극적인 선거운동을 함에 반하여 소환 대상자측은 소환에 반대하거나 투표에 참여하지 말

것을 독려하는 내용의 소극적인 선거운동을 하게 되어, 그 속성상 서로 자신을 선출하여 달라는 내용의 적극적 선거운동을 하는 통상의 선거에 비하여 선거운동 과정에 마찰을 빚거나 충돌할 가능성이 더욱 커져, 이로 인한 혼란과 부작용도 적지 않을 것으로 예상된다.

(5) 이러한 사정들을 종합적으로 고려하면, 위 조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

마. 법 제21조(권한행사의 정지 및 권한대행)

(1) 위 조항의 입법목적은, 주민소환투표가 발의된 경우 공직자로서 신뢰성을 의심받고 있는 상황에서 업무의 원활한 수행이 어렵다는 점을 고려하고, 소환대상 공직자가 공직의 행사를 통하여 주민소환투표에 영향을 미치는 것을 방지함으로써, 행정의 정상적인 운영과 공정한 선거관리라는 공익을 달성하려는데 있고, 이러한 입법목적은 정당하다.

주민소환투표가 공고된 날로부터 그 결과가 공표될 때까지 주민소환투표 대상자의 권한행사를 정지하는 것은 위 입법 목적을 달성하기 위한 상당한 수단이 된다.

(2) 또한 주민소환투표가 발의되는 것만으로 청구인의 지위가 상실되는 것이 아니고, 투표권자 3분의 1 이상이 참여하여 과반수의 찬성이 있는 경우에 비로소 그 직을 상실하므로, 투표가 발의된 후 결과가 확정될 때까지 권한행사를 일시적으로 정지한다 하더라도 이로써 공무담임권의 본질적인 내용이 침해된다거나 과잉금지의 원칙에 반하여 과도하게 공무담임권이 제한된다고 보기 어렵다.

(3) 권한행사의 정지기간이 주민소환투표 공고일로부터 투표확정시까지 비교적 단기간이므로, 위 조항이 달성하려는 공익과 이로 인하여 제한되는 주민소환투표 대상자의 공무담임권과 비교하여 볼 때, 양 법익이 현저한 불균형 관계에 있다고 보기 어렵다.

(4) 이는 주민소환투표관리의 공정성과 객관성을 확보하고 지방행정의 안정성과 효율성을 제고하기 위한 것으로, 권한행사의 정지여부는 기본적으로 입법정책에 관한 사항이다.

(5) 대통령 등 탄핵소추 대상 공무원의 권한행사 정지요건과 비교할 때 위 조항의 권한행사 정지요건이 너무 가벼워 평등의 원칙에 위배되는지도 문제된다.

그러나 탄핵소추는 일정 범위의 고위직 국가공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위반한 때 국회의 탄핵소추 의결에 따른 헌법재판소의 탄핵 결정이 있을 경우 그를 공직에서 추방하는 헌법상의 제도이고, 주민소환은 지방자치제에 있어서 주민에 의하여 선출된 공직자에 대하여 그 선출한 주민 자신이 신뢰를 철회하는 정치적 의사표시를 통하여 공직을 박탈하는 법률상의 제도로서, 양 제도는 성격과 차원을 달리하여 대통령 등 탄핵소추 대상 공무원과 선출직 지방공직자인 청구인을 평등권 침해 여부 판단에 있어 본질적으로 같거나 다르다는 의미에서 비교의 대상으로 삼을 수는 없다 할 것이므로, 양자 사이에 차별취급이 있다고 볼 수 없다.

바. 법 제22조 제2항(주민소환투표 결과의 확정요건)

(1) 과잉금지원칙 위배 여부

가) 위 규정은 유권자 총수의 $1/6(1/3 \times 1/2, 16.67\%)$ 이상이면 주민소환이 확정되도록 하고 있다. 그러나 객관적으로 위 요건이 너무 가벼워 주민소환이 아주 형식적으로 쉽게 이루어질 수 있는 정도라고 보기 어렵고, 외국의 입법례에 비하여도 이를 지나치게 낮은 수준이라고 보기도 어렵다.³²⁾

나) 일반 선거에서 당선자 확정을 위해서는 투표율을 묻지 않고 결정하는데 비하여 주민소환투표에서는 최소한 3분의 1 이상의 투표율을 요구한 것은 일반선거에 비하여 매우 엄격한 요건을 설정한 것이라고 볼 수 있고, 이는 임기가 정해진 소환대상자의 공무담임권을 충분히 배려한 결과이다.

다) 주민소환의 확정요건이 지나치게 엄격한가 느슨한가는 주민소환투표의 투표율과 관련하여 논의되어야 한다. 요즈음 지방선거의 투표율이 30-40%대에 불과한 점, 주민소환투표가 공휴일이 아닌 평일에 실시되고, 전국적인 선거나 다른 지방선거 등과도 연계되지 아니한 채 독자적으로 실시

32) 미국이나 일본에 비하면 다소 낮은 것으로 보이나, 독일에 비하면 낮다고 볼 수 없다.

될 가능성이 많은 점 등을 감안해 보면, 위 요건은 오히려 너무 엄격한 것으로도 볼 수 있다.

라) 또한 근본적으로 이는 입법자가 현실을 고려하여 결정할 수 있는 입법재량 사항이라는 점을 고려하면, 이 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 평등의 원칙 위배 여부

국회의원의 경우는 재적의원 2/3 이상의 찬성이 있어야 제명되는(헌법 제 64조 제3항) 것과 견주어 평등권이 침해되는지도 쟁점이 되었다.

① 국회의원은 국민전체의 대표자로서 단순히 특정 지방자치단체를 대표하는 지방자치단체장과는 헌법상의 지위가 다른 점, ② 국회의원이 제명되는 경우에는 아무도 이를 대신할 수 없어 보궐선거 시까지 업무의 공백이 있게 되는 점, ③ 국회의원은 정기국회나 임시국회를 통하여 소집하기가 비교적 쉽고 제명투표를 위한 비용이나 시간이 많이 들지는 않는 점, ④ 국회의원의 제명은 선출권자가 아닌 같은 동료 국회의원이 결정하는데 반해 지방자치단체장에 대한 주민소환은 선출권자인 주민들이 결정하는 것으로서 그 제도의 취지와 정당성의 근거가 다른 점을 고려할 때, 제명 대상 국회의원과 주민소환 대상 지방자치단체장을 평등권 침해 여부 판단에 있어 비교의 대상으로 삼을 수는 없으므로, 평등권 침해 주장도 이유 없다.

사. 법 제21조 제1항에 대한 소수의견의 취지

주민소환투표가 발의되어 공고되었다는 이유만으로 주민소환투표 대상자의 권한행사가 곧바로 정지되도록 규정한 법 제21조 제1항은 선출직 자치단체장의 공무담임권을 대의제의 원리 및 과잉금지원칙에 반하여 과도하게 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다.

(1) 주민소환청구 사유에 아무런 제한이 없고, 당해 지방자치단체의 주민소환투표 청구권자 총수의 100분의 15 이상의 주민으로 기초자치단체장에 대한 주민소환을 발의할 수 있는 사정 아래에서, 주민소환이 발의되어 주민소환투표안이 공고되었다는 이유만으로 주민소환투표 대상자의 권한행사를

곧바로 정지하면 주민소환제가 정치적으로 악용되거나 남용될 가능성이 커진다.

(2) 헌법 제65조 제3항과 비교하여 보면, 탄핵소추는 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배된 때에 한하여 의결할 수 있고, 국회 재적의원 3분의 1이상의 발의와 국회 재적의원 과반수의 찬성이라는 엄중한 요건을 요하는데 반하여, 지방자치단체의 선출직 공무원은 헌법이나 법률에 위배한 적이 없어도 주민소환의 대상이 될 수 있고, 기초자치단체장에 대한 주민소환투표는 주민소환투표 청구권자 총수의 100분의 15 이상의 서명만 있으면 실시될 수 있으므로, 지방자치단체의 선출직 공무원을 헌법상 탄핵소추 대상 공무원에 비하여 평등의 원칙에 반하여 차별하는 것으로 볼 수 있다.

(3) 권한행사의 정지기간이 주민소환투표 공고일로부터 주민소환 확정시까지 통상 20일 내지 30일이나(주민소환법 제13조 제1항), 주민투표 등에 병합하거나 동시에 실시될 경우 최장 90일까지 권한행사가 정지될 수 있으므로(주민소환법 제13조 제2항), 기본권 침해의 정도가 가볍다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 주민소환이 부결되는 경우 권한행사 정지는 결과적으로 정당성을 가질 수 없으므로 권한행사 정지기간이 길지 않다는 점이 굳이 그 길지 않은 기간 동안 공직을 확정적으로 수행할 수 없도록 하는 것을 정당화할 논거가 될 수 없다.

또한 공직의 박탈은 주민소환이 확정된 경우라야 가능한 것인 이상, 권한행사의 정지는 주민소환이 발의된 상태에서 공무담임권에 대하여 이루어질 수 있는 가장 무거운 침해 수단이므로, 공·사익의 형량에 있어 균형이 이루어졌다고 보기 어렵다.

(4) 한편, 권한행사를 허용할 경우 예상되는 부작용은 다른 제도를 강구하여 충분히 그 폐해를 방지할 수 있다. 권한행사 정지의 문제와 같이 주민소환이 일련의 절차를 거쳐 진행되는 결과 그 과정에서 부수적으로 청구인의 공무담임권을 침해하게 되는 경우 공익과 사익을 형량함에 있어서는, 직무집행이 정지되도록 하였으나 주민소환이 부결된 경우보다는 직무를 계속 수행하도록 하였으나 주민소환이 확정된 경우가 보다 헌법정신에 합치하고 청구인의 기본권을 덜 침해하게 되는 점을 아울러 고려할 필요가 있다.

(5) 소환대상 공무원에게 위법·부당 등의 확정된 비위사유가 있는지 여부를 묻지 않고 오로지 정치적 신임을 철회하기 위한 목적으로 주민소환투표가 시행될 수 있도록 하면서, 그 절차가 확정되기도 전에 그 발의요건에 지나지 아니하는 15% 이상 주민의 서명만 가지고 그 권한행사를 정지시키는 것은, 이미 적법하게 확정된 선거의 결과와 임기제를 무시하는 것으로서 대의제의 본질을 과도하게 침해한다.

5. 결정의 의의

이 사건 결정은 지방자치단체장에 대한 주민소환절차와 그 요건이 선출직 지방공무원인 지방자치단체장의 공무담임권이나 평등권을 침해한 것인지에 관하여 판시한 최초의 결정이다.

헌법재판소는 주민소환제도의 형성에 있어 입법자가 대의제의 근본원리와 헌법상 과잉금지원칙에 반하지 않는 범위 내에서 상당한 입법형성권을 가짐을 근거로, 현행 주민소환법 관계규정이 청구인의 공무담임권이나 평등권을 침해하는 것은 아니라고 보았다.

국세징수법 제78조 제2항 후문 위헌제청

- 국세징수법상 계약보증금의 국고 귀속 조항의 위헌 여부 -
(헌재 2009. 4. 30. 2007헌가8, 판례집 21-1하, 1)

이 대 근*

【판시사항】

1. 국세징수법상 공매절차에서 매각결정을 받은 매수인이 기한 내에 대금 납부의무를 이행하지 아니하여 매각결정이 취소되는 경우 그가 납부한 계약 보증금을 국고에 귀속하도록 규정한 국세징수법(2002. 12. 26. 법률 제6805호로 개정된 것) 제78조 제2항 후문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 경매 절차에서의 매수신청보증금을 배당재원에 포함시키는 민사집행법과 비교할 때 평등원칙에 위반되는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 선고하고, 적용중지를 명한 사례

【심판대상】

국세징수법(2002. 12. 26. 법률 제6805호로 개정된 것) 제78조 제2항 후문(아래 밑줄 친 부분)의 위헌 여부

국세징수법(2002. 12. 26. 법률 제6805호로 개정된 것)

제78조 (매각결정의 취소) ① 세무서장은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 압류재산의 매각결정을 취소하고 그 뜻을 매수인에게 통지하여야 한다.

1. (생략)
 2. 제76조의 규정에 의하여 최고하여도 매수인이 매수대금을 지정된 기한까지 납부하지 아니하는 경우
- ② 제1항 제1호의 규정에 의하여 압류재산의 매각결정을 취소하는 경우에

* 헌법연구관보

계약보증금은 매수인에게 반환하고, 제1항 제2호의 규정에 의하여 압류재산의 매각결정을 취소하는 경우에 계약보증금은 국고에 귀속한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인은 주식회사 ○○주택에 대한 대출금채권을 담보할 목적으로 이□□ 소유의 임야에 관하여 채무자 주식회사 ○○주택, 채권최고액 390억원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다. 이후 이□□가 종합토지세 등 합계 266,854,330원을 체납하자, 대구광역시 달서구청장은 위 부동산을 압류하고 한국자산관리공사에 공매 대행을 의뢰하였다. 한국자산관리공사는 2005. 1. 6.경 제1차 공매기일에서 낙찰자를 결정했으나, 그가 계약보증금 920,000,000원을 납부한 다음 납부기한까지 나머지 매수대금을 납부하지 않자 매각결정을 취소하고 재공매를 실시하였으며, 재공매의 낙찰자는 매수대금 9,661,100,000원을 모두 납부하였다. 한국자산관리공사는 2005. 7. 28. 공매대금을 배분함에 있어 지방세법 제28조 제4항에 의하여 지방세의 체납절차에 준용되는 국세징수법 제78조 제2항 후문에 따라 위 계약보증금 920,000,000원을 배분할 금액에서 제외하여 달서구청에 지급한 후, 재공매의 대금으로 체납처분비에 30,721,960원, 당해세에 312,882,770원을 배분하고 나머지 9,317,495,270원을 제청신청인에게 배분하였다.

나. 제청신청인은 2005. 10. 20. 위 공매대금배분처분이 위법하다는 이유로 그 취소를 구하는 소를 제기하였고, 같은 해 12. 12. 위와 같은 공매대금배분의 근거가 된 조항으로서 매수대금을 납부기한까지 납부하지 아니하여 매각결정이 취소된 경우 매수인이 납부한 계약보증금을 배분금액에 포함하지 아니하고 별도로 국고에 귀속시키고 있는 국세징수법 제78조 제2항 후문에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다. 이에 법원은 2007. 1. 29. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.¹⁾

1) 이 사건의 당해 사건은 국세징수법 제78조 제2항 후문이 지방세법 제28조 제4항에 의하여 지방세에 준용되는 사안이다. 이 경우 당해 사건에서 준용되는 규정과 준용하는 규정 중 어느 쪽에 초점을 맞추어 심판대상을 특정할지는, 청구인 또는 제청법원이 위헌 여부를 다투는 취지가 무엇이냐에 따라 달라진다.

2. 법원의 위헌제청이유 및 이해관계기관의 의견

가. 법원의 위헌제청이유

(1) 매수인의 계약보증금을 바로 국고에 귀속하는 경우 체납국세에 충당되지 못할 뿐만 아니라 청산절차의 배분금액에도 포함되지 않게 되므로 이는 국세수입의 확보와 더불어 조세채무의 소멸을 목적으로 하는 국세징수법의 목적에 어긋나며 국세수입의 확보를 위한 적합한 수단이라고 볼 수도 없다.

(2) 국세징수법상 공매절차는 대상 재산이 체납자에게 귀속하고 있는 상태에서 국가가 강제징수권을 행사하는 것에 불과하므로 매수인과의 관계에서 매도인은 여전히 체납자이다. 그리고 세무서장으로 하여금 계약보증금을 받게 하고 매수인이 대금을 납부하지 않는 경우 이를 반환하지 않는 이유는 매수대금의 납부를 강제하여 공매절차를 신속하게 종결하고 매각결정이 취소되었을 경우 체납절차의 지연 또는 무산으로 인해 발생하는 비용 또는 손해에 충당하기 위한 것이다. 따라서 매수인의 계약보증금을 처음부터 국고에 귀속시켜 국가수입으로 하는 것은 공매제도의 취지 및 계약보증금의 성격에도 어긋난다.

(3) 계약보증금만으로 체납세액 및 체납처분비를 충당하고도 남는다면 그

헌법재판소는 화의채무자의 보증인 내지 담보제공자인 청구인들이 화의절차에 준용되는 파산법 제298조 제2항의 위헌확인을 구한 사건에서 “청구인들은 화의채무자의 보증인 내지 담보제공자들로서 화의법(1962. 1. 20. 법률 제997호) 제61조가 파산상의 강제화의의 효력에 관한 규정의 하나인 파산법 제298조 제2항을 준용함으로써 화의법에 의한 화의절차에 있어서 보증인 및 담보제공자 등을 화의인가에 따른 면책 등의 효력이 미치는 범위에서 제외하도록 하고 있는 것을 다투고 있는 것이므로, 화의와 관련된 이 사건에서 파산법 제298조 제2항이 직접 심판의 대상이 될 수는 없다”고 하면서, 직권으로 심판의 대상을 파산법 제298조 제2항에서 ‘화의법 제61조 중 파산법 제298조 제2항을 준용하는 부분’으로 변경한 바 있다(헌재 2000. 8. 31. 98헌바27, 판례집 12-2, 190, 194-195 참조). 다른 한편, 법원이 구 보험업법 제150조 제2항에 의하여 준용되는 제147조 제2항 제2호를 위헌제청한 사건에서는 준용되는 규정인 구 보험업법 제147조 제2항 제2호 부분의 위헌 여부를 그대로 심판의 대상으로 삼았다(헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 4 참조).

이 사건의 경우 법원은 이 사건 법률조항이 정하는 계약보증금의 국고 귀속 자체의 위헌 여부를 문제 삼고 있으며, 특별히 이 조항이 지방세 징수의 경우에 준용되고 있다는 측면에서만 그 위헌 여부를 문제 삼고 있는 것이 아니므로, 헌법재판소는 지방세법 중 이 사건 법률조항이 준용되는 부분이 아닌, 법원의 제청 그대로 준용되는 규정인 이 사건 법률조항을 심판대상조항으로 특정하였다.

보증금을 체납국세에 우선 충당하는 경우 매각절차를 속행하지 않아도 체납국세를 우선 확보할 수 있으며, 조세채무의 소멸로 체납자는 압류재산을 잃지 않게 되고 근저당권자 또한 압류재산에 설정된 담보권을 잃지 않게 된다. 계약보증금의 액수가 체납국세 등에 충당하기에 부족하더라도 이로 인해 조세채무의 일부가 소멸되면 그만큼 매각대금배분의 단계에서 근저당권자에게 더 많은 돈이 배분되거나 잔여가 있는 경우 체납자에게 돌아가게 된다. 따라서 계약보증금을 별도로 국고에 귀속시키는 것은 최소 침해의 원칙에 어긋난다.

나. 국세청장의 의견

(1) 민사집행법상의 경매절차와 국세징수법상의 공매절차에서 매수인이 대금을 납부하지 못하는 경우에 경매보증금을 반환하지 않도록 한 것은 사법상 계약에서의 위약벌과 유사한 것으로 국가기관이 공권력에 기초하여 채무자나 체납자의 재산을 매각·배당하는 절차의 신속성을 도모하기 위한 것이다.

이 경우 매수인에게 반환하지 아니하는 계약보증금의 처리 방법에 관하여 우리 입법자는 민사집행법상 경매절차에서는 사적인 채권자의 신청으로 그 채권의 강제실현에 국가가 조력하는 절차인 점을 중시하여 배당재원에 포함시키도록 하는 반면, 국세징수법상 공매절차에서는 공적인 채권인 조세채권의 강제실현을 위하여 국가기관이 스스로 진행하는 절차인 점을 중시하여 국고에 귀속시키도록 하였는바, 이러한 입법재량은 최대한 존중되어야 한다.

(2) 국세징수법상 공매절차는 과세관청에 자력집행권을 인정하여 체납자의 재산에 대한 매각을 능동적으로 개시하고 그 대금으로 조세채권에 충당함으로써 국가운영의 기본재원을 신속하고 효과적으로 확보하기 위한 절차로서, 사적 채권의 만족을 원하는 사인의 신청에 의하여 국가기관이 채무자의 재산에 대한 매각절차에 조력하기 위한 민사집행법상의 경매절차와 그 본질적인 목적이나 존재 이유가 다르다. 그러므로 이 사건 법률조항에 따라 체납자 등이 민사집행법상의 경매절차에서보다 상대적으로 불리하게 됨으로써 차별이 존재한다고 볼 수 없고, 차별이 존재한다 하더라도 합리적 이유가

있는 것이다.

(3) 경매절차에서 매수인의 채무불이행이라는 우연한 사정에 의하여 생긴 채원인 계약보증금이 배분재원에 포함되는 것은 단순한 이익 내지 재화 획득에 관한 기회에 불과할 뿐, 채납자와 근저당권자 등의 재산권으로 보장되는 것은 아니다.

(4) 이 사건 법률조항의 주된 목적은 단순한 국가수입의 확보가 아니라 채납자의 고유재산으로 납세의무의 신속한 이행을 강제하는 데에 있고, 계약보증금의 국고귀속으로 인한 국가수입의 증대는 이러한 목적을 달성하는 과정에서 발생한 부수적인 결과일 뿐이다. 이는 벌금형, 과징금, 과태료의 경우와 유사하다.

조세채무의 소멸을 통한 국세수입의 확보는 채납자의 고유재산에 의한 것을 전제로 하는 것이지 계약보증금의 몰취라는 제3자의 출연에 의한 사정까지 포함하는 것은 아니므로 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하며 이를 위한 수단도 적합하다. 그리고 이 사건 법률조항으로 인하여 재산권을 제한 받는 자는 채납자나 근저당권자가 아니라 계약보증금을 몰취 당하는 매수인이므로, 국가가 채납자나 근저당권자의 침해를 최소화하는 방법을 강구할 필요는 없다.

다. 한국자산관리공사 사장 및 기획재정부장관의 의견

국세청장의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

1. 국세징수법 등 관련 규정의 체계 및 운영 형태에 비추어 볼 때, 국세징수법상 공매는 채납자와 매수인 사이의 사법상 매매계약을 채납처분청이 대행하는 성격을 가지고, 계약보증금 제도는 이러한 매매의 조건을 법정한 것으로서 위약금약정과 유사한 성격이 있으며, 이러한 점은 민사집행법상 매수신청보증 제도와 본질적으로 동일하다.

국세징수법의 입법목적은 조세채권의 신속하고 적정한 실현에 있는바, 계약보증금 제도가 절차의 신속에 기여하는 것은 일정한 경우 보증금을 반환

하지 아니한다는 조건에 따라 매수인의 대금납부를 강제하는 데에 있는 것으로서 보증금의 최종적인 귀속 문제와는 무관하며, 계약보증금의 별도 국고 귀속에 따르는 재원의 축소로 인하여 절차 개시의 근거가 된 조세채권의 적정한 실현에는 오히려 장애가 생긴다. 한편 위약금약정의 성격을 가지는 제도를 특별히 다르게 형성함으로써, 절차상 제3자가 제공한 재원으로는 절대로 절차 개시의 근거가 된 채권을 만족시켜서는 아니 된다는 차별 목적을 설정하는 것은 국세징수법이 행정상 강제징수에 관한 절차법으로서 우리 법체계에서 차지하는 위치에 부합하지 아니한다.

사유재산제도의 보장, 사적자치의 원칙, 법치국가원리에 따른 과잉금지원칙 등의 정신에 비추어볼 때, 채권실현을 위하여 사적인 거래 영역에 부득이하게 국가기관의 강제력이 개입됨을 전제로 하는 체납처분절차 및 민사집행절차를 형성하는 경우 적어도 대상재산의 현금화 단계에서는 최대한 사적인 거래 영역을 존중하여야 한다. 국가 등에 조세채권의 자력집행권을 인정하는 취지는, 절차를 직접 개시할 수 있도록 하고 현금화된 대상재산의 교환가치에 의한 채권의 만족에 일정 정도 우선적 지위를 가지도록 하는 데에 있을 뿐, 대상재산의 현금화 단계에서 조세채권 및 절차비용 이외에 별도의 이익을 취득하도록 허용하는 것은 아니다.

따라서 이 사건 법률조항은 위약금약정의 성격을 가지는 매각의 법정조건으로서 민사집행법상 매수신청보증금과 본질적으로 동일한 성격을 가지는 국세징수법상 계약보증금을 절차상 달리 취급함으로써, 국세징수법상 공매절차에서의 체납자 및 담보권자를 민사집행법상 경매절차에서의 집행채무자 및 담보권자에 비하여 그 재산적 이익의 영역에서 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하고 있으므로 헌법상 평등원칙에 위반된다.

2. 이 사건 법률조항은 계약보증금의 최종적인 귀속이 국고로 정해진다는 점에서 평등원칙에 위반된다는 것이지, 위약금약정의 성격에 따라 대금납부 의무 불이행 시 이를 매수인에게 반환하지 아니하는 법정조건을 정하는 점이 위헌이라는 것은 아니다. 한편 현금화된 재산의 배분 단계에서 계약보증금을 절차 개시의 근거가 된 조세채권에 우선 충당할지, 아니면 민사집행절차와 같이 담보권자 등과의 우선순위에 따르도록 할지 여부는 입법자의 재

량 영역에 있으며, 배분재원에 관한 국세징수법 제80조 제1항에는 계약보증금에 대하여 아무런 언급이 없는 상태이다.

그러므로 이 사건 법률조항에 대하여는 그 위헌성을 확인하되 형식적인 존속을 유지하면서 입법자로 하여금 개선입법을 촉구하는 의미에서 헌법불합치 결정을 선고하고, 별도의 국고 귀속을 방지한다는 의미에서 개선입법이 시행될 때까지 그 적용을 중지하도록 함이 상당하다. 즉 국가기관 등은 매수인의 대금납부의무 불이행으로 반환되지 아니하는 계약보증금을 개선입법의 시행시까지 일시 보관금으로 보관한 상태에서 법률이 예정한 절차를 계속 진행시키되, 개선입법이 시행되면 그 내용에 따라 최종적 배분을 정하여야 한다.

재판관 조대현의 일부위헌의견

계약보증금은 채납처분절차에 의한 공매대금의 일부로 납부된 것일 뿐만 아니라 공매의 위약금으로서 매수인이 위약할 경우에는 매도인(공매재산의 소유자)에게 귀속되는 것이므로, 매수인의 채무불이행으로 인하여 매각결정이 취소되고 보증금이 몰수된 경우에는 국세징수법 제80조 제1항 제3호의 “매각대금”에 해당된다고 봄이 상당하다. 따라서 이는 배분금전에 포함되어 국세징수법 제81조에 따라 공매절차비용과 채납세액 및 담보채권의 변제에 충당되어야 하며, 채납조세 징수의 지연에 따른 손해는 가산금 등으로 추가 징수하는 것이므로, 계약보증금을 국고에 귀속시킬 이유는 없다.

그러므로 이 사건 법률조항 중 몰수된 계약보증금을 국세징수법 제80조 제1항 제3호의 매각대금에 포함시키지 않고 국고에 귀속시키도록 규정한 부분은 정당한 사유 없이 매각재산 소유자의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다. 그러나 계약보증금을 매수인에게 반환하지 않도록 하는 부분은 위헌성이 없으므로 이에 대해서는 위헌을 선언할 수 없다. 다수의견과 같이 몰수부분과 국유화부분을 포함하여 이 사건 법률조항 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고 그 적용을 중지시키는 것은 위헌성이 없는 부분에 대하여도 위헌을 선언하고 적용을 중지시키는 것이어서 위헌심판권의 한계를 넘는 것이다. 또한 이 사건 법률조항 중 국유화부분이 실효되는 경우에 몰수되는 계약보증금이 국세징수법 제80조

제1항 제3호의 매각대금에 해당된다고 보면 법적 규율에 공백이 생길 염려도 없다.

【해설】

1. 계약보증금 제도의 개관

가. 국세징수법상 계약보증금 제도의 내용

국세징수법에 의한 체납절차에 있어서 세무서장은 압류재산을 공매하는 경우 필요하다고 인정하는 때에는 입찰보증금 또는 계약보증금을 받을 수 있고(국세징수법 제65조 제1항), 이 때 매각결정을 받은 매수인이 대금의 납부기한까지 이를 납부하지 아니하여 매각결정이 취소되는 경우 이 사건 법률조항은 그가 제공한 계약보증금을 반환하지 아니하고 국고에 귀속시키도록 하고 있다. 이 경우에는 재공매를 하게 되는데(국세징수법 제74조 제2항), 이 재공매의 결과 납부된 대금으로 체납처분비 및 체납세액에 충당하고 담보권자 등에게 배분하며(국세징수법 제80조 제1항 제3호, 제81조), 이 때 전매수인이 제공한 계약보증금은 별도로 국고에 귀속됨에 따라 배분을 위한 재원에 포함되지 아니하게 된다.²⁾

국세징수절차에 있어 이와 같은 매수인의 대금 미납에 따른 계약보증금의 국고 귀속 규정의 취지는 매수인이 조달능력 없는 고액으로 매각결정을 받는 등의 원인으로 지정된 기한 내에 대금납부의무를 이행하지 않음으로써 공매절차의 적정성과 신속성을 해치는 것을 방지하기 위한 것이다.

이 사건 법률조항에 따라 국세징수법의 예에 따르는 지방세 및 다른 공과금의 징수절차에서도 매수인에게 반환되지 아니하는 계약보증금은 문제된 지방세나 공과금과는 무관하게 별도로 해당 지방자치단체 및 공과금 징수기관의 수입에 귀속하게 된다.³⁾

2) 실무상 이렇게 별도로 국고에 귀속된 계약보증금은 ‘잡익’으로 회계 처리 되어왔다. 박용진, “체납처분절차의 문제점과 그 개선 방향”, 민사집행법연구 제2권, 한국민사집행법학회, 2006. 79쪽.

3) 이 사건의 당해 사건에서도 공매대행기관인 한국자산관리공사는 매수인으로부터 받은 계약보증금을 당해 지방행정청인 대구 달서구청에 지급하였다.

나. 민사집행법상 경매절차에서의 매수신청보증 제도와의 비교

민사집행법상 부동산 경매절차에서도 매수신청인은 대법원규칙에 따라 집행법원이 정하는 금액과 방법에 맞는 보증을 집행관에게 제공하여야 하며(민사집행법 제113조), 매각결정을 받은 매수인이 기한 내에 대금을 납부하지 아니한 경우 그가 제공한 매수신청보증금을 반환하지 아니한다(민사집행법 제138조 제4항). 다만 이 사건 법률조항과 달리 민사집행법상 매수신청보증금은 재매각 이후의 배당할 금액에 포함되어(민사집행법 제147조 제1항 제5호) 우선순위에 따라 집행채권자 및 담보물권자 등에게 배당되고, 남은 금액은 매각대상재산의 소유자에게 교부된다.

이러한 민사집행절차에서의 매수신청보증 제도는 적정하고 신속한 경매절차의 진행을 위하여 매각결정을 받은 매수인의 대금납부의무의 이행을 확보하기 위한 수단이라는 점에서 국세징수법상 계약보증금 제도와 그 취지가 같으나, 매수인이 반환받지 못하는 보증금이 재매각에 따르는 배당재원에 포함된다는 점에서는 그 규율 내용이 다르다.

다. 외국의 입법례

주요 외국의 경우에도 형태는 약간씩 달리 하지만 조세채권의 강제적 실현을 위한 공매절차에서 매수인의 대금 납부에 대한 보증적 성격을 가지는 일정 금액의 납부제도가 있다. 매수인의 예정된 대금 납부가 이루어지지 않은 경우 결과적으로 그가 이전에 납부 또는 제공했던 보증에 해당하는 금액을 돌려받지 못하게 되며, 이렇게 반환되지 아니하는 금액은 아래에서 보는 바와 같이 당해 절차의 근거가 된 체납세액 또는 절차비용에 충당하거나 공매대상재산에 담보권 등을 가지는 권리자에게 적정하게 배분하는 등, 모두 공매 또는 경매 절차의 목적과 연관시켜 그 최종적인 귀속이 정해진다. 이는 우리 민사집행법상 매수신청보증 제도의 내용과 유사하며, 반환되지 아니하는 계약보증금을 체납세액에 충당하거나 배분재원에 포함시키지 않고 별도로 국고에 귀속시키는 이 사건 법률조항의 규율과는 다른 점이다.

(1) 일본

일본은 우리나라와 같이 조세채권의 자력집행을 인정하여 국세징수법에서 민사집행절차와는 별도의 체납처분절차를 정하고 있다. 국세징수법상 공매절차에서 매수인의 대금납부의무 불이행으로 인하여 매각결정이 취소된 경우 매수인이 납부한 공매보증금은 그 공매와 관련되는 국세에 충당하고 잔여가 있을 때에는 이를 체납자에게 교부한다(일본 국세징수법 제100조 제3항, 제115조 제4항). 민사집행의 경우 매수인의 대금납부의무 불이행으로 인하여 반환을 청구할 수 없는 매수신청보증금은 배당재원이 되는 이후의 매각대금에 산입된다(일본 민사집행법 제86조 제1항 제3호, 제80조 제1항).

(2) 독일

독일은 부동산을 대상으로 하는 경우에는 조세채권의 집행에 관하여도 재판관청의 자력집행을 인정하지 않고 공과금법(AO) 제322조에 의하여 민사소송법(ZPO) 내지 강제경매법(ZVG)을 준용하고 있으며, 그 결과 경락받은 매수인의 대금지급을 확보하기 위한 보증제도 역시 일원화되어 있다.

독일의 경우 집행법원은 경락자에게 보증을 요구하거나 경락대금의 납부를 강제하지 않는다.⁴⁾ 관련 당사자들은 낙찰자가 경락대금을 납부하지 않았을 때 발생하는 침해로부터 스스로를 보호하기 위하여 입찰자들에게 보증을 요구할 수 있다(독일 강제경매법 제68조 제1항 제1문). 보증의 유형으로는 금융기관의 보증, 연방수표나 대체수표 교부, 현금 기탁, 현금 교부가 있는데, 이 중 경락인이 보증을 위하여 기탁한 금전은 배당기일에 경락대금으로 지불한 것으로 보며(독일 강제경매법 제69조, 제109조 제3항) 보증으로 교부한 연방은행수표는 그 사이에 현금화됨으로써 결국 배당기일에 이미 현금화되어 처분할 수 있는 보증은 배당표에 따라 권리자들에게 지불할 금액의 일부가 된다.⁵⁾ 경락인이 대금을 납부하지 않는 경우 채무자(부동산 소유자)의 경락인에 대한 대금채권은 집행법원의 결정에 의하여 채권의 형태로 권리자들에게 이전되며, 이 때 공동책임이 있는 보증 또한 이전된다(독일 강제경매

4) Stöber, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 5. Auflage München, 1988, Rn. 470.

5) Stöber, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 18. Auflage, München, 2006, § 117 Rn. 1.3.

법 제118조 제1항).

(3) 미국

미국의 연방 조세징수절차에 있어 압류된 재산의 공매는 내국세법(IRC) 제6335조 (e)에 규정된 방법에 의하며, 그 절차와 조건은 재무부장관이 정하는 규정에 따른다. 압류된 부동산의 공매는 공개 또는 비공개 입찰가격에 의하는데, 비공개 입찰가격에 의한 공매의 경우 그 입찰가격의 대소에 따라 입찰과 동시에 입찰가격을 모두 납부하여야 하는 경우와 입찰 시에는 그 중 일부만을 납부하고 나머지 금액은 낙찰 후의 대금납부기간 내에 납부하여야 하는 경우로 나누어진다(위 재무부장관규정 제301.6335-1조 (c)(6)(ii)(c) 참조).

만약 낙찰과 동시에 대금 완납이 요구되는 경우 당사자의 대금 완납이 이루어지지 않았으면 공매를 주관하는 국세관은 다시 재산을 공매하여야 한다. 반면에 낙찰 후의 대금납부기간이 정해진 경우 그 기간 내에 대금의 완납이 이루어지지 않으면 공매날짜로부터 연 6퍼센트의 이자로 매수인에 대하여 지불소송을 진행하거나 기존에 이루어진 공매를 원천 무효화하고 재공매할 수 있다. 이 때 전의 낙찰자가 입찰가격으로 납부하였던 금액은 국고에 몰취된다(위 재무부장관규정 제301.6335-1조 (c)(9) 참조).

이와 같이 몰취된 금액은 수익 배분에 관한 조항인 내국세법 제6342조에서 말하는 ‘압류, 압류된 재산의 매매, 또는 내국세법 제6332조 하의 재산의 양도에 따라 얻게 된 모든 금액’에 포함되어 위 조항이 정하는 순서에 따라 배분재원이 되는 ‘수익’에 포함된다(미국 연방 국세청 내국세 실무편람 (Internal Revenue Manual) 제5부 5.10항 참조).

2. 이 사건의 쟁점

가. 계약보증금의 법적 성격

국세징수법상 공매절차에서 매각결정은 채납자와 최고가청약자인 매수인 사이에 매매계약이 성립하는 효과를 발생하고(국세징수법 기본통칙 75-0···2 참조), 매수인은 납부한 공매보증금을 매수대금에 충당할 수 있으며(국세징수법 기본통칙 65-0···1 참조), 매수인의 대금미납에 따른 매각결정의 취소는

매매의 해약의 의미를 가진다(국세징수법 제74조 제2항 참조). 한편 매수인의 대금지급의무 불이행과 무관한 사정으로서, 낙찰자가 결정되지 아니하여 매매계약 유사 관계가 성립되지 않는 경우(국세징수법 기본통칙 65-0...2 참조) 및 매수인이 대금을 납부하기 전에 체납자가 체납세액 등을 완납하여 매각결정이 취소된 경우(국세징수법 제78조 제2항 전문 참조) 등에는 보증금이 반환된다.

이 사건 결정에서 헌법재판소는 위와 같은 관련 규정의 체계 및 운영 형태에 비추어 볼 때, 국세징수법상 공매는 체납자와 매수인 사이의 사법상 매매계약을 체납처분청이 대행하는 성격을 가지며, 이 사건 법률조항이 정하는 계약보증금 제도는 일종의 위약금약정과 유사한 성격을 가진다고 보았다. 이에 따라 매수인이 대금지급의무 불이행으로 인하여 계약보증금을 반환받지 못하는 것은 이러한 조건에 따른 것으로 정당화된다고 하였다. 이러한 판단에 있어서는 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

나. 국고 귀속의 위헌성 논증

이 사건에서 문제는 이 사건 법률조항에 따라 매수인이 그가 제공한 계약보증금을 반환받지 못할 뿐만 아니라, 이러한 계약보증금이 충당 또는 배분과는 무관하게 별도로 국고로 귀속된다는 것이었다. 헌법재판소는 이 사건 결정에서 사실상 재판관 전원의 일치로 이러한 규율의 위헌성을 확인하였다. 다만, 이를 논증함에 있어 다수의견은 국세징수절차상 체납자 및 담보권자를 민사집행절차상 집행채무자 및 담보권자에 비하여 차별 취급함에 따르는 평등원칙 위반의 문제로 파악한 반면, 재판관 조대현의 의견은 체납자의 재산권에 대한 침해의 문제로 파악함으로써, 각 ‘적용중지의 헌법불합치’와 ‘일부 단순위헌’이라는 결론의 차이가 나타나게 되었다.

3. 평등원칙 위반 여부

가. 비교집단

이 사건 결정에서 다수의견은 국세징수법상 공매절차에서의 ‘체납자 또는 담보권자’와 민사집행법상 경매절차에서의 ‘집행채무자 또는 담보권자’를 비

교집단으로 제시하였다. 이들은 양 절차에서 계약보증금 또는 매수신청보증금의 최종적 귀속이 달라짐에 따라 채무 소멸의 범위 및 배당액 등에 있어 법적으로 달리 취급된다.

다수의견이 국세징수법상 공매절차와 민사집행법상 경매절차라는 절차상 규율의 차이를 이처럼 평등원칙 위반 여부가 문제되는 인적 집단 사이의 차별로 평가한 것은, 대상 재산에 대하여 소유권 또는 담보권을 가지는 사람들은 각 절차를 개시하는 조세채권자 또는 집행채권자와 달리 수동적으로 이해관계를 가지게 되어 자신이 절차의 종류를 선택할 수 없는 위치에 있다는 점에 그 근거가 있다.⁶⁾

나. 심사기준

다수의견은 이 사건에서의 평등심사는 비례심사가 아니라 자의금지원칙에 따르는 완화된 심사척도에 의한다고 보았다. 이는 차별의 내용이 공매대상 재산의 소유자가 아닌 매수인이 제공한 계약보증금의 최종적 귀속 여하에 따라 배당재원의 형성이 달라지는데 따르는 재산적 이익 범위에 관한 것으로서, 헌법에서 특별히 평등을 요구하거나 관련 기본권의 중대한 제한이 문제되는 경우는 아니며,⁷⁾ 또한 원칙적으로 광범위한 입법재량이 인정되는 절차법의 형성 영역에 있다는 점에 근거한다.

다만, 이 사건의 경우 자의금지원칙에 따른 심사를 하면서도 평등원칙에

6) 평등심사 여부가 문제되는 상황에서 차별취급이 존재하는지 여부를 판단할 경우, 차별의 유형을 ① 인적 요소를 직접적 기준으로 한 차별, ② 사물의 속성을 기준으로 하되 그 속성이 사람에게 결합되어 있는 경우, ③ 완전히 사물적 속성을 기준으로 하고 각 사물에 대한 선택은 사람에게 개방되어 있는 경우로 분류하고, 이 중 ③ 유형의 경우는 평등원칙 위반 여부가 문제되지 않는다고 설명하는 견해가 있다. 김주환, “평등권 심사 기준과 방법의 구조화 -일반적 평등원칙을 중심으로-”, 헌법실무연구 제9권, 헌법실무연구회, 2008, 259-282쪽 중 ‘정주백, 절대적 평등론, 2006년 가을세미나자료’를 참조하여 정리한 부분(278-280쪽) 참조.

7) 헌법재판소는 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특별히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도에 의한다는 원칙을 적용하고 있다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346 등 참조).

위반된다는 결론에 이르렀는바, 그 심사는 본질적으로 동일한 것을 달리 취급한다는 차별취급의 존재 여부와 그러한 차별취급을 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 있는지 여부로 나뉘어 세밀하게 전개되었다.⁸⁾

다. 판단의 내용

(1) 차별취급의 존재

이 사건 결정의 자의금지심사에 있어 차별취급의 존재 여부 판단의 핵심은 ‘달리 취급하고 있는 것’의 ‘본질적 동일성’ 여부이다. 다수의견은 국제징수법상 공매절차는 채납자와 매수인 사이의 사법상 매매계약을 채납처분청이 대행하는 성격을 가지며, 계약보증금 제도는 사법상 매매에서의 위약금약정과 유사한 성격을 가진다는 점을 지적하고 이러한 성격은 민사집행법상 경매절차와 매수신청보증 제도 또한 같다고 보았다.⁹⁾

이에 따라 사법상 매매 및 민사집행법상 경매절차에 있어서 위약금약정에 따라 매수인의 채무불이행으로 그가 제공한 위약금 또는 매수신청보증금이 몰취된다는 것은 원칙적으로 그 금전이 매도인에게 귀속되거나 이를 전제로 배당의 재원에 포함된다는 것을 의미함에 반해, 이 사건 법률조항은 같은 성격의 계약보증금을 매도인의 입장에 있는 채납자에 귀속시키지 않는 것을 전제로 별도로 국고에 귀속시키고 있으므로, 이는 ‘본질적으로 동일한 것’을 ‘달리 취급’하는 것에 해당한다고 보았다.

(2) 차별취급의 합리성

8) 헌법재판소는 자의금지원칙에 따른 평등심사에서는 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하거나 본질적으로 다른 것을 동일하게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와 이러한 차별취급을 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 결여되어 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다고 하고 있다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 17-2, 577, 612 등 참조).

9) 학술상으로도 국제징수법상 공매는 비록 행정처분의 형식을 띠고 있으나 채납자와 최고가 청약자 사이의 매매계약 유사한 법률관계로 설명되며(임승순, 조세법, 박영사, 2008, 251쪽 참조), 민사집행법상 강제경매의 성격을 사법상 매매로 보는 것 또한 통설과 판례의 입장이다(법원실무제요 민사집행[II] -부동산집행-, 법원행정처, 2003, 1쪽).

(가) 국세징수법의 입법목적의 관점(조세채권 등의 신속하고 적정한 실현)

다수의견은 차별취급의 합리성 여부를 우선 조세채권의 신속하고 적정한 실현이라는 국세징수법의 입법목적과의 연관성의 관점에서 판단하였다. 이에 따르면 계약보증금 제도가 절차의 신속에 기여하는 측면은 일정한 경우 보증금을 반환하지 아니한다는 조건에 의해 매수인의 대금납부를 강제하는데에 있는 것으로서 계약보증금의 최종적인 귀속 문제와는 무관하며, 계약보증금의 별도 국고 귀속에 따르는 재원의 축소로 인하여 절차 개시의 근거가 된 조세채권의 적정한 실현에는 오히려 장애가 생긴다.

특히 정당한 과세근거법률로 정한 개별 납세의무자의 구체적 조세 부담을 철저히 관철시킨다는 입장에서, 채납자 자신의 고유재산이 아닌 절차 진행 중 제3자가 제공한 재원으로는 절대로 채납세액에 충당하지 않아야 한다고 볼 수 있는지가 문제되는데, 다수의견은 우리 국세징수법이 행정상 강제징수에 관한 절차법으로서 법체계상 차지하는 지위를 근거로 이를 부정하였다.¹⁰⁾ 구체적으로는 ① 국세징수법은 기본적으로 정형화된 대량의 조세채권을 신속하고 능률적으로 실현하는 데에 목적이 있는 절차법인 점, ② 국세우선권 등 조세채권의 공익성 및 기타 정책적 필요를 반영한 실체법적인 내용은 국세징수법이 아닌 국세기본법과 개별 세법들에서 정하고 있는 점,¹¹⁾ ③ 사회보험료, 부담금, 과징금, 환수금, 배상금, 과태료, 비용징수금, 사용료 등 개별법상 국세징수법의 예에 의하여 징수되는 수많은 채권들에 대하여 조세와 같은 정도의 우선권 인정 규정을 둔 경우는 오히려 드물고, 개별 법률에서 국세징수의 예에 의하도록 할 것인가는 당해 청구권의 공공성·대량성·집단성 등의 특수사정과 간이·신속한 징수라는 기술적 합목적성을 고려하여 절차상 자력집행권을 인정할지 여부에 따라 결정되고 있는 점,¹²⁾ ④ 개

10) 만약 이에 대하여 긍정적인 견해를 취한다면, 이 사건 법률조항의 '국고 귀속'이라는 규율의 정책적 근거를 설명할 수 있을 것이며, 재판관 조대현의 일부위헌의견과 같이 계약보증금을 채납자의 재산권의 대상에 포함시킬 수는 없게 될 것이다.

11) 현재의 국세징수법은 1949. 12. 20. 법률 제82호로 제정된 이후 3차의 부분 개정과 세제 개혁에 따른 1961. 12. 8. 법률 제819호의 대개정으로 그 기본이 마련되었고, 1974년 국세기본법의 제정 당시 실체법적인 내용은 국세기본법으로 옮기면서 국세징수법은 채납처분을 중심으로 한 강제징수절차만을 규율하는 현재의 법률내용으로 되었다. 박용진, 앞의 글, 47-48쪽 참조.

별 법률에 따라 국세징수절차로 징수되는 채권들이 모두 조세와 같은 정도로 경제정의의 실현 등과 밀접한 관련이 있다고 볼 수도 없는 점 등이 그 근거가 되었다.

(나) 자력집행권 인정의 취지와 한계의 관점(사적인 거래 영역의 존중)

다수의견은 차별취급의 합리성 여부를 검토하면서, 조세채권의 자력집행권을 인정하는 취지는 채권자의 입장에 있는 국가 등이 직접 절차를 개시할 수 있도록 하고 현금화된 대상재산의 교환가치에 의한 채권의 만족에 있어 일정 정도 우선적 지위를 가지도록 한다는 데에 있을 뿐,¹³⁾ 대상재산의 현금화 단계에서 절차 개시의 주체가 그 근거가 된 채권 및 절차비용 이외에 별도의 이익을 취득하도록 허용하는 것은 아니라고 하였다.

이러한 판단은 ① 금전채무의 불이행에 대하여 국가기관의 강제력을 동원하여 채무자의 일반재산을 압류하고 현금화하여 배당하는 기본적인 절차의 흐름은 체납처분절차도 민사집행절차와 다르지 않은 점,¹⁴⁾ ② 공매절차의 일차적인 목적은 대상재산의 교환가치 확보, 즉 현금화에 있고 우리 법질서에서 특정한 물건의 현금화는 매매계약이라는 사적인 거래 영역을 전제로 한다는 점에 이론적 근거가 있다. 또한 역사적 입법자료로서 ③ 1949. 12. 20. 법률 제82호로 제정된 구 국세징수법을 폐지하고 1961. 12. 8. 법률 제 819호로 다시 제정된 우리 국세징수법은 민법 및 민사소송법과의 조화 및 국민의 재산권 보호를 그 기본정신의 하나로 하고 있음이 당시의 제정이유에도 언급되고 있다는 점도 근거로 제시되었다.

12) 국세징수법의 법체계상 위치와 관련된 이러한 분석은, 국세징수법의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권을 일률적으로 구 파산법상의 채단채권으로 인정함으로써 산재보험료, 임금채권부담금, 고용보험료 등 사회보험료 청구권에 기하여 파산선고 후에 발생한 연체료 청구권을 다른 파산채권에 비하여 우선적으로 변제받도록 한 규정의 위헌 여부가 문제되었던 현재 2005. 12. 22. 2003헌가8 결정에서 상세히 이루어진바 있다(관례집 17-2, 577, 599-600, 608-609 참조).

13) 일반적으로 조세채권의 자력집행 제도는 대량적이고 정형화된 조세의 징수를 신속하고 능률적이며 확실하게 실현하기 위한 것이며, 조세채권이 원칙적으로 다른 채권에 대하여 우월적 효력을 가진다는 점에 근거가 있다고 설명한다. 강인애, 판례주석 국세징수법, 한일조세연구소, 2004, 16쪽.

14) 편집대표 김상원 외 3, 주식 민사집행법 (I) §1~§23, 한국사법행정학회, 2003, 46-48쪽 [민일영 집필부분]; 이시윤, 제4판 신민사집행법, 박영사, 2007, 33쪽 참조.

다수의견은 특히 사유재산제도의 보장, 사적자치의 원칙, 법치국가원리에 따른 과잉금지원칙 등의 정신에 비추어볼 때, 채권실현을 위하여 사적인 거래 영역에 부득이하게 국가기관의 강제력이 개입됨을 전제로 하는 채납처분 절차 및 민사집행절차를 형성하는 경우 적어도 대상재산의 현금화 단계에서는 최대한 사적인 거래 영역을 존중하여야 한다는 입법재량의 한계를 제시하였다.

4. 재산권의 침해 여부

가. 재판관 조대현의 의견

이 사건 결정에 있어 국세징수법상 공매절차가 사법상 매매의 성격을 가지고, 계약보증금 제도는 위약금약정의 성격을 가진다는 점, 매수인이 대금 납부의무를 불이행한 경우 이를 몰취하는 것이 헌법에 반하지 아니한다는 점에 대하여는, 재판관들의 견해가 모두 일치되었다.

그러나 반환되지 아니하는 계약보증금을 국고에 귀속하는 점에 대하여, 재판관 조대현의 일부위헌의견은 다수의견과 달리 이는 공매재산 소유자에게 귀속될 계약보증금을 아무런 이유도 없이 국고에 귀속시키는 것이어서 공매재산 소유자의 ‘재산권’을 침해하는 것이라고 하였다.

나. 재산권의 보호영역에의 포섭 여부

국세징수법상 공매절차에서 매수인에게 반환되지 아니하는 계약보증금은 매수인의 대금납부의무 불이행이라는 사정에 따라 발생한 재원인바, 이를 공매대상재산의 교환가치 속에 포함되는 것으로 보아 채납자의 재산권의 대상이 된다고 할 것인지에 대하여는 논란의 여지가 없지 않다.

다수의견은 이에 관하여 명시적 판단을 하지 않고 주관적인 재산권 침해 여부의 문제가 아닌 객관적인 평등원칙 위반 여부의 문제로 이 사건에 접근하면서 그 판단의 내용으로서 자력집행권의 한계 및 사적 거래 영역의 존중 등을 검토한 반면, 재판관 조대현의 의견은 정면으로 계약보증금이 공매재산 소유자의 재산권의 대상이 됨을 밝히고 이를 국고에 귀속시키는 것은 그의 재산권을 침해하는 것이라고 명시적으로 판단하였다.

구체적 권리로서의 재산권 개념에 비추어볼 때 민사집행법상 경매절차에서 매수인에게 반환되지 아니하는 보증금이 배당재원에 포함되는 것은 매수인의 대금납부의무 불이행이라는 우연한 사정에 따른 단순한 이익 내지 재화 획득의 기회에 불과하고, 애초에 계약보증금이 체납자인 공매대상재산 소유자의 구체적 권리인 재산권의 대상이 되는 것은 아니라고 볼 여지도 없지 않다.¹⁵⁾ 그러나 재산에 대한 소유자의 처분권에는 이를 환가하여 그 교환가치를 확보할 권능이 포함되며, 재산의 구체적인 교환가치는 일정하게 정해져 있는 것이 아니라 이를 환가하는 과정 속에서 정해진다는 점 등을 고려하면, 특정 재산의 환가를 위하여 매매계약을 하고 이에 부수하는 약정으로 위약금의 귀속을 정할 권능은 그 재산 소유자의 재산권의 내용인 처분의 자유에 포함된다고 보는 것도 충분히 가능하다.¹⁶⁾ 이에 따르면 위약금의 성격을 가지는 계약보증금 역시 궁극적으로는 체납자인 공매대상재산 소유자의 재산권의 대상이 된다고 볼 수 있다고 생각한다.¹⁷⁾

5. 결정의 유형 선택 및 위헌 선언의 범위

15) 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리라 할 것이므로, 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화 획득에 관한 기회 등은 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권 보장의 대상이 되지 아니한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 104; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664 등 참조).

16) 이는 매도인이 목적물에 대한 소유권 등 처분권을 가지고 그 행사를 통한 교환가치의 현실화를 위하여 매매계약을 체결하는 경우만을 전제로 하는 것이므로, 이로 인해 채권계약으로서의 일반적인 매매계약과 위약금약정의 성격 및 그에 대한 해석론이 달라지는 것은 아니다. 이것은 마치 특정 물건의 사용·수익에 임대차계약을 통한 수익이 포함되는 것과 유사하다. 헌법재판소도 성매매에 제공된다는 사실을 알면서도 자신이 소유하는 건물을 제공하는 행위를 하지 못하도록 한 경우에 대하여, 임대차계약 등이 문제될 수 있음에도 이는 자신의 재산을 자유로이 사용, 수익할 자유인 재산권에 포함되는 것으로 보아 계약의 자유가 독자적으로 문제된다고 보기는 어렵다고 한바 있으며, 그 근거로 일반적 행동자유권은 헌법상 규정된 개별 기본권들이 보호해 주지 못하는 영역에 보충적으로 적용된다는 점을 들고 있다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마1167, 판례집 18-1하, 498, 505 참조).

17) 다만, 이 문제에 관하여는 사법상 위약금약정 및 계약의 자유와의 관계에 관한 이론적 검토에 더하여, 민사집행법상 매수신청보증금이 배당재원에 포함되는 근거 및 계약보증금이 공매대상재산 소유자의 재산권의 대상이 된다고 볼 경우 각종의 공매 및 경매절차의 운영에 미치는 영향 등에 대하여도 종합적인 분석을 필요로 한다.

가. 결정 이유의 논리 구조

(1) 다수의견(헌법불합치, 적용중지)

다수의견은 우선 이 사건 법률조항의 위헌성은 계약보증금의 최종적인 귀속이 국고로 정해진다는 점에 있고, 대금납부의무 불이행 시 이를 매수인에게 반환하지 아니하는 법정조건을 정한 점에 있는 것이 아님을 명백히 하였다.

한편 현금화된 재산의 배분 단계에서 계약보증금을 절차 개시의 근거가 된 조세채권에 우선 충당할지, 민사집행절차와 같이 담보권자 등과의 우선순위에 따르도록 할지는 입법자의 재량영역에 있다고 보고, 특히 배분재원에 관한 국세징수법 제80조 제1항에는 계약보증금에 대하여 아무런 언급이 없음을 지적하고 있다.

이에 따라 단순위헌결정을 선고할 경우 계약보증금을 매수인에게 반환할 수밖에 없게 되는 문제점이 생기고, 이 사건 법률조항의 내용 중 계약보증금이 최종적으로 국고에 귀속되는 부분만을 관념적으로 구분하여 위헌결정을 선고한다 하더라도 이를 어떤 순위에 따라 배분할지에 대하여는 법적 규율에 공백이 생긴다고 보았다.

결론적으로 다수의견은 이 사건 법률조항의 위헌성을 확인하되 형식적인 존속을 유지하면서 입법자로 하여금 개선입법을 촉구하는 의미에서 헌법불합치결정을 선고하고, 별도의 국고 귀속을 방지한다는 의미에서 개선입법이 시행될 때까지 그 적용을 중지하도록 하였다. 그리고 이에 덧붙여 국가기관 등은 매수인의 대금납부의무 불이행으로 반환되지 아니하는 계약보증금을 개선입법의 시행 시까지 일시 보관금으로 보관한 상태에서 법률이 예정한 절차를 계속 진행시키되, 개선입법이 시행되면 그 내용에 따라 최종적 배분을 정하여야 한다고 하였다.

(2) 재판관 조대현의 의견(일부단순위헌)

재판관 조대현의 일부위헌의견은 이 사건 법률조항의 내용을 ‘몰수 부분’과 ‘국유화 부분’으로 나누어, 몰수 부분은 헌법에 위반된다고 할 수 없고 국유화 부분에 대하여만 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다고 하였다.

특히 다수의견과 달리 매수인의 채무불이행으로 인하여 매각결정이 취소

되어 몰수된 계약보증금은 국세징수법 제80조 제1항 제3호의 “매각대금”에 해당하고, 이는 공매대금의 일부로서 국세징수법 제80조 제1항의 배분금전에 포함되어 국세징수법 제81조에 따라 공매절차비용과 체납세액 및 담보채권의 변제에 충당되어야 한다고 보았다. 이에 따르면 배분과 관련된 법적 규율의 공백이 생길 염려는 없게 된다.

그리고 다수의견에 대하여 몰수 부분과 국유화 부분을 포함하여 이 사건 법률조항 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고 그 적용을 중지시키는 것은 위헌성이 없는 부분에 대하여도 위헌을 선언하고 적용을 중지시키는 것이어서 위헌심판권의 한계를 넘는 것이라는 취지로 비판하였다.

나. 견해 차이의 의미

헌법불합치 및 적용중지의 다수의견과 재판관 조대현의 일부단순위헌 의견의 각 근거에서 나타나는 형식적 차이는 “국고에 귀속한다.”라고 규정한 이 사건 법률조항의 내용을 ‘몰수 부분’과 ‘국유화 부분’으로 나눌 수 있는지 여부에 있다. 다수의견은 이와 관련하여 이 사건 법률조항은 단일한 문언 속에 위헌 부분과 합헌 부분이 혼재되어 있다고 설시하고 있다. 그러나 다수의견도 이 사건 법률조항의 위헌성이 대금납부의무 불이행 시 계약보증금을 매수인에게 반환하지 아니하는 점에 있는 것은 아님을 명시하는 등 그 전체의 취지에 비추어 보면, 이와 같은 ‘관념적 구분’의 가능성 자체를 부정하는 것으로 보이지는 않는다.

견해 차이가 나타나게 된 실질적 이유는 몰취된 계약보증금을 어떤 순위에 따라 배분하는지에 대하여 법적 공백 상태가 있는지에 대한 판단의 차이에 있다. 다수의견이 이에 관하여 일단 현재의 국세징수법에는 규정이 없고 이는 입법재량의 영역에 있다고 한 것은, 계약보증금 제도가 위약금약정의 성격을 가진다는 것에서 더 나아가 그 보증금이 공매대상재산 소유자의 재산권의 대상이 되고 공매대금에 포함되는지 여부에 대하여는 명시적 판단을 유보한 태도의 연장선상에 있다. 이 경우 국세징수법은 민사집행법과 달리 배분채권의 범위에 원칙적으로 일반채권자는 포함하지 않고 있으며 그 배분의 방법으로 압류우선주의¹⁸⁾를 취하고 있는 점 등을 염두에 두지 않을 수

없고, 결국 배분재원에 들어온 계약보증금을 어떤 순서로 배분하는지는 입법자의 판단에 맡길 수밖에 없다고 본 것으로 해석할 수 있다. 반면 재판관 조대현의 일부위헌의견은 몰수된 계약보증금은 공매대상재산 소유자의 재산권의 대상이 되고, 나아가 그 성격상 공매대금에 포함된다고 보았으므로, 이에 국세징수법 제80조 제1항 제3호 및 제81조를 적용하여 바로 배분하면 된다고 판단한 것이다.

한편 재판관 조대현의 일부위헌의견에서 비판한 바와 같이 다수의견이 몰수 부분과 국유화 부분의 관념적 구분 가능성을 무시한 채, 이 사건 법률조항 전체에 대하여 헌법불합치결정을 선고한 것은, 헌법재판소가 지금까지 법정외의견의 입장에서는 이른바 ‘한정적 헌법불합치’라는 주문 유형을 채택하지 않고 있는 것과 무관하지 않다.¹⁹⁾ 다만, 다수의견은 반환되지 아니하는 계약보증금을 개선입법의 시행 시까지 일시 보관금으로 보관한 상태에서 법률이 예정한 절차를 계속 진행시키되, 개선입법이 시행되면 그 내용에 따라 최종적 배분을 정하여야 한다는 부가적 설시를 덧붙였다. 다수의견이 일응 이 사건 법률조항의 ‘국고 귀속’이라는 규율의 적용을 중지하면서도, 보증금의 기능에 의해 이를 일시 보관금으로 보관할 수 있다고 해석한 근거는 계약보증

18) 부동산에 대한 경매에 있어 경합하는 채권자 사이의 이해조정과 관련된 입법주의로는 다음과 같은 세 유형이 있다. 이는 특히 매각대금이 우선권을 가진 저당권자등에게 변제하고 나서 나머지 채권자들에게 변제하기 부족한 경우에 문제된다.

① 평등주의: 압류채권자나 일반채권자 모두를 평등하게 취급하는 입장으로, 각 채권자는 압류나 배당요구를 한 시간적 선후에 관계없이 각 채권액에 따라 안분하여 분배받는다(예: 프랑스, 이탈리아, 일본 및 우리나라의 부동산집행).

② 우선주의: 시간적 선후에 따라 최초의 압류채권자가 전액 변제를 받고 다음 순위의 채권자가 나머지에 대하여 변제받을 수 있게 되는 입장이다(예: 독일, 오스트리아, 미국의 민사집행, 우리나라의 국세징수법에 의한 공매)

③ 군단우선주의: 우선주의와 평등주의를 절충한 입장으로, 최초에 압류한 채권자와 그 뒤 일정기간 내에 집행에 가입한 채권자를 제1군단으로 하여, 그 뒤에 집행가입한 채권자로 구성된 제2 이후의 군단에 대한 관계에서 우선순위를 인정하면서, 군단내부에서는 평등배당에 의하는 방식이다(예: 스위스의 민사집행).

이상 이시윤, 앞의 책, 244-245쪽 참조.

19) 지금까지 헌법재판소는 헌법불합치주문을 채택함에 있어 한정적 불합치의 형태를 채택한 경우는 없으며, 다만, 소수의견에서 그 필요성이 적극적으로 주장되고 있다(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112 결정 등에서의 재판관 조대현의 반대의견). 이에 관한 분석과 비판에 관하여는, 남북현, “헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심결정의 부조화 분석”, 헌법논총 제20집, 2009, 269-270, 277-278쪽 참조.

금 제도 그 자체의 근거 규정인 국세징수법 제65조 제1항에 있다. 이러한 설시는 결정 이유에서나마 이 사건에 있어서의 ‘적용중지’ 주문의 의미를 설명함으로써 개선입법이 이루어질 때까지 혹시 있을지 모를 집행기관의 혼란을 방지하기 위한 것으로 보인다.

6. 이 사건 결정의 의의

이 사건 법률조항은 1949. 12. 20. 법률 제82호로 제정된 구 국세징수법을 민사법 등 체계의 정비에 따라 폐지하고 다시 제정한 ‘구 국세징수법’(1961. 12. 8. 법률 제819호로 제정된 것)에서부터 이 사건 당시의 국세징수법에 이르기까지 계속 존재하여 왔으며, 다만 2002. 12. 26. 매각결정 후 매수인의 대금 납부 전에 채납자가 매수인의 동의를 얻어 채납세액 등을 납부하여 그 신청에 따라 매각결정이 취소된 경우에는 계약보증금을 매수인에게 반환하도록 한 개정이 있을 뿐이었다(국세징수법 제78조 제1항 제1호 및 제2항 전문).

이 사건 법률조항이 민사집행법상 매수신청보증 및 주요 외국의 입법례와 달리, 공매절차에서 대금납부의무를 이행하지 아니하여 매각결정이 취소된 매수인이 납부했던 계약보증금을 채납절차상의 충당 또는 배분과는 무관하게 별도로 국고에 귀속하도록 한 점에 대하여는, 1959년 일본의 국세징수법이 개정되기 전의 입법례를 답습하고 있는 것이라는 취지의 입법론적 비판이 있어 왔다.²⁰⁾

이러한 문제는 국세징수법의 예에 따르는 지방세 기타 수많은 공과금의 징수절차에도 그대로 나타나고 있었는데, 한국자산관리공사가 제공한 통계자료에 의하면 이 사건 법률조항으로 인하여 별도의 ‘잡익’으로 처리된 계약보증금의 액수는 국세, 지방세, 기타 공과금의 경우를 포함, 2003년부터 2008년 상반기까지 평균하여 연간 약 47억 원 정도에 이르고 있었다.²¹⁾

20) 일본의 국세징수법도 1959년의 대개정 전에는 매수인의 대금납부의무 불이행의 경우에 그가 납부한 공매보증금을 국고에 귀속하도록 하고 있었다. 그리고 이에 대하여는 당시 일본 민사소송법상의 경매에서 보증금을 배당재원이 되는 대금의 일부로 하고 있는 것과 같이 처리해야 한다는 비판이 있었다고 한다. 강인애, 앞의 책, 885쪽; 박용진, 앞의 글, 79쪽 참조.

21) 통계자료상 국세징수법 제61조에 따라 한국자산관리공사가 대행하는 채납처분절

헌법재판소는 이 사건 결정에서 이러한 규율이 입법정책상의 잘못을 넘어 헌법에 위반됨을 선언하였다. 이는 비록 국가 등에 자력집행권을 인정하는 조세 등 징수절차에 있어서도 이는 사적인 거래 영역에 국가권력이 부득이하게 개입하는 것이므로, 그 절차를 진행하는 주체는 사적인 거래 영역을 존중하여 별도의 부당한 이익을 취해서는 아니 됨을 분명히 한 점에 그 의의가 있다. 한편 이와 관련하여 법리적으로는 절차법상 재산적 이익 영역에서의 자의금지원칙에 따른 평등심사 방법 및 재산권의 보호영역, 결정 주문의 유형 선택 등에 관하여 많은 논의의 여지가 남기도 하였다.

헌법재판소는 2009. 4. 30. 이 사건 법률조항에 대하여 적용중지의 헌법불합치결정을 선고하면서 개선입법의 시한을 2009. 12. 31.로 정하였다. 그리고 이에 따라 국회는 2010. 1. 1. 법률 제9913호로 이 사건 법률조항 및 국세징수법 제65조 제4항 중 “국고에 귀속한다.” 부분을 “채납처분비, 압류와 관계되는 국세·가산금 순으로 충당하고 잔액은 채납자에게 지급한다.”로 개정하였다. 이로써 그동안 정당한 조세채권 징수와는 무관하게 ‘잡익’으로 국고에 귀속되고 있던 계약보증금 상당액이 관계인 사이에 배분될 수 있는 길이 열리게 되었으며, 이는 국세징수법이 준용되고 있는 수많은 공과금 징수절차에도 모두 해당되는 것이다.

차의 경우 이 사건 법률조항의 국고 귀속 규정이 개정되어 시행된 2003년부터 2008년 6월까지 ① 채납세액 또는 공과금으로 징수된 총 액수 / ② 이 사건 법률조항에 따라 별도로 물취되어 잡익 처리된 계약보증금의 액수는, 국세의 경우 ① 673,824,000,000원 / ② 16,001,000,000원, 지방세의 경우 ① 139,087,000,000원 / ② 9,930,000,000원, 기타 공과금의 경우 ① 9,366,000,000원 / ② 247,000,000원이다.

서울특별시와 정부 간의 권한쟁의

- 행정안전부장관의 지방자치단체 자치사무에 대한 합법성 감사의 성격 및 개시요건 -
(헌재 2009. 5. 28. 2006헌라6, 판례집 21-1하, 418)

이 규 홍*

【판시사항】

1. 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사를 법령위반사항으로 한정하는 구 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8423호로 개정되기 이전의 것, 이하 ‘구 지방자치법’이라 한다) 제158조 단서 규정(이하 ‘이 사건 관련규정’이라 한다)이 사전적·일반적인 포괄감사권인지(소극)
2. 이 사건 관련규정이 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사개시요건을 규정한 것인지(적극)
3. 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니한 채 개시한 행정안전부장관 등의 합동감사가 이 사건 관련규정상의 감사개시요건을 전혀 충족하지 못하여 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 지방자치권을 침해한 것인지(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 피청구인이 2006. 9. 14.부터 같은 달 29.까지 청구인의 [별지] 목록 기재의 자치사무¹⁾에 대하여 실시한 합동감사가 헌법 및 지

* 대전지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

1) 별지는 ‘자치사무목록’으로 감사대상, 처리부서, 근거법령을 기재하고 있는데 연번 1부터 156까지이다. 규정방식은 예컨대 연번 1은 “감사대상 : 청계천 유지수 공급시설 현황, 처리부서 : 치수과, 근거법령 : 하천법 제7조, 제17조”, 연번 4는 “감사대상

방자치법에 의하여 부여된 청구인의 자치행정권, 자치재정권 등 지방자치권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

행정자치부장관(2008. 2. 29. 시행된 정부조직법의 개정¹⁾에 따라 현재는 행정안전부장관, 이하 같다)은 2006. 1. 23. 국무총리실의 국무조정실장에게 청구인에 대한 부분감사(감사시기는 2006. 9. 내지 2006. 10. 중 12일간, 감사분야는 지방세, 건설·도시계획, 환경, 보건복지, 식품 등, 감사반은 행정자치부, 건설교통부, 환경부, 보건복지부, 식품의약품안전청 등 5개 부·청 내외) 조정협의를 하였고 국무조정실장이 2006. 2. 3. 위 조정협의를 승인하자, 행정자치부장관은 같은 달 28. 청구인을 비롯한 전국의 각 광역시 및 도에 정부합동감사계획을 통보하였다.

행정자치부장관이 2006. 8. 11. 청구인에게 ‘2006. 9. 14.부터 2006. 9. 29.까지의 정부합동감사 실시계획’을 통보²⁾하자, 청구인은 2006. 8. 14. 감사를 내년으로 연기해줄 것을 요청하였으나 받아들여지지 않았고, 5개 부·청이 참가한 정부합동감사반은 예정대로 청구인에 대하여 이 사건 자치사무 등 해당 분야에 대한 정부합동감사(이하 ‘이 사건 합동감사’라 한다)를 실시하였다. 이에 청구인은 2006. 9. 19. ‘이 사건 자치사무는 청구인의 고유사무인데, 그에 관한 법령위반사실이 밝혀지지 아니하였고 법령위반 가능성에 대한 합리적인 의심조차 없는 상황에서 이 사건 관련규정에 위반하여 사전적·포괄적으로 이 사건 합동감사를 실시하는 것은 헌법과 지방자치법이 청구인에게

: 분수대설치현황(시간대별 분수펌프 가동일지), 처리부서 : 조경과, 근거법령 : (공란), 연번 25는 “감사대상 : 사단법인 설립허가 현황, 처리부서 : 각 실·국(공통), 근거법령 : (공란)”, 연번 97은 “감사대상 : 취득세, 처리부서 : 세무과, 근거법령 : 지방세법” 등으로 되어 있는바, 이것이 피감사대상이 특정되지 않은 포괄적 감사로서 실질적으로 합목적성 감사에 해당하는지 여부에 관하여 뒤에서 보듯이 법정의견과 반대 의견의 대립이 있다. 상세한 별지의 첨부는 생략하고 이하 ‘이 사건 자치사무’라고 한다.

2) 결국 피청구인이 통보한 이 사건 합동감사 실시계획의 전체적인 취지는 청구인의 자치사무 등에 관한 포괄적·일반적인 사전감사를 하겠다는 것이다.

부여한 자치행정권, 자치재정권 등 지방자치권을 침해하였다'고 주장하며 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.³⁾

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 헌법 제117조, 제118조 등의 규정에 의하여 청구인의 존립 목적이 되는 고유사무를 중앙행정기관의 관여 없이 청구인의 의사와 책임 하에 처리할 수 있는 자치행정권, 중앙행정기관과 독립하여 법령의 범위 내에서 자치활동에 필요한 재산을 관리·형성하고 유지할 수 있는 권한 및 이와 관련한 조세고권을 행사할 수 있는 자치재정권을 가지고 있다.

(2) 구 지방자치법 제158조는 본문 전단에서 “행정자치부장관이 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받을 수 있다.”고 하면서도 단서에서 “감사는 법령위반사실에 한하여 실시한다.”고 규정하고 있으므로, 행정자치부는 자치사무에 관하여는 특정 자치사무에 관하여 보고를 받아 검토한 결과 법령위반사항이 발견된 경우에만 감사를 실시할 수 있다.

(3) 입법경위 및 입법취지에 비추어 보면, 이 사건 관련규정은 자치사무에 관하여 정부의 포괄적·일반적인 사전감사권을 부여한 것이 아니고 지방자치단체로부터 특정 자치사무에 관하여 보고를 받아 검토한 결과 법령위반이 발견된 경우 이에 대하여 사후적으로 감사를 실시할 수 있도록 한 규정이다.

(4) 구 지방자치법 제161조, ‘서울특별시 행정특례에 관한 법률’ 제4조 제2항 등에서 서울특별시에 대하여 수도로서의 특별한 지위와 감사에 있어서 다른 지방자치단체에 비하여 엄격한 절차에 의하도록 하고 있음에 비추어

3) 피청구인적격은 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만이 가지므로 심판청구는 이들 기관을 상대로 하여야 하고 이 사건 합동감사는 행정자치부를 포함한 5개 부·청이 정부합동감사를 위하여 참가하였으므로, 대한민국 정부가 피청구인 적격을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 이 사건 합동감사는 기관위임사무, 자치사무 전반에 걸쳐 실시된 것인데, 기관위임사무에 대하여는 권한쟁의심판청구가 부적법하고(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집16-2상, 404, 418), 청구인은 이 사건 합동감사 중 자치사무에 대한 감사가 그 자치권을 침해하였다는 주장만 하고 있으며 자치사무에 대한 감사권은 행정자치부장관이, 위임사무에 대한 감사권은 각 소관사무의 장관이 가지므로(구 지방자치법 제156조, 제158조), 청구인은 피청구인을 처음에는 대한민국 정부로 하였다가 2008. 7. 8. 행정자치부장관으로 경정하였다.

보면, 이 사건 관련규정상 감사권 발동원인인 ‘법령위반사항’은 엄격하게 해석하여야 한다.

(5) 결국, 청구인의 자치사무와 관련하여 법령위반사실이 밝혀지지 아니하였고 법령위반 가능성에 대한 어떤 합리적인 의혹조차도 없는 상황에서, 이 사건 관련규정이 청구인의 자치사무에 대한 피청구인의 감사권능을 부여한 것이라는 해석을 전제로 하여 행하여진 이 사건 합동감사는 청구인에게 부여된 자치행정권, 자치재정권을 침해하는 위헌·위법의 행위로서 무효이다.

나. 피청구인의 답변요지⁴⁾

(1) 헌법 제8장의 지방자치제도는 제도보장을 의미하는 것으로서 지방자치단체의 자치권의 범위나 내용은 지방자치제도의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 입법권자가 광범위한 입법형성권을 가진다. 또한, 지방자치단체의 권한도 국가의 통치권에서 유래하는 것이고 자치행정도 국가행정의 일부인 이상 자치권한이 국가의 통일적인 관점에서 일정한 감독과 통제를 받는 것은 불가피하다. 따라서 자치행정의 적법성을 확보하기 위하여 이 사건 관련규정에 근거하여 자치사무에 대하여 전반적인 감사를 실시한다고 하더라도, 그로 인해 청구인의 자치행정권과 자치재정권의 본질적인 부분이 말살되거나 제한되는 것은 아니므로, 이 사건 합동감사가 헌법 및 지방자치법이 부여

4) 피청구인의 적법요건에 관련된 주장도 하였는바 그에 대한 주장·판단을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 청구인이 2006. 2. 9.경 피청구인으로부터 이 사건 합동감사가 실시된다는 통보를 받은 때로부터 청구기간인 180일이 경과한 후에 이 사건 심판청구를 제기하였고 청구인이 서류·장부 또는 회계자료의 제출 자체를 조직적으로 거부하고 감사를 지능적으로 방해하여 감사가 제대로 진행되지 못한 채 감사기간이 도과하였으므로 청구인의 권한이 침해되거나 침해가 발생할 현저한 위험이 발생하지 않았다고 할 것이어서 결국 이 사건 심판청구는 부적법하다고 주장하므로 살피건대, 청구인은 실제 감사기간 중인 2006. 9. 19. 이 사건 심판청구를 제기하였고, 권한쟁의 심판청구의 적법요건 단계에서 요구되는 권한침해의 요건은 청구인의 권한이 구체적으로 관련되어 이에 대한 침해가능성이 존재할 경우 충족되는 것으로 볼 수 있는바, 이 사건 합동감사로 인하여 청구인의 자치행정권과 자치재정권 등 지방자치권이 침해될 가능성이 전혀 없다고 보기는 어려우므로, 피청구인의 위 주장은 모두 이유 없고, 둘째 이 사건 합동감사는 2006. 9. 29. 이미 끝났으므로 권한침해상태가 종료되었다고 볼 수 있어 심판계속중의 사정변경으로 권한침해상태가 이미 종료한 지금에 이르러서는 이 사건 심판청구가 인용된다 하더라도 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니하여 원칙적으로 심판의 이익이 없다고 할 것이나, 헌법적 해명이 긴요하다고 할 것이므로 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다고 할 것이다.

한 지방자치권을 침해한다고 할 수 없다.

(2) 이 사건 관련규정은 보고를 감사의 선행절차로 규정하고 있지 않으므로 보고를 받은 후 위법성에 대한 의혹이 있는 경우에 한하여 감사할 수 있다고 해석할 수는 없고, 감사란 특정 행정행위 등에 대하여 그 위법성을 확인하는 일련의 과정을 뜻하는 것으로서 그 확인을 위한 개별절차가 곧 감사의 범주에 들어가는 것이므로, 법령위반사실이 드러난 경우에 한하여 감사를 해야 한다는 것은 감사원인이 소멸한 뒤에 비리사실을 재확인하는 것에 불과하고 본래 의미의 감사에 해당하지 않는다.

(3) 이 사건 관련규정의 입법취지는, 같은 조 본문이 지방자치단체의 자치사무에 관하여도 행정자치부장관과 상급 자치단체의 지도·감독권이 미친다는 것을 명문으로 규정하면서도 감사권을 행사함에 있어서는 합목적성 판단에 대한 감사기관의 영향력을 배제하고 합법성 감사만을 실시함으로써 자치사무의 자율성과 자기책임적 업무수행능력을 제고하고 법령위반사항에 대하여만 징계요구, 시정명령 등의 조치를 취할 수 있도록 한 것이다.

(4) ‘서울특별시 행정특례에 관한 법률’ 역시 지방자치법에서 출발하고 있고 자치사무에 대한 감사 시 위 법에서 규정한 국무총리의 조정을 거쳐야 하는 이상, 청구인에 대하여 감사에 있어서 특별지위를 인정하거나 타 지방자치단체와 달리 취급하여야 하는 것은 아니다.

【결정요지】

1. 지방자치제 실시를 유보하던 개정전 헌법 부칙 제10조를 삭제한 현행 헌법 및 이에 따라 자치사무에 관한 감사규정은 존치하되 ‘위법성 감사’라는 단서를 추가하여 자치사무에 대한 감사를 축소한 구 지방자치법 제158조 신설절위, 자치사무에 관한 한 중앙행정기관과 지방자치단체의 관계가 상하의 감독관계에서 상호보완적 지도·지원의 관계로 변화된 지방자치법의 취지, 중앙행정기관의 감독권 발동은 지방자치단체의 구체적 범위반을 전제로 하여 작동되도록 제한되어 있는 점, 그리고 국가감독권 행사로서 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사원의 사전적·포괄적 합목적성 감사가 인정되므로 국가의 중복감사의 필요성이 없는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 관련규정의

감사권은 사전적·일반적인 포괄감사권이 아니라 그 대상과 범위가 한정적인 제한된 감사권이라 해석함이 마땅하다.

2. 중앙행정기관이 이 사건 관련규정상의 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고, 또한 그 감사대상을 특정해야 한다. 따라서 전반기 또는 후반기 감사와 같은 포괄적·사전적 일반감사나 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 모두 허용될 수 없다.

3. 행정안전부장관 등이 감사실시를 통보한 사무는 서울특별시의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 있어 사실상 피감사대상이 특정되지 아니하였고 행정안전부장관 등은 합동감사 실시계획을 통보하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 밝히지 아니하였는바, 그렇다면 행정안전부장관 등의 합동감사는 이 사건 관련규정상의 감사개시요건을 전혀 충족하지 못하였다 할 것이므로 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여된 서울특별시의 지방자치권을 침해한 것이다.

재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견

2. ‘지방자치단체의 자치사무에 대한 감사’라는 표목 하에 규정되어 있는 구 지방자치법 제158조의 입법경위, 자치사무에 대한 조언·권고·지도 등을 위하여도 자료의 제출 요구가 가능하도록 규정하고 있는 구 지방자치법 제155조 제1항과의 관계 등에 비추어 볼 때, 구 지방자치법 제158조는, ‘행정안전부장관 또는 시·도지사는 자치사무에 관한 법령위반 여부를 판단하기 위한 절차로서 이 사건 관련규정에 의하여 제한 없이 피감사대상으로부터 보고를 받거나 자료의 제출을 요구할 수 있되, 감사의 진행 단계에서 법령위반의 가능성이 없으면 감사를 중단하고, 감사에 따른 조치는 위법사항에 한한다.’라고 해석하는 것이 타당하고, 그 규정이 감사개시요건을 규정한 것이라고는 도저히 볼 수 없다.

3. 대통령령인 행정감사규정 제26조와 제26조의2, 구 지방자치법 제13조의4 제1항 제3호, 감사원법 제30조의2 제2항 등의 규정으로 지방자치단체에

대하여 중복감사를 제한하기 위한 제도적 장치 또한 마련되어 있고, 합동감사 실시계획 통보서에 나타난 감사범위, 그에 첨부된 정부합동감사관련 요구 자료 목록 등에 의하면, 행정안전부장관 등의 합동감사의 감사범위가 특정되지 아니하였다거나 실질적인 합목적성 감사에 해당한다고 단정할 수 없다.

【해설】

1. 쟁점

피청구인 등 중앙행정기관의 장이 청구인 등 지방자치단체의 자치사무에 관하여는 합법성 감사만 할 수 있고 합목적성 감사는 할 수 없다는 점에 대하여는 청구인과 피청구인 사이에 다툼이 없다. 그러므로 이 사건의 주요 쟁점은 청구인의 자치사무에 관하여 법령위반사항이 드러나지 않은 상황에서 피청구인이 청구인의 자치사무 등에 대하여 실시하는 포괄적·일반적인 이 사건 합동감사가 “감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.”는 이 사건 관련 규정의 해석상 허용되는 것인지 여부이다.⁵⁾

2. 지방자치단체에 대한 감사제도 개관

가. 외국의 지방자치단체에 대한 감사제도⁶⁾

5) 반대의견에서 적절히 실시된 바와 같이, 이 사건의 쟁점은, 이 사건 합동감사가 헌법 또는 법률이 부여한 서울특별시의 자치행정권이나 자치재정권을 침해하였는지 여부, 즉 이 사건 합동감사가 그 근거규정인 이 사건 관련규정에 따른 적법한 것이었는지 여부를 판단하는 것일 뿐, 위 근거규정의 당부나 위헌 여부를 논하는 것이 아니다.

6) 박주원, “지방자치단체의 감사제도에 관한 연구”, 고려대학교 법무대학원 지방자치법학과 석사학위논문(2000), 112면 이하 ; 이상희, “지방자치단체 감사제도의 발전방안에 관한 연구”, 서울대학교 행정대학원 석사학위논문(1994), 8면 이하 ; 김남철, “지방자치단체에 대한 감사의 법적 문제”, 지방자치법연구 제5권 제2호(2005.12), 한국지방자치법학회, 23면 ; 최병선·김선혁 공편, 분권헌법, EAI(2007), 136면 이하 ; 지방 자치의 헌법적 보장-지방자치와 입법권의 한계-, 헌법재판연구 제17권(2006), 헌법재판소, 271면 이하 ; 윤광재, “프랑스 지방회계원에 대한 연구”, 감사논집 통권 제5호(2000. 12.), 감사원, 223면 이하 ; 남경희, “프랑스의 회계감사제도에 관한 고찰”, 감사. 감사원(1996. 5.) 28면 ; 권영주, “한국 지방자치단체 감사의 문제점과 개선방안”, 한국지방자치학회보 제16권 제1호(통권45호, 2004. 3.), 353면 이하 ‘Ⅲ 일본의 지방자치단체에 대한 감사제도’ 부분 각 참조.

(1) 미국

연방정부가 주정부를 만든 것이 아니라 주정부가 연방정부를 만들었다는 특징을 갖는 미국의 지방자치에서는 원칙적으로 연방정부에 대한 감사는 의회 소속인 '회계감사원(GAO, Government Accountability Office)'에서 주관하고 있지만, 주정부 및 지방정부에 대한 감사는 연방정부에서 보조금 등을 지급하는 경우에 한하여 보조금 수령의 정도에 따라 단일감사법(The Single Audit Act)에 의한 감사를 받는다. 그밖에 각 주정부 및 지방정부는 자체적으로 외부의 공인회계사의 감사를 받거나 별도의 내부감사관을 두고 있다. 연방헌법은 연방정부와 주정부 및 지방정부는 독자적인 권력을 행사하는 것을 묵시적으로 인정하고 있는바, 행정감사는 시정을 요하는 사항에 대하여 개선요구를 권고·통보하는 정도에 그친다.

(2) 독일

2차 대전 이후에 비로소 연방제국가가 된 독일은 같은 연방제국가인 미국과는 다르게 헌법에 연방과 주 또는 주와 주간의 관계에 대하여 비교적 구체적인 규정을 두고 있는바, 미국과 같은 포괄적인 자율권이 주정부에 보장되어 있는 것은 아니다. 다만, 연방정부나 주정부가 특정한 사무를 처리하도록 하는 명시적 규정이 없는 한 지방정부가 사무권을 가지되, 연방정부 사무를 지방자치단체에 위임하는 경우는 거의 없으므로 지방자치단체에 대한 직접적 관여는 없다. 주정부와 지방정부 사이에도 지방자치단체 고유사무에 관하여는 합법성보장에 국한하고 있다. 지방정부는 전통적으로 자율적 감사체계를 확립하고 있으며, 지방정부는 연방정부나 주정부의 감독이 지방자치를 침해하였다고 생각되면 직접 헌법재판소에 소송을 제기할 수 있다.

(3) 프랑스

1958년 헌법은 국가예산의 근간이 되는 재정법의 집행에 있어 회계감사원(La Cour des Comptes)이 정부와 의회를 보조하도록 하였고 회계감사원은 지방자치단체에 대한 회계감사업무도 담당하고 있었다. 그러나 1982년 3월 2일의 법시행에 의한 지방자치제의 실시에 따라 각 지방에 일정한 관할구역

을 가지고 독립된 권한과 기능을 행사하는 ‘지방회계검사원’을 설치⁷⁾하여 지방자치단체의 회계감사, 성과감사 및 예산편성에 대한 관여 등을 행하게 하고 있다. 회계검사원장은 지방회계검사원장회의의 의장으로 회의를 주재하고 지방회계검사원장은 회계검사원의 심의관 또는 주임감사관 중 회계검사원장의 제청으로 대통령이 임명한다. 이러한 점에 비추어 볼 때 각 지방회계검사원과 회계검사원과의 관계는 국가의 감독에서 자유롭게 된 지방정부의 중앙정부에 대한 관계와 달리, 국가의 지방부(국)에 지나지 않는다고 보는 견해도 있다⁸⁾. 회계검사원은 매년 지방회계검사원과 공동 감사사항에 대해 사전협의를 하고 지방회계감사의 직무 이행 상황을 감독하며 지방회계검사원과의 공통 운영과제에 대해서 그 자율성을 저해하지 않는 범위 내에서 개선책을 검토한다. 이와 같이 프랑스는 지방자치단체에 대한 국가의 사전통제제도를 배제하는 대신에 회계검사원이 지방회계검사원을 설치하여 국가와 지방을 일원적으로 감사하는 사후통제 방안을 채택하고 있다.⁹⁾

(4) 일본

일본의 국회는 우리와 같은 국정감사권은 없고, 다만 특정사안에 대하여 인정되는 국정조사권만을 가지고 있다. 국정조사의 대상기관은 ‘내각, 판공서 기타’로 되어 있어 지방자치단체도 법문언상으로는 국정조사의 대상이라고 볼 수 있으나 실제로 지방에 대한 국정조사를 실시한 예는 거의 없다고 한다. 회계검사원은 내각에 대하여 독립된 지위를 가지는 헌법기관으로 일본 국헌법 제90조의 규정에 의하여 국가의 수입지출의 결산검사를 행하는 외에

7) Loi n°82-213 du 2 mars relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (시·도 및 시·군·구의 권리와 자유에 관한 1982년 3월 2일의 법률 제213호) 지방분권에 관한 위 1982년 법률은 국가가 행사하던 권한과 재원을 지방자치단체에 이전시키고 지방자치단체에 대한 국가의 사전통제를 사후통제로 전환시켰다. 지방회계검사원은 하나의 재판기관으로 법관으로 신분이 보장된다고 한다.

8) 남경희, 전계논문, 29, 32면.

9) 지방자치의 헌법적 보장, 272면 참조. 위에서 살펴본 지방회계검사원의 감사대상인 재정사무 이외의 비재정적 지방사무에 관하여는 1982년 지방분권화 조치 이후 국가 대표(représentant de l’Etat)라 불리는 프레페(préfet)의 제소행위를 통해 전적으로 행정법원의 통제에 의해서만 가능한 사법적 통제로 바뀌었다

법률에 정하는 회계의 검사를 행한다. 그런데 2000. 4.부터 시행된 지방분권 일괄법¹⁰⁾의 시행으로 중앙의 성청(省廳)에 의한 감사는 실질적으로 사라지게 되었다. 즉 위 법에 의하여 기존에 존재하였던 국가의 포괄적인 지휘감독권이 폐지되고, 지방자치단체에 대한 국가관여의 일반원칙에 의거하여 새로운 지방자치단체의 사무유형(자치사무와 법정수탁사무)별로 국가에서 관여할 수 있는 방법을 구체적으로 명시하였다. 자치사무에 관하여는 조언·권고, 자료제출요구, 협의, 시정요구와 같은 관여만 인정되고 있지만 이러한 국가의 감독 수단에는 감사가 포함되어 있지 아니하여 실질적으로 중앙정부의 지방자치단체에 대한 감사는 극히 제한적인 것이 되었고, 특히 과거와는 달리 감사라는 용어도 사용되고 있지 않다.

나. 우리나라의 지방자치단체에 대한 감사제도

현재 우리나라의 지방자치단체에 대한 감사제도는 국회의 국정감사·조사, 감사원 감사, 지방의회의 감사, 행정감사규정에 의한 중앙부처감사, 행정감사규정에 의한 자체감사, 주민감사청구제도 등으로 구성되어 있다.¹¹⁾

(1) 국회의 국정감사·조사

국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며 이에 필요한 서류의 출제 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다(헌법 제61조 제1항). 광역지방자치단체(특별시·광역시·도)의 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업은 국회의 필요적

10) 정식명칭은 ‘지방분권의 추진을 위한 관계법률의 정비 등에 관한 법률’이고 지방자치법을 비롯한 475개의 법률을 일괄하여 개정하는 법률이라고 한다. 이병환, “일본의 『지방분권일괄법』 시행과 자치단체의 대응전략”, 자치발전(2003. 4.), 56면 참조.

11) 행정감사규정에 의한 자체감사, 주민감사청구제도에 대하여는 설명을 생략하고, 행정감사규정에 의한 중앙부처감사에 관하여는 후술한다.

한편 최근 지방자치법의 특별법이라 할 수 있는 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’ 제71조에 의하면 기초지방자치단체를 두지 않은 국내 유일의 단층형 지방자치단체인 제주특별자치도에서는 제주특별법이 자치감사의 혁신이라고 할 수 있는 조항을 두고 있는바 국회의 국정감사, 감사원 감사 및 지방자치법 제16조에 따른 주민감사청구사항의 경우를 제외한 일체의 외부감사를 사실상 없애고 독자적인 자치감사제를 시행하도록 규정하고 있어 향후 지방자치단체 감사법률체계가 나아갈 바를 제시하고 있다는 지적도 있다.

감사의 대상이고 그 외 지방행정기관, 지방자치단체, 감사원법에 의한 감사원의 감사대상기관의 경우는 본회의가 특히 필요하다고 의결한 경우에 한하여 감사의 대상이 된다. 자치사무는 감사의 대상이 아니다.

(2) 감사원 감사¹²⁾

(3) 지방의회의 행정사무감사

지방의회는 매년 1회 당해 지방자치단체의 사무에 대하여 시·도에 있어서는 10일, 시·군 및 자치구에 있어서는 7일의 각 범위 내에서 감사를 실시하고, 지방자치단체의 사무 중 특정사안에 관하여 본회의 의결로 본회의 또는 위원회로 하여금 조사하게 할 수 있다(지방자치법 제36조 제1항). 지방자치단체와 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무와 시·도사무에 대하여 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 당해 지방의회가 감사할 수 있다(같은 조 제3항)고 규정하여 위임사무에 관하여는 지방의회는 상급단체 및 국회의 감사권에 대하여 보충적인 권한만 가짐을 명시하고 있다.

3. 지방자치제에 관한 헌법과 지방자치법의 개정 취지

(1) 지방자치법의 개정¹³⁾

현행헌법에 의한 지방자치제의 전면 실시에 따라 이를 뒷받침할 입법조치가 뒤를 이었다. 원래 지방자치법은 지방자치단체의 사무 전체에 대하여 포괄적 감사규정¹⁴⁾을 두었으나, 이 규정은 1988. 4. 6. 법률 제4004호 전부 개

12) 앞서 보았듯이 감사원의 감사원법에 근거한 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사에 대하여 헌법재판소는 2008. 5. 29. 2005헌라3 결정에서 관련감사원법 규정들이 지방자치권의 본질적 내용을 침해한 것이 아니라고 보아 청구를 기각(일부 각하)하였다. 감사원 감사의 상세는 위 결정문 참조.

13) 1987. 10. 개정된 현행 헌법 이전의 헌법에서도 지방자치의 장을 독립된 장으로 규정해 지방자치를 보장하고 있었다. 그러나 구 헌법은 부칙 제10조에서 “이 헌법에 의한 지방의회는 순차적으로 구성하되, 그 구성시기는 법률로 정한다.”라고 하여 지방자치제 실현을 헌법 스스로 법률에다 유보해 놓고 있었기 때문에 지방자치에 관한 헌법의 규정은 사실상 유명무실하였다. 그런데 1987. 10. 29. 현행 헌법으로의 개정을 통해 위 부칙 제10조가 삭제됨으로써 지방자치에 관한 헌법 규정도 그 실효성을 회복하게 되었다.

정을 통하여 “내무부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다.”(제158조)로 개정되었다. 그 후 1988. 12. 15.자부터 1993. 2. 19.자까지 5회에 걸쳐 위 ‘내무부장관 또는 시·도지사의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사규정’을 삭제하는 내용의 지방자치법 개정법률안이 제출¹⁴⁾된 바 있는데, 지방자치법은 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 일부 개정되면서 제158조를 “내무부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.”라고 규정하여 자치사무에 관한 감사규정은 존치하되 ‘위법성 감사’라는 단서를 추가하여 자치사무에 대한 감사를 축소시켰고, 그 후 ‘내무부장관’이 ‘행정자치부장관’으로 바뀐 다음 2007. 5. 11. 법률 제8423호로 지방자치법이 전부 개정되면서 같은 내용의 조항이 제158조에서 제171조로 이동되었다.

(2) 이 사건 관련규정의 해석

법정의견에 의하면 위와 같은 헌법 및 지방자치법 개정취지를 고려하여, 이 사건 관련규정은 지방자치제의 실현을 위하여 지방자치단체의 자율권을 확대하고 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 관한 감사를 제한하는 방향으로 해석하여야 한다고 하나, 반대의견은 위와 같은 입법경위와 ‘지방자치단체의 자치사무에 대한 감사’라는 표목 하에 규정하고 있는 점에 비추

14) “내무부장관 또는 도지사는 감독상 필요할 때에는 관할 자치단체의 사무에 관하여 보고를 받거나 서류, 장부 또는 출납을 검사할 수 있다. 지방자치단체의 장은 그 자치단체의 구역 내의 공공적 단체를 감독할 수 있다. 지방자치단체의 장은 공공적 단체의 감독상 필요할 때에는 그 사무에 관하여 보고를 받거나 서류, 장부 또는 출납을 검사할 수 있다.”

15) 당시 야당은 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사권을 폐지하고자 1993. 2. 19. 개정안을 제안하였는데, 그 내용은 ‘행정안전부장관 또는 시·도지사의 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사권을 폐지하되, 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류의 제출을 요구할 수 있도록 함’으로 규정되어 있었다(이 사건 기록에 편철된 지방자치법개정법률안 심사보고서). 그러나 감사권을 그대로 유지하려는 정부와의 타협 끝에, 결과적으로는 구 지방자치법 제158조와 같이, 본문은 자구 수정 없이 그대로 존치하되 ‘이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.’는 단서가 신설된 것이라고 한다(이 사건 결정의 반대의견 다.항 참조).

어 볼 때, 이 사건 관련규정은, ‘행정안전부장관 또는 시·도지사는 자치사무에 관한 법령위반 여부를 판단하기 위한 절차로서 이 사건 관련규정에 의하여 제한 없이 피감사대상으로부터 보고를 받거나 자료의 제출을 요구할 수 있되, 감사의 진행 단계에서 법령위반의 가능성이 없으면 감사를 중단하고, 감사에 따른 조치는 위법사항에 한한다.’라고 해석하는 것이 타당하다고 주장한다.

4. 지방자치단체의 자치사무에 관한 감사권

가. 헌법상 보장된 청구인의 지방자치권

헌법은 제117조와 제118조에서 ‘지방자치단체의 자치’를 제도적으로 보장하고 있는바, 그 보장의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이다. 이와 같이 헌법상 제도적으로 보장된 자치권 가운데에는 자치사무의 수행에 있어 다른 행정주체(특히 중앙행정기관)로부터 합목적성에 관하여 명령·지시를 받지 않는 권한도 포함된다고 볼 수 있다.

다만, 이러한 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한된다. 헌법도 제117조 제1항 후단에서 ‘법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.’고 하였고, 제118조 제2항에서는 ‘지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.’고 규정하고 있다. 그러나 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁾

한편, 지방자치단체의 사무에는 자치사무와 위임사무가 있다. 위임사무는 지방자치단체가 위임받아 처리하는 국가사무(구 지방자치법 제156조)임에 반하여, 자치사무는 지방자치단체가 주민의 복리를 위하여 처리하는 사무이며(헌법 제117조 제1항 전단 참조) 법령의 범위 안에서 그 처리 여부와 방법을 자기책임 아래 결정할 수 있는 사무로서 지방자치권의 최소한의 본질적 사항이므로 지방자치단체의 자치권을 보장한다고 한다면 최소한 이 같은 자치사무의 자율성만은 침해해서는 안 된다.¹⁷⁾

16) 헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2, 판례집 14-2, 378, 387.

나. 중앙행정기관과 지방자치단체 간의 새로운 관계설정

자치사무에 관해서는 구 지방자치법 제155조¹⁸⁾에서, 위임받은 국가사무에 관해서는 제156조¹⁹⁾에서 각 규정하여, 자치사무에 대해서는 양자를 조연·지원의 관계로 정하고 국가사무에 관해서는 지도·감독의 관계로 규정함으로써 자치사무에 대한 중앙행정기관의 감독권을 삭제하기에 이르렀고, 제156조의²⁰⁾는 자치사무에 관한 한 중앙행정기관과 지방자치단체의 관계를 상명하복의 관계가 아니라 병립적 협력관계로 설정하고 있고, 제157조는 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대해서는 적법성 감독의 범위를 벗어날 수 없게끔 명시하고 있다.

결국, 이들 규정은 중앙행정기관의 감독권 발동이 지방자치단체의 구체적 범위만을 전제로 하여 작동되도록 되어 있다는 점과 중앙행정기관과 지방자치단체 간의 분쟁관계를 대등한 권리주체로서의 “외부 법관계”로 보아 규정하고 있으므로, 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사가 사전 포괄적으로 허용될 수 없음을 “사후적으로” 정해두고 있는 규정이라 할 것이다.²¹⁾

17) 위임사무와 자치사무의 구별은 쉽지 아니하여 매년 국정감사(자치사무에 대한 감사권이 없음)시마다 국회와 지방자치단체는 갈등을 빚어왔다. 김남곤, “자치사무와 위임사무의 구분과 합리적 개선방향”, 국회보 428호(2002. 6.), 61~65면.

18) 제155조 ① 중앙행정기관의 장이나 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조연 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요하면 지방자치단체에 자료의 제출을 요구할 수 있다. ② 국가나 시·도는 지방자치단체가 그 지방자치단체의 사무를 처리하는 데에 필요하다고 인정하면 재정지원이나 기술지원을 할 수 있다.

19) 제156조 ① 지방자치단체나 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무에 관하여 시·도에서는 주무부장관의, 시·군 및 자치구에서는 1차로 시·도지사의, 2차로 주무부장관의 지도·감독을 받는다. ② 시·군 및 자치구나 그 장이 위임받아 처리하는 시·도의 사무에 관하여는 시·도지사의 지도·감독을 받는다.

20) 제156조의2 ① 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장이 사무를 처리할 때 의견을 달리하는 경우 이를 협의·조정하기 위하여 국무총리 소속으로 협의조정기구를 둘 수 있다. ② 제1항에 따른 협의조정기구의 구성과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

21) 이에 대하여 반대의견은, 다수의견이 특정한 범법위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심의 존부와는 상관없이 실시되는 감사를 사전적 감사라고 규정한 다음, 이 사건 관련규정, 구 지방자치법 제156조의2 및 제157조 등의 해석에 의하여 사전적 감사는 허용되지 않는다고 하는데, 이 사건 관련규정은

다. 감사원감사 등과의 중복감사 문제

(1) 감사원법은 현행헌법 개정 전후에 걸쳐 지방자치단체에 대한 감사범위에 관하여 별다른 개정 없이 제24조 제1항 제2호에 ‘지방자치단체의 사무와 그에 소속한 지방공무원의 직무’에 대한 감찰권을 그대로 두었는데, 감사원법에는 감사범위를 제한하는 이 사건 관련규정과 같은 규정이 없고 헌법기관이라는 감사원의 성격상 감사원의 지방자치단체에 대한 감사는 합법성 감사에 한정되지 않고 자치사무에 대하여도 합목적성 감사가 가능하여(헌재 2008. 5. 29. 2005헌라3, 판례집 20-1하, 41 참조), 국가감독권 행사로서 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사원의 사전적·포괄적 감사가 인정되는 터에 여기에서 중앙행정기관에도 사전적·포괄적 감사를 인정하게 되면 지방자치단체는 그 자치사무에 대해서도 국가의 불필요한 중복감사를 면할 수 없게 된다.²²⁾

(2) 나아가 헌법이 보장하고 있는 지방자치제도의 핵심이라고 할 수 있는 자기책임성의 원칙에 비추어 볼 때, 지방자치단체가 스스로의 책임 하에 수

위와 같은 감사개시요건을 규정하고 있지 않고 있으며, 구 지방자치법 제156조의2 및 제157조는 이 사건 관련규정과 규율하고자 하는 대상과 목적, 기능이 다른 사항에 관한 것이므로, 위 조항들로는 이 사건 관련규정의 감사가 사후적 감사여야 한다는 논거를 뒷받침하지 못한다고 한다. 오히려 이 사건 관련규정과 위 제157조의 관계는, 사전적 감독 수단으로서 감사를 정하고 이를 통하여 발견한 지방자치단체장의 위법한 명령·처분을 사후적 감독 수단인 제157조를 통하여 교정하는 것이라고 유기적으로 해석하는 것이 더욱 타당하다고 한다.

22) 이에 대하여 반대의견에서는, 이 사건 관련규정에 의한 감사는 대통령령인 행정감사규정(1998. 9. 12. 대통령령 제15789호로 개정되고, 2008. 2. 29. 대통령령 제20741호로 개정되기 전의 것)이 정하는 절차에 따르는바(구 지방자치법 제55조의3), 행정감사규정 제26조는 자체감사나 타 행정기관에 의한 감사가 이루어진 경우 특별한 사유가 없는 한 차기감사대상에서 제외하고 필요한 경우 이미 행한 감사결과보고서를 활용하여야 한다고 규정하고, 같은 규정 제26조의2는 각 중앙행정기관의 장은 당해 기관 및 그 소속기관의 업무에 대하여 감사원의 감사를 받은 경우에는 그 범위 안에서 당해 연도에 한하여 감사의 전부 또는 일부를 실시하지 아니하게 할 수 있도록 규정하며, 자치사무에 대한 감사권의 발동근거가 될 수 있는 구 지방자치법 제13조의4 제1항 제3호는 다른 기관에서 감사하였거나 감사 중인 사항에 대해서는 주민의 감사청구 대상에서 제외하며, 감사원법 제30조의2 제2항은 중앙행정기관의 장은 필요한 경우에 감사의 중복을 피하기 위하여 감사계획 등에 관하여 감사원과 협의하도록 규정하고 있어, 중복감사를 제한하기 위한 제도적 장치 또한, 마련되어 있을 뿐만 아니라, 실제로 이 사건에서는 피청구인이 위 원칙을 어기고 이 사건 합동감사를 개시하였다고 볼만한 사정도 없다고 한다.

행하는 자치사무에 대해서까지 감사 등의 국가감독이 광범위하게 이루어지고 있는 것은, 지방자치의 본질을 훼손할 수 있다는 우려를 자아내고 있고 그러한 국가감독이 체계화되지 않은 채로 중복적으로 빈번하게 이루어져 지방행정을 크게 위축시키는 원인이 된다면 이는 더욱 심각한 문제라 하지 않을 수 없다.²³⁾ 특히 복수정당제도와 선거제도에 기초하여 지방자치단체장을 정당공천을 받아 선거에 의하여 선출하는 우리 지방자치제도 하에서는 지방자치단체장이 소속된 정당의 정책이나 정강 또는 정치적 성향에 따라 기본 입장에서부터 크게 차이가 나거나 대립되는 사안들이 있을 수 있는데, 그와 같이 기본 입장이나 가치관에서 대립·상충되는 사안에서는 중앙정부가 자기의 입장에 따라 하급 지방자치단체의 자치사무에 대하여 ‘법령위반’을 이유로 포괄적이고 사전적으로 감사를 실시한다면 경우에 따라서는 선거에 의하여 확인된 주민들의 자치의사를 무시해 버리고 정부나 상급 지방자치단체의 견해를 강요하는 사태로까지 남용될 위험성을 부인할 수 없을 것이다. 이는 이 사건 관련규정에서 말하는 ‘법령위반’의 의미를 엄격하게 제한적으로 해석한다고 하더라도 발생가능성이 여전히 존재하는 문제점이라고 할 것이다.²⁴⁾

라. 감사개시요건 인정 여부

앞서 본 점을 종합하면, 지방자치제의 시행이 20년이 지난 지금에 와서도 중앙행정기관이 종래처럼 지방자치단체의 자치사무까지 포괄하여 감독하겠다는 종전 태도는 지양되어야 하고, 지방자치단체가 스스로의 책임 하에 수행하는 자치사무에 대해서까지 국가감독이 중복되어 광범위하게 이루어지는

23) 한 광역단체의 경우 감사원 9회(84일), 행정자치부 3회(10일), 도의회 1회(10일), 자체 11회(45일) 등 24차례 감사를 받는데 모두 149일이 소비되었다고 한다. (중앙일보 2002.3., 권영주, 지방자치단체의 감사제도 개혁, 15면에서 재인용)

24) 2010. 6. 2. 실시된 제5회 동시지방선거 결과는 이러한 사태가 현실화될 수 있음을 보여준다. 이에 덧붙여 대법원 2007. 3. 22. 선고 2005추62 전원합의체 판결은 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체의 자치사무 집행에 대하여 어느 정도까지 감독권을 행사할 수 있는가에 관하여 중요한 기준을 제시함으로써 앞으로 지방자치제도의 운영과 관련하여 중요한 단초를 제공해주고 있는바 이 사건 관련규정에 의한 감사대상인 법령위반사항에 자치사무에 관한 재량권의 일탈·남용까지도 포함될 것이 분명하므로 이러한 중앙정부의 감독권 행사범위확대는 자치사무 수행권의 위축이라는 부작용을 발생시킬 위험이 크다는 점에서 더욱 문제이다. 임영호, “지방자치단체의 자치사무에 대한 감독권 행사의 요건”, 사법창간호(2007), 254면 이하 참조.

것은 지방자치의 본질을 훼손할 가능성마저 있으므로 지방자치권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 견지에서 중앙행정기관의 지방자치단체의 자치사무에 대한 이 사건 관련규정의 감사권은 사전적·일반적인 포괄감사권이 아니라 그 대상과 범위가 한정적인 제한된 감사권이라 해석함이 마땅하다.

그런데 과연 이 사건 관련규정상의 감사개시에 어떠한 요건이 필요한 것인지에 대해서는 헌법이나 지방자치법 등 어디에도 명시적인 규정이 없다. 그러나 지방자치단체에 대하여 중앙행정기관은 합목적성 감독보다는 합법성 감독을 지향하여야 하고 중앙행정기관의 무분별한 감사권의 행사는 헌법상 보장된 지방자치단체의 자율권을 저해할 가능성이 크므로, 이 사건 관련규정상의 감사에 착수하기 위해서는 자치사무에 관하여 특정한 법령위반행위가 확인되었거나 위법행위가 있었으리라는 합리적 의심이 가능한 경우이어야 하고, 또한, 그 감사대상을 특정해야 한다고 봄이 상당하다.²⁵⁾²⁶⁾

25) 따라서 전반기 또는 후반기 감사와 같은 포괄적·사전적 일반감사나 위법사항을 특정하지 않고 개시하는 감사 또는 법령위반사항을 적발하기 위한 감사는 모두 허용될 수 없을 것이다. 왜냐하면 법령위반 여부를 알아보기 위하여 감사하였다가 위법사항을 발견하지 못하였다면 법령위반사항이 아닌데도 감사한 것이 되어 이 사건 관련규정 단서에 반하게 되며, 이것은 결국 지방자치단체의 자치사무에 대한 합목적성 감사는 안 된다고 하면서 실제로는 합목적성 감사를 하는 셈이 되기 때문이다.

26) 이에 대하여 반대의견에서는 다음과 같이 반박한다. “이 사건 근거규정의 문언상 위법행위의 존재나 그 의심을 전제로 하여야만 자료제출 요구 및 그에 대한 검토를 할 수 있다고 해석할 여지가 없다. 또한, 위 입법경위에서 살펴본 바와 같이, 입법자는 감사권의 폐지 대신, 개정 전부터 존재하던 사후적 감독 수단인 위 제157조 제1항 후문(자치사무에 대한 명령·처분의 시정은 법령위반사항에 한정)의 내용에 맞추어, 사전적 감독 수단인 이 사건 근거규정에 의한 감사도 합목적성을 배제한 합법성에 대한 감사로 제한하기 위하여 그 단서를 신설한 것이므로, 이 사건 근거규정이 감사개시요건을 규정한 것이라고는 도저히 볼 수 없다. 더구나 구 지방자치법 제155조 제1항이 ‘중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요한 때에는 지방자치단체에 대하여 자료의 제출을 요구할 수 있다.’라고 규정하여, 자치사무에 대한 조언·권고·지도 등을 위하여도 자료의 제출 요구가 가능하도록 규정하고 있는바, 하물며 자치사무에 대한 감사를 규정한 이 사건 근거규정을 위법행위의 존재나 그에 대한 의심이 없으면 자료의 제출요구조차 할 수 없다고 해석하는 것은 법률규정의 체계적 해석의 면에서도 받아들이기 어렵다(청구인도 당시 감사개시요건에 대하여는 다툼 바 없다고 하는 바, 즉 합동감사는 이 사건 관련규정 및 행정감사규정 등에 기하여 실시해 오던 것인데, 이 사건 기록에 의하면 그동안 청구인에 대하여는 1992. 6. 12.~1992. 6. 20., 1997. 5. 26.~1997. 6. 5., 1999. 8. 30.~1999. 9. 10. 3회에 걸쳐 시행된 바 있고, 피청구인의 2006. 2. 28.자 합동감사 계획 통보

5. 이 사건 합동감사가 지방자치권을 침해하는지 여부

이 사건 합동감사의 경우를 살펴보면, 피청구인이 감사실시를 통보한 이 사건 자치사무는 청구인의 거의 모든 자치사무를 감사대상으로 하고 있어 사실상 피감사대상이 특정되지 아니하였다고 보여질 뿐만 아니라 피청구인은 이 사건 합동감사 실시계획을 통보하면서 구체적으로 어떠한 자치사무가 어떤 법령에 위반되는지 여부를 전혀 밝히지 아니하였는바, 그렇다면 이 사건 합동감사는 위에서 본 이 사건 관련규정상의 감사의 개시요건을 전혀 충족하지 못하였고²⁷⁾ 따라서 이 사건 합동감사는 청구인의 지방자치권을 침해하였다고 할 것이므로 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 있어 이를 인용하여야 한다.²⁸⁾

6. 결정의 의의

본 결정은 지방자치단체의 지방자치권과 감사권의 관계가 최초로 판단된 위 2005헌라3 사건에서 감사원의 지방자치단체 자치사무에 대한 합목적성 감사가 지방자치권의 본질적 내용을 침해하였다고 볼 수 없다고 한 것과는 달리 행정안전부장관의 자치사무에 관한 감사가 지방자치권을 침해한 것이

에 대한 청구인의 연기요청사유는 외부감사 집중에 의한 업무가중과 조직개편 작업 등의 현안업무 처리였으며, 청구인도 민원질의 회신에서 관할 자치구의 자치사무에 있어서 이 사건 근거규정상 법령위반 여부는 감사를 실시해야 명확히 규명할 수 있다는 입장을 표명하여 왔다.”

27) 이에 대하여 반대의견에서는, 이 사건 합동감사 실시계획 통보서에 나타난 감사범위(지방세, 건설·도시계획, 환경, 보건복지, 식품의약, 재난관리, 지방자치제도운영), 그에 첨부된 정부합동감사관련 요구자료 목록과 그 내용의 기재(감사분야, 자료요구내용, 대상, 처리부서, 근거법령)에 의하면, 이 사건 합동감사의 감사범위가 특정되지 아니하였거나 실질적인 합목적성 감사에 해당한다고 단정할 수 없다고 한다.

28) 이에 대하여 반대의견에서는 앞서 본 논리에 따라, 피청구인은 이 사건 관련규정에 따라 청구인의 자치사무에 대하여 보고를 받고 서류·장부 등 자료를 제출받아 법령위반사항이 있는지 감사할 수 있는 적법한 권한이 있다고 할 것이므로, 이 사건 합동감사는 관계 법령에 근거한 적법한 감사라고 할 것이고, 이 사건 관련규정에 따라 감사를 받을 의무가 있는 청구인으로서 이 사건 합동감사로 인하여 지방자치권이나 지방재정권 등 지방자치권을 침해받았거나 침해받을 현저한 위험이 있다고 볼 수 없으므로, 청구인의 이 사건 권한쟁의심판청구는 이유 없어 기각하여야 할 것이라고 한다.

라고 결정하였다는 점에서 중앙행정기관의 국가감독권 행사의 일환인 지방자치단체의 자치사무에 대한 감사권 한계 제시라는 의의가 적지 않고, 더욱이 이 사건 관련규정에서 감사개시요건까지 추출하여 뉘으로써 관련 업무처리시 그 법률관계를 명확하게 하였다는 점에서 지방자치단체의 자치사무에 관한 감사의 기준과 관련하여 향후 그 여파가 상당할 것으로 보인다.

산업재해보상보험법 제38조 제6항 위헌소원 등

- 최고보상제도를 제도 실시 이전의 피재근로자에게도 적용하면서 부칙에서 2년 6개월간만 그 적용을 유예하는 경과규정을 둔 것이 신뢰보호의 원칙에 위배되는지 여부 - (헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20·22, 2009헌바30(병합), 판례집 21-1하, 446)

박진영*

【판시사항】

1. 2000. 7. 1.부터 시행되는 최고보상제도[산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘산재법’이라 한다.) 제38조 제6항]를 2000. 7. 1. 전에 장해사유가 발생하여 장해보상연금을 수령하고 있던 수급권자에게도 2년 6월의 유예기간 후 2003. 1. 1.부터 적용하는 산재법 부칙(법률 제6100호, 1999. 12. 31.) 제7조 중 “2002. 12. 31.까지는”부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위배하여 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 심판대상조항이 신뢰보호원칙에 위배하여 재산권을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 산업재해보상보험법 부칙 <법률 제6100호, 1999. 12. 31.> 제7조 중 ‘2002년 12월 31일까지는’ 부분(아래 밑줄친 부분, 이하 “심판대상 조항”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용 및 관련 조항은 다음과 같다.

* 헌법연구관

[심판대상 조항]

산업재해보상보험법 부칙 <법률 제6100호, 1999. 12. 31.>

제7조(최고보상기준금액에 관한 경과조치) 이 법 시행일 이전에 제4조 제1호의 규정에 의한 업무상 재해를 입은 자는 제38조 제6항의 개정규정에 불구하고 2002년 12월 31일까지는 종전의 규정에 의한다.

[관련조항]

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정되고, 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 개정되기 전의 것) 제38조 (보험급여의 종류와 산정기준 등) ⑥ 보험급여(장의비를 제외한다)의 산정에 있어서 당해 근로자의 평균임금 또는 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금이 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하거나 최저보상기준금액에 미달하는 경우에는 그 최고보상기준금액 또는 최저보상기준금액을 각각 당해근로자의 평균임금으로 한다. 다만, 최저보상기준금액을 적용함에 있어서 휴업급여 및 상병보상연금의 경우에는 그러하지 아니하다.

산업재해보상보험법 부칙(법률 제6100호, 1999. 12. 31.)

제1조(시행일) 이 법은 2000년 7월 1일부터 시행한다.

산업재해보상보험법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16871호로 개정된 것)

제26조의2(최고·최저보상기준금액) ① 법 제38조 제6항 본문의 규정에 의한 최고보상기준금액은 과거 3년간의 전체 근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자 분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 하고, 최저보상기준금액은 최저임금법에 의한 최저임금의 전년대비 조정률 등을 기준으로 하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 한다.

② 최고보상기준금액과 최저보상기준금액을 산정함에 있어서 원단위 미만은 이를 버린다.

③ 최고보상기준금액과 최저보상기준금액의 적용기간은 당해 연도 9월 1일부터 다음 연도 8월 31일까지로 한다.

노동부고시(2002. 8. 29. 제2002-20호)

산업재해보상보험법 제38조 제6항 및 동법시행령 제26조의2의 규정에 의

하여 산재보험급여 산정시 적용할 최고·최저보상기준금액을 다음과 같이 고시합니다.

1. 최고보상기준금액 : 133,070원(1일), 최저보상기준금액 : 33,570원(1일)
2. 적용시기 : 2002년 9월 1일 ~ 2003년 8월 31일

【사건의 개요】

1. 헌법소원심판청구의 경위

가. 청구인들은 2000. 7. 1. 전에 산업재해를 입고 근로복지공단(이하 ‘공단’이라 한다)으로부터 장해등급 제1급 내지 제7급의 판정을 받은 근로자로서 구 산업재해보상보험법 관계규정에 따라 자신의 평균임금의 90% 내지 30%에 해당하는 장해급여를 연금형태로 지급받아 왔다.

나. 청구인들은 1999. 12. 31. 법률 제6100호로 산업재해보상보험법이 개정되어 2000. 7. 1.부터 이른바 ‘최고보상제도’가 시행됨에 따라, 제도 시행 후 2년 6개월이 경과한 2003. 1. 1.부터 공단으로부터 노동부장관이 고시한 1일 최고보상기준금액을 평균임금으로 하고 자신의 장해등급에 따른 법 소정의 지급비율을 적용하여 산정한 장해보상연금만을 지급받고, 종전 지급액 중 이를 초과하는 부분을 감액당하였다.

다. 이에 청구인들은 공단을 상대로 서울행정법원에 장해연금감액처분 취소의 소 등을 제기하고, 그 소송 계속 중 법 부칙(법률 제6100호 1999. 12. 31., 이하 ‘법 부칙’이라 한다) 제7조에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 위 법원이 본안청구를 기각함과 아울러 위 신청도 기각하자, 법 부칙 제7조가 신뢰보호의 원칙을 위배하여 청구인들의 재산권 등을 침해한다며, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인들은 공단의 1회적인 보험급여 지급 결정으로 당시 청구인들의 평균임금을 기준으로 산정한 장해보상연금을 사망할 때까지 받을 수 있는 권리, 즉 재산권을 취득한바, 심판대상 조항은 법 제38조 제6항의 시행일 이

전의 피해 근로자들에게까지 법 제38조 제6항을 적용함으로써 청구인들의 재산권을 소급적으로 박탈하고 있다.

(2) 산재보상보험의 수급권자는 장해급여를 일시금으로 수령할 것인지 연금으로 수령할 것인지에 대한 선택권을 가지는데, 청구인들은 장해보상연금 수령을 결정하면서 연금지급 당시의 법률에 따라 금액이 결정된 연금을 사망 시까지 계속 지급받으리라는 신뢰를 형성하였는데, 그 후에 개정된 법 제38조 제6항을 동 조항의 시행 이전에 이미 장해사유가 발생한 근로자들에게까지 적용하는 것은 신뢰보호원칙에 위배된다.

(3) 법 제38조 제6항이 시행된 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입고 장해급여를 받게 된 근로자들 중 장해보상일시금을 수령한 자들에 대하여는 전혀 감액하지 않으면서, 장해보상연금 수급자들에 대하여는 2003. 1. 1.부터 연금을 대폭 삭감하는 것은 합리적인 이유 없이 양자를 차별하는 것이다. 또한 휴업급여나 상병보상연금의 경우에는 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자는 종전의 규정에 의한다(법 부칙 제9조 제1항)고 하면서도, 장해보상연금의 경우에는 2년 6월의 유예기간만을 두고 있어 평등원칙에 위배된다.

(4) 피해근로자들 사이의 평균임금에 따른 보험급여액의 격차를 줄여 급여수준의 형평성을 제고한다는 최고보상제도의 입법목적은 그 정당성을 인정하기 어렵고, 법 제38조 제6항과 같이 최고보상제를 도입하는 것이 위 입법목적 달성에 불가피한 수단이었는지에 의문이 있으며, 법 제38조 제6항은 공단의 재정확보나 단순한 행정편의를 추구하려는 것에 불과할 뿐만 아니라, 청구인들 중에는 의족이나 의수 등 보조기구를 정기적으로 구입하여야 하고 장해보상연금을 받는 것 외에는 달리 생계수단이 없는 중증장애인들도 있어 공익과 사익 사이의 균형도 상실하고 있으므로, 법 제38조 제6항은 과잉금지 원칙에 위반된다.¹⁾

(5) 최고보상제도를 규정한 법 제38조 제6항은 단순히 “대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액”이라고만 규정하여, 위 조항만으로는 최고보상기준금액과 그 산정 기준, 방법 및 절차 등의 대강

1) 당초 위헌법률심판제청신청서에는 이러한 주장은 언급된바 없고, 따라서 법원의 기각결정문에는 이에 대한 판단이 없으며, 2005헌바22 헌법소원심판 청구 시 비로소 추가되었다.

을 예측할 수 없어 포괄위임입법금지원칙에 반하므로, 위 조항의 소급적용을 규정하고 있는 심판대상 조항 역시 위헌을 면치 못한다²⁾

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정 요지

청구인들이 법 제38조 제6항의 시행일 이전에 업무상 재해를 입었다고 하더라도 그 재해에 따른 장해급여를 연금의 형태로 선택한 경우 연금을 현실적으로 받을 시점에 시행되는 법에 따라 그 연금액이 정해지는 것이므로, 이를 두고 소급하여 청구인들의 재산권을 침해한 것으로는 볼 수 없다.

청구인들이 장차 개정 전의 법령에 따라 당초의 평균임금을 기준으로 산정한 장해연금을 계속하여 지급받으리라는 신뢰하였다 하더라도, 법상의 보험급여가 사회보장적 성격을 가진 권리로서 구체적 입법으로 정해진다는 점을 고려할 때, 그 신뢰는 헌법에 정한 재산권 보장에 따라 보호될 수 있는 신뢰라고 할 수 없고, 따라서 신뢰보호원칙에 어긋나는 것으로 볼 수 없다.

다. 근로복지공단의 의견 요지

(1) 청구인들의 장해보상연금의 산정기준인 평균임금은 법 및 시행령에 의하여 계속 증가되어 온바, 평균임금의 산정은 장해연금이 발생될 때마다 그 때 그 때 법령에 의하여 증가되거나 감소될 수 있다. 즉, 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 사회보장법제에서는 입법자가 입법으로 평균임금을 증가시킬 수 있을 뿐만 아니라 최고보상제도와 같이 평균임금을 감소시킬 수도 있다.

(2) 법상 최고보상제도는 2000. 7. 1.부터 시행되었는데, 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자에 대하여는 법 부칙 제7조의 경과규정을 두어 2002. 12. 31.까지는 종전의 규정에 의하도록 하여 2년 6월의 유예기간을 두었으므로 신뢰를 충분히 보호한 것이다.

(3) 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 사람들에게 최고보상제도를 시행하지 않는다면, 평균임금의 증감제도에 의하여 청구인들의 평균임금만 계

2) 한편 2005헌바22 사건의 청구인 유규성 외 11의 대리인은 2007. 1. 19. 제출한 「청구이유보충서」에서 비로소 주장하였다.

속 증가되어 2000. 7. 1. 이전의 피재근로자와 그 후의 피재근로자 간의 차이가 더욱 커지므로, 최고보상제도 시행 이전의 피재근로자들에게도 최고보상제도를 적용하는 것은 불가피하다.

라. 노동부장관의 의견요지

위 공단의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

1. 심판대상조항은 청구인들과 같은 기존의 장해보상연금 수급권자에 대하여 이미 발생하여 이행기가 도래한 장해연금 수급권의 내용을 변경하는 것이 아니라 산재법 제38조 제6항 시행 이후의 법률관계, 즉 장래 이행기가 도래하는 장해연금 수급권의 내용을 변경하는 것에 불과하므로, 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정 소급입법에는 해당하지 아니한다.

2. 가. 신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가 원리로부터 파생되는 것으로, 법률이 개정되는 경우 기존의 법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 상당한 반면, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 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衡量하여야 한다.

나. 심판대상조항은 실제 평균임금이 노동부장관이 고시하는 한도금액 이상일 경우 그 한도금액을 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.

다. 심판대상조항이 달성하려는 공익은 한정된 재원으로 보다 많은 재해

근로자와 그 유족들에게 적정한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하여 소득재분배의 기능을 수행하는 데 있는 것으로 보인다.

라. 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.

재판관 이동흡의 별개의견

심판대상 조항의 위헌성은 최고보상제를 제도 시행 이전의 피재 근로자들에게도 적용되도록 한 점 자체에 있는 것이 아니라, 최고보상제를 기존 피재 근로자들에게 적용함에 있어 구 제도에 대한 기존 피재 근로자들의 신뢰를 보호하기 위하여 마련된 경과규정이 기존 피재 근로자들의 신뢰를 보호하기에 지나치게 미흡하다는 점에 그 중점이 있다.

따라서, 결정주문에 있어서도 심판대상조항에 대하여 단순위헌을 선언할 것이 아니라 최고보상제를 기존 피재 근로자들에게 적용함에 있어 그들의 신뢰를 보호하기 위하여 마련된 경과규정인 법 부칙 제7조 전체에 대하여 헌법불합치를 선언하고 입법개선을 촉구하는 것이 옳다.

재판관 김희옥의 반대이견

심판대상 조항에 의하여 달성하려는 공익은 최고보상제의 적용으로 절감되는 보험급여액으로 보험급여의 지급수준을 상향조정하는 재원으로 사용하기 위한 것으로서, 그 공익적 가치는 매우 크다. 그에 반해 연금수급자들의 장해보상연금제도에 대한 신뢰는 반드시 ‘업무상 재해로 인정받은 후에 현재제도 그대로의 연금액을 받는다’는 데에 대한 것으로 볼 수 없고, 장해보상연금 수급자는 단순히 기존의 기준에 의하여 연금이 지속적으로 지급될 것이라는 기대 아래 소극적으로 연금을 지급받는 것일 뿐이며, 심판대상 조항은 기존의 장해보상연금 수급자에게 2년 6개월의 유예기간을 두는 배려를 하고 있다.

따라서 보호해야 할 장해보상연금 수급자의 신뢰가치는 그리 크지 않은 반면, 심판대상 조항의 공익적 가치는 긴급하고 중요한 것이므로, 심판대상 조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙을 위반하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

【해설】

1. 적법요건에 대한 판단

법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 하는바(헌재법 제41조), 당해 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우 재판의 전제성이 인정될 수 있으나, 당해사건을 담당하는 법원이 당해 법률의 위헌여부와 관계없이 각하를 하여야 할 사건이라면 재판의 전제성이 인정될 수 없다. 헌재 2007. 12. 27. 선고 2006헌바34, 판례집 19-2, 787, 791-792; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌가24, 판례집15-2, 1, 7 각 참조.

재판의 전제성과 관련하여 2005헌바20사건 및 2005헌바22사건의 당해사건 소송의 적법여부가 문제된바, 위 각 사건 당해사건 소송에 있어서 청구인들은 당해사건 법원에 장해연금감액처분의 취소를 구하였다. 그런데 위 사건의 경우 법령의 개정 및 시행으로 장해보상연금 지급대상자들에 대하여

2003. 1. 1.부터 기존의 장해보상연금 중 최고보상금액을 초과하는 부분이 감액된 것이므로, 여기에 공단의 급여에 관한 어떠한 결정이 개입될 여지가 없고, 어떤 결정이 있다 하더라도 이는 처분이 아니며, 따라서 공단의 감액 여부와 관계없이 곧바로 최고보상금액을 한도로 하는 장해보상연금이 확정되는 것이다. 따라서 법령의 개정에 따른 공단의 장해보상연금액 감액조치에 대하여 이의가 있는 장해보상연금 수급권자는 항고소송을 제기하는 방법으로 감액조치의 효력을 다툴 것이 아니라, 직접 공단을 상대로 정당한 장해보상연금액과 결정·통지(지급)된 장해보상연금액과의 차액의 지급을 구하는 공법상 당사자소송을 제기하는 방법으로 이를 다투어야 할 것이다.

결국 공단이 기존의 장해보상연금액에서 최고보상기준금액을 기준으로 계산한 최고보상금액을 제외한 차액에 대하여 지급거부의 의사표시를 하였다고 하더라도, 그 의사표시는 장해보상연금청구권을 형성·확정하는 행정처분이 아니라 공법상의 법률관계의 한쪽 당사자로서 그 지급의무의 존부 및 범위에 관하여 나름대로의 사실상·법률상 의견을 밝힌 것에 불과하다고 할 것이므로, 공단이 표시한 위 차액에 대한 장해보상연금 지급거부의 의사표시는 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 처분이라고 보기 어렵다.³⁾

그러나, 이 경우 법원으로서 그 의사표시가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지와, 처분에 해당되지 않는다고 판단될 경우 당해사건 청구가 정당한 장해보상연금과의 차액의 직접 지급을 구하는 취지도 포함된 것인지를 석명하여, 청구인 등으로 하여금 그 취지에 적합한 소변경 등의 절차를 취할 기회를 준 다음 청구의 중국판단에 나아가야 할 것이고⁴⁾, 위 각 당해사건의 항소심에서 청구인들은 당사자소송으로 청구취지를 변경할 수 있을 것으로 보이며, 그렇게 되는 경우 이 사건 심판대상조항의 위헌여부에 따라 법 제38조 제6항의 적용여부가 좌우되어 당해사건 청구의 인용여부가 달라지므로, 심판대상 조항은 당해사건의 재판의 전제가 된다.

