

# 발간사

헌법재판소의 결정들이 국가·사회에 미치는 영향이 날로 커지면서 국민들은 자신의 모든 생활 영역에서 기본권에 대한 인식을 더욱 새롭게 하게 되고, 그러한 인식은 우리 사회를 보다 성숙한 민주사회로 만들어 가는 토대가 되고 있습니다.

이러한 상황에서 헌법재판소 결정에 대한 정확한 이해는 국민들과 헌법재판소 간의 원활한 소통을 가능하게 할 뿐만 아니라, 헌법재판소가 제 기능을 다하기 위한 중요한 출발점이 되어 줍니다. 결정에 대한 정당한 비판을 가능하게 하여 헌법재판소를 한 단계 더 발전시킬 수 있는 계기를 만들어 주기도 합니다.

이에 헌법재판소는 매년 전년도에 선고된 결정 중에서 의미 있고 중요한 결정들을 선정하여, 그 결정의 조사 및 연구에 참여한 헌법연구관들의 해설을 실은 해설집을 발간하여 오고 있습니다. 2011년에도 2010년도에 선고된 결정 중 22건을 가려 뽑아 아홉 번째 ‘결정해설집’을 발간합니다.

아무쪼록 이 해설집이 헌법재판의 과정과 결과를 국민들에게 정확하게 알려 국민들이 헌법재판소 결정을 분명하게 이해하는 데 도움이 되고, 이를 통하여 국민들의 기본권에 대한 인식이 더 한층 높아지는 데 기여하게 되기를 바랍니다.

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

2011. 12.

헌법재판소 사무처장 하 철 용



# 목 차

형법 제41조 등 위헌제청 .....	최기상 .....	1
공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌소원 등 .....	최용호 .....	27
공직선거법 제265조 본문 위헌확인 .....	황치연 .....	77
경기도 안산시 의회 의원과 의회 의장 간의 권한쟁의 .....	김주경 .....	111
특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제9조 제2항 등 위헌소원 .....	김정중 .....	133
생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 제1항 등 위헌확인 .....	김태호 .....	157
민사집행법 제70조 등 위헌확인 .....	우승아 .....	187
군인연금법 제23조 제1항 위헌소원 .....	황치연 .....	215
형사보상법 제7조 위헌제청 .....	박세영 .....	239
구 의료법 제25조 제1항 위헌제청 등 .....	우승아 .....	265
민법 제818조 위헌제청 .....	이준희 .....	289
국회의원과 법원 간의 권한쟁의 .....	전상현 .....	315
건강기능식품에 관한 법률 제18조 제1항 제5호 등 위헌소원 .....	최기상 .....	331
구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제143조 위헌제청 등 .....	박세영 .....	347
지방자치법 제111조 제1항 제3호 위헌확인 .....	고일광 .....	357
구 문화재보호법 제44조 제7항 위헌소원 .....	오동운 .....	403
형사보상법 제19조 제1항 등 위헌확인 .....	박세영 .....	427

국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 .....	박진영	453
병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 .....	성 왕	483
통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 위헌제청 .....	공진성	503
구 정치자금에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌소원 .....	성 왕	533
전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 .....	성 왕	559

# 형법 제41조 등 위헌제청

- 사형제도 -

(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36)

최기상\*

## 【판시사항】

1. 사형제도에 대한 위헌심사의 범위
2. 사형제도의 헌법적 근거
3. 헌법 제37조 제2항에 의하여 생명권을 제한할 수 있는지 여부(적극) 및 생명권의 제한이 곧 생명권의 본질적 내용에 대한 침해인지 여부(소극)
4. 사형제도가 헌법 제37조 제2항에 위반하여 생명권을 침해하는지 여부(소극)
5. 사형제도가 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에 위반되는지 여부(소극)
6. 가석방이 불가능한 ‘절대적 종신형’이 아니라 가석방이 가능한 ‘상대적 종신형’만을 규정한 현행 무기징역형제도가 평등원칙이나 책임원칙에 위반되는지 여부(소극)
7. 형법 제250조 제1항 중 ‘사형, 무기의 징역에 처한다’는 부분이 비례의 원칙이나 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
8. 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정되고 2008. 6. 13. 법률 제9110호로 개정되기 전의 것) 제10조 제1항 중 “사형 또는 무기징역에 처한다.”는 부분이 비례의 원칙이나 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

---

\* 전주지방법원 남원지원장(부장판사), 전 헌법연구관

### 【심판대상】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제41조(형의 종류)

형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역

제42조(징역 또는 금고의 기간)<sup>1)</sup>

징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1월 이상 15년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 25년까지로 한다.

제72조(가석방의 요건)

① 징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 10년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다.

제250조(살인, 존속살해)

① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정되고 2008. 6. 13. 법률 제9110호로 개정되기 전의 것)

제10조(강간 등 살인·치사)

① 제5조부터 제8조까지, 제8조의2, 제12조(제5조부터 제8조까지 및 제8조의2의 미수범만 해당한다)의 죄 또는 형법 제297조(강간) 내지 제300조(미수범)까지의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

---

1) 형법이 2010. 4. 15. 법률 제10259호로 일부개정되어 현재는 다음과 같은 내용이다. 제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.

당해 사건의 피고인인 제청신청인은 2회에 걸쳐 4명을 살해하고 그 중 3명의 여성을 추행한 범죄사실로 구속기소되어, 1심인 광주지방법원 순천지원에서 형법 제250조 제1항, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항 등이 적용되어 사형을 선고받은 후 광주고등법원에 항소하였다.

제청신청인은 항소심 재판 계속중 형법 제250조 제1항, 사형제도를 규정한 형법 제41조 제1호 등에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 광주고등법원은 2008. 9. 17. 형법 제41조 중 ‘1. 사형 2. 징역’ 부분, 형법 제42조(무기금고, 유기징역, 유기금고 부분 제외), 형법 제72조 제1항(무기금고, 유기징역, 유기금고 부분 제외), 형법 제250조 제1항 중 ‘사형, 무기의 징역에 처한다.’는 부분, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항 중 ‘사형 또는 무기징역에 처한다.’는 부분이 각 위헌이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있다며 위헌법률심판제청결정을 하였다.

## 2. 법원의 위헌법률제청신청이유 등

### 가. 광주고등법원의 위헌제청이유 요지

#### (1) 사형제도의 위헌성

사형제도는 “헌법 제12조 제1항, 제110조 제4항이 군사법 분야가 아닌 일반 범죄에서 사형을 예정하고 있지 않다. 사형수에 대한 인간의 존엄과 가치를 침해함은 물론이고 법관 등 사형의 선고와 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간의 존엄과 가치를 침해한다. 잘못된 재판에 의한 사형 판결이 집행된 경우 어떠한 방법으로도 원상회복이 불가능한데다가, 사형제도에 의하여 달성하려는 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 가석방이 불가능한 종신형에 의하여도 충분히 달성될 수 있음에도 국민의 기본권 중 가장 기초적인 의미를 갖는 생명권을 최종적으로 박탈하는 사형제도는 피해의 최소성 원칙에 반하여 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 반한다. 범죄인은 자신의 생명이 박탈될 것이라고 예상하고 더욱 흉포한 범죄를 저지를 수 있어 형벌로서의 사형의 일반 예방적인 효과는 그리 크지 않다. 범죄의 원인에는 국가와 사회

환경적 요인도 적지 않은데 국가가 범죄의 모든 책임을 범죄인에게 돌리고 반성의 기회조차 박탈하는 것은 형벌에 있어서 책임의 원칙에 반한다.”는 등 여러 점에서 위헌의 의심이 크다.

## (2) 무기징역형제도의 문제

우리 형법 체계상 사형을 제외한 형 중 가장 무거운 무기징역형은 경우에 따라서는 유기징역형과 다를 바 없는 결론에 이르게 됨으로써 책임의 원칙에 반하고, 사형과 무기징역형 사이에 범죄와 형벌의 균형을 상실할 정도의 간극이 존재하는 것은 위헌적인 상황인데, 형법 제41조 제2호, 제42조가 형벌의 종류로서 무기징역형을 ‘형법 제72조 제1항에 의한 가석방이 허용되는 무기징역형’과 ‘형법 제72조 제1항에 의한 가석방이 허용되지 않는 무기징역형’으로 세분하지 않음으로써 사형을 대체할 ‘가석방이 불가능한 무기징역형’에 대하여 규정하지 않고 있는 것은 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로서 헌법 제11조의 평등원칙에 반하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 갖추어야 한다는 원칙에 반하며, 이에 따라 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하려는 국가의 의무 및 형법 제37조 제2항의 비례의 원칙 위반의 의심이 있다.

## 나. 법무부장관의 의견 요지

헌법 제110조 제4항이 사형제도의 헌법적 근거이고, 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 가지나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 될 때 국가의 근본규범은 어떠한 생명이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있으므로 생명권도 일반의 기본권과 같이 기본권 제한적 법률유보의 제약을 받고 공공복리나 질서유지를 위하여 제약을 면치 못한다.

형벌이 범죄에 대한 응보로서의 본질을 가지는 이상 생명을 침해하거나 그에 준할 정도의 법익침해에 대하여 사형을 부과하는 것은 형벌의 본질에 부합하는 점, 사형의 일반예방적 효과가 없다고 속단할 수 없고 그것을 대체할 수 있는 강한 위하력을 가진 다른 마땅한 수단이 존재하지 않으며 사회방위를 위한 적절한 수단인 점, 입법자는 법정형에 사형이 포함되어 있는 사



형대상범죄를 축소하는 방향으로 나아가고 있는 점, 사법부가 사형선고의 요건을 제한적으로 해석·적용하고 있어 사형제도가 신중하게 운영되고 있는 점 등 강력범죄의 수가 과거에 비해 큰 폭으로 줄지는 아니하였으며 사형제도 존치에 관한 국민 여론이 폐지 여론보다 2배 이상 높은 점 등을 고려하면, 사형제도를 합헌으로 결정한 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 결정을 변경하여 위헌으로 판단할 사정변경이 없다.

#### 다. 국가인권위원회의 의견 요지

인간의 생명권은 인간의 존엄성과 분리될 수 없는 기본권이며 모든 기본권의 전제가 되는 권리이다. 따라서 사형제도는 근본적인 윤리적 문제, 즉 모든 이에게 살인을 금지하면서 국가가 일정한 공익적인 목적을 달성한다는 명목 아래 법과 정의의 이름으로 살인행위를 한다는 윤리적인 모순에서 벗어날 수 없다. 아무리 훌륭한 사법제도를 갖는다고 하더라도 재판이 신이 아닌 사람의 영역에 속하는 이상 오관의 가능성을 절대적으로 없앤다는 것은 불가능하다. 그러므로 국가가 이러한 사법제도의 불완전성에 대한 마지막 안전판으로서 비록 범죄자라 하더라도 우주보다도 중하다는 생명이 유지되도록 허용하는 것이 윤리적으로 책임지는 자세이다. 국제적으로도 이제 사형제 폐지는 시대의 대세이다.

#### 【결정요지】

1. 사형제도가 위헌인지 여부의 문제는 성문 헌법을 비롯한 헌법의 법원을 토대로 헌법규범의 내용을 밝혀 사형제도가 그러한 헌법규범에 위반하는지 여부를 판단하는 것으로서 헌법재판소에 최종적인 결정권한이 있는 반면, 사형제도를 법률상 존치시킬 것인지 또는 폐지할 것인지의 문제는 사형제도의 존치가 필요하거나 유용한지 또는 바람직한지에 관한 평가를 통하여 민주적 정당성을 가진 입법부가 결정할 입법정책적 문제이지 헌법재판소가 심사할 대상은 아니다.

2. 헌법 제110조 제4항은 법률에 의하여 사형이 형벌로서 규정되고 그 형벌조항의 적용으로 사형이 선고될 수 있음을 전제로 하여, 사형을 선고한 경

우에는 비상계엄하의 군사재판이라도 단심으로 할 수 없고 사법절차를 통한 불복이 보장되어야 한다는 취지의 규정으로, 우리 헌법은 문언의 해석상 사형제도를 간접적으로나마 인정하고 있다.

3. 헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니하며, 헌법 제37조 제2항에서는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있어, 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. 나아가 생명권의 경우, 다른 일반적인 기본권 제한의 구조와는 달리, 생명의 일부 박탈이라는 것을 상정할 수 없기 때문에 생명권에 대한 제한은 필연적으로 생명권의 완전한 박탈을 의미하게 되는바, 위와 같이 생명권의 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다.

4. 사형은 일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하며 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통하여 정의를 실현하고, 당해 범죄인의 재범 가능성을 영구히 차단함으로써 사회를 방어하려는 것으로 그 입법목적은 정당하고, 가장 무거운 형벌인 사형은 입법목적의 달성을 위한 적합한 수단이다. 사형은 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형보다도 범죄자에 대한 법익침해의 정도가 큰 형벌로서, 인간의 생존본능과 죽음에 대한 근원적인 공포까지 고려하면, 무기징역형 등 자유형보다 더 큰 위하력을 발휘함으로써 가장 강력한 범죄억지력을 가지고 있다고 보아야 하고, 극악한 범죄의 경우에는 무기징역형 등 자유형의 선고만으로는 범죄자의 책임에 미치지 못하게 될 뿐만 아니라 피해자들의 가족 및 일반국민의 정의 관념에도 부합하지 못하며, 입법목적의 달성에 있어서 사형과 동일한 효과를 나타내면서도 사형보다 범죄자에 대한 법익침해 정도가 작은 다른 형벌이 명백히 존재한다고 보기 어려우므로 사형제도가 침해최소성 원칙에 어긋난다고 할 수 없다. 사형제도에 의하여 달성되는 범죄예방을 통한 무고한 일반국민의 생명 보호 등 중대한 공익의 보호와 정의의 실현 및 사회방위라는 공익은 사

형제도로 발생하는 극악한 범죄를 저지른 자의 생명권이라는 사익보다 결코 작다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 다수의 인명을 잔혹하게 살해하는 등의 극악한 범죄에 대하여 한정적으로 부과되는 사형이 그 범죄의 잔혹함에 비하여 과도한 형벌이라고 볼 수 없으므로, 사형제도는 법익균형성 원칙에 위배되지 아니한다.

5. 사형제도는 우리 헌법이 적어도 간접적으로나마 인정하고 있는 형벌의 한 종류일 뿐만 아니라, 사형제도가 생명권 제한에 있어서 헌법 제37조 제2항에 의한 헌법적 한계를 일탈하였다고 볼 수 없는 이상 범죄자의 생명권 박탈을 내용으로 한다는 이유만으로 곧바로 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에 위배된다고 할 수 없으며, 사형제도는 형벌의 경고기능을 무시하고 극악한 범죄를 저지른 자에 대하여 그 중한 불법 정도와 책임에 상응하는 형벌을 부과하는 것으로서 범죄자가 스스로 선택한 잔악무도한 범죄행위의 결과인바, 범죄자를 오로지 사회방위라는 공익 추구를 위한 객체로만 취급함으로써 범죄자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한 것으로 볼 수 없다. 한편 사형을 선고하거나 집행하는 법관 및 교도관 등이 인간적 자책감을 가질 수 있다는 이유만으로 사형제도가 법관 및 교도관 등의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 위헌적인 형벌제도라고 할 수는 없다.

6. 절대적 중신형제도는 사형제도와는 또 다른 위헌성 문제를 야기할 수 있고, 현행 형사법령 하에서도 가석방제도의 운영 여하에 따라 사회로부터의 영구적 격리가 가능한 절대적 중신형과 상대적 중신형의 각 취지를 살릴 수 있다는 점 등을 고려하면, 현행 무기징역형제도가 상대적 중신형 외에 절대적 중신형을 따로 두고 있지 않은 것이 형벌체계상 정당성과 균형을 상실하여 헌법 제11조의 평등원칙에 반한다거나 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 비례성을 갖추어야 한다는 책임원칙에 반한다고 단정하기 어렵다.

7. 형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간 생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 보아 만인륜적 범죄라고 할 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있으므로, 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 5년 이상의 징역 외에 사형이나 무기징역을 규정한 것은 하나의 혹은 다수의 생명을 보호

하기 위하여 필요한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

8. 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정되고 2008. 6. 13. 법률 제9110호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 성폭력법’이라 한다) 제10조 제1항의 범죄구성요건은 살인과 성폭력범죄가 합쳐진 결합범인데, 구 성폭력법 제10조 제1항은 성폭력법이 1994. 1. 5. 법률 제4702호로 제정될 때부터 존재하였던 규정으로 제정 당시의 법정형도 ‘사형 또는 무기징역’이었고, 이후 1997. 8. 22. 법률 제5343호로 일부 개정되면서 일부 미수범이 살인을 하는 경우도 포함되었다. 성폭력범죄자가 타인의 생명까지 침해한 행위에 대하여 행위자의 사형이나 무기징역을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 하나의 혹은 다수의 생명과 타인의 성적자기결정의 자유를 보호하기 위하여 필요한 수단의 선택이라고 볼 수 있고, 성폭력범죄로 인해 발생하는 개인의 성적자유침해라는 추가적 범익침해를 감안할 때 일반 살인죄의 법정형에서 5년 이상의 유기징역을 제외한 것을 가리켜 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

### 재판관 이강국의 보충의견

사형제는 헌법 자체가 긍정하고 있는 형이지만, 동시에 이와 충돌되는 생명권의 높은 이념적 가치 때문에 그 규범영역은 상당부분 양보·축소되어야 할 것이므로 사형의 선고는 정의와 형평에 비추어 불가피한 경우에만, 그것도 비례의 원칙과 최소 침해의 원칙에 따라 행해져야 한다고 해석하는 것이 상당하고, 이러한 해석과는 달리, 생명권의 최상위 기본권성만을 내세워 실정 헌법에서 규정하고 있는 사형제를 가볍게 위헌이라고 부정하는 것은 헌법해석의 범위를 벗어나 헌법의 개정이나 헌법의 변질에 이르게 될 수 있다.

### 재판관 민형기의 보충의견

사형의 오·남용 소지와 그에 따른 피해를 최대한 불식시키고 잔혹하고도 비이성적이라거나 목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 형벌이라는 지적을 면할 수 있도록 그 적용 대상과 범위를 최소화하는 것이 필요하며, 원칙

적으로 사형 대상 범죄는 인간의 생명을 고의적으로 침해하는 범죄나 생명의 침해를 수반할 개연성이 매우 높거나 흉악한 범죄로 인해 치사의 결과에 이른 범죄, 전쟁의 승패나 국가안보와 직접 관련된 범죄 등으로 한정되어야 한다.

### 재판관 송두환의 보충의견

인간의 존엄성 및 인간 생명의 존엄한 가치를 선명하기 위하여 역설적으로 그 파괴자인 인간의 생명을 박탈하는 것이 불가피한 예외적 상황도 있을 수 있으므로 반인륜적인 범죄에 대비하여 사형을 규정한 것으로 한정적으로 이해하는 한 사형제도가 헌법 제10조에 반한다고 볼 수 없고, 반인륜적인 범죄에 대한 법정형 범위에 사형을 포함시킨 것 자체를 생명권을 공동화한 것이라고 평가하기 어려우므로 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해한 것으로 볼 수 없다.

### 재판관 조대현의 일부위헌의견

범죄에 대한 형벌로서 범죄자를 사형시키는 것은 이미 이루어진 법익침해에 대한 응보에 불과하고, 살인자를 사형시킨다고 하여 피살자의 생명이 보호되거나 구원되지 아니하므로, 사형제도는 인간의 생명을 박탈하기에 필요한 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추지 못하였으며 생명권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 보지 않을 수 없다.

다만, 헌법 제110조 제4항 단서가 비상계엄 하의 군사재판에서 사형을 선고하는 경우를 인정하고 있으므로, 비상계엄 하의 군사재판이라는 특수상황에서 사형을 선고하는 것은 헌법 스스로 예외적으로 허용하였다고 봄이 상당하다.

따라서 사형제도는 헌법 제110조 제4항 단서에 해당되는 경우에 적용하면 헌법에 위반된다고 할 수 없지만, 헌법 제110조 제4항 단서에 해당되지 않는 경우에 적용하면 생명권을 침해할 정당한 사유도 없이 생명권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

### 재판관 김희옥의 위헌의견

사형제도는 인간의 존엄과 가치를 천명하고 생명권을 보장하는 우리 헌법 체계에서는 입법목적 달성을 위한 적합한 수단으로 인정할 수 없고, 사형제도를 통하여 확보하고자 하는 형벌로서의 기능을 대체할 만한 가석방 없는 무기자유형 등의 수단을 고려할 수 있으므로 피해의 최소성 원칙에도 어긋나며, 사형 당시에는 사형을 통해 보호하려는 타인의 생명권이나 중대한 법익은 이미 그 침해가 종료되어 범죄인의 생명이나 신체를 박탈해야 할 긴급성이나 불가피성이 없고 사형을 통해 달성하려는 공익에 비하여 사형으로 인하여 침해되는 사익의 비중이 훨씬 크므로 법익의 균형성도 인정되지 아니한다. 또한 사형제도는 이미 중대 범죄가 종료되어 상당 기간이 지난 후 체포되어 수감 중인 한 인간의 생명을 일정한 절차에 따라 빼앗는 것을 전제로 하므로, 생명에 대한 법적 평가가 필요한 예외적인 경우라고 볼 수 없어 생명권의 본질적 내용을 침해하고, 신체의 자유의 본질적 내용까지도 침해한다.

사형제도는 범죄인을 사회전체의 이익 또는 다른 범죄의 예방을 위한 수단 또는 복수의 대상으로만 취급하고 한 인간으로서 자기의 책임 하에 반성과 개선을 할 최소한의 도덕적 자유조차 남겨주지 아니하는 제도이므로 헌법 제10조가 선언하는 인간의 존엄과 가치에 위배되며, 법관이나 교도관 등 직무상 사형제도의 운영에 관여하여야 하는 사람들로 하여금 인간의 생명을 계획적으로 빼앗는 과정에 참여하게 함으로써 그들을 인간으로서의 양심과 무관하게 국가목적을 위한 수단으로 전락시키고 있다는 점에서 그들의 인간으로서의 존엄과 가치 또한 침해한다.

### 재판관 김종대의 위헌의견

사형제도는 범죄억제라는 형사정책적 목적을 위해 사람의 생명을 빼앗는 것으로 그 자체로 인간으로서의 존엄과 가치에 반하고, 사형제도를 통해 일반예방의 목적이 달성되는지도 불확실하다. 다만, 지금의 무기징역형은 개인의 생명과 사회의 안전의 방어라는 점에서 사형의 효력을 대체할 수 없으므로, 가석방이나 사면 등의 가능성을 제한하는 최고의 자유형이 도입되는 것

을 조건으로 사형제도는 폐지되어야 한다.

### 재판관 목영준의 위헌의견

생명권은 개념적으로나 실질적으로나 본질적인 부분을 그렇지 않은 부분과 구분하여 상정할 수 없어 헌법상 제한이 불가능한 절대적 기본권이라고 할 수밖에 없고, 생명의 박탈은 곧 신체의 박탈도 되므로 사형제도는 생명권과 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

사형제도는 사회로부터 범죄인을 영원히 배제한다는 점 이외에는 형벌의 목적에 기여하는 바가 결코 명백하다고 볼 수 없고, 우리나라는 국제인권단체로부터 사실상의 사형폐지국으로 분류되고 있어 사형제도가 실효성을 상실하여 더 이상 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없으며, 절대적 종신형제 또는 유기징역제도의 개선 등 사형제도를 대체할 만한 수단을 고려할 수 있음에도 생명권을 박탈하는 것은 피해의 최소성 원칙에도 어긋나고, 사형을 통해 침해되는 사익은 범죄인에게는 절대적이고 근원적인 기본권인 반면 이를 통해 달성하고자 하는 공익은 다른 형벌에 의하여 상당수준 달성될 수 있어 공익과 사익 간에 법익의 균형성이 갖추어졌다고 볼 수 없다.

사형은 악성이 극대화된 흥분된 상태의 범죄인에 대하여 집행되는 것이 아니라 이성이 일부라도 회복된 안정된 상태의 범죄인에 대하여 생명을 박탈하는 것이므로 인간의 존엄과 가치에 위배되며, 직무상 사형제도의 운영에 관여하여야 하는 사람들로 하여금 그들의 양심과 무관하게 인간의 생명을 계획적으로 박탈하는 과정에 참여하게 함으로써, 그들의 인간으로서 가지는 존엄과 가치 또한 침해한다.

### 【해설】 2)

#### 1. 형법 제41조 제1호(사형제도)의 위헌 여부

- 2) 형법 제72조 제1항(무기징고, 유기징역, 유기징고 부분 제외), 형법 제250조 제1항 중 ‘사형, 무기의 징역에 처한다.’는 부분, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항 중 ‘사형 또는 무기징역에 처한다.’는 부분에 대한 결정해설은 생략하였다.

### 가. 사형제도의 현황 및 현행법상 사형 규정

(1) 형법 제41조 제1호는 형의 종류의 하나로서 사형을 규정하고 있는데, 사형은 인간존재의 바탕인 생명을 빼앗아 사람의 사회적 존재를 말살하는 형벌이므로 생명의 소멸을 가져온다는 의미에서 생명형이자, 성질상 모든 형벌 중에서 가장 무거운 형벌이라는 의미에서 극형인 궁극의 형벌이다.

무기징역형이나 사형의 대체형벌로 논의될 수 있는 가석방이 불가능한 종신형을 선고받은 범죄자의 경우 사회로부터의 격리라는 자유형의 집행 목적에 반하지 아니하는 한도 내에서는 인격권 등의 기본권을 그대로 가지는 반면, 사형을 선고받은 범죄자는 사형집행으로 인하여 생명을 박탈당함으로써 인간의 생존을 전제로 한 모든 자유와 권리까지 동시에 전면적으로 박탈당한다는 점에 비추어 보면, 한 인간에게 있어서 가장 소중한 생명을 박탈하는 내용의 사형은 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형보다도 범죄자에 대한 법익침해의 정도가 크다. 여기에다 인간의 생존본능과 죽음에 대한 근원적인 공포까지 고려하면, 사형은 잠재적 범죄자를 포함하는 모든 일반국민에 대하여 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형보다 더 큰 위하력을 발휘함으로써 가장 강력한 범죄억지력을 가지고 있다.

(2) 현행 형사법 체계상 사형을 법정형으로 하는 범죄는 총 20여 개의 법률에 110여 개의 조문, 160여 개의 구성요건으로 규정되어 있는데, 이를 구체적인 행위의 태양이나 침해 결과 등을 기준으로 살펴보면, ① 형법 제250조(살인, 존속살해), ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항(강간 등 살인), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의2 제2항 제2호(약취·유인죄의 가중처벌) 등 고의적 살인범에 한하여 사형을 규정한 경우, ② 형법 제164조 제2항(현주건조물 등에의 방화치사), 군형법 제52조 제1항(상관에 대한 폭행치사), ‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제39조 제2항(장기 등 불법적출·이식치사), ‘원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재대책법’ 제47조 제4항 후단(핵물질 불법이전치사) ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의3 제2항 제1호(도주차량 운전자의 가중처벌) 등 결과적 가중범으로서 생명의 침해를 포함하고 있는 경우, ③ 군형법 제27조 제1호(지휘관



의 수소이탈), 전투경찰대 설치법 제9조 제5항 단서(근무기피 목적 상해) 등 생명·신체에 대한 침해가 없고, 방화·파괴·폭행 등 적극적 침해행위도 없으나, 전투의 승패나 국가안보와 관련한 범죄를 적전(敵前)에 범한 경우, ④ 군형법 제42조 제2항(유해음식물 공급치상), ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제2조 제1항 제3호(부정식품 제조 등의 처벌), ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제5조 제2항(특수강도강간 등) 등 생명의 침해 없이 상해나 강간 등 신체적 법익의 침해가 포함된 경우, ⑤ 형법 제119조(폭발물사용), 군형법 제6조(반란 목적의 군용물 탈취), ‘항공안전 및 보안에 관한 법률’ 제39조 제1항(항공기 손괴죄) 등 생명·신체에 대한 침해가 없고, 적전에 범한 경우도 아니지만, 폭행 등 적극적 침해행위로 국가 또는 공공의 안전을 위태롭게 하는 범죄를 범한 경우, ⑥ 형법 제87조(내란), 군형법 제5조(반란), 국가보안법 제3조 제1항(반국가단체의 구성 등) 등 생명·신체에 대한 침해가 없고, 폭행 등 적극적 침해행위도 없으며, 적전도 아닌 경우로서, 내란, 외환, 간첩 등 국가 또는 공공의 안전을 위태롭게 하는 범죄를 범한 경우, ⑦ 군형법 제75조 제1항(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제10조(통화위조의 가중처벌), ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제4조 제1항 제1호(단체 등의 구성·활동) 등 생명·신체에 대한 침해가 없고, 폭행 등 적극적 침해행위도 없으며, 국가 또는 공공의 안전 이외의 국가적·사회적 법익을 침해한 경우 등으로 분류할 수 있다.

#### 나. 관련 헌법규정

헌법 제10조 전문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 규정함으로써 인간의 존엄과 가치를 보장하고, 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 규정함으로써 기본권 제한의 범위와 한계를 규정하고 있다.

그런데 헌법 제110조 제4항은 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에

관한 최종 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

## 다. 사형제도에 관한 국제적 동향 및 헌법적 논의

### (1) 사형제도에 관한 국제적 동향

1966년 제정된 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제6조는 생명권의 보장과 사형제도의 원칙적인 금지를 규정하고 있다. 이에 근거하여 1989년 유엔총회에서 ‘사형폐지를 위한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서’가 채택되었고 이는 완전한 사형폐지를 규정하고 있는데, 우리나라는 제2선택의정서에 가입하지 않고 있다. 그 외 1985년의 유럽인권협약 제6의정서 제1조는 전시와 평시를 구별하지 않고 사형을 금지하고 있다. 그 밖에도 유럽연합은 기본권헌장 제2조에서 사형 선고나 사형 집행을 완전히 금지하고 있다.

국제사면위원회의 2008년 전세계 사형현황 보고서에 의하면, 2008년 말 기준으로 사형이 존치하는 국가는 미국, 일본, 중국, 대만, 인도 등 105개국으로서 그 중 전쟁범죄를 제외한 일반범죄에 대하여 사형을 폐지한 국가는 10개국이고, 최근 10년 이상 사형집행을 하지 않은 국가는 36개국이다. 모든 범죄에 대한 사형을 폐지한 국가는 독일, 프랑스, 스웨덴, 필리핀 등 92개국이다. 전반적으로 과거와 비교하여 사형집행국가가 줄고 있고 법률상으로도 사형제를 완전 폐지하는 국가도 매년 2~3개국씩 늘고 있는 추세이다.

### (2) 사형제도에 관한 각국에서의 헌법적 논의

미국 연방헌법 수정 제8조는 “잔인하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)”을 금하고 있고, 수정 제14조는 적법절차를 규정하고 있기 때문에 사형이 수정 제8조 및 제14조에 위배되는지 여부가 논의되고 있다. 연방대법원은 1976년 *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 153 사건에서 7:2로 사형 자체가 연방헌법 수정 제8조가 금지하고 있는 잔혹하고 이상한 형벌은 아니라고 판시하였다.

독일 기본법 제1조 제1항이 인간 존엄의 보호를 규정하고, 제2조 제2항

전단은 “누구라도 생명을 (중략) 침해당하지 아니할 권리가 있다.”고 규정하며, 제19조 제2항은 “여하한 경우에도 기본권은 그 본질적 내용이 훼손되어서는 안된다.”고 규정하고 있는 외에 제102조에서 “사형은 폐지한다.”고 규정하고 있기 때문에 독일에서는 사형제도가 존재하지 않는다.

프랑스는 1981. 10. 10. 전시범죄를 포함한 모든 범죄에 대한 사형을 폐지하는 사형폐지에 관한 법률을 제정하여 제1조에 “사형을 폐지한다”고 선언하고, 사형을 예정하고 있는 모든 법령에서 사형에 관한 규정은 당해 범죄의 성질에 따라 무기징역 또는 무기금고에 관한 규정으로 본다고 명시하고 있다(제3조).

일본 최고재판소는 1948. 3. 12. 존속살인 등에 관한 사건에서, 사형은 헌법에 위배되지 않을 뿐만 아니라 일본의 현 상황에 비추어 볼 때 필요한 형벌이며 사형 그 자체는 잔학한 형벌이 아니라고 판시하였다. 그 이후 1951. 4. 18.에 사형은 전쟁포기를 규정한 헌법 제9조에 위배되지 않는다고 하였다.

(3) 우리나라에서 사형의 집행은 1997. 12. 30. 이후로는 이루어진 적이 없어 국제사면위원회 등 국제인권단체로부터 사실상의 사형폐지국으로 분류되고 있으나, 사형의 선고는 계속되고 있으며, 헌법재판소는 사형을 형의 종류의 하나로서 규정한 형법 제41조 제1호(사형제도) 및 사형을 법정형의 하나로 규정한 살인죄 조항인 형법 제250조 제1항에 대하여 1996. 11. 28. 95헌바1 사건에서 합헌결정을 한 바 있다.

#### 라. 생명권의 의의 및 사형제도 자체의 위헌성 심사에 있어서의 쟁점

(1) 독일 기본법 제2조 제2항 전단은 “누구라도 생명을 (중략) 침해당하지 아니할 권리가 있다.”고 규정하고, 일본 헌법 제13조는 “생명(중략)에 대한 국민의 권리에 관하여는 공공의 복지에 반하지 아니하는 한 입법 기타의 국정에 있어서 최대한도로 존중됨을 요한다.”고 규정하여 생명권을 보장하고 있다.

우리 헌법에는 생명권에 관한 직접 규정이 없으나, 이 사건 결정에서 다수의견은 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존

엄한 인간존재의 근원이다. 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.”고 판시함으로써 태아의 생명권이 문제된 헌재 2008. 7. 1. 선고 2004헌바81 사건에서의 판지를 따르고 있다.

(2) 사형제도가 위헌인지 여부의 문제와 형사정책적인 고려 등에 의하여 사형제도를 법률상 존치시킬 것인지 또는 폐지할 것인지의 문제는 서로 구분된다. 즉, 사형제도가 위헌인지 여부의 문제는 성문 헌법을 비롯한 헌법의 법원을 토대로 헌법규범의 내용을 밝혀 사형제도가 그러한 헌법규범에 위반하는지 여부를 판단하는 것으로서 헌법재판소에 최종적인 결정권한이 있는 반면, 사형제도를 법률상 존치시킬 것인지 또는 폐지할 것인지의 문제는 사형제도의 존치가 필요하거나 유용한지 또는 바람직한지에 관한 평가를 통하여 민주적 정당성을 가진 입법부가 결정할 입법정책적 문제이지 헌법재판소가 심사할 대상은 아니다.

(3) 위와 같은 구분을 전제로 하여, 우리 헌법이 명문으로 사형제도를 인정하고 있는지(헌법 제110조 제4항 단서 규정이 사형제도를 인정하는 헌법적 근거가 될 수 있는지), 사형은 인간의 생명권을 박탈하기 때문에 우리 헌법상 생명권이 보장되는지 여부가 검토되어야 하고, 만약 이를 긍정한다면 생명권이 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 되는지, 사형제도가 생명권 제한에 있어서의 헌법상 비례원칙에 위배되는지, 사형제도가 헌법 제37조 제2항 후단이 규정하고 있는 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 경우에 해당되는지 여부가 문제된다. 나아가 사형제도가 헌법 제37조 제2항 전단에서 규정하고 있는 기본권 제한의 범위와 한계를 위반하는지 여부가 문제되고, 마지막으로 사형제도가 인간의 존엄과 가치를 침해하는지 여부가 문제된다.

#### 마. 우리 헌법이 명문으로 사형제도를 인정하고 있는지 여부

(1) 우리 헌법 제110조 제4항은 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 이 제110조 제4항 본문은 1962. 12. 26. 제5차 개헌시 제106조 제3항으로 도입되었고, 단서규정은 1987년 현행 헌법으로 개정되면서 단심제의 단점과 사형제도의 폐해를 고려하여 비상시 군사재판의 경우에도 국민의 기본권을 보호하기 위하여 도입되었다.

(2) 이 사건 결정에서 다수의견은 “헌법 제110조 제4항은 법률에 의하여 사형이 형벌로서 규정되고, 그 형벌조항의 적용으로 사형이 선고될 수 있음을 전제로 하여, 사형을 선고한 경우에는 비상계엄하의 군사재판이라도 단심으로 할 수 없고, 사법절차를 통한 불복이 보장되어야 한다는 취지의 규정이다. 따라서 우리 헌법은 적어도 문언의 해석상 사형제도를 간접적으로나마 인정하고 있다.”고 판시하였다.

이에 대하여 재판관 김희옥, 목영준은 헌법 제110조 제4항 단서의 규정은 헌법상 사형제도를 인정하는 근거 규정이라고 보기 어렵다는 의견을 밝혔고, 재판관 조대현은 사형을 형벌로 규정하는 조항을 헌법 제110조 제4항 본문의 경우에 적용하면 헌법에 위반되지 않지만 헌법 제110조 제4항 본문에 해당되지 않는 경우에도 적용하면 위헌이 된다는 의견을 제시하였다.

**바. 헌법 제37조 제2항에 의하여 생명권을 제한할 수 있는지 여부 및 생명권의 제한이 곧 생명권의 본질적 내용에 대한 침해인지 여부**

(1) 사형을 집행하면 생명권 자체가 소멸하기 때문에 개인의 입장에서 그 생명은 절대적 가치를 가진다고 할 것이므로 생명권은 헌법 제37조 제2항에 따른 제한이 불가능한 절대적 기본권이 아닌지가 문제될 수 있다.

(2) 다수의견은 “헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니하며, 불가피한 경우에는 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라

하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 밖에 없다. 따라서 매우 예외적인 상황 하에서 국가는 생명에 대한 법적 평가를 통해 특정 개인의 생명권을 제한할 수 있다. 또한 생명권 역시 그 제한을 정당화할 수 있는 예외적 상황 하에서는 헌법상 그 제한이 허용되는 기본권인 점 및 생명권 제한구조의 특수성을 고려한다면, 생명권 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다.”고 판단하였다.

그러나 재판관 목영준은 생명권은 개인에게 절대적 의미를 가지는 것이므로 본질적인 부분을 그렇지 않은 부분과 구분하여 상정할 수 없어 생명권에 대한 제한은 곧 생명의 전부 박탈을 의미하므로 생명권은 헌법상 제한이 불가능한 절대적 기본권이며, 따라서 사형제도는 생명권과 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라는 의견을 제시하였고, 재판관 김희옥은 생명권이 절대적 기본권이 아니라는 점을 인정하면서도 사형제도는 생명에 대한 법적 평가가 허용될 수밖에 없는 긴급성과 불가피성이 인정되는 예외적인 경우가 아니므로 생명권의 본질적 내용을 침해한 것이라는 의견을 밝혔다.

## **사. 사형제도가 생명권 제한에 있어서의 헌법상 비례원칙에 위배되는지 여부**

### (1) 다수의견

#### (가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하며, 이를 집행함으로써 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통하여 정의를 실현하고, 당해 범죄인 자신에 의한 재범의 가능성을 영구히 차단함으로써 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 사형제도의 입법목적은 정당하다.

나아가 사형은 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 이를 통한 일반적 범죄예방효과가 있다고 볼 수 있으므로 일반적 범죄예방 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다. 또한 잔혹한 방법으로 다수의 인명을 살해하는 등의 극악한 범죄의 경우, 그 법익침해의 정도와 범

죄자의 책임의 정도는 가능할 수 없을 만큼 심대하다 할 것이며, 수많은 피해자 가족들의 형언할 수 없는 슬픔과 고통, 분노 및 일반국민이 느낄 불안과 공포, 분노까지 고려한다면, 이러한 극악한 범죄에 대하여는 우리 헌법질서가 허용하는 한도 내에서 그 불법정도와 책임에 상응하는 강력한 처벌을 함이 정의의 실현을 위하여 필수불가결하다 할 것인바, 가장 무거운 형벌인 사형은 이러한 정당한 응보를 통한 정의의 실현을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

#### (나) 피해의 최소성

사형은 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형보다도 범죄자에 대한 법익침해의 정도가 큰 형벌로서, 인간의 생존본능과 죽음에 대한 근원적인 공포까지 고려하면, 무기징역형 등 자유형보다 더 큰 위하력을 발휘함으로써 가장 강력한 범죄억지력을 가지고 있다고 보아야 하고, 극악한 범죄의 경우에는 무기징역형 등 자유형의 선고만으로는 범죄자의 책임에 미치지 못하게 될 뿐만 아니라 피해자들의 가족 및 일반국민의 정의관념에도 부합하지 못하며, 입법목적의 달성에 있어서 사형과 동일한 효과를 나타내면서도 사형보다 범죄자에 대한 법익침해 정도가 작은 다른 형벌이 명백히 존재한다고 보기 어려우므로 사형제도가 최소침해성 원칙에 어긋난다고 할 수 없다. 또한 형사재판에 있어서의 오판가능성은 사법제도가 가지는宿命적 한계라고 할 것이지 사형이라는 형벌제도 자체의 문제라고 보기는 어려우므로, 이를 이유로 사형이라는 형벌의 부과 자체를 최소침해성 원칙에 어긋나 위헌이라고 할 수는 없다.

#### (다) 법익의 균형성

모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지않은 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명 등을 보호할 의무가 있는 국가로서는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다.

사형으로 인하여 침해되는 사익은 타인의 생명을 박탈하는 등의 극악한 범죄를 저지른 자의 생명 박탈이라 할 것인바, 이는 범죄자의 자기책임에 기

초한 형벌효과에 기인한 것으로서 엄격하고 신중한 형사소송절차를 거쳐 생명이 박탈된다는 점에서, 극악무도한 범죄행위로 인하여 무고하게 살해당하였거나 살해당할 위험이 있는 일반국민의 생명권 박탈 및 그 위험과는 동일한 성격을 가진다고 보기 어렵고, 두 생명권이 서로 충돌하게 될 경우 범죄행위로 인한 무고한 일반국민의 생명권 박탈의 방지가 보다 우선시되어야 할 가치라 할 것이다.

따라서 사형제도에 의하여 달성되는 범죄예방을 통한 무고한 일반국민의 생명 보호 등 중대한 공익의 보호와 정의의 실현 및 사회방위라는 공익은 사형제도로 발생하는 극악한 범죄를 저지른 자의 생명권 박탈이라는 사익보다 결코 작다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 다수의 인명을 잔혹하게 살해하는 등의 극악한 범죄에 대하여 한정적으로 부과되는 사형이 그 범죄의 잔혹함에 비하여 과도한 형벌이라고 볼 수 없으므로, 사형제도는 법익균형성 원칙에 위배되지 아니한다.

(라) 결국 사형이 극악한 범죄에 한정적으로 선고되는 한, 사형제도 자체는 위에서 살펴본 바와 같이 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익균형성 등을 모두 갖추었으므로 생명권 제한에 있어서의 헌법상 비례원칙에 위배되지 아니한다.

## (2) 재판관 조대현의 반대의견

사형제도는 인간의 생명을 보호하거나 구원하기 위한 것이 아니므로 지고의 가치를 가지는 인간의 생명을 박탈해야 할 만큼의 필요성을 갖추었다고 보기 어렵고, 중대범죄자를 사형시키면 그 범죄자가 다시 범죄할 수 없게 하는 효과를 거둘 수 있지만 그러한 효과는 무기징역형이나 종신형에 의해서도 기대할 수 있는 것이므로, 중대범죄자의 재범을 막기 위하여 사형이 꼭 필요하다고 볼 수 없다. 결국 사형제도는 인간의 생명을 박탈하기에 필요한 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추지 못하였다.

## (3) 재판관 김희옥의 반대의견

사형제도는 인간의 존엄과 가치를 천명하고 생명권을 보장하는 우리 헌법



체계에서는 입법목적 달성을 위한 적합한 수단으로 인정할 수 없고, 사형제도를 통하여 확보하고자 하는 형벌로서의 기능을 대체할 만한 가석방 없는 무기자유형 등의 수단을 고려할 수 있으므로 피해의 최소화 원칙에도 어긋나며, 사형 당시에는 사형을 통해 보호하려는 타인의 생명권이나 중대한 법익은 이미 그 침해가 종료되어 범죄인의 생명이나 신체를 박탈해야 할 긴급성이나 불가피성이 없고 사형을 통해 달성하려는 공익에 비하여 사형으로 인하여 침해되는 사익의 비중이 훨씬 크므로 법익의 균형성도 인정되지 아니한다.

#### (4) 재판관 김종대의 반대의견

사형을 통해 달성하려는 목적을 충분히 이룰 수 있는 완화된 수단이 존재함에도 불구하고 굳이 사형을 통해 범인의 생명을 박탈하는 것은 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘어 과도하게 자유와 권리를 제한하는 것이고, 일반예방을 위해 사형제도를 두는 것도 그 존재와 정도를 파악하거나 측정할 수도 없는 막연하고 불확실한 이익을 위해 사람의 생명을 수단으로 이용하는 것으로서 정당화될 수 없으나, 우리의 현행 형벌체계에는 사형제도에 버금가는 효과를 가지는 형벌이 마련되어 있지 않으므로 가석방이나 사면 등의 가능성을 제한하는 최고의 자유형 제도가 도입되는 것을 조건으로 하여 사형제도는 위헌적 제도로서 폐지되어야 할 것이다.

#### (5) 재판관 목영준의 반대의견

사형제도의 기능으로 명백히 인정될 수 있는 것은 당해 범죄인을 사회로부터 영구히 격리하여 피해자에 대한 보복 및 재범의 가능성을 원천적으로 차단한다는 점뿐이다. 그러나 이러한 목적은 절대적 종신형이나 유기징역의 형기제한 폐지에 의하여도 상당 부분 달성될 수 있고, 사형제도의 경우 사회로부터 범죄인을 영원히 배제한다는 점 이외에는 형벌의 목적에 기여하는 바가 결코 명백하다고 볼 수 없으므로, 사형제도의 입법목적에 대한 수단의 적합성을 인정할 수 없다. 또한 우리나라는 1997. 12. 30. 사형을 집행한 이래 12년이 지나도록 선고된 사형을 집행하지 않음으로써, 사형제도가 실효성

을 상실하여 더 이상 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없게 되었다.

가석방이나 사면·감형이 허용되지 않는 절대적 종신형제 또는 유기징역의 경합범 가중시 형기를 단순합산시키고 유기징역의 상한을 폐지하거나 올리는 방안 등 사형제도를 대체할 만한 수단을 고려할 수 있음에도, 이를 외면하고 범죄인의 근원적인 기본권인 생명권을 전면적이고 궁극적으로 박탈하는 제도를 유지하는 것은 피해의 최소성 원칙에도 어긋난다.

사형을 통하여 이루려는 공익은 다른 대체적 형벌에 의하여 상당 수준 달성될 수 있으므로, 공익과 사익 간에 법익의 균형성이 갖추어졌다고 볼 수 없다.

#### **아. 사형제도가 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에 위배되는지 여부**

##### (1) 다수의견

사형제도가 인간 존엄성의 활력적인 기초를 의미하는 생명권 제한에 있어서 헌법 제37조 제2항에 의한 헌법적 한계를 일탈하였다고 볼 수 없는 이상, 사형제도가 범죄자의 생명권 박탈을 내용으로 한다는 이유만으로 곧바로 인간의 존엄과 가치를 규정한 일반조항인 헌법 제10조에 위배되어 위헌이라고 할 수는 없다.

또한 사형은 형벌의 한 종류로서, 다수의 무고한 생명을 박탈하는 살인범죄 등의 극악한 범죄에 예외적으로 부과되는 한 그 내용이 생명권 제한에 있어서의 헌법적 한계를 일탈하였다고 볼 수 없고, 사형제도는 공익의 달성을 위하여 무고한 국민의 생명을 그 수단으로 삼는 것이 아니라 형벌의 경고기능을 무시하고 극악한 범죄를 저지른 자에 대하여 그 중한 불법 정도와 책임에 상응하는 형벌을 부과하는 것으로서 이는 당해 범죄자가 스스로 선택한 잔악무도한 범죄행위의 결과라 할 것인바, 이러한 형벌제도를 두고 범죄자를 오로지 사회방위라는 공익 추구를 위한 객체로만 취급함으로써 범죄자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한 것으로 보아 위헌이라고 할 수는 없다.

한편, 사형을 선고하는 법관이나 이를 집행하여야 하는 교도관 등은 인간의 생명을 박탈하는 사형을 선고하거나 집행하는 과정에서 인간으로서의 자책감을 가지게 될 여지가 있다고 할 것이나, 이는 사형제도가 본래 목적인 바가 아니고 사형의 적용 및 집행이라는 과정에서 필연적으로 발생하게 되는 부수적인 결과일 뿐이다. 사형제도는 무고한 일반국민의 생명 보호 등 극히 중대한 공익을 보호하기 위한 것으로서 생명권 제한에 있어서의 헌법적 한계를 일탈하였다고 할 수 없는 이상, 이러한 공익을 보호하여야 할 공적 지위에 있는 법관 및 교도관 등은 다른 형벌의 적용, 집행과 마찬가지로 사형의 적용, 집행을 승인할 의무가 있다고 할 것이다.

(2) 이에 대하여 재판관 김희옥, 목영준은 사형제도는 헌법 제10조가 선언하는 인간의 존엄과 가치에 위배되고, 나아가 사형제도는 법률에 따라 사형을 선고하여야 하는 법관과 직무상 사형제도의 운영에 관여하여야 하는 사람들로 하여금 그들의 양심과 무관하게 인간의 생명을 계획적으로 박탈하는 과정에 참여하게 함으로써, 그들이 인간으로서 가지는 존엄과 가치 또한 침해한다고 판시하였다.

## 2. 형법 제41조 제2호, 제42조 중 각 ‘무기징역’ 부분(무기징역형제도)의 위헌 여부

형법 제42조는 사형 다음으로 무거운 형벌인 무기형(무기징역과 무기징고)을 규정하고 있다. 무기형, 이른바 ‘중신형’은 가석방의 가능성이 없는 ‘절대적 중신형’과 가석방이 가능한 ‘상대적 중신형’으로 구분할 수 있는데, 우리나라는 사실상 ‘가석방이 가능한 무기형’을 채택하되 ‘가석방이 불가능한 무기형’은 따로 규정하고 있지 아니하고 있다.

절대적 중신형 역시 자연사할 때까지 수용자를 구금한다는 점에서 사형에 못지 않은 형벌이고, 수형자와 공동체의 연대성을 영원히 단절시킨다는 비판을 면하기 어렵다는 점, 우리 형법이 가석방이 가능한 무기형, 즉 상대적 중신형만을 규정하고 있는 것으로 본다고 하더라도 현행 무기징역형제도의 형 집행 실무는 사실상 절대적 중신형을 본위로 운용되고 있다고 할 것이고 절

대적 종신형제도를 도입한다고 하더라도 여전히 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성이 열려 있는 점, 사형제도는 헌법에 위반되지 아니하므로 우리 형벌체계상 절대적 종신형을 반드시 도입하여야 할 필요성이 있다고 할 수 없다는 점, 현행 형사법령 하에서도 가석방제도의 운영 여하에 따라 사회로부터의 영구적 격리가 가능한 절대적 종신형과 상대적 종신형의 각 취지를 살릴 수 있다는 점 등을 고려하면, 현행 무기징역형제도가 상대적 종신형 외에 절대적 종신형을 따로 두고 있지 아니함으로 인하여 무기수형자들에 대하여 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로서 헌법 제11조의 평등원칙에 반하고 무기징역형제도가 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 갖추어야 한다는 책임원칙에 반한다고 단정하기 어렵다.

### 3. 결정의 의의

이 사건 결정은 사형제도의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소가 1996. 11. 28. 95헌바1 사건에서 합헌결정을 한 이후 두 번째 판례인데, 이번에 헌법재판소는 “사형제가 위헌인지 여부와 사형제를 법률상 존치할 것인지 여부의 문제는 서로 구분되어야 하고, 헌법은 제110조 제4항 등의 해석상 사형제도를 간접적으로나마 인정하고 있으며, 우리 헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니한데 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 있으며, 생명권의 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없고, 사형제도가 헌법 제37조 제2항에 위반하여 생명권을 침해하지는 아니하고 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에도 위반되지 않는다.”고 판시하였다.

이 사건 결정에서 사형제도의 합헌성을 인정한 재판관들도 사형제도 자체의 존치필요성보다는 헌법 제110조 제4항의 존재를 이유로 사형의 합헌성을 인정하는 것으로 보이고, 합헌의견을 개진한 재판관들이 “사형을 법정형으로 규정하고 있는 법률조항들이 적정한지 개별적으로 따져 보아야 하고 사형의 적용 대상과 범위를 최소화하며 수사 및 재판, 형의 집행 등 모든 절차를 세심하게 다듬고 정비하는 것이 필요하다.”고 덧붙인 것은 시사하는 바가 크다

고 할 것이다.

또한 무기징역형제도가 헌법에 위반되는지 여부에 대한 첫 번째 관례라는 점에서도 이 사건 결정의 의의가 있다.



## 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등

- 선거운동기간 중 인터넷실명확인제와 익명표현의 자유 -  
(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324, 2009헌바31(병합) 판례집 22-1상, 347)

최 용 호\*

### 【판시사항】

1. 인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항(이하 이 사건 ‘법률조항’이라 한다)이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 사전검열금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 인터넷언론사의 공개된 게시판·대화방에서 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위가 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의하여 보호되는 영역인지 여부(소극)
5. 실명인증자료의 보관 및 제출의무가 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

2008헌마324 사건에서는 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항이 청구인 박○훈의 표현의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부

---

\* 서울남부지방법원 판사, 전 헌법연구관

이고, 2009헌바31 사건에서는 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제3항 내지 제7항, 제261조 제1항이 위헌인지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

### 【심판대상조항】

#### (1) 2008헌마324 사건

구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것)

제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인)

① 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정안전부장관 또는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 신용정보업자(이하 이 조에서 “신용정보업자”라 한다)가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다. 다만, 인터넷언론사가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 본다.

⑥ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다.

⑦ 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.

#### (2) 2009헌바31 사건

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것)

제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인)

① 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경



우에는 행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.

③ 행정자치부장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하여야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.

④ 인터넷언론사는 제1항의 규정에 따라 실명인증을 받은 자가 글을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증” 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.

⑤ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다.

⑥ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다.

⑦ 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.

제261조(과태료의 부과·징수 등)

① 제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인) 제1항의 규정을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2008헌마324 사건

청구인 박○훈은 2008. 4. 9. 실시된 제18대 국회의원선거의 선거운동기간 중 인터넷언론 ‘레디앙’ 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대 의견을 게시하고자 하였으나, 인터넷언론사들이 선거기간 중이라는 이유 또는 먼저 실명확인 절차를 거치지 아니하였다는 이유로 글의 게시조차 막는 바람에 의견을 게시하지 못하였다. 박○훈은 심판대상조항이 청구인에게 보장된 헌법 제21

조의 표현의 자유 등을 침해하였다며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 나. 2009헌바31 사건

청구인 사단법인 참○상은 2007. 12. 19. 실시된 제17대 대통령선거에서 관할 선거관리위원회 위원장으로부터 청구인이 발행하는 인터넷신문인 ‘민중 언론 참○상’ 홈페이지에 관하여, 구 공직선거법 제82조의6 제1항이 정하는 실명확인의 기술적 조치를 하라는 명령을 받았고, 그 불이행을 이유로 개시된 2009. 2. 16. 서울서부지방법원 2008과53 공직선거법위반(이의신청) 사건에서 심판대상조항에 대한 위헌심판제청신청(2008카기681)을 하였으나 기각결정을 받아, 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장요지

#### (1) 사전검열금지의 원칙 위배

이 사건 실명확인제는 자신에 대한 정보를 제공하지 아니하면 표현자체를 금지시키는 것으로서 의사표현의 발표여부가 행정권의 허가에 달려있는 사전심사에 해당하므로 사전검열금지에 위배된다.

#### (2) 명확성원칙의 침해

구 공직선거법 제82조의6 제1항은 개인이 운영하는 카페·블로그 등도 ‘인터넷언론사’에 포함되는 것으로 해석될 우려가 있고 ‘지지·반대의 글’의 의미가 명확하지 않으므로 명확성의 원칙에 위배된다.

#### (3) 익명표현의 자유의 침해

국가가 강제력을 동원하여 본인임이 확인된 사람에 대해서만 의사표현의 기회를 부여하는 것은 위축효과(chilling effect)를 불러와 자유로운 의사표현을 불가능하게 하므로 정치적 표현의 자유를 침해한다.

#### (4) 과잉금지원칙의 위배

이 사건 실명확인제는 입법목적의 정당성이나 수단의 적절성도 없을 뿐만 아니라 현행법상 명예훼손에 관한 법리나 후보자비방죄로 후보자비방에 대한 충분한 규제가 가능하므로 과잉금지의 원칙에 위배되고, 이용자의 이의신청권 등이 부여되지 않아 적법절차의 원칙에 위배된다.

#### (5) 언론의 자유 및 직업수행의 자유 침해

이용자의 표현의 자유가 침해당함으로써 그 의견을 수렴하여 여론을 형성하는 언론의 자유도 함께 침해받을 수밖에 없고 비용의 증가와 이용자 수의 감소 등 인터넷언론사의 직업수행의 자유도 침해받는다.

#### (6) 양심의 자유의 침해, 사생활의 비밀 침해

인터넷 게시판·대화방에서 실명확인을 강요하는 것은 선거에 있어서 윤리적 판단과 사상을 외부에 표명하도록 강제하는 것이므로 양심의 자유를 침해하고, 사생활의 비밀을 침해하며 개인정보의 자기결정권도 침해한다.

### 나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견요지

#### (1) 사전검열금지의 원칙

실명확인 절차만 거치면 자유로이 그 의사를 표현할 수 있으므로 이 사건 실명확인제가 표현의 내용을 기준으로 그 발표여부를 결정한다거나 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단에 해당하는 것은 아니므로 사전검열에 해당하지 않는다.

#### (2) 명확성의 원칙

공직선거법 제8조의5 및 인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙 제2의 규정에 따라 해당 인터넷언론사가 심의대상에 포함되어 있음을 게시하고 있으므로 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

#### (3) 과잉금지의 원칙

이 사건 실명확인제는 선거의 공정성을 확보하기 위하여 익명성을 악용한

비방·허위사실공포 등 인터넷 선거운동의 피해방지를 위한 것이므로 입법 목적이 정당하고, ‘선거운동기간 중’에만, 인증결과에 따른 ‘실명인증’ 마크만이 표출되도록 하여 표현의 자유가 침해되는 것을 최소화하였으며, 짧은 선거운동기간 중 신속성·전과성을 가진 인터넷 홈페이지에서 일어나는 후보 자비방을 방지할 대체수단이 없다.

### 【결정요지】

1. 관계법령의 규정 내용이 구체적으로 인터넷언론사의 범위에 관하여 규정하고 있고 독립된 헌법기관인 중앙선거관리위원회가 설치·운영하는 인터넷선거보도심의위원회가 이를 결정·게시하는 이상, 해당 인터넷언론사가 자신이 실명확인 확인 조치의무를 지는지 여부에 관하여 확신이 없는 상태에 빠지는 경우를 상정할 수 없고, ‘지지·반대의 글’은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 자신의 글이 이에 해당하는지를 충분히 알 수 있다고 할 것이므로 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

2. 인터넷이용자로서는 스스로의 판단에 따라 실명확인 절차를 거치거나 거치지 아니하고 자신의 글을 게시할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 사전 검열금지의 원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

3. 이 사건 법률조항은 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성 위협받아 발생하는 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고 그 수단의 적합성 또한 인정됩니다. 나아가 인터넷의 특성상 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬운 점, 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 불가능한 점, 인터넷이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항은 피해를 최소화하기 위한 요건을 갖추었다.

4. 나아가 인터넷언론사의 공개된 게시판·대화방에서 스스로의 의사에 의하여 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위가 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의하여 보호되는 영역이라고 할 수 없다.

5. 이 사건 실명인증자료의 보관 및 제출의무는 개인의 인적정보를 수집

할 목적으로 규정된 조항이 아니므로 개인정보를 대상으로 한 개인정보자기 결정권에 대한 제한은 아니라고 할 것이다.

### 재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대의견

이 사건 법률조항은, 의사표현 자체를 위축시켜 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해하며 유익한 익명표현까지 사전적이고 포괄적으로 규제하여 오히려 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 장애가 된다고 할 것이다.

이 사건 법률조항의 규제대상인 ‘인터넷 언론사’의 범위에 관한 공직선거법 제8조의5 제1항에 의하더라도 사실상 모든 웹사이트들이 인터넷 언론사에 해당될 수 있을 뿐만 아니라 규제대상이 무한정 확대될 우려가 있고, 지지·반대의 글이 게시될 ‘가능성’만 인정되면 모두 규제대상이 될 수 있도록 하고 있으므로 규제의 공간적 범위가 지나치게 광범위하다고 할 것이다.

특히 후보자 등에 대한 ‘지지의 글’은 비방이나 명예훼손의 우려가 적음에도 불구하고, 반대의 글과 마찬가지로 실명인증을 요구하는 것은 비방이나 명예훼손 등의 선거범죄를 예방하고자 하는 입법목적에도 부합하지 않을 뿐 아니라, 익명표현의 자유를 과잉제한 하는 것이다.

또한 인터넷 게시판을 실명방과 비실명방으로 구분하여 유형화하고 비실명방의 경우 경고문을 게재하는 등의 방법이 있고, 명예훼손죄나 후보자 비방죄 등의 제재수단을 이미 마련해 놓고 있으며, 사후적으로 게시물 표현자의 신원을 확인할 방법이 있음에도 불구하고, 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 사전적, 예방적 규제를 하는 것은 국민을 잠재적 범죄자로 취급하고, 이에 따라 익명에 의한 표현 자체를 제한하는 것이므로 최소침해성에도 위반된다고 할 것이다.

나아가 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 기간으로 볼 수 있다는 점과, 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치라는 점을 고려한다면, 익명표현의 자유가 제한됨으로써 받는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없어 법익의 균형성도 인정되기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다.

## 【해설】

### 1. 쟁점

이 사건에 있어서 검토할 범위는 이 사건 법률조항이 인터넷언론사 이용자의 익명표현의 자유 및 사생활의 비밀과 자유에 의해 보장되는 자기정보통제권과 인터넷언론사의 직업수행의 자유를 사전검열 금지의 원칙, 명확성의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙, 과잉침해 금지의 원칙, 적법절차의 원칙을 위반하여 제한함으로써 위헌인지 여부이다.

### 2. 재판의 전제성(2009헌바31 사건)

청구인 사단법인 참○상은 용산구 선거관리위원회 위원장으로부터 정해진 기한까지 실명확인 의무를 이행하지 아니하였다는 이유로 구 공직선거법 제82조의6 제1항, 제261조 제1항에 의하여 과태료처분을 받고 그 이의신청 사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

따라서 재판의 전제성이 인정되는 조항은 제82조의6 제1항 및 제261조 제1항이라고 할 것이고, 심판대상조항 중 행정자치부 장관 등의 자료제출 의무를 정한 제82조의6 제3항, 실명확인 의무의 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 정한 제4항, 인터넷언론사의 이용자에 대한 정보수집을 금지한 제5항, 실명확인 위반의 글에 대한 인터넷언론사의 삭제의무를 규정한 제6항, 제7항은 그 위헌 여부에 따라서 위 과태료 이의신청의 재판의 내용과 효력에 관하여 법률적 의미가 달라지거나 제1항과 체계적으로 밀접 불가분한 관계에 있는 법률조항이라고 할 수 없으므로, 구 공직선거법 제82조의6 제3항 내지 제7항은 당해 사건의 재판의 전제성이 없다(이하 본안판단 대상 중 과태료 규정인 제261조 제1항을 제외한 위 각 제82조의6 제1항과 제6항, 제7항을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다).

### 3. 본안에 대한 검토

#### 가. 대한민국 인터넷 문화의 특수성

한국은 세계 최고 수준의 초고속정보통신망을 갖추고 있으며, 한국 네티즌(Netizen)<sup>1)</sup>의 인터넷 이용률도 세계에서 가장 높은 축에 속한다. 특히 이른바 게시판·대화방·댓글 문화가 상당히 발달하였는데, 특히 선거철에는 게시판·대화방 등에 각종 비방과 흑색선전이 난무하는 혼탁한 양상이 전개되는 경우가 많다. 그럼에도 불구하고 게시판 등의 활성화는 인터넷 포털 사이트들이 추구하는 광고 등과 관련된 상업성과 맞물려 있기 때문에, 그러한 혼탁한 양상을 바로잡기 위한 자율적인 노력들이 아직까지는 크게 가시적인 성과를 내지 못하고 있다. 이러한 형태의 인터넷 문화는 외국에서는 찾아보기 어려운 현상<sup>2)</sup>, 이와 관련한 외국의 입법례나 선례를 발견하기 어렵고, 결국 우리의 현실을 감안하여 적합한 논리와 결론을 이끌어 내야 할 입장인 것이다.<sup>3)</sup>

#### 나. 인터넷 선거운동의 의의

인터넷은 매체에의 접근이 용이하다는 점과 특징인에 의한 독점이 배제되

- 
- 1) 네티즌은 Network와 Citizen의 합성어로서 네트워크로 이루어진 가상사회의 구성원이란 의미를 가진 조어이다 ; 한국의 2006년도 기준 인터넷 이용자는 4,300만명을 넘어섰고 만 6세 이상 인구 중 73%가 인터넷을 사용하므로 경제활동인구의 100%가 사용한다고 보아야 할 것이다.
  - 2) 가령 야후(Yahoo)를 예로 들면, ‘한국 야후’ 홈페이지에 있는 정치관련 뉴스 기사에는 으레 수많은 댓글들이 붙어 있기 마련이고 기사를 클릭하면 댓글 제목까지 자동적으로 보이게 되어 있으며, 제목 자체가 욕설과 흑색선전으로 이루어져 있는 경우가 많다. 그러나 영국, 독일, 일본 야후의 경우에는 기사만 클릭해서는 네티즌들의 의견을 볼 수 없으며, 따로 블로그를 찾아 들어가야 기사에 대한 네티즌들의 반응을 볼 수 있다. 미국 야후의 경우에는 기사를 본 후 네티즌들의 의견을 보고 싶은 경우에는 따로 기사 하단의 ‘discussion’ 아이콘을 클릭해야 한다. 다만 요즘 우리나라에서도 네이버(Naver)는 ‘네티즌 의견’란의 ‘의견펼치기’를 클릭해야 댓글이 보이도록 시스템을 변경하여 운영하고 있다. 여운국 전연구관의 2007.12.27.선고된 2004헌마221사건에 관한 2007.11.30.자 수정연구보고서 6면.
  - 3) 뒤의 별지2. 외국입법례에서 보듯이 인터넷 실명제를 일부라도 도입하거나 논의 중인 나라는 우리나라가 유일하고, 특히 뉴스에 직접 댓글을 다는 나라도 우리나라 뿐인바 외국에서는 누군가 만일 해당뉴스에 대해 의견을 밝히고 싶으면 당해 언론사 웹마스터에게 메일을 보내는 방식을 취하므로 정제된 언어가 주류를 이룬다고 한다. 강덕원, “인터넷 선거실명제에 관한 연구”, 선거논단 4호(2006), 151면.

는 분산력이 있다는 점에서 다른 형태의 대중매체들과는 뚜렷한 차이점을 갖는다. 즉, 기존의 매체들은 일반적으로 선거 후보자가 제공하는 정보를 한번 편집·정화하지만, 인터넷 공간에서는 정치적 메시지들이 편집과정 없이 직접 유권자에게 전달될 수 있고 또한 실시간 쌍방향적인 의사교환까지 가능하다는 점에서 보다 많은 정보를 유권자에게 제공하고, 특히 젊은 유권자들의 정치참여를 유도 하는 기능을 통하여 소위 진정한 민주주의 선거가 가능하게 될 수 있다고까지 평가된다.

그러나 이렇듯 인터넷의 쌍방향성, 시공간적 무제약성, 광범성, 동시성 등의 특성은 선거에 있어서 주로 긍정적인 방향으로 작용하지만, 이 역시 이른바 세대간·계층간·지역간의 정보격차(digital divide)가 정치적 정보접근이나 획득에 있어서 불평등을 초래하고 결국 정치적 소외를 불러일으키는 점에서 어두운 면을 가지고 있고, 나아가 인터넷의 또 다른 주요특성인 ‘익명성’은 후술하는 바와 같이 특히 억압적 통치구조 아래에서도 진정한 정치적 비판을 가능하게 한다는 긍정적인 면과 아울러 특정후보에 대한 비방과 패러디, 악의적인 글 등으로 공정하고 깨끗한 선거를 해할 가능성이라는 부정적인 면을 가지고 있다.

그럼에도 인터넷은 선거정치를 개혁시킬 수 있는 엄청난 가능성을 잠재한 수단이라는 점에 대부분의 사람들은 동의한다. 이는 인터넷 선거운동의 합리적인 제도화는 인터넷이 대의제 선거제도의 한계를 많은 부분에서 극복할 수 있는 유효한 장치로 기능하게 되는 것을 의미<sup>4)</sup>하고, 이를 위하여는 관련 법률을 통하여 이러한 장점을 수용하고 단점을 최소화할 수 있는 법적인 제도가 마련되어야 함을 의미하는 것이다.

## 다. 인터넷 실명제 일반론

### (1) 개념

우선 이 사건 법률조항들에 의한 선거실명확인제를 논의하기에 앞서 일반

4) 오늘날 전자민주주의는 전통적 대의제 민주주의의 한계를 극복하는 대안으로 제시되기도 한다. ‘전자 아고라(electronic agora)’와 같이 완전한 형태의 제퍼슨식 민주주의를 실현할 수 있다고 보기 때문이다. 조소영, “공직선거법상 인터넷관련 규제에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구 13권 1호(2007), 44면.



적으로 논의되는 “인터넷 실명제”를 살펴본다.

인터넷 실명제는 일반적으로 ‘온라인상에서 성명, 주소, 주민등록번호 등의 개인정보 입력을 통하여 실명인증과정을 거친 후 실명이 확인된 경우에만 인터넷 게시판에 글을 올릴 수 있도록 하는 방식<sup>5)</sup>’으로 설명된다. 즉, 인터넷에서의 활동 주체인 네티즌의 동일성(identity), 즉 그 신원(ID, identification; 사용자계정 user account) 확인을 법제도화하겠다는 것으로, 사이버공간에서의 활동 주체의 익명성 인정여부를 각 사이트의 자율에 맡기지 않고 이를 법으로 강제하겠다는 인터넷 법치주의의 선언으로 이해되기도 한다.<sup>6)</sup>

이는 ‘실명확인실명제’<sup>7)8)</sup>와 ‘실명노출실명제’로 나눌 수 있는데, 전자는 이

- 5) “주민등록번호 혹은 기타의 기술적인 실명인증방법을 통해서 본인으로 확인된 자만이 일정한 정보통신서비스를 이용할 수 있거나 게시판을 통하여 의사표현을 할 수 있고, 당해 정보통신서비스를 제공하는 자는 본인인증을 위한 기술적 조치를 구축하여야 할 법적 의무뿐만 아니라 본인인증이 이루어지지 않는 자에 의해 게시된 의견이나 글을 삭제하거나 본인인증이 이루어지지 않는 자에 의한 당해 정보통신서비스의 이용을 차단하여야 할 법적 의무를 지게 되며, 이러한 법적 의무를 위반한 자에 대해서는 제재조치가 부과되는 제도”라고 정의하기도 한다. 황성기, “인터넷 실명제 : 누구를 위한 초가삼간 태우기?”, <http://blog.daum.net/openuser/11259069?srchid=BR1http%3A%2F%2Fblog.daum.net%2Fopenuser%2F11259069>
- 6) 통상 게시판실명제는 두 가지 의사소통적 구조에서 요청된다고 한다. 첫째 의사소통적 관계에 들어가 있는 당사자들이 상호 상대방의 개인적 속성 - 특히 그의 현실공간(real space)에서의 개인적 속성(personal attributes) - 을 알 수 있게 하거나 또는 그에 관한 정보를 요청하는 상대(콘텐츠로서의 실명 : 현명성)가 그것이며, 둘째 콘텐츠의 밖에서 의사소통의 상대방이나 이들 의사소통적 관계와 떨어져 있는 제3자의 입장에서 이 의사소통적 관계에 들어가 있는 당사자들의 신원을 사후적으로 확인할 수 있는 상태(추적가능성으로서의 실명)로 만들고자하는 요청이 그것이다. 한상희, “사이버공간에서의 익명성과 책임”, CLIS Monthly, 2003-5/6호, 15면.
- 7) 이를 반대여론을 의식한 일종의 편법으로 보고 인터넷실명제가 사이버 범죄 사후대책이 아니라 사전 예방책이라는 점을 고려하면 실명노출실명제가 타당한바 본인이 글을 올릴 때 자신의 실명이 함께 올라가야 게시물의 내용이 최소한의 기본적 도덕성을 갖추게 된다고 하고 이를 ‘인터넷현명제’라고 부르는 견해가 있다. 정완, “사이버폭력 방지책으로써의 인터넷실명제”, 형사정책연구소식 제93호(2006.), 7면 ; 실명게시판우대제는 실명게시판과 익명게시판을 병행하여 운영하되 실명게시판을 접근성이나 응답 등에서 우대하는 제도이다.
- 8) 본인확인을 거부할 경우 사적 글쓰기와 글읽기, 공적 글읽기는 허용되지만, 공적 글쓰기(게시판, 댓글 등)는 허용되지 아니한다. 이는 공적 글쓰기에 대한 개인의 책임을 묻는 시민사회적 원리에 종속된 것이기보다는 자신의 진짜 존재를 국가에 등록하는 주권국가 통제원리(주민등록번호 등을 적용한다면 더욱)에 종속된 것이라고

용자가 해당게시판을 운영하는 관리시스템에 성명·주민등록번호 등 주요인적사항을 확인받고 회원 가입하여 실명을 인증한 뒤 자유롭게 ID(필명)로 글을 쓰는 제도로 일반네띠즌은 글쓴이가 누구인지 알 수 없으나 홈페이지 관리자는 알 수 있는 반면 후자는 ID 대신 실명을 쓰는 제도이므로 누구든지 글쓴이를 알 수 있는 것이다.<sup>9)10)</sup>

구 분		회원가입요건	게시자표시	게시자 확인(확인방법)
익명제 (비실명제)		없음	무명 또는 ID	어려움(IP추적 등)
실명제	실명 확인	성명, 주민번호일치	실명확인 가능한 ID	보통(시스템 저장자료확인)
	실명 노출	성명, 주민번호일치	실명	쉬움(공개)

(2) 실명확인제과 본인확인제

이 사건 법률조항들에 의하여 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법이라고 한다)’ 제44조의5에 따른 본인확인조치<sup>11)</sup>

한다. 팔란티어2020, 우리는 마이크로 소사이어티로 간다, 웅진씽스(2008), 95면.

9) 강덕원, 전계논문, 150면.

10) 그 외에 인터넷 실명제를 첫째 공직선거법상 선거게시판실명제(인터넷언론사에 국한하여 정치적인 글만 대상으로 함), 일반게시판실명제(영리목적 일정규모 이상의 웹사이트를 대상으로 함), 일반적 인터넷실명제(모든 웹사이트를 대상으로 하여 모든 이용에 실명제를 적용)로 나눌 수도 있을 것이다.

11) 2008. 1. 17. 자 정보통신부 보도자료 “2008년 제한적 본인확인제 적용대상 사업자 선정”

“포털, 인터넷언론, UCC전문사이트 총 37곳 - 정보통신부는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’에 따라 ‘08년도 제한적 본인확인제 적용대상 사업자를 작년보다 6곳 많은 37곳을 선정하여 17일 정보통신부 홈페이지(www.mic.go.kr)와 인터넷진흥원 홈페이지(www.nida.or.kr)를 통해 공시하고, 개별 사업자에게 통보하였다. ※ 제한적 본인확인제란 ‘07.7.27일부터 시행하여 ‘이용자가 게시판에 댓글 등의 정보를 게재하기 전에 먼저 해당 게시판 관리·운영자가 해당 이용자의 본인 여부를 확인토록 하는 제도’를 말한다.) 이번에 선정된 대상 사업자는 인터넷 전문 조사기관 3곳을 통해 지난해 10월부터 12월까지 3개월 동안의 일일평균 이용자 수를 조사한 후 확정하였다. 대상 사업자는 네이버, 다음 등 일일평균 이용자수 30만 이상의 포털 16곳, 조인스닷컴, 조선일보 등 일일평균 이용자수 20만 이상의 인터넷언론 15곳과 판도라TV, 티스토리 등 일일평균 이용자수 30만 이상의 UCC전문사이트 6곳이며, 경향신문(khan.co.kr), 데일리서프라이즈(dailyseop.com) 등 6곳은 ‘08년에 새롭게 선정되었다. 이번에 선정된 대상 사업자 중 ‘07년부터 본인확인제를

는 실명확인조치로 인정되고 있지만, 선거실명확인제의 의미와 그 목적을 보다 잘 이해하기 위하여 양자를 비교한다.

정보통신망법의 본인확인조치는 영리를 목적으로 하는 일정 규모 이상의 정보통신서비스제공자인 포털사이트와 공공기관 등이 설치·운영하는 게시판을 이용하는 자를 대상으로 하는 것으로 상업성 또는 공공성을 지닌 웹사이트의 방문자가 게시판을 이용하려면 상시 본인여부를 확인받아야 자신의 글을 게시할 수 있다. 일반적인 네티즌이 대상인 본인확인제와 선거운동을 하는 자가 대상인 실명확인제 적용범위부터가 다르다. 사회적 공론장에 네티즌 본인의 참여를 활성화하여 정보통신망의 이용을 촉진하고, 이를 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하고자 하는 보호법익은 실명확인제와 달리한다. 사이버공간의 공적 여론의 형성에 참여를 위한 자기 표시행위의 ‘기술적 통제’를 제도화한 양자를 비교하면 아래 표와 같다.<sup>12)</sup>

---

시행해왔던 사업자는 기존과 동일하게 계속 운영할 예정이며, 새롭게 선정된 6곳은 시스템 마련 등 준비과정을 거쳐 오는 4월 1일부터 본인확인제를 적용하여 게시판을 운영할 예정이다. 정보통신부는 제한적 본인확인제의 원활한 정착을 위하여 1월 경 선정된 사업자들을 대상으로 정책설명회를 개최하고, 연중 주요 대상 사업자와 함께 공익광고 등 홍보 캠페인을 추진하는 한편, '07년 9월에 이어 올해 5월에는 제한적 본인확인제의 효과를 심층 분석하여 그 결과를 발표할 예정이다.”

12) 김충운, “사이버상 공직선거운동 규제 개선방향”, 연세대 행정대학원 석사학위논문(2008.6), 63면.

※ 실명확인 조치와 본인확인 조치에 관한 비교

구 분	실명확인 조치	본인확인 조치
근거법률	공직선거법 제82조의6	정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5, 제44조의2
목 적	선거운동의 공정성 확보	정보통신망 이용촉진 및 개인의 정보 보호
기 간	선거운동기간	상시
대 상	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 인터넷언론사(의무대상)</li> <li>• 정당·후보자(임의대상)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 공공기관 등<sup>13)</sup></li> <li>• 정보통신서비스제공자 (일일 평균이용자수 10만 명 이상)<sup>14)</sup></li> </ul>
범 위	위의 자의 당해 홈페이지의 게시판·대화방 등	위의 자가 설치·운영하는 게시판
확인대상자	정당·후보자에 대한 지지·반대의 글게시자	게시판 이용자
확인조치 이행명령	중앙선거관리위원회가 인터넷언론사에게(과태료 처분)	방송통신위원회가 위의 정보통신서비스 제공자에게 (과태료 처분)
삭제요청 및 조치	<p>“실명인증” 표시가 없는 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글에 대하여 지체 없이</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 인터넷언론사의 자진삭제</li> <li>• 정당·후보자·각급선거관리위원회의 요구에 의한 인터넷 언론사의 삭제</li> </ul>	<p>일반에게 공개 목적으로 제공된 정보로 인하여 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리 침해를 받은 자가 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재 요청 → 정보통신서비스제공자는 지체 없이 삭제, 임시조치<sup>15)</sup> 등의 필요한 조치</p>
배상책임		위의 대상기관이 선량한 관리자의 주의로써 본인확인조치를 한 경우 이용자의 명의를 제3자에 의하여 부정사용됨에 따라 발생한 손해에 대한 배상책임을 줄이거나 면제 조치

13) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5(게시판이용자의 본인확인) ①국가기관, 지방자치단체, 「정부투자기관 관리기본법」 제2조의 규정에 따른 정부투자기관, 「정부산하기관 관리기본법」의 적용을 받는 정부산하기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단(이하 “공공기관등”이라 한다)

14) 2009. 1. 현재는 앞서 본 시행령에 따라 본인확인조치 의무대상사업자가 일일평균 30만이나 이를 개정하여 10만으로 확대하려고 하고 있다. 이 경우 현재의 37개 포털에서 178개로 대폭 확대된다. 디지털타임즈 2008.12.4.자

15) 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자가 해당 정

## 라. 이 사건 법률조항들의 입법배경, 목적 및 입법연혁<sup>16)</sup>

### (1) 선거실명확인제의 입법배경

인터넷의 특성인 익명성·비대면성·빠른 전파성에 의한 순기능·역기능은 선거에 있어서도 그대로 나타난다. 즉, 순기능은 인터넷을 이용하여 정책 등을 유권자를 대면하지 않고 쉽게 알릴 수 있고 비용이 저렴하다는 점인데, 역기능은 비방, 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되는 등 정보의 왜곡이 쉬워 선거의 공정성을 해할 우려가 있다는 점이다. 이러한 역기능은 인터넷의 전파속도에 비추어 볼 때 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 어려워 결국 선거결과에 왜곡우려가 크다는 점에서 더욱 문제가 된다. 핵심쟁점은 표현의 자유 즉, 선거운동의 자유를 최소한으로 침해하면서 비방이나 흑색선전을 막아 선거의 공정성을 지킬 수 있는 최선의 방법이 무엇인지를 찾는 것이다.

특히 인터넷선거범죄는 일반 선거범죄와 달리 공간의 제한 없이 유권자에 접근하는 공간침투 유형의 범죄로서 특히 한국의 경우 인터넷문화의 특수성 및 매선거마다 반복되는 선거의 과열·혼탁양상 및 그러한 양상의 인터넷으로의 손쉬운 전이 및 증폭 현상에 비추어 볼 때 이에 대한 예방·단속 조치의 필요성이 강하게 제기되고 있었다. 즉, 인터넷상의 불법행위에 대한 선거의 공정성을 담보하고자 하는 제도적 장치가 필요하게 된 것인바 그러한 면에서 보았을 때 ‘익명성’은 인터넷선거범죄를 부추기는 주요요인으로 지목되었고 결국 인터넷관련 정치영역에서 ‘익명성’을 일정부분 배제하여야 한다는 논리가 정당성과 지지를 얻게 되었다. 이러한 유언비어의 유포, 비속어의 남용, 타인의 명예훼손이나 비방, 허위사실의 공표 등과 그에 대한 책임회피가

---

보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제를 요청하였음에도 불구하고 정보통신서비스제공자는 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치인 ‘임시조치’를 할 수 있다. 임시조치의 기간은 30일 이내로 하고 있다. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의2(정보의 삭제요청 등) 참조. 그리고 정보통신서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되는 경우에는 임의로 임시조치를 할 수 있다. 같은 법 제44조의3(임의의 임시조치) 참조.

16) 구체적 조문은 별지 1. 신구조문 대비표와 같다.

익명성에 기대어 이루어지는 현실을 고려하더라도 선거실명확인제는 선제적 대안으로서 규제법제에서 보기 드문 선거운동 주체에 대한 규제조치라 할 것이었지만 2004년 17대 총선에 앞서 2004. 3. 12. 선거실명확인제가 시행되게 되었다.

다만, 선거실명확인제는 인터넷이용자가 자기 정체성을 실명인증 방법으로 확인하는, 정치적 의사표현행위에 대한 선행적 자기 통제제도로 볼 수 있어, 표현의 자유와 충돌을 일으킬 개연성이 높고 정치적 의사 표현의 위축효과(chilling effect)를 야기할 우려도 적지 않다는 논란이 시행이전부터 있었다.

## (2) 선거실명확인제의 도입

구 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법명과 내용이 개정되기 전의 것)이 도입한 인터넷 실명제는 처음부터 위헌 논란이 제기되었을 정도로 찬반이 팽팽히 맞서있었다.<sup>17)</sup>

이렇게 도입된 인터넷 실명제는 첫째, 인터넷언론사는 게시판·대화방 등에 ‘선거에 관한 의견’을 게시할 수 있도록 하는 경우 당해 인터넷사이트에 ‘실명확인하는 기술적 조치’<sup>18)</sup>를 하여야 하며, 정당·후보자 및 예비후보자는 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷 홈페이지에 실명확인 기술적 조치

17) 2003년 상반기에 정보통신부장관이 노무현 대통령에 대한 업무보고에서 일반적인 인터넷실명제에 대한 계획을 밝혔는데 이에 대하여 시민단체가 강력 반발하자 이를 백지화한 바 있다. 그러나 인터넷실명제에 대한 정치권의 현실적 요구 때문에 공론화 내지 위헌 여부에 대한 검증과정을 생략한 채 급박하게 법률에 도입되었다고 한다. 즉, 2002년 대통령선거가 소위 ‘인터넷선거’로 불리울 정도로 인터넷의 위력이 막강하자 정치권은 2004년 4.15총선이 실시되기 전에 소위 ‘선거의 공정성’을 대의명분으로 내세워 선거영역에 한정된 인터넷 실명제인 선거실명확인제를 도입하기로 한 것이다. 황성기, “인터넷실명제의 헌법적합성에 관한 연구”, 1면. 그 후 2005년 소위 ‘개똥녀 사건(2005.6. 지하철 바닥에 본인의 애완견의 배설물을 치우지 않고 내린 여성의 사진을 인터넷에 퍼트린 사건)’ 등을 계기로 인터넷 실명제를 일 정규모 이상의 포털에 적용하는 정보통신정보통신망법 개정을 하였고 최근에는 ‘최진실 사건’등을 계기로 인터넷 실명제의 적용범위를 인터넷 전반에 확산하려는 시도를 하고 있다.

18) ‘실명확인 기술적 조치’는 인터넷언론사가 인터넷사이트 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 하는 기술적 조치를 말한다.

를 할 수 있었다. 그런데 이처럼 실명 확인에서 인터넷언론사 사이트에 성명과 주민등록번호의 기입방식은 문제의 소지를 안고 있었다.

둘째, 행정자치부장관 또는 신용정보업자에게는 위에서 말한 게시판·대화방 등에 의견 게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인하여 줄 수 있도록 하여 실명확인을 담당할 기관이 이원화되었다.

그런데 실명제의 실시는 그에 필요한 기술적 조치의 준비기간을 두어 2004. 4. 10.까지 유예되었고, 실명확인 대상은 당초에 선거관리위원회가 접속률을 조사해 상위 50개 인터넷언론매체를 지정하고 한 달 간격으로 접속률을 재조사해 다시 지정토록 규정되었으나, 지정기준이 모호하다는 이유로 모든 인터넷언론으로 확대되었다.

### (3) 선거실명확인제의 보완

선거실명확인제가 17대 총선에 즈음하여 위헌제정, 헌법소원의 대상이 되자 이러한 문제를 입법적으로 보완해 이를 적극 방어할 필요와 그리고 2006년 4회 지방선거에 대비하고자 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 위헌소지의 요인이 될 사항이 개정 보완되었다.

가장 중요한 변경은 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 글’(이하 ‘지지·반대의 글’이라 한다)을 게시할 수 있도록 하는 경우에 실명인증방법으로 ‘실명확인받는 기술적 조치’<sup>19)</sup>를 하여야 하도록 한 점이다.

종전 2004년 인터넷언론사가 실명‘확인하는’ 제도에서 지적된 사항이 2005년 실명‘확인받는’ 제도로 변경되고, 다시 2008년 개정으로 개선보완된 점을 살펴보면,

19) 2005년 실명제는 인터넷언론사가 인터넷사이트 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 행정안전부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 말한다. 2004년 실명제의 경우 인터넷언론사가 선거에 관한 의견게시물을 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인하는 기술적 조치와는 다르다. ① 정당한 절차로 이루어졌다는 것을 공적기관이 증명하는 인증방법이고, ② 인터넷언론사 자체의 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따라 본인확인조치를 한 경우에도 이에 같음하고 있다.

첫째, 실명확인 방법이 인터넷언론사가 아닌 국가기관이나 신용정보업자의 확인받는 인증방법으로 바뀐 것이다.

둘째, 실명확인 기간제한이 없다가 선거운동기간으로 단축되어 선거운동기간이 아닌 때에는 실명확인을 요하지 않는다. 그 적용기간을 최소화함으로써 선거에 관한 정치적 의사표현의 자유 제한이나 네티즌의 발언권 봉쇄 등 위헌소지를 제거한 방어적 대응이다.

셋째, 선거에 관한 의견은 포괄적으로 범위가 특정되지 않고 한계가 불명확하여 단속기관의 자의적 판단에 맡겨질 경우 오히려 정치적 의사표현의 자유를 침해한다는 논란이 일게 된다. 제한요건을 구체화하고자 ‘지지·반대의 글’로 명확히 축소한 것이다. 애매한 내용일수록 단속의 어려움이 가중됐고, 이해관계자에 대한 설득력이 부족하여 승복하지 아니하는 경우도 있었다. “실명인증” 표시가 없는 글을 삭제하지 아니한 자는 300만원 이하의 과태료 처분제도를 두었다.

넷째, 종전 인터넷언론사가 글을 게시하고자 하는 자의 성명과 주민등록번호의 기입을 요하는 방식에서 제3자를 통한 실명확인 절차 이외에서 그 기재를 요구하지 못하게 하였다. 개인정보의 유출 방지 및 정보수집으로 다른 목적에 사용되는 경우에 대한 예방 차원의 대응조치이다.<sup>20)</sup>

다섯째, 실명인증기관은 종전 행정자치부장관 또는 신용정보업자 이원화 방법으로 운영되다가 2005. 8. 4. 행정자치부장관으로 일원화되었고, 개정공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것)으로 다시 종전과 같이 이원화<sup>21)</sup>되었다. 또한, 인터넷언론사가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 실명확인 조치에 갈음한 것으로 인정되고 있다.<sup>22)</sup>

20) 행정안전부는 2008년 5월 15일 앞으로 다른 사람의 주민등록번호와 주소를 수집해서 대가를 받고 넘기면 최고 3년형의 징역형에 처해진다는 주민등록법 개정안을 입법예고했다(dongA.com. 2008/05/16).

21) 이미 인터넷언론사가 민간실명인증방법으로 실명제를 시행하고 있는 경우 정부실명인증시스템을 새로 구축하는 경우 막대한 비용이 드는 점과 민간실명인증방법이 금융거래에 이용될 정도의 신뢰성을 갖고 있는 점을 감안한 것이다.

22) 그 외에, 종전 정당·후보자, 예비후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등이 선택적 실명확인조치의 대상이었으나 예비후보자는 제외되었다. 예비후보자 자신의 인터넷홈페이지에 네티즌 등이 지지·반대의 글



※ 선거실명확인제 개정내용 비교<sup>23)</sup>

	인터넷 실명제신설 (2004. 3. 2.)	2005. 8. 4. 개정	2008. 2. 29. 개정
실명확인 대상	인터넷언론사(대상이 명확하지 않음)	인터넷언론사(신문법에 의한 인터넷신문사업자 등)	좌동
실명확인 범위	선거에 관한 의견	정당·후보자에 대한 지지·반대의 글	좌동
실명확인 기간	상시	선거운동기간	좌동
실명인증 방법	규정없음. 단, 행정자치부장관은 실명을 확인하여 줄 수 있음	행정자치부장관이 제공하는 실명인증	행정자치부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증. 단, 정보통신망법에 의한 본인확인조치도 가능
“실명인증” 표시	규정없음	실명인증 자동표출(표시없는 글은 삭제하여야 함)	좌동
기타		인터넷언론사는 이용자의 개인정보를 갖지 못함(신설)	좌동

마. 이 사건 법률조항들의 운용기준과 실태<sup>24)</sup>

(1) 실명확인의 의무적 조치 대상인 인터넷언론사인지 여부

임의적 조치 대상인 정당이나 후보자는 명확히 판단할 수 있으나, 인터넷언론사는 포괄적으로 규정하여 그 범위를 정할 필요가 있다. 중앙선거관리위원회는 선거운동기간 중 실명확인 대상을 인터넷선거보도심의위원회가 확인한 인터넷언론사로 하고 있다.<sup>25)</sup>

---

을 올릴 수 없으므로 실명확인이 필요하지 않다는 의미이다. 따라서 예비후보자, 후보자가 되고자 하는 자의 인터넷홈페이지에 네티즌의 선거 UCC 지지·반대의 글 게시가 허용되려면 현행 실명제 하에서 실명확인받는 조치 여부에 대한 검토가 필요할 것이다.

23) 강덕원, 전계논문, 152면.

24) 중앙선거관리위원회·행정자치부의 2008년 『선거실명확인서비스 이용 안내』 자료에 근거하여 재정리한 것이다.

25) 공선법 제8조의5 인터넷언론사 참조. 인터넷언론사의 범위에 대하여 인터넷선거보도심의위원회 발행 『2007 인터넷선거보도심의백서』 참조.

(2) 실명확인 조치가 필요한 게시판·대화방 등의 범위 설정

인터넷언론사의 당해 인터넷홈페이지에는 정치·경제·사회·문화 등에 관한 정보와 시사·보도·논평이나 게시글·동영상·홍보광고 등으로 가득 찬다. 댓글을 달게 하는 경우 실명확인 조치는 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시되고 있는 게시판·대화방 등으로 범위를 한정한다. 따라서 정치·선거기사에 관한 댓글이 게시되거나, 정치·선거에 관한 토론이 주로 이루어지거나, 기타 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글이 다수 게시될 것이 예상되는 게시판·대화방 등을 들 수 있다. 인터넷언론사가 직접 관리·운영하지 않는 카페, 블로그 등은 실명확인조치가 필요하지 않다.

(3) 선거실명확인제와 직접 관련있는 게시 글의 내용

“정당·후보자에 대한 지지·반대의 글”의 의미는 인터넷 실명제의 운용에 있어서 동일성, 일관성 및 정당성과도 관계될 뿐만 아니라 인터넷상 선거질서 확립에도 귀결된다. “정당·후보자에 대한 지지·반대의 글”에는 그들에 대한 선거운동에 해당되는 글뿐만 아니라 지지·반대에 대한 의사를 표시한 글도 실명확인 대상에 포함되며, 글이 포함된 음성·영상물도 해당되나 순수한 음성이나 영상물은 글에 해당되지 아니한다.<sup>26)</sup> 정치 또는 다른 기사를 퍼나르기하여 자유게시판이나 다른 메뉴에 복사하여 온 그 기사, 즉 다른 인터넷사이트에 게시된 “정당·후보자에 대한 지지·반대의 글”은 자신의 글이든 타인의 글이든지를 불문하고 인터넷언론사의 게시판·대화방 등에 옮겨 게시하는 경우에도 실명확인이 될 수 있도록 하여야 한다.<sup>27)</sup>

(4) 실명확인 이행조치

실명인증기관이 제공하는 “실명인증”의 표시가 있는 게시글은 정당한 것

26) 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글”에는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 그림(각종 패러디물)이나 말(각종 동영상물) 등이 포함되는지 여부에 관하여 제목이나 대사·내용 등을 글자가 포함되지 아니한 순수한 그림만으로 표현하는 경우에는 ‘글’에 해당되지 아니할 것이다(중앙선거관리위원회위원장 회답 2006. 3. 15).

27) 중앙선거관리위원회위원장 회답. 2004. 4. 8.

으로 인정되고, 실명인증의 표시가 없는 게시글은 당해 인터넷홈페이지를 관리·운영하는 자가 지체 없이 삭제하여야 한다. 그와 같은 게시글을 삭제하여야 하는 게시관 등의 범위는 당해 인터넷언론사가 관리·운영하는 모든 게시관·대화방 등을 말하며, 인터넷언론사가 관리·운영하지 아니하는 카페·블로그 등은 인터넷언론사의 홈페이지에 해당하지 아니하므로 인터넷언론사는 이를 삭제할 권한이 없다.

### (5) 제재수단

실명확인받는 기술적 조치나 ‘실명인증’ 표시없는 게시글의 삭제를 이행하게 하는 제재수단이다. 공정한 선거질서의 유지차원에서 의무 이행에 필요한 최소한의 강제력 발동인 과태료가 부과된다. 실명확인을 위한 기술적 조치의 이행 명령을 받은 날부터 3일까지 또는 게시글의 삭제명령을 받은 날의 다음날까지 이를 이행하지 아니한 경우 제261조(과태료의 부과·징수등)에 따라 과태료에 처하여 그 이행을 요구하게 된다.

### 중앙선거위가 밝힌 과태료 부과 절차와 액수

선관위는 5월 16, 17일 전수조사를 통해 인터넷 실명제를 이행하지 않는 인터넷언론사 명단을 조사해, 해당 언론사에 이행명령장을 발부할 예정이다. 이행명령장을 받은 해당 인터넷언론사는 3일 이내에 이에 응해야 하며, 불응시 3일 이후 첫날부터 과태료 처분절차에 들어간다는 것이다.

### 과태료 부과

1. 부과권자 : 인터넷 언론사의 주소지를 관할하는 구·시·군 선거관리위원회

### 2. 부과기준

가. 실명확인을 위한 기술적 조치를 취하도록 명령을 받고 정해진 기한까지 이행하지 아니한 때

⇒ 실명확인 조치 이행기한은 이행명령을 받은 날부터 3일까지로 함

※ 기준금액 500만원과 이행기한을 초과하는 때 1일마다 가산액 50만원

(법 §261 ①, 규칙 §143 ②)

나. 실명미확인의 글에 대한 삭제명령을 받고 정해진 기한까지 이행하지 아니한 때

⇒ 삭제이행기한은 이행명령을 받은 날의 다음 날까지로 함

※ 기준금액 100만원과 이행기한을 초과한 때 1일마다 가산액 20만원 (법 §261 ②, 규칙 §143 ②)

즉, 공직선거법 제261조 제2항 제3호는 이 사건 법률조항 제6항을 위반하여 실명인증의 표시가 없는 글을 삭제하지 아니한 자를 300만원 이하의 과태료 처한다고 규정하고, 공직선거관리규칙 제143조 제2항 별표3에 의하면, ‘인터넷 언론사가 당해 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우, 삭제 명령을 받고 정해진 기한까지 이행하지 아니한 때 이행기한을 초과하는 때 1일마다 가산액 : 20만원이라고 규정하고 있다. 살펴건대, 제7항을 위반하였다는 사유의 과태료 부과규정은 없는 점 및 위 별표3의 부과기준에 의하면, 제6항 위반으로 과태료를 부과하기 위하여는 제7항의 삭제명령의 불이행을 전제로 하여야 할 것이고 위에서 본 중앙선거관리위원회가 밝힌 법운용 실태가 이에 부합한다.

#### (6) 실명인증 자료의 보관

실명인증 자료를 일정기간동안 보관하여야 하며, 사이버선거범죄 조사시 이에 관한 자료를 제출하여야 한다. 행정안전부장관 및 신용정보제공업자는 인터넷언론사, 정당 또는 후보자의 당해 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에서 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하여야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체없이 이에 따라야 한다.

#### (7) 주민등록번호 기재

인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시

하고자 하는 자에게 실명확인 절차 이외의 절차에서 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다. 선거운동을 빌미로 관리·운영자의 우월적 지위를 이용해 게시자의 개인정보를 필요이상으로 과도하게 요구하거나 무단 수집과 유출을 방지함으로써 개인의 사생활을 보호하고 정보이용의 상업화를 막기 위한 조치이다.

(8) 실명인증 화면과 구체적 사례

(가) 정보통신망법상의 실명인증



정보통신망법은 제23조의2(주민등록번호 외의 회원가입 방법) 제1항에서 이용자가 정보통신망을 통하여 회원으로 가입할 경우에 주민등록번호를 사용하지 아니하고도 회원으로 가입할 수 있는 방법을 제공하여야 한다고 규정하므로, 회원가입에 있어서 실명인증은 강제되고 있지는 않다.<sup>28)</sup> 이에 따

28) 다음에서는 휴대폰인증 등의 방법이 있고 제공하여야 할 정보로 이름과 생년월일을 약관으로 정하고 있다.

라 다음(<http://www.daum.net/>) 및 네이버(<http://www.naver.com/>)는 비실명(휴대폰인증 등)으로 가입할 경우 성명과 생년월일을 필수정보로만 받을 뿐 주민등록번호의 기재를 요구하고 있지 않다.

한편 다음과 네이버의 해당 홈페이지의 기사 등에 댓글을 달려면 회원으로 가입하여 회원 ID로 로그인 하여야 하고, 회원으로 로그인 하였다고 하더라도 최초의 1회 댓글 기재시 실명확인을 하는 화면이 자동으로 뜨며 주민등록번호의 도용을 방지하지 위하여 휴대폰으로 인증번호를 전송하고 그 인증번호를 입력하는 방법으로 실명확인을 한다. 그 이후 댓글을 달려면 회원 ID와 비밀번호로 로그인만 하면 된다. 인터넷언론사가 이미 이러한 조치를 취하였을 경우에 선거기간 중 따로 실명인증확인 조치를 취하지 아니하여도 된다.

#### (나) 이 사건 법률조항의 실명인증

이 사건 법률조항에 따른 실명인증 화면은 기록에 첨부된 2009. 7. 6. 접수 선거실명확인 서비스 이용 안내의 23쪽 예시화면에 나타나 있고, 이 책자의 19쪽에 따르면 한번 인증 받은 사용자는 다시 인증 받지 않도록 ‘선거실명인증’ 버튼을 화면에 출력되지 않도록 하게 하여 위와 같은 최초 1회 인증 형식을 차용하고 있으므로, 실제로는 실명인증을 1회 실시한 개인용 컴퓨터는 다른 이용자가 이용하더라도 회원 ID와 비밀번호로 로그인만 하면 실명인증확인 절차를 재차 거칠 필요가 없는 셈이다.

한편 21쪽의 예시화면에 따르면 선거실명인증등록 버튼과 단순등록 버튼이 병렬적으로 나타나 있고 글쓴이의 판단에 따라 본문의 내용이 이 사건 법률조항에 해당하는 것이면 선거실명인증등록 버튼을 누르게 되어 있고 이러한 절차에 따라 등록된 글은 25쪽의 예시화면과 같이 글쓴이의 아이디 또는 닉네임 옆에 실명인증의 표시가 나타나고, 단순등록 버튼을 누른 경우는 나타나지 않는다.

이러한 원칙은 중앙선거관리위원장의 질의회시<sup>29)</sup>에서 볼 수 있는 바와 같

29) 작성일자 2006. 3. 15.

저희는 전국에 220여 신문사에게 홈페이지 서비스를 하고 있는 업체입니다. 단 2주를 사용하기위해 행자부에서 제안한 방식으로 프로그램을 모두 수정하는 것이 불가하여 이후에도 지속적으로 사용이 가능하도록 신용정보사의 실명확인을 받은 자에 한해 글을 남길 수 있도록 개편작업을 진행하고 있습니다.

이 인터넷언론사가 실명확인을 받은 자(실명이 확인된 회원을 포함) 외의 자는 글을 게시할 수 없도록 운영하는 게시판·대화방의 경우에는 그 게시

지역선관위에 당사에서 계획 중인 "신용정보업자를 통해 실명확인을 받은 자에 한해 회원등록을 하고, 선거기간 중 게시판 및 대화방의 이용을 위 회원에게만 허용하는 방식"을 문의 하였으나 이는 공직선거법 제82조 6의 규정에 어긋나 벌금부과 대상이라는 통보를 받았습니다.

이에 중앙선관위에 3월7일자로 전화 문의를 드렸으나 동일한 통보를 받았습니다. 하지만 3월8일자로 중앙선관위에서 전화를 주셔서 3월6일자로 내려온 지침에 의하면 위에서 말한 방식도 가능하다고 하시더군요. 시행초기 단계인 관계로 혼란이 있는 듯합니다.

질문

1. 신용정보업자에 의하여 실명확인을 받은 자만 회원가입을 시키고 선거기간중 위 회원만 게시판, 대화방, 기사댓글 등 선거와 관련된 의견을 올릴 수 있는 곳을 이용할 수 있도록 한다면 [공직선거법] 제82조의 6에 위반 되는지요?
2. 선거기간 중 게시판, 대화방, 기사댓글에 애초에 실명인증을 받은 회원만 글을 등록하게 할 경우에도 "실명인증" 표시를 꼭 하여야 하는지요?
3. 당사에서 신용정보업자의 실명확인 서비스를 통하여 실명인증을 제공하고 있으나 당사의 서비스를 이용하고 있는 신문사에서 임의로 실명인증을 받지 않고 회원가입을 시킨 경우 처벌대상은 어떻게 되는지요?

답변

우리위원회는 2006. 3. 3 다음과 같이 실명확인지침을 마련하여 시·도, 구·시·군선관위를 통하여 전 인터넷언론사에 안내하도록 하였는바, 이를 참고하시기 바랍니다.

[선거실명확인제도의 합리적 운용을 위한 시행지침]

1. 선거실명인증 방법

인터넷언론사가 선거운동기간 중 당해 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우

- 신용정보업자에 의하여 실명을 확인 받은 자,
- 회원가입시 성명·주민등록번호(생년월일) 등에 의하여 실명이 확인된 회원에 한하여 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 「공직선거법」 제82조의6의 규정에 따라 실명을 확인할 수 있는 기술적 조치를 한 것으로 보아 같은 법 제261조제1항의 규정에 의한 과태료 부과를 하지 아니함.

2. "실명인증"의 표시

가. 실명확인을 받은 자만이 글을 게시할 수 있는 게시판·대화방

인터넷 언론사가 실명확인을 받은 자(실명이 확인된 회원을 포함함. 이하 같음) 외의 자는 글을 게시할 수 없도록 운영하는 게시판·대화방의 경우에는 그 게시판·대화방에 글을 게시한 자는 모두 실명확인을 받은 자일 것이므로 별도로 "실명인증"의 표시를 하지 아니하여도 무방함.

나. "실명인증" 표시외의 표시

실명확인을 받은 자임을 나타내기 위하여 그 게시판·대화방 등에 표시하여야 하는 "실명인증"의 문자를 대신하여 "실명" 등 다른 문자 또는 물형 등으로 표시하더라도 누구든지 실명확인을 받은 자임을 알 수 있도록 표시하는 경우[예 : 「실명확인을 받은 자는"☆"표시를 함」 이라고 공지한 후 게시자란에"☆"표시를 하는 경우]에는 무방함.

판·대화방에 글을 게시한 자는 모두 실명확인을 받은 자일 것이므로 별도로 “실명인증”의 표시를 하지 아니하여도 무방한 것으로 하는 등 각 인터넷 언론사에 따라 변형되어 운용되어 질수 있다.<sup>30)</sup>

#### (9) 이 사건 법률조항들의 운용실태

법 개정으로 신설된 선거실명확인제가 2004. 3. 12. 시행되었음에도 불구하고 실명확인 시스템 미비 등의 이유로 제17대 국회의원 선거(2004. 4. 15.) 등에서는 실행되지 못하고 있다가, 제4회 지방선거(2006. 5. 31.)에서 처음으로 본격 실시되었다. 즉, 중앙선거관리위원회는 2006. 3. 31.까지 실명확인 대상 인터넷언론사를 807개로 확정<sup>31)</sup>하여 안내·기술지원 등의 조치를 하였는데, 인터넷언론사들의 입장에서는 선거운동 기간 중에는 게시판에 들어오는 네티즌이 어떤 내용의 글을 게시할지 알 수 없으므로, 일단 모든 네티즌에 대하여 실명확인 조치를 취했다고 한다. 물론 이미 실명확인 시스템을 통하여 성명과 주민등록번호가 정확히 일치하는 경우에만 회원가입을 받아주는 업체의 경우에는 따로 실명확인 조치를 취할 필요가 없었다. 그리고 일단 실명확인만 받으면 개인 실명은 공개되지 않으며, ID 또는 필명으로도 게시판 등에 의견을 게시할 수 있다.

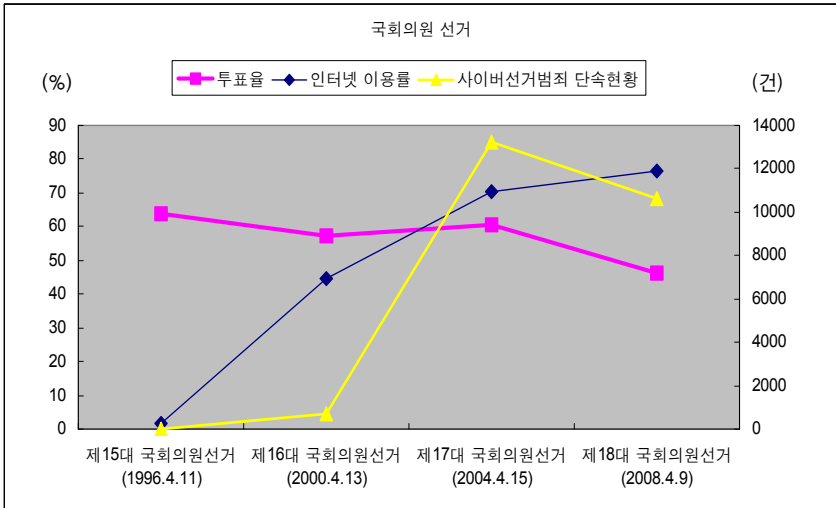
30) 변형 운용의 실례가 위 다음, 네이버에서 본 바와 같이 회원가입한 자에 한하여 댓글을 달게 하고 실명인증은 최초 1회 실시하는 방법인데, 인터넷포털이 실명인증을 기화로 댓글을 달기 위해서는 회원가입을 하여야 한다는 영업전략을 구사하는 측면이 있다.

31) 인터넷언론사 807개 중, ① 483개 업체는 실명확인 게시판을 운영하였고, ② 126개 업체는 애당초 게시판을 운영하지 않고 있었으며, ③ 172개 업체는 스스로 선거운동 기간 동안 게시판을 폐쇄하였고, ④ 26개 업체는 실명확인 게시판을 운영하지 않아서 이행명령을 받았다. 이행명령을 받은 업체 중 실제로 과태료가 부과된 경우는 1건 있었다.

위 지방선거에서 ‘선거기간 중 인터넷실명제’를 시행하여 본 결과 비방·흑색선전 게시물이 크게 감소하였다고 한다. 즉, 사이버상 선거법위반행위 단속건수가 2002년 실시된 대선에서는 11,470건, 2004. 실시된 제17대 국회의원 선거에서는 13,209건이 각 적발되었으나, 이 사건 법률조항들이 개정되고 본격적으로 시행된 2006.년 실시된 제4회 지방선거에서는 6,831건으로 적발 건수가 현저히 감소(51.7% 감소)하였다. 이는 지방선거의 특성으로 인해 인터넷이 과열되지 않은 이유도 있겠으나 ‘선거기간 중 인터넷실명제’의 효과도 컸던 것으로 보인다고 한다(중앙선거관리위원회 사이버조사팀 보고 자료).



※ 인터넷 실명제 전후 국회의원선거 사이버 선거범죄 단속조치 상황 비교<sup>32)</sup>



제17대 대통령선거(2007. 12. 19.)에서는 1,426개 인터넷언론사가 실명확인 조치를 이행하게 되었다. 정부실명제 340개사, 민간실명제 540개사 등 총 880개사가 이를 채택하였으나 실명확인제 반대를 이유로 게시판 미운영 286개사, 게시판의 잠정적 폐쇄 259개사 총 546개사가 실시하지 않았다. 그리고 제18대 국회의원 선거(2008. 4. 9.)에서 1,431개 인터넷언론사가 실명확인 조치를 이행하게 되었다. 정부실명제 262개사, 민간실명제 572개사 등 총 844개사가 이를 채택하였으나 실명확인제 반대를 이유로 게시판 미운영 23개사, 게시판의 잠정적 폐쇄 452개사 등 총 475개사가 실시하지 않았다.

(10) 관련 헌재 결정례 ; 헌재 2007. 12. 27. 2004헌마218·221(병합), 공보 135, 93~96

구 공직선거 및 선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고,

32) 출처: 중앙선거관리위원회. 2008. 국회의원선거 단속 내부자료.2004h. 제17대 국회의원선거총람. 2003년도 행정자치위원회 국정감사요구자료(II) 96.홈페이지 (<http://www.nec.go.kr>) 자료실 ITU, World Telecommunication/ICT Indicators Database 2006, 2007.11.

2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법령과 내용이 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항 등에 대한 헌법소원에서 “구 공선법 제82조의6이 2004. 3. 12. 시행되었음에도 불구하고 실명확인 시스템 미비 등의 이유로 2004. 4. 15. 치러진 제17대 국회의원 선거 및 그 이후의 후속 보궐선거 등에서 ‘선거 관련 인터넷 실명제’가 실행되지 못하고 있다, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법령이 개정되면서 이 사건 실명확인조항은 그 내용과 적용범위가 대폭 수정되었고, 그 후 2006. 5. 31. 실시된 지방선거에서부터 개정법에 따라 ‘선거기간 중 인터넷실명제’가 시행되고 있다.

이처럼 이 사건 실명확인조항 부분이 실제로 시행되지도 못한 채 개정되고 2005. 8. 4.부터 개정법이 시행되었으므로, 청구인들이 이 사건 실명확인조항으로 인하여 기본권을 현실적으로 침해당하였다고 보기 어렵고, 청구인들에게 이 사건 실명확인조항의 위헌확인을 청구할 주관적 권리보호의 이익이 있다고 볼 수 없다.

그리고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법 제82조의6은 ① 실명확인 기간과 관련하여, 구법에서는 항시 실명확인 조치를 하도록 되어 있던 것을 ‘선거운동기간 중’에만 하도록 하고, ② 실명확인 요건과 관련하여, 구법에서는 게시관 등에 ‘선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우’ 실명확인 조치를 하도록 되어 있던 것을 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 발표할 수 있도록 하는 경우’에만 실명확인 조치를 하도록 하며, ③ 실명확인 방법과 관련하여, 구법에서는 행정자치부장관의 주민등록전산자료 또는 신용정보업자가 제공하는 정보를 이용하도록 되어 있던 것을 일률적으로 행정자치부장관의 실명인증방법을 이용하도록 하면서, 그러한 실명인증방법의 제공이 행정자치부장관의 재량사항인 것으로 해석될 여지를 없앴고, ④ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시관·대화방 등에 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

이처럼 공직선거법의 신법 조항은 구법 조항인 이 사건 실명확인조항과 비교하여 그 내용에 있어서 중대한 변화가 있었으므로, 실제로 시행되지도 아니한 이 사건 실명확인조항의 위헌 여부에 대하여 객관적인 헌법질서의

수호·유지를 위하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다고 할 수도 없다.”고 하여 권리보호이익이 없다고 부적법 각하한 바 있다.

## 바. 표현의 자유 침해 여부

### (1) 표현의 자유의 보호영역과 익명표현의 자유<sup>33)</sup>

#### (가) ‘익명성(anonymity)’의 의의

익명성은 ‘정체성의 부재 혹은 어떤 개인이 발언을 하였을 때 다른 사람이 그 발언으로부터 그 개인에 관한 어떤 정보도 얻을 수 없는 상태에서, 발언자의 신원을 숨겨서 남이 알 수 없도록 하는 것’을 의미하고 익명표현의 자유란 ‘자신의 신원을 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 자유’라고 규정할 수 있다. 그런데 익명성과 실명성은 직접 얼굴을 맞대고 이루어지는가와 직접 관련된 것이 아니다. 설령 직접 만나서 의사소통을 하더라도 서로 신상정보를 밝히지 않는다면 이는 실명적이기보다는 익명적인 것이다. 반대로 이메일 등을 통한 상호작용도 발신자를 밝히는 메시지를 통하여 의사소통이 이루어진다면 실명적이다. 이러한 익명성은 자유의 상징이자, 한때 소외된 삶을 사는 현대인의 자화상으로도 불리운 적도 있지만 현재는 개인이 의사소통시 자신의 신원을 밝히지 않을 수 있다는 자유와 선택의 문제로 이해되고 있다. 때로는 실명이 밝혀질 경우의 위협이나 불이익을 회피하기 위한 수단으로 이해되기도 한다.<sup>34)</sup>

익명성에 대한 사회과학적인 논의를 살펴보면 1992년 캐나다의 통신 프라이버시 원칙에서는 통신서비스에 있어서 보호되어야 할 프라이버시 원칙으로 원하지 않는 개입으로부터 보호받을 권리, 혼자 있을 권리, 감시되지 않을 권리, 자신과 자신의 행동에 대한 정보를 통제할 권리, 익명으로 남아 있을 권리를 제시한바 있다. 미국과학발전협회(American Association for the Advancement of Science)는 1997년 11월 ‘학술의 자유, 책임 그리고 법’이라는 주제로 개최된 회의에서 인터넷에서 익명성이 사용자의 권리로 받아들여져야 한다며 그 근거가 되는 4가지 원칙을 제시하였는데 첫째항목이 ‘익명적

33) 익명표현의 자유(이인호, 2003) 참조

34) 팔란티리 2020, 우리는 마이크로 소사이어티로 간다, 웅진웍스(2008), 89-91면.

커뮤니케이션이 도덕적으로 중립적이라는 원칙(anonymous communication online is morally neutral)'이다.<sup>35)</sup> 익명성이 부정적 결과를 양산하기도 하지만 그 자체가 해로운 것으로 규정할 수 없다는 것이다. 즉, 남에게 해를 끼치지 않는 정당한 익명성과 해롭거나 파괴적인 목적의 익명성을 구분해야 하지만 해악의 범위를 가늠할 수 있는 명확한 사회적 합의가 어렵다. 따라서 해악적인 익명성을 규제하는 것은 정당한 익명성의 권리를 침해할 수 있다는 의미이다. 또한 인터넷 상에서의 익명성은 2003. 5. 28 유럽회의(Council of Europe)의 각료위원회(Committee of Ministers)에 의해 채택된 「인터넷 상에서의 커뮤니케이션의 자유에 관한 선언(Declaration on freedom of communication on the Internet)」에서도 인터넷 상에서의 커뮤니케이션과 관련하여 회원국들이 준수해야 할 원칙들 7가지 중의 하나로 제시되고 있다. 동 선언이 제시하고 있는 7가지 원칙들 중에서 가장 마지막에 제시되고 있는 제7원칙은 익명성(anonymity)에 관한 것으로서, 온라인감시로부터의 보호와 정보 및 사상의 자유로운 표현을 신장시키기 위하여 회원국들은 자신의 정체를 공개하지 않으려는 인터넷이용자의 의사를 존중해야 한다는 점을 천명하고 있다. 물론 이것이 회원국들이 범죄행위를 저지른 사람들을 추적하기 위한 적절한 조치를 취하는 것을 막는 것은 아니라는 점도 부가하고 있다.

익명이란 좋은 것인가에 관해서는 consensus가 모아지지 않고 있고, 쉽게 모아질 가능성도 약한 것으로 보인다.<sup>36)</sup> 익명은 유익한 결과와 유해한 결과를 모두 가지고 있다. 익명성의 기능에 관하여는 부정적으로 보는 견해는 인터넷에서 문제된 많은 사건들의 근본원인으로 익명성을 지목하고 있다. 사

35) 그 외 둘째, 익명커뮤니케이션은 강력한 인권이자 헌법상의 권리로 간주되어야 한다는 원칙, 셋째, 온라인커뮤니티에 대해서 익명커뮤니케이션의 이용에 관한 자신만의 고유한 정책이나 조건을 설정할 수 있게 허용되어야 한다는 원칙, 넷째, 개별 인터넷이용자에 대해서 자신의 정체성이 온라인에서 어느 정도 공개되어 있는지에 관해 통지를 받아야 한다는 원칙을 의미한다. 상세는 황성기, “인터넷 실명제: 누구를 위한 추가삼간 태우기?” 참조

36) 전통적이고 고전적인 익명성 문제보다 인터넷 상에서의 익명성 보장의 문제가 더 많은 논란거리가 되는 이유는 무엇인가. 오프라인에서보다 익명성의 실현이 상대적으로 손쉬운 반면 그 파급효과는 광범위하여 남용되거나 오용되는 익명성수단의 부작용으로 인한 폐해가 더 크기 때문이다.

람들이 익명성 뒤에 숨어서 비겁하게 불법행위를 한다는 것으로 실명제를 실시하면 상당부분 해결될 것으로 생각한다. 그러나 반대견해에 의하면, 익명성은 인터넷이 유발한 특유의 문제에 대한 중요한 원인은 아니다.<sup>37)</sup> 이하 익명성의 기능과 익명표현의 자유가 기본권성을 갖는지 여부를 살펴본다.

#### (나) 익명성의 기능

##### 1) 순기능

익명성은 세속화 이후 이동성과 더불어 현대인의 자유를 가능케 하고 확대시켜 주는 중요한 특징적 요소이다. 인터넷상에서 권력에 대한 비판이 활성화 될 수 있었던 것도 바로 익명성에 기인한 바 크다. 인터넷은 익명성을 고유의 속성으로 하고 있다.<sup>38)</sup>

특히 익명표현의 자유는 억압적이고 권위주의적인 정부규제나 사회규범 아래에서 정치적 표현영역에서 그 빛을 발하게 된다. 특히 사회적 약자나 소수자에게 있어서 익명표현의 자유는 중요한 의미를 지닌다. 자신의 신원이 밝혀져 보복이나 괴롭힘 또는 차별에 대한 두려움 없이 소수자로서 또는 새로운 사상가로서 일반대중에게 익숙하지 않은 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파할 수 있을 때에 다수가 강요하는 부당한 진리와 사상이 교정될 수 있는 가능성이 열리는 것이다. 또한 온라인 익명은 흔히 오프라인 세계에서 엘리트연사가 담론을 지배하는 것을 가능하게 해주는 여러 신분징표들, 예컨대 인종, 계층, 성, 출신민족, 그리고 나이 등을 숨길 수 있도록 하여 줌으로써 누구나 사회적 담론을 주도할 수 있는 가능성을 열어 준다.<sup>39)40)</sup>

37) 이인호, “사이버공간에서의 익명성에 관한 법과 정책”, 한국전자통신연구원 전문가세미나 발제(2008.6.10), 1면

38) 사이버공간에서의 익명성이 인터넷을 ‘자유 기술’(technology for freedom)로 인식하게 하는데 크게 기여했다면, 그 익명성의 제거는 곧 인터넷이 ‘감시 기술’(technology for surveillance)로 전락할 수 있는 가능성을 내포하게 되는 것이라고 주장한다.

39) Lyrissa Barnett Lidsky, “Silencing John Doe: Defamation and Discourse in Cyberspace”, 49 Duke L. J. 855, 896 (Feb. 2000).

40) 미국의 독립, 나아가 프랑스혁명 등 근대혁명을 태동하게 한 역사적인 글인 토마스 페인의 ‘상식(Common sense)’은 ‘한 영국인’이란 필명으로 발표되었으며 그 외 역사를 바꾼 수많은 글들이 익명표현물이었다. 익명표현물은 규제되어야 할 비겁한 글쓰기가 아니라, 옹호되어야 할 민주주의 전통이라고 한다.

정치적 표현의 자유는 표현의 자유 중 핵심영역이고, 이는 대의민주주의의 실현과 관련하여 국민의 의사가 국가의 정책결정에 반영되도록 하는 참여민주주의의 실현을 위해서도 고도로 보장되어야 하는 것임에 이르지 않다. 나아가 정치적 표현의 자유는 익명으로 자신의 정치적 의견을 밝히는 정치적 비판의 자유가 핵심인데 이는 익명표현의 자유가 인정되어야 비로소 완전해 질 수 있는 것으로 평가된다.

익명성의 역기능을 강조하는 입장, 즉 소위 악성댓글의 주된 원인이 나를 감추려는 경향의 익명성에 있다는 주장에 대하여는 이는 익명성이 아닌 비대면성, 상대방을 살아 있는 인격체로 보지 못하게 하는, 이로써 행위에 대한 죄책감도 느끼지 못하게 하는 비대면성이 원인이라는 반론이 가능하다.<sup>41)</sup><sup>42)</sup>

## 2) 역기능

기본적으로 과연 자유로운 의사표현이 익명성이 보장되는 경우에만 가능

41) 변종필, “사이버모욕죄 신설, 과연 필요한가”, 법률신문 2008. 11. 20.(또한 실제로도 익명성 때문에 비방성언어가 증가하는 것은 아니라는 연구도 있다. 가령 비방성언어의 비율은 등록회원 게시판이든 그렇지 않은 게시판이든 별 차이가 없고 속어를 제외한 욕설의 사용은 오히려 등록회원 게시판에서 더 많다고 한다. 나아가 최근 문제되고 있는 연예인에 대한 악플은 대부분 미니홈피에서 실명으로 행해진다고 한다.)

42) 그렇다면 익명성은 인터넷오염의 주범인가. 우선 인터넷 등장 이전에도 익명적으로 누군가에게 메시지를 전달하는 것이 다양한 방법으로 가능하였음을 상기할 필요가 있다. 그런데 인터넷상에서 모욕적인 언사가 더 횡행하는 것처럼 보이는 이유는 무엇일까? 이에 대하여 그 이유는 사람들이 자신의 감정을 잘 전달하기 위하여 이모티콘을 전달하는 것과 유사하다고 설명하는 설명이 있다. 즉, 평소에는 미주보며 대화할 때 말 이외에 몸짓, 표정, 등 다양한 경로로 의미를 전달하는데 문자메세지나 게시판을 통하여 이러한 시각적인 것들이 전달될 수 없다. 이때 사람들은 제한된 수단을 통하여 어떻게든 자신의 감정, 태도 혹은 의견을 전달하고자 하는 욕구가 생기고 화가 나서 이야기 한다는 것을 표현하기 위하여 욕설을 섞어 사용하는 것이다. 그런데 단순히 익명성 뒤에 숨을 수 있으므로 욕설을 하는 것이라면 인터넷 어느 공간에 가든 비슷한 정도의 욕설이 나타나야 하는 것이지만 현실을 보면 정치적 쟁점 등으로 편가르기가 심하게 이루어지는 곳에서 더 많은 욕설이 오가는 것을 볼 수 있는바 이는 자신의 의견을 강하게 표현하고자 하는 욕구가 있을 때 욕설이 더욱 많이 사용됨을 의미한다고 본다. 터지는 분노를 보여주고 싶은 것이다.(팔란티어2020, 전개서, 92면. 익명의 비판이 제한되면 불법이 사라지는 것이 아니라 저항이 사라지게 될 것이다. 소위 개똥녀 사건에 대하여 보면 역설적이게도 실명성이 초래한 심각함을 보여준다. 즉, 이 사건에서 피해자의 입장에서서는 익명의 네티즌들에 의한 언어폭력의 심각성보다 자신의 얼굴, 이름 및 신상명세가 공개된 것이 더욱 치명적인 폭력이었던 것이다.

한 것인지 의문을 제기한다. 인터넷의 부정적인 면의 주요한 원인 중 하나로 익명성에 의한 자기책임성의 결여가 지적되고 있다. 저자의 신원이 분명한 명예훼손적 메시지는 진실성 내지 신뢰성을 더 많이 가지고 있고, 그리하여 익명에 의한 명예훼손적 메시지보다 해악이 더 크다고 하는 점은 사실일 수 있지만, 그러나 그렇다고 해서 저자의 신원이 없는 메시지가 해악이 없다고 말할 수는 없다. 대부분의 사람들은 자신들을 소아에 대한 이상성욕자라고 비난하는 포스트가 이웃의 나무나 가로등에 붙어 있는 것을 보면 분명 열을 받기 마련이다. 일부 사람들은 아니 뎨 굴뚝에 연기나지 않는다고 믿고 있음을 알고 있는 피해자는, 익명의 공격은 신뢰성이 떨어진다는 시각에 의해 위안이 되지는 않을 것이다.<sup>43)</sup> 다음 표<sup>44)</sup>에서 보듯이 사이버범죄의 대부분이 익명게시판에서 발생하고 있는 것이다.

폐해유형	실명게시판	익명게시판
명예훼손·모욕	9.7%	90.3%
개인정보유출 (특정인에 대한 것 포함)	2.0%	98.0%
기타	11.2%	88.8%

일반적으로 인터넷상에서 익명성이 가지는 폐해로 ①법집행의 곤란성, ②일탈성향의 조성, ③정보에 대한 신뢰성 감소 등을 들고 있다.<sup>45)</sup> 특히 익명성은 소위 ‘탈금제(脫禁制, disinhibition)’<sup>46)</sup>의 토대가 되는 것으로, 익명성의 제거 혹은 완화만이 인터넷의 악영향의 근원적인 대책이 될 수 있음을 의미하고 이는 사람들에게 일정한 심리적 압박(사전적 자기통제의 기제)을 가하여 자신의 행위에 대하여 사전에 스스로 책임성을 자각하도록 만드는 장치로 작용하게 할 필요가 있다는 것이다.

이러한 익명성 뒤에 숨어서 이루어지는 사이버폭력<sup>47)</sup>에 대하여 여론조사

43) 이인호, “사이버공간에서의 익명성에 관한 법과 정책”, 한국전자통신연구원 전문가세미나 발제 (2008.6.10.)

44) 강덕원, 전계논문, 151면.

45) 한상희, 전계논문, 16면.

46) 대면적 상황에서는 함부로 말할 수 없는 내용을 사이버 공간에서의 익명성에 힘입어 자신의 생각과 의견을 쉽게 표현하고 구속감을 적게 느끼고 보다 개방적인 태도를 취하게 되는 현상을 의미한다.

를 하여 본 결과<sup>47)</sup> 많은 사람들이 실명제에 찬성한 점은 익명성의 문제점에 대하여 동의하고 그 해결책으로서의 익명성배제에 찬성한 것으로 이해하여야 하는 것이다.

(다) ‘익명표현의 자유’가 헌법상의 권리인가

표현의 자유는 자신의 의사를 표현·전달하고, 의사형성에 필요한 정보를 수집·접수하며, 객관적인 사실을 보도·전파할 수 있는 자유를 그 내용으로 하는 주관적 공권일 뿐 아니라, 의사표현과 여론형성 그리고 정보의 전달을 통하여 국민의 정치적 공감대에 바탕을 둔 민주정치를 실현시키고 동화적 통합을 이루기 위한 객관적 가치질서로서의 성격도 갖는다고 할 것인바, 헌재는 헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유에 대하여, 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것이고, 종교의 자유,

47) “정보통신망을 통하여 부호, 문언, 음향, 화상 등을 이용하여 타인을 모욕하거나 타인의 명예 또는 권익을 침해하는 행위”로 정의한다. 정완, “사이버폭력 방지책으로써의 인터넷실명제”, 형사정책연구소식 제93호(2006.), 3면. 2005년 4·6월에 걸쳐 집중단속한 결과 명예훼손 등 1,293건에 대하여 3,221명을 검거하였는바 전년동기 간보다 63.3% 증가한 것이라고 한다.

48) 최근 ‘인터넷 실명제’ 찬성 확산 (중앙일보 2005.7.4. 기사)

[중앙일보] 야후·네이버 등 설문 : 찬성이 반대의 4배도 인터넷 실명제를 도입해야 한다는 의견이 네티즌들 사이에 급격히 확산하고 있다. 3일 정보통신부와 인터넷 포털에 따르면 야후·네이버 등 포털이 실시 중인 인터넷 실명제 관련 여론조사에서 찬성이 반대 의견보다 최대 네 배나 많은 것으로 나타났다. 이는 찬성과 반대가 각각 6대 4의 비율을 보인 지난달 말까지의 조사와 달리 최근 들어 찬성 의견이 우세해지고 있는 것이어서 주목된다. 야후코리아가 지난달 15일부터 실시 중인 여론조사 결과 3일 현재 찬성 의견이 80%인 반면 반대하는 네티즌은 18%인 것으로 나타났다. 또 네이버의 조사에서도 응답자의 65.4%가 인터넷 실명제 도입에 찬성했으며, 반대입장을 보인 네티즌은 32.3%에 그쳤다. 드림위즈가 지난달 20일부터 일주일간 실시한 똑같은 여론조사에서는 찬성이 55%, 반대가 39.6%로 나타났다. 야후코리아와 네이버 측은 “조사 초반에는 찬성과 반대가 각각 6대 4의 비율을 보였지만 이달 들어 찬성 의견이 크게 늘고 있다”고 설명했다. 정통부 관계자는 “‘연예인 X과일’이나 ‘개똥녀’사건 등에서 피해자들이 형법상의 처벌보다 훨씬 가혹할 만큼 정신적 충격을 받았다”면서 “이를 지켜본 네티즌들 사이에서 인터넷 실명제 찬성 여론이 확산하고 있는 것 같다”고 분석했다. 실제로 경찰청에 접수된 각종 사이버 범죄신고 건수는 2002년에 11만8868건이었지만 2003년에는 16만5119건에 달했다. 2004년에는 신고 건수가 20만 건을 넘어선 것으로 추정된다. 정통부는 10월까지 인터넷 게시판 실명제와 사이버 폭력행위 처벌 강화, 신속한 차단 방안 등을 뼈대로 한 인터넷 실명제 관련법과 제도 개선 방안을 마련할 계획이다.



양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유라고 판단한 바 있다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 758-759).

그런데 ‘익명으로 표현할 자유’의 기본권성은 우리 사회에서 많은 논의가 이루어지지 않은 주제이다. 이에 대하여는 우선 인터넷실명제를 기본권(표현의 자유) 행사를 다소 불편하게 만드는 것(Grundbelästigung), 즉 개인적 불편함에 불과한 것으로서 기본권 제한으로 보지 않는 듯한 견해가 있는데,<sup>49)</sup> 이는 결국 ‘익명으로 표현할 자유’를 인정하지 않는 결과로 될 것이다.

이에 반하여 우리 헌법 제18조가 특별히 통신의 비밀을 보장하고 있고, 통신비밀의 보장은 곧 언론자유와 전제조건이라는 점을 고려할 때, 익명표현의 자유는 이미 우리 헌법에서도 깊이 내장되어 있는 기본권이라는 견해도 있고,<sup>50)</sup> 뒤의 별지2. 외국입법례부분에서 보듯이 미국의 법원은 전통적으로 “익명은 한번 상실되면 다시 회복할 수 없다.”는 점을 강조하며 기본권으로서의 익명으로 표현할 자유를 인정하고 있다.

살피건대, 익명표현의 자유의 개념이라든지 기본취지를 염두에 둘 때, 우리 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유에 익명표현의 자유가 포함되어 있다고 해석하는 것이 타당하다. 왜냐하면 표현의 자유가 완전히 구현되기 위해서는 자신의 의사를 ‘자유롭게’ 표현할 수 있어야 하는데(그렇다고 해서 타인의 권리를 침해해도 무방하다는 의미는 아니다), 이러한 자유로운 의사표현은 익명성이 보장되는 경우에 완성되기 때문이다. 또한 표현의 자유가 보호하고자 하는 핵심가치가 자유롭게 자신의 의사나 의견을 외부에 표명하는 데에 있다고 한다면, 그것이 실명으로 표현되든 익명으로 표현되든 그 표현방식이나 표현방법은 의사표현자의 선택의 문제이다. 즉 표현의 자유가 보호하고자 하는 것은 그 표현방식이나 표현방법에서의 제한이 부과되지 않은 ‘자유로운’ 상태에서 자신의 의사나 의견을 외부에 표명할 수 있도록 하는 데에 있다고 할 것으로 이러한 맥락에서 본다면, 표현의 자유에 있어서의

49) 정완, “사이버폭력 방지책으로서의 인터넷실명제”, 형사정책연구소식 제93호(2006, 1/2월호); 강경근, ‘인터넷 실명제’, 2005.8.26. 인터넷 실명제 민·당·정 간담회(장여경, “인터넷실명제와 정보인권”, 인권법평론 2호, 6면에서 재인용)도 유사하다.

50) 사이버 공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구, 헌법재판연구 제13권(2002.12.), 136쪽.

‘익명성’이라는 요소는 표현의 자유가 보장되기 위한 ‘최소한의 필요조건’이라고 할 수 있는 것이다. 그리고 이러한 익명표현의 자유는 그것이 오프라인이든 온라인이든 그 매체의 종류에 불문하고 인정된다고 보아야 한다. 오프라인에서 인정되는 익명표현의 자유가 인터넷을 이용하는 온라인에서 부인되어야 할 특별한 이유는 보이지 않는다. 인터넷의 구조적·태생적 특성들 중의 하나가 익명성이라는 점을 염두에 둘 때, 오히려 오프라인보다는 온라인에서 익명표현의 자유가 보다 더 강조되어야 할 것이다.<sup>51)</sup>

이렇듯 익명성의 순기능과 표현의 자유의 개념 및 기본취지를 고려할 때, 우리 헌법상으로도 일반적인 행동의 자유권을 규정하고 있는 헌법 제10조, 언론의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항을 근거로 ‘익명표현의 자유’의 기본권성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

다만, 익명표현의 자유가 절대적인 것은 아니다. 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있을 것이고, 제21조 제4항의 제한도 역시 받게 될 것이다.

## (2) 사전검열금지 원칙에 위배되는지 여부

헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 헌재 1998. 12. 24. 96헌가23, 판례집 10-2, 807, 807-807는 “검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다.”고 한 바 있고 언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니한다.

다만, 사전검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고, 단지 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려 있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻하므로 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘

51) 황성기, “인터넷 실명제: 누구를 위한 초가삼간 태우기?”

경우에만 이에 해당한다.

그런데 청구인이 이 사건 법률조항들은 사전검열금지원칙에 위배되는 것이라고 주장하므로 보건대, 실명을 확인받은 후에야 그 의사를 표현할 수 있는 이용자로서는 스스로 조심하는 자기검열을 하거나 심리적으로 위축될 수밖에 없어 인터넷실명제가 실질적으로 헌법에서 금지하고 있는 사전검열로 기능한다는 주장<sup>52)</sup>도 있으나, 선거실명확인제는 비록 지지·반대라는 내용과 관련된다는 점은 있으나 실명인증을 거치면 그 내용 여부를 불문하고 글을 게시할 수 있기 때문에, 심판대상 법조항은 표현의 내용에 대한 규제가 아닌 표현의 방법에 대한 규제에 해당하므로,<sup>53)</sup> 발표 전에 국가기관에 의하여 그 내용을 심사, 선별하여 일정한 사상표현을 저지하는 사전적 내용심사로 볼 수 없어 이 사건 법률조항들이 사전검열금지원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 할 것이다.<sup>54)</sup>

### (3) 과잉금지 원칙 위배 여부

#### (가) 표현(정치적 익명표현)의 자유 침해 여부

표현의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이므로(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 775 참조) 선거에 있어서도 그 공정성을 해치지 않는 한도 내

52) 장여경, 전개논문, 5면 각주21) 참조.

53) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 126-126 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원 사건

여기서의 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다.

이 법 제3조는 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있는바, 이 법 제3조가 광고물등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아님은 명백하다. 따라서 이 법 제3조가 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.

54) 명재진, “공공기관의 인터넷 게시판 실명제 실시에 관한 소고”, CLIS Monthly(2003), 10면(실명제 때문에 위축되어 의사표현을 할 수 없게 되어 사실상의 검열이라고 주장하는 것은 정보통신망 이용자를 청소년으로 격하시키는 것으로 이해하기 어려운 주장이라고 한다).

에서 원칙적으로 정치적 표현의 자유가 한껏 보장되어야 하고, 선거의 공정성을 위해 불가피하게 이러한 자유를 제한하는 경우에 있어서도 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지원칙이 준수되어야 하는바(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 29; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 17 참조), 현행 공직선거법은 ‘선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시’를 선거운동으로 보지 아니하며 선거운동에 대한 공선법상의 각종 규제장치를 적용하지 않는 이유도 바로 이러한 맥락에서 이해될 수 있는 것이다.

그러므로 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의 의사표시가 선거운동에 해당한다고 하더라도 공직선거법이 원칙적으로 선거운동의 자유를 보장하고 있는 점을 염두에 둘 때 현행 각종 공직선거법상의 각종 선거운동 규제장치들 이외에 추가적으로 선거실명확인제를 적용하는 것이 앞서 본 익명성의 기능에 비추어 ‘정치적 익명표현의 자유’를 과도하게 제한하는지 여부를 검토할 필요가 있는 것이다.

## (나) 합헌론

### 1) 목적의 정당성

이 사건 법률조항들은 국민의 인터넷 이용이 급증함에 따라 선거과정에서 후보자에 대한 인신공격과 각종 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 이로 인하여 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 인해 선거의 평온과 공정성이 위협받을 가능성이 있기 때문에 이로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위하여 제정된 것이므로 목적의 정당성은 인정된다.

특히 이 사건 법률조항들은 세계적으로 유례가 없는 것이기는 하지만 익명성에 근거하여 집단적으로 선거에 관여하는 한국식 인터넷 댓글 역시 세계적으로 유례가 없는 것이므로 그 목적의 정당성은 인정될 수 있을 것이다.

### 2) 수단의 적합성

정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명확인을 거치도록 함으로써 후보자에 대한 인신공격이나 각종 흑색선전이 줄어들 수 있고, 이로 인하여 선거의 공정성이 확보될 수 있으므로 수단

의 적합성도 인정된다.<sup>55)56)</sup> 즉, 이는 앞서 통계에서 보았듯이 사이버상 선거법위반행위 단속건수가 선거실명확인제 시행 후 현저히 감소(51.7%)한 점을 보아도 그렇고, 나아가 인터넷에서의 부작용이 자율적인 정화기능을 통하여 해소될 수 있다면 법률을 통하여 강제되는 선거실명확인제는 국가의 간섭이 될 수 있겠지만 자율적인 정화가 기대될 수 없는 상황이라는 것이 다수의견이므로 타율적인 선거실명확인제는 적합한 수단으로 인정될 수 있는 것이다.<sup>57)</sup>

부수적으로 비실명제 게시판에서의 선거범죄 사안에서 경찰의 수사방법은 IP주소<sup>58)</sup>를 추적하고 로그인기록을 분석하는 것이 거의 전부로, 이를 통하여 글이 발송된 컴퓨터(접속위치)를 찾아낸다고 하여도 게시물을 올린 범인을 찾아내지 못하는 경우가 많다는 점에서 선거실명확인제는 관련사건의 수사효율성에 획기적인 방법이라고 할 것이고, 인터넷에서의 형사처벌이 곤란한 저속적이거나 자극적인 언어사용으로 인한 불쾌감 조성 등은 이를 제한할 방법이 없는데 그 대응방안으로서 선거실명확인제를 통하여 위와 같은 행위발생이 억제될 수 있다는 점에서 수단의 적합성은 더욱 명백한 것이다.<sup>59)</sup>

55) 익명제에서는 사이버범죄를 IP추적만에 의하게 되나 사이버 선거범죄의 65~70%가 PC방을 사용하여 이루어지고 있고 더구나 프록시 서버를 사용하여 IP우회(해외경유접속)하여 사용할 경우 IP추적은 무의미하다. 그러므로 실명제는 선거의 공정성을 담보하기 위한 선거범죄예외의 대응이라는 면에서 적절한 수단이라고 할 것이다.

56) 예컨대 “모든 자동차는 차량번호판으로 식별된다. 그러나 차량번호판을 안다고 하여 당장 차량의 소유주가 누구인지 알 수 없다. 또는 자동차 번호판을 달았다고 해서 차량 통행의 정당한 자유가 제약받지도 않는다. 다만, 그 차량이 사고를 내고 뺑소니를 쳤거나 교통법규를 위반한 경우 법적 절차에 따라 실명의 소유주가 책임을 지는 것이다. 인터넷 실명제도 같은 이치이다” (주간조선 2006.9.4. 1920호)

57) ‘싸이월드’가 지난 2005년 8월 당시로서는 파격적인 인터넷 실명제를 도입했을 때 여러 우려의 목소리가 있었지만, 지금은 오히려 실명제 덕택에 신뢰도가 상승하고 자리를 잡았다는 평가를 받고 있다. 손연기, “노벨상과 인터넷 실명제”, 2008.10.30. 자 디지털타임즈.

58) IP주소(Internet Protocol address)란, 인터넷에 연결된 모든 통신망과 그 통신망에 연결된 컴퓨터에 부여되는 고유의 식별주소를 의미한다. 이 주소는 내부에서 32비트(4byte)로 기억되지만 표기할 때는 4개의 10진수를 점으로 구분하여 표시한다.

59) ‘인터넷 실명제는 우리 헌법이 보호하고자 하는 문화국가 실현을 위한 제도이기도 하다. 그간 인터넷을 통한 국어훼손은 충격적인 것으로 욕설 등 무례한 언어뿐 아니라 표준어를 파괴하고 의사소통에 있어서 다른 상대방의 의견을 무시하는 발언

3) 침해의 최소성<sup>60)</sup>

현재 공직선거법상에 존재하는 각종 선거운동 관련 규정들은 인터넷 등 가상공간이 아닌 현실공간을 상정하여 규제하는 장치로서, 익명성, 비대면성, 신속한 전파성, 시간적 공간적 무제약성, 자동성 및 반복성 등을 특징으로 하는 인터넷에서는 적절한 기능을 하기 어려운 면이 많아 선거실명확인제가 중첩적인 제한이라고 볼 수 없고 선거운동에서의 인터넷의 역기능이 할 수 있는 비방, 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬워 선거의 공정성을 해하고 특히 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기는 사실상 불가능하므로 결국 선거결과와 왜곡우려가 크다는 점에서 즉, 명예훼손에 대한 처벌 등 사후적 구제수단만으로는 선거에 있어 당선을 목적으로 하는 정당·후보자의 권리구제가 완전하게 이루어 질 수 없다는 점에서 선거계시관 실명확인제가 필요하다고 볼 수 있는 것이다.

현재 선거실명확인제는 첫째 실명확인 기간을 ‘선거운동기간<sup>61)</sup> 중’에만 하도록 하고, 둘째 실명확인 요건도 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을

---

등은 문화국가실현에 중대한 걸림돌이라고 보인다. 토론문화의 올바른 형성과 국어 보호를 위하여 인터넷 실명제는 긍정적 기능을 한다’는 주장도 있다(명재진, 전개논문, 12면); 그러나 선거실명확인제를 포함한 인터넷실명제를 위와 같은 의미에서 문화국가실현과 연결짓는 것은 납득하기 어렵다.

60) 여운국 전 연구관의 2007.11.30.자 수정연구보고서 29면은 2005.8.4. 개정되기 전의 실명확인조항에 대하여 다음과 같이 위헌의견을 제시하였다. “① 선거운동기간에 관계없이 항시 실명확인 조치를 하도록 하는 문제가 있고, ② 계시관 등에 ‘선거에 관한 의견’을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명확인 조치를 하도록 되어 있는데, ‘선거에 관한 의견’이라는 것이 상당히 불확정한 개념일 뿐만 아니라 계시관 등 이용자들은 인터넷언론사에게 알리지 아니하고 언제라도 ‘선거에 관한 의견’을 게시할 수 있고, 인터넷언론사는 이를 일일이 감시할 수도 없기 때문에, 결국 인터넷언론사로서는 항시 모든 계시관 등 이용자에게 대하여 미리 실명확인 조치를 해두지 않을 수 없게 됨으로써, 선거와는 무관한 목적으로 인터넷을 이용하는 사람들에 대한 실명확인까지 강제되는 문제가 있다. 즉 신법조항과 같이 ① 실명확인 기간과 관련하여, ‘선거운동기간 중’에만 하도록 하고, ② 실명확인 요건과 관련하여, ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 발표할 수 있도록 하는 경우’에만 실명확인을 하도록 함으로써 선거의 공정성 확보라는 입법목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 이 사건 실명확인조항은 익명으로 표현할 자유를 과도하게 제한하고 있으므로 ‘침해의 최소성’의 원칙에 위반되고, 결국 과잉금지의 원칙에 위반된다 할 것이다.”

61) 공직선거법 제59조 (선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 선거기간에 대하여는 공직선거법 제33조가 규정하고 있는바 대통령선거는 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일이다.

게시할 수 있도록 하는 경우'에만 하도록 하여 선거운동기간 중이라도 '선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시'로서 글을 게시하는 경우에는 실명확인을 절차를 거치지 않고 게시할 수 있도록 하고 있으며, 실명확인 후 행하는 의사표현은 보장되며 범죄로 되는 것 이외에는 어떠한 내용상의 제한도 없고, 셋째 실명확인 방법도 게시판·대화방에는 글쓴이의 실명이 표출되지 않고 다만 인증결과에 따른 '실명인증' 마크만이 표출되도록 하여 인터넷언론사 이용자들의 표현의 자유가 침해되는 것을 최소화하고 있으며, 넷째 실명확인 대상 인터넷언론사를 공정하고 중립적인 중앙선거관리위원회 산하의 인터넷선거보도심의위원회가 선정하고 있다. 즉 이 사건 법률조항들에 의한 선거실명확인제는 실명을 강제적으로 사용하도록 하는 것이 아니라 실명확인을 위한 절차적인 면만을 의무화하는 것으로 실명확인만 거치면 필명이나 별명으로 글을 쓸 수 있는 것으로 실명사용을 강제하지 아니하는 것이다.<sup>62)</sup>

그렇다면 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 마련된 이 사건 법률조항들은 피해를 최소화하기 위한 요건을 갖추었으며 달리 덜 제약이면서도 같은 법률효과를 달성할 수 있는 수단이 명백히 존재한다고 볼 수도 없다.

#### 4) 법익균형성

인터넷에 의한 허위사실 유포 등으로 인하여 후보자의 인격권 침해, 선거의 공정과 평온의 훼손 및 소수인에 의한 여론 왜곡이라는 폐해 방지라는 선거실명확인제로 얻는 공익이 실명확인 과정에서의 불편함, 표현의 자유에 대한 위와 같은 방법상의 제한으로 인하여 침해받는 될 수 있는 사익보다 비중이 더 크므로 법익의 균형성도 인정된다.

62) 나아가 앞서 본 중앙선거관리위원회 위원장의 의견에 의하면 실명인증이 되지 않고 게재된 정당·후보자에 대한 지지 혹은 반대의 글을 삭제하는 경우에도 '그 행위가 행해진 시기·장소·동기·방법·행위의 구체적인 내용 등을 종합'하여 '특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하기 위한 목적의지를 수반하는 행위인지의 여부'를 판단기준(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도4513 판결)으로 하여 신중하게 처리하여 선거실명확인제에 의한 부작용을 최소화하고 있다고 한다; 또한 제82조의6 ⑤ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다라는 규정도 개인정보보호를 위한 것이기는 하나 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하는 의미도 가지고 있다고 보인다.

(라) 위헌론

1) 목적의 정당성

앞서 본 바와 같다.

2) 수단의 적합성

선거실명확인제를 시행한다고 하여 ‘책임있는 의견’이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소할 것이라고 기대할 수 없고 실제로 그런 기미도 보이지 않는다. 오히려 실명제를 도입한 지방자치단체의 온라인 주민참여에 관한 연구결과에 의하면 실명제를 도입한 후 주민들의 참여만 감소하였는바, 2007년 17대 대통령선거운동기간 중에는 2006년 16대 대통령선거운동기간과 비교하여 현저하게 인터넷 이용자의 참여가 줄었다는 보고가 있다.<sup>63)</sup> 이는 선거실명확인제는 괜한 위축효과만 일으켜 일반인의 참여를 사실상 제한하여, 불리한 처분을 감수하고서라도 지지·반대의 표현을 하려는 목적을 가진 집단에 의한 여론의 왜곡을 불러와 결국 선거의 공정성도 지키지 못하는 결과를 가져오므로 수단으로 적합하지 않다는 것을 보여준다.<sup>64)</sup>

더욱이 합헌론에서 선거실명확인제의 부수적인 장점이라고 하는 수사상의 편의는 결국 선거실명확인제의 주요 목적으로 작동하는 결과로 될 것이고, 그럼에도 처음부터 기망과 사기의 목적으로 정보통신서비스를 이용하고자 하는 범인의 경우는 실명제의 존재에도 불구하고 차명(타인의 주민등록번호를 사용)<sup>65)</sup>이나 허명 혹은 remailing service 등을 이용하여 범망을 빠져나

63) 장여경, 전계논문, 5면. “실명확인제 실시 한달째, 아직도 악플천지...포털이 뒤편 네티즌은 난다”(2007.8.21.자 쿠키뉴스), “인터넷 실명제이후 악성 댓글 줄었나? 글썽”(2008.1.6.자 스포츠서울) ; 이런 면에서 실명제의 강요는 자칫 선거과정 속에서 처벌을 각오한 자들의 일색적인 난장을 조장함으로써 정치적 표현의 자유를 보장 받아야 할 일반인들의 표현행위를 위축시키는 결과를 가져오기도 한다고 한다. 조소영, 전계논문, 55면.

64) 그리고 이러한 점은 선거범죄가 근본적으로 익명에 기댄 무책임성에 기인하는 것이라는 선거실명확인제의 전제 자체의 문제점에도 기인한 것으로 실명제를 실시 중인 사이트에서도 사이버 범죄는 엄연히 존재하는 점은 실명제가 올바른 처방이 아님을 반증하는 것이라고 할 것이다.

65) 네티즌들은 거의 무한대로 새 ID를 만들 수 있는바 소위 ‘인터넷 알바’가 그 예로 이들은 수십개의 ID를 번갈아 사용하면서 포털에 도배글을 올려 여론을 조작하거나 인터넷검색순위도 쉽게 갈아 버린다. 국내 최대의 포털인 네이버의 경우 2008. 7.기준 3200만명의 회원이 약 5000만개의 ID를 보유하고 있다. 여기에 다음, 네이버, 야후 등을 모두 합하면 ID숫자가 약 2억개에 육박한다. 이러한 거품은 포털들



가고자 할 것으로 이러한 목적 달성을 위한 실명제도입은 오히려 처음부터 범위가 없이 단순한 표현 또는 거래행위로 나아가고자 하는 사람들에게 피해를 주는 경우가 발생할 수 있는 것이다.<sup>66)</sup>

### 3) 침해의 최소성

#### 가) 대안의 가능성

선거실명확인제가 표방하고 있는 선거의 공정성유지라는 목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유를 제약하지 않고 명예훼손법리 등 다른 수단에 의하여도 얼마든지 달성할 수 있으므로 최소침해의 원칙에 위배된다. 즉, 인터넷에서의 익명성이 선거의 공정성을 해할 수 있는 사이버 범죄의 원인 중 하나라는 점과 이에 대한 처방으로서의 선거실명확인제가 가지는 기능 그리고 현재의 선거실명확인제가 그 적용기간, 방식 등에 있어서 표현의 자유에 대한 침해를 최소화하기 위한 고려를 하고 있는 점에 대하여는 동의하나, 중앙선거관리위원회가 선거계시관 감시활동을 통하여 불법게시물에 대한 검색과 그에 대한 대응활동을 하고 있고, 익명성을 담보로 한 인터넷 선거범죄에 대하여 명예훼손법이라든지 공직선거법 제251조상의 후보자 비방죄 등 이미 충분히 처벌수단이 마련되어 있으며, 현재의 기술수준에서 개인정보를 침해하지 않는 범위 내에서 사후적으로 네티즌의 신원을 확인할 방법도 불가능한 것은 아니므로<sup>67)</sup> 사후적 규제수단 이외에 반드시 사전적 규제수단으로서의 선거실명확인제를 도입하는 것은 사이버범죄의 통제나 정보관리의 효율성에만 치우친 편의적 발상으로 침해의 최소성을 해치는 것이다.

현실세계에서는 선거운동기간 중에도 익명으로 자신의 정치적 의사를 표현하는 것이 가능함에도 인터넷에서는 반드시 실명확인을 하여야 한다는 것

---

의 허술한 실명확인과정이 한몫하고 있는데 다음의 경우 주민등록번호나 휴대폰번호 뿐 아니라 일반전화번호 인증으로도 새 ID를 만들 수 있어 하나의 전화번호로 만들 수 있는 ID는 약 5개이다.

66) 일반 인터넷실명제의 경우는 하루 평균 30만명 이상이 이용하는 포털 등에 적용되어 왔는데 악성댓글이 근절될 기미가 없으며 이제는 다른 해결방향을 모색하는 것이 타당한데 이를 10만 이상으로 확대하는 것은 코마상태에 빠진 게시판실명제에 부질없이 영양제를 주사하는 꼴이라는 비판도 있다. 민경배, “인터넷규제법의 운명”, 2008.11.9.자 디지털타임즈.

67) 국가인권위원회, 2004.2.17.자 보도자료 “정치관계법 및 그 개정안에 대해 국회에 의견표명”

은 형평성에 어긋나는 것으로 실명확인을 아니하였다는 이유만으로 의사표현을 사전에 봉쇄하는 것은 국민을 잠재적 범죄자로 간주하는 것으로도 볼 수 있어 인터넷실명제의 일종인 선거실명확인제는 당연히 최후적인 방법론이 되어야 할 것이고 이러한 강제조치보다는 우회적인 방법론들이 모색되어야 할 것인바 이미 선거법제 속에 규정된 벌칙조항들을 적극적으로 활용한다든지 게시판이나 대화방 등을 유형화하여 실명과 익명의 차이를 인정하는 등의 가능한 대안이 존재하는 것이다.<sup>68)</sup>

나) 이 사건 법률조항들 중 제82조의 6 제1항의 ‘인터넷언론사’의 범위문제  
공직선거법 제8조의5 제1항에 의하면, 인터넷언론사란 “신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률’ 제2조(용어의 정의) 제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자를 말한다. 이하 같다.”라고 규정하고 있다.<sup>69)</sup> 여기서 위 규정에 따른 범위를 확정하여 본다.

#### ① 범위의 확정

i) ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률’ 제2조(용어의 정의) 제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자

2005. 8. 4. 개정으로 추가된 부분이다. 신문등의자유와기능보장에관한법률(이하 신문법이라 한다) 제2조 제5호는 인터넷신문이라 함은 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령<sup>70)</sup>이 정하는

68) 조소영, 전계논문, 57면.

69) 구 공직선거및선거부정방지법 제8조의5 제1항은 “정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자를 말한다. 이하 같다.”라고 규정하고 있었는바, 여기에 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률’ 제2조(용어의 정의) 제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자를 추가한 것이다.

기준을 충족하는 것”이라고, 제7호는 인터넷신문사업자라 함은 “인터넷신문을 전자적으로 발행하는 자”라고 각 정의하고 있다.

ii) 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자

‘누구나’ 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 사안을 취재·편집·집필하여 인터넷에 올리고 이를 전파할 수 있는 ‘블로그 시대’에는 모든 웹사이트들이 인터넷언론사가 될 가능성이 있으며, 기사를 취재·편집한 경우뿐만 아니라 이를 ‘매개’한 경우에도 인터넷언론사로 보기 때문에 단순히 이미 만들어진 기사를 전달만 하는 경우에도 인터넷언론사에 포함될 여지가 있다.

iii) 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자 ‘이와 유사한 언론 기능’이라고 하여 그 범위가 더욱 모호해진다.

