

# 발 간 사

지난 24년 간 우리 헌정 사상 가장 활발하게 그리고 실질적으로 헌법재판이 이루어진 결과, 헌법규범은 입법활동이나 공권력 행사의 기준으로서 기능하고 국민의 생활 속에 살아 있는 최고규범으로 자리 잡게 되었습니다. 뿐만 아니라 헌법재판은 국가적·사회적 주요 쟁점을 둘러싼 우리 사회의 갈등과 대립을 종국적으로 해결함으로써 국민 통합에도 기여하였습니다.

헌법재판소 결정에 대한 정확한 이해는 헌법재판소가 위와 같은 기능을 다하기 위한 중요한 출발점이 될 뿐 아니라, 국민들과 헌법재판소 간의 원활한 소통을 가능하게 해 줍니다. 또한 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. 2012년도에도 2011년도에 선고된 결정 중 20건을 뽑아 열 번째 ‘결정해설집’을 발간하게 되었습니다.

아무쪼록 이 해설집이 헌법재판의 과정과 결과를 국민들에게 자세하게 알려 국민들이 헌법재판소 결정을 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 집필자 여러분과 이 책을 간행할 수 있도록 애써 주신 발간위원들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2012. 11.

헌법재판소 사무처장 김택수



# 목 차

균형법 제92조 위헌제청 .....	박병삼 .....	1
균형법 제47조 위헌제청 .....	임재훈 .....	25
친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 등 위헌소원 등 .....	이황희 .....	45
공직선거법 제265조의2 제1항 위헌소원 .....	이승엽 .....	98
지방자치법 제111조 제1항 제2호 위헌확인 .....	고일광 .....	113
국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조 제6호 등 위헌소원 .....	이황희 .....	147
고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률 부칙 제2조 위헌확인 .....	박진영 .....	173
서울특별시 서울광장 통행저지행위 위헌확인 .....	이승엽 .....	189
문화재보호법 제55조 제1항 등 위헌소원 .....	오동운 .....	223
부정수표단속법 제2조 제2항 위헌소원 .....	성 왕 .....	245
향토예비군설치법 제15조 제8항 위헌제청 등 .....	김진한 .....	265
통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호 위헌소원 .....	공진성 .....	299
대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 위헌확인 .....	박준희 .....	319

구 소득세법 제89조 제3호 등 위헌소원 .....	오동운	341
형사소송법 제262조 제4항 위헌확인 등 .....	이일엽	363
구 병역법 제41조 제3항 등 위헌확인 .....	이승엽	389
형법 제314조 제1항 등 위헌소원 .....	고일광	407
노동조합 및 노동관계조정법 제42조의2 등 위헌소원 등 .....	지성수	409
공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인 .....	정계선	471
형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제45조 제1항 위헌확인 등 .....	김현영	505

## 군형법 제92조 위헌제청

- 구 군형법 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분이 헌법에  
위반되는지 여부 -

(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178)

박 병 삼\*

### 【판시사항】

1. 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되어 군인들의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 동성애자들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 당해 사건의 피고인은 피해자(20세)가 소속된 부대의 부소대장으로서, 2008. 3. 초순경 소속 부대 독신 장교 숙소 3호실에서 이사를 도와주기 위하

---

\* 서울중앙지방법원 판사, 전 헌법연구관

여 온 피해자로 하여금 피고인의 팔을 베고 눕게 하고, 2008. 5. 초순경부터 2008. 6. 4.경까지 30여 일에 걸쳐 매일 20분 내지 30분간 부소초장실에서 피해자의 배, 엉덩이 및 성기를 만지고, 피고인의 성기를 피해자의 몸에 닿게 하는 등 피해자를 추행하였다는 혐의로 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’ 위반(업무상 위력 등에 의한 추행)으로 입건되었으나, 피해자와 합의하여 고소가 취소된 후 구 균형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 균형법’이라 한다) 제92조의 추행죄로 공소제기되었다.

나. 이 사건 재판을 맡은 육군 제22사단 보통군사법원(이하 ‘제청법원’이라 한다)은 제1심 재판 계속 중 직권으로 구 균형법 제92조에 대하여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유

구 균형법 제92조는 강제에 의한 추행이 포함되는지 여부가 불명확하고, 행위의 주체 및 상대방에 관하여 아무런 규정을 하지 않아 남성 간의 추행만을 의미하는지, 아니면 여성 간 또는 이성 간의 추행도 포함하는지 여부가 불명확하며, 행위자들 사이의 관계나 행위 장소 등에 관하여 아무런 판단 기준을 제시하지 아니하고 있으므로 명확성원칙에 반한다. 또한 군대 내에서의 이성 군인 간의 성적 행위는 징계에 불과한 반면 강제에 의하지 않은 동성 군인 간의 성적 행위를 징역형만으로 처벌하는 것은 과잉금지 원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권, 사생활의 비밀과 자유를 침해하고, 동성애자들의 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위 태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과

그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 등 참조). 그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있고, 그 전형적인 사례인 ‘계간’은 ‘추행’이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단 지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 동성 군인 간의 성적만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하므로 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다. 또한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵고, 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어려우며, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 없다. 나아가 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없어, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어려우므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

3. 군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방치할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

### 재판관 이동흡의 보충의견

이 사건 법률조항의 주된 보호범익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 범익이므로, 쌍방의 합의에 의한 성적 교섭행위일지라도 군 공동체생활의 건전성과 군 기강에 부정적인 영향을 미치기는 마찬가지인 점, 이 사건 법률조항은 폭행, 협박이나 위계, 위력 등 강제력과 관련된 구성요건요소를 규정하지 않고 있는 점, 2009. 11. 2. 균형법이 개정되기 전의 이 사건 법률조항은 강제력 행사여부에 따른 법정형의 차등을 두지 않고 이를 형사처벌하려는 것이 입법의도에 부합하는 해석인 점, 상급자가 강제력을 행사하지 않은 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성이 높은 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 강제력 행사를 요구하지 않는 것으로 해석된다.

또한, 이 사건 법률조항의 “기타 추행”이 동성 간의 성적 교섭행위를 뜻하는 계간과 동일한 항에 병렬적으로 규정된 점, 폐쇄적으로 단체생활을 하면서 동성 간에 일정 공간을 공동으로 사용해야 하는 군대 내에서는 비정상적인 동성 간의 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 높아진다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 계간과 마찬가지로 동성 간의 성적 행위에만 적용되고, 다만, 이 사건 법률조항이 적용되는 동성 간의 성적 행위에는 동성 ‘군인’ 간의 성적 행위만이 포함되고, 동성 ‘민간인’과의 사적 생활관계에서의 성적 행위는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

마지막으로, 이 사건 법률조항이 적용됨에 있어 시간적, 장소적 제한이 있는지에 관하여 보건대, 구체적인 사건에 있어서 이 사건 법률조항이 적용될 수 있는지 여부는 그 행위가 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률 해석·적용의 문제라 할 것이며, 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 다소 의문이 있을 수 있다는 것은 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 형벌규범인 이 사건 법률조항이 불명확하다고 볼 수는 없다.



### 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 “계간 기타 추행”이라고만 규정함으로써, ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨 놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당된다고 해석하고 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 참조). 그러나 이러한 해석은 군형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다.

다음으로 이 사건 법률조항은 예시적 규정의 형식을 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항에서 “기타 추행”은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다. 그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 “기타 추행”을 ‘계간에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, “기타 추행”에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 “계간”이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 “기타 추행”에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비 군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다.

결국 이 사건 법률조항은 그 구성요건에 단지 “계간 기타 추행”이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는

지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의 원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.

### 재판관 김종대의 반대의견에 대한 추가 보충의견

군의 정신전력을 강화하기 위해서는 군내에서의 동성애를 금지할 필요성도 있다. 그러나 금지의 위반에 대해 형벌을 과할 때에는 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 따라야 하는데, 이 사건 심판대상 조항인 “기타 추행” 부분은 앞서 본 바와 같이 범죄 구성요건으로서의 명확성을 갖추지 못하였으므로 이와 같은 조항으로서는 국민을 형사처벌할 수 없다고 할 것이다.

### 재판관 조대현의 한정위헌의견

이 사건 법률조항은 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호하기 위한 것이고, 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자”라고만 규정할 뿐 “기타 추행”의 행위 대상과 장소를 제한하지 않았다. 따라서 위 법률조항의 문언상, 군인의 추행행위는 군영(軍營) 내외를 불문하고, 그 상대방이 군인이든 민간인이든 동성(同性)이든 이성(異性)이든 불문하고, 상대방의 의사에 반하는지 여부를 불문하고, 모두 적용된다고 보지 않을 수 없다.

그러나 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용하는 것은, 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호한다는 입법목적의 범위를 넘는 것이므로, 처벌의 필요성을 인정하기 어렵다. 추행행위를 위하여 강제력이 동원된 경우에도 형법 등에 규정된 강제추행죄 등으로 처벌하는 것은 몰라도 군대의 기강을 위하여 이 사건 법률조항을 적용할 필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의

자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 심판의 대상을 구 군형법 제92조 전체로 삼을 것인지 아니면 구 군형법 제92조 중 “기타 추행”부분만으로 한정할 것인지 여부가 문제된다. 앞서 심판청구에 이르게 된 경위에서 보듯이 이 사건의 피고인은 피해자와 합의하에 동성애 행위를 한 것이 아니라 상관으로서의 우월한 지위를 이용하여 피해자를 강제로 추행한 것이므로 구 군형법 제92조 중 “계간”이 아니라 “기타 추행”을 한 자인데, 제청법원은 구 군형법 제92조 전체에 대하여 위헌법률심판제청을 하고 있다. 따라서 본안 판단에 앞서 심판의 대상 한정여부가 먼저 검토되어야 한다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 한 원칙인 명확성원칙에 위배되는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다. 그밖에 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되어 군인들의 사생활의 비밀과 자유, 성적자기결정권을 침해하는지 여부와 이 사건 법률조항이 동성애자들의 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

이하에선, 심판대상의 한정 여부에 관한 검토를 한 다음 이 사건 법률조항의 연혁과 입법례를 살펴보고, 이어 본안에 대한 판단을 하고자 한다.

### 2. 심판대상의 한정 여부

이에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 심판의 대상을 한정함이 옳다고 판단하였다.

『제청법원은 구 군형법 제92조 전체에 대하여 위헌제청을 하였으나, 구 군형법 제92조의 구성요건은 “계간”과 “기타 추행” 부분으로 나누어지고, 당해 사건의 피고인은 “계간”이 아니라 “기타 추행”을 범한 것으로 공소제기되어 재판을 받고 있으므로, 이 사건 심판의 대상은 구 군형법 제92조 중 “기타 추행”과 관련된 부분으로 한정함이 상당하다.』

살피건대, 구 군형법 제92조의 구성요건은 “계간”과 “기타 추행” 부분으로

나누어진다. 여기서 “계간”이란 남성들 간의 항문성교를, “기타 추행”이란 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 행위를 뜻한다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 참조). 이처럼 “계간”과 “기타 추행”은 그 개념상 분리가 가능할 뿐만 아니라, 종전 선례인 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 사건에서도 심판대상을 “기타 추행” 부분으로 한정하였고,<sup>1)</sup> 제청법원의 제청이유 역시 “기타 추행” 부분에 집중되어 있으며, 명확성원칙 위반 여부 등의 본안 판단 시 “계간”과 “기타 추행” 부분 간의 실시내용이 다를 것이므로, 이 사건 심판의 대상을 “기타 추행” 부분만으로 한정하는 것은 적절한 것으로 보여 진다.

### 3. 이 사건 법률조항의 연혁, 동성애에 관한 입법례 및 정책

#### 가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정된 군형법은 1948. 7. 5. 군정법률로 제정되었던 국방경비법, 해안경비법을 대체하는 것으로 일본의 구육군형법(명치 41년 제정)을 토대로 미육군전시법의 규정을 다소 가미하여 조문화한 것이다.<sup>2)</sup> 종래 국방경비법 및 해안경비법에는 ‘기타 각종의 범죄’의 장에 방화, 절도, 횡령 등과 함께 ‘계간’을 기술하고, 위반자에 대하여 군법회의의 판결에 의하여 처벌한다고 규정하고 있었다.

이 사건 법률조항은 1962. 1. 20. 제정 이래 한 번도 개정되지 않은 채 그대로 존속하다가, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되면서, 재92조의2에서 강제력을 수반한 강제추행죄를 신설하고,<sup>3)</sup> 종전 제92조의 규정을 제92조의5

1) 법정의견, 반대의견 모두 ‘기타 추행’ 부분으로 한정하여 논의를 전개하였는바, 이는 헌법재판소가 ‘계간’과 ‘기타 추행’ 부분이 양적 내지 질적으로 분리 가능한 심판대상이라는 점에 합의한 것으로 볼 수 있다.

2) 육군사관학교, 군법개론(개정판) 제6, 7면 참조

3) 제92조의2(강제추행)

폭행이나 협박으로 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.

로 자리를 옮기면서 ‘기타 추행을 한 자’를 ‘그 밖의 추행을 한 사람’으로 자구를 수정하고, 법정형을 ‘1년 이하의 징역’에서 ‘2년 이하의 징역’으로 상향 조정하였다.<sup>4)</sup>

## 나. 동성애 행위의 처벌에 관한 입법례

### (1) 서론

동성애를 범죄로 볼 것인지의 문제는 각 나라가 처한 역사, 문화, 종교 등의 차이에 따른 것이지, 이를 각 나라의 문명화 정도, 인권보장의 수준 차이로 이해하는 것은 바람직하지 않다.

즉, 이슬람교를 신봉하는 국가에서는 여전히 동성애를 범죄로 보고 있고, AIDS가 만연한 아프리카의 많은 나라에서도 남성 간 동성애를 강력하게 처벌하고 있는바, 이런 이유만으로 이들 국가가 비 문명국이고, 인권 후진국이라고 단정할 수는 없기 때문이다.

### (2) 주요 국가의 입법례

#### (가) 미국의 경우

##### 1) 미 군사통일법전(Uniform Code of Military Justice)<sup>5)</sup>의 규정

미 군사통일법전 제125조에 의하면 Sodomy(비자연적 성행위 내지 계간)라는 제하에“(a) 동성 또는 이성 간 또는 동물과의 비정상적인 육체적 성교를 한 어떠한 사람도 Sodomy죄에 해당한다. 아무리 경미한 삽입일지라도 이 범죄를 완성시키기에는 충분하다(Any person subject to this chapter who engages in unnatural carnal copulation with another person of the same or opposite sex or with an animal is guilty of sodomy. Penetration, however slight, is sufficient to complete the offense). (b) Sodomy죄로 발견된 사람은 누구나 군사법원의 판단에 따라 처벌될 것이다(Any person found guilty of sodomy shall be punished as a court-martial may direct)”

4) 제92조의5(추행)

계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

5) 10 USC 925

고 규정하고 있다. 여기서 ‘비정상적인 육체적 성교’라 함은 사람의 입이나 항문에 다른 사람이나 동물의 성기를 넣는 것, 사람의 성기를 다른 사람의 입이나 항문에 넣는 것, 사람의 성적 부위가 아닌 신체 노출 부위에 육체적 성교를 하는 것, 동물과 육체적 성교를 하는 것을 뜻한다고 한다.<sup>6)</sup>

따라서, 미군의 경우 이러한 Sodomy(변태적 성행위 내지 계간)를 범하게 되면 군사통일법전(UCMJ) 제125조의 규정에 따라 형사적으로 처벌받게 된다.

## 2) Lawrence v. Texas 판결<sup>7)</sup>

연방대법원은 2003년 동성 간의 성행위를 범죄로 규정한 텍사스주법에 대하여 6대3의 다수의견으로 ‘미국 연방헌법상의 적법절차조항을 침해하여 위헌’이라고 판시하였다. 연방대법원은 Lawrence 사건에서 단지 동성애 행위의 성격에만 초점을 맞추던 기존의 견해에서 벗어나 “성인으로서 수정헌법 제14조에서 규정하고 있는 적법절차조항에 의한 자유권의 행사로 사적인 행위를 할 수 있는지의 여부”에 초점을 맞추었다. 연방대법원은 기존의 Bowers<sup>8)</sup>사건을 폐기하면서, 개인은 공공장소가 아닌 곳에서 쌍방 동의에 의하여 관계를 가질 기본적인 프라이버시 이익을 가진다고 보았다.

## 3) Lawrence 판결과 군내 동성애 금지 조항과의 관계

Lawrence 판결은 일반시민에 대해 적용되는 주법이 문제되는 사안이었기 때문에 이 판결로 인해 곧바로 군인에게 적용되는 군사통일법전상의 ‘소도미’ 조항이 위헌이라고 할 수는 없다. 오히려 Lawrence 판결에서 O’Conner 판사는 자신의 의견 결론 부분에서 “텍사스주법은 ‘국가안보’와 같은 적법한 주의 이익이 없다”고 서술함으로써 추후 군대내의 소도미 금지 규정에 대한 위헌성 논의에 있어 ‘국가안보’가 정당성의 근거로 제시될 수 있는 여지를

---

6) Manual For COURT-MARTIAL UNITED STATES (1998 EDITION)

7) 무기를 소지한 소란행위에 대한 신고를 받고 출동한 경찰관이 자신의 아파트에서 동성 간 성행위를 하는 로렌스를 발견하고 동성 간 성행위를 금지, 처벌하는 텍사스 주 법에 따라 체포, 처벌한 사건

8) 1992년 8월 미국 조지아주 경찰은 술값을 내지 않은 혐의로 신고된 Hardwick의 집을 방문하였다가 그가 자신의 집 침실에서 다른 남성과 동성애 행위를 하는 것을 목격하고 현장에서 체포하였다. 이 사건에서 연방대법원의 다수의견은 동성애 행위의 자유는 헌법상의 기본적 인권에 해당하지 않으며, 따라서 이를 규제하는 조지아주법은 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

남겨두기도 하였다고 한다.<sup>9)</sup>

실제 미국 군사법원은 Lawrence 판결 이후에도 United States v. Marcum 사건 및 United States v. Stirewalt 사건에서 ‘소도미’ 행위는 불법이고, 이에 대한 기소는 합헌이라고 판시하고 있다.

(나) 독일의 경우

1) 동성애 처벌조항 및 폐지

독일의 경우 제국형법 발효일인 1872. 1. 1.부터 1994. 6. 11.까지 동성애를 처벌하는 조항을 두고 있었다.

즉, 독일 제국형법 제175조는 “남성들 간의 또는 사람과 짐승 간의 반자연적인 음란한 행위(Unzucht)는 자유형(Gefängnis, 금고형)에 처한다. 시민의 명예권<sup>10)</sup> 상실도 승인될 수 있다.”고 규정한 이래로, 나치형법(1935. 9. 1.)을 거쳐 동성애 및 수간 등 반자연적인 음란 행위에 대하여 계속적으로 처벌을 하다가 1994. 3. 10. 형법을 개정하면서 제175조를 폐지함으로써 더 이상 동성애를 처벌하지 않게 되었다.

2) 독일 일반평등법의 제정

독일은 동성애에 대한 처벌 조항을 폐지하는 것에서 더 나아가 개인의 성적 정체성을 사유로 한 일체의 차별을 예방하고 배제하는 내용의 일반평등법을 제정하였다.

일반평등법(2006. 8. 14.) 제1조(목적)에는 “이 법률은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별을 예방하고 배제하는 것을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다.

(다) 유럽 여러 나라의 경우

유럽의 경우 유럽인권위원회에서 1978년 Dudgeon v. UK 사건<sup>11)</sup>에서 처음으로 동성애 처벌이 유럽 인권협약 제8조의 사생활을 존중받을 권리를 침

9) 노기호, 군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰, 헌법학 연구 제15권 제2호, 279쪽

10) 여기서 명예권은 특히 박사학위나 참정권의 박탈을 의미했다고 한다.

11) 영국은 1967년 성폭력법의 개정을 통해 21세 이상 남성의 동성애 행위를 비범죄화 하였는데, 이 법이 잉글랜드와 웨일스에만 적용이 되고, 북아일랜드에는 적용이 되지 않고 있던 중 북아일랜드의 게이 권리 협회의 활동가인 Jeffrey Dudgeon이 소송을 제기한 사건. 이경환, 같은 논문 85쪽

해한다고 선언하고, 1981년 유럽 인권재판소가 위와 같은 결론을 재차 확인 하면서부터 유럽위원회 회원 국가들이 동성애행위 금지 법률을 폐지하기 시작하였는데 1989년까지 23개 회원국이 동성애 행위 처벌법을 폐지하였다.<sup>12)</sup>

(라) 일본의 경우

일본의 경우 1872년에 발령된 계간조례<sup>13)</sup> 및 1873년에 발령된 개정율례<sup>14)</sup>에서 남성 간의 성행위를 범죄로 규정하였다. 그러나 1880년에 발령된 형법에서는 이러한 규정을 따로 두지 않음으로써 동성애 처벌조항은 더 이상 존재하지 않는다고 할 수 있다.

**다. 군대내 동성애자들에 대한 각국의 정책**

미국은 군사통일법전에서 ‘소도미’ 관련 규정을 두고 있고, 군사법원에서 연방대법원의 Lawrence 판결 이후에도 ‘소도미’ 행위에 대한 처벌이 이루어지고 있다. 그러나 미국을 제외한 나머지 주요 국가들에서는 동성애 행위에 대하여 형사적인 처벌 규정을 두고 있지는 않다.

다만, 동성애 행위를 처벌하는 입법의 유·무와는 별개로 군대 내에서 동성애자들을 어떻게 취급할 것인지 즉, 동성애자에 대하여 강제 전역조치를 할 것인지 아니면 군복무를 허용할 것인지에 관하여도 각 국의 정책에는 차이가 있다.

(1) 우리나라의 경우

우리나라의 경우 군인사법 시행규칙 제56조(현역복무 부적합자 기준) 제2항 제4호에는 ‘변태적 성벽자’를, 군인사법 시행령 제49조 제1항 제2호에 규

12) 강달천, “동성애자의 기본권에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2000. 12, 제2장 제3절 참조

13) 1872년 어느 현에서 사법성에 「현내(縣內)의 학생이 남색을 하는데 어떻게 처벌하면 좋은가?」라고 문의한다. 그 대답인 “지령”에 해당하는 것이 1872년 11월에 발령된 “계간조례”이다

14) 1873년 6월 13일 태정관 포고령 제206호로 포고되어 7월 10일 시행된 「개정율례(律例)」 제266조는 “무릇, 계간을 하는 자는 각각 징역 90일. 화토죽은 파렴치로 논한다. 그 계간을 당한 아동이 15세 이하이면 벌하지 않는다. 강제로 계간한 자는 징역 10년. 미성년자는 형을 1등(一等) 감한다.”라고 규정하고 있다.



정된 자(현역복무에 적합하지 아니한 자)의 하나로 규정하고 있으므로 마치 동성애자임이 알려진 경우 현역 복무에서 전역시키는 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 국방부가 2006. 3. 22. 발표하고 같은 해 4. 1.부터 시행한 ‘병영 내 동성애자 관리지침’에 의하면, 동성애자 역시 일반병사와 동등하게 관리되는 것을 전제로 병영 내 모든 성적 행위는 인정되지 않으며, 성희롱, 성추행, 성폭력 사고 발생 시 군형법을 적용하여 엄중처벌하고, 복무 부적응시에만 현역복무 부적합 처리 후 전역 조치를 할 뿐, 동성애 사유만으로 현역복무 부적합 처리는 불가하다고 하고 있다. 아울러 위 지침에 의하면 동성애자에 대한 신상 비밀이 보장되고, 차별 또한 금지된다(따라서, AIDS 검사 및 강제 채혈 등도 금지된다).