따라서, 위 각 사건에 대하여도 일응 심판청구를 적법하다고 보고 본안판단에 나아갔는데, 이는 바람직하다고 생각된다.

3) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2002두3522판결 참조

4) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004두244 판결 참조

2. 산업재해보상보험법상의 장애급여제도

가. 산업재해보상보험제도의 의의

산업재해보상보험(이하 ‘산재보험’이라 한다)은 공업화가 진전되면서 급격히 증가하는 산업재해(이하 ‘산재’라 한다)를 입은 근로자를 보호하기 위하여 1964년에 도입된 우리나라 최초의 사회보험제도이다.⁵⁾ 산재보험제도는 근로자에게는 업무상의 재해를 신속·공정하게 보상하여 당해 근로자와 그 가족의 생활을 보장하고, 사업자에게는 산재로 인한 불시의 부담을 분산·경감시켜 주려는 제도이다. 법은 산재보험 사업을 시행하여 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하고, 재해근로자의 재활 및 사회복귀를 촉진하기 위하여 이에 필요한 보험시설을 설치·운영하며, 재해예방과 그 밖에 근로자의 복지증진을 위한 사업을 시행하여 근로자 보호에 이바지하는 것을 목적으로 한다(법 제1조).

산재로부터 근로자를 보호하기 위하여는 산재 자체를 예방하는 것이 가장 바람직하나, 이미 발생한 산재로 인하여 근로자가 부상 또는 사망한 경우는 그 피해근로자나 가족을 보호 내지 보상해 주기 위한 산재보험이 중요한 의미를 지닌다. 산재보험은 피해근로자와 그 가족의 생활을 보장하기 위하여 국가가 책임을 지는 의무보험으로, 원래 사용자의 근로기준법상 재해보상책임을 보장하기 위하여 국가가 사업주로부터 소정의 보험료를 징수하여 그 기금(재원)으로 사업주를 대신하여 피해근로자에게 보상을 해주는 제도이다.⁶⁾ 제도가 처음 시행된 1964년에는 상시 500인 이상 고용하는 대규모의 광업 및 제조업 부문에만 적용하고 근로기준법에 규정한 재해보상을 행하였으나, 그 후 산재보험 적용범위가 점차 확대되어 2000. 7. 1.부터는 근로자 1

5) 노동부, 근로복지공단, [2008년도 산재·고용보험실무편람], 1면

6) 노동부, 근로복지공단, 위의 실무편람, 1면, 산재보험제도의 특징으로는 다음과 같은 점을 들 수 있다. ①근로자의 업무상 재해에 대하여 사용자에게는 고의·과실의 유무를 불문하는 무과실 책임주의이다. ②보험사업에 소요되는 재원인 보험료는 원칙적으로 사업주가 전액 부담한다. ③산재보험급여는 재해발생에 따른 손해전체를 보상하는 것이 아니라 평균임금을 기초로 하는 정률보상방식으로 행한다. ④자진신고 및 자진납부를 원칙으로 하고 있다. ⑤재해보상과 관련되는 이의신청을 신속히 하기 위하여 심사 및 재심사청구제도를 운영한다. ⑥타 사회보험과는 달리 산재보험은 사업장 중심의 관리가 이루어진다.

인 이상을 고용하는 사업장의 근로자에게까지 적용되게 되었고, 2005. 1. 1. 부터는 고용보험 및 산재보험의 보험료를 통합징수하기 위한 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률이 제정되어 시행되고 있다.

나. 산재보험수급권의 법적 성격

이와 같은 산재보험제도도 주로 보험가입자(사업주)가 납부하는 보험료⁷⁾와 국고부담⁸⁾을 재원으로 하여 근로자에게 발생하는 업무상 재해라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도이므로(사회보장기본법 제3조 제2호), 이 제도에 따른 산재보험수급권은 이른바 ‘사회보장수급권’의 하나에 속한다.

그런데 이러한 산재보험수급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 산재보험수급권의 구체적 내용인 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마 333, 판례집 11-1, 503, 513).

법은 제4장에서 업무상의 재해에 대한 보험급여의 내용으로 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비를 규정하고, 각

7) 법 제57조(보험료의 징수) 공단은 보험사업에 소요되는 비용에 충당하기 위하여 보험가입자로부터 보험료를 수수한다.

제62조(보험료의 산정) ①보험료는 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험료율을 곱한 금액으로 한다.

8) 법은 아래와 같이 규정하고 있으나, 실제 국가가 부담하는 비용은 극히 미미하다. 각주 17 참조

법 제64조(기금의 설치 및 조성) ①노동부장관은 보험사업, 산업재해 예방 사업에 필요한 재원을 확보하고, 보험급여에 충당하기 위하여 산업재해보상보험 및 예방기금(이하 "기금"이라 한다)을 설치한다.

②기금은 보험료, 기금운용 수익금, 적립금, 기금의 결산상 잉여금, 정부 또는 정부 아닌 자의 출연금 및 기부금, 차입금, 그 밖의 수입금을 재원으로 하여 조성한다.

③정부는 산업재해 예방사업을 수행하기 위하여 회계연도마다 기금지출예산 총액의 100분의 3의 범위에서 제2항에 따른 정부의 출연금으로 세출예산에 계상하여야 한다.

법 제3조(국고의 부담 및 지원) ①국가는 매회계년도 예산의 범위 안에서 보험사업의 사무집행에 소요되는 비용을 일반회계에서 부담하여야 한다.

②국가는 매회계년도 예산의 범위안에서 보험사업에 소요되는 비용의 일부를 지원할 수 있다.

지급사유, 수급권자, 산정기준, 지급시기 등을 정하고 있다. 따라서 산재보험 수급권은 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리라고 할 것이다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52, 판례집 16-2하, 297, 306-307).

헌법재판소는 “연금수급권은 사회적 기본권의 하나인 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있으므로 순수한 재산권이 아니며, 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있다.”라고 판시하여 사회보험법상의 수급권을 사회적 기본권과 재산권적 요소가 혼합되어 있는 이중적 성격의 권리라고 보고 있다. 이러한 점이 사회보험분야에서의 사회보장수급권의 보장내용과 그 범위를 한정하는 입법지침으로 작용하며, 사회보험법 영역에서 인정되고 있는 폭넓은 입법형성의 자유의 근거 및 이를 제한하는 한계법리로 작용한다.

따라서 사회보험연금의 획득을 위한 전제로서 사회보험연금수급권에 대하여는 사회적 기본권으로서의 성격뿐만 아니라 재산권으로서의 성격을 인정할 것인가의 문제와, 이를 인정할 경우 어느 정도의 재산권성이 부여되어 있고 보호 범위는 어떻게 산정할 수 있을 것인가의 문제가 제기된다.

다. 산재보험수급권의 재산권성

이와 같이 보상금수급권은 법률에 의하여 비로소 인정되는 권리이지만, 법정요건을 갖춘 후 발생하는 보상금수급권은 구체적인 법적 권리로 보장되고, 그 성질상 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리라 할 것이다(헌재 2006. 11. 30. 2005헌바25, 판례집 18-2, 471, 476).

한편 공법상의 재산적 가치 있는 지위가 헌법상 재산권의 보호를 받기 위하여는, 우선 입법자에 의하여 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 법적 권리로 형성되어 개인의 주관적 공권의 형태를 갖추어야 한다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 949).

공법상의 권리인 사회보험수급권이 재산권적인 성질을 가지기 위해서는, ①공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위해 이용 가능해야 하고(사적 유용성), ②국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주

체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), ③ 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다(생존보장에 기여).⁹⁾

이러한 기준에 비추어 볼 때, 청구인들은 법 소정의 요건을 갖추어 장해보상연금을 이미 수령하던 자들이므로 청구인들의 장해보상연금청구권은 헌법상 보장되는 재산권의 범주에 속한다고 볼 것이다.

최고보상제도에 관하여 합헌결정을 한 선례에서도 ‘당해사건의 재해근로자는 최고보상제도가 시행된 이후에 업무상 재해를 입었으므로 그가 가지는 산재보험수급권은 최고보상기준금액을 한계로 확정된다. 따라서 재해근로자로서는 법 제38조 제6항에 의하여 비로소 최고보상기준금액을 한계로 한 산재보험수급권을 획득하게 되므로 재산권 침해를 주장할 지위에 있지 않으며...’라고 하고 있는바¹⁰⁾, 위 설시이유에 따른다면 반대해석으로서 최고보상제도가 시행되기 전에 업무상 재해를 입은 청구인들의 경우는 피해 당시에 시행되던 법에 의한 산재보험수급권을 취득하게 되므로, 최고보상제도의 시행이후 최고보상기준금액을 한계로 산재보험수급권을 제한할 경우 재산권 침해를 주장할 수 있다고 볼 수 있다.

라. 장해급여제도의 운영내용

(1) 장해급여(법 제42조)는 근로자가 업무상의 사유에 의하여 부상을 당하거나 질병에 걸려 치유 후 신체 등에 장애가 있는 경우에 그 장애의 정도에 따라 지급되는 보험급여로서, 장기적인 노동능력의 감소 또는 상실에 대한 소득보장급여로서의 성격을 가지고 있다. 즉, 장래에 발생하는 소득에 대한 노동능력상실률에 따른 보험급여로서, 손해배상에 있어서의 일실수입에 대응하는 개념이다.¹¹⁾

(2) 장해급여는 장기적인 임금대체급여로서의 기능을 수행하는바, 장해급여의 종류로는 장해보상연금과 장해보상일시금이 있다. 장해급여는 장애등

9) 민경식, ‘사회보험연금의 보장과 소급입법’([중앙법학] ’2005. 2.), 320면

10) 헌재 2004. 11. 25. 선고 2002헌바52, 판례집16-2, 297, 307-308면

11) 근로복지공단, [보상업무처리규정] 제49조 제2항 제9호 참조

급에 따라 차등지급하는데, 장애등급은 신체기능의 감소정도에 따라 14등급으로 나누어져 있다. 노동능력상실률이 100%인 장애등급 제1급 내지 제3급에 해당하는 장애급여 수급권자에게는 연금의 형태로 장애급여를 지급하는 것이 곤란한 예외적인 경우를 제외하고는 장애보상연금이 지급된다(법 제42조 제3항 단서, 법시행령 제31조 제5항, 법시행령 [별표9] 참조). 노동능력상실률이 50% 이상인 장애등급 제4급에서 제7급에 해당하는 장애급여 수급권자는 연금과 일시금 중 급여의 형태를 선택할 수 있다(법 제42조 제3항 본문). 연금의 경우 급여내용은 장애정도에 따라 평균임금의 329일분부터 138일분 상당액(연간)이다. 연금의 경우 최초 1회 청구로 2회분부터는 자동지급된다. 그러나 장애등급 제8급에서 제14급까지에 해당하는 장애급여 수급권자에게는 일시금 형태로만 급여가 지급된다(법 제42조 제2항, 법시행령 [별표2] 참조).

마. 법상 최고보상제도

(1) 최고보상제도의 목적

법 제38조 제6항이 규정하는 최고보상제도는 재해근로자 사이에 평균임금의 격차가 현저하여 산재보험급여액 또한 상대적으로 많은 격차를 보임에 따라, 보험급여의 최고보상한도를 설정함으로써 급여수준의 형평성을 제고하고 제한적이거나 소득재분배기능을 높이기 위하여 도입되었다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52, 판례집 16-2하, 297, 307).

최고보상제도의 적용으로 절감되는 보험급여액은 다수의 근로자에게 혜택이 돌아가는 간병급여 신설(법 제38조 제1항 제3의2호), 유족급여의 확대(법 제43조 내지 제43조의4), 후유증상 진료제도의 도입(법 제45조의2) 등으로 보험급여의 폭을 확대하고, 휴업급여 등의 최저기준 인상(최저임금의 70%이던 것을 최저임금의 100%로 인상, 법 제41조 제3항 참조)으로 보험급여의 지급수준을 상향조정하는 재원으로 사용된다.

(2) 최고보상제도에 대한 합헌결정

헌법재판소는 2002헌바52 산업재해보상보험법 제38조 제6항 등 위헌소원

사건에서, 산재보험에 있어서 최고보상제도를 규정한 법 제38조 제6항은 최고보상제도 시행 이후에 산재를 입은 청구인들의 재산권을 침해하지 않으며, 평등원칙이나 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니하여 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52, 판례집 16-2하, 297-313면 참조).

그 이유의 요지는 『산재보험제도는 보험가입자(사업주)가 납부하는 보험료와 국고부담을 재원으로 하여 근로자에게 발생하는 업무상 재해라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도이므로 이 제도에 따른 산재보험수급권은 사회보장수급권의 하나에 속한다. 한편 산업재해보상보험법상의 보험급여가 보험사고로 초래되는 가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성을 가진다(산재보험은 보험급여의 지급에 대응하여 사용자의 보상책임을 면제한다)는 점에서 산재보험수급권은, 적어도 이 사건에서와 같이 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인에게 있어서는 재산권의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 당해사건의 재해근로자는 최고보상제도가 시행된 이후에 업무상 재해를 입었으므로 그가 가지는 산재보험수급권은 최고보상기준금액을 한계로 확정된다. 따라서 재해근로자로서는 법 제38조 제6항에 의하여 비로소 최고보상기준금액을 한계로 한 산재보험수급권을 획득하게 되므로 재산권 침해를 주장할 지위에 있지 않으며, 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인 역시 재산권의 침해를 주장할 지위에 있지 않다고 보아야 할 것이므로 법 제38조 제6항은 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.

고임금 근로자를 고용한 경우 사업주가 보다 높은 보험료를 납부한다고 하더라도 이는 한정된 재원으로 보다 많은 재해근로자와 그 유족들에게 적정한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하며 소득재분배의 기능을 수행하기 위한 것으로서 최고보상제도를 도입한 입법자의 결정에는 나름대로 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로 법 제38조 제6항은 평등원칙에 위반되지 않는다.』는 것이었다.

3. 심판대상 조항의 위헌여부

가. 쟁점의 정리

청구인들은 이 사건에서, 최고보상제가 시행된 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 근로자에 대하여도 2003. 1. 1.부터는 최고보상제를 적용하도록 규정한 심판대상 조항이 소급입법금지원칙이나 신뢰보호원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부를 주로 다루고, 2000. 7. 1. 이전에 장해 보상일시금을 받은 자들 또는 휴업급여·상병보상연금 수령자들과 비교하여 심판대상 조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지를 문제삼고 있으며, 일부 청구인들은 나아가 최고보상제도를 규정한 법 제38조 제6항이 과잉금지의 원칙이나 포괄위임금지원칙을 위배한 재산권의 침해에 해당한다는 주장도 덧붙이고 있다.

그러나, 청구인들이 주로 문제 삼고 있는 것은 2000. 7. 1. 시행된 법 제38조 제6항을 그 시행이전의 피재 근로자에게도 2003. 1. 1. 이후 전면적으로 적용하는 것, 즉 심판대상 조항의 위헌성이고, 법 제38조 제6항이 규정한 최고보상제도 자체의 위헌성은 청구인들이 당초 위헌법률심판 제청신청 당시에는 주장하지 아니하였고, 따라서 당해사건 법원의 위헌법률심판 제청신청에 대한 기각결정에도 판단이 없었던 것이므로, 이 부분은 판단의 대상으로 삼지 아니하였다.

한편, 기본권 경합의 경우에는 기본권 침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것인바(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 336-337), 이 사건의 핵심적인 쟁점은 법 제38조 제6항이 새로이 규정한 최고보상제를 위 제도 시행 이전에 업무상 재해를 입은 자에게도 2003. 1. 1.부터 적용하도록 규정한 심판대상 조항이 소급입법금지원칙(진정소급입법으로 볼 경우)이나 신뢰보호의 원칙(부진정소급입법으로 볼 경우)에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부라고 보았다.

그리하여 심판대상 조항이 소급입법금지의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해하는지를 살펴보고, 심판대상 조항이 신

피보호원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해한다고 판단하였으므로 평등권을 침해주장에 대한 판단에는 나아가지 아니하였다.

나. 소급입법에 의한 재산권의 침해 여부

헌법 제13조 제2항은 ‘모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.’라고 규정하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다.

청구인들이 심판대상 조항으로 인하여 각 감액된 장해보상연금만을 지급받게 됨으로써 재산권의 제한을 받게 되었으므로, 심판대상 조항이 소급입법에 의하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것인지가 문제된다.

소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계나 법률관계에 적용되는지, 아니면 현재 진행 중인 사실관계나 법률관계에 적용되는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되는데, 전자는 헌법상 원칙적으로 허용되지 않고 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용되는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 입법형성권에 일정한 제한을 가하게 된다는 데 차이가 있다(헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43 참조).

심판대상 조항에 의하면, 기존에 장해급여를 연금형태로 지급하여오던 자에 대하여는 최고보상제도가 시행되는 2000. 7. 1.부터 2년 6월의 유예기간이 경과한 다음 날인 2003. 1. 1. 이후 지급받는 장해급여부터 최고보상제도가 적용된다. 즉, 심판대상 조항은 청구인들과 같은 기존의 장해보상연금 수급권자들에 대하여 이미 발생하여 이행기가 도래한 장해연금 수급권의 내용을 변경하지는 아니하고, 심판대상 조항 시행 이후의 법률관계, 즉 장래 이행기가 도래하는 장해연금 수급권의 내용을 변경하는 것에 불과하므로, 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정 소급입법에는 해당하지 아니한다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42, 판례집 17-1, 973, 983 참조).

따라서 이 사건에서는 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제될 여지가 없

고, 다만 청구인들이 지니고 있는 기존의 법상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 여부가 문제된다(헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 판례집 15-2상, 319, 363 참조).

다. 신뢰보호의 원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부

(1) 신뢰보호원칙의 의의 및 심사기준

신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가 원리로부터 파생되는 것으로, 법률이 개정되는 경우에는 기존 법질서와의 사이에 어느 정도의 이해관계의 상충은 불가피하다고 할 것인바, 이 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(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910 참조).

이러한 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해되는 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰 침해의 방법 등과 또 다른 한편으로는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로衡量하여야 한다(헌재 2001. 2. 22. 98헌바19, 판례집 13-1, 212, 219-220; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 885-886 참조).

따라서 신뢰보호 원칙의 위반 여부를 판단함에 있어서는, 첫째, 보호가치 있는 신뢰이익이 존재하는가, 둘째, 과거에 발생한 생활관계를 현재의 법으로 규율함으로써 달성되는 공익이 무엇인가, 셋째, 개인의 신뢰이익과 공익을 비교衡量하여 어떠한 법익이 우위를 차지하는가를 살펴보아야 한다.

(2) 신뢰이익의 존부와 내용에 대한 판단

(가) 신뢰의 근거와 내용

장해급여가 일시금 외에 연금으로도 지급되기 시작한 것은 1970. 12. 31. 법률 제2271호로 개정된 법이 장해등급 제1급 내지 제3급 장해자에 대한 연금지급을 규정하면서 부터였고, 현재와 같이 제1급 내지 제7급 장해를 입은 피재 근로자에게 장해보상연금을 지급하는 장해보상연금의 산정제도도 1981.

12. 17. 법률 제3467호로 개정된 산업재해보상보험법에서 채택되어 1999. 12. 31. 법으로 최고보상제도가 도입되기까지 20년 가까이 지속되어 왔다.¹²⁾

더욱이 산재보상보험제도는 국가에 의하여 강제적으로 시행·관리되고, 제1급 내지 제3급 장애를 입은 피재 근로자들의 경우 장애급여는 원칙적으로 연금의 형태로 지급되므로(법 제42조 제3항 단서, 법시행령 제31조 제5항, 법시행령 [별표9] 참조), 개인으로서는 제도의 이용 여부에 관한 선택의 여지도 없었던 것이다.

청구인들은 산재를 입은 후 장애급여를 연금형태로 지급받기 시작할 당시, 공단으로부터 자신이 종전에 지급받던 평균임금에 자신의 장애등급에 따른 법령 소정의 지급율을 적용하여 산출한 연금을 지급받는다는 사실을 통지받았다. 그리하여 청구인들은 그 당시 ‘산재사고에 따라서 받는 장애연금은 평균임금을 기준으로 하여 장애율에 따라 소정의 비율을 적용한 금액이고, 평균임금이란 실제임금을 기준으로 한다’고 믿고, 그 무렵부터 자신이 종전에 지급받던 평균임금에 자신의 장애등급에 따른 지급율을 적용하여 산정된 장애보상연금을 지급받아 왔으며, 향후 법 개정에 의하여 위와 같은 방식의 지급기준이 변경됨으로써 장애보상연금이 감액될 것이라고는 예상할 수 없었을 것으로 보인다(이 점에서 청구인들의 신뢰는 최고보상제도 실시 이후 피재 근로자들의 신뢰와 근본적으로 차이가 있다).

그런데, 법 개정으로 시행된 최고보상제도는 실제의 평균임금이 노동부장관이 고시하는 한도금액 이상일 경우 그 한도금액을 실제임금으로 의제하는 것이므로, 만약 최고보상제를 기존의 피재 근로자로서 장애보상연금을 수급하여온 청구인들에게도 그대로 적용한다면 이는 평균임금 및 장애보상연금

12) 장애급여가 일시금 외에 연금으로도 지급되기 시작한 것은 1970. 12. 31. 법률 제 2271호로 개정된 법이 장애등급 제1급 내지 제3급 장애자에 대한 연금지급을 규정 하면서부터였다.(그 부칙 제3항(적용례)은 ‘이 법 시행당시 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 이 법에 의한다. 3. 제9조의5(장애급여) 내지 제9조의7의 규정에 의한 보험급여의 지급사유가 이 법 시행 이후에 발생한 때’라고 규정하고 있다. 그리고, 제4급 내지 제7급 장애자에 대하여도 선택에 따라 연금을 지급하게 된 것은 1981. 12. 17. 법률 제3467호로 개정되면서부터이다. 위 1981년 개정법의 부칙 제3항(장애급여에 관한 경과조치)은 ‘이 법 시행전에 제4급 내지 제7급에 해당되는 장애등급으로 결정된 자에 대하여는 종전의 규정에 의하여 장애보상일시금을 지급한다.’라고 규정하여 위 개정법을 시행이후 장애등급결정을 받은 자에게만 적용되도록 하고 있다. }

지급기준에 대한 청구인들의 정당한 신뢰를 침해하는 것이라고 할 것이다.

물론, 예상하지 못한 급격한 경제사정의 변동이 있을 경우 평균임금 대비 장애 등급에 따른 연금 지급을 자체를 다소 하향 조정하는 것 등은 예측할 수 없다고 보기 어려우므로, 청구인들의 장애보상연금제도에 대한 신뢰의 내용을 ‘영원불변의 급여액을 받는다’는 것으로는 볼 수 없을 것이나, 그렇다 하더라도 청구인들의 신뢰를 액수와 무관하게 얼마가 삭감되든 단지 매월 일정한 연금을 지급받기만 하면 충족되는 것으로 볼 수는 없다.

따라서, 심판대상 조항은 기존의 장애보상연금 수급자들에게도 최고보상제를 적용 함으로써 청구인들의 산재보상연금 산정기준에 대한 정당한 법적 신뢰를 심각하고 예상치 못한 방법으로 해하는 것이라고 할 것이다.

(나) 사적 이익의 중대성

1) 청구인들은 근무 중 산재를 입으면 자신의 평균임금을 기준으로 한 일 정비율의 산재보험금을 받는다는 기대를 가지고 있었고, 실제로 최고보상제가 시행되어 심판대상 조항이 적용되기 전에는 공단으로부터 고액의 연봉에 따른 평균임금을 기준으로 장애등급에 따른 지급율을 적용하여 산출한 장애보상연금¹³⁾을 지급받아, 산재 이전에 유지하던 생활수준의 골격을 유지해 오고 있었다.

2) 청구인들은 심판대상 조항으로 말미암아 2003. 1. 1.부터 기존의 장애보상연금액 중 최고보상기준금액을 기준으로 산정한 최고보상금액을 초과한 부분을 일괄 삭감당하였다. 2005헌바20사건의 청구인 김만경의 경우 심판대상 조항이 적용되기 전에는 월 7,630,670원의 연금을 지급받고 있었으나, 심판대상 조항의 적용으로 말미암아 2003년 1월분 연금으로 2,140,200원을 지급받은바, 이는 원래 받던 금액의 28%정도로 연금 삭감률이 72%에 이른다. 2005헌바22사건 청구인들의 경우도 최소 2%(청구인 김학용)부터 최대 82%(청구인 서광수)로 평균 연금삭감률이 40%를 초과한다. 2009헌바30사건의

13) 노동능력 상실률 100%인 장애등급 제1급의 경우 종전 평균임금의 90%(연간 329일분), 제7급의 경우 평균임금의 30%(연간 138일분)가 장애보상연금액으로 책정되어 전체적으로 종전 평균임금의 90% 내지 30%를 지급받아 왔다. 법 시행령 [별표 6] 장애등급의 기준, [별표3] 장애급여표 각 참조

청구인들도 심판대상 조항으로 말미암아 최고보상제 적용 이전에 받던 장애연금액의 30% 내지 60% 가량을 삭감 당하였다.

3) 청구인들은 장애등급 제1급 내지 제7급에 해당하는 중증 장애인들로서 장애정도에 따라 지속적인 치료를 받아야 하고, 의족, 의수 등 보조기구를 주기적으로 구입하여야 하는 경우도 있으며, 높은 노동능력상실률로 말미암아 장애보상연금 외에 달리 생계수단이 없는 경우가 대부분이고, 의료보조기구 구입, 치료, 간병 등으로 산재를 입기 전보다 생활비에 소요되는 비용이 늘어나는 것이 일반적인 데 반하여 장애급여 수준은 종전 평균임금의 90% 내지 30%로서, 다른 소득활동을 하지 않는 이상 종전의 생활수준을 유지하는 것이 불가능한 가운데 장애보상연금의 수급으로 종전보다 위축된 상태로나마 그 생활수준의 골격을 유지하여 오고 있었다.

그런데 심판대상 조항은 청구인들에 대하여 잔존 노동능력을 이용하여 다른 소득활동을 하고 있는지 여부, 그로 인한 소득의 정도 등은 일체 불문하고 최고보상기준금액을 일률적으로 적용하고, 그 기준금액에다가 장애정도에 따른 지급율을 곱하여 산정한 최고보상액과 종전 장애보상연금과의 차액 상당을 일시에 일괄 삭감하였다.

4) 청구인들 대부분은 40대 전후의 피재 근로자들로서 중고생이나 대학생 자녀를 두는 등 경제적 지출이 많은 연령으로, 장애급여의 갑작스런 삭감으로 곤경에 처하였음을 호소하고 있기도 하다. 또한 청구인들 중 상당수는 피재 이후 그 당시의 법령에 의한 장애보상연금 수준이 대체로 유지될 것을 전제로, 이중보상금지원칙(현행 근로기준법 제87조, 2007. 1. 26. 개정 전의 근로기준법 제90조 각 참조)을 고려하여 사용자와 민사상 손해배상에 대해 적은 액수로 합의하거나 사용자에 대한 민사상 손해배상을 포기하였을 수 있다.

5) 청구인들이 장애보상일시금과 장애보상연금 중에서 장애보상연금을 선택한 것은 여생을 연금에 의존하여 살겠다는 결단을 한 것인바, 법이 당시에는 존재하지 않았던 최고보상제를 새로이 만들어 시행함에 있어 이를 제도 시행 이전의 피재 근로자들에게까지 적용하여 기존의 장애보상연금액을 최고보상기준금액에 의한 급여수준으로 일괄하여 감액하는 것은 장애보상연금

에 의존하여 생활하는 청구인들에게 미치는 손해가 다대하다.

(3) 심판대상 조항으로 달성하려는 공익의 내용

심판대상 조항이 최고보상제 시행 이전의 기존 장해보상연금 수급자들에게도 2003. 1. 1. 이후 최고보상제를 적용함으로써 달성하려는 공익은, 재해 근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하며 소득재분배 기능을 수행하는 것과 아울러, 최고보상제를 기존의 장해급여수급자에게도 적용함으로써 절감되는 보험급여액으로 다수의 근로자에게 혜택이 돌아가는 간병급여의 신설, 유족급여의 확대, 후유증상 진료제도를 도입하여 보험급여의 폭을 확대하고, 휴업급여 등의 최저기준을 인상하여 보험급여의 지급수준을 상향조정하는 등의 재원으로 삼고자 하는 데 있는 것으로 보인다.

(4) 신뢰이익과 공익간의 비교형량

1) 단순한 입법정책의 변경에 의한 법률개정과 같이 구법과 신법이 모두 일정한 합리성을 가지고 있는 경우와 구법질서의 불합리성에 대한 반성적 고려에 의하여 법률이 개정되는 경우는 그 각각에 대한 신뢰보호의 필요성이 달라진다. 따라서 이 사건에 있어서 신뢰보호원칙 위반 여부를 판단하기 위하여는 장해급여제도와 최고보상제도가 추구하는 목적, 도모하고자 하는 법적 이익 등을 비교형량하고 나아가 그 충돌 또는 조화의 가능성 등을 검토할 필요가 있다.

2) 장해급여제도는 본질적으로 소득재분배를 위한 제도가 아니고, 사업자가 근로자 및 사용자 자신을 위하여 근로자의 평균임금에 상응하게 일정 비율로 납입한 보험료를 바탕으로 불의의 산재사고에 대비하여 피해 근로자에게 산재 사고 이전의 생활수준의 골격을 보장해 주기 위하여 마련된 제도로서, 손해배상 내지 손실보상적 급부인 점에 그 본질이 있다.

장해급여는 손해배상에서의 일실수입에 대응하는 개념으로, 산재보상보험의 두 가지 성격 중 사회보장적 급부로서의 성격은 상대적으로 약하고 재산권적인 보호의 필요성은 보다 강하다고 볼 수 있어 다른 사회보험수급권에 비하여 보다 엄격한 보호가 필요하다. 이와 달리 최고보상제도는 소득의 재

분배를 주요 목적 내지 기능으로 하는 제도인바, 손해배상 내지 손실보상적 급부인 장해급여제도를 운영함에 있어서 최고보상제도의 시행이 필수적인 요소라고 볼 수는 없다.

따라서 장해보상연금수급권이 사회보장수급권의 성격을 가지고 있어 그 형성에 입법자의 재량이 인정된다 하더라도 일반적으로 광범위한 입법재량이 허용되는 공적 부조의 경우에 비하여 입법형성권의 범위는 상당히 축소되는 것으로 보아야 하고, 산업재해보상보험에 사회보험적 성격이 있다는 이유만으로 법이 최고보상제를 신설하여 기존 장해보상연금 수급자의 정당한 신뢰를 침해하는 것은 정당화되기 어렵다.

장해급여제도에 사회보장 수급권으로서의 성격도 있는 이상 소득재분배의 도모나 새로운 산재보상사업의 확대를 위한 재원 마련의 목적으로 최고보상제를 도입하는 것 자체는 입법자의 결단으로서 그 형성적 재량권의 범위 내에 있다고 볼 여지도 있을 것이다. 그러나, 그러한 경우에도 원칙적으로 최고보상제 시행 이후 피해 근로자들부터 적용하는 것은 별론으로 하고, 제도의 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.

3) 심판대상 조항의 주요한 입법목적이라 할 수 있는 소득재분배는 국가의 정책적 문제로서 근본적으로 조세정책 또는 다른 사회보장제도의 확충을 통해 해결할 문제이지, 피해 근로자들에게 업무상 재해로 상실된 수입을 일정 수준까지 보장하여 줌으로써 산재 이전의 생활수준의 골격을 유지해 주는 것을 주목적으로 하는 장해급여제도(산재보험)의 변경을 통하여 해결할 문제는 아니다.

또한 장해보상연금액의 조정으로 소득재분배를 이루고자 하는 경우에도, 최고보상제를 신설한 법 시행 이후에 발생한 산재사고의 피해 근로자들부터 적용하거나, 공단이 현재까지 보험료 징수를 통하여 이미 확보한 자체자금을 활용하여 산재보험의 혜택을 확대하거나, 누진 보험료율을 채택하여 평균임금이 높은 근로자를 고용하는 사업주로부터 보다 높은 비율의 보험료를 징수하여 저소득 근로자에게 혜택을 확대하는 방안 등을 우선적으로 고려하였

어야 할 것이다.

4) 나아가, 신설된 최고보상제도를 기존의 피재 근로자로서 장해보상연금 수급자들에게까지 적용함으로써 얻는 실제적 효과를 보건대, 헌법재판소의 사실조회에 대한 공단의 2008. 6. 30.자 회보결과에 의하면, 2003. 1. 1. 기준으로 최고보상기준금액의 적용을 받는 장해보상연금 수급자의 수는 이 사건 청구인들을 포함하여 총 843명, 최고보상제도 적용 직전인 2002. 12. 현재 위 843명에 대한 월 지급 총액은 2,721,317,550원, 최고보상제도 적용 직후인 2003. 1. 기준 위 843명에 대한 월 지급 총액은 2,075,276,390원으로 그 차액이 월 646,041,160원이다. 이를 2007년 기준 장해보상연금 총 지급액 667,380,000,000원¹⁴⁾에 비교하여 보면, 위 최고보상제도를 기존 수급자들에게도 적용함으로써 월간 절감되는 비용은 위 총 지급액의 0.097%, 연간 절감되는 비용은 1.16%에 불과하다¹⁵⁾

또한 공단의 보험수지를 보면, 2006년 기준 수지율(급여지급액/보험료 등 수납액)은 86.03%, 2007년 기준 수지율은 74.24%¹⁶⁾로서, 공단의 보험수지가 흑자인데다 그 흑자율 또한 증가하고 있다. 더욱이 산재보상보험의 경우 법이 설계한대로 보험제도를 운영한다면 운영구조상 적자가 될 가능성은 없다고 할 것이다.¹⁷⁾

이러한 점들에 비추어 보면, 새로운 산재보상사업의 확대실시를 위하여

14) 근로복지공단 노동보험연구원, '산재보험·고용징수 실적분석(2007년도)', 34면

15) 장해보상연금 지급액의 기준이 2007년인 점에 비추어 보면, 최고보상제도의 적용을 받는 장해보상연금 수급자의 수가 자연감소하였을 것인 점, 최고보상기준금액의 상승으로 2002. 12. 기준 장해보상연금과의 차액이 감소하였을 것인 점 등을 참작하여 볼 때 실제 차지하는 비율은 위 비율보다도 훨씬 낮을 것으로 보인다.

16) 근로복지공단 노동보험연구원, '산재보험·고용징수 실적분석(2007년도)', 50면

17) 산재보험의 가장 중요한 재원은 사업주가 전액 부담하는 보험료인데, 보험료액을 결정하는 요소는 한 사업장에서 지급되는 임금의 총액과 동종의 사업에 적용되는 보험료율이다. 산재보험에서 보험료율은 순보험료율과 부가보험료율로 구성된다. 순보험료율은 전체보험료율의 85%를 차지한다. 보험료율은 사업의 종류별로 노동부령에 의해서 구분·결정되는데, 이 때 사업장에서의 과거 3년간의 재해율, 즉 임금총액에 대한 보험급여총액의 비율이 보험료결정에 있어서 반영된다. 보험료율을 결정하는데 있어서는 보험급여에 소요되는 금액, 재해예방 및 재해근로자의 복지증진에 소요되는 비용 등이 함께 고려된다. 노동부·근로복지공단, 앞의 실무편람, 79면, 법 제62조, 제63조, 제65조, 제66조, 제67조등 참조.

신설된 최고보상제를 기존의 장해보상연금 수급자에게도 적용하지 않으면 안 될 필연성이 있었다고 보기 어렵다.

5) 산재보험제도는 보험가입자인 사업주가 납부하는 보험료(법 제57조, 제62조)와 국고부담(법 제64조 제3항)을 재원으로 하여 근로자에게 발생하는 업무상 재해라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도이나, 사회보험방식으로 운영되는 여타 연금제도와 달리 그 재정부담에 대한 국가의 기여 정도는 극히 미미하여, 사업주가 자신 및 그 근로자를 위하여 해당 사업체의 임금 총액에 소정의 보험료율을 적용하여 부담하는 보험료에 거의 전적으로 재원을 의존하고 있다.¹⁸⁾

업무상 재해에 대하여는 근로기준법에서 사용자에게 직접 보상책임을 부과하고 있지만 사용자의 무자력 등으로 보상이 실시되지 못하는 경우가 있을 수 있으므로, 이러한 경우에 피해 근로자나 그 유족에게 재해보상을 확실히 보장하기 위하여 사회보험방식을 도입하여 산재보험제도가 마련된 것으로, 산재보험이 사업주가 부담하는 보험료에 거의 전적으로 재원을 의존하고 있는 것은 이와 같은 산재보험제도의 특성이 반영된 것이다.

따라서, 산재보험제도는 개인의 생활 그 자체를 보호하는 순수한 사회정책적 목적에 그 취지를 두고 재정조달에 있어서도 국가재정이 차지하는 비율이 큰 연금보험 등 여타 사회보험에 비하여 그 제도의 운영에 관하여 국가가 가지는 입법형성권의 범위가 상대적으로 좁고, 산재보험급여 중에서도 손해배상 또는 손실보상급부로서의 본질을 가지는 장해급여의 경우는 더욱 그러하다.

6) 청구인들은 산재로 노동능력을 50% 이상 상실한 중증 장애인들이므로, 공익과 사익을 비교 형량함에 있어서는 장애인 보호에 관한 헌법 규정의 취지를 감안하여야 한다.

헌법 제34조 제5항은 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 하여 신체장애자에 대한 특별한 보호를 규정하고 있는바, 장애인과 같은 사회

18) 정부출연금은 사업주가 내는 보험료의 1%에도 미치지 못하는 금액으로 공단관리비용의 일부에 충당되는 것으로 보인다. 법 제3조 참조

적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다는 점을 강조하고자 하는 것이다(헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52결정 참조). 위 헌법조항의 취지에 비추어 보더라도, 신체장애자를 위하여 자유행사의 실질적 조건을 형성, 유지하기 위한 특별한 입법적 조치를 취할 의무를 부담하는 국가가, 국가의 재정부담 능력과는 무관하게 단지 '소득재분배'와 '새로운 보상사업을 위한 재원 마련'을 목적으로, 사업주가 기존의 법에 따라 근로자를 위하여 부담하여 왔던 보험료에 상응하게 지급받아 오던 장애 근로자의 장애급여를 일시에 삭감함으로써 피해 전의 생활수준을 그 골격조차 유지할 수 없도록 위축시키는 것은 정당화되기 어렵다.

7) 더욱이 입법자로서는 법 개정에 따른 경과규정, 즉 심판대상 조항을 마련함에 있어, 예컨대 ① 장애보상연금 외에 직업을 갖는 등 소득이 있는 자와 그렇지 아니한 자를 구분하여, 전자의 경우 별도의 소득 액수에 따라 차등하여 감액하고 후자와 같이 전적으로 장애보상연금만으로 생활하는 자에 대하여는 연금감액을 하지 않거나, ② 상당한 장기간에 걸쳐 단계적으로 감액의 비율을 조정하거나, ③ 평균임금 자체는 고정시킨 채 통상임금, 물가 등의 변동에 따라 대통령령이 정하는 기준에 따라 평균임금을 조정하는 규정(법 제38조 제3항, 법 시행령 제25조 참조)의 적용을 중지함으로써, 갑작스런 연금액의 축소로 인한 충격을 완화하면서 실질연금액의 점진적 감소를 피하는 방법 등을 통하여 공·사익의 조화를 도모하고 기존 수급자들의 신뢰를 최대한 배려하는 수단을 택할 수도 있었을 것으로 보인다.

그런데, 심판대상 조항은 그와 같은 최소한의 배려조차 하지 아니하고 기존의 장애연금 수급자들에 대하여 장애보상일시금 수급의 경우와 비교하여 개략적으로 산출된 2년 6개월의 경과기간 동안만 구법을 적용하도록 하고, 2003. 1. 1.부터는 일률적이고 전면적으로 최고보상제를 적용하고 있으므로, 심판대상 조항은 이 점에서 보더라도 신뢰보호원칙에 위배되는 것으로 평가하지 않을 수 없다.

(5) 소결

이상에서 살펴본 바를 종합하면, 청구인들의 구법에 대한 신뢰이익은 그 보호가치가 중대하고 그 침해의 정도가 극심하며 신뢰침해의 방법이 과중한 것인 반면, 피해 근로자들 간의 소득격차를 완화하고 새로운 산재보상사업을 실시하기 위한 자금을 마련한다는 공익상의 필요성은 청구인들에 대한 신뢰 보호의 요청에 우선할 정도로 충분히 크다고 보기 어렵다.

따라서 심판대상 조항은 신뢰보호의 원칙을 위반하여 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.

4. 재판관 이동흡의 별개의견의 논리

가. 장해급여가 비록 손실보상적 급부인 점에 본질이 있다하여도 사회보장 수급권으로서의 성격도 있는 이상, 소득재분배의 도모나 새로운 산재보상사업의 확대를 위한 자금마련의 목적으로 최고보상제를 도입하는 것 자체가 입법자가 내린 합리성 있는 결단으로서 입법자의 형성적 재량권의 범위내에 있다고 한다면, 기존 피해 근로자들의 헌법적으로 정당한 신뢰보호를 위하여 충분한 경과규정을 마련하는 한도 내에서 궁극적으로 기존 피해 근로자들에 대하여도 최고보상제를 적용하는 것 또한 입법자에게 주어진 재량권의 범주를 벗어난다고 보기는 어렵다.

따라서 신뢰보호의 원칙상 최고보상제도를 일정 시점 이후 기존 피해 근로자들에게도 적용하는 것이 전적으로 금지되는 것은 아니나, 다만, 그것은 기존 피해 근로자들의 신뢰를 충분히 보호한다는 전제하에서 그러한 것이다. 입법자는 법 부칙 제7조를 마련함에 있어 다수의견이 지적하는 바와 같이 구체적 사정을 고려하여 충분히 오랜 시간을 두고 공·사익의 조화를 도모하여 기존 수급자들의 신뢰를 넉넉히 보호하는 조치를 취할 수도 있었을 것임에도 불구하고, 기존 피해 근로자들의 신뢰보호를 위하여 단지 2년 6개월 동안만 구법을 계속 적용하도록 하고 2003. 1. 1.부터 이들에 대하여도 최고보상제도가 전면적으로 적용되도록 함으로써 기존 장해보상연금 수급자인 청구인들의 헌법적으로 정당한 신뢰를 충분히 보호하고 있지 못하다.

나. 이 사건 심판대상 조항의 위헌성은 최고보상제를 제도 시행 이전의

피재 근로자자에게도 적용되도록 한 점 자체에 있는 것이 아니라, 최고보상 제도를 기존 피재근로자에게 적용함에 있어 구법에 대한 그들의 신뢰를 보호하기 위하여 마련된 경과규정이 그들의 신뢰를 보호하기에 지나치게 미흡하다는 점에 그 중점이 있다.

그러므로, 결정 주문에 있어서도 기존 피재 근로자들의 신뢰를 보호하기 위하여 마련된 경과규정인 법 부칙 제7조 전체에 대하여 헌법불합치를 선언하고, 기존 피재 근로자로서 장해연금을 이미 지급하여 온 청구인들의 신뢰를 헌법정신에 합치되게 충분히 보호할 수 있는 내용의 입법개선을 촉구하는 것이 옳다.

5. 재판관 김희옥의 반대의견의 논리

가. 심판대상 조항이 달성하려는 공익은 절감되는 보험급여액으로 간병급여 신설, 유족급여 확대, 후유증상 진료제도 도입, 휴업급여 등의 최저기준 인상 등 보험급여의 폭을 확대하고 보험급여의 지급수준을 상향조정하는 재원으로 사용하기 위한 것으로, 그 공익적 가치는 매우 크다.

반면 장해보상연금 지급권의 구체적인 내용은 국가의 재정, 사업주의 부담 정도, 사회적정책 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것인 점, 근로자는 산재보험사업에 소요되는 비용을 전혀 부담하지 않는 점 등에 비추어 보면, 연금수급자들의 장해보상연금제도에 대한 신뢰는 반드시 ‘업무상 재해로 인정 받은 후에 현 제도 그대로의 연금액을 받는다’는 데에 대한 것으로 볼 수 없고, 장해보상연금 수급자는 단순히 기존의 기준에 의하여 연금이 지속적으로 지급될 것이라는 기대 아래 소극적으로 연금을 지급받는 것일 뿐이다. 뿐만 아니라 심판대상 조항은 기존의 장해보상연금 수급자에게 최고보상제도가 시행되는 2000. 7. 1.부터 2002. 12. 31.까지 2년 6개월의 유예기간을 두는 배려를 하고 있다.

따라서 보호해야 할 장해보상연금 수급자의 신뢰가치는 크지 않은 반면, 보험급여의 형평성과 소득재분배 기능을 제고하고자 하는 공익적 가치는 긴급하고 중요하므로, 심판대상 조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배되어 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

나. 심판대상 조항은 입법을 통하여 구체적으로 형성되는 사회보장수급권의 구체적 범위를 새로이 정한 것인 점, 산재보험기금의 재원은 거의 전적으로 사업자가 마련하는 점, 신설된 최고보상제를 기존의 피재자에게도 적용할 경우 성격상 장해보상일시금에는 적용할 수 없고 장해보상연금에 대해서만 적용 가능한 특성을 가지고 있는 점 등을 종합하면, 심판대상 조항이 장해보상연금 수급자에 대하여만 수급권을 제한함으로써 장해보상일시금을 선택한 산재근로자와 비교하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 수 없으므로, 헌법상 평등원칙에도 위배되지 아니한다.

6. 결정의 의의

이 사건에서 헌법재판소는 부진정 소급입법에 있어서도 침해되는 사익이 신법으로 달성하려는 공익 못지않게 중대한 경우 구법에 대한 신뢰는 충분히 보호되어야 한다는 점, 널리 사회보장수급권으로 일컬어지는 피재근로자들의 장해보상연금수급권은 손해배상 내지 손실보상적 급부인 점에 그 본질이 있고, 피재근로자와 그 가족의 생활에 중대한 영향을 초래하므로 제도의 형성에 관한 입법자의 재량권을 지나치게 광범위하게 인정할 수는 없다는 점을 바탕으로, 산업재해보상보험법의 개정으로 최고보상제도(보험급여 산정에 있어 당해 근로자의 평균임금이 노동부장관이 고시한 최고보상기준금액을 초과하는 경우, 자신의 평균임금이 아니라 최고보상기준금액을 기준으로 급여를 산정하는 제도)를 마련하여 시행함에 있어, 기존에 산업재해를 입고 자신의 평균임금을 기준으로 산정된 장해보상연금을 수급하여 온 장해보상연금 수급자들에 대하여도 2년 6개월간만 구법을 적용하고 2003. 1. 1.부터 신법이 전격적으로 적용되도록 한 경과규정 부분이 신뢰보호원칙을 위반하여 기존 장해보상연금 수급자들의 재산권을 침해하여 헌법에 위반됨을 선언하였다.

이 사건 위헌결정으로 심판대상 조항이 효력을 상실함으로써, 2000. 7. 1. 이전에 산업재해를 입은 장해보상연금 수급자들은 모두 이 사건 결정 이후 구법의 기준에 따라 자신의 평균임금을 기초로 산정한 장해보상연금을 매월 지급받게 되었다.

특히 청구인들처럼 심판대상 조항으로 삭감된 급여와 관련하여 이미 법원에 소송을 제기한 기존 장해보상연금 수급자들의 경우, 그들이 제기한 소송의 청구범위에 따라 2003. 1. 1. 이후 이 사건 결정 이전에 최고보상제의 적용으로 삭감되어 지급받지 못했던 연금차액도 근로복지공단으로부터 반환받을 수 있을 것으로 보인다.

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원

- 표현의 자유의 보호영역과 음란표현 -

(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109, 2007헌바49·57·83·129(병합) 판례집
21-1하, 545)

이 규 홍*

【판시사항】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 경우 재판의 전제성 존부(소극)
2. 엄격한 의미의 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 선례를 변경한 사례
3. 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항에 의한 표현의 자유 제한이 과잉금지의 원칙에 반하는 것인지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 전부 개정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.¹⁾

제65조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는

* 대전지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

1) 현행법 제74조, 제44조의7도 실질적으로 같은 내용인데, 이와 같은 경우 심판대상을 개정 후 조항까지 확장할지에 대하여 헌재가 적극적 입장을 취한 예는 발견하기 어렵다. 헌법재판실무제요(제1개정증보판), 49면.

1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 인터넷포털사이트 혹은 이동전화망내 이동통신서비스에 음란한 화상 또는 영상을 배포·공연히 전시하였다는 이유로 이 사건 법률조항 위반으로 기소되었고, 각 형사재판 계속 중 에 이 사건 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 모두 기각되자 각 그 결정문을 송달받은 후 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장, 각 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 명확성원칙 위반 주장

표현의 자유를 규제하는 법률은 그로 인하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 가능한 한 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구되며, 실제로 많은 국가는 규범적 음란 개념을 떠나 보호법익과 표현내용에 따른 해악발생 가능성 별로 범문(法文)화 하고 있다. 우리 입법기관은 이러한 구체적·개별적 입법을 하지 아니하여 성적 표현 영역에 대한 사법기관의 독점적 판단과 자의적 법집행을 하고 있고, 결국 기본권주체가 처벌을 우려하여 표현행위를 스스로 억제하도록 하고 있어 명확성의 원칙에 반한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 등 주장

전통적 도덕관념에 따른 규범력이 약화되고 있는 현대사회에서 음란물로 부터 사회의 건전한 도덕성을 유지하고자 하는 입법목적은 가치상대주의를 바탕으로 하는 민주주의원리에 반하여 그 정당성이 없고, 성적 표현물에 대

한 일반국민의 인식이 개방화된 현실에서는 규범력도 현저히 약화되었으며, 사이버공간에서는 외국에 서버를 두는 경우 재판관할권이 없어 형사처벌이 불가능하여 단속의 실효성조차 의문시되는 정보통신망의 특수성을 고려하면 수단의 적절성 또한 결여되었다.

대부분 경제적 동기로 음란물을 유통하는 것에 대하여 과태료·과징금의 제재를 넘어서 형사처벌을 하는 것은 침해의 최소성에 반하고, 청소년보호법에 따라 ‘청소년유해매체물’ 표시를 한 것에 대하여도 형사처벌을 가능하게 하는 것은 과잉입법이며 법치주의에 반한다.

(3) 결국 이 사건 법률조항은 청구인들의 헌법상 보장된 표현의 자유·예술의 자유, 일반적 인격권, 행복추구권, 신체의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 기본권을 과도하게 제한하고, 문화국가원리에 반하는 것으로서 위헌이다.

나. 각 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유요지

(1) 명확성원칙 위반 주장에 대하여

이 사건 법률조항에 규정된 ‘음란’의 개념은 형법상의 음란 개념과 달리 불 특별한 이유가 없고, 대법원은 ‘음란물’이란 ‘일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것’으로 보고 그 판단을 위한 구체적 기준을 일관되게 제시하여 왔으므로, 이 사건 법률 조항의 ‘음란’ 부분이 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(2) 과잉금지원칙 위반 주장에 대하여

이 사건 법률조항은 음란한 표현으로부터 사회의 성도덕을 보호하기 위한 필요에 의한 것이고, 위와 같은 목적을 위하여 위와 같은 행위를 한 자를 형사처벌하는 것은 유효적절한 수단이며, 정보통신망에서의 각종 정보에의 접근의 용이성 및 정보의 과급효과를 고려하여 보면 정보통신망을 통하여 음란한 정보를 공연히 전시하는 행위에 대한 형사처벌이 표현의 자유 등 기본권의 본질적인 부분까지 침해하는 것은 아니다.

다. 정보통신부장관²⁾의 의견요지

인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성적 표현으로서의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의한 헌법적 보장을 받지 못한다고 한다. 그 외의 의견요지는 위 기각이유요지와 같은 취지이다.

【결정요지】

1. 재판의 전제성

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없고, 청구인에 대한 무죄판결은 종국적으로 다룰 수 없게 되므로 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 아니하는 것으로 보아야 한다.

2. 본안에 관한 판단

가. 음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, 기본권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지 원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과, 모든 음란표현에 대하여 사전 검열을 받도록 하고 이를 받지 않은 경우 형사처벌을 하거나, 유통목적이 없는 음란물의 단순소지를 금지하거나, 법률에 의하지 아니하고 음란물출판에 대한 불이익을 부과하는 행위 등에 대한 합헌성 심사도 하지 못하게 됨으로써, 결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다.

2) 정보통신부는 2008. 2. 29. 정부조직법 개정으로 폐지되었으나 의견 제출 당시의 직제로써 표시한다.

이 사건 법률조항의 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것인바, 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 우리 재판소의 의견(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 340-341)을 변경한다.

나. 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은, 비록 보다 구체화하는 것이 바람직스럽다고 볼 여지가 있으나, 현 상태로도 수범자와 법집행자에게 적정한 판단기준 또는 해석기준을 제시하고 있다고 볼 수 있고, 이와 같은 기준에 따라 어떤 표현이 ‘음란’ 표현에 해당하는지 여부에 관한 자의적인 법해석이나 법집행을 배제할 수 있다 할 것이므로, 결국 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항에 의한 표현의 자유 제한은 음란표현이 헌법상 표현의 자유에 의한 보호대상이 되고 따라서 음란물 정보의 배포 등의 행위에 대하여 형사상 중한 처벌을 가하는 것이 이러한 기본권을 다소 제한하게 되는 결과가 된다 하더라도 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 반하는 것이라고 보기 어렵다.

각하 결정 부분에 대한 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견

헌법 제107조 제1항의 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 된 경우”라 함은 어느 법률이 사건의 재판에 적용되는 관계에 있고 그 법률의 위헌 여부에 따라 논리적·추상적으로 재판의 의미와 내용이 달라질 가능성이 있는 경우를 말하는 것이다. 이와 같은 재판의 전제성이 있으면 헌법에서 정하는 위헌법률심판을 개시하기 위한 요건은 충족되는 것이지 더 나아가 그 위헌법률심판이 실제로 제청신청인이나 헌법소원 청구인을 유리하게 하거나 재심의 기회를 주는 경우라야 비로소 위헌법률심판을 개시할 수 있다고 해석할 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인 최○호, 손○익, 엄○춘, 양○현에 대한 공소사실에 적용되는 것으로서 위헌이라면 무죄판결의 이유가 달라지는 경우에 해당하므로, 위 청구인들의 청구 또한 본안에 들어가 이 사건 법률조

항의 위헌 여부를 심판하여야 한다.

합헌 결정 부분에 대한 재판관 김희욱, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 별개의견(선례변경에 대한 반대)

헌법에 열거되어 있는 기본권의 고유한 보호영역을 확정하는 문제는 위헌성 심사의 첫 단계로서의 중요한 의미를 가지는 것으로서, 개개의 사건에서 문제된 모든 표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함될 수 없음은 자명한 것인바, 언론·출판의 자유의 보호영역에 관한 논의는 언론·출판의 자유에 관한 위헌성 심사를 위한 필수적인 전제가 된다.

한편, 우리 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 명시하고 있으므로, 그 한계를 벗어난 표현은 헌법상 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하지 아니한다고 할 것이고, 이른바 음란 표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하는지, 속하지 않는지는 규범적 개념인 음란의 판단기준을 어떻게 정립하느냐에 따라 달려있는 문제라고 할 수 있다.

그런데 이 사건 법률조항에서 정한 ‘음란’ 개념은 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’, 즉 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”을 뜻한다고 볼 것인바, 이에 의하면 예술의 자유나 학문의 자유 등 정신적 자유의 보호영역에 포함될 수 있는 진지한 문학적, 예술적 가치를 지닌 성적 표현은 ‘음란’ 표현에 해당할 여지도 없는 것이 되고, 결국 이와 같은 ‘음란’ 표현에는 미국 연방대법원이 수정헌법 제1조의 보호영역에 속하지 않는다고 보는 음란물(obscurity) 또는 독일 형법에 규정된 ‘하드코어 포르노그래피’와 유사하거나 그 이상의 해악을 지닌 성적 표현만이 해당될 수 있는 것이다. 따라서 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’ 표현은 헌법 제21조 제4항의 헌법적 한계를 벗어난 것이어서, 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다.

한편, 이러한 엄격한 의미의 ‘음란’ 표현은 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 아니하므로, 이 사건 법률조항에서 ‘음란’ 표현물을 정보통신망을 통하여 배포하는 행위 등을 처벌하고 있다고 하여도 언론·출판의

자유에 제한에 관한 과잉금지원칙 위반 여부의 심사는 불필요하다.

【해설】

1. 쟁점

이 사건의 주요 쟁점은 적법요건 문제인 재판의 전제성 존부, 본안 문제로 첫째 엄격한 의미의 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부 문제(선례변경 여부), 둘째 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부 문제, 셋째 이 사건 법률조항에 의한 표현의 자유 제한이 과잉금지의 원칙에 반하는 것인지 여부 문제이므로 차례로 살펴본다.

2. 재판의 전제성 존부에 관한 판단 - 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 경우 재판의 전제성 존부³⁾

가. 전제성 부정설

헌재법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없고, 청구인에 대한 무죄판결은 중국적으로 다룰 수 없게 되므로⁴⁾ 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의

3) 이 문제에 관하여는 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바28, 판례집 20-2상, 80에서 이미 같은 의견대립이 있었다. 본 건의 경우 2006헌바109, 2007헌바49·57·129 사건의 각 청구인들은 당해 사건에서 모두 음란성을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄판결을 선고받았고 각 무죄판결은 모두 확정되었다. 그러나 2007헌바83 사건의 청구인들은 당해 사건에서 각 벌금을 선고받았고 상고심인 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244호 판결에서 일부유죄가 선고된 후 중국적으로 확정되었다.

4) 헌재법 제75조 제7항은 ‘제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다’고 규정하면서 같은 조 제8항에서 위 조항에 의한 재심에 있어 형사사건에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용하도록 하고 있다. 그런데 형사소송법 제420조, 제421조는 ‘유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’, ‘항소 또는 상고기각판결에 대하여는 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’ 재심을 청구할 수 있다고 각 규정하고 있다.

주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다.

나. 전제성 인정설⁵⁾

구체적 규범통제제도는 위헌법률심판을 개시하기 위한 요건을 정한 것일 뿐으로 위헌법률심판제도가 구체적인 분쟁의 해결이나 개인의 권리구제를 목적으로 하는 제도임을 의미하는 것은 아니다. 특히 당해 사건에서 무죄판결을 받아 확정되었지만, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되어 효력이 없다는 이유가 아니라 각 청구인의 행위의 음란성을 인정하기 어렵다는 이유로 무죄판결이 선고된 것이므로 이 사건 법률조항이 위헌이라면 무죄판결의 이유가 달라지게 되므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 당해 사건 재판의 전제로 되는 것이다.

다. 전제성 부정설

전제성 부정설에 의하면 무죄판결이 확정된 2006헌바109, 2007헌바49·57·129 사건의 심판청구 부분은 부적법하고, 유죄로 확정된 2007헌바83 사건 관련 심판청구 부분은 적법하다.⁶⁾

3. 본안에 대한 검토

가. 이 사건 법률조항의 입법목적과 입법연혁

우리나라에서 음란물에 관한 죄는 형법 제22장 성풍속에 관한 죄의 장(사회적 보호법익 침해) 중 형법 제243조(음화반포 등), 제244조(음화제조 등)로 규정되어 있고, 따라서 그 입법목적(보호법익)도 “사회일반의 건전한 성적

5) 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견.
 6) 구체적 규범통제는 본질상 재판 무수적인 것이기 때문에 법원에 계속 중인 구체적인 소송사건과 일체를 이루고 구체적인 소송사건의 재판에 기여하게 되는 것이므로 [허영, 헌법소송법론(제5판), 박영사 (2010), 215면], 위헌제정 당시에 일단 재판의 전제성이 갖추어져 있다고 하더라도 그 후 전제성이 소멸되면 위헌여부심판을 할 수 없는 것이 원칙이라고 보아야 할 것이다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 588).

풍속 내지 성도덕”이라고 보는 것이 통설, 판례⁷⁾이며 이러한 보호법익에 따라, 후술하는 음란성의 개념과 판단기준에 대한 설정이 이루어지고 있다.⁸⁾

입법연혁을 보면 일반적으로 ‘성표현물(pornography)’ 중 형사처벌의 대상이 되는 표현물이 바로 ‘음란물’이라고 할 것인바 형법 제243조 및 제244조는 ‘음란물’의 반포 및 제작 등에 대해서 형사벌을 부과하고 있다. 그런데 인터넷 등 온라인매체를 통해서 유통되는 음란한 ‘정보’(컴퓨터프로그램파일)를 형법상의 음란한 ‘물건’에 해당된다고 할 수 없으므로⁹⁾ 구 전기통신기본법 제48조의2(1996. 12. 30. 법률 제5219호로 개정된 것)에 전기통신역무를 이용한 음란한 부호 등 반포 등 행위 처벌 규정을 신설하였다가 법체계상 어울리지 않는다고 보아 이를 삭제하고 이 사건 법률조항을 두게 되었다.¹⁰⁾

나. ‘음란’의 개념과 인터넷

‘음란(淫亂)’의 사전적 의미는, ‘사람이, 또는 그 행동이 성(性)에 대해 삼

7) 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 참조. 미국 모범형법전(U.S. model penal code, section 251.4.)도 음란성을 당해 매체의 표현형태가 ‘일반적 평온의 한계(beyond customary limits of candor)’의 일탈어부에서 파악하는 것으로 규정하여 유사한 태도를 보여주는 것으로 이해되고, 일본 최고재판소도 ‘성적 질서를 지키고 최소한도의 성도덕을 유지하는 점’을 보호법익으로 파악하고 있다 (최고재 소화 32·3·13형집11권3호997형)고 한다. 권창국, “음란물의 형법적 규제에 관한 문제점의 검토-음란성 판단기준 및 internet 등에 의한 음란정보유통을 중심으로-”, 형사정책연구 13권1호(2002), 239면.

8) 그러나 이에 대하여는 형법의 임무가 일반인의 도덕을 유지하는 것일 수는 없고 성적 풍속이나 성도덕이란 개념은 너무 막연하고 추상적이어서 헌법상 보장되는 표현의 자유를 제한하는 근거로서는 미약하다는 비판을 가하면서 음란물반포등죄를 개인적 법익 침해유형의 일종으로 보아 그 보호법익은 ‘개인의 성적 자기결정의 자유와 청소년의 보호육성’으로 보아야 한다는 견해가 주장되고 있다. 상세한 논의는 한위수, “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제-특히 예술작품과 관련하여-”, 재판과 판례 7집(대구판례연구회 2007), 520면 ; 임웅, “비범죄화의 이론”, 법문사(1999), 90-94. 비슷한 취지의 견해로 조국, “공연음란죄 재검토”, 법률신문 제2951호(2001.2.1.), 14면 ; 실제로 뒤에 보듯이 독일의 1973년 개정형법은 음란물에 관한 범죄행위를 풍속에 관한 죄가 아닌 성적자기결정권에 대한 침해범죄, 즉 명백한 성범죄유형으로 이해하고 있다.

9) 대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결.

10) 그 과정에서 “전기통신역무를 이용하여”는 “전기통신망을 통하여”로 바꾸고, 그 대상에 ‘화상’을 추가하여 논란의 소지가 있던 부분을 정리하는 등 구성요건을 보다 명확히 하였다.

가지 않고 난잡한 경우나 책·그림·사진·영화 등이 그 내용에 있어서 성(性)을 노골적으로 다루고 있어 난잡한 것'인데,¹¹⁾ '음란'이란 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적, 유동적인 것이고 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 것으로,¹²⁾ 특히 '오늘날 전반적으로 에로티시즘에 젖어 있는 사회현실은 음란성에 대한 형법의 판단을 축소·제한하지 않을 수 없게 하고 있다.'는 지적이 있고,¹³⁾ '성표현물에 대한 일반인들의 의식조사 결과는 검찰과 법원의 처벌 잣대와 상당한 거리를 보이고 있다.'는 비판도 적지 않다.¹⁴⁾ 나아가 인터넷은 진입장벽이 낮고 표현의 쌍방향성이 보장되는 등의 장점으로 오늘날 가장 거대하고 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳혔고, 이와 같은 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로, 계속 변화하는 이 분야에서의 규제 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이지만, 이러한 인터넷의 특성에 수반하는 부정적 측면도 무시할 수 없는데, 인터넷상의 정지화상 또는 동영상 내지는 음성파일 등으로 제공되는 각종 음란정보의 유통은 부정적 측면의 대표격이라 하겠다.

11) 이와 관련하여 '외설(猥褻)'의 사전적 의미 역시 '글·그림·영화·공연 등이 사회의 풍속을 해칠 만큼 성적(性的)으로 난잡한 것'을 말하여, 양자 간에 큰 차이가 없는 것으로 보이나, 법률에서 사용되는 용법으로는 '외설'은 일제시대의 구형법에서 사용되던 개념이고, '음란'은 현행형법에서 사용되는 개념이다(일본에서는 동의어로 보고 있다고 한다). 그런데, 공연음란죄 등의 음란성을 이와 같은 사전적 의미로만 파악한다면, 대부분의 성적 표현물이 광범위하게 음란성을 인정받게 되어 곤란할 것이므로 형법적 음란성은 이보다 개념폭이 좁아야 할 것이다. 권창국, 전계논문, 238면.

12) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누11287 판결도 그 기준이 시대와 사회에 따라 다를 수 있다.

13) 박상기, 형법각론, 박영사(2005), 581면.

14) 최근 Daum, KT HITEL, NHN, 야후코리아 등 인터넷포털 업체 등이 음란 동영상 제공한 것으로 기소되어 재판을 받았는데, 이들 업체들이 한국갤럽에 그 증거물 중 1편씩을 골라 2분기량 편집한 뒤 전국 5대 도시의 남성 499명, 여성 502명 등 1,001명에게 보여주고 설문조사를 실시하였는데, 형사처벌 여부에 대해 참가자 중 79.3%가 "청소년에게 보여주면 처벌해야 하지만 성인의 경우까지 처벌할 필요는 없다"는 데 동의한 것으로 나타났다 한다. 박길성, "「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 소정의 '음란'의 개념 등", 사법 5호(2008.9.), 185면 참조.

다. 음란물에 관한 외국의 입법례 및 판례¹⁵⁾

(1) 미국¹⁶⁾

미국 연방대법원은 1957년 Roth v. U.S. 판결¹⁷⁾에서 ‘음란한 표현은 헌법상 보호되는 언론이나 출판의 범주 밖에 있다.’라고 판시하였고 1960년대까지 대체로 영국의 히클링 판결{Regina v. Hickling(1868.)¹⁸⁾}에서의 기준(Hickling Test)으로 음란성 여부를 판단하였는바, 그 기준은 판단대상이 된 일정한 물건에 노출될 경우 쉽게 영향을 받을 수 있는 자를 기준으로 음란성 여부를 판단하는 것으로 이에 대하여는 주관적 기준이라는 등의 비판이 있었다.¹⁹⁾ 그런데 1973년 Miller 판결²⁰⁾이 제시한 3단계 음란성 판단기준은 구체적이면서도 상세한 음란성 판단체계로 인정받고 있고 세계 여러 나라 사법부의 음란성 판단에 영향을 끼치고 있으며 많은 후속판결들에 의해 보다 더 구체화되면서 다듬어져 오늘날에도 음란성 판단의 원칙적인 기준으로 통용되고 있다. 그 3단계 기준은 “사실의 심판관(법관이나 배심원)을 위한

15) 사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구, 헌법재판연구 제13권, 155면 이하 ; 박길성, 전계논문, 178면 이하를 주로 참고한 것이다.

16) 미국 모범형법전 251.4조(U.S. model penal code, section 251.4.) 제1항은 “전체적으로 판단하여 그 자료(material)가 호색적인 관심(prurient interest), 즉 나체(nudity), 성교(sex) 또는 배설물(excretion)에 관한 수치스러운 혹은 병적인 관심에 주로 호소(predominant appeal)하는데 있고, 이에 더하여 그러한 내용을 묘사하거나 표현(representing)함에 있어서 솔직성(candor)의 정도가 보편적인 한계를 실질적으로 초월하는 경우에는 음란물이다. 그 내용 혹은 배포의 정황에 비추어 볼 때 아동 또는 특별히 감수성이 예민한 청중을 위하여 고안된 것임이 그 물건의 성격 또는 그 보급상황에서 명백하게 되지 않는 한 주된 호소는 통상의 성인을 기준으로 판단되어야 한다. 현상되지 않은 사진, 형판(molds), 인쇄용 판 등은 그 음란성이 나타나도록 하기 위해 또는 그 음란물을 배포하기 위해 필요한 절차나 기타의 행위의 여부에 관계없이 음란한 것으로 본다.”고 하여 음란성의 개념 및 판단기준을 구체적으로 규정하고 있다.

17) Roth v. U.S. 354 U.S. 476 (1957).

18) 3 L.R.-Q.B. 360 (1868).

19) 상세는 조희진, “음란물(Pornography)규제에 관한 여성주의적 접근과 비판”, 사법연수원 논문집(제3집), 사법연수원(2006), 305면.

20) Miller v. California, 413 US 15 (1973). 이 사건에서 Miller는 성인잡지 판매광고를 위해 대량의 우편판매 촉진운동을 벌였다. 그런데, 광고우편물에는 그룹섹스를 하고 있는 다수의 남녀를 묘사하는 그림들을 담고 있어서 광고우편물 자체의 음란성이 문제된 사건이었다. 이 우편물은 그 성인잡지를 신청하지 않은 사람들에게도 배달되었다.

기본적 지침은, ① ‘평균인이 동시대 지역사회의 기준을 적용하여(apply contemporary community standards)’ 그 작품을 전체적으로 볼 때 호색적 흥미(prurient interest)에 호소하는지 여부, ② 그 작품이 적용가능한 주법률에 의하여 명확하게 정의된 성행위를 명백히 불쾌한 방법으로(in a patently offensive way) 묘사 또는 서술하고 있는지 여부, ③ 그 작품이 전체적으로 볼 때 진지한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치²¹⁾를 결여하는지 여부이어야 한다.”이다.²²⁾ 그리고 위 판결에서는 음란여부에 관한 높은 불확실성을 덜기 위하여 음란규제법률은 어떠한 유형의 묘사가 금지되는지 구체적으로 정확하게 규정되어야 한다고 하는 것으로 올바른 규제금지법은 금지되는 행위유형을 정의함에 있어서 비교적 솔직하고 노골적인 말을 사용하여야 하며 이는 법집행자에게 과도한 재량을 부여하는 무정형적이고 일반적인 기준에 의한 언론규제를 경고하는 것이기도 하다. 나아가 사이버공간에도 전통적인 음란기준이 적용되는가²³⁾에 관하여 연방대법원은 우선 매체별 접근 방식을 적용하여 출판물, 전화, 공중파TV, 케이블TV 등의 매체가 각기 가지는 특성에 따라 성적 표현물의 규제를 달리 하고 있다는 점에서 논의가 시작되어야 할 것으로(3분할이론), 대중매체를 전화 등을 포함하는 일반적 전달매체(common carrier), 인쇄매체(press), 방송(broadcasting)으로 나누고

21) Serious Literary, Artistic, Political, or Scientific value, 첫 글자를 따서 SLAPS test라고도 한다.

22) 미국에서는 이 세 가지 기준을 모두 만족시켜야 음란물이 되어 표현의 자유 보호 범위 밖으로 내몰리게 된다. 사실상 음란성 판단은 표현의 자유와 음란물 규제의 필요성에 대한 이익형량을 통해 이루어질 수밖에 없는바 미국에서도 위에서 본 3단계 음란판단기준 중 첫째와 둘째 기준은 현대와 같이 성이 고도로 상품화된 미국사회에서는 웬만한 성적 표현물들은 다 충족하고 있으므로, 미국 판례법상의 음란성 판단은 세 번째 기준을 통해 이익형량이 이루어지고 그 이익형량이 사실상 음란성 판단의 결정적 기준으로 작용하게 된다고 한다. 임지봉, “대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토- 김인규 교사사건 판결에 대한 분석을 중심으로 -”, 민주법학 통권29호(2005.12), 474면. 그리고 위 기준을 적용하면 제한되는 것은 궁극적으로 악성음란물적 요소가 있는 경우로 한정되게 될 것이라고 한다. 권창국, 전제논문, 244면.

23) 사이버 공간에서의 음란성의 판단기준은 1997년 6월의 Reno v. American Civil Liberties Union사건의 판결에서 깊이 있게 다루어졌으며 이 판결의 내용과 그 분석에 대해 자세한 황승흠, “인터넷과 기본권”, 헌법학연구 제5권 제2호(1999년 10월), 28-35면 참조.

“방송”에 대해서는 그 “주파수의 희소성”이나 “침투성(즉, 정보수용자측의 통제가능성 결여)”을 이유로 인쇄매체나 일반적 전달매체에 비해 “음란물”의 범위를 넓게 잡고 표현의 자유의 보호범위를 좁게 잡아 이에 대한 정부의 규제를 넓게 인정하고 있지만, 인터넷상의 성적 표현물에 대한 음란성 판단 기준에 관하여 연방대법원은 “인터넷”은 “주파수의 희소성”이나 “침투성”이 없으므로 “방송”과 다르다는 입장을 취하면서 사이버공간에서의 음란성 판단기준을 “방송”에서의 그것과 달리 하고 있다.

(2) 독일

통설적 견해는 외설은 ‘Das Obzöne’, 음란은 ‘Unzüchtig’이라고 구별하여, 외설의 경우는 성적 표현의 한계를 일탈하였으나 음란에 해당하지는 않는 경우로 이해해왔다고 한다.²⁴⁾ 그런데 1973년 개정형법 제184조에서는 전통적으로 사용하여 온 ‘음란(Unzüchtig)’ 대신 보다 객관적인 개념인 ‘포르노그라피(pornographisch)’라는 용어를 사용하고, 그 중 ‘하드코어 포르노그라피’의 경우는 그 정의를 내리고 절대적 금지영역으로 하여 그 제조나 반포를 불가한 것으로 규정하고, ‘단순 포르노그라피’의 경우는 원칙적으로 허용하되, 청소년에 대한 유해성(정신적으로 성숙하지 못한 미성년자들의 모방 우려)과 동의하지 않는 성인에 대한 직접적인 노출(성적 자기결정권 보호 목적)을 근거로 하여 처벌하도록 규정하고 있다. 또한, 음란물에 관한 범죄행위를 ‘풍속에 관한 죄’가 아닌 형법각칙 제13장의 ‘성적자기결정권에 대한 침해범죄’라는 제목으로 변경하여 명백한 성적 자기결정권에 대한 범죄 유형으로 이해하고 있다.

그러나 독일연방대법원은 1978년 Mayfair 판결²⁵⁾에서 단순 누드묘사가 포르노그라피에 해당하는지 여부를 다루면서 “단순히 성기를 강조한 사진은 포르노그라피에 해당하지 않는다.”고 판시하였을 뿐 포르노그라피 개념에 대하여 아무런 언급을 하지 않고, 그후로도 포르노그라피 개념을 어떻게 해석할 것인지를 명확히 밝힌 적은 없다고 한다.²⁶⁾

24) 김일수·서보학, 형법각론, 박영사(2007), 639면.

25) BGHSt 5StR 143/78(1978.4.25.)

나아가 사이버공간에서의 음란기준에 관하여 독일형법은 사이버공간에서 음란물 반포 등에 관하여 별도로 규정하고 있지 않지만, 독일형법 제184, 184a와 184b조가 규정하는 음란‘문서’의 범위는 문서개념을 온라인 기술의 등장으로 발생하는 새로운 기술적 현상까지도 포함하는 넓은 개념으로 보고 있는 독일형법 제11조 제3항²⁷⁾의 개념해석에 따르게 될 것이어서(이에는 사실상 그 시대에 이용되는 모든 정보매체가 포함될 것이라고 한다) 온라인상 포르노그래피의 반포에 이용되는 저장매체(여기서는 하드디스크)는 동조항의 문서개념 중 ‘전자기록’에 해당한다고 한다.

(3) 일본

일본형법 제175조²⁸⁾는 우리 형법과 거의 동일하게 규정하고 있는데, 일본 최고재판소는 음란의 개념에 관하여 ① 공연히 성욕을 흥분시키거나 자극시키고, ② 보통 사람의 정상인 성적 수치심을 해하며, ③ 선량한 성적 도의관념에 반하여야 음란성을 인정할 수 있다고 보았고,²⁹⁾ 이 3요소설은 최근까지도 음란성 판단의 근간을 이루어 왔는데, 최근에는 소설 등의 예술작품의 평가와 관련하여 음란물을 자극적, 공격적, 일탈적 성적 표현으로(하드코어 내지 준 하드코어 포르노물) 한정하려는 견해가 나타났고, 나아가 인터넷에서의 음란기준에 관하여 보면 네트워크상의 음란영상이 공개된 사례에서 일본 판례는 일관되게 공연진열죄(형법 175조)의 적용을 인정하고 있는데 동죄의 객체가 무엇인가의 점에 대하여 하급심에서 정보로서 영상데이터를 그

26) 다만, 전체 판례에서 그 판단기준으로 제시된 것을 종합하여 정의한다면, “포르노그래피란 성행위의 인간적 관계를 배제한 채 노골적으로 천박한 방법으로 그 묘사에 중점을 두고 전체경향으로서는 전적으로 또는 우월적으로 호색적인 이익을 그 목적으로 하는 묘사”로 요약할 수 있다고 한다.

27) “이 조항을 원용하는 규정이 있는 경우 음성·영상매체에 의한 기록, 전자기록, 도화 및 기타의 표현물은 문서로 본다.”

28) 第175條 (わいせつ物頒布等) わいせつな文書、図畫その他の物を頒布し、販賣し、又は公然と陳列した者は、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金若しくは科料に處する。販賣の目的でこれらの物を所持した者も、同様とする。(음란물반포등)“음란한 문서, 도화 그 외의 물건을 반포, 판매, 또는 공연히 진열한 자는 2년 이하의 징역 또는 250만엔 이하의 벌금 혹은 과료에 처한다. 판매를 목적으로 이들 물건을 소지한 자도 같다.”

29) 最高裁 1951(昭和 26). 5.10. 刑集 5卷 6號 1026頁.

객체로 보는 판결도 존재하지만³⁰⁾ 판례의 주류는 영상데이터가 장치된 유체 물로서의 하드디스크를 객체로 하고, 학설도 이를 지지하는 견해가 유력하다고 한다.

라. 우리나라 헌법재판소 및 대법원의 입장

(1) 헌법재판소는 ‘세미걸’이라는 화보집에 관한 ‘출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률’ 제5조의2 제5호 등에 대한 위헌제청 사건³¹⁾에서 위 법률조항의 ‘음란’ 개념에 대하여 “음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 규정한 바 있다. 위 결정에 대해서는 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 내용으로는 ‘폭력적 성표현물’, ‘아동 포르노 그라피’를 비롯하여 ‘일방의 성을 다른 성의 종속적 대상으로만 묘사한 성표현물’ 등 이른바 ‘하드코어 포르노그라피’를 뜻하는 것으로 이해할 수 있을 것이며, 헌법재판소의 이러한 판단기준은 문서·작품의 예술성·사상성 등을 음란성 판단에 있어 선결적·결정적 요소로 보아 성적 표현물이 노골적이고 적나라하며 또한 보통인의 성도덕을 크게 해친다 하더라도, 일정한 문학적·예술적·과학적 또는 정치적 가치를 지니고 있고, 사상의 경쟁메커니즘에 의해서 그 해악이 해소될 수 있다면 ‘음란물’ 규정을 피할 수 있다는데 의의가 크다.”는 긍정적 평가³²⁾가 많으나, “인간존엄을 내세워 음란물 규제를 정당화 하는 것은 그럴듯해 보이지만 실제로는 아주 위험한 발상이다.”고 비판하는 견해도 보인다.³³⁾

(2) 한편, 대법원은 과거 “음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술의 정도와 그 수법, 묘사

30) 福岡地判 1997(平成 9).12.15. 判時1641号158頁.

31) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327.

32) 조국, 형사법의 성편향(제2판), 박영사(2003.), 271면.

33) 김종서, “인터넷상 음란물의 규제 기준 비교 연구 : 비판적 관점”, 민주법학(2003. 8.), 225-226면.

서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 모든 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 '공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한, 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것'이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 할 것이다."라고 일관되게 판시³⁴⁾하여 오다가, 최근에는 구 정보통신망법에서 규정하고 있는 '음란' 개념에 대하여 "사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것"이라고 판시³⁵⁾하여, 헌법재판소가 본 '음란'의 개념과 크게 다르지 아니한 입장을 보이고 있다.³⁶⁾

34) 대법원의 음란성판단기준에 관한 입장은 마야판결(대법원 1970. 10. 30. 선고 70도 1879 판결), 반노판결(대법원 1975. 12. 9. 선고 74도976 판결) 등에서부터 일관되게 이어져 온 것으로 소위 단순포르노그래피까지도 확대하는 경우가 많았는데, 즐거운 사라판결(대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413)에 이르러 대법원은 위와 같이 음란한 문서에 관하여 기존의 음란개념에 대한 판단기준들을 보다 구체적으로 실시한 것이다. 그리고 같은 날 선고된 소위 '산타페사건'(대법원 1995.6.16. 선고 94도 1758 판결)에서는 음란한 도화에 대하여 같은 취지로 판결하고 있다. 이후 판결로는 대법원 1997. 8. 27. 선고 97도937 판결; 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 등 참조 : 이러한 실시방식이 일본 최고재판소의 판례의 영향을 받은 것임을 부인하기 어렵다.

35) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결 ; 2008. 3. 27. 선고 2006도6317 판결 ; 2008. 5. 8. 선고 2007도47129 판결 ; 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결.

36) 나아가 위 2006도3558 판결에서는 형법 제243조 및 제244조와 이 사건 법률조항의 '음란' 개념이 동일한 의미를 지니는 것이라 하더라도, 오프라인에서의 구체적인 음란기준과 인터넷에서의 구체적인 음란기준이 과연 차별화될 수 있는지에 관하여

마. ‘음란’과 헌법상 표현 자유의 보호영역 - 선례변경여부

공권력에 의하여 침해되었다는 자유나 이익이 문제된 기본권의 보호영역에 속하지 아니하는 것이라면, 그 기본권에 대한 제한 자체가 존재하지 않는 것이므로, 더 이상 그 기본권의 침해 여부를 심사할 필요도 없는 것이므로 기본권의 고유한 보호영역을 확정하는 문제는 위헌성 심사의 첫 단계로서 중요한 의미를 가지는 것이다. 현재도 이러한 견지에서 개개의 사건에 있어 공권력에 의하여 침해되었다는 자유나 이익이 문제된 기본권의 보호영역에 속하는지의 여부에 대한 판단을 위헌심사의 출발점이자 중요한 한 단계로서 취급하여 왔고,³⁷⁾ 이러한 논의는 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유에 있어서도 예외일 수는 없을 것이다.

그렇다면 음란표현이 헌법 제21조가 정하는 표현의 자유의 보호영역에 속하는지 여부 및 선례변경³⁸⁾ 여부를 살펴본다.

(1) 포함설³⁹⁾

우선 헌재는 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’ 제2조 제3호 등 위헌제정 사건에서 ‘음란표현’도 헌법상 언론·출판 자유의 보호영역 안에 있다고 판단한 바 있고,⁴⁰⁾ ‘일단 표출되면 그 해악이 처음부터 해소될 수 없거나 또는 너

(즉 오프라인매체의 특성과 온라인매체의 특성의 차이점이 음란성의 구체적인 기준에 영향을 미치는가라는 문제) 오프라인매체의 특성과 온라인매체의 특성의 차이점이 음란성의 구체적인 기준에 영향을 미치지 않는 것으로 판시한 바 있다.

37) 예컨대 양심의 자유의 침해 여부가 문제된 사안인 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 203-204 참조.

38) 헌법재판소법 제23조 ② “재판부는 중국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 1.(생략) 2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우”

39) 계획열, 헌법학(중), 박영사(2005), 120면 ; 정종섭, 헌법과 기본권, 박영사(2010), 371면(나아가 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 한계를 강조하는 주의적 규정에 지나지 않으므로 입법기술상 이런 형태의 규정은 삭제하는 것이 바람직하다고 한다) ; 한위수, 전제논문, 545면 참조.

40) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 261, 265. 이에 대하여 불포함설(별개의견)측에서는, 위 사건에서는 청소년이용 ‘음란물’의 개념이나 표현의 자유의 침해여부가 쟁점이 되지 아니하였고, 95헌가16 결정의 입장을 명시적으로 변경한 바 없다는 점에서, 위 2001헌가27 결정은 이 사건 법률조항의 위헌성 심사에 참조

무나 심대한 해악을 지닌 음란표현'이 존재할 수 있다 하더라도, 어떤 표현이 바로 위와 같은 이유에 의하여 '국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는 표현'에 해당하는지 여부는 '표현의 자유'라는 헌법상의 중요한 기본권을 떠나서는 규명될 수 없는 것으로, 비록 '음란'의 개념을 위와 같이 엄격하게 이해한다 하더라도 '음란'의 내용 자체는 헌법상 표현의 자유의 보호에 관한 법리와 관련하여 그 내포와 외연을 파악하여야 할 것인바, 이와 무관하게 음란 여부를 먼저 판단한 다음, 음란으로 판단되는 표현은 표현자유 보호영역에서 애당초 배제시킨다는 것은 그와 관련한 합헌성 심사를 포기하는 결과가 될 것이다.

즉, 위와 같이 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, 기본권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과, 모든 음란표현에 대하여 사전 검열을 받도록 하고 이를 받지 않은 경우 형사처벌을 하거나, 유통목적이 없는 음란물의 단순소지를 금지하거나, 법률에 의하지 아니하고 음란물출판에 대한 불이익을 부과하는 행위 등에 대한 합헌성 심사도 하지 못하게 됨으로써, 결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다.⁴¹⁾

따라서 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되,⁴²⁾ 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유

할 만한 것이 되지 못한다고 비판한다.

41) 이에 대하여 불포합설(별개의견)측에서는, 이른바 엄격한 의미의 '음란' 표현이 표현의 자유의 보호영역에 속하지 않는다고 하여 그러한 '음란' 표현에 대하여 다른 기본권의 영역에서도 보호될 수 없다는 의미는 아닌 것이며, 더욱이 표현의 자유의 보호영역에 속하지 않는 '음란' 표현의 경우에도 명확성의 원칙은 합헌성 심사에 있어 특별히 중요한 의미를 지닌다는 점에서, 다수의견은 받아들이기 어렵다고 한다.

42) 즉 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다고 본다. 이에 대하여 별개의견에서는 이러한 해석하는 것은 우리 헌법의 규정 자체의 존재 의의를 스스로 부정하는 것에 다름없는 것이라고 비판한다.

지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항의 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것인바, 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 위 95헌가16 결정은 변경되어야 한다.

(2) 불포함설⁴³⁾

우선 개개의 사건에서 문제된 모든 표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함될 수 없음은 자명한 것이고, 이와 같은 언론·출판의 자유의 보호영역에 관한 논의는 다수의견이 지적하듯이 언론·출판의 자유에 관한 합헌성 심사를 포기하는 결과가 되는 것이 아니라 언론·출판의 자유에 관한 합헌성 심사를 위한 필수적인 전제가 되는 것이다.

그리고 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 명시한 것으로서 제4항의 헌법적 한계를 벗어난 표현은 헌법상 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하지 아니하여, 이에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고 언론·출판의 자유의 제한에 관한 헌법 제37조 제2항의 적용 대상이 되지도 않는 것이라 할 수 있다.

또한 의사표현의 형태만을 가지고 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하는지를 판단한다면 결국 어떠한 내용이든 모두 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함될 수 있다는 결론에 이를 수밖에 없어 결국 언론·출판의 자유의

43) 이하는 별개의견의 요지이고, 이인호, “음란물출판사등록취소사건”, 헌법실무연구1권(1998), 45면에 의하면 현재는 표현의 자유의 보호영역에 속하는지 여부에 대한 판단기준을 제시하고 있으며 그 기준이 다소 불명확하기는 하지만 향후 어떤 표현이 이에 해당될 지는 구체적 사건에서 해명될 수밖에 없다고 한다. 위 견해는 미국 연방대법원과 같은 입장으로 연방대법원은 전통적으로 음란, 명예훼손, 욕지거리(fighting words), 기망적인 왜곡묘사 등을 헌법상 보호되지 않는 표현으로 판시하고 있다.

그러나 미국연방대법원의 위와 같은 태도는 표현의 자유에 대한 규제입법과 관련하여 내용근거 규제의 경우는 일단 위헌추정을 받게 되어 법원은 규제의 합헌성 여부와 관련하여 엄격심사를 행하게 되고, 엄격심사를 받게 되면 대부분 위헌으로 판단되므로 이와 같은 심사방식의 특수성에 기초하여 음란물 등 행위의 경우 아예 보호범위 밖으로 두는 것으로 이해된다. 그런데 우리나라는 이와는 다른 심사구조를 택하고 있으므로 미국의 실무례와는 괴리가 적지 않다고 보인다.

고유한 보호영역의 존재를 부인하는 것과 다름없게 될 것으로, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 규정한 것으로서, 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항과는 구별되는 개별적 헌법유보조항으로 보아야 할 것이다.

나아가 현재는 위 95헌가16 결정에서 앞서 본 바와 같이 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는 ‘음란’의 개념 및 그 판단 기준을 매우 엄격히 규정한 바 있고, 대법원도 최근 실질적으로 같은 입장을 취한 것으로 볼 수 있다. 그러므로 이러한 엄격한 ‘음란’의 판단 기준에 따르면, ‘음란’ 표현이란 미국 연방대법원이 수정헌법 제1조의 보호영역에 속하지 않는다고 보는 음란물(obscenity), 또는 독일형법 제184조a에서 정한 ‘하드코어 포르노 그라피’와 유사하거나 그 이상의 해악을 지닌 성적 표현만이 이에 해당될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 엄격한 의미의 ‘음란’ 표현은 헌법 제21조 제4항의 헌법적 한계를 벗어난 것이어서, 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이고, 결국 헌법재판소에서 종전에 정립한 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’ 판단 기준에 따르는 한, ‘음란’ 표현은 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하지 아니한다고 보아야 한다.

바. 표현의 자유 침해여부⁴⁴⁾

(1) 명확성원칙의 위반 여부⁴⁵⁾

표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 그러나 범규범의 문언이 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성의 원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다.⁴⁶⁾

44) 불포합설에 의하면 이른바 엄격한 의미의 음란 표현은 헌법상 언론·출판의 자유의 보호영역에 속하지 아니하는 것이므로 엄격한 명확성원칙의 심사 이외에 별도로 언론·출판의 자유의 제한에 관한 과잉금지원칙의 심사는 불필요하게 될 것이다.

45) 이 부분은 위 95헌가16 결정과 그 결정에 대한 이인호, 전계논문, 51면 이하 참조.

그런데 이 사건 법률조항은 ‘음란’에 대하여 개념규정을 하고 있지 않고 있으나 현재는 이미 ‘음란’ 개념을 앞서 본 바와 같이 규정하면서 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 결정한 바 있고(위 95헌가16), 대법원도 오랜 기간에 걸쳐 형법상 ‘음란’ 개념을 일관되게 판시하여 오면서 최근 그 범위를 엄격하게 좁힌 바 있는 등 ‘음란’에 대한 객관적 해석의 기준을 마련하고 있다.

나아가 개별적으로 법문(法文)화·구체화하여 ‘음란’에 해당하는 행위를 구체적 유형별로 명시하는 것이 명확성을 더욱 담보할 수 있는 바람직한 입법형식으로 볼 수도 있겠으나, 입법목적, 입법연혁, 범규범의 체계적 구조 등을 고려한 합리적인 해석기준을 통하여 어떠한 행위가 ‘음란’한 것인지를 판단할 수 있는 이상 보다 구체적인 입법이 가능하다는 이유만으로 이 사건 법률조항이 곧바로 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수는 없다.⁴⁷⁾

따라서 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은, 비록 보다 구체화하는 것이 바람직스럽다고 볼 여지가 있으나⁴⁸⁾, 현 상태로도 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성, 수단의 적합성

‘음란’ 표현의 배포 등이 표현의 자유의 한 내용으로서 인정된다 하더라도 정보통신망을 통하여 널리 사회에 유통시키는 것이 허용된다면 우리 사회의 성도덕이 더욱 문란하게 되거나 파괴될 가능성이 크다고 하지 않을 수 없다.

46) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바46, 판례집 18-2, 68, 73.

47) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 829; 2006. 11. 30. 2006헌바53, 공보 122.

48) 별개의견도 이 점에 관하여 “다만 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’ 개념 및 그 판단 기준이 다른 모든 법률상의 ‘음란’ 개념에도 동일하게 적용되는 것이라고는 말할 수 없다. 그 대표적인 것이 형법 제245조에 규정된 ‘공연음란’죄에 있어서의 ‘음란’으로, 이때의 ‘음란’에는 이른바 엄격한 의미의 ‘음란’ 판단 기준에서 한층 완화된 기준에 의한 성적 표현도 이에 해당할 수 있는 것이다. 여하튼, 우리의 음란물규제 입법에 있어서도 미국, 독일 등 외국 입법례와 같이 ‘음란’에 해당하는 행위를 구체적 유형별로 명시하거나 ‘음란’이라는 규범적 개념을 탈피하는 등으로 규제입법의 명확성을 더욱 담보할 수 있도록 전반적인 입법개선이 이루어질 필요가 있다고 할 것이다.”라고 지적하고 있다.

따라서 이러한 음란정보로부터 사회일반의 건전한 성적 풍속 내지 성도덕을 보호하기 위한 이 사건 법률조항의 목적은 정당하다 할 것이고, 형사처벌이라는 수단의 적합성 역시 인정된다고 할 것이다.

(나) 침해의 최소성

음란물 판단기준이 대법원 판결에 의하면 보다 엄격하게 되었고, 이 사건 법률조항은 행위의 수단에 있어 ‘정보통신망’이라는 전파가능성이 아주 높은 정보통신매체를 이용한 행위만을 규율하고 있는 점, 규제의 대상이 배포·판매·임대하거나 공연히 전시하는 행위로 한정되는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 침해의 최소성원칙에 반한다고 보기 어렵다.

또한 이 사건 법률조항이 영상물등급위원회의 등급분류를 받은 문언, 영상의 배포 등에 대하여도 형사처벌을 할 수 있게 하고 있는 것은 신뢰의 원칙에 반하는 과도한 기본권제한이 아닌가 하는 주장은, 영상물등급위원회의 등급분류가 음란성 여부에 대하여 심사하여 판단하는 것이 아니어서, 법원이 음란성 여부 판단 과정에서 영상물등급위원회의 등급분류를 참작사유로 삼을 수는 있으나, 영상물등급위원회에서 18세 관람가로 등급분류하였다는 사실만으로 음란성이 당연히 부정된다거나 영상물등급위원회의 판단에 법원이 기속된다고 볼 수 없으므로⁴⁹⁾ 이를 받아들일 수 없다.

(다) 법익의 균형성

이상과 같이 정보통신망을 통한 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상의 배포 등을 처벌하는 이 사건 법률조항이 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있는 경우만을 규제하는 이상, 이 사건 법률조항으로 인하여 초래될지도 모르는 합헌적 표현활동에 대한 제약 및 기본권적 이익의 실질적 침해는 그다지 크다고 보이지 않는다. 반면, 우리 사회의 성도덕을 문란 또는 파괴의 위험성으로부터 보호하기 위하여 정보통신망을 통한 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상의 배포 등을 억제할 필요성과 공익은 현저히 크다고 하지 않을 수 없다. 법익의 균형성 역시 인정할 수 있다.

49) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결.

4. 결정의 의의

본 결정은 음란표현이 헌법 제21조가 정하는 표현의 자유의 보호영역에 속하는지 여부 및 그에 따른 선례변경 요부에 관하여 재검토를 거쳐 선례를 변경한 점에 그 의의가 적지 않다. 그리고 인터넷상의 음란표현도 헌법상 표현의 자유의 보호대상이 되므로 그에 대한 형사처벌이 표현의 자유를 다소 제한하게 될 수 있음을 인정하면서도 인터넷상의 음란표현의 큰 해악 등 현실의 문제를 고려하면 이 사건 법률조항을 위헌으로 볼 수 없다고 실시하여, 오늘날 가장 거대하고 주요한 표현매체로 자리잡고 있는 인터넷과 관련된 표현의 자유와 공공복리 사이의 균형점을 제시한 점도 중요한 의미를 지닌다고 할 것이다. 그 외에 무죄판결과 재판의 전제성, 음란의 개념이 명확성의 원칙에 반하는지 여부 등 쟁점에 대하여는 기존의 결정례를 재확인하고 있다.

표준어 규정 제1장 제1항 등 위헌확인

- 표준어 규정 및 표준어에 관한 국어기본법 조항의
행복추구권 침해의 문제 -

(헌재 2009. 5.28. 2006헌마618, 판례집 21-1하, 746)

김진한*

【판시사항】

1. 표준어를 ‘교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말로 정함을 원칙’으로 하고 있는 이 사건 표준어 규정이 공권력 행사성을 갖고 있는지 여부
2. 공공기관의 공문서를 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 하는 구 국어기본법 제14조 제1항 및 교육인적자원부장관은 초·중등교육법상 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우 표준어 규정을 준수하도록 하고 있는 구 국어기본법 제18조 규정이 청구인들의 행복추구권을 침해하는 것인지 여부

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 표준어 규정(1988. 1. 19. 문교부 고시 제88-2 호) 제1부 제1장 제1항(이하 ‘이 사건 표준어규정’이라 한다), 구 국어기본법 제14조 제1항 가운데 공공기관의 공문서를 어문규범 중 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 한 부분, 같은 법 제18조 가운데 교육인적자원부장관이 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우 어문규범 중 표준어 규정을 준수하도록 한 부분(이하 심판대상인 위 구 국어기본법 해당부분을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라고 한다) 등의 위헌여부이고, 심판대상조문 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

* 헌법연구관

표준어 규정(1988. 1. 19. 문교부 고시 제88-2 호)

제1부 표준어 사정의 원칙

제1장 총칙

제1항 표준어는 교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말로 정함을 원칙으로 한다.

구 국어기본법(2005. 1. 27 법률 제7368호로 제정되고 2008. 3. 28. 법률 제9003호로 개정되기 전의 것)¹⁾

제14조 (공문서의 작성) ①공공기관의 공문서는 어문규범에 맞추어 한글로 작성하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 괄호 안에 한자 또는 다른 외국문자를 쓸 수 있다.

②공공기관이 작성하는 공문서의 한글사용에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제18조 (교과용 도서의 어문규범 준수) 교육인적자원부장관은 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에는 어문규범을 준수하여야 하며, 이를 위하여 필요한 경우 문화관광부장관과 협의할 수 있다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 이 사건의 청구인들은 전국의 각 지역에 위치한 초·중·고등학교에 재학중인 학생들 및 초·중등교육 대상자를 자녀로 둔 학부모들로서, 초·중·고등학교에 재학중이므로 그 교육을 받고 있거나, 그 자녀에게 초·중등

1) 2008. 3. 28. 법률 제9003호로 심판대상 조항 중 하나인 국어기본법 제18조 내용의 일부가 개정되었다. 개정내용은 교육인적자원부 등 부처명의 변경에 따른 개정일뿐 그 실질적인 규율내용이 달라지는 것은 아니다. 개정된 법률조항의 내용은 다음과 같다.

국어기본법 제18조 (교과용 도서의 어문규범 준수) 교육과학기술부장관은 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에는 어문규범을 준수하여야 하며, 이를 위하여 필요한 경우 문화체육관광부장관과 협의할 수 있다.

교육을 받게 할 의무가 있는 사람들 또는 국가기관 등 공공기관에 근무하는 자로서 공문서를 작성하거나 또는 대한민국 국민으로서 공문서를 접해야 하는 사람들이다.

나. 표준어 규정(1988. 1. 19. 문교부 고시 제88-2 호) 제1부 제1장 제1항은 “교양있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말”로 표준어를 정의하고 있는 바, 구 국어기본법(2008. 3. 28. 법률 제9003호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국어기본법’이라고 한다) 제14조는 공공기관의 공문서를 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 하고 있고, 제18조는 교육인적자원부장관은 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에 표준어 규정을 준수하도록 하고 있다.

다. 청구인들은 2006. 5. 23. 위 표준어 규정 제1부 제1장 제1항 및 구 국어기본법 제14조, 같은 법 제18조, 국가 및 지방자치단체가 초·중등교육 과정에 지역어 보전 및 지역의 실정에 적합한 기준과 내용의 교과를 편성하지 아니한 부작위가 청구인들의 행복추구권, 평등권, 교육권 등을 침해한다고 주장하면서 위 표준어 규정 등에 대하여 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장요지 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

이 사건 표준어규정이 표준어를 ‘교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말’로 규정함으로써 서울이 아닌 지역 언어를 쓰고 있는 청구인들에게 지역적 차별대우를 함과 아울러 상대적으로 교양없는 사람으로 멸시하고 차별하는 결과를 가져오는데, 이는 헌법 제11조의 평등권, 제10조의 행복추구권, 제31조의 교육권을 침해한다.

구 국어기본법 제14조 및 제18조에 의하면 오로지 서울말로만 공문서를 작성해야 하고, 서울말에 의하여 편찬된 교과용 도서에 의해 교육을 받아야 하는데 지역어에 익숙한 청구인들로서는 공문서 작성이나 교육을 받는 것에 있어 의사표현의 수단에 제약을 받게 되는데, 이는 헌법 제10조의 행복추구권과 제11조의 평등권 및 제31조의 교육권 내지 자녀를 교육시킬 언어를 선

택할 권리를 침해한다.

나. 관계기관의 의견 : 문화체육관광부 장관의 의견

(1) 적법성에 관한 의견

표준어규정은 그 자체로는 청구인들에게 어떠한 의무를 부과하지 않으므로 직접 기본권 침해가 발생한다고 볼 수 없다. 국어기본법 제14조 제1항은 공문서의 작성에 관한 사항인바, 청구인들 중 공문서를 작성할 지위에 있는 자가 누구인지 특정되어 있지 않다. 청구인들이 공문서를 작성할 지위에 있다는 입증이 없는 이상 자기관련성이 인정될 수 없다. 국어기본법 제18조는 교과서에 관한 사항인바, 청구인들 중 청구인 61부터 122는 초·중등교육을 받아야 할 연령에 있는 부모들로서 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

(2) 본안에 관한 의견

이 사건 표준어 규정은 표준어를 정의하고 있는바, 표준어 규정은 국가체제의 유지와 의사소통의 원활을 위하여 제정될 필요성이 있다. 청구인들은 특히 서울에서 사용하는 말을 표준어로 한 부분을 닦고 있는바, 국가의 공식적인 표준어를 정함에 있어 언어 사용의 인구수가 많고, 정치·경제·사회·문화의 중심지인 수도의 말을 기준으로 하는 것이 다른 지역의 언어를 표준어로 하는 것에 비하여 달리 대안을 찾을 수 없는 결정이다.

이 사건 심판대상인 국어기본법 조항들은 표준어 규정의 준수를 강제하고 있지만 이는 교과용 도서 및 공문서 작성 등에 한정되어 있고, 청구인들이 교과용 도서 및 공문서 작성 외에 일상생활에서 표준어 사용을 강제하는 것은 아니다.

국어기본법 제14조 제1항의 표준어 규정에 따른 공문서 작성의 강제에 관한 부분을 보면 공무원이 공문서를 표준어로 작성하지 않고 자기에게 익숙한 지역어로 작성한다면 이를 이해하지 못하는 사람들이 생겨나고 공문서로서의 효용을 발휘할 수 없다.

국어기본법 제18조 제1항의 표준어 규정에 따른 교과용 도서의 편찬에 관

하여 보면, 국가의 교육과정은 교육을 통하여 사회에 기여하는 성숙한 시민을 양성함에 있는바, 사회 전체의 통합이라는 측면에서 통일된 기준이 되는 표준어에 의한 교육은 불가피하다.

【결정요지】

1. 범정의견

이 사건 표준어 규정은 “표준어는 교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말로 정함을 원칙으로 한다.”는 내용인바, 이는 표준어의 개념을 정의하는 조항으로서 그 자체만으로는 아무런 법적 효과를 갖고 있지 아니하여 청구인들의 자유나 권리를 금지·제한하거나 의무를 부과하는 등 청구인들의 법적 지위에 영향을 미치지 아니하므로, 이로 인한 기본권 침해의 가능성이나 위험성을 인정하기 어렵다.

또한 표준어의 정의는 서울지역어 가운데 교육을 받은 사람이 구사하는 언어라는 의미일 뿐 그 표준어를 쓰는지 여부와 교양이 있는 사람인지 여부에 관한 판단이 관련되어 있다고 보기 어렵다. 결국, 이 사건 표준어 규정은 청구인들의 법적 지위에 영향을 미친다고 인정하기 어려우므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 법률조항에 의하여 강제되는 표준어 규정의 범위는 공문서의 작성과 교과서의 제작이라고 하는 공적 언어생활의 최소한의 범위를 규율하는 것이다. 따라서 개인적인 차원에서 사용하는 표현으로서 일상생활의 사적인 언어생활은 아무런 제한을 받지 아니한다.

이 사건 법률조항들 중 공문서의 작성에 관하여 규율하는 부분에 관하여 보면, 국민들은 공공기관이 작성하는 공문서에 사용되는 언어의 통일성에 대하여 일정한 신뢰를 가지고 있다 할 것이고, 이는 공문서에 사용되는 국어가 표준어로 통일되지 않는 경우 의사소통상 혼란을 가져올 수 있다는 점에서 필요불가결한 규율이다.

또한, 이 사건 법률조항들 중 교과용 도서에 관하여 규율하는 부분에 관하여 보면, 교과용 도서의 경우 각기 다른 지방의 교과서를 각기 다른 지역의 방언으로 제작할 경우 각 지역의 방언을 사용하는 학생들은 표준어를 체계적

으로 배울 기회를 상실하게 되고, 국가 공동체 구성원의 원활한 의사소통에 적지 않은 영향을 미칠 것이라는 점에서 공익을 위하여 필요한 규율이다.

이 사건 법률조항들은 이 사건 표준어 규정에 따른 표준어의 범위를 그 규율 내용으로 하고 있다. 서울의 역사성, 문화적 선도성, 사용인구의 최다성 및 지리적 중앙성 등 다양한 요인에 비추어 볼 때, 서울말을 표준어의 원칙으로 삼는 것이 기본권을 침해하는 것이라 하기 어렵고, 또한 서울말에도 다양한 형태가 존재하므로 교양 있는 사람들이 사용하는 말을 기준으로 삼는 것은 합리적인 기준이라 할 수 있다. 결국, 이 사건 심판대상인 이 사건 법률조항들이 과잉금지원칙에 위배하여 행복추구권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.

2. 재판관 김종대, 재판관 이동흡의 반대이견

이 사건 법률조항들이 ‘서울말’이라고 하는 기준만으로써 표준어의 범위를 결정하고 이 표준어만을 교과서와 공문서에 쓰도록 강제하는 것은 청구인을 비롯한 국민들의 언어생활에 관한 행복추구권을 침해하여 헌법에 위반된다.

지역어 가운데 특정 지역어를 표준어로 정하는 경우 그 지역 이외 지역의 방언을 사용하는 사람들의 언어생활에 상당한 위축을 가져온다. 국어의 표준화와 교육의 질적·양적인 성장, 매스컴의 발달 등을 통하여 오늘날 전국적인 방언 차이는 국민적 의사소통에 별다른 어려움을 주지 않을 만큼 약화되었다. 이와 같은 우리나라 현재의 언어 환경에 비추어 볼 때, 과거의 기준을 엄격하게 고수함으로써 표준어의 기준이 보수적이고 타성적인 규범으로서 작용하도록 한다면 오히려 표준어와 우리 언어의 발달을 저해하게 된다고 할 것이다.

서울 이외 지방의 각 지역어도 각 해당 지역 주민들의 역사적·문화적·정서적인 창조물일 뿐만 아니라 누대에 걸쳐 전승된 우리 모두의 문화유산이다. 이와 같은 성격을 갖는 각 지역의 지역어는 해당 지역어 사용자들뿐 아니라 우리 민족 전체의 정서와 감정표현에 가장 적합한 수단이기도 하다는 점을 감안할 때 이들 지역어 모두를 표준어의 범위에서 배제해 해당지역민에게 문화적 박탈감을 주는 것은 표준어 선정의 합리적 방법이라 할 수

없다.

서울지역의 언어라고 하는 기준은 표준어의 범위로서 원활한 의사소통을 위하여 기준이 되는 범위라고 하기에는 지나치게 좁고 획일적인 기준으로서, 국민의 문화적 통합에 장애를 초래할 수도 있으므로 이 기준은 서울 이외 지역민의 기본권을 제한할 합리적 기준이 될 수 없다.

【해설】

1. 표준어의 의의·기능 및 그 역사

가. 표준어의 의의 및 기능

모든 언어는 끊임없이 변화하므로 지역과 계층, 세대 등에 따라 언어차가 나타나는데 이를 방언이라고 한다. 지역에 따른 방언을 지역방언, 계층에 따른 것을 계층방언, 세대에 따른 것을 세대방언이라고 한다. 그런데 방언은 일반적으로 다양한 방언 가운데 지방방언의 준말이자 표준어의 대립 개념으로 이해하는 것이 일반적이다.²⁾³⁾

지방방언과 관련하여 지역어라는 개념도 사용된다. 지방방언은 표준어나 다른 지역 방언과의 차별성을 특징적으로 보여주는 개념인 반면, 지역어는 지역 공동체의 의사소통이라는 역할과 기능에 초점을 맞춘 개념이다. 따라서 지역어는 다른 지역어와 공통되는 부분이 많을 뿐 아니라, 표준어와도 공통되는 부분이 많다. 따라서 지역어는 표준어와 대비되는 개념이 아니며, 지역어들 간에 상호 배타적인 관계에 있는 것도 아니다.⁴⁾

표준어란 방언의 차이에서 오는 의사소통의 불편을 덜기 위해 전국민이 공통적으로 쓰도록 정해놓은 말이다. 하나의 언어를 국어로 사용하는 국가에서는 언어를 통하여 국민을 통합하려는 동기에서 일반적으로 정치, 경제,

2) 민현식, 표준어와 언어정책론(1), 선청어문 27(1999년 9월), 659면

3) 표준어는 표준으로 정해진 어휘만을 가리키는 것이 아니라 발음과 문법까지 포괄한다. '(병을) 고친다'(낫는다×)가 어휘 차원의 표준어라면 '읽는다[잉는다]'(일른다×)는 발음 차원의 표준어라고 할 수 있다. 또 함경방언의 '먹어 못 봤슴배'에 대해 표준어 '먹어 보지 못했어요'에서의 '못'의 어순은 표준어 문법에 속하는 사항이다. 방언간의 차이가 두드러져 표준화의 필요성이 가장 절실한 부분은 어휘이므로 표준어에 대한 규정은 어휘에 집중된다.

4) 임철성, 지역어와 국어교육, 국어교육학 연구 13(2001. 12.), 31-32면

문화의 중심지인 중앙어를 표준어로 선정하여 국민이 사용하는 실정하는데 일반적으로 다음과 같은 기능을 가지고 있다.

첫째, 한 나라를 단일 언어사회로 묶어 국가 의식상 통일시키는 통일의 기능(unifying function), 둘째, 다른 언어 종족과 구별되어 종족 독립성을 유지할 수 있는 독립의 기능(seperating function), 셋째, 다양한 방언들 사이에 어떤 형태가 표준형인지, 또는 어떤 형태가 표준어에 가까운지를 판단하도록 하여 의사소통의 효율성을 높여주는 준거의 기능(frame of reference function) 이다.⁵⁾

나. 서구와 우리나라의 표준어 성립의 역사

표준어 형성의 선례가 된 것은 유럽의 경험에 따르면 일반적으로 15-16세기 봉건 국가와 17-18세기 절대주의 왕정이 존재했던 지역 및 그 주변 지역의 언어를 중심으로 일종의 공통어가 형성되었다. 이 공통어는 수세기에 걸쳐 문어의 형태로 궁정 및 귀족들에 의해, 그리고 저명한 학자들과 작가들에 의해 변화하고 발전하다가, 19세기 이후 국민국가 시기에 성립된 공교육 체계를 통해 진정한 표준어의 지위를 획득하게 되었다.⁶⁾ 표준어(standard language)라는 개념 내지 용어가 사용된 것은 영국의 빅토리아 왕조 시대, 즉 산업혁명에 의하여 교육의 혜택이 보다 광범위한 계층에 허용된 비교적 최근 시대의 산물이다.^{7) 8)}

5) 이익섭, 한국어 표준어의 제문제, 일지사(1983년), 44-45면; 이익섭은 이밖에도 표준어 사용층이 사회적 상위층으로서 우월감, 자부심을 갖게 하는 우월의 기능 (prestige function)을 다른 하나의 기능으로 거시하고 있다. 이에 대하여 민현식은 이와 같은 기능은 표준어 지정에 따른 인간의 사회심리적 현상에 불과할 뿐 이런 이유로 표준어를 지정하여 강요할 수는 없다고 하면서, 이 때문에 방언문화를 위축시키고 인구의 수도권 집중을 조장한다면 표준어의 심각한 역기능이라고 하고 있다 (민현식, 전개논문, 657면).

6) 조태린, 표준어 정책의 문제점과 대안 모색, 한말연구 제20호 (2007. 06.), 한말연구학회, 217면

7) 조태린, 전개논문, 217면; Joseph, John Earl, 1987, Eloquence and Power : The rise of language standards and standard language, London :Frances Pinter(1987), 5면

8) 각국의 표준어 수립의 역사에 관한 상세한 내용에 관하여는 [별지] 각국의 언어정책 참조

서구의 표준어들이 수세기에 걸친 오랜 언어 표준의 시기를 통해 공통어로서 기능을 발전시켜오다가 자본주의라는 경제체제와 국민국가라는 정치체제의 등장과 함께 형성된 반면 우리의 표준어는 매우 다른 과정을 거쳐 형성되었다.

우리나라에서는 표준어의 형성에 앞서 그 기반이 될 수 있는 언어표준이 충분히 형성되지 못하였다. 언어표준이 형성되기 위해서는 하나의 방언이 일정한 정치적 틀 내에서 공적인 용도의 문어로서 사용되어야 할 뿐 아니라, 문학, 문화 및 교육의 언어로 기능해야 한다. 그런데 우리나라에서는 근대 이전 까지 중국 문자인 한자만이 공적인 용도의 문어로 기능했기 때문에 고유문자인 한글을 기반으로 하는 언어 표준이 형성되기 어려웠다. 더구나 우리나라는 근대의 초입에서 일본의 식민지가 되었기에 근대의 독립된 정치, 경제체제가 요구하는 표준어의 형성도 본격화되지 못하였다.

이와 같은 상황에서 우리나라에서의 표준어는 일본 강점기에 문화적 민족주의를 내세운 일부 선각적 지식인들의 의식적인 노력에 의해 형성될 수밖에 없었다.⁹⁾ 즉, 일제 강점기인 1993년에 민족주의 민간 연구단체인 조선어학회가 ‘한글 맞춤법 통일안’에서 표준어 기준 외에 8개항을 제정하였고, 이를 바탕으로 1936년 총 9,547개의 어휘를 사정하여 만든 ‘사정한 조선어 표준말 모음’을 간행하였다. 해방 이후에도 조선어학회의 후신인 한글학회가 1957년 완간한 「조선말 큰사전」 등이 표준어를 판정하는 기준으로 제시하였다.

다. 우리의 표준어 사정 작업과 표준어 정책

(1) 1930년대 조선어학회의 표준어 사정 작업과 비판

1930년대 조선어학회 운동은 국권이 상실된 상태에서 민족의 정체성을 수호하기 위한 수단으로서 언어통일의 중요성에 대한 인식에 기초하여 이루어졌다. 조선어학회의 사업은 표준어 사정(査定) 작업, 철자법 제정이었으나, 이는 조선어사전의 편찬을 궁극적인 목적으로 하는 사업이었다.

우선 철자법의 제정은 편찬될 사전의 표제어의 형태를 결정하는 것과 관

9) 조태린, 전계논문, 219면

련되어 있었으며, 표준어의 사정은 사전의 표제어 선정과 뜻풀이라는 구체적인 목표와 연결되어 진행되었다. 같은 뜻을 가진 단어라면 표준어로 선정된 것에만 뜻풀이를 하고, 나머지 방언은 표제어 목록에서 제외하거나 뜻풀이에서 제외하는 것이 사전편찬의 대원칙이었다.¹⁰⁾

당시 표준어 사정 작업의 목적 및 진행방향과 관련하여 비판이 제기되었다. 첫째, 표준어 사정에 대한 논쟁이다. 조선어학회의 표준어 제정은 구체적인 어휘 하나하나를 사정하여 발표한 것을 특징으로 하였는바, 이와 같은 표준어 사정은 공통어를 확립하는 것보다 바른말을 선택하는 차원에서 진행됨으로써 방언과 같은 다양한 언어변이형의 생존을 위협하는 결과를 초래한다는 비판이 있었다.¹¹⁾

둘째, 표준어의 범위와 관련한 문제제기이다. 이는 특히 ‘중류계층’이라는 말에 대한 좌파 지식인의 거부감이 주원인이 되었다.¹²⁾

(2) 이 사건 표준어 규정의 제정과정과 현대의 표준어 사정 작업

1970년대 들어 이와 같은 표준어의 범위설정과 표준어 사정 작업을 국가가 담당하게 되었다. 정부는 1964. 11. 10. 대통령령 1977호로 국어심의회 규정을 제정하여 문교부 장관의 자문에 응하여 국어에 관한 중요한 사항을 조사, 연구, 심의하게 하기 위한 국어심의회를 설치하였다. 1970. 4. 국어심의회

10) 최경봉, 표준어 정책과 교육의 현재적 의미, 한국어학 31, 342면

11) 더욱이 표준어 사정안은 궁극적으로 사전편찬을 위한 내부지침의 성격이 강했는데, 조선어학회는 사전편찬 이전에 이를 공포함으로써 규범의 경직화를 자초하였던 측면이 그와 같은 비판을 강하게 하는 효과를 발생시켰다고 한다. 최경봉, 전계논문, 348면

12) 당시 흥기문의 표준어사정 원칙에 대한 반박은 좌파 지식인의 거부감을 대변한다. 흥기문의 표준어사정 원칙 비판의 내용을 발췌하여 보면 다음과 같다. “만일 정확한 어음과 어법을 표준한다면 아주 일보를 내키어 어째서 각 계급어를 통한 선발을 도호하지 안하려 하는가? 더구나 지금 조선으로 말하면 동식물의 명사를 그들이 제일 많이 보관해 가지고 있는 것이 사실이다. 그들의 말을 제외하고 어디서 동식물명을 찾으려는가? 또는 중산이상 계급의 말이 가장 한문화한테 반하여 고유한 조선어를 그들이 비교적 많이 보전해 오는 것도 사실이다. 그들의 말을 제외하여 그 잔존의 고유어를 배제코자 하는가? 우리 조선의 언어연구자들은 언어정화의 이상 아래 한문으로 된 말을 크게 기피하는 만큼 적어도 노농 계급어를 표준어의 중심으로 삼지 안하여서는 안 된다.” 흥기문, 조선일보, 1935년 1월 15일-2월 3일자; 최경봉, 전계논문, 347면

는 한글 맞춤법 개정 및 표준어 연구를 위하여 국어조사연구위원회를 구성하였다. 동 위원회에는 한글학회 등 7개 어문 연구 단체가 참여하였다. 1970년에 시작된 동 위원회의 연구성과는 1972. 12. 맞춤법 개정 초안을 제출 및 1977. 9. 표준말 연구결과 제출로 결실을 맺게 되었다. 1978년 국어심의회는 표준어를 포함한 어문 표기법의 개정안 심의를 개시하였으며 다양한 학술회의와 여론조사 및 공청회의 실시를 바탕으로 여론을 수렴하였다. 1979. 12. 국어심의회는 최종시안을 마련하였지만 그 확정은 보류하였다.

1981. 5. 어문 표기법 개정사업은 학술원으로 이관되었으며, 그 사업 추진을 위하여 학술원에 어문연구 위원회와 3개(맞춤법, 표준어, 외래어 및 로마자 표기) 소위원회를 설치하였다. 1984. 8. 학술원은 어문표기법안에 대한 학계, 언론계, 출판계 등에 대한 설문조사를 실시하고, 같은 해 12. 그 사업결과를 보고하였으며, 국어연구소에 동 개정안에 대한 재검토, 보완 연구를 위탁하였다. 1987. 9. 국어연구소는 한글 맞춤법안 및 표준어 규정안을 문교부에 보고하였으며, 같은 해 12. 국어심의회는 동 안을 최종심의 하였다. 1988. 1. 19. 문교부는 한글 맞춤법 및 표준어 규정을 확정 고시하였는바, 이 사건 표준어 규정은 바로 이 때 확정, 고시된 것이다.

표준어 규정이 제정되면서 표준어 규정집이 출판되었다. 표준어 규정집은 선정된 표준어와 표준어로 선정되지 못한 어휘를 옳은 어휘와 잘못된 어휘를 구분하는 방식으로 구분하여 제시하였다.¹³⁾ 그 후 국어정책 업무가 문교부에서 문화부로 이관되었고, 문화부는 1990년 문교부의 표준어 규정의 후속사업으로서 ‘표준어 모음’을 문화부 고시로 공포하였다. 1999년에는 문화부 소속 국립국어연구원(현 국립국어원)이 50만 단어의 표제어를 담으면서 국민의 언어생활에 표준어를 제공하는 데에 초점을 맞춘 「표준국어대사전」을 간행하였다.¹⁴⁾ 그런데 표준어만을 옳은 어휘로 소개하는 표준어 규정집의 편찬방식은 「표준국어대사전」의 편찬에서도 그대로 유지되었다.¹⁵⁾

13) 그런데 이런 규정집의 기술방법과 내용을 실제 교육 현장에서 활용하는 경우 언어의 다양한 용법과 효과를 익히면서 국어사용능력을 향상시키는 국어교육의 장애가 될 수 있고, 이런 점에서 규범은 사전을 통하여 제시될 필요가 있다고 하는 견해가 있다. 최경봉, 전계논문, 349면

14) 조태린, 전계논문, 230-231면

2. 각국의 언어정책에 대한 연구

가. 일본의 언어정책¹⁶⁾

에도시대(江戸時代, 1603-1867)에 이르기까지 일본에서는 모든 일본인이 공통된 하나의 말을 사용해야 한다는 사고방식이 존재하지 않았다. 그런데 메이지시대에 접어들면서 상황이 바뀌어 일본 안에서 사용되는 말을 어떻게 하든 통일하여야 한다는 사회인식이 생기게 되었다.

이와 같은 인식의 변화는 중앙집권국가로서 정치적·사회적으로 전국적인 통일을 도모할 필요성에 기인한다. 통일을 위해서는 각 번의 영지안에서 영민으로서 생활하였던 사람들을 하나의 국민으로서 통합할 필요가 강하였던 것이고, 이들 국민에게 통일국가의 정책을 교육시키기 위해서는 우선 그와 같은 교육을 매개할 언어의 통일 및 표준화가 요구되었던 것이다.

1902년 문부성 안에 설치된 국어조사위원회는 국어·국자(國字)의 근대화를 도모하기 위하여 기초자료를 수집하는 정부산하 조사기관이다. 이 위원회의 조사방침이 4가지가 있는데, 그 중의 하나가 “방언을 조사하여 표준어를 선정할 것”이라는 항목으로서 표준어에 대한 문제가 부각되기 시작한다.

표준어의 준거로서 도쿄말이 명시된 것은 국어조사연구회의 연구성과가 집적된 1916년의 「구어(口語)법」에 의해서인데, 구어(口語)법의 범례에는 도쿄말을 표준어로해서 구어법칙을 정했다는 점을 명백히 하였다. 이는 그때까지의 표준어론에 매듭을 짓고 다이쇼(1912-1926), 쇼와시대(1926-1989)에 이르는 표준어 정책 및 교육의 방향을 결정하는 역할을 했다.

다이쇼·쇼와시대에는 표준어 정책, 표준어 교육에 대한 방향이 결정되었는데, 이를 성공시키기 위한다는 명목으로 방언에 대한 탄압도 심해졌다. 이와 같은 탄압은 한 나라 안에서는 언어의 차이가 존재할 수 없으며 또 존재해서도 안된다는 생각에 기초한 것으로 방언은 표준어 보급의 방해물, 무용

15) 그러나 사전에 실릴 정도의 틀린 표현은 대개 특정한 사용영역을 갖거나 높은 사용 빈도를 보이는 표현으로 표준어 규범을 재평가해야 하는 근거가 된다는 점에서 사전이 맞는 표현과 틀린 표현을 나누는 것보다 단어의 사용 양상을 보이는 데 주력할 때 언어 표준화의 갈등을 상징하는 표준어와 방언의 대립을 최소화 할 수 있었다고 보는 비판적 견해가 있다. 최경봉, 전계논문, 349-350

16) 임영철, 일본의 언어계획 및 언어정책, 사회언어학 6권 제2호, 127면부터

지물, 사회악으로 보아서 이를 없애고자 하는 것이 그 인식의 출발점이었다. 방언박멸의 성과를 올리기 위한 극단적인 수단으로서 교사의 적발이나 학생들의 고발에 의해서 방언을 사용한 학생에게는 목이나 등에 방언표찰 등을 붙이는 예도 있었다. 그러나 이와 같은 교육은 그다지 효과가 없어서 방언은 건재하였다. 오히려 자기들의 모어에 대한 비굴한 패배감만 조장하였으며, 표준어 교육은 지역분할 뿐 아니라 계층간의 분열도 가지고 왔다.

1945년 제2차 세계대전의 종전 이후 일본의 표준어 정책은 새로운 전기를 맞았다. 언어의 단색화로부터 다양성을 인정하고, 공통의 매개물로서 공통어로 각지를 연결하려는 운동이 전개되었다. 공통어란 용어는 ‘한 나라의 어디에서나 공통으로 의사를 교환하는 것이 가능한 언어’라는 의미로 표준어라는 용어에 수반되던 ‘이상적임’의 어감을 줄이고, 국가에 의한 ‘통제’의 이미지를 불식시키기 위한 노력이다. 일본에서의 공통어는 ‘인공적’인 표준어와 달리 ‘자연발생적’이지만 방언처럼 지역적으로 제한되지 않는 언어를 의미하는 것이다.

그런데 공통어를 위와 같이 정의하고 사용하는 것은 표준어의 문제점을 극복하려는 의도가 있다는 점은 이해하지만, 그 실제적인 차이는 상징적인 것에 그친다고 하는 비판이 있다. 공통어가 사실상 그 규모와 범위를 넓힌 표준어, 즉 ‘확장된 표준어’에 지나지 않을 수 있기 때문이다. 특히 공통어가 기존의 표준어처럼 국가 차원에서 규정을 마련하여 고시하고 그 규정에 비추어 문제가 될 수 있는 구체적인 어휘나 표현들을 사정하여 목록으로 제시하는 방식으로 진행된다면, 설령 그 작업이 광범위한 실태조사의 결과를 근거로 진행된다고 할지라도 기존의 표준어 정책이 지닌 한계를 크게 벗어나지 못 할 것이라는 지적이다.¹⁷⁾

나. 프랑스의 언어정책¹⁸⁾

프랑스어의 사용과 보급, 즉 언중에 의한 프랑스어의 이해 및 사용수준은

17) 조태린, 표준어 정책의 문제점과 대안모색, 한말연구 제20호(2007. 6.), 한말연구학회

18) 윤희원, 전환기의 국어 문제에 관한 사례 연구(프랑스와 불가리아의 언어정책과 국어교육), 국어교육연구 제17집, 7면부터

프랑스라는 국가의 행정, 사법 체계의 발전에 비례하여 향상되어 왔다고 할 수 있다. 그 반면으로 프랑스라는 국가형성에 프랑스어의 보급이 중요한 역할을 했다고도 할 수 있다.

중세시대 프랑스에는 지역에 따라 차이를 보이는 다양한 방언이 나타나기 시작했다. 당시에는 프랑스 북부지역에서 쓰이던 말과 남쪽 지역에서 쓰이던 말이 특히 달랐다고 하는데, 국가의 체제가 잡힘에 따라 북쪽지역의 말이 차차 세력을 굳히게 되었다. 그러나 다른 한편으로는, 라틴어가 교회와 성직자, 학자들 사이에서 쓰였는데, 이 라틴어를 통해서 서로 다른 방언을 쓰는 사람들 사이의 의사소통이 가능했다. 오늘날과 같은 소통수단이 없었던 당시의 방언은 거의 개인 방언이라 할 정도로 차이가 심했기 때문이다. 프랑스가 점차 체계를 갖추고 세력을 굳혀갔음에도 불구하고 두 가지 언어를 사용하는 현상은 17세기까지 계속되었으며, 종교계나 학계에서는 더 오랜 기간 동안 지속되었다. 프랑스는 2언어 공용주의가 그 특징을 이루고 있었던 것이며 이와 같은 상황은 1789년 프랑스 대혁명의 시기까지 이어진다.

1635년에는 프랑스어에 관한 사회적 요구를 반영하여 “아카데미 프랑세즈”가 설립되었다. 당시 재상이었던 르쉴리유(Rechelieu)는 설립목적으로 “정치적으로 분란이 심한 국가에서 결속력을 굳히기 위한 수단으로 통합적인 하나의 언어가 필요하기 때문”이라고 하였다. 이에 더하여, 아카데미 프랑세즈의 정관 24조는 “프랑스어가 예술과 과학을 다루기에 충분한 정도로 순수하고 풍부하며 기증적인 언어가 되도록 언어적 규칙을 세우는 일에 최선을 다할 것”을 기관의 사명으로 정하고 있다.

위와 같은 르쉴리유의 천명은 수세기가 지난 지금도 거의 수정하지 않은 상태로 남아있다. 즉 정치적인 권력을 남용하여 언어에 영향을 주고자 하지 말아야 한다는 것인데, 이를 위하여 심의기관을 만들어서 프랑스어에 관련된 사항을 기록하고, 프랑스어를 바로 세우며, 프랑스어 사용을 통제하였다. 언어에 관한 한, 권력의 개입보다 같고 닳으며 모범을 보이는 것이 훨씬 효과적인 수단이라는 점을 인정한 것이다. 프랑스 왕국이 번창하고 프랑스 문화가 점차 세련되어 가며 다수의 신교도 이민을 받아들이게 된 17-18세기가 되자, 아카데미 프랑세즈와 언어학자들이 정리하고 다듬어내는 프랑스어는

그 세력을 국경 밖으로 넓혀갔다.

프랑스 혁명기의 언어정책은 프랑스어를 단순히 국어로서 강제한 것이 아니라, 그 전까지는 소수의 특권층과 지식인들에 의하여 독점되어 있었던 언어문제를 국민의 것으로 만들기 위한 정책이었는데, 프랑스어는 혁명전과 비교하여 볼 때 정치적, 사회적으로 전혀 다른 위상을 갖게 되었다. 이와 같은 언어정책은 혁명 이후에 계속 이어져서 1791년의 제헌의회 시절에는 언어의 통일이 혁명의 한 부분이며 프랑스어의 국어화가 혁명헌법을 수호하는 최상의 수단으로 인식되었다.

19세기에 이르러 공식교육이 일반화되기 시작하면서, 철자법은 점점 고정되기 시작했다. 공식 교육 기관인 학교에서는 가르치는 내용이 어느 정도 규범화될 필요가 있었으므로 언어에 대해서도 무언가 규칙이 필요했다. 이에 따라 1900년과 1901년에 걸쳐서 각종 시험에서 기준이 되는 철자법과 문법이 고시되었다.

그로부터 거의 1세기가 지난 1990년, 프랑스어 고등심의위원회에서는 관보를 통하여 “수정철자법(Les Rectifications de l'Orthographe)”을 발표하였다. 그들은 이 수정안이 아카데미프랑세즈의 권고안일 뿐 어떠한 경우에도 정부고시 형태의 공권력 행사를 통하여 언중에게 강요되어서는 안되며, 새로운 맞춤법의 사용 여부는 시간의 흐름에 따라 정해지도록 해야 한다는 점을 분명히 하였다. 따라서 아카데미 프랑세즈에서 만드는 사전에도 이들중 극히 일부만이 수용되었다.

1975년의 이른바 “바-로리올법(loi Bas-Lauriol)”은 매체는 물론 산업 현장에서 프랑스어 사용을 의무화 했다. 여기에는 각종 광고와 양식, 사용설명서 등도 포함되었다. 이러한 일련의 작업에 연이어 1992년 6월 25일에는 프랑스 헌법 2조에 “프랑스의 언어는 프랑스어로 한다(La langue de la République est le français).”라고 명시하였다.

그리고 같은 맥락에서, 1994년에는 이른바 “투봉법(Loi Toubon)”이 나와서 1975년도의 법을 보완하게 되었다. 그리고 1996년 7월 3일자로 매스컴을 포함한 모든 공식 문건에 사용되는 용어와 신조어는 아카데미 프랑세즈의 승인을 받아야 하게 되었다. 이로 인하여 프랑스어를 지켜간다는 아카데미

프랑세즈의 이념은 법적 보장을 받게 된 셈이다.¹⁹⁾

프랑스의 문제를 다루는 대표적인 국가 기관으로는, 위에 언급한 아카데미 프랑세즈 외에도, DGLFLF 등이 있다. 1966년에蓬피두 대통령이 만든 프랑스어 보호발전위원회(Haut Comite pour la defence et l'expansion de la langue francaise)가 2001년 확대 개편된 기관인 DGLFLF는 프랑스어 이외에도 프랑스 내의 언어문제 전반을 다루는 국가기관으로서, 프랑스 국민의 언어 사용에 관한 권리를 지키고 프랑스어를 다듬어 나가되, 외국인을 위한 프랑스어 교육은 물론, 프랑스 국민의 효과적인 언어 사용을 위한 외국어 교육과 번역, 통역의 문제도 관장하고, 정부 부처 및 관련 기관과의 협력하에 프랑스어 언어 관련 연구와 출판사업을 추진하고 있다.