② 개념구분을 위한 판단기준의 광범성 및 불명확성<sup>71)</sup>

70) 시행령 제3조 (인터넷신문)

법 제2조 제5호에서 “대통령령이 정하는 기준”이라 함은 다음 각 호의 기준을 말한다.

1. 독자적인 기사 생산을 위한 요건으로서 취재 인력 2인 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 3인 이상을 상시적으로 고용하고, 주간 게재 기사 건수의 100분의 30 이상을 자체적으로 생산한 기사로 게재할 것
2. 지속적인 발행요건으로서 주간 단위로 새로운 기사를 게재할 것

71) 또한 ‘공직선거법’상의 인터넷언론사는 선거의 공정성을 유지하기 위하여 많은 규제를 받고 있는데 ‘신문법’상의 인터넷언론사와 비교하여 볼 때 가장 큰 차이는 포털사이트와 종속형 인터넷언론사(신문·방송의 닛검사)를 포함하느냐 제외하느냐에 있는 것으로 ‘공직선거법’은 이들을 모두 포함하고 있고, ‘신문법’은 그렇지 아니하다. 이러한 애매성 때문에 인터넷선거보도심의위원회는 2004.3.18. 결정한 ‘인터넷언론사의 범위’예시를 다음과 같이 수록하고 있다. 첫째, 오프라인 종속형언론(기존의 인쇄신문 등 발행 언론사가 자사의 인터넷 홈페이지에 기사를 제공하는 것, 예컨대 디지털 조선일보), 둘째 이른바 온라인 독립형언론(자체적으로 기사·논평·칼럼을 생산하여 신문·방송·웹진의 형태로 보도하는 사이트, 예컨대 오마이뉴스, 프레시안 등), 셋째 인터넷 포털사이트로 수십개의 뉴스사와 콘텐츠 공급계약을 맺고 이를 목록화하여 뉴스를 제공하는 형태로 뉴스의 단순유통과 제한적인 뉴스선택 및 편집권한만 가지고 있으며 자체적으로 뉴스를 생산하지 않는다(예컨대 네이버, 다음 등), 넷째 한국인터넷신문협회 및 한국인터넷기자협회 등 인터넷언론 관련단체에 회원사로 가입된 인터넷 사이트, 다섯째 기타 위 각호의 1에 해당하지 않는 경우로 심의위원회가 인터넷언론사로 결정된 사이트라고 명시하고 있다 ; 인터넷언론사의 범위는 인터넷선거보도심의위원회 홈페이지에서 게시하고 있다. [http://www.iendc.go.kr/library/library\\_02.php](http://www.iendc.go.kr/library/library_02.php)

우선 문제는 인터넷언론사에 “이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자”라고 불명확하게 규정하고 있는 점으로 중앙선거관리위원회는 제4회 동시지방선거에서 인터넷실명확인조치 대상 인터넷언론사를 807개로 선정하였으나 그 범위가 ‘신문법’상의 인터넷언론사와 동일하지 않고 영세·소형 언론사까지 포함하는 등 그 범위가 너무 넓다는 비판이 제기된 바 있다. 이는 그 개념규정이 요건상 언론사의 보도나 논평 등의 내용적 속성을 강조하고 있는 반면에 운영주체가 주체에 대한 명확한 기준은 제시되어 있지 않다는 점에서도 비판을 받고 있는 것으로 결국 다양한 형태의 포털사이트, 언론사닷컴, 인터넷신문, 블로그 등 중에서 일정한 요건하에 제외되는 홈페이지 이외에 나머지 중 정확한 개념정의, 적어도 예상가능한 범위의 설정이 필요한 이유는 공직선거법상 인터넷언론사에 각종 의무가 부과되고 있고 그에 관련하여 처벌까지 정하여져 있기 때문이다.<sup>72)</sup>

다만, 위 조항 중 ‘인터넷홈페이지’ 부분은 ‘인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙’(선거관리위원회규칙 2008. 3. 24. 제295호로 일부개정) 제2조(인터넷언론사의 범위)에서 일정한 인터넷 홈페이지는 그 대상에서 제외하여 범위를 조절하고 있다.<sup>73)</sup> 그런데 이에 대하여도 그 중 특히 3호가 정하는 “기타 심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용·운영 및 이용양태 등을 고려하여...”부분에 대하여는 이는 판단기준이 게시물의 내용을 주된 대상으로 하고 있는 것으로 표현물의 내용적 규제라는 비판이 제기되고 있다.<sup>74)</sup>

### ③ 개념규정의 포괄성 - “매개”와 ISP<sup>75)</sup> 책임론

72) 강덕원, 전계논문, 160면. 선거실명제의 도입취지를 고려할 때 인터넷언론사의 범위를 선거의 공정성을 해칠 수 있는 영향력이 큰 언론사로 한정하여야 한다고 한다.

73) “다음 각 호의 1에 해당하는 인터넷 홈페이지는 법 제8조의 5(인터넷선거보도심의위원회) 제1항의 규정에 의한 인터넷언론사로 보지 아니한다. 1. 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 같다)가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지 2. 선거운동을 하는 기관·단체가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지 3. 기타 심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용·운영 및 이용양태 등을 고려하여 인터넷언론사로 인정하지 아니하는 인터넷 홈페이지”

74) 조소영, 전계논문, 50면(제한의 대상이 시간, 장소, 방법이 아니고 내용에 대한 경우는 제한의 위헌성에 대하여 가장 엄격한 심사를 하게된다.)

75) ISP(Internet Service Provider)란 사용자가 인터넷에 접속하기위해 이용하는 서비스 업체를 말한다.

신문법 제2조 5호와는 달리 공선법에서는 기사를 ‘매개’하는 경우까지 인터넷언론사의 개념에 포함하고 있는 점이 문제로 지적되고 있다. 이는 취재·편집·집필 기능이 없는 인터넷상의 정보유통에 대하여 언론기능을 부여할 것인지에 대한 신중한 고찰을 요하는 것으로<sup>76)</sup> 결국 ISP책임범주의 문제로 되기 때문이다. 뉴스를 생산하는 인터넷언론사와 뉴스의 유통을 단순히 매개하는 사업자의 역할이 서로 다름에도 불구하고 그 역할에 맞는 규제를 하지 못하게 된다는 비판으로 이는 최근의 포털 등 ISP에 대한 언론사로서의 역할 인정과 관련하여 심도있는 논의가 필요한 부분이라 할 것이다.<sup>77)78)</sup>

다) 이렇듯 선거실명확인제는 비록 선거운동기간 중에만 비교적 단기간 적용되지만 다른 사후적 대안이 가능하고, 현실세계에서의 정치적 익명표현의 자유가 보장되는 점을 고려하면 인터넷의 특성을 감안한다고 하더라도 최소침해의 원칙을 위반한 것으로 볼 수 있고, 특히 인터넷언론사의 개념의 포괄성에 비추어 보아도 지나치게 넓게 정치적 익명표현의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

76) 그럼에도 불구하고 매개사업자의 경우 제공받은 기사 수만큼 누적적인 징계조치가 가능하도록 함으로써 실제 기사를 작성·생산한 자보다 더 많은 징계처분의 대상이 되도록 하고 있다고 한다 (2007.4.16.자 인터넷 선거보도심의위원회 결정 참조) 조소영, 전계논문, 51면.

77) “최근 9일 국회 문화체육관광방송통신위원회는 포털 사이트를 언론중재 대상에 포함시키는 내용을 골자로 한 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’(언론중재법)을 의결했다. 한나라당은 줄곧 “인터넷 포털이나 언론사닷컴 등의 뉴스서비스 제공으로 인한 피해가 급속하고 광범위하게 발생되고 있음에도 불구하고 신속하고 충분한 피해 구제가 어려운 실정”이라며 “포털 등을 언론중재법의 적용 대상으로 포함시켜야 한다”고 주장해왔고, 야당도 그 취지에 공감해 이번에 여야 합의에 의해 법안을 처리하게 됐다. ...그런데 법을 개정하면서는 기사는 물론 기사를 배치한 화면까지 저장·보관하도록 하는 조항을 포함시키면서 기준이나 방식에 대한 충분한 논의를 하지 않아, 자칫 포털 사이트에 막대한 인력과 비용 부담을 안긴 것은 물론 일반 인터넷 신문사나 중앙일간지의 인터넷 사이트 운영에도 부담을 지울 것이라는 업계의 우려가 이어지고 있다.”(프레시안, 2009.1.15.방문)

78) 그리고 공직선거법 시행 이전에 이미 일반포털사이트의 경우 신용업자 등에게 실명확인을 요구할 권리를 보유하지 않았을 뿐 회원가입이라는 방법을 통하여 게시판 글쓰기에서 실명제가 도입된 것과 마찬가지로이었다. 그러나 이렇듯 실명제미시행시 과태료를 부과하는 방법으로 강제화하는 것은 선거관련 가사나 게시판이 부수적인 내용에 불과한 점에서 볼 때 포털 전체에 실명제를 부과하는 것은 형평성에서 타당하지 않다는 비판이 있다. 김혜경, “공직선거법과 인터넷 실명제”, 형사정책연구 64호(2005 겨울), 224면.

## 4) 법익의 균형성

우선 선거실명확인제는 특히 짧은 선거운동기간 중에 선거와 관련된 정치적인 익명표현의 자유를 제한하는 것이지만 선거운동기간을 정치적 표현의 자유의 핵심영역으로 볼 수 있다는 중요성에 비추어 보면 제한되는 사익이 보장되는 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 적다고 할 수 없어 법익의 균형성도 인정되기 어렵다.

선거의 공정성은 민주적 정치질서를 올바르게 세우고자 하는 것이므로, 선거의 공정을 도모하기 위하여 민주적 정치질서를 마비시키는 결과를 초래해서는 안 된다. 선거운동의 과열은 선거의 공정을 해칠지도 모르지만, 민주적 정치질서를 활성화시킬 수도 있다. 선거의 공정성을 해칠지도 모른다는 염려를 내세워 정치적 표현의 자유를 유명무실하게 할 정도로 제한하는 것은 헌법상 정당화되기 어렵다. 정치적 표현활동을 충분히 보장하여 민주적 정치질서를 활성화시키고 선거의 기능이 제대로 구현되게 하는 것이 더욱 중요하기 때문이다.<sup>79)</sup>

특히 선거의 공정성을 위한 선거실명확인제에 의한 익명성의 제한과 강력한 형사 제재 방식으로 인해 인터넷 선거범죄가 감소할 수 있다고 본다. 그러나 인터넷에서의 표현의 자유에 대한 위축효과(chilling effect)가 나타날 수 있다는 점이 문제로 이는 자칫 공적 문제에 대한 비판 기능마저 위축시킴으로써 인터넷의 민주주의적 소통 기능을 침해하고 유권자의 정치참여 및 의견형성활동을 감소시키는 것으로 귀결될 우려가 있는 것이다.<sup>80)</sup>

헌재 2002. 6. 27. 99헌마480결정에서는 ‘인터넷은 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다.’고 판시하고 있고 정치적 표현의 자유의 핵심은 비판의 자유를 보장하는 것이며, 비판의 자유는 익명으로 표현할 수 있는 자유

79) 헌재 2008.10.30. 2005헌바32, 공보 제145호, 1408, 1419-1419. 재판관 조대현의 반대이견

80) 정정훈, ‘사이버모욕죄’ 등 신설, 2008.10.16.자 법률신문.

가 보장되어야 비로소 완전해진다. 이름 없는 시민의 과감한 비판은 언제나 사회를 바꾸는 원동력이 되어 왔고, 이런 소중한 익명표현을 보장하고 존중하는 것은 민주주의에서 꼭 필요하다.

#### 사. 기타 청구인의 주장에 대한 검토

##### (1) 양심의 자유 및 사생활의 비밀 침해 여부

우선 실명인증과정에 의해서 청구인의 윤리관이나 사상이 드러나는 것은 아니고, 사생활이 직접 침해된다고 볼 수 없으므로 모두 이유 없다.

##### (2) 명확성의 원칙 위배 여부

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2007. 7. 26. 2006헌바12, 공보 제130호; 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822).

그러므로 보건대 이 사건 법률조항들의 '지지·반대' 개념은, 수범자와 법집행자에게 적절한 합리적 해석기준을 제시하고 있다고 볼 수 있고, 나아가 자의적인 법해석이나 법집행 배제도 확보된다고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항들이 명확성의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

#### 4. 결정의 의의

본 결정은 일반적인 인터넷실명제 중 '선거실명확인제'에 한정된 것이다. 이는 앞서 보았듯이 일반적인 인터넷실명제에 비하여 적용목적(선거의 공정

성), 적용대상, 적용기간 및 운영방법 등이 상당히 한정된 것으로 본건을 통하여 인터넷실명제 전반에 대한 위헌성을 심리·판단을 하기에는 부적절한 것으로 보인다.

또한 일반적 인터넷실명제라고 할 수 있는 정보통신망법 제44조의5(제한적 본인확인제)가 이미 2007. 7. 27.부터 시행되고 있고, 정보통신망법개정을 통하여 그 적용대상을 확장(30만 이상 사이트▶ 10만 이상 사이트)하였으므로<sup>81)</sup> 그에 대한 많은 논쟁이 예상된다.

---

81) 제44조의5(게시판 이용자의 본인 확인)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 "본인확인조치"라 한다)를 하여야 한다.

2. 정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만명 이상이면서 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 2011. 4. 5. 법률 제10560호로 개정된 것)



## 공직선거법 제265조 본문 위헌확인

(헌재 2010. 3. 25. 2009헌마170, 판례집 22-1상, 535)

황 치 연\*

### 【판시사항】

1. 회계책임자가 300만 원 이상의 벌금을 선고받은 경우 후보자의 당선을 무효로 하고 있는 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 9974호로 개정되기 이전의 것) 제265조 본문 중 “회계책임자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법 제13조 제3항에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 헌법상 자기책임의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 후보자의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 9974호로 개정되기 이전의 것) 제265조 본문 중 “회계책임자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 이 사건 법률조항의 구체적 내용(밑줄 부분)은 다음과 같다.

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 9974호로 개정되기 이전의 것) 제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 자로서 후보자와 통모하여 당해 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당되는 자를 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 직계존·비속

---

\* 헌법연구관, 헌법재판연구원 교육팀장

및 배우자가 당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효유도죄), 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 정치자금법 제45조(정치자금 부정수수죄) 제1항의 정치자금 부정수수죄를 범함으로써 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다)에는 그 후보자(대통령후보자, 비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회 의원후보자를 제외한다)의 당선은 무효로 한다. 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.

### 【사건의 개요】

청구인은 2008. 4. 9. 실시된 제18대 국회의원 선거에서 한나라당의 공천으로 경남 양산에서 출마하여 국회의원으로 당선되었다. 그런데 청구인의 회계책임자 김○일이 공직선거법 제230조 제1항 제4호 및 제135조 제3항을 위반하여 전화 선거운동원 등에게 선거운동의 대가를 지급하였다는 혐의로 기소되어 2008. 11. 4. 울산지방법원(2008고합264)에서 징역 1년에 집행유예 2년 및 사회봉사 160시간의 명령을 선고받고 불복하였으나, 항소심인 부산고등법원(2008노856)은 2009. 2. 2. 위 항소를 기각하였다. 이 사건은 2009. 2. 11. 대법원(2009도1322)에 상고되었으나 2009. 6. 23. 상고기각 되었다.

결국, 청구인은 공직선거법 제265조 본문에 의하여 국회의원직을 상실하였는바, 공직선거법 제265조 본문 중 “회계책임자” 부분이 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙, 헌법 제13조 제3항의 연좌제금지, 자기책임의 원칙, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되어 공무담임권 및 재판청구권을 침해한다고 주장하면서 2009. 3. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 헌법 제13조 제3항은 ‘친족의 행위와 본인간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용되기 때문에 원칙적으로 회

계책임자가 친족이 아닌 이상, 이 사건 법률조항은 적어도 헌법 제13조 제3항의 규범적 실질내용에 위배될 수는 없다.

2. 이 사건 법률조항은 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하고, 또한 후보자는 공직선거법을 준수하면서 공정한 경쟁이 되도록 할 의무가 있는 자로서 후보자 자신뿐만 아니라 최소한 회계책임자 등에 대하여는 선거범죄를 범하지 않도록 지휘·감독할 책임을 지는 것이므로, 이 사건 법률조항은 후보자 ‘자신의 행위’에 대하여 책임을 지우고 있는 것에 불과하기 때문에, 헌법상 자기책임의 원칙에 위반되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항에 의한 후보자 책임의 법적 구조의 특징, 회계책임자에게 재판절차라는 완비된 절차적 보장이 주어진다든 점, 별도 절차의 채부에 따른 장·단점이 나뉜다는 점 등을 종합하면 후보자에 대하여 변명·방어의 기회를 따로 부여하는 절차를 마련하지 않았다는 점만으로 적법절차원칙에 어긋나고 재판청구권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

4. 회계책임자와 후보자는 선거에 임하여 분리하기 어려운 운명공동체라고 보아 회계책임자의 행위를 곧 후보자의 행위로 의제함으로써 선거부정방지를 도모하고자 한 입법적 결단이 현저히 잘못되었거나 부당하다고 보기 어려운 이상, 감독상의 주의의무 이행이라는 면책사유를 인정하지 않고 후보자에게 법정 연대책임을 지우는 제도를 형성한 것이 반드시 필요 이상의 지나친 규제를 가하여 가혹한 연대책임을 부과함으로써 후보자의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

### **재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대 의견**

이 사건 법률조항은 단순히 금전배상을 명하는 민사상 제재와는 전혀 다른 영역인 후보자의 공무담임권을 박탈하는 공직선거법상의 제재에 대해서까지 법정 무과실책임으로 규정하고 있고, 회계책임자인 피고인의 주관적 양형조건도 반영된 그 양형에 의해 제3자인 후보자의 공무담임권 박탈을 예외

없이 연계시키고 있다.

회계책임자에 대한 형사재판은 제3자인 회계책임자의 범죄행위에 대한 재판일 뿐 후보자 자신의 국회의원직 상실 여부를 결정하는 재판이 아닐 뿐만 아니라, 더욱이 회계책임자가 후보자를 배신하여 이 사건 법률조항 소정의 선거범죄를 저지른 경우와 같이 후보자와 회계책임자의 이해가 일치하지 아니하게 된 경우에는 후보자에게 사실상으로도 변명·방어의 기회가 보장될 수 없다.

후보자가 자신의 관리·감독책임 없음을 입증하여 면책될 가능성조차 부여하지 아니한 채 회계책임자의 불법행위를 근거로 후보자의 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 이 사건 법률조항은 헌법상 자기책임의 원리에 위배하여 후보자의 공무담임권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.

### 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견에 대한 보충의견

국민의 직접선거에 의하여 대표로 선출되어 강한 민주적 정당성을 확보하고 있는 후보자에 대하여 사후에 법률규정에 의하여 그 직을 확정적으로 박탈하려면 위 민주적 정당성을 초월하는 고도의 헌법적 정당성에 터 잡고 있어야 하기 때문에 이 사건 법률조항이 헌법상 자기책임원리에 반하는가에 대해서는 엄격한 심사가 이루어져야 한다.

후보자가 회계책임자의 범죄행위를 알지 못하였고 그 알지 못한 데에 감독상의 과실마저 인정되지 않는 경우라면, 선거 자체의 공정성에 관한 재판 결과가 아닌 불법행위를 저지른 회계책임자의 형사 양형만을 근거로 후보자의 직을 박탈하는 것이 오히려 유권자의 의사를 더욱 크게 왜곡하여 대의제의 이념에 반하는 결과를 초래하고 있다.

이 사건 법률조항이 유·무죄도 아니고 형의 종류도 아닌 벌금형 중에서 300만 원을 제재의 기준으로 하고 있는 것은 기본권 제한기준의 합리적이고 객관적인 기준이 될 수 없고, 국회의원의 박탈이라는 공무담임권의 상실요건을 법관이 제3자의 선거범죄에 대한 형사사건에서 그 제3자에 대한 법관의 재량적 양형판단에 결부시킴으로써 수범자에게 예측가능성을 제공하지 못하기 때문에 문제는 더욱 심각하다 할 것이다.

## 【해설】

### 1. 공직선거법 제265조의 입법연혁

1948. 3. 17. 제정된 국회의원선거법은 심판대상 법조문과 같은 당선무효 규정이 없었고, 1960. 6. 23. 법률 제551호로 제정된 국회의원선거법에서는 매수 및 이해유도죄(제140조)와 다수인매수 및 다수인이해유도죄(제141조)를 두고 제164조<sup>1)</sup>에서 “당선인 본인의 처벌”로 인한 당선무효를 규정하였으나, 선거사무장 등의 범죄로 인한 당선무효 규정은 두지 않았다. 그러다가 1963. 1. 16. 법률 제1256호로 폐지·제정된 국회의원선거법에서 처음으로 선거사무장등의 선거사범으로 인한 당선무효를 규정하였다.<sup>2)</sup>

#### 가. 국회의원선거법(1963. 1. 16. 법률 제1256호로 폐지·제정된 것)

『제172조(선거사무장 등에 의한 선거사범 및 이로 인한 당선무효) ① 선거사무장이나 회계책임자가 당해선거에 있어서 제143조 내지 제146조<sup>3)</sup>에 규정한 죄를 범함으로써 인하여 징역이나 금고에 처하게 된 때에는 그 정당이 추천한 당해지역구 후보자의 당선은 무효로 한다.』

#### 나. 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)

『제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장·선거사무소의 회계책임자 또는 후보자의 직계존·비속 및 배우자가 당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효유도죄) 또는 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄를 범함으로써 인하여 징역형의 선고를 받은 때에는 그 후보자(대통령후보자와 전국

1) 제164조(당선인의 처벌로 인한 당선무효) ① 당선인이 당해선거에 있어서 본법에 규정한 범죄로 인하여 징역, 금고 또는 5만원 이상의 벌금형에 처벌된 때에는 그 당선은 무효가 된다. ②(생략)

2) 이는 당시 5.16 군사쿠데타로 정권을 잡은 군부가 군사혁명위원회인 이른바 ‘국가재건최고회의’를 통하여 만든 법률로 그 회의록을 확인할 수 없다.

3) 제143조(매수 및 이해유도죄), 제144조(다수인매수 및 다수인이해유도죄), 제145조(후보자에 대한 매수 및 이해유도죄), 제146조(당선인에 대한 매수 및 이해유도죄)

구국회의원후보자를 제외한다)의 당선은 무효로 한다. 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.』

당시 (제165회) 국회 내에 「정치관계법심의특별위원회」를 설치하였는데, 동 위원회의 1993. 11. 26.자 제2차 회의록을 보면, 여당인 [민주자유당]이 발의한 ‘공직선거및선거부정방지법안’에서 “타락선거와 관련된 선거범죄로 인한 당선무효의 연대책임의 범위를 확대하여 … 후보자의 직계 존·비속 및 배우자, 선거사무장, 선거연락소장 또는 회계책임자가 매수 및 이해유도죄, 다수인에 대한 매수 및 이해유도죄, 후보자에 대한 매수 및 이해유도죄, 당선인에 대한 매수 및 이해유도죄, 당선무효유도죄, 방송·신문 등의 불법이용을 위한 매수죄와 기부행위의 금지제한 등의 위반죄를 범함으로 인하여 징역형의 선고를 받은 때에는 그 후보자의 당선은 무효로” 하였고(동 법안 제257조 및 제259조), 야당인 [민주당]이 발의한 ‘공직선거법안’에서도 “선거사무장, 선거사무소의 회계책임자와 후보자의 배우자, 후보자의 직계 비속이 당해 선거에 있어서 안 제226조(매수 및 이해유도죄) 내지 제230조(당선무효유도죄) 또는 제253조(기부행위의 제한·금지 등의 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄를 범하여 징역형의 선고를 받은 때에는 후보자(비례대표국회의원후보자는 제외)의 당선을 무효로” 하였다(동 법안 제259조 및 제261조).<sup>4)</sup>

그 후 이 두 안은 모두 폐기되고 법제사법위원회에서 통합된 대안으로 ‘공직선거및선거부정방지법안’을 성안하였는데, 이 안은 “후보자의 직계 존·비속 및 배우자, 선거사무장 또는 선거사무소의 회계책임자가 매수 및 이해유도죄 등의 위반죄를 범함으로 인하여 징역형의 선고를 받은 때에도 그 후보자의 당선을 무효로” 하였으며,<sup>5)</sup> 이 안은 당일 그대로 본회의를 통과하였다.<sup>6)</sup>

#### 다. 공직선거및선거부정방지법(1995. 5. 10. 법률 제4949호로 개정된 것)

4) 동 회의록 17-18, 26면.

5) 제166회국회 법제사법위원회 제4차회의록(1994. 3. 4. 22:06), 1-2면.

6) 제166회국회 제11차본회의(1994. 3. 4. 22:35) 회의록 9면.

『제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장·선거사무소의 회계책임자 또는 후보자의 직계존·비속 및 배우자가 당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효유도죄) 또는 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄를 범함으로써 인하여 징역형의 선고를 받은 때에는 그 후보자(대통령후보자, 전국구 국회의원후보자 및 비례대표 시·도의원후보자를 제외한다)의 당선은 무효로 한다. 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.』

이 개정은 당시 여야 간에 시·도의회의원 선거에 있어서 정당비례대표제를 도입하기로 합의함에 따라<sup>7)</sup> 선거사무장 등이 선거범죄로 징역형을 선고받더라도 당선이 무효로 되지 않는 후보자에 비례대표 시·도의회의원 후보자를 추가한 것이다.<sup>8)</sup>

#### 라. 공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)

『제265조(선거사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자 또는 후보자의 직계 존·비속 및 배우자가 당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효유도죄) 또는 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄를 범함으로써 인하여 징역형의 선고를 받은 때에는 그 후보자(대통령후보자, 비례대표국회의원후보자 및 비례대표 시·도의원후보자를 제외한다)의 당선은 무효로 한다. 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.』

이 개정은 본문 후단의 괄호 안에 중전의 “전국구”국회의원후보자를 “비례대표”국회의원후보자로 용어를 바꾼 것에 불과하다.

7) 제173회국회 제1차내무위원회(1995. 3. 15) 회의록, 2면.

8) 제174회국회 제1차내무위원회(1995. 5. 4) 회의록, 10면; 동 제1차법제사법위원회(1995. 5. 4) 회의록, 2면; 제174회국회 제1차본회의(1995. 5. 4) 회의록, 12면.

## 2. 선거법상 연좌제에 관한 입법례

### 가. 일본<sup>9)</sup>

(1) 일본의 공직선거법 제251조의2(총괄주재자·출납책임자 등의 선거범죄에 따른 공직후보자의 당선무효와 입후보금지) 제1항은 선거운동총괄주재자(1호), 출납책임자(2호), 지역주재자(3호), 후보자 또는 입후보예정자의 부모·배우자·자녀·형제자매(4호), 후보자 또는 입후보예정자의 비서(5호)<sup>10)</sup>가 제221조(매수 및 이해유도죄), 제222조(다수인매수 및 다수인이해유도죄), 제223조(후보자 및 당선인에 대한 매수 및 이해유도죄), 또는 제223조의2(신문·잡지의 불법이용죄)의 죄를 범하여 형(4호, 5호의 경우에는 금고 이상의 형)에 처해진 때는 그 당선인의 당선은 무효로 되며, 연좌제의 효과로는 당선무효에 추가하여 5년간 “같은 선거”의 “동일한 선거구”에서는 입후보할 수 없다고 규정하고 있다.<sup>11)</sup> 다만, 매수죄 등이 유도에 의하거나 배반에 의한 경우에는 면책된다(제251의2 제4항).

(2) 일본의 경우 후보자 또는 후보자가 되려는 자(이하 ‘당선자’라고 함) 이외의 자의 행위에 의하여 당선자의 당선을 무효로 함과 동시에 일정기간 입후보를 제한하는 소위 연좌제는, 기본적으로 “당선자 이외의 일정한 대상자가 일정의 선거범죄를 범하여 일정의 형에 처하여진 때” 라는 요건을 만족시키는 경우에 원칙적으로 “연좌소송(連坐訴訟)”이라는 별도의 행정소송절차를 거쳐 당선자의 당선을 무효로 하는 등의 제재효과를 발생시키는 구조를 가진다.

연좌대상자로 되어 있는 자는 총괄주재자·출납책임자·지역주재자·친족

9) 이 부분은 강경협, 일본의 공직선거법위반사범에 대한 수사 및 공직선거법상의 연좌제에 관한 고찰, 『해외연수검사 연구논문집 (제15집)』 (법무연수원 1999), 453면 이하를 참조함.

10) 일본의 최고재판소(제3소법정)는 1998(平成 10). 11. 17. 선고한 ‘중의원의원 선거 후보자 연좌소송’ 상고심 판결에서 공직선거법 제251조의2 제1항 5호는 일본국헌법 제15조 제1항(공무담임권), 제31조(적법절차)에 위반되지 않는다고 판시하였다(판례시보 1662호 74면, 판례타임즈 991호 100면). 참고로 일본국 헌법에는 우리 헌법 제13조 제3항과 같은 연좌제금지 규정이 없다.

11) 일본의 최고재판소(제1소법정)는 1996(平成 8). 7. 18. 선고한 ‘당선무효가 아니라는 확인청구소송’ 상고심 판결에서 공직선거법 제251조의2 제1항에 따라 장래 일정한 기간 입후보를 금지한 것은 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다(판례시보 1580호 92면, 판례타임즈 921호 106면).



· 비서(이상 ‘중래형 연좌제’), 조직적 선거운동관리자(‘신연좌제’), 그리고 일정의 공무원(‘특별연좌제’) 등 7종이다. 일본의 연좌제는 ① 우리나라보다 연좌대상자가 더욱 확대·강화되어 있고, ② 행정소송인 연좌소송이라는 별도의 소송절차를 통하여 연좌효과를 발생시키도록 하고 있는 점이 우리나라와 다른 점이다.

(3) 연좌소송으로는 검사가 피고가 되는 경우와 원고가 되는 경우의 두 가지가 있다.

(가) 먼저 검사가 피고가 되는 경우는 총괄주재자, 출납책임자, 지역주재자가 일정 선거범죄에 의해 연좌형중(집행유예·벌금형 포함)의 확정판결을 받은 경우에 당선인이 원고가 되어 연좌제의 적용을 면하기 위한 불복신청으로서(공직선거법 제210조 제1항), 연좌효과의 발생을 위하여는 동 소송을 제기하지 않고 출소기간(위 형의 통지를 받은 날로부터 30일)이 경과하거나 또는 원고(당선자)패소 판결이 확정될 것을 요한다(제251조의5). 여기에서 연좌효과를 면하려면 원고가 “면책사유”에 해당함을 입증해야 한다.

(나) 다음으로 검사가 원고가 되는 경우로서, 검사는 위 1)에 해당하는 경우를 제외하고 연좌요건에 해당한다고 인정할 때에는 당선자를 피고로 하여 총괄주재자, 출납책임자, 지역주재자,<sup>12)</sup> 당선자의 부모·배우자·자녀·형제자매, 비서, 조직적 선거운동관리자<sup>13)</sup> 등의 형사사건의 재판확정일로부터 30일 이내 고등재판소에 소송을 제기해야 한다(공직선거법 제210조 제2항, 제211조 제1항·제2항). 이 소송에서 원고(검사)승소 판결이 확정되면 연좌효과가 발생한다(제251조의5).

(4) 이와 같은 연좌소송을 제도화한 것은, 본인 이외의 자가 형을 받은 것을 원인으로 하여 공직후보자 본인에게 당선무효 등의 중대한 연좌효과를 발생케 하는 점에 비추어 당사자 본인에게 고지·변명·방어의 기회를 부여하기 위한 것이다.

참고로 일본에서는 단기 공소시효에 관한 구 공직선거법 제253조를 1962

12) 이들에 대한 위 1)의 형사재판에서 이들이 당선인의 총괄주재자 등임이 인정되지 아니한 채로 형이 확정되고, 그 후 새로운 증거가 나와 총괄주재자 등임이 판명되는 경우에 적용된다.

13) 이들은 위 1) 소송의 대상자(피고인)가 아니다.

년 법률 제112호에 의하여 삭제함으로써 선거범죄에 대한 공소시효도 일반 범죄의 그것과 동일하게 환원하였다.<sup>14)</sup> 그러므로, 일본과는 달리 “6월”의 단기 공소시효를 규정하고 있는 우리나라에서(공직선거법 제268조)<sup>15)</sup> 일본처럼 연좌소송절차에 의하여 연좌효과를 발생하도록 하는 것은 현실과 조화되기 어려운 측면이 있다.<sup>16)</sup>

### 나. 영국<sup>17)</sup>

2001. 2. 16. 개정된 영국의 1983년 국민대표법(Representation of the People Act 1983., Amendment as at: February 16, 2001)은 제159조와 제165조에서 연좌제를 규정하고 있다.

(1) 제159조(부패행위 또는 위법행위를 범한 것으로 보고된 후보자 : Candidate reported guilty of corrupt or illegal)

① 당선된 후보자가 선거재판소<sup>18)</sup>에 의하여 그 자신이 또는 대리인에 의하여 ‘부패행위’<sup>19)</sup> 또는 ‘위법행위’<sup>20)</sup>를 범하였다고 보고된 경우에는 그의 당선은 무효로 한다.

② 의회의원선거에 입후보한 후보자는 당해 보고일로부터 다음의 기간 중 당해 선거가 실시된 선거구 또는 당해 선거를 위하여 구성된 전기 선거구의 전부 또는 일부 지역을 포함하는 선거구를 위하여 하원의원으로 선출

14) 황정근, 「선거부정방지법」(법영사 2001), 66면

15) 공직선거법 제268조(공소시효) 이 법에 규정한 죄의 공소시효는 당해 선거일 후 6월(선거일 후에 행하여진 범죄는 그 행위가 있는 날로부터 6월)을 경과함으로써 완성한다. 다만, 범인이 도피한 때나 범인이 공범 또는 범죄의 증명에 필요한 참고인을 도피시킨 때에는 그 기간은 3년으로 한다.

16) 강경협, 전계논문, 472-473면.

17) 이 부분은 중앙선거관리위원회 발행, 「영국국민대표법」(1988), 439-444, 459-461면을 참조하였음.

18) 영국에서는 선거재판권이 원래는 하원에 속해 있었으나, 선거심사가 정당의 책략에 지배되는 경향이 있어 현재에는 별도로 구성되는 선거재판소(the Election Court)가 선거소송을 전담하고 있다. 권영설, 선거소송의 문제점과 과제, 「선거법의 현황과 과제」(한국법학원 2002. 3.15. 심포지엄주제논문), 7면.

19) 부패행위(Corrupt Practice)란 매수·향응·협박·신문사칭 등 일반형사범에 버금가는 실질적·실체적인 선거범죄를 말한다.

20) 위법행위(Illegal Practice)란 단속규정에 위반한 기술적 선거범죄 특히 선거비용규제 위반을 말한다. 황정근, 전게서, 4면.

될 수 없으며 하원에 출석할 수 없다.

(a) 자신이 부패행위를 범하였다고 보고된 경우에는 10년간

(b) 대리인에 의하여 부패행위를 범하였다고 보고된 경우 또는 자신이 위법행위를 범하였다고 보고된 경우에는 7년간

(c) 대리인에 의하여 위법행위를 범하였다고 보고된 경우에는 당해 선거가 실시된 의회의 회기 동안

(2) 제165조(부패대리인의 고용으로 인한 당선무효 : Avoidance of election for employing corrupt agent)

① 의회의원선거 또는 지방정부선거에 있어서 후보자 또는 그의 선거사무장이, 어떤 사람이 다음의 이유에 의하여 당해 선거에서 투표할 자격이 없는 자임을 알면서 또는 충분히 이를 추정할 수 있는 자를 당해 선거의 시행이나 관리를 위한 선거운동원이나 대리인으로 고용한 경우에는, 당해 후보자는 당해 선거의 실시목적이 되고 있는 쉼워된 의석에 선출될 자격이 없다.

(a) 이 법 또는 북아일랜드 의회의 선거에 관한 법률에 규정된 부패행위 또는 위법행위를 범한 것으로 유죄선거를 받거나 보고된 자

(b) '1889년 공공단체부패행위법'에 의한 범법행위로 2회 이상 유죄선거를 받은 자

(3) 그러므로 영국에서는 공직 후보자의 회계책임자라는 이유로 연좌제를 적용하는 것은 아니고, 그를 선거의 대리인 또는 선거운동원으로 고용한 경우에 이들에 대한 위 규정에 따라 처리하는 것으로 보인다.

### 다. 캐나다<sup>21)</sup>

(1) 캐나다선거법(The Canada Election Act) 제80조는 "(a) 후보자에 대한 조사결과 하원의장에게 제출된 선거이의에 관한 보고에서 부정 또는 불법행위를 범한 것으로 판명된 경우 (b) 법원에서 부정 또는 불법행위가 되는 범법을 저질렀다고 판결받는 경우, 그 밖에 (c) 그가 고발통지를 받은 후에 조사받을 기회를 가졌던 소송행위에서 부정행위나 불법행위 또는 그에 해당하는 범법행위로 유죄판결을 받은 경우에, 동법이나 그 밖의 법이 규정

21) 이 부분은 중앙선거관리위원회 발행, 「캐나다 선거관계법령집」(1981), 210-211면을 참조하였음.

한 범법에 대한 처벌에 추가하여, 그가 위와 같이 보고·판결 또는 유죄판결이 된 원인이 부정행위<sup>22)</sup>의 경우는 7년간, 불법행위<sup>23)</sup>의 경우는 5년간 하원의원으로 피선되거나 하원의원으로 출석할 수 없으며, 하원의원선거에서 투표할 수 없다. 또한 국왕이나 총독이 지명하는 공직취임권을 상실한다.”는 엄격한 규정을 두고 있다.

(2) 여기에서 이와 같은 효과를 발생시키는 행위에 대하여 제81조 제1항은 “(a) 후보자, (b) 공식대표(대리인), 또는 (c) 후보자 본인이 실제로 인지하고 동의한 다른 대표(대리인)가 부정 또는 불법행위를 성립시키는 직무유기행위를 저지르는 경우에는, 선거이의재판에서 후보자 본인이 부정 또는 불법행위로 유죄판결된 것으로 하원의장에게 보고되며, 법정에서 부정 또는 불법행위에 해당하는 선거범법행위를 저질렀다고 판결된다.”고 규정하고 있으며, 나아가 제82조 제1항은 “(a) 당선된 후보자 (b) 공식대표(대리인) 또는 (c) 후보자 본인이 실제로 인지하고 동의한 다른 대표(대리인)가 동법 소정의 죄를 저지르는 경우 선거가 무효로 된다.”고 규정하고 있다.

(3) 그러므로 캐나다에서도 영국에서와 같이 공직 후보자의 회계책임자라는 이유로 연좌제를 적용하는 것은 아니고, 그를 선거의 대리인 또는 선거운동원으로 고용한 경우에 이들에 대한 위 규정에 따라 처리하는 것으로 보인다.

## 라. 미국

(1) 미국의 경우 연방 상·하원의 선거에 관한 다툼은 각 원이 관장하고 있다. 즉, 연방헌법 제1조 제5항은 제1호에서 “각 원은 의원의 선거, 개표 및 자격에 대하여 재판한다...”<sup>24)</sup>고 규정하고 있다. 그리고 연방선거에 관하여는 연방선거법(the Federal Election Campaign Act of 1971)<sup>25)</sup>이 규율하고

22) 예컨대 제66조(투표자 부정유인), 제68조(신분사칭과 무자격자투표), 제69조(선거에서의 공갈·강박 또는 허위·계략), 제71조(공개회합의 업무진행방해).

23) 예컨대 제24조(후보자사퇴에 관한 허위성명), 제40조(투표자의 선서에 관한 규정), 제44조(투표전후의 비밀유지), 제72조(선거인쇄물 등의 성명표시), 제75조(당선에 영향을 미치는 허위성명 공표) 등.

24) “Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members, ...”

있다. 원래 선거에서의 불법 및 부패행위에 대하여도 연방부패행위방지법(the Federal Corrupt Act)<sup>26)</sup>에 규정하고 있었으나 1971년 위 연방선거법의 제정과 함께 이 부분은 폐기되었다.<sup>27)</sup>

(2) 선거는 선거종사자, 선거지구 또는 어떤 사람의 부정행위·사기 또는 부패행위 때문에 무효가 될 수 있다. 어떤 선거지구의 전체투표수는 사기·강제·협박이 너무나 광범위하게 행해져 투표결과가 불확실하게 되었음이 제시되면 거부되어야 한다. 반면에 적법한 투표와 불법적인 투표가 분리될 수 있는 한 어떤 선거지구나 선거구의 전체투표수는 위와 같은 일이 있다 하더라도 무효가 되어서는 안된다.<sup>28)</sup>

(3) 소위 “부패행위” 또는 “위법행위”에 대한 규율은 실제로 연방법과 거의 모든 주법에서 찾아볼 수 있다. 그러나 이들 법률의 일반적인 규율형태는 선거후보자의 선거비용에 관한 규제로서 선거비용보고, 선거비용상한선의 제한 등이 그 내용이다. 그 밖에 후원금 모금의 규제, 투표자매수, 후보자에 대한 비난이나 공격을 금지하는 것 등도 있다. 일부 주의 법률은 투표당일 어떤 장소에서건 특정 후보에 대한 투표를 유도하거나 설득하거나 반대로 제약하는 것을 불법으로 규정하고 있기도 하다. 이러한 부패·위법행위 규제에 대한 합헌성은 일반적으로 법원에 의해 지지되어 왔다.<sup>29)</sup>

1972년의 대통령선거에서 공화당의 닉슨 대통령후보의 재선을 위한 선거운동이 부당하고 불법적인 거액의 기부 등 문제가 제기되어 정치자금제도의 개혁이 요구되어 1974년에 연방선거운동법이 개정되었는바, 그 중점은 ① 정치자금의 기부를 제한하고, ② 선거운동비용의 지출비용을 제한하는 것이었다. 그런데 이 1974년 개정법조항(1975. 1. 시행)에 대하여 위헌소송이 제기되어 1976년의 Buckley v. Valeo<sup>30)</sup> 사건에서 위 ① 부분에 대하여는 합

25) 2 USCA §431 이하.

26) 2 USCA §§241-256

27) Epstein/Knickerbocker/Philbin/Stull, 「American Jurisprudence」(2nd Edition, 2002.5), §381. [FN95]

28) 위 「American Jurisprudence」, §374.

29) 예컨대, Ashly v. Wait, 228 Mass 63; People v. Gansley, 191 Mich 357; Tipton v. Sands, 103 Mont 1; Mason v. State, 58 Ohio St 30; State v. Nowakowski. 67 Wis 2d 545.

30) 424 U.S. 1 (1976).

헌, ② 부분에 대하여는 위헌의 판결이 내려진 바 있다. 그 위헌의 주된 이유는 선거운동지출비용의 제한은 선거운동을 통한 정치적 표현의 자유를 침해한다는 것이었다.<sup>31)</sup>

(4) 위와 같은 부패·위법행위 위반에 대한 제재는 후보자의 당선자격 박탈이다. 다만, 이 경우에도 이러한 부패·위법행위가 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정되는 경우에 한정된다.<sup>32)</sup> 그리고 이러한 부패·위법행위의 대부분은 별도로 형사책임이 따른다.<sup>33)</sup> 미국의 경우 최소한 연방 차원에서는 연좌제에 관한 규율은 없는 것 같다.

#### 마. 독일<sup>34)</sup>

(1) 독일에서 선거의 효력에 관한 심사는 연방의회(Bundestag)의 소관사항이다(기본법 제41조 제1항).<sup>35)</sup> 그에 관한 절차는 선거심사법(Wahlprüfungsgesetz)이 정하고 있다. 동법 제3조의 규정에 의하면, 연방의회내에 설치된 선거심사위원회(Wahlprüfungsausschuss)는 7명의 정위원 및 7명의 보조위원과 각 원내교섭단체의 대표위원으로 구성되며, 동 위원회의 판단은 최종적으로는 본회의의 의결로 결정된다.

연방선거법(Bundeswahlgesetz)은 제47조에서 의원직의 상실결정에 관한 규정을 두고, 제47조 제1항 제1호에서 제46조 제1항에 따른 선거심사절차(Wahlprüfungsverfahren)에서의 제1호에 해당하는 경우, 즉 의원직의 당선 무효(Ungültigkeit)에 해당하는 경우를 정하고 있으나, 선거심사는 이의제기가 있는 경우에 한하여 실시되고 선거심사절차는 개인의 권리보호수단이 아

31) 정만희, 미국의 정치자금규제에 관한 연방입법, 「미국의 헌법과 권력구조」(법문사 1988), 290·294면.

32) State ex rel. Skibinski v. Tadych, 31 Wis 2d 189; Household Utilities, Inc. v. Andrews Co., 71 Wis 2d 17.

33) 위 「American Jurisprudence」, §381.

34) 이 부분은 중앙선거관리위원회 발행, 「독일연방선거법」(1994), 59-61면을 참조하였음.

35) 기본법 제41조(선거심사권) ① 선거심사는 연방하원의 사무이다. 연방하원은 그 의원이 자격을 상실하였는지 여부를 결정한다. ② 연방하원의 결정에 대하여는 연방헌법재판소에 대하여 항고(제소)할 수 있다. ③ 그 세부적인 사항은 연방법률로 정한다.

나라 선거법질서의 적합성, 즉 연방의원의 정당한 구성을 지향하기 때문에 선거의 결과에 영향을 미치는 경우에 한하여 전부 또는 일부 무효가 된다.

(2) 독일은 선거범죄에 관하여 연방선거법(제49조)에는 극히 일부분의 질서범만을 규정하고 있고, 실질범을 대상으로 한 처벌규정은 일반형법에 두고 있다. 즉, 형법 제107조는 선거방해죄를, 제107조의 (a)에서는 선거위조죄를, 제107조의 (b)에서는 선거자료의 위조죄를, 제107조의 (c)에서는 투표비밀침해죄를, 제108조는 선거인에 대한 강요죄를, 제108조의 (a)에서는 선거인에 대한 기만죄를, 제108조의 (b)에서는 선거인매수죄를 규정하고 있고, 제108조의 (c)에서는 “부수적 효과”로서 선거방해죄, 선거부정죄, 선거인에 대한 강요죄, 선거인매수죄를 범하여 6월이상의 자유형을 선고하는 경우에는 법원은 이와 병행하여 공민권을 정지시킬 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 피선거권제한을 규정한 연방선거법 제15조에 의하면, 선거권의 결격사유에 해당하는 자(법 제13조: 법원의 판결에 의하여 선거권을 상실한 자, 금치산자 또는 정신적 결함으로 후견 하에 있는 자, 형법의 규정에 의하여 정신병원에 수용되어 있는 자), 법원의 확정판결에 의하여 피선거권 또는 공무담임권을 상실한 자 등은 피선거권이 없다.

(4) 이와 같이 독일의 경우도 연좌제에 관한 규정이 없다. 그 이유로는, 첫째 현행의 독일선거제도상 지역구후보자는 통상적으로 정당명부에도 등록되어 있기 때문에 선거법을 위반하면서 무리하게 지역구당선을 피할 필요가 없으며, 둘째 독일 정당제도의 특성상 정당법에서 정당의 회계공개 등의 사항을 정하고 있기 때문에 위법적인 선거운동의 부담은 개별 후보자에게보다는 정당자체에게 귀속되기 때문에 개별 후보자의 무리한 선거운동은 이미 정당의 당원인 선거운동원에 의해서 통제된다고 할 수 있을 것이다.

#### 바. 프랑스<sup>36)</sup>

(1) 프랑스의 “국회의원 및 지방의회의원 선거법”에 의하면, 행정재판소가 사기를 이유로 선거무효를 선언한 경우 지방법원장에 의하여 지명된 자는 무효로 되는 투표소의 범위를 결정하고, 정치자금위원회가 제소하는 경우 행

36) 이 부분은 중앙선거관리위원회 발행, 「프랑스선거법」(1994), 120-122면을 참조하였음.

정재판소 판사는 후보자의 피선거권을 심사하여 당선무효 등을 선언할 수 있다. 후보자의 선거운동비용제한액이 초과된 경우 행정재판소의 선거담당 판사는 당해 후보자에 대하여 1년 이내의 피선거권 상실을 선언할 수 있다 (동법 제118조 내지 제118조의3).

(2) 프랑스에서 선거에 관한 규제는 주로 선거운동에 관한 것보다는 투표의 원활한 관리운영에 관한 것으로, 선거범죄의 종류는 적고 그 형량도 비교적 가볍다. 선거범죄로서는 선거인명부의 등록에 관한 죄, 선거선전에 관한 죄, 투표에 관한 죄, 선거비용에 관한 죄 등이 있다.

(3) 선거법상 피선거권의 결격사유로는 일정기간 선거권을 제한하는 형의 선고를 받은 자, 피선거권의 박탈을 인정하는 법률에 의하여 피선거권을 박탈당한 자 등이 있다(제128조 내지 제130조). 즉, 프랑스에서도 연좌제에 관한 규정은 발견할 수 없다.

### 3. 헌법상 연좌제금지 위반 여부

#### 가. 헌법 제13조 제3항 상의 연좌제 금지의 의미

헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 1980년의 헌법개정시 처음으로 규정되었는데, 그 취지는 남북분단이라는 특수한 시대적 상황으로 말미암아 그 무렵까지 여전히 잔존하던 전근대적인 연좌(緣坐)의 사회적 병폐를 해소하겠다는 데에 있었던 것으로 보인다.

개인의 존엄과 자율성을 인정하는 바탕 위에 서 있는 우리 헌법질서 하에 서는 자기의 행위가 아닌 타인의 행위에 대하여 책임을 지지 않는 것이 원칙이지만, 사람은 타인과의 연관 속에 살아가는 사회적 존재이므로 타인과의 사이에 일정한 법적 연관이 형성되는 것은 불가피하고, 이는 친족과의 관계에 있어서도 마찬가지이다. 혼인과 출산을 고리로 형성되는 친족관계의 속성상 필요한 때 또는 어떤 입법목적의 추구를 위하여 필요한 때에 법은 친족 간의 신분이나 재산 그 밖의 법률관계에 관하여 일정한 자유를 제약하거나 책임을 부담시킬 수 있다. 그러나 이러한 법적 규율들이 모두 헌법 제13조 제3항에 의하여 금지되는 것이 아니다.



헌법 제13조 제3항은 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다<sup>37)</sup>. 원래 연좌제(緣坐制)라는 것이 본인과 아무런 관련이 없는 사태에 대하여 오로지 가족 또는 친족이라는 이유만으로 처벌하거나 불이익을 주는 제도를 말하고 바로 그 이유로 봉건적 인습으로 여겨져 폐기된 제도이므로, 이렇게 보는 것이 이 헌법조항이 우리 헌법전에 도입된 취지나 역사적 맥락에 맞닿은 해석일 뿐만 아니라, 그 밖의 경우에는 문제된 불이익을 보호하는 다른 헌법규범이나 기본권규범을 찾아 그 친족과의 관계에서 본인에게 그러한 불이익을 주는 것이 과연 합리적 근거가 있는지, 또는 입법목적 달성을 위해 필요한 한도 내의 수단인지를 살펴봄으로써 그러한 법적 규율의 정당성 여부를 충분히 판단할 수 있기 때문이다(헌재 2005. 12. 12., 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792).

#### 나. 심판대상 법조문에 대한 판단

헌법 제13조 제3항 상의 연좌제 금지의 의미에 대한 우리 헌법재판소의 판시내용에 의거할 때, 심판대상 법조문 상의 연좌제, 즉 후보자의 회계책임자가 300만 원 이상의 벌금형을 선고 받을 때, 후보자의 당선을 무효로 하여 연좌제를 채택하고 있는 심판대상 법조문은 위 헌법 제13조 제3항에 구성요건적 해당성을 상실하고 위헌의 문제는 발생하지 아니한다. 왜냐하면 헌법 제13조 제3항은 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용되기 때문이다. 따라서 회계책임자(친

37) 권성 재판관, 김경일 재판관의 별개의견

연좌제의 금지규정에 의한다면 친족의 행위에 대하여는, 비록 그것이 아무리 가까운 친족의 행위라 하더라도, 형사법상은 물론이고 행정법상 기타 법률상 불이익한 처우를 받아서는 안 되는 것이다. 물론 이 조항은 ‘친족’에 대하여만 언급하고 있지만 친족의 행위로 인한 불이익처우가 금지되는 마당에 친족이 아닌 타인의 행위로 인한 불이익처우가 더욱 금지되어야 하는 것은, 앞에서 본 연좌제금지의 배경과 근거에 비추어 보면, 너무나 자연스럽고 당연한 일이다.

따라서 헌법 제13조 제3항 속에는 ‘타인’의 행위로 인한 불이익한 처우를 금지한다는 뜻이 당연히 포함되어 있다고 보아야 할 것이고 그렇다면 헌법 제13조 제3항은 자기책임의 원리의 한 표현에 해당하는 것이다(헌재 2005. 12. 12., 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 799).

족이 회계책임자의 신분을 구유하고 있는 경우는 별론으로 한다)는 친족이 아닌 이상 심판대상 범조문은 적어도 헌법 제13조 제3항 상의 연좌제금지에 위배되지는 아니한다.

#### 4. 헌법상 자기책임원칙의 위배 여부

##### 가. 헌법원리로서의 자기책임의 원리<sup>38)</sup>

개인의 존엄과 자율성을 인정하는 바탕 위에 서 있는 우리 헌법질서 하에 서는 자기의 행위가 아닌 타인의 행위에 대하여 책임을 지지 않는 것이 원칙이다(헌재 2005. 12. 12. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792).

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 법감정 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 한계논리로서 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 범치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다(헌재 2003. 7.

38) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 714-715.

24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 22 참조).

## 나. 심판대상 법조문에 대한 판단

(1) 후보자의 회계책임자가 당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효유도죄), 제257조(기부행위의 금지제한등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 정치자금법 제45조(정치자금 부정수수죄) 제1항의 정치자금 부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고로 받은 때에는 그 후보자의 당선은 무효로 한다(공직선거법 제265조 본문). 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다(공직선거법 제265조 단서).

이는 앞에서 본 바와 같이 후보자의 회계책임자 등은 결국 후보자라는 총감독의 암묵적인 지시와 감독 아래에서, 그 영향권 내에서 그러한 범죄행위를 한 것으로 사실상 간주하기 때문에 둔 규정이다. 이러한 연대책임(제263조·제265조)의 적용대상인 선거범죄로 규정된 매수·이해유도죄(제230조 내지 제233조), 당선무효유도죄(제234조), 제257조 제1항 중 기부행위를 한 죄 등은 가장 죄질이 나쁜 중대 선거범죄라고 할 수 있다.<sup>39)</sup>

(2) 이 조항은 종래 국회의원선거법(제186조)<sup>40)</sup> 및 지방의회의원선거법(제188조)<sup>41)</sup>에서 선거사무장의 행위에 대해서만 책임을 추궁하던 것을 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 ‘공직선거 및 선거부정방지법’에서부터 연대책임을 강화하여 선거사무소의 회계책임자, 후보자의 직계 존·비속 및 회계책임자의 행위에까지 확대한 것이다.

이 조항을 포함한 당선무효조항(법 제263조·제264조·제265조)은 당시

39) 황정근, 전계서, 14면.

40) 국회의원선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 폐지되기 전의 것) 제186조(선거사무장의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장이 당해 선거에 있어서 제152조 내지 제155조에 규정된 죄를 범함으로 인하여 징역 또는 금고형의 선고를 받은 때에는 그 지역구후보자의 당선은 무효로 한다.

41) 지방의회의원선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 폐지되기 전의 것) 제188조(선거사무장의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장이 당해 선거에 있어 제154조 내지 제157조에 규정된 죄를 범함으로 인하여 징역 또는 금고형의 선고를 받은 때에는 그 후보자의 당선은 무효로 한다.

통합 공직선거법을 제정함에 있어 가장 심혈을 기울인 규정 중 하나였다. 깨끗한 선거를 실현시키기 위해서는 선거부정에 대하여 엄한 제재가 가해져야 한다는 것이 여야의 공통된 견해였다. 이와 같이 당선무효가 되는 연대책임 규정을 확대한 것은 음성적인 행위까지도 근절하여 공명하고 깨끗한 선거풍토를 확립하려는 목적이 있었기 때문이다. 즉, 금권을 동원한 매수·기부행위, 각종 이익의 제공 등 돈으로 선거를 치러온 기존의 행태를 개혁하기 위하여 엄벌을 통한 정치개혁을 시도한 것이다.<sup>42)</sup>

이러한 제도의 취지는 위와 같은 선거관계자 및 친족 등이 저지른 선거비용초과지출(공직선거법 제263조)을 비롯하여 매수 및 이해유도, 기부행위(공직선거법 제265조) 등은 선거에 있어서 전적으로 후보자의 당선을 위하여 한 행위로서 총체적으로는 후보자의 의사지배 하에서 이루어진 행위로서 후보자 자신의 행위와 다를 바 없다고 보아, 후보자를 공범으로 인정하여 형사 처벌은 못한다 하더라도 그러한 불법행위에 따른 이익을 박탈하는 것이 정당하다는 고려에서 나온 것이다.

(3) 공직선거법은 선거에 참여하는 정당·후보자 및 후보자를 위하여 선거운동을 하는 자는 선거운동을 함에 있어서 선거법을 준수하고 공정하게 경쟁하여야 한다고 규정하고 있다(제7조). 한편, 후보자의 선거운동은 선거사무관계자·회계책임자·가족 등 여러 사람이 협조하여 조직적으로 이루어지며, 후보자는 일련의 선거운동 과정의 정점에서 선거사무관계자 등을 지휘·감독하면서 선거에 참여하게 된다.

이들 중 선거사무장과 선거사무소의 회계책임자는 선거사무원 등 다른 선거사무관계자와는 달리 직접 후보자의 명의로 신고한다(공직선거법 제63조 제1항, 공직선거관리규칙 별지 제16호서식의 (나)). 선거사무장은 후보자와 직접 협의하여 선거운동을 총괄 기획하거나 후보자를 대신하여 선거사무원의 업무를 통제·조정·지시·감독하는 자이고, 회계책임자는 후보자의 선거운동에 소요되는 선거비용의 지출을 보조하는 자로서 금전의 관리라는 업무의 성격과 중요성 때문에 통상 후보자가 신임할 수 있는 자를 선임하며 후보자와 회계책임자는 후보자의 당선이라는 공동목표를 위하여 조직적·체계

42) 강수립, 「통합선거법 해설」(도서출판 돌베개 1994), 582면.

적으로 선거운동을 하는 운명공동체에 속한다고 할 것이다. 따라서 이들에 대하여는 후보자가 직접 보고받고 지휘·감독하는 관계에 있으므로 선거운동 과정에서 이들의 활동은 후보자 자신의 활동의 연장으로 보아야 할 것이다.

그리고 우리나라의 선거의 실상을 보면 후보자와 회계책임자는 조직적으로 역할을 분담하여 불법·부정행위를 자행하는 경우가 많았고, 이들의 선거와 관련한 행위는 후보자의 행위로 인식되는 것이 일반적이며, 후보자와의 관계에 있어서도 선거사무장이나 회계책임자는 후보자와 밀접한 관계에서 후보자와 협의하거나 그 지휘를 받게 마련이다. 즉, 후보자의 회계책임자는 공직선거법상 많은 규율을 함께 받는 자로서 선거에 있어서는 후보자의 최측근에서 후보자를 보필하고 후보자는 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여 포괄적이고 실질적인 지시를 할 수 있을 뿐만 아니라 수시로 선거운동방법 등에 대하여 협의하며 후보자와 유기적으로 역할을 분담하여 당선에 유리한 모든 활동을 다하는 가장 적극적인 선거운동원이라고 할 수 있다.

그러므로 후보자는 자신의 회계책임자가 선거법을 위반하지 아니하도록 감독·통제할 의무가 있으며, 이러한 의무를 게을리 한 것에 대한 책임을 물어 후보자의 당선을 무효로 하는 것이다. 만일 이러한 규정을 두지 않는다면 후보자는 이들에게 불법행위를 하도록 하고 그것이 발각될 경우에는 그들에게 책임을 전가시키려 할 것이므로 선거부패는 근절할 수 없을 것이다.

(4) 요컨대, 선거운동과정에 있어서 선거사무장과 선거사무소의 회계책임자의 선거법죄는 후보자의 당선을 위하여 후보자의 의사지배 하에서 이루어지는 행위로서 선거에 영향을 미치게 되고, 그로 인한 효과는 후보자에게 귀속되므로 이익이 있는 후보자에게 그 책임을 부담시키는 것이 공평의 관념에 맞을 뿐만 아니라 이들이 매수·향응 및 기부와 같은 금품수수와 관련이 있는 중한 죄질의 범죄로 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받는 경우라면 선거운동은 전반적으로 불법행위에 의해 실시되어 당선의 정당성에 의심을 갖게 하므로 그러한 불법행위와 관련된 이익을 박탈하는 것은 유권자 의사의 왜곡을 방지하기 위하여 불가피한 것이라 할 것이다.

그리고 이 경우 당선을 무효로 하는 것은, 후보자는 선거법을 준수하면서 공정한 경쟁이 되도록 할 의무가 있는 자로서 후보자 자신뿐만 아니라 최소

한 선거사무장과 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선거범죄를 범하지 않도록 지휘·감독하여야 함을 선거법에 규정한 것이며 이를 태만히 한 것에 대하여 후보자 자신의 책임을 묻는 것이므로, 본인의 행위와 무관한 책임을 금지하려는 헌법상의 연좌제금지와는 달리 ‘자신의 행위’에 대하여 책임을 지는 것이다<sup>43)</sup>.

따라서 심판대상 법조문은 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하기 때문에 자기책임의 원리에 위배되지 아니한다.

## 5. 적법절차 위반 여부

### 가. 우리 헌법상의 적법절차의 의미

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용하고 있다. 적법절차의 원칙은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 1987. 10. 29. 공포된 제9차 개정헌법에서 처음으로 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리로 채택되었다.

적법절차의 의미는 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한다는 것으로 이해되는바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행

43) 대법원도 공직선거법 제265조는 헌법상 연좌제금지에 위반되지 않는다는 전제하에, “선거사무장 또는 회계책임자가 기부행위를 한 죄로 징역형을 선고받는 경우에 그 후보자의 당선이 무효로 되는 것은 공직선거법 제265조의 규정에 의한 것일 뿐이고, 그들에 대하여 징역형을 선고하는 것이 연좌제를 금지한 헌법 위반이라고 할 수는 없다.”고 판시한 바 있다[대법원 1997. 4. 11. 선고 96도3451 판결, 공1997.5.15.(34), 1514].

정작용에도 광범위하게 적용된다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41, 판례집 13-2, 699, 703-704). 적법절차 원칙에 입각할 때, 입법절차에 명백하고 중대한 하자가 없는 한, 일반적으로 국민의 대의기관인 국회가 헌법과 국회법이 마련한 입법절차를 경로 하였다면, 적법절차의 요건은 그 자체로 준수된 것이라고 보아야 할 것이다.

한편, 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지(告知)를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18).

## 나. 심판대상 법조문에 대한 판단

심판대상 법조문에 의한 후보자책임의 성격은 일종의 법정무과실책임이다<sup>44)</sup>. 타인인 회계책임자의 행위에 대하여 본인이 책임을 진다는 법적 구조를 지니므로, 행위에 관한 판단은 행위자를 중심으로 이루어지고 또 이로써 충분하다. 행위자인 회계책임자가 해당 선거범죄를 저질렀고 이에 대한 책임이 있는 것으로 재판절차를 통하여 확정된다면 그로써 곧 후보자에게 법률상 당연히 당선무효라는 책임을 귀속시킨다는 구조이므로, 이러한 법적 구조의 성격상 행위자에 대한 평가를 적법절차가 보장된 가운데 정당하게 하였다면 그와 별도로 후보자에 대하여 따로 적법절차의 보장이 필요한 것이 아니다. 후보자의 감독상의 과실을 사유로 책임을 묻는 것이 아니라 행위자인 회계책임자의 행위에 대한 연대책임을 묻는 제도이기 때문에, 행위자에 대한 적법절차의 보장이 곧 후보자에 대한 보장이라 할 수 있다.

한편, 후보자의 당선무효라는 효과를 발생시킴에 있어 후보자를 한 쪽 당사자로 하는 행정소송과 같은 별도의 절차를 둘 것인지, 그렇지 않고 이 사

44) 형벌책임의 공유를 내용으로 하는 양벌규정과는 다른 차원의 책임의 연대이라고 할 수 있다.

건 법률조항과 같이 법률상 당연히 당선무효의 효과를 발생시킬지의 선택은 입법정책의 문제이다.

별도의 절차를 둘 경우 당선무효라는 법률효과를 받게 될 후보자에게 절차적 보장의 기회가 한 번 더 주어지는 장점이 있는 반면, 선거관계의 조기 확정이 어렵고, 회계책임자에 대한 형사재판을 통하여 후보자에게 변명·방어의 기회가 주어질 가능성이 없지 않은 가운데 별도의 절차를 진행하는 것은 절차의 중복과 비효율을 초래할 수 있으며, 또한 그러한 절차는 절차 지연을 통하여 당선무효의 효과를 회피해 보려는 후보자에 의하여 남용될 우려마저 없지 않다.

이와 같이 심판대상 법조문에 의한 후보자책임의 법적 구조의 특징, 회계책임자에게 재판절차라는 완비된 절차적 보장이 주어진다는 점, 별도 절차의 채부에 따른 장·단점이 나뉜다는 점 등을 종합하면 후보자에 대하여 변명·방어의 기회를 따로 부여하는 절차를 마련하지 않았다는 점만으로 적법절차원칙에 어긋난다고 볼 수 없다<sup>45)</sup>.

## 6. 과잉금지원칙 위반 여부

심판대상 법조문이 비록 헌법 제13조 제3항에서 금지하는 연좌제에 해당하는 것은 아니지만 후보자의 공무담임권이라는 기본권을 제한하고 있는바, 그것이 헌법 제37조 제2항에 따라 필요한 한도 내의 제한인지 여부가 문제

45) 현재 2005. 12. 12. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 796-797 참조.

공직선거법 제265조 단서는 “다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하고 있으며, 공직선거법 제234조는 그러한 유도 또는 도발을 한 자를 별도로 처벌하고 있는데, 이는 경쟁후보자 등 제3자의 범죄적 유도 또는 도발에 의하여 선거사무장 등의 선거범죄가 행하여진 경우까지 후보자의 당선을 무효로 하는 것은 불합리하다고 보았기 때문이다.

공직선거법 제265조 단서의 면책사유를 심리하는 별도의 절차를 선행시킬지 여부는 위에서 본 바와 같은 이유로 역시 입법정책의 문제라 보아야 하고, 후보자의 회계책임자가 경쟁후보자 등 제3자의 유도 또는 도발로 인하여 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 선거범죄를 저지른다는 것은 상정하기 어려울 뿐만 아니라, 나아가 당선이라는 목표에 있어 후보자와 일체의 관계에 있는 회계책임자로서는 자신에 대한 선거범죄의 수사과정이나 재판과정에서 제3자에 의한 유도 또는 도발이라는 면책사유를 주장할 수 있어서 그 점에 관하여도 함께 수사 및 재판이 진행될 수 있다.



된다.

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 규정함으로써 법률로 공무담임권의 내용을 형성하도록 하고 있으므로 일반적으로는 공무담임권의 내용형성 및 제한에 관하여 입법자에게 형성의 여지가 넓다고 할 수도 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557, 판례집 14-2, 541, 551). 그러나 심판대상 법조문은 국민의 주권적 의사표현인 선거를 통하여 신임을 받고 이에 기초하여 국민의 대표로서 공직을 수행하려는 기회를 박탈하는 것으로서 공무담임권의 중요한 부문에 대한 제한을 동반하는 것이므로, 후보자 자신의 직접적인 귀책사유가 없는데도 당선무효라는 불이익을 주는 것이 선거공정이라는 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉된 것이어서는 아니될 것이다.

심판대상 법조문은 당선무효를 초래하는 회계책임자의 위법행위의 범위를 한정하고 있다. 수많은 선거법 위반행위 가운데 매수·기부행위, 각종 이익의 제공 등 금권선거의 중핵을 이루는 것으로서 그 불법성이 대단히 중대한 법 제230조, 제257조 등의 몇 가지 범죄행위에 국한시킴으로써 연대책임의 발생경로 자체를 제한하고 있다. 이는 후보자의 공무담임권 보장과 선거공정 확보라는 법익의 조화를 위하여 필요한 범위 내의 규제에 그치려는 입법적 노력이라 할 수 있다<sup>46)</sup>.

입법자는 심판대상 법조문으로 인하여 당선이 무효로 된 자에 대하여 동일 선거구에서 상당기간 동안 동일 선거에 입후보를 할 수 없도록 제한하는 규정을 둘 수도 있었으나(입법례에 따라서는 이러한 제한을 두는 나라도 있다), 공직선거법 제266조 제2항은 단지 당해 보궐선거 등에서만 후보자가 될 수 없도록 당선무효에 수반되는 불이익을 최소화하고 있다.

한편, 회계책임자의 위법행위에 관하여 후보자에게 감독상의 잘못이 있는지 여부를 불문하고 일률적으로 당선을 무효로 하는 것이 정당한지 문제될 수 있을 것이다. 그러나 회계책임자의 행위와 후보자 간에 일정한 법적 연관을 지을 것인지, 어떤 경우에 어느 범위에서 어떤 내용의 연관을 지을 것인지는 일차적으로 입법자가 결정한다. 입법자는 규율하고자 하는 사태의 성

46) 선거질서의 혼란방지와 범죄행위 이익의 몰수라는 관점에서 판단되어야 할 것이다.

질이나 입법목적에 따라 회계책임자의 귀책범위를 설정할 수 있고, 일정한 과실요소를 요구할 수도, 요구하지 않을 수도 있으며, 후보자에게 회계책임자와 동일한 책임을 지울 수도, 다른 내용의 책임을 지울 수도 있을 것이다. 이러한 법적 연관을 형성함에 있어 입법자는 기존의 제도나 유형에 구속되지 않는다. 입법자는 기존의 제도나 유형을 혼합할 수도 있고 판이하게 다른 새로운 제도나 유형을 창설할 수 있으며, 그것이 기존 제도나 유형과 다르다는 이유만으로 곧바로 반헌법적인 것이 되지는 않는다.

심판대상 법조문이 추구하는 공익은 깨끗하고 공명한 선거라는 민주주의의 중핵을 이루는 대단히 중요한 가치인 반면 심판대상 법조문에 의하여 규제대상이 되는 범죄행위는 금권선거의 중핵을 이루는 대단히 중대한 선거범죄라는 것, 후보자의 회계책임자 등이 선거의 이면에서 음성적으로 또한 조직적으로 역할을 분담하여 불법·부정을 자행하는 경우가 적지 않은 것이 부정할 수 없는 우리 선거의 실상이라는 판단 하에, 회계책임자와 후보자는 선거에 임하여 분리하기 어려운 운명공동체라고 보아 회계책임자의 행위를 곧 후보자의 행위로 의제함으로써 선거부정 방지를 도모하고자 한 입법적 결정의 전제와 목표 및 선택이 현저히 잘못되었거나 부당하다고 보기 어려운 이상 감독상의 주의의무 이행이라는 면책사유를 인정하지 않고 후보자에게 일종의 법정무과실책임을 지우는 제도를 형성한 것이 반드시 필요이상의 지나친 규제를 가하는 것이라고 단정하기 어렵다.

그러므로 심판대상 법조문이 필요이상으로 지나치게 가혹한 연대책임을 부과함으로써 후보자의 공무담임권을 침해하기에 이른 것으로 볼 수 없다 (헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 794-796 참조).

## 7. 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대이견

### 가. 이 사건 법률조항의 규정형식 및 그 성격과 자기책임의 원리

(1) 이 사건 법률조항은 후보자의 당선이 무효가 되는 경우를 “…… 회계책임자가 …… 당해 선거에 있어서 …… 죄를 범함으로써 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때”라 정하고 있는바, 이 조항은

회계책임자가 일정한 선거범죄행위로 벌금 300만 원 이상의 형을 선고받아 확정되기만 하면 후보자 자신이 회계책임자의 범죄를 알면서 묵인하였는지, 아니면 그 범죄를 알지 못했고 알 수도 없었는지, 후보자가 회계책임자의 행위를 관리·감독할 주의의무를 위반하였는지 등과 같은 후보자의 당해 범죄에 대한 고의·과실 등 책임 유무와는 아무런 관계없이 그로 인해 곧바로 후보자의 당선을 무효로 하여 국회의원직이 박탈되도록 규정하고 있다(심지어, 선거사무장, 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다고 규정하고 있다). 회계책임자의 소정 선거관련 범죄행위는 회계책임자의 행위일 뿐 그 행위 자체를 후보자의 행위로 볼 수는 없다. 그럼에도 불구하고 회계책임자의 행위가 후보자의 선거승리를 위하여 이루어졌다는 이유만으로 회계책임자의 행위를 후보자의 행위와 전적으로 동일시하여 회계책임자의 선거관련 범죄행위를 무작정 후보자 자신의 행위로 보는 것은 후보자에게 법정 무과실책임을 묻는 것이어서 헌법상 자기책임의 원리에 반한다. 선거에서의 후보자와 회계책임자는 본질적으로 선거의 승리라는 공동 목적을 위하여 일시적으로 맺어진 고용과 피용의 관계에 지나지 않는다. 그러므로 비록 금권선거의 예방을 위한 강도 높은 규제의 현실적인 필요성, 공명하고 깨끗한 선거풍토의 확립이라는 중대한 공익 목적에 비추어 일반 고용관계에 있어서 피용자의 불법행위에 대한 사용자의 그것보다 책임의 범위를 무겁게 인정하고, 더 나아가 후보자의 관리·감독상의 과실을 추정하여 입증책임을 전환하는 것이 허용될 수는 있을지언정, 예외 없이 후보자에게 법정 무과실책임을 물어 국회의원직 박탈의 효과를 연계시키는 것은 자기책임의 원리와 결코 조화될 수 없다.

(2) 다수의견은 이 사건 법률조항이 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하기 때문에 자기책임의 원리에 위배되지 아니한다고 한다.

다수의견의 지적과 같이 공직선거법은 회계책임자가 소정의 선거범죄를 저질렀다는 이유로 후보자를 함께 형사처벌하는 것은 아니다. 그러나 후보자에게 지우는 책임이 비형사적 제재라고 해서 그 제재를 완전히 책임원칙

의 예외에 들 수는 없다. 후보자에게 가하는 당선무효의 제재가 형사적 책임이 아니기 때문에 자기책임의 원리가 적용되는 엄격성이 형사책임에서보다 완화될 여지는 있겠지만, 그렇다고 일부 민사책임 영역에서 적용되는 무과실 책임주의까지 끌어들이 적용할 영역은 아니기 때문이다.

오늘날 민사책임의 기본원리였던 과실책임주의가 일부 특별한 법률관계에 한정해서 공평한 손해의 분담이란 관점에서 소위 위험책임, 무과실책임 등을 인정하는 쪽으로 변화되긴 하지만, 단순히 금전배상을 명하는 민사상 제재와는 전혀 다른 영역인 후보자의 공무담임권을 박탈하는 특별법상의 이권 제재에 대해서까지 법정 무과실책임으로 규정하는 것은 자기책임의 원리와 결코 조화될 수 없다.

(3) 회계책임자의 선거범죄와 관련한 후보자의 의원직 박탈이 자기책임 원리에 부합할 수 있으려면, 후보자에게 고의 또는 관리·감독책임이 있을 것을 요건으로 하여야 하고, 후보자에게 관리·감독책임조차 없는 경우 최소한 이를 주장, 입증하여 면책될 가능성만은 주어져야 한다. 선거의 실상에서, 후보자와 회계책임자가 조직적으로 역할을 분담하여 불법·부정행위를 자행하는 경우가 많고, 회계책임자의 선거와 관련한 행위가 후보자의 행위로 인식되는 것이 일반적이라 하더라도, 그런 일반적인 개연성에 기하여 후보자가 자신의 관리·감독책임 없음을 입증하여 면책될 가능성조차 부여하지 아니한 채 회계책임자의 불법행위를 근거로 후보자의 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 것은 책임주의라는 헌법원칙 위반에서 벗어날 방법이 없다.

#### 나. 회계책임자의 주관적 사정에 따른 양형과 자기책임의 원리

회계책임자의 선거범죄에 대한 형량은 그 범죄가 선거의 공정성이나 결과에 미친 영향만을 반영하는 것이 아니라 회계책임자란 별개의 인격체에 대한 형법 제51조 소정의 ① 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, ② 피해자에 대한 관계, ③ 범행의 동기, 수단과 결과, ④ 범행후의 정황 등 회계책임자의 제반 주관적 양형 조건을 종합하여 고려하도록 하고 있다. 이와 같이 형사재판의 양형은 범죄의 객관적인 불법의 양뿐만 아니라 피고인의 주관적인 양형조건이 총체적으로 반영되어 정하여지는 데도 불구하고, 피고인의 주관적

양형조건도 반영된 그 양형에 제3자인 후보자의 공무담임권 박탈을 예외 없이 연계시키는 것은 자기책임의 원리에 반한다고 하지 않을 수 없다. 또 만약 법관이 이러한 점을 의식하여 역으로 회계책임자의 양형에 후보자를 당선무효시키는 것의 당부에 관한 판단을 반영하게 될 경우, 이는 법관의 제3자(회계책임자)에 대한 형사재판에 있어서의 양형을 왜곡시키는 결과를 초래할 수도 있다.

#### 다. 이 사건 법률조항의 단서조항과 자기책임의 원칙

입법자도 회계책임자의 소정 선거범죄에 대하여 후보자에게 법정 무과실의 연대책임을 부과하는 경우의 문제점을 인식하여 “다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 이 사건 법률조항에 예외를 인정하는 단서조항을 첨부하여 두고 있기는 하다.

그러나 회계책임자의 선거범죄를 유도하거나 도발한 제3자가 공직선거법 제234조의 당선무효유도죄로 기소되어 먼저 유죄판결이 확정되는 예외적인 경우가 아닌 한 위 단서조항이 적용되기는 어렵다. 예컨대 회계책임자에 대한 300만 원 이상의 벌금형이 먼저 확정된 후에 제3자의 당선무효유도죄의 유죄판결이 확정되는 경우나, 제3자의 도발이나 유도에 의하여가 아니라 회계책임자 자신이 후보자를 배신하여 후보자의 당선을 무효화시키기 위해 혹은 후보자의 약점을 잡아두기 위하여 선거범죄를 저지른 경우 등은 단서조항의 적용을 받을 수가 없다. 또한 후보자에게 단서조항에 해당함을 주장하여 다룰 수 있는 소송상의 구체수단이 마련되어 있지도 아니하다.

따라서 위 단서조항은 이 사건 법률조항이 초래할 위헌적인 결과를 막기에 현저히 부족할 뿐만 아니라, 설사 단서의 요건에 해당하는 경우에도 이를 주장, 입증하여 권리구제를 받을 수 있는 구체적인 소송상의 수단이 마련되지 아니하여 권리구제의 실효성이 없으므로, 결국 이 사건 법률조항의 위헌성을 치유하지 못한다.

#### 라. 형사재판의 절차와 자기책임의 원리

이 사건 법률조항은 오로지 제3자인 회계책임자의 소정 선거범죄에 대한 유죄 및 그 형량에 후보자의 당선무효를 연계시키면서도, 후보자 본인에게 회계책임자를 무죄로 또는 형량을 벌금 300만 원 이하로 하기 위한 어떠한 절차도 보장하지 않고 있는바, 이는 적법절차의 원리에도 위배될 소지가 있다.

후보자는 회계책임자의 형사재판에서 당사자도 아니고 피해자도 아닌 제3자이므로 회계책임자가 벌금 300만 원 이상의 유죄판결을 받는 형사재판 과정에서 어떠한 절차참여권도 보장되지 아니한다. 회계책임자가 상소를 포기하는 경우 후보자가 자신의 이익을 위하여 상소할 수 있는 것도 아니다. 대부분의 경우 후보자와 회계책임자의 이해가 일치할 것이므로 사실상 변명·방어의 기회가 주어질 개연성이 크다고 해서, 후보자의 국회의원직 박탈이라는 중대한 기본권제한에 대하여 자기구제를 위한 절차를 박탈해서는 안된다. 회계책임자에 대한 형사재판은 제3자인 회계책임자의 범죄행위에 대한 재판일 뿐 후보자 자신의 국회의원직 상실 여부를 결정하는 재판이 아닐 뿐만 아니라, 더욱이 회계책임자가 후보자를 배신하여 이 사건 법률조항 소정의 선거범죄를 저지른 경우와 같이 후보자와 회계책임자의 이해가 일치하지 아니하게 된 경우에는 후보자에게 사실상으로도 변명·방어의 기회가 보장될 수 없기 때문이다.

### 마. 결론

위와 같은 여러 점들을 종합하여 볼 때, 회계책임자의 소정 선거관련 범죄행위에 대하여 후보자 본인의 고의 또는 관리·감독상의 책임이 인정되는지 여부를 불문하고, 실체적·절차적으로 일체의 면책 가능성조차 부여하지 아니한 채, 회계책임자가 소정 선거범죄로 300만 원 이상의 벌금형을 받기만 하면 후보자의 당선을 확정적으로 무효로 돌리는 이 사건 법률조항은 헌법상 자기책임의 원리에 위배하여 후보자의 공무담임권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.

## 8. 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견에 대한 보충의견

### 가. 이 사건 법률조항에 대한 위헌심사의 기준

다수의견은, 이 사건 법률조항이 제한하는 기본권이 그 내용 및 제한에 관하여 입법자에게 형성의 여지가 넓게 인정되는 공무담임권이고, 회계책임자의 행위와 후보자 간에 어떤 경우에 어느 범위에서 어떤 내용의 법적 연관을 지을 것인지는 일차적으로 입법자가 결정하므로, 입법자는 규율하고자 하는 사태의 성질이나 입법목적에 따라 회계책임자의 귀책범위를 설정할 수 있고, 일정한 과실요소를 요구할 수도, 요구하지 않을 수도 있다고 하여, 공무담임권 침해에 대한 심사에 있어 완화된 기준을 적용하고 있다.

그러나 이 사건에서 법적 제재의 대상은 국민의 직접 선거에 의하여 선출된 국민의 대표로서의 국회의원의 공무담임권이고, 제재의 정도는 이미 획득된 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 중대한 것이므로, 그 제재의 근거가 되는 법률조항이 헌법상 자기책임의 원리에 반하는가에 대해서는 엄격한 심사가 이루어져야 한다. 국민의 직접선거에 의하여 대표로 선출되어 강한 민주적 정당성을 확보하고 있는 후보자에 대하여 사후에 법률규정에 의하여 그 직을 확정적으로 박탈하려면 그 법률규정은 위 민주적 정당성을 초월하는 고도의 헌법적 정당성에 터 잡고 있어야 하기 때문이다(현재 국회의원에 대하여는 국민의 투표로 직을 박탈하는 국민소환제도조차 인정되지 아니하고 있다).

#### 나. 선거결과의 교정 필요성

다수의견은 회계책임자가 소정 선거관련 범죄로 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받는 경우라면, 선거운동은 전반적으로 불법행위에 의해 실시되어 당선의 정당성에 의심을 갖게 하므로, 그러한 불법행위로 인한 선거결과를 교정하는 것은 유권자 의사의 왜곡을 방지하기 위하여 불가피하다고 하고 있다. 그러나 만약 후보자가 회계책임자의 범죄행위를 알지 못하였고 그 알지 못한 데에 감독상의 과실마저 인정되지 않는 경우라면, 선거자체의 공정성에 관한 재판결과가 아닌 불법행위를 저지른 회계책임자의 형사 양형만을 근거로 후보자의 직을 박탈하는 것(공직선거법 제266조는 이 사건 법률조항에 의하여 당선이 무효로 된 후보자의 경우 당해 보궐선거 등의 피선거권도 제한하고 있다)이 오히려 유권자의 의사를 더욱 크게 왜곡하

여 대의제의 이념에 반하는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 유권자의 의사 왜곡을 방지하기 위한 필요성을 내세우는 것도 적절한 주장이 될 수 없다.

#### 다. 기본권 제한기준의 자의성

(1) 더욱이 이 사건 법률조항은 유·무죄도 아니고 형의 종류도 아닌 벌금형 중에서 300만 원을 제재의 기준으로 하고 있는데, 입법자가 설정한 위와 같은 기본권 제한기준은 합리적이고 객관적인 기준이 될 수 없다. 우리 사회에, 선거범죄로 300만 원 이상의 벌금형이 선고되지만 하던 그 선거범죄는 선거의 공정성 내지 선거의 결과에 심각한 영향을 미쳐 후보자의 당선을 무효로 해도 좋을 만큼 중대한 선거범죄에 해당된다는 일반적이고 객관적인 양형기준이 확립되어 있는 것이 아니기 때문이다.

(2) 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”고 하여 국민의 기본권을 제한할 경우 반드시 국회가 정한 법률로 하도록 하고 있다. 이는 기본권 제한이 법률에 근거해야 한다는 것뿐만 아니라, 기본권의 제한이나 그 행사를 위한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 미리 규정됨으로써, 기본권 제한 법률의 문언만으로 기본권 제한에 대한 예측가능성이 확보될 것을 요청하는 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 국회의원의 박탈이라는 공무담임권의 상실요건을 법관이 제3자의 선거범죄에 대한 형사사건에서 그 제3자에게 얼마만큼의 형을 선고하는가에 직접적으로 그리고 전적으로 의존하도록 규정하고 있는바, 이는 기본권 제한을 유·무죄도 아닌 법관의 재량적 양형판단에 결부시킴으로써 수범자에게 예측가능성을 제공하지 못하고 궁극에는 기본권(참정권) 제한 여부를 법관이 재량으로 정하도록 위임하는 결과를 초래한다. 더욱이 이 사건 법률조항은 후보자 자신의 형사재판에서의 양형도 아닌 제3자의 형사재판에서 확정되는 양형 여하에 후보자의 공무담임권 박탈을 연계시키고 있어 문제는 더욱 심각하다 할 것이다.



## 9. 결정의 의의

우리 헌법상 연좌제(緣坐制) 용어 자체가 명시적으로 등장하는 것은 아니다. 따라서 법정의견은 우리 헌법 제13조 제3항의 규범적 실질내용을 섬세하게 밝히고 있다. 나아가 법정의견은 우리 헌법 제13조 제3항의 규범적 실질내용과 자기책임의 원칙을 정확하게 구별하고 있다.

이 사건 결정으로 말미암아 회계책임자의 선거범죄와 관련한 후보자의 의원직 박탈이 자기책임원리 등에 부합할 수 있는지에 대한 논란이 종국적으로 불식되었다.

또한 이 사건 결정에는 반대의견에 대한 보충의견이 개진되었다는 점에도 특색이 있다.



## 경기도 안산시 의회 의원과 의회 의장 간의 권한쟁의

- 지방의회 의원과 지방의회 의장 사이의 내부적 분쟁이  
헌법재판소의 권한쟁의심판 대상이 될 수 있는지 여부 -  
(헌재 2010. 4. 29. 2009헌라11, 판례집 22-1상, 596)

김 주 경\*

### 【판시사항】

지방의회 의원과 지방의회 의장 사이의 내부적 분쟁과 관련한 권한쟁의심판청구의 적법 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 피청구인이 2009. 7. 11. 제167회 안산시의회 본회의에서 2009년도 공유재산관리계획변경안 중 공유재산 현물출자 부분에 관한 의안을 가결, 선포한 행위가 청구인들의 의안 심의·표결권 등을 침해하여 무효인지 여부이다.

### 【사건의 개요】

1. 안산시는 안산 문화복합돔구장(이하 ‘돔구장’이라 한다) 건설을 위하여 안산도시공사를 만들고, 안산시장은 피청구인 안산시의회 의장(이하 ‘피청구인’이라 한다)에게 안산시 소유의 토지인 안산시 단원구 초지동 666-2, 체육용지 90,155.10㎡ 및 같은 동 666-3 체육용지 9,239.40㎡를 위 공사에게 현물출자하기로 하는 내용이 포함된 공유재산 관리계획 변경안(이하 ‘이 사건 변경안’이라 한다)을 제출하였으나, 이 사건 변경안은 2009. 5. 14. 안산시의회

---

\* 판사, 전 헌법연구관

제166회 본회의에서 찬성 11표, 반대 11표로 부결 처리되었다.

2. 한편 이 사건 변경안은 다음 회기인 제167회 회기 중인 2009. 7. 4. 소관 상임위원회인 기획행정위원회(이하 '상임위원회'라 한다)에서 가결되었고, 피청구인은 2009. 7. 11. 제167회 안산시의회 본회의에서 이 사건 변경안을 가결된 것으로 선포하였다.

3. 이에 청구인들은 2009. 8. 6. 헌법재판소에 이 사건 권한쟁의심판을 청구함과 동시에, 피청구인의 위와 같은 가결·선포행위 및 가결된 의안에 대하여 이 사건 권한쟁의심판청구 결정시까지 그 효력을 정지하는 효력정지가 처분신청을 하였다(2009헌사458).

### 【결정요지】

헌법 제111조 제1항 제4호는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정하고 있고, 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호는 이를 구체화하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 종류를 ① 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, ② 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, ③ 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판 등으로 규정하고 있는바, 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성하는 지방의회 의원과 그 지방의회의 대표자인 지방의회 의장 간의 권한쟁의심판은 헌법 및 헌법재판소법에 의하여 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 범위에 속한다고 볼 수 없으므로 부적법하다.

### 재판관 조대현, 재판관 김희옥의 반대의견

헌법재판소법 제62조 제1항 제3호가 지방의회 의원과 지방의회 또는 그 기관 사이의 권한쟁의를 헌법재판소의 심판대상으로 규정하지 않았다고 하더라도, 그러한 규정은 헌법재판소의 권한쟁의 심판사항을 한정적으로 제한하는 것이 아니고, 지방의회의 의결절차도 법률을 위반하지 않도록 통제하여 적법성을 확보할 필요가 있는 이상, 지방의회 의원도 지방의회나 위원회의 의결절차가 위법하게 자신의 심의표결권을 침해하는 경우에는 지방의회나

위원회 또는 그 의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.

## 【해설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 헌법 제111조 제1항은 헌법재판소의 관장사항을 정하고 있고, 동항 제4호에서 헌법재판소는 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 관장한다고 규정한다.

나. 헌법재판소법(이하 ‘법’이라 한다) 제62조 제1항은 권한쟁의심판의 종류를 규정하면서, (1) 국가기관 상호간의 권한쟁의심판으로는 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판을(동항 제1호), (2) 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판으로는, ① 정부와 특별시·광역시 또는 도 간의 권한쟁의심판, ② 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구 간의 권한쟁의심판을(동항 제2호), (3) 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로는, ① 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, ② 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, ③ 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판을(동항 제3호) 각 규정하고 있다.

다. 이 사건 심판청구는 지방의회 의원들이 청구인들이 되어, 청구인들이 속하는 기관의 대표자에 해당하는 지방의회 의장을 상대로, 기관 내부에서 발생한 의결절차의 하자를 이유로, 청구인들의 권한이 침해당하였음을 다투고 있는 사안이다. 그런데, 위에서 살펴 본 헌법 및 법 규정들의 문면을 종합하면, 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판은 서로 다른 지방자치단체 상호간의 권한쟁의이지, 이 사안과 같이 동일한 지방자치단체를 전제로, 이를 구성하는 기관 구성원과 그 대표자간의 권한쟁의심판은 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판사항으로 규정되어 있지 않음을 알 수 있다.

라. 아래에서는 헌법 및 법의 문면 상으로 명확한, 헌법재판소가 담당하는 ‘지방자치단체 상호간’의 권한쟁의심판이, 이 사건과 같이 ‘하나의 지방자치단체를 구성하는 기관 내부에서의 구성원과 그 대표자간’의 권한쟁의에도 확대·적용될 수 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

## 2. 지방자치단체 및 지방의회 의원의 법적 의미와 그 지위

### 가. 쟁점

이 사건 심판청구는 지방의회 의원인 청구인들이 지방의회 의장인 피청구인을 상대로 지방의회 의결의 하자를 들어, 자신들의 심의권 및 표결권이 침해당하였다는 이유로 제기된 것이다. 하지만 헌법 제111조 제1항 제4호 및 법 제62조 제1항 제3호는 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판의 하나로 ‘지방자치단체 상호간’의 권한쟁의심판청구를 규정하고 있다. 이하에서는 헌법 및 법률이 정하고 있는 ‘지방자치단체’의 법적 의미 및 그 성격을 밝히는 동시에, 청구인들의 지위에 해당하는 지방의회 의원의 법적 지위와 그 성격을 살펴본다.

### 나. 지방자치단체의 법적 의미 및 성격

#### (1) 헌법 및 법률규정

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”라고 규정하는 한편 동조 제2항에서는 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 한편 지방자치법 제2조 제1항은 위와 같은 헌법의 위임을 받아 지방자치단체의 종류를 ① 특별시, 광역시, 도, 특별자치도와 ② 시, 군, 구 등으로 정하고 있고, 동조 제2항은 특정한 목적을 달성하기 위하여 필요하면 따로 특별지방자치단체를 설치할 수 있도록 하고 있다.<sup>1)</sup>

지방자치단체의 법적 성격에 대하여 지방자치법 제3조 제1항은 지방자치단체는 ‘법인’으로 한다고 규정하고 있다.

#### (2) 학문적 관점

학자들의 견해에 의하면, 지방자치단체는 ‘일정한 지역을 기초로 하여 국가로부터 자치권을 부여 받아 지방적 사무를 그 권한과 책임 하에 처리하는 법인격을 가진 지방자치의 주체’,<sup>2)</sup> ‘일정한 지역과 거기에 거주하는 주민을

1) 현재 특별지방자치단체로는 지방자치단체조합만이 존재한다[박균성, 행정법론(하), 박영사, 2009, 제65면].

구성요소로 하고, 그 지역에 관련되는 공공적 역무를 처리하는 지역공동체로서 그 지역의 주민과 체제자에 대하여 포괄적 지배권을 가지는 단체,<sup>3)</sup> 또는 ‘주민에 의하여 선출된 기관으로 하여금 주민의 복지를 실현하기 위하여 조직된 지역적인 공법상의 사단’,<sup>4)</sup> ‘국가 아래서 그 영토의 일부를 구성요소로 하고, 그 지역 내의 모든 주민에 대하여 지배권을 가지는 단체’<sup>5)</sup> 등으로 정의되고 있다.

한편 지방자치단체의 법적 성격에 대하여는 지방자치단체는 독립한 하나의 공법인으로서 법인격을 부여받고 있다거나,<sup>6)</sup> 공법상 권리능력이 있는 사단<sup>7)</sup>, 일정한 지역을 지배하는 공법인<sup>8)</sup> 등으로 학문상 설명되고 있다.

## 다. 지방의회 의원의 법적 지위 및 성격

### (1) 헌법 및 지방자치법의 규정 체계

우리 헌법은 지방자치단체에 의회를 두며, 지방의회의 조직·권한·의원 선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 하고 있고(제118조), 지방자치법은 위와 같은 헌법의 위임에 근거하여 제5장에서 지방의회를, 제6장에서 집행기관을 각각 규정하고 있다.

### (2) 지방자치단체의 의결기관인 지방의회

(가) 헌법에 의하면, 지방의회는 지방자치단체의 의결기관으로서 헌법에 의한 지방자치단체의 기관이며(제118조 제1항),<sup>9)</sup> 지방의회를 규정하고 있는

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 제226면.

3) 천병태, 지방자치법, 삼영사, 전면개정 3판, 제96면.

4) 홍정선, 지방자치법론, 법영사, 제68면; 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2009, 제76면.

5) 김동희, 행정법 II, 박영사, 2009, 제48면.

6) 천병태, 전계서, 제98면.

7) 홍정선, 지방자치법론, 법영사, 제70면.

8) 김동희, 전계서, 제56면.

9) 박균성, 전계서, 제104면; 천병태, 전계서, 제189면 참조; 구성원을 갖는 모든 조직체는 자신의 의사를 형성하는 기관을 필요로 하며, 헌법은 지방자치단체에서 이러한 기관을 ‘지방의회’라 부르고 있고(헌법 제118조), 지방자치법도 이를 따르고 있다[홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2009, 제117면].

지방자치법 제5장에 의하면, 지방자치단체에는 의회를 두도록 하며(제30조), 지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 따라 선출되며(제31조), 그 임기는 4년으로 한다고 규정되어 있다(제32조).

(나) 지방의회는 의원 중에서 시·도의 경우는 의장 1명과 부의장 2명을, 시·군 및 자치구의 경우 의장과 부의장 각 1명을 무기명투표로 선거하도록 하고, 의장과 부의장의 임기는 2년으로 정하고 있으며(지방자치법 제48조), 지방의회의 의장은 의회를 대표하고, 의사를 정리하며, 회의장 내의 질서를 유지하고 의회의 사무를 감독한다(지방자치법 제49조).

(다) 지방의회의 의결사항으로는 ① 조례의 제정·개정 및 폐지, ② 예산의 심의·확정, ③ 결산의 승인, ④ 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 징수, ⑤ 기금의 설치·운용, ⑥ 대통령령으로 정하는 중요 재산의 취득·처분, ⑦ 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치·처분, ⑧ 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산 외의 의무부담이나 권리의 포기, ⑨ 청원의 수리와 처리, ⑩ 외국 지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항, ⑪ 그 밖에 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항 등이 있다(지방자치법 제39조)

(라) 한편 국회와 지방의회의 공통점과 차이점을 설명하면 다음과 같다. 국회와 지방의회가 국민 또는 주민의 선거에 의하여 선출된 의원을 구성원으로 하는 합의체 기관이고, 국가와 지방정부의 중요한 의사를 결정하는 기관이라고 하는 데에는 공통점을 갖는다. 하지만 ① 국회는 국민의 대표기관으로서 입법을 비롯한 모든 활동이 전 국가적, 전 국민적인 것이나, 주민의 대표기관인 지방의회는 그 활동대상이 해당 지방정부의 구역과 그 주민에게만 한정된다는 점, ② 국회에서 제정하는 것은 ‘법률’이고 지방의회에서 제정하는 것은 ‘조례’로서, 국회의 입법권은 국가가 필요한 모든 법률을 제정할 수 있지만, 조례는 법률에 위반될 수 없다는 제한이 있는 점 등의 차이가 있다. 따라서 국회와 지방의회는 그 법적 성격이 동일하지 아니하다.<sup>10)</sup>

10) 김동훈, 지방의회론, 박영사, 2004, 제248면 참조. 그 외에도 국회의원은 면책특권, 불체포특권이 있는데, 지방의회 의원에게는 이러한 특권이 없다는 점 및 의원의 선거권, 피선거권의 일반적인 요건은 같으나, 지방의회 의원의 경우에는 주거요건이 추가된다는 점을 들기도 한다(정재길, 지방의회론, 박영사, 2001, 제10면). 나아가 지방의회와 국회가 위와 같이 다른 점에 기인하여 지방의회는 국회와 같은 의미의



### (3) 지방자치단체의 집행기관인 지방자치단체의 장

집행기관<sup>11)</sup>을 규정하고 있는 지방자치법 제6장에 의하면, 특별시에 특별시장, 광역시에 광역시장, 도와 특별자치도에 도지사를 두고, 시에 시장, 군에 군수, 자치구에 구청장을 두며(지방자치법 제93조), 지방자치단체의 장은 주민이 보통·평등·직접·비밀선거에 따라 선출되고(지방자치법 제94조), 지방자치단체의 장의 임기는 4년으로 하며, 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기에 한하는 것으로(지방자치법 제95조) 정하고 있다.

한편 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 총괄하는데(지방자치법 제101조), 지방자치단체의 사무는 관할구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무이다(지방자치법 제9조 제1항).

### (4) 청구인들 및 피청구인의 법적 지위

위와 같은 헌법 및 법률규정 등을 종합하여 보면, 지방자치단체에는 의결기관인 지방의회와 집행기관인 지방자치단체의 장(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 328)이라는 2원적인 자치기구가 있고,<sup>12)</sup> 의결기관인 의회의 권한과 집행기관인 단체장의 권한은 분리되어 배분되고<sup>13)</sup> 있음을 알 수 있다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 참조).<sup>14)</sup>

---

의회는 아니며, 지방자치단체의 구성부분의 하나로서 지방행정청에 귀속되는 행정기관의 지위를 가진다고 주장되기도 한다(이므로, 지방의회의 법적 지위에 관한 연구, 성균관대, 석사학위논문, 2004, 제87면 내지 제88면).

11) 통상 지방자치단체의 집행기관이라 함은 집행기관의 장, 즉 지방자치단체의 장을 뜻한다. 이를 좁은 의미의 집행기관이라 할 수도 있을 것이다. 한편 넓은 의미의 집행기관은 집행기관의 장, 보조기관, 일정수의 소속공무원, 이 밖에 소속행정기관 및 하부행정기관 등으로 이루어진다[홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2009, 제160면 참조].

12) 허영, 한국헌법론, 박영사, 제227면.

13) 권영성, 전계서, 제227면; 정재길, 지방의회론, 박영사, 2001, 제7면; 천병태, 전계서, 제210면; 김동희, 전계서, 제97면 참조.

14) 지방자치단체의 기관구성에 있어 세계 각국이 다양한 조직 형태를 채택하고 있다고 한다. 크게 기관통합형, 기관대립형, 절충형 등으로 나누어 질 수 있다. ① 기관통합형은 지방자치단체의 의결기능과 집행기능을 권력통합주의에 따라 단일기관에 속하는 지방의회에서 행하며, ② 권력대립형은 대통령제와 비슷한 형태로 권력분립의 원칙에 따라 지방자치단체의 최고기관으로 지방의회와 지방자치단체장으로 구성되며, ③ 절충형은 지방자치단체의 집행위원회가 의결기관인 의회를 모체로 하면서도 별개의 독립된 집행기관으로 운영되고 있다(박영운, 지방의회의 권한과 운영상의 문제점 및 개선방안-서울시의회를 중심으로-, 고려대, 2003, 석사논문, 제5면

이 사건 청구인들은 안산시의회 의원들이므로, 청구인들의 법적 지위는 ‘안산시’라는 지방자치단체를 구성하는 의결기관인<sup>15)</sup> ‘안산시의회’의 구성원<sup>16)</sup>들에 해당하고(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 참조), 피청구인인 안산시의회 의장 역시 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 대표하는 자에 불과할 뿐이므로, 청구인들이나 피청구인을 헌법 및 법률에 정하는 ‘지방자치단체’ 자체라고 볼 여지는 없다.

### 3. 이 사건 심판청구가 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 해당하는지 여부

#### 가. 쟁점

헌법 및 법률은 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판의 하나로 ‘지방자치단체 상호간’의 권한쟁의를 규정하고 있다. 아래에서는 헌법 제111조 제1항 제4호 및 법 제62조 제1항 제3호가 규정하는 권한쟁의심판을 살펴보고, 과연 지방의회 의원에 불과한 이 사건 청구인들이 지방의회 의장을 상대로 제기한 이 사건 심판청구가 헌법 및 법률에 의하여 헌법재판소가 관장하도록 되어 있는 권한쟁의심판청구에 포함될 수 있는지 여부에 대하여 판단하여 본다.

#### 나. 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판제도의 도입취지 및 그 기능

헌법에서 권한쟁의심판제도를 처음으로 도입한 것은 1960년 헌법이었고, 동 헌법 제83조의3은 ‘국가기관간의 권한쟁의’만을 헌법재판소의 관장사항으로 정하고 있었다. 그 후 1987년 개정된 현행 헌법 제111조 제1항 제4호는 ‘지방자치단체 상호간의 권한쟁의’를 헌법재판소의 심판사항 중의 하나로 추가하였다.

---

내지 제8면). 한편 우리나라는 위 3가지 유형 중 권력대립형의 형태를 취하고 있다고 한다(김동훈, 지방의회론, 박영사, 2004, 제247면; 최우용, 지방자치법강의, 동아대학교출판부, 2008, 제156면; 김동희, 전계서, 제97면 참조).

15) 이미로, 전계논문, 제92면; 천병태, 전계서, 제210면 참조; 박봉국, 지방의회과정론, 박영사, 2002, 제174면 참조; 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2009, 제156면 참조.

16) 홍정선, 전계서, 제169면 참조.

지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의에 추가하게 된 개헌이유를 찾아 볼 수 있는 직접적인 자료는 없지만, 개헌 당시 전반적인 민주화 운동의 흐름 속에서 지방자치시대의 도래가 예상되었고, 지방자치가 활성화되면 국가기관과 지방자치단체간 그리고 지방자치단체 상호간의 권한분쟁이 적지 않으리라는 전망 하에, 지방자치단체의 지위와 권한을 확보해 주기 위한 제도적 장치를 마련코자 하였던 것으로 보인다.<sup>17)</sup>

지방자치단체 상호간의 권한쟁의는 지방자치단체 상호간의 갈등과 분쟁을 사법적·유권적 판단을 통하여 해결, 분쟁을 종식시킴으로써, 지방자치의 원활한 실현을 도와주는 기능을 한다.<sup>18)</sup>

## 다. 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의

### (1) 헌법 및 법률규정

헌법 제111조 제1항 제4호는 헌법재판소는 지방자치단체상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 관장한다고 규정하고, 법 제62조 제1항 제3호는 이를 구체화하여, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판의 종류를, ① 특별·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의, ② 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, ③ 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구 간의 권한쟁의심판으로 나누어 규정하고 있어, 헌법재판소가 담당하는 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판 종류는 헌법 및 법률에 의하여 비교적 명확하게 규정되어 있다고 할 수 있다.

17) 김하열, 권한쟁의의 발전과 과제, 헌법논총, 제19집, 제419면. 한편 우리나라의 지방분권화는 지방행정의 담당자와 대표를 지방주민이 선거를 통하여 선출한다는 지방행정의 민주화에 우선적 의미가 있기 때문에 정치재판기관으로서의 헌법재판소가 권한쟁의를 담당하는 것이 무리가 없으며, 보통재판소에 의한 자치행정에 대한 사법적 통제의 독점권을 봉쇄하고 특별재판을 실시하는데 큰 의미가 있다고 설명하기도 한다(이광운, 지방자치단체상호간의 권한쟁의심판, 헌법재판연구 3, 제292면). 또한 현행 헌법에서 권한쟁의심판절차의 당사자를 지방자치단체에까지 확대한 이유는 지방자치에 대한 사법적 통제를 전적으로 일반 사법부에 맡기는 데에 대한 거부감과, 지방자치의 시행 이후 정착과정에서 증대하리라 예상되는 각종 권한쟁의를 헌법재판소의 종국적인 판단에 따라 해결함으로써 책임행정과 지방자치의 실효성을 담보하고 헌법의 규범적 효력을 제고하기 위한 정책적 고려 때문이라고 설명되기도 한다(김문현, 현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 헌법재판연구 제16권, 제357면 참조).

18) 김하열, 전개논문, 제429면.

이하에서는 헌법 및 법률의 문면만으로 명백하게 알 수 있는 헌법재판소가 관장하는 지방자치단체에 관련된 권한쟁의의 종류 이외에 법 제62조 제1항 제3호를 확장 해석하여 이와 관련된 다른 종류의 심판청구가 인정될 수 있는 여지가 있는지에 대해서 살펴본다.

## (2) 법 제62조 제1항 제3호의 확장해석 가능성<sup>19)</sup>

### (가) 법 제62조 제1항 제1호에 관련된 헌법재판소의 선례

확장해석과 관련된 헌법재판소의 선례에 대하여 검토하면 다음과 같다. 법 제62조 제1항 제1호는 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 국가기관으로서 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회”만을 규정하고 있었고, 위와 같은 규정이 열거적인 규정인지 아니면 예시적인 규정인지에 대한 논란이 있었다.

헌법재판소는 애초에 “여기서 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급기관은 비록 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다(헌재 1995. 2. 23. 90헌라1, 판례집 7-1, 140, 149).”고 판시하였다가, 이후 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의심판사건에서, “헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 국가기관에 해당되는지 아닌지를 판별함에 있어서는 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163).”고 판시함으로써, 종전의 입장을 변경하여 헌법재판소법에 규정된 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회’를 ‘예시적’인 것으로 판단하였으며, 결과적으로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 당사자의 범위를 크게 확대하였다.

### (나) 법 제62조 제1항 제3호를 확장해석 할 수 있는 규범적 여지

19) 이는 법 제62조 제1항 제3호에 규정된 권한쟁의심판의 종류를 ‘예시적’인 것으로 보아, 이 사건과 같이 하나의 지방자치단체를 구성하는 특정기관 내부의 구성원과 그 대표자간의 권한쟁의도 헌법과 법률에 의하여 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판에 포함될 수 있는 것인가의 문제이다.

헌법재판소가 위 헌법재판소 96헌라2 사건에서 헌법재판소법이 규정하고 있는 ‘국가기관’을 예시적으로 해석한 것은 아래와 같은 이유에서 기인한다.

『헌법 제111조 제1항 제4호에서 헌법재판소의 관장사항의 하나로 “국가 기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”이라고 규정하고 있을 뿐 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 종류나 범위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이에 관하여 특별히 법률로 정하도록 위임하고 있지도 않다. 따라서 입법자인 국회는 권한쟁의심판의 종류나 당사자를 제한할 입법형성의 자유가 있다고 할 수 없고, 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제이다(헌재 1997. 7.16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 162).』

하지만, 헌법 제117조 제2항은 국가기관의 경우와는 달리 지방자치단체의 ‘종류’를 법률로 정하도록 위임하고 있으므로,<sup>20)</sup> 지방자치단체의 경우에는 그 종류나 범위를 하위법률인 지방자치법 등을 통하여 확정할 수 있으므로, 또다시 헌법해석을 통하여 지방자치단체의 의미를 헌법적으로 규정하고 그 종류나 범위를 확정하여야 할 필요나 어려움은 없다. 더구나, 헌법재판소법은 지방자치법에 규정된 모든 종류의 지방자치단체가 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있도록 규정<sup>21)</sup>하고 있다.<sup>22)</sup>

20) 이와 같은 규정형식을 논거로 지방자치단체는 헌법기관이 아니라고 하는 주장도 존재한다(김문현, 전제논문, 제356면 참조).

21) 지방자치법이 개정되면서 특별자치도를 지방자치단체의 종류에 새로이 추가하였는데, 헌법재판소법에는 신설된 특별자치도가 반영되어 있지 않은 문제가 있다. 하지만 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제11조 제1항에 의하면, 다른 법령에서 지방자치단체, 도 또는 시·군을 인용하고 있는 경우에는 각각 제주특별자치도를 포함한 것으로 보아 당해 법령을 적용하도록 규정되어 있으므로 위와 같이 해석하는 것에 무리는 없다. 한편 헌법재판소법 개정위원회에서는 위와 같은 불일치를 발견하고 이를 반영하는 시안을 검토 중에 있다.

22) 즉, 국가기관의 경우는 그 범위를 확정할 수 있는 헌법 및 법률상의 근거가 없었던 상황이었고, 이런 상황에서 법 제62조 제1항 제1호는 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회만을 권한쟁의를 청구할 수 있는 국가기관으로 규정하고 있었기 때문에, 헌법해석을 통하여 국가기관의 의미를 확정할 필요가 있었지만, 지방자치단체의 경우에는 그 종류를 법률로 정하도록 헌법이 명령하고 그 하위법률인 지방자치법이 지방자치단체의 종류를 정하였으며, 헌법재판소법은 지방자치법이 정한 모든 지방자치단체를 권한쟁의심판의 당사자로 규정하고 있기 때문에, 지방자치단체의 의미를 확정하거나 이를 확대할 여지는 없다는 것이다. 같은 취지의 견해로는

따라서 법 제62조 제1항 제3호의 경우에는 동항 제1호를 확장해석할 수 있었던 것과 같은 규범적 여지는 존재하지 않는다.

### 라. 기관내부의 분쟁과 관련된 이 사건에 대한 판단

(1) 헌법소원제도는 법원에 의한 일차적 권리구제를 거치도록 하여 보충성 요건을 요구하고 있으나, 권한쟁의심판에 있어서는 헌법소원제도와는 반대로 헌법재판소에 우선적, 일차적 관할권을 인정하고, 권한쟁의심판사항과 중복될 수 있는 여지가 많은 기관소송에 대하여 보충성을 요구하고 있다(행정소송법 제3조 제4호 단서).<sup>23)</sup>

따라서 헌법재판소로서는 이 사건 심판청구와 같이 하나의 지방자치단체를 구성하는 동일한 기관 내부의 분쟁을 이유로 한 권한쟁의심판에 임함에 있어, 이와 같은 청구가 헌법 및 법률이 정하는 헌법재판소의 권한쟁의심판에 해당하는지 여부만을 검토하면 족할 뿐이고, 선결문제로서 법원에 의한 권리구제를 논할 필요는 없다.

(2) 헌법 및 헌법재판소법은 명시적으로 지방자치단체 “상호간”의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하는 것으로 규정하고 있고, 위의 “상호간”은 “서로 상이한 권리주체간”을 의미하는 것이다. 즉 공권력을 담당, 행사하는 지방자치단체 상호간의 법적 분쟁으로서 각 지방자치단체간에 관할의 유무 및 범위에 관한 다툼을 헌법재판소가 관장한다는 의미이다.<sup>24)</sup> 따라서 이 사건 심판청구와 같이 동일한 지방자치단체의, 그것도 동일한 기관의 구성원과 그 대표자 사이의 권한쟁의에 관한 심판은 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판의 범위에 해당하지 아니함이 법문상 명백하다. 나아가 헌법이 지방자치단체 상호간의 권한쟁의를 헌법재판소가 담당하는 권한쟁의심판의

---

김하열, 전게논문, 제447면 참조.

23) 행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네 가지로 구분한다.

4. 기관소송 : 국가 또는 공공단체의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 제기하는 소송. 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관할사항으로 되는 소송을 제외한다.

24) 최봉석, 지방자치 관련 사법심사의 제도적 현황과 개혁과제, 공법연구, 제32집 제5호, 제765면 참조.

하나로 추가하게 된 취지도 앞에서 살펴 본 바와 같이 “지방자치단체 자체”의 지위와 권한을 확보하기 위한 것이지, 이 사안과 같이 동일한 지방자치단체의 동일한 기관 내부의 분쟁을 해결하기 위함에 있는 것은 아니다.

(3) 헌법은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 하고 있고(제117조 제2항), 지방자치법은 지방자치단체의 종류를 특별시, 광역시, 도, 특별자치도와 시, 군, 구의 두 가지 종류로 구별하고 있으며(제2조 제1항), 헌법재판소법은 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판을 ① 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, ② 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의심판, ③ 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의심판으로 규정하고 있다. 즉, 지방자치법은 헌법의 위임을 받아 지방자치단체의 종류를 규정하였고, 헌법재판소법은 이러한 지방자치단체의 종류를 모두 감안하여 권한쟁의심판의 종류를 규정하였다. 따라서 헌법이 ‘국가기관’에 대하여 명확한 정의를 하지 않고 있는 상황에서, 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판을 국가기관 상호간의 권한쟁의심판이라고 규정하고 있는 것에 기인하여, 헌법재판소가 “국가기관”의 의미를 다시 헌법적으로 해석, 확정된 이후에 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 규정하는 ‘국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등’은 예시적인 것에 불과하다는 논거로 헌법재판소법의 규정을 확장 해석할 수 있었던 규범적 여지는 이 사건 심판청구에서는 찾아볼 수 없으므로, 이 사건과 같이 지방자치단체의 기관 내부의 분쟁과 관련하여서, 지방자치단체를 확장 해석 하는 등의 방법으로 ‘지방자치단체’를 ‘동일한 지방자치단체의 기관의 구성원’이나 ‘동일한 지방자치단체의 기관 대표자’까지도 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호의 “지방자치단체”에 해당한다고 볼 여지는 없다.

(4) 따라서 하나의 지방자치단체를 구성하는 의결기관 안에서 그 구성원과 대표자와의 분쟁에 관련된 이 사건 심판청구는 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 해당되지 아니한다.<sup>25)</sup>

25) 김하열, 전계논문, 제448면 참조 ; 이주형, 지방의회결의의 하자를 어떻게 다룰 것인가?, 법률신문, 2007. 9. 6.

### 마. 이 사건 심판청구가 헌법재판소의 관장사항에 포함될 수 있다는 견해

(1) 헌법기관, 지방자치단체의 기관 또는 기타 공공단체의 기관들처럼, 선거를 통해 구성된 대표기관의 성격을 지니면서 법률에 의해 다른 기관과 일정한 균형관계를 맺도록 되어 있는 기관들은 다른 기관에 의한 권한의 침해를 방어할 수 있어야 하며, 또 그러한 ‘기관고유의 권리’를 재판상 행사할 수 있는 독자적인 법적 지위를 누린다고 보아야 한다.

이는 지방의회와 지방의회 의원간 또는 지방의회 의장과 구성원간의 관계 그리고 기관구성원 상호간의 관계에 대해서도 마찬가지로의 결과가 인정되어야 한다. 헌법적 차원에서 국회, 행정부, 법원간의 권력분립의 원리가 작용하고 있다면, 지방자치수준에서는 지방자치단체의 기관 상호간 또는 기관의 대표자와 그 구성원 간에는 일종의 권력분립의 원리가 작동하기 때문이다.<sup>26)</sup>

현행 헌법이 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 규정한 취지는 지방자치제도가 활성화되면, 지방자치제도를 운영하면서 발생할 수 있는 여러 가지 분쟁을 예상하고, 헌법재판소가 위와 같은 분쟁을 해결하는 사법기관임을 표현한 것이다.

헌법이 특별히 권한쟁의심판의 권한을 법원의 권한에 속하는 기관소송과 달리 헌법의 최고 해석·판단기관인 헌법재판소에 맡기고 있는 취지에 비추어 보면, 이 사건과 같이 지방의회 의원이 지방자치와 관련된 지방의회의결의 하자를 이유로 지방의회 의장을 상대로 권한침해 여부를 다투고 있고, 이를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 없는 경우에 헌법재판소가 헌법 해석을 통하여 그 분쟁을 해결함으로써 지방자치기능의 원활한 수행을 도모하여야 하는 것이다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163 참조).

(2) 비록 지방자치단체의 경우에는 헌법에서 지방자치단체의 의미를 비교적 명확히 하고 있고 그 종류도 법률에 위임하고 있어서, 이전 96헌라2 결정에서 문제되었던 ‘국가기관’처럼, 헌법에서 국가기관의 종류나 범위에 관하여

26) 홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결-그 문제점과 개선방안, 기념논문집, 헌법재판 정보 검색 결과 페이지 기준 제11면. 참고로 홍준형 교수의 위와 같은 논거는 현재 기관소송의 범위가 지나치게 협소하므로 그 범위를 확장해야 한다는 취지에서 제시되었다.



아무런 규정을 두고 있지 않고, 이에 관하여 특별히 법률로 정하도록 위임하고 있지도 않아서, 헌법재판소가 국가기관의 범위에 대하여 헌법해석을 통하여 이를 확정하여야 하는 등의 규범적 상황 등은 존재하지 아니하지만, 위와 같은 이유를 근거로 ‘지방자치단체’라고 하는 문언에 얽매어 곧바로 ‘지방자치단체’가 아닌 ‘지방의회 의원’의 경우에는 헌법재판소에 권한쟁의를 청구할 수 없다고 단정할 수는 없다.

따라서 헌법재판소법에 규정된 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 등을 ‘예시적’인 것으로 판단하고 권한쟁의를 청구할 수 있는 당사자의 범위를 확대한 96헌라2 사건과 동일한 논리로 헌법재판소법에 규정된 지방자치단체상호간의 권한쟁의의 종류는 예시적인 것에 불과하므로 지방의회 의원과 지방의회 의장 간의 권한쟁의도 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 포함될 수 있다고 보아야 한다.<sup>27)</sup>

(3) 헌법은 제118조에서 지방자치단체에는 의회를 두고, 지방의회 의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다는 형식으로 규정하고 있는바, 위와 같은 규정에서 적어도 지방의회 의원은 선거로 선출된다는 점 및 지방자치단체에 속하는 주민을 대표하는 기관인 지방의회의 구성원이라는 점을 알 수 있다. 또한 지방자치법 제39조에 의하면 지방의회는 일정한 사항에 대하여 의결하도록 되어 있고, 그 당연한 논리적 전제로 지방의회 의원은 일정한 의결사항에 대하여 심의권 및 표결권을 가진다고 보아야 한다.<sup>28)</sup> 한편 지방의회

27) 참고로 독일의 입법례를 살펴보면 다음과 같다.

1. 독일기본법

제93조(연방헌법재판소의 관할) ① 연방헌법재판소는 다음의 사항을 재판한다.

4. 다른 권리구제수단이 없는 경우에 연방과 주간, 주 상호간 또는 주 내부에서의 기타 공법상의 분쟁에 관해,

2. 독일연방헌법재판소법

제13조(연방헌법재판소의 관할) 연방헌법재판소는 기본법에 규정된 다음의 사항에 관해 재판한다.

8. 다른 권리구제수단이 없는 경우에 연방과 주간, 주 상호간 또는 주 내부에서의 기타 공법상의 분쟁에 관해

즉, 독일의 경우는 우리나라와는 달리 주 내부에서의 공법상의 분쟁에 대하여 다른 권리구제수단이 없는 경우에는 기본법 및 연방헌법재판소법에 의하여 헌법재판소가 관할권을 가지는 것으로 입법적으로 규정하고 있으므로 이 사건과 같은 문제는 입법적으로 해결되었다고 보인다.

28) 지방자치법에 지방의회 의원이 명시적으로 표결권을 가진다고 규정하고 있는 조

의장의 경우에는 의회를 대표하고, 의사를 정리하며, 회의장 내의 질서를 유지하는 (지방자치법 제49조) 등의 권한을 행사할 수 있다.

따라서 지방의회 의원과 지방의회 의장 간에는 위와 같이 각자의 권한 존부 및 그 범위와 행사를 둘러싸고 분쟁이 생길 여지가 언제나 존재함에도 불구하고, 위와 같은 분쟁을 해결할 사법적 구제수단이 존재하지 아니하므로, 헌법이 지방자치와 관련된 권한쟁의를 헌법재판소가 관할하는 것으로 규정한 취지를 고려하여 위와 같은 청구도 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판청구의 한 종류로 받아들여 판단하는 것이 바람직하다.

#### 4. 결론

청구인들의 이 사건 심판청구는 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 속하지 아니하여 부적법하므로 이는 각하함이 상당하다.

#### 5. 기타

##### 가. 본 사안을 기관소송으로 다룰 수 있는지 여부

(1) 본 사안과는 관련성이 없지만, 청구인들의 이 사건 심판청구가 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판사항에 포함되지 않는다면, 청구인들이 권한쟁의심판청구 이외에 지방의회의결의 하자를 기관소송의 형태로 다룰 수 있는지를 검토하면 다음과 같다.

(2) 행정소송법은 국가 또는 공공기관의 기관 상호간에 있어서의 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼이 있을 때에 이에 대하여 기관소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(제3조 제4호). 다만, 헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 이를 제외하고 있다(동조 제4호 단서).

한편 행정소송법은 민중소송 및 기관소송은 법률이 정하는 경우에 법률에 정한 자에 한하여 이를 제기할 수 있다고 규정하고 있어(제45조), 기관소송 법정주의를 채택하고 있다.<sup>29)</sup>

---

문은 찾을 수 없다, 하지만 의결정족수를 정하고 있는 지방자치법 제64조 제2항은 의장은 표결권을 가진다고 규정하고 있는 조항은 발견된다.

(3) 현행법상 인정되고 있는 지방자치단체 기관에 관한 행정소송의 예로는 ① 지방자치단체장과 지방의회간의 소송(지방자치법 제107조 제3항, 제172조 제3항),<sup>30)</sup> ② 감독청의 지방자치단체장에 대한 자치사무의 시정명령·처분에 관한 이의소송(지방자치법 제169조 제2항),<sup>31)</sup> ③ 감독청의 지방자치단체장에 대한 위임사무의 직무이행명령에 관한 이의소송(지방자치법 제170조 제3),<sup>32)</sup> ④ 교육감과 시·도의회 또는 교육위원회간의 소송(지방교육자치

29) 이러한 입법태도에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 행정소송법은 제45조에서 기관소송은 법률이 정하는 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다고 규정함으로써 그 허용성과 제소가능성을 전적으로 개별 법률에 맡기고 있고, 또 실제로 기관소송을 허용하는 법률이 극소수에 머무르고 있어, 행정소송법 제1조의 규정에 의한 개괄주의의 원칙을 전도시킴으로써 가령 지방자치단체나 공공단체의 기관간에 발생할 수 있는 다양한 분쟁을 기관소송의 형태를 통해 사법적으로 해결할 수 있는 길을 봉쇄하였다(홍준형, 지방자치분쟁의 사법적 해결-그 문제점과 개선방안, 기념논문집, 헌법재판정보 검색 결과 페이지 기준 제18면).

30) 제107조 (지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소)

① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의한 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되면 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다. 이 경우에는 제172조제3항을 준용한다.

제172조 (지방의회 의결의 재의와 제소)

① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

② 제1항의 요구에 대하여 재의의 결과 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

31) 제169조 (위법·부당한 명령·처분의 시정)

① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.

② 지방자치단체의 장은 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여 이의가 있으면 그 취소처분 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소(訴)를 제기할 수 있다.

에 관한 법률 제28조 제3항, 제4항)<sup>33)</sup> 등이 있다.

한편 학계의 일반적인 견해<sup>34)</sup>와 실무에 의하면, 위와 같은 행정소송 중 기관소송에 속하는 것은 지방자치단체장과 의회간의 소송(지방자치법 제98조 제3항 및 제159조 제3항, 제4항) 및 교육감과 시·도의회 또는 교육위원회간의 소송(지방교육자치에 관한 법률 제28조 제3항, 제4항)이다.

(4) 위와 같은 법 규정을 종합하면, 이 사건 심판청구와 같이 지방의회의 결에 하자가 있는 경우, 지방의회 의원이 지방의회 의장을 상대로 이를 다룰

32) 제170조 (지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)

① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리 하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이나 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.

② 주무부장관이나 시·도지사는 해당 지방자치단체의 장이 제1항의 기간에 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 「행정대집행법」을 준용한다.

③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

33) 제28조 (시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소)

① 교육감은 제11조 제2항의 규정에 따른 교육위원회의 의결 또는 교육·학예에 관한 시·도의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육과학기술부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 교육위원회 또는 시·도의회에 재의를 요구하여야 한다. <개정 2008.2.29>

② 제1항의 규정에 따른 재의요구가 있을 때에는 재의요구를 받은 교육위원회 또는 시·도의회는 재의에 붙이고 교육위원회 재적위원 또는 시·도의회 재적의원 과반수의 출석과 교육위원회 출석위원 또는 시·도의회 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결사항은 확정된다.

③ 제2항의 규정에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

④ 교육과학기술부장관은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 해당교육감이 소를 제기하지 않은 때에는 해당교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다. <개정 2008.2.29>

34) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2009, 제152면 참조; 김동희, 전계서, 제119면 참조. 학계의 일반적인 견해는 기관소송을 동일한 권리주체 안에서의 내부자간의 소송으로 이해하고 있다. 즉, 원래 법적 문제는 권리주체 상호간의 문제라 하겠지만, 공법상 법인 내부의 기관은 근거법상 일정한 법적 권한과 지위를 갖는 것이고, 일정한 범위 내에서는 이들 간의 분쟁을 법적으로 해결할 필요가 있을 때 법률규정에 의하여 한정적으로 기관소송을 제기할 수 있도록 한 것이다.

수 있는 제도가 법정되어 있지 않다. 따라서 지방의회 의원이 기관소송의 형태로도 지방의회 의장을 상대로 지방의회의결의 하자를 다룰 수 없다는 점을 알 수 있다. 이에 대하여는 기관소송의 대상을 법률로써 정하도록 한 제도 자체를 전면적으로 재검토하거나 기관소송 사안을 법률로써 확대 보완하여야 한다는 비판이 있다.<sup>35)</sup>

(5) 이와 관련된 법원의 판결을 소개하면 다음과 같다.

(가) 수원지방법원 2007. 1. 24. 선고 2006구합9741 판결

1) 원고들은 하남시의회 의원들이자, 하남시의회 예산결산특별위원회에 소속된 의원들인데, 2006. 10. 19. 개최된 하남시의회 예산결산특별위원회에서는 「예산안 심사결과보고서 작성의 건」이 가결된 것으로 선포하고, 다음 날인 2006. 10. 20. 하남시의회 본회의에서 위 예산안 심사결과보고서를 채택하는 내용의 「예산안 심사결과보고서 채택의 건」이 가결된 것으로 선포하였다.

이에 원고들은 위 본회의에서 이 사건 안건에 대한 이의 유무를 묻는 의장의 질문에 대하여 이의가 있다고 발언하였음에도 의장은 표결절차 없이 이 사건 안건이 가결되었다고 선포하였고, 예산결산특별위원회에서의 의결 과정에서 같은 내용의 절차위반이 있어 원고들의 표결권이 침해당하였다고 주장하면서 법원에 이 사건 의결의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.<sup>36)</sup>

2) 법원은 이에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

『이 사건 의결은 예산안 심사에 관한 것으로서 행정청의 구체적인 집행 행위 없이 그 자체로는 직접 원고들은 물론 나아가 일반 주민들의 권리·의무에 영향을 미치지 않는다는 점에서 이 사건 의결이 항고소송의 대상인 처분에 해당한다고 볼 수는 없다. 따라서 지방의회와 그 의원 사이의 법률적 분쟁이 지방의회의 의결 자체로서 의원 개개인의 권리를 침해하는 경우가 아니라면 이를 둘러싼 쟁송은 행정소송법상의 항고소송에 해당하지 아니한다.

행정소송법 제45조에서는 기관소송 법정주의를 채택하여 기관소송은 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있도록 제한하고 있고, 현재 지방의회와 의

35) 홍준형, 전제논문, 제12면.

36) 위 무효확인 소(2006구합9741 사건)에 있어서 청구이유는 이 사건 심판청구와 유사한 점이 있다.

원 상호간의 권한분쟁에 관하여는 법률에 정한 바가 없다. 이러한 경우 의회 자체적으로 새로운 의결 등을 통하여 그 하자를 치유할 기회가 존재하기는 하나, 이와 같은 경우 의원들 개개인에게 지방의회를 상대로 한 쟁송에서 그 의결의 존부 내지 효력에 대하여 다투어 사법기관으로부터 유권적인 판단을 받을 기회를 부여하는 것이 장래 발생할 수 있는 법률적 분쟁을 예방하는데 효과적일 것이다. 이는 앞으로 기관소송의 제한을 완화하는 쪽으로 입법론적으로 해결되어야 할 문제이다(수원지방법원 2007. 1. 24. 선고 2006구합9741 판결).<sup>37)</sup>』

(나) 수원지방법원 2009. 11. 19. 선고 2009구합7289 판결

1) 위 사건은 이미 연구보고서 각주 2)에서 소개한 바와 같이, 이 사건 청구에서 문제되는 공유재산 현물출자 부분에 대한 의결을 대상으로 하여 그 무효를 확인하는 소송이며, 이미 살펴 본 바와 같이 위 소송은 이 사건 변경안에 대한 의결은 안산시의 내부행위에 불과하여 처분성이 부정되므로 행정소송의 대상이 될 수 없다는 이유로 각하되었다.

2) 법원은 위 판결에서, 다음과 같이 지방의회 의원과 지방의회 상호간의 권한분쟁이 기관소송의 대상이 될 수 있는지에 대해서도 다음과 같이 판단한바 있다.

『또한, 현행법상 지방의회 의원과 지방의회 상호간의 권한분쟁에 관하여 기관소송을 제기할 수 있다고 볼만한 규정도 없으므로, 이 사건 소송이 기관소송의 대상이 된다고 할 수도 없다.』

## 6. 결정의 의의

이 사건은 지방의회 의원과 지방의회 의장 간의 내부적 분쟁을 이유로 헌법재판소에 권한쟁의심판이 청구된 최초의 사안으로서, 헌법재판소는 지방의회 의원과 지방의회 의장 간의 내부적 분쟁은 헌법 및 헌법재판소법이 규정하고 있는 헌법재판소의 권한쟁의심판청구의 대상이 되지 아니한다고 판시

37) 위 사건은 부적법 각하 판결이 선고되었고, 이에 대한 상소가 없어 그대로 확정되었다.

하였다.

한편, 위에서 살펴 본 바와 같이 지방의회 의원과 지방의회 의장 간에 내부적 분쟁이 발생하는 경우 사법절차에 의하여 이를 해결할 방법이 현행법상 존재하지 아니하므로 입법적으로 이를 마련하여 우리나라 지방자치의 수준이 더욱 향상되고 또한 활성화될 수 있도록 하는 것이 바람직하다.





## 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제9조 제2항 등 위헌소원

- 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 산림산물 절도죄에 대한 가중처벌 조항인 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제9조 제2항 등 헌법소원 사건 -  
(헌재 2010. 4. 29. 2008헌바170, 판례집 22-1하, 1)

김 정 중\*

### 【판시사항】

1. ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’에 따라 가중처벌되고 있는 행위에 대해 새로운 가중처벌 사유없이 재차 더 무거운 형으로 가중처벌하는 것이 헌법 제13조 제1항이 금지하고 있는 이중처벌에 해당하는지 여부(소극)
2. ‘장물 운반을 위해 차량을 사용한 산림절도’ 행위를 “무기 또는 5년 이상의 징역”으로 처벌하는 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. ‘장물 운반을 위해 차량을 사용한 산림절도’ 행위를 산림방화죄와 동일한 법정형으로 가중처벌하는 것이 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7678호로 개정되고 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항 중 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제73조 제3항 제3호의 차량사용에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부.

구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7678호로 개정되

---

\* 대법원 재판연구관(판사), 전 헌법연구관

고 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제9조(‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 위반행위의 가중처벌) ② ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제71조, 제72조 제1항, 제2항, 제4항 및 제73조 제3항에 규정된 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’

제73조(벌칙)

① 산림에서 그 산물(조림된 묘목을 포함한다. 이하 이 조에서 같다.)을 절취한 자는 7년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항의 죄를 범한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

3. 장물을 운반하기 위하여 차량이나 선박을 사용하거나 운반·조제의 설비를 한 때

## 【사건의 개요】

1. 청구인은, ‘개인 소유 야산, 속리산국립공원, 제천시유림 등에서 5차례에 걸쳐 소나무 1~2그루(각 수령 약 70~80년)씩을 캐내어 5톤 탐차에 각 싣고 가 절취하였다.’는 등의 혐의로 기소되어, 2008. 9. 12. 청주지방법원 제천지원에서 모두 유죄로 인정되어 징역 2년 6월을 선고받았다[청주지방법원 제천지원 2008고합20, 2008고합24(병합)].

2. 청구인은 위 판결에 대하여 항소한 뒤, 그 항소심[대전고등법원 (청주)2008노15] 계속중 위 절취 혐의에 대한 처벌규정인 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7678호로 개정되고 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항 및 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제73조 제3항 제3호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2008. 12. 11. 대전고등법원(청주) 2008초기1 결정으로 기각되자, 2008. 12. 31. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

3. 이와 같이 청구인은 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제9조 제2항과 함께 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제73조 제3항 제3호에 대하여 위헌소원을 제기하였으나, 헌법재판소는 당해 사건에서 구 ‘특정범죄가

중처벌 등에 관한 법률’ 제9조 제2항과 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제73조 제3항 제3호가 별개의 조항들로 독립하여 적용되는 것이 아니라, ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제73조 제3항 제3호에 규정된 죄를 범한 자를 가중처벌하고 있는 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제9조 제2항, 보다 구체적으로는 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제9조 제2항 중 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’ 제73조 제3항 제3호의 차량사용에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)만이 당해 사건에 적용된다고 판단한 뒤, 이 사건 심판대상을 이에 한정하였다.

### 【결정요지】

1. ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’에 따라 일반 산림절도에 비해 가중처벌되고 있는 ‘장물 운반을 위해 차량을 사용한 산림절도’ 행위에 대해 새로운 가중처벌 사유없이 재차 “무기 또는 5년 이상의 징역”으로 가중처벌하고 있는 이 사건 법률조항은 ‘동일한 행위에 대한 거듭 처벌’을 규정한 것이 아니라, 아직 처벌받지 아니한 행위를, 재차 그 형을 가중한 것으로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 볼 수 없다.

2. 산림자원은 한 번 훼손되면 복원에 시간이 매우 오래 걸릴 뿐 아니라, ‘차량사용 산림산물 절도’는 절도범행을 신속히 완료함으로써 발각이 어렵고, 산림자원으로서 보존가치가 높은 것이 범행대상이 되거나 산림훼손의 정도가 크며, 그 범죄가 계획적이고 조직적으로 이루어지므로, 이 사건 법률조항이 “장물 운반을 위해 차량을 사용한 산림절도” 행위에 대하여 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 산림방화가 미수에 그쳤거나 소규모의 잡목을 훼손한 경우의 결과불법은 ‘차량사용 산림산물 절도’에 비해 현저히 중하다고 볼 수 없고, ‘차량사용 산림산물 절도’의 범행대상은 주로 경제적 교환가치가 높은 수목이거나 절취한 산림산물의 수량이 많기 때문에 그 범익침해 결과가 산림방화의 미수나 ‘좁은 범위의 잡목을 훼손하는데 그친 기수’의 경우보다 결과불법이 더 중한 경우도 있으며, ‘차량사용 산림산물 절도’는 경제적 이득을 목적으로 계획적

이고 조직적으로 이루어지는 범죄인바, 그 행위불법은 충동 등 심리적·정신 병적 요인에 의하여 산림방화에 이른 경우보다 현저히 가볍다고 할 수도 없어 그 비난가능성의 정도가 산림방화죄에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수 없고, 오히려 구체적인 범죄의 동기나 태양, 산림훼손의 결과에 따라서는 산림방화보다도 더 무거운 처벌을 하여야 할 필요도 있다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리나 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

### 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

이 사건 법률조항은 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’에서 이미 가중처벌되고 있는 동일한 범죄행위에 대하여 아무런 새로운 가중처벌사유 없이 거듭 가중처벌을 규정하고 있는데 어떠한 경우에 이 사건 법률조항이 적용될 것인지에 대해서는 아무 기준이 없어, 집행기관의 자의적인 법적용을 허용하고 있고, 범죄의 동기나 태양에 따른 불법의 크기와 죄질에 상응한 책임을 고려하지 않고, 일률적으로 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 무거운 형벌을 규정하고 있으며, “장물 운반을 위한 차량사용”이 조직적·계획적 범죄의 징표가 될 수 없게 된 오늘날의 사회적 상황의 변화를 반영하지 못하고 있는바, 책임과 형벌 사이의 적절한 비례관계를 일탈하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 법률조항이 이중처벌금지의 원칙에 위배되는지 여부

#### 가. 청구인의 주장

‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘산림자원법’이라 한다) 제73조 제3항 제3호(이하 ‘이 사건 산림자원법 조항’이라 한다)는 산림의 산물을 절취한 자가 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 경우 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하도록 하여, 단순히 산림산물을 절취한 경우에 비해 가중처벌하고 있으나, 차량을 이용한 장물의 운반은 산림산물의 특성상 절취행위에

필수적으로 수반되는 불가벌적 사후행위로서 가중처벌의 요건이 될 수 없을 뿐 아니라, ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘특가법’이라고 한다) 제 9조 제2항은 산림자원법의 가중처벌에 대하여 아무런 추가적인 요건 없이 다시 가중처벌을 규정함으로써 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌하는 것을 금지한 헌법 제13조 제1항에 위반된다.

### 나. 이 사건 결정

헌법 제13조 제1항<sup>1)</sup>이 규정한 이른바 ‘이중처벌금지의 원칙’은 한 번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 것으로서(헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627), 여기서 이중처벌은 처벌 또는 제재가 동일한 행위를 대상으로 하여 거듭 행해질 때 발생하는 문제이다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌바98, 판례집 17-2, 34, 41 참조).

헌법재판소는 이 사건 결정에서 이중처벌금지의 원칙에 관한 위 선례에 따라 청구인의 주장에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

즉, 청구인의 주장은 ‘동일한 행위에 대한 거듭 처벌’에 관한 것이 아니라, 아직 처벌받지 아니한 자신의 범죄 혐의에 대한 이 사건 법률조항에 따른 가중처벌 즉, 이 사건 산림자원법 조항이 ‘차량사용 산림산물 절도죄’를 단순 산림산물 절도죄에 비하여 법정형을 가중하고 이 사건 특가법 조항이 이를 재차 가중한 점에 관한 것이므로, 이중처벌금지의 문제가 아니다.

아울러 헌법재판소는 ‘장물인 산림산물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 행위’가 산림산물 절도죄의 불가벌적 사후행위에 해당하는지 여부를 떠나 그 행위에 나타난 불법요소에 주목하여 이를 이유로 단순 산림산물 절도죄에 비하여 가중 처벌하는 규정을 마련하는 것 자체는 입법자의 재량에 속한다고 판단하여 청구인의 위 주장을 배척하였다.

## 2. 이 사건 법률조항의 연혁과 해석

### 가. 이 사건 법률조항의 연혁과 입법 목적

(1) 이 사건 법률조항은 1966. 2. 23. 법률 제1744호로 제정·시행된 특가

1) ‘모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.’

법에 동일한 내용이 규정되어 있었다. 그 후 산림산물 절도에 관한 구 산림법 해당 조항의 위치의 변화, 산림법 폐지와 산림자원법 제정 상황 등을 반영하기 위하여 몇 차례 개정이 있었을 뿐, 그 구성요건이나 법정형의 내용은 변함없이 그대로 유지되어 왔다.

(2) 이 사건 특가법 조항이 인용하고 있는 이 사건 산림자원법 조항은 산림자원법 2005. 8. 4. 제정 당시의 규정과 내용이 동일하고, 그 전신인 구 산림법(2005. 8. 4. 법률 제7678호로 폐지되기 이전의 것) 제117조 제3호(특수 산림절도죄)에 규정된 범죄 구성요건 및 법정형과도 동일하다. 차량을 이용한 산림산물 절취에 대한 가중처벌에 관한 최초의 규정과 이후 위 구 산림법이 폐지되기 전까지의 규정을 살펴보면, 범죄 구성요건은 모두 동일하고 법정형에 다소 변화가 있었을 뿐이다.<sup>2)</sup> 이 사건 산림자원법 조항과 같은 내용의 범죄 구성요건과 법정형은 1994. 12. 22. 개정된 산림법 이후 지금까지 유지되고 있다고 할 것이다.<sup>3)</sup>

(3) 한편 산림자원법은 2005. 8. 4. 법률 제7678호로 제정·공포되어 시행 중언바, 종전 산림법이 황폐화된 국토를 녹화하기 위하여 산림자원의 증식과 산림의 보호·육성 등에 중점을 두어 규제위주의 정책실현을 반영하였던 것을 산림에 대한 국민의 관심과 수요의 변화에 따라 그 기초를 변경하여 산림법을 폐지함과 아울러, 산림의 지속가능한 보전 및 이용을 위하여 산림자원의 조성·관리를 종합적이고 체계적으로 추진할 수 있도록 하는 한편, 산림경영 및 산불·병충해 방지에 대한 여러 기준을 정립하여 산림을 생태적으로 건전하고 보다 가치 있는 자원으로 육성하고자 하는 정책 방향에 맞추기 위하여 제정되었다.<sup>4)</sup>

2) ① 1961. 12. 27. 법률 제881호로 제정된 산림법 제94조 제3호: 10년 이하의 징역, 다만, 50만원 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

② 1973. 2. 16. 법률 제2525호로 개정된 산림법 제94조 제3호: 6개월 이상의 유기징역, 다만, 30만원 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

③ 1980. 1. 4. 법률 제3232호로 전문 개정된 산림법 제117조 제3호: 6개월 이상 유기징역, 이 경우 200만원 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

④ 1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 산림법 제117조 제3호: 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

3) 차량을 이용한 산림산물 절취에 대한 가중 처벌에 한함.

4) 국회 의안정보시스템에 수록된 정부 의안원문 참조.

(4) 요컨대, 이 사건 법률조항의 실질적 내용은 1966. 2. 23. 특가법 제정 당시부터 현재까지 그대로 존속하고 있는바, 앞서 본 바와 같이 단순 산림산물 절도죄에 비하여 ‘차량사용 산림산물 절도죄’를 가중 처벌함으로써 엄벌하는 것은 종래는 황폐화된 국토의 녹화에 중점을 두어 산림자원의 증식과 산림의 보호·육성 등을 도모하고자 하는 구 산림법의 입법목적을 이루고자 하는 데 있었다 할 것인데, 국토의 녹화가 어느 정도 이루어진 시기로서 구 산림법이 폐지되고 산림자원법이 제정된 이후에는 산림자원의 조성과 관리를 통하여 산림의 다양한 기능을 발휘하게 하고 산림의 지속 가능한 보전과 이용을 도모함으로써 국토의 보전, 국가경제의 발전 및 국민의 삶의 질 향상에 이바지하려는 산림자원법의 입법목적을 이루고자 하는 데 있다고 볼 수 있다.

#### 나. 이 사건 법률조항의 해석

(1) 이 사건의 헌법적 쟁점, 즉 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부, 형벌체계상 균형을 상실하였는지 여부 등을 판단하기 위한 전제로, 이 사건 법률조항이 처벌대상으로 삼는 범죄행위가 무엇인지 그 해석을 통하여 이를 명확히 할 필요가 있다.

#### (2) 이 사건 법률조항과 관련 규정

이 사건 법률조항은 이 사건 산림자원법 조항과 종합하여 볼 때 ‘산림에서 그 산물(조립된 묘목을 포함한다)을 절취한 자가 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 때’ 가중처벌하도록 규정하고 있다. 여기서 절도의 장소 및 대상에 관한 부분인 “산림에서 그 산물”이 무엇을 의미하는지에 관하여 관련 법률은 따로 정의규정을 두고 있지 않다. 다만, 당해사건에 적용되는 아래 법령은 “산림”과 “임산물”에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

#### 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “산림”이라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다. 다

만, 농지·초지·주택지·도로 그 밖에 대통령령이 정하는 토지에 있는 입목(立木)·죽(竹)과 그 토지를 제외한다.

가. 집단적으로 생육하고 있는 입목·죽과 그 토지

나. 집단적으로 생육하고 있던 입목·죽이 일시적으로 상실된 토지

다. 입목·죽의 집단적 생육에 사용하게 된 토지

라. 산림의 경영 및 관리를 위하여 설치한 도로(이하 "임도(林道)"라 한다)

마. 가목 내지 다목의 토지 안에 있는 암석지(巖石地)·소택지(沼澤地)

4. "임산물"이라 함은 목재·수목·낙엽·토석 등 산림에서 생산되는 산물, 그 밖에 조경수·분재수 등 대통령령이 정하는 것을 말한다.

**산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 시행령**

**제2조(정의)**

① '산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률'(이하 "법"이라 한다) 제2조 제1호 각 목 외의 부분 단서에서 "대통령령이 정하는 토지"라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 토지를 말한다.

1. 과수원, 차밭, 꺾꽂이순 또는 접순의 채취원(採取園)

2. 입목·죽이 생육하고 있는 건물·담장 안의 토지

3. 입목·죽이 생육하고 있는 논두렁·밭두렁

4. 입목·죽이 생육하고 있는 하천·제방·도랑 또는 연못

③ 법 제2조 제4호에서 "그 밖에 조경수·분재수 등 대통령령이 정하는 것"이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 조경수·분재수

2. 가지·꽃·열매·생잎·장작·톱밥·나무조각 등 수목의 일부분

3. 대나무류·초본류·덩굴류·이끼류

4. 산림버섯·떼

5. 숯(톱밥숯을 포함한다)·수액(수목 또는 대나무를 태워서 얻는 응축액을 포함한다)

6. 합판·단판·섬유판·집성재·성형재·마루판

이에 따르면, 산림은 기본적으로 "집단적으로 생육하고 있는 입목(立木)·



죽(竹)과 그 토지”를 뜻하는데, 그밖에 “집단적으로 생육하고 있던 입목·죽이 일시적으로 상실된 토지”나 “입목·죽의 집단적 생육에 사용하게 된 토지” 뿐만 아니라 위 각 토지에 속한 암석지나 소택지, 임도(林道) 등도 포함한다. 다만, 집단적으로 입목·죽이 생육하고 있는 토지라 하더라도 “과수원, 차밭, 꺾꽂이순 또는 접순의 채취원(採取園)”, “건물·담장 안의 토지”, “논두렁·밭두렁”, “하천·제방·도랑 또는 연못” 등은 제외된다.

위 규정 가운데 “집단적으로 생육”, “일시적으로 상실”, “집단적 생육에 사용하게 된” 부분 등은 그 해석·적용에 그다지 어려움이 없어 보인다.

문제는 “산림에서 그 산물” 중 “그 산물”이 무엇을 가리키는 것인지에 관하여는 별도의 정의규정이 없고, 그 의미나 범위가 명확하지 아니하여 해석에 어려움이 있다. 산림자원법 및 그 시행령이 규정한 “임산물”과 동일한 것인지 여부도 함께 검토하여야 할 것으로 보인다.

### (3) “산림에서 그 산물”의 의미와 범위

(가) “산림에서 그 산물”이란 절도행위의 장소와 대상을 표현하고 있다. 즉, 절도행위의 장소는 ‘산림’이고 그 대상은 ‘산림의 산물(産物)’이다. 여기서 ‘산림’은 앞서 본 바와 같이 구 산림자원법 및 그 시행령이 규정한 “산림”을 뜻하고, ‘산림의 산물’이란 그 용어의 의미를 그대로 풀어보면 ‘산림에서 나는(産) 물건(物)’을 가리키는 것으로 보인다. ‘산림에서 나는 물건’에 관하여는 정의규정이 없을 뿐만 아니라 이에 관한 대법원 판례도 찾아보기 힘들다.

(나) ‘절취행위’란 물건 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 뜻하므로, 그 대상은 개념 필연적으로 ‘타인이 점유한 물건’이 될 수밖에 없다.

따라서 ‘산림에서 흐르는 물’, ‘산림에서 서식하는 야생동물’ 등도 산림에서 나는 물건으로 볼 수 있으나, 특정 산림에 정착되어 있지 아니하여 점유의 귀속이 불분명할 뿐만 아니라, 특정 산림 소유자의 소유에 속한다고도 볼 수 없고, 경우에 따라서는 산림의 영역을 벗어날 수도 있기 때문에 심판대상 법률조항이 규정한 절취행위의 객체가 될 수 없다 할 것이다. 그러므로 산림 산물 절취행위의 대상인 “산림에서 나는 물건”이란 타인이 점유하는 타인

소유의 물건으로서 주로 입목·죽(竹)·다년생 초본·일년생 초본 등 식물, 식물의 열매, 버섯, 암석 등을 뜻한다 할 것이다.

(다) ‘산림에서 나는 물건’은 우선 사람의 행위가 개입되지 않고 산림에서 야생하는 식물 또는 그 열매, 산림에 존재하게 된 암석 등이 포함됨은 쉽게 짐작할 수 있다.

나아가 사람의 행위에 의하여 산림에서 생육하거나 존재하게 된 것도 이에 포함되는지 여부는 명백하지 않다. 예컨대, 타인이 그 소유 산림에 식재하여 정착시킨 입목, 가식(假植)한 입목, 나아가 타인이 그 소유 산림에서 벌채하여 쌓아 둔 수목, 채석하여 쌓아 둔 암석 또는 자연석 등도 ‘산림에서 나는 물건’에 포함된다고 볼 것인가?

산림자원법이 산림절도죄를 특별히 규정하고 이 사건 법률조항이 이를 가중처벌하는 것은 ‘산림은 국유림이든 사유림이든 국토의 중요 일부로서 경관적 가치, 문화적 활동과 휴양을 위한 공간적 가치, 홍수예방·공기정화 등 생태·환경적 가치, 희귀 수목 등 산림산물의 경제적 가치 등을 갖고 있고, 이러한 가치의 중요성과 공공성에 주목하여 산림의 지속가능한 보전과 이용 등을 도모함으로써 국토의 보전, 국가경제의 발전 및 국민의 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 목적’에서 비롯되었다 할 것이다. 이런 점에서 산림산물 절도죄는 산림보전에 관한 국가적 또는 사회적 법익의 보호를 주된 목적으로 하는 범죄라고 봄이 타당하다.

타인이 산림에서 벌채한 수목이나 채석한 암석 또는 자연석 등은, 그가 적법한 절차에 따랐든 그렇지 않았든, 산림에서 벌채되거나 채석된 이상, 산림보존의 법익 상태에서 이미 벗어난 것으로서 형법상 절도죄의 객체인 단순한 물건이 되었다 할 것이다. 이를 절취한 자를 산림산물 절도행위로서 이 사건 법률조항에 따라 특별히 가중하여 처벌할 이유가 없다. 만약 위 수목을 벌채하거나 암석을 채취한 자가 적법한 절차에 따랐다면, 위 수목의 벌채 등은 산림보존의 법익을 침해한 행위가 아닐 것이고, 적법한 절차에 따르지 않았다면 그 법익을 침해하였다 할 것이나 그 책임주체는 수목의 벌채 등의 행위를 한 자라 할 것이다. 따라서 이미 벌채되거나 채석되어 단지 산림에 놓여 있는 것은, 비록 산림에서 나서 그곳에 존재한 것이라 하더라도, 산림

산물 절도행위의 대상이 될 수 없다 할 것이다.

산림에 정착하지 아니한 가식(假植)된 입목은 산림보존에 관한 보호범위에 포함되지 아니하므로 이와 같이 볼 것이다.

그러나 사람이 산림에 식재하여 산림산물의 일부가 될 정도로 정착한 입목 등은 물론, 이를 위하여 식재하였으나 아직 정착의 단계에 이르지 못한 입목 등도 모두 산림보존을 위해 산림자원의 일부로서 보존의 필요성이 있으므로 ‘산림에서 나는 산물’로서 산림산물 절도행위의 객체가 된다 할 것이다. 구 산림자원법이 ‘산림에서 나는 산물’에 “조림된 묘목을 포함한다”라고 규정한 것<sup>5)</sup>은 이와 같은 취지라 할 것이다.

(라) “임산물”과 동일한지 여부

산림자원법 및 그 시행령은 “임산물”에 관하여 “목재·수목·낙엽·토석 등 산림에서 생산되는 산물, 그 밖에 조경수·분재수, 가지·꽃·열매·생잎·장작·톱밥·나무조각 등 수목의 일부분, 대나무류·초본류·덩굴류·이끼류, 산림버섯·폐, 숯(톱밥숯을 포함한다)·수액(수목 또는 대나무를 태워서 얻는 응축액을 포함한다), 합판·단판·섬유판·집성재·성형재·마루판”이라고 규정하고 있다.

임산물 굴취·채취의 허가(제36조), 임산물의 이용증진에 관한 시책 수립(제37조), 임산물 이용·가공사업자에 대한 산림 소유 권장(제38조), 임산물 종류별 규격 또는 품질 지정 및 고시(제39조), 임산물 수급조절, 유통질서 확립 및 안전성 확보 등을 위한 유통·생산 또는 사용제한(제40조) 등, 관련 규정을 함께 살펴보면, 구 산림자원법령이 규정한 “임산물”은 산림에서 나는 물건을 가공한 것(장작, 톱밥, 숯, 수액응축액, 합판, 단판, 섬유판, 집성재, 성형재, 마루판 등), 산림에서 나는 물건을 벌채·굴취·채취 한 것<sup>6)</sup> 또는 벌채·굴취·채취 할 것(목재, 수목, 낙엽, 토석, 조경수, 가지, 꽃, 열매, 생잎, 나무조각, 수액 등)이다. 산림보존 등을 위하여 절취행위의 금지 대상인 ‘산림의 산물’과 일치하지 아니한다. “임산물”은 ‘산림의 산물’과 일부 공통된

5) 이 규정은 산림자원법의 전신인 구 산림법이 1970. 1. 1. 법률 제2197호로 개정될 때 처음 삽입되어 현재까지 이어져 오고 있는바, 국회입법자료 등에 그 개정 이유는 나타나 있지 않다.

6) 앞서 본 바와 같이 타인이 벌채, 굴취, 채취하여 산림에 둔 물건은 산림산물 절도죄의 객체가 될 수 없다.

부분(산림에서 나는 물건으로 앞으로 벌채 등을 할 것)이 있기는 하지만 같은 개념이라 할 수 없다.

(마) 정리

그렇다면 산림산물 절취행위의 대상인 ‘산림의 산물’은 타인 소유의 타인의 점유하는 물건으로서 산림에서 나는 입목·죽(竹)·다년생 초본·일년생 초본 등 식물, 식물의 열매, 버섯, 암석 등을 뜻하는데, 야생인 것은 물론, 사람이 식재한 것이라 하더라도 산림에 정착한 입목 등과 이를 목적으로 식재한 입목(조림된 묘목) 등을 뜻하고, 산림에서 흐르는 물, 야생하는 동물<sup>7)</sup>, 산림에 가식한 입목, 산림에서 재배하는 채소류<sup>8)</sup> 등은 이에 포함되지 아니한다 할 것이다.

(4) 차량사용 산림산물 절도행위의 범위

(가) 이 사건 법률조항에 따른 가중처벌의 대상인 ‘절취한 산림산물인 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 때’에 관한 해석이 문제된다. 다음과 같은 견해가 있을 수 있다.

1) 협의(狹義)설

산림산물 절도범이 범행현장인 산림에서 장물을 운반하는 과정에 차량을 사용한 모든 경우가 이에 해당한다고 볼 수 없고, 차량 사용이 장물운반의 목적 달성을 위하여 마련된 수단으로서의 의미를 갖는 경우에 한정된다고 보는 견해이다. 다시 말하면, 절취한 산림산물을 운반하기 위하여 차량 사용이 불가피할 정도로 절취한 산림산물의 규모가 크거나 수량이 많은 경우에 한정된다는 것이다.

2) 광의(廣義)설

산림산물 절도범이 범행현장인 산림에서 장물을 운반하는 과정에 차량을 사용한 모든 경우를 뜻한다고 보는 견해이다. 이 견해에 따르면, 산림에서 크기가 작은 수목이나 토석, 낙엽, 묘목 등의 산림산물을 소량 절취한 자가 승용차를 타고 이동한 경우 등도 이에 해당한다.

7) 이에 대하여는 야생동·식물보호법의 적용을 받을 것이다.

8) 산림에 정착시킬 목적이 아니고 1년 내 채취를 목적으로 씨를 뿌려 재배한 것이기 때문이다.

광의설을 취하면 예컨대, 산림에서 소량의 버섯을 채취하여 임도(林道)를 따라 승용차를 타고 내려온 경우도 이 사건 법률조항에 해당한다고 보아야 하는바, 그 행위의 비난가능성(책임)에 비하여 법정형(무기 또는 5년 이상의 징역)이 너무 중하다고 볼 가능성이 크다 할 것이다.