따라서, 우리나라의 경우 동성 간의 성적 행위가 없는 한 성적 지향이 동성애자라는 사유만으로는 군복무를 배제하거나, 어떠한 차별도 하지 않음을 알 수 있다.

## (2) 미국의 Don't Ask, Don't Tell 정책

미국은 1916년경부터 군인의 전역조치사유로 소도미를 포함시켰고, 그 후 군은 동성애 행위와 상관없이 동성애 성향(homosexual tendencies)에 따른 전역조치를 정책화하였다.

그런데 1993년경 미국의 클린턴 행정부는 동성애자들도 근무능력에 문제가 없는 이상 군에서 축출할 수 없게 하는 정책을 추진하였는데 공화당은 물론 민주당내 보수 성향 의원들의 강력한 반대에 직면하게 되었다. 그러자 양측은 타협안으로 Don't Ask, Don't Tell(일반적으로, 약칭하여 DADT 정책이라고도 한다) 정책을 새로이 미연방법 제10장 제654조에 마련하여 시행하게 되었다.

이 정책의 요체는, 군에서 군대지원자들과 군복무자의 성적 지향을 알아보기 위한 질문을 금지하는 대신 동성애자임이 밝혀진 경우에는 강제 전역 조치한다는 것이다. 이 정책이 과거와 달라진 점은 군대지원자들과 군복무자들에게 성적 지향을 알아보기 위한 질문을 금지한다는 데에 있다. 다만 군복무자가 스스로 동성애자임을 밝힌 경우에는 전역 조치된다. 이후 DADT

정책은 2011.까지 그대로 유지되다가 오바마 대통령에 의하여 2011. 9. 20. 공식적으로 폐지된다. 따라서 현재 미국 군에서는 자신이 동성애자임을 밝힌다고 하여 강제로 전역되지는 않으며, 과거 이 정책으로 강제 전역된 군인들에 대하여 재입대가 허용되고 있다.

(3) 기타 다른 국가들의 경우

동성애자들의 군복무 허용 여부를 도표로 정리하면 아래와 같다.

군복무 제도	국가명	동성애자 군복무 허용 여부
모병제 국가	영국	허용
	캐나다	허용
	호주	허용
	프랑스	허용
징병제 국가	독일	허용
	대만	허용
	이스라엘	허용
	터키	금지
	폴란드	금지
	러시아	금지

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 명확성원칙에 위반되는지 여부

(1) 명확성원칙의 개념 및 심사기준

죄형법정주의 원칙에서 파생되는 명확성원칙은, 금지된 행위가 무엇이고 허용되는 행위가 무엇이며 금지에 대한 위반의 효과가 어떤 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 법률에 구성요건과 형벌규정이 명확하게 규정될 것을 요구하는 헌법상의 원칙을 말한다(헌재 2006. 11. 30. 2006헌바53, 판례집 18-2, 516 등 참고).

다만, 명확성원칙에도 불구하고 개별 범죄의 구성요건을 기술함에 있어 언어상, 입법기술상의 한계 등으로 다소 포괄적이고 불확정한 개념, 법관의

해석이 필요한 개념을 사용할 수밖에 없는바, 구성요건이 어느 정도까지 특정되어야 명확성원칙에 반하지 않는가의 문제가 발생한다. 이 사건 결정에서 명확성원칙의 심사기준에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

『처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다 하더라도, 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석이 필요하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 하고 있다면, 이는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391).』

## (2) 예시적 입법형식과 명확성원칙

이 사건 법률조항의 경우, 범죄 구성요건적 수단 등에 대하여는 문언적 제한을 가하지 아니하면서 대표적 구성요건인 “계간”을 판단지침으로 예시한 다음, 어느 정도 보편적이고 일반적인 용어인 “추행”을 그대로 일반조항으로 사용하는 예시적 입법형식을 취하고 있다. 이러한 예시적 입법형식의 경우 구성요건의 대전제인 일반조항의 내용이 지나치게 포괄적이어서 법관의 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있다면 죄형법정주의의 원칙에 위배될 수 있다.

그러므로 예시적 입법형식이 명확성원칙에 위배되지 않으려면, 예시한 개별적인 구성요건이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌바72, 판례집 21-1상, 406, 418 참조).

## (3) 판단 및 해설

(가) 다수의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배되지

아니한다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항 중 일반조항에 해당하는 “추행”이란 정상적인 성적만족 행위에 대비되는 다양한 행위태양을 총칭하는 것으로, 그 구체적인 적용 범위는 사회적 변화에 따라 변동되는 동태적 성격을 가지고 있으나 그 대표적이고 전형적인 사례가 “계간”이며, “계간”의 사전적 의미는 ‘사내끼리 성교하듯이 하는 짓’으로 남성 간의 항문성교를 뜻한다. 또한 앞에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항의 주된 보호법익은 ‘개인의 성적 자유’가 아니라 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이다.

따라서 이 사건 법률조항에서 말하는 “기타 추행”이란, 계간에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것을 의미한다고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것이다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 등 참조).

그렇다면 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 군인, 군무원 등 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있다고 판단되고, 그 전형적인 사례인 “계간”은 이 사건 법률조항에서 “추행”이 무엇인지를 해석할 수 있는 판단지침이 되며, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 법집행기관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.』

(나) 위와 같이 다수의견은 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판시하면서도, 제청법원이 불명확하다고 주장하고 있는 부분에 대하여 구체적인 응답을 하지 않았는데, 이에 대하여 재판관 이동흡은 다수의견에 대한 보충의견을 개진하면서, 제청법원에서 제기하고 있는 의문사항에 대하여 다음과 같은 판시를 하고 있다.

『결국 이 사건 법률조항은 강제력 행사여부나 범행 시간과 장소를 불문하고, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 동성 군인 간의 성적 행위에 한하여 적용되는 것으로 볼 수 있고, 이러한 해석이 가능한 이상 구체적인 사안에서 법률적용자가 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려는 없다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.』

(다) 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환은 이 사건 법률조항이 다음과 같은 이유로 명확성원칙에 위반된다는 반대의견을 개진하였다.

『이 사건 법률조항은 범죄구성요건으로 오로지 “계간 기타 추행”이라고만 규정함으로써, ‘강제성을 수반하는 행위’만이 이에 해당하는지, 아니면 ‘강제성을 수반하지 않는 음란한 행위’까지 이에 해당하는지를 법해석기관에 맡겨놓고 있으며, 이에 따라 대법원은 이 사건 법률조항의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’가 아닌 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 전제 아래, 강제력 행사를 수반하지 않는 행위도 이에 해당된다고 해석하고 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 참조). 그러나 이러한 해석은 군형법의 적용을 받는다는 이유만으로, 강제성이 없는 ‘당사자 간의 자발적 합의에 의한 음란행위’가 강제성이 가장 강한 ‘폭행·협박에 의한 추행’과 동일한 형벌조항에 따라 동등하게 처벌되는 불합리성이 발생하게 된다.

다음으로 이 사건 법률조항은 예시적 규정의 형식을 갖추고 있으므로, 이 사건 법률조항에서 “기타 추행”은 적어도 ‘계간에 준하는 행위’로 봄이 상당하다. 그러나 앞에서 본 대법원 판결은 이러한 통상적 해석과는 달리 “기타 추행”을 ‘계간에 이르지 아니한 동성애 성행위’로 보아 음란의 정도가 계간보다 약하여도 무방하다고 보고 있으므로, “기타 추행”에 해당하는 행위인지 여부를 판단함에 있어 “계간”이 그 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 음란정도가 어느 정도에 이를 때 “기타 추행”에 해당한다고 할 수 있을지에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적과 보호법익에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 해당하는 ‘추행’은 ‘동성 간에 군영 내에서 하는 음란한 행위’로 한정되

어야 한다. 그러나 이 사건 법률조항이 이를 구체적이고 명료하게 규정하지 않았고, 위 대법원 판례가 실시한 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익의 개념도 광범위하고 포괄적이다 보니, ‘군인인 이성 간의 군영 내 또는 군영 외 음란행위’나 ‘군인과 비 군인과의 군영 내에서의 음란행위’ 등도 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명하게 되었다.

결국 이 사건 법률조항은 그 구성요건에 단지 “계간 기타 추행”이라는 추상적이고 모호하며 포괄적인 용어만을 사용함으로써 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성요건에 해당하는지 여부가 불명확하게 되었다. 그 결과, 가벌성이 현저히 다른 행위를 대등하게 처벌하게 되고, 형법상 친고죄의 입법취지를 유명무실하게 하며, 행위자의 예견가능성을 저해하여 자기책임주의 원칙에 반하고, 수사기관, 공소제기기관 및 재판기관의 자의적 해석을 초래하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이다.』

(라) 한편, 재판관 김종대는 위 반대의견이 군대 내에서 동성애를 허용하는 것은 아니라는 취지의 추가 보충의견을 밝히고 있다.

『군의 정신전력을 강화하기 위해서는 군내에서의 동성애를 금지할 필요성도 있다. 다만, 금지의 위반에 대해 형벌을 과할 때에는 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 따라야 하는데, 이 사건 심판대상 조항인 “기타 추행” 부분은 앞서 본 바와 같이 범죄 구성요건으로서의 명확성을 갖추지 못하였으므로 이와 같은 조항으로서는 국민을 형사처벌할 수 없다.』

(마) 결국 다수의견은, 이 사건 법률조항의 보호법익이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’이므로, “기타 추행”이란 이러한 보호법익을 침해하는 행위로서 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 하는 바, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상 법집행기관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로 명확성원칙에 위배되지 않는다는 것이다.

이에 반하여 반대의견은, ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는

이 사건 법률조항의 보호법익에 의하여 “기타 추행”의 개념을 한정한다 하더라도 보호법익 자체의 개념이 광범위하고 포괄적이다 보니, 여전히 강제성 여부, 행위의 정도, 행위의 주체와 객체 및 행위 장소 등에 있어서 범죄구성 요건에 해당하는지 여부가 불명확하므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 내용인 형벌법규의 명확성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다는 취지라 할 수 있다.

### 나. 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부

이 사건 법률조항이 명확성원칙의 위반된다는 반대의견을 제기한 재판관들도 이 부분에 대하여는 별도의 위헌론을 주장하지 않고 있는 반면, 재판관 조대현은 이 부분에서 위헌론(한정위헌)을 주장하고 있는바, 다수의견인 합헌론과 반대의견인 위헌론은 다음과 같다.

#### (1) 합헌론

다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.

##### 『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

이 사건 법률조항은 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기 확립을 목적으로 하는바, 그러한 입법목적은 정당하며, 동성 군인 간의 성적만족 행위를 금지하고 이를 형사처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로 인정된다.

##### (나) 피해 최소화

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 위와 같은 입법재량권이 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례

의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 헌법규정이나 헌법상 일반원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 이는 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라고 할 것이다 (헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가 16, 판례집 13-2, 570 등).

살피건대 이 사건 법률조항의 입법목적은 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하는 것이고, 그 주된 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익이며, ‘개인의 성적 자유’ 등 개인적 법익은 주된 보호법익이 아니므로, 균형법상 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 위와 같은 사회적 법익을 침해한 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정하였다는 사유만으로는 입법재량권이 자의적으로 행사되었다고 보기 어렵다.

더욱이, 우리나라의 안보상황과 징병제도 하에서 단순한 행정상의 제재만으로는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 이 사건 법률조항은 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없으며, 법정형이 1년 이하의 징역형으로 되어 있어 구체적인 사안을 고려하여 선고유예도 가능하다는 점을 종합해 보면, 피해최소성원칙에 반한다고 볼 수 없다.

#### (다) 법익균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 군인들이 받게 되는 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유의 제한 정도가, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활 및 군기의 보호’, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익보다 크다고 할 수 없으므로, 법익 균형성을 일탈하였다고 보기도 어렵다.

#### (라) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 아니한다.』



## (2) 위헌론

『이 사건 법률조항은 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호하기 위한 것이고, 구 군형법 제92조는 “계간 기타 추행한 자”라고만 규정할 뿐 “기타 추행”의 행위 대상과 장소를 제한하지 않았다. 따라서 위 법률조항의 문언 상, 군인의 추행행위는 군영(軍營) 내외를 불문하고, 그 상대방이 군인이든 민간인이든 동성(同性)이든 이성(異性)이든 불문하고, 상대방의 의사에 반하는지 여부를 불문하고, 모두 적용된다고 보지 않을 수 없다. 이 사건 법률조항이 남성간의 항문 성교를 의미하는 “계간”을 추행의 예시로 규정하였다고 하여 남성 또는 동성(同性) 군인 간의 추행행위에만 적용되는 것이라고 제한하여 해석할 수 있는 것인지 의문이다.

그런데 ‘군인의 군영 내 추행행위’와 ‘군인 간의 군영 외 추행행위’는 군기유지를 위하여 억제할 필요가 있으므로, 그러한 행위가 당사자들의 합의에 의하여 비강제적으로 이루어진 경우에도, 이 사건 법률조항을 적용하여 처벌하더라도 군인들의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해한다거나 기타 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.

그러나 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용하는 것은, 군대라는 특수한 공동사회의 기강을 보호한다는 입법목적의 범위를 넘는 것이므로, 처벌의 필요성을 인정하기 어렵다. 추행행위를 위하여 강제력이 동원된 경우에도 형법 등에 규정된 강제추행죄 등으로 처벌하는 것은 몰라도 군대의 기강을 위하여 이 사건 법률조항을 적용할 필요는 없다고 생각한다. 따라서 이 사건 법률조항을 ‘군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우’에도 적용된다고 해석하는 것은 기본권을 제한할 필요도 없이 군인의 성적 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다.』

## (3) 해설

결국 다수의견은, 이 사건 법률조항이 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 보호’ 나아가 국가안보라는 공익을 위한 것이고, 우리나라의 안보상황과 징병제도를 고려할 때 “기타 추행”행위를 한 자에 대하여 1년 이하

의 징역형에 처하는 형사처벌을 하더라도 과잉금지의 원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는다고 판시를 하였다.

반면 반대의견은, 이 사건 법률조항의 문언상 추행행위의 장소는 군영 내외를 불문하고, 추행행위의 상대방 역시 군인이든 민간인이든 불문한다고 볼 수밖에 없는바, 이 사건 법률조항이 군인이 군영 외에서 민간인을 상대로 추행행위를 하는 경우에도 적용된다고 해석하는 한 군인의 성적자기결정권이나 사생활의 자유를 침해한다는 것이다.

한편, 대법원은 이 사건 법률조항의 입법취지 등을 고려하여 민간인과의 사적 생활관계에서의 변태적 성적만족 행위에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 해석하고 있으므로(대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결 참조), 위 반대의견에서 제기하고 있는 위헌적 해석상황은 그 발생 가능성이 희박하다고 보여 진다.

## 다. 동성애자의 평등권을 침해하는지 여부<sup>15)</sup>

### (1) 심사척도

평등권의 침해 또는 평등원칙의 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도 및 범위에 따라 달라진다고 할 것인데(헌재 2008. 10. 30. 2006헌바35, 판례집 20-2상, 793, 800), 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도를 적용하여야 한다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346).

그런데 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 이와 같은 동성 간의 성적 행위와 이성 간의 성적 행위에 대한 차별은 헌법상 차별을 금지한 영역인 성을 이유

15) 이 부분에 관하여는 위헌 의견을 개진하는 재판관이 없으므로 합헌론의 주장을 그대로 옮겨 적는다.

로 한 남녀 차별의 문제가 아니며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에도 해당하지 아니하고, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래할 사정도 발견되지 않으므로, 자의금지원칙에 의한 완화된 심사척도를 적용하면 족하다.

## (2) 차별의 합리성 유무

군대는 엄격한 상명하복의 수직적인 인간관계로 이루어져 있고, 절대 다수의 혈기왕성한 젊은 남성 의무복무자들이 이성 간의 성적 욕구를 원활하게 해소할 방법이 없는 상태에서 장기간의 폐쇄적인 단체생활을 해야 하므로, 일반 사회와 비교하여 이성 간의 성적 교섭행위보다는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높다.

특히 상급자가 같은 성적 지향을 가지지 아니한 하급자를 상대로 동성애 성행위를 감행할 가능성이 높고, 이러한 동성 군인 간의 성적 교섭행위를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서는 위태로워지며, 구성원 간의 반목과 분열을 초래하여 궁극적으로 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크다.

이에 반하여 군대에서 남성과 여성이 폐쇄적인 단체생활을 하여야 하는 상황은 그리 많지 않고, 일반 사회와 비교하여 군대에서 이성 간의 성적 교섭행위가 빈번히 발생하여 이를 방지할 경우 군대의 엄격한 명령체계나 위계질서를 위태롭게 할 우려가 크다고 할 수도 없다.

위와 같은 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정된다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

## 5. 결정의 의의

(1) 이 사건 결정은, 계간 기타 추행한 자를 1년 이하의 징역에 처하도록 규정한 구 군형법 제92조 중 “기타 추행” 관련 부분이 헌법에 위반되지 아니한다는 종전 헌법재판소의 입장(2002. 6. 27. 2001헌바70결정, 판례집 14-1,

601)을 재차 밝힌 것에 그 의미를 찾을 수 있다.

(2) 먼저 이 사건 결정에서, 이 사건 법률조항의 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 사회적 법익인바, 이 사건 법률조항에서 말하는 “기타 추행”은 이러한 보호법익을 침해하는 것으로서 그 해당 여부는 행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다는 점을 밝혔다. 이어 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 균형법 피적용자는 어떠한 행위가 여기에 해당하는지를 충분히 파악할 수 있다고 판단될 뿐 아니라 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상 법집행기관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없다는 취지에서 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다는 점을 분명히 하였다.

(3) 다음으로 이 사건 법률조항에 따라 군 내에서 동성애 행위를 한 자는 형사처벌을 받게 되나, 이 사건 법률조항은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기의 보호’, 나아가 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 공익을 위한 것으로 그 입법목적이 정당할 뿐만 아니라, 우리나라의 안보상황, 징병제도 등을 고려할 때 수단의 적정성, 피해 최소성 및 법익 균형성을 모두 갖추고 있어 과잉금지의 원칙에 위반하여 군인들의 성적자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 할 수 없고, 나아가 이 사건 법률조항에서 동성 간의 성적 행위만을 처벌한다고 하더라도 그러한 차별에는 합리적 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다는 점도 분명히 하였다.<sup>16)</sup>

16) 실제 이 사건의 당해사건은, 상급자가 자신의 부하 병사를 강제로 추행한 것이므로, 사회적으로 큰 관심을 받았던 군대 내에서의 동성애 문제와는 무관한 측면이 있다는 점도 아울러 밝혀 둔다.

## 군형법 제47조 위헌제청

- 군형법 명령위반죄 사건 -

(헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12, 판례집 23-1상, 200)

임재훈\*

### 【판시사항】

정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에 형사처벌을 하도록 규정한 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제 1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제47조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되거나 위임입법의 한계를 벗어난 것인지 여부(소극)

### 【심판대상】

구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정되고, 2009. 11. 2. 법률 제 9820호로 개정되기 전의 것) 제47조(명령위반) 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판에 이르게 된 경위

당해사건의 피고인인 유○한은 2009. 7. 31. 육군 제22사단 보통군사법원에 허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 명령위반, 군무이탈 등으로 기소되었다(2009고17). 그 공소사실 중 명령위반의 점은 “피고인은 해안소초 부소초장으로서, 육군 제8군단장에 의하여 해안경계근무지침의 형식으로 발하여

---

\* 서울가정법원 판사, 전 헌법연구원

진 해안경계임무에 관한 명령을 준수하여 해안 백사장 및 철책에 대한 수제선 정밀정찰을 하여야 할 의무가 있었다. 그럼에도 불구하고 아침에 작업이 있다는 이유로 2009. 6. 25. 03:40경부터 05:20경까지 수제선 정밀정찰을 실시하지 아니하여 순찰근무에 관한 정당한 명령을 위반하였다. 이를 비롯하여 피고인은 그 무렵부터 2009. 7. 5.까지 사이에 순찰근무시간에 부대를 무단이탈하는 등 9회에 걸쳐 순찰근무에 관한 정당한 명령을 위반하였다.”라는 것이다. 육군 제22사단 보통군사법원은 2009. 9. 18. 직권으로 위 사건의 적용 법조인 군형법 제47조에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유 요지

명령이나 규칙은 제정주체, 제정목적, 규율대상, 규율내용에 따라 다양한 개념으로 쓰이고 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 단순히 명령 또는 규칙이라고만 규정하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라도 자신의 행동이 처벌의 대상이 되는지 판단하기 어렵고, 실제 구체적인 사안에 있어서 항명죄와 명령위반죄 중 어느 조항이 적용되는지, 군통수작용상 중요한 명령인지 아닌지 구분하는 것이 쉽지 않다. 대법원은 이 사건 법률조항의 ‘정당한 명령 또는 규칙’을 “군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는, 본질적으로 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령”이라고 해석하고 있으나 실제 어떠한 명령이 이에 해당하는지 불명확하다. 명령위반죄의 ‘명령 또는 규칙’은 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념 차원을 넘어서서 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라고 하더라도 도무지 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위를 알 수 없도록 하여 피의자 또는 피고인으로 하여금 법원의 확정판결시까지 불안한 지위에 처하게 하는 불명확한 개념이므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

형벌법규는 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 예외적으로 법규명령 등에 위임하는 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건인 처벌대상 행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류, 상한 및 폭을 명백히 규정하여야 하는데, 이 사건 법률조항

은 “정당한 명령 또는 규칙을 위반하거나 준수하지 아니한 때”에 형사처벌을 한다고 되어 있을 뿐 그 규정 자체에서 명령 또는 규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 특정하지 않고 있어 그 피적용자인 군인은 위 규정에 의하여 금지된 행위를 예측할 수 없고, 형사처벌의 필요가 있는 것을 정할 권한을 법률상 명문의 제한도 없이 범위가 불명확한 군통수권자에게 위임하고 있으므로, 죄형법정주의의 법률주의에 위반된다.

### 【결정요지】

이 사건 법률조항의 ‘정당한 명령 또는 규칙’의 의미는 헌법재판소의 선례와 같이 “군의 특성상 그 내용을 일일이 법률로 정할 수 없어 법률의 위임에 따라 군통수기관이 불특정다수인을 대상으로 발하는 일반적 효력이 있는 명령이나 규칙 중 그 위반에 대하여 형사처벌의 필요가 있는 것, 즉 법령의 범위 내에서 발해지는 군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것”을 뜻한다고 보아야 할 것이고, 대법원도 “통수권을 담당하는 기관이 입법기관인 국회가 동조로서 위임한 통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는 본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령이나 규칙을 말하는 것”이라고 해석·적용하여 옴으로써 ‘정당한 명령 또는 규칙’의 범위에 관하여 자의적인 확대해석에 의한 범집행을 방지하고 있다.