프랑스에는 베아른과 피카르디 방언 등 소수방언을 비롯하여 다양한 지역 언어가 존재한다. 가령 앵글로 색슨족의 영국점령(449년)으로 쫓겨난 켈트족들의 집단 거주지역인 프랑스의 브리타니 반도에 살고 있는 Breton 족들은 Breton어가 그들 정체성의 상징이다. 프랑스 정부가 그들의 문화와 언어의 권리를 인정하면 동시에 불어도 함께 유지하겠다는 것이 그들의 희망이다. 언어의 법적 지위는 인정되지 않고 있지만 학부모들의 자발적인 성금으로 자생적인 학교가 생겨나는 정도이며 교육은 불어와 Breton의 이중언어로 이루어진다.²⁰⁾ 최근 프랑스 의회에서는 이와 같은 지역 언어들을 프랑스의 문화적 유산으로 인정하여야 한다는 조항을 삽입하기 위한 헌법개정을 놓고 논란이 벌어지고 있다고 한다.²¹⁾

다. 독일의 언어정책²²⁾

다수의 봉건국가로 분리되어 있던 독일의 근대화는 다른 유럽 제국에 비하여 후진적이었다. 근대화의 주도자로 나선 부르조아 계급은 ‘민족(Nation)’

19) 투봉법의 일부 법률조항의 위헌여부에 관한 헌법위원회의 판단에 관하여는 본문 중 5. 본안판단 나. 이 사건 법률조항들의 위헌성 여부 (2) 이 사건 법률조항들과 문제되는 기본권 (다) 표현의 자유 제한 여부 참조

20) 변명섭, 언어정책과 언어법제화의 양상, 법과 정책(2003. 8.), 206-207면

21) 2008. 6. 17. 연합뉴스 “프랑스, 방언 공식 인정으로 ‘시끌’”

22) 김하수, 독일의 언어정책, 세계의 언어정책, 116면부터

을 기본적인 이념으로 내걸고 새로운 사회체제를 이룩해내었다. 민족어로서의 독일어는 이와 같은 민족국가의 형성(통일) 및 그 근대화의 시기에 독특한 지위를 획득하면서 사회적 관심을 끌게 되었다.

독일의 민족어 운동은 16세기에 종교개혁 운동을 전후로 하여 조금씩 맹아를 돋우기 시작하였다. 16세기 초반에 이루어진 루터의 성서번역과 종교개혁은 독일어의 광범위한 보급이 이루어지게 한 계기가 되었다.

그러나 이 시기에도 대학과 교회에서는 라틴어가 주로 쓰였고 귀족층을 비롯한 지시계층은 프랑스어를 사용하는 풍속을 가지고 있었다. 따라서 상류지식층에서 독일어의 사용은 보편화되어 있지 않은 단계이었다.

17세기 후반 라이프니츠(Leibniz, Gottfried, Wilhelm)는 독일어를 완전하게 하고 아름답게 하고, 이를 탐구하는 조직을 창설하자고 호소하였다. 당시 독일의 패권을 향해 나아가고 있던 프로이센의 프리드리히 1세는 1700년에 과학협회(Societat der Wissenschaften)을 설립하여 독일어의 개선작업을 그 기관의 활동목표에 포함시켰는데, 그것이 오늘날 베를린 한림원(Berliner Akademie)의 전신이다.

18세기에 들어서 독일은 민족 통일국가건설이라는 방향으로 매진하게 되고, 1871년 프로이센의 비스마르크의 주도로 독일 제국이 성립된다. 1840년대 교육관계 행정부처에서는 표기규범을 확립하려는 움직임이 일어났다. 그러나 학교맞춤법은 1845년에서 1875년에 이르기까지도 확정되어 갔으나 아직 지역에 따라 그리고 심한 경우는 학교의 종류와 계열에 따라 여러 가지의 편차를 보이고 있었다. 1876년 1월 베를린에서 ‘맞춤법 회의(Berliner Orthographische Konferenz)’가 있었으나 각 지방의 문화, 교육부서의 이해관계가 일치하지 않아 좌절되고 말았다. 그러나 1879년에는 바이에른이, 1880년에는 프로이센이 새로운 학교 맞춤법을 제정하였고, 같은 해 1880년에 라이프찌히에서는 Konrad Duden의 ‘완전 맞춤법에 의한 독일어 사전’이 나오게 되었다. 1901년 6월 17일부터 19일까지 제국 내무부 장관이 베를린에서 소집한 맞춤법 회의에서 모든 지방정부는 프로이센식의 규정으로 합의 하여 1903년에 통일 맞춤법은 드디어 시행될 수 있었다.

한편, 발음규범의 통일은 맞춤법과 다른 경로로 이루어진다. 이미 19세기

끝무렵부터 독일의 연극계에서는 무대에서의 방언사용을 배제하려는 움직임이 있었다. 19세기 초반에 와서야 베를린 극단의 주도적인 노력으로 표준 독일어가 통합적으로 사용되기 시작했다. 결정적인 발음 규범의 확립은 독일어학자 집스(Theodor Siebs)의 ‘독일어 무대발음(Deutsche Bühnenaussprache, 1898)’이라는 책이 연극계와 학교에서의 발음 교육의 기준으로 인정을 받게 된 것에 힘입었다.

라. 미국과 영국의 언어정책²³⁾

영국과 미국의 영어 및 영어교육에 대한 정부정책은 흡사하다. 영국과 미국에는 영어가 국가적 공용어라고 명시한 법령이 존재하지 않는다. 그러나 대부분의 사회생활과 학교교육이 영어로 이루어지기 때문에 영어는 불문율로서 실질적인 공용어의 지위를 가지고 있다.

영국의 표준어는 교육 받은 상류층 런던 주변지역 사람들의 언어이다. 다만, 이와 같은 표준어는 국가의 정책에 의하여 수립된 것이 아니라 명문 사립학교의 교육과 민간의 사전편찬에 의하여 만들어지는 특징을 가지고 있다.

영국과 미국의 경우 프랑스와 달리 중앙정부의 언어정책 수립기관은 존재하지 않으며 언어와 언어교육에 대한 정책은 원칙적으로 민간의 필요에 의하여 조성된다. 즉, 영국과 미국의 언어교육과 관련된 개선책들은 정부의 주도로 제시되는 것이 아니라, 정부는 제기된 문제점의 개선 방안 연구를 지원하고, 연구된 결과는 널리 공개되어 평가, 비판되면서 교육과정에 반영되거나 무시된다.

특히 미국은 표준어 강제를 강력하게 시행한 일본과는 다른 쪽 극단이라고 할 이중언어정책을 시행하고 있다. 이는 영어 이외에 다른 언어의 사용을 허용하는 언어정책으로서 각 시대별로 그 정책강도상의 차이점이 있으나 전반적으로 그 특징을 이어오고 있다고 할 것이다.

제1차 세계대전 이전까지 미국에서는 영어 이외의 타 언어 사용에 대하여 비교적 관용적인 정책을 사용하였는바, 이와 같은 정책을 소위 샬러드 보울

23) 송기중, 미국과 영국의 언어정책, 학술연구발표회(세계의 언어정책) 자료집(국립국어연구원·국어학회 주최, 1992년), 5면부터

(Salad Bowl) 정책이라고 하였다.²⁴⁾ 그리하여 제1차 세계대전 이전까지 여러 주들은 공립학교에서 독일어와 기타 언어들을 사용하여 수업을 할 수 있는 법안들을 입법화하였다.

제1차 세계대전이 발발하고 미국이 독일을 적성국가로 선포함에 따라 공교육기관에서 독일어 사용을 허용하였던 각 주들이 이를 철회하였고, 심지어 일반 공중생활에서조차 독일어 사용을 금지하였다. 미국 사회에서의 독일어 말할정책과 영어 동화주의 정책의 결과 독일어는 미국 사회에서 거의 소멸되었다. 이와 비슷한 상황은 제2차 세계대전 중 미국사회에서 행해진 일본어 탄압과정에서도 재현되었다. 20세기 전반기부터 1960년대까지 미국사회는 독일어, 일본어 이외의 타 언어사용에 있어서도 유사한 억압적인 태도를 유지해서, 미국사회를 영어사용으로 동화시킬려는 이른바 용광로(melting pot) 정책이라고 불리는 강력한 동화주의적 태도를 고수하였다.

1968년 미국 연방정부는 이중언어교육법(Bilingual Education Act)을 통과시켜 미국 학교에서 이중언어교육을 실시할 수 있는 법적 근거를 제공하였다.²⁵⁾ 이중언어교육법의 발효로 미국 내에서 소수민족 아동들을 위한 이중언어교육을 실시할 수 있는 법적 및 재정적 기반이 마련되기는 하였으나, 이 법이 일정 수 이상의 소수민족학생들이 재학하는 학교들에게 이중언어교육 프로그램을 실시할 것을 강제하는 법률은 아니어서 대다수의 학교에서는 이중언어교육을 실시하지 아니하였다.

이중언어교육 프로그램의 전반적 실시가 촉발된 기념비적 사건은 *Lau v. Nichos* 사건이다.²⁶⁾ 이 소송은 1970년 당시 샌프란시스코 지역에 거주하던 영어를 못하는 중국계 학생들의 학부모들이 해당지역의 학교들에 다니는 자신의 자녀들이 영어로 진행되는 정규수업 이외의 아무런 배려를 받지 아니함으로 인하여 평등한 교육받을 권리를 박탈당하였다고 주장하며 제기한 소

24) 박준언, 동화주의정책으로 회귀하는 미국에서의 다중언어사용, 이중언어학 제24호 (2004년), 110면부터

25) 미국 내 흑인들의 인권운동의 결과 1963년 민권법이 제정되자 이에 자극받은 히스패닉계 등 소수민족들이 교육의 평등권을 강하게 주장하여 당시 텍사스 주 상원의원이던 Ralph Yarborough의 발의로 이중언어교육법이 제정되었다.

26) 414 U.S. 563, 94 S.Ct. 786, 39 L.Ed.2d 1

송이었다. 1974년 연방대법원은 학부모들의 주장을 받아들여 그 주장을 배척한 원심을 파기하였다. 학자들 중에는 이 판결로 인해 미국 역사상 최초로 영어 이외의 타 언어들을 사용하는 소수 민족들의 언어 사용권이 시민권적 차원에서 인정받는 계기가 되었다고 보는 견해가 있다. 위 판결 이후 일정 비율 이상의 소수민족 학생들이 재학하는 미국 내 각급 공립학교들은 의무적으로 이중언어교육 프로그램을 개발하여 실시해야 했다.

이와 같은 이중언어정책에 대하여 미국의 주류사회의 반발이 있는바, 이를 영어전용주의 운동(English Only Movement)라고 한다. U.S. English 등이 운동을 주도하는 다양한 단체에서는 영어를 미국의 유일한 공식어로 제정하기 위하여 헌법개정을 요구하고 있을 뿐 아니라, 각종 다중언어진흥 관련 법률들을 폐기하고, 이중언어교육에 대한 연방정부의 자금지원을 제한하는 조치 등을 강하게 주장하고 있다. 이와 같은 단체들의 활동결과 미국 내 28개 주들이 영어를 공식어로 지정하는 법안을 채택하였다.

이러한 강력한 동화주의로의 회귀 분위기 속에서 2002년 34년간 법적 효력을 유지하여 오던 이중언어교육법이 그 법적 효력을 마치고 소멸되었다. 최근 Bush 행정부는 미국의 모든 학생들에게 질 높은 교육을 실시하여야 한다는 명분하에 전 아동교육정책(No Child Left Behind)을 시행하였는바, 이중언어교육법이 폐지된 것은 영어 이외의 타 언어 사용이 그와 같은 정책 목표에 방해가 된다는 연방정부의 판단에 따른 것이었다. 일부 학자는 이 법의 폐지는 미국의 문화적, 언어적 다원주의의 종말을 상징하는 사건으로 보고 있다.

3. 이 사건 심판청구의 적법요건 검토

가. 이 사건 표준어 규정에 대한 심판청구 부분

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이므로, 공권력의 행사로 인하여 헌법소원

을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671; 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817 참조).

(1) 공권력 행사성 부정설

이 사건 표준어 규정은 “표준어는 교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말로 정함을 원칙으로 한다”는 내용인바, 위 규정은 표준어의 개념을 정의하는 조항으로서 그 자체만으로는 아무런 법적 효과를 갖고 있지 아니하여 청구인들의 자유나 권리를 금지, 제한하거나 의무를 부과하는 등 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미치지 아니하므로 이로 인한 기본권 침해의 가능성이나 위험성을 인정하기 어렵다.

청구인들은 국가가 특정한 방언을 표준되는 언어로 지정함에 따라 다른 방언은 표준에 벗어나는 방언으로 인정함으로써 상대적으로 교양없는 사람으로 판단하는 효과가 있다고 주장하고 있으나, 표준어의 정의만으로 이와 같은 효과가 발생한다고 보기는 어렵다. 가사 표준어의 지정에 의하여 방언을 사용하는 사람에게 심리적인 제약 효과가 발생한다고 하여도 이는 간접적, 사실적인 제약이라고 할 수 있을 뿐 법적 효과로서의 기본권 제한의 효과라고 보기는 어렵다.²⁷⁾

더욱이 이 사건 심판청구에서 표준어 규정에 따른 표준어를 강제함으로써 구체적인 법적 효과를 발생시키고 있는 이 사건 법률조항들을 그 심판대상으로 삼고 있는바, 이와 같은 법률조항들을 심판대상으로 하여 판단하는 이상 표준어 규정 자체가 청구인들의 법적 지위에 영향을 주는 것으로 판단하

27) 한편, 국어의 로마자 표기는 국어의 표준 발음법에 따라 적는 것을 원칙으로 하는 내용의 문화관광부고시인 국어의로마자표기법 규정에 의하여 행복추구권 등을 침해하였다고 하는 헌법소원 심판청구에서 헌법재판소 제1지정재판부는 위 고시 그 자체만으로 청구인에 대하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 가져오는 것으로 보기는 어렵다고 할 것이므로, 자기관련성 또는 직접성이 결여되었다고 하여 부적법 각하판단을 하였다(헌법재판소 제1지정부 2000. 9. 27. 2000헌마573).

여 공권력 행사성을 인정할 필요성이 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

따라서 이 사건 표준어 규정을 대상으로 기본권침해를 주장하며 헌법소원을 청구할 수 없다 할 것이므로 이 부분에 대한 심판청구는 부적법하다고 보는 것이 상당하다.²⁸⁾

(2) 공권력 행사성 긍정설

이 사건 표준어 규정은 표준어의 개념을 정의하는 조항으로서 형식적으로는 법적 효과를 갖고 있지 아니하는 외관을 가지고 있으나 실질적으로 국민의 일상생활에 심대한 영향을 미치는 효과를 가지고 있으므로 이에 관하여 살펴보기로 한다.

우선, 이 사건 표준어 규정은 일정한 정의에 해당하는 언어를 표준어로 정의함으로써 표준어 사용을 적극적으로 형성·유도하고 있다. 이와 같은 표준어의 정의는 국가의 모든 언어정책의 기초가 되고 있다. 그런데 이와 같이 국가가 표준어를 구체적으로 정의함으로써 표준어를 적극적으로 형성하려는 정책은 표준어를 비표준어에 비해 우선하도록 한다거나 표준어가 다른 비표준어에 비하여 우월하다고 보는 국가의 가치판단의 발현이라고 할 것이다. 그런데 언어생활은 국민들의 사적인 생활영역으로서의 특징을 갖는다고 할 것인바, 특정언어를 국가정책에 의하여 표준어와 비표준어로 정의하는 것은 국가권력의 가치판단에 따른 사적 생활 영역에 대한 간섭이라고 할 것이다.

이와 같은 국가의 표준어 설정에 관한 공식적인 가치판단은 그 자체로서 국민의 언어생활에 미치는 영향이 작다고 할 수 없으며, 언어가 일상생활의 전반에 미치는 영향을 고려하여 볼 때 해당 언어를 사용하지 않는 국민의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다고 하기 어렵다.²⁹⁾

28) 이 부분 심판의 대상이 청구인들의 법적 지위에 미치는 영향을 긍정하여 공권력 행사성을 인정한다면 곧바로 위헌성의 문제가 등장할 수 있다. 공권력의 행사성을 인정한다는 것은 기본권이 제한을 인정하는 것인바, 기본권 제한에 관한 법률유보 원칙을 고려한다면 고시의 형식으로 제정된 이 사건 표준어 규정의 위헌성은 피할 수 없는 것이기 때문이다.

29) 정부가 이 사건 표준어 규정을 제정하여 이와 같이 표준어를 정의하고 있는 것은 표준어는 비표준어에 비하여 우월하다는 관념, 의사소통을 원활하게 하기 위하여 표준어로 국어를 통일하여야 할 필요성에 대한 인식에 기초한 것이라고 할 것인바, 이와 같은 인식에 대하여는 다음과 같은 문제제기가 있다.

둘째, 이 사건 표준어 규정은 “표준어는 교양 있는 사람들이 두루 쓰는 현대 서울말로 정함을 원칙으로 한다”고 규정함으로써 일정한 지역에서 사용하는 언어를 표준어 선정기준의 하나의 요소로 삼고 있다. 그런데 특히 특정 지역어를 표준어로 정하는 경우 그 지역 이외의 지역언어를 모두 비표준어로 결정하는 효과를 발생시키는바, 비표준어로 선정된 지역언어의 언어생활에 상당한 위축을 가져온다는 점을 부인할 수 없다.

그렇다면, 이 사건 표준어 규정은 국가가 일정한 언어를 표준어로 정한다고 하는 가치판단에 기한 규정으로서 청구인을 비롯한 국민들의 언어생활 등 일상생활에 적지 않은 영향을 미치는 것으로, 구체적인 법적 지위에 영향을 미치지 않는 단순한 정의 규정이라거나, 중립적인 규정이라고 하기 어렵다. 그렇다면, 이 사건 심판청구의 대상인 이 사건 표준어 규정은 공권력의 행사로서의 성질을 가지고 있으며, 그로 인하여 청구인들의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다고 하기 어렵다.

(3) 소결

실질적으로 국민들의 언어생활에 영향을 미친다고 하는 긍정설의 논거는 경청할 부분이 있다. 특히 표준어 지정에 따른 국가의 사적 영역에 대한 직

우선, 표준어는 비표준어에 비해 더 올바르고 더 우월하다는 관념에 대한 의문을 가지는 견해가 있다. 이 견해는 언어과학의 입장에서 하나의 언어가 다른 언어에 비하여 우월하다고 말할 수 없는 것과 마찬가지로, 한 언어의 표준 변종(표준어)이 비표준 변종(방언)에 비하여 우월하다고 말할 수 없다고 하면서, 만약 표준변종과 비표준변종 사이에 우열의 관계가 있다고 한다면, 그것은 언어들 간의 우열관계처럼 언어 외적인 것이라고 한다. 표준 변종과 비표준 변종 간의 이러한 대립 논리는 비표준 변종을 사용하는 사람들에게 불필요한 열등의식을 심어줄 수 있으며, 표준어나 표준어 사용자에 대한 반감을 불러 사회적 갈등을 일으키는 상황을 만들 수 있다는 점에서 문제가 있다고 한다.

의사소통을 원활하기 위함이라고 하는 표준어의 필요성에 대한 인식은 표준어가 이미 형성되어 일정기간 그것을 사용해 온 경험이 있는 국민국가 체제에서는 적절하지 않다고 하는 견해가 있다. 이 견해에서는 원활한 의사소통을 위하여 표준어가 반드시 필요한 것은 아니고, 서로 이해하지 못하는 말을 하는 화자들이 소통해야 할 필요를 느낄 때에는 그것을 가능하게 해 줄 수단을 자발적으로 선택하거나 만들어내는 것은 자연스러운 현상이라고 한다. 더욱이 방언적 차이가 전 국민적 의사소통에 별다른 어려움을 주지 않을 만큼 약화된 우리나라와 같은 상황에서 표준어에 대한 강조는 오히려 공동체 구성원 간의 위화감을 조성하여 갈등을 일으키기도 한다고 한다(조태린, 전게논문, 221-224면).

접개입에 관한 문제제기는 설득력 있는 관점이 될 수 있다. 그러나 국가가 사회의 언어생활에 직접 개입하는 문제점을 인정하는 경우에도 그 효과가 개인의 언어생활에 있어서의 법적 지위에 영향을 미칠 정도에 이르렀다는 평가를 받을 수 있어야 할 것이다.

그런데, 긍정설이 주장하는 실질적인 효과는 표준어 규정 그 자체의 효과라고 하기 보다는 표준어 규정을 지나치게 엄격하게 운영하여 표준어 사정 작업 등을 진행한 것에 따른 효과라고 할 것이다. 즉, 긍정설에서 보는 바와 같은 실질적인 효과는 표준어 설정 및 그에 부수한 언어정책을 종합적으로 평가하는 경우의 효과라고 할 수 있을 뿐 이 사건 표준어 규정 자체에서 발생하는 법적 효과라고 보기는 어렵다고 할 것이다.³⁰⁾

결국, 이 사건 표준어 규정은 표준어의 개념을 정의하는 조항으로서 그 자체만으로는 아무런 법적 효과를 갖고 있지 아니하여 청구인들의 자유나 권리를 금지, 제한하거나 의무를 부과하는 등 청구인들의 법적 지위에 영향을 미친다고 인정하기 어렵다.³¹⁾

나. 이 사건 법률조항들에 대한 심판청구

(1) 구 국어기본법 제14조 제1항 중 공공기관의 공문서는 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 한 부분에 대한 심판청구

(가) 자기관련성

청구인은 공권력작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 한다. 원칙적으로 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이고, 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고

30) 실제로 우리의 국어학계에서 국가의 표준어 정책에 대하여 비판적인 입장을 밝히고 있는 학자들 가운데에도 표준어 규정 자체를 폐지 내지 개정하여야 한다고 하는 논의를 전개하는 학자는 아직 존재하지 않는 것으로 보이며, 문제제기는 방언형을 표준어로 인정하는 것에 지나치게 인색하였던 종래의 표준어 사정 작업 및 사전편찬 작업의 관행을 비판하는 논의에 집중되어 있다.

31) 이 사건 표준어 규정에 대한 공권력 행사성이 인정되는 경우에도 청구기간의 문제가 남는다. 이 사건 표준어 규정은 1988년에 제정되었으므로 대다수의 청구인들에게는 청구기간이 도과되었다고 할 것이다. 다만, 청구인들 가운데 초등학교 저학년의 학생들의 경우에는 뒤의 이 사건 법률조항들에 대한 심판청구에서와 마찬가지로 청구기간의 문제를 완화하여 볼 여지가 있다.

볼 수 없다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409).

청구인들 중 공공기관에 근무하여 공문서를 작성하여야 하는 자 이외의 청구인들은 위 법률조항의 직접적인 수범자가 아니라고 할 것이고, 위 구 국어기본법 제14조 해당 부분으로 인한 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 있을 것인지 문제된다.

법률에 의한 기본권 침해의 경우에 어떠한 경우에 제3자(청구인)의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마 605, 판례집 14-2, 84, 94 참조).

이 사건 심판대상 법률조항 중 공공기관의 공문서를 표준어 규정에 따라 작성하도록 하는 부분의 규율내용은 단순히 공공기관에 근무하는 자의 직무수행의 한 내용으로서의 공문서의 작성방법이라고 할 것인바, 공무원의 직무상의 공적 언어의 표준이라고 할 것이며, 동 조항은 공적 언어를 표준어 규정에 의하여 통일하려고 하는 실질적인 목적을 가지고 있다고 할 것이다. 따라서 위 법률조항의 실질적인 규율대상은 공공기관을 둘러싼 공적 영역에서의 국민의 문자 언어생활이라고 할 것이다.

공문서의 범위는 이 사건 심판청구의 심판의 대상인 법률조항 및 이 사건 심판청구의 결정문을 포함할 정도로 그 범위가 광대하며, 그 내용에서 국민의 법적관계에 직접적 영향을 미치는 내용을 담고 있는 경우가 많다. 또한 공문서는 국민의 행정적·법적관계 뿐 아니라 일상생활에도 영향을 미치므로 그 영향범위 또한 광범위하다. 가령 새로이 제정 또는 개정되는 법령의 내용을 공포하는 관보, 법원의 판결문, 헌법재판소의 결정문 등 국민의 권리관계에 중대한 영향을 미치는 문서 뿐 아니라 각급 선거관리위원회의 투표안내문, 지방자치단체의 홍보물 등도 공문서의 범위에 포함되는 것이다. 국민은 이와 같은 공문서의 내용에 의하여 사실적·법률적 관계에 직접·간접의 영향을 받게 되므로 공문서가 과연 어떤 유형의 언어에 의하여 작성되는지 여부에 따른 효과나 진지성의 정도가 작다고 하기 어렵다. 그렇다면 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치

는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 살펴볼 때 공공기관의 공문서를 표준어로 작성하도록 하고 있는 구 국어기본법 제14조 제1항 부분에 관하여 공무원 이외의 청구인들이 단순히 간접적이고 사실적인 이해관계를 가지고 있는 제3자에 불과하다고 보기는 어렵다고 할 것인바, 기본권 침해의 자기관련성이 인정된다고 할 것이다.

(나) 직접성

공공기관에 근무하는 자 이외의 청구인들은 이 부분 법률조항에 의하여 기본권을 침해받는 경우에도 그 기본권 침해가 이 부분 법률조항에 기하여 작성된 특정의 공문서가 매개되어 발생하는 것이라고 볼 여지가 있기 때문에 직접성의 요건을 갖추고 있는 것인지 여부가 문제될 수 있다.

그러나 이 부분 법률조항에 기한 집행행위는 특정의 공문서가 담고 있는 내용인 처분 등이 아니라 그와 같은 공문서가 표준어로 작성되는 점이라고 할 것인바, 이와 같은 집행행위를 대상으로 하는 별도의 구제절차를 상정하기 어려울 뿐 아니라, 이 부분 법률조항의 내용은 공문서가 표준어로 작성되어야 하는 점에 관하여 확정적으로 규정하고 있는 것으로서 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 할 것이므로 직접성을 인정하는 것에 문제가 없다(헌재 19997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104 참조).

(2) 구 국어기본법 제18조 중 교육인적자원부장관은 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에는 표준어 규정을 준수하도록 한 부분

초·중등교육법 제29조 제1항에 의하면 학교에서는 국가가 저작권을 가지고 있거나 교육인적자원부장관이 검정 또는 인정한 교과용 도서를 사용하도록 되어 있고, 위 구 국어기본법 제18조 해당 부분은 이러한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에는 이 사건 표준어 규정을 포함하는 어문규범을 준수하도록 하고 있으므로 결국 학교에서 초·중등교육을 받는 학생들은 표준어로 집필·제작된 교과용 도서로 교육을 받게 된다. 따라서 각 서울이 아닌 지역에 소재하는 초·중·고등학교에 재학중인 청구인들의

경우 위 구 국어기본법 제18조 해당 부분으로 인해 표준어로 제작된 교과용 도서에 의한 교육을 강제당하게 된다고 할 것이어서 기본권 침해의 자기관련성이 인정된다.

또한, 이 부분 법률조항이 직접성의 요건을 갖추고 있는 것인지 문제된다. 그러나 이 부분 법률조항에 기한 집행행위는 특정의 교과서가 표준어로 작성되는 점이라고 할 것인바, 이와 같은 집행행위를 대상으로 하는 별도의 구 제절차를 상정하기 어려울 뿐 아니라, 이 부분 법률조항의 내용은 교과서가 표준어로 제작되어야 하는 점에 관하여 확정적으로 규정하고 있는 것으로서 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 할 것이므로 직접성을 인정하는 것에 문제가 없다.

한편, 청구인들 중 초·중등교육 대상자를 자녀로 둔 자의 경우에도 자녀에게 위 규정에 의해 그 의사에 반하여 표준어에 의한 교육을 받게 해야 하므로 기본권 침해의 자기관련성 및 직접성을 인정할 수 있다.³²⁾

4. 본안판단 : 이 사건 법률조항들의 위헌성 여부

가. 이 사건 법률조항들의 의의

이 사건 법률조항들 중 구 국어기본법 제14조 제1항은 공공기관의 공문서는 어문규범에 맞추어 한글로 작성하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기서 어문규범이라고 함은 같은 법 제13조의 규정에 의한 국어심의회의 심의를 거쳐 제정한 한글맞춤법, 표준어규정, 표준어발음법, 외래어표기법, 국어의 로마자표기법 등 국어사용에 필요한 규범을 말한다.

다른 하나의 심판대상 법률조항인 같은 법 제18조는 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에 교육인적자원부장관은 어문규범을 준수하여야 하며, 이를 위하여 필요한 경우 문화관광부장관과 협의할 수 있다고 규정하고 있다. 초·중등교육법 제29조 제1항은 학교에서는 국가가 저작권을 가지고 있거나 교육인적자원부장관이

32) 청구인들 중 초·중등학교에 재학중인 학생이나 그 부모가 아닌 자는 위 구 국어기본법 제18조에 의한 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 없다. 다만, 이들 나머지 청구인들에 대하여는 일반 시민으로서 같은 법 제14조에 의한 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 있다.

검정 또는 인정한 교과용도서를 사용하여야 한다고 규정하고 있으며, 제2항은 교과용도서의 범위·저작·검정·인정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다.

청구인이 어문규범 가운데 표준어규정에 따라 공문서를 작성하도록 한 부분이 위헌성이 있다고 하고 있으므로 위 표준어규정 부분의 위헌성 여부에 관하여 한정하여 보기로 하는 점에 관하여는 앞서 살펴본 바와 같다. 따라서 이 사건 법률조항들은 공문서는 표준어 규정에서 정의하고 있는 표준어에 의하여 작성되어야 할 것과 교육인적자원부장관은 초·중등교육법 제29조의 규정에 의한 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우 이들 표준어 규정의 정의에 따른 표준어에 의하여 집필되도록 할 것을 규정하고 있다.

나. 이 사건 법률조항들의 위헌성

(1) 이 사건 법률조항들과 문제되는 기본권

(가) 행복추구권의 제한

헌법 제10조 전문은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다고 규정하여 행복추구권을 보장하고 있고, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함한다(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 275).

언어는 인간의 의사소통의 수단으로서 다른 동물과 인간을 구별하는 하나의 주요한 특징으로 거론된다. 모든 언어는 지역, 세대, 계층에 따라 각기 상이한 방언을 가지고 있는바, 이들 방언은 방언을 공유하는 사람들의 의사소통에 중요한 역할을 담당한다. 방언 가운데 특히 지역방언은 각 지방의 고유한 역사와 문화 등 정서적 요소를 그 배경으로 하고 있기 때문에 같은 지역주민들 간의 원활한 의사소통 및 정서교류의 기초가 된다. 따라서 이와 같은 지역방언을 자신의 언어로 선택하여 공적 및 사적 의사소통 및 교육의 수단으로 사용하는 것은 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 내지 개성의 자유로운 발현의 한 내용이 된다고 할 것이다.

(나) 부모의 자녀교육권 및 교육에 대한 국가의 책임

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을

기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하여 혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다. 그런데 가족생활을 구성하는 핵심적 내용중의 하나가 바로 자녀의 양육과 교육이다. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다(헌재 2000. 4.27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 445-451).³³⁾ 34)

부모는 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향, 능력 등을 고려하여 교육목적을 달성하기에 적합한 교육수단을 선택할 권리를 가진다고 할 것인바, 그 인격형성과 긴밀한 관련을 가지고 있는 국어교육에 있어 지역 공동체의 정서와 문화가 배어있는 방언에 기초한 교육을 할 것인가, 표준어에 기초한 교육을 할 것인가를 결정할 수 있으며 이는 자녀 교육권의 한 내용이라고 할 것이다.³⁵⁾

33) 헌법재판소는 부모의 중등학교선택권을 제한한 것과 관련하여 “부모는 아직 성숙하지 못하고 인격을 닦고 있는 초·중·고등학생인 자녀를 교육시킬 교육권을 가지고 있으며, 그 교육권의 내용 중 하나로서 자녀를 교육시킬 학교선택권이 인정된다”고 판시한 바 있고(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267, 274), 과외교습을 금지한 것과 관련하여서 학교 밖의 교육영역에서 국가의 교육권한에 우선하는 학부모의 교육권을 인정한 바 있다(헌재 2000. 4.27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 445-451).

34) 그런데 부모의 자녀교육권은 다른 기본권과는 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기 결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다. 한편, 자녀의 교육에 관한 부모의 ‘권리와 의무’는 서로 불가분의 관계에 있고 자녀교육권의 본질을 결정하는 구성요소이기 때문에, 부모의 자녀교육권은 ‘자녀교육에 대한 부모의 책임’으로도 표현될 수 있다. 따라서 자녀교육권은 부모가 자녀교육에 대한 책임을 어떠한 방법으로 이행할 것인가에 관하여 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서 교육의 목표와 수단에 관한 결정권을 뜻한다(헌재 2000. 4.27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 445-451).

35) 한편, 이는 모든 공교육 내용의 기초가 되는 언어의 문제로서 단순한 교과내용이나 교과과정의 문제와는 구별하여 보아야 할 것이다.

(다) 표현의 자유 제한 여부

헌법 제21조는 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 하여 언론 및 출판의 자유를 보장하고 있다. 고전적 의미에서의 언론의 자유라 함은 사상 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정다수인에게 표명하거나 전달하는 자유를 말한다.³⁶⁾ 종래 언론 및 출판의 자유는 이와 같이 사상 또는 의견을 표명하거나 전달하는 자유를 의미하는 것으로 이해하였으므로 과연 사상 또는 의견을 표명할 '수단' 내지 '매개체'로서의 언어에 관한 자유까지 포함하는 것인지 문제된다. 우리나라의 판례 및 학계의 논의에서 이와 같은 쟁점에 관한 논의는 발견하기 어렵다. 따라서 특정한 언어를 선택하여 사용하는 권리와 관련하여 표현의 자유의 문제로 인식하고 있는 외국의 판례를 살펴보기로 한다.

① 캐나다 퀘벡 주는 프랑스어를 모태어로 사용하는 주민이 다수를 차지하며, 캐나다 연방정부로부터의 분리, 독립을 희망한다. 퀘벡 주는 강력한 프랑스어 단일어 정책을 통하여 자신들의 정체성을 유지 및 강화하고자 하며, 연방정부는 이와 같은 퀘벡 주의 움직임을 연방정부의 유지라는 목적에서 견제하고자 한다.

퀘벡 주 의회는 '퀘벡 주의 프랑스어의 사용에 관한 법률(the Quebec Charter of the French Language)'을 제정하였는바, 이 법률에 따르면 모든 공공 표지판과 포스터 그리고 상업광고는 프랑스어로 사용되어야 하고 회사의 이름은 프랑스어 명칭만이 사용되어야 한다고 규정하고 있었고(ss. 58 과 69), 이 법률에 대한 위헌심판이 제기되었다.

캐나다 연방대법원은 이 사건의 판결에서 '언어란 단순히 의사표현의 수단에 그치는 것이 아니고 그 내용과 의미에 고유의 색을 더하여 주는 역할을 하는 것으로 개인이 자신의 문화적 정체성을 표현하는 수단이라고 하면서 표현의 자유의 보장 범위에 표현을 하는 언어의 선택에 관한 권리도 포함된다.'고 판시하였다.³⁷⁾

36) 현대적 의미에서의 언론의 자유는 사상이나 의견을 표명하고 전달하는 자유 이외에 알권리, 액세스권, 언론기관설립의 자유는 물론이고 언론기관의 대내외적인 자유까지 포괄하는 의미로 사용된다. 권영성, 개정판 헌법학원론, 법문사(2006년), 487면

37) Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712

② 프랑스는 외국어인 영어에 의하여 프랑스어가 침범당하고 있다는 인식에 기초하여 프랑스어를 보호하는 법을 제정하여 운용하고 있다. 1975년의 바-로리올(Bas-Lauriol)법과 이를 더욱 강화한 1994년의 투봉법이 바로 그 법이다. 투봉법 조항 가운데에는 공무원이 아닌 일반 사인과 방송언론에 프랑스어인 공식적인 용어(official terminology)를 사용할 것을 강제하는 법률조항 및 학술출판 및 발표에 공식용어를 사용할 경우 보조금을 지급하는 법률조항이 있었는데, 프랑스 헌법위원회는 이 조항들에 대하여 위헌판단을 하였고, 그 결정의 요지에서 표현의 자유의 한 내용으로서 표현의 언어를 선택할 권리를 선언하였다. 38)

③ 한편, 유럽인권위원회(the European Commission on Human Rights)와 유럽인권재판소(the European Court of Human Rights)는 법률이 정부 내지 정부종사자의 공무원집행에 대하여 일정한 의무를 부여한 경우에 관하여는 비록 언어의 선택권 제한이 문제된 사안이라고 하여도 표현의 자유의 문제는 아니라고 판시하였다.39)

38) 위 헌법위원회 결정의 요지는 다음과 같다.

프랑스 헌법 제2조에 의하면 프랑스 공화국의 언어는 프랑스어이다(the language of the French Republic is French.) 의회는 표현의 자유를 보장하고 있는 1789년 인간과 시민의 권리선언 제11조의 규정과 위 헌법 조항을 조화시킬 의무가 있다. 표현의 자유는 모든 사람들이 자신의 생각을 표현하기에 가장 적절한 단어를 결정할 권리를 포함한다. 또한 프랑스 언어는 다른 모든 살아있는 언어와 마찬가지로 계속하여 변화발전(evolution)하고 있으며, 지방어(regional language), 유행어, 외국어 등 다양한 원천으로부터 새로운 단어를 끌어들이는 점도 고려하여야 한다.

의회는 프랑스어가 사용되도록 강제할 수 있다. 언어의 구체적 내용과 관련하여서 의회는 공공기관으로 하여금 공무와 관련하여서는 공식적인 용어(official terminology)를 사용할 것을 강제할 수 있다. 의회는 그러나 사상의 자유와 표현의 자유라는 근본권리에 비추어 볼 때 사인(공의무를 수행하는 경우에는 예외로 한다)에게 또는 라디오·텔레비전의 방송 및 방송종사자에게 그와 같은 의무를 부여하여서는 안된다. 따라서 그와 같은 자들에게 공식적 용어를 사용할 의무를 부여한 부분은 위헌이다. 마지막으로 그와 같은 공식적 용어를 사용하는 것을 조건으로 학술·과학출판 등에 대하여 보조금을 지급하는 법률조항도 또한 위헌적이다[1994. 7. 29, Case No. 94-345 DC(1994), 베니스 위원회 판례자료, <http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.html>].

39) 벨기에에 프랑스어와 네덜란드어(플레미쉬)를 모태어로 사용하는 주민들이 사는 지역이 각 구분되어 있으며, 이들은 각 분리·독립을 논의하는 등 갈등을 겪고 있다. 벨기에의 Alsenberg 주민들이 청구한 사건에서는 특정한 언어에 의한 교육을 받을 권리가 문제되었으며, 벨기에의 Leeuw St. Pierre 주민 등이 청구한 사건에서는 특정한 언어에 의하여 작성된 공문서를 받아볼 권리에 관한 권리가 문제되었다.

방언을 포함한 언어는 표현의 자유를 향유하는 중요수단이며 의사표현을 위한 언어의 선택은 단순한 의사소통을 위한 도구에 그치는 것이 아니라 개인이 속하는 문화의 정체성과 직결되는 문제를 담고 있는바, 그 언어에는 방언도 포함될 것이다. 이와 같은 측면에서 의사표현을 위한 언어의 선택은 표현의 자유와 관련되어 있으며, 이 사건 법률조항들은 헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유와도 관련되어 있다.

그런데 이 사건 법률조항들은 공문서의 작성 및 교과서의 제작과 관련되어 있는바, 공문서의 작성 및 교과서의 제작이 일반 사인과 관련을 맺는 영역은 의사의 표현의 영역이 아닌 의사표현의 수령의 영역이라고 할 것이고, 공문서의 작성자 및 교과서의 제작자의 관점에서 이들 공문서 및 교과서는 표현의 자유를 향유하는 대상으로 보기 어렵다는 점에서 이들 법률조항들의 문제를 표현의 자유 제한의 문제로 보기는 어려운 점이 있다.

그렇다면, 지역방언을 자신의 언어로 선택하여 공적 및 사적 의사소통 및 교육의 수단으로 사용하는 것은 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 내지 개성의 자유로운 발현의 한 내용으로 파악하여 이를 판단하는 이상 표현의 자유 문제를 이들 법률조항들과 관련되는 기본권의 문제로 다룰 필요성은 없다고 생각한다.

(2) 이 사건 법률조항들과 비례의 원칙 위반여부⁴⁰⁾

위원회와 재판소는 이들 문제는 표현의 자유의 내용이 될 수 없다고 하여 사안을 각하하였다. 23 *Inhabitants of Alsemberg and Beersel v. Belgium* (1963), 6 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 332; *Inhabitants of Leeuw St. Pierre v. Belgium* (1965), 8 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 338; *X. v. Belgium* (1965), 8 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 282; and *X. v. Ireland* (1970), 13 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 792. The decision of the Court is the Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (1968), 11 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 832

40) 이 사건 표준어 규정의 내용은 어문규범의 하나로서 이 사건 법률조항들의 규율 내용에 포함된다. 이 사건 법률조항들에 대한 심판청구의 적법성을 인정하여 본안 판단에 나아가는 경우에 이 사건 표준어 규정의 내용과 관련한 헌법재판소의 판단 범위와 관련한 문제가 있다.

이 사건 표준어 규정은 표준어의 범위와 관련하여 서울이라고 하는 지역, 교양있는

헌법 제37조 제2항에 의하면, 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서 유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서, 기본권을 제한하는 입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등 판례집 9-1, 375, 383-384).

이 사건 법률조항들 가운데 구 국어기본법 제14조의 공문서를 표준어 규정에 따라 작성하는 것에 관한 부분은 공문서를 작성 또는 이용하는 국민의 행복추구권의 침해 여부가 문제되고, 구 국어기본법 제18조의 교과용 도서를 표준어 규정에 따라 제작하게 한 부분에 관하여는 학생들의 행복추구권과 부모들의 자녀교육권의 침해여부가 문제되므로 각기 비례의 원칙 위반 여부

사람이라고 하는 인적인 분류, 현대라고 하는 시대적 구분을 그 정의요소로 사용하고 있다. 헌법재판소가 이 사건 표준어 규정에 대한 기본권 침해 여부 심사에 들어가 국가 공권력이 표준어를 정하여 일정영역에서 이를 강제할 수 있을 것인지 여부를 심사하는 것은 이 사건 법률조항들의 위헌성 여부와 관련하여 필요한 심사라고 할 수 있다. 그러나 이 범위에서 더욱 나아가 표준어 범위의 합헌성 여부, 즉, 서울이라고 하는 지역기준이 과연 표준어 설정을 위한 지역기준으로 충분히 넓은 지역이라고 할 것인지(가령 경기도 지역 내지 충청도 지역까지 넓혀야 하는 것은 아닌지), 교양있는 사람들이라는 기준이 명확한 기준이라고 할 수 있을 것인지 등에 관하여 까지 판단하는 것이 적절한 심사인지에 관하여는 의문이 있다. 이 사건 표준어 규정의 제정은 일제 강점기에 민족의 정체성을 유지하고자 하는 국어학자들의 조선어학회 운동에서 기원하고 있는 점과 1970년대부터 1988년에 이르기까지 국어심의회 등을 통한 다양한 국어학 전문가들의 의견수렴과 공동노력에 의하여 성안이 되었다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그렇다면, 사법심사 기관인 헌법재판소로서는 그와 같은 전문가들의 장기간의 공동노력의 결과인 전문영역에 관한 구체적 내용에 관한 판단을 그 심사범위로 삼을 것인지에 관하여는 신중하게 접근해야 한다고 생각한다. 청구인들의 주장도 각 지역의 언어는 모두 그 지역의 문화적 소산으로서 나름의 가치가 있는 것인데, 왜 표준어를 서울 지역어에 한정하고 있는가에 집중되어 있는바, 이 주장은 서울과 함께 특정 지역(가령 전라남도 또는 경상북도)의 지역어를 표준어로 인정하여 줄 것에 대한 청구가 아니라 표준어 제도를 폐지하거나, 각 지역의 지역어를 모두 표준어로 인정할 것에 관한 주장이라고 할 것이다. 즉, 청구인들의 주장도 구체적인 표준어의 범위에 대한 다름을 제기하고 있는 것은 아니라고 할 것이다.

에 관하여 살펴보기로 한다.

(가) 행복추구권 침해 여부

1) 입법목적의 정당성, 수단의 적합성

단일한 언어를 사용하는 국가 공동체의 경우에도 방언차가 심하면 의사소통에 어려움을 겪게 되는데, 표준어는 이와 같은 방언차에 따른 의사소통의 불편을 해소하고, 의사소통을 하기 위한 준거기능을 담당하며, 동일한 언어 공동체가 보다 통일된 공동체로서의 일체감을 갖도록 하는 구실을 한다.

이 사건 법률조항들은 교육과 행정언어를 통한 표준어의 정립을 목적으로 하고 있는바, 이러한 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상 정당한 공익이라고 할 것이고, 이러한 공익을 실현하여야 할 현실적 필요성이 존재한다는 것도 명백하다. 이 사건 법률조항들이 정하고 있는 바와 달리 공교육을 위한 교과용 도서를 각 지방의 지역어로 집필하거나, 공문서를 각 지역의 지역어에 의하여 작성하는 경우에는 단일한 언어 공동체로서 원활한 의사소통을 확보하는 것에 관한 공익에 영향을 미칠 것을 예상할 수 있으므로 이 사건 법률조항들이 정하고 있는 규율내용은 공익을 위하여 적절한 수단이 될 수 있다.

2) 피해의 최소성 원칙 위반여부

① 우리나라 표준어 정책은 국가가 적극적으로 개입하여 강력하게 진행하였다. 이는 표준어의 수립을 통한 의사소통의 편리성을 달성하기 위한 실용적인 목적으로 설명하기에는 어려운 측면이다. 다른 나라의 예를 볼 때 표준어 형성 및 관리에 국가가 늘 직접적인 개입을 하지는 않는다. 오히려 대부분의 나라들에서 표준어의 형성 및 관리는 권위있는 사전과 문법서에 의해 이루어지면 국가는 그와 같은 작업을 후원하는 등 간접적인 방식으로 개입한다.⁴¹⁾

국가가 국민의 언어생활에 관심을 갖고 원활한 의사소통이 이루어질 수 있도록 노력하는 것은 필요하다고 할 것이나, 국가가 표준어를 지정하고 제도적 강제를 통하여 이를 통용시키려는 노력은 표준어 형성과정의 상호 비

41) 조태린, 전게논문, 236면

판과 경쟁을 제도적으로 제거함으로써 보수적이고 타성적인 규범을 만들기 쉽다.⁴²⁾ 이와 같은 관점에서 국가가 공문서의 작성과 이용, 공교육의 교과용 도서의 집필에 표준어 사용을 강제하고 있는 이 사건 법률조항들이 과연 필요최소한의 제한에 해당되는 것인지에 관하여 의문이 있다.

② 표준어를 정립하기 위한 가장 효과적인 방법이 표준어에 기초한 광범위한 공교육을 통한 표준어의 체계적 형성이며, 공적 언어인 법률과 행정 언어의 표준어에 의한 통일이다. 법률과 행정언어 등 공적 언어의 통일은 국가 공동체의 원활하고 민주적인 의사소통을 보장하는 첫걸음이라고 할 것인 바, 이와 같은 공적 언어의 통일을 위하여 표준어를 공적언어의 기준으로 확립할 필요성이 강하고 이것이 또한 가장 합리적인 방법이기 때문이다.

그런데 이와 같은 표준어 정립을 위하여 국가가 법률에 의하여 개입할 필요가 있었는지 문제가 된다. 유럽의 국가 등 다른 선진국에서는 국가가 법률에 의한 강제에 의하여 교과서를 표준어에 의하여 제작할 것을 정하지 아니하고 학계와 문화계의 자발적인 표준어 수립 노력, 그리고 권위있는 민간사 전편찬 작업에 의하여 이루어지고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라의 표준어 형성의 역사는 유럽 각국의 표준어 형성과 다른 진행과정을 보여준다. 한문의 강력한 문화적 영향력 하에 있었던 우리나라는 근대에 들어서기 직전까지 문어생활과 구어생활을 각기 다른 언어에 의하여 영위하였다. 그 후 일제 식민지배의 과정에서는 모든 공교육과 모든 행정언어를 일본어에 의하여 할 것을 강요받는 상황을 겪기도 하였다. 이와 같은 우리의 현실 속에서 표준어 확립은 단순히 지방방언 등을 표준어와 구별하는 의미가 아니라 우리나라 언어를 외국어의 침탈로부터 지켜내는 의미를 갖게 되었던 것이고, 이는 우리 고유의 언어를 상실할 수도 있는 위기 속에서 시작하였던 측면이 있는 것이다.

표준어의 규율내용 가운데 특히 문제되는 ‘서울말’을 기준으로 정하는 부분에 관하여 보면, 서울의 역사성, 문화적 선도성, 사용인구의 최다성 및 지리적 중앙성 등 다양한 요인 및 다른 선진국의 경우에도 수도나 경제·문화

42) 조태린, 전계논문, 232면; 강내희, 표준어 고집 말고 다양성 수용을, 문화일보(인터넷 판), (2003. 2. 11.)

중심지의 교양 있는 사람들이 쓰는 언어를 표준어의 기반으로 삼는 것이 상례인 점을 종합하여 볼 때, 서울말을 표준어의 원칙으로 삼는 것이 필요한 최소한의 범위를 넘어 기본권을 침해하는 기준이라 하기 어렵다.

③ 이 사건 법률조항들은 단지 아래에서 보는 공교육을 위한 교과용 도서 및 공문서만을 규율대상으로 하고 있을 뿐 공교육 내지 공문서와 무관한 사적 언어에 관하여는 아무런 규율을 하고 있지 않다. 사적 언어는 개인적인 차원에서 사용하는 표현으로서 개인적인 일상생활의 대화 뿐 아니라, 위 공문서 등을 제외한 모든 형태의 문서를 포함한다. 문학작품, 영화, 드라마, 노래가사 등에서 사용하는 말들이 대표적인 사적 언어이다.

이 사건 법률조항들 가운데 공문서의 작성에 관하여 규율하는 구 국어기본법 제14조 부분에 관하여 보면 각기 다른 지방에 거주하는 국민들은 한국가 공동체의 공공기관에서 작성하는 공문서의 언어의 통일성에 대한 신뢰를 가지고 있다고 할 것이며, 공문서에서 사용하는 국어가 표준어에 의하여 통일되지 않는 경우 의사소통상의 혼란을 가져올 수 있다는 점에서 공익을 위하여 필요불가결한 부분이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항들 가운데 교과용 도서에 관하여 규율하는 구 국어기본법 제18조 부분에 관하여 본다. 교과용 도서의 경우 각기 다른 지방의 교과서를 각기 다른 지역의 방언에 의하여 제작할 경우 각 지역의 방언을 사용하는 학생들은 표준어를 체계적으로 배울 기회를 상실하게 되고, 이는 국가공동체 구성원의 원활한 의사소통에 적지 않은 영향을 미칠 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 표준어 규정의 강제 범위는 최소한의 범위라고 할 수 있다.

그렇다면, 입법자는 입법목적에 달성함에 반드시 필요한 유형, 내용으로 그 범위를 가급적 한정하여 규정하였다고 할 것이고, 이는 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한 방식이라고 할 것이다.

3) 법익균형성 원칙의 위반여부

공문서와 공교육의 교과용 도서에서 표준어를 사용하는 것에 따른 사익의 제한은 그 영역이 다양한 언어생활의 극히 일부분을 차지하는 것이라는 측면에서 그다지 큰 제한이라고 할 수 없다. 그에 반하여 공문서와 공교육의

교과용 도서가 각 지방의 지역어에 의하여 작성될 경우 공익에 미치는 영향은 작다고 보기 어렵다.

가령, 한 지역의 공공기관에서 작성한 공문서는 다양한 용도로 다양한 지역에서 다양한 시기에 쓰일 수 있는 것으로 통일적인 기준에 따라 작성되지 않을 경우 적지 않은 의사소통의 혼란을 가져올 수 있으므로 공익에 미치는 영향이 심대하다. 또한 공교육용의 교과용 도서를 해당 지역의 지역어에 의하여 집필하는 경우에는 당해 지역의 학생들이 표준어를 체계적으로 배울 기회를 상실하게 됨으로써 표준어를 학습하고자 하는 학생들의 교육받을 권리를 제한할 뿐 아니라, 각기 다른 지역에서 각기 다른 지역어를 교육하게 됨으로써 장기적으로 국가 공동체의 의사소통에 적지 않은 문제를 발생시키게 된다.

결국, 이와 같은 공익을 달성하기 위하여 적절한 정도로 사익을 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 공익과 사익이 적절한 균형을 이루고 있는 입법이라고 할 수 있다.

(나) 부모의 자녀교육권과 교과용 도서에 관한 법률조항

구 국어기본법 제18조의 교과용 도서를 표준어 규정에 따라 제작하게 한 부분에 관하여는 학생들의 행복추구권과 함께 부모들의 자녀교육권의 침해여부가 문제되므로 이에 관하여 보기로 한다.

헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 국민의 교육받을 권리를 보장하고 있는바, 국가로부터 교육에 필요한 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리 및 각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리를 국민의 기본권으로서 보장하면서, 한편, 국민 누구나 능력에 따라 균등한 교육을 받을 수 있게끔 노력해야 할 의무와 과제를 국가에게 부과하고 있다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집3, 11, 18-19 ; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 750-752 참조).

한편, 헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”

고 함으로써 학교교육에 관한 국가의 권한과 책임을 규정하고 있다. 위 조항은 국가에게 학교제도를 통한 교육을 시행하도록 위임하였고, 이로써 국가는 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받았다. 학교교육을 통한 국가의 교육권한은 부모의 교육권 및 학생의 인격의 자유로운 발현권, 자기결정권에 의하여 헌법적인 한계가 설정된다. 그러나 학교교육에 관한 한, 국가는 헌법 제31조에 의하여 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육권한을 부여받았고, 따라서 학교교육에 관한 광범위한 형성권을 가지고 있다. 학교제도에 관한 국가의 규율권한과 부모의 교육권이 서로 충돌하는 경우, 어떠한 법익이 우선하는가의 문제는 구체적인 경우마다 법익형량을 통하여 판단해야 한다. 원칙적으로 국가는 교육목표, 학습계획, 학습방법, 학교제도의 조직 등을 통하여 학교교육의 내용과 목표를 정할 수 있는 포괄적인 규율권한을 가지고 있다(헌재 2000. 4.27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 445-451).

살피건대, 이 사건 법률조항 가운데 학교 교과용 도서를 표준어 규정에 맞게 한 부분은 국가의 학교교육의 내용과 목표를 정할 수 있는 포괄적인 규율권한 내의 문제라고 할 것으로 국가에 넓은 형성의 여지가 있는 영역의 문제로서 국가는 이 사건 법률조항을 통하여 국가 공동체의 통합과 원활한 의사소통을 위하여 표준어 규정에 의한 교과용 도서 제작을 선택하고 있는 입법자의 판단은 학교교육에 관한 입법재량의 범위를 넘는 것이라고 보기 어렵다.

결국, 이 사건 심판대상조항 가운데 초·중등학교의 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우에 표준어 규정에 맞게 한 부분이 부모의 자녀 교육권을 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

5. 결어

이 사건 표준어 규정은 공권력 행사성을 갖고 있지 아니하여 부적법하다. 공공기관의 공문서를 표준어 규정에 맞추어 작성하도록 하는 구 국어기본법 제14조 제1항 및 교육인적자원부장관은 초·중등교육법상 교과용 도서를 편찬하거나 검정 또는 인정하는 경우 표준어 규정을 준수하도록 하고 있는 구

국어기본법 제18조는 과잉금지 원칙에 반하여 청구인들의 행복추구권을 침해하는 것이라고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 사건 결정의 의의】

우리나라의 표준어 정책은 독특한 기원을 갖는다. 일제의 식민지 정책에 따라 우리 고유의 언어조차 상실할 수 있는 위기 속에서 민족의 선각자들은 우리 민족문화의 정체성을 수호하기 위하여 표준어의 기준을 수립하였다.

국권을 회복한 이후 표준어 정책을 수립한 정부는 위기 상황 속에서 만들어진 표준어 규범을 해방 이후 50년이 경과한 현재에도 엄격하게 고수함으로써 표준어의 기준이 지나치게 보수적이어서 타율적인 규범으로 변모하였다는 비판을 초래하였다. 청구인들은 향토의 지역어를 보존하고자 하는 시민단체의 회원들로서 정부의 표준어 정책이 언어의 창의성과 자율성을 통제하고 있는 점에 대한 문제를 제기하고자 이 사건 심판청구를 한 것이다.

헌법재판소 법정외의견은 국민들이 의사소통을 원활하고 효과적으로 할 수 있도록 하기 위해 국가의 표준어 정책 자체는 필요한 것이고, 현행법상 표준어 사용이 강제되는 영역은 교과서 및 공문서에 한정하고 있다는 점에서 국가의 개입이 최소한의 범위에 그치고 있으며, 표준어 선정기준 역시 일반적인 기준이라는 점에서 기본권을 과도하게 제한하지 아니한다고 판단함으로써 심판대상 조항들에 대한 합헌성을 인정하였다.

종래, 국가가 주도하는 표준어 정책이 국가에 의한 인위적인 언어형성이라고 한다면, 학계와 문화계에서 언어의 자유로운 변화·발전을 발견하고 파악하여 이를 표준어 형성의 기초로 삼고 있는 선진국의 표준어 정책은 언어사용자에 의한 자유롭고 자연스러운 언어형성이라고 할 것이다. 현재 우리 국민의 높은 문화수준, 국민들이 갖는 자율적 문화형성에 관한 자연스러운 욕구 등을 감안하여 볼 때, 국가가 주도하는 우리의 표준어 정책이 과연 미래에도 합당한 국어발전의 방향이라고 할 수 있을 것인지에 대하여 향후 국어학계, 그리고 궁극적으로는 국어사용자인 우리 국민들의 심도 있는 논의가 필요하다고 하는 반대의견의 지적은 시사하는 바가 크다.

성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항 등 위헌소원

(헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784)

황 치 연*

【판시사항】

1. 판결선고 전 구금일수의 산입을 규정한 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)

2. 가. 특수강도강제추행죄의 법정형을 특수강도강간죄의 그것과 동일하게 규정한 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제5조 제2항 중 “형법 제334조(특수강도)의 죄를 범한 자가 동법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다”는 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙을 위반하는지 여부(소극)

나. 위 조항이 법관의 양형결정권을 침해하는지 여부(소극)

다. 위 조항이 형벌체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정된 것, 이하 ‘성폭법’이라 한다) 제5조 제2항 중 “형법 제334조(특수강도)의 죄를 범한 자가 동법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다”는 부분 (이하 ‘성폭법 제5조 제2항 부분’이라 하고, 위 조항에서 정한 죄를 ‘특수강도

* 헌법연구관

강제추행죄'라 한다)과 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분(이하 ‘형법 제57조 제1항 부분’이라 한다)의 각 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

형법 제57조(판결선고 전 구금일수의 통산) ① 판결선고 전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.

성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(1997. 8. 22. 법률 제 5343호로 개정된 것) 제5조(특수강도강간 등) ① 생략

② 형법 제334조(특수강도) 또는 제342조(미수범. 다만, 제334조의 미수범에 한한다)의 죄를 범한 자가 동법 제297조(강간) 내지 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

【사건의 개요】

청구인은 강도상해 및 강제추행상해의 혐의로 기소되었다가, 그 중 강도상해로 기소된 부분이 특수강도의 죄를 범한 자가 강제추행의 죄를 범한 경우에 해당한다는 법원의 판단에 따라 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(특수강도강간등)죄로 인정되어 징역 5년을 선고받고(창원지방법원 2006. 8. 23. 선고 2006고합84 판결) 항소하였으나 기각되었고(부산고등법원 2006. 10. 26. 선고 2006노557 판결), 다시 상고하였으나 역시 기각되어 확정되었다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7882 판결). 한편, 항소심 법원은 이유없는 항소라는 이유로 청구인의 구금일수 30일을 본형에 산입하지 아니하였고, 대법원은 청구인의 상고를 기각하면서 상고후의 구금일수 중 100일만을 본형에 산입하였다.

청구인은 대법원에 사건이 계류 중 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌제청신청(2006초기478)을 하였으나 2007. 2. 8. 재판부가 그 신청을 기각하였고, 2007. 3. 22. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 형법 제57조 제1항은 해당 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 산입범위는 재량에 의하여 결정하도록 하고 있는바, 이처럼 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 이유는 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다. 그러나 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다.

또한, 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소의사를 위축시킴으로써 남상소를 방지하려 하는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없고, 남상소를 방지한다는 명목으로 오히려 구속 피고인의 재판 청구권이나 상소권의 적정한 행사를 저해한다. 더욱이 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다고 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다.

이와 같이 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 확정되기 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니되고, 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다. 따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부 부분”은 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 침해한다.

2. 가. ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(이하 ‘성폭법’)이

라 한다) 제5조 제2항 부분은 입법자가 피해자의 재산과 성적 자기결정권의 침해를 넘어서 가정과피의 결과에 이르는 성범죄를 예방하고 척결하기 위하여 특별법으로 특수강도강제추행죄의 구성요건을 신설한 것인바, 보호법익의 중요성, 범죄의 죄질, 행위자책임의 정도 및 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면 등을 고려하여 비교적 중한 법정형을 정한 것으로 합리적 이유가 있으므로 그 자체로 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하다고 할 수 없다.

나. 입법자는 특수강도의 기회에 피해자를 강제추행한 자에 대하여 특단의 사정이 없는 한 집행유예를 선고하지 못하도록 입법적 결단을 내린 것인데 위 결단이 자의적이라 보기 어렵고, 법률상 감경사유가 경합되거나 법률상 감경사유와 작량감경사유가 경합되는 경우 집행유예가 가능하므로 법관의 양형결정권을 침해한다고 할 수 없다.

다. 강제추행이 경우에 따라서 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우가 있을 수 있으며, 또한, 통상적인 추행행위라고 하더라도 범행의 동기, 범행 당시의 정황 및 보호법익에 대한 침해의 정도 등을 고려할 때 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌할 필요가 있는 경우도 있으므로 특수강도를 저지른 자가 피해자를 강제추행한 경우에 대한 비난가능성의 정도가 피해자를 강간한 경우에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수 없다. 따라서 성폭법 제5조 제2항이 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수 없으므로 평등원칙에 위반되지 않는다.

【해설】

1. 형법 제57조 제1항 부분에 대한 판단

가. 미결구금일수 산입에 대한 일반론

(1) 미결구금의 본질

본래 미결구금(판결선고전 구금)¹⁾은 범죄의 혐의를 받고 있는 자를 재판이 확정될 때까지 구금하는 것을 말하는데, 형사소송에서 증거의 보전, 공판

1) 따라서 판례선고일은 판결선고전 구금일수에서 제외된다(대법원 1996. 12. 27. 선고 96도1500 판결).

절차에서의 출석의 확보, 판결확정후의 집행의 보전을 목적으로 하는 강제처분으로서 범죄행위에 대한 법률효과로서의 형벌과는 본질을 달리하는 것이나, 다만 미결구금도 범죄에 수반되는 처분으로서 실질에 있어서 형벌의 집행과 유사하며 국가가 형벌권 확보 및 실현을 위하여 필요한 기간이므로 그 불이익을 피고인에게만 돌릴 수 없다는 점에서 미결구금일수 중의 전부 또는 일부를 본형에 산입하도록 하고 있는 것이다. 미결구금은 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서는 실질적으로 자유형과 유사하고, 구금 여부 및 구금기간의 장단은 피고인의 죄책 또는 귀책사유에 정확하게 대응되는 것이 아니라 형사절차상의 사유에 의해 좌우되는 경우가 많다. 이러한 점에서, 유죄의 경우에는 미결구금기간을 형기에 산입하는 것이 형평에 맞고 피고인들 사이에서도 공평을 도모할 수 있다(헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17, 26 참조).

(2) 미결구금일수 산입에 관한 재정통산과 법정통산

형법 제57조는 “판결선고전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다”고 정하고 있다.

형법상 미결구금일수를 어느 정도 산입하느냐는 법원의 재량이지만(裁定通算)²⁾, 전혀 산입하지 아니하거나 미결구금일수보다 많은 일수를 산입하는 것은 위법이다. 판결선고 전의 구금일수는 법률상 당연히 통산할 경우가 아닌 이상 그 전부를 산입할 것인가 또는 그 일부만을 산입할 것인가의 여부는 판결법원의 자유재량에 속하는 것이다(대법원 1969. 4. 22. 선고 69도269 판결; 대법원 1983. 11. 22. 선고 82도2528 판결; 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1669 판결; 대법원 1990. 6. 12. 선고 90도672 판결; 대법원 1993. 11. 26. 선고 93도2505 판결 참조).

형사소송법 제482조 제1항은 “상소제기후의 판결선고전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다”고 정하면서, 그 제1호로 “검사가 상소를

2) 형법은 양형을 법관의 자유재량에 맡기고 있는 것과 함께 미결구금일수의 통산에 관하여도 법관의 자유재량을 인정하고 있다. 확립된 법원의 판례도 미결구금일수의 통산은 당해사건 심리에 필요한 적당한 기간등을 고려하여 자유재량에 의하여 결정할 것이라고 판시하고 있다.

제기한 때”, 제2호로 “피고인 또는 피고인 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때”를 각 들고 있다. 형사소송법 제482조는 이른바 법정통산(法定通算)에 관한 규정으로서 상소후 미결구금일수의 본형산입에 관한 법관의 재량을 배제하고 미결구금일수의 전부를 본형에 산입시킴으로써 피고인의 이익을 보호하려는데 입법취지가 있다. 따라서, 상급심에서 검사가 상소를 제기한 경우나 또는 피고인등의 상소로 원심판결을 파기하는 때에는 상소제기후의 미결구금일수의 통산을 판결에서 선고할 필요가 없이 집행단계에서 당연히 그 전부가 통산된다(원심판결을 파기하는 때에는 원심판결전의 구금일수 산입에 관하여만 선고하면 된다).

(3) 미결구금일수에 대한 통산의 기준으로서 전부통산설과 일부통산설³⁾

가) 전부통산설

미결구금은 범죄에 대한 효과로서의 형벌을 초과한 해악을 범인에게 가하는 것이고, 소송절차상의 필요 때문에 인정된 부득이한 해악이다. 아무리 그것이 부득이한 것이라고 할지라도 이러한 해악은 당연히 보상되어야 하므로 재판의 결과 무죄로 된 경우에는 형사보상으로 填補되는 것으로 하고, 유죄의 경우에는 형벌을 초과한 해악으로서의 미결구금의 일수는 당연히 본형에 통산하여야 공평의 이념에 맞는 것이 된다. 다만 피의자·피고인의 고의의 귀책사유에 의하여 구금기간이 연장된 경우, 즉 피의자·피고인이 고의로 수사·심리를 지연시켜 그 결과 구속기간이 연장된 경우에 한하여 그 기간만을 통산의 대상으로부터 제외할 수 있다.

나) 일부통산설

심판법원은 당해사건의 접수일과 당해사건 심리에 필요한 적당한 기간등을 고려하여 자유재량에 의하여 결정한 구금일수의 전부 또는 일부를 산입하는 것이다. 즉 미결구금일수를 본형에 산입할 것인가 아닌가는 범죄의 정상(情狀)에 의하여 결정되는 것이 아니라 피고사건 심리경과의 상황에 따라 제반의 사정을 참작하여 그 산입이 결정되어야 할 것이다. 따라서 당해사건

3) 가재환, 판결선고전 구금일수의 본형통산 - 납상소의 방지에 대한 대책과 관련하여 -, 법조, 1997. 11., 46면 이하 참조. 심판대상 범조항, 나아가 형사소송법 제482조의 취지를 반대로 해석하면 일부통산설이 원칙이라고 보지 않을 수 없다.

의 심리에 어느 정도의 기간을 필요로 할 것인가를 판단하고 현실의 구속기간에서 심리에 필요한 일수를 공제하여 그 잔여의 일수를 통산한다고 하는 견해이다.⁴⁾

다) 재정통산의 일부산입에 관한 특칙으로서 소추법 제24조

형법 제57조의 재정통산 규정에 대한 특칙으로서, 피고인 등의 상소가 상당한 이유없이 제기된 것으로 인정될 경우 상소제기기간 만료일부터 상소이유서제출기간만료일까지의 일수를 본형에 산입하지 않도록 함으로써 피고인 등의 남상소에 대해 피고인에게 일정한 불이익을 과하도록 하는 규정(결과적으로 미결구금일수의 일부만 산입되는 결과가 된다)이다. 즉 상소심에서 피고인의 상소를 기각하는 때에는 형법 제57조에 의하여 원심판결선고후의 구금일수중 전부 또는 일부를 산입하게 되므로 상소제기기간만료일부터 상소이유서제출기간만료일까지의 일수도 위 규정에 의하여 불산입할 수 있으나, 이 사건 규정에 의하여 불산입이 강제되어 있는 것이다. 대법원은 이 사건 규정에 의한 기간은 불산입의 최저기간을 정한 것일 뿐이므로 그 이상의 기간을 산입하지 않는다고 하여도 위법이 아니라고 판시하고 있다.

참고로, 영국에서는 상소제기후에는 보석을 원칙적으로 허가하지 아니하고 상소제기후의 미결구금일수의 산입도 없다고 하며, 일본에서는 상고심에서 미결구금일수 150일까지는 본형에 산입하지 않는다고 한다(그 150일은 상고제기후 기록송부까지 약 30일, 국선변호인선임절차 소요기간 약 20일, 상고이유서제출기간 약 40일, 합의에 필요한 자료의 복사·인쇄에 소요되는 기간 약 20일, 그리고 조사·합의 및 판결에 소요되는 기간 약 30일을 합한 기간으로서, 이 기간에 대하여는 아무런 재판지연의 책임을 물을 수 없기 때문이라고 한다).

(4) 결국 미결구금이 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서는 실질적으로 자유형의 집행과 유사함에도, 형법 제57조 제1항 부분에 의하여 법관이

4) 제1심의 사건에 관하여 20일 내지 30일 정도는 사건심리의 최소한도에 있어서 필요한 것으로 보고 있다. 이에 대해 피고인의 미결구금기간이 피고인의 책임에 돌릴 수 있는 사유에 의하여 생긴 것인가 아닌가 법원의 사정에 의하여 생긴 것인가 또는 사건 전체로서 상당하고 불가피한 것인가 아닌가의 사정을 고려하여 결정하여야 한다는 입장이 있다.

미결구금일수를 형기에 일부만 산입할 수 있도록 허용하는 것이 헌법상 적법절차의 원칙, 무죄추정의 원칙 등을 위배하여 신체의 자유를 지나치게 제한하는 것은 아닌지가 문제된다.

나. 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙

(1) 헌법상 신체의 자유의 보장

신체의 안전이 보장되지 아니한 상황에서는 어떠한 자유와 권리도 무의미해질 수밖에 없기 때문에 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 최소한의 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 된다. 인간의 자유와 권리의 역사에서 신체의 자유는 주로 통치권력과 지배자의 강압에 의하여 침해받아 왔으므로, 신체의 자유에 대한 보장은 국가공권력으로부터의 보장이 중핵을 이루고 있다. 이처럼 신체의 자유는 국가형벌권의 행사에 의하여 침해될 여지가 많기 때문에, 우리 헌법은 국가형벌권의 행사로 신체의 자유에 대한 불가피한 제한을 인정하면서도, 그와 동시에 국가형벌권의 부당한 행사에 의하여 발생할 수 있는 신체의 자유의 침해를 방지하기 위하여 그 한계를 구체적으로 정하고 있다.

즉, 헌법 제12조 제1항 전문은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 선언하면서, 이를 구체적으로 보장하기 위하여, 같은 항 후문에서 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하여 신체의 자유를 보장하기 위한 적법절차의 원칙을 명시하고 있고, 제12조 제3항 본문은, “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정함으로써 신체의 자유에 대한 제한은 법관의 영장에 의하여야만 한다는 영장주의를 채택하고 있다.

또한, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하여 기본권제한에 관한 일반적 법률유보원칙을 명시하고 그에

대한 입법권의 한계를 설정하여 두고 있으며, 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있다.

(2) 적법절차의 원칙

현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항 본문은 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데, 이는 개정 전의 헌법 제11조 제1항의 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다.”라는 규정을 1987. 10. 29. 제9차 개정한 현행 헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가 원리 또는 기본권 제한의 법률유보 원리로 정립되게 되었다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876 참조).

이와 같이 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해된다. 더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음

을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-878 참조).

(3) 무죄추정의 원칙

헌법상 무죄추정의 원칙은 형사재판에 있어서 유죄의 판결이 확정될 때까지 피의자나 피고인은 원칙적으로 죄가 없는 자로 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요최소한에 그쳐야 한다는 것을 의미한다. 이러한 무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 320 참조). 유죄의 확정판결이 있을 때까지 국가의 수사권은 물론 공소권, 재판권, 행형권 등의 행사에 있어서 피의자 또는 피고인은 무죄로 추정되고 그 신체의 자유를 해하지 아니하여야 한다는 무죄추정의 원칙은, 인간의 존엄성을 기본권질서의 중심으로 보장하고 있는 헌법질서 내에서 형벌작용의 필연적인 기속원리가 될 수밖에 없고, 이러한 원칙이 제도적으로 표현된 것으로는, 공판절차의 입증단계에서 거증책임(舉證責任)을 검사에게 부담시키는 제도, 보석 및 구속적부심 등 인신구속의 제한을 위한 제도, 그리고 피의자 및 피고인에 대한 부당한 대우 금지 등이 있다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41, 판례집 13-2, 699, 703 참조).

다. 재량통산의 무죄추정 원칙 및 적법절차 원칙 위배여부

(1) 불구속수사원칙

신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 수사와 재판은 원칙적으로 불구속상태에서 이루어져야 한다. 그러므로 구속은 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 예외적인 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 321 참조). 이처럼 신체의 자유를

규정한 헌법 제12조와 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항의 정신에 비추어 당연히 해석되어 온 일반원칙은, 2007. 6. 1. 법률 제8435호로 개정된 형사소송법 제198조 제1항이 “피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다.”라고 불구속수사의 원칙을 천명함으로써 입법화되었다.

(2) 미결구금의 통산

그러므로 수사의 필요상 또는 재판절차의 진행상 불가피하게 피고인을 구금하더라도 이러한 미결구금은 무죄추정의 원칙에도 불구하고 신체의 자유라는 중요한 기본권을 제한하는 것이므로, 앞에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙에 따라 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 과잉금지원칙에 반하지 아니하는 정당한 한도 내로 제한되어야 한다.

또한, 피의자나 피고인이 위와 같은 국가의 형사소송적 필요에 의하여 적법하게 구금되었더라도, 미결구금은 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 박탈하고 있다는 점에서 실질적으로 자유형의 집행과 유사하기 때문에, 무죄추정의 원칙에 따라 그 구금기간에 대한 정당한 평가와 보상이 이루어져야 한다. 즉, 구금된 피고인이 무죄판결을 받은 경우 형사보상법 등에 의하여 미결구금일수에 따른 금전적 보상을 받을 수 있고, 유죄판결을 받은 경우에는 미결구금일수를 본형에 통산하게 된다.

(3) 재량통산과 그 목적

그런데 우리 형법 제57조 제1항은, 대다수의 입법례가 미결구금기간의 ‘전부’를 형기에 산입하는 것과는 달리, 미결구금기간의 “전부 또는 일부를 …… 산입한다”라고 규정함으로써, 해당 법관으로 하여금 미결구금일수를 형기에 산입하되, 그 산입범위는 재량에 의하여 결정하도록 하고 있다.

이처럼 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기는 이유는, 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고, 피고인의 남상소(濫上訴)를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이는데 있다고 한다.

(4) 재량통산의 위헌성 여부

그러나 아래에서 보는 바와 같이, 위와 같은 입법목적이 헌법상 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙에 반하여 미결구금일수의 일부만을 형기에 통산하는 것을 허용할 만큼 합리성과 정당성을 갖추었다고 보기 어렵다.

(가) 우선 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데, 형법 제57조 제1항 부분은 그 미결구금일수 중 일부분을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해가 가중하고 있다.

(나) 미결구금은 신체의 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서는 실질적으로 자유형의 집행과 유사하고, 미결구금상태에서의 정신적 긴장이나 미래에 대한 불안을 고려할 때 미결구금이 확정된 형의 집행보다 완화된 형태의 구금이라고 단정할 수도 없다.

이른바 기결수(既決囚)에 비하여 미결수(未決囚)가 교도소 내의 면회횟수의 제한, 이감(移監), 노역 등의 처우에 있어 유리하다는 반론이 있으나, 미결수에 대한 이러한 처우는 무죄추정의 원칙상 인정되는 당연한 것이고, 기결수와 위와 같은 차이는 기결수에 대한 교도소 내의 처우를 미결수에 맞추어 개선하려는 노력으로 해결하여야 할 것이지, 미결수의 구금을 기결수의 형집행에 비하여 차등평가하는 근거로 삼아서는 안될 것이다.

(다) 구속 피고인의 책임으로 부당하게 재판이 지연된 경우에는 재판의 효율성을 위하여 미결구금기간 중 그에 해당하는 부분을 형기에 산입하여서는 아니된다는 주장이 있으나, 형사소송절차상의 사유에 의해 좌우되는 구금기간의 장단을 피고인의 귀책사유에 정확하게 대응시키기도 쉽지 않을 뿐 아니라, 설사 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형법적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 것이다.

(라) 형사소송절차에서 상소제도는 오판(誤判)을 시정하고 법령의 해석·

적용을 통일하기 위하여 마련된 것인바, 상소권의 남용은 형사재판절차를 불필요하게 지연시킬 뿐 아니라 상소심 업무를 과중하게 하여 신속·적정한 사법(司法)운영을 방해하므로, 이를 예방하거나 제어할 필요성이 있다.

그러나 피고인의 상소권은 헌법 제27조의 재판청구권에 포함되는 피고인의 정당한 권리로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 의하여만 이를 제한할 수 있는바(헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 258, 270; 헌재 1999. 7. 22. 96헌마19, 판례집 11-2, 73, 81 참조), 형법 제57조 제1항 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 법원의 재량으로 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소의사를 위축시킴으로써 남상소를 방지하려 하는 것은, 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없다.

즉, 형사재판에서 인신이 구속되어 검사에 비하여 불리한 상태에 있는 피고인으로서의 재판절차에서 자신에게 유리한 변론이나 증거신청을 하려 하다가도 위 형법 제57조 제1항 부분 때문에 정당한 증거신청을 포기할 수도 있다. 또한, 형법 제57조 제1항에 의하여 미결구금일수를 산입하는 이상 그 산입일수는 법관의 자유재량이라는 것이 대법원의 확립된 판례이고(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도4758 판결; 대법원 1993. 11. 26. 선고 93도2505 판결 등 참조), 재정통산의 경우에 1심 판결이 피고인의 미결구금일수 중 일부를 본형에 산입하지 아니하였다 하더라도 이는 판결법원의 재량에 속하는 사항이며 일부 통산하지 아니한 미결구금일수에 대하여 상소심에 재량권이 없으므로(대법원 1993. 11. 26. 선고 93도2505 판결; 대법원 1991. 4. 26. 선고 91도353 판결 등 참조), 원심판결에 불복하는 구속 피고인이 상소심에서 미결구금일수 중 일부만이 산입되어 사실상 구금기간이 연장되는 불이익을 입지 않기 위해서 상소를 주저하게 될 수도 있다. 이는 결국 남상소를 방지한다는 명목으로 오히려 구속 피고인의 재판청구권이나 상소권의 적정한 행사를 저해하게 되는 것이다.

(마) 구속의 목적은 형사소송절차의 실효성, 즉 적정한 사실조사 및 소송절차에의 출석 확보와 판결 후의 형벌의 집행을 담보하려는 데에 있는 것이므로, 이러한 목적 이외의 다른 목적을 추구하는 데에 허용되지 않는다. 그러므로 피의자나 피고인이 구속된 상태를 이용하여 소송의 지연이나 남상소

의 방지라는 사범운영상의 목적을 달성하려는 것은 구속제도의 본래 목적에 부합하지 않는다고 할 것이다.

(바) 미결구금은 무죄추정원칙의 예외적 상태로서 신체의 자유를 중대하게 제한하는 것이므로 구속 피고인은 구속되었다는 점만으로도 이미 불구속 피고인보다 불이익한 처우를 받고 있는 것인데, 나아가 유죄판결 확정시 미결구금일수 중 일부만이 산입된다면 사실상 구금기간이 늘어나게 되어, 불구속 상태에서 유죄판결이 확정되어 자유형을 집행받는 피고인에 비하여 다시 한번 불리한 차별을 받는 결과를 초래한다.

(사) 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등의 위배

헌법상 무죄추정의 원칙에 따라, 유죄판결이 확정되기 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니된다. 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해 받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의 집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다.

그러나 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 미결구금의 이러한 본질을 충실히 고려하지 못하고 법관으로 하여금 미결구금일수 중 일부를 형기에 산입하지 않을 수 있게 허용하였는바, 이는 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한함으로써 헌법에 위반된다고 할 것이다.

라. 조대현 재판관의 보충의견과 이동흡 재판관의 반대의견

(1) 신체의 자유에 관한 과잉금지(최소침해성) 원칙 위반을 추가한 위헌논증을 제시한 조대현 재판관의 보충의견

국가형벌권의 행사를 위하여 국민의 신체의 자유를 구속할 필요가 있는 경우 그 구속기간을 형기에 산입하지 않거나 보상하지 않으면 기본권 제한이 필요한 경우에도 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 헌법 제37조 제2항의 원칙을 준수하지 못하게 되는데, 형법 제57조는 미결구금일수의 일부만 산입할 수 있는 사유에 관하여 아무런 규정도 하지 아니한 채 법관의 재량에 맡기고 있으므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

(2) 피고인에게 책임을 돌릴 수 있는 기간을 본형에 산입하는 것이 오히려 형사사법의 정의에 반한다는 취지의 합헌논증을 제기한 이동흡 재판관의 반대의견

미결구금은 헌법에서 법률과 적법한 절차에 따라 예외적으로 법관의 영장에 의하여 구속의 필요성이 있는 경우에 법정외의 구속기간 내에 신체의 자유가 제한된 상태에서 수사 및 재판을 받도록 하는 것이므로 헌법이 인정한 무죄추정원칙의 예외로서 적법절차원칙에 따라 이루어지는 것이고, 이러한 적법절차원칙의 적용을 받아 행하여진 미결구금 자체가 무죄추정원칙 또는 적법절차원칙에 위배된다고 할 수 없다.

미결구금일수의 본형산입의 문제는 기본적으로 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 영역인바, 그 재량행사에 따른 입법이 명백히 불합리하지 않은 한 이를 위헌이라고 할 수 없으므로 반드시 전부 본형에 산입하여야만 인권이 보호된다는 논리는 성립할 수 없다. 만약 형법 제57조 제1항이 미결구금일수의 일부 본형산입의 여지를 두지 않는다면 형사절차상 본질적으로 다른 미결구금과 형의 집행을 동일하게 취급하게 되고, 다양한 성격의 미결구금기간 중 피고인에게 책임을 돌릴 수 있는 기간은 이를 본형에 산입하는 것이 오히려 형사사법의 정의에 반하는 것이 될 수 있다. 이와 같이 전체 미결구금기간은 다양한 성격의 기간이 합쳐져 있다는 점, 각 미결구금기간의 성격에 따라 다른 취급이 필요하다는 점에서 미결구금일수를 전부 본형에 산입하도록 하는 것보다 실무상 심리에 필요한 기간, 심리지연미결에 대한 피고인의 귀책사유 등을 참작하여 법관의 재량으로 본형에의 산입정도를 정할 수 있도록 한 형법 제57조 제1항은 공평의 관점에 비추어 합리적인 이유가 있다.

따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 합리성과 정당성이 인정되므로 헌법상 적법절차원칙이나 무죄추정원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다

2. 성폭법 제5조 제2항 부분에 대한 판단

가. 심판대상 범조항과 동일한 선례결정⁵⁾의 요지

(1) 특수강도가 강도의 기회에 피해자를 강제추행한 경우에는 그 동기가 주로 자신의 강도범행을 은폐하려는 데에 있는 경우가 많고, 특수강도범행으로 인하여 극도로 반항이 억압된 상태에서 피해자의 성적 자기결정권이 현저하게 침해되었다고 할 것이므로 죄질과 범정이 무겁고 비난가능성이 매우 크다. 나아가 이러한 범행이 야간에 주거에서 발생하여 배우자 또는 가족이 목격하는 가운데 행해진 경우에는 피해자의 재산과 성적 자기결정권의 침해를 넘어 생활의 기초단위로서 한 가정을 파괴하는 결과에까지 이르게 되어 이로 인한 피해의 정도도 통상적인 특수강도와 강제추행의 결과를 넘어 매우 심대하다. 그러므로 입법자가 특별법을 제정하여 특수강도강제추행죄의 구성요건을 신설하고 그 보호법익의 중요성과 범죄의 죄질, 행위자책임의 정도 및 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 고려하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역형이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것에는 합리적인 이유가 있다. 강제추행이란 상대방의 성적 수치심이나 혐오감을 불러일으키는 성기삽입 외의 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간의 경우에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 극단적인 추행으로 성적 쾌감을 얻는 학적인 행위(Sadistic Rape) 등 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우도 얼마든지 있을 수 있고, 통상적인 추행행위라고 하더라도 범행의 동기와 범행당시의 정황 및 보호법익에 대한 침해의 정도 등을 고려할 때 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있다. 그러므로 가정과피범죄를 예방하고 척결하려는 이 사건 법률조항의 입법배경과 가정의 평화와 안전이라는 보호법익의 중대성 및 성범죄의 피해자인 여성의 수치심을 악용하여 자신의 범행을 은폐한다는 동기의 불법성과 특수강도범행으로 인하여 극도로 반항이 억압된 상태라는 범행당시의 정황등을 종합적으로 고려해 보면, 특수강도가 피해자를 강제추행한 경우에 대한 비난가능성의 정도가 피해자를 강간한 경우에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수는 없고 오히려 구체적인 추행행위의 태양에 따라서는 강

5) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570

간의 경우보다도 더 무거운 처벌을 하여야 할 필요도 있다고 할 것이므로, 심판대상 범조항이 양 죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고는 할 수 없다.

(2) 심판대상 범조항의 경우 입법자는 특수강도의 기회에 피해자를 강제 수행한 자에 대하여 그 범정과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 특단의 사정이 없는 한 법관이 작량감경은 할 수 있으되 집행유예는 선고하지 못하도록 입법적 결단을 내린 것이라 할 것이고, 이러한 입법자의 결단은 위에서 본 여러가지 사정에 비추어 수긍할만한 합리적인 이유가 있다고 인정되므로 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 것이라고는 보기 어렵다. 또한 심판대상 범조항에 해당하는 경우에도 법률상 감경사유가 경합되거나 법률상 감경사유와 작량감경사유가 경합되는 때에는 그 형의 집행을 유예받을 수도 있으므로 집행유예의 가능성이 법률상 전면적으로 봉쇄되어 있는 것도 아니다. 따라서 심판대상 범조항이 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고를 할 수 없도록 그 법정형을 정하였다고 하여 곧 그것이 법관의 양형 결정권을 침해하였거나 법관독립의 원칙에 위배된다고 할 수 없고 나아가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하는 것이라고도 할 수 없다.

(3) 반대의견 요지⁶⁾

다수의견은 “통상적인 수행행위”를 기준으로 특수강도강제수행죄의 성격을 파악하기보다는, 예외적이거나 비전형적인 유형을 기준으로 하여 본죄를 파악하고 있다. 그러나 그 자신이 범한 행위의 불법내용을 초월하는 예외적이거나 비전형적인 다른 행위자의 불법내용을 통상적인 범죄유형에서의 행위자의 책임으로 의제하는 것은 어떠한 목적을 위해서도 정당화될 수 없다. 범죄행위의 유형이 아주 다양한 경우 그 다양한 행위 중에서 특히 죄질이 흉악한 범죄를 무겁게 처벌해야 한다는 것은 책임주의의 원칙상 당연히 요청되는 것이지만 이 경우 다양한 행위유형을 하나의 구성요건으로 포섭하면서 법정형의 하한을 무겁게 책정하여 죄질이 가벼운 행위까지를 모두 엄히

6) 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 주선회의 반대의견

처벌하는 것은 명백히 책임주의에 반한다. 나아가 특정범죄로서 상정되는 행위유형이 다양하고 그 경중의 폭이 넓으면 넓을수록 그에 대한 법정형의 폭을 넓게 하여 탄력적인 양형 운용이 가능하도록 하여야 하는데, 심판대상 범조항은 그 법정형의 하한을 10년 이상의 징역형으로 규정하여 실무상 법관이 범죄자의 귀책에 상응하는 형을 선고할 수 없도록 하고 있고, 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고를 할 수 없도록 하여 인간존중의 이념에 따라 재판을 할 수 있는 재량의 폭을 지나치게 제한하고 있을 뿐 아니라 한층 책임이 무거운 특수강도강간죄의 미수범에 대하여는 집행유예를 선고하는 것이 가능하도록 한 반면, 한층 책임이 가벼운 특수강도강제추행죄의 기수범에 대하여는 집행유예를 선고할 수 없도록 하여 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 그 책임에 알맞는 형벌을 선고할 수 없도록 함으로써 형벌개별화의 원칙을 구현하지 못하고 있을 뿐만 아니라 법관의 양형결정권도 현저히 침해하고 있다.

나. 법정형의 내용에 대한 입법권의 범위와 한계

헌법재판소는 형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계에 관하여 “어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404 등 참조).”라고 일관되게 판시하여, 어떤 행위를 범죄로 규정

하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인지는 원칙적으로 입법권자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되어야 할 분야로, 단순한 입법정책의 당부에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 하고 있다.

다. 심판대상 법조항의 입법배경과 구성요건의 해석

(1) 심판대상 법조항의 입법배경과 개정연혁

형법은 강도가 부녀를 강간한 때를 강도강간죄로 규정하고 이에 대하여 무기 또는 10년 이상의 징역형이라는 법정형을 두어 무겁게 처벌하고 있다(제339조). 이 죄는 강도죄와 강간죄의 결합범으로 강도가 강도범행으로 야기된 반항불능상태를 이용하여 피해자를 강간하는 경우가 빈번하였기 때문에 강도살인·강도상해죄와 마찬가지로 강도죄의 가중적 구성요건으로 규정된 것이다. 그러나 이러한 무거운 처벌규정에도 불구하고 1980년대 중반부터 강도강간범죄의 발생건수가 주목할 만한 정도로 증가하는 추세를 보였고⁷⁾, 그 동기도 일시적인 성충동에 의한 우발적인 것이라기 보다는 대부분 강간피해자인 여성의 수치심을 악용하여 자신의 강도범행을 은폐할 목적으로 행해지게 되어 계획적이고 조직적인 범죄의 형태로 나타나게 되었다. 특히 강도범행이 야간에 주거지에서 이루어지는 경우 또는 주거지가 아니더라도 흥기를 휴대하거나 다수인의 합동범 형태로 행해지는 경우에는 저항할 수 없는 절대적 폭력을 수반하여 심지어는 배우자 또는 자녀가 목격하는 가운데 강간범행이 자행되어 이로 인한 피해가 이미 개인적인 차원을 넘어 생활의 기초단위로서의 한 가정을 파괴하는 이른바 “가정파괴범죄⁸⁾”로까지 이

7) 1982년부터 강간강간범죄의 발생건수를 보면 1980년대 이전에는 연간 100건 미만 이던 것이 1980년에 121건, 1982에 168건 등 1984년에는 255건으로 증가되었다.

가정파괴사범의 실태와 대책, 법무연수원, 13면 표 참조.

8) 가정파괴범죄란 용어는 1983. 5. 17. 강간강도범인에 대하여 사형이 선고된 것을 보도하면서 일부 언론에서 사용된 것이다. 그 후 법무부장관은 “가정파괴사범엄단에 관한 특별지시”에서 공식적으로 이 용어를 사용하였으나, 구체적인 사용례에 따라 그 범위에 차이가 있다. 위 지시에서는 “주거침입강도가 부녀자를 강간한 경우”라고 가정파괴사범을 정의하고 있으나, 이혼녀 혼자 살고 있는 가정이라든가, 피해자가 가정부 등 가족구성원이 아닌 경우에는 가정의 파괴와는 직접적인 연관성이 없다고 할 것이므로 다소 그 범위가 넓다고 할 것이다(법무연수원, 가정파괴사범의 실태와 대책, 22-23). 그러나 주거지라는 장소에서 그러한 범행이 발생하는 경우에는 언제나 가정파괴의 위험이 상존(피해자의 가족구성원, 가족의 목격 여부라는 우연적인

르게 되어 그 범죄의 성격에 변화를 가져왔고, 구체적인 행위의 태양도 강간 외에 여성의 성기에 이물질을 삽입하는 등 흉폭하고 비정상적인 형태로 나타나게 되었다.

그러나 현실의 이러한 상황에도 불구하고 형법에 규정된 강도강간죄는 이른바 가정과피범죄로서의 강도강간유형의 범죄행위에 대하여 적절한 일반예방적 기능을 수행하지 못하였고, 성폭력 행위의 유형을 강간으로만 한정할 나머지 불법이나 책임의 내용에 있어 결코 강간보다 경미하다고 할 수 없는 강제추행에 대해서는 전혀 규율할 수 없는 입법론적인 문제점만을 드러내었다.

이러한 배경하에서 1989. 3. 25. 법률 제4090호로 개정된 특별범죄가중처벌등에관한법률(이하 ‘특가법’이라 한다) 제5조의6 제1항은 “형법 제330조와 제331조의 절도나 제334조의 강도가 동법 제297조 내지 제299조의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역형에 처한다.”라고 하여 기존의 강도강간죄로는 규율할 수 없었던 야간주거침입형 또는 흉기휴대·합동범형태의 절도 및 강도죄와 강간죄 및 강제추행죄의 결합범을 처벌할 수 있는 특수강도강제추행죄 등을 신설하고, 그 법정형에 사형을 추가하여 강도강간죄의 법정형을 가중하여 규정하였다. 그러나 형법상 강도강간죄의 법정형 중 징역형의 하한이 10년 이상인데 반하여 특수강도강제추행죄의 경우에는 그 하한이 5년 이상으로 규정되어 있어 실무상 법정형의 하한에 관하여 논란⁹⁾이 있자, 1990. 12. 31. 법률 제4291호로 개정된 특가법 제5조의6 제2항은 특수강도강간죄와 특수강도강제추행죄를 야간주거침입절도 등과의 결합범과 분리하여 규정하고 그 법정형을 사형·무기 또는 10년 이상의 징역형으로

요소에 따라)한다고 할 것이므로 가정과피범은 주거지(가정)라는 범행장소에 따른 강도강간죄의 한 유형이라고 일응 분류할 수 있을 것이다.

9) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90도2135 판결

이 판결에서 대법원은 “특가법 제5조의6 제1항 중 특수강도강간죄의 입법취지는 ... 사형을 법정형에 포함시킴으로써 무겁게 처벌하고 있다 함에 있다고 할 것이므로 이는 형법상 강도강간죄에 대한 특별법이라 하겠고, 검사가 피고인의 행위에 대하여 특별법의 적용을 구한 이상 특별법의 유기징역형의 하한이 일반법인 형법의 강도강간죄의 그것보다 낮다고 하여 특별법의 유기징역형의 하한을 일반법의 그것과 맞추어야 할 합리적 근거는 없다.”고 판시하여 논란이 된 유기징역형의 하한에도 특가법이 정한 하한이 적용된다고 하여 이와 반대되는 견해에 따른 원심판결을 파기 환송하였다.

높여 형법상 강도강간죄의 법정형과 균형을 맞추었다. 그 후 성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하며, 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 인권신장과 건강한 사회질서의 확립에 이바지할 목적으로 1994. 1. 5. 법률 제4702호로 제정된 성폭법은 위 특가법을 조항을 그대로 계수하여 제5조 제2항에서 특수강도강제추행죄를 정하고, 1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정된 현행법률은 특수강도의 미수범을 특수강도에 포함시켜 본죄의 성립범위를 확대하였다.

(2) 특수강도강제추행죄의 구성요건

심판대상 법조항은 특수강도 또는 그 미수의 죄를 범한 자가 강제추행의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다라고 하여 야간주거침입 또는 흉기휴대·합동범 형태의 강도가 피해자를 강제추행한 경우 이를 처벌하는 새로운 구성요건을 정함과 동시에 사형·무기 또는 10년 이상의 징역형이라는 무거운 법정형을 규정하고 있다.

특수강도강제추행죄는 형법 제334조의 특수강도죄와 형법 제289조의 강제추행죄의 결합범으로 야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입하여 또는 흉기휴대 또는 2인 이상이 합동하여 강도를 하였거나 그 실행의 종료에 이르지 못한 자가 피해자를 강제추행한 경우에 성립하며 그 미수범도 처벌된다(성폭법 제12조). 특수강도강제추행죄의 미수범은 강제추행행위의 실행행위를 종료하였는지 여부에 따라 그 기수범과 구분되고, 신분적 요소인 특수강도의 기수 또는 미수에 따른 구분이 아니다. 따라서 이러한 미수범 처벌규정의 특성과 행위불법의 본질에 비추어 볼 때 특수강도강제추행죄는 특수강도의 가중적인 구성요건이라기 보다는 오히려 강제추행죄의 가중적 구성요건이라고 보아야 할 것이다.

라. 특수강도강제추행죄의 신설과 법정형 가중의 필요성

심판대상 법조항이 정하는 특수강도강제추행죄는 특수강도죄와 강제추행죄의 결합범이기는 하나 그 결과는 피해자의 재산과 신체에 대하여 피해를 준다는 개인적 차원을 넘어 피해자와 그 가족들에게 계량할 수 없는 정신

적·심리적인 피해를 주게 되어 인간생활의 기초단위로서 최우선적으로 보호되어야 할 가정을 파탄에 이르게 할 뿐 아니라 나아가 잠재적인 피해자로서 일반 국민들에게도 극도의 불안감을 가져온다는 점에서 그 죄질이 매우 중한 범죄라 할 것이다. 그러므로 이러한 새로운 유형의 범죄에 탄력적으로 대처하기 위하여 특별법을 제정하여 기존의 형법으로는 처벌할 수 없었던 공간 외에 강제추행도 처벌할 수 있는 구성요건을 신설하고, 그 보호법익의 중요성과 행위불법의 정도를 고려하여 형법상 강도강간죄에 비하여 무거운 법정형을 정한 것은 일응 필요하고도 바람직한 것이라 할 것이다.

마. 강간죄와 강제추행죄에 대한 입법현실과 외국의 입법례

(1) 입법현실

우리 형법은 강간죄와 강제추행죄를 기본적 구성요건으로 하고 각 불법이 가중되는 유형에 대하여 가중적 구성요건을 두어 여성에 대한 성기삽입형식과, 남성과 여성에 대한 성기삽입 이외의 성폭력 행위를 이분하여 전자를 불법이 가중되는 행위형태로 규정하고, 각각 다른 구성요건으로 정하여 각 구성요건이 분리되어 있다. 이러한 입법형식은 질성교보다 더 피해자에게 부담스러울 수 있는 다른 형태의 성폭력 행위, 즉 항문성교, 구강성교 등을 강제추행죄로 밖에 처벌할 수 없고, 어떠한 구성요건에 해당되지 않은 경우¹⁰⁾ 이를 처벌할 수 없는 형사정책적인 문제점이 제기될 수도 있다.

(2) 외국의 입법례(아래에서 살펴볼 미국, 일본 등 국가에서는 형법에서만 성폭력범죄를 규정하고 성폭법과 같은 특별법은 없다)

미국 등 각국의 입법례는 강간죄에 있어 행위객체의 중성화, 성기삽입에 이르지 않은 경우라도 강간죄와 불법의 정도가 유사하거나 오히려 높은 변

10) 심신상실이거나 항거불능의 상태에 있지 않은 여성, 만 20세 미만이 아닌 여성, 업무·고용 기타의 관계로 보호감독을 받는 상태가 아닌 여성, 법률에 의해 구속된 상태가 아닌 여성을 단지 위계와 위력으로 간음하였다면 그 행위는 제한적으로 열거된 형법상 성폭력 범죄에 해당하지 않으며 결국 이러한 성폭력을 당한 여성은 법의 보호를 받을 수 없게 된다. 위에서 든 예에 해당하는 여성의 범위가 극히 한정적인 것을 감안하면 사실상 상당수의 성폭력 행위의 유형이 처벌의 대상에서 제외된다.

태적인 추행행위의 처벌강화, 강간죄에 있어 감경적 구성요건의 신설 및 성폭력범죄의 태양에 따른 법정형의 개별화에 그 특징이 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가) 미국¹¹⁾

미국의 Model Penal Code는 제213장에서 성에 관한 죄(sexual offenses)를 규정하면서 성교(sexual intercourse)는 구강, 항문 성교를 포함한다고 하여(제310.0조), 성기삽입에 상당하는 추행행위를 강간죄로 처벌하고, 저항할 수 없는 폭행 또는 협박을 가한 경우에는 1급 중죄로, 여성이 성행위를 당함을 인식하지 못하거나 그 남자가 남편이라고 잘못 생각하고 있는 것을 기회로 성교한 경우에는 3급 중죄로 처벌하며(제213.2조 제2항), 강제추행도 행위유형에 따라 2급 또는 3급 중죄로, 경미한 강제추행의 경우에는 경죄로 처벌하고 있다(제213.4조).

나) 프랑스¹²⁾

프랑스 형법은 “폭행, 강제 또는 기습적으로 사람에게 대하여 성적 삽입행위를 하는 것은 15년의 징역에 처하고(제222-23조), 가중처벌하는 강간의 경우로서 상해를 입힌 경우, 피해자가 15세 미만인 경우, 피해자의 능력이 미약한 것이 명백한 경우, 피해자에 대한 보호감독권이 있는 자가 범행한 경우, 권한을 남용하여 범행한 경우, 수인(數人)이 범행한 경우, 무기를 이용한 경우 등에는 20년의 징역에 처한다(제222-24조)고 규정하고 있다. 이 때 성적 삽입행위에는 남·남, 남·녀, 여·남, 여·여 사이에서 행해지는 성적인 의미의 질, 항문, 구강에 대한 강제삽입이 모두 포함되고 삽입되는 물체가 남자의 성기이어야만 하는 것은 아니라고 한다. 그리고 강간하여 사망에 이르게 한 때와 강간과 관련하여 고문 또는 가혹행위를 한 때에는 30년의 징역에 처한다(제222-25, 26조).

나아가, 위 형법은 강간 이외의 강제추행 등의 성적 침해에 대해서는 5년 이상의 구금형 또는 500,000프랑의 벌금형에 처하고(제222-27조), 가중처벌하는 강제추행의 경우로서 상해 또는 성적 수치심을 초래한 경우, 피해자에

11) 법무부, 미국모범형법·형사소송규칙, 1983

12) 법무부, 프랑스 신형법, 1996, 80-83면 참조.

대한 보호감독권이 있는 자가 범행한 경우, 권한을 남용하여 범행한 경우, 수인(數人)이 범행한 경우, 무기를 이용한 경우 등에는 7년의 구금형 및 700,000프랑의 벌금에 처한다라고 규정하고 있다¹³⁾.

다) 독일

1997. 7. 1. 개정 전의 독일형법(StGB)은 강간죄(제177조)와 강제추행죄(178조)를 두고 성기삽입의 경우를 강간으로, 나머지 행위를 강제추행으로 규정하면서, 구체적인 행위태양에 따라 그 법정형을 달리 하였다. 현재는 제 177조에서 강간죄(Vergewaltigung)와 강제추행죄(sexuelle Nötigung)를 통합하여 규정하면서, 폭행 또는 협박에 의해 성적 행위(sexuelle Handlungen)를 강요한 경우에는 1년 이상의 자유형에(제1항) 처하고, 특히 중한 경우 즉, 성기결합 또는 신체에 대한 삽입의 경우(남여 포함), 다수인이 공동하는 경우에는 2년 이상의 자유형에 처하며(제2항), 무기나 위험한 도구를 소지하거나 중대한 건강침해의 위협을 야기한 때에는 3년 이상의 자유형에 처하고(제3항), 무기나 위험한 도구를 사용하거나 중상해 또는 사망의 위협에 이르게 한 경우에는 5년 이상의 자유형에 처하도록 하였다(제4항).¹⁴⁾

라) 일본

일본은 우리 형법과 동일하게 強制猥褻罪¹⁵⁾와 강간죄를 기본적인 구성요건으로 하여 가중적 구성요건을 규정하고 있고, 강도강간죄를 강도죄의 가중적 구성요건으로 따로 정하고 있다. 그 법정형으로는 강제외설죄의 경우 6월 이상 7년 이하의 징역형을, 강간죄의 경우에는 2년 이상의 유기징역형을, 강도강간의 경우에는 무기 또는 7년 이상의 징역형을 정하고 있다. 우리 성폭범과 같이 강도와 강제추행죄의 결합범은 없고, 이 경우 경합범으로 처벌하고 있다.

13) 15세 미만의 미성년자, 약자에 대한 강제추행의 경우 7년의 구금형 및 700,000프랑의 벌금에 처하고, 위와 같은 사유로 가중처벌하는 경우 10년의 구금형 및 1,000,000프랑의 벌금에 처한다(제222조-29, 30조).

14) 제5항에서는 감경된 경우를 규율하고 있다. Vgl. Müncher Kommentar, Strafgesetzbuch(2005), §177, S. 1144-1145.

15) 우리 형법상 강제추행죄와 동일한 구성요건이다.

바. 형벌체계상의 균형상실 또는 과잉처벌인지 여부

심판대상 범조항은 특수강도강제추행죄의 법정형을 특수강도강간죄의 법정형과 동일하게 “사형·무기 또는 10년 이상의 징역형”으로 규정하고 있는 바, 이러한 법정형이 다른 범죄 특히 특수강도강간죄와 견주어 볼 때, 지나치게 높아서 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 행위자의 귀책사유 이상으로 과잉처벌하는 것인지 여부를 보기로 한다.

(1) 형벌체계상의 균형을 상실하였는지 여부

가) 법정형을 정함에 있어 고려의 대상

우리 헌법재판소는 “어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항”이라고 하여 법정형을 정함에 있어서는 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려, 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등이 중요한 기준이 되어야 한다고 판시하였다. 그 중에서도 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없다(1997. 3. 27. 95헌바50, 판례집 9-1, 290, 298-299).

나) 특수강도강간죄와의 비교

특수강도강제추행죄와 특수강도강간죄는 특수강도라는 신분적 요소를 필요로 한다는 데에서는 동일하지만, 구체적인 성폭력 행위의 태양이 강제추행과 강간이라는 점에서 서로 구별된다. 양 죄에 있어 그 행위의 불법과 행위자의 책임이 가중되는 이유는 재물강취의 수단으로 피해자를 강간하거나 또는 강제추행한다는 데에 있다고 할 것이므로, 그 법정형을 정함에 있어서도 특별한 사정이 없는 한, 강간과 강제추행의 구체적인 불법정도와 행위자의 책임에 있어 차이가 일응의 기준이 되어야 할 것이다.

1) 성폭력범죄¹⁶⁾에 대한 형사법의 규율체계¹⁷⁾ 및 강간죄와 강제추행죄의 관계

① 성폭력 범죄에 대한 형사법의 규율체계

16) 성폭력 범죄라는 용어는 성폭범이 제정되기 전까지는 실정법상의 용어가 아니었다. 문언적으로 성폭력이란 개념은 물리적인 폭력을 수반하는 의미로 이해되므로 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 태양을 모두 포섭하는 개념은 아니지만, ‘성범죄’, ‘정조에 관한 죄’보다는 형법과 성폭범이 정하는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 대부분을 포섭할 수 있는 용어로 보이므로 본 보고서에서는 이 용어를 사용하기로 한다.

한편 1994. 1. 5. 제정된 성폭범은 그 목적을 “성폭력범죄”의 예방 …, “성폭력범죄”의 처벌 및 …이라고 규정하여 성폭력범죄라는 용어를 사용하고, 나아가 제2항에서는 형법 제32장의 강간죄 등 성폭력범죄를 나열하고 있다.

그러나 본 보고서에서의 성폭력범죄는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄를 지칭함에 반해 성폭범상의 성폭력범죄는 공연음란죄 등 성풍속에 관한 죄도 포함한다는 점에서 반드시 동일한 것이라고 할 수는 없다.

17) 성폭력범죄에 대한 형사법의 규율체계

1. 형법

형법은 제32장 “강간과 추행의 죄”에서 성폭력범죄를 규정하고 있는데, 구체적으로 보면 기본적인 구성요건으로 강간죄(형법 제297조)와 강제추행죄(298조)를 두고, 이들에 준하여 취급하는 준강간, 준강간추행죄(제299조)와 미성년자에 대한 간음, 추행죄(제305조)와 강간, 강제추행의 결과적 가중범으로 강간 등에 의한 치사상죄(제301조)를 두고 있다. 이밖에도 형법은 미성년자간음죄(제302조), 업무상 위력 등에 의한 간음죄(제303조) 및 혼인빙자간음죄를 이 장에 정한 죄에 포함하고 있다.

2. 성폭범

성폭력범죄가 날로 흉폭화 되고 새로운 유형으로 전개됨에 따라 형법만으로는 이에 대하여 적절히 대응할 수 없게 되자 성폭범이 제정되었는데, 이는 기존의 형법으로는 처벌할 수 없었던 심판대상 범조항과 같은 성폭행유형을 신설함과 동시에 법정형을 강화하였고, 성폭력범죄로 인한 피해자의 보호를 위한 규정을 두고 있다. 성폭범 제2조에 규정되어 있는 형법 제32장의 범죄 외에 이 법이 새로 정하는 구성요건을 보면, 절도강간·강제추행죄(제5조 제1항), 특수강간·강제추행죄(제5조 제2항), 특수강간죄(제6조 제1항), 특수강제추행죄(제6조 제2항), 친족관계에 의한 강간·강제추행죄(제7조), 장애인에 대한 준강간·준강제추행죄(제8조), 강간 등 상해·치상죄(제9조), 강간 등 살인·치사죄(제10조), 업무상 위력등에 의한 추행죄(제11조), 공중밀집장소에서의 추행죄(제13조), 통신매체이용 음란죄(제14조) 등이 있다.

3. 기타 특별법에 의한 성폭력범죄

청소년의성보호에관한법률 제10조는 여자청소년에 대한 강간죄의 법정형을 5년 이상의 유기징역으로, 청소년에 대한 강제추행죄의 법정형을 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2000만원 이하의 벌금으로 규정하여 각 형법상의 법정형을 가중하고, 특정강력범죄의처벌에관한법률은 형법 제32장에 정한 죄 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 범한 강간죄 등과 강도강간죄 및 심판대상 범조항과 같이 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄를 특정강력범죄로 하고 이에 대하여 누범가중과 집행유예 결정사유 등에 대하여 따로 그 요건을 정하고 있다.

형법과 성폭력 범죄에 대한 특별법으로서 성폭법, 청소년성보호에 관한 법률 등은 성적 자기결정권을 침해하는 기본적 범죄로 강간죄(형법 제297조)와 강제추행죄(제298조)를 두고 이에 대하여 각 행위불법 및 책임의 내용이 가중되는 특수강간·강제추행죄(성폭법 제6조)와 강간 등 상해·치상죄(형법 제301조), 강간 등 살인·치상죄(제301조의2) 등 가중적 구성요건을 정하며, 그 법정형도 분리하여 강간 및 그 가중적 구성요건보다 강제추행 및 그 가중적 구성요건을 경하게 정하는 입법형식을 취하고 있다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 물론 준강간·준강제추행죄(형법 제303조), 미성년자간음죄(제304조), 혼인빙자간음죄(제304조) 등과 같이 독자적인 구성요건도 있으나 이 역시 강간죄와 강제추행죄를 기본 범죄로 하여 이를 변형한 구성요건이다.

② 강간죄와 강제추행죄의 관계

위에서 본 바와 같이 우리 형사법의 성폭력범죄에 대한 규율체계는 강간죄와 강제추행죄를 기본적 구성요건으로 하여 이에 대한 각 가중적 구성요건을 정하는 이원적인 입법형식을 취하고 있고, 강간죄보다는 강제추행죄의 법정형을 경하게 정하고 있는데, 기본적 구성요건으로서 강간죄와 강제추행죄가 어떠한 관계에 있는지에 대하여는 다음과 같이 견해의 대립이 있다.

A. 학설

○ 강제추행죄가 기본적인 구성요건이라는 견해(유기천, 이재상)

강간과 추행의 죄의 기본적인 구성요건은 강제추행죄라고 보는 견해이다. 성적 자기결정의 자유라는 보호법익으로 볼 때 이를 침해하는 고유한 형태는 강제추행죄이고, 강제추행행위가 더 나아가 그 대상이 부녀이고, 추행을 넘어 간음으로 이어진 경우에는 성적 자기결정의 자유를 현저히 침해하였기 때문에 강간죄는 그 불법이 가중되는 가중적 구성요건이라고 본다.

18) 다만 심판대상 법조항은 강간죄와 강제추행죄를 동일한 법정형으로 규정하고 있으며, 형법 제339조의 강도강간죄는 강간의 경우만을 가중처벌하고, 강제추행죄에 대해서는 따로 구성요건을 정하지 않고 있다.

19) 이러한 강간죄와 강제추행죄의 이분적인 입법형식에 대해서는 별지2.와 같은 비판이 있고, 이러한 문제를 해결하기 위하여 다른 나라의 입법례는 일원적인 입법형식으로 나아가고 있다(별지2. 참조).

o 강간죄와 강제추행죄가 모두 기본적 구성요건이라고 보는 견해(김일수, 박상기, 배종대, 이형국 등)

강간죄와 강제추행죄의 주된 행위태양은 강간과 추행으로 형법과 성폭법은 이를 각 기본적 구성요건으로 하여 각 가중적 구성요건을 규정하고 있다. 따라서 양죄는 모두 독자적인 범죄구성요건을 정한 것으로 보는 견해이다. 그러나 이 견해에서도 강간죄가 강제추행죄에 대한 불법가중유형이라는 것을 부정하지는 않는다(이형국, 형법각론연구, 262면).

B. 판례

이 점을 직접 다루는 대법원의 판례는 보이지 않지만, 서울고등법원의 판례에 따르면 강간의 기회에 강제추행의 행위가 있었다면 “위 각 범행은 강간죄와 강제추행죄의 실제적 경합범이 아니라 (강간죄의) 단순일죄라 할 것이다(서울고법 1998. 3. 18. 선고 98노97 판결)”라고 하여 강간 또는 강간미수죄가 성립되는 경우 이에 수반되는 강제추행죄는 강간 또는 강간미수죄에 흡수되는 관계에 있는 것이라고 판시하였다.

C. 검토

이러한 견해의 대립은 기본적 구성요건의 개념과 관련되는 듯하다. 즉, 기본적 구성요건이란 특정구성요건 집단의 공통적인 요소가 모두 포함되어 있어야 하는데 강간과 추행의 죄의 장에 있어서는 기본적으로 행위유형이 다른 강간과 추행을 모두 기본적인 구성요건으로 하여 이에 대한 가중적인 구성요건을 규정하였기 때문에 어느 하나의 죄를 기본적 구성요건으로 이해하기는 어렵기 때문인 것으로 보인다. 그러나 어느 견해에 따르든지 간에 성적 자기결정권이라는 양 죄의 보호법익의 측면에서 볼 때에는 강간도 넓은 의미에서 강제추행의 한 유형이라고 할 수 있겠지만 부녀를 간음함으로써 부녀의 성적 자유가 현저하게 침해되었기 때문에 그 불법의 정도가 증가되는 강제추행죄에 대한 가중적 범죄의 유형이라는 점은 분명하다고 할 것이다.²⁰⁾

20) 강간죄를 강제추행죄에 비하여 가중처벌하는 이유의 내면에는 남성의 성기에 의한 임신가능성과 그것이 피해여성의 남편이나 그 가정에 미칠 영향을 더욱 심각하게 고려한다는 의미를 포함한다고 한다(심영희, 여성의 사회참여와 성폭력, 나남,

(2) 특수강도강간미수죄와의 처벌상 불균형 여부

가) 문제의 제기

위에서 살핀 것과 같이 성폭력범죄를 규정한 우리 형사법의 체계는 성적 자기결정권을 침해하는 기본적 구성요건으로 강제추행죄와 강간죄를 두는 이원적인 입법형식을 취하고 있지만, 강제에 의한 여성에 대한 간음의 경우에는 이로 인해 부녀의 성적 자유가 현저히 침해된다는 이유로 그 죄질이 무겁다고 보아 강제추행죄보다 높은 법정형을 정하고 있다. 따라서 강간죄도 넓은 의미에서 강제추행이라고 할 수 있지만 별죄로 구성되어 있으므로 강간죄 또는 강간미수죄가 성립하는 경우에는 이에 수반되는 강제추행의 불법내용이 모두 강간죄 또는 강간미수죄에 포함된다고 할 것이므로 “전부법은 부분법을 폐지한다.”는 법원리에 의하여 강제추행죄는 따로 성립하지 않고 이에 흡수된다고 할 것이다.

한편 성폭법 제12조는 특수강도강제추행죄와 특수강도강간죄의 미수범 처벌규정을 두어 특수강도가 강제추행 또는 강간행위의 종료에 이르지 못한 경우에는 형법의 미수범 처벌규정에 따라 그 형을 임의적으로 감경하거나 또는 필요적으로 감면하도록 하고 있다. 그러나 강제추행죄의 경우 그 구성요건적 행위의 특수성으로 인하여 미수범으로 인정되는 범위가 매우 좁다고 할 것인바, 이와 관련하여 양 죄의 처벌에 있어 일정한 불균형의 문제가 제기된다.

나) 강제추행죄와 강간죄에 있어 실행의 착수시기와 미수범의 인정범위

강간죄에 있어서는 강간의 의사로써 부녀에게 폭행 또는 협박을 개시한 때에 실행의 착수가 있고²¹⁾, 남성의 성기를 여성의 성기에 일부라도 삽입하는 순간 기수에 이른다. 강제추행죄에 있어서는 추행의 의사로 폭행 또는 협박을 개시하는 때에 실행의 착수가 있었다고 보아야 하나, 본죄에 있어 폭행 또는 협박은 “상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 그 항거를 곤란하

1992. 297번).

21) 따라서 폭행 또는 협박없이 간음을 기도한 것으로는 실행의 착수가 있다고 할 수 없다. 대법원 1990. 5. 25. 90도607판결은 강간할 목적으로 방에 침입하여 자고 있는 피해자의 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 것만으로는 강간죄의 수단인 폭행·협박에 착수하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.

게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우만을 말하는 것이 아니고, 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 경우라 할 것이고, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고, 다만 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소강약을 불문(대법원 1992. 2. 28. 선고 91도3182 판결; 대법원 1994. 8. 23. 선고 94도 630 판결 등)”한다고 하므로 실행의 착수와 기수의 시기를 명확히 구별할 수 없는 경우가 있다고 할 것이다. 더욱이 특수강도와 결합된 특수강도강제추행죄에 있어서는 특수강도범행의 실행착수가 신분적인 요소로서 요구되어 이미 폭행·협박은 이루어졌다고 볼 것이고, 이 과정에서 추행행위로 볼 만한 행위가 있었다면 기수에 이르렀다고 할 것이므로 미수범의 인정범위는 더욱 좁아질 수밖에 없다. 따라서 아래에서 언급할 추행행위의 포괄성과 폭행과 추행의 동시성으로 인하여 미수범으로 처벌되는 경우는 폭행·협박과 추행행위가 명백히 구별되는 때에 한정된다고 할 것이므로 대부분의 경우에는 일회적인 폭행에 수반한 또는 이미 강도 등 다른 범죄행위로 야기된 상황을 이용한 추행행위의 종료로 이미 기수에 이르게 되므로 실질적으로 특수강도강제추행죄의 미수범이 인정되는 범위는 좁게 된다.

다) 검토

그러므로 특수강도가 강간의 의사로 범행을 한 경우에는 강간 그 자체가 미수에 그친 이상 그 과정에서 피해자의 성기에 이물질을 삽입하는 등 아무리 심한 강제추행행위를 하였다 하더라도 이는 모두 강간미수행위에 흡수되어 그 동기의 여하에 따라 형을 감경 또는 면제까지 받을 수 있음에 반하여, 강간의 의사 없이 단순히 강제추행의 의사로 범행을 한 경우에는 아무리 그 정도가 가볍다고 하더라도 이미 강제추행의 기수에 이르렀다고 할 것이므로 특수강도강간죄보다도 오히려 무거운 처벌을 가하지 않을 수 없게 되어, 처벌상의 불균형이 초래되는 일면이 있다.

(3) 소결

특수강도강제추행죄와 특수강도강간죄의 보호법익은 개인의 재산과 성적 자기결정권의 보호 및 가정의 안전과 평화의 보장이라는 점에서 동일하지만,

그 행위의 불법정도와 행위자의 책임은 구체적인 성폭력 행위의 불법과 비난가능성의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다고 할 것이다. 따라서 입법자는 특수강도가 행한 성폭력 범죄의 구체적인 불법과 비난가능성의 정도 및 가정의 안전과 평화를 위협할 위험성의 정도에 따라 개별적인 형벌의 부과 가능하도록 발생가능한 다양한 행위태양에 따라 법정형을 세분하여 규정하든지 또는 법정형의 범위를 넓게 정하여 법관으로 하여금 그 범위 내에서 이에 상응하는 형벌을 선택할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

그런데 심판대상 법조항은 특수강도강제추행죄의 법정형을 통상적인 경우 그보다 죄질이 더욱 무거운 특수강도강간죄의 법정형과 동일하게 정하고 있어 형벌체계상의 균형을 상실할 우려가 있을 뿐만 아니라, 구체적인 불법과 책임의 정도 및 보호법익의 침해가능성의 측면에서 반인륜적이고 흉포한 추행행위라도 죄질이 더 나쁜 강간의 의사로써 그러한 행위를 한 경우에는 단순한 강제추행의 의사로 벌금형 정도에 상당하는 추행행위를 한 경우보다 더 경한 처벌을 받는 경우가 있고 또한 그 역진적인 처벌을 초래할 가능성마저 가져올 수도 있다.

그러나 그렇다고 하여도 특수강도강제추행죄와 특수강도강간죄는 완전히 그 성격을 달리하는 범죄라는 것을 전제로 할 때에는 그 법정형을 동일한 차원에서 단순 비교하는 것은 타당하지 않다고 할 수 있으며, 나아가 이 사건 범죄의 죄질과 보호법익을 고려하고, 입법당시의 시대적 상황 및 현재의 범죄상황, 국민들의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 볼 때, 입법자가 그 입법형성권의 한계를 일탈하여 합리적 결정을 넘은 자의적 판단을 한 것으로 보기 어렵기 때문에 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다 할 것이다.

(4) 과잉처벌인지 여부

가) 강제추행죄의 구성요건적 행위로서 추행이란 성욕을 만족시키거나 성욕을 자극하기 위하여 상대방의 성적 수치심이나 혐오감을 불러일으키는 일체의 행위를 말한다. 그러나 이러한 개념정의에 따른 추행행위의 범위는 매우 넓기 때문에 대법원은 “개인의 성적 자유가 현저히 침해되고, 또한 일반

인의 입장에서 보아도 추행행위라고 평가될 경우에 한정하여야 할 것이고, 이러한 의미에서 키스, 포옹 등과 같은 경우에 있어서 그것이 추행행위에 해당하는가에 대하여는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적인 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 검토하여야만 한다.²²⁾”라고 판시하여 일응 그 인정범위를 한정하고 있다.

그러나 이러한 판례의 태도에 따른다고 하더라도 한적한 길에서 여성을 움직이지 못하도록 붙잡고 가슴을 주무르거나, 강제로 키스를 하는 행위로부터(서울고법 1998. 3. 18. 선고 98노97 판결), 여성의 성기에 이물질을 삽입하는 등의 행위에 이르기까지 강제추행의 행위태양은 매우 다양하므로 형법은 징역형 외에 벌금형을 규정하고 그 형기 및 벌금액의 상한만을 정하여 구체적인 추행행위의 불법정도와 행위자의 책임에 따라 법관이 이에 상응하는 형벌을 정할 수 있도록 그 법정형의 종류와 폭을 넓게 정하고 있다.

나) 한편 심판대상 범조항은 특수강도가 강제추행에 이른 경우라도 강간을 한 경우와 동일하게 그 법정형을 “사형·무기 또는 10년 이상의 징역형”으로만 정하여 법관이 행위불법에 상응하는 형벌을 정하기 위하여 작량감경 등 여러 양형작업을 한다고 하더라도 다른 법정의 감경사유가 없는 한 실형을 선고할 수밖에 없도록 하고 있다. 입법자는 특수강도가 강도의 기회에 강제추행을 한 경우에도 강간한 경우와 마찬가지로 단순한 개인적 차원의 재산과 성적 자기결정권의 침해를 넘어 생존의 기초단위로서 가정의 파괴에까지 이르게 될 위험이 있다고 할 것이므로 가정의 안전을 보호하고 이러한

22) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결

이 사건에서 대법원은 “피해자가 20대 초, 중반에 이른 미혼의 여성(유치원 교사)에 있어서, 피고인이 피해자의 오른팔을 잡아당겨 안으려고 하고, 피해자를 자기 차에 태우고 가다가 은밀한 장소에 이르러 강제로 키스하려고 하든가, 유치원내에 다른 사람이 없는 틈을 이용하여 피해자의 허리를 양손으로 잡아 올리고, 발기된 성기를 피해자의 허벅지에 닿게 하고, 두손으로 피해자의 어깨를 감싸안고, 이에 놀라 비명을 지르는 피해자의 왼손을 잡아 쥐고 주무르고, 전화기의 전단을 빙자하여 오른손으로 피해자의 젖가슴 밑 부분을 닿게 하는 행위는 성적 자유를 현저히 침해하고, 또한 그 행위가 피고인에게 고용되어 있는 여러 피해자들에 대하여 계속적으로 이루어진 점 등으로 미루어 보아 일반인의 입장에서 추행행위라고 평가할 만한 것이라고 할 것이다”라고 판시하여 위 각 행위는 모두 추행에 해당한다고 판시하였다.

범죄의 발생을 최대한 억제하려는 형사정책적인 고려에서 특수강도강제추행죄를 신설하고 특수강도강간죄와 동일한 법정형을 정한 것으로 보이고 이러한 입법자의 판단은 필요하고도 적절한 것으로 판단된다.

다) 그러나 특수강도강제추행죄는 특수강도와 강제추행죄의 결합범으로 그 불법과 책임가중의 본질은 특수강도가 강도의 기회에 피해자를 강제추행함으로써 자신의 범죄를 은폐한다는 동기의 불법과 그 결과 한 가정의 안전과 평화를 파괴한다는 보호법익의 중대성에 있다고 할 것이므로 특수강도강제추행범의 구체적인 책임을 정하는데 있어서도 이러한 위험의 발생에 구체적인 강제추행행위가 어느 정도 원인이 되었는지가 핵심적인 문제라 할 것이다. 따라서 위에서 든 예와 같이 극단적인 추행의 경우에는 보호법익에 대한 위험이 강간죄의 경우보다도 더 심각하다고 할 수 있으므로 특수강도강간죄의 법정형으로 처벌하더라도 죄와 형의 균형이 상실되었다고 할 수는 없다. 그런데 벌금형 정도의 강제추행행위가 특수강도의 기회에 행해진 경우에도 강간을 한 경우와 같은 법정형으로 처벌한다는 것은 일응 죄와 형의 균형을 상실하였다고 할 경우도 있을 것이다.

라) 그러나 추행행위가 아주 경미한 경우에는 심판대상 범조항의 입법취지 및 보호법익의 중대성에 비추어 법관이 특수강도강제추행죄에 있어 강제추행행위를 강간죄에 이르는 정도의 불법정도를 가진 것으로 한정해석하고, 또한 수사과정에서도 이러한 불합리성을 충분히 고려하여 특수강도죄와 강제추행죄의 경합범 정도로 의율한다면 그 문제의 심각성은 상당한 정도 해소될 수도 있다. 재판규범과 행위규범으로서 다른 법률보다 엄격한 해석이 요구되고, 그 해석과 적용에 있어 통일성이 특히 강조되는 형벌규정의 해석에 있어 보편적인 의미를 가지는 ‘강제추행’이라는 개념을 구체적인 사안에 따라 ‘강간죄의 불법에 상응하는 정도의 강제추행’으로 제한적으로 해석·적용하는 데에도 한계가 물론 있을 수 있다.

마) 그렇지만 구체적인 행위태양에 따라 형량을 조절하는 것이 가능한 이상, 심판대상 범조항이 법정형의 하한을 너무 높게 정함으로써 행위의 반가치성과 행위자의 책임에 상응하는 형을 선고할 수 있는 양형의 가능성을 원천적으로 봉쇄하였다고는 볼 수 없으므로, 죄와 형의 균형을 현저히 상실하

여 과잉금지 원칙에도 위반되었다고는 할 수 없다고²³⁾ 할 것이다.

사. 결론

그렇다면 특수강도강제추행죄에 대하여 특수강도강간죄와 같이 사형·무기 또는 10년 이상 징역의 법정형을 정하고 있는 성폭법 제5조 제2항 부분의 법정형이 과중하고 가혹한 형벌을 규정하여 책임원칙에 반한다거나 형벌체계상 균형을 상실하여 입법제량의 범위를 벗어난 자의적인 입법이라고 단정할 수 없으므로 헌법상 비례원칙, 평등원칙에 위반된다거나 나아가 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치에 위반된다고 볼 수 없다.

아. 재판관 김종대, 재판관 목영준의 성폭법 제5조 제2항 부분에 대한 위헌논증의 반대의견

성폭법 제5조 제2항은 강간죄와 강제추행죄가 단지 특수강도죄와 결합되었다는 이유만으로, 죄질과 범정이 크게 다른 특수강도강간죄와 특수강도강제추행죄에 대하여 동일한 법정형을 규정하면서 일률적으로 ‘사형·무기 또는 10년 이상의 징역’으로 과도하게 높은 반면 성폭법 제6조 제2항은 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 강제추행의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있어, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 강제추행의 죄를 범한 경우에, 당시 재물강취의 범의가 있었는지 여부에 따라 법정형 간에 현격한 차이가 발생하게 된다. 그런데 행위의 불법성과 가벌성에 있어서, 후자가 전자보다 위와 같은 편차를 정당화할 만큼 가 법다고 보기 어렵고, 그 죄질 및 법익침해 정도를 고려할 때 양자의 차이가 합리적이라고는 볼 수 없다.

또한, 단순히 피해자의 의사에 반하여 피해자의 신체부위를 만지는 등의 행위를 한 경우, 이는 형법상 강제추행죄를 구성하고 그것이 특수강도죄와 결합하면 성폭법 제5조 제2항이 적용되어 특수강도강제추행죄가 성립하는데, 이처럼 벌금형에 상응하는 정도의 경미한 강제추행행위까지 강간과 동일하

23) 법정형의 범위를 정함에 있어서는 입법형성권의 범위가 다른 영역보다 매우 넓다고 할 것이므로 이 때의 비례원칙의 의미는 죄와 형의 균형에 현저히 위배되는 정도의 의미로 파악해야 한다.

게 취급할 수 있을 만큼 죄질의 차이가 상대화된다고 볼 수는 없고, 죄질의 차이가 나는 특수강도강제추행죄와 특수강도강간죄를 서로 다르게 규율하는 것이 입법기술상 불가능하거나 어려운 것도 아니다.

따라서 성폭법 제5조 제2항 부분은, 죄질과 책임에 비례하는 법정형을 규정하지 않아 형벌의 체계 정당성에 반하고, 헌법 제11조의 실질적 평등의 원칙에 부합하지 않으므로, 헌법에 위반된다.

3. 결정의 의의

가. 형법 제57조 제1항 부분에 대한 위헌결정

미결구금일수의 본형 산입에 관한 재량통산에 대하여 위헌결정함으로써 헌법상의 신체의 자유가 더욱 강고하게 보장되었으며, 현실적으로 검찰사무 및 재판실무에서 미결구금일수의 전부가 산입되어 집행되었다.

나. 성폭법 제5조 제2항 부분에 대한 합헌결정

우리 헌법재판소는 2001. 11. 29. 2001헌가16 사건에서 심판대상 법조항에 대한 합헌결정²⁴⁾ 하였고 이와 달리 판단할 사정변경도 존재하지 아니하여 동일하게 합헌결정을 하였다. 2001헌가16 사건에서 반대의견을 피력한 3인 재판관(하경철, 김영일, 주선회)의 위헌의견은 재판관 김종대, 재판관 목영준의 위헌의견으로 계승되었다.