(나) 법원의 적용례

대법원 판례를 포함하여 법원 실무상 이 점에 관하여 명확히 확인한 판결례는 보이지 아니한다.

다만, 법원에서 이 사건 특가법 조항에 의해 처벌된 사례를 살펴보면, 수령 약 70~80년생 소나무를 각 1그루씩 절취하여 차량에 싣고 간 경우(청주지방법원 제천지원 2009. 6. 26. 선고 2009고합11 판결), 자연석 수 십개 약 1.5톤을 채취하여 트럭 2대에 나눠 싣고 가 절취한 경우(춘천지방법원 영월지원 2005. 9. 8. 선고 2005고합20 판결), 수령 약 10년생 전나무 24그루, 약 3년생 전나무 묘목 약 1,200그루 등을 절취하여 차량에 싣고 간 경우 등(청주지방법원 2008. 9. 24. 선고 2008고합168 판결), 수령 100년생 소나무 8그루를 절취하여 차량에 싣고 간 경우(대구지방법원 안동지원 2005. 8. 19. 선고 2005고합6 판결) 등이 있다.

그리고 산림산물을 절취하여 차량에 싣고 간 경우라도 이 사건 법률조항에 의하지 아니하고 특가법 제9조 제1항 제2호<sup>9)</sup>에 의하여 처벌된 사례도 있다. 즉 참꽃나무 90그루 원산지가격 4,500,000원 상당을 삽 등을 이용하여 캐어내 차량에 싣고 가 절취한 행위, 참꽃나무 111그루 원산지가격 5,550,000원, 당단풍나무 25그루 원산지가격 50,000원 및 홍가시나무 3그루 원산지가격 150,000원 상당을 삽 등을 이용하여 캐어내 차량에 싣고 가 절취한 행위에 관한 사례(제주지방법원 2005. 2. 16. 선고 2004고합299 판결<sup>10)</sup>), 참꽃나무 41그루 원산지 가격 2,850,000원 상당을 삽과 곡괭이 등을 이용하여 캐어낸 후 차량에 싣고 가 절취한 행위에 관한 사례(제주지방법원 2005. 1. 5. 선고 2004고합292 판결<sup>11)</sup>) 등이 있다.

9) 단순 산림산물 절도죄 등에 대하여 임산물 가액이나 산림훼손 면적에 따라 가중 처벌하는 규정이다.

10) 검사나 피고인이 상소하지 아니하여 그대로 확정되었다.

11) 검사나 피고인이 상소하지 아니하여 그대로 확정되었다.

## (다) 이 사건 결정

이 사건 결정의 다수의견은 협의설을 취하고, 이를 전제로 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 사이 비례의 원칙에 위배되는지 여부 등을 판단하였다.

다수의견이 취한 협의설은 법원의 적용례와 부합할 뿐만 아니라, 다음과 같은 점을 고려할 때 타당하다고 생각한다.

우선 이 사건 법률조항의 문언상 차량 사용이 장물을 운반하기 위한 경우로 표현되어 있고, 차량사용 산림산물 절도죄를 단순 산림산물 절도죄에 비하여 그 법정형을 거듭 가중하여 엄벌하는 것은 장물 운반을 위하여 차량을 사용할 경우 규모가 큰 수목이나 토석 등 보존가치가 큰 산림자원이 절도의 대상이 되거나 차량을 사용하여야 할 정도로 장물의 수량이 많아 산림훼손의 정도가 크다는 점에 그 주된 이유가 있다고 보인다.

이에 반하여 소수의견은 광의설을 취하여, 「이 사건 법률조항은, “산림”의 “산물”을 절취하고 그 장물의 운반을 위해 차량을 사용하는 경우이기만 하면 그 절취 대상이 가지는 재산적 가치 또는 보호의 필요성을 묻지 않고 모두 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 따라서 아무리 경제적 가치가 작고, 산림자원의 조성과 보존을 위한 보호의 필요성이 적은 것이라 하더라도 그것이 산림의 산물인 이상 그것을 절취하고 장물의 운반을 위해 차량을 사용하기만 하면 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 중형을 피할 수 없게 된다」라고 보았다.

다수의견과 소수의견의 이러한 차이는 뒤에서 보는 것과 같이 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배되는지 여부에 관한 판단을 달리하게 된 결정적 계기가 된다.

### 3. 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부

#### 가. 형벌법규에 대한 위헌심사 기준

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 범

죄예방을 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 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20, 판례집 20-1상, 426, 432-433).

#### 나. 가중처벌에 관한 입법방식의 문제

이 사건 법률조항은 단순 산림산물 절도죄의 가중처벌 구성요건인 이 사건 산림자원법 조항의 가중사유 외에 다른 가중사유를 들지 아니하고 이 사건 산림자원법 조항을 그대로 인용하여 재차 그 법정형만을 가중하여 규정하고 있다.

이 사건 산림자원법 조항에서 가중 처벌하는 ‘차량사용 산림산물 절도죄’의 법정형을 더 중하게 할 필요성이 인정된다면 이 사건 산림자원법 조항의 법정형을 개정함이 바람직하고, 이 사건 특가법 조항과 같이 이 사건 산림자원법 조항을 그대로 둔 채 이와 다른 특별한 가중 사유 없이 별도로 재차 가중 처벌하는 규정을 둔 것은 바람직하지 아니한 입법방식이라 할 것이다. 또한 이러한 입법방식에 의하면 동일한 범죄사실에 대하여 검사가 이 사건 산림자원법 조항과 이 사건 특가법 조항 중 어느 특별 구성요건을 적용하여 기소하느냐에 따라 그 법정형이 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’(이 사건 산림자원법 조항)과 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’(이 사건 특가법 조항)으로 달라지는 문제점이 있다.

그러나 위와 같은 입법방식 자체가 형사상 책임주의 원칙에 위반된다고 말할 수 없다. 오히려 가중 처벌할 특정범죄를 특가법 등 단일 법률에 일괄하여 규정함으로써 이에 대한 각 형벌 사이의 체계적 균형을 도모하는 한편, 국민으로 하여금 엄벌하는 특정범죄를 쉽게 인식할 수 있도록 하여 가중 처

벌하는 범죄와 형벌에 대한 예측 가능성 및 이에 따른 범죄의 일반예방적 효과를 높일 수 있다는 긍정적인 측면이 있기도 하다. 그리고 검사의 기소 여하에 따라 동일한 범죄에 대한 법정형이 달라지는 문제는 검사의 기소재량에 의한 결과일 뿐이고, 특별형법을 규정한 다른 모든 경우에도 마찬가지로 문제가 발생한다.<sup>12)</sup> 이 사건 특가법 조항과 같이 특별한 가중사유 없이 법정형만 가중한 입법례로서 특가법 제5조의2(약취·유인죄의 가중처벌) 제4항, 제5조의4(상습 강·절도죄 등의 가중처벌) 제4항, 제10조(통화위조의 가중처벌), 제11조(마약사범 등의 가중처벌) 제1항 등이 있는바, 그 내용을 들여다보지 않고 이러한 입법방식 그 자체로 책임주의 원칙 등에 위반하여 위헌이라고 볼 수는 없다.

#### 다. 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배되는지 여부

(1) 이 사건 결정의 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

산림은 국유림이든 사유림이든 국토의 중요 일부로서 경관적 가치, 문화적 활동과 휴양을 위한 공간적 가치, 홍수예방·공기정화 등 생태·환경적 가치, 회귀 수목 등 산림산물의 경제적 가치 등을 갖고 있는바, 이러한 가치의 중요성과 공공성에 주목하여 산림자원법은 산림의 지속가능한 보전과 이용 등을 도모함으로써 국토의 보전, 국가경제의 발전 및 국민의 삶의 질 향상에 이바지할 목적으로 제정되었다(산림자원법 제1조 참조). 따라서 산림자원법이 규정한 산림산물 절도죄는 산림보전에 관한 국가적 또는 사회적 법익의 보호를 주된 목적으로 하는 범죄로서 재물의 사적 소유권만을 보호법익으로 하는 형법상의 각종 절도죄와는 그 본질을 달리 한다 할 것이다.

산림자원은 절도 등으로 한 번 훼손되면 그 복원에 시간이 매우 오래 걸릴 뿐만 아니라, 산림은 일반적으로 인적이 드문 곳이 많고 매우 광범위하며 그 산물이 매우 다양하기 때문에 산림의 소유자 또는 관리자의 산림산물에

12) 헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10, 판례집 20-2 하, 523, 542 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대이견(합헌의견) 참조



대한 지배력이 매우 약한 반면, 산림산물을 절취하고자 하는 자의 산림에 대한 접근은 매우 수월한 특성이 있다. 따라서 산림산물의 절도행위가 쉽게 이루어질 수 있는 데 반하여, 산림에 관한 관리강화를 통해 절도를 사전에 억제하거나 사후에 발견하여 처벌하는 것이란 쉽지 아니하다. 나아가 이 사건 특가법 조항이 가중 처벌대상으로 삼은 ‘차량사용 산림산물 절도’는 장물 운반에 차량을 사용하여 절도범행을 보다 신속히 완료함으로써 그 밖의 산림 절도보다 그 발각을 더욱 어렵게 하고, 무엇보다 차량을 사용하여 장물을 운반하여야 할 정도로 범행대상의 규모가 크거나 그 수량이 많은 경우로서 수령이 오래된 수목 등 산림자원으로서 보존가치가 높은 것이 범행대상이 되거나 또는 범행에 따른 산림훼손의 면적이 큰 경우이다. 또한 ‘차량사용 산림절도’는 대부분 경제적 교환가치가 높은 임산자원을 판매하여 이득을 취하고자 하는 동기에서 저질러지는 범죄로서 절취·운반·판매에 이르는 과정이 계획적이고 조직적으로 이루어진다.

그러므로 ‘차량사용 산림산물 절도죄’를 일반 산림산물 절도죄 보다 가중 처벌할 필요성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 입법자가 그 보호법익의 중요성, ‘차량사용 산림산물 절도죄’의 죄질, 행위자책임의 정도, 적발하기 어려운 범죄의 특성 등을 고려한 일반예방의 형사정책적 목적 달성을 위하여 이를 일반 산림산물 절도죄와 달리 ‘무기 또는 5년 이상의 징역형’이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것은 산림훼손에 대하여 엄벌하고자 하는 입법적 결단이 반영된 결과라 할 것이다. 이러한 결단은 산림자원법이 산림의 지속 가능한 보전과 이용을 통한 국토보전, 국민의 삶의 질 향상 등을 추구하는 입법 목적을 고려할 때 충분히 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 특가법 조항이 그 자체로 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하다고 보기 어려우므로 책임과 형벌간의 비례원칙에 위반된다고 할 수 없다.

한편, 이 사건 특가법 조항의 법정형 하한이 높아 법관의 양형결정권이 제한되는 측면이 있으나, 그 법정형 하한이 5년 이상의 징역이므로 자량감정을 하면 별도의 법률상 감경사유가 없더라도 집행유예를 선고할 수 있는 양형재량권이 있을 뿐만 아니라, 입법자가 앞서 본 바와 같은 법정형 책정에

관한 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 553 참조).

(2) 이에 반하여 이 사건 결정의 소수의견은 다음과 같이 이유로 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배된다고 판단하였다.

(가) 형사특별법은 그 입법목적에 따른 새로운 가중처벌사유가 추가될 때에만 그 가중처벌이 의미를 가진다고 볼 것인바, 동일한 목적을 위하여 하나의 범죄행위에 대한 형을 거듭 가중함으로써 형벌체계상 지나치게 가혹한 형을 규정하는 것은 형벌의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 이탈하여 지나치게 과중한 형벌을 부과하여 책임원칙에 반한다(헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10, 판례집 20-2하, 523, 536 참조).

이 사건 법률조항은, 이 사건 산림자원법 조항이 이미 가중처벌하고 있는 동일한 범죄행위에 대하여 아무런 새로운 가중처벌사유 없이 거듭된 가중처벌을 규정하고 있다.

한편 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용하여 산림산물을 절취한 자에 대해서는, 1년 이상 10년 이하의 징역을 규정하고 있는 이 사건 산림자원법 조항과, 무기 또는 5년 이상의 징역을 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 경합하여 적용된다. 동일한 범죄에 대하여 법정형이 상대적으로 낮은 이 사건 산림자원법 조항을 적용할 것인지, 아니면 법정형이 매우 무거운 이 사건 법률조항을 적용할 것인지는 전적으로 법집행기관의 재량에 의해 좌우될 수밖에 없으므로, 집행기관의 자의적인 법적용을 허용하게 된다.

결국 이 사건 법률조항은, 새로운 추가사유 없이 동일한 행위를 가중처벌함으로써 책임원칙에 반한 과중한 형벌을 부과하고 있다고 할 것이다.

(나) 산림자원법이 “산림”을 광범위하게 정의하고, “산물”의 개념을 모호한 상태로 방치하다 보니, 이 사건 법률조항에 의한 절취행위의 대상이 되는 “산림”의 “산물”에는 재산적 가치는 물론, 산림자원의 조성과 보존을 위한 보호의 필요성에 있어서도 매우 다양하고 광범위한 물건들이 포함될 수밖에

없게 되었다.

그런데 이 사건 법률조항은, “산림”의 “산물”을 절취하고 그 장물의 운반을 위해 차량을 사용하는 경우이기만 하면 그 절취 대상이 가지는 재산적 가치 또는 보호의 필요성을 묻지 않고 모두 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 따라서 아무리 경제적 가치가 작고, 산림자원의 조성과 보존을 위한 보호의 필요성이 적은 것이라 하더라도 그것이 산림의 산물인 이상 그것을 절취하고 장물의 운반을 위해 차량을 사용하기만 하면 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 중형을 피할 수 없게 된다.

또한 이 사건 법률조항은 절취행위의 동기나 태양에 따른 불법의 크기와 죄질의 정도에 따른 책임을 고려하지 않은 채, 일률적으로 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 무거운 형벌을 규정하고 있다. 예컨대 영리를 목적으로 절취하거나 상습적으로 절취하는 행위와 영리의 목적 없이 1회적 또는 우발적으로 절취하는 행위는 불법과 죄질에 있어서 현격한 차이가 있으며 그에 따른 행위자의 책임도 다를 수밖에 없음에도, 이 사건 법률조항은 모두 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 과중한 형벌을 규정하고 있다.

이 사건 법률조항과 같이, 장물의 운반을 위해 차량을 사용한 경우에 무기 또는 5년 이상의 징역으로 처벌하도록 처음 규정하였던 구 특가법 제9조 제2항(1966. 2. 23. 법률 제1744호로 제정되어 1966. 3. 26. 시행)이 처음 시행되던 1966년경에는, “장물 운반을 위한 차량사용”은 그 자체로 조직적·계획적 범죄의 징표가 될 수도 있었지만, 차량의 사용이 보편화된 오늘날에 있어서는 장물운반을 위해 차량을 사용하였다는 사실이 곧 조직적·계획적 범죄의 징표가 될 수는 없다. 즉, 오늘날 일반 국민의 생활에서 차량의 사용이 갖는 의미는 1966년경과는 비교할 수 없을 정도로 큰 차이가 생겼으므로, 이 사건 법률조항이 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용하는 행위를 단순한 절취행위와 비교가 되지 않을 만큼 가중처벌하는 것은 사회적 상황의 변화를 반영하지 못한 것이라고 할 수밖에 없다.

따라서 장물의 운반을 위해 차량을 사용하였다고 해서 차량의 종류나 운행형태에 관계없이 모든 절취행위를 일률적으로 “7년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금”에서 “무기 또는 5년 이상의 징역”으로 가중처벌하

는 것은 죄질과 책임에 대한 상당한 형벌이라고 할 수 없다.

#### 4. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부

##### 가. 쟁점

어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌 체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이 된다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌바9등, 공보 제 149호, 422, 447 참조).

문제된 어느 유형의 범죄에 대한 법정형의 정도를 다른 범죄 유형 범죄에 대한 법정형과 비교하여 형벌의 체계상 균형을 상실하였는지 여부를 살피는 것이다. 이 사건 법률조항이 절도행위에 대한 처벌규정이라는 점에서 형법상 절도죄를, 산림보존 등을 보호법익으로 한다는 점에서 특가법상 산림방화에 대한 처벌규정을 그 비교대상으로 떠올려 볼 수 있다.

##### 나. 형법상 절도죄와의 비교 여부

이 사건 결정은 이 사건 법률조항과 형법상 절도죄는 그 보호법익, 범행의 장소나 대상 등에서 본질적으로 다르다고 보아 이 사건 법률조항의 ‘형벌의 체계적 정당성’에 관한 검토에서 형법상 절도죄를 비교대상으로 삼을 수 없다고 판단하였다.

즉, 형법에서 규정한 절도죄는 사적 재산을 보호법익으로 하고 범행대상이 타인 소유의 재물로서 소유자 또는 관리자의 실질적인 지배 또는 지배 가능한 영역에 있음에 반하여, 이 사건 법률조항이 처벌대상으로 삼는 산림산물 절도죄는 앞서 본 바와 같이 산림보전에 관한 국가적 또는 사회적 법익의 보호를 주된 목적으로 하고, 범행 장소, 대상 등에 있어서도 형법상 절도죄와 다른 특수성이 있으므로, 이 사건 특가법 조항의 형벌에 관한 체계적 정당성이나 균형을 살핌에 있어 형법상 여러 유형의 절도죄를 단순히 절도행위의 동질성만 주목하여 비교대상으로 삼을 수는 없다고 판단하였다.

## 다. 특가법 제9조 제2항의 타인 소유 산림방화죄와의 비교

### (1) 청구인의 주장

특가법 제9조 제2항은 ‘차량사용 산림산물 절도죄’와 함께 ‘자기 또는 타인 소유 산림의 방화죄’를 같은 법정형으로 처벌하고 있다.

청구인은 ‘산림산물 절도가 그 죄질이나 법익침해의 정도 등에 있어서 산림방화 보다 현저히 약한 범죄 유형임에도 이 사건 특가법 조항이 산림산물 절도죄의 법정형을 산림방화의 경우와 동일하게 규정한 것은 형벌의 체계적 균형에 어긋난다.’고 주장하였다.

### (2) 이 사건 결정

이 사건 결정은 다음과 같이 이 사건 법률조항의 산림산물 절도죄의 행위불법이나 결과불법을 특가법 제9조 제2항의 타인 소유의 산림에 대한 방화죄의 행위불법이나 결과불법과 비교할 때 이 사건 법률조항의 법정형이 위 산림방화죄의 법정형과 동일하다고 하여 현저히 형벌 체계상의 정당성과 균형을 상실하였다고 단정할 수 없다고 판단하였다.

#### (가) 결과불법의 측면

산림방화는 쉽게 산림 전체를 훼손할 수 있기 때문에 산림절도에 비하여 산림방화로 인한 법익침해 결과가 매우 중대할 수 있다. 그러나 특가법 제9조 제2항은 산림방화의 미수도 기수와 동일한 법정형을 규정하고 있다. 산림방화로 인하여 실제 발생한 산림훼손의 결과 보다는 산림훼손의 위험성에 주목하여 법정형을 정하였다 할 것이다. 즉, 특가법 제9조 제2항에 의하면 산림방화의 경우 미수에 그쳤거나 소규모의 잡목을 훼손한 경우라도 법정형이 이 사건 특가법 조항의 ‘차량사용 임산산물 절도죄’의 경우와 같이 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’이다.

산림방화죄의 이러한 결과불법은 이 사건 특가법 조항의 ‘차량사용 산림산물 절도’의 경우와 비교할 때 현저히 중하다고 볼 수 없다. 오히려 ‘차량사용 산림산물 절도’의 범행대상은 앞서 본 바와 같이 주로 경제적 교환가치가 높은, 수령이 오래된 수목 등이거나 그렇지 않더라도 차량을 사용하여 운반하여야 할 정도로 절취한 산림산물의 수량이 많기 때문에 그 법익침해 결과

가 산림방화의 미수나 ‘좁은 범위의 잡목을 훼손하는데 그친 기수’의 경우보다 결과불법이 더 중한 경우도 있다.

#### (나) 행위불법의 측면

‘차량사용 산림산물 절도’는 앞서 본 바와 같이 경제적 이득을 목적으로 산림산물의 절취와 운반 및 판매에 이르는 과정이 계획적이고 조직적으로 이루어지는 범죄이다. 그 행위불법은 충동 등 심리적·정신병적 요인에 의하여 산림방화에 이른 경우 보다 현저히 가볍다고 말할 수도 없다. 따라서 ‘차량사용 산림산물 절도죄’에 대한 비난가능성의 정도가 산림방화죄에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수 없고 오히려 구체적인 범죄의 동기나 태양, 산림훼손의 결과에 따라서는 산림방화보다도 더 무거운 처벌을 하여야 할 필요도 있다 할 것이다.

### 5. 결정의 의의

이 사건 결정은 구 특가법(2005. 8. 4. 법률 제7678호로 개정되고 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항 중 산림자원법 제73조 제3항 제3호의 차량사용에 대한 부분의 법정형이 과중하여 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배되는지 여부, 형벌의 체계적 정당성과 균형을 상실하여 평등원칙에 위배되는지 여부를 선례의 관련 법리를 기초로 판단한 사례이다.

심판대상인 이 사건 법률조항은 산림절도 행위 중 장물(산림산물)을 운반하기 위하여 차량을 사용한 경우를 엄하게 가중처벌하고 있다. 여기서 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 경우의 의미나 적용범위에 관하여 대법원의 법리가 아직 존재하지 아니하는 등 법원의 해석·적용이 명확히 확립되었다고 볼 수 없는 상태이다. 따라서 그 문언상 산림산물 절도범이 범행현장인 산림에서 장물을 운반하는 과정에 차량을 사용한 모든 경우가 이에 해당한다고 해석할 여지가 있고, 이러한 해석을 전제로 하면 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배된다고 볼 가능성이 크다.

그러나 이 사건 결정(다수의견)은 이 사건 법률조항을 차량 사용이 장물 운반의 목적 달성을 위하여 마련된 수단으로서의 의미를 갖는 경우, 즉 절취

한 산림산물을 운반하기 위하여 차량 사용이 불가피할 정도로 절취한 산림산물의 규모가 크거나 수량이 많은 경우에 한정적으로 적용된다는 취지로 해석하였고, 이를 전제로 그 위헌 여부를 심사하였다. 이 사건 결정은 합헌의 결론에 이르렀는바, 심판대상 법률조항의 합헌적 법률해석을 전제로 합헌 결정에 이르렀다고 볼 수 있다.

법원으로서 이 사건 법률조항을 적용함에 있어 헌법재판소가 이 사건 결정 이유에서 제시한 해석론을 유의할 필요가 있다.

한편, 이 사건 결정은 특가법 제9조 제2항 중 산림산물 절도행위 중 장물을 운반하기 위하여 차량을 사용한 경우에 대한 가중처벌 규정에 대한 판단에 한정된다. 따라서 이 사건 결정 취지를 특가법 제9조 제2항의 다른 부분, 예컨대, 산림산물 절도행위 중 야간에 절취한 때 등에 대한 가중처벌이 책임과 형벌 간의 비례의 원칙 등에 위배되는지 여부에까지 확장하여 볼 것은 아니라고 생각한다.





## 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 제1항 등 위헌확인

- 초기배아가 제기한 헌법소원심판 청구가 적법요건을  
갖추었는지 여부 등 -

(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346, 판례집 22-1하 275)

김태호\*

### 【판시사항】

1. 초기배아의 기본권 주체성 여부(소극)
2. 배아연구와 관련된 직업에 종사하는 청구인의 헌법소원 심판청구에 대해 기본권 침해가능성 또는 자기관련성을 인정할 수 있는지 여부(소극)
3. 배아생성자가 배아의 관리 또는 처분에 대해 갖는 기본권과 그 제한의 필요성
4. 잔여배아를 5년간 보존하고 이후 폐기하도록 한 생명윤리법 제16조 제1항, 제2항이 배아생성자의 배아에 대한 결정권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’(2004. 1. 29. 법률 제7150호로 제정된 것, 이하 ‘생명윤리법’이라고 줄여 부른다) 제13조 제1항, 제16조 제1항 내지 제3항, 제17조 제1호, 제2호, 제20조 제4항, 제22조, 부칙 제2항, 제3항 및 구 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 생명윤리법’이라고 줄여 부른다) 제16조 제4항, 제17조 제3호, 제20조 제1항 내지 제3항이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다. 그 내용은 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346, 판례

---

\* 대법원 재판연구관, 전 헌법연구원

집 22-1하, 275의 현재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 (병합), 판례집 20-2하, 960, 999의 [별지] 기재와 같다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구의 경위

가. 청구인 배아 일(1)(이하 ‘청구인 1’이라고 한다), 배아 이(2)(이하 ‘청구인 2’라고 한다)는 2004. 12. 9. ○○의료재단 부산분원 내에서 임신의 목적으로 청구인 남○민(이하 ‘청구인 3’이라고 한다)으로부터 채취된 정자와 청구인 김○미(이하 ‘청구인 4’라고 한다)로부터 채취된 난자의 체외 인공수정으로 생성된 배아 중 청구인 4의 체내에 이식되지 않고 남아 ○○의료재단에 보존되어 있는 배아들이다.

나. 청구인 3, 4는 부부로서 임신의 목적으로 위와 같이 정자 또는 난자를 제공하여 청구인 1, 2를 생성하게 한 배아생성자들이다. 또 청구인 5 내지 13은 법학자, 윤리학자, 철학자, 의사 등의 직업을 가진 사람들이다.

다. 청구인들은 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제16조 제1항, 제2항 등이 임신목적의 배아 생성을 허용하면서 인공수정배아를 인간이 아닌 세포군으로 규정하여 이에 대한 연구목적의 이용 가능성을 열어두고 있고, 잔여배아의 보존기간과 그 폐기 및 연구에 관해 불충분하게 규율하고 있으며, 생성배아의 수효에 관한 제한 및 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준·방법 등에 대하여 규율하지 않고, 체세포핵이식행위를 통해 생성된 체세포복제배아의 연구·폐기를 허용함으로써 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 2005. 3. 31. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주요 주장과 관계기관의 주요 의견

#### 가. 청구인들 주장의 요지

(1) 우리나라 헌법체계 하에서 인간배아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 그 존엄과 가치를 법적으로 보호받아야 하는 생명체이다. 배아, 태아, 출생한 인간은 생명의 연속선상에 있는 동일한 생명체이며, 고유한 유전자를 갖고 있다는 점에서 동일하다. 따라서 인간의 배아가 ‘착상 전의 배아’이든,

‘인공수정 후 체외에 보관 중인 배아’이든, ‘인간의 체세포핵이식에 의한 체세포복제배아’이든, 배아를 태아 또는 출생한 인간과 달리 취급할 이유나 근거가 없으며, 오히려 연약한 생명체로서의 배아를 더욱 강한 법적 보호에 두어야 할 필요성이 있다.

(2) 생명윤리법 제13조 제1항은 누구든지 임신 외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니 된다고 규정함으로써 임신목적의 배아 생성을 허용하고 있는데, 이와 관련하여 국가 또는 입법자는 배아생성시 임신목적의 과배란 기술 및 정자·난자 제공 과정에서 정자·난자 제공자의 신체 완전성이 손상되거나 배아제공자의 개인정보가 유출되지 않도록 생성 배아의 수효를 제한하고 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준·방법 등을 규정할 의무가 있다. 그럼에도 이를 게을리 하여 청구인들의 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 평등권 등이 침해되고 있다.

(3) 위 법률조항들은 또한 정자와 난자를 제공하여 청구인 1, 2를 생성하게 한 배아생성자인 청구인 3, 4가 ‘인간배아는 임신 외의 다른 목적으로 이용되거나 파괴될 수 없다.’는 가치관과 인격을 형성하는 것을 방해하고, 청구인 3, 4가 자신들이 생성한 배아의 생명 침해에 대한 불안감을 갖도록 만들어 청구인 3, 4의 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유를 침해하고 있다. 나아가 생명윤리법 제17조 제1호 등이 잔여배아를 연구 등으로 이용할 경우 정자·난자 제공자로부터 동의를 얻도록 규정하고 있기는 하지만, 인공수정배아 생성에 관한 동의시 위 동의 여부도 함께 표시하도록 함으로써 인공수정배아 생성을 원하는 청구인들에게 사실상 동의를 강제하고 있다. 이는 청구인 3, 4의 기본권을 침해하는 것이다.

(4) 또한 잔여배아의 연구에 관하여 규정하고 있는 생명윤리법 제17조 제1호 등은 잔여배아를 불임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구(제1호), 근이영양증 그 밖의 대통령령이 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구(제2호), 그 밖에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 연구(제3호)의 목적으로 이용할 수 있도록 규정하고 있고, 구 생명윤리법의 2008. 2. 29. 개정으로 생명윤리심의위원회의 심의까지도 생략되게 되었는바, 이는 잔여배아 연구범위를 백지위임함으로써 사실상 제한 없이 잔여배아 연구를 허용하

고 있는 것이다.

### 나. 보건복지부장관의 의견요지

(1) 청구인들이 주장하는 배아의 지위는 모체 내에 착상되어 성장할 것을 전제로 하는 것인데, 현재 청구인 1, 2는 잔여배아로서 냉동상태에 있어 향후 청구인 3, 4의 임신목적으로 이용될지 여부가 불분명하고, 청구인 3, 4가 임신에 성공하거나 사정이 바뀌어 더 이상 임신하고 싶어 하지 아니할 경우에는 착상되지 못할 운명에 처해 있다. 착상될지 여부가 불분명한 상태에 있는 냉동상태의 배아는 착상된 배아 또는 태아 및 사람과 동일한 지위를 가진다고 볼 수 없으므로, 청구인 1, 2의 심판청구는 청구인능력이 흠결된 자의 청구로서 부적법하다.

(2) 인간생명의 시작이 언제부터인가에 대해서는 국내·외에서 많은 논란이 계속되어 왔는데, 이에 관해 ‘수정시’, ‘착상시’, ‘발생학적으로 원시선이 생긴 이후’ 등 다양한 견해가 존재하는바, 생명윤리법은 이러한 견해들을 논의·수렴하여 그 결과를 입법화한 것이다. 이러한 생명윤리법은 배아연구를 제한적으로 허용하되 배아가 모체에 착상되어 생명으로 자라날 가능성을 존중하여 여러 가지 안전장치를 충분히 두었다.

(3) 과배란 유도는 난자 제공자의 건강, 임신 성공가능성 등을 종합적으로 고려하는 의사의 판단과 동의권자와의 상담을 거쳐 이루어지는 지극히 의학적인 과정으로, 임신에 이용되고 남은 배아는 냉동 보관되고 환자가 원하는 시기에 이후 다시 임신에 이용될 수 있어서 추가적 과배란 유도나 난자채취의 필요성을 줄이므로, 신체의 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

(4) 생성 배아의 수효 제한, 그 밖의 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준, 방법 등에 대한 규정까지 제정하지 않음으로써 기본권을 침해하고 있다는 주장은 불임 및 인공수정에 관한 의학적·전문적인 내용을 일일이 법률로 규정하는 것이 불임 부부 및 의료인에 대한 지나친 간섭이 될 수 있어 비현실적이라 할 것이며 의사에게 보장되어야 할 의료현장에서의 자율성에 반한다.

(5) 생명윤리법 제17조는 제1호와 제2호에서 연구목적을 구체적으로 예시하고 있어서 구 생명윤리법 제17조 제3호에서의 연구를 ‘인간의 생명의 탄생

및 수명 연장, 난치병의 치료 등 인간의 복리를 위해 꼭 필요한 연구'라고 해석하는 데 큰 어려움이 없고, 2008. 2. 29. 생명윤리법 개정 이후에도 제3호에 포함되는 연구인지에 대해서는 실질적으로 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거치도록 하고 있으므로, 구 생명윤리법 제17조 제3호가 연구범위를 백지위임한 것이라 볼 수도 없다.

(6) 이 사건과 관련된 연구 분야의 경우 특히 그 연구대상이 인간의 배아 이기에 국내·외적으로 다른 어떤 연구 분야보다 강화된 학문 내재적 논증과 통제가 이루어지는 것이 일반적이고, 생명윤리법 역시 관련 의료기관과 연구기관에 기관생명윤리위원회를 두어 배아연구의 윤리성을 담보할 수 있는 내재적 통제를 제도화하고 있으며, 배아연구가 자체 내의 통제력을 상실했다는 아무런 증거도 없으므로 이 사건 법률조항으로부터 청구인들이 주장하는 바와 같은 기본권 침해가 발생한다고 볼 수 없다.

#### 다. 교육과학기술부장관의 의견요지

(1) 태아에 대하여 '인간'으로서가 아니라 '인간으로 되어가는 존재' 내지 '생성 중인 인간'으로서의 지위가 인정되는 것에 비추어, 배아에 대해서도 바로 인간으로서의 지위는 인정되지 아니하고 '인간으로서 성장할 잠재성을 가지는 인간 이전의 생명체'로 인정할 수 있다. 이는 배아를 인간 이하의 존재로 취급하기 때문이 아니라 배아와 인간은 각기 그 법적 보호의 정도가 다르다는 것을 의미한다.

(2) 인간으로서의 존엄과 가치를 비롯한 기본권의 향유능력은 '착상 이후의 배아'에게 인정된다. 초기 배아는 인간으로서 성장할 잠재성을 가지는 인간 이전의 생명체로서 생명의 단초가 되는 소중한 존재이기는 하나 기본권을 향유하는 주체라 볼 수는 없다. 따라서 생명윤리법 제17조 제1호 등에 의해 잔여배아의 기본권이 침해될 여지가 처음부터 없다.

(3) 배아 생성을 위한 정자 또는 난자 채취에는 서면동의가 있어야 하고, 이것은 임신 외의 목적으로 잔여배아를 이용하는 것에 대한 동의 여부를 포함한다. 따라서 정자 또는 난자의 제공자는 자신의 자유의사에 기하여 잔여배아의 이용에 대한 동의 여부를 결정할 수 있고, 동의가 없으면 잔여배아

연구 자체가 불가능하므로 잔여배아 연구로 인하여 정자 또는 난자의 제공자의 기본권침해 역시 있을 수 없다.

(4) 생명윤리법은 초기배아의 생명이 인간의 생명과 완전히 동일하지는 않다 하더라도 그에 준하여 법적 보호를 할 수 있다는 점을 고려해 임신 외 목적의 배아생성을 금지하는 제13조 제1항을 둔 것이다. 그리고 배아를 보호할 가치와 배아 이용연구가 가져올 가치 사이의 형량을 통하여 어느 정도의 보호가 적절한지에 대한 구체적 판단은 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이다. 구 생명윤리법은 ‘인공수정시 생성 배아의 수효에 관한 제한 규정’을 두고 있지는 않으나 제13조 제2항에서 임신목적의 배아생성에 있어 금지되는 행위를 정하고 있으며, 그밖에 배아생성기관과 배아생성절차에 관한 절차적 규율도 두고 있다.

#### 라. 국가생명윤리심의위원회의 의견요지

(1) 국가생명윤리심의위원회 내부의 의견이 만장일치로 되어 있는 것은 아니나, 동 위원회의 다수의견에 따르면 인간배아는 ‘잠재적 인간존재’로서의 지위를 가진다. 즉, 인간배아는 성장하면서 점차 도덕적 지위를 얻게 되며, 원시선이 출현하기 이전의 배아도 생명권의 존중대상인 인간의 잠재성을 부인할 수 없다. 다만, 인간배아를 완전히 인간과 동등한 존재 내지 생명권의 주체로서 인격을 가지는 존재로 볼 수는 없다. 그렇다고 인간배아가 단순한 세포덩어리인 것은 아니며 인간으로 발전할 가능성이 있는 존재이기 때문에 착상 이전의 초기 배아의 경우에도 연구자에 의한 임의적 처분이 가능한 연구 또는 실험의 대상이 될 수 없고, 인간배아를 이용한 연구는 연구나 치료의 이익이 큰 경우에 한하여 법률규정을 두어 엄격한 관리하에 배아줄기세포 연구를 위한 목적으로 허용할 수 있다. 한편 같은 입장에 서면서도 일부 위원은 잠재적 인간존재로서의 지위 때문에 ‘줄기세포연구’의 경우 최소한의 배아만을 사용하는 제한적 이용이 타당하고, 체세포핵이식 연구의 경우에도 난자 등의 공여자에 대한 신체적·정신적 위험성과 도덕적 배려가 보다 명확히 정해져야 한다고 지적하고 있다.

(2) 반면 동 위원회의 일부 소수의견에 따르면 ‘착상 이전의 초기배아’는

순수하게 생물학적 관점에서 ‘세포군’으로서의 본질을 가지는 것으로 본다. 즉 배아에 대하여 완전한 인격과 생명권을 지닌 인간 개체 내지 잠재적 인간존재로서의 지위를 인정할 수 없다고 본다. 이 견해에 의하면 특히 원시선이 생기기 전인 14일 미만의 배아는 단순한 세포군에 불과하기 때문에 연구나 실험의 객체 내지 물건으로 인정할 수 있다는 결론에 이른다. 다만 초기 배아의 단계를 거쳐 자궁에 착상된 경우에는 세포군이 아닌 태아로서 생명권의 주체가 된다고 한다.

(3) 동 위원회의 다른 일부 개별의견은 “인간의 생명은 수정된 때로부터 시작되므로 인간배아를 완전한 인간으로 인정”하여야 한다는 의견을 제시하였다. 그에 따르면 수정 후 성장의 연속선상에 있는 인간생명에 대해 어느 시점을 단절하여 생명권의 주체 여부를 달리 평가할 이유가 없으므로, 인간배아의 생명권은 수정시부터 인정되어야 하며 그 결과 인간배아를 이용한 줄기세포연구는 허용될 수 없다고 본다. 이에 따르면 생명의 출발점에 대한 판단은 합의로 결정될 수 있는 사항이 아니라고 한다.

#### 마. 법무부장관의 의견요지

(1) 배아가 인간과 완전히 동등한 존재라고는 평가되지 않기 때문에 인간에게 인정되는 헌법상의 기본권(생명권 등)을 인정할 수 없다.

(2) 청구인 3, 4의 기본권침해 주장 역시 다음과 같은 이유에서 부적법하다. 첫째, 생명윤리법 제17조 제1호 등으로 인하여 인간의 존엄과 가치를 침해받았다고 주장하나, 청구인 3, 4가 그로 인해 가치관이 혼란되고 배아의 생명침해에 대한 불안감에 빠진다고 할지라도 그것은 청구인 3, 4에 대한 직접적인 침해에 기인한 것이라 할 수 없으므로 자기관련성이 결여되었다.

둘째, 잔여배아가 연구대상이 됨으로써 새로이 정자와 난자를 제공해야 할 위험성이 있게 되어 그 과정에서 청구인 3, 4의 신체의 완전성이 저해된다는 주장은 기본권침해 가능성을 인정할 수 없고, 기본권침해의 현재성도 인정할 수 없다.

셋째, 청구인들은 양심의 자유를 침해한다고도 주장하고 있으나, 청구인들은 얼마든지 임신 외의 목적으로 잔여배아를 연구하는 것에 동의하지 않을

수 있으므로, 생명윤리법 제17조 제1호 등이 청구인 3, 4에게 양심의 결정·실현을 강제한 바 없다.

넷째, 생명윤리법 제17조 제1호 등으로 인하여 배아생성의료기관 등 여러 사람들에게 배아와 관련한 유전자정보 등의 사적 비밀이 노출되어 사생활의 비밀과 자유가 침해당했다고 주장하나, 배아와 관련된 사항이 일반인이 아닌 배아생성의료기관에 알려지는 것은 일반 의료기관이 환자의 신상정보를 알게 되는 경우와 마찬가지로, 청구인들은 이러한 사실을 충분히 인식하고 자유의사에 따라 배아의 생성 및 임신 이외 목적의 잔여배아 이용에 동의한 것인바, 이는 사인에 대하여 사적 비밀의 권리를 포기하고 그 인지를 허락한 것이어서 기본권침해 가능성을 인정할 수 없다.

다섯째, 청구인은 평등권의 침해를 주장하고 있으나 생명윤리법 제17조 제1호 등의 의미와 목적이 잔여배아에 대한 학문적 연구에 있다고 할 때 잔여배아와 관계없는 ‘불임 아닌 부부’와 ‘정자 및 난자를 제공한 불임부부’는 동질적인 비교집단이라 할 수 없으므로 기본권침해 가능성 자체를 인정할 수 없다.

여섯째, 그 밖에 누구든지 임신 이외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니 된다고 정한 생명윤리법 제13조 제1항에 의한 기본권침해 주장의 경우 위 생명윤리법 제17조 제1호 등에 대한 청구가 부적법한 것과 같은 이유에서 그 청구의 적법성을 인정할 수 없다. 오히려 생성배아의 수효에 관한 제한 및 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준, 방법 등에 대해서까지 법률로 규정한다면 불임자들의 인공수정을 통한 임신시도를 과도하게 제약하여 이들의 행복추구권 등을 침해할 우려가 높다.

### **【결정요지】**

1. 출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단



하여야 할 것이다.

초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장 가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.

2. 법학자, 윤리학자, 철학자, 의사 등의 직업인으로 이루어진 청구인들의 청구는 청구인들이 이 사건 심판대상 조항으로 인해 불편을 겪는다고 하더라도 사실적·간접적 불이익에 불과한 것이고, 청구인들에 대한 기본권침해의 가능성 및 자기관련성을 인정하기 어렵다.

3. 배아생성자는 배아에 대해 자신의 유전자정보가 담긴 신체의 일부를 제공하고, 또 배아가 모체에 성공적으로 착상하여 인간으로 출생할 경우 생물학적 부모로서의 지위를 갖게 되므로, 배아의 관리 또는 처분에 대한 결정권을 가진다. 이러한 배아생성자의 배아에 대한 결정권은 헌법상 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권의 한 유형으로서의 헌법상 권리라 할 것이다.

다만, 배아의 경우 형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위로 인해 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된다는 점, 배아의 관리·처분에는 공공복리 및 사회 윤리적 차원의 평가가 필연적으로 수반되지 않을 수 없다는 점에서도 그 제한의 필요성은 크다고 할 것이다. 그러므로 배아생성자의 배아에 대한 자기결정권은 자기결정이라는 인격권적 측면에도 불구하고 배아의 법적 보호라는 헌법적 가치에 명백히 배치될 경우에는 그 제한의 필요성이 상대적으로 큰 기본권이라 할 수 있다.

4. 이 사건 심판대상조항이 배아에 대한 5년의 보존기간 및 보존기관 경과 후 폐기의무를 규정한 것은 그 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인

정되며, 입법목적을 실현하면서 기본권을 덜 침해하는 수단이 명백히 존재한다고 할 수 없는 점, 5년 동안의 보존기간이 임신을 원하는 사람들에게 배아를 이용할 기회를 부여하기에 명백히 불합리한 기간이라고 볼 수 없는 점, 배아 수의 지나친 증가와 그로 인한 사회적 비용의 증가 및 부적절한 연구 목적의 이용가능성을 방지하여야 할 공익적 필요성의 정도가 배아생성자의 자기결정권이 제한됨으로 인한 불이익의 정도에 비해 작다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 이 사건 심판대상조항이 피해의 최소성에 반하거나 법익의 균형성을 잃었다고 보기 어렵다.

## 【해설】

### 1. 쟁점

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 ‘자’(인간)가 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 기본권을 침해받은 ‘인간’만이 헌법소원을 청구할 자격이 있는 것인데, 이로부터 우리는 인간이 언제부터 인간인가 하는 의문에 마주하게 된다. 종전에 헌법재판소는 이와 관련하여 ‘태아’와 관련한 결정에서 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다.”(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 제20권 2집 상, 91, 101)고 하였는데, 이것은 ‘태아’의 경우에는 적어도 생명에 관한 기본권에 관한 한 ‘인간’으로서 취급하여야 한다는 답을 한 바도 있다.<sup>14)</sup>

14) 이 점에 대해 이 결정에서 재판관 김종대의 한정위헌의견은 보다 상세한 언급을 한 바 있다.

“태아가 생명권의 주체인지에 대한 판단은 태아를 사람으로 볼 것인지에 대한 문제이다. 모든 인간은 기본권의 주체가 될 수 있으므로 태아를 사람이라고 보는 한 태아의 기본권 주체성을 부인할 수 없다. 태아의 기본권 주체성 인정 여부는 규범적 가치판단의 문제이지만 결국은 생물학적 인식의 결과에 따라 수밖에 없다. 생물학적으로 인간인 이상 그 자체로 기본권의 주체가 되는 것이지 기본권의 주체가 될 만한 자격과 조건을 갖춘 인간에 한해서만 기본권 주체성을 인정하는 것은 아니기 때문이다.

언제부터 사람으로 볼 것인지에 관해서, 수태의 순간부터 보는 경우도 있지만 대개는 배아 단계를 넘어 수정 후 2주를 지난 때부터 사람의 개체성을 가진 생명체로 이해하는 것이 생물학적, 의학적으로 일반화된 견해이다. 동양에서는 전통적으로 사람의 나이를 출생과 동시에 한 살로 보았으며 태고라 하여 태아에 대해서

출생하기 이전의, 온전한 인간으로 형성 중에 있는 생명도 인간의 존엄성과 인간생명의 고귀함이라는 가치에 비추어 객관적 법질서가 이를 헌법적 차원에서 보호하여야 한다는 점은 틀림이 없을 것이다. 문제는 출생 전의 생명에 대해 언제부터, 어떤 기본권에 대해, 주관적인 기본권 주체로서의 지위를 인정할 것인가이고, 이는 판단하기가 쉽지 않다. 이 판단은, 생물학적 판단 근거와 생명윤리적 가치 요소가 전제되어야 하고 이를 기반으로 규범적 판단이 수행되어야 하는, 어려운 과제이다. 해설 대상인 이 사건은 수정 후 착상 전의 배아 상태에 있는 청구인 1, 2가 헌법소원을 제기함으로써 출생 전 형성 중의 생명에게 기본권 주체성을 인정할 수 있는지, 또는 이들이 헌법소원을 제기할 청구인적격이 있는지 여부가 핵심적인 쟁점으로 등장한 사건이다. 따라서 본 해설 또한 주로 이 쟁점에 대한 결정의 취지를 소개하는데 중점을 두기로 한다(이하 2. 부분).

나아가 이 사건의 경우 청구인 1, 2를 생성한 청구인 3, 4 또한 헌법소원을 제기하고 있다. 이들에 대해 배아와 관련한 어떠한 기본권을 인정할 수 있는가 또한 이 사건에서 최초로 문제된 쟁점이다. 이 문제는 결국 배아생성자 스스로가 어떠한 기본권을 갖는가의 문제이지만, 한편으로 청구인 1, 2가 헌법소원의 청구인적격을 갖지 못할 경우 초기배아에 대한 헌법적 보호를 위해 배아생성자에게 그 어떤 헌법적 구제 수단을 마련할 것인가가 이 쟁점에서 함께 고려될 수밖에 없다. 이에 대한 결정의 취지도 본 해설의 주요 부분이다(이하 3. 부분).

## 2. 헌법소원에서 초기배아의 적법 요건 충족 여부

### 가. 전제적 검토: 인간의 개체발생과정으로서 배아단계와 배아의 법적 개념

성체로서의 인간에 이르는 단계는 크게 배아 - 태아 - 성체로 구분할 수 있다. 남성의 정자와 여성의 난자가 수정됨으로써 단세포 수정란이 된 후 약

---

도 교육이 필요한 것으로 관념하였는데, 이 또한 태아가 사람임을 전제로 한 것으로 보인다. 이와 같이 태아는 생물학적으로 사람으로 보아야 하며 사람인 이상 태아도 당연히 기본권의 주체가 된다(헌재 2008. 7.31. 2004헌바81, 판례집 제20권 2집상, 91, 109).

14일이 경과하면(체내 수정의 경우 이 시기가 착상시와 일치한다) 배반포의 한쪽 끝에서 뇌와 척수로 분화되는 원시신경세포의 초기단계를 알려주는 윤곽선, 즉 이른바 원시선(primitiv streak)이 형성되고, 이후 8주에 이르기까지 분열한 각각의 세포들이 구체적인 신체기관으로 성장하게 되며, 8주 이후부터 이들 기관들이 양적 성장을 하여 성체로 자라나게 된다.

여기서 통상적으로 수정란으로부터 거의 모든 장기가 형성되는 8주째 시기 이전은 배아(embryo)로, 그 이후는 태아(fetus)로 구분하여 부른다. 그리고 수정란으로부터 원시선이 형성되기까지는 하나의 개체로서의 인간으로 탄생할 수 있는지 여부가 확정되지 않기 때문에, 배아 중에서도 14일을 기준으로 그 이전을 초기배아(전배아, 착상전배아 pre-embryo)로 부르고, 그 이후를 초기배아후배아(착상후 배아 post-embryo)로 구분하기도 한다.

생명윤리법 제2조 제2호는 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 ‘배아’로 정의하고 있으므로, 이는 통상의 배아 개념, 즉 수정란부터 대략 8주까지의 기간을 통칭하는 발생학적인 배아 개념을 채택한 것으로 볼 수 있고, 이러한 정의는 초기배아와 초기배아후배아를 포괄하는 것으로 볼 수 있다. 다만, 생명윤리법상 ‘배아’의 정의가 이상과 같다고 하더라도, 실제 ‘배아’의 법적 취급이 문제되는 시기는 수정 후 약 14일까지의 ‘초기배아’ 단계이다. 왜냐하면 ‘자연배아’로서 수정 후 14일이 지나 모체에 착상한 ‘배아’는 이미 형법 개념상으로는 ‘태아’로서 취급되어 보호받을 수 있고,<sup>15)</sup> 헌법재판소의 앞선 선례에서 본 바와 같이 이 단계부터는 생명권의 주체로 인정하기에도 용이하며, 우리 생명윤리법도 수정 후 14일이 경과하여 ‘발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지’의 배아로서 임신에 사용되지 않은 배아에 한정하여 ‘인공수정배아’의 연구목적 사용 또는 폐기를 허용하고 있기 때문이다(생명윤리법 제17조 참조).<sup>16)</sup>

이 사건의 청구인 1, 2은 생명윤리법상의 ‘배아’ 개념에 포함됨은 물론, 그 중에서도 수정란 상태로 냉동되어 존재하는 수정 후 14일 이전 시기에 해당

15) 이 점에서 형법상의 ‘태아’ 개념은 초기배아후배아를 시기적으로 포괄할 수 있다.

16) 이와 관련하여 우리 생명윤리법이 ‘초기배아’ 개념을 의식적으로 부정한 것으로 보는 견해도 있다. 김기창, 배아와 복제배아에 대한 한국법의 입장, 인권과 정의 340권, 106면 참조.

하는 ‘초기배아’이다. 즉 이 사건에서 청구인 1, 2의 헌법소원에서는 ‘초기배아’가 갖는 헌법적 지위가 문제된다.<sup>17)</sup>

## 나. 초기배아가 기본권의 주체인지 여부<sup>18)</sup>

### (1) 기본권의 주체로서 인간의 시기(始期)

#### (가) 쟁점

출생 전의 생명에 대해 헌법소원의 자격을 인정할 것인가에 대한 논의의 출발점은 출생 전의 생명이 기본권 주체가 될 수 있는가에서부터 시작된다. 왜냐하면 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘기본권의 주체가 될 수 있는 자’만이 헌법소원을 청구할 수 있기 때문이다. 따라서 기본권의 주체가 되려면 인간이라야 할 것이고, 출생 전의 생명이라면 적어도 이 시기가 인간으로서 ‘시작된 시기’(始期)라고 규범적인 판단을 할 수 있어야 기본권의 주체성을 인정할 수 있다.

이와 관련하여 인간의 始期에 대해 헌법재판소나 대법원이 명확한 견해를 표명한 바는 지금까지 없다. 헌법재판소는 ‘태아’에 대해서는 생명권을 인정

17) 자연배아 및 인공수정배아 외에 최근에는 체세포복제‘배아’[정자와 난자의 결합에 의해서가 아니라, 가령 환자의 장기나 피부에서 소량의 조직을 채취하고 효소를 처리해 체세포를 분리한 후 여기에서 ‘핵’(공여핵)을 추출해 ‘핵이 제거된 난자’에 전기적인 충격을 가하여 융합·이식하여 생성한 배아]도 배아의 종류로서 언급되며, 이 사건 청구인들은 체세포복제배아에 대한 주장도 한 바 있다. 즉 생명윤리법 제2조(정의) 제4호는 체세포핵이식행위를 정의하기를, ‘핵이 제거된 인간 또는 동물의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는 것’이라고 정의하고 있고, 현행법상 임신목적의 체세포핵이식행위는 절대적으로 금지하는 반면, ‘회귀·난치병의 치료를 위한 연구목적’을 위한 것인 한에서 인간의 난자에 인간의 체세포핵을 이식하는 것은 물론 동물의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는 행위도 허용(생명윤리법 제22조)하고 있는데, 이 사건 청구인들은 이 또한 위헌이라 주장한 것이다. 그러나 헌법재판소는 원고들의 이러한 주장에 대해 심판청구 심판대상조항과 청구인들 간의 자기 관련성을 부정하였다.

18) 이 부분의 서술은 이 사건 초기 검토에 참여한 최희수 교수(당시 연구관)의 보고서에 상당 부분 의존한 것이다. 이 주제에 대한 상세한 논리 전개(특히 독일 학설에 대한 소개)는 최교수가 집필한 헌법재판연구 제20권 기본권의 주제(2009) 중 제1장 II. 3-53면 부분과 Peter Zaar, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG? Baden-Baden 2005을 참조하라. 다만, 최교수 논지의 결론은 이 사건 결정과 달리 초기배아의 기본권 주체성을 인정해야 한다는 것이다.

한 바(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 제20권 2집 상, 91, 101) 있고, 대법원 역시 인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지닌다고 하여 ‘자궁에 착상한 때부터’ 생명의 시기를 인정한 취지의 판시를 한 바(대법원 1985. 6. 11. 선고, 84도1958 판결) 있는 정도이다. 외국의 경우 가령 독일 연방헌법재판소도 수태된 후 14일째부터는 ‘어쨌든’ 생명이 존재하는 것이라고 판시하였으나(BVerfGE 88, 203, 25), 그 이전에 ‘인간적 생명이 존재하는 한 그에게는 인간으로서의 존엄권이 귀속된다’고 판시한(BVerfGE 39, 1, 41) 바도 있어 인간의 始期를 수정시부터로 볼 여지가 완전히 배제된 것은 아닌 것으로도 보인다. 결국 지금까지 착상후, 또는 수정 후 14일이 지나 원시선이 형성된 배아에 대해서는, 생명권에 관해 기본권 주체성을 인정하고 있다고 볼 여지가 있지만, 그 이전의 시기에 대해서는 그간 구체적 사건이 등장할 때까지 명시적 판단을 유보해 왔음이 분명하다.

그런데 이 사건은 앞서 본 바와 같이 좀 더 분명히 인간이 시작하는 시기, 인간이 기본권 주체로서의 지위를 갖기 시작하는 시기에 대한 판단을 할 것을 요구받은 사건이다. 이 사건 초기배아에 대해 기본권 주체성을 인정한다면 그 의미는 인간으로서의 始期에 대한 규범적인 판단을 ‘수정시’부터로 본다는 의미가 되기 때문이다.

#### (나) 견해의 대립

견해에 따라서는 기본권 주체가 되는 인간의 始期를 다양하게 파악할 수 있고 실제 국내외에서 그와 같은 다양한 주장이 전개되고 있는 것으로 보인다,<sup>19)</sup> 이하에서는 유력한 세 가지 견해만을 중심으로 그 논소를 요약하기로 한다.<sup>20)</sup>

##### ① 수정시설(초기배아의 기본권 주체성 인정설)

이 견해는 수정시부터는 수정란이 모체 내에 있든 모체 밖에 있든, 기본권 주체로서 인정되므로 초기배아에게는 기본권 주체성이 인정되어야 한다는 견해이다. 이 주장을 뒷받침하기 위해 제시되는 논거들은 전체적으로 볼

19) 보다 자세히는 최희수, 기본권의 주체, 29-37면 참조.

20) 각 학설에 대한 자세한 내용과 그 비판은 최희수, 기본권의 주체, 8-43면 참조. 이하는 이를 요약한 내용이라고 볼 수 있다.

때 4개로 유형화할 수 있다. 즉 수정시설의 논거로는, 최초로 완전한 염색체가 존재하게 되며 이것은 그 이후의 발생단계를 거친다고 하더라도 더 이상 변화하지 아니하는 점(동일성 논거), 정자와 난자가 수정함으로써 최초로, 다른 필요한 조건이 갖추어진다면, 인간으로 성장할 수 있는 잠재성을 갖춘 세포가 비로소 창조되며, 이러한 잠재성은 단순한 가능성 이상의 것인 점(잠재성 논거), 인간의 생명은 수정의 시점부터 발생의 연속적 과정에 놓이게 되고 이러한 발생과정은 단순한 양적 변화의 과정일 뿐이지 그 이상의 어떤 질적 변화를 가져오는 과정이라고 볼 수 없으므로 인간존엄이 인정되는 시기를 수정시와는 다른 시점으로 보려고 하는 모든 주장은 오로지 실용주의적 입장에서만 정당화될 수 있을 뿐인 점(연속성 논거), 인간의 생명은 정자와 난자가 수정할 때부터 그 종적 귀속성이 인정되므로 모든 인간적 생명에는 존엄성도 귀속되어야 하는 점(종적 귀속성 논거) 등이 있다. 그 밖에는 ‘의심스러운 경우에는 법적 효력이 가장 강한 해석을 선택하여야 한다’거나 인간존엄의 시기를 수정시 이후로 미루어 인정하게 되면 필요에 따라 그 인정시기가 계속 뒤로 양보될 우려가 있는 점 등도 수정시설의 논거로 제시되고 있다.

② 착상시설(=14일설, 초기배아의 기본권주체성 부정설)

이 견해는 수정란이 발생 후 14일, 통상 모체(자궁)에 착상할 때부터 기본권 주체가 될 수 있는 것으로 본다. 다만 체외수정이 가능해 지면서 발생 후 14일이라는 기간과 착상이라는 생물학적 과정 사이가 일치하지 않는 경우가 생겨나게 되었는데, 이러한 경우에는 원시선이 형성되는 14일 시점 이후를 기본권 주체성을 인정할 수 있다는 취지로 볼 수 있을 것이다. 이에 따르면 이 사건 초기배아에 대해서는 생명권이나 인간의 존엄성의 주체성을 인정할 여지가 없게 된다.

이 견해의 논거로는, 인간의 존엄이란 개별적 가치를 의미할 뿐이지 종적 귀속성의 가치를 의미하는 것이 아니고, 수정 후 14일이 되기 전 수정란은 여전히 전능세포(totipotent)로서 존재하며 아직 개별성을 갖추지 못하고 있으므로 착상시에 이르러서야 ‘더 이상 분리될 수 없는 생명’으로서 존재할 수 있는 점(개별성 논거), 수정란 단계에서 이미 절대적인 불가침의 존엄성

구권을 인정하게 되면 착상방해수단(가령 피임약)의 사용에 대한 사회적 승인 및 실정법상 허용을 정당화할 수 없게 되는 점(현실성 논거), 수정란의 경우에 현실적으로 착상에 성공하는 비율은 절반에도 미치지 못하고 나머지는 여성이 임신사실을 인식하지도 못한 상태에서 사멸하는 점(자연도태의 논거), 母야 말로 법적 의미에서 생명을 매개하고 그 생명을 인간이게 하는 존재이며 子의 권리주체성을 결정하는 것은 母의 임무에 속하므로 착상은 인간으로 성장하기 위한 매우 본질적인 단계인 점(‘母를 통한 수용’ 논거) 등이 논거로서 제시된다.

### ③ 출생시설

출생시설은 인간 존엄성이 시작되는 시점은 출생 이후부터이고 출생 이전 단계에서 인간의 존엄을 인정하는 것은 종교적 신념에 기한 논증으로서 그와 같은 불확실한 논거로부터 배어나 태아에게 인간의 존엄성을 인정할 수는 없다는 취지의 견해이다. 이 견해는 인간의 존엄성을 중심으로 기본권 주체성을 부정하는 논증을 하는 경향을 보이는데, 출생 전 생명에 대한 인간의 존엄성을 긍정하면 그에 따라 출생 전 생명을 이용한 모든 연구 수행은 전면적으로 금지해야 한다는 결론을 부정하는 것이다. 특히 위 출생시설은 독일에서 이론적으로 중요한 의미를 가지는데, 독일의 경우 인간존엄성에 대한 기본권은 ‘형량’의 대상이 될 수 없는 기본권으로 보는 것이 일반적 견해<sup>21)</sup>이므로 출생 이전 시기부터 인간의 존엄을 인정하게 되면 보호 정도에 대한 요구가 과도해질 우려가 있기 때문이다.<sup>22)</sup>

### ④ 기본권에 따른 始期의 분리 가능성

한편, 이상의 견해들이 언제부터 기본권의 주체가 되는 ‘인간’의 始期가 시작되는 것인지에 관한 견해라고 한다면, 기본권을 향유하는 ‘인간’의 始期

21) 독일의 경우 인간의 존엄성은 기본권 제한적 법률유보의 대상이 되지 않는 기본권이다. 반면 우리나라의 경우에는 헌법 제37조 제2항이 모든 기본권에 적용되는 것으로 보아 왔으므로 인간의 존엄성에 대한 제한이 반드시 불가능한 것으로는 보고 있지 않다.

22) 이에 따라 독일에서는 인간의 존엄성도 그 시기에 따라서는 그 내용과 규범력에 차등이 있을 수 있으며 출생 전의 생명에 대해서는 인간의 존엄성도 형량이 가능하다는 취지의 절충적 시도를 하는 견해들이 있다. 최희수, 기본권의 주체, 37-43면의 소개를 참조. 한편 이하에서 보는 바와 같이 출생시설을 따르면서도 출생 이전의 생명에 대해 생명권에 대해서는 기본권 주체성을 인정하는 견해도 있다.



는 기본권에 따라 모두 동일하다고 보는 것이 원칙일 것이다. 그러나 이에 대해서는 기본권의 종류에 따라, 특히 생명권과 인간의 존엄성의 경우에는 그 始期를 달리할 수 있다는 견해도 있다. 즉 초기배아에게 인간의 존엄성을 인정할 수는 없지만 생명권에 한해서 기본권 주체성을 인정할 수 있다는 견해가 독일과 우리나라에서 유력하게 제기되었다. 즉 우리나라에서의 논의에 한정해서 보면, 인간과 인간생명(=인간 생명체)를 구분하여 인간에게는 생명권과 인간의 존엄성이 모두 인정되지만 인간생명(출생 전 생명)에 대해서는 인간의 존엄성이 아니라 생명권이 인정될 수 있다는 견해<sup>23)</sup>가 있고, 이에 반해 생명권 및 인간의 존엄성은 모두 그 始期를 같이하여 수정시부터 존재한다는 견해도 있다.<sup>24)</sup>

(다) 이 사건 결정의 해설

이 사건 결정에서는 형성 중의 생명에 대해서 “생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여” 예외적으로 기본권 주체성이 긍정될 수 있다고 하면서도 초기배아에 대해서는, 생명권이든 인간의 존엄성이든, 기본권의 주체가 될 수 없다고 보았다. 그 논거는 위에서 본 착상시설의 그것과 유사한데, “아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어

23) 대표적으로 김선택, 출생전 인간생명의 헌법적 보호, 헌법논총 제16집 참조. 이 견해는 생명의 침해가 곧바로 인간존엄의 침해를 의미한다면 생명권이 절대적 기본권화될 수 있는 점을 우려한다.

24) 방승주, 배아와 인간존엄, 한양법학 제25집 제2호, 22-26면; 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 침해, 공법학연구 제7권 제2호, 281면. 다만, 정문식 교수는 양자가 경합하는 상황에서는 개별적 기본권인 생명권을 먼저 적용해야 하고 인간의 존엄성은 절박한 예외적인 경우에 문제될 수 있다고 하면서 생명권 침해 여부의 문제를 우선 적용해야 한다고 하고, 방승주 교수는 생명침해는 곧 인간존엄의 침해에 해당하지만 착상 이전의 형성 중 생명에 대해서는 인간존엄성의 절대적 보호가 상대화될 여지가 있다고 한다.

려운 점”을 들고 있다. 이를 통해 볼 때 헌법재판소는 적어도 수정시설을 배척하고 있는 것은 분명하고, 착상시 또는 그 이후의 어느 시점에 기하여 기본권 주체가 된다고 선언한 것으로 이해할 수 있다.

다만, 헌법재판소의 이 사건 결정이 인간으로 되어가는 출발점에 해당하는 초기배아가 완전히 객관적 헌법적 보호의 범위 밖에 놓여도 좋다는 의미로 이해되어서는 아니 된다. 인간으로 되어가는 과정의 일부인 초기배아에 대해서는 국가가 입법 등을 통해 헌법에 따른 보호의무를 진다고 할 것이며, 오늘날 생명공학 등의 발전과정에 비추어 볼 때 수정시부터 인간으로 출생하기까지의 전 과정에 대한 국가의 보호의무는 소홀히 취급될 수 없는 헌법적 가치임에 틀림없으므로, 국가가 초기배아에 대해서도 객관적 보호의 의무를 지는 것은 분명하다.

#### 다. 이 사건에서 초기배아에 대한 그 밖의 쟁점(가정적 판단)

(1) 적법요건 충족 여부에 대한 몇 가지 쟁점 - 당사자능력·소송능력  
충족 여부

이 사건 결정에서는 초기배아에 대해서 기본권 주체성을 부정하였으나 이를 인정하더라도 헌법소송상 적법요건 충족 여부에 대한 여러 문제가 여전히 남는다. 특히 초기배아가 헌법소원을 청구할 경우 초기배아에게 당사자능력 내지 소송능력을 인정할 것인지, 배아제공자에게 법정대리권을 부여하는 문제에 있어서도 무엇이 초기배아에게 ‘이익이 되는 것’인지 법적으로 쉽게 판단하기 어렵다. 즉 제공자의 의사만을 기준으로 할 것인지, 국가가 추정적 의사를 전제할 것인지, 제공자들이 이혼했을 경우 등 서로 의사가 상충될 때는 어떻게 할 것인지 등의 문제가 그것이다.

헌법재판소법 제40조 제1항은 심판절차에 관하여 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령과 행정소송법을 준용하도록 규정하고 있고, 민사소송법 제51조는 당사자능력, 소송능력, 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 민사소송법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따르도록 정하고 있으며, 민사소송법 제55조는 미성년자나 한정

치산자, 금치산자의 경우 법정대리인에 의하여 소송행위를 할 수 있도록 정하고 있는바, 초기배아의 당사자능력 또는 소송능력에 대해서는 민사소송에 관한 법령 및 행정소송법에 특별한 규정이 없고 민법 및 그 밖의 법률에 의하더라도 권리능력을 인정할 수 없을 뿐 아니라, 초기배아가 법정대리인에 의하여 소송행위를 할 수 있는 자에도 해당하지 않는다.

따라서 이에 대해 이 사건 결정이 명시적인 언급을 하고 있지 않지만, 초기배아가 비록 기본권 주체로서 인정된다고 해도 헌법소원으로 기본권 침해를 다룰 수 없고 소송능력도 인정하기 어려운 문제가 있다.<sup>25)</sup>

## (2) 기본권 주체성을 긍정할 경우의 본안 판단의 쟁점

이 사건에서 만약 초기배아의 헌법소원이 그 적법요건을 충족한다고 보았다면, 이 사건 헌법소원에서 제기된 생명권과 인간의 존엄성 침해 여부는 몇 가지 중요한 헌법적 판단을 하기에 이르렀을 것이다. 무엇보다 초기배아에 대해 생명권 또는 인간의 존엄성에 대한 주체가 된다고 인정을 하더라도 그 기본권 제한에 대한 심사 강도를 착상 후 태어나 출생 후 인간과 동일하게 할 것인가가 문제될 것이다. 이하에서 그에 대한 쟁점의 개요만을 살펴 보기로 한다.

### (가) 인간의 존엄성 침해 여부

초기배아에 대해 인간의 존엄성 주체로서의 지위를 인정한다면 이들에 대한 연구목적 이용을 허용한 생명윤리법 제17조 내지 제20조, 부칙 제2항이 헌법에 위반되는지 여부가 문제된다. 만약 초기배아에 대해서도 인간의 존엄성을 절대적인 것으로 본다면 이를 허용하는 위 조항들은 위헌임이 틀림없게 될 것이다. 그러나 만약 초기배아에 대해서 인간의 존엄성의 상대화가 가능하다고 한다면 위 조항이 헌법 제37조 제2항에 위반되는지 여부가 문제

25) 이에 대해서는 헌법소원에서의 당사자능력 문제를 민사법상의 법리를 그대로 준용하여야 하는 것은 아니므로, 기본권주체성을 인정하는 이상 당사자능력의 해석에 있어서 헌법소원이 허용되도록 합헌적 법률해석을 하여야 한다는 반론이 가능하며, 초기배아의 소송대리권에 대해서도, 그 법적 근거를 찾기는 어렵다고 해도 초기배아에게 기본권 주체성 및 헌법소원에서의 당사자능력을 인정하는 한 '배아의 이익에 반하지 않는 범위 내에서' 배아생성자들에게 부모 또는 부모에 유사한 지위에 기하여 헌법소원에서의 법정대리권을 인정할 필요(헌법소원에서 민사소송법 제55조의 유추적용)가 있다는 견해도 상정가능하기는 하다.

될 것이다.

이와 관련하여 외국의 입법례를 볼 때, 독일은 배아의 연구목적 이용을 급하여 가장 엄격한 형태의 입법형식을 취한 반면, 영국 등은 이를 제한적으로 허용하고 있다.

독일 배아보호법(Embryonenschutzgesetz, ESchG)은 수정되어 발달가능성이 있는 난자는 핵융합이 있는 시점부터 배아로 보고(제8조 제1항), 사람의 배아나 다른 배아, 태아, 사람 또는 사망한 자와 같은 유전인자를 갖도록 인위적으로 조작한 자 및 이를 시도한 사람은 처벌하는 규정을 두고 한편, 배아 자체의 보존을 위함이 아닌 목적으로 배아를 체외에서 취급하는 일체의 행위를 금지하고 있다(법 제2조 제1항, 제1조 제1항). 다만 독일의 경우 최근 배아줄기세포법<sup>26)</sup>을 제정하고 제4조 및 6조에 따라 관계기관(로버트 코흐 연구소)의 승인이 있으면 배아줄기세포를 수입할 수 있도록 하는 규정을 두었다. 즉 수입하려는 배아줄기세포가 2002년 이전에 원산지 국가에서 잔여배아로부터 채취되었으며, 배아의 기증과 관련하여 대가가 지불되지 않았다는 점이 소명된다면 승인을 거쳐 배아줄기세포를 수입하여 이를 이용할 여지가 생겨난 것이다. 이후 이 입법은 국내의 줄기세포와 외국에서 수입한 줄기세포를 달리 취급한다는 비판을 받고 있기도 하다<sup>27)</sup>.

영국은 생명공학기술에 대해 관대한 입장을 취하고 있다. 영국의 법제는 종래 불임치료에만 허용하고 있던 인간배아 연구의 허용범위를 연구목적의 배아생산 및 배아복제 연구에 이르기까지 확대시키고 있다. 영국의 경우 배아 사용연구에 대해서 불임치료의 발달촉진, 선천적 질환의 원인에 관한 지식증진, 유산의 원인에 관한 지식증진, 보다 효과적인 피임기술의 발전, 이식전의 배아 중에 유전자 이상 또는 염색체 이상이 있는 것을 발견하는 방법

26) Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen

27) 프랑스는 검사, 연구 또는 실험의 목적으로 사람의 배아를 체외에서 조작하는 행위를 금지하고, 인간배아를 체외에서 조작하는 행위를 금지하고 있다(공중보건법 제L 152조의 8). 프랑스의 경우 1994년 이후 모든 실험이 금지되었는데 다만 배아 생성자의 동의가 있을 경우에는 예외적으로 실험이 가능하다고 한다. 그리고 이 결정은 문서로 이루어져야 하며 의학목적으로 배아에 손상을 입히지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다고 한다. 그러나 프랑스에서도 이러한 엄격한 제한은 2004년 이후 완화되고 있다고 한다.

의 발전이라는 목적 하에 필요한 것이라면 연구의 가능성을 인정하고 있다. 그러나 영국의 경우에도 발생 후 14일을 넘는 배아에 대해서는 이용이 금지되어 있다.<sup>28)</sup>

(나) 생명권의 침해 여부

착상 전의 생명은 생명발달의 초기적 존재로서 장래의 출생가능성에 대한 고도의 개연성이 보장되어 있는 존재가 아니라는 점에서, 초기배아가 생명권의 주체가 된다고 하더라도 착상이 완료되어 형법상 낙태죄의 보호객체가 됨으로써 완전한 생명보호를 향유하는 ‘착상 후 태아’와 동등한 법적보호를 공유하는 것으로 보기 어렵다. 헌법재판소도 2004헌바81 사건에서 “생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다.”고 판시함으로써 생명의 발전단계에 따른 차등적 법적 보호의 가능성을 이미 긍정한 바 있다.

이 사건에서는 생명윤리법 제16조가 배아의 보존기간을 5년으로 하고, 연구 목적에 이용하지 아니하고자 하는 배아를 폐기하도록 한 것이 초기배아에 대한 생명권 침해인지 여부가 문제되나, 이미 생성된 배아를 5년의 기간 동안은 보존하도록 하되 착상되어 인간이 될 것임이 더 이상 기대되기 어려운 배아를 부득이 폐기하도록 한 것이라면 생명권에 대한 본질적 침해 또는 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙의 위배로 보기 어려울 것이다.

### 3. 이 사건 헌법소원에서 배아생성자의 기본권 침해 여부에 대한 판단의 해설

#### 가. 적법 요건에 대한 판단

##### (1) 문제되는 기본권과 기본권 침해의 가능성

##### (가) 청구인이 주장하는 기본권의 침해 가능성

헌법소원은 기본권 침해를 구제하기 위한 제도이므로, 만일 기본권 침해

28) Stem Cell Research and Regulations under the Human fertilization and Embryology Act 참조.

가능성이 없다면 공권력의 행사나 불행사가 존재하더라도 본안판단을 할 만한 실체가 없게 된다. 그러므로 문제되는 기본권과 그 기본권 침해의 가능성 문제는 원칙적으로 적법요건에서 검토하여야 할 문제이나, 많은 헌법소원 사건에서는 기본권 침해의 가능성이 묵시적으로 인정되므로 문제되는 기본권의 침해 여부를 본안에서 판단하고 있다.

이 사건 초기배아의 생성자인 청구인 3, 4(배아생성자)는 이 사건 심판대상 조항이 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 평등권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 주장하나, 이들 기본권의 경우에는 이 사건 심판대상 조항에 의해 침해될 가능성이 있다고 보기 어렵다.

① 청구인들은 인간의 존엄과 가치, 양심형성의 자유를 침해받았다고 주장하나, 심판대상조항들이 존재한다고 해서 청구인들의 양심형성이 방해되는 것이 아니다. 또 심판대상조항들이 청구인들이 제공한 배아의 5년 후 폐기 및 배아에 대한 연구를 규정하지만, 인공수정을 통한 임신과 (폐기가 예정되는) 여분의 배아생산 그리고 배아의 연구목적 제공은 모두 청구인들의 ‘자발적 의사’와 ‘동의’<sup>29)</sup>에 의해 이루어지므로, 폐기나 연구를 정한 법률규정이 청구인들의 신조나 사상에 대한 ‘외부적 개입과 억압에 의한 강요’에 해당하지 아니 한다.

② 청구인들은 신체의 자유(신체를 훼손당하지 아니할 권리)를 침해받은 것이다’고 주장한다. 이 취지는 5년을 기준으로 잔여배아가 폐기나 연구대상이 되므로 그 후에 인공수정을 하려면 어쩔 수 없이 다시 배아생산 과정에 나서야 하므로 신체의 완전성이 훼손된다는 의미로 이해되나, 심판대상조항들이 청구인들로 하여금 정자 및 난자의 제공을 강요하고 있지 않으므로 심판대상조항들이 청구인들의 신체의 완전성을 직접 제한할 가능성을 인정할 수 없다.

④ 청구인들은 사생활의 비밀과 자유(특히 인격권적 개인정보자기결정·통제권 등)를 침해받았다고 주장한다. 그런데 배아와 관련된 인적 사항이나

29) 생명윤리법 제5조는 “누구든지 자신이 생명과학기술의 적용대상이 되는 경우 생명윤리 및 안전에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의여부를 결정한 권리를 가진다.”고 하고 있으며, 배아의 생성시 후에 잔여배아를 연구대상으로 제공할 것인지 여부에 관하여 제공자의 동의를 받도록 하고 있다(제15조).

유전자정보가 일반인이 아닌 배아생성의료기관과 배아연구기관에 알려지는 것은 청구인들이 배아의 생성과 연구목적 사용에 스스로 동의하였기 때문이며, 생명윤리법은 유전자 검사기관과 유전자은행에게 유전정보를 보호하도록 하고(제30조 제2항, 제35조), 배아연구기관 등 피감독기관이나 그 종사자에게 직무상 알게된 비밀을 누설하거나 도용하지 못하도록 규정하고 있으므로(제48조), 적어도 자발적 동의에 의하여 의료기관이나 연구기관이 보유하는 유전정보 등과 관련하여 ‘사생활의 비밀과 자유’ 침해를 주장하는 것은 그러한 침해의 가능성을 인정할 수 없다.

#### (나) 배아생성자의 배아에 대한 결정권의 침해가능성

배아생성자가 배아와 관련하여 침해될 가능성이 있는 기본권은 배아생성자의 배아에 대한 결정권이다. 배아생성자는 배아에 대해 자신의 유전자정보가 담긴 신체의 일부를 제공하고, 또 배아가 모체에 성공적으로 착상하여 인간으로 출생할 경우 생물학적 부모로서의 지위를 갖게 되는 점 등을 볼 때, 배아생성자는 배아의 관리 또는 처분에 대한 헌법적 자기결정권을 가진다고 할 수 있다.<sup>30)</sup> 이와 같은 배아생성자의 배아에 대한 결정권은 헌법상 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적인 인격권의 한 유형으로서의 헌법상 권리라 할 것이다.

이 사건 결정 또한, 청구인 주장의 취지를 살펴, 침해될 수 있는 기본권으로서 배아생성자의 배아의 처리에 관한 자기결정권을 인정하였다. 이 사건 청구에서 원고가, 심판대상 조항에 따라 국가가 5년이란 배아의 존속시기를 정하고, 사실상 동의가 강제되는 상태에서 배아를 연구목적으로 제공하게 되며, 그 결과 인공수정으로 생성된 배아중 임신의 목적으로 이용하고 남은 배아(‘잔여배아’)가 폐기되거나 연구목적으로 제공됨으로써 배아생성자인 청구인들이 고통을 겪게 되었다는 주장의 취지는 결국 청구인들이 ‘배아에 대한 결정권’의 침해를 주장하는 것이라고 보았기 때문이다.

30) 헌법재판소는 헌법 제10조의 행복추구권의 한 내용으로 자기결정권을 인정한 뒤, 개별 사안에서 성적자기결정권, 계약상대방의 결정권, 개인정보에 대한 자기결정권을 인정하여 왔는데, 같은 맥락에서 배아의 처리방향에 대한 자기결정권이 인정될 수 있을 것이다.

## (2) 그 밖의 적법요건에 대한 판단

배아생성자들은 이 사건에서 생명윤리법의 여러 조항들을 심판 대상으로 문제삼고 있으나, 이 사건 결정에서 헌법재판소는 ‘배아에 대한 배아생성자의 자기결정권’의 침해가능성이라는 차원에서 볼 때 생명윤리법 제16조 제1항, 제2항(이하 이들을 ‘제16조 해당 부분’이라 한다)을 제외하고는 헌법소원의 자기관련성, 현재관련성, 직접관련성을 인정할 수 없는 것으로 보았다. 즉 제16조 해당 부분의 경우에는, 청구인들이 종교적 이유 등에 따라 잔여배아의 영구보관을 원할 수도 5년보다 더 오랜 보관을 원할 수도 있는데 일률적으로 5년 후 폐기 규정을 둔 것은 배아에 대한 청구인들의 자기결정권을 침해할 가능성이 있고, 배아생성자들이 생성한 배아의 5년 보존기간 도래가 임박하므로(2009. 12. 10. 경) 그 현재관련성도 인정되며, 제16조 해당 부분의 규율에 의해 배아가 폐기되거나 연구대상이 되는 것은 배아생성자들의 결정권을 직접 제한한다고 볼 수 있기 때문이다.<sup>31)</sup>

## 나. ‘배아에 대한 결정권’을 침해하는지 여부에 대한 본안판단

### (1) 쟁점

이 사건 본안에서는 결국 생명윤리법 제16조 해당부분이 배아생성자의 ‘배아에 대한 결정권’을 침해하는지 여부에 대한 판단만이 문제된다.

생명윤리법 제16조 해당 부분은 잔여배아가 연구목적으로 이용되지 않는 한 5년 뒤에는 무조건 폐기하도록 규정하고 있고, 이처럼 입법에 의해 배아의 존재기간을 설정한 것은 배아제공자의 자발적 의사를 무시하는 것이므로 배아에 대한 결정권을 제한한 것이다. 배아 제공자들에 따라서는 배아의 폐기가 생명의 폐기에 해당한다는 등의 이유로 영구보관을 원하거나 5년보다 더 장기의 보관을 원할 수 있기 때문이다.<sup>32)</sup>

31) 다만 이에 대해서는 제16조 해당부분이 청구인들의 동의를 전제로 한 조항이므로 결정권이 침해될 가능성이 없다는 견해도 상정가능하다.

32) 우리나라의 배아보관 및 제공현황 통계 및 당사자의 의식에 대한 것은 보건복지가족부의 통계 및 김은애, 생명의료과학기술의 발전에 따른 여성의 재생산권리에 관한 연구, 이화여대 박사학위논문, 2007 등을 참조.



## (2) ‘배아에 대한 결정권’의 성격

제16조 해당 부분이 헌법 제37조 제2항에 위배되는지 여부를 살피기에 앞서 기본권으로서 배아생성자의 ‘배아에 대한 결정권’이 갖는 제한적 성격을 먼저 짚고 넘어갈 필요가 있다. 이 사건 결정에서 헌법재판소도 ‘배아에 대한 결정권’의 성격에 대해 배아생성자가 갖는 결정권이 배아의 이익에 의해 제한될 수 있음을 간접적으로 밝히고 있다. 즉 배아의 경우 형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위로 인해 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된다는 점, 배아제공자들간·배아제공자와 배아간의 이해가 서로 상충되는 경우가 발생할 수 있는 점, 배아의 관리·처분에는 공공복리 및 사회 윤리적 차원의 평가가 필연적으로 수반되지 않을 수 없다는 점, 배아의 이익을 가장 잘 보호할 수밖에 없는 입장에 있는 배아생성자가 배아에 대한 결정권을 가짐으로써 타인으로부터 가해지는 배아에 대한 위험을 배제할 수 있게 되고 이를 통해 헌법질서가 요구하는 배아에 대한 충실한 법적 보호를 도모할 필요가 있는 점 등을 고려할 때 ‘배아에 대한 결정권’은 배아의 보호를 위하여 행사되는 것일수록 두터운 헌법적 보호를 받을 수 있는 반면, 그 반대일수록 널리 제한의 가능성이 인정될 수 있다. 헌법재판소도 이 사건 결정에서 배아생성자의 배아에 대한 자기결정권이 “자기결정이라는 인격권 측면에도 불구하고 배아의 법적 보호라는 헌법적 가치에 명백히 배치될 경우에는 그 제한의 필요성이 상대적으로 큰 기본권”이라고 하고 있다.

다만, 이 사건의 경우에는 배아생성자의 결정권 주장이 배아의 헌법적 보호에 충실한 주장이므로 그 자체로 제한 필요성이 큰 경우에 해당하지 아니하고, 따라서 이 사건에서 헌법 제37조 제2항 위반에 대한 판단에서 배아생성자의 결정권이 갖는 제한적 성격을 특별히 따로 고려할 필요는 없다.

## (3) 헌법 제37조 제2항 위반 여부

(가) 배아생성자가 체외인공수정의 방법으로 배아를 생성시키는 것은 출산의 자유와 함께 가족을 구성하여 삶을 영위할 자유의 한 측면으로 인정되어야 한다. 따라서 당사자들의 동의를 받아 생성된 배아에 대해서는 가급적 장기간 보존하여 착상을 시도하고, 국가가 마음대로 그 폐기 여부를 결정하

기보다는 가급적 배아생성자의 결정권을 존중하는 것이 바람직할 것이다. 생명윤리법 또한 이를 전제로 하고 있으며, 다만, 지나친 냉동배아 수의 증가로 인한 사회적 비용을 감소시키고 부적절한 연구목적으로 배아가 잘못 사용되는 가능성을 줄이기 위해 그 존속연한을 5년으로 한 것이 제16조 해당부분의 입법목적이다.<sup>33)</sup>

즉 배아에 대해 그 존속기간을 5년으로 한 것은, 체외수정기법의 경우 현재의 과학기술 수준에서 임신성공률을 높이기 위해 한 번에 다수의 체외수정배아를 생성하는 방식으로 시도되는 것이 일반적이어서 그로 인해 잔여배아가 다수 생성되는 것이 불가피한 점, 배아의 생성이 임신을 위한 것인 이상(생명윤리법 제13조 제1항) 임신에 사용되지 않게 된 잔여배아수는 가능한 한 적게 유지되는 것이 바람직한 점, 배아를 냉동보관 한다고 해도 10년 정도 지난 후에는 효력이 떨어지며 해동했을 때 임신목적에 적합하게 쓰이기도 쉽지 않은 점,<sup>34)</sup> 배아의 수가 적절히 규율되지 아니하면 시술기관마다 냉동배아를 보관하기 위한 사회적 비용(미국의 경우 연 200달러)이 증가하게 될 것이며 또 증가된 배아는 실험목적으로 남용될 우려도 늘어가게 될 것인 점 등을 고려할 때 그 입법목적과 방법의 적절성을 인정할 수 있을 것이다. 특히 보존기간을 두더라도 기간경과 후 폐기를 당사자의 자율에 맡길 경우 배아생성자가 잔여배아에 대한 결정권을 행사하지 않거나 할 수 없는 상황에서 배아의 관리가 부실하게 되어 그 부적절한 이용가능성이 높아질 수 있다. 이 점에서 제16조 해당부분의 입법목적의 정당성과 방법의 적절성을 인정할 수 있다.

(나) 또한 5년이라는 보존기간을 두고 보존기간 경과 후 폐기를 규정한 것과 다른 방식으로 위 입법 목적을 실현하면서 배아생성자의 기본권을 덜 침해하는 수단이 명백히 존재한다고 할 수 없는 점, 5년 동안의 보존기간이 임신을 원하는 사람들에게 배아를 이용할 기회를 부여하기에 불합리한 기간

33) 생명윤리법 제정 당시 입법자료에 이 점이 분명히 드러나 있지는 않으나, 법제처는 “인간복제로 진행되어 결과적으로 인간의 존엄성을 침해할 우려가 있는 인간배아의 연구”를 방지하고, “배아에 대한 엄격한 관리를 통하여 급격히 발전하고 있는 생명과학기술에 있어서 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 보장하고 인체의 위해를 방지하고자” 5년후 폐기 규정을 둔 것이라고 해석하고 있다.

34) The New York Times, 2008. 12. 4.자 참조.

이라고 볼 수 없는 점, 이와 유사한 규율을 영국·프랑스 등(5년) 선진각국의 입법에서도 찾아볼 수 있는 점, 배아 수의 지나친 증가와 그로 인한 사회적 비용의 증가 및 부적절한 연구목적의 이용가능성을 방지하여야 할 공익적 필요성의 정도가 배아생성자의 자기결정권이 제한됨으로 인한 불이익의 정도에 비해 작다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면 제16조 해당부분이 피해의 최소성에 반하거나 법익의 균형성을 잃었다고 보기도 어렵다.

(4) 생명윤리법이 국가의 기본권 보호의무를 위반하였는지 여부(가정적 판단)

그 밖에 청구인들의 주장 중에는 인공수정을 위한 배아생성시 사실상 임신을 원하는 제공자들은 병원측과 계약을 체결할 때 배아생산 숫자나 추후 연구목적 제공에 있어서 합리적 의사결정을 하지 못하고 의사결정이 사실상 강요된다는 취지의 주장도 하고 있는데, 이는 개인이 사인(의료기관 내지 의사)과 인공수정 임신을 위한 배아생산 계약을 할 때 개인(난자 및 정자 제공자)이 배아의 숫자 등과 연구목적 제공에 있어서 불리한 계약을 당하지 않도록 국가가 충분히 보호하고 있지 않다는 주장으로 설행할 여지가 있다. 즉 청구인들은 생명윤리법 제13조 제1항이 누구든지 임신외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니 된다고 하면서도 생성 배아의 수효에 대한 제한, 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준, 방법 등에 대해서는 명확히 규정하고 있는 바가 없어 이 조항은 불충분한 규율로 인해 불필요한 수정란의 대량 양산 및 과배란 유도 등을 초래하며, 병원 측과의 계약시 잔여배아를 연구에 이용하는 데 대한 동의를 사실상 거부할 수 없게 되어 있으므로 생명윤리법 제17조-제20조, 부칙 제2항 역시 불충분한 입법으로서 청구인 3, 4의 기본권을 침해하고 있다고 주장하는 것으로 볼 여지가 있다는 것이다.

이 사건에서 원고가 국가의 보호의무 위반에 대한 주장을 실제 한 바 없고 내용적으로도 보호의무의 존재 또는 그 위반을 인정하기 어려웠기 때문에 헌법재판소는 이에 대한 명시적인 판단을 하지 않았다. 다만, 이상의 주장 취지를 보호의무 위반의 관점에서 생명윤리법에 적용해 본다면 다음과 같은 결론을 내려볼 수 있다.

먼저 빈번한 인공수정 기술을 하여 병원측이나 배아제공자들이 비용과 신체적 부담을 지지 않도록 하기 위해 현재는 한 번에 가능한 많은 숫자의 배아를 생산하는 경향이 있는데(5-12개의 배아 생산가능), 과대 배아생산은 뒤에 폐기문제나 연구목적으로 남용될 우려를 초래하므로 이를 순수하게 사법상의 계약관계에 맡겨두는 것보다는 입법적 필요성이 있는데도 생성 배아의 수효를 제한하는 규율이 미비하다는 주장은 검토의 여지가 있다.

그런데 2008. 6. 5. 개정된 생명윤리법 제15조의3은 “배아생성의료기관은 대통령령이 정하는 빈도 이상으로 동일한 난자제공자로부터 난자를 채취하여서는 아니된다.”고 규정하였고(시행은 2008. 12. 6.부터), 2008. 12. 3. 개정된 생명윤리법 시행령 제10조의2는 “법 제15조의3에 따른 난자채취의 빈도는 평생 3회로 하되, 6개월 이상의 기간을 두어 난자채취를 하여야 한다.”고 규정하였다(2008. 12. 6.부터 시행). 따라서 현행법상 한 번의 수술시 배아생성수를 구체적으로 제한하고 있지는 아니하나, 난자채취의 빈도를 제한함으로써 과배아 생산을 어느 정도는 제도적으로 방지하게 되었다. 그러므로 이 사건 헌법소원 청구 당시와 달리 현재 시점에서는 배아생성의 숫자에 관한 입법이 마련되어 있고, 그것이 상당한 숫자의 과배아생산을 줄일 수 있게 되었는바, 현행법상의 규율에 여전히 개선점이 있을지라도 이를 가리켜 국가의 기본권 보호의무를 위반하였다고는 보기 어렵다.

다음으로 계약시 잔여배아를 연구에 이용하는 데 대한 동의를 사실상 거부할 수 없게 되어 있다는 주장의 경우, 연구목적 제공에 관련하여서는 이미 생명윤리법 시행시부터 생명윤리법 시행규칙 제5조 별지3과 별지4에 따른 서식이 의무화되어 있었고, 그 내용을 보면 비록 배아생성시에 연구목적에 동의를 하였더라도 연구가 시작되기 전에는 제공자는 항상 그 동의를 철회할 수 있게 되어 있는바, 배아제공자는 언제라도 그 동의를 철회할 수 있다고 보아야 하는 이상 국가가 제공자의 동의권 보장을 위하여 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하고 있지 않다고는 보기 어렵다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정에서는 헌법재판소가 생명공학의 발전과 더불어 처음으로 제

정된 생명윤리 관련 법률에 대해 최초의 헌법적 평가를 내렸다. 특히 이 사건에서 헌법재판소는 수정된 후 원시선이 나타나기 전의 수정란 상태 초기 배아에 대해서 기본권 주체성이 부정됨을 명시적으로 선언하였다.

다른 한편으로 헌법재판소는 배아생성자가 배아에 대한 결정권을 가짐을 확인하고, 이 사건 결정 이후 배아에 대한 헌법적 보호 수준이 후퇴되지 않도록 배아관리 및 연구에 있어 헌법적 가치질서가 준수되어야 한다는 점을 분명히 하고 있기도 하다.

물론 헌법재판소의 이 판단 또한 결정의 시점에서 “생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청”에 따라 한 것인 만큼, 장차 과학기술 등의 변화에 따라 그 규범적 요청이 변화할 수 있는 여지는 여전히 열려 있다.



## 민사집행법 제70조 등 위헌확인

- 채무불이행자명부 열람·복사 사건 -

(헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663, 판례집 22-1하, 323)

우 승 아\*

### 【판시사항】

채무불이행자명부나 그 부분은 누구든지 보거나 복사할 것을 신청할 수 있도록 규정한 민사집행법 제72조 제4항(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지의 원칙에 반하여 채무불이행자명부에 등재된 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

청구인들은 민사집행법 제70조, 제71조, 제72조 전부에 대하여 위헌확인을 구하나, 청구인들의 주된 위헌 주장은 채무불이행자명부를 일반인이 볼 수 있도록 하여 사생활의 비밀 등이 침해된다는 것이고, 채무불이행자명부제도를 성범죄자신상공개제도와 비교하고 있으며, 위 주장 외에 민사집행법 제70조, 제71조, 제72조의 개별 조항에 대한 구체적인 위헌주장은 없다. 따라서 청구인들은 위 제70조, 제71조, 제72조 전부 또는 채무불이행자명부제도 그 자체 보다는 채무불이행자명부를 누구든지 열람·복사할 수 있도록 한 것을 다룬다고 할 것이고, 이러한 열람·복사 부분이 이 제도의 핵심이므로 이 사건 심판의 대상을 채무불이행자명부의 열람·복사를 규정하고 있는 조항으로 한정한다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 민사집행법 제72조 제4항(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것)이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여

---

\* 헌법연구관

부라 할 것이고, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

### **【심판대상조항】**

민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제72조(명부의 비치)  
④ 채무불이행자명부나 그 부분은 누구든지 보거나 복사할 것을 신청할 수 있다.

### **【관련조항】**

#### **민사집행법**

제70조(채무불이행자명부 등재신청) ① 채무자가 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 채권자는 그 채무자를 채무불이행자명부에 올리도록 신청할 수 있다.

1. 금전의 지급을 명한 집행권원이 확정된 후 또는 집행권원을 작성한 후 6월 이내에 채무를 이행하지 아니하는 때. 다만, 제61조 제1항 단서에 규정된 집행권원의 경우를 제외한다.

2. 제68조 제1항 각호의 사유 또는 같은 조 제9항의 사유 가운데 어느 하나에 해당하는 때

② 제1항의 신청을 할 때에는 그 사유를 소명하여야 한다.

③ 제1항의 신청에 대한 재판은 제1항 제1호의 경우에는 채무자의 보통 재판적이 있는 곳의 법원이 관할하고, 제1항 제2호의 경우에는 재산명시절차를 실시한 법원이 관할한다.

제61조(재산명시신청) ① (본문생략) 다만, 민사소송법 제213조에 따른 가집행의 선고가 붙은 판결 또는 같은 조의 준용에 따른 가집행의 선고가 붙어 집행력을 가지는 집행권원의 경우에는 그러하지 아니하다.

제68조(채무자의 감치 및 벌칙) ① 채무자가 정당한 사유 없이 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 법원은 결정으로 20일 이내의 감치에 처한다.

1. 명시기일 불출석
2. 재산목록 제출 거부



### 3. 선서 거부

⑨ 채무자가 거짓의 재산목록을 낸 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제71조(등재신청에 대한 재판) ① 제70조의 신청에 정당한 이유가 있는 때에는 법원은 채무자를 채무불이행자명부에 올리는 결정을 하여야 한다.

② 등재신청에 정당한 이유가 없거나 쉽게 강제집행할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유가 있는 때에는 법원은 결정으로 이를 기각하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 민사소송법 제447조의 규정은 준용하지 아니한다.

제72조(명부의 비치) ① 채무불이행자명부는 등재결정을 한 법원에 비치한다.

② 법원은 채무불이행자명부의 부분을 채무자의 주소지(채무자가 법인인 경우에는 주된 사무소가 있는 곳) 시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다. 이하 같다)·구·읍·면의 장(도농복합형태의 시의 경우 동지역은 시·구의 장, 읍·면지역은 읍·면의 장으로 한다. 이하 같다)에게 보내야 한다.

③ 법원은 채무불이행자명부의 부분을 대법원규칙이 정하는 바에 따라 일정한 금융기관의 장이나 금융기관 관련단체의 장에게 보내어 채무자에 대한 신용정보로 활용하게 할 수 있다.

④ 채무불이행자명부나 그 부분은 누구든지 보거나 복사할 것을 신청할 수 있다.

⑤ 채무불이행자명부는 인쇄물 등으로 공표되어서는 아니된다.

#### 민사집행규칙

제32조(채무불이행자명부의 작성) ① 법 제71조 제1항의 결정이 있는 때에는 법원사무관 등은 바로 채무자별로 채무불이행자명부를 작성하여야 한다.

② 채무불이행자명부에는 채무자의 이름·주소·주민등록번호등 및 집행권원과 불이행한 채무액을 표시하고, 그 등재사유와 날짜를 적어야 한다.

③ 채무불이행자명부 말소결정이 취소되거나 채무불이행자명부 등재결정을 취소하는 결정이 취소된 경우에는 제1항과 제2항의 규정을 준용한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 청구의 주식회사 OO일보가 신용보증기금의 보증하에 □□은행으로부터 금 50,000,000원을 대출받을 때 위 회사의 대표이사인 청구의 △△△과 함께 연대보증을 하였는데, 위 회사가 대출금 반환채무를 변제하지 못하자 신용보증기금이 이를 대위변제한 후 채무자와 연대보증인 청구의 △△△ 및 청구인들을 상대로 구상금청구소송을 제기하여 2003. 6. 13. 승소판결을 받고 같은 해 7. 7. 위 판결이 확정되었다. 한편 신용보증기금은 2008. 7. 21. 보증인인 청구인들을 상대로 채무불이행자명부등재신청을 하였고, 같은 해 12. 1. 위 신청이 인용되어 청구인들은 현재 채무불이행자명부에 등재되어 있다(서울동부지방법원 2008카명2808 채무불이행자명부 등재). 이에 청구인들은 채무불이행자명부제도에 관한 민사집행법 제70조, 제71조, 제72조가 헌법 제17조 사생활의 비밀보장권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 2008. 11. 7. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장요지 및 이해관계인의 의견

#### 가. 청구인들의 주장요지

민사집행법 제70조, 제71조, 제72조에 의하면 채권자의 신청에 의해 법원은 채무불이행자를 명부에 등재하여 비치하고, 채무자의 주소지 시, 구, 읍, 면에도 부분을 송부하여 비치하도록 함으로써 해당 채권자와 이해관계가 없는 일반 국민도 누구나 제약없이 채무불이행자명부를 열람·복사할 수 있도록 하고 있다.

이는 단순한 민사상의 채무불이행자에 대하여 금전의 지급을 명하는 집행권원이 확정되었다는 이유만으로 형사범죄의 전과자와 동일시하여 그 정보를 일반 국민 누구에게나 제한없이 공개하는 것으로서, 형사 범죄전과 공개의 경우에도 재범의 위험성이 있는 성폭행범 등 사회적 위험성이 큰 경우로 제한하고 있는 점에 비추어 보더라도 위 조항들은 헌법 제37조의 비례의 원칙에 반하여 헌법 제10조 인간의 존엄 및 행복추구권, 제17조 사생활의 비밀

보장권을 침해한 것이다.

#### 나. 법무부장관의 의견

(1) 민사집행법 제70조, 제71조는 채무불이행자명부 등재에 관한 재판 및 그 집행에 관한 규정으로서 청구인들이 채무불이행자명부에 등재될지 여부는 법원의 재판을 통해 구체화될 뿐 위 조항들 자체로 청구인들의 기본권을 제한하지는 않으므로 직접성이 인정되지 아니한다.

(2) 채무불이행은 성범죄자의 신상공개와 달리 채권자의 재산권의 실현에 영향을 미친다는 점에서 이 사건은 사생활의 비밀과 자유 침해보다는 인격권의 침해여부, 그 중에서도 채무불이행자명부에의 등재, 열람 및 공개 여부가 법원에 의해 좌우된다는 점에서 자기정보에 대한 포괄적인 자기결정권의 침해여부가, 채무불이행자명부가 공개됨으로써 개인의 신용도가 하락하여 입게 되는 명예권의 침해여부가 각 문제된다.

(3) 채무불이행자명부제도는 거래의 안전을 보호하고자 한 것으로서 입법목적이 정당하고, 채무이행을 간접강제하고 거래상대방에게 채무자에 대한 신용정보를 제공하는 것으로서 위와 같은 입법목적에 달성하는데 적절한 수단이다. 채무불이행자명부제도는 집행권원이 확정 내지 작성된 후 6개월 이상 채무를 이행하지 아니한 경우를 제외하고는 재산명시절차에서 채무자가 비협조한 경우에 법원의 결정을 통해 명부에 등재할 수 있도록 하고 있고, 변제 등으로 채무가 소멸되거나 채무불이행자명부에 등재한 다음 해부터 10년이 경과하면 등재를 말소하며, 명부는 등재결정을 한 법원 및 채무자의 주소지 시·구·읍·면, 일정한 금융기관의 장에게만 보내지도록 함으로써 피해를 최소화하고 있다. 채무불이행자명부에 등재됨으로써 채무자가 받게 되는 자기정보에 대한 자기결정권 및 명예권의 제한은 자신의 채무불이행 또는 재산명시절차에서의 비협조에 기인한 것으로 위 제도가 추구하는 거래의 안전 및 자기책임의 원칙 확보라는 공익이 제한되는 사익에 비해 훨씬 크다.

#### 【결정요지】

채무이행의 간접강제 및 거래의 안전 도모라는 이 사건 법률조항의 입법

목적은 정당하고, 채무불이행자명부를 누구나 열람·복사할 수 있도록 함으로써 불성실한 채무자로 하여금 이 명부에 등재됨으로 인하여 받게 될 명예, 신용의 훼손 등의 불이익을 피하기 위하여 채무의 자진이행 또는 명시명령의 충실한 이행에 노력하도록 하는 등 간접강제의 효과를 기대할 수 있으며, 채무불이행자명부의 열람은 거래 상대방에 대한 신용조사의 한 수단이 되므로 거래의 안전에도 기여한다고 할 것인바, 방법의 적절성도 인정된다.

이 사건 법률조항이 채무불이행자명부의 열람·복사 주체에 제한을 두지 않은 것은 채무자에게 심리적 부담을 주어 채무이행을 간접강제하는데 실효성을 확보하기 위함이다. 채무불이행자명부를 열람·복사할 수 있는 자를 채무자와 경제적으로 관련이 있음을 소명한 자로 제한하더라도, 채무불이행자명부를 열람하고자 하는 자는 대부분 이미 채무자와 계약을 체결하는 등 거래관계를 형성한 자가 아니라 사전에 채무자의 신용상태를 조사하여 거래관계를 맺을 것인지 여부를 결정하고자 하는 자들일 것이므로 위와 같은 소명은 그 잠재적 거래의사의 확인에 불과하게 되어 결국 열람·복사의 주체에 아무런 제한을 두고 있지 아니한 이 사건 법률조항과 실질적인 차이가 없게 될 것이다. 또한 이 사건 법률조항은 채무불이행자명부를 적극적으로 일반에 공개하는 것이 아니라 채무불이행자명부의 열람·복사를 원하는 자에게 열람·복사를 가능하게 한 것뿐이고, 실제로 이 명부를 열람·복사하기 위해서는 채무자의 성명, 주민등록번호 등 열람·복사 대상인 채무불이행자명부를 특정하기 위한 정보를 알아야 하며, 실무상 열람·복사 신청시 신청인의 자격을 기재하게 하고 있으므로, 채무자와 무관한 자에 의해 채무불이행자명부가 열람·복사됨으로 인해 채무자의 개인정보자기결정권이 침해될 위험은 크지 않다고 하겠다.

한편, 명부의 열람은 채무불이행자명부제도의 본질상 반드시 필요하고, 복사는 열람에 수반되는 것에 불과할 뿐 이미 열람된 정보를 복사한다고 하여 이로 인해 채무자의 개인정보자기결정권이 새로이 침해된다고 할 수 없으며, 민사집행법 제72조 제5항에서 ‘채무불이행자명부는 인쇄물 등으로 공표되어서는 아니된다.’는 규정을 두고 있고, 필요한 경우 형법상 명예훼손죄, 신용훼손죄, 업무방해죄 등으로 처벌할 수 있으므로 복사된 명부의 남용위험은 크

지 않다고 하겠다. 따라서 이 사건 법률조항은 입법목적을 달성하기 위해 필요한 정도를 넘었다고 할 수 없으므로 최소침해성의 원칙에 반하지 않는다.

채무불이행자명부에 등재되는 경우는 채무이행과 관련하여 채무자의 불성실함이 인정되어 그 명예와 신용에 타격을 가할 필요성이 인정되는 경우라고 할 것이므로, 채무불이행자명부에 등재되는 채무자의 개인정보를 보호할 사익보다는 이 사건 법률조항이 추구하는 채무이행의 간접강제 및 거래의 안전도모라는 공익이 더 크다고 할 것이어서 이 사건 법률조항은 법익균형성의 원칙에도 반하지 아니한다.

### **재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견**

채무자와 아무런 관련이 없는 제3자가 채무불이행자명부의 열람을 통해 채무자의 채무불이행 사실 등을 아는 것은 그 개연성이 현저히 낮을 뿐만 아니라 채무자의 판념상 내지는 추상적 명예훼손에 불과하여 간접강제의 효과가 크다고 할 수 없다. 오히려 채무자의 채무불이행 사실이 알려지는 것이 간접강제의 효과를 나타내는 경우는 채무자가 경제활동 내지 거래관계 형성 상황에 직면한 때라고 할 것인데 이 단계에서는 이미 채무자의 거래 상대방이 어느 정도 특정되므로 이들에게만 명부의 열람·복사를 허용하더라도 채무이행의 간접강제라는 입법목적의 달성에 부족함이 없다고 할 것이다.

열람·복사자의 입장에서 보더라도 채무자와 아무런 관계가 없는 자가 채무불이행자명부를 열람·복사하려는 경우는 상정하기 어렵고, 실제로 이러한 경우가 있다 하더라도 이를 허용할 필요성을 인정할 수 없다. 통상 채무자의 신용상태에 관심을 가지게 되는 경우는 적어도 채무자와 경제활동을 하고자 하거나 거래관계를 형성하려는 단계까지는 나아가는 경우일 것이므로 이 정도의 소명을 한 자에게 명부의 열람·복사를 허용하더라도 거래의 안전도모라는 입법목적은 달성할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 열람·복사의 신청에 아무런 제한을 두지 아니하고 누구나 채무불이행자명부를 열람·복사할 수 있는 가능성을 열어 둔 것은 최소침해성의 원칙에 반하고, 추구하는 공익에 비해 채무자의 개인정보자기결정권이 침해될 위험이 더 크다고 할

것이어서 법익균형성의 원칙에도 반한다.

## 【해설】

### 1. 채무불이행자명부제도 개관

#### 가. 의의 및 입법목적<sup>1)</sup>

채무불이행자명부는 일정한 금전채무를 일정 기간 내에 이행하지 않거나 재산명시절차에서 감치 또는 벌칙 대상이 되는 행위를 한 채무자에 관한 일정 사항을 법원의 재판에 따라 등재한 후 일반인의 열람에 제공하는 명부를 말한다.

종래 강제집행제도 하에서 채권자가 채무자의 재산 은닉행위를 방지하거나 은닉된 재산을 찾아내는 방법이 제대로 마련되어 있지 않아서 집행의 대상이 될 재산을 발견하는데 곤란한 점이 있었다. 가압류 절차, 사해행위 취소소송, 통정허위표시의 무효주장, 독립당사자참가에 있어서의 사해방지참가, 형법상의 강제집행면탈죄가 책임재산의 확보나 재산은닉방지를 위한 제도적 장치로 기능해 왔지만 이는 어디까지나 채권자 스스로 책임재산을 수색, 발견할 것을 전제로 하는 것이므로 강제집행의 실효성 확보방안으로는 미흡했다. 이에 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 민사소송법이 일부 개정될 때 독일민사소송법상의 개시보증(開示保證, Offenbarungsversicherung)제도를 일부 수정한 재산명시절차와 채무불이행자명부제도를 도입하게 되었다.

채무불이행자명부제도는 채무자가 채무를 임의이행하지 아니한 경우 또는 재산명시의무를 위반한 경우에 채무불이행자명부라는 일종의 블랙리스트에 그 사실을 등재한 후 이를 법원과 채무자의 주소지 행정관서에 비치하고 일반인에게 그 열람과 복사를 허용함으로써, 불성실한 채무자로 하여금 이 명부에 등재됨으로 인하여 받게 될 명예, 신용의 훼손 등의 불이익을 피하기 위하여 채무의 자진이행 또는 명시명령의 충실한 이행에 노력하도록 하는 등 간접강제의 효과를 거둬와 동시에, 일반인으로 하여금 거래 상대방에 대

1) 사법연수원, 민사집행법(2008) 118-119면, 이시윤, 주식 강제집행법(I), 467-468면, 채무불이행자명부제도를 신설하는 내용의 민사소송법개정법률안에 관한 국회의회의록 각 참조

한 신용조사를 쉽게 하여 거래의 안전을 도모하려는데 그 목적이 있다.

### 나. 채무불이행자명부제도의 내용

금전의 지급을 명한 집행권원이 확정된 후 또는 집행권원을 작성한 후 6월 이내에 채무를 이행하지 아니하는 경우, 또는 정당한 사유 없이 명시기일에 불출석하거나, 재산목록 제출 또는 선서를 거부하거나, 거짓의 재산목록을 낸 경우에 채권자의 등재신청이 있고, 신청에 정당한 사유가 있는 때에는 법원은 채무자를 채무불이행자명부에 올리는 결정을 하여야 한다(민사집행법 제70조 제1항, 제71조 제1항). 등재신청에 정당한 이유가 없거나 쉽게 강제 집행할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유가 있는 때에는 신청을 기각하여야 한다(같은 법 제71조 제2항).

채무불이행자명부 등재결정이 내려지면 그 결정을 한 법원의 법원사무관 등은 바로 채무자별로 채무불이행자명부를 작성하여야 하고(민사집행규칙 제32조 제1항), 이를 위 법원에 비치하여야 한다(민사집행법 제72조 제1항). 이 명부에는 채무자의 이름, 주소, 주민등록번호 및 집행권원과 불이행한 채무액을 표시하고, 그 등재 사유와 날짜를 적어야 한다(민사집행규칙 제32조 제2항). 등재 사유는 등재의 원인이 된 사실을 말한다. 즉, 6월 이내에 채무를 이행하지 아니한 사실 또는 명시의무 위반의 내용을 적는다.

법원은 이 명부의 부분을 채무자의 주소지(채무자가 법인인 경우에는 주된 사무소가 있는 곳) 시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다. 이하 같다)·구·읍·면의 장에게 보내야 하고(민사집행법 제72조 제2항), 일정한 금융기관의 장이나 금융기관 관련단체의 장에게 보내어 채무자에 대한 신용정보로 활용하게 할 수 있다(같은 조 제3항). 채무불이행자명부나 그 부분은 누구든지 보거나 복사할 것을 신청할 수 있으나(같은 조 제4항), 인쇄물 등으로 공표되어서는 아니된다(같은 조 제5항). 이 명부가 신문, 잡지 등 인쇄물이나 그 밖에 방송 등 대중매체에 공표되면 채무자의 명예, 신용이 지나치게 훼손될 뿐만 아니라, 나중에 명부가 말소되더라도 말소의 실익이 없어지기 때문이다.<sup>2)</sup>

2) 사법연수원, 민사집행법(2008) 122면

변제, 그 밖의 사유로 채무가 소멸되었다는 것이 증명된 때에는 법원은 채무자의 신청에 따라 채무불이행자명부에서 그 이름을 말소하는 결정을 하여야 한다(민사집행법 제73조 제1항). 기한의 유예, 연기, 이행조건의 변경 등은 말소사유에 해당하지 아니한다. 채권자가 말소에 동의하였다는 사유도 이에 해당하지 아니한다. 채무불이행자명부는 공공의 이익에 제공되는 것이기 때문이다.<sup>3)</sup> 채무불이행자명부에 오른 다음 해부터 10년이 지난 때에는 법원은 직권으로 그 명부에 오른 이름을 말소하는 결정을 하여야 한다(같은 조 제3항). 법원은 등재말소결정을 한 때에는 그 취지를 채무자의 주소지 시·구·읍·면의 장 및 채무불이행자명부의 부분을 보낸 금융기관 등의 장에게 통지하여야 하고(같은 조 제4항), 그 통지를 받은 시·구·읍·면의 장 및 금융기관 등의 장은 그 명부의 부분에 오른 이름을 말소하여야 한다(같은 조 제5항).

#### 다. 채무불이행자명부제도의 운영실태<sup>4)</sup>

채무불이행자명부에 관한 법원의 사무는 등재신청에 대한 재판에 대한 즉시항고를 제외하고는 사법보좌관이 담당하고 있다(법원조직법 제54조 제2항 제2호, 사법보좌관규칙 제2조 제1항 제5호5)).

서울중앙지방법원 민사집행과의 2009년 1월부터 11월까지 채무불이행자 등재 건수는 약 3,000건이라고 한다. 한편, 이 사건 법률조항에 의해 채무불이행자명부의 열람·복사를 신청하는 경우는 대부분 채무자 본인이라고 하

3) 사법연수원, 민사집행법(2008) 122면

4) 서울중앙지방법원 민사집행과에 유선으로 문의한 내용임.

5) 법원조직법 제54조 (사법보좌관) ② 사법보좌관은 다음 각 호의 업무 중 대법원규칙이 정하는 업무를 할 수 있다.

2. 「민사집행법」(동법이 준용되는 경우를 포함한다)상의 집행문 부여명령절차, 채무불이행자명부 등재절차, 재산조회절차, 부동산에 대한 강제경매절차, 자동차·건설기계에 대한 강제경매절차, 동산에 대한 강제경매절차, 담보권실행 등을 위한 경매절차, 체소명령절차, 가압류·가처분의 집행취소신청절차에서의 법원의 사무

사법보좌관규칙 제2조 (업무범위) ① 「법원조직법」 제54조제2항 각호의 업무 가운데 사법보좌관이 행할 수 있는 업무는 다음 각 호와 같다.

5. 「민사집행법」 제70조 내지 제73조의 규정에 따른 채무불이행자명부등재절차에서의 법원의 사무



는데, 그 이유는 주로 금융기관과의 거래 등에서 자신이 채무불이행자명부에 등재된 사실을 알게 되어 이를 확인하려는 경우와 국민기초생활보장법상의 수급권자에게 지급되는 생활비를 현금으로 지급받기 위한 증빙자료로 사용하려는 경우라고 한다. 제3자가 특정 채무자의 채무불이행자명부를 열람하려는 경우 명부의 보존기간이 10년이어서 그 양이 상당하므로 주민등록번호까지 알지 못하면 동명이인이 존재하는 등의 이유로 효과적인 열람이 이루어지지 않는 경우가 많다고 한다. 또한 채무자 본인이 아닌 제3자가 명부의 열람·복사를 신청하는 경우 실무상 열람·복사신청서를 작성하게 하여 그 이유를 밝히도록 하고 있다. 서울중앙지방법원 민사집행과에서 지난 1년간 채무자 본인이 아닌 자가 명부의 열람·복사를 신청한 경우는 2건이었다고 한다. 실제로 채무불이행자명부에 대한 열람·복사 신청이 거부되는 사례는 거의 없다고 한다. 채무불이행자명부의 이용이 저조한 이유에 대하여 채무불이행자명부가 재산명시제도만큼 채권자의 채권만족에 직접적인 효과가 없는 것으로 인식되고 있고, 아울러 금융기관에서 이미 대출금 미변제자를 별도로 관리하면서 이들에 대하여 대출중단, 신용카드 사용금지 등 제재를 가하고 있는 금융거래의 실정으로 그 목적의 상당부분이 달성되었기 때문으로 판단된다는 견해가 있다.<sup>6)</sup> 서울중앙지방법원 민사집행과의 담당자도 채무자가 이미 신용불량자로 지정되어 있거나 파산한 경우에는 채권자의 입장에서 채무불이행자명부에의 등재가 실효성이 없기 때문에 이 제도의 활용이 많지는 않다고 한다.

## 라. 정보보호에 관련된 법률

‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’은 공공기관의 컴퓨터·폐쇄회로 텔레비전 등 정보의 처리 또는 송·수신 기능을 가진 장치에 의하여 처리되는 개인정보의 보호를 위하여 그 취급에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공업무의 적정한 수행을 도모함과 아울러 국민의 권리와 이익을 보호함을 목적으로 한 것이고(같은 법 제1조), 여기서 공공기관은 국가행정기관·지방자치단체 그 밖의 공공단체 중 대통령령이 정하는 기관으로 각급 학교, 정부

6) 김종백, 재산명시제도와 채무불이행자명부, 민사집행에 관한 제문제(법원도서관, 1996) 273면 참조

출연기관, 특수법인, 지방공기업 등이 이에 해당한다(같은 법 제2조 제1호, 같은 법 시행령 제2조7)).

7) 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "공공기관"이라 함은 국가행정기관·지방자치단체 그 밖의 공공단체 중 대통령령이 정하는 기관을 말한다.

공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 시행령 제2조(적용대상) 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1호에서 "대통령령이 정하는 기관"이라 함은 다음 각 호의 기관을 말한다. 이 경우 제2호 및 제3호의 규정에 의한 기관에는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 금융기관은 포함되지 아니한다.

1. 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」, 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교
2. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관
3. 특별법에 의하여 설립된 특수법인
4. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단

공공기관의 운영에 관한 법률 제4조(공공기관) ① 기획재정부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관(이하 "기관"이라 한다)으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다.

1. 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관
2. 정부지원액(법령에 따라 직접 정부의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다. 이하 같다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관
3. 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
4. 정부와 제1호 내지 제3호의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
5. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 당해 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
6. 제1호 내지 제4호의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 정부 또는 설립 기관이 출연한 기관

② 제1항의 규정에 불구하고 기획재정부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 없다.

1. 구성된 상호 간의 상호부조·복지증진·권익향상 또는 영업질서 유지 등을 목적으로 설립된 기관
2. 지방자치단체가 설립하고, 그 운영에 관여하는 기관
3. 「방송법」에 따른 한국방송공사와 「한국교육방송공사법」에 따른 한국교육방송공사

③ 제1항 제2호의 규정에 따른 정부지원액과 총수입액의 산정 기준·방법 및 동항

한편 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’은 신용정보업을 건전하게 육성하고 신용정보의 효율적 이용과 체계적 관리를 도모하며 신용정보의 오용·남용으로부터 사생활의 비밀 등을 적절히 보호함으로써 건전한 신용질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한 것으로(같은 법 제1조), 신용정보회사, 신용정보집중기관 및 신용정보제공·이용자<sup>8)</sup>를 그 규제대상으로 한다.

따라서 채무불이행자명부의 열람·복사는 위 법들의 규제대상이 아니라고 하겠다.

## 2. 외국의 입법례

### 가. 독일

제3호 내지 제5호의 규정에 따른 사실상 지배력 확보의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

8) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “신용정보”란 금융거래 등 상거래에 있어서 거래 상대방의 신용도와 신용거래 능력 등을 판단할 때 필요한 정보로서 대통령령으로 정하는 정보를 말한다.
4. “신용정보업”이란 제4조 제1항 각 호에 따른 업무의 전부 또는 일부를 업(業)으로 하는 것을 말한다.
5. “신용정보회사”란 신용정보업을 할 목적으로 제4조에 따라 금융위원회의 허가를 받은 자를 말한다.
6. “신용정보집중기관”이란 신용정보를 집중하여 관리·활용하는 자로서 제25조 제1항에 따라 금융위원회에 등록된 자를 말한다.
7. “신용정보제공·이용자”란 고객과의 금융거래 등 상거래를 위하여 본인의 영업과 관련하여 얻거나 만들어 낸 신용정보를 타인에게 제공하거나 타인으로부터 신용정보를 제공받아 본인의 영업에 이용하는 자와 그 밖에 이에 준하는 자로서 대통령령으로 정하는 자를 말한다.

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령 제2조 ③ 법 제2조 제7호에서 “대통령령으로 정하는 자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 「우체국예금·보험에 관한 법률」에 따른 체신관서
2. 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행중앙회
3. 「중소기업창업 지원법」에 따른 중소기업창업투자회사 및 중소기업창업투자조합
4. 「국채법」 및 「공사채등록법」에 따른 채권등록기관
5. 특별법에 따라 설립된 조합·공제조합·금고 및 그 중앙회·연합회
6. 특별법에 따라 설립된 공사·공단·은행·보증기금·보증재단 및 그 중앙회·연합회
7. 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제3조에 따른 감사인
8. 그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 자

위에서 살펴본 바와 같이 민사집행법상의 채무불이행자명부제도는 독일의 개시보증제도에서 유래된 것인바, 이에 대하여 살펴본다.

**【현행 독일 민사소송법 제915조 채무자명부(Schuldnerverzeichnis)】**

① 법원집행부는, 계류 중인 소송절차에서 민사소송법 제807조에 따라 명시보증을 한 자 또는 명시보증을 위반하여 동법 제901조에 따라 구금이 선고된 자의 명부를 작성한다. 이러한 명부에는 또한 조세법 제284조에 따라 또는 집행기관에다 명시보증을 했던 자 또한 등재될 수 있다. 구금의 집행은 구금이 6개월 지속되었을 때 명부에 기재된다. 기재된 자의 출생정보는 알려진 한에서 등재되어진다.

② 다른 지방법원의 사법집행자에게 명시보증을 했던 자는 그가 보증 시점에 해당 관할 구역에 주거를 가지고 있었던 그 법원의 명부에도 등록된다.

③ 채무자명부에 나타난 개인 정보는 강제집행의 목적으로만, 그리고 신용평가에 대한 법률상의 의무를 충족하기 위해, 공공 급부의 보장을 위한 요건을 심사하거나, 채무자의 지불의무 불이행으로 발생할 수 있는 경제적 불이익을 방지하기 위해 혹은 이것이 범죄수사를 위해 필요한 한에서 사용될 수 있다. 그러한 정보는 교부된 목적을 위해서만 사용될 수 있다. 민간분부에 교부되는 경우 이것에 대해 안내되어야 한다.

(1) 등록대상자

명부에 등록되는 자는, 민사소송법 제807조에 따라 명시보증(eidesstattliche Versicherung)<sup>9)</sup>을 한 자 또는 명시보증을 위반하여 동법 제901조에 따라 구

9) “eidesstattliche Versicherung”은 직역하면 “선서에 같은한 보증”이라고 해석된다. 국내 주석서에서는 아래와 같이 독일 민사소송법 제807조를 주로 개시보증(Offenbarungsversicherung)으로 칭하고 있다. 따라서 독일 입법례 조사 부분에서 ‘명시보증’은 ‘개시보증’과 같은 것으로 보면 될 것이다.

독일 민사소송법상의 개시보증(제807조)은 금전채권에 관한 강제집행에 있어 채권자가 집행에 착수하였으나 채권의 완전한 만족을 얻지 못하였거나, 집행에 착수하더라도 완전한 만족을 얻을 수 없음을 소명한 때에 채권자의 신청에 의하여 채무자가 법원에 출석하여 그 소유재산의 상세한 내역과 그 재산 중 일정 기간 내에 일정 범위의 친인척에게 양도처분한 내용을 기재한 재산목록을 제출하고 나아가 자기에게 요구된 진술이 성의를 다하여 정확·완전하게 하였음을 조서상에 ‘선서에 같은한 보증’(eidesstattliche Versicherung)을 하는 절차이다. 채무자가 선서에 같은

금이 선고된 자, 그리고 조세법 제284조에 따라 또는 행정집행청에다 명시보증을 했던 자이다(독일 민사소송법 제915조 제1항).

## (2) 등록사항

구체적인 등록사항은 민사소송법 제915h조 제1항 1호를 근거로 연방사법부가 발령하는 채무자명부에 관한 법규명령에서 정한다. 다만, 민사소송법 제915조 제1항 제4문은 출생정보가 기재될 수 있음을 명시하고 있다. 그러나 출생정보의 제공여부는 채무자의 자유의사에 달려 있다. 신원의 중요성 때문에 출생정보의 기재는 또한 사후보완이 가능하다.<sup>10)</sup>

## (3) 말소

기간의 경과로 등록은 말소된다. 즉 명시신청이 있었거나, 구금이 선고되었거나 6개월의 구금집행이 종료된 당해 연도의 종료 후 3년이 경과한 때, 등록은 직권 말소된다(민사소송법 제915a조 제1항). 다만, i) 명시보증신청의 기초가 된 채권의 변제가 입증된 경우, ii) 집행권원이나 구금명령이 취소된 경우와 같이 등록사유가 소멸되었고 그것이 사법집행부에 고지된 경우에, 등록은 직권으로 조기에 말소될 수 있다(동법 제915a조 제2항).

## (4) 정보제공 및 사용제한

### (가) 개별적 정보제공 및 사용제한

구법은 모든 사람에게 열람권을 인정하고 있었으나 이는 채무자보호를 위해 폐지되었다. 현행법은 채무자명부에 나타난 개인정보의 사용을 특정 목적으로만 제한하고 있다.

동법 제915조 제3항에 따르면, 채무자명부에 나타난 개인 정보는 i) 강제집행의 목적으로만, 그리고 ii) 신용평가에 대한 법률상의 의무를 충족하기

---

한 보증을 위한 기일에 출석하지 아니하거나 기일에 출석하였으나 재산목록의 제출을 거부하거나 이유없이 선서에 같은한 보증을 거부하는 때에는 채권자의 신청에 따라 채무자의 구금(또는 감치, Haft)할 수 있다(김종백, 재산명시제도와 채무불이행자명부, 민사집행에 관한 제문제(법원도서관, 1996) 266-268면, 이시윤, 주석 강제집행법(I), 468-471면 각 참조).

10) Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 28. Aufl., § 915, Rn. 3.

위해, iii) 공적 급여의 보장을 위한 요건을 심사하거나, iv) 채무자의 지불의 무 불이행으로 발생할 수 있는 경제적 불이익을 방지하기 위해 혹은 v) 범죄수사를 위해 필요한 한에서 사용될 수 있다(동법 제915조 제3항 제1문). 정보는 교부된 목적을 위해서만 사용될 수 있다(동 조항 제2문).<sup>11)</sup> 민간부문에 교부하는 경우 그것에 대해 안내되어야 한다(동 조항 제3문).

제915조에서 규정한 정보의 사용제한은 내용과 형식을 불문하고, 출생정보나 주소와 같은 개인정보에 한정하고 있기 때문에, 재산명시보증에 관한 정보 및 구금내용과 같이 인적정보와 무관한 정보의 사용도 제한되는지 여부는 별도의 규정들로 판단되어야 한다. 동법 제915b조 제1항에 따르면 소재지의 법원사무관은 신청이 있으면, 동법 제915조 제3항에 열거된 목적으로 정보가 필요하다는 것이 설명된 경우에, 채무자명부에 기재된 정보를 제공한다(제915b조 제1항 제1문). 이 때 등록여부는 물론, 동 조항 제2문 및 제2항에 따라 등록말소가 의제되는 날짜에 대한 정보도 함께 제공될 수 있다. 등록은 명시보증의 이행, 구금명령 또는 6개월의 구금집행이 종료된 날로부터 3년이 경과한 때 말소된 것으로 간주되므로, 해당 기간이 경과한 후 정보제공의 신청이 있는 경우에는 등본이 여전히 존재하여도 말소되었음을 알려주어야 한다.

#### (나) 주기적인 등본의 교부 및 정보보호

위에서 언급한 개별적인 정보제공 외에 독일민사소송법은 특정 신청자 그리고 단체에게, 동법 제915조 제3항에서 언급한 정보제공 필요성에 대한 개별적인 입증 없이도 주기적으로 정보를 제공받을 수 있는 가능성을 규정하고 있다.<sup>12)</sup>

#### 1) 요건

i) 상공회의소 및 하나의 직업을 가진 구성원들이 법률에 따라 조직한 공법인(협회), ii) 연방 또는 지역 채무자명부의 작성과 기재를 위해 등본을

11) 나아가 연방정보보호법규정도 준수되어야 한다. 동법 제9조는, 인권권의 침해로부터 관련자를 보호하기 위한, 특히 자격없는 자의 열람으로부터 정보를 보호하는 것과 관련된 필요한 기술적, 조직적 조치를 취할 의무를 부과하고 있다.

12) 이에 대해서는 채무자보호를 위해 열람권이 일반인에게도 광범위하게 인정되던 구법을 폐지하고 정보사용의 한계를 정한 법률개정의 취지를 무색하게 만든다는 비판이 있다. Voit, in: Musielak ZPO 7. Aufl. 2009, § 915d Rn. 1. 참조.

사용하고자 하는 자, iii) 제915b조에 따른 정보제공 신청이나 앞의 ii)에 따른 신청 또는 리스트의 제공을 통해서는 정당한 이해관계가 충분히 고려될 수 없는 자(민사소송법 제915e조 제1항)는 채무자명부의 등본을 신청할 수 있다.

위에서 열거된 자들의 신청이 있으면 채무자명부의 등본은 i) 주기적인 제공의 형태로 또는 ii) 컴퓨터로 판독할 수 있는 형태로 교부될 수 있다(제915d조 제1항 제1문). 주기적인 형태로 등본을 제공할지 여부는 지방법원장이 결정한다. 컴퓨터로 판독할 수 있는 형태로의 전송 시 주의 법원행정처에 의해 결정된 정보제공규정이 적용된다(제2문).

이러한 유형의 정보제공에 대해 이해관계가 있는 경우에도, 제915b조에 따른 개별적 정보제공과 동일한 범위의 정보들만을 요구할 수 있다. 제공받는 자는 자유로이 등본제공의 지속여부를 결정할 수 있다. 협회 외의 신청자와 관련하여 민간부문의 경우에는 연방개인정보보호법 제38조가 적용되며, 감독청은 이러한 개인정보의 수집 및 사용을 감시할 수도 있고, 정보보호 관련 규정을 위반하였다는 충분한 근거가 없더라도 이를 심사할 수 있다(제915e조 제4항).

## 2) 제3자 제공 및 정보보호

등본은 원칙적으로 비공개적으로 다루어져야 하며 제3자가 접근가능하도록 하여서는 안 된다(제915d조 제2항). 단, 협회의 경우에는 제915e조 제2항 제4문에 따라 그들의 회원 또는 다른 협회의 회원들에게 정보를 제공할 수 있다. 이는 일반 규정인 제915조 제3항의 요건을 충족하는 범위 내에서만 가능하며 말소의제기간(제915b조 제2항) 내에서만 허용된다. 협회 이외의 신청권자들은 그것이 적법한 활동에 속하는 한, 제3자에게 정보를 제공할 수 있다(제915e조 제2항). 그러한 정보들은 자동화된 시스템으로 제공될 수도 있는데, 이는 관계자의 보호할 만한 이익을 고려할 때 정보전달의 횡수 또는 특별한 긴급성으로 인하여 그러한 형태의 정보제공이 적정한 경우에만 인정된다(제915e조 제2항).

주기적 제공이 종결된 후에 등본은 지체 없이 폐기되어야 한다. 컴퓨터로 판독할 수 있는 형태로 저장된 정보들은 삭제되어야 한다. 해당 정보가 저장

여부와 무관하게 여전히 제공되고 있다 할지라도 해당 정보는 더 이상 활용되어서는 안 된다(제915d조 제3항).

(다) 리스트의 제공 및 정보보호

등본을 주기적으로 제공받을 수 있는 협회는 그 등본을 리스트로 만들 수 있으며 이를 제3자에게 위임할 수 있다. 제3자에 의한 위임사무의 수행에 대해서는 협회가 감독할 의무가 있다(제915e조 제3항).<sup>13)</sup> 작성된 리스트는 신청이 있으면 협회 회원들에게 주기적으로 제공될 수 있다(제915f조 제1항). 등본을 제공하는 경우와는 달리 협회 회원 외에 다른 협회의 회원에게 리스트를 제공하는 것은 허가되지 아니한다. 리스트의 제공에 대해서는 승인을 요하지 아니하나, 협회는 등본의 제공에 대해 승인이 거절되었을 가능성이 있는 경우에 비추어 리스트의 제공으로부터 배제시킬 의무가 있다.

리스트를 제공받은 자는 정보를 비공개적으로 다루어야 할 의무가 있다(제915f조 제2항 및 제915d조 제2항). 그는 법률상 또는 계약상 이해관계를 인지하고 있는 자에게만 해당 정보를 제공할 수 있다(제3항). 정보제공 시에는 물론 제915조 제3항에서 정한 목적에 구속되며 제915b조에 따른 말소의 제규정을 준수하여야 한다. 새로운 리스트로 대체되면 기존의 리스트는 지체 없이 폐기되어야 한다. 협회 회원이 리스트 제공을 중단하면 해당 리스트는 폐기되어야 하며, 기재된 정보는 더 이상 활용되어서는 안 된다. 리스트를 제공받은 자와 그로부터 정보를 제공받은 자는 민사소송법 규정을 넘어 연방정보보호법 제38조에 따라 더 광범위한 통제에 놓이게 된다.

## 나. 미국

미국의 민사집행 절차에서는 우리 민사집행법상의 채무불이행자명부제도와 같이 채무불이행자를 명부에 등재하고 이를 일반인이 열람하게 하는 절차를 찾아볼 수 없다. 다만, 채무불이행 사실을 일반인 또는 금융기관에 알리는 제도가 있는데 이를 간단히 소개하면 다음과 같다. 미국에서 신용 카드의 이용 등 금전 거래를 하게 되면 신용(credit)이 쌓이게 되며 금전 채무의 이행 여부 등은 신용점수 산정의 근거가 되는 credit history에 기록이 된다.

13) 그러나 위임과 관련하여서는 정보보호법적 관점에서 의심의 여지가 있다. 이에 대해서는 Voit, in: Musielak ZPO 7. Aufl. 2009, § 915e Rn. 5. 참조.



신용평가회사(credit bureau) 등의 소비자보고기관(consumer reporting agency)은 필요한 경우 소비자의 신용을 상대방에게 알리게 되는데 이러한 신용 보고는 the Fair Credit Reporting Act (FCRA)에 의한 규제를 받는다. 이 법의 주요 내용은 다음과 같다.

(1) 보고되는 내용

소비자보고기관은 요청 시 소비자 보고서(consumer report)를 제출한다. 소비자 보고서는 개인적인 용도나 가정 경제를 위한 신용 거래 및 보험 가입 또는 고용을 위한 목적 등을 위하여 수집된 소비자의 신용 상태, 신용 능력, 일반적인 평판, 성격, 생활양식 등의 내용으로 구성된다.

(2) 신용 보고가 가능한 경우

각종 신용 정보를 담고 있는 소비자 신용 보고서는 법에서 인정하는 몇 가지 경우에만 허용이 되는데, 신용 거래, 고용, 보험 가입, 사업상 거래 등이 이에 해당한다. 즉, 이러한 제한된 목적을 위하여 이와 관련된 제한된 사람 혹은 기관이 소비자의 신용 정보를 볼 수 있다.<sup>14)</sup>

다. 일본

일본의 경우 채무불이행자명부제도는 없고, 우리 민사집행법상의 재산명시제도와 유사한 재산공개절차를 두고 있다.

3. 이 사건 법률조항의 위헌여부

가. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 채무자의 이름, 주소, 주민등록번호, 집행권원과 불이행한 채무액 및 그 등재 사유와 날짜를 기재한(민사집행규칙 제32조 제2항) 채무불이행자명부를 누구든지 열람·복사할 수 있도록 하는 것이고, 청구인

14) 특별히 자신의 신용 공개를 허락하지 않는 이상, 신용 보고 기관이 자신의 금전채무 이행 무능력 상태나 채무불이행 사실을 공표하는 것은 명예훼손이 될 수 있다 Rudawsky v. Northwestern Jobbers' Credit Bureau, 183 Minn. 21 (1931); Petition of Retailers Commercial Agency, Inc., 342 Mass. 515 (1961).

들은 헌법 제10조 인간의 존엄 및 행복추구권, 제17조 사생활의 비밀보장권의 침해를 주장하고 있다.

채무불이행자명부에 기재된 채무자의 이름, 주소, 주민등록번호 및 집행권원과 불이행한 채무액 및 그 등재 사유와 날짜는 채무자 개인에 관한 정보로서 개인의 명예와 관련되어 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보라고 할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항과 가장 밀접하게 관련을 맺고 있는 기본권은 개인정보자기결정권이라 할 것이다.<sup>15)16)</sup>

15) 헌법재판소가 개인정보자기결정권이 제한되는 경우로 본 사례는 다음과 같다.

①주민등록법령상 지문을 날인하도록 한 부분과 경찰청장이 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668), ②교육감 등이 졸업생의 성명, 생년월일 및 졸업일자 정보를 교육정보시스템(NEIS)에 보유하는 행위(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81), ③연말정산 간소화를 위하여 의료기관에게 환자들의 의료비 내역에 관한 정보를 국제청에 제출하는 의무를 부과하고 있는 것(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401, 판례집 20-2상, 1115), ④국민건강보험공단이 구축한 자격관리 프로그램 등을 통해 수급자의 진료정보를 의료급여기관으로 하여금 국민건강보험공단으로 전송하게 하는 것(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092, 공보 156, 1792), ⑤혐의없음의 불기소처분에 관한 수사경력자료를 혐의범죄의 법정형에 따라 일정 기간 보존하는 것(헌재 2009. 10. 29. 2008헌마257)

16) 청소년 성매수자 신상공개의 경우 헌법재판소는 『신상공개제도는 국가가 개인의 신상에 관한 사항 및 청소년의 성매수 등에 관한 범죄의 내용을 대중에게 공개함으로써 개인의 일반적 인격권을 제한하며, 한편 사생활의 비밀에 해당하는 사항을 국가가 일방적으로 공개하는 것이므로 이는 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유를 제한하는 것이라 할 것이다.』라고 판시하였다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 642).

한편, 위 사건에서 4인의 위헌의견은 제한되는 기본권에 대하여 『……그런데 국가가 범죄사실과 같이 개인에 대한 사회적 평가에 중대한 영향을 미치는 정보자료를 함부로 일반에 공개할 경우, 그 개인의 긍정적인 면을 포함한 총체적인 인격이 묘사되는 것이 아니라 단지 부정적인 측면만이 세상에 크게 부각됨으로써 장차 그가 사회와 접촉·교류하며 자신의 인격을 자유롭게 발현하는 것을 심대하게 저해할 수 있다. 그러므로 사회활동을 통한 개인의 자유로운 인격발현을 위해서는, 타인의 눈에 비치는 자신의 모습을 형성하는 데 있어 결정적인 인자가 될 수 있는 각종 정보자료에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리, 다시 말하여 사회적 인격상에 관한 자기결정권이 보장되어야 하고, 국가는 이를 최대한 보장할 책무가 있다. 그러나 이 사건 신상공개제도는 본인이 밝히기를 꺼리는 치부를 세상에 공개하여 위와 같은 사회적 인격상에 관한 자기결정권을 현저하게 제한함으로써 범죄인의 인격권이 중대한 훼손을 초래한다고 볼 것이다.』라고 판시하였다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 650-651).

참고로, 개인정보자기결정권의 근거를 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치 및 후단의 행복추구권에서 도출되는 일반적 인격권으로 보는 학설은 일반적 인

청구인들이 주장하는 인간의 존엄 및 행복추구권, 사생활의 비밀보장권은 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 관련되어 있다고 할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다룰 필요는 없다고 보인다(헌재 2005. 5.26. 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 684 참조; 헌재 2009. 10. 29, 2008헌마257).

## 나. 개인정보자기결정권의 의의와 헌법적 근거

### (1) 의의

『개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정

---

격권을 자기결정권, 자기유지권, 자기표현권으로 나누면서 개인정보자기결정권을 자기표현권에 포함시키는 견해(정태호, “개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰”, 헌법논총 제14집, 2003, 428-431면 참조)와, 일반적 인격권을 사생활보호권과 사회적 인격상결정권으로 나누면서 개인정보자기결정권을 후자에 포함시키는 견해(한수웅, “헌법상의 인격권”, 헌법논총 제13집, 2002, 641-646면 참조)로 나뉜다.

아울러, 헌법재판소가 개인정보자기결정권을 최초로 판시한 것은 위 신상공개 사건 후인 2005. 5. 26. 선고된 99헌마513등 사건이다.

이상을 종합해 보면, 신상공개 사건에서 제한되는 기본권으로 판시한 일반적 인격권 내지 사회적 인격상에 대한 자기결정권은 개인정보자기결정권을 의미하거나 이를 포함하는 개념이라고 생각되고, 개인정보자기결정권이 보다 구체화된 기본권이라고 할 것이므로 이 사건에서는 제한되는 기본권을 개인정보자기결정권으로 봄이 상당하다고 생각된다.

참고로, 독일연방헌법재판소는 파산개시와 관련된 채무자명부제도에 관한 헌법소원 사건에서 이 제도로 인해 제한되는 기본권은 개인정보의 누설과 사용에 대해 원칙적으로 스스로 결정할 개인의 권한을 그 내용으로 하는 ‘정보에 대한 자기결정권’이라고 하였다(BVerfG 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 25.07.1988 - 1 BvR 109/85).

보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.』(헌재 2005. 5.26. 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 682; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90-91 등)

(2) 헌법적 근거

개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관해서는 헌법재판소의 두 가지 판시가 공존하고 있다.<sup>17)</sup>

(가) 헌법 제10조 및 제17조를 근거로 한다는 판시

『개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다.』(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092, 공보156, 1792, 1801; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401, 판례집 20-2상, 1115, 1136; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90 참조).

(나) 제10조, 제17조, 헌법원리 등을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라는 판시

『개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.』(헌재 2009. 10. 29,

17) 학설은 ①제17조의 사생활의 비밀과 자유에서 찾는 견해, ②제10조의 인간의 존엄에서 찾는 견해, ③제17조와 제10조의 양자에서 찾는 견해, ④헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권으로 보는 견해가 있다.

2008헌마257; 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 683)

### 다. 심사기준

헌법재판소는 개인정보자기결정권의 침해여부가 문제된 사례에서 모두 과잉금지 원칙에 의한 심사를 하고 있고, 이는 타당하다고 생각되는바 이 사건에서도 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 하여 살펴본다.

### 라. 개인정보자기결정권의 침해여부

#### (1) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

채무불이행자명부를 누구나 열람·복사할 수 있도록 한 것은 불성실한 채무자로 하여금 이 명부에 등재됨으로 인하여 받게 될 명예, 신용의 훼손 등의 불이익을 피하기 위하여 채무의 자진이행 또는 명시명령의 충실한 이행에 노력하도록 하는 등 간접강제의 효과를 거둬와 동시에, 일반인으로 하여금 거래 상대방에 대한 신용조사를 쉽게 하여 거래의 안전을 도모하려는데 그 목적이 있는바, 이러한 입법목적은 정당하다. 또한, 채무불이행자명부를 일반인에게 열람·복사할 수 있도록 하는 것이 그 의도대로 채무이행의 간접강제 및 거래의 안전 도모에 기여한다고 인정할 수 있으므로 방법의 적절성도 인정된다.<sup>18)</sup>

---

18) 참고로 파산개시와 관련된 채무자명부제도에 관한 독일연방헌법재판소의 결정에서 동 재판소는 채무자명부제도에 대하여 다음과 같이 거래상대방 보호 기능을 인정하였다(BVerfG 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 25.07.1988 - 1 BvR 109/85).

「우선 채무자명부예의 등록은 앞으로 거래가 예상되는 거래상대방 및 채권자의 정보이익에 기여한다. 그 외에도 명부예의 등록은 재산이 부족하여 기각될 수밖에 없음에도 불구하고 과도하게 파산개시신청이 제기되는 것을 사전에 저지하는 효과가 있다. 나아가 명부예 등록되는 과정에서 채무자의 지불불능상태와 재산상태가 심사됨으로써 채무자명부는 거래관계에서 신뢰할 수 없는 채무자에 대해 사전에 경고하는 기능을 하고 건전한 거래를 보호하는 기능을 하게 된다.

채무자명부는 개별 신용조직이나 채권자의 사적이익에만 기여하는 것이 아니라, 기업 및 개인의 거래정보에 대한 수요를 충족시킴으로서 거시적으로는 국민경제의 발전에 있어 과오를 줄이고 경제범죄를 막는 데에 기여하게 된다. 시장 내에서 합목적적이며 법적으로 정비된 정보를 유통시키는 것은 결과적으로 모든 시장참가자의 보호 그리고 나아가 사익보다 우선하는 공익에 기여하는 것이다.

채무자명부의 보호 및 경고기능은, 등록의 근거가 된 채무가 변제된 경우에도 여전히 의미를 갖는다. 새로운 거래관계를 맺고자 하는 경우, 예상되는 거래당사자나

## (2) 침해의 최소성 및 법익균형성

### (가) 합헌론

위헌론은 채무불이행자명부를 누구든지 열람·복사할 수 있도록 하는 것은 위헌이라고 하면서 열람·복사 신청의 주체나 사유를 제한해야 한다고 주장한다. 그러나 위헌론과 같이 명부의 열람 등을 채무자와 적어도 경제활동을 하고자 하거나 거래관계를 형성하려는 단계까지 나아간 자들로 제한하여 이 정도의 소명을 한 자에게 명부의 열람 등을 허용한다 하더라도 이로써 명부의 열람에 신중을 기할 수 있을지 그 실효성이 매우 의심스럽다. 왜냐하면 위헌론이 제시한 위 예를 포함하여 채무불이행자명부를 열람하고자 하는 자는 대부분 이미 채무자와 계약을 체결하는 등 거래관계를 형성한 자가 아니라 사전에 채무자의 신용상태를 조사하여 거래관계를 맺을 것인지 여부를 결정하고자 하는 자들일 것이므로 위와 같은 소명은 결국 그 잠재적 거래의사의 확인에 불과하게 되어 사실상으로는 아무런 제한을 두고 있지 아니한 현재와 별다른 차이가 없게 될 것이기 때문이다.

또한 채무불이행자명부제도는 채무자가 채무를 임의이행하지 아니한 경우 또는 재산명시의무를 위반한 경우에 채무불이행자명부라는 일종의 블랙리스트에 그 사실을 등재한 후 이를 법원과 채무자의 주소지 행정관서에 비치하고 일반인에게 그 열람과 복사를 허용함으로써, 불성실한 채무자로 하여금 이 명부에 등재됨으로 인하여 받게 될 명예, 신용의 훼손 등의 불이익을 피하기 위하여 채무의 자진이행 또는 명시명령의 충실한 이행에 노력하도록 하는 등 간접강제의 효과를 거둬주고 동시에, 일반인으로 하여금 거래 상대방에 대한 신용조사를 쉽게 하여 거래의 안전을 도모하려는 제도인바, 명부의 열람은 반드시 필요하고, 복사는 열람에 수반되는 것에 불과할 뿐 이미 열람된 정보를 복사한다고 하여 이로 인해 채무자의 개인정보자기결정권이 새로이 침해된다고 보기 어렵다. 복사 부분에 대하여 위헌론에서 제기하는 우려 즉, 채무불이행자명부에의 등재가 말소된다 하더라도 채무자로서는 기왕에

---

채무자의 신용도나 신뢰도를 평가함에 있어서 당장의 지불가능성만이 중요한 것이 아니다. 오히려 파악 가능한 범위 내에서 근접한 과거에 채무자의 재정적 상태나 거래의 양상이 어떠하였는지가 더 시사하는 바가 클 수 있다. 따라서 채무자를 상대로 한 파산개시신청이 재산부족으로 기각되었다는 정보는, 지불불능상태가 당장 개선되었다 할지라도 신용도 평가를 위해서는 여전히 중요하다.」

복사된 등본을 없앨 길이 없어 그 명예 및 신용이 회복 불가능할 정도로 훼손될 우려가 있고 그로써 채무불이행자명부에의 등재말소를 유명무실하게 만들 가능성이 있다는 점은 이미 민사집행법 제72조 제5항에서 ‘채무불이행자명부는 인쇄물 등으로 공표되어서는 아니된다.’고 규정하고 있고, 필요한 경우 사안에 따라서 형법상 명예훼손죄, 신용훼손죄, 업무방해죄<sup>19)</sup> 등으로 처벌할 수 있으므로 그 위험성이 크지 않다고 하겠다.

따라서 이 사건 법률조항은 그 입법취지를 달성하기 위해 필요한 정도를 넘어 채무자의 개인정보자기결정권을 침해하고 있다고 보이지 아니한다.

한편, 채무불이행자명부에의 등재는 금전의 지급을 명한 집행권원이 확정된 후 또는 집행권원을 작성한 후 6월 이내에 채무를 이행하지 아니하는 경우, 또는 정당한 사유 없이 명시기일에 불출석하거나, 재산목록 제출 또는 선서를 거부하거나, 거짓의 재산목록을 낸 경우에 채권자의 등재신청에 대하여 법원이 신청에 정당한 사유가 있다고 인정하여 등재결정을 함으로써 이루어진다(민사집행법 제70조 제1항, 제71조 제1항). 등재신청에 정당한 이유가 없거나 쉽게 강제집행할 수 있다고 인정할 만한 명백한 사유가 있는 때에는 신청을 기각하도록 하고 있다(같은 법 제71조 제2항). 그렇다면 채무불이행자명부에 등재되는 경우는 채무이행과 관련하여 채무자의 불성실함이 인정되어 그 명예와 신용에 타격을 가할 필요성<sup>20)</sup>이 인정되는 경우라고 할 것이므로 채무불이행자명부에 등재되는 채무자의 이름, 주소, 주민등록번호, 집행권원과 불이행한 채무액 및 등재 사유와 날짜 등 채무자의 개인정보를 보호할 사익보다는 이 사건 법률조항이 추구하는 채무이행의 간접강제 및 거래의 안전도모라는 공익이 더 크다고 할 것이다.

19) 형법 제307조 (명예훼손) ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제313조 (신용훼손) 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제314조 (업무방해) ①제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

20) 채무불이행자명부제도를 신설하는 내용의 민사소송법중개정법률안에 대한 법제사법위원회의 심사보고서에는 ‘불성실한 채무자의 명예와 신용에 타격을 줌으로써 간접적으로 채무의 이행을 강제하기 위하여’ 등 제도를 도입한다고 되어 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 최소침해성의 원칙 및 법익균형성의 원칙에도 반하지 아니한다.

(나) 위헌론

이 사건 법률조항의 입법목적은 채무자에게 채무이행을 간접강제하고, 일반인으로 하여금 거래 상대방에 대한 신용조사를 쉽게 하여 거래의 안전을 도모하려는 데 있다. 그런데 채무자와 아무런 관련이 없는 제3자가 명부의 열람을 통해 채무자의 채무불이행 사실을 아는 것은 그 개연성이 현저히 낮을 뿐만 아니라 채무자의 관념상의 내지는 추상적 명예훼손에 불과하여 간접강제의 효과가 크다고 보기 어렵다. 오히려 채무자의 채무불이행 사실이 알려지는 것이 간접강제의 효과를 나타내는 것은 채무자가 경제활동 내지 거래관계 형성 상황에 직면한 때라고 할 것인데 이 단계에서는 이미 채무자의 거래상대방이 어느 정도 특정되므로 이들에게만 명부의 열람·복사를 가능하게 하더라도 모든 사람에게 열람·복사를 가능하게 하는 경우에 비해 입법목적의 달성에 부족함이 없을 것이다.

한편, 열람·복사자의 입장에서 보더라도 채무자와 아무런 관계가 없는 자가 명부의 열람·복사를 하고자 하는 경우는 상정하기 어렵고 실제로 이러한 경우가 있다 하더라도 이를 허용할 필요성을 찾기 어렵다. 통상 채무자의 신용상태에 관심을 가지게 되는 경우는 채무자와 적어도 경제활동을 하고자 하거나 거래관계를 형성하려는 단계까지는 간 경우일 것이므로 이 정도의 소명을 한 자에게 명부의 열람·복사를 허용하더라도 거래의 안전도모라는 입법목적의 달성을 할 수 있을 것으로 생각된다. 따라서 이 사건 법률조항이 열람·복사 신청의 주체에 아무런 제한을 두지 아니하고 누구나 이를 열람·복사할 가능성을 열어 둔 것은 최소침해성의 원칙에 반하고, 추구하는 공익에 비해 채무자의 개인정보자기결정권이 침해될 위험이 더 크다고 할 것이어서 법익균형성의 원칙에도 반한다고 할 것이다.

참고로 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 민사소송법이 채무불이행자명부제도를 도입할 당시 모델로 삼은 독일 민사소송법은 이 사건 법률조항과 마찬가지로 채무자명부를 열람할 수 있는 자에 제한을 두지 아니하였는데, 1994년 7월 15일 “채무자명부에 관한 규정의 개정을 위한 법률”을 통해 “정보의 제



공은 신청에 따라 이루어지며 정보제공 요청은 특정 목적에 구속되므로 상당한 이해관계 없는 자가 목적 없이 정보제공을 요청하는 것은 금지되며 나아가 제공받은 정보는 사용금지 규정의 적용을 받도록 개정되었다.<sup>21)</sup>

#### 4. 결정의 의의

이 사건은 인용의견이 다수이긴 하나 헌법소원에 관한 인용결정에 필요한 정족수 6인에 미달하여 기각결정이 선고된 사건으로, 개인정보 공개에 있어 공익과 사익의 균형을 모색할 때 참고가 될 수 있는 사건이라고 하겠다.

21) 독일 민사소송법상 채무자명부에 관한 규정의 개정취지를 살펴보면 다음과 같다 (개정법의 의의에 관하여는 Lappe, Das neue Schuldnerverzeichnis, NJW 1994, Heft 47, S. 3067 참조).

독일 민사소송법상 채무자명부(Schuldnerverzeichnis)에 관한 규정(제915조 이하)은 1994년 7월 15일 “채무자명부에 관한 규정의 개정을 위한 법률”을 통해 개정되었다(BGBl I, 1566). 그 이전까지 관련규정은 모든 사람에게 정보를 제공하고 열람권을 보장하였으며 채무자명부는 항상 공개되도록 정하고 있었고, 우리나라 현행법은 이를 그대로 수용하고 있었다. 그러나 그 사이 독일 민사소송법은 개정법률을 통해 정보의 제공은 신청에 따라 이루어지며 정보제공요청은 특정목적에 구속되므로, 상당한 이해관계 없는 자가 목적 없이 정보제공을 요청하는 것은 금지되며 나아가 제공받은 정보는 사용금지규정의 적용을 받도록 변경되었다. 상당한 이해관계를 가지고 있는지 여부는 신청인이 법원의 사법집행부에 정보제공신청과 함께 이를 설명하여야 한다. 정보제공의 필요성에 대해서는 법원서기관이 이를 심사하도록 하고 있다. 이 외에도 개정법은 제공된 정보를 비공개적으로 다루어야 할 법률상의 의무를 명시하고 있으며, 말소규정을 상세히 규율하고, 협회 등에 제공된 등본의 사용제한 및 협회로부터 리스트를 제공 받는 자에 대한 정보사용제한 등을 통하여 정보의 오남용을 방지할 수 있도록 하고 있다.

개정법은 채무자명부 그 자체, 명부의 내용 및 그 범위는 변경 없이 그대로 두었다. 채무자명부제도는 장래의 거래상대방이나 채권자들을 보호하고 그들에게 채무자와의 상거래에 대해 경고하는 기능을 하고 있다. 따라서 채무자의 정보보호권(Datenschutzrecht) 및 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항으로부터 도출되는 정보에 대한 자기결정권은 이러한 공익적 차원에서, 비례성원칙 및 규범명확성에 반하지 아니하는 한 법률에 의해 제한되어질 수 있고, 개인은 이러한 제한을 수인하여야 할 것이다. 그러나 구 민사소송법 제915조는 채무자명부를 항상 공개하고 모든 사람에게, 즉 상당한 이해관계가 없는 사람들에게까지 정보를 제공하며 열람권을 보장하고 있어, 비례성원칙에 반하며 규범명확성에도 반한다. 이러한 범위 내에서 정보에 대한 자기결정권은 채무자명부제도의 거래보호 및 경고기능보다 더 우선적으로 보호되어야 한다 따라서 개정법은 채무자명부상의 정보를 제공할 때 신청에 따라 제공되어야 함은 물론, 법문에 열거된 목적을 위해 정보가 필요하다는 것을 설명한 경우에만 정보를 제공하도록 제한하고 있으며, 나아가 등록 말소 및 말소의 제 시 말소의 효력이 명부 그 자체 뿐 아니라 제3자에게 제공된 등본 및 리스트에도 미치도록 하여 채무자보호를 보다 더 강화하고 있다.



## 군인연금법 제23조 제1항 위헌소원

(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473)

황치연\*

### 【판시사항】

1. 공무원 질병 또는 부상으로 '퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인'에 대해서 상이연금 지급에 관한 규정을 두지 아니한 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제23조 제1항이 평등의 원칙에 위배되어 헌법에 위반되는지 여부(적극)

2. 법적 공백상태와 부작용, 입법재량권 등을 고려하여 단순위헌으로 선언하지 않고 헌법불합치 결정을 선고하되 잠정적으로 계속 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제23조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제23조(상이연금)  
① 군인이 공무원 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때에는 그때부터 사망할 때까지 다음의 구분에 따라 상이연금을 지급한다.