‘정당한 명령 또는 규칙’에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 제반사정을 종합하여 구체적, 개별적으로 정해질 수밖에 없는데, 이 사건 법률조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 한편 위 조항의 수범자인 군인 또는 준군인이 위 조항에 의하여 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 없는 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다. 휴전선을 경계로 남북한의 군병력이 첨예하게 대치하고 있는 우리의 특수한 안보 상황에서 군통수를 위하여 일정한 행위의무를 부과하는 명령은 특정되어 존재하는 한 그 형식에 관계없이 준수되어야 하고, 명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 거의 불가능하며, 구체적인 명령의 제정

권자를 일일이 법률로 정할 수도 없으므로 명령·규칙의 구체적 내용에 관하여는 위임이 이루어질 수밖에 없다. 또한, 이 사건 법률조항은 정당한 명령에 대한 준수 의무를 부과하고 그 위반에 대하여 구체적 형벌의 종류와 범위를 명시하고 있어 피적용자들이 금지된 행위와 처벌의 정도를 예측할 수 없는 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항이 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

### 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 위헌의견

이 사건 법률조항은 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에는 …… 처한다.”라고 규정함으로써 범죄구성요건의 실질적 내용을 형식적 의미의 법률에서 직접 규정하지 않고 있다. 즉, 위 법률조항의 규정 자체에서 범죄구성요건의 핵심인 명령·규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 특정하지 않은 채, 그 내용을 형성할 권한을 그 범위조차 모호한 군의 명령·규칙 제정권자에게 맡겨놓고 있다. 이는 실질적으로 형사처벌법규의 범죄구성요건의 형성을 명령·규칙에 위임하였다고 할 것인데, 이러한 위임은 죄형법정주의 원칙상 반드시 구체적이고 개별적인 사항으로 한정되어야 할 뿐 아니라, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 제한되어야 한다. 이 사건 법률조항의 ‘명령·규칙’은 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범이고, 구체적 상황에서 특정인에게 발하여지는 개별적 명령을 말하는 것이 아니다. 군 통수 및 지휘·감독에 있어서 탄력성·유동성·긴급성·기밀성 등의 필요성은 구체적인 상황에서 개별적 명령이 발령될 때 요구되는 것이고 이를 규율하는 것은 군형법 제44조의 항명죄에 관한 조항이므로, 이 사건 법률조항이 규율하는 것과 같이 군이 불특정다수인을 상대로 일반적·추상적 규범을 제정할 경우에는 탄력성·유동성·긴급성·기밀성 등이 절실히 요구되는 상황이 아닌 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항이 범죄구성요건을 실질적으로 명령·규칙에 위임할 수 밖에 없는 부득이한 사정이 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 법률주의 원칙에 어긋난다. 이 사건 법률조항의 ‘명령 또는 규칙’이 어떤 성격



이고 어떤 내용의 것인지에 관하여 군형법 어디에도 설명이 없고 그 구체적 형성을 하위규범에 위임하지도 않음으로써, 위 ‘명령 또는 규칙’이 무엇을 말하는지 매우 모호하며, 이 사건 법률조항만으로는 명령·규칙의 제정권자가 누구인지를 도저히 알 수가 없다. 결국, 형벌법규인 이 사건 법률조항은, 그 내용이 모호하고 추상적이어서 수범자인 군인·군무원이 무엇이 금지된 행위인지를 알 수 없게 하고, 나아가 범죄의 성립 여부를 수사, 공소제기 및 재판기관의 자의적인 해석에 맡김으로써, 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다.

**【해 설】**

**1. 이 사건 법률조항의 입법목적과 성격**

군은 국가안전보장과 국토방위의 의무를 수행하는 조직으로서 계급제도를 바탕으로 엄격한 상명하복 관계에 의하여 유지된다. 따라서 군에서 명령에 불복하는 행위는 군의 지휘통솔을 불가능하게 하고 나아가 군의 존립 자체에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 군의 통수권 확립을 위하여 군 내부에서의 명령에 대한 복종관계는 절대적으로 유지되어야 한다. 이 사건 법률조항은 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니하는 행위를 명령위반죄로 형사처벌하도록 한 것으로서, 명령 또는 규칙의 위반이나 불준수에 대하여 엄격한 제재를 가함으로써 군의 조직과 운영에 있어서 필수불가결한 계급제도와 그에 따른 명령의 강제적 실현을 통한 명령복종관계를 유지하여 군의 통수권을 확립하는 것을 목적으로 하는 규정이다.

그리고 법 제44조가 상관의 정당한 명령에 항거하거나 복종하지 아니한 행위를 항명죄로 처벌하도록 하여 특정인에게 발하여지는 개별적 명령의 불복행위에 대하여 별도의 처벌규정을 둔 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범으로서의 효력을 가지는 명령 또는 규칙을 위반한 경우에 적용되는 규정이다.<sup>1)</sup>

---

1) 항명죄와 명령위반죄의 가장 큰 구별점은 명령의 ‘형식’이라고 할 수 있다. 항명죄는 ‘상관의 개별적 명령’이 객체이지만, 명령위반죄에서는 ‘행위에 관한 일반적 규범인 명령 또는 규칙’이 객체가 된다(임덕규/문경길/이상철/신양균/김현/강문구/오구환/제성호, 군법개론, 일신사, 1987, 161쪽; 강영훈/이규찬, 군사법개설, 연경문화사, 2006, 311쪽; 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 결정).

## 2. 외국의 입법례

우리 군형법이 계수한 미국통일군사법전(Uniform Code of Military Justice) 제92조는 명령 또는 규칙의 불이행(Failure to obey order or regulation)이라는 제목 아래 합법적인 일반 명령이나 규칙을 위반하거나 준수하지 않은 자(violates or fails to obey any lawful general order or regulation)를 처벌하도록 하고 있고, 미국 연방대법원은 위 제92조가 명확성원칙을 위반한 것이 아니라고 판단한 바 있다(Scott v. Schledinger, 498 F.2d 1093).<sup>2)</sup> 영국 군사법(The Army Act : AA) 제36조도 일반적, 추상적 명령에 대한 위반행위를 처벌하도록 하고 있으며, 프랑스의 ‘육군 군법 개정에 관한 1928. 3. 9. 법률’ 또한 개별적, 구체적 명령에 대한 위반과 일반적, 추상적 명령에 대한 위반의 경우를 나누어 처벌규정을 두고 있다.<sup>3)</sup>

## 3. 처벌 현황

2005년부터 2009년까지 5년간 명령위반죄로 처벌된 육군의 사례를 보면, 총 29건이 발생하였고, 이중 GP 및 GOP 경계근무지침위반이 15건, 군무이탈자 복귀명령위반이 14건을 차지하고 있다. 2009년의 경우 복귀명령위반자의 경계근무지침위반자에 대한 재판결과 모두 선고유예 내지 집행유예를 선고받았다.

\* 최근 5년간 명령위반죄 통계 (육군) (단위 : 명)

구분	계	'05년	'06년	'07년	'08년	'09년
계	29	7	5	1	2	14
GP/GOP 경계 작전지침위반	15	1	·	·	1(불기소)	13
군무이탈자 복귀명령위반	14	6 (기소 2, 불기소 4)	5	1	1	1

2) UCMJ 제92조를 계수한 우리 군형법은 ‘합법적인 일반 명령이나 규칙’이라는 표현 대신 ‘정당한 명령 또는 규칙’이라고 하여 ‘일반’이라는 문구를 사용하지 않고 있으나, 이는 앞서 본 바와 같이 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범으로서의 효력을 가지는 명령 또는 규칙을 의미한다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 위 UCMJ 제92조와 같은 취지의 규정이라고 할 수 있다.

3) 최성귀, 군형법상 명령위반죄에 관한 연구, 경기대 행정대학원(1997. 8.), 3-11쪽

#### 4. 선례

##### 가. 헌법재판소

헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 합헌결정을 내린 바가 있다(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615). 다만, 그 사건에서는 육군참모총장이 발한 군무이탈자 복귀명령과 관련한 위헌성이 문제된 것에 반하여, 이 사건에서 제청법원은 육군 제8군단장에 의하여 해안경계근무지침의 형식으로 발하여진 해안경계임무에 관한 명령 또는 규칙을 문제 삼고 있다.

법정의견은 “명령의 구체적 내용에 관하여는 위임이 이루어질 수밖에 없고 그러한 명령에 대한 복종관계가 유지되어야 하는 군의 특수성에 비추어 볼 때, 정당한 명령에 대한 준수의무를 과하고 그 위반에 대하여 구체적 형벌의 종류와 범위를 명시하고 있는 이 사건 법률규정이 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다. 명령위반죄의 입법목적, 구성요건과 적용대상의 특수성 및 다른 규정과의 관계 등에 의하여 이 사건 법률규정에서 정한 ‘정당한 명령 또는 규칙’의 범위가 명확하게 제한되고, 실제로도 그와 같이 제한적으로 운용되고 있으므로, 위 규정이 불명확하여 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다.”라고 보았다.

이에 대하여, ① “이 사건 법률조항의 ‘정당한 명령’을 상위법령에 위배되지 않는 것으로서 발령권자를 일정한 범위의 지휘관으로 제한하고 명령의 내용 및 범위를 군통수상 중요한 군사상 의무에 관한 구체적 사항으로 한정하며 형식도 명령의 수범자가 그 명령의 위반할 경우 형사처벌의 대상이 되는지 여부를 사전에 예측할 수 있는 형태로 발령된 명령을 의미하는 것으로 한정하는 한 헌법에 합치된다.”는 재판관 1인의 한정합헌의견, ② “이 사건 법률조항은 정당한 명령 및 규칙의 내용이 그 명령 및 규칙을 위반함으로 인하여 사실상 이중으로 처벌하는 결과를 초래하지 아니하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”는 재판관 1인의 반대의견, ③ “이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 핵심내용인 ‘구성요건의 명확성’을 결여한 것으로서 헌법 제12조에 위반된다.”는 재판관 3인의 위헌의견이 있었다.

## 나. 대법원

대법원도 이 사건 법률조항에 대하여 합헌결정을 내린 바가 있다(대법원 1969. 2. 18. 선고 68도1846 판결).

### 5. 위헌 여부에 대한 판단

#### 가. 법률의 명확성원칙과 포괄위임입법금지원칙의 관계

(1) 명확성원칙과 포괄위임입법금지원칙의 관계에 관한 헌법재판소의 입장은 원칙적으로 수권조항에 대하여는 명확성원칙과 포괄위임입법금지원칙이 경합하는 것으로 보아 양자 모두를 심사기준으로 삼되,<sup>4)</sup> ① 명확성원칙 충족 여부와 포괄위임입법금지원칙 준수 여부를 나누어 각각 별도로 판단하는 경우<sup>5)</sup>, ② 포괄위임입법금지원칙으로부터 파생되는 예측가능성의 법리를 충족하는 경우에는 명확성원칙도 역시 충족되는 것으로 보아 본론에서 포괄위임입법금지원칙에 대한 실시만을 한 후 결론에서 포괄위임입법금지원칙과 함께 죄형법정주의 내지 조세법률주의의 위배 여부를 같이 판단하는 정도에 그치는 경우,<sup>6)</sup> ③ 수권조항이 명확성원칙을 충족하였는지 여부를 심사한 후 그로부터 포괄위임입법금지원칙 준수 여부에 대한 결론을 끌어내 양자를 모두 판단하는 경우,<sup>7)</sup> 및 ④ 예측가능성을 중심으로 양자를 한꺼번에 판단하

4) 범죄와 형벌에 관한 사항에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙의 요구와 경합된다고 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 322-323; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5, 판례집 14-1, 478, 487; 헌재 2008. 7. 31. 2005헌마667, 판례집 20-2상, 269, 287; 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바183, 판례집 22-1하, 262, 268-269 등).

5) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615(위헌의견에는 두 원칙에 대한 판단이 뒤섞여 있다); 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가26, 판례집 16-2상, 394; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가17, 판례집 17-1, 579

6) 헌재 2002. 3. 28. 2001헌바32, 판례집 14-1, 189, 192-195; 헌재 2002. 8. 29. 2000헌바50등, 판례집 14-2, 153, 163; 헌재 2003. 11. 27. 2003헌바2, 판례집 15-2하, 281, 289-291; 헌재 2006. 12. 28. 2005헌바59, 판례집 18-2, 601; 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바183, 판례집 22-1하, 262, 268-269; 더 나아가 헌재 2008. 5. 29. 2005헌바48, 판례집 20-1하, 68, 79는 법률의 명확성원칙에 관한 부분은 이러한 위임이 위임입법의 헌법적 한계를 준수하였는지에 대한 심사로서 포괄위임입법금지원칙 위반 여부와 함께 판단되어질 수 있는 것이라고 한 후 명확성원칙에 대하여는 따로 심사하지 않았다.

는 경우<sup>8)</sup>로 그 설시례가 크게 나누어지고 있다.

(2) 이 사건에서는 명확성원칙과 포괄위임입법금지원칙이 경합하는 것으로 보고 원론적인 입장에서 위 ①항 방식에 따라 각각 판단하였다(선례인 91헌바20 사건의 법정의견도 목차를 따로 달지는 않았으나 양자를 구별하여 각각 판단하였다). 다만, 양자에 중첩되는 부분이 상당 부분 있으므로 ②, ③, ④항 방식에 따라 한꺼번에 판단하는 것도 가능할 것으로 보인다.

## 나. 합헌론(법정의견)

### (1) 명확성원칙 위배 여부

#### (가) 죄형법정주의의 명확성원칙

헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391).

7) 헌재 1997. 9. 25. 96헌가16 판례집 9-2, 312, 321-323; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628-633(다만, 반대의견은 “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구되는 것인데, 위와 같은 위임입법의 경우에는 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부가 쟁점이 되고, 명확성원칙의 요구도 포괄위임 여부의 판단을 통하여 충족된다고 할 것이며, 이는 다수의 견도 인정하는 바이다.”라고 하고 있다. 635쪽)

8) 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등 판례집 6-1, 576; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바5, 판례집 14-1, 478

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 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822). 또한, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는 것은 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 232).

(나) 이 사건 법률조항에 대한 판단

1) 이 사건 법률조항은 ‘정당한 명령 또는 규칙’이라는 다소 추상적인 내용을 가진 용어를 구성요건 요소로 사용하고 있다.

2) 그런데 이 사건 법률조항과 관련하여 헌법재판소는 “위 조항에서 말하는 ‘정당한 명령 또는 규칙’은 군의 특성상 그 내용을 일일이 법률로 정할 수 없어 법률의 위임에 따라 군통수기관이 불특정다수인을 대상으로 발하는 일반적 효력이 있는 명령이나 규칙 중 그 위반에 대하여 형사처벌의 필요가 있는 것, 즉 법령의 범위 내에서 발해지는 군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것을 의미한다.”고 판시하였다(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615).

대법원도 같은 취지의 판시를 거듭하여 하고 있다. 즉, “죄형법정주의와 군통수권의 특수성에 비추어 볼 때, 군형법 제47조 소정의 정당한 명령 또는 규칙이라 함은, 통수권을 담당하는 기관이, 입법기관인 국회가 군형법 제47조로 위임한 것으로 해석되는 군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는, 본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당

하는 사항에 관한 명령을 뜻하고, 군인의 일상행동의 준칙을 정하는 사항 등은 이에 해당하지 아니한다.”는 판시를 유지하고 있다(대법원 1969. 2. 18. 선고 68도1846 판결; 대법원 1971. 2. 11. 선고 69도113 전원합의체 판결; 대법원 1982. 7. 27. 선고 82도399 판결; 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1329 판결 등 참조). 게다가 “군형법상 명령위반죄의 명령 또는 규칙은, 특정 지역에 있는 일정한 범위의 자에 대하여 특정 상황 하에서 당해 군부대의 명령권자가 특정 사항을 내용으로 하는 작위 또는 부작위 명령을 내린 것과 동일시할 수 있어야 이에 대한 위반행위를 형법범규인 명령위반죄에 포섭하여 처벌할 수 있다고 극히 한정하여 해석하여야 한다.”고 판시하였다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결).

이에 따라 ‘비무장지대의 출입문 초소경비에 대하여 초소경비대는 반드시 장교를 포함, 편성해야 한다는 사단의 야전예규’(대법원 1982. 7. 27. 선고 82도399 판결), 해안경계순찰 근무자는 소총과 실탄을 휴대하여야 한다는 육군 제31사단장의 ‘해안경계실무지침’(대법원 1989. 9. 12. 선고 88도1667 판결), 보병사단의 ‘지피/지오피(GP/GOP) 근무내규’(대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1329 판결), 육군참모총장의 ‘군무이탈자 복귀명령’(대법원 1968. 7. 16. 선고 68도660 판결; 대법원 1969. 2. 18. 선고 68도1846 판결)은 군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관한 것으로서 정당한 명령에 해당한다고 본 반면, ‘음주를 할 때 소속 중대장의 사전 허가를 받아야 한다는 명령’(대법원 1970. 12. 22. 선고 70도2130 판결), 구 군인복무규율 제153조 ‘안전준수사항’(대법원 1971. 2. 9. 선고 70도2540 판결), ‘예비군보급지원규정, 총기안전관리규정, 예비군교육 및 훈련장관리내규’(대법원 1984. 3. 27. 선고 83도3260 판결), 휴전선 부근에 위치한 부대 내에서 개인 이동전화를 무단으로 소지·사용하는 것을 금지하는 ‘군사보안업무시행규칙(1999. 8. 23. 국방부 훈령 제633호) 제102조 제6항 제3호’(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1282 판결)는 형벌의 실질적 내용에 해당하지 않고 통수작용상 필요하고도 중요한 구체성 있는 특정사항에 관한 것이 아니어서 정당한 명령에 해당하지 않는다고 보았다.

대법원은 이 사건 법률조항을 위와 같이 해석·적용하여 옴으로써 ‘정당

한 명령 또는 규칙'의 범위에 관하여 자의적인 확대해석에 의한 법집행을 방지하고 있다.

3) 군형법의 제정경위 및 이 사건 법률조항의 입법취지, 입법연혁, 즉 군은 국가안전보장과 국토방위의 의무를 수행하는 조직으로서 계급제도를 바탕으로 엄격한 상명하복 관계에 의하여 유지되므로 군에서 명령에 불복하는 행위는 군의 지휘통솔을 불가능하게 하고 나아가 군의 존립 자체에 대한 중대한 위협이 될 수 있어 군의 통수권 확립을 위하여 군 내부에서의 명령에 대한 복종관계는 절대적으로 유지되어야 하는 점, 이 사건 법률조항은 명령 또는 규칙의 위반이나 불준수에 대하여 엄격한 제재를 가함으로써 군의 조직과 운영에 있어서 필수불가결한 계급제도와 그에 따른 명령의 강제적 실현을 통한 명령복종관계를 유지하여 군의 통수권을 확립하는 것을 목적으로 하는 점, 군형법 제44조가 상관의 정당한 명령에 항거하거나 복종하지 아니한 행위를 항명죄로 처벌하도록 하여 특정인에게 발하여지는 개별적 명령의 불복행위에 대하여 별도로 처벌하는 규정임에 반하여 이 사건 법률규정은 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범으로서의 효력을 가지는 명령 또는 규칙을 위반한 경우에 적용되는 규정인 점 및 처벌의 종류와 정도 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항에서 '정당한 명령 또는 규칙'의 의미는 위 헌법재판소의 선례 및 대법원 판례와 같이, 통수권을 담당하는 기관이, 입법기관인 국회가 군형법 제47조로 위임한 것으로 해석되는 군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는, 본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령을 뜻한다고 볼 것이고, 이에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 제반사정을 종합하여 구체적, 개별적으로 정해질 수밖에 없다.

위와 같이 이 사건 법률조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 한편 위 조항의 피적용자는 일반 국민이 아니라 군인 또는 준군인으로서 이들은 국가안전보장과 국토방위의 의무를 수행하고 계급제도를 바탕으로 엄격한 상명하복 관계에 의하여 유지되는 군조직의 일원으로서 업무수행과정이나 교육 등을 통하여 '정당한 명령 또는 규칙'이 무엇인지를 잘 인식할 수 있는 위치에 있으므로 건전한 상식과



통상적인 법상식을 가진 군인 또는 준군인이라면 위 조항에 의하여 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 없는 것도 아니다(헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122, 138 참조).

한편, 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 구체적인 사건에 있어서 의문이 있을 수 있다는 것은 형벌규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이며, 그러한 사정만으로 형벌규범이 불명확하다고 볼 수는 없다(헌재 2010. 3. 25. 2009헌가2, 판례집 22-1상, 407, 415).

#### (다) 소결

이 사건 법률조항이 ‘정당한 명령 또는 규칙’이라는 다소 광범위하고 추상적이어서 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 군인 또는 준군인 등 수범자가 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있다고 판단되고, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종합적인 해석기준이 제시되고 있는 이상, 법집행기관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

#### (2) 위임입법의 한계 일탈 여부

처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며 이러한 경우라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 헌재 1995. 10. 26. 93헌바62, 판례집 7-2, 419, 428-429; 헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 323).

이 사건 법률조항은 정당한 명령 또는 규칙을 위반하거나 준수하지 아니한 때에 형사처벌을 한다고 되어 있을 뿐 그 규정 자체에서는 명령 또는 규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 특정하지 않고 있다. 그러나 전투에서의 승리를 주된 목표로 하는 군에서 상황에 따라 탄력적으로 행하여지는 통수작용은 광범위한 유동성, 긴급성, 기밀성 등을 요구하며 특히

6. 25. 이후 휴전선을 경계로 남북한의 군병력이 첨예하게 대치하고 있는 우리의 특수한 안보상황에서 이러한 요구는 더욱 절실하므로 군통수를 위하여 일정한 행위의무를 부과하는 명령은 특정되어 존재하는 한 그 형식에 관계 없이 준수되어야 하며, 명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 거의 불가능하다. 그리고 군에서의 명령은 지휘계통에 따라 군통수권을 담당하는 기관이 그에게 부여된 권한범위 내에서 발할 수 있는 것이므로, 명령을 제정할 수 있는 통수권 담당자는 대통령이 국군의 통수권자임을 규정한 헌법 제74조와 국군의 조직 및 편성에 관한 사항을 정한 국군조직법의 규정 등에 의하여 결정되나, 구체적인 명령의 제정권자를 일일이 법률로 정할 수도 없다. 또한, 이 사건 법률규정의 취지는 군 내부에서 명령의 절대성을 보호하기 위한 것으로서 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용이 법률에 구체적으로 정해져 있으므로 그 피적용자들이 위 규정에 의하여 금지된 행위와 처벌의 정도를 예측할 수 없는 것도 아니다.

그러므로 위와 같이 명령의 구체적 내용에 관하여는 위임이 이루어질 수 밖에 없고 그러한 명령에 대한 복종관계가 유지되어야 하는 군의 특수성에 비추어 볼 때, 정당한 명령에 대한 준수의무를 부과하고 그 위반에 대하여 구체적 형벌의 종류와 범위를 명시하고 있는 이 사건 법률조항이 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

### (3) 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되거나 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

## 다. 위헌의견(재판관 4인의 반대의견)

### (1) 죄형법정주의와 명확성원칙

“법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.”라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 법치주의, 국민주권 및 권력분립의 원리에 입각한 것으로서 일차적으로 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 성문의 법률로써 정하여야 한다는 원칙이다.