24) 3인(하경철, 김영일, 주선회) 재판관의 반대의견은 한층 책임이 무거운 특수강도강간죄의 미수범에 대하여는 집행유예를 선고하는 것이 가능한 반면, 보다 책임이 가벼운 특수강도강제추행죄의 기수범에 대하여는 집행유예를 선고할 수 없도록 하여 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 함으로써 형벌개별화의 원칙을 구현하지 못하고 있을 뿐만 아니라 법관의 양형결정권도 현저히 침해하고 있다고 하고 있다.

공직선거법 제200조 제2항 단서 위헌확인

(헌재 2009. 6. 25. 2007헌마40, 판례집 21-1하, 850)

황치연*

【판시사항】

1. 선거범죄로 인하여 당선이 무효로 된 때를 비례대표지방의회의원의 의석 승계 제한사유로 규정한 공직선거법 제200조 제2항 단서 중 ‘비례대표지방의회의원 당선인이 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 때’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 대의제 민주주의 원리에 위배되는지 여부(적극)
2. 심판대상조항이 자기책임의 원리에 위배되는지 여부(적극)
3. 심판대상조항이 쉼된 비례대표지방의회의원 의석을 승계 받을 후보자명부상의 차순위후보자의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직선거법 제200조 제2항 단서 중 ‘비례대표지방의회의원 당선인이 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 때’ 부분(이하 심판대상조항이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지의 여부로 한정한다.¹⁾ 심판대상조항의 내용은

* 헌법연구관

1) 청구인은 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제200조 제2항 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다. 그런데 쉼원이 발생한 비례대표논산시의회의원의석을 승계할 정당 후보자명부상의 차순위 후보자인 청구인과 관련된다고 볼 수 있는 부분은 공직선거법 제200조 제2항 단서 중 “제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 때”에 관한 부분이고, 또한, 위 단서조항 부분은 공직선거법 제200조 제2항 본문과의 관계에서 ‘비례대표국회의원 당선인의 당선이 무효로 되는 경우’와 ‘비례대표지방의회의원 당선인의 당선이 무효로 되는 경우’로 그 적용영역이 구분되고 청구인에 대하여는 ‘비례대표지방의회의원 당선인의 당선이 무효로 되는 경우’만이 문제될 뿐이므로, 위 단서조항 부분 중 비례

다음과 같다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제200조(보궐선거) ② 비례대표국회의원 및 비례대표지방의회의원에 궐원이 생긴 때에는 선거구선거관리위원회는 궐원통지를 받은 후 10일 이내에 그 궐원된 의원이 그 선거당시에 소속한 정당의 비례대표국회의원후보자명부 및 비례대표지방의회의원후보자명부에 기재된 순위에 따라 궐원된 국회의원 및 지방의회의원의 의석을 승계할 자를 결정하여야 한다. 다만, 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 되거나 그 정당이 해산된 때 또는 임기만료일 전 180일 이내에 궐원이 생긴 때에는 그러하지 아니하다

【사건의 개요】

청구인은 2006. 5. 31. 지방의회의원선거 당시 국민중심당(2008. 2. 12. 자유선진당과 합당)의 비례대표논산시의회의원 후보자명부에 추천순위 2순위로 등록된 자로서, 위 후보자명부에 1순위로 등록된 자가 위 지방의회의원선거에서 비례대표논산시의회의원으로 당선되었으나, 공직선거법위반(허위사실공표) 혐의로 기소되어 100만 원의 벌금형을 선고받고 그 판결이 2006. 11. 24. 확정됨으로써 비례대표논산시의회의원직을 상실하게 되었다.

그런데, 궐원된 비례대표논산시의회의원의 의석을 승계할 자를 결정하여야 할 논산시선거관리위원회는 공직선거법 제200조 제2항 단서에서 규정하고 있는 승계의 예외사유, 즉 당선인의 선거범죄로 인하여 당선이 무효로 된 때에 해당된다는 이유로 국민중심당의 비례대표논산시의회의원 후보자명부상의 차순위 후보자인 청구인의 의석승계를 인정하지 아니하였다.

결국, 청구인은 공직선거법 제200조 제2항 단서 조항으로 인하여 궐원된 비례대표의원의 의석을 승계하지 못하게 되었는바, 이에 청구인은 위 법률조항이 청구인의 지방의회 피선거권 및 공무담임권, 국민주권의 원리, 정당활동의 자유와 정당의 보호규정 등을 침해하였다고 주장하며, 2007. 1. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

대표국회의원에 관한 부분은 이 사건 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

【결정요지】

1. 현행 비례대표선거제하에서 선거에 참여한 선거권자들의 정치적 의사표명에 의하여 직접 결정되는 것은, 어떠한 비례대표지방의회의원후보자가 비례대표지방의회의원으로 선출되느냐의 문제라기보다는 비례대표지방의회의원의의석을 할당받을 정당에 배분되는 비례대표지방의회의원의 의석수라고 할 수 있다. 그런데 심판대상조항은 선거범죄를 범한 비례대표지방의회의원 당선인 본인의 의원직 박탈로 그치지 아니하고 그로 인하여 꺾어진 의석의 승계를 인정하지 아니함으로써 결과적으로 그 정당에 비례대표지방의회의원의 의석을 할당받도록 한 선거권자들의 정치적 의사표명을 무시하고 왜곡하는 결과가 된다. 더욱이 117개 자치구·시·군의회의 비례대표지방의회의원 정수가 1인에 불과하여, 그 의석승계를 인정하지 않는다면 극단적으로는 상당수의 자치구·시·군의회에서 비례대표지방의회의원이 없게 될 수도 있으므로, 비례대표선거제를 둔 취지가 퇴색될 수도 있다. 또한, 당선인이 선거범죄로 당선이 무효로 된 경우를 일반적 꺾인 사유인 당선인의 사직 또는 퇴직 등의 경우와 달리 취급하여야 할 합리적인 이유가 있는 것으로 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항은 선거권자의 의사를 무시하고 왜곡하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 헌법의 기본원리인 대의제 민주주의 원리에 부합되지 않는다고 할 것이다.

2. 심판대상조항에서 정하고 있는 정당의 비례대표지방의회의원 후보자명부에 의한 승계원칙의 예외사유는, 꺾어진 비례대표지방의회의원의 의석 승계가 허용되지 아니함으로써 불이익을 입게 되는 소속 정당이나 후보자명부상의 차순위 후보자의 귀책사유에서 비롯된 것이 아니라 당선이 무효가 된 비례대표지방의회의원 당선인의 선거범죄에서 비롯된 것이다. 그런데 심판대상조항에서는 당선인의 선거범죄에 그 소속 정당이나 차순위 후보자의 책임 내지는 관여 여부를 전혀 묻고 있지 않고, 당선인의 선거범죄가 비례대표지방의회의원선거에 있어 정당에 대한 투표결과에 영향을 미치기 위한 것이었는지, 또 실제로 그러한 결과를 초래하였는지에 대해서도 전혀 고려대상으로 하고 있지 아니하며, 나아가 당선이 무효로 되는 개개의 선거범죄의 내용이나 법정지구당이 폐지되고 5 이상의 시·도당을 법정시·도당으로 정하고

있는 정당제도의 현황에 비추어 정당이 비례대표지방의회의원 후보자의 선거범죄를 미리 예방할 수 있다거나 후보자에 대한 실질적인 감독·통제가 가능한 여건이 조성되어 있는 것으로 보이지도 않는다. 이와 같은 점을 종합해 볼 때, 정당 또는 비례대표지방의회의원 후보자명부상의 차순위 후보자에 대한 불이익을 규정한 심판대상조항은 자기책임의 범위를 벗어나는 제재라고 하지 않을 수 없다.

3. 심판대상조항은 왜곡된 선거인의 의사를 바로잡고 선거의 공정성 확보라는 구체적 입법목적 달성에 기여하는 것이라기보다는 오로지 선거범죄에 대한 엄정한 제재를 통한 공명한 선거 분위기의 창출이라는 추상적이고도 막연한 구호에 이끌려 비례대표지방의회의원선거를 통하여 표출된 선거권자들의 정치적 의사표명을 무시, 왜곡하는 결과를 초래할 뿐이라 할 것이므로, 수단의 적합성 요건을 충족한 것으로 보기 어렵다. 또한, 선거범죄 예방을 통한 선거의 공정성 확보라는 입법목적은 선거범죄를 규정한 각종 처벌조항과 선거범죄를 범한 당선인의 당선을 무효로 하는 것만으로도 어느 정도 달성될 수 있는 것이고, 선거권자의 의사를 최대한 반영하면서도 덜 제약적인 대체수단을 통해서도 입법목적의 달성이 가능한 것이므로, 심판대상조항은 필요 이상의 지나친 규제를 정하고 있는 것이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 침해한 것이다.

【해설】

1. 문제의식

비례대표의원에 결원이 생긴 경우에 정당명부의 차순위자에게 의원직이 승계된다.

비례대표의원에 결원이 생긴 경우에, 지역구위원의 경우와는 달리, 별도의 보궐선거에 의하지 않고 선거 당시에 제출된 정당명부상의 순위에 따라 의석이 승계되는 것은 비례대표선거제의 자연스러운 특징이다. 명부작성의 주체를 정당만으로 인정하는 비례대표선거체계에서 의석은 오직 정당에게 배분되기 때문에 비례대표의원에 결원이 생긴 경우에 그 소속정당에게 의석이

승계되는 것이 당연하다. 한편, 동일한 논리에 의해서, 당선인으로 결정되지 않았던 정당명부의 후보자(등재자)는 일정한 기준에 의하여 정해진 순위에 따라 의석승계에 대한 일종의 '기대권'(Anwartschaftsrecht, contingent right)을 갖는다. 만약 이러한 비례대표의석의 승계를 부정하는 예외를 인정하려면 그에 상응한 정당한 근거가 제시되지 않으면 안 된다. 그런데 우리 공직선거법은 이러한 원칙에 대한 예외로서 다음 세 가지 경우를 규정하고 있다. 즉, 승계의 예외로서 i) 공직선거법 제264조 규정에 의한 당선무효로 궐원이 생긴 경우, ii) 정당해산으로 궐원이 생긴 경우, iii) 임기만료일 전 180일 이내에 궐원이 생긴 경우이다. 심판대상이 되고 있는 것은 i)과 iii)의 경우로서 그 헌법적 정당성이 문제된다 할 것이다.

2. 헌법의 기본원리로서 대의민주주의

대의제 민주주의는 헌법의 기본원리에 속하고, 대의민주주의는 선거제도 및 정당제도와 밀접한 관련성을 가진다. 헌법상 정당설립의 자유와 복수정당제는 보장되며(제8조 제1항), 정당의 목적·조직·활동이 민주적인 한, 정당은 국가의 보호를 받으며 정당운영에 필요한 자금까지도 보조받을 수 있는 것이다(같은 조 제2항 내지 제4항). 이렇게 헌법이 보장하고 있는 정당(제도)의 본래적 존재의의가 국민의 정치적의사의 형성에 참여하는데 있으며(제8조 제2항 후문), 오늘날 대의민주주의에서 이러한 참여의 가장 중요한 형태가 선거를 통한 참여임은 의문의 여지가 없는 것이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 114).

민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 이는 국민주권의 원리로부터 나오는 당연한 요청이다. 특히 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 15, 27). 오늘날 민주주의는 사실상 대의제의 형태를 떨 수밖에 없고, 선거는 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단인 것이다. 이러한 의미를 갖는 선거

에 있어서 선거권과 선거직 공무담임권과 관련된 차별은 민주주의의 기본전제를 뒤흔드는 것이 되기 때문에 이들 권리와 관련한 국민의 차별이 정당화될 수 있는 것은 그 차별이 중대한 법익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한한다고 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 708).

3. 비례대표제와 입법형성권

비례대표선거제란 정당이나 후보자에 대한 선거권자의 지지에 비례하여 의석을 배분하는 선거제도를 말한다. 비례대표제는 거대정당에게 일방적으로 유리하고, 다양해진 국민의 목소리를 제대로 대표하지 못하며 사표를 양산하는 다수대표제의 문제점에 대한 보완책으로 고안·시행되는 것이다.

비례대표제는 그것이 적절히 운용될 경우 사회세력에 상응한 대표를 형성하고, 정당정치를 활성화하며, 정당간의 경쟁을 촉진하여 정치적 독점을 배제하는 장점을 가질 수 있다.

헌법 제41조 제3항은 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있으므로 비례대표제를 실시할 경우 구체적으로 어떤 형태로 구현할지는 일차적으로 입법자의 형성에 맡겨져 있다고 할 것이다. 그러나 비례대표제는 국회를 구성하는 방식에 관한 문제이므로 통치구조의 헌법원리인 민주주의원리에 저촉되지 않아야 함은 물론이고, “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”고 규정하고 있는 헌법 제41조 제1항을 준수하여야 한다. 선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 통로이므로 선거제도는 첫째, 국민의 의사를 제대로 반영하고, 둘째, 국민의 자유로운 선택을 보장하여야 하고, 셋째, 정당의 공직선거 후보자의 결정과정이 민주적이어야 하며, 그렇지 않으면 민주주의원리 나아가 국민주권의 원리에 부합한다고 볼 수 없다(헌재 2001.7.19. 2000헌마91등, 판례집13-2, 77, 93).

4. 비례대표의원의 승계에 관한 비교법적 고찰

가. 개관

비례대표선거제를 실시하는 국가에서는 원칙적으로 별도의 보궐선거를 실

시하지 아니한다. 왜냐하면 총선에 의하여 전체 의석이 명부별로 배분되었기에, 궐석이 생긴 경우 궐원은 궐석이 발생한 명부 내에서 의석의 승계로 해결되기 때문이다. 그런데 그 구체적인 승계방식은 국가별로 같지 아니하다. 예컨대, 벨기에의 경우, 궐석이 발생하면 선거당시에 작성된 별도의 '대체인'(substitute)명부상 순위에 따라 승계자가 결정된다(선거법 제171조). 덴마크나 룩셈부르크의 경우, 낙선된 후보자는 득표순에 따라 대체인목록에 등재되는데, 그 순서에 따라 의석을 승계한다. 네덜란드의 경우, 소속정당의 명부상 순위에 따라 후계자가 결정된다.

한편, 독일은 전형적인 비례대표선거제가 아니라 이른바 병용식 비례대표 선거제(Mixed Member Proportional, MMP)이기 때문에 위 국가와는 약간 상이한 방식을 취하고 있다.

나. 독일

(1) 명부상 승계인의 의석취득과 보궐선거(연방선거법 제48조)

독일은 기본적으로 비례대표선거제이기 때문에 지역구의원이거나 주명부의원이든 간에 궐원이 생기면 궐원된 자의 선거당시 소속정당의 주명부에 의하여 의석이 승계된다. 독일에서는 의석이 정당에게 귀속되는 것으로 이해하기 때문에, 궐원이 발생한 경우에는 소속 정당의 주명부상의 후보자 순위에 따라 의석이 승계된다. 따라서 주명부가 작성된 후에 그 정당에서 제명된 명부상의 후보자는 제외되고 만다. 그 명부에 의하여 승계될 자가 없는 경우에 그 의석은 그대로 공석으로 둔다.

한편, 연방하원에서 제명된 자가 추천인단의 선거구의원(즉 무소속의원)이거나 또는 주명부를 제출할 자격이 없는 정당에 소속된 선거구의원인 경우에는 당해 선거구에서 보궐선거(Ersatzwahl)을 실시한다. 단, 이 경우에 6월 이내에 새로이 연방하원의 선거실시가 확실한 때에는 보궐선거를 실시하지 아니한다.

(2) 정당해산의 경우(연방선거법 제46조 제4항)

위헌정당으로 선언된 정당의 의원은 의원직을 상실하며 명부상의 후순위

자는 당선가능성, 즉 승계기대권을 상실한다. 이때 의원직을 상실한 자가 선거구의원인 경우, 그 의석은 당해 선거구에서 다시 실시되는 선거의 당선자에게 넘어간다. 그러나 주명부에 의하여 선출된 자가 의원직을 상실한 경우에 그 의석은 그대로 공석이 된다.

다. 일본

일본의 중의원 비례대표선출 의원의 결원이 발생한 경우에 당해 의원에 관계되는 중의원명부의 등재자로서 당선인으로 되지 아니한 자가 있는 경우에는 이들 중에서 순위에 따라 승계자를 결정한다(일본공직선거법 제112조 제2항). 참의원 비례대표선출 의원의 경우에도 이와 동일하다. 그러한 점에서 일본은 비례대표선출의원을 위한 보궐선거를 원칙적으로 실시하지 아니한다. 그러나 비례대표선출의원의 경우에도 보궐선거를 실시하는 예외적인 경우가 있다. 중의원의 경우, 결원이 앞의 방법으로도 충원되지 않아, 당선인의 부족총수가 당해 선거구 의원정수의 4분의 1을 초과하게 된 때에는 보궐선거를 실시한다(일본공직선거법 제113조 제1항). 단, 그 실시사유가 당해 의원의 임기만료 전 6개월 이내에 발생한 때에는 보궐선거를 실시하지 아니한다(일본공직선거법 제34조 제1항).

여기서 주의할 점은 보궐선거의 실시사유가 당해 의원의 임기만료 전 6개월 이내에 발생한 때에 보궐선거를 실시하지 않는다는 것이지, 임기만료 전 6개월 이내에 의원직 승계가 허용되지 않는 것이 아니라는 것이다. 이는 선거의 실시비용과 효과간의 형량을 고려한 까닭이라고 하겠다.

라. 프랑스

하원선거의 경우는 비례대표제가 아니어서 참고여지가 별로 없다. 상원선거의 경우에는 다수대표제와 비례대표제가 모두 존재한다. 비례대표제가 실시되는 경우는 상원의원의 수가 4명 또는 그 이상인 도에서의 상원선거이다. 이러한 비례대표제에 의해 선거된 상원의원들의 승계제도는 후순위자가 승계하는 것이지만, 그 승계에 기간 상 제한은 없다. 결국 프랑스법에서 참고할 점은 상원 비례선거에서 승계에 기간 상 제한은 없다는 점이다.

5. 승계와 관한 구체적 운용 사례²⁾

가. 선거범죄로 인한 결원과 비례대표의석 승계

A씨가 자신의 선거(기초의원선거)가 아니라 다른 사람의 선거(군수선거)와 관련하여(2006. 5. 31. 지방선거에서 甲군 기초의원 한나라당 비례대표로 당선된 A씨는 당시 甲군 한나라당 군수후보 경선에 참여한 B씨(경선탈락)에게서 금품을 받았다 하여 공선법 위반으로 재판 계속 중 200만원 벌금형 확정판결을 받아 「지방자치법」 제70조에 따라 퇴직하게 되는 경우 공선법 제200조 제2항에 따라 결원된 비례대표지방의회의원의 의석을 승계할 수 있을 것이다.

나. 당선무효된 경우 비례대표지방의회의원의 의석승계

2006. 5. 31. 실시한 비례대표논산시의회의원선거에서 국민중심당에서 추천한 1순위 후보자가 “선거공보 등에 허위학력을 게재”한 사실과 관련하여 공직선거법위반죄로 100만원이상의 형이 확정판결되어 공직선거법 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 그 당선인의 당선이 무효로 되는 경우 공직선거법 제200조 제2항 단서에 따라 비례대표지방의회의원후보자명부의 다음 순위자가 그 의석을 승계할 수 없으며, 동 후보자가 대법원에서 벌금 100만원 이상의 형 확정판결 전에 스스로 사직하는 경우에는 당선이 무효로 되는 경우에 해당하지 않으므로 명부의 차순위자가 결원된 비례대표지방의회의원의 의석을 승계할 수 있을 것이다.

6. 대의민주주의원리 위반여부

이 사건 심판대상 범조항은 선거인의 의사를 무시하는 결과를 낳을 수도 있고, 선거범죄에 관여하지 않은 정당에까지 책임을 묻는 것은 지나치고 자기책임의 원칙에도 부합하지 않으며³⁾, 기초자치단체의회의 경우 전체 230개

2) 중앙선거관리위원회, 공직선거법규운용자료I(2008), 407면 참조.

3) 반대의 입장에서 인용할 수 있는 판례는 다음과 같다.

제265조(선거사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효) 본문 중 ‘배우자’에 관한 부분(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것)

1. 배우자는 후보자와 일상을 공유하는 자로서 선거에서는 후보자의 분신과도 같은

의회 중 절반이상인 117개 의회가 비례대표의원정수가 1인으로 그 의석승계를 인정하지 않는다면 비례대표선거제도를 두는 의미가 없어진다는 점에서

역할을 하게 되는데, 배우자의 중대 선거범죄를 이유로 후보자의 당선을 무효로 하는 공직선거및선거부정방지법 제265조 본문 중 ‘배우자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’)은 배우자가 죄를 저질렀다는 이유만으로 후보자에게 불이익을 주는 것이 아니라, 후보자와 불가분의 선거운명공동체를 형성하여 활동하게 마련인 배우자의 실질적 지위와 역할을 근거로 후보자에게 연대책임을 부여한 것이므로 헌법 제13조 제3항에서 금지하고 있는 연좌제에 해당하지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 당선무효를 초래하는 배우자의 위법행위의 범위를 그 불법성이 대단히 중대하여 금권선거의 중핵을 이루는 범죄들로 국한하고 있으며, 당선이 무효로 된 자에 대하여 동일 선거구에서 상당기간 동안 동일 선거에 입후보할 수 없도록 제한함이 없이 단지 당해 보궐선거 등에서만 현자가 될 수 없도록 당선무효에 수반되는 불이익을 최소화하고 있다. 한편, 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 깨끗하고 공명한 선거라는 민주주의의 중핵을 이루는 대단히 중요한 가치인 반면 후보자의 가족 등이 선거의 이면에서 음성적으로 또한 조직적으로 역할을 분담하여 불법·부정을 자행하는 경우가 적지 않은 것이 부정할 수 없는 우리 선거의 실상이라는 판단 하에, 배우자와 후보자는 선거에 임하여 분리하기 어려운 운명공동체라고 보아 배우자의 행위를 곧 후보자의 행위로 의제함으로써 선거부정 방지를 도모하고자 한 입법적 결정의 전제와 목표 및 선택이 잘못되었거나 부당하다고 보기 어려운 이상 감독상의 주의의무 이행이라는 면책사유를 인정하지 않고 후보자에게 일종의 법정무과실책임을 지우는 제도를 형성한 것이 반드시 필요 이상의 지나친 규제를 가하는 것이라 단정하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 후보자의 공무담임권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.
3. 이 사건 법률조항에 의한 후보자책임의 법적 구조의 특징, 배우자에게 재판절차라는 완비된 절차적 보장이 주어진다는 점, 당선무효라는 효과를 발생시킴에 있어 후보자에게 변명·방어의 기회를 따로 부여하는 절차를 마련할 경우 나타날 수 있는 문제점 등을 종합하면 후보자에 대하여 그러한 절차를 따로 마련하지 않았다는 점만으로 적법절차원칙에 어긋난다고 볼 수 없다.

헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792-797

- 별개의견(재판관 권 성, 김정일)

이 사건 법률조항에 대하여는 헌법 제37조 제1항이 규정하고 있는 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’로서 자기행위와 무관한 제재를 받지 아니할 권리의 침해 여부가 독립적이고 우선적인 심사기준이 되어야 하는바, 비록 이 사건 법률조항이 청구인의 이러한 권리를 제한하고는 있지만 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙에 위배되지 않으므로 위헌이라고 할 수 없다(판례집 17-2, 785, 799-801).

- 별개의견(재판관 권 성)

공무원이 직무를 수행할 수 있는 것은 법령이 당해 공무원에게 부여한 ‘권한’이지 공무원 개인에게 부여된 ‘권리’, 즉 주관적 공권이 아닌바, 이 사건에서 문제된 국회의원 공무담임권이란 것은 이미 선거에서 당선된 자에게 관계 법령이 부여한 권한일 뿐이지 공직에 취임할 기회를 향유할 주관적인 권리는 아니므로 후보자의 당선은 무효로 하는 이 사건 법률조항은 국가기관의 지위 내지 권한을 일정한 객관적 사유를 근거로 사후적으로 박탈하는 성질의 것으로서 결국 객관적 권한질서의 조정에 관한 것일 뿐 주관적 공권에 관한 것이 아니다. 그러므로 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해한다는 주장은 이유 없다(판례집 17-2, 785, 802-803).

우리 헌법상 대의민주주의 원리에 반한다 할 것이다.

공직선거법 제194조 제3항에서 당선인의 귀책사유로 당선무효된 경우에는 정당명부상의 후보자에게 의석의 승계권을 인정하고 있는데 반하여, 제264조에 의한 당선무효의 경우에는 차순위자의 승계권을 인정하지 않고 있다. 제194조 제3항이 규정하는 사유에 의한 승계권자와 제264조 단서가 규정하는 사유에 의한 승계권자를 달리 취급할 합리적인 이유가 없기 때문에 우리 헌법상 대의민주주의 원리에 반한다 할 것이다. 즉, 공직선거법 제264조 규정에 의하여 당선무효된 경우에도 비례대표의석은 모두 정당에게 귀속된 것이므로 동일하게 정당명부상의 차순위 후보자에게 의석이 승계되는 것으로 이해하여야 하기 때문이다.

물론, 제264조 규정이 정하고 있는 상황에서 후보자뿐 아니라 정당에게도 책임을 물을 만한 사유가 있다면, 즉 당선인에게 의원직 박탈이라는 제재를 가할 정도의 책임을 정당에게 물어야 한다면, 그 궤석된 의석을 당해 정당에게 줄 수 없기 때문에 정당명부의 차순위 후보자에게 승계권을 인정할 수 없다고 보아야 할 것이다.

7. 자기책임의 원리에 반하는지 여부

가. 우리 재판소는 헌법 원리로서의 자기책임의 원리에 관하여, “어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 위반행위의 성질, 위반이 초래하는 사회적 경제적 해악의 정도, 제재로 인한 예방효과 기타 사회적 경제적 현실과 그 행위에 대한 국민의 일반적 인식이나 법 감정 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정하여야 할 분야이나, 법적 제재가 위반행위에 대한 책임의 소재와 전혀 상관없이 이루어지도록 법률이 규정하고 있다면 이는 자기책임의 범위를 벗어나는 제재로서 헌법위반의 문제를 일으킨다. 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나

결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706714-715).

나. 심판대상조항에서 정하고 있는 정당의 비례대표지방의회의원 후보자 명부에 의한 승계원칙의 예외사유는, 꺾어진 비례대표지방의회의원의 의석 승계가 허용되지 아니함으로써 불이익을 입게 되는 소속 정당이나 후보자명부상의 차순위 후보자의 귀책사유에서 비롯된 것이 아니라 당선이 무효가 된 비례대표지방의회의원 당선인의 귀책사유인 당선인의 선거범죄에서 비롯된 것이다. 즉, 심판대상조항에 의하여 불이익을 당하는 것은 선거범죄를 범하여 당선이 무효가 된 비례대표지방의회의원 당선인이 아니라 그 당선인이 소속된 정당과 심판대상조항이 없었더라면 꺾어진 비례대표의석을 승계하였을 정당의 비례대표지방의회의원 후보자명부상의 차순위 후보자라 할 것임에도, 심판대상조항이 정한 법률효과의 원인이 되는 위반행위는 정당이나 비례대표지방의회의원 후보자명부상의 차순위 후보자의 귀책사유를 원인으로 한 것이 아니라 비례대표지방의회의원 당선인의 범죄행위에 불과한 것이다. 그런데 심판대상조항에서는 당해 당선인의 선거범죄에 그 소속 정당이나 차순위 후보자의 개입 내지는 관여 여부를 전혀 묻고 있지 않고, 비례대표지방의회의원 당선인의 선거범죄가 비례대표지방의회의원선거에 있어 정당에 대한 투표결과에 영향을 미치기 위한 것이었는지, 또 실제로 그러한 결과를 초래하였는지에 대해서도 전혀 고려대상으로 하고 있지 아니하며, 나아가 당선인이 무효로 되는 개개의 선거범죄의 내용이나 법정지구당이 폐지되고 5 이상의 시·도당을 법정시·도당으로 정하고 있는 정당제도의 현황에 비추어 정당이 비례대표지방의회의원 후보자의 선거범죄를 미리 예방할 수 있다거나

후보자에 대한 실질적인 감독·통제가 가능한 여건이 조성되어 있는 것으로 보이지도 않는다. 이와 같은 점을 종합해 볼 때, 정당 또는 비례대표지방의회의원 후보자명부상의 차순위 후보자에 대한 불이익을 규정한 심판대상조항은 자기책임의 범위를 벗어나는 제재라고 하지 않을 수 없다.

다. 한편 우리 재판소는, 공직선거법 제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효) 본문 중 배우자에 관한 부분의 위헌 여부에 관하여, “……이 사건 법률조항은 ‘친족인 배우자의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 배우자라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 것이 아니다. 배우자가 죄를 저질렀다는 이유만으로 후보자에게 불이익을 주는 것이 아니라, 후보자와 불가분의 선거운명공동체를 형성하여 활동하게 마련인 배우자의 실질적 지위와 역할을 근거로 후보자에게 연대책임을 부여한 것이므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제13조 제3항에서 금지하고 있는 연좌제에 해당하지 아니한다.”고 판시한 바 있다(헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 794). 그런데 지역구선거에 출마한 후보자와 그 배우자의 관계는 불가분의 선거운명공동체로 볼 수 있는 것이라 하더라도, 비례대표지방의회의원 당선인과 그 소속 정당의 관계를 이와 동일시하기는 어려울 것이고, 더욱이 소선거구별로 투표가 진행되는 지역구의원선거에 있어서는 후보자의 선거사무장 또는 그 배우자 등의 선거범죄가 그 선거의 공정성과 결과에 영향을 미칠 가능성이 크다고 할 수 있는 반면, 이와는 달리 정당차원에서 선거운동이 이루어지고 정당에 대한 투표의 성격을 갖는 비례대표의원선거에 있어 비례대표지방의회의원 당선인의 선거범죄가 선거결과, 즉 정당별 득표율에 영향을 미치게 될 가능성은 매우 미미한 것이므로, 이를 같이 취급할 수는 없다고 할 것이다. 공직선거법 제265조에서 선거사무장, 후보자의 배우자 등의 선거범죄를 후보자의 당선무효사유로 규정하면서도 대통령후보자, 비례대표국회의원 후보자 및 비례대표지방의회의원 후보자에 대하여는 예외로 취급하고 있는 것도 이와 같은 점을 고려한 입법자의 판단이 반영된 것이라 할 수 있다.

8. 침해되는 기본권의 특징

청구인은 이 사건 심판대상 범조항으로 인하여 청구인의 지방의회의원 피선거권·공무담임권, 국민주권의 원리, 정당활동의 자유와 정당의 보호규정이 침해된다고 주장하고 있다.

그러나 헌법소원심판은 개인의 주관적 공권이 침해되는 경우에 이를 이유로 제기할 수 있는 것이어서, 국민주권의 원리 및 정당의 보호규정은 그 제도적 원리로 인하여 기본권이 파생되어 그 기본권이 침해되었음을 이유로 청구하는 것은 별론으로 하더라도, 그 헌법상의 원리에 위배된다는 이유만으로 헌법소원심판을 청구할 수는 없다.

9. 공무담임권 및 정당활동의 자유의 침해여부

가. 판단 기준

헌법 제37조 제2항은 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’고 규정하고 있다. 국민의 기본권도 무제한 인정되는 것은 아니며 필요에 따라서는 제한될 수 있다. 다만 그러한 제한도 법률에 의하여야 하고 필요한 경우에 한하여 그리고 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 따라서 기본권 제한은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하여야 하고, 국민의 신뢰를 과도하게 침해하여서는 아니되며, 진정소급입법은 원칙적으로 허용되지 아니한다.

나. 기본권 제한 여부

이 사건 심판대상 범조항은 선순위 비례대표의원이 선거법위반범죄로 인한 당선무효로 퇴직할 경우, 그리고 국회임기만료 전 180일 이내에 궐원이 생긴 경우에는 그 의석승계를 금지하고 있으므로 청구인들은 그로 인해 공무담임권을 제한 받고 있다고 할 것이다.

더불어 정당 또한 이로 인해 그 의석을 승계할 의원을 확보할 수 없게 됨으로써 정당활동의 자유를 제한받고 있다고 볼 것이다.

다. 목적의 정당성

이 사건 심판대상 법조항의 입법목적은 제254회 국회 본회의 회의록 및 공직선거법의 관련조항을 고려하여 볼 때 선거법위반으로 궐원이 생긴 경우 해당 정당에 불이익을 주고, 잔여임기가 180일 이내인 경우 의정활동 기간이 짧아 국회의원으로서의 직무를 감당하기 어렵고, 명목상으로는 국회의원으로서의 신분만을 유지할 뿐이며 오히려 군소정당이 난립하고 정당간부의 횡포가 생기기 쉬운 점 등 비례대표제의 단점만 나타나므로, 이러한 폐단을 방지함으로써 국민의 정치적 자유를 확대하고, 대의제도의 공정성과 투명성을 제고하며 국민의 선거참여 기회를 확대하는 등 결국 정치문화의 선진화를 이루려는 데 있다고 할 것이다.

그렇다면 이러한 입법목적은 공공복리를 위한 제한으로서 그 정당성이 인정된다.

라. 과잉금지원칙 위배여부

(1) 수단의 적합성

이 사건 심판대상 법조항의 최종목적은 정치선진화를 이루려는 데에 있고, 과도적 목적으로서 선거범죄로 인하여 궐원이 생긴 경우 당해 의원의 선거범죄 예방에 노력하지 못한 정당에 불이익을 줌으로써 향후 정당이 공명선거 실현에 앞장서도록 하는데 있다고 할 것이고, 잔여임기가 180일 이내인 경우 그 의석 승계를 금지함으로써 비례대표제의 폐단을 없애고자 하는 데에 있는바, 그 수단으로서 그 의석 승계를 금지하는 것은 위 입법목적달성에 기여하는 수단으로서 그 방법의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

해당 비례대표의원의 선거법위반죄로 당해 정당에 불이익을 가하는 것이 선거범죄 예방을 위해서 필요하다고 하더라도 다음 선거에 불이익을 부과한다면, 정당에 대한 보조금을 감축하는 등의 방법을 통해서 해당 정당이 선거범죄 예방을 위해 노력하도록 할 수 있음에도 불구하고, 의석승계를 허용하지 않음으로써 차순위 후보자의 공무담임권과 당해정당의 정당 활동의 자유를 제한하는 것은 입법목적에 비추어 과도한 것이고, 비례대표선거에 있어

국민은 당해 후보자가 아닌 선거인 명부를 등재한 정당에 투표하는 것이어서, 이미 선거에서 표출된 국민의 의사를 무시하면서까지 당해 후보자의 개인적인 사유를 들어 의석승계를 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

(3) 법익균형성

이 사건 심판대상 법조항으로 달성하고자 하는 것은 최종적으로 정치문화의 선진화라 할 것인데, 이 사건 심판대상 법조항으로 인하여 그 목적을 달성할 수 있을지 그 효과도 의문이며, 이 사건 심판대상 법조항으로 인해 침해되는 것은 청구인들의 공무담임권으로서의 피선거권 및 당해정당의 정당활동의 자유라 할 것인데, 이 사건 심판대상 법조항으로 인해 청구인들은 어떠한 예외도 없이 일률적으로 그 의석승계를 하지 못하게 되는 불이익을 입게 된다고 할 것이다. 그렇다면 달성하고자 하는 공익에 비해 침해되는 사익이 더 크다고 할 것이어서 법익균형성의 원칙에도 어긋난다.

10. 결론

앞에서 본 바와 같이, 심판대상조항은 대의제 민주주의의 원리 및 자기책임의 원리에 반하는 것으로서, 청구인의 궐원된 비례대표지방의회의원직 승계를 통한 공직취임의 기회를 자의적으로 배제하여 헌법상 보장된 공무담임권을 침해한 것이므로, 합리적인 입법제량의 범위를 벗어난 것이다.

11. 재판관 이강국의 반대의견

심판대상조항은 당선인의 선거범죄로 인하여 왜곡된 선거인들의 선거의사를 바로잡기 위한 것이므로, 대의제 민주주의의 원리에 반하는 것이라고 할 수 없다. 특히 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 비례대표국회의원선거와는 달리 당해 시·도, 자치구·시·군 차원에서 비교적 소수의 비례대표의원이 선출되는 것이므로, 이 경우에는 당선인의 선거범죄로 인하여 선거인들의 선거의사가 왜곡될 위험성은 더욱 높아질 수 있는 것이므로 이를 예방하여야 할 필요성은 더욱 크다고 할 것이다. 나아가 현행 비례대표지방의회의원

선거에서의 정당의 주도적이고 총체적인 역할과 기능, 정당과 후보자와의 불가분적 관계 등을 종합적으로 고려하여 보면, 심판대상조항은 후보자 추천과 등록, 선거운동과정 전반에 걸친 정당의 책임을 강조하여 선거부정방지를 도모하고자 하는 입법자의 입법재량에 따른 것이고, 그 판단이 현저히 잘못되었거나 부당하다고 보기도 어려운 이상, 심판대상조항이 자기책임의 원리에 반하는 것이라고 볼 수도 없다.

심판대상조항은 자동승계원칙의 예외를 규정함으로써, 소속 정당에게 선거범죄 예방을 위한 책임을 더욱 엄격하게 부과하기 위한 것으로 깨끗하고 공정한 선거풍토의 정착이라는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 적합한 수단이 될 수 있다. 나아가 비례대표지방의회의원선거에서의 정당의 주도적이고 총체적인 기능과 역할에 비추어, 당선된 후보자의 선거범죄를 정당의 책임으로 귀속시킴으로써 선거부정방지를 도모하고자 하는 입법자의 결단이 현저히 잘못되었거나 크게 부당하다고 보기 어려운 이상, 심판대상조항이 반드시 필요 이상의 지나친 규제를 가하는 것이라고 단정하기 어렵고, 입법목적 달성에 기여할 수 있는 보다 덜 제약적인 수단을 상정하기도 쉽지 않다. 또한, 당선인의 선거범죄로 당선이 무효로 된 경우에만 후보자명부에 의한 승계의 기회를 얻지 못하게 되는 것일 뿐이므로 심판대상조항을 통하여 달성하려는 공익에 비하여 기본권 제한의 정도가 상대적으로 크다고 볼 수 없다. 그러므로 심판대상조항이 입법재량을 현저히 일탈하여 청구인의 공무담임권을 과잉침해한 것이라고 볼 수 없다.

12. 결정의 의의

비례대표의회의원에 궐원이 생긴 경우에, 지역구위원의 경우와는 달리, 별도의 보궐선거에 의하지 않고 선거 당시에 제출된 정당명부상의 순위에 따라 의석이 승계되는바, 명부작성의 주체를 정당만으로 인정하는 비례대표선거체계에서 의석은 오직 정당에게 배분되기 때문에 비례대표의원에 궐원이 생긴 경우에 그 소속정당에게 의석이 승계되는 것이 당연하다. 한편, 동일한 논리에 의해서, 당선인으로 결정되지 않았던 정당명부의 후보자(등재자)는 일정한 기준에 의하여 정해진 순위에 따라 의석승계에 대한 일종의 ‘기대

권'(Anwartschaftsrecht, contingent right)을 갖는다. 만약 이러한 비례대표 의석의 승계를 부정하는 예외를 인정하려면 그에 상응한 정당한 근거가 제시되지 않으면 안 된다. 그런데 심판대상 법조항은 이러한 원칙에 대한 예외로서 즉, 승계의 예외로서 공직선거법 제264조 규정에 의한 당선무효로 꺾원이 생긴 경우로서 그 헌법적 정당성이 문제되었으나, 이 사건 위헌결정으로 이러한 문제가 해소되었다. 이 사건 위헌결정에 의거하여 현실적으로 선거관리위원회의 실무에서 해당 비례대표의원의 지위승계가 집행되었다.

학교보건법 제6조 제1항 제3호 위헌제청

- 학교보건법상 납골시설의 설치지역 제한이

종교의 자유 등 침해의 문제 -

(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가2, 판례집 21-2상, 46)

김진한*

【판시사항】

1. 학교정화구역 내의 납골시설의 설치·운영을 절대적으로 금지하고 있는 구 학교보건법 제6조 제1항 본문 제3호 중 “납골시설” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 제한되는 기본권

2. 이 사건 법률조항이 청구인들의 종교의 자유 내지 행복추구권·직업의 자유 등 기본권을 침해하는 것인지 여부

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 학교보건법(2005. 12. 7. 법률 7700호로 개정되고 2007. 12. 14. 법률 제8678호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 학교보건법’이라고 한다.)¹⁾ 제6조 제1항 본문 제3호 중 “납골시설” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 위헌인지 여부이다.

구 학교보건법(2005. 12. 7. 법률 7700호로 개정되고 2007. 12. 14. 법률 제8678호로 개정되기 전의 것)

제6조 (정화구역안에서의 금지행위 등) ①누구든지 학교환경위생정화구역 안에서는 다음 각호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니된다. 다

* 헌법연구관

1) 현행법도 동일한 금지 규정을 두고 있다. 다만, 개정과정에서 해당 조문의 위치가 제3호에서 제5호로 변경되었을 뿐이다.

만, 대통령이 정하는 구역안에서는 제2호, 제2호의2, 제4호, 제8호, 제10호 내지 제13호 및 제15호에 규정한 행위 및 시설중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

3. 도축장, 화장장 또는 납골시설

【사건의 개요】

1. 사건의 진행과정

가. 재단법인 천주교서울대교구유지재단(당해사건에서의 원고, 대표자 이사장 정진석, 이하 ‘천주교 재단’이라고 한다.)는 2005. 5. 17. 서울 노원구청장(당해사건에서의 피고)에게 천주교 재단 소유의 서울 노원구 공릉2동 87 종교용지 3,429 평방미터 지상에 2004. 11. 24.경 지어진 철근콘크리트구조 철골조지붕 3층 천주교 태릉성당 건물 지하2층 중 313.26평방미터에 납골안치구수 3,202위로 한 종교단체납골당 설치신고서를 제출하였다.

나. 해당 납골당의 위치는 인근 공릉중학교와 이웃하고 있고, 동 중학교의 출입문으로부터 77미터, 인근 미광유치원의 경계선과 출입문으로부터 각 16미터, 태릉초등학교의 출입문으로부터 88미터 떨어진 곳으로서 유치원 및 초·중등학교 학생들의 학습장소와 매우 근접한 장소이다.

다. 이에 노원구청장은 2005. 6. 21. 천주교 재단에게 공익적 차원에서 종합적으로 검토한 결과 성당 내 납골당 설치는 불가하다고 이 사건 신고를 반려하였다.²⁾ 천주교 재단은 이에 불복하여 2005. 7. 26. 서울행정법원에 위반처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 서울행정법원은 2006. 4. 5. 천주교 재단의 청구를 받아들여 반려처분을 취소하였다(2005구합22982).³⁾ 노

2) 피고는 원고에게 신고반려의 이유로 행정절차법 제46조에 의하여 의견수렴을 한 결과 ① 초등학교 및 중학교 학생들에게 정서적 불안감 조성, ② 빈번한 장래차량으로 인한 교통사고 위험 상존, ③ 명절시 일시에 많은 참배객으로 인한 교통난 우려, ④ 공공복리의 감소와 주민의 삶의 질 저해 등을 이유로 주민다수의 설치반대 의견이 제출되었다는 점, 서울북부교육청, 공릉중학교, 태릉초등학교에서 비교육적인 환경, 차량통행 증가에 따른 안전사고 등의 문제점을 이유로 문제제기를 하였던 점 등을 그 이유로 밝혔다. 이 사건 심판기록, 3면

3) 서울 행정법원 2005구합22982 사건 판결내용의 요지는 별지에 소개한다.

원구청장은 동 판결에 불복하여 항소 및 상고를 하였으나 모두 기각되었다 (서울고등법원 2006누10438, 2007두3671).

라. 노원구청장은 2007. 5. 1. 천주교재단에게 위 반려처분 이후인 2005. 12. 7. 학교보건법이 개정되어 학교환경위생정화구역내에 설치가 금지되는 시설에 ‘납골시설’이 추가되어(학교보건법 제6조 제1항 제3호) 이 사건 신고서의 수리가 불가능하다는 내용의 납골당 설치신고를 반려하는 신고반려 재처분을 하였다.

마. 이에 천주교재단은 2007. 6.경 서울행정법원에 위 재처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는바, 당해법원인 서울행정법원 제4부는 2007. 12. 28. 직권으로 학교보건법 제6조 제1항 제3호 중 “납골시설” 부분의 위헌여부에 대한 심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

청구인 천주교재단은 종교단체인바, 종교단체의 종교시설인 납골당 설치하는 종교의 자유와 밀접한 관련이 있으므로 종교의 자유에 의하여 보호되어야 한다. 일반적으로 종교적 행위의 자유에 대하여는 신앙의 자유에 비하여 더 많은 입법적 규제가 가능한 것이지만 그 수단은 목적 달성에 적절한 것이어야 하고 또한 필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다.

입법자가 학교환경위생정화구역 내에서 설치가 금지되는 시설에 ‘납골시설’을 추가한 이유는 납골시설이 학생 및 교직원들의 건강에 유해한 영향을 준다는 데에 있는 것으로 보인다. 그런데 납골시설이 위 학교보건법상의 유해시설인 도축장, 화장장, 폐기물처리시설, 가축의 사체처리장 등과 같이 학생 및 교직원들의 건강에 유해한 영향을 줄 가능성이 많다고 보기 어렵다.

제청대상 법률조항이 만들어지기 전에도 학교환경위생정화구역은 일반적으로 주거지역이거나 학생시설보호지구에 해당하여 모든 납골시설의 설치가 가능하였던 것은 아니고 장사 등에 관한 법률 및 관계법령에 따라 종교집회장(교회, 성당, 사찰 등 기타 이와 유사한 것) 안에 설치하는 납골당에 한하여 설치가 허용되었다. 이는 종교집회장에 설치하는 납골당은 다른 일반 납

골시설과 달리 종교시설로서의 성격을 가지고 있으므로 종교의 자유의 일환으로 보다 폭넓게 허용하고자 함과 그 시설이 거주자의 안녕과 건전한 생활환경의 보호에 방해가 되지 않는다고 보았기 때문이다.

이 사건 법률조항은 학교환경위생정화구역 안에 ‘납골시설’의 설치를 전면적으로 금지함으로써 개별적 납골시설의 유형 등 구체적인 상황을 고려하지 않았고, 예외적으로 허용할 수 있는 가능성을 전혀 인정하지 않은 채 일률적으로 금지하고 있다. 또한 제청대상 법률조항으로 인해 보호되는 법익과 침해되는 법익간의 조화를 이루려는 노력을 게을리하여 공익에 대하여만 일방적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였다.

이 사건 심판대상 법률조항이 입법목적 달성을 위한 필요한 최소한도의 정도를 넘어 종교의 자유를 침해하고 있고, 법익균형성의 원칙에도 위배되며, 그로인해 헌법이 보장하는 문화국가 원리에도 위반된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다.

나. 이해관계기관의 의견

(1) 서울특별시 노원구청장 및 교육과학기술부장관의 의견

학교 인근에 납골시설이 설치되는 경우 죽음이라는 두려운 개념에 대하여 감수성이 예민한 학생들이 자주 접하게 될 것인바, 결과적으로 학생들이 정서적으로 불안정한 상태가 될 가능성이 높다. 또한 장례차량, 참배차량으로 인하여 학교 부근의 교통량이 급격하게 증가할 수 있으며, 그 결과 등하교 어린이들의 교통사고 증가로 이어질 수 있다.

이 사건 법률조항은 학생의 건전한 인격형성과 교육의 능률화를 기하기 위한 것으로 그 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등 요건을 충족하는 공공복리를 위한 조항이다.

이 사건 법률조항에 의하면 학교경계선으로부터 일정한 거리 이내인 학교환경위생정화구역 안에서의 행위 및 시설 중 납골시설의 설치를 제한하는 것이지 종교행위 자체를 제한한 것은 아니다.

유료 납골당의 설치는 종교단체에 의하여 운영되는 경우에도 종교의 자유

에 포함된다고 보기 어려운 영리수익사업으로서의 성격을 가지고 있다.

(2) 보건복지가족부 장관의 의견

이 사건 법률조항은 종교의 자유를 침해한다. 종교집회장(교회, 성당, 사찰, 기도원, 수녀원, 제실, 사당 등)안에 납골당을 설치하는 것은 종교단체의 종교적 행위의 자유와 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.

화장한 유골은 인체에 유해한 영향을 주는 물질이 아니며, 화장한 유골을 안치하는 납골시설은 학생 및 교직원의 건강에 유해한 영향을 줄 가능성이 있는 시설로 볼 수 없다.

정화구역은 일반적으로 주거지역이거나 학생시설 보호지구에 해당하는 경우가 대부분이라고 할 것인바, 이 사건 법률조항이 만들어지기 이전에는 종교집회장 안에 설치하는 납골당에 한하여 설치가 허용되고 있었다. 종교집회장 안에 설치하는 납골당을 그와 같이 허용한 이유는 그와 같은 시설이 주거지역에 대한 거주자의 안녕 및 생활환경의 보호를 위한 목적에 방해가 되지 않는다고 보았기 때문이고, 종교의 자유를 폭넓게 허용하기 위한 취지라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 정화구역 안에 납골시설의 설치를 금지하고 있고, 예외적으로 허용될 가능성조차 전혀 인정하지 않은 채 전면적으로 금지하고 있다. 이는 해당 법률조항으로 하여 보호되는 법익과 침해되는 기본권간의 조화를 이루려는 노력을 기울리 했다고 볼 수 있을 것이며, 입법목적의 달성을 위하여 최소한의 정도를 넘어 종교의 자유를 침해하고 있다.

납골시설은 주민생활과 밀접한 필수적인 사회기반시설이며 인체에 유해한 영향을 주는 오염물질이 배출되지 않고 주거 및 교육환경에 직접적인 악영향이 없으므로 주민생활지역 내 설치가 가능하다.

결국, 이 사건 법률조항은 종교의 자유에 대한 기본권을 침해하고 문화국가 원리에 위반되는 법률조항이다.

(3) 이 사건 천주교 재단의 의견

천주교에서는 성당지하에 납골을 안치하는 오랜 전통이 있고 납골시설을

협오의 대상으로 보는 것이 아니라 경건한 추모의 대상으로 보기 때문에 이 사건 납골시설도 천주교에서 운영하는 다른 성당에 설치된 납골시설처럼 엄숙하고 성스럽게 꾸며져 있다.

이 사건 납골시설을 포함하여 천주교 산하성당에 설치된 납골시설을 이용하는 유족들은 대부분 천주교 신자이므로 종교단체인 천주교 성당에서 미사를 보는 기회에 납골을 참배할 기회를 갖는 것은 종교의 자유의 중요한 부분을 차지한다.

종교단체에서 차지하는 납골시설의 역할 및 현황 등을 감안할 때 제청대상 법률조항이 학교환경위생정화구역 내에서 모든 납골시설의 설치를 금지하는 것은 종교의 자유를 지나치게 침해하는 것으로서 위헌의 소지가 있다.

【결정요지】

1. 법정의견

가. 헌법은 학교교육 등 교육제도에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 규정하였다(제31조 제6항). 이에 따라 국가는 학생들에 대한 학교교육의 책임과 함께 학교교육제도에 관한 전반적·포괄적인 형성권과 규율권을 가진다.

이 사건 법률조항은 정화구역 내의 납골시설 설치·운영을 일반적으로 금지하고 있다. 종교단체의 납골시설은 사자의 죽음을 추모하고 사후의 평안을 기원하는 종교적 행사를 하기 위한 시설이라고 할 수 있다. 종교단체가 설치·운영하고자 하는 납골시설이 금지되는 경우에는 종교의 자유에 대한 제한 문제가 발생한다. 그리고 개인이 조상이나 가족을 위하여 설치하는 납골시설 또는 문중·종중이 구성원을 위하여 설치하는 납골시설이 금지되는 경우에는 행복추구권 제한의 문제가 발생한다. 납골시설의 설치·운영을 직업으로서 수행하고자 하는 자에게는 이 사건 법률조항이 직업의 자유를 제한하게 된다.

나. 우리 사회는 전통적으로 사망한 사람의 시신이나 무덤을 경원하고 기피하는 풍토와 정서를 가지고 살아왔다. 입법자가 학교 부근의 납골시설이 현실적으로 학생들의 정서교육에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있다고 판단

하고 학생들에 대한 정서교육의 환경을 보호하기 위하여 학교 부근의 납골시설을 규제하기로 결정한 것이다. 납골시설을 기피하는 풍토와 정서가 과학적인 합리성이 없다고 하더라도, 그러한 풍토와 정서가 현실적으로 학생들의 정서발달에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있는 이상, 규제하여야 할 필요성과 공익성을 부정하기 어렵다.

학교 정화구역 내에 납골시설을 금지할 필요성은 납골시설의 운영주체가 국가·지방자치단체 등의 공공기관이거나 개인·문중·종교단체·재단법인 이든 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 납골시설의 유형이나 설치주체를 가리지 아니하고 일률적으로 금지한다고 하여 불합리하거나 교육환경에 관한 입법형성권의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

다. 납골시설을 기피하는 정서는 사회의 일반적인 풍토와 문화에서 비롯된 것이어서 대학생이 되면 완전히 벗어나게 된다고 단정하기 어렵다. 대학 부근의 정화구역에서도 납골시설의 설치를 금지하는 것이 불합리하거나 불필요하다고 보기 어렵다. 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 것은 학교 부근 200m 이내의 정화구역 내에 국한되는 것이므로, 그로 인하여 기본권이 침해되는 정도는 크지 않다고 할 수 있다.

결국 이 사건 법률조항은 입법목적 달성을 위하여 필요한 한도를 넘어서 종교의 자유, 행복추구권 및 직업의 자유를 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다.

2. 재판관 이공현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대의견

납골시설이 반드시 학생들의 정신적 교육환경에 부정적인 영향을 미치는 유해한 시설이라고 단정하기는 어렵다. 오히려 납골시설은 삶과 죽음, 그리고 사후세계와 삶의 다양성에 대하여 사색할 수 있는 장소가 될 수 있어, 학생들의 문화적·철학적 성장을 위한 유익한 시설로서 교육적 시설이 될 가능성이 있다. 종교기관의 납골시설은 신앙에 기초하여 죽음 이후의 세계에 대한 믿음에 기초하고 있는 종교시설로서, 사자에 대한 축복의 기원, 삶과 죽음에 대한 사색을 하기에 적합한 시설로서의 특성을 가지고 있다.

납골시설을 지나치게 대규모로 설치·운영하거나, 그 위생상 또는 환경상의

고려를 하지 아니한 채 방만하게 관리하는 경우에는 학생들의 육체적, 그리고 정신적 보건에 부정적인 영향을 미칠 가능성을 부정할 수는 없다. 그러나 이러한 문제점은 입법자가 구체적으로 그 규모의 한계, 보건을 위한 위생 및 환경상의 기준 등을 마련함으로써 그와 같은 가능성을 차단할 수 있는 것이다.

이 사건 법률조항이 정하는 학교에 대학 및 이와 유사한 교육기관도 포함된다. 그런데 납골시설, 특히 종교기관 등의 납골시설은 대학생의 신체적·정신적 성숙성에 비추어 볼 때, 대학의 교육환경에 부정적인 영향을 줄 가능성이 희박하다고 할 것이다.

이 사건 법률조항이 청구인을 비롯한 국민들의 종교의 자유, 행복추구권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 생각한다.

3. 재판관 목영준의 일부 반대의견

대학생들은 신체적·정신적으로 성숙하여 자신의 판단에 따라 자율적으로 행동하고 책임을 질 수 있다. 따라서 대학생이 종교기관이 운영하는 납골시설로 인하여 부정적인 심리적 영향을 받는다거나 학습에 지장을 받을 가능성은 희박하다. 이 사건 법률조항 중 ‘학교’의 범위에 ‘대학 등’까지 포함시키는 것은 입법목적에 달성하기 위한 필요한 최소한의 제한이라고 보기 어렵다. 따라서 위 부분은 비례의 원칙에 위반하여 청구인의 종교의 자유를 과도하게 침해함으로써 헌법에 위반된다고 할 것이다.

【해설】

1. 이 사건 법률조항의 입법배경과 적용영역

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 그 내용

학교보건법은 학교의 보건관리에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호함으로써 학교교육의 능률화를 기하기 위하여 1967. 3. 30. 법률 제1928호로 제정되었다(제정 당시 학교보건법 제1조).⁴⁾ 제정 당시의 법

4) 현행법의 제1조도 학교보건법의 입법목적에 유사하게 규정하고 있다.

학교보건법(2007. 12. 14. 법률 8678호로 개정된 것)

제1조 이 법은 학교의 보건관리와 환경위생 정화에 필요한 사항을 규정하여 학생과

제6조는 누구든지 학교위생정화구역에서는 소음·진동·악취 등의 발생으로 학생의 학습에 지장이 있다고 인정되는 행위와 학교보건위생에 영향을 끼치는 비위생적인 시설 및 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있을 뿐 과연 구체적으로 어떠한 시설 및 행위가 그에 해당할 것인지에 관하여는 구체적으로 규정하지 아니하였다.

1970. 9. 14. 문교부령 제268호로 발령된 학교보건법시행규칙 규정은 처음으로 금지되는 행위 및 시설을 구체적으로 규정하였다. 즉, 동 규칙 제2조 제3호는 도살장·화장장·총포화약류의 제조장 및 그 저장소, 극장 등을 금지시설로 규정하였다. 1981. 2. 28. 법률 제3374호로 개정된 학교보건법은 위 학교보건법시행규칙에 규정되어 있었던 정화구역 내의 시설에 대한 금지를 법률로 끌어올려 제6조 제1항 제2호에 규정하였다.

국회는 2005. 12. 7. 법률 제7700호로 학교보건법을 개정하여 종래 금지시설로 규정하고 있던 화장장에 납골시설을 추가함으로써 이 사건 법률조항을 신설하였다. 개정 취지는 납골시설의 무분별한 설치로 인한 학습환경의 훼손을 방지하기 위하여 학교환경위생정화구역 내의 납골시설의 설치를 제한하는 것이다.⁵⁾ 한편, 개정법률은 부칙 제1항은 개정법률을 공포한 날부터 시행하도록 하면서도 제2항은 납골시설에 관한 경과조치를 마련하여 이 법 시행 당시 학교환경위생정화구역 안에 이미 설치된 납골시설에 대하여는 개정 규정을 적용하지 아니하도록 하고 있다.⁶⁾

나. 이 사건 법률조항의 적용영역

(1) 학교의 의미

구 학교보건법 제2조는 학교보건법상 학교의 의미가 어느 범위까지 포함하는 것인지에 관하여 용어를 정의하고 있다. 즉, 동법 제2조 제2호는 "학교

교직원의 건강을 보호, 증진함을 목적으로 한다.

5) 제256회 국회 국회본회의 회의록, 2005. 11. 16. 이 사건 심판기록, 105면

6) 입법안의 원안에는 이 법 시행당시 학교환경위생정화구역안에 설치되었거나 설치 중인 시설로서 제6조 제1항 제3호의 개정규정에 해당하는 시설은 2007년 12월 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 한다고 규정하고 있었으나, 법안 심의 과정에서 위 부칙 조항의 내용과 같이 변경되었다. 학교보건법 일부개정법률안 심사보고서, 2005. 11. 교육위원회, 이 사건 심판기록, 제191면,

”라 함은 「유아교육법」 제2조 제2호, 「초·중등교육법」 제2조 및 「고등교육법」 제2조에 따른 각 학교를 말한다”고 정의하고 있다.

결국, 구 학교보건법상 학교에는 유아의 교육을 위하여 유아교육법에 따라 설립 및 운영되는 유치원(유아교육법 제2조 제2호), 초·중등교육을 실시하기 위한 학교로서 초등학교·중학교·고등학교(초·중등교육법 제2조), 또한 고등교육을 실시하기 위한 학교들로서 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학 등(고등교육법 제2조) 대부분의 학교가 포함된다.

(2) 납골시설의 의미

이 사건 법률조항은 학교주변 정화구역 내의 납골시설의 설치를 금지하고 있는바, 여기서 납골시설의 의미가 문제된다. 구 학교보건법은 납골시설의 의미를 정의하고 있지는 않으며, 일반적으로 납골은 시체를 화장한 후 유골을 용기에 담아 보관하는 장묘방식으로서 납골시설이란 그와 같은 유골을 보관하는 시설을 말한다.⁷⁾

한편, 국회는 국토의 효율적인 이용을 도모하고 묘지 부족으로 인한 국민의 불편을 해소하기 위하여 분묘의 설치기간을 제한하는 등 묘지증가억제를 위한 제도를 마련하고, 묘지·화장장 및 납골시설의 설치·관리 등에 관한 일부 규제를 완화하기 위하여 종래의 ‘매장 및 묘지 등에 관한 법률’을 2000. 1. 12. 법률 6158호로 전면개정한 장사 등에 관한 법률을 제정하였다(시행일 2001. 1. 13.).

‘장사 등에 관한 법률’(2007. 5. 25. 법률 제8489호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘장사법’이라고 한다) 제2조 제4호 및 제8호는 납골시설의 의미를 정의하고 있는바, 그 정의에 따르면 납골이라 함은 유골을 납골시설에 안치함을 말하며(제4호), 납골시설이란 납골묘, 납골당, 납골탑 등 유골을 안치하기 위한 시설을 의미한다(제8호). 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 납골시설의 의미도 위 장사 등에 관한 법률 제2조에서 규정한 납골시설의 의미와 동일하다고 할 것이다.⁸⁾

7) 최진원·박재승, 납골시설의 공간구성에 관한 건축계획적 연구, 한국의료복지시설학회지, 10권 제2호(1998), 21면

다만, 2007. 5. 25. 법률 제8489호로 개정된 ‘장사 등에 관한 법률’에서는 종래의 납골 및 납골시설이라는 용어 대신에 봉안, 봉안시설이라는 용어를 사용하고 있다. 즉, 동법 제2조 제5호는 ‘봉안’이란 유골을 봉안시설에 안치하는 것을 의미하는 것으로 규정하고, 제9호는 ‘봉안시설’이란 봉안묘·봉안당·봉안탑 등 유골을 안치(매장은 제외한다)하는 시설을 말한다고 규정하고 있다(제10호에서 ‘봉안묘’란 분묘의 형태로 된 봉안시설을 말하는 것으로, 제11호에서 ‘봉안당’이란 「건축법」 제2조 제1항 제2호에 따른 건축물인 봉안시설을 말하는 것으로, 제12호에서 ‘봉안탑’이란 탑의 형태로 된 봉안시설을 말하는 것으로 규정하고 있다).

(3) 납골시설과 화장장, 장례시설의 구별

납골시설은 화장장 또는 장례시설과 구별된다. 장사법은 화장장, 장례시설에 대하여 각 별도의 규율을 함으로 하여 이를 혼동할 여지를 없애고 있다.

즉, 장사법 제2조 제7호에서는 화장장의 정의를 규정하고 있는바, 화장장이란 시체 또는 유골을 화장하기 위한 시설이라고 규정하고 있고, 같은 법 제25조에서는 장례식의 영업에 관한 별도의 규정을 두고 있다.

(4) 설치가 금지되는 납골시설의 범위

‘장사 등에 관한 법률’은 운영 및 설치 주체에 따른 납골시설의 종류를 다양하게 규정하고 있다. 우선, 국가 또는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 설치하는 납골시설이 있으며, 개인이 설치하는 납골시설이 있다. 개인이 설치하는 납골시설 가운데에도 개인 또는 가족/중중 또는 문중/종교단

8) 동법은 국가 및 지방자치단체는 납골의 확산을 위한 시책을 강구·시행하고, 지방자치단체의 장은 납골시설의 수급에 관한 중·장기계획을 수립하여야 할 책무를 지우고 있다.

제4조 (국가 및 지방자치단체의 책무) 국가 및 지방자치단체는 묘지의 증가로 인한 국토의 훼손을 방지하기 위하여 화장 및 납골의 확산을 위한 시책을 강구·시행하여야 한다.

제5조 (묘지등의 수급계획 수립) ①특별시장·광역시장 및 도지사(이하 "시·도지사"라 한다)와 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 대통령령이 정하는 바에 따라 관할 구역안의 묘지·화장장 및 납골시설의 수급에 관한 중·장기계획을 수립하여야 한다.

체/재단법인이 설치하는 납골시설⁹⁾ 등 운영주체에 따른 다양한 종류의 납골 시설이 있다.¹⁰⁾

그런데 이 사건 법률조항은 정화구역 내에서의 설치가 금지되는 시설로서 ‘납골시설’이라고 규정하고 있을 뿐 납골시설의 형태 또는 그 운영주체에 따른 구분을 하지 아니하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항에서 금지하고 있는 납골시설은 운영의 주체, 형태, 규모 등을 불문한 모든 납골시설이라고 할 것이다.¹¹⁾

9) 장사법 제14조 제2항 유골 500구 이상을 안치할 수 있는 사설납골시설을 설치, 관리하고자 하는 자는 민법에 의하여 납골시설의 설치 및 관리를 목적으로 하는 재단법인을 설립해야 한다. 다만, 종교단체에서 설치, 관리하는 경우, 민법상 친족관계에 있는 자의 유골만을 안치하는 시설을 설치, 관리하는 경우는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.

10) ‘장사 등에 관한 법률’ 제15조 제1항에서는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 아닌 자가 납골시설을 설치·관리하려는 경우에는 해당 시설을 관할하는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다고 규정하고 있고, 제4항은 사설납골시설의 면적, 설치장소, 그 밖의 설치기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. ‘장사 등에 관한 법률 시행령’ 제18조 제1항은 법 제15조제4항에 따른 사설납골시설의 면적, 설치장소 등 설치기준을 별표에 의하여 규정하고 있다.

11) 한편, 노원구청장의 2005. 6. 21. 이 사건 신고반려처분을 취소한 서울행정법원 제2부는 판결문에서 이 사건 법률조항에 대한 다른 해석의 가능성을 제시하고 있어 흥미롭다. 즉, 행정법원은 학교보건법에서 정화구역을 설정하는 목적은 학교의 보건, 위생 및 학습환경을 보호하기 위한 것이며, 이러한 입법취지는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서 용도지구를 학교시설보호지구로 지정하는 목적과 크게 다르지 아니한 점에 비추어 볼 때, 개정된 학교보건법에서 추가한 납골시설 역시 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 학교시설보호지구로 지정된 지역에서 건축이 제한되는 건축법 시행령 [별표 1] 제20호에서 규정하고 있는 묘지관리시설로 제한하여 해석하는 것이 타당하고, 이렇게 해석할 경우 개정된 학교보건법의 의의는 학교보건법상 학교환경위생정화구역으로 설정된 경우에는 건축법 시행령 [별표 1] 제20호에 규정하고 있는 묘지관리시설로서 문화 및 집회시설에 해당하는 것을 제외한 납골당 등의 설치행위를 금지하는 것에 있다고 해석하는 입장을 취하고 있다. 그런데 위 법원의 해석은 정화구역 내의 납골시설의 설치를 금지하는 이 사건 법률조항으로의 개정이 이 사건 반려처분 이후에 이루어진 것이어서 이 사건 반려처분 당시에 소급하여 적용할 수 없는 법률이라는 전제에서 이루어진 방론적 판단으로서 이 사건 법률조항의 신설에 따른 새로운 공익을 인정할 수는 없다고 하는 점에 중점이 있는 판단이라고 할 수 있다. 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 납골시설은 그 범위를 제한하고 있지 아니하므로 이를 일정한 범위의 납골시설로 제한하여 해석하는 것은 법률의 문언적 해석의 한계를 벗어난다고 할 것이다. 정화구역 내라고 하여도 일정한 범위의 납골시설을 금지하는 것이 헌법적으로 허용될 수 없다고 한다면 이는 일반법원의 해석에 의하여 해결할 수 있는 범위를 넘는 것으로 위헌법률심판제도에 의하여 판단하여야 할 문제이다. 이 사건 제정법원이 이 사건

(5) 학교환경위생정화구역의 범위

구 학교보건법 제5조 제1항은 교육감에게 학교의 보건위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 학교경계선 또는 학교예정지 경계선으로부터 200미터를 초과하지 않는 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역(이하 '정화구역'이라고 한다)을 설정하여야 할 의무를 규정하고 있다.

한편, 동법의 위임에 따라 제정된 대통령령인 학교보건법시행령(2005.3.31 대통령령 18771호로 개정되고 2008.4.28 대통령령 제20773로 개정되기 전의 것, 이하 '구 시행령'이라고 한다.)은 위 법 제5조 제1항의 규정에 의하여 교육감이 정화구역을 설정할 때에는 절대정화구역과 상대정화구역으로 구분하여 설정하되, 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50m까지의 지역으로 하고, 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200m까지의 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역으로 할 것을 정하고 있다(제3조).

(6) 이 사건 법률조항에 의한 금지

이 사건 법률조항은 정화구역 내에 '납골시설'을 금지하고 있는바, 그 금지의 정도는 예외를 인정하지 않는 절대적 금지이므로 이를 살펴보기로 한다.

구 학교보건법 제6조 제1항은 누구든지 정화구역 안에서 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있는바, 같은 항 단서에서는 이에 대한 일정한 예외의 가능성을 인정하고 있다. 즉, 같은 항(제6조 제1항) 단서는 정화구역 가운데 대통령령이 정하는 구역¹²⁾ 안에서 금지된 일정한 행위 및 시설 가운데 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습 등에 나쁜 영향을 미치지 않는다고 인정한 경우에는 그 행위 또는 시설이 금지되지 않는 것으로 규정하고 있다. 그런데 이와 같은 예외인정의 가능성은 법 제6조 제1항의 각호에서 금지된 모든 행위 및 시설에 인정된 것이 아니라 그 가운데 일정한 행위 및

법률조항에 대한 위헌제청신청을 한 이유도 그와 같은 점을 감안한 것이라고 할 것이다.

12) 구 시행령 제4조는 법 제6조 제1항 단서에서 정한 제한이 완화되는 구역이란 위 상대정화구역 또는 법 제6조제1항제2호의2의 영화상영관시설 및 제12호의 당구장 시설을 하는 경우에는 절대정화구역을 포함한 전정화구역을 의미하는 것으로 규정하고 있다.

시설에 한하여 인정되는 가능성이다. 이와 같은 금지에 대한 예외의 가능성이 있는 시설은 그와 같은 가능성이 인정되지 않는 시설 또는 행위에 비하여 그 제한이 완화되는 경우라고 할 수 있다.

이 사건 법률조항의 규율대상인 낚골시설은 위 단서에 의한 제한의 완화가 가능하지 않은 절대적 금지시설에 해당하는바, 학교보건법상 이와 같은 절대적 금지시설의 각 내용은 다음과 같다.

○ 절대적 금지 시설

- 대기환경보전법·악취방지법 및 수질환경보전법에 의한 배출허용기준 또는 소음·진동규제법에 의한 규제기준을 초과하여 학습과 학교보건위생에 지장을 주는 행위 및 시설(제1호)
- 「영화진흥법」 제2조제15호의 제한상영관(제2의3호)
- 도축장, 화장장(제3호)
- 폐기물처리시설(의료기관이 감염성폐기물의 처리를 위하여 의료기관내에 설치·운영하는 폐기물처리시설은 제외한다)·폐수종말처리시설·축산폐수배출시설·축산폐수처리시설 및 분뇨처리시설(제5호)
- 가축의 사체처리장 및 동물의 가축을 가공·처리하는 시설(제6호)
- 전염병원, 전염병격리병사, 격리소(제7호)
- 가축시장(제9호)
- 청소년보호법 제2조제5호 가목(5)에 해당하는 업소 및 동호 가목(6) 및 동호 나목(7)에 의하여 청소년위원회가 고시한 영업에 해당하는 업소(제14호)

2. 우리사회 전통적 장묘문화와 그 변화

가. 전통적 장묘문화

인류는 문자를 사용하기 이전부터 죽음과 장례에 관한 문화를 형성해왔다. 장례 문화는 각 민족과 국가, 그리고 문화권 마다 다양한 형태로 발전하여왔다. 그리하여 다양한 형태의 장묘시설은 단지 시신 또는 유골이 보관되는 장소라는 물리적인 의미를 넘어 해당 문화권에서의 죽음에 대한 태도, 산자와 죽은 자의 관계를 나타내는 상징으로서의 의미를 가지고 있다.

종래 우리나라는 조상을 숭배하고 효를 근본으로 하는 유교적인 전통과

풍수지리사상이 고유한 문화로 이어져 오고 있으며 이는 장묘문화에도 작용하여 매장중심의 장묘문화가 정착되었다. 전통적으로 분묘 및 납골시설에 대한 인식은 조상숭배사상에 기초하여 가족과 후손들에게는 신앙적 공간이 되는 긍정적인 측면이 있었으나, 제3자인 타인에게는 죽음과 두려움의 대상이 되는 부정적인 측면을 가지고 있었던 것이 사실이다. 분묘가 그와 같은 상징적인 의미를 가지고 있음으로 하여 분묘의 위치도 또한 문화적 상징성을 반영하게 되었는바, 주로 산과 언덕 등 살아있는 사람들의 터전과는 거리가 있는 곳에 위치하였다.

종래의 매장 중심의 장묘문화는 인구증가에 따른 묘지수의 증가로 인하여 묘지공간의 부족, 심각한 국토의 잠식, 자연경관의 훼손 및 생태적 환경문제 등을 야기하였다. 이에 따라 매장을 위주로 한 장례문화는 신속히 개선해야 할 국가적 과제로 부각되었다. 그러나 종래 화장에 대한 인식은 조선시대 승유억불정책에 의해 금기시 되어 왔으며, 일제시대를 거치는 동안 후손이 없거나, 행려사망자, 무의탁자, 그리고 묘지를 구할 수 없는 저소득층들이 이용하는 것이라는 인식이 널리 퍼져 있었다. 따라서 화장문화가 보편화된 서구 및 다른 아시아권 나라에 비해 낮은 수준의 화장률을 기록하였으며, 화장이후 납골시설 등에 관한 새로운 장묘문화는 발달될 여지가 희박하였다.¹³⁾

그런데 국가 및 시민단체 등이 매장문화를 화장문화로 바꿀 것을 권장함에 따라 최근 많은 변화가 일어나고 있다.¹⁴⁾ 우리나라 연도별 화장률 현황을 보면 90년대 후반까지만 해도 30%대에 머물던 화장률이 2000년대에 이르러 50% 이상을 기록하고 있으며, 그 비율은 연 3% 이상씩 계속 증가하고 있다. 즉, 보건복지가족부의 연도별 화장률 현황을 보면 2004년 49.18%(서울지역 61.60%), 2005년 52.59%(서울지역, 64.85%), 2006년 56.5%(서울지역 68.2%)를 나타내고 있다.¹⁵⁾

13) 한규량, 한국의 장묘문화의 개선방안에 관한 연구, 노인복지연구(2002), 한국노인복지학회, 256면; 본 논문에 따르면 일본 등 다른 아시아 국가는 높은 화장률을 나타내고 있다. 일본(97%), 태국(90%), 홍콩(72%), 대만(47%), 영국(68%)

14) 한규량은 이와 같은 변화는 1998년 홍수로 인한 묘지유실 이후 국토훼손문제가 제기되었으며, 장묘문화 개혁을 위한 시민운동이 진행되고 사회지도층의 화장 및 화장 유언 남기기 운동이 확산된 점 등에 기인한 것으로 지적하고 있다. 한규량, 전개논문, 257면

화장문화가 본격적으로 도입됨에 따라서 납골시설의 확충이 문제되었으며, 도시 내의 납골시설의 위치도 중요한 사회쟁점이 되었다. 지방자치단체, 사회시민운동 단체 등은 분묘 또는 납골시설을 공원화하여 도시 내의 사회공동문화공간으로 활용하고 있는 외국의 사례를¹⁶⁾ 바람직한 모델로 인식하고 그 방향으로 변화를 이루려고 하는 노력을 기울이고 있으나, 죽음과 장묘에 대한 종래의 전통적인 의식에 따라 도심의 주거지역 내에 장묘시설이 설치되는 것에 대한 반발이 적지 않다. 특히 그와 같은 장묘시설이 들어설 예정에 있는 지역의 주민들의 장묘시설에 대한 인식은 가족과 친구와 이별하고 추모하는 장소로서의 의미보다는 쓰레기 처리장과 같은 혐오시설에 가까운 것이 현실이다.¹⁷⁾

나. 새로운 장묘문화 형성의 필요성

장묘문화의 변화는 단지 물리적인 장묘방식의 변화로 그쳐서 이루어질 수 없는 것이며 새로운 장묘방식에 맞는 전통 장묘문화를 대치할 새로운 상징적 문화가 형성되어야 한다. 죽은 자에 대한 장례문화가 바뀌어 죽은 자와 이별하는 방식이 종래의 매장에서 화장의 형태로 바뀌어 간다면 죽은 자의 공간인 묘지에 관한 문화도 납골시설의 문화의 형태로 바뀌어야 할 필요성이 있다.

종래의 장례문화에서 분묘는 특별한 의미를 가지고 있었다. 살아있는 인

15) 보건복지가족부, 장사관련국회요구자료(연도별 화장률 현황, 2007년)

16) 가령 일본은 1960년대부터 화장문화가 본격적으로 정착되기 시작하여 현재 화장률이 99%에 이르고 있고, 특히 화장률이 거의 100%인 동경도의 경우는 23개 화장장 중 8개소가 도심 주택가 한 복판에 입지하여 시민들의 생활에 필수적인 근린시설로 이용되고 있다. 화장률 100%인 중국의 경우에도 수도인 북경지역에 12개소의 화장장이 설치되어 있다(박복순, 서울시민을 위한 장묘시설, 이제는 서울시에 건립해야, 도시문제(2001), 대한지방행정공제회).

17) 가령, 서울시는 화장 및 납골 증가추세에 따라 지난 1998년 추모공원건립후보지로 서초, 강남지역 등을 검토하였으나, 해당 지역 주민들의 거센 반발로 시행계획이 추진되지 못하였다. 또한 지난 2006. 10. 김황식 하남시장은 하남시 내에 광역화장장 유치계획 발표하였으나, 광역화장장 유지에 반대하는 시민들이 대책위원회를 발족하여 시장 등에 대한 주민소환투표를 청구운동을 전개하였으며, 실제로 2007. 8. 주민소환투표가 발의 되어 김 시장 등의 직무가 정지되었다. 이와 같은 사실은 우리 사회에서 장묘시설에 대하여 갖고 있는 부정적 인식의 일단을 보여준다.

간들의 생활공간인 집이 물리적인 가옥재료의 물리적인 총합이 아닌 것과 마찬가지로 죽은 자의 공간인 묘지도 단순히 물리적인 흙더미의 의미를 갖는 것이 아니었다. 종래 분묘는 제례라는 의식을 통해 고인을 추모하는 문화전승의 공간이고, 가족 및 종족의 만남과 유대감을 나누도록 하는 종족문화공유의 공간으로서의 기능을 담당하였다. 그렇다면 그와 같은 분묘의 역할을 새로이 담당할 납골시설도 장례 담당하여야 할 문화적 역할을 다 할 수 있는 문화의 공간을 마련해 주어야 할 필요성이 있는 것이다.

납골시설이 그와 같은 역할을 담당하기 위해서는 여러 가지 문화적·공간적인 조건이 필요하다. 첫째, 그곳에 가면 고인을 추억하고 고인과 정신적으로 교감할 수 있다는 느낌이 들어야 한다. 둘째, 고인을 추모하는 사람들이 함께 의식을 행할 수 있는 공간이 있어야 한다. 셋째, 고인을 추억할 수 있는 사적인 공간이 마련되어야 한다.¹⁸⁾

이와 같은 요건은 종래의 묘지가 담당하던 역할을 최대한 수용하기 위한 요건이라고 할 것이다.

납골시설은 종래의 분묘방식의 장례와 달리 넓은 공간을 차지하지 아니하므로 좁은 공간에도 많은 기의 유골을 봉안할 수 있다. 이와 같은 특징으로 인하여 납골시설은 많은 참배객이 쉽게 참배할 수 있는 도심 내부에 설치하는 것이 가능하다는 성질을 갖게 된다. 그리하여 일본과 구미의 선진국에서는 도심 내부에 납골시설을 설치하면서 이를 공원화하여 죽은 자들의 공간을 살아있는 사람들의 휴식공간이 되도록 설계함으로써 삶과 죽음이 공존하며 일상의 휴식과 영원한 휴식이 교차하는 공간이 될 수 있도록 하는 새로운 문화를 창조하였다. 이와 같은 설계는 죽은 이들의 공간에 살아있는 사람들이 휴식하도록 함으로써 죽음의 공간을 삶이 숨 쉬는 공간으로 변화시키고, 사자들의 공간을 살아 있는 사람들의 일상생활 공간인 도심 한 가운데로 끌어들이므로써 일상의 삶 속에서 죽음을 사색할 수 있는 공간을 창조한 것이다.

이와 같은 설계에 의한 시설을 통하여 가족과 친지를 죽음으로 이별하여 시민들의 일상의 휴식공간인 시설에 봉안한 이들 및 앞으로 죽음을 맞이하

18) 한규량, 전계논문, 261-262면

여 해당 납골시설에 불안되길 희망하는 모든 이들은 위안을 받을 수 있다. 또한 해당 공간을 휴식공간으로 활용하는 지역주민들은 이를 휴식공간으로 활용함과 아울러 삶과 죽음에 대하여 사색할 수 있는 문화적 공간으로도 활용할 수 있는 것이다.

다. 세계각국의 공공장묘시설 현황

유럽의 많은 국가들의 장묘시설은 장례식장, 묘지, 납골시설, 화장장 등이 종합단지화 되어 있어 유족들이 한 곳에서 장례의 전 과정을 마칠 수 있도록 하고 있으며, 공원화되어 있어 지역주민들을 위한 문화공간이 되고 있다. 세계적으로 가장 널리 알려진 대표적인 시설은 스웨덴의 스톡홀름에 위치한 Skogskyrkogarden이다. Woodland Cemetary라고도 알려진 이 시설도 역시 종합단지화 된 장묘시설이다. 이 시설은 1920년대 묘지조성을 하였고, 1940년대에 화장장을 건립하였는바, 종합장묘시설로서 3곳의 장례식장, 화장장, 야외벽식 납골당, 매장묘지, 납골묘지, 산골장소, 명상장소 등을 갖추고 있다. 동 시설은 공동묘역의 목적에 이상적으로 부합하는 풍경을 창출하기 위하여 지형, 자연적 요소, 건축조형물을 조화시켜 문화적 공간을 창조하였으며, 유네스코는 1994년 이곳을 세계문화유산으로 지정하였다.

덴마크의 수도 코펜하겐에 있는 Bispebjerg Kirkegard & Crematorium의 경우도 널리 알려진 공공 장묘시설이다. 주택가 대로변에 위치한 이 시설은 아름다운 공원으로 조성되어 있다. 이곳도 매장시설, 납골시설, 화장장, 장례식장을 함께 갖추고 있는 종합장묘시설이다.¹⁹⁾

일본의 경우에도 납골시설과 화장시설이 모두 도심 내에 위치하고 있으며 공원화 되어있다. 단지 일본의 특징은 납골시설과 화장시설은 분리되어 있다는 점이다. 도쿄 내의 납골시설은 독립영원 8개소, 시립영원 6개소, 마츠무라영원 8개소가 있다. 이들 시설의 대부분은 민간위탁방식으로 운영되고 있으며, 주택가에 위치하고 공원화되어 있어 시민들이 즐겨 찾는 시설이다.²⁰⁾

19) 외국의 장묘시설 운영현황-북유럽 4개국의 장묘시설 운영실태를 중심으로, 서울특별시 시설관리공단, 4-7, 19면

20) 최승호, 한국 장묘문화의 발전방향에 관한 연구, 동국대학교 불교대학원 장례문화학과 석사학위논문, 25-28면, 일본 도쿄엔 도심 8곳, 외곽 8곳 등 모두 16곳에 승화

3. 현행 법령상 납골시설의 설치지역의 제한

이 사건 심판청구와 관련하여 학교보건법을 제외한 법령에서는 과연 어떤 경우에 납골시설 등을 설치할 수 있는 지역으로 규정하고 있는 것인지 살펴보기로 한다. 특히 이 사건 심판청구에서 문제된 납골시설 설치와 관련하여 가장 문제되는 지역은 주거지역이라고 할 것이므로 주거지역을 중심으로 납골시설을 설치·조성하는 것이 허용되는 경우가 있는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

‘장사 등에 관한 법률’은 납골시설의 설치지역을 제한하고 있다. 즉, ‘장사 등에 관한 법률’ 제17조는 ‘묘지 등의 설치제한’이라는 표제 하에 봉안시설(이하 ‘납골시설’이라고 한다)을 설치할 수 없는 지역을 정하고 있다. 이에 따르면 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제36조 제1항 제1호 라목에 따른 녹지지역중 대통령령이 정하는 지역(제1호), 수도법 제7조 제1항에 따른 상수원보호구역(제2호)²¹⁾, 문화재보호법 제9조 및 제71조에 따른 문화재보호구역(제3호)²²⁾, 그 밖에 대통령령으로 정하는 지역(제4호)을 납골시설을 설치할 수 없는 지역으로 정하고 있다.

한편, 동법의 위임을 받은 대통령령인 ‘장사 등에 관한 법률 시행령’ 제22조 제4항 제1호는²³⁾ ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제36조 제1항 제1호의 규정에 따른 주거지역·상업지역 및 공업지역 등을 납골시설을 설치할 수 없는 지역으로 규율하면서 국토의 계획 및 이용에 관한 법령에 따라 해

원(화장시설)이 있다. 이 가운데 도쿄 도심 주택가에 있는 미즈에 장의소와 다치가와 성원을 예로 살펴보기로 한다. 미즈에 장의소는 비교적 오래된 화장시설로서 일본정원을 소재로 한 공원으로 조성되어 있다. 유족 대기실 어느 곳에서나 창문을 통하여 소나무, 잔디공원이 보이도록 디자인 하였다. 다치가와 성원은 다시가와, 구니다치, 아키시마 시(市) 공동으로 조합을 형성하여 운영하는 도심 주택가 한복판의 화장시설이다. 1998년 최첨단의 친환경 시설로 설계하여 완공하였다.

- 21) 다만, 기존의 사원 경내에 설치하는 봉안시설 또는 대통령령으로 정하는 지역주민이 설치하거나 조성하는 일정규모 미만의 개인, 가족 및 종종·문중의 봉안시설 또는 자연장지인 경우에는 그러하지 아니하다.
- 22) 다만, 대통령령으로 정하는 규모 미만의 자연장지로서 문화재청장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.
- 23) 위 법 제17조제4호에서 납골시설을 설치할 수 없는 지역으로 정한 “기타 대통령령이 정하는 지역”을 구체적으로 규율하고 있다.

당 시설을 설치·조성할 수 있는 지역은 제외한다고 규정하고 있다.²⁴⁾

‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제76조는 위 동법 제36조 제1항 제1호에 의하여 지정된 용도지역 안에서의 건축물 그 밖의 시설의 용도, 종류 및 규모 등의 제한에 관한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있으며, 동조의 위임을 받은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령은 제71조 제1항에서 용도지역 안에서의 건축물의 용도, 종류 및 규모 등의 제한을 규정하고 있다.

위 시행령 제71조 제1항 제1호와 제2호는 각 제1종 전용주거지역과 제2종 전용주거지역 안에서 건축할 수 있는 건축물을 각 [별표2], [별표3]에 규정된

24) 장사 등에 관한 법률 시행령 제22조

④ 법 제17조제4호에서 “그 밖에 대통령령으로 정하는 지역”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역 또는 구역을 말한다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제36조제1항제1호가목부터 다목까지의 규정에 따른 주거지역·상업지역 및 공업지역. 다만, 화장시설, 봉안시설 및 자연장지의 경우에는 국토의 계획 및 이용에 관한 법령에 따라 해당 시설을 설치·조성할 수 있는 지역은 제외한다.
2. 다음 각 목의 수변구역 또는 특별대책지역
 - 가. 「한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조, 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조, 「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조, 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 제4조에 따라 지정·고시된 수변구역
 - 나. 「환경정책기본법」 제22조에 따라 지정·고시된 특별대책지역[상수원 수질보전을 위한 지역에 공설묘지·법인묘지, 법 제15조제3항에 따른 재단법인이 설치하는 10만 제곱미터 이상의 봉안묘·봉안탑·봉안담(벽과 담의 형태로 된 봉안시설을 말한다. 이하 같다) 또는 이 영 제21조에 따라 법인이 10만 제곱미터 이상의 자연장지를 새로 설치·조성하는 경우만 해당한다.
3. 「도로법」 제49조와 「고속국도법」 제8조에 따라 지정·고시된 접도구역
4. 「하천법」 제10조에 따라 지정·고시된 하천구역
5. 「농지법」 제28조에 따라 지정된 농업진흥지역
6. 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제19조, 제43조, 제47조 또는 제48조에 따라 지정·고시된 채종림등, 보안림, 산림유전자원보호림등, 특별산림보호구역
7. 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」 제16조제1항제1호에 따른 요존국유림(요존국유림). 다만, 자연장지는 요존국유림 내에 조성할 수 있다.
8. 「백두대간보호에 관한 법률」 제6조에 따라 지정·고시된 백두대간보호지역
9. 「사방사업법」 제4조에 따라 지정·고시된 사방지(사방지)
10. 「군사시설보호법」 제4조에 따라 설정된 군사시설보호구역과 「군사기밀보호법」 제5조에 따라 설정된 군사보호구역. 다만, 국방부장관의 인정을 받거나 관할 부대장의 승인을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.
11. 붕괴·침수 등으로 보건위생상 위해를 끼칠 우려가 있는 지역으로서 지방자치단체의 조례로 정하는 지역

건축물로 규정하고 있다. 그런데 [별표2]는 제1종 전용주거지역안에 건축할 수 있는 건축물을 규정하면서 도시계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물 가운데 건축법 시행령 [별표1] 제6호의 종교시설에 해당하는 것으로서 그 용도에 쓰이는 바닥면적의 합계가 1천 제곱미터 미만인 것을 규정하고 있으며, [별표3]은 제2종 전용주거지역안에 건축할 수 있는 건축물을 규정하면서 동일한 규정을 하고 있다. 25)26)

건축법 시행령의 [별표1]은 건축법 제3조의4 관련하여 용도별 건축물의 종류를 규정하고 있는바, 그 제6호에서는 종교시설에 대하여 규정하면서, 종교집회장 및 종교집회장 안에 설치하는 납골당이 동 조항에서 규정하는 종교시설에 해당한다고 규정하고 있다.27)

결국, ‘장사 등에 관한 법률’ 제17조 제4호는 그 밖에 대통령령으로 정하는 지역(제4호)을 납골시설을 설치할 수 없는 지역으로 정하고 있는바, 관련 법령을 종합하여 해석하여 볼 때 현행법상 도심 내의 주거지역 등에 납골시설을 설치하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하나, 종교집회장 안에 설치하는 납골시설에 대하여는 도시계획조례에 의한 예외로서 주거지역 등에의 설치가 허용되고 있다.

서울시도 도시계획조례28)에 의하여 이와 같은 종교집회장 안에 설치된 도

25) 또한 [별표2]와 [별표3]은 제2종 전용주거지역안에 도시계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물 가운데 건축법 시행령 별표 1 제10호의 교육연구시설 중 초등학교 · 중학교 · 고등학교를 규정하고 있다.

26) ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령’ 제71조 제1항에서 규정하고 있는 주거지역, 상업지역 및 공업지역 등 용도지역 가운데 종교시설의 건축 내지 설치를 금지하는 지역은 [별표 12]의 전용공업지역이 유일하다. 이는 종교시설이 해당 지역에 나쁜 영향을 미칠 것을 우려한 것이 아니라 오히려 유해시설이 많은 지역인 해당지역에 종교시설 내지 교육시설을 설치하지 못하도록 한 취지인 것으로 파악된다. 전용공업지역에는 교육시설 역시 금지되고 있다.

27) 동 조항은 이들 종교집회장 및 종교집회장 내의 납골시설 등은 종교시설로서 제2종 근린생활시설에 해당하지 아니할 것을 그 요건으로 규정하고 있는바, 같은 표 제4호의 마목은 종교집회장 등으로서 동일한 건축물 안에서 당해 용도에 쓰이는 바닥 면적의 합계가 300 제곱미터 미만인 것을 제2종 근린생활시설로서 규정하고 있다.

28) 서울특별시 도시계획조례

제47조(학교시설보호지구안에서의 건축물) 영 제77조 제1항의 규정에 의하여 학교시설보호지구안에서는 다음 각호의 건축물을 건축하여서는 아니된다.

심지역 내의 납골시설을 허용하고 있는바, 그 대표적인 시설이 서울 중구 정동에 위치한 대한성공회 대성당 지하의 납골시설이다. 안식의 집이라고 불리는 동 납골시설은 1997년 조성되었으며 25평 규모로 1,000여 위의 안치가 가능한 성당 신자와 가족들을 위한 시설이다.²⁹⁾

4. 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권 및 국가의 교육책임

가. 제한되는 기본권

(1) 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 정화구역 내에서 납골시설을 설치하는 행위 일반을 금지하고 있으므로 해당 납골시설의 설치 및 운영주체의 기본권 침해 문제가 발생한다. 이 사건 법률조항에 의하여 침해가 문제되는 기본권은 해당 납골시설의 설치 및 운영주체에 따라 달라진다고 할 것이다.

첫째, 종교단체가 설치하는 납골시설이 금지되는 경우에는 종교의 자유의 침해의 문제가 발생한다. 종교단체의 납골시설은 해당 종교의 사자에 대한 추모행위, 추모의식과 밀접한 관련을 가지고 있으며, 따라서 종교기관이 납골시설을 설치하는 행위는 해당 종교단체 및 종교인의 종교행사의 자유와 밀접하게 연관되어 있다. 정화구역 내에 일체의 납골시설의 설치를 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 정화구역 내 납골시설을 설치하여 사자에 대한 추모 등 종교행위를 하고자 하는 종교단체의 종교행사의 자유 및 해당 종교인들의 종교행사의 자유를 제한한다.

둘째로 개인이 친지를 위하여 설치하는 개인 납골시설, 가족 구성원을 위하여 설치하는 납골시설 또는 문중의 구성원을 위하여 설치하는 납골시설이

13. 건축법 시행령 별표1 제20호의 묘지관련시설

29) 대한성공회 대성당 내의 납골당 앞에는 작은 기도소가 마련되어 있어 고인의 명복을 빌며 추모하기에 적합하다. 또한 종교적 시설 내에 있어 종교적 의례로 상례, 제례를 대신할 수 있다는 장점이 있으며, 도심 한가운데 있어 접근성도 용이한 장점을 가지고 있다. 1회에 25년, 2회 연장이 가능하므로 75년간 모실 수 있다. 지하에 있지만 배기처리가 잘 되어 있어 전혀 냄새도 없고 밝은 조명에 밝은 내부 장식으로 꾸며져 있다. 납골함에는 향아리 외에 성서, 사진, 일기장, 방명록, 자녀 입학통지서 등 가족들의 추억이 담긴 물건을 함께 넣을 수 있도록 되어 있다. 한규량, 전개논문, 263면

금지되는 경우에는 행복추구권의 침해의 문제가 발생한다. 정화구역 내의 일체의 납골시설의 설치를 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 개인이 친지, 가족구성원 및 문중구성원들의 죽음을 추모하기 위하여 납골시설을 설치하여 운영하는 것을 금지하고 있는바, 이는 이들의 행복추구권을 제한하는 것이다.

셋째로 종교단체 이외의 재단법인이 설치하여 운영하는 납골시설이 있다.³⁰⁾ 종교단체 이외의 재단법인이 설치하는 납골시설의 경우에는 해당 재단법인의 직업의 자유의 문제가 발생한다. 즉, 이 사건 법률조항은 정화구역 내의 납골시설 설치를 일체 금지하고 있는바, 이 사건 법률조항에 의하여 납골시설을 운영하고자 하는 재단법인의 직업의 자유 내지는 직업의 자유의 한 내용이라고 할 영업의 자유의 제한 문제가 발생한다.

(2) 국가의 교육책임 및 청소년보호책임

우리 헌법은 제31조 제6항에서 국가에게 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여하였으며, 따라서 국가는 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한, 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 가지고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다[헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합), 427, 449-450].

그런데 국가의 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 책임이 학교내부에만 한정되는 것이고 학교의 경계를 벗어나는 순간 단절되는 것이라고 하기는 어렵다. 오히려 국가의 학교교육에 관한 책임을 실질적으로 실현시키기 위해서는 국가의 교육환경, 특히 학교를 중심으로 한 학교인접지역의 환경에 대한 규율권한과 책임을 인정하지 아니할 수 없다. 학교교육은 사회교육 및 가정교육과 끊임없이 영향을 주고받고 있으며, 학교주변의 환경 및 시설은

30) '장사 등에 관한 법률' 제15조 제1항에서는 사인이 납골시설을 설치하는 경우에는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다고 규정하고 있고, 제3항은 유품 500구 이상을 안치할 수 있는 사설봉안시설을 설치, 관리하려고 하는 자는 민법에 따라 봉안시설의 설치, 관리를 목적으로 하는 재단법인을 설립하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 동법은 개인, 가족 또는 종중의 납골시설 이외에 재단법인이 설치하여 운영하는 납골시설을 상정하고 있는바, 재단법인 가운데에는 종교단체와 종교단체가 아닌 재단법인이 있을 수 있다.

교내의 환경 및 시설 못지않게 학생들의 교육 및 건강한 성장에 중요한 요소라고 할 것이기 때문이다.

한편, 헌법은 제34조 제4항 등에서 국가의 아동·청소년 보호의무를 개별적으로 규정하고 있으며, 그리하여 국가는 아동·청소년이 자기판단·자기결정·자기책임능력과 공동체생활에의 적응능력을 갖춘 인격체로 성장할 수 있도록 특히 그들이 미성년상태에 있는 동안 유해한 주변환경 기타의 악영향으로부터 보호하여야 하는 것이다.

그렇다면 헌법 제31조 제6항의 국가의 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 학교교육의 책임 및 헌법 제34조 제4항 등의 국가의 아동·청소년 보호의무 등을 구체적으로 실현하여야 할 입법자로서는 아동·청소년의 건강한 성장 및 학교교육의 능률을 보호하기 위하여 학교주변의 유해환경을 방지하는 것에 관한 상대적으로 넓은 형성권을 인정할 수 있다.

5. 이 사건 법률조항의 기본권 침해여부

가. 종교의 자유 침해 여부 : 종교단체가 종교집회장 등에 설치·운영하는 납골시설의 경우

(1) 종교의 자유의 제한과 그 한계

헌법 제20조 제1항은 모든 국민은 종교의 자유를 가진다고 규정하여 종교의 자유를 보장하고 있다. 종교의 자유란 자신이 선택한 종교를 자신이 원하는 방법으로 신봉하는 자유를 말한다. 종교의 자유는 개인의 내심의 작용인 신앙의 자유를 핵심으로 하지만, 신앙은 교리로 형성되어 보급되기 마련이고, 동일한 교리를 신앙하는 자들은 공동으로 종교적 행사를 영위하고 종교적 단체를 결성하며 종교활동을 한다. 그리하여 종교의 자유의 구체적 내용에 관하여는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유의 3요소를 내용으로 한다고 설명되고 있다(헌재 2001. 9.27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 360).

종교의식을 위한 종교의 상징물, 종교시설의 설치 등은 종교의식의 자유내지 종교적 행위의 자유를 향유하기 위한 필수적인 전제이다. 종교의 의식내지 종교적 행위와 밀접한 시설의 설치와 운영은 종교의 자유를 보장하기

위한 전제에 해당하므로 그 설치 및 운영행위는 종교적 행위의 자유에 포함 된다고 할 것이다. 가령 도시미관을 이유로 하여 교회의 십자가 설치를 하지 못하게 하거나, 자연의 보호를 위한다는 이유로 불교사찰 중·개축을 금지하거나, 소음을 이유로 교회의 스피커 설치를 금지하고나 사찰의 범종의 타종을 금지한다고 하면 이는 종교적 행위의 자유를 제한하는 것이 아니라고 하기는 어렵다.

일반적으로 종교란 인간의 형이상학적인 신앙을 그 내용으로 하며, 종교이기 위해서는 신과 피안(彼岸)에 대한 우주관적 확신을 필요로 한다.³¹⁾ 인간의 죽음과 종교는 분리할 수 없을 만큼 밀접하게 연관되어 있으며 종교의 식과 종교시설도 인간의 죽음을 기리는 의식과 시설을 중심으로 발달되어 왔다. 종교단체의 납골시설은 사자의 죽음을 추모하고 기념하기 위한 시설의 하나로서 종교의 내세에 대한 믿음과 밀접하게 관련되어 있다. 특정종교의 믿음을 가진 사람들은 자신의 종교로부터 사후세계에 대한 두려움을 위로 받고, 가족과 친지들 가운데 사망한 사람이 있는 경우 사자가 남기고 간 육체를 화장하고 남은 재를 자신들이 믿는 종교기관의 납골시설에 봉안함으로써 사자의 영혼이 사후에 고통받지 아니하고, 해당 종교의 교리에 따른 평안과 구원을 얻을 수 있도록 기원하는 것이다. 이와 같은 종교단체의 납골시설은 사자와 사자의 가족들에게 사후의 안식처를 제공한다는 의미와 사자의 죽음을 통하여 해당 종교에 대한 신앙의 의미를 널리 알리고, 그 깊이를 더하도록 한다는 의미를 가지고 있다.

그렇다면, 종교단체가 영리의 목적이 아닌 종교적 목적을 위한 시설로서의 납골시설, 적어도 종교단체가 종교집회장에 설치하여 운영하는 또는 종교단체가 종교집회장과 함께 설치하여 운영하는 납골시설은 그 시설의 운영과 해당시설에서의 추모행위가 종교의 자유와 밀접한 관련을 가지고 있다고 할 것이고, 이와 같은 납골시설의 설치를 금지하는 경우에는 종교의 자유, 특히 종교행사의 자유의 제한의 문제가 발생한다.³²⁾

31) 권영성, 헌법학원론, 법문사(2008년), 485면; 허영, 한국헌법론, 박영사(2008년), 401면

32) 비록 종교단체가 설치한 납골시설이라고 하여도 해당 시설에 종교집회장이 존재하지 않는 등 종교적 행위와는 관련이 희박하고, 영리의 목적으로 대규모의 납골시설을 설치하는 경우에는 더 이상 종교의 자유의 문제라고 보기 어렵다. 이와 같은

결국, 이 사건 법률조항은 종교단체의 납골시설의 설치를 제한함으로써 해당 종교단체 및 그 종교단체 신자들의 종교적 행위를 제한하고 있으므로 종교의 자유 가운데 종교적 행위의 자유를 제한하는 법률조항이다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

(가) 이 사건 법률조항의 입법목적 및 그 정당성

학교보건법 제1조는 동법의 입법 목적을 학교의 보건관리와 환경위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호·증진하게 함으로써 학교교육의 능률화를 기하는데 있는 것으로 밝히고 있다.³³⁾

한편, 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 2005. 12. 7. 법률 제 7700호로 학교보건법을 개정하여 신설되었는데, 이 사건 법률조항 신설의 입법목적은 납골시설이 무분별하게 난립되는 것을 방지함으로써 학생들의 학습권을 보호한다는 데에 있다.³⁴⁾ 결국 학교보건법의 목적 및 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항의 입법목적은 학생 및 교직원들의 건강을 보호, 증진하기 위하여 그들의 주요 활동공간인 학교 주변의 정화구역 내에서 유해시설이 난립하는 것을 방지함에 있다고 할 것인 바,³⁵⁾ 이 사건 법률조항에서 특별히 문제가 된 유해시설은 납골시설인 것이

경우에는 비록 해당 설립주체가 종교단체인 경우라고 하여도 뒤에서 볼 기타 재단 법인이 설치, 운영하는 납골시설로 분류하여 판단함이 상당하다고 생각한다.

33) 이와 같이 학교보건법 제정(1967. 3. 30.)의 시대적 배경을 보면 1960년대 후반 급격한 산업화 및 도시화의 진행으로 각종 청소년유해업소가 난립하여 청소년들의 신체적, 정신적 건강이 황폐화시키는 현상이 나타나게 되었으며, 이러한 유해한 사회환경으로부터 이들을 보호하여야 할 필요성이 강하게 요청되었다.

34) 제256회 국회 국회본회의 회의록, 2005. 11. 16. 이 사건 심판기록, 105면

35) 청소년의 유해환경이란 청소년의 인격적 발달에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있는 물리적·문화적·사회적·심리적 요소들과 청소년과 주변환경요인간에 이루어지는 유해적인 상호작용의 총화로 간주할 수 있다. 청소년의 유해환경이 지니고 있는 유해성의 요소는 크게 '청소년의 건전성장의 저해', '피해' 및 '비행화'의 세가지로 지적할 수 있다.

첫째, 청소년 건전성장의 저해로서의 유해성요건은 유해환경의 가장 기본적이고 포괄적인 요소라고 할 수 있다. 이러한 요건에는 직접적인 피해를 주지 않더라도 청소년의 성적 감정을 자극할 소지가 있거나 폭력성을 조장하고 범죄성을 유발할 수 있는 경향성들이 포함된다. 둘째, '피해'의 유해성요건은 청소년의 정상적인 정서발달에 직접적으로 침해를 행하게 되는 요소들로서 유해환경의 법적 규제의 주요한

다. 학생들에게 평온하고, 건강한 환경을 마련해 주어 궁극적으로 학교교육의 능률화를 기하기 위한 이와 같은 입법목적은 공공복리를 위한 정당한 입법목적이라고 할 것이다.

(나) 방법의 적정성

학생들의 생활의 중심이 되는 지역인 학교 주변을 정화구역으로 지정하여 그 구역 내에 유해환경을 조성하는 시설의 영업을 금지하는 것은 아동 및 청소년의 건강한 성장을 위한 적정한 방법이라고 할 것이다.

납골시설은 학생들의 심리에 부정적으로 작용할 경우 평온하고 건강한 교육환경을 해할 가능성을 갖고 있는바, 이 사건 법률조항은 학생들의 생활의 중심이 되는 지역인 학교주변을 평온하고 건강한 환경으로 만들어 변별력과 의지력이 미약한 청소년·학생들을 보호하는 입법 목적을 달성하기에 적절한 수단이 아니라고 하기 어렵다고 할 것이다.

(다) 최소침해성 원칙 및 법익 균형성 원칙의 위반 여부

1) 위헌론

가) 최소침해성 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항이 규율대상으로 삼고 있는 것은 모든 학교주변의 정화구역이다. 따라서 유치원에서부터 대학에 이르기까지 모든 종류의 학교주변의 정화구역 내의 납골시설은 이 사건 법률조항에 의하여 금지된다. 그런데 아동·청소년 유해환경이란 절대적이고 보편적인 것이 아니라 상대적인 것이다. 즉, 유해환경의 판단기준은 아동·청소년의 연령이나 정신발달의 정도 및 사회적·문화적 환경에 따라 달라질 수 있는 것인데 각 학교는 교육의 목적, 과정이 서로 다를 뿐 아니라, 학생의 연령이나 신체 및 지능의 발달 정도에 큰 차이가 있어서 납골시설이 학교교육에 미치는 영향은 학교의 종류에 따라 크게 다를 수밖에 없다.

납골시설이 시설 그 자체의 물리적 내지 화학적 특징으로 인하여 해로운 시설인지에 대한 입증은 없다. 오랜 역사 동안 납골시설을 시내에 설치하여

근거가 될 수 있는 것이다. 셋째, '비행화'의 요건은 유해환경이 청소년의 문제행동이나 비행의 조장과 범죄성의 유발가능성과의 관계에 대한 인식이다[청소년유해환경의 실태와 대책에 관한 연구, 한국청소년연구원, 1990년, 45-46; 矢島正見, 有害環境, 小年輔導, 제32권 4호(1987년)].

운영하고 있는 일본 및 유럽 여러 나라 등 다른 나라의 사례를 보아도 납골 시설이 갖는 그 물리적 유해성은 인정되기 어렵다고 할 것이다.³⁶⁾

이 사건 법률조항에서 학교부근의 납골시설을 화장장, 도축장 등과 같이 취급하여 금지하고 있는 진정한 이유는 납골시설의 물리적 환경이 끼치는 나쁜 영향에 있다고 하기보다는 납골시설이 학생들의 심리에 해로운 영향을 준다고 보는 사회인식을 반영하는 것이라고 할 것이다. 그러나 살펴본 바와 같이 사자의 안식을 기원하는 종교기관 내의 납골시설은 초·중·고등학생들의 교육·문화적인 환경에 나쁜 영향을 준다고 하기 어려울 뿐 아니라, 그 비상업성 등의 특징으로 하여 물리적인 환경에도 심각한 영향을 준다고 평가하기 어렵다.

종교기관의 납골시설은 신앙에 기초한 죽음 이후의 세계에 대한 축복의 기원, 사자의 삶과 죽음에 대한 존승의 관념, 영혼을 정결하게 하는 해당 종교의 신앙 등 종교시설 고유의 특성을 지니고 있으며, 또한 영리를 목적으로 하는 시설이 아니라는 특징을 가지고 있다. 그리하여 종교기관 등이 운영하는 납골시설의 경우에는 사자의 생전의 삶과 죽음, 그리고 사후세계와 삶의 다양성에 대하여 사색할 수 있는 계기가 될 수 있다.

오늘날 어린이와 청소년들은 삶과 죽음에 대하여 깊은 성찰을 할 기회를 갖지 못한 채 성장하고 있다. 이와 같은 현실에서 삶과 죽음에 대하여 숙고할 수 있는 종교 내지 사회시설이 존재하는 것은 반드시 유해한 환경이라고 단정하기 어렵다. 삶과 죽음에 대한 사유는 인간으로 하여금 다양한 갈등을 새로운 차원에서 성찰할 수 있도록 도와주는 기능을 하기 때문이다.³⁷⁾

이 사건 법률조항이 정하는 학교에 대학 및 이와 유사한 교육기관도 포함된다. 위에서 본 바와 같이 종교기관 등이 운영하는 납골시설은 종교시설의 하나로서 그 시설자체가 학교의 보건위생에 나쁜 영향을 끼치는 것이 아니라, 납골시설이 사자의 영혼을 위한 장소라는 점에서 부정적인 심리적 영향

36) 국민의 건강과 보건에 관한 문제를 관할하는 보건복지가족부장관은 이 사건 법률조항에 대한 의견서를 통하여 납골시설이 주민생활과 밀접한 필수적인 사회기반시설일 수 있을 뿐 국민의 건강과 보건을 해치는 시설이 되기 어렵다는 점을 밝히고 있다(이 사건 기록, 319-320면).

37) 보건복지가족부장관도 이 사건 법률조항의 위헌여부에 대한 의견서에서 납골시설은 학생들의 정서발달 및 학습환경에 도움이 될 수 있는 시설임을 밝히고 있다(323면).

을 받을 소지가 있을 뿐이다. 그런데 대학생들은 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있는 자 중에서 선발되므로(고등교육법 제33조 등) 신체적·정신적으로 성숙하여 자신의 판단에 따라 자율적으로 행동하고 책임을 질 수 있는 시기에 이르렀다고 할 것이다. 그렇다면 대학 정화구역 내의 납골시설을 금지하는 것이 과연 대학교의 학생들을 보호하거나 대학교육을 능률적으로 이루어지도록 하기 위한 납골시설 운영자의 종교의 자유에 대한 필요한 최소한 제한인지에 관하여는 의문이 생기지 않을 수 없다.

대학생의 신체적·정신적 성숙성에 비추어 볼 때 대학생이 적어도 종교기관이 운영하는 납골시설로 인하여 학습에 지장을 받을 가능성이 희박하다고 할 것일 뿐 아니라, 납골시설이 대학생의 학습에 어떤 영향을 미칠 것인가에 관한 사항은 대학생 스스로의 자율적인 책임에 맡길 사항이라고 할 것이다. 결국, 대학의 정화구역 안에서 납골시설을 금지하는 이 사건 법률조항은 납골시설 운영자 등의 종교의 자유를 필요 최소한 정도의 범위에서 제한한 것이라고 보기 어렵다.

종교단체가 설치하는 납골시설의 경우에도 지나치게 대규모의 납골시설을 설치하거나, 그 위생상 또는 환경상의 고려를 전혀하지 아니한 채 방만하게 관리함으로써 학생들의 보건에 나쁜 영향을 미칠 가능성을 부정할 수는 없다. 그러나 이와 같은 가능성이 인정되는 경우에도 입법자는 구체적으로 그 규모의 한계, 보건을 위한 위생 및 환경상의 기준 등을 마련함으로써 그와 같은 가능성을 차단할 수 있으나, 입법자는 그와 같은 덜 제한적인 입법수단을 사용하지 아니하고 일률적으로 금지하는 입법수단을 택하였다.

그렇다면 정화구역 내의 모든 납골시설을 일률적으로 금지함으로써 종교기관 내의 납골시설까지 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 그 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 정도 이상으로 종교의 자유를 제한하는 법률이라고 하지 않을 수 없다.

나) 법익균형성원칙의 위반여부

이 사건 법률조항은 종교의 자유와 보호법익간의 적정한 균형관계를 상실하고 있다. 개별적 납골시설의 유형 및 학교의 종류 등 구체적인 상황을 고

려하여 상충하는 법익간의 조화를 이루려는 아무런 노력없이 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익에 대하여 일방적인 우위를 부여하였다. 그리하여 이 사건 법률조항은 종교기관인 납골시설 운영자의 종교의 자유가 갖는 의미와 함께 문화국가원리를 기본원리의 하나로 삼고 있는 우리 헌법에서 종교의 자유가 담당하는 중요한 기능을 간과하고 있다. 따라서 이러한 관점에서 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위반되어 종교의 자유를 과도하게 제한하는 규정이다.

2) 합헌론

우리 사회는 전통적으로 사망한 사람의 시신이나 무덤을 경원(敬遠)하고 기피(忌避)하여 왔고, 무덤을 살아있는 사람들의 주거지로부터 멀리 떨어진 산에 설치하여 무덤은 곧 산소(山所)를 의미하게 되었다. 최근에 이르러 매장문화가 화장문화로 바뀌어 가고 화장 후의 유골을 봉안하는 납골시설도 많아지고 있지만, 주검이나 무덤·납골시설을 두려워하고 기피하는 풍토나 정서까지 완전히 바뀌었다고 보기는 어렵다. 주검이나 무덤·납골시설을 기피하는 풍토나 정서가 우리 사회 전반에 뿌리 깊게 퍼져 있어서 단기간의 교육이나 노력에 의하여 해소되기 어려울지도 모른다.

이처럼 주검이나 무덤·납골시설을 경원하고 기피하는 풍토와 정서에 비추어 입법자가 학교 부근의 납골시설이 현실적으로 학생들의 정서교육에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있다고 판단하고 학생들에 대한 정서교육의 환경을 보호하기 위하여 학교 부근의 납골시설을 규제하기로 결정한 것이므로, 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성을 부정하기 어렵다. 납골시설을 기피하는 풍토와 정서가 과학적인 합리성이 없다고 하더라도, 그러한 풍토와 정서가 현실적으로 학생들의 정서발달에 해로운 영향을 끼치지 않는다고 단정할 수 없는 이상, 학생들의 정서에 해로운 영향을 미칠 가능성이 있는 교육환경을 규제하여야 할 필요성과 공익성을 부정하기 어렵다.

이처럼 입법자가 납골시설이 학생들의 정서발달에 부정적인 영향을 끼친다고 보고 이를 규제할 필요가 있다고 판단한 이상, 학교 부근의 정화구역 내에 납골시설을 설치하지 못하게 하는 것은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 할 것이다.

종교집회장 안에 설치되는 납골시설은 건축법규의 규제대상에서 제외되어 있지만, 그렇다고 하여 학교주변의 교육환경을 보호하기 위한 규제까지 배제되는 것은 아니다. 그리고 학교 정화지역 내에 납골시설을 금지할 필요성은 납골시설의 유형이 납골묘·납골당·납골탑 중 어느 것이냐에 따라 달라진다고 보기 어렵고, 납골시설의 운영주체가 국가·지방자치단체 등의 공공기관이거나 개인·문중·종교단체·재단법인이든 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 납골시설의 유형이나 설치주체를 가리지 아니하고 일률적으로 금지한다고 하여 불합리하거나 교육환경에 관한 입법형성권의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

종교시설 내에 설치되는 경우에는 학생들의 정서발달에 해로운 영향을 끼치지 않는다고 보기도 어렵다. 삶과 죽음에 관한 교리는 종교의 자유에 의하여 보호되어야 할 핵심부분이라고 하겠지만, 납골시설을 종교시설 내에 설치하는 문제는 종교의 자유의 핵심영역에 속한다고 보기 어렵다. 종교시설 내에 납골시설 설치를 예외적으로 허용한다면, 납골시설을 설치할 목적으로 종교시설을 빙자함으로써 정화구역 내에 납골시설이 남설되어도 이를 막기 어려울 것이다.

납골시설이 학생들의 정서에 해로운 영향을 미치는 정도는 학생들이 정신적으로 성숙해짐에 따라 감소되겠지만, 납골시설을 기피하는 정서는 사회의 일반적인 풍토와 문화에서 비롯된 것이어서 대학생이 되면 완전히 벗어나게 된다고 단정하기 어렵다. 대학 부근의 정화구역에서도 납골시설의 설치를 금지하는 것이 불합리하거나 불필요하거나 기본권 최소제한의 원칙에 어긋나서 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다.

그리고 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 것은 학교 부근 200m 이내의 정화구역 내에 국한되는 것이므로, 그로 인하여 기본권이 침해되는 정도는 크지 않다고 할 수 있다. 그리고 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권의 정도가 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 학교교육환경의 공익성보다 중대한 것이라고 보기도 어렵다.

(라) 소결

이 사건 법률조항이 학교 정화구역 내에서 납골시설을 일반적·절대적으

로 금지하는 것이 입법자의 학교교육환경 규율에 관한 입법형성권의 한계를 현저히 벗어난 것이라고 보기 어렵고, 그 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 한도를 넘어서 종교의 자유를 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 하기 어렵다.

다. 직업의 자유 또는 행복추구권의 침해 여부 : 종교단체 이외의 주체(재단법인·개인·가족 또는 문중)의 납골시설의 경우

(1) 합헌론

납골시설은 사자들의 영혼을 집단적으로 봉안하는 곳이라는 특수성으로 인하여 이를 받아들이는 심리태도에 따라서는 아직 성숙하지 않은 학생들의 정서에 나쁜 영향을 미칠 가능성이 있다. 특히 이윤 동기에 따라서 운영되는 대규모의 납골시설들은 그 시설의 형태 및 운영방식에서 사자의 삶과 죽음에 대한 존중의 감정 또는 사자의 명복을 기원하는 염원과 거리가 있으며, 단순히 사자들의 유골을 보관하는 장소로 흐르는 경향을 보이고 있다. 이와 같은 상업적 운영은 죽음 이후의 세계에 대하여 두려움을 방지할 아무런 문화적, 심리적 장치를 마련하지 아니한 것이다.

또한 앞서 살펴본 유형의 납골시설을 제외한 기타의 납골시설, 특히 재단 운영의 납골시설은 수익을 목적으로 하는 대규모의 봉안시설을 그 특징으로 할 가능성이 있으므로 그 주변에 많은 교통량을 증가시키고, 아울러 식당 등 다수의 상업시설 등을 파생시킬 가능성이 많은바, 이들 업소는 소음과 교통 혼잡 등 교육에 바람직하지 않은 현상을 수반할 가능성이 있다.

그렇다면 이와 같은 납골시설이 유치원 및 초·중등교육법상의 초등학교, 중학교, 고등학교 및 이와 유사한 교육기관의 정화구역에 설치되는 경우 이들 학교에 재학중인 학생들은 아직 변별력 및 의지력이 미약한 어린이와 청소년들이어서 이들 가운데 특히 감수성이 예민한 학생들에게 나쁜 영향을 미칠 가능성이 있다.

한편, 대학생들은 신체적, 정신적으로 성숙하여 자율적으로 행동하고 책임을 질 수 있는 단계에 이르렀다고 할 것이다. 하지만, 납골시설의 규모와 중

류 등에 따라서는 자율적인 특징을 갖는 대학교육에도 적지 않은 나쁜 영향을 미칠 가능성을 부정할 수 없다.

살피건대, 입법자는 헌법 제31조 제6항의 국가의 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 학교교육의 책임 및 헌법 제34조 제4항 등의 국가의 아동·청소년 보호의무 등을 구체적으로 실현하여야 할 책임에 기하여 학교와 인접한 지역의 낚골시설을 금지할 수 있고, 그 금지의 정도도 예외를 인정하지 아니하고 모든 낚골시설을 금지할 필요성이 있다고 판단할 입법형성권이 있다고 할 것이다. 이 사건 법률조항에서 정한 금지가 입법자의 학교환경규율권한에 비추어 볼 때 그 입법형성권을 초과하는 지나치게 광범위한 것으로 판단하기 어렵다고 할 것이고 따라서 최소침해성의 원칙에 어긋난다고 보기 어렵다.

결국, 이 사건 법률조항이 초·중등교육법상의 초등학교, 중학교, 고등학교 및 고등교육법상 대학교 및 이와 유사한 교육기관의 정화구역 내에서 종교단체 이외의 주체가 운영하는 낚골시설을 금지하는 것은 입법목적달성을 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 제한이라거나, 공익과 사익을 제대로衡量하지 아니한 채 직업의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

(2) 위헌론

학교보건법 제6조 제1항 단서에서는 일정한 시설 내지 영업행위에 대하여는 일반적 금지에 대한 예외인정의 가능성을 인정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항의 경우에는 그와 같은 예외를 규정하고 있지 않은바, 이와 같이 절대적인 금지를 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 비례의 원칙을 준수하고 있다고 볼 수 있을 것인지 문제된다.

그런데 재단법인 등 기타의 자가 직업으로서 설치하여 운영하는 낚골시설인 경우 가운데에도 그 형태·종류·특성 등은 다양한 것으로 순수하게 수익을 목적으로 하는 대규모의 시설이 존재할 수 있는 반면, 종교기관 내에 설치된 낚골시설과 같은 추모의 목적을 특징으로 가지는 소규모의 낚골시설이 있을 수 있다.

가령 재단법인이 운영하는 낚골시설 가운데에는 사자들에게 대한 특별한 존

경의 염을 가지고 설치한 시설로서 비영리 문화재단이 운영하는 소규모의 납골시설 등이 존재할 수 있다.³⁸⁾ 이와 같은 시설은 종교단체, 가족 또는 문종의 납골시설과 같은 특징으로 하여 유해한 심리적인 환경의 가능성이 적을 뿐 아니라 소규모 시설로서의 특징으로 하여 교통환경 등에 미치는 영향도 나쁘지 않다고 판단할 가능성이 있다.

한편, 가족 또는 문종이 설치하는 납골시설의 경우에는 종교단체의 납골시설과 같은 성격을 가지고 있으며, 그 규모는 오히려 종교단체의 경우에 비하여도 더 작다. 그렇다면 종교단체에 의한 납골시설의 금지에 관한 위헌론의 내용은 가족 또는 문종의 납골시설의 경우에 그대로 적용될 수 있다.

그렇다면 입법자로서는 정화구역에 납골시설이 있는 경우 그 종류 등을 불문하고 모든 납골시설을 일체 금지할 것이 아니라 그 종류를 구분하여 그로 인한 폐해와 혜택을 형량하여 그 폐해의 정도가 심하지 않으면서도 아동·청소년들의 문화향유에 도움을 줄 수 있는 경우에는 일반적·절대적 금지로부터 제외시켜 그 금지에 대한 예외적인 허가를 허용하도록 규정해야 할 것이며, 그와 같이 규율함이 이 사건 법률조항의 입법목적에 효과적으로 달성하면서도 당해 납골시설 운영자의 기본권을 최대한 존중하는 바람직한 방법이라고 할 것이다.

(3) 소결

이 사건 법률조항은 정화구역을 납골시설을 설치할 수 없는 금지구역으로 정하여 그 금지에 대한 예외를 인정하지 아니하여 기본권의 제한 정도가 작지 않다.

하지만 정화구역 안에서 납골시설의 설치 주체를 제한하지 아니하고 허용

38) 여기서 존속에 기초한 시설이 단순히 비영리 시설을 의미하는 것은 아니다. 비영리라는 것이 사자에 대한 존경과 명복을 기원하는 것과 동일시되는 것은 아니기 때문이고 비영리라는 점으로도 일반인의 사후세계에 대한 두려움을 모두 제거해 줄 수 있는 것은 아니기 때문이다. 가령 지방자치단체인 서울시가 운영하는 시립납골시설이 존재할 수 있을 것인바, 서울시가 이와 같은 시설을 운영하는 이유가 반드시 사자에 대한 존경과 명복을 기원하는 관념 때문이라고 보기는 어렵다. 같은 비영리시설이라고 하는 경우에도 시립납골시설과 국립묘지가 같은 목적에 기초한 시설이라고 볼 수는 없고, 그와 같은 시설이 주변환경에 미치는 심리적 영향도 동일한 것이라고 보기는 어렵다.

하면 죽음과 관련되는 납골시설이 갖는 부정적인 인상으로 인하여 학생들의 건강한 정서적 성장과 학교교육에 미치는 심리적인 영향이 있으리라는 점을 예상할 수 있다.

재단법인 등 기타의 자의 직업으로서의 납골시설을 설치하는 경우 및 가족·문중 등의 납골시설의 설치, 관리행위는 형태·목적·규모 등이 다종다양하여 그 금지에 대한 예외적인 허가를 허용할 수 있는 가능성을 인정하는 경우에는 그 기준을 정밀하게 마련하는 경우에도 학교교육의 목적을 효과적으로 달성하기 위한 통제가 가능하지 아니할 가능성이 있다.

결국 이 사건 법률조항이 학교 정화구역 내에서 종교단체 이외의 주체가 납골시설의 설치, 운영하는 것을 금지하는 것은 입법목적달성을 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 제한이라거나, 공익과 사익을 제대로 형량하지 아니한 채 직업의 자유, 행복추구권을 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

6. 결론

학교정화구역 내의 납골시설의 설치·운영을 절대적으로 금지하고 있는 구 학교보건법 제6조 제1항 본문 제3호 중 “납골시설” 부분은 청구인들의 종교의 자유 내지 행복추구권·직업의 자유 등 기본권을 침해하지 아니한다.

【결정의 의의】

과거 우리 사회에서는 대다수의 국민들이 장묘방식으로서 분묘를 설치하는 매장방식을 선호함으로써 화장 및 화장에 따른 납골시설은 일부 극소수 국민들만의 관심사항이었다. 그런데 이와 같은 전통적인 장묘방식은 최근 급격한 변화를 겪고 있다. 그리하여 오늘날 과반수에 이르는 국민들이 종래 선택되지 않았던 화장방식을 그들의 가족·친지와 이별하는 장례방식으로 선택하고 있으며, 이와 같은 화장방식의 선호경향은 빠른 속도로 증가하는 추세에 있다.

이 사건 심판대상 법률조항은 유치원에서부터 대학에 이르기까지 모든 종류의 학교주변의 정화구역 내의 일체의 납골시설의 설치 및 운영을 금지하고 있다. 헌법재판소의 법정의견은 납골시설이 학생들의 정서에 나쁜 영향

을 미칠 가능성을 고려하여 이 사건 법률조항에 대하여 합헌 판단을 하였다.

이에 대하여 반대의견은 낚골시설이 반드시 학생들의 정신적 교육환경에 부정적인 영향을 미치는 유해한 시설이라고 단정하기는 어려우며, 삶과 죽음, 그리고 사후세계에 대하여 사색할 수 있는 장소가 될 가능성이 있다는 점을 지적한다. 특히 종교기관의 낚골시설은 사자에 대한 축복의 기원, 삶과 죽음, 피안의 세계에 대한 사색을 하기에 적합한 시설로서의 특성을 가지고 있다.

장묘문화의 바람직한 변화는 단지 물리적인 장묘방식의 변화로 그쳐서 이루어질 수 없고 새로운 장묘방식에 맞는 문화가 형성되어야 완성되는 것이다. 장묘문화의 변화 및 오늘날 낚골시설이 국민 일반에게 갖는 의미를 충분히 고려한다면, 학교와 낚골시설의 운영 주체 등 종류를 구분하여 그로 인한 폐해와 혜택을 형량하여 그 폐해의 정도가 심하지 않으면서도 아동·청소년들의 문화향유에 도움을 줄 수 있는 경우에는 일반적·절대적 금지로부터 제외시켜 그 금지에 대한 예외적인 허가를 허용하도록 규정함이 보다 바람직한 규제방법일 수 있다. 비록 심판대상 법률조항에 대하여는 헌법재판소의 합헌 판단이 내려졌으나 올바른 장묘문화를 형성하는 입법자의 역할이 기대되는 영역이라고 할 것이다.

집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청

- 야간 옥외집회 금지 -

(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427)

성 왕*

【판시사항】

1. 해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 옥외집회(이하 ‘야간옥외집회’라 한다)를 금지하고, 일정한 경우 관할경찰관서장이 허용할 수 있도록 한 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분과 이에 위반한 경우의 처벌규정인 집시법 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분(이하 두 조항을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극)

2. 단순위헌의견이 5인, 헌법불합치의견이 2인인 경우 주문의 표시 및 중전결정의 변경

【심판 대상】

‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분(제청법원은 집시법 제10조 및 제23조 제1호 전체에 대하여 위헌법률심판제청을 하였으나, 그 법률조항들 중 제청신청인에게 적용된 부분은 ‘옥외집회’에 관한 부분이라고 하여 심판의 대상을 위와 같이 한정)

헌재 2009. 9.24. 2008헌가25, 판례집 21-2 상, 427, 433-434

* 헌법연구관

집시법 제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다.

제23조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금

【사건의 개요】

1. 위헌법률심판제청의 경위

제청신청인은 2008. 5. 9. 19:35경부터 21:47경까지 야간에 옥외에서 미국산 쇠고기 수입반대 촛불집회를 주최하였다는 등의 이유로 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소되었고, 1심 계속중 제청신청인에게 적용된 집시법 제10조, 제23조 제1호가 헌법상 금지되는 집회의 사전 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판 제청신청을 하였는바, 서울중앙지방법원은 위 법률조항들이 당해 사건 재판의 전제가 되고, 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다며 2008. 10. 13. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 법원의 위헌법률심판 제청이유 및 이해관계기관의 의견

가. 법원의 위헌법률심판 제청이유

(1) 집시법 제10조는 야간옥외집회를 미리 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에 관할경찰서장이 예외적으로 허용할 수 있도록 하는바, 이는 헌법 제21조 제2항이 절대적으로 금지하고 있는 집회에 대한 사전허가제에 해당하고, 집회의 자유를 본질적으로 침해하는 것이다.

(2) 집시법 제10조가 규정하는 옥외집회 금지 시간이 해가 진 이후부터 해가 뜨기 전까지로 하루의 절반이나 되어 ‘예외’라고 보기에 너무 넓고, 적지 않은 국민들이 주간에 학업이나 생업에 종사하고 있는 상황에서 야간

옥외집회가 금지된다면 집회의 자유라는 정치적 기본권이 형해화될 수밖에 없다. 한편, 집시법은 집회에 대한 사전신고제 규정(집시법 제6조, 제7조, 제8조, 제9조), 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 불법집회 등의 금지 규정(집시법 제5조), 집회금지장소 규정(집시법 제11조), 교통소통을 위한 제한규정(집시법 제12조), 확성기 등 사용의 제한 규정(집시법 제14조) 등을 두고 있는바, 이러한 규정들을 유효 적절하게 운용할 경우 집회에 대한 적절한 제한을 가할 수 있다. 그럼에도 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하는 집시법 제10조는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉금지 원칙에도 위반하여 집회의 자유를 침해하는 것이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 헌법 제21조 제2항이 규정하는 집회에 대한 사전허가제 금지의 해석은 집회의 자유의 최대한 보장과 공공의 안전 및 제3자의 권리 보호가 조화를 이루는 방향으로 이루어져야 한다. 일반적 집회는 신고만 하면 개최가 가능하도록 하여 원칙적으로 허용하되, 야간이라는 시간적 특수성과 옥외집회라는 장소적 특수성을 고려하여 야간 옥외집회를 금지하는 것은 사전허가제 금지에 반하지 아니한다.

(2) 집시법 제10조는 공공의 안녕질서 유지, 집회의 폭력화 방지 및 제3자의 권리 보장 등을 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하고 일정한 조건이 충족된 경우 예외적으로 허용하도록 한 것은 야간옥외집회를 통해 발생할 수 있는 파생적 혼란 및 사고 방지에 효과적인 수단이라 할 것이므로 수단의 적절성도 인정된다. 또한, 집시법 전체의 체계에 비추어 보면 위 조항에 의하여 규제되는 집회의 범위는 넓지 아니하고, 집회의 성격상 야간개최가 부득이하다는 사정이 인정되면 질서유지를 위한 조건을 붙여 야간집회를 할 수 있게 하여 기본권 침해를 최소화하고 있으므로 최소침해성원칙에도 반하지 않는다. 나아가 위 조항은 사실상 신고제와 같이 운용되고 있고, 학문, 예술 등에 관한 집회에는 위 조항이 적용되지 않을 뿐만 아니라 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용된다는 점에서 위 조항으로 인한 사익의 침해는 공공의 안녕질서 유지 및 제3

자의 기본권 보호 등 달성되는 공익과 적절한 균형관계를 갖추고 있다고 할 것이므로 법익균형성도 인정된다. 결국 집시법 제10조는 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 제한하는 것이라 볼 수 없다.