1. 제1급은 보수월액의 100분의 80에 상당하는 금액
2. 제2급은 보수월액의 100분의 75에 상당하는 금액
3. 제3급은 보수월액의 100분의 70에 상당하는 금액
4. 제4급은 보수월액의 100분의 65에 상당하는 금액
5. 제5급은 보수월액의 100분의 60에 상당하는 금액

\* 헌법연구관, 헌법재판연구원 교육팀장

- 6. 제6급은 보수월액의 100분의 55에 상당하는 금액
- 7. 제7급은 보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액

**【사건의 개요】**

청구인은 1999. 1.경 해병으로 입대하여 복무 중 선배 부사관들의 가혹행위로 외상후성 정신장애(Post-Traumatic Stress Disorder)를 입고, 2003. 1.경 만기 전역한 이후 그 증세가 더욱 악화되었다.

해군본부 전공상심사위원회는 국가인권위원회의 전공상 판정 권고 결정에 따라 2005. 11. 24. 청구인에 대하여 ‘군복무시 구타를 당한 사실이 있고, 정신과적 증상이 제대 직후부터 나타났으며, 위와 같은 상병이 유전적·생물학적으로 요인보다 환경적 요인이 강하게 작용하는 질환인 점을 고려할 때, 청구인의 위 상병이 공상으로 인정된다.’고 의결하였고, 서울지방보훈청장은 2006. 3. 30. 청구인을 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’(이하 ‘국가유공자법’이라 한다) 제4조 제1항 제6호 소정의 국가유공자(공상군경)로 결정하였다.

청구인은 국방부장관에게 상이연금의 지급을 청구하였으나, 2007. 2. 23. ‘군복무 중 폐질이 발생하였음을 인정할 증거가 없어 군인연금법 제23조 제1항 소정의 상이연금의 지급요건인 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때에 해당하지 않는다.’는 이유로 거부되었다.

이에 청구인은 위 거부처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나 ‘퇴직 당시 외상후성 정신장애로 폐질상태에 있었다고 보기 어렵다.’는 이유로 기각되었고(서울행정법원 2008구합907호), 항소 제기 후 그 소송이 계속 중이던 2008. 7. 30. 군인연금법(2000. 12. 30. 법률 제6327호로 개정된 것) 제23조 제1항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였다가 2008. 9. 24. 모두 기각되자(서울고등법원 2008누11732, 2008아206), 2008. 10. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

**【결정요지】**

1. 공무상 질병 또는 부상으로 ‘퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인’에 대해서 상이연금 지급에 관한 규정을 두지 아니한 이 사건 법률조항은, 군인

과 본질적인 차이가 없는 일반 공무원의 경우에는 퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 경우에도 장해급여수급권이 인정되고 있는 것과 달리, 군인과 일반 공무원을 차별취급하고 있고, 또 폐질상태의 확정이 퇴직 이전에 이루어진 군인과 그 이후에 이루어진 군인을 차별취급하고 있는데, 군인이나 일반 공무원이 공직 수행 중 얻은 질병으로 퇴직 이후 폐질상태가 확정된 것이라면 그 질병이 퇴직 이후의 생활에 미치는 정도나 사회보장의 필요성 등의 측면에서 차이가 없을 뿐만 아니라 폐질상태가 확정되는 시기는 근무환경이나 질병의 특수성 등 우연한 사정에 의해 좌우될 수 있다는 점에서 볼 때, 위와 같은 차별취급은 합리적인 이유가 없어 정당화되기 어려우므로 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

2. 이 사건 법률조항을 단순위헌으로 선언하여 즉시 그 효력을 상실하게 하는 경우에는 법적 공백 상태와 부작용이 초래될 우려가 있는 점, 상이연금수급권의 요건 및 수준을 결정하는 것은 종국적으로 군인연금 기금의 재정 상태와 수급 구조, 경제 상황 등을 고려하여 입법자가 결정해야 할 사항인 점을 고려하여, 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되, 개선입법의 시한을 정하고 그 때까지 잠정적으로 계속 적용을 명하기로 한다.

### 재판관 조대현의 별개의견

이 사건 법률조항이 군인에 대해 공무상 질병이나 부상으로 인한 폐질상태가 퇴직 후에 생긴 때에는 상이연금을 지급하지 아니하는 것은, 일반 공무원의 경우에 비하여 불리하게 군인을 차별하고 있고, 그 차별의 합리적인 이유도 찾아보기 어렵다. 또 군인이 폐질상태로 되기 전에 퇴직하였는지 또는 폐질상태로 된 후에 퇴직하였는지에 따라 상이연금의 지급 여부를 차별하는 것도 합리적이라고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다.

다만, 이 사건 법률조항이 현재 규정하고 있는 내용은 헌법에 위반된다고 볼 수 없고 이 사건 심판대상도 아니므로, 이에 대하여 위헌이나 헌법불합치를 선언해서는 안 되고, 이 사건 법률조항이 군인이 공무상 질병 또는 부상

으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 입법부작위에 대해서만 위헌을 선언하여야 한다.

## 【해설】

### 1. 상이연금수급권의 법적 성격 및 기본권 보장의 한계

#### (1) 법적 성격

군인연금제도는 군인이 상당 기간 성실히 복무하고 퇴직하거나 심신의 장애로 인하여 퇴직 또는 사망한 때 또는 공무상의 질병·부상으로 요양하는 때에 본인이나 그 유족에게 적절한 급여를 지급함으로써 본인 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 마련된 것으로서(군인연금법 제1조), 위와 같은 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임 아래 군인의 생활안정을 도모하는 공적인 사회보험제도의 일종이며, 군인연금법상의 상이연금수급권은 공무원연금법상의 장애급여수급권과 마찬가지로 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지고, 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정한 헌법 제34조 제1항 및 제2항으로부터 도출되는 사회적 기본권 중의 하나인 사회보장수급권으로서의 성격을 가짐과 동시에 공보보상으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1, 판례집 21-2 상, 18, 27-28; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 등 참조).<sup>1)</sup>

1) 다만, 상이연금수급권이 사회보장수급권적 성격 이외에도 재산권적 성격을 가지는데 대해서 논란의 여지가 있을 수 있다. 즉, 공법상의 권리인 사회보험수급권이 재산권적인 성질을 가지기 위해서는, 일반적으로 ① 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위해 이용 가능해야 하고(사적 유용성), ② 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기 기여), ③ 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다(생존보장에 기여)고 설명되고 있는데(헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20등, 공보 미계제), 상이연금의 경우에도 설령 전역 군인이 그 비용을 직접 부담하지 않는다고 하더라도 일단 그 연금수급권이 발생한 경우라면 재산권으로서 권리행사가 가능하고, 그 연금은 퇴직 군인 자신의 특별한 희생에 의하여 획득된 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라 퇴직 이후의 생존의 보장에도 기여하고 있으므로, 이 경우에는 상이연금수급권 역시 재산권적 성격을 가지고 있다고 보아야 한다.

그러나, 이 사건의 경우 청구인의 상이연금수급권(즉, 퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인에 대한 상이연금)은 아직 입법에 의해 구체적으로 형성되어 있는 단계가

## (2) 기본권 보장의 한계

군인연금수급권은 사회적 기본권의 하나로 분류될 수 있지만 그 권리의 성격상 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없는 것으로, 법률에 의한 형성이 필요하고, 따라서 연금의 수급요건, 수급권자의 범위 및 급여금액 등 그 구체적인 내용은 법률에 의하여 비로소 확정되는 것이므로, 입법자는 군인연금수급권의 구체적인 내용을 형성함에 있어서 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 그 입법목적에 달성할 수 있는 합리적인 수준에서 이를 결정할 수 있는 광범위한 입법형성권을 가지고 있고, 또한 여기에 필요한 정책적인 판단 및 결정도 일차적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다 할 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2008헌바107, 판례집 21-1하, 712, 717; 헌재 2002. 2. 28. 2000헌바69, 판례집 14-1, 129, 137 등 참조).<sup>2)</sup>

따라서 이 사건의 경우에 문제되는 상이연금수급권이라는 청구인의 기본권은 위와 같은 범위 내에서 보장되는 것으로 보아야 하고, 그 기본권의 침해 여부를 판단함에 있어서도 이러한 점이 충분히 고려되어야 할 것이다.

## (3) 군인연금법과 공무원 연금법의 연혁

군인연금법과 공무원 연금법의 연혁에 대한 비교는 아래 표와 같다.

---

아니고(근거규정 자체가 없으므로), 또 상이연금의 재원은 국가가 전부 부담하기 때문에 퇴직 급여와 같이 청구인의 기여금 부분에 대한 침해의 문제도 발생하지 아니하므로, 위와 같은 입법부작위 상태가 위헌인지 여부를 떠나, 청구인의 재산권 침해 문제는 이 사건에서는 발생하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

2) 군인연금법상 퇴역연금과 같이 그에 소요되는 비용을 국가가 부담하는 부담금 및 군인이 납부하는 기여금으로 충당하는 급여도 있고, 상이연금, 재해보상금 등과 같이 그에 소요되는 비용을 국가가 전액 부담하는 경우도 있다(군인연금법 제36조).

군인연금법의 연혁	공무원연금법의 연혁
<p><b>제정 1963.1.28. 법률 제1260호<sup>3)</sup></b></p> <p>제23조 (상이연금)                      ①군인이 공무상질병 또는 부상으로 인하여 <u>폐질상태로 되어 퇴직한 때에는</u> 그때부터 사망할 때까지 다음 구분에 의하여 상이연금을 지급한다.</p>	<p><b>제정 1960.1.1. 법률 제533호</b></p> <p>제17조 (장해연금)                      ①공무원이 공무로 인한 부상 또는 질병에 의하여 <u>폐질상태로 되어 퇴직하였거나 퇴직후 3년이내에 그 부상 또는 질병으로 인하여 폐질상태로 된 때에는</u> 그때부터 사망할 때까지 장해연금을 지급한다.</p>
<p>1. 제1급 봉급연액의 100분의 80에 상당하는 금액                      2. 제2급 봉급연액의 100분의 60에 상당하는 금액                      3. 제3급 봉급연액의 100분의 40에 상당하는 금액                      ②전항의 급별에 관하여는 각령으로 정한다</p>	<p>②장해연금의 액은 봉급연액의 100분의 50상당액으로 한다.                      ③제1항의 폐질상태가 상시 개호를 요하는 경우에는 전항의 금액에 봉급연액의 100분의 10 상당액을 가한 금액으로 한다.</p>
	<p><b>전문개정 1962.8.31. 법률 제1133호</b></p> <p>제33조 (장해연금)                      ①공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 <u>폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직후 3년이내에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는</u> 각령으로 정하는 폐질의 정도에 따라 그때부터 사망할 때까지 장해연금을 지급한다.</p> <p>②내각사무처장은 <u>전항의 기간이 경과한 후에라도 본인의 청구가 있는 때에는</u> 공무원연금급여심사위원회의 의결로써 그 폐질상태가 공무상 질병 또는 부상으로 인한 것이 명백하다고 판정된 때에는 그때부터 사망할 때까지 장해연금을 지급한다.</p>

3) 그 후 급수별 금액에 대해서만 개정이 되었고, 2000. 12. 30. 마지막으로 개정된 이후 현재까지 유지되고 있다.



군인연금법의 연혁	공무원연금법의 연혁
	<p><b>일부개정 1987.11.28법률 제3964호</b></p> <p>제51조 (장해연금 또는 장해보상금)                      ①공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직후 3년 이내에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 대통령령이 정하는 폐질의 정도에 따라 본인이 원하는 바에 의하여 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.                      ②공단 또는 지방자치단체는 공무원이 <b>퇴직후 3년이 경과한 경우에도 본인의 청구에 의하여</b> 공무원연금급여재심위원회에서 그의 폐질상태가 공무상 질병 또는 부상으로 인한 것이 명백하다고 판정한 때에는 제1항의 규정에 의한 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.                      &lt;개정 1984·7·25, 1987·11·28&gt;</p>
<p><b>일부개정 2000.12.30 법률 제6327호</b></p> <p>제23조 (상이연금)                      ①군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 <u>폐질상태로 되어 퇴직한 때에는</u> 그때부터 사망할 때까지 다음의 구분에 따라 상이연금을 지급한다.&lt;개정 1994.1.5., 2000.12.30.&gt;                      1. 제1급은 보수월액의 100분의 80에 상당하는 금액                      2. 제2급은 보수월액의 100분의 75에 상당하는 금액                      3. 제3급은 보수월액의 100분의 70에 상당하는 금액                      4. 제4급은 보수월액의 100분의 65에 상당하는 금액                      5. 제5급은 보수월액의 100분의 60에 상당하는 금액                      6. 제6급은 보수월액의 100분의 55에 상당하는 금액</p>	<p><b>일부개정 2000.12.30 법률 제6328호</b></p> <p>제51조 (장해연금 또는 장해보상금)                      ①공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 <b>퇴직후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는</b> 대통령령이 정하는 폐질의 정도에 따라 본인이 원하는 바에 의하여 장해연금 또는 장해보상금을 지급한다.&lt;개정 2000.12. 30.&gt;                      ②삭제&lt;2000.12.30.&gt;</p>

군인연금법의 연혁	공무원연금법의 연혁
7. 제7급은 보수월액의 100분의 50에 상당하는 금액 ②제1항의 급별에 관하여는 대통령령으로 정한다.<개정1981.3.24.> ③제2항의 상이등급의 결정에 있어서 군인 또는 군인이었던 자에게 동시에 2이상의 폐질이 있을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 폐질을 병합 처리한다.<신설 1994.1.5.>	

## 2. 제한되는 기본권

(1) 앞서 본 바와 같이 상이연금수급권은 단순한 사실상의 기대이익이나 국가가 일방적으로 베푸는 시혜적인 급부를 요구할 수 있는 것에 그치는 것이 아니라 헌법상 보장된 사회적 기본권의 성격을 가진 것이라고 할 것이므로, 이 사건의 경우 만일 입법자가 상이연금수급권자의 범위를 정함에 있어 어느 집단을 합리적인 이유 없이 포함시키지 아니하거나 연금수혜의 대상에서 제외하는 등 소극적이거나 불충분한 입법형성을 함으로써 입법재량의 한계를 일탈한 경우에는 그러한 흠결을 가진 입법 자체에 의하여 청구인의 사회적 기본권이나 평등권이 모두 침해될 수 있다.<sup>4)</sup>

다만, 어떤 법률조항이 동시에 여러 헌법규정에 위반된다고 주장하는 경우에는 이를 주장하는 청구인의 의도 및 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 먼저 그 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 헌법규정을 중심으로 헌법에 위반되는지 여부를 따져 보아야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14, 판례집 15-2하, 466, 474 등 참조).

이 사건의 경우, 입법자가 군인의 상이연금수급권 내지 사회적 기본권의 내용에 관한 입법을 형성함에 있어, 상이군인으로 하여금 인간다운 생활을

4) 입법자가 헌법상의 기본원칙이나 기본권과 관련된 사항에 대하여 불완전·불충분한 입법을 함으로써 입법재량의 한계를 일탈한 경우에는 이로 인하여 기본권이 침해되거나 제한될 수 있다(헌재 2006. 7. 27. 2004헌바20, 판례집 18-2, 52, 64-65; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14, 판례집 15-2 하, 466, 479; 헌재 2001. 11. 29. 99헌바494, 판례집 13-2, 714, 723, 730 등 참조).

영위하도록 하기 위하여 ‘객관적으로 필요한 최소한의 조치’를 취할 의무를 다하였는지 여부를 그 입법행위가 합헌에 합치되는지에 관한 판단기준으로 삼아, 이 사건 법률조항의 내용이 불완전하거나 불충분하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈함으로써 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 보장한 헌법에 위반되는지 여부를 판단할 수도 있을 것이다(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576, 595-596; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마390, 판례집 13-1, 977, 989 등 참조).

그러나 청구인은 주로 공무원연금법에서 정한 장애급여수급권의 혜택을 받는 일반 공무원과의 차별을 문제 삼고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 가장 밀접한 관계가 있으므로, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되거나 청구인의 평등권을 침해하는지 여부를 중심으로 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 그 밖에도 청구인은 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권도 침해되었다고 주장하나, 위와 같은 기본권은 일반조항적·보충적 성격을 지닌 기본권으로서, 같은 사항에 대하여 평등권이라는 우선적으로 적용될 수 있는 기본권이 존재하여 그 침해 여부를 판단하는 이상 이에 대하여는 따로 판단하지 않기로 한다(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마240, 판례집 21-1상, 592, 612; 헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 323 등 참조).

### 3. 평등의 원칙 위반 여부

#### (1) 심사기준의 선택 및 심사 요건

이 사건 법률조항은, 공무원연금법을 적용받는 공무원의 경우에는 퇴직 전에 발생한 질병 또는 부상이 원인이 되어 퇴직 이후에 폐질상태가 발현된 때에도 그 정도에 따라 장애연금 또는 장애보상금을 지급하고 있는 것과 달리,<sup>5)</sup> 군복무 중 폐질상태가 확정되어 그로 인하여 퇴직한 군인의 경우에만 상이연금을 지급하는 것으로 규정함으로써 “퇴직 이후에 폐질상태가 확정”

5) 공무원연금법 제51조 (장애연금 또는 장애보상금) ① 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 대통령령이 정하는 폐질의 정도에 따라 본인이 원하는 바에 의하여 장애연금 또는 장애보상금을 지급한다.

된 군인의 경우에는 상이연금수급권을 인정하지 않고 있으므로, 평등의 원칙 위반 여부가 문제된다.

평등원칙의 위반여부를 판단함에 있어 엄격한 심사기준을 적용할 것인지 아니면 완화된 심사기준에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도 내지 범위에 따라 달라지는데,<sup>6)</sup> 군인연금제도는 공무원연금제도와 마찬가지로 대표적인 사회보장제도 중 하나이고, 군인연금법상의 급여 역시 사회보장적 급여의 성격을 가지므로, 군인연금수급권의 구체적 내용, 특히 이 사건 심판청구와 관련하여 군인연금법상의 상이연금 지급대상이 되는 공상군인의 범위 및 지급요건 등을 정하는 문제와 관련된 사항은 우리 헌법상 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여된 영역이다(헌재 1999. 9. 16. 97헌바28, 판례집 11-2, 272, 279 등 참조).

따라서 이 사건 법률 조항의 평등원칙 위반 여부에 관하여는 그 차별에 관하여 현저한 불합리성이 있는지 여부, 즉 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하면 족하다고 할 것인데,<sup>7)</sup> 일반적으로 자의금지 원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있고, 나아가 ①의 요건에 관련하여 두개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법 규정과 당해 법 규정의 의미와 목적에 달려 있으며, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715, 716 ; 헌재

6) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715 ; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌바35, 판례집 20-2 상, 793, 800 등 참조

7) 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지의 여부만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상 간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인애 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별 간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상 간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사하게 된다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403 ; 헌재 2008. 5. 29. 2005헌마1173, 판례집 20-1 하, 216, 224-225 등 참조).

2008. 5. 29. 2005헌마1173, 판례집 20-1하, 216, 225 등 참조).<sup>8)</sup>

## (2) 비교집단 간 차별취급여부 검토

### (가) 의미 있는 비교 집단의 상정 및 차별취급의 존부

이 사건 심판청구와 관련하여, 앞서 본 자의금지원칙 위반여부 심사를 위하여 의미 있는 비교집단으로 상정할 수 있는 것은, ① 공무원연금법의 적용을 받는 공무원과 군인연금법의 적용을 받은 군인, ② 퇴직 이전에 폐질상태가 확정된 군인과 퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인 등 2가지 유형이 있을 수 있다.

### (나) 공무원연금법이 적용되는 공무원과의 차별취급 여부

군인은 국가공무원법에서 정하는 특정직 공무원이므로(국가공무원법 제2조 제2항 제2호), 군인이나 공무원은 모두 국가에 고용된 자들로서 국민 전체를 위해 봉사한다는 면에서 같다고 할 수 있고, 비록 정년과 직업조건 등 군인의 직무특성이 일반 공무원과 다른 면이 있기는 하나, 연금법상의 급여에 있어서는 기본적인 취지와 구조 등에 있어 많은 공통점을 가지고 있다.<sup>9)</sup>

즉, 군인연금의 경우 그 직무의 특성<sup>10)</sup>과 역사적 상황 때문에 공무원연금

8) 그 밖에도 같은 취지의 헌법재판소 결정례로는, 헌재 2008. 10. 30. 2006헌바35, 판례집 20-2상, 793, 801 ; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 59 등이 있다.

이러한 심사기준은 평등권 위배 여부 판단에 관한 완화된 심사기준으로서, 일반적으로 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(성별, 종교, 사회적 신분)에는 엄격한 심사기준을 적용하여 위와 같은 합리성 심사 외에도 비례성 원칙 내지 과잉금지원칙에 따른 심사기준을 적용하여야 한다고 설명되고 있으나, 이 사건의 경우와 같이 사회적 기본권의 성격을 함께 보유하여 입법 재량권이 인정될 여지가 많은 기본권의 경우에는 그보다 완화된 심사기준을 적용하여 자의적 차별인지 여부만을 검토하면 충분할 것으로 판단된다(특히, 이 사건의 경우와 같이 입법이 불충분 또는 불완전하여 부진정 입법부작위의 위헌 여부가 다투어지는 경우는 더욱 그렇다고 보아야 한다). 이에 대해서는 우리 헌법재판소도 같은 입장인 것으로 보인다.

9) 그 대표적인 것으로, ① 연금가입 및 보험료 납부의 강제성, ② 급여의 종류 및 내용의 법정주의, ③ 기여금 액수 및 정수방법의 법정주의, ④ 급여에 소요되는 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부담금과 공무원 또는 군인이 납부하는 기여금으로 충당되는 점 등을 들 수 있다.

10) 군인은 일반 공무원에 비하여 훨씬 많은 위험에 노출되어 있다. 군대의 일차적 기능이 국가의 안보를 책임지는 것이므로 군대의 주요 구성원인 군인은 국가안보에 위협이 있는 경우에 생명의 위험을 무릅쓰고 전투에 참가하여야 하고, 전쟁상황이 아닌 평상시에도 유사시에 대비하여 전투훈련을 하여야 한다.

과는 다른 독자적인 연금체계를 형성하게 되었으나,<sup>11)</sup> 이후 시대가 변하여 우리 사회는 군인연금에 있어서 막대한 재정지출을 야기시켰던 한국전쟁이나 월남파병과 같은 대규모의 전투상황이 사라지게 되었고, 군인의 전투참가로 인하여 발생하는 재정적 부담이 이전에 비해 훨씬 줄어들게 되었다. 또한 시간이 흐르면서 군인연금과 공무원연금 사이에 존재하던 기여금이나 국고부담금, 연금지급비율, 일시퇴직금 등의 차등은 그 동안의 수회에 걸친 법개정을 통해 개선되었으며,<sup>12)</sup> 현재는 상이연금(군인연금법)이나 장해연금(공무원연금법)의 지급대상이나 세부적인 지급 조건 및 범위를 제외한 나머지 측면에서는 매우 유사한 체제와 구조를 가지고 있다고 볼 수 있다.

또한 현대 민주주의 국가에 이르러 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 특히 강조됨에 따라 사회적 법치국가이념을 추구하는 자유민주국가에서 공직제도란 사회국가의 실현수단일 뿐 아니라 그 자체가 사회국가의 대상이며 과제라는 점을 중요시하게 되었으며, 이는 모든 공무원들에게 보호가치 있는 이익과 권리를 인정해 주고, 공무원에게 자유의 영역이 확대될 수 있도록 공직자의 직무의무를 가능한 선까지 완화하며, 공직자들의 직무환경을 최대한으로 개선해 주고, 공직수행에 상응하는 생활부양을 해 주며, 퇴직 후나 재난, 질병에 대처한 사회보장의 혜택을 마련하는 것 등을 그 내용으로

11) 즉, 군인연금은 처음부터 군인연금법이라는 독자적인 법률로 규율된 것이 아니라 제도 도입 당시에는 공무원연금법에서 군인에 대한 규정이라는 별도의 장을 두어 규율하였다. 1960. 1. 1. 법률 제533호로 공무원연금법이 처음 제정되었는데(이하 '법'이라 한다), 이 법은 공무원 연금에 관한 전반적인 사항을 규정하면서도 제4장에 군인에 관한 장을 두어 군인의 경우에는 인정되는 급여의 종류, 기여금이나 제적기간의 산정, 급여비율 등을 일반 공무원과 달리 규정하였다(즉, 군인의 경우에는 퇴직연금과 퇴직일시금만 인정되었고, 일반 공무원에게 인정되는 장해연금이나 유족부조금은 인정되지 아니하였다).

그러다가 1962. 8. 31. 법률 제1133호로 법을 개정하면서 군인에 대한 장을 여기에서 제외하였고, 군인연금은 1963. 1. 28. 법률 제1260호로 군인연금법을 제정하여 따로 규율하게 된다. 1960년 법이 공무원연금과 군인연금을 같이 규율하면서도 군인연금의 장을 별도로 두어 여러 가지 면에서 일반공무원과는 달리 취급하고, 1963년에는 이를 분리하여 군인연금법을 제정한 이유는 군인을 일반공무원과는 달리 취급할 필요가 있었기 때문이었다(헌재 2002. 2. 28. 2000헌바69, 판례집 14-1, 129, 135-136 참조).

12) 기여금 및 국고부담금과 연금지급비율은 1982년 이전에 공무원연금법과 군인연금법의 개정을 통하여 같은 비율로 정해졌고, 퇴직일시금도 공무원연금법이 1982. 12. 28. 법률 제3586호로 개정을 통해 군인연금과 그 수준을 맞추으로써 둘 사이에 존재하던 차이가 없어지게 되었다(헌재 2002. 2. 28. 2000헌바69, 판례집 14-1, 138 참조).

한다고 할 것인데(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 220 등 참조), 이러한 기본 이념은 일반 공무원뿐만 아니라 군인의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1, 공보 제154호, 1373, 1376, 1377 등 참조).<sup>13)</sup>

물론, 군인의 경우 일반 공무원보다 그 직무 특성상 더 많은 신체적, 정신적 위험에 노출되고, 일단 심각한 질병에 걸리거나 신체 손상을 입을 경우 항상 일정한 전력 수준을 유지하여야 하는 군의 특성상 계속 근무하기 어려워 사실상 퇴직이 강제된다는 점에서 일반 공무원과 차이가 있고, 이로 인하여 상이연금 지급을 위한 국가의 재정부담의 정도 역시 차이가 있을 수밖에 없으나, 이러한 사실만으로 군인과 공무원 집단 사이에 본질적인 차이가 있다고 할 수 없다.

즉, 두개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단을 위해서는 앞서 본바와 같이 그 집단 자체의 내재적 특성이나 직무 특수성 등 물리적 성격만을 고려해서는 아니 되고, 비교대상과 관련된 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적에 대한 규범적 해석도 함께 고려하여야 하는데, 군인연금법상의 상이연금이나 공무원연금법상의 장해연금(공무원 본인이 원하는 바에 따라 일시금 형태의 장해보상금<sup>14)</sup>을 받을 수 있다. 이하 장해연금과 장해보상금을 포함하여 ‘장해연금 등’이라 한다)은 모두 공무 수행 중 발생한 질병이나 부상 등을 그 지급원인으로 하는 것이므로, 그 지급의 필요성이나 당위성의 측면에서 두 집단이 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵고, 또한 상이연금수급권을 규정한 군인연금법과 장해연금수급권을 규정한 공무원연금법의 각 입법 취지와 목적 등을 비교해 보더라도 그 기본적인 취지에서 모두 동일하

13) 뿐만 아니라, 정보화 사회로 이행되어 가는 오늘날의 사회구조의 변화에 따른 공직에 대한 인식의 변화, 사회국가적 행정임무의 증대와 이에 따른 공무원 수의 증가현상으로 공무원의 질과 사회적 지위가 변화를 겪게 되었다는 점, 이에 비추어 아직도 공무원은 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 지니고 공정한 공직수행을 위하여 높은 수준의 직무상 연결성은 여전히 강조되어 마땅하나, 오늘날 공직의 구조 및 공직에 대한 인식의 변화에 따라, 적어도 급여에 관한 한 공무원도 일반 직장인과 같은 하나의 직업인이라는 공통된 인식이 확산되었다. 이와 같은 공무원에게 적용되는 공직의 구조 및 사회인식의 변화는 군인에게도 마찬가지로 적용된다 할 것이다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1, 공보 제154호, 1373, 1376, 1377 등 참조).

14) 장해보상금의 금액은 5년분의 장해연급에 상당하는 금액으로 한다(공무원연금법 제52조 제2항).

므로, 공무원연금법의 적용을 받는 공무원과 군인연금법의 적용을 받는 군인은 이러한 측면에서 본질적인 차이가 없는 동일한 집단으로서 의미 있는 비교집단이라고 할 것이다.

그럼에도 이 사건 법률조항은, 위와 같이 공무원의 경우에는 폐질상태로 퇴직한 경우뿐만이 아니라 퇴직 후 폐질상태가 된 경우에도 공무원연금법 소정의 장해연금 등을 받을 수 있는 것과 달리, 퇴직 이전의 질병 또는 부상이 원인이 되어 퇴직 후에 비로소 폐질상태가 된 경우에 상이연금을 지급한다는 규정을 두고 있지 아니하여 실질적으로 상이연금수급권을 제한하고 있으므로, 이러한 측면에서 차별취급이 존재한다고 보아야 한다.

(다) 퇴직 이전 폐질상태가 확정된 군인과의 차별취급 여부

다음으로, ②의 경우, 즉 ‘퇴직 이전에 폐질상태가 확정된 군인’과 ‘퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인’의 비교 집단의 경우에도 다음과 같은 점에서 본질적인 차이가 없다고 보아야 한다.

즉, 이 사건 법률조항에서 규정된 폐질상태(廢疾狀態)라 함은 질병 또는 부상이 치유되었으나 신체에 영구적인 정신적 또는 육체적 훼손상태가 잔존하여, 질병 또는 부상에 대한 치료의 효과를 기대할 수 없게 되었거나 그 증상이 고정된 상태에 이르게 된 것을 지칭하는데(대법원 1988. 5. 24. 선고 87누121 판결 등 참조), 폐질상태의 원인이 군 복무 중 발생하여 퇴직 시점까지 계속 악화되다가 퇴직 이후 폐질상태가 확정된 경우나 또는 폐질상태가 군 복무 중 이미 발생하였으나 그 질병의 특수성이나 치료의 곤란성 등으로 그러한 상태가 발견되지 못하다가 퇴직 이후에야 폐질상태가 확인된 경우도 충분히 있을 수 있고, 이러한 현상은 특히 청구인의 경우와 같이 정신과적 질병의 경우에 많이 나타날 수 있다.

따라서 폐질상태가 언제 확정되었는지의 문제는 상당히 우연한 사정에 의하여 좌우될 가능성이 많으므로, 어떠한 질병이 군복무 중 공무수행으로 인하여 발생한 것임이 분명하고 또한 그것이 폐질상태에 이른 것으로 확정할 수 있는 것이라면, 그 폐질상태가 확정된 시점과 관계없이, 폐질의 정도 및 위험성, 퇴직 이후의 생활에 미치는 영향, 군인연금법에 의한 연금수급권 대상이 될 만한 가치가 있는지 여부 등의 측면에서 본질적으로 동일한 집단으



로서 의미 있는 비교집단이라고 할 것이다.

그럼에도 이 사건 법률조항은, 군복무 중 폐질상태가 확정되어 퇴직한 군인의 경우와 달리, 퇴직 이전의 질병 또는 부상이 원인이 되어 퇴직 후에 비로소 폐질상태가 확정된 군인의 경우에는 상이연금수급권을 지급받을 수 없는 것으로 해석될 수밖에 없으므로, 이러한 측면에서 차별취급이 존재한다고 보아야 한다.

(라) 차별취급에 대한 합리적 이유의 존부

1) 입법자는 군인연금 기금의 재정 상황, 국가의 군인연금 재정 지원에 관한 능력과 한계, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 사회적 및 경제적 여건 등 제반사정을 종합하여 상이연금 지급 대상자의 범위 및 수준 등을 정할 재량을 가지고 있고, 이러한 입법자의 판단은 원칙적으로 존중되어야 한다.

2) 일반 공무원과의 차별취급의 합리성 여부

가) 앞서 본 바와 같이, 우리의 공직제도는 공직자 개인의 사회보장을 중요시하는 방향으로 변화하고 있고, 이에 상응하여 군인연금법과 공무원연금법은 현재 그 연금 기금의 운영방법이나 수익구조 등에 있어 약간의 차이가 있으나,<sup>15)</sup> 그 입법취지와 목적, 급여의 종류 및 제한, 비용부담의 원칙 등 기본 구조에 있어서는 본질적으로 차이가 없게 되었다.

즉, 상이연금법의 적용을 받는 군인과 공무원연금법의 적용을 받는 공무원은 그 직무의 특수성을 제외하면 모두 넓은 의미의 공무원으로서 공직수행에 상응하는 생활부양 및 퇴직 후의 질병 등에 대처한 사회보장의 혜택을 받을 필요성이 있다는 점에서 본질적인 차이가 없고, 그와 관련하여 퇴직연금, 장해연금 또는 상이연금제도를 통하여 퇴직한 군인이나 공무원 개인에 대한 실질적이고 효과적인 사회보장을 실현함과 동시에 공직제도의 안정적인 운영을 도모할 수 있다는 점에서 공무원연금제도와 군인연금제도는 그 입법취지와 목적은 같다고 해야 할 것이므로, 위 두 연금법 체계와 구조가 점차 동일해지는 방향으로 개정되는 것은 불가피한 것이라고 볼 수 있다.

뿐만 아니라, 군인의 직무는 일반 공무원의 직무에 비하여 많은 사고와

15) 그 예로, 군인연금 기금은 국방부장관이 관리 및 운용하지만(군인연금법 제37조의 3), 공무원연금 기금은 행정안전부장관의 위탁을 받아 설립된 별도의 법인인 공무원연금관리공단이 이를 관리하도록 되어 있다(공무원연금법 제74조).

위험에 노출되어 있고, 이러한 점을 근거로 하여 일반 공무원과의 차별을 정당화하는 견해도 있을 수 있으나, 오히려 군인의 위와 같은 직무의 특수성으로 인하여 공직 수행 중의 사고나 부상이 원인이 되어 폐질상태가 된 군인을 사회보장제도에 의하여 보호해야 할 필요성이 더 크다고 할 수 있는 것이다.

그럼에도, 공무원연금법은 그 법률 제정 당시부터 “공무원이 공무로 인한 부상 또는 질병에 의하여 폐질상태로 되어 퇴직한 경우뿐만 아니라, 퇴직 후 3년 이내에 그 부상 또는 질병으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 그때부터 사망할 때까지 장해연금을 지급한다.”고 규정하였고, 현재에는 위 “퇴직 후 3년 이내”라는 시간적 제한마저 삭제하여 퇴직 후 폐질상태가 확정된 경우를 더욱 폭넓게 보장해 주고 있음에 반하여, 군인연금법은 1963. 1. 28. 법률 제정 당시부터<sup>16)</sup> 상이연금 급여를 규정하였으나 “군인이 공무상질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때에는 그때부터 사망할 때까지 상이연금을 지급한다.”고 규정함으로써, 그 규정의 반대 해석에 의하여 퇴직 이후에 폐질상태가 된 경우에는 상이연금을 지급할 수 없는 것으로 실무상 해석 및 적용되어 오고 있고, 이러한 군인연금법 규정은 현재까지 그 상이연금 지급 기준이나 비율 등에 있어서만 세부적인 개정이 있었을 뿐 상이연금에 관한 한 법률 제정 당시의 기본적인 구조가 약 47년간(1963년부터 2010년까지) 그대로 유지되고 있다.

만일, 그동안 군인연금 기금이나 국가의 재정상황이 문제가 되었다고 한다면, 입법자는 위와 같은 공직제도의 시대적 변천이나 공무원연금제도의 변화에 부응하여 군인의 상이연금 제도에 있어서도 그러한 시대상황이나 재정 상황에 부합할 수 있는 최소한도의 합리적인 보호 장치를 마련하거나 또는 상이연금 지급 조건 및 비율을 그에 맞게 조정하는 등으로 “퇴직 후에 폐질이 발생한 군인”을 보호하기 위한 최소한도의 입법을 할 수 있었을 것임에도 그동안 아무런 노력을 하지 아니한 것은, 아무리 국가의 재정상황 등을

16) 엄밀히 말하면, 공무원연금법 제정 당시부터라고 해야 한다. 왜냐하면 그 당시 군인연금법은 별도의 법률로 제정되지 않고 공무원연금법 중 군인에 대한 규정(제4장)을 두어 이에 관한 사항을 규율하였고, 여기에서도 당시 일반 공무원에게 인정되던 장해연금은 군인에게는 인정되지 아니하였다.

고려하여야 하는 입법자의 재량을 존중한다고 하더라도, 결국 입법자가 마땅히 해야 할 입법 의무를 이행하지 아니함으로써 그 재량권 행사에 위법이 있다고 볼 수밖에 없다.

나) 이에 대해 군인의 경우에는 일반 공무원과 달리, 국가유공자법에 의하여<sup>17)</sup> 공상군경에 대해서는 그 희생과 공헌의 정도에 따라 보상금이 지급되고, 국가유공자법에 의한 보상금은 군인연금법에 의하여 동종의 급여를 받았더라도 그 보상금액이 급여에서 공제가 되지 않는 혜택이 주어지고 있으므로, 실질적인 평등의 원칙에 위배되지 않을 뿐만 아니라 차별의 합리적 근거를 전혀 가지지 못한 것이라고 볼 수 없다는 견해가 있을 수 있으므로,<sup>18)</sup> 이러한 견해의 타당성 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

국가유공자법에 의하면, 공상공무원의 경우에는 공상군경과 달리 보훈급여금을 지급하지 않고 그 대신 교육지원, 취업지원 및 의료지원 등의 방법으로 보상하고 있고(국가유공자법 제21조 내지 제68조의2),<sup>19)</sup> 또 그 공무원이 재직 중인 경우에는 이러한 보상에 대해서도 상당한 제한을 하고 있는 반면(국가유공자법 제7조 제2항 단서), 공상군경에 대해서는 이러한 제한을 두지 않는 등 공상군경을 더 두텁게 보호함으로써 공상군경과 공상공무원의 보상방법 및 정도에 있어 일정한 차별을 두고 있고, 군인연금법도 국가유공자법에 의한 보훈급여금을 받고 있는 공상군경의 경우 군인연금법에 의한 급여를 받고 있더라도 이중의 보상금 지급을 허용하는 예외를 둠으로써(군인연금법 제41조 제1항), 국가유공자법에 관한 한 이러한 이중지급의 예외가 허

17) 국가유공자법은 국가를 위하여 희생하거나 공헌한 국가유공자와 그 유족에게 합당한 예우를 하고 국가유공자에 준하는 군경 등을 지원함으로써 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신을 기르는 데에 이바지함을 목적으로 하고(제1조), 그 기본 이념은 전몰군경과 전상군경을 비롯한 국가유공자의 희생과 공헌을 항구적으로 존중하기 위하여, 그 희생과 공헌의 정도에 상응하여 국가유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 보상을 하는 것에 있다(제2조).

18) 이는 위헌법률심판제청신청을 기각한 당해사건 법원(서울고등법원 제6행정부)의 견해이기도 하다.

19) 따라서 일반 공무원의 경우에는 공상공무원에 해당하더라도 보상금을 지급받을 수 없고(그와 다른 종류의 혜택은 주어짐), 국가유공자법에 의한 보상금을 받은 일반 공무원은 공무원연금법상의 급여를 받음에 있어 그 보상금에 상당한 액수를 공제하도록 규정되어 있다.

용되지 않은 일반공무원보다<sup>20)</sup> 공상군경이 더 유리하게 규정되어 있는 것은 사실이다.

그러나 국가유공자로 선정될 수 있는지 여부는 우선 국가보훈처장에게 국가유공자 등록신청을 하고 이에 관한 보훈심사위원회의 심의 및 의결을 거쳐 확정되는 것이고(국가유공자법 제6조), 경우에 따라서는 그 신청이 거부될 가능성도 배제할 수 없으므로, 일반적으로 상이군경에게 국가유공자법에 의한 보상금<sup>21)</sup> 지급이 이루어지고 있다거나 그 보상금이 군인연금법상의 연금 급여에서 공제되지 않는다는 사정만으로 위와 같은 불합리한 차별이 정당화된다고 보기 어렵다.

즉, 국가유공자법(국가유공자에 대한 예우 및 보호적 성격)과 군인연금법(일반적인 퇴직 군인 및 상이군인 등에 대한 사회보장적, 임금후불적 성격)은 그 입법취지와 목적이 같다고 보기 어렵고, 그 연금 수급 내지 보상금 수령 요건 역시 같지 아니하며(따라서 보훈급여금을 받는 공상군경이라고 하여 필연적으로 군인연금법 등에 의한 연금수급권자가 된다고 단정하기 어렵고, 그 반대의 경우도 마찬가지이다),<sup>22)</sup> 또한 이 사건 법률조항은 제대 후 발생한 폐질에 대해서는 연금수급권을 인정하지 아니하는 것으로 규정하였을 뿐 그 입법 단계에서부터 이러한 국가유공자법에 의한 보훈급여금의 지

20) 일반공무원에 대하여 적용되는 공무원연금법 제33조 제1항에서 “다른 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체의 부담으로 이 법에 의한 급여와 같은 종류의 급여를 받는 자에 대하여는 그 급여에 상당하는 금액을 이 법에 의한 급여에서 공제하여 지급한다.”고 규정함으로써 국가유공자법에 의한 보상금을 받은 공무원은 그 보상금에 상당하는 금액을 공무원연금법상의 급여에서 공제하도록 규정하고 있다.

21) 보상금은 보훈급여금의 일종이고, 보훈급여금은 보상금, 수당 및 사망일시금으로 구분된다. 한편 위 수당은 생활조정수당, 간호수당, 무공영예수당 등이 있다(국가유공자법 제11조).

22) 즉, 청구인의 경우 다행히 국가유공자법에 의한 공상군경에 해당하여 보상금을 수령하고 있는 것으로 보이나, 국가유공자법 제4조 제1항 제6호에서는 “군인이나 경찰공무원으로서 교육훈련 또는 직무수행 중 상이(공무상의 질병을 포함한다)를 입고 전역하거나 퇴직한 자로서 그 상이정도가 국가보훈처장이 실시하는 신체검사에서 제6조의4에 따른 상이등급에 해당하는 신체의 장애를 입은 것으로 판정된 자”로 규정하여, 그 규정 자체만으로는 “전역 또는 퇴직 이후에 폐질 상태에 이른 경우”에는 공상군경에 해당하지 않는 것으로 해석될 여지가 많다. 따라서 청구인의 경우와 같이 전역 이후에 폐질이 확정된 군인의 경우에는 위 규정 자체의 문리해석에 충실할 경우 반드시 국가유공자법에 의한 보상대상자인 공상군경으로 인정되는 것이 보장된다고 보기 어렵다.

급 가능성까지를 확정적으로 예상하였다고는 보기 어려우므로, 입법자가 군인연금법 중 상이연금에 관한 규정을 입법함에 있어 이러한 국가유공자법상의 보훈급여금과의 관계까지를 미리 고려하여 “퇴직 후 폐질이 발생한 군인”을 상이연금수급권자의 대상에서 제외시켰다고 볼 수는 없는 것이다.

또한 국가유공자법에 의한 보훈급여금의 지급액수 및 지급조건 등과 군인연금법에 의하여 지급될 수 있는 폐질을 원인으로 하는 연금 액수 등을 비교해 보지 않고서는, 곧바로 국가유공자법에 의한 보훈급여가 이루어지고 있다는 사정만으로 이 사건 청구인과 같이 정신질환과 관련된 폐질을 앓고 있는 제대 군인에 대한 보호가 어느 정도 균형을 이루고 있다고 단정할 수도 없다.

더구나 앞서 본 바와 같이, 국가유공자법의 보훈급여금 지급에 관한 규정 자체만으로는<sup>23)</sup> “전역 또는 퇴직 이후에 비로소 폐질 상태에 이른 경우”에는 공상군경에 해당하지 않는 것으로 해석될 여지가 많고, 따라서 퇴직 또는 제대 이후에 폐질이 확정된 군인의 경우에는 국가유공자법에 의한 보훈급여금 마저도 그 지급이 보장된다고 보기 어려우므로, 결국 위 반대의 견해가 주장하는 것처럼 공상군경에게 국가유공자법에 의한 보훈급여금이 지급될 수 있거나 이증급여가 인정된다는 사정은 위와 같은 측면에서 볼 때, 정작 문제가 되고 있는 “전역 또는 퇴직 이후에 비로소 폐질 상태에 확정된 군인의 경우”에는 타당성을 가지고 있다고 보기 어렵다.

따라서 공상군경에 대해 국가유공자법에 의한 보훈급여금 지급이 이루어지고 있다는 것 등을 이유로 하여 자의적인 차별이 아니라고 하는 견해는 그 해당규정 내지 입법취지를 오해하고 있거나 공상군경으로서 국가유공자로 선정될 수 있다는 우연한 사정에 의하여 좌우될 수 있는 결과적인 현상만을 가지고 차별의 합리성 여부에 관한 판단 기준으로 삼은 잘못이 있다고 해야 한다.

23) 특히, 제4조(적용대상 국가유공자) 제6호에 의하면, “공상군경은, 군인이나 경찰공무원으로서 ‘교육훈련 또는 직무수행 중’ 상이(공무상의 질병을 포함한다)를 입고 전역하거나 퇴직한 자로서 그 상이정도가 국가보훈처장이 실시하는 신체검사에서 제6조의4에 따른 상이등급에 해당하는 신체의 장애를 입은 것으로 판정된 자”이다.

다) 결론적으로, 이와 같은 입법 내지 부진정 입법부작위에 의한 차별은, 설령 그것이 군인연금 기금의 재정상황 등 실무적 여건이나 경제상황을 고려한 것이라고 하더라도, 군인이나 일반 공무원이 “공직을 수행하는 동안 얻은 질병이나 부상이 원인이 되어 퇴직 후에 폐질상태로 된 때”에는 일정한 사회보장적 급여를 받게 해 주어야 한다는 입법 목적이나 보호의 필요성의 측면에서 양자를 차별할 아무런 이유가 없다는 점에서, 퇴직 후 비로소 폐질상태가 된 군인을 일반 공무원과 달리 상이연금수급권을 인정하지 아니하는 차별을 정당화할 만한 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

### 3) 퇴직 이전 폐질상태가 확정된 군인과의 차별취급의 합리성 유무

가) 앞서 본 바와 같이, 청구인의 경우처럼 군복무 기간 중 지속적인 구타나 가혹행위, 따돌림 등을 받는 상황이 지속된 경우라면 그 군인은 군복무 기간 중에는 지휘체계 및 규율이 엄격한 군복무의 특수성이나 의료시설의 미비, 질병의 특수성 등으로 인하여 위와 같은 지속적인 가혹행위 등으로 인한 정신과적 질병을 발견하여 이를 치료하는 것이 사실상 불가능하고, 퇴직 이후에야 비로소 그로 인한 폐질상태가 발견되거나 확정되는 경우가 대부분이라고 해야 할 것이다.

또한 군인의 경우 폐질상태가 외부에 쉽게 현출되거나 군복무 기간 중에 확정될 수 있는지 여부는 그 질병의 종류나 근무 여건 등에 따라 많은 차이가 있을 수 있을 뿐만 아니라, ‘퇴직 이전에 폐질상태가 확정된 군인’과 ‘퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인’은 폐질에 노출될 수 있는 가능성 및 위험성, 퇴직 이후의 생활에 미치는 영향, 보호가치 등의 측면에서 본질적으로 차이가 없다고 보아야 한다.

따라서 군복무 기간 중 발생한 질병이 원인이 되어 퇴직 후 폐질 상태에 이르게 된 경우이고 더구나 그것이 군복무 기간 중 이를 발견하거나 적극적으로 치료하기 곤란한 유형의 질병이라면 국가는 군복무 중 폐질이 발견된 경우와 동일한 정도의 보호와 배려를 해 주는 것이 군인연금법 본래의 입법 취지와 목적에도 부합할 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 공직제도의 시대적 변천과 공무원연금제도의 변화에도 부응하는 것이 될 것이다.

그런데 입법자는 군인연금법 제정 및 시행 이후 군인연금 기금이나 국가

의 재정상황, 국가안보 상황 등에 있어 많은 변화가 있었음에도, 퇴직 후 폐질상태가 확정된 군인에 대해서는 상이연금을 지급하지 않겠다는 최초의 입장을 약 47년 동안 그대로 유지해 오고 있으나, 그러한 시대상황이나 재정상황의 변화에 부합할 수 있도록 군인연금법상의 상이연금 지급 조건 및 비율을 조정하거나 지급기간을 한정하는 등으로 “퇴직 후에 폐질이 발생한 군인”을 보호하기 위한 점진적, 단계적 입법을 할 수 있었을 것임에도 그동안 아무런 노력을 하지 아니한 것은, 입법재량권의 행사 또는 불행사에 중대한 위법이 있다고 볼 수밖에 없다.

나) 결론적으로, 이 사건 법률조항이 폐질상태가 우연히 퇴직 이후에 확정되었다는 이유만으로 퇴직 이전에 폐질상태가 확정된 군인과 차별함으로써, 퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인에게 상이연금을 전혀 지급하지 않는 것은 그 차별을 정당화할 만한 합리적인 이유가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 앞서 본 군인연금법의 입법목적에도 부합하지 않는다고 보아야 하므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위반된다고 할 것이다.

#### 4. 헌법불합치 결정 및 잠정적용의 필요성

따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시키는 것이 원칙이라고 할 것이지만, 이미 군인연금과 관련된 연간 국가예산 및 기금운용계획이 확정된 상태에서 이 사건 법률조항에 대한 단순위헌선언으로 그 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 군복무 중 이미 폐질상태가 확정되어 퇴직한 군인에 대한 상이연금 지급의 근거규정이 없어지는 등 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있다.

또한 상이연금수급권자의 범위 및 수준을 결정하는 것은 중국적으로 군인연금 기금의 재정 상태와 수급구조, 경제상황 등을 고려하여 입법자가 결정해야 할 사항이며 헌법재판소에 그러한 권한이 있다고 볼 수 없고, 나아가 입법자로 하여금 청구인의 경우와 같이 퇴직 이후에 비로소 폐질상태가 확정된 군인을 보호하기 위하여 군인연금법상의 상이연금 관련 규정을 정비하는 등으로 이 사건 법률조항을 합헌적인 방향으로 개정하도록 하기 위해서

는 그 법률개정이 이루어질 때까지 일정 기간 동안은 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있으므로,<sup>24)</sup> 결국 입법자가 이 사건 법률조항을 합헌적으로 개정할 때까지는 이 사건 법률조항의 효력을 잠정적으로 계속 유지하는 헌법불합치결정을 선택하는 것이 타당하다. 따라서 이 사건 법률조항은 2011. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다. 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 해야 할 의무가 있다 할 것이고, 늦어도 2011. 6. 30.까지 개선입법을 이행하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 법률조항은 2011. 7. 1.부터 그 효력을 상실하게 된다.

## 5. 재판관 조대현의 별개의견

공무원연금법 제51조는 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 폐질상태로 되어 퇴직한 때뿐만 아니라 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에도 장해연금 또는 장해보상금을 지급하도록 규정하고 있다. 그런데 군인연금법 제23조 제1항은 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 폐질상태로 되어 퇴직한 때에만 상이연금을 지급하도록 규정하고 있을 뿐이고, 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에는 상이연금을 지급하도록 규정하지 않았다.

이 사건 심판대상은 군인연금법 제23조 제1항이 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에는 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 입법부작위가 헌법에 위반되는지 여부이다.

군인연금법이나 공무원연금법은 모두 군인이나 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우에 사회보장적 급여를 하고자 하는 것인데, 군인의 공무상 질병이나 부상으로 인한 폐질상태가 퇴직 전에 생긴 때에만 상이연금을 지급하고 그러한 폐질상태가 퇴직 후에 생긴 때에는 상이연금을 지급하지 아니하는 것은 군인이 공무상 질병이나 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우에 공무원의 경우에 비하여 불리하게 차별하는 것이 분

24) 다만, 이 사건 법률조항의 위헌성을 고려하여 입법자로 하여금 개선입법을 마련하여야 하는 최종 시한을 주문에 명시하는 방법도 고려될 수 있다고 본다.



명하고, 그와 같이 차별할 합리적인 이유를 찾아보기 어렵다.

그리고 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 이상, 그 군인이 폐질상태로 되기 전에 퇴직하였는지 또는 폐질상태로 된 후에 퇴직하였는지에 따라 상이연금의 지급 여부를 차별하는 것도 합리적이라고 보기 어렵다.

군인은 일반 공무원에 비하여 훨씬 더 많은 위험을 감수하여야 하고, 군인이 공무상 질병 또는 부상을 입은 경우에는 폐질상태로 되기 전에도 군인의 직무를 수행하기 어려워 사실상 퇴직이 강요되는 경우도 있을 수 있는 점에 비추어 보면 더욱 그렇다.

따라서 군인연금법 제23조 제1항이 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다고 할 것이다.

군인연금법 제23조 제1항이 현재 규정하고 있는 내용(군인이 공무상 질병 또는 부상으로 폐질상태로 되어 퇴직한 경우에 상이연금을 지급하도록 규정한 내용)은 헌법에 위반된다고 볼 수 없고 이 사건 심판대상도 아니므로, 이에 대하여 위헌이나 헌법불합치를 선언해서는 안 되고, 군인연금법 제23조 제1항이 군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 입법부작위에 대해서만 위헌을 선언하여야 한다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 법률조항은 헌법재판소의 결정취지에 따라 2011. 5. 19. 법률 제 10649호로 그 차별취급이 시정되어 “군인이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 때에는 그때부터 사망할 때까지 다음의 구분에 따라 상이연금을 지급한다”로 개정되었고 공포한 날로부터 시행되었다.



## 형사보상법 제7조 위헌제청

- 형사보상법 제척기간 사건 -

(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가4, 판례집 22-2상, 1)

박 세 영\*

### 【판시사항】

형사보상의 청구는 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하도록 규정하고 있는 형사보상법 제7조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법 제28조에 위반되는지 여부(적극)

### 【심판의 대상】

이 사건 심판의 대상은 형사보상법 제7조가 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상 조항의 내용은 다음과 같다.

형사보상법

제7조(보상청구의 기간) 보상의 청구는 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하여야 한다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 당해사건의 청구인인 김○배(이하 ‘청구인’이라 한다)는 1980. 5. 27.경 광주민주화운동과 관련하여 검거되어, 1980. 7. 29. 구속영장이 집행된 후 기소되어 1980. 10. 25. 전교사계엄보통군법회의에서 무기징역을 선고받고(80보군형공119등(병합)), 1980. 12. 29. 그 항소심인 육군계엄고등군법회의에서 무기징역을 선고받은 후(80고군형상456), 1981. 3. 31. 상고심인 대법원에서 상고가 기각되었다(81도426). 청구인은 그 형의 집행 중이던 1982. 12. 24. 형

\* 헌법연구관보

집행정지로 석방되었다.

이후 위 사건에 대한 재심절차에서 1999. 2. 5. 청구인에 대한 공소사실은 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하여 범죄로 되지 않는다는 이유로 원심판결 중 청구인에 대한 부분이 파기되어 무죄가 선고되었고(서울고등법원 98재노10) 그 판결은 그 무렵 확정되었다.

나. 청구인은 위 무죄판결이 확정된 때로부터 약 8년여가 지난 2007. 10. 9.에 이르러, 서울고등법원에 위와 같이 재심에서 무죄재판을 받았다는 이유로 위 유죄판결에 의하여 집행된 기간인 941일에 대하여 형사보상금 청구를 하였다(서울고등법원 2007코22).

서울고등법원은 위 재판 계속중 직권으로, 청구인의 귀책사유 없이 무죄재판 확정일로부터 1년이 경과한 경우에도 아무런 예외를 두지 않고 일률적으로 형사보상 청구기간을 제한하고 있는 형사보상법 제7조는 과잉금지원칙에 반하여 형사보상청구권자의 재산권을 침해하고 평등의 원칙 등에 위배된다며 2008. 1. 15. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유 및 이해관계인의 의견 요지

### 가. 제청법원의 위헌제청이유

형사소송법 제365조, 제458조 제2항에 의하면 피고인의 출석 없이 진행된 재판에서 무죄가 선고될 수 있는데, 이 사건 법률조항이 무죄재판을 받은 피고인의 의사나 귀책사유에 관한 고려도 없이 일률적으로 그 무죄재판의 확정일로부터 단기에 해당하는 1년의 경과로 형사보상청구권을 행사하지 못하게 하는 것은 불합리하다. 형사보상을 받을 권리가 재산권의 일종이므로 형사보상제도나 그 내용은 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이지만, 무죄재판을 받은 피고인 등의 귀책사유 없이 그 확정일로부터 1년을 경과하였다고 하여 그에 대한 추후 보완이나 기타 구제 방법이 강구되지 않은 채 형사보상을 받을 권리를 박탈하는 것은 형사보상청구권자의 재산권을 침해하고, 평등의 원칙에 위배된다.

### 나. 법무부장관의 의견

이 사건 무죄판결은 청구인이 모르는 상태에서 선고된 것이라고 보기 어려우며, 청구인이 무죄판결이 내려진 사실을 몰랐다 하더라도 귀책사유 없이 알지 못한 것이라고 보기 어려우므로, 재판의 전제성을 갖추었다고 보기 어렵다.

또한, 유죄의 선고를 받은 자가 귀책사유 없이 재심청구사실 및 무죄판결이 내려진 사실을 모를 가능성은 극히 희박하며, 피고인이나 그 대리인은 무죄판결이 선고되는 순간 또는 그 무렵 형사보상청구권의 존재를 확정적으로 알 수 있으므로, 형사보상의 청구기간을 ‘무죄판결이 확정된 때로부터 1년’으로 규정한 것은 형사보상청구권의 행사를 어렵게 할 정도로 지나치게 짧다고 할 수 없고, 합리적으로 입법재량을 행사한 것으로 볼 수 있다.

### 【결정요지】

권리의 행사가 용이하고 일상 빈번히 발생하는 것이거나 권리의 행사로 인하여 상대방의 지위가 불안정해지는 경우 또는 법률관계를 보다 신속히 확정하여 분쟁을 방지할 필요가 있는 경우에는 특별히 짧은 소멸시효나 제척기간을 인정할 필요가 있으나, 이 사건 법률조항이 형사보상청구권의 제척기간을 1년으로 규정하고 있는 것은 위의 어떠한 사유에도 해당하지 아니하는 등 달리 합리적인 이유를 찾기 어렵고, 일반적인 사법상의 권리보다 더 확실하게 보호되어야 할 권리인 형사보상청구권의 보호를 저해하고 있다.

또한, 이 사건 법률조항은 형사피고인이 무죄재판의 확정사실을 알고 있는지 여부와 관계없이 그 제척기간을 무죄재판이 확정된 때로부터 진행한다고 규정하고 있으나, 형사소송법상 형사피고인이 재정하지 아니한 가운데 재판할 수 있는 예외적인 경우를 상정하고 있는 등 형사피고인은 당사자가 책임질 수 없는 사유에 의하여 무죄재판의 확정사실을 모를 수 있는 가능성이 있으므로, 형사피고인이 책임질 수 없는 사유에 의하여 제척기간을 도과할 가능성이 있는바, 이는 국가의 잘못된 형사사법작용에 의하여 신체의 자유라는 중대한 법익을 침해받은 국민의 기본권을 사법상의 권리보다도 가볍게 보호하는 것으로서 부당하다.

### 재판관 이동흡의 반대의견

형사피고인으로서 무죄판결을 받은 자는 재판서 등본과 확정증명서를 송부 받게 되므로 형사보상청구권의 존재사실을 알고 있는 경우가 대부분이고, 이후 형사보상청구시 특별한 증거를 수집할 필요가 없다는 등의 사정을 고려하면, '1년'이라는 기간은 형사보상청구권의 권리행사를 현저히 곤란하게 하는 것이라고 보기 어려우며, 형사보상청구권과 같이 그 발생을 예상하기 어려운 경우 불안정성이 적지 아니하여 단기간에 법률관계를 안정시켜야 할 필요성이 상대적으로 크다.

또한, 형사소송절차에서 형사피고인의 출석은 권리이자 의무인바, 형사피고인의 출석에 대한 예외는 극히 제한적인 사유에서 인정될 뿐이며, 특별한 사정이 없는 한 무죄재판의 사실을 알지 못한 데에 귀책사유가 없다고 보기 힘들다는 등의 사정을 고려하면, 형사피고인으로서 구금되었던 자가 귀책사유 없이 무죄재판이 확정된 사실을 모를 수 있는 가능성은 사실상 매우 희박하며, 제척기간의 기산점에 여러 가지 예외사유를 인정할 때 나타나는 법률관계의 불안정성 등 또 다른 문제점이 있으므로, 과연 그것이 같은 효과를 지닌 덜 제약적인 입법수단이라고 볼 것인지는 명백하지 않다.

## 【해 설】

### 1. 형사보상의 본질

이 사건 법률조항은 형사보상청구권의 행사기간을 규정하고 있다. 그런데 이 사건 이전에는 형사보상과 관련된 헌법재판소의 선례가 존재하지 아니하였는바, 형사보상의 본질을 살펴봄으로써 형사보상청구권의 헌법적 의의를 살펴볼 필요성이 존재한다.

형사보상은 국가권력에 의한 손실을 보상하는 다른 보상과 비교할 때 사법상 과오에 대한 금전배상이라는 점에서 본질적인 특징이 있다. 사법적 과오에 대한 금전배상에 관하여 각 국에서 많은 논의가 있어왔지만, 국가의 시혜적 조치에 지나지 않는다고 하는 사상은 극복되었다고 할 수 있고, 국가가 부당한 사법작용에 의하여 발생한 손해에 대해서는 이를 배상(또는 보상)하여야 할 법률적 의무를 가진다는데 대부분의 의견이 일치되고 있다.

범인으로 상정되어 수사기관의 조사를 받고 다시 법원에 기소되었지만 심리결과 무죄로 되는 경우는 필연적으로 발생한다. 이러한 위험은 형사절차에 내재하는 불가피한 위험이라 할 수 있다. 이러한 특징으로 인하여 형사보상은 형사사법의 위법성, 공무원의 고의·과실 등과 무관한 일종의 무과실·결과책임으로서 손실보상이라고 보는데 대부분의 견해가 일치하고 있다. 즉 사법의 과오는 사법의 운영에 내재하는 것이기 때문에 사법을 운영하는 국가는 그러한 위험에 의하여 발생하는 손해에 대응한 보상을 하지 않으면 안 되는 것이고, 이는 ‘공용부담 앞에 있어서의 시민의 평등’으로서 전체의 이익을 위하여 행사되는 형사절차로 인해 사회전체에게 이익이 되는 공공역무의 부담을 무죄판결을 선고받은 자 개인에게 지워서는 안 된다는 공법상 조절보상의 원리의 선언이라 할 것이다<sup>1)</sup>.

## 2. 이 사건 법률조항의 법적 성격

이 사건 법률조항은 형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄재판을 받은 자의 형사보상청구권의 행사기간을 규정하고 있으므로 이와 같은 행사기간의 법적성격이 무엇인지에 따라 그 효과나 중단·정지의 유무, 이익의 포기, 기간의 단축여부 등에 다른 결론을 불러올 수 있고, 나아가 이 사건 법률조항의 위헌성을 판단하는데 있어도 영향을 미치게 된다. 이 사건 법률조항의 법적 성격에 관하여 살펴볼 필요가 있다<sup>2)</sup>.

우선, 이 사건 법률조항의 법적성격은 형사보상청구의 법적성질에 따라 도출될 수 있을 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 형사보상의 본질은 일종의 손실보상이라 할 수 있을 것이고, 그렇다면 국가를 상대로 하는 형사보상청구는 공법상의 손실보상청구라 할 수 있을 것이다.

일방 당사자에 대한 청구권에 단기권리행사기간이 규정되어 있는 경우, 이 기간의 법적성격은 법문의 표현을 기준으로 판단하되, 시효기간이라는 명

1) 서영제, 「형사보상의 요건과 제문제」, 김철, 1984년 제1집, 167쪽 참조

2) 한편, 피의자로서 구금되었던 자중 검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받은 자의 형사보상청구에 관하여는 형사보상법 제26조 내지 제28조에서 규정하고 있는데, 이러한 피의자의 형사보상청구기간에 관하여는 “검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분의 고지 또는 통지를 받은 날로부터 1년 이내에 하여야 한다”(같은 법 제27조 제3항)고 규정하고 있다.

시적 표현이 없는 경우, 이를 일률적으로 제척기간이라고 볼 것이 아니라 그 대상인 권리의 성질 및 그 기간의 목적에 따라 소멸시효기간인지, 제척기간인지를 판단하여야 할 것이다. 양 권리행사기간의 본질적인 차이는 중단 등을 생각할 수 있는가에 있다.

형사보상청구권은 의무자인 국가의 협력을 요하지 아니하고, 권리자인 피고인 측에서 일방적으로 권리를 행사하기만 하면 권리의 목적을 달성할 수 있는 일종의 형성권이라고 할 것이다. 따라서 형사보상청구권의 권리행사기간을 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 제척기간이라고 할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 권리행사기간은 법률이 규정하는 권리의 존속기간으로서 권리를 재판상 행사하여야 하는 기간이라고 할 것이다.

### 3. 외국의 입법례

#### 가. 독일

현재 시행되고 있는 1971년 제정 형사보상법<sup>3)</sup>에 의하면 제심절차 및 기타 형사절차를 통하여 형이 감면된 경우 그리고 미결구금 또는 기타 형사절차에서 석방되거나 불기소처분 또는 공소기각된 자에 대하여 국가가 보상한다(동법 제1조 및 제2조). 또한 과거와 달리 현행법은 법원 또는 검찰의 재량에 의해 형사절차가 중지된 경우에도 전술한 형사처분이 이미 행하여졌다 면 적당한 범위 내에서 보상할 수 있도록 하고 있다(동법 제3조).

독일의 형사재판절차에서의 구금에 대한 형사보상은 2단계의 절차를 거치도록 규정되어 있다. 즉, ① 법원의 형사보상여부에 관한 결정(형사보상의무를 확인함)을 받아야 하고(동법 제8조, 제9조), 그 뒤 ② 검찰청에 형사보상청구를 신청하면 주의 사법행정청은 형사보상금에 관한 결정을 한다(동법

3) 독일의 형사보상제도는 1898년의 법률(Gesetz, betreffend die Entschädigung der in Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen)에 의해 행해지고 있는 **제심보상**, 즉 제심으로 무죄가 선고된 경우에 형의 집행을 받은 자에 대하여 보상을 규정한 제심보상 제도와, 이와 별도로 1904년 법률(Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft)에 의해 행해지고 있는 **미결구금보상**, 즉 미결구금을 받아 죄책이 없는 것으로 밝혀진 자에 대하여 보상을 해주는 제도가 각각 시행되고 있었으나 1971년의 형사보상법이 제정되면서 1898년 법과 1904년 법은 폐지되었다.



제10조).

위 ①의 단계에서 법원이 중국판결을 하는 경우에는 보상여부에 관하여 중국판결과 함께 결정을 하고(동법 제8조), 한편 검찰이 불기소한 경우에는 피고인의 신청에 의하여 당해 검찰이 소재한 구법원에서 보상여부에 관한 결정을 한다(동법 제9조)

현행 법률은 보상에 관한 기간 등에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

**○제8조(형사법원의 판결)** ① 법원은 보상여부에 대하여 당해 소송을 종결하는 판결을 통하여 결정한다. 만일 주된 소송을 통하여 보상여부에 관한 결정을 할 수 없는 경우에는, 별도의 법원결정에서 관계자의 증언을 들은 후에 결정한다.

**○제9조(검찰의 불기소에 따른 절차)** ① 검찰이 불기소한 경우에는 당해 검찰이 소재한 구법원(Amtsgericht)이 보상여부의 결정을 내린다. 그러나 다음의 경우에는 구법원을 대신하여 소송을 담당하는 법원이 보상결정에의 관할권이 있다.

1. 검찰이 공소제기 후에 공소를 취소한 경우
2. 고등법원이 제1심인 경우에 있어서, 연방검찰이나 고등검찰청의 검사가 공소를 취소한 경우

보상결정은 피고인의 신청에 의하여 이루어진다. 동 보상은 불기소의 결정이 통지된 후 1개월 내에 신청되어야 한다. 불기소의 결정통지서를 통하여, 보상신청의 기간 및 관할법원에 대하여 알려주어야 한다. 이에 형사소송법 제44조에서 제46조4)의 규정이 적용된다.

**○제10조(청구권의 신고 및 보상청구의 기간)** ① 보상결정이 확정된 경우에는 6개월 내에 최초로 공소제기된 검찰청에 보상청구가 신청되어야 한다. 이 기간 내에 보상을 받을 권리가 있는 자의 귀책사유로 보상청구가 신청되지 아니한 경우에는 보상권은 소멸된다. 검사는 보상권리자에게 신청권이 있음과 보상신청기간을 알려주어야 한다. 기간은 통지문의 도달시로부터 기산된다.

② 주의 사법행정청은 형사보상신청에 대하여 결정한다. 형사보상신청자에게 주의 결정의 발송 및 배달 등에 관련된 사항은 민사소송법의 관련

규정이 준용된다.

**○제12조(형사보상의 유효기간의 경과)** 형사보상의무가 확정된 날 이후로 제10조 제1항의 신청이 행하여지지 않은 채로 1년의 기간이 경과하면 보상청구권은 소멸한다.

이처럼 독일은 우리나라와 달리, 원칙적으로 당해 형사절차를 종결하는 재판에서 형사보상여부에 관한 결정이 함께 이루어지기 때문에 失期の 문제를 논할 필요성이 없다(동법 제8조 참조). 그러나 검찰이 불기소를 하여 피고인의 신청에 의하여 법원에서 보상여부에 관한 결정을 하여야 하는 경우에는 검찰은 피고인에게 불기소의 결정통지서를 통하여 보상신청의 기간 및 관할법원에 대하여 알려주어야 하고, 이 과정에서 피고인의 책임없이 기간준수에 관하여 장애를 겪은 경우 失期の 회복을 허락하고 있다(동법 제9조 참조).

위와 같은 형사보상여부결정 단계에서 보상결정에 의하여 보상의무가 확정된 경우에는 검사는 보상권리자에게 보상신청권이 있음과 보상신청기간을 알려주어야 하고, 이러한 통지문의 도달시로부터 6개월 내에 보상을 신청하여야 한다(동법 제10조 참조). 그러나 이 경우 검사의 통지가 없었거나, 보상권리자의 귀책사유 없이 6개월을 경과하였다 하여도 법원의 보상결정이 확정된 날로부터 1년을 도과할 수는 없는데(동법 제12조), 이 기간은 절대적인 제척기간이다. 이처럼 당사자의 책임없이 기간준수에 장애를 겪은 경우에도 절대적인 기간의 제한을 둔 것은, 형사보상결정이 당해 형사절차를 종결하는 재판에서 직권으로 함께 이루어지고, 한편 검사가 불기소를 한 경우

4) 독일 연방형사소송법

제44조 자신의 책임 없이 기간준수에 관한 장애를 겪은 자에게는 신청에 따라 그 失期の 회복을 허락한다.

제45조 ① 전조의 회복청구는 장애의 제거 후 1주일 이내에 그 기간준수를 요구하는 법원에 제기되어야 한다. 청구에 관하여 재판하는 법원에 대한 청구가 적시에 제기되었다면 기간은 준수된 것이다.

제46조 적시의 청구시 사건에 관하여 재판하게 될 법원이 청구에 대한 결정을 내린다. 청구를 인용하는 판단에 대하여는 이의를 제기할 수 없다. 청구를 기각하는 판단에 대하여는 즉시항고가 허용된다.

에는 피고인의 신청에 의한 것이므로, 피고인이 1년의 기간 동안 신청권의 존재 등에 관하여 알고 있었으리라는 추정이 가능하고 따라서 적극적 노력을 행사하지 않은 피고인에게도 귀책사유가 있었음을 인정한 취지로 보인다.

### 나. 일본

일본의 형사보상제도는 1931년 구 형사보상법에 의하여 도입되었다. 그러나 1931년에 성립된 형사보상제도는 ‘국가무답책의 법리’에 근거하여 혜택적 시책으로 형사보상을 하도록 한 것이었다. 이후 일본 현행 헌법 제40조<sup>5)</sup>를 통해 형사보상청구권이 헌법상 인정되었다<sup>6)</sup>. 이에 따라 1950년 신 형사보상법이 발효되어 이때부터 형사보상은 은혜적 개념에서 권리적 개념으로 변화하였다.

형사보상법은 보상에 관한 기간 등에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

**○제1조(보상요건)** ① 형사소송법에 의한 통상절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄의 판결을 받은 자가 동법, 소년법 또는 경제조사청법에 의해 미결구금 또는 구금을 받은 경우에는 국가에 대하여 억류 또는 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.

**○제7조(보상청구시기)** 보상의 청구는 무죄의 판결이 확정된 날로부터 3년 이내에 하여야 한다<sup>7)</sup>.

**○제15조(보상청구각하의 결정)** 보상청구절차가 법령상의 방식에 위반하고 보정할 수가 없을 때, 또는 청구인이 법원으로부터 보정을 명받아 이것에 응하지 아니하거나 보상청구가 제7조의 기간의 경과 후에 된 때에는 청구를 각하하는 결정을 하여야 한다.

이처럼 일본에서는 형사보상의 요건 및 보상청구시기 등과 관련하여 조문의 위치 및 그 형식이 우리나라의 규정형식과 유사한바, 우리나라 입법시 주

5) **일본 헌법 제40조** 누구나 억류 또는 구금된 후, 무죄의 재판을 받았을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 그 보상을 요구할 수 있다.

6) 그 이전에는 제국헌법과 기타 헌법초안에도 형사보상규정은 없었다.

7) 구 형사보상법은 “보상의 청구는 무죄 또는 면소 판결 확정일로부터 60일 이내에 행사할 것을 요한다”고 규정하고 있었다(제9조).

로 참고한 입법례가 일본의 입법례임을 추론해볼 수 있다. 형사보상의 청구 기간도 우리나라와 동일한 형식을 취하고 있으나, 그 기간은 3년으로 우리보다 길다.

### 다. 미국

미국에서는 ‘국가행위에 대한 배상’이라는 사상이 늦게 발전하였고, 이에 따라 1938년에야 비로소 연방 차원에서 재심보상제도가 확립되었다<sup>8)</sup>. 미국은 연방국가이기 때문에 각 주마다 형사보상청구권에 대하여 달리 규정하고 있는데, 약 25개 주<sup>9)</sup>와 Washington, D.C.에서 형사보상에 관한 법률을 제정하고 있다. 이하에서는 연방법과 대표적인 몇몇 주의 형사보상에 관한 법률에 관하여 살펴보기로 한다.

#### (1) 연방법

미국의 연방법의 경우, 연방청구법원에 대한 모든 소송은 청구권이 발생한 때로부터 6년 이내에 청구하여야 한다(연방법 제28편 제2501조<sup>10)</sup>). 이 때 “청구권이 발생한 때”라 함은 연방정부의 책임이 확정되고 청구인이 소송을 청구할 수 있는 권리가 모두 확정된 때를 말한다<sup>11)</sup>. 따라서 연방형사보상청

8) 김남진, ‘형사보상청구권-형사보상의 본질을 중심으로’, 사법행정 6권 2호(‘65. 2.), 한국사법행정학회, 1965, 10쪽

9) Alabama, California, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Missouri, Montana, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, West Virginia, Wisconsin

10) 28 U.S.C.A. § 2501 "Every claim of which the United States Court of Federal Claims has jurisdiction shall be barred unless the petition thereon is filed within six years after such claim first accrues.

Every claim under section 1497 of this title shall be barred unless the petition thereon is filed within two years after the termination of the river and harbor improvements operations on which the claim is based.

A petition on the claim of a person under legal disability or beyond the seas at the time the claim accrues may be filed within three years after the disability ceases.

A suit for the fees of an officer of the United States shall not be filed until his account for such fees has been finally acted upon, unless the Government Accountability Office fails to act within six months after receiving the account."

구에 관한 연방청구법원의 관할은 문제된 유죄판결이 이에 관하여 적법한 관할을 가지는 법원에 의하여 무죄로 판명되거나 사면된 때 발생한다<sup>12)</sup>. 그러므로 형사보상청구는 무죄로 인하여 유죄판결이 파기되거나 사면된 때로부터 6년 이내에 제기하여야 한다.

## (2) California

California 주의 경우, 신청인은 무죄판결 등이 있을 때로부터 6개월 내, 주 의회의 다음 회기 4개월 전에 주를 상대로 형사보상을 청구하는 소를 제기하여야 한다. 보상액은 법원 또는 배심원이 결정한다(California Penal Code §4900, 4901).

## (3) New York

New York 주는 Court of Claims Act §8-b에서 형사보상청구권에 대해서 규정하고 있는데, 신청인은 무죄판결 등이 있을 때로부터 2년 이내에 소를 제기하여야 하고, 보상액은 법원이 적정하게 산정한다.

## (4) Massachusetts

Massachusetts 주는 무죄판결 등이 있을 때로부터 2년 이내에 제청신청인이 형사보상을 구하는 소를 제기하도록 규정하고 있다. 보상액은 법원이나 배심원이 결정하도록 규정하고 있다(Massachusetts General Law Chapter 258D §1, 2).

## (5) Texas

Texas 주는 무죄판결 등을 받은 때로부터 3년 내에 소송을 제기하는 등 형사보상을 청구하도록 하고 있다. 보상액은 구금연수 1년에 5만 달러로 규정하고 있다(Texas Civil Practice and Remedies Code §103.003, §103.052).

---

11) Goodrich v. U.S., 434 F.3d 1329 (C.A. Fed., 2006) (“...A claim accrues when all the events have occurred which fix the liability of the Government and entitle the claimant to institute an action...”)

12) Lott v. U.S. 11 Cl. Ct. 852 (1987).

#### (6) Virginia

Virginia 주는 주 헌법 Article IV Section 14에서 형사보상청구권에 대해 규정하였고, Virginia Tort Claims Act에서 이에 대해 구체적으로 규정하고 있다. 제청신청인은 무죄판결 등을 받은 때로부터 1년 이내에 청구하여야 하고(8.01-195.7), 보상액은 구금연수 1년에 구금되었던 자의 연 소득의 90%이며, 구금연수 20년까지 지급이 이루어진다.

#### 라. 프랑스

프랑스는 형사소송법 제149조 내지 제149-4조(불기소결정, 형면제 또는 무죄의 재판이 확정된 경우), 제626조(재심판결로 무죄 등을 선고받은 경우)에서 형사보상을 규정하고 있다<sup>13)</sup>. 이에 따르면 법원은 구속되어 재판을 받던 중 무죄판결 등이 선고된 자에게 형사보상청구권이 있다는 사실 및 관련 절차를 고지하고, 청구권자는 무죄판결 등이 확정된 때로부터 6개월 이내에 형사보상을 청구하여야 한다(형사소송법 제149-2조). 프랑스에서는 불기소의 경우는 물론, 미결구금보상도 인정되지 않고 있다<sup>14)</sup>. 또한 사적 소추의 원고, 고소인, 위증 증인의 과실로 인하여 유죄를 잘못 선고한 경우에는 국가가 이러한 자들에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(동법 제626조 제4항).

### 4. 형사재판이 확정된 것을 당사자가 모를 가능성

형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄재판을 받은 자가 미결구금 또는 형의 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있는바(형사보상법 제1조), 이 사건 법률조항은 위 형사보상의 청구를 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하도록 제한하고 있다.

이 사건 법률조항에 의하면, 피고인이 가. 무죄재판이 확정된 사실을 모르거나, 나. 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 알았으나 형사보상청구권의 존재 및 그 청구절차를 알지 못한 경우에도 무죄재판이 확정된 때로부터 일률

13) 한명관 외 5인, '프랑스 형사소송법', 법무부, 2006, 152-153쪽, 334-335쪽

14) 염규룡, '형사보상제도에 관한 연구', 경기대학교 행정대학원, 2001, 22쪽

적으로 형사보상청구권의 행사기간이 기산된다.

그런데 피고인의 위와 같은 부지에 대한 추후보완이나 기타 구제방법이 강구되지 않은 채 형사보상의 청구기간을 제한하는 이 사건 법률조항은 형사보상청구권의 보장을 규정한 헌법 제28조에 위반하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 따라서 이하에서는 위 각 상황이 발생할 가능성에 관하여 살펴보기로 한다.

### 가. 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 당사자가 모를 가능성

#### (1) 법률적 가능성

(가) 형사소송법에 의한 일반절차에서 무죄재판을 받은 경우

형사소송절차에서는 피고인이 출석하지 않으면 개정하지 못하는 것이 원칙이고(형사소송법 제276조 본문), 이는 판결선고기일이라고 하더라도 다르지 않다. 그리고 실제로 대부분의 형사소송절차에서 재판은 피고인의 출석 하에 이루어지고 있는바, 이 경우 피고인이 무죄재판을 받은 사실을 알지 못할 가능성이 없다.

그러나 예외적으로 법정의 사유가 있는 경우에는 피고인의 재정 없이 무죄재판이 선고될 수 있는바, 피고인이 구속상태에서 재판을 받는 경우와 불구속 상태에서 재판을 받는 경우를 나눠 살펴볼 수 있다.

○ 피고인이 구속 상태에서 재판을 받는 경우

피고인이 구속 상태에서 재판을 받는 경우에는 피고인의 재정 없이 판결이 선고되는 상황은 거의 발생되지 않는다. 위에서 본 바와 같이 피고인이 출석하지 않으면 개정하지 못하는 것이 원칙이고, 구금된 피고인에 대하여는 교도관에게 통지하여 공판기일에 소환하여야 하기 때문이다.

다만, 구속피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부한 경우(형사소송법 제277조의2 제1항<sup>15)</sup>), 또는 피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력

15) “피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유없이 출석을 거부하고, 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있다.”

여기서 ‘정당한 사유’라 함은 거동이 곤란한 정도의 신병 등을 말한다. 출정 거부에 정당한 사유가 있는 경우에는 공판정에서 궐석으로 절차를 진행할 수 없고, 구속 만기 등으로 인하여 부득이 절차를 진행하여야 한다면 법원장의 허가를 얻어 구치

이 없는 상태에 있거나 질병으로 인하여 출정할 수 없는 때에 무죄의 재판을 할 것이 명백한 경우(형사소송법 제306조 제4항)에는 구속피고인의 출석 없이 재판할 수 있다. 그러나 이 경우에도 구속피고인을 석방하면서 교도관이 무죄재판의 사실을 피고인 본인이나 그 가족에게 알려줄 것이므로 피고인 측에서 무죄재판의 사실을 모를 가능성은 매우 희박하다.

○ 피고인이 불구속 상태에서 재판을 받는 경우

피고인이 구속기소되었다가 1심에서 구속이 취소·집행정지·실효되거나 석방되는 등 구속 상태가 해제된 상태에서 무죄판결을 받은 경우, 또는 구속 상태로 1심 판결을 받은 뒤 상소심에서 불구속 상태에서 무죄판결을 받은 경우 등과 같이, 피고인이 미결구금 후 불구속 상태에서 재판을 받는 경우에는 피고인의 재정 없이 무죄재판이 선고될 수 있는 상황이 다음과 같이 검토될 수 있다.

• 법정형이 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하지 않는 사건에 있어서, 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6개월이 경과하도록 검사의 주소보정, 소재조사촉탁, 구인장의 발부 등 필요한 조치에도 불구하고 피고인의 소재를 확인할 수 없는 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 공시송달의 방법에 의하고, 피고인에 대하여 공시송달의 방법으로 기일소환을 하고 2회 이상 출석하지 아니하면 피고인의 출석 없이 재판할 수 있다(소속법 제23조)<sup>16)</sup>. 따라서 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없고, 기록상 알 수 있는 피고인의 근무장소나 전화번호를 통한 송달을 시도했음에도 불구하고 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 피고인의 출석 없이 재판이 가능하므로 이 경우 피고인은 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 모를 수 있다.

그러나 이러한 상황에서 피고인은 일단 구속기소되었던 이상 나중에 불구속상태에서 재판을 받게 되었다고 하더라도 자신이 재판 중에 있는 사실을 알고 있었던 사람이므로 특별한 사정이 없는 한 무죄재판의 사실을 알지 못한 데에 귀책사유가 있다고 할 것이다.

소에서 기일을 진행할 수밖에 없을 것이다(법원실무제요 형사[II] 55쪽).

16) 법원실무제요 형사[II] 56쪽 참조.



• 피고인이 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 경우 그 진술 없이 재판(판결 등)을 할 수 있다(형사소송법 제330조). 따라서 이러한 경우 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 당사자가 모를 가능성이 없지 않지만, 이는 피고인이 재정의무에 위반하여 무단 퇴정하였거나 재판 도중에 소란을 피우는 등 공판정의 존엄과 질서를 해한다는 이유로 재판장으로부터 퇴정명령(법원조직법 제58조 제2항, 형사소송법 제281조 제1항)을 받아 퇴정당한 경우이므로, 피고인에게 무죄재판 사실을 모르는 데 대한 귀책사유가 있다.

• 항소심에서 피고인의 불출석이 2회 이상 계속되면 그의 출석 없이 개정할 수 있다(형사소송법 제365조).<sup>17)</sup> 피고인의 공판정 출석은 피고인의 의무이자 권리이지만, 항소심에서는 피고인의 출석요건이 완화된다. 따라서 이러한 경우 피고인이 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 모를 가능성이 존재한다.

그러나 피고인이 구속기소되어 구금이 되었던 이상, 나중에 불구속상태에서 재판을 받는다고 하더라도 형사재판중인 사실을 모를 수 없고, 피고인에게 형사재판의 진행상황을 조사할 의무가 있는 것이므로, 피고인이 무죄재판을 모른 데에 귀책사유가 있다.

• 공판절차 정지사유가 있는 사건, 즉 ① 피고인이 질병으로 출정할 수 없는 경우와 ② 피고인에게 의사능력이 없는 경우에는 공판절차의 정지를 직권으로 결정할 수 있는데, 이러한 사유가 있더라도 사건이 무죄의 재판을

17) 다만, 형사소송법 제63조 제1항에 의하면, 형사소송절차에서 피고인에 대한 공시송달은 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때에 한하여 이를 할 수 있는 것인바, 기록상 피고인의 집 전화번호 또는 휴대 전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해보아야 하고, 그러한 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달의 방법에 의한 송달을 하고 피고인의 진술 없이 판결을 하는 것은 형사소송법 제63조 제1항, 제365조에 위배되어 허용되지 아니한다. 이러한 법리는 피고인이 제1심판결에 대하여 항소를 하여 소송이 계속된 사실을 알면서 법원에 거주지 변경신고를 하지 않은 잘못을 저질러서 그로 인하여 송달이 되지 아니하자 법원이 공시송달의 방법에 의한 송달을 하게 된 경우에도 마찬가지이다. 왜냐하면, 법원의 공시송달 절차에 명백한 위법이 있음에도 불구하고 피고인에게 거주지 변경신고를 하지 아니한 잘못이 있다 하여 위 위법한 공시송달 절차에 기한 재판이 적법하게 되는 것은 아니기 때문이다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도3892판결).

할 것이 명백한 때에는 정지결정을 하지 않은 채 피고인의 출석 없이 재판할 수 있다(형사소송법 제306조 제4항)<sup>18)</sup>. 따라서 이러한 경우에는 피고인이 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 모를 가능성이 존재한다.

그중 위 ①의 경우 피고인 자신이 재판중에 있는 사실을 알고 있는 사람이므로 특별한 사정이 없는 한 무죄재판의 사실을 알지 못한 데에 귀책사유가 없다고 단정하기 어렵다. 한편 위 ②의 경우에는 피고인이 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 모르는 것에 대한 귀책사유를 인정하기 어려울 것이다.

☞ 위에서 살펴본 모든 경우에 무죄재판이 확정된 때에는 형사재판서 등본 송부 및 확정통보 등에 관한 예규(재판예규 제910호) 제7조에 따라 확정 당시 기록이 있는 법원은 재판서 등본과 확정증명서를 작성하여 피고인에게 송부하는 동시에 형사보상청구를 할 수 있다는 취지도 고지하여야 하는바, 피고인은 이러한 등본의 송부를 송달받음으로써 무죄확정사실을 모를 가능성이 더욱 희박해진다. 만약 이러한 송달을 받지 못한다 하더라도 위에서 살펴본 바와 같이 피고인으로서의 의사무능력 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 형사재판이 진행중이라는 사정을 알고 있었을 것이므로, 법원에 형사재판의 진행상황이나 결과를 알아보지 않은 점에서 과실이 없다고 할 수 없으므로 그 귀책사유 또한 인정될 가능성이 높아진다 할 것이다.

#### (나) 형사소송법에 의한 재심절차에서 무죄재판을 받은 경우

재심이란 확정된 유죄판결에 대하여 일정한 사유가 있는 경우에 유죄판결을 받은 자의 이익을 위하여 주로 사실인정의 부당을 시정함을 내용으로 하는 비상구제절차이다. 형사소송법 제424조는 재심의 청구권자로 i)검사, ii)유죄의 선고 받은 자, iii)유죄의 선고를 받은 자의 법정대리인, iv)유죄의 선고를 받은 자가 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매를 규정하고 있다.

재심절차는 재심을 개시할 것인지 여부를 결정하는 절차와 사건 자체에 대하여 다시 심판하는 절차의 2단계로 구분된다. 1단계인 재심개시여부결정에 있어서는 청구한 자와 상대방의 의견을 들어야 하고, 유죄의 선고를 받은 자의 법정대리인이 청구한 경우에는 그 외에 피고인으로서 유죄의 선고를

18) 무죄 사유에 의하여 불출석 개정하는 경우에 대리인 출석은 명문이 없으므로 허용되지 않는다(법원실무제요 형사[II] 53쪽 이하 참조).

받은 자(이하 ‘피고인’이라고 약칭함)의 의견도 들어야 한다(형사소송법 제 432조). 한편 2단계인 사건의 재심리절차는 위에서 본 일반공판절차와 동일하다(형법 제438조 제1항 참조).

○ 피고인이 재심청구를 한 경우

재심에서의 사건의 재심리절차는 위에서 본 일반공판절차와 동일하므로, 피고인이 재심절차에서 무죄재판을 받은 사실을 모를 법률상 가능성 및 피고인의 부지에 대한 귀책사유의 유무는 위에서 살펴본 일반절차에서 무죄재판을 받은 경우와 같을 것이다.

○ 피고인 이외의 자가 재심청구를 한 경우

① 겹이나 피고인의 법정대리인이 재심청구를 한 경우, 법원은 재심개시 여부를 결정함에 있어 피고인에게 의견진술의 기회를 필수적으로 부여하여야 하므로(형사소송법 제432조), 우선 이 의견청취절차를 통해서 피고인은 재심이 제기된 사실을 알 수 있고, 또한 재심개시결정에 이은 사건의 재심리절차는 일반공판절차와 동일하다. 따라서 이 경우에도 피고인이 재심절차에서 무죄재판을 받은 사실을 모를 법률상 가능성 및 피고인의 부지에 대한 귀책사유의 유무는 아래에서 보는 특별한 경우를 제외하고는, 일반절차에서 무죄재판을 받은 경우와 같을 것이다.

다만, 재심개시여부를 결정하는 절차에서 피고인의 의견진술은 서면에 의하든 구술에 의하든 상관이 없으므로,<sup>19)</sup> 법원이 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없어 의견요청서를 공시송달의 방법으로 송부하고, 이어서 사건의 재심리절차에서도 피고인에게 소환장을 공시송달하고 2회 불출석을 이유로 피고인의 재정 없이 무죄재판을 선고한 경우에는, 피고인이 재심개시 자체를 모를 수 있으므로 그의 귀책사유 유무의 판단이 일반절차와 다를 수 있다.

② 한편 피고인이 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매가 재심을 청구할 수 있고, 이 경우에는 피고인의 공판정 출석을 필요로 하지 않는다(피고인 재정원칙에 대한 예외: 형사소송법 제438조 제3항). 그러나 이 경우에는 무죄재판에 대한 피고인의 지, 부지는 형사보상청구와 관련이 없다.<sup>20)</sup>

19) 법원실무제요 형사[2], 567쪽

(다) 형사소송법에 의한 비상상고절차에서 무죄재판을 받은 경우

비상상고의 신청권자는 검찰총장이고, 관할법원은 대법원이다(형사소송법 제441조). 비상상고는 확정판결에 대하여 그 심리 또는 재판에 법령위반이 있음을 이유로 하여 인정되는 비상구제절차로서, 법령의 해석·적용의 통일을 주된 목적으로 한다. 비상상고의 판결은 파기자판을 제외하고는 피고인에게 효력이 미치지 아니한다(형사소송법 제447조).

비상상고사건을 심리하기 위해서는 반드시 공판기일을 열어야 하는데, 공판기일에 검사의 출석은 요하나, 피고인의 출석의 요부는 양설이 대립되는바, 실무상 피고인에 대한 공판기일 통지의 여부는 미리 재판부의 지시를 받아서 정한다.<sup>21)</sup>

비상상고절차의 판결은 기각판결과 파기판결로서, 그 중 원판결이 피고인에게 불이익한 때에는 원판결을 파기하고 피고사건에 대하여 다시 판결을 하여야 하는바, 이 때 재판부가 피고인을 소환하지 않고 무죄판결을 선고하더라도 앞서 살펴본 형사재판서 등본 송부 및 확정통보 등에 관한 예규(재판예규 제910호) 제7조에 따라 확정당시 기록이 있는 법원은 재판서 등본과 확정증명서를 작성하여 피고인에게 송부하는 동시에 형사보상청구를 할 수 있다는 취지도 고지하여야 할 것이기 하나, 피고인이 주소지를 이전하였다는 등의 사정으로 인하여 이러한 등본을 송부받지 못하는 사유가 존재한다면 무죄확정사실을 모를 가능성이 있다.

## (2) 사실상 가능성

나아가 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 당사자가 모를 수 있는 사실적 가능성은 앞서 살펴본 구조적 가능성과 함께 사안적인 특수성이 더해질 때 발생할 수 있다. 이는 특히 이 사건 헌법소원과 관련하여 제청신청인이 이러한 점을 주장하고 있는바, 이러한 상황이 발생할 가능성에 관하여 살펴보기로 한다.

재심사건에서 피고인이 소환되지 않거나 변론·선고에서 출석하지 않고

20) 이 사건에서 피고인의 유족 등 실제로 형사보상청구를 할 수 있는 자가 재심에서 무죄재판을 모를 가능성까지 검토할 필요는 없을 것이다.

21) 법원실무제요 형사 [II] 573쪽

종료될 수 있는 가능성은 극히 드문 예이기는 하나, 위에서 본 바와 같이 특수한 경우 재심사건이 피고인의 출석 없이 진행되어 피고인이 재심의 존재 자체에 대해 모를 수 있는 가능성이 존재한다.

그에 더하여 이 사건과 같이 관련 민주화운동단체에서 청구인의 동의 없이 청구인 명의로 일률적으로 재심청구를 한 경우에는,<sup>22)</sup> 피고인이 소환되지 않을 사실적 가능성이 높아진다.

이처럼 ‘결과적으로’ 피고인 본인의 귀책사유 없이 ‘무죄확정일로부터 1년’이 경과하여 형사보상청구를 받지 못하게 될 사실적 가능성은 매우 드물기는 하나 존재한다고 할 수 있다.

#### 나. 피고인이 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 알았으나 형사보상 청구권의 존재 및 그 청구절차를 알지 못할 가능성

무죄판결이 확정된 때에는 확정 당시 기록이 있는 법원은 재판서 등본과 확정증명서를 작성하여 피고인에게 송부하는 동시에 형사보상청구를 할 수 있다는 취지도 고지하여야 한다<sup>23)</sup>. 따라서 당사자가 형사재판이 무죄로 확정된 사실을 알았다면 그와 동시에 형사보상청구권의 존재 등에 관해 고지받기 때문에 무죄확정사실과 별개로 형사보상청구권의 존재를 알지 못할 가능성은 상정하기 어렵다고 할 것이다. 그러나 설령 이를 알지 못한다고 하더라도 이는 일종의 ‘법률의 무지’에 해당하는 것으로서 보호받을 수 없다 할 것이다.

### 5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### 가. 문제의 소재

##### (1) 제척기간이 피고인의 지·부지와 무관하게 기산되는 점

앞서 살펴본 것과 같이, 일반공판절차나 재심절차 또는 비상상고절차에서 형사재판이 확정된 것을 당사자가 모를 수 있는 가능성은 ① 피고인의

22) 그 경위에 대해서는 별지2. 참조.

23) 형사재판서 등본 송부 및 확정통보 등에 관한 예규(재판예규 제910호) 제7조(무죄 등 판결이 선고된 경우)

재정 없이 판결을 선고할 수 있는 법정사유가 있어 피고인이 판결선고기일에 불출석한 가운데 판결선고가 내려지고, 재판서 등본 등의 송부도 공시송달로 받은 경우와 ② 기타 제3자가 피고인에게 알리지 않고 피고인을 대리하여 재심을 청구하는 등 피고인이 무죄재판이 확정된 사실을 모르게 되는 사실적인 상황이 발생한 경우이다.

그렇다면 형사보상청구권의 행사기간에 있어 피고인의 이러한 부지 가능성을 고려하지 아니한 채 제척기간을 기산하도록 한 것이 헌법에 위반되는 것은 아닌지 문제된다.

## (2) 제척기간이 부적절하게 단기인 점

이 사건 법률조항은 무죄재판이 확정된 때로부터 ‘1년’ 이내에 형사보상청구를 할 것을 규정하고 있다. 즉, 이 사건 법률조항으로 인해 유죄의 판결을 받은 자가 재심에서 무죄 판결을 선고받았다 하더라도 이 ‘1년’의 기간이 지나면 부당한 유죄의 판결로 인하여 구금되었던 기간에 대응하는 형사보상을 받지 못하게 된다. 그렇다면 이 ‘확정된 때로부터 1년’의 기간이 부적절하여 청구인의 헌법상의 형사보상청구권을 침해하는 것이 아닌지 문제된다.

## 나. 형사보상청구권의 침해 여부

### (1) 위헌심사기준

이 사건 법률조항이 형사보상청구권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어 그 심사기준이 문제되었다. 엄격한 심사를 할 것인지, 보다 완화된 심사를 할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 되는데, 통상 청구권적 기본권의 경우와 마찬가지로 형사보상청구권을 규정하고 있는 헌법 제28조 역시 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 국가에 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 형사보상청구권의 구체적 내용은 입법에 맡겨져 있기 때문이다.

그러나 다수의견은 이 사건 법률조항의 형사보상청구권 침해여부의 위헌심사기준으로 ‘과잉금지원칙’을 채택하였는바, 이는 형사보상청구권 역시 ‘법률에 의한’ 형사보상청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위

한 입법재량이 인정된다 하여도, 그 입법이 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장될 수 있도록 하여야 한다는 점을 선언함으로써 다른 청구권적 기본권의 위헌심사기준과 맥을 같이 하였다.

한편, 반대의견은 이 사건 위헌심사기준과 관련하여, 이 사건 법률조항은 입법자의 형성적 자유가 넓게 인정되는 영역이라고 함으로써 다수의견보다 넓은 입법형성권을 인정하고 있다. 그러나 본안에서의 판단은 침해의 최소성과 법익의 균형성 등을 검토하고 있는 것에 비추어볼 때, 반대의견은 이 사건 법률조항의 형사보상청구권 침해여부를 검토함에 있어 완화된 과잉금지원칙을 채택하여 심사한 것으로 보인다.

이는 형사보상청구권의 형성 중 이 사건 법률조항 즉, 형사보상청구의 제척기간이 갖는 지위의 평가에 따른 것이라 보여지는데, 다수의견의 경우 실질적으로 형사보상청구를 형해화할 수 있는 부분이라면 입법형성권에도 불구하고 형사보상청구의 본질적 부분으로 판단하였기 때문이라 보여지고, 이와 반대로 반대의견의 경우 형사보상청구의 제척기간은 어디까지나 법적 안정성과 정의의 실현이라는 상반된 요청의 조화의 문제에 불과하다고 판단하였기 때문이라 보여진다.

## (2) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

다수의견은 이 사건 법률조항의 입법목적이 형사보상에 관한 국가의 채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운영하기 위한 것이라고 보아 형사보상청구에 제척기간을 마련한 이 사건 법률조항의 목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하였다.

반대의견은 이에 관하여 별다른 의견을 제시하지 아니하고 있는바, 침해의 최소성과 법익의 균형성 부분에서 의견을 제시하고 있는 점에 비추어볼 때, 다수의견의 판단에 동조한 것이라 보인다.

## (3) 침해의 최소성

제척기간을 보다 길게 설정하거나 제척기간의 기산점을 형사피고인이 안 때로부터 기산하게 하고도 동일한 입법목적의 달성이 가능하다면 이 사건

법률조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다고 보아야 할 것이다.

다수의견은, 제척기간에 대하여 특히 짧은 기간을 인정하는 것은 권리의 행사가 용이하고 일상 빈번히 발생하는 것이거나 권리의 행사로 인하여 상대방의 지위가 특별히 불안정해지는 경우 또는 권리의 행사 여부에 따라 상대방 또는 제3자의 의무나 법적 지위가 달라지는 경우 등 법률관계를 보다 신속히 확정하여 분쟁을 방지할 필요가 있는 경우이어야 하는데, 형사보상청구권의 경우 이러한 사유에 해당하지 아니하여 그 제척기간을 단기로 규정해야 할 합리적인 이유를 찾기 어려운 점, 형사보상청구권은 국가의 형사사법작용에 의하여 신체의 자유라는 중대한 법익을 침해받은 국민을 구제하기 위하여 헌법상 보장된 국민의 기본권이므로 일반적인 사법상의 권리보다 더 확실하게 보호받아야 된다는 점, 또한 형사소송법상 형사피고인이 재정하지 아니한 가운데 재판할 수 있는 예외적인 경우가 있는 등 형사피고인이 재판의 진행이나 무죄판결의 선고 사실을 모르고 있는 경우가 발생할 수 있는 점 등을 종합하여 고려할 때, 이 사건 법률조항은 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘어서 과도하게 국민의 기본권을 제한한 것으로 피해의 최소성 원칙에 위배된다고 판단하였다.

즉, 구조적, 사실적으로 형사피고인이 책임질 수 없는 사유에 의하여 제척기간이 도과할 가능성이 있음에도 불구하고 형사보상청구의 제척기간을 정함에 있어 피고인이 무죄재판을 알았는지 여부를 고려하지 아니하고 오직 ‘무죄재판이 확정된 때로부터’라고 규정하는 것은 형사보상을 받을 수 있는 권리 구제에 입법 공백이 생기게 하는 것이다. 따라서 피고인이 무죄재판의 존재를 알았는지 여부와 상관없이 무죄재판이 확정된 때로부터 1년이 경과하면 당연히 보상을 받아야 할 자는 형사보상에 대한 권리를 상실하고 이에 대한 반사적 이익을 그 피해를 야기한 국가가 취득하도록 하는 것은 입법목적 달성에 필요한 정도 이상으로 무죄판결을 받은 자의 기본권을 제한하고 상대적으로 국가의 이익을 보호하게 된다는 점을 고려한 것이라 보인다.

한편, 반대의견은 이 사건 법률조항의 목적의 정당성 내지 수단의 적합성을 인정할 수 있다고 하면서도 침해의 최소성 및 법익균형성 판단에 나아가 다수의견과 다른 의견을 개진하고 있다. 즉, 형사피고인으로서 무죄판결을 받



은 자는 형사보상청구권의 존재사실을 알고 있는 경우가 대부분이라는 점 등을 고려하면 ‘1년’이라는 형사보상청구의 제척기간은 형사보상청구권자의 권리행사를 현저히 곤란하게 하는 것이라고 보기 어려운 점, 현행법상 다른 소멸시효 및 제척기간 관련규정의 권리 행사기간과 비교하여 보더라도 1년의 행사기간이 형사보상청구권의 행사를 본질적으로 침해할 정도로 지나치게 짧고 불합리하다고 할 수 없는 점, 형사보상청구권과 같이 그 발생을 예상하기 어려운 불안정성이 적지 아니하여 단기간에 법률관계를 안정시켜야 할 필요성이 상대적으로 큰 점 등을 고려하면 1년이라는 형사보상청구의 제척기간이 형사보상청구권자의 권리보장을 통한 정의실현과 권리관계의 조속한 확정을 통한 공익달성의 조화를 이루고자 한 입법자의 인식이 재량권의 한계를 벗어났다고 단정하기 어렵다고 판단하였다.

또한, 형사소송절차상 형사피고인의 축석은 권리이자 의무인바, 형사피고인의 축석에 대한 예외는 극히 제한적인 사유에서 인정될 뿐이라는 점 등을 고려하면 형사피고인으로서 구금되었던 자가 귀책사유 없이 무죄재판이 확정된 사실을 모를 수 있는 가능성은 사실상 매우 희박하므로, 이러한 극히 예외적이고 예상하기 어려운 경우를 당해 조항에서 상정하지 않았다는 점만으로 당해 조항을 위헌으로 단정하기는 어려우며, 제척기간의 기산점에 여러 가지 예외사유를 인정할 때 나타나는 법률관계의 불안정성 등의 문제가 있을 수 있으므로 그것이 과연 같은 효과를 지닌 덜 제약적인 수단이라고 볼 것인지도 명백하지 않다고 판단하였다.

#### (4) 법익의 균형성

다수의견은 이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 국민의 기본권은 단순히 금전적인 권리에 불과한 것이라기보다는 실질적으로 국민의 신체의 자유와 밀접하게 관련된 중대한 기본권인 반면, 국가가 넓게 형사보상청구권을 인정함으로써 감수하여야 할 공익은 경제적인 것에 불과하고 그 액수도 전체 예산규모에 비추어 볼 때 미미하다는 점 등을 보아 법익의 균형성을 부정하였다.

그러나 반대의견은, 이 사건 법률조항이 1958년 법 제정시부터 형사보상

청구의 신속하고 안정적인 법률관계의 확정에 긍정적인 효과를 가져왔다는 점 등을 고려하여 법익의 균형성을 인정하였다.

이는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 무죄재판이 확정된 사실을 모를 수 있는 가능성이 극히 예외적이고, 이는 법이 예정하지 않고 있는 경우로서 이러한 경우까지 법이 보호할 것을 요구할 수 없다는 점을 고려한 것이라 보인다.

## 6. 주문의 결정

이 사건 법률조항이 헌법 제28조 및 헌법 제37조 제2항에 위반된다는 점은 재판관 이동흡의 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견이었으나, 이 사건 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 4인이고, 헌법에 위반된다는 의견이 4인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하였다.

## 7. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 헌법 제28조에서 규정된 형사보상청구권과 관련된 최초의 결정이다. 즉, 이 사건 결정이 나올 때까지 형사보상청구권 관련 선례는 존재하지 않았는데, 이 사건 결정이 나올 즈음, 광주민주화항쟁 등 현대사의 여러 굵직한 사건과 관련하여 재심을 요청하는 사건들이 다수 존재하였고, 이로 인하여 무죄판결을 받게 되는 사건이 증가하자, 이는 자연스럽게 형사보상에 관한 문제로 이어지게 되었다. 특히 형사보상청구의 제척기간과 관련한 이 사건 결정이 나간 뒤, 형사보상법은 2011. 5. 23. 법률 제10698호로 개정되어 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’로 법명이 개정되었고, 형사보상의 청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 하는 것으로 개정되었다.

헌법 제28조의 형사보상청구권은 국가의 형사사법권이라는 공권력에 의하여 인신구속이라는 중대한 법익의 침해가 발생한 국민에게 그 피해를 보상

해주는 기본권이라는 점에서 매우 중요한 헌법상의 기본권 중 하나임에도 불구하고, 공익의 달성이라는 논리 위에 개인의 형사보상청구가 제대로 보전되지 않는 결과를 초래하고, 이러한 가능성이 극히 일부라 하여 이를 고려하지 않는다면 형사보상청구권의 보호범위에 공백이 발생하게 되는바, 이를 보호하고자 하는 취지에서 나간 이 사건 결정은 국가의 형사사법절차에 의하여 달성되는 공익이 그 과정에서 이루어지는 개인의 일방적인 희생 위에서 이루어져서는 안 된다는 점을 명확히 하였다는 점에 가장 큰 의의가 있다 할 것이다.

나. 형사보상청구권과 관련된 헌법재판소의 선례가 존재하지 않았던 상황에서 이 사건 결정이 내려졌는바, 이 사건 결정에서 언급된 형사보상청구권의 위헌심사기준, 형사보상청구권의 실질적 보장 내용 등은 이후 헌법소송등에서 재판의 규범기준으로 고려될 수 있을 것으로 보여진다.

특히, 형사보상청구권의 위헌심사기준으로 과잉금지원칙을 채택함으로써, 청구권적기본권의 형성에 있어 입법자의 광범위한 입법재량에도 불구하고, 이는 어디까지나 실질적인 권리구제가 이루어질 수 있도록 하는 범위 내에서의 입법재량만을 인정하는 것이라는 점을 분명히 하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.



## 구 의료법 제25조 제1항 위헌제청 등

- 무면허 의료행위 금지 사건 -

(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합), 판례집 22-2상, 37)

우 승 아\*

### 【판시사항】

1. 비의료인도 침구술 및 대체의학 시술을 할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 정하지 아니한 입법부작위에 대한 심판청구가 적법한지 여부(소극)

2. “의료행위” 및 “한방의료행위” 개념이 죄형법정주의 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)

3. 의료법 제27조 제1항 본문의 진단 부분 및 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항 본문의 진단에 관한 부분(각 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것), 구 의료법 제25조 제1항 본문의 진단부분(1975. 12. 31. 법률 제2862호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것), ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조 중 의료법 제27조 제1항 본문의 진단에 관한 부분(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 일부 개정된 것), 구 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조 중 의료법 제25조 제1항 본문의 진단에 관한 부분(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 일부 개정되기 전의 것)(이하 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 과잉금지의 원칙에 반하여 비의료인의 직업선택의 자유 내지 일반적 행동의 자유 및 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 의료법 제27조 제1항 본문의 진단 부분, 제81조

---

\* 헌법연구관

제1항 및 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항 본문의 전단에 관한 부분(각 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것), 구 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분(1975. 12. 31. 법률 제2862호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것), 구 의료법 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분(1994. 1. 7. 법률 제4732호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것), ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조 중 의료법 제27조 제1항 본문의 전단에 관한 부분(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 일부 개정된 것), 구 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조 중 의료법 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 일부 개정되기 전의 것), 비의료인도 침구술 및 대체의학 시술을 할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 정하지 아니한 입법부작위의 위헌여부이고, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

**【심판대상조항】**

의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)

제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

제81조(의료유사업자) ① 이 법이 시행되기 전의 규정에 따라 자격을 받은 점골사, 침사, 구사(이하 "의료유사업자"라 한다)는 제27조에도 불구하고 각 해당 시술소에서 시술을 업으로 할 수 있다.

제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항(제82조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

구 의료법(1975. 12. 31. 법률 제2862호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제25조(무면허의료행위등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다.

구 의료법(1994. 1. 7. 법률 제4732호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제66조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제12조 제2항, 제18조의2 제3항, 제21조의2 제3항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자  
 보건범죄단속에 관한 특별조치법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 일부 개정된 것) 제5조(부정의료업자의 처벌) 의료법 제27조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

구 보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 일부 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 일부 개정되기 전의 것) 제5조(부정의료업자의 처벌) 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

**【관련조항】**

의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.

제2조(의료인) ① 이 법에서 "의료인"이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.

1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.

3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.

4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호 지도를 임무로 한다.

5. 간호사는 상병자나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대 통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

제12조(의료기술 등에 대한 보호) ① 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 "의료행위"라 한다)에 대하여는 이 법이나 다른 법령에 따로 규정된 경우 외에는 누구든지 간섭하지 못한다.

제81조(의료유사업자) ② 의료유사업자에 대하여는 이 법 중 의료인과 의료기관에 관한 규정을 준용한다. 이 경우 "의료인"은 "의료유사업자"로, "면허"는 "자격"으로, "면허증"은 "자격증"으로, "의료기관"은 "시술소"로 한다.

③ 의료유사업자의 시술행위, 시술업무의 한계 및 시술소의 기준 등에 관한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제82조(안마사) ① 안마사는 장애인복지법에 따른 시각장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 시·도지사에게 자격인정을 받아야 한다.

1. 초·중등교육법 제2조 제5호에 따른 특수학교 중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제4항에 따른 안마사의 업무한계에 따라 물리적 시술에 관한 교육과정을 마친 자

2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건복지부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 자

② 제1항의 안마사는 제27조에도 불구하고 안마업무를 할 수 있다.

③ 안마사에 대하여는 이 법 중 제8조, 제25조, 제28조부터 제32조까지, 제33조 제2항 제1호·제3항·제5항·제8항 본문, 제36조, 제40조, 제59조 제1항, 제61조, 제63조(제36조를 위반한 경우만을 말한다), 제64조부터 제66조까지, 제68조, 제83조, 제84조를 준용한다. 이 경우 "의료인"은 "안마사"로, "면허"는 "자격"으로, "면허증"은 "자격증"으로, "의료기관"은 "안마시술소 또는 안마원"으로, "해당 의료관계단체의 장"은 "안마사회장"으로 한다.

④ 안마사의 업무한계, 안마시술소나 안마원의 시설 기준 등에 관한 사항은 보건복지부령으로 정한다.



구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)

제1조(목적) 이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호증진함을 목적으로 한다.

제2조(의료인) ① 이 법에서 "의료인"이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.

1. 의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과의료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.
3. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.
4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호 지도에 종사함을 임무로 한다.
5. 간호사는 상병자 또는 해산부의 영양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대동령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다.

제12조(의료기술등에 대한 보호) ① 의료인이 행하는 의료·조산·간호등 의료기술의 시행(이하 "의료행위"라 한다)에 대하여는 이 법 또는 다른 법령에 특히 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 이에 간섭하지 못한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2008헌가19 사건

제청신청인은 의료인이 아님에도 불구하고, 2005. 7. 중순경부터 2007. 9. 14.경까지 약 1,000여명의 환자를 대상으로 침, 뜸 시술 등 무면허 의료행위를 하였다는 이유로 기소되어, 재판 계속 중 무면허 의료행위를 금지한 의료법 조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였고, 제청법원은 2008. 7. 7. 의료법 제27조 제1항 본문의 전단 부분(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것)은 과잉금지원칙에 반하여 환자의 생명권, 건강권, 치료받을 권리 및 의료제공자의 행복추구권 등을 침해하고 죄형법정주의에도 위반되어 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 하면서 이에 대하여 위헌제청

결정을 하였다.

#### 나. 2008헌바108 사건

청구인들은 의사가 아니면서 영리를 목적으로, 1996.경부터 2005. 8. 24.까지 OO자기원에서 혈자리에 자석을 부착하였다가 일정한 시간이 지나면 떼어주는 방법으로 시술행위를 하고 그 대가로 환자 1인당 1개월에 300,000원 상당을 교부받아 의료행위를 업으로 하였다는 이유로 보건범죄단속에 관한 특별조치법위반(부정의료업자)으로 기소되어 유죄판결을 받고, 상고심 계속 중 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 진단 부분, 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 진단에 관한 부분, 구 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되기 전의 것) 제5조 중 구 의료법 제25조 제1항 본문의 진단 부분 및 “의료행위” 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2008. 9. 18. 위 조항들에 대한 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 다. 2009헌마269 사건

청구인들은 침구술을 비롯한 대체의학을 시술하고자 하는 자인바, 의료법 제27조 제1항과 제87조 제1항 제2호가 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없도록 하고 이를 위반한 경우 형사처벌하도록 하고 있는 것 및 일정한 영역에서 의료에 관한 지식과 기능을 가지고 있지만 국가가 인정하는 의료인의 자격을 갖추지 못한 자(이하 ‘비의료인’이라 한다)도 침구술 및 대체의학 시술을 할 수 있도록 제도를 마련하지 않은 것이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다는 등의 주장을 하면서 2009. 5. 19. 위 조항들 및 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 라. 2009헌마736 사건

청구인은 한의사가 아니면서 2009. 12. 10.경 건부항 시술 등의 의료행위를 하였다는 이유로 단속된 자인바, 한의사가 아닌 자의 한방의료행위를 금지하는 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조 및 의료법 제27조 제1항이

직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 2009. 12. 18. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 마. 2010헌바38 사건

청구인은 한의사가 아니면서 2007. 4.경부터 2008. 4. 17.경까지 영리 목적으로 환자들을 상대로 침을 놓아주고 그 대가로 1~2만원을 받는 방법으로 한방의료행위를 업으로 하였다는 이유로 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)으로 기소되어 유죄판결을 받고 상고심 계속 중 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 및 의료법 제27조 제1항 본문의 진단부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2010. 1. 12. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 바. 2010헌마275 사건

청구인들은 대체의학에 관심을 가지고 특히, 침구학을 배워 일반인들에게 시술하려는 자들로서, 일부 청구인들은 중국 침구사 자격을 취득한 자들이고, 나머지 청구인들은 침구사 자격이 없는 자들이다. 청구인들은 의료법상 의료인이 아닌 자도 침구술을 포함한 대체 의학을 업으로 할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 정하지 아니한 입법부작위가 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 국가의 기본권 보장 의무, 국민보건보호의무규정에 근거한 국민의 보건권을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 2010. 4. 29. 위 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 제청법원의 위헌제청이유, 청구인들의 주장요지, 법원의 제청신청기각이유 및 이해관계인의 의견

#### 가. 제청법원의 위헌제청이유

모든 무면허 의료행위를 치료결과에 상관없이 일률적, 전면적으로 금지하는 것은 과잉규제인바, 자신의 질병에 대하여 특별한 치료술을 가진 자로부터 치료를 받을 권리를 박탈하는 것은 환자의 생명권, 치료받을 권리 및 치료수단 선택권을 침해하고, 의료인이 아니면서 의료행위를 하고자 하는 자의

행복추구권을 침해한다. 환자가 사이비 의료인에게 현혹될 우려가 있다는 이유로 비의료인에 대한 접근을 막는 태도는 환자를 의료행위의 객체로만 보는 태도인바, 이는 환자가 질병의 치료라는 목적을 위하여 의료제공자와 협력하는 주체이고 자기결정권을 가진 존재라는 점을 간과한 것이다.

## 나. 청구인들의 주장

### (1) 2008헌바108 사건

“의료행위” 부분은 죄형법정주의 명확성의 원칙에 반한다. 무면허 의료행위를 금지하는 것은 환자의 건강권, 생명권, 행복추구권을 침해하고, 일반인에 의해 시행되어도 아무런 해가 없는 방법까지 일률적으로 금지하므로 과잉금지의 원칙에 반하여 치료자의 직업선택의 자유, 인격권, 행복추구권을 침해하며, 대안의학 내지 민간요법을 의료인이 행하는 경우는 처벌하지 않으면서 오히려 대안의학 등을 깊이 연구한 전문가가 같은 행위를 한 경우 단지 의료인이 아니라는 이유만으로 처벌하는 것은 합리적인 이유없는 차별로서 평등원칙에 반한다.

### (2) 2009헌마269 사건

의료법 제27조 제1항 및 제87조 제1항 제2호는 금지되는 의료행위가 무엇인지를 명확히 정하고 있지 아니하여 죄형법정주의 및 포괄위임입법금지원칙에 반하고, 직업선택의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다. 의료인이 치료불가 판정을 한 경우에는 의료인이 시행하는 의료행위 이외의 방법에 의해서라도 치료를 받을 수 있도록 해야 함에도 이를 막고 있는바, 환자의 생명권 등 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해한다. 의료법 제27조 제1항, 제87조 제1항 제2호 및 의료인이 아니더라도 침구술 및 대체의학 시술을 할 수 있도록 제도를 마련하지 않은 것은 헌법 제36조 제3항의 건강권에 대한 국가의 보호의무를 위반한 것이다.

### (3) 2009헌마736 사건

“의료행위” 및 “한방의료행위” 부분은 죄형법정주의 명확성의 원칙에 반

하고, 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없도록 한 것은 국민의 생명권과 건강권, 청구인의 직업선택의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하며, 헌법 제36조 제3항의 국가의 건강권 보호의무에도 위반된다.

#### (4) 2010헌바38 사건

의료법 제27조 제1항은 침술전문가인 청구인의 직업선택의 자유, 행복추구권 및 환자의 건강권, 생명권, 신체의 자유, 행복추구권 등을 침해한다. 의료법 제81조 제1항은 의료법 시행 전에 자격을 받은 침사에게만 침술을 허용하는바 의료법 시행 후에 침사자격을 받은 자를 합리적인 이유없이 차별하는 것으로 청구인의 평등권을 침해한다.

#### (5) 2010헌마275 사건

국민은 스스로의 선택에 의한 치료를 받을 권리, 국가에 대하여 이러한 치료를 받을 제도 및 시책을 요구할 권리가 있고, 실제로 의료인이 다루지 않는 분야나 침구술과 같이 의료인도 제대로 다루지 못하는 영역이 있어, 이러한 경우 국민의 보건권을 보호할 필요성이 있음에도 불구하고 이에 대한 입법이 전혀 없다. 따라서 이러한 입법부작위는 청구인들이 국민으로서 헌법이 보장하고 있는 보건권에 따라 의료인이 아니더라도 침구술 및 대체의학에 정통한 사람들로부터 침구술 및 대체의학에 의한 시술을 선택하여 치료를 받을 권리를 침해한다.

### 다. 법원의 위헌제청기각이유

#### (1) 2008헌바108 사건

의료행위의 본질에 비추어 볼 때 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지시키고 이를 위반한 경우 처벌하도록 규정하였다고 하더라도, 그것이 행복추구권, 평등권, 인간다운 생활을 할 권리, 직업선택의 자유, 국민의 보건권, 과잉금지의 원칙 등에 위반된다고 볼 수 없다. 구 의료법의 목적과 의료인의 임무의 내용 등에 관한 규정들을 종합하여 보면 “의료행위”라 함은 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과

적 기술을 시행하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”를 의미하는 것으로 해석되는바, 불명확하거나 지나치게 포괄적인 개념을 사용한 것이어서 죄형법정주의의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

## (2) 2010헌바38 사건

의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 범익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 이와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로 의료법 및 보건범죄단속에 관한 특별조치법에서 무면허 의료행위를 금지하는 것은 비례의 원칙에 부합하는 것으로 헌법에 위반되지 아니한다.

## 라. 이해관계인의 의견

### (1) 보건복지부장관의 의견

의료법 제1조, 제2조 제2항, 제12조, ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제1조의 내용과 입법취지 등을 유기적으로 해석하면 의료행위의 개념을 예측할 수 있으므로 “의료행위” 부분은 죄형법정주의 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다.

의료법은 의료면허제도를 취하고 있는데 이는 사람의 생명과 신체에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위를 미연에 방지하고자 하는 것으로 면허제도를 운영하고자 하는 목적과 취지 등을 감안한 입법자의 입법정책에 관한 문제이고, 무분별한 의료행위로부터 생명과 건강을 지키기 위한 최소한의 장치에 해당한다. 설령 의사면허는 없지만 특별한 치료술을 가진 자가 있다 하더라도 비의료인의 의료행위를 허용할 것이 아니라 제도권 내에서 검증된 의료인들이 이러한 전통적 치료방법을 수용하여 시행할 수 있도록 하는 것이 바람직하며, 최근 의료계에서는 이러한 시도들이 많이 이루어지고 있다. 아무런 기준없이 비의료인의 의료행위를 허용하는 것은 국민의 생명과 신체

의 안전을 보호하여야 할 국가의 책임과 의무를 저버리는 것이 되어 헌법에 위반된다.

부작용의 발생가능성이 적은 방법이라 할지라도 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위에 포함될 수 있으므로 원칙적으로 의료행위로 보는 것이 타당하고, 법원도 구체적 상황에 따라 무면허 의료행위의 위법성을 부정하는 판단을 하는 경우도 있는바 이러한 방법을 통한 합리적 해결의 길이 열려 있다.

의과대학에서 체계적으로 의학을 공부하고 국가의 검증을 거친 의료인과 비의료인을 달리 취급하는 것은 같은 것을 달리 취급하는 경우에 해당하지 아니하므로 평등원칙에 반하지 아니한다.

## (2) 대한한의사협회장의 의견

보완대체의료의 범위는 각 나라마다 다른바, 우리 나라에서의 보완대체의료는 ‘한방의료기관 또는 (양방)의료기관에서 널리 시행되지 않고 한의과대학 또는 의과대학 과정에서 관행적으로 가르쳐지지 않는 학문 또는 의료기술’로서 국민건강보험법에 의한 국민건강보험제도의 범주 내에 있지 아니한 치료법이라고 정의해야 하고, 결국 의료법 및 국민건강보험법 체계에서의 보완대체의료란 한방의료·서양(양방)의료의 학문상으로 인정되지 않고 안전성·유효성이 평가되지 않은 행위라고 할 것이다. 한편, 침구술은 의료법령에 한방의료기관의 진료과목 및 전문과목으로 규정되어 있고, 한의과대학에서 교육되고 한의사에 의해 시술되고 있을 뿐만 아니라 그 치료가 국민건강보험법에 따라 건강보험급여항목으로 정해져 있으므로 이는 보완대체의료가 아닌 한의사의 정규 의료행위임이 명백하다.

## (3) 대한의사협회장의 의견

의료법 제12조, 제1조, 제2조의 종합적 해석을 통해 의료행위의 의미를 예측할 수 있다는 점, 의료행위는 매우 다양하고 의학 및 의료기술 등의 발전에 따라 계속 변화하는 개념이므로 의료법에 의료행위의 개념을 구체적, 일률적으로 정의하기는 어렵다는 점, 법원에서 법관의 보충적 해석에 의해 의

료행위에 대하여 일관되게 판단하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, “의료행위” 개념은 죄형법정주의 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

의료면허제도는 보건의료 서비스의 질을 일정 수준으로 확보 및 유지하여 국민의 건강을 보호·증진하는 등 공공복리를 위해 반드시 필요하다. 대체의료의 경우 그 안전성에 대한 연구 및 그 효과에 대한 과학적 근거가 부족하며, 특히 대체医료를 받는 과정에서 최적의 치료기회를 놓칠 우려가 있다.

#### (4) 서울중앙지방검찰청장의 의견

무면허 의료행위 금지조항은 국민의 건강권과 생명권을 보호하기 위한 것인바, 이러한 입법취지상 무면허 의료행위자를 의료인과 차별하는 데에는 합리적인 이유가 있으므로 평등권 침해 주장은 이유없다. 또한 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 것은 위와 같은 중대한 법익을 보호하고 국민의 보건에 대한 국가의 보호의무를 이행하기 위한 것이므로 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

### 【결정요지】

1. 비의료인도 침구술 및 대체의학 시술을 할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 정하지 아니한 입법부작위에 대한 심판청구는 비의료인의 침구술 및 대체의학 시술과 관련하여 헌법의 명시적인 입법위임이 존재하지 아니하고, 헌법해석상 그러한 입법의무가 새롭게 발생하는 것도 아니므로 작위의무를 인정할 수 없어 허용되지 않는다.

2. 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원판례, 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등을 종합하여 보면, 이 사건 조항들 중 “의료행위” 및 “한방의료행위”의 개념은 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 조항들이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민



의 보전에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이 사건 조항들로 인한 기본권의 제한은 과잉금지의 원칙에 반하지 않는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다.

### 재판관 김희옥의 보충의견

헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보전에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보전을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미하므로, 의료유사행위 또는 보완대체의학에 의한 치료방법을 연구와 검증을 통하여 의료행위에 포함시키거나 별도의 제도를 두어 국민이 이를 이용할 수 있게 하는 것이 헌법 제36조 제3항의 취지에 보다 부합한다.

### 재판관 조대현, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위(예:침구)에 대하여 의사의 면허보다 낮은 수준의 의료기능만으로도 자격을 취득하고 그 범위 내에서 의료행위를 시행할 수 있도록 허용함으로써, 이 사건 조항들의 입법목적은 달성하면서도 국민의 의료행위 선택권 및 직업선택의 자유를 최대한 보장할 수 있음에도 불구하고, 이 사건 조항들이 사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위에 상응한 적절한 자격제도를 마련하지 아니한 채, 비의료인에 의한 의료행위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 침해한다.

### 재판관 김종대의 반대의견

이 사건 조항들은 제도권 의료인에게만 의료행위를 독점토록 해주고 이를

위해 비의료인에 의한 의료행위를 모두 금지시킨 뒤 이에 위반하면 형사처벌까지 함으로써, 의료소비자인 국민이 i) 의료인에 의해 치료불가 판정을 받았거나 ii) 과도한 비용 때문에 의료인에 의한 의료행위를 선택할 수 없거나 iii) 비의료인에 의한 의료행위를 선택했지만 결과적으로 질병이 치료되었거나 iv) 일부 침, 뜸, 자석요법 등과 같이 부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 시술을 한 경우까지도 비의료인에 의한 의료행위라면 이를 모두 범죄로 몰아 일괄 선택할 수 없도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해한다.

## 【해설】

### 1. 무면허 의료행위 금지 및 처벌 조항들에 관한 선례 검토

#### 가. 과잉금지원칙 위반여부 관련 판단

무면허 의료행위 금지 및 처벌 조항에 대하여 1996. 10. 31. 94헌가7 결정(판례집 8-2, 408)에서 최초로 합헌판단이 있는 후 이후 다수 결정에서 위결정의 요지를 인용하여 이에 대한 합헌 또는 기각 결정을 한 바(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370, 판례집 14-2, 882; 헌재 2005. 3. 31. 2001헌바87, 판례집 17-1, 321; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌바86, 판례집 17-1, 630; 2005. 9. 29. 2005헌바29등 공보 제108호, 1042), 위 94헌가7 결정의 요지는 다음과 같다.

『이 사건 법률조항』의 ‘의료행위’라 함은 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위를 말한다. 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호증진을 목적으로 하여(의료법 제1조 참조) 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의

1) 무면허 의료행위에 대한 금지 및 처벌을 규정한 구 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분과 제66조 제3호 중 “제25조 제1항” 본문의 전단에 관한 부분

하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없는 것이다.

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 “인체(人體) 전반에 관한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 외경심”을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없고, 외국의 입법례를 보더라도 의료인 면허제도를 채택하고 무면허 의료행위를 사전에 전면금지하는 것 이외의 다른 규제방법을 찾아볼 수 없다.

이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은, “대안이 없는 유일한 선택”으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다.

법이 인정하는 의료인이 아니면서 어떤 특정분야에 관하여는 우수한 의료능력을 가진 한 부류의 의료인들(넓은 의미)이 있다고 한다면, 국민건강의 보호증진을 위하여 입법자로서는 이들의 지식과 능력을 충분히 검증하고 이들에게 의료인 자격을 부여하는 경우의 순기능과 역기능을 면밀히 검토한 후 긍정적인 평가가 나오면 이들에게도 의료행위를 할 수 있는 길을 열어주는 것이 바람직하겠지만, 이는 어디까지나 입법정책의 문제로서 이러한 입법정책의 문제 때문에 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고는 할 수 없다.

요컨대, 이 사건 법률조항이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하

고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다.』(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370, 판례집 14-2, 882, 887-888)

#### 나. “의료행위” 부분이 죄형법정주의 명확성 원칙에 반하는지 여부 판단

한편 헌법재판소는 2005. 5. 26. 2003헌바86 결정(판례집 17-1, 630) 및 헌재 2007. 4. 26. 2003헌바71 결정(판례집 19-1, 390)에서 “의료행위” 부분이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 아니한다는 판단을 한 바, 그 결정의 요지는 다음과 같다.

『의료법은 이 사건 법률조항<sup>2)</sup>이나 그 밖의 어느 조항에서도 ‘의료행위’에 관하여 적극적인 정의를 하고 있지 않지만, 의료법 제1조는 “이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 보건을 보호증진함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있고, 의료법 제2조 제2항은 “의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.”라고 규정하면서, 그 제1호에 “의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.”, 제2호에 “치과의사는 치과의료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.”, 제3호에 “한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.”라고 규정하고 있다. 위와 같은 의료법의 각 규정내용과 입법취지 등을 살펴보면, 무면허의료행위를 처벌하는 취지는 의사의 의료행위가 고도의 전문적 지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의사가 되는 자격에

2) 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분(“의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라는 부분) 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분

대한 엄격한 요건을 규정하는 한편, 의료법 제25조에서 의료행위를 의사에게만 독점 허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이다. 따라서 위와 같은 입법취지를 감안할 때, 의료행위에는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다 할 것이다.

대법원도 의료법 제25조 제1항의 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다고 해석하고 있다.

앞에서 본 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원판례 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항들 중 의료행위의 개념은 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.』(헌재 2005. 5. 26. 2003헌바86, 판례집 17-1, 630, 640-642; 헌재 2007. 4. 26. 2003헌바71, 판례집 19-1, 390, 395-397).

#### 다. 의료유사업자<sup>3)</sup>와의 차별에 따른 평등원칙 위반 여부에 대한 판단

헌법재판소는 위 2003헌바86 결정에서, 이 사건 법률조항<sup>4)</sup>은 의료법 제60

3) 의료유사업자란 의료법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 자격을 받은 집골사·침사·구사를 말하는데, 구 국민의료법(1951. 9. 25. 법률 제221호)이 구 의료법(1962. 3. 20. 법률 제1035호)으로 대체되면서, 한의사에게 침구시술행위까지 맡겨 한방을 일원화하려는 입법적 배려에서 종전의 침구시술업자 등 의료유사업자제도를 폐지하고 다만 경과조치로서 그 부칙 제3항에서 종전에 자격을 취득한 의료유사업자의 기득권만 이를 보호하는 것으로 하였으므로 새로이 의료유사업자의 자격을 부여할 수 있는 법률상의 근거는 없어지게 되었으며, 그 후 1973. 2. 16. 법률 제2533호로 개정된 구 의료법 제59조나 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 개정된 구 의료법 제60조 및 의료법 제81조는 의료유사업자에 관하여 별도의 규정을 신설하여 헌재에 이르고 있으나 그 내용은 기본적으로 위 법률 제1035호의 의료법 부칙 제3항과 같은 취지이다(헌재 2005. 5. 26. 2003헌바86, 판례집 17-1, 630, 642 참조).

조 제1항에 의한 기존의 의료유사업자가 아닌 이상 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·차별하고 하고 있는바, 이는 기존의 의료유사업자 이외의 자를 기존의 의료유사업자에 비하여 불합리하게 차별하는 규정으로서 평등의 원칙에 반한다는 주장에 대하여 “의료법 제60조 제1항에서 기존의 침구사 등 의료유사업자에게 시술행위를 허용한 것은 침구사제도를 폐지하여 한의사가 의료행위로서 침구시술행위를 하도록 하는 과정에서 기존의 침구사 등 의료유사업자의 기득권을 보호하기 위하여 이들 역시 침구시술 등을 할 수 있도록 허용한 데 지나지 아니한 것이다. 그렇다면 기존의 의료유사업자의 경우 의료인이 아님에도 위와 같은 시술행위를 할 수 있도록 허용되는 데 반하여, 이 사건 법률조항이 기존의 의료유사업자 이외의 자에게는 이를 금한다고 하더라도 이는 합리적인 이유가 있는 차별로서 평등원칙에 위반되지 아니한다.”고 판시하였다(헌재 2005. 5. 26. 2003헌바86, 판례집 17-1, 630, 642).

## 2. 외국의 입법례

### 가. 독일

#### (1) 무자격 의료행위<sup>5)</sup>에 대한 처벌규정

독일은 “면허없이 직업적인 의료행위를 시행하는 것에 관한 법률<sup>6)</sup>(이하 ‘치료사법’이라 한다)”을 제정하여 의사면허가 없는 자도 의료행위를 할 수 있도록 허용하고 있다.

즉, 지금까지 직업적으로 의사 면허 없이 의료행위를 해온 자는 소정의 요건을 갖추면 허가를 받아 의료행위를 할 수 있다(동법 제1조 제3항). 이러한 요건심사는 국가보건관청 소속 의사(Amtsarzt)가 행하는데 요건 심사 외에도 특히 지원자의 의료행위가 국민건강에 위험이 있는지를 심사하여야 한다. 이렇게 의료행위를 할 수 있는 허가를 받은 자를 치료사(Heilpraktiker)

4) 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분(“의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라는 부분) 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분

5) 의사면허가 없거나 치료사 허가를 받지 아니한 자의 의료행위를 말한다.

6) Gesetz über berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung, HeilpraktG

라고 한다(동법 제1조 제3항). 또한 지금까지 직업적으로 한 것은 아니지만 의사면허 없이 치료행위를 했던 자는 특별히 근거가 있는 경우에 한하여 허가를 받을 수 있다(동법 제2조 제1항).<sup>7)</sup>

따라서 의사면허가 없는 자도 치료사법상 허가를 받은 자는 의료행위를 할 수 있다.<sup>8)</sup> 만약 치료사법상 허가를 받는 자가 의사를 사칭하여 치료행위를 한다면 독일 형법 제132조a에 의거하여 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하지만<sup>9)</sup> 허가 받은 범위 내에서는 적법한 의료행위를 할 수 있다.

결국 무자격 의료행위로 처벌을 받는 자는 의사면허나 치료사 허가 없이 의료행위를 한 자들이다. 치료사법 제5조는 의사면허가 없는 자와 치료사의 허가를 받지 아니하고 의료행위를 하는 자는 1년 이하의 징역이나 벌금형에 처하는 규정을 둬으로써 무면허 또는 무허가 의료행위를 전면적으로 금지하고 있다.<sup>10)</sup>

## (2) 무자격 의료행위의 허용가능성

이처럼 독일에서는 무자격 의료행위를 한 자들을 그 치료결과에 상관없이 일률적, 전면적으로 처벌함으로써 이들의 의료행위를 엄격히 통제하고 있다. 다만, 의사면허가 없는 자들도 치료사법 제1조 제3항(직업적인 경우), 제2조 제1항(비직업적인 경우)에 따라 허가를 받으면 누구나 그 범위 내에서 의료행위를 할 수 있으므로 독일에서의 논의의 중점은 무자격 의료행위라도 부분적으로라도 허용할 수 있는 가능성이 있는지를 모색하는데 있지 아니하고 어떤 범위에서 환자의 건강에 위험을 초래하지 않으면서 치료사의 직업의

7) 그 밖에 치료행위의 시행능력에 특별한 역량이 있다고 믿을 만한 자는 완화된 조건으로 의과대학의 입학이 허락된다(제2조 제2항).

그 외 치료사 제도에 관하여 더 자세한 사항 및 치료사법 전문 번역은 별지2 참조

8) 여기서 의료행위란 사람의 질병, 고통 또는 유체적 손상의 확인, 치료 또는 완화에 관한 직업적 · 영업적으로 행해지는 모든 활동을 말한다(동법 제1조 제2항).

9) 형법 제132조a [칭호, 직명, 휘장 등 모용] ① 권한 없이 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 1. 국내 또는 국회의 관청명, 직명, 학위, 칭호, 공적 작위의 사용. 2. 의사, 치과의사, 수의사, 약사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 전서한 회계사, 세무사, 세무수권자 직업명칭의 사용. 3. 공적으로 임용된 감정인 명칭의 사용. 4. 국내 또는 국외의 제복, 관복, 관청 휘장의 사용.

10) 치료사법 제5조: “의사면허가 없는 자와 제1조의 허가를 받지 아니하고 의료행위를 하는 자는 1년이하의 징역이나 벌금형에 처한다.”

자유를 보장하는 방향으로 치료사 허가(Heilpraktikererlaubnis)를 할 것인가에 있는 것으로 보인다.<sup>11)</sup>

## 나. 미국

몇몇의 주에서는 무면허 의료행위를 공적인 범죄로 법규로서 규정하고 있다.<sup>12)</sup>

무엇이 불법 시술에 해당하는 “의료”(medicine) 인가는 주 법규마다 다르다. 대부분의 주는 광범위한 정의를 쓰고 있으며, 불가피한 응급상황의 경우에 있어서 무료로 자비롭게 돕는 행위에 대해서는 예외를 법규로서 허용하고 있는 주도 있다. 펜실베이니아 주(Pennsylvania Medical Practice Act)는 의료의 정의를 “병을 치료하고 인간의 건강을 유지하는 것을 목적으로 하는 기술과 과학을 의미하며, 이에 약을 쓰던 안 쓰던 치유하는 기술의 행위를 포함한다. 단 영적인 수단이나 기도로 치유하는 것은 제외한다.”라고 규정하고 있다. 일리노이 주는 유효한 면허를 소지한 자를 제외하고는 의료행위를 하거나, 또는 그 관련 행위를 하거나 또는 약을 쓰거나 수술하지 않고서 인간의 병을 다루는 행위를 할 수 없다고 규정하면서 주의 유효한 법규가 허용하는 자신의 전문 의술을 행사할 경우, 응급상황의 경우 자선으로 의료행위를 하는 경우, 종교의 자유의 행사로서 기도나 영적인 방법으로 인간의 병을 치료하는 경우 등에는 일정한 예외를 두고 있다. 한편, 캘리포니아 주, 미네소타 주 등에서는 의료인과 별도로 침술사 면허제도를 두고 무면허 침술행위에 대해서는 형사처벌을 하고 있다.

## 다. 일본

일본도 무면허 의료행위를 금지하고 이를 위반하면 형사처벌 하도록 규정하고 있다(의사법 제17조, 제31조 제1항 제1호 등). 다만, 의사와는 별도로

11) 치료사허가를 위하여 중요한 개념인 치료사법 제1조 제2항 ‘치료행위’에 포함되는 행위의 범위에 대해서는 Quaas/Zuck, Medizinrecht, München 2005, § 37 Rn. 8 ff.

12) 한편 꼭 형사적 규정이 아니더라도, 각각의 주가 의사만 의술을 허용하도록 하는 법을 가지고 있다. <http://public.findlaw.com/abafla/fla-17-3a-17.html>, ABA Family Legal guide



‘안마마사지압사, 침사, 구사 등에 관한 법률’과 ‘유도정복사법’에서 안마마사지압사, 침사, 구사, 유도정복사 등을 인정하고 국가에서 면허 등 자격을 부여하고 있다.

### 3. 본안의 검토

#### 가. 이 사건의 주요 쟁점

이 사건의 주요 쟁점은 이 사건 조항들이 비의료인의 직업선택의 자유 내지 일반적 행동의 자유 및 의료소비자의 의료행위 선택에 있어서의 자기결정권(의료행위 선택권)을 침해하는지 여부이다.

#### 나. 합헌론

무면허 의료행위를 금지 및 처벌하는 조항들에 대한 헌법재판소의 기존 견해는 그 자체로서 타당하고 지금도 달리 판단해야 할 아무런 사정변경이 없으므로, 이 사건 조항들에 대한 판단에서도 그대로 유지하기로 하였다.

#### 다. 위헌론

이 사건 조항들이 ‘사람의 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위’까지 일률적으로 금지하는 것은 의료소비자의 의료행위 선택권과 위와 같은 의료행위를 하는 자의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 판단한 반대의견과 제도권 의료인에게만 의료행위를 독점시키고 이를 위반한 경우 일괄 형사처벌하는 이 사건 조항들은 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단한 반대의견이 있었다. 각 반대의견의 주된 논리는 다음과 같다.

(1) 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받게 함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하기 위하여는(의료법 제1조), 국가는 의료행위의 태양이나 생명·신체에 대한 위험성에 따라 다양한 의료인의 자격을 설정함으로써, 의료소비자인 국민으로 하여금 적정한 비용이나 접근성에 맞는 의료행위를 선택할 수 있게 해야 한다. 만일 개개 의료행위에 필요한 지식과 기술의 정도나 그 위험성 등을 고려함이 없이 비의료인에 의한 의료행위 전부를 일률적·

전면적으로 금지한다면, 의료행위에 대한 비용을 부담할 능력이 없는 국민에 대하여 의료행위의 선택가능성을 좁게 함으로써 오히려 이들의 생명·신체에 대한 위해발생을 방지하고자 하는 입법목적과는 반대의 결과를 가져올 여지도 있다.

예를 들면, 침(鍼)은 경혈에 침을 사용하여 전기적 자극을 주는 것이고, 구(灸)는 쑥을 이용하여 경혈 부위에 열을 가하는 것에 불과하므로, 생명·신체에 대한 위험성이나 부작용에 있어서 통상의 의료행위와 비교가 될 수 없을 만큼 낮다. 그럼에도 불구하고 이러한 의료행위까지 의료인에게 독점시키는 것은 의료행위에 대한 비용을 부담할 능력이 없는 국민에 대하여 그들의 생명·신체에 대한 위해발생을 방지한다거나 건강권을 최대한 보장하는 수단이라고 할 수 없다.

한편, 이 사건 조항들의 입법 목적을 달성하면서도 국민의 의료행위 선택권을 덜 침해하는 수단은 얼마든지 상정할 수 있다. 독일은 ‘면허없이 직업적인 의료행위를 시행하는 것에 관한 법률’(Gesetz über berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung)에 의하여 국가보건관청 소속 의사가 의사 면허 없이 의료행위를 하고자 하는 자의 자격요건 및 당해 의료행위가 국민건강에 위험이 있는지를 심사하여 치료사(Heilpraktiker) 허가를 함으로써 의사면허가 없는 자도 일정 의료행위를 할 수 있도록 허용하고 있고, 미국의 일부 주들은 침술사 면허제도를 두고 있으며, 일본은 의업유사행위자로서 안마마사지지압사, 침술사, 구사, 유도정복사 등을 인정하고 있다.

이와 같이 보건위생상 위해가 생길 우려가 있지만 의사면허를 취득할 정도의 전문적인 지식과 기술이 필요하다고 보기 어려운 행위에 대하여 의사의 면허보다 낮은 수준의 의료기능만으로도 자격을 취득하고 그 범위 내에서 의료행위를 시행할 수 있도록 허용함으로써(헌재 2007. 11. 29. 2006헌마 876, 판례집 19-2, 656, 664-666 참조), 이 사건 조항들의 입법 목적을 달성하면서도 국민의 의료행위 선택권 및 직업선택의 자유를 최대한 보장할 수 있는 것이다.

우리 나라의 경우, 현행 의료법 제81조는 “이 법이 시행되기 전의 규정에 따라 자격을 받은 접골사, 침사, 구사(이하 ‘의료유사업자’라 한다)는 제27조

에도 불구하고 각 해당 시술소에서 시술을 업으로 할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 위 조항의 의료유사업자에 “보건복지부장관이 실시하는 침구사 내지 접골사 자격시험에 합격한 자”를 포함시켜 침구 또는 접골만을 행할 수 있는 의료유사업자를 신규로 인정함으로써, 국민으로 하여금 경제성과 접근성을 고려한 최선의 의료행위를 선택할 수 있게 할 수 있다.

결국 생명·신체나 공중위생에 대한 위해발생 가능성이 낮은 의료행위까지도 전면적·일률적으로 의사, 치과 의사 및 한의사에게 독점시키는 것은 국민의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 지나치게 제한하는 것으로서, 최소침해성의 원칙에 반한다.

(2) 본래 자신의 몸에 생긴 질병을 치료할 것인지, 말 것인지 또 치료한다고 하면 어떤 방법으로 할 것인지는 궁극적으로 국민 본인이 선택할 문제이므로 그에 대한 결정권은 국민 본인에게 주어져야 한다. 국가는 치료의 실패에 대하여 국민에게 아무런 책임을 지지 않고 있고, 또 현재의 제도권 의료 과학 기술이 질병 중 일부만을 치료하는 수준에 머무르고 있다는 현실을 겸허히 수용하여, 과학적·재정적·문화적 요인 등에 의해 한계지위질 수밖에 없는 국가의 보건정책을 가능한 한 그 한계를 넓혀 최선의 치료방법을 제시해야 하고, 국민이 스스로 제도권 의료를 이용하는 것이 득이 된다고 판단한 끝에 이를 자발적으로 수용할 수 있도록 의료행위 간의 적절한 경쟁을 유도하는 후견적 방향으로 나아가야지 일방만의 수용을 강요할 것은 아니다. 아무리 좋은 것이라 하더라도 국민이 스스로 이를 선택하도록 해야지 그 수용을 강요한다는 것은 그것 자체가 또 다른 기본권 침해의 위험을 갖게 되기 때문이다.

또, 제도권 의료를 이용하는 데에는 과도한 경제적 부담이 뒤따를 수 있고 이러한 경제적 부담은 국민건강보험법상의 건강보험이나 의료급여법상의 의료급여로써 완전히 해결할 수 없으므로, 국민의 의료행위 선택권을 실질적으로 보장하기 위해서는 비용부담의 측면도 반드시 고려되어야 한다. 비록 제도권 의료에 치료가능한 방법이 있다 하더라도 국민이 그 비용을 부담할 능력이 되지 않는다면 위 치료방법은 국민에게 선택가능한 의료행위가 될 수 없기 때문이다. 따라서 제도권 의료에 의한 치료가 가능한 경우라도 국민

이 거기에 드는 과도한 비용부담의 문제로 그 치료방법을 선택할 수 없는 경우까지 제도권 의료 외의 다른 의료행위를 선택할 수 있는 길을 막아서는 안 된다.

그런데 이 사건 조항들은 제도권 의료인에게만 의료행위를 독점토록 해주고 이를 위해 비의료인에 의한 의료행위를 모두 금지시킨 뒤 이에 위반하면 형사처벌까지 함으로써, 의료소비자인 국민이 i) 의료인에 의해 치료불가 판정을 받았거나 ii) 과도한 비용 때문에 의료인에 의한 의료행위를 선택할 수 없거나 iii) 비의료인에 의한 의료행위를 선택했지만 결과적으로 질병이 치료되었거나 iv) 일부 침, 뜸, 자석요법 등과 같이 부작용의 위험성이 크지 않고 시술을 중단하면 쉽게 시술 전의 상태로 돌아갈 수 있는 시술을 한 경우까지도 비의료인에 의한 의료행위라면 이를 모두 범죄로 몰아 일괄 선택할 수 없도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 의료소비자의 의료행위 선택권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

#### 4. 결정의 의의

이 사건 조항들에 대하여 위헌의견이 다수이긴 하나 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하므로 합헌 및 기각결정을 선고된바, 이 사건 결정은 무면허 의료행위를 금지 및 처벌하는 것이 합헌이라는 기존 선례의 입장을 재확인하였지만 기존 선례에서와는 달리 무면허 의료행위에 대한 일괄 금지가 의료소비자의 의료행위 선택권과 비의료인의 직업선택의 자유를 침해한다는 위헌의견이 다수 제시된 점에서 비의료인에 의한 의료행위를 일괄 금지하는 현행 규제에 대한 변화된 시각을 읽을 수 있다.

## 민법 제818조 위헌제청

- 중혼 취소청구권자의 제한과 평등원칙 -  
(헌재 2010. 7. 29. 2009헌가8, 판례집 22-2상, 113)

이 준 희\*

### 【판시사항】

1. 중혼의 취소청구권자를 규정하면서 직계비속을 제외한 민법 제818조(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 평등원칙에 반하는지 여부(적극)
2. 입법공백상태의 방지를 위하여 잠정적용의 헌법불합치결정을 선고한 사례

### 【심판대상】

#### 1. 심판대상 조항

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제818조(중혼의 취소청구권자) 혼인이 제810조의 규정을 위반한 때에는 당사자 및 그 배우자, 직계존속, 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사가 그 취소를 청구할 수 있다.

#### 2. 관련조항

민법 제810조(중혼의 금지) 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인의 부(父, 망 윤○근)가 1933년 현재의 북한지역에서 김○

---

\* 헌법연구관

화와 혼인을 하였고, 그 사이에서 제청신청인 등이 출생하였는데, 이후 위 망인이 대한민국에서 1959년 김○화가 사망하지 않았음에도 사망신고를 하고(김○화는 1997년 사망), 이후 권○희와 혼인신고를 하여, 또 다른 자식들을 출산하였으며, 망인은 1987년 사망하였다.

나. 제청신청인은 2009. 2. 16. 권○희를 상대로 서울가정법원에 망인과 권○희 사이의 혼인이 중혼에 해당한다는 이유로 그 취소를 구하는 소를 제기하고(2009드단14527), 2009. 6. 8. 민법 제818조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다.)에 대하여 위헌제청신청을 하였으며(2009즈기666), 위 법원은 2009. 9. 7. 위 신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 위헌법률심판제청이유 및 이해관계인의 의견

### 가. 위헌법률심판제청 이유요지

이 사건 법률조항은 4촌 이내의 방계혈족은 중혼의 취소청구권자로 규정하면서 직계비속을 제외하고 있는데, 직계비속이 4촌 이내의 방계혈족보다 중혼의 취소로 인한 법률상 이익이 더 크고, 가족관계의 친밀도·부양의무의 범위 등에 비추어 가족관계등록부의 등재를 변경할 이익이나 필요성도 더 크다고 볼 수 있으므로, 4촌 이내의 방계혈족을 중혼취소청구권자로 규정하면서도 직계비속을 제외한 것은 합리적인 이유 없는 차별에 해당하여 평등의 원칙에 위배되고, 인간의 존엄과 가치 및 혼인과 가족생활에서 보장되어야 할 개인의 존엄을 침해하여 위헌이다.

### 나. 법무부장관의 의견요지

(1) 중혼의 취소청구권자는 이 사건 법률조항에 규정됨으로 인하여 비로소 취소권을 부여받은 것으로서, 직계비속을 제외하였다고 하여 재판청구권이 침해된다고 할 수 없다.

(2) 직계비속을 중혼의 취소청구권자에서 배제한 것은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다. 직계비속이 중혼의 취소를 하면, 친부모와 자녀 또는 그에 준하는 인척관계에서 가족관계를 두고 법률분쟁을 벌일 수 있고, 이는 우리나라의 법 감정 및 윤리의식에 부합하지 아니하여 목적의 정당성이 있고, 그

목적에 비추어 수단의 적합성도 있으며, 직계비속이 중혼취소를 하지 못하여 받는 불이익한 점은 검사를 통하여 이루어질 수 있으므로, 피해의 최소성 요건 및 법익의 균형성 요건도 충족한다.

(3) 직계비속이 중혼을 취소하는 것이 오히려 전통적 가족질서에 반하고 인류에 부합하지 아니하므로 혼인 및 가족관계를 보호하는 헌법 제36조 제1항에 부합한다.

(4) 이 사건 법률조항의 위헌여부는 재판청구권의 침해가 주된 것이고, 인간의 존엄과 가치 조항은 보충적인 것에 불과하고, 전통적인 가족윤리를 존중하는 면에서 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 할 수 없다.

(5) 평등의 원칙과 관련하여, 검사가 중혼의 취소청구권자가 될 수 있고, 가족 사이에 분쟁의 폐해가 크다는 점 및 특히 후혼의 자가 취소를 청구할 경우 해당 혼인에 의하여 출생한 자가 해당 혼인의 효력을 부정하는 것이 부당하므로, 평등의 원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.

### 【결정요지】

1. 중혼의 취소청구권자를 규정한 이 사건 법률조항은 그 취소청구권자로 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족을 규정하면서도 직계비속을 제외하였는바, 직계비속을 제외하면서 직계존속만을 취소청구권자로 규정한 것은 가부장적·종법적인 사고에 바탕을 두고 있고, 직계비속이 상속권 등과 관련하여 중혼의 취소를 구할 법률적인 이해관계가 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족 못지않게 크며, 그 취소청구권자의 하나로 규정된 검사에게 취소청구를 구한다고 하여도 검사로 하여금 직권발동을 촉구하는 것에 지나지 않은 점 등을 고려할 때, 합리적인 이유 없이 직계비속을 차별하고 있어, 평등원칙에 위반된다.

2. 다만, 이 사건 법률조항을 단순위헌을 선언할 경우에는 기존의 중혼취소청구권자로 규정된 자까지도 중혼취소청구권을 행사할 수 없는 법적 공백상태가 발생하므로, 2011. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적인 적용을 명하는 헌법불합치를 선언한다.

### 재판관 김종대의 별개의견

이 사건 법률조항의 위헌에 대한 주문은 헌법불합치결정으로 할 것이 아니고, 그 심판대상을 특정하고, 구체적인 권리구제가 가능한 “이 사건 법률조항 중 직계 존속과 방계혈족을 중혼취소청구권자로 규정하면서 직계비속을 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다.”는 한정위헌결정의 형식을 취해야 한다.

### 재판관 조대현의 반대의견

중혼상태의 실상을 보면 전혼은 사실상 해소되고 후혼이 실질적인 혼인기능을 하고 있는 경우가 많은 점, 민법이 중혼을 혼인무효사유로 규정하지 아니하고 혼인취소사유로 규정하고 있는 점 등을 종합하면, 중혼의 취소 여부는 중혼으로 인하여 직접적으로 법익을 침해당한 중혼 당사자와 그 배우자의 자기결정권에 맡겨야 할 사항이라고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 법률조항 중 “직계존속, 4촌 이내의 방계혈족”을 중혼취소청구권자로 규정한 부분은 중혼당사자의 혼인관계상의 권리와 혼인 관계에 대한 자기결정권을 부당하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 법률조항이 직계비속을 중혼취소청구권자로 규정하지 아니한 것이 위헌이라고 선언해서는 안 된다.

## 【해설】

### 1. 적법요건에 대한 해설

#### 가. 재판의 전제성의 충족여부에 대한 판단이 생략이 된 이유

(1) 이 사건은 당해법원이 위헌제청한 사건으로 이 사건 법률조항이 당해 법원의 ‘재판의 전제성’ 요건을 충족하였는지 여부가 유일한 적법요건이라고 할 수 있다.

(2) 법원의 당해 사건(서울가정법원 2009드단14527)의 피고와 이해관계인 법무부장관이 재판의 전제성 요건에 대하여 다툼바 없어, 적법요건 부분은 결정문상 생략되었으나, 이 사건에서 재판의 전제성 요건의 충족여부에 관하여는 실질적으로는 심도있는 고찰이 필요하였다.



(3) 먼저, 당해사건에서 망 윤○근(이하 ‘망인’이라 한다.)과 김○화와 혼인(제1혼)이 유효한지가 문제되는바, 제1혼이 1933년도에 북한지역에서 이루어졌고, 이후 북한이 1945년 해방 이후에 종래 이루어진 혼인에 대하여 어떠한 법령으로 이를 추인하였는지 여부 등에 대한 법령조사 등이 이루어져야 하며, 망인과 김○화 사이의 혼인(제2혼)이 중혼에 해당하는지 여부 역시 구 관습법 및 민법 시행 당시의 부칙 등에 대한 검토 등도 이루어져야 한다.

하지만 그와 같은 점에 대하여 제청법원이 일응 재판의 전제성이 있다고 판단하여 제청하였으므로, 이 사건 위헌제청사건에 제출되지 않은 자료 등을 추가로 제출받아 헌법재판소가 별도로 이를 판단하는 것은 적절하지 않다는 판단 아래 재판의 전제성 요건을 충족하였다는 제청법원의 의견을 존중하여 재판의 전제성 요건을 충족한 것으로 본 것이라고 할 것이다.