우리 헌법 제12조 제1항 후단도 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌을 받지 아니한다.”라고 규정하여 죄형법정주의를 천명하고 있는바, 여기서 말하는 ‘법률’이란 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것임은 물론이다. 다만 현대국가의 사회적 기능 증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라도 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 규정할 수 없으므로 예외적으로 하위법령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다. 그러나 그러한 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 하며, 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름이 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 된다. 특히 처벌법규의 위임은, 헌법이 특별히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위 사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 한정되어야 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 219-220).

한편 죄형법정주의에서 과생되는 명확성원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 만일 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 792-793).

(2) 이 사건 법률조항이 죄형법정주의에 위배되는지 여부

(가) 법률주의 위배 여부

이 사건 법률조항은 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가

이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에는 …… 처한다.”라고 규정함으로써 범죄구성요건의 실질적 내용을 형식적 의미의 법률에서 직접 규정하지 않고 있다. 즉, 위 법률조항의 규정 자체에서 범죄구성요건의 핵심인 명령·규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 특정하지 않은 채, 그 내용을 형성할 권한을 그 범위조차 모호한 군의 명령·규칙 제정권자에게 맡겨 놓고 있다. 이는 실질적으로 형사처벌법규의 범죄구성요건의 형성을 명령·규칙에 위임하였다고 할 것인데, 이러한 위임은 죄형법정주의원칙상 반드시 구체적이고 개별적인 사항으로 한정되어야 할 뿐 아니라, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 제한되어야 한다.

법정의견은, 전투에서의 승리를 주된 목표로 하는 군에서 상황에 따라 탄력적으로 행하여지는 군통수작용은 광범위한 유동성·긴급성·기밀성 등을 요구하고 있으므로, 명령·규칙의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 거의 불가능하고, 따라서 위임의 필요성도 존재한다고 주장한다.

그러나 법정의견도 인정한 바와 같이, 이 사건 법률조항의 ‘명령·규칙’은 불특정 다수인을 피적용자로 하여 발하여지는 규범이고, 구체적 상황에서 특정인에게 발하여지는 개별적 명령을 말하는 것이 아니다. 즉, 군 통수 및 지휘·감독에 있어서 탄력성·유동성·긴급성·기밀성 등의 필요성은 구체적인 상황에서 개별적 명령이 발령될 때 요구되는 것이고 이를 규율하는 것은 군형법 제44조의 항명죄에 관한 조항이므로, 이 사건 법률조항이 규율하는 것과 같이 군이 불특정다수인을 상대로 일반적·추상적 규범을 제정할 경우에는 탄력성·유동성·긴급성·기밀성 등이 절실히 요구되는 상황이 아닌 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항이 범죄구성요건을 실질적으로 명령·규칙에 위임할 수 밖에 없는 부득이한 사정이 존재한다고 볼 수 없다.

결국 형벌법규는 입법부가 제정한 성문의 법률로써 범죄구성요건의 기본적인 사항을 규정하여 국민으로 하여금 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예측할 수 있게 하여야 하는데, 이 사건 법률조항은 범죄구성요건의 핵심인 명령·규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 특정하지 않은 채, 실질적으로 그 형성을 명령·규칙에 위임하였고, 그 위임의

필요성도 인정할 수 없으므로, 죄형법정주의의 법률주의 원칙에 어긋난다고 할 것이다.

(나) 명확성원칙 위배 여부

이 사건 법률조항은 ‘명령위반’이라는 표제 아래 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”라고만 규정할 뿐, 그 ‘명령 또는 규칙’이 어떤 성격이고 어떤 내용의 것인지에 관하여는 군형법의 어디에도 설명한 바가 없고 그 구체적 형성을 하위규범에 위임하지도 않음으로써, 위 ‘명령 또는 규칙’이 무엇을 말하는지 매우 모호하다.

일반적으로 ‘명령’은 헌법 제107조 제2항의 ‘명령’과 같이 법규명령, 즉 대통령령, 총리령, 부령 등 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 가지는 것을 지칭하기도 하지만, 하명(下命)과 같이 명령적 행정행위로서 개별 법규정에 명시적·구체적으로 ‘명령’이라고 규정되어 있는 것을 말하기도 한다. 또한 ‘규칙’도 헌법 제107조 제2항의 ‘규칙’과 같이 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 대외적 구속력을 갖는 행정규칙, 즉 법령보충적 행정규칙과 같이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 법규명령적 효력을 갖는 것 또는 재량권 행사의 준칙으로서 자기구속적 행정관행을 이루게 되어 대외적인 구속력을 갖게 되는 것을 말할 뿐 아니라, 단순히 행정기관 내부관계를 위하여 제정된 일반·추상적 규정으로서 대외적 구속력이 없는 규칙을 일컫기도 한다.

이에 대하여 우리 헌법재판소의 선례와 대법원 판결은, 이 사건 법률조항의 ‘명령 또는 규칙’은, “군의 특성상 그 내용을 일일이 법률로 정할 수 없어 법률의 위임에 따라 군통수기관이 불특정다수인을 대상으로 발하는 일반적 효력이 있는 명령이나 규칙 중 그 위반에 대하여 형사처벌의 필요가 있는 것, 즉 법령의 범위 내에서 발해지는 군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것을 의미한다.”라든지(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20), “통수권을 담당하는 기관이, 입법기관인 국회가 군형법 제47조로 위임한 것으로 해석되는 군통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하는, 본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사

항에 관한 명령을 뜻하고, 군인의 일상행동의 준칙을 정하는 사항 등은 이에 해당하지 아니한다.”라고 해석하고 있다(대법원 1971. 2. 11. 선고 69도113 전원합의체 판결 등)

그러나 이 사건 법률조항이나 관련조문만으로 위와 같은 해석이 추출되는 지도 의문일 뿐 아니라, 위와 같은 해석으로도 피적용자가 충분히 예측할 만큼 구체적 기준이 제시되었다고 볼 수도 없다. 군은 계급제도를 바탕으로 엄격한 상명하복 관계에 의하여 유지되는 특수한 조직이고, 무수한 명령이 내려지고 그 명령 속에서 살아가는 단체이다. 군의 거의 모든 분야에 걸쳐 규제를 가하고 있는 명령·규칙 중 어느 것이 헌법재판소의 선례나 대법원 판결이 실시하는 명령·규칙에 해당하는지 그 수범자인 군인·군무원은 물론 법률전문가조차 예측하기 힘들다.

또한 이 사건 법률조항만으로는 명령·규칙의 제정권자가 누구인지를 도저히 알 수가 없다. 법정의견은, 명령·규칙을 제정할 수 있는 통수권 담당자는 대통령이 국군의 통수권자임을 규정한 헌법 제74조와 국군의 조직 및 편성에 관한 사항을 정한 국군조직법의 규정 등으로 결정되나, 구체적인 명령·규칙의 제정권자를 일일이 법률로 정할 수 없다고 주장한다. 그러나 국군조직법은 대통령이 군통수권자임을 선언하면서(제6조), 국방부장관, 합동참모의장, 각군 참모총장, 각군의 부대 또는 기관의 장의 순서로 지휘·감독권을 부여하고 있을 뿐(제7조 내지 제11조), 누가 명령·규칙을 제정할 수 있는지에 관하여 아무런 규정이 없다. 또한 대법원 판결이 거시한 ‘본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항’을 법규명령인 대통령령이나 국방부장관의 부령 이외에 다른 군지휘권자가 발령하는 명령·규칙에 의하여 규율할 수 있는지도 의문이다.

이처럼 명령·규칙의 형식, 내용, 제정권자 등이 모호하다 보니, 실제 법 적용에 있어서도 매우 혼란스러운 현상이 나타난다. 대법원은, 사격장 통제 명령(대법원 1968. 3. 19. 선고 68도121 판결), 지오피(GOP) 근무내규 위반(대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1329 판결)의 경우 명령위반죄를 인정한 반면, 예비군보급지원규정이나 총기안전관리규정(대법원 1984. 3. 27. 선고 83도3260 판결), 육군참모총장의 음주에 관한 명령(대법원 1971. 3. 23. 선고 70

도2735 판결) 등은 ‘명령’에 해당하지 않는 것으로 보았는바, 이러한 구별이 선뜻 이해되지 아니할 뿐 아니라, 건전한 상식을 가진 군인·군무원이 이러한 판단기준을 예견할 수 없음은 너무나 당연하다.

결국 형벌법규인 이 사건 법률조항은, 그 내용이 모호하고 추상적이어서 수범자인 군인·군무원이 무엇이 금지된 행위인지를 알 수 없게 하고, 나아가 범죄의 성립 여부를 수사, 공소제기 및 재판기관의 자의적인 해석에 맡김으로써, 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다고 할 것이다.

### (3) 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 법률주의에 반할 뿐 아니라 명확성원칙에도 위배되므로 헌법에 위반된다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정은 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에 형사처벌을 하도록 규정한 구 군형법 제 47조가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되거나 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아니라는 기존의 헌법재판소 선례(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615)의 입장을 재차 확인한 것이다. 다만, 4인의 재판관이 위헌의견을 표명한 점을 고려하여 보완입법을 하는 것이 바람직해 보인다.





# 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 등 위헌소원 등

- 친일재산 국가귀속 사건 -

(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 2009헌바14·19·36·247·352,  
2010헌바91(병합), 관례집 23-1상, 276)

이 황 희\*

## 【판시사항】

1. ‘일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법’ 제2조 제6호 내지 제9호의 행위를 한 자를 재산이 국가에 귀속되는 대상인 친일반민족행위자로 보는 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(이하 ‘친일재산귀속법’이라 한다) 제2조 제1호 가목(2006. 9. 22. 법률 제7975호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다)이 법률의 명확성원칙에 반하는지 여부(소극)
2. 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일행위의 대가로 취득한 재산(이하 ‘친일재산’이라 한다)으로 추정하는 친일재산귀속법 제2조 제2호 후문(2005. 12. 29. 법률 제7769호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 추정조항’이라 한다)이 재판청구권을 침해하고 적법절차원칙에 반하는지 여부(소극)
3. 친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위시에 국가의 소유로 하도록 규정한 친일재산귀속법 제3조 제1항 본문(2005. 12. 29. 법률 제7769호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 귀속조항’이라 한다)이 진정소급입법으로서 헌법 제13조 제2항에 반하는지 여부(소극)
4. 이 사건 귀속조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)
5. 이 사건 귀속조항이 평등의 원칙에 반하는지 여부(소극)
6. 이 사건 귀속조항이 연좌제금지원칙에 반하는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

### 【심판대상조문】

이 사건 심판대상은 친일재산귀속법 제2조 제1호 가목, 제2호 후문, 제3조 제1항 본문(이하 위 조항들을 모두 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)의 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2006. 9. 22. 법률 제 7975호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “재산이 국가에 귀속되는 대상인 친일반민족행위자(이하 “친일반민족행위자”라 한다)”라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 제2조 제6호 내지 제9호의 행위를 한 자(제9호에 규정된 참의에는 찬의와 부찬의를 포함한다). 다만, 이에 해당하는 자라 하더라도 작위(작위)를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등으로 제4조의 규정에 따른 친일반민족행위자재산조사위원회가 결정한 자는 예외로 한다.

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2005. 12. 29. 법률 제 7769호로 제정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “친일반민족행위자의 재산(이하 “친일재산”이라 한다)”이라 함은 친일반민족행위자가 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 일본제국주위에 협력한 대가로 취득하거나 이를 상속받은 재산 또는 친일재산임을 알면서 유증·증여를 받은 재산을 말한다. 이 경우 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산은 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정한다.

제3조(친일재산의 국가귀속 등) ① 친일재산(국제협약 또는 협정 등에 의하여 외국 대사관이나 군대가 사용·점유 또는 관리하고 있는 친일재산 및 친일재산 중 국가가 사용하거나 점유 또는 관리하고 있는 재산도 포함한다)은 그 취득·증여 등 원인행위시에 이를 국가의 소유로 한다. 그러나 제3자가 선의로 취득하거나 정당한 대가를 지급하고 취득한 권리를 해하지 못한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

(가) 망 민○휘(1852. 5. 15. ~ 1935. 12. 31. 이하 ‘민○휘’라고 한다)는 한일합병에 기여한 공으로 일본국으로부터 1910. 10. 7. 자작 작위를 받았고, 1911. 1. 13. 은사공채 50,000원을 지급받았으며, 1912. 12. 7. 종4위에 서위된 후 1919. 12. 27. 정4위, 1928.경 종3위로 각 승급되었고, 사망 즈음 정3위로 추서되었다.

민○휘는 1918. 6. 20. 식민지 경제정책을 뒷받침하기 위해 설립된 조선식산은행의 설립위원으로 임명되었고, 1923. 5. 21. 황국신민화 교육을 추진하기 위하여 조선총독의 자문기구로 설치된 조선교육회의 부회장으로 선임되었으며, 1920. 3.경 일선(日鮮)융화철저 등을 목적으로 조선실업구락부를 창립한 후 고문으로 활동하였고, 1921. 1.경부터 일선융화단체인 대정친목회의 고문으로 활동하였다.

민○휘는 위와 같이 식민통치에 협력한 공으로 1928. 11. 16. 쇼와대례기념장을, 1928. 11. 22. 은배 1개를, 1935. 10. 1. 은배 1조를, 사망 즈음 금배 1개를 각 수여받았다.

(나) 민○휘가 사정받은 토지들은 일련의 토지 취득경위 및 소유권 변동 경위를 거쳐 청구인 민○기 외 19명에게 소유권이전등기가 경료되었다.

친일반민족행위자재산조사위원회(이하 ‘이 사건 조사위원회’라고 한다)는 위 토지들이 친일재산귀속법 제2조 제1호에서 정한 친일재산인지 여부에 관한 조사를 거쳐, 2007. 11. 22. 민○휘가 친일재산귀속법 제2조 제1호 가목에서 정한 “재산이 국가에 귀속되는 대상인 친일반민족행위자”(이하 ‘친일반민족행위자’라고 한다)에 해당하고, 위 토지들은 같은 조 제2호에서 정한 친일재산으로 인정된다는 이유로, 친일재산귀속법 제3조 제1항에 의해 그 법 시행일인 2005. 12. 29.자로 취득원인행위시에 소급하여 위 토지들이 국가로 귀속된다는 결정을 하였다.

(다) 이에 위 청구인들은 이 사건 조사위원회를 상대로 위 국가귀속결정의 취소를 구하는 소를 제기하였으며(서울행정법원 2008구합9034), 위 소송

계속증 친일재산귀속법 제2조 내지 제5조가 소급입법으로서 헌법 제13조 제3항, 제23조 제1항에 위반되는 등 위헌적인 법률이라는 이유로 위헌법률심판제청신청(서울행정법원 2008아1084)을 하였으나, 2008. 10. 14. 기각되자, 같은 해 11. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(※ 이상은 2008헌바141 사건의 경위인바, 이 경위상 드러난 쟁점은 그 외 6건의 나머지 병합사건의 쟁점과 유사하므로 나머지 사건의 경위는 생략한다)

## 2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견 요지

### 가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항들은 이 사건 조사위원회가 친일재산으로 결정한 재산을 그 취득·증여 등의 원인행위시에 국가의 소유로 귀속되도록 규정하고 있는데, 이는 소유자들로부터 소급하여 재산권을 박탈하는 것이므로 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙을 위반함으로써 재산권을 침해한다. 즉, 위 법률조항들은 친일파 후손들에 대한 사회적 여론을 만족시키기 위한 것일 뿐 ‘정의’, ‘민족의 정기’ 등을 구현하는 데에는 아무런 도움이 되지 않으므로 과잉금지원칙상 수단의 적절성 원칙에 반한다. 민족의 정기나 3·1운동의 헌법이념을 구현하는 유일한 방법이 친일반민족행위자의 후손들이 약 60여 년간 소유하고 있던 토지소유권을 환수하는 것이라고 볼 수 없고, 친일행위를 직접 한 사람이 아닌 그 후손들에게까지 불이익을 가하고 있고 그 불이익의 범위가 과도하며, 이 사건 추정조항을 통하여 재산을 환수당하는 개인에게 입증책임을 전가하여 과도한 부담을 지우고 있고, 러·일전쟁 이전부터 소유하고 있던 토지를 단지 토지사정부에 늦게 기재하여 러·일전쟁 이후에 소유권을 취득하게 된 것 같은 외양을 갖춘 토지까지 친일재산으로 보고 있으므로, 피해의 최소성 원칙에도 위배된다. 또한, 친일재산귀속법에 의하여 달성하고자 하는 공익보다 침해되는 사익이 더 중대하여 법익의

균형성에 위배된다.

나아가 친일재산귀속법은 소급입법을 통하여 소유권을 박탈하면서도 아무런 보상을 하지 않으므로, 헌법 제23조에서 정한 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이기도 하다. 재산권은 모든 기본권의 기초를 이루는 기본권이므로 위와 같은 재산권의 침해로 인해 헌법 제10조에서 정한 행복추구권 및 제34조 제1항에서 정한 인간다운 생활을 할 권리도 침해된다.

(3) 이 사건 정의조항에서 정하고 있는 ‘독립운동에 적극 가담한 자’라는 요건은 불명확한 규정이어서 죄형법정주의원칙에서 비롯되는 법률의 명확성 원칙에도 위배된다.

이 사건 법률조항들은 불특정 다수인을 규율 대상으로 하는 것이 아니라 친일반민족행위자의 후손만을 규율하고 있는바 이는 처분적 법률에 해당하므로 헌법 제37조 제2항에 위배되고, 또한 구체적인 사정을 고려하지 않고 일정기간 동안 취득한 재산을 모두 친일재산으로 추정하므로 이는 사회적 신분예 따라 합리적인 이유 없이 당해 재산의 소유자들을 차별하는 것이어서 헌법상 평등의 원칙에 위반된다. 선조들이 친일반민족행위자에 해당한다는 이유만으로 토지의 소유권을 박탈당하는 것은, 사회적 특수계급을 인정하는 것을 금지하고 훈장 등 영전의 효력을 이를 받은 자 이외에까지 인정하는 것을 금지한 헌법 제11조 제2항, 제3항 및 연좌제를 금지한 헌법 제13조 제3항에 위반된다.

(4) 친일반민족행위자의 후손들로부터 토지의 소유권을 박탈하여 국가에 귀속시키는 것은 형법상 재산형인 몰수와 유사하므로 헌법 제12조 제1항의 ‘처벌’에 해당하지만, 이 사건 법률조항들에 따르면 아무런 재판절차도 없이 몰수형이 집행되는 것이므로 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차원칙에 위반되고 헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리를 침해하며, 특히 이 사건 추정조항은 헌법상 무죄추정원칙에도 반한다. 또한, 1948.경 이미 친일재산귀속법과 같은 취지의 법률인 반민족행위처벌법이 시행된 바 있으므로, 친일재산귀속법을 다시 제정하여 시행하는 것은 이중처벌로서 허용되지 않는다.

## 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 일본제국주의 재산과 부적자(附敵者)의 재산을 몰수하여 국유로 함을 규정한 대한민국 임시정부의 건국강령 제3장, 해방 이전의 악질적인 반민족 행위를 처벌하는 특별법의 제정 가능성을 규정한 제헌헌법 제10장 부칙 제101조, 현행 헌법이 3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통을 계승한다는 점을 명시한 현행 헌법의 전문의 내용을 종합해 볼 때, 이들 규정은 과거 일제강점기동안 일제에 협력하여 우리민족을 부정한 친일반민족행위자들이 친일의 대가로 취득한 재산권 등을 보호대상에서 제외함으로써 일제강점기의 잔재를 청산함과 동시에 대한민국의 민족정기를 회복하여 국가 이념을 공고히 하려는 국민의 강력한 의지의 표현이라 할 것이다. 따라서 단지 친일재산을 소급하여 국가에 귀속시킨다는 사정만으로 이 사건 법률조항들이 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

한편, 예외적으로 소급입법을 예상할 수 있었거나 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 중대한 반면 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적은 경우 등 진정소급입법이라 하더라도 예외적으로 허용될 수 있는 경우가 존재하는바, 친일반민족행위는 민족과 국가에 대한 중대한 반역행위이므로 이를 통해 취득한 재산을 환수할 공익적 필요성이 중대하고, 나아가 그러한 환수가 헌법이념과 정신을 고양시키는 것인 반면, 그로 인한 이익의 침해는 미비하므로 개인의 신뢰이익을 관철하는 것은 객관적으로 정당화될 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항들은 소급입법에 의한 재산권박탈금지를 규정한 헌법 제13조 제2항에 위반되지 아니한다.

(2) 이 사건 법률조항들은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승한다는 헌법의 이념에 부합하므로 입법목적의 정당성이 인정되고, 국권이 침탈되기 시작한 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 일본제국주의에 협력한 대가로 친일반민족행위자가 취득한 재산만을 대상으로 하는 점, 그러한 재산의 취득과 관련하여 추정 규정을 활용하고 있기는 하나 이는 입증책임의 분담에 관한 것일 뿐 친일재산의 내용과 범위에 실제적인 영향을 미치는 것은 아니라는 점, 친일반민족행위자와 그 후손들은 자신들이 보유하고 있는 재산의 내력에 대하여 가장 잘 알고 있고 취득에 관한 근거자료들을

보유하고 있을 가능성이 높은 점 등에 비추어 수단의 적절성도 인정된다. 이 사건 법률조항들은, 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법(이하 ‘진상규명법’이라고 한다)에서 정한 여러 유형의 친일반민족 행위 중에서 사안이 중대하고 범위가 명확한 네 가지의 행위를 원칙적인 적용대상으로 하고 다른 친일반민족행위를 한 자는 친일의 정도가 지극히 중대하다고 인정한 자로 한정하고 있고 거래로 인한 선의의 제3자를 보호하는 규정을 마련함으로써 침해의 최소성에도 위반되지 않고, 친일재산 환수의 공익적 필요성이 중대한 반면 환수 대상은 친일재산에 국한되고 헌법 이념상 예상가능한 일이었으므로 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항들은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에도 반하지 않는다.

(3) 이 사건 법률조항들은 재산환수의 대상 범위를 명확히 규정하고 있다. 또한 위 법률조항들은 모든 친일반민족행위자의 친일재산에 적용되는 것이므로 처분적 법률에 해당되지 않는다. 평등의 원칙 위반과 관련하여 엄격한 심사기준이 적용된다 하더라도 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙의 네 가지 원칙을 모두 충족시킨다는 점에서 평등의 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다. 헌법 제11조 제2항이 말하는 사회적 특수계급이란 귀족제도와 같은 봉건적 제도를 말하고, 동조 제3항은 영전의 세습제를 배제하는 것이므로, 헌법이념을 실현하기 위하여 친일재산을 환수하려는 이 사건 법률조항들과는 무관하다. 또한 이 사건 법률조항들이 정하고 있는 친일재산은 친일반민족행위의 대가로 취득한 재산 그 자체이므로, 본래부터 친일반민족행위자 및 그 후손이 소유해서는 안 될 재산의 귀속을 국가로 돌리는 것에 지나지 않는다. 따라서 친일재산에 관하여 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 관련성’을 인정할 수 있으므로 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지에 위반되지 않는다.