다. 경찰청장의 의견

(1) 헌법 제21조 제2항이 규정하는 집회에 대한 허가 금지가 모든 사전제한을 금지하는 것은 아니고, 타인의 기본권 침해 가능성이 큰 집회의 자유의 특성에 비추어 집회에 대한 허가 금지는 언론·출판에 대한 허가 금지에 비하여 완화된 기준을 적용하여야 하며, 헌법 제37조 제2항과의 관계에서 헌법 제21조 제2항은 집회의 자유의 본질적 내용을 침해하는지 여부의 문제로 이해해야 한다.

(2) 집회 및 시위의 자유는 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 공공의 안녕질서 및 법적 평화와 충돌될 가능성이 크고, 특히 야간의 옥외집회 및 시위는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회·시위’의 속성상 주간경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 개연성이 높으므로 법 제10조가 공공의 안녕질서 유지를 위하여 야간의 옥외집회 및 시위를 제한하는 것은 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 것이며, 선진 각국의 입법례에 비추어 살펴보아도 과도한 제한이라고 볼 수 없다. 한편, 법 제10조로 인하여 침해되는 사익은 매우 경미함에 비하여 달성되는 공익은 폭력집회 등을 방지하고, 집회 지역 인근 거주자 등 시민들의 주거환경권 등을 보호하여 공공의 안녕질서를 유지한다는 것으로 현저히 크다. 따라서 이 사건 법률조항들이 과잉금지원칙에 위배하여 집회 및 시위의 자유를 제한하거나 집회의 자유를 본질적으로 침해하여 헌법이 금지하는 허가를 규정한 것으로 볼 수 없다.

【결정요지】

재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 위헌의견

헌법 제21조 제2항은, 집회에 대한 허가제는 집회에 대한 검열제와 마찬가지로

가지이므로 이를 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력자인 국민들의 헌법 가치적 합의이며 헌법적 결단이다. 또한 위 조항은 헌법 자체에서 직접 집회의 자유에 대한 제한의 한계를 명시한 것이므로 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 앞서서, 우선적이고 제1차적인 위헌심사기준이 되어야 한다. 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 ‘허가’는 행정권이 주체가 되어 집회 이전에 예방적 조치로서 집회의 내용·시간·장소 등을 사전심사하여 일반적인 집회금지를 특정한 경우에 해제함으로써 집회를 할 수 있게 하는 제도, 즉 허가를 받지 아니한 집회를 금지하는 제도를 의미한다. 집시법 제10조 본문은 야간옥외집회를 일반적으로 금지하고, 그 단서는 행정권인 관할경찰서장이 집회의 성격 등을 포함하여 야간옥외집회의 허용 여부를 사전에 심사하여 결정한다는 것이므로, 결국 야간옥외집회에 관한 일반적 금지를 규정한 집시법 제10조 본문과 관할 경찰서장에 의한 예외적 허용을 규정한 단서는 그 전제로서 야간옥외집회에 대한 허가를 규정한 것이라고 보지 않을 수 없고, 이는 헌법 제21조 제2항에 정면으로 위반된다. 따라서 집시법 제10조 중 “옥외집회” 부분은 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 허가제를 규정한 것으로서 헌법에 위반되고, 이에 위반한 경우에 적용되는 처벌조항인 집시법 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분도 헌법에 위반된다.

재판관 조대현, 재판관 송두환의 위헌보충의견

이 사건 법률조항들이 헌법 제21조 제2항에 위반된다고만 선언할 경우에, 국가가 집시법 제10조 단서를 삭제하면 행정청이 집회의 허부를 결정하는 허가제에 해당되지 않게 되어 헌법 제21조 제2항에 위반되는 점은 해소되지만, 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점의 위헌성은 해소되지 않게 된다. 집시법 제10조 본문은 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하여 합리적 사유도 없이 집회의 자유를 상당 부분 박탈하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언할 필요가 있다.

재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치의견

1. ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’으로서 행정청에 의한 사전허가는 헌법상 금지되지만, 입법자가 법률로써 일반적으로 집회를 제한하는 것은 헌법상 ‘사전허가금지’에 해당하지 않는다. 집시법 제10조 본문은 “해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는” 옥외집회를 못하도록 시간적 제한을 규정한 것이고, 단서는 오히려 본문에 의한 제한을 완화시키려는 규정이다. 따라서 본문에 의한 시간적 제한이 집회의 자유를 과도하게 제한하는지 여부는 별론으로 하고, 단서의 “관할경찰관서장의 허용”이 ‘옥외집회에 대한 일반적인 사전허가’라고는 볼 수 없는 것이다. 집시법 제10조는 법률에 의하여 옥외집회의 시간적 제한을 규정한 것으로서 그 단서 조항의 존재에 관계없이 헌법 제21조 제2항의 ‘사전허가금지’에 위반되지 않는다.

2. 옥외집회는 그 속성상 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온과 마찰을 빚을 가능성이 크다. 야간이라는 특수한 시간적 상황은 시민들의 평온이 더욱더 요청되는 시간대이고, 집회참가자 입장에서도 주간보다 감성적으로 민감해져 자제력이 낮아질 가능성이 높다. 또한 행정관서 입장에서도 야간옥외집회는 질서를 유지시키기가 어렵다. 집시법 제10조는 야간옥외집회의 위와 같은 특징과 차별성을 고려하여, 원칙적으로 야간옥외집회를 제한하는 것이므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

한편 집시법 제10조에 의하면 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우에는 직장인이나 학생은 사실상 집회를 주최하거나 참가할 수 없게 되어, 집회의 자유를 실질적으로 박탈하거나 명목상의 것으로 만드는 결과를 초래하게 된다. 또한 도시화·산업화가 진행된 현대 사회에서, ‘야간’이라는 시간으로 인한 특징이나 차별성은 보다 구체적으로 표현하면 ‘심야’의 특수성으로 인한 위험성이라고도 할 수 있다. 집시법 제10조는 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한이다. 나아가 우리 집시법은 제8조, 제12조, 제14조 등에서 국민의 평온과 사회의 공공질서가 보호될 수 있는 보완장치를 마련하고 있으므로, 옥외집회가 금지되는 야간시간대를 집시법 제10조와 같이 광범위하게 정하지 않더라도 입법 목적을 달성하는데 큰 어려움이 없다. 집시법 제10조 단서는, 관할경찰관서장이 일정한 조건하에 집회를 허용할 수 있도록 규정하고 있으나, 그 허용 여부를 행정청의 판단에 맡기고 있는 이상, 과도

한 제한을 완화하는 적절한 방법이라고 할 수 없다. 따라서 집시법 제10조는 침해최소성의 원칙에 반하고, 법익균형성도 갖추지 못하였다.

따라서 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’에 관한 부분은 과잉금지 원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반되고, 이를 구성요건으로 하는 집시법 제23조 제1호의 해당 부분 역시 헌법에 위반된다.

재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대의견

1. 집회의 자유에 대한 내용중립적인 시간, 장소 및 방법에 관한 규제는 구체적이고 명확한 기준에 의하여 이루어지는 한, 헌법 제21조 제2항의 금지된 허가에 해당하지 않는다. 이러한 입장은, 언론·출판에 대한 허가 및 검열금지에 관한 우리 재판소의 기존 해석과도 상통하는 것이고, 입법자도 같은 전제에 서서 집회의 자유를 제한하는 각종 규제조항을 마련해 놓고 있다.

따라서 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 집회에 대한 허가에 해당하는지 여부는, 결국 그 사전적 제한의 기준이 내용중립적인 것으로서 구체적이고 명확한 것인지에 따라 결정되어질 문제라고 할 것인데, 집시법 제10조는 옥외집회의 자유를 제한함에 있어서 야간이라는 내용중립적이고 구체적이며 명확한 시간적 기준을 정하고 있으므로, 집시법 제10조가 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가에 해당한다고 볼 수는 없다.

2. 집시법 제10조는 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서 유지의 조화라는 정당한 입법목적하에 규정된 것으로서, 야간의 옥외집회는 ‘야간’이라는 특수성과 ‘옥외집회’라는 속성상 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 점에서, 야간옥외집회의 원칙적 금지를 규정한 집시법 제10조는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 적합한 수단이라고 할 것이다. 또한 야간옥외집회를 시간적으로 또는 공간적·장소적으로 더 세분화하여 규제하는 것이 사실상 어렵고, 특히 필요한 야간옥외집회의 경우에는 일정한 조건하에서 허용되며, 대안적 의사형성 및 소통수단도 마련되어 있는 점 등을 종합해보면, 집시법 제10조가 침해의 최소성 및 법익 균형성 원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

한편 입법목적 달성을 위하여 옥외집회에 대하여 어느 정도의 시간적 규

제가 필요한 것인가 하는 문제는 당시의 집회 및 시위 문화의 성숙도, 법과 질서에 대한 존중의 정도 등을 종합적으로 고려하여 궁극적으로 의회가 입법재량으로 결정할 문제라 할 것인데, 집시법 제10조가 입법재량의 범위를 현저히 벗어난 것으로 보기는 어려우며, 타인의 기본권 보호와 존중이라는 관점에서야 야간옥외집회를 규제할 정당한 국가적 이익이 인정된다.

나. 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 2인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 된다. 따라서 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하되, 이 사건 법률조항들에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으므로 입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 하고, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 이 사건 법률조항들은 2010. 7. 1. 부터 그 효력을 상실하도록 한다. 아울러 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해, 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부 개정된 것) 제10조는 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 1994. 4. 28. 91헌바14 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

재판관 조대현의 적용중지의견

이 사건 법률조항들은 형벌에 관한 법률조항이다. 위헌 부분이 포함된 이 사건 법률조항들을 헌법불합치결정 선고 후 개선입법 이전에 계속 적용하게 허용하는 것은 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나고 헌법재판소법 제47조 제2항에 위반된다. 이 사건 법률조항들은 개선입법이 이루어질 때까지 적용 중지되어야 하고 계속 적용하게 해서는 아니된다.

【해설】

1. 옥외집회에 관한 헌법 및 법률조항

표(1) 옥외집회에 관한 헌법 규정

제헌 헌법	제13조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다.
1960.6.15. 개정 헌법	제13조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다. 제28조 ② 국민의 자유와 권리는 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 단, 그 제한은 자유와 권리의 본질적인 내용을 훼손하여서는 아니되며, 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가를 규정할 수 없다.
1962.12.26. 개정 헌법	제18조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만 공중도덕과 사회윤리를 위하여 영화나 연예에 대한 검열을 할 수 있다. ③ (생략) ④ 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다.
1972.12.27. 개정 헌법	제18조 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다.
1980.10.27. 개정 헌법	제20조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
1987.10.29. 개정 헌법	제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
※ 헌법이 개정되었더라도 집회의 자유와 옥외집회, 집회허가제에 관하여 변동이 없는 경우에는 생략하였음	

표(2) 집시법 중 야간옥외집회에 관한 규정의 변천

	구 법(1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정되고, 1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부개정되기 전의 것)	구 법(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부개정되기 전의 것)	법(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부개정된 것)
야간 옥외 집회 규제	제6조(옥외 집회 또는 시위의 금지 시간) 누구든지 일출 전, 일몰 후에는 옥외 집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.	제10조(옥외 집회 및 시위의 금지 시간) 누구든지 일출 전, 일몰 후에는 옥외 집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출 시간 전, 일몰 시간 후에도 옥외 집회를 허용할 수 있다.	내용, 조문 위치 동일. 다만 '일출 전, 일몰 후'를 '해가 뜨기 전이나 해가 진 후'로 개정.
벌칙	제15조 (벌칙) 제6조 또는 제7조의 규정에 위반한 자와 제8조의 규정에 의한 금지의 통고에 위반한 자는 다음 구분에 의하여 처벌한다. 1. 주최자는 3년 이하의 징역 또는 6만원 이하의 벌금	제20조 (벌칙) 제10조 본문 또는 제11조의 규정에 위반한 자, 제12조 제1항의 규정에 의한 금지를 위반한 자는 다음 구분에 의하여 처벌한다. 1. 주최자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금	내용 동일, 조문 위치 제23조로 변경.

2. 집회의 금지 또는 제한에 관한 집시법 규정

가. 집시법 제5조 제1항 : 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위, 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위의 절대적 금지

나. 집시법 제10조 : 일출시간 전 및 일몰시간 후의 옥외집회의 원칙적 금지, 시위의 절대적 금지

다. 집시법 제11조 : 국회의사당이나 각급 법원, 헌법재판소, 대통령 관저, 국회의장 공관, 대법원장 공관, 헌법재판소장 공관 인근에서의 집회나 시위의 절대적 금지, 국무총리공관 인근에서의 집회나 시위의 절대적 금지(다만 행진 예외), 외교기관이나 외교사절 숙소 인근에서의 집회나 시위의 원칙적 금지

라. 집시법 제12조 : 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 및 시위에 대해 교통 소통 위하여 필요한 경우 금지 또는 제한 가능, 다만 질서유지인 두고 도로를 행진하는 경우 금지 불가

3. 폭력집회의 현황 및 집시법 제10조 단서에 따른 집회의 허용 현황

가. 이 사건 이해관계인 법무부장관이 제출한 의견서에 인용된 통계에 의하면, 1993년부터 2004년까지 발생한 폭력집회를 시간대에 따라 분류했을 때, 주간 폭력집회의 비율이 68.9퍼센트, 야간 폭력집회의 비율이 31.1퍼센트로 주간 폭력집회의 비율이 더 높았다. 한편 주간폭력집회의 경우 폭력유형이 69퍼센트(질서파괴형 31퍼센트), 야간폭력집회의 경우 폭력유형이 74.4퍼센트(질서파괴형이 25.6퍼센트)로 야간의 경우 폭력의 강도가 조금 더 높은 것으로 보인다.

나. 이 사건 변론과정에서 경찰청장과 법무부장관이 제출한 참고자료에 의하면, 집시법 제10조 단서의 '집회의 성격상 부득이한 경우'에 관한 내규는 존재하지 아니하고, 집회시위심사위원회(위원장:정보과장, 위원:수사과장, 경비과장, 교통과장)는 집회참가자의 직업, 구성비율, 인원, 장소, 시간 및 집회

로 인한 주변생활권 침해 정도, 교통소통 장애 정도, 불법시위변질가능성(불법시위전력 등) 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 한다.

구체적으로 보면, 2002. 1. 1.부터 2008. 10. 31. 까지 신고된 총 52건 가운데 40건은 허용되었고, 12건은 금지통고되었는데, 허용된 경우를 살펴보면, 2002년경 미선·효순양 사건을 계기로 전국화된 여중생추모촛불집회, 대구지하철참사 시민대책위 주최의 집회, 이라크파병반대와 관련된 집회는 추모촛불시위의 특성상 야간개최가 불가피하다는 이유로 허용되었고, 그 외에도 청소년 계몽 및 청소년선도 캠페인, 안동불교사암 연합회 연합 봉축법회 등이 허용되었으며, 5. 18. 관련 기념대회 등은 질서유지 등을 조건으로 허용되었다.

금지통고된 경우를 살펴보면, 민주노총 주최의 ‘경제특구폐지 촉구집회’, 개악법대응연석회의 주최의 ‘집회와 시위의 자유는 낮이고 밤이고 계속되어야 한다’, 전노련 중구지역 협의회 주최의 ‘노점탄압분쇄 및 생존권 사수를 위한 투쟁 결의대회’, 대한항공해고자 동지회 주최의 ‘부당해고 철회 원직복직 촉구집회’, ‘탄핵무효범국민대진행동’ 등은 아무런 사유 없이 야간집회임을 이유로 금지통고되었고, ‘교통문화정착을 위한 촛불행사’는 집회시간이 새벽 2시까지인 관계로 금지되었다.

일응 전국민적 공감대를 형성한 추모집회 등은 허용되고, 특정 집단의 이익과 관련되거나 특정 집단의 의사표명인 경우 등은 (집회명 자체에 ‘촉구’ 또는 ‘투쟁’) 금지통고된 것으로 보인다.

4. 외국의 입법례

가. 미국의 경우

연방 차원에서 집회나 시위에 대한 규제를 하고 있지 않으며, 각 주의 주법이나 시의 조례 등에 의하여 집회나 시위에 관한 규제가 이루어지고 있다.

미국의 주요 도시의 경우를 살펴보면, 우선 뉴욕의 경우 시위(processions and parades)는 경찰국장(police commissioner)의 허가를 받아야 하나(New York City Administrative Code Section 10-110), 야간의 옥외집회라는 이유가 허가금지 사유가 되지 않는다¹⁾. 로스앤젤레스의 경우도 집회(assembly)

1) 일요일의 경우 오후 2시 이전의 시위는 원칙적으로 허가되지 않는다.

나 시위(parade)에 대하여 경찰국장위원회(Board of Police Commissioners for the city of Los Angeles)의 허가를 받도록 하나(LA municipal code section 103.111), 야간옥외집회를 원칙적인 금지사유로 보지 않는다. 시카고, 필라델피아, 시애틀, 워싱턴 D.C.의 경우도 마찬가지로, 집회나 시위에 대하여 허가를 요구하지만, 야간옥외집회를 금지하고 있지 않다(Chicago municipal code §10-8-330²⁾, Philadelphia municipal code §12-1109, Seattle municipal code §11.14.410., §11.25.³⁾, District of Columbia municipal regulations §24.705.2). 대도시 가운데도 보스톤과 같이 집회에 대하여 허가를 요구하면서 밤 10시부터 아침 7시까지의 시위 등에 대하여는 허가를 금지하는 예가 있으나, 이는 모든 옥외집회에 대한 것은 아니고, 주거지역에 한정된 것이다(Traffic Rules and Regulations City of Boston, November 1, 2003 ARTICLE VIII).

나. 일본의 경우

일본은 집회와 시위를 제한하는 별도의 법률이 없고, ‘공안조례’에 의하여 각 지방자치단체의 조례로 일반적인 집회 및 시위를 규제하고 있는데, 야간의 집회 및 시위에 대한 제한규정은 없는 것으로 보인다.

다. 독일의 경우

집회 및 행진에 관한 법률(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge)은 옥외집회의 사전신고의무를 규정하고(제14조), 옥외집회나 행진이 인식할 수 있는 상황을 전제로 공공의 안전과 질서에 직접 위해를 끼칠 우려가 있는 때에는 관할 관청이 금지하거나 일정한 조건을 부과할 수 있도록 하고 있으나(제15조 제1항), 일반적으로 야간옥외집회에 대한 금지 또는 제한 규정을 두고 있지 않다.

2) 도로교통을 막는 시위의 경우 원칙적으로 2시간 15분의 시위시간제한이 있다.

3) 시애틀의 조례 중 허가권자(Chief of Police)가 시위대로 하여금 일반도로(Street) 대신 보도(sidewalk)를 이용하도록 요구할 수 있게 광범위한 제약을 부과한 부분에 대하여 2008. 12. 12. 제9항소법원은 위헌(facially unconstitutional) 선언하였다 (Seattle Affiliate v. City of Seattle).

라. 영국의 경우

영국의 공공질서법(Public Order Act)은 집회(assembly)와 행진(procession)을 별도로 규율하면서, 집회의 경우 경찰책임자(senior police officer)가 질서유지를 위한 조건을 부과할 수 있도록 하고, 공공의 접근의 제한된 장소에서의 20인 이상의 집회로서 공동체 생활에 심각한 장애를 초래하거나 역사적 유적 등을 파괴할 우려가 있는 불법침입집회(trespassory assembly)를 관할 지방자치의회(council of the district)가 금지할 수 있도록 한 외에, 야간옥외집회에 대한 금지 또는 제한 규정을 두고 있지 않다.

마. 프랑스, 러시아, 중국의 경우

프랑스는 밤 11시 이후의 공적 집회(Réunion, 옥내 등 공공도로 이외의 장소에서 주최되는 일시적인 모임으로서 주최자가 기명된 개인적 초청이 없는 경우)를 금지하고 있다.

러시아는 밤 11시 이후의 집회를 금지하면서 예외적 허용 규정을 두고 있지 않고, 중국은 밤 10시 이후의 집회를 금지하나 예외적으로 지방인민정부의 결정이나 비준 거쳐 허용하고 있다.

5. 관련 선례

헌법재판소는 1994년 4월 28일 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 법률조항에 대하여 합헌판단을 한 바 있다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14 판례집 6-1, 281).

당시의 법정의견과 반대의견은 아래와 같으며, 법정의견과 반대의견 모두 구체적 판단은 생략하였으나 이 사건 법률조항이 헌법상 금지되는 ‘사전허가제’에 해당하는 것은 아니라는 전제에서 판단한 것으로 보인다.

가. 법정의견(합헌)

일반적으로 야간의 옥외집회·시위는 주간 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고, 따라서 그만큼 공공의 안녕 질서에 해를 끼칠 개연성이 높으며, 심리학적으로도 야간에는 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집

회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 또 불순세력의 개입이 용이하며 이를 단속하기가 어려운 점 등 여러 가지의 특성이 있다.

이와 같이 야간의 옥외집회·시위라는 특수한 상황조건으로 인하여 기본권 제한입법의 목적원리가 강화될 수밖에 없는 논리적 측면에서, 현행 집시법 제10조가 과거처럼 어떠한 경우에도 야간의 옥외집회·시위를 일률적으로 금지하지 아니하고 집회의 성격상 부득이한 경우에는 일정한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후의 옥외집회를 허용할 수 있는 단서규정을 두고 있는 점, 이 단서규정에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는 헌법이념 및 조리상 관할 경찰관서장의 편의재량사항이 아니고 기속재량사항이라고 해석되는 점, 학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락 등에 관한 집회에는 이러한 금지규정이 적용되지 않을 뿐만 아니라 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용되는 점 등을 고려할 때, 야간의 옥외집회·시위의 금지에 관한 집시법 제10조의 규정이 집회의 자유의 본질적 내용을 침해한 것이라고는 볼 수 없다.

다만 이 사건 규정은 야간집회를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 조건을 붙여 허용하고 있으나, 그렇다고 하여 그 사실만으로 곧 기본권 제한입법의 한계로서 요구하는 과잉금지의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없고, 더구나 집시법 전체의 규정체제에서 보면 이 법은 일정한 신고절차만 밟으면 일반적, 원칙적으로 옥외집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하면서 그 집회 및 시위의 목적, 방법, 시간, 장소 등에 따라 그것이 공공의 안녕 질서에 미칠 영향의 강약 등을 고려하여 개별적으로 이에 상응한 여러 가지의 규제를 하고 있는바, 집시법 제10조는 바로 일몰상태하의 옥외집회 및 시위라는 특수한 상황조건하의 옥외집회·시위에 관한 특별한 예외적 규제규정이라고 볼 수도 있다. 따라서 집시법 제10조는 헌법 제21조 제2항이나 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 299-302).

나. 재판관 변정수의 반대(위헌)의견

이 규정은 야간 옥외집회, 시위의 경우 공공의 안녕 질서를 침해할 우려

가 주간의 집회·시위보다 더 크다는 데 그 근거를 두고 있는 듯하다. 그러나 야간의 옥외집회·시위라 하여 무조건 전면 금지시켜야 할 만큼 그것이 공공의 안녕 질서를 침해할 우려가 있다고 보는 것은 전혀 합리성을 결여한 것이다. 우리 헌법이 주간·야간을 구별하지 아니하고 집회에 대한 허가제를 금지하고 있는 이상, 야간의 옥외집회·시위라 하여 전면금지를 원칙으로 할 것이 아니라 신고제를 통해 전면 허용을 원칙으로 하고, 다만 제한요건을 객관적으로 엄격히 강화하여 예외적으로만 야간 옥외집회·시위를 금지하는 것이 집회·시위 자유의 최대한 보장과 허가제를 금지한 헌법정신에 부합할 것이다.

더욱이 최근에 들어 국민일반의 생활양식의 변화가 급속하게 이루어지면서 특히 국민의 대다수를 차지하는 일반 직장인들의 만남은 퇴근 후의 일몰 시간 후이거나 출근 전의 일출시간 전일 수밖에 없는 현실에 비추어 볼 때 야간의 옥외집회를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 것은 국민의 편의를 도외시한 지나친 제약이라고 아니할 수 없다.

한편, 집시법 제10조 단서에서 규정하고 있는 야간옥외집회 허용요건인 "집회의 성격상 부득이한 야간집회"인지 여부의 판정은 관할 경찰관서장의 재량에 맡겨질 수밖에 없고, 그 재량이 법리상으로는 비록 순수한 자유재량이 아니고 기속재량이라 할지라도 재량권 남용을 효과 있게 막을 법률상의 장치가 마련되어 있지 아니할 뿐더러 경찰의 정치적 중립이 확립되어 있지 아니한 우리의 경찰제도 아래에서 정치성이 있는 집회, 특히 정부의 정책을 비판하는 성격의 야간집회에 대하여 경찰관서장이 집시법 제10조 단서의 조항을 적용하여 야간집회를 허용하리라고는 도저히 기대할 수 없는 것이 현실이다. 그리고 집회·시위자유 보장의 필요성은 집시법 제13조가 나열하고 있는 집회가 아닌 그 이외의 집회 특히 정치성을 띠고 있는 집회에서 요청되고, 학술·예술에 관한 집회 등에서는 집회의 자유가 거론될 필요조차 없는 것임에도 불구하고 학술, 예술, 종교 등 집시법 제13조 소정의 야간집회만 자유롭게 허용하면, 그 밖의 집회·시위는 제한해도 무방하다는 식의 이론은 정치적 기본권으로서의 집회·시위의 자유의 유래와 본질 및 기능을 무시한 부당한 이론이다. 그러므로 이 사건 규정은 헌법에 위반된다(현재

1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 313-316).

6. 헌법상 금지되는 ‘집회의 허가제’

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정함으로써 헌법 자체에서 언론·출판에 대한 허가나 검열의 금지와 더불어 집회에 대한 허가금지를 명시하고 있다.

가. 학계의 견해

헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 허가제의 의미와 관한 학설은 정립되어 있다고 보기 어려우며, 구체적인 사안에 따라 개별적으로 허가제 해당 여부가 논의되어 왔는데, 이 결정 이전의 논의를 크게 구분 짓는다면 다음과 같은 두 가지 견해로 압축해 볼 수 있다.

첫째는, 헌법 제21조 제2항은 타인과의 의견교환을 위한 기본권인 표현의 자유, 집회·결사의 자유에 대하여 공통적으로 허가제를 금지하고 있는데, 이와 같은 허가제의 금지는 기본권 행사의 목적과 내용에 따른 자의적인 금지 가능성을 배제하려는 것을 목적으로 한다고 이해하는 견해이다. 그러므로 집회의 자유에 있어 허가제의 금지는 국가가 그 내용과 목적에 따라 자의적으로 집회를 금지하거나 허용하는 것을 방지하고자 하는 것으로 본다. 허가관청의 자의적인 재량행사를 배제할 정도로 허가 여부의 판단에 관한 명백한 기준을 법률로써 정하는 허가제는 허용된다고 보는 것이다.

둘째는, 위 견해에서 더 나아가 집회의 자유의 행사방법을 사전에 효과적으로 규율하는 수단으로서 허가제와 신고제가 고려된다면 국가는 공익을 실현하기 위하여 고려되는 여러 가지 수단 중에서 가장 국민의 기본권을 존중하는 수단을 선택해야 한다는 의미에서 헌법이 허가제를 금지한 것으로 본다. 이에 의하면 허가제는 개인의 허가신청과 행정청의 허가결정이 필요하다는 점에서 아무리 신고제에 접근하도록 허가 요건을 법률로써 명확히 규정하여 행정청의 재량을 제한한다 하더라도 국민에게는 여전히 절차적으로도 집회의 자유를 보다 제한하는 불리한 제도로서, 집회 자유의 행사에 대한 금지가 원칙이고, 그에 대한 허가가 예외가 될 것이므로 헌법상 용인될 수

없다고 보게 된다. 집회는 일반적으로 허용되는 것으로서 일반적으로 허용되지 않는다는 것을 전제해서는 안된다는 것이고, 다음으로 집회의 허용 여부 또는 금지통고의 결정에 있어 행정청이 실질적인 심사가 아닌 형식적인 심사에 그쳐야 한다는 것이다.

나. 언론·출판에 대한 허가나 검열에 대한 헌법재판소의 결정례

헌법재판소는 언론·출판의 ‘검열’의 주체를 행정기관으로 보고, 다만 『행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 할 것이다. … 왜냐하면 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 149)』이라고 실시한 바 있다.

한편 헌법재판소는 『헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 규정하고 있다. 이 재판소는 위 제21조 제2항의 검열금지원칙이 적용되는 ‘검열’에 관하여 ‘행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가 받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도’라고 의미 규명한 바 있는데, 언론의 내용에 대한 허용될 수 없는 사전적 제한이라는 점에서 위 조항 전단의 “허가”와 “검열”은 본질적으로 같은 것이라고 할 것이며 위와 같은 요건에 해당되는 허가·검열은 헌법적으로 허용될 수 없다. 언론·출판에 대한 허가·검열금지의 취지는 정부가 표현의 내용에 관한 가치판단에 입각해서 특정 표현의 자유로운 공개와 유통을 사전 봉쇄하는 것을 금지하는 데 있으므로, 내용규제 그 자체가 아니거나 내용규제의 효과를 초래하는 것이 아니라면 위의 금지된 “허가”에는 해당되지 않는다고 할 것』(헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43, 판례집 13-1, 1167, 1179)이라고 하여, 언론·출판의 사전허가와 검열은 본질적으로 같고, ‘내용규제’ 또는 ‘내용규제적 효과’를 초래하는 것이 아니라면 사전허가에 해당하지 않는다고 본 바 있다.

다. 집회의 사전허가제

이 결정에서 위헌의견을 밝힌 재판관 5인과 헌법불합치 의견을 밝힌 재판관 2인은 헌법상 금지되는 ‘집회의 허가제’가 ‘행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것’이라는 점에는 견해를 같이 하였으나, 이 사건 법률조항이 그에 해당하는지 여부에 관하여는 견해가 나뉘었고, 합헌의견을 밝힌 재판관 2인은 헌법상 금지되는 ‘허가제’에 관하여 다른 견해를 제시하였다. 그 구체적인 내용들은 아래와 같다.

(1) 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 의견

헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 ‘허가’는 행정권이 주체가 되어 집회 이전에 예방적 조치로서 집회의 내용·시간·장소 등을 사전심사하여 일반적인 집회금지를 특정한 경우에 해제함으로써 집회를 할 수 있게 하는 제도, 즉 허가를 받지 아니한 집회를 금지하는 제도를 의미한다고 보았다. ‘허가’제는 집회의 자유에 대한 일반적 금지가 원칙이고 예외적으로 행정권의 허가가 있을 때에만 이를 허용한다는 점에서, 집회의 자유가 원칙이고 금지가 예외인 집회에 대한 신고제와는 집회의 자유에 대한 이해와 접근방법의 출발점을 달리 한다는 것이다. 나아가 집회의 자유가 행정권의 사전판단에 따라 그 허용여부가 결정되는 이상, 그것은 언론출판의 자유에 있어서 허가나 검열과 같은 것이므로 비록 그 허용여부가 행정권의 기속재량이라고 하더라도 이는 헌법에 의하여 금지된다고 보았다.

위와 같은 해석에 기초하여, 본문에서 야간옥외집회를 일반적으로 금지하되, 그 단서에서 행정권인 관할경찰서장이 집회의 성격 등을 포함하여 야간 옥외집회의 허용 여부를 사전에 심사하여 결정하도록 한 집시법 제10조는 그 전체로서 야간옥외집회에 대한 ‘허가’를 규정한 것이라고 보지 않을 수 없다는 것이다.

위와 같은 견해는 현행 헌법이 옥외집회의 시간과 장소에 관하여 개별적 법률유보조항을 두지 아니한 점, 집회의 자유는 집회의 시간·장소·방법과 목적을 스스로 결정할 권리를 보장하는 것이며, 구체적으로 보호되는 주요행

위는 집회의 준비 및 조직, 지휘, 참가, 집회장소·시간의 선택을 포함하는 것이라는 점에서 언론·출판에 대한 사전허가제와 구별한 것으로 생각된다.

(2) 재판관 민형기, 재판관 목영준의 의견

헌법상 금지되는 ‘집회의 허가제’의 의미에 대하여 다수의견과 기본적인 이해를 같이 하고 있다. 그러나 이 사건 법률조항의 경우, 본문 부분은 입법자 스스로에 의한 시간적 제한이고, 단서의 경우 본문에 의한 제한을 완화하기 위하여 규정된 것이라는 점에서 헌법상 금지되는 ‘집회의 허가제’에 해당하지 않는다고 보았다.

(3) 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 의견

집회에 대한 사전적 제한은 내용중립적인 집회의 시간, 장소 또는 방법에 관하여 구체적이고 명확한 기준 하에서만 가능하다고 보면서, 그러한 사전적 제한은 헌법 제21조 제2항의 집회에 대한 금지된 허가에는 해당하지 않는다고 보았다.

위와 같은 전제에서, 이 사건 법률조항은 옥외집회의 자유를 제한함에 있어서 야간, 즉 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 내용중립적이고 구체적이며 명확한 시간적 기준을 정하고 있고, 이는 그 단서조항에서 그 기본권제한을 완화시키려는 목적에서 관할경찰관서장의 기속재량권의 행사에 의한 예외적 허용을 가능하도록 규정하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 하여 헌법상 금지되는 허가제를 규정한 것은 아니라고 판단하였다.

7. 집회의 자유 침해 여부

이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지 여부에 관하여, 이 사건 법률조항이 헌법상의 허가제 금지원칙에 반하여 위헌이라는 견해를 표시한 재판관 5인 가운데 3인은 나아가 판단하지 아니하였다. 결국 재판관 9인 가운데 6인만이 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부에 관하여 판단하였고, 그 중 2인은 단순위헌의견을, 다른 2인은 헌법불합치의견을, 또 다른 2인은 합헌의견을 각각 개진하였다. 그 내용

은 다음과 같다.

가. 재판관 조대현, 재판관 송두환의 위헌의견

(1) 이 사건 법률조항들이 헌법 제21조 제2항에 위반된다고만 선언할 경우에, 국회가 집시법 제10조 단서를 삭제하면 행정청이 집회의 허부를 결정하는 허가제에 해당되지 않게 되어 헌법 제21조 제2항에 위반되는 점은 해소되지만, 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점의 위헌성은 해소되지 않게 된다. 그러므로 나아가 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하고 있는 점도 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언할 필요가 있다.

(2) 집회의 자유는 개인의 사회생활과 여론형성 및 민주정치에 토대를 이루고 소수자의 집단적 의사표현을 가능하게 하는 중요한 기본권이기에 때문에 단순히 위법행위의 개연성이 있다는 예상만으로 집회의 자유를 제한할 수는 없는 것이다. 집회 과정에서 구체적인 위법행위가 현실적으로 발생하면 그 때에 현존하는 위법행위를 제재하면 되는 것이지, 그러한 위법행위가 발생하기도 전에 미리 위법상황을 예상하여 집회의 자유를 제한할 수는 없는 것이다.

야간옥외집회의 폭력행위 빈도가 주간옥외집회에 비하여 높다는 증거도 없고, 야간옥외집회를 합법적으로 허용하고 보호할 경우에도 야간옥외집회의 속성으로 인하여 저절로 폭력사태가 발생할 것이라고 보기 어렵다. 야간옥외라는 이유만으로 집회를 원천적으로 금지할 사유로 삼을 수는 없는 것이다.

야간은 어두움 속에 감추어지는 은닉성을 가지지만, 현대의 도시생활에서는 야간조명이 충분하고 야간생활이 보편화·일상화되었기 때문에, 야간의 은닉성을 이유로 야간옥외집회를 전면적으로 금지하는 것은 집회의 자유를 제한하는 정도가 매우 중대함에도 불구하고 그 합리성은 아주 미약하다. 그리고 해가 진 후부터 해가 뜨기 전까지 옥외집회를 전면적으로 금지하면 주간에 직장에서 일하거나 학교에서 공부하는 사람들에게는 집회의 자유를 명목상의 자유에 그치게 할 것이다.

결국 집시법 제10조 본문이 야간옥외집회를 일반적·전면적으로 금지하는 것은 합리적인 사유도 없이 집회의 자유를 상당 부분 박탈하는 것이므로 헌

법 제37조 제2항에 위반된다.

(3) 위와 같은 견해는, 현재 집회에 수반하는 폭력행위 등이 억제되지 않고 있다면, 이는 이미 존재하는 규범의 '집행'이 엄정하게 이루어지지 않고 있기 때문이지 규범이 미비(제한이 불충분)하기 때문이 아니며, 법집행의 책임은 전적으로 국가에게 속하는 것이므로 그 이행이 어렵다는 이유로 '기본권 제한'이라는 형태로 국민에게 전가되어서는 안 된다는 인식에 기반한 것이라고 볼 수 있다. 집회의 주최 여부에 관한 허용권한을 경찰에게 부여하지 않더라도, 사회질서의 유지를 위하여 이미 마련되어 있는 개별법령의 엄격한 집행을 통하여 사회의 안정과 공공질서, 제3자의 권리보호는 충분히 확보될 수 있다는 것이다.

나. 재판관 민형기, 재판관 목영준의 헌법불합치견

(1) 옥외집회는 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에서 여는 집회로서(집시법 제2조 제1호) 이는 다수인의 집단적인 행동을 수반하기 때문에 그 속성상 개인적인 의사표현의 경우보다 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온과 마찰을 빚을 가능성이 크다. 특히 야간이라는 특수한 시간적 상황은 집회장소 인근에서 거주하거나 통행하는 시민들의 평온이 더욱더 요청되는 시간대일 뿐 아니라, 집회참가자 입장에서도 주간보다 감성적으로 민감해져 자제력이 낮아질 가능성이 높다. 또한, 옥외집회를 관리하는 행정관서 입장에서도 야간옥외집회는 주간옥외집회보다 질서를 유지시키기가 어렵고, 예기치 못한 폭력적 돌발상황이 발생하여도 어둠 때문에 행위자 및 행위의 식별이 어려워 이를 진압하거나 채증하기가 쉽지 않다. 집시법 제10조는 야간옥외집회의 위와 같은 특징과 차별성을 고려하여, 원칙적으로 야간옥외집회를 제한하는 것이므로 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당한다.

(2) 집시법 제10조에 의하면 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우에는 직장인이나 학생은 사실상 집회를 주최하거나 참가할 수 없게 되어, 집회의 자유를 실질적으로 박탈하거나 명목상의 것으로 만드는 결과를 초래하게 된다. 또한 도시화·산업화가 진행된 현대 사회에서, '야간'이라는 시간으로 인한 특징이나 차별성은 보다 구체적으로 표현하면 '심야'의 특수성으로 인한

위험성이라고도 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회를 금지하는 집시법 제10조 본문은 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 가하고 있으며, 집시법 제10조 단서는, 위와 같은 과도한 제한을 완화하기 위하여 관할경찰관서장이 일정한 조건하에 이를 허용할 수 있도록 규정하고 있으나, 그 허용 여부를 행정청의 판단에 맡기고 있는 이상, 과도한 제한을 완화하는 적절한 방법이라고 할 수 없다.

한편 우리 집시법은 여러 규정들을 통하여 국민의 주거 및 사생활의 평온과 사회의 공공질서가 보호될 수 있는 보완장치를 마련하고 있으므로, 옥외집회가 금지되는 야간시간대를 집시법 제10조와 같이 광범위하게 정하지 않더라도 위와 같은 입법목적은 달성하는데 큰 어려움이 없다.

따라서 집시법 제10조는 침해최소성의 원칙에 위반되며, 이와 같은 광범위한 시간대의 제한으로 인하여 집회예정자가 받을 침해가 이로 인하여 달성할 공익보다 결코 작다고 할 수 없으므로 법익균형성도 갖추지 못하였다.

(3) 다만 이 사건 법률조항들이 가지는 위헌성은 야간옥외집회를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 사회의 안녕질서와 국민의 주거 및 사생활의 평온 등을 보호하는데 필요한 범위를 넘어 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 옥외집회를 금지하는데 있다. 즉, 위와 같은 시간대 동안 옥외집회를 금지하는 것에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 달성하면서도 집회예정자의 집회의 자유를 필요최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하므로 헌법불합치결정의 필요성이 있다.

헌법재판소는 종래 헌법불합치결정이 정당화되는 예외적 사유로, ① 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌 결정을 하는 때에는 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있다거나, ② 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려운 경우를 들어왔는데, 이 결정은 위 ③과 같은 이유를

헌법불합치 결정의 필요성으로 든 것이다.

다. 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 합헌의견

(1) 야간옥외집회의 원칙적 금지와 예외적 허용을 내용으로 하는 집시법 제10조는 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕질서 유지의 조화라는 입법목적 하에 규정된 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 특히 야간의 옥외집회는 ‘야간’이라는 상황적 특수성과 ‘옥외집회’의 속성상 주간의 옥외집회의 경우보다 공공의 안녕질서를 침해할 수 있는 높은 개연성을 지니고 있다는 점에서 야간의 옥외집회의 원칙적 금지에 대한 현실적 타당성을 수긍할 수 있으므로(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 300-301), 집시법 제10조는 입법목적 달성에 기여할 수 있는 적합한 수단이라고 할 것이다.

(2) 야간이라는 옥외집회의 시간적 규제범위를 좀 더 세분화하거나 구분하는 것은 현실적으로 불가능하고, 또한 야간옥외집회의 금지의 규제범위를 공간적·장소적으로 더 세분화하는 것도 어렵다.

한편 부득이 야간옥외집회가 필요할 수밖에 없는 경우에는 그러한 야간옥외집회는 집시법 제10조 단서 조항에 의하여 허용된다. 이러한 단서조항에 따른 야간옥외집회의 허용 여부는 헌법이념 및 조리상 관할경찰관서장의 편의재량사항이 아니라 기속재량사항이다.

그 밖에 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 집시법 제10조가 적용되지 않고, 야간이라도 옥내집회는 일반적으로 허용되며, 평일에 주간옥외집회에 참가하기 어려운 주간 근무자의 경우에도 주말 또는 공휴일을 이용하여 집회참석이 가능하고 특히 인터넷 등의 보급 확대에 따라 집회를 통하지 않고서도 효율적이고 신속하게 집단적 의사의 형성과 표시가 가능한 여건이 마련되어 있다.

결국 집시법 제10조에서 옥외집회의 시간적 규제범위를 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’로 정한 것은 ‘야간’ 옥외집회의 특성을 고려한 합리적인 기준이라 할 것이고, 입법목적 달성을 위한 덜 기본권 제약적인 대체수단을 찾기 어렵다 할 것이므로, 집시법 제10조는 침해의 최소성원칙에 어긋나지 않는다. 또한, 집시법 제10조가 달성하려는 집회 및 시위의 보장과 공공의 안녕

질서 유지의 조화라는 공익에 비하여 이로 인한 집회의 자유라는 기본권의 제한은 감수할 만한 정도로 평가된다고 할 것이어서, 집시법 제10조가 법익 균형성원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

8. 선례의 변경 및 주문의 결정

가. 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 2인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 된다. 따라서 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하였다.

이에 따라 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해, 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부 개정된 것) 제10조는 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 1994. 4. 28. 91헌바14 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경되었다.

나. 한편 이 결정은 이 사건 법률조항에 관한 헌법불합치 의견이 밝힌 바와 같이 이 사건 법률조항의 잠정적용을 명하였는데, 이에 대하여 재판관 조대현은 잠정적용의 문제에 관한 결정방식에 대한 반대 의견을 제시하였다. 이 사건 법률조항들은 형벌에 관한 법률조항이고, 위헌 부분이 포함된 이 사건 법률조항들을 헌법불합치결정 선고 후 개선입법 이전에 계속 적용하게 허용하는 것은 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나며, 헌법재판소법 제47조 제2항에 위반되므로 적용하게 해서는 아니 되고, 나아가 이 사건 법률조항에 대한 5인의 단순위헌의견은 계속적용에 관한 내용을 포함하고 있다고 볼 수 없으므로 재판관 2인의 의견만으로 계속 적용 여부를 결정하여서는 안된다는 것이다.

9. 결정의 의의

헌법재판소는 야간옥외집회를 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 허용할 수 있도록 한 집시법 제10조에 대한 94년의 합헌결정을 15년 만에 변경하고, 헌법불합치 결정을 하였다.

구체적 포섭에 있어 결론을 달리하기는 하였으나, 헌법상 금지되는 ‘집회의 허가제’의 개념을 구체적으로 밝힌 최초의 결정이며, 형벌조항에 대하여 계속적용을 명하는 헌법불합치 결정의 효력을 둘러싸고 여러 문제 제기를 불러온 결정이다.

헌법재판소는 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 이 사건 법률조항들을 계속 적용하도록 하였으나, 입법자가 위 시한까지 개선입법을 하지 않음에 따라 2010. 9. 현재 이 사건 법률조항들은 효력을 상실하였고, 이 결정에서 판단하지 아니한 집시법 제10조의 ‘야간시위의 금지’에 관하여 위헌법률심판이 계속 중이다.

지방세법 제31조 제2항 제3호 위헌소원

- 신고납세방식의 지방세의 신고일과 담보권의

설정일이 같은 경우 양자의 우선순위 -

(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바61·62(병합), 판례집 21-2상, 480)

김 지 현*

【판시사항】

신고납세방식의 지방세의 신고일 전에 설정된 담보권만 지방세에 우선하는 것으로 규정한 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것, 이하 ‘지방세법’이라 한다) 제31조 제2항 제3호 중 가목과 관련한 “전에” 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 입법재량을 일탈하여 담보권자인 청구인의 재산권을 침해하고 조세법률주의 및 평등원칙에 반하는지 여부(소극)

【심판대상】

지방세법 제31조(지방세의 우선) ② 다음 각 호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 다음 각 목의 1에 해당하는 기일(이하 “법정기일”이라 한다) 전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금(그 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

가. 과세표준과 세액의 신고에 의하여 납세의무가 확정되는 지방세에 있어서 신고한 당해 세액에 하여는 그 신고일

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2001. 8. 21. 청구의 박○○에게 8억원을 대여하면서 같은 날 그 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정받았다.

그 후 위 부동산 중 일부가 부천시의 도시계획시설사업의 시행으로 수용되면서 그에 대한 보상금이 인천지방법원 부천지원에 공탁되어 배당절차가 진행되었는바, 위 법원은 위 부동산에 관한 법정기일 2001. 8. 21.자 취득세가 포함된 합계 321,921,980원을 교부청구한 부천시에게 공탁금 전액을 배당하고, 청구인에게는 전혀 배당하지 아니하는 내용의 배당표를 작성하였다. 또한 청구인의 신청으로 위 부동산에 관한 경매절차가 진행되었는바, 위 법원은 위 부동산에 관한 당해세 및 가산금과 법정기일 2001. 8. 21.자 취득세를 교부청구한 부천시 오정구청장에게 1순위로 179,355,190원, 청구인에게 2순위로 134,843,350원을 각 배당하는 내용의 배당표를 작성하였다.

이에 청구인은 2005. 3. 30. 배당이의의 소를 제기하였다가 기각판결이 선고되자, 항소를 제기한 후 위 소송 계속중 취득세의 법정기일 전에 설정된 담보권만 지방세에 우선하는 것으로 규정한 지방세법 제31조 제2항 제3호 중 “전에” 부분이 청구인의 재산권을 침해한다고 주장하면서 위헌법률심판 제청신청(2007카기358, 2007카기359)을 하였고, 2007. 6. 5. 위 신청이 기각되자 2007. 7. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지와 법원의 제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

지방세의 법정기일과 담보권의 취득일자가 동일한 경우 서로 대등한 순위로 보아 채권액에 안분비례하여 권리를 행사할 수 있어야 함에도, 지방세의 법정기일 ‘전에’ 담보권을 설정한 경우에만 지방세 우선원칙의 예외로 인정된 것은 헌법 전문, 헌법 제1조, 제10조, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항 단서, 제38조, 제59조에 반한다.

나. 법원의 제청신청기각이유

지방세의 법정기일과 담보물권의 취득일자가 동일한 경우 그 우선 여부를 결정하는 방법으로는 ① 시간적 순서를 따져서 결정하는 방법, ② 어느 하나를 우선시키는 방법, ③ 동순위로 하여 채권액 비율로 안분하도록 하는 방법 등 다양한 방법이 있을 수 있고, 이러한 방법은 모두 장·단점을 내포하고 있어 그 중 어느 방법을 선택할 것인지 여부는 입법자의 재량에 속한다. 따라서 입법자가 이 경우 지방세를 우선하도록 하였다 하더라도 이는 입법정책의 결과, 담보권자가 부득이 수인하여야 할 불이익으로서 담보기능의 일부 제한에 불과할 뿐 담보기능을 전적으로 배제하는 것이 아니므로 입법재량을 현저하게 일탈하거나 남용하여 담보물권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

다. 부천시장의 의견

취득세와 같은 신고납세방식의 지방세는 지방세법이 정하는 요건이 충족되는 때 납세의무가 성립되는바, 그 과세표준은 과세물건 취득 당시의 가액이고 세율도 법정되어 있어 납세의무 성립일에 세액의 산출이 가능하다. 따라서 담보물권을 취득하려는 자는 취득자 본인을 통하여 취득세의 존부 및 범위를 확인할 수 있으므로, 근저당권의 설정기일과 취득세의 법정기일이 같은 경우 지방세 채권을 우선하도록 하였다고 하여 담보물권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

【결정요지】

담보권을 취득하려는 자는 그의 우월적 지위를 이용하여 담보권설정자로부터 그가 지방세를 신고·납부한 다음 보유하고 있을 신고서(접수증), 납부영수증 또는 납부확인서를 제시받거나, 담보권설정자 본인을 통하거나 그로부터 위임을 받아 지방세 납세증명서, 지방세 세목별 과세(납세)증명서 등을 발급받음으로써 담보권 설정 당시까지 담보권설정자가 신고한 지방세의 존부 및 세액, 납부 여부 등을 알 수 있다. 또한 담보권 설정 후 같은 날 지방세 신고가 이루어짐으로써 지방세보다 후순위로 변제받게 될 경우를 대비하

여 담보권 설정 당일에는 조세 신고를 하지 않겠다는 취지의 확인서 등을 받아두는 방법으로도 담보가치의 하락을 예방할 수 있다. 특히 이 사건과 같이 담보권설정자의 ‘담보목적물 취득에 관하여 발생한 취득세’의 신고일과 근저당권의 설정일이 동일한 경우는 시간적으로 당연히 담보권의 설정이 취득세 신고보다 나중에 이루어질 수밖에 없으므로, 담보권을 취득하려는 자는 담보권설정자의 협력 없이도 법정되어 있는 취득세의 과세표준과 세율을 적용하여 취득세 세액의 대강을 산출한 다음 이를 고려하여 담보가치를 파악할 수 있을 것이다.

결국 담보권자는 조세채무의 존부 및 범위의 대강을 어느 정도 예측하는 것이 가능하고, 조세채권의 공시기능이 담보권의 공시기능에 비하여 불완전하다는 사정으로 인한 위험은 담보권 설정 약정의 당사자들 사이의 정보 교환과 자율적 판단으로 이를 회피하거나 감소시킬 가능성이 확보되어 있으므로, 이 사건 조항이 담보권자의 담보가치 평가에 대한 예측가능성을 현저히 해한다거나 또는 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것은 아니라고 봄이 상당하다.

재판관 조대현의 별개의견

조세와 담보권의 우선권은 각 성립시기의 선후에 따라 결정함이 합리적이다.

그런데 이 사건 조항은 조세채권의 우선권을 인정하는 시기를 조세채권이 성립한 후 신고에 의하여 조세채권이 확정될 때로 규정하면서 조세채권이 확정되기 ‘전에’ 설정된 담보물권에 대해서는 조세채권이 우선하지 못하도록 규정하고 있다. 이는 조세채권의 우선권이 인정되는 시기를 이론상 허용되는 시기보다 늦추어 담보물권을 더욱 더 보호하는 것이다.

따라서 이 사건 조항이 납세의무자의 재산에 설정된 담보권자의 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견

신고납세방식을 취하는 지방세 중 담보목적물과 직접적 관련이 없는 세목들은 담보권설정자의 자발적인 협력이 전제되지 않는 한 제3자인 담보권자

가 확인하기 어렵고, 특히 지방세의 신고일과 담보권의 설정일이 동일하다고 하여 지방세 신고가 시간적으로 반드시 우선한다고 볼 수 없으므로 담보권 설정당시까지의 신고서(접수증) 등을 제시받는 방법만으로는 담보권설정자가 부담하는 지방세의 존부 및 납부 여부를 확인할 길이 없다.

그렇다면 이 사건 조항의 신고일 ‘전에’ 부분에 신고일 ‘당일’이 포함되지 않는 것으로 해석하는 것은, 신고일 당일에 설정된 담보권을 지방세 우선원칙의 예외에서 배제시킴으로써 담보권 설정이 시간적으로 앞선 경우에 대하여까지 지방세를 전면적으로 우선시키는 것이므로, 담보권을 취득하려는 자로서는 조세의 존재를 예측할 수 없는 시기를 기준으로 조세채권과의 우열을 정하는 것이어서 담보권자인 청구인의 재산권을 침해하고 조세법률주의 및 평등원칙에 위반된다.

【해설】

1. 이 사건 조항의 입법연혁 및 입법취지, 외국 입법례 등

가. 입법연혁 및 각 조항에 대한 헌법재판소 결정

지방세 우선원칙의 예외에 관한 이 사건 조항의 변천과정 및 이에 대한 헌법재판소의 결정례는 다음과 같다.

(1) 구 지방세법(1978. 12. 6. 법률 제3154호로 개정된 것)

제31조(지방세의 우선) ② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 지방세와 가산금의 납기한으로부터 1년 전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방자치단체의 징수금을 징수하는 경우에 그 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권. 다만, 당해재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금에 대하여는 예외로 한다.

▶ 현재 1991. 11. 25. 91헌가6 결정¹⁾

1) “먼저 성립하고 공시를 갖춘 담보물권이, 후에 발생하고 공시를 전혀 갖추지 않은 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당하게 됨으로써 담보물권이 전혀 그 담보기능을 발휘하지 못하는 셈이 되어 결국 담보물권 본래의 존재의의가 상실되는 것이므로 이는 담보물권 내지 사유재산제도의 본질적인 내용의 침해가 있는 것이라고

지방세법 제31조 제2항 제3호 중 “으로부터 1년”이라는 부분은 헌법에 위반된다.

(2) 구 지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정된 것)

제31조(지방세의 우선) ② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 지방세의 과세기준일 또는 납세의무성립일(이에 관한 규정이 없는 세목에 있어서는 납기개시일)전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

▶ 현재 1995. 7. 21. 94헌바18등 결정²⁾

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 중 “납세의무성립일” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

아니할 수 없는 것이다. … 담보물권이 성립하고 그 공시를 갖춘 시점을 기준으로 할 때 담보물권 설정자에 대하여 장차 어떤 명목의 조세채무가 얼마나 발생할지, 그리고 그 과세처분에 대하여 과연 납세를 할 것인지의 여부가 담보물권 취득자로서는 그 예측이 불가능하거나 현저히 곤란한데도 담보물권 취득자에게 희생을 강요한다면 법치주의의 기본이념에 반하게 되는 것이다. 조세의 합법률성의 원칙이 일정과세요건이 있으면 일정과세(부과)가 있다는 것을 사전에 예고함으로써 국민의 재산권을 보장하는데 그 본래의 의의가 있다고 할 때 담보물권 취득자가 최선의 노력을 다한다고 할지라도 불측의 재산적 피해를 감수할 수밖에 없다면 담보물권제도의 존재이유 및 법적 신뢰성은 근저에서부터 붕괴되는 것이다.”

2) “취득세의 납세의무는 부동산 등을 사실상 취득함으로써 성립하고 등록세는 재산권 기타 권리의 취득·이전·변경 또는 소멸에 관한 사항을 공부에 등기 또는 등록하는 경우에 납세의무가 성립한다. 그리고 위 각 세의 과세표준은 과세물건의 취득 당시의 가액이고 세율도 법정되어 있어 납세의무성립일에는 그 세액의 산출이 가능하다. 한편 소득할 주민세도 소득세, 법인세 또는 농지세의 세액이 결정되면 법정된 세율을 적용하여 세액을 산출할 수 있다. 따라서 취득세, 등록세, 소득할 주민세 등의 경우 납세의무성립일에는 담보권을 취득할 자 등 제3자에 있어서 그 지방세의 준부 및 그 범위를 확인할 수 있는 것이다.

그러므로 각 성립일을 기준으로 하도록 정한 이 사건 규정은, 지방세 우선의 원칙이 적용되는 조세채권의 준부 및 그 범위에 대한 담보권자의 예측가능성을 해한다거나 또는 그 시기를 과세관청이 임의로 변경하는 등 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것이 아니고 그러면서 다 같이 그 각 성립일을 기준으로 하는 점에서 형평에도 합치하여 그 기준시기의 설정이 불합리하다고 볼 수도 없으므로 입법제량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없고, 그러한 한 과잉금지 원칙에 반하여 담보권자의 재산권을 침해하는 등 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”

▶ 현재 1996. 12. 26. 96헌가21 결정³⁾

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 중 “과세기준일” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 구 지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정된 것)

제31조(지방세의 우선) ② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 다음 각목의 1에 해당하는 기일(이하 “법정기일”이라 한다) 전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

가. 과세표준과 세액의 신고에 의하여 납세의무가 확정되는 지방세(중간예납하는 농지세를 포함한다)에 있어서 신고한 당해 세액에 대하여는 그 신고일

(4) 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것)

제31조(지방세의 우선) ② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 다음 각목의 1에 해당하는 기일(이하 “법정기일”이라 한다) 전에 설정한

3) “재산세의 경우 과세기준일은 매년 5월 1일로 정하여져 있고 과세표준과 과세대상 및 세율도 법정되어 있으며(법 제181조, 제187조 내지 제189조 참조), 종합토지세의 경우 과세기준일은 매년 6월 1일로 정하여져 있고 과세표준과 과세대상 및 세율도 법정되어 있으므로(법 제234조의8, 제234조의15 내지 제234조의17 참조) 과세기준일에는 위 각 세액의 산출이 가능하다. 따라서 과세기준일이 지난 후 담보권을 취득하는 자 등 제3자는 과세기준일 현재의 재산세, 종합토지세의 준부 및 그 범위를 미리 확인할 수 있는 것이다.

그러므로 이와 같이 과세기준일이 법정되어 있는 지방세의 경우 그 조세와 저당권 등 담보권과의 우선순위를 담보권의 성립일과 과세기준일을 기준으로 하도록 정한 이 사건 심판대상 규정은 지방세 우선의 원칙이 적용되는 조세채권의 준부 및 그 범위에 대한 담보권자의 예측가능성을 해한다거나 그 시기를 과세관청이 임의로 변경하는 등 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것이 아니고, 그밖에 그 기준 시기의 설정이 특별히 불합리하다고 볼 수도 없으므로 입법제량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없으며, 따라서 과잉금지의 원칙에 반하여 담보권자의 재산권을 침해하는 등 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”

전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금(그 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

가. 과세표준과 세액의 신고에 의하여 납세의무가 확정되는 지방세에 있어서 신고한 당해 세액에 대하여는 그 신고일

나. 입법취지

조세는 국가나 지방자치단체의 활동을 위한 재정수입의 주된 원천으로서 고도의 공공성·공익성을 가지며, 법률에 정해진 과세요건을 충족하면 조세채권이 필연적으로 성립하나 구체적인 대가 없이 이를 징수하는 것이므로 그 징수의 확보를 보장할 필요가 있다. 그리하여 국세에 관하여는 국세기본법 제35조 제1항 본문에서, 그리고 지방세에 관하여는 지방세법 제31조 제1항이 각각 채권평등의 원칙에 대한 예외로서 국세 또는 지방세 우선의 원칙을 천명하고 있는 것이다.

그러나 사법상 거래에 있어서 저당권 등의 담보권은 그 피담보채권의 우선변제를 확보하기 위하여 등기나 등록 등 공시방법을 취하여 설정하는 것이므로, 이러한 저당권 등의 피담보채권에 대하여도 아무런 제한 없이 조세채권이 우선한다면 담보권자는 그가 예측할 수 없었던 조세채권의 체납 때문에 채권확보의 만족을 얻을 수 없는 손해를 입게 되며 나아가 사법상 거래질서에 커다란 혼란이 초래될 수도 있다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바18등, 판례집 7-2, 65, 72-73; 헌재 1996. 12. 26. 96헌가21, 판례집 8-2, 715, 720).

따라서 이 사건 조항은 담보권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액에서 신고에 의하여 납세의무가 확정되는 지방세를 징수하는 경우 ‘신고일 전’ 설정된 저당권 등에 의하여 담보된 채권에 대하여는 지방세를 우선징수할 수 없도록 함으로써 조세징수의 확보와 사법질서의 존중이라는 두 가지 공익 목적을 합리적으로 조정하고자 하는 데 그 취지가 있다.

다. 외국의 입법례⁴⁾

4) 이하 각국의 입법례는 변지영, 공진성, 손형섭 연구원의 조사보고서 및 국내문헌

(1) 미국

(가) 조세채권의 우선권 - 인정

미국의 조세우선권은 조세선취특권(tax lien)으로 구성되어 있다. 채납자가 그 재산을 제3자에게 양도한 경우에도 조세는 그 재산에 부착되어 양수인에게 이전되는 물적 추급력이 있다는 점에서 우리나라의 조세우선권과 차이가 있다.

(나) 인정요건

1) 연방세 lien

○ 일반 사채권에 대하여는 공적인 기록이나 공시 등 특별한 요건 없이도 항상 우선한다.

○ 납세자의 재산상에 사법상 담보물권 등이 설정되어 있는 경우 양도저당권자, 질권자 등에 대하여는 특정 요건을 갖추어야만 조세가 우선한다.

즉, ① 세무서장이 lien 설정의 통지서를 당해 재산이 소재하는 주의 일정한 사무소(주법이 정하는 사무소 또는 연방지방법원 서기관의 사무소) 등에 제출하고(통지) ② 이에 따라 조세 선취특권의 등록절차가 이행된 경우(부동산이 위치하는 주의 법률이 정하는 지역의 세무서에 등록)에 한하여 그 후에 성립한 양도저당권자 등에 대하여 우선한다(내국세법 제6323조).

다만 담보권이 조세 선취특권에 우선하기 위하여는 반드시 등록(recording)된 것이어야 한다[미국에서는 소유자, 저당권자 등이 자신의 권리를 등록하지 않는 경우도 있으므로 증서기록부(deed record book)에 소유권 또는 저당권 설정의 표시가 누락될 수 있음].

2) 지방세

연방세와 달리 각 주에서 정한 법에 따라 내용이 다양하다.

다만 대다수 주의 입법형태에 의하면 지방세 lien은 그 재산상에 설정되어 있는 양도저당권·질권 등 기타 사법상 권리에 대하여 우선적 효력이 인정

[오승원, “지방세우선권에 관한 연구”, 서울시립대학교 세무대학원 석사학위논문, 2007.2; 이승균, “국세우선권과 담보물권의 경합 연구”, 고려대학교 경영대학원 석사학위논문, 2004.6; 김도형, “국세우선권에 관한 연구”, 경희대학교 경영대학원 석사학위논문, 2005.8; 이창균, “담보물권과 조세의 우선권과의 관계”; 장인애, 「조세법 II」, 2005.2; 김성수, “프랑스민법전의 담보제도에 관한 최근 동향”, 법조, 2008.9.]
을 토대로 종합·요약한 것임.

되고 담보권의 설정이 과세 전후에 행해졌는지 여부는 불문한다(특히 부동산세는 최우선순위에 두어 어떠한 담보물권에 대하여도 무조건 우선함). 또한 연방 lien과 같이 lien의 설정을 공시하는 제도가 확립되지 않다.

(다) 담보권과의 우선순위(연방세 lien의 경우)

‘연방세 lien의 설정 통지 및 등록 시기’와 ‘담보권 설정 시기’를 기준으로 우선순위를 정한다(공시선착의 순서).

(라) 소결

lien의 등록과 담보권 설정이 같은 날 이루어진 경우의 우선순위에 관한 주석이나 판례는 찾지 못하였으나, 미국에서는 각 등록부[저당권 등의 등록은 등록소(registry)에서, 조세부담기록의 등록은 세무서에서 이루어지므로 각각 다른 등록부에 공시됨]에 시간과 분까지 기재가 되므로 같은 날 등록된다고 하더라도 양자의 시간적 선후관계는 명백히 나타날 것이다. 그렇다면 우리나라와 같이 같은 날 이루어졌다고 하더라도 양자의 시간적 선후관계가 불분명하여 우선순위 결정에 어려움이 있는 경우는 발생할 여지가 적어 보인다.

(2) 일본

우리 국세기본법 및 지방세법은 조세우선권에 관하여 일본의 국세징수법 및 지방세법 조항과 매우 유사한 구조를 취하고 있는바(일본 국세징수법 제15조 내지 제16조, 일본 지방세법 제14조의9 내지 제14조의10), 일본은 다음과 같은 점에서 우리나라보다 담보권자의 보호범위가 넓게 인정되고 있다.

(가) 조세의 법정납기한 ‘당일’에 설정된 담보권의 보호

○ 일본 국세징수법 및 지방세법은 법정납기한등 ‘이전’에 설정된 저당권 등에 의해 담보된 채권은 국세 및 지방세에 우선하도록 규정하고 있는바, 주석서에 따르면 법정납기한 등의 ‘당일’에 설정된 담보권도 조세채권에 우선한다고 한다.

그 근거로는 법정납기한 등의 당일에 설정된 담보권에 대하여도 신고서가 이미 제출되거나 납세고지서가 발급되어져 있을 때는 시각을 가지고 우선순위를 정하는 것이 가능하지만 대량으로 발생하는 조세와의 관계를 처리함에

있어서는 일(日)을 기준으로 획일적으로 처리하는 것이 타당하다는 점, 법정 납기한 등의 당일에 담보권자가 조세채권의 징수를 해함을 알고 담보권을 설정한 경우에는 사해행위취소권(일본 국세통칙법 제42조)으로 해결가능하다는 점을 들고 있다.

○ 반면, 우리 국세기본법 및 지방세법은 법정기일 ‘전’에 설정된 담보권만 국세 및 지방세에 우선하도록 규정하고 있는바, 다수설 및 실무(하급심 판례)는 법정기일 ‘당일’에 설정된 담보권은 조세채권보다 후순위인 것으로 해석하고 있다(아래 ‘이 사건 조항의 해석’ 부분 참조).

(나) ‘법정납기한’과 ‘법정기일’

신고납세방식에 관한 국세 및 지방세에 관하여,

○ 일본 국세징수법 및 지방세법은 ① ‘법정납기한 내 신고’한 경우에는 조세의 ‘법정납기한(신고·납부기간의 종료일)’을 기준으로, ② ‘법정납기한 후 신고’한 경우에는 ‘그 신고가 있는 날’을 기준으로 조세채권과 담보권의 우선순위를 결정하도록 규정하고 있다.

○ 반면, 우리 국세징수법 및 지방세법은 특별히 기한 내 신고와 기한 후 신고를 구별하지 않고 조세의 ‘법정기일(신고일)’을 기준으로 우선순위를 정하도록 규정하고 있다.

(다) 소결

기준일과 같은 날 담보권이 설정되어 시간적 선후관계가 불분명한 경우 우리나라는 조세채권이, 일본은 담보권이 우선한다. 또한 조세채권에 우선하여 보호받을 수 있는 담보권의 설정기간이 우리나라가 일본보다 짧다.

(3) 독일

(가) 조세우선권의 인정 여부 - 예외적 인정

조세우선권이 원칙적으로 인정되지 않으며, ‘부동산’의 강제집행시 ‘일부 조세채권에 대하여만’ 예외적으로 인정된다.

동산의 경우 조세채권과 사법상의 채권은 동순위이고 단지 압류의 시기에 의해 선후가 결정된다(압류선착주의).

(나) 부동산 강제경매시 변제순위

부동산의 경우 강제경매시 경매대금에서의 변제순위가 법정되어 있고 같은 순위에서는 압류순서에 따라 우선순위가 결정된다(강제경매와 강제관리에 관한 법률 제10조 제1항).

위 일반법(강제경매와 강제관리에 관한 법률)에는 조세채권 중 ‘토지에 대한 공과금채권’에 대하여만 조세우선권이 부여되고 있고, 법정된 순서에 따르면 ‘토지에 대한 공과금채권 중 지난 4년간 발생한 금액’은 담보권보다 우선하고, ‘4년 전에 발생한 공과금채권’은 담보권보다 후순위이다(우선정수의 범위를 일정기간의 채납조세에 한정함).

(다) 소결

토지에 대한 공과금채권의 경우 그 발생시점에 따라 일정기한 내에 발생한 공과금채권에 대하여는 담보권의 설정 여부 및 그 시기와 관계없이 우선권이 인정된다. 따라서 우리나라와 같이 조세채권과 담보권의 시간적 선후관계를 비교하여 우선 여부를 결정해야 하는 문제는 발생할 여지가 없다(다만, 이는 ‘토지에 대한 공과금채권’에 한정된 논의이므로 특별법상 인정되는 다른 조세채권에 대하여까지 일반화시킬 수는 없을 것임).

(4) 프랑스

(가) 조세우선권의 인정 여부 - 인정

조세에는 선취특권이 부여되고 이 선취특권은 저당권, 기타 일반채권에 우선하지만 그 효력은 세목에 따라 다르다.

○ 직접세에 대한 선취특권은 구체적인 조세채무가 확정된 날로부터 기산하여 2년간 납세자의 모든 동산 및 유가증권에 관하여 다른 선취특권에 우선하며(조세기본법 제1920조), 위 기간을 초과하면 일반 사채권과 동일한 효과를 갖게 된다.

○ 간접세의 선취특권 역시 납세자의 모든 동산 및 유가증권에 관하여 인정되나, 직접세 선취특권의 다음 순위이며, 직접세와 달리 2년간이라는 우선권 행사의 기간적 제한은 없다.

(나) 담보권자와의 우선순위

조세의 선취특권은 ‘동산 및 유가증권’만을 대상으로 하므로 부동산에는

그 효력이 미치지 않는다. 따라서 부동산에 설정된 담보권에 대하여는 항상 열후하다.

(다) 소결

조세의 선취특권이 납세자 소유의 ‘동산 및 유가증권’에 대하여만 인정되므로 ‘부동산’에 대한 강제집행시에는 조세 선취특권이 인정되지 않는다. 따라서 납세자 소유의 부동산에 담보권이 설정되어 있다면 조세채권은 항상 담보권보다 후순위가 될 것이므로 이 사건에서와 같이 양자의 시간적 선후 관계에 따른 우선순위 결정의 문제는 발생할 여지가 없다.

2. 관련 헌법재판소 결정 및 대법원 판결의 분석

가. 헌법재판소 결정

이 사건 조항에 대한 직접적인 선례는 없으나, 이 사건 조항과 동일한 내용 및 형식을 취하고 있는 국세기본법 제35조 제1항 제3호(가목⁵⁾)에 대하여는 아래 (가)~(다)와 같은 합헌결정이 내려진 바 있다. 다만 위 결정에서도 이 사건에서 쟁점이 되고 있는 ‘조세의 법정기일과 담보권의 설정일이 동일한 경우 어느 것이 우선하는지’에 대하여는 검토된 바 없다.

(1) 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 61-62

“신고에 의하여 납세의무가 확정되는 법인세나 부가가치세 등 이른바 신고납세방식의 국세에서는 사업년도인 과세기간이 종료하는 때 또는 그 밖에 각 해당세법이 정하는 과세요건이 충족되는 때에 납세의무가 성립하고 납세

5) 국세기본법(1990. 12. 31. 법률 제4277호로 개정된 것) 제35조(국세의 우선) ① 국세·가산금 또는 체납처분비는 다른 공과금 기타의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 공과금 기타의 채권에 대하여는 그러하지 아니하다.

3. 다음 각목의 1에 해당하는 기일(이하 “법정기일”이라 한다)전에 전세권·질권 또는 저당권의 설정을 등기 또는 등록한 사실이 대통령령이 정하는 바에 의하여 증명되는 재산의 매각에 있어서 그 매각금액 중에서 국세 또는 가산금(그 재산에 대하여 부과된 국세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우의 그 전세권·질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

가. 과세표준과 세액의 신고에 의하여 납세의무가 확정되는 국세(중간예납하는 법인세와 예정신고납세하는 부가가치세를 포함한다)에 있어서 신고한 당해 세액에 대하여는 그 신고일

의무자가 과세표준과 세액을 법정신고기한 내에 신고함으로써 확정되며, 다만 신고를 하지 아니하거나 기타 법정사유로 정부가 이를 결정하는 경우에는 그 결정하는 때에 납세의무가 확정되도록 되어 있다. 따라서 납세의무자가 법정된 신고기한 내에 과세표준과 세액을 신고한 경우에는 그 신고일에 납세의무가 구체적으로 확정되므로 담보권을 취득하려는 자도 그 존부 및 범위를 확인할 수 있는 것이다. 그러므로 이와 같이 신고에 의하여 납세의무가 확정되는 국세에서 납세의무자가 이를 신고한 경우 그 조세채권과 저당권 등 담보권과의 우선순위를 신고일을 기준으로 하도록 정한 위 법률조항은, 담보권자의 예측가능성을 해한다거나 또는 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것이 아니고, 달리 그 기준시기의 설정이 현저히 불합리하다고 볼 수도 없으므로 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다.”

(2) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌바68, 공보 59, 746, 750

“위 헌법재판소의 합헌결정(위 93헌바46결정과 93헌마83결정⁶⁾)의 이유는 이 사건에서도 동일하다. 다만 그 결정들은 모두 담보권자가 이 사건 조항상의 법정기일 이후에는 국세체납 여부에 관한 예측가능성을 충분히 가지고 있다는 전제하에 판시하고 있으나, 현실적으로는 담보권자가 이를 제대로 파악하기 위한 제도적 장치가 제대로 구비되어 있지 않다는 점에서 다소 문제가 있다. 각 법정기일 후 부동산의 압류 등 세무서장의 공시가 있기 전에는 담보권자가 국세체납여부를 알지 못하는 것이 보통이고, 납세증명서를 발부받는다 하더라도 국세부과상황이 나타나지 않는다면 도움이 되지 않는다. 또한 과세관청에 담보물권설정자의 체납사실을 확인하려고 해도 개인정보 보호라는 차원에서 그 사실을 증명하여 주지 않는다면 이를 알 수 있는 길은 별로 없다. 이처럼 담보권자의 예측가능성이 실제에 있어서는 충분히 보장되지 아니할 염려가 있다.

그러나 그럼에도 불구하고, 통상 담보권자가 체납여부를 세무서에 문의할

6) 93헌마83사건은 정부의 결정에 의하여 납세의무가 확정되는 국세에 있어서 그 조세채권과 피담보채권과의 우선 순위를 ‘납세고지서의 발송일’을 기준으로 하도록 규정한 국세기본법 제35조 제1항 제3호 나목의 위헌 여부가 문제된 사건이며, 93헌바46결정과 유사한 취지로 합헌결정이 내려졌다.

때 반드시 부정적인 답변을 듣는다고 만은 할 수 없고, 과세관청이 압류등기 등 공시를 하는 경우도 있는 것 등을 감안하면, 위 합헌결정의 이유는 여전히 타당하며, 이를 변경할만한 새로운 사정변경도 없다.

다만 담보권자가 담보권설정자의 국세채납 여부에 관하여 충분히 파악할 수 있도록 그 예측가능성을 제고하는 제도적 장치가 필요하다는 것을 부연하는 바이다.”

(3) 현재 2007. 5. 31. 2005헌바60, 공보 128, 570, 574

법정의견은 위 93헌바46결정 및 2000헌바68결정과 같은 취지로 합헌결정을 내렸다.

다만 재판관 조대현은 보충의견으로 “조세채권의 우선권이 미칠 수 있는 범위도 납세의무자가 납세의무가 성립된 이후에 가지고 있는 모든 책임재산이라고 할 수 있다. 납세의무가 성립하기 전에 담보권이 설정되었다면, 그 담보권에 의하여 담보가치가 장악된 상태로 납세의무의 책임재산으로 되므로 그 한도에서 조세채권의 우선권이 미치게 할 수 있다. 결국 국세와 담보권의 우선권은 각 성립시기의 선후에 따라 결정함이 합리적이다. 조세채권의 우선권을 인정하는 이유는 그 공공성·공익성 때문이므로, 조세채권의 내용이 공시되거나 제3자가 알 수 있는지의 여부는 조세채권의 우선권을 인정하는 요건으로 삼을 필요가 없고, 조세채권의 우선권의 존부나 범위를 과세관청의 재량에 맡길 사항도 아니다.

그런데 이 사건 법률조항은 조세채권의 우선권을 인정하는 시기를 조세채권이 성립한 때가 아니라 신고나 부과처분에 의하여 조세채권이 확정될 때로 규정하고 있다. 조세채권의 우선권을 조세채권의 내용과 집행력의 범위가 구체적으로 확정된 이후에 인정함으로써 조세채권이 확정되기 전에 성립한 담보물권을 보호하려는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 조세입법권의 한계를 벗어나거나 납세의무자의 재산에 설정된 담보권자의 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다.

나. 법원 판결

① 대법원은 이 사건 조항과 동일한 내용의 구 지방세법 조항(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것)이 합헌임을 전제로 판시한 바 있고, ② 하급심 법원에서 ‘지방세의 법정기일과 담보물권 설정일이 동일한 경우 어느 것이 우선하는지’에 대하여 판단한 바 있다.

(1) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다54298 판결

“취득세 및 취득세를 본세로 하는 농어촌특별세는 신고납세방식의 조세로서 이러한 유형의 조세에 있어서는 원칙적으로 납세의무자가 스스로 과세표준과 세액을 정하여 신고하는 행위에 의하여 조세채무가 구체적으로 확정되고(과세관청은 납세의무자로부터 신고가 없는 경우에 한하여 비로소 부과처분에 의하여 이를 확정하게 되는 것이다.), 그 납부행위는 신고에 의하여 확정된 구체적 조세채무의 이행으로 하는 것이므로(대법원 1996. 4. 12. 선고 96다3807 판결 참조), 근저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액에서 취득세 및 이에 대한 농어촌특별세를 징수하는 경우 그 세금과 근저당권에 의하여 담보된 채권의 우선순위를 정함에 있어서는, 설사 납세의무자가 위 세금에 관한 과세표준과 세액을 과세관청에 신고하기만 하고 이와 동시에 세금을 납부하지 아니하였다고 하더라도, 국세기본법 제35조 제1항 제3호(가)목, 지방세법 제31조 제2항 제3호(가)목에 의하여 각 세금의 신고일과 근저당권설정등기일을 비교하여 그 일자의 선후를 기준으로 우선순위 여부를 판단하여야 할 것이다.”

(2) 서울지법 2000. 12. 6. 선고 2000나47230 판결(확정)

서울지방법원은 지방세채권의 법정기일과 근저당권의 설정일이 같은 경우 근저당권의 피담보채권과 지방세채권을 평등하게 취급하여 안분배당하여야 한다는 원고의 주장에 대하여, “원고의 주장과 같이 해석한다면 지방세의 법정기일에 근저당권설정등기가 경료되기는 하였으나 시간적으로 지방세의 신고가 앞선 경우에 대하여까지 지방세채권과 근저당권의 피담보채권을 평등

하게 취급하여 안분배당을 할 근거가 전혀 없을 뿐 아니라 나아가 이러한 문제점을 해결하기 위하여 위 법문을 지방세의 법정기일에 근저당권이 설정된 경우에는 그 시간적 순서를 가려서 우선 여부를 결정하여야 하는 것으로 해석한다면 그 입증이 용이하지 아니할 뿐 아니라 법률관계의 형성에 우연한 사정이 개입할 여지가 커져 그만큼 법률관계의 안정성을 저해하게 될 것으로 보이는 점, 또한 취득세와 같은 신고납세방식의 지방세는 지방세법이 정하는 과세요건이 충족되는 때에 납세의무가 성립하고, 납세의무자가 법정된 신고기한 내에 과세표준과 세액을 신고한 경우에는 그 신고일에 납세의무가 구체적으로 확정되므로 원고와 같이 근저당권을 취득하려는 자도 그 존부 및 범위를 확인하고 이에 기초하여 담보가치를 평가한 후 근저당권을 설정할 수 있을 뿐 아니라(근저당권을 취득하려는 자는 당해 부동산에 대하여 취득세의 신고가 아직까지 되지 아니한 경우 근저당권설정자로 하여금 취득세를 신고 납부하게 한 후에 근저당권을 취득하든지 또는 근저당권설정 등기를 경료하는 당일에 혹 취득세의 신고가 이루어질 가능성을 고려하여 안전하게 이미 취득세의 신고는 있었으나 취득세가 납부되지 아니한 경우와 동일하게 취급하여 그 취득세 상당만큼 담보가치를 낮게 평가하고 근저당권을 취득하면 될 것이다.) 과세관청의 자의가 개재될 소지가 없는 점 등을 종합하여 보면 취득세의 법정기일에 근저당권이 설정된 경우에는 지방세우선원칙에 의하여 취득세채권이 근저당권의 피담보채권보다 우선한다고 해석함이 타당하므로 원고의 위 주장 역시 이유 없다.”고 판시하였다.

3. 이 사건 조항에 대한 판단

가. 이 사건 조항의 해석

국세기본법 제35조 제1항 제3호 및 지방세법 제31조 제2항 제3호의 해석과 관련하여 저당권 등의 설정일(또는 주택임대차보호법 제3조의2에 의한 우선변제권 발생일자)과 조세의 법정기일이 같은 경우의 우선순위에 관하여 견해가 대립하는바, ① 조세채권이 우선한다는 견해⁷⁾, ② 저당권 등의 피담보채권이 우선한다는 견해⁸⁾, ③ 동순위에 서는 것으로 보아 안분배당하여야

7) 이주홍, 양수인의 체납당해세와 저당권의 우선순위, 판례월보(95.2), 11면.

한다는 견해⁹⁾가 있다.

(1) 1설(합헌론)

법문에서 법정기일 ‘전에’ 설정된 담보권을 조세우선권의 예외로 규정하고 있으므로 문리해석상 ‘법정기일과 같은 날 또는 그 후’에 설정된 담보권은 원칙으로 돌아가 조세채권이 우선한다고 보는 견해가 다수이다. 최근 서울지방법원에서도 “지방세법 제31조 제1항에서는 지방자치단체의 징수금은 다른 공과금과 기타의 채권에 우선하여 징수한다고 규정하여 원칙적으로 지방세채권이 사적인 법률관계에서 발생한 다른 채권보다 우선함을 밝히면서 다만, 같은 조 제2항 각 목에 해당하는 법정기일 전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권에 관하여는 그 피담보채권이 지방세채권에 우선할 수 있도록 규정하고 있는바, 위와 같은 법문의 체계 및 그 내용에 비추어 볼 때 지방세의 법정기일에 근거당권이 설정된 경우가 지방세우선원칙의 예외에 해당한다고 보기는 어렵다(서울지법 2000. 12. 6. 선고 2000나47230 판결).”고 판시한 바 있어 실무례도 다수의 견해와 동일한 것으로 보인다.¹⁰⁾

(2) 2설(위헌론)

현재 우리나라에서 시행중인 법률조항들을 보면 ‘이전’과 ‘전’, ‘이후’와 ‘후’의 개념을 모두 사용하고 있다.

위 개념의 해석에 관하여, 국회 및 법제처는 「‘이전’과 ‘이후’는 기준시점을 포함하고, ‘전’과 ‘후’는 기준시점을 포함하지 않는다.」는 원칙을 세우고 ‘4월 1일 이후’라고 하면 그 기산일 4월 1일을 포함하고, ‘4월 1일 후’라 하면 그 기산일 4월 2일부터 그 뒤를 의미한다고 해석하고 있다.¹¹⁾

8) 법원실무제요, 강제집행(상), 1992년, 515면; 다만 2003년 이후의 법원실무제요 민사집행(II)에서는 위 세 가지 견해를 소개한 후 문리해석상 조세채권이 우선한다고 보는 견해가 다수설이라고 기재하고 있다(486면).

9) 김상근, 조세 및 임금채권의 우선권과 배당, 재판자료 제72집, 221면.

10) 한국사법행정학회, 주식 민사집행법(III), 2007년, 920면; 본서에는 해석론에 대한 특별한 소개 없이 “등기일자과 법정기일이 같은 날인 경우에는 국세 또는 지방세가 우선한다고 보는 것이 국세기본법이나 지방세법의 위 각 조문에 부합한다고 할 것이다.”라고 기재되어 있다.

이에 반하여 국립국어원에서는 국어 문법상 ‘이전’과 ‘전’ 모두 기준이 되는 그 날은 포함하지 않는 것으로 쓰이고 있고 그것과 반대되는 개념인 ‘이후’와 ‘후’ 역시 동일하며, 나아가 국어에서 ‘이전’이나 ‘이후’라는 표현은 가능한 한 쓰지 않는 방향으로 원칙을 세웠다고 한다.¹²⁾

이와 같이 각 기관에서의 해석방법이 다른 점을 고려하면, 비록 국회 및 법제처에서 ‘이전’과 ‘전’, ‘이후’와 ‘후’의 해석에 관한 일반원칙을 세웠다고 하더라도 반드시 수많은 조항에서 쓰이고 있는 위 개념들이 위 원칙에 따라 획일적·일률적으로 해석된다고 보기 어렵고, 각 조항 별로 입법자의 의도 및 조항의 취지에 맞게 구체적·개별적으로 해석될 수 있다고 봄이 상당하다.¹³⁾

특히 이 사건 조항은 신고일 ‘전’이라고만 규정하고 있을 뿐 신고일 ‘전일’이라고 규정하고 있지 않아 위 ‘신고일 전’이라는 의미가 ‘신고일이 시작되기 전’까지인지 또는 ‘신고일이 종료되기 전’까지인지 불분명하므로, 위 조항을 어떻게 해석하는 것이 사법질서의 존중과 조세정수의 확보라는 두 공익목적에 합리적으로 조정하고자 하는 이 사건 조항의 입법취지에 부합하는지를 고려하여 그 해석방향을 정해야 할 것이다.

나. 조세채권과 담보권의 우열기준에 대한 심사

일반적으로 조세채무는 법률에서 정한 과세요건을 충족함으로써 성립되고, 당해 세법이 정하는 바에 따라 각 세목의 과세표준과 세액을 납세의무자가 신고하거나 또는 정부가 이를 결정함으로써 구체적으로 확정되며, 이를 기초로 하여 조세채무의 이행으로서 납부 또는 징수를 하게 된다. 이와 같이 조세채권은 통상 그 성립으로부터 이행에 이르기까지 상당한 시일이 소요되

11) 「법령입안 심사기준」, 법제처 제정기획관실, 648면; 「입법이론과 법제실무」, 국회 법제실, 1338면 각 참조.

12) 김주미 국어조사관의 의견 - 다만 ‘이전’과 ‘이후’는 때에 따라 기준시점을 포함하는 것으로 해석되는 경우도 있다고 함.

13) 예컨대, 법문상 ‘이전’이라는 표현을 쓰고 있음에도 실무상 기준일은 포함하지 않는 것(‘전’의 의미)으로 해석·운영되는 경우가 있는바, ‘배당요구의 종기를 첫 매각 기일 **이전**으로 정하도록’ 한 민사집행법 제84조 제1항 및 ‘일괄매각결정을 매각목적물에 대한 매각기일 **이전**까지 할 수 있도록’ 규정한 위 법 제98조 제3항이 그 예이다.

므로 그 중 어느 시기를 기준으로 저당권 등에 의하여 담보된 채권과의 우열을 가릴 것인가가 문제로 된다. 저당권 등은 등기나 등록을 하여야 비로소 성립하여 효력을 발생하므로 그 효력발생시기가 명확하나 조세채권에 관하여는 그와 같은 특별한 공시방법이 없으므로, 만약 그러한 담보권을 취득하려는 자가 조세의 부담 여부를 전혀 예측할 수 없는 시기나 또는 과세관청이 임의로 정하는 시기를 기준으로 그 조세채권이 담보권에 우선할 수 있다고 한다면 이는 조세법률주의에 반하는 것일 뿐만 아니라, 담보권자에 대하여 불측의 손해를 가함으로써 담보권자의 재산권을 침해하는 것이고, 합리적 기준 없이 담보권자를 차별하게 되어 평등의 원칙에도 위반된다.

그러므로 조세채권과 담보권 사이의 우열을 가리는 기준은 조세의 우선권을 인정하는 공익목적과 담보권의 보호 사이의 조화를 이루는 선에서 법률로 명확하게 정하여야 할 것인바, 그 기준시기는 담보권자가 조세채권의 존부 및 범위를 확인할 수 있고, 과세관청 등에 의하여 임의로 변경될 수 없는 시기이어야 할 것이다. 다만 그 구체적인 기준시기는 입법자가 위에서 밝힌 기준시기에 대한 원칙을 지키는 한 그의 합리적인 판단에 의하여 정할 입법재량에 속한다고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이를 헌법에 위반한다고 할 수는 없다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 60-61; 헌재 2007. 5. 31. 2005헌바60, 판례집 19-1, 590, 597 참조).

그렇다면 이 사건에서 ‘신고납세방식의 지방세의 신고일과 같은 날 설정된 담보권이 있는 경우 어느 것을 우선시킬 것인가’에 관한 문제 역시 조세채권과 담보권 간의 우열을 가리는 문제로서 입법자가 위에서 밝힌 기준시기에 대한 원칙을 벗어나지 않는 한 그의 합리적 판단에 의하여 정할 입법재량에 속하는 사항이라 할 것이다.

다. 구체적 판단

(1) 합헌론(다수의견)

(가) 우리 재판소는 이미 여러 차례에 걸쳐, 신고납세방식의 국세에서 납세의무자가 이를 신고한 경우 그 조세채권과 담보권과의 우선순위를 ‘신고일’을 기준으로 하도록 규정한 것은 조세의 우선권과 담보권자의 우선변제청

구권을 조화롭게 보장하기 위한 것으로서 담보권자의 예측가능성을 현저히 해한다거나 또는 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것이 아니라는 취지로 판단한 바 있다.

이는 “신고납세방식의 국세에서는 과세기간이 종료하는 때 또는 그 밖에 각 해당세법이 정하는 과세요건이 충족되는 때에 납세의무가 성립하고, 납세의무자가 과세표준과 세액을 신고기한 내에 신고함으로써 확정되며, 다만 신고를 하지 아니하거나 기타 법정사유로 과세관청이 이를 결정하는 경우에는 그 결정하는 때에 납세의무가 확정되도록 되어 있으므로, 납세의무자가 법정된 신고기한 내에 과세표준과 세액을 신고한 경우에는 그 신고일에 구체적인 납세의무가 확정되며, 이 경우 담보권을 취득하려는 자도 그 조세채무의 존부 및 범위에 대한 예측가능성을 가지게 된다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 61-62; 헌재 2007. 5. 31. 2005헌바60, 판례집 19-1, 590, 597-598 참조).”는 점을 주된 근거로 한 것인바, 이러한 판단은 납세의무의 성립 및 확정과정이 신고납세방식의 국세와 전적으로 동일한 신고납세방식의 지방세와 담보권 사이의 우월 기준의 당부를 판단함에 있어서도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

(나) 다만, 신고납세방식의 지방세의 신고일 ‘전에’ 설정한 담보권만 지방세 우선원칙의 예외로 인정함으로써 신고일과 ‘같은 날’ 설정된 담보권은 지방세보다 후순위로 변제받도록 하고 있는바, 이러한 입법자의 판단이 입법재량을 현저히 일탈한 것인지 여부에 대하여는 선례에서 판단한 바 없었다.

1) 비록 담보권설정자의 협조가 전제되어야 한다는 점에서 일정한 한계가 있기는 하나¹⁴⁾, 담보권을 취득하려는 자로서는 그의 우월적 지위를 이용하

14) 현행법상 조세공시제도가 채택되어 있지 않고, 제3자는 납세의무자 본인을 통하여만 세액계산서, 납세증명서 등의 서류를 확인할 수 있으며, 납세증명서만으로는 채납 사실의 존부만 알 수 있을 뿐 체납세액이나 납부기한 경과 전의 신고세액 등은 나타나지 않으므로, 결국 담보권을 취득하려는 자로서는 담보권설정자가 자발적으로 ‘담보권 설정 당일까지 신고된 지방세’의 내역을 알리고 과세자료 제공에 협조하지 않는 이상 스스로의 힘만으로 이를 파악하는 데 한계가 있다. 그러나 이러한 한계는 법정기일 자체의 문제라기보다 현행법상 공시되지 않은 조세채권에도 우선권을 부여하고 개인정보 보호를 이유로 납세증명서의 발급대상자 및 증명범위를 매우 제한된 범위로 한정할 데 따른 결과로서, 이러한 현행제도 하에서는 어떠한 기준으로 조세와 담보권 간의 우열을 정하든지 간에 담보권자의 예측가능성을 완벽하게 보장하는 데 한계가 있을 수밖에 없다.

여 담보권설정자로부터 그가 지방세를 신고·납부한 다음 보유하고 있을 신고서(접수증), 납부영수증 또는 납부확인서를 제시받거나, 담보권설정자 본인을 통하거나 그로부터 위임을 받아 지방세 납세증명서, 지방세 세목별 과세(납세)증명서 등을 발급받음으로써 담보권 설정 당시까지 담보권설정자가 신고한 지방세의 존부 및 세액, 납부 여부 등을 알 수 있다[2007. 7.부터는 행정안전부 지방세포털서비스(www.wetax.go.kr)가 시행됨에 따라 납세자가 전자신고·납부한 지방세의 경우 납세증명서 등을 발급받을 필요 없이 납세자의 협조가 있으면 그 자리에서 바로 인터넷을 통해 지방세 납부 여부를 확인할 수 있다]. 또한 담보권 설정 후 같은 날 지방세 신고가 이루어짐으로써 지방세보다 후순위로 변제받게 될 경우를 대비하여 담보권 설정 당일에는 조세 신고를 하지 않겠다는 취지의 확인서 등을 받아두는 방법으로도 담보가치의 하락을 예방할 수 있다.

특히 이 사건과 같이 담보권설정자의 ‘담보목적물 취득에 관하여 발생한 취득세’의 신고일과 근저당권의 설정일이 동일한 경우는, 부동산을 취득하게 된 납세의무자가 과세관청에 ‘취득세와 등록세를 동시에 신고하고’ 취득세와 등록세 납부서를 발부받아야 함에도¹⁵⁾ 취득자금이 부족하여 취득세는 납부하지 않고 등록세만 납부한 후 소유권이전등기를 마친 바로 그날 금융기관 등으로부터 금원을 차용하면서 담보권을 설정하는 경우이므로, 시간적으로는 당연히 담보권의 설정이 취득세 신고보다 나중에 이루어질 수밖에 없다. 그렇다면 담보권을 취득하려는 자로서는 담보권설정자의 협력 없이도 법정되어 있는 취득세의 과세표준(취득 당시의 가액)과 세율을 적용하여(지방세법 제111조, 제112조 참조) 담보목적물에 관하여 발생한 취득세 세액의 대강을

결국 신고납세방식의 조세의 경우 그 ‘신고일’을 기준으로 담보권과의 우선순위를 정하도록 한 것에 대하여 합헌이라고 판단한 선례의 취지에 따르는 이상(더군다나 청구인은 ‘신고일’을 기준으로 정한 자체에 대하여는 문제삼고 있지 않다) 신고일과 같은 날 담보권을 설정한 자이든 신고일과 매우 근접한 시기에 담보권을 설정한 자이든 현행법상 담보권자의 예측가능성 면에 있어서 큰 차이가 존재한다고 볼 수 없다.

15) 당해사건의 하급심 판결(2005가단7810, 2005가단20486) 및 행정안전부 지방세 운영과 담당주무관과의 통화내역(2100-3943) : 매수인은 취득세 및 등록세를 신고하고 등록세를 납부한 후(취득세 납부는 취득한 날로부터 30일 이내에 하면 됨, 지방세법 제120조 제1항) 등록세 영수증을 첨부하여 소유권이전등기를 하게 된다.

산출한 다음 이를 충분히 고려하여 담보가치를 파악할 수 있을 것이다(만약 당해 부동산에 대하여 취득세가 납부되기 전이라면 담보권설정자로 하여금 취득세를 납부하게 한 후에 담보권을 취득하든지, 또는 그 취득세 상당만큼 담보가치를 낮게 평가하고 담보권을 취득할 수도 있다).

요컨대, 조세채무는 법률에 의하여 성립하고 그 법률이 정하는 바에 따라 확정되므로 그로써도 이미 조세채무의 존부 및 범위의 대강을 어느 정도 예측하는 것이 가능할 뿐만 아니라, 조세채권의 공시기능이 담보권의 공시기능에 비하여 불완전하다는 사정으로 인한 위험은 담보권 설정 약정의 당사자들 사이의 정보 교환과 자율적 판단으로 이를 회피하거나 감소시킬 가능성이 확보되어 있다.

따라서 이 사건 조항이 지방세의 신고일보다 담보권 설정일이 앞서지 않는 이상 비록 양 일자가 동일하다고 하더라도 지방세 채권이 담보권에 우선하도록 규정하고 있다고 하여, 담보권자의 담보가치 평가에 대한 예측가능성을 현저히 해한다거나 또는 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것은 아니라고 봄이 상당하다.

2) 한편, 조세는 국가나 지방자치단체의 활동을 위한 재정수입의 주된 원천으로서 고도의 공공성·공익성을 가지며, 법률에 정해진 과세요건을 충족하면 조세채권이 필연적으로 성립하나 구체적인 대가 없이 이를 징수하는 것이므로 그 징수의 확보를 보장할 필요가 있다. 따라서 헌법 제38조에 따라 납세의무의 형성과 조세의 징수에 관한 입법형성권을 가진 입법자로서는 이 사건의 경우처럼 신고납세방식의 지방세의 신고일과 담보권의 설정일이 동일한 경우 조세의 공공성·공익성을 중시하여 지방세를 우선징수하도록 할 수 있는 것이며, 반드시 조세채권과 담보권을 동등하게 취급하여 안분배당하는 규율만이 헌법에 부합한다는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다. 만일 위와 같은 경우까지 지방세 우선원칙의 예외로 인정하게 되면 납세의무자가 지방세 신고일과 같은 날 무리하게 담보권을 설정함으로써 조세면탈수단으로 악용하게 될 가능성도 배제할 수 없다는 사정을 고려하면 더욱 그러하다.

또한 지방세의 신고일과 담보권의 설정일이 동일한 경우 시간적 순서를

가려서 우열 여부를 결정하는 방법도 고려해 볼 수 있으나, 그 선후관계에 대한 입증이 용이하지 않을 뿐 아니라 법률관계의 형성에 과세관청의 자의나 우연한 사정이 개입될 여지가 커지므로 법률관계의 안정성을 저해할 우려가 있다.

(다) 이러한 점을 종합할 때, ‘담보권 설정이 지방세 신고보다 먼저 이루어진 것이 일자상 명백한 경우’에만 지방세 우선징수원칙의 예외를 인정하고자 하는 입법자의 판단은 입법재량을 명백히 일탈한 자의적인 것이라고 볼 수 없다.

(2) 합헌론(재판관 조대현의 별개의견)

조세채권의 우선권이 미칠 수 있는 범위는 납세의무자가 납세의무가 성립된 이후에 가지고 있는 모든 책임재산이며, 납세의무가 성립하기 전에 담보권이 설정되었다면 그 담보권에 의하여 담보가치가 장악된 상태로 납세의무의 책임재산으로 되므로 그 한도에서 조세채권의 우선권이 미치게 할 수 있다. 결국 조세와 담보권의 우선권은 각 성립시기의 선후에 따라 결정함이 합리적이다. 조세채권의 우선권을 인정하는 이유는 그 공공성·공익성 때문이므로, 조세채권의 내용이 공시되거나 제3자가 알 수 있는지의 여부는 조세채권의 우선권을 인정하는 요건으로 삼을 필요가 없고, 조세채권의 우선권의 존부나 범위를 과세관청의 재량에 맡길 사항도 아니다.

그런데 이 사건 조항은 조세채권의 우선권을 인정하는 시기를 조세채권이 성립한 후 신고에 의하여 조세채권이 확정될 때로 규정하면서 조세채권이 확정되기 ‘전에’ 설정된 담보물권에 대해서는 조세채권이 우선하지 못하도록 규정하고 있다. 이는 조세채권의 우선권이 인정되는 시기를 이론상 허용되는 시기보다 늦추어 담보물권을 더욱 더 보호하는 것이다.

따라서 이 사건 조항이 담보물권 설정일과 조세채권 확정일이 동일한 경우에 조세채권을 우선시킨다고 하더라도, 조세채권이 성립된 후에 우선권을 인정하는 것이므로 조세입법권의 한계를 벗어났다고 보기 어렵고, 조세채권의 우선권이 인정되는 시기를 이론상 허용되는 시기보다 늦추어 담보권을 더 보호하는 것이므로 납세의무자의 재산에 설정된 담보권자의 권리를 침해

하는 것이라고 볼 수도 없다.

(3) 위헌론(재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견)

(가) 담보권자의 예측가능성 보호 미흡

1) 신고납세방식을 취하는 지방세 중에는 담보목적물에 관하여 발생한 취득세 외에도 담보권설정자의 기타 재산에 대한 취득세, 개인별 소득의 정도에 따라 부담하게 되는 소득할 주민세 등 담보목적물과 직접적 관련이 없는 다양한 형태의 세목이 존재한다. 또한 이러한 세목들은 담보권설정자의 자발적이고 적극적인 협력이 전제되지 않는 한 제3자인 담보권자가 확인하기 어렵고, 특히 지방세의 신고일과 담보권의 설정일이 동일하다고 하여 지방세 신고가 시간적으로 반드시 우선한다고 볼 수 없으므로 담보권 설정당 시까지의 신고서(접수증), 납부확인서 등의 서류를 제시받는 방법만으로는 담보권설정자가 부담하는 지방세의 존부 및 납부 여부를 확인할 길이 없다.

지방세 납세증명서나 지방세 세목별 과세(납세)증명서 역시 개인신용정보 보호 등을 이유로 납세의무자 본인이나 납세의무자로부터 위임받은 자에 대하여만 발급되므로 담보권설정자가 협조하지 않는 한 증명서 발급에 어려움이 있고, 납세증명서를 통하여서는 단지 체납 사실의 존부만 알 수 있을 뿐 체납세액이 얼마인지, 비록 납부기한이 도과되지는 않았지만 이미 신고된 세목은 없는지 등은 나타나지 않는다.¹⁶⁾

이와 같이 담보목적물과 관련이 없는 지방세나 납부기한이 경과되기 전의 지방세(체납 여부가 확정되지 않은 지방세)의 경우 그 신고일을 기준으로 담보권과의 우선순위를 정하는 것은 담보권자의 재산권 및 예측가능성 보장의 측면에서 다소 문제가 있는바, 우리 재판소도 ‘신고일’을 기준으로 신고납세방식의 국세와 담보권의 우선순위를 정하고 있는 국세기본법 제35조 제1항 제3호 가목의 위헌 여부가 문제된 사건에서 ‘그 동안 헌법재판소의 합헌

16) 2007. 7.부터 시행되는 위택스(행정안전부 지방세포털서비스) 홈페이지를 통하여도 ‘납세의무자 본인의 도움을 받아’ 지방세 ‘납부 여부’만 확인할 수 있을 뿐 ‘신고 여부’는 납부기한을 초과하여 결정고지 된 후에야 비로소 확인이 가능하고, 위 홈페이지를 통하여 신고하지 않고 관할관청에 직접 신고한 경우에는 해당관청이 그 사실을 전산입력한 후에만 확인이 가능하다. 또한 세금을 카드로 납부한 경우에는 납부결과가 조회되지 않는다는 점에서도 한계가 있다.

결정들은 모두 담보권자가 이 사건 조항상의 법정기일 이후에는 국세채납 여부에 관한 예측가능성을 충분히 가지고 있다는 전제하에 판시하고 있으나, 현실적으로는 담보권자가 이를 제대로 파악하기 위한 제도적 장치가 제대로 구비되어 있지 않다는 점에서 다소 문제가 있다. 각 법정기일 후 부동산의 압류 등 세무서장의 공시가 있기 전에는 담보권자가 국세채납여부를 알지 못하는 것이 보통이고, 납세증명서를 발부 받는다 하더라도 국세부과상황이 나타나지 않는다면 도움이 되지 않는다. 또한 과세관청에 담보물권설정자의 채납사실을 확인하려고 해도 개인정보 보호라는 차원에서 그 사실을 증명하여 주지 않는다면 이를 알 수 있는 길은 별로 없다. 이처럼 담보권자의 예측가능성이 실제에 있어서는 충분히 보장되지 아니할 염려가 있다. ... 담보권자가 담보권설정자의 국세채납 여부에 관하여 충분히 파악할 수 있도록 그 예측가능성을 제고하는 제도적 장치가 필요하다는 것을 부연하는 바이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바68, 공보 59, 746, 749-750 참조).¹⁷⁾라고 판시함으로써 비록 해당 조항을 위헌무효라고 볼 정도는 아니나 현실적으로 담보권자의 예측가능성 보장에 문제가 있으므로 이를 개선하기 위한 제도적 장치의 마련이 필요함을 촉구한 바 있다.¹⁷⁾

2) 일본의 입법례와 비교할 때 우리나라는 담보권자의 예측가능성에 대한 보호가 미흡하다. 일본의 납세증명서에는 조세의 채납 여부뿐 아니라 ‘신고·부과된 조세의 존부 및 세액’ 등 조세전반에 대한 사항이 나타나고¹⁸⁾, 납세자의 조세 신고가 있을 경우 납세증명서를 통하여 신고세액 및 납부여부의 확인이 가능하므로¹⁹⁾ 우리나라보다 담보권자의 예측가능성 보장을 위

17) 현행법상 법정기일과 관련하여, 경제적 지위가 막강한 금융기관은 자체조사를 할 수 있지만 실제 보호가 필요한 자들은 조사력이 부족한 일반 개인이므로 제도상으로는 제3자가 조세부과액수 등을 확인할 수 있을 정도의 공시가 필요하다는 견해(감덕령, 경매시 발생하는 조세문제에 관한 연구, 서울대 법학석사학위논문, 2004, 78면)와 조세우선권에 공시방법은 필요 없으나, 신고일에 조세채권의 액수가 정해져 공시되지 않으므로 담보를 설정하려는 채권자가 상당한 노력(채무자에게 세무서의 납세증명을 떼어오라고 요구하는 방법)을 통한 조사를 통해 조세채권을 현실적으로 알 수 있게 되는 날을 기준으로 해야 한다는 견해(이창희, 세법강의, 박영사, 2008, 162면) 등이 있다.

18) 일본 국세통칙법 제123조, 같은 법 시행령 제41조, 시행규칙 제3조.

19) 손형섭 연구원이 동경도주세국에 확인. 다만 납세증명서에 기재되는데 1주일 정도의 행정적인 시간이 걸릴 수 있으나, (본인의 위임을 받은) 담보권자가 발급 목적을

한 제도적 장치가 잘 구비되어 있다(우리나라의 납세증명서에는 조세의 체납 여부만 나타나고 실무상 ‘납부기한 경과 후에도 조세의 부과결정이 있는 후에야’ 비로소 체납사실의 존부가 납세증명서에 기재된다고 하므로²⁰), 담보권을 취득하려는 자는 납부기한이 훨씬 경과한 후에야 담보권설정자의 체납 여부를 확인할 수 있다.).

(나) 신고일 ‘당일’에 설정된 담보권 보호의 필요성

1) 이 사건 조항은 ‘담보권자의 예측가능성 보호 및 사법질서의 존중’을 위하여 조세징수권 확보에 대한 예외를 인정한 규정이므로 최대한 담보권자에게 유리하게 해석하는 것이 동조항의 취지에 부합한다. 이미 살핀 바와 같이 일본 지방세법도 법정납기한 등 “이전”에 설정된 저당권 등에 의해 담보된 채권은 지방세에 우선하도록 규정하고 있고(일본 지방세법 제14조의9, 제14조의10) 법정납기한 등 기준일 ‘당일’에 설정된 담보권이 있는 경우 담보권이 조세채권보다 우선하는 것으로 해석하고 있다.

2) 신고일 당일에 담보권이 설정된 경우 ‘지방세의 신고시각’과 ‘담보권의 설정시각’을 비교하여 양자의 시간적 선후에 따라 우선순위를 정하는 방법도 고려해 볼 수 있으나 대량으로 발생하는 조세와의 관계를 처리함에 있어서는 일(日)을 기준으로 확일적으로 처리하는 것이 타당하고, 조세채권의 회피를 목적으로 신고일 ‘당일’에 담보권을 설정하는 경우의 문제는 민법상 사해행위취소와 조세범처벌법상 체납자 등의 불법행위 처벌(제12조) 등의 제도를 활용하여 충분히 해결할 수 있을 것이다.

(다) 소결

따라서 이 사건 조항의 신고일 ‘전에’ 부분을 신고일 ‘당일’을 포함하지 않는 것으로 해석하게 되면 ‘지방세 신고와 담보권 설정이 같은 날 이루어졌으나 담보권 설정이 시간적으로 앞선 경우’에 대하여까지 지방세가 우선하게 되는바, 담보권을 취득하려는 자로서는 조세의 존재를 예측할 수 없는 시기를 기준으로 조세채권과의 우열을 정하는 것이어서 조세법률주의에 반하고, 담보권자에게 불측의 손해를 가하여 담보권자의 재산권을 침해하는 것이며,

밝히고 청구하면 신고된 조세의 존부 및 신고세액, 납부 여부 등을 바로 확인하여 준다고 함.

20) 국세청 및 행정안전부 지방세운영과에 확인.

합리적 기준 없이 담보권자를 차별하게 되어 평등원칙에도 위반된다.

4. 이 사건 결정의 의의

종래 우리 재판소는 조세채권과 담보권 사이의 우선 순위를 결정하도록 한 ‘기준일(법정기일)’ 자체의 위헌 여부에 대하여는 몇 차례 판단한 바 있으나, ‘기준일과 같은 날’ 담보권 설정이 이루어진 경우 양자의 우열 여부에 대하여는 판단한 바 없었다. 이러한 점에서 이 결정은 신고납세방식의 지방세의 법정기일(신고일)과 담보권의 설정일이 같은 경우 양자의 우선순위에 대하여 판단한 최초의 결정이라는 데 그 의의가 크다.

조세채권과 담보권의 우열 여부는 결국 담보권자가 조세채권의 성립을 예상할 수 있었는지에 따라 달라진다고 할 것인데, 소수의견에서 지적된 바와 같이 현행제도 하에서는 담보권설정자의 협조 없이 담보권자 스스로의 힘만으로 조세내역을 예측하여 담보가치를 파악하는 데 한계가 있음은 사실이다.

그러나 다수의견은 불완전한 조세채권의 공시기능으로 인한 위험은 담보권자의 우월적 지위를 이용한 담보권설정자의 협조 및 당사자들 사이의 정보 교환으로 이를 회피하거나 감소시킬 가능성이 있고, 담보권을 취득하려는 자는 법정되어 있는 과세표준 및 세율을 적용하여 담보권설정자가 부담하는 조세채무의 대강을 어느 정도 예측할 수 있으므로, 이 사건 조항이 담보권자의 예측가능성을 현저히 침해한 것은 아니라고 판단하였다. 특히 이 사건은 ‘담보목적물 취득시 발생한 취득세’가 문제된 사건인바, 위 취득세는 그 존재 및 세액의 대강을 담보권자가 충분히 예상할 수 있는 세목이라는 점이 이 사건 결정에 중요한 요소로 작용한 것으로 보인다.

산업입지 및 개발에 관한 법률 제11조 제1항 등 위헌소원

- 사인을 위한 수용 사건 -

(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114, 판례집 21-2상, 562)

이 황 희*

【판시사항】

1. 민간기업을 수용의 주체로 규정한 ‘산업입지 및 개발에 관한 법률’(2001. 1. 29. 법률 제6406호로 개정된 것, 이하 ‘산업입지법’이라 한다) 제22조 제1항의 “사업시행자” 부분 중 “제16조 제1항 제3호”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 수용조항’이라 한다)이 헌법 제23조 제3항에 위반되는지 여부(소극)
2. 민간기업에게 산업단지개발사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 규정한 이 사건 수용조항이 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 위반되는지 여부(소극)
3. 이 사건 수용조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 이 사건 수용조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
5. 산업단지개발사업의 범위에 있어 주된 사업에 “부대되는 사업”을 규정하고 있는 산업입지법(1995. 12. 29. 법률 제5111호로 개정된 것) 제2조 제6항 자목(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다)이 법률의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)

【심판대상】

산업입지법 제2조 제6호 자목(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다) 및 제22

* 헌법연구관

조 제1항의 “사업시행자” 부분 중 “제16조 제1항 제3호”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 수용조항’이라 한다)의 위헌여부

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구외 ○○전자 주식회사는 2004. 2. 23. 아산시장에게 ‘산업입지 및 개발에 관한 법률’(이하 ‘산업입지법’이라 한다) 제11조 및 같은 법 시행령 제13조에 의하여 충청남도 아산시 탕정면 ○○리, □□리, △△리 일원 토지 3,261,281㎡에 대하여 ‘산업단지 지정승인 요청서’를 제출하였고, 아산시장은 2004. 4. 19. 요청서에 대한 의견서 등을 첨부하여 위 요청서를 충청남도지사에게 전달하였다. 이에 충청남도지사는 2004. 7. 31. ○○전자를 사업시행자로 하여 아산시 탕정면 ○○리, □□리, △△리 일원 토지 2,113,759㎡를 ‘탕정 제2일반지방산업단지’로 지정 승인한 후, 2004. 8. 5. 산업입지법 제7조 의3의 규정에 따라 충청남도 고시 제2004-159호로 이를 고시하였다.

나. 청구인들은 위 산업단지 내에 토지를 소유하고 있는 토지소유자들인 바, 위 산업단지 내에 위치한 청구인들 소유의 토지가 위 고시에 따라 수용대상토지로 지정되었다. ○○전자는 청구인들과 위 토지의 취득 등에 대하여 협의를 하였으나 협의가 성립되지 아니하여 충청남도지방토지수용위원회에게 재결을 신청하였고, 충청남도지방토지수용위원회는 2006. 5. 22. 위 토지 및 그 지상물에 대하여 수용재결하였다.

다. 이에 청구인들은 2006. 7. 24. 대전지방법원에 충청남도지방토지수용위원회를 상대로 이 사건 수용처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으며(대전지방법원 2006구합2239), 위 소송계속 중 산업입지법 제11조 제1항 등이 헌법 제23조 제3항, 제37조 제2항 등에 위반되고, 산업입지법 제2조 제6호 자목이 명확성의 원칙에 반한다는 이유로 위헌법률심판제청신청(대전지방법원 2005아163)을 하였으나, 2007. 9. 19. 기각되자, 같은 해 10. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계

인의 의견 요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 헌법 제23조 제3항이 ‘공공필요성’이 있는 경우에 한하여 재산권을 수용할 수 있다고 규정하고 있음에도 불구하고, 이 사건 수용조항은 민간기업이 단지 산업단지를 조성한다는 이유만으로도 다른 사인의 토지를 수용하도록 하고 있다. 생존배려형 민간기업이 아닌 영리적 민간기업의 경우 이윤 추구가 목적이고, 설사 그 경제활동으로부터 세수의 증가 등이 산출된다 하더라도 이를 근거로 공공필요성에 부합한다고 보기 어려우며, 개발로부터 창출되는 이윤에 대한 환수규정조차 두지 않고 있는 점에서 이 사건 수용조항은 공공필요성을 결여한 것이라 할 수 있으므로 이는 헌법 제23조 제3항에 위반되고, 가사 공공필요성이 있다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위반된다.

또한, 공익사업을 시행하는 사업시행자라 하더라도 민간기업의 경우에는 이윤추구를 궁극적인 목표로 하고 있기 때문에 국가 또는 지방자치단체, 공법인이 사업시행자가 되는 경우와 비교하여 토지수용권을 부여함에 있어 더욱 엄격한 기준이 적용되어야 하지만, 도시 및 주거환경정비법, 기업도시개발 특별법 등이 민간기업에게 토지수용권을 부여함에 있어서 적게는 사업대상 토지의 50% 이상을, 많게는 67% 이상의 토지를 협의매수하는 때에, 그리고 토지소유자 총수의 50% 이상 내지 80% 이상의 동의를 얻는 때에 비로소 일방적인 토지수용권을 부여하고 있는데 반하여, 산업입지법에서는 사업시행자가 된 민간기업에게 일정한 토지취득조건을 부과하지 아니한 채 전면적인 토지수용권을 인정하고 있는바, 이에 따라 다른 법률들과 비교할 때 단지 산업입지법이 적용되는 산업단지로 지정되었다는 이유만으로 산업단지 내 토지소유자들은 수용에 의해 토지소유권을 상실당할 위험이 더 크다고 할 것이므로, 이 또한, 헌법 제23조 제3항 위반이며, 나아가 합리적인 근거가 없는 차별로서 헌법상 평등권에 위배되는 것이다.

한편, 청구인들은 자신 소유의 토지에서 농사를 지으며 평화로운 삶의 여유를 누리면서 노후를 보낼 권리, 즉 헌법상 행복추구권, 거주이전의 자유가

있는바, 이 사건 수용조항으로 인하여 위와 같은 기본권이 침해된다.

(2) 이 사건 정의조항은, ‘부대되는 사업’의 개념이 지극히 모호하여, 법률의 명확성원칙에 반한다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 이 사건 수용조항은, 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하기 위한 것이므로 공공필요성이 인정되고, 공공필요성이 인정되는 이상 사업시행자가 민간기업이라 하더라도 헌법 제23조 제3항에 반한다고 할 수 없다.

또한, 위 수용조항은, 산업입지법의 입법목적을 실현하기 위한 것으로서 목적이 정당하고, 산업단지를 개발함에 있어 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한할 경우 예산상의 어려움이나 기업들의 입주에 대한 불투명성 등의 문제들이 발생할 수 있으므로 산업단지의 최종 수요자로 하여금 직접 개발하도록 하는 것이 효율적일 수 있다는 점, 산업입지법은 산업단지를 개발할 수 있는 민간기업의 자격을 제한하고 있고 사업시행자인 민간기업의 이윤추구를 적절히 제한할 수 있는 방법도 규정하고 있다는 점 등에 비추어 보면 방법의 적정성 또한, 인정되므로, 이를 두고 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 수 없고, 따라서 이 사건 수용처분에 의해 청구인들의 토지가 수용되어 거주를 옮겨야 하는 등의 불편이 초래된다 하더라도 이는 행복추구권 또는 거주이전의 자유를 침해하지 않는다.

산업입지법상 산업단지개발사업은 공공의 필요성이 강하고, 민간기업의 이윤추구를 제한할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있을 뿐 아니라, 민간기업의 토지수용권에 일정한 제한을 두고 있는 도시 및 주거환경정비법 등과는 그 입법목적이 서로 다르므로, 이 사건 수용조항이 토지수용권을 행사함에 있어 다른 법률과 같은 제한을 두고 있지 않다고 하여 이를 합리적 근거 없는 차별이라 할 수 없다.

(2) 이 사건 정의조항은, 산업단지를 개발함에 있어 필요한 모든 개별적 시설들에 관하여 상세히 규정하고 있지 않으나, 이 조항에서의 ‘부대되는 사

업'이란 공장용지조성사업 등에 수반되는 사업으로서 산업단지개발사업의 시행을 위하여 필요한 사업이라고 충분히 예측할 수 있으므로, 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 이해관계인 ○○전자 주식회사 및 충청남도지방토지수용위원회의 의견요지

(1) 산업입지법의 입법목적이 공익을 달성하기 위한 것인 이상 민간기업이 사업시행자가 된다고 하여 그 산업단지개발사업의 공익성이 달라진다고 볼 수 없다는 점, 산업입지법의 기본 정신은 민간기업의 영리추구와 공공필요의 조화를 통하여 민간기업에 의한 산업단지 개발과 국가경제의 발전이라는 공익을 모두 달성하고자 함에 있다는 점, 산업입지법은 민간기업이 사업시행자가 됨으로써 발생할 수 있는 문제점들을 해결할 수 있는 다양한 법적 장치들을 두고 있다는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.

또한, 헌법 제23조 제3항은 “일정비율 이상의 토지를 협의취득할 것” 등을 요건으로 하고 있지 않고, 민간기업의 토지수용권 행사에 일정한 제한을 두고 있는 다른 법률과 산업입지법은 제정 목적, 규율 대상 사업, 공익성의 정도가 달라 다른 법률과 토지수용권의 요건이 상이하게 규정된 이 사건 수용조항에는 합리적 이유가 있다 할 것이므로, 이 조항의 적용을 받는 청구인들이 평등권을 침해받는다고 볼 수도 없다.

이 사건 수용처분으로 인하여 청구인들이 거주이전의 자유를 제약당한 것은, 토지수용의 경우에 언제나 발생하는 문제일 뿐이고, 이 사건 수용조항이 재산권 및 평등권을 침해하지 않는 이상 행복추구권이나 거주이전의 자유역시 침해하지 않는다.

(2) 이 사건 정의조항은, 다른 규정과의 상호관계를 고려하는 등의 해석을 통해 그 의미를 확정할 수 있는 경우에 해당하고, 우리나라 현행법 가운데다 각종 사업에 대한 정의규정을 둔 상당수의 법률들이 이 사건 정의조항과 같은 형식을 취하고 있다는 점에서 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

라. 이해관계인 건설교통부장관의 의견요지

법원의 위헌제청신청기간 이유 및 ○○전자 주식회사, 충청남도지방토지수용위원회의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

1. 헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인 결정하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.

오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이러한 경우 산업단지개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면도 있을 것이다. 그렇다면 민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며, 나아가 이 사건 수용조항을 통해 민간기업에게 사업시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다.

2. 이 사건 수용조항은 산업입지의 원활한 공급과 산업의 합리적 배치를 통하여 균형있는 국토개발과 지속적인 산업발전을 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하고자 하고, 나아가 산업의 적정한 지방 분산을 촉진하고 지역경제의 활성화를 목적으로 하는 것이다. 산업입지가 원활히 공급

된다면 산업단지의 건설이 용이해 질 수 있고, 따라서 산업단지의 건설을 통하여 효과적인 경제적 발전 내지 성장을 기대할 수 있다. 나아가 산업단지의 개발로 인한 경제적 발전은, 그간 우리 사회의 사회문화적 발전에서도 큰 초석이 되어왔다. 그와 같은 경제의 발전이 해당 국가공동체에서 영위되는 삶의 문명사적 수준을 신장시킨 주요한 동력이 되어 왔다는 점에서, 산업단지 개발의 사회적 중요성을 확인할 수 있다.

또한, 산업입지법상 규정들은 산업단지개발사업의 시행자인 민간기업이 자신의 이윤추구에 치우친 나머지 애초 산업단지를 조성함으로써 달성, 견지하고자 한 공익목적에 해태하지 않도록 규율하고 있다는 점도 함께 고려한다면, 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요성’을 갖추고 있다고 보인다.

3. 이 사건 수용조항의 입법목적은 앞서 이 사건 수용조항의 공공필요성을 검토하면서 확인한 바와 같고, 이 사건 수용조항을 통하여 사업시행자는 협의에 응하지 않는 사람들의 토지를 시가에 따라 적절히 매수할 수 있으며, 이에 따라 사업을 원활하게 진행할 수 있을 것이므로 위 수용조항은 위와 같은 입법목적의 달성에 매우 효과적인 수단임이 인정된다. 산업입지법상 사업시행자에게도 여전히 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어지고, 산업단지로 지정된 토지가 사후에 산업단지에서 제외되거나 아니면 산업단지로서의 효용을 상실하게 되면 환매권이 발생하는 점, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하는 점, 산업입지법상 수용에 이르기까지의 과정이 적법절차원칙에 따라 진행되도록 보장되는 점, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점, 수용대상의 범위도 필요한 범위를 넘는다고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피수용자의 재산권을 필요 이상으로 과도하게 제한한다고 할 수 없고, 국민 경제의 건전한 발전 및 산업의 지방분산 촉진, 지역경제의 활성화 등의 공익적 중대성을 감안한다면 이 사건 수용조항이 공익과 사익 간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다.

4. 비록 이 사건 수용조항은 수용에 앞서 일정한 토지취득 요건 등을 부

과하는 여타의 법률들과 달리, 그러한 요건을 두지 아니한 채 전면적인 토지 수용권을 인정하고 있으나, 이 사건 수용조항이 추구하고 있는 산업단지의 개발, 국가 및 지역 산업의 발전, 고용 창출, 산업의 전국적 분산 및 국토의 균형발전 등의 내용에 비추어 산업입지법은 여타의 법률들과 상이한 공익적 목적과 내용을 가진다고 할 수 있고, 아울러 산업입지법에서도 사업시행자에게는 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어진다든 점 등을 함께 고려한다면, 이 사건 수용조항을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

5. 이 사건 정의조항에서의 “부대되는 사업”이란 산업입지법 제2조 제6호의 가목 내지 아목과 같은 주된 사업에 덧붙여서 시행되는 사업임을 조문의 구조 및 어의에 비추어 예측할 수 있고, 주된 항목을 먼저 나열한 후 최종 항목에서 앞선 항목에 ‘부대되는’ 업무 혹은 사업으로 규율하는 방식은 여타의 법률들이 보편적으로 취하고 있는 규범 형식인 만큼 명확성이 부족하다고 보기 어려우며, 적어도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서서는 위 조항의 의미론적 중추를 대략적으로 예측할 수 있다 할 것이다.

재판관 김종대의 반대의견

민간기업이 수용의 주체가 되는 경우는 국가가 수용의 주체가 되어 그 수용의 이익을 공동체 전체의 것으로 확산시키는 역할을 자임하는 경우와 비교하여 수용의 이익이 공적으로 귀속될 것이라는 보장이 힘들다는 점에서, 그와 같은 수용이 정당화되기 위해서는 당해 수용의 공공필요성을 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 더욱 심화된 입법적 조치가 수반되어야만 한다. 이를테면, 해당 사업의 수용으로 인한 개발이익에 대하여 지속적인 환수조치를 보장한다거나 그 기업의 수용으로 인한 영업상 수익에 대한 공적 사용의 방도를 마련하고 해당 지역민들에 대한 의무적인 고용할당제를 실시한다거나 하는 조치 등을 부가함으로써 수용을 통해 맺게 된 풍성한 과실을 수용자와 피수용자를 포함한 공동체가 함께 향유하도록 제도적으로 규율하여야 하는 것이다. 이러한 법적·제도적 보완이 행하여지지 않는 한, 이 사건 조항들에 따른 민간기업에 의한 수용은 우리 헌법상

재산권 보장의 가치와 부합되기 어렵다.

또한, 부득이 이 사건 조항들에 따라 민간기업에게 수용권한을 부여할 경우라도, 수용재결에 이르기 전까지 사업시행자에게 미리 일정한 비율의 토지를 매수할 것을 법적 요건으로 규정하는 등과 같이, 사업시행자의 일방적인 의사에 의해 토지소유자의 재산권이 상실되는 것을 완화할 수 있는 여러 방도를 모색하는 일도 충분히 가능하다 할 것이나 이러한 입법적 고려가 부재한 점은 헌법상 과잉금지원칙의 정신에 부합하지 않는다.

【해설】

1. 사인을 위한 수용에 관한 기존의 논의들

가. 서설

청구인들 주장의 핵심적 부분은, 민간기업이 자신들의 사업에 이용하기 위하여 청구인들 소유의 토지를 수용하는 것(이하 ‘사인을 위한 수용’이라 한다)은 ‘공공필요성’의 조건을 충족하지 못하므로 이 사건 수용조항 등이 헌법 제23조 제3항에 위반된다는 점이다.

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요가 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다(헌재 2000. 4. 27. 99헌바58, 판례집 12-1, 544, 552 등 참조).

요컨대, 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요가 있을 것이라는 요건 속에, 사인을 위한 수용의 경우까지 포섭되는지 여부가 핵심적인 쟁점이라 할 것이다.

나. 사인을 위한 수용에 있어서도 공공필요의 요건을 충족한다고 볼 수 있는지 여부

(1) 학설상의 논의

민간 기업과 같은 사경제주체라 하더라도, 이들을 위한 수용이 헌법상 허용될 수 있다는 점에 있어서 학설의 대부분이 일치하고 있다.

가) 학설의 주류는 사기업의 종류를 두 가지로 분류하여 이론적 접근을 시도한다.¹⁾ 전기, 가스, 상하수도 등과 같이 국민의 생존을 배려하는 급부행정작용에 준하는 활동을 하는 ‘생존배려형 사기업(Daseinsvorsorgeunternehmen)’과 공공성이 현저히 떨어지고 이윤추구의 목적이 기업경영의 전면에 나서는 ‘경제적 사기업(Private Wirtschaftsunternehmen)’으로 구분하여, 전자의 경우 이러한 사기업들은 사적 이윤의 추구도 그 목적으로 하지만 동시에 공공성이 큰 공익사업을 수행하는 것이므로 이들을 위한 수용은 원칙적으로 된다고 보고, 후자의 경우 이들이 오로지 사적 영리추구만을 목표로 한다고 하더라도 이러한 사기업이 자신의 기업 활동의 결과 간접적으로 그 어떤 공공복리를 실현시킨다면, 그리고 그 공공복리의 실현을 목적으로 하는 사업수행을 위해 일정한 재산권에 대한 공용침해가 불가피하다면 이들을 위한 수용도 허용될 수 있다고 본다.

예컨대, 실업률이 높은 또는 경제구조가 상당히 침체되어 있는 지역에 있어서 고용수준이 높고 생산성이 뛰어난 일정 사기업의 건설 또는 확장을 위해 불가피한 경우 공용필요에 따른 수용을 허용해 줌으로써 결국 해당 사기업의 원활한 영업활동의 결과 그 지역의 고용이 증대되고 지역별·분야별 경제구조가 현저히 개선된다면, 이러한 공익은 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 해당하고, 결국 이 해당 사기업을 위한 수용은 정당화될 수 있다는 것이다.

한편, 위 견해들에 따르면, 이러한 사기업을 위한 수용에 있어서 그 기업으로 하여금 해당 공익사업을 항구적으로 추진하도록 통제하는 제도적 장치

1) 김성수, 일반행정법(제2판), 법문사, 2004, 646쪽 이하; 정연주, “사인을 위한 공용침해”, 석정허영민박사회학기념논문집, 1993; 정연주, “공용수용에 있어서 계속적 공익실현을 위한 보장책”, 감정평가논집 제5호, 1995; 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 고려법학 제48권, 2007; 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 토지공법연구 제24권, 2004 각 참조.

가 마련되어야 한다. 즉, i) 생존배려형 사기업의 경우 그 사업 자체가 바로 공익사업에 속하기 때문에 국가의 공적과제에 속하는 당해 기업의 사업 활동 자체가 원만히 수행될 수 있도록 하는 대비책이 있다면 충분할 것이 나,²⁾ ii) 경제적 사기업의 경우 당해 기업을 특별한 제도적 보장책을 통해 지속할 필요성이 더욱 커진다.³⁾

나) 그 외에, (a) 단순히 영리 추구를 목적으로 하는 사기업을 위한 토지수용은 허용될 수 없다고 보는 견해도 있고,⁴⁾ (b) 공공복리를 실현하기 위하여 법적 지속장치의 마련을 주장하는 다수 의견에 대하여, 그와 같은 법적 지속장치(가령, 의무적 고용할당제)는 극단적으로 사기업으로 하여금 적자경영을 강제하는 결과가 될 수 있으므로, 결국 이는 ‘고용수준의 현저한 증가’나 ‘지역별·분야별 경제구조의 개선’이라는 경제·사회적 공익 증진의 결과를 보장하지 않는다는 비판론도 제기되고 있다.⁵⁾

(2) 외국에서의 유사한 판례들

(가) 독일

독일 다임러 벤츠사가 Boxberg지역에 자동차주행시험용 시설의 설치를 위한 공용수용이 연방건축법상 가능한가의 여부를 둘러싸고 벌어진 독일연방행정법원과 연방헌법재판소간의 법리논쟁으로 유명한 이른바 Boxberg 판

2) 이들 기업에 대한 국가와 지방단체의 통상적이고 포괄적인 지휘·감독권이 이에 해당할 것이다.

3) 김성수 교수는 각종의 행정행위 부관, 사업자의 구체적인 행위에 대한 신고 및 인·허가권의 유보 등을 제도적 장치의 예로서 언급하고 있다. 김성수, 앞의 책, 652쪽. 정연주 교수는 해당 공익사업이 지역적 또는 분야별 실업률을 완화시키거나 국민 경제적으로 중요한 재화의 공급을 확보하기 위한 사회·경제·정책적 목적을 추구할 경우에는 일반적으로 일정한 할당의무(Kontingenzierungsklausel)를 해당기업에게 부과함으로써, 일정 수 이상의 일자리를 마련하거나 일정량 이상의 연료나 재화 또는 원료를 생산하여 일정 주민이나 지역에 대하여 공급하도록 의무지우는 내용의 보장책이 고려될 수 있다고 하였고, 이러한 보장책의 문제는 포괄적인 사법적 통제와 심사의 대상이 되어야 한다고 보았다. 정연주, “공공수용에 있어서 계속적 공익 실현을 위한 보장책”, 194-5쪽.

4) BVerfGE 56, 249 사건에서 Böhmer 판사의 소수의견. 김성수, 앞의 책, 649쪽에서 재인용. 이에 대한 김성수 교수의 논박은 같은 책, 650쪽 참조.

5) 박태현, “사인을 위한 공용침해 再考”, 토지공법연구 제40집, 2008, 51-2쪽.