(4) 더불어 망인이 사망하여 중혼취소가 가능한지, 중혼취소로 인하여 중혼배우자의 상속인의 상속관계가 소멸하는 것인지의 문제 등이 있고, 판례(대법원 1996. 12. 23. 선고 95다48308 판결)는 혼인이 취소된 경우에도 상속관계가 소급하여 무효로 되거나 부당이득이 되지 않는다고 하고 있으므로, 이 사건에서도 제청신청인이 중혼을 취소하여도 상속권에서 이익을 얻지는 않아, 권리보호이익이 문제될 수 있다.

하지만, 재판의 전제성과 관련하여서는 원고적격의 유무에 따라 각하될 것인가, 본안의 판단을 받아 인용 또는 기각판결을 받을 것인가로 주문이 달라지며, 망인의 사망에 따른 중혼취소의 이익이 없어 각하되는 경우에도 이는 ‘재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 중요한 이유를 달리하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우’에 해당한다고 할 것이어서, 여전히 재판의 전제성이 있다고 할 것이고, 그 밖의 문제는 중혼취소의 효과에 불과한 것으로 보았다.

#### 나. 재판의 전제성에 관한 제청법원의 법률적 견해를 존중하는 이유

헌법재판소는 ‘위헌여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해

를 존중해야 하고, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 그 제청을 부적법하다 하여 각하할 수 있다(헌재 1999. 9. 16. 98헌가6, 관례집 11-2, 228 등 참조)’는 법리를 확인하고 있다.

제청법원의 법률적 견해를 존중해야 하는 이유에 대하여 헌법재판소의 선례에서 이를 명확히 밝히고 있지는 않지만, 아래와 같은 점들을 일응 그 배경으로 생각해볼 수 있다.

(1) 우선, 권한배분의 측면이 있다. 비록 위헌법률심판권은 헌법재판소에 있으나, 위헌법률심판제청권은 법원에 있고, 일반 당사자들의 헌법소원 등과 달리 고도의 법률적 지식을 가지고 있는 법관이 당해 사건에서 문제되는 법률의 위헌여부에 따라 재판의 결론이 달라진다고 판단하여 위헌제청을 하였다면, 이러한 견해를 존중하는 것이다.

위헌법률심판권(헌법 제107조 제1항)과 명령·규칙 등에 대한 위헌심판권(헌법 제107조 제2항)을 헌법재판소와 법원에 분할하고 있는 것, 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있지 아니한 것(헌법재판소법 제68조 제1항) 등도 법리자체에 기인한 것이라기보다는 사법기관 사이에 기능적 권한 배분을 한 측면이 더 강하다고 할 것인바, ‘그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때’라는 예외적인 경우에만 법원의 견해와 달리 헌법재판소가 재판의 전제성에 대한 판단을 하는 것이다.

(2) 선택과 집중의 측면이 있다. 이 사건에 돌아와 살펴보면, 그 심판대상 조항은 이 사건 법률조항이고 그에 대하여 헌법재판소는 법리적인 판단을 해주어야 하는데, 명백히 재판의 전제성을 흠결한 것으로 보이는 경우가 아님에도 재판의 전제성의 요건을 충족하였는지 여부를 판단하기 위하여 아직 대법원의 선례도 부족한 법리적인 문제들에 대하여 선언(宣言)적 판단을 해줄 실익 등이 없다. 이 사건에서 제청법원 및 이해관계인, 당해 소송의 당사자 등이 답변을 듣고 싶은 것은 이 사건 법률조항의 위헌여부만큼 그 답변에 노력을 경주할 필요가 있다.

(3) 사실관계의 확정문제와 법리판단의 구별의 측면이 있다. 법원의 재판에 있어서도 1심과 항소심은 사실관계를 확정하는 역할을 담당하지만, 대법원에서의 상고는 사실관계의 확정이 아닌 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명

령 또는 규칙의 위반이 있다는 것만' 그 이유가 된다(민사소송법 제423조 등 참조). 그런데 재판의 전제성의 충족여부를 정확히 판단하기 위해서는 선행적으로 사실관계가 확정되어야 하는바, 헌법재판소가 제청법원이 확정한 사실관계에 대한 의문을 가지고 다시 사실관계를 확정할 여유도 없으며, 그 필요도 없다고 할 것이다.

비록 헌법재판소법 제31조에 증거조사의 방법이 규정되어 있으나, 모든 위헌제청사건(헌가)이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원사건(헌바)을 심리함에 있어서 개별적인 사실관계를 확정하기 위하여 증거조사를 할 수도 없으며, 하는 것도 바람직하지 않다고 할 것이다.

확정된 사실관계를 바탕으로 재판의 전제성 여부를 판단하게 되는데, 제청법원의 사실관계 확정은 받아들이면서, 재판의 전제성 충족여부에 대해서만 별도로 제청법원의 의견을 받아들이지 않는 것은 이율배반적인 측면이 있다.

(4) 헌법해명의 필요성의 측면도 있다. 헌법재판소는 비록 재판의 전제성이 없는 경우에도 헌법적 해명의 필요성이 있으면 본안판단을 하고 있다. 헌법소원제도는 개인의 주관적인 권리구제에만 그 목적이 있는 것이 아니고 객관적인 헌법질서의 유지·수호에도 있다고 할 것이어서, 헌법적 해명이 필요한 중요한 의미를 지니고 있는 사안의 경우에는 본안판단의 필요성이 있다고 보고 있다(헌재 1993. 9. 27. 92헌바21, 판례집 5-2, 267, 273 등 참조).

비록 재판의 전제성이 없어도 헌법적 해명의 필요성의 이유로 본안판단이 가능한 만큼, 당해 법원이 재판의 전제성이 있다고 제청한 경우에는 가급적 그 판단을 존중하는 것이 맞다고 할 것이다.

## 2. 본안 판단에 대한 해설

### 가. 법률상 쟁점

#### (1) 평등원칙 위반 여부가 쟁점

먼저, 이 사건에서 직계비속이 가지는 헌법상 권리는 재판청구권이고 그 중에서도 직계비속의 증혼에 대한 취소청구권이라고 할 것인데, 제청법원이 그 취소청구권의 제한 자체에 대하여 위헌성을 주장하는 것이 아니라, 단지

4촌 이내의 방계혈족(또는 직계존속)과 사이에서의 차별이 평등원칙을 위반하였다고 주장하고 있다.

(뒤에서 서술하는 바와 같이) 중혼에 대한 취소청구권의 입법형성의 범위가 넓은 점에 비추어 보면, 일견 직계비속에 대하여 중혼취소청구권을 인정하지 아니한 것에 대하여 독자적인 과잉금지원칙 심사를 하여 과잉한 입법으로는 보기 어려운 점이 있다. 또한 재판청구권 자체가 법률에 의하여 구체화되는 기본권으로서(헌법 제27조 제1항 등 참조), 직계비속의 중혼취소청구권을 배제한 것은 민법 제정당시부터라고 할 것이어서, 법률에 의하여 한 번도 구체화된 기본권으로 보장된 바도 없다.

그렇다면, 직계비속도 중혼취소청구권이 당연히 보장되어야 한다는 논리가 성립하여야만 과잉금지원칙 심사(또는 과소보장금지원칙 심사)가 적용될 수 있다고 할 것인데, (뒤에서 살펴보는 바와 같이) 직계비속의 중혼취소청구권은 중혼의 취소청구권자를 정함에 있어서 당연히 보장되는 권리로 볼 수 없다.

따라서 이 사건에서 유일하게 호소할 수 있는 기본권 또는 헌법원칙은 4촌 이내의 방계혈족과 비교하여 차별하고 있다는 평등권 내지 평등원칙위반의 점이라고 할 것이다. 제청법원이 그 밖에 들고 있는 인간의 존엄과 가치 및 혼인과 가족생활에서 보장되어야 할 개인의 존엄 역시 독자적인 기본권 내지 헌법원칙으로 작용하기보다는 평등원칙에 대한 심사를 함에 있어 고려되어야 할 점이라고 할 것이다.

## (2) 구체적인 논증의 과정

이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되었는지를 심사하기 위해서는 먼저 이 사건 법률조항의 연혁 및 입법형성의 범위를 살펴보고, 평등원칙위반에 대한 심사방법을 정한 후, 그 심사방법에 따라 차별이 있는지를 살펴보아야 한다.

### 나. 이 사건 법률조항의 연혁, 입법례 및 입법형성재량의 범위

#### (1) 연혁 및 입법례

이 사건 법률조항은 민법제정 당시에 “혼인이 제810조의 규정에 위반한 때에는 당사자 및 그 배우자, 직계존속, 8촌 이내의 방계혈족 또는 검사가 그 취소를 청구할 수 있고, 제811조의 규정에 위반한 때에는 당사자 및 전배우자 또는 그 직계존속이 그 취소를 청구할 수 있다.”고 규정하고 있었으나, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 제811조(6개월의 재혼금지조항)에 따른 취소청구가 삭제되고, 방계혈족의 범위가 8촌에서 4촌으로 바뀌었다.

중혼취소 청구권자의 입법취지와 관련하여서 입법제안 등에서 그 취지를 찾을 수 없었고, 제정당시 참고로 한 일본 민법(1948. 1. 1. 시행된 것)에서도 현행 일본 민법과 같이 친족이라고 되어 있을 뿐이고, 직계비속을 제외하고 있지 아니하였다.

중혼은 각국의 입법례에 따라 혼인 무효 또는 취소사유로 보고 있어, 각국의 법률문화 등에 따라 다른 입법형식이 존재하고 있다.<sup>1)</sup>

## (2) 입법형성재량의 범위

“혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있는 헌법 제36조 제1항은, 인간의 존엄과 양성의 평등이 가족생활에 있어서도 보장되어야 함을 규정함과 동시에 혼인과 가족생활에 관한 제도적 보장 역시 규정한다(헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 판례집 14-1, 159, 165 참조).

중혼을 금지하는 것은 인간의 존엄과 양성평등의 가족생활의 보장, 나아가 혼인과 가족생활의 구체적인 제도보장인 일부일처(一夫一妻)제도의 공익적 이익으로부터 비롯된 것이다. 그러나 한편으로 중혼은 그로 인하여 또 하나의 혼인배우자, 출생된 자(子)의 신분관계를 발생시키고, 그러한 신분관계는 비록 중혼이 취소되더라도 사실상 완전히 원상회복될 수 없는 한계가 존

1) 그 중 독일의 경우 1998. 7. 1. 이전의 민법은 하자 있는 혼인을 무효와 취소로 나누어 규율하고 있었으나, 개정 민법(1998. 7. 1. 시행)은 혼인의 무효제도를 없앴고, 따라서, 중혼의 경우에도 종래에는 혼인의 무효였으나, 혼인의 취소사유가 되었으며, 중혼의 취소청구권자로 혼인 당사자, 전혼의 배우자, 관할 행정청을 인정하고 있고, 일본의 경우 중혼의 금지를 규정하면서(민법 제732조), 각 당사자, 당사자의 배우자, 전 배우자, 당사자의 친족 또는 검사를 중혼의 취소청구권자로 규정하고 있고(민법 제744조), 친족의 범위는 6촌 등내의 혈족, 배우자, 3촌 등내의 인척이다(민법 제725조).

재하며, 특히 자(子)의 경우에 그 신분관계를 보호할 사회적 이익도 있다.

그런데 중혼의 경우는 혼인적령위반 등 다른 혼인취소사유와 달리, ① 특별히 검사를 취소청구권자의 하나로 둔 점, ② 취소청구권의 소멸기간에 대한 규정이 없는 점 등에 앞서 든 일부일처제도 등을 보태어 보면, 비록 취소할 수 있는 혼인이라고 하여도 반사회성·반윤리성이 다른 혼인취소사유에 비하여 무거운 것으로 평가할 수 있다.

위와 같은 사정과 다른 나라들의 입법례의 경우도 중혼에 대한 위법성을 무효로 보기도 하고, 취소사유로 보기도 하는 점을 종합하여 보면, 중혼을 무효사유로 볼 것인가, 아니면 취소사유로 볼 것인가, 나아가 취소사유로 보는 경우 취소청구권자로 어느 범위까지 인정할 것인가 하는 문제는 중혼의 반사회성·반윤리성과 혼인생활의 사실상 보호라는 공익과 사익을 어떻게 균일할 것인가의 문제로서 기본적으로 입법형성의 자유가 넓게 인정되는 영역이라고 할 것이다.

## 다. 평등원칙 침해 여부

### (1) 심사기준

이 사건 법률조항은 중혼의 취소청구권자를 규정하면서 직계비속을 취소청구권자에 포함시키지 아니한 것인데, 앞서 본 바와 같이, 중혼의 취소청구권자를 어느 범위까지 포함할 것인지 여부에 관하여는 입법자의 입법재량의 폭이 넓은 영역이라 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반했는지 여부를 판단함에 있어서는 자의금지원칙 위반 여부를 심사하는 것으로 족하다고 할 것이다(헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268, 283-285 등 참조).

이 사건 결정문 상 표현은 “직계비속과 의미 있는 비교대상 집단으로는 직계존속·4촌 이내의 방계혈족을 들 수 있다. 따라서 직계존속·4촌 이내의 방계혈족과 비교하여, 직계비속이 중혼의 취소청구를 할 수 없는 차별취급이 합리적인지 여부에 관하여 살펴본다.”의 형식을 택하였다.

그러한 표현은 (자주 논의되거나 정리된 것은 아니지만) 그 근처에 평등원칙 심사 방법의 구조에 대한 논의가 깔려있다고 할 것이다.

우선, 평등의 원칙이 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없다. 그런데, 자의금지원칙 심사요건을 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는 지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부의 순차적인 논증방식으로 이해하는 것에는 다소 의문의 여지가 있다.

앞서 본 바와 같이 본질적으로 같은 것(동일한 것)은 같게 취급되어야 한다. 그런데 나아가 ‘① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는 차별취급의 존재여부’를 확정하기 위해서는 ‘본질적으로 동일한지’에 대한 판단이 선행되어야 한다. ‘본질적으로 동일하다면’ 차별 자체가 있으면 안 되는데, 이는 본질적으로 동일한 것은 같게 취급되어야 하기 때문이다. 반면에 ‘본질적으로 동일하지 않다면’ 그 차별이 자의적인지 여부를 떠나 다르게 취급하여야만 한다.

즉 양 비교집단이 본질적으로 동일한 것인가를 판단하는 것은 그 차별취급이 정당한 것인가에 대한 판단도 함께 하게 되는 구조가 되어 버린다. 그러므로 (아예 비교대상 자체가 되지 않는 경우를 제외하면)<sup>2)</sup> 청구인 등이 들고 오는 비교집단과 문제되는 집단 사이에 일정한 동일한 점과 일정한 차이점이 존재하는지를 먼저 보고, 그러한 동일한 점에도 불구하고 차이로 인하여 양 집단을 차별하는 것에 합리적인 이유가 있는지 여부에 대한 심사구조가 되어야 할 것이다.

그러한 맥락에서 자의금지원칙의 심사방법은 ① 양 집단이 의미있는 비교대상 집단이 될 수 있는가(동일한 점과 차이점이 존재하는데 차별이 존재하는가)와 ② 이러한 차별취급에 대하여 합리적인 이유가 존재하는가의 2단계 구조를 갖는다고 보는 편이 더 자연스럽다고 할 것이다.

이 사건에서도 직계비속과 직계존속 또는 4촌 이내의 방계혈족이 본질적으로 동일한가라는 판단을 먼저 할 수는 없는 것이고, 일정한 동일한 점과 차이점이 존재하고(일정한 촌수 범위 내라는 동일한 점과 직계비속은 자신

2) 하나의 법률관계 내에서가 아니라 다른 법률 사이에 같은 대상을 차별하고 있는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에는 같은 대상에 대하여 적용되는 법률조항의 차이로 인하여 비교대상이 되지 않는다고 보아야 할 경우도 있다고 할 것이다.

의 존속의 의사를 존중하여 따라야 한다는 차이점이 존재한다고 일응 표현할 수 있다), 그에 따른 중혼취소청구권의 유무라는 차별에 합리적인 이유가 있는지의 논증을 따르게 된다고 할 것이다.

## (2) 합리적 이유 유무

결정문상 직계비속과 비교대상으로 삼은 직계존속, 4촌 이내의 방계혈족은 이를 비교함에 있어서 다른 이유가 존재한다. 따라서 직계존속과 4촌 이내의 방계혈족을 구별하여 기술했다.

### (가) 직계존속과 비교

1) 이에 대한 결정문상의 표현은 아래와 같다.

『 중혼 당사자와 가장 가까운 직계존속인 부모와 직계비속 중에 가장 가까운 자식을 비교해보면, 그 촌수는 모두 1촌으로 동일하며, 단지 부모로서의 지위를 가지는가, 아니면 자식으로서의 지위를 가지는가의 차이밖에 없다.

그와 같은 차별을 한 이유는 부모의 중혼 여부에 대하여 자식이 이를 문제 삼아서는 안 된다는 가부장적·종법제적인 사고가 바탕이 된 것으로 보일 뿐이고, 다른 합리적인 사유를 상정하기 어렵다.

가부장적 제도 등과 관련하여 헌법재판소는 그동안 동성동본금혼을 규정한 구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제809조 제1항에 대하여 1997. 7. 16. 헌법불합치결정을 하면서, 동성동본 금혼제는 남계를 중심으로 한 족별적, 가부장적 대가족 중심의 사회의 배경이 있었다는 취지의 판단을 한 바 있고(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 13), 호주제를 규정한 구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제778조 등에 대하여 2005. 2. 3. 헌법불합치결정을 하면서, “조선 후기에 이르러 확산된 부계혈통주의에 입각한 가부장적 가족제도의 이념적 배경은 종법사상과 성리학이라 할 것인바, 이것이 오늘날의 우리 사회를 직접 이끌어가는 지도적 이념이나 원리라고 하기는 어렵고, 따라서 그에 기초한 가족제도 또한 오늘날 현대가족의 표준이 되기 어렵다.”고 설시하면서, “우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않



겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리 잡았다.”고 판단한 바도 있다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9, 판례집 17-1, 1, 24).

따라서 직계존속을 중혼취소청구권자로 규정하면서도 중혼의 취소에 대하여 상속권 등과 관련하여 법률적인 이해관계가 이에 못지않게 크다고 볼 수 있는 직계비속을 중혼취소 청구권자에서 제외한 것은 우리 헌법이 제정 당시부터 헌법적 결단을 통하여 용인하지 않기로 한 가부장적 사고에 바탕을 둔 것으로서 합리성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.』

## 2) 해설

먼저, 차별의 이유를 규명함에 있어, 명시적인 입법목적을 확인하는 방법과 묵시적인 입법 목적을 추론하는 방법이 있을 수 있다. 국회의 검토보고서, 심사보고서 또는 국회회의록 등을 통하여 우선적으로 명시적인 입법 목적을 찾아야 하는 것은 우선이겠지만, 이 사건 법률조항은 민법 제정 당시부터 존재하였고(8촌 이내의 방계혈족이 4촌 이내로 변경된 것을 제외하고), 민법 제정시의 국회회의록 등에도 이 사건 법률조항에 대한 아무런 언급이 없음을 확인하였다.

따라서 묵시적인 입법 목적을 추론할 수밖에 없는데, 헌법불합치결정을 받은 호주제나 동성동본금혼제 등 역시 민법 제정시부터 존재한 조항이었다는 점 및 종원의 자격을 성년 남자로만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습법이 효력을 상실하였다고 본 대법원판결<sup>3)</sup> 등에 비추어 보면, 직계비속을 제외한 것은 부모의 중혼 여부에 대하여 자식이 이를 문제 삼아서는 안 된다는 가부장적·종법제적인 사고가 바탕이 된 것으로 이해할 수밖에 없다고 할 것이다.

민법시행전의 관습법인 구관습법과 민법 제정 당시의 민법 등에는 남녀불평등을 전제로 한 가부장제·종법제적인 사고(思考)가 상당히 있었고, 이 사건 법률조항은 혼인에 대한 형식주의를 따르는 민법 체제 아래에서 아주 드물게 적용여부가 문제되는 조항이었으므로, 그 불합리성이 남아 있는 채로 유지될 수 있었다고 할 것이다.

3) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다13850 전원합의체 판결

## (나) 4촌 이내의 방계혈족과 비교

1) 이에 대한 결정문상의 표현은 아래와 같다.

『 민법 제779조는 가족의 범위로 배우자·직계혈족 및 형제자매·직계혈족의 배우자·배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매를 정하고 있고, 반면, 4촌 이내의 방계혈족으로는 형제자매·백숙부·종형제자매·조카 등이 있다.

위 조항과 이 사건 법률조항을 연결해서 보면, 가족의 범위에 포함되지 않는 백숙부·종형제자매·조카 등이 가족인 직계비속은 가지지 못하는 중혼취소청구권을 가지게 되고, 직계비속보다 나이가 더 어릴 수 있는 종형제자매(4촌)는 중혼취소청구권을 가지게 되는 반면에 중혼취소를 통하여 재산 상속분이 증가할 수 있고, ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’에서 정한 보훈급여금의 지급순위가 달라질 수 있는 등 중혼 취소를 구할 법률적 이해관계가 더 큰 직계비속은 그 취소청구권을 가지지 못하게 되는 불합리한 점이 있다.

한편 검사가 중혼취소청구권자의 하나로 규정되어 있어, 직계비속이 중혼취소 청구권자가 되지 못하더라도 위와 같은 차별의 불합리성이 완화될 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 검사가 사적(私的)인 관계인 중혼의 상태를 모두 파악하고 있을 수 없을뿐더러, 직계비속이 검사에게 그 중혼취소청구권을 행사하여 달라고 요구할 수 있는 절차규정도 없고, 나아가 직계비속이 검사에게 취소청구를 구한다고 하여도 이는 검사로 하여금 그 직권발동을 촉구하는 방법에 지나지 않으므로, 그러한 제도가 위에서 본 차별의 불합리성을 교정할 수는 없다고 볼 것이다. 』

## 2) 해설

먼저, 직계비속이 4촌 이내의 방계혈족과 비교하면, 가족으로서의 친밀도나 법률적 이해관계가 크다는 점은 명백하다. 앞서 본 바와 같이 직계존속은 취소청구권자로 인정하면서도 직계비속을 제외한 것의 이유가 전통적인 가부장제 아래서 부모 등의 중혼에 대하여 자식인 직계비속은 그 취소를 구하지 못하게 하는 것이고, 그러한 이유에 대하여 조금이라도 수긍할 수 있는 점이 있다고 하더라도 그 불합리성은 4촌 이내의 방계혈족에 대해서는 취소

청구권을 부여하고 있다는 데에서 두드러진다고 할 수 있다.

즉 직계비속보다 더 어린 중형제 자매에게는 취소청구권이 인정될 수 있기 때문이다. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 반하는 점은 이 부분에 있어서 확연히 드러난다고 평가할 수 있다.

당해 법원 사건의 피고나 이해관계인(법무부장관)은 검사가 중혼취소청구권자로 포함되어 있는 점이 차별의 불합리성을 완화할 수 있다고 주장한다. 먼저, 이 부분에 대한 설치는 직계존속과의 비교에서도 마찬가지로 가능한 논증이므로, 카테고리(category) 상 적절치 않은 면이 있으나, 달리 새로운 항목으로 표현하기에도 체제상 애매한 면이 있어, 4촌 이내의 방계혈족과의 비교 부분에 넣은 것이다.

민법의 총칙·친족·상속편에 다수 항목에서 그 청구권자로서 공익의 대표자로서 검사가 규정되어 있으나, 실제로 그 절차에 관하여는 규정이 없는 경우가 많고, 실무상으로도 검사가 그 청구를 하는 경우가 드문 것으로 보인다. 그러한 점에서 검사가 취소청구권자로 규정되어 있는 것이 직계비속에 대한 차별의 불합리성을 완화한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그 밖에 결정문상으로 직접 실시되지 않은 이유로 혼인 무효의 청구권자와의 비교가 있다.

혼인 무효의 경우 민법에는 그 청구권자와 관련한 규정이 없고, 가사소송법 제23조는 혼인무효의 확인의 소의 청구권자로서 당사자 및 그 법정대리인 또는 4촌 이내의 친족을 정하고 있다.<sup>4)</sup>

비교법적으로는 앞서 본 바와 같이, 중혼을 혼인의 취소 사유로 할 것인가, 무효사유로 정할 것인가는 각국의 입법정책에 따라 달라지는 문제이며, 일본의 경우에는 6촌 이내의 직계비속을 포함한 친족(6촌 등내의 혈족, 배우자, 3촌 등내의 인척)을 중혼의 취소청구권자로 정하고 있음을 알 수 있다.

그렇다면, 중혼의 위법성을 무효에 이르는 중한 것인지, 아니면 취소사유에 해당하는 가로 볼 것인지는 일응 정책의 문제라고 할 수 있으나, 일본의 경우처럼 중혼에 해당하면 직계비속도 그 취소청구권자로 보는 입법례가 존재하고, 우리의 혼인무효 확인의 소의 당사자에 직계비속도 포함되어 있어,

4) 가사소송법 제23조(혼인무효 및 이혼무효의 소의 제기권자) 당사자, 법정대리인 또는 4촌 이내의 친족은 언제든지 혼인무효나 이혼무효의 소를 제기할 수 있다.

중혼의 경우에만 유독 직계비속을 제외하여야 하는 합리적인 차별 이유를 찾기는 어렵다고 할 것이다.

#### 라. 합헌론의 논거로 상정할 수 있는 근거와 그에 대한 비판

(1) 합헌론의 주된 근거로 들 수 있는 것은 중혼의 취소청구권자를 정함에 있어서 입법형성의 폭넓은 자유가 있지 아니한가 하는 점이다.

앞에서 살펴보았듯이 독일의 입법례는 그 취소청구권자를 그 중혼의 당사자들, 전혼 배우자이외에는 검사(관할행정청)만을 인정하고, 일본의 학설처럼 제3자로부터의 부당한 간섭을 막기 위하여 입법론적으로 당사자, 전배우자 정도로 그 범위를 정하고, 그 이외에는 모두 검사에 의한 취소를 인정하는 것이 옳다는 견해<sup>5)</sup>도 있다.

즉, 중혼 당사자들·전혼 배우자·검사 이외의 친족들에게 취소청구권을 부여한 것은 단지 추가적·은혜적인 것에 지나지 않은 것이고, 직계비속의 입장에서도 중혼의 취소청구권자가 중혼 당사자들·전혼 배우자·검사인 경우보다는 오히려 다른 친족들(직계존속, 4촌 이내의 방계혈족)을 통하여 중혼의 취소를 할 수 있는 가능성·기회가 많아졌으므로, 평등의 원칙 등에 위반한 것은 아니라는 입장이 있을 수 있다.

그러한 입장 자체에 근본적인 오류가 있다고 보기는 힘들다, 차별이라는 것은 현행법 상 또는 그 시행당시의 법상에 규정된 다른 비교대상집단과의 비교를 통해서 할 수 밖에 없고, 검사가 공익의 대변자로서의 역할을 수행하지 않았을 경우에 직계비속이 다른 청구방법이 없는 점 및 앞서 본 바와 같이 자의심사금지에 위반되는 점들로 인하여 위 견해에 대하여 반대한다.

(2) 합헌론의 또 다른 논거로 들 수 있는 것은, 직계비속을 중혼 취소청구권자에서 제외한 것은 부모(그 범위를 한정하여)의 혼인행위가 가사 중혼에 이른다고 하더라도 비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑의 가치질서에서 볼 때, 그 취소를 청구하는 것은 바람직하지 않고, 따라서 합리적인 차별이 있다는 것이다.

헌재는 형법 제259조 제2항의 존속상해치사의 위헌 여부와 관련하여, 합

5) 青山道夫, 有地 亨, 신판주석민법 21권 p. 320.

헌결정을 하면서, 비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑은 봉건적 가족제도의 유산이라기보다는 우리 사회윤리의 본질적 구성부분을 이루고 있는 가치질서로서, 특히 유교적 사상을 기반으로 전통적 문화를 계승·발전시켜 온 우리나라의 경우는 더욱 그러한 것이 현실인 이상, ‘비속’이라는 지위에 의한 가중처벌의 이유와 그 정도의 타당성 등에 비추어 그 차별적 취급에는 합리적 근거가 있으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반한다고 할 수 없다고 결정한 바 있다(헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 판례집 14-1, 159).

그러나 비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑의 가치질서에서 존속상해·치사 등의 가중처벌의 이유를 찾을 수는 있어도, 비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑의 가치질서에서 직계비속이 직계존속의 위법한 행위인 중혼에 대하여 그 취소를 구하지 못할 이유가 된다고 보기는 어렵다.

(3) 나아가 직계비속을 포함하여 중혼의 취소청구권자를 규정하면, 그 직계비속에 중혼당사자의 처음의 혼인의 직계비속이외에 후혼의 직계비속도 포함되고, 후혼의 직계비속이 중혼을 취소할 수 있게 하면, 중혼으로 인하여 발생한 자기의 신분관계의 이익을 스스로 부정하는 결과가 된다는 점에서 합헌의 근거를 찾는 견해가 있다.

그러나, ① 직계비속에 후혼의 직계비속만을 놓고 보면 스스로의 신분상 이익을 부정하는 것이 되더라도, 최소한 처음 혼인의 직계비속을 제외하는 것에 대한 합리적인 이유가 되지 못하고, ② 근친혼의 경우에 그로 인하여 발생하는 신분관계인 직계비속을 취소청구권자에 포함하고 있지 아니한 것은 근친혼을 전제로 발생한 혼인관계 자체가 시간의 경과에 따라 그 위법성이 감소하는 측면이 있다고 할 것이나, 중혼의 경우에는 그 위법성이 감소한다고 보기 어려운 점이 있어, 후혼의 직계비속이 중혼의 취소청구권을 갖는다는 것이 불합리하다고 볼 수는 없다고 할 것이며, ③ 또한, 후혼의 직계비속도 위법적인 중혼상태를 취소함으로써 인하여, 새로운 온전한 혼인으로 인한 가족관계를 원할 수 있다는 면에서도 후혼의 직계비속에게 취소청구권이 있다는 것이 불합리하다고 할 수 없다.

## 마. 재판관 조대현의 반대의견

### (1) 재판관 조대현의 의견

재판관 조대현은 아래와 같이 의견을 밝힌 바 있다.

『헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 민법은 중혼(重婚)을 금지하고(제810조), 중혼을 혼인취소사유(제816조 제1호)로 규정하고 있다.

그러나 실제로 중혼이 이루어지는 경우가 있다. 당해 사건의 경우와 같이 북한에서 혼인한 사람이 혼자 월남하여 남한에서 다른 사람과 다시 혼인하거나, 이혼한 뒤 재혼하였는데 나중에 이혼이 무효로 밝혀지거나 취소된 경우에는 후혼(後婚)이 중혼으로 된다. 그러한 경우에 후혼의 상대방은 중혼인 줄 모르고 혼인하는 경우가 많고, 후혼이라 하여 무조건 비난하기 어려운 경우도 적지 않다. 후혼도 부부관계와 친자관계를 형성하고 가정을 이루는 점에서는 정상적인 혼인관계와 다를 바 없다. 그리고 전혼이 이혼·사망 기타의 사유로 해소되면 중혼상태도 해소된다.

중혼은 일부일처의 혼인제도에 위반되는 것인데도 민법이 중혼을 혼인무효사유로 규정하지 아니하고 혼인취소사유로 규정하고 있는 것도 중혼에 의하여 실질적으로 형성되는 부부관계와 친자관계를 보호하기 위한 것이라고 생각된다. 중혼이라도 취소되기 전에는 유효한 혼인으로 취급하여 중혼의 당사자도 법률상의 부부로서 권리의무를 가지고, 중혼 중 포태된 자(子)는 부(夫)의 혼인중의 자로 추정되게 한 것이다. 그리고 혼인취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니하므로(민법 제824조), 중혼이 취소되더라도 취소 전에 생긴 법률효과는 소멸되지 아니한다.

혼인의 취소는 유효한 혼인관계를 소멸시키는 것으로서 혼인당사자의 권리의무에 중대한 변동을 초래하는 것이므로, 혼인당사자의 의사를 존중하여야 한다.

그런데도 민법은 중혼을 혼인취소사유로 규정하면서도 그 취소청구권자로 “당사자 및 그 배우자, 직계존속, 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사”를 규정하고 있다. 이는 중혼이 일부일처제에 위반된다는 점을 중시하여 중혼의 해소

를 용이하게 하려는 것이라고 이해된다.

그러나 중혼은 중혼의 당사자나 그 배우자에 대해서는 직접적으로 법익을 침해하는 것이지만, 그 밖의 사람들에 대해서는 직접적으로 법익을 침해한다고 보기 어려운 점, 후혼에 의하여 이루어진 부부관계와 친자관계도 보호할 가치가 있는 점, 중혼상태의 실상을 보면 전혼은 사실상 해소되고 후혼이 실질적인 혼인기능을 하고 있는 경우가 많은 점, 전혼이 해소되어도 중혼상태가 해소되는 점, 민법이 중혼을 혼인무효사유로 규정하지 아니하고 혼인취소사유로 규정하고 있는 점 등을 종합하면, 중혼의 취소 여부는 중혼으로 인하여 직접적으로 법익을 침해당한 중혼 당사자와 그 배우자의 자기결정권에 맡겨야 할 사항이라고 봄이 상당하다. 따라서 중혼의 경우에 후혼당사자나 전혼의 배우자가 아닌 제3자에게 혼인취소권을 인정하려면 혼인당사자의 혼인관계상 권리를 부정하게 하여도 좋을 만큼 정당한 사유가 있어야 한다. 검사도 중혼이 일부일처제에 반한다는 이유만 가지고 취소청구할 수는 없고 중혼이 당사자나 그 배우자의 법익을 침해하여 사회질서를 해치는 지경에 이른 경우에만 취소청구할 수 있다고 보아야 한다.

그런데 직계존속이나 4촌 이내의 방계혈족에게 중혼취소청구권을 인정하는 당위성과 합리성을 찾아보기 어렵다. 중혼은 반사회적이고 반윤리적이므로 근친들에게 중혼에 대한 취소청구권을 인정함이 바람직하다고 설명되지만, 중혼을 법률상 당연무효라고 규정하지 아니하고 중혼취소사유로 규정하여 중혼도 취소되기 전까지는 유효한 혼인으로 존속할 수 있도록 허용한 이상, 중혼의 취소에 대하여 직접적인 법률상의 이해관계도 없는 직계존속이나 4촌 이내의 방계혈족에게 중혼의 취소를 청구하게 할 이유가 없다. 오히려 직계존속이나 4촌 이내의 방계혈족에게 중혼취소청구권을 인정하는 것은 중혼을 무효인 혼인과 같이 무가치한 것으로 취급하고 중혼당사자의 혼인의사와 혼인관계상 권리를 무시하는 것이라고 할 것이다. 이러한 점은 직계비속에게 중혼취소청구권을 인정하는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 중혼이 중혼당사자의 직계존속이나 직계비속의 상속권 기타 재산상 권리에 영향을 준다고 하더라도, 그러한 사유는 중혼당사자의 직계존속이나 직계비속에게 중혼취소청구권을 인정할 사유로 삼기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항 중 “직계존속, 4촌 이내의 방계혈족”을 중혼취소 청구권자로 규정한 부분은 중혼당사자의 혼인관계상의 권리와 혼인관계에 대한 자기 결정권을 부당하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다. 이 사건 법률조항이 중혼취소청구권자로 ‘직계비속’을 규정하였더라면 그 부분도 역시 위헌이라고 보아야 한다. 따라서 이 사건 법률조항이 직계비속을 중혼취소청구권자로 규정하지 아니한 것이 위헌이라고 선언해서는 안 된다.』

## (2) 해설

법정의견이 이 사건 법률조항에 대한 위헌성의 프레임을 직계비속 v. 직계존속 및 4촌 이내의 방계혈족으로 보았다면, 재판관 조대현은 중혼의 취소 청구권을 근본적으로 어디까지 인정하는 것이 합헌이냐의 문제로 보고 있다고 할 수 있다.

중혼에 대한 사회적 평가와 그로 인한 규범의 정도가 무효에 이른다면, 그 무효를 다룰 수 있는 자들의 범위는 일정한 범위의 가족 및 친족 등이 되겠지만, 중혼은 그 자체로는 행위반가치인 것이 틀림없지만, 그 후혼으로 파생되는 자 등을 보호해야 하는 점 등이 있어, 취소사유에 불과한 것으로 정한 이상, 그 취소를 구할 수 있는 원고적격은 당사자 및 배우자에 한정해야 한다는 의견으로 볼 수 있다.

## 3. 결정의 유형 선택 및 별개의견

### 가. 법정의견과 별개의견

#### (1) 법정의견

이 사건 법률조항은 평등의 원칙을 위반하여 헌법에 위반되므로 위헌결정을 하여야 할 것이다. 그러나 이에 대하여 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 이 사건 법률조항에서 정한 취소청구권자들 역시 중혼의 취소청구를 할 수 없게 되는 법적 공백상태가 발생할 수 있다. 그리고 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항이라고 할 것인데, 이 사건 법률조항의 위헌성을 어떤 방법으로



제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안이 있을 수 있다. 예컨대, 앞서 살펴본 바와 같이 직계비속을 이 사건 법률조항에 포함하는 방식도 있을 수 있고, 중혼의 취소청구권자의 범위를 평등원칙에 반하지 않게 더 좁히는 입법방식 등도 있을 수 있을 것이다. 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 중혼의 위법성, 실질적 이해관계인들의 중혼의 취소청구의 가능성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이다.

이러한 사정들을 감안한다면 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나 입법개선시까지 잠정적으로 적용하는 것이 바람직하다고 할 것이며, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2011. 12. 31.까지는 새 입법을 함으로써 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하도록 함이 상당하다.

## (2) 별개의견(재판관 김종대)

나는 이 사건 법률조항이 위헌이라는 점에 대해서는 다수의견과 그 견해를 같이 하지만 다만 주문의 표시방법은 다수의견처럼 헌법불합치결정으로 할 것이 아니고, “이 사건 법률조항 중 직계존속과 방계혈족을 중혼취소청구권자로 규정하면서 직계비속을 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다.”는 한정위헌결정의 형식을 취해야 한다고 생각한다. 구체적인 이유는 아래와 같다.

첫째, 위헌법률심판과 관련된 심판의 대상은 원칙적으로 청구인(또는 제청법원)의 신청취지 및 관련재판의 전제된 부분에 한정되어야 한다. 그런데 이 사건에서 제청법원이 신청한 신청취지는 이 사건 법률조항에서 방계혈족 등을 중혼취소청구권자로 규정하면서도 직계비속을 제외한 것이 평등원칙에 위반된다는 것이다. 따라서 이 사건에서의 심판의 대상은 이 사건 법률조항 전체가 아니라 이 사건 법률조항 중 직계존속과 방계혈족을 중혼취소청구권자로 규정하면서 직계비속을 규정하지 아니한 부분으로 한정하여야 한다.

둘째, 위헌법률심판은 그 계쟁된 재판에서의 권리구제가 동반되어야 한다.

평등원칙과 관련한 종래의 헌법불합치결정은 그 계쟁집단을 배제한 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서도 그 계쟁집단은 헌법재판소의 그

결정으로서 구제되지 못하고, 입법자의 재량에 따라 추가적인 입법을 통하여만 구제의 가능성을 열어두고 있을 뿐이며, 잠정적용 시한이 도과된 후에는 기존의 수혜집단도 권리를 행사할 수 없어, 도리어 헌법적 가치질서에서 멀어지는 불합리한 결과를 초래할 수도 있었다. 당해 법률조항이 위헌결정되면, 그 적용이 중지됨으로 인하여 그 청구인이 권리구제를 받을 수 있게 되는 것과 비교하여 볼 때, 위헌결정의 일종인 헌법불합치결정의 경우에는 권리구제를 받을 수 없게 된다는 것은, 헌법재판 역시 재판으로서 마땅히 가져야 할 권리구제기능을 소홀히 하고 있는 것이다.

그렇다면 당해 사건에서 권리구제가 가능한 주문을 선고하여야 할 것인데, “이 사건 법률조항 중 직계존속과 방계혈족을 중혼취소청구권자로 규정하면서 직계비속을 규정하지 아니한 것” 자체를 위헌이라고 하면, 이는 즉 직계비속이 누락된 부분이 위헌이 된다는 것인 만큼, 위헌결정의 기속력으로 인하여 당해 사건에서의 법원은 향후 새로운 입법이 개정되기까지는 직계비속도 중혼 취소청구권자에 포함되는 것으로 하여 재판을 할 수 있을 것이다.

마지막으로 이와 같은 주문이 입법권을 침해하는지에 대해서 살펴보기로 한다. 입법의무는 적극적 의미에서 헌법상 명시된 입법의무와 소극적 의미에서 입법권 행사의 완결의무로 나눌 수 있고, 후자의 경우에는 헌법재판소가 그 흠결된 부분에 대하여 위헌결정을 해도 입법권 침해의 문제는 생기지 않는다 할 것이다. 입법자가 헌법상 명시된 입법의무를 해태한 것이 아닌 이상 헌법재판소가 그 진정 입법부작위에 대하여 위헌결정을 할 수 없을 것이나, 입법자가 선택한 입법권 행사에 일부 흠결이 있는 경우, 특히 명시적으로 규정된 부분이 아닌 배제된 부분에 대한 흠결이 평등의 원칙에 위반되고 판단되는 경우에는, 그러한 입법은 입법자가 스스로 선택한 입법형식을 완결하지 못한 불완전한 입법이라고 할 것이다.

따라서 그러한 불완전한 입법은 입법권 행사의 완결의무를 불이행한 것으로 볼 것이며, 모든 입법이 헌법적 가치질서에 부합하는지 여부를 최종적으로 심판하는 헌법재판소로서는 그러한 입법부의 입법권 완결의무를 위반하여 흠결된 부분을 특정하여 위헌결정을 할 수 있다고 할 것이다.

이 사건에서와 같이 입법의 재량이 넓은 영역(혼인당사자와 검사 등으로

한정하여 중혼취소청구권자를 규정할 수도 있고, 현행 법률조항과 같이 더 넓게 중혼취소청구권자를 정할 수도 있을 것이다)에서 입법자는 그 입법적 결단으로 중혼의 취소청구권자의 범위를 정할 수 있다. 그러나 입법자가 이 사건 법률조항과 같이 4촌 이내의 방계혈족까지 중혼의 취소청구권자에 포함시키는, 다소 폭넓은 범위의 중혼취소청구권자를 정하였다면, 평등의 원칙상 직계비속 역시 중혼의 취소청구권자에 포함시켰어야 할 것이다. 이러한 경우는 입법자가 스스로 선택한 중혼의 취소청구권자의 범위에서 일부를 누락한 것으로 볼 수 있으며, 그와 같이 누락된 점을 지적하고, 보완하는 한정 위헌결정은 아예 새로운 중혼취소청구권자를 정하는 것과는 전혀 다른 것으로서 입법권의 기능을 침해하거나 권력분립의 원칙에 반하는 것은 아니라고 할 것이다.

#### 나. 해설

법정의견은 이 사건 법률조항을 위헌으로 선언하면, 중혼에 대한 취소청구를 할 수 있는 원고적격을 정한 규정 자체가 없어지는 결과가 되므로, 법적공백을 초래하는 것을 막기 위하여 헌법불합치결정을 한 것이다.

반면에 별개의견은 법정의견과 같이 법적공백을 방지하면서도 가능한 위헌결정을 해야 권리구제의 목적을 달성할 수 있다는 점에 주목한 것이라고 할 수 있다.

크게 보면, 헌법재판소는 객관적인 헌법질서의 유지·수호와 주관적인 권리구제의 2가지 목적을 위한 기능을 담당한다고 볼 수 있는데, 이 사건 법률조항은 비록 위헌이기는 하지만, 그 위헌성은 직계비속을 배제한 자체에서 비롯되는 것은 아니고, 직계존속이나 4촌 이내의 방계혈족은 포함하면서 직계비속을 제외한 점에서 비롯되는 것이다.

따라서 법정의견은 객관적인 헌법질서의 유지·수호의 측면에서 이 사건 법률조항의 위헌성에도 불구하고, 잠정적으로는 적용하고, 정해진 잠정적용 기간 내에 입법개선이 이루어짐으로써 그 위헌성이 제거되면 족하다는 견해로 볼 수 있고, 그와 같은 사정에서 비록 당해 사건의 원고가 직계비속으로서 원고적격이 없게 되어 주관적 권리구제를 받지 못한다고 하더라도 이는

이후 국회에서 개선입법을 통하여 구제될 가능성을 배제하는 것은 아니라고 할 수 있다.

반면에 별개의건은 헌법재판소가 국회의 입법형성권을 존중하여 낸 헌법 불합치결정이 그 잠정적용기간 내에 입법개선이 이루어지지 않는 현상 등을 고려하고, 나아가 헌법소원 등을 신청한 청구인 등의 주관적 권리구제가 이루어지지 않는다면 이는 헌법재판의 기능을 다하지 못한다는 평가 아래 개진된 것이라고 할 것이다.<sup>6)</sup>

어떠한 주문 형태를 택하는 것이 더 바람직한가는 재판관들의 인식과 결단, 헌법재판을 둘러싼 국민 및 국회, 관계기관의 자세 등 여러 가지 고려를 하여 정해지는 측면이 있으므로, 별개의건도 헌법재판소가 앞으로 더 바람직한 주문형식을 정하는 데에 있어서 세월을 두고 수용되고 정리되어야 할 것으로 보인다.

#### 4. 결정의 의의

실제로 중혼을 금지하고 혼인에 대한 형식주의(신고주의)를 택하고 있는 현행 민법 체제에서 중혼이 이루어질 수 있는 경우를 쉽게 상정하기는 어렵다. 당해 사건과 같이 아주 예외적으로만 중혼이 성립하는 경우가 있을 수 있고, 이 역시 분단상황이 오래된 현재에 있어서는 앞으로는 더욱 발생하기 어려운 면이 있다.

따라서 이 사건 법률조항을 둘러싼 법률관계는 실제로는 거의 없다고 볼 수 있으나, 민주주의라는 헌법이념이 국가와 사회, 나아가 한 가족 내에 이르기까지 확립되어야 하고, 그러한 민주주의 이념은 가족 내에서의 평등, 양성간의 평등을 바탕으로 하는데, 가족이나 친족과 관련한 법률관계에서 아직 남아 있는 가부장제, 종법제적 잔재를 헌법적 결단을 통하여 용인하지 않는다고 결정한 것이라고 할 것이다.

이 사건의 결정을 통하여 헌법재판소가 헌법의 핵심적 가치 중 하나인 민

6) 당해 사건인 서울가정법원 2009드단14527 사건에서도 이 사건 법률조항이 계속적용형 헌법불합치결정을 받아, 현행 민법 제818조가 적용되고 직계비속은 취소청구권자에서 제외되므로, 원고는 당사자적격이 결여되어 이 사건 소는 부적법하다고 보아, 2010. 10. 29. 각하판결하였다.

주주의의 이념을 다시 한 번 확인한 것으로 평가할 수 있다.



## 국회의원과 법원 간의 권한쟁의

(헌재 2010. 7. 29. 2010헌라1, 판례집22-2상, 201)

전 상 현\*

### 【판시사항】

국회의원이 교원들의 교원단체 가입현황을 자신의 인터넷 홈페이지에 게시하여 공개하려 하였으나, 법원이 그 공개로 인한 기본권침해를 주장하는 교원들의 신청을 받아들여 그 공개의 금지를 명하는 가처분 및 그 가처분에 따른 의무이행을 위한 간접강제 결정을 한 것에 대해 국회의원이 법원을 상대로 제기한 권한쟁의심판청구의 적법 여부(소극)

### 【심판대상】

1. 피청구인(‘서울남부지방법원 제51민사부’)이 서울남부지방법원 2010카합 211 사건을 심리하여 2010. 4. 15. 청구인 국회의원 조○혁에게 “각급학교 교원의 교원단체 및 노동조합 가입현황 실명자료(이하 ‘이 사건 가입현황’이라 한다)를 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하여서는 아니 된다.”는 내용의 가처분(이하 ‘이 사건 가처분’이라 한다)을 하고 그 결정을 고지한 행위(이하 ‘이 사건 가처분재판’이라 한다)가 청구인의 국회의원으로서의 권한을 침해하였는지 여부

2. 이 사건 가처분재판의 효력 유무

3. 피청구인이 서울남부지방법원 2010타기1011 사건을 심리하여 2010. 4. 27. 청구인에 대하여 “1. 이 결정을 송달받은 날부터, 이 사건 가입현황을 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하여서는 아니된다. 2. 만약 위 1항 기재 의무를 이행하지 아니할 때에는 신청인들에게 그 의무위반이 있는 날마다 1일 30,000,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라.”는 결정(이하 “이 사건

---

\* 헌법연구관

간접강제”라 한다)을 하고 그 결정을 고지한 행위(이하 ‘이 사건 간접강제재판’이라 한다)가 청구인의 국회의원으로서의 권한을 침해하였는지 여부

4. 이 사건 간접강제재판의 효력 유무

**【사건의 개요】**

**1. 심판청구에 이르게 된 경위**

(1) 청구인은 한나라당 소속 국회의원이고, 청구외 전국교직원노동조합(이하 “전교조”라 한다)은 전국의 교원을 대상으로 하여 조직·설립된 단위노동조합이며, 청구외 윤○봉, 김○립, 김○남, 석○옥, 고○종, 배○연, 윤○렬, 이○식, 신○복, 정○, 김○주, 조○숙, 원○성, 홍○표, 오○익, 김○정은 초·중등학교의 교사들로 전교조에 가입한 조합원들이다(청구외 전교조와 위 조합원들 16인을 이하에서는 “이 사건 교사들”이라 한다).

(2) 청구인이 교육과학기술부장관에게 “각급학교 교원의 교원단체 및 노동조합 가입현황 실명자료”(이하 “이 사건 가입현황”이라 한다)의 제출을 요청하여 2010. 3. 26.경 교육과학기술부장관으로부터 이 사건 가입현황을 제출받은 직후, 언론을 통해 이 사건 가입현황을 공개하는 방안을 검토 중이라고 밝히자, 이 사건 교사들은 이 사건 가입현황을 공개하는 것은 자신들의 사생활의 비밀과 자유, 단결권 등을 침해하는 것이라며, 청구인이 이 사건 가입현황을 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하는 것을 금지할 것과 그 금지에 대한 간접강제금으로 위반행위 1건당 3억 원의 지급을 명하는 결정을 구하는 가처분신청을 2010. 3. 26. 서울남부지방법원에 제기하였다.

(3) 서울남부지방법원 제51민사부는 2010. 4. 15. 서울남부지방법원 2010카합211 결정으로 청구인에게 “이 사건 가입현황을 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하여서는 아니 된다.”는 내용의 가처분(이하 “이 사건 가처분”이라 한다)을 명하는 한편, 이 사건 가처분이 명하는 의무를 청구인이 이행하지 않을 것이라는 점에 대하여 소명이 없다는 이유로 간접강제금 지급신청은 기각하였다.

(4) 그러나 이 사건 가처분에도 불구하고, 청구인은 2010. 4. 20. 이 사건 가입현황을 청구인이 운영하는 인터넷 홈페이지(<http://www.educho.com/index.php>)



에 게시하는 한편, 서울남부지방법원 제51민사부가 2010카합211 사건을 심리하고 이 사건 가처분을 하여 청구인에게 고지한 행위는 청구인의 국회의원으로서의 직무를 침해하였다고 주장하며, 그 권한침해의 확인 및 이 사건 가처분과 그 결정의 고지 행위의 무효확인을 구하는 내용의 이 사건 권한쟁의심판을 2010. 4. 23. 헌법재판소에 청구하였다.

(5) 한편, 이 사건 교사들은 이 사건 가처분에도 불구하고 청구인이 이 사건 가입현황을 공개한 것에 대응하여 2010. 4. 22. 서울남부지방법원에 이 사건 가처분에 대한 간접강제를 신청하였고, 서울남부지방법원 제51민사부는 2010. 4. 27. 서울남부지방법원 2010타기1011 결정으로 청구인에 대하여 “1. 이 결정을 송달받은 날부터, 이 사건 가입현황을 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하여서는 아니된다. 2. 만약 위 1항 기재 의무를 이행하지 아니할 때에는 신청인들에게 그 의무위반이 있는 날마다 1일 30,000,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라.”는 결정(이하 “이 사건 간접강제”라 한다)을 하였다.

(6) 그러자 청구인은 다시, 서울남부지방법원 제51민사부가 2010타기1011 사건을 심리하고 이 사건 간접강제를 하여 청구인에게 고지한 행위가 청구인의 국회의원으로서의 직무를 침해하였다고 주장하며, 그 권한침해의 확인 및 이 사건 간접강제와 그 결정의 고지 행위의 무효확인을 구하는 권한쟁의심판을 추가하는 내용의 청구취지변경신청서를 2010. 4. 29. 헌법재판소에 제출하였다.

## 2. 청구인의 주장과 피청구인의 답변

### 가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 가입현황을 입수하고 인터넷에 게시한 행위는 자연인 조○혁이 아니라 국회의원 조○혁의 행위이다. 국회의원의 직무는 국정 전반에 걸쳐 그 직무수행의 형태도 비전형적이고 매우 포괄적이어서, 청구인이 이 사건 가입현황을 공개할 것인지, 대정부질문에 사용할 것인지, 의안표결에 참고할 것인지, 입법자료로 활용할 것인지, 아니면 국민에게 공개하여 여론형성에 도움을 줄 것인지 등은 모두 국회의원의 직무 범위에 속한다. 이 사

건 가입현황을 국회 상임위원회에서 발언을 통해 공개하였다면 헌법상 면책 특권에 의해 보호될 것인데, 이 사건 가입현황을 인터넷에 공개하는 것도 그 방법만 다를 뿐 국회의원의 직무상 행위인 점에서는 차이가 없다.

(2) 이 사건 가치분재판과 이 사건 간접강제재판에서 당사자는 헌법기관인 “국회의원 조○혁”이고 소송물은 “국회의원의 직무상의 행위에 관한 작위 또는 부작위 의무의 유무”인데, 이는 현행법상 허용되는 재판에 속하지 않는다. 법원은 다른 국가기관, 특히 국회의원에게는 작위·부작위를 명하는 재판을 할 재판권이 없다. 예컨대 법원이 국회의원에게 특정한 법률안 발의를 해서는 아니 된다는 내용의 가치분을 할 수는 없다. 국회의원도 손해배상 책임과 같은 사후적 통제를 통해 사법적 통제를 받을 수 있지만, 특정한 행위를 하라거나 하지 말라는 명령을 받지는 않는다. 그럼에도 피청구인은 재판권도 없이 이 사건 가치분재판과 이 사건 간접강제재판을 함으로써 청구인이 헌법 제40조, 제46조 제2항, 제61조에 의하여 부여받은 국회의원으로서의 권한을 침해하였다.

(3) 이행강제금 지급의무는 가치분의의절차 또는 상급심에서 가치분결정이 취소되더라도 소멸되지 아니하므로 청구인이 이 사건 가치분재판과 이 사건 간접강제재판에 대해 가치분의의나 항소 등으로만 대응할 경우, 항소심에서 가치분결정 등이 취소되더라도 이미 침해된 국회의원으로서의 권한은 회복할 수 없게 된다. 재판소원은 헌법재판소법에 따라 헌법재판소의 심판 대상에서 제외되지만 권한쟁의심판에서는 법원의 재판이라고 해서 제외할 것이 아니다.

#### 나. 피청구인의 답변

(1) 청구인이 국회의원의 지위에 있다 하더라도 사법상의 권리의무의 주체가 될 수 있으므로 청구인에 대한 사법상 청구는 허용된다. 청구인이 국회의원의 지위에 있다는 이유만으로 그의 행위에 대해 민사상 청구의 가능성을 배제하는 것은 국회의원의 지위에 있다는 이유로 민사상 채무는 부담하지 않는다는 주장에 다름 아니다.

(2) 권한쟁의의 대상이 되는 권한은 헌법 또는 법률에 의하여 부여된 국

가기관의 객관적 권한 내지 관할을 말하고, 시민의 기본권이나 일반인의 지위에서 주관적 권리를 주장하는 경우에는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다. 청구인이 주장하는 입법권(헌법 제40조), 국회의원의 직무(헌법 제46조 제2항), 국정감사·조사권(헌법 제61조)은 국회의 권한 또는 국회의원의 직무수행 방법을 규정한 것일 뿐, 국회의원에게 부여된 권한이 아니므로 청구인에게는 그 주장과 같은 헌법상 권한이 존재하지 않으며, 설령 청구인이 법률안 제출권이나 심의·표결권 등 입법에 관한 국회의원의 권한 또는 국정감사·조사에 참여할 수 있는 국회의원의 권한 등에 대한 침해를 주장하는 것으로 본다 하더라도, 이 사건 가입현황을 청구인의 개인 홈페이지에 게시하여 공개한 행위는 국회의원의 객관적 권한과는 무관한 행위이다. 청구인은 권한쟁의에서 말하는 ‘권한’이 아닌, 주관적 권리에 대한 침해 내지 행위의 자유에 대한 제한을 주장하는 것에 불과하고, 이 사건 가입현황의 공개 행위를 국가기관의 권한행사로 볼 수는 없으므로 국회의원으로서의 권한에 대한 침해가능성은 없다.

(3) 청구인이 주장하는 바와 같이 피청구인에게 재판권이 없다고 가정하더라도, 이를 간과한 판결에 대해서는 상소로 다룰 수 있고 그 판결이 확정되더라도 그 판결은 무효이므로 권한쟁의심판을 청구할 이익이 없고, 소수자 보호를 위해 국회의원에게도 권한쟁의의 당사자능력을 인정하여야 하는 경우라고 할 수 없는 이 사건에서는 국회의원의 당사자능력을 인정할 헌법적 당위성이 없다. 한편 국가의사 형성에 적극적, 능동적으로 참여하는 기관이 아니라 분쟁을 수동적, 독립적으로 해결하는 사법기관인 법원은 권한쟁의심판의 당사자가 되는 국가기관으로 보기 어려울 뿐 아니라, 특히 1심법원은 헌법에 의하여 설치된 국가기관으로 보기도 어렵고 그 판단은 상급심 법원에 의해 교정될 수 있으므로 권한쟁의심판의 당사자가 되는 국가기관으로 볼 수 없다. 나아가 피청구인은 이 사건 교사들과 청구인 사이의 분쟁에 대한 심판자이지 분쟁의 주체가 아니므로 청구인과 피청구인 간에 권한을 둘러싼 구체적인 다툼이 있다고 할 수 없어 이 점에 있어서도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다.

(4) 법원은, 사법입법이나 사법행정적 처분으로 인해 외부기관과 사이에

권한분쟁이 발생하거나 외부기관의 처분이나 부작위로 법원의 재판권한 또는 사법행정권한이 침해되는 경우에만 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있고, 법원의 재판을 받은 국가기관이 직접 그 법원의 재판을 권한쟁의심판의 대상으로 삼는 것은 제도의 취지에 어긋나며, 법원의 재판을 권한쟁의심판에 포함한다면 이는 사실상 재판소원을 인정하는 결과를 초래하는 것으로서 헌법이나 헌법재판소법에 위반된다.

### 【결정요지】

권한쟁의심판에서 다툴의 대상이 되는 권한이란 헌법 또는 법률이 특정한 국가기관에 대하여 부여한 독자적인 권능을 의미하므로, 국가기관의 모든 행위가 권한쟁의심판에서 의미하는 권한의 행사가 될 수는 없으며, 국가기관의 행위라 할지라도 헌법과 법률에 의해 그 국가기관에게 부여된 독자적인 권능을 행사하는 경우가 아닌 때에는 비록 그 행위가 제한을 받더라도 권한쟁의심판에서 말하는 권한이 침해될 가능성은 없는데, 특정 정보를 인터넷 홈페이지에 게시하거나 언론에 알리는 것과 같은 행위는 헌법과 법률이 특별히 국회의원에게 부여한 국회의원의 독자적인 권능이라고 할 수 없고 국회의원 이외의 다른 국가기관은 물론 일반 개인들도 누구든지 할 수 있는 행위로서, 그러한 행위가 제한된다고 해서 국회의원의 권한이 침해될 가능성은 없다.

청구인은 이 사건 가치분재판과 이 사건 간접강제재판으로 인해 입법에 관한 국회의원의 권한과 국정감사 또는 조사에 관한 국회의원의 권한이 침해되었다는 취지로 주장하나, 이 사건 가치분재판이나 이 사건 간접강제재판에도 불구하고 청구인으로서의 얼마든지 법률안을 만들어 국회에 제출할 수 있고 국회에 제출된 법률안을 심의하고 표결할 수 있어 입법에 관한 국회의원의 권한인 법률안 제출권이나 심의·표결권이 침해될 가능성이 없으며, 이 사건 가치분재판과 이 사건 간접강제재판은 국정감사 또는 조사와 관련된 국회의원의 권한에 대해서도 아무런 제한을 가하지 않고 있어, 국정감사 또는 조사와 관련된 국회의원으로서의 권한이 침해될 가능성 또한 없다. 따라서 이 사건 권한쟁의심판청구는 청구인의 권한을 침해할 가능성이 없어 부

적법하다.

## 【해설】

### 1. 서설

헌법은 제111조 제1항에서 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 헌법재판소의 관장 사항으로 규정하고 있다. 권한쟁의심판의 종류를 구체적으로 규정하고 있는 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 “국가기관 상호간의 권한쟁의심판”을 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판”이라고 하여, “법원”도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있음을 명시적으로 밝히고 있다. 다만, 법원의 재판은 본질적으로 분쟁해결을 위한 절차라는 점에서 법원의 재판을 대상으로 하는 권한쟁의심판에 있어서는 다른 권한쟁의심판에서와는 다른 특수성을 인정하여야 할 것인지가 문제될 수 있다. 이 사건 결정은 법원을 당사자로 한 최초의 권한쟁의심판이라는 점에서 주목할 만한 것이었다. 다만, 이 사건은 법원을 피청구인으로 하여 법원의 재판을 대상으로 한 권한쟁의심판이었으나, 청구인의 권한이 침해될 가능성이 없다는 이유로 그 청구가 각하됨으로써 법원을 당사자로 하고 재판을 심판의 대상으로 하는 권한쟁의심판에서 독자적으로 제기될 수 있는 쟁점들에 대한 명시적인 판단은 이루어지지 않았다.

### 2. “법원의 재판”을 대상으로 하는 권한쟁의심판청구의 허용 여부

가. 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 권한쟁의심판의 당사자 중 하나로 “법원”을 명시하고 있음에도 불구하고, 법원을 권한쟁의의 당사자가 되도록 부적절하거나 바람직하지 못한 것이라는 견해가 있다.<sup>1)</sup> 입법자가 권한쟁의심판의 종류를 구체적으로 입법하면서 법원을 당사자에 포함시킨 것은 헌법이 규정하고 있는 순서대로(국회, 정부, 법원) 국가기관을 나열한 것으로

1) 한수웅, “국가기관간의 권한쟁의에 있어서의 제3자소송담당 및 결정주문”, 人權과正義(제265호), 대한변호사협회, 1998. 9, 107면; 정태호, “국가기관 상호간의 권한쟁의제도와 정당”, 정당과 헌법질서(심천 계획열 박사 화합기념논문집), 423면; 홍기태, “권한쟁의심판”, 재판자료 제92집, 법원도서관, 633면

서 법원은 주도적·능동적으로 국가의사를 형성하는 역할이 아니라 소극적·반응적·통제적 역할에 의한 분쟁의 심판자라는 점에서, 법원을 분쟁의 주체로 삼는 것은 권한쟁의심판의 본질을 제대로 파악하지 못한 것이고 사법기관이 정치권력의 주체들과 직접 분쟁에 휘말리는 것은 바람직하지 않다는 이유에서이다.

권한쟁의심판은 연혁적으로 군주(정부)와 의회 또는 연방정부와 지방정부 간의 권력배분에 관한 분쟁을 해결하는 절차로 발전되어 온 것인데,<sup>2)</sup> 법원은 독립된 지위에서 분쟁 해결을 담당하는 기관이라는 점을 고려하면 권한쟁의심판의 당사자로 법원을 포함하는 것이 바람직한 것인지에 대해서는 의문이 제기될 수는 있다.

나. 헌법은 권력분립의 원리에 따라 국가 권력을 나누어 서로 다른 주체에게 배분하여 각자의 권한 범위 내에서만 그 배분된 권력을 행사하도록 하였는데, 이로 인해 서로 다른 권력 주체 상호간에 그 권한의 존부나 범위에 관한 분쟁이 발생할 가능성이 있다. 그런데 권력분립의 원리는 권력을 나누어 행사하는 기관 상호간의 대등한 관계를 전제로 하므로 국가기관(지방자치단체를 포함) 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 충돌이 발생할 경우 그 충돌을 해결할 절차를 미리 마련할 필요가 있는바, 그러한 해결 절차가 권한쟁의심판제도이다. 그렇다면 법원 역시 헌법과 법률에 의해 한정된 권한만을 부여받은 이상, 그 권한의 존부나 범위에 관하여 다른 국가기관과 충돌할 수 있는 가능성 자체를 부인하기는 어렵다고 할 것이다. 그렇다면 법원이라고 하여 본질적으로 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 할 수는 없다. 다만, 법원의 권한 중 특히 재판에 관한 권한은 분쟁을 해결하기 위하여 부여된 것이라는 점에서, 재판작용으로 인하여 야기되는 국가기관 간의 권한 다툼은 그 재판절차에서 해결되도록 하는 것이 더 바람직하다는 주장도 가능하지만, 이는 입법정책적으로 법원의 재판을 권한쟁의심판의 대상에서 제외하는 근거가 될 수 있을 뿐, 권한쟁의심판의 본질로부터 법원의 재판이 권한쟁의심판의 대상에서 제외된다고 할 수는 없다.<sup>3)</sup>

2) 김하열, 권한쟁의심판에 관한 연구 - 헌법재판소법의 해석론을 중심으로 -, 고려대학교 석사학위논문, 1999, 5면이하; 헌법재판소, 헌법재판실무제요 제1개정증보판, 323면 참조

다. 헌법재판소법은 법원을 명시적으로 권한쟁의심판의 당사자로 규정하고 있고 법원의 재판은 권한쟁의심판의 대상에서 명시적으로 제외하지도 않았다. 헌법재판소는 비록 방론적인 판단이기는 하지만, 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에는 “법원의 재판 및 사법행정작용”이 포함된다고 판시한 바 있다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집 18-1하, 28, 35; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7, 판례집 20-1하, 340, 354).

### 3. 권한쟁의심판의 적법요건

#### 가. 당사자

##### (1) 당사자능력

헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 권한쟁의의 당사자가 될 수 있는 국가기관으로 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회”만을 규정하고 있다. 헌법재판소는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 ‘국가기관’에 해당하는지 아닌지를 판별함에 있어서는 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다고 하였다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163). 이에 따라 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호에 명시적으로 규정되지 않은 국회의원의 경우에도 권한쟁의심판의 당사자능력을 가질 수 있다(헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2, 17; 헌재 2006. 2. 2. 2005헌라6, 판례집 18-1상, 82). 법원은 위에서 본 바와 같이 명문 규정에 의해 당사자능

---

3) 권한쟁의심판제도를 두고 있는 외국의 사례를 보면, 오스트리아 헌법은 “행정청과 법원”, “일반법원과 행정법원”, “행정법원과 헌법재판소” 간의 권한쟁의를 규정하고 있다. 다만 헌법재판소법의 규정들과 관련 사례들의 내용을 살펴볼 때, 오스트리아에서의 권한쟁의는 “관할”에 관한 다툼을 해결하기 위한 것으로 보인다. 한편 독일은 법원을 권한쟁의심판의 당사자로 인정하지 않고 있으나 법원의 재판에 의한 국가기관의 권한침해에 대해서는 국가기관이라 할지라도 재판소원의 형태로 다투는 것을 허용하고 있다(독일연방헌법재판소는 국회의원인 청구인이 법원의 재판으로 인해 자신의 권한이 침해되었음에도 그 권한침해를 다툴 방법이 없다면 재판소원을 통해 그 권한침해를 다툴 수 있다고 하면서 청구인의 청구를 인용한 바 있다. BVerfG, Urteil vom 30. 7. 2003 - 2 BvR 508/01 u.a.).

력이 인정된다.

## (2) 당사자적격

침해당하였다고 주장하는 권한과의 적절한 관련성 있는 기관만이 청구인적격을 가지는 것으로서, 이는 마치 헌법소원심판에서 기본권침해의 자기관련성을 가지는 자만이 적법한 청구권자가 되는 것과 흡사하다. 한편, 처분 또는 부작위를 야기한 기관으로서 법적 책임을 지는 기관만이 피청구인적격을 가지므로 심판청구는 이들 기관을 상대로 하여야 한다.

## 나. 피청구인의 처분 또는 부작위의 존재

(1) ‘처분’은 법적 중요성을 지녀야 하고, 청구인의 법적 지위에 구체적으로 영향을 미칠 가능성이 없는 행위는 ‘처분’이라 할 수 없다. ‘처분’에는 개별적 행위뿐만 아니라 일반적 규범의 정립까지도 포함된다. 입법영역에서 처분은 법률의 제정과 관련된 행위, 나아가 법률제·개정행위를 포함한다. 행정영역에서 처분은 행정소송법에서 정하고 있는 처분 개념보다 넓어 법규제·개정행위 및 개별적 행정행위를 포함한다. 사실행위도 청구인의 권한에 부정적인 영향을 주어서 법적으로 문제되는 경우에는 이에 해당한다.

(2) 권한쟁의심판의 대상이 되는 부작위는 단순한 사실상의 부작위가 아니고 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 있는데도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 것을 말한다.

(3) 법원의 재판이 권한쟁의심판의 대상이 되는 “처분”에 포함되는지 여부에 대해 이 사건 결정에서는 명시적으로 판시하지 않았으나, 앞에서 본 바와 같이 법원을 권한쟁의심판의 당사자로 명시하고 있고 재판을 권한쟁의심판의 대상에서 제외하는 규정이 없는 이상 재판을 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분에서 제외하여야 할 이유는 없다.

## 다. ‘권한의 침해 또는 현저한 침해위험’의 가능성

권한쟁의심판청구가 적법하기 위해서는 청구인의 권한이 구체적으로 관련되어 침해가능성이 있다고 인정되어야 한다. 다만 권한의 침해가 실제적으



로 존재하고 위헌 내지 위법한지 여부는 본안결정에서 판단하게 된다. 이 사건 결정에서는 뒤에서 보는 바와 같이 국회의원이 청구인의 권한이 침해될 가능성이 없다는 이유에서 권한쟁의심판의 적법성을 부정하였다.

### 라. 청구기간

권한쟁의심판의 청구는 그 사유가 있음을 ‘안 날’로부터 60일 이내, 그 사유가 ‘있는 날’로부터 180일 이내에 제기하여야 한다(법 제63조 제1항). 처분의 경우에는 처분행위가 있는 때에 권한 침해행위는 종료하고 그 위법상태가 계속될 수 있음에 비하여, 부작위의 경우에는 부작위가 계속되는 한 권한 침해가 계속되므로, 부작위에 대한 권한쟁의심판은 그 부작위가 계속되는 한 기간의 제약없이 적법하게 청구할 수 있다고 보아야 한다.

### 마. 심판의 이익

청구인에 대한 권한침해상태가 이미 종료한 경우에는 심판의 이익이 없어 원칙적으로 부적법하지만, 헌법질서의 수호 및 유지를 위한 헌법적 해명이 필요하다면 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라 1, 판례집 15-2, 17, 29).

## 4. 이 사건에서 국회의원의 권한이 침해될 가능성이 있는지 여부

### 가. 권한쟁의심판에서 “권한”의 의미

권한쟁의심판에서 침해가 문제되는 권한(權限)이란 주관적 권리의무가 아니라 국가나 지방자치단체 등 공법인 또는 그 기관이 헌법 또는 법률에 의하여 부여되어 법적으로 유효한 행위를 할 수 있는 능력 또는 그 범위를 말한다. 따라서 권한의 귀속 주체는 이를 임의로 처분하거나 포기할 수 없다. 권한은 한편에서 보면 적극적 권능으로서 능력을 의미하지만 그 반면을 보면 직무상 의무의 범위를 지칭한다. 이러한 권한은 권력분립적 견제와 균형을 도모하면서 국가의 기능질서를 확보하기 위해 각 국가기관에 분배된 독자적인 활동 및 결정영역을 의미하고, 이러한 권한의 분배는 객관적 법규범에 의해 이루어지게 된다.

### 나. 국회의원으로서의 권한에 대한 침해가능성 여부

(1) “이 사건 실명자료를 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하는 행위”가 국회의원의 권한인지 여부

이 사건에서 문제된 청구인의 행위는 “이 사건 실명자료를 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하는 행위”였다. 그런데 어떠한 자료를 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하는 행위는 헌법과 법률에 의해 객관적으로 부여된 권한이 있어야만 할 수 있는 행위가 아니다. 위와 같은 행위는 명시적으로 금지하고 있는 특별한 법규범이 없는 한 헌법과 법률에 의한 수권이 없더라도 누구든지 자유롭게 할 수 있는 행위이다. 물론 어떠한 자료를 인터넷 등에 공시하거나 언론 등에 공개하는 행위를 국회의원도 할 수 있음은 명백하다. 그러나 그와 같은 행위는 청구인이 국회의원이기 때문에, 다시 말해 국회의원의 권한 행사에 의해서만 할 수 있는 것이 아니다. 또한 위와 같은 행위가, 권력분립의 관점에서 견제와 균형을 도모하면서 국가의 기능질서를 확보하기 위해 국회의원에게 독자적인 활동 영역으로 인정되는 행위라고 볼 수도 없다. 결국 이 사건에서 문제된 청구인의 행위가 권한쟁의심판에서 문제되는 국회의원의 권한에 근거한 행위가 아니므로, 침해될 청구인의 국회의원으로서의 권한은 존재하지 않는다.

(2) 이 사건에서 침해되었다고 주장하는 국회의원의 권한

이 사건에서 청구인은 “헌법 제40조(입법권), 제46조 제2항(의원의 직무), 제61조(국정에 관한 감사·조사권)에 의하여 부여받은 국회의원으로서의 권한을 침해하였다”고 주장하였다.

그런데 헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다”고 규정하고 있는바, 입법권 자체는 원칙적으로는 “국회”의 권한일 뿐 국회의원의 권한이 될 수는 없다. 국회의원은 “국회의원”으로서의 권한 침해를 주장할 수 있을 뿐, “국회”의 권한 침해를 주장하며 권한쟁의심판을 청구할 수 없다는 것은 헌법재판소의 확립된 판례이어서(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26; 헌재 2007. 10. 25. 2006헌라5, 판례집 19-2, 436 등 참조), 국회의원이 국회의 입

법원 침해를 주장하며 권한쟁의심판을 청구할 수는 없다. 다만 입법권 자체가 아니라 “입법에 대한” 권한으로서의 “법률안제출권”과 “법률안심의표결권”은 국회의원의 권한이므로(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 169 참조), 청구인의 주장 중 헌법 제40조에 의하여 부여받은 국회의원으로서의 권한 침해에 관한 주장은 결국 국회의원의 “법률안제출권”과 “법률안심의표결권”의 침해 주장으로 이해할 수 있다.

한편 청구인은 제46조 제2항으로부터 부여받은 국회의원의 권한도 주장하였으나, 헌법 제46조 제2항은 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”는 규정인바, 위 규정은 국회의원이 자신을 선출한 사람들만의 대표로서가 아니라 전체 국민의 대표로서 국익을 위해 활동할 것을 명하는 대의제 원리를 천명한 조항으로서, 국회의원으로서의 직무 수행의 기준을 제시하는 헌법 이념일 수는 있으나 국회의원의 구체적인 권한이 그 조항으로부터 도출된다고 보기는 어렵다.

또한 청구인은 “헌법 제61조에 의해 부여받은 국회의원의 권한”도 침해되었다고 주장하였는데, 헌법 제61조는 제1항에서 “국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다.”고 한 후 이어 제2항에서 “국정감사 및 조사에 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하고 있는바, 위 제1항이 규정하고 있는 “국정감사권”과 “국정조사권”은 “국회”의 권한임이 명백하므로 국회의원인 청구인이 국회의 국정감사권 또는 국정조사권 자체에 관한 침해를 들어 권한쟁의심판을 청구할 수는 없다. 다만, 헌법 제61조 제2항에 따라 제정된 ‘국정감사 및 조사에 관한 법률’의 여러 조항들을 살펴보면<sup>4)</sup> 국정조사요구 발의권은 개별 국회의원에게

#### 4) 국정감사 및 조사에 관한 법률

제2조(감사) ①국회는 국정 전반에 관하여 소관 상임위원회별로 매년 9월 10일부터 20일간 감사를 행한다. 다만, 본회의의 의결에 의하여 그 시기를 변경할 수 있다.

②제1항의 규정에 불구하고 국회운영위원회·정보위원회 및 여성가족위원회는 정기회 기간 중 별도로 3일 이내의 기간을 정하여 감사를 행할 수 있다.

제3조(조사) ③의장은 제2항의 조사요구서가 제출되면 지체없이 본회의에 보고하고 교섭단체대표의원들과 협의하여 조사를 시행할 특별위원회를 구성하거나 해당 상임위원회(이하 “조사위원회”라 한다)에 회부하여 조사를 시행할 위원회를 확정한다. 이 경우 국회가 폐회 또는 휴회중일 때에는 제2항의 조사요구서에 의하여 국회

인정될 수 있을 것으로 보인다. 그리고 국정감사 및 국정조사가 실시되는 경우 그 위원회와 본회의의 각종 의결절차에서의 심의 및 표결할 수 있는 권한이 개별 국회의원의 권한으로 인정되는 것은 물론이다.

### (3) 권한의 침해가능성 여부

(가) 먼저 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”고 규정한 헌법 제46조 제2항으로부터 국회의원의 구체적 권한이 도출되는 것으로 볼 수 없음은 위에서 본 바와 같다.

(나) 다음으로 “법률안제출권”과 “법률안심의표결권”의 침해가능성에 대해 살펴보면, 비록 이 사건 실명자료를 공개하는 것이 정치활동의 일환으로서 국회의원의 직무상 활동에 포함되는 것이라고 보더라도, 이 사건 가처분 결정과 이 사건 간접강제결정으로 인해 국회의원인 청구인이 법률안을 만들어 제출할 권한이나 특정한 법률안에 대해 국회의원으로서 심의하고 표결할

의 집회 또는 재개의 요구가 있는 것으로 본다.

제4조(조사위원회) ④조사위원회는 의결로써 국회의 폐회중에도 활동할 수 있으며 조사와 관련한 보고 또는 서류의 제출을 요구하거나 조사를 위한 증인·감정인·참고인의 출석을 요구하는 경우에는 의장을 경유하지 아니할 수 있다.

제9조(조사위원회의 활동기간) ①본회의는 의결로써 조사위원회의 활동기간을 연장할 수 있다.

②본회의는 조사위원회의 중간보고를 받고 조사를 장기간 계속할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 의결로써 조사위원회의 활동기간을 단축할 수 있다.

③조사계획서에 조사위원회의 활동기간이 확정되지 아니한 경우에는 그 활동기간은 조사위원회의 조사결과가 본회의에서 의결될 때까지로 한다

제9조의2(예비조사) 위원회는 국정조사를 하기 전에 전문위원 기타 국회사무처 소속직원이나 조사대상기관의 소속이 아닌 전문가 등으로 하여금 예비조사를 하게 할 수 있다.

제15조(감사 또는 조사결과의 보고) ①감사 또는 조사를 마친 때에는 위원회는 지체없이 그 감사 또는 조사보고서를 작성하여 의장에게 제출하여야 한다.

②제1항의 보고서에는 감사 또는 조사의 경과와 결과 및 처리의견을 기재하고 그 중요근거서류를 첨부하여야 한다.

③제1항의 보고서를 제출받은 의장은 이를 지체없이 본회의에 보고하여야 한다.

④의장은 위원회로 하여금 중간보고를 하게 할 수 있다.

제15조의2(관계행정기관에 대한 지원요청) 본회의 또는 위원회는 국정조사기간 및 자료의 부족 등으로 인하여 조사가 추가로 필요하다고 인정되는 경우나 사전조사가 필요한 경우에는 그 의결로 감사원 등 관계행정기관의 장에게 인력, 시설, 장비 등의 지원을 요청할 수 있다. 이 경우 관계행정기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

권한이 제한되지는 않는다. 다시 말해 이 사건 가처분결정이나 이 사건 간접강제결정은 국회의원의 법률안제출권과 법률안심의권에 관해서는 어떠한 제한도 가하지 않고 있다.

(다) 또한 이 사건 가처분결정이나 이 사건 간접강제결정으로 인해 청구인이 이 사건 실명자료를 인터넷 등에 공개하지 못하게 되었다고 해서, 이 사건 실명자료에 나타난 내용을 토대로 청구인이 국회의원으로서 국정조사를 요구하거나 국정감사 또는 국정조사의 각종 절차에서 심의하고 의결하는 것에 대하여 어떠한 제한도 발생하지 않는다.

(라) 결국 이 사건에서 청구인이 주장한 국회의원의 권한은 이 사건 가처분결정이나 이 사건 간접강제결정에도 불구하고 아무런 영향을 받지 않고 있다. 따라서 이 사건에서는 청구인이 주장하는 국회의원으로서의 권한에 대한 침해가능성을 인정할 수 없다.

## 5. 결정의 의의

이 결정은 법원을 피청구인으로 하여 법원의 재판을 심판의 대상으로 삼은 첫 번째 권한쟁의심판 사건이었다. 다만 이 사건에서 헌법재판소는 청구인이 침해를 주장하는 권한에 대한 침해가능성의 부존재라는 일반적인 권한쟁의심판의 적법요건 흠결을 들어 사건을 각하함으로써, 법원의 재판을 심판의 대상으로 한 권한쟁의심판 특유의 요건에 관한 심사는 이루어지지 못했다.



## 건강기능식품에 관한 법률 제18조 제1항 제5호 등 위헌소원

- 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의절차가  
사전검열에 해당하는지 여부 -

(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232)

최기상\*

### 【판시사항】

1. 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의절차에 관하여 규정한 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정된 것) 제16조 제1항, 제18조 제1항 제5호, 제32조 제1항 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2002. 8. 26. 법률 제 6727호로 제정된 것) 제16조 제1항, 제2항<sup>1)</sup> 및 제32조 제1항 제3호 중 각

---

\* 전주지방법원 남원지원장(부장판사), 전 헌법연구원

1) 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 대한 사전심의업무를 영업자단체에 위탁할 수 있도록 한 건강기능식품법 제16조 제2항은 청구인이 심의위원회의 심의결과와 다르게 광고를 하였다는 이유로 영업정지처분을 받은 것의 취소를 구하는 당해 사건에 직접 적용되는 법률규정으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 위 조항의 위헌 여부에 따라서 당해 사건의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적인 의미 등이 달라지거나 동 조항의 위헌 여부에 따라 앞서 본 동법 제16조 제1항, 제18조 제1항 제5호, 제32조 제1항 제3호의 위헌 여부가 결정되는 것도 아니므로, 이 사건 심판청구 중 건강기능식품법 제16조 제2항의 위헌 확인을 구하는 부분은 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다고 판단되었다.

“광고” 부분, 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정되고 2008. 3. 21. 법률 제8941호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제5호 중 “광고” 부분이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내용 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다<sup>2)</sup>.

건강기능식품에 관한 법률(2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정된 것)  
제16조(기능성 표시·광고의 심의)

① 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자는 식품의약품안전청장이 정한 건강기능식품 표시·광고 심의기준, 방법 및 절차에 따라 심의를 받아야 한다.

② 식품의약품안전청장은 제1항의 규정에 의한 건강기능식품의 기능성 표시·광고 심의에 관한 업무를 제28조의 규정에 의하여 설립된 단체에 위탁할 수 있다.

제32조(영업허가취소 등)

① 식품의약품안전청장 또는 시·도지사는 영업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 영업허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나, 영업소의 폐쇄( 제6조의 규정에 의하여 신고한 영업에 한한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다.

3. 제18조 제1항의 규정을 위반한 때

구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정되고 2008. 3. 21. 법률 제8941호로 개정되기 전의 것)

제18조(허위·과대의 표시·광고 금지)

① 영업자는 건강기능식품의 명칭, 원재료, 제조방법, 영양소, 성분, 사용방법, 품질 등에 관하여 다음 각 호에 해당하는 허위·과대의 표시·광고를 하여서는 아니 된다.

5. 법 제16조 제1항의 규정에 따라 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고

---

2) 이후 기술 과정에서는 편의상 ‘기능성 표시·광고’ 중 ‘표시’ 부분을 떼어 내지 아니하고 ‘기능성 표시·광고’라고 표기하였다.



## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 건강기능식품판매업을 영위하는 법인으로서 건강기능식품을 판매할 목적으로 인쇄매체, 인터넷 등에 광고하기 위하여 건강기능식품에 관한 법률에 따라 사단법인 한국건강기능식품협회(이하 ‘건강기능식품협회’라 한다)에 기능성 표시·광고 심의를 신청하였고, 건강기능식품협회는 청구인의 건강기능식품에 관한 인쇄매체·인터넷 광고신청에 대하여 기능성 표시·광고 심의위원회의 심의를 거쳐 일부 사항의 수정·삭제를 조건으로 ‘수정적합’하다는 심의결과를 통지하였다.

그러나 청구인은 위와 같은 심의결과와 달리, 2005. 7. 19.자 무가지에 낸 광고에서 삭제 권고한 사항을 지키지 않은 채 광고하였고, 2005. 8. 30. 이후 청구인의 인터넷 홈페이지 ‘상품특징’ 란에서도 삭제 권고한 사항을 지키지 않은 채 광고하였다. 그러자 서울특별시 강남구청장은 2006. 2. 2. 청구인이 심의받은 내용과 다른 내용으로 광고를 하였다는 이유로 건강기능식품에 관한 법률(이하 ‘건강기능식품법’이라 한다) 제18조 제1항 제5호, 제32조, 건강기능식품법 시행규칙 제31조 등을 적용하여 3월의 영업정지처분을 하였다.

이에 청구인은 서울행정법원에 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 동 소송계속 중에 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 대한 사전심의제도는 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙에 위반하여 청구인의 헌법상 표현의 자유를 침해한다는 등의 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 서울행정법원은 2006. 7. 19. 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하고 위 위헌법률심판제청신청도 기각하였는바, 청구인은 2006. 7. 31. 위 기각결정문을 송달받자 2006. 8. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(다만, 위 1심 판결에 대하여는 항소하지 아니하여 동 판결은 2006. 8. 15. 확정되었다).

### 2. 청구인의 주장과 법원의 위헌법률제청신청 기각이유 등

#### 가. 청구인의 주장

건강기능식품법이 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자는 식품의약품안전청장(이하 ‘식품약장’이라 한다)이 정한 건강기능식품 표시·

광고 심의기준 등에 따라 심의를 받아야 한다고 하고, 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 표시·광고를 하는 것을 금지하고, 위반한 경우 영업허가의 취소, 영업정지 등의 제재조치 등을 규정하여 기능성 표시·광고에 대한 사전심의제도를 두고 있는 것은 헌법 제21조 제2항이 금지하는 사전검열로서 청구인의 표현의 자유를 침해한다.

#### 나. 서울행정법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

건강기능식품의 기능성 표시·광고에 있어서는 일반 소비자들이 의약품과 혼동하여 오·남용할 우려가 높기 때문에 허위·과대의 표시나 광고를 금지함으로써 건강기능식품의 안전성을 확보하고 일반 국민의 건강을 증진하려는 이 사건의 법률조항의 입법목적은 정당하다. 그리고 이 사건 법률조항에 따라 사전에 심의를 받을 경우 허위·과대의 표시나 광고가 일반 소비자에게 전달되는 것이 사전에 차단되므로 이러한 입법수단은 입법 목적을 달성하는 데에 적절하다. 아울러 건강기능식품의 오·남용으로 인하여 국민들이 입을 수 있는 건강상의 피해가 크고 사후 심사를 하여 기능성 표시·광고 등을 삭제하도록 명령하더라도 이미 판매되어 소비된 건강기능식품의 수거 등 원상복구가 어렵다는 측면을 고려하면 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 대하여 사전심의를 거치도록 하는 것 이외에 다른 방식으로 이 사건 심판대상조항이 추구하는 입법 목적을 달성할 수단이 명백히 존재한다고 보기 어려우므로 피해 최소성원칙에도 저촉되지 않는다. 또한 이 사건 법률조항에 의하여 달성하려는 공익 목적의 중요성이 인정되고, 사전심의업무를 행정청이 아니라 건강기능식품 영업자들의 단체인 건강기능식품협회에 위탁하여 처리하고 있으며, 사전심의결과에 불복이 있는 경우 재심을 요청하거나 행정소송으로 이를 다퉴 수 있는 제도가 마련되어 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항의 기본권 제한의 효과와 내용 면에서 볼 때 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비하여 균형을 벗어난 것으로 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 건강기능식품 제조·판매업자에 대하여 기능성 표시·광고를 하기 전에 사전심의를 거치도록 하여 표현의 자유를 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

## 【결정요지】

1. 헌법상 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 사전검열행위 자체의 범위를 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라 사전검열금지원칙이 적용될 대상 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것이다.

건강기능식품의 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는 등 광범위한 해악이 초래될 수 있고, 허위·과장 광고 등에 대해 사후적인 제재를 하더라도 소비자들이 신체·건강상으로 이미 입은 피해는 피해 회복이 사실상 불가능할 수 있어서 실효성이 별로 없다는 문제가 있다. 반면에 건강기능식품 광고는 영리 목적의 순수한 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 별 관련이 없고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다.

그러므로 이와 같이 건강기능식품의 기능성 표시·광고와 같이 규제 of 필요성이 큰 경우에, 언론·출판의 자유를 최대한도로 보장할 의무를 지는 외에 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 보호의무도 지는 입법자가, 국민의 표현의 자유와 보건·건강권 모두를 최대한 보장하고 기본권들 간의 균형을 기하는 차원에서 건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심의 절차를 법률로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다.

2. 건강기능식품 표시·광고의 내용을 심사하여 건강기능식품에 관한 올바른 정보를 제공하고 허위·과장 광고를 방지하여 국민의 건강 증진에 이바지하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고, 표시·광고 문안을 사전에 심사하고 이의가 있을 경우 불복절차를 두는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 것이다. 또한 건강기능식품의 허위·과장 광고로 인해 국민들이 입을 수 있는 신체·건강상의 피해가 크고 광범위한 반면에 사후 제재 등만으로는 실효성이 없는 점 등을 고려하면 건강기능식품의 표시·광고에 대하여 사전심의를 거치도록 하는 것은 입법목적 달성을 위해

필요한 범위 내인 것으로 보이고, 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비해 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없다. 따라서 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다.

### 재판관 이강국, 송두환의 별개의견

헌법 제21조 제1항이 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 하여 표현의 자유를 보장할 때 그 표현의 범위에는 상업광고도 포함되는 것이고, 상업광고의 성격을 가진 이 사건 건강기능식품 광고 역시 표현의 자유에 의한 보호를 받는 것이므로, 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 절대적으로 금지되는 것이다. 다만 이 사건 건강기능식품협회의 경우는 그 구성과 운영의 현황에 비추어 행정주체성을 인정하기 어려우므로, 다른 요건들에 해당하든지 여부를 검토할 필요 없이 사전검열금지원칙에 위배되지 않는다.

### 재판관 조대현의 별개의견

건강기능식품의 기능성에 대한 표시·광고는 ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 공표하는 것’이 아니어서 헌법 제21조의 언론·출판에 해당된다고 볼 수 없으므로, 이에 대하여 사전에 심의위원회의 심의를 받게 하더라도 헌법 제21조 제2항[언론·출판에 대한 검열 금지]에 위반된다고 볼 수 없다.

### 재판관 이공현, 김종대의 반대의견

이 사건 건강기능식품 표시·광고 역시 상업적 표현으로서 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 보호 대상이 됨은 물론이고, 동조 제2항도 당연히 적용된다고 보이므로, 이 사건에서 위와 같은 사전검열금지원칙 적용에 있어서의 4가지 요건을 갖추는 경우에는 절대적 사전검열금지원칙이 적용된다.

그런데 건강기능식품협회 산하 심의위원회가 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의업무를 수행함에 있어서 식약청 등 행정기관의 영향력에

서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의를 하고 있다고 보기 어려워 결국 심의기관인 건강기능식품협회의 행정기관성을 부인하기 어렵다. 그리고 건강기능식품법상으로 이러한 안전장치들이 구비되었음에도 불구하고 행정기관성을 가지는 건강기능식품협회가 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자들의 표시·광고의 문안까지 사전적으로 일일이 심사하는 것은 표시·광고자들의 표현의 자유를 지나치게 위축시키는 것이라 할 것이다. 따라서 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의는 건강기능식품협회가 담당하고 있지만 그 실질은 식약청장이 위탁이라는 방법으로 그 업무의 범위를 확장하고 있는 것에 지나지 않는다 할 것이고, 건강기능식품협회가 행하는 이 사건 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의절차는 헌법이 금지하는 행정기관에 의한 사전검열로서 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 할 것이다.

## 【해설】

### 1. 건강기능식품에 관한 기능성 표시·광고의 사전심의제도

건강기능식품이란 인체에 유용한 기능성을 가진 원료나 성분을 사용하여 제조(가공을 포함)한 식품을 말하고(건강기능식품법 제3조 제1호), 여기서 ‘기능성’이란 인체의 구조 및 기능에 대하여 영양소를 조절하거나 생리학적 작용 등과 같은 보건용도에 유용한 효과를 얻는 것을 말한다(동조 제2호). 건강기능식품은 의약품과는 구별되는 식품으로서, 식품이란 의약으로 취급되는 것을 제외한 모든 음식을 말한다(식품위생법 제2조 제1호).

중전에 우리나라는 식품위생법 하에서 ‘건강보조식품’, ‘특수영양식품’, ‘인삼제품류’ 등으로 이러한 제품을 관리해 오다가 건강기능식품의 안전성 확보 및 품질향상과 건전한 유통·판매를 도모하고 국민의 건강증진과 소비자보호에 이바지함을 목적으로 2002. 8. 26. 건강기능식품법을 제정·공포하였고 2003. 8. 27.부터 시행 중이다.

건강기능식품의 기능성 표시는 건강기능식품의 용기·포장(첨부물 및 내용물 포함)에 기재하는 문자·숫자 또는 도형을 말하는 것이고, 광고는 라디오·텔레비전·신문·잡지·음성·음향·영상·인터넷·인쇄물·간판 그 밖

의 방법에 의하여 건강기능식품에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위이다(건강기능식품법 제3조 제3호 및 제4호). 이러한 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자는 식약청장이 정한 건강기능식품 표시·광고 심의기준, 방법 및 절차에 따라 사전심의를 받아야 한다(동법 제16조 제1항).

그런데 식약청장은 건강기능식품의 기능성 표시·광고 심의에 관한 업무를 건강기능식품법 제28조에 의하여 설립된 영업자단체에 위탁할 수 있는바(동법 제16조 제2항), 건강기능식품법에 의해 설립된 유일한 영업자단체인 건강기능식품협회가 현재 심의업무를 위탁받아 수행하고 있다.

건강기능식품협회는 건강기능식품 표시 및 광고 심의기준(식품의약품안전청고시 제2004-5호, 2004. 12. 29. 개정된 것, 이하 ‘심의기준’이라 한다) 제9조 등에 따라 심의위원회를 설치·운영하고 있는바, 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 기능성 표시·광고 심의를 신청하면 건강기능식품협회는 신청일로부터 10일 이내(공휴일 제외)에 심의위원회의 심의를 거쳐 결과를 신청인에게 문서로 통지한다. 그런데 건강기능식품의 기능성 표시·광고 중에서 ① 의약품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고, ② 사실과 다르거나 과장된 표시·광고, ③ 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고, ④ 의약품의 용도로만 사용되는 명칭의 표시·광고와 더불어 ⑤ 사전심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 하는 것도 금지되므로(건강기능식품법 제18조 제1항) 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 경우 반드시 사전심의를 받아야 한다.

그리고 식약청장 또는 시장·군수·구청장은 영업자가 위와 같이 금지되는 표시·광고를 한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나, 영업소의 폐쇄를 명할 수 있다(동법 제32조 제1항 제3호).

## 2. 다른 보건 분야의 광고심의제도

### 가. 약사법상 의약품 등에 관한 광고사전심의제도

약사법은 “의약품 등의 명칭·제조방법·효능이나 성능에 관하여 거짓광

고 또는 과장광고를 하지 못한다.”(제68조 제1항), “① 의약품 제조업자·품목허가를 받은 자 또는 수입자가 그 제조 또는 수입한 의약품을 광고하려는 경우에는 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전청장의 심의를 받아야 한다. ② 식품의약품안전청장은 제1항에 따른 의약품 광고심의에 관한 업무를 제67조에 따라 설립된 법인에 위탁할 수 있다. ③ 제1항에 따른 광고심의 절차와 방법 및 심의결과에 대한 이의신청 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”(제68조의2)라고 각 규정하고 있다. 이에 따라 약사법 시행규칙은 제84조의2, 제84조의3, 제84조의4, 제84조의5 및 제84조의6에서 광고심의 대상 등, 광고심의 절차, 심의내용의 변경, 심의 결과의 표시 및 의약품광고심의위원회의 구성 및 운영 등에 관하여 규정하고 있다.

#### 나. 의료법상 의료광고사전심의제도

의료법은 “의료법인·의료기관 또는 의료인은 제57조에 따른 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 하지 못한다.”라고 규정하고(제56조 제2항 제9호 참조), 제57조에서 “① 의료법인·의료기관·의료인이 의료광고를 하려면 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지가족부장관의 심의를 받아야 한다. ③ 보건복지가족부장관은 제1항에 따른 심의에 관한 업무를 제28조에 따라 설립된 단체에 위탁할 수 있다. ④ 제1항에 따른 심의의 대상과 기준, 그 밖에 심의에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정함으로써, 표현하고자 하는 의료광고를 행정기관에 제출할 의무와 제출된 표현물을 사전에 심사받을 것을 요건으로 하고 있고, 이에 따라 의료법 시행령은 제24조 제2항에서 “법 제57조 제3항에 따라 보건복지가족부장관은 의료광고 심의에 관한 업무를 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 법 제28조 제1항에 따른 의사회, 치과의사회 및 한의사회에 각각 위탁한다.”라고 규정하여 보건복지가족부장관은 ‘의사회, 치과의사회, 한의사회’에 심의에 관한 업무를 위탁하였다. 그리고 의료법 제57조 제4항에 따라 의료법 시행령 제28조 제1항부터 제7항은 심의위원회의 구성·운영 및 심의에 관하여 필요한 기본적인 사항을 규정하고 있다.

**다. 화장품법상 기능성화장품에 대한 광고사전심의제도**

화장품법은 제12조에서 “① 제조업자·수입자·화장품의 판매자(이하 “판매자”라 한다)는 다음 각 호의 1에 해당하는 표시 또는 광고를 하여서는 아니 된다. 2. 기능성화장품의 안전성·유효성에 관한 심사를 받은 범위를 초과하거나 심사결과와 다른 내용의 표시 또는 광고”라고 규정하고 있다.

**3. 문제의 소재**

건강기능식품법 제16조 제1항 등에서 건강기능식품에 대해서 영업자가 기능성 표시·광고를 하기 전에 사전심의를 거치도록 의무화함과 동시에 이를 위반한 자를 제재하고 있는바, 건강기능식품에 대한 허위·과장 광고가 국민 건강에 미치는 영향을 고려하여 건강기능식품의 허위·과대의 표시·광고의 사전예방을 통하여 소비자를 보호함과 더불어 기능성에 대한 올바른 정보제공을 통해 소비자의 알권리를 충족시키기 위한 입법적 의도가 반영된 것이라고 하더라도, 건강기능식품에 대한 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것이 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 ‘언론·출판에 대한 사전검열’에 해당하지는 않는지, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되는지 문제가 된다.

**4. 건강기능식품협회에 의한 기능성 표시·광고 사전심의절차가 우리 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부**

**가. 헌법상 언론·출판의 자유와 광고**

이 사건에서 다수의 재판관은 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이고, 상업적 광고표현 또한 보호 대상이 되므로 이 사건 건강기능식품 표시·광고 역시 언론·출판의 자유의 보호 대상이 된다고 판시하였다. 다만, 광고가 소비자에게 미치는 직·간접적인 영향력이 큰 만큼 허위·기만·과장광고로 인하여 소비자를 오도하거나 시장에서의 공정경쟁을 저해하기도 하는 등 사회적인 역기능도 적지 아니하므로 광고표현에 대해서는 사회적 책임이 특별히 강조되고 있다고 보았다.



이에 대하여 재판관 조대현은 건강기능식품의 기능성에 대한 표시·광고는 ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 공표하는 것’이 아니어서 헌법 제21조의 언론·출판에 해당된다고 볼 수 없으므로 이에 대하여 사전에 심의위원회의 심의를 받게 하더라도 헌법 제21조 제2항[언론·출판에 대한 검열 금지]에 위반된다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

#### 나. 이 사건 건강기능식품 광고와 헌법상 사전검열금지원칙의 적용

다수의견은 헌법재판소가 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서 행정권이 주체가 된 사전심사절차의 존재를 비롯한 4가지 요건을 모두 갖춘 사전심사절차의 경우에만 이를 절대적으로 금지하여 사전검열행위 자체의 범위를 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위 내로 제한하여 적용해 왔고, 이와 같이 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 사전검열행위 자체의 범위를 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라 사전검열금지원칙이 적용될 대상 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것이라는 전제 하에, 건강기능식품의 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는 등 광범위한 해악이 초래될 수 있고, 허위·과장 광고 등에 대해 사후적인 제재를 하더라도 소비자들이 신체·건강상으로 이미 입은 피해는 피해 회복이 사실상 불가능할 수 있어서 실효성이 별로 없다는 문제가 있는 점, 사전심의를 절대적으로 금지할 경우 국민의 생명권, 건강권 등 다른 법익과 충돌 가능성이 있으며, 건강기능식품 광고는 영리 목적의 순수한 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 별로 관련이 없고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다는 등의 이유로, 건강기능식품의 기능성 표시·광고와 같이 규제의 필요성이 큰 경우에 언론·출판의 자유를 최대한도로 보장할 의무를 지는 외에 헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 보호의무도 지는 입법자가, 국민의 표현의 자유와 보건·건강권 모두를 최대한 보장하고 기본권들 간의 균형을 기하는 차원에서 건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심사절차를 건강기능식품법으로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이

절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

이에 대하여 재판관 이강국, 송두환은 별개의견에서, 헌법 제21조 제1항이 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 하여 표현의 자유를 보장할 때 그 표현의 범위에는 상업광고도 포함되는 것이고, 상업광고의 성격을 가진 이 사건 건강기능식품 광고 역시 다른 일반적인 상업광고의 경우와 마찬가지로 표현의 자유에 의한 보호를 받는 것이므로, 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 절대적으로 금지된다고 보았다. 다만 행정권이 주체가 된 사전심사절차의 존재 요건과 관련하여 살필 때, 이 사건 기능성 표시·광고의 심의기관인 건강기능식품협회는 영업자들로 구성된 순수한 민간단체로서 기능성 표시·광고의 사전심의업무 처리에 관하여 식약청장의 구체적인 관리·감독을 받는 것이 아니고, 기능성 표시·광고 사전심의업무를 실제 수행하는 심의위원회의 구성에 있어서 식약청장의 관여는 최소화되었다고 보이는 점, 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의를 심의기관이 사전에 구체적으로 정해진 객관적인 심의기준에 따라 심의하도록 되어 있고 심의결과에 대하여 이의가 있는 표시·광고 신청인은 재심의 요청 등의 방법으로 불복할 수 있도록 되어 있어서 식약청장의 심의절차에 대한 관여는 이의나 불복이 있을 경우 등의 간접적인 정도에 그치는 점, 건강기능식품협회가 보건복지부 등의 예산지원을 받고 있지는 않고 독자적으로 운영되고 있다는 점 등을 감안할 때 이 사건 건강기능식품협회의 경우는 그 구성과 운영의 현황에 비추어 행정주체성을 인정하기 어려우므로, 다른 요건들에 해당하는지 여부를 검토할 필요 없이 사전검열금지원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.

이에 대하여 재판관 이공현, 김중대는 반대의견에서, 헌법 제21조 제1항은 표현의 자유를 기본권으로 보장한 것으로서 헌법 제21조 제1항과 제2항의 언론·출판은 다른 개념으로 볼 수 없으므로 이 사건 건강기능식품 표시·광고 역시 상업적 표현으로서 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 보호 대상이 됨은 물론이고, 동조 제2항도 당연히 적용된다고 보이므로, 이 사건에서 사전검열금지원칙 적용에 있어서의 4가지 요건을 갖추는 경우에는, 절대적 사전검열금지원칙이 적용된다고 판단하였다. 나아가 이 사건의 경우 건강기능식품협회 산하 심의위원회가 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심

의업무를 수행함에 있어서 식약청 등 행정기관의 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의를 하고 있다고 보기 어려워 심의기관인 건강기능식품협회의 행정기관성을 부인하기 어렵고, 건강기능식품법상으로 이러한 안전장치들이 구비되었음에도 불구하고 행정기관성을 가지는 건강기능식품협회가 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자들의 표시·광고의 문안까지 사전적으로 일일이 심사하는 것은 표시·광고자들의 표현의 자유를 지나치게 위축시키는 것이라 할 것인바, 따라서 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의는 건강기능식품협회가 담당하고 있지만 그 실질은 식약청장이 위탁이라는 방법으로 그 업무의 범위를 확장하고 있는 것에 지나지 않는다 할 것이고, 건강기능식품협회가 행하는 이 사건 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의를 절차는 헌법이 금지하는 행정기관에 의한 사전검열로서 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 보았다.

## 5. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부

이 사건 건강기능식품의 표시·광고도 헌법 제21조의 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함되므로 이에 대하여 사전심의를 절차를 두는 것과 같은 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써만 할 수 있으므로 과잉금지원칙이 적용된다.

다만, 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로, 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소성’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지, 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화하는 것이 상당하다.

건강기능식품법상 허위·과장 광고에 대하여는 사후적인 규제만 가지고서

는 허위·과장 광고를 효과적으로 막기 어려우므로 사전에 표시·광고 내용을 심사함으로써 건강기능식품에 관한 올바른 정보를 제공하고 허위·과장 광고를 방지하여 국민의 건강 증진에 이바지하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다.

또한 이와 같은 입법목적 달성을 위해 순수한 민간단체인 건강기능식품협회가 구체적인 심의기준에 따라 건강기능식품의 표시·광고 문안에 관하여 사전에 심사하고, 심의결과에 대하여 이의가 있는 경우 불복절차 등을 두고 있는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다.

건강기능식품의 허위·과장 광고로 인해 국민들이 입을 수 있는 신체·건강상의 피해가 크고 광범위한 반면에 이에 대해 사후 제재를 하더라도 이미 발생한 신체·건강상 피해 회복은 사실상 불가능하고 판매 완료되어 소비까지 되어 버린 건강기능식품의 수거 등도 어려운 점 등을 고려하면 건강기능식품의 표시·광고에 대하여 사전심의를 거치도록 하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위 내인 것으로 보인다. 따라서 피해의 최소성 원칙에도 저촉되지 않는다.

나아가 건강기능식품법상의 사전심의회제도에 의하여 달성하려는 공익 목적의 중요성이 인정될 뿐만 아니라, 사전심의회무를 행정청이 아니라 민간단체인 건강기능식품협회가 위탁받아 민간 전문가 등으로 구성된 심의위원회를 통하여 처리하고 있고, 사전심의회결과에 대하여 이의가 있는 경우 재심의요청, 이의신청 등을 제기하거나 행정소송 등을 통하여 다툴 수 있는 제도가 마련되어 있는 점 등을 고려하면 사전심의회제도의 기본권 제한의 효과 및 그 내용 등의 면에서 볼 때 추구하는 공익이 제한되는 사익에 비해 균형을 벗어난 것으로 볼 수 없다.

따라서 건강기능식품에 대한 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정은 먼저, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에

게 전파하는 것으로서 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이고 상업적 광고표현 또한 보호 대상이 되므로 이 사건 건강기능식품 표시·광고 역시 언론·출판의 자유의 보호 대상이 된다는 점을 명확히 하였다.

나아가 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지함으로써 사전검열행위 자체의 범위를 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라 사전검열금지원칙이 적용될 대상 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것임을 다시 한번 확인하면서, 이 사건 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 대한 사전심의절차는 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

또한 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있는 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소화’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화하는 것이 상당하다고 본 과거 판시에 따라, 건강기능식품의 기능성 표시·광고를 하고자 하는 자가 사전에 건강기능식품협회의 심의절차를 거치도록 하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 표현의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다고 하였다.

이와 같은 이 사건 결정은 약사법상 의약품 등에 관한 광고사전심의제도, 의료법상 의료광고사전심의제도, 화장품법상 기능성화장품에 대한 광고사전심의제도 등 다른 보건 분야의 광고심의제도가 사전검열에 해당하는지 여부에 대한 판단에도 상당한 영향을 줄 것으로 보인다.



# 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제143조 위헌제청 등

- 양벌규정의 개선입법시 구법에 대한 재판의 전제성 인정여부 -  
(헌재 2010. 9. 2. 2009헌가9, 2010헌가30(병합), 판례집 22-2상, 476)

박 세 영\*

## 【판시사항】

양벌규정에 면책조항을 추가하는 형식으로 법률을 개정하였으나, 개정법 시행 전의 범죄행위에 대하여 중전 규정을 따른다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 경우, 개정 전 구법은 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)

## 【심판대상 조항】

이 사건 각 심판대상 조항들은 개인 영업주의 대리인, 사용인 또는 종업원(이하 ‘종업원 등’이라 한다)이 각 당해사건에서의 각 위법행위를 한 경우에 개인 영업주를 종업원 등과 함께 처벌하는 규정들이다. 각 심판대상 조항들(아래 밑줄 부분)의 내용은 다음과 같다.

### (1) 2009헌가9 사건

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2009. 2. 6. 법률 제9422호로 개정되기 전의 것)

제143조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 또는 종업원이 제140조 내지 제142조의 규정에 해당하는 행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

### (2) 2010헌가30 사건

---

\* 헌법연구관보

구 의료법(1973. 2. 16. 법률 제2533호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제 8366호로 개정되기 전의 것)

제70조(양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 제66조 내지 제69조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본 조에 규정된 벌금형을 과한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2009헌가9 사건

당해사건의 피고인 백○현은 그의 사용인인 엄○동이 관할관청의 허가 없이 2007. 7. 10.경부터 2007. 9. 10.경까지 사이에 천안시 서북구 입장면 시창리 105-1 외 13필지의 토지 등에서 채취한 합계 4,300㎡ 상당의 모래, 자갈을 성토하는 등 위 토지의 형질을 변경함으로써, 관할관청의 허가를 받지 아니하고 개발행위를 하였다.

위와 같은 공소사실로 위 피고인은 대전지방법원 천안지원에서 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 위반으로 약식명령(2009고약653)을 고지받고, 위 법원에 정식재판(2009고정299)을 청구하였다.

제청법원은 위 소송 계속중 2009. 8. 21. ‘구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제143조가 위헌이라고 인정할 상당한 이유가 있다며 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

#### 나. 2010헌가30 사건

제청신청인 손○호는 ‘○○○외과의원’을 운영하는 의사인바, 2006. 2. 17. 경 의사면허가 없는 위 제청신청인의 사용인인 병원 사무장의 지시를 통하여 의사면허가 없는 간호조무사로 하여금 혈액검사 및 링겔, 주사제를 투여하고, 의약품을 조제하게 하였으며, 의사면허가 없는 위 병원의 방사선 기사로 하여금 방사선촬영을 하게 하는 등 위 제청신청인의 업무에 관하여 무면허 의료행위를 하게 하였다.

위와 같은 공소사실로 위 제청신청인은 의료법 위반으로 대전지방법원에



서 벌금 100만원을 선고받고, 같은 법원에 항소(2009노1723)한 후 담당재판부에 ‘구 의료법’ 제70조에 대하여 위헌심판제청신청을 하였다(2009초기873).

제청법원은 위 소송 계속중 2010. 2. 8. ‘구 의료법’ 제70조가 위헌이라고 인정할 상당한 이유가 있다며 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

## 2. 제청법원들의 위헌제청이유요지

각 제청법원의 위헌제청이유 요지를 종합하면 다음과 같다.

위 각 사건의 심판대상조항은, 개인이 고용한 종업원 등이 법인의 업무에 관하여 위반행위를 한 경우에 그와 같은 종업원 등의 범죄행위에 대해 영업주가 어떠한 잘못이 있는지 여부와는 전혀 관계없이 종업원 등의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주를 처벌하도록 규정하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것으로 법치 국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙에 반한다.

### 【결정요지】

이 사건 심판대상 법률조항들은 제청법원의 제청 전에 단서조항을 신설하여 양벌규정에 면책조항이 추가되는 형식으로 개정되었으나, 개정 법 시행전의 범죄행위에 대하여 종전 규정을 따른다는 취지의 경과규정은 두지 아니하였다. 형법 제1조 제2항은 ‘전체적으로 보아 신법이 구법보다 피고인에게 유리하게 변경된 것이라면 신법을 적용하여야 한다’는 취지인바, 이 사건과 같이 양벌규정에 면책조항이 추가되어 무과실책임규정이 과실책임규정으로 유리하게 변경된 경우에는 형법 제1조 제2항에 의하여 신법이 적용된다고 보아야 할 것이므로, 당해사건에 적용되지 않는 구법은 재판의 전제성을 상실하게 된다.

### 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견

이 사건 심판대상 법률조항들은 당해사건의 피고인들에 대한 형사사건에 직접 적용되거나 형법 제1조 제2항 적용의 전제로서 간접 적용되어 재판의 전제성이 있다고 할 것이고, 따라서 본안판단에 들어가 자기책임의 원칙에

반하여 무효인 위 양벌규정 법률들을 위헌으로 선고하여야 한다.

### 재판관 이동흡의 반대의견

비록 이 사건 심판대상 법률조항들이 면책조항이 신설되는 형식으로 개정되었다 하여도 그러한 법률개정은 종래의 해석을 명문으로 밝힌 것에 불과하므로 이러한 법률개정은 형법 제1조 제2항에 해당한다고 할 수 없는바, 이 사건 심판대상 법률조항들은 재판의 전제성이 인정된다 할 것이고, 나아가 합헌선언을 함이 상당하다. 다만, 법정의견을 전제로 의견을 밝힌다면, 면책조항이 신설되는 형식으로 법률이 개정된 경우 형법 제1조 제2항에 의하여 신법이 적용되므로, 이 사건 심판대상 법률조항들은 재판의 전제성을 상실하였다고 보아야 할 것이다.

## [해설]

### 1. 문제의 소재 - 법률의 개정

이 사건 각 심판대상 조항들은 각각 제청법원의 제청 전에 개정, 공포되었는데, 개정된 법률<sup>1)2)</sup>에서는 단서조항을 신설하여 개인이 그 위반행위를

#### 1) 2009헌가9 사건

##### 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2009. 2. 6. 법률 제9442호로 개정된 것)

제143조 (양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제140조부터 제142조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌할 뿐만 아니라 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우는 그러하지 아니하다.

부칙<법률 제9442호, 2009. 2. 6.>

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제10조부터 제17조, 제17조의2, 제22조 및 제22조의2, 제52조제1항 단서, 제60조제1항제2호, 제77조제3항제6호, 제86조제7항, 제89조제1항제2호 및 제113조의2의 개정규정은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

#### 2) 2010헌가30 사건

##### 의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것)

제91조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제87조, 제88조, 제88조의2, 제89조 또는 제90조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기

방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우는 개인을 벌하지 않는 것으로 개정하였고, 그 부칙에서 위 개정조항은 공포한 날부터 시행하는 것으로 규정하였을 뿐, 개정법 시행 전의 범죄행위에 대한 벌칙의 적용은 종전의 규정에 따른다는 취지의 경과규정은 두지 아니하였다.

이처럼 법원의 위헌법률심판제청 전에 양벌규정에 면책조항이 추가되는 형식으로 법률이 개정된 경우, 구법에 따르면 영업주가 사용인의 업무에 관한 주의·감독상의 과실 여부와 무관하게 자동적으로 처벌되지만, 신법에 의하면 영업주에게 주의·감독상의 과실이 없는 경우 범죄를 구성하지 않게 된다. 그런데 형법 제1조 제2항은 “범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다”라고 규정하고 있는바, 위와 같은 경우가 형법 제1조 제2항에 해당하는지 여부가 문제된다. 또한, 양벌규정의 위와 같은 개정이 형법 제1조 제2항에 해당된다고 하더라도 법원이 구법을 위헌제청한 경우에 재판의 전제성이 인정되는지 여부의 문제가 발생한다.

## 2. 검토

### 가. 양벌규정의 개정이 형법 제1조 제2항에 해당하는지 여부

다수의견은, 형법 제1조 제2항 중 “범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 경우”에 구성요건 전부가 폐지된 경우에 한하지 않고 ‘전체적으로 보아 신법이 구법보다 피고인에게 유리하게 변경된 경우’도 여기에 해당한다는 점, 법률이 행위자에게 유리하게 변경되었는지 여부는 법률 자체의 내용만을 비교하여 판단하여야 하고, 가사 구법에 대하여 위헌 여부를 판단하는 경우 위헌으로 판단하는 경우 위헌으로 판단될 것이 예상되는지 여부까지 고려할 것은 아니라는 점 등을 종합적으로 고려하여 양벌규정의 개정이 형법 제1조 제2항에 해당함을 인정하였다.

---

위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그 리하지 아니하다.

부칙<법률 제9906호, 2009. 12. 31.>

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

양벌규정에 대한 헌법재판소의 중진 위헌결정은 사용인이나 법인이 종업원 등의 행위에 대해 책임이 없는 경우에도 무조건 처벌되는 것이 잘못이라는 것이고, 이에 따라 면책조항이 개정된 것이므로 신법은 범리상 구법보다 사업주나 법인에게 유리하게 개정된 것이 명백하다는 것이다.

또한, 이와 같이 법률의 개정으로 사용인이나 법인의 업무에 관하여 영업주의 주의·감독상의 과실이라는 범죄구성요건이 추가됨으로써 주의·감독상의 과실이 없는 영업주나 법인은 처벌의 대상에서 제외되므로 그 부분에 한하여 구성요건의 일부가 폐지된 것으로 볼 수 있다. 즉 “범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 경우”란 구성요건 전부가 폐지된 경우에 한하지 않고 구성요건 일부가 폐지된 경우도 해당할 것인데<sup>3)</sup>, 양벌규정에 면책조항이 추가되는 형식으로 법률이 변경된 경우 ‘주의·감독상의 과실이 없는 영업주’ 부분은 그에 해당되는 적용영역에 관한 한 구성요건이 폐지된 것으로 볼 수 있다는 것이다.

위와 같은 견해는, 구성요건에 상당한 변화가 있음에도 이를 형법 제1조 제2항의 문제가 아니라고 단정하기 어렵다는 점, 반대의견은 양벌규정의 개정이 새로운 과실범 요건을 정한 것이라고 보나, 이는 결과적인 그리고 전체적인 측면에 그렇게 볼 수 있는 것이며, 중진규정에 비교할 때 일부 구성요건이 축소된 것이므로 이렇게 보는 관점에서는 여전히 이는 법률의 변경에 의하여 “그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 경우”인 것이라는 점을 고려한 것으로 보인다.

한편, 반대의견의 경우, 개별 피고인의 구체적인 행위를 기준으로 형법 제1조 제2항에 해당되는지 여부를 판단한다는 전제에서 종업원 등에 대한 선임감독상의 과실이 있는 피고인의 경우라면 행위시법인 구법이 적용될 뿐 신법이 소급하여 적용될 수는 없다고 판단하였다.

즉, 신법이 구성요건의 일부 폐지에 해당한다 하더라도, 형법 제1조 제2항이 적용되려면 피고인의 행위가 ‘폐지되거나 축소된 구성요건’에 해당하여 면소판결을 받을 수 있는 경우여야 하고 자신과 무관한 부분이 개정된 경우에는 피고인에게 유리해진 것이 없으므로 형법 제1조 제2항이 적용될 수 없

3) 일본 대코멘타르 형법(1994), 제1편 총칙 제6조, 95쪽

는 것이다. 따라서 종업원에 대한 선임감독상의 과실이 없는 피고인에게는 신법이 유리하게 변경되었다고 할 수 있겠지만, 종업원에 대한 선임감독상의 과실이 있는 피고인에게는 구법을 적용하든 신법을 적용하든 범죄를 구성하게 되므로 신법이 유리하게 변경되었다고 볼 수 없으므로, 신법이 피고인에게 직접 적용되는 법률이 될 수 없고, 오히려 이 경우 신법을 소급 적용하게 되면 피고인에게 불리한 결과를 초래할 여지마저 있게 된다는 것이다. 당해 사건에 구법이 적용된다고 보면 헌법재판소가 구법의 위헌 여부에 관한 본안판단으로 들어가 종전 선례와 마찬가지로 구법에 대하여 위헌결정을 할 것이 명백하여 당해사건의 피고인에게는 무죄가 선고될 것인데, 피고인에게 유리하게 변경되었다는 이유로 신법을 소급 적용한다면 피고인에게는 유죄가 선고될 수 있고 이는 피고인에게 불리한 결과가 되기 때문이라고 판단하였다.

#### 나. 구법에 대하여 재판의 전제성이 인정되는지 여부

다수의견은 위와 같이 당해사건에 신법이 적용된다고 본 이상, 당해사건에 적용되지 않는 구법은 재판의 전제성을 상실하게 되었다고 판단하였다. 구법이 피고인에게 유리하게 개정되어 형법 제1조 제2항에 의하여 혹은 신법부칙에 의하여 신법이 적용된다면, 그것으로 족하고 구법은 재판의 전제성이 없으므로 위헌성 판단의 대상이 될 수 없다고 판단한 것이다.

이에 대하여 반대의견은, 헌법재판소 1989. 7. 14. 88헌가5 결정에서 밝힌 바와 같이, 비록 구법이 개정되었다고 하더라도 법원이 당해 소송사건을 재판함에 있어서는 행위시에도 처분의 적법한 근거법률이 있어야 하므로, 구법에 대한 위헌 여부의 문제는 신법이 소급적용될 수 있기 위한 전제문제라는 것을 근거로 구법에 대한 재판의 전제성을 인정하였다. 즉, 구법 조항이 당해 사건에 직접 적용되는 법률은 아니지만, 신법 조항과의 사이에 내적 관련이 있는 등 당해 사건에 간접 적용되는 법률이기 때문에, 구법 조항에 대하여 재판의 전제성이 인정된다는 것이다.

이처럼 구법에 대한 위헌 여부의 문제는 형법 제1조 제2항에 의한 신법의 소급 적용 여부에 있어 전제문제가 되므로 구법이 재판의 전제성이 있다는

관점에 불구하고, 다수의견은, 재판의 전제성 판단에서 중요한 것은 당해사건에 해당 조항이 규범적으로 적용되느냐 않느냐 하는 것이고, 해당 조항이 위헌이면 재판의 결과가 달라진다는 것만으로는 부족하다는 점을 고려한 것으로 보인다. 재판의 전제성 판단은 논리적으로 본안판단에 앞서 이루어지는데, 사후의 본안판단 결과(위헌)가 다시 되돌아가 재판의 전제성 판단에 영향을 주는 것은 부적절하고, 재판에 적용되지 않는 법조항의 위헌성이 재판결과를 달리하게 된다고 해서 모두 본안판단을 요한다면 재판의 전제성 요건이 무의미하게 된다는 것이다.

또한, 이는 현재 양벌규정에 면책조항을 두는 입법개선이 점차적으로 행해지고 있는데, 구법에 대하여 재판의 전제성을 인정할 경우 앞으로 수많은 구법조항이 다시 위헌제청의 대상이 될 수 있다는 점, 이로 인하여 법원에 많은 재심이 청구될 수 있다는 점을 고려한 것으로 보인다.

### 재판관 이동흡의 반대의견의 논거

재판관 이동흡은 양벌규정의 위헌 여부에 관한 이전 결정들에서, 양벌규정의 문언상 ‘영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실 기타 귀책사유’가 명시되어 있지 않더라도 그와 같은 귀책사유가 있는 경우에만 영업주 개인을 처벌하는 것으로 합헌적으로 해석할 수 있고 이러한 해석을 전제로 할 경우 책임주의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였는바(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가10, 판례집 21-2상, 64, 74; 헌재 2009. 10. 29. 2009헌가6, 판례집 21-2하, 1, 11 참조), 이 사건 각 심판대상 조항들이 면책조항이 신설되는 형식으로 개정되었다 하여도 이는 종래의 해석을 명문으로 밝힌 것에 불과하므로 이러한 법률개정은 형법 제1조 제2항에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 이 사건 각 심판대상 조항들은 재판의 전제성이 인정된다고 할 것이므로 합헌 선언을 함이 상당하다는 취지이다.

### 3. 결정의 의의

이 사건 결정은 무과실책임규정인 양벌규정에 단서조항을 신설하여 과실책임규정으로 개정하였으나, 그 부칙에 개정법 시행 전의 범죄행위에 대한

벌칙의 적용은 종전에 따른다는 취지의 경과규정을 두지 아니하였을 경우, 이는 형법 제1조 제2항에 따라 신법이 적용되어야 하는 경우이며, 따라서 구법에 대한 위헌법률심판제청은 재판의 전제성이 인정되지 않음을 명확히 하였다. 헌법재판소의 위 판시취지는 개선입법이 이루어진 경우에 구법에 대한 재판의 전제성 인정 여부 문제에서 재판규준이 될 것이다.

한편, 결정문상 명시되지 아니하였으나, 이 사건 결정은 개선입법이 형법 제1조 제2항에 해당되는지 여부를 어떤 기준으로 판단하여야 하는지에 관한 기준을 채택하였다는 점에서도 그 의의를 찾을 수 있다. 이 사건에서 전제되는 문제로 양벌규정의 개선입법이 형법 제1조 제2항에 해당되는지 여부를 어떤 방법으로 판단할 것인지가 문제되었다. 개별 피고인의 구체적 행위를 기준으로 신법적용여부를 판단하는 방법과 법문상 규정의 내용만을 비교하여 피고인에게 유리한지 여부를 판단하는 방법이 있을 수 있는데, 통상의 경우 양 방법은 충돌되지 않을 것이나 양벌규정의 경우, 전자의 기준을 택한다면 피고인이 신법상 면책조항에 해당되지 않는 경우에는 형법 제1조 제2항이 적용되지 않고 구법이 적용될 것이나, 후자의 기준을 택한다면 그 경우에도 신법이 적용될 것이기 때문이다. 이 때, 법원의 실무상으로는 ‘형법 제1조 제2항’을 적시하는지 여부만 문제될 뿐이지만, 헌법재판소의 규범통제에서는 심판대상 자체가 구법인지 신법인지 여부가 결정되는 문제가 발생하게 된다. 이 사건 결정으로 볼 때, 헌법재판소는 양벌규정의 개정이 형법 제1조 제2항에 해당한다고 결정함으로써 법문상 규정의 내용만으로 형법 제1조 제2항 해당 여부를 판단하여야 한다는 견해를 채택한 것으로 볼 수 있을 것이다. 이는 적어도 규범통제(재판의 전제성)의 관점에서는 법문상의 내용만을 보고, 즉 구법과 신법 규범간의 내용비교를 통하여 형법 제1조 제2항 해당 여부를 따질 수밖에 없고, 헌법재판소가 피고인의 행위를 구체적으로 따질 수도 없으며, 법원이 그런 과정없이 위헌제청한 것을 두고 부적법하다고 단정하기도 어렵다는 점을 고려한 것으로 보인다<sup>4)</sup>.

4) 이 결과 헌법재판소는 신법적용의 사안이라고 하고, 법원은 구법적용 사안이라고 하였다 하더라도 헌법재판소의 그러한 판단은 재판의 전제성을 위한 이유에 불과하므로, 양 기관사이의 충돌은 큰 문제가 되지 않는다고 할 것이다.





## 지방자치법 제111조 제1항 제3호 위헌확인

- 금고 이상의 형을 선고받은 경우 지방자치단체장의 직무를 정지시키는 것이 무죄추정의 원칙 등에 반하는지 여부 -  
(헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526)

### 고 일 광\*

#### 【판시사항】

1. 지방자치단체의 장(이하, 자치단체장이라 한다)이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부개정된 것) 제111조 제1항 제3호(이하, 이 사건 법률조항이라 한다)가, 무죄추정의 원칙 및 과잉금지원칙에 위배되어 자치단체장인 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극), 또한 국회의원과 달리 자치단체장에게만 위와 같은 제재를 가함으로써 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)
2. 단순위헌의견이 5인, 헌법불합치의견이 1인인 경우 주문의 표시 및 종전결정의 변경

#### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부개정된 것) 제111조 제1항 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

제111조(지방자치단체의 장의 권한대행 등) ① 지방자치단체의 장이 다음 각 호의 어느 하나에 해당되면 부지사·부시장·부군수·부구청장(이하 이 조에서 “부단체장”이라 한다)이 그 권한을 대행한다.

1. 궐위된 경우

---

\* 헌법연구관

2. 공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우
3. 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우
4. 의료법에 따른 의료기관에 60일 이상 계속하여 입원한 경우

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 청구인은 2010. 6. 2. 실시된 제5회 전국동시지방선거에서 강원도지사에게 당선되어 2010. 7. 1. 강원도지사에게 취임하였으나, 위 당선 이전인 2009. 9. 23. 정치자금법 위반죄로 1심에서 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고 받았고, 당선 이후인 2010. 6. 11. 항소심에서 징역 6월에 집행유예 1년의 형을 선고받았으며, 2011. 1. 27. 대법원이 청구인의 상고를 기각하여 위 판결이 확정되었다.

(2) 청구인은 이 사건 법률조항에 의거하여 2010. 7. 1. 강원도지사에게 취임한 직후부터 직무에서 배제되어 도지사직을 수행하지 못하게 되자 2010. 7. 6. 이 사건 법률조항이 무죄추정의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 청구인에게 헌법상 보장된 공무담임권 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

#### 가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항의 주된 입법목적은, 지방자치단체의 장(이하 ‘자치단체장’이라고 한다)이 재임 중 직무와 관련된 중한 범죄로 공직기강을 심히 흔들리게 한 경우 그를 직무의 계속적 수행에서 배제하는 내용의 사회적 제재 내지 응징을 가함으로써 흐트러진 공직기강을 바로잡고 선거권자인 주민의 의사와 국민의 법감정에 부응하고자 하는 것이고, 부수적으로 금고 이상의 형을 선고받은 자치단체장을 그 직무의 계속적 수행에서 배제시킴과 동시에 그와 같은 범죄행위와 무관하고 직무에 전념할 수 있는 자가 그 권한을 대행하도록 함으로써 지방행정의 정상적인 운영에 필요한 국민의 신뢰 및 직무전념성을 회복하기 위한 것이다.

그러나, 선거를 통하여 선출된 자치단체장의 직무를 정지시키고 권한을 대행하도록 하는 것은 공무담임권에 대한 중대한 제한이므로 위와 같은 입법목적을 달성하기 위한 기본권 제한은 피해가 최소화되도록 할 것이 요구되는데, 이 사건 법률조항은, ① 범죄의 유형이나 경중·죄질, 입법목적과의 관련 여부 등을 불문하고 어떤 범죄든지 금고 이상의 형을 선고받기만 하면 직무에서 배제시키고 있고, 그 적용요건으로서 지방자치단체의 정상적인 운영에 상당한 장애를 야기할 구체적인 위협 등을 적시하거나 권한대행기간을 최소화하려는 등의 노력도 전혀 없이 ‘형이 확정되기 전’이라는 불확정한 기한까지 자치단체장의 권한을 당연히 정지시키고 있으므로 최소침해성의 요건을 충족하지 못하며, ② 금고 이상의 형의 선고를 받은 상태만으로는 해당 지방자치단체의 정상적인 운영에 구체적이고 실질적인 장애를 야기할 것이라고 단정할 수 없으므로 이 사건 법률조항이 달성하려는 공익은 매우 불확실한 반면, 당해 자치단체장이 입는 불이익은 불확정한 기한까지 권한을 정지당하고 직무에서 배제되는 것은 물론 간접적으로 해당 지방자치단체 주민에게 파렴치한 범죄를 저지른 자라는 인식을 줌으로써 인간으로서의 존엄과 가치마저 침해받을 수 있고 이는 장차 무죄가 선고된다고 하더라도 해당 자치단체장의 공무담임권에 대한 회복하기 어려운 중대한 침해를 준다는 점에서, 법익균형성 요건도 충족하지 못한다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해한다.

(2) 헌법 제27조 제4항이 보장하는 무죄추정의 원칙상 유죄가 확정될 때까지는 피고인에게 법률적 및 사실적 측면에서 범죄사실의 인정과 그에 따른 유죄의 비난을 하는 등의 유·무형의 일체의 불이익을 가하여서는 아니된다. 그런데 이 사건 법률조항은, 금고 이상의 형을 선고받기만 하면 자치단체장으로서의 권한행사 및 직무수행을 실제로 불가능하게 하는 불이익을 가하고 해당 자치단체의 주민은 물론이고 일반 국민에 대하여도 해당 자치단체장이 중대한 범죄자라는 인식을 심어주게 되므로, 무죄추정의 원칙에 위배된다.

(3) 자치단체장의 직무배제 여부는 형사재판과는 별도의 독립한 절차를

통하여 결정되어야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 해당 자치단체장으로 하여금 유리한 증거를 제출하거나 변명의 기회를 제공하는 등의 절차적 장치조차 마련하지 않은 채 형사재판에서 금고 이상의 형에 처하는 유죄판결을 선고받았다는 사실만으로 곧바로 직무에서 배제시키고 있으므로, 침해되는 권리에 대한 적법하고 적절한 절차를 보장할 것을 요구하는 적법절차의 원리에도 위배된다.

(4) 자치단체장은 선거에 의하여 민주적 정당성을 부여받아 선출되고, 특히 이 사건 청구인은 선거 이전에 이미 1심에서 금고 이상의 형을 부과하는 판결을 선고받았음에도 지역주민의 신뢰를 받아 강원도지사로서 당선되었는바, 이러한 청구인을 금고 이상의 형을 선고받았다는 사실 자체만으로 직무에서 배제시키고 부단체장으로 하여금 권한대행하도록 하는 것은 선거에 나타난 주민의 의사에 정면으로 위배되므로, 국민주권의 원리, 민주주의 원리 및 지방자치의 원리에 반한다.

(5) 유죄선고를 받은 경우 일반 국민의 법감정과 공식기강확립을 위하여 직무에서 배제해야 한다는 필요성 측면에서 보면, 대통령, 국무총리, 행정 각부의 장, 국회의원, 교육감, 교육위원 모두 자치단체장과 동일하다. 그러나 국무총리나 행정 각부의 장, 교육감, 교육위원의 경우는 '사고'로 직무수행을 할 수 없을 경우에만 권한대행하도록 되어 있고, 국회의원의 경우 당선무효형에 해당하는 판결을 받았더라도 그 판결이 확정되기 전까지는 직무를 계속 수행할 수 있도록 하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 자치단체장의 경우에만 금고 이상의 형의 선고를 받으면 판결이 확정되지 않더라도 직무수행에서 배제시키는 것은 합리적 이유 없는 차별로서 청구인의 평등권을 침해한다.

(6) 자치단체장이 그 직무수행과 무관한 범죄로 금고 이상의 형을 선고받은 경우에는 주민으로부터의 직무수행에 대한 신뢰가 상실되어 자치단체행정의 정상적 운영에 지장을 초래하는 것을 예방하려는 이 사건 법률조항의 입법목적과 아무 관련이 없으므로 명백히 과잉금지원칙에 반하고, 더구나 직무수행과 무관한 범죄로 금고 이상의 형을 선고받은 것이 선거 이전이어서 해당 지역주민들이 이를 충분히 알고 자치단체장으로 선출한 경우에도 선거

이전에 받은 판결에 근거하여 취임 직후부터 자치단체장의 직무에서 배제시키는 것은, 선거를 통해 나타난 지역주민들의 의사에 정면으로 반하는 것이어서 주민자치원리의 본질을 침해하는 것이다. 따라서 위와 같은 제한적인 경우에도 이 사건 법률조항을 적용하는 한 헌법에 위반된다.

#### 나. 이해관계인 행정안전부장관의 의견 요지

(1) 이 사건 법률조항은, 2002. 3. 25. 지방자치법이 개정될 당시 민선 지방자치제도가 시행된 이후 제기된 문제점을 해소하는 차원에서 고도의 윤리성과 주민의 신뢰가 요구되는 자치단체장직에 대한 공직기강을 확립하고 국민의 법감정에 부응하기 위하여 자치단체장의 권한대행사유로 추가된 것으로서, 그 후 수차례 지방자치법이 개정되고 여·야간 정권이 교체되며 새로이 국회가 구성되면서도 특별한 변경없이 제정 당시의 내용을 유지해 오고 있다. 또한 이 사건 법률조항에 해당하는 구 지방자치법 조항에 관하여 헌법재판소가 2005. 5. 26. 이미 헌법에 위반되지 않는다는 취지의 결정을 내린 바도 있는데, 이러한 헌법재판소의 선례는 그 전제되었던 헌법적 상황에 변화가 있는 등 사정변경이 발생하지 않으면 원칙적으로 존중되어야 할 것이다. 그런데 행정안전부에서 집계한 바에 따르면 임기 도중 단체장직을 상실한 지방자치단체장이 민선 1기(1995~1998)에는 23명, 민선 2기(1998~2002)에는 59명, 민선 3기(2002~2006)에는 78명에 이르렀고, 민선 4기(2006~2010)에도 119명이 기소되어 31명이 직위를 상실함으로써, 이 사건 법률조항이 제정될 당시 입법적 배경이 되었던 민선 자치단체장의 형사처벌로 인하여 발생한 직무수행의 불신이라는 지방자치제도의 문제점은 현재까지도 전혀 개선되지 않은 실정이므로, 위 헌법재판소 선례 이후 이 사건 법률조항에 대한 헌법적 판단을 달리할 만한 사정변경은 없었다고 보인다.

(2) 이 사건 법률조항은 민주적 정당성을 부여받은 국회가 그 헌법상 권한을 행사한 결과이므로 국민주권주의에 부합하는 것이고, 선거에서 당선되었다 하더라도 선거직 공무원의 업무수행과 관련하여 법이 규정하고 있는 제반 규율에 저촉되면 해당 공직을 수행할 수 없게 됨이 법치주의 원리상 당연한 귀결이다. 또한 이 사건 법률조항은 법관이 헌법상 권한을 행사한 결

과 금고 이상의 형을 선고하였다는 사실에 신뢰를 부여한 것이므로, 민주적 정당성을 부여받지 못한 법관의 판결로 민주적 정당성을 부여받은 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 국민주권의 원리에 반한다는 주장은 이러한 법치주의의 원리를 간과한 주장이다.

(3) 불구속 상태에서 재판받는다는 것은 주거부정, 증거인멸 및 도주우려라는 구속사유가 없다는 것이지 금고 이상의 형을 선고받은 범죄가 경미하고 따라서 사회적 비난가능성이 적음을 의미하는 것은 아니므로, 자치단체장으로서의 직무수행에 있어서의 청렴성에 커다란 불신이 야기된 상황으로부터 직무의 원활한 운영을 저해할 위험을 제거하기 위해서는 자치단체장직을 정지시키고 권한을 대행시키는 수단이 필수적이다.

또한 자치단체장의 공무담임권이 제한되더라도 이는 무죄판결을 선고받을 때까지 잠정적으로 직무수행에서 배제시키는 것일 뿐 단체장으로서의 신분은 그대로 유지된다는 점, 형이 확정될 때까지라는 불확정한 기한은 충실한 심리가 이루어져야 하는 재판의 속성상 불가피한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 침해의 최소성 요건도 충족하였다.

위와 같이 자치단체장이 제한받는 공무담임권은 잠정적이고 일시적인 것인 반면, 자치단체장의 직무수행에 있어 그 도덕성과 청렴성이 불신받을 경우 야기될 수 있는 정치적·사회적 혼란, 당해 자치단체의 원활한 운영이 저해될 위험성 등을 감안해 볼 때 이 사건 법률조항을 통하여 자치단체장에 대한 주민의 신임을 확보·유지하는 것은 지방자치단체의 원활한 운영과 지방자치제도의 성공을 위하여 매우 중요한 공익에 해당하므로, 법익균형성 요건도 충족하였다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 침해하지 않는다.

(4) 이 사건 법률조항으로 인하여 자치단체장에게 가해지는 직무정지는 유죄선고를 받았음을 이유로 당해 피고인에게 사회·윤리적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이 아니라 신뢰를 상실한 단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하기 위한 권한대행제도의 부수적 산물이므로 무죄추정의 원칙이 금지하는 불이익이 아니다. 혹시 불이익을 가한 것이라 하더라도

라도 앞서 본 바와 같이 그 불이익이 필요 최소한도의 범위를 넘지 않도록 비례의 원칙을 준수하였으므로 무죄추정의 원칙에 반하지 않는다.

(5) 국무총리나 행정각부의 장, 국회의원, 대통령의 경우는 자치단체장에게 적용되는 이 사건 법률조항과 같은 내용의 제한을 받지 않고 있다. 그러나, 국무총리나 행정각부의 장은 임명권자에 의한 교체가 가능하다는 점에서, 국회의원의 경우는 권한대행의 경우를 상정할 수 없을 뿐만 아니라 국회라는 합의체의 한 구성원으로서 자치단체장과 같은 독립제 행정기관의 장이 아니라는 점에서, 모두 본질적으로 동일한 비교집단에 속하지 않으며, 대통령의 경우 외국에 대하여 국가를 대표하는 국가의 원수로서 대통령 지위의 변화로 인하여 발생하는 국가적·사회적 과급효과가 자치단체장의 경우보다 훨씬 크고 그 외교적 영향도 상당하므로, 대통령과 달리 자치단체장에 대하여만 이 사건 법률조항과 같은 제한을 두었다 하여 이를 자의적인 차별이라고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권도 침해하지 않는다.

### 【결정요지】

**재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 위헌의견**

#### (1) 무죄추정의 원칙 위반 여부

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 선언함으로써, 공소가 제기된 피고인이 비록 1심이나 2심에서 유죄판결을 선고받았더라도 그 유죄판결이 확정되기 전까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급해야 함은 물론, 유죄임을 전제로 하여 해당 피고인에 대하여 유형·무형의 일체의 불이익을 가하지 못하도록 하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 ‘금고 이상의 형이 선고되었다’는 사실 자체에 주민의 신뢰가 훼손되고 자치단체장으로서 직무의 전념성이 해쳐질 것이라는 부정적 의미를 부여한 후, 그러한 판결이 선고되었다는 사실만을 유일한 요건으로 하여, 형이 확정될 때까지의 불확정한 기간동안 자치단체장으로서

의 직무를 정지시키는 불이익을 가하고 있으며, 그와 같이 불이익을 가함에 있어 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건을 설정하지도 않았으므로, 위 무죄 추정의 원칙에 위배된다.

## (2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 자치단체장직에 대한 공직기강을 확립하고 주민의 복리와 자치단체 행정의 원활한 운영에 초래될 수 있는 위험을 예방하기 위한 입법목적을 달성하기 위하여, 자치단체장을 직무에서 배제하는 수단을 택하였다 하더라도, 과잉금지의 원칙상, 입법자는 선택할 수 있는 여러 수단 중에서 국민의 기본권을 가장 덜 제한하는 수단을 채택하여야 한다.

(나) 그런데, 금고 이상의 형을 선고받은 자치단체장을 다른 추가적 요건 없이 직무에서 배제하는 것이 위 입법목적을 달성하기 위한 최선의 방안이라고 단정하기는 어렵고, 특히 이 사건 청구인의 경우처럼, 금고 이상의 형의 선고를 받은 이후 선거에 의하여 자치단체장으로 선출된 경우에는 ‘자치단체행정에 대한 주민의 신뢰유지’라는 입법목적은 자치단체장의 공무담임권을 제한할 적정한 논거가 되기 어렵다.

(다) 또한, 금고 이상의 형을 선고받았더라도 불구속상태에 있는 이상 자치단체장이 직무를 수행하는 데는 아무런 지장이 없으므로 무단체장으로 하여금 그 권한을 대행시킬 직접적 필요가 없다는 점, 혹시 그러한 직무정지의 필요성이 인정된다 하더라도, 형이 확정될 때까지 기다리게 되면 자치단체행정의 원활한 운영에 상당한 위험이 초래될 것으로 명백히 예상된다거나 회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는 제한적인 경우로 한정되어야 한다는 점, 금고 이상의 형을 선고받은 범죄가 해당 자치단체장에 선출되는 과정에서 또는 선출된 이후 자치단체장의 직무에 관련하여 발생하였는지 여부, 고의범인지 과실범인지 여부 등 해당 범죄의 유형과 죄질에 비추어 형이 확정되기 전이라도 미리 직무를 정지시켜야 할 이유가 명백한 범죄를 저질렀을 경우로만 한정할 필요도 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 자치단체장에게 아무런 소명의 기회조차 부여하지 아니한 채 단순히 금고 이상의 형을 선고받을 수 있는 모든 범죄로 그 적용대상을 무한정 확대함으



로써, 사안에 따라 직무정지의 필요성이 달리 판단될 수 있는 가능성마저 전혀 배제시키고 있으므로, 필요최소한의 범위를 넘어선 기본권제한에 해당한다.

(라) 이 사건 법률조항으로 인하여 해당 자치단체장은 불확정한 기간 동안 직무를 정지당함은 물론 주민들에게 유죄가 확정된 범죄자라는 선입견까지 주게 되고, 더욱이 장차 무죄판결을 선고받게 되면 이미 침해된 공무담임권은 회복될 수도 없는 등의 심대한 불이익을 입게 되는데, 이러한 불이익은 이 사건 법률조항이 달성하려는 공익과 비교하여 결코 작다고 할 수 없으므로, 법익균형성 요건 또한 갖추지 못하였다.

(마) 따라서 이 사건 법률조항은 자치단체장인 청구인의 공무담임권을 제한함에 있어 과잉금지의 원칙을 위반하였다.

### (3) 평등권 침해 여부

선거직 공무원으로서 선거과정이나 그 직무수행의 과정에서 요구되는 공직의 윤리성이나 신뢰성 측면에서는 국회의원의 경우도 자치단체장의 경우와 본질적으로 동일한 지위에 있다고 할 수 있는데, 국회의원에게는 금고 이상의 형을 선고받은 후 그 형이 확정되기도 전에 직무를 정지시키는 제도가 없으므로, 자치단체장에게만 이러한 제재를 가하고 있는 것은 합리적 차별이라고 볼 수 없어 평등원칙에 위배된다.

### 재판관 조대현의 헌법불합치 의견

이 사건 법률조항은 선거의 효과와 자치단체장의 공무담임권 및 형사피고인의 무죄추정권을 제한하므로 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추어야 한다. 선거에 의하여 주권자인 국민으로부터 직접 공무담임권을 위임받는 자치단체장의 경우, 그와 같이 공무담임권을 위임한 선출의 정당성이 무너지거나, 공무담임권 위임의 본질을 배반하는 직무상 범죄를 저질렀다면, 이러한 경우에도 계속 공무를 담당하게 하는 것은 공무담임권 위임의 본질에 부합된다고 보기 어렵다. 그러므로 위 두 사유에 해당하는 범죄로 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받은 경우라면, 그 형이 확정되기 전에 해당 자치단체장의

직무를 정지시키더라도 무죄추정의 원칙에 직접적으로 위배된다고 보기 어렵고, 과잉금지의 원칙도 위반하였다고 볼 수 없으나, 위 두 가지 경우 이외에는 금고 이상의 형의 선고를 받았다는 이유로 형이 확정되기 전에 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 무죄추정의 원칙과 과잉금지의 원칙에 위배된다.

따라서 이 사건 법률조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있고, 위헌부분에 의하여 청구인의 기본권이 침해되고 있는바, 이를 가려내는 일은 국회의 입법형성권에 맡기는 것이 바람직하므로, 헌법불합치결정을 할 필요성이 있다.

### 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 합헌의견

#### (1) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 이 사건 법률조항은 고위 공직자인 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받음으로써 주민의 신뢰를 훼손시키고 직무전념성을 해쳐 자치단체행정의 원활하고 효율적인 운영에 초래될 수 있는 위험을 미연에 방지하려는 데에 그 주된 입법목적이 있고, 형이 확정되기 이전에 위와 같은 위험을 배제할 방법으로는 해당 자치단체장을 직무에서 배제시키는 것이 절실하고 또한 유일하다 할 것이므로 수단의 적합성 또한 인정된다.

(나) 법원이 범죄의 내용과 죄질 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 ‘금고 이상의 형’을 선고하였다면, 그 시점에 주민의 복리와 자치단체행정의 원활한 운영에 대한 구체적인 위험은 이미 발생하였다고 보기에 충분하므로, ‘구체적 위험이 있는 경우’ 또는 ‘회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는 경우’라는 등의 추가적 요건은 설정할 필요가 없다는 점, 어느 정도의 범죄 유형이 특별한 추가요건 없이 당연히 직무정지의 필요성이 인정되는 것인지 명확히 그 경계를 정하기는 힘든 점, 이 사건 법률조항에 의한 직무정지는 ‘금고 이상의 형을 선고한 판결’ 이후 상급심에서 그 미만의 형이나 무죄가 선고되면 해제되므로 잠정적인 제재에 불과하고, 그 경우에도 단체장으로서의 신분은 계속 유지되므로, 그 불이익이 최소한에 그치고 있다는 점, 선거직 공무원에 대하여 직무정지의 필요성에 관한 소명의 기회를 부여하는 절

차를 마련하는 것이 용이하지 않다는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 최소침해성 요건을 충족하였다고 할 것이다.

(다) 이 사건 법률조항으로 인한 자치단체장이 입는 불이익은 필요최소한에 그치고 있는 반면, 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받을 경우 직무수행에 대한 신뢰가 훼손됨으로써 주민의 복리와 자치단체행정의 원활하고 효율적인 운영에 생길 수 있는 위험을 예방한다는 공익은 그보다 훨씬 크다고 할 것이므로, 법익균형성 요건도 충족하고 있다.

(라) 따라서 이 사건 법률조항은 자치단체장의 공무담임권을 제한함에 있어 과잉금지 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다. 외국의 입법례 중에서도 자치단체장이 일정한 법정형 이상에 처할 수 있는 범죄로 하급심에서 유죄판결을 선고받을 경우 특별한 추가적 요건없이 자동으로 직무를 정지시키는 법제를 다수 발견할 수 있는바, 이러한 사실은 이 사건 법률조항의 합헌성을 지지해 주는 중요한 참고자료가 된다.

## (2) 무죄추정의 원칙 위반 여부

무죄추정의 원칙은 “유죄의 확정판결이 있기까지 그 유죄인정을 전제로 하는 불이익을 입혀서는 안 되며 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것”을 의미하므로, 여하한 형태의 불이익이 존재하기만 하면 모두 무죄추정의 원칙에 반하는 것이 아니라, 그 불이익이 비례의 원칙을 존중한 것으로서 필요최소한도에 그친다면 예외적으로 무죄추정의 원칙에 저촉되지 않는다고 보아야 한다. 이 사건 법률조항이 가하고 있는 직무정지라는 제재는 형사피고인의 지위에 있는 청구인의 공무담임권을 제한하는 것으로서, 개념상으로는 당사자에게 불이익한 효과를 가져오는 처분에 해당한다고 할 수 있겠지만, 직무정지를 부과하는 목적이 유죄판결에 대한 비난이나 제재에 있는 것이 아니라 그로 말미암아 자치단체행정의 원활한 운영에 생길 수 있는 위험을 제거하는 데 있고, 위에서 본 바와 같이 그 불이익의 정도도 필요최소한의 범위에 그치고 있으므로, 비례의 원칙을 준수하였다고 할 것이어서, 위 무죄추정의 원칙에 위배되지 않는다.

### (3) 평등권 침해 여부

국회의원은, 국회라는 합의체기관의 구성원이므로 독립제 행정기관의 장인 자치단체장과 다르고, 국회의원직에 대한 권한대행을 상정하기 어렵다는 점에서 직무의 성격 역시 다르다. 게다가 이러한 직무의 차이로 말미암아 이들의 직무수행이 정지될 경우 해당 업무의 원활한 운영에 미치는 영향도 다를 수밖에 없다. 따라서 국회의원과는 달리 자치단체장에게만 이 사건 법률조항과 같은 제한을 부과하는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이므로, 평등 원칙이 금지하는 자의적인 차별에 해당하지 않는다.

### (4) 기타 주장에 대한 판단

지방자치제도의 발전을 위하여 아무리 중요한 공직이라 하더라도 선거에서 승리하였다는 이유만으로 일체의 법적 구속으로부터 자유로울 수는 없는 것이 법치주의원리상 당연하므로, 이 사건 법률조항이 선거에 나타난 지역주민의 의사에 반한다는 볼 수는 없다. 또한 금고 이상의 형을 선고한 법원의 판결에 이 사건 법률조항의 입법자가 부여한 의미, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려고 하는 입법목적이라는 관점에서 보면, 자치단체장이 금고 이상의 형을 선고받은 후 선거에서 당선되었던 당선된 후 그러한 형을 선고받았던 간에, 직무정지의 필요성이 달리 판단될 수는 없다고 할 것이므로, 금고 이상의 형을 선고받은 후 선거에 당선되었다 하여 이 사건 법률조항의 합헌성 판단에 차이가 있을 수도 없다.

## 결론

이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 1인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 따라 헌법소원에 관한 인용결정에 필요한 심판정족수 6인에 이르게 된다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2011. 12. 31.까지 위 법률을 개정하지 아니하면 2012. 1. 1.부터 그 효력을 상실하도록 하며, 위 개정시까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체에게 이 사건 법률조항의 적용을 중지할 것

을 명한다.

아울러, 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리하여, 이 사건 법률조항에 해당하는 구 지방자치법 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 자치단체장의 공무담임권을 제한하는 것이 아니고 무죄추정의 원칙에도 저촉되지 않는다고 판시하였던 2005. 5. 26. 2002헌마699, 2005헌마192(병합) 결정은, 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경한다.

### **재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 선례변경에 대한 반대의견**

이 사건 법률조항에 해당하는 구 지방자치법 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있는 헌법재판소 2005. 5. 26. 2002헌마699, 2005헌마192(병합) 결정은, 그 결정 당시 배경이 되었던 정치·사회적 현실에 현재까지 아무런 사정변경이 없는 점, 선례의 판시내용에 법리오해라 할 만한 것도 없는 점에 비추어, 그대로 유지되어야 한다.

### **재판관 조대현의 주문 표시에 관한 보충의견**

이 사건 심판은 공권력의 행사로 인하여 기본권이 침해되었음을 이유로 제기한 헌법소원심판이므로, 기본권을 침해하는 법령이 전부 위헌인 경우에는 주문에서 해당 법령이 위헌이라는 선언만 하여도 그 주문에는 그 법령이 청구인의 기본권을 침해하였다고 하는 주문이 포함되어 있다고 볼 수 있으나, 이 사건과 같이 이 사건 법률조항에 합헌부분과 위헌부분이 섞여 있어 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하는 경우에는 그 주문만 가지고는 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부가 주문에 표시되었다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 청구인이 정치자금법위반죄로 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되기 전에 이 사건 법률조항에 의하여 강원도지사의 권한을 행사하지 못하고 있는 것이 청구인의 공무담임권을 침해한다는 주문을 주된 주문으로 선고한 후, 이 사건 법률조항이 헌법에 합치되지 아니함을 선고하여야 한다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 법률조항의 연혁과 입법목적

#### 가. 연혁

1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정된 최초의 지방자치법부터 자치단체장이 ‘사고가 있을 때’에는 부단체장이 직무를 대리하는 제도가 있었고, 1999. 8. 31. 법률 제6002호로 개정된 지방자치법에 의해 ‘사고가 있는 경우’를 대신하여 ‘결위 또는 공소제기된 후 구금상태에 있거나 의료법에 의한 의료기관에 60일 이상 계속하여 입원한 경우’ 부단체장이 그 권한을 대행하도록 하였으며, 2002. 3. 25. 법률 제6669호로 권한대행의 사유에 ‘금고 이상의 형을 선고 받고 그 형이 확정되지 않은 경우’가 추가되어, 현재까지 이르고 있다. 즉 ‘사고’로 인한 경우 직무대리에 관한 규정만 두었다가, 1999. 8. 31. 개정으로 ‘결위, 공소제기후 구금, 장기입원’의 경우 권한대행하는 것으로 규정되었고, 2002. 3. 25. 개정으로 이 사건 법률조항이 권한대행사유로 추가된 것이다.

‘사고’란 재직하고 있지만 직무를 물리적으로 수행할 수 없는 경우(예를 들면, 건강이상으로 인한 부재 또는 장기입원, 구금, 탄핵소추의결 등)를 말하고 ‘결위’란 재직하지 않게 된 경우(예를 들면, 사망, 파면 등)를 말한다. 따라서 지방자치법 제111조 제1항에 규정된 직무대행사유 중 1, 2, 4호는 모두 이러한 ‘사고’ 또는 ‘결위’의 경우를 구체화한 것이고, 이 사건 법률조항 역시 2002. 3. 25. 개정으로 그 일내용으로 추가된 것으로 볼 수 있다.

특기할 것은, ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되지 않은 경우’란 1심에서 금고 이상의 형의 유죄판결을 받고 2심에서 그 미만의 형, 즉 금고 이상의 형의 선고유예나 벌금형, 무죄판결을 받았을 경우는 포함하지 않는다는 것이다. 당초 개정법률안에는 ‘공소제기된 후 법원의 최종판결에서 금고 이상의 형을 선고받은 경우’라고 규정하였으나, 그럴 경우 i) 1심에서 유죄판결을 선고받은 후 2심에서 무죄가 되더라도 직무대행상태가 계속되게 되고, ii) 1심에서 금고 미만의 형을 선고받고 2심에서 금고 이상의 형을 선고받은 경우에는 단체장이 계속하여 업무를 수행할 수 있게 되는 문제가 생기므로, 위 두 가지 불합리한 경우를 피하고자 문구가 수정되게 되었다. 따라서 1심에서 금고 이상의 형을 선고받았더라도 2심에서 그 미만에 해당하

는 형을 선고받거나 무죄판결을 선고받으면 직무대행상태가 해소되고 다시 자치단체장으로서 직무를 수행할 수 있게 된다.