(4) 조사위원회의 결정에 의한 재산의 국가귀속은 행정처분일 뿐 형벌에 해당하지 않으므로 위 결정이 형벌임을 전제로 한 적법절차 위배 주장은 이유없고, 그와 같은 조사위원회의 결정에 대하여 행정심판 및 행정소송 등을 허용하여 법관에 의한 재판받을 권리를 보장하고 있으므로 이 사건 법률조항들은 헌법 제27조 제1항에도 위반되지 않는다. 이 사건 추정조항의

후문은 단순한 입증책임 전환에 불과하여 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 또한, ‘대한민국 임시정부의 법통을 계승할 것’을 정한 헌법 전문의 내용에 비추어 입법자는 반민족행위처벌법이 폐지된 이후에도 친일반민족행위를 대가로 취득한 재산권을 제한하는 입법을 제정할 의무가 있다고 봄이 상당하므로, 재산귀속법이 이중처벌로서 허용되지 않는다고 보기 어렵다.

#### 다. 이해관계인 친일반민족행위자재산조사위원회의 의견요지

(1) 제헌헌법의 전문 및 부칙 제101조를 비롯하여 역대 개정헌법에서 3·1운동의 독립정신 계승을 규정한 바 있고, 현행 헌법의 전문 역시 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하고 있음을 천명하고 있다. 이는 무력에 의한 일제강점은 불법이고, 따라서 친일행위에 대한 과거청산은 헌법적인 의무로서 실현되어야 함을 의미하는 것이다.

친일재산은 민족에 대한 반역행위의 대가로 취득한 재산이므로, 대한민국 임시정부가 건국강령을 통해 국가로의 몰수를 선언한 이상 우리 헌법이 보장하는 재산권의 범위에 포함될 수 없다고 보아야 한다. 설사, 그렇지 않다고 하더라도 친일재산은 확정적으로 친일반민족행위자에게 귀속되어 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항들은 부진정소급입법에 해당하는데, 일제의 잔재를 청산하는 공익적 중대성은 친일재산의 신뢰보호라는 사익보다 우월하므로 이러한 소급입법을 위헌으로 볼 수 없다. 설혹 위 법률조항을 진정소급입법으로 보더라도 친일재산은 일제패망시 당연히 환수될 것이라는 점을 충분히 예상할 수 있고, 신뢰보호의 요청에 우선하는 일제청산의 중대성에 비추어 이 사건 법률조항들은 진정소급입법이 예외적으로 허용되는 경우라고 볼 수 있다.

(2) 이 사건 법률조항들은 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것이므로 입법목적이 정당하고, 친일재산의 국가귀속은 그러한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단으로 볼 수 있으며, 그 대상을 진상규명법에서 정한 자 중에서도 친일행적이 명백한 네 가지 경우 및 친일의 정도가 지극히 중대하다고



위원회가 결정한 경우로 한정하고 있고, 위 네 가지 경우에 해당되더라도 이후 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 하고 있으며, 재산거래로 인하여 발생한 선의의 제3자를 보호하고 있는 점 등을 고려할 때 피해의 최소성 원칙도 준수하고 있고, 앞서 본 대로 이 사건 법률조항들이 추구하는 공익이 친일재산에 대한 신뢰하는 사익보다 크므로 법익의 균형성 원칙도 충족한다. 나아가 이러한 국가귀속에 대하여 보상이 없다 하여 재산권의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수도 없다.

(3) 이 사건 법률조항들은 반민족행위자의 재산을 상속·증여받았다는 ‘일반적 추상적 요건’을 충족한 경우에만 적용하는 것이므로 처분적 법률로 보기 어렵다.

평등의 원칙 위반과 관련하여 엄격한 심사기준이 적용된다 하더라도 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙의 네 가지 원칙을 모두 충족시킨다는 점에서 평등의 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다. 이 사건 법률조항들은 친일재산을 중심으로 파악하여 그 재산의 귀속에 관련한 법적 이해관계자에게 적용되는 것이므로, 이는 사회적 신분에 의하여 차별대우하는 것이라거나 영전의 효력에 관한 헌법 제11조 제2항 및 제3항에 반하지 않고, 과거청산을 위하여 친일재산이 국가에 귀속되어야 함을 규율하고 있을 뿐 친일반민족행위자의 후손이라는 이유로 별도의 불이익을 부과하는 것이 아니므로 연좌제를 금지한 헌법 제13조 제3항에도 위반되지 않는다.

(4) 친일재산의 규명 문제는 이미 1세기가 경과된 일이므로 국가가 입증 자료를 수집하는 것은 힘든 반면, 친일반민족행위자 및 그 후손이 관련 자료를 보유 내지 수집하는 것은 용이할 것이므로, 추정규정을 통한 입증책임의 전환에는 합리적인 이유가 있다. 또한 이 사건 법률조항들에 의한 친일재산의 국가귀속은 몰수라 볼 수 없고, 재산귀속법 제21조, 제22조에 따라 위원회의 결정에 대한 행정심판 및 행정소송을 허용하고 있으므로 헌법 제27조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다.

이 사건 법률조항들이 이중처벌에 해당하는지 여부에 관해서는 법원의 위헌제청신청기각 이유 요지 중 해당 부분의 내용과 대체로 같다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 정의조항 중 반민규명법 제2조 제6호 내지 제9호의 행위를 한 자'로 규정한 부분이 불명확하다고 할 수 없고, '독립운동에 적극 참여한 자' 부분은 '일제 강점하에서 우리 민족의 독립을 쟁취하려는 운동에 의욕적이고 능동적으로 관여한 자'라는 뜻이므로 그 의미를 넉넉히 파악할 수 있다.

2. 친일재산의 국가귀속이 해방 이후 오랜 시간이 경과한 상황에서 이루어지고 있어서 친일재산 여부를 국가측이 일일이 입증하는 것은 곤란한 반면, 일반적으로 재산의 취득자측은 취득내역을 잘 알고 있을 개연성이 높다. 또한 이 사건 추정조항이 친일반민족행위자측에 전적으로 입증책임을 전가한 것도 아니고, 행정소송을 통해 추정을 번복할 수 있는 방도도 마련되어 있으며, 가사 처분청 또는 법원이 이러한 추정의 번복을 쉽게 인정하지 않는다 할지라도 이는 처분청 또는 법원이 추정조항의 취지를 충분히 실현하지 못한 결과이지 추정조항을 활용한 입법적 재량이 일탈·남용되었다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 추정조항이 재판청구권을 침해한다거나 적법절차원칙에 반한다고 할 수 없다.

3. 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하지만, 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우와 같이 소급입법이 정당화되는 경우에는 허용될 수 있다. 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통 계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서는 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었고, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있다. 따라서 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하나 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다.

4. 이 사건 귀속조항은 민족의 정기를 바로 세우고 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것이므로 입법목적이 정당하고, 민법 등 기존의 재산법 체계에 의존하는 방법만으로는 친일재산의 처리에 난항을 겪지 않을 수 없으므로 이 사건 귀속조항은 위 입법목적을 달성하기

위한 적절한 수단이 된다. 위 조항은 반민규명법이 정한 여러 유형의 친일반민족행위 중에서 사안이 중대하고 범위가 명백한 네 가지 행위를 한 자의 친일재산으로 귀속대상을 한정하고 있고, 이에 해당하는 자라 하더라도 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 인정될 수 있도록 규정해 두었으며, 친일반민족행위자측은 그 재산이 친일행위의 대가로 취득한 것이 아니라는 점을 입증하여 얼마든지 국가귀속을 막을 수 있고, 선의의 제3자에 대한 보호 규정도 마련되어 있으므로 이 사건 귀속조항은 피해의 최소성원칙에 반하지 않고, 과거사 청산의 정당성과 진정한 사회통합의 가치 등을 고려할 때 법익의 균형성원칙에도 부합한다. 따라서 이 사건 귀속조항은 재산권을 침해하지 않는다.

5. 친일재산은 이를 보유하도록 보장하는 것 자체가 정의 관념에 반하고, 귀속대상을 사안이 중대하고 범위가 명백한 친일재산으로 한정하고 있으므로 이 사건 귀속조항이 평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

6. 이 사건 귀속조항이 친일반민족행위자 후손의 재산 중 그 후손 자신의 경제적 활동으로 취득하게 된 재산이라든가 친일재산 이외의 상속재산 등을 단지 그 선조가 친일행위를 했다는 이유만으로 국가로 귀속시키는 것은 아니므로, 연좌제금지원칙에 반한다고 할 수 없다.

### 재판관 김종대의 별개의견

헌법재판소가 헌법 제13조 제2항에 대하여 특별한 사유가 있는 경우에는 소급입법에 의한 재산권 박탈도 허용될 수 있다고 해석한다면, 이는 새로운 헌법적 내용을 형성해 내는 것이므로, 타당한 헌법해석이라고 볼 수 없고 권력분립원칙에도 반한다.

우리 헌법의 정신과 법통, 그 제정 배경 등을 종합적으로 고려할 때, 친일재산은 일본제국주의와의 투쟁과 그 극복으로 탄생한 대한민국의 헌법에 규정된 ‘재산권’ 조항으로써 보호될 수는 없다. 다만, 친일재산의 국가귀속이라 하더라도 친일재산의 선별과 국가귀속의 절차 등에 관하여 헌법적인 한계를 준수해야 하나 이 사건 법률조항들은 문제가 없다.

### 재판관 목영준의 일부별개의견

대한민국임시정부의 범통을 계승할 것을 규정한 현행 헌법의 전문, 국가에 대한 반역죄 등을 규정한 대한제국의 형법대전 등을 살펴 볼 때, 친일재산에는 취득 당시 반사회적 가치 내지 범죄성이 내재하고 있었고, 과거사 청산절차를 밟지 못한 우리나라에서는 그 반사회성 및 범죄성이 현재까지도 지속되고 있다고 보이므로, 친일재산의 국가귀속은 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하는 부진정소급입법이다.

### 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 일부한정위헌의견

우리의 근대적인 토지소유권제도는 일제에 의해 1912년 토지사정부 등이 작성되면서 이루어졌으므로, 사정되기 이전에 친일반민족행위와 무관하게 취득하였던 토지라고 하더라도 위 시기에 취득한 것으로 간주되고, 그 결과 이 사건 추정조항에 따라 친일재산으로 추정된다. 친일반민족행위자가 위 추정을 번복하려면, 해당 토지를 1904년 이전에 실제로 취득하였다는 점을 입증해야 하나, 토지사정부가 작성되기 이전에는 토지소유권에 관한 대세적 공시방법이 마련되지 아니하였고, 100여년 전의 사실관계를 입증하기도 어려우므로, 이 사건 추정조항에 의해 친일재산과 무관한 재산까지도 박탈당할 가능성이 크다. 따라서 이 사건 추정조항 중 ‘취득’에 ‘사정에 의한 취득’까지 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.

### 재판관 이강국, 재판관 조대현의 일부위헌의견

친일반민족행위자를 단죄하고 친일재산을 국가에 귀속시키는 일이 반드시 필요한 작업이라고 하더라도, 그러한 작업은 헌법에 합치하는 방법에 의하여 이루어져야 한다. 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당된다. 그런데 헌법 제13조 제2항은 4·19민주혁명과 5·16군사쿠데타를 거치면서 각종 소급입법에 의한 정치적·사회적 보복이 반복되어온 헌정사를 바로잡기 위하여 도입된 것으로서 예외를 두지 않는 절대적 금지명령이다. 따라서 이 사건 귀속조항은 별도의 헌법적 근거 없이 진정소급입법에 의해 재산권을 박탈하므로 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 식민지 과거사 청산의 사례들

#### 가. 우리나라의 일제 과거사 청산 입법 개관

##### (1) 대한민국 임시정부의 건국강령

1941. 11. 28. 대한민국 임시정부 국무원은 여러 독립운동 세력의 견해를 종합하여 민족국가 설립의 기본원칙으로 정치적, 경제적, 교육적 균등을 의미하는 삼균주의를 성문화한 건국강령을 제정하였다. 이 건국강령 제3장 중 인민의 권리와 의무를 규정한 제4항의 (b)은 ‘적에 부화(附和)한 자와 독립운동을 방해한 자와 건국강령을 반대한 자와 정신이 결핍한 자와 범죄판결을 받은 자는 선거권 피선거권이 없음’이라고 규정하였다. 또한 경제정책의 원칙을 규정한 제6항의 (ㄴ)은 ‘적의 침략침점 혹은 시설한 관·공·사유 토지와 어업·광산(……) 등의 산업과 기지 토지 및 경제·정치(……)에 관한 일절 사유자본과 부적자(附敵者)의 일절 소유자본과 부동산을 몰수하여 국유로 함’이라고 규정함으로써 일본제국주의의 재산과 부적자의 재산은 몰수하여 국유로 함을 경제 정책의 8개 원칙 중 하나로 규정하였다.<sup>1)</sup>

##### 1) 대한민국 임시정부 건국강령 제3장 건국 (建國)

1. 적의 일절통치기구(一切統治機構)를 국내에서 완전히 박멸하고 국도(國都)를 정하고 중앙정부와 중앙의회의 정식활동으로 주권을 행사하여 선거와 입법과 임관과 군사외교 경제 등에 관한 국가정령(國家政令)이 자유로 행사되어 삼균제도의 강령과 정책을 국내에 수행하기 시작하는 과정을 건국의 제1기라 함.
2. 삼균제도를 골자로 한 헌법을 시행하여 정치 경제 교육의 민주적 시설로 실제상 균형을 도모하며 전국의 토지와 대생산기관(大生産機關)의 국유화가 완성되고 전국 학령아동의 전수(全數)가 고등교육의 면비수학이 완성되고 보통선거제도가 구속 없이 완전히 실시되어 전국각동리촌(全國各洞里村)과 읍 면과 도(島) 군(郡) 부(府)와 도(道)의 자치조직과 행정조직과 민중단체와 조직이 완비되어 삼균제도가 배합실시되고 경향각층의 극빈계급에 물질과 정신상 생활정도와 문화수준을 높이어 보장되는 과정을 건국의 제2기라 함.
3. 건국에 관한 일체 기초적 시설 즉 군사 교육 행정 생산 위생 경찰 농공상 외교 등 방면의 건설기구와 성적(成績)의 예정계획의 과반이 성취될 때를 건국의 완성이라 함.
4. 건국기의 헌법상 인민의 기본권리와 의무는 다음 원칙에 의거하고 법률로 따로 정하여 시행함.
  - (ㄱ) 노동권, 휴식권, 피구제권, 피보험권, 피면비수학권, 참정권, 선거권, 피선거권, 파면권, 입법권, 사회각종조직에 가입하는 권리가 있음.
  - (ㄴ) 부녀는 경제와 국가와 문화 사회생활상 남자와 평등권리가 있음.
  - (ㄷ) 신체자유와 주거 언론 저작 출판 신앙 집회 결사 여행 시위행동 통신비밀 등의

자유가 있음.

(㉔) 보통선거에는 만18세 이상 남녀로 선거권을 행사하되 신앙 교육 주거년수 재산 상황과 과거행동을 분별치 아니하며 선거권을 가진 만23세 이상 남녀는 피선거권이 있으며 매개인(每個人)의 평등과 비밀을 직접으로 함.

(㉕) 인민은 법률을 지키며 세금을 바치며 병역에 응하며 공무에 복(服)하고 조국을 건설보위하며 사회를 시설 지지하는 의무가 있음.

(㉖) 적에 부화(附和)한 자와 독립운동을 방해한 자와 건국강령을 반대한 자와 정신이 결핍한 자와 범죄판결을 받은 자는 선거권 피선거권이 없음.

5. 건국시기의 헌법상 중앙과 지방의 정치기구는 다음 원칙에 의거함.

(㉑) 중앙정부는 건국 제1기에 중앙에서 총선거한 의회에서 통과한 헌법에 의거하여 조직한 국무회의의 결의로 국무를 집행하는 전국적 최고행정기관임. 행정분담은 내(內)·외(外)·군(軍)·법(法)·재(財)·교통(交通)·실업(實業)·교육(教育) 각부로 함.

(㉒) 지방은 도(道)에 도정부(道政府) 부(府) 군(郡) 도(島)에 부 군 도 행정부(府 郡 島 行政府)를 두고 부 군 도 의회(府 郡 島 議會)를 둠.

6. 건국시기의 헌법상 경제체제는 국민각개의 균등생활을 확보함과 민족전체의 발전과 및 국가를 건립 보위함과 민족전체의 발전 및 연환관계(連環關係)를 가지게 하되 좌열(左列)한 기본원칙에 의거하여 경제정책을 추진실행함.

(㉑) 대생산기관(大生産機關)의 공구와 시설을 국유(國有)로 하고 토지 광산 어업·수리·임업·소택과 수상 공중의 운수사업과 은행 전신 교통 등과 대규모 농·공·상·기업과 성시공업지역(成市工業地域)의 공용적 주요산업은 국유로 하고 소규모 혹은 중소기업은 사영으로 함.

(㉒) 적의 침략침점 혹은 시설한 관공사유토지와 어업·광산·농림·은행·회사·공장·철도·학교·교회·사찰·병원·공원 등의 산업과 기지 토지 급(及) 경제·정치·군사·문화·교육·종교·위생에 관한 일절 사유자본과 부적자(附敵者)의 일절 소유자본과 부동산을 몰수하여 국유로 함.

(㉓) 몰수한 재산은 빈공(貧工) 빈농 급(及) 일절 무산자의 이익을 위하여 국영 혹은 공영의 집단생산기관에 충당함을 원칙으로 함.

(㉔) 토지의 상속·매매·저압(抵押)·전양(典讓)·유증(遺贈)·전조차(轉租借)의 금지와 고리대금업과 사인(私人)의 고용농업의 금지를 원칙으로 하고 농장생산소비와 무역의 기구를 조직확대하여 농공대중의 물질과 정신상 생활정도와 문화수준을 높임.

(㉕) 국제무역·전기·수도·대규모의 인쇄소·출판·영화극장 등을 국유 국영으로 함.

(㉖) 노공(老工) 유공(幼工) 여인의 야간노동과 연령 지대(地帶) 시간의 불합리한 노동을 금지함.

(㉗) 농공인의 면비의료(免費醫療)를 보급실시하여 질병소멸과 건강을 보장함.

(㉘) 토지는 자유자경인(自由自耕人)에게 나누어줌을 원칙으로 하되 원래의 고용농자작농 소지주농 중지주농, 농인지위를 보아 저급(低級)으로부터 우선권을 줌.

7. 건국시기의 헌법상 교육의 기본원칙은 국민각개인의 과학적지식을 보편적으로 균등화하기 위하여 다음과 같은 원칙에 의거하여 교육정책을 추진실행함.

(㉑) 교육종지(教育宗旨)는 삼균제도로 원칙을 삼아 혁명공리의 민족정기를 발양하며 국민도덕과 생활기능과 자치능력을 양성하여 완전한 국민을 조성(組成)함에 둠.

(㉒) 6세로부터 12세까지의 초등기본교육과 12세 이상 고등기본교육에 관한 일절 비용은 국가가 부담하고 의무로 시행함.

(㉓) 학령이 초과되고 초등 또는 고등의 기본교육을 받지 못한 인민에게 일률로 면비보습교육(免費補習教育)을 시행하고 빈가자제(貧家子弟)로 의식(衣食)을 스스로

## (2) 반민족행위처벌법

### (가) 제정

반민족행위처벌법(이하 ‘반민법’이라 한다)은 제헌헌법 부칙 제101조에 근거하여 1948. 9. 7. 국회에서 통과되고(재석 141, 가 103, 부 6), 같은 해 9. 22. 대한민국 법률 제3호로 공포되었다. 반민법은 전문 32조로 구성되었는데, 그 골자는 반민족행위특별조사위원회(이하 ‘반민특위’라 한다)가 반민족행위자를 조사하여 특별검찰부에 송치하고, 특별검찰부의 공소로 특별재판부가 심판한다는 내용이며, 공소시효는 공포일로부터 2년으로 규정되었다.

### (나) 주요 내용

일본정부와 통모하여 한일합병에 적극협력한 자, 한국의 주권을 침해하는 조약 또는 문서에 조인한 자와 모의한 자는 사형 또는 무기징역에 처하고 그 재산과 유산의 전부 혹은 2분의 1이상을 몰수하고(제1조), 일본정부로부터 작을 수한 자 또는 일본제국국회의원의 의원이 되었던 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 그 재산과 유산의 전부 혹은 2분의 1이상을 몰수하며(제2조), 일본치하독립운동자나 그 가족을 악의로 살상박해한 자 또는 이를 지휘한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 그 재산의 전부 혹은 일부를 몰수한다는 점(제3조) 및 습작한 자, 중추원부위원장, 고문 또는 삼의되었던 자, 칙임관이상의 관리되었던 자, 밀정행위로 독립운동을 방해한 자, 독립을 방해할 목적으로 단체를 조직했거나 그 단체의 수뇌간부로 활동하였던 자, 군, 경찰의 관리로서 악질적인 행위로 민족에게 해를 가한 자, 비행기, 병기 또는 탄약등 군수공업을 책임경영한 자, 도, 부의 자문 또는 결의기관의 의원이 되었던 자로서 일정에 아부하여 그 반민족적 죄적이 현저한 자, 관공리되었던 자로서 그 직위를 악용하여 민족에게 해를 가한 악질적 죄

---

갖추지 못하는 자는 국가에서 대공(代共)함.

(ㄷ) 지방의 인구 교통 문화 경제등 정형(情形)을 따라 일정한 균형비례로 교육기관을 시설하되 최저한도로 매1읍1면(每一邑一面)에 5개 소학교와 2개 중학교 매 1군(一郡)에 2개 전문학교 매 1도(一道)에 1개 대학교를 설치함.

(ㄹ) 교과서의 편찬(編纂)과 인쇄발행을 국영으로 하고 학생에게 무료 분급(分給)함.

(ㅎ) 국민병(國民兵) 상비병(常備兵)의 기본지식에 관한 교육을 전문훈련으로 하는 외에 매 중학교와 전문학교의 필수과목으로 함.

(ㄱ) 사립학교는 일률적으로 국가의 감독을 받고 국가에서 규정한 교육정책을 준수(遵守)하게 하며 한교교육(韓僑教育)에 대하여 국가로서 교육정책을 추진실행함.

적이 현저한 자, 일본국책을 추진시킬 목적으로 설립된 각 단체본부의 수뇌 간부로서 악질적인 지도적 행동을 한 자, 종교, 사회, 문화, 경제 기타 각 부문에 있어서 민족적인 정신과 신념을 배반하고 일본침략주의와 그 시책을 수행하는데 협력하기 위하여 악질적인 반민족적 언론, 저작과 기타 방법으로써 지도한 자, 개인으로서 악질적인 행위로 일제에 아부하여 민족에게 해를 가한 자는 10년 이하의 징역에 처하거나 15년 이하의 공민권을 정지하고 그 재산의 전부 혹은 일부를 몰수할 수 있다는 점(제4조) 일본치하에 고등관 3등급이상, 훈 5등 이상을 받은 관공리 또는 헌병, 헌병보, 고등경찰의 직에 있던 자는 본법의 공소시효경과전에는 공무원에 임명될 수 없다는 점(단, 기술관은 제외함, 제5조)등을 규정하였다.