결은, 수용처분과 이 처분을 다투었던 행정법원의 판결을 심판대상으로 한 것이었다. 위 판결에서, ① 연방행정법원은 1987년에 개정된 연방건축법 제 87조 제1항의 규정을 근거로 지역에서의 고용창출과 지역경제의 활성화를 위하여 사기업인 벤츠사를 위한 수용이 가능하다고 본 반면,⁶⁾ ② 연방헌법 재판소는 연방건축법 제87조 제1항상의⁷⁾ “공공의 복리”는 기본법 제14조 제 3항 제1문의 공공의 복리와 동일한 개념으로서 “지역경제의 활성화”라는 목적은 연방건축법에 이를 명시하여 공용침해를 허용하는 규정이 없는 한 공공의 복리 개념에 합치하는 것으로 확대해석할 수 없다고 판시하였다.⁸⁾

즉, 독일연방헌법재판소는 “지역경제의 활성화”와 같은 간접적·부수적인 형태의 목적이 수용을 규정하는 법률에 명백히 기술되지 않았음을 근거로, 해당 수용의 위헌성을 지적하였지만, 달리 말하자면 “지역경제구조의 개선이나 일자리 창출” 등과 같은 사기업활동의 부수적인 결과라 할지라도 그것이 수용 법률에 명백히 규정되어 있는 한 사인을 위한 수용의 허용요건으로서 공공복리의 개념에 해당할 수 있다고 본 것이다.⁹⁾

(나) 미국

미국 수정헌법 제5조는, 정당한 보상없이, 사유재산이 공적 용도로 수용당하지 아니한다고 규정하고 있다(nor shall private property be taken for public use, without just compensation). 여기에서 공적 용도(public use)의 개념이 문제된다.

미국의 판례는 ‘공적 용도’의 개념을 다음과 같이 3가지의 유형으로 정의

6) BVerwGE 71, 108.

7) 연방건축법 제87조 (공용수용의 허가를 위한 전제조건) (1) 공용수용은 개별적 경우에 공공복리를 위해 필요한 경우와, 공용수용목적이 다른 방법으로는 이루어질 수 없을 경우에만 허용된다(헌법재판소, 독일연방헌법재판소 판례번호집, 합본집 제1권, 549-550쪽).

8) “사기업의 사업대상물이 이미 일반적으로 인정되는 존재유지 영역이라고 할 수 있는 경우(ex. 교통 및 공익사업부분)에는 이 ‘공공의’ 의무를 규정에 맞게 수행할 예비 작업이 이루어진 것만으로 족하다. 이에 반해서 공공복리를 위한 사용이 사업 자체가 아니고 이 사건에서처럼 단지 기업 활동의 간접적인 결과일 때에는 이와 같은 규정은 충분치 않다. 이때에는 간접적으로 성취되고 그래서 처음부터는 이를 수 없는 공용수용의 목표를 법률적으로 구체화할 것이 요구되어야 한다.” BVerfGE 74, 264(286).

9) 김남철, 앞의 논문, 583-5쪽.

해 온 바 있다. 첫째, 최협의의 개념으로서 “공소유”(public ownership)를 의미하는 것으로 이해한 적이 있었다. 정부가 특정인의 사인 토지를 공소유의 목적으로 수용하는 때가 이에 해당한다. 그러나 이 개념은 19세기 초, 정부가 철도 등을 운영하는 사기업들에게 공용수용권을 부여함으로써 더 이상 통용되기 어렵게 되었다. 다음으로, 광의의 개념으로서 공적 용도란 이른바 “공중에 의한 사용”(use-by-the-public)을 의미하는 것으로 이해한 적도 있었다. 그러나 이 개념은 교도소, 군사시설 등의 사용을 위한 수용을 설명할 수 없다는 결함이 있다. 세 번째는 최광의의 개념으로서 공적 용도란 “공공의 목적 또는 이익”(public purpose or benefit)을 의미하는 것으로 이해한 바 있다. 이러한 개념을 취할 경우, 사기업의 공장 등을 “공공의 목적 또는 이익”으로 볼 수 있을 것인지 여부에 관한 문제가 발생한다.¹⁰⁾

이 문제에 대해서는 첨예한 의견대립이 있어왔다. 그러나 판례의 주류는 사적(私的)인 개발을 위한 수용을 긍정해 왔다고 보인다.¹¹⁾ 물론, 이에 비판적인 판례도 존재하는 것이 사실이나, 이러한 쟁점에 관한 2개의 연방대법원 판결이¹²⁾ 공용수용의 허용에 관대한 입장을 취하고 있고, 나아가 2005년 연방대법원이 *Kelo v. New London* 사건에서 5대 4의 의견으로¹³⁾ 사적인 개

10) 이상에서 확인한 미국 헌법상의 ‘공적 사용’ 개념의 역사적 흐름에 관한 조망은, 김민호, “사인에 대한 공용수용권 특허의 위헌성 검토”, 토지공법연구 제26집, 2005, 202-3쪽을 참조함.

11) 신평, “Eminent Domain에 관한 미국연방대법원 *Kelo v. New London* 사건 분석”, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006, 190쪽. 신평 교수는, 공중에게 이익이 돌아간다는 이유로 카지노의 주차장 건설을 위해 과부의 집이 수용당하는 경우[*City of Las Vegas Downtown Redevelopment Agency v. Pappas*, 76 P.3d 1(nev.2003)], 토지사용의 효율성을 높이기 위해 어떤 사업체의 토지가 보다 큰 사업체의 사업을 위해 일부 수용되는 경우[99cents Only Stores v. Lancaster Redevelopment Agency, 237 F.Supp. 2d 1123(C.D.Cal.2001)]를 그 예로서 들고 있다.

12) 여기서 말하는 두 개의 판결이란, 슬럼가로 변한 시가지 일부를 재개발하기 위해 공용수용권을 발동하려는 워싱턴 D.C의 노력이 헌법에 적합하다고 손을 들어 준 *Berman v. Parker*[348 U.S. 26(1954)] 판결과 주 전체 토지의 47%가 불과 72인에 의해 소유되어 주택시장의 왜곡 등이 초래되고 있다고 판단한 하와이 주 의회가입을 해결하기 위하여 하와이 주택공사를 설립하고 여기에 임대인의 토지를 임차인에게 양도하도록 수용할 수 있는 권한을 부여한 사건에서 토지수용제도의 적헌성을 확인한 *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*[467 U.S. 229(1984)]판결을 의미한다.

13) Stevens, Ginsberg, Kennedy, Breyer, Souter 대법관이 다수의견에 가담하였고,

발을 위한 공용수용을 넓게 허용하는 듯한 판결이 선고됨으로써, 이 문제의 해결에 큰 시사점을 주고 있다.

1) Kelo 사건의 다수의견은, i) 연방대법원이 ‘공적 용도’(public use)를 해석함에 있어서 일반 공중의 사용이라는 좁은 개념이 아니라, ‘공공의 목적’이라는 넓은 개념으로 해석해 왔고, 이러한 연방대법원의 태도는 입법적 판단에 대한 존중이라는 오래 지속되어 온 법원의 정책을 기인한 것이고, ii) 당국이 주의를 기울여 공동체에 상당한 이익을 부여하고 새로운 일자리, 증대된 조세수입을 가져오리라 믿는 경제개발계획을 수립한 점, 토지들이 일부분의 합으로서보다 전체로서 더 큰 역할을 할 수 있게 다양한 용도를 조화시키려고 노력한 점, 철저한 숙고를 거친 점 등을 고려할 때, 평가를 위한 제한된 식견밖에 가지지 못한 법원의 입장에서는 전체적인 계획을 볼 때 그 계획이 공적 용도의 목적에 봉사하는 것임이 분명하다고 판시하였다.

2) 반대의견(O'Connor)은 i) 다수의견은 입법부의 판단을 존중한다고 하지만, 공적 용도인지 사적 용도인지의 구별을 정치적 기관만이 행한다고 한다면, 수정헌법 제5조의 public use 조항은 단순한 권고적 성격으로 격하되어 버린다는 점, ii) 다수의견에 따르면, 경제개발이라는 명분하에 모든 사적 재산들이 수용되어 다른 사적 소유자에게 수용될 수 있는 취약성을 갖게 된다는 점, 즉 이 판결로 인하여 향후 거의 모든 부동산은 공용수용에 취약(susceptible)하게 되었다는 점 등을 근거로 다수의견에 반대하였다. 한편, Thomas 대법관도 별도로 반대의견을 내었는데, 그 요지는 다수의견에 의해 사적 개발을 위한 공용수용이 쉽게 허용됨에 따라 그 이익을 보는 사람들은 정치적 과정에서 큰 영향력을 가진 사람들이 될 것이라는 점이다.

O'Connor, Renquist, Thomas, Scalia 대법관이 소수의견에 가담하였다. 이 사건의 경과는 다음과 같다. 2000. 뉴런던시는 1,000개 이상의 일자리를 창출하고, 세입 및 기타 수익을 증대시키며, 경제적으로 침체, 낙후된 도시를 활성화시키기 위하여 입안된 개발계획을 승인하였다. 지난 수 십 년간의 경제적 쇠퇴로 인하여 1990. 시는 ‘낙후지역’으로 지정되기에 이르렀다. 1998. 시의 실업률은 코네티컷 주의 2배였고, 인구는 1920년 이래로 최하위 수준인 24,000명 미만이었다. 시로부터 수용권을 위임받은 뉴런던개발사가 개발사업에 필요한 토지를 확보하기 위하여 이를 수용하자, 수용된 토지의 소유자들 9명이 위 회사를 상대로 토지수용결정이 공적 용도의 요건을 만족시키지 않는다고 주장하며, 소를 제기하였다.

(다) 사인을 위한 “국가의” 수용에 대한 판례

1) 프랑스

자동차 제조회사의 시설확충을 위한 토지수용 같은 것이 공익요건을 충족하느냐와 같은 사건에서 Conseil d'Etat는 당해 수용행위의 적법성을 인정하였다. 이유는 그 수용행위를 통해서 산업지역이 확장되며 이것이 그 지역의 경제적·사회적 발전의 기회를 증대시켜 준다는 것이었다. 종래에는 재정적 고려는 수용행위를 정당화시킬 수 없다는 점이 강조되었으나 근래에는 공재정(公財政)의 안정이 공공복리의 실현에 이바지 한다는 관점에서 그 재정적 고려 역시 수용행위를 정당화시켜 주는 이유로서 작용하고 있다고 분석되고 있으며, 위 판결에서도 재정적 고려를 하였다.¹⁴⁾

2) 우리나라

대법원은 관광시설인 ‘위커힐’ 건설을 위한 토지수용에 있어 그 관광사업이 토지수용법상의 공익사업에 해당하는가 하는 점이 문제된 사건에서 동시설이 토지수용법 제3조 제1항 제3호상의 문화시설에 해당한다고 판시한바¹⁵⁾ 있다.¹⁶⁾

2. 이 사건 수용조항의 위헌여부

가. 공용수용 법률에 대한 심사기준

(1) 우리 재판소는, 시장재건축 불참자에 대한 매도청구권의 행사를 규정한 법률에 관한 위헌소원 사건에서, “매도청구권의 행사로 재건축불참자는

14) Conseil d'Etat, 20.7.1971(Ville de Sochaux); Auby, R.D.P., 88(1972), p. 714; 박수현, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 국토연구 14권, 1990, 116쪽에서 재인용. 구체적인 사실관계를 알 수 없으나, 위 논문의 註 16에서 당해 판결에서 문제된 수용에 관하여 “표면적으로는 도로변경을 위한 토지수용에 관계되는 것이나, 그것에 의해 실제로 이익을 보며 또한 그 계획을 주도한 것은 Pougeot회사였다”고 평가한 것으로 보아, 예측컨대 이는 사인에게 직접 수용권을 부여한 사안이라기보다는, 사인을 위해 국가가 공적 명분(도로변경)을 활용하여 수용을 한 사안으로 보인다.

15) 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다1716 판결.

16) 이 사안은 교통부장관이 스스로 기업자가 되어 수용을 한 사안이다. 프랑스의 판례와 우리나라의 판례는 비록 수용의 주체가 국가라는 점에서 이 사건 심판의 쟁점 구조와 정확히 일치하는 사안이라 할 수 없지만, “일반 사기업을 위하여 수용을 한 경우”에 이를 적합한 것으로 인정한 판례라는 점에서 이 사건 심판과 전혀 무관하다고 할 수는 없다.

그 의사에 반하여 재산권이 박탈당하는 결과에 이른다는 점에서 실질적으로 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같은 것으로 볼 수” 있다고 하면서, 이러한 공용수용 조항에 대한 “심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 따라 이루어져야 할 것”(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18, 판례집 18-2, 32, 47-48)이라고 판시하여, 공용수용을 규정한 법률조항에 대해서는 과잉금지 원칙 역시 심사의 기준이 되어야 함을 밝힌바 있다.

(2) 우리 헌법은 공용수용과 관련하여 ‘공공필요’에 부합할 것을 요구하고 있다. 이에 더하여 다수의 견해는 공용수용에 있어서도 비례의 원칙이 위헌 심사의 기준이 된다고 본다. 앞서 본대로 우리 재판소의 판례(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18, 판례집 18-2, 32) 역시 그와 같은 취지를 밝힌바 있다. 그런데, ‘공공필요’와 ‘비례성’과의 관계에 대해서 다음과 같은 견해들이 제기되고 있다.

① (제1설) 공공의 필요성 심사에서 헌법 제37조 제2항의 비례성 원칙의 심사를 수행함이 옳다는 견해가 있다. 대표적으로, 2003헌바18 결정에서의 헌법재판소의 태도가 이에 해당한다.¹⁷⁾ ② (제2설) 재산권의 공용수용이라는 대상에 한하여 특별한 규율을 명하고 있는 헌법 제23조 제3항은 헌법 제37조 제2항의 특칙이라 할 수 있으므로, 공용수용에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 적용될 여지가 없고, 다만 ‘공공의 필요성’을 판단한다 하더라도 그와 함께 헌법 제23조 제3항에 내재한 비례성 원칙이 심사기준으로 또한 활용될 수 있다고 보는 관점도 있다. 이 관점에 설 때에는, 공용수용에 대한 위헌성 판단은 헌법 제23조 제3항의 위반여부뿐만 가늠되며, 헌법 제37조 제2항의 위반여부에 관한 별도의 심사를 요하지 않는다.¹⁸⁾ ③ (제3설) ‘공공의 필요

17) 2003헌바18 결정은, “헌법 제23조 제3항 공용수용의 요건 중 ‘공공의 필요성’을 갖추었는지에 대한 의문(…)에 대한 심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 따라 이루어져야 할 것이므로 (…) 단순한 재산권의 제한으로 보는 경우와 결과적으로 크게 다를 바 없다” 하였다(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18, 판례집 18-2, 32, 48).

18) 헌법 제23조 제3항은 재산권 영역에 한정하여 고유하게 적용되는 기본권 제한의 특별한 규범적 기준이므로, 공용수용에 대한 위헌성 심사는 결국 헌법 제23조 제3항의 심사로서 완결되는 것이다. 장영수, 헌법학, 홍문사, 2007, 762쪽. 장영수 교수는 “비례의 원칙은 (…) 국가권력행사의 모든 영역에서 비중있게 고려되는 헌법적인 요청으로 이해되고 있다.”고 설명하고 있는바(위의 책, 200쪽), 이에 따를 때 공

성'은 수용의 목적으로서 판단되어야 하고, 수용과 관련된 제반 기본권 침해 여부에 대해서는 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 별도의 비례성 심사가 이루어져야 한다는 관점이 있다.¹⁹⁾ 이 관점 속에서도 공공필요의 범위와 관련하여 견해들이 나누어진다. 우선 공공필요를 헌법 제37조 제2항의 '국가안전보장, 질서유지, 공공복리'보다 넓은 개념으로 이해하는 입장이 있다. 이 입장은 공용침해의 경우에는 그에 대한 정당한 보상이 지급되므로, 공익과의 형량을 통해 금전적 보상도 없이 초래되는 기본권의 일반적인 제약과 비교해 볼 때 공공필요의 의미를 더 넓게 파악할 수 있다고 한다.²⁰⁾ 이에 반해 공공필요를 헌법 제37조 제2항에서 규정된 기본권 제한의 목적과 유사한 의미로 이해하는 입장도 있다.²¹⁾

나. 헌법재판소의 입장

(1) 기존 헌법재판소 결정례

공공필요를 검토할 때 비례성 원칙의 심사를 행한 판례로는, 예컨대, 하천 구역 제외지의 국유화 조치에 관한 결정(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12)과 시장 재건축 불참자의 토지 등에 대해 집합건물의 경우보다 완화된 요건으로 매도청구권을 인정하는 사안에 있어서의 결정(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18)이 있다. 그런데, 양자는 비례성 원칙의 심사 강도에 있어서 차이를 보인다. 전자는 수용의 방식과 관련한 비례성 원칙의 심사에 있어서 수용 방식에 관한 입법자의 재량을 인정하고 그 일탈남용을 검토하는 형식으로 이루어진데 반하여, 후자는 과잉금지원칙의 심사를 구성하는 4단계의 요건들, 즉 목적의

공수용에 대한 위헌성 심사가 위와 같이 헌법 제23조 제3항의 심사로 완결되더라도 여전히 “법치국가 원리에서 당연히 파생되는”(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정) 비례성 심사는 있어야 한다고 볼 수 있다.

한편, 장영수 교수는 헌법 제23조 제3항의 '공공필요'는 헌법 제37조 제2항의 '국가안전보장·질서유지 또는 공공복리'보다 넓은 개념이므로, 헌법 제23조 제3항에 의한 심사는 헌법 제37조 제2항의 엄격한 심사보다 다소 완화될 수 있다고 보기도 한다.

19) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 660쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2007, 545쪽.

20) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 763쪽; 장영수, 앞의 책, 762쪽; 성낙인, 앞의 책, 547쪽 이하; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2005, 526쪽.

21) 문홍주, 한국헌법, 해암사, 1987, 293쪽.

정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 모두 검토하였다.

(2) 이 사건 결정례

이에 반해, 이 사건 결정례는 공공필요를 공익적 필요성이라는 목적개념으로 보고, 비례성 심사는 그에 대한 판단과는 별개로 과잉금지원칙 위배여부 심사에서 행하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 ‘공공필요성 인정여부’라는 항목 하에, 산업단지개발이 지니는 공익적 가치들을 검토함으로써 해당 사업의 공공필요성을 인정한 다음, 그와는 별개의 항목에서 ‘과잉금지원칙 위배여부’라는 표제 하에, 과잉금지원칙 심사를 이루는 네 가지 요건의 충족여부를 검토하였다. 그리고 이 과정에서 과잉금지원칙에서의 목적의 정당성 심사에서는, 앞서 실시한 공공필요성의 존재를 기반으로 하여 정당한 입법목적임을 실시하는 방식을 취한 바 있다.

다. 구체적 판단

(1) 사인을 위한 수용을 인정하는 것 자체가 위헌인지 여부

헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 이는 재산의 수용과 관련하여 그 수용의 주체가 국가 등에 한정되어야 하는지, 아니면 민간기업에게도 허용될 수 있는지 여부에 대하여 헌법이라는 규범적 층위에서는 구체적으로 결정된 내용이 없다는 점을 의미하는 것이다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.

또한, 이 사건과 같이 민간기업이 수용의 주체가 되는 경우라 하더라도, 그 민간기업에게 수용권을 부여하는 것은 산업단지 지정처분 등을 행하는 국가 내지 지방자치단체 등이라 할 수 있는바, 이는 궁극적으로 수용에 요구되는 공공의 필요성 등에 대한 최종적인 판단권한이 국가와 같은 공적 기관에게 유보되어 있음을 의미하는 것이다. 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판

단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다.

(2) 산업단지의 개발이 공공필요성에 부합하는지 여부

(가) 산업단지라 함은, 공장·지식산업관련시설 등과 이와 관련된 교육·연구·업무·지원·정보처리·유통 시설 및 이들 시설의 기능제고를 위하여 주거·문화·환경 시설 등을 집단적으로 설치하기 위하여 포괄적 계획에 따라 지정·개발되는 일단의 토지를 의미하는바, 산업입지가 원활히 공급된다면 산업단지의 건설이 용이해 질 수 있고, 따라서 산업단지의 건설을 통하여 효과적인 경제적 발전 내지 성장을 기대할 수 있다.

1960년대 초 경제개발계획의 추진과 더불어 시작된 산업단지 개발은 지난 세월 동안 우리나라 산업정책의 중추적인 역할을 수행해 왔다. 산업단지 개발을 통하여 국가는 기반시설 등을 구비한 부지를 개별기업들에게 공급할 수 있었으며, 이로써 기업 활동을 촉진할 수 있었다. 산업단지가 개발됨에 따라, 개별기업의 입장에서는 독자적으로 확보하기 어려운 시설들을 비교적 쉽게 이용할 수 있었고, 국가의 입장에서는 기업의 활동과 경쟁력의 제고를 통하여 국가 및 지역의 산업을 발전시키며 이로써 고용을 창출하고 산업을 전국적으로 분산시켜 국토의 균형발전을 유도할 수 있었다. 또한, 산업단지는 공업용 토지이용의 난개발을 방지하고 신규 및 이전공장의 집단화에 기여함으로써, 친환경적인 국토의 이용과 규모의 경제를 실현하는 데에도 큰 역할을 수행하였다.

나아가 산업단지의 개발로 인한 경제적 발전은, 그간 우리 사회의 사회문화적 발전에서도 큰 초석이 되어왔다. 역사적으로 반추해 본다면, 그와 같은 경제의 발전이 해당 국가공동체에서 영위되는 삶의 문명사적 수준을 신장시킨 주요한 동력이 되어 왔다는 점을 부인할 수 없다는 점에서, 산업단지 개발의 사회적 중요성을 확인할 수 있다.

(나) 한편, 앞서 언급한 내용과 같이, 국가와 달리 민간기업은 경제 활동의 근본적인 목적이 이윤을 추구하는 일에 있으므로, 이윤의 추구라는 사익에 매몰되어 민간기업의 활동으로부터 획득될 수 있는 공익이 현저히 훼손된다거나 소실되는 경우라면, 그와 같은 입법은 헌법 제23조 제3항에 위반될

소지가 있다 할 수 있다. 그러나 산업입지법 제36조 제2항, 제37조 제1항, 제4항, 제38조 제1항, 제38조의2와 같은 규정들의 내용에 비추어, 산업단지개발 사업의 시행자인 민간기업이 자신의 이윤추구에 치우친 나머지 애초 산업단지를 조성함으로써 달성, 견지하고자 한 공익목적이 해태되지 않도록 하는 제도적 규율이 결여되어 있다고 보기 어렵다.

(3) 과잉금지원칙 위배 여부

(가) 목적의 정당성 및 방법의 적절성

이 사건 수용조항의 입법목적은 앞서 이 사건 수용조항의 공공필요성을 검토하면서 확인한 바와 같고, 이는 공공복리를 추구하기 위한 정당한 입법적 목적임을 알 수 있다. 그리고 이 사건 수용조항은 그와 같은 입법목적의 달성에 매우 효과적인 수단임이 인정된다.

(나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

한편, 산업입지법에서 수용과 관련하여 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공익사업법이 준용되므로(산업입지법 제22조 제4항), 산업입지법상 사업시행자에게도 여전히 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어진다는 점(공익사업법 제16조), 만약 사업시행자에게 이 사건 수용조항과 같은 수용권한이 부여되지 않는다면 협의에 응하지 않는 사람들의 일방적인 의사에 의해 산업단지 개발을 통한 공익의 실현이 저지되거나 연기될 수 있다는 점, 사업시행자의 재결 신청에 의해 수용이 발생한다 하더라도 사업시행자로 하여금 (헌법 제23조 제3항에서 유래하는) 정당한 보상을 지급하도록 의무를 부과함으로써, 피수용권자에게는 수용에 대한 합리적인 대가를 보장하고 있다는 점, 한편 앞서 본 바와 같이 산업입지법상 수용에 이르기까지의 과정이 적법절차원칙에 따라 진행되도록 보장되고 있는바(헌재 2007. 4.26. 2006헌바10, 판례집 19-1, 482, 500) 이로써 산업단지 개발과 관련하여 다양한 이익 내지 의견들이 개진되고 고루 반영될 수 있도록 제도적 절차를 규정하고 있다는 점, 나아가 앞선 내용처럼 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실질적인 권리구제의 방안들을 마련해 두고 있다는 점 등을

종합적으로 살핀다면, 이 사건 수용조항에 의해 피수용권자의 재산권이 필요 이상으로 과도하게 침해당하고 있다고 보기 어렵다.

또한, 우리 국가공동체에서 산업단지가 수행해 온 역할 등을 감안할 때 이 사건 수용조항으로써 추구되는 국민 경제의 건전한 발전 및 산업의 지방 분산 촉진, 지역경제의 활성화 등의 공익적 중대성은 작지 않다고 할 것이며, 비록 이 사건 수용조항으로 피수용권자의 재산권이 다소 제한된다 하더라도 수용에 이르기까지의 제도적 절차 및 보상 제도 등을 종합적으로 고려할 때 그 제한의 정도가 이 사건 수용조항에 의하여 보장되는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 수용조항은 공익과 사익간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기 어려우므로, 법익의 균형성의 원칙에 반하지 아니한다.

(다) 청구인들의 각 주장에 대한 검토

1) 청구인들은 가사 이 사건 법률조항에 공공필요성이 인정된다 하더라도 사업시행자에게 필요한 범위를 넘는 토지수용권을 허용하고 있다는 점에서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반된다고 주장한다.

그러나 이 사건 수용조항은 “산업단지개발사업에 필요한 토지·건물 또는 토지에 정착한 물건과 이에 관한 소유권외의 권리, 광업권·어업권·물의 사용에 관한 권리”를 수용의 대상으로 규정하고 있고, 아울러 이 경우의 산업단지는 “공장·지식산업관련시설·문화산업관련시설·정보통신산업관련시설·자원비축시설 등과 이와 관련된 교육·연구·업무·정보처리·유통시설 및 이들 시설의 기능제고를 위하여 시설의 종사자와 이용자를 위한 주거·문화·의료·관광·체육·복지시설 등을 집단적으로 설치하기 위하여 포괄적 계획에 따라 지정·개발되는 일단의 토지”를 의미하는바(산업입지법 제2조 제5호), 공장·지식산업관련시설 등은 산업단지의 핵심 부분이라 할 수 있고, 이와 관련된 교육·연구시설 등 및 이들 시설의 기능제고를 위하여 시설의 종사자와 이용자를 위한 주거·문화·의료시설 등은 산업단지가 여타의 외부 시설 내지 기관에 의존함으로써 효과적으로 기능하지 못할 우려를 줄이고 유기적인 단위로서 자신의 핵심적인 과업을 효율적으로 수행할 수 있도록 보장한다는 맥락에서 필요성이 있다고 판단되는 시설이라는 점에서

산업단지의 취지상 합리적인 범위내로 보인다. 따라서 산업입지법상 민간기업인 사업시행자에게 부여된 토지수용권의 범위는 앞서 본 산업입지법의 입법목적 내지 제정취지에 비추어 공공필요의 범위 내에 있다고 할 것이고, 이를 두고 필요한 범위를 넘는 수용권이 부여되어 비례원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

한편, 청구인들은 이 사건 수용조항으로 말미암아 사업시행자가 필요한 범위를 넘는 수용권을 행사하였으므로 위 수용이 과잉금지의 원칙에 반한다고 주장하고 있으나, 청구인들의 주장이유는 이 사건 지정 및 수용처분이 재량권을 일탈하였다는 등의 위법성의 이유는 될 수 있을지언정, 이 사건 수용조항의 위헌이유로 볼 수 없으므로 이 부분 청구인들의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유없다.

2) 청구인들은, 이 사건 수용조항이 수용의 조건으로 일정한 토지취득 요건 등을 부과하지 아니한 채 전면적인 토지수용권을 인정하고 있으므로, 이는 민간기업에 의한 수용을 엄격히 제한해야 할 헌법 제23조 제3항에 반한다고 주장한다.

그러나 헌법 제23조 제3항은 수용의 요건으로서 ‘공공필요’와 ‘정당한 보상’을 규정하고 있으므로, 수용의 가부(可否)는 마땅히 위 두 요건이 충족되는지 여부에 의해 결정되어야 한다. ‘공공필요’가 있고 ‘정당한 보상’이 이루어진 경우임에도 불구하고, 수용의 가부가 토지소유자의 의사라는 추가적 요인에 의해 결정되어야 한다면, 이는 정당한 보상을 전제로 공익을 위해 강제적으로 사인의 소유권을 수용할 수 있도록 예정하고 있는 헌법 제23조 제3항의 규범적 의의를 크게 훼손하는 것이며, 사익의 보존을 극대화하기 위해 공익의 실현이 좌절되어야 한다는 논리로 귀착될 우려도 있다.

그러므로 토지 수용에서의 일정한 토지취득 요건은, 국민들의 동의에 기반하여 수월한 행정의 추진을 도모하고 수용권한의 남용을 방지하기 위한 정책적인 맥락에서 이해되어야 하는바, 이를 결여한 것 자체만으로 그 법률을 위헌이라고 하기 어렵다. 따라서 이 부분 청구인들의 주장은 이유없다.

(4) 이 사건 수용조항의 평등권 위반여부

청구인들은, ‘도시 및 주거환경정비법’, ‘기업도시개발 특별법’ 등이 민간기업에게 토지수용권을 부여함에 있어 일정비율 이상의 토지취득 등을 요구하고 있는데 반하여, 이 사건 수용조항에서는 일정한 토지취득 요건 등을 부과하지 아니한 채 전면적인 토지수용권을 인정하고 있는바, 이로 인해 다른 법률들과 비교할 때 산업입지법상 산업단지 내 토지소유자들은 수용에 의해 토지소유권을 상실당할 위험이 더 크므로, 이는 합리적인 근거가 없는 차별로서 헌법상 평등권에 위배된다고 주장한다.²²⁾

그러나 앞서 본바와 같이, 토지 수용에서의 일정한 토지취득 요건은, 국민들의 동의에 기반하여 수월한 행정의 추진을 도모하고 수용권한의 남용을 방지하기 위한 정책적인 맥락에서 이해되어야 하는바, 따라서 토지 수용시 일정한 토지취득 요건을 부과할 것인가 아닌가 여부는 해당 사업의 공공필요성에 근거한 입법자의 정책적 판단에 맡겨져 있다고 할 것이다.

이 사건 수용조항으로 돌아와 살핀다면, 이 사건 수용조항은 국민 경제의 건전한 발전이라는 목적을 위해 산업단지개발이라는 특정한 필요의 범위내에서 토지수용권을 부여하고 있다는 점 및 앞서 본 바와 같이 산업단지 개발은 그간 우리나라 산업정책의 중추적인 역할을 수행해 왔고 이를 통해 국가 및 지역의 산업을 발전시키고 고용을 창출하며 산업의 전국적 분산을 통해 국토의 균형발전을 유도할 수 있었다는 점 등에 비추어 산업입지법은 청구인들 주장과 같은 여타의 법률과 상이한 공익적 목적과 내용을 가지며, 아울러 산업입지법에서도 사업시행자에게는 토지소유자 및 관계인과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어지고(공익사업법 제16조) 이를 이행하지 않는다면 행정소송 등 사법적 심사의 대상이 된다는 점 등을 고려한다면, 이 사건 수용조항이 민간기업에게 토지수용권을 부여함에 있어 일정비율 이상의 토지취득 등을 요건으로 하지 않는다 하더라도, 이는 위와 같은 입법자의 정책적 판단에 기인한 것인바 이를 부당한 입법으로 보아 위헌적이라고 보기 어렵고, 이와 같은 취급을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고

22) 이 사건 수용조항의 경우, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라거나, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권이 중대한 제한을 초래하는 경우라고 볼 수 없으므로, 위 조항의 평등권 위배여부에 대한 심사는 ‘자의의 금지’라는 완화된 기준에 따라야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조).

하기는 어렵다.

3. 이 사건 정의조항의 명확성 원칙 위반여부

가. 심사의 강도

“명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다. 즉, 죄형법정주의가 지배되는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용된다(죄형법정주의상의 명확성원칙). 그러나 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다(일반적 명확성원칙).” (헌재 2008. 11. 27. 2007헌바51, 판례집 20-2 하, 273, 280)

이 사건 정의조항은 그 자체가 형벌의 구성요건이 되거나 처벌의 조건을 규정하고 있는 것은 아니다. 따라서 이는 적법절차나 형사처벌에 관련된 매우 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용되는 경우에 해당하지 아니하며, 법치국가원칙의 일반론으로 돌아가 그로부터 파생되는 일반적 명확성원칙이 적용되는 경우라 할 것이다(완화된 기준의 적용).

나. 구체적 판단

청구인들은, 이 사건 정의조항의 ‘부대되는 사업’의 개념이 지극히 모호하여 명확성의 원칙에 반하므로, 위 조항의 의미가 무엇인지 헌법재판소가 선언해야 한다고 주장한다.

위 조항에서의 ‘부대되는 사업’이란 산업입지법 제2조 제6호의 가목 내지 아목과 같은 주된 사업에 덧붙여서 시행되는 사업임을 조문의 구조 및 어의에 비추어 예측할 수 있고, 주된 항목을 먼저 나열한 후 최종 항목에서 앞선 항목에 ‘부대되는’ 업무 혹은 사업으로 규율하는 방식은 여타의 법률(가령, 공인회계사법(제2조)나²³⁾ 농수산물유통공사법(제10조 제1항)²⁴⁾ 등)에서 (일

23) 공인회계사법 제2조 (직무범위) 공인회계사는 타인의 위촉에 의하여 다음 각 호의

반적으로) 취하고 있는 규범의 형식인 만큼 명확성이 부족하다고 보기 어려우며, 설혹 위 조항에 어느 정도의 애매함이 내포되어 있다 하더라도 이는 다른 규정들과의 체계조화적인 이해 내지 당해 법률의 입법목적과 제정취지에 따른 해석으로 충분히 해소될 수 있다 할 것이므로, 위 조항의 의미는 명확성의 기준에 어긋난다고 볼 수 없고, 적어도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서는 위 조항의 의미론적 중추를 대략적으로 예측할 수 있다고 할 수 있다. 따라서 청구인들의 위 주장은 이유없다.

【이 사건 결정의 의의】

1. 사인을 위한 수용이 헌법상 ‘공공필요’ 요건을 충족시키는지 여부에 관한 최초의 결정이다. 독일이나 미국에서도 이와 유사한 쟁점에 대한 큰 사회적 논의가 있었고, 독일 연방헌법재판소와 미국연방대법원에서 이 쟁점에 대한 결정들이 나온바 있었다는 점에서, 우리 헌법재판에서도 한번쯤 검토되어야 할 긴요한 헌법적 쟁점이었다고 평가된다.

모든 사회적 행위들이 그러하듯이, 개인의 영역에 고립되어 전적으로 사적인 영향만을 가지는 행위란 존재하기 어렵다. 인간이 사회적인 존재로서 타인과 더불어 살아가는 이상, 비록 개인의 행위라 하더라도 타자의 삶에 직간접적인 영향을 끼치기 마련이다. 특히, 재산권의 행사는 더욱 그러하다. 그래서 우리 헌법은, 수많은 기본권들 중 유독 재산권에만 공공복리 적합성이라는, 그 행사에 관한 고유한 도덕적 방향성을 부과하고 있다(헌법 제23조 제2항). 그만큼 재산권은 개인적 차원의 행사일지라도 사회적인 영향력을 가지게 된다.

따라서 사인을 위한 수용일지라도, 그것이 행해지는 사회적 맥락에 따라서 충분히 공공필요성이 인정될 수 있다. 가령, 자본주의가 고도로 발달할수

직무를 행한다.

1~2. (생략)

3. 제1호 및 제2호에 부대되는 업무

24) 농수산물유통공사법 제10조 (사업) ① 공사는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1~8. (생략)

9. 제1호부터 제8호까지의 사업에 부대되는 사업

록 노동집약적 산업이 쇠퇴하게 되는데, 그 결과로 인해 다수의 사회구성원들이 일자리를 구하지 못하는 상황이 만연되기도 한다. 이러한 경우에는 기업 활동을 위한 투자에 사회적 의미가 가중될 수 있다. 이는 기업가가 자신의 자산을 증대시키기 위한 활동이라는 성격이 본질적이지만, 이를 통해 사회적 이익이 형성되고 그 과실이 전사회에 미칠 수 있는 까닭이다.

따라서 우리 헌법이 명문으로 공용수용의 주체를 한정한 바 없다는 점 뿐 아니라, 사익과 공익이 독자적 논리위에 구축된 별개의 존재가 아니라 서로 밀접한 영향을 미치고 있다는 점을 종합적으로 고려해 본다면, 사인을 위한 수용 그 자체만을 두고 위헌이라고 보기 어려울 것이다. 이 사건 결정의 가장 큰 의의는 여기에 있다.

2. 그러나 김종대 재판관이 반대의견에서 지적한 대로, 사경제 주체의 활동은 어디까지나 자신의 영리적 활동을 우선적 목적으로 하고 그 활동에서 비롯되는 공익적 성과는 이른바 2차적인 성격에 불과하다. 사인의 경제활동이 공익적 성격을 가진다는 점을 극단적으로 확장시키면, 모든 개인의 재산은 언제나 다른 개인의 경제활동을 위해 수용될 수 있다는 논리로까지 흐를 수 있다. 이는 우리 헌법상의 재산권 보장 정신과는 배치되는 것이다.

그렇다면, 사경제 주체의 활동을 위한 수용이 공공필요성을 가지는냐의 문제는, 결국 수용의 목적과 그 수용이 이루어지는 구체적인 상황적 맥락, 수용을 통해 달성될 이익, 그와 같은 이익의 사회적 귀속 수준, 사경제 주체가 행사하는 수용권에 대한 전반적인 도덕적 평가 및 사회적 논의의 성숙 정도 등과 같은 종합적인 요소들의 함수로서 귀결될 것이다. 무엇보다도 그 중에서 가장 전제가 되어야 할 것은, 수용되는 재산에 대한 정당한 보상이 이루어져야 하는 점이다. 공익의 달성이 개인의 일방적인 희생위에서 이루어져서는 안 되는 까닭이다.

따라서 어떠한 경우에 사인에게 수용권을 부여해도 되는가의 문제는, 구체적인 상황속에서만 판단될 수 있는 문제라 할 것이다. 이 문제에 대한 일차적인 판단은 결국 국민의 대표자인 입법자들에게 달려있다.

공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인

- 수형자 선거권 제한 사건 -

(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1462, 판례집 21-2하, 327)

최 희 수*

【판시사항】

1. 선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자(이하 ‘수형자’라 한다)는 선거권이 없다고 규정하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 제2호 전단 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지 원칙에 위반함으로써 수형자인 청구인의 선거권 등 기본권을 침해하여 위헌인지 여부

2. 위헌의견에 찬성한 재판관이 5인이어서 다수이나 헌법소원에 관한 위헌 결정을 위한 심판정족수에 이르지 못한다는 이유로 청구기각결정을 한 사례

【심판대상】

공직선거법 제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거권이 없다.

2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 1979. 4. 12.생으로서 2006. 4. 3.경 병무청장으로부터 “2006. 5. 9. 306보충대에 입영하라.”는 현역입영통지서를 수령하였으나, 평화주의 신념

* 강원대학교 교수, 전 헌법연구관보

에 따라 집총을 할 수 없다는 ‘양심적 병역거부’를 이유로 소집기일로부터 3일이 경과하도록 입영하지 아니함으로써 병역법 제88조 제1항 제1호 위반으로 기소되어, 2006. 11. 23. 서울서부지방법원으로부터 징역 1년 6월을 선고 받고 같은 날 상소를 포기하여 위 형이 확정되었다. 청구인은 위 형을 복역 하던 중 2007. 12. 19. 실시된 제17대 대통령선거에서 투표하고자 하였으나 이 사건 법률조항에 의해 투표를 할 수 없자, 2007. 12. 27. 이 사건 법률조항에 대하여 헌법 제10조의 행복추구권, 헌법 제11조의 평등권, 헌법 제24조의 선거권 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구이유 및 법무부장관의 의견 요지

가. 청구이유

(1) ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에게 자유형에 의한 제재 외에 선거권제한을 제재 수단으로 삼는 것은 이중적 제재로서 정당하지 못하다. 또한 이 사건 법률조항은 선거의 공정성을 도모하기 위한 것으로서도 적합하지 아니하다. 즉, 수형자들이 선거관련 정보를 충분히 접할 수 없거나 교도소·구치소 등(이하 ‘교정시설’이라 한다)의 관리자에 의하여 선거의사가 왜곡될 수 있는 우려는 국가가 선거의 공정을 위하여 수형자에게 선거관련 정보를 충분히 제공하고, 교정시설 관련자의 선거개입을 방지하기 위해 노력하여야 할 사항일 뿐 수형자의 선거권을 제한할 사유로 삼을 수 없다. 또한 수형자의 반사회적 성향이라는 실체가 분명하지도 아니한 것을 이유로 선거권을 제한하는 것도 정당하지 못하다. 따라서 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성이 없거나, 수형자에 대한 선거권 제한이 ‘범죄자에 대한 제재나 선거의 공정성’ 추구라는 목적 실현을 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 위 입법목적을 수궁한다 하더라도 금고 이상의 형의 선고와 관련하여 구체적인 죄질이나 형기의 장·단, 선거와의 관련성을 전혀 고려하지 않고 모든 수형자에게 일률적으로 선거권을 제한하고 가석방된 자의 선거권까지 제한하고 있으므로 기본권침해의 최소성에 위반되며, 이와 같이 선거권을 과도하게 제한하여 법익의 균형성에도 위반된다.

(3) 그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙, 보통선거의 원칙에 위반하여 수행자들의 선거권과 평등권을 침해한다 할 것이다.

나. 법무부장관의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해사유의 발생은 이 사건 징역형이 확정된 날인 2006. 11. 23.인데, 이 사건 심판청구는 그때로부터 1년이 경과한 2007. 12. 27. 이루어졌으므로 청구기간이 이미 도과하여 부적법하다.

(2) ① 이 사건 법률조항은 공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적인 의무를 저버린 자에게 공동체 운용과 조직의 구성에 직·간접적으로 참여토록 하는 것을 제한하는 한편, 반사회적 행위를 한 자에 대한 사회적 제재의 의미를 갖고, 일정한 시설에 격리·수용된 수행자에게 선거권의 공정한 행사를 위해 필요한 선거관련 정보의 충분한 제공이 현실적으로 어려운 점, 교정시설 관리자가 특정 후보자에 대한 지지를 강요하거나 선거관련 정보를 통제하는 등에 의하여 수행자의 선거관련 의사형성이 왜곡될 우려가 있는 점, 반사회적 성향을 갖는 수행자의 정치적 의사 자체가 왜곡된 것일 수 있는데 근소한 표 차로 선거의 당락이 결정되는 경우 수행자들이 결정권을 행사할 수도 있는 문제점 등을 고려하여 수행자의 선거권을 제한함으로써 선거의 공정을 도모하기 위한 것으로 목적의 정당성이 있다.

② 이 사건 법률조항은 어느 정도 중대한 범죄를 범하여 사회로부터 격리되어 형벌의 집행을 받는 기간에 한정하여 선거권을 제한하고, 그 불이익은 금고보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과하며, 법원의 결정에 의해 최종적으로 선거권제한이 확정되도록 함으로써 남용의 위험도 최소화한 점 등에 비추어 볼 때, 침해의 최소성원칙에 반하지 아니한다.

③ 수행자에 대한 선거권 제한은 수행자 자신의 범죄행위로 인한 것이므로 수행자에 대한 선거권제한으로 달성하려는 공익(범죄 예방과 범죄자 처벌, 사회질서를 심각하게 해친 자들로부터 발언권을 박탈함으로써 시민으로서의 책임과 법질서 존중을 강화하여 정치공동체의 유대와 질서를 유지함, 선거의 공정성)이 선거권을 행사하지 못함으로써 입게 되는 수행자 개인의 기본권침해의 불이익보다 월등히 크다고 할 것이어서 그 법익간의 균형성도

갖추었다.

④ 이 사건 법률조항으로 인한 수형자의 선거권 제한은 범죄행위에 대한 책임부과, 형벌집행의 실효성 및 선거의 공정성 확보를 위한 합리적 제한으로 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

【결정요지】

1. 재판관 5인의 위헌의견¹⁾

가. 청구기간 준수여부

이 사건 법률조항은 ‘금고 이상의 형을 선고받고 선거일 현재 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 해당할 때 당해 선거에서의 선거권을 제한하는 규정 이므로, 이 사건 법률조항으로 인한 선거권 등 기본권의 침해는 그 시행 후 청구인이 이에 해당되는 사유가 발생하였을 때 비로소 이루어지는 경우라 할 것이고, 구체적인 사유발생일은 선거일이라 할 것이다.

나. 과잉금지원칙 등의 위반 여부

(1) 민주국가에서 국민주권과 대의제 민주주의를 실현하는 핵심적인 수단으로서 선거권이 갖는 중요성에 비추어 볼 때, 형벌의 내용이 선거권 제한이라고 한다면, 그 자체 및 적용범위의 정당성에 관하여도 보통선거의 원칙에 입각한 선거권 보장과 그 제한의 관점에서 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 엄격한 비례심사를 함이 타당하다.

(2) 이 사건 법률조항에 의한 선거권의 박탈은 범죄자에 대해 가해지는 형사적 제재의 연장으로서 범죄에 대한 응보적 기능을 갖는다 할 것이고, 나아가 이 사건 법률조항이 수형자에 대하여 그가 선고받은 생명형이나 자유형과는 별도로 선거권을 박탈하는 것은 수형자 자신을 포함하여 일반국민으로 하여금 시민으로서의 책임성을 함양하고 법치주의에 대한 존중의식을 제고하는 데도 기여할 수 있다. 이 사건 법률조항이 담고 있는 이러한 목적은 정당하고, 수형자의 선거권 제한은 이를 달성하기 위한 효과적이고 적절한

1) 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환

방법의 하나라 할 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 대하여 전면적·확일적으로 선거권을 제한하여 선거권 제한의 대상에, 국가 공동체의 법질서를 해친다는 인식이나 의도가 없는 과실범, 일정한 형기를 경과한 후 가석방심사위원회로부터 범죄의 동기·재범의 위험성 등 제반사정에 관한 충분한 심사를 받고 형기 만료에 앞서 사회에 복귀함으로써 주된 형벌인 ‘교정시설에의 수용’을 면한 가석방자 등을 포함하고 있다. 나아가 이 사건 법률조항이 민주주의 등 헌법질서를 부정하는 반국가적 성격의 범죄와 무관한 경미한 범죄로 단기 자유형을 받은 자에게까지 폭넓게 선거권을 제한하는 것은 세계관의 다원주의를 전제로 다양한 사상이나 전력을 갖는 사람들이 자유롭게 선거에 참여하여 공동체의 질서를 형성하고자 하는 자유민주주의 국가의 선거제도에 부합하지 아니한 측면이 있다. 이러한 사정을 종합해 볼 때, 입법자는 선거권의 중요성을 고려하여 그 제한을 엄격히 하여야 함에도, 범죄자의 선거권을 제한함에 있어 ‘개개 범죄의 종류나 내용, 불법성의 정도 등이 선거권 제한과 어떤 직접적인 연관성을 갖는지’에 관하여 세심히 살피지 아니한 채 이 사건 법률조항으로써 단지 ‘금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 형의 집행을 마치지 아니한 자’라는 기준을 설정하여 쉽사리 그리고 일률적으로 수형자의 선거권을 제한하였다고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 최소성의 원칙에 위반하였다 할 것이다.

(4) 이 사건 법률조항으로 인한 수형자의 선거권 제한은 앞서 본 바와 같이 지나치게 광범위할 뿐만 아니라 범죄의 성격과 선거권 제한과의 직접적 연관성도 찾기 어려운 부분도 포함하고 있으므로, 이로써 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 제재나 일반 시민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익보다 이로 인하여 침해되는 ‘수형자 개인의 사익 또는 민주적 선거제도의 공익적 가치’가 더 크다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 기본권 제한에 있어 서로 대립하는 법익간의 균형을 상실하였다 할 것이다.

2. 재판관 3인의 기각의견2)

가. 중한 범죄자에 대한 선거권의 제한 여부 및 그 범위와 방법 등은 각국의 역사적 경험, 형사법체계, 국민의 범죄에 대한 법감정 등 구체적 실정에 따라 결정될 성질의 것이라고 볼 수 있다. 또한 형법 규정에 상응하여 수형자에 대하여 선거권을 인정하지 아니하고 있는 이 사건 법률조항은 반사회적 행위를 한 중범죄자에 대한 형사적 제재의 성격을 가지고 있다고 할 것인데, 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대한 위헌심사를 함에 있어서도 이러한 점을 고려하여야 할 것이다.

나. 과잉금지원칙위반 여부

(1) 이 사건 법률조항은 공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적인 의무를 저버린 중한 범죄자에 대하여 형사적 제재를 가하고, 그를 통하여 범죄를 예방하며, 일반 국민으로 하여금 공동체 구성원으로서 책임성과 준법의식을 기르고 갖추도록 하는 데 그 입법목적이 있으며, 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한은 이러한 정당한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 것이다.

(2) 형법 규정에 의하면, 금고형은 적어도 1월 이상 범죄자를 교도소에 구금함으로써 신체의 자유 등 기본권에 중대한 제한을 가하는 형으로서 선거권 및 피선거권 등의 제한을 내용으로 하는 자격상실형 또는 자격정지형보다 중한 형이다. 그리고 우리 헌법은 법관이 ‘금고 이상의 형’을 선고받을 경우에는 법관의 신분을 박탈할 수 있도록 규정하고 있고, 국가공무원법 역시 ‘금고 이상의 형’을 선고받은 일정한 경우 공무원 신분을 박탈할 수 있도록 규정하고 있고, 변호사 등 여러 전문자격의 경우에도 관련 법률에서 ‘금고 이상의 형’을 선고받은 자에 대한 일정한 결격사유를 규정하고 있다. 따라서

2) 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡

‘금고 이상의 선고형’이라는 기준은 이러한 기본권 제한을 정당화할 만큼 중대한 기준이 된다고 할 것이다. 더구나 이 사건 법률조항은 집행유예 판결이 아닌 ‘금고 이상의 실형’을 선고받아 형집행 중인 수형자에 대하여 적용되는 것인바, 이러한 중한 형을 선고받은 수형자에 대하여 형집행기간 동안 선거권을 제한하는 것이 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것이라고 보기 어렵다.

(3) 이 사건 법률조항으로 인하여 수형자가 입게 되는 선거권 제한이라는 불이익은 금고형보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과한 점, 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한의 기간은 모든 수형자에게 일률적인 것이 아니라 각 수형자가 선고받은 형량, 즉 형사책임의 경중에 비례하는 점, 이 사건 법률조항으로써 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 형사적 제재 및 일반 국민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익이 수형자 개인의 형집행기간 동안의 선거권 제한이라는 불이익에 비하여 결코 작다고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 법익균형성을 갖추었다고 할 것이다.

3. 재판관 1인의 각하의견³⁾

이 사건 법률조항은 형법 제43조 제2항(유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 공법상의 선거권 등의 자격이 정지된다)의 효과를 반영한 것이므로 이로 인한 선거권 제한 등 기본권침해 사유 역시 형법 제43조 제2항에서와 마찬가지로 판결이 확정된 때 발생한다 할 것인데, 청구인은 이 사건 징역형을 선고받아 그 형이 확정됨으로써 공법상의 선거권 등의 자격이 정지된 때인 2006. 11. 23.로부터 1년이 경과한 2007. 12. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 이 사건 심판 청구는 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 기본권침해 사유가 있는 날부터 1년 이내에 제기하여야 하는 청구기간을 준수하지 못하여 부적법하여 각하되어야 한다.

3) 재판관 이강국

【해설】

1. 적법요건

가. 청구기간 도과 여부

(1) 헌법재판소법 제69조 제1항의 규정에 의하면, 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다.

(2) 이 사건의 경우 청구기간의 도과 여부에 대해서는 두 가지 입장이 있을 수 있다.

(가) 청구기간 준수설

이 사건 법률조항은 “선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자”의 선거권을 박탈하는 규정이므로 ‘선거일’을 기본권 침해의 사유발생일로 하고 있다.

청구인은 2007. 12. 19.에 실시된 제17대 대통령선거에서 투표하고자 했으나 ‘공직선거법’ 제18조 제1항 제2호에 의해 투표를 할 수 없게 되었으므로 ‘기본권침해의 사유발생일(선거일)’인 2007. 12. 19.을 전후로 기본권침해가 있음을 알았다 할 것이고, 따라서 그때로부터 역수상 90일 이내인 2007. 12. 27. 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.

(나) 청구기간 도과설

이 사건 청구인은 2006. 11. 23. 서울서부지방법원에서 병역법 위반으로 징역 1년 6월의 형을 선고받고 같은 날 상소를 포기함으로써 그 날로 형이 확정되었다. 그 결과 청구인은 형법 제43조 제2항에 의하여 형 확정일로부터 형 집행 종료시까지 공법상 선거권을 행사할 수 있는 자격이 정지되었다. 따라서 이 사건 법률조항을 다루는 헌법소원에 있어서의 청구기간의 기산점도 위 형법 제43조 제2항에 의한 자격이 정지되는 시점과 동일하게 ‘금고 이상의 형의 선고를 받아 그 형이 확정된 때’로부터 진행되는 것으로 보아야

한다. 그렇다면 이 사건 헌법소원심판은 위 1년 6월의 징역형이 확정된 2006. 11. 23.로부터 청구기간이 진행되는 것이므로, 그로부터 1년의 청구기간이 지난 2007. 12. 27. 청구된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 초과하였다.

(3) 8인의 ‘청구기간 준수’ 의견은 이 사건 청구인이 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대하여 헌법소원을 제기한 것이므로 이 조항을 기준으로 청구기간 초과 여부를 판단하는 것이 옳다는 입장에서 서 있다. 그런데 이 사건 법률조항이 설령 위헌으로 귀결되더라도 청구인은 여전히 위 형법 조항에 따라 선거권을 행사할 수 없다. 따라서 청구인의 선거권 회복⁴⁾이 가능하려면 이 사건 법률조항에 대한 위헌선언만으로는 부족하고 형법 제43조 제2항의 해당부분으로 심판대상을 확장하여 같이 판단해 줄 필요가 있다. 그런 의미에서 형법 제43조 제2항은 불가피하게 이 사건 법률조항과 관련되어 있다 할 것이고, 1인 재판관이 형법 제43조 제2항을 기준으로 ‘청구기간 초과’의 의견을 제시하고 있는 것도 주장의 타당한 근거를 가진 것이라 볼 것이다. 그에 비해 다수의견은 이 사건 법률조항에 대한 청구기간이 준수된 것이라면 그로써 적법성을 구비한 것으로 볼 것이고 직권에 의해 확장할 수 있는 법률조항에 대해서까지 별도로 청구기간의 준수를 요구할 필요까지는 없다는 전제에서 서 있는 것이라 생각된다. 어쨌든 이 사건의 핵심쟁점의 하나였던 청구기간의 초과 문제는 그 최종결론에서 재판관 8:1의 의견에 따라 청구기간을 준수한 것으로 정리되었지만, 1인의 청구기간 초과 의견이 궁극적으로 이 사건 법률조항이 위헌으로 선언되는 것을 저지하는 결과를 초래하게 된다.⁵⁾

나. 권리보호이익과 헌법적 해명의 필요성

(1) 이 사건 청구인이 참여하고자 하였던 대통령선거는 이 사건 심판청구 이전인 2007. 12. 19. 이미 종료하였고, 비록 이 사건 심판청구 당시 제18대 국회의원선거가 청구인이 수행중인 2008. 4. 9. 실시 예정이었으나 현재는 위 선거도 이미 종료하였을 뿐만 아니라 청구인은 2008. 5. 22.경 형기 만료

4) 현실적으로는 이 사건 청구인과 같은 사유로 선거권을 행사할 수 없는 사람들의 경우가 될 것이다.

5) 물론 청구기간 초과의견을 낸 재판관이 이 사건 법률조항을 반드시 위헌으로 간주하리라는 보장은 없다. 가능성의 차원에서 그러하다는 것이다.

로 출소하였다. 따라서 이 사건 심판청구가 인용되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었으므로, 권리보호의 이익이 없다고 볼 수 있다.

(2) 그러나 헌법재판은 객관적 헌법질서의 보장 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속 중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본권침해 행위가 장차 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 693-694).

(3) 한편 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대해서는 이미 헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411 결정에서 합헌으로 판단한 바 있으나 위 결정의 판단기준이 된 ‘수형자의 교정시설 내에서의 지위에 관한 법적 규율’에 변화가 생겼을 뿐만 아니라 이에 따라 수형자에 대한 선거권 제한의 위헌성에 관한 의문이 지속적으로 제기되고 있으므로, 여전히 헌법적 해명의 필요성은 존재한다 할 것이다.⁶⁾

2. 본안판단

가. 수형자의 선거권 제한에 대한 제 견해들

(1) 국내 학자들의 견해

수형자의 선거권을 제한하는 것에 대해 학자들은 대체로 위헌으로 보고 있다.

(가) 계획열 교수

우리 헌법상 보통선거의 원칙에도 불구하고 어느 정도 정치적 판단능력을 갖춘 국민만을 선거에 참여시킴으로써 통치의 정당성을 높일 뿐만 아니라 선거자체도 그 정당성과 합리성을 얻게 된다. 오늘날에는 오로지 연령만이 정치적 판단능력의 기준으로 인정되고 있다.⁷⁾ 따라서 수형자 등에 대한 선거권의 제한에 대하여도 선거사범의 경우를 제외하면, 형사책임과 주권자로

6) ‘헌법적 해명의 필요성이 존재함’에 대한 판단은 5인 위헌의견에서 행해진 것이지만, 3인 기각의견도 이를 부정하지 않고 있다.

7) 계획열, 헌법학(중) (신정판, 2004), 590 쪽.

서의 권리는 별개라는 점을 강조하면서 위헌의 여지가 있다고 보는 견해들이 있다.⁸⁾

(나) 허영 교수

선거권과 불가분의 관계에 있는 것이 선거제도인데 현행헌법은 선거제도의 기본원칙으로서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙만을 명시하고(제41조 제1항, 제67조 제1항), 선거권의 행사에 관한 나머지 구체적인 사항은 입법사항으로 위임하고 있다. 그러나 헌법에 규정된 이 같은 ‘선거권 형성적 법률유보’는 선거권을 실현하고 보장하기 위한 것이지 선거권을 제한하기 위한 것이 아니기 때문에, 입법자가 그의 입법형성권에 의해서 선거관계법을 제정하는 경우에는 헌법에 명시된 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 존중함은 물론이고 국민의 선거권이 부당하게 제한되는 일이 없도록 세심한 주의를 해야 한다. 이와 같은 관점에서 헌법 스스로가 정하는 선거권의 행사능력의 제한을 넘어서 각종 선거법이 광범위한 선거권의 결격사유를 규정함으로써 금치산자·수형자·전과자 등의 선거권을 제한하고 있는 것은 헌법상 문제가 있다. 정치상황에 대한 정확한 인식능력과 판단능력을 갖추지 못해서 올바른 주권행사를 기대할 수 없는 금치산자의 경우는 몰라도, 형사책임과 선거권을 결부시켜서 수형자와 전과자의 선거권을 제한하는 것은 선거권이 갖는 국민주권의 실질적 기능을 충분히 고려하지 아니한 입법권의 과잉행사라는 비난을 면하기 어렵다. 형사책임을 지는 것과 주권을 행사하는 것은 헌법이론적으로 전혀 다른 차원의 문제이기 때문이다.⁹⁾

(다) 김철수 교수

학설상으로는 전과자나 파산자에게 선거권을 부인하는 것은 위헌이라는 설이 있으며, 실제 독일에서는 재소자에게도 투표권을 인정하고 있는 것을 예로 보더라도 입법론적으로 과연 선거권의 결격사유를 이렇게까지 넓혀야 할 것인지 의심스럽다.¹⁰⁾

(라) 권영성 교수

8) 계희열, 헌법학(상) (신정2판, 2005), 305 쪽.

9) 허영, 「한국헌법론」 (전정신판, 2005), 530-531쪽.

10) 김철수, 「헌법학개론」 (박영사 2003), 900-901 쪽.

주권의 행사와 형사책임의 감수는 차원을 달리하는 것이므로, 선거사범의 경우를 별론으로 한다면 수형자나 전과자의 선거권을 제한하는 것은 위헌의 여지가 있다.¹¹⁾

(마) 서보학 교수

한편 형법학자인 서보학 교수는 공직선거법상의 수형자 선거권제한이라는 측면보다는 형법(제43조)상 명예형으로서의 자격상실·자격정지형의 문제를 다루고 있다.¹²⁾ 여기에서 그는 다음과 같이 말하고 있다.

“형법이 자격형을 통해 범법자의 선거권을 박탈하는 것은 자유민주주의 국가에서는 용납될 수 없는 제도이다. 왜냐하면 세계관의 다원주의를 바탕으로 하는 자유민주주의 국가에서는 어떠한 사상, 어떠한 과거 전력을 가진 사람이라 할지라도 자유로운 선거에의 참여를 통한 자유민주주의 질서형성에 참여할 권리를 가지고 있으며, 범법행위(특히 사상범이나 공안사범)의 전력을 이유로 국가가 이를 부인하는 것은 스스로 자유민주주의의 원칙을 부정하는 결과가 되기 때문이다. 범법자를 자유민주주의 질서형성에 참여할 자격이 없는 부적절한 존재로 보는 것은 오늘날의 자유민주주의 국가에서는 받아들일 수 없는 편향된 시각이다. 따라서 범법자라 할지라도 스스로 판단하고 결정할 수 있는 정신능력·판단능력을 가지고 있는 한 투표에 참가할 수 있는 권리가 보장되어야 한다.¹³⁾ 한 개인이 범법행위를 저지른 것과 그가 국회의원이거나 지방자치단체장 등 공무원을 선출하는 선거에서 어느 특정 후보에게 자신의 표를 던지는 것은 전혀 별개의 문제이며, 나아가 국가의 중요한 정책결정을 묻는 국민투표 등에서도 투표권 행사를 통해 얼마든지 자신의 견해를 밝힐 수 있는 것이다. … 이상과 같은 점들을 고려해 볼 때 형법상 자격형을 통한 선거권의 박탈은 더 이상 존치를 고집할 이유가 없는 제도라고 할 것이다.”¹⁴⁾

11) 권영성, 「헌법학원론」(법문사 2003), 546-547 쪽.

12) 서보학, 형사제재로서의 명예형(자격형)은 존치되어야 하는가?, 「형사법연구(198)」(법원사 1997.12), 247쪽 이하.

13) 이런 점에서 그는 아직 판단능력이 부족한 미성년자(공직선거법 제15조)나 정상적인 판단능력에 흠결을 보이고 있는 금치산자(동법 제18조 제1항 제1호) 등에게 투표권을 인정하지 않는 것은 정당한 조치라고 한다.

14) 서보학(1997), 266-267면.

(2) 주요 외국의 입법례¹⁵⁾

(가) 미국의 경우 2006년 기준으로 48개 주와 콜롬비아특구에서는 중죄(felony)를 저지른 범죄자가 교도소 등에 구금되어 있는 동안 선거권을 박탈하도록 규정하고 있다. 그 중 13개 주는 구금기간 중에만 선거권을 박탈하고, 5개 주는 구금기간과 가석방 기간 선거권을 박탈하며, 18개 주는 구금기간, 가석방 기간은 물론 집행유예 기간도 포함하여 선거권을 박탈하고, 13개 주에서는 형의 집행이 종료된 이후, 예컨대 보호관찰 중인 경우에도 선거권을 박탈하고 있는데, 특히 그 중 6개 주에서는 중범죄자의 선거권을 영구히 박탈하고 있기도 하다. 미국 연방대법원은 제14차 수정헌법 제2항을 근거로 각 주에서 수형자의 선거권을 박탈하는 것은 인종차별의 의도가 없다면 정당하다는 취지로 판시한 바 있다.¹⁶⁾

(나) 독일 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 제13조는 법원의 판결에 의하여 선거권을 상실한 자(제1호), 금치산자 또는 정신적 결함으로 후견하에 있는 자(제2호), 형법의 규정에 의거하여 정신병원에 수용되어 있는 자(제3호) 등을 선거권 결격사유로 하고 있다. 따라서 수형자라고 하여 일반적으로 선거권이 제한되는 것은 아니며, 법원의 판결에 의하여 선거권을 상실하지 않은 자라면 선거권이 있다. 연방선거법 시행령 제64조는 사회병리치료시설 또는 교도소에 대하여 행정당국은 그 시설물 내에 수용되어 있는 선거권자로서 그 투표구에 유효한 선거권을 소지한 자에 대해 이동투표구선거위원회에 투표할 수 있는 기회를 부여하도록 하고 있다. 또한, 미결수용자의 경우는 어떤 사정 하에서도 선거권을 제한하여서는 아니되며 그들에게는 부재자투표의 기회를 주어야 한다.¹⁷⁾

(다) 종래 영국의 국민대표법(Representation of the People Act)은 선거에 관한 부패행위 또는 위법행위로 선거재판소로부터 유죄의 통보를 받은 자로서 전자의 경우 통보일로부터 5년, 후자의 경우 3년이 경과하지 아니한 자, 정신병원에 감금된 범법자,¹⁸⁾ 그 밖에 유죄판결에 의해 교도소 등에 수감중

15) 이하의 내용들 중 상당 부분은 중앙선거관리위원회, 외국의 선거제도 비교분석집 I,(2005)을 참고하였다.

16) 이 부분은 3인 기각의견에서 밝히고 있는 내용이다.

17) 신양균, 「미결수용자의 처우에 관한 연구」(한국형사정책연구원 1994), 66면.

인 자(제3조 제1항) 등을 선거권 결격사유로 하고 있다. 그런데 후술하는 바와 같이 위 제3조 제1항에 대해서는 유럽인권재판소가 2005년 유럽인권협약 위반이라고 결정한 바 있다.

(라) 프랑스 선거법(Code Electoral)은 정신이상자 및 후견 하에 있는 성인, 법원의 재판에 의해 정해진 기간 동안 투표 및 선거권을 제한한 자, 범죄행위의 은닉죄 및 범죄에 의하여 유죄판결을 받은 자는 확정판결시로부터 5년간 선거인명부에 등재될 수 없다고 규정하여 이들을 선거권 결격사유로 하고 있다.

(마) 캐나다선거법(Canada Elections Act) 제14조 제3항은 2년 이상의 징역형을 선고받고 교도소에 수감중인 자, 선거범죄(부패행위 또는 불법행위)로 유죄판결을 받은 자 등을 선거권 결격사유로 하고 있었는데, 2002년 캐나다 최고재판소는 *Sauvé v. the Attorney General of Canada* 사건에서 징역 2년 이상의 수감자에 대해서만 제한적으로 선거권을 부정하는 규정에 대해 5:4로 위헌결정을 하였다.

(바) 일본은 우리와 마찬가지로 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’의 선거권을 제한하고 있다(공직선거법 제11조).

다. 외국의 판례

(1) 유럽인권재판소는 영국의 국민대표법 제3조가 유럽인권협약에 위반되는지가 문제되었던 2005. 10. 6의 *Hirst v. The United Kingdom* 결정에서 ‘동 규정은 형의 기간, 범죄의 성격과 경중, 개별적 사정과는 관계없이 획일적으로 유죄가 확정된 수감자들에게 적용되는 것인바, 협약상의 핵심적 권리인 선거권에 대한 그와 같은 일반적, 획일적, 무차별적 제한은, 제1의정서 제3조에 대한 해석의 여지가 아무리 넓은 것이라 할지라도 허용될 수 있는 해석의 범위를 넘어선 것’이라면서 유럽인권협약 위반을 확인한 바 있다.

(2) 1992년 캐나다 최고재판소는 모든 수감자에 대해 선거권을 박탈하는 법규정을 만장일치로 위헌이라고 선언하였다(*Sauvé v. Canada*). 그 후 법률

18) 해당시기 동안 명령이나 지시로 특정지역에 감금되어 있는 경우, 불법도피의 경우 의회선거 및 지방정부선거에 투표할 수 없음(2000년 국민대표법 제2조).

이 개정되어 징역 2년 이상의 수감자에 대해서만 제한적으로 선거권을 부정하는 것으로 바뀌었으나, 2002년 최고재판소는 5:4의 의견으로 이 규정에 대해서도 ‘권리와 자유에 관한 캐나다 헌장’ 제1조와 제3조에 위반되는 것으로 위헌이라고 선언하였다(Sauvé v. the Attorney General of Canada).

나. 5인 위헌의견

(1) 심사기준

(가) 5인 위헌의견은 2007. 6. 28. 선고 2004헌마644 결정(재외국민 선거권 사건)에서 판시된 바 있는 ‘선거권제한입법의 헌법적 정당화 요건’을 원칙적으로 유지하고 있다. 위 결정에서 헌법재판소는 “선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.”고 판시한 바 있는데, 이 사건에도 이러한 논리가 그대로 적용되어야 하는 것으로 판단하였다. 즉, 민주국가에서 국민주권과 대의제 민주주의를 실현하는 핵심적인 수단으로서 선거권이 갖는 중요성에 비추어 볼 때, 형벌의 내용이 선거권 제한이라고 한다면, 그 자체 및 적용범위의 정당성에 관하여도 보통선거의 원칙에 입각한 선거권 보장과 그 제한의 관점에서 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 엄격한 비례심사를 함이 타당하다는 것이다.

(나) 형법은 형벌의 일종으로 자격상실·자격정지를 규정하고 있고(제41조 제4호, 제5호, 제43조, 제44조), “사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자”와 “유기징역 또는 유기금고의 판결을 받고 그 형의 집행이 종료되기 이전의 자”, 즉 “금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자”에 대한 ‘공법상의 선거권’의 상실 또는 정지가 그 내용의 일부를 구

성하고 있다(제43조 제1항 제2호 전단). 그에 따라 종전의 이 사건 법률조항에 대해 행해졌던 합헌결정(2004. 3. 25. 2002헌마411)은 이 사건 법률조항을 ‘형벌조항에 해당하는 것으로서 헌법재판소의 판례¹⁹⁾에 따라 입법자의 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정’된다는 전제에서 출발하였다. 하지만 이 사건 5인 다수의견은 그와 같은 종전선례의 기본입장을 부정하지 않으면서도, 예외적으로 ‘형벌의 내용이 선거권 제한’에 해당하는 경우에는 민주주의와 국민주권, 대의제 하에서 선거가 갖는 중요성을 고려하여 그와 같은 광범위한 입법형성의 자유는 부정되고 엄격한 비례심사를 적용하여야 한다고 봄으로써 종전 합헌결정의 태도를 벗어나고 있다는 점에 특징이 있다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 5인 위헌의견은 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부에 대해 판단하면서 목적정당성과 수단의 적합성을 인정한다. 헌법재판소는 그에 대한 근거를, 이 사건 법률조항은 공동체구성원으로서 반드시 지켜야 할 이러한 기본적 의무를 저버린 행위자에게까지 그 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성에 직·간접으로 참여토록 하는 것은 바람직하지 않다는 기본적인 인식과 이러한 반사회적 행위에 대한 사회적 제재의 의미를 가진다는 점(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 479), 이 사건 법률조항에 의한 선거권의 박탈은 범죄자에 대해 가해지는 형사적 제재의 연장으로서 범죄에 대한 응보적 기능을 가지며, 이것은 입법자가 중대한 범죄에 대하여 적절한 형벌 또는 제재로서 추구할 수 있는 유효한 목적이 될 수 있다는 점 및 수형자에 대하여 별도로 선거권을 박탈하는 것은 수형자 자신을 포함하여 일반국민으로 하여금 시민으로서의 책임성을 함양하고 법치주의에 대한 존중의식을 제고하는 데도 기여할 수 있다는 점에서 찾고 있다. 다만 이 사

19) ‘어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가’ 하는 문제는 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다(헌재 1995. 4. 20. 91헌마11, 판례집 7-1, 478, 487 참조).

건 법률조항에 대해 2004. 3. 25. 선고된 합헌결정에서 ‘목적의 정당성’과 관련하여 판시된 내용들의 상당부분들을 배척하고 있음을 유의하여야 한다.²⁰⁾

(나) 다수의견은 수형자가 범죄의 대가로 선고받는 형벌(사형, 무기징역, 무기금고, 유기징역 또는 유기금고)의 본질은 ‘생명의 박탈’ 또는 ‘교정시설에의 수용’이므로, 수형자가 그 밖에 일반 시민으로서 향유하는 자유와 권리 중 어떤 부분이 제한될 수 있는가는 위 각 형벌의 내용으로부터 바로 도출되는 것은 아니라는 점을 지적하고 있다. 따라서 원칙적으로 수형자라 할지라도 형벌에 따라 제한되는 기본권 외의 다른 기본권을 여전히 향유할 지위를 가져야 하며, 수형자에 대한 선거권 제한이 생명형이나 자유형의 본질에서 당연히 도출되는 것이 아니라면, 결국 수형자의 선거권 제한 역시 보통선거의 원칙에 기초하여 필요 최소한의 정도에 그쳐야 한다는 전제를 충족시킬 것이 요구된다. 이상과 같은 전제에서 다수의견은 이 사건 법률조항이 ‘기본권침해의 최소성원칙’과 ‘법익의 균형성원칙’에 위배된다는 결론에 이르고 있다.

(나-1) 먼저 다수의견은 이 사건 법률조항이 금고 이상의 형을 선고받고

20) 첫째, 수형자의 경우 선거관련정보의 접근가능성이 차단되어 있어 적절한 투표가능성을 담보하기 어렵다는 근거에 대해서는, 2008. 12. 22. 시행된 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’이 종전의 행형법에 비해 수용자의 처우를 크게 개선하여, 신문이나 TV 등의 자유로운 접근이 가능해지게 됨으로써 선거에 필요한 정보획득의 기회가 충분히 제공되고 있다는 점을 지적하고 있다. 둘째, 교정시설 관리자의 영향력 등에 의한 선거부정의 가능성을 이유로 수형자에 대한 선거권 제한의 정당성을 거론하는 것에 대해서는, 그러한 가능성이 오늘날 민주화가 상당히 진척된 우리 사회에서 단순한 우려를 넘어 현실적으로 자행되는지 명백하지 않다는 점을 지적하고 있다. 셋째, 수형자가 부재자투표를 기화로 외부에 있는 공범자 등에게 연락을 취할 수 있어 실효적인 형벌집행에 부정적인 영향을 미칠 가능성에 대해서는, 이는 교정시설 내 부재자투표 관리를 철저히 함으로써 예방하여야 할 문제일 뿐만 아니라, 그와 같은 막연하고 추상적 위험만으로 수형자의 선거권을 제한할 수 있는 논거가 될 수 없다고 하였다. 넷째, 수형자는 반사회적 성향을 가지고 있는 경우가 허다하고 처벌을 받는 것에 대한 강한 불만을 품고 있어 그의 정치적이사가 정당하게 형성되지 않을 개연성이 있다는 논거에 대해서는, “보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 일정 연령에 도달한 국민이면 누구라도 당연히 선거권을 가진다는 원칙으로, 일정 연령에 도달한 국민인 이상 누구든지 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있고, 또 영향을 미칠 수 있어야 한다는 것은 보통선거원칙의 이념적 전제인 동시에 필연적 귀결이다. 따라서 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있으므로 선거권을 행사할 수 없도록 해야 한다는 주장은 보통선거원칙에 어긋나는 부적절한 주장이다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859, 876 참조).”고 하면서 배척하고 있다.

그 집행이 종료되지 아니한 자에 대하여 전면적·확일적으로 선거권을 제한하고 있는 것은 기본권침해의 최소성 원칙을 충족시키지 못하는 것으로 본다. 이 사건 법률조항의 적용대상은 상대적으로 경미한 범죄를 저지른 자에서부터 매우 심각한 중범죄를 저지른 자에 이르기까지 아주 다양하고, 과실범과 고의범 등의 범죄의 종류를 불문하며, 범죄가 침해한 법익이 국가적 법익인지, 사회적 법익인지, 개인적 법익인지 그 내용 또한 불문하고 있다. 그런데 과실범(예컨대 교통사고범)은 범죄를 인식하거나 의도하지 아니한 자로서 국가 공동체의 법질서를 해친다는 인식이나 의도가 없는 자이므로, 이러한 과실범에게까지 국민주권의 실현 수단인 선거권을 제한하는 것은 쉽사리 수긍하기 어렵다는 것이다. 또한 가석방자²¹⁾의 경우 선거일 현재 형의 집행이 종료되지 않았다 하더라도, 여러 정상이 고려되어 주된 형벌인 ‘교정시설에의 수용’을 면한 자이므로, 주된 형벌에 부수적으로 따른 선거권 제한의 제재를 그대로 유지하는 것도 타당성을 잃은 것임을 지적하고 있다. 나아가 경미한 범죄로 단기 자유형을 받은 자에게까지 폭넓게 선거권을 제한하는 것은 세계관의 다원주의를 전제로 다양한 사상이나 전력을 갖는 사람들이 자유롭게 선거에 참여하여 공동체의 질서를 형성하고자 하는 자유민주주의 국가의 선거제도에 부합하지 아니한다는 것이다.

(나-2) 또한 다수의견은, 이 사건 법률조항으로 인한 수형자의 선거권 제한은 지나치게 광범위할 뿐만 아니라 범죄의 성격과 선거권 제한과의 직접적 연관성도 찾기 어려운 부분도 포함하고 있어, 이로써 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 제재나 일반 시민들의 범치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익보다 그로 인하여 침해되는 ‘수형자 개인의 사익 또는 민주적 선거제도의 공익적 가치’가 더 크다는 점에서 서로 대립하는 법익간의 법익균형성을 상실한 것으로 본다.

21) 가석방자란 징역 또는 금고의 집행중에 있는 자가 그 행상(行狀)이 양호하여 개인의 정이 현저한 때 무기에 있어서는 10년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 가석방심사위원회로부터 나이, 범죄의 동기, 죄명, 형기, 교정성적, 가석방 후의 생활환경이나 재범의 위험성 등 제반사정에 관한 충분한 심사를 받고 형기 만료에 앞서 사회에 복귀한 자이다.

다. 3인 합헌(기각)의견

(1) 심사기준

(가) 3인 소수의견은, 형법조항(제41조, 제43조, 제44조)에 비추어, 금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 자에 대한 공법상의 선거권 등에 관한 자격상실이나 자격정지는 형벌로서의 성격을 가진 것이며, 이러한 형법 규정에 상응하여 공직선거법은 이 사건 법률조항에서 선거일 현재 ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 대하여 선거권을 인정하지 아니하고 있는 것으로서, 결국 우리 형사법이 취한 위와 같은 형벌체계에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한은 반사회적 행위를 한 중범죄자에 대한 형사적 제재의 성격을 가지는 것이라고 한다. 사실 소수의견의 이러한 입장은 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 선거권 제한의 본질을 ‘형벌’로 이해하는 다수의견과 같은 입장이라 할 수 있다. 다만 다수의견이 형벌의 내용이 선거권 제한인 경우 ‘엄격한 비례심사’를 강조하는 데 반해, 소수의견은 “대의민주주의가 발달한 다수의 선진 각국 역시 그 요건과 범위, 방법에서는 서로 차이가 있지만, 중한 범죄자에 대하여 여러 형태로 선거권을 제한하고 있는바, 결국, 중한 범죄자에 대한 선거권의 제한 여부 및 그 범위와 방법 등은 각국의 역사적 경험, 형사법체계, 국민의 범죄에 대한 법감정 등 구체적 실정에 따라 결정될 성질의 것”이라는 점을 강조한다.

(나) 특히 소수의견은 종전에 형벌규정에 대해 헌법재판소가 확립하고 있는 판례의 입장을 강조하고 있다. 즉 “어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다

는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정해서는 아니된다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 479).”는 것이다.

(다) 논증의 과정을 살펴보면, 3인 소수의견도 결론에 이르는 과정에서 다수의견과 마찬가지로 ‘과잉금지원칙 위반 여부’를 심사하고 있다. 그럼에도 불구하고 다수의견과 달리 정반대의 ‘합헌’이라는 결론에 도달한 것은 이상과 같은 측면을 중시하여 판단한 결과이다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 다수의견과 마찬가지로, 3인 소수의견도 이 사건 법률조항의 ‘목적의 정당성’ 및 ‘수단의 적절성’을 긍정한다. 즉 이 사건 법률조항은 ‘공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적 의무를 저버린 중한 범죄자에 대하여 선거권의 제한이라는 형사적 제재를 가하고, 그를 통하여 범죄를 예방하며, 일반 국민으로 하여금 공동체 구성원으로서 책임성과 준법의식을 기르고 갖추도록 하는 데 그 입법목적이 있는 바, 이것은 우리 헌법질서 아래에서 입법자가 취할 수 있는 정당한 목적 범위 내에 있고, 이 사건 법률조항이 규정한 금고 이상의 형의 선고 받은 수형자에 대한 선거권 제한은 이러한 목적을 이루기 위한 적합한 수단’이라고 한다.

(나) 소수의견은 이 사건 법률조항의 ‘피해의 최소성 및 범익의 균형성’ 원칙 위반 여부를 판단함에 있어, 이 사건 법률조항이 모든 범죄자나 모든 수형자에 대하여 일률적으로 선거권을 제한하고 있는 것이 아니라 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 자에 대하여 ‘그 형의 집행이 종료될 때까지’, 즉, 선고형량에 비례하는 기간 동안만 선거권을 제한하고 있다는 점에 주목한다.

(나-1) 먼저, 소수의견은 우리 법체계 내에서 금고 이상의 선고형이 갖는 ‘중대성’을 다양한 논거들²²⁾을 통해 입증한 후, 결론적으로 우리 형법체계

22) 첫째, 형법 조항들(제41조, 제42조, 제46조, 제50조 제1항, 제3항)에 따르면, 금고형은 적어도 1월 이상 범죄자를 교도소에 구금함으로써 신체의 자유 등 기본권에 중대한 제한을 가하는 형으로서 선거권 및 피선거권 등의 제한을 내용으로 하는 자격상실형 또는 자격정지형보다 중하다. 둘째, 법관의 신분보장에 관한 조항인 헌법

및 헌법과 여러 법률조항 등에 비추어, ‘금고 이상의 선고형’이라는 기준은 법관 또는 공무원의 신분을 박탈하거나 전문자격의 취득을 제한하는 등의 기본권 제한을 정당화할 만큼 중대한 기준이라 할 수 있고, 더구나 이 사건 법률조항은 집행유예 판결이 아닌 ‘금고 이상의 실형’을 선고받아 형집행 중인 수형자에 대하여 적용되는 것인바, 이러한 중한 형을 선고받은 수형자에 대하여 형집행기간 동안 선거권을 제한하는 것은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것이라 볼 수 없다고 하였다.²³⁾

제106조 제1항(“법관은 탄핵 또는 ‘금고 이상의 형’의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.”)을 보더라도 ‘금고 이상의 형’을 선고받은 경우에는 법관의 신분을 박탈할 수 있도록 함으로써 법관의 공무원임권에 중대한 제한을 가하고 있다. 특히 이 규정은 직무관련범죄인지 과실범죄인지를 구분하지 아니하고 적용되는데, 이는 ‘금고 이상의 형’이 선고되었다면, 죄명이나 범죄의 성격, 직무관련범죄인지, 과실범죄인지 여부를 불문하고 사회적 비난가능성이 중대하다는 점을 고려한 것이다. 셋째, 국가공무원법(제69조, 제33조 제3호, 제4호)에서도 ‘금고 이상의 실형’을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니하거나 ‘금고 이상의 형’을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 경우를 당연퇴직 사유로 하여 공무원 신분을 박탈할 수 있도록 규정하고 있다. 넷째, 변호사, 공인회계사, 세무사, 변리사, 법무사, 감정평가사의 경우에도 ‘금고 이상의 형’을 선고받은 자에 대한 일정한 결격사유를 규정한 법률조항들이 있고(변호사법 제5조 제1호, 공인회계사법 제4조 제2호, 세무사법 제4조 제7호, 변리사법 제4조 제1호, 법무사법 제6조 제3호, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제24조 제3호), 이들 조항 역시 금고 이상의 형 선고의 중대성을 감안하여 직무관련성이 없는 범죄나 과실범의 경우도 그 적용대상에서 제외하고 있지 않다. 다섯째, 2008년도 형사사건 통계에 의하면, 1년간 처리된 형사공판사건과 약식사건 1,493,680건 중 1심에서 금고 이상의 실형을 선고받은 사건은 44,861건으로, 전체 형사사건의 불과 3% 정도에 해당하는 중한 범죄에 대하여만 금고 이상의 실형이 선고되고 있다(2009년도 사법연감 참조).

23) 아울러 이러한 결론의 보강은거로서, 첫째, 형사재판에서 법관은 다양한 양형조건(범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등)을 고려하여 형종, 형량을 선택하고, 또 범정이 매우 무거운 범죄를 제외한 대부분의 범죄에 대하여는 벌금형도 선택형으로 함께 규정되어 있으므로, 법관이 모든 정황을 고려하여 금고 이상의 실형을 선고하였다면, 그 법률적·사회적 비난가능성이 결코 작지 아니함을 의미한다는 점(이러한 사정은 과실범이라거나 국가적, 사회적 법익이 아닌 개인적 법익을 침해하는 범죄의 경우에도 마찬가지로 함), 둘째, 죄명별로 그 개별성과 특수성을 일일이 고려하여 선거권을 제한하는 입법방식은 입법 기술적으로 매우 어려울 뿐만 아니라, 반사회적인 중범죄자들에 대한 형사적 제재라는 입법 목적에 비추어 볼 때, 이러한 입법방식이 개별 범죄의 경중을 반영한 선고형의 기준보다 반드시 합리적이라고 단정할 수 없는 점에 비추어 보더라도 ‘금고 이상의 선고형’이라는 엄격한 기준으로 선거권을 제한하고 있는 이 사건 법률조항이 입법 제량을 일탈하였다거나 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 과도한 규정이라고 할 수 없다는 점을 제시하고 있다.

(나-2) 또한 소수의견은, 이 사건 법률조항을 통해 금고형 이상의 형을 선고받은 수형자가 입게 되는 선거권 제한이라는 불이익은 금고형보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과하고, 형법 제43조에 따른 자격상실·정지의 형의 부가가 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈한 것이라고 단정할 수 없다면, 위 형법 조항의 내용에 상응하여 선거권을 제한하고 있는 이 사건 법률조항 역시 입법자의 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이라고 볼 수 없다는 입장이며, 특히 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한의 기간은 ‘수형자가 선고받은 금고 이상 형의 집행이 종료될 때까지’이어서 형사책임의 경중에 비례하여 선거권 제한의 기간이 정하여 지는 점, ‘중대한 범죄자에 대한 형사적 제재 및 일반 국민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익이 수형자 개인의 형집행기간 동안의 선거권 제한이라는 불이익에 비하여 결코 작다고 할 수 없는 점에서 법익균형성의 위반을 확인할 수 없다는 입장이다.

(다) 아울러 소수의견은 다수의견이 위헌의 논거로 제시하고 있는 각 점들에 대해서도 개별적으로 비판하고 있다. 첫째, 이 사건 법률조항이 금고 이상의 실형을 선고받은 과실범을 제외하지 않고 있다는 비판에 대해서는, 법관이 책임원칙에 따라 개별 범죄에 대하여 책임에 비례하는 적정한 형을 선고하였다면, 그러한 선고형의 경중은 각 개별 범죄가 고의범인지 과실범인지와 상관없이 개별 범죄 사이의 책임의 경중, 즉, 비난가능성의 정도를 판단하는 매우 명확하고 합리적인 기준이 된다고 반박한다(예컨대, 과실범이 금고 1년의 실형을 선고받은 경우, 금고 1년의 실형을 선고받은 고의범과 그 비난가능성의 정도는 동일하거나 유사하고, 금고 1년 미만의 형을 선고받은 고의범보다는 그 비난가능성이 더 크다는 것이다). 둘째, 이 사건 법률조항이 선거권의 제한과는 직접적 연관성이 없는 개인적 법익을 침해한 수형자를 가리지 않고 있다는 비판에 대해서는, 개인적 법익에 대한 모든 범죄가 언제나 국가적, 사회적 법익에 대한 범죄보다 국가공동체에 미치는 해악이 작다고 단정할 수 없다는 점, 개인적 법익에 대한 범죄에 대하여도 선거권 제한 등을 내용으로 하는 자격정지형을 선택형이나 병과형으로 부과할 수

있도록 규정한 다수의 형법조문(예컨대 살인죄, 상해죄, 체포감금죄, 절도죄, 강도죄 등을 들고 있다)이 존재하는 점 등에 비추어 민주주의질서, 선거권이거나 선거제도와 직접 연관성이 있는 범죄에 대하여만 선거권 제한이라는 자격정지형을 부과할 수 있는 것은 아니라고 반박한다. 셋째, 이 사건 법률조항이 단기자유형을 제외하고 있지 않다는 비판에 대해서는, ‘금고형 이상의 실형 선고’는 최소 1개월 이상 교도소 등의 구금시설에 구금되어 신체의 자유 등 중요한 기본권을 제한받는다든가 하는 점에서 그 기간이 비록 단기이더라도 결코 경미한 범죄에 선고되는 가벼운 형이라고 볼 수는 없다는 점, 형사실무상 법원이 6개월 미만의 금고형이나 징역형을 선고하는 경우는 매우 드물고, 설령 그와 같은 단기자유형을 선고받았다 할지라도 실제 선거권 행사의 제한은 1, 2회 정도를 넘지 아니할 것이라는 점 등에서 과잉금지원칙에 이를 정도는 아니라고 반박한다. 넷째, 이 사건 법률조항이 가석방처분을 받은 자를 제외하고 있지 않다는 비판에 대해서는, 금고 이상의 형을 선고받은 수형자는 자유형의 집행과는 별도로 이 사건 법률조항 및 형법 제43조에 따른 선거권의 제한을 받는 것이지, 일정한 형 집행기간이 경과한 후 가석방처분을 받았다는 사유로 이 사건 법률조항에 의하여 새로이 선거권의 제한을 받는 것은 아니라는 점, 즉, 수형자가 경우에 따라 실효 또는 취소될 수도 있는 가석방처분을 받았다고 하여 형집행이 종료되기 전임에도 곧바로 이 사건 법률조항의 적용을 배제하는 예외조항을 둘 것인지 여부는 기본권 제한의 문제가 아니라 이미 금고 이상의 형 선고시에 그 형의 집행종료시까지 예정되어 있던 선거권 제한이라는 별도의 형사적 제재를 가석방처분을 받았다는 사후적인 사유로 일부 면제할 것인지의 문제라고 할 것인바, 이러한 형사적 제재의 사후적 면제 조항이라는 시혜적 규정을 둘 의무가 입법자에게 있다고 보기 어렵고, 이는 입법정책적으로 결정할 사항이라는 점에서 입법재량을 일탈한 것이라 볼 수 없다는 주장으로 반박하고 있다.

3. 결정의 의의

이 사건 결정에서 문제된 법률조항인 공직선거법 제18조 제1항 제2호는 이미 약 5년 반 전에 있었던 헌법재판소 2004. 3. 25. 2002헌마411 결정(판례

집 16-1, 468 이하)에서 문제되었던 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제18조 제1항 제2호 전단과 동일한 내용의 것이다. 종전 결정은 위 조항에 대해 8:1로 합헌으로 선언하였던 것에 비해 이 사건 결정은 5인의 재판관이 위헌의견에 가담하였음에도 불구하고 위헌정족수 미달로 종전결과와 같이 합헌(기각)으로 선언되었다는 점에 차이가 있다. 따라서 결정의 효력이라는 측면에서는 법상황에 어떤 변화도 초래된 것이 없다. 그러나 내용 면에서 볼 때 이 사건 결정은 종전 결정에 비해 크게 진전된 결정으로 평가되어도 무방할 것인데, 위헌론과 합헌론이 각 내세우고 있는 논거들이 풍부하고 다양해졌다는 점, 그에 따라 각 진영이 전개하고 있는 논증의 질적 수준이 현저하게 높아졌다는 점에서 그러하다. 이 사건 결정은 헌법재판소 재판관들의 치열하고 진지한 문제의식을 잘 보여주고 있다.

구 파산법 제38조 제2호 위헌제청

- 공정거래위원회의 과징금과 그 가산금을 구 파산법상
재단채권으로 인정하는 것이 위헌인지 여부 -
(헌재 2009. 11. 26. 2008헌가9, 판례집 21-1하, 438)

이 종 립*

【판시사항】

1. 구 파산법 제38조 제2호 본문의 “국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권” 중에서, “구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘구 독점규제법’이라 한다) 제55조의5 제2항에 의하여 국세채납처분의 예에 따라 징수할 수 있는 청구권으로서 제24조의2의 규정에 의한 불공정거래행위에 대한 과징금 및 제55조의5 제1항의 규정에 의한 위 과징금에 대한 가산금에 해당하는 부분”(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지의 원칙에 위반되어 재산권을 침해하는지 여부(적극)

2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(적극)

【심판대상】

구 파산법 제38조 제2호 본문 후단의 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’에 관한 규정(이하 ‘이 사건 파산법규정’이라 한다) 중에서, ‘구 독점규제법 제55조의5 제2항에 의하여 국세채납처분에 예에 따라 징수할 수 있는 청구권으로서 제24조의2의 규정에 의한 과징금(이하 ‘이 사건 과징금’이라 한다) 및 제55조의5 제1항의 규정에 의한 가산금(이하 ‘이 사건 가산금’이라 한다)에 해당하는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부로서 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 ‘채무자 회생 및 파산에 관

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

한 법률' 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 파산법'이라 한다)

제38조 (재단채권의 범위) 다음 각호의 청구권은 이를 재단채권으로 한다.

2. 국세징수법 또는 국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권. 단, 파산선고후의 원인으로 인한 청구권은 파산재단에 관하여 생긴 것에 한한다.

구 독점규제법(1999. 7. 1. 법률 제5814호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정되기 전의 것)

제24조의2 (과징금) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 불공정거래행위가 있는 경우에는 당해사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2(제7호의 규정에 위반한 경우에는 100분의 5)를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

제55조의5 (과징금 징수 및 체납처분) ① 공정거래위원회는 과징금납부의무자가 납부기한내에 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 납부기한의 다음 날부터 납부한 날까지의 기간에 대하여 대통령령이 정하는 가산금을 징수한다.

② 공정거래위원회는 과징금납부의무자가 납부기한내에 과징금을 납부하지 아니한 때에는 기간을 정하여 독촉을 하고, 그 지정한 기간 안에 과징금 및 제1항의 규정에 의한 가산금을 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 대한민국 산하 공정거래위원회(이하 '공정위'라 한다)는 1999. 9. 11. 주식회사 청구파이낸스(이하 '파산법인'이라 한다)에 대하여 부당광고행위를 이유로, 구 독점규제법 제24조의2의 규정에 의하여 과징금 1억원을, 납부기한 1999. 11. 15.로 정하여 부과·고지하고, 수차례에 걸쳐 파산법인에게 같은 법 제55조의5 제1항의 규정에 따라 1일 4/10,000의 비율로 가산금이 부과된다는 독촉장을 발송하였는데 파산법인은 2000. 1. 24. 파산선고를 받았다.

나. 파산법인이 위 과징금과 가산금을 납부하지 않자 대한민국은 위 과징

금 및 가산금 채권이 구 파산법 제38조 제2호 소정의 재단채권에 해당한다고 주장하며 2005. 5. 25. 부산지방법원에 파산법인의 파산관재인을 상대로 “대한민국이 파산법인에 대하여 102,760,000원의 재단채권을 가지고 있음을 확정한다.”는 내용의 파산채권확정소송(부산지방법원 2005가단52593)을 제기하였고, 부산지방법원은 2005. 10. 21. 원고 전부승소 판결을 하였으며, 파산관재인이 항소하였으나 2006. 4. 7. 항소기각되었다(부산고등법원 2005나20071).

다. 이에 파산관재인은 위 판결에 대하여 상고한 후 당해사건(대법원 2006다25424)의 계속 중 대법원 2006카기92호로 구 파산법 제38조 제2호가 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌제청신청을 하였고, 위 법원은 2008. 3. 6. 위 신청을 받아들여 위헌제청결정을 하였다.

2. 법원의 위헌법률심판제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌법률심판제청이유

(1) 채무자가 파산절차에 돌입한 경우 다수의 채권자에 대한 변제 우선순위를 정함에 있어서 채권자 간의 공평한 분배 목적을 달성하기 위한 적합한 수단, 즉 헌법적으로 용인되는 우선적 지위 인정의 기준으로는, 우선 민법, 상법 그 밖의 개별법(이하 ‘실체법’이라 한다)에 있어서의 취급, 즉 파산 이전의 권리관계에서 인정되던 법률관계를 반영하는 것이 타당하다. 구 파산법은 기본적으로 채권자 간의 공평한 분배라는 목적을 달성하기 위한 절차법이고 그러한 절차를 달성하는데 필요한 한도 내에서 실체적 법률관계에 조정을 가하는 것이지 그 자체 어떠한 실체적 권리를 창설하거나 폐지하는 것을 주된 목적으로 하고 있지 아니하기 때문이다. 다만, 개별 채권의 실체법상 성격에 비추어 파산절차상의 공평의 이념을 달성하는데 필요하고 합리적이라고 생각되는 한도 내에서는 실체법상의 법률관계에 대한 조정을 할 수 있다.

(2) 구 독점규제법에서는 이 사건 과징금 및 가산금 채권에 대하여 ‘국세채납처분의 예에 따라 징수’할 수 있도록 규정하고 있을 뿐 그 징수우선순위에 관하여는 아무런 규정이 없는데, 일반 경매사건에 있어서 배당참가채권

가운데 조세채권 이외의 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’의 배당순위에 관하여는, (가) 개별법에 그 징수순위에 관한 규정이 있는 경우에는 그 순위에 따른 배당순위를 인정하지만, (나) 개별법에 징수순위에 관한 특별규정이 없는 경우에는 원칙적으로 일반채권과 동일한 배당순위를 인정하여야 한다. 이처럼 채무자에 대한 파산절차가 개시되기 이전에는 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하지 아니하는 이 사건 과징금 및 가산금 채권은, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’을 일률적으로 재단채권으로 규정한 이 사건 법률조항에 따라 파산절차에서는 재단채권으로서 우선적 지위를 갖게 되는바, 채무자에 대한 파산절차가 개시되었다는 이유만으로 이 사건 과징금 채권을 재단채권으로 취급하여 일반채권에 우선하는 지위를 갖도록 한 것을 정당화할 만한 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다(헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8 결정 참조).

(3) 한편 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정된 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’(이하 ‘통합도산법’이라 한다)의 조항들 중에서 구 파산법 제38조 제2호 본문에 상응하는 조항인 제473조 제2호 본문은 ‘국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권’을 재단채권으로 규정하면서, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 중에서는 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것에 한하여 재단채권에 포함된다고 규정하고 있는바, 위 법률규정에 의하면 징수우선순위가 없는 이 사건 과징금 및 가산금 채권은 재단채권에 포함되지 않음이 명백하므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 결정함에 있어서는 위와 같은 개정 법률의 내용도 참작할 수 있을 것이다.

결국, 이 사건 법률조항은 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하는 등차의적으로 차별취급을 한 것으로서 평등원칙에 위반된다는 의심이 있다. 나아가 이 사건 법률조항은 입법목적은 달성하는데 적합한 수단을 채택한 것이라고 보기 어렵고, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 요충에도 저촉되는 등 과잉금지 원칙을 위반하여 제청신청인의 재산권을 침해한 것이라는 의심이 있다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 구 독점규제법상 과징금과 가산금 채권을 구 파산법상 재단채권으로까지 인정할 것인지 여부는 기본적으로 재단채권으로 취급하여 우선적 지위를 인정할 공익적·정책적 필요가 있는지에 관한 입법정책의 문제이다. 구 독점규제법상 과징금은 헌법이 예정하고 있는 경제질서를 확보하기 위한 수단으로 그 필요성이 인정되고, 구 독점규제법을 위반하여 과징금 부과처분을 받은 자가 파산선고를 받았다고 하여 과징금 부과 필요성이 상실되었다고 할 수 없으며, 파산절차의 재단채권이 파산재단의 유지를 위한 채권이나 파산채권자 전원의 이익을 도모하기 위한 채권만으로 인정되는 것도 아니므로, 입법자가 공익적·정책적 필요성에 따라 구 독점규제법상 과징금과 가산금 채권을 구 파산법상 재단채권으로 인정한 것은 합리적인 이유가 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 않는다.

(2) 또한 이 사건 법률조항은 과징금을 실효성 있게 확보하기 위한 것으로 목적이 정당하고, 과징금을 파산채권으로 취급할 때의 여러 부작용(과징금 납부의무자의 조기 파산 등)을 고려한 것으로서 위 목적 달성에 적합한 수단이며, 피해최소성 원칙, 법익균형성 원칙도 충족하므로 과잉금지원칙에 위배되지 않으므로 다른 파산채권자들의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

【결정요지】

1. 파산절차에서 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 특별히 취급하여 다른 파산채권보다 먼저 변제받게 하는 것은 창의적인 기업활동을 조장하고, 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하는 수단이 되는 과징금을 능률적으로 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 법률조항은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

그러나 실제법상 우선권이 인정되지 않고 있는 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 구 파산법상 일반우선파산채권으로 취급하는 것에서 더 나아가 재단채권으로까지 이를 인정할 강한 공익성과 정책적 필요성을 인정하기는 어렵고, 파산절차상의 특성을 고려하여 볼 때에도 이 사건 과징금 및 가산금 채

권이 일반적으로 파산절차의 진행을 위하여 필수불가결한 것, 채권자 전체의 이익을 도모하기 위한 것이라고 보거나 또는 파산절차상 형평의 이념상 우선적 지위를 인정하는 것이 필요한 경우라고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 최소침해성의 원칙을 충족하지 못한다.

또한 이 사건 법률조항으로 실현되는 이 사건 과징금 및 가산금 채권의 징수확보라는 공익이 일반 파산채권자들의 불이익보다 크다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 법익균형성원칙을 충족하지 못한다.

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법상 과잉금지원칙에 위반되어 재산권을 침해한다.

2. 이 사건 법률조항은 일반 파산채권자를 과징금 등 채권자인 국가에 비하여 차별취급하고 있으나 위와 같은 차별을 정당화할 합리적 이유가 없으므로 평등원칙에 위반된다.

【해설】

1. 구 파산법과 재단채권제도

가. 파산절차의 특징

채무자가 지급불능상태가 되어 법원이 파산선고를 하면 당해 채무자 즉 파산자는 물론 그 채권자들도 재산권 행사에 심대한 제약을 받게 된다. 즉 파산자의 모든 재산은 파산재단을 구성하게 되고(구 파산법 제6조, 이하 법률명칭의 언급 없이 조문만 언급하는 경우 구 파산법상 해당 조문을 의미한다), 파산자는 그 재산에 대한 관리처분권을 상실하며, 법원이 선임한 파산관재인이 관리처분권을 행사하게 된다(제7조). 한편 채권자는 개별적으로 파산자에 대하여 권리를 행사하는 것이 금지되고, 원칙적으로 파산절차에 참가하여 파산재단으로부터 비례적 만족을 받을 것이 강제된다(제15조). 즉 구 파산법은 채무자의 전 재산으로 전체 채무를 만족시킬 수 없는 상황에서 채무자에 의한 임의적인 재산정리를 금지하고, 파산재단의 관리처분권을 파산관재인의 공정·타당한 정리에 일임하여 불충분하더라도 채권자들 간의 공평한 만족을 도모하는 것을 파산절차의 기본적 목적으로 한다.

나. 구 파산법상 채권간의 우선순위

파산절차가 개시되면 통상 채권자는 개별적 권리행사가 금지되고 파산절차에 따라 파산선고시의 파산자의 총재산으로부터 공평하게 변제를 받을 권리만을 갖는다. 그러나 다른 한편 구 파산법은 담보권자와 일정한 채권자에 대하여는 위 개별적 권리행사금지의 원칙(제15조)에 대한 예외를 인정하여 파산절차에 의하지 아니하고 우선적으로 변제받을 수 있도록 하고 있다.

(1) 별제권: 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 특정재산에 관하여 우선적, 개별적으로 변제를 받는 권리를 가진다(제84조). 유치권, 질권, 저당권 등 별제권을 가진 자는 파산절차에 의하지 아니하고 당해 권리의 종류에 따라 본래의 권리자체의 효력에 기하여 별제권을 행사하며, 이에 의해서도 변제를 받을 수 없는 채권액에 관해서만 파산절차에 참가하여 변제를 받을 수 있다(제86조, 제87조).

(2) 재단채권: 구 파산법 제38조 각호에 열거된 일반재단채권과 구 파산법 개별조항에 규정된 특별재단채권¹⁾으로 분류되는데 재단채권은 파산재단으로부터 파산채권에 우선하여 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제를 받을 수 있다(제40조 내지 제42조).

그리고 파산절차에 의하여서만 변제를 받아야 하는 파산채권자 중에서도 우선순위가 정하여져 있다. 즉 일반우선파산채권 > 일반파산채권 > 후순위 파산채권의 순으로 우선하여 변제받게 된다. 앞선 범위의 채권이 완전히 변제를 받은 뒤, 남은 재산이 있으면 비로소 다음 순위의 채권에 대한 변제가 허용된다. 동일순위의 채권 내부에서는 원칙적으로 채권액의 비율에 따라서 평등하게 변제된다(제31조).

① 일반우선파산채권: 파산재단에 속하는 재산에 대하여 일반우선권(민법이나 상법 등 다른 법률의 규정에 의하여 채무자의 일반재산에 대하여 다른 채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리)이 있는 채권은 다른 파산채권보다 우선한다(제32조).

② 일반파산채권: 파산채권 중에서 일반우선파산채권과 후순위파산채권을 제외한 나머지 파산채권

1) 구 파산법 제39조, 제51조 제2항, 제60조 제2항, 제61조, 제70조 제1항, 제224조

③ 후순위과산채권: 구 과산법 제37조 각호에 열거된 7가지 채권으로서 다른 과산채권이 모두 변제되고 나머지가 있을 때에만 변제받게 된다. 이 경우는 사실상 변제가가능성이 거의 없으므로 면책의 대상으로 하는 것이 목적이라고 할 것이다.

결국 구 과산법상 과산자에 대한 채권의 종류에 따른 변제우선순위는 다음과 같다.

별채권 > 재단채권 > 일반우선과산채권 > 일반과산채권 > 후순위과산채권

다. 과산절차와 과산재단

재단채권은 과산재단으로부터 과산채권에 우선하여(제41조), 과산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제를 받는다는 점에서 과산절차상 매우 우월한 지위를 보장받고 있다. 위와 같은 재단채권은 과산채권과 같은 신고·조사·확정절차를 거치지 않고 과산채권에 우선하여 수시로 그 전액을 변제받는다.²⁾ 민법상 채권자평등원칙의 적용을 받는 일반채권은 물론이고 실체법상 일반우선권이 있는 일반우선과산채권(제32조)보다도 우월적인 지위를 인정받아 우선변제를 받게 된다(제40조 내지 제42조). 이러한 우선변제는 과산절차상 배당의 경우뿐만 아니라 과산취소(제146조 제2항), 강제화외(제295조), 과산폐지(제327조) 등의 경우에도 확보되는데 과산재단이 재단채권의 전액을 변제하기에 부족한 경우에는, 이미 행하여진 재단채권의 변제에는 영향이 없고, 미지급 재단채권에 관하여는 다음과 같이 구 과산법 제42조에 정하여진 우선순위에 의하여 변제된다.

① 재단채권에 관하여 유치권, 질권, 저당권 및 전세권이 있을 때에는 이 재단채권이 우선한다.

② 구 과산법 제38조 제1호 내지 제7호 및 제10호의 재단채권은 다른 재단채권에 우선한다(그 중에서도 제1호와 제3호에 해당하는 것이 더 우선).

③ 동 순위의 재단채권 사이에는 법령이 규정하는 우선권에 불구하고 아직 변제하지 아니한 채권액의 비율에 따라 변제된다.

2) 이 경우에 금 500만원 이상의 채권이라면 감사위원의 동의 또는 법원의 허가 내지는 채권자집회의 결의를 얻어야 한다(제187조 제13호, 제188조).

2. 이 사건 법률조항의 내용과 의미

가. 일반적 내용

(1) 구 파산법 제38조 제2호 본문 후단은 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’을 재단채권으로 규정하고 있다. 따라서 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’(제38조 제2호 단서에 해당하는 경우는 제외)은 파산절차에 상관없이 민법상 채권자평등원칙의 적용을 받는 일반채권은 물론이고 실제법상 일반우선권이 있는 일반우선파산채권보다도 우월적인 지위를 인정받아 수시로 전액에 대하여 우선변제 받게 된다(제40조 내지 제42조). 파산재단이 재단채권의 전액을 변제하기에 부족한 경우에는, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’은 담보부재단채권, 공익비용의 성격을 갖는 제1호와 제3호의 재단채권이 우선변제된 다음에, 동순위에 해당하는 다른 채권들(제2호, 제4호 내지 제7호 및 제10호의 재단채권)과 개별법상의 우선권에 불구하고 그 채권액의 비율에 따라 변제된다(제8호 및 제9호에 해당하는 재단채권보다는 앞선다).

(2) 한편 구 파산법은 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’의 정의규정이나 이를 설명하는 규정 또는 그 인정기준을 정하고 있는 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 어떠한 청구권이 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’에 해당하여 재단채권으로 취급될 것인지 여부는 개별법에서 그 법이 규정하고 있는 청구권이 ‘국세징수의 예’에 의하여 징수할 수 있는 것이라고 규정되어 있는지 여부에 따라 정하여진다. 즉 수시로 제·개정, 폐지되는 개별법에서 규정하는 바에 의하여서 구 파산법상 재단채권이 될 수 있는 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’의 범위가 결정된다.

구 파산법 제38조 제2호의 법문표현상 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있다’는 것은 국세징수법에서 정하는 바에 따라서 징수할 수 있다는 것을 의미한다. 국세징수법은 체납처분에 관한 규정뿐만 아니라 납세고지, 2차 납세의무 등 징수절차, 가산금과 증가산금 등 독촉과 최고절차 등도 포함하고 있으므로, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’을 국세징수법의 이 모든 조항이 적용되는 경우로 한정하여 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니

다. 그러나 대부분의 개별법에서는 고지, 독촉 및 최고절차, 가산금과 증가산금적 성격을 갖는 연체료나 벌과금에 관하여는 별도의 명시적 규정을 두고 국세징수법 중 체납처분에 관한 규정만을 준용하는 입법태도를 보이고 있는데, 이와 같이 국세징수법 중 체납처분에 관한 절차만을 준용하는 경우도 ‘국세징수의 예에 의하여 징수’할 수 있는 경우에 해당하는 것으로 봄이 상당하다. 즉 ‘국세징수의 예에 의한 징수’의 핵심은 체납처분절차에 의한 강제징수 소위 자력집행권에 있다고 볼 수 있다.

그리고 국세징수법에 의하여 징수되는 국세채권의 경우에는 국세기본법 제35조 제1항의 규정에 의하여 일반적으로 다른 공과금 기타의 채권에 대한 우선권이 인정되는데 반하여, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’의 경우에는 자력집행권에서 더 나아가 이러한 우선권이 인정된다고 볼 수 없다. 관련 법문언의 내용과 형식상, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’에 대하여 개별법상 별도의 우선권을 인정하는 명시적인 규정이 없다면 그 자체만으로는 우선권은 인정되지 아니하고 다만 징수절차상 자력집행이 인정되는데 그치게 된다. 즉 ‘국세징수의 예’에 의할 수 있다는 규정은 징수절차에 관한 규정이지 변제우선순위에 관한 규정은 아니다.

나. 이 사건 법률조항의 내용

이 사건 법률조항에 의하여, 파산선고 전의 원인에 의하여 생긴 이 사건 과징금 및 가산금 채권은 재단채권에 해당하게 된다.

구 독점규제법은 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고, 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하기 위하여 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 등을 금지하고, 이를 위반하였을 때는 공정위가 당해사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제 등 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있으며, 당해사업자에 대하여 일정한 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다(구 독점규제법 제1조, 제23조, 제24조의2). 또한 과징금납부의무자가 납부기한 내에 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 가산금을 징수하고, 지정한 기간 안에 과징

금 및 가산금을 납부하지 아니한 때에는 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있도록 하고 있으므로(구 독점규제법 제55조의 5 제1항, 제2항), 공정위는 과징금 및 가산금을 국세채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있다.

따라서 파산선고 전의 원인에 의하여 생긴 과징금 및 가산금은 파산선고 전 후를 묻지 아니하고 모두 ‘국세채납처분의 예’에 의하여 징수할 수 있으므로 구 파산법 제38조 제2호 본문 후단의 ‘국세징수의 예에 의하여 청구할 수 있는 청구권’에 포함되어 재단채권에 해당된다고 할 것이다. 그러므로 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’에 포함되는 이 사건 과징금 및 가산금 채권은 이 사건 법률조항에 의하여 재단채권에 해당하여 파산절차와 무관하게 수시로 다른 파산채권에 우선하여 변제받을 수 있고, 파산재단이 재단채권의 전액을 변제하기에 부족한 경우에는 선순위의 재단채권이 변제되고 난 다음에 동순위에 해당하는 다른 재단채권들(국세채권의 원금 및 가산세, 가산금, 임금채권 등)과는 채권액의 비율에 따라 변제받게 된다.

다. 구 독점규제법상 과징금 및 가산금의 의미와 성질

(1) 과징금

(가) 과징금이란 대체로 행정법상 의무에 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 인하여 얻은 불법적인 이익을 박탈하거나 혹은 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 행정청이 부과·징수하는 금전적 부담으로 이해되고 있다. 구 독점규제법은 법의 목적을 실현하기 위한 집행수단으로서 위반행위의 사법적 무효화나 위반행위자의 손해배상책임 인정을 통한 사법적 수단과 형사벌 부과를 통한 형사적 수단도 규정하고 있으나 공정위가 부과하는 행정처분에 의한 행정적 수단에 많이 의존하고 있으며, 그와 같은 행정처분의 하나로서 공정위로 하여금 일정한 위반행위를 한 자에 대하여 과징금을 부과할 수 있는 처분의 근거를 규정하고 있다.

(나) 행정법이론에서는 과징금의 유형을 행정상 의무이행 확보수단으로서 특히 경제법상의 의무위반행위로 얻은 불법적인 이익 자체를 박탈하기 위하여 부과되는 유형의 과징금과 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규에 위반하였을 경

우 그 위반자에 대하여 영업허가취소·정지처분과 선택적 또는 이에 같음하여 부과되는 과징금으로 나누는 것이 일반적인 견해이다. 전자를 본래의 의미에서의 과징금 또는 전형적 과징금, 후자를 변형된 의미에서의 과징금 또는 변형된 과징금이라고 한다. 구 독점규제법상 과징금은 원칙적으로 전형적 과징금에 해당한다고 할 수 있다.

(다) 구 독점규제법상 과징금은 원래 법 위반으로 인한 경제적 이익의 발생을 전제로 하여 그 부당이득을 환수하는 성격을 가지는 것이라고 할 수 있다. 이에 대하여 과징금을 위반행위에 대한 제재의 목적으로 법에 정한 의무 이행을 확보하기 위한 수단이나 위반행위의 반복을 억지하는 수단으로 이해하여 과징금의 제재적 성격에 주목하는 입장도 있는바, 대법원은 “부당지원행위를 한 지원주체에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당지원행위의 억지라는 행정 목적을 실현하기 위한 입법자의 정책적 판단에 기하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득 환수적 요소도 부가되어 있는 것이다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결). 따라서 구 독점규제법상 과징금은 정도의 차이는 있지만 부당이득 환수적 성격과 제재적 성격을 모두 갖고 있다고 볼 수 있다. 특히 부당지원행위에 대한 구 독점규제법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제24조의2의 과징금 규정은 그 행위로 인해 경제적 이익을 얻은 지원객체에 대해서는 그 얻은 경제적 이익을 그대로 보유시킨 채 외형상 아무런 경제적 이익을 얻은 바 없는 지원주체에 대하여 과징금을 부과하도록 함으로써 제재로서의 성격만을 갖고 있어 헌법상의 여러 원칙에 반하는 것이 아닌지가 논란이 되었는데, 헌법재판소는 재판관 5 대 4의 의견으로 합헌 결정(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25 결정)을 한 바 있다. 그 다수의견은 부당지원행위에 대하여 부과되는 과징금의 경우 제재와 억지의 성격만이 있다고 하더라도 이를 이종처벌금지의 원칙을 규정하는 헌법 제13조 제1항에서 말하는 국가형벌권의 행사로서의 처벌이라고 볼 수 없다는 입장을 기본적으로 취하고 있다.³⁾

3) 홍대식, 공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문

(2) 가산금

구 독점규제법 제55조의5에 의하면 과징금뿐만 아니라 가산금도 국세채납 처분의 예에 따라 징수할 수 있으므로 이 사건 파산법규정에 의하여 가산금 채권 역시 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’에 해당하고, 파산절차상 재단채권으로 취급된다.

가산금이란 통상 국세나 지방세를 납부기한까지 납부하지 아니한 때에 국세징수법과 지방세법에 의하여 고지세액에 가산하여 징수하는 금액과 납부기한 경과 후 일정기한까지 납부하지 아니한 때에 그 금액에 다시 가산하여 징수하는 금액을 말한다(국세기본법 제2조 제5호, 지방세법 제1조 제1항 제13호). 가산금은 일반적으로 납세의무의 전부 또는 일부의 이행지체에 대하여 부담하는 지연배상금(지연이자)의 성질을 띤 부대세의 일종으로 보므로, 사법상 금전채무의 지연배상금 내지 지연이자에 대응하는 것이다. 다만 가산금은 지연손해금의 성질만 가지고 있는 것은 아니고 체납에 대한 제재적 성격도 함께 가지는 것으로 설명되고 있다. 따라서 구 독점규제법상 가산금도 조세에 있어서와 마찬가지로 과징금 납부의무의 전부 또는 일부의 이행지체에 대하여 부담하는 지연배상금의 성질과 과징금 체납에 대한 제재적 성격을 가진다고 할 것이다.

3. 입법 연혁과 개정 경과

가. 구 파산법과 이 사건 법률조항

구 파산법 제38조 제2호는 1962. 1. 20 법률 제998호로 파산법이 제정된 이래 개정이 없다가 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되면서 다음과 같이 통합도산법으로 개편되었다. 재단채권을 열거하고 있는 구 파산법 제38조도 2000. 1. 12. 법률 제6111호로 제10호와 제11호가 신설·추가된 이외에는 개정된 바가 없다. 파산절차상 청구권의 우선순위에 관한 다른 법조항들[일반 파산채권(제14조), 일반우선파산채권(제32조), 후순위파산채권(제37조), 별채권(제84조)]들도 마찬가지이다. 한편 1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되면서 신설된 구 독점규제법 제55조의5는 1999. 7. 1. 법률 제5814호로 개정된 후 수회에 걸쳐 개정되었지만 과징금 및 가산금을 ‘국세채납처분의 예’에 의

하여 징수할 수 있다는 점에 대하여는 실질적 내용의 변경이 없다.

나. 통합도산법의 제정

광의의 도산절차를 포괄하기 위하여 파산법, 화의법, 회사정리법, 개인채무자회생법으로 나뉘어져 있는 4개의 현행 법률(합하여 이하 ‘도산4법’이라 한다)을 통합하는 통합도산법이 제정되었고, 2006. 4. 1.부터 시행 중에 있다. 통합도산법의 시행으로 도산4법은 폐지되었지만 부칙에 의하여 그 이전에 절차개시 신청이 된 사건에 대하여는 도산4법이 계속 적용되므로⁴⁾ 통합도산법 시행일 이전에 이미 파산신청이 된 당해사건의 경우에는 통합도산법은 적용될 여지가 없으며, 구 파산법이 계속 적용된다. 비록 도산4법이 하나의 법률로 통합되었고 규정 체제도 대폭 개편되었지만, 다수 채권자 간의 변제 우선순위 등에 관한 구 파산법상의 기본체제는 그대로 유지되고 있다. 통합도산법 조항들 중에서 구 파산법 제38조 제2호 본문에 상응하는 제473조 제2호 본문은 크게 변경되어 그 적용범위가 현저히 축소되었다.

4. 각국의 입법태도

가. 일반론

일본을 제외하고는 청구권의 실질적인 성격에 불문하고 절차적으로 행정상 강제징수가 가능한 모든 청구권(우리법상의 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’에 상응할 만한 청구권)에 대하여 일반적으로 파산절차에 의하지 아니한 우선변제권을 인정(재단채권에 상응하는 지위를 인정)하는 입법례는 찾아볼 수 없다. 사실 위와 같은 채권보다 공익성·정책적 필요

4) 통합도산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호) 부칙

제1조 (시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.

제2조 (폐지법률) 「회사정리법」·「화의법」·「파산법」 및 「개인채무자회생법」은 이를 폐지한다.

제3조 (「회사정리법」·「화의법」·「파산법」 및 「개인채무자회생법」의 폐지에 따른 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 「회사정리법」에 의하여 정리절차개시의 신청을 한 정리사건, 종전의 「화의법」에 의하여 화의개시신청을 한 화의사건, 종전의 「파산법」에 의하여 파산신청을 한 파산사건과 종전의 「개인채무자회생법」에 의하여 개인회생절차개시신청을 한 개인회생사건은 각각 종전의 「회사정리법」·「화의법」·「파산법」 및 「개인채무자회생법」에 의한다.

성이 크다고 보이는 조세채권에 대하여서조차도 이를 재단채권에 유사한 정도의 강한 우선권을 인정하는 입법례를 찾아보기는 어렵다. 그리고 각국의 파산법 체계가 상이하고, 나라마다 우리나라의 개별법상 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’으로 규정된 각종 청구권(지방세, 산재보험료·고용보험료·의료보험료 등 사회보험료, 부담금, 징수금, 과태료 등)에 상응하는 청구권의 법적 성격과 취급이 같지 아니하므로, 각국의 파산절차상 이러한 공익채권을 어떻게 취급하는지를 낱낱이 살펴 어느 정도의 공익성·정책적 필요성이 있고 그에 따라 어떠한 지위가 인정되는지를 입체적으로 비교하는 일은 현실적으로 어렵다.

나. 일본법

우리의 구 파산법은 일본의 구파산법(대정11년 법률 제71호로 제정, 평성16년 6월 2일 법률 제75호로 폐지됨, 이하 ‘구파산법’이라 한다)을 별다른 여과 없이 계수한 결과 그 내용이 거의 동일하다. 일본에서는 구파산법 중 이 사건에서 문제된 재단채권의 범위 등과 관련하여 학계와 실무계로부터 많은 비판을 받게 되자 상당한 준비기간을 거쳐 2004년도에 구파산법을 폐지하고 새로운 법률을 공포하는 형태로 신파산법(평성16년 6월 2일 법률 제75호, 시행일은 평성17년 4월 1일, 이하 ‘신파산법’이라 한다)을 제정하였다. 신파산법은 규정체제를 전반적으로 대폭 개편하면서(현재 실체규정과 절차규정으로 크게 나뉘어 있던 체계를 절차의 흐름에 따르는 것으로 개편)채권의 우선순위에 관한 대강은 그대로 유지하였으나, 다만 일률적으로 재단채권으로 취급되던 조세채권을 대폭 제한하는 등의 부분적 수정을 가하였다. 한편, 일본 세법상으로도 조세채권에 대하여 우선권이 규정되어 있는데, 이 사건에서 문제되는 가산금의 경우 일본에서는 연체세(국세의 경우), 연체금(지방세의 경우)에 해당되는 것으로 보인다. 재단채권의 범위를 정하고 있는 구파산법 조항(제47조 제2호)은 우리나라 구 파산법 조항(제38조 제2호)과 동일하다. 신파산법에서는 파산절차 개시 전의 원인에 기한 조세채권 가운데 그 일부(파산절차 개시보다 1년 이상 전에 납기한이 도래한 것)를 재단채권으로 하지 않고 우선적파산채권에 그치는 것으로 그 우선순위를 낮추었고(신파산법

제148조 제1항 제3호), 또한 우리의 가산금에 해당하는 연체세와 연체금 등을 열후적파산채권으로 하였다(신파산법 제99조 제1항 제1호, 제97조 제5호).

다. 독일법

독일은 1994년 도산법(Insolvenzordnung)이 제정되기 전까지는 1987년의 파산법(Konkursordnung)에 따른 파산제도 및 1935년의 화의법(Vergleichsordnung)에 따른 화의제도에 따라 기업도산절차가 처리되어 왔으며, 특히 통독 후 동독지역에서는 1990년에 제정된 포괄집행법(Gesamtvollstreckungsordnung)이 적용되었다. 그 후 1994. 10. 5. 제정되어 1999. 1. 1. 발효된 현행 도산법(Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994)은 파산법과 화의법을 통합하고, 갱생제도 및 (채무자) 자기관리제도를 도입하고 있다. 종전의 파산법에서는 조세채권우선권(제60조) 및 파산절차개시전 1년 이내에 발생한 근로채권우선권(제61조 제1항의a)이 인정되었으나, 현행 도산법은 이를 폐지하였으므로 조세채권에 대한 우선권은 인정되지 아니한다(단, 관세 및 납세의 의무가 있는 물건이 법률규정에 따라 공적과제의 수행에 기여하는 경우 연방이나 주, 지방자치단체 및 지방자치단체조합에게 별채권이 인정된다(제51조 제4호). 이 사건 법률조항에서와 같은 준조세적·공익적 성격의 채권에 대하여 일반파산채권에 비하여 우선순위를 인정하는 근거조항은 찾아볼 수 없다(같은법 제53조 내지 제55조 참조). 도산법 제35조에 따라 경우 도산재단(Insolvenzmasse)은 도산절차개시시에 채무자의 소유에 속한 재산과 도산절차의 진행 중에 채무자가 획득한 재산 전체로 구성된다. 한편 도산재단의 처리와 직접 관련되어 발생하는 도산재단채무에 대해서는 일반 도산채권(제38조)에 비해 우선변제가 행해지는데, 이에 대해서는 현행 도산법 제52조 내지 제55조가 규정하고 있다. 즉 도산절차비용 및 기타의 재단채무에 대해서는 우선변제(선순위변제)가 인정되는바(제53조), 이 경우 도산절차비용은 ① 도산절차를 위한 재판비용, ② 도산관재인(임시도산관재인 포함)이나 채권자위원회 위원의 보수 및 경비를 의미하고(제54조), 기타의 재단채무란 ① 도산관재인의 행위 또는 기타의 방법에 의한 도산재단의 관리, 환가 및 배당과 관련하여 발생한 채무로서 도산절차비용에 포함

되지 아니하는 것, ② 도산재단을 위해 그 이행이 요구되는 쌍무계약 또는 도산절차개시 이후에 이행되어야 하는 쌍무계약에 따른 채무, ③ 도산재단의 부당이득으로 인한 채무를 말한다(제55조 제1항). 한편 도산절차개시후에 발생한 도산채권자의 채권에 대한 이자 등을 후순위 도산채권(Nachrangige Insolvenzgläubiger)으로 규정하고 있다(같은법 제39조 제1항).

라. 미국법

1978년 연방개정도산법(Bankruptcy Reform Act of 1978) 제7장의 도산절차가 우리나라 파산법상 파산절차에 유사하며, 이 절차에 의할 경우 채권자에 대한 배당은 법에서 규정한 우선순위에 따라서 이루어진다. 제507조에서는 우선채권(priority claims)을 규정하고 다른 일반의 무담보채권보다 먼저 만족을 얻을 수 있도록 하고 있다. 우선채권에는 9가지가 규정되어 있는데 그 규정순서에 따라 먼저 변제를 받을 수 있다.

1순위: 절차비용채권(제503조 (b)항의 재단관리비용 등),

2순위: 비자발적신청사건에서 비자발적 신청일과 도산관재인 선임이나 구제명령일 중 먼저 도래하는 날 사이에 발생한 무담보채권(제502조 (f)항),

3순위: 임금, 급여, 수수료채권 등(절차개시시청일 또는 채무자의 영업정지일 중 먼저 도래한 날 이전의 90일 이내의 것으로 한정되고, 4,000달러를 한도로 함)

4순위: 종업원을 위한 사회보험(employee benefit plans)의 보험료채권(절차개시시청일 또는 채무자의 영업정지일 중 먼저 도래한 날 이전의 180일 이내에 제공된 노무에 대하여 발생한 것으로 한정되고, 각 사회보험의 피보험자인 종업원의 수에 [4,000]달러를 곱한 금액에서, 채무자가 위 3순위 우선채권에 의하여 종업원에게 우선적으로 지급한 임금채권액의 총액과 채무자가 당해 종업원을 위하여 다른 사회보험에 납입한 금액을 공제한 금액을 한도로 함)

5순위: 농부와 어부가 창고 또는 가공시설을 운영하는 채무자에 대하여 갖는 채권(개인당 4,000달러 한도)

6순위: 개인채권자의 예탁금, 임대보증금채권(1,800달러 한도)

7순위: 법원이 결정한 배우자나 자녀의 이혼부양료, 양육권채권

8순위: 일정한 조세채권(소득이나 총수입에 따라 부과되는 조세(3년 이내), 재산세, 원천징수하여야 하고 지급책임을 지는 조세, 고용세(3년 이내), 일정한 물품세(3년 이내), 일정기간내의 관세, 조세채무 불이행에 대한 연체이자세)

9순위: 연방예금규제기관(federal depository institutions regulatory agency)의 채권

위의 우선채권보다도 앞선 순위를 인정받는 채권도 있지만, 그 중에 조세채권이나 사회보험료 등 준공익적성격을 갖는 채권에 대하여 일반적 우선권을 부여하는 조항은 없다. 연방조세채권에 대한 이자는 원금인 조세채권을 따른다. 즉 조세채권이 면책가능채권이면 이자도 면책가능하고, 조세채권이 면책불가이면 이자도 면책불가이다. 후순위 여부에 대하여도 마찬가지이다.

모든 우선권있는 채권이 변제된 후에 남은 재산은 다음 순위에 따라 배당을 받게 된다(제726조).

1순위: 채권신고기간 내에 신고한 채권

2순위: 채권신고기간을 초과하여 신고한 채권

3순위: 벌금, 과료, 몰수, 징벌적 손해배상채권 등

4순위: 절차개시 후 발생한 이자(일반무담보채권에 대한 법정이율에 의한 이자채권)

후순위채권으로 구체적으로 열거되고 있는 것은 없고, 채권자와 채무자 사이의 합의에 기한 후순위채권, 도산법원이 형평의 원칙에 기하여 인정하는 후순위채권 등이 제510조에서 인정되고 있다. 절차개시신청후 발생한 이자(unmatured interest)채권, 재단의 재산에 대한 조세채권액이 재단이 당해 재산에 대해 가지는 권리의 가액을 초과하는 경우의 조세채권은 채권의 불인용사유에 해당된다(제502조 (b)항).

5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 헌법재판소의 선례

(1) 헌법재판소는 2005. 12. 22. 2003헌가8 사건에서 이 사건 파산법규정

중에서 구 산업재해보상보험법(1997. 8. 28. 법률 제5398호로 개정되고, 2003. 12. 31. 법률 제7049호로 개정되기 전의 것) 제74조 제1항, 구 임금채권보장법(2003. 12. 31. 법률 제7047호로 개정되기 전의 것) 제14조 및 구 고용보험법(1999. 12. 31. 법률 제6099호로 개정되고, 2003. 12. 31. 법률 제7048호로 개정되기 전의 것) 제65조에 의하여 국세채납처분의 예에 따라 징수할 수 있는 청구권으로서 ‘파산선고 전의 원인에 의하여 생긴 채권에 기하여 파산선고 후에 발생한 연체료 청구권’에 해당하는 부분이 헌법에 위반된다고 결정(헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 17-2, 577, 606-613)하였는데 그 이유의 요지는 이 사건 파산법규정을 통하여 파산선고 후 연체료 청구권이 파산재단으로부터 파산채권에 우선하여 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제받을 수 있도록 하고 있는 당해사건 법률조항은 다른 채권자들의 배당률을 낮추거나 배당가능성을 없애는 등 그 재산권에 실질적인 제약을 가하고 있는데(재산권 침해 여부), 파산절차가 개시된 상황에서 채권자 전체에 대한 공평한 분배 목적을 달성하는데 있어 효과적이고 적절한 수단이 될 수 없고, 다른 채권자의 피해를 최소화하는 조치를 그 수단으로 정하고 있다고 보기 어려우며, 당해 사건 법률조항으로 인하여 실현될 수 있는 공익이 채권자들이 입게되는 불이익보다 크다 할 수 없으므로 수단적정성, 최소침해성, 법익균형성 요건을 갖추지 못하여 과잉금지원칙에 위배되고, 파산절차에 있어서 본질적으로 동일한 것을 다르게, 다른 것을 동일하게 취급하는데(평등원칙 위배 여부) 차별취급을 정당화할 합리적인 이유가 없으므로 평등원칙에도 위배된다는 것이다.