## 나. 입법목적

(1) 자치단체장은 당해 지방자치단체를 대표하고 사무를 통할하며 법령에 의하여 위임된 국가사무를 집행하고 소속직원을 임면, 지휘·감독하는 등 막중한 권한과 책무가 주어진 지방자치단체 최고 행정관이므로, 주어진 폭넓은 권한과 직무의 중요성에 비추어 볼 때, 고도의 윤리성과 주민의 신뢰가 요구된다. 그런데 이와 같은 중요공직인 자치단체장이 범죄행위로 유죄판결을 선고받게 되면 도덕성에 치명적 타격을 입게 되어 주민의 신뢰는 무너지고 직무에 전념할 수 없게 되며 직무수행의 안정성과 효율성도 떨어질 것이다. 그 결과 주민의 복리와 당해 자치단체행정의 정상적인 운영에 위협을 야기할 수 있으므로, 유죄선고를 받은 단체장을 직무에서 배제하고 그 권한을 대행시킬 필요가 절실하다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 자치단체장은 선거직 공무원으로서 임기와 신분이 보장되기 때문에 일반공무원과 달리 직위해제제도나 징계제도가 없고 그렇다고 탄핵의 대상도 아니어서 스스로 사임하지 않는 한 당연퇴직사유인 ‘금고 이상의 형이 확정될 때’까지는 직무에서 배제시킬 방법이 없어, 입법자는 이와 같은 경우를 대비하고자 형이 확정될 때까지 잠정적으로 자치단체장을 직무에서 배제하기 위하여 이 사건 법률조항을 두었다.

따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 금고 이상의 형을 선고받은 단체장을 그 직무에서 배제함으로써 직무수행에 대한 주민의 신뢰를 회복하고 직무에 대한 전념성을 확보하여 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위협을 미연에 방지하기 위한 것이라고 할 것이다.

(2) 한편, 이 사건 법률조항의 제정 당시 국회 회의록<sup>1)</sup>에 나타난 그 입법 경위를 살펴 보면, 지방자치선거를 2회 치루면서 자치단체장들이 수차례 선거범죄 기타 이유로 사법부로부터 당선무효 또는 당연퇴직사유에 해당하는 판결을 받음으로써 이에 대한 국민의 신뢰가 추락하는 사례가 늘게 되자, 풀

1) 2002. 2. 28. 개최된 제227회 국회(임시회) 국회본회의회의록 제8호

뿌리민주주의로서의 지방자치제도가 성공적으로 정착하도록 하기 위하여 고도의 윤리성을 요구하는 취지에서 이 사건 법률조항의 개정안이 제안되었던 사정을 엿볼 수 있다.

따라서 이러한 입법자의 제정의도에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 ‘물리적 사고’나 ‘궨위’되어 직무수행을 할 수 없을 경우 직무의 원활한 계속을 위하여 단체장의 직무를 대행하도록 하는 원래의 직무대행제도의 취지와는 다른 ‘공직기강 확립과 국민의 법감정에의 부응’이라는 정책적 목적이 그 안에 있었다고 볼 수밖에 없다.

(3) 결국 이 사건 법률조항은, ① 유죄 선고를 받은 자치단체장을 그 직무에서 배제함으로써 단체장에 대한 주민의 신뢰 및 직무 전념성을 확보하여 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험발생을 예방하려는 목적, ② 자치단체장의 직무가 갖는 고도의 윤리성에 비추어 볼 때 금고 이상의 형의 유죄 선고를 받은 사람으로 하여금 단체장으로서의 직무를 계속 수행하도록 하는 것은 바람직하지 않으므로(또는 국민의 법감정상 허용되지 않으므로) 그를 직무에서 배제시켜 공직기강을 확립하고 국민의 법감정에 부응하려는 목적, 2가지 입법목적 을 가지고 있다고 볼 수 있는 것이다.

## 2. 외국의 입법례

### 가. 미국의 경우

(1) 미국헌법에는 ‘무죄추정의 원칙’을 직접적으로 규정하고 있지는 않아, 선출직이든 임명직이든 공직자의 직무정지는 일반적으로 연방 또는 각주 입법자의 통제 하에 있는 문제로 보고 있다.

#### (2) 조지아주(Georgia)

조지아주 헌법 제2조 제3항 제1호는, 주 혹은 연방의 대배심(grand jury)에 의해 공직자<sup>2)</sup>가 직무에 관계되는 중범죄(felony)<sup>3)</sup>로 기소되는 즉시 위원

2) 본호의 ‘공직자’라 함은 주지사, 부지사, 주무장관, 법무장관, 주교육감, 보험감독원장, 농업부장관, 노동부장관, 주의회의원을 말한다[제2조 제3항 제1호 (a)].

3) 미국법에서 ‘felony’란 강도, 방화, 강간, 살인 등 1년 이상의 징역 또는 사형에 처해질 만한 중죄(A serious crime usu. punishable by imprisonment for more than



회를 구성하여 그 기소로 인하여 공직자의 업무와 공익에 해를 끼친다고 결정하면 유죄판결이 확정되거나 임기가 끝날 때 둘 중 빨리 도래하는 시기까지 직무가 정지되도록 규정하고 있고, 제2호는, 공직자가 종류와 상관없이 중범죄로 1심법원에서 유죄선고를 받게 되면 위 직무정지를 받았는지 여부와 상관없이 즉시 직무가 정지되고 보수도 받을 수 없도록 규정하고 있다.

또한 조지아주 법률에서는 위와 같은 직무정지제도를 선출직이건 임명직이건 카운티(county), 시(municipality) 단위의 공무원에게까지 확대시키고 있다.

### (3) 매사추세츠주(Massachusetts)

임명직인 시 이하 단위 공무원이나 직원 등이 직무에 관계되는 범죄로 기소되면 임명권자에 의해 직무가 정지되도록 법률로 규정하고 있으나, 선출직 공무원의 경우에는 임명권자가 없다는 이유로 위 직무정지를 적용시키지 않고 있다.

### (4) 플로리다주, 루이지애나주, 오클라호마주(Florida, Louisiana, Oklahoma)

플로리다 헌법 제4조 제7항은 공직자가 중범죄(felony)를 저지를 경우 직무정지를 당할 수 있음을 규정하고 있고, 헌법 및 법률에서 선출직 또는 임명직 시공무원(municipal officer)이 중범죄(felony) 또는 경범죄로 기소되었을 경우 주지사의 명령에 의하여 직무정지될 수 있음을 규정하고 있다.

루이지애나주 역시 법률로 공직자가 중범죄(felony) 유죄판결을 받으면 자동으로 직무가 정지되고 보수도 받을 수 없도록 규정하고 있고, 오클라호마주 법률에서도 모든 선출직 또는 임명직 공무원은 임기 중에 중범죄(felony)로 유죄판결을 받으면 자동으로 직무가 정지되도록 하고 있다.

### (5) 캘리포니아주, 뉴욕주(California, New York, Louisiana)

직무정지에 관련된 사항은 없고, ‘결위’(vacancy)에 관련된 제도만 있으나,

---

one year or by death)를 의미하는 것으로 정의되고 있다. Black's Law Dictionary(9th ed. 2009)

관련 법률에서 공직자가 중범죄(felony)나 직무상 의무위반 범죄로 1심에서 유죄를 선고받으면 자동적으로 ‘궐위’되는 것으로 규정하고 있다.

#### (6) 매릴랜드주(Maryland)

매릴랜드주 헌법 제15조 제2항에서는 주 정부, 카운티, 자치시의 선출직 공무원이 임기 중에 중범죄(felony)나 직무관련 범죄로 유죄판결을 받으면 상급심에서 번복되지 않는 한 판결확정시까지 자동적으로 직무정지되고 보수 지급도 정지되도록 하고 있다.

### 나. 독일, 오스트리아의 경우

#### (1) 독일

자치단체장의 ‘직무수행에 장애가 발생’한 경우 부단체장이 직무를 대행할 수 있도록 하는 제도는 있으나, 유죄확정 전 유죄판결이 선고되었다는 사유를 ‘직무수행에 장애가 발생’한 것으로 보고 있지는 않다. 다만 연방공무원법 또는 일부 주의 법률에 형사절차나 징계절차 그밖의 공무원관계의 종료에 관한 절차가 개시될 경우 그 절차가 진행되는 동안 임명권자가 해당 공무원의 직무수행을 금지시키는 ‘직무수행금지’명령을 발할 수 있다는 규정이 있을 뿐이다.

#### (2) 오스트리아

케른텐주 지방자치법 제25a조 제1항에서 범죄행위가 1년 이상의 자유형에 해당하는 범죄혐의로 기소되는 경우 해당 형사소송절차가 진행되는 동안 자치단체장, 부단체장 등의 직무가 정지되는 제도를 두고 있다.

### 다. 일본의 경우

일정 요건의 판결이 확정될 경우 퇴직할 수 있는 규정은 있어도 이 사건 법률조항과 같이 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우’를 직무대리의 요건으로 보는 법률이나 헌법해석은 없는 것으로 보인다.

### 라. 프랑스의 경우

중앙정부의 고위직 선출직 공무원은 물론, 주민의 직선에 의해 선출되는 광역지방자치단체의 장, 의회 의원에 대해서는 궐위(vacance), 부재(absence), 장해(empêchement) 등의 ‘공백’의 경우에만 권한대행제도를 두고 있을 뿐, 구금을 수반하지 않는 공소제기나 유죄판결의 선고만으로는 권한대행이 개시되지 않는다. 기초자치단체장의 경우 형사사 유죄판결을 받고 비록 확정 전이라도 그것이 자치단체장의 직을 수행하는데 필수적인 도덕적 권위를 박탈하는 정도의 중대한 사유라면 장관의 명령에 의하여 1개월 범위 내에서 정직처분을 할 수 있는 제도는 있다.

## 3. 관련 선례

헌법재판소는 2005. 5. 26. 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 구 지방자치법(2002. 3. 25. 법률 제6669호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부개정되기 전의 것) 제101조의2 제1항 제3호에 대하여 합헌판단을 한 바 있는데, 당시 법정의견과 반대의견의 요지는 다음과 같다(이하 ‘이 사건 선례’로 인용한다).

### 가. 법정의견(합헌)

#### (1) 입법목적

이 사건 법률조항은 유죄 선고를 받은 자치단체장을 그 직무에서 배제함으로써 자치단체장에 대한 주민의 신뢰 및 직무전념성을 확보하여 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험발생을 예방하려는 입법목적을 가지고 있다.

#### (2) 공무담임권 침해 여부

이 사건 법률조항이 범죄의 내용이나 죄질을 불문하고 단지 ‘금고 이상의 형의 선고받은 때’라고 규정하여 직무와 관련없는 범죄나 경미한 범죄로 위와 같은 형을 선고받은 경우까지 권한대행사유로 삼긴 하였으나, 법관이 범죄의 내용과 죄질 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 금고 이상의 형을

선고하였다면 사회적 비난가능성이 결코 작다고 할 수 없고, 자치단체장의 직무수행에 대한 신뢰가 떨어져 자치단체행정의 정상적 운영에 지장을 초래하기에 충분하다. 또한 ‘금고 이상’의 형이 선고된 경우만을 권한대행사유로 규정함으로써 직무정지 제한을 최소화하였고, 위 제한이 잠정적이고 그 경우에도 자치단체장으로서의 신분은 계속 유지된다는 점에서 개인에 미치는 법익침해는 그다지 가혹하지 않은 반면, 자치단체장이 범죄행위로 유죄를 선고 받아 주민의 신뢰를 잃고 직무수행에 불신이 초래됨으로써 발생할 수 있는 국가적·사회적인 혼란을 방지하고 당해 자치단체의 운영의 원활한 계속 및 주민의 신뢰를 확보·유지하겠다는 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 풀뿌리 민주주의를 실현하는 지방자치제도의 성공을 위해서도 그 중요성이 훨씬 크다 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

### (3) 무죄추정의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 자치단체장이 유죄판결을 받았음을 이유로 사회적 비난 내지 부정적 의미의 차별을 가하기 위하여 직무에서 배제하는 것이 아니라, 그에게 자치단체장 직무를 계속 수행하도록 방치한다면 자치단체의 원활한 운영에 구체적 위험이 생길 염려가 있어 무단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 하는 것이므로, 이 사건 법률조항에 의한 자치단체장의 권한정지는 위와 같은 권한대행제도에 의하여 불가피하게 뒤따르는 반사적이고 부수적인 산물이란 점에서 그와 같은 불이익은 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당한다고 볼 수 없다.

## 나. 반대의견(재판관 운영철, 재판관 김효중, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 위헌의견)

### (1) 입법목적

이 사건 법률조항의 주된 입법목적은 유죄판결을 받은 자치단체장으로 하여금 계속 직무를 수행하도록 할 수 없다는 유죄 판단에 대한 사회적 비난 내지 제재로서 그를 직무에서 배제시키려는 데 있고, 유죄 선고를 받은 자치단체장을 그 직무에서 배제함으로써 자치단체장에 대한 주민의 신뢰 및 직

무 전념성을 확보하여 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위협 발생을 예방하겠다는 것은 부수적 입법목적에 불과하다.

## (2) 공무담임권 침해 여부

위 입법 목적을 감안한다면 권한대행사유는 자치단체장에 대한 신뢰를 떨어뜨려 주민의 복리나 지방행정의 원활한 운영에 대한 ‘구체적’인 위협을 야기할 수 있는 성격의 범죄 또는 사회적으로 비난가능성이 큰 범죄(직무관련 뇌물죄, 선거관련 범죄, 반사회성이 강한 파렴치죄 등)를 전제로 해야 하고, 이에 반하여 직무와 관련이 없는 경미한 범죄 및 과실범이나 행정법규위반과 같은 비난가능성 내지 반사회성이 약한 범죄는 자치단체의 원활한 운영에 대한 ‘구체적 위협’이 된다고 단정할 수 없다. 또한 직무정지의 필요성이 있더라도, 유죄판결이 확정될 때까지 기다릴 수 없을 정도로 공익에 대한 상당한 정도의 위협이 있거나 회복할 수 없는 공익침해의 우려가 ‘구체적으로’ 있는 경우로 제한되어야 할 것이다. 권한대행기간도 최소화시켜야 할 것인데 ‘형이 확정되기 전’이라는 불확정기한 동안 직무를 정지시키고 있으며, 자치단체장의 권한정지를 형사재판결과에 전적으로 의존토록 하는 것 역시 전체 법체계에도 부합하지 않는다.

이 사건 법률조항으로 인하여 해당 자치단체장은 불확정기한 그 권한이 정지되고 간접적으로 일반에 범죄자라는 인식까지 줌으로써 인간의 존엄과 가치가 심히 침해받게 되며, 더구나 나중에 무죄판결 받을 경우 중대하고도 돌이킬 수 없는 기본권침해가 된다는 점에서, 지방행정의 원활한 운영이라는 공익이 침해되는 사익보다 훨씬 크다고 할 수 없어 법익균형성 요건을 충족하지도 못한다.

따라서 주민의 직접선거에 의하여 선출되고 임기가 보장된 자치단체장을 금고 이상의 형이 선고되었다는 이유만으로 그 형의 확정시라는 불확정기한까지 권한을 정지시키는 것은 과잉금지원칙에 위반되어 공무담임권을 필요 이상으로 과도하게 침해하는 것이다.

## (3) 무죄추정의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항의 주된 입법목적이 유죄판결을 받은 자치단체장으로 하여금 계속 직무를 수행하도록 하는 것은 사회윤리적 측면에서 허용될 수 없어 그를 직무에서 배제시키겠다는 것인 이상, 이 사건 법률조항에 의한 자치단체장의 직무정지는 바로 유죄판결이 확정되지도 않은 상태에서 그 유죄판결에 기초하여 피고인에 대하여 가하는 사회적 가치판단 내지 부정적 의미의 제재라고 하지 않을 수 없고 이는 무죄추정의 원칙이 금지하는 ‘유죄 인정의 효과로서의 불이익’에 다름 아니다.

#### 4. 제한되는 기본권으로서의 공무원임권

##### 가. 공무원임권의 보호영역에 관한 학설대립

헌법 제25조가 보장하고 있는 공무원임권의 보호범위에 공직의 직무수행이 부당하게 정지당하지 않을 권리가 포함되는지에 관하여는 학설상 의견의 대립이 있다. 이는 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정한 헌법 제7조 제2항과의 관계와도 밀접한 관련이 있다. 즉, 공직의 직무수행이 부당하게 정지당하지 않을 권리가 공무원임권(헌법 제25조)에 의하여 보호되는 내용인지 직업공무원제(헌법 제7조 제2항)에 의하여 보호되는 내용인지 하는 문제이다.

논의의 편의상 공무원임권의 보호영역을 단계별로 나열하면 다음과 같다.

- A. 피선거권과 공직취임의 균등한 기회보장(= 공직취임 기회의 자의적 배제 금지)
- B. 공무원 또는 공직자로서의 신분에 대한 부당한 박탈의 금지(= 부당한 공직박탈 금지)
- C. 당선 또는 임명된 공직에서의 부당한 직무정지 금지
- D. 직무활동이나 직무수행에 있어서의 자유

##### (1) [A]만 포함된다는 견해<sup>4)</sup>

공무원임권은 ‘일반 국민이 가지는 공직취임의 기회보장청구권’ 그 이상도

4) 이인호, “공무원임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 관례 비판”, 헌법실무연구 제8권(2007), 1 ; 지성수, “직업공무원제도와 공무원임권과의 관계”, 헌법논총 제17집(2006), 501 등 참조. 권영성, 허영, 강경근 등 헌법학자들 다수의 견해이다.

그 이하도 아니고, 헌법 제7조 제2항이 보장하는 공무원의 신분보장은 ‘직업 공무원’에게만 헌법정책적인 이유에서 주어지는 특권에 불과하므로 일반 국민에게 보장되는 기본권과는 다르다. 강제로 그 신분을 박탈당하지 않을 권리는 역사적으로 기본권에 포함되어 보호되었던 영역이 아니고, 헌법 제7조 제2항에서 보장하는 직업공무원제도와 관련되어 도출될 수 있는 ‘권한’일 뿐이라는 입장이다.

이 견해는 B의 문제도 공무원임권의 보호영역에 해당한다는 현재 헌법재판소의 입장에 대하여, 헌법 제25조와 제7조 제2항과의 체계적이고 종합적인 이해를 결여한 것이라고 비판한다.

## (2) [A+B+C-D]라는 견해<sup>5)</sup>

공무담임권은 ‘주관적 공권’의 측면에서 공직취임권·공직수행권·공직유지권이 포함되는 것으로 보되, 다만 공직수행권에는 공직수행의 부당한 정지에 대한 방어적 개념으로서의 ‘소극적 공직수행권’만 공무담임권의 보호영역에 해당할 뿐 나아가 인사조치나 사무분담 등 대부분의 공직수행의 내용이 되는 ‘적극적 공직수행권’은 보호영역에서 배제된다는 입장이다. 공직박탈의 경우 또는 부당한 직무정지의 경우는 공직의 취임기회보장보다 훨씬 법적 지위에 미치는 영향이 크다는 전제 하에, 직업공무원제라는 제도보장에 의할 경우 ‘최소한 보장’이라는 제도보장의 한계 때문에 기본권 구제가 충실하지 못하게 될 우려가 있음을 지적한다.

이 견해는 위에서 보듯이 현재의 헌법재판소 판례의 입장과 상통한다.

## 나. 헌법재판소 판례(判例)의 입장

헌법재판소는 적어도 초창기에는 공무담임권의 보호영역에 A(공직취임의 균등한 기회보장)만 포함되는 취지로 판시하였다가<sup>6)</sup>, 1998년경 B(공직의 부

5) 이승우, “공무담임권의 보호범위에 관한 평석”, 공법연구 36집 1호(2007), 542; 노희범, “지방자치법 제101조의2 제1항 제3호 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집(2005), 257 참조.

6) 현재 1989. 12. 18. 89헌마32, 33(병합), 판례집 1, 343; 현재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200; 현재 1994. 4. 8. 91헌마15, 19(병합), 판례집 6-1, 317. 당연퇴직, 정년단축과 관련된 사안에서, 모두 직업공무원제 보장과 관련하여 위헌여부를 검토하

당한 박탈배제)의 경우도 공무담임권 문제로 보는 취지의 판시를 한 이후<sup>7)</sup>, 2002. 8. 29.부터는 명시적으로 공무담임권의 보호영역이 [A+B]임을 선언해 왔다<sup>8)</sup>.

다만, 직무수행의 부당한 정지를 배제하는 것(C)까지 공무담임권의 보호영역에 해당하는지에 관하여는 명시적인 판례가 없다가, 2005. 5. 26. 이 사건 선례에서 권성 재판관의 별개의견에 의하여 논의가 촉발되었다. 이 사건 선례의 합헌의견 중 4인 및 위헌의견(4인)이 “공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다”고 하여 공무담임권의 보호영역이 [A+B+C]임을 최초로 명시한 데 반하여, 권성 재판관은 “일단 당선 또는 임명된 공직에서의 활동이나 수행의 자유는 공무담임권에 의하여 보장되는 것이 아니다. 공무원이 직무를 수행할 수 있는 것은 법령이 당해 공무원에게 부여한 ‘권한’이지 공무원 개인에게 부여된 ‘권리’, 즉 주관적 공권이 아니다”라고 함으로써 공직수행에 관한 C 및 D는 공무담임권의 보호영역이 아니라는 견해를 밝힌 것이다<sup>9)</sup>.

그 뒤, 현재 2006. 5. 25. 2004헌바12 결정에서 “공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈이

---

였다.

7) 현재 1998. 4. 30. 96헌마7, 판례집 10-1, 465(다만, 공무담임권의 보호영역에 ②가 포함된다는 명시적 판시내용은 없다) ; 현재 2000. 12. 14. 99헌마112, 판례집 12-2, 399, 409(교원의 자격을 계속 유지할 권리는 공무담임권의 문제로 귀착된다는 취지로 판시).

8) 현재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 판례집 14-2, 219, 224(“공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면, 후자가 전자보다 당해 국민의 법적 지위에 미치는 영향이 더욱 크다고 할 것이므로, 이를 보호영역에서 배제한다면, 기본권 보호체계에 발생하는 공백을 막기 어려울 것이며, 공무담임권을 규정하고 있는 위 헌법 제 25조의 문언으로 보아도 현재 공무를 담임하고 있는 자를 그 공무원로부터 배제하는 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없기 때문이다”).

이 판결 이후 현재 2003. 9. 25. 2003헌마293, 437(병합), 판례집 15-2 상, 536; 현재 2003. 10. 30. 2002헌마684, 판례집 15-2 하, 211; 현재 2004. 11. 25. 2002헌바8, 판례집 16-2 하, 282; 현재 2005. 9. 29. 2003헌마127, 공보 제108호, 1046; 현재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292에서도 위와 같은 선언적 판시가 계속되고 있다.

9) 이 사건 선례 753(별개의견). 권성 재판관의 이러한 의견은 그후 현재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1 하, 58 결정에서도 한 번 더 개진되었다.



나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다”<sup>10)</sup>고 한 번 더 선언하였고, 마침내 현재 2008. 6. 26. 2005헌마1275 결정<sup>11)</sup>에서 위 쟁점과 관련된 명확한 입장이 나오게 되었다. 4기 재판관 9명 전원 일치의 의견으로 “공무담임권의 보호영역에는 일반적으로 공직취임의 기회보장, 신분박탈, 직무의 정지가 포함되는 것일 뿐, 특별한 사정도 없이 여기서 더 나아가 공무원이 특정의 장소에서 근무하는 것 또는 특정의 보직을 받아 근무하는 것을 포함하는 일종의 ‘공무수행의 자유’까지 그 보호영역에 포함된다고 보기는 어렵다”<sup>12)</sup>고 하여 공무담임권의 보호영역은 [A+B+C]이고 D는 배제됨을 명시하였던 것이다. 그 뒤로 이러한 선언적 판시를 그대로 따르면서, 승진기회 보장에 관한 기대는 공무담임권의 보호영역에 해당되지 않는다는 판시<sup>13)</sup>가 이어졌고, 위와 같은 일반론을 실시하지는 않았으나 “주민소환투표가 발의된 경우 그 안이 공고된 날부터 투표결과가 공표될 때까지 주민소환투표 대상자의 권한행사를 정지하고 권한대행자로 하여금 권한대행을 하도록 한 주민소환법 규정”에 관하여 이를 ‘공무담임권’ 문제로 파악하여 과잉금지원칙 위배여부를 심사한 결정<sup>14)</sup>도 나왔다.

따라서, 이 사건 선례, 위 2004헌바12 결정, 2005헌마1275 결정, 2007헌마843 결정, 2009헌마538 결정을 종합하여 보면, 현재 헌법재판소의 입장은 공무담임권의 보호영역이 [A+B+C]일 뿐 나아가 D는 보호영역에서 배제된다는 것으로 정리된 것으로 보아도 무방하다.

#### 다. 검토

기본권과 제도보장의 관계에 관한 심층적 논의는 별론으로 하고, 기본권이 주관적 공권뿐만 아니라 객관적 가치질서로서의 이중적 의미를 가지므로 제도보장과 기본권을 과거와 같이 준별하는 입장은 기본권을 최대한 보장한다는 관점에서 바람직하지 않은 점, 오히려 공무담임권과 직업공무원제도를

10) 판례집 18-1하, 58, 64.

11) 판례집 20-하, 427. 군무원에게도 현역군인과 마찬가지로 국방부 등의 보조기관에 근무할 기회를 달라고 요구한 사안에 관한 것이다.

12) 판례집 20-1하, 427, 436.

13) 현재 2010. 3. 25. 2009헌마538, 공보 제162호, 744.

14) 현재 2009. 3. 26. 2007헌마843, 판례집 21-1상, 651.

조화적으로 해석하여 직업공무원제도의 내용들은 주관적 공권으로서의 공무담임권(공직취임권·공직수행권·공직유지권)을 구체화하고 보완하기 위한 수단적 의미를 가지는 것으로 볼 수 있는 점<sup>15)</sup>, 우리 헌법이 ‘공직취임권’으로 표현하지 않고 ‘공무담임권’으로 표현하였으므로<sup>16)</sup> 공무담임권의 내용이 공직취임의 공평한 기회균등에만 국한된다고 반드시 볼 필요는 없는 점, 공직에 취임하는 국민으로서는 공직박탈 또는 부당한 직무수행의 정지가 문제되는 경우 오히려 신분보장의 큰 장애가 되므로<sup>17)</sup> 이러한 경우 직업공무원제도의 제도적 보장이라는 관점에서 접근하면 ‘최소한 보장’이라는 제도적 보장의 특성상 충실한 기본권 보장에 오히려 역행할 우려가 있는 점<sup>18)</sup> 등에 비추어 볼 때, 공무담임권의 보호영역은 [A+B+C]을 포함하되, 공직제도와 관련된 직무수행의 구체적 내용을 요구하는 의미에서의 D는 배제시키는 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 현재 헌법재판소의 판례(判例) 역시 이러한 입장에 있는 것으로 분석된다.

이 사건의 청구인은 강원도지사로서의 직무가 이 사건 법률규정으로 말미암아 부당하게 정지되고 있음을 다투고 있으므로, 이는 ‘부당한 직무정지’를 다투는 것으로서 공무담임권의 보호영역 중 C에 해당한다. 따라서, 이 사건에서 문제되는 기본권을 청구인의 공무담임권으로 파악하여 그 과잉금지원칙의 준수여부를 검토하는 것이 바람직하다<sup>19)</sup>.

15) 따라서 공무담임권의 주관적 공권의 실현에 위배되는 직업공무원제도보장의 내용이 있을 경우 위헌성을 면할 수 없게 된다. 이승우, 위의 글, 564-565 참조.

16) 독일기본법은 제33조 제2항에서 ‘공직취임에서의 기회 균등’을, 제5항에서 ‘직업공무원제도’를 규정하고 있는 반면, 우리 헌법 제25조는 ‘직업공무원제도’를 규정한 제7조 제2항과는 별도로 ‘공무담임권’을 보장하고 있다.

17) 이는 ‘공직박탈’을 공무담임권의 보호영역에 포함되는 것으로 판단한 헌재의 여러 결정례에서 확인하고 있는 사항이기도 하다.

“공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면, 후자가 전자보다 당해 국민의 법적 지위에 미치는 영향이 더욱 크다고 할 것이므로, 이를 보호영역에서 배제한다면, 기본권 보호체계에 발생하는 공백을 막기 어려울 것이며”(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 판례집 14-2, 219, 224)

18) 노회범, 위의 글, 293-295 참조.

19) 만약 공무담임권의 보호영역을 [A]에만 국한시키는 견해를 취한다면, i) 직업공무원제를 보장한 헌법 제7조 제2항의 ‘신분보장’의 범위 해석문제로 볼 것인지, 아니면 문제되는 기본권을 직업선택의 자유로 볼 것인지, ii) 헌법 제7조 제2항의 신분보장을 받는 ‘공무원’이 공무원법상의 경력직 공무원만 의미하는 것인지, 아니면

## 5. 이 사건에서의 공무담임권 침해 여부

### 가. 법정의견

우선, 공직기강을 확립하고 자치단체장 또는 자치단체행정에 대한 주민의 신뢰를 유지시키겠다는 이 사건 법률조항의 입법목적과 대비해 볼 때 금고 이상의 형을 선고받은 자치단체장을 다른 추가적 요건 없이 직무에서 배제시키는 것은 최선의 방안이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 자치단체장의 도덕성에 대한 주민의 신뢰는 1심에서 금고 이상의 형을 선고받기 이전이라도 수사나 공소제기 및 그에 따른 언론보도에 의하여도 얼마든지 상실될 수 있기 때문이다. 특히 금고 이상의 형을 선고받은 후 선거에 의하여 자치단체장으로 선출된 이 사건 청구인과 같은 경우에는 주민의 신뢰라는 입법목적이 자치단체장의 공무담임권을 제약할 적정한 논거가 아니라고 하였다.

또한, 이 사건 법률조항과 같은 항목에 규정된 다른 직무정지사유들은 모두 ‘사실적·물리적으로 직무를 수행할 수 없는 상태’로서 자치단체행정의 원활한 수행을 위하여 부단체장에게 권한을 대행하도록 할 실제적 필요가 있는 반면에, 비록 유죄를 선고받았더라도 자치단체장이 불구속상태로 재판을 받고 있다면 물리적으로 부재이거나 사실상 직무를 수행할 수 없는 상황이 아니므로 권한을 대행하도록 할 직접적 필요가 없다. 굳이 직무정지를 해야 할 필요성이 있다면, 위 형이 확정될 때까지 기다릴 수 없을 정도로 자치단체행정의 원활한 운영에 상당한 위험이 명백히 예상된다거나 회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는 경우, 또는 그러한 위험이 예상되는 성격의 범죄, 사회·윤리적으로 비난가능성이 큰 범죄로서 미리 직무를 정지시켜야 할 이유가 명백한 범죄로 한정되어야 한다. 따라서 위와 같이 범죄의 유형과 죄질별로 개별적 판단여지를 두거나, 입법목적 달성에 필요한 범위로 한정하려는 노력도 전혀 하지 않고 단순히 금고 이상의 형을 선고받을 수 있는 모든 범죄로 그 적용대상을 무한정 확대시킨 것은 침해의 최소성 요건을 충족시키지 못한 것이라고 판단하였다.

한편, 피고인의 유·무죄를 가리고 죄책의 정도에 따라 형을 부과함으로써

---

나아가 이 사건 청구인과 같은 선출직 공무원도 포함하여 신분보장을 하는 것인지 등에 관한 논의도 차례로 이어져야 할 것이다.

써 국가형벌권을 실현하는 형사재판제도는 자치단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하기 위한 잠정적·가치분적 제재인 직무정지 여부를 판단하는 절차가 아니므로, 자치단체장의 직무정지 여부를 형사재판결과에 의존하도록 하는 입법장치 역시 과도한 기본권 제한이라고 보았다.

#### 나. 재판관 조대현의 헌법불합치의견

선거에 의하여 주민들로부터 공무담임권을 위임받는 자치단체장의 직무를 정당하게 정지시킬 만한 사유로는 그와 같은 위임과정인 선출의 정당성이 무너지거나, 공무담임권 위임의 본질을 배반하는 직무상 범죄를 저지른 경우만으로 제한되어야 한다고 판단하였다. 즉, 선거관련 범죄 또는 직무상 범죄를 저지른 경우 이외에도 직무정지를 가한다면 과잉금지 원칙에 반하는 것으로 보았다.

#### 다. 반대의견

이와 달리 반대의견은, 자치단체장에 대한 주민의 신뢰 및 직무의 전념성을 확보하기 위해서는 자치단체장에 대한 여론의 감시나 지방의회를 통한 정치적 견제로는 충분치 못하므로 곧바로 직무에서 배제시키는 방법 이외에는 마땅한 대안이 없다고 판단하였다.

그리고 법원이 공정한 재판절차를 통해 객관적 증거에 따라 사실을 인정한 후 범죄의 내용과 죄질 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 ‘금고 이상의 형’을 선고하였다면 언론에 의해 의문이 제기되거나 검찰에 의해 기소된 단계와는 달리 사회적 비난가능성이 결코 작다고 할 수 없고, 그 사실자체로 인하여 직무의 전념성이 해쳐지고 직무수행에 대한 불신으로 말미암아 주민의 복리와 자치단체행정의 원활한 운영에 지장을 초래할 ‘구체적인 위협’이 생길 염려가 있다고 보기에 충분하므로, 별도로 ‘구체적인 위협이 생길 염려’ 또는 ‘회복할 수 없는 공익이 침해될 우려’라는 추가적 요건을 설정할 필요가 없다고 한다. 어떠한 범죄유형이 특별한 추가요건 없이 당연히 직무정지 필요성이 인정되는 것인지 명확히 그 경계를 정하기는 힘들므로 범죄의 유형별로 개별적인 고려를 하지 않았다 하여 침해 최소성 요건을 충족시키지

못한다고 할 수도 없다고 한다. 또한 소명의 기회를 준다는 것도 징계절차 같은 독립된 제도가 마련되어 있는 경우에 해당하는 것일 뿐 이 사건 법률 조항처럼 직무를 정지시킬 필요성을 입법자가 스스로 판단하여 요건을 정하고 직접 제재를 가하는 제도 하에서는 고려할 필요가 없다고 하였다.

한편, 금고 이상의 형을 선고받았음을 이유로 가해지는 위와 같은 직무정지는 잠정적·가처분적 제재에 불과하고, 금고 미만의 형을 선고받거나 무죄를 선고받을 경우 비록 형 확정전이라도 해제되므로 기간이 과도하게 길다고 볼 수도 없어, 기간상으로도 최소한 제한의 요건을 충족시킬 뿐만 아니라, 위 직무정지 기간동안 직위와 보수는 그대로 유지되므로 자치단체장이 입게 되는 사익의 침해 역시 과도하다고 볼 수 없다고 한다.

## 6. 무죄추정의 원칙의 헌법적 성격과 의미

### 가. 무죄추정의 원칙의 헌법적 의미

(1) 우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 하여 무죄추정의 원칙을 규정하고 있다. 무죄추정의 원칙이란 “형사절차와 관련하여 아직 공소가 제기되지 아니한 피의자는 물론 비록 공소가 제기된 피고인이라 할지라도 유죄의 판결이 확정될 때까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 그 불이익은 최소한에 그쳐야 한다”는 원칙을 말한다<sup>20)</sup>. 여기서 ‘죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 한다’는 것은 두 가지 의미를 가지고 있다. 첫째, 형사절차에 의하여 유죄가 확정될 때까지는 피고인에게 범죄사실의 인정과 그에 따른 유죄의 비난을 할 수 없다는 것이고, 둘째, 유죄가 확정될 때까지는 그 범죄사실을 근거로 형벌, 보안처분 기타 유죄판결에 기초한 불이익을 가할 수 없다는 것이다.

이 무죄추정의 원칙은 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린되기 쉬운 피의자, 피고인의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고

20) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402 ; 헌재 1997. 5. 29. 96헌가17, 판례집 9-1, 509, 517 ; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784, 798 ; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 공보 제167호, 1539, 1547.

있는 헌법이념에서 나온 것이다<sup>21)</sup>.

(2) 이러한 무죄추정의 원칙이 형사절차에만 적용되는지 그 외의 영역으로 확대적용될 수 있는지에 관하여, 예전에는 “형벌 또는 형벌유사제재만이 위 원칙의 적용을 받는다”는 「형사절차국한설」 내지 「형벌효과기준설」과, “무죄추정의 원칙은 비단 형사절차뿐만 아니라 법생활의 전영역을 지도하는 일반적 법원리로서, 일체의 법생활 영역에 있어서 유죄판결이 확정되기 전에 가해지는 범죄사실의 인정과 그에 수반되는 하등의 불이익이 모두 금지되며, 형벌부과의 전단계인 유죄인정 자체에 수반되는 사회적 비난이나 차별대우의 불이익까지도 제거할 것을 요구하는 형사피의자·피고인의 기본적 인권”으로 파악하는 「일반법원칙설」이 대립하였으나<sup>22)</sup>, 「일반법원칙설」에 기하여 무죄추정의 원칙을 파악하는 것이 통설적 입장이 되었고, 헌법재판소 역시 “형사절차상의 처분에 의한 불이익뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분에 의한 불이익도 입어서는 아니 된다는 의미도 포함된다”<sup>23)</sup>고 함으로써, 법생활 모든 영역에 있어서도 적용됨을 명확히 하였다.

## 나. 무죄추정의 원칙의 법적 성격

### (1) 학설의 논의

무죄추정의 원칙이 형사피고인·피의자가 주장할 수 있는 기본권인지 아니면 헌법적 법원칙인지에 관하여는 학자들마다 다양한 의견이 제기되어 있다.

김철수 교수는 명백히 ‘무죄추정권’이라는 표현을 쓰고 있고<sup>24)</sup>, 정종섭, 신동운 교수도 무죄추정의 원칙으로부터 ‘무죄추정을 받을 권리라는 기본권’이 도출된다고 하고 있는 반면<sup>25)</sup>, 다른 학자들의 경우 명시적으로 기본권이라 칭하지는 않고 ‘무죄추정의 원칙’이란 표현을 쓰고 이를 국가권력이 존중하고 구속받아야 하는 헌법상의 기속원리로 설명하기도 한다<sup>26)</sup>.

21) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 58.

22) 신동운, “무죄추정의 원칙”, 헌법재판자료 제4집(1991), 343-345. 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분”, 156-160.

23) 헌재 1990. 11. 19. 90헌마165, 판례집 2, 390, 402.

24) 김철수, 「헌법학신문」(2010), 475.

25) 정종섭, 「헌법학원론」(2008), 444 ; 신동운, 「신형사소송법」(2011), 678-680.

26) 권영성, 「헌법학원론」(2010), 437 ; 허영, 「헌법이론과 헌법」(2010), 544-545 ;

기본권은 개인의 권리이자 국가권력에 대해서는 이를 침해하는 내용의 공권력을 행사해서는 안된다는 객관적 가치질서의 기능도 가지므로, 무죄추정의 원칙을 ‘기본권’으로 파악한다 하여 그것이 가지는 ‘헌법원칙’으로서의 속성을 무시하는 것은 아니고, ‘헌법원칙’으로 파악한다 하여 이 원칙에 반하는 공권력의 제한을 받고 있는 개인이 헌법재판소에 그 시정을 구하지 못하는 것도 아니므로, 법적 성격을 논의할 큰 실익은 없다고 볼 수 있다.

하지만, ‘기본권’으로 파악할 경우, ① 헌법재판소법 제68조 제1항의 소위 ‘권리구제형 헌법소원심판’에서 말하는 “기본권을 침해받은 자”에 해당하게 되고, ② 뒤에서 보듯이 헌법 제37조 제2항에서 말하는 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 적용할 수 있는 논리적 근거가 자연스러워진다는 장점이 있다는 점에서, 위 법적 성격 논의는 나름의 가치가 있다고 본다.

헌법재판소는 무죄추정의 원칙이 간접적으로 관련된 결정례에서 ‘무죄추정의 원칙’이라는 표현을 일반적으로 써 왔을 뿐 특별히 그 법적 성격이 ‘기본권’인지 ‘법원칙’인지에 관해 명시적 입장을 밝힌 예는 없으며, 이 사건 결정에서도 재판관 조대현의 경우만 명시적으로 ‘무죄추정권’으로 표현하여 기본권으로 파악하는 입장을 표시하였을 뿐, 나머지 8인의 재판관은 ‘일반적 헌법원칙’으로 파악하는 전제에서 그 위반 여부를 검토하고 있는 듯하다.

## (2) 검토

무죄추정의 원칙은 형사피고인·피의자에게 적용되는 형사절차의 핵심적인 인권보장원리로서 ‘기본권’으로 파악하는 것이 옳다고 생각한다.

그 이유는 첫째, 위 원칙이 과거 규문절차에서 수사나 재판의 객체에 지나지 않았던 형사피고인·피의자를 형사절차에서 기소권을 가진 국가기관에 대응하는 ‘주체’로 격상시키는 과정에서 정립되었다는 점에 비추어 볼 때, 이들이 형사절차의 ‘주체’로서 유죄로 확정되기 전까지는 증거절차나 실체재판에 있어서 무죄로 추정되는 전제에서 취급되어야 한다는 ‘권리’를 가지게 된 것으로 해석하는 것이 위 역사적 발전과정에 더 부합하기 때문이다.

둘째, 명확성원칙이나 법률유보의 원칙 등 대부분의 헌법원칙들은 그 명

---

성낙인, 「헌법학」(2011), 493-495 등 참조.

령대상이 ‘국가권력’인 경우가 많아서 여러 종류의 개인들에게 적용될 것이 전제되어 있는 반면, 무죄추정의 원칙은 오로지 ‘형사피고인·피의자’에게만 적용되고 다른 분야에 있는 개인들에게는 적용될 여지가 없기 때문이다<sup>27)</sup>.

셋째, 우리 헌법이 ‘기본권’을 규정할 때는 “모든 국민은(누구든지, … 국민은)”이라고 함으로써 기본권을 가지는 ‘주체’를 규정한 다음, 어떠한 내용의 “자유(권리)를 가진다”라는 표현을 쓰는 반면, ‘헌법원칙’에 관해서는 대부분 국가권력에 대하여 명령 또는 금지하는 듯한 표현을 쓰고 있는데, 무죄추정의 원칙을 규정한 제27조 제4항은 “형사피고인은”이라고 함으로써 기본권을 가지는 ‘주체’를 규정한 다음, 비록 “자유(권리)”를 가진다는 명시적인 표현은 하지 않았어도 “무죄로 추정된다”는 단정적 표현을 사용하였기에, ‘기본권’을 규정할 때의 문구를 사용하고 있기 때문이다.

넷째, 뒤에서 보는 바와 같이 무죄추정의 원칙 내용에 비례원칙을 접목시키기 위해서는 ‘기본권’으로 파악하는 것이 논리적으로 자연스럽기 때문이다. 즉 무죄추정의 원칙을 ‘기본권’으로 파악하게 되는 경우 기본권제한의 일반적인 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 내지 비례원칙이 당연히 적용될 것이기 때문이다. 만약 무죄추정의 원칙을 ‘헌법원칙’으로 파악하게 된다면, 비례원칙을 적용시키고 있는 현재 현재 판례와의 조화로운 설명을 위하여 반드시 다른 논리적 해석도구(‘무죄추정의 원칙의 예외’라는 등)가 들어가야 하므로 부자연스럽다.

## 다. 무죄추정의 원칙의 구체적 내용

### (1) 금지되는 불이익의 개념

무죄추정의 원칙에 의하여 금지되는 ‘불이익’이란 유죄를 근거로 피고인에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별 취급을 가하는 “유죄인정의 효과로서의 불이익”을 뜻한다<sup>28)</sup>. 즉 피고인·피의자에 대한 범죄혐의가

27) 물론 무죄추정의 원칙에 의하여 금지되는 불이익이 형사절차뿐만 아니라 일반 법생활영역으로 확대되어 있긴 하나, 일반 법생활영역에서 당하는 불이익이라도 그가 일단 ‘형사피고인·피의자’ 신분은 가지고 있어야 위 원칙의 적용대상이 된다.

28) 신동운 교수는 무죄추정의 원칙이 금지하는 ‘불이익’의 개념으로, ① “유죄인정의 효과로서 과하여지는” ② “사회윤리적인 무가치판단을 그 기초로 깔고 있는 처분”이라는 두 가지 기준을 제시하고 있다. 신동운, “무죄추정의 원칙”, 헌법재판자료



재판절차를 통해서 유죄로 최종확정되기 전까지는, 그러한 범죄혐의사실이 인정되어 유죄임을 전제로 비난하거나 유죄일 지도 모른다는 인식을 외부적으로 심어주는 사회윤리적 반가치가 담겨 있는 처분을 해서는 안된다는 의미이다.

## (2) 형사절차에서의 구현내용

무죄추정의 원칙이 형사절차에서 구현된 것으로 설명되는 것들로는, i) 수사 및 공판절차에서의 소송법상 절차적 보장과, ii) 인신구속의 제한원리, iii) 구속피고인·피의자에 대한 처우, 3가지 측면이 있다<sup>29)</sup>.

첫째, 증거법의 영역에서 무죄추정의 원칙은 입증책임의 소재를 검사에게 부담시키는 규칙임과 동시에, ‘합리적 의심이 없을 정도’(beyond reasonable doubt)의 유죄의 확신이 없는 한 ‘의심스러울 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo) 무죄판결을 선고하도록 하는 의미를 담고 있다. 예단을 배제하기 위하여 공소장일본주의, 공판중심주의를 취하고, 피의사실을 공표하지 못하도록 하는 것도 무죄추정의 원칙을 구현하는 내용이다.

둘째, 무죄추정의 원칙이 ‘인신구속의 제한원리’로 기능한다는 것은 되도록 피고인·피의자를 불구속상태에서 수사·재판해야 한다는 것을 의미한다. 구속은 최후수단으로 사용되어야 하고, 불가피한 사유가 있더라도 그 기간은 최소한에 그쳐야 한다는 의미이다. 형소법상 임의수사원칙이나 구속요건의 제한 등이 모두 무죄추정의 원칙을 이념적 기초로 하고 있는 것으로 이해할 수도 있다. 나아가 기소전 보석 및 필요적 보석을 무죄추정원칙의 제도적 표현으로 이해하기도 한다<sup>30)</sup>. 새롭게 개정된 2007년 형사소송법은 제198조 제1항에서 “피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다”고 명

제4집(1991), 346 참조.

29) 이석연, “헌법재판과 형사소송”, 헌법논총 제9집(1998), 138-141 ; 권영성, 「헌법학원론」(2010), 438-439 ; 차용석, 위의 글, 37-50 ; 신동운, 「신형사소송법」(2011), 679-683 ; 엄동신, “헌법상 보장된 형사피의자와 피고인의 기본권”, 「형사법과 헌법이념」(제1권, 2006), 196-198 ; 이진국·도중진, 「무죄추정원칙에 관한 연구」(2005), 38-50 참조.

위 문헌들 모두 위 3가지로 명시적인 분류를 한 것은 아니지만, 대체적인 내용들은 위 3가지 유형에 포섭할 수 있다.

30) 차용석, 위의 글, 46-47.

시하기까지 하였다. 헌법재판소 역시 구속제도를 무죄추정의 원칙의 예외사유로 해석하는 전제에 서 있다<sup>31)</sup>.

이렇게 불구속수사의 원칙을 무죄추정의 원칙의 내용에 포함시키는 것에 대하여 반대하는 견해<sup>32)</sup>가 있다. 이에 따르면 구속제도는 이를 통해 달성해야 할 고유한 형사사법적 목적을 위하여 존재하는 것이기에 구속요건에 해당하면 형사절차 확보 차원에서 당연히 할 수 있는 것이지 무죄추정원칙이 금지하는 유죄확정 전의 처벌의 금지 또는 적법절차원칙에서 요구하는 부당한 처벌금지에 해당하지 않는다고 이해한다. 무죄추정원칙과 불구속수사원칙과는 직접적 연관관계가 없으며 단지 수사기관 종사자로 하여금 인신구속 시 신중한 판단을 해야 한다는 훈시적 의미밖에 없다고 보는 것이다.

셋째, 구속피고인·피의자에 대한 처우 측면에서 무죄추정의 원칙과 관련이 있는 것으로는, 미결수용자가 수감되어 있는 동안 수사 또는 재판을 받을 때에도 사복을 입지 못하게 하고 재소자용 의류를 입게 한 행위<sup>33)</sup>, 수갑 및 포승을 계속 사용한 채 피의자조사를 하게 하는 것<sup>34)</sup>, 법원의 재량에 의하여 판결선고 전 구금일수 중 일부만을 통산할 수 있도록 한 형법 제57조 제1항은 무죄추정의 원칙에 반한다는 것<sup>35)</sup> 등이 있다<sup>36)</sup>.

### (3) 형사절차 이외에서의 불이익으로 인정된 사례

무죄추정의 원칙이 금지하는 불이익은 법생활 전반에 걸쳐 적용될 수 있음은 앞서 본 바와 같다. 이러한 불이익으로 인정된 사례로는, 형사사건으로 ‘공소가 제기되었다는 사실 자체’를 사유로 한 공무원에 대한 징계처분<sup>37)</sup>,

31) 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311 ; 헌재 1992. 1. 28. 91헌마 111, 판례집 4, 51 ; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94 등 참조.

32) 신현주, 「형사소송법」(2002), 137 ; 이진국·도중진, 위의 책, 112-116.

33) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653.

34) 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728 ; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49

35) 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하,784 ; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌가13, 판례집 21-2하, 710.

36) 위와 같은 헌법재판소 판결의 취지를 존중하여, 2007. 12. 21. 기존의 ‘행형법’을 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’로 전면개정하면서 미결수용자의 무죄추정권을 보장하기 위한 다양한 내용의 처우개선이 신설되었다.

37) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3, 판례집 6-2, 1.

동일한 이유의 변호사에 대한 업무정지명령<sup>38)</sup>, 공정거래법상 공정거래위원회의 고발만 있는 상태에서 당사자에게 내리는 범위반사실 공표명령 등의 행정처분<sup>39)</sup>, 관세법상 몰수할 것으로 인정되는 물품을 압수하였으나 범인이 출두하지 아니하거나 도주하여 4월이 경과할 경우 별도의 재판이나 처분 없이 해당 물품을 국고에 귀속하도록 하는 법률<sup>40)</sup> 등을 들 수 있다.

반면, 무죄추정의 원칙이 금지하는 ‘불이익’에 해당하지 않는다고 본 예로는, 형사처벌과 별도로 행정기관에 의하여 부과되는 과징금 부과<sup>41)</sup>, 교도소에 수용되어 있는 경우 보험급여를 정지하는 처분<sup>42)</sup>, 명의신탁에 대한 증여세제도<sup>43)</sup> 등이 판시된 바 있다.

## 라. 무죄추정의 원칙과 비례원칙의 관계

### (1) 의견의 대립

우리 헌법재판소는 초기부터 무죄추정의 원칙의 의미에 대해 “공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야” 한다고 명시함으로써, 무죄추정의 원칙이 금지하는 내용의 불이익이 가해지더라도 비례의 원칙에 반하지 않는다면 예외적으로 합헌이 될 수 있음을 예정하였다<sup>44)</sup>.

무죄추정의 원칙이 문제되는 불이익에 비례의 원칙이 적용된다는 이러한 현재의 입장에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다<sup>45)</sup>.

“무죄추정의 원칙과 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙 사이의 차이가 과

38) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393.

39) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43,

40) 헌재 1997. 5. 29. 96헌가17, 판례집 9-1, 517.

41) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1.

42) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마31, 판례집 17-1, 254, 259-260. 수용자의 의료보장체계를 일원화하고 수입원이 차단된 수용자의 건강보험료 납입부담을 면제하기 위한 제도인지 재소자라는 이유로 어떤 불이익을 주기 위한 제도가 아니라는 이유에서다.

43) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40, 판례집 17-1, 946, 960.

44) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402.

45) 신동운, 위의 글, 345-346.

연 무엇인지 어리둥절해진다. 무죄추정의 원칙은 형사피고인에 대하여 적용되는 특화된 비례의 원칙에 불과하다는 말인가. 그렇다면 형사절차상의 불이익처분이라도 비례의 원칙만 존중되면 그 부과가 가능한가. 또 비형사절차상의 처분도 비례의 원칙을 벗어나면 모두 무죄추정의 원칙에 반한 것인가?

그러면서, 신동운 교수는 헌법재판소가 무죄추정의 원칙상 금지되는 ‘불이익’의 개념을 모호하게 정의한 것이 위와 같이 무죄추정의 원칙과 비례의 원칙을 혼동한 원인이라고 분석한다. 결국 이러한 입장에 따르면, 무죄추정의 원칙상 금지되는 ‘불이익’의 개념을 엄격히 정의하고 그 ‘불이익’의 개념범위에 해당하면 모두 무죄추정의 원칙을 위반하였다는 결론으로 연결된다. 하지만 무죄추정의 원칙에 의하여 금지되는 ‘불이익’인지 아닌지를 판별하는 개념지표가 무엇인지에 관하여는 약간 애매한 것 같다.

예를 들어, 신동운 교수는 변호사의 업무정지처분이 불이익한 처분으로서 무죄추정의 원칙에 반한다고 판시한 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48 결정에 대하여, 변호사의 업무정지처분이 “형사소추를 받은 변호사로 하여금 계속 업무활동을 하도록 방지하면 의뢰인이나 사법제도의 원활한 운영에 구체적 위험이 생길 염려가 있어서 이를 막기 위한 잠정적이고 가처분적인 성격을 가졌다는데 제도적 당위성이 있는 것이고 또 그것이 취지인 것이라면 그것은 유죄판결에서 비롯되는 사회윤리적 비난을 수반하는 불이익처분은 아니”라고 함으로써, 종국적인 제재가 아닌 직무정지나 업무정지같이 ‘잠정적이고 가처분적인 제재’는 무죄추정의 원칙이 금지하는 불이익에 원천적으로 해당하지 않는다고 하였다(46), 최근에는 “불이익처분이 유죄판결에 특별히 내재하고 있는 사회적·윤리적 비난을 수반하는가 아닌가” 하는 점에서 개념지표를 구하고 있기 때문이다(47).

그러나, 업무정지나 직무정지가 비록 종국적인 제재는 아니지만 비위행위 자체를 근거로 징계 등의 불이익을 과하는 것이 아니라 형사사건으로 공소

46) 신동운, 위의 글, 347. 한편, 이 사건 결정에 의하여 폐기된 이 사건 선례의 법정 의견에서도 “자치단체장에 대한 직무정지는 부단체장으로 하여금 권한을 대행하도록 하는 권한대행제도에 의하여 불가피하게 뒤따르는 반사적이고 부수적인 산물”이라는 이유에서 무죄추정의 원칙이 금지하는 ‘불이익’ 자체가 아니라고 판시한 바 있다.

47) 신동운, 위의 책, 684.

가 제기되었다거나 하급심에서 유죄를 선고받았음을 전제로 불이익을 과하는 것이고 그 기간이 길거나 불확정적일 경우 중극적인 영업폐쇄, 퇴직의 경우에 준하는 피해를 받을 수 있다는 점을 고려하면, 이는 명백히 사회윤리적인 무가치판단을 그 기초로 깔고 있는 유죄인정의 효과라 할 것이므로 무죄추정의 원칙이 금지하는 불이익의 개념에 포함된다고 봄이 상당하다 할 것이다<sup>48)</sup>.

## (2) 헌법재판소 결정례

헌법재판소 결정 중 ‘불이익’에는 해당하나 비례의 원칙을 위반하였는지 여부에 따라 결론이 달라진 것으로 볼 수 있는 취지의 결정례로는, 국가보안법 피의자의 경우 일반형사범의 경우보다 장기간 구속될 수 있음을 예정한 국가보안법상 구속기간의 연장<sup>49)</sup>, 군사법경찰관에 의한 구속기간의 연장에 관한 결정<sup>50)</sup>, 형사사건으로 기소된 사립학교 교원, 공무원에 대한 직위해제 처분<sup>51)</sup>, 앞서 언급한 변호사 업무정지처분에 관한 결정 등을 들 수 있다.

국가보안법에 관한 앞의 두 결정례에서는, ‘구속기간의 연장’이란 것이 무죄추정의 원칙과 관련있는 불이익이라고 전제한 후, 해당 범죄별로 구속기간을 일반형사범의 경우보다 장기로 연장할 수 있도록 할 필요성이 있는지 등 비례의 원칙을 대입시켜 일부 조항은 합헌, 일부 조항은 위헌으로 결론지었다.

“그럼에도 불구하고, 국가보안법 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙 등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정

48) 김정환, “무죄추정 원칙의 적용범위에 관한 소고”, 형사정책연구(2006 봄), 356.

49) 헌재 1997. 6. 26. 96헌가8등, 판례집 9-1, 578 ; 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194.

50) 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311.

51) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1 ; 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58.

의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임이 명백하다.”<sup>52)</sup>

형사사건으로 기소되었다는 이유로 직위해제할 수 있도록 한 법률이 문제된 사건에서도, 위 사실만을 이유로 필요적으로 직위해제하도록 한 것은 무죄추정의 원칙에 반하나<sup>53)</sup>, 임용권자가 직위해제처분을 하기 위한 적법절차들을 앞뒤에 마련해 놓은 경우 무죄추정의 원칙에 반하지 않는다고 판단한 것도<sup>54)</sup>, 개념상 ‘불이익’에 해당하긴 하나 일정한 경우 예외적으로 무죄추정의 원칙에 반하지 않을 수 있음을 예시한 것으로 볼 수 있다.

단순히 공소제기가 되었다는 사실만으로 변호사에 대한 업무정지를 결정할 수 있도록 한 법률에 대해서도, 앞으로 제명처분에 이를 고도의 개연성이 있다거나 그대로 방치한다면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있다는 등의 요건상 제약을 부과하거나, 소명의 기회를 부여하는 적법절차도 생략한 채 법무부장관의 일방적 처분으로 업무정지되도록 한 것은 비례의 원칙에 어긋난다고 판시하기도 하였다<sup>55)</sup>.

대법원도 수사기관의 피의사실공표행위에 관하여 마찬가지로의 논리를 적용한 예가 있다.

“수사기관의 피의사실 공표행위는 공권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다는 점을 고려할 때, 수사기관의 발표는 원칙적으로 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하고, 이를 발표함에 있어서도 정당한 목적하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여져야 하며, 무죄추정의 원칙에 반하여 유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는

52) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 210.

위 헌재 2002헌마193 결정에서도 적용대상이 되는 모든 범죄에 반드시 장기간의 구속기간연장이 필요한 것인지, 구속기간의 연장이 남용될 경우를 대비한 제도적 장치가 마련되어 있는지 등을 심사한 후, 무죄추정의 원칙에 반한다고 결론지었다.

53) 위 93헌가3등 결정.

54) 위 2004헌바12 결정.

55) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 393, 398-403.

표현을 피하는 등 그 내용이나 표현 방법에 대하여도 유념하지 아니하면 아니 된다 할 것이다. 따라서 수사기관의 피의사실 공표행위가 위법성을 조각하는지의 여부를 판단함에 있어서는 공표 목적의 공익성과 공표 내용의 공공성, 공표의 필요성, 공표된 피의사실의 객관성 및 정확성, 공표의 절차와 형식, 그 표현 방법, 피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 참작하여야 할 것이다”<sup>56)</sup>

### (3) 검토

무죄추정의 원칙을 “범죄사실의 인정 또는 유죄판결을 전제로 형사절차 내에서는 물론 형사절차 이외에서의 영역에서도 일체의 불이익을 받지 않을, 형사피고인·피의자의 기본권”으로 파악하면 기본권제한의 일반원리인 비례의 원칙을 적용받게 될 것이 논리적으로 당연하므로, 무죄추정의 원칙에 비례의 원칙을 적용시키는 우리 헌법재판소의 결정례들과도 이론적으로 조화될 수 있는 장점이 있다.

하지만, 무죄추정의 원칙을 일반적 헌법원칙으로 파악하는 견해에 의하더라도 “일정한 입법목적은 달성하기 위하여 불가피한 경우 엄격히 제한된 요건 하에서” 예외가 인정될 수 있다는 논리가 불가능하지는 않다고 할 것이다. 무죄추정의 원칙이 갖는 중요성, 헌법적 의미에 비추어 볼 때, 가해서는 안되는 불이익이라면 원칙에 반하는 것이지 그 불이익의 정도에 따라 무죄추정원의 원칙 위반 여부가 결정된다는 것이 어색한 점은 있으나, 그렇게 해석하지 않으면 형사피고인·피의자의 모든 법생활 영역에 걸쳐 범죄사실의 인정을 전제로 하는 일체의 불이익을 전혀 가할 수 없다는 의미가 되는데, 이는 형사피고인·피의자가 아니었다면 당연히 가할 수 있는 합헌적인 불이익마저도 형사피고인·피의자의 지위에 있다는 이유로 절대적 면책의 특혜를 누리는 것에 다름아니기 때문이다. 특히 헌법재판소가 무죄추정의 원칙과 관련된 불이익을 구속기간 관련제도, 몰수제도, 미결구금된 피의자에 대한 처우문제뿐만 아니라, 업무정지처분, 징계처분 등 행정절차, 직무정지 등 일반 법생활영역에서까지 확대하여 파악하고 있는 점을 고려한다면 더욱,

56) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215,10222 판결.

‘불이익’에 개념상 해당하면 무조건 금지된다는 의미의 절대적 금지를 무죄추정의 원칙에 부여할 수는 없다고 할 것이다.

아무튼 헌법재판소 判例에 나타난 “... 불이익은 최소한도에 그쳐야 한다”, “가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다”는 입장에 기초하여, 위 결정례들에서 실제로 문제되었던 불이익의 대상의 내용, 부과의 목적, 그 필요성 등을 자세히 검토하면, 「무죄추정의 원칙이 금지하는 ‘불이익’의 개념에는 해당하나, 필요한 경우 최소한의 불이익을 가한 것으로서 비례의 원칙에 위반되지 않으므로 헌법에 위반되지 않는다」는 논리가 가능할 것으로 생각된다.

즉, “그와 같은 불이익을 부과하는 목적이 정당하지(부과목적의 정당성), 그와 같은 불이익을 부과하는 것이 꼭 필요한 경우인지<sup>57)</sup>(부과의 필요성), 불이익의 내용과 부과절차에 있어서 최소한의 불이익을 가하도록 절차적 제도가 마련되어 있는지<sup>58)</sup>(침해의 최소성), 불이익이 부과된 결과 장차 형사절차내에서 피고인 또는 피의자로 하여금 부당한 효과를 발생시키는지<sup>59)</sup>(침해의 효과) 등을 고려하여, 이러한 엄격한 요건을 충족시켰다면 비례의 원칙에 반하지 않는 최소한의 불이익이므로 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다”고 설명할 수 있다는 것이다.

업무정지처분, 직위해제처분 역시 ‘범죄사실 인정을 전제로 하는 불이익’

57) 위 90헌마82, 2002헌마193 결정에서 범죄별로 반드시 구속기간연장이 필요하였는지 심사한 것이 그 예에 해당한다.

58) 형사사건으로 기소된 경우 업무정지명령, 직위해제처분을 부과한 사례에서, 소명의 기회가 주어지고 변명의 기회가 주어졌거나 그러한 절차적 보장이 되어 있다면 무죄추정의 원칙에 위반하지 않는다고 판단한 사례들이 이 예에 해당한다. 헌재 1998. 5. 28. 96헌가12, 판례집 10-1, 560 ; 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58.

59) 공정거래법상 범위반사실공표명령이 무죄추정의 원칙위반이라고 판시하면서 “공정거래위원회의 고발초치 등으로 장차 형사절차내에서 진술을 해야 할 행위자에게 사전에 이와 같은 범위반사실의 공표를 하게 하는 것은 장차 형사절차내에서 범위반사실을 부인하고자 하는 행위자의 입장을 모순에 빠뜨려 소송수행을 심리적으로 위축시키거나, 법원으로 하여금 공정거래위원회 조사결과의 신뢰성 여부에 대한 불합리한 예단을 촉발할 소지가 있고, 이는 장차 진행될 형사절차에도 영향을 미칠 수 있다”고 판시한 바 있는데(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 60), ‘불이익’을 가함으로써 형사절차를 앞두고 있는 피고인에게 부당한 효과를 미칠 염려가 있는지를 심사한 예로 볼 수 있다.



에 해당하는 것에는 틀림없으나, 공소가 제기되었다는 사실이 변호사, 공무원으로서의 지위에 미치는 영향을 감안하여 위와 같은 불이익처분을 내릴 수밖에 없는 정당한 목적이 있는지(부과목적의 정당성, 부과의 필요성), 그와 같은 불이익을 부과함에 있어 기간, 요건 등을 최소화하거나 당사자에게 청문의 기회를 주는 등 적법절차를 보장하였는지(침해의 최소성), 그와 같은 불이익 부과로 말미암아 형사재판에서의 예단이 생김으로써 피고인·피의자로서 형사재판에서의 방어활동을 하는 데 부당한 위축효과가 생기는지(침해의 효과) 등을 심사하여 무죄추정의 원칙에 반할 수도, 반하지 않을 수도 있다고 보아야 할 것이고, 앞서 본 헌법재판소의 결정례들도 이러한 점을 확인시켜 주고 있다.

피의사실공표에 대해서도 마찬가지로의 논리가 적용될 수 있다. 형이 확정되지도 아니한 상태에서 피의사실을 공표하는 것은 무죄추정의 원칙상 금지되는 ‘범죄사실 인정을 전제로 하는 불이익’에 해당함이 명백하다. 하지만 국민의 알권리라는 또 다른 정당한 입법목적과의 관계에서 일정한 엄격한 요건에 부합하는 경우 그러한 불이익 부과가 허용된다고 해야 하겠기 때문이다.

## 7. 이 사건에서의 무죄추정의 원칙 위반 여부

이 사건 결정에서는 우선 무죄추정의 원칙의 법적 성격과 관련하여, 재판관 조대현만 무죄추정의 원칙을 무죄추정권이라는 ‘기본권’으로 파악하였을 뿐 법정의견, 반대의견 모두 무죄추정의 원칙을 기본권이 아닌 ‘헌법원칙’으로 파악하는 전제에서 있다.

따라서 무죄추정의 원칙과 비례원칙과의 관계에 대해서도, 재판관 조대현의 경우 무죄추정의 원칙과 비례원칙과의 관계를 기본권 제한의 일반원칙에 따른 결과로서 자연스럽게 설명하고 있다. 하지만 나머지 재판관들의 경우 비례의 원칙과의 관계를 어떻게 설명할 것인지, 무죄추정의 원칙에 예외영역이 있다는 논리를 받아들일 것인지가 선결문제였던바, 반대의견 3인의 재판관은 이를 정면으로 인정한 후 ‘불이익에 개념상 해당하나 비례원칙에 위반하지 않아 합헌’이라는 견해를 제시한 반면, 법정의견 5인의 재판관은 이 사건 법률조항이 부과하고 있는 직무정지는 무죄추정의 원칙에 반하여 위헌이

라는 결론만 제시하였을 뿐 위 문제에 대한 판단을 명시적으로 선언하지는 않은 것으로 판단된다.

### 가. 법정의견

이 사건 법률조항이 ‘금고 이상의 형이 선고되었다.’는 사실 자체에 주민의 신뢰와 직무전념성을 해칠 우려가 있다는 이유로 부정적 의미를 부여한 후 그 유죄판결의 존재를 유일한 전제로 하여 형이 확정되지도 않은 상태에서 해당 자치단체장에 대하여 직무정지라는 불이익한 처분을 부과하고 있는 것으로 파악하였다. 즉, ‘금고 이상의 형의 선고받은 사실’을 유일한 요건으로 직무를 정지시키는 것은 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익’에 해당되어 무죄추정의 원칙에 반한다고 본 것이다. 이는 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 직무정지를 가하는 이유를 범죄사실 인정을 전제로 한 비난으로 파악한 것으로서, 폐기된 이 사건 선례의 위헌의견(반대의견)과 그 논리가 일치한다.

다만, 비례의 원칙을 적용시킨 선례들과의 조화를 의식하여 부가적으로 “위와 같은 불이익을 부과함에 있어서 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건을 설정하지도 않았다.”는 점을 실시하기는 하였다<sup>60)</sup>.

### 나. 재판관 조대현의 헌법불합치의견

공무담임권 제한 부분에서 설명한 바와 마찬가지로 선거관련 범죄 또는 직무상 범죄를 저지른 경우 이외에도 직무정지를 가하는 것은 무죄추정권을 필요한 한도를 넘어 지나치게 제한하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 판단하였다.

### 다. 반대의견

우선, 무죄추정의 원칙이 금지하는 불이익이 형사절차 내에만 국한되는 것이 아니라 범생활 전체의 여타 기본권 제한영역에도 적용되는 개념으로 확대해석되고 있는 이상 형사피고인이 가지는 기본권에 대하여는 어떠한 형

60) 판례집 22-2상, 526, 543.

태의 불이익이라도 가해서는 안된다는 절대적인 의미를 무죄추정의 원칙에 부여할 수는 없으므로, 불이익이 여타 기본권 영역에 대한 제한일 경우에는 적어도, 기본권이 예외적으로 제한될 수 있듯이 무죄추정의 원칙상 금지되는 불이익도 예외적으로 허용되는 경우가 있을 수 있다고 전제하였는바<sup>61)</sup>, 이는 무죄추정의 원칙에 비례원칙을 적용하는 취지의 판시이다.

다음으로, 이 사건 법률조항이 부과하는 직무정지는 개념상으로는 ‘금고 이상의 형을 선고받았다는 유죄인정의 효과로서의 불이익’에 해당한다고 인정한 후, i) 직무정지 부과 목적의 유죄판결을 받은 자치단체장에 대한 사회·윤리적 비난에 있다기보다는 주민의 신뢰가 해쳐지고 직무의 전념성에 지장을 받는 상황으로부터 자치단체행정의 원활한 운영을 보장하려는 목적에 있다는 점(부과목적의 정당성), ii) 그러한 상황에 처한 자치단체장을 직무에서 배제시킬 절실한 필요가 있다는 점, iii) 금고 이상의 형을 선고받을 정도로 비위사실이 중한 경우에 위 유죄판결이 효력을 가지고 있는 동안만 직무정지를 가하는 등 최소한의 불이익만 가하였다는 점(침해의 최소성), iv) 직무정지가 되었다는 사실만으로는 장차 자신에 대한 형사재판절차 내에서 소송수행을 위촉시킨다거나 법원으로 하여금 예단을 갖게 하는 등의 불합리한 결과가 발생하지 않는다는 점(침해의 효과)에 비추어, 이 사건 법률조항이 부과하는 불이익은 무죄추정의 원칙에 의하더라도 예외적으로 허용된다고 판단하였다.

## 라. 검토

무죄추정의 원칙과 비례원칙과의 관계에 대해서는 이전 결정례에서 명시적인 쟁점으로 언급한 바가 없고 다만 비례원칙이 적용된다는 점을 수긍하는 듯 한 판시밖에 없었다. 무죄추정의 원칙에 예외영역이 있음을 전제하지 않는다면, 공소제기를 이유로 한 징계처분이라는 동일한 ‘불이익’, 구속기간의 연장이라는 형사절차 내의 처분이라는 동일한 ‘불이익’을 놓고도 앞서 본 바와 같이 헌법재판소가 합헌과 위헌으로 결론을 달리한 사실을 설명할 방법이 없다는 점에서 본다면, 법정의견이 명시적으로 그 부분을 밝히지 않은

61) 판례집 22-2상, 526, 558.

점이 아쉽기는 하다. 그러나 아무런 추가적 요건도 없이 ‘금고 이상의 형의 선고’를 유일한 요건으로 직무정지를 부과하는 것은 적어도 무죄추정의 원칙에 반한다는 결론은, 폐기된 이 사건 선례를 제외하고는 기존 헌법재판소의 결정례와 일치하는 내용의 것이라고 할 수 있다.

## 8. 헌법불합치주문과 선례의 변경

이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 의견이 5인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 의견이 1인이므로, 단순위헌 의견에 헌법불합치 의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 따라 헌법소원에 관한 인용결정에 필요한 심판정족수 6인에 이르게 된다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2011. 12. 31.까지 위 법률을 개정하지 아니하면 2012. 1. 1.부터 그 효력을 상실하도록 하며, 위 개정시까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체에게 이 사건 법률조항의 적용을 중지할 것을 명하였다.

또한 이 사건 법률조항에 해당하는 구 지방자치법 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 자치단체장의 공무담임권을 제한하는 것이 아니고 무죄추정의 원칙에도 저촉되지 않는다고 판시하였던 이 사건 선례는 이 사건 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경하였다.

한편, 이 사건 법률조항에 대한 헌법불합치결정으로 말미암아 이 사건 법률조항을 교육감의 경우에 준용하고 있던 지방교육자치에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 개정된 것) 제31조의 적용도 중지됨으로써, 교육감 역시 자치단체장과 마찬가지로 ‘금고 이상의 형의 선고’를 이유로 한 직무정지가 불가능하게 되었다.

## 9. 결정의 의의

주민에 의하여 직접 선출된 선거직 고위공무원인 자치단체장에 대하여 입법자가 ‘금고 이상의 형의 선고’를 요건으로 직접 직무정지를 가한 법률에 대하여는 변경된 이 사건 선례가 이미 합헌 판단을 내린 바 있었으나, 현재 제1야당 소속의 유력 정치인이 자신에 대한 정치자금법위반혐의를 부인하고

있는 상태에서, 그것도 정치자금법위반죄로 1심에서 금고 이상의 형을 선고 받은 후 치러진 지방자치선거에서 주민으로부터 그럼에도 불구하고 민주적 정당성을 위임받았다는 사정까지 추가하여 이 사건 선례의 정당성을 정면으로 문제삼은 사례여서, 이 사건 결정을 둘러싼 정치적 과잉효는 상당히 민감한 것이었다. 법리적으로도 공무담임권 침해 여부를 과잉금지원칙 위반 여부와 무죄추정의 원칙 위반 여부로 나누어 판단하는 것이 주된 쟁점이었으나, 적법절차의 원리, 지방자치선거 과정에서의 국민주권의 원리 등에 대한 고찰도 간접적으로 뒷받침되어야 하는 사건이었다.

법정의견은 이러한 쟁점들에 대한 세심한 논증을 거쳐 이 사건 선례를 변경하고 이 사건 법률조항이 헌법에 위반됨을 선언하였다. 이 사건 법률조항에 관하여 3기 재판부가 판시한 헌법적 법리에 대한 판단을 4기 재판부가 뒤집은 것으로서 의미가 매우 크다<sup>62)</sup>.

한편, 이 사건 법률조항과 똑같은 내용으로 ‘금고 이상의 형의 선고’를 이유로 한 직무정지를 농협(축협)조합장에 부과하고 있는 농업협동조합법 제46조 제4항 제3호, 제107조에 관하여도 헌법소원이 제기되어 있는 상태이며 [2010헌마562, 573, 774(병합)], 이 사건 법률조항과 같은 항 제2호의 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우’ 자치단체장의 직무를 정지시키는 법률에 대하여는 헌법재판소가 2011. 4. 28. 자치단체장의 물리적 부재상태를 근거로 한 것이므로 무죄추정의 원칙은 물론 과잉금지원칙에 위반되지도 않는다며 8: 1의 의견으로 합헌선언(2010헌마474)한 바 있다.

62) 이공현 재판관의 경우만 두 사건 모두에 관여하여, 합헌의견을 개진하였다.



## 구 문화재보호법 제44조 제7항 위헌소원

- 사업시행자로 하여금 문화재발굴비용 전부를 부담하게 하는 것이 재산권 등을 침해하는지의 문제 -  
(헌재 2010. 10. 28. 2008헌바74, 판례집 22-2하, 41)

오 동 운\*

### 【판시사항】

1. 건설공사를 위하여 문화재발굴허가를 받아 매장문화재를 발굴하는 경우 사업시행자로 하여금 그 발굴비용 전부를 부담하도록 한 구 문화재보호법 제44조 제4항 제2문 및 제3문 중 ‘제44조 제1항 제2호에 관한 부분’이 사업시행자의 재산권 등 기본권을 침해하는 것인지 여부
2. 국가 또는 지방자치단체로 하여금 문화재 발굴비용을 부담하는 범위에 관하여 대통령령에 위임하고 있는 구 문화재보호법 제44조 제4항 제3문이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 문화재보호법(1995. 1. 5. 법률 제4884호로 개정되고, 1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4항 제2문 및 제3문 중 ‘제44조 제1항 제2호에 관한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 위헌인지 여부이다.

구 문화재보호법(1995. 1. 5. 법률 제4884호로 개정되고, 1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것)

제44조(발굴의 제한) ④ 문화체육부장관은 제1항 제2호 또는 제3호의 경우에 그 문화재의 보존상 필요하다고 인정할 때에는 이를 직접 발굴하거나

---

\* 헌법연구관

그가 지정하는 자로 하여금 발굴하게 할 수 있다. 이 경우 그 발굴에 소요되는 경비는 그 공사의 시행자가 부담한다. 다만, 대통령령이 정하는 건설공사 시행중의 발굴에 소요되는 경비는 예산의 범위 내에서 국가 또는 지방자치단체가 부담할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 사건의 진행과정

가. 청구인은 1994. 4. 19.경 문화체육부장관으로부터 경주 보문단지에서의 경주 경마장 설치계획을 승인받고 1994. 6. 8.경 경주시장에게 경마장 예정부지인 경주시 손곡동 및 천북면 물천리 일대의 문화재 매장 가능 여부에 대하여 확인을 요청하여 1994. 6. 11.경 경주시장으로부터 경마장 예정부지에는 신라 요지(窯址)가 소재하지 않아 경마장 건설사업에 지장이 없다는 회신을 받았으며, 이에 같은 달 16.경 문화체육부장관에게 경주 경마장 건설사업 시행허가신청을 하여 같은 달 28.경 문화체육부장관으로부터 ‘경마장 건설 도중 매장문화재 발견시 문화재보호법에 의한 문화재 보호조치 철저히 시행’을 유의사항으로 하여 경주 경마장 건설사업 시행허가를 받았다.

나. 문화재관리국장은 1994. 12. 22.경 청구인에게 위 경마장 예정부지에 ‘유적의 중심연대가 5세기 말에서 6세기 초인 고분군 7개소, 토기 가마터 2개소, 유물 산포지 1개소 등 10개 지역군(건설부지의 약 30% 지역)에 유적이 분포한다.’는 내용의 지표조사결과를 통보하면서 적법절차에 따라 발굴조사를 실시하고 발굴조사 결과를 토대로 중요 유적 등의 보존대책을 수립할 것을 요청하였다.

다. 문화체육부장관은 1995. 3. 3.경 청구인에게 ‘계획대로 부지 매입 등 사업에 조속히 착수하라.’는 내용의 공문을 보냈고, 이에 청구인은 1995. 8. 1.경 경주시장으로부터 문화재보호법에 의한 시·발굴을 위한 인허가 절차를 밟은 후 발굴을 시행하여야 하며 발굴된 유물에 대하여는 보존대책을 수립할 것을 인가조건으로 하여 경주 경마장 건설사업 시행자 지정 및 실시계획 인가를 받았으며, 1995. 3. 7.경부터 1996. 4.경까지 경주시를 통하여 경주 경마장 사업부지로 경주시 손곡동 및 천북면 물천리 일대 446필지 930,934



m<sup>2</sup>(이하 ‘이 사건 건설부지’라 한다)를 매수하였다.

라. 한편, 청구인은 1995. 5. 6.경 경주시장과 경주 경마장 건설을 위한 문화유적 시굴조사 위·수탁 협약을 맺었고, 경주시장은 1995. 5. 9.경 위 협약에 따라 경주문화재연구소에 시굴조사를 의뢰하고, 1995. 5. 19.경 경상북도지사를 통하여 문화재관리국장에게 이 사건 건설부지 내 문화유적을 시굴조사하고자 한다며 ‘시굴자는 청구인, 소요경비 530,000,000원은 청구인이 부담’하는 것으로 하여 시굴조사 허가신청을 하였고, 이에 문화재관리국장은 1995. 5. 24.경 경상북도지사에게 ‘발굴대상 문화유적에 대하여 시굴조사를 실시하여 문화유적의 규모·분포 범위를 규명한 후 발굴기간, 발굴조사단 구성, 발굴범위 등 발굴계획을 재수립하여 보고하되 발굴조사단은 유적관련 전문가를 충원 조정할 것’을 허가조건으로 하고 ‘발굴경비부담자는 청구인, 발굴기간은 착수일로부터 243일간’으로 하여 시굴허가를 하도록 하였다.

마. 경주문화재연구소는 위 의뢰에 따라 1995. 8. 16.경부터 1996. 6. 15.경까지 이 사건 건설부지 내 문화유적 시굴조사를 하였고, 청구인은 위와 같은 위·수탁 협약에 따라 경주시장에게 시굴비용으로 405,581,620원을 지급하였다.

바. 문화재관리국장은 1996. 8. 31. 경주시 손곡동 337-2 외 64필지 중 청동기-조선시대 유적지 약 21,741평에 대해, 발굴기간은 착수일로부터 600일간으로 하고, ‘발굴완료 후 발굴지 주변정리 및 원상복구를 철저히 할 것’을 허가조건으로 하여 청구인에게 발굴을 허가하였고, 이에 청구인은 경주시와 1996. 10. 31. 일부 지역에 대하여 발굴조사비를 2,421,709,000원으로, 1997. 3. 7. 나머지 지역에 대하여 발굴조사비를 각 676,964,000원, 3,884,729,000원으로 하여 이 사건 건설부지 내 문화유적 발굴조사 위·수탁 협약을 체결하였으며, 그에 따라 경주시장은 경주문화재연구소, 한국문화재보호재단, 동국대학교 경주캠퍼스 박물관에 발굴조사를 의뢰하여 발굴조사가 이루어졌다.

사. 문화재청장(1999. 5. 24. 법률 제5982호 정부조직법 개정으로 문화재관리국장에서 명칭이 변경되었다)은 2001. 2. 9. 이 사건 건설부지 대부분을 사적으로 가지정하였고, 같은 해 4. 28. 사적 제430호로 지정하였으며, 이에 따라 청구인은 경주시장에게 경주 경마장 건설사업 추진을 포기한다고 밝히고, 2001. 7. 7.경 농림수산부에 경주 경마장 건설사업 폐지승인 신청을 하여 같

은 달 11.경 폐지승인을 받았다.

아. 한편, 문화재청장은 2001. 6. 5.경 청구인에게 위 발굴조사 지역에 대하여 원상복구를 명하였고, 이에 청구인은 2001. 6.경부터 2001. 11.경까지 복토, 배수로 및 막음보 설치 등의 원상복구를 하였다.

자. 청구인은 이 사건 문화재 시·발굴 조사로 인한 비용 4,116,698,698원과 발굴조사지역 원상복구비용 181,514,40원을 부담하는 손해를 입고, 국가는 법률상 원인 없이 위 금액 상당의 부당이득을 얻었으므로 국가는 청구인에게 위 금액 상당을 반환할 의무가 있다는 등을 청구원인으로 하는 소송을 제기하였는데(서울중앙지방법원 2006가합93132호), 위 소송계속 중에 구 문화재보호법(2005. 1. 27. 법률 7365호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘2005. 1. 27. 개정 구 문화재보호법’이라 한다) 제44조 제7항에 대한 위헌법률심판제청신청(서울중앙지방법원 2007카기8222)을 하였으나, 위 법원이 2008. 5. 28. 위 신청을 기각하고 위 소송의 청구를 기각하자, 2008. 7. 17. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장, 위헌심판 제청신청 기각 결정 이유 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장 요지

(1) 이 사건 법률조항은 건설공사를 위하여 문화재 발굴이 필요한 경우 문화재청장이 이를 직접 발굴하거나 문화재청장이 지정하는 자로 하여금 발굴하게 할 수 있도록 하는 한편, 원칙적으로 그 발굴에 소요되는 경비를 그 공사의 시행자가 부담하도록 하고 있고 이에 대한 보상청구나 비용상환청구를 할 수 없도록 하여 청구인의 재산권인 보상청구권 내지 비용상환청구권을 침해한다.

(2) 이 사건 법률조항은 건설공사가 정상적으로 진행되어 완료되었는지, 건설공사로 인하여 시행자가 얼마만큼의 개발이익을 얻었는지를 묻지 않고 무조건 공사의 시행자가 발굴에 소요되는 비용 전부를 부담하도록 강제하고 있어, 청구인과 같이 건설부지의 대부분이 사적으로 지정되어 어쩔 수 없이 건

설사업을 포기한 자도 발굴에 소요된 비용 전부를 부담할 수밖에 없게 된다.

발굴조사비용을 사업시행자에게 부담시키는 것은 개발로 인하여 파괴되는 공공자산에 대한 보상의 의미가 있을 뿐만 아니라 개발이익을 환원하는 의미도 포함되어 있는 것으로 보이는데, 청구인의 경우와 같이 건설공사가 중도에 무산되고 시행자가 아무런 이익도 얻지 못한 경우에 대해서까지 시행자에게 발굴조사비용을 부담시키는 것은 피해의 최소성과 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 사업시행자인 청구인의 재산권을 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다.

(3) 이 사건 법률조항은 발굴조사비용을 원칙적으로 사업시행자가 부담하도록 하고 있으면서 그 단서에서 “다만, 대통령령이 정하는 건설공사로 인한 발굴에 소요되는 경비는 예산의 범위 내에서 국가 또는 지방자치단체가 부담할 수 있다.”고 하여 발굴조사비용 시행자 부담원칙의 예외를 인정하고 있으며, 구 문화재보호법 시행령 제31조의2는 건축연면적이 일정 기준 이하인 소규모 건설공사에 대하여는 발굴조사비용을 국가 또는 지방자치단체가 부담할 수 있도록 하고 있는바, 이처럼 대규모 건설공사를 시행하는 시행자에 비하여 소규모 건설공사의 시행자를 우대하는 것에는 아무런 합리적인 이유가 없으므로, 대규모 건설공사를 시행하는 시행자를 차별대우하는 이 사건 법률조항은 헌법상 평등원칙에 위배된다.

#### 나. 위헌심판 제청신청 기각 이유 요지

이 사건 법률조항은 원칙적으로 금지되는 매장문화재 발굴에 대하여 건설공사를 위하여 부득이한 필요가 있는 경우에 그 발굴을 허가하되, 원칙적으로 그 발굴로 인하여 자신의 목적을 달성하려 하는 공사의 시행자에게 원칙적으로 경비를 부담시키고, 다만 일정한 예외적인 경우에 국가나 지방자치단체로 하여금 경비를 부담하도록 하는 조항인바, 입법취지에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 평등원칙을 규정한 헌법 제11조 제1항, 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항 및 기본권 제한의 최소침해원칙을 규정한 헌법 제37조에 반한다고 볼 수 없다.

### 다. 문화재청장의 의견 요지

문화재보호법은 국가가 헌법에 의하여 부여된 문화재보호의 책무를 수행하기 위해 구체화된 입법이라 할 것이므로, 국민 개개인의 기본권과 충돌하는 경우에는 기본권의 제한 정도를 심사함에 있어서 문화재 보호가 국가의 헌법적 책무이고 동시에 국민의 헌법적 의무가 된다는 점을 기준으로 삼아야 한다.

문화재보호법 제3조는 “문화재의 보존·관리 및 활용은 원형 유지를 기본 원칙으로 한다.”고 규정하여 원형보존의 원칙을 천명하고 있으며, 문화재보호법은 매장문화재의 보존에 관해서도 원형 보존을 원칙으로 하여 매장문화재에 대한 발굴을 원칙적으로 금지하고 있다. 또한 예외적으로 발굴을 허용하는 경우에도 법률이 정하는 사유로 제한하며, 반드시 허가받은 전문 발굴 기관으로 하여금 발굴하게 하여야 하고, 발굴을 허가한 이후에도 문화재의 보존을 위하여 필요한 때에는 언제든지 발굴의 중지를 명하거나 발굴허가를 취소할 수 있고, 발굴 도중 또는 발굴이 완료된 이후에도 출토 유물의 보존을 위한 각종 의무를 부여하고 있다.

이 사건 법률조항은 매장문화재가 포장되어 있는 토지를 개발하기 위하여 예외적으로 매장문화재의 발굴을 허용하되, 다만 발굴에 소요되는 경비는 원인제공자의 비용부담 원칙(PPP, Polluter Pays Principle)에 따라 문화재 훼손의 원인을 제공한 사업시행자에게 부담하도록 규정한 것으로, 이는 재산권의 내재적 한계에 의하여 정당화될 수 있고, 헌법 제23조 제3항에서 말하는 특별한 희생에 해당하지 아니하기 때문에 이 사건 법률조항이 청구인의 재산권을 침해하였다고 할 수 없다.

이 사건 법률조항은 기본권의 내재적 한계를 정한 규정이므로 기본권의 제한이라고 보기는 어렵다고 할 것이어서, 기본권 제한의 한계에 관한 법리인 과잉금지의 원칙이 적용될 여지가 없다.

설령 이 사건 법률조항에 의하여 청구인의 기본권이 제한되는 것으로 보아 기본권 제한의 목적과 청구인의 수인가능 정도를 비교형량하더라도 비례성의 원칙을 위반하였다고 볼 수는 없다. 이 사건 법률조항에 의한 발굴조사 비용의 부담은 청구인의 자유로운 판단에 의한 것으로, 청구인은 매장문화재

의 발굴을 포기함으로써 얼마든지 비용부담을 면할 수 있었으며, 매장문화재의 발굴은 오로지 청구인의 이익을 위하여 이루어졌다. 청구인은 개발이익을 얻고자 매장문화재가 포함되어 있는 토지를 개발함으로써 개발이익을 얻고자 문화재 출토의 위험을 부담하고 개발에 착수하였으나 결과적으로 개발에 실패하였을 뿐이며, 이러한 사업 실패로 인한 손실에 대해서 국가보상청구권을 주장하는 것은 정당성을 인정받기 어렵다.

한편, 평등의 판단 기준은 입법자의 자의적 차별인지 여부를 기준으로 하고 있는데, 이 사건 법률조항이 소규모 주택의 신축과 개량, 농어민 또는 개인 사업자들의 소규모 공사와 관련하여서 예산이 허용하는 범위 내에서 국가나 지방자치단체의 부담으로 발굴조사비용을 지원하는 것은 우리 사회가 용인할 수 있는 합리적인 차별이라 할 것이므로 평등원칙에 위배되지 아니한다.

### 【결정요지】

1. 구 문화재보호법(1995. 1. 5. 법률 제4884호로 개정되고, 1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4항 제2문은 건설공사 과정에서 매장문화재의 발굴로 인하여 문화재 훼손 위험을 야기한 사업시행자에게 원칙적으로 발굴경비를 부담시킴으로써 각종 개발행위로 인한 무분별한 문화재 발굴로부터 매장문화재를 보호하는 것이어서 입법목적의 정당성, 방법의 적절성이 인정되고, 발굴조사비용 확대에 따른 위험은 사업계획단계나 사업자금의 조달 과정에서 기업적 판단에 의해 위험요인의 하나로서 충분히 고려될 수 있는 것이고, 사업시행자가 발굴조사비용을 감당하기 어렵다고 판단하는 경우에는 더 이상 사업시행에 나아가지 아니할 수 있으며, 대통령령으로 정하는 경우에는 예외적으로 국가 등이 발굴조사비용을 부담할 수 있는 완화규정을 두고 있어 최소침해성 원칙, 법익균형성 원칙에도 반하지 아니하므로 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라고 볼 수 없다.

2. 구 문화재보호법 제44조 제4항 제3문은 국민의 기본권을 제한하는 조항이 아니라, 시행자 비용부담원칙을 완화시켜주는 조항으로서 수혜적 성격을 가지고 있는바, 수혜대상의 범위를 정함에 있어서는 국가의 예산상황 및

지방자치단체별 경제수준, 개발사업에 미치는 영향 등 구체적인 사정을 고려하여 결정하여야 하므로 이를 반드시 입법자가 법률로써만 규정해야 한다고 보기 어렵고, 구체적인 발굴조사비용 지원대상의 범위에 관하여 이를 시행령에 위임하는 경우에도 그 위임조항의 내재적인 위임 범위나 한계를 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 포괄위임금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

### 재판관 이강국, 재판관 조대현의 반대의견

이 사건 법률조항은 건설공사의 예정지에 문화재가 매장된 경우에 문화재의 보존상 필요를 이유로 건설공사 시행자에게 발굴허가를 해주지 않고 국가가 직접 또는 대행자를 시켜 발굴하는 경우에도 그 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 규정으로서, 문화재를 보존하기 위하여 필요한 경우에 건설공사 시행자에게 발굴허가를 해주지 않고 국가가 직접 또는 대행자를 시켜 발굴하는 것은 국가의 문화재 보존의무를 이행하기 위한 것으로서 헌법상 허용된다고 할 것이나, 그 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 합리적인 이유도 없이 부당한 재산상 부담을 지워 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

국가가 이 사건 법률조항에 의하여 건설공사 예정지에서 매장문화재를 발굴하는 것은 그 문화재의 보존상 발굴할 필요가 있다고 인정했기 때문이고, 국가의 문화재 보존의무를 이행하기 위한 것이며 건설공사를 가능하게 하기 위한 것이 아니다. 건설공사 시행자는 건설공사 예정지에서 국가가 문화재를 발굴함으로써 인하여 어떠한 혜택을 받는 것이 아니라 그 발굴행위에 지장을 주는 건설공사를 중지하여야 하는 불이익을 입을 뿐이다. 그리고 문화재 발굴의 이익은 국가에게 귀속되는 것이지 건설공사 시행자에게 귀속되는 것이 아니다. 그러므로 매장된 문화재의 발굴비용은 당연히 국가가 부담하여야 하는 것이고, 그것을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 필요성과 합리성을 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정하기 어렵다.

건설공사 시행자가 발굴허가를 받아 문화재를 발굴한 경우에는 건설공사 시행자가 국가의 문화재 보존의무를 대행한 것이므로, 국가가 문화재 발견자

에 대한 보상과는 별도로 그 발굴비용을 보상함이 마땅하다고 할 것이다. 구 문화재보호법 제48조 제2항은 발굴된 문화재가 국가에 귀속하는 경우에 문화체육부장관이 발견자와 토지소유자 등에게 보상금을 지급하고 발견 또는 발굴의 경비를 지출한 경우에는 보상금 지급액의 분배에 참작하도록 규정하고 있지만, 충분하지 않다. 따라서 이 사건 법률조항은 재산권 침해의 최소성도 인정하기 어렵다.

건설공사 예정지 안에서 문화재가 발견된 경우에 문화체육부장관이 직접 또는 대행시켜 발굴한 경우는 물론이고 건설공사 시행자가 허가받아 발굴한 경우에도, 발굴된 문화재의 소유자가 판명되지 않으면 그 문화재의 소유권은 국가에게 귀속되고 건설공사 시행자에게 귀속되지 아니한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 그 발굴비용을 전부 건설공사 시행자에게 귀속시키는 것은 문화재 보존을 위하여 건설공사 시행자를 일방적으로 희생시키는 것이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 재산권 제한의 법익균형성도 인정할 수 없다.

## 【해설】

### 1. 매장문화재 발굴조사 개관

#### 가. 발굴의 개념, 종류

발굴은 옛무덤, 조개무덤, 고생물자료, 천연동굴, 그 밖에 매장문화재가 포장되어 있는 것으로 인정되는 토지와 해저를 과학적인 방법으로 조사하는 것을 말한다.

발굴의 종류를 나누어 보면, 학문상의 문제를 규명하기 위한 자료를 얻고자 연구자가 연구목적에 따라 대상을 선택하고 그 목적에 합당한 방법으로 진행되는 학술발굴과 건설공사·토목공사 이전 또는 시행 중에 인위적으로 파괴되거나 파괴될 우려가 있어서 보존의 어려움이 있을 때에 기록 및 보존을 위하여 행하는 구제발굴이 있다. 그리고 발굴조사단계에 따라, 문헌 및 자료조사와 본 발굴 이전에 주변지역을 육안으로 파악하여 매장문화재 분포 여부 등을 개괄적으로 확인하는 지표조사, 지표조사 결과 매장문화재 부존이 추정되는 지역에 대하여 전체 유적조사 보다는 특정부분을 먼저 조사하여

대상의 전모를 파악하고 본 발굴의 범위를 정하는 시굴조사, 전면발굴에 해당하는 발굴조사로 나눌 수 있다<sup>1)</sup>.

#### 나. 매장문화재 발굴조사 절차, 매장문화재의 처리

문화재가 토지 속에 매장되어 있는 경우에, 문화체육부장관은 문화재위원회의 조사·심의(구 문화재보호법(1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 문화재보호법’, 또는 괄호 안에서는 ‘구법’이라 한다) 제3조 제1항 제8호)를 거쳐 발굴할 필요가 있다고 인정하면 발굴할 수 있고(구법 제45조 제1항) 문화체육부장관이 문화재가 매장된 토지를 발굴할 경우에는 토지소유자 등은 이를 용인(容認)하여야 하고 거부하거나 방해할 수 없다(구법 제45조 제3항). 그리고 건설공사(토목공사 포함)의 시행자가 건설공사의 예정지 안에 문화재 매장사실을 발견한 때에는 그 사실을 문화체육부장관에게 신고하여야 하고(구법 제43조) 스스로 발굴할 수 없으며, 건설공사를 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우에도 문화체육부장관의 발굴허가를 받아야 비로소 발굴할 수 있고(구법 제44조 제1항 제2호), 이 경우에도 문화재가 훼손되지 않도록 하기 위하여 필요한 사항(문화재 전문가로 하여금 발굴하게 하고 그 발굴행위에 지장을 주는 건설공사를 중지하는 것 등)의 지시를 받으면 이를 준수하여야 하고(구법 제44조 제2항), 발굴을 완료한 때에는 지체없이 그 결과를 문화체육부장관에게 신고하여야 하고 문화체육부장관은 발굴된 문화재의 보존·관리에 필요한 사항을 지시할 수 있다(구법 제44조 제3항).

그 후 개정된 구 문화재보호법(1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정된 것)에 의하면, 대통령령으로 정하는 건설공사의 시행자는 그 건설공사의 사업계획 수립 시 해당 공사 지역에 대한 유적의 매장과 분포 여부를 확인하기 위하여 문화재 지표조사를 실시하여야 하고(법 제91조 제1항), 지표조사에 필요한 경비는 해당 사업의 시행자가 부담하도록 되어 있다(법 제91조 제8항).

한편, 매장문화재가 발견신고되었으나 소유자가 판명되지 아니한 경우, 문화재청장의 허가를 받아 발굴하거나 국가에 의한 발굴로 문화재가 발견된

1) 김창규, 문화재보호법 개론, 동방문화사, 2008, 236면 참조



경우, 유실물법에 따라 매장물이나 유실물로서 경찰서장에게 제출된 물건이 문화재로 인정되었으나 소유자가 판명되지 아니한 경우에는 공고한 후 30일 이내에 해당 문화재의 소유자임을 주장하는 자가 있으면 문화체육부장관은 대통령령으로 정하는 소유권 판정 절차를 거쳐 정당한 소유자에게 반환하고, 정당한 소유자가 없으면 국가에서 직접 보존할 필요가 있는 해당 문화재는 민법 제253조와 제254조에도 불구하고 국가에 귀속한다(구법 제48조 제1항).

문화재청장은 매장문화재가 국가에 귀속한 경우 해당 문화재의 발견자, 습득자 및 발견된 토지나 건조물 등의 소유자에게 유실물법 제13조에 따라 보상금을 지급한다(구법 제48조 제2항)고 규정하였다가, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 구 문화재보호법 제61조 제4항은 “제54조에 따라 매장문화재가 발견 신고된 장소[발견 신고가 원인이 되어 발굴하게 된 지역 또는 그 곳과 유구(遺構)가 연결된 지역을 포함한다]에서 제55조 제1항 단서, 같은 조 제7항 전단 및 제57조 제1항에 따라 발굴된 매장문화재는 제2항에 따른 보상금지급의 대상이 되는 발견으로 보지 아니한다.”는 조항을 신설하여, 유실물법에 따른 보상금 지급제도를 폐지하기에 이르렀다.

## 다. 외국의 입법례

(1) 독일 라인란트 팔츠 주 문화재보호법(DSchG)<sup>2)</sup> 제21조(발굴조사 허가, 신고, 비용부담)

①, ②항 생략

③ 공적이거나 사적인 건설 또는 개발계획, 광물자원 채취계획의 시행자는, 총 공사비용이 50만 유로를 넘는 자에 한하여, 야기자로서, 합리적인 범위 내에서, 지질학적·고고학적 조사, 발굴비용과 조사보고비용을 부담할 의무가 있다.

총 공사에정 금액의 100분의 1을 넘지 않아야 하는 이러한 비용부담에 대하여는 문화재보호국이 결정한다. 문화부는 위 규정의 이행을 위하여 요구되는 규칙을 정한다.

2) 독일은 각 주별로 다른 문화재보호법을 가지고 있는데, 비용부담에 관하여 명확한 규정을 둔 독일 주법의 예이다.

## (2) 일본의 문화재보호법

문화재보호법 제92조 토지에 매장되어 있는 문화재에 대하여, 그 조사를 위해 토지를 발굴하려고 하는 자는, 문부과학성령이 정한 사항을 기재한 서면을 가지고, 발굴에 착수하려는 날 30일 전에 문화청장관에게 신고하여야 한다.

문화재보호법 제99조 ① 지방공공단체는, 문화청장관이 발굴을 실시하는 것을 제외하고, 문화재에 대하여 조사할 필요가 있다고 인정되는 때에는, 매장문화재를 포함한다고 인정되는 토지의 발굴을 실시할 수 있다.

### ②~④ 생략

⑤ 국가는 지방공공단체에 대하여 제1항의 발굴에 필요한 경비의 일부를 보조할 수 있다.

일본 문화재보호법에는 매장문화재 발굴비용의 사업시행자 부담 여부에 관하여 특별히 규정하고 있지 아니하며, 사업시행자 등의 비용부담에 의한 발굴조사 실시는 “매장문화재관계 사무처리의 신속적정화에 대하여”라는 문화청차장통지에 의하여 각 도도부현교육위원회의 행정지도에 따른다.

## 2. 국가의 문화재 보호의무와 문화재 원형보존의 원칙

헌법 제9조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정함으로써 문화국가의 이념을 천명함과 동시에 국가에 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위한 노력의무를 부과하고 있는바, 이러한 헌법적 요청에 따라 국가는 문화재를 보호할 의무가 있다. 이에 문화재보호법은 국가의 이와 같은 헌법상 의무를 구체화하여 국가 및 지방자치단체는 각종 개발사업을 계획·시행할 경우 문화재가 훼손되지 않도록 노력해야 한다고 규정하고 있다(구 문화재보호법 제75조의2).

그런데 문화재는 국가적·민족적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 크고, 한번 훼손되면 그 회복 자체가 곤란한 경우가 많은 뿐만 아니라, 회복이 가능하더라도 막대한 비용과 시간이 소요된다. 따라서 문화재의 보존·관리 및 활용을 할 때에는 원칙적으로 문화재의 원형을 그대로 유지할 것이 요구되는바, 이러한 취지에서 문화재보호법 제3조는 “문화재의

보존·관리 및 활용은 원형 유지를 기본원칙으로 한다.”고 규정하여 원형보존의 원칙을 천명하고 있다.

이에 따라 구 문화재보호법 제44조 제1항은 매장문화재 원형보존의 원칙에 입각하여, 연구 목적으로 발굴하는 경우(학술발굴), 건설공사를 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우와 건설공사 시행 중 그 토지와 해저에 매장문화재가 포장된 것으로 인정되어 부득이 발굴할 필요가 있는 경우(구제발굴)로서, 대통령령이 정하는 바에 따라 문화재청장의 허가를 받은 경우를 제외하고는 원칙적으로 매장문화재의 발굴을 금지하고 있는 것이다.

### 3. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 입법취지

이 사건 법률조항의 입법연혁에 대하여 살펴보면, 문화재보호법은 1995. 1. 5. 법률 제4884호로 개정되기 전에는 제44조 제4항에서 구제발굴의 경우에 어떠한 예외도 없이 사업시행자로 하여금 매장문화재의 발굴조사비용을 부담하도록 규정하였다가, 법 개정을 통하여 “대통령령이 정하는 건설공사 시행 중의 발굴에 소요되는 경비는 예산의 범위 내에서 국가 또는 지방자치단체가 부담할 수 있다.”라는 단서를 추가함으로써 이 사건 법률조항과 같이 변경되었다.

이후 1999. 1. 29. 법률 제5719호, 1999. 5. 24. 법률 제5982호, 2001. 3. 28. 법률 제6443호의 개정을 통하여 약간의 자구 수정을 거친 점을 제외하고는, 이 사건 법률조항과 동일한 내용이 제44조 제4항에 위치하고 있다가, 2005. 1. 27. 법률 제7365호 개정을 통하여 같은 내용이 제44조 제7항에, 2007. 4. 11. 법률 제8346호 전부 개정을 통하여 같은 내용이 제55조 제7항에 각 규정되었으며, 2010. 2. 4. 법률 제10001호에 의하여 ‘매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률’이 제정되면서 이와 유사한 내용이 같은 법 제11조 제3항에 규정되기에 이르렀다.

이 사건 법률조항은 건설공사·토목공사를 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우에 원칙적으로 발굴에 소요되는 경비는 그 공사의 시행자가 부담하도록 하고, 다만 대통령령이 정하는 건설공사로 인한 발굴에 소요되는 경비는 예산의 범위 내에서 국가 또는 지방자치단체가 부담할 수 있도록 함으

로써, 구제발굴에 소요되는 발굴조사 경비에 대한 시행자 부담원칙을 규정하고 있다.

이는 구분별한 개발사업에 따른 문화재훼손을 막기 위하여 원칙적으로 개발사업의 시행자에게 매장문화재 발굴조사비용을 부담시킴으로써, 문화재 보존지역의 개발유인을 가급적 억제하여 매장문화재를 보호하기 위한 취지에서 마련되었다고 할 것이다.

#### 4. 이 사건 법률조항의 기본권 침해 여부

##### 가. 재산권 침해 여부

이 사건 법률조항에 의해 사업시행자인 청구인은 이 사건 건설부지상의 매장문화재 발굴조사비용 전부를 부담해야 하므로 헌법 제23조의 재산권을 제한받게 된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 판단하기 위해서는 이와 같은 제한이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 헌법상 기본권인 재산권을 침해하는지 여부를 살펴보아야 할 것이다.

##### (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

###### (가) 합헌론

앞서 본 바와 같이 헌법 제9조는 문화국가의 이념을 천명함과 동시에 국가에 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위한 노력의무를 부과하고 있다.

그런데 개발이익을 목적으로 하는 각종 개발사업이 전 국토에 걸쳐 구분별하게 이루어지면, 토지의 현상변경으로 인하여 매장문화재가 훼손될 수 있다. 그럼에도 불구하고 이를 규제하지 않을 경우, 장기적인 연구와 계획 및 현재의 발굴기술 상황에 대한 고려도 없이 사업시행 일자에만 맞추어 함부로 매장문화재의 발굴에 착수함으로써, 원형으로 보존되어 있던 매장문화재를 훼손할 수 있는 위험을 야기하게 된다. 비록 건설공사 시행자가 아니라 국가가 직접 매장문화재를 발굴하거나 문화체육부장관이 지정하는 자로 하여금 발굴하게 하는 경우라 할지라도, 이는 장기적인 연구와 계획이 뒷받침된 후에 문화재위원회의 조사·심의를 거쳐 발굴에 착수하는 것이 아니라,

건설공사의 시행에 의해 매장문화재의 훼손 위험이 발생한 상황에서 그 발굴이 사실상 유도되었다고 할 것이므로, 문화재의 훼손 위험은 마찬가지로 존재한다고 보아야 한다.

이처럼 이 사건 법률조항은 원칙적으로 건설공사 과정에서 매장문화재의 발굴로 인하여 문화재 훼손 위험을 야기한 사업시행자에게 발굴경비를 부담 시킴으로써, 각종 개발행위로 인한 무분별한 문화재 발굴로부터 매장문화재를 보호하는 것을 입법목적으로 하는바, 이는 문화재 보호라는 헌법적 요청을 실현하기 위한 것으로서 그 정당성이 인정된다고 할 것이다.

또한, 이 사건 법률조항은 오로지 경제적 동기에 의하여 매장문화재를 발굴하려는 사업시행자로 하여금 매장문화재 발굴조사비용을 부담시킴으로써, 문화재 보존지역에 있어서만큼은 가급적 사업시행자의 개발유인을 억지하고자 하는 것이므로, 매장문화재 보호라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다고 할 것이다.

#### (나) 위헌론

이 사건 법률조항에 의하여 문화체육부장관이 문화재를 발굴하는 것은 문화재의 보존상 필요하다고 인정하는 경우이다. 그러한 발굴행위는 문화재를 보존하여야 할 국가의 의무를 이행하기 위한 것이므로, 그 비용은 국가가 스스로 부담함이 마땅하고 건설공사 시행자에게 부담시킬 이유가 없다.

문화재는 원래의 모습대로 보존하여야 하므로, 건설공사 예정지 안에 문화재가 매장되어 있는 경우에는 문화재를 덮고 있는 흙을 파내고 문화재를 원래의 모습대로 드러내어 보존하여야 한다. 유형문화재이든 기념물이든 문화재를 땅 속에 매장된 채로 방치하는 것은 문화재를 보존하는 행위라고 볼 수 없다. 매장된 문화재가 고분이나 가마터인 경우에도 고분이나 가마터 자체를 훼손하거나 변형시키는 것은 허용될 수 없지만, 고분이나 가마터를 원래의 모습대로 드러내기 위하여 그것을 덮고 있는 흙을 파내야 한다. 이러한 발굴행위는 땅속에 묻혀 있는 문화재를 찾아내 원래의 모습대로 드러내는 행위이고 문화재의 원형을 그대로 유지하며 보존하고자 하는 행위라고 할 것이다.

따라서 문화재가 땅속에 묻혀 있는 경우에는 국가는 그 문화재를 원래의

모습대로 보존하기 위하여 그것을 발굴하여 원형을 드러내어 보존하여야 하고, 이러한 행위는 국가가 문화재 보존의무를 이행하기 위하여 마땅히 하여야 할 활동이므로, 건설공사의 추진이 매장문화재의 발견 및 발굴의 원인이었다고 하여 그 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시킬 수 없다.

국가가 이 사건 법률조항에 의하여 건설공사 예정지에서 매장문화재를 발굴하는 것은 그 문화재의 보존상 발굴할 필요가 있다고 인정했기 때문이고, 국가의 문화재 보존의무를 이행하기 위한 것이며 건설공사를 가능하게 하기 위한 것이 아니다. 건설공사 시행자는 건설공사 예정지에서 국가가 문화재를 발굴함으로써 인하여 어떠한 혜택을 받는 것이 아니라 그 발굴행위에 지장을 주는 건설공사를 중지하여야 하는 불이익을 입을 뿐이다. 그리고 문화재 발굴의 이익은 국가에게 귀속되는 것이지 건설공사 시행자에게 귀속되는 것이 아니다. 그러므로 매장된 문화재의 발굴비용은 당연히 국가가 부담하여야 하는 것이고, 그것을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 필요성과 합리성을 인정할 수 없다.

문화재보호하는 이 사건 법률조항의 당초 입법목적과는 달리, 위 법률조항은 문화재 발굴로 인한 공사기간 지체에 더하여 아무런 제한 없이 사업시행자로 하여금 문화재 조사·발굴비용을 부담하게 함으로써, 이러한 부담을 피하려는 사업시행자들에 의하여 불법적인 문화재 파괴 행위까지 나타나고 있다. 따라서 이 사건 법률조항과 같은 불합리한 규정을 두고서, 국가가 헌법 제9조에 의한 문화재보호의무를 다하고 있다고 말할 수는 없을 것이다.

이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정하기 어렵다<sup>3)</sup>.

3) 박은정 교수는, 우리나라의 경우 1996년 매장문화재 발굴 건수가 192건이고, 일본의 경우 1995년도의 발굴건수가 36,557건임을 지적하면서, 국토면적, 인구비례를 감안하더라도, 연간 발굴건수가 10,000건 정도는 되어야 할 것이라고 지적하면서, 매장문화재 파괴행위가 널리 행해지고 있음을 지적하고 있다. 박은정, 매장문화재보호를 위한 대책-문화재보호법의 문제를 중심으로-, 법학논집 3권 1·2호, 46, 이화여자대학교 법학연구소

문화재청이 발표한 2008. 12. 31. 현재 문화재청 주요업무 통계자료집에 의하면, 2008년 매장문화재 지표조사는 1,536건(비용 181억 원), 발굴조사는 1,382건(3,039억 원)이 이루어졌다. 발굴현장 중에서 원형보존이 이루어진 것은 26곳(1.88%), 다른 곳으로 유적을 이전한 뒤 복원한 것은 41곳(2.9%)이다.

## (2) 침해의 최소성

### (가) 합헌론

이 사건 법률조항은 사업완료 후에 사업주체가 얻은 개발이익 유무와 매장문화재의 발굴조사비용 등을 구체적으로 형량하지 않고 일률적으로 매장문화재 발굴조사비용을 사업시행자에게 부담시키고 있으며, 개별적인 발굴조사비용의 약정이 존재하지 않는 경우에도 사업주체의 의사와 무관하게 모든 매장문화재의 발굴조사비용을 사업시행자로 하여금 부담하게 한다는 점에서 침해의 최소성원칙에 위배되는지 여부가 문제되므로, 이에 대하여 살펴본다.

1) 이 사건 법률조항에 의하여 국가나 지방자치단체가 아니라, 사업시행자인 청구인이 문화재 발굴조사비용을 원칙적으로 부담하게 되는 것은 사실이다.

그러나 매장문화재의 경우 미발굴 상태에서는 아직 문화재로 명확하게 인식되지 못하는 것이고, 발굴을 통하여 명확하게 문화재로 인식되기 전까지는 문화재로 볼 것인지 여부와 어느 정도의 가치를 가진 것인지를 알기 어렵다. 이에 따라 국가는 문화재보호 예산을 사업시행자의 사업시행 일자에 맞추어 제때 확보하지 못하게 되는바, 이러한 상황에서 국가나 지방자치단체로 하여금 그 비용을 부담하게 하는 것은 문화재 보호보다는 사업시행자의 사업편의에 무게를 두는 결과를 초래하는 것으로서, 문화재 보존지역에 있어 개발이익에 따라 무분별하게 이루어질 수 있는 각종 개발사업을 억지함으로써 매장문화재를 보호하고자 하는 입법목적은 충분히 달성하지 못할 우려가 크다.

또한, 매장문화재의 발굴조사비용과 사업시행자의 개발이익을 비교형량하여 사업시행자에게 개발이익이 발생하거나 그 이익의 규모가 큰 경우에만 그로 하여금 매장문화재 발굴조사비용을 부담시키는 것은, 개발이익의 유무에 따라 그 비용부담 여부를 사후에 결정하겠다는 것이어서, 이는 사업시행자에게 경제적 부담을 가하여 무분별한 개발행위를 억지하고자 하는 당초의 입법목적과도 배치되므로, 이를 보다 덜 침해적인 수단이라고 보기 어렵다.

2) 이 사건 법률조항은 매장문화재가 포장되어 있는 것으로 “인정”되는 토지로서 문화체육부 장관의 발굴허가를 필요로 하는 경우에 한하여 적용되는 것인바, 사업시행자는 적어도 발굴허가신청을 할 것인지를 협의하거나 결

정하는 단계에서 매장문화재의 발굴조사비용에 관하여 어느 정도 예측하는 것이 가능하다. 또한, 사업승인 과정에서 매장문화재의 발굴조사에 관한 사항이 미리 계획되고 준비될 것이 요구되어(구 문화재보호법 시행령(1999. 6. 30. 대통령령 제16413호로 개정되기 전의 것, 이하 구 문화재보호법 시행령이라 한다) 제30조), 발굴조사비용의 부담 과정에서 충분한 적법절차의 보장도 이루어졌다고 할 것이므로, 사업시행자가 부담하게 되는 매장문화재 발굴조사비용에 대한 예측가능성이 현저히 결여되었다고 볼 수도 없다.

3) 사업시행자가 발굴허가 단계에서 발굴조사비용 부담의무를 감수했다고 하더라도, 사후에 발굴조사비용이 사업시행자의 예상을 넘어 현저히 확대되는 경우가 있을 수 있다.

그러나 발굴조사비용 확대에 따른 위험은 사업계획단계나 사업자금의 조달 과정에서 기업적 판단에 의해 위험요인의 하나로서 충분히 고려될 수 있는 것이고, 사업시행자가 발굴조사비용을 감당하기 어렵다고 판단하는 경우에는 더 이상 사업시행에 나아가지 아니할 선택권 또한 유보되어 있다. 즉, 사업시행자가 사업시행을 위하여 필요하다고 판단하여 문화재 발굴조사비용을 부담할지 여부는 전적으로 사업시행자의 자유로운 의사에 따라 결정되는 것이므로, 이 사건 법률조항이 사업시행자로 하여금 발굴조사비용을 부담하게 한다는 것만으로 이를 과도한 재산권 제한이라고 볼 수 없다.

4) 이 사건 법률조항이 사업시행자에게 발굴조사비용을 부담시킴에 따라, 이러한 부담을 피하려는 사업시행자에 의한 불법적인 문화재 파괴가 행해질 우려가 없지 않으나, 국가나 지방자치단체가 발굴조사비용을 부담하거나 이를 일부 보조해 준다고 하더라도, 경제논리를 앞세우는 사업시행자의 입장에서는 발굴조사에 따른 공사지연으로 인한 손해를 피하기 위하여 여전히 위와 같은 불법행위를 저지를 유인을 가진다고 할 것이므로, 경제적 동기에 의한 문화재 파괴행위에 대하여는 별도의 제재를 통해 엄격히 규제해야 할 것이지, 단지 발굴조사비용을 면하게 해 주는 것만으로 그러한 불법행위 가능성을 없앨 수 있다고 보기 어렵다.

5) 나아가 이 사건 법률조항은 대통령령으로 정하는 경우에는 예외적으로 국가 등이 발굴조사비용을 부담할 수 있는 완화규정을 두고 있으며, 발굴 문



화재가 국가에 귀속되는 경우에는 문화재의 발견자, 습득자 및 발견된 토지나 건조물 등의 소유자에게 유실물법 제13조에 따른 보상금을 지급토록 함으로써(구 문화재보호법 제48조 제2항), 사업시행자의 발굴조사비용의 부담을 사실상 완화하는 등 기본권 침해를 최소화하기 위한 수단도 마련해 놓고 있으므로, 침해의 최소성원칙에 위반된다고 볼 수 없다<sup>4)</sup>.

#### (나) 위헌론

이 사건 법률조항이 건설공사 시행자가 발굴허가를 받아 문화재를 발굴한 경우에도 적용되는 것인지 의문이지만, 이를 수긍하는 경우에도 건설공사 시행자가 발굴허가를 받아 문화재를 발굴하는 것은 그러한 발굴행위가 건설공사에 필요하기 때문이 아니라 문화재를 보존하기 위하여 법률에 의하여 강요되기 때문이므로 그 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 문화재 보존을 위하여 일방적인 희생을 요구하는 것이다. 법률로 건설공사 시행자에게 문화재를 보존하기 위한 조치를 강제하면서, 그러한 법률에 따라 부득이 발굴허가를 신청하였다고 하여 건설공사 시행자가 자진하여 발굴비용을 감수하기로 결정한 것이라고 보아서는 안 될 것이다.

더구나 그 발굴 결과에 따라 건설공사 예정지의 전부 또는 일부가 문화재 보호구역으로 지정되어 건설공사를 추진할 수 없게 된 경우에도 그 문화재 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 지나친 것이다.

오히려 건설공사 시행자가 발굴허가를 받아 문화재를 발굴한 경우에는 건설공사 시행자가 국가의 문화재 보존의무를 대행한 것이므로, 국가가 문화재 발견자에 대한 보상과는 별도로 그 발굴비용을 보상함이 마땅하다고 할 것이다. 구 문화재보호법 제48조 제2항은 발굴된 문화재가 국가에 귀속하는 경우에 문화체육부장관이 발견자와 토지소유자 등에게 보상금을 지급하고 발견 또는 발굴의 경비를 지출한 경우에는 보상금 지급액의 분배에 참작하도록 규정하고 있지만, 충분하지 않다.

이 사건 법률조항은 재산권 침해의 최소성도 인정하기 어렵다.

4) 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 구 문화재보호법 제61조 제4항에 의하여 유실물법에 따른 보상금 지급제도가 폐지된 것은 앞서 본 바와 같다.

### (3) 법익균형성

#### (가) 합헌론

문화재는 국가적·민족적 유산으로서, 한번 훼손되면 그 회복 자체가 곤란한 경우가 많을 뿐만 아니라, 회복이 가능하더라도 막대한 비용과 시간이 소요되기 때문에 각종 개발행위로부터 문화재를 보호함으로써 얻을 수 있는 공익이 상당함에 반하여, 사업시행자인 청구인이 받게 되는 불이익은 문화재 보존이 필요한 사업지에 대한 문화재발굴허가의 대가로 문화재발굴조사비용 부담을 지는 것이므로, 이 사건 법률조항으로 인해 달성되는 공익보다 크다고 할 수 없다.

발굴조사비용이 과다하게 지출되었거나 결과적으로 개발이익이 없게 되었다는 등의 특수한 사정이 있는 경우라도, 이는 개발이익을 크게 얻는 경우와 마찬가지로 사업주체의 기업적 판단 결과에 따른 것이므로 수인 가능한 기본권 제한으로 볼 수 있는바, 사업주체에 대한 이와 같은 기본권의 제한과 그로 인한 공익목적의 달성 사이에는 법익의 형량에 있어 합리적인 비례관계가 유지된다고 할 것이다.

#### (나) 위헌론

건설공사 예정지 안에서 문화재가 발견된 경우에 문화체육부장관이 직접 또는 대행시켜 발굴한 경우는 물론이고 건설공사 시행자가 허가받아 발굴한 경우에도, 발굴된 문화재의 소유자가 판명되지 않으면 그 문화재의 소유권은 국가에게 귀속되고 건설공사 시행자에게 귀속되지 아니한다(구 문화재보호법 제48조 제1항). 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 그 발굴비용을 전부 건설공사 시행자에게 귀속시키는 것은 문화재 보존을 위하여 건설공사 시행자를 일방적으로 희생시키는 것이라고 보지 않을 수 없다.

이 사건 법률조항은 재산권 제한의 법익균형성도 인정할 수 없다.

### (4) 소결론

이 사건 법률조항이 건설공사를 위하여 문화재발굴허가를 받아 매장문화재를 발굴하는 경우 사업시행자로 하여금 문화재 발굴비용 전부를 부담하도록 하는 것이 입법자의 입법형성권의 한계를 현저히 벗어난 것이라고 보기

어렵고, 그 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 한도를 넘어서 재산권을 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다.

## 나. 포괄위임입법금지원칙 위배 여부

### (1) 심사기준의 확장

위헌소원절차는 법원에 계속된 구체적 사건에서 적용될 법률이나 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부가 문제되는 객관소송의 일종이므로, 헌법의 모든 규정이 법률의 합헌성 심사의 기준이 될 수 있다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 111).

청구인은 이 사건 법률조항 중 제3문 부분이 대통령령과 합쳐져 청구인의 평등권을 침해한다고 주장하는데, 위 조항과 관련하여서는 헌법 제75조가 정하고 있는 포괄위임입법금지원칙의 위배 여부가 문제된다고 할 것이다.

### (2) 포괄위임입법금지원칙

헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다.”라고 규정하면서, 아울러 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 그 한계를 제시하고 있는바, ‘법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항’이란 법률에 이미 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99; 헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 28-29; 헌재 2010. 2. 25. 2007헌바131 등, 공보 161, 456, 473 참조).

그런데 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것인데, 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나

수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 164; 헌재 2010. 2. 25. 2007헌바131등, 공보 161, 456, 473 참조).

### (3) 이 사건 법률조항의 경우

이 사건 법률조항 중 제3문 부분은 국민의 기본권을 제한하는 조항이 아니라, 시행자 비용부담원칙을 완화시켜주는 조항, 즉 발굴조사비용 시행자 부담원칙에 대한 예외조항으로서 수혜적 성격을 가지고 있는바, 수혜대상의 범위를 정함에 있어서는 국가의 예산상황 및 지방자치단체별 경제수준, 개발사업에 미치는 영향 등 구체적인 사정을 고려하여 결정하여야 하므로, 이를 반드시 입법자가 법률로써만 규정해야 한다는 당위성이 인정되기 어렵다.

또한, 이러한 수혜적 성격을 가진 조항에 대하여는 포괄위임입법금지원칙 위배 여부 판단에서 요구되는 구체성의 요구 정도도 상대적으로 약화된다고 봄이 상당한데, 앞서 살펴본 바와 같이, 구제발굴의 경우 처음에는 사업시행자로 하여금 모든 매장문화재 발굴조사비용을 부담하게 하여 오다가, 이후 국가예산이 허락하는 범위 내에서 규모가 작은 건축공사에 대하여 국가나 지방자치단체로 하여금 매장문화재 발굴조사비용을 부담하게 할 필요에서 단서조항이 추가된 사실을 알 수 있는바, 법률의 전반적인 체계와 입법목적 및 그 연혁을 통하여 볼 때, 매장문화재의 발굴조사비용을 국가 등이 지원할 수 있는 경우는 국가 예산상 그다지 문제되지 아니하는 소규모 공사에 한함을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이다.

이처럼 구체적인 발굴조사비용 지원대상의 범위에 관하여 이를 시행령에 위임하는 경우에도 그 위임조항의 내재적인 위임 범위나 한계를 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로, 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

## 다. 평등원칙 위배 여부

(1) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상이 형식적 의미의 법률이고, 법률의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반되더라도 그 대통령령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 바로

수권법률까지 위헌으로 되는 것은 아니므로 어떤 사항에 관하여 법률조항 자체에서 직접 규정하지 않고 그 구체적 내용을 대통령령에 위임한 경우, 그 법률조항의 위헌 여부는 그 위임을 받은 대통령령의 내용까지 포함한 규범 상태의 위헌 여부와는 구별되어야 하므로 그 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 그 위임이 합헌적인 것인지만 문제된다(헌재 2007. 8. 30. 2006헌바9, 판례집 19-2, 270, 285-286).

(2) 청구인은 이 사건 법률조항 중 제3문 부분이 발굴조사비용의 시행자 부담원칙의 예외를 인정하고 있으면서, 그 예외인정의 범위에 대하여 구 문화재보호법 시행령 제31조의2는 건축연면적이 일정 기준 이하인 소규모 건설공사에 한정하고 있으므로, 합리적 이유 없이 대규모 건설공사를 시행하는 시행자를 차별대우하여 평등원칙에 위배된다고 주장한다.

그런데 청구인의 위와 같은 주장은 기본적으로 위 시행령조항의 위헌성을 주장하는 것과 다름없고, 이 사건 법률조항 자체가 청구인을 차별적으로 취급한다는 주장이 아니므로, 청구인의 평등원칙 위반 주장은 이유 없다고 할 것이다.

## 5. 결론

건설공사를 위하여 문화재발굴허가를 받아 매장문화재를 발굴하는 경우 그 발굴비용 전부를 사업시행자로 하여금 부담하도록 한 구 문화재보호법 제44조 제4항 제2문 및 제3문 중 ‘제44조 제1항 제2호에 관한 부분’은 청구인의 재산권, 평등권 등 기본권을 침해하지 아니하고, 구 문화재보호법 제44조 제4항 제3문은 포괄위임입법금지원칙에 반하지 아니한다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정은 건설공사를 위하여 문화재발굴허가를 받아 매장문화재를 발굴하는 경우 그 발굴비용 전부를 사업시행자로 하여금 부담하도록 하고 있는 구 문화재보호법 관련 조항에 대한 우리 헌법재판소의 최초의 판단이라는 데에 의의가 있다.

헌법재판소의 법정의견은 매장문화재를 보호하기 위하여 사업시행자로 하

여금 사업지에서의 매장문화재 발굴비용 전부를 부담하게 하더라도 과잉금지 원칙에 위배되어 재산권을 침해하는 것이 아니라고 판단하였고, 이러한 판단은 2011. 7. 28. 선고된 2009헌바244 문화재보호법 제55조 제1항 등 위헌 소원 사건에서도 그대로 유지되었다<sup>5)</sup>.

이에 대하여 반대의견은 매장문화재 발굴행위는 문화재를 보존하여야 할 국가의 의무를 이행하기 위한 것이며, 문화재 발굴의 이익은 국가에게 귀속되는 것이지 건설공사 시행자에게 귀속되는 것이 아니므로 그 비용은 국가가 스스로 부담함이 마땅하므로, 매장문화재 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 합리적인 이유도 없이 부당한 재산상 부담을 지워 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보았다.

우리 헌법 제9조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 우리 헌법이 국가에 대하여 명하고 있는 이러한 의무를 다하기 위해서는 비록 건설공사를 위하여 문화재발굴에 나서는 경우에도 발굴비용을 국가가 부담하는 것이 바람직해 보이고, 그렇게 함으로써 우리의 문화유산인 매장문화재가 제대로 보호될 수 있을 것이다. 사업시행자에게 사업지에서의 매장문화재 발굴비용을 부담시킬 수 있는가라는 이 사건 쟁점에서 더 눈을 넓혀, 우리 헌법이 정하고 있는 문화국가의 이념을 제대로 구현할 수 있는 바람직한 매장문화재 보호정책은 어떠해야 하는가를 고민해야 할 것으로 보인다. 비록 심판대상 법률조항에 대하여 헌법재판소의 합헌 판단이 내려졌으나, 문화국가의 이념에 부합하는 바람직한 매장문화재 보호방법에 관한 입법자의 역할이 기대되는 영역이라고 할 것이다.

---

5) 헌재 2011. 7. 28. 선고 2009헌바244 문화재보호법 제55조 제1항 등 위헌소원 사건의 결정에서는 법정외견은 그대로 유지되었고, 반대의견은 재판관 구성의 변경에 따라 재판관 이강국, 재판관 이정미의 위헌의견으로 이루어져 있다.

## 형사보상법 제19조 제1항 등 위헌확인

- 형사보상금 제한 및 형사보상결정 불복금지 사건 -  
(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마514, 2010헌마220(병합), 판례집 22-2하, 180)

박 세 영\*

### 【판시사항】

1. 형사보상금을 일정한 범위 내로 한정하고 있는 형사보상법 제4조 제1항(이하 ‘이 사건 보상금조항’이라 한다)과 형사보상법 시행령 제2조(이하 ‘이 사건 보상금시행령조항’이라 한다)이 청구인들의 형사보상청구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 형사보상의 청구에 대하여 한 보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없도록 하여 형사보상의 결정을 단심재판으로 규정한 형사보상법 제19조 제1항(이하 ‘이 사건 불복금지조항’이라 한다)이 청구인들의 형사보상청구권 및 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상 조항】

형사보상법(1987. 11. 28. 법률 제3956호로 개정된 것) 제4조(보상의 내용)  
① 구금에 대한 보상에 있어서는 그 일수에 따라 1일 5천원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다.

형사보상법 시행령(1991. 6. 19. 대통령령 제13386호로 개정된 것) 제2조(보상의 상한) 법 제4조 제1항의 규정에 의한 구금에 대한 보상금의 상한은 1일 보상청구의 원인이 발생한 연도의 최저임금법상 일급최저임금액의 5배로 한다.

---

\* 헌법연구관보

형사보상법(1958. 8. 13. 법률 제494호로 제정된 것) 제19조(불복신청) ① 보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2008헌마514 사건

청구인 김○혁은 2007. 10. 29. 야간주거침입절도 혐의로 구속되어 기소되었으나 2008. 1. 24. 무죄판결을 선고받아(부산지방법원 2007고단6102) 석방된 후, 2008. 5. 8. 항소가 기각되고(부산지방법원 2008노501), 2008. 7. 24. 상고가 기각되어(대법원 2008도4535) 무죄판결이 확정되었다.

위 청구인은 2008. 7. 28. 위 구금에 관한 형사보상을 청구하여 2010. 2. 4. 보상의 결정을 받았는데(부산지방법원 2008코11), 위 형사보상청구 후 보상의 내용을 규정한 형사보상법 제4조 제1항 및 형사보상법 시행령 제2조가 위 청구인의 형사보상청구권 등을 침해하고, 보상의 결정에 대하여 불복을 신청할 수 없도록 규정한 형사보상법 제19조 제1항이 위 청구인의 재판청구권 등을 침해하는 것이라고 주장하면서 2008. 8. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 2010헌마220 사건

청구인 이○행은 1994. 11. 30. 업무상과실치사 혐의로 구속되었다가 1994. 12. 20. 구속이 취소되었고, 이후 경합범 관계에 있는 건축법위반, 건설업법위반 피의사실이 추가로 발견되어 1995. 7. 28. 다시 구속 기소되었다. 그 후 위 청구인은 1995. 9. 7. 보석으로 석방되어 불구속 상태에서 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받은 후(전주지방법원 94고단1940), 항소가 기각되고(전주지방법원 96노153), 상고기각되어(대법원 97도772) 유죄판결이 확정되었다. 위 청구인은 그 후 재심을 통하여 건축법위반 및 건설업법위반의 점에 대하여는 징역 5월에 집행유예 2년 및 미결구금일수 60일 산입을, 위 업무상과실치사의 점에 대해서는 무죄를 선고받아(전주지방법원 2007재고단3) 그 판결이 확정되었다.



위 청구인은 위 구금에 관한 형사보상을 청구하여 2009. 11. 2. 총 미결구금일수 63일 중 유죄가 확정된 징역 5월의 형에 산입된 60일을 제외한 나머지 3일에 관한 보상의 결정을 받은 후(전주지방법원 2009코2), 위 결정에 대한 불복을 신청하였으나 받아들여지지 않자, 보상의 내용을 규정한 형사보상법 제4조 제1항 및 형사보상법 시행령 제2조, 보상의 결정에 대하여 불복을 신청할 수 없도록 규정한 형사보상법 제19조 제1항이 위 청구인의 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2010. 4. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

### 가. 청구인들의 주장 요지

(1) 헌법 제28조는 형사보상청구권자에게 ‘정당한 보상’을 인정하고 있는 바, ‘정당한 보상’이란 완전한 보상을 가리키고, 이는 곧 청구인의 구금으로 인한 상태를 만회하여 구금 전의 상태로 회복시킬 수 있는 보상을 말한다.

이 사건 보상금조항은 보상액의 상한을 규정함으로써 구금으로 인한 일실이익 등의 재산상 손해와 신체적·정신적 손해 등이 현실적으로 발생하여도 상한의 범위 내에서만 보상받도록 하고 있고, 나아가 이 사건 보상금시행령 조항은 그 상한을 보상청구의 원인이 발생한 연도의 최저임금법상 일급최저임금액의 5배로 규정함으로써 구속 당시의 소득상태와 아무 관련도 없는 최저임금액을 기초로 보상금 범위를 한정하고 있는바, 이는 구금으로 인한 손해에 대하여 완전한 보상을 받지 못하게 하는 것으로서 헌법 제28조의 형사보상청구권을 침해하는 것이다.

또한, 위 보상의 내용으로는 사선변호인의 비용을 보전할 수 없어 사실상 변호인의 충분한 조력을 받지 못하게 하므로, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.

(2) 이 사건 불복금지조항은 보상액에 관하여 다툼이 있는 청구인의 불복절차를 봉쇄함으로써 형사보상결정의 단심제를 강제하고 있는바, 이는 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이다.

### 나. 법무부장관의 의견 요지

(1) 헌법 제28조는 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 형사보상을 청구할 수 있다고 규정하여 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 부여하고 있다. 형사보상은 국가의 무과실 행위에 대하여 공평의 관점에서 손실을 보상하는 것인바, 재산권의 수용 등에 따른 손실보상과는 다른 점, 무제한적인 보상액의 확대를 요구하는 것은 국가재정의 부담으로 귀결되는 점, 개인의 수입에 따라 보상금에 차이가 발생할 경우 그로 인한 또 다른 형평의 문제가 발생할 우려가 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 보상금조항 및 이 사건 시행령조항은 과잉금지원칙에 위배되는 것이라 볼 수 없다.

(2) 헌법 제27조의 재판청구권의 입법적 형성에는 광범위한 형성의 자유가 인정되며, 상소심에서 재판을 받게 할 것인지 여부는 입법정책의 문제이다. 형사보상의 결정은 여타의 재판에 비해 사실관계 확정에 큰 문제가 없으므로 신속성에 주안점을 두어 불복을 금지한 것은 합리적 이유가 있는 점, 형사보상청구 기각결정에 대해서는 불복을 허용함으로써 권리구제에 소홀함이 없도록 한 점 등을 고려할 때, 사법자원의 인적·물적 제한과 보상청구인의 구제 사이에서 적절한 조화를 추구한 입법자의 판단이 합리성을 결여하였다고 볼 수 없다.

### 【결정요지】

1. 헌법 제28조는 형사피고인 등으로서 구금되었던 자가 무죄판결 등을 받은 경우에 국가에 대하여 물질적·정신적 피해에 대한 정당한 보상을 청구할 수 있는 권리를 보장함으로써 국민의 기본권 보호를 강화하고 있다. 그러나 형사보상청구권은 헌법 제28조에 따라 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 행사되므로 그 내용은 법률에 의해 정해지는바, 형사보상의 구체적 내용과 금액 및 절차에 관한 사항은 입법자가 정하여야 할 사항이다.

이 사건 보상금조항 및 이 사건 보상금 시행령조항은 보상금을 일정한 범위 내로 한정하고 있는데, 형사보상은 형사사법절차에 내재하는 불가피한 위험으로 인한 피해에 대한 보상으로서, 국가의 위법·부당한 행위를 전제로 하는 국가배상과는 그 취지 자체가 상이하므로, 형사보상절차로서 인과관계 있는 모든 손해를 보상하지 않는다고 하여 반드시 부당하다고 할 수는 없으

며, 보상금액의 구체화·개별화를 추구할 경우에는 개별적인 보상금액을 산정하는데 상당한 기간의 소요 및 절차의 지연을 초래하여 형사보상제도의 취지에 반하는 결과가 될 위험이 크고, 나아가 그로 인하여 형사보상금의 액수에 지나친 차등이 발생하여 오히려 공평의 관념을 저해할 우려가 있는바, 이 사건 보상금조항 및 이 사건 보상금시행령조항은 헌법 제28조 및 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 불복금지조항은 형사보상의 청구에 대하여 한 보상의 결정에 대하여는 불복을 신청할 수 없도록 하여 형사보상의 결정을 단심재판으로 규정하고 있는데, 보상액의 산정에 기초되는 사실인정이나 보상액에 관한 판단에서 오류나 불합리성이 발견되는 경우에도 그 시정을 구하는 불복신청을 할 수 없도록 하는 것은 형사보상청구권 및 그 실현을 위한 기본권으로서의 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 것이고, 나아가 법적안정성만을 지나치게 강조함으로써 재판의 적정성과 정의를 추구하는 사법제도의 본질에 부합하지 아니하는 것이다. 또한, 불복을 허용하더라도 즉시항고는 절차가 신속히 진행될 수 있고 사건수도 과다하지 아니한데다 그 재판내용도 비교적 단순하므로, 불복을 허용한다고 하여 상급심에 과도한 부담을 줄 가능성은 별로 없다고 할 것이므로, 이 사건 불복금지조항은 형사보상청구권 및 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.

### **이 사건 보상금조항 및 이 사건 보상금시행령조항에 관한 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견 요지**

형사사법권을 행사하는 과정에서 국가가 비록 불법을 저지르지는 않았더라도 결과적으로는 무고한 사람을 구금한 것으로 밝혀진다면, 그 구금으로 인하여 개인이 입은 손해에 대해 국가는 마땅히 책임을 져야 하고, 이는 국민주권을 기본원리로 하는 우리 헌법 하에서 자명한 결론이다.

헌법 제28조 형사보상청구권에서의 ‘정당한 보상’ 역시 구금으로 인한 손해 전부를 완전하게 보상하는 것을 의미한다고 보아야 한다. 보상금의 상한을 제한하는 목적은 형사보상금으로 지급되는 금액이 지나치게 많아짐에 따라 발생하게 될 국가재정에 대한 부담을 방지하려는 것으로 볼 수밖에 없는

데, 형사보상금을 지급하는 것은 헌법에 따라 국가가 이행해야 할 당연한 의무인바, 재정부담을 이유로 국가가 헌법상 의무를 부인할 수는 없다. 따라서 이 사건 보상금 조항과 이 사건 보상금 시행령 조항은 정당한 목적도 없이 일정 상한을 초과하는 형사보상청구권을 부인함으로써 헌법 제28조에 위반하여 청구인들의 형사보상청구권을 침해하고 있다.

## 【해 설】

### 1. 연혁

#### 가. 헌법 규정<sup>1)</sup>

○ 1948년 헌법 제24조 후문

형사피고인으로서 구금되었던 자가 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 대하여 보상을 청구할 수 있다.

○ 1980년 헌법 제27조

형사피고인으로서 구금되었던 자가 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.

○ 1987년 헌법 제28조

형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.

#### 나. 형사보상법령

형사보상금액에 대하여는 형사보상법 제정시부터 줄곧 법 제4조 제1항에서 규정하고 있다. 그 내용은 상한과 하한을 규정하고 그 범위 내에서 보상금을 지급하도록 하고 있으며, 그 상한과 하한은 다음과 같이 변경되어 왔다.

○1958. 8. 13. 법률 제494호로 제정시: 1일 **5백환 이상 천환 이하**의 비율

1) 형사보상청구권에 관하여는 헌법 제정시부터 그 규정이 존재하였으나, 이후 개정시마다 약간의 변화가 있었다. 1948년 헌법 제정 후 큰 내용의 변화가 없다가 1980년 헌법 개정시 '정당한 보상'을 청구할 수 있음을 인정하였고, 이후 1987년에 헌법 개정시 '피의자'에 대하여도 형사보상청구권을 인정하였다.

- 1967. 1. 16. 법률 제1868호로 개정시: 1일 **200원 이상 400원 이하**의 비율
- 1975. 12. 15. 법률 제2787호로 개정시: 1일 **800원 이상 1,200원 이하**의 비율
- 1981. 12. 17. 법률 제3465호로 개정시: 1일 **5천원 이상 8천원 이하**의 비율
- 1987. 11. 28. 법률 제3956호로 개정시: 1일 **5천원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하**의 비율

이후 더 이상의 법률개정은 없고, 위 1987년 법에 따라 시행령만 변경되어 왔다.

- 1988. 2. 24. 대통령령 제12401호로 제정시: 보상금의 **상한은 1일 1만 5천원**으로 한다.
- 1991. 6. 19. 대통령령 제13386호로 개정시: 보상금의 상한은 1일 보상 청구의 원인이 발생한 연도의 **최저임금법상 일급최저임금액의 5배**로 한다.

법 제정 당시 제4조 제1항은 형사보상에 대한 일정 보상의 범위를 설정해 주고 그 범위 내에서 법원이 각자의 소득액 등의 사정을 참작해서 정할 수 있도록 재량의 범위를 부여하고자 하는 취지에서 이와 같은 형식으로 제정하였다. 그러나 이러한 한도가 물가지수 또는 평균임금의 상승에 부합하지 아니하여 그 금액을 현실화하고자 법 개정 때마다 형사보상금의 상한을 개정하여 왔다<sup>2)3)</sup>. 또한 87년 개정 당시에는 보상기준을 1일 5천원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의하도록 하여 물가인상에 따라 보상금을 탄력적으로 지급할 수 있도록 하였다. 그러나 법은 그 제정 이후로 줄곧 형사보상금의 범위를 일정 금액 범위 내로 제한해 놓는 형식을 취해왔고, 그들은 지금까지도 변함이 없다.

2) 제29회 국회임시회의 속기록 제24호, 국회사무처, 11쪽 참조

3) 보상금의 인상비율이 물가지수 또는 평균임금 상승률보다 그 인상폭이 높게 책정되었는데, 법제사법위원회에서는 이를 두고 보다 국민의 인권보호를 기하고자 함에 그 목적이 있다고 설명하고 있다 : 제·개정 법률해설(제108회 국회 정기회), 박인수(법제사법위원회 전문위원), 1987, 117쪽 참조.

## 2. 형사보상의 본질

### 가. 국가의 의무의 존부

형사보상은 국가권력의 발동인 형사절차에 의하여 개인에게 손실을 준 경우에 그것을 보상하는 제도이다. 그러나 형사보상은 국가권력에 의한 손실을 보상하는 다른 보상의 경우와 비교할 때, 사법상 과오에 대한 금전배상이라는 점에서 본질적인 특이점이 존재한다.

사법적 과오에 대한 금전배상에 관하여 그 입법상의 문제로 사회적 및 법률적 근거와 그 부담의 진정한 이유에 관하여 각 국에서 많은 논의가 있어 왔지만, 국가의 시혜적 조치에 지나지 않는다고 하는 사상은 극복되었고, 국가가 부당한 사법작용에 의하여 발생된 손해에 대해서는 이를 배상(또는 보상)하여야 할 법률적 의무를 가진다는 점에 대부분의 의견이 일치되고 있다.

### 나. 국가의 의무의 이론적 근거

형사절차는 개개의 사건에 있어서 법률요건으로서의 범죄가 존재하는가 여부를 결정하고 그것이 존재한다면 다시 형의 양정을 행하고 그 형을 집행하는 절차이다. 따라서 어떤 범죄가 있다고 할지라도 처벌가능성의 유무는 형사절차가 종료되어야 비로소 확정된다. 범인으로 지목되어 있는 자가 실제로 범죄를 범했는가 범하지 않았는가, 범했다면 그 내용은 어떠한 것인가 하는 문제도 형사절차가 종료하여야 명백해지는 것이다.

때문에 범인으로 상정되어 수사기관의 조사를 받고 다시 법원에 기소되었지만 심리결과 무죄로 되는 경우는 거의 필연적으로 발생한다. 이러한 위험은 형사절차에 내재하는 불가피한 위험이라 할 수 있다. 또한 법원이 하는 유죄판결도 결과적으로 반드시 객관적 진실에 부합하는지 여부를 누구도 보증할 수는 없다. 법원은 범죄의 존부를 결정함에 있어 제3자의 위치에서 제한된 증거를 가지는 것이 본질적으로 불가피하기 때문이다. 그러나 이러한 일부현상 때문에 국가가 법적 질서를 유지하기 위한 형사절차의 발동을 중지할 수는 없는 것이다.

이러한 특징으로 인하여 형사보상은 형사사법작용의 위법성, 공무원의 고의·과실 등과는 무관한 일종의 무과실·결과책임<sup>4)</sup>으로서 손실보상이라고

보는 것에 대부분의 견해가 일치하고 있다<sup>5)</sup>. 즉, 사법의 과오는 사법의 운영에 내재하는 것이기 때문에 사법을 운영하는 국가는 그러한 위험에 의하여 발생하는 손해에 대응한 보상을 하지 않으면 안되는 것이고, 이는 ‘공용부담 앞에 있어서의 시민의 평등<sup>6)</sup>’으로서 전체의 이익을 위하여 행사되는 형사절차로 인해 사회전체에게 이익이 되는 공공역무의 부담을 무죄판결을 선고받

4) 형사보상의 근거 및 본질에 관한 일본 및 독일에서 이루어진 주요한 논의의 흐름은 다음과 같다.

즉, 형사소송은 수명적으로 가설적 성격을 가지고, 형사소송에 있어서의 진실은 필연적으로 상대적인 진실이다. 판결 전의 절차는 각각의 단계에 있어서 실제형성을 전제로 하는 것이고 또 확정판결에 있어서의 실제형성조차도 단지 소송적 진실을 나타내고 있음에 불과하다. **소송법적·상대적 고찰방법**에 있어서는 이와 같은 상대적 진실에 근거를 둔 강제처분 내지 형의 집행은 적법 또는 합법한 것으로 취급할 수밖에 없다. 이에 반하여 형사보상은 **초소송법적·절대적 고찰방법**에 의해서 실은 범죄가 아니었다고 하는 경우에 그 구제를 생각하는 것이다. 소송법적·상대적 고찰방법에 의해서 적법·합법이었던 강제처분 내지 형의 집행도 이와 같은 고찰방법에 의하면 불법성을 띠게 된다. 이런 의미에서 객관적 불법에 형사보상의 근거를 구하는 것이 상당하다고 할 것이다.

또한, 국가의 배상책임에 대하여 불법행위에 대한 배상과 적법행위에 대한 보상으로 나누고 이것을 유일의 분류로 생각하였으나, 이러한 고찰방법을 극복하고, 행위가 위법하다고 하는 것과 행위자에게 고의·과실이 있다고 하는 것은 별개라는 사고를 전제하게 되었다. 이로 인하여 불법행위에 대한 배상과 적법행위에 대한 보상과의 중간에 위치하는 것으로서 위법하면서도 무과실의 행위에 의한 손실보상이라고 하는 것을 상정해 낼 수 있게 되었다. : 서영제, 「형사보상의 요건과 제문제」, 검찰, 1984년 제1집; 백형구, 「형사보상」, 고시연구 제9권 제1호, 1982. 1. 참조

5) 형사보상의 법률상 의무의 이론적 근거와 관련하여 **프랑스**에서는 ① 사회적 과실에서 국가의 책임을 도출해내고, 따라서 피해자는 사법의 과실을 증명하여야 한다는 설, ② 사법의 과오는 사업상의 위험의 일종이고 사법의 운영에 내재하는 것으로 사법을 운영하는 국가는 그러한 위험에 의하여 발생하는 손해에 대응한 보상을 하여야 한다는 설이 존재했고, **독일**에서는 ① 형사보상의 법적근거는 합법적이지만 실질적으로는 부당한 권력행사에 있다고 보는 설, ② 형사보상은 객관적으로 위법이지만 고의·과실이라는 유책성을 필요로 하지 않는 책임이라는 설이 개진되었다. **일본**에서는 ① 형사보상은 국가의 공권력에 의한 적법한 작용으로 인하여 개인에게 가해진 손해를 사회전체의 부담으로 하는 것을 목적으로 하는 보상이므로 무과실책임이라는 공평설, ② 행위가 위법하다고 하는 것과 행위자에게 고의·과실이 존재한다고 하는 것은 별개로서 형사보상은 위법행위에 대한 책임이지만 고의·과실은 따지지 않는다는 법률의무설로 나뉘었고, **우리나라**에서는 ①형사보상은 순객관적으로 불법이었던 강제처분 또는 형의 집행에 대한 무과실손해배상으로 공법상 손해배상이라는 설과 ② 형사보상은 엄격한 의무에 근거한 것이 아니고 공법상 조절보상이 그 본질이라는 설로 나뉘어 견해가 대립되었었다. : 서영제, 전제논문, 171쪽 참조

6) 프랑스의 Garraud는 “사법과오에 대한 배상책임은 근대적인 공법상의 대원칙이고 1791년의 인권선언 제13조에서 확인된 바의 ‘공용부담 앞에 있어서의 시민의 평등’의 원칙에 기초를 둔 것으로 생각한다”고 결론지어 논하였다. : 서영제, 전제논문, 169쪽 참조

은 자 개인에게 지워서는 안 된다는 공법상 조절보상의 원리의 선언이라 할 것이다<sup>7)</sup>.

### 3. 국가배상청구권과의 관계

형사보상과 헌법 제29조에 의한 소위 국가배상과의 관계에 관하여 우선 국가가 그 공권력을 행사함에 있어 개인에게 입힌 손실을 보상한다는 점에서 양자는 공통성을 가지지만, 국가배상은 국가기관 측에 고의 또는 과실의 존재를 요건으로 하고 있음에 반하여 형사보상은 이것을 요건으로 하지 않는다. 그러나 요건으로 하지 않는다고 하는 것은 고의·과실이 증명되지 않아도 보상을 준다고 하는 것이고, 가령 고의·과실이 있어도 형사보상이 거부되는 것은 아니다. 따라서 형사절차에 관하여 경찰 등의 기관에 고의·과실이 있는 경우에도 형사보상의 청구라고 하는 형식으로 국가의 보상을 구하는 것이 허용될 수 있는 것은 당연하지만, 국가배상의 청구라고 하는 형식으로서 보상을 구하는 것도 허용되는 것이다. 위와 같은 고려에 기하여 양자의 관계는 다음과 같이 정해진다<sup>8)</sup>.

#### 가. 경합, 병존관계의 측면

이 법은 보상을 받을 자가 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 청구함을 금하지 아니한다(법 제5조 제1항).

형사보상을 일종의 국가배상이라고 본다면 형사보상법은 국가배상법 제8조 소정의 민법 이외의 다른 법률에 해당하여 그 결과 형사보상을 받을 수 있는 요건이 구비된 경우에는 형사보상을 받을 수 있고, 형사보상금을 초과하는 손해액에 대하여는 국가배상에 의한 배상이 인정된다.

#### 나. 상호 배척관계의 측면

보상을 받을 자가 동일한 원인에 대하여 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 받았을 경우에 그 손해배상의 액수가 이 법에 의하여 받을 보상금의

7) 서영제, 전계논문, 167쪽 참조

8) 이하 논의는 서영제, 전계논문, 191쪽 이하 참조



액수와 동일하거나 또는 이를 초과할 때에는 보상하지 아니한다. 그 손해배상의 액수가 이 법에 의하여 받을 보상금의 액수보다 적을 때에는 그 금액을 공제하고 보상금의 액수를 정하여야 한다(법 제5조 제2항). 또한 타 법률에 의하여 손해배상을 받아야 할 자가 동일한 원인에 대하여 법에 의한 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 공제하고 손해배상의 액수를 정하여야 한다(법 제5조 제3항). 이는 전항의 역의 경우이고 그 당연한 귀결을 정한 것에 불과하다. 즉, 형사보상과 손해배상이 동일한 원인에 기한 경우 이중의 보상 내지 배상은 인정되지 않는다고 하는 것이 정의의 관념에 부합한다.

#### 4. 보상액의 현황

보상금액을 정함에 있어서는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰, 검찰, 법원의 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 한다고 규정되어 있으나(법 제4조 제2항), 법원에서의 실무례로는 통상 특별한 사유가 없는 한 형사보상금액은 환형유치에 준하여 1일 5만원의 비율로 산정하거나 구금 당시 피고인의 직업 등을 고려하여 10만원까지 산정한다.

\*연도별 보상액 총액

연도	인용건수	보상금액(원)
1999	178	832,043,691
2000	141	1,185,100,815
2001	136	1,114,904,454
2002	144	868,301,558
2003	198	1,075,991,542
2004	257	1,590,674,800
2005	172	1,454,478,074
2006	184	1,330,406,863
2007	195	1,988,402,130
2008	217	5,195,553,307 <sup>9)</sup>

## 5. 입법례<sup>10)</sup>

### 가. 독일

이 사건 심판청구 당시 시행되고 있는 1971년 제정 형사보상법<sup>11)</sup>에 의하면 재심절차 및 기타 형사절차를 통하여 형이 감면된 경우 그리고 미결구금 또는 기타 형사절차에서 석방되거나 불기소처분 또는 공소기각된 자에 대하여 국가가 보상한다(동법 제1조 및 제2조). 또한 전에는 검찰의 불기소처분에 대하여는 보상청구권을 인정하지 않았으나 현행법은 법원 또는 검찰의 재량에 의해 형사절차가 중지된 경우<sup>12)</sup>에도 전술한 형사처분이 이미 행하여졌다면 적당한 범위 내에서 보상할 수 있도록 하고 있다(동법 제3조).

독일의 형사보상은 2단계의 절차를 거치도록 규정되어 있다. 즉, 형사보상여부에 관한 결정을 받아야 하고, 그 뒤 검찰청에 형사보상청구를 신청하면 주의 사법행정청은 형사보상신청에 대하여 보상금액 등을 결정한다. 이 때, 재심보상이나 미결구금보상과 같이 무죄라는 판단을 종국적으로 법원이 담당하는 경우에는 보상여부에 관하여 무죄판결과 함께 결정을 하고, 검찰의

9) 법원이 2008년 인정한 형사보상금은 모두 52억 원 가량인데 이는 2007년에 인정된 20억 원 가량에 비해 2배 이상 증가한 것이다. 사건수는 크게 증가하지 않았는데도 형사보상금이 크게 늘어난 것은 법원이 지난해 구금된 1일에 대한 보상을 형사소송법상의 최대한도인 15만 800원으로 인정하는 등 1건 당 보상액수가 컸기 때문으로 분석된다. 2004년 257건이 인용되었으나 형사보상금액은 16억여 원에 불과했다. 하지만 2008년에는 인용건수가 217건으로 2004년에 비해 줄어들었으나 보상금액은 52억여 원으로 오히려 3배 이상 크게 늘어난 것을 보면 쉽게 알 수 있다. 이는 지난해 47년만에 무죄판결을 받은 조용수 민족일보사건 등등 굵직한 재심사건들이 무죄판결을 받으면서 이와 함께 청구된 형사보상청구가 대거 받아들여졌기 때문인 것으로 풀이된다(2009. 3. 13.자 법률신문 참조).

10) 이하 독일과 일본의 입법례는 염규용, 「형사보상제도에 관한 연구」, 경기대학교 행정대학원 석사학위논문; 김용우, 「형사보상법의 문제점과 개선방안」, 국회사무처 법제실 참조

11) 독일의 형사보상제도는 1898년의 법률(Gesetz, betreffend die Entschädigung der in Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen) 이래 행해지고 있는 **재심보상**, 즉 재심으로 무죄가 선고된 경우에 형의 집행을 받은 자에 대하여 보상을 규정한 재심보상 제도가 시행되었고, 이와 별도로 1904년 법률(Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft)에 의한 **미결구금보상**, 즉 미결구금을 받아 죄책이 없는 것으로 밝혀진 자에 대하여 보상을 해주는 제도가 시행되고 있었으나 1971년의 형사보상법이 제정되면서 1898년 법과 1904년 법은 폐지되었다.

12) 가령, 불기소처분, 공소기각 등의 경우

불기소처분과 같이 무죄라는 판단을 중국적으로 검찰이 담당하는 경우에는 피고인의 신청에 의하여 당해 검찰이 소재한 구법원에서 보상여부에 관한 결정을 한다.

현행 형사보상법은 보상의 내용 및 보상결정에 대한 불복 등에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

**○제7조(보상청구의 범위)** ① 보상의 대상은 형사소추처분을 통하여 발생한 「재산상의 손실」 및 법원의 판결에 근거한 자유형의 집행으로 인한 「재산 이외의 손실」이다.

② 재산상의 손실은 그 액수가 25유로 이상일 경우에만 보상이 행해진다.

③ 재산 이외의 손실은 자유형 1일당 11유로로 산정한다.

**○제8조(형사법원의 판결)** ① 법원은 보상여부에 대하여 당해 소송을 종결하는 판결을 통하여 결정한다. 만일 주된 소송을 통하여 보상여부에 관한 결정을 할 수 없는 경우에는, 별도의 법원결정에서 관계자의 증언을 들은 후에 결정한다.

② 보상결정에는 보상이 이루어지는 형사소추처분의 종류 및 기간 등이 기재되어야 한다.

③ 보상을 명하는 결정에 대하여는 형사보상의 규정에 따른 항고가 허용된다. 형사소송법 제464조 제3항 2문 및 제3문<sup>13)</sup>이 적용된다.

**○제13조(불복신청)** ① 보상청구에 대한 결정에 대하여는 불복신청이 가능하다. 불복신청은 보상청구에 대한 결정의 도착 이후 3개월 이내에만 가능하다. 보상청구에 관한 불복에 대하여는 심급에 관계없이 지방법원의 민사부에 관할권이 있다.