#### (다) 경과

특별재판부는 1949. 3. 28. 첫 공판기일이 열린 이후, 같은 해 8. 31.까지 총 41건의 재판을 하여 사형 1명(김덕기, 경시), 무기 1명(김태석, 중추원 참의 및 고등계형사), 징역형 13명, 공민권 정지 18명, 형 면제 2명, 무죄 6명의 판결을 선고하였다. 특별재판부에서 징역형을 선고받은 13명 중 이기용(자작, 일본귀족원 의원)은 징역 2년 6월 및 재산 1/2 몰수형, 이병길(이완용의 증손자로 작위를 습장, 중추원 참의)은 징역 2년, 집행유예 5년 및 임야 1/2 몰수형을 선고받았다.

한편, 반민특위를 반대했던 의원들이 반민법의 공소시효를 1950. 9. 22.에서 1949. 8. 31.까지로 단축하자는 개정안을 제안하였고 이는 그대로 통과되었다. 이후 한국전쟁이 발발한 상황에서 반민법은 전쟁 중인 1951. 2. 14. 법률 제176호로 폐지되었다. 반민법 폐지법률 부칙은 반민법에 의하여 공소계속 중인 사건은 폐지법률의 시행일에 공소취소된 것으로 보고, 폐지된 법률에 의한 판결은 폐지법률의 시행일로부터 그 선고의 효력을 상실한다고 규정하여, 위 특별재판부가 이미 선고한 판결은 모두 그 효력을 상실하였다.

### (3) 친일재산귀속법

#### (가) 17대 국회 이전

1993. 2. 9. 14대 국회에서 여·야 의원 15명이 ‘매국노후손 토지 환수 저



지를 위한 의원모임'을 결성하고 특별법 제정을 추진하였으며, 1993. 5. 10. 국회의원 186명이 '매국노 재산 몰수를 위한 특별법 제정'에 서명하였다. 이후 1993. 12. 17. 국회특별법제정 법안소위 위원장 장기욱 외 170명은 '민족 정통성 회복 특별법'을 제안하였지만, 14대 국회의 임기가 만료되어 위 법안은 폐기되었다.

또한, 2003년 국회의원 최용규는 '일제강점하 친일반민족행위 진상규명에 관한 특별법'이 제안된 상태에서 이를 바탕으로 '친일반민족행위자 재산의 국고환수에 관한 특별법'을 발의하였고, 2004. 2. 18. 국회의원 최용규 외 54인의 서명으로 '친일반민족행위자 재산의 환수에 관한 특별법'을 발의하였으나, 법제사법위원회에 상정되지 못한 채 16대 국회의 임기 만료로 위 법안 역시 폐기되었다.

#### (나) 17대 국회

2004. 9. 17. 친일재산환수법의 제정을 위한 입법공청회를 개최하여 여러 의견을 수렴하고, 2005. 2. 24. 국회의원 최용규 외 169명의 여·야 의원이 서명함으로써 재산귀속법의 초안이 발의되었고, 2005. 4. 19. 법제사법위원회의 심사 및 2005. 6. 17. 공청회 개최 등의 절차를 거쳐 2005. 12. 8. 재산귀속법이 국회본회의의 재적의원 155명의 찬성으로 통과되었다. 이에 재산귀속법은 2005. 12. 29. 공포되고 시행되었다.

## 나. 해외의 과거사 청산 사례<sup>2)</sup>

### (1) 독일

독일의 경우 패전 직후 사법적으로는 연합국의 뉘른베르크 국제전범재판에서 국제법상 처음으로 반인류범죄를 규정하여, 나치의 침략전쟁, 유대인 및 민간인 학살의 책임자를 기소·처벌하였으며, 정치적으로는 탈나치화 숙청작업을 실시하였다. 일반 독일인들의 경우에는 전후 나치즘을 우호적으로 평가하는 흐름이 사회에 잔존하여 2차례의 사면법으로 나치의 주요 인물들을 사회나 직장에 복귀시키는 입법이 있기도 하였으나, 루드비히스부르크

2) 이하의 내용은 안병직 외 10인, 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005; 이용우, 프랑스의 과거사 청산, 역사비평사, 2008; 이 사건의 이해관계인 친일반민족행위자재산조사위원회의 의견서 내용을 각 참조함.

(Ludwigsburg)에 ‘나치 범죄의 진상을 규명하기 위한 사법조사와 연구를 위한 본부’(Zentrale Stelle für Landesjustizverwaltung zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen)가 설치되어 홀로코스트에 대해 독일인이 스스로 반성하고 사법적으로 처벌하는 과정이 시작되었다. 1960년대 후반 전범 아이히만(Eichmann)에 대한 재판을 토대로 독일 내 자발적인 나치즘 청산작업이 본격화되었고, 1945년을 패전이 아닌 나치즘으로부터의 해방으로 보는 인식의 전환이 이루어졌다. 1990년까지 총 98,042건의 기소와 심리가 행해졌고, 6,486명이 유죄판결을 받았다. 12명이 사형, 162명이 종신형, 6,197명이 징역, 114명이 벌금형을 받았다. 한편, 그 후 독일은 통일 이전까지 유대인 등 나치정권의 피해자에게 독일연방배상법에 따라 84조억 원을 배상하였으며, 2000년에는 약 570만명에 이르는 외국인 강제노동자들의 나치정권 기간 동안의 임금과 강제징용에 대한 보상을 위하여 정부와 기업이 공동으로 출연한 ‘기억, 책임 그리고 미래’(Erinnerung, Verantwortung und Zukunft)라는 이름의 재단을 세우기도 하였다.

## (2) 프랑스

프랑스는 독일로부터 지배를 당한 약 4년간의 독일강점기(1940. 6. 22.~1944. 8. 25.) 동안 드골을 중심으로 한 자유 프랑스 망명정부와 독일 점령 지역의 비시(Vichy)정부의 두 정부로 나누어졌다. 대독협력자에 대한 최초의 청산은 재판소가 아니라 거리에서 혹은 숲 속에서 이루어졌다. 이른바 ‘약식 처형’으로 불리는 것으로서 초법적 숙청이라 할 수 있었다. 프랑스 정부는 1948년과 1952년, 두 차례에 걸쳐 약식처형에 관한 통계를 발표한 바 있는데, 1만명 안팎이라고 하였다. 이러한 약식처형에 대해서는 그 감정적 처단에 몰두한 나머지 프랑스인들 역시 야만적인 과오로서 반성하고 있다는 시각과<sup>3)</sup> 이러한 약식처형은 사법적 청산 기구들이 마련되기 이전 단계에서 유

3) 이재교, 친일청산법에 대한 헌법적 고찰, 인하대학교 출판부, 2007, 131면. 이재교는 ① 프랑스와 우리는 ‘조국’의 존재감에서 근본적으로 차이가 있고, ② 우리는 친일 행위자들을 반역죄로 다스릴 법률이 없었음에 반하여 프랑스에서는 반역죄로 다스릴 수 있었고 실제로도 그랬으며, ③ 해방직후 우리와 프랑스의 사회상황이 판이하게 달랐다는 점에서, 프랑스의 과거사 청산과 우리의 과거사 청산을 단순 비교하는 것은 무리라고 본다. 위의 책, 129면 이하.

일한 부역자 청산 방식이었다는 점을 강조하며 이로 인해 프랑스에서는 여타 국가들에 비해 사법적 청산의 강도가 약화되었다고 보며 이를 부정적으로만 보지 않는 시각이<sup>4)</sup> 있다.

그 후 드골의 임시정부는 초법적 청산을 사법적 청산으로 이행하고자 하였는데, 그 방도로는 ① 죄형법정주의와 불소급의 원칙에 의해 기존 형벌조항(반역죄 등)을 새롭게 해석하여 대독협력자를 처벌하는 방안이 시도되었고 이는 일정부분 효과가 있었으나, 전례없는 상황에서 벌어진 대독협력 행위를 처벌하기에는 이렇게 해석에 의존하는 방식만으로는 불충분하다는 점에 의견이 모아졌다. ② 다음 방안으로는 ‘1944. 8. 26.자 명령’을 통해 ‘프랑스 국내외에서 자발적으로 독일이나 그 동맹국들에 직간접적인 도움을 주었거나 국민통합 혹은 프랑스인의 자유와 평등에 해를 끼친 죄’를 ‘국민부적격죄’(l’indignité nationale)라는 새로운 범죄로 규정하여 이를 대독협력행위에 소급적으로 적용하기로 하는 것이었다. 위 명령의 전문(前文) 격으로 삽입한 이유서에 따르면, 국민부적격죄는 “엄밀한 의미의 형법 영역에 속하는 것이 아니라 정치적 정의(正義)의 영역에 속”하므로 “불소급원칙이 적용될 수 없”었다고 하여, 그 “명령이 소급적인 형태를 띠”는 것을 명시적으로 밝혔다.<sup>5)</sup>

또한 부역자들을 재판하는 부역자 재판소(cour de justice)와 ‘국민부적격죄’ 유무만을 판단하는 공민재판부(chambre civique)를 별도로 설치하고, 대독협력의 최고 책임자들인 비시 정부의 주역들을 처벌하기 위하여 고등법원(Haute Cour de justice)을 설치하였다. 부역자 재판소 및 공민재판소의 재판결과 집계에 따르면, 123,613명이 이 두 재판소에서 판결을 받았고, 부역자 재판소에서 판결받은 55,331명 가운데 6,763명(12.2%)은 사형을, 38,266명(69.2%)은 징역이나 금고형을, 3,578명은 주형으로 공민권 박탈형을 각각 선고받았고, 6,724명(12.2%)은 무죄로 풀려났다. 사형 선고를 받은 6,763명(궤석재판이 3,910명) 중 실제 처형된 사람은 767명이었다. 공민재판

4) 이용우, “프랑스의 대독협력자 숙청”, 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005, 87면.

5) 이용우, 프랑스의 과거사 청산, 역사비평사, 2008, 71면. 국민부적격죄는 경우에 따라 ‘국치죄’로 번역되기도 한다. 이용우, “프랑스의 대독협력자 숙청”, 세계의 과거사 청산, 푸른역사, 2005, 93면.

부에서는 69,282명의 부역 혐의자 가운데 2/3가 유무기의 공민권 박탈형을 선고받았고, 3,184명은 ‘레지스탕스 활동’이 인정되어 그 형을 면제받았으며, 19,453명(28.1%)은 무죄석방되었다. 108명의 최고위급 부역자들의 죄상을 심리한 고등법원은 1945. 3.부터 1949. 7.까지 재판 전에 사망한 8명을 제외한 100명에 대하여 판결을 내렸는데, 그 가운데 42명이 레지스탕스 활동을 이유로 면소판결을 받았고, 18명이 사형선고를, 22명이 징역 및 금고형 선고를, 15명이 주형으로 공민권 박탈형을, 3명은 무죄를 각 선고받았다.

한편, 비시정부에 복무했던 공무원 150만명 중 2만 2천 내지 2만 8천명이 ‘행정적 청산’이라는 이름으로 각종 징계를 받았고, 그 중 거의 절반이 해임, 파면 등의 중징계 처분을 받았다. 또 지역별로 ‘부당이득몰수위원회’와 ‘업종간 연합숙청위원회’가 설치되어 대독협력 행위를 한 기업주들과 기업간부들을 상대로 ‘경제적 청산’이 벌어지기도 하였다.

### (3) 중국

1945. 8.경 일제가 패망하자 중·일전쟁 중 일제에 협력한 중국인들, 특히 일제가 남경에 세운 괴뢰정부인 소위 남경정부의 관련자들이 전후 처리의 일환으로 처벌을 받았다. 이러한 친일반역자들을 ‘한간(漢奸)’이라고 칭하였는데, 장개석의 국민당 정부는 전후 1945. 12. 징치한간조례(懲治漢奸條例)를 제정하여 한간을 재판하였다. 국민당 정부의 한간 처벌은 만주국과 몽고자치정부 관련자, 남경정부군 지휘자로서 종전 후에 국민당 정부의 치안유지 임무를 수행한 자는 한간에서 제외하고, 기타 남경정부 관련자라도 주모급이 아닌 자 등에 대해서는 관대한 처벌을 한다는 원칙에서 탄력적으로 실행되었다. 그러나 소급입법에 의한 처벌금지와 같은 서구식 법원칙이 통용되지 아니하였으므로 단지 전후 전범처리의 한 과정으로서 일제부역자들에 대한 심판이 이루어진 것이다.

이와 같은 중국의 한간처벌은 1946.부터 본격적으로 시행되어 14,932명이 처벌받았는데 그 중 396명이 사형, 979명이 종신형, 13,370명이 유기징역형을 선고받았다.

## 2. 이 사건 추정조항의 위헌여부

### 가. 문제의 소재

이 사건 추정조항은 친일반민족행위자가 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 일본제국주의에 협력한 대가로 취득하거나 이를 상속받은 재산 또는 친일재산임을 알면서 유증·증여받은 재산을 친일 재산으로 규정함에 있어서 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정한다고 밝히고 있다. 이러한 추정을 번복하기 위해서는 짧게는 60여년전, 길게는 100여년 전에 있었던 재산취득 경위를 당사자가 입증해야 하는바 그 입증이 사실상 쉽지 않다는 점에서 이 사건 추정조항이 당사자에게 과도한 부담을 지우는 것인지 여부가 문제된다.

### 나. 법정의견

법정의견은, 입증책임규범에 관한 입법재량을 인정한 선례를 언급하면서(헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 477 참조), 이 사건 추정규정이 입법재량을 일탈하지 않았다고 판시하였다.

『(1) 이 사건 추정조항은 일본제국주의의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압한 반민족행위자가 그 당시 친일반민족행위로 축적한 재산을 국가에 귀속시킴으로써 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것이다.

일제강점기 동안 사실상의 식민통치기구로서 만든 조직에 참여하거나 고등문관 이상의 고위 관직을 제공받는 등 친일반민족행위를 한 것은 그러한 행위를 통해 일제와 유착된 상태에 있었거나 그러한 상태에 있었을 개연성이 높다는 것을 보여주는 것이다. 일반적으로 그러한 지위는 친일재산을 형성하는 데에 상당한 역할을 한다고 볼 수 있으므로, 위와 같은 행적 중에 취득한 재산이 친일재산일 가능성은 매우 크다고 보인다. 그리고 러·일전쟁은 일제가 한반도에 대한 지배권을 확보하기 위하여 기도한 침략전쟁으로서 위 전쟁의 결과로 인해 우리 민족은 일본의 식민지로 전락하게 되었다고 할 수 있으므로, 친일재산의 성립가능시점을 러·일전쟁의 개전시로 보는 입법

자의 인식에는 합리적인 근거가 있다.

(2) 친일재산의 국가귀속이라는 과거사 청산 작업이 해방 이후 오랜 시간이 경과한 상황에서 이루어지고 있고, 그 사이에 한국전쟁 등이 발발하여 부동산의 소유관계를 입증할 수 있는 많은 자료들이 멸실되었다. 이와 같은 민족사적 현실과 시대적 상황 등 우리 사회가 처해있는 특수한 역사적 맥락을 고려해 볼 때, 이 사건 추정조항의 필요성에 대해 충분히 수궁할 수 있다. 다시 말해, 어떠한 재산이 친일협력의 대가로 취득한 재산인지 여부를 국가 측이 일일이 입증하는 것은 심히 곤란한 상태인 반면, 일반적으로 재산의 취득자 또는 그 후손들은 재산취득과 관련된 자료를 보관하고 있다거나 그 재산의 취득내역을 가장 잘 알고 있을 개연성이 높다고 할 수 있으므로, 재산 취득자 측에게 재산 취득 경위를 입증하도록 하는 것이 현저히 부당하다고 볼 수 없다.

(3) 이와 같이 이 사건 추정조항의 현실적 필요성이 상당함에 반해, 위 추정조항으로 인해 친일반민족행위자측이 부담하는 입증책임의 범위는 과도하다고 보기 어렵다.

우선, 위 추정조항에 따르면 당해 인물이 친일반민족행위자에 해당한다는 사실 및 당해 재산이 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 사실에 대해서는 이 사건 조사위원회가 입증하여야 하므로, 위 추정조항이 친일반민족행위자측에 전적으로 입증책임을 전가하였다고 볼 수 없다.

다음으로, 앞서 본 바와 같이 위 추정조항은 국권침탈을 통하여 일제의 지배가 본격화되었다고 보이는 일정기간, 즉 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일재산으로 추정하는 것에 불과하다. 따라서 비록 그와 같은 추정을 받게 된다 하더라도 친일반민족행위자측은 그 재산이 친일행위의 대가로 취득한 것이 아니라는 점을 입증하여 언제든지 위 추정을 번복시킬 수 있다. 결국 규범적인 측면에서 본다면, 위 추정이 친일재산의 내용과 범위를 가려내는 과정에서 종국적이고 비가역적인 역할을 한다고 단정하기 어렵다.

(4) 나아가, 실무적으로 제반 헌법적 가치를 조화롭게 구현하면서 위 추정

조항을 운용하는 것도 충분히 가능한 일이며, 실제로도 이 사건 조사위원회는 이 사건 추정조항의 적용대상을 합리적인 범위로 제한하여 적용하고 있다고 보이므로 이러한 실무적 운영을 통해 위 추정조항이 과도한 범위로 적용되어 기본권을 침해할 소지는 더욱 줄어들 것이다. 이를테면, 이 사건 조사위원회는 지방 유지로 중추원 참의에 임명된 자가 그 임명 이전에 도참사, 군참사 등을 역임하였다 하더라도 중추원 참의에 임명되기 전의 직위에서 취득한 재산은 (비록 친일행위의 대가로 불만한 사정이 충분하다 할지라도) 추정조항의 적용범위에서 제외하였고, 관료에서 중추원 참의로 된 자의 경우에도 그 임명 이전에 하급 직위에 있을 당시 취득한 재산을 추정조항의 적용범위에서 제외하였다. 이러한 결과, 일응 이 사건 추정조항에 따라 친일재산에 해당되는 외관을 갖추었다 하더라도, 면밀한 조사를 거쳐 친일의 대가성이 입증되지 않았던 상당한 수의 사례에서 이 사건 조사위원회의 조사개시결정은 취소되었다(2010. 3. 5. 현재 조사개시결정이 내려진 총 5,572건 중 조사가 진행 중인 사건을 제외할 때 국가귀속결정 또는 친일재산확인결정이 내려진 사건이 2,078건, 조사개시결정이 취소된 사건이 2,818건이다). 이처럼 이 사건 추정조항의 실무적인 운용례는 위 추정조항이 이 사건 조사위원회의 합리적인 해석에 따라 합리적인 범위 내에서 적용되고 있음을 보여주고 있다.

(5) 설령 이 사건 조사위원회에서 추정이 반복되지 않아 그 재산이 국가로 귀속되는 결정이 이루어졌다고 하더라도, 이에 대해서는 행정소송을 통한 구제의 방도가 마련되어 있으므로 사법적 교정의 여지 또한 충분히 보장되어 있다. 가사 처분청 또는 법원이 이러한 추정의 반복을 쉽게 인정하지 않아서 위 추정이 사실상의 간주와 같이 기능하게 된다 하더라도, 이는 입법자가 단지 ‘추정’의 법률효과만을 규정했음에도 불구하고 그 법률을 집행하는 처분청 또는 이를 심사하는 법원이 그와 같은 입법취지를 충분히 실현하지 못한 결과로 보인다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 추정조항을 활용한 입법적 재량이 일탈·남용되었다거나 그 법률이 위헌이라고 선언하는 것은 입법권에 대한 과도한 제한이 아닐 수 없다. 무릇 법률의 집행에 오류가 있다고 하여 그 법률의 제정이 위헌이라고 보는 것은 헌법이 정한 권력분립원리

에 부합하지 않는다. 이 사건 추정조항이 사실상 간주조항으로 기능하므로 위헌이라는 주장은 해당 법률의 구체적인 집행에 오류가 있을 때마다 그 법률을 위헌으로 선언하라는 주장과 같으므로 수긍할 수 없다.

(6) 나치 등의 침략과 식민지배를 겪었던 다수 국가들이 외세의 지배를 극복한 이후 행하였던 과거사 청산에 관한 사례들에서 확인할 수 있듯이, 여러 입법례들은 반민족행위자들을 처벌하고 그 재산을 몰수할 때 그 재산이 반민족행위의 대가로 취득되었는지 여부를 불문하고 이를 몰수할 수 있도록 규정하기도 하였다. 이러한 조치를 통하여 반민족행위로 축적된 재산 내지 반민족행위자의 재산은 결코 보호되지 않는다는 사회적 정의 관념을 구현하였고, 나아가 설령 그들의 일부 재산이 스스로의 경제적 성과를 통해 손수 획득한 것이라 할지라도 그들이 배반했던 공동체가 이룩한 국가질서 안에서는 그와 같은 경제적 이익의 향유조차 허용되지 않는다는 강력한 경고를 후손들에게 남겨주었다.

이와 비교해 볼 때, 이 사건 추정조항은 비록 추정의 형식을 통해 입증책임의 일정부분을 재산소유자에게 전가하고 있다 할지라도 그 추정을 반복할 수 있는 기회를 충분히 보장함으로써 친일행위의 대가로 취득한 재산에 한정하여 국가귀속을 도모하고 있으므로, 위와 같이 반민족행위의 대가 여부를 불문하는 여타 국가들의 과거사 청산 입법들에 비해 상대적으로 절제되고 합리적인 태도를 취하고 있다고 보인다.

(7) 나아가 과거사 청산의 정당성, 사회정의의 실현 및 진정한 사회통합의 가치 등에 비추어 볼 때, 이 사건 추정조항이 추구하는 정의의 구현, 민족정기의 복원, 3·1운동의 헌법이념이라는 공익적 중대성은 위 추정조항으로 인해 친일반민족행위자측이 부담하는 불이익에 비해 우월하다.』

#### 다. 한정위헌의견

재판관 이동흡, 재판관 목영준은 이 사건 추정조항 중 ‘취득’에 ‘사정에 의한 취득’까지 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다고 보았다.

즉, 우리의 근대적인 토지소유권제도는, 토지소유자는 조선토지조사령(1912. 8. 13. 제령 제2호) 제15조에 의해, 임야소유자는 조선임야조사령



(1918. 5. 1. 제령 제5호) 제8조에 의해 사정이 확정되면 해당 토지 내지 임야를 원시취득한 것으로 인정되었다(대법원 1965. 11. 30. 선고 64다1508; 대법원 1984. 1. 24. 선고 83다카1152 등). 그러므로 사정은 1912년 및 1918년 이후의 사정 당시 누가 토지 또는 임야를 소유하였는지를 판단하는 기준이 될 뿐이지, 그가 실제로 언제 토지 또는 임야를 취득하였는지에 관한 정확한 기준이 될 수 없다. 그러나 이 사건 추정조항에 의해, 사정되기 이전에 친일반민족행위와 무관하게 취득하였던 토지라고 하더라도 위 시기에 취득한 것으로 간주되고, 그 결과 이 사건 추정조항에 따라 친일재산으로 추정된다. 친일반민족행위자가 위 추정을 번복하려면, 해당 토지를 1904년 이전에 실제로 취득하였다는 점을 입증해야 하나, 토지사정부가 작성되기 이전에는 토지소유권에 관한 대세적 공시방법이 마련되지 아니하였고, 100여년 전의 사실관계를 입증하기도 어려우므로, 이 사건 추정조항에 의해 친일재산과 무관한 재산까지도 박탈당할 가능성이 크다. 따라서 이 사건 추정조항 중 ‘취득’에 ‘사정에 의한 취득’까지 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 것이다.