(2) 한편 헌법재판소는 2008. 5. 29. 2006헌가6·11·17(병합) 사건에서 구 파산법 제38조 제2호의 ‘국세징수법에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 중에서 파산선고 전의 원인에 의하여 생긴 국세 및 지방세에 기하여 파산선고 후에 발생한 가산금 및 증가산금 청구권’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여 재판관들의 의견이 5(위헌) 대 4(합헌)로 나누어져 위헌정족수 미달로 합헌 결정(헌재 2008. 5. 29. 2006헌가6등, 판례집 20-1 하, 1, 15-20)하였는바, 위헌의견의 요지는 당해 사건 법률조항의 입법목적은 국가 또는 지방자치단체 존립의 재정적 기초를 이루는 조세를 능률적으로 확보하기 위한

정책적, 공익적 필요에 따른 것으로 정당하고, 가산금채권을 다른 파산채권보다 먼저, 수시로 변제받게 하는 것은 적절한 수단이 되나 파산선고 후 가산금 채권은 그 성질상 파산법상 후순위채권인 일반채권의 지연이자와 동일한 점, 파산재단 중 가산금채권이 차지하는 비중이 높은 점, 이를 재단채권에 포함시켜야 할 공익적, 정책적 필요가 없어 최소침해성 원칙을 충족하지 못하고, 일반 파산채권자들의 사익이 가산금채권의 징수확보라는 공익보다 더 크므로 법익균형성 원칙도 충족하지 못하여 과잉금지원칙에 반하여 다른 파산채권자의 재산권을 침해한다는 것이고, 합헌의견의 요지는 당해 사건 법률조항은 다수의견과 같이 목적 정당성, 수단 적정성이 인정되고, 조세우선권은 특별한 규정이 없는 한 채무자의 모든 재산에 미치고, 일반 강제집행절차에서도 적용되므로 조세우선권을 파산절차에서 적용한다고 하여 불합리하다고 할 수 없고, 가산금채권이 채납액의 일정한 범위로 제한되어 있으므로 다른 파산채권자들의 예측가능한 범위를 넘어 우대하는 것이라 보기 어렵다. 따라서 최소침해성 원칙을 충족하며, 위 법률조항에 의하여 가산금채권이 우선 배당받음으로써 다른 파산채권자들이 입게되는 불이익은 미미하고, 반면 헌법상 기본의무인 납세의무의 이행강제와 조세징수 실효성 확보라는 공익은 매우 크므로 법익균형성 원칙도 충족하여 과잉금지원칙에 위배되지 않는다. 나아가 위 법률조항이 가산금채권과 일반 파산채권의 불이행으로 인한 손해배상채권을 합리적인 이유 없이 차별한다고 보기 어렵다는 것이다.

나. 판단

(1) 헌법적 쟁점

앞서 본 바와 같이 이 사건 파산법규정이 구 독점규제법 제55조의5, 제24조의2 규정과 결합된 이 사건 법률조항으로 인하여 이 사건 과징금 및 가산금 채권이 재단채권의 범위에 속하게 되고, 이에 따라 파산절차에서 우선적 지위를 갖게 됨으로써 다른 채권자들의 배당률을 낮추거나 배당가능성을 아예 없애는 등 재산권에 실질적 제약을 가하는 것이 헌법에 위반되는지 여부와 이 사건 법률조항이 일반 파산채권자를 과징금 등 채권자인 국가에 비하여 차별취급하고 있는 것이 헌법상 평등원칙에 위반되는지 여부가 그 쟁점

이 된다고 할 것이다.

(2) 재산권 침해여부

(가) 목적의 정당성과 수단의 적절성

파산절차에서 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 재단채권으로 특별히 취급하는 것은 창의적인 기업활동을 조장하고, 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하기 위한 과징금을 능률적으로 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 재단채권으로 인정한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 할 수 있다.

(나) 침해최소성

1) 파산제도는 채무자의 재정적 어려움으로 인하여 채무 전체의 변제가 불가능하여진 상황에서 채권의 개별적 행사를 금지하고 채무자 재산의 관리 처분권을 파산관재인에게 배타적으로 위임하여 이를 공정하게 환가·배당함으로써 불충분하더라도 채권자들 간의 적정하고 공평한 만족을 도모하기 위한 것이다. 이러한 제도는 경제적 파탄 상태에 이른 채무자를 방치하면 채권자들에게 혼란과 불공평한 결과가 발생하고, 나아가 연쇄적으로 사회의 혼란이 초래되면서 경제사회에 큰 손실을 가져오게 되기 때문에 이를 방지하여 국민경제의 안정과 발전에 기여하고자 하는 공익적 필요에서 비롯된 것이다.

2) 이와 같이 파산제도는 채권자들 간의 공평하고 균등한 희생을 전제로 하는 것이므로, 다수의 채권자에 대한 변제 우선순위를 정함에 있어서 헌법적으로 용인될 수 있는 기준이 설정되어야 한다.

우선 민법, 상법 그 밖의 개별법(이하 '실체법'이라 한다)에 있어서의 우선 순위, 즉 파산 이전의 권리관계에서 인정되던 법률관계가 반영되어야 한다. 구 파산법은 기본적으로 채권자 간의 공평한 분배라는 목적을 달성하기 위한 절차법이므로 그러한 목적을 달성하는데 필요한 한도 내에서 실체적 법률관계에 조정을 가할 뿐이지 그 자체로 실체적 권리를 창설하거나 폐지할 수는 없기 때문이다. 이러한 전제가 각 실체법상 구현하고자 하였던 입법 취지에 맞을 뿐만 아니라 이러한 예상 하에 법률관계를 형성하여 왔던 이해관

계자들의 기대에도 부합할 것이다. 구 파산법도 실체법상의 법률관계를 반영하여, 파산자의 재산에 속하지 아니하는 재산을 파산재단으로부터 환취할 수 있게 하고(제79조), 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 재산에 대하여 별채권을 가지며(제84조), 일반우선권 있는 파산채권은 다른 채권에 우선하게 하고(제32조), 동일순위로 변제할 채권은 각각 그 채권액의 비율에 따라 변제하도록 하였다(제31조).

다만 파산절차의 효율성과 공평의 이념을 달성하기 위하여 개별 채권의 성격에 비추어 합리적인 한도 내에서 실체법상의 법률관계에 따른 우선순위를 수정할 필요가 있으므로, 구 파산법은 후순위파산채권제도(제37조)와 재단채권제도(제38조)를 규정하고 있다.

3) 이 사건 법률조항에 따라 재단채권으로서 우선적 지위를 갖게 된 이 사건 과징금 및 가산금 채권이 위와 같은 기준에 부합하는지를 본다.

① 먼저 구 독점규제법에서는 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 ‘국세채납처분의 예에 의하여 징수’할 수 있도록 규정하고 있으나 실체법상 우선순위에 관한 규정은 없다. 그러므로 실체법상 우선권이 인정되지 않는 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 구 파산법상 일반우선파산채권보다 더 나아가 재단채권으로까지 인정하기 위하여는, 불공정거래행위에 대한 규제의 수단으로 부과하는 과징금 및 가산금 채권을 재단채권으로 인정하여야 할 정도의 강한 공익성과 정책적 필요성이 있어야 한다. 그러나 이 사건 과징금 및 가산금을 능률적으로 확보함으로써 국민경제의 균형있는 발전을 도모하는 것이 채무자의 파산으로 인하여 그렇지 않아도 낮은 배당률에 고통받는 다른 채권자들을 희생시킬 만큼 공익성이나 정책적 필요성을 갖추었다고 보기는 어렵다.

② 또한 파산절차상의 특성을 고려하여 볼 때에도 이 사건 과징금 및 가산금 채권을 재단채권으로 규정하여 우선적 지위를 인정하는 것이 상당하다고 볼 수 없다. 즉 이 사건 과징금 및 가산금 채권이 파산절차의 진행을 위하여 필수불가결하다거나 채권자 전체의 이익을 도모하기 위한 것이라거나 또는 파산절차상 형평의 이념상 우선적 지위를 인정하는 것이 필요한 경우

라고 보기도 어렵다.

③ 한편 구 파산법이 폐지되고 새로이 제정된 통합도산법 제473조 제2호 본문은 ‘국세징수법 또는 지방세법에 의하여 징수할 수 있는 청구권’을 재단채권으로 규정하면서, ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 중에서는 그 징수우선순위가 일반 파산채권보다 우선하는 것에 한하여 재단채권에 포함된다고 규정하고 있는바, 위 법률규정에 의하면 징수우선순위가 없는 이 사건 과징금 및 가산금 채권은 더 이상 재단채권에 포함되지 않게 되었다.

4) 따라서 이 사건 법률조항은 재산권의 행사를 제한하는데 있어서 필요최소한에 그쳐야 한다는 침해최소성의 원칙을 충족하지 못한다고 할 것이다.

(다) 법익균형성원칙의 충족 여부

위와 같이, 이 사건 과징금 및 가산금 채권의 징수 확보라는 공익이 일반 파산채권자들이 감수하여야 할 재산상 손실이라는 불이익보다 결코 크다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익균형성원칙도 충족하지 못한다.

(라) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되어 다른 파산채권자들의 재산권을 침해한다고 볼 것이다.

(3) 평등원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’을 일률적으로 재단채권으로 규정함으로써 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고(실체법상 우선권이 없어 일반파산채권과 실질적으로 동일한 채권임에도 재단채권으로 우선순위를 갖게 함), 본질적으로 다른 것을 동일하게 취급하여(우선권이 있는 채권과 없는 채권 또는 다른 순위에 있는 채권을 동일한 우선순위를 갖게 함) 차별취급이 존재하고, 파산법의 기본 목적과 공익적·정책적 필요성의 측면을 종합하여 보더라도 이와 같은 차별을 정당화할 만한 합리적인 이유를 찾기 어려우므로 평등원칙에도 위반된다.

【이 사건 결정의 의의】

법인 파산의 경우 파산선고 후 중도에 재단부족으로 인하여 파산절차가

폐지되는 경우가 많은데, 그 이유는 파산관재인이 절차를 진행하다 보면 통상의 경우 파산재단으로 재단채권을 변제하기에도 부족한 경우가 많기 때문이고 이러한 경우 주로 조세채권, 임금채권, 공단의 채권 등 ‘국세징수의 예에 의하여 징수할 수 있는 청구권’ 금액 등이 상당한 부분을 차지하는 경우를 찾기 어렵지 않다. 우리나라와 유사한 법제도를 가지고 있는 일본의 경우에도 실제로 파산사건에서 파산관재인이 모은 파산재단으로부터 막대한 공적채권채납액을 파산절차에 의하지 아니하고 징수하여 가는 바람에 그렇지 않아도 채무자의 파산으로 인하여 막대한 피해를 입고 있는 다수의 파산채권자들에 대한 배당액이 줄어들거나 재단부족으로 인한 파산폐지에 이르게 됨으로써 파산 목적을 달성할 수 없게 되는 경우도 적지 않다고 한다. 그런데 구 독점규제법에 따라 공정거래위원회가 부과하는 과징금과 그 가산금은 국민경제의 균형적인 발전을 도모하기 위하여 부과된다고 하지만 그 규모가 수억원 또는 수십억원에 이르기도 한다. 이와 같이 구 독점규제법상 과징금 및 가산금 채권은 실체법상 우선권이 인정되는 등으로 파산채권 중에서 우선적으로 보호하여야 할 특별한 필요가 있다고 볼 사정이 없음에도 불구하고 그 동안 구 파산법상 재단채권으로 인정되어 파산절차에 있어서 우선변제를 받게 되는 결과 다른 일반파산채권자들의 재산권을 침해하고 있었는데 이 사건 결정으로 이 사건 법률조항이 위헌으로 확인됨으로써 파산절차에 있어서 채권자들간의 공평한 분배를 기할 수 있게 되었다고 할 것이다. 다만, 2005. 3. 31. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 제정으로 구 독점규제법상 과징금과 그 가산금 채권이 재단채권에서 제외되었으므로, 이 사건 법률조항의 위헌문제는 입법적으로 해결되었다고 할 것이다.

서울특별시 동작구와 관악구 간의 권한쟁의 등

- 자치구의 행정동 명칭에 관한 독점적·배타적 사용권의
인정 여부 -

(헌재 2009. 11. 26. 2008헌라3·4, 판례집 21-2하, 456, 469)

황 문 섭*

【판시사항】

피청구인 서울특별시 관악구가 서울시의 동 통·폐합 및 기능개편계획에 따라 행정동을 통·폐합하면서 기존의 ‘봉천제1동’이라는 행정동(동주민센터) 명칭을 ‘보라매동’으로, ‘신림4동’이라는 행정동 명칭을 ‘신사동’으로, ‘신림6동’, ‘신림10동’이라는 행정동 명칭을 ‘삼성동’으로 각 변경하는 조례를 개정한 것이 청구인 서울특별시 동작구(2008헌라3) 또는 청구인 서울특별시 강남구(2008헌라4)의 행정동 명칭에 관한 권한을 침해한 것인지 여부(소극)

【심판대상】

2008. 8. 1. 서울특별시 관악구 조례 제779호로 공포된 ‘서울특별시 관악구 행정기구 설치조례 일부개정 조례’ [별표2] ‘동 주민센터의 명칭·위치 및 관할구역’의 ‘동주민센터명’ 부분 중 ‘보라매동’(2008헌라3), ‘신사동’ 및 ‘삼성동’ 부분(2008헌라4)이 헌법 또는 법률에 위반되어 청구인들의 권한¹⁾을 침해한

* 서울고등법원판사, 전 헌법연구관

1) 권한쟁의심판에서의 ‘권한’이란 주관적 권리의무가 아니라 국가나 지방자치단체 등 공법인 또는 그 기관이 헌법 또는 법률에 의하여 부여되어 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력 또는 범위를 말하며, 그 귀속 주체는 이를 임의로 처분하거나 포기할 수 없다. 권한은 적극적 권능으로서의 능력을 의미하나 그 반면을 보면 직무상 의무의 범위를 지칭하게 된다. 이러한 권한 내지 관할권은 권력분립적 견제와 균형을 도모하면서 국가의 기능질서를 확보하기 위해 각 국가기관에 분배된 독자적인

것인지 여부 및 무효에 해당하는지 여부

【사건의 개요】

피청구인은 법정동²⁾인 신림동, 남현동, 봉천동을 관할구역으로 하는 자치구이고, 청구인 동작구(2008헌라3)는 법정동인 노랑진동, 상도동, 상도1동, 본동, 흑석동, 동작동, 사당동, 대방동, 신대방동을 관할구역으로 하는 자치구이며, 청구인 강남구(2008헌라4)는 법정동인 신사동,³⁾ 압구정동, 논현동, 청담동, 삼성동,⁴⁾ 대치동, 역삼동, 도곡동, 개포동, 일원동, 수서동, 세곡동, 자곡동, 율현동을 관할구역으로 하는 자치구이다.

피청구인(관악구)은 서울시의 동 동폐합 및 기능개편계획에 따라 행정동

활동 및 결정영역을 의미하고, 이러한 분배는 객관적 범규범에 의해 이루어지게 된다. 따라서 권한쟁의는 이른바 객관소송으로서의 특징을 가지며, 이 특징은 권한쟁의의 심판청구요건이나 심판의 이익을 판단하는데 중요한 의미를 갖는다(헌법재판소실무제요 324-325쪽 참조).

- 2) 법정동은 법으로 정해진 동으로 가족관계등록 및 주민등록 등에 사용하는 동명이고(지방자치법 제4조 제3항), 행정동은 행정사무를 원활히 하기 위해 정한 동으로 주민들의 거주지역을 행정상의 편의에 의하여 설정한 행정구역의 단위를 말한다(지방자치법 제4조 제5항). 행정관청이 주로 인구의 증감에 따라 인구가 많은 하나의 법정동에 여러 행정동을 설정하여 동행정을 따로따로 보게 한다든지, 인구가 적은 여러 법정동을 묶어 하나의 행정동을 두기도 하므로, 행정동은 동사무소(현재는 주민센터로 바뀜)를 단위로 하는 행정구역이라고 할 수 있다. 예컨대, 우면동은 서울 서초구의 법정동이지만, 행정동은 양재1동이다.
- 3) 신사동 동명의 유래는 한강변에 있던 이 지역 부락 새말과 사평리의 이름에서 각각 따와 신사리라 한데서 연유한다. 신사동은 조선시대 말기까지 경기도 광주군 언주면, 신촌, 사평리등으로 불리던 지역으로 일제 때인 1914년 3월 1일 조선 총독부령 제111호에 의거 경기도 구역 확정때 새말, 동산말, 사평을 병합하여 신사리라 하였다. 그 뒤 1953년 1월 1일 서울시에 편입되어 성동구 언주출장소 관할이 되었고, 1970년 5월 18일 사평동이 신사동으로 개칭되어 1973년 7월 1일 성동구 영동출장소 관할로 되었으며 1977년 8월 1일 논현동이 분동되고 1980년 7월 1일 압구정동이 분동되어 현재에 이르고 있다(강남구청 인터넷 행정정보에서 인용).
- 4) 삼성동은 조선시대 말까지는 경기도 광주군 언주면 봉은사 무동도 닥점지역이었는데 당시 자연마을인 봉은사, 무동도, 닥점의 세마을을 병합하여 일제 때인 1914년 3월 1일 조선총독부령 제111호에 의거 경기도 구역획정때 삼성리라 명명한데서 연유한다. 봉은사는 신라 원성왕때 국사인 녹회대사가 세운 조계종계통 사찰로써, 당초 명칭은 견성사였으나 조선시대 정형왕후가 중창한 후 봉은사라 하면서 명칭이 바뀌었으며, 이 곳에는 추사의 절필인 판전을 비롯하여 선불당, 경관 등 많은 유적이 있다. 언주면 삼성리(1914)->언주출장소 삼성동(1963)로 변경되었다(강남구청 인터넷 행정정보에서 인용).

을 통·폐합하면서, 기존의 ‘봉천1동’, ‘신림4동’, ‘신림6동, 신림10동’이라는 ‘행정동(동 주민센터)’ 명칭을 주민들의 선호도가 가장 높은 것으로 조사된 ‘보라매동’, ‘신사동’, ‘삼성동’으로 각 변경하는 내용의 조례를 개정하였다.

이에 청구인 동작구는 피청구인 관악구가 행정동 명칭을 ‘봉천1동’에서 ‘보라매동’으로 변경한 것이 조례제정권의 범위를 일탈하여 이미 보라매의 명칭을 관할구역 내 공원, 시설물, 도로의 명칭으로 사용하고 있는 청구인 동작구의 행정동 명칭에 관한 권한을 침해한 것이라면서(2008헌라3), 청구인 강남구는 피청구인 관악구가 행정동 명칭을 ‘신림4동’, ‘신림6동 및 신림10동’에서 ‘신사동’과 ‘삼성동’으로 변경한 것이 조례제정권의 범위를 일탈하여 이미 관할구역 내의 동 명칭으로 신사동과 삼성동의 명칭을 사용하고 있는 청구인 강남구의 행정동 명칭에 관한 권한을 침해한 것이라면서(2008헌라4), 각 피청구인(관악구)을 상대로 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

【결정요지】

시와 구(자치구를 포함한다)의 관할구역 내에 있는 명소나 공공시설물, 도로의 명칭 또는 동의 명칭은 특정 지방자치단체의 명칭과는 구분되는 것으로서, 그 동 명칭이 지방자치단체의 정체성과 불가분의 관계를 이루는 것으로 보기는 어렵다. 더욱이 행정동은 행정사무를 원활히 하기 위해 조례로 정한 동으로 주민들의 거주 지역을 행정상의 편의에 의하여 설정한 행정구역의 단위를 뜻하므로, 행정동의 명칭이 당해 지방자치단체의 동일성·정체성과 직접 연관되어 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 이러한 행정동 명칭이 변경된다 하더라도, 주민등록주소나 등기부등본, 토지대장, 건축물대장 등 각종 공부상의 동(법정동) 주소가 변경되는 것도 아니어서, 행정동의 명칭 변경이 공익에 미치는 영향도 상대적으로 미약하다고 할 것이다.

한편 행정동 명칭의 변경은 지방자치단체의 관할구역 안 행정구역의 명칭에 관한 사무로서 지방자치단체의 자치사무에 속하는 것이므로 그 지방자치단체의 조례로 정할 수 있다고 할 것이고, 지방자치단체가 행정동의 명칭을 정함에 있어 관계법령에서 내용상의 한계를 규정하거나 인접 지방자치단체 및 그 관할구역 내 주민의 이익을 보호하기 위한 특별한 제한규정을 두고

있지도 아니하다.

이와 같은 점 등을 종합해 보면, 지방자치단체와 견련성이 인정되는 명칭이 거래시장에서 상표 등에 해당하여 상표법 또는 부정경쟁방지법 등에 의하여 구체적, 개별적으로 보호될 수 있는지의 여부는 별론으로 하고, 적어도 지방자치단체와 다른 지방자치단체의 관계에서 어느 지방자치단체가 특정한 행정동 명칭을 독점적·배타적으로 사용할 권한이 있다고 볼 수는 없다.

【해설】

1. 쟁점

자치구인 청구인들의 이 사건 권한쟁의심판청구가 적법요건을 갖춘 것인지가 문제된다. 심판청구의 적법요건은 당사자, 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재, 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성, 청구기간, 심판의 이익의 측면에서 검토되어야 하고, 만일 청구인들의 이 사건 권한쟁의심판청구가 적법요건을 갖춘 경우에는 헌법재판소는 그 심리를 위해 구두변론을 거쳐야 한다(헌법재판소법 제30조 제1항).

이 사건 권한쟁의심판청구에 있어서 특히 문제되는 적법요건은, 피청구인의 처분이 존재하는지의 여부와 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성을 인정할 수 있는지의 여부라 할 것이고, 헌법재판소는 이 사건 결정에서 후자의 문제만을 지적하면서 이 사건 권한쟁의심판청구가 부적법하여 그 흠을 보정할 수 없는 경우에 해당한다고 보아 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 변론 없이 이를 각하하였는바(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제219조), 이 사건에서의 주된 쟁점은 이 사건 권한쟁의심판청구가 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성이라는 적법요건을 충족한 것으로 볼 수 있는지의 여부에 있다.⁵⁾

2. 일반적 적법요건에 대한 판단

5) 헌법재판소에 계류된 55건의 권한쟁의심판 사건 중 명칭과 관련된 사건은 이들 사건 외에 2건이 있으며, 모두 국가사무와 관련하여 부적법하므로 각하된 바 있다(2003헌라2 아산시와 건설교통부장관간의 권한쟁의 및 2006헌라1 경상남도 등과 정부간의 권한쟁의).

가. 당사자능력 및 당사자적격

(1) 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호 나목은 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로써 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판을 규정하고 있고, 이 사건 권한쟁의심판청구의 청구인들 및 피청구인은 모두 자치구인 지방자치단체이므로 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판에 있어서의 당사자능력이 인정된다.

(2) 나아가 권한쟁의심판청구는 헌법과 법률에 의하여 부여받은 권한을 가진 자만이 그 권한의 침해를 다투며 권한쟁의심판을 청구할 수 있고, 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만이 피청구인 적격을 가진다 할 것이다. 그런데 청구인들은 헌법 및 지방자치법에 의하여 부여받은 행정동 명칭 부여권을 침해받았다고 주장하고 있고, 그 침해의 원인은 피청구인의 행정동 명칭 부여권에 근거한 이 사건 조례의 개정에 있다는 것인 바, 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하여, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고 있고, 지방자치법 제4조 제5항,⁶⁾ 제6조,⁷⁾ 제9조 제2항 제1호⁸⁾ 등

6) 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역)

- ① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정하되, 시·군 및 자치구의 관할 구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.
- ② 제1항에 따라 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때 또는 그 명칭이나 구역을 변경할 때에는 관계 지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)의 의견을 들어야 한다. 다만, 「주민투표법」 제8조에 따라 주민투표를 한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 자치구가 아닌 구와 읍·면·동의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 이를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 행정안전부장관의 승인을 받아 그 지방자치단체의 조례로 정한다. 다만, 명칭과 구역의 변경은 그 지방자치단체의 조례로 정하고, 그 결과를 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 보고하여야 한다.
- ⑤ 동·리에서는 행정 능률과 주민의 편의를 위하여 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 하나의 동·리를 2개 이상의 동·리로 운영하거나 2개 이상의 동·리를 하나의 동·리로 운영하는 등 행정 운영상 동·리(이하 “행정동·리”라 한다)를 따로 둘 수 있다.
- ⑥ 행정동·리에 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 하부 조직을 둘 수 있다.

7) 제6조(사무소의 소재지)

- ① 지방자치단체의 사무소의 소재지와 자치구가 아닌 구 및 읍·면·동의 사무소의

에 의하면 지방자치단체는 조례로서 지방자치단체의 사무에 속하는 행정동의 명칭 등을 정하거나 변경할 수 있는 권한을 가지므로, 청구인들 및 피청구인은 이 사건 권한쟁의심판청구에 있어서의 당사자 적격이 인정된다.

나. 피청구인의 처분의 존재

(1) 헌법재판소법 제61조 제1항은 “권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있지만, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 규정하고 있으므로 권한쟁의심판을 청구하려면 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야 한다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650, 658). 여기서의 처분은 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용 그리고 법원의 재판 및 사법행정작용 등을 포함하는 넓은 의미의 공권력처분을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집 18-1 하, 28, 35).

(2) 이 사건에서는 피청구인의 이 사건 조례가 청구인들이 가지는 권한을 침해하였는지의 여부가 문제되는바, 이와 같은 행정동 명칭 변경에 관한 조례의 개정행위⁹⁾도 넓은 의미의 법규 제·개정행위에 해당하는 만큼, 위

소제지는 종전과 같이 하고, 이를 변경하거나 새로 설정하려면 지방자치단체의 조례로 정한다. 이 경우 동은 제4조 제5항에 따른 행정동(行政洞)을 말한다.

② 제1항의 조례는 그 지방의회의 재적의원 과반수의 찬성을 받아야 한다.

8) 제9조(지방자치단체의 사무범위)

① 지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직, 행정관리 등에 관한 사무
- 가. 관할 구역 안 행정구역의 명칭·위치 및 구역의 조정
- 나. 조례·규칙의 제정·개정·폐지 및 그 운영·관리

9) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집 18-1 하, 28, 35: “헌법재판소법 제61조 제2항에 따라 권한쟁의심판을 청구하려면, 피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하여야

법률조항의 처분에 해당한다고 봄이 상당하다(헌재 2004. 9. 23. 2003헌라3, 판례집 16-2 상, 469 참조¹⁰⁾). 헌법재판소는 건설교통부장관이 경부고속철도 제4-1공구 역의 이름을 “천안아산역(온양온천)”으로 결정한 것이 아산시의 자치권을 침해하였다는 이유로 아산시가 건설교통부장관을 상대로 제기한 권한쟁의심판청구 사건에서, “청구인의 권한에 부정적인 영향을 주어서 법적으로 문제되는 경우에는 사실행위나 내부적인 행위도 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 것이므로, 피청구인의 이 사건 결정은, 그것이 행정소송의 대상이 되는 처분인지 여부는 별론으로 하고, 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 것이다.”라고 판시한 바도 있다(헌재 2006. 3. 30. 2003헌라2, 공보 제114호, 523, 523-524).

(3) 다만 이에 대하여 ‘처분’이란 법적 중요성을 지녀야 하고 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 처분이라 할 수 없으므로(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650),¹¹⁾ 행정능률과 편의

한다. 여기서의 처분은 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용 그리고 법원의 재판 및 사법행정작용 등을 포함하는 넓은 의미의 공권력처분을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 권한쟁의심판의 ‘처분’을 이와 같이 이해한다면, 이 사건의 경우와 같이 법률에 대한 권한쟁의심판도 허용된다고 봄이 일반적이다. 다만 권한쟁의심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권한쟁의심판은 ‘법률 그 자체’가 아니라, ‘법률의 제정행위’를 그 심판대상으로 해야 할 것이다. 따라서 이 사건의 경우 피청구인이 이 사건법률을 제정한 행위는, 헌법재판소법 제61조 제2항의 ‘처분’에 해당되어 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있다.”

10) 위 사건에서는, 자원회수시설(소각장)의 반입수수료 산정방식과 그 시설 주변영향지역 주민 지원방식을 변경한 서울특별시의 조례개정(2004. 5. 25. 서울특별시 조례 제4192호·제4193호)이 서울특별시 강남구의 폐기물처리시설 설치·운영권한, 종량제폐기를 규격봉투가격 결정권한 및 예산편성권한을 침해하는지 여부와 위 개정조례의 무효여부가 문제되었는바, 위 결정에서는 조례가 처분인지의 여부에 대한 특별한 판시이유는 밝히고 있지 않지만, 개정조례가 청구인들의 권한을 침해하는지의 여부를 심판대상으로 하여 본안판단을 한 바 있다.

11) 헌재 2005.12.22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650, 658: “여기서 ‘처분’이란 법적 중요성을 지닌 것에 한하므로, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 ‘처분’이라 할 수 없어 이를 대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 허용되지 않는다. 정부가 법률안을 제출하였다 하더라도 그것이 법률로 성립되기 위해서는 국회의 많은 절차를 거쳐야 하고, 법률안을 받아들일지 여부는 전적으로 헌법상 입법권을 독점하고 있는 국회의 권한이다. 따라서 정부가 법률안을 제출하는 행위는 입법을 위한 하나의 사전 준비행위에 불과하고, 권한쟁의심판의 독자적 대상이 되기 위한 법적 중요성을 지닌 행위로 볼 수 없다. 그렇다면 피청구인 정부가

를 위한 차원에서 행정동 명칭을 변경하는 내용의 이 사건 조례는 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없으므로, 처분성이 인정되지 않는다는 반대견해도 있을 수 있다. 실제로 청구인 등이 제기한 이 사건 조례의 무효확인소송에서 법원은 이 사건 조례의 처분성을 부정하였다.¹²⁾

(4) 헌법재판소는 이 사건 결정에서 피청구인의 처분이 존재하는지의 여부에 대하여는 명확히 그 입장을 밝히지는 아니하였지만, 위에서 본 바와 같이 조례의 개정행위도 처분에 해당한다는 전제에서 있는 것으로 이해된다.

2004. 11. 12. 자치법안과 교부금법안을 제250회 국회(정기회)에 제출한 행위를 다루는 심판청구 부분은 부적법하다.”

- 12) 청구인 동작구 및 그 주민 일부가 서울특별시 관악구청장을 상대로 이 사건 조례의 무효확인을 구한 행정소송에서 법원은 이 사건 조례의 처분성을 부정하여 소각하판결(서울행정법원 2009. 4. 30. 선고 2008구합32522 판결, 확정)을 하였다. 그 판시이유를 인용하면 아래와 같다. “이 사건 조례는 구 지방자치법(2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지방자치법’이라 한다) 제4조 제5항을 근거 법률로 법정동인 봉천동 중 일부 지역을 관할 구역으로 하는 행정동의 동사무소(주민센터) 명칭을 ‘봉천제1동 주민센터’에서 ‘보라매동 주민센터’로 변경하는 내용으로써 이로 인해 관악구가 행정 능력과 주민의 편의를 위하여 설치한 행정동의 명칭이 봉천제1동에서 보라매동으로 변경되는데, ① 이 사건 조례로 인하여 자치구인 원고 동작구 및 신대방2동 또는 봉천1동에 거주하는 나머지 원고들의 재산권 등의 행사가 제한되는 등 구체적인 권리의무에 직접적 변동이 초래된다고 할 수 없는 점, ② 이 사건 조례의 근거 법률인 구 지방자치법 제4조 및 관련 법규를 살펴보면 행정동의 명칭에 관한 해당 지역 또는 인접 지역 주민들, 나아가 인접 자치구의 직접적이고 구체적인 이익을 개별적으로 보호하는 규정을 찾아볼 수 없는 점, ③ 법정동은 통상 개인이나 법인의 주소, 토지의 지번에 사용되는 것으로 그 명칭이 변경될 경우 등기부등본, 건축물관리대장, 토지대장, 가족관계등록부, 주민등록증 등 공부상의 주소가 변경되는 효과가 있지만, 행정동은 행정운영의 편의에 따라 구획되고 수시로 조정할 수 있는 것으로 그 명칭이 변경되더라도 공부상의 주소 등에 아무런 변화가 없는 점, ④ 보라매는 행정동 또는 법정동의 명칭으로는 사용된 바 없기 때문에 지리적 명칭으로서 어떠한 식별력을 가지고 있다고 볼 수 없는 만큼, 이 사건 조례로 인하여 원고 동작구의 헌법상 조례제정권이나 나머지 원고들의 헌법상 자기결정권, 행복추구권, 인격권, 자치권, 주민권 등의 기본권이 직접 자기의 권리로서 침해당할 우려가 있다고 할 수 없는 점, ⑤ 자부심 또는 명예감정에의 상처, 각종 경제적·사회적·문화적·정신적 유형·무형의 이익 손실 등은 국민 일반이 공통적으로 가질 수 있는 일반적·간접적·추상적 이익이거나 사실적·경제적·직접적·구체적인 법익이 아니며, 이 사건 조례로 원고들의 개별적·직접적·구체적인 법익이 침해되었다고 할 수 없으므로, 이 사건 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 할 것이어서, 이 사건 소는 부적법하다.”

다. 청구기간

권한쟁의심판의 청구는 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 하여야 한다(헌재법 제63조 제1항). 이 사건 조례는 2008. 8. 1. 공포(2008. 9. 1. 시행)되었는바,¹³⁾ 청구인들의 심판청구는 그 때로부터 60일 이내에 제기되었으므로, 청구기간을 준수하였다.

라. 심판의 이익

현재 청구인들이 권한을 침해당하였다는 침해원인인 이 사건 조례가 시행되고 있으므로, 이 사건 권한쟁의심판청구는 그 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

3. ‘권한의 침해 또는 현저한 침해위험’의 가능성의 충족 여부

가. 개요

헌법재판소법 제61조 제2항에 의하면, 피청구인의 처분 또는 부작위가 ‘헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현

13) 헌재 2006. 5.25. 2005헌라4, 판례집 18-1 하, 28, 36-37: “이 사건과 같은 법률의 제정에 대한 권한쟁의심판의 경우, 청구기간은 법률이 공포되거나 이와 유사한 방법으로 일반에게 알려진 것으로 간주된 때부터 기산되는 것이 일반적이다. 일정한 법률안이 법률로 성립하기 위해서는 국회의 의결을 거쳐 관보에 게재·공포되어야 하고, 이로써 이해당사자 및 국민에게 널리 알려지는 것이기 때문이다. 이 사건 법률은 2005. 1. 5. 관보에 게재되어 공포되었으며, 부칙 제1조에 따라 같은 날 시행되었다. 그러므로 이 사건의 경우에도 이 사건 법률이 관보에 게재되어 공포·시행된 2005. 1. 5. 청구인들은 자신들의 권한침해 내지 권한침해의 가능성을 충분히 예상했다고 보아야 할 것이다. 그 밖에 이 사건 법률은 이미 제정되기 이전부터 초국민적 관심사였으며, 일부 청구인 측에서도 이 사건 법률제정에 대한 공청회에 직접 참여했다는 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 법률이 공포된 시점에 청구인들이 자신들의 권한침해 내지 권한침해가능성을 몰랐다고 하기는 어려울 것이다. 청구인들 스스로도 이 사건 법률이 시행되면, 가령 강남구청의 경우 약 1,000억 원의 세수감소가 예측되고 다른 청구인들의 경우에도 큰 금액의 보유세 감소가 예상된다고 주장한 것은, 이러한 사실을 더욱 뒷받침해주는 것으로 볼 수 있다. 청구인들이 2005. 1. 5. 이 사건법률의 공포·시행을 몰랐다고 하더라도, 법률의 공포일로부터 청구기간이 기산된다는 점에는 영향을 미칠 수 없다. 관보규정 제14조에 따라 지방자치단체는 관보를 열람할 수 있도록 비치할 의무를 지고 있으며, 같은 규정 제17조와 관보규정시행규칙 제9조에 따라 법령공포의 통지에 대한 관보는 공문에 대체하는 것이므로, 이 사건 법률의 공포사실을 몰랐다는 주장은 허용되지 않을 것이다.”

저한 위험이 있는 때에 한하여' 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 '권한의 침해'란 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한침해가 과거에 발생하였거나 현재까지 지속되는 경우를 의미하며, '현저한 침해의 위험성'이란 아직 침해라고는 할 수 없으나 침해될 개연성이 상당히 높은 상황을 의미한다. 권한쟁의심판청구의 적법요건 단계에서 요구되는 권한침해의 요건은, 청구인의 권한이 구체적으로 관련되어 이에 대한 침해가능성이 존재할 경우 충족된다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집 18-1하, 28, 35-36).

이 사건의 경우, 청구인들은 피청구인이 조례로 관할구역 내의 행정동 명칭을 변경할 권한이 있음은 다투지 아니하면서, 다만 피청구인이 행정동의 명칭을 변경함에 있어 특정한 행정동의 명칭을 사용하지 아니할 의무 내지는 한계가 있고, 특정한 행정동의 명칭은 특정한 자치구에만 독점적, 배타적으로 귀속되는 권한이라는 전제에서 이 사건 조례로 인하여 청구인들이 헌법 및 지방자치법에 의하여 보장받은 행정동 명칭 부여권 내지 관리권을 침해받았다는 취지로 주장하고 있다. 따라서 이 사건 조례로 인하여 청구인들이 주장하는 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성¹⁴⁾이 있는지는 결국 (i) 지방자치단체의 행정동 명칭에 관한 권한이 지방자치단체의 정체성·동일성에 관계되는 이른바 명칭권의 보호범위에 포함되는지, (ii) 자치구가 행정동 명칭을 정함에 있어 특정 행정동의 명칭을 사용하지 아니할 법령상의 한계가 인정되는지, (iii) 그 결과 청구인들의 주장과 같이 지방자치단체의 행정동 명칭에 관한 독점적·배타적 권한이 인정될 수 있는지의 여부에 달려있다고 할 것이다. 한편 이와 같은 전제가 충족되었다면 과연 이 사건에서 피청구인의 행정동 명칭에 관한 구체적인 권한행사가 청구인들의 자치권을 침해한 것인지의 여부는 본안에서 검토되어야 할 문제라고 할 것이다.

14) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집 18-1 하, 28, 35-36: “여기서 ‘권한의 침해’란 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한침해가 과거에 발생하였거나 현재까지 지속되는 경우를 의미하며, ‘현저한 침해의 위험성’이란 아직 침해라고는 할 수 없으나 침해될 개연성이 상당히 높은 상황을 의미한다. 권한쟁의심판청구의 적법요건 단계에서 요구되는 권한침해의 요건은, 청구인의 권한이 구체적으로 관련되어 이에 대한 침해가능성이 존재할 경우 충족되는 것으로 볼 수 있다. 권한의 침해가 실제로 존재하고 위헌 내지 위법한지의 여부는 본안의 결정에서 판단되어야 할 것이다.

나. 지방자치단체의 명칭권의 보호범위와 행정동의 명칭

법인인 지방자치단체의 명칭은 특정 지방자치단체의 인격성 내지 동일성을 표상하는 것으로서 보호되어야 하고,¹⁵⁾ 이러한 지방자치단체의 명칭은 지적제도, 도로교통, 우편배달 등 공익과 직접적인 관련을 가진다. 우리 지방자치법은 이와 같은 견지에서 지방자치단체의 명칭의 변경은 법률로 정하도록 하고(지방자치법 제4조 제1항 제2문), 관계 지방자치단체의 의회¹⁶⁾의 의견을 듣도록 하고 있다(지방자치법 제4조 제2항). 이처럼 지방자치단체의 명칭 결정에 있어 해당 지방자치단체의 관여를 법상 인정하고 있는 것은,¹⁷⁾ 사람의 이름이 인격권과 불가분의 관계를 이루듯 지방자치단체의 명칭은 해당 지방자치단체의 정체성과 불가분의 관계를 이루기 때문이라고 볼 것이다(헌재 2008. 3. 27. 2006헌라1, 판례집 20-1상, 332, 351).

한편 시와 구(자치구를 포함한다)의 관할구역 내에 있는 동(洞)의 명칭도 지적제도, 도로교통 등 공익과 관련성을 갖긴 하지만, 이와 같은 동의 명칭은 특정 지방자치단체의 명칭과는 구분되는 것으로서, 그 동 명칭이 지방자치단체의 정체성과 불가분의 관계를 이루는 것으로 보기는 어려우므로, 지방자치단체의 명칭과 같은 보호대상이 된다고 보기는 어렵고,¹⁸⁾ 우리 지방자치법에서도 자치구가 아닌 구와 읍·면·동의 명칭의 변경은 그 지방자치단체의 조례로 정하고 그 결과를 시·도지사에게 보고하도록 규정하고 있을

15) 홍정선, 지방자치법 83쪽에서는, 지방자치단체의 명칭은 그 인격성 내지 동일성을 나타내는 것일 뿐만 아니라 주민을 통합하는 효과를 포함하는 것으로 공법상의 인격권에 속하지만, 이러한 명칭권은 국가로부터 절대적으로 보호받는 권리는 아니라고 보고 있다. 즉 헌법적으로 보호되는 지방자치의 핵심영역은 아니라고 본다(다만 홍정선 교수도 동의 명칭에 대하여는 지방자치단체의 명칭과 달리 보고 있다).

16) 관계 지방자치단체의 의회란 당해 지방자치단체의 의회와 그 상급 지방자치단체의 의회를 말한다(지방자치법 시행령 제2조).

17) 지방자치단체의 해당 지방자치단체에 대한 명칭의 결정 또는 관여 권한은 자치권의 내용에 포함된다고 할 것이다(헌재 2008. 3. 27. 2006헌라1, 판례집 20-1상, 332, 351).

18) 홍정선, 지방자치법, 85~86쪽에서는, 지방자치단체의 명칭권은 다른 공행정주체에 대해서도 보호되어야 한다고 하면서도, 자치구가 아닌 구와 읍·면·동 및 리의 명칭은 지방자치단체의 명칭이 아니기 때문에 명칭권의 보호대상이 아니라고 보고 있다. 그리고 그 근거로 독일문헌을 인용하고 있다(Schwirzke/Sandfuchs, Allgemeines Niedersaechsisches Kommunalrecht, S.38).

뿐이다(지방자치법 제4조 제3항 단서).¹⁹⁾

그런데 동·리에서는 행정 능률과 주민의 편의를 위하여 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 하나의 동·리를 2개 이상의 동·리로 운영하거나 2개 이상의 동·리를 하나의 동·리로 운영하는 등 행정 운영상 동·리를 따로 둘 수 있고(지방자치법 제4조 제5항), 이와 같이 행정능률과 주민의 편의를 위하여 행정운영상 두는 동을 ‘행정동’이라 하는바, 이 사건에서 문제되는 것은 바로 행정동 명칭의 변경에 관한 것이다. 이러한 행정동 명칭은 당해 지방자치단체의 조례로 정할 사항이고 그 명칭이 변경된다 하더라도, 주민등록주소²⁰⁾나 등기부등본, 토지대장, 건축물대장 등 각종 공부상의 동(법정동) 주소가 변경되는 것은 아니므로,²¹⁾ 행정동의 명칭의 변경은 공익에 미치는 영향이 상대적으로 미약하고, 그 행정동의 명칭이 당해 지방자치단체의 동일성·정체성과 직접 연관되어 있다고 보기도 어렵다. 뿐만 아니라 행정동의 명칭은 그 자체가 독자적인 의미를 가진다거나 독자적으로 사용되기 보다는 당해 행정동이 속한 지방자치단체(자치구)의 명칭과 함께 사용되는 것이 일반적이므로 행정동의 명칭의 동일성·유사성만으로는 그 식

19) 원래는 자치구가 아닌 구, 읍··면·동의 명칭 변경은 구역변경과 마찬가지로 행정자치부장관의 사전승인을 얻도록 규정하였지만 지방자치단체의 자율성을 보다 확대하기 위한 차원에서 2005. 3. 24. 법률 제7410호로 개정되면서 승인절차가 삭제되고 사후보고만으로 가능하도록 변경되었다.

20) 주민등록법 시행령 제9조 (주민등록표 등의 기록)

③ 주민등록표 등 주민등록 관계 서류의 주소는 특별시·광역시·도, 시·군·자치구, 구(자치구가 아닌 구를 말한다), 읍·면·동, 리, 지번의 순으로 기록한다. 이 경우 동·리는 법정 동·리의 명칭으로, 「주택법」에 따른 공동주택의 경우에는 지번 다음에 건축물관리대장 등에 따른 공동주택의 명칭과 동·호수를 기록한다.

21) 서울특별시 관악구 발간의 행정동 통폐합 안내책자에서도 같은 내용의 기재가 있다. 즉 행정동의 명칭은 사실상 동사무소 명칭이라고 볼 수 있다. 다만 행정동의 명칭도 공익과 무관한 것은 아니다. 즉, 우편번호의 경우에는 법정동, 행정동 모두 독자적인 우편번호가 부여되어 있다고 하고, 선거관리위원회법상의 동 선거구관리위원회는 행정동을 기준으로 설치된다. 선거관리위원회법 제2조 (설치) ② 특별시·광역시·도(이하 "시·도"라 한다)와 구·시(구가 설치된 시는 제외한다)·군 및 읍·면 ("지방자치법" 제4조의2 제3항에 따른 행정면을 말한다. 이하 같다)·동("지방자치법" 제4조의2 제4항에 따른 행정동을 말한다. 이하 같다)에 각각 이에 대응하여 특별시·광역시·도선거관리위원회(이하 "시·도선거관리위원회"라 한다)와 구·시·군선거관리위원회 및 읍·면·동선거관리위원회를 둔다. 다만, 구·시·군에는 인구수·투표구수·교통 기타 여건을 감안하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 그 구역안에 2개이상의 구·시·군선거관리위원회를 둘 수 있다.

별력에 현저한 지장이 초래된다고 보기도 어렵다.²²⁾

따라서 지방자치단체의 이른바 명칭권의 보호범위에 그 행정동의 명칭(또는 장래 사용할 행정동의 명칭)까지 포함된다고 볼 수는 없다.

다. ‘행정동’ 명칭에 관한 법령상의 한계

지방자치법에서는 행정동을 두는 것 자체를 그 지방자치단체의 조례로 정할 수 있도록 하고 있고(지방자치법 제4조 제5항), 행정동 소재지의 변경 또한 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있는바(지방자치법 제6조), 행정동 명칭의 변경은 관할구역 안 행정구역의 명칭에 관한 사무로서 지방자치단체의 자치사무에 속하는 것이므로(지방자치법 제9조 제2항 제1호 가목 참조), 행정동의 명칭 변경 또한 그 지방자치단체의 조례로 정할 수 있다고 할 것이고(지방자치법 제4조 제5항, 제22조 참조), 이와 같은 행정동의 명칭에 관한 권한은 당해 지방자치단체의 자치권에 속하는 것이다.

그런데 지방자치법 및 관계법령을 살펴보아도 지방자치단체가 행정동의 명칭을 정함에 있어 어떠한 내용상의 한계를 규정하고 있지도 아니하고 다른 인접 지방자치단체 및 그 관할구역 내 주민의 이익을 보호하기 위한 특별한 절차상의 제한규정을 두고 있지도 아니하다.

따라서 어떤 지방자치단체가 행정동의 명칭을 정함에 있어서 다른 지방자치단체의 관할구역 내 행정동 명칭과 동일 내지 유사한 명칭을 사용하거나 다른 지방자치단체의 관할구역 안에 있는 공공시설물의 명칭을 사용하였다 하더라도, 이를 두고 바로 법령상의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수는 없다고 할 것이다.

라. ‘행정동’ 명칭에 관한 독점적·배타적 권한이 인정되는지 여부

어느 지방자치단체가 조례로서 그 관할구역 안의 행정동 명칭 변경에 관

22) 즉 서울특별시 관악구 중 관악구의 명칭을 강남구로 변경할 경우와(서울특별시 강남구라는 다른 지방자치단체와 식별 불가), 서울특별시 관악구 신림4동을 신사동으로 변경한 경우(서울특별시 강남구 신사동과 서울특별시 관악구 신사동은 식별 가능)는 비교대상인 서울특별시 강남구와 서울특별시 강남구 신사동과의 식별력에 있어서 큰 차이가 있다.

한 권한을 행사한 것이, 다른 지방자치단체의 그 관할구역 안의 행정동 명칭에 관한 권한을 침해한다고 보기는 어렵다. 지방자치단체로서는 다른 지방자치단체의 행정동 명칭 변경여부와 관계없이 여전히 기존의 행정동 명칭을 사용할 수 있음은 물론 행정동 명칭을 새로 정하거나 변경할 수 있기 때문이다. 이 사건에서 청구인들도 이와 같은 점을 부인하고 있지는 아니하다. 따라서 피청구인의 이 사건 조례가 청구인들의 행정동 명칭에 관한 자치권을 침해하거나 침해할 위험성이 있는지의 여부는, 곧 지방자치단체가 다른 인접한 지방자치단체와의 관계에 있어서 특정한 행정동 명칭을 독점적, 배타적으로 사용할 권한이 인정될 수 있는지의 여부에 따라 결정될 문제라고 할 수 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 행정동이란 행정 능률과 주민의 편의를 위하여 행정운영상 두는 것으로 그 명칭이 지방자치단체(자치구)의 명칭이나 법정동의 명칭과는 엄연히 구분되는 것임은 물론 행정동의 명칭 여하에 따라 지방자치단체의 동일성이나 정체성이 영향을 받는다고 보기는 어렵고, 행정동 명칭 변경에 있어 일반인이나 인접 자치구 주민의 오인·혼동 가능성 등이 당해 지방자치단체의 자치권에 속하는 행정동 명칭에 관한 권한 행사에 있어 법령상의 한계로 작용할 수도 없는 것이다.

이와 같은 점 등을 종합해보면, 기존의 행정동 명칭이 거래시장에 있어서 상표 등에 해당하여 상표법 또는 부정경쟁방지법 등에 의하여 구체적, 개별적으로 보호될 수 있는지의 여부는 별론,²³⁾ 적어도 지방자치단체와 다른 지

23) 현저한 지리적 명칭, 그 약어 또는 지도만으로 된 상표는 식별력이 없는 상표에 해당한다(상표법 제6조 제1항 제4호). 이와 같은 현저한 지리적 명칭, 그 약칭이라 함은 국가명, 국내의 서울특별시, 광역시 또는 도의 명칭, 시 또는 서울특별시의 구, 광역시의 구, 군의 명칭, 저명한 외국의 수도명, 대도시명, 주 또는 이에 상당하는 행정구역의 명칭 그리고 현저하게 알려진 국내외의 고적지, 관광지, 번화가 등의 명칭 등과 이들의 약칭을 말한다. 이러한 표장은 식별력이 없을 뿐 아니라 경우에 따라서는 품질이나 출처에 오인을 생기게 할 염려도 있기 때문에 일반적으로 등록을 허용하지 아니하도록 규정한 것이다. 한편 지리적명칭 등이 포함된 상표라 하더라도 그 지리적명칭 등이 상표의 주요부분으로 볼 수 없고 그 나머지 부분에 의하여 식별력이 있는 경우에는 본호를 적용하지 아니한다. 또한 지리적 명칭과 업종명을 결합하여 만든 협회, 조합, 연구소등 비영리단체와 상법상의 회사 또는 등기된 상호명과 이들의 약칭에 대해서는 본호가 적용되지 않는다(상표심사기준 제7조 제5항).

방자치단체의 관계에서 어느 지방자치단체가 특정한 행정동 명칭을 독점적·배타적으로 사용할 권한이 있다고 볼 수는 없다.

나아가 설사 어느 지방자치단체에 특정한 행정동 명칭을 독점적·배타적으로 사용할 권한이 인정될 수 있다 하더라도,²⁴⁾ 보라매공원은 서울시의 서남권에 위치한 공원으로써 그 시설의 관리 및 운영은 서울시공원관리사업소에서 전담하고 있고, 이를 이용하는 대부분의 시민은 공원과 인접한 서울특별시 동작구(청구인)와 서울특별시 관악구(피청구인)의 주민인 점, ‘보라매’란 빠르고 용맹한 사냥매를 뜻하는 조류의 일종을 일컫는 보통명사인 점 등을 종합해볼 때,²⁵⁾ 청구인 동작구가 ‘보라매동’이라는 명칭에 관하여 독점적·배타적 사용권한을 취득하였다고 보기 어렵고, 또한 피청구인 관악구의 관할구역 내 행정동 명칭인 ‘신사동’과 ‘삼성동’의 한자 표기를 보면 ‘新士洞’과 ‘三聖洞’으로 청구인 강남구의 관할구역 내 동 명칭인 ‘新沙洞’과 ‘三成洞’과는 훈(訓)이 다른 점, 전국적으로 살펴볼 때 신사동은 서울특별시 은평구에서 1975년부터, 삼성동은 대전광역시 동구에서 1936년부터, 그리고 전라북도 익산시에서 1995년부터 명칭을 사용하고 있는 점 등을 종합해볼 때, 청구인 강남구가 ‘신사동’ 및 ‘삼성동’이라는 명칭에 관하여 독점적·배타적 사용권한을 취득하였다고 보기도 어렵다.

마. 소결론

그렇다면 지방자치단체가 행정동 명칭을 정하거나 변경함에 있어서 다른 특정 지방자치단체의 ‘행정동’ 명칭에 관한 독점적·배타적 권한을 인정할 수 없는 것인 이상, 피청구인의 이 사건 조례로 인하여 청구인들의 행정동 명칭에 관한 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성이 있는 경우로 볼 수 없다.²⁶⁾

24) 이는 엄격히는 적법요건의 문제라기보다는 본안판단의 문제에 해당한다.

25) 보라매라는 명칭은 동작구 뿐만 아니라, 관악구 봉천1동 지역에서도 보라매삼성아파트·농협보라매지점·국민은행보라매지점과 같이 많은 건축물과 공공시설물의 명칭으로 사용하고 있고, 대전시청 앞의 공원명칭도 ‘보라매공원’으로 불리어지고 있다. 또한 보라매는 대한민국공군의 대표적인 상징으로 모든 국민에게 인식되어 있는 것처럼 이미 보통명사화 한 것으로 볼 수 있다.

26) 적법요건으로서의 침해 가능성의 문제는 적어도 이러한 독점적, 배타적 권한의 존

바. 여론 - 반대입장에 대한 검토

(1) 위에서 본 입장과는 달리 이 사건 심판청구가 ‘권한의 침해 또는 현저한 침해위험’의 가능성은 충족하였다고 보는 경우, 즉 ① 위에서 본 내용에 동의하면서도, 행정동 명칭에 관한 권한이 자치권의 범주에 속하는 이상 권한의 침해 또는 현저한 침해위험의 가능성은 충족한 것으로 보고, 독점적·배타적 권한인지의 여부는 본안판단의 문제로 보는 경우,²⁷⁾ ② 위에서 본 내용과는 달리 행정동의 명칭도 지방자치단체의 정체성에 직결되는 것으로서 독점적·배타적 권한으로 인정될 수 있다거나 독점적·배타적 권한은 아니더라도 지방자치단체의 정체성에 직결되어 자치권의 본질을 훼손할 우려가 있다고 보는 경우에는 필요적 변론을 거쳐 본안판단을 하여야 한다. 한편 청구인 강남구의 경우에는 청구인 동작구와는 달리 피청구인 관악구가 사용하려는 행정동 명칭을 이미 동 명칭으로 사용하고 있는 만큼, 청구인 강남구에 대하여는 그 권한침해의 가능성을 인정하여 본안판단에 나아가야 한다는 입장도 가능하다. 다만 위 ①의 입장을 취할 경우에는 본안판단에 나아가더라도 그 주된 내용은 앞에서 본 ‘권한의 침해 또는 현저한 침해위험’의 가능성 부분의 내용과 별다른 차이가 없게 된다(적법요건의 문제로 볼 것인 지, 본안의 문제로 볼 것인 지의 차이가 있을 뿐임).

(2) 그런데 이 사건 심판청구는 청구인들과 피청구인 중 누가 행정동 명칭에 관한 자치권을 가지느냐의 문제가 아니라(모두 행정동 명칭에 관한 자치권을 가지는 점에 있어서는 다툼이 없다), 특정한 행정동 명칭에 관하여는

재를 전제로 하여야 하고, 이러한 권한이 수긍될 수 있는 것이라면 나아가 구체적으로 신사동, 삼성동, 보라매동의 명칭 사용권이 그러한 독점적, 배타적 권한에 포함될 수 있는지는 본안에서 심사하여야 한다는 것이다. 이에 대하여 지방자치단체의 자치권의 범주에 행정동의 명칭에 관한 것도 포함된다면, 일용 권한침해의 가능성을 인정할 수 있고, 나머지 부분은 본안판단의 문제로 보는 견해도 가능하다.

27) 이 사건에서는 행정동 명칭에 관한 “오인이나 혼동 없이 원활히 사용하거나 관리할” 권한이 침해되었다는 이유로 본안에 나아가 판단하자는 의견도 있을 수 있다. 하지만 권한쟁의심판에 있어서 각 지방자치단체가 명칭을 정할 수는 있으나 사실상 사용권한을 제약한다는 측면에서 본안판단에 나아가갈 경우, 이는 마치 권한의 존부 범위를 다루는 권한쟁의심판의 본질을 떠나 권리침해를 이유로 한 헌법소원과 같은 논증구조(비례성심사)를 취하게 될 것이고, 이와 같은 이론이 가능한 것인지는 별론으로 하고, 그와 같은 경우에도 법률상의 제약이 아닌 사실상의 제약으로 볼 수밖에 없을 것인 이상, 결론 도출에 차이가 있을 것으로 보이지는 않는다.

특정 지방자치단체에서만 이를 사용할 수 있고 다른 지방자치단체에서는 사용할 수 없다는 점을 전제로 하여(적법요건으로서의 심사 부분 - 지방자치단체의 행정동 명칭에 관한 독점적·배타적 권한의 인정 여부), 보라매동, 신사동, 삼성동이라는 동 명칭을 피청구인이 사용할 수 없음에도 이를 사용함으로써 청구인들의 자치권한을 침해하였다는 것(본안판단에서의 심사 부분 - 청구인에게 보라매동, 신사동, 삼성동이라는 동 명칭에 관한 독점적·배타적 권한이 인정되는지 여부)이 주된 청구이유이다. 앞에서 언급한 바와 같이 지방자치단체의 행정동 명칭에 관한 독점적·배타적 권한이 인정되지 아니하고, 또한 행정동의 명칭이 지방자치단체의 정체성에 직결되는 것으로서 지방자치단체의 자치권의 본질을 훼손할 우려가 있다고 보이지도 아니하므로, 굳이 본안판단에 나아갈 필요는 없다고 본다.

4. 참고사항 - 권한의 침해 또는 현저한 침해위험가능성이 없다고 보아 심판청구를 각하한 현재의 선례와 일본·독일의 관련 입법례 검토

가. 현재의 참고 선례

○ 현재 2006. 3. 30. 2003헌라2, 공보 제114호, 523, 524-525

건설교통부장관이 역사의 명칭을 “천안아산역(운양온천)”으로 정한 결정이 재량권을 일탈, 남용하여 아산시의 지방자치권의 한 내용인 영토고권을 침해하였는지의 여부가 쟁점이 된 사건에서 우리 재판소는, “이 사건에서 청구인 권한이 침해될 개연성이 있는지 여부는 우선 청구인이 주장하는 바와 같은 영토고권이라는 자치권이 헌법 또는 법률에 의하여 청구인에게 부여되어 있는지 여부에 따라 결정된다고 할 것이다. …… 그러나 지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것뿐이고, 마치 국가가 영토고권을 가지는 것과 마찬가지로 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토·영해·영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적·배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다고 할 수는 없다. 청구인이 주장하는 지방자치단체의 영토고권은 우리나라 헌법과 법률상 인정되지 아니한다. 따라서 이 사건 결정이 청구인의 영토

고권을 침해한다는 주장은 가지고 있지도 않은 권한을 침해받았다는 것에 불과하여 본안에 들어가 따져볼 필요가 없다.”고 판시하였다.

○ 현재 2005. 12. 22. 2005헌라5, 판례집 17-2, 667, 676-677

국가정책에 참고하기 위해 중앙행정기관장의 요구에 의해 실시되는 주민투표법 제8조의 주민투표를 요구받지 않은 지방자치단체(제주시 등)에게 주민투표실시에 관한 권한침해를 다툴 여지가 있는지 여부가 문제된 사안에서, 우리 재판소는 “이 사건의 경우 도 단위의 투표실시와 시·군 단위의 투표실시가 서로 배타적인 관계에 있어서 제주도에 의한 주민투표실시가 청구인들(제주시, 서귀포시 등)의 주민투표실시를 불가능하게 하는 효과를 가진다고 평가할 수 있어서 실질적으로 실시권한이 침해되었다고 주장할 여지가 있는지를 본다. …… 투표대상인 국가정책사안이 단순히 제주도 내 4개 시·군의 폐치에 그치는 것이 아니라 제주도 전체의 행정구조개편과 개발에 관련된 문제여서 주민투표법 제8조의 해석상 제주도 또한 제8조 제1항에서 가리키는 ‘관계 지방자치단체’에 포함될 수 있다. 그리고 현실적으로 행정자치부장관이 다시 청구인들에게 주민투표를 요구할 의사가 있는지 여부는 사실의 문제로서 이 사건 주민투표실시 때문에 청구인들에 대한 주민투표실시 요구와 그 실시가 불가능하게 된 것도 아닌 이상 법적으로는 이를 배제하거나 불가능하게 하는 효과가 있다고 할 수도 없다. 그렇다면 이 사건 주민투표실시로 인해 청구인들의 제8조의 주민투표실시권한이 침해되었다고 볼 여지는 없다.”고 판시하였다.

나. 일본의 입법례 검토²⁸⁾

일본의 보통지방공공단체는 도(都)·도(道)·부(府)·현(縣)과 시(市)·정(町)·촌(村)이 있고, 그 중 도도부현의 명칭의 변경은 입법사항이고, 시정촌의 명칭의 변경은 조례로 정할 수 있되 도도부현지사와 미리 협의를 거치도록 하고 있다(일본 지방자치법 제3조 참조). 그런데 일본의 경우에도 지방공공단체의 관할구역 내의 사무소나 지역자치구와 지방공공단체가 아닌 군(

28) 이하의 일본 지방자치법의 내용은 한국법제연구원의 인터넷 홈페이지에서 확인한 일본의 법령과 “松本英昭, 『逐條 지방자치법(제3차개정판)』, 평성 17(2005). 6. 10. 학양서방”의 기재를 참고한 것이다.

郡)²⁹⁾이나 (시정촌 구역 내의) 정(町)·자(字)³⁰⁾의 명칭에 관해서는 조례 또는 도도부현의 지사나 시정촌장이 당해 도도부현의 의회나 시정촌의회의 의결을 거쳐 정할 수 있도록 하고 있다(우리의 동 명칭에 관한 일본의 관계법령은 정(町)·자(字)의 명칭에 관한 일본 지방자치법 제260조로 보인다).

[일본 지방자치법 (平成 21. 3. 31. 법률 제13호로 개정된 것)]

제3조³¹⁾ ① 지방공공단체의 명칭은 종래의 명칭으로 한다.

② 都·道·府·縣의 명칭을 변경하고자 하는 때에는 법률로 정한다.

③ 도·도·부·현 이외의 지방공공단체의 명칭 변경은 이 법률에 특별히 정한 경우를 제외하고는 조례로 정한다.

④ 지방공공단체의 장은 전항의 규정에 의해 당해 지방공공단체의 명칭을 변경하려 할 때에는 미리 도·도·부·현지사와 협의하여야 한다.³²⁾

⑤ 지방공공단체는 제3항의 규정에 의하여 조례를 제정 또는 개폐한 때에는 즉시 도·도·부·현지사에게 당해 지방공공단체의 변경후의 명칭 및 명칭을 변경한 날을 보고하여야 한다.

⑥ 도·도·부·현지사는 전항의 규정에 의한 보고가 있을 때는 바로 그 뜻을 총무대신에게 통지하여야 한다.

29) 군(郡)은 지리적 도부와 정촌의 중간적 지방공공단체였지만 군제등의 폐지에 의하여 단지 지리적 명칭으로만 남게 되었다. 다만 현재에도 중의원선거 및 도도부현의 회의원의 선거구단위로 사용되고 있기도 하다. 그 명칭의 변경에 대해서는 지방자치법 제259조에 의한다.

30) 일본에서는 에도시대부터 계속되어온 村과 町이 명칭이후 세 번에 걸쳐 합병을 반복해왔고, 그 때에 생긴 행정구획이 字로써, 字에는 大字와 小字가 있다고 한다. 예를 들면 A촌과 B촌이 합병하여 C촌이 되었을 때 이전의 A촌을 C村大字A로 불렀다고 한다. 또한 小字라 함은 村을 다시 작게 구분한 호칭으로, 행정구획으로서의 최소단위이지만, 字가 없는 시정촌도 많이 있다고 한다. 한국의 里에 해당하는 것은 일본의 字라고 할 것이다.

31) 군(郡)의 명칭변경에 있어서는, 군은 단지 행정구획일 뿐 지방공공단체가 아니므로 본조와 관계없이 제259조의 규정에 의하여, 시정촌의 구역 내의 정이나 자의 명칭변경에 있어서도 본조가 아니라 제260조의 규정에 의하게 된다(松本英昭, 전게서, 56쪽).

32) 한편 시정촌의 명칭 변경에 있어서 지방분권일괄법에 의한 개정전의 허가제 하에서는, 조례내용이 유사한 명칭 내지 극히 불운당한 명칭 등 명칭 자체를 이유로 허가하지 아니할 수도 있었지만, 협의제 하에서는 협의가 이루어지지 않을 경우에는 자치분쟁처리위원회의 심사를 구할 수밖에 없다고 한다(위 송본영소 전게서, 56쪽).

⑦ 전항의 규정에 의한 통지를 받은 때에는 총무대신은 바로 그 뜻을 고시하고, 이것을 국가의 관계행정기관의 장에게 통지하여야 한다.

제155조 ① 보통지방공공단체의 장은 그 권한에 속한 사무를 분담시키기 위해 조례로써 필요한 곳에 도도부현에 있어서는 지청(도에 있어서는 지청출장소를 포함한다) 및 지방사무소, 시정촌에 있어서는 지소 또는 출장소를 설치할 수 있다.

② 지청이나 지방사무소 또는 지소나 출장소의 위치, 명칭 및 관할구역은 조례로써 정하여야 한다. (이하 생략)

제202조의4 ① 시정촌은, 시정촌장의 권한에 속하는 사무를 분담시키고 지역주민의 의견을 반영시켜 그 사무를 처리하기 위하여, 조례로써, 그 구역을 나누어 정한 구역에 지역자치구를 설치할 수 있다.

② 지역자치구에 사무소를 설치하는 하는 것으로 하고, 사무소의 위치, 명칭 및 관할구역은 조례로써 정한다. (이하 생략)

제259조 ① 군의 구역을 신설하거나 폐지하는 경우 또는 군의 구역 내지 그 명칭을 변경하는 경우에는, 도도부현의 지사가 당해 도도부현의 의회의 의결을 거쳐 정하고, 총무대신에게 신고하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 경우에 있어서는, 총무대신은 즉시 그 취지를 고시하고 그것을 국가의 관계행정기관의 장에게 통지하여야 한다. (이하 생략)

제260조 ① 정령에서 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 시정촌의 구역 내의 정(町)이나 자(字)의 구역을 신설하거나 폐지하는 경우 또는 정이나 자의 구역이나 그 명칭을 변경함에 있어서는, 시정촌장이 당해 시정촌 의회의 의결을 거쳐 이를 정하고, 도도부현지사에게 신고하여야 한다.³³⁾

② 도도부현지사는 전항의 규정에 의한 신고를 수리하면 즉시 이를 고시하여야 한다.³⁴⁾

33) (원문) 政令で特別の定をする場合を除く外、市町村の区域内の町若しくは字の區域をあらたに畫し若しくはこれを廢止し、又は町若しくは字の區域若しくはその名称を変更しようとするときは、市町村長が当該市町村の議會の議決を経てこれを定め、都道府縣知事に届け出なければならない。한편 주거표시에 관한 법률에 있어서 주거표시의 실시를 위해서는 특별한 규정(공시, 공시된 정 구역 내에 주소를 두고 선거권이 있는 자에 의한 변경청구, 의안제출, 변경청구의 요지공표, 공청회 등)이 마련되어 있다.

③ 제1항의 규정에 의한 처분은, 정령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전항의 규정에 의한 고시에 의하여 그 효력이 발생한다.

다. 독일의 입법례 검토

(1) 자치단체 하부구역의 정의

독일에서 지방자치단체의 하부구역에 해당하는 Gemeindeteil/Ortsteil/Stadtteil(이하 ‘하부구역’이라 함)은 지방자치단체의 일부로서 주로 취락지구이며 다른 구역과 공간적으로 구분되어 있고 독자적인 이름을 가진 구역으로 정의된다. 이러한 하부구역은 역사적으로 발생된 공간으로 통계분석에 도움을 주고, 주민들에게 동질성을 부여하는 것 외에 도시행정에는 별다른 의미가 없다. 통상 과거 독립된 지방자치단체였으나, 지역관할 개편 시 하나의 자치단체로 통폐합되면서, 인접한 혹은 새로운 자치단체에 편입되어 독립성이 소멸된 구역들 혹은 새로운 주거지역을 형성해 독자적인 이름을 갖게 된 구역들이 주로 여기에 해당된다.³⁵⁾ 어느 정도의 면적을 가지고 있고, 다른 구역과 구별되며 거주지가 형성되어 있으면, 해당 구역 주민의 신청에 따라 혹은 각 자치단체가 직권으로 자치단체 내에 하부구역을 지정할 수 있다.³⁶⁾³⁷⁾

(2) 각주의 지방자치법상 자치단체 및 그 하부구역의 명칭과 관련된 규정들

○ 니더작센주 지방자치법 제13조 제1항 : “지방자치단체는 지금까지의

34) (원문) 前項の規定による届出を受理したときは、都道府県知事は、直ちにこれを告示しなければならない。

35) <http://www.wikipedia.de>

36) 구역의 크기는 매우 다양한데, 가령 베를린의 Neukölln처럼 주민이 160,000명에 이르는 구역도 있고, Malchow처럼 주민이 1200명에 불과한 구역도 있다.

37) 대도시의 자치구(Stadtbezirke)와 자치단체 내 하부구역은 서로 구별된다. 예컨대 베를린 시는 총 12개의 자치구(Bezirke)와 95개의 하부구역(Ortsteile)으로 이루어져 있다. 자치구의 경우 독자적인 대표기관을 갖는 것은 의무사항(muss)이지만, 자치단체 내 하부구역의 경우에는 대표기관을 갖는 것이 선택사항(kann)이다. 각 주의 지방자치법은 지방자치단체의 하부구역이 구역의회, 구역대표 등과 같은 대표기관을 “가질 수 있음(kann)”을 명시하고 있다. 대표기관의 명칭, 선출방식 그리고 관할 사항들은 주마다 서로 상이하다.

이름을 그대로 사용한다. 각 주의 내무장관은 자치단체의 이름을 자치단체의 신청에 따라 변경할 수 있다. 자치단체 하부구역의 명칭을 별도로 지정하는 것에 대해서는 자치단체가 결정한다.”

○ 헤센주 지방자치법 제12조 : “각 자치단체는 지금까지의 명칭을 그대로 사용한다. 최상위 감독청은 신청에 따라 혹은 자치단체의 공청회를 거쳐 자치단체의 명칭을 변경할 수 있다; 최상위 감독청은 새로 설립된 자치단체의 명칭 또한 결정한다. 최상위 감독청은 표기방식의 변경과 식별표지의 병기에 대해서도 결정한다. 자치단체 하부구역의 명칭을 별도로 지정하는 것에 대해서는 자치단체가 결정한다.”]

○ 니더작센주 지방자치법 제13조 제1항 : “자치단체는 지금까지의 명칭을 그대로 사용한다. 각 주의 내무장관은 자치단체의 명칭을 자치단체의 신청에 따라 변경할 수 있다. 하부구역의 명칭을 별도로 지정하는 것에 대해서는 자치단체가 결정한다.”

○ 브란덴부르크 주 지방자치법 제11조 제3항 : “지방자치단체 하부구역과 지방자치단체 구역 내에 존재하는 공용의 대로, 도로, 광장과 다리들의 명칭을 지정하는 것은 지방자치단체의 사무이다.”³⁸⁾

○ 바덴뷔템베르크주 지방자치법 제5조 제4항 : “지방자치단체 하부구역의 명칭과 이 지역 내 공용의 대로, 도로, 광장 및 다리의 명칭을 지정하는 것은 지방자치단체의 사무이다. 동일한 지방자치단체 내에 동일한 명칭을 사용하는 것은 허용되지 아니한다.”

○ 바이에른주 지방자치법 제2조 제2항 : “감독관청은 지방참사원과 해당 주민들이 참가하는 공청회를 거쳐, 1. 공적 필요를 근거로 자치단체 및 그 하부구역의 명칭을 변경하거나 하부구역의 명칭을 취소할 수 있다; 2. 하부취락구역에 이름을 부여할 수 있다.”

○ 라인란드팔츠주 지방자치법 제4조 제4항 : “주정부는 신청에 따라

38) 브란덴부르크는 다른 주와 달리 자치단체의 하부취락구역(bewohnte Gemeindeteil)과 지역자치구(Ortsteil)를 구분한다. 전자는 지방자치법 제11조 제3항에서 직접 도출된다. 그에 비해 후자는 지방자치법 제54조에 따라 조례로 결정된다. 지방자치단체는 충분한 면적을 가지고 있고, 자치단체 하부취락구역과 지역적으로 구분되며 주민의 수, 건축양식 혹은 지역범위 때문에 공적 필요가 존재하면 해당 자치구에 별도의 명칭을 부여할 수 있다(Art. 2 Abs. 2 DVO GemO).

혹은 직권으로 자치단체의 공청회를 거쳐 자치구와 그 밖의 하부구역들의 명칭을 결정한다.”

(3) 자치단체의 구역명지정행위의 성격

하부구역의 명칭을 정하는 것은 지방자치단체의 독자적인 자치행정사무이다.³⁹⁾ 다만, 바이에른주와 라인란드-팔츠주의 경우, 주정부가 신청에 따라 혹은 직권으로 명칭을 결정하도록 하고 있다. 하부구역의 명칭을 결정할 때, 지방자치단체는 공청회를 개최하여 다양한 계층(예컨대 문서관리청, 통계청 직원들, 체신청, 부동산등기·지적국 등)의 의견을 반영하여야 하며, 명칭의 명백성 및 식별가능성을 위해, 하나의 지방자치단체 내에 동일한 명칭이 부여되는 것은 허가되지 아니한다.⁴⁰⁾ 각 주의 지방자치법에 따라 자치단체와 자치구 외에 그 밖의 하부구역의 이름도 담당 주장관에 의해 자치단체의 명칭공부에 수록된다. 명칭의 지정은 행정행위의 형태로 이뤄지는 한 일반처분의 형태를 띤 수령을 요하지 아니하는 행정행위이다(§ 35 S. 2 Alt. 2 VwVfG).⁴¹⁾

(4) 독일에서 자치단체 하부구역의 명칭과 관련된 논의

대도시의 경우와 달리 작은 시골마을의 경우, 해당 지방자치단체에 속해 있지만, 엄밀히 말해 독립된 하부구역이라 부를 수 없는 작은 부락들이 존재한다. 그 경우, 우편물의 주소를 표기할 때 종종 해당 자치단체명을 표기하지 않고 주민들이 즐겨 사용하는 부락의 이름만을 표기하여 혼동을 야기하기도 한다. 해당 부락의 주민들은 통상 주소를 부여받을 때, 부락이름을 뺀 지방자치단체의 이름만이 표기된 주소를 부여 받는 데도, 실제 주소를 쓸 때, 평소 즐겨 사용하는 부락명만을 표기하여 혼란을 야기하는 것이다. 이 경우 해당 부락에 새로운 도로명을 지정하여 문제를 해결할 수도 있다. 지방자치

39) Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 132.

40) 특히 바덴뷔템베르그주 지방자치법 제5조 제4항.

41) 독일 행정절차법 제35조 제2문 “일반처분은 행정행위의 하나로서, 일반적 징표에 의해 특정되어 있거나 특정될 수 있는 사람들을 대상으로 하거나, 또는 물건의 공법적 성격이나 공중에 의한 사용에 관한 것이다”.

법은 명시적으로 하나의 지방자치단체 내에 도로명을 중복하여 사용할 수 없도록 하고 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 사람들은 부락이름을 더 선호하여서 문제가 된다. 해당도시의 이름 뒤에 해당 부락의 명칭도 병기할 수 있도록 하는 식으로 주소표기 방식을 바꾸는 문제가 아직 논의 중이라고 한다.

(5) 도로의 명칭과 관련된 논의

독일의 거주지주소는 통상 거리명, 번지수, 도시 및 자치구명, 주(州)명으로 구성되어 있다.⁴²⁾ 따라서 독일의 경우, 자치단체 하부구역의 명칭보다는 오히려 거리명을 지정하는 문제가 행정능률과 주민편의라는 공익과 더 깊은 관련성을 갖는 것으로 보인다. 그에 상응하여 독일의 경우 구역명과 관련된 판례는 존재하지 않지만, 도로명과 관련된 판례는 드물지 않게 발견된다.⁴³⁾ 독일 각 주의 지방자치법은 구역명의 결정 뿐 아니라 공용의 대로(Straße)와 도로(Weg)의 명칭을 지정하거나 변경하는 것 또한 자치단체의 사무에 속한다는 것을 선언적으로 규정하고 있다(브란덴부르크주 지방자치법 제11조 제3항, 바덴뷔템베르크주 지방자치법 제5조 제4항). 도로명의 지정에 있어서 지역관할은, 당해 구역의 행정을 담당하는 자치단체에 있는 것이 아니라, 지적공부에 따라 결정된다. 즉, 지적 공부 상 해당도로가 어떤 자치단체에 속하는 지가 중요하다.⁴⁴⁾ 나아가 자치단체의 독자적인 구역에 놓여있는 도로명의 지정은 원칙적으로 인접 자치단체와의 사전 협의를 전제로 하지 아니한다.⁴⁵⁾ 도로명의 지정은 행정절차법 제41조 및 제43조 제1항에 따라 고지함으로써 효력이 발생하며, 별도의 집행행위는 필요하지 않다.⁴⁶⁾

따라서 도로명의 지정은 일반처분의 형태로 발령되는 수령을 요하지 않는 대물적 행정행위이다.⁴⁷⁾ 이러한 지정행위는 해당 지역주민들에게 직접적으

42) 우편물의 경우에 우편번호가 첨가될 수 있으며 경우에 따라서 앞서 언급한 자치단체 하부구역의 이름이 추가되기도 한다.

43) VGH München NVwZ RR 1996, 344; a.A. OVG Münster NJW 1987, 2695; OVG Berlin NVwZ 1994, 922; VG Dessau, Urteil vom 31.08.2005 - 1 A 295/05.

44) VG Dessau, Urteil vom 31.08.2005 - 1 A 295/05.

45) VG Dessau, Urteil vom 31.08.2005 - 1 A 295/05.

46) Vgl. VGH BW VBIBW 1992, 140 (141).

로 어떠한 이익이나 손해를 초래하지 아니한다. 나아가 명칭의 지정과 변경의 경우 자치단체에게는 폭넓은 형성의 자유가 주어진다. 물론 그 경우에 자치단체의 재량권 행사는 법률의 목적에 정향되어 있어야 한다.⁴⁸⁾ 명칭을 지정하는 목적은 시민 상호간 혹은 시민과 관청 간의 소통 시 질서를 부여하고, 건물의 위치를 찾는 데에 기준점을 제시하는 데에 있다. 따라서 자치단체의 도로명지정은 이러한 도로명의 질서 및 추론기능이라는 본래 목적을 저해해서는 안 된다. 동일한 취지에서 각 주의 지방자치법 규정은 동일한 자치단체 내에 동일한 도로명의 사용을 금지하고 있다. 이러한 범위 내에서, 나아가 헌법상의 일반원칙 및 자의금지에 따라 자치단체의 형성의 자유는 제한된다.⁴⁹⁾ 도로명을 결정할 때 자치단체는 공익과 사익을 비교형량하여 하자 없는 재량결정을 내려야 하며 그 범위 내에서 지역주민은 명칭결정의 직접적인 수범자가 아니더라도 하자 없는 재량결정에 대한 권리를 갖는다.⁵⁰⁾

(6) 소결론

독일에서 자치단체 내 하부구역의 명칭에 대한 결정은 지방자치법상의 선언적 규정에 따라, 자치단체의 독자적인 자치사무에 속한다. 직접적으로

47) VGH BW NJW 1981, 1749.

48) VwVfG LSA 행정절차법 제40조

49) 여기에 대해서는 VGH BW BWVPr 1976, 202; NJW 1981, 1749.

50) 도로명이 변경되거나 새로 지정되는 경우 해당주민들은 새로운 도로명에 익숙해질 수 없다거나, 도로명의 변경으로부터 발생하는 영업상의 손실 혹은 우편물 주소지 변경으로 인해 발생하는 금전적 손해, 주소지 변경신고의 지체에 따른 과태료 부담 등을 주장하며 이러한 처분의 취소를 요구한다. 그러나 통상 도로명의 변경이나 지정은 도로명의 명확성이나 구별가능성을 전제로 하여 도시의 질서와 우편교류의 원활화에 기여한다는 중대한 공익과 관련되므로, 도로명을 지정할 때, 도로명의 지정이 다른 도로와의 차별성을 저해한다던가, 자치단체가 도로명을 지정할 때 해당 주민의 이해관계를 전혀 고려하지 않았다거나 하는 정황이 발견되지 않는다면 통상 명칭의 변경은 적법하다. 나아가 도로명이 변경됨으로써 잠재적 고객을 잃을지도 모른다는 식의 주장은 도로명칭의 문제가 아니라 해당 점포가 속한 자치단체의 구역변경의 문제이므로, 법원은 통상 청구인의 주장이 정당하지 않으며 도로명의 결정이 해당 주민의 재산권을 침해하지 아니한다는 취지의 결정을 내리게 된다. 동일한 견지에서 VGH München NVwZ RR 1996, 344; a.A. OVG Münster NJW 1987, 2695; OVG Berlin NVwZ 1994, 922; VG Dessau, Urteil vom 31.08.2005 - 1 A 295/05.

구역명의 지정과 관련된 판례는 존재하지 않지만, 도로명의 지정에 관한 독일 지방법원의 판례를 통해 유추해 보건대, 자치단체는 하부구역의 명칭을 정할 때 폭넓은 형성의 자유를 가지며, 이러한 형성의 자유는 오로지 자치단체 내에 있는 다른 구역과의 식별가능성이라는 범위 내에서만 제한된다. 따라서 구역명의 결정은 자치단체 내의 행정능률 및 주민편의와 관련된 문제이며, 인접한 혹은 다른 자치단체의 결정과 무관하고, 그들과의 사전 협의를 요하지도 않는다.

요컨대 독일 각 주의 지방자치법과 관련 판례 어디에서도, 하부구역 명칭 결정 시, 지방자치단체에게 특정 명칭을 독점적·배타적으로 사용할 권한이 있다는 논거는 찾을 수 없다.⁵¹⁾

5. 결정의 의의

이 사건 결정에서는, 행정동은 행정능률과 주민의 편의를 위하여 행정운영상 두는 것이고 행정동 명칭을 조례로 정함에 있어 다른 특별한 제한규정도 없으므로, 이 사건에서 피청구인이 행정동 명칭을 변경하였고 그것이 다른 자치구인 청구인들의 명소, 도로, 동의 명칭과 유사하다는 사정만으로는 청구인들의 행정동 명칭에 관한 권한이 침해될 가능성이 없다고 판시함으로써, 자치구의 행정동 명칭에 관한 독점적·배타적 사용권이 인정될 수 없음을 명백히 하였다.

다만 이는 어디까지나 이 사건에서 문제된 청구인들의 ‘행정동’ 명칭에 관한 권한 침해 주장에 대한 판단일 뿐이고, 어느 자치구가 사용하려는 행정동 명칭이 다른 자치구의 명칭권 보호범위에 포함되는 명칭인 경우에도 다른 자치구의 권한 침해를 일률적으로 부정하는 취지로는 보기 어렵다.

51) 통상 범문이나 문헌에서는 게마인데 자체의 명칭과 관련해서는 명칭권(Namenrecht der Gemeinde)이나 명칭보호(Namensschutz)라는 표현을 쓰지만, 구역명이나 도로명과 관련하여서는 그런 표현을 쓰지 않고 그저 Benennung(명명, 명칭부여)이라는 표현을 쓰고 있을 뿐이다. 이러한 표현의 차이를 보더라도 지방자치단체의 하부구역에는 독자적이고 배타적인 명칭(Name)이나, 명칭보호(Namenschutz)라는 것이 존재하지 않는다고 추측할 수도 있다고 본다.

형법 제304조 위헌소원

- 혼인빙자간음죄 사건 -

(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 판례집 21-2하, 520)

최기상*

【판시사항】

형법 제304조 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

형법 제304조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정¹⁾된 것) 중 ‘혼인을 빙자해서 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자’ 부분(이하에서는 위 부분만을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)²⁾의 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제304조(혼인빙자간음) 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

* 서울행정법원 판사, 전 헌법연구관

- 1) 구성요건이 변화된 것은 아니고, 법정형이 ‘2년 이하의 징역 또는 2만 5천圓(벌금 등 임시조치법에 의하여 벌금 100만원) 이하의 벌금’에서 ‘2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금’으로 상향 조정되었다.
- 2) 청구인에 대한 공소사실은 ‘혼인빙자에 의한 간음행위’에 국한되므로, 형법 제304조 중 ‘기타 위계로써’ 부분은 이 사건 심판대상에서 제외된다.

가. 2008헌바58 사건

청구인은 2006. 2. 14. 같은 음식점 종업원인 이○○(여)와 혼인할 의사가 없음에도 불구하고 이○○에게 “우리 부모님께 당신을 소개하고 결혼을 전제로 만나는 사이라고 말하겠다.”라고 거짓말하여 이를 믿게 한 다음 음행의 상습없는 이○○와 1회 성교한 것을 비롯하여, 2006. 4. 13.까지 사이에 4회에 걸쳐 같은 방법으로 성교함으로써 혼인을 빙자하여 이○○를 간음하였다는 등의 이유로, 혼인빙자간음³⁾ 사기 및 절도로 기소되었다.

청구인은 1심(서울중앙지방법원 2007고단3067), 2심(서울중앙지방법원 2007노4045)에서 계속 징역 2년 6월을 선고받아 상고하였고, 그 소송계속 중에, 혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조가 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 평등원칙에 위반된다는 등의 이유로 대법원에 위헌제청신청을 하였다.

대법원은 2008. 6. 12. 위 위헌제청신청을 기각하였고, 같은 날 위 2심 판결 중 절도 부분이 컴퓨터등사용사기에 해당하고 사기 부분 중 일부가 증거가 부족하다는 이유로 파기하였다.

이에 청구인은 2008. 6. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 그후 청구인은 파기환송심에서 다시 징역 2년 6월을 선고받고(서울중앙지방법원 2008노2023) 상고하였으나 2008. 12. 11. 대법원에서 상고기각되어(2008도 8937) 그 판결이 확정되었다.

나. 2009헌바191 사건

청구인은 배우자와 혼인신고하여 그 사이에 2명의 자녀가 있는자인바, 2005. 12. 30.부터 2008. 2. 1.까지 사이에 76회에 걸쳐 혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 이명○(여)를 각 간음하고, 2007. 5. 27.부터 2008. 2. 3.까지 사이에 58회에 걸쳐 혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 이경○(여)를 각 간음하였다는 이유로 형법 제304조의 혼인빙자간음죄로 기소되었다.

청구인은 1심(서울동부지방법원 2008고단3301) 계속 중에 혼인빙자간음죄

3) 이○○ 외에도 김○○를 거의 같은 방법으로 4회에 걸쳐 간음한 내용도 공소사실에 포함되었다.

를 처벌하는 형법 제304조가 헌법상 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 평등 원칙에 위반된다는 등의 이유로 위헌심판제청신청을 하였는데, 1심 법원은 2009. 7. 16. 위 위헌심판제청신청을 기각함과 동시에 청구인에 대하여 위 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 징역 10월을 선고하였다.

이에 청구인은 2009. 8. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 1심 판결에 대하여도 항소하여 항소심(서울동부지방법원 2009노1104) 재판 중이다.⁴⁾

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견 등

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 2008헌바58 사건

형법에 의한 성적 자유의 보호는 의사의 자유를 제압하거나 자유가 없는 경우로 제한되어야 한다. 혼인빙자의 경우에는 그 의사를 제압하였다고 할 수 없고, 진실을 전제로 한 혼전성교의 강제는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐만 아니라 형법이 개인간의 사생활 영역까지 규제하여서는 안 된다. 따라서 남녀간의 자유의사에 의한 성적 행위를 제재하는 이 사건 법률조항은 청구인의 행복추구권이나 성적 자기결정권(헌법 제10조) 및 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)를 침해한 것이다. 또한 행위 주체를 남성으로, 그 보호대상을 부녀로 각각 한정하여 차별대우를 함으로써 평등원칙(헌법 제11조 제1항)에도 위배된다.

우리나라의 혼인빙자간음죄와 같이 남녀간의 자유의사에 의한 성관계를 처벌하는 입법례가 거의 없고, 학계 다수가 이 사건 법률조항의 폐지에 찬성하고 있으며, 1992. 형법 개정시안에서도 폐지키로 예정한 사실이 있다. 우리 사회의 성도덕이나 성윤리가 형법 제정 당시와 많은 변화가 있었으며, 수사 실무상으로도 고소인들의 악용사례가 많으므로 이 사건 법률조항은 위헌선언의 방법으로 폐지되어야 한다.

(2) 2009헌바191 사건

성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 있어 여성의 착오에 의한 혼전성

4) 이 사건 결정 이후 2009. 12. 24. 무죄판결이 선고되었다.

교를 보호해야 할 법익이 더 이상 인정될 여지가 없게 되었고, 구애수단은 상대의 환상을 유발하도록 과대포장되고 극적으로 연출되기 마련이어서 어느 정도의 기망을 그 요소로 하므로 “지키지 않을 또는 지키지 못할 혼인의 약속을 내세워 상대를 속이지 말라”는 도덕률 준수에 대한 기대가능성은 매우 적을 수밖에 없으며, 이처럼 도덕률 준수에 대한 기대가능성이 낮은 혼인빙자간음행위에 대하여 형사처벌을 규정하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다.

또한 혼인빙자간음죄는 남성 우월적인 관점에서 남성과 달리 여성에게만 정조라는 봉건적인 가치를 지키도록 요구하는 여성 비하적인 조항으로 평등원칙에 반한다.

그외 부분은 2008헌바58 사건과 거의 같다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유

(1) 대법원(2008헌바58 사건)

혼인빙자간음죄를 처벌하는 형법 제304조는 성적 자기결정권에 대한 필요 최소한의 제한으로서 그 본질적인 부분을 침해하지 아니하므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되지 아니하고, 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 사생활의 비밀과 자유가 침해된다고 볼 수 없다. 한편 위 규정은 사회적 약자인 여성의 성적 자기결정권을 보호하려는 정당한 목적이 있고 남성을 자의적으로 차별하여 처벌하는 것이라고 단정하기도 어려우며, 차별의 기준이 그 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있고 차별의 정도도 적절한 것으로 보여지므로 평등원칙에 위반된다고 볼 수도 없다.

(2) 서울동부지방법원(2009헌바191 사건)

2008헌바58 사건과 거의 같다.

다. 법무부장관의 의견 요지

이 사건 법률조항은 청구인의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 제한하고 있지만 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없고, 남성만을 형사처벌의 대상으로 하지만 비례원칙에

위배되지 아니하므로 평등원칙에 반하는 것도 아니어서, 결국 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

라. 여성부장관의 의견 요지

이 사건 법률조항은 피해자가 부녀로 한정되어 남성에 대한 차별 소지가 있고, 여성을 성적 의사결정의 자유도 제대로 행사할 수 없는 존재로 비하하고 있다는 점 등에서 헌법상 평등원칙에 위배되는 성격을 내재하고 있다.

【결정요지】

이 사건 법률조항의 경우 입법목적에 정당성이 인정되지 않는다. 첫째, 남성이 위력이나 폭력 등 해악적 방법을 수반하지 않고서 여성을 애정행위의 상대방으로 선택하는 문제는 그 행위의 성질상 국가의 개입이 자제되어야 할 사적인 내밀한 영역인데다 또 그 속성상 과장이 수반되게 마련이어서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있으므로 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌해야 할 이유가 없다. 다음 여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 행위이다. 또한 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습없는 부녀’로 한정함으로써 여성에 대한 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 된다. 결국 이 사건 법률조항은 남녀 평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적 자기결정권을 부인하는 것이 되므로, 이 사건 법률조항이 보호하고자 하는 여성의 성적 자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이다.

결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의

한 혼전 성관계를 형사법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌고, 성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하며, 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이고, 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세이며 일본, 독일, 프랑스 등에도 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없는 점, 기타 국가 형벌로서의 처단기능의 약화, 형사처벌로 인한 부작용 대두의 점 등을 고려하면, 그 목적을 달성하기 위하여 혼인빙자간음행위를 형사처벌하는 것은 수단의 적절성과 피해의 최소성을 갖추지 못하였다.

이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 법익의 균형성도 상실하였다.

결국 이 사건 법률조항은 목적의 정당성, 수단의 적절성 및 피해최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 이루지 못하였으므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과잉제한하는 것으로 헌법에 위반된다.

재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 송두환의 합헌의견

이 사건 법률조항이 부녀만 보호대상으로 규정한 이유는 여자가 남자에 대하여 혼인을 빙자하는 경우에는 남자의 성적 자기결정권이 침해될 가능성이 적다고 보았기 때문인데, 남녀는 신체구조가 다르고 성관계에 대한 윤리적·정서적 인식에도 차이가 있는 점을 고려하면, 이러한 입법자의 판단이 남녀를 불합리하게 차별하는 것이라고 보기 어렵다. 또한 혼인빙자의 상대가 음행의 상습없는 부녀인 경우에는 음행의 상습 있는 부녀의 경우보다 혼인빙자로 인하여 기망에 빠져 정교에 응할 가능성이 크다고 본 것이므로, 음행의 상습 있는 부녀를 불합리하게 차별한다고 보기 어렵고, 가부장적 정조

관념이나 부녀의 혼전 순결을 강요하는 것이라고 볼 수 없다.

혼인을 빙자하여 부녀를 간음하는 행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것이고, 따라서 이 사건 법률조항이 혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 간음한 남자의 성적 자기결정권을 침해한다고 볼 수는 없다. 또한 남성이 혼인할 의사가 없으면서 혼인하겠다고 속이는 행위까지 헌법 제17조에 의하여 보호되는 사생활에 속한다고 할 수는 없으므로, 남자가 혼인빙자 행위라는 부정한 수단을 사용한 이상, 상대방 부녀가 거짓을 알아차리지 못한 과실이 있다고 하여 혼인빙자 간음행위의 가벌성을 부정할 수 없다.

남자의 혼인빙자로 인하여 여자가 속아서 정교에 응하여 피해를 입었다고 고소하는 경우에는 사생활의 영역과 기본권의 내재적 한계를 벗어나 사회질서 침해의 문제로 표출된 것이므로, 이러한 단계에서는 사회질서 유지의 필요성이 당사자들의 사생활을 보호할 필요성보다 훨씬 크다. 또한 개인의 사생활이 타인의 법익을 침해할 경우에는 순전한 개인의 영역을 벗어나는 것이고 기본권의 내재적 한계를 벗어나는 것이기 때문에 그 한도에서 헌법 제17조의 보호범위를 벗어난다고 봄이 상당하므로, 남자가 혼인을 빙자하여 부녀를 간음한 행위를 처벌한다고 하여 법익균형이 잘못되었다고 볼 수 없다.

혼인빙자행위와 정교 동의 및 정교 사이에 인과관계가 인정되어 가벌성이 뚜렷한 경우만 처벌하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것으로, 평등의 원칙에 위반된다고도 보기 어렵다.

재판관 송두환의 합헌의견에 대한 보충의견

이 사건 법률조항이 남녀간의 은밀한 사통 행위 자체를 처벌하는 조항이라면 모르되, 피해 부녀가 상대방의 위계, 기망에 의한 피해를 입고 상대방에 대한 조사 및 처벌을 적극적으로 요청(이 사건 죄는 친고죄이다)하는 경우를 남녀간의 내밀한 사사(私事)에 불과하다고 하여 국가가 개입해서는 안 되는 영역이라고 할 수 없다.

우리 사회의 여성들 모두가 더 이상 헌법이나 법률의 보호와 배려를 필요로 하지 않게 되었다고는 볼 수 없고, 아직도 헌법이나 법률의 보호와 배려

를 필요로 하는 소수의 여성들이 존재한다고 보는 이상, 이 사건 법률조항을 지금 시점에서 서둘러 폐기하여야 한다고 할 수는 없다.

이 사건 법률조항은 오직 남성이 여성을 쾌락의 대상으로 여겨 혼인의사도 없이 혼인빙자의 위계로써 기망하여 성관계를 편취하는 반사회적인 행위를 제재하는 것일 뿐인바, 이러한 점들을 무시하고 이 사건 법률조항이 남성의 성적 자기결정권을 침해하는 것이라고 한다면 이는 결과적으로 성관계에 관하여 위계, 기망, 편취의 자유를 인정하는 셈이 될 것이며, 이것이 부당함은 명백하다.

【해설】

1. 이 사건 법률조항의 내용 및 입법례 등

가. 이 사건 법률조항 개관

우리 형법은 형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄(1995년 형법 개정 전에는 ‘정조에 관한 죄’로 표시되어 있었다)’의 장에 개인적 법익을 침해하는 범죄의 하나로 강간죄 및 강제추행죄 등과 함께 혼인빙자간음죄를 규정하여 개인의 성적 의사의 자유를 보호하고 있다. 그 중 혼인빙자간음죄는 ‘남성’이 혼인을 빙자하거나 기타 위계로써 ‘음행의 상습없는 부녀’를 기망하여 간음함으로써 성립되는 범죄로서 음행의 상습없는 부녀의 성적자기결정권을 그 보호법익으로 하며(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40등, 판례집 14-2, 390, 397), 여기서 혼인을 빙자한다는 것은 위계의 한 예시에 불과하고, ‘음행의 상습없는 부녀’란 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제305조(13세 미만 부녀에 대한 간음, 추행)와 관련지어 볼 때 ‘정조관념이 약하여 특정인이 아닌 자를 상대로 성생활을 하는 자’ 이외의 자로서 20세 이상인 성년의 부녀자를 의미하는 것으로 해석된다.

나. 대법원 판례

대법원은 “혼인빙자간음죄는 혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음함으로써 성립하는 범죄이므로 혼인빙자간음죄가 성립하기 위하

여는 범인이 부녀와 정교를 할 당시 상대방과 혼인할 의사가 없는데도 정교의 수단으로 혼인을 빙자하였어야 하고, 정교할 당시에는 혼인할 의사가 있었으나 그후 사정의 변화로 변심하여 혼인할 의사가 없게 되었다고 하더라도 혼인빙자간음죄는 성립하지 아니한다. 혼인빙자간음죄의 기망은 그 기망행위의 내용이 진실이라고 가정할 때 음행의 상습없는 평균적 사리 판단력을 가진 부녀의 수준에서 보아 간음에 응하기로 하는 자기 결정을 할만한 정도여야 한다. 즉 기망의 수단으로 혼인을 빙자하는 위계를 이용했을 때에는 음행의 상습없는 평균적 사리 판단력을 가진 부녀의 수준에서 보아 간음 당시의 제반 정황상 그 행위자가 혼인할 의사를 갖고 있음이 진실이라고 믿게 될 만한 경우라야 기망에 의한 간음이 인정되는 것이다. 따라서 혼인의 빙자에 의하여 기망되었는지의 여부는 혼인하자는 언사로 핑계댄 일이 한번이라도 있었다고 하여 바로 긍정되는 것이 아니라, 간음에 이르기까지의 언사와 행위 등 관련되는 모든 정황을 종합 대비하여 우리 사회의 통상적인 혼인 풍속에 비추어서 판단되어야 할 것이다. 그런데 우리 사회의 혼인풍속으로는 혼인할 남자의 나이와 미혼인지 여부, 다른 부녀와의 혼인을 위한 교제 유무, 건강상태, 종교, 학력, 재력, 직업, 성격, 취미, 부모 등 가족관계, 그들의 그 혼인에의 찬성 여부 등을 알아보고 정혼하는 것이 통상적이라고 할 것이므로, 그러한 사항을 거의 모르는 상태였다거나 알았었다고 하더라도 그 관련 사항들이 그 부녀의 혼인기준과는 현저히 달라 혼인의 성립이 불가능하다고 일반적으로 여겨지는 상태에서 혼인을 빙자하는 말이나 글만을 믿고 바로 간음에 응했던 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 그 부녀는 그 혼인빙자에 기망되어 간음한 것이라고 인정하기 어렵다.”(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002도2994 판결)라고 판시한 바 있다.

다. 입법례

일본은 현행 형법이나 구 형법에 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정이 없고, 다만 구 형법의 시안이었던 형법 가안에 그 처벌규정이 있었다. 미국은 대부분의 주에서 혼인빙자간음죄가 처벌의 대상이 아니고, 일부 주에서 간통죄와 마찬가지로 혼인빙자간음죄에 대한 처벌규정을 두고 있으나 거의 기소

되지 아니하는 것으로 알려져 있다. 독일 구 형법 제179조의 혼인빙자간음죄는 제1차 형법개정법(1969. 9. 1. 시행)에 의하여 폐지되었고,⁵⁾ 프랑스는 형법에 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정이 없다. 터키, 쿠바 및 루마니아 형법 등에서 혼인빙자간음죄를 처벌하는 규정을 두고 있다.

라. 입법연혁

우리나라의 경우 1953년 형법 제정 이전의 의용형법에는 혼인빙자간음죄에 대한 처벌조항이 없었는데, 이 사건 법률조항은 일본 형법 가안의 영향을 받은 것으로 알려져 있다. 1992년의 형법 개정법률안에서 이 사건 법률조항을 폐지하기로 논의⁶⁾된 바 있으나 1995년의 형법 개정에는 반영되지 아니하였다.⁷⁾

-
- 5) 독일에서의 혼인빙자간음죄의 폐지이유는 다음과 같다. “구시대적 구성요건의 폐지는 성형법과 성도덕의 분리, 즉 성형법의 탈도덕화에 그 근거를 두고 있다. 부도덕 내지 성풍속 위반행위 자체가 당연히 가벌성을 갖는 것은 아니다. 성적 관련 행위가 형벌의 규율대상이 되기 위해서는 사회의 공동생활질서를 침해하거나 공동생활질서에 위협을 초래하는 행위여야 하고 이에 대한 형벌필요성(보충성, 실효성)이 인정되어야 한다. 성과 관련된 형벌의 필요성은 형법이 성적 일탈행위에 대하여 적합하고 유효한 수단인가라는 관점이다. 혼전성관계에 형법이 개입하지 않는다. 그렇다면 순수하지 못한 혼전성관계를 처벌해야 하는가. 이는 균형에 맞지 않는다. 건전한 판단능력이 있는 성년의 부녀가 혼인을 이유로 혼전성관계를 맺은 경우에 부녀의 성적 자기결정의 자유가 침해되는 것은 아니다. 결혼을 약속했다고 하더라도 혼전성관계를 맺을 것인지는 부녀 스스로의 판단이므로 그에 대한 책임도 스스로 져야 한다. 성도덕, 성풍속과 같은 윤리적 가치가 그 자체로서 보호될 것은 아니고 사회유해성의 관점에서 사회의 공존질서를 현저히 교란할 때 형법의 개입이 정당화된다. 입법자는 성풍속범죄에 대한 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 입증하지 못하면 형법규범화할 수 없다. 의심스러운 때에는 시민의 자유와 형벌의 최후수단성을 고려해야 하기 때문이다. 장차 결혼생활이 정상적일 수 없다는 것이 예상됨에도 불구하고 혼인빙자간음죄의 처벌이 두려워 혼인한다면 형법이 가정과탄이 예상되는 혼인을 강요하는 결과를 갖게 된다. 이것이 형법의 임무인가는 대단히 의문스럽기 때문이다. 또한 피해 여성이 본 규정을 무기로 공갈, 협박하거나 악용하는 경우도 있다.”
- 6) 형법의 의한 성적 자유의 보호는 의사를 제압한 경우나 자유가 없는 때로 제한되어야 하는데 혼인빙자의 경우에는 의사를 제압하였다고 할 수 없고, 진실을 전제로 한 혼전성교의 강제는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐만 아니라 형법이 개인 간의 사생활 영역까지 규제할 필요가 없다는 이유에서였다.
- 7) 2008. 8. 11. 민주당 우윤근 의원 외 9인이 발의한 형법 일부 개정안에서는 여성 뿐만 아니라 남성의 성적 자기결정권도 보호되어야 하며 남녀불평등적 요소를 없앤다는 이유로 이 사건 법률조항 상의 “음행의 상습 없는 부녀” 부분을 “음행의 상습 없는 자”로 개정하고자 하는 내용을 포함하고 있다.

2. 헌법재판소의 합헌결정 선례

헌법재판소는 형법 제304조에 대하여 2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50 (병합) 사건에서 합헌결정을 하였는데, 그 결정의 요지는 다음과 같다.

다수의견은 혼인을 빙자한 부녀자 간음행위는 피해 여성의 성적 자기결정권을 침해하여 기본권행사의 내재적 한계를 명백히 벗어난 것으로서 사회의 질서유지를 위하여 그 제한이 불가피하므로, 형법 제304조는 성적 자기결정권에 대한 필요 최소한의 제한이고 그 본질적인 부분을 침해하는 것도 아니므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니하고 행복추구권이나 사생활의 비밀과 자유가 침해되었다고도 할 수 없으며, 아직도 우리 사회에는 남녀 간의 성에 대한 신체적 차이, 성행위에 대한 인식과 평가가 다른 것이 엄연한 현실이므로 형법 제304조는 사회적 약자인 여성의 성적 자기결정권을 보호하려는 정당한 목적이 있고, 차별의 정도도 적정한 것으로 보여지는 등 평등원칙에 위반된다고 볼 것도 아니라고 하면서, 다만 입법자의 혼인빙자간음죄의 폐지 여부에 대한 진지한 접근을 요구하였다.

이에 대하여, 형법 제304조가 혼인빙자행위를 다른 위계행위와 동일하게 평가하여 처벌하는 것은 헌법상의 과잉금지원칙을 위반한 것이므로 형법 제304조 중 ‘혼인을 빙자하거나’ 부분은 헌법 제10조가 보장하는 인간의 자존과 행복추구권을 침해하여 위헌이라는 재판관 1인의 반대의견과, 불순한 동기에서 의한 성행위는 도덕과 윤리의 문제에 불과할 뿐 사회적으로 유해한 행위에 해당하지 않으므로 국가가 이러한 개인의 사생활 영역까지 규제해야 할 아무런 정당성을 찾을 수 없는 것이고, 형법 제304조는 독자적인 인격체로서 자기 책임 아래 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 여성의 능력을 부인함으로써 여성의 존엄과 가치에 반하여 그의 인격권을 침해하고, 나아가 형법적으로 보호해야 할 법익이 없음에도 개인의 성행위를 형벌로 규율함으로써 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이라는 재판관 1인의 반대의견이 있었다.

3. 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권

가. 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유

이 사건 결정의 다수의견에서 취하는 견해이다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적(性的) 자기결정권⁸⁾이 포함되어 있다. 이 사건 법률조항이 혼인빙자간음행위를 형사처벌함으로써 남성의 성적 자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없고, 나아가 이 사건 법률조항은 남성의 성생활이라는 내밀한 사적 생활영역에서의 행위를 제한하므로 우리 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유 역시 제한하는 것으로 보인다(헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17등, 판례집 20-2상, 696, 707헌재 2002. 10. 31. 99헌바40등, 판례집 14-2, 390, 397 참조).

나. 사생활의 비밀과 자유

8) 우리 헌법에는 성적 자유에 대한 명시적인 규정은 없고, 헌법재판소는 다수의 결정을 통하여 성적 자기결정권에 대한 의미를 “성적 자기결정권은 각인이 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다.”(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40등, 판례집 14-2, 390, 390)라고 밝히고는 있으나 그 헌법적 근거에 대하여는 그 판시가 일관되지 아니하다.

① 헌법 제10조에서 도출하는 입장(간통죄 사건, 동성동본금혼 사건 등)

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있다(헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17등, 공보 제145호, 1384, 1389; 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 16-17; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 485 등).

② 헌법 제10조 및 제17조에서 도출하는 입장(이 사건 법률조항에 대한 선례)

헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중에 성적 자기결정권이 포함되는 것은 물론이다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40, 판례집 14-2, 390, 397 참조).

이 사건 결정의 반대의견에서 취하고 있는 견해로서, 이 사건 법률조항이 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 간음한 남자의 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 할 수 있지만, 그 남자의 성적 자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다고 한다.

즉, 남녀간의 이성교제나 정교관계는 남녀간의 내밀한 사생활 영역에 속하는 것이므로, 헌법 제17조에 의하여 사생활의 비밀과 자유로서 보호되고, 따라서 어떠한 사유이든 남녀간의 정교행위를 처벌하는 것은 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것이라고 할 수 있다. 그러나, 헌법상 기본권으로 보장되는 자기결정권은 인격의 주체가 자기의 인격을 형성하고 발현하기 위하여 자기 자신에 관한 사항을 자율적으로 결정할 수 있는 인격적 자율권을 말하는 것이므로, 어느 남자가 어느 여자를 사랑하고 정교관계를 맺는 것은 자기결정권의 보호영역이라고 할 수 있지만, 혼인을 빙자하여 부녀를 간음하는 행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것이고, 따라서 이 사건 법률조항은 혼인을 빙자하여 음행의 상습 없는 부녀를 간음한 남자의 사생활의 비밀과 자유를 제한한다고 할 수 있지만, 그 남자의 성적 자기결정권을 침해한다고 볼 수는 없는 것이다.

4. 과잉금지원칙 위반 여부

가. 심사기준

위와 같은 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유도 절대적으로 보장되는 기본권은 아니므로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있지만(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310 참조), 이러한 성적 자기결정권 등에 대한 제한이 그 한계를 넘어 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 과잉금지원칙에 위배되어서는 아니므로 동 기본권제한에 대한 위헌성을 판단함에 있어서도 엄격한 비례심사가 이루어져야 한다.⁹⁾

9) 이 사건 법률조항의 보호법익은 '여성'의 성적 자기결정권이므로, 결국 질서유지를 위하여 '남성'의 성적 자기결정권 등을 제한하는 것이 헌법적으로 용인될 수 있을

나. 목적의 정당성

(1) 부정설 : 위헌론¹⁰⁾

인간이 도덕과 관습의 범위 내에서 국가의 간섭없이 자유롭게 이성(異性)과 애정을 나눌 수 있는 것은 헌법이 규정하는 인간의 존엄과 행복추구의 본질적 내용의 일부를 구성하므로 이성 간의 애정의 자유도 당연히 헌법상의 보호를 받는다. 그리고 이같은 자유도 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우라면 법률로써 제한할 수야 있겠지만, 남녀간의 내밀한 성적인 자유는 그 자유의 속성상 법률에 의한 제한과는 친하지 않은 속성을 갖고 있으므로 이러한 자유를 제한하는 입법의 위헌성 심사에서도 이러한 특성을 고려하지 않을 수 없다. 이러한 관점에서 우리 형법이 혼전 성관계를 처벌대상으로 하지 않고 있는 이상, 혼전 성관계의 과정에서 이루어지는 통상적 유도행위 또한 처벌하여서는 아니 되는 것이다.

여성이 혼전 성관계를 요구하는 상대방 남자와 성관계를 가질 것인가의 여부를 스스로 결정한 후 자신의 결정이 착오에 의한 것이라고 주장하면서 국가에 대하여 상대방 남성의 처벌을 요구하는 것은 여성 스스로가 자신의 성적 자기결정권을 부인하는 행위이다. 남성이 결혼을 약속했다고 하여 성관계를 맺은 여성만의 착오를 국가가 형벌로써 사후적으로 보호한다는 것은 ‘여성이란 남성과 달리 성적 자기결정권을 자기책임 아래 스스로 행사할 능력이 없는 존재, 즉 자신의 인생과 운명에 관하여 스스로 결정하고 형성할 능력이 없는 열등한 존재’라는 것의 규범적 표현이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 남녀 평등의 사회를 지향하고 실현해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제36조 제1항-혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.)에 반하는 것이자, 여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적 자기결정권을 부인하는 것이 되는 것이다. 나아가 이 사건

것인가가 문제이다. 이때 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 법익이 여성의 성적 자기결정권 등 개인적인 것이므로 기본권 제한의 근거를 국가안전보장 또는 공공복리로 보기는 어렵다.

10) 이하에서 ‘부정설 : 위헌론’은 이 사건 결정의 다수의견에서, ‘긍정설 : 합헌론’은 반대의견에서 각 취한 견해와 일치한다.

법률조항이 보호하고자 하는 여성의 성적자기결정권은 여성의 존엄과 가치에 역행하는 것이라 하지 않을 수 없다.

한편, 이 사건 법률조항에 의하여 보호받는 ‘음행의 상습없는 부녀’란 ‘불특정인을 상대로 성생활을 하는 습벽’이 없는 기혼 또는 미혼의 부녀를 의미하므로 이른바 ‘성매매여성’ 뿐만 아니라 같은 시기에 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성도 그 보호대상에서 제외된다. 그러나 ‘음행의 상습 있는 부녀’의 성행위 결정요소 중에는 돈을 벌기 위함이라든지 자유분방한 성적 취향 등 다양한 요소가 개입될 수 있어서 ‘음행의 상습없는 부녀’와 비교할 때 그들의 혼인에 대한 신뢰의 정도가 상대적으로 낮다는 취지를 감안하더라도 이는 정도의 차이에 불과할 뿐 형법이 이를 구분해 한쪽을 보호대상 자체에서 제외시켜야 할 근거가 되지는 못한다. 오히려 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 ‘음행의 상습 있는 부녀’로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시키고 보호대상을 ‘음행의 상습없는 부녀’로 한정함으로써 결국에는 여성에 대한 고전적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적 성 이데올로기를 강요하는 셈이 되고 만다. 이는 결국 이 사건 법률조항의 보호법익이 여성의 주체적 기본권으로서 성적 자기결정권에 있다기 보다는 현재 또는 장래의 경건하고 정숙한 혼인생활이라는 여성에 대한 남성우월의 고전적인 정조관념에 입각한 것임을 보여준다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 경우 형벌규정을 통하여 추구하고자 하는 목적 자체가 헌법에 의하여 허용되지 않는 것으로서 그 정당성이 인정되지 않는다.

(2) 긍정설 : 합헌론

이 사건 법률조항은 부부가 아닌 남녀의 정교행위 자체를 처벌대상으로 하는 것이 아니므로, 부녀의 정조나 혼인전 순결을 보호하기 위한 것이라고 볼 수 없다. 또한 혼인빙자의 상대가 음행의 상습없는 부녀인 경우에는 음행의 상습 있는 부녀의 경우보다 혼인빙자로 인하여 기망에 빠져 정교에 응할 가능성이 크다고 본 것이므로, 가부장적 정조관념이나 부녀의 혼전 순결을 강요하는 것이라고 볼 수 없다. 그리고 사회의 일반적인 윤리의식이 부녀의

정조나 혼인전 순결을 중시하지 않는 방향으로 변천되었다고 하더라도, 그로 인하여 남자의 혼인빙자가 부녀의 정교동의에 아무런 영향도 미치지 않게 되었다고 단정할 수 없는 이상, 이 사건 법률조항의 존재이유가 없어졌다고 볼 수 없다. 결국 이 사건 법률조항의 입법목적이 음행의 상습없는 부녀의 성적 자기결정권을 보호하는데 있고 그 보호법익은 보호가치가 있다 할 것이므로, 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성은 인정된다.

다. 수단의 적절성 및 피해최소성

(1) 부정설 : 위헌론

(가) 법률이 특히 사생활의 영역을 규율하는 경우에는 그렇지 아니한 직업영역, 재산권영역 등을 규율하는 경우와는 달리 인정되는 입법자의 형성권이 상대적으로 제한될 수밖에 없다. 특히 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후 수단으로서 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다. 따라서 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용해야 하는 것이다.

(나) 국민 일반의 법감정의 변화

특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 결국 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60 참조).

그런데 최근의 우리 사회는 급속한 개인주의적·성개방적인 사고의 확산에 따라 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제라는 인식이 커져 가고 있으며, 전통적 성도덕의 유지라는 사회적 법익 못지 않게 성적 자기결정권의 자유로운 행사라는 개인적 법익이 더한층 중요시되는 사회로 변해가고 있다.

결혼을 약속하였다고 하여 혼전 성관계를 맺은 여성의 착오가 국가의 형

별권에 의하여 보호될 수 있는 법익에 포함되기 위해서는, 우리 사회에 아직도 한번의 혼전 성관계가 여성에게는 곧 결혼을 의미하는 성풍속이 존재한다거나 아니면 한번의 경솔한 혼전 성관계도 여성에게는 정상적인 결혼이나 사회생활을 가로막는 결정적 장애라는 사회적 인식이 존재한다는 것이 전제되어야 하는데, 위에서 본 바와 같이 결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사 법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌다고 보지 않을 수 없다.

더욱이 다양한 가치관이 존재하는 오늘날의 다원적 사회에서, 혼전 성관계의 동기 중 어떠한 동기가 특히 비난할 여지가 있는 것인가(예컨대, 혼인을 빙자한 간음, 직위를 빙자한 간음, 재산을 빙자한 간음 등)에 관하여도 사회적으로 이를 판단할 수 있는 객관적인 기준이 존재한다고 보기 어렵기 때문에, 혼전 성행위를 유발하는 빙자의 방법과 관련하여 혼인빙자에 의한 간음으로부터만 여성을 보호하고자 하는 것은 더 이상 국가의 과제가 아니라 할 것이다.

(다) 형사처벌의 적정성

1) 성생활에 대한 형사처벌

성인이 어떤 종류의 성행위와 사랑을 하건, 그것은 원칙적으로 개인의 자유 영역에 속하고, 다만 그것이 외부에 표출되어 명백히 사회에 해악을 끼칠 때에만 법률이 이를 규제하면 충분하다.

혼인을 빙자하여 간음한 자는 가정, 사회, 직장 등 여러 방면에서 윤리·도덕에 의한 사회적 비난과 제재를 받을 것이므로 본질적으로 개인 간의 사생활에 속하는 이러한 행위까지 일일이 추적하여 형법이 간섭할 필요는 없다. 그리고 장차 결혼생활의 불행이 예상됨에도 불구하고 남성이 혼인빙자 간음죄에 의한 처벌이 두려워 혼인한다면, 결국 형법이 파탄이 자명한 혼인을 강요하는 것과 다름이 없으므로 이를 법률로 강제하는 것은 이점에서 보아도 부당하다.

그러므로, 성인 부녀자의 성적인 의사결정에 폭행·협박·위력의 강압적 요인이 개입하는 등 사회적 해악을 초래할 때에만 가해자를 강간죄 또는 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등으로 처벌받게 하면 족할 것이고, 그외의 경

우는 여성 자신의 책임에 맡겨야 하고 형법이 개입할 분야가 아니라 할 것이다.

2) 입법의 추세

개인의 행위가 비록 도덕률에 반하더라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회유해성이 없거나 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세이다. 앞서 본 바와 같이 세계적으로도 혼인빙자간음죄를 폐지해 가는 추세에 있어 대부분의 국가들이 1970년대 이전에 혼인빙자간음죄를 폐지하였다

(라) 형사처벌의 실효성

1) 국가 형벌로서의 처단 기능의 약화

혼인에 대한 약속은 대부분 구두상의 약속이므로 고소인인 여성이 이를 입증하기 어렵고, 혼인을 약속한 사실이 인정되더라도 피고소인인 남성은 간음한 후의 사정변경, 예를 들면 부모의 반대, 성격차이, 심경의 변화 등을 주장하므로 그 범의의 입증이 쉽지 않다. 이에 따라 과거에 비하여 혼인빙자간음행위가 적발되고 또 처벌까지 되는 비율이 매우 낮아져 형벌로서의 처단 기능이 현저히 약화되었다.¹¹⁾ 이렇게 되고 보면 국가는 모든 혼인빙자를 추급해 소추권을 행사하기에는 역부족이어서 선별적이고 자의적인 처벌이 초래될 수밖에 없는데 이것은 법의 신뢰를 손상할 뿐이다.

한편 이미 혼인빙자간음죄를 폐지한 여러 나라에서 그 폐지 이전보다 성도덕의 문란과 같은 사회적 병폐가 늘어났다는 아무런 자료나 통계가 발견되지 않는 점으로 보아서도 이는 근거없는 우려에 지나지 않는다 할 것이고, 또한 그 동안의 법집행의 실태를 실증적으로 분석하여 이러한 형사처벌이 혼인빙자의 범죄에 대한 일반예방적 효과를 거두었음을 보여주는 자료도 존

11) 이 사건 법률조항은 '2년 이하의 징역형' 외에 '500만원 이하의 벌금형'을 선택형으로 두고 있으나, 위와 같은 정도의 매우 경미한 벌금형은 혼인의 책임을 회피하고자 하는 간음행위자에 대하여는 위하력을 가지기 어렵다. 형법상 더 낮은 벌금형이 법정형으로 규정되어 있는 조항은 제106조(국기, 국장의 비방), 제109조(외국의 국기, 국장의 모독), 제116조(다중불해산), 제221조(소인말소), 제236조(사문서의 부정행사), 제269조(낙태), 제272조(영아유기), 제311조(모욕), 제360조(점유이탈물횡령) 뿐이다.

재하지 아니한다.

결국 혼인빙자간음죄는 행위규제규범으로서의 기능을 잃어가고 있어 형사정책상으로도 일반예방 및 특별예방의 효과를 모두 거두기 어렵게 되었다.

2) 여성의 보호

오늘날 여성의 사회적·경제적 활동이 활발하여짐에 따라 여성의 생활능력과 경제적 능력이 향상됨으로써 여성이 사회적·경제적 약자라는 전제가 모든 남녀관계에 적용되지는 않게 되었고, 아울러 여성도 혼인과 상관없이 성적 자기결정을 하는 분위기가 널리 확산되었다. 그리하여 굳이 혼인빙자간음죄 규정이 없더라도 여성이 진정으로 결혼을 전제로 하여서만 정교할 생각이라면 여성도 자율적으로 결혼 시점까지 그 정교를 하지 않을 수도 있게 되었거니와 확실하게 남성의 신분이나 진의를 확인한 다음에 정교의 시기를 선택할 수도 있게 되었다. 그럼에도 국가가 나서서 그 상대방인 남자만을 처벌한다는 것은 그 자체가 아직도 여성을 사회적 약자로 보아 여성을 비하하는 것이 된다.

(마) 형사처벌로 인한 부작용

혼인빙자간음죄는 친고죄로서 고소취소 여부에 따라 검사의 소추 여부 및 법원의 공소기각 여부가 결정되므로, 결국 혼인빙자간음행위자의 법적 운명은 상대 여성의 손에 전적으로 달려 있게 된다. 그 결과, 이 사건 법률조항이 여성의 성적 자기결정권 보호라는 목적과는 달리 혼인빙자간음 고소 및 그 취소가 남성을 협박하거나 그로부터 위자료를 받아내는 수단으로 악용되는 폐해도 종종 발생한다. 자기결정에 의하여 자기책임 하에서 스스로 정조를 포기한 여성이 그 위자료청구의 대안이나 배신한 상대방에 대한 보복의 수단으로 국가 형벌권을 이용하고 있다면 이는 국가의 공형벌권이 정당하게 행사되고 있다고는 볼 수 없는 것이다.

(바) 따라서 가사 이 사건 법률조항에 사회적 약자인 여성의 성적 자기결정권을 보호하고자 하는 입법목적의 정당성을 인정해 준다고 하더라도, 혼인을 빙자한 남성을 형사처벌함으로써 사회적 약자인 여성의 성적 자기결정권을 보호하겠다는 이 사건 법률조항은 그 수단의 적절성과 피해의 최소성도 갖추지 못하였다고 할 것이다.

(2) 긍정설 : 합헌론

(가) 남자가 음행의 상습없는 부녀에게 혼인할 의사가 없음에도 불구하고 혼인할 의사가 있다고 속이고 그러한 혼인빙자행위로 인하여 기망에 빠진 부녀의 동의를 얻어 간음하는 행위는, 혼인빙자라는 기망수단을 사용하여 정교에 대한 부녀의 자기결정권을 침해한 것이므로, 이를 처벌할 필요가 있다. 즉 남성이 마음에 드는 여성을 유혹하는 행위는 헌법 제17조의 사생활의 영역에 속한다고 할지라도, 혼인할 의사가 없으면서 혼인하겠다고 속이는 행위¹²⁾까지 헌법 제17조에 의하여 보호되는 사생활에 속한다고 볼 수는 없는 것이다.

또한 사회의 성윤리가 변화되어 여성의 정조나 혼전 순결을 중시하지 않게 되었다고 하더라도, 혼인빙자로 인하여 정교에 관한 자기결정권이 침해되는 부녀가 있음을 부정할 수 없는 이상, 혼인빙자 간음행위의 가벌성이 완전히 없어졌다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항은 ① 남자가 부녀에게 혼인을 빙자할 것, ② 그 혼인빙자로 인하여 상대방 부녀가 기망에 빠질 것, ③ 혼인빙자의 상대방이 음행의 상습 없는 부녀일 것, ④ 혼인빙자로 인하여 부녀가 기망에 빠져 간음행위에 응하였을 것을 혼인빙자간음죄의 구성요건으로 규정하고, 형법 제306조는 ⑤ 피해자가 혼인빙자로 인하여 정교에 관한 자기결정권이 침해되었다고 고소한 경우에만 처벌하도록 규정하고 있다.

이러한 규정들은 이 사건 법률조항에 의한 처벌대상을 남자의 혼인빙자행위로 인하여 부녀의 성적 자기결정권이 침해된 경우로 한정하여 최소한도로 제한하기 위한 것이다. 또한 남녀간의 이성교제와 정교행위는 그들의 내밀한 사생활 영역에 속하는 것으로서 헌법 제17조에 의하여 기본권으로 보장되는 사항이므로, 피해자가 혼인빙자로 인하여 자신의 성적 자기결정권이 침해되었다고 고소한 경우에만 국가형벌권을 행사할 수 있게 한 것이다. 이처

12) 예컨대 유부남이 미혼인 것처럼 여성에게 접근하여 결혼을 빙자하고 성관계를 요구하거나 약혼녀와 이미 성관계를 맺고 있는 남성이 다른 여성에게 결혼을 빙자하면서 성관계를 요구하는 등의 행위는 남성의 성적 자기결정권의 한계를 벗어난 행위로 볼 수 있을 것이다.

럼 혼인빙자간음죄를 친고죄로 규정하여 피해자가 고소한 경우에만 처벌 대상으로 삼음으로써, 사생활의 영역에 속하는 정교관계의 비밀과 자유를 최대한 보호하고 그에 대한 국가의 간섭을 최소한으로 줄이며, 부부가 아닌 남녀의 정교에 관하여 여자의 자기결정권에 대한 보호와 남자의 사생활의 비밀·자유에 대한 보호를 조정할 수 있게 된다.¹³⁾

라. 법익균형성

(1) 부정설 : 위헌론

이 사건 법률조항은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형사처벌의 대상으로 삼음으로써 남성의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것인 반면, 이로 인하여 추구되는 공익은 오늘날 보호의 실효성이 현격히 저하된 음행의 상습없는 부녀들만의 ‘성행위 동기의 착오의 보호’로서 그것이 침해되는 기본권보다 중대하다고는 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성도 상실하였다.

(2) 긍정설 : 합헌론

이 사건 법률조항은 부부 아닌 남녀의 정교행위 자체가 아니라 남자가 혼인을 빙자하여 부녀를 기망하여 간음하는 행위를 처벌대상으로 하는 것이므로, 남녀의 교제나 정교관계에 대한 간섭을 직접적인 목적으로 삼는 것이 아니다. 즉 이 사건 법률조항은 혼인빙자라는 위계행위와 관련된 한도에서만 남녀의 정교관계에 간섭할 뿐이다.

13) “근래의 여권신장, 남녀의 사회적 역할 관계 등 변화에 비추어 볼 때 여성의 특별한 보호의 필요성이 종전보다 감소하였다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이는 평균적 남성과 평균적 여성을 평면적으로 비교하여 판단하면 족한 문제가 아니며, 우리 사회의 여성들 모두가 더 이상 헌법이나 법률의 보호와 배려를 필요로 하지 않게 되었다고는 볼 수 없고, 아직도 헌법이나 법률의 보호와 배려를 필요로 하는 소수의 여성들이 존재한다고 보는 이상, 이 사건 법률조항을 지금 시점에서 서둘러 폐기하여야 한다고 할 수는 없다. (...) 우리 사회에서 성풍조의 변화가 감지되고 그에 따라 이 사건 법률조항의 형벌로서의 차단기능이 약화되는 추세에 있다는 것은 인정한다 하더라도, (...) 아직 우리 사회에는 혼인빙자간음행위의 피해자 수가 무시할 수 없는 정도임을 알 수 있고, 따라서 이 사건 법률조항을 헌법재판소 결정에 의하여 폐기하는 것은 이러한 다수의 선량한 피해여성들에 대한 법률의 보호를 포기하게 되는 것이 될 것이다.” (재판관 송두환의 반대의견에 대한 보충의견)

더구나 남자의 혼인빙자로 인하여 여자가 속아서 정교에 응하여 피해를 입었다고 고소하는 경우에는 사생활의 영역과 기본권의 내재적 한계를 벗어나 사회질서 침해의 문제로 표출된 것이므로, 이러한 단계에서는 사회질서 유지의 필요성이 당사자들의 사생활을 보호할 필요성보다 훨씬 크다¹⁴⁾고 봄이 상당하다.

따라서 남자가 혼인을 빙자하여 부녀를 간음한 행위를 처벌한다고 하여 법익균형이 잘못되었다고 볼 수 없다.

마. 소결 15)

위와 같이 재판관 6인의 다수의견은 형법 제304조 중 “혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 기망하여 간음한 자” 부분이 목적의 정당성, 수단의 적절성 및 피해최소성을 갖추지 못하였고 법익의 균형성도 이루지 못하였으므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다고 보았다. 이에 따라 종전에 헌법재판소가 이 사건 결정과 견해를 달리해 형법 제304조가 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50(병합) 결정은 이 사건 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경되었다.

14) 실제로 혼인빙자간음죄로 기소되어 유죄판결을 받는 사건들은 단순히 1-2회의 간음행위가 문제된 사건들이 아니라 피고인이 범죄로 인정될 만한 혼인빙자행위를 했다는 점이 객관적 증거에 의하여 입증되고 간음행위도 진술과 증거 기타 여러 정황을 종합적으로 고려해 보았을 때 피해자인 여성의 성적 자기결정권을 상당한 정도로 침해했다는 점이 입증되는 사건들이 대부분이다.

15) 간통죄에 대한 합헌론(헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17 등)은 “간통죄가 개인의 존엄과 양성평등에 기초한 혼인제도를 해치고 행위태양에 관계없이 가족생활의 해체를 초래하므로 연간 1900여건 정도 기소되는 간통행위에 대한 사전규제의 필요성은 충분히 수긍 가능하다.”는 취지이나, 이와는 달리 혼인빙자간음죄는 “혼인과 가족생활의 유지와는 직접 관련이 없고 행위태양에 따라 불법 정도가 사뭇 다르며, 결혼 전 성행위 ‘동기’의 순수성을 지향하고 미혼 여성의 성행위 동기의 착오를 보호하는 것 뿐으로 사전예방에 대한 요청 정도가 극히 미약하며, 단독으로 기소되는 정도가 연간 27건 정도 밖에 되지 않는 등 사전규제의 실익도 거의 없다.”고 보이는 등 차이가 있다. 따라서 간통죄 사건의 합헌결정과 상관없이 이 사건 법률조항에 대하여 위헌선언이 가능하다고 할 것이다.

5. 평등원칙 위반 여부에 대한 합헌론

이 사건 법률조항이 남성만을 처벌대상으로 삼고 있기 때문에 헌법 제11조에서 규정하고 있는 평등원칙에 위반된다는 청구인들의 주장에 대하여 아래와 같은 취지로 합헌론이 개진되었다.

“이 사건 법률조항이 부녀만 보호대상으로 규정한 이유는, 여성이 약하거나 어리숙하기 때문이 아니라, 여자가 남자에 대하여 혼인을 빙자하는 경우에는 남자의 성적 자기결정권이 침해될 가능성이 적다고 보았기 때문이다. 남녀는 신체구조가 다르고 성관계에 대한 윤리적·정서적 인식에도 차이가 있는 점을 고려하면, 이러한 입법자의 판단이 남녀를 불합리하게 차별하는 것이라고 보기 어렵다. 또한 혼인빙자의 상대가 음행의 상습없는 부녀인 경우에는 음행의 상습 있는 부녀의 경우보다 혼인빙자로 인하여 기망에 빠져 정교에 응할 가능성이 크다고 본 것이므로, 음행의 상습 있는 부녀를 불합리하게 차별한다고 보기 어렵다. 결국 이 사건 법률조항은 혼인을 빙자하여 음행의 상습없는 부녀를 간음한 남자만 처벌하기 때문에 남녀를 차별하고 음행의 상습없는 여자와 음행의 상습 있는 여자를 차별하는 규정이라고 할 수 있지만, 모두 혼인빙자행위와 정교 동의 및 정교 사이에 인과관계가 인정되어 가벌성이 뚜렷한 경우만 처벌하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 평등의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.”