이처럼 독일에서는 형사보상법이 재산적 손해에 관한 보상금액에 상한을 규정하지 아니하고 구금 등과 인과관계가 있는 재산적 손해의 전부를 보상

13) 독일 연방형사소송법 제464조 제2항 제2-3문 : 항고법원은 재판의 근거가 되는 사실의 확증에 기속된다. 재판이 소송비용과 필요적 경비에 관한 것인 이상, 그 판결에 대하여 즉시항고 및 기타 항소나 상고가 제기된 경우에는 항소나 상고를 처리하는 항소법원 또는 상고법원이 즉시항고에 관한 재판의 관할권을 갖는다.

할 것을 규정하고 있다. 또한 형사보상여부에 관한 결정과 형사보상금액에 대한 결정 모두 불복이 가능하다.

### 나. 일본

일본의 형사보상제도는 1931년 구 형사보상법에 의하여 도입되었다. 그러나 1931년에 성립된 형사보상제도는 ‘국가무답책의 법리’에 근거하여 혜택적 시책으로 형사보상을 하도록 한 것이었다. 이후 일본 현행 헌법 제40조<sup>14)</sup>를 통해 형사보상청구권이 헌법상 인정되었다<sup>15)</sup>. 이에 따라 1950년 신 형사보상법이 발효되어 이때부터 형사보상은 은혜적 개념에서 권리로 변화하였다.

현행 형사보상법은 보상의 내용 및 보상결정에 대한 불복 등에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

○제4조 ① 억류 또는 구금에 대한 보상에는 제3조<sup>16)</sup> 및 제5조 제2항<sup>17)</sup>의 규정에 의한 경우를 제외하고는 그 일수에 따라 1일 1천엔 이상 1만 2천엔 이하의 비율에 의한 액수의 보상금을 지급한다. 징역, 금고 또는 구류의 집행 또는 구치에 의한 보상에도 마찬가지이다

○제19조 ① 제16조<sup>18)</sup>의 결정에 대하여는 청구인 및 청구인과 동순 위인 상속인은 즉시항고를 할 수 있다. 다만 그 결정을 한 법원이 고등법원인 때에는 그 고등법원에 이의를 신청할 수 있다

② 제1항의 즉시 항고 및 이의신청에 대한 결정에 대하여는 형사소송법 제405조 각호<sup>19)</sup>에 규정한 사유가 있는 때에는 최고법원에 특별히 항소할 수 있다.<sup>20)</sup>

이처럼 일본에서는 형사보상의 범위 및 불복 등에 관하여는 조문의 위치

14) **일본 헌법 제40조** 누구나 억류 또는 구금된 후, 무죄의 재판을 받았을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 그 보상을 요구할 수 있다.

15) 그 이전에는 제국헌법과 기타 헌법초안에도 형사보상규정은 없었다.

16) 보상하지 않을 수 있는 경우를 규정하고 있음.

17) 동일한 원인에 대하여 손해배상을 받은 경우에 관하여 규정하고 있음.

18) **제16조(보상 또는 청구기각의 결정)** 보상의 청구가 이유 있는 때에는 보상의 결정을 하여야 한다. 이유가 없는 때에는 청구를 기각하는 결정을 하여야 한다.

19) **제405조(상고를 허용하는 판결·상고신청의 이유)** 고등법원이 한 제1심 또는 제2심의 판결에 대하여는 다음 각 호의 사유가 있는 것을 이유로 하여 상고를 신

및 형식이 우리나라의 규정형식과 유사하나, 형사보상의 결정에 대하여는 불복이 가능하도록 규정하고 있다.

#### 다. 미국

미국은 연방국가로서 연방법과 주법의 이원적 법체계를 가지고 있다. 형사 보상 제도에 있어서도 연방법과 주법의 경우가 다른데, 연방법의 경우에는 부당한 유죄판결(연방정부에 대한 범죄행위로 유죄판결을 받은 경우에 한함)이나 구금으로 인한 손해보상청구에 대하여 연방청구법원(US Court of Federal Claims)에 손해배상청구를 할 수 있다<sup>21)</sup>. 연방법에서 형사 보상은 유죄 판결이 파기된 경우 자동으로 보상이 되는 것이 아니며, 청구인은 자신의 결백을 법원에 입증하여야 한다<sup>22)</sup>. 주법의 경우에도 대개 청구인이 그의

---

청할 수 있다.

1. 헌법위반이 있거나 헌법의 해석에 잘못이 있는 것
  2. 최고법원의 판례와 상반되는 판단을 하는 것
  3. 최고법원의 판례가 없는 경우에 大審院 또는 상고법원인 고등법원의 판례 또는 이 법률시행 후의 공소법원인 고등법원의 판례와 상반되는 판단을 한 것
- 20) 한편, 독일의 형사보상이 재산적 손해에 관한 보상금액에 상한을 규정하지 아니하고 구금 등과 인과관계가 있는 재산적 손해의 전부를 보상할 것을 정한 취지를 예로 들어 일본에서도 형사보상법의 정액보상제도를 바꾸어 전 손해를 보상하도록 하는 방향이 좋지 않으나 하는 논의가 이루어지고 있음이 주목된다.
- 21) 28 U.S.C.A. § 1495 "The United States Court of Federal Claims shall have jurisdiction to render judgment upon any claim for damages by any person unjustly convicted of an offense against the United States and imprisoned."
- 22) 28 U.S.C.A. § 2513 "(a) Any person suing under section 1495 of this title must allege and prove that:
- (1) His conviction has been reversed or set aside on the ground that he is not guilty of the offense of which he was convicted, or on new trial or rehearing he was found not guilty of such offense, as appears from the record or certificate of the court setting aside or reversing such conviction, or that he has been pardoned upon the stated ground of innocence and unjust conviction and
  - (2) He did not commit any of the acts charged or his acts, deeds, or omissions in connection with such charge constituted no offense against the United States, or any State, Territory or the District of Columbia, and he did not by misconduct or neglect cause or bring about his own prosecution.
- (b) Proof of the requisite facts shall be by a certificate of the court or pardon wherein such facts are alleged to appear, and other evidence thereof shall not be received.
- (c) No pardon or certified copy of a pardon shall be considered by the United

결백을 입증할 책임을 진다<sup>23)</sup>.

이 때, 청구인은 자신의 결백을 증명하기 위하여 법원의 인증서(certificate of the court)나 사면증(pardon)을 제출하여야 한다<sup>24)</sup>. 청구인은 법원에 이러한 증명서(certificate)를 발급하도록 신청할 수 있으며<sup>25)</sup>, 그러한 증명서의 발급은 청구인이 형사보상의 두 요건을 모두 충족하는 한에서 법원의 재량으로 결정할 수 있다<sup>26)</sup>. 이 때 연방청구법원은 기소 사실이나 구금 사실에 대한 판단권이 없고 수소법원 또는 상급의 관할법원의 판단에 따라야 한다<sup>27)</sup>. 결국 형사보상의 요건(즉, 형사보상여부)에 관한 결정은 형사보상의 관할 법원인 연방청구법원이 아니라 청구인이 무죄임을 판단한 법원이 실질적으로 담당하며, 연방청구법원은 형사보상의 내용(주로 금액)에 관한 결정을 담당한다.

현행 연방법과 각 주법은 형사보상의 내용 및 보상결정에 대한 불복 등에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

- 연방법 제28편 제2513조 (e) 부당하게 사형선고를 받은 경우 구금 기간 12개월 당 최고 100,000달러의 보상을 받을 수 있으며, 그 외의 경우에는 구금 기간 12개월 당 최고 50,000달러의 보상을 받을 수 있다<sup>28)</sup>.
- 연방법 제28편 제1295조 (a) 연방청구법원의 판결은 연방항소법원에 항소할 수 있다<sup>29)</sup>.
- 연방법 제28편 제2522조 연방항소법원에 대한 항소의 기간과 방법은 기타 연방 1심 법원의 항소의 예에 따른다<sup>30)</sup>.

States Court of Federal Claims unless it contains recitals that the pardon was granted after applicant had exhausted all recourse to the courts and that the time for any court to exercise its jurisdiction had expired.

(d) The Court may permit the plaintiff to prosecute such action in forma pauperis.”

23) Ciancanelli v. Board of Control, 248 Cal. App. d 705 (3d Dist. 1967); LeFevre v. Goodland, 247 Wis. 512 (1945).

24) 28 U.S.C.A. § 2513(b)

25) Burgess v. U.S., 20 Cl. Ct. 701, 1990 WL 88790 (1990).

26) Humphrey v. U.S., 52 Fed. Cl. 593 (2002), aff'd 60 Fed. Appx. 292 (Fed. Cir. 2003) (not selected for publication in the Federal Reporter).

27) Humphrey v. U.S., 52 Fed. Cl. 593 (2002), aff'd 60 Fed. Appx. 292 (Fed. Cir. 2003) (not selected for publication in the Federal Reporter).

○연방법 제28편 제2107조 (b) 연방국가, 공무원, 또는 정부기관이 소송 등의 한 당사자인 경우에는 모든 당사자는 60일 이내에 상소신청서를 제출하여야 한다<sup>31)</sup>.

<형사보상액의 상한<sup>32)</sup>에 관한 주법의 규정>  
○메릴랜드 주, 워싱턴 D.C.와 뉴욕 주, 메사추세츠 주 등의 경우 그 한도가 정해져 있지 않고, 법원 또는 배심원이 청구인의 수입, 구금

28) 28 U.S.C.A. § 2513 "(e) The amount of damages awarded shall not exceed \$100,000 for each 12-month period of incarceration for any plaintiff who was unjustly sentenced to death and \$50,000 for each 12-month period of incarceration for any other plaintiff."

29) 28 U.S.C.A. § 1295 (a) the United States Court of Appeals for the Federal Circuit shall have exclusive jurisdiction ... (3) of an appeal from a final decision of the United States Court of Federal Claims..."

30) 28 U.S.C.A. § 2522 "Review of a decision of the United States Court of Federal Claims shall be obtained by filing a notice of appeal with the clerk of the Court of Federal Claims within the time and in the manner prescribed for appeals to United States Courts of appeals from the United States district courts."

31) 28 U.S.C.A. § 2107 "(a) Except as otherwise provided in this section, no appeal shall bring any judgment, order or decree in an action, suit or proceeding of a civil nature before a court of appeals for review unless notice of appeal is filed, within thirty days after the entry of such judgment, order or decree.

(b) In any such action, suit or proceeding in which the United States or an officer or agency thereof is a party, the time as to all parties shall be sixty days from such entry.

(c) The district court may, upon motion filed not later than 30 days after the expiration of the time otherwise set for bringing appeal, extend the time for appeal upon a showing of excusable neglect or good cause. In addition, if the district court finds—

(1) that a party entitled to notice of the entry of a judgment or order did not receive such notice from the clerk or any party within 21 days of its entry, and

(2) that no party would be prejudiced,

the district court may, upon motion filed within 180 days after entry of the judgment or order or within 7 days after receipt of such notice, whichever is earlier, reopen the time for appeal for a period of 14 days from the date of entry of the order reopening the time for appeal.

(d) This section shall not apply to bankruptcy matters or other proceedings under Title 11."

기간, 유죄판결의 정황 등을 종합적으로 고려하여 금액을 산정한다.

○노스캐롤라이나 주는 보상한도가 연 50,000달러<sup>33)</sup>(최대금액은 750,000달러를 초과할 수 없음)이며, 뉴햄프셔 주는 연 20,000달러이다. 오하이오 주<sup>34)</sup>는 보상금액이 연 4,330달러(조정가능)로 규정되어 있으며, 파기 또는 사면된 유죄판결에 소요된 변호사비용, 일실손해 등을 보상받는다.

<형사보상결정에 대한 불복여부에 관한 주법의 규정>

○뉴욕 주의 경우, 형사보상에 대한 청구법원의 판결은 뉴욕 주 대법원 항소부에 항소할 수 있다<sup>35)</sup>.

○메사츄세츠 주의 경우, 형사보상을 민사소송으로 취급하여 청구인이 유죄판결을 받은 곳의 지방1심법원에 형사보상을 청구할 수 있고, 청구인은 이러한 형사보상판결에 대하여 항소를 할 권리를 가진다<sup>36)</sup>.

○오하이오 주의 경우, 청구법원이 형사보상에 대한 관할권을 가지는데, 청구법원의 형사보상판결은 여타 법원의 판결과 마찬가지로 항소할 수 있다<sup>37)</sup>.

이처럼 미국 연방법에서는 형사보상이 재산적 손해에 관한 보상금액에 상

32) MD. Code Ann., State Fin. & Proc. § 10-501; N.C. Gen. Stat. Ann. §148-84; N.H. Rev. Stat. Ann. § 541-B:14

33) § 148-84 (a) At the hearing the claimant may introduce evidence in the form of affidavits of testimony in refutation. If the Industrial Commission finds from the evidence that the claimant received a pardon of innocence for the reason that the crime was not committed at all, or was not committed by the claimant, and that the claimant was imprisoned and has been vindicated in connection with the alleged offense for which he or she was imprisoned, the Industrial Commission shall award to the claimant an amount equal to fifty thousand dollars(\$50,000) for each year of the pro rata amount for the portion of each year of the imprisonment actually served, including any time spent awaiting trial. However...(c)of this section, exceed a total amount of seven hundred fifty thousands dollars(\$750,000), ....

34) Ohio R. C. § 2743.48 Action against state for wrongful imprisonment; notice of rights; amount of damages; eligibility (E)(2)

35) § 24 Appeals generally.

Either party may appeal from an order or judgment of the court of claims, or of a referee to hear and determine of such court, to the appellate



한을 규정하고 있으며, 그 상한액이 우리나라의 경우와 큰 차이는 없으나, 각 주의 경우 보상금에 상한의 규정여부와 상한액이 각각 상이하다. 또한 형사보상에 관한 연방청구법원의 판결에 대하여 불복이 가능하며, 대부분의 주에서 형사보상판결에 대한 불복을 허용하고 있다.

## 6. 이 사건 보상금조항 및 이 사건 보상금시행령조항의 위헌 여부

### 가. 위헌심사기준

이 사건 결정은 이 사건 보상금조항들의 형사보상청구권 침해여부를 심사함에 있어 완화된 비례의 원칙을 적용하였다.

---

division of the supreme court of the department in which the claims relating to the orders or judgments appealed, arose. The appeal from a judgment may be taken upon questions of law or of fact, or both, or for an alleged excess or insufficiency of the judgment. Upon such appeal, the court may affirm, reverse or modify the judgment granting such award and judgment as the court of claims should have granted, or dismiss the appeal or grant a new trial or remit for further proceedings. The provisions of the civil practice law and rules relating to appeals in the supreme court apply, so far as practicable, to appeals from orders or judgments of the court of claims or from orders of its referee, except as modified in this article.

See also, David W. v. State, 27 A.D.3d 111 (N.Y.A.D. 2Dept., 2006) (청구법원의 형사보상판결을 항소심에서 다루고 있는 사건).

#### 36) § 6. Motion for costs; appeals

Any party to an action filed under this chapter is entitled to make a motion seeking costs, expenses and interest for wholly insubstantial, frivolous or bad faith claims or defenses advanced by the opposing party during proceedings under this chapter as set forth in section 6F of chapter 231 and is also entitled to the rights of appeal afforded parties in a civil action following a decision on such motions as set forth in section 6G of said chapter 231.

See also, Guzman v. Com., 74 Mass. App. Ct., 466 (Mass. App. Ct., 2009) (형사보상 판결을 주 항소법원에서 다루고 있는 사건).

#### 37) § 2743.20 Appeals

Appeals from orders and judgments of the court of claims lie to the same courts under the same circumstances, as appeals from the court of common pleas of Franklin county, and the same rules of law govern their determination. The decision of the court of claims with respect to an appeal from a decision of the court of claims commissioners is final, and no appeal from the decision of the court of claims lies to any other court.

Also see, Smith v. State, 2000 WL 329024 (Ohio App. 10 Dist.) (청구법원의 형사보상 판결을 오하이오주 항소법원에서 다룬 사건).

형사보상청구권의 내용은 헌법 제28조에 따라 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 행사되므로 형사보상의 구체적 내용과 금액 및 절차에 관한 사항에 입법 재량이 인정된다 할 것이다. 그러나 이 사건 보상금조항들은 형사보상청구권에 있어 보상의 내용에 관한 부분으로 가장 실질적인 부분이라 할 것이고, 헌법 제28조는 ‘정당한 보상’을 명문으로 규정하고 있는바, 입법재량에 의하는 경우에도 본질적 내용은 침해되어서는 안된다는 점이 고려된 것으로 보인다.

#### 나. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

다수의견은, 이 사건 보상금조항들에 의하여 형사사법기관의 고의·과실을 따지지 않고 일정한 범위 내의 금액을 지급받도록 하여 신속하고 안정적으로 형사보상을 받을 수 있도록 하고, 국가의 형사보상지급의 법률관계를 조기에 확정하여 예산수립의 불안정성을 제거함으로써 국가재정이 합리적으로 운영되도록 하기 위한 것이라고 보아 보상금의 범위를 한정한 이 사건 보상금조항들의 목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하였다.

그러나 반대의견의 경우, 이에 관하여 보다 적극적인 의견을 제시하고 있는데, 신속한 보상은 보상금의 지급 절차를 간이하게 함으로써 달성할 수 있는 것이지 보상금의 상한이 정해졌다고 하여 달성할 수 있는 것은 아니며, 형사보상청구를 예상할 수 없는 이상 보상금의 상한을 제한하는 것이 예산구립의 안정에 도움이 된다고 할 수도 없다고 보아, 결국 이 사건 보상금조항들의 목적은 형사보상금으로 지급되는 금액이 지나치게 많아짐에 따라 발생하게 될 국가재정에 대한 부담을 방지하려는 것으로 볼 수밖에 없다고 보았다.

#### 다. 침해의 최소성

다수의견은 형사보상은 국가의 적법한 형사사법작용에 의하여 불가피하게 발생하는 부분에 대한 보상이라는 측면을 강조하여 고의·과실에 의한 위법행위와 인과관계가 인정되는 모든 손해를 배상하는 것과는 달리 취급되어야 된다는 점을 강조하였다.

또한, ‘정당한 보상’이라는 용어를 사용하였다고 하더라도 위와 같은 이유로 인하여 헌법 제23조 제3항의 재산권 침해에 대한 보상과 헌법 제28조의 형사보상은 구분되어야 하므로, 헌법 제28조의 ‘정당한 보상’은 완전보상이 아닌 상당보상으로 해석하여야 한다고 보았다.

이는 형사보상이 일응 적법한 국가의 형사사법절차에 의한 행위에 대하여 보상을 하는 것이라는 점, 즉 공무원의 고의·과실과는 무관한 일종의 무과실 결과책임이라는 점을 고려한 것으로 보인다.

한편, 반대의견은 형사사법권을 행사하는 과정에서 국가가 비록 불법을 저지르지는 않았더라도 결과적으로는 무고한 사람을 구금한 것으로 밝혀진다면, 그 구금으로 인하여 개인이 입은 손해에 대하여 국가는 마땅히 책임을 져야 한다는 측면을 강조하여 개인이 입은 모든 손해에 대하여 완전한 보상을 하여야 한다고 보았다. 따라서 헌법 제28조의 ‘정당한 보상’은 ‘완전한 보상을 의미하는 것이므로 이는 헌법 제28조에 의하여 부여된 입법형성권에 의하여 좌우될 수 있는 부분이 아니라는 것이다.

이는 1948년 헌법 당시에는 ‘보상’으로 규정되어 있던 형사보상의 내용을 1980년 헌법에서는 ‘정당한 보상’으로 개정하였는바, 이러한 헌법 개정의 결단에 비추어 볼 때 이를 완전보상으로 해석하는 것이 타당하다는 점이 고려된 것으로 보인다. 또한, 헌법 제28조의 ‘정당한 보상’이 완전보상이 아니고 해석할 경우 보상액에 상한의 존재를 인정한 이 사건 보상금조항이나 그 구체적 상한내용을 규정하고 있는 이 사건 보상금시행령조항의 합헌성은 더욱 강하게 추정되며, 그 결과 사실상 형사보상금액에 대한 결정은 형식적인 금액으로 정형화되어 있는 실무례<sup>38)</sup> 역시 교정할 기회를 상실하게 된다는 점 역시 고려의 요소라고 보인다. 그러나 반대의견에 의한다 하더라도 정당한 보상의 기준으로 완전보상을 인정하는 것과 무죄판결에 이른 사유 등 제

38) 보상금액을 정함에 있어서는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰, 검찰, 법원의 각 기관의 고의 또는 과실의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 한다고 규정되어 있으나(형사보상법 제4조 제2항), 통상 특별한 사유가 없는 한 실제 피해금액에 대한 구체적인 입증절차 없이 진행되며, 형사보상금액은 환형유치에 준하여 1일 5만원의 비율로 산정하거나 구금 당시 피고인의 직업 등을 고려하여 10만원까지 산정하는 것이 법원의 실무례이다.

반 사정을 고려하여 공평의 원칙에 의거하여 완전보상의 범위 내에서 적절한 보상의 범위를 찾는 것과는 별개의 문제라 할 것이다.

### 라. 법익의 균형성

다수의견은 이 사건 보상금조항들로 인하여 보상금의 상한이 제한된다고 하더라도, 그 상한의 금액이 지나치게 낮은 금액이라고 볼 사정이 없으며, 보상금 산정시 구체적 타당성을 갖는 금액을 정하게 되므로, 이 사건 보상금 조항들에 의한 보상금 내용이 헌법 제28조의 ‘정당한 보상’이 아니라거나, 공익과 사익 간에 균형을 잃은 것이라고 보기 어렵다고 하였다.

그러나 반대의견은 앞서 살펴본 바와 같이 국가재정에 대한 부담을 방지하려는 목적은 정당한 공익이라고 할 수 없고, 따라서 법익의 균형성도 부정된다고 보았다.

이는 형사보상청구권자는 아무런 귀책사유 없이 형사사법권을 올바로 집행해야 하는 국가에 의하여 피해를 본 자임에도 불구하고 그로 인해 발생될 수 있는 손해를 한정된 금액의 보상 이내로 감내하라는 것은 가혹한 것이 될 수 있다는 점을 고려하여 사익을 평가한 것으로 보인다.

## 7. 이 사건 불복금지조항의 위헌 여부

이 사건 불복금지조항에 대해서는 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 위헌으로 판단하였다.

즉, 이 사건 불복금지조항의 목적을 형사보상인용결정의 안정성을 유지하고, 신속한 형사보상절차의 확립을 통해 국가예산수립의 안정성을 확보하며, 나아가 상급법원의 부담을 경감하고자 한 데 있는 것으로 보아 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정하였다.

그러나 보상액의 산정에 기초되는 사실인정이나 보상액에 관한 판단에서 오류나 불합리성이 발견되는 경우에도 그 시정을 구하는 불복신청을 할 수 없도록 하는 것은 재판청구권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 보아 재판의 적정성과 정의를 추구하는 사법제도의 본질에 부합하지 아니한다고 보았다.

또한, 보상결정에 불복을 허용하더라도 절차가 신속히 진행될 수 있고, 재판 내용도 비교적 단순하므로 상급심에 과도한 부담을 줄 가능성은 별로 없다고 보아 침해의 최소성을 부인하였고, 이에 따라 침해되는 보상청구인의 기본권이 보다 중대하다고 보아 법익의 균형성 역시 부정하였다.

이는 아무런 귀책사유 없이 형사사법권을 올바로 집행해야 하는 국가에 의하여 신체의 자유에 관한 피해를 입을 자로서는 신속한 보상보다 보상액이 공정하고 적정하게 산정되어 지급되는 것이 보다 중요한 가치라 할 수 있고, 그러한 측면에서 본다면 형사보상절차에서 신속성의 요구가 권리의 만족 내지 이행청구권의 실질적 실현을 위한 권리 내용의 적정한 확정의 요구보다 그리 강하다고 할 수 없을 것이라는 점이 고려된 것으로 보인다.

## 8. 결정의 의의

가. 이 사건 결정에 의하여 형사보상결정에 대하여 불복신청을 금지하고 있는 이 사건 불복금지조항은 그 효력을 상실하였다. 그 후 형사보상법은 2011. 5. 23. 법률 제10698호로 개정되어 그 법명이 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’로 개정되었으며, 보상결정에 대하여는 1주일 이내에 즉시항고를 할 수 있도록 규정(제20조 제1항)하여 이 사건 결정에서 판시한 취지대로 형사보상결정에 대하여 불복할 수 있도록 개정하였다.

이로 인하여 이 사건 결정이 있을 때까지 단심제로 운영이 되었던 형사보상결정에도 이의신청이 가능하도록 하여 국민들의 재판청구권과 형사보상청구권을 실질적으로 보장할 수 있게 되었다.

나. 한편, 이 사건 결정은 형사보상금의 범위를 규정하고 있는 이 사건 보상금조항들에 대하여 합헌 결정을 내렸는바, 이는 헌법 제28조의 ‘정당한 보상’의 의미를 확정한 최초의 결정이다. 형사보상청구권과 관련된 논의가 부족하였으나, 광주민주화운동 등을 비롯한 현대사의 굵직한 사건에 대한 재평가가 이루어지면서 재심이 계속되고 있고, 이에 따라 형사보상의 문제가 사회적으로 대두되었다. 특히 형사보상의 가장 중요한 내용이라 할 수 있는 보상금과 관련된 이 사건은 이 결정을 통하여 형사보상의 내용과 기준에 관한 일정한 기준을 제시하였다는 점에 그 의의가 있다 할 것이다.

즉, 형사보상은 일응 적법한 국가의 형사사법절차에 의한 행위에 대하여 보상을 하는 것이라는 점에서 헌법 제28조의 '정당한 보상'을 완전보상으로 해석하기는 곤란하고, 특히, 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 불기소처분이나 무죄판결을 받은 때에는 형사보상을 청구할 수 있으나, 이러한 불기소처분이나 무죄판결은 반드시 국가의 부당한 형사사법작용에 의하여 내려지는 경우뿐 아니라 피고인이 자백하였으나 보강증거가 발견되지 않아 무죄판결이 내려지는 등의 경우에도 가능한바, 형사보상을 받을 수 있는 자가 반드시 '부당하게' 구금된 자에만 한정되는 것이라고 보기 어렵다는 점 등도 고려된 것으로 보인다. 즉, 반드시 국가의 위법·부당한 행위를 전제로 하여 완전보상을 하는 국가배상과는 그 취지 자체가 상이하다는 것이다.

그러나 재판관 조대현, 재판관 김종대의 반대의견에서 지적한 대로, 국가는 어디까지나 국민 개인의 자유와 권리를 보장하기 위해 존재한다는 측면에서 볼 때, 국가의 고의·과실이 인정되지 않는다고 하더라도 형사사법절차에 의하여 인신구속이라는 중대한 기본권을 침해받은 국민은 그 손해에 대하여 정당하고 실질적인 보상을 받을 수 있는 길이 보장되어야 할 것이다. 이러한 지점은 형사보상청구권의 본질적 내용이라 할 것이다.

그렇다면, 형사보상의 내용이 어떻게 되어야 하는가 하는 문제는, 결국 형사사법제도의 안정적인 운영, 형사사법절차에 의하여 침해받은 국민의 기본권, 형사보상절차의 안정성을 통해 달성될 이익, 개인에 대한 국가의 보호의 무 등과 같은 종합적인 요소들의 함수로서 귀결될 것이다. 무엇보다도 그 중에서 가장 전제가 되어야 할 것은 형사사법제도에 의하여 기본권의 침해를 받게 된 국민에 대하여 정당하고, 실질적인 보상이 이루어져야 한다는 점이다. 국가의 존재목적이 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 데 있으며, 이러한 구체적 내용의 하나가 헌법 제28조에서 명문으로 드러나 있는 까닭이다.

이에 따라 구금에 대한 보상을 할 때에는 그 구금일수에 따라 1일당 보상 청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급 최저임금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급하도록 개정하였고(제5조 제1항), 그 하한을 종전 규정보다 높여 보상내용을 보다 실질적

인 범위로 확보하였다. 다만, 이 사건 보상금시행령조항은 아직 개정이 이루어지지 않고 있다.





## 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의

- 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 효력을 적극적으로 제거할 작위의무가 부과되는지 여부-

(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320)

박진영\*

### 【판시사항】

1. 권한쟁의심판절차 계속 중 청구인이 사망하여 심판절차가 종료된 사례
2. 피청구인의 법률안 가결선포행위가 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것임을 확인한 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인이 구체적인 특정한 조치를 취할 작위의무를 부담한다고는 볼 수 없다는 이유로, 권한침해확인결정 이후 피청구인의 부작위가 재차 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 주장하여 제기된 권한쟁의심판청구를 기각한 사례

### 【심판대상】

1. 이 사건 심판의 대상은 헌법재판소가 2009. 10. 29. 2009헌라8 등 사건에서 피청구인이 이 사건 각 법률안의 가결을 선포한 행위는 청구인들의 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라는 결정을 선고한 이후에도, 피청구인이 청구인들에게 침해된 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 회복할 수 있는 조치를 취하지 아니하는 부작위가 청구인들의 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 침해하는지 여부이다.
2. 심판대상과 관련되는 헌법재판소법 및 국회법 규정의 내용은 다음과 같다.

헌법재판소법 제61조(청구사유) ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치

\* 경희대학교 법학전문대학원 교수, 전 헌법연구관

단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

제66조(결정의 내용) ① 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다.

② 제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.

제67조(결정의 효력) ① 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

② 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

국회법 제81조(상임위원회 회부) ① 의장은 의안이 발의 또는 제출된 때에는 이를 인쇄하여 의원에게 배부하고 본회의에 보고하며, 소관상임위원회에 회부하여 그 심사가 끝난 후 본회의에 부의한다. 다만, 폐회 또는 휴회 등으로 본회의에 보고할 수 없을 때에는 이를 생략하고 회부할 수 있다.

제85조(심사기간) ① 의장은 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 심사기간을 지정할 수 있다. 이 경우 의장은 각 교섭단체대표의원과의 협의하여야 한다.

② 제1항의 경우 위원회가 이유 없이 그 기간 내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있다.

제93조(안건심의) 본회의는 안건을 심의함에 있어서 그 안건을 심사한 위원장의 심사보고를 듣고 질의·토론을 거쳐 표결한다. 다만, 위원회의 심사를 거치지 아니한 안건에 대하여는 제안자가 그 취지를 설명하여야 하고, 위

원회의 심사를 거친 안건에 대하여는 의결로 질의와 토론 또는 그중의 하나를 생략할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 권한쟁의심판의 경위

가. 청구인들은 민주당, 창조한국당 또는 민주노동당 소속의 제18대 국회의원들로서 2009. 7. 23. 헌법재판소에 국회의장을 피청구인으로 한 권한쟁의심판청구를 하였던바(2009헌라8·9·10(병합)사건, 이하 ‘2009헌라8 등 사건’이라 한다), 위 청구의 심판대상은 피청구인이 2009. 7. 22. 15:35경 개의된 제283회 국회임시회 제2차 본회의에서 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부개정법률안(이하 ‘신문법안’이라 한다), 방송법 일부개정법률안(이하 ‘방송법안’이라 한다), 인터넷멀티미디어 방송사업법 일부개정법률안, 금융지주회사법 일부개정법률안의 각 가결을 선포한 행위가 청구인들의 위 각 법률안 심의·표결권을 침해하는지 여부 및 위 각 법률안에 대한 가결선포행위가 무효인지 여부였다.

나. 헌법재판소는 2009. 10. 29. 위 권한쟁의심판청구에 대하여, 피청구인이 2009. 7. 22. 15:35경 개의된 제283회 국회임시회 제2차 본회의에서 신문법안 및 방송법안의 가결을 선포한 행위는 청구인들의 위 각 법률안 심의·표결권을 침해한 것임을 확인하고(주문 제2항), 위 각 법률안 가결선포행위의 무효확인청구를 기각하는(주문 제4항) 결정을 선고하였다.

다. 헌법재판소가 2009. 10. 29. 2009헌라8 등 사건에 대한 결정을 선고한 이후, 위 사건에서 문제가 되었던 방송법 일부개정법률(이하 ‘방송법’이라 한다)은 2009. 11. 1. 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률(이하 ‘신문법’이라 한다)은 2010. 2. 1. 각 시행되었고, 위 각 법률의 시행을 위한 시행령은 2010. 1. 26. 대통령령 제22002호 및 2010. 1. 27. 대통령령 제22003호로 각 개정되어, 2010. 2. 1. 각 시행되었다.

라. 청구인들 중 박○선 외 11인은 헌법재판소의 2009헌라8 등 사건의 결정이 있는 후인 2009. 11. 6. 신문법 폐지법률안(의안번호 1806485호)과 신문 등의 자유와 독립성 보장에 관한 법률안(의안번호 1806486호) 및 방송법 폐

지법률안(의안번호 1806483호)과 방송매체의 자유와 독립성 보장 등에 관한 법률안(의안번호 1806484호)을 각 발의하였다.

위 4개의 법률안은 2009. 11. 9. 제284회 국회 제9차 본회의에 보고되었고, 같은 날 소속 상임위원회인 국회 문화체육관광방송통신위원회(이하 ‘문방위’라 한다)에 회부되었으나, 의안상정이 이루어지지 않은 상태로 현재 문방위에 계류되어 있다.

마. 청구인들은 헌법재판소가 2009헌라8 등 사건의 결정주문 제2항에서 피청구인의 신문법안 및 방송법안(이하 ‘이 사건 각 법률안’이라 한다) 가결 선포행위가 청구인들의 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 인정된 이상, 위 주문의 기속력에 따라 피청구인은 청구인들에게 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결권을 행사할 수 있는 조치를 취하여야 함에도 불구하고 피청구인이 아무런 조치를 취하지 않고 있고, 피청구인의 위와 같은 부작위는 청구인들의 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 침해하는 것이라고 주장하며 2009. 12. 18. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 헌법재판소법 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정하여 헌법재판소의 결정에 기속력을 부여하는바, 기속력이라 함은 처분이 위법하다는 결정의 내용을 존중하여 그 사건에 대하여 결정의 취지에 따라 행동할 의무를 지우는 효력으로서 이는 결정의 효과를 실질적으로 보장하기 위하여 법률이 부여한 특별한 효력이다.

(2) 권한쟁의심판은 관련 국가기관의 주관적 권한의 보호 및 객관적 헌법과 법률질서의 보호를 목적으로 하여 주관적 쟁송과 객관적 쟁송의 양면적 성질을 모두 가지고 있지만 대립당사자간의 주관적 쟁송으로서의 성격이 보다 강화되어 있으므로, 헌법재판소의 권한쟁의심판에 대한 결정은 헌법의 해석에 머무르는 것이 아니라 구체적 분쟁을 해결하는 것인 만큼 피청구인이 직접적으로 헌법재판소의 결정을 이행하여야 할 의무를 부담하는 것은 당연

하며, 국회를 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체는 헌법재판소의 결정을 존중하고 준수해야 할 의무를 부담한다.

(3) 헌법재판소법 제66조 제1항에 의한 확인결정이든, 동조 제2항에 의한 취소결정이든 피청구인은 자신의 행위의 합헌·합법성을 더 이상 주장할 수 없고, 위헌·위법성이 확인된 행위를 반복하여서는 안 되며, 그 결정의 내용에 따라 위헌·위법을 제거하고 합헌·합법상태를 회복할 의무 및 청구인의 침해된 권한을 회복시킬 작위의무를 부담한다. 피청구인의 행위가 처분이라면 처분이 없었던 것과 같은 규범적 상태로 회복하여야 하고 부작위라면 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.

(4) 피청구인은 국회를 대표하고 의사를 진행할 책임과 의무가 있는 자로서, 헌법재판소가 권한침해라고 결정한 각 법률안 가결선포행위를 취소하는 선언을 하고, 회의체인 국회에서 회의를 열어 청구인들을 포함한 국회의원들이 가결 선포된 신문법안 및 방송법안에 내재된 위헌·위법을 제거하고 재입법 절차를 취할 작위의무를 부담한다. 하지만 피청구인은 가결선포된 신문법안, 방송법안에 내재된 위헌·위법을 제거하고 재입법 절차를 취할 의무 자체를 부인하면서 그에 필요한 어떠한 조치도 취하지 않고 있어 청구인들은 신문법안 및 방송법안의 심의·표결권을 행사하지 못하고 있는바, 이러한 부작위는 결국 청구인들의 신문법안 및 방송법안 심의·표결권을 침해하는 것이다.

(5) 피청구인은 2009헌라8 등 결정 주문 제2항의 기속력에 따라 청구인들의 심의·표결권을 침해한 행위에 대하여 이를 바로잡도록 시정할 의무가 있는바, 피청구인은 이 사건 각 법률안 가결선포행위를 취소함으로써 청구인들의 심의·표결권의 침해상태를 제거할 수 있다. 피청구인이 가결선포행위를 취소하면 이 사건 각 법률안은 부결되었거나 그 국회회기에 처리되지 못한 경우에 비추어 국회법대로 처리될 것이고, 위 각 법안을 재입법하는 절차를 밟을지 여부는 그 법안을 제안한 당사자들이 알아서 처리하면 된다.

헌법재판소가 이 사건 각 법률안 가결선포행위의 무효확인청구를 기각한 것은 헌법재판소가 가결선포행위를 직접 무효로 하는 것은 적정하지 아니하니 국회의장이 가결선포행위를 취소하는 등의 시정조치를 하라는 취지이다.

헌법재판소는 위 결정에서 가결선포행위의 무효를 확인하지 아니한 것일 뿐 가결선포행위가 유효하다고 한 것이 아니다.

## 나. 피청구인의 주장

### (1) 적법요건에 관한 주장

(가) 상임위원회가 법률안 심사를 이유 없이 기간 내에 마치지 아니하여 본회의에 부의하는 경우를 제외하고는 헌법 및 법률상 국회의장이 직접 법률안을 본회의에 상정할 수 있는 권한은 없어, 이미 표결절차가 마쳐져 법률로서 유효하게 존속하고 있는 신문법안 및 방송법안을 다시 본회의에 상정하여 심의·표결 절차를 진행할 권한이 피청구인에게 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 심판청구는 피청구인 적격이 없는 자를 상대로 한 것으로서 부적법하다.

(나) 헌법재판소가 2009헌라8 등 사건의 결정 주문 제4항에서 이 사건 각 법률안 가결선포행위의 무효확인청구를 모두 기각한 이상, 위 결정으로부터 청구인들에게 이 사건 각 법률안에 대한 재심의 및 재표결 권한이 도출된다거나 피청구인에게 이 사건 각 법률안에 대하여 다시 심의·표결절차를 진행할 의무가 생긴다고 볼 수 없다. 위 무효확인청구에 대한 기각결정은 이 사건 각 법률안 가결선포행위가 유효함을 확인한 것으로서, 피청구인이 이 사건 각 법률안에 대하여 다시 심의·표결절차를 진행하는 것은 위 무효확인청구에 대한 기각결정의 기속력에 반한다. 또한 국회법상 이미 가결선포된 의안에 대하여 국회의장의 판단으로 가결선포행위를 취소할 수 있는 조항은 없다. 따라서 이와 다른 전제에선 이 사건 권한쟁의심판 청구는 부적법하다.

(다) 이 사건 심판청구는 피청구인의 부작위로 청구인들의 권한이 침해되었다는 것인데, 피청구인에게 구체적으로 어떤 작위의무가 있는데 부작위한 것인지가 특정되어 있지 않으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(라) 이 사건 심판청구는 피청구인의 이 사건 각 법률안 가결선포행위가 유효하다는 헌법재판소의 판단이 이미 존재함에도 불구하고 청구인들의 심의·표결권을 다시 행사할 수 있도록 하라는 것이고, 이는 동일한 사안에 대

하여 다시 심판을 구하는 것이므로, 일사부재리를 규정하고 있는 헌법재판소법 제39조에 반하여 부적법하다.

## (2) 본안에 대한 주장

헌법재판소는 2009헌라8 등 사건에서 이 사건 각 법률안 가결선포행위의 무효확인청구에 대하여 기각결정을 한바 있는데, 무효확인청구에 대한 다수의견의 결정이유에 비추어 볼 때, 청구인들이 소속한 국회가 이 사건 각 법률안에 대한 여러 가지 정치적 형성권을 가지는 것이어서 청구인들은 국회 내에서 타협과 해결의 방안을 모색함이 타당하므로, 피청구인이 이 사건 각 법률안 가결선포행위를 취소할 의무를 부담함을 전제로 권한쟁의심판으로 피청구인의 부작위를 다투는 것은 부당하다.

### 【결정요지】

1. 청구인이 법률안 심의·표결권의 주체인 국가기관으로서의 국회의원 자격으로 권한쟁의심판을 청구하였다가 심판절차 계속 중 사망한 경우, 국회의원의 법률안 심의·표결권은 성질상 일신전속적인 것으로 당사자가 사망한 경우 승계되거나 상속될 수 없어 그에 관련된 권한쟁의심판절차 또한 수계될 수 없으므로, 권한쟁의심판청구는 청구인의 사망과 동시에 당연히 그 심판절차가 종료된다.

### 2. 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 각하의견

헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는바, 권한침해의 확인결정에도 기속력이 인정된다. 그러나 그 내용은 장래에 어떤 처분을 행할 때 그 결정의 내용을 존중하고 동일한 사정 하에서 동일한 내용의 행위를 하여서는 아니 되는 의무를 부과하는 것에 그치고, 적극적인 재처분의무나 결과제거의무를 포함하는 것은 아니다. 재처분의무나 결과제거의무는 처분 자체가 위헌·위법하여 그 효력을 상실하는 것을 전제하는데, 이는 처분의 취소결정이나 무효확인결정에 달린 것이기 때문이다.

헌법재판소법은 헌법재판소가 피청구인이나 제3자에 대하여 적극적으로 의무를 부과할 권한을 부여하고 있지 않고, 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에 피청구인에게 결정의 취지에 따른 처분의무가 있음을 규정할 뿐이다. 따라서 헌법재판소가 권한의 존부 및 범위에 관한 판단을 하면서 피청구인이나 제3자인 국회에게 직접 어떠한 작위의무를 부과할 수는 없고, 권한의 존부 및 범위에 관한 판단 자체의 효력으로 권한침해행위에 내재하는 위헌·위법상태를 적극적으로 제거할 의무가 발생한다고 보기도 어렵다.

그러므로 2009헌라8 등 사건에서 헌법재판소가 권한침해만을 확인하고 권한침해의 원인이 된 처분의 무효확인이나 취소를 선언하지 아니한 이상, 종전 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 종전 권한침해행위에 내재하는 위헌·위법성을 제거할 적극적 조치를 취할 법적 의무가 발생한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다.

### 재판관 김종대의 기각의견

모든 국가기관과 지방자치단체는 헌법재판소의 권한쟁의심판에 관한 결정에 기속되는바, 헌법재판소가 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 관장하는 점, 권한쟁의심판의 제도적 취지, 국가작용의 합헌적 행사를 통제하는 헌법재판소의 기능을 종합하면, 권한침해확인결정의 기속력을 직접 받는 피청구인은 그 결정을 존중하고 헌법재판소가 그 결정에서 명시한 위헌·위법성을 제거할 헌법상의 의무를 부담한다.

그러나 권한쟁의심판은 본래 청구인의 「권한의 존부 또는 범위」에 관하여 판단하는 것이므로, 입법절차상의 하자에 대한 종전 권한침해확인결정이 갖는 기속력의 본래적 효력은 피청구인의 이 사건 각 법률안 가결선평행위가 청구인들의 법률안 심의·표결권을 위헌·위법하게 침해하였음을 확인하는 데 그친다. 그 결정의 기속력에 의하여 법률안 가결선평행위에 내재하는 위헌·위법성을 어떤 방법으로 제거할 것인지는 전적으로 국회의 자율에 맡겨져 있다. 따라서 헌법재판소가 「권한의 존부 또는 범위」의 확인을 넘어 그 구체적 실현방법까지 임의로 선택하여 가결선평행위의 효력을 무효확인



또는 취소하거나 부작위의 위법을 확인하는 등 기속력의 구체적 실현을 직접 도모할 수는 없다.

일반적인 권한쟁의심판과는 달리, 국회나 국회의장을 상대로 국회의 입법 과정에서의 의사절차의 하자를 다루는 이 사건과 같은 특수한 유형의 권한쟁의심판에 있어서는, 「처분」이 본래 행정행위의 범주에 속하는 개념으로 입법행위를 포함하지 아니하는 점, 권한침해확인결정의 구체적 실현방법에 관하여 국회법이나 국회규칙에 국회의 자율권을 제한하는 규정이 없는 점, 법률안 가결선포행위를 무효확인하거나 취소하는 것은 해당 법률 전체를 무효화하여 헌법 제113조 제1항의 취지에도 반하는 점 때문에 헌법재판소법 제66조 제2항을 적용할 수 없다. 이러한 권한침해확인결정의 기속력의 한계로 인하여 이 사건 심판청구는 이를 기각함이 상당하다.

### 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 인용의견

2009헌라8 등 권한침해확인결정의 기속력에 의하여 국회는 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차 중 위법한 사항을 시정하여 청구인들의 침해된 심의·표결권을 회복시켜줄 의무를 부담한다. 따라서 국회는 이 사건 각 법률안을 다시 적법하게 심의·표결하여야 한다. 이를 위하여 필요한 경우에는 이 사건 각 법률안에 대한 종전 가결선포행위를 스스로 취소하거나 무효확인할 수도 있고, 신문법과 방송법의 폐지법률안이나 개정법률안을 상정하여 적법하게 심의할 수도 있고, 적법한 재심의·표결의 결과에 따라 종전의 심의·표결절차나 가결선포행위를 추인할 수도 있을 것이다.

2009헌라8 등 결정이 이 사건 각 법률안에 대한 가결선포행위의 무효확인 청구를 기각하였지만, 그것이 권한침해확인결정의 기속력을 실효시키거나 배제하는 것은 아니고, 위법한 심의·표결절차를 시정하는 구체적인 절차와 방법은 국회의 자율에 맡기는 것이 바람직하다고 본 것일 뿐이다.

결국 2009헌라8 등 권한침해확인결정에도 불구하고, 국회가 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차의 위법성을 바로잡고 침해된 청구인들의 심의·표결권을 회복시켜줄 의무를 이행하지 않는 것은 헌법재판소의 종전 결정의 기속력을 무시하고 청구인들의 심의·표결권 침해상태를 계속 존속시

키는 것이므로, 이 사건 심판청구를 받아들여야 한다.

### 재판관 이강국의 인용의견

헌법재판소법 제66조 제1항에 의한 권한침해확인결정의 기속력은 모든 국가기관으로 하여금 헌법재판소의 판단에 저촉되는 다른 판단이나 행위를 할 수 없게 하고, 헌법재판소의 결정 내용을 자신의 판단 및 조치의 기초로 삼도록 하는 것이며, 특히 피청구인에게는 위헌·위법성이 확인된 행위를 반복하여서는 안 될 뿐만 아니라 나아가 헌법재판소가 별도로 취소 또는 무효확인결정을 하지 않더라도 법적·사실적으로 가능한 범위 내에서 자신이 야기한 위헌·위법 상태를 제거하여 합헌·합법 상태를 회복할 의무를 부여하는 것으로 보아야 한다.

국회의 헌법적 위상과 지위, 자율권을 고려하여 헌법재판소는 국회의 입법과정에서 발생하는 구성원 간의 권한침해에 관하여는 원칙적으로 피청구인의 처분이나 부작위가 헌법과 법률에 위반되는지 여부만을 밝혀서 그 결정의 기속력 자체에 의하여 피청구인으로 하여금 스스로 합헌적인 상태를 구현하도록 함으로써 손상된 헌법상의 권한질서를 다시 회복시키는 데에 그쳐야 하고, 이를 넘어 법 제66조 제2항 전문에 의한 취소나 무효확인의 방법으로 처분의 효력에 관한 형성적 결정을 함으로써 국가의 정치적 과정에 적극적으로 개입하는 것은 바람직하지 않다.

2009헌라8 등 사건의 주문 제2항에서 피청구인이 청구인들의 위 법률안에 대한 심의·표결권을 침해하였음이 확인된 이상, 주문 제4항에서 위 법률안 가결선포행위에 대한 무효확인청구가 기각되었다고 하더라도, 피청구인은 위 권한침해확인결정의 기속력에 의하여 권한침해처분의 위헌·위법 상태를 제거할 법적 작위의무를 부담하고, 그 위헌·위법 상태를 제거하는 구체적 방법은 국회나 국회를 대표하는 피청구인의 자율적 처리에 맡겨져야 한다. 그런데 피청구인은 위 주문 제2항의 기속력에 따른 법적 작위의무를 이행하지 아니할 뿐만 아니라 위 주문 제4항에서 무효확인청구가 기각되었음을 이유로 법적 작위의무가 없다는 취지로 적극적으로 다투고 있으므로, 이 사건 청구는 인용되어야 한다.

## 【해설】

### 1. 심판 계속 중 사망한 청구인의 권한쟁의심판청구에 대한 판단

헌법재판소는 이 사건 청구인들 중 이○삼이 권한쟁의심판절차가 계속 중이던 2010. 1. 20. 사망한 사실을 직권으로 확인한 다음, 위 청구인이 제기한 권한쟁의심판청구에 대하여 심판절차종료를 선언하였다.

청구인들의 이 사건 심판청구이유는 2009헌라8 등 사건의 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게는 청구인들에게 이 사건 각 법률안에 관하여 침해된 심의·표결권을 회복시켜주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 아니한 부작위로 청구인들의 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 침해하고 있으므로, 그 부작위가 청구인들의 권한을 침해하였음을 확인해 달라는 것이다. 그러므로 청구인 이○삼은 법률안 심의·표결권의 주체인 국가기관으로서의 국회의원 자격으로 이 사건 권한쟁의심판을 청구한 것인바, 국회의원의 법률안 심의·표결권은 성질상 일신전속적인 것으로 당사자가 사망한 경우 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니다. 따라서 그에 관련된 이 사건 권한쟁의심판절차 또한 승계될 수 있는 성질의 것이 아니라는 이유로, 위 청구인의 이 사건 심판청구는 위 청구인의 사망과 동시에 당연히 그 심판절차가 종료되었다고 보았다(헌재 1992. 11. 12. 90헌마33, 판례집 4, 782, 783; 헌재 1994. 12. 29. 90헌바13, 판례집 6-2, 351, 352 각 취지 참조).

권한쟁의심판에서 당사자의 사망을 이유로 심판절차 종료를 선언한 최초의 사례라 할 수 있다.

### 2. 작위의무의 체계적 지위와 피청구인의 작위의무의 존부

#### 가. 쟁점

이 사건 심판의 대상은 헌법재판소가 2009. 10. 29. 2009헌라8 등 사건에서 피청구인이 이 사건 각 법률안의 가결을 선포한 행위가 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것임을 확인한 이후에도, 피청구인이 청구인들에게 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결권을 행사할 수 있는 조치를 취하지 않고 있는 부작위가 청구인들의 이 사건 각 법률안 심의·표결권을 침해

하는지 여부이다. 따라서 이 문제에 답하기 위해서는 헌법재판소의 위 권한 침해확인결정에 의하여 피청구인에게 처분의 위헌·위법상태를 시정할 헌법상 또는 법률상의 작위의무가 부과되는지, 부과된다면 그 내용은 구체적으로 어떠한 것인지, 부작위를 대상으로 하는 권한쟁의심판에 있어 작위의무의 존부는 적법요건인지 본안요건인지 등이 문제된다.

### 나. 작위의무의 체계적 지위

피청구인의 부작위로 인하여 청구인의 권한이 침해되었다고 주장하는 권한쟁의심판에 있어서, 피청구인의 작위의무가 적법요건인지 본안판단 사항인지에 관하여는 다음과 같이 여러 가지 주장이 있을 수 있다.

#### (1) 적법요건 사항이라는 견해

부작위를 심판대상으로 하는 권한쟁의심판청구는 심판대상의 특성상 피청구인에게 헌법 또는 법률상 의무가 존재하는데도 불구하고 피청구인이 이를 이행하고 있지 않은 경우라야 적법한 심판청구로 볼 수 있는 것이므로, 피청구인이 헌법 또는 법률상 일정한 작위의무를 부담하는지 여부는 본안에서 판단될 성질의 것이 아니고 적법요건의 단계에서 판단되어야 한다는 견해가 있을 수 있다.

#### (2) 본안판단 사항이라는 견해

입법부작위나 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 경우는 국가에 대하여 입법 또는 행정작용을 적극적으로 청구하는 것이므로 그 요건을 더욱 엄격히 할 필요가 있어 작위의무가 인정되지 않는 청구를 부적법하다고 하는 것이 적절할 수 있다. 그러나 권한쟁의심판은 권한의 존부 또는 범위에 관한 심판으로서 권한의 귀속에 관한 유권적 판단을 통하여 분쟁을 종식시키는 것을 본질로 하고, 부작위에 대한 권한쟁의심판의 경우 청구인은 피청구인의 부작위로 인한 권한침해를, 피청구인은 작위의무 없음을 각 다투게 될 것이므로, 결국 헌법과 법률에 따른 구체적 작위의무의 존부 또는 범위에 관한 판단이 심판의 본령을 이루게 된다.

따라서 이 부분 판단은 본안사항이라고 보아야 한다는 견해가 있을 수 있다.

### (3) 추상적 작위의무와 구체적 작위의무 구분설

심판청구의 적법성을 판단함에 있어서는 관계 법규의 해석에 의하여 피청구인에게 일반적인(추상적인) 작위의무가 있는지 여부에 의하여 적법 여부를 결정하고, 본안심판단계에서는 구체적인 사실관계를 고려하여 해당 사안에서 피청구인에게 구체적인 작위의무가 있는지 여부를 판단하여야 한다는 견해가 있을 수 있다.<sup>1)</sup>

### (4) 선례의 입장

헌법재판소는 『피청구인의 부작위에 의하여 청구인의 권한이 침해되었다고 주장하는 권한쟁의심판은 피청구인에게 헌법상 또는 법률상 유래하는 작위의무가 있음에도 불구하고 피청구인이 그러한 의무를 다하지 아니한 경우에 허용된다』(헌재 1998. 7.14. 98헌라3, 판례집 10-2, 74, 80-81; 헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2, 판례집 18-2, 356, 364 각 참조)라고 판시하여 ‘피청구인의 작위의무의 존재’를 적법요건으로 보고 있다.<sup>2)</sup>

1) 대법원 1996. 6. 11. 선고, 95누12460 판결 참조 : 원고가 피고에게 잠수기어업허가 신청을 한데 대하여 피고가 거부처분을 한 사안으로, 원심은 이 사건에서 원고에게 어업허가신청권이 없음은 이유로 거부처분에 대한 처분성을 인정하지 아니하여 소를 각하하였는데, 대법원은 관계법규의 해석상 일반국민에게 신청권이 인정되는 경우이면 일응 그 신청에 대한 거부는 거부처분으로 보아야 하고(이 사건에서는 수산업법 등이 근거 법규임), 구체적으로 원고의 신청이 인용될 수 없는 사정(이 사건에 있어서는 대통령령에 의하여 신청 근거가 없어짐)이 있는 경우에는 본안 청구를 기각하여야 한다고 판시한 바 있다.

2) 위 사건은, 국회법 제113조에 따라 표결이 종료된 때에 의장에게는 표결결과를 선포할 권한이자 의무가 주어져 있는바, 당시 회의장 상황이 투표가 종료한 것으로 볼 수 있어 의장에게 표결결과선포의무가 있음에도 불구하고, 국회의장이 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포하지 아니한 부작위로 국회의원인 청구인들의 표결권을 침해하였다고 주장한 사안이었다. 그러나 헌법재판소는 청구인들의 주장을 토대로 국회법 제113조에 의하여 국회의장의 추상적 작위의무를 인정한 후 본안에서 투표의 종료여부를 판단하여 구체적 작위의무의 존부를 논증하는 구조를 취하지 아니하고, 당시의 상황이 투표가 종료하여 구체적인 표결결과 선포의무가 발생한 것으로 볼 수 있는지를 판단한 후 국회의장의 작위의무가 인정되지 아니한다는 이유로 심판청구를 각하하였다. 즉, 추상적 작위의무와 구체적 작위의무로 나누지 않

### (5) 소결

논리적으로 구별이 가능하다면 제3설이 바람직하다고 볼 수도 있을 것이다.<sup>3)</sup> 그러나 사안에 따라서는 추상적 작위의무와 구체적 작위의무의 구별이 불가능하거나 용이하지 않을 수 있어 어떠한 작위의무에 해당하는지 구별하는데 많은 시간과 노력이 할애되어야 하는 반면에, 그것이 추상적 작위의무이건 구체적 작위의무이건 청구를 받아들일 수 없다는 결론의 실체적 내용에는 차이가 없으므로, 실무상 작위의무를 추상적 작위의무와 구체적 작위의무로 나누어 보아야 할 특별한 실익이 있다고는 보기 어렵다는 점에서, 헌법재판소 선례의 입장을 수긍할 수 있다.

### 다. 이 사건에서 피청구인의 작위의무의 존부

헌법재판소는 2009헌라8 등 결정의 주문 제2항에서 피청구인의 이 사건 각 법률안 가결선포행위는 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이라고 확인한바, 헌법재판소의 위와 같은 권한침해확인결정이 피청구인의 작위의무발생의 근거가 될 수 있는지, 즉 권한침해확인결정의 기속력(헌법재판소법 제67조 제1항)으로부터 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 위헌·위법성을 제거할 작위의무가 발생하는지가 이 사건의 핵심적 쟁점이다.

#### (1) 긍정설

(가) 헌법이 헌법재판소에 국가기관 상호간 등의 권한쟁의심판을 관장하게 하고 있고, 권한쟁의심판의 제도적 취지가 국가기능의 원활한 수행 등을 통한 헌법의 규범적 효력을 보호하기 위한 것이며, 헌법재판소는 헌법문제를 유권적으로 해결<sup>4)</sup>함으로써 국가작용의 합헌적 행사를 통제한다는 점 등을 종합하면, 권한쟁의심판사건의 당사자인 국가기관 등을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체는 헌법재판소의 권한쟁의심판사건에 대한 결정을 존중하

고 작위의무의 존부를 적법요건으로 보고 있다.

- 3) 작위의무의 존부를 적법요건으로 보게 되면 부작위를 대상으로 하는 권한쟁의심판에 있어서는 적법요건을 통과하게 되면 청구를 인용해야 하는 결과가 되어 사안에 대한 핵심적인 판단이 적법요건단계에서 모두 이루어지게 된다.
- 4) 헌법재판소의 결정이 권고적인 효력밖에 가지지 못한다면 헌법재판소가 헌법문제에 대한 유권적 '해결'을 담당하고 있다고 말하기 어려울 수 있다.

고 이에 따라야 할 헌법상의 의무를 가진다고 보아야 한다.

(나) 헌법재판소법 제67조 제1항은 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 ‘기속’한다고 규정하여<sup>5)</sup>, 헌법 이론적으로나 헌법 정책적으로도 인정될 수 있는 헌법재판소 결정의 기속력을 명확히 하고 있다.

여기서의 ‘기속’이 피청구인의 작위의무를 발생시킨다고 보는 여러 견해가 존재하며, 이를 살펴보면 아래와 같다.

1) 권한쟁의심판의 본안결정이 내려지면 그것이 인용결정이든 기각결정이든, 또는 헌법재판소법 제66조 제1항에 의한 확인결정이든, 다른 국가기관은 이에 관한 헌법재판소의 판단에 저촉되는 다른 판단이나 행위를 할 수 없고, 헌법재판소 결정의 내용을 자신의 판단 및 조치의 기초로 삼아야 한다. 피청구인은 위헌·위법성이 확인된 행위를 반복하여서는 아니 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 야기한 기존의 위헌·위법상태를 제거하여 합헌·합법 상태를 회복할 ‘의무’를 부담한다.<sup>6)</sup>

2) 여기에서의 ‘기속’이란 헌법재판소의 결정에 모순되는 행위를 금지하고, 헌법재판소의 결정에 따라 적극적으로 위헌 또는 위법인 상태를 제거해야 하는 실체법적인 ‘의무’를 부과하는 효력으로서, 과거의 행위를 놓고 전소(前訴)와의 관계에서 후소(後訴)에 대하여 효력을 미치는 기판력과는 다른 개념이다.<sup>7)</sup>

3) 피청구인은 그의 행위가 단지 법률위반인가 아니면 또한 헌법위반인가에 관계없이, 그의 행위로 청구인의 권한이 침해되었다는 확인만으로도 헌법재판소의 결정을 존중하여 법질서와 합치되는 상태를 스스로 회복할 ‘의무’를 부담하게 된다.<sup>8)</sup>

5) 헌법재판소법은 심판의 종류별로 기속력에 대하여 따로 정하고 있다. 즉 위헌법률심판에서의 위헌결정(헌법재판소법 제47조 제1항), 헌법소원심판에서의 인용결정(헌법재판소법 제75조 제1항, 제6항)에 기속력이 인정되나 권한쟁의심판의 경우 모든 결정(헌법재판소법 제67조 제1항)에 기속력이 인정된다,

6) [헌법재판실무제요, 제1개정 증보판(2008)], 제353면; 김하열, ‘권한쟁의심판의 발전과 과제’, [헌법논총, 제19집(2008)], 471-472면.

7) 정종섭, [헌법소송법(제5판)], 박영사, 179면.

8) 한수웅, ‘국가기관간의 권한쟁의에 있어서의 제3자소송담당 및 결정주문’, [인권과정의, 제265호(1998)], 113면.

4) 모든 국가기관이 헌법재판소의 결정에 기속되는 법치국가에서 헌법재판소가 피청구인의 처분이 위헌임을 확인하는 결정을 하면 해당 국가기관은 필요한 조치를 취해야 할 의무가 발생한다.<sup>9)</sup>

기속력을 정의하고 있는 위와 같은 견해들을 종합하면, 기속력의 구체적인 내용이 무엇인가에 대한 설명은 각기 다양하나, 적어도 헌법재판소가 피청구인이 청구인의 권한을 침해하였음을 확인하는 결정을 하면, 피청구인은 헌법재판소 결정이 가지는 기속력에 의하여 피청구인이 야기한 ‘위헌·위법 상태를 제거할 의무’를 가진다고 한다.

(다) 독일 다수설의 입장이다. 독일 연방헌법재판소법 제67조 제1문에 따르면 연방헌법재판소는 기관쟁의절차에서 재판대상이 된 처분이 기본법에 위반되는지 여부를 확인할 수 있을 뿐이므로, 연방헌법재판소가 피청구인에게 적극적으로 특정 작위의무나 부작위의무를 부과하는 결정을 하지는 않는다. 독일의 다수설은 독일 연방헌법재판소법 제67조 제1문이 재판의 대상이 된 조치의 위헌여부를 확인할 수 있다고 하더라도 권한쟁의심판의 당사자들이 연방헌법재판소의 확인에 부합하는 반응을 보여야 할 의무를 지지 않는 것은 아니라고 한다. 즉 권한쟁의심판에서 위헌결정은 재판의 대상이 된 조치의 존속에는 영향을 미치지 않으나, 인용결정이 피청구인에게 그 조치의 위헌성을 제거하여야 할 의무를 부과한다고 한다. 권한침해확인결정의 의무 부과 효과를 긍정하는 다수견해는 해당 처분의 위헌을 확인하는 결정에는 피청구인에게 합헌상태를 회복할 의무를 부과하는 효력이 내재되어 있는 것이라고 해석하고 있다. 다만 이러한 원상회복의 유형과 방식만이 피청구인의 자율에 맡겨지며 그러한 범위 내에서 피청구인은 보호되는 것이라고 한다.<sup>10)</sup>

9) 허영, ‘국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 - 대상판결 : 현재 1997. 7. 16. 선고, 96헌라2 결정 -’, [판례월보, 제326호(1997. 11.)] 제14면-15면 참조 : 헌법재판소가 피청구인 국회의장의 청구인에 대한 심의·표결권 침해를 확인한 이상, 국회의장이 위헌을 해소하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다고 하면서, 위 사건에서 문제가 된 두 가지 법률 중 노동관계법은 1997년 3월 여야가 합의해서 다시 개정했기 때문에 이미 필요한 위헌해소조치가 있었다고 볼 수 있고, 안기부법의 경우만 피청구인 국회의장은 그 위헌적인 입법절차를 보완해야 할 의무를 지게 될 것이라고 지적하고 있다.

10) 슬라이히(정태호역), [독일헌법재판론](미리, '2001), 단락번호 78 ; Umbach, in:



## (2) 부정설

(가) 헌법 제66조 제1항에 의하여 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다. 여기서 헌법재판소는 관련된 헌법 또는 법률을 해석하여 관련기관에 권한이 존재하는지 여부와 그 권한의 범위를 확정한다. 따라서 기본적으로 헌법 제66조 제1항에 따른 결정은 권한의 존부 또는 범위에 관한 확인판결의 성격을 지닌다.

2009헌라8 등 사건은 청구인들 또는 피청구인이 가지는 권한 그 자체에 관하여는 다툼이 없고 단지 피청구인의 권한행사가 헌법 또는 법률에 위반되기 때문에 청구인들이 가지는 권한이 침해되었는지 여부가 쟁점이 된 경우이다. 이는 피청구인의 권한의 행사가 청구인들의 권한을 침해하는 경우로 권한의 행사에 관련된 문제이나, 권한의 행사가 권한의 남용이나 일탈에 해당하는지 여부는 결국 권한의 범위의 문제라고 볼 수 있다.

헌법재판소법 제66조 제1항에 따른 주문은 권한의 존부 또는 범위에 대한 확인적 기능을, 그 결과 피청구인의 권한행사가 청구인의 권한을 침해하는 경우 헌법재판소법 제66조 제2항에 따른 처분의 취소 또는 무효확인결정은 권한질서를 회복하고 청구인의 권한을 회복시켜주는 형성적 기능을 갖는다 할 것이다.

권한침해확인 본질의 본질은 처분의 위헌·위법에 대한 확인에 있으므로 헌법재판소법 제66조 제1항에 따른 권한침해확인결정의 기속력으로 다른 국가기관이 이에 관한 헌법재판소의 판단에 지족되는 다른 판단이나 행위를 할 수 없고, 피청구인은 위헌·위법성이 확인된 행위를 반복하여서는 아니 되는 반복금지 의무를 부담한다고 볼 수 있으나, 이를 넘어 권한침해행위의 위헌·위법성을 제거할 법적인 작위 의무까지 부담한다고는 볼 수 없다.

(나) 헌법재판소법 제66조 제2항은 ‘제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해

---

Mitarbeiterkommentar, § 67 Rn. 17.; Bethge, in: BVerfGG-Kommentar, § 67 Rn. 25.; 그 밖에 이에 찬동하는 학자로는 J. Lücke, Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, JZ 1983, S. 380 f.; Schenke, Die verfassungswidrige Bundestagsauflösung, NJW 1982, S. 2526.

해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.’라고 하고 있다. 입법자는 권한침해의 원인이 작위인 경우에는 원칙적으로 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인함으로써, 권한침해의 원인이 부작위인 때에는 피청구인에게 결정취지에 따른 처분을 하도록 작위의무를 부과함으로써 권한질서를 회복하도록 의도하고 있다. 즉, 입법자는 헌법재판소법 제66조 제1항의 주문에 의하여 권한질서의 확인을, 헌법재판소법 제66조 제2항의 주문에 의하여 권한질서의 회복을 꾀하고 있는 것으로 보인다.

헌법재판소법은 위와 같이 헌법재판소가 피청구인의 부작위가 청구인의 권한을 침해함을 확인하는 경우 판결의 취지에 따른 작위의무가 발생하는 것에 대하여 규정을 두고 있음에 반하여, 피청구인의 작위가 청구인의 권한을 침해함을 확인하는 경우 작위의 위헌·위법성을 시정할 의무에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.<sup>11)</sup>

(다) 헌법재판소법 제66조 제2항은 처분의 취소나 무효확인을 헌법재판소의 재량사항인 것처럼 규정하고 있다. 비록 법조문의 규정형식은 처분의 취소나 무효확인을 재량사항으로 규정하고 있으나, 권한쟁의심판이 객관적 권한쟁송이면서 동시에 주관적 권한구제수단으로서의 성격도 가진 점에 비추어 피청구인의 처분이 청구인의 권한을 침해한 경우 헌법재판소로서는 처분의 성질에 따라 원칙적으로 처분을 취소하거나 무효를 확인하여야 한다. 헌법재판소법 제66조 제2항은 비록 “…… 할 수 있다.”고 규정하고 있으나, 이는 취소의 권한을 헌법재판소에 부여한다는 의미이지 그 권한의 행사를 재판소의 임의에 맡긴다는 의미라고는 볼 수 없다.<sup>12)</sup>

헌법소원의 인용결정에 관한 헌법재판소법 제75조 제3항도 “…… 기본권

11) 헌법소원의 경우도 마찬가지이다. 헌법재판소법 제75조(인용결정) 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 하고 있고, 제3항은 “헌법재판소는 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다.”고 하고, 같은 조 제4항은 “헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.”고 하고 있다.

12) 김하열, [권한쟁의심판에 관한 연구 : 헌법재판소법의 해석론을 중심으로](2000 고려대학교 석사학위논문), 108-110면 참조

침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인할 수 있다.”고 규정하고 있지만 헌법재판소는 공권력 행사의 취소와 위헌확인을 원칙으로 하고 있다. 헌법재판소법 제66조 제1항, 제2항과 권한쟁의심판의 청구사유에 관한 같은 법 제61조 제1항, 제2항의 구조를 대비·종합하여 보면, 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해할 현저한 위험이 있는 때에는 같은 법 제66조 제1항에 따라 권한의 존부 또는 범위에 관한 판단에 그치나, 이미 청구인의 권한이 침해된 때에는 이에 더하여 같은 법 제66조 제2항에 따라 처분을 취소하거나 무효를 확인함으로써 헌법재판소 스스로 침해의 원인을 제거함을 원칙으로 예정하고 있음을 알 수 있는바<sup>13)</sup>, 이는 독일의 권한쟁의제도와 뚜렷이 구별되는 점이다.

따라서 권한쟁의심판절차에서 처분이 기본법에 위반되는지 여부를 확인할 수 있을 뿐인 독일의 경우와는 달리, 우리나라의 경우에는 권한침해확인결정의 기속력의 내용으로 위헌·위법상태를 시정하기 위한 어떠한 조치를 취하여야 할 작위의무를 인정할 필요가 없다.<sup>14)</sup>

(라) 물론 권한침해확인결정만이 있고 처분의 취소나 무효확인이 이루어지지 않은 경우에도, 피청구인이 권한침해확인결정의 취지를 심분 존중하여 기존의 유효한 처분에 내재하는 위헌·위법성을 제거하기 위하여 특별한 조치를 취한다면 그것이 헌법의 규범력을 제고하고 헌법재판기관의 결정취지를 최대한 존중하는 행위로서 더욱 바람직하다고 할 수 있을 것이다. 그러나 그러한 조치를 취할 의무가 권한침해확인결정의 기속력으로서 피청구인에게 부과되고 청구인이 소구할 수 있는 법적 의무라고 볼 수는 없다.

(마) 독일의 소수설의 입장이다. 권한쟁의심판의 위헌확인결정의 효력이

13) 헌법재판소법 제66조 제2항은 2003. 3. 12. 한 번 개정되었다. 개정 이전의 내용은 “②제1항의 경우 피청구기관의 처분 또는 부작위가 이미 청구인의 권한을 침해한 때에는 이를 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있다.”라는 것이었는데, 개정된 내용은 “②제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다.”라는 것이다.

14) 우리와 흡사하게 일정한 법률상의 쟁송까지 권한쟁의심판에서 다루도록 하고 있는 스페인의 경우, 권한의 귀속을 결정할 뿐만 아니라 문제된 행위를 취소할 수 있거나(스페인 헌법재판소법 제66조), 무효확인을 하여야 하는 것으로(동법 제75조 제2항) 규정하고 있다고 한다. 김하열, 앞의 논문, 110면.

해당 조치의 존속에 개입한다면 이는 정치적 활동영역에 대한 한계를 넘는 것이라고 한다. 그 결과 권한쟁의심판에서 위헌확인결정의 의미란 장래의 행위에 대해 일정한 기준을 제공하는 역할을 하는 것일 따름이라고 한다.<sup>15)</sup>

### (3) 소결

권한침해확인결정과 같은 형태의 결정은 헌법소송에만 있는 특유한 것이고<sup>16)</sup> 그 기속력의 내용이 어떤 것인지에 관하여 구체적 사안과 관련하여 논의된 바가 없으며, 이 사건이 이러한 쟁점과 관련된 최초의 사례라고 볼 수 있다.

국내 학계에는 권한침해확인결정 자체의 기속력으로 피청구인에게 권한침해행위의 위헌·위법성을 제거할 법적인 의무가 부과된다고 보는 견해만이 존재하여 온바, 이 사건에서 재판관들의 견해가 4인의 각하의견, 1인의 기각의견, 4인의 인용의견으로 나뉜 것은 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인이 작위의무를 부담하게 되는지 여부에 대한 위와 같은 견해 대립과, 앞서 살핀 부작위를 대상으로 하는 권한쟁의심판에서 작위의무의 체계적 지위에 관한 입장 차이가 더해져 이루어진 것으로 볼 수 있다.

## 3. 이 사건 심판청구에 대한 판단

### 가. 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 각하의견

위 4인의 재판관은 피청구인의 작위의무의 존부를 적법요건으로 보는 선례의 입장에 서서, 종전 권한침해확인결정은 기본적으로 권한의 존부 또는 범위에 관한 확인결정의 성질을 지니므로, 권한침해확인결정의 기속력으로

15) Jekewitz, Die stattgebende Entscheidung im verfassungsdrrichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen, Recht und Politik 19, 1983, S. 153 면 참조.

16) 가장 유사한 형태의 주문으로는 처분의 위법성만 확인하고 처분의 취소청구를 기각하는 행정소송에서의 사정판결을 들 수 있겠다. 다만 조문형태상으로는 행정소송이 엄격히 한정된 예외적 사유가 있을 때에 사정판결을 할 수 있음에 반하여, 권한쟁의심판에 있어서는 권한침해를 확인하면서 무효확인이나 취소를 하지 않을 사유는 행정소송의 경우만큼 엄격하게 한정된 것으로는 볼 수 없다.

피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 위헌·위법성을 제거할 적극적인 작위의무가 발생한다고는 볼 수 없어, 이 사건 심판청구는 각하되어야 한다고 보았다.

그 구체적인 논지는 다음과 같다.

#### (1) 부작위에 대한 권한쟁의심판청구의 적법요건

피청구인의 부작위에 의하여 청구인의 권한이 침해당하였다고 주장하는 권한쟁의심판은 피청구인에게 헌법상 또는 법률상 유래하는 작위의무가 있음에도 불구하고 피청구인이 그러한 의무를 다하지 아니한 경우에 허용된다.

#### (2) 권한쟁의심판의 이원적 구조

권한쟁의심판에 있어서 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관의 권한의 존부 또는 범위에 관하여 판단한다(헌법재판소법 제66조 제1항). 헌법재판소는 관련된 헌법 또는 법률을 해석하여 관련 국가기관에 권한이 존재하는지 여부와 그 권한의 범위를 확정하는바, 기본적으로 헌법재판소법 제66조 제1항에 따른 결정은 권한의 존부 또는 범위에 관한 확인적 성격을 지닌다.

헌법재판소가 위와 같이 권한침해확인결정을 하는 경우에 나아가 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있는바(같은 조 제2항), 처분의 취소 또는 무효확인결정은 권한질서를 회복하고 청구인의 권한을 회복시켜주는 형성적 기능을 갖는다.

전자의 결정은 권한쟁의심판의 당사자 사이의 헌법적·법적 지위와 권한을 확정짓는 것이고, 후자의 결정은 청구인의 권한에 영향을 미친 피청구인의 행위를 헌법재판소가 직접 소멸시키거나 효력이 없음을 확인함으로써 청구인의 권한을 회복시키는 것이다. 전자의 결정은 후자의 결정을 위한 필요적 전제이지만 그 자체로 취소나 무효를 결정짓는 유일한 요건은 아니므로, 헌법재판소는 권한침해의 확인에도 불구하고 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 무효로 확인하지 아니할 수 있고, 청구인이 적극적으로 취소나 무효확인을 청구한 때에는 이를 기각할 수 있다.

헌법재판소가 권한쟁의심판에서 청구인의 권한이 피청구인에 의하여 침해

되었음을 확인하는 것에 그치고 피청구인의 행위를 취소하거나 무효임을 확인하는 결정을 하지 않는 경우, 이는 청구인과 피청구인 사이의 권한의 존부 또는 범위를 확인할 뿐이므로 피청구인의 행위는 여전히 유효하게 존속한다.

### (3) 심의·표결권 침해확인결정의 기속력

헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속(헌법재판소법 제67조 제1항)하는바, 이러한 기속력은 피청구인의 처분의 취소결정이나 무효확인결정 뿐만 아니라 권한침해의 확인결정에도 인정된다.

그러나 그 내용은 장래에 어떤 처분을 행할 때 그 결정의 내용을 존중하고 동일한 사정 하에서 동일한 내용의 행위를 하여서는 아니 되는 의무를 부과하는 것에 그치고, 적극적인 재처분의무나 결과제거의무를 포함하는 것이라 해석할 것은 아니다. 재처분의무나 처분으로 인한 위헌·위법한 결과의 제거의무는 처분 자체가 위헌·위법하여 그 효력을 상실하는 것을 전제하는데, 이는 처분의 취소결정이나 무효확인결정에 달린 것이기 때문이다.

다만 처분으로 인한 결과가 아닌 권한침해 자체로부터 발생한 결과가 있고, 이를 제거할 법률상·사실상의 가능성이 있다면 이를 제거할 의무를 인정할 여지가 있으나, 입법절차에서 심의·표결권의 침해는 입법절차와 함께 종료하여 더 이상 존재하지 아니하고 문제가 된 당해 법률안도 법률로 성립되면 그에 흡수되어 입법절차상 존재하는 하자를 따로 제거할 수 있는 방법이 없으므로 원상회복의 가능성을 인정하기 어렵다.

나아가 헌법재판소법은 헌법재판소가 피청구인이나 제3자에 대하여 적극적으로 의무를 부과하는 결정을 할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않으며, 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에 피청구인에게 결정의 취지에 따른 처분의무가 있음을 규정(헌법재판소법 제66조 제2항 후단)할 뿐이다. 따라서 헌법재판소가 피청구인의 처분을 직접 취소하거나 무효확인함으로써 그 기속력의 내용으로서 피청구인에게 원상회복의무가 인정되는 것은 별론으로 하고, 헌법재판소가 권한의 존부 및 범위에 관한 판단을 하면서 피청구인이나 제3자인 국회에게 직접 어떠한 작위의무를 부과하는 결정을 할 수는 없으며, 권한의 존부 및 범위에 관한 판단 자체의 효력으로 권한

침해행위에 내재하는 위헌·위법상태를 적극적으로 제거할 의무가 발생한다고 보기도 어렵다.

#### (4) 소결

따라서 위 2009헌라8 등 사건에서 헌법재판소가 권한침해만을 확인하고 권한침해의 원인이 된 처분의 무효확인이나 취소를 선언하지 아니한 이상, 종전 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 종전 권한침해행위에 내재하는 위 헌·위법성을 제거할 적극적 조치를 취할 법적 의무가 발생한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다.

#### 나. 재판관 김종대의 기각의견

위 재판관은 권한침해확인결정으로 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 입법관련행위의 위헌·위법성을 제거할 추상적 작위의무는 부과되나, 입법관련행위를 대상으로 하는 권한쟁의심판의 특수성에 비추어 헌법재판소로서는 권한침해의 원인이 된 입법관련행위를 무효확인 또는 취소할 수 없고, 그 논리의 연장선상에서 권한침해확인결정의 기속력에도 일정한 한계가 있어 그 결정의 기속력으로 피청구인에게 구체적으로 특정한 조치를 취할 작위의무가 도출된다고 볼 수 없다고 보았다. 이 견해는 작위의무의 체계적 지위에 관하여 추상적 작위의무와 구체적 작위의무를 구분하는 견해를 전제로 한 것으로 볼 수 있다.

그 구체적 논지는 다음과 같다.

##### (1) 권한침해확인결정의 기속력

헌법이 헌법재판소에 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 관장하게 한 점, 권한쟁의심판의 제도적 취지가 헌법의 규범적 효력을 보호하는 데 있는 점, 헌법재판소는 헌법문제를 유권적으로 해결함으로써 국가작용의 합헌적 행사를 통제하는 점 등을 종합하면, 권한침해확인결정의 기속력을 직접 받는 피청구인은 그 결정을 존중하고 헌법재판소가 권한침해확인결정에서 명시한 위헌·위법성을 제거할 헌법상의 의무를 부담한다.

## (2) 기속력의 구체적 실현 및 그 한계

(가) 권한쟁의심판은 본래 청구인의 「권한의 존부 또는 범위」에 관하여 판단하는 것이므로, 입법절차상의 하자에 대한 종전 권한침해확인결정이 갖는 기속력의 본래적 효력은 피청구인의 이 사건 각 법률안 가결선포행위나 청구인들의 법률안 심의·표결권을 위헌·위법하게 침해하였음을 확인하는데 그친다. 그 결정의 기속력에 의하여 법률안 가결선포행위에 내재하는 위헌·위법성을 어떤 방법으로 제거할 것인지는 전적으로 국회의 자율에 맡겨져 있으므로, 헌법재판소가 「권한의 존부 또는 범위」의 확인을 넘어 그 구체적 실현방법까지 임의로 선택하여 가결선포행위의 효력을 무효확인 또는 취소하거나 부작위의 위법을 확인하는 등 기속력의 구체적 실현을 직접적으로 도모할 수는 없다.

(나) 국회 입법과정에서의 의사절차의 하자를 다루는 이 사건과 같은 특수한 유형의 권한쟁의심판에 있어서는 헌법재판소법 제66조 제2항을 적용하여 그 무효확인이나 취소 또는 부작위위법확인을 할 수 있다고 하여서는 안 된다.

그 이유는 다음과 같다. i) 「처분」은 본래 행정행위의 범주에 속하는 개념일 뿐 입법행위를 포함하는 개념이 아니므로, 「입법관련 행위」를 위법 제66조 제2항 소정의 무효확인 또는 취소의 대상인 「처분」으로 보는 것은 문리상 무리가 있다. ii) 국회의 헌법상의 지위에 비추어, 「입법관련 행위」에 대한 권한침해확인결정이 있다 하여도 국회의 의사절차상 흠을 어떻게 처리할 것인가의 문제는 국회가 스스로 결정해야 할 고도의 정치적 자율성이 요청되는 문제이다. 국회법이나 국회규칙 어디에도 이에 관하여 국회의 자율권을 제한하는 규정이 없으므로, 현행법상 국회나 그 기관의 「입법관련 행위」에 대해서는 그 절차상의 위법성을 제거할 구체적 실현방법에 대한 타율적 이행을 요구하는 어떠한 청구도 용인될 수 없다. iii) 법률안 가결선포행위를 무효확인하거나 취소할 경우 그것은 실질적으로 해당 법률 전체를 무효화하게 되므로 그 인용결정도 법률의 위헌결정에 필요한 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성요건을 충족해야 하는데, 권한쟁의심판의 절차를 이용할 경우 재판관 5인의 찬성(7인이 평결할 경우에는 재판관 4인의 찬성)만으로도 인용결정이 가능하여 법률의 위헌결정에 필요한 정족수를 규정한 헌법



제113조 제1항의 취지에도 반하는 부당한 결과를 초래한다.

(다) 그러므로, 법률의 효력을 둘러싸고 국회나 국회의장 등을 상대로 제기되는 「입법관련 행위」를 대상으로 하는 권한쟁의심판에 있어서는, 헌법재판소가 권한침해확인결정을 하는 외에 나아가 그 인용결정의 구체적 실행 방법으로서 처분의 무효확인이나 취소를 선언할 수 없을 뿐만 아니라 부작위의 위법확인도 할 수 없다 할 것이므로, 권한침해확인결정의 기속력에도 일정한 한계가 있다.

### (3) 이 사건 권한쟁의심판청구의 당부

따라서 이 사건 심판청구는 권한침해확인결정의 기속력의 한계를 벗어난 부당한 것이거나, 종전 권한침해확인결정에 따라 이미 발생한 기속력의 재확인을 구하는 불필요한 것이어서 어느 모로 보나 이유 없으므로 기각하여야 한다.

### 다. 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 인용의견

위 3인의 재판관은 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 위헌·위법성을 제거할 적극적인 작위의무가 발생하는 것으로 보고, 국회의 다수당이 위법한 심의·표결절차를 시정하여 청구인들의 침해된 심의·표결권한을 회복시켜줄 의무를 이행하지 않고 있어 권한쟁의심판을 청구할 이익도 있으므로 심판청구가 인용되어야 한다고 보았다. 피청구인에게 발생하는 작위의무의 내용에 관하여는 국회가 이 사건 각 법률안을 다시 적법하게 심의·표결하여야 하는 것으로, 종전의 법률안 가결선평행위를 스스로 취소 또는 무효확인하거나, 이미 가결선평행위를 폐지법률안이나 개정법률안을 상정하여 적법하게 심의하거나, 적법한 재심의·표결의 결과에 따라 종전의 심의·표결절차나 가결선평행위를 추인하는 등 적절한 방법을 선택할 수 있는 것으로 보아, 그 내용을 구체적으로 한정하지는 아니하였다.

그 구체적 논지는 다음과 같다.

(1) 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제67조 제1항). 헌법재판소가 권한쟁의심판에 의

하여 국회의 입법절차가 위법하게 진행되어 일부 국회의원의 심의·표결권이 침해되었다고 확인하면, 그 결정의 기속력에 의하여 국회와 국회의원들은 위법하게 진행된 심의·표결절차의 위법성을 제거하고 침해된 국회의원의 심의·표결권을 회복시켜줄 의무를 부담하게 된다. 권한쟁의심판의 결정이 확인결정이어서 국회의 심의·표결행위나 법률안 가결선포행위를 직접 소멸시키는 형성적 효력이 없다고 하더라도, 심의·표결절차의 위법성과 국회의원들의 권한이 침해된 사실을 확인한 이상 그 한도에서는 기속력을 가지는 것이고, 그 기속력은 헌법재판소의 권한침해확인결정에 의하여 확인된 위헌·위법성을 시정하여 침해된 권한을 회복시키라는 것이다.

(2) 2009헌라8 등 사건의 결정이 이 사건 각 법률안에 대한 국회의 심의·표결절차가 위법하게 국회의원인 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다고 확인한 이상, 그 결정의 기속력에 의하여 국회는 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차 중 위법한 사항을 시정하여 청구인들의 침해된 심의·표결권한을 회복시켜줄 의무를 부담한다. 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차의 위법성을 시정하고 국회의원들의 침해된 심의·표결권을 회복시키려면 국회가 이 사건 각 법률안을 다시 적법하게 심의·표결하여야 한다. 이를 위하여 필요한 경우에는 이 사건 각 법률안에 대한 중전의 가결선포행위를 스스로 취소하거나 무효확인할 수도 있고, 이미 가결선포된 신문법과 방송법의 폐지법률안이나 개정법률안을 상정하여 적법하게 심의할 수도 있고, 적법한 재심의·표결의 결과에 따라 중전의 심의·표결절차나 가결선포행위를 추인할 수도 있을 것이다.

(3) 2009헌라8 등 사건의 결정이 이 사건 각 법률안에 대한 가결선포행위의 무효확인청구를 기각한 것은 위법한 심의·표결절차를 시정하는 구체적인 절차와 방법은 국회의 자율에 맡기는 것이 바람직하다고 보아 국회의 가결선포행위를 헌법재판소의 결정에 의하여 실효시키지 아니한다는 것일 뿐, 국회가 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차의 위법성을 시정하지 않거나 국회의원들의 침해된 심의·표결권한을 회복시키지 않아도 무방하다는 취지가 아니다. 따라서 2009헌라8 등 사건의 결정에 의하여 이 사건 각 법률안의 가결선포행위에 대한 무효확인청구가 기각되었더라도, 국회가 2009헌라8 등 사건의 권한침해확인결정의 기속력에 따라 이 사건 각 법률안의

심의·표결절차의 위법성을 시정하고 침해된 청구인들의 심의·표결권을 회복시켜야 할 의무는 없어지지 아니한다.

그런데 국회의 다수당이 2009헌라8 등 사건에서 이 사건 각 법률안의 가결선포행위에 대한 무효확인청구가 기각되었음을 이유로 이 사건 각 법률안에 대한 위법한 심의·표결절차를 시정하여 청구인들의 침해된 심의·표결권을 회복시켜줄 의무를 이행하지 않고 있으므로, 소수 야당 소속의 국회의원들인 청구인들은 이 사건 권한쟁의심판을 청구할 이익이 있고, 이를 인용하면 헌법재판소법 제66조 제2항 후문에 의하여 시정의무가 명시되므로 심판의 필요도 인정된다.

(4) 결국 2009헌라8 등 사건의 결정이 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차가 위법하게 진행되어 청구인들의 심의·표결권이 침해되었음을 확인하였음에도 불구하고, 국회가 이 사건 각 법률안에 대한 심의·표결절차의 위법성을 바로잡고 침해된 청구인들의 심의·표결권을 회복시켜줄 의무를 이행하지 않는 것은 헌법재판소의 종전 결정의 기속력을 무시하고 청구인들의 심의·표결권 침해상태를 계속 존속시키는 것이므로, 이 사건 심판청구를 인용하여야 한다.

## 라. 재판관 이강국의 인용의견

위 인용의견은 권한침해확인결정의 기속력만으로도 피청구인에게는 스스로 합헌적인 상태를 구현함으로써 손상된 헌법상의 권한질서를 다시 회복할 의무가 부여되고, 피청구인은 헌법재판소의 결정취지에 따라 자율적으로 정치적 형성에 의하여 위헌·위법 상태를 제거함으로써 권한질서를 회복시키는 것이 마땅하다고 보았다. 이 사건에서 피청구인은 그러한 작위의무를 이행하지 아니할 뿐만 아니라 작위의무가 없다는 취지로 적극 다투고 있으므로 이 사건 심판청구를 인용하여야 한다고 보았다.

그 구체적 논지는 다음과 같다.

### (1) 권한쟁의심판 결정의 기속력

헌법재판소법 제66조 제1항에 의한 권한침해확인결정의 기속력은 모든 국가기관으로 하여금 헌법재판소의 판단에 저촉되는 다른 판단이나 행위를 할

수 없게 하고, 헌법재판소의 결정 내용을 자신의 판단 및 조치의 기초로 삼도록 하는 것이며, 특히 피청구인에게는 위헌·위법성이 확인된 행위를 반복하여서는 안 될 뿐만 아니라, 나아가 헌법재판소가 별도로 취소 또는 무효확인결정을 하지 않더라도 법적·사실적으로 가능한 범위 내에서 자신이 야기한 위헌·위법 상태를 제거하여 합헌·합법 상태를 회복하여야 할 의무를 부여하는 것이다.

헌법재판소법 제66조 제2항 전문에 의한 처분의 취소나 무효확인결정은 헌법재판소가 재량으로, 권한침해확인 주문에 부가하여 선고할 수 있는 형성적 결정이다. 그러나 국회의 특별한 헌법적 지위와 권한, 그리고 광범위한 정치적 형성권까지 고려한다면 헌법재판소는 국회의 입법과정에서 발생하는 구성원 간의 권한침해에 관하여는 원칙적으로 피청구인의 처분이나 부작위가 헌법과 법률에 위반되는지 여부만을 밝혀서 그 결정의 기속력 자체에 의하여 피청구인으로 하여금 스스로 합헌적인 상태를 구현하도록 함으로써 손상된 헌법상의 권한질서를 다시 회복시키는 데에 그쳐야 할 뿐, 이를 넘어 법 제66조 제2항 전문에 의한 취소나 무효확인의 방법으로 나아가 처분의 효력에 관한 형성적 결정을 함으로써 국가의 정치적 과정에 적극적으로 개입하는 것은 바람직하지 않다. 그리고 피청구인을 포함하여 국회 역시 ‘국가기관 상호존중의 원칙’에 따라 헌법재판소의 이러한 자제를 존중하여 헌법재판소의 결정취지에 따라 자율적으로 정치적 형성에 의하여 위헌·위법 상태를 제거하는 노력을 하여야 마땅하다.

## (2) 이 사건 심판청구에 대한 판단

2009헌라8등 사건의 주문 제2항에서 피청구인이 청구인들의 위 법률안에 대한 심의·표결권을 침해하였음이 확인된 이상, 주문 제4항에서 위 법률안 가결선포행위에 대한 무효확인청구가 기각되었다고 하더라도, 피청구인은 위 권한침해확인결정의 기속력에 의하여 위 권한침해처분의 위헌·위법 상태를 제거하여야 할 법적 작위의무가 있고, 그 권한침해처분의 위헌·위법 상태를 제거하기 위한 구체적 방법은 국회나 국회를 대표하는 피청구인의 자율적 처리에 맡겨져야 한다.

피청구인은 위 주문 제2항의 기속력에 의하여 권한침해처분의 위헌·위법 상태를 제거하여야 할 법적 작위의무가 있음에도 불구하고, 권한침해처분의 위헌·위법 상태를 제거하기 위한 작위의무를 이행하지 아니하였을 뿐만 아니라, 위 주문 제4항에서 무효확인청구가 기각되었음을 이유로 법적 작위의무가 없다는 취지로 적극적으로 다루고 있다.

그렇다면, 피청구인은 위 주문 제2항의 기속력에 의하여 권한침해처분의 위헌·위법 상태를 제거해야 할 법적 작위의무가 있음에도 이를 위반함으로써 청구인들의 신문법안 및 방송법안에 대한 심의·표결권을 침해하였으므로, 이 사건 청구는 인용되어야 한다.

#### 4. 결정 정족수의 문제

권한쟁의심판에 있어서는 중국심리에 관여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다(헌법재판소법 제23조 제2항 본문).

청구인 이○삼을 제외한 나머지 청구인들의 이 사건 심판청구에 대하여는, 각하의견이 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 4인, 기각의견이 재판관 김종대의 1인, 인용의견이 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 김희욱, 재판관 송두환의 4인으로 어느 의견도 독자적으로는 헌법재판소법 제23조 제2항이 정한 권한쟁의심판의 심판정족수를 충족하지 못하였다.

헌법재판소는 이 사건에서, 각하의견은 종전 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인이 구체적으로 특정한 조치를 취할 의무를 부담한다고는 볼 수 없어 이 사건 심판청구를 받아들일 수 없다는 기각의견의 결론 부분에 한하여는 기각의견과 견해를 같이 하는 것으로 볼 수 있음을 들어, 각하의견 4인과 기각의견 1인을 합하면 권한쟁의심판의 결정정족수를 충족한다고 보아, 이 부분 심판청구를 모두 기각하였다.

#### 5. 결정의 의의

이 사건 결정은 국회에서의 입법절차상의 하자를 이유로 한 권한쟁의심판에서 헌법재판소가 권한침해확인결정을 한 경우, 그 결정의 기속력의 내용이

무엇인지, 그 결정의 기속력으로 인하여 피청구인에게 작위의무가 발생하는지 및 발생한다면 그 내용은 어떠한 것인지의 쟁점에 관하여 이루어진 최초의 결정이다.

종전 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 권한침해의 원인이 된 처분의 위헌·위법 상태를 적극적으로 시정할 법률상의 작위의무가 부과되는지 여부와 관련하여, 그러한 작위의무가 부과되지 않는다는 각하의견, 추상적 작위의무는 발생하나 구체적으로 특정된 작위의무가 발생하는 것으로 볼 수 없다는 입장에 선 기각의견, 작위의무가 부과된다는 인용의견으로 재판관들의 견해가 나뉘었다.

어느 의견도 독자적으로 권한쟁의심판의 심판정족수를 충족하지 못하였으나, 심판청구를 받아들일 수 없다는 결론부분에 있어 견해가 일치하는 각하의견과 기각의견을 합하면 권한쟁의심판의 심판정족수를 충족하므로, 심판청구를 기각하였다.

## 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인

- 남성에 한정된 병역의무 부과 -

(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446)

성 왕\*

### 【판시사항】

1. 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입되도록 한 구 병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 병역법’이라 한다) 제8조 제1항에 대한 헌법소원 심판청구의 청구기간 도과 여부(적극)

2. 대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한 구 병역법 제3조 제1항 전문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 평등권 침해 여부(소극)

### 【심판대상】

구 병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되기 전의 것) 제3조(병역의무) ① 대한민국 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 의하여 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여자는 지원에 의하여 현역에 한하여 복무할 수 있다.

제8조(제1국민역에의 편입 및 편입대상자신고) ① 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 1981. 8. 13.생의 남성이고, 2005. 10. 1. 모집병(카투사)에 지원하여 2005. 12. 3. 병무청으로부터 육군 모집병 입영통지서를 이메일로 수령한

\* 헌법연구관

후 2006. 3. 13. 입대하였다.

청구인은 남성에게만 병역의무를 부과하는 구 병역법 제3조 제1항 및 제8조 제1항이 청구인의 평등권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하며 2006. 3. 10. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장

(1) 헌법 제39조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 규정하고 있음에도 이 사건 법률조항들은 남성에게만 병역의무를 부과하고 여성에게는 병역의무를 면제하여 남성과 여성을 차별취급하고 있다. 한편 헌법 제11조 제1항은 성별에 따른 차별을 금지하여 특별히 양성간 평등을 요구하고 있으므로 성별을 이유로 한 차별취급에 대하여는 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것인바, 군사현실의 변화와 병역의무의 내용의 다양화에 따라 여성에 대한 일괄적 병역면제 외에도 국방력 유지 등 입법목적을 달성할 다양한 수단이 존재함에도 이 사건 법률조항들이 남성에게만 병역의무를 부과하고 여성에 대하여는 병역의무를 면제한 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 평등권을 침해한다.

(2) 이 사건 심판대상 법률조항들은 군대에서 복무하는 동안 다른 직업을 가질 수 없도록 하고, 지정된 군시설에 거주하도록 하며, 학업을 중단하도록 하여 청구인의 직업의 자유, 거주이전의 자유, 학문의 자유, 행복추구권 등을 침해한다.

### 나. 국방부 장관의 의견

(1) 집행행위인 병역처분이 예정되어 있는 이상 이 사건 심판대상 법률조항들은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않으며, 청구인이 입영통지서를 받은 때로부터 90일이 경과하여 한 이 사건 청구는 청구기간이 도과한 것이고, 청구인은 이 사건 결정 이전에 이미 제대하였으므로 권리보호이익이 없다.

(2) 징집대상자의 범위를 정하는 문제는 최적의 전투력 유지를 위해 합목



적적으로 정해야 할 사항으로서 입법형성권이 광범위하게 인정되므로 자의 금지원칙이 적용되어야 하고, 남성과 여성은 임신과 출산이라는 측면에서 생물학적 차이가 존재하는 점을 고려할 때 남성에 한정된 병역의무 부과는 합리적 이유가 있다.

### 【결정요지】

1. 청구인은 구 병역법 제8조 제1항, 제2조 제2항에 의하여 18세가 되는 해의 1. 1.에 제1국민역에 편입되었는바, 그로부터 1년이 경과하여 한 구 병역법 제8조 제1항에 대한 청구는 청구기간이 도과한 것으로서 부적법하다.

2. 이 사건 법률조항은 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려우며, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정된다는 점에 비추어 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사기준에 따라 판단하여야 한다.

집단으로서의 남자는 집단으로서의 여자에 비하여 보다 전투에 적합한 신체적 능력을 갖추고 있으며, 개개인의 신체적 능력에 기초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점, 신체적 능력이 뛰어난 여자의 경우에도 월경이나 임신, 출산 등으로 인한 신체적 특성상 병력자원으로 투입하기에 부담이 큰 점 등에 비추어 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기 어렵다. 한편 보충역이나 제2국민역 등은 국가비상사태에 즉시 전력으로 투입될 수 있는 예비적 전력으로서 병력동원이나 근로소집의 대상이 되는바, 평시에 현역으로 복무하지 않는다고 하더라도 병력자원으로서 일정한 신체적 능력이 요구된다고 할 것이므로 보충역 등 복무의무를 여자에게 부과하지 않은 것이 자의적이라 보기도 어렵다. 결국 이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 자의금지원칙에 위배하여 평등권을 침해하지 않는다.

재판관 김희옥의 보충의견

입법자로서는, 현역 이외의 대체적 복무 형태는 국토방위라는 병역의무 본래의 목적과 관련하여 불가피한 경우에 한하도록 하고, 병역의무를 부담하지 아니하는 국민은 다른 형태로 병역의무의 이행을 지원하도록 하는 등의 진지한 개선 노력을 경주하여야 할 것이다. 다만 그 구체적 내용은 입법자의 광범위한 형성 영역에 있다.

### 재판관 조대현, 재판관 김종대의 별개(기각)의견

이 사건 법률조항은 헌법상 기본의무인 국방의 의무의 부과에 관한 것이므로 그에 대한 심사는 기본권의 과잉제한을 논할 필요가 없고, 다만 기본의무의 부과가 그 목적에 있어 정당한지, 그 부과 내용이 합리적이고 공평한지 여부를 따지는 것으로 족하며, 이 사건 법률조항은 국가보위를 목적으로 하는 국군의 최적의 전투력 확보를 위한 것으로서 여자의 신체적 특징, 대한민국의 국방안보현실 등을 고려할 때 기본의무 부과에 있어 지켜야 할 헌법상 심사기준을 충족시킨다.

### 재판관 이공현, 재판관 목영준의 위헌의견

헌법상 모든 국민은 국방의 의무를 지는바, 남성과 여성의 신체적 조건 등에 따르는 차별취급은 용인되어야 할 것이나, 병역법은 국방의 의무 가운데 그 복무 내용이 신체적 조건이나 능력과 직접 관계되지 않는 의무까지도 남자에게만 부과함으로써 남자와 여자를 합리적 이유없이 차별취급하고 있고, 현재 그러한 차별의 불합리성을 완화하기 위한 제도적 장치도 마련되어 있지 아니하므로 이 사건 법률조항은 국방의 의무의 자의적 배분으로서 남성의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다.

### 재판관 민형기의 각하의견

이 사건 법률조항이 위헌으로 선언되더라도 종래 여자들이 병역의무를 부담하지 않던 혜택이 제거되는 것일 뿐 청구인과 같은 남자들의 병역의무의 내용이나 범위 등에 어떠한 직접적이고 본질적인 영향을 미친다고 보기 어려운 이상, 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인의 평등권이 침해될 가능성

이 있다거나 자기관련성 또는 심판청구의 이익이 인정된다고 보기 어려우므로 위 조항에 대한 청구는 부적법하다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 심판청구의 적법 여부

#### 가. 구 병역법 제8조 제1항에 대한 청구의 적법 여부

헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 하므로(헌법재판소법 제69조 제1항), 법령에 대한 헌법소원심판은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해가 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 판례집 15-2상, 319, 349-350; 2007. 2. 22. 2003헌마428등, 판례집 19-1, 118, 132 참조).

구 병역법 제8조 제1항은 제1국민역 편입에 관하여 정하고 있는 규정인바, 1981. 8. 13.생인 청구인은 구 병역법 제8조 제1항, 제2조 제2항에 의하여 1999. 1. 1. 제1국민역에 편입되었으므로 그로부터 1년이 경과하여 한 구 병역법 제8조 제1항에 대한 청구는 청구기간이 도과한 것으로 부적법하다고 판단하였다.

그 밖의 적법 요건의 충족 여부에 관하여는 구체적으로 판단하지 아니하였다.

#### 나. 이 사건 법률조항에 대한 청구의 적법 여부

이 결정은 이 사건 법률조항에 대한 청구가 적법함을 전제로 본안 판단으로 나아갔다. 이 사건에서 문제된 기본권 침해의 직접성과 청구기간의 준수, 권리보호이익을 인정하는 전제에 선 것이다.

#### (1) 기본권 침해의 법적 관련성

청구인은 대한민국 국민인 남자로서 현재 구 병역법 제3조 제1항에 의한 병역의무를 부담하는 자이고, 동시에 국방의 의무를 분담하는 대한민국 여성과의 관계에서 차별취급을 받고 있는 자이므로 기본권침해의 자기관련성이 인정되며, 청구인이 모집병에 지원하였다 하더라도 의무부무가 면제되는 것이 아닌 이상 위와 같은 자기관련성을 반복시킬 사유에 해당한다고 볼 수 없고, 입영이 예정된 이상 현재성도 문제되지 아니한다.

한편 이 사건 법률조항은 병역의무자의 범위를 정한 것이고, 실질적으로 병역의무가 부과되는 것은 병역처분(법 제14조) 등 구체적인 집행행위에 따른 것이므로 위 조항만으로 대한민국 국민인 남자가 구체적인 병역의무를 부과받을지, 그리고 어떠한 내용의 병역의무를 부과받을지 여부 자체가 불명확한 상태이므로 위 조항에 의한 자유의 제한, 의무의 부과 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우가 아니라는 입장에서 직접성을 부인하는 견해가 제시될 수 있으나, ‘병역의무의 차별적 분배’로 인한 평등권 침해는 병역면제 여부나 ‘현역’, ‘보충역’ 편입 등 구체적인 병역처분이 행해지기 이전이라도 대한민국 국민인 남자인 이상 다른 집행행위 없이 위 조항으로부터 직접 발생하는 것으로 보아야 할 것이다. 한편 ‘병역처분’이라는 집행행위의 존재를 긍정하더라도 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없는 때에는 직접성의 예외가 인정된다는 헌법재판소의 확립된 선례에 비추어 이 사안은 직접성의 예외가 긍정된다고도 볼 수 있다. 병역법상 병역처분은 병역의무의 내용을 정하는 것이거나 이미 존재하는 병역의무를 면제하는 것이고, 병역의무를 부담한다는 지위(병역의무자의 범위)는 이 사건 법률조항에 의하여 이미 결정적으로 정해지는 것이기 때문이다.

## (2) 청구기간

‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 ‘법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날’(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 판례집 16-1, 574, 583)을 의미하는바, 청구인이 언제 구체적이고 현실적으로 병역의무를 부담하게 되었다고 볼 것인지 문제된다.

이에 대하여는 제1국민역 편입시기를 기준으로 해야 한다거나, 병역처분시를 기준으로 해야 한다거나, 입영통지시를 기준으로 해야 한다거나 실제 입영시를 기준으로 해야 한다는 등의 견해가 나뉠 수 있다.

이 결정은 기준시점을 명시하지 않았으나, 실제 입영시를 기준으로 삼아 청구의 적법성을 긍정한 것으로 보인다.(그 이외의 나머지 시점을 기준으로 한 경우 모두 청구기간을 초과하였다.)

### (3) 권리보호이익

청구인이 이 사건 심판청구 이후 제대하였으나, 예비역으로서 여전히 병역의무를 부담하므로 권리보호이익은 문제되지 아니하고, 한편 이 사건 법률조항이 위헌 또는 헌법불합치로 선언되더라도 청구인에게 유리한 법적 효과를 가져올 수 없다면 권리보호이익을 인정하기 어려우나, 이 사건의 경우 헌법불합치 결정을 하게 되면 입법자의 결단에 따라 성별 외의 다른 기준에 따라 병역의무자의 범위를 정하거나, 병역의무의 내용(복무기간 등)이 변하게 될 가능성이 있으므로 권리보호이익을 인정한 것이다.

### (4) 위와 같은 재판관 8인의 판단에 대한 재판관 1인의 반대(각하)의견

위에서 살핀 바와 같은 판단을 전제로 재판관 8인이 본안판단으로 나아간 반면 재판관 1인은 이 사건 법률조항에 대한 청구가 부적법하다고 보았다.

이 사건 법률조항을 여성에 대하여 혜택을 부여하는 수혜적인 법률로 보는 전제에서, 수혜범위에서 제외된 자(남성)가 자신이 평등원칙에 반하여 그 대상에서 제외되었다는 주장을 하고 있는 것으로 보고, 그와 같은 경우 상대방 비교집단에게 혜택을 부여하는 법률이 헌법에 위반된다고 선언되어 그러한 혜택이 제거됨으로써 비교집단과의 관계에서 자신의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있다면, 그 법률을 직접 적용받는 자가 아니라 하더라도 자기관련성을 인정할 수 있으나, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 선언되더라도, 종래 여자들이 병역의무를 부담하지 않던 혜택이 제거되는 것에 그칠 뿐, 청구인과 같은 남자들의 병역의무의 내용이나 범위 등에 어떠한 직접적이고 본질적인 영향을 미친다고 보기 어려우며, 나아가 그 결

정으로 인하여 현재 여자들이 누리고 있는 병역의무에 있어서의 상대적인 혜택이 청구인과 같은 남성들에게 그대로 확대될 수 있는 것도 아니라는 이유로 자기관련성 또는 심판청구의 이익이 인정되지 않는다고 보았다.

## 2. 병역법의 체계

병역법은 대한민국 국민의 병역의무에 관하여 규정하는 것을 목적으로 하고(법 제1조), 병역법에 의하지 아니하고는 병역의무에 대한 특례를 규정할 수 없다(법 제3조 제2항)는 점에서 병역의무에 관한 기본법적 성격을 가진다.

현재 병역은 현역·예비역·보충역·제1국민역·제2국민역으로 구분되고(법 제5조), 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역으로 편입되는데(법 제8조, 구 병역법 제8조 제1항과 같다), 일정한 경우 징병검사를 거치지 아니하고 병역면제 또는 제2국민역 편입처분을 받을 수 있으나(법 제64조), 그 외에는 원칙적으로 병역의무자가 19세가 되는 해에 신체검사와 심리검사로 이루어진 징병검사를 거쳐 구체적인 병역처분(현역, 보충역, 제2국민역 편입 또는 면제)을 받으며(법 제11조, 제14조), 병역처분은 일정한 사유가 있는 때에는 변경가능하다(법 제65조).

현역은 입영한 날부터 일정기간 군부대에서 복무하고(법 제18조, 제19조 등), 보충역은 공익 업무나 전문분야 업무와 관련하여 일정기간 복무하며(법 제26조 내지 제43조), 일정기간의 현역복무를 마친 사람들은 예비역으로 분류된다(법 제5조 제1항 제2호).

예비역과 일정한 보충역은 병력동원소집대상이 되고(법 제44조), 병력동원소집대상에서 제외된 보충역과 제2국민역은 전시근로소집대상이 되며(법 제53조), 보충역, 승선근무예비역, 제2국민역 등은 일정한 경우 교육소집 대상이 된다(법 제55조).

한편 징병검사·현역병입영·공익근무요원 소집의무는 일정한 나이에 달하면 면제되고, 면제된 사람은 제2국민역에 편입되며(법 제71조 제1항), 현역·예비역·보충역의 병과 제2국민역의 병역의무는 40세까지이다(법 제72조 제1항).

이상 살핀 바와 같이 병역법은 병력수급사정과 징병검사 결과를 고려하여

평시에 군대의 구성원이 될 자, 국가비상사태의 발생시에 군대의 구성원이 될 자 및 군사지원업무를 수행할 자들의 복무내용 등 법률관계를 규율하고 있는 것으로, 그 초점은 국가 안보를 위한 적정한 병력규모를 상시적으로 유지하면서 국가비상사태의 발생시를 대비한 전력의 탄력성을 아울러 확보하고자 하는 것으로 이해할 수 있다.

### 3. 외국의 입법례 등

#### 가. 외국의 입법례

징병제가 존재하는 나라(76여 개) 가운데 여성에게 병역의무를 부과하는 국가는 극히 일부이다. 한편 여성에게 병역의무를 부과하는 대표국가인 이스라엘의 경우도 복무기간을 남성 3년, 여성 21개월로 정하여 복무기간에 차이를 두는 한편 여성은 결혼했거나 임신한 경우 군대에 가지 않고, 본인이 종교적 이유로 양심적 병역거부를 할 수 있게 하여 여성의 40-50%만이 징병되며, 1986년까지 여성의 전투참여가 법적으로 금지<sup>1)</sup>되었고, 그 이후로도 여성이 전투단위에서 일하는 것은 매우 제한적(여성 중 2-3%)이다.<sup>2)</sup>

#### 나. 여성의 병역의무와 관련한 외국의 찬반논쟁 및 관련 사례

(1) 외국의 찬반논쟁<sup>3)</sup>(주로 독일에서의 논쟁인바, 독일은 기본법상 남성에게만 병역의무를 부과하므로 위헌 여부에 관한 논쟁은 아니다.)

(가) 여성에 대한 병역의무 부과에 찬성하는 견해

① Slupik의 견해 : 독일기본법은 남성에게만 병역의무를 부과하고 있으

1) 그 이유로 여성포로에 대한 성학대 가능성 및 임신·출산 지체 우려를 기술해 놓은 입장(권인숙, 징병제의 여성참여: 이스라엘과 스웨덴의 사례연구를 중심으로, 여성연구 2008)과 이스라엘 독립전쟁에서 여성의 전쟁참여가 남성의 전쟁의지에 악영향을 미쳤다는 분석 때문으로 기술해 놓은 입장(정혜영, 여성의 병역의무, 토지공법연구 제37집 제2호)이 있다. 후자의 악영향의 내용은 남성들이 적과 싸우기보다 옆에 있는 여성에 대한 보호본능에 치중하였고, 상해를 입거나 사망한 여성의 광경을 본 남성의 신체적 상해가 증가했다는 것이다.

2) 권인숙, 징병제의 여성참여: 이스라엘과 스웨덴의 사례연구를 중심으로, 여성연구 2008, p.176-179, 183-184 참조. 징병제가 존재하는 국가는 2003-2004년 현재 76개국 정도이다(The Military Balance 2003-2004).

3) 정혜영, 여성의 병역의무, 토지공법연구 제37집 제2호, p.507-513 참조.

나, 이는 남성과 여성의 생물학적 차이에 의하여 정당화될 수 없고, 그로 인하여 여성에 대한 차별이 다른 생활영역에서 조정될 수 있는 것도 아니다.

② Ekardt의 견해 : 남성의 ‘보호역할’이 생물학적·유전학적으로 선제하는지 의문이 있다. 생물학적 차이와 문화적·교육적 차이가 명확하게 분리되지 아니한다. 또한 신체조건은 현대의 무기체계와는 무관하고, 여성전쟁포로에 대한 성폭력 위험은 여성 스스로의 방어능력 향상 및 보병 불투입으로 해결된다.

③ Zuleeg의 견해

현대전에서 성별에 따른 육체적 우월성은 의미를 상실하였다. 모든 남성들이 강한 체력을, 모든 여성들이 약한 체력을 가진 것도 아니다. 여성들이 직업군인으로 활약하고 있다는 사실은 여성들이 체질적으로 병역수행을 할 수 없는 것이 아니라는 점을 증명한다.

(나) 여성에 대한 병역의무 부과에 반대하는 견해

① Kämmerer의 견해 : 오늘날 독일 여성들은 평균 1.3명의 아이를 출산하므로 군복무기간에 상응하는 기간 이상의 휴직기간을 필요로 하고, 여성이 출산을 하지 않는 경우에도 여성은 여러 가지 이유로 직업세계에서 불이익을 받고 있으므로 입법자가 여성의 평균적인 휴직기간과 대략 일치하는 군복무기간을 설정하는 한 법적 문제는 발생하지 않는다.

② Björn G. Schubert의 견해 : 여성들은 임신과 출산기간을 통하여 국방의무 기간보다 더 긴 시간 직업활동을 할 수 없으므로 성의 실질적 동등대우를 위해서는 차별대우가 허용된다.

(2) 관련 사례

① Angela Maria Sirdar판결<sup>4)</sup>

영국여성인 Angela Maria Sirdar는 여성을 특수전투부대의 근무에서 배제시키는 영국법이 유럽연합 동등대우지침에 반한다고 주장하였으나, 유럽사법재판소는 군대의 최강의 전투력을 보장하기 위하여 여성을 제외시킬 수

4) 1999. 10. 26. Case C-273/97 Angela Sirdar vs. Army Board, Secretary of state; 김용화, 헌법적 측면에서 본 군대와 양성평등, 학술회의 <군대와 양성평등>자료집, p.14-15참조.



있다는 영국정부의 주장을 받아들였다.

② Tanja Kreil 판결<sup>5)</sup>

독일여성인 Tanja Kreil은 특정 성(여성)을 이유로 무기를 휴대하는 군복무 등을 제한하는 것은 유럽연합 지침에 위배되는 차별취급이라고 주장하였는바, 유럽사법재판소는 여성들을 무기를 휴대하고 근무하는 직종에서 배제시키고 위생업무와 군악업무만 허용하는 국가규정은 동등대우지침에 위배된다고 결정하였다.

③ Rostker v. Goldberg(1981) 판결<sup>6)</sup>

베트남 전쟁시 남성만을 징병등록 대상으로 한 법률(Military Selective Service Act)의 위헌 여부가 문제되었다. 미국 연방대법원은 6:3으로 위 법률이 적법절차에 반하지 아니한다고 판결하였다. 다수의견은 ‘집단으로서의 여성은 집단으로서의 남성과 달리 전투에 적합하지 아니하고, 여성 비전투병력은 언제든 전투에 투입될 수 없다는 점에서 병력의 탄력성(military flexibility)에 위배된다’고 보았으나, 소수의견은 정부가 여성의 징집배제가 군대의 효율성 제고라는 목적에 실질적으로 관계되어 있다는 점을 정당화하지 않았거나 비전투요원에서 여성을 배제하는 것에 관한 적절한 정당화를 발견하지 못했다는 이유로 반대의견을 제시하였다.

#### 4. 대한민국 남성과 여성의 국방의 의무 부담 내용

##### 가. 남성이 부담하는 국방의 의무

(1) 대한민국 국민인 남자는 우선 이 사건 법률조항, 즉 병역법 제3조 제1항에 의하여 병역법상의 병역의무를 부담한다. 병역법에 의하면 남자는 만18세가 되면 제1국민역에 편입되고(제8조), 만19세가 되면 징병검사를 받은 후 병역처분을 받으며(제11조, 제14조), 병역처분 결과에 따라 현역 또는 보충역으로 복무하거나, 제2국민역으로 편입되거나, 혹은 병역의무를 면제받는다. 현역복무를 마친 자는 예비역으로 편입되고(제5조 제1항), 예비역과 일정한

5) EuGH, Urteil v. 11. 01. 2000, Kreil, Rn. 21.; 김용화, 헌법적 측면에서 본 군대와 양성평등, 학술회의 <군대와 양성평등>자료집, p.15-16참조.

6) 양현아, 병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 ‘남성만의’ 병역의무제도, 학술회의 <군대와 양성평등>자료집, p. 66-71참조.

보충역은 병력동원소집의 대상이 되며(제44조), 병역동원소집대상이 아닌 보충역과 제2국민역은 전시근로소집의 대상이 된다(제53조).

(2) 병역법상의 현역 및 보충역 복무를 마친 사람은 다시 향토예비군설치법에 의하여 8년간 향토예비군이 되어(제3조) 동원 및 훈련의 대상이 된다(제5조, 제6조).

(3) 한편 민방위기본법상 대한민국 국민인 남자는 민방위에 관한 시책에 협조하여야 하고(제3조) 20세가 되는 해의 1월 1일부터 40세가 되는 해의 12월 31일까지 군인 등 일정한 직업에 종사하는 경우를 제외하고 민방위대로 조직되어(제18조) 교육 및 훈련의 대상이 된다(제23조).

(4) 그 밖에 징발법상 징발목적물 제출의무(제9조), 재난 및 안전관리 기본법상 협조책무(제5조), 비상대비자원관리법상의 의무 등을 부담한다.

#### **나. 여성이 부담하는 국방의 의무**

(1) 대한민국 국민인 여자는 병역의무를 부담하지 아니한다. 다만 지원에 의하여 현역복무가 가능하나(병역법 제3조 제1항 후문), 이는 병역의무의 문제는 아니다.

(2) 대한민국 국민인 여자는 향토예비군이 되지 않는다. 다만 지원에 의하여 예비군이 되는 것은 가능하나(제3조), 이 역시 병역의무와는 무관하다.

(3) 한편 민방위기본법상 대한민국 국민인 여자는 남자와 마찬가지로 민방위시책에 관한 협조의무를 부담하나, 의무적으로 민방위대가 되지 않으며, 역시 지원에 의하여 민방위대가 될 수 있을 뿐이다(제3조, 제18조).

(4) 그 밖에 징발법, 재난 및 안전관리 기본법, 비상대비자원관리법 상의 의무 등에 있어서는 남자의 경우와 같다.

### **5. 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부**

#### **가. 심사기준**

(1) 본안판단에 나아간 재판관 8인 가운데 기본의무 분배의 합리성의 측면에서 심사해야 한다는 의견을 제시한 재판관 2인을 제외하고, 재판관 6인은 결론에 있어 달라지기는 하였으나(4인의 합헌의견, 2인의 위헌의견), 심

사기준에 있어 완화된 심사기준이 적용되어야 한다는 점에 동의하였다.

(2) 종래 헌법재판소는, 평등권침해 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이고, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되고, 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조)이라는 입장을 제시하여 왔다.

(3) 헌법 제11조 제1항은 “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 규정하고 있다.

이 사건 법률조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다.

‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다.

우리 헌법은 ‘근로’, ‘혼인과 가족생활’ 등 인간의 활동의 주요부분을 차지

하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등 보호규정(제32조 제4항, 제36조 제1항)을 별도로 두고 있으며, 헌법재판소는 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔으나<sup>7)</sup>, 이 사건 법률조항은 그에 해당한다고 보기 어렵다.

(4) ‘국가의 안전보장’은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건으로서 헌법상 인정되는 중대한 법익이고, 국방의 의무는 국가의 안전보장을 실현하기 위하여 헌법이 채택한 하나의 중요한 수단이다(헌법재판소 2004. 10. 28. 2004헌바61 등, 공보불게재). 즉 우리 헌법은 제39조 제1항에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 규정하는바, 모든 국민은 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위하여 법률이 정하는 바에 의한 의무를 진다고 할 것이다.

현재 국방의 의무는 병역법과 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법, 징발법, 재난 및 안전관리 기본법 등 여러 법률을 통하여 구체화되어 있는바, 병역법에서 구체화된 국방의 의무를 이행함에 있어서 그 의무자의 기본권이 여러 가지 면에서 제약을 받게 되는 점은 인정되나, 이는

7) 성별에 의한 차별취급이 문제된 헌법재판소의 선례들을 살펴보면, 헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서 헌법 제32조 제4항의 ‘여성의 근로에 대한 특별한 보호’ 규정이 차별을 특별히 금지하고 있고, 가산점 부여가 ‘공무담임권’이라는 기본권 행사에 중대한 제약을 초래한다는 이유로 엄격심사를 하여 위헌결정한 바 있고(98헌마363), 유족연금사건에서 헌법 제36조 제1항의 ‘혼인과 가족생활에서의 특별한 양성평등대우 요청’을 이유로 엄격심사를 하여 합헌결정(5인 합헌의견, 4인 위헌의견)을 한 바 있으며(2006헌가1), 심사기준을 구체적으로 실시하지 아니하였으나 동성동본금혼제도(95헌가6), 국적취득에서의 부계혈통주의(97헌가12)와 관련하여 헌법 제36조 제1항이 규정한 ‘가족생활에 있어서의 양성평등’에 위배된다고 보았고, 호주제사건에서도 위헌의견인 다수의견이 명백하게 엄격한 심사기준을 실시하지는 아니하였으나(합헌의견인 반대의견은 엄격한 심사기준 적용) 헌법 제36조 제1항이 규정한 ‘가족생활에 있어서의 양성평등’에 위배된다고 보았다(2001헌가9).

위 사안들은 모두 헌법이 특별히 평등을 요구하고 차별을 특히 금지하는 영역(근로, 가정생활)에서의 차별이 문제된 사안이다.

한편 위와 같은 영역 외의 사안인 혼인빙자간음죄 사건(99헌바40)에서 재판소는 심사기준에 관하여 명확히 실시하지 아니하였고, 위 99헌바40 결정을 변경한 2008헌바58 결정에서는 성별에 따른 차별취급에 관해서 별도로 판단하지 아니하였다.

헌법상의 국방의 의무의 규정에 의하여 이미 예정되어 있는 것으로서, 국가나 공익목적을 위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없으므로(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 783) 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 인정된다고 보기는 어렵다.

(5) 나아가 징집 대상자의 범위를 정하는 문제는 그 목적이 국가안보와 직결되어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 최적의 전투력을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 하는 사항이기 때문에, 본질적으로 입법자 등의 입법형성권이 매우 광범위하게 인정되어야 하는 영역이다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 710).

국제무대에서의 패권 추구를 목적으로 하지 않는 한 군사력은 위협하지 않을 정도의 수준을 유지하는 것이 최선이고, 한 국가의 적정한 병력규모는 일반적으로 그 나라가 처한 군사적 위협의 정도를 우선으로 하여, 정치·외교 환경, 경제규모 등에 따라 결정되어야 할 것<sup>8)</sup>인바, 헌법상 국방의 의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 국군의 구성원으로 할 것 인지는 원칙적으로 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러 가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위 내에서 결정할 사항인 것이다(헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122; 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 709-710 참조).

(6) 이와 같이 이 사건 법률조항이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려운 점, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정되는 점에 비추어, 이 사건 법률조항이 평등권을

---

8) 병무청, 병역정책포럼: 저출산시대의 합리적 병역정책 방향, 병역이행자 우대방안, 2005, p. 36-37.

우리나라의 경우 최근 수십 년 동안 68만여 명의 군사력을 유지(68만여 명 중 약 25%의 간부를 제외한 병력 수는 51만여 명이고 의무복무기간이 2년으로 뒀에 따라 매년 25만여 명 정도가 교체됨)해왔으며, 외교적 측면에서 한미동맹에 크게 의존해 왔다. 현재 우리나라는 북한과 휴전상태에 있으므로 북한이 전면전에 나설 가능성이 현실적으로 거의 없다고 하더라도 군사적 위협이 비교적 큰 상태에 있다고 볼 수 있으며, 북한의 평시 병력이 2006년 12월 현재 117만여 명에 이르는 점(국방부 2006 국방백서)을 감안할 때 현재 우리나라의 병력규모는 '위험하지 않은 정도'의 군사력 유지에 기여하고 있는 것으로 보인다.

침해하는지 여부는 완화된 심사척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단하기로 한 것이다.

## 나. 평등권 침해 여부

### (1) 재판관 4인의 기각의견

(가) 이 사건 법률조항이 병역의무자의 범위를 정하는 기준으로서 ‘성별’을 선택한 것이 합리적 이유 없는 차별취급인지 여부에 관하여, 재판관 4인은 다음과 같은 이유로 기각의견을 표시하였다.

① 일반적으로 집단으로서 남자는 여자에 비하여 근력, 순발력 등이 우수하고, 여자는 남자에 비하여 유연성 등이 우수한 것으로 평가되는 등 서로 다른 신체적 능력을 보유하고 있다고 보인다. 그런데 전투를 수행함에 있어 요청되는 신체적 능력과 관련하여 본다면, 무기의 소지·작동 및 전장의 이동에 요청되는 근력 등이 우수한 남자가 전투에 더욱 적합한 신체적 능력을 갖추고 있다고 할 수 있다.

물론 집단으로서의 남자와 여자가 아니라 개개인을 대상으로 판단하는 경우, 여자가 남자에 비하여 전투에 적합한 신체적 능력이 우월한 사례가 있음은 분명하다. 그러나 개개인에 적용되는 신체적 능력의 구체적인 평가기준을 세우는 것은 곤란하고, 병역기피를 위하여 신체적 능력 측정에 성실하게 임하지 않는 경우가 있을 수 있다는 점을 감안하면, 전투수행을 위한 신체적 능력이 현저하게 부족하여 병역면제 대상임이 명백한 경우를 발견하는 것을 넘어, 보다 구체적으로 개개인의 신체적 능력을 수치화, 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것은 현실적으로 매우 어렵다.

또한 신체적 능력이 매우 뛰어난 여자의 경우에도 그 생래적 특성상 월경이 있는 매월 1주일 정도의 기간 동안 훈련 및 전투 관련 업무수행에 장애가 있을 수 있고, 특히 가임기 여자는 현재 임신상태가 아니라고 하더라도 언제든지 임신·출산과 출산 후 수유 등 대체 불가능한 부담을 질 개연성이 있는바, 임신중이거나 출산 후 일정한 기간은 위생 및 자녀양육의 필요성에 비추어 영내생활이나 군사훈련 자체가 거의 불가능하다. 나아가 여자는 전시에 포로가 되는 경우 등에 있어, 남자에 비하여 성적 학대를 비롯한 위험

에 노출될 가능성이 더 크다는 점에서 군사작전 등 실전투입에 부담이 크다.

이러한 신체적 특징의 차이의 기초하여, 입법자가 최적의 전투력 확보를 위하여 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의무자로 정한 것이 현저히 자의적인 것이라 보기 어렵다.

② 한편 청구인은 현역 외에 보충역으로 복무하는 데에는 신체적 능력이 크게 영향을 미치지 아니함에도 여자를 배제하는 것은 자의적인 것이라 주장한다.

그러나 현역 외의 보충역이나 제2국민역 역시 국가 안보를 위한 병력자원으로서 역할을 하는 것이다.

즉 적정한 병력규모를 초과하는 과다한 병력을 형성하는 경우, 그와 같은 병력을 유지하고 효율적으로 운용하는 데 소요되는 비용을 감당하는 것은 우리의 경제현실에 비추어 곤란하고, 또한 과다한 병력의 유지는 인접 국가를 자극하여 군비경쟁을 촉발하고 오히려 국가안보에 위해를 가져올 가능성을 배제할 수 없으며, 군사문화의 사회적인 확산 및 헤게모니 장악은 자유와 평등, 평화의 헌법적 이념의 실현에 부정적으로 작용할 우려가 있기 때문에 평시의 병력규모는 일정한 수준에서 유지되어야 하고, 현역의 수는 제한될 수밖에 없다. 그러나 혹시라도 발생할 수 있는 국가 비상사태에 대비하여 예비적 전력을 확보하고, 유지할 필요가 있음 역시 부인하기 어렵다.

이에 따라 병역법은 언제나 국가비상사태에 즉시 전력으로 편입될 수 있는 예비적 전력으로서 보충역과 제2국민역을 두어 전시 등 국가비상사태에 병력동원 내지 근로소집의 대상이 되도록 한 것이다.

결국 보충역이나 제2국민역이 평시에 군인으로서 복무하지 아니한다고 하여 병력자원으로서의 일정한 신체적 능력 또는 조건이 요구되지 않는다고 볼 수 없으므로 청구인의 위와 같은 주장은 이유없다.

③ 또한 비교법적으로 보아도, 이 사건 법률조항과 같은 입법이 현저히 자의적인 기준에 의한 것이라 볼 수 없다. 징병제가 존재하는 70여 개 국가 가운데 여성에게 병역의무를 부과하는 국가는 이스라엘 등 극히 일부 국가에 한정되어 있으며, 여성에게 병역의무를 부과하는 대표적 국가인 이스라엘의 경우도 남녀의 복무기간 및 병역거부 사유를 다르게 규정하는 한편, 여성

의 전투단위 근무는 이례적인 것이 현실이다.

④ 그 밖에 남녀의 동등한 군복무를 전제로 한 시설과 관리체제를 갖추는 것은 역사적으로나 비교법적으로 전례가 없어 추산하기 어려운 경제적 비용이 소요될 수 있고, 현재 남자를 중심으로 짜여져 있는 군조직과 병영의 시설체계 하에서 여자에 대해 전면적인 병역의무를 부과할 경우, 군대 내부에서의 상명하복의 권력관계를 이용한 성희롱 등의 범죄나 남녀간의 성적 긴장관계에서 발생하는 기강 해이가 발생할 우려가 없다고 단언하기 어렵다.

(나) 한편 이 사건 법률조항의 합헌성에 관하여 실질적 평등의 구현을 위한 조치로서 정당화될 수 있다<sup>9)</sup>거나, 모성보호<sup>10)</sup>를 위한 것으로서 차별을 정당화할 수 있다는 견해가 제시되었으나, 재판관 4인은 합헌의견의 논거로서 위와 같은 견해를 채택하지 아니하였다.

## (2) 재판관 2인의 위헌의견

재판관 2인은 완화된 심사기준에 의하여 평등권 침해 여부를 판단하여야

- 
- 9) 여성에게도 남성과 동일한 병역의무를 부과하게 되면 형식적으로 평등한 규정으로 여겨질지는 모르지만, 실질적으로 또는 사회 전반적으로 여성에게 이중부담을 과하게 되는 결과를 야기할 수 있기 때문에 실질적 평등의 차원에서 여성에 대한 병역 배제가 이해되어야 한다는 견해(윤진숙, 병역법 제3조 제1항에 관한 소고, 헌법실무연구 제8권, p.392-393.)는, 실질적으로 남성이 사회의, 또한 군대의 기득권층을 형성하고 있고, 여성의 사회참여가 여전히 저조하며, 자녀의 양육에 관하여 전통적 성역할에 기초한 책임이 주로 여성에게 부과되는 현실 속에서 병역의 의무를 여성에게 부담시키는 것은, 여성의 사회진출을 더욱 위축시킬 뿐 아니라 장애 임신·출산에 따르는 불가피한 휴직 등과 결합하여 여성의 사회적 역할 확대에 상당한 장애가 된다고 보는 것으로 여겨진다. 또한 이 견해에는 여성이 병역의무를 부담하더라도 현 상황에서 여성은 전통적 성역할에 기초하여 군대내에서 보조적인 역할(비전투병)에 머물게 될 것이므로 군대 내에서조차 보조자 이상의 지위를 얻지 못하고 성차별을 더욱 고착화할 것이라는 우려 역시 내포되어 있는 것으로 보인다.
- 10) 우리 헌법은 제36조 제2항에서 ‘국가의 모성보호의무’를 규정하고 있는바, 모성보호는 여성의 생리, 임신, 출산, 수유 등과 같이 여성의 고유한 모성기능(생명의 재생산을 위한 여성의 기능)을 특별보호 함으로써 임신한 여성의 건강뿐 아니라 태아와 출생아의 건강보호를 도모하기 위하여 남녀를 달리 대우하는 것이다(김유진, 제도적 맥락에 의한 모성보호정책 비교: 한국과 스웨덴을 중심으로, 서강대학교 공공정책 대학원 석사논문, p. 7). 위 규정에 의하여 임신중이거나 출산후 회복기에 있는 여성, 수유중인 여성에 대한 병역의무의 배제는 정당화될 수 있으며, 특별한 차별명령에 의하여 요청되는 것으로도 볼 수 있다. 다만 이 사건의 경우 위와 같은 경우가 아닌 임신 전의 가입기 여성에 대한 병역의무 배제가 문제된다는 점에서 모성보호를 근거로 정당화될 수 있는지 의문이 제기된다.



한다는 점에 동의하였으나, 그럼에도 이 사건 법률조항은 남성의 평등권을 침해하여 위헌이라는 의견을 제시하였다.

재판관 2인의 위헌의견은, 남성과 여성은 전반적으로 다른 신체적 구조와 체력을 가지고 있고, 국방의무의 이행에 있어서도 이로 인한 차별취급은 당연히 용인되어야 한다고 보았으나, 병역법상의 병역의무 중 복무의 내용 자체가 신체적인 조건이나 능력과 직접 관계되지 아니하는 보충역 등 의무를 남자에게만 부과하는 것은, 헌법상 규정된 국방의무의 부담에 있어서 남성과 여성을 합리적으로 차별한다고 볼 수 없고, 오히려 과거에 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별로서, 그러한 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않는 것(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9, 판례집 17-1, 1, 19 참조)이라고 판단하였다.

## 6. 기본의무의 합리적 분배의 측면에서 접근해야 한다는 재판관 2인의 기각의견

재판관 2인은, 국민의 기본의무 중 하나로서 헌법 제39조가 규정하고 있는 국방의 의무를 부과하는 법률은 국민의 기본권을 제한하는 법률과 그 차이가 다른 것이어서, 그 위헌 여부를 심사함에 있어서는 개별 기본권을 과잉 제한하느냐 하는 문제는 논할 필요가 없고, 오직 국방의 의무라는 기본의무를 부과한 것이 헌법적 관점에서 볼 때 그 목적에 있어 정당한지 또 그 부과내용에 있어 합리적이고 공평한 것이었는지를 따짐으로써 충분하다는 의견을 제시하였다.

재판관 2인은, 징집대상자를 결정하는 이 사건 법률조항은 국가의 유지·보존을 위한 필요에 직결되어 있는 것으로서, 이 사건 법률조항에 의한 의무 부과는 대한민국이 처한 국가적 안보상황, 국가의 현실적 재정능력, 국방인력 및 조직의 수요와 역할, 병력을 형성함에 있어 요구되는 신체적 특질이나 사회적 역할에 있어 남녀가 가지는 기능적 차이 등을 두루 고려한 것이므로 그 내용에 있어 합리적이고 공평한 것이어서 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하고, 따라서 그로 말미암아 청구인에게 부수적으로 발생하는 평등권, 직업의 자유, 거주이전의 자유 기타 제반 기본권의 제한은 그 권리의 내용·

성격 등에 관한 심사의 필요 없이 수인할 수밖에 없다고 보았다.

## 7. 결정의 의의

이 결정은, 남성에 한정된 병역의무 부과가 평등권을 침해하는지 여부에 관하여 판단한 최초의 결정이며, 또한 헌법 제11조에 예시된 사유에 의한 차별취급에 대하여 언제나 엄격한 심사기준이 적용되는 것은 아니라는 점을 확인한 최초의 결정이다.

## 통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 위헌제청

- 통신제한조치기간의 연장 제한 사건 -  
(헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30, 판례집 22-2하, 545)

공진성\*

### 【판시사항】

1. 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한을 두지 아니한 통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것) 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 통신의 비밀을 침해하여 위헌인지 여부(적극)
2. 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정과 잠정적용명령을 하는 이유

### 【심판대상】

통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것) 제6조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가절차) ①~⑥ 생략

⑦ 통신제한조치의 기간은 2월을 초과하지 못하고, 그 기간중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 한다. 다만 제5조제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 제1항 및 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다.

⑧ 생략

### 【사건의 개요】

#### 1. 위헌법률심판제청의 경위

가. 당해 사건의 피고인인 제청신청인 이○재, 이○원과 최○아는 각각 북

---

\* 헌법연구원

한 노동당내 대남공작사업 담당기구인 ‘통일전선부’ 산하 조국평화통일위원회가 1990. 11. 20. 독일 베를린에서 남한 및 해외 친북세력을 결집시켜 출범시킨 단체인 통일범민족연합의 남측본부 의장, 사무처장, 정책위원장 등의 직책을 수행하면서 2009. 6. 24. 국가보안법상 잠입·탈출(제6조), 찬양·고무죄(제7조) 등으로 구속기소되어, 현재 서울중앙지방법원(2009고합731호)에 재판계속중이다.

나. 검사는 제청법원에 피고인들의 유죄를 입증하기 위한 증거로 수사기관이 통신제한조치의 허가 및 그 연장허가를 통하여 수집한 이메일, 녹취자료(전화녹음), 팩스자료 등을 신청하고 있는바, 이에 제청신청인은 위 증거자료들 대부분이 총 14회(총 30개월)에 걸쳐 연장된 통신제한조치를 통하여 수집된 것으로서 이와 같이 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 제한을 두고 있지 않는 통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6546호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제6조 제7항 단서가 적법절차, 영장주의, 과잉금지 원칙을 위반하여 피고인들의 사생활의 비밀과 통신의 자유를 부당히 침해한다는 이유로 제청법원에 위헌법률심판제청신청(2009초기3876)을 하였다.

다. 제청법원은 위 제청신청을 받아들여 법 제6조 제7항 단서가 피고인들의 사생활의 자유와 통신의 비밀을 침해하여 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다며 2009. 11. 27. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 법원의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견

### 가. 위헌제청이유 요지

(1) 이 사건 법률조항에 따라 연장허가된 통신제한조치를 근거로 수집된 증거자료들은 이 사건 당시 피고인들의 활동, 행적, 성향, 북한공작원과의 접촉 내용 등을 뒷받침하는 중요한 증거가 되는바, 이 사건 법률의 위헌 여부에 따라 연장허가된 통신제한조치의 근거가 상실될 수 있어 그에 따라 법원의 위 자료에 대한 증거채부결정이 달라질 수 있고, 그 결과 당해 사건 피고인들에 대한 유·무죄의 결론 역시 달라질 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 이 사건 재판의 전제가 된다.

(2) 통신제한조치를 수회에 걸쳐 연장하였음에도 불구하고 증거를 수집하

는 등 수사목적 달성을 위한 수단으로서 피의자의 통신비밀의 보호를 위해서 다시 청구를 하여야 함에도 불구하고 기간연장을 통해서 횡수의 제한 없이 통신제한조치를 가능하게 할 필요는 없다는 점, 이 사건 법률조항이 적용되는 통신비밀보호법 제5조 제1항 제1호 내지 제11호에 규정된 통신제한조치의 대상범죄는 그 적용범위가 광범위함에도 불구하고 대상범죄의 중요성 등을 고려하지 않고 상대적으로 경미한 범죄에 대해서도 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 제한규정을 두고 있지 않다는 점, 수사를 위하여 통신제한조치가 필요한 경우가 있다고 하더라도 통신제한조치기간의 연장은 검찰조사단계에서 해도 충분함에도 불구하고 경찰조사단계에서부터 통신제한조치의 연장절차를 개시할 수 있도록 하고 있다는 점, 동일한 범죄사실에 대한 통신제한조치기간의 연장은 재청구의 경우보다 요건 및 절차를 비교적 간단하게 규정하고 있어 수사기관이 재청구를 하여야 할 사안임에도 통신제한조치기간의 연장으로 회피하는 수단으로 사용된다는 점, 기간연장의 횡수 제한이 없으면 사실상 무제한적인 감청을 가능하게 함으로써 제한 없이 개인의 내밀한 사적인 정보 등을 통째로 취득할 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 피고인들의 통신의 비밀 및 사생활의 자유를 과도하게 제한하며 그의 본질적 내용을 침해한다.

#### 나. 검찰총장의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항은 당해 사건에서 기소된 공소사실에 직접 적용된 법률이라고 할 수 없고, 일부 증거자료 수집의 근거조항에 지나지 않을 뿐이라는 점, 당해 사건에 증거로 제출된 자료로는 연장 허가된 통신제한조치에 의해 취득한 자료 이외에도 주거지, 사무실, 서버의 압수수색으로 취득한 자료, 판결문 기타 타 사건 수사, 재판시 취득한 자료 등도 있는바, 통신제한조치기간의 연장 허가에 의해 취득한 자료 이외의 자료들만으로도 전체적인 공소유지는 가능하다는 점을 고려할 때 당해 사건에서 제출된 일부 증거자료 취득의 근거가 될 뿐인 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대하여는 당해 사건 재판의 전제성이 인정될 수 없다.

(2) 통신제한조치기간의 연장은 미래 자료의 획득이라는 통신제한조치의 특성상 필요한 기간산정이 어렵기 때문에 그 횡수의 제한 없이 인정되는 것

으로 신체의 자유라는 가장 기본적인 기본권 자체를 박탈하는 구속제도에 연장횟수의 제한을 두는 것과 평면적으로 비교할 수는 없다는 점, 통신제한 조치기간의 연장을 법원이 허가하도록 하여 기간연장에 대한 통제를 하고 있는 이상 대상 범죄별로 통신제한조치의 기간, 연장횟수를 달리할 필요는 없고 대상범죄별로 연장기준을 달리 선정할 경우 오히려 새로운 차별의 문제가 발생한다는 점, 경찰 단계에서부터 통신제한조치기간의 연장을 가능하게 한다고 하여도 경찰은 검사에게 신청만 할 수 있을 뿐 법원에 기간연장을 청구하는 주체는 검사라는 점, 통신제한조치 기간, 통신제한조치기간의 연장이 재청구보다 요건이 비교적 간단하여 재청구를 회피하는 수단으로 사용된다고 하나 실무관행상 연장청구시 연장사유 등도 별도로 기재하고 있는 등 그 요건, 절차상에서 양자의 실질적인 차이는 전혀 없다는 점, 기간연장의 횟수제한이 없으면 사실상 무제한적 감청을 가능하게 하는 것이라고 하나 법원의 허가제 등 엄격한 절차규정을 두고 통제하고 있는 이상 제도 운영상의 문제는 별론으로 하더라도 이 사건 법률조항 자체가 기본권을 침해하는 것은 아니라는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 피고인의 통신의 비밀과 자유를 과도하게 제한한다거나 그 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

### 【결정요지】

1. 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한을 두고 그 최소한의 연장기간동안 범죄혐의를 입증하지 못하는 경우 통신제한조치를 중단하게 한다고 하여도, 여전히 통신제한조치를 해야 할 필요가 있으면 법원에 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 이로써 수사목적은 달성하는데 충분하다. 또한 법원이 실제 통신제한조치의 기간연장절차의 남용을 통제하는데 한계가 있는 이상 통신제한조치 기간연장에 사법적 통제절차가 있다는 사정만으로는 그 남용으로 인하여 개인의 통신의 비밀이 과도하게 제한되는 것을 막을 수 없다. 그럼에도 통신제한조치기간을 연장함에 있어 법운용자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정하지 않은 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 위반한다. 나아

가 통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있으므로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한이 없을 경우 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려도 심히 크기 때문에 기본권 제한의 법익균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다 할 것이다.

2. 이 사건에서 헌법재판소가 단순위헌결정을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우 통신제한조치 연장허가의 법적 근거가 상실하게 되어 수사목적상 필요한 정당한 통신제한조치의 연장허가도 가능하지 않게 되는 법적 공백상태가 발생한다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 적용할 필요가 있다.

### **재판관 이강국, 재판관 송두환의 단순위헌의견**

이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고할 경우 통신제한조치기간의 연장허가의 법적 근거가 상실된다고 하더라도 수사목적상 필요한 경우에는 동일한 범죄사실에 대하여 새롭게 통신제한조치의 허가를 청구함으로써 계속해서 통신제한조치를 할 수 있는 가능성이 열려있기 때문에 법적 공백상태가 생길 염려가 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대해서는 단순위헌을 선고하여야 한다.

### **재판관 조대현의 보충의견**

통신감청은 전기통신의 내용을 수색하여 전기통신의 비밀과 사생활의 비밀을 근본적으로 침해하는 것이므로 적법한 절차에 따라 법관의 영장에 의하여 이루어져야 한다(헌법 제12조 제3항). 그런데 통신비밀보호법은 제5조에서 규정한 범죄의 수사를 위하여 필요한 경우에 통신감청을 허가할 수 있도록 규정하면서 통신감청을 허가할 수 있는 대상범죄의 범위를 지극히 광범위하게 규정하였고, 통신감청이 종료되기 전에는 통신감청의 허가사실이나 감청사실을 당사자에게 알리지 아니하며, 통신감청의 대상자가 통신감청의

허가사실이나 감청사실에 대하여 불복하는 절차도 마련하지 않았고, 이 사건 법률조항이 통신감청기간의 연장을 허용하면서 연장할 수 있는 횟수나 총기간을 제한하지도 않았다. 그래서 감청대상자는 자신의 전기통신내용이 감청되는 줄도 모르는 채로 전기통신의 내용을 감청당하고, 통신감청이 끝나기 전에는 통신감청의 허가나 통신감청에 대하여 불복할 기회도 주어지지 아니한다. 따라서 통신비밀보호법에 의한 통신감청제도는 적법한 절차에 의한 수색을 요구하는 헌법 제12조 제3항에 위반된다.

### 재판관 이공현, 재판관 김희옥, 재판관 이동흡의 반대이견

주요 범죄 내지 국가 안위를 위협하는 음모나 조직화된 집단범죄의 음모가 있는 경우에는 장기간에 걸친 지속적인 수사가 필요하고 그 증거수집을 위하여 지속적인 통신제한조치가 허용될 필요가 있다. 그런데 통신제한조치기간의 연장제도에 총연장기간이나 총연장횟수의 제한을 둔다면 위와 같은 수사목적 달성이 어렵다. 다수의견은 위와 같은 경우에 법원에 동일한 범죄에 대한 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 그로써 수사목적 달성이 가능하다고 보고 있지만, 장기간 수사가 필요한 범죄에 있어서 감청에 의한 수사목적 달성이 여전히 인정되는 경우는 통신제한조치기간의 연장을 청구하여야 할 것이지, 제도의 취지가 다른 동일범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치의 허가를 청구함으로써 수사목적 달성이 가능하다고 볼 수는 없다. 또한 통신제한조치기간을 연장하기 위하여는 반드시 법원의 허가를 받아야 하므로 통신제한조치기간의 연장이 남용되는 것을 막기 위한 사법적 통제절차가 마련되어 있다. 법원이 실무상 기간연장신청에 대하여 철저히 심사하지 않는다는 사정이 있다면 이는 그러한 실무를 개선함으로써 해결하여야 할 것이다. 따라서 법원이 실무상 이러한 기간연장신청에 대해 철저히 심사하지 않는다는 사정이 있다는 것을 전제로 하여, 통신제한조치의 총연장기간이나 총연장횟수를 두지 않은 이 사건 법률조항이 피해의 최소성원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다.

또한 통신제한조치의 허가요건이 계속 존속하는지 여부를 법원이 개별적으로 심사하여 통신제한조치기간의 연장을 허가하는 한, 이 사건 법률조항을



통해서 추구되는 범죄 수사목적보다 그로 인해 제한될 수 있는 개인의 통신 비밀의 보호법익이 명백히 우월하다고 볼 수 없으므로 법익균형성 요건은 충족된다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다

## 【해설】

### 1. 적법요건 판단

#### 가. 문제의 소재

제청법원에 증거로 신청된 증거자료들 중에는 이 사건 법률조항<sup>1)</sup>에 근거하여 총 14회에 걸쳐 연장허가된 통신제한조치를 근거로 수집된 증거자료들이 있고 제청법원은 이에 대하여 증거채부결정을 하여야 한다. 그런데 이 사건 법률조항이 위헌으로 선언될 경우 종전에 이 사건 법률조항에 근거하여 연장허가된 통신제한조치에 의하여 취득된 증거자료도 증거능력을 상실하여 증거로 사용할 수 없게 되는지, 그로 인해 법원의 증거채부결정에 영향을 줄 수 있는지 여부에 관하여 긍정설과 부정설로 견해가 나뉠 수 있다.

#### 나. 선례

헌법재판소는 1996. 12. 26. 제1회 공판기일전 증인신문제도를 규정하고 있는 형사소송법 제221조의2 위헌소원사건에서 “일정한 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 92헌바22 결정 ; 1995. 5. 25. 선고, 93헌바33 결정 등 참조). 이 사건 제2항 및 제5항<sup>2)</sup>은 관련사건에서 법원의 증거채부

1) 통신비밀보호법(2001. 12. 29 법률 제6305호로 개정된 것) 제6조 (범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ⑦ [····] “다만, 제5호제1항의 허가요건이 존속하는 경우에는 제1항 및 제2항의 절차에 따라 소명자료를 첨부하여 2월의 범위안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다.”

2) 형사소송법 제221조의2 ① 생략 ② 전조의 규정에 의하여 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다. ③~④

결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 증거채부결정의 대상이 된 조서의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 조서를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항들을 심판대상으로 하는 이 사건 헌법소원 심판은 적법하다(헌재 1996.12.26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 818-819).”라고 판시하여 이 사건 심판대상조항의 재판의 전제성을 인정하고 본안판단에서는 이 사건 심판대상조항을 위헌으로 선언하였다.

이 사건 심판대상조항이 위헌으로 선언된다고 하더라도 이미 심판대상조항을 근거로 하여 종전에 행해진 증인신문절차와 그로 인해 취득된 증인신문조서의 증거능력이 곧바로 효력을 상실하는 것은 아니고 여전히 유효하기 때문에 법원의 증거채부결정에 영향을 주지 않는다는 주장이 가능했지만, 이 사건에서는 이러한 문제를 언급하지 않고 재판의 전제성을 인정하였다.

#### 나. 재판의 전제성을 부정하는 견해

헌법재판소법 제47조 제2항 단서규정에 따라 위헌법률의 소급효가 인정되는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”의 범위는 실제적 형벌법규에 한정하여야 하고 형사소송절차에 관한 절차적인 법률에는 적용되지 않는 것으로 좁게 해석된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 판례집 4, 853, 887 참조).<sup>3)</sup> 이러

생략 ⑤ 판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인·피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다. ⑥ 생략

- 3) 『헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 규정하고 있는데 소급효를 인정하는 단서규정의 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이 무엇을 뜻하는가에 관하여, 좁게 보면 범죄의 성립과 처벌에 관한 실제적 법률 또는 법률조항이라는 의미로 해석할 수도 있고, 넓게 보면 실제적인 형벌법규에 한정하지 않고 형사소송법 등 절차에 관한 법률까지 포함한다고 해석할 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있으나 우리 헌법과 헌법재판소법을 종합하여 검토하여 보면 소급하여 효력을 상실하는 법률은 좁게 해석하는 것이 타당하다고 보아야 한다. 왜냐 하면, 먼저 위 법규정의 문면상 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이라고 표현하고 있는 것은 형사법 중에서도 범죄구성요건에 관한 실제법규를 지칭하고 있는 것으로 보아야 하며 여기에 형사절차상의 법규를 포함하고 있는 의미로 넓게 보기는 어렵고, 또한 헌법재판소법 제47조 제3항에서 “제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.”라고 규

한 판례의 입장에 따르면 이 사건 법률조항은 형사소송절차에 관한 규정으로서 위헌선언된다고 해도 위헌결정의 일반적인 소급효는 인정되지 않는다. 다만 예외적으로 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여 최소한 당해 사건에서는 소급효가 인정될 수 있다(헌재 1993. 5.13. 92헌가10, 판례집 5-1, 226, 227 참조).<sup>4)</sup>

그러나 이 사건 법률조항의 위헌결정의 소급효가 당해사건에서 인정이 된다고 하더라도 종래 이 사건 법률조항을 근거로 14회에 걸쳐 행해진 법원의 연장허가결정이 무효로 되는 것은 아니므로 이러한 연장허가결정을 근거로 행해진 통신제한조치의 효력도 상실된다고 보기는 어렵다. 통신제한조치가 위법하거나 효력이 없는 것이 아닌 한 그에 근거하여 수집된 증거자료도 증거로서 사용될 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌여부는 종전에 이 사건 법률조항을 근거로 연장허가된 통신제한조치에 따라 획득된 증거자료들에 대한 법원의 증거채부결정에 영향을 미치지 않기 때문에 이 사건 법률조항은 당해사건 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

#### 다. 재판의 전제성을 긍정하는 견해

헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 원칙적으로 실체적 형벌조항에 대해서만 적용되기 때문에 형사소송절차에 관한 규정인 이 사건 법률조항이 위헌

---

정하고 있는바, 우리 헌법과 헌법재판소법은 위헌으로 결정된 법률의 효력에 대하여 법적 안정성을 중요시하여 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하는 장래효를 원칙으로 하고 소급무효는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”에 한정하여 예외로 인정하고 있는 입법취지를 아울러 고려할 때에 위헌결정의 법규적 효력에 대하여 소급효를 인정하여 재심에 의한 구제를 허용하는 범위는 위헌으로 결정된 실체적인 형벌법규에 의하여 형의 선고를 받았을 때에 한정하여야 하고 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 동조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로도 합당하다 할 것이다(재판관 한병채, 재판관 이시운, 재판관 김문희의 보충의견: 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887-888).』

- 4) 헌법재판소가 예외적으로 구체적 규범통제의 실효성을 보장하기 위하여 법률의 위헌결정에 소급효를 인정하는 경우는 ① 법원의 제청 헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌여부를 위한 계기를 부여한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해사건, ③ 따로 위헌제청신청을 하지 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 사건이다(헌재 1993. 5.13. 92헌가10, 판례집 5-1, 226, 227 참조)

선언 된다고 해도 위헌결정의 소급효가 인정되지는 않지만, 구체적 규범통제의 실효성 확보를 위하여 최소한 당해사건에서는 소급효가 인정된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 887-888; 헌재 1993. 5.13. 92헌가10, 판례집 5-1, 226, 227 참조). 따라서 이 사건 법률조항이 위헌이라면 종래에 14차례에 걸쳐 행해진 통신제한조치의 연장허가는 위헌법률에 근거하여 이루어진 것이고 그에 따라 수집된 증거자료 또한 위헌적인 절차에 따라 획득된 것이므로 증거능력을 인정하기 어렵다.<sup>5)</sup> 그렇다면 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 법원이 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정에 영향을 미치게 된다고 할 것이다.<sup>6)</sup>

## 라. 결론

선례와 마찬가지로 이 사건 법률조항은 당해사건에서 법원의 증거채부결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 증거채부결정의 대상이 된 증거자료의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 증거자료를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 당해사건 재판의 전제성은 인정된다.

5) 위법모집증거배제원칙은 어떤 절차의 위법이라도 있으면 증거로서 배제된다는 것을 의미하는 것은 아니고, 중대한 위법이 있는 때에 한하여 적용된다. 여기서 중대한 위법이란 특히 “적법절차의 기본이념에 반하는 경우”를 말한다. 이러한 의미에서 ① 영장제도나 적정절차를 규정하고 있는 헌법규정에 위반하는 경우, ② 수사기관의 수사활동이 형벌법규에 위반하는 경우, ③ 형사소송법의 효력규정에 위반하여 압수·수색 등이 무효인 경우에는 중대한 위법에 해당하므로 이에 의하여 수집된 증거는 배제된다고 해야 한다. 이재상, 신형사소송법, 2008, 546면 참조.

6) 한편 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 법원이 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정에 영향을 미치지 않는다는 입장에 선다고 할지라도 객관적 해명의 필요성을 이유로 본안판단을 할 수 있다는 주장이 가능하다(재판의 전제성 요건의 예외 인정에 관하여는 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 591 등 참조). 즉 이 사건 법률조항의 위헌여부는 통신의 비밀보호와 관계되는 중요한 헌법문제이나, 이 문제에 대하여 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바도 없고, 이 사건 법률조항에 의거하여 통신제한조치의 연장허가가 제차 이루어져 통신의 비밀보호에 대한 기본권침해의 논란이 반복될 것도 명백하므로 이에 대한 위헌여부의 심판이익이 있다는 것이다.

## 2. 본안 판단

### 가. 통신비밀보호법의 입법취지와 전기통신의 감청제도 개관

#### (1) 통신비밀보호법의 입법취지

헌법 제18조에서는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.”라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는 개인간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하겠다는 취지에서 비롯된 것이다.

통신은 기본적으로 개인과 개인간의 관계를 전제로 하는 것이지만, 통신의 수단인 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기 때문에, 통신의 영역은 다른 사생활 영역에 비하여 국가에 의한 침해 가능성이 매우 큰 영역이라 할 수 있고, 이것이 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해서 기본권으로 보호하고 있는 이유라 할 것이다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바 25, 판례집 13-1, 652, 658-658 참조).