## 라. 해설

(1) 법정의견이 선례로 언급하고 있는 사건은 채권자취소권에서 수익자에게 부여된 입증책임의 위헌여부에 관한 사건인바, 이러한 민사사건에서의 판시가 이 사건 심판과 같은 재산귀속 사건에서도 유지될 수 있는지 의문이 제기될 여지가 있다.

그러나 우리 헌법은 형사법상 무죄추정 이외의 영역에서 입증책임에 관하여 명시적으로 규율한 바 없으므로, 이 부분은 결국 1차적으로 입법자에게 형성의 권한이 있는 점(달리 설명하자면, 입증책임분배의 결정은 1차적으로 입법자의 몫일 터이나 헌법상 무죄추정원칙에 따라 적어도 형사재판에서는 입증책임에 관한 입법재량이 0으로 수축하게 될 것임), 우리 재판소는 보호감호나 과태료와 같이 당사자에게는 형벌과 유사하게 느껴질 수 있는 것에 대해서도 그것이 형벌이 아닌 이상 형벌과 유사하다는 이유만으로 형벌과 동일하게 규율되지 않는다고 보는 점,<sup>6)</sup> 법정의견 역시 친일재산의 국가귀속

6) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마17, 판례집 3, 124, 130; 헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627

처분이 형사처벌에 해당하지 않는다고 판시한 점,<sup>7)</sup> 재산귀속처분이 사인 간의 분쟁에 비해 침익적 성격이 큰 점은 인정되나 이러한 사정은 입법재량의 범위를 상대적으로 축소함으로써 형평을 추구할 수 있는 점 등에 비추어 법정의견의 논리에 충분히 수긍할 부분이 있다고 보인다.

(2) 이 사건 추정조항 중 ‘취득’에 ‘사정에 의한 취득’까지 포함된다고 해석하는 것은 문제가 있다고 지적하는 한정위헌의견의 논지에는 수긍할 부분이 있다. 그러나 이러한 추정의 번복이 그 자체로 불가능한 것도 아니고, 친일재산귀속의 역사적 의미에 비추어 충분한 공익적 필요성도 가지는 것이며, 특히 법정의견은 비교법적으로 볼 때 식민지 과거사 청산에 관련된 대다수의 법률들은 반민족행위에 대한 대가여부를 불문하고 반민족행위자의 재산을 박탈하였다는 점에 근거하여 이러한 추정번복의 기회를 부여하는 것만으로도 청구인들의 권리에 대한 충분한 배려가 있었다고 해석하는 듯 보인다.

### 3. 이 사건 귀속조항의 재산권 침해여부

#### 가. 문제의 소재

우리 헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 (……) 재산권을 박탈당하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 따라서 친일재산이 우리 헌법상 재산권으로 보장된다면, 위 조항의 위반여부를 검토해야만 한다.

만약, 친일재산이 헌법상의 재산권으로 보장된다고 한다면, 이 사건 귀속조항이 진정소급입법에 해당하는 것인지, 부진정소급입법에 해당하는 것이냐가 문제된다. 왜냐하면, 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권 박탈 금지는 진정소급입법에 한하여 적용된다고 해석되는 까닭이다.

#### 나. 친일재산이 헌법상의 재산권으로 보장되는지 여부

##### (1) 법정의견

법정의견은, 친일재산이 비록 친일행위의 대가로 취득된 재산이라고 하더라도 이는 그 당시의 재산법 관련 법제에 의하여 확정적으로 취득된 재산이라고 보았다. 이러한 입장에서 볼 때, 제헌 헌법이 친일재산을 환수할 수 있

7) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 판례집 23-1상, 276, 313

는 헌법적 근거인 부칙 제101조를 마련해 두었던 것은 친일재산의 환수가 헌법적으로 논란이 될 수 있다는 문제의식 하에 이러한 문제를 미리 해결하기 위한 것으로 해석할 수 있다.

## (2) 재판관 김종대의 반대의견

그러나 재판관 김종대는 이러한 법정의견에 대한 반대의견을 개진하였다. 즉, 친일재산은 일본제국주의와의 투쟁과 그 극복으로 탄생한 대한민국의 헌법에 규정된 ‘재산권’ 조항으로써 보호될 수는 없다는 것이고, 따라서 이 사건 귀속조항은 합헌이라는 것이다.

이 의견은, 먼저 헌법 제13조 제2항에 대한 해석을 통해 소급입법에 의한 재산권 박탈금지의 예외를 인정하는 것은 부당하다고 본다.

『헌법제정자들은 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금하고 있는 헌법 제13조 제2항을 규정하면서 어떠한 예외조항도 두지 않았다. 이는 위 헌법규정이 천명하고 있는 소급입법에 의한 재산권 박탈의 금지가 어떠한 예외적 상황도 없이 일률적이고 일의적으로 관철되어야 할 가치임을 의미하는 것이다. 따라서 헌법재판소가 헌법 제13조 제2항을 해석하면서, 특별한 사유가 있는 경우에는 소급입법에 의한 재산권 박탈도 허용될 수 있다고 해석한다면, 이는 헌법제정자들이 금지해 둔 내용을 번복하여 새로운 헌법적 내용을 형성해 내는 것에 다름 아니다. 이러한 태도는 (……) 타당한 헌법 해석이라고 보기 힘들고, 권력분립의 원칙에 비추어 보아서도 바람직하다고 할 수 없다.』

다음으로, 친일재산의 헌법적 성격을 분석한 후, 이 사건 귀속조항의 합헌성을 논증하였다.

『친일재산이 우리 헌법에 의하여 보호되는 재산권인지 여부를 판단하기 위해서는 친일재산에 대한 우리 헌법의 태도 혹은 친일재산과 우리 헌법의 관계를 우선적으로 검토해야 한다.

주지하다시피 대한민국의 헌법은 일본 제국주의 체제에 대항하고 이를 극복함으로써 비로소 탄생하였다. 을사늑약(乙巳勒約) 이후 36년간의 식민지배 동안, 우리 민족은 일제의 강점으로부터 벗어나기 위하여 치열하고 끈질긴

해방운동을 펼쳐왔다. 비록 해방의 과정에서 일체를 패망시킨 연합국의 역할이 있었음을 부인할 수 없지만, 우리의 수많은 선조들이 자신들의 생명과 안위를 희생하며 투신했던 해방운동을 통해 표출되었던 민족적 역량과 그로 인한 성과가 결정적인 역할을 수행했던 점도 엄연한 사실이다.

(……) 따라서 우리 헌법의 법통이 3·1운동과 대한민국임시정부를 계승한다고 규정한 것은 대한민국의 헌법이 일본제국주의의 식민통치를 극복하고 우리 민족의 자주독립을 추구한 대한민국임시정부의 민족해방과 민족자결의 정신을 헌법의 근간으로 하고 있다는 점을 공개적으로 선포한 것이다.

이러한 우리 헌법의 정신과 법통, 그 제정 배경 등을 종합적으로 고려할 때, 친일이라는 반민족적 행위의 대가로 취득한 친일재산은 우리 헌법에 의해 보호될 수 없다. 친일재산은 비록 친일반민족행위자 그 개인에게는 유용한 ‘재산’으로서의 의미가 있을지 모르겠지만, 그것이 일본제국주의와의 투쟁 및 그 극복의 결과로 탄생한 대한민국의 헌법에 규정된 ‘재산권’ 조항으로써 보호될 수는 없는 것이다. 일본제국주의의 유지·강화를 위해 복무하고 우리 민족의 해방을 위해 힘썼던 민족의 선인들을 억압함으로써 대한민국 헌법의 탄생을 봉쇄하고 지연시키려 했던 대가로 취득한 친일재산은 오히려 대한민국 헌법에 의해 청산되어야 할 대상이라고 해야 옳다.

(……) 따라서 도저히 용납하기 힘들 만큼 친일반민족성이 짙어 우리 헌법 하에서 재산으로서 보유되도록 허용되기 곤란한 재산이라면, 제헌 헌법 이후의 헌법이라 할지라도 국회는 친일재산의 박탈을 위한 특단의 입법을 할 수 있다 할 것이다.』

#### 다. 이 사건 귀속조항이 진정소급입법인지 여부

##### (1) 법정의견(진정소급입법으로 보는 견해)

법정의견은, 친일재산이 비록 친일행위의 대가로 취득된 재산이라고 하더라도 이는 그 당시의 재산법 관련 법제에 의하여 확정적으로 취득된 재산이라 할 것이다. 따라서 현 시점에서 친일재산을 국가로 귀속시키는 행위는 진정소급입법으로서의 성격을 갖는다고 보았다.

(2) 재판관 목영준의 별개의견(부진정소급입법으로 보는 견해)

재판관 목영준은 이 사건 귀속조항을 부진정소급입법으로 보면서, 다음과 같이 설시하였다.

『친일재산은 친일반민족행위자가 일본제국주의에 협력한 대가로 취득하였거나 그러한 상태에서 상속된 재산이므로, 비록 형식적인 측면에서는 친일재산이 법적으로 취득되었다고 하더라도, 규범적인 측면에서 친일재산이 헌법상 재산권으로서 확정적으로 보장되어야 할지는 우리 헌법의 이념 및 재산 취득 당시의 사정 등을 종합적으로 고려해서 판단하여야 한다.

현행 헌법 전문(前文)은 ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’할 것을 규정하고 있는데, 이는 오늘날의 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩되었다는 점 및 일본제국주의의 식민통치를 배격하고 우리 민족의 자주독립을 추구한 대한민국임시정부의 정신을 헌법의 근간으로 하고 있다는 점을 의미한다. 그렇다면 일제강점기에 친일반민족행위자들이 임시정부의 이념에 반하여 우리 민족을 부정하고 식민통치에 협조한 대가로 취득한 재산은 반사회적 가치를 내포하고 있다고 해야 한다.

또한 1905. 4. 29. 반포된 대한제국의 형법대전은 국가에 대한 반역죄(제190조 내지 제192조), 내란죄(제195조), 외환죄 및 국권손괴죄(제200조) 등을 규정하였는바, 비록 위 형법대전은 1912. 3. 18. 조선총독부법령 제11호로 폐지되었으나 이는 일제의 부당한 지배에 의해 그 적용이 배제되었던 것일 뿐 위 법전의 규범적인 효력은 잠재적인 차원에서 그대로 존속하였다고 할 것이므로, 이에 따르면 친일반민족행위자들의 친일행위는 위 반역죄 등에 해당될 수 있고 이에 대한 대가로 취득한 친일재산은 취득 원인에 중대한 범죄성이 결부되어 있다고 해야 한다.

이처럼 친일재산에는 취득 당시 반사회적 가치 내지 범죄성이 내재하고 있었고, 다른 유사한 국가들과 달리 과거사 청산절차를 밟지 못한 우리나라에서는 그 반사회성 및 범죄성이 현재까지도 지속되고 있다고 볼 수 밖에 없으므로, 친일재산의 소유권 귀속에 관한 사실관계 또는 법률관계가 이미 종료되었다고 할 수 없다. 결국 일정한 조건 하에 친일재산의 국가귀속을 규

정하고 있는 이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 해당하는 것이 아니라, 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하는 부진정소급입법이라고 할 것이다.』

## 라. 이 사건 귀속조항이 진정소급입법으로서 위헌인지 여부

### (1) 법정의견(합헌론)

법정의견은, 이 사건 귀속조항을 진정소급입법으로 보면서, 진정소급입법이라고 하더라도 다음과 같은 예외를 해석에 의해 도출할 수 있다고 보았다.

『소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다.』

그에 이어, 다음과 같은 이유에서 이 사건 귀속조항은 진정소급입법이 허용될 수 있는 예외에 해당된다고 보았다.

『(가) 현행 헌법 전문(前文)은 ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한 국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’할 것을 규정하고 있는데, 여기서 ‘3·1운동’의 정신은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용하는 것이다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 693 참조). ‘대한민국이 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’한다고 선언한 헌법 전문의 의미는, 오늘날의 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕

으로 이룩된 것이라는 점(헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859, 판례집 17-1, 1016, 1020) 및 나아가 현행 헌법은 일본제국주의의 식민통치를 배격하고 우리 민족의 자주독립을 추구한 대한민국임시정부의 정신을 헌법의 근간으로 하고 있다는 점을 뜻한다고 볼 수 있다.

그렇다면 일제강점기에 우리 민족을 부정한 친일반민족행위자들의 친일행위에 대하여 그 진상을 규명하고 그러한 친일행위의 대가로 취득한 재산을 공적으로 회수하는 등 일본제국주의의 식민지로서 겪었던 잘못된 과거사를 청산함으로써 민족의 정기를 바로세우고 사회정의를 실현하며 진정한 사회통합을 추구해야 하는 것은 헌법적으로 부여된 임무라고 보아야 한다.

(나) 또한, 다음과 같은 이유로 친일재산의 소급적 박탈은 일반적으로 소급입법을 예상할 수 있었던 이례적인 경우에 해당하며, 그로 인해 발생하는 법적 신뢰의 침해는 우리 헌법의 이념 속에서 용인될 수 있다고 보인다.

첫째, 친일재산은 국제법규를 위반하여 우리 민족을 강압으로 제압하고 불법적인 통치를 자행한 일본제국주의에 부역하여 침략행위를 정당화하고 국권 회복을 위한 항일독립운동을 탄압한 친일반민족행위의 대가로 취득한 재산이다. 따라서 친일반민족행위자측의 입장에서는 그 재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격에 비추어 향후 우리 민족이 일제로부터의 독립을 쟁취하여 민족의 정통성을 계승한 국가를 건립하였을 때에는 그러한 친일재산을 보유하고 후대에 전수하여 자신과 그 후손들이 대대로 부귀를 누리는 것이 가능하지 않을 것이라는 점에 대하여 충분히 예상할 수 있었다고 할 것이다.

둘째, 앞서 본 바와 같이 친일재산을 환수함으로써 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하는 일은 제헌 헌법 이래 우리의 모든 헌법 속에서 면면히 계승된 가치이자 헌법적으로 부여되었던 당위라 할 수 있다. 그렇다면, 대한민국 헌법의 제정권자이자 수범자로서 그 헌법 아래에서 살아온 모든 국민들에게 친일재산의 환수를 포함한 일제 식민지 역사의 청산 작업은 언제든지 현실로 성립될 수 있는 이른바 ‘잠재적 현실’이었다.

셋째, 우리 선조들은 일제의 을사조약에 동조한 친일반민족행위자들의 행

위로 인해 국권을 상실하였을 뿐만 아니라 그러한 친일행위로 인해 징용되거나 일본군위안부로 강제동원되는 등 수많은 고초를 겪었다. 민족 자결의 주장을 펼치며 일제의 부당한 통치에 항거하였다는 이유만으로 생명과 신체의 안전 등을 포함한 기본적 권리를 박탈당하거나 침해받기도 하였다. 그럼에도 불구하고 그로 인한 역사적 상흔의 상당 부분들은 해방 후 반세기 이상 지난 오늘날에 이르기까지도 여전히 치유되지 않고 있다. 앞서 본 바와 같이 반민법에 따른 일제과거사 청산 작업도 실효적으로 이루어졌다고 보기 어렵다. 이에 친일반민족행위자를 역사적·법적으로 엄중히 평가하고 사회정의를 실현해야 한다는 사회적 요구가 현재까지 끊임없이 제기되어 왔다. 즉, 일제과거사의 청산 문제, 그 가운데에서도 친일행위의 대가로 취득한 재산의 처리 문제는 오늘에까지 우리 사회의 비중있는 사회적 과제로 남아 있다고 하겠다. 그렇다면 이와 같은 그간의 우리 사회내 논의 상황에 비추어 보더라도, 친일재산 문제가 본격적으로 불거져 친일재산의 사회적 환수 요청이 제기될 수 있을 것이라는 점은 충분히 예상가능한 일이었다.

(다) 한편, 일반적으로 소급입법이 금지되는 주된 이유는 문제된 사안이 발생하기 전에 그 사안을 일반적으로 규율할 수 있는 입법을 통하여 행위시법으로 충분히 처리할 수 있었음에도 불구하고, 권력자에 의해 사후에 제정된 법을 통해 과거의 일들이 자의적으로 규율됨으로써 법적 신뢰가 깨뜨려지고 국민의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위함이다. 그러나 과거사 청산에 관한 입법들은 그 사안이 발생하기 이전에 일반적인 규율 체계를 갖추 수 없었던 경우가 대다수였다. 역사상 과거사 청산에 관한 다수 입법들에서 소급입법의 형식을 취하는 것이 용인되어 온 것도 같은 맥락이다.

예컨대, 우리 제헌헌법은 부칙 제101조에서 ‘이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년(서기 1945년) 8월 15일 이전의 악질적인 반민족행위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다’고 규정함으로써 이에 따라 일본정부와 통모하여 한일합병에 적극협력한 자, 한국의 주권을 침해하는 조약 또는 문서에 조인한 자와 모의한 자 등에 대한 중형과 재산의 몰수 등을 규정한 반민법을 제정한 바 있고, 세계 제2차 대전 당시 독일의 지배를 받았던 프랑스에서도 종전 후에는 나치의 괴뢰정권인 비시(Vichy)정부를 위해 복무한 자들과 나치



협력자들을 소급적으로 처벌하였다.

(라) 지난 세기 인류사회를 휩쓸고 갔던 강대국의 식민지배와 약탈 현상은 제국주의 및 과시즘의 발호에 기인한 역사적 산물이었다. 따라서 식민지배의 극복 후 보편적으로 이루어졌던 과거사 청산의 작업들은 그와 같은 이념에 대한 동조와 추종을 단죄하여 공동체를 보호하고 그 과오와 폐해를 되풀이하지 않기 위한 문명사적 반성의 산물이라 할 것이다. 여기에는 다시는 공동체 내에서 그러한 일이 반복되지 않도록 경계하는 결의와 성찰이 담겨 있다.

그렇다면 일제 과거사 청산으로서의 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 특수하고 이례적인 공동체적 과업이라 할 것이므로, 설령 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생해 그로 인한 폐해가 만연될 것이라는 일부의 우려는 충분히 불식될 수 있다.』

## (2) 재판관 이강국, 재판관 조대현의 반대의견(위헌론)

법정의견에 대해서, 재판관 이강국과 재판관 조대현은 반대의견을 개진하였다. 즉, 헌법 제13조 제2항은 소급입법에 의한 재산권 박탈금지를 예외없이 규정하고 있으므로, 해석에 의해 그러한 예외를 인정하는 법정의견의 입론은 부당하다는 것이다.

『이 사건 귀속조항은 진정소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당되므로 헌법 제13조 제2항의 명문규정에 위반된다.

(가) 우선, 우리 헌법사에 있어서 진정소급입법에 의한 처벌이나 재산권의 박탈, 참정권의 제한 등은 헌법상의 기본권 보장이나 법의 일반원칙에 위반되므로 별도의 헌법적 근거가 필요하다는 것이 제헌헌법 이전부터의 일반적·보편적 인식이었다.

그리하여 제헌헌법 하에서 친일반민족행위자를 처벌하고 친일재산을 박탈하며 그들의 공민권을 제한할 수 있는 법적 근거가 되었던 반민족행위처벌법이 제정·시행된 바 있지만, 이는 제헌헌법 부칙 제101조가 “이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년(서기1945년) 8월 15일 이전의 악질적인 반민족 행

위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다.”라고 규정해 두었기 때문에 가능하였다.

그리고 1960년 11월 29일 제4차 개정헌법 부칙은 “이 헌법 시행 당시의 국회는 단기 4293년 3월 15일에 실시된 대통령, 부통령 선거에 관련하여 부정행위를 한 자와 그 부정행위에 항의하는 국민에 대하여 살상 기타의 부정행위를 한 자를 처벌 또는 단기 4293년 4월 26일 이전에 특정지위에 있음을 이용하여 현저한 반민주행위를 한 자의 공민권을 제한하기 위한 특별법을 제정할 수 있으며 단기 4293년 4월 26일 이전에 지위 또는 권력을 이용하여 부정한 방법으로 재산을 축적한 자에 대한 행정상 또는 형사상의 처리를 하기 위하여 특별법을 제정할 수 있다.”라고 규정하였고, 이에 근거하여 부정축재처리법 등을 제정함으로써 부정축재자들의 재산을 환수할 수 있었다.

(나) 그러다가 1962년 12월 26일 제5차 개정헌법 제11조 제1항에서는 형벌불소급의 원칙을 규정하고, 같은 조 제2항에서는 “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한 또는 재산권의 박탈을 받지 아니한다.”라고 규정함으로써 우리 헌법사상 처음으로 소급입법에 의한 참정권의 제한이나 재산권 박탈을 금지하는 명문의 헌법규정이 신설되었다.

위 규정이 신설된 취지는, 4·19민주혁명과 5·16군사쿠데타를 거치면서 그때마다 반민주행위자공민권제한법, 정치활동정화법, 부정축재자처리법, 부정축재처리법 등의 각종 소급입법에 의하여 국민의 기본권인 참정권과 재산권이 수시로 제한되거나 박탈됨으로써 정치적·사회적 보복이 반복되어온 헌정사를 바로잡기 위하여 향후에는 소급입법에 의한 참정권의 제한이나 재산권의 박탈을 절대적으로 금지하겠다는 헌법개정권력인 국민의 정치적 결단에 의한 것이었다.

그리고 위 헌법규정은 조문의 위치와 표현을 약간 달리 하였을 뿐 거의 동일하게 현행헌법에 이르기까지 계속 유지되어 왔다.

(다) 그러므로 헌법 제13조 제2항은, 헌법 자체에서 (진정)소급입법에 의하여 참정권을 제한하거나 재산권을 박탈하는 것은 어떠한 경우에도 허용하지 않겠다는 금지명령을 직접 규정한 것이다. 따라서 위 규정의 헌법적 의의는, 참정권이나 재산권도 일반적으로는 헌법 제37조 제2항에 의하여 필요한

경우에는 법률로써 제한할 수 있는 것이지만, 헌법 제13조 제2항에 의하여 소급입법의 방식으로는 이를 제한하거나 박탈할 수 없다는 헌법적 금지를 분명하게 선언한 것이다.

따라서 비록 친일 반민족행위자들의 친일재산이라고 하더라도 소급입법에 의하여 이를 박탈하는 것은 위 헌법규정에 정면으로 위반된다고 하지 않을 수 없다.』

### **마. 이 사건 귀속조항이 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부**

법정의견은 이 사건 귀속조항이 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해한다고 보기 어렵다고 하였다.

#### **『(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성**

이 사건 귀속조항은 일본제국주의의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압한 반민족행위자가 그 당시 친일반민족행위로 축재한 재산을 국가에 귀속 시킴으로써 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것으로써 이는 정당한 입법목적이라 할 수 있다.