【결정의 의의】

이 사건 결정에 대하여 여성부는 “국가기관으로서 헌법재판소의 혼인빙자간음죄 위헌 판정을 존중한다.”고 밝혔다. 여성계는 “법 자체가 구시대적이고 가부장적인 성보수주의 입장이었다. 여성도 성적 자기결정권을 가진다고 보기 때문에 위헌 판결은 당연하다.”, “혼인빙자간음죄가 여성에 대한 정조관념을 양산하는 면이 있었기 때문에 위헌 결정을 환영한다. 이번 결정으로 발생될 수 있는 사기 피해에 대해서는 법의 보완이 필요할 것이다.”는 등 이 사건 결정을 반기는 분위기가 대부분이었다.

한편 헌법재판소의 이번 결정으로 혼인빙자간음죄와 함께 폐지 논란이 일었던 간통죄의 존폐도 다시 관심이 되고 있다. 법무부는 “국민 여론을 살피

고 여성가족부 등 관계부처와 협의해 폐지 여부를 신중히 검토할 예정”이라고 한다.¹⁶⁾

16) 세계일보 2010. 8. 25.자 참조

입법부작위 위헌확인

- ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’의 입법부작위 헌법소원 사건 -
(헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2하, 647)

김 정 중*

【판시사항】

연명치료중인 환자 본인이 제기한 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’의 입법부작위 위헌확인에 관한 헌법소원 심판청구가 심판대상적격(‘공권력의 불행사’)의 관점에서 적법한지 여부(소극)

1. 죽음에 임박한 환자에게 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’이 헌법상 보장된 기본권인지 여부(적극)
2. 헌법해석상 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’에 관한 입법의무가 인정되는지 여부(소극)

【심판대상】

‘죽음에 임박한 환자로서 연명치료의 거부에 관한 본인의 의사가 확인된 경우 이러한 환자를 위한 연명치료의 중단에 관한 기준, 절차 및 방법 등에 관한 법률’(이하 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’이라 한다)의 입법부작위가 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부

【사건의 개요】

1. 청구인(환자본인)¹⁾은 1932. 8. 26.생으로 2008. 2. 18. ○○병원에서 폐

* 대법원 재판연구관(판사), 전 헌법연구관

1) 이 사건은 환자본인과 그 자녀들이 함께 제기한 사건이다. 따라서 환자본인뿐만 아니라 그 자녀들도 이 사건 심판청구의 청구인이지만, 이 글은 이 사건 결정에 관한 해설범위를 환자본인의 심판청구 부분에 한정하므로 여기서 “청구인”은 환자본인만 지칭한다.

암발병 여부를 확인하기 위하여 기관지내시경을 이용한 폐종양 조직 검사를 받던 중, 과다출혈 등으로 인하여 심정지가 발생하였다가 심폐소생술에 의해 심박동은 회복되었으나, 저산소성 뇌손상을 심하게 입고 지속적 식물인간상태(persistent vegetative state)로 있으면서 인공호흡기를 부착한 채, 항생제 투여·인공영양공급·수액공급 등의 치료(이하 ‘이 사건 연명치료’라 한다)를 받고 있었다.

2. 청구인의 자녀들은 병원 주치의 등에게 ‘이 사건 연명치료는 건강을 증진시키는 것이 아니라 생명의 징후만을 단순히 연장시키는 것에 불과하므로 의학적으로 의미가 없고, 청구인이 평소 무의미한 생명연장을 거부하고 자연스럽게 죽고 싶다고 밝혀왔다’는 취지로 주장하면서 이 사건 연명치료의 중단을 요청하였다. 그러나 병원 주치의 등은 ‘청구인의 의사를 확인할 수 없고 청구인이 사망에 임박한 상태가 아닌데도, 이 사건 연명치료를 중단하는 것은 의사의 생명보호 의무에 반하고 형법상 살인죄 또는 살인방조죄로 처벌받을 수 있다’는 취지로 반박하면서 위 요청을 거부하였다.

3. 이에 청구인은 소송상 특별대리인을 통하여 2008. 5. 11. ‘청구인과 같이 죽음이 임박하여 회복 불가능한 환자로서 무의미한 연명치료 거부에 관한 본인의 의사를 확인할 수 있는 경우 헌법상 기본권으로서 무의미한 연명치료에서 벗어나 자연스럽게 죽음을 맞이할 권리²⁾가 있다 할 것인데, 국회가 이를 보호하기 위한 입법의무를 이행하지 않고 있다’는 등의 주장을 하면서 국회의 입법부작위 등의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

진정입법부작위가 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 불행사’로서 헌법소원의 대상이 되려면, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였는데도 입법자가 상당한 기간 내에 이를 이행하지 않거나 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자

2) 청구인은 이를 “자연스럽게 사망할 권리” 또는 “자연사할 권리”라고 표현하였다.

가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우라야 한다. 그런데 헌법 어느 규정도 죽음에 임박한 환자를 위하여 ‘연명치료의 중단 등에 관한 법률’을 제정하여야 한다는 것을 명시적으로 위임하였다고 보이지 아니하므로, 이 사건에서는 헌법해석상 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’을 제정할 국가의 입법 의무가 명백하다고 볼 것인지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 살펴보아야 할 쟁점은 죽음에 임박한 환자에게 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’이 헌법상 보장된 기본권인지 여부와 이러한 기본권이 인정됨을 전제로 이를 보호하기 위하여 국가가 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’을 입법할 의무가 있는데도 이를 행사하지 않았는지 여부이다.

1. ‘연명치료 중단, 즉 생명단축에 관한 자기결정’은 ‘생명권 보호’의 헌법적 가치와 충돌하므로 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 인정 여부가 문제되는 ‘죽음에 임박한 환자’란 ‘의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체 상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우’, 즉 ‘회복 불가능한 사망의 단계’에 이른 경우를 의미한다 할 것이다. 이와 같이 ‘죽음에 임박한 환자’는 전적으로 기계적인 장치에 의존하여 연명할 수밖에 없고, 전혀 회복가능성이 없는 상태에서 결국 신체의 다른 기능까지 상실되어 기계적인 장치에 의해서도 연명할 수 없는 상태에 이르기를 기다리고 있을 뿐이므로, ‘죽음에 임박한 환자’에 대한 연명치료는 의학적인 의미에서 치료의 목적을 상실한 신체침해 행위가 계속적으로 이루어지는 것이라 할 수 있고, 죽음의 과정이 시작되는 것을 막는 것이 아니라 자연적으로는 이미 시작된 죽음의 과정에서의 종기를 인위적으로 연장시키는 것으로 볼 수 있어, 비록 연명치료 중단에 관한 결정 및 그 실행이 환자의 생명단축을 초래한다 하더라도 이를 생명에 대한 임의적 처분으로서 자살이라고 평가할 수 없고, 오히려 인위적인 신체침해 행위에서 벗어나서 자신의 생명을 자연적인 상태에 맡기고자 하는 것으로서 인간의 존엄과 가치에 부합한다 할 것이다. 그렇다면 환자가 장차 죽음에 임박한 상태에 이를 경우에 대비하여 미리 의료인 등에게 연명치료 거부 또는 중단에 관한 의사를 밝히는 등의 방법으로 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의

거부 또는 중단을 결정할 수 있다 할 것이고, 위 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다 할 것이다.

2. 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단에 관한 다툼은 법원의 재판을 통하여 해결될 수 있고, 법원의 재판에서 나타난 연명치료 중단의 허용요건이나 절차 등에 관한 기준에 의하여 연명치료 중단에 관한 자기결정권은 충분하지 않을지는 모르나 효율적으로 보호될 수 있으며, 자기결정권을 행사하여 연명치료를 중단하고 자연스런 죽음을 맞이하는 문제는 생명권 보호라는 헌법적 가치질서와 관련된 것으로 법학과 의학만의 문제가 아니라 종교, 윤리, 나아가 인간의 실존에 관한 철학적 문제까지도 연결되는 중대한 문제이므로 충분한 사회적 합의가 필요한 사항이다. 따라서 이에 관한 입법은 사회적 논의가 성숙되고 공론화 과정을 거친 후 비로소 국회가 그 필요성을 인정하여 이를 추진할 사항이다. 또한 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보장하는 방법으로서 ‘법원의 재판을 통한 규범의 제시’와 ‘입법’ 중 어느 것이 바람직한가는 입법정책의 문제로서 국회의 재량에 속한다 할 것이다. 그렇다면 헌법해석상 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’을 제정할 국가의 입법의무가 명백하다고 볼 수 없다.

결국 환자 본인이 제기한 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’의 입법부작위의 위험확인에 관한 헌법소원 심판청구는 국가의 입법의무가 없는 사항을 대상으로 한 것으로서 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘공권력의 불행사’에 대한 것이 아니므로 부적법하다.

【해설】

1. 의사능력이 없는 청구인의 이 사건 심판청구가 적법한지 여부

청구인은 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시 식물인간 상태로 의사능력이 없는 자였고, 이 사건 결정 당시에도 마찬가지였다.³⁾ 따라서 청구인은

3) 청구인은 병원 측을 상대로 인공호흡기의 제거를 구하는 민사소송을 제기하여 승소함에 따라 2009. 6. 23. 인공호흡기가 제거되었고, 2010. 1. 10. 사망하였다. 관련 민사사건 판결은 서울서부지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합6977 판결(1심), 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고 2008나116869 판결(항소심), 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결(상고심)이다.

헌법소원 심판청구를 비롯한 헌법소원심판 절차상 소송행위를 할 능력이 없다. 그런데 청구인의 이 사건 심판청구는 외형상 청구인 본인이 직접 소송대리인을 선임하여 한 것으로 되어 있다.

의사무능력자를 위한 소송행위는 그가 법원에서 금지산선고(민법 제12조, 가사소송법 제2조 제1항 라류 가사비송사건)를 받고 법률의 규정(민법 제933조~제935조) 또는 법원의 선임 결정(민법 제936조)에 따라 정해진 후견인이 그의 법정대리인(민법 제938조)으로서 대리하여 할 수 있다(민사소송법 제51조). 다만 소송절차의 지연으로 손해를 볼 염려가 있을 경우는 위와 같은 금지산선고 등의 절차를 거치기 전이라도 수소법원의 특별대리인 선임절차를 거쳐 법원에 의하여 선임된 소송상 특별대리인이 의사무능력자를 대리하여 소송행위를 할 수 있다(민사소송법 제62조).

헌법재판소법 제40조 제1항에 의하면 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하므로, 민사소송법의 위 규정을 준용할 수 있다.

이를 근거로 헌법재판소는 2009. 3. 18. 이 사건에서 청구인에 대하여 소송상 특별대리인으로 그녀의 아들 ○○를 선임하였고, 그는 청구인의 특별대리인으로서 이 사건 심판청구와 관련하여 소송대리인을 선임하고 소송대리인을 통하여 청구인의 이 사건 심판청구행위를 추진하였다. 의사무능력 상태에서 이루어진 청구인의 이 사건 심판청구 행위는 소급하여 효력을 갖추었다 할 것이다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제60조).

이 점과 관련하여 소송상 특별대리인에게 청구인 본인의 생명에 관련된 자기결정권을 주장하는 심판청구행위를 대리할 권한까지 갖고 있다고 볼 수 있는 것인지에 관한 근본적 의문이 제기되기는 하지만, 의사무능력자의 법정대리인은 본인의 이해를 가장 잘 대변할 지위에 있는 자를 정하도록 제도화되어 있고, 의사무능력자에게 생명에 직결된 치료행위의 중단에 관한 자기결정권 등이 인정된다면 그 권리를 소송절차상 실현하는 방법은 소송상 특별대리인 등 법정대리인이 의사무능력자를 대리하여 제기할 수밖에 없다는 점을 고려하면, 청구인의 소송상 특별대리인을 통한 이 사건 심판청구 행위는 적법하다고 하지 아니할 수 없다.

2. 이 사건 심판청구가 헌법소원심판의 대상적격을 갖추었는지 여부

가. 입법부작위의 헌법소원 대상성

넓은 의미의 입법부작위에는, 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 경우와 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경우가 있는데, 일반적으로 전자를 진정입법부작위, 후자를 부진정입법부작위라고 부르고 있다(헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 489).

청구인이 주장하는 ‘연명치료 중단에 관한 법률’은 아직까지 전혀 입법이 없는 상태이므로, 이 사건 심판대상인 입법부작위는 진정입법부작위에 해당한다.

진정입법부작위가 헌법소원의 대상이 되려면, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였는데도 입법자가 상당한 기간 내에 이를 이행하지 않거나 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우라야 한다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 16 참조).

나. ‘연명치료의 중단 등에 관한 법률’의 관련 기본권 및 그 입법의무의 모색

헌법 어느 규정도 죽음에 임박한 환자를 위하여 ‘연명치료의 중단 등에 관한 법률’을 제정하여야 한다는 것을 명시적으로 위임하였다고 보이지 않는다. 따라서 이 사건에서는 헌법해석상 「청구인이 주장하는 ‘무의미한 연명치료를 중단하고 자연스럽게 죽음을 맞이할 이익’이 헌법상 기본권으로서 인정되고 국가는 이를 보호하기 위하여 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’을 제정하여야 할 헌법상 구체적 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 국회가 이를 이행하지 않고 있다」고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

여기서 먼저, 청구인들이 주장하는 ‘무의미한 연명치료를 중단하고 자연스럽게 죽음을 맞이할 이익’을 어느 기본권으로 포섭할 것인지를 살펴보아야 할 것이다. 즉, 이를 자기결정권의 일부로서 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’ 또는 ‘생명에 관한 자기결정권’으로 구성할 것인지, 아니면 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 및 자기결정권 등에 근거하는 독자적 기본권으로서 ‘무의미한 연명치료에서 벗어나 자연스런 죽음을 맞이할 권리’(또는 ‘자연스런 죽음의 권리’)로 구성할 것인지 등이 문제된다.

후술하는 바와 같이 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단도 인위적 생명단축(죽음)을 초래한다고 보아야 하기 때문에, ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 실질은 ‘생명(또는 죽음)에 관한 자기결정권’과 다르지 않다. 그런데 ‘생명에 대한 자기결정권’은 ‘생명에 대한 처분권’ 또는 ‘자살할 권리’ 등으로 오해할 여지가 있기 때문에 적절하지 아니한 측면이 있다. 그리고 연명치료 중단의 문제를 기존의 헌법상 기본권인 자기결정권의 보호영역에서 충분히 해결할 수 있다면, 굳이 독자적 기본권으로서 ‘자연스런 죽음의 권리’ 등을 새로이 인정할 필요는 없을 것이다. 따라서 이 사건에서 문제된, ‘죽음에 임박한 환자가 무의미한 연명치료에서 벗어나 자연스럽게 죽음을 맞이할 이익’은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 인정 여부로 접근하는 것이 타당하다 할 것이다.

이에 대하여 연명치료 중단(자연스런 죽음)의 권리의 근거를 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 도출되는 ‘일반적 인격권’에서 찾는 것이 더 적합하다는 견해가 있을 수 있다. 이 사건은 의사결정능력이 없는 환자의 ‘추정적 의사’ 또는 ‘가정적 의사’를 바탕으로 환자의 생명을 박탈하는 결과에 이르게 된다는 점에서 이를 ‘자기결정권’ 문제라고 보기 어렵다는 점 등을 이유로 한다.

그러나 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단도 생명단축을 초래하는 것이라고 보는 전제에서는 그 권리의 실현은 결국 의도적인 생명단축의 실현 문제이므로 생명권 주체인 당사자 본인의 의사를 떠나서 그 정당성을 찾을 수는 없을 것이다. 즉, ‘연명치료 중단’에 관한 규범적 정당성의 근거는 생명권 주체의 자기결정권에서 찾지 않을 수 없다. 대법원은 “회복불가능한

사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우 연명치료 중단이 허용될 수 있다”고 판시함으로써 연명치료의 중단의 근거로서 자기결정권을 들고 있다.⁴⁾

따라서 청구인이 주장하는 기본권을 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’으로 구성하고 이를 헌법 제10조가 규정한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 전제로서 인정되는 기본권이라 할 수 있는 자기운명결정권⁵⁾의 한 내용으로서 인정할 수 있는지 여부의 관점에서 ‘연명치료의 중단 등에 관한 법률’의 입법위무의 유무를 살피는 것이 타당할 것이다.

이하 항을 바꾸어, 먼저 죽음에 임박한 환자에게 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 ‘연명치료를 중단에 관한 자기결정권’이 인정되는지 여부에 관하여, 다음으로 위 기본권이 인정됨을 전제로 위 권리를 보호하기 위하여 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’을 제정하여야 할 헌법상 구체적 행위위무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백하다고 볼 것인지 여부에 관하여 각 살핀다.

3. ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’이 헌법상 보장된 기본권인지 여부

가. 논의의 전제 - 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단으로 인한 사망이 생명단축에 해당한다고 보아야 할 것인지 여부

4) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결

5) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 모든 기본권 보장의 궁극적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고, 개인의 인격권·행복추구권은 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310). 자기운명결정권은 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리이다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40, 판례집 14-2, 390, 397). 이에는 성적 자기결정권(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 485), 혼인의 자유와 혼인의 상대방을 결정할 자유(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6, 판례집 9-2, 1, 17), 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 것(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691) 등이 포함된다.

(1) 죽음의 과정과 사망 시기⁶⁾

죽음은 하나의 시점이 아니고 시간적으로 상당히 넓은 폭을 가진 생명현상의 정지과정이다. 신체 자체의 모든 세포가 동시에 죽는 일은 있을 수 없고, 죽음은 각 장기나 조직의 구조적 특징이나 그 조직의 산소결핍의 감성에 따라서 좀 더 빠르거나 늦게 온다. 특히 죽음의 이행과정에 있어서는 호흡·혈액순환 또는 뇌 기능이 하나의 조를 형성하여 상호 의존하는 이른바 ‘생명의 고리’를 이루고 있다. 이 경우 고리의 어느 한 요소라도 상실되면 생명의 고리 전체의 기능이 소멸하게 된다. 심근경색 등에서 올 수 있는 심근수축정지(cardiac asystole)에서는 먼저 심장박동이 정지되고 다음에 뇌기능이 상실되며 끝으로 호흡이 정지된다. 이에 반하여 익사 시에는 먼저 호흡이 정지되고 다음에 뇌기능이 상실되며 끝으로 심장박동이 정지된다. 뇌손상이 극심한 때에는 먼저 뇌기능이 상실되고 다음에 호흡이 정지되며 끝으로 심장박동이 정지된다.⁷⁾

죽음을 하나의 자연적 사실로서 전체 생명의 끝이라고 말할 경우에는 이를 생물학적 죽음이라고 한다. 모든 체세포의 기능상실로서 생체가 기능활동을 하는데 필요한 화학적, 물리적 또는 전기생리적 활동의 소실로 특징되는 인체 각 세포의 불가역적인 상태로의 변화로서 인체의 완전한 죽음의 의미가 그것이다.⁸⁾ 이를 세포사(cellular death)라고 하며, 생명과 죽음의 최종적인 단계를 표시한다.

그러나 의학적 개념으로서의 죽음이란 생명현상이 정지되어 가는 연속적 과정에서 환자의 의지에 의하여 도저히 생명이 존속될 수 없고, 이미 그 생명에 대해서 주장하거나 유지되어질 수 없는 상태를 말한다. 이를 개체사(Individualer Tod) 또는 임상사(Klinischer Tod)라고도 한다. 그러나 개체사가 생물학적 죽음의 과정 중 어느 시점에서 일어나는지에 대해서 현대의학

6) 이준걸, “뇌사와 안락사”, 비교법학 8집(2008. 2.), 전주대학교 비교법학연구소, 90~98 참조

7) 김동립, “사람의 종기와 뇌사설”, 형사법연구 제5호(1993), 한국형사법학회, 109 이하; 김동립, “뇌사에 관한 형법적 연구”, 강원대학교 박사학위논문(1992), 16, 이준걸(주6), 90-91에서 재인용.

8) 문국진, 법의학, 일조각, 1980, 53

은 명확하게 답을 제시하지 못하고 있다. 즉, 종래의 의학에서는 호흡과 맥박이 중국적으로 정지하면 그로부터 우선 죽음의 과정이 필연적으로 진행하고 그 진행을 저지하는 어떠한 수단도 존재하지 않는 것으로 보아 왔다. 생물학적 죽음의 관점에서 보면 그 시점에서 생명이 어느 정도 남아 있는 것은 인정하지만, 그것은 자연의 사멸과정과 같다고 보는 것이다.⁹⁾ 그러나 현대의학의 발달은 인공호흡기와 같은 새로운 생명연장 장치나 인공장기를 개발시켜 환자의 뇌기능이 완전히 소실되어 의식이 전혀 없음에도 불구하고 호흡과 심장의 기능을 연장시킬 수 있게 되어 전통적인 죽음의 정의인 심폐사에 대한 의문이 제기되었고, 뇌기능의 불가역적 소실을 사람의 죽음으로 보는 뇌사의 개념이 주장되고 있다.¹⁰⁾

죽음은 법률적으로 중요한 의미를 가진다. 그럼에도 불구하고 현행법은 죽음의 개념이나 시기를 명확하게 규정하고 있지 않고 있어 결국 학설과 판례에 의하여 결정될 수밖에 없다. 이는 의학적으로 이미 명료한 사망의 기준으로서 임상사가 기정 사실화 되어 있고 이 임상사가 법률적으로도 죽음을 판단하는 기준으로 충분히 적용될 수 있다고 생각되어 죽음의 개념을 별도의 법적 규정에 의하여 규율해야 할 필요성을 인식하지 않고 있기 때문일 것이다.¹¹⁾

법학적 개념상 죽음의 시기에 관하여 ‘호흡이 영구적으로 정지했을 때’라는 호흡중지설, ‘맥박이 영구적으로 정지한 때’라는 맥박중지설, ‘맥박과 호흡이 완전히 정지된 때’라는 맥박·호흡중지설 또는 종합설, ‘심장의 고동과 호흡이 영구적으로 정지하고 동공이 산대한 때’라는 삼징후설, ‘뇌(대뇌 및 뇌간)의 기능이 소실된 때’¹²⁾라는 뇌사설 등이 있는데, 맥박중지설 내지 맥박·호흡중지설이 통설로 되어 있다.¹³⁾

9) 김동림(주7), 111, 이준걸(주6), 95에서 재인용

10) 문국진, “뇌사에 대한 법의학적 견해”, 세종의학 제9권 1호(1992), 45; 장영민, “뇌사와 장기이식의 형사법적 문제”, 법무부 법무자료 제155집, 144, 이준걸(주6), 95 재인용

11) 김민중, “뇌사 및 장기이식과 민법”, 법무자료 제155집(1992), 법무부, 179~180, 이준걸(주6), 96~97 재인용.

12) 한상운, “현행 헌법상 생명존중에 관한 연구”, 성균관법학 18권 1호(2006. 6), 147

13) 이준걸(주6), 97; 한상운(주12), 147

다만, 「장기 등 이식에 관한 법률」에 의하면 장기 기증을 전제로 하는 경우 뇌사로 추정되는 자의 유족 등이 뇌사의 판정신청을 하여 뇌사판정을 받게 되면 장기적출이 가능한데, 이 경우에만 뇌사를 죽음으로 인정하고 있다.¹⁴⁾

(2) ‘죽음에 임박한 상태’의 의미

청구인은 소송상 특별대리인을 통하여 자신이 죽음에 임박한 상태라고 주장하면서 ‘연명치료 중단에 관한 권리’를 주장하고 있다. 그러나 죽음에 임박한 상태가 무엇인지 명백하지 않다.

독일 연방대법원은 연명치료 중단이 문제된 사건에서 ‘비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우’와 그렇지 아니한 경우를 구분하고 있는 것으로 보인다.¹⁵⁾ 여기서 ‘비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우’란 질병의 진행이 비가역적이고 죽음의 과정이 시작되어 직접적으로 죽음에 직면해 있는 상태를

14) 장기 등 이식에 관한 법률

제15조 (뇌사의 판정신청) ① 뇌사로 추정되는 자(이하 "뇌사판정대상자"라 한다)의 장기 등의 기증을 위한 뇌사판정을 받고자 하는 자는 보건복지가족부령이 정하는 바에 의하여 뇌사판정대상자에 대한 검사기록 및 진료를 담당한 의사의 소견서를 첨부하여 제14조의 규정에 의하여 국립장기이식관리기관의 장에게 통보한 의료기관(이하 "뇌사판정기관"이라 한다)의 장에게 뇌사판정의 신청을 하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 뇌사판정의 신청을 할 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 뇌사판정대상자의 가족

2. 뇌사판정대상자의 가족이 없는 경우에는 법정대리인 또는 진료를 담당한 의사. 이 경우 뇌사판정대상자가 제13조 제3항의 규정에 따라 장기 등의 기증에 동의한 경우에 한한다.

제16조 (뇌사의 판정 등) ① 뇌사판정기관의 장은 제15조 제1항의 규정에 의한 뇌사판정의 신청을 받은 경우에는 지체 없이 현장에 출동하여 뇌사판정대상자의 상태를 파악한 후 보건복지가족부령이 정하는 바에 따라 전문의사 2인 이상과 진료를 담당한 의사가 함께 작성한 뇌사조사서를 첨부하여 뇌사판정위원회에 뇌사판정을 요청하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 뇌사판정의 요청을 받은 뇌사판정위원회는 전문의사인 위원 2인 이상을 포함한 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 뇌사판정을 한다. 이 경우 뇌사판정의 기준은 별표와 같다.

③~⑤ 생략

제17조 (뇌사자의 사망원인) 뇌사자가 이 법에 의한 장기 등의 적출로 사망한 때에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다.

15) 이석배, “독일의 치료중단 기준과 입법론”, 형사정책 제19권 제1호(2007), 한국형사정책학회, 232

뜻한다.¹⁶⁾ 일반적으로 의식의 유무, 인공호흡장치나 인공영양공급 등이 비가역적 죽음의 과정이 시작되었는지를 판단하는 중요한 요건이기는 하지만, 그러한 수단을 통해서 연명이 가능하고 일정기간의 기대수명이 있다면 비가역적 죽음의 과정이 시작된 환자로 보지 않는다.¹⁷⁾ 항구적인 식물인간 상태의 환자의 경우 연명장치에 의존하는지 여부와 상관없이 기대수명이 있는 것으로 보고 비가역적 죽음의 과정이 시작된 것으로 보지 않는다.¹⁸⁾ 비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우에 해당하지 아니한 경우는 다시 회복가능성이 있는지 여부를 구분하고 있다.¹⁹⁾ 독일 연방대법원의 판례에 따르면, ① 비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우는 환자의 의사와는 독립적으로 연명치료 중단이 허용되고(협의의 소극적 안락사, *Hilfe beim Sterben*), ② 비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우에 해당하지 않지만 의학적으로 회복가능성이 없다면 환자의 의사확인 등 특정한 조건 아래 연명치료 중단이 허용된다(광의의 소극적 안락사, *Hilfe zum Sterben*)고 한다.²⁰⁾

한편 미국 워싱턴 등 여러 주의 자연사법에서는 말기환자에 관하여, “말기상황이란 부상, 질병 등에 의해 초래된 치유 및 회복 불가능한 상태로서, 합리적인 의학적 판단 내에서 수용된 의학적 기준에 부합하는 합리적 기간 내에 사망에 이르고, 연명치료가 단지 사망을 지연시키는 데만 기여하는 상황을 의미한다.”는 규정을 두고 있다.²¹⁾

워싱턴 주 자연사법에서 규정한 말기환자가 독일 연방대법원에서 판시한 ‘비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우’와 동일한 것인지는 명백하지 않다. 미

16) BGHSt 40, 257, 260

17) 이석배, 대법원 2009다17417 사건 공개변론 의견서, 4

18) BGHSt 40, 257, 260

19) BGHSt 40, 257

20) 이석배(주17) 4, 8

21) 워싱턴 주의 공공보건과 안전에 관한 법률(Title 70. Public Health and Safety) 중 자연사법 규정(Chapter 70.122 Natural Death Act) 70. 122. 020. Definitions (9) “Terminal condition means an incurable and irreversible condition caused by injury, disease, or illness, that, within reasonable medical judgment, will cause death within a reasonable period of time in accordance with accepted medical standards, and where the application of life-sustaining treatment serves only to prolong the process of dying”

국 자연사법의 위 규정만 놓고 보면 환자의 ‘말기상황’이 ‘비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우’보다 더 넓은 개념으로 볼 여지가 있다.²²⁾

최근 우리 대법원은 환자의 생명과 직결되는 진료행위 중단의 허용요건으로서 환자의 건강상태에 관하여, “의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하, ‘회복불가능한 사망의 단계’라 한다)”를 제시하고 있다.²³⁾ 이에 대한 보충의견에 따르면, 여기서 생명과 관련된 중요한 생체기능이란 호흡 기능, 혈액순환 기능, 뇌간 기능 등 생명현상 유지에 필수적인 기능으로서 그 기능을 상실하는 경우 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있는 생체기능을 말하고, 위 기능들 중 하나라도 영구적으로 상실한 경우에는 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 것으로 보아야 한다는 것이다.²⁴⁾

(3) 이 사건의 경우

이 사건에서 청구인은 앞서 본 바와 같이 죽음에 임박한, 즉 죽음을 목전(目前)에 둔 회복불가능 상태로서 연명치료를 중단하고 자연스럽게 죽음을 맞이할 권리가 있음을 주장하고 있다. 청구인이 주장하는 ‘죽음에 임박한 상

22) 이인영, “미국의 자연사법 규범과 의료인의 면책규정이 주는 시사점”, 비교형사법연구 제10권 제1호(2008. 7.), 한국비교형사법학회, 492 참조. 좁은 의미의 말기상태가 아니라 영구적 무의식 상태, 돌이킬 수 없는 혼수상태나 지속적인 식물인간상태로서 합리적인 의학적 판단 내에서 치료가 불가능하거나 회복이 불가능하다고 의학적으로 평가된 상태도 말기상태에 포함된다고 소개하고 있다.

23) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다1717 판결

이 점에 대한 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 반대의견에 따르면,

“다수의견이 말하는 ‘환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우’의 의미가 어떤 것인지 분명하지는 않지만, (중략) 인공호흡기 등의 생명유지장치가 장착되어 있는 환자의 경우에는 그 장치가 장착되지 않는 신체상태를 기준으로 하여 그가 비교적 짧은 시간 내에 사망에 이를 것인지 여부를 판단한다는 뜻이라고 해석된다.”고 전제한 뒤, 다수의견에 의하면 “자발호흡을 완전히 회복하지 못한 모든 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이른 것으로 분류, 평가될 위험이 있다.”고 지적하고, 연명치료 중단을 허용할 수 있는 범위를 다수의견보다 더욱 좁혀 “환자가 인공호흡기 등을 장착하여 그 도움을 받는 상태에서도 사망에 극히 근접해 있는 경우” 이른바 “돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입”한 경우에 한정한다.

24) 위 판결 중 대법관 김지형, 대법관 차한성의 보충의견

태'는 대법원이 판시한 '회복불가능한 사망의 단계'에 해당하는 경우를 뜻한다고 보인다. 청구인의 주치의 등이 청구인 측의 연명치료 중단 요구를 거부한 이유는 청구인 측 주장과 달리 청구인이 아직 '회복불가능한 사망의 단계'에 진입하지 않았다고 판단하고 있기 때문이다. 이러한 다툼은 사실인정의 문제로서 헌법재판소가 판단할 문제는 아니라 할 것이다. 청구인이 '회복불가능한 사망의 단계'에 진입하였다고 볼만한 정황이 있으므로²⁵⁾ 청구인에게 이 사건 헌법소원을 제기할 자기관련성이나 기본권침해 가능성은 인정된다. 따라서 헌법재판소는 청구인이 주장한 사실관계 즉, '회복불가능한 사망의 단계'에 있다는 점을 전제로 연명치료 중단에 관한 자기결정권의 인정 여부 등을 판단하여야 할 것이다.

(4) 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단이 생명단축을 초래한다고 보아야 할 것인지 여부

(가) 생명단축을 초래한다고 보는 견해

죽음에 임박한 환자라도 법률적으로 사망에 이르지 아니하여 생존한 사람임에 틀림없고 그에 대한 연명치료 중단으로 인하여 그 사망시기가 조금이라도 앞당겨지는 것은 분명하다. 모든 인간의 생명은 최대한 보호받아야 하는데, 죽음에 임박한 상태에 관한 의학적 기준이 명백하지 아니하여 그 경계가 불분명할 뿐만 아니라 이에 해당하는지 여부에 관한 오판의 가능성이 있음에도 죽음에 임박한 상태의 환자에 대한 연명치료 중단이 생명단축에 해당하지 아니한다는 이유로 이를 쉽게 허용하면 생명에 대한 부당한 침해를 초래할 수 있다. 이러한 사정 등을 고려하면, 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단도 생명단축을 초래한다는 전제에서 그 허용여부에 관한 법리를

25) 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고 2008나116869 판결에 의하면, 청구인의 건강상태에 관한 사실인정 후, “원고(청구인)는 현재 만 76세의 고령으로 의식상실 후 약 11개월이 경과하였으나 상태가 개선되는 징후는 보이지 않고 있을 뿐 아니라, 특히 자발호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태로서, 뇌 전반에 걸쳐 심한 구조적 손상이 발생하여 일부 반사적인 운동을 담당하는 기능만이 남아 있을 뿐 인간적인 지표를 나타내는 것으로 볼 수 있는 본인의 의지에 의한 움직임은 모두 소멸하였고, 이러한 상황이 점점 악화되고 있는 것으로 보이므로, 이미 회복가능성이 없는 비가역적인 사망과정에 진입한 것으로 봄이 상당하다.”고 판단하였다.

전개하여야 한다.

(나) 생명단축을 초래하지 않는다고 보는 견해

죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료는 회복을 위해서는 아무런 의미가 없고 단지 죽음의 과정을 연장시키는 것일 뿐이다. 따라서 위 연명치료 중단은 자연스런 죽음의 과정의 이행에 관여하는 것일 뿐, 인위적인 생명단축을 초래하는 것은 아니다. 이러한 경우 연명치료 중단을 허용하더라도 생명권 보호라는 헌법적 가치질서와 충돌하는 문제는 발생할 여지가 없고, 환자 가족이나 의사는 환자에 대한 연명치료를 계속하여야 할 의무가 없으며, 따라서 연명치료를 중단하여 환자가 사망한 경우 이에 관여한 그들의 행위가 촉탁·승낙 살인죄나 자살관계죄의 구성요건에 해당할 여지도 없다. 여기서는 오직 자연스럽게 죽음을 맞이할 가치나 이익의 실현만이 문제되므로 연명치료 중단에 관한 자기결정권을 인정하는 데 별 어려움이 없을 것이다. 단지 죽음에 임박한 상태에 관한 기준, 이에 해당하는지 여부에 관한 판단 주체나 절차 등이 불명확하여 의료현장에서 분쟁이 발생함으로써 환자가 자연스럽게 죽음을 맞이할 가치나 이익의 실현이 지연되어 실질적으로 이것이 침해 받는 상황이 생길 수 있다는 점에서 이를 해결하기 위한 법률의 입법의무가 있는지 여부만 주로 문제될 것이다.

(5) 이 사건 결정

이 사건 결정은 죽음에 임박한 상태의 환자에 대한 연명치료 중단도 생명단축을 초래한다고 보았다. ‘죽음에 임박한 환자’란 어떤 건강상태에 있는 환자를 의미하는지는 연명치료 중단에 관한 자기결정권의 인정범위와 밀접히 관련되어 있다. 따라서 ‘죽음에 임박한 환자’의 범위가 넓어져 연명치료 중단에 관한 자기결정권의 인정범위가 넓어지면 생명권 보호의 헌법적 가치와 충돌하는 정도와 범위도 커진다.

이 사건 결정은 연명치료 중단에 관한 자기결정권이 인정되면 생명권 보호와 충돌됨을 명확히 인식하고, ‘죽음에 임박한 환자’에 관하여 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결이 판시한 것과 같이 ‘의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할

수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우’, 즉 ‘회복 불가능한 사망의 단계’에 이른 경우로 한정하였다.

그 범위 내에서 연명치료 중단에 관한 자기결정권의 인정 여부는 헌법상 생명권 보호에 관한 가치와 대립·긴장 관계를 유지한다 할 것이다.

나. 헌법상 보장된 기본권으로서 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 인정 여부

(1) 소위 ‘안락사’에 관한 학계의 논의²⁶⁾

(가) 긍정론

‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 문제를 포함한다고 할 수 있는 안락사 논쟁에서 소극적 안락사를 긍정하는 학설은 대체로 헌법상 자기결정권의 대상에 생명도 포함된다는 점에서 근거를 찾는다.²⁷⁾

이에 관하여 ① 원칙적으로 생명도 자기결정권의 대상에 포함된다는 견해,²⁸⁾ ② 원칙적으로 자기 생명에 대한 처분권이 인정되지 않지만 예외적으로 일정한 경우에 생명에 대한 자기결정권이 인정된다는 견해²⁹⁾가 있다.

①의 견해에 의하면, ㉠ 자기결정권을 자신이 가지고 있는 모든 법익에 대해 스스로 결정하는 자유로 이해하게 되면 생명에 대하여도 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 해석할 수밖에 없는 점,³⁰⁾ ㉡ 생명권은 적극적

26) 이 사건 쟁점을 넘어선 일반론이지만 필요한 범위 내에서 소개한다.

27) 죽음에 관한 결정권 내지 자기생명에 대한 처분권이 자기결정권의 문제가 아니라 생명권 자체에 포함되어 있다고 보는 견해가 있다. 즉, 다른 여타의 기본권 보호영역에는 일반적으로 기본권 행사의 소극적 자유를 포함하는 반면, 유달리 생명권의 영역에서만 이를 제외시키는 것은 헌법체계의 통일성의 관점에서 적절치 않다는 점을 이유로 든다. 강태수, “객관적 가치로서의 생명과 개인의 자기결정에 대한 연구”, 공법연구 27집 제2호(1996. 2.), 한국공법학회, 266~268

이에 대하여는 생명권은 생명 그 자체를 위한 권리라는 측면에서 생명권의 소극적 자유로서의 자신의 생명을 행사하지 않을 자유란 포함되지 않는다고 보아야 한다는 비판이 있다. 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007, 492 참조

28) 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙”, 심은 김일수교수 화갑기념논문집(2006), 박영사, 680; 정규원, “연명치료중단”, 의료법학 6권 1호(2005. 6.), 49, 50

29) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 422; 정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 형사정책연구(2004. 9.), 176, 177

30) 이석배(주28), 680

으로 자신의 생명을 처분할 권리를 담고 있지는 않지만 자신의 의사에 반하는 신체에 대한 침해를 방어할 권리를 담고 있으므로 생명을 유지하는 처치나 치료를 거부할 수 있고, 이러한 의미에서 생명권으로부터 직접 소극적인 의미로 죽을 권리를 갖는다는 점,³¹⁾ © 자율성 존중의 원칙을 인정하는 한 개인은 누구나 자신의 개인적인 영역에서는 타인에게 해를 주지 않는 범위에서 스스로의 가치판단에 따라 결정하고 행동할 수 있는 권리를 가지고 특히 개인의 실존과 관련된 문제에 있어서는 누구도 그 사람을 대신할 수 없기 때문에 거의 무제한적으로 그 개인의 자율적 판단이 존중되어야 한다는 점³²⁾을 논거로 한다.

②의 견해는 헌법 제10조의 인간 존엄은 인간답게 살 권리뿐만 아니라 인간답게 죽을 수 있는 권리, 즉 자연스럽게 죽을 권리를 포함하지만 ‘존엄한 죽음에 대한 권리’가 죽음에 대한 모든 권리를 내포하는 것은 아니며 ‘자신의 생명처분권’은 헌법상의 생명권과 모순될 뿐만 아니라 형법의 촉탁 승낙 살인죄의 규정에도 저촉되므로 원칙적으로 ‘죽음에 대한 권리’가 도출될 수는 없고, 단지 한정된 범위인 ‘자연사에 대한 권리’만이 도출되고 헌법적 측면에서는 소극적 안락사에 대한 권리만이 존재한다는 것이다.³³⁾

①의 견해는 원칙적으로 생명에 대한 처분권, 즉 자살할 권리를 인정한다는 점에서 쉽게 수긍하기 어려운 점이 있다. 그러나 ①의 견해에서도 생명에 대한 자기결정권은 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 기본권으로서 생명보호에 관한 헌법적 가치질서 등의 이유로 법적 보호를 받을 수 없는 경우도 있다는 것³⁴⁾이므로, 실제 ①의 견해에서 생명에 대한 자기결정권이 구체적으로 보호받을 수 있는 경우는 ②의 견해와 큰 차이가 없을 것이다.³⁵⁾

31) 이석배(주28), 681; Dieter Lorenz, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HStR VI, § 128, Rn. 66 참조, 공진성 헌법연구원, 독일의 안락사와 기본권(2009. 4. 9.자 보고서), 6 재인용

32) 정규원, “연명치료중단”, 의료법학 6권 1호(2005. 6.), 49, 50

33) 정현미(주29), 176, 177 참조. 정종섭 교수도 생명권의 주체라도 자유로이 생명을 처분할 자유는 인정될 수 없으므로 적극적 안락사는 생명권을 침해하여 위헌이고 다만 자연적으로 죽음을 맞이할 수 있도록 생명유지조치의 중지를 요구할 경우까지 의사에게 생명연장의무가 있다고 볼 수 없으므로 소극적 안락사는 허용된다고 한다(주29, 422).

34) 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 법학연구 제20집(2005. 11.), 176

(나) 부정론³⁶⁾

생명에 대한 자기결정권을 부정하는 견해는 인간의 생명권은 어떠한 자유·권리보다도 우선적으로 보장되어야 하는 절대적 가치를 지니므로 어떠한 생명의 침해나 단축도 허용될 수 없고 생명권의 주체라 할지라도 자기의 생명을 자유로 처분할 수 있는 권리, 즉 ‘죽을 권리’를 갖지 못한다는 점,³⁷⁾ 인간생명에 대한 존중은 인간의 존엄에 직결되는 것으로서 자기 자신의 생명을 가볍게 처분할 권리는 누구에게도 없다고 보아야 하며, 이를 부정할 경우에는 전체 기본권 체계 자체가 붕괴될 위험이 발생하기 때문이란 점³⁸⁾ 등을 근거로 한다.

(2) 외국의 입법례 및 사법기관 결정례³⁹⁾

(가) 관련 입법이 있는 국가

① 미국

1997년부터 시행된 오레곤주의 존엄사법(The Death with Dignity law)은 의사조력자살을 허용하고 있다. 1998년 15명의 말기환자들이 위 법에 근거하여 의사의 도움을 받아 합법적으로 극약을 삼키고 사망하였다고 한다.

1977. 1. 1부터 시행된 캘리포니아주의 자연사법(Natural Death Act), 1984년 플로리다주의 ‘생명소생법(Life Prolonging Procedures Act)’ 등 40개 주에서는 다양한 형태로 식물상태의 인간에 대한 생명유지 장치의 제거, 즉 소극적 안락사를 허용하는 법들이 입법되었다.

뉴저지주 대법원은 1976. 3. 31. 카런퀸란(Karen Quinlan) 사건에서 프라

35) 유승룡, “생명권과 자기결정권 그리고 의사의 진료의무”, 의료법학 제9권 제2호 (2008), 한국의료법학회, 29

36) 부정론을 취하더라도, 앞서 본 바와 같이 죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단이 생명단축을 초래하는 것이 아니라고 본다면, 연명치료 중단은 죽음에 관한 자기결정의 문제가 아니라 죽음을 맞이하는 과정이나 모양에 관한 선택의 문제로서 이를 허용할 여지는 있다 할 것이다.

37) 권형준, “생명권의 보호에 관한 고찰” 법학논총 5집, 256, 257 참조; 윤명선 “생명권의 법리” 월간고시(215호), 55, 56, 60 참조; 윤종행, “안락사와 입법정책”, 비교형사법연구 5권 1호(2003. 7.) 한국비교형사법학회, 474 참조

38) 장영수, 헌법학, 홍문사(2007), 604

39) 보다 자세한 내용은 별지 「외국의 입법례 및 사법기관 결정례」 참조

이버시권에 기초하여 소극적 안락사를 허용하였다. 뉴욕주 대법원은 1979년 아이히너(Eichner) 사건에서 보통법상의 기본적 권리 내지는 informed consent⁴⁰⁾에 의한 자기의사결정권에 기초하여 소극적 안락사를 허용하였다. 미주리주 대법원은 1989년경 Cruzan 사건에서 미주리주의 Living Will(생전 유언)⁴¹⁾ 규정에 따른 소생불능 환자의 사전의 명시적인 의사표시가 없고, ‘명백하고 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)’에 의한 환자의 의사를 알 수 없는 상태라는 이유로 생명유지 장치 제거를 구하는 부모의 청구를 기각하였다. 플로리다주 대법원은 2001. 4. 23. Schiavo 사건에서 Living Will이 없었지만 증언 등 증거조사를 통하여 시아보가 생전 연명치료를 거부한 의사를 표시하였음을 인정하고 Schiavo에 대한 영양공급 장치를 제거를 명한 하급심 판결을 유지하였다.

연방대법원은 Cruzan 사건에서 영양과 수액 공급을 포함하는 치료를 거부할 권리를 수정헌법 제14조에서 보호된 자유이익(protected liberty interest)으로서 인정하였고, *Vacco v. Quill* 사건과 *Washington v. Glucksberg* 사건에서 의사조력자살을 금지하는 뉴욕주나 워싱턴주의 법률을 수용하였다.

② 네덜란드

네덜란드는 2002. 4. 1.부터 적극적 안락사를 허용하는 안락사법을 시행하고 있다.

③ 호주

호주에서는 연방 8개주 가운데 3개주가 생명연장 장치를 제거하는 의료행위를 법으로 허용하고 있고, 나머지 주에서도 관습법상 이를 허용하고 있다.

④ 프랑스

「환자의 권리 및 삶의 종말에 관한 2005년 4월 22일의 법률 제2005-370호」가 시행되고 있고, 환자가 의식이 있으며 종말기에 있지 않은 경우, 환자가 의식이 있으며 종말기에 있는 경우, 환자가 의식이 없으며 종말기에 있지 않은 경우, 환자가 의식이 없으며 종말기에 있는 경우를 구분하고 규율하

40) 충분한 의학적 설명을 제공받은 후의 동의.

41) 주마다 내용이 다양하다. 반드시 서면에 의할 것을 요구하기는 주도 있고, 서면 외에 구두진술로도 가능하다는 주도 있다. 이인영(주22), 489

고 있다.

(나) 관련 입법이 없는 국가

① 독일은 1994년 연방형사법원의 캠프테너 사건에 대한 판결, 2003년 연방민사법원의 뤼베커 사건에 대한 판결 등에서 ‘비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우’는 죽음에서의 도움(Hilfe beim Sterben) 또는 협의의 소극적 안락사로서 연명치료 중단을 허용하고 있고, ‘비가역적 죽음의 과정이 시작되지 않았지만 회복가능성이 없을 경우’ 환자의 의사(명시적 의사 또는 추정적 의사), 환자의 의사를 추정할 수 없을 경우는 일반인의 가치표상에 따라 연명치료 중단이 가능하다고 판시하였다.

② 일본은 1962. 12. 22. 나고야 고등법원 판결, 1995. 3. 28. 동해대학교 안락사 사건 판결 등에서 일정한 요건 아래 적극적 안락사, 간접적 안락사, 소극적 안락사가 허용될 수 있다고 판시하였다. 그러나 구체적 사건에서 적극적 안락사로서 허용요건을 갖춰 적법하다고 인정한 사례는 없다.

③ 영국은 19세기 말부터 안락사에 대한 논쟁을 벌였고, 안락사를 합법화 하려는 입법제안이 몇 차례 있었으나 아직 법률로 안락사를 허용하고 있지는 않다. 다만 제한적인 요건 아래 존엄사를 허용하는 판결이 선고되고 있어 소극적 의미의 안락사는 광범위하게 이루어지고 있는 것으로 보인다.

(3) ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 인정 여부에 관한 구체적인 검토

(가) 긍정론

인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 인간존엄성의 활력적 기초이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545 참조). 그러므로 인간의 생명권은 최대한 존중되어야 하고 국가는 국민의 생명을 보호할 의무가 있으며, 개인은 타인의 생명을 침해하여서는 아니 된다.

이러한 생명권 보호에 관한 헌법적 가치질서에 따라 우리 법체계는 살인(형법 250조)은 물론, 피해자의 촉탁이나 승낙에 의한 살인, 자살에 대한 교사 및 방조 행위(형법 제252조)를 각 처벌하고 있고, 위 각 불법행위로 인한 민사상 손해배상책임(민법 제750조)⁴²⁾을 인정하고 있다. 위 각 범죄는 작위(作爲)는 물론, “위험을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자” 즉 소위 보증인 지위에 있는 자가 “위험발생을 방지하지 아니한” 부작위(不作爲)에 의해서도 성립할 수 있다(형법 제18조).

그러나 환자의 의사에 따른 연명치료 중단으로 인하여 환자의 생명이 단축되었다고 하여 예외 없이, 연명치료 중단을 요구하는 환자의 의사는 생명의 임의적 처분으로서 정당하지 못하고, 환자의 의사(意思)에 따라 연명치료를 중단한 의사(醫師)는 생명권침해를 이유로 환자의 죽음에 대하여 책임을 면할 수 없다고 볼 수는 없다.

즉, 생명권 또는 생명권 보호에 관한 헌법적 가치는 절대적이라 할 수 없고, 극히 예외적이지만 다른 헌법적 가치나 기본권에 의하여 제한될 가능성이 열려 있다 할 것이다. 그 구체적인 논거는 다음과 같다.

① 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결에 나타난 논거

환자가 죽음에 임박한 상태 즉, ‘회복불가능한 사망의 단계’에 진입한 경우, 환자는 전적으로 기계적인 장치에 의존하여 연명하게 되고, 전혀 회복 가능성이 없는 상태에서 결국 신체의 다른 기능까지 상실되어 기계적인 장치에 의해서도 연명할 수 없는 상태에 이르기를 기다리고 있을 뿐이므로, 의학적인 의미에서는 치료의 목적을 상실한 신체 침해 행위가 계속적으로 이루어지는 것이라 할 수 있으며, 이는 죽음의 과정이 시작되는 것을 막는 것이 아니라 자연적으로는 이미 시작된 죽음의 과정에서의 종기를 인위적으로 연장시키는 것으로 볼 수 있다.

생명권이 가장 중요한 기본권이라고 하더라도 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 할 것이다. 따라서 이미 의식의 회복가능성을 상실하여 더 이상 인격체

42) 이에 관하여는 김천수, “불법행위책임의 관점에서 본 안락사”, 민사법학 제28호(2005. 6.), 417 이하 참조

로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체 침해 행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회 상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다고 할 것이다.

그러므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료를 중단할 수 있어야 한다.

② 그 밖의 학설상의 논거

㉠ 종래는 자연스런 죽음에 이르렀을 상황인데도 오늘날 의학기술의 발달로 의학적으로 회복가능성이 없는 환자에 대해서도 산소호흡기, 영양공급장치 등 연명치료 장치에 의하여 생체기능의 유지 및 생명의 연장이 가능해졌는바, 이와 같이 심장박동·호흡·영양공급 등을 인공적으로 그리고 영구적으로 유지시키는 연명치료 자체가 생명현상에 대한 부당한 개입이다.⁴³⁾

㉡ 인간의 생명에 대한 인위적인 조작 자체를 거부하고 자연적인 수명만을 그대로 누리겠다는 환자의 의사는 존중되어야 한다.⁴⁴⁾

㉢ 죽음이 임박하고 더 이상의 의학적 치료행위가 환자 상태의 개선을 달성할 수 없으며 오로지 현재 상태의 유지만을 목적으로 하게 되는 등의 예외적인 경우, 생명권 보호라는 헌법적 가치질서는 뒤로 후퇴하고 당해 환자는 자신의 인간으로서의 존엄과 가치의 실현을 위하여 자신의 생명에 대한 자기결정권을 가진다고 보는 것이 헌법 제10조의 규정 취지에 부합한다 할 것이고, 이것은 죽음에 임박한 환자가 무의미한 연명치료를 포기하고 자연사를 맞겠다는 선택일 뿐 자신의 생명을 인위적으로 단축시키는 자살로 볼 수 없다.⁴⁵⁾

43) 김천수(주42), 434 참조

44) 박영호, “의료분쟁과 법”, 법률정보센터, 2005, 1001

45) 정현미(주29), 176 참조

④ 생명의 절대적 가치는 생물학적 의미의 생명 그 자체만은 아니고 인간의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 하는데,⁴⁶⁾ 죽음에 임박한 환자의 경우 회복가능성이 없기 때문에 그에 대한 연명치료는 건강을 증진시키는 것이 아니라 단지 기계 장치에 의하여 생명의 징후만 단순히 연장시키는 것에 불과하고, 이런 상황에서 기계에 의존하고 있는 것은 단지 죽음의 시간만 연장하는 것이라 할 것이므로 이에 벗어나 자연스런 죽음에 이르는 편이 인간으로서의 존엄과 가치에 부합한다.

③ 설문조사 결과

국립암센터에서 2008. 9. 성인 남녀 1,006명을 대상으로 실시한 “품위 있는 죽음에 대한 대국민 인식 조사” 결과에 따르면, 죽음이 임박한 환자에게 의학적으로 무의미하다고 판단되는 기계적 호흡 등 연명치료를 중단함으로써 자연스런 죽음을 받아들이는 것에 대하여 87.5%가 찬성하였고, 환자가 본인에게 행해질 치료에 대해 미리 서면으로 작성하여 치료과정에 반영하는 “사전의사결정” 제도에 대해서도 92.8%가 필요하다고 응답하였다.⁴⁷⁾

(나) 부정론

이 사건 결정의 별개의견(재판관 이공현)은 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 연명치료 중단에 관한 그 환자의 자기결정은 존재하지 않거나 이를 확인할 방법이 없고, 연명치료 중단 시점에서 그 환자는 자신이 선택할 수 있는 삶과 죽음의 의미를 이해하고 그 중 어느 하나를 선택할 수 있거나 연명치료 중단을 자율적으로 결정할 수 있다고 볼 수도 없는 점, 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합하는지가 문제될 뿐이어서 헌법상 자기결정권과 무관한 문제라고 보이는 점, 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 환자의 연명치료 중단에 관한 문제는 존엄한 인간존재의 근원인 생명을 보호하기 위하여 연명치료 중단의 오·남용을 막을 수 있는 기준과 절차 등도 아울러 신중하게 고려하여 판단해야 할 사회적 합의의 대상이므로, 헌법상 보장되어 있지도 않은 환자 자신의 생명에 대한 자기결정권을 절대적인 공준으로 삼아 해결할 문제가 아니라, 사

46) 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고 2008나116869 판결

47) 윤영호, “말기환자의 존엄성과 행복추구권 존중”, 2009. 3. 4. 존엄사법 제정을 위한 입법공청회 자료, 37

회공동체 구성원들이 담론의 장을 마련하여 숙의하고 여기서 형성된 공감대를 바탕으로 국회가 입법을 통하여 해결해야 할 문제라고 지적하였다.

그 밖에 부정론의 논거로서 다음과 같은 점을 들 수 있다.

① 죽음에 임박했는지에 관한 판단은 수치적으로 명확하게 단정하기 곤란한 성질을 가지고 있어 매우 어려울 뿐만 아니라 모호한 것이고, 그러한 판단의 실수는 치명적 결과를 낳는다.⁴⁸⁾

② 독일이나 영국 등 의료비 부담이 거의 없는 국가와 달리 우리나라는 의료비의 개인 부담율이 높고, 환자보다는 가족들이 치료의 계속 여부를 결정하는 의료현실에서 연명치료 중단을 허용할 경우 경제적 요인에 의하여 자연스런 죽음의 권리를 병자한 연명치료 중단이 남용될 우려가 있다.⁴⁹⁾

③ 죽음에 임박한 환자가 연명치료 중단에 관한 의사를 명시적으로 표시하였다 하더라도, 자식들의 경제적 부담을 염려하는 마음에서 비롯되었거나, 혹은 진의 아닌 의사표시로 죽고 싶다고 말할 수도 있으며, 정신적 고립감과 사랑 없는 간호 때문에 죽고 싶다고 말할 수도 있는 등 그의 의사표시가 진정한 것이 아닐 수도 있다.⁵⁰⁾

④ 환자가 의식이 없는 등 연명치료 중단을 결정할 능력이 없을 경우, 연명치료 중단에 관한 사전의사(事前意思)는 연명치료를 중단할 때까지 계속된다고 보기 어렵고, 환자 가족의 증언 등을 통해 확인된 환자의 가치관 등을 근거로 연명치료 중단에 관한 의사를 추정하는 것은 환자 가족의 이해관계에 따라 환자 본인의 진정한 의사와 달리 나타날 가능성을 배제하지 못한다.

⑤ 환자 상태의 회복불가능은 절대적인 것이 아니고 의료기술의 발달에 따라 앞으로 회복가능으로 바뀔 수도 있다.

⑥ 환자가 연명치료의 중단을 택하는 이유는 죽음 자체를 원하기 때문이 아니라 아마도 비참하고 고통스러운 것 같은 죽음에 이르는 과정에 대한 공포와 두려움, 사랑하는 가족에게 여러 가지 힘든 짐이 되고 싶지 않다는 부담감 때문일 것이므로, 이런 문제들은 개인의 의료비 부담을 줄이고, 통증치

48) 윤종행(주37), 469 참조

49) 김강림, “존엄사의 입법화 논의에 대하여”, 존엄사법 제정을 위한 입법공청회 자료(2009. 3. 4.), 64, 67 참조.

50) 윤종행(주37), 471 참조

료·호스피스 간호 등을 통하여 평화로운 죽음을 맞이할 수 있도록 해결하는 것이 타당하다.⁵¹⁾

(4) 이 사건 결정

이 사건 결정은 앞서 본 결정요지 기재와 같은 논지로 ‘회복불가능한 사망 단계’에 진입한 환자에게 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’이 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장됨을 확인·선언하였다.

4. 헌법 해석상 ‘연명치료 중단에 관한 법률’을 제정하여야 할 구체적인 행위 의무 내지 보호 의무가 발생하였음이 명백하다고 볼 것인지 여부

가. 입법의무 확인에 관한 헌법재판의 한계

헌법상의 입법의무를 어느 정도로 인정하는가의 문제는 바로 입법자와 헌법재판소 사이의 헌법을 실현하고 구체화하는 공동의무 및 과제의 배분과 직결되는 문제라 할 것이다. 입법자와 헌법재판소는 모두 헌법규범의 구속을 받고, 입법자는 입법작용을 통하여, 헌법재판소는 헌법의 해석과 적용을 통한 헌법재판의 형태로 각각 헌법을 구체화하고 실현한다.

그런데 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려 아래 정해지는 사항인 것이고, 따라서 일반국민이 입법을 해달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론하고 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 입법당국으로 하여금 입법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 입법자의 지위에 같음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 된다고 할 것이다.

따라서 헌법상의 권력분립원칙과 민주주의원칙은 입법자의 민주적 입법형성의 자유를 보장하기 위하여 입법자의 헌법적 입법의무는 예외적으로만 이

51) 김학태, “안락사 허용여부에 관한 법철학적 연구”, 위법논집(2008. 2.), 한국의국어대 법학연구소, 334; 윤종행(주37), 474 참조

를 인정하고, 되도록이면 헌법에 명시적인 위임이 있는 경우만으로 제한할 것을 요구한다.

이러한 이유에서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것이다.⁵²⁾

헌법재판소가 진정입법부작위의 위헌확인 헌법소원을 인용한 사례로는 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2 ‘조선철도 주식회사 주식의 보상금청구에 관한 헌법소원사건’이 유일하다. 한편 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246 ‘전문의 자격시험 불 실시 위헌확인 등 사건’에서는 의료법과 대통령령인 「전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정」에 따라 치과의사 전문의 제도 실시를 위한 시행규칙(보건복지부령)을 개정하거나 필요한 조항을 신설하는 등 관련조치를 취하여야 함에도 행정권이 이를 하지 아니한 행정입법 부작위가 위헌임을 확인한 바 있다.

나. 외국의 실무례 또는 학계의 논의

(1) 일본⁵³⁾

현재 일본에서 안락사 또는 존엄사에 관하여 명시적으로 규정하고 있는 입법례는 존재하지 않고, 그 규범의 부존재에 관하여 다투어진 판례도 찾아볼 수 없다. 또한 학계에서도 안락사 또는 존엄사의 논의는 그 요건을 중심으로 이루어지고 있으며, 입법의무와 관련된 논의는 찾기 어려웠다.

(2) 독일⁵⁴⁾

독일에서 연명치료 중단에 관한 입법은 아직까지 존재하지 않는다. 학계에서 안락사를 보장하는 법률에 관한 입법의무에 대한 논의는 입법정책론과 혼재되고 산발적으로 언급되어 있어 그 인정여부와 인정범위에 관한 지배적

52) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 16-17; 헌재 2003. 6.26. 2000헌마509, 판례집 15-1, 741, 749 참조

53) 소은영 헌법연구원, “일본에서의 소위 안락사 또는 존엄사의 입법부작위에 관한 논의”(2009. 7. 16.자 입법례 조사보고서) 참조.

54) 공진성 헌법연구원, “소위 안락사 또는 존엄사의 입법부작위에 관한 독일의 판례나 학계의 논의”(2009. 7. 15.자 입법례 조사보고서) 참조.

인 견해를 말하기 어렵다. 그 대표적인 학자인 Knopp⁵⁵⁾와 Hufen⁵⁶⁾은 위 입법론을 언급하였지만, 국가가 안락사에 대한 실체적 요건 전반을 법률로 세세하게 규정하지 아니한 것이 환자의 자기결정권을 침해하는 의미에서 입법의무 위반이라고까지 언급한 것으로는 보이지 아니한다.

다. 긍정론

‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’은 그 실질이 자연스런 죽음의 실현을 방해받지 아니할 권리로서 자유권적 기본권의 성격을 갖는다. 자유권적 기본권은 원칙적으로 국가의 방임만으로도 그 권리실현에 아무런 문제가 없다. 그런데 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’은 생명보호의 헌법적 가치질서와 충돌하는 문제로 말미암아 그 실현이 원칙적으로 제한받고 있고 있기 때문에 국가가 이를 방임하는 것만으로는 그 기본권 보호의무를 다하였다고 볼 수 없다. 즉 국가가 생명보호의 헌법적 가치질서에 따라 타인의 촉탁·승낙을 받고 그를 살인하는 행위(작위 및 부작위를 포함한다.)를 처벌하고 있고(형법 제252조), 따라서 환자 본인의 의사(추정적 의사 포함)에 따른 것이라 할지라도 그에 대한 연명치료 중단으로 사망에 이르게 한 경우 이에 관여한 의료인 등은 원칙적으로 촉탁 또는 승낙에 의한 살인죄 또는 그 방조죄로 처벌될 수 있다. 또한 환자는 특별한 사정이 없는 한 의료인과의 의료계약을 자유로이 해지할 수 있고 이에 따라 의료인은 진료의무를 면할 수 있으나, 의료인이 적법하게 ‘환자의 생명과 직결되는 진료행위’를 중단할 것인지 여

55) Knopp는 원칙론으로서 ‘인간의 존엄을 침해하는 연명치료’를 방지하는 입법의무가 있다고 언급하면서도 현행 형법 제216조 촉탁살인죄에 안락사의 경우를 상정하여 예외규정을 두고 있지 않은 것(입법부작위)은 입법형성의 문제라고 하였다. 공진성 헌법연구원(주54) 참조.

56) 독일 연방형사법원은 1997년 캠프터너 판결에서 비가역적 죽음의 과정에 진입하지 아니한 환자에 대한 치료중단은 절차적으로 민법 제1904조를 유추 적용하여 후견법원의 결정에 따라 가능하다는 판단을 한 바 있다. 이에 대하여 Hufen은 민법 제1904조는 죽음 혹은 중대한 건강 악화를 초래할 수 있는 ‘검사나 치료’에 대하여 후견인이 동의할 경우 후견법원의 결정을 통하여야만 한다는 것으로서 ‘치료중단’의 경우에는 위 규정을 유추 적용할 수 없다는 전제 아래, 위 환자에 대한 연명치료 중단은 입법적 규율이 필요한 기본권 본질적 결정이므로 이러한 환자도 후견법원의 동의를 받아 연명치료를 중단할 수 있는 대상으로 삼아야 할 입법의무가 있다고 언급한 바 있다. 공진성 헌법연구원(주54) 참조.

부는 극히 제한적이라 할 것이다(대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결 참조). 단지 연명치료 등 진료행위의 중단이 환자의 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 실현이라고 평가될 수 있을 때 비로소 이에 관여한 의료인 등은 민·형사상 책임을 면할 수 있다.

결국 죽음에 임박한 환자가 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보장받기 위해서는 죽음에 임박한지 여부 즉, ‘회복불가능한 사망의 단계’에 진입하였는지 여부에 관한 판단이 선행되어야 하고 위 기본권 주체인 환자 본인이 연명치료 중단을 원하는지 그의 의사가 확인되어야 한다.

그런데 연명치료 중단에 관한 법률이 마련되지 아니한 현 상황에서는 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 진입하였는지 여부에 관한 의학적 기준이 명확하지 않고, 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 확인하는 것 역시 쉽지 아니다. 이와 같이 연명치료 중단의 허용요건이나 그 판단 절차가 불명확한 상태에서 환자 측으로부터 연명치료 중단을 요구받은 의료인은 연명치료 중단의 허용요건에 맞지 아니하다고 판단될 경우 뒤따르는 민·형사적 책임을 염려하여 연명치료 중단에 소극적인 태도를 취할 개연성이 높다. 이에 따라 연명치료 중단이 지연될 수 있고, 이는 죽음에 임박한 환자의 기본권인 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’의 실현이 사실상 불가능하도록 방치한 것과 다르지 않다. 한편, 의료현장에 따라서는 죽음에 임박한 환자의 범위를 넓게 인식하여 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 실현한다는 미명 아래 연명치료 중단을 남용함으로써 생명권침해의 불법상황이 발생할 수도 있다.

따라서 국회는 죽음에 임박한 환자의 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보장하는 한편, 죽음에 임박하지 아니한 환자에 대한 연명치료 중단의 남용을 예방하여 생명권 보호 의무를 다하기 위해서는 ① 죽음에 임박한 상태, 즉 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 관한 의학적 기준, ② 의료현장에서 구체적으로 어떤 환자가 이에 해당하는지에 관한 판단의 정확성과 객관성을 확보하기 위한 판단 주체와 절차⁵⁷⁾, ③ 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 어

57) 죽음에 임박하였는지 여부에 관하여 정확하고 객관적인 판단을 확보하기 위해서는 당해 환자의 구체적 상태를 정확하게 나타내는 정보의 확보와 그 확보된 정보를 보다 객관적으로 분석하는 것이 필요할 것이다. 환자에 대한 정확한 정보의 확보는 당해 환자의 진료를 계속 담당하여 온 의료인이 하는 것이 가장 바람직한 것

떻게 확인할 것인가에 관한 방법과 절차, ④ 중단 대상인 연명치료의 범위, ⑤ 연명치료 중단 남용에 대한 처벌과 대책 등에 관한 법률을 제정하여야 할 헌법 해석상 의무가 있다고 할 것이다. 아울러 연명치료 중단의 시행 주체나 방법, 연명치료를 중단한 자에 대한 민형사상 책임의 면제 등에 관한 규율도 필요하다.

위 입법사항 구체적 형성은 의학적, 규범적 논의 및 평가와 합의를 거쳐 이루어야 할 입법정책의 문제로서 입법기관의 재량에 맡겨져 있다고 할 수 있을 것이다. 그러나 위 입법사항에 대한 입법 자체는 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 구체적으로 실현하기 위한 필요조건이므로 선택 가능한 의미의 정책의 문제가 아니고 헌법적 당위 내지 의무의 문제라 할 것이다.

한편 환자 측과 의료인 사이 연명치료 중단에 관한 다툼이 있을 경우 법원의 재판을 통하여 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보호 받을 수 있고, 재판과정에서 자연스런 죽음을 맞이하기 위한 연명치료 중단의 허용요건, 시행 절차나 방법 등에 관한 기준이 제시될 수 있다. 그러나 재판 등 사법적 구제수단은 최종 결론을 얻기까지 상당한 시간이 소요되어 권리실현의 실효성을 보장받기 어렵고, 구체적 개별적 사건을 대상으로 한다는 한계 때문에 위에서 지적한 입법사항 등에 대한 종합적인 해결방식으로 적합하지 않다. 입법이 없는 상태에서 개개의 사례들을 모두 소송사건화 하여 일일이 법원의 판단을 받게 하는 것도 비현실적이고⁵⁸⁾ 법적 안정성을 충분히 담보할 수 없다. 연명치료 중단에 관한 법적 혼란과 공백을 막고 의료기관에게 예측가능성을 주고, 연명치료 중단의 남용에 대한 대처, 연명치료를 중단한 의사의 민·형사상 책임에 관한 법률과의 조화 등을 도모하여야 하는 것에 관한⁵⁹⁾ 종합적 대처는 입법으로써만 가능하다.

이고, 위 정보를 분석하여 죽음에 임박하였는지 여부에 관한 객관적인 판단은 이들 의료인을 배제하고, 가령 병원윤리위원회 등 제3의 기관이 전문 의료인의 조언 아래 하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 죽음에 임박하여 연명치료를 중단할 수 있다는 판단에 대하여 이해관계인의 이의를 인정하여 이를 심사하는 절차를 두는 것도 의미가 있다. 김천수, “안락사 내지 치료중단의 불법행위책임”, 의료법학 제6권 제1호(2005. 6.), 한국사법행정학회, 29~30 참조

58) 서울고등법원 2009. 2. 10. 선고 2008나116869 판결

59) 아울러 건강보험제도의 개선도 함께 고려할 필요가 있다.

그렇다면 죽음에 임박한 환자의 기본권인 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 실효적으로 보호하기 위해서는 연명치료 중단에 관한 법률을 제정하는 것이 필수적이라 할 것이므로, 국회가 위 입법에 관한 구체적 행위의무를 부담하고 있음이 명백하다고 보아야 할 것이다.

라. 부정론

입법의무 위반은 국가가 기본권을 효율적으로 보호하기 위해 입법이 유일한 수단인데도 입법자가 전혀 입법을 하지 않고 있을 때에 한하여 확인할 수 있다. 입법자가 입법을 통하여 기본권의 보호의무를 최대한 실현하는 것이 이상적이지만, 이것은 원칙적으로 입법재량에 속하는 사항이다.

죽음에 임박한 환자에 대한 연명치료 중단에 관한 다툼은 법원의 재판을 통하여 해결될 수 있고, 법원의 재판에서 나타난 연명치료 중단의 허용요건이나 절차 등에 관한 기준에 의하여 자연스런 죽음의 권리는 충분하지 않을지는 모르나 효율적으로 보호될 수 있다.

그리고 자기결정권을 행사하여 연명치료를 중단하고 자연스런 죽음을 맞이하는 문제는 생명권 보호라는 헌법적 가치질서와 관련된 것으로 법학과 의학만의 문제가 아니라 종교, 윤리, 나아가 인간의 실존에 관한 철학적 문제까지도 연결되는 중대한 문제이므로 충분한 사회적 합의가 필요한 사항이다. 따라서 이에 관한 입법은 사회적 논의가 성숙되고 공론화 과정을 거친 후 비로소 국회가 그 필요성을 인정하여 이를 추진할 사항이다.

또한 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보장하는 방법으로서 ‘법원의 재판을 통한 규범의 제시’와 ‘입법’ 중 어느 것이 바람직하느냐는 입법정책의 문제로서 국회의 재량에 속한다 할 것이다.

일본, 영국 등과 같이 연명치료 중단에 관한 입법이 없는 국가에서도 사법기관의 결정례에서 제시된 기준에 따라 연명치료 중단 등이 허용되고 있음을 볼 때 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 보장하기 위해 반드시 입법이 필요한 것은 아니다. 독일에서도 최근 2009. 9. 1. 시행된 개정민법(BGB 제1901a조, 제1904조 제2항 등)에서 ‘환자의 처분’ 내지 ‘환자의 지시’ 등에 관한 규정이 도입되기 전까지는 이와 같았다.

그렇다면 연명치료 중단에 관한 법률을 제정할 국가의 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 볼 수는 없으므로, 청구인의 이 사건 입법부작위 위헌확인 심판청구는 부적법하다.

마. 이 사건 결정

이 사건 결정은 입법의무 확인에 관한 헌법재판권이 한계를 고려하여 결정요지 2.항 기재와 같은 이유로 부정론을 취하였다. 그 결과 ‘연명치료 중단 등에 관한 법률’의 입법부작위는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘공권력의 불행사’에 해당하지 아니하고, 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하다는 결론에 이르렀다.

5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 이른 환자에게 생명단축을 초래할 수 있는 연명치료 중단에 관한 자기결정권이 기본권인 자기생명결정권의 한 내용으로서 인정됨을 명확히 하였다. 생명권보호에 관한 헌법적 가치질서를 중시하여 ‘회복불가능한 사망의 단계’에 이른 환자라는 제한된 범위에서 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 헌법상 기본권의 내용으로서 인정한 것이다. 헌법재판소의 위 판시취지는 관련 분쟁에서 재판규준이 될 것이다.

한편, 앞서 본 바와 같이 위 기본권 실현을 위하여 ‘연명치료의 중단 등에 관한 법률’이 제정되어야 할 입법 정책적 필요성을 부정할 수 없지만, 이 사건 결정은 국회와 사이 권력분립에서 나오는 헌법재판의 한계를 고려하여 헌법해석상 위 법률의 입법의무가 명백하다고 보기 어렵다고 판단하였다.

별지

외국의 입법례 및 사법기관 결정례

1. 관련 입법이 있는 국가

가. 미국

(1) 오레곤주의 존엄사법(The Death with Dignity law)

의사조력자살을 허용한 입법으로 오리건주의 존엄사법이 있다.¹⁾ 위 법률은 주민투표에 의해 1994년 통과되었지만 의사와 말기암환자 등의 반대, 소송 등의 우여곡절을 거쳐 1997년 10월부터 시행되었다.

이 법의 내용을 살펴보면, 환자는 반드시 불치의 말기질환으로 극심한 육체적 고통을 받고 있어야 하고, 사기가 임박하여 그 시기가 6개월 이내라는 2명 이상의 의사의 진단이 있어야 하고, 환자본인의 자기결정권에 의한 진지한 요청을 서면으로, 단 부득이 한 경우에는 구두로 할 수 있으나 이때에는 반드시 2명의 증인(의사와 가족 중 1인)이 있어야 하고, 환자의 예후를 판단한 병원의 윤리위원회를 통해 환자의 의사결정에 대한 평가가 되어져야 하고, 그 결정은 환자의 치료에 관여한 의료팀과 환자의 가족으로 구성된 팀에 의해 이루어져야 하고, 안락사가 반드시 병원에서 이루어질 필요는 없지만 반드시 의사에 의해 이루어져야 하며, 이 때 또 다른 1인 이상의 의사의 입회하에 시술이 이루어져야 하고, 안락사를 실행하기로 결정되었어도 반드시 15일 기다려 환자의 의사를 한 번 더 확인하고 실행하여야 하고, 안락사의 방법은 반드시 인도적인 방법이어야 한다고 규정되어 있다.²⁾

1998년 15명의 말기환자들이 위 법에 근거하여 의사의 도움을 받아 합법적으로 극약을 삼키고 사망하였다고 한다.³⁾

1) 이인영, “미국의 자연사법 규범과 의료인의 면책규정이 주는 시사점”, 비교형사법 연구 10권 1호(2008. 7.), 한국비교형사법학회, 496

2) 김학태, “안락사 허용여부에 관한 법철학적 연구”, 외법논집(2008. 2.), 한국외국어대 법학연구소, 320~321

3) 김강림, “존엄사의 입법화 논의에 대하여, 존엄사법 제정을 위한 입법공청회 자료”(2009. 4. 3.), 69

(2) 캘리포니아주의 자연사법(Natural Death Act) 등

캘리포니아주 의회에서 ‘자연사법(Natural Death Act)’이 가결되어 1977. 1. 1.부터 시행되었다. 이 법률은 18세 이상의 시민은 의사에 대한 지시서를 작성할 수 있는 권리가 인정되고 있으며, 이 지시서의 내용은 환자가 말기 증상을 보이는 경우에 그 생명을 유지하기 위한 연명장치의 제거에 관한 권리를 위임한다는 것이다.

그 후 1984년 플로리다 주에서는 ‘생명소생법(Life Prolonging Procedures Act)’을 제정하는 등 1976년부터 1985년까지 사이에 31개 주에서 다양한 형태로 식물상태의 인간에 대한 생명유지 장치의 제거, 즉 소극적 안락사를 허용하는 법들이 입법되었으며, 현재 미국의 40개 이상의 주가 소극적 안락사를 허용하고 있다.⁴⁾

위싱턴주는 공공보건과 안전에 관한 법률(Title 70. Public Health and Safety)의 부분으로서 자연사법 규정(Chapter 70.122 Natural Death Act)을, 아이다호주는 보건과 안전에 관한 법률(Title 39. Health and Safety) 부분으로서 의료동의와 자연사법(The Medical Consent and Natural Death Act)을, 콜롬비아 특별구는 보건치료와 안전(Title Human Health Care and Safety)의 죽음에 관한 장의 하위부분에 자연사(Natural Death)에 관한 규정을, 미주리주는 치료보류에 의한 죽음(Death resulting from withholding treatment)에 관한 규정을, 알칸사스주는 말기환자 또는 영구적 의식불명환자의 권리에 관한 법률(Arkansas Rights of the Terminally Ill or Permanently Unconscious Act)을, 노스 캐롤리나주는 자연사 권리에 관한 규정(right to a natural death)을 두고 있다.⁵⁾

(3) 카런 퀴란(Karen Quinlan) 사건⁶⁾

4) 박영호, “미국에서의 소극적 안락사에 대한 사법적, 입법적 논의”, 인권과 정의 350호(2005. 10.), 대한변호사협회, 128 참조

5) 이인영(주1), 490

6) 1975. 4. 15. 미국의 Karen이라는 당시 21세 된 여성이 파티석상에서 음료수를 마시고 돌연 의식불명과 호흡정지의 상태가 되자, 인공호흡기에 의하여 생명을 유지하게 되었다. 그녀의 양부모는 그녀를 살릴 수 있는 모든 치료방법을 다 동원할 것을 인정하였지만 그녀가 지속적 식물인간 상태로 있자, 인공호흡기를 제거하고 자연사

미국 뉴저지주의 최고법원은 1976. 3. 31. “부친을 카렌의 후견인으로 임명한다. 후견인의 의뢰를 받은 담당 의사가 동 환자에 대한 생명유지장치를 제거하려면 병원윤리위원회의 승인을 거쳐 할 수 있고 그에 따를 민·형사상의 책임을 지지 않는다. 그 근거는 헌법상의 프라이버시권이다. 프라이버시권은 치료거부 여부를 포함하는 넓은 의미이며, 의사능력이 없는 자에 대하여는 그 후견인이 대리하여 결정할 수 있다. 프라이버시권에 대항할 수 있는 주의 ‘인간의 생명보호’도 질병의 상태와 치료의 종류에 따라서 압도당할 수 있는 것이며, 프라이버시권에 기한 치료의 거부로 죽음에 이르더라도 살인죄를 구성하거나 기타의 불법행위를 구성한다고 할 수 없다”고 판시하여 미국에서는 최초로 소극적 안락사를 허용하였다.⁷⁾

(4) 아이히너(Eichner) 사건⁸⁾

뉴욕주 대법원은 ① Fox는 입원 전에 진지하게 연명조치거절의 의사표명을 하였으며, 이 점에 관하여는 명백하고 확신할(clear and convincing) 정도의 증거가 있고, ② 생명유지 장치의 제거에 관한 Eichner 신부의 대리판단(substituted judgement)은 적절하며, ③ 환자의 연명치료 거절권은 보통법(common law)에 의해서 승인된 환자의 기본적 권리라는 이유로 아이히너 신부의 신청을 인용한 제1심 및 제2심 판결을 지지하면서 주 정부의 상고를 기각하고 소극적 안락사를 허용하였다.⁹⁾

시킬 것을 결심하고 담당 의사에게 그 조치를 요구하였으나 거부당하였다. 이에 양 부모는 법원에 자신들을 후견인으로 선임하여 인공호흡을 차단하도록 하는 권한을 부여하여 줄 것을 청구하였다. 뉴저지주 고등법원은 인공호흡기의 차단은 살인행위라며 이를 거부하였다.

7) 박영호(주4), 130

8) 83세의 환자 Fox는 1979. 10. 2. 뇌수종 수술을 받았는데 그 이후 뇌 장애로 인해서 자발호흡능력을 상실하고 혼수상태에 빠져 인공호흡장치(respirator)에 의해서 식물인간상태의 생명을 겨우 유지하게 되었다. Fox의 담당 의사와 다른 2명의 신경외과 의사는 Fox의 회복은 불가능하다고 진단하였고, 한편 Fox는 입원 전에 자기가 식물인간의 상태에 놓이는 경우 인공호흡장치의 사용에 대한 반대의견을 명시적으로 표명하였다. 이에 환자 Fox가 다니던 교회 소속한 마리아회(카톨릭수도회)의 회장인 필립아이히너(Philip K. Eichner) 신부는 Fox의 친족들과의 협의를 거쳐 New York 법원에 Fox에 대한 인공호흡장치의 제거를 지지할 수 있는 권한 있는 후견인(committee)으로 자기를 임명하여 줄 것을 신청하였다.

이 판결은 식물인간에 대한 생명유지장치의 제거를 허용하였다는 점에서는 Karen 사건에 대한 판결과 같으나 연명치료거부권의 근거를 헌법상 privacy의 권리에서 구하지 않고 보통법상의 기본적 권리 내지는 informed consent(충분한 의학적 설명을 제공받은 후의 동의)에 의한 자기의사결정권에서 구하고 있다는 점에 차이가 있다.

(5) Cruzan 사건¹⁰⁾

미주리주 대법원은 common law에서 적용되고 있는 informed consent 원칙에는 치료를 거부할 권리가 내재되어 있지만 그러한 원칙이 이러한 소극적 안락사 사건에 적용될 수 있을지에 대하여는 의구심을 표현하였고, 또한 연방 헌법에 의하여 개인이 치료를 거부할 권리가 내재되어 있는 지에 대하여도 의문을 표시하였지만, 주 헌법에 의하면 개인은 치료를 거부할 수 있는 권리를 가진다는 것을 인정하였다. 하지만 미주리주의 Living Will¹¹⁾에 대한 제정법(Mo. Rev. Stat 459.010)은 인간의 생명을 최대한도로 유지하려고 하는 주 정부의 강력한 정책을 그 바탕에 내재하고 있을 뿐만 아니라 Cruzan이 함께 살았던 동거친구에게 한 진술은 Cruzan의 진정한 의사를 결정하는데 있어서 신빙성이 떨어진다. 미주리주의 Living Will 규정에 따른 소생불능 환자의 사전의 명시적인 의사표시도 없고, ‘명백하고 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)’에 의한 환자의 의사를 알 수 없는 상태에서는 어느 누구도 환자의 그러한 의사를 추정할 수 없다고 하면서 Cruzan의 부모가 생명연장 장치를 제거할 권리가 없다고 판시하였다.¹²⁾

연방대법원은 미국 헌법상 자유권의 의미에 의사결정능력이 있는 환자가

9) 박영호(주4), 131

10) Cruzan은 1983. 1. 11. 미주리주의 Jasper County에 있는 Elm Road에서 운전미숙으로 교통사고를 냈다. 이 사고로 인하여 그녀는 의식을 잃고 식물인간이 되고 말았다. 그녀의 부모는 위 Karen 사건의 예에 따라서 생명유지 장치를 제거하여 사망에 이르도록 하고자 하였으나, 병원 측은 법원의 허가가 없는 한 불가하다며 그 요구를 거절하였다.

11) 생전유언. 주마다 내용이 다양하다. 반드시 서면에 의할 것을 요구하기도 하고, 서면 외에 구두진술로도 가능하다는 주도 있다. 이인영(주1), 489.

12) Cruzan v. Harmon, 760 S.W.2d 408, 411 (Mo. 1989), 박영호(주4), 131~132

생명연장의 수분과 영양공급을 거절할 권리도 포함되어 있다고 판시하였다. 즉, 연방대법원은 쾰란 사건처럼 프라이버시권 보호에 초점을 두지 않고 치료를 - 영양과 수액 공급을 포함하는 - 거부할 합법적 권리는 수정헌법 제 14조에서 보호된 자유이익(protected liberty interest)라는 원리 하에서 있으며, 크루젠 사건이 그러한 헌법상의 권리가 있음을 인정하였다.¹³⁾ 아울러 의사결정 능력이 없는 환자가 아닌 제3자가 환자를 대신하여 수분과 영양 공급을 거부하는 권리를 행사하기 위해서는 환자의 이전 의사표시에 대한 분명하고 명백한 증거를 필요로 한다는 미주리 주 법률이 적법절차 조항에 위반하지 아니한다는 취지로 판단하였다.¹⁴⁾

(6) Schiavo 사건¹⁵⁾

1심법원은 2000. 2. 증거조사를 통하여 테리가 의학적으로 생명을 연장하는 것을 거부하는 의사를 표시하였으며, 현재 식물인간상태로 소생이 불가능한 상태이므로 튜브가 제거되는 것이 옳다고 판시하였고, 2001. 4. 23. 이러한 하급심 법원의 판단을 그대로 인정하는 플로리다 대법원의 최종적인 판결이 나오에 따라 2001. 4. 24. 테리에게 음식을 공급하는 튜브가 제거되었다.¹⁶⁾

(7) 의사조력 자살에 관한 미 연방대법원의 판결¹⁷⁾

① *Vacco v. Quill* 사건

주 법률이 의사조력자살을 금지하는 것에 대하여 뉴욕주 의사들은 인공호

13) 이인영(주1), 484

14) 이인영(주1), 484

15) 테리 시아보(Terri Schiavo)는 1963. 12. 3. 생으로 1990년 몸 안의 화학적 불균형의 일종인 칼륨 부족(potassium imbalance)으로 인하여 존엄사 등에 관한 Living Will이나 기타 다른 형태로도 아무런 의사표시를 하지 않은 상태에서 심장 박동이 정지됨으로써 식물인간상태가 되어 튜브로 투여하는 음식물로 연명하게 되었다. 테리의 남편 마이클은 테리가 식물인간이 된 이후 8년이 지난 1998. 5.경 테리에게 음식공급을 중단하여 죽음을 맞이하게 하려고 하였고, 테리의 부모 Robert Schindler와 Mary Schindler은 이를 저지하려는 법적 분쟁이 발생하였다.

16) 박영호(주4), 133~134

17) 이인영(주1), 485~486

흡기나 급식기에 의존하는 환자들은 그것을 제거하는 방법으로 죽기를 결정할 수 있지만, 인공호흡기 등에 의존하지 않는 말기환자는 소극적 안락사의 방법을 사용할 수 없다는 점에서 죽어가는 환자들에 대한 차별대우가 존재한다고 주장하였다.

연방대법원은 1997. 6.경 의사조력자살과 치료중단의 소극적 안락사 사이의 구별은 의료계와 미국의 법전통에서 광범위하게 인정되고 지지된 것으로서 이 구별이 합리적이며 논리적이라고 판결하였다.

② Washington v. Glucksberg 사건¹⁸⁾

의사조력자살의 권리는 미국의 법전통에 깊이 뿌리박고 있지 않다고 하면서 수정헌법 제14조의 적법절차조항에서 보호된 자유권은 의사의 조력을 받을 권리가 미국의 역사와 전통에 깊이 뿌리박고 있을 때 한하여 허용되고 인정될 수 있다고 판단하였다. 워싱턴 주의 의사조력자살에 대한 형사법적 금지는 인간생명의 존중, 자살의 예방, 의료인의 직업의 순수성과 윤리의 보호, 자살을 시도하라는 강요를 받는 취약계층의 보호, 안락사의 남용예방 등의 정당한 목적과 합리적인 관련을 가지고 있다고 판단하였다.

나. 네덜란드

네덜란드는 2002. 4. 1. 적극적 안락사를 허용하는 안락사법¹⁹⁾을 시행하고 있다.

환자들이 치유될 수 없고, 환자가 건강한 정신을 잃지 않은 상태에서 안락사에 동의하며, 의사는 환자에게 그의 상황과 전망에 대해서 고지하고, 환자의 고통이 견딜 수 없을 정도로 클 경우, 최소한 1인 이상의 독립적 의사와 협의해야하고, 이 의사는 환자를 직접 문진하고 위의 요건에 대한 서면의 견서를 작성해야하는 등 요건에 부합할 경우, 의사는 적당한 의료적 주의를 다하여 환자의 생명을 단절하거나 자살에 조력할 수 있도록 허용하고 있다.

18) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 117 S.Ct. 2258 (1997)

19) 이 법의 정식명칭은 "요청에 의한 생명단절과 조력자살의 심리절차 및 형법과 장례법 개정법률"(Review procedures of termination of life on request and assisted suicide and amendment to the Penal code and the Burial and Cremation) 이다. 김학태(주2), 323

위 요건에 충족될 경우 성인은 물론이고, 16~18세도 부모로부터 완전히 독립하여 안락사를 결정할 수 있다. 12~15세는 부모의 동의가 필요하고, 12세 이하라도 부모와 의사가 모두 동의하면 안락사를 시행할 수 있다. 안락사를 시행한 후 담당의사는 검시관과 5개 지역심사위원회(변호사, 의사, 윤리전문가로 구성)중 하나에 통보해야 한다. 지역심사위원회는 의사가 법상의 주의 요건을 모두 충족하는지 심사하며, 사후평가에서 이러한 규정을 위반한 의사에게는 12년 이하의 징역형에 처할 수 있도록 하였다.²⁰⁾

다. 호주

호주에서는 연방 8개주 가운데 3개주가 생명연장 장치를 제거하는 의료행위를 법으로 허용하고 있고, 나머지 주에서도 관습법상 이를 허용하고 있다.

노던 테리토리(Northern Territory)주에서 1996. 9. 말기환자의 안락사를 허용하는 법이 시행되었다가 1996년 12월 하원에서 위 법을 무효화하는 법안을 통과시켰고, 1997년 3월 상원에 이어 총독이 폐지법안에 서명함으로써 안락사허용법은 1년도 되지 않아 폐기되었다. 위 폐기된 법에 따르면 안락사 허용요건으로 환자가 18세 이상이어야 하며, 환자의 치료가 불가능하고, 회생가능성이 전혀 없다고 증명되어야 하고, 환자는 죽음의 순간까지 의사표시능력이 있어야 하고 단순한 우울증 때문이어서는 아니 되며, 이러한 조건이 갖추어진 후에도 7일간의 준비기간을 두고 환자는 공식 청약서에 서명한 뒤 48시간 기다릴 것 등을 들고 있다. 그 이유는 의사의 조치가 있기 전 다시 한 번 생각할 여유를 주기 위해서이다. 위 법이 시행된 후 모두 4명이 안락사 하였다.²¹⁾

라. 프랑스

「환자의 권리 및 삶의 종말에 관한 2005년 4월 22일의 법률 제 2005-370호」(Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et

20) 김학태(주2), 323

21) 김학태(주2), 323~324; 박영호, 소극적 안락사의 허용여부에 관한 소고, 저스티스 65호(2002. 2.), 한국법학원, 219~220

à la fin de vie, J.O. du 23 avril) (개요)²²⁾

위 법률에 나타난 환자의 용태에 따른 치료중단(존엄사 즉 소극적 안락사 및 간접적 안락사) 실행절차는 아래와 같다.

(1) 환자가 의식이 있으며, 종말기에 있지 않은 경우 (동법 제4조)

환자가 치료중단을 요구하더라도, 원칙으로서 치료 속행을 설득하고, 생명 유지를 환자의 意思에 우선시킨다. 다만 육체적·정신적 고통으로 인해 존엄사를 계속 바라는 경우에는 다음의 조건 아래에서 존엄사를 실행한다.

- ① 환자에게 치료중단의 결과를 고지한다.
- ② 환자 자신이 존엄사 실행 의향을 거듭 되풀이하여 표명한다.
- ③ 「의사단」의 합의를 거친다.

(2) 환자가 의식이 있으며, 종말기에 있는 경우(동법 제5조)

환자가 치료중단을 요구하면, 醫師는 원칙적으로 환자의 意思를 존중하되 다음의 조건 아래에서 존엄사를 실행한다.

- ① 환자에게 치료중단의 결과를 고지한다.
- ② 환자 자신이 존엄사 실행 의향을 거듭 되풀이하여 표명한다.
- ③ 「의사단」의 합의를 거친다.

(3) 환자가 의식이 없으며, 종말기에 있지 않은 경우(동법 제5조)

원칙으로서 환자의 생명유지가 환자의 意思에 우선한다. 다만, 다음의 조건 아래에서 존엄사를 실행한다.

- ① 신임인(personne de confiance: 환자의 부모, 근친자 또는 단골 醫師 등 중에서 환자가 지명한 사람), 가족, 근친자 등으로부터 존엄사 실행 의견이 있다.

22) 島岡まな, “安樂死・尊嚴死をめぐる日仏の法的對應について” 「阪大法學」 第58卷第2号(2008.7), 大阪大學, 제255~276면 ; 鈴木尊紘, “フランスにおける尊嚴死法制一患者の權利および生の終末に關する2005年法を中心として—”, 「外國の立法」 第23号(2008), 77 이하, 석희태, “연명의료중단의 합법성 근거와 외국 입법례”, 대법원 2009다17417 사건 공개변론 자료, 5에서 재인용.

② 환자의 사전지시서가 있으면 그것을 참조하여 환자의 존엄사 의향을 확인한다.

③ 「의사단」의 합의를 거친다.

(4) 환자가 의식이 없으며, 종말기에 있는 경우(동법 제9조)

다음의 조건 아래서 원칙적으로 존엄사를 실행한다.

① 신임인, 가족, 근친자 등으로부터 존엄사 실행의 의견이 있다.

② 환자의 사전지시서가 있으면 그것을 참조하여 환자의 존엄사 의향을 확인한다.

③ 「의사단」의 합의를 거친다.

마. 대만

대만은 2000. 5. 23. 입법원에서 안녕완화의료조례를 제정하여 2000. 6. 7. 공포·시행됨에 따라 말기환자의 치료종결을 인정하고 있다.²³⁾

위 조례에 따르면, 적극적 안락사는 인정하지 아니함. 적극적이고 침습적인 치료를 거부하고 안녕완화의료²⁴⁾를 선택하는 것, 심폐소생술을 거부하는 것이 허용되고, 환자 자신이 의식을 상실할 경우에 대비하여 의사결정을 대신할 대리인을 선임하는 것도 허용됨. 환자는 언제나 자신의 안녕완화의료에 대한 의사표시를 철회할 수 있음. 환자가 자신의 의사를 표명할 수 없는 경우에는 친족에 의한 대리결정을 허용하고, 대리결정을 할 친족의 순위를 법으로 정하였다.

완화의료에 관하여 다음과 같은 요건을 갖춘 사전의사표시는 구속력을 인정함.

본인(친족에 의한 대리결정의 경우 그 친족), 현장증인 2명의 서명날인이 있는 서면에 의하여 의사표시를 할 것을 요하고, 말기환자가 아닌 환자가 말기환자가 될 것을 대비하여 미리 심폐소생술불행사의 의사를 밝힌 경우에는

23) 석희태, “중화민국(타이완) 안녕완화의료조례의 연혁과 내용”, 1-2

24) 위 조례 제3조 제1호에서는 이른바 안녕완화의료를 “말기환자의 고통을 줄이거나 없애기 위하여, 완해성(緩解性) 지지성(支持性)의 안녕의료를 실시하거나 심폐소생술(心肺復甦術)을 실시하지 않는 것을 가리킨다.”고 규정하고 있다. 석희태(주23), 3

말기환자라는 점에 대한 의사 2명의 진단확정을 추가로 요한다.

2. 관련 입법이 없는 국가

가. 독일

현재 독일에서 안락사를 정당화하는 입법례는 찾아 볼 수 없다.

(1) 1994년 켐프테너 사건(Kemptoner-Fall)에 대한 연방형사법원의 판결²⁵⁾ 비가역적 죽음의 과정이 시작되지 않은 환자에 대한 치료중단에 관한 판결이다.

비가역적 죽음의 과정이 시작된 경우 의사는 자신의 의료지식과 소신에 따라 죽음에 수반되는 고통이 돌이킬 수 없는 상태에 접어들었다고 판단해야 하며, 곧 사망할 것이라고 확신하여야 한다. 이러한 유형의 치료중단을 독일에서는 죽음에서의 도움(Hilfe beim Sterben) 또는 혐의의 소극적 안락사로 표현하며, 이러한 경우 생명을 연장시키는 조치를 중단하는 것이 허용될 뿐 아니라, 의사의 권리로 인정되고 환자의 의사에 종속하지 않고 연명치료의 중단을 결정할 수 있다고 한다.

이와 달리 비가역적 죽음의 과정이 시작되지 않은 경우를 죽음에로의 도움(Hilfe zum Sterben) 또는 광의의 소극적 안락사라고 표현하는데, 이 경우에는 환자의 의사가 가장 중요하다고 한다. 이와 관련하여 환자가 의사결정 능력이 없는 경우에는 추정적 의사에 따르도록 하고, 추정적 의사도 알 수 없는 경우에는 일반인의 가치표상에 따른다고 판시하고 있다. 이 경우 치료중단은 독일민법 제1904조²⁶⁾에 따라 후견법원의 결정을 통해서 이루어져야 한다고 판시하고 있다.

(2) 2003년 튀베커 사건에 대한 연방민사법원의 판결²⁷⁾

25) 이 판결에 대한 자세한 내용은 한스 릴리에(하태영 역), “안락사에 대한 독일 최신판례의 경향”, 동아법학 제20호(1996), 동아대학교 법학연구소, 271-284 참조. 공진성 헌법연구원, 존엄사에 대한 독일의 학설 및 판례의 경향, 1쪽에서 재인용

26) 독일민법 제1904조는 환자의 상태에 대한 검사나 치료행위가 그 처치로 인하여 죽음 혹은 중대한 건강의 악화를 야기할 수 있는 경우에 후견인의 동의는 후견법원의 결정을 통하여서만 이루어질 수 있도록 규율하고 있다.

환자가 동의능력이 없고 기본통증이 회복할 수 없는 사망과정에 접어들었을 경우, 사전에 - 소위 사전의사표시의 형식으로 - 당사자가 표현한 의사에 부합할 경우에는 생명 유지 혹은 연명조치는 중단되어야 한다. 이는 인간 존엄으로부터 말미암는 것으로, 동의능력이 있는 상황에서 이미 행해진 자기결정권은, 자기책임으로 결정할 수 없는 상황일 때에도 존중되어야 함을 요구한다. 다만 환자의 의사가 명확하게 확정되지 않았을 때에만, 중단조치의 허용여부는 환자의 추정 의사에 따라 결정되어야 하며, 추정 의사는 개별적으로 - 즉 환자의 인생관, 가치관 그리고 종교관으로부터 - 탐구되어야 한다. 환자의 후견인이 선정되었다면, 후견인은 의사와 간병인에 대해 환자의 의사를 자기의 법적책임으로 민법 제1901조에 따라 표현하고 효력을 주장하여야 한다. 후견인은 후견법원의 동의를 얻어서만 의사가 제공하는 생명유지 혹은 연장치료에 대해 효과적으로 동의를 거부할 수 있다. 의사가 그러한 치료를 제공하지 않았을 경우 - 처음부터 의학적으로 볼 때 필요없거나, 의미가 없거나 혹은 다른 이유로 가능하지 않을 때 - 후견인의 동의나 법원의 동의는 여지가 없다.

(3) 독일 헌법학계의 학설과 판례는 죽어가는 환자에 대한 연명치료중단의 헌법적 정당화 근거로서 (기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄과 관련하여) 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권을 제시하는 견해와 기본법 제2조 제2항 제1문의 생명권을 제시하는 견해로 대체로 나뉘어져 있다.

독일의 연방헌법재판소 결정²⁸⁾와 지배적인 학설에 따르면 환자의 생명에 대한 자기결정권의 근거를 기본법 제2조 제2항 제1문의 생명권에 두지 않고 기본법 제2조 제1항의 인격권에 두는 것으로 보인다.²⁹⁾

27) BGH, JZ 2003, S. 732. 이 판결에 대한 자세한 내용은 정문식, “독일에서의 안락사 논의와 입법방향”, 법과 정책연구 제5권 제1호(2005), 한국법정책학회, 480 이하 참조; ‘후견법상 불가피한 필요’라는 연방최고재판소의 논증에 대한 비판으로는 Friedrich Hufen, ZRP 2003, S. 249 참조.

28) BVerfGE 52, 131 (168).

29) 공진성 헌법연구원, 안락사와 기본권(2009. 4. 9.), 7

나. 일본

일본 역시 안락사에 관한 법은 없다. 다만, 아래와 같이 안락사가 문제된 사건에 대한 몇몇 판결이 있었고, 특히 1995년 동해대학병원 안락사 판결 이후로 안락사 내지 존엄사에 대한 논의가 본격화 되었다고 한다.³⁰⁾

(1) 1962. 12. 22. 나고야 고등법원 판결 - 적극적 안락사를 정당화하는 요건을 제시한 판결³¹⁾

피고인의 아버지가 뇌일혈로서 반신불수가 되고 식사 및 대소변도 가족의 손에 의존하는 형편이었는데, 농사를 하느라 부친에 대한 간호가 좋지 못해 병은 악화되었으며, 이에 피고인의 부친이 "빨리 죽었으면" 이라든가, "죽여 달라"는 등의 소리를 질러 피고인은 이러한 고통에서 자신의 부친을 해방시키는 것이 효도라고 생각하고 농약을 우유에 타서 먹게 하여 살해한 사건에서 나고야 고등법원은 다음과 같은 적극적 안락사의 허용요건을 제시하였다.

환자가 현대의학에 비추어 치료불가능하고 죽음에 임박해 있다는 의사의 판단이 있을 것, 환자의 극심한 육체적 고통이 있을 것, 오로지 환자의 고통 제거나 완화를 목적으로 행해졌을 것, 환자 본인의 진지한 촉탁이나 승낙이 있을 것, 의사에 의하여 윤리적으로 용인될 수 있는 방법으로 시행될 것.

(2) 1995. 3. 28. 동해대학교 안락사 사건 판결 - 横浜地判 平成七年 三月 二八日

의사인 피고인이 치유 불가능한 질병인 다발성 골수종에 걸려 심한 통증을 호소하고, 죽음이 임박한 환자에 대하여 고통을 감소시킬 목적으로 환자의 명시적인 승낙을 받지 않고 수액 및 인공호흡기를 제거하고, 진통제를 투여하여 사망에 이르게 한 사건에 대하여 안락사의 허용요건인 육체적인 고통의 존재와 환자의 명시적인 승낙을 결하고 있으므로 위법하다고 하여 유죄를 인정하면 다음과 같이 판시하였다.

30) 甲斐克則, 『尊嚴死と刑事法』、成文堂(2004. 7), 280

31) 윤종행, "안락사와 입법정책", 비교형사법연구(2003. 7.), 한국비교형사법학회, 456 참조

“안락사의 허용조건을 일반적으로 제시하기는 매우 어렵지만 최소한 첫째 환자에게 건디기 어려운 육체적 고통이 존재할 것, 둘째 환자의 죽음이 피할 수 없는 것이며 임종 시기가 임박하고 있을 것, 셋째 안락사의 실행이 환자의 의사 표시에 의하여 이루어 질 것, 넷째 안락사는 종류에 방법상 차이가 있고, 다만 생명의 단축을 초래하는 적극적 안락사의 경우에는 위 나고야 고등법원 판결과 같이 엄격한 요건이 충족되어야 할 것 등의 조건은 갖추어야 한다. 종래 안락사의 방법으로는 괴로움을 길게 끌지 않기 위하여 연명 치료를 중지하여 임종을 빨리 하는 부작위형의 소극적 안락사, 고통을 제거, 완화하기 위한 조치를 취하지만 그것이 동시에 죽음을 빠르게 할 가능성이 있는 치료형의 간접적 안락사, 고통을 모면시키기 위하여 적극적으로 죽음을 초래하는 조치를 취하는 적극적 안락사 등이 있다. 이 중 소극적 안락사는 치료행위의 중지의 범위에 드는 행위로 동기, 목적이 육체적 고통에서 도피하는 것에 있는 경우라고 해석되므로 치료행위의 중지로서 그 허용성을 생각하면 족하다. 간접적 안락사는 임종이 임박한 환자가 아직도 격렬한 육체적 고통으로 괴로워할 때 그 고통의 제거, 완화를 목적으로 하는 행위로 부차적 효과로서 생명을 단축할 가능성이 있음에도 불구하고 행한다고 하는 경우이지만, 이러한 행위의 주목적은 고통의 제거, 완화라는 행위로 간주할 수 있을 것과 가령 생명의 단축 위험이 있더라도 고통의 제거를 선택한다고 하는 환자의 자기 결정권을 근거로 허용되는 것이라고 생각된다. 간접적 안락사의 경우 위 요건으로서의 환자의 의사표시는 명시적 것은 물론, 이 간접적 안락사가 객관적으로 의학적 적정성을 가진 치료행위의 범위 내의 행위로서 행하여진다고 생각되므로 환자의 추정적 의사(가족의 의사표시에서 추정되는 의사도 포함)로도 족하다고 해석된다. 적극적 안락사는 고통에서 해방시켜 주기 위한다고는 하나 직접 생명을 끊는 것을 목적으로 하므로, 그 허용성에 대해서는 더욱 신중한 검토가 필요하고, 이 적극적 안락사가 허용되기 위한 환자의 자기 결정권의 행사로서의 의사 표시는 생명의 단축에 직결되는 선택인 만큼 그것을 행하는 시점에서의 명시적인 의사표시가 요구되어, 간접적 안락사의 경우와 달리, 추정적 의사로는 부족하다고 해야 할 것이다.”³²⁾

다. 영국

19세기 말부터 안락사에 대한 논쟁을 벌였고, 안락사를 합법화하려는 입법제안이 몇 차례 있었으나 아직 법률로 안락사가 허용되고 있지 아니하나 제한적인 요건 아래 존엄사를 허용하는 판결이 선고되고 있어 소극적 의미의 안락사는 광범위하게 이루어지고 있는 것으로 보인다.³²⁾

일반 개업의사인 데이비드 무어가 1999. 4. 16. 과거 30년 간 300여 명에 이르는 말기 환자들을 안락사 시켰다고 시인하여 과문을 일으켰는바, 검찰은 무어가 암으로 고통받던 조지 리델에게 고의로 의학적 사용이 금지돼 있는 다이아모르핀을 다량 주사했다면서 살인죄로 기소하였으나 영국 법원은 1999. 5. 11. 이에 대해 무죄평결을 내렸다. 재판부는 무어 박사의 약물투여 초기 의도가 환자의 고통을 줄이는 데 있었기 때문에 고의적인 안락사로 볼 수 없다고 무죄평결의 이유를 밝혔다.³⁴⁾

라. 이탈리아

가톨릭 전통이 강하여 '비자발적 치료종결'을 허용하는 법률이 없으나, 판례에 의하여 환자의 추정적 의사에 기하여 17년간 지속적 식물상태에 있던 환자로부터 영양공급장치의 제거를 허용하였다.³⁵⁾

위 판결에 대하여 총리가 의료진에게 영양공급의 재개를 명하는 총리령을 발표했지만 대통령은 이미 법원에서 판결을 내린 사안이라는 이유로 위 총리령에 서명을 거부하였고, 이에 총리는 자신을 돌볼 수 없는 환자에 대하여 인공적인 영양공급의 중단을 금지하는 법안을 제출하였다.³⁶⁾

이탈리아에서는 위 환자의 죽을 권리에 대하여 47%가 찬성, 47%가 반대하고 6%가 의견을 보류하였다.

32) 신현호, 의료소송총론, 육법사, 560-563 참조, 박영호(주21), 223~224에서 재인용.

33) 김강림(주3), 69

34) 박영호(주21), 222

35) <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2009021001070232244004>

36) <http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/article5697099.ece>

집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제1호 위헌소원 등

- 국회의사당 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서의
집회 및 시위 금지 -

(헌재 2009. 12. 29. 2006헌바20·59(병합), 판례집 21-2하, 745)

성 왕*

【 판시사항 】

누구든지 국회의사당의 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다고 규정한 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2004. 1. 29. 법률 제7123호로 개정되고 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것) 제11조 제1호 중 “국회의사당” 부분이 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【 심판대상 】

구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2004. 1. 29 법률 제7123호로 개정되고 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 집시법’이라 한다) 제11조 제1호 중 “국회의사당” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)

구 집시법 제11조(옥외집회 및 시위의 금지장소) 누구든지 다음 각 호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소에서는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다.

1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소

* 헌법연구관

【 사건의 개요 】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2006헌바20 사건

청구인 이○중, 김○익은 2004. 11. 26. 11:00경 국회 내 보존서고동 건립 공사 현장의 폴리아 타워크레인에 올라가 “비정규직법 개악 완전철폐, 정규직화 쟁취” 등 내용이 적힌 플래카드를 내걸고 같은 취지의 구호를 외치는 방법으로 국회의사당 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소에서 집회를 개최하였다는 등의 이유로 기소되어, 제1심에서 유죄판결을 선고받았다. 위 청구인들은 이에 불복하여 항소하면서 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제11조 제1호에 대한 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자, 2006. 2. 27. 위 법률조항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2006헌바59 사건

청구인 이○선은 2005. 12. 6. 국회의사당 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소에서 비정규직 권리보장 등의 구호를 외치는 방법으로 집회 또는 시위를 하고, 관할경찰서장으로부터 3회에 걸친 해산명령을 받고도 불응하였다는 등의 이유로 기소되어 제1심에서 유죄판결을 선고받았다. 위 청구인은 이에 불복하여 항소하면서 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제11조 제1호, 제18조 제2항, 제20조 제3호, 제21조 제1호의 각 “국회의사당” 부분에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2006. 7. 11. 위 법률조항들에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다(다만 이 사건 결정은 청구인이 이 사건 법률조항 이외의 법률조항들에 대하여는 고유한 위헌성을 지적하고 있지 않다는 이유로 별도의 심판대상으로 삼지 아니하였다).

2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 국회의사당 경계지점으로부터 1백 미터 이내 장소에서의 옥외집회와 시위를 예외 없이 전면적으로 금지하고 있는바, 이러한

집회의 금지가 국회 및 그 하부기관의 원활한 기능과 국회의원들의 신체적 안전을 보호하기 위한 것이라 하더라도 그 보호법익에 대한 위험이 구체적으로 존재하지 않는 경우에까지 예외 없이 모두 금지하는 것은 기본권 침해의 최소성원칙은 물론, 법익균형성 원칙에도 반한다.

더구나 본질적으로 외부 영향에 대하여 개방적이어야 하는 정치적 결정기관인 국회 앞에서의 집회는 법원 또는 외교기관 인근의 집회보다 더 넓은 범위에서 허용되어야 한다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법목적은 집회 및 시위에 관한 법률의 다른 규정이나 국회법, 형법 등을 통하여 충분히 달성할 수 있다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 2006헌바20 사건

이 사건 법률조항은 국회기능을 효과적으로 보호하기 위한 것이다. 우리 국회의사당은 다른 건물에서 독립하여 1곳에 존재하고, 이곳에서의 집회는 대부분 국회를 대상으로 하는 것으로서 대규모 집회 또는 시위로 확산될 우려가 있으며, 이해관계를 달리하는 서로 다른 이익집단의 우발적이고 충돌적인 형태의 시위를 유발할 가능성이 높다. 또한 국회는 그 정치적 성격상 평일 또는 회기 진행시뿐만 아니라 휴일이나 휴회기 동안에도 그 기능에 대한 위해의 가능성이 존재한다. 이에 이 사건 법률규정이 국회의 기능을 보호하기 위한 필요한 최소한의 조치로서 국회의사당 인근에서의 집회를 전면적으로 금지하고 있는 것은 기본권 침해의 최소성 뿐만 아니라 법익균형성 요건도 충족한다 할 것이므로 청구인들의 집회의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

(2) 2006헌바59

국회의 기능은 외부적 방해가 없는 상황에서 주로 입법작용의 공정성과 독립성이 확보될 때에만 제대로 유지될 수 있고, 이러한 입법작용의 공정성 및 독립성은 헌법적 요청이라 할 것이므로, 국회의 기능 및 안녕을 보호하기 위한 이 사건 법률조항은 정당한 목적달성을 위한 적절한 수단에 해당한다. 한편 국회가 가지는 특수한 기능에 대하여는 한층 특별한 보호가 필요하고

통상적인 규율만으로는 그와 같은 요구를 충족하기에 부족할 수 있다는 점을 감안하면, 이 사건 법률조항이 반경 1백 미터의 집회금지 장소를 설정한 것은 입법목적의 달성을 위한 최소한의 수단이다. 나아가 입법기능의 보호라는 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 매우 큰 것이고, 이 사건 법률조항으로 인한 집회, 시위 효과의 감소 및 이에 따른 자유의 제한은 감수할 만한 정도의 것으로 평가된다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하지 않는다.

【 결정요지 】

이 사건 법률조항은 국회의원 등에게 직접적인 비난을 가하거나 위세를 보여 심리적 압박감을 줄 위험이 있거나 국회 출입을 어렵게 할 수 있는 국회 인근의 옥외집회 또는 시위를 절대적으로 금지하여 자유로운 국회의사당 출입과 국회 시설의 안전이 보장될 수 있도록 하는 것으로서 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단임이 인정된다. 한편 국회가 수행하는 헌법적 기능은 그 특수성과 중요성에 비추어 특별하고 충분한 보호가 요청되는데, ‘집회 및 시위에 관한 법률’상의 일반적인 규제나 형사법상의 사후적 규제만으로는 국회의 기능을 보호하기 위한 효과적인 수단이 된다고 볼 수 없고, 이 사건 법률조항 외에 달리 덜 제약적인 수단이 명백히 존재한다고 보기 어려우며, 국회의 기능이나 역할에 비추어 예외를 두지 아니한 것이 침해의 최소성원칙에 반한다고 볼 수도 없다. 나아가 이 사건 법률조항으로 인한 사익의 제한은 국회 인근에서의 집회의 제한이라는 좁은 범위의 장소적 제한인 반면 국회의 기능보호는 대의민주주의 제도 아래에서 절대적인 중요성을 지닌다고 할 것이므로 이 사건 법률조항으로 인한 집회·시위 효과의 감소 및 이에 관련된 자유의 제한은 감수할 만한 정도의 것으로 보이므로, 법익균형성 원칙 위배도 인정되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하지 아니한다.

재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대이견

집회를 통한 국회에 대한 의사전달이나 정치적 압력의 행사는 오늘날 다원적 민주주의 하에서 그 자체로 허용될 필요와 가치가 있으며, 정치적·집단적 의사표명으로부터 국회의원이 영향을 받는 것을 금지할 헌법적 필요성이 있다고는 볼 수 없다. 그럼에도 이 사건 법률조항이 국회 인근의 집회나 시위의 실질적 위험성이나 폭력행위 발생의 개연성을 묻지 아니하고 절대적 집회금지구역을 설정한 것은 입법목적의 정당성이 없거나 입법목적에 부합하지 않는 수단을 택한 것이라 할 것이다. 한편 ‘집회 및 시위에 관한 법률’에 의한 일반적 규제와 형사법상의 폭력행위 등에 대한 규제조항이 이미 존재하는 이상 집회의 자유의 행사 여부 자체에 대한 사전 제한이 아니더라도 국회의 기능 보호라는 입법목적의 달성에는 지장이 없다고 할 것이므로 국회 인근 집회금지구역의 설정은 기본권의 과도한 제한으로서 최소침해성 원칙에 위배된다. 또한 이 사건 법률조항은 보호법익에 대한 침해의 위험이 작은 때에도 기본권의 제한을 완화시킬 수 있는 예외를 전혀 규정하지 않고 있다는 점에서 문제가 있다. 헌법기관인 국회의 기능을 보호하는 것이 매우 특별한 중요성을 지닌 공익에 해당함은 의심의 여지가 없으나, 이 사건 법률조항은 평화적이고 정당한 집회까지 전면적으로 제한함으로써 구체적인 상황을 고려하여 상충하는 법익간의 조화를 이루려는 노력을 기울이지 않고 있으므로, 법익의 균형성도 인정하기 어렵다. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 집회의 자유를 과도하게 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다.

재판관 조대현의 반대의견에 대한 보충의견

국민들의 표현의 자유는 국회나 국회의원의 공무집행을 방해하지 않는 한, 국회 주변뿐만 아니라 국회의 울타리 안에서도 허용되어야 한다.

재판관 김종대의 일부각하의견

이 사건 법률조항은 국회의사당의 경계지점 내부, 구내지역에서의 옥외집회, 시위까지 금지하는 것은 아니다. 구내지역에서는 관리주체의 자율적 질서유지권한이 공권력의 개입에 우선하여야 한다. 국회의 관리주체가 허용한

평화적인 집회 및 시위까지 일체 금지하고 범죄화하는 것은 국회의 자율적 질서유지 및 관리권한을 침해하는 것으로서 허용되어서는 아니된다. 따라서 이 사건 법률조항은 국회의 경계 내에서 집회를 하였다는 이유로 기소된 청구인들에게 적용될 법률조항은 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

【 해설 】

1. 이 사건 법률조항의 내용

가. 집회금지구역의 범위

이 사건 법률조항은 국회의사당 경계지점으로부터 1백 미터 이내의 장소(이하 '국회의사당 인근'이라 한다)에서 옥외집회 및 시위를 할 수 없도록 하고 있는데, 그 구체적인 장소적 범위가 문제된다.

이 결정에서 다수의 재판관은 국회의사당의 경계지점을 국회의사당 본청 건물 외벽이 아닌 의원회관, 헌정기념관 등 국회의 부속건물 등을 모두 둘러싸고 있는 담장으로 보고, 담장으로부터 1백 미터 이내의 장소는 경계지점(담장) 이내의 장소도 모두 포함하는 것으로 해석하는 전제에서 이 사건 심판청구의 적법성을 문제삼지 않았다.

그러나 일부각하의견을 제시한 김종대 재판관은 국회의사당의 경계지점을 담장으로 보는 점에서는 다수 재판관의 의견에 동의하면서도 이 사건 법률조항은 국회의 경계지점을 시작점으로 하여 그 외부의 반경 1백 미터까지의 공간에서의 옥외집회, 시위만을 금지하는 것이고, 국회의사당의 경계지점 내부의 구내지역에서의 옥외집회, 시위는 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 것은 아니라고 보았다. 그에 따라 국회 경계지점(담장) 내부에서 옥외집회를 하였다는 이유로 기소된 일부 청구인들의 청구는 청구인들에게 적용되는 것이 아니어서 재판의 전제성이 없는 법률조항에 대한 것이므로 부적법하다고 판단한 것이다.

나. 집회의 자유의 제한

이 사건 법률조항은 개별적인 경우에 구체적인 위험상황이 발생 하였는지를 고려하지 아니하고 국회의사당 인근이라는 특정장소에서 옥외집회나 시

위가 행하여진다는 사실만을 요건으로 하여 옥외집회·시위를 일괄적으로 금지하는 내용으로서, 예외를 인정하지 않는 절대적 금지구역을 설정하는 것이다.

집회장소는 바로 집회의 목적과 효과에 대하여 중요한 의미를 가지기 때문에, 누구나 ‘어떤 장소에서’ 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야만 집회의 자유가 비로소 효과적으로 보장되고, 따라서 집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회 장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67, 판례집 15-2 하, 41, 53-54 참조).

이 결정은 이 사건 법률조항이 위와 같이 집회의 자유의 한 내용인 집회 장소 선택의 자유를 제한한다고 보았으나, 다만 이 사건 법률조항의 옥외집회·시위 장소의 제한은 입법자에 의한 것임을 들어 헌법 제21조 제2항의 ‘사전허가제 금지’에는 위반되지 않는다고 보고, 구체적인 판단은 생략하였다.

한편 이 사건 법률조항에 의한 금지에도 불구하고 국회의사당 인근에서 집회 또는 시위를 주최하는 경우 관할 경찰관서장은 집회의 해산을 명할 수 있고(구 집시법 제18조 제1항 제1호), 옥외집회 금지장소에서 집회를 주최한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금, 질서유지인은 6월 이하의 징역 또는 50만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료, 정을 알고 참가한자는 50만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처해진다(제20조). 또한 국회의사당 인근에서 집회 또는 시위를 주최하고자 신고하는 경우에 관할 경찰서장은 금지통고를 할 수 있는데(구 집시법 제8조 제1항), 금지통고에도 불구하고 집회 또는 시위를 주최하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처해진다(구 집시법 제19조 제2항).

2. 이 사건 법률조항의 입법연혁

1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정된 집시법은 국회의사당의 경계지점으로부터 2백미터 이내의 옥외집회 또는 시위를 금지하였는데, 1989. 3. 29. 법률 제4095호로 집시법이 전문개정되면서, 국회의사당의 경계지점으로부터 1백미터 이내로 옥외집회 및 시위금지구역이 축소되었고, 이후 현재까지 그

내용에는 변함이 없다.

3. 외국의 입법례

가. 독일의 경우

‘연방헌법기관을 위한 보호구역 법률(Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes)’ 제1조 및 제2조는 연방입법기관인 연방의회 및 연방참의원 인근의 옥외집회나 시위를 원칙적으로 금지하고, 같은 법 제4조는 위 조항들에 위반하여 옥외집회나 시위에 참가한자에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 위와 같은 금지는 절대적 금지는 아니고, 같은 법 제3조는 연방의회의 회의가 개최되지 아니하는 날 등 연방의회나 교섭단체, 연방참의원의 활동을 저해하거나 출입을 방해할 염려가 없는 때에는 해당 의회의 동의를 받아 연방내무부장관이 옥외집회나 시위를 허용하도록 규정하고 있다. 판례와 문헌은 의회에 대한 집회가 아닌 경우나 의회의 권한영역에 속하는 사항에 대한 집회가 아닌 경우 등을 통상 허가의 대상으로 언급하고 있다.

‘집회 및 시위에 관한 법률(Gesetz über Versammlung und Aufzüge)’ 제16조는 각 주 입법기관 주변 보호구역 내에서의 옥외집회와 시위를 금지하면서, 다만 보호구역은 주법에서 정하도록 하고 있는데, 베를린이나 바덴 뷔어템베르크, 노르트라인 베스트팔렌, 헤센 등 주요 주들은 의회 인근 보호구역에서의 옥외집회와 시위를 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 허용하고 있다.

나. 일본의 경우

일본은 집회와 시위를 제한하는 별도의 법률이 없고, ‘공안조례’에 의하여 각 지방자치단체의 조례로 일반적인 집회 및 시위를 규제하고 있으며, 교통을 방해할 우려가 있는 경우에 도로교통법상의 제한이 존재한다. 국회 인근의 집회나 시위의 경우에는 도쿄도의 공안조례(정식명칭은 ‘집회, 집단행진 및 집단시위운동에 관한 조례’)의 규율을 받는데, 도쿄도 공안조례는 도로 기타 공공의 장소에서 집회 또는 집단행진을 하고자 하거나 또는 장소를 불

문하고 집단시위운동을 하고자 할 때는 도쿄도 공안위원회의 허가를 받도록 규정(제1조)하는 외에 국회 인근의 집회나 시위에 관한 금지나 제한규정을 두고 있지 않다.

다. 미국의 경우

미국 연방법은 미국 연방의회 의사당이 위치한 미국 의회구역(United States Capitol Grounds)에서의 행진, 집회, 시위를 원칙적으로 금지하고 있다. 다만 의회의 인식과 고려의 대상이 되는 국가적 관심사가 있는 경우 책임 공무원이 임명되고 부지 내에서의 질서 유지를 위한 필요한 조치가 다하여졌다고 판단되면 국회 상원의장과 하원의장은 일치된 동의로 부지 내 도로와 보도에서 집회, 행진, 시위하는 행위를 허가할 수 있다. 한편 의원이나 국회 공무원 등의 적법한 공무수행으로 인한 행위를 제외하고는 고의로 의사당 건물 내에서 행진, 시위, 피케팅하는 것은 금지된다.

라. 영국의 경우

1817년 영국의 선동집회법(Seditious Meetings Act 1817)은 의사당 건물 부지의 1마일(약 1.6 Km) 반경 내에서는 50인 미만의 집회만 허용하였는데, 이 법은 1986년 공공질서법(Public Order Act 1986)을 통하여 폐지되었다.

현행 공공질서법은 2009. 7. 20. 통과된 개정안(constitutional reform and governanace bill)에 의하여 의회 인근 지역(의회 광장에서 직선으로 250m 안의 지역으로 국무대신이나 법률에 의하여 지정된 구역)에서의 집회나 시위에 대하여 경찰이 필요하다고 판단하는 경우 참가인원과 장소, 행진방향 등에 대하여 제한을 가할 수 있도록 하고 있으나, 집회나 시위의 금지를 규정하고 있지는 않다.

한편 의회 인근 1km 지역 내에서의 집회나 시위는 사전신고를 하도록 하면서, 경찰이 시위의 장소, 시간, 기간, 참가인원, 소음 등에 대하여 제한을 할 수 있도록 규정한 조직범죄 및 경찰법(Serious Organized Crime and Police Act 2005)도 위 개정안에 의하여 폐지되었다.

4. 집회의 자유 침해 여부

이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지 여부가 문제되었다.

가. 입법목적의 정당성 및 방법의 적합성

다수의견은 이 사건 법률조항의 입법목적이 국회의 기능 보장에 있다고 하면서, 구체적으로는 국회의 구성원인 국회의원과 국회에서 근무하는 일반 직원, 그리고 국회에 출석하여 진술하고자 하는 일반인이나 관료 등이 어떠한 압력이나 위력에 구애됨이 없이 자유롭게 국회의사당에 출입하여 업무를 수행하며, 국회의사당과 국회 시설의 안전이 보장될 수 있도록 하기 위한 것이라고 보아 절대적 집회금지구역 설정한 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성 및 방법의 적합성을 인정하였다.

그러나 국회의 업무가 집회, 시위로부터 영향을 받음이 없이 수행되도록 하기 위한 것인지 여부에 관하여는 직접 언급하고 있지 않은데, 이는 법원과는 달리 국회의 경우 본질적으로 사회적 합의를 도출하여 정책을 결정하기 위한 전제로서 우리 사회 각계 각층의 목소리에 귀를 기울여야 하는 기관이므로 국회의 정책결정업무에 영향을 미치고자 하는 집회·시위가 존재한다고 하여 그 자체로 국회의 기능이 저해된다고 볼 수 없다는 점을 고려한 것이라 보인다.

한편 반대의견의 경우 이에 관하여 보다 적극적인 의견을 제시하고 있다. 즉 집회를 통한 국회에 대한 의사전달이나 정치적 압력의 행사는 오늘날 다원적 민주주의 하에서 그 자체로 허용될 필요와 가치가 있다는 것이다.

이러한 전제에서 반대의견은 국회의원에 대한 보호는 물리적 압력이나 위해가능성으로부터의 보호에 한정되어야 하고, 국회 인근에서의 집회나 시위가 그 자체로서 국회에 물리적 압력이나 위해를 가할 실질적이고 구체적인 위험성이 있는 것이라고는 보기 어려우며, 우리 헌법이 예정하는 집회는 평화적인 집회나 시위라고 하여, 이 사건 법률조항이 국회 인근의 집회나 시위의 실질적 위험성이나 폭력행위 발생의 개연성을 묻지 아니하고 절대적 집회금지구역 설정한 것은, 이른바 민의의 전당이라 불리는 국회를 민의의

전달로로부터 차단하려는 것으로서, 입법목적의 정당성이 없거나 입법목적에 부합하지 않는 수단을 택한 것이라 보았다.

나. 침해의 최소성

국회 인근에 집회금지구역 설정하지 않고도 동일한 입법목적의 달성이 가능하다면 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다고 보아야 할 것이다.

다수의견은 ‘헌법기관에 대한 특별한 보호’라는 측면을 강조하여 다른 완화된 수단으로는 일반적인 보호를 넘는 완전한 보장을 달성하기 어렵다고 보았다. 국회 인근에서의 옥외집회나 시위는 이해관계나 이념이 대립되는 여러 당사자들 사이의 갈등이 극단으로 치닫거나, 입법자에 대한 압력 행사를 통하여 일정한 이익을 확보하려는 목적으로 이루어지는 경우가 많고, 물리적 충돌로 발전할 개연성 또한 높아, 사후적 규제만으로는 국회의 기능을 보호하기 위한 효과적인 수단이 된다고 보기 어려우므로, 위와 같은 집회나 시위를 사전에 차단할 필요성이 인정되고, 구 집시법 상의 일반적인 제한, 규제 장치만으로는 입법목적이 충분히 달성될 수 있다고 보기 어렵다고 판단한 것이다.

한편 반대의견은 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성 내지 수단의 적합성을 인정할 수 없다는 입장을 취하면서도 최소침해성 및 법익균형성 판단에 나아가 다수의견과 다른 의견을 개진하고 있다. 즉 구 집시법은 이 사건 법률조항 외에도 집회의 성격과 양상에 따른 일반적 규제수단들을 상세히 규정하고 있으므로 이 사건 법률조항과 같은 절대적 집회금지구역의 설정을 하지 아니하더라도 입법목적의 달성에는 지장이 없으며, 국회를 주된 향의 대상으로 삼지 않는 집회까지 전면금지하고, 또한 국회의 기능을 직접 저해할 가능성이 없는 소규모 집회, 국회의 업무가 없는 공휴일, 휴회기 등에 행해지는 집회의 경우도 예외 없이 금지하는 것은 입법목적 달성의 범위를 넘는 과도한 제한이라는 것이다.

다. 법익균형성

다수의견은 이 사건 법률조항으로 인한 사익의 제한은 국회 인근에서의 집회의 제한이라는 좁은 범위의 장소적 제한에 불과하고, 이 사건 법률조항으로 인하여 국회에 대한 집회 자체가 불가능해졌다고 보기 어려우며, 국회는 그 주변의 일반 건물과 상당한 거리를 두고 있어 국회를 대상으로 하지 않는 옥외집회나 시위의 제한범위도 상대적으로 적은 반면, 국회의 기능보호는 대의민주주의 제도 아래에서 절대적인 중요성을 지닌다고 보아 법익균형성을 인정하였다.

그러나 반대의견은, 헌법기관인 국회의 기능을 보호하는 것이 매우 특별한 중요성을 지닌 공익에 해당함은 의심의 여지가 없다고 보면서도, 이 사건 법률조항이 국회의 기능을 무력화시키거나 저해할 우려가 있는 집회를 금지하는 데 머무르지 않고, 그 밖의 평화적이고 정당한 집회까지 전면적으로 제한함으로써 구체적인 상황을 고려하여 상충하는 법익간의 조화를 이루려는 노력을 기울이지 않고 있다는 점을 들어 법익의 균형을 부정하였다.

5. 결정의 의의

결정문상 명시되지 않았으나, 이 사건 법률조항에 따른 집회금지구역의 범위가 구체적으로 밝혀진 것으로 볼 수 있다.

한편 헌법재판소가 외교기관 인근의 절대적 집회금지구역 설정에 대하여 위헌결정(2000헌바67)을 하고, 법원 인근의 절대적 집회금지구역 설정에 대하여 합헌결정(2004헌가17)을 한 이후, 이 결정 및 이 결정과 같은 날 이루어진 법원 인근의 절대적 집회금지구역 설정에 대한 또 한번의 합헌결정(2006헌바13)으로써 구 집시법상 절대적 집회금지구역에 관한 대체적인 판단이 이루어졌다고 볼 수 있을 것이다.

결정색인(2009년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

2009. 2. 26. 2005헌마764, 2008헌마118(병합)(21-1상, 156)	1
2009. 2. 26. 2006헌마626(21-1상, 211)	15
2009. 2. 26. 2007헌마1262(21-1상, 248)	31
2009. 3. 26. 2007헌가22(21-1상, 337)	51
2009. 3. 26. 2006헌마67(21-1상, 512)	69
2009. 3. 26. 2007헌마843(21-1상, 651)	87
2009. 4. 30. 2007헌가8(21-1하, 1)	123
2009. 5. 28. 2006헌라6(21-1하, 418)	147
2009. 5. 28. 2005헌바20·22, 2009헌바30(병합)(21-1하, 446)	167
2009. 5. 28. 2006헌바109, 2007헌바49·57·83·129(병합) (21-1하, 545)	197
2009. 5. 28. 2006헌마618(21-1하, 746)	221
2009. 6. 25. 2007헌바25(21-1하, 784)	261
2009. 6. 25. 2007헌마40(21-1하, 850)	297
2009. 7. 30. 2008헌가2(21-2상, 46)	315
2009. 9. 24. 2008헌가25(21-2상, 427)	351
2009. 9. 24. 2007헌바61·62(병합)(21-2상, 480)	377
2009. 9. 24. 2007헌바114(21-2상, 562)	405

2009. 10. 29. 2007헌마1462(21-2하, 327)	431
2009. 11. 26. 2008헌가9(21-1하, 438)	455
2009. 11. 26. 2008헌라3·4(21-2하, 456, 469)	479
2009. 11. 26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합)(21-2하, 520)	505
2009. 11. 26. 2008헌마385(21-2하, 647)	529
2009. 12. 29. 2006헌바20·59(병합)(21-2하, 745)	575

헌법재판소 결정해설집 (2009년)

2010年 11月 25日 印刷

2010年 11月 30日 發行

發行處 **憲法裁判所**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷(주) 서라벌 E&P

(非賣品)