통신비밀보호법이 제정되기 전에는 통신비밀의 침해는 형법, 우편법 등의 개별법에 의해 규제되어 왔다. 그런데 현대사회가 정보화사회로 변모하고 과학기술의 발전으로 많은 새로운 통신수단이 개발됨에 따라 사람들은 한편으로는 광범하고 신속한 정보를 향유할 수 있게 되었으나, 다른 한편으로는 통신의 비밀에 대한 침해를 가능케 하는 많은 통신제한장치들도 함께 개발되어 사생활의 비밀과 통신의 자유가 심각한 위협을 받게 되었다. 이에 따라 통신비밀의 보호 및 제한에 관한 사항을 포괄적, 체계적으로 정비하여 개인의 사생활의 비밀과 통신의 비밀과 자유를 보장하기 위하여 1993. 12. 27. 법률 제4650호로 통신비밀보호법이 제정되었다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바 85, 판례집 16-2 하, 345, 349-350 참조)

#### (2) 개정연혁

통신비밀보호법이 제정된 이후에도 불법도청을 시도하는 국가, 단체 및 개인으로부터 국민의 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 방향

으로 동법은 수차례 개정되었다.

주요 법개정연혁을 살펴보면 2001. 12. 29. 법개정에서는 법 제2조의 전기통신에 “전자우편, 회원제정보서비스, 통신사실확인자료”를 포함시켜 보호대상을 확대하였다. 또한 감청 등을 할 수 있는 대상범죄를 391개에서 280개로 축소·조정하였으며, 통신제한조치의 기간을 수사를 위한 경우는 3월에서 2월, 국가안보를 위한 경우는 6월에서 4월로 단축하고, 그 목적이 달성된 경우에는 즉시 통신제한조치를 종료하도록 하였다. 긴급통신제한조치의 남용을 방지하기 위해 조치후 36시간 이내(중전 48시간)에 법원의 허가를 받지 못하면 즉시 중지하도록 하였으며, 국가기관이 보유하고 있는 감청설비에 대한 최소한의 통제를 위하여 국가기관이 감청설비를 도입할 경우에 신고 또는 통보제도를 신설하였다. 통신제한조치의 대상이 된 자의 알권리를 충족하기 위하여 통신제한조치 집행에 관한 통지제도를 도입하였다.

또한 2005. 5. 26. 법개정에서는 수사기관이 전기통신사업자에게 통신사실확인자료의 열람이나 제출을 요청하는 경우 지방검찰청 검사장의 승인이 아니라 법원의 허가를 얻도록 하여 통신제한조치에 버금갈 정도로 절차를 엄격하게 하였다.

### (3) 통신비밀보호법상 전기통신의 감청제도 개관

(가) 법은 통신 및 대화의 비밀과 자유를 보장하기 위하여 그 제한의 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 하고 있다. 특히 “우편물의 검열 또는 전기통신의 감청(통신제한조치)<sup>7)</sup>”, “통신사실확인자료의 제공”과 “공개되지 아니한 타인 간의 대화의 녹음 또는 청취”를 그 규제대상으로 하고 있는데 이 사건 법률조항은 통신제한조치의 허가연장에 관한 것이다.

(나) 통신제한조치의 한 유형인 감청이란 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(법 제2조 제7호).<sup>8)</sup> 여기서 전기통신이란 전화·전자우편·회원

7) 법 제3조 제2항은 “우편물의 검열 또는 전기통신의 감청”을 “통신제한조치”라고 칭한다.

8) 2004년 11월 25일 헌법재판소는 구 통신비밀보호법 제3조 본문, 제16조 제1호의 각

제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다(법 제2조 제3항).

(다) 법은 이러한 통신제한조치를 원칙적으로 금지하고(법 제3조 제1항), 예외적으로 일정한 허가요건과 절차를 거친 경우 범죄수사 또는 국가안보장을 위하여 보충적인 수단으로 통신제한조치를 인정하고 있다(제5조 내지 제9조). 이러한 통신제한조치는 범죄수사목적을 위한 통신제한조치(법 제6조), 국가안보목적을 위한 통신제한조치(법 제7조)<sup>9)</sup>와 긴급통신제한조치(법 제8조)<sup>10)</sup>가 있다.

---

‘전기통신의 감청’에 관한 부분 중 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득”하는 부분이 명확성원칙에 반하는지 여부에 대하여 “구 통신비밀법은 감청의 정의규정을 통해 감청의 대상, 속성, 수단, 내용 등을 명시함으로써 감청개념의 명확화와 구체화를 도모하고 있으며, 감청의 정의에 사용된 표현도 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 자주 사용되는 일상적인 용어들이며, 또한 ‘전기통신’이나 ‘감청설비’에 관한 정의조항을 두어 전기통신의 감청개념을 더욱 명료하게 하고 있으므로, 감청금지 및 처벌조항이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바85 판례집 16-2 하, 345)”고 판시하였다.

- 9) 국가안보를 위한 통신제한조치는 정보수사기관의 장이 국가안보장에 대한 상당한 위험이 예상되는 경우에 한하여 그 위험을 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 경우 통신의 일방 또는 쌍방당사자가 내국인인 때에는 고등법원 수석부장판사의 허가를 받아서(법 제7조 제1항 제1호), 대한민국에 적대하는 국가, 반국가활동의 혐의가 있는 외국의 기관·단체와 외국인, 대한민국의 통치권이 사실상 미치지 아니하는 한반도내의 집단이나 외국에 소재하는 그 산하단체의 구성원의 통신인 때에는 대통령의 승인을 얻어서 할 수 있다(법 제7조 제1항 제2호). 이러한 통신제한조치의 기간은 4월을 초과하지 못하지만 정보수사기관의 장은 통신제한조치의 요건이 존속하는 경우에 재차 허가 또는 승인을 얻어 4월의 범위 내에서 통신제한조치의 기간을 연장할 수 있다(법 제7조 제2항 본문). 다만 작전수행을 위한 군용전기통신의 경우 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있는 때에는 작전이 종료될 때까지 대통령의 승인을 얻지 않고 기간을 연장할 수 있다(법 제7조 제2항 단서).
- 10) 긴급통신제한조치는 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄 등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고 위 범죄수사목적 또는 국가안보목적을 위한 통신제한조치(법 제7조 제1항 제1호에 한함)의 허가요건을 구비하였으나 해당 절차를 밟을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에 법원의 허가 없이 할 수 있는 통신제한조치이다(법 제8조 제1항). 검사 등은 집행착수후 지체 없이 법원에 허가청구를 하여야 하며 그 긴급통신제한조치를 한 때로부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 중지하여야 한다(법 제8조 제2항).

(라) 범죄수사목적을 위한 통신제한조치는 법 제5조 제1항 제1호 내지 11호의 대상범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다(법 제5조 제1항). 이러한 허가요건이 구비된 경우 검사는 직접 또는 사법경찰관의 청구를 받아 법원에 대하여 피의자 또는 피내사자에 대한 통신제한조치를 허가하여 줄 것을 청구할 수 있다(법 제6조 제1항, 제2항). 통신제한조치의 청구는 필요한 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 허가요건을 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재한 청구서로 하여야 하며 청구이유에 대한 소명자료도 첨부하여야 한다(법 제6조 제4항). 법원은 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법을 특정하여 기재한 허가서를 발부하여 통신제한조치를 허가할 수 있다(법 제6조 제5항, 제6항). 법원이 허가하는 통신제한조치의 기간은 2월을 초과할 수 없고 그 기간중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 조치를 종료하여야 하지만 검사는 허가요건이 존속하는 경우에 재차 법원에 소명자료를 첨부하여 2월의 범위안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다(법 제6조 제7항).

## 나. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 그 내용, 입법례

### (1) 이 사건 법률조항의 입법연혁

통신제한조치의 기간과 그 기간 연장을 허가하는 규정인 법 제6조 제7항은 1993. 12. 27. 법이 제정된 이후 한 차례 개정되었다. 긴급감청과 수사권 남용으로 인해 국민의 통신의 비밀이 침해된다는 논란을 불식시키기 위하여 2001. 12. 29. 법률 제6546호로 법이 개정되면서 법 제6조 제7항도 함께 개정되었는데, 개정법은 통신제한조치의 기간을 범죄수사를 위한 경우에 3월에서 2월로 단축하고, 그 목적이 달성된 경우에는 즉시 통신제한조치를 종료하도록 하였으며, ① 통신제한조치의 연장기간을 3월에서 2월의 범위안으로 단축하고, ② 통신제한조치의 허가요건이 존속한다는 소명자료도 첨부하여 청구하도록 하였다.



## (2) 이 사건 법률조항의 내용

## (가) 의미

이 사건 법률조항은 문언상 통신제한조치 기간연장을 허가함에 있어 그 횟수에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 그 해석상 통신제한조치 연장의 경우 그 허가요건이 존속하는 한 1회에 한하지 않고 계속적으로 2개월 범위 안에서 그 기간의 연장을 허가할 수 있다고 본다.<sup>11)</sup> 이 사건 법률조항에서 “2개월의 범위 안에서 통신제한조치기간의 연장을 청구할 수 있다”는 말은 통신기간조치기간의 연장청구를 통해서 연장될 수 있는 총 기간이 2개월이 될 때까지 횟수제한 없이 연장청구를 할 수 있고 총 연장기간이 2개월이 지나면 재청구를 하여야 한다는 의미로도 읽힐 가능성이 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 실무에서는 2개월의 범위내에서 일정기간을 정하여 하는 1회의 통신제한조치기간의 연장청구를 횟수제한 없이 계속적으로 할 수 있다는 의미로 해석하여 적용하고 있으며<sup>12)</sup> 보통은 1회에 2개월씩 연장청구를 하고 있다고 한다.<sup>13)</sup>

## (나) 기간연장허가의 청구와 동일범죄사실에 대한 새로운 청구와의 구별

이 사건 법률조항의 기간 연장허가의 청구는 통신제한조치기간의 만료 후 동일한 범죄사실에 대한 새로운 청구<sup>14)</sup>보다 더욱 완화된 절차로 가능하기 때문에 새로운 통신제한조치의 허가청구를 해야 할 사안에 대하여도 새로운 청구를 하지 않고 기간연장허가의 청구를 통하여 쉽게 수사목적의 달성할 수 있는 상황에서 기간연장에 횟수제한을 두지 않은 이 사건 법률조항은 더욱 더 과도한 기본권제한이 될 가능성이 높다는 점에서 양자의 유사점과 절차적 요건 등의 차이점은 중요한 의미를 가진다.<sup>15)</sup>

11) 이 사건 위헌제청결정(2009초기3876) 5면 참조.

12) 압수·수색영장실무 집필위원회, 「압수·수색영장실무」(2008), 122면.

13) 과권관사(연구관)의 실무경험을 종합한 것이다.

14) 여기서 동일범죄사실에 대한 새로운 청구란 최초 통신제한조치의 청구가 기각된 범죄사실에 대해 재청구하는 것을 의미하는 것이 아니라 이미 통신제한조치의 허가를 받은 사실이 있는 범죄사실에 대하여 그 기간만료 후 동일한 범죄사실에 대해 새롭게 통신제한조치의 허가를 청구하는 것을 의미한다.

15) 실제로 실무에서는 이러한 이유 때문에 새롭게 청구하는 방법보다 기간연장의 방법을 택하는 사례가 많다고 한다. 제청법원의 이 사건 위헌제청결정(2009고합 731) 12면 참조.

## ① 유사점

기간연장허가의 청구와 동일범죄사실에 대한 새로운 청구는 입법자가 통신제한조치기간이 만료된 경우에도 수사기관이 여하튼 재차 통신제한조치를 할 수 있도록 마련한 제도라는 측면에서 유사한 점이 있다.

## ② 차이점

첫째, 통신제한조치의 기간연장청구는 감청에 의한 목적달성 가능성은 여전히 인정되지만 감청의 목적이 아직 달성되지 않은 상태에서 감청기간의 도과가 임박하였을 때에 감청기간 연장의 허가를 구하는 것인 반면, 동일한 범죄사실에 대한 통신제한조치의 새로운 청구는 기존 감청에 의해 목적달성 가능성이 사후에 소멸되거나 극히 희박해진 것을 이유로 감청이 종료되었다고 하더라도, 이후에 감청에 의한 목적달성 가능성이 다시 인정될 만한 사정변경이 존재하는 경우 이를 소명하여 감청허가를 다시 청구할 수 있도록 한 것이라는 점에서 구별된다.

둘째, 양자의 절차적 요건도 상이하다. 법은 통신제한조치의 기간연장허가의 청구를 위해서 통신제한조치의 허가요건이 존속한다는 것을 소명할 것을 요청하고 있고(법 제6조 제7항) 이에 따라 시행령은 기간연장이 필요한 이유와 연장할 기간 및 그 소명자료만을 요구하는 것으로 족하고 청구하는 검사의 서명날인을 요구하지도 않지만(법 시행령 제5조)<sup>16)</sup>, 동일한 범죄사실에 대한 통신제한조치의 새로운 청구를 위해서는 처음 청구할 때와 마찬가지로 필요한 통신제한조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 당해 통신제한조치가 허가요건에 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재할 뿐만 아니라 “다시 통신제한조치를 청구하는 취지와 이유”까지 기재할 것을 요구하고(법 제6조 제4항) 청구하는 검사가 서명날인할 것을 요구함으로써(법 시행령 제4조) 기간연장허가의 청구절차에 비하여 더욱 엄격한 절차를 요구하고 있다.

16) 실무상 기간의 연장허가를 청구할 때 종전에 발부된 통신제한조치허가서를 포함한 수사기록 일체를 소명자료로 첨부하는 것이 보통이나, 종전 허가서나 소명자료를 첨부하지 않은 채 기간의 연장허가를 청구하는 경우도 있다고 한다. 압수·수색영장실무 집행위원회, 「압수·수색영장실무」(2008), 123면.

### (3) 각국의 입법례

통신비밀보호법은 일정 형량 이상의 범죄에 대해서만 감청을 허가하는 입법방식을 채택하지 않고, 감청허가 대상범죄를 열거하는 방식을 취하고 있다. 이하에서는 통신비밀보호법과 유사한 입법례를 취하고 있는 독일, 미국, 일본외에 일정 형량 이상의 범죄에 대해서만 감청을 허가하고 있는 프랑스, 영국의 입법례도 함께 검토하기로 한다.

#### (가) 미국

미국에서 전기통신의 감청은 수사기관이 법무부장관, 차관, 차관보 등 (Associate Attorney General, Assistant Attorney General)의 인가를 받아 관찰권을 가진 법원에 신청을 하여 허가를 받는 경우에 가능하다.<sup>17)</sup> 감청허가는 기간이 만료되어도 감청요건이 계속 존속하는 경우 법원에 신청을 하여 연장받을 수 있으나 연장기간은 목적달성을 위하여 판사가 필요하다고 판단하는 기간을 초과할 수 없으며 어느 경우에도 30일을 초과할 수 없다.<sup>18)</sup>

#### (나) 독일

독일에서 전기통신의 감청은 검찰의 청구에 대한 법원의 허가명령으로 집행되는데 법원은 최장 3월의 기한으로 감청명령을 발할 수 있으며, 그 기한이 만료된 경우에도 명령의 요건이 확보된 수사결과를 고려하여 계속적으로 존속하는 경우에는 최장 3월의 기한으로 횡수의 제한 없이 연장할 수 있다.<sup>19)</sup>

17) 개괄적인 내용은 방승주·성선제, 테러 및 범죄예방을 위한 도·감청제도와 사생활의 보호에 관한 비교법적 고찰, 연구보고서 2006, 치안정책연구소, 125-128면 참조.

18) 미국의 종합범죄방지 및 가로안전법(Omnibus Crime Control and Safe Streets Act) 제2518조 제5항: "본조에 따라 발부되는 명령이라 하더라도 허가의 목적을 달성하는데 필요한 기간 이상으로 유선통신, 대화 또는 전자통신의 감청을 허가 또는 승인할 수 없으며 어느 경우에도 30일을 초과할 수 없다. [...] 명령의 연장은 허가될 수는 있으나 본조 제1항에 따른 연장신청이 있고 법원이 본조 제3항에서 요구하는 사실인정을 하는 경우에만 가능하다. 연장기간은 목적달성을 위하여 판사가 필요하다고 판단하는 기간을 초과할 수 없으며 어느 경우에도 30일을 초과할 수 없다."

19) § 100b (1) StPO

## (다) 일본

일본에서 전기통신의 감청은 검찰관 또는 사법경찰관의 청구로 법원이 발부하는 허가영장에 의해 집행된다. 청구자는 10일 이내의 기간을 정하여 감청을 청구할 수 있고 다시 10일 이내의 기간을 정하여 감청연장을 청구할 수 있으며 법관도 청구에 이유가 있으면 10일 이내의 기간을 정하여 감청영장을 발부한다(범죄수사를 위한 통신방수<sup>20</sup>)에 관한 법률 제5조<sup>21</sup>). 연장횟수에 대한 제한규정은 없으나 연장을 하는 경우에도 총 감청기간이 30일을 초과할 수는 없다(동법 제7조)<sup>22</sup>) 다만 재청구 규정을 두고 있으므로 30일이 초과하는 경우 재청구를 통해서 30일을 넘어 통신제한조치를 할 수 있다(동법 제8조)<sup>23</sup>).

## (라) 프랑스

프랑스에서 전기통신의 감청은 중죄<sup>24</sup> 및 2년 이상의 구금형에 해당하는 경죄를 범한 자에 관한 정보를 필요로 하는 경우 4월 이내의 기간을 정하여

20) 통신제한조치를 일본에서는 방수(傍受)라고 한다. 동법 제2조 제2항은 “이 법률에 있어서 방수라고 함은 현재 행해지고 있는 타인간의 통신에 대하여 그 내용을 알기 위하여 당해 통신의 당사자의 어느 쪽의 동의도 얻지 아니하고 이를 받는 것을 말한다”고 규정하고 있다.

21) 범죄수사를 위한 통신방수에 관한 법률(平成11年8月18日法律第137号.) 제5조 (방수영장의 발부) ① 진조 제1항의 청구를 받은 재판관은 동항의 청구를 이유가 있다고 인정하는 때에는 방수할 수 있는 기간으로서 10일 이내에 기간을 정하여 방수영장을 발부한다.

22) 동법 제7조 (방수할 수 있는 기간의 연장) ① 지방재판소의 재판관은 필요하다고 인정하는 때에는 검찰관 또는 사법경찰관의 청구에 의하여 10일 이내의 기간을 정하여 방수할 수 있는 기간을 연장할 수 있다. 다만 방수 할 수 있는 기간은 합하여 30일을 초과할 수 없다.

23) 동법 제8조 (동일사실에 관한 방수영장의 발부) 재판관은 방수연장의 청구가 있는 경우에 당해 청구와 관계되는 피의사실 전에 발부된 방수영장의 피의사실과 동일한 것이 포함되어 있는 때에는 동일한 통신수단에 대하여는 다시 방수를 하여야 할 필요가 있는 특별한 사정이 있다고 인정되는 때에 한하여 이를 발부할 수 있다.

24) 프랑스 형법은 범죄의 경중에 따라 중죄(crime), 경죄(delit), 위경죄(contravention)의 3가지로 분류하고 있다. 여기서 중죄란 법정형이 무기징역 또는 10년 이상 30년 이하의 자유형(징역 또는 금고)에 해당하는 중한 범죄를, 경죄란 6월 이상 10년 이하의 자유형 또는 그에 상응하는 벌금형, 공익봉사노동, 일정한도의 권리박탈 또는 제한 등에 해당하는 범죄를, 위경죄란 3,000유로 이하의 벌금형과 일정한 권리의 박탈 또는 제한에 해당하는 범죄를 말한다(형법 제131-1조, 제131-3조, 제131-12조).

예심수사판사의 권한과 감독 하에서 할 수 있으며 동일한 형식과 기간의 조건하에서 연장할 수 있다(전기·전자 통신의 비밀에 관한 법률 제2조). 예심수사판사는 직접 또는 사법경찰관을 지휘하여 통신제한조치를 할 수 있으나 실무적으로는 예심수사판사의 지휘하에 사법경찰관이 통신제한조치를 행하고 있다고 한다.<sup>25)</sup> 그 밖에 통신제한조치는 구속과 같이 법원에 별도로 영장을 청구하여야 하는 것은 아니며 기간연장에 대한 제한은 없다.

#### (마) 영국

영국에서 전기통신의 감청은 소속장관이 국가안전보장, 중죄<sup>26)</sup>의 예방 및 탐지, 경제적 복리의 보호를 위하여 필요한 경우 신청권자의 신청에 의해서 발부한 영장에 의하여 할 수 있다(수사권규율법 제5조). 영장은 유효기간이 끝나면 그 효력을 상실하나 그 기간이 끝나기 전에 소속장관이 서명한 문서에 의하여 갱신(renewal)될 수 있다(법 제9조). 영장의 유효기간은 3개월, 갱신의 경우에는 최근 갱신일부터 3개월간을 원칙으로 하나 국가안전보장, 경제적 복리의 보호를 위해 필요하다고 판단된 갱신의 경우에는 갱신일로부터 6개월이다. 이러한 통신제한조치 갱신과 관련하여 횡수제한은 없으며 허가권자는 법원 판사가 아닌 행정기관의 장이라는 점에 특징이 있다.

### 다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### (1) 쟁점

이 사건 법률조항은 범죄수사를 위하여 통신제한조치를 받고 있는 자에게 법원의 허가를 전제로 그 통신제한조치를 2월의 범위 내에서 횡수 제한 없이 계속하여 연장받을 수 있도록 하는 근거가 된다. 그 결과 수사기관은 통신제한조치의 허가를 다시 청구하지 않고 기간연장을 청구하는 것만으로도 통신제한조치를 기간의 제한 없이 지속적으로 할 수 있게 되었다. 이하에서는 비록 법원의 허가를 전제로 하고 있지만 그 횡수의 제한 없이 무한정 통

25) 이 사건 검찰총장 의견서 26면 참조.

26) 영국은 범죄수사를 위한 통신제한조치 대상 범죄를 중죄로 규정하고 있는데 영국에서 중죄는 법정형이 6개월을 넘어서는 범죄라고 한다. 이 사건 검찰총장 의견서 29면 참조.

신제한조치를 가능하게 하는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 통신의 비밀을 침해하는 것이 아닌지 여부를 검토하기로 한다.<sup>27)</sup> 청구인들은 그 밖에 이 사건 법률조항이 적법절차와 영장주의에도 위배되고, 사생활의 비밀을 침해한다고도 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 사생활의 비밀의 특별한 영역으로 헌법이 개별적인 기본권으로 보호하는 통신의 비밀을 제한하고 있다는 점에서 별도로 사생활의 비밀을 침해하는지 여부를 검토할 필요가 없다. 또한 이 사건 법률조항이 통신의 비밀을 침해하는지 여부를 판단하는 핵심적인 심사기준으로 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 검토하는 것으로 충분하다. 그 밖에 형식적 절차뿐만 아니라 실질적 법률내용도 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 적법절차의 원칙에 위배되는지 여부는 그 실질적 내용이 위 과잉금지원칙 위배여부에 대한 심사에 포함되고, 영장주의에 위배되는지 여부는 신체의 자유를 침해하는 강제처분에 있어서 문제되므로 별도로 검토할 실익은 없는 것으로 보인다.

## (2) 통신의 비밀 침해 여부

### (가) 심사기준과 심사밀도

헌법 제18조에서는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다”라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 그런데 이 사건 법률 조항은 피의자 내지 피내사자에

27) 이와 관련하여 감청과 통신비밀의 보호에 관해 비교법적 검토 등을 한 문헌으로는 **방승주·성선제**, 테러 및 범죄예방을 위한 도·감청제도와 사생활의 보호에 관한 비교법적 고찰, 연구보고서 2006, 치안정책연구소; **김일환**, 통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰, 형사정책 제16권 제1호, 2004, 25-51면; **박희영**, 독일의 전기통신의 감청 및 통신데이터의 저장 등에 관한 법률, 법제 2008. 7., 28-57면; **원혜숙**, 감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰, 형사법연구 제24호, 2005, 187-212면; **오길영**, 인터넷 감청과 DPI, 민주법학 제41호, 2009.11, 391-426면; **김형준**, 현행 통신비밀보호법의 문제와 개선방안, 형사법연구 제24호, 2005, 213-236면; **오길영**, 통신비밀보호법 개정안 비판, 민주법학 제34호, 2007, 357-390; **오경식**, 통신비밀보호법의 형사적 검토, 형사정책 제16권 제1호, 2004, 53-79면; **유상관**, 수사기관에 의한 감청의 허용범위, 충남대학교 법학연구 제16권 제1호, 2005, 261-281면; **박경신**, 미국의 통신비밀보호법 및 범죄수사 통신지원법과 우리나라의 통신비밀보호법 및 18대 국회 개정안의 비교검토, 안암법학 제29권, 2009, 119-160; **김성천**, 통신감청제도에 관한 개선방안 연구, 중앙법학 제10집 제1호, 2008, 247-269면; **김재영**, 통신비밀보호법상, 도청·감청증거의 증거능력, 서울시립대학 교박사학위논문, 2008 참조.

게 통신제한조치기간의 연장을 횡수의 제한 없이 가능하게 하는 근거가 되어 통신의 자유 중에서도 가장 핵심내용인 ‘통신의 비밀 보호’를 제한하고 있다. 여기서 통신제한조치기간 즉 감청기간은 헌법상 무죄추정의 원칙과 통신의 비밀 보호를 고려할 때 인정되는 불감청수사원칙의 예외로서 설정된 기간이다. 그런데 이 감청기간을 더 연장하는 것은 예외에 대하여 또 다시 특례를 설정하여 주는 것이 되고 이처럼 기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 확장하는 데에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며 따라서 그 예외의 확장은 최소한에 그쳐야 할 것이다.<sup>28)</sup> 그렇다면 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부를 심사함에 있어서는 그 제한되는 기본권의 중요성에 비추어 엄격한 기준에 의하여야 한다.<sup>29)</sup>

#### (나) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

통신제한조치를 법원의 허가를 전제로 2월의 범위 내에서 연장할 수 있도록 한 것은 통신제한조치를 취하였음에도 불구하고 여전히 법 제5조 제1항 통신제한조치의 허가요건이 존속하는 경우에 효과적으로 범죄수사목적을 달성하여 국가안전보장과 질서유지를 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 통신제한조치기간의 연장은 이와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라고 할 수 있다.

28) 1992. 4. 14. 구 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호, 개정 1991.5.31. 법률 제 4373호) 제19조 위헌소원사건에서 국가보안법 제19조가 예외적으로 국가보안법 제2조 내지 제10조의 죄에 대하여 최장 30일로 한정되는 형사소송법상의 구속기간의 연장에 대해 최장 50일까지 구속기간을 연장 할 수 있는 특례를 둔 것에 대하여 헌법재판소는 그 중 국가보안법 제7조(찬양· 고무 등) 및 제10조(불고지)에 관한 부분은 헌법에 위반한다고 선언하면서 다음과 같이 엄격히 심사밀도를 정하고 있다: “형사소송법상의 구속기간은 헌법상의 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 설정된 기간으로 이 구속기간을 더 연장하는 것은 예외에 대하여 또 다시 특례를 설정하는 것이 되므로 그 예외의 범위를 확장하는 데에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며 따라서 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 한다(헌재 1992. 4.14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 195)”

29) 특히 합헌론의 입장에서는 과잉금지원칙의 심사밀도를 구태여 서술하지 않아도 무관하다는 견해가 있을 수 있음.

## (다) 침해의 최소성

## 1) 합헌론(법정의견)

① 통신제한조치 기간연장의 허가에 최소한의 입법적 한계를 두어야 할 헌법적 요청

주요 범죄 내지 국가 안위를 위협하는 음모나 조직화된 집단범죄의 음모의 경우에는 상당기간에 걸친 수사가 필요하고 미래에 발생될 자료를 포함하고 있는 통신자료의 특성상 그 증거수집을 위하여 일정기간 통신제한조치를 허가해야 할 필요가 있기는 하다. 그렇지만 범죄수사목적의 필요에 의하여 2월의 범위 내에서 법원의 허가를 전제로 한다고 하더라도 통신제한조치의 기간연장을 허가함에 있어 횡수나 기간의 제한을 두지 않는 것은 통신의 비밀에 대한 과도한 제한이 될 수 있다.

통신제한조치기간은 헌법상 무죄추정의 원칙과 통신의 비밀보호에 비추어 인정되는 불감청수사원칙의 예외로 설정된 기간이고, 이 기간을 연장하는 것은 예외에 대하여 다시금 특례를 설정하여 주는 것이 되므로 최소한에 그쳐야 한다. 또한 이렇게 통신제한조치의 연장이 허가될 수 있는 최소한의 기간 내에 통신제한조치를 통하여 범죄혐의를 입증할 증거를 수집하지 못하였다면 범죄혐의가 없는 것으로 보거나 범죄혐의가 있어도 그 입증수단이 과도한 것으로 보아 통신제한조치를 중단하는 것이 무죄추정의 원칙과 불감청수사원칙에 부합한다. 이때 그 최소한의 연장기간이 초과하여 종료된 후 재차 통신제한조치를 해야 할 필요가 있는지 여부는 기간연장허가의 청구가 아니라 동일한 범죄사실에 대해 새로운 통신제한조치의 허가를 청구하는 절차를 통해서 새롭게 심사하여야 할 것이다.

## ② 연장기간 또는 연장횟수를 제한하는 방법

통신제한조치가 연장될 수 있는 총기간이나 연장횟수를 제한하여 통신제한조치의 기간연장이 허가되는 최소한의 기간을 정한다면 수사기관이 기간연장의 허가의 요건이 새로운 통신제한조치의 허가보다 훨씬 가벼운 것을 이용하여 수사편의적으로 통신제한조치를 계속해서 한계없이 유지할 수 있는 남용의 위험성을 방지하여 피의자 및 피내사자의 통신의 비밀을 도모할



수 있다. 또한 그렇게 하여도 여전히 범죄혐의가 있고 다른 방법으로는 증거 수집 등이 어려운 경우, 즉 통신제한조치의 허가요건이 존속하는 경우에는 수사기관은 다시 새로운 통신제한조치의 허가를 청구하여 재차 법원의 허가를 받아 통신제한조치를 할 수 있으므로 이로써 수사목적은 달성하는데 충분하리라 본다. 이렇게 통신제한조치의 연장이 허가되는 최소한의 기간에 관한 규정을 두지 않고 일정한 범죄혐의에 대하여 무제한적으로 통신제한조치가 연장되는 것을 가능하게 하는 이 사건 법률조항은 법원의 허가를 전제로 하더라도 결국 그 자체로 통신의 비밀을 과도하게 제한하는 것이 된다.

### ③ 법원의 통제의 한계

물론 통신제한조치를 연장하기 위해서는 법원의 허가받아야 하는바, 이 사건 법률조항에 총연장기간이나 총연장횟수를 제한하는 규정을 두지 않고서도 법원이 그때그때 사안을 고려하여 통신제한조치 기간의 연장이 남용되는 것을 충분히 통제할 수 있다고 생각할 수 있다.

그러나 법원이 통신제한조치기간의 연장이 남용되는 것을 통제하는 것은 일정한 한계가 있다. 동일한 범죄사실에 하여 새롭게 통신제한조치를 청구하기 위해서는 “다시 통신제한조치를 청구하는 취지와 이유”까지 기재하여야 하는 등 기간연장허가의 청구절차에 비하여 더욱 엄격한 절차를 요구하고 있는바(법 제6조 제4항), 통신제한조치를 새롭게 청구하여야 할 사안임에도 완료된 절차로 통신제한조치를 계속하기 위하여 기간연장의 허가를 청구함으로써 기간연장제도를 남용할 경우 법원은 기간연장절차에 따른 심사를 하는 외에 다른 방도가 없다.

실제로 기간연장을 심사함에 있어서 일단 통신제한조치가 허가된 이후에는 계속되는 기간연장의 청구가 기각되는 일이 실무상 매우 드물다는 사실은 기간연장의 청구를 실질적으로 심사하여 통제하는 것이 사실상 어렵다는 것을 방증해 준다. 더구나 이 사건처럼 기간연장청구의 남용을 스스로 통제하여야 할 법원이 그 남용가능성을 통제하기 어렵다는 이유로 위헌제청을 하고 있다는 점을 고려하면 사법적으로 기간연장을 통제하는데 한계가 있다는 점을 수긍하지 않을 수 없다.

## 2) 위헌론(반대의견)

① 주요 범죄 내지 국가 안위를 위협하는 음모나 조직화된 집단범죄의 음모가 있는 경우에는 장기간에 걸친 지속적인 수사가 필요하고 미래에 발생될 자료를 포함하고 있는 통신자료의 특성상 그 증거수집을 위하여 지속적인 통신제한조치가 허용될 필요가 있다. 그런데 통신제한조치기간의 연장제도에 총연장기간이나 총연장횟수의 제한을 둔다면 위와 같은 수사목적 달성이 어렵다.

다수의견은 위와 같은 경우에 법원에 동일한 범죄에 대한 새로운 통신제한조치의 허가를 청구할 수 있으므로 그로써 수사목적 달성이 가능하다고 보고 있지만, 동일한 범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치와 통신제한조치기간의 연장은 각각 입법취지가 다르다. 동일한 범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치는 기존 감청에 의한 수사목적달성의 가능성이 사후에 소멸하거나 극히 희박해진 것을 이유로 감청이 종료되었다고 하더라도, 이후에 감청에 의한 수사목적달성의 가능성이 다시 인정될만한 사정변경이 존재하는 경우 이를 소명하여 감청허가를 다시 청구할 수 있도록 한 것이다. 반면에 통신제한조치기간의 연장은 감청에 의한 수사목적의 달성이 여전히 인정되지만 감청의 목적이 아직 달성되지 않은 상태에서 감청기간의 도과가 임박한 경우에 하는 것이다.

위와 같이 장기간 수사가 필요한 범죄에 있어서 감청에 의한 수사목적의 달성가능성이 여전히 인정되는 경우는 통신제한조치기간의 연장을 청구하여야 할 것이지, 제도의 취지가 다른 동일범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치의 허가를 청구함으로써 수사목적 달성에 충분하다고 볼 수는 없다 할 것이다.

② 이 사건 법률조항에 의한 통신제한조치기간의 연장이 가능한 대상 범죄는 법 제5조 제1항 제1호 내지 제11호에서 정한 것으로 상당히 포괄적임에도 불구하고 대상 범죄의 죄질·성격·중요도를 고려함 없이 통신제한조치의 기간연장을 함에 있어 횡수나 기간제한을 두지 않는 것이 과잉금지원칙에 위반되는 것인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나 통신제한조치가 허용되는 대상 범죄 전체에 대하여 기간연장을 허용한다고 하더라도 통신제한

조치기간의 연장허가를 위해서는 반드시 법원의 허가를 받도록 하고 있어 사법적 통제가 이루어지고 있기 때문에 그때그때 범죄의 특수성을 고려하여 통신제한조치의 기간연장이 남용되는 것을 막을 수 있다(법 제6조 제7항 단서, 제8항). 또한 통신제한조치의 대상이 되는 범죄 중에서 감청기간의 연장이 필요한지 여부는 대상범죄의 유형에 따라 법률에 의해 일률적으로 결정되기 보다는 구체적인 사건에서 개별적으로 판단되어야할 성질의 것이므로 법원이 그때그때 판단하는 것이 바람직하다.

③ 다수의견은 통신제한조치의 허가청구의 기각률이 압수·수색영장의 기각률보다 현저하게 낮으며 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률은 통상 허가청구의 기각률의 반에도 채 미치지 못하는 실무를 고려할 때 기간연장 허가청구에 대한 법원의 통제도 제대로 이루어지지 않고 있다고 본다. 그러나 압수·수색영장의 경우 구속영장이나 통신제한조치처럼 범죄의 혐의에 관한 소명에 있어서 “죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”와 같은 요건을 형사소송법에서 요구하지 않고(형사소송법 제70조), 단지 형사소송규칙이 압수·수색영장청구서에 ‘범죄사실의 요지’를 기재하도록 하며(형사소송규칙 제107조, 제95조), 청구를 할 때에는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 자료를 제출하도록 하고 있을 뿐이다(형사소송규칙 제108조). 이는 범죄혐의를 수궁할 수 있는 고도의 개연성과 구체적 소명자료의 존재를 요구하는 것이 아니라 일응 피의자가 특정한 범죄를 범하였을 개연성이 있다고 볼 소명자료가 필요하다는 것으로서 범죄혐의의 소명정도에 관한 기준이 구속영장이나 통신제한조치에 비해 상대적으로 약하다. 또한 압수·수색의 대상인 장소나 물건의 범위는 기본적으로 통신제한조치의 대상과는 달리 한정되어 있지 않아 특정의 어려움이 있을 수 있다. 또한 통신제한조치와는 달리 압수·수색은 전달중인 정보의 수집을 목적으로 하는 것이 아니고 통상 대상물이나 장소를 1회적으로 압수 및 수색하는 것으로 종료하기 때문에 압수·수색을 할 수 있는 기간인 유효기간 외에 별도로 기간연장이라는 제도가 없으므로 압수·수색영장청구의 기각률과 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률을 비교하기가 곤란하다. 한편 통신제한조치의 허가청구의 기각률보다 통신제한조치기간의 연장허가청구의 기각률이 낮은 이유는 통신제한조치의

허가요건을 갖춘 대상범죄의 특성상 그 수사목적은 달성하기 위하여 지속적인 통신제한조치가 필요했기 때문이므로, 통신제한조치의 허가청구의 기각률이 압수·수색영장청구의 기각률보다 현저하게 낮고 통신제한조치기간의 연장청구의 기각률은 통상 허가청구의 기각률의 반에도 미치지 못한다는 이유로 통신제한조치기간의 연장청구에 대한 법원의 통제가 제대로 이루어지지 않고 있다고 보는 다수의견은 타당하다고 볼 수 없다.

④ 통신제한조치를 연장함에 있어 사법적 통제절차를 둔 이유는 이 사건 법률조항이 통신제한조치의 기간연장을 허가함에 있어 횡수나 기간제한을 두고 있지 않는 데서 발생할 수 있는 과도한 통신의 비밀 제한을 방지하려는 것이다. 법원은 검사의 기간연장 신청에 따라 무조건 통신제한조치의 기간을 연장하여야 하는 것이 아니라 그 연장신청의 적정 여부를 철저히 심사하여 통신제한조치의 기간연장이 남용되는 것을 막아야 한다. 법원이 실무상 기간연장신청에 대하여 철저히 심사하지 않는다는 사정이 있다면 이는 그러한 실무를 개선함으로써 해결하여야 할 것이다. 그런데, 다수의견이 법원이 실무상 이러한 기간연장신청에 대해 철저히 심사하지 않는다는 사정이 있다는 것을 전제로 하여, 통신제한조치의 총연장기간이나 총연장횟수를 두지 않고 계속해서 통신제한조치가 연장될 수 있도록 한 이 사건 법률조항이 피해의 최소성원칙을 위반한 것이라고 보는 것은 본말이 전도된 것이라고 아니할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성원칙에도 위반되지 않는다고 할 것이다.

#### (라) 법익균형성

##### (가) 합헌론(법정의견)

통신제한조치기간의 연장은 앞에서 본 바와 같이 불감청수사원칙의 예외에 대하여 다시금 특례를 설정하여 주는 것인바, 이처럼 기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를 확장할 경우에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구된다.

통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에

있으므로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 횡수나 기간제한을 두지 않는다면 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려가 심히 크고, 나아가 피의자나 피내사자뿐만 아니라 그들과 전자적 방식으로 접촉한 제3자의 수사와 관련 없는 내밀한 사생활의 비밀도 침해당할 우려도 심히 크다. 반면 통신제한조치기간의 연장을 통하여 추구하고자 하는 수사목적은 일정한 연장기간이 종료될 때까지 통신제한조치를 통해 범죄혐의를 입증하지 못한 경우 오히려 그러한 범죄혐의가 불필요했던 것은 아닌가라는 평가를 받을 수 있고, 여전히 범죄혐의가 있다면 새로운 청구를 통해서도 충분히 실현될 수 있는 정도에 지나지 않는다. 결국 이 사건 법률조항은 추구하고자 하는 범죄 수사목적에 비해 개인의 통신비밀의 보호법익이 과도하게 제한되므로 법익균형성을 갖추었다고 볼 수 없다.

#### (나) 위헌론(반대의견)

범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 그 혐의가 있고 다른 방법으로 그 범죄의 실행을 저지하거나 증거의 수집이 어려운 경우에 인정되는 통신제한조치의 허가요건이 계속 존속하는지 여부를 법원이 개별적으로 심사하여 통신제한조치기간의 연장을 허가하는 한, 이 사건 법률조항을 통해서 추구되는 범죄 수사목적보다 그로 인해 제한될 수 있는 개인의 통신비밀의 보호법익이 명백히 우월하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 규정은 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로 법익균형성 요건을 충족하였다고 할 것이다.

#### (다) 소결

이 사건 결정은 위와 같은 이유로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총기간연장 또는 총연장횟수의 제한을 두고 있지 않은 통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 '통신제한조치기간의 연장'에 관한 부분이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 통신의 비밀을 침해한다는 결론에 이르렀다.

## 다. 결정의 유형 선택

### (1) 결정 이유의 논리 구조

#### (가) 잠정적용 헌법불합치(법정의견)

이 사건에서 헌법재판소가 단순위헌결정을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상실시킬 경우 통신제한조치 연장허가의 법적 근거가 상실하게 되어 수사목적상 필요한 정당한 통신제한조치의 연장허가도 가능하지 않게 되는 법적 공백상태가 발생한다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적으로 적용할 필요가 있다.

(나) 단순위헌의견(재판관 이강국, 송두환)

이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고할 경우 통신제한조치기간의 연장허가의 법적 근거가 상실된다고 하더라도 수사목적상 필요한 경우에는 동일한 범죄사실에 대하여 새롭게 통신제한조치의 허가를 청구함으로써 계속해서 통신제한조치를 할 수 있는 가능성이 열려있기 때문에 법적 공백상태가 생길 염려가 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대해서는 단순위헌을 선고하여야 한다.

(2) 견해 차이의 의미

2인의 단순위헌의견은 통신제한조치의 기간연장허가를 새로운 통신제한조치의 허가로 대체될 수 있기 때문에 기간연장의 법적 근거가 상실된다고 하더라도 법적 공백은 발생되지 않는다는 입장이다. 그런데 양자는 위에서 살펴보았듯이 입법취지 및 절차적 요건이 상이하다.<sup>30)</sup> 통신제한조치를 집행한 이후에도 범죄혐의가 여전히 남아 있어 수사목적상 통신제한조치의 연장허가가 필요한 경우 검사는 연장허가를 청구하여야 한다. 동일한 범죄사실에 대한 새로운 통신제한조치의 허가청구는 범죄혐의가 일단 이미 소멸되어 통신제한조치를 중지하였다가 다시 동일한 범죄사실에 대하여 새로운 범죄혐의가 발생했을 때 하는 것이다. 따라서 통신제한조치의 기간연장허가를 새로운 통신제한조치의 허가로 대체될 수 있다고 보기 어렵기 때문에 통신제한조치의 기간연장허가의 공백을 새로운 통신제한조치의 허가로 매울 수 있다는 것을 전제로 한 단순위헌의견에 따르기는 어렵다.<sup>31)</sup>

30) 새로운 통신제한조치를 청구하여야 할 사안임에도 상대적으로 완화된 절차인 기간연장을 통하여 계속 통신제한조치를 청구하는 것은 기간연장제도를 제도적으로 남용하는 것이라는 점은 위헌의견의 중요한 위헌논거이기도 하다.

### 3. 결정의 의미

통신제한조치는 기본권제한의 특성상 집행대상이 된 피의자나 피내사자가 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르기 때문에 방어권을 행사하기 어렵고, 감청과정에서 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려가 크고, 나아가 피의자나 피내사자뿐만 아니라 그들과 전자적 방식으로 접촉한 제3자의 수사와 관련 없는 내밀한 사생활의 비밀도 침해당할 우려도 크다는 점에서 그 남용을 어떻게 통제할 수 있는지가 통신제한조치 대상자의 통신비밀의 보호를 위하여 중요한 관건이 된다. 그런데 비교법적으로 보면 미국, 독일, 프랑스의 경우는 법원이 영국의 경우는 행정기관의 장이 일정기간의 범위 내에서 감청을 허가하고 연장(미국 30일 이내, 독일 3개월 이내, 프랑스 4개월 이내, 영국 원칙적으로 3개월 이내)할 수 있도록 하되 우리나라와 마찬가지로 그 총연장기간의 제한을 두고 있지 않으나, 일본의 경우에만 법원이 10일 이내의 기간을 정하여 감청을 허가하고 감청연장을 청구할 수 있도록 하면서 연장을 하는 경우에 총 감청기간이 30일을 초과할 수 없도록 입법적 제한을 두고 있는 것을 보면, 통신제한조치의 기간연장의 남용을 통제하는 방법은 (법원의 통제만을 두든, 총 감청기간의 한계도 함께 두든) 입법정책의 문제가 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 그러나 이 사건 결정은 사건 법률조항이 헌법 제18조 통신의 자유 중에서도 가장 핵심내용인 ‘통신의 비밀’을 제한한다는 점, 통신제한조치기간은 헌법상 무죄추정의 원칙과 통신의 비밀보호에 비추어 인정되는 불감청수사원칙의 예외로 설정된 기간이고, 이 기간을 연장하는 것은 예외에 대하여 다시금 특례를 설정하여 주는 것이 되므로 최소한에 그쳐야 한다고 강조하면서, 법원이 통신제한조치의 기간연장을 허가함에 있어 일정한 연장기간의 입법적 한계가 헌법적으로 명령된다는 점을 확인시켜주었다. 이러한 점에서 이 사건 결정은 감청대상자의 통신의 비밀보호에 크게 기여하였다.

31) 만약 단순위헌의견처럼 통신제한조치의 기간연장의 법적 근거가 상실된 경우 새로운 통신제한조치의 허가청구를 할 수 있다고 하더라도 이는 연장허가청구절차보다 엄격하므로, 연장허가청구절차에 따랐을 경우 허가를 받았을 사안이 새로운 통신제한조치의 허가청구절차를 따랐기 때문에 허가를 받을 수 없는 경우도 발생할 수 있다는 점에서 법적 공백은 여전히 존재한다.





## 구 정치자금에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌소원

- 단체와 관련한 자금의 정치자금 기부 금지 -  
(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89, 관례집 22-2하, 659)

성 왕\*

### 【판시사항】

1. 반복입법 여부의 판단기준과 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 구 ‘정치자금에 관한 법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 ‘정치자금법’으로 전부 개정되기 전의 것)’ 제12조 제2항(이하 ‘이 사건 기부금지 조항’이라 한다)이 반복입법인지 여부(소극)
2. 이 사건 기부금지 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 이 사건 기부금지 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

구 정치자금에 관한 법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 ‘정치자금법’으로 전부개정되기 전의 것) 제12조(기부의 제한) ② 누구든지 국내·외의 법인 또는 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없다.

제30조(정치자금 부정수수죄) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

---

\* 헌법연구관

5. 제12조(기부의 제한) 또는 제13조(특정행위와 관련한 기부의 제한)의 규정에 위반하여 정치자금을 기부하거나 받은 자

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 신○림은 전국언론노동조합 위원장, 청구인 현○윤은 같은 조합 수석부위원장 겸 정치위원장이었던 자인바, 청구인들은 2004. 1. 중순경부터 같은 해 3. 하순경까지 전국언론노동조합 총선투쟁기금 명목으로 조합원으로부터 합계 약 1억 2,400만 원을 모금한 후, 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제12조 제2항에 위반하여, 17대 국회 창원시을 선거구 민주노동당 국회의원 후보자 권영길에게, 위 기금 중 3,200만 원을 두 차례에 걸쳐 선거자금 명목으로 기부한 혐의 등으로 기소되었다.

청구인들은 1심 재판 계속중 국내·외의 법인 또는 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제12조 제2항 및 이에 위반한 정치자금 부정수수를 처벌하는 같은 법률 제30조 제2항 제5호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 법원은 2008. 7. 22. 위 제청신청을 기각하고, 2008. 7. 24. 청구인들에 대하여 유죄판결을 선고하였다.

청구인들은 이에 불복하여 항소하고, 2008. 8. 19. 구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제12조 제2항 및 제30조 제2항 제5호의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

#### 가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 기부금지 조항이 규정하는 “단체와 관련된 자금”은 그 의미가 모호하고 지나치게 포괄적이다. ‘단체’는 개별적으로 행동하는 자연인을 제외한 모든 행위주체를 포괄하며, 이 사건 법률조항은 ‘관련’성의 구체적인 범위는 물론 그 범위를 한정할 수 있는 기준에 관하여도 아무런 규정을 하고 있지 않다. 결국 어떤 자금이 법인이나 단체에 관련된 자금인지 일반인은

물론 법률 전문가조차 예견하기 어려우므로 이 사건 기부금지 조항은 죄형 법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

(2) 정치자금의 기부를 통하여 정당에 영향력을 행사하려는 것은 당연하고도 자연스러운 현상이며, 그 내역을 투명하게 공개하면 족하고, 이를 전면적으로 금지하는 것은 헌법상 보장된 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유에 반한다. 나아가 이 사건 기부금지 조항이 법인이나 단체가 그 구성원들로부터 자발적으로 모금한 기금을 기부하는 것마저 금지하는 것이라면, 이는 정치활동의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다. 자신이 선호하는 정당이나 정치인에게 정치자금을 기부할 수 있는 자유는 헌법 제21조에서 보호하는 정치적 자유권이며, 법인이나 단체가 처음부터 특정 정치인이나 정당에 기부하겠다는 점을 분명히 하고 구성원들의 자발적인 의사에 따라 모금한 경우에는 정치자금 기부를 제한할 아무런 이유가 없고, 이는 외국의 입법례에서도 찾아볼 수 없는 것이다.

#### 나. 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

(1) 이 사건 기부금지 조항의 “단체와 관련된 자금”이란 단체가 자신의 이름을 사용하여 자금 마련에 관여한 모든 경우를 의미한다고 해석함이 상당하고, 이러한 관여 여부의 판단에 관하여는 그 관여 행위 자체, 행위 당시의 정확, 행위의 방법 및 결과, 전후사정 등 전체적 과정을 참작하여 판단할 수 있다고 할 것인바, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 누구나 이에 해당하는 자금을 구분할 수 있고, 법률적용자에 대한 관계에서도 자의가 허용될 소지가 없다. 결국 이 사건 기부금지 조항은 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(2) 국민주권주의의 이념, 자연인인 개인이 아닌 단체의 경우 정치권이나 사회전반에 미치는 영향력이 큰 점 등을 고려할 때 정치자금 기부와 관련된 단체의 정치적 기본권을 어느 정도 수준으로 보장할 것인지 여부는 자연인의 경우와 동일하게 취급할 수는 없는 것이고, 단체의 정치자금 기부와 관련하여 그 형태나 방식, 금지 등은 입법자의 판단 내지 입법정책의 재량에 달려있다고 볼 수 있다.

(3) 이 사건 기부금지 조항은 선거의 공정성을 확보하고, 음성적인 정치자금 조성이나 단체구성원의 의사왜곡을 방지하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 또한 단체의 구성원인 개인의 정치자금 기부가 허용되는 점 등을 고려하면 선거의 공정성 확보를 위한 불가피한 규제로서 필요 최소한의 조치에 해당하며, 보호되는 공익과 제한되는 정치활동의 자유 내지 정치적 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 기부금지 조항으로 인한 기본권 제한이 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수도 없다.

### 【결정요지】

1. 어떤 법률조항이 위헌 결정된 법률조항의 반복입법에 해당하는지 여부는 입법목적이나 동기, 입법당시의 시대적 배경 및 관련조항들의 체계 등을 종합하여 실질적 동일성이 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것인바, 이 사건 기부금지 조항은 그 규율영역이 위헌 결정된 법률조항과 전적으로 동일한 경우에 해당하지 않고, 노동단체에 대한 차별적 규제의 의도가 전혀 존재하지 않는다는 점에서 종전에 헌법재판소가 위헌 결정(95헌마154)한 ‘노동단체의 정치자금 기부 금지’ 규정의 반복입법에 해당하지 않는다.

2. 이 사건 기부금지 조항의 ‘단체’란 ‘공동의 목적 내지 이해관계를 가지고 조직적인 의사형성 및 결정이 가능한 다수인의 지속성 있는 모임’을 말하고, ‘단체와 관련된 자금’이란 단체의 명의로, 단체의 의사결정에 따라 기부가 가능한 자금으로서 단체의 존립과 활동의 기초를 이루는 자산은 물론이고, 단체가 자신의 이름을 사용하여 주도적으로 모집, 조성한 자금도 포함된다고 할 것인바, 그 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 이 사건 기부금지 조항은 단체의 정치자금 기부금지 규정에 관한 탈법행위를 방지하기 위한 것으로서, 단체의 정치자금 기부를 통한 정치활동이 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나, 선거의 공정을 해하는 것을 방지하고, 단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지하는 것인바, 정당한 입법목적 달

성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 한편 단체의 정치적 의사표현은 그 방법에 따라 정당·정치인이나 유권자의 선거권 행사에 심대한 영향을 미친다는 점에서 그 방법적 제한의 필요성이 매우 크고, 이 사건 기부금지 조항은 단체의 정치적 의사표현 자체를 금지하거나 그 내용에 따라 규제하도록 한 것이 아니라, 개인과의 관계에서 불균형적으로 주어지기 쉬운 ‘자금’을 사용한 방법과 관련하여 규제를 하는 것인바, 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이라고 볼 수 없다. 또한, 개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 자금모집에 관한 단체의 관여를 일반적·추상적으로 규범화하여 허용하는 것은 입법기술상 곤란할 뿐만 아니라, 개인의 정치적 기본권 보호라는 입법목적 달성에 충분한 수단이라고 보기 어렵고, 달리 덜 제약적 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상 이 사건 기부금지 조항이 침해의 최소성원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 나아가 이 사건 기부금지 조항에 의한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌 반면, 금권정치와 정경유착의 차단, 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 이 사건 기부금지 조항에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 매우 크고 중요하다는 점에서 법익균형성원칙도 충족된다. 따라서 이 사건 기부금지 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유 등을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

### 재판관 김종대의 별개의견

위헌결정의 기속력은 원칙적으로 국회에 대하여도 미치나, 종전의 위헌결정에서 위헌판단을 하게 된 기초가 된 사실관계나 견해의 근본적인 변화에 기인하는 특별한 정당화 사유가 있는 경우에는 국회가 종전의 위헌결정의 범위에 속하는 새로운 입법을 하더라도 예외적으로 이에 기속력이 미치지 아니한다. 한편 어떤 법률조항이 위헌결정된 법률조항의 반복입법에 해당하는지 여부는 새로운 입법이 규율하는 영역과 내용이 종전의 위헌결정의 판시와 중첩되는지 여부에 의하여 결정하여야 하며, 이 사건 법률조항은 노동조합의 표현의 자유 등의 본질적 내용을 침해한다는 부분에서는 종전에 위

헌결정(95헌마154)된 법률조항의 반복입법에 해당한다. 그러나 종전의 위헌 결정 이후 시행된 대통령선거와 관련된 불법 선거자금 수수 사건을 겪으며, 금전을 통해 민주적 의사결정과정(결정)이 왜곡되거나 선거의 공정성이 흔들리는 사태를 막고 오랫동안 지속되어 온 불법적 정치자금 제공 관행을 근절할 강력한 입법적 조치가 필요하다는 전국민적 공감대가 형성되고, 주권자들의 법적 확신이 변화함에 따라 이 사건 기부금지조항의 입법에 이르게 된 것이므로 예외적으로 기속력이 배제되는 특별한 정당화 사유가 존재를 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 기부금지 조항은 종전 위헌결정의 기속력에 저촉되지 아니하고, 종전의 위헌결정(95헌마154)은 변경되어야 한다.

### 재판관 조대현, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 헌법불합치의견

정치적 활동을 목적으로 결성된 단체가 그 목적에 따른 정치활동을 하고 정치자금을 기부하는 것은 결사의 자유로서 보호된다. 나아가 정치적 활동을 목적으로 하지 않는 단체라도 그 단체의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 단체 또는 구성원의 이름으로 정치적 활동을 할 수 있고 정치자금을 기부할 수 있으며, 그러한 정치적 활동도 결사의 자유로서 보호된다. 그런데 이 사건 기부금지 조항은 정치적 활동을 결사의 목적으로 하는 정치적 단체에 대해서도 적용되는바, 이는 정치적 단체의 정치적 활동의 자유와 결사의 자유를 본질적으로 침해하는 것이다. 나아가 비정치적 단체의 정치자금 기부가 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나 선거의 공정을 해칠 우려가 있다고 하더라도, 이러한 부작용을 방지할 제도적 장치조차 강구하지 아니한 채 단체의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에도 일률적으로 정치자금 기부를 금지하는 것은 적절한 수단이라고 할 수 없으며, 내부의 민주적 의사결정과정을 거친 정치자금 기부에 대하여도 단순히 단체 구성원의 의사에 어긋날 우려가 있다는 이유로 일률적으로 제한하는 것 역시 입법목적 달성을 위한 적합한 방법이라고 할 수 없다. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 반하여 단체의 정치적 활동의 자유나 결사의 자유를 과도하게 제한하고 있으므로 헌법에 위반된다. 다만, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되는 내용과 헌법에 위반되지 않는 내용을 함께 포함하고 있다고 할 것이고, 이를

구분하는 일은 입법형성권을 가진 국회에게 맡김이 상당하므로, 헌법재판소는 헌법불합치결정을 하고 입법개선을 촉구하여야 한다.

### 재판관 김희옥의 위헌의견

이 사건 기부금지 조항의 “단체”라는 개념은 ‘다수인의 지속적 모임’이라는 통상의 이해를 조금도 구체화시키지 못하고, 나아가 “단체와 관련된 자금”의 의미도 확정하기 어려우며, 위 조항으로부터 단체와 관련된 자금과 그렇지 아니한 자금을 어떻게 구별할 것인지에 관한 구체적이고 유용한 기준을 도출해내기도 어렵다. 위 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

## 【해설】

### 1. 정치자금법 개요

정치자금법은, 정치자금<sup>1)</sup>의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다(정치자금법 제1조).

정치자금의 제공 및 사용에 관하여는 몇 가지 기본원칙(위 법 제2조)이 정해져 있다. 누구든지 정치자금법의 규정에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없고(포괄적 규제), 정치자금은 공명정대하게 운용되어야 하고, 그 회계는 공개되어야 한다(정치자금 공개). 또한 정치자금은 정치활동을 위하여 소요되는 경비로만 지출하여야 하고(정치자금의 부정사용 금지), 일정한 금액을 초과하여 정치자금을 기부하거나 지출하는 자는 실명이 확인되는 방법으로 기부 또는 지출하여야 하며(실명확인방법에 의한 기부

1) “**정치자금**”이란 당비, 후원금, 기탁금, 보조금, 후원회의 모집금품과 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부대수입 등 정치활동을 위하여 소요되는 금전이나 유가증권 기타 물건을 말하고, “**당비**”란 명목여하에 불구하고 정당의 당헌·당규 등에 의하여 정당의 당원이 부담하는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건을, “**후원금**”이란 정치자금법의 규정에 의하여 후원회에 기부하는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건을, “**기탁금**”이란 정치자금을 정당에 기부하고자 하는 개인이 정치자금법의 규정에 의하여 선거관리위원회에 기탁하는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건을, “**보조금**”이란 정당의 보호·육성을 위하여 국가가 정당에 지급하는 금전이나 유가증권을 말한다(정치자금법 제3조 제2호 내지 제6호).

및 지출), 누구든지 타인의 명이나 가명으로 정치자금을 기부할 수 없다(정치자금기부의 실명제).

정치자금법은, 정치자금의 기부에 대한 제한으로서, 행위주체 및 자금원에 관련한 제한(제31조)과 특정행위와 관련한 기부의 제한(제32조), 기부의 알선에 관한 제한(제33조)을 규정하고 있고, 정치자금의 모집에 대한 제한으로서, 당비와 후원회에 관한 규정들(제4조 내지 제21조)을 두고 있다. 한편 정치자금 중 선거비용에 관한 부분은 공직선거법이 규율(제119조 내지 제135조의2)하고 있다.

## 2. 이 사건 기부금지 조항의 입법연혁

### 가. 단체의 정치자금 기부 제한의 연혁

(1) 1965. 2. 9. 법률 제1685호로 제정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 원칙적으로 누구든지 중앙선거관리위원회에 정치자금<sup>2)</sup>을 기탁함으로써 이를 정당에 제공할 수 있도록 하였으나(위 법률 제3조 제1항 본문), 다만 외국인·외국법인 및 외국의 단체(대한민국국민의 주도하에 있는 외국법인 및 외국의 단체는 예외), 국가 또는 공공단체, 국영기업체·정부직할 또는 감독하의 단체·정부가 주식의 과반수를 소유하는 기업체, 금융기관 또는 금융단체, 노동단체, 학교재단, 종교단체의 정치자금 제공은 금지하였다(위 법률 제3조 제1항 단서와 정당법 제35조<sup>3)</sup>).

2) 당시는 “정치자금”을 “정치활동을 위하여 소요되는 금전이나 유가증권 기타 물건”이라고만 정의하고 있었다(위 법률 제2조 제2항).

3) 제3조 (정치자금의 제공) ①누구든지 중앙선거관리위원회에 정치자금을 기탁함으로써 이를 정당에 제공할 수 있다. 그러나 정당법 제35조의 규정에 해당하는 자는 제외한다.

당시의 정당법 제35조 (기부수령의 금지) 정당(창당준비위원회를 포함한다)은 다음 각호에 해당하는 자로부터 기부·찬조 기타 재산상의 출연을 받지 못한다.

1. 외국인·외국법인 및 외국의 단체 그러나 대한민국국민의 주도하에 있는 외국법인 및 외국의 단체는 예외로 한다.
2. 국가 또는 공공단체
3. 국영기업체·정부직할 또는 감독하의 단체·정부가 주식의 과반수를 소유하는 기업체
4. 금융기관 또는 금융단체
5. 노동단체
6. 학교재단



(2) 1980. 12. 31. 법률 제3302호로 전부개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 전체적으로 그 체제를 정비하였는데, 정치자금을 기부할 수 없는 자로 외국인·외국법인 및 외국의 단체(대한민국 국민의 주도하에 있는 외국법인 및 외국단체는 제외), 국가·공공단체 또는 특별법의 규정에 의하여 설립된 법인, 국가 또는 지방자치단체가 주식의 과반수를 소유하는 기업체, 정당법 제17조 단서에서 정하는 언론인<sup>4)</sup>이 소속된 언론기관 및 언론단체, 노동단체, 학교법인, 종교단체, 3사업연도이상 계속하여 결손을 내고 그 결손이 보전되지 아니한 기업체를 규정(제12조)하였다. 이전의 법과 비교하면, 금융기관 또는 금융단체가 삭제되고, 일정한 언론기관 및 언론단체와 일정한 결손기업이 추가된 것이다.

(3) 위 조항 가운데 ‘노동단체’ 부분 및 노동조합의 정치활동을 금지한 구 ‘노동조합법’ 및 구 ‘공직선거 및 선거부정 방지법’ 조항에 대하여 1995. 5. 23. 위헌확인을 구하는 헌법소원 심판청구가 이루어졌고(95헌마154), 헌법재판소는 위 청구 직후 정당 이외의 단체의 선거운동을 금지한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제87조에 대하여 합헌결정(헌재 1995. 5. 25. 95헌마105, 판례집7-1, 826)을 하였다.

그런데 위 95헌마154 사건이 계속중이던 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정된 ‘노동조합 및 노동관련 조정법’의 시행에 의하여 노동조합의 정치활동을 금지하였던 구 ‘노동조합법’ 제12조가 폐지되고, 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 ‘공직선거 및 선거부정 방지법’에 의하여 노동조합의 선거운동이 허용되기에 이르렀다.

(4) 위와 같은 상황에서 헌법재판소는 1999. 11. 29. 노동단체의 정치자금 기부를 금지한 심판대상 법률조항에 대하여 위헌결정을, 나머지 정치활동 금지에 관한 법률조항에 대하여는 법개정으로 권리보호이익이 없다는 이유를

---

#### 7. 종교단체

4) 당시 정당법 제17조 단서 및 정당법 시행령 제3조, 제1조에 의하면, 신문·통신 등의 등록에 관한 법률 제4조의 규정에 의하여 문화공보부에 등록된 정기간행물(정당의 기관지는 제외한다)을 발행 또는 경영하는 자와 이에 고용되어 편집·취재 또는 집필의 업무에 종사하는 자와 방송법의 규정에 의한 방송국을 경영하는 자와 이에 고용되어 편집·제작·취재·집필 또는 보도의 업무에 종사하는 자가 이에 해당하였다.

들어 각하결정을 하였다(헌재 1999. 11. 29. 95헌마154, 판례집 11-2, 555)<sup>5)</sup>

(5) 위 재판소의 결정 이후, 2000. 2. 16. 법률 제6270호로 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’에서는, 노동단체의 정치자금 기부금지 조항이 삭제되었으며, “사업 또는 사업장별로 조직된 단위노동조합”의 정치자금 기부에 한정하여 금지되는 것으로 규정하였다. 그 결과 위 단위노동조합 이외의 노동조합이나 노동단체의 정치자금 기부는 허용되었고, 다만 정치자금을 기부하고자 하는 노동조합은 정치자금의 기부를 위한 별도의 기금을 설치·관리하도록 하였다(제12조 제2항).

(6) 2003년 하반기 대선자금 수사로 기업의 정치헌금 문제가 사회적으로 쟁점화되었다. 이권과 특혜를 노리는 기업과 정치자금을 필요로 하는 정치세력간의 정경유착이 또다시 문제되었고, 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정된 구 정치자금법은 기업의 정치헌금을 원천적으로 봉쇄하기 위하여 단체의 정치자금 기부를 절대적으로 금지(제12조 제1항)하였다.<sup>6)</sup>

- 
- 5) 위헌결정 부분의 취지에 관하여는, i) 노동단체 차별적 입법목적의 부당성에 기초한 과잉금지원칙 위반, 평등권 침해를 인정한 것으로 이해하는 견해와 ii) 일반적으로 노동단체의 정치활동의 자유에 대한 본질적 침해를 인정한 것으로 이해하는 견해가 존재한다. 전자는, 위 결정이 사회단체, 이익단체의 정당에 대한 정치자금 기부를 통한 영향력 행사의 시도는 당연하고도 자연스러운 현상이라고 본 것은 심판대상 법률조항의 위헌 여부 판단에 앞서 방론으로 언급한 것이고, 노동단체의 표현의 자유와 결사의 자유의 침해 인정 부분은, 심판대상 조항의 입법목적은 ‘노동조합의 정치활동 제한’, ‘노동단체의 재정부실 방지 및 조합원의 권익훼손 방지’, ‘정당으로부터 노동단체의 자주성 보호’로 파악하고, 심판의 대상을 구 노동조합법 및 구 공직선거법과 연계된 노동단체 정치활동 일체 금지의 일환으로 이해하는 전제에서 이루어진 것이며, 평등권 침해 인정은 다른 사회단체, 특히 사용자나 사용자단체와의 관계에서 차별의 부당성을 지적한 것이라고 보는 반면, 후자의 견해는 결정이유를 종합할 때 노동단체를 포함한 사회단체의 정치자금 기부는 정당할 뿐만 아니라 노동단체의 정치화방지, 재정부실 방지, 자주성 확보 등의 이유로 제한될 수 없다는 점을 밝힌 것으로 보아야 하고, 노동조합의 정치활동이 허용된 환경 하에서 정치자금 기부만을 금지하는 것은 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미와 행사가능성을 공동화시키는 것으로서 과잉금지원칙에 위배하여 노동단체의 기본권을 침해한 것임을 인정한 것이고, 사용자단체와의 평등원칙 위배만을 근거로 위헌결정한 것이 아니라는 점을 강조한다. 위 두 견해는 본문 3.항에서 살피는, 이 사건 기부금지 조항이 위 위헌결정으로 위헌선 된 법률조항의 반복입법에 해당하는지 여부에 대하여 다른 입장을 제시하게 된다.
- 6) 아울러 기업인 개인이 특정 정당이나 정치인 등에게 거액의 정치헌금을 함으로써 정치적 영향력을 행사하는 것을 방지하기 위하여 개인의 연간 후원금 기부한도를 1억 2천만원에서 2천만원으로 낮추었다(제6조의2). 한편 ‘소액 다수’ 기부 활성화를 위하여 10만원 이하 소액기부에 대한 세액공제제도를 도입하였다(제27조).

입법논의가 마무리 될 즈음 기업 이외의 단체 가운데 노동조합의 정치자금 기부금지가 논란이 되었으나, 단체구성원의 의사왜곡 가능성 또는 단체구성원의 참여강제 등을 이유로 노동조합의 경우에도 금지할 필요성이 있는 것으로 보았다.<sup>7)</sup>

#### 나. ‘단체와 관련된 자금’의 정치자금 기부 금지 도입

단체의 정치자금 기부금지에 관한 입법이 이루어지는 과정에서, 회사 등 법인이 임원 등 개인을 통해서 정치자금으로 제공함으로써 ‘법인·단체의 정치자금 기부금지’의 취지를 몰각시키는 행위를 규제하여야 할 필요성이 제기되었다. 그에 따라 “법인·단체의 임원 및 그 가족은 어떠한 경우에도 정치자금을 기부할 수 없다.”고 규정하는 안과 “법인·단체의 임원 및 그 가족은 법인·단체와 관련된 자금을 정치자금으로 기부할 수 없다.”고 규정하는 안이 제시되었다. 전자의 안은, 개인이 개인의 자산으로 하는 기부까지 금지되는 문제가 있다는 비판에 따라 채택되지 못하였고, 후자의 안은, 임원이외의 직원이나 그 밖의 제3자를 이용한 정치자금 기부를 규제할 수 없다는 비판에 따라 이 사건 기부금지 조항과 같이 행위주체를 포괄적으로 규정하는 방식으로 변경되어 채택되었다.<sup>8)</sup>

### 3. 단체의 정치자금 기부에 관한 외국의 입법례

#### 가. 미국

연방선거법은 국립은행이나 의회가 제정한 법률에 근거하여 창설된 회사가 어떤 공직선거나 공직선거후보자를 선출하는 예비선거나 정당대회, 간부회의 등과 관련하여 기부나 지출을 하는 것, 회사나 노동조합이 정·부통령, 상·하의원, 준주 및 보호령의 대표자 선거와 관련하여 기부나 지출을 행하는 것을 금지하였으나<sup>9)</sup>, 2010년 미국 연방대법원은 “정부는 발언자의 기업적 정체성에 근거하여 표현의 자유를 제한할 수 없다”고 하여 기업의 정치

7) 제244회 국회 정치개혁특별위원회 회의록 참조

8) 제244회 국회 정치개혁특별위원회 회의록 참조

9) 2 USCA §441b(a)

자금 지출금지규정에 관하여 위헌판단하였다. 다만 기부금의 제한 규정은 여전히 유효하고, 회사나 노동조합의 정치자금 기부는 정치위원회를 통하여 하여야 한다.

정치위원회(political committee)<sup>10)</sup> 가운데 법인이나 노동조합 등이 그 회사로부터 분리하여 설립한 연방선거에 관한 개인헌금을 받는 독립기금을 특히 정치활동위원회(political action committee, PAC)라고 하며, 그 명칭에 연관된 단체의 이름이 함께 들어간다. 이러한 연관정치위원회는, 일반 대중에게서 모금을 할 수 있는 비연관정치위원회와는 다르게 설립단체의 구성원들에게서만 모금을 할 수 있다. 연관정치위원회의 모금과정은 철저히 자발적이어야 하며, 조합의 경우 조합원의 회비를 기부금으로 전환할 수 없다. 또한 기부자에게 거부권리가 고지가 있어야 한다.

#### 나. 독일

독일의 경우 개인, 기업 및 사회단체 등의 정치자금 기부가 인정되는데, 다만 정치적 성격을 가진 재단으로부터의 기부금, 공익과 자선 또는 종교적 목적에 종사하는 재단으로부터의 기부금, 직업조합이 정당에 전달하기 위하여 모금한 기부금, 특정한 경제적·정치적 이득을 기대하고 기탁된 기부금, 정당법이 적용되는 범위 밖으로부터의 기부금 등은 금지된다. 다만 독일인의 재산이 50% 이상인 영리기업의 재산에서 나온 기부금, 외국인으로부터의 기부금으로 1,000DM 이내인 경우, 유럽의회에 의석을 가진 외국정당이나 유럽의회의 교섭단체 또는 유럽의회의 외국인 의원의 기부는 가능하다.<sup>11)</sup>

이와 같은 예외적 금지 외에 일반적인 기부금지는 헌법에 반하나, 입법자가 기부금의 액수를 제한할 수 있는지, 그리고 법인의 기부를 금지할 수 있는지에 대해서는 견해가 일치하지 아니한다.

#### 다. 일본

회사, 노동조합, 직원단체, 그 밖의 단체(정치단체 제외)는 정당 또는 정치

10) 2 USCA §431(4)

11) 중앙선거관리위원회, 외국 정당·정치자금제도 자료집, 2003, 제67-68면

자금단체 이외의 자에 대해서는 정치활동에 관한 기부를 해서는 안 되고, 누구도 회사, 노동조합, 직원단체, 그 밖의 단체(정치단체 제외)에 대해서 정치활동에 관한 기부를 할 것을 권유하거나 요구해서는 안 된다(정치자금규정법 제21조).

정당 또는 정치자금단체에 대해 할 수 있는 정치자금 기부의 한도는, 회사의 경우 자본금이나 출자금액에 따라 750만엔에서 3,000만엔, 노동조합이나 직원단체의 경우 구성원의 수에 따라 750만엔에서 3,000만엔, 그 밖의 단체의 경우 연간 경비액에 따라 750만엔에서 3,000만엔으로 정해져 있다(위법 제21조의3).

일본 최고재판소는 이른바 ‘하치만제철(八幡製鐵)정치헌금 사건’(最高裁昭和 45年 6月 24日 判決)에서, 회사는 자연인인 국민과 마찬가지로 정치행위를 할 자유가 있고, 그 일환으로 정치자금을 기부할 자유가 있다고 하면서, 회사의 거액의 정치자금 기부가 금권정치나 부패 등의 문제를 일으켜 국민의 참정권을 침해한다는 주장을 받아들이지 않았다. 다만 합리적 범위를 벗어난 기부는 이사의 충실의무에 반한다고 한 바 있다. 이에 대해서는 법인은 성질상 가능한 범위에서 기본권을 가지며, 표현의 자유나 참정권 등과 같은 개인의 권리가 법인에게 성질상 인정될 수 있는지, 회사의 자선 목적 기부와 정치자금의 기부를 동일선상에서 평가할 수 있는지 여부 등과 관련하여 많은 비판이 있고, 또한 거대한 사회권력에 대항하는 경제적 자유권 행사나 정치활동과 관련하여서는 개인과 거대한 단체에 대한 상이한 규제가 있을 수 있으며, 법인과 구성원의 관계에서 표현의 자유의 조정이 필요하다는 견해가 있다. 한편 일본 최고재판소는 강제가입되고 실질적으로 탈퇴의 자유가 보장되지 않는 세리사회(稅理士會)의 정치자금 기부와 관련하여(最高裁平成 8年 3月 19日 判決) 그 목적범위를 고려함에 있어 회원의 사상의 자유와의 관계를 배려해야한다고 보았다.<sup>12)</sup>

## 라. 영국

기부의 규제보다 공개에 초점을 두고 있으며, 단체의 정치자금 기부도 허

12) 中村睦男, 常本照樹, 憲法裁判50年, 제60-66면 참조

용된다. 기업은 정치목적을 위하여 연 200파운드 이상의 기부를 한 때에는 그 기부처와 금액을 대차대조표에 첨부하여 주주총회에 보고하여야 하고, 노동조합이 정치자금을 조성·운용할 경우 최소한 10년마다 조합원의 동의를 얻어야 한다. 정당에 대한 기부자의 이름을 공개할 의무는 없으나, 각 정당은 자발적으로 회계보고서를 작성하여 공개하고 있고, 입후보자의 선거비용 지출상황은 공개하여야 한다.<sup>13)</sup>

### 마. 프랑스

법인(personne morale)의 정치자금 기부는 2002. 1.부터 금지되었다.<sup>14)</sup>

## 4. 이 사건 법률조항이 94헌마154결정의 기속력에 저촉되는 반복입법에 해당하는지 여부

### 가. 문제의 소재

헌법재판소가 어떤 법률을 위헌으로 결정한 경우 그 위헌결정에 대하여 기속력이 인정됨은 일반적으로 받아들여지고 있다. 한편 위헌으로 결정된 법률은 별도의 절차 없이 효력을 상실하기 때문에 그 법률에 근거한 어떠한 행위도 할 수 없다. 법원을 포함한 모든 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 결정을 존중하여야 하며(결정준수의무), 그에 배치되는 행위를 할 수 없다(반복금지의무)<sup>15)</sup>.

다만 위와 같은 기속력이 인정되는 객관적 범위(결정이유의 기속력 인정 여부)와 주관적 범위(국회의 입법행위에 미치는지 여부)에 대하여 학설상 논란이 있으며, 헌법재판소는 이에 관한 명확한 입장을 밝히고 있지 않다.

이 사건에서는 이 사건 기부금지 조항이 반복금지의무에 의하여 금지되는 '반복입법'에 해당하는지, 위헌결정의 기속력이 국회에 미치는지 문제되었다.

### 나. 위헌결정의 기속력이 국회에 미치는지 여부

13) 중앙선거관리위원회, 위의 책, 제18면

14) 전학선, 프랑스의 정치자금제도에 관한 연구, 한국법제연구원, 2003, 제16, 27면

15) 헌법재판실무제요(제1개정증보판), 제83-84면; 허영, 헌법소송법론(2010), 제173면; 정종섭, 헌법소송법(제5판), 제180면 참조.

(1) 헌법재판소의 선례 분석

(가) 헌법재판소는, 헌법재판소가 이미 위헌결정하여 효력을 상실한 법률 조항을 계속적용하도록 한 법률조항의 위헌 여부가 문제된 사안(헌재 1993. 9. 27. 92헌가516)에서, 위헌결정이 입법자를 기속하는지 여부에 관한 구체적 판단 없이 본안판단에 들어가 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당한다는 이유로 다시 위헌결정을 한 바 있다. 위 결정 중 부칙조항이 “헌법재판소법의 관계규정과 상충되는 규정임이 명백”하다는 설시는 기속력에 관한 현재법 제47조 제1항과 상충된다는 의미인지 위헌법률의 효력상실에 관한 현재법 제47조 제2항과 상충된다는 의미인지 불분명하며, 오히려 정식으로 본안판단을 하였다는 점에서 헌법재판소가 입법자에 대한 비기속설을 취한 것으로 해석될 여지도 있다.

(나) 헌법재판소는 국회의원선거 입후보를 위한 기탁금과 관련하여 (a) 무소속 2천만원, 정당추천 1천만원으로 정한 조항에 대하여 위헌결정을(88헌가6), (b) 일률적으로 2천만원으로 정한 조항에 대하여 위헌결정을(2000헌마91), (c) 일률적으로 1천5백만원으로 정한 조항에 대하여 합헌결정(2001헌마687)을 하였다. 위 (b), (c) 결정에서 헌법재판소는 위헌결정의 기속력에 대한 판단 없이 선례를 인용하거나, 사정변경의 유무를 살펴 본안판단에 이르렀다. 반복입법을 정당화할 특별한 사유가 있는지 여부를 살핀 것이라 볼 여지도 있지만, 오히려 (기속력이 없는) 합헌결정이 된 법률조항에 대하여 다시 판단하는 경우와 마찬가지로의 논증구조를 취한 것으로서 입법자에 대한 비기속설을 취한 것으로 해석될 수도 있다.

(다) 헌법재판소는 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’에 대한 위헌결정(2004헌마554) 이후 ‘신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법’의 위헌 여부와 관련하여 수도의 기능을 해체하는 등 관습헌법의 개정을 시도하는 것이 아니어서 국민투표권 침해가능성이 인정되지 않는다는 이유로 각하결정(2005헌마579, 2007헌바41)을 하

---

16) 헌법재판소가 1990. 9. 3. 89헌가95 결정으로 위헌선언한 구 국세기본법 제35조 제1항 제3호를 1990. 12. 31. 개정 국세기본법 시행전에 개정법상의 ‘법정기일’이 도래한 조세채권에 적용하도록 경과규정(개정 국세기본법 부칙 제5조)을 둔 것의 위헌 여부가 문제되었다.

면서, “신행정수도법과 실질적으로 동일하다거나 그로 인하여 신행정수도사건 결정의 기판력 또는 기속력에 반하는 것으로 볼 수는 없다.”(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579, 판례집 17-2, 481, 523; 헌재 2009. 2. 26. 2007헌바41, 공보 149, 424, 427)고 하였으나, 위 설시는 청구인의 그 밖의 주장은 이유없다는 취지의 판단 가운데 이루어진 것으로서 전체적인 결정취지에 비추어 위헌결정의 입법자에 대한 기속력을 인정하였다기보다 ‘반복입법’에 해당하지 않는다는 판단으로 이해함이 상당하다.

(라) 헌법재판소는, 시각장애인에게만 안마사 자격을 인정하는 비맹제외 기준에 대한 위헌결정(2003헌마715 등)에도 불구하고 입법자가 비맹제외 기준과 동일한 내용의 입법을 한 것이 위헌결정에 기속력에 저촉되는지 여부와 관련하여, 위헌결정의 기속력이 미치는 객관적 범위와 주관적 범위에 관한 판단을 유보한 채, 결정이유에 기속력이 미친다고 가정하더라도 기속력이 인정되는 결정이유는 적어도 재판관 6인의 찬성이 있어야 할 것인데 위 사안은 그에 해당하지 않는다고 보았다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098 등).

(마) 위와 같은 헌법재판소의 결정례들을 살펴보면, 헌법재판소가 법률에 대한 위헌결정의 기속력에 관한 어떤 확립된 견해를 가지고 있다고 보기는 어렵다.

다만 헌법재판소의 결정례들은 국회에 대한 기속력과 관련하여 매우 신중하고, 엄격한 해석을 하는 경향이 있다고 볼 수 있고, 이는 권력분립의 원칙 및 기관상호존중의 원칙에 근거하여 입법부의 권한을 최대한 존중하면서도 헌법재판소 결정의 실효성 보장을 도모해 온 것으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

## (2) 독일연방헌법재판소의 입장

독일연방헌법재판소는 여러 입장을 표시하였으나, 최근에는 제한적 기속설의 입장을 표시한 바 있다. 즉 독일연방헌법재판소 제2부는 기속설의 입장에서, 위헌결정은 ‘규범의 반복금지’ 선언을 의미하는 것으로서 법률의 무효를 선언하는 결정의 주문은 법규적 효력을 가질 뿐만 아니라 그것은 또한 중요한 결정이유와 더불어 동일한 내용의 법률이 더 이상 제정될 수 없도록

17) 이동훈, “위헌결정의 입법부에 대한 기속력-반복입법의 허용문제를 중심으로”, 제 6차 아시아헌법재판관회의(몽고) 발표자료 참조



모든 헌법기관을 기속한다고 하였다.<sup>18)</sup>

그러나 독일연방헌법재판소 제1부는 입법권자에게 일반적인 규범반복금지의무는 존재하지 않는다고 하며 헌법재판소의 결정에 관한 연방헌법재판소법 제31조와 기관력이 입법권자가 내용상 같거나 유사한 새로운 규정을 의결하는 것을 막지 못한다고 하였다. 입법권은 단지 헌법질서에만 구속될 뿐 단순한 법률에는 제한받지 않으며, 변화하는 사회적 요구와 달라진 규범의식에 맞추어 법규를 조화시켜야 하는 것은 민주적으로 선출된 입법자의 특별한 책임이라는 것이다. 연방헌법재판소는 입법행위를 헌법에 따라 판단할 뿐이고 자신의 미래에 대한 예측을 가지고 판단하는 것이 아니며, (제소 없이) 결정의 능동적 변경이 불가능한 재판소의 권리보호의 기능상 및 제도상의 한계에 비추어 그러하다는 것이다.<sup>19)</sup>

한편 연방헌법재판소 제1부는 1997년 제한적 기속설의 입장을 표시한 바 있다. 입법자는 위헌결정된 법률 조항과 내용상 동일한 규정을 제정할 수 있지만, 연방헌법재판소의 위헌결정취지를 무시해서는 아니되고, 반복입법은 연방헌법재판소의 헌법적 판단의 토대를 이루는 사실적 또는 법적인 관계나 위헌판단의 기초가 되는 견해의 근본적 변화에 기인하는 특별한 정당화 사유를 요구하며, 만일 그러한 사유가 존재하지 않는다면 연방헌법재판소는 이미 판단한 헌법적 문제를 다시 새롭게 규명할 필요가 없다는 것이다. 이에 따라 1992년 헌법불합치 결정한 법률조항을 입법한 것은 특별히 정당화 사유를 인정할 수 없다는 이유로 다시 헌법불합치결정을 하였다.<sup>20)</sup>

### (3) 국내 학설의 대립

#### (가) 기속설

헌법재판소법상 위헌 결정은 모든 국가기관을 구속하므로 국회 역시 당연히 기속력의 적용을 받고, 국회는 헌법재판소에 의하여 위헌으로 결정된 것

18) BVerfGE 1, 14(37)(1951. 10. 23. 독일 남서부지방 일부 주들의 영역조정예 관한 법률과 관련한 기관쟁의 소송에서 문제된 법률을 위헌이라고 선언하면서 방문에서 언급); BVerfGE 69, 112(115)(반복입법금지의 원칙은 연방헌법재판소 제2부의 1985. 1. 15. 헌법소원결정에서도 확인됨)

19) BVerfGE 77, 84(103)(1987. 10. 6. 노동촉진법 제12a조에 관한 헌법소원심판)

20) BVerfGE 96, 260(263)

과 동일한 법률을 다시 제정할 수 없다는 견해이다. 입법권도 헌법재판소의 결정에 구속되어야 헌법질서의 통일성을 유지하고 법적 안정성을 확보할 수 있다는 것이다.

#### (나) 비기속설

입법권은 행정권이나 사법권과 달리 헌법질서에만 기속되고 헌법보다 하위에 있는 법률에 기속되지 않기 때문에 새로운 법률의 제정으로 동일한 수준의 법률인 헌법재판소법의 기속규정의 적용은 배제된다는 견해이다. 변동하는 사회적 요청과 변화하는 질서에 법질서를 적절하게 적응시켜야 하는 것은 민주적 정당성을 지니고 있는 입법자에게 부여된 특별한 책임이며 국가가 법률의 위헌결정에 기속되면 그와 같은 역할을 할 수 없다는 것이다.

#### (다) 절충설(제한적 기속설)

법률의 위헌결정의 기속력은 인정하면서도 국가가 위헌으로 결정된 것과 동일한 법률을 제정하는 것이 가능하다는 견해이다. 이 견해는 기속력도 생활관계와 같은 환경의 변화에 따라 그 효력을 미치는 못하는 ‘시간적 한계’를 가지고 있으며, 생활관계의 변경이 있느냐의 문제를 판단함에 있어 원칙적으로 입법권자에게 진단의 자유가 있기 때문에 헌법재판소는 원칙적으로 입법권자의 의사를 존중하여야 할 것이므로 그와 같은 규범을 당연무효로 볼 수는 없고, 명백한 진단의 오류가 있는 때에 다시 위헌선언을 할 수 있다고 한다.

#### ④ 기관상호존중설

입법자는 원칙적으로 반복입법을 할 수 있으나, 다른 국가기관이자 최후의 헌법해석기관인 헌법재판소의 결정취지와 권위를 존중하여 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유가 존재할 때에만 반복입법을 할 수 있다는 견해이다. 제한적 기속설과 유사하나 제한적 기속설이 기속을 원칙으로 보는 반면, 이 견해는 비기속을 원칙으로 보는 차이가 있는 것으로 보인다.

### 다. 입법자에 대한 기속력 인정 여부에 관한 판단 유보

이 결정은 이 사건 기부금지 조항이 반복입법에 해당하지 않는다고 보고, 입법자인 국회에 대하여도 헌법재판소의 위헌결정의 기속력이 미치는지 여

부 및 결정주문 뿐만 아니라 결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부 등에 대한 판단을 유보하였다.

이 결정은 반복입법의 판단기준에 관하여, 단지 위헌결정된 법률조항의 내용이 일부라도 내포되어 있는지 여부에 의하여 판단할 것이 아니라, 입법 목적이나 입법동기, 입법당시의 시대적 배경 및 관련조항들의 체계 등을 종합하여 실질적 동일성이 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 기준을 제시하고, 이 사건 기부금지 조항은 ① 직접적인 규율영역이 단체의 행위가 아닌 자연인의 행위라는 점에서 종전에 위헌결정된 법률조항과 문언적으로 구별되고, ② 그 전제가 되는 법률조항을 살피더라도, 구 정치자금법 제12조 제1항은 노동단체 이외의 단체의 정치자금 기부까지도 포괄하는 것이라는 점에서 종전에 위헌결정된 법률조항과 전적으로 동일한 경우에 해당하지 않으며, ③ 종전에 위헌결정된 법률조항이 연혁적으로 노동단체의 정치활동을 금지하기 위한 여러 법률들의 규제조치의 일환을 이루고 있었던 것으로서, 다른 법률에 의한 노동단체의 정치활동 금지가 해제된 이후에도 여전히 남아 있는 다른 단체와 차별적으로 노동단체의 정치자금 기부를 금지하는 것이었던 반면, 이 사건 기부금지 조항이 전제하고 있는 단체의 정치자금 기부금지 규정(구 정치자금법 제12조 제1항)에는 노동단체에 대한 차별적 규제의 의도가 전혀 존재하지 않는다는 점에서 종전의 위헌결정된 법률조항과 실질적으로 동일하거나 본질적으로 유사한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

다만 위와 같은 법정의견에 대하여 별개의견을 제시한 재판관 1인은, 반복입법에 해당하는지 여부의 판단은 위헌결정의 문언에 따라 객관적으로 판정할 수 있는 판정방법에 의하여야 할 것이고, 그 방법은 새로운 입법의 내용이 위헌결정 중 기속력이 인정되는 객관적 범위에 속하는지 여부 즉, 새로운 입법이 규율하는 영역과 내용이 종전의 위헌결정의 판시와 중첩되는지 여부에 의하여 결정하여야 할 것이라는 전제에서 이 사건 기부금지 조항은 위헌선언된 법률조항과 일부 내용이 중첩되므로 반복입법에 해당한다고 보았다. 다만 입법자에 대한 제한적 기속설을 취하는 전제에서 본안판단으로 나아가갈 필요성을 긍정하였다.

## 5. 이 사건 심판대상 법률조항들의 명확성 원칙 위반 여부

법정의견(재판관 5인의 의견)은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하면 합리적 해석기준을 얻을 수 있다고 보았다. 즉 이 사건 기부금지 조항의 ‘단체’란 ‘공동의 목적 내지 이해관계를 가지고 조직적인 의사형성 및 결정이 가능한 다수인의 지속성 있는(1회적이지 않은) 모임’을 의미하는 것이고, “단체와 관련된 자금”이란 단체의 명의로, 단체의 의사결정에 따라 기부가 가능한 자금을 의미하는 것으로, 개별·구체적 사례에서 자금의 모집·조성 행위의 방법 및 결과, 자금 조성 전후의 정황 등 자금 조성과 기부가 이루어진 일련의 과정을 전체적으로 참작하여 법원이 합리적으로 판단할 수 있는 것이라 보았다.

이에 대하여 (과잉금지원칙 위반을 이유로) 헌법불합치 의견을 제시한 재판관 3인은 판단하지 아니하였고, 재판관 1인은 법정의견에 반대하여 이 사건 심판대상 법률조항들이 명확성원칙에 위반하여 위헌이라는 의견을 제시하였다.

## 6. 이 사건 심판대상 법률조항들의 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 심판대상 법률조항들은 단체의 정치자금 기부금지규정에 대한 탈법행위를 방지하기 위한 것인바, 이 결정은 실질적으로 단체의 정치자금 기부금지 규정의 위헌 여부에 관한 판단 내용을 담고 있다고 볼 수 있으며, 재판관 3인의 반대의견은 명시적으로 심판의 대상을 확장할 필요성이 있음을 지적하고 있다.

### 가. 법정의견

#### (1) 입법목적의 정당성

단체의 정치자금 기부금지의 목적은 크게 2가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째는, 단체의 정치자금 기부를 통한 정치활동이 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나, 선거의 공정성을 해하는 것을 방지하는 것이다. 이는 개인에 비하여 자금동원력이 강한 단체의 이익이 상대적으로 정치체제에 과대하게 대표

됨으로써 1인 1표 1가치의 민주주의 원리가 침해<sup>21)</sup>되고 단체가 주권자인 개인의 지위를 차지하여 국민주권의 원리를 훼손시키는 것<sup>22)</sup>을 막기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있다.

둘째는, 단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지하는 것이다. 단체의 재산을 특정인의 의사에 따라서, 또는 다수결에 의하여 정치자금으로 기부하는 것은 그에 반대하는 단체구성원의 정치적 기본권을 부정하는 것<sup>23)</sup>이 되고, 표면적으로 단체의 구성원의 의사가 일치된 경우에도 의사형성과정에서의 위압을 배제하기 어렵다는 점에서 위와 같은 입법목적 역시 그 정당성을 인정할 수 있다.

따라서 단체의 정치자금 기부금지의 실효성 확보를 목적으로 하는 이 사건 기부금지 조항의 입법목적은 정당하다는 것이다.

## (2) 수단의 적합성

단체가 자신의 명의로 정치자금을 기부하는 것을 전면적으로 금지하는 데서 나아가 개인의 명의로 정치자금 기부를 하더라도 그 자금원이 실질적으로 단체에 속한 경우에는 금지하도록 한 이 사건 기부금지 조항은 단체의 기부와 마찬가지로 효과를 가지는 개인의 기부를 차단하여 단체의 정치자금 기부금지의 실효성을 확보하므로 목적달성에 적합한 수단임이 인정될 수 있다.

## (3) 침해의 최소성

(가) 자연인 개인뿐만 아니라 법인이나 결사 등 단체도 기본권이 보장되

21) Thomas Gais, *Improper Influence: Campaign Finance Law, Political Interest Groups, and the Problem of Equality*(1998)

22) 국민주권 원리에서 말하는 국민에는 자연인만 해당할 뿐 법인이나 단체는 해당하지 않으며, 법인이나 단체의 정치자금 기부를 인정하면 법인이나 단체가 정치활동에 있어 주권자인 개인과 동격의 지위에서 경쟁을 하는 것이 되어 법인이나 단체가 주권자의 지위를 차지하는 결과로 귀착된다(양건, 헌법연구, 1995, 제548면; 정종섭, 기업의 정치자금 기부의 문제점과 위헌 여부, 법과 사회 13권, 1996, 제42-43면).

23) 정종섭, 위의 글, 제43-제44면 참조. 한편 정종섭 교수는 이 글에서, 단체 가운데 특히 기업의 정치현금은 시장의 공정한 경쟁질서를 침해하는 것이라는 점도 아울러 지적하고 있다.

나, 그 기본권 보장의 범위는 자연인과 동일한 것은 아니다.<sup>24)</sup> 단체의 기본권은 성질상 기본권 주체가 될 수 있는 범위에서 기본권이 보장되며, 인정되는 기본권은 개별 단체의 성격에 따라 상이하다. 또한 단체의 성격상 정치적 의사표현의 자유가 인정되는 경우에도, 단체의 정치적 의사표현은 그 방법에 따라 정당·정치인이나 유권자의 선거권 행사에 심대한 영향을 미친다는 점에서 그 방법적 제한의 필요성이 매우 크다.

국가권력을 개인의 권력처럼 악용하여 온 과거의 경험을 언급하지 않더라도, 대의민주주의의 경험이 일천한 정치현실에서 당선된 후보자가 자기의 당선에 크게 기여한 단체들에게 이익을 주는 정책결정을 하거나 반대로 지지를 거부한 단체들에게 정치적 보복을 가하는 등 권력을 남용할 가능성은 여전히 높으며, 자기의 의사표시를 광범하게 전파할 수 있는 수단의 동원에 엄청난 자금이 소요되는 상황에서 개인인 자연인이 단체와 경쟁하여 자기의 정치적 의사를 온전하게 표현하기는 매우 어렵기 때문이다.<sup>25)</sup>

이 사건 기부금지 조항과 단체의 정치자금 기부금지 규정은 단체의 정치적 의사표현 자체를 금지하거나, 그 내용에 따른 규제가 아니라 개인과의 관계에서 불균형적으로 주어지기 쉬운 ‘자금’을 사용한 방법에 따른 규제이므로 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이라고 볼 수 없고<sup>26)</sup>, 위와 같은 단체의 정치적 의사표현으로 인한 문제점은 단체의 지속성과 개인에 비하여 강한 자금동원력이라는 단체의 본질에서 유래하는 것이어서 개별 단체의 성격에 따라 달라지는 것은 아니므로 모든 단체를 규율 대상으로 삼는

24) 1980년대 독일에서의, 법인이 선거권을 갖지 않는 것을 근거로 한 정치자금 기부금지 논의도 유사한 맥락이라고 생각된다. 이러한 주장은 당시 기본법주해서에도, “법인은 선거권도 없고, 정당의 구성원도 될 수 없기 때문에 법인의 정당기부에 대한 법률금지도 허용될 수 있다. 왜냐하면 그러한 금지는 당원이나 선거인의 의사와 정당제정 사이에 될 수 있는 한 광범위한 일치를 보는 것을 이상으로 하고 있기 때문이다.”라고 언급되어 있다(Kommentar zur Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1984, 제1550면).

25) 정종섭, 단체의 선거운동 제한의 위헌 여부, 헌법판례연구(2), 제288-289면 참조

26) 노조의 정치자금 기부금지에 관한 위헌 결정(95헌마154)은 ‘정치적 의사형성과정.....을 근로자에게 불리하게 왜곡시키는 결과.....노동단체인 청구인의 표현의 자유 및 결사의 자유의 본질적 내용을 침해’한다고 판단 한 것은 실질적으로 사용자 단체와의 차별취급에 관한 판단이라 할 것이어서, 위와 같은 판단이 선례를 변경하는 것은 아니라고 생각된다.

것이 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘었다고 할 수 없다. 또한 정치자금 가운데 특정 정당에 대한 기부가 아닌, 기탁금의 기부도 기탁금 배분이 국고 보조금 배분율에 따라 이루어짐에 따라 기존의 거대 정치세력에 대한 지지 의사표명과 마찬가지로 작용할 수 있다는 점에서 다른 정치자금과 마찬가지로 규제하는 것이 불필요하거나 지나치다고 보기 어렵다.

나아가 단체의 성격 등에 따른 상이한 취급(예컨대 노동조합의 정치자금 기부는 허용하고, 사용자단체나 기업의 정치자금 기부는 금지하는 것)은 평등권 침해의 시비를 불러일으키거나 표현의 내용에 대한 통제로 악용될 수 있다.

(나) 한편 단체구성원의 정치적인 의사의 왜곡의 문제는 기부금액의 다소에 따라 달리 평가될 수 없으므로, 단체의 기부금액의 한도를 제한하는데 그치지 않고, 기부 자체를 금지한 것 역시 과도한 규제라고 보기 어렵다.

나아가 ‘단체와 관련된 자금’은 앞서 살핀 바와 같이 해석될 수 있는바, 단체 소유의 재산에 한정하지 아니하고, ‘단체와 관련된 자금’의 기부를 금지하여 자금의 모집에 단체가 관여한 경우까지 기부할 수 없도록 한 것은, 표면적으로 모금에 참여한 개인의 정치적 의사표현이 일치하는 경우에도 단체가 관여한 경우에는 여러 가지 직·간접적인 압력으로 개인의 진정한 의사형성을 방해하거나 왜곡할 우려가 있기 때문이다. 개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 단체의 관여를 일반적, 추상적으로 규범화하여 허용하는 것은 입법기술상 곤란하고, 개인의 정치적 기본권 보호라는 입법목적 달성에 충분한 수단이라고 보기 어렵다.

(다) 그 밖에 회사의 임·직원과 그 관계자 뿐 아니라 누구라도 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 것은 단체의 기부금지의 실효성을 확보한다는 측면에서 불가피하며, 달리 탈법행위를 방지할 수단을 찾기 어렵다.

(라) 정치자금에 대한 엄격한 규율은 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되었던 우리나라의 정치자금 실태에 대한 반성에서 비롯된 것(헌재 2009. 12. 29. 2008헌마141, 공보 159, 123, 127)으로서 위와 같은 입법자의 판단이 자의적인 것이라 보기 어려우며, 달리 입법목적 달성을 위한 덜

계약적인 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상 이 사건 법률조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

#### (4) 법익균형성

이 사건 기부금지 조항에 의하여 금지되는 것은 개인이 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부하는 것이고, 개인이 단체와 관련되지 않은 자금으로 하는 정치자금 기부는 허용된다. 또한 단체의 정치자금의 기부 이외의 정치적 의사표현은 단체의 성격·목적상 제한되거나, 공직선거법 등에 의한 별도의 제한규정이 없는 한 허용된다.

결국 이 사건 기부금지 조항에 의한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌 반면, 금권정치와 정경유착의 차단, 선거의 공정성 확보 및 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 이 사건 기부금지 조항에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 매우 크고 중요한 것이다. 따라서 법익의 현저한 불균형을 인정하기 어렵다.

따라서 이 사건 기부금지 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유, 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이라 볼 수 없다는 것이다.

#### 나. 재판관 3인의 반대(헌법불합치)의견

재판관 3인의 반대의견은 ① 이 사건 심판대상 법률조항들은 정치적 활동을 결사의 목적으로 하는 정치적 단체에 대해서도 적용되는바, 정치적 단체의 정치자금 기부를 금지하고 그 자금에 의한 정치자금 기부를 금지하는 것은 정치적 단체의 정치적 활동의 자유와 결사의 자유를 본질적으로 침해하는 것이고, ② 비정치적 단체의 정치자금 기부가 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나 선거의 공정을 해칠 우려가 있다고 하더라도, 이러한 부작용을 방지할 제도적 장치조차 강구하지 아니한 채 단체의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에도 일률적으로 정치자금 기부를 금지하는 것은 적절한 수단이라고 할 수 없고, 단체의 정치자금 기부는 일응 그 내부의 민주적 의사결정과정을 거쳤다고 보아야 하므로 단순히 단체 구성원의 의사에 어긋날 우려



가 있다는 이유로 단체의 정치자금 기부 자체를 일률적으로 제한하는 것 역시 입법목적 달성을 위한 적합한 방법이라고 할 수 없으며, 단체의 정치자금 기부를 전면적으로 금지하는 것보다 훨씬 덜 침해적이면서도 정치자금 기부의 투명성과 공정성을 확보할 수 있는 대체수단을 마련할 수 없는 것도 아니라는 점에서 이 사건 심판대상 법률조항들의 위헌성을 지적하고, 다만 위 법률조항에는 헌법에 위반되는 내용과 헌법에 위반되지 않는 내용을 함께 포함하고 있는바, 이를 구분하는 일은 입법형성권을 가진 국회에게 맡김이 상당하다는 이유로 헌법불합치 의견을 제시하였다.

## 7. 결정의 의의

이 결정은 위헌 결정된 법률조항의 반복입법 해당 여부를 판단하는 일련의 기준을 제시한 점에서 의미가 있으나, 입법자에 대한 위헌 결정의 기속력 인정 여부에 관하여는 기존의 헌법재판소의 결정례들과 같이 판단을 유보하였다.

한편 이 결정은 국회 회의록 등 자료에 의하여 인정되는, 단체의 정치자금 기부 금지를 규정하게 된 입법적 배경, 입법자의 결단을 합헌 결정의 매우 중요한 요소로서 받아들인 것으로 이해된다.



## 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원

- 허위통신 금지 -

(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 판례집22-2하, 684)

성 왕\*

### 【판시사항】

공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사 처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

전기통신기본법(1996. 12. 30. 법률 제5219호로 개정된 것) 제47조(벌칙)  
① 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

(이하 위 조항을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다.)

### 【사건의 개요】

#### 1. 2008헌바157 사건

청구인 김○주는 2008. 6. 2. 2개의 인터넷 사이트 게시판에, 경찰이 미국산 쇠고기 수입반대집회 진압 과정에서 시위여성을 강간하였다는 등의 허위의 글을 각 기재하고 청구인이 직접 조작한 합성사진을 각 게재함으로써 2차례에 걸쳐 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하였다는 이유로 전기통신기본법 제47조 제1항 위반 혐의로 기소되었고, 1심 재판 계속중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다.

---

\* 헌법연구관

그 후 법원이 2008. 10. 22. 청구인에 대하여 유죄판결을 선고하면서 위 신청을 기각하자, 위 청구인은 2008. 11. 14. 위헌법률심판제청신청 기각결정문을 송달받은 후 2008. 12. 12. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 2009헌바88 사건

청구인 박○성은 2008. 7. 30.경 인터넷 사이트 게시판에 ‘드디어 외환보유고가 터지는구나’라는 제목 하에 외환보유고가 고갈되어 외화예산 환전 업무가 중단된 것처럼 허위 내용의 글을 작성, 게시하여 수만 명이 열람하도록 함으로써 정부의 외환정책 및 대외지급능력에 대한 신뢰도, 우리나라 경제의 대외신인도를 저하시키는 등 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하고, 2008. 12. 29. 위 게시판에 ‘대정부 긴급 공문 발송 -1보’라는 제목 하에 주요 7대 금융기관 및 수출입 관련 주요기업에게 달려 매수를 금지할 것을 긴급 공문 전송했다는 취지의 허위 내용의 글을 작성, 게시하여 약 10만 명 이상이 열람하도록 함으로써 정부의 환율정책 수행을 방해하고 우리나라 대외신인도를 저하시키는 등 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 하였다는 이유로 전기통신기본법 제47조 제1항 위반 혐의로 기소되었고, 1심 재판 계속중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다.

법원은 2009. 4. 20. 위 청구인에 대하여 무죄판결을 선고하면서 위 신청을 기각하였는데, 검사가 이에 불복하여 항소하자, 위 청구인은 2009. 5. 14. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 【법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관련 국가기관의 의견】

### 1. 법원의 위헌제청신청 기각이유

2008헌바157 사건과 관련하여 법원은, ① 이 사건 법률조항의 내용이나 구조, 같은 조 제2항과 대비되는 규정형식 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항에서 ‘공익’은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하는 것으로

개개인 또는 특정단체나 집단의 이익에 상위하는 ‘사회공동의 이익’을 의미하는 것으로 해석되는데, 명확성원칙에 반한다고 할 수 없고, ② 헌법상 규정된 표현의 자유나 통신에 있어서 표현의 자유의 보호범위에 ‘공연히 허위의 통신을 한 경우’까지 포함할 수는 없으므로 이 사건 법률조항은 그 합리성이 인정되고, 이 사건 법률조항의 구성요건 충족으로 인한 위험성은 송신 행위 뿐만 아니라 수신행위에 의하더라도 충분히 발생할 수 있으므로 ‘허위의 전기통신’전부를 처벌하는 것이 과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없다는 이유로 위헌제청신청을 기각하였다.

한편 2009헌바88사건과 관련하여 법원은, ① 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’이란 전기통신기본법의 전체적인 입법취지상 ‘전기통신설비를 이용하여 허위사실을 유포하는 것’을 의미하고, ‘공익을 해할 목적’은 ‘허위의 통신’이라는 구성요건의 적용범위를 제한하는 의미로 규정된 것이므로 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, ② 이 사건 법률조항은 공연한 허위사실의 유포로 인하여 공익이 침해되는 것을 보호하기 위한 유효적절한 수단이고, 인터넷을 포함한 전기통신설비에서의 각종 정보에의 접근의 용이성 및 정보의 과급효과를 고려하여 보면 위 조항이 평등의 원칙 내지 비례의 원칙, 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 이유로 위헌제청신청을 기각하였다.

## 2. 법무부 장관의 의견요지

가. ‘공익’이라는 용어가 사용된 법률은 총 315개, 조문 단위로는 총 823조문에 이르는바, ‘공익’ 개념은 우리 헌법과 법률, 학계 및 법실무에서 널리 사용되어 온 개념이다. 전기통신기본법의 목적과 이 사건 법률조항의 구조에 비추어 보면, ‘공익을 해할 목적’이란 ‘전기통신의 영향력을 이용하여 정당한 사회 질서를 혼란·교란하려는 목적’을 의미함을 일반인도 충분히 예상할 수 있다.

나. 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’은 그 사전적 의미나 이 사건 법률조항과 기타 관련규정들을 종합적으로 고려할 때 ‘허위의 사실에 대한 통신’을 의미한다.

다. 표현의 자유에 의하여 보호되는 표현은 진실인 경우와 진실인지 허위인지 밝혀지지 아니한 상태인 경우만이 해당되고, 허위사실로 밝혀진 경우, 나아가 그 허위사실의 표현이 공익을 해할 목적으로 이루어진 경우에 이를 제재하고 처벌하는 것은 정당하며, 이에 대해 명백·현존하는 위협의 원칙이 적용된다고 볼 수 없다.

라. 이 사건 법률조항은 왜곡된 정보의 과급력으로 인한 사회적 혼란을 방지하고, 정보통신망에서의 의사소통에 정확한 정보를 제공하려는 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당하며, 행정제재만으로는 목적달성에 충분하지 않고, ‘공연성’ 요건을 규정하여 구성요건을 한정하고 있으므로 침해의 최소성에도 반하지 않는다. 나아가 이 사건 법률조항에 의하여 달성되는 공익은 올바른 여론과 의사형성의 촉진으로서 충분한 보호가치가 있는 반면, 제한되는 것은 허위사실을 표현할 자유로서 기본권으로 보호되는 것인지 여부도 의문이라는 점에서 법익균형성도 충족된다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

### 3. 방송통신위원회의 의견

가. 공익을 해할 목적의 허위통신은 국민의 정보획득권 및 민주주의 발전을 저해하는 것은 물론이고 국민의 생명·신체 또는 사회의 안전에 직접적이고 긴박한 위협을 야기할 개연성이 매우 높으므로 그 해악이 심대하고, 정당한 반론이 사실상 불가능하여 사상의 자유경쟁을 통한 해악의 해소가 불가능하므로 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되지 않는다.

나. 이 사건 법률조항이 규정하는 ‘공익’의 사전적 의미 및 다른 규정과의 상호관계, 합헌적 법률해석의 요청, 입법기술상의 한계 등을 종합하여 보면, ‘공익’은 ‘공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체, 즉 국가·사회 기타 일반 다수 국민의 이익으로서 개개인 또는 특정단체나 집단의 이익에 상 위하는 사회공동의 이익’으로 해석될 수 있는바 처벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

다. 이 사건 법률조항은 허위사실의 유포에 의한 범죄의 선동, 국가질서 교란으로부터 사회전체의 이익을 보호하고 국민의 올바른 정보획득권을 보

호하여 민주사회의 발전에 기여하기 위한 것으로 필요하고 적절한 입법조치에 해당한다.

#### 4. 국가인권위원회의 의견

7인의 다수의견은, 이 사건 법률조항은 표현행위를 처벌하는 규정이므로 고도의 명확성이 요구되에도, 그 주요 개념(‘공익’, ‘허위통신’)이 허용될 수 없을 정도로 모호하고, 나아가 이 사건 법률조항의 목적은 막연한 공익보호로서 헌법적으로 용인되기 어려우며, 허위표시의 금지라는 수단이 이러한 목적 달성에 직접 기여한다고 볼 수 없고, 또한 이 사건 법률조항은 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 따라 표현의 자유를 최소한도로 제한하고 있다고 볼 수 없으며, 모호한 표현을 사용하여 심각한 위축효과를 초래하므로 비례 원칙도 충족하지 못한다는 의견을 표시하였다.

이에 반대하는 4인 가운데 2인은, 이 사건 법률조항은 전기통신설비라는 표현매체의 특수성을 고려한 것으로 국제사회가 우려하는 일반적인 허위표현금지규정에 해당하지 않으며, 인터넷상 무책임한 허위표현행위에 대한 처벌의 필요성에 많은 사람이 공감하고 있고, 미네르바 사건에서 보듯 법원에 의하여 표현의 자유가 보장되고 있다는 의견을, 다른 2인은 이 사건 법률조항은 인식이 있는 허위사실 유포행위만을 처벌하므로 명백·현존 위협의 원칙과 비례원칙에 반하지 않는다는 의견을 표시하였다.

### 【결정요지】

#### 1. 법정의견

이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다. 그런데 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판의 자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 따라서 어떠한 표현행위가 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에

관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없으며, 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공익간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다. 결국, 이 사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못하고 있으므로 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배하여 헌법에 위반된다.

## 2. 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 ‘허위의 통신’ 부분의 명확성원칙 위반에 관한 보충의견

이 사건 법률조항의 입법연혁, 관련 조항의 체계에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 본래 입법취지는 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 데 있었다고 볼 것이다. 그러나 장시간에 걸쳐 사문화된 상태에 있었던 이 사건 법률조항이 최근 몇 년 사이에 내용상 허위의 통신 행위에 대하여 갑작스레 적용되기 시작하면서, 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’이 어떠한 행위를 말하는지 다시 의문이 제기되게 되었다. ‘허위’ 개념에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어로 사용하기 위해서는 보다 구체적인 부연 내지 체계적 배치가 필요함에도 이 사건 법률조항은 법조문 자체의 문언이나 관련 조항의 체계상 그와 같은 구체화의 취지를 명백하게 드러내지 아니한 결과, 당초 입법취지와는 달리, 확대된 법률의 해석, 적용이 가능하게 된 것이다. 결국 이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’이 불명확하다는 점에서 뿐만 아니라 ‘허위의 통신’부분이 불명확하다는 점에서도, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

## 3. 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대,



## 재판관 송두환의 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 보충의견

표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없으므로, ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항을 당해 사건에서와 같이 공익을 해할 목적의 허위사실을 내용으로 하는 통신에 적용하는 것은, ‘공익’ 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 나아가 이 사건 법률조항은, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로 하여금 규제를 받을 것을 우려하여 스스로 표현행위를 억제하도록 할 가능성이 높은바, 제재에 대한 두려움으로 인하여 표현이 억제된다면, 표현의 자유의 기능은 훼손될 수밖에 없다. 결국, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 4. 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대이견

가. 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”이라는 초과주관적 구성요건을 추가하여 ‘허위의 통신’ 가운데 구성요건해당성이 인정되는 행위의 범위를 대폭 축소시키고 있는바, 초과주관적 구성요건 부분에 대하여 객관적 구성요건 행위와 같은 정도의 명확성을 요구할 것은 아니다. 한편 법률상 ‘공익’ 개념은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, 공익을 ‘해할 목적’은 행위의 주요 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미하는바, 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵다. 다음으로 ‘허위의 통신’ 부분에 관하여 살펴보면, 일반적인 ‘허위’의 관념은 내용의 거짓과 명의의 거짓을 모두 포괄하는 점 및 다른 형사처벌 규정에서의 ‘허위’ 개념의 용례에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항의 ‘허위의 통신’에서 ‘내용이 거짓인 통신’이 배제된다는 해석은 불가능하다. 한편 ‘내용의 허위’란 내용이 진실에 부합하지 않는 것으로서, 전체적으로 보아 ‘의견 표명’이나 ‘제안’이라고 볼 수 있는 경우는 이에

해당하지 아니한다. 결국 이 사건 법률조항의 “허위의 통신”은 그 의미가 명확하고, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

나. 허위사실의 표현이 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니지만, 이는 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위라고 볼 수 없으므로, 그에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 ‘피해의 최소화’ 원칙에서 일부 완화된 심사를 함이 상당하다. 이 사건 법률조항은, 허위사실의 유포에 의한 공중도덕이나 사회윤리의 침해 등을 방지하고 국민의 올바른 정보획득권을 보호하는 것으로서, 정당한 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다. 한편 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 과급력을 가진 점, 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에 의하여 자율적으로 신속하게 교정되기가 매우 어려운 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁에 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있는 점 등을 참작하면, 지금 우리의 현실에서 일정한 범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 필요성이 있다. 더구나 이 사건 법률조항은 공연히 전기통신설비에 의하여 허위의 통신을 하는 것을 전적으로 금지하고 처벌하는 것이 아니라 그러한 행위 중 ‘공익을 훼손할 목적’이 있다고 인정된 행위에 한하여 처벌하고 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소화원칙에 반하지 않는다. 나아가 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권은 객관적 및 주관적으로 명백한 허위사실을 공익을 해할 목적으로 전파할 자유라는 점에서 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기도 어렵다. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하지 않는다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 법률조항 및 유사 조항의 연혁

#### 가. 이 사건 법률조항의 연혁

1961. 12. 30. 제정된 전기통신법은 공중전기통신사업의 운영 및 시설유선전기통신설비의 설치와 이용에 관한 사항을 정하여 그 이용의 공평과 역무의 적정 및 합리화를 기함으로써 공공의 복지를 증진함을 목적으로 하였

는데(제1조)<sup>1)</sup>, 위 법률 제89조 제1항은 ‘공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 허위의 통신을 발한 자는 5년 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정(공연성 없음)하고 있었다. 전기통신법은 수차례에 걸쳐 개정되었으나, 위 조항은 그 조문의 위치(1977. 12. 31. 법률 제3091호로 제111조 제1항으로 위치 이동)와 법정형 중 벌금 부분(1977. 12. 31. 법률 제3091호로 벌금 50만원 이하로 개정, 1981. 4. 7. 법률 제3421호로 벌금 500만원 이하로 개정)의 일부 개정을 통하여 계속 존속하였다.

전기통신의 발전과 한국전기통신공사의 발족 등 여건의 변화에 부응하고 전기통신의 효율적 관리와 그 발전을 촉진할 수 있도록 하기 위하여 전기통신법을 전기통신의 기본적 관리에 관한 사항을 주요내용으로 하는 전기통신기본법과 서비스 이용관계를 규정하는 공중전기통신사업법으로 개편함에 따라 1983. 12. 30. 제정된 전기통신기본법은 제39조에 이 사건 법률조항과 동일한 행위(공연성 요구)를 처벌하는 규정을 두었고, 그 법정형은 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금으로 구 전기통신법과 같이 규정하였다. 이후 1991. 8. 10. 법률 제4393호로 전기통신기본법이 전부개정되었을 때에도 조항의 위치가 47조 제1항으로 변경되고, 법정형중 벌금형 부분이 ‘2천만원 이하의 벌금’으로 상향 규정되었을 뿐 구성요건은 그대로 존속하였다. 현행 법은 1996. 12. 30. 법률 제5291호로 개정된 것으로 역시 법정형 중 벌금형만이 ‘5천만원 이하’로 상향 규정되었을 뿐 구성요건은 같다.

## 나. 유사 조항의 연혁

(1) 구 전기통신법과 함께 제정된 군용전기통신법 제19조는 군용통신사무에 종사하는 자가 정당한 사유 없이 통신의 취급을 하지 아니하거나 이를 지연시켰을 때 또는 허위의 통신을 행하였을 때 처벌하는 규정을 두었으며, 법정형만 변경된 채 현재까지 유지되고 있다.

(2) 전기통신기본법과 함께 제정된 공중전기통신사업법은 제80조에서 ‘공중통신이용자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하

1) ‘전기통신’은 ‘유선 무선 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 부호, 문언, 음향 또는 영상을 전송하거나 수신하는 것’으로 정의되어(제2조 제1호) 현행 전기통신기본법 상의 정의와 거의 유사하게 규정되어 있었다.

여서는 아니된다'고 규정하고, 제3항에서 위와 같은 내용의 통신의 취급을 체신부장관이 공사로 하여금 거부·정지 또는 제한하게 할 수 있도록 규정 하였으며, 통신행위에 대한 처벌규정은 두지 아니하였다. 위 법률은 1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전부개정되면서 법명이 전기통신사업법으로 바뀌고 위 제80조와 같은 규정이 제53조에 규정되었는데, 같은 법 제71조 제6호에 전기통신사업자의 명령불이행에 대한 처벌규정(2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)<sup>2)</sup>을 두었으나, 위와 같은 통신행위 자체에 대한 처벌규정은 두지 아니하였고, 헌법재판소는 위 제53조 제1항에 대하여 2002. 6. 27. 99헌마 480결정으로 명확성원칙 및 과잉금지원칙 위배 등을 이유로 하여 위헌선언을 하였다.

헌법재판소의 위 결정 이후 2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정된 전기통신사업법 제53조 제1항은 i) 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시하는 내용의 전기통신, ii) 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 전기통신, iii) 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 내용의 전기통신, iv) 정당한 사유없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 전기통신, v) 청소년보호법에 의한 청소년유해매체물로서 상대방의 연령확인, 표시의무 등 법령에 의한 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 전기통신, vi) 법령에 의하여 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 전기통신, vii) 법령에 의하여 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 전기통신, viii) 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 전기통신, ix) 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 전기통신을 금지하였다. 위 조항은 2007. 1. 26. 법률 제8289호로 개정된 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'에 의하여 삭제되었다. '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제44조의7은 동일한 내용의 정보의 유통을 금지하였다.

(3) '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'은 사람을 비방할

2) 전기통신이용자에 대한 처벌규정이 아니다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625참조).

목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자에 대한 처벌규정(제70조, 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금)을 두고, ‘거짓의 사실을’을 드러내어 명예를 훼손한 경우에는 더 중한 처벌규정(제70조 제2항, 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금)을 두고 있으며, 제44조의7에 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자나 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자에 대한 처벌규정(제74조 제2호, 제3호, 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)도 두고 있으나, 제44조의7에 위반한 통신을 한 자를 포괄적으로 처벌하고 있지는 않다.

(4) 1961. 12. 30. 법률 제924호로 제정된 전파관리법 제78조 제1항은 자기 또는 타인의 이익을 위하거나 타인에게 손해를 가할 목적으로 무선설비 또는 제72조 제1항 제1호의 통신설비에 의하여 허위의 통신을 발한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 30만원 이하의 벌금에 처하는 규정을 두었다. 전파관리법은 1991. 12. 14. 법률 제4441호로 ‘전파법’으로 명칭을 바꾸었는데, 위 조항은 2008. 6. 13. 법률 제9128호로 개정된 전파법 제83조 제1항에서 ‘자기 또는 타인의 이익을 위하거나 타인에게 손해를 줄 목적으로 무선설비 또는 전선로에 주파수가 9킬로헤르츠 이상인 전류가 흐르는 통신설비(케이블반송설비 및 평형2선식 나선반송설비를 제외한 통신설비를 말한다)에 의하여 거짓으로 통신을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다’고 자구가 수정된 채 현행 전파법에서도 유지되고 있다.

(5) 현행 경범죄처벌법은 공무원에 대한 범죄·재해 허위신고, 허위광고, 배나 비행기를 탈 때의 성명 등의 허위기재, 전당품장부 허위기재 등 ‘허위성’ 있는 행위에 대하여 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형을 규정하고 있다. ‘국가나 사회의 안녕질서를 해치거나 사회를 불안하게 할 우려가 있는 사실을 거짓으로 꾸며 퍼뜨린 사람(유언비어날조유포)’을 구류 또는 과료에 처할 수 있게 한 조항은 1988. 12. 31. 법률 제4041호 개정법률에서 삭제되었다.

## 2. 허위의 통신과 표현의 자유의 보호영역

이 결정의 법정의견은 이 사건 법률조항이 표현의 자유를 제한하는 입법임을 전제로 엄격한 명확성의 원칙을 적용하고 있고, 법정의견에 대한 각 보충의견은 물론 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 반대의견도 이 사건 법률조항이 표현의 자유를 제한한다는 점을 전제로 하여 판단하고 있다. 즉 이 결정은 허위의 표현이라 하여 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니라는 점을 전제로 판단하고 있다.

과거 헌법재판소는 ‘불온통신’을 금지한 구 전기통신사업법 제53조 제1항 및 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상을 대통령령에 위임한 같은 조 제2항이 표현의 자유를 제한함을 전제로 판단한 바 있으며(99헌마480), 또한 (선례를 변경하여) ‘음란표현’도 표현의 자유의 보호영역에 있다고 판단(2006헌바109)하였는바, 이 결정을 포함한 일련의 결정들을 통하여 표현의 자유의 보호영역을 넓게 보는 입장을 취한 것이라 볼 수 있다.

어떠한 행위를 기본권의 보호영역에서 배제한다는 것은 더 나아가 기본권 침해 여부를 심사를 할 필요가 없다는 것이 되므로 기본권의 보호에 미흡하여 기본권을 공동화시킬 수 있으며, 이를 방지하기 위하여 개별 행위가 기본권의 보호영역에서 배제되는지 여부에 대한 별도의 심사를 요구할 경우 사실상 기본권 침해 여부 심사를 하는 것과 차이가 없어질 수 있고, 어떠한 행위에 대한 규제는 기본권 제한의 헌법상 원칙을 충족시키는 한도 내에서 충분히 가능하므로 그러한 규제를 정당화하기 위하여 기본권의 보호영역 축소라는 방법을 선택해야만 할 필연적인 이유도 없다는 점 등에서, 표현의 자유라는 중대한 기본권과 관련하여 보호영역의 확정 문제는 매우 신중하게 접근할 필요가 있다는 점이 고려된 것이다.

나아가 ‘허위의 표현’의 경우 그 내용이나 의도가 매우 다양하며, 허위성이라는 기준이 명백하지 않다는 점 역시 고려된 것으로 생각된다. 즉 모든 허위사실의 표현이 그 목적이나 내용, 표현이 행해진 시간·장소·방법에 관계없이 타인의 명예나 권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중도덕·사회윤리를 침해하고, 사상의 자유시장에서 해소될 수 없는 심대한 해악이 있다고 볼 수는 없다. 예컨대 사적인 관계에서의 사적인 사항·영역에 대한,

또는 자신의 신변에 대한 단순한 거짓말이 사회윤리에 반하는 것이라 단언하기 어렵고, 논쟁을 촉발하거나 비판의 효과를 증대하기 위한 풍자, 패러디 등은 명백한 과장의 기법을 이용하는 과정에서 ‘허위성’을 가지는 경우가 허다한데, 이것이 모두 공중도덕·사회윤리에 반한다고 볼 수는 없으며, 상대방에게 허위성을 미리 고지한 경우 등에 있어 어떤 해악의 초래를 예상하기 어렵고, 허위사실의 표현으로 인한 해악은 소요되는 시간의 차이는 있겠으나 진실을 통한 반박으로서 결국은 해소될 수밖에 없는 것이다. 또한 명백한 거짓에 기초한 의견의 형성이나 표현은 일반적으로는 진정한 자아실현에 기여할 수 없다고 평가될 수 있을지 모르나, 위에서 예로 든 풍자나 패러디, 표현의 상대방에게 ‘허위성’을 고지하는 경우 등은 인격의 자유로운 발현이나 양심의 자유, 예술의 자유 등과 관련된 표현으로 보호될 수 있다. 그 밖에 ‘허위성’은 언제나 명백한 관념은 아니며, 행위자가 미필적으로 인식하거나 의심하는 정도의 허위성이 사후에 객관적으로 명백한 허위로 밝혀지는 경우도 있는 등 허위성의 정도 및 판단과 관련한 난제가 있는 점에서도 ‘허위성’을 이유로 한 표현의 자유의 배제에는 신중을 기해야 할 필요가 있다고 본 것이다.

### 3. 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반 여부

#### 가. 법정의견(재판관 7인의 의견)

##### (1) 엄격한 심사기준의 적용

표현의 자유에 대한 제한 입법 및 형벌조항으로서 엄격한 의미의 명확성 원칙이 적용된다고 보았다.

특히 이 사건에서 명확성이 문제된 ‘공익을 해할 목적’ 부분이 초과주관적 구성요건 요소라고 하더라도 위와 같은 엄격한 명확성 요구가 달라지는 것은 아니라는 전제에서 판단한 것으로, 이는 기존의 헌법재판소의 판단 경향의 연장선상에 있다. 즉 헌법재판소는 ‘추업에 사용할 목적’으로 부녀를 매매한 자를 형사처벌하는 형법 제288조 제2항의 명확성 원칙 위반 여부(2005헌바4), 일정한 화장품의 ‘판매 목적’ 보관 등을 금지하는 화장품법 제14조 제1항의 명확성 원칙 위반 여부(2006헌가2), ‘공중도덕상 유해한 업무에 취

직하게 할 목적'으로 직업소개한 자 등을 형사처벌하는 직업안정법 제46조 제1항 제2호의 명확성 원칙 위반 여부(2004헌바29) 등 많은 사례에서 초과 주관적 구성요건에 대해서도 일반적인 죄형법정주의의 명확성 원칙을 적용하여 왔으며, 이 결정 역시 그러한 것으로 보인다.

그 밖에 이해관계인 방송통신위원회는 '처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 될 것을 요구하게 되면 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 시기적절하게 구체적 타당성에 따라 규율할 수 없게 될 것'이라는 재판소의 확립된 선례의 설시를 인용하며 통신이나 인터넷기술과 같이 기술적 발전이 예측하기 어렵고 빠른 분야에서는 명확성 요건을 완화할 것이 요청된다고 주장하나, 이 사건 법률조항에서 통신은 표현의 수단일 뿐이며, 실제적 규율대상이 아니다. 규율되는 것은 표현의 내용과 목적이며, 이것이 부단히 변화하는 생활관계에 따라 규율의 필요성이 달라지는 것에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다.

## (2) 공익 개념의 모호성

법정의견의 취지는 결국 "공익을 해할 목적"의 허위의 통신을 금지하고 처벌하는 이 사건 법률조항 중 '공익'이 의미하는 바가 불명확하고 추상적이며, '공연한 허위의 통신'이라는 행위태양이나 전기통신기본법의 입법목적을 고려하더라도 그 내용을 확정하기 어렵다는 것이다.

인류의 역사에서 공익이라는 개념이 개인의 이익과 구별되는 개념으로 사용된 것은 고대 그리스, 로마 시대로 거슬러 올라간다. 공익 또는 공공복리 개념은 매우 다의적인 개념으로서 국가의 정치이론에서 중심적인 의미를 차지하면서 발전하였고, 법해석학보다는 오히려 국가철학에 깊이 뿌리내리고 있었다.<sup>3)</sup> 이후 공익개념은 법학, 정치학, 경제학, 철학, 사회학 등 학제적 연구(interdisciplinary study)의 대상이 되어 왔으며, 논쟁은 계속되고 있다. 대표적으로 오늘날 영미에서의 공익론에 가장 광범위하게 영향을 미친 버지니아 헬드(Virginia Held)의 공익론<sup>4)</sup>을 살펴보면, 우선 '다수결 공익관(Prepo-

3) 장대주, 행정법상 공익이론의 함의, 법학논총 제24집 제2호, 제198-199면 참조

4) 1970년 발간한 저서 'The Public Interest and Individual Interests'에서 종래의 영미 공익론을 체계적으로 분류, 제시하였다.



nderance Models)’은 힘스(Preponderance of Force)나 힘(Preponderance of Opinion), 벤담(Superior sum) 등이 택한 이론으로 공익을 ‘개인들의 이익의 양적인 총합계’에 따라 설명하는 것이고, 다음으로 ‘공통이익 모델(the Public Interest as Common Interest Model)’은 브라이언 배리의 주장 등이 이에 해당하며, 공익을 ‘한 정치적 공동체의 모든 구성원들이 공통되게 가지는 이익들’과 동일시한다. 마지막으로 ‘객관적 진정공익으로서 공익관(unitary conceptions of public interest)’은 플라톤, 아리스토텔레스, 아퀴나스, 헤겔 등 철학자들이 추구한 모델로 공익 개념의 구성과 공익판단과정이 언제나 객관적으로 존재하는 도덕적 최고원리 및 최고가치체계에 비추어서 이루어져야 한다고 본다.<sup>5)</sup> 우리나라에서는 행정법학계 및 법철학계를 중심으로 ‘공익론’에 대한 연구가 진행되고 있으며, 그 구체적인 의미내용이 확정되어 있다고 볼 수 없음은 명백하다.

한편 입법상 ‘공익’ 개념이 매우 빈번하게 사용되고 있는 점 또한 명백하다.<sup>6)</sup> 최송화 교수는 위와 같은 입법 상황에 대하여 ‘공익은 하나의 불명확한

5) 김도균, 법원리로서의 공익, 법학 제47권 제3호, 제172-188면; 김유환, 위의 글, 제 54-63면 참조

6) 최송화, 공익론, 제217-231면에서는 다음과 같이 현재 입법상 사용되고 있는 ‘공익’ 개념을 분류하고 있다.

- 행정목적으로서의 공익(국유재산법 시행령 제21조의3 ‘관리위탁재산의 수탁자는... 공익목적에 맞게 수탁재산을 관리하여야’ 한다)
- 지원이나 보호의 대상으로서의 공익(도로법 제42조 ‘공익을 목적으로 하는 비영리 사업을 위한’ 도로 점용시 점용료 징수의 제한)
- 거부의 요건 및 제한의 근거로서의 공익(공중위생법 제9조의2 ‘시·도지사는 공익상 또는 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때’에는 영업시간 및 영업행위 제한가능)
- 심사·판단의 기준으로서의 공익, 인·허가의 기준으로서의 공익(액화석유가스의 안전관리 사업법 제4조 제1항 제1호 시·도지사 등은 사업의 영위로 인해 ‘공공의 안전과 이익을 해치지 아니할 것’ 등의 요건을 모두 갖춘 경우 허가하여야 함)
- 특별규율의 대상으로서의 공익(골재채취법 제22조 ‘마을단위의 공익사업’으로서 일정범위에서 골재를 채취하는 경우 골재채취허가를 받지 않아도 됨)
- 비밀 및 공개와 관련된 공익(형사소송법 제47조 ‘소송에 관한 서류는... 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다’)
- 채무와 권한의 근거로서의 공익(공유수면매립법 제10조 ‘면허관청은...공익상 필요한 사항 기타 ...에 대하여 부관을 불일 수 있다’)
- 사정변경의 근거로서의 공익(국가채권관리법 제27조 제1항 채권관리단은 채무자가 소정의 기한내에 이행하게 하는 것이 ‘공익상 현저한 지장’을 초래할 우려가 있는 경우 이행기한 연장 특약이나 처분을 할 수 있다)

개념적 도피처로 활용되고 있으며, 이러한 공익관념은 법체계 안에 소화되기 어렵고 법체계가 영향력을 미치지 못하는 법외부체계를 형성하기 쉬운 것이다. 우리 실정법상의 공익 관련 규정은 좀 더 구체화되고 세밀화되어야 하며, 법판단에 적절한 형태로 재정비되어야 한다. 무엇보다 공익관련 입법은 법집행자의 공익판단에 가능한 한 어떠한 형태이든지 판단기준을 줄 수 있도록 규정되어야 한다. 물론 입법이 실제적 공익의 의미내용을 직접 규율한다는 것은 어려운 일이지만, 관련상황에서 고려되어야 할 공익이 어떠한 맥락의 것이며 어떠한 이익상황들이 공익판단에 고려되어야 할 것인가 라는 것을 보다 구체적으로 밝히는 것은 의심할 바 없는 입법의 과제라고 본다'고 쓰고 있는바, 합당한 지적이라고 생각된다. 그러나 이러한 의견이 '공익'개념을 사용하고 있는 모든 법률의 명확성 원칙 위반을 의미하는 것은 아니다. 명확성 원칙 위반 여부는 개별 법률조항이 '공익' 개념을 사용하고 있는 맥락과 법률조항의 의미 내용, 입법목적을 충분히 고려하여 판단되어야 할 것이다.

법정의견은, 이 사건 법률조항은 최고도의 명확성이 요구되는 표현의 자유의 제한 입법 및 형벌조항의 구성요건이므로 입법기술상 부득이한 것이 아니라면 공익은 보다 구체화된 형태로 묘사되고 기술되어야 할 것임에도 최소한의 개념적 정향(定向)을 갖추지 못한 것이라 판단한 것이다.

위와 같은 법정의견의 입장은 “전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다.”고 규정한 구 전기통신사업법 제53조 제1항이 명확성 원칙에 반하는지 여부와 관련한 헌법재판소의 위헌결정(99헌마480)과도 같은 맥락으로 이해된다.

한편 헌법재판소의 결정이 있기 전 이 사건 법률조항에 대한 개정을 둘러싼 제18대 국회 문화체육관광방송통신소위 제7차 회의에서 이 사건 법률조

- 
- 공익과 사익이 결합되거나 다양한 공익관점이 병존하는 공익(지방자치법 제172조 지방의회의 의결이 '공익을 현저히 해친다'고 판단되면 ...제의를 요구하게 할 수 있다)
  - 이익대변의 대상으로서의 공익(노동위원회법 제6조 노동위원회는 근로자를 대표하는 위원 및 '공익을 대표하는 위원'으로 구성)
  - 하위법령에서의 구체화의 전제로서의 공익(전기사업법 제7조 전기사업의 허가기준 중 하나로 '기타 공익적 필요에 의하여 대통령령이 정하는 기준에 적합할 것')

항의 취지가 무엇인지 논의가 있었으나, (위 회의록에 의하면) 공익 개념을 확정하지 못하였고, 현재결정이 날 때까지 보류하자는 의견 등에 따라 개정 논의는 보류되었다.

#### 나. 법정의견에 대한 보충의견(위 재판관 7인 중 4인의 의견)

위와 같이 이 사건 법률조항 중 ‘공익을 해할 목적’ 부분이 불명확하여 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 데에 재판관 7인의 의견이 합치되었으며, 그 중 재판관 4인은 이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적’ 부분뿐만 아니라 ‘허위의 통신’ 부분이 불명확하다는 점에서도 헌법에 위반된다는 보충 의견을 제시하였다.

이 사건 법률조항의 입법연혁이나 구 전기통신법 및 전기통신기본법의 체계에 비추어 이 사건 법률조항의 본래 입법취지는 ‘통신설비를 이용한 허위 사실의 유포’를 처벌하고자 하는 것이 아니라 ‘허위의 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 데 있었다고 볼 것이고, 일반 사인의 행위를 내용적으로 허위라 하여 처벌하는 것은 매우 이례적이며, 이 사건 법률조항이 최초 제정된 이후 40년 이상 실제 적용되지 아니한 채 거의 사문화된 상태로 있었던 점에 기초하여 볼 때 이 사건 법률조항을 내용적으로 허위인 통신에 적용하여서는 아니될 것이나, 법원이 이 사건 법률조항을 내용적으로 허위인 통신에 적용하기에 이른 것은 결국 이 사건 법률조항의 문언의 추상성에 기인한 것이라 판단할 수밖에 없다는 것이다.

#### 다. 반대의견(재판관 2인의 의견)

이 결정의 반대의견은 법정의견에 대한 반대 및 위 재판관 4인의 보충의견에 대한 반대 취지를 모두 밝히고 있다.

##### (1) 완화된 심사기준의 적용 및 명확성 원칙 충족

이 결정의 반대의견은, 객관적인 행위상황이 명백한 경우에 초과주관적 구성요건(목적)의 요구는 구성요건해당성의 범위를 축소시킨다는 점에서 객관적 구성요건과는 구별되고, 이 사건 법률조항이 규정하는 객관적 구성요건

행위인 ‘허위의 통신’은 그 의미는 명백하지만, 포섭되는 행위의 범위는 매우 넓은데, “공익을 해할 목적”이라는 초과주관적 구성요건이 추가됨으로써 ‘허위의 통신’ 가운데 구성요건해당성이 인정되는 행위의 범위, 가별성이 인정되는 범위가 대폭 축소되게 된다는 점을 고려하여 명확성의 요구를 다소 완화할 수 있다고 보고 있다.

그와 같은 전제에서, 법률상의 ‘공익’ 개념은 개인의 이익과 구별되는 ‘공공의 이익’으로서 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, ‘특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것’은 제외되는 것으로 이해되어 왔으며, 또한 여러 법률에서 그와 같은 의미로 사용되어 왔음을 들어 ‘공익’ 개념이 지닌 약간의 추상성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 보완될 수 있고, 또한 ‘공익’ 개념이 현재 우리의 입법에서 수없이 많이 발견되는 점을 고려할 때 “공익을 해할 목적”이 의미하는 바를 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어렵다고 판단하고 있다.

## (2) 허위의 통신의 의미

반대의견은, 이 사건 법률조항의 문언상 ‘허위의 통신’에서 ‘내용이 거짓인 통신’이 배제된다는 해석은 불가능하다고 보고, 실무적으로 이 사건 법률조항이 ‘내용이 거짓인 통신’에 주로 적용되고 있는 점을 들어 재판관 4인의 보충의견을 반박하고 있다.

## (3) 내용상 허위사실의 표현

한편 반대의견은 이 사건 법률조항이 내용상 허위사실의 표현에 대하여 적용됨을 전제로 그 의미를 한정짓고 있다. 즉 ‘내용의 허위’란 내용에 진실에 부합하지 않는 것으로서 그 진위 여부가 객관적으로 밝혀질 수 있음을 전제로 한다고 할 것이므로, 전체적으로 보아 ‘의견 표명’이나 ‘제안’이라고 볼 수 있는 경우는 이에 해당하지 아니하고, 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부적으

로 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다고 하여 이 사건 법률조항이 의견표명의 자유를 침해하거나, 남용될 우려를 해석상 배제하고 있다.

#### 4. 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부

##### 가. 재판관 5인의 위헌의견

###### (1) 보충의견의 필요성

이 사건 법률조항 중 ‘공익을 해할 목적’ 부분이 불명확하여 위헌이라는 법정의견을 낸 재판관 7인 중 5인은 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하고 있다는 보충(위헌)의견을 제시하였다.

불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화할 수 없게 되는 것(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628)이라는 점에서 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 판단이 반드시 요구되는 것이라고 할 수는 없으나, 5인의 보충의견은 불명확한 규범에 의한 과도한 규제라는 점을 보다 분명하게 드러내기 위하여 명시적으로 의견을 제시한 것으로 보인다.

###### (2) 심사기준

재판관 5인은 이 부분 판단을 보충의 취지로 작성하는 과정에서 허위사실의 표현에 대하여 엄격한 과잉금지원칙이 적용되는지 여부에 관하여는 명시적으로 의견을 제시하지 아니하였다. 다만 2인의 반대 의견이 완화된 심사기준 적용의 근거로 삼고 있는 ‘허위의 표현은 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위라고 볼 수 없으므로 민주주의의 발전이나 인격발현에 미치는 효과가 중대하다고 하기 어려운 반면, 타인의 명예나 공공질서를 해칠 가능성이 높다’는 점에 관하여 ‘객관적으로 명백한 허위사실의 표현임이 인정되는 때에도, 그와 같은 표현이 언제나 타인의 명예·권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중도덕·사회윤리를 침해한다고 볼 수는 없으며, 행위자의 인격의 발현이나, 행복추구, 국민주권의 실현에 전혀 도움

이 되지 않는 것이라 단언하기도 어렵다.’고 하여 반대의견에 대한 반대의 표시를 하고 있다.

즉 허위사실의 표현은 정치적·시민적 표현행위를 효과적으로 전달하기 위한 과정에서 나타날 수도 있고, 논쟁촉발 등을 목적으로 하는 등의 허위사실 표현은 표현자의 개성신장이나 인격발현에 기여하지 못한다고 단언하기도 어려우며, 또한 수신자의 입장에서 보더라도 ‘허위성’을 인식하지 못한 상태에서 그에 기초한 의사의 형성은 진정한 인격발현이나 개성신장에 기여할 수 없다고 볼 수도 있지만, 수신자가 ‘허위성’을 인식하거나 적어도 의심하는 상태라면 진정한 의사형성을 방해하는 것은 아니고, 나아가 ‘허위성’ 자체가 명백한 기준이 아니라 표현이 행해진 맥락을 종합적으로 고려하여 확정될 수 있는 유동적 기준이기 때문에 ‘허위성’을 이유로 일률적으로 보호가치가 낮다고 볼 수는 없다는 입장에 선 것이다.

### (3) 보충의견의 취지

재판관 5인의 보충의견의 취지는, 허위의 통신 자체가 일반적으로 사회적 해악의 발생으로 연결되는 것은 아님에도 ‘공익을 해할 목적’과 같은 모호하고 주관적인 요건을 동원하여 이를 금지하고 처벌하는 국가의 일률적이고 후견적인 개입은 그 필요성에 의심이 있다는 것이다. 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무가 국가에 의하여 1차적으로 재단되어서는 아니되며, 이는 시민사회의 자기교정기능과 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨져야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339-340; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 631-632 참조)는 기존 재판소의 선례의 틀이 유지되고 있다고 볼 수 있다.

한편 이해관계인 방송통신위원회는 ‘허위의 통신’이 ‘전기통신설비’를 이용하므로 표현의 확산속도가 빠르고, 파급력이 크며, 반론이 제대로 이루어지기 어려워 그 해악이 크다는 점을 지적하고 있으나, 인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이고, 강한 규제조치가 정당화되는 공중파방송의 특징(전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여)이 없다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1,

616, 632)<sup>7)</sup>는 점에서 사상의 자유시장<sup>8)</sup>이 하나의 이론에 그치지 않고 현실적으로 실현될 수 있는 조건을 갖추고 있다. 익명성과 무차별적 전파가능성 등의 문제가 ‘통신’시장 내에서 자체적으로 해소될 수 없는 것이라 단정할 수 없고, 위와 같은 문제점을 시정할 필요성을 일부 인정하더라도 ‘공익을 해할 목적의 허위의 통신’은 그 포섭범위가 지나치게 넓다는 것이다.

나아가 이 결정은 세계적인 입법례를 살펴봐도 허위사실의 유포를 처벌하는 민주 국가의 사례는 현재 찾아보기 힘들다는 점 역시 근거로 제시하고 있는바, 일반적인 허위사실 유포의 처벌은 영국에서 1274년에 등장했으나, 1887년 영국에서는 이미 폐지되었고, 미국에도 없으며<sup>9)</sup>, 1992년 캐나다 대법원은 허위사실 유포를 처벌하는 규정에 대하여 위헌판단하였고<sup>10)</sup>, 2000년

7) 미국 연방대법원이 인터넷상에서의 지속한 성적 표현을 규제하는 통신품위법(the Communications Decency Act, CDA)에 대한 위헌판결(Reno v. ACLU)에서 방송매체에 대한 규제근거가 온라인상에 적용될 수 없다고 본 논거와 같다.

8) 밀턴은 언론의 자유를 주장한 ‘Areopagitica’에서 진리는 자유롭고 자율적일 때가 특별하게 정해진 논리나 사고의 방법에 묶여 있을 때보다 더 빨리 그 자신을 드러내 보이며, 진리의 힘을 의심하여 허가와 금지를 하는 것은 유해한 일이고, 진리와 허위가 맞붙어 논쟁을 하도록 하라고 주장했다. 자유롭고 공개적인 대결에서 진리가 불리하게 되는 일은 없으며, 진리의 논박이 허위를 억제하는 최선의 그리고 가장 확실한 방법이라고 보았다.

9) 특정한 허위의 표현에 대한 처벌규정은 존재한다. 비행기나 자동차에 폭탄이 폭발의 목적으로 장착되어 있다는 등의 허위사실(false information)을 고의로, 악의적으로 유포할 경우 형사처벌하도록 한 연방법(18 U.S.C. §35 Imparting or conveying false information)에 대하여 연방항소법원은, Shenk v. United States사건에서 소수의견을 낸 홈즈 대법관이 ‘명백하고 현존하는 위협’이 있는 사례로 예시한 “사람으로 가득 한 극장에서 거짓으로 ‘불이야’라고 소리치기(false cry of fire in a crowded theatre)”와 같이 명백하고 현존하는 위협이 있어 수정헌법 제1조의 보호를 받지 못한다고 본 바 있다.

10) 1992년 캐나다 대법원은 홀로코스트가 유대인들에 의하여 날조된 것이라는 내용의 책자를 제작하여 허위사실을 유포(spreading false news)한 혐의로 유죄판결을 받고 상고한 피고인에 대한 재판에서 출판물이 허위라고 하더라도 표현의 자유에 의하여 보호되며, 처벌근거조항이 헌법에 반한다고 판단하고, 상고를 인용하였다(R. v. Zundel). 법정의견을 낸 재판관 4인은 과장이나 명백한 허위도 유용한 사회적 목적에 기여하거나 정치참여 내지 자아실현을 증진시킬 수 있고, 복합적인 사회적·역사적 사실이 얽혀있는 경우 진실과 거짓의 구별이 어려우며, 어떤 이에게는 일정 부분 진실인 것이 어떤 이에게는 일정 부분 거짓인 것으로 받아들여질 수 있어 ‘허위’는 명백한 기준이 될 수 없다고 보았다. 재판관 3인은 반대의견을 제출하였으나, ‘허위사실’이 표현의 자유에 의하여 보호된다는 점은 법정의견과 마찬가지로 긍정하였다. 다만 처벌근거조항이 의도적으로 악의적 거짓을 출판하는 것을 금하는 것을 그 목적으로 하고 있음을 적시한 후, 특정그룹의 존엄을 위협하고 차별

김바브웨 대법원<sup>11)</sup>, 2002년 우간다 대법원<sup>12)</sup>도 각 허위사실 유포 처벌규정에 대하여 위헌판단하였다. UN 인권위원회도 허위사실 유포의 처벌이 표현의 자유를 침해한다는 입장을 표시한 바 있다<sup>13)</sup>. 또한 이 결정이 있기 전, 프랑크 라 튀(FranK La Rue) 표현의 자유 증진 및 보호에 관한 UN 특별조사관이 한국을 방문하였고, 그의 한국 방문 보고서 중 ‘인터넷 상의 표현의 자유(Freedom of Expression on the Internet)’ 부분 가운데 ‘허위정보 유통 금지(Prohibition to spread false information)’ 부분에서는 이 사건 법률조항이 표현의 자유를 부적절하게 제한할 우려가 있다는 점이 지적되었다.

## 나. 재판관 2인의 반대(합헌)의견

재판관 2인은 이 사건 법률조항이 명확성 원칙에 위반되지 않는다는 전제에서, 나아가 이 사건 법률조항이 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 의견을 제시하였다.

### (1) 완화된 심사기준의 적용

재판관 2인은 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니라는 점에 동의하였으나, 허위사실의 표현은 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위라고 볼 수 없으므로 민주주의의 발전

을 도모하는 언론에 대한 제한으로서 최소침해기준(minimal impairment test)에 반하지 않으며 법익균형성<sup>1)</sup>을 충족한다고 보았다.

11) Chavunduka and Choto v. Minister of Home Affairs & Attorney General, 22 May 2000, Judgement No. S.C. 36/2000

12) Onyango-Obbo and Mwenda v. AG, Constitutional Appeal No. 2, 2002, 11 February 2004

13) 1995년 연례보고서에서는 false information에 관한 형사처벌을 규정한 튀니지의 언론법이 시민·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제19조에 반하여 표현의 자유를 심각하게 침해한다는 점을 지적한 바 있고(annual General Assembly Report of the Human Right Committee, UN Doc. A/50/40, 3 October 1995, para. 89), 2000년 ‘표현의 자유와 보호와 증진(promotion and protection of the right to the freedom of opinion and expression)’에 관한 특별조사관(special rapporteur)가 작성한 연례보고서에서는 ‘false information’의 출판 또는 방송을 처벌하는 것이 그 해약과의 관계에서 비례에서 벗어난 것으로 비난되어야 하고, 평화적인 표현에 대한 처벌로서 인권에 대한 심각한 침해에 해당한다고 쓰고 있다(Annual Report to the UN Commission on Human Right, Promotion and protection of the right to the freedom of opinion and expression, UN Doc. E/CN.4/2000/63, para.205).



이나 인격발현에 미치는 효과가 중대하다고 하기 어려운 반면, 타인의 명예나 공공질서를 해칠 가능성이 높으므로, 허위사실의 표현에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 ‘피해의 최소화’ 원칙에서 ‘입법목적의 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다는 의견을 제시하였다.

헌법재판소는 상업광고와 관련하여 ‘상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소화’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적의 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적의 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198)고 하여, 표현의 자유에 대한 제한이라 하더라도 완화된 심사기준을 적용할 수 있음을 밝힌 바 있고, 2인의 반대의견은 허위의 표현에 대하여 위와 같은 논리가 적용된다고 본 것이다.

나아가 어떠한 행위를 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에 따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없으며, 기본적으로 입법권자의 의지 즉 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형성의 자유에 속한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480, 486 참조)는 점 역시 고려되었다.

## (2) 반대의견의 취지

재판관 2인의 반대의견은, 특히 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 파급력을 가진 점, 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에 의하여 자율적으로 신속하게 교정되기가 매우 어려운 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁에 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있는 점 등을 참작하면, 지금 우

리의 현실에서 일정한 범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 필요성이 있다는 점에 근거하고 있으며, 이 사건 법률조항은 전기통신설비에 의한 모든 허위통신을 금지하고 처벌하는 것이 아니라 ‘공익을 해할 목적’이라는 초과주관적 구성요건에 의하여 그 범위를 한정하고 있으므로 단순히 허위사실을 유포한 행위를 처벌하는 외국의 입법이나 판례가 없다는 것은 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 심사하는 논거가 될 수 없다는 점을 덧붙이면서, 나아가 독일 연방헌법재판소는 의도적으로 ‘입증된 허위사실’을 전달하는 것은 독일 기본법 제5조 제1항의 ‘의견의 표명 및 전달의 자유’의 보호범위에 포함되지 않는 것으로 보지 않는다는 점을 표시하고 있다.

독일 기본법 제5조 제1항은 의견(Meinung) 표명, 전달의 자유를 보장하는 바, 이 때 ‘의견’에 ‘사실의 주장’(Tatsachenbehauptung)이나 ‘사실의 전달’이 보호되는지 여부가 문제되었는데, 사실을 전달함에 있어 어떤 것은 상세하게 전달하거나 강조하고, 어떤 것은 중요하지 않은 것으로 생략하는 것에는 이미 평가적 입장표명과 의견의 표명이 존재한다는 것이 일반적이다. 또한 사실의 전달이 의견형성의 조건에 해당하는 한 사실전달은 기본법 제5조 제1항의 보호범위에 속한다는 것에 다툼이 없다. 그러나 의도적으로 ‘입증된 허위사실’을 전달하는 경우 기본법 제5조 제1항의 보호범위에 속하지 않는다고 보고 있다(BVerfGE 54, 208). 한편 독일 연방헌법재판소는 집회에서 유태인 대량학살을 부인하는 언급을 피할 의무를 부과한 뮌헨시의 조치가 문제된 사안에서 ‘제3제국에서 유태인 박해가 없었다는 표현은 수없이 많은 증인, 문서, 형사재판의 사실인정 및 역사학적 인식에 의하여 허위로 입증된 사실 주장에 불과하고, 그러한 주장은 그 자체로서 표현의 자유에 의한 보장을 향유할 수 없는 것’이라고 하면서(BVerfGE 90, 241)<sup>14)</sup>, 허위사실의 표현이 표

14) 다만 이에 대하여는 홀로코스트와 관련한 독일의 특수한 역사적 배경이 고려되어야 한다거나, 기본권의 보호가 공동화되지 않으려면 발언의 내용이나 가치 또는 무가치, 목적은 기본법 제5조 제1항 제1문의 보호범위를 결정하는 기준이 되어서는 안되고, 허위사실의 주장이 보호의 가치가 없다는 점은 보호범위를 정하는 기준으로서 적합하지 않으며, 보호영역의 확정문제에 진리의 입증, 즉 사실의 객관적 정확성이 관건적 의미를 가질 수는 없으며, 의사표현의 자유는 항상 오류를 범할 수 있는 자유라는 비판적 견해도 있다.

현의 자유에 의하여 보호되지 않음을 재차 확인하였으나, 의견과 사실의 분리가 어려운 경우에는 의견으로 보호된다고 보았다.

## 5. 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항이 인쇄물 등에 의한 허위사실의 표현과 전기통신설비에 의한 허위의 통신을 차별취급함으로써 평등권을 침해한다는 청구인들의 주장에 대하여, 재판관 2인은, 전기통신설비에 의한 허위의 통신의 경우, 정보수신자의 연령, 성별, 사회적 특성 등에 관계없이 접근이 매우 용이하여 허위사실의 전파속도나 파급효과가 인쇄물 등과는 비교할 수 없을 정도로 크므로, 양자를 차별하여 취급하는 데는 합리적 이유가 있다고 보았다.

한편, 다수의 재판관은 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부에 관하여 나아가 판단하지 아니하였다.

## 6. 결정의 의의

이 결정은 허위의 표현이 일반적으로 표현의 자유의 보호영역에 속한다는 점을 명시적으로 밝힌 최초의 헌법재판소 결정이다. 그러나 과거 헌법재판소의 결정들이 표현의 자유의 보호영역을 넓게 보는 경향을 취하고 있었던 점에 비추어 본다면, 이례적 결정이라 할 수는 없을 것이다.

한편 허위의 표현을 일반적으로 표현의 자유의 보호영역에서 배제하지 않았다고 하여, 이를 허위를 조장한다고 볼 수는 없을 것이다. 허위의 표현에 대한 규제는 기본권 제한의 헌법상 원칙을 충족시키는 한도 내에서 이루어질 수 있음은 물론이다.



## 결정색인(2010년)

### 선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

2010. 2. 25. 2008헌가23(22-1상, 36) .....	1
2010. 2. 25. 2008헌마324, 2009헌바31(병합)(22-1상, 347) .....	27
2010. 3. 25. 2009헌마170(22-1상, 535) .....	77
2010. 4. 29. 2009헌라11(22-1상, 596) .....	111
2010. 4. 29. 2008헌바170(22-1하, 1) .....	133
2010. 5. 27. 2005헌마346(22-1하 275) .....	157
2010. 5. 27. 2008헌마663(22-1하, 323) .....	187
2010. 6. 24. 2008헌바128(22-1하, 473) .....	215
2010. 7. 29. 2008헌가4(22-2상) .....	239
2010. 7. 29. 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269 · 736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합)(22-2상, 37) .....	265
2010. 7. 29. 2009헌가8(22-2상, 113) .....	289
2010. 7. 29. 2010헌라1(22-2상, 201) .....	315
2010. 7. 29. 2006헌바75(22-2상, 232) .....	331
2010. 9. 2. 2009헌가9, 2010헌가3(병합)(22-2상, 476) .....	347
2010. 9. 2. 2010헌마418(22-2상, 526) .....	357
2010. 10. 28. 2008헌바74(22-2하, 41) .....	403
2010. 10. 28. 2008헌마514,2010헌마220(병합)(22-2하, 180) .....	427
2010. 11. 25. 2009헌라12 (22-2하, 320) .....	453

2010. 11. 25. 2006헌마328(22-2하, 446) .....	483
2010. 12. 28. 2009헌가30(22-2하, 545) .....	503
2010. 12. 28. 2008헌바89(22-2하, 659) .....	533
2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합)(22-2하, 684) .....	559

## 헌법재판소결정해설집 (2010년)

---

2011年 12月 印刷

2011年 12月 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)