민법 등 기존의 재산법 체계에 따를 때에는 비록 친일행위의 대가로 취득한 친일재산이라 하더라도 우리 법제상 정당한 재산으로 보호될 여지가 있는데, 이는 3·1운동 정신의 계승을 선포한 현행 헌법의 이념과 달리 우리 실정법은 오히려 친일반민족행위자와 그 후손이 대대로 부귀를 누리도록 보장하는 역할을 할 수 있는 모순적 상황임이 분명하다. 이 경우 민법 등 관련 조항의 해석 및 적용에 의존하는 방법만으로는 사회정의와 민족정기에 입각한 친일재산의 처리에 난항을 겪지 않을 수 없었기 때문에, 친일반민족행위자와 그 후손이 친일재산의 이익을 향유할 수 없도록 규제할 수 있는 특별한 조치의 필요성이 강하게 요청되었고, 친일재산을 국가로 귀속시켜 이를 독립유공자를 위해 사용하고자 하는(독립유공자에우에 관한 법률 제30조) 이 사건 귀속조항은 이러한 규범적 요청의 일환으로서 앞서 본 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라 할 것이다.

## (2) 피해의 최소성

(가) 이 사건 정의조항과 귀속조항을 종합적으로 볼 때, 이 사건 귀속조항을 통하여 국가에 귀속되는 친일재산의 대상은 ‘일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법’(이하 ‘반민규명법’이라 한다)이 정한 여러 유형의 친일 반민족행위 중에서 사안이 중대하고 범위가 명백한 네 가지 행위, 즉 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조인하거나 이를 모의한 행위(반민규명법 제2조 제6호), 한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 행위(동조 제7호), 일본제국의회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 행위(동조 제8호), 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위(동조 제9호)를 한 자의 친일재산으로 한정하고 있고, 설사 이에 해당하는 자라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 인정할 수 있는 규정을 두고 있다.

(나) 앞서 본 바와 같이 비록 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일재산으로 추정하고 있지만 그와 같은 추정을 받게 된다 하더라도 친일반민족행위자측은 그 재산이 친일행위의 대가로 취득한 것이 아니라는 점을 입증하여 언제든지 위 추정을 번복시킬 수 있도록 하고 있다.

(다) 또한, 친일재산귀속법은 친일재산의 거래로 인하여 선의의 제3자가 발생할 경우 이를 보호하도록 하는 규정을 둬으로써 이 사건 귀속조항의 소급적 적용에 따른 법적 안정성의 훼손을 최소화하고 있다(한편, 대법원은 친일재산귀속법 제3조 제1항 단서에 정한 ‘제3자’는 친일재산귀속법 시행일 전에 친일재산을 취득한 자뿐만 아니라 친일재산귀속법 시행일 이후에 친일재산을 취득한 자도 포함하는 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두13491 판결), 이러한 해석을 통해 법적 안정성의 훼손 가능성은 더욱 줄어들 것이다).

(라) 강제징용자 및 일본군위안부 등 가혹한 일제의 식민통치로 인해 우리 사회에 새겨진 상처들이 여전히 상존하는 반면, 친일반민족행위자들의 후손들에 의한 재산환수소송은 지속적으로 이어지고 있다. 일제강점기의 피해자들은 대부분 사망하거나 연로해져 사회적 무관심의 대상이 되고 소수자의 차가

운 지위로 내몰리는 반면, 재산환수 소송을 제기한 친일반민족행위자의 후손의 일부는 그 재산을 되찾은 후 거액을 받고 이를 매도한 다음 외국으로 도피하고 있는 모순적 현실이 공존하고 있기도 하다. 이에 따라 더 이상 시간을 지체하기 전에 이 사건 귀속조항을 입법함으로써 친일재산을 소급적으로 국가로 귀속시켜 친일반민족행위로 축재한 재산을 박탈하고 사회정의를 구현하며 부당한 과거사를 바로 세워 궁극적으로 사회통합을 추구하고자 한 것은 친일재산귀속법의 입법목적에 달성하기 위한 필요최소한의 방도로 보인다.

이러한 측면들을 종합적으로 감안해 본다면, 이 사건 귀속조항이 헌법상 재산권을 필요이상으로 과도하게 제한한다고 볼 수 없다.

### (3) 법익의 균형성

과거사 청산의 정당성, 진정한 사회통합의 가치 등을 고려할 때 정의를 실현하고 민족의 정기를 바로세우며 3·1운동의 헌법이념을 구현하고자 하는 이 사건 귀속조항의 공익적 중대성은 막중하다 할 것이며, 설사 청구인들의 주장대로 이 사건 귀속조항으로 친일반민족행위자측의 재산권이 제한될 여지가 있다 하더라도 친일재산 환수의 역사적인 당위성, 환수대상 범위의 합리적 설정, 선의의 제3자 보호 등 제반 사정들에 비추어 그 제한의 정도가 이 사건 귀속조항에 의하여 보장되는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 귀속조항은 공익과 사익간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기 어려우므로, 법익의 균형성의 원칙에 반하지 아니한다.』

## 바. 해설

### (1) 친일재산에 내포된 하자에 대한 법리적 구성

친일재산은 그 취득과정에서 민족배반적 성격을 내포함으로써 어느 정도의 하자를 포함하고 있다. 법정의견이나 별개의견 혹은 반대의견은 모두 이 점에 있어서 공감대를 형성하고 있다. 그러나 이러한 하자가 법적 효과로 발현되는 지점을 선택함에 있어서 각 의견들은 서로 달리 판단하고 있다.

(가) 재판관 김종대는 친일재산에 내포된 하자를 근거로 하여, 친일재산의 재산적 성격을 부인하고 있다. 이렇게 볼 경우, 친일재산의 국가귀속은 재산

권 침해의 문제 혹은 소급입법에 의한 재산권 박탈의 문제로부터 자유로워진다.

(나) 재판관 목영준은 친일재산에 내포된 하자를 근거로 하여, 친일재산의 재산으로서의 확정적 성격을 의심하고 있다. 즉, 친일재산에는 취득 당시 반사회적 가치 내지 범죄성이 내재하고 있었고, 다른 유사한 국가들과 달리 과거사 청산절차를 밟지 못한 우리나라에서는 그 반사회성 및 범죄성이 현재 까지도 지속되고 있다고 볼 수 밖에 없어서 친일재산의 소유권 귀속에 관한 사실관계 또는 법률관계가 이미 종료되었다고 할 수 없다는 것이다. 이렇게 본다면, 친일재산의 국가귀속행위는 부진정소급입법에 해당하므로, 그 위헌성에 대한 판단은 공사익의 형량이라는 문제로 귀착된다.

(다) 법정의견은 친일재산에 내포된 하자를 근거로 하여, 그 소급적 박탈이 진정소급입법의 예외에 해당될 수 있다고 본다. 즉 친일재산에 결부된 하자로 인해 친일행위자 혹은 그 후손이 그 재산에 대한 소급적 박탈을 예상할 수 있었다고 보는 것이다. 이러한 입론을 할 경우, 친일재산의 국가귀속행위는 진정소급입법의 예외에 해당될 수 있는 매우 이례적인 사례에 해당된다는 점이 엄격히 논증되어야 한다.

(라) 재판관 이강국, 재판관 조대현 역시 친일재산에 내포된 하자를 인정하고 있다. 그럼에도 불구하고, 위 재판관들은 헌법 제13조 제2항에 대한 연혁론 및 법문에 대한 해석론을 전개하면서 현행 헌법하에서는 친일재산의 그와 같은 하자에 대하여 법적으로 제재를 가하는 것이 법리적으로 허용될 수 없다고 평가한다.

요컨대 위에서 살펴본 입론들은 모두 친일재산에 내포된 하자를 공히 인정하고 있다. 그러나 ①, ②, ③의 입론들은 이 사건 귀속조항의 정당화 논증에서 그 하자의 법리적 배치방식을 달리 구성함으로써 논증방식에 차이를 보이고 있다.

## (2) 진정소급입법론의 논거들

법정의견이 이 사건 귀속조항을 진정소급입법으로 이해한 것은 다음과 같은 사정들에 기반한 것으로 보인다.

첫째, 재판관 이동흡과 재판관 목영준이 지적한 바와 같이, 우리의 근대적인 토지소유권제도는 일제의 토지정리사업에 의하여 토지사정부가 작성되면서 이루어졌으며, 이를 대한민국이 소유권의 원시취득 원인으로 인정함으로써 현행 헌법 체제 내로 계승되었다. 비록 그 취득 원인에 치명적인 문제가 개입되어 있다 하더라도, 그간 우리 사법부가 정상적인 소유권의 대상으로 인정해 온 점, 형사법에서의 공소시효나 재산법에서의 제반 시효 제도와 같이 우리 법제는 법적 안정성을 위한 시간적 매듭을 마련하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 취득한지 60년 내지 100년이 지난 재산을 불확실한 재산이었다고 하는 것은 그간의 법실무 관행과 여타 법제도적 디자인에 부합하지 않는다.

둘째, 특별법에 대한 국회 심사보고서에서도 특별법이 진정소급입법임을 전제로 위헌여부를 검토하고 있는 점<sup>8)</sup>에서 입법자의 의사 역시 진정소급입법의 형식으로 친일재산의 국가귀속을 도모하려는 것임을 알 수 있다.

셋째, 해방 후 우리 제헌헌법은 부칙 제101조에서 “이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년 8월 15일 이전의 악질적인 반민족행위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다.”고 규정하였다. 이는 친일청산과 관련하여, 첨예한 문제로 불거질 수 있는 친일재산의 환수 작업이 헌법적으로 논란이 될 수 있다는 문제의식에 기반하여,<sup>9)</sup> 친일재산을 소급적으로 환수할 수 있는 헌법적 근거를 마련한 것으로 보인다. 이러한 입장은, 적어도 당시에 친일재산이 그 소유자에게 귀속된 상태였다는 인식에 보다 근접해 있다.

넷째, 대한제국의 형법대전은 1912. 3. 18. 폐지되었으므로 그 이후에는 효력이 없고, 폐지되기 전이라 하더라도(혹은 일제강점이 무효이므로 여전히 그 당시의 실효적인 규범이라 하더라도) 이는 민주공화국인 대한민국과는 헌법제정권력을 달리하는 입헌군주국인 대한제국 하에서의 형법이므로 대한민국에까지 규범력이 연속된다고 보기 어렵다. 또한, 대한민국 임시정부가 1941. 11. 28. 제정한 건국강령은 일제의 앞잡이 노릇을 한 부적자(附敵者)의 공민권 박탈과 아울러 그 재산의 몰수를 명시한 바 있는데(건국강령 제3장

8) 재산귀속특별법안 심사보고서 6면.

9) 제헌헌법은 제15조에서 “재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로써 정한다.” 등의 재산권 보장 규정을 두고 있었다.

제5호 제2항), 이 역시 그 제정 이전의 시점까지 효력을 미치는 형식을 취하고 있으므로 소급입법이라는 점에서는 다를 바 없다.

### (3) 헌법 제13조 제2항의 예외라는 해석론

헌법 제13조 제2항은 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지하면서 어떠한 예외요건도 규정해 두지 않았다. 그러나 법정의견은 이러한 점을 의식하면서도 그에 대한 예외를 인정할 수 있다는 해석론을 개진하였다. 법정의견이 토대로 하고 있는 헌법해석론은 다음과 같은 논리적 구성을 취하고 있다고 보인다.

첫째, 헌법은 국가의 기본질서를 규정하는 근본법이다. 그러나 헌법도 성문의 법전인 이상, 한정된 규범들로 채워지기 마련인데, 그러다 보니 결국 헌법의 개별 규범들은 추상적이고 개방적인 형태를 지니게 되고, 법전화 과정에서 정치적 타협을 통해 여러 이해관계를 녹여내게 된다. 이로 인해 헌법의 규범들은 유동성, 추상성, 개방성, 미완결성 등의 특징을 가지게 되고,<sup>10)</sup> 필연적으로 해석에 의해 구체적인 내용이 드러나고 이를 통해 현실에 적용된다는 일종의 숙명 혹은 한계를 지닐 수밖에 없다.

둘째, 헌법은 가치를 새겨둔 문서이다. 따라서 헌법해석은 본질적으로 가치연관적인 성격을 지닐 수밖에 없다. 가령, 공용침해의 목적과 관련하여, 우리 헌법은 “공공필요”를, 일본국 헌법은 “공공을 위하여”(公共のために)를, 미국헌법은 “공적 사용”(public use)을, 독일 기본법에서의 ‘공공복리’(Wohle der Allgemeinheit)를 요건으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 표현상의 미묘한 차이에도 불구하고, 이들 국가의 헌법은 기실 공용침해의 목적으로 실질적으로 동일한 가치를 지향하고 있다고 해석함이 타당할 것이다. 만약, 문언적으로 일치하지 않는다는 이유만으로, 위 요건들의 개념적 차이에 천착하는 것은 헌법해석론으로서 채택하기 곤란할 것이다.

셋째, 헌법이 어떠한 가치를 담고 있다고 하여, 그 가치들이 개별적인 조문 하나하나 속에서 완결적으로 규율되어 있다고 보기는 어렵다. 즉, 하나의 조문에서 해당 가치가 완결적으로 규정되어 있다고 해석할 수 없다. 어떤 가

10) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 25-26쪽.



치의 지향은, 헌법의 여러 장소에 배치되어 있는 제반 가치들 간의 상호적 연관관계속에서 도출되기도 한다(text as a whole).

가령, 우리 헌법상 표현의 자유는 헌법 제37조 제2항에 의해 제한될 수 있지만, 나아가 헌법 제1조 민주공화국 규정과 연관지어 해석하면 민주주의의 실현을 위해 정치적 표현을 최대한 넓게 보장해야 한다는 당위성을 도출할 수도 있고(엄격한 심사기준), 다른 한편 헌법 제4조(통일조항)와 연관지어 해석하면 이적(利敵) 표현 등을 상대적으로 크게 제약할 수 있다는 가능성을 도출할 수도 있다(완화된 심사기준). 하나의 조문이라고 하더라도 어떤 다른 조항(혹은 가치)과 관련지어 파악하느냐에 따라 규범의 의미, 권리보장의 강도는 상이한 모습으로 다가온다.

넷째, 이러한 과정 속에서, 헌법해석을 통해 필요한 규범적 요건들을 추가적으로 도출해 내는 것도 얼마든지 가능하다. 예컨대, 우리 헌법재판소가 기본권 제한심사의 중요한 도구로 사용하고 있는 과잉금지원칙은 우리 헌법의 명문규정상 존재하지 않고, 나아가 피해의 최소성, 법익의 균형성 같이 이를 위반할 경우 위헌으로 선언되는 핵심적인 규범요건들도 모두 재판소의 해석을 통해 도출하여 사용해 왔다. 또한, 이른바 ‘대통령 탄핵심판’ 사건에서, ‘그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때’ 탄핵사유가 될 수 있음을 규정한 헌법 제65조 제1항을(‘탄핵심판청구가 이유 있는 때 파면결정을 한다’는 헌법재판소법 제53조를 해석하는 형식으로) 우회적으로 해석하면서,<sup>11)</sup> 헌법 명문에 없는 “중대한 범위반”이라는 요건을 추가하여 “직무집행에 있어서 중대한 헌법이나 법률 위반이 있는 경우”로 해석한 바 있다.

나아가, 비교법적인 예로서, 해석을 통해 법전화되지 않은 헌법규정을 도출하는 보충적 해석의 예로는, 명문의 규정없이 법률에 대한 위헌심사권한을 이끌어 낸 미국연방대법원의 사례, 명문의 규정없이 헌법개정에 대한 위헌심

11) 사실, 이 결정에서의 해석형식은 헌법재판소법 제53조 제1항을 해석하는 외양을 보이고 있다. 동 조항은 “탄핵심판청구가 이유있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”고 규정하고 있고, 동 결정은 이 때 “탄핵심판청구가 이유있는 때”가 어떤 의미인지를 분석하고 있는 까닭이다. 그러나 이 문구의 해석은 본질적으로 헌법상 탄핵규정의 해석과 밀접한 관련이 있으므로, 이러한 법률해석은 중국적으로 헌법해석으로 귀착된다고 해야 한다. 동 결정에서도 “직무집행”, “헌법이나 법률”과 같은 헌법상 요건들의 의미를 분설하고 있다.

사권한을 도출한 미국연방대법원,<sup>12)</sup> 독일연방헌법재판소,<sup>13)</sup> 오스트리아 헌법재판소<sup>14)</sup> 등의 사례 등이 있고, 심지어 헌법의 명문규정에 반하는 해석을 함으로써, 민주주의와 법치주의 등의 헌정 가치를 수호하고자 시도한 예로는, 불가리아 헌법재판소의 자유인권당(the Movement for Rights and Freedoms) 사례,<sup>15)</sup> 헌법개정에 대한 위헌심사를 금지하는 규정이 있음에도 불구하고 당해 헌법개정의 위헌성을 심사하여 무효화시킨 인도대법원의 사례<sup>16)</sup> 등이 있다.

12) *Hollingsworth v. Virginia*, 3 U.S. 378 (1798); *National Prohibition Cases*, 253 U.S. 350 (1920); *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368 (1921); *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931).

13) BverfG, 30, 1 (1970)

14) *Länder Citizenship* 사건(1952. 12. 12. 결정) 등.

15) 1990년, 불가리아에서 민주주의로의 체제전환이 이루어진 후, 투르크계 사람들이 정당을 결성하여 자유인권당(the Movement for Rights and Freedoms)으로 등록하였다. 자유인권당은 민주적으로 진행된 첫 총선에서 상당한 표를 얻어 의회에 진출하였고, 여당과 단기간 연정을 하기도 하였다. 총선 후 의회다수파에 의해 제정된 불가리아 헌법 제11.4조는, “인종, 민족, 종교노선에 기반한 정당도, 국가권력을 폭력으로 탈취하려는 정당도(nor) 인정되지 않는다. (“There shall be no political parties on ethnic, racial, or religious lines, nor parties which seek the violent usurpation of state power.”)고 규정했다. 이 조항은 불가리아 내의 다양한 인종적 소수집단의 정치참여를 효과적으로 차단하고자 마련된 것이었다. 그 주요 대상은 투르크인들, 로마인들(집시), 마케도니아인들이었다. 자유인권당의 의원들은 그 조항의 채택을 지지하지 않았지만 결국 이 조항은 채택되었다. 이에 총선에서 패배한 구 공산당의 후신 정당이 이 조항에 근거하여 자유인권당의 등록 취소를 청구하였다.

불가리아 헌법재판소는 의견이 갈리긴 했지만, 자유인권당의 등록을 유효하다고 보았다. 이 판결에서 헌법재판소는 헌법 제11.4조를 좁게 해석하면서, 자유인권당이 형성되었던 역사적 배경맥락의 중요성을 강조하였다. 헌법의 한 조항은 다른 조항과의 연계 속에서 조화롭게 해석되어야 하므로(불가리아 헌법은 결사의 자유를 규정해 두고 있었다고 보인다 - 토론자 註), 제11.4조는 오직 “인종적 기초위에 세워지고, 그와 동시에(with) 폭력적으로 국가권력을 탈취하려는 정당”(political parties that are formed on an ethnic basis with the intention to violently usurp state power)만이 금지되는 것으로 해석한 것이다. 헌법재판소의 이 판결은 불가리아의 입헌주의와 법치주의를 상징하는 획기적인 결정이라고 상찬되었다. 이 판결에 대한 이상의 소개와 평가는, Norman Dorsen et al., *Comparative Constitutionalism*(Thomson/West, 2003), p.760을 참조함.

16) 1950년 인도 헌법 제368조 제4항은 “이 조항하에서 이루어진 이번 헌법개정은 어떠한 이유에서든 어떠한 법원에서든 심사의 대상이 될 수 없다”고 규정되어 있었지만, 인도대법원은 *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* 사건에서, 제42차 헌법

요컨대, 각각의 구체적인 사건에서 헌법재판기관의 위와 같은 해석이 타당했는가라는 질문과는 별개로, 헌법재판기관은 다른 사법기관과는 달리 헌법이라는 규범의 본질적 특성으로 인해 개방적이고 적극적인, 그리고 보충적인 해석을 할 수 밖에 없다. 헌법해석은, 민주주의와 법치주의와 같은 헌법의 핵심 원리, 가치들을 실효적으로 구현해 내기 위하여 헌법이라는 텍스트를 어떻게 해석할 것인지를 결정하는 작업이기 때문이다. 헌법은 충분히 개방적이고 여전히 미완결적으로 규정되어 있고, 헌법해석은 일반 사법작용에 비해 정치적인 특성을 갖는다. ‘미처 쓰여지지 않은 조항의 의미’를 도출해 내는 보충적 해석은, 결코 남발되어서는 안 되겠지만, 그렇다고 해서 잘못된 헌법해석론이라고 보기 어렵다. 이는 헌법이라는 미완결적 체계를 해석함에 있어서 필요한 해석방법의 하나로서, 우리 헌법재판소 및 외국의 여러 헌법재판기관이 지금껏 활용해 온 해석론이다.

법정의견은 위와 같은 해석론을 통하여 헌법 제13조 제2항에 대한 예외론을 도출할 수 있다는 해석을 행하였다고 평가된다.

#### (4) 선례에 대한 평가

법정의견은, 진정소급입법의 예외에 관한 법리를 실시한 96헌가2등 결정과 97헌바76등 결정을 원용하고 있다. 96헌가2등 사건에서 위 법리가 재판관 4인의 의견에 불과했던데 반해, 97헌바76등 결정에서는 위 법리를 법정의견이 정식으로 채택하였다(즉, 96헌가2등 결정을 원용하지 않음). 그렇다면, 위 법리는 후속 결정을 통해 법정의견으로 채택된 것으로 해석할 수 있다. 법정의견이 위 두 결정을 순차로 적시한 것은, 이 법리에 그와 같은 연혁이 있음을 보여준 취지라고 생각된다.

#### (5) 헌법 제13조 제2항의 연혁론

재판관 이강국, 재판관 조대현의 반대의견은, 헌법 제13조 제2항의 도입

---

개정에 대한 위헌심사를 행한 후, 이 헌법개정이 ‘인도 헌법의 근본 구조’(the basic structure of the Constitution)를 위반하였다는 이유로 위헌으로 결정하였다. 그 후 이 판결에서의 법정의견은 첨예한 논쟁을 야기하였다. 이상의 헌법개정의 위헌심사에 관한 내용들은, Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments - A Comparative Study*, Ekin Press, 2008, pp.8-25를 참조함.

취지에 비추어 친일재산이라고 할지라도 소급입법에 의하여 박탈할 수 없다고 본다. 즉, 헌법 제13조 제2항은 4·19민주혁명과 5·16군사쿠데타를 거치면서 각종 소급입법에 의한 정치적·사회적 보복이 반복되어온 헌정사를 바로잡기 위하여 도입된 것으로서 예외를 두지 않는 절대적 금지명령이라는 것이다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 판례집 23-1상, 276, 279).

그러나 이 반대의견 안에서 서술된 바와 같이, 헌법 제13조 제2항의 도입 배경에는 1960년 11월 29일 제4차 개정헌법 부칙<sup>17)</sup>에 의해 입법된 반민주행위자공민권제한법, 정치활동정화법, 부정축재자처리법, 부정축재처리법 등과 같이 단순한 정치적 득실에 터 잡은 정략적 소급입법이 남용되는 현실을 피하기 위한 목적이 놓여있다. 이 반대의견 또한 “정치적·사회적 보복이 반복되어온 헌정사를 바로잡기 위함”을 위 조항의 도입배경으로 설명하고 있다.

그렇다면, 정치적 이해관계나 당파적 갈등을 떠나, 우리 민족의 정통성을 회복하는 역사청산의 과제와 밀접한 친일재산의 환수와 관련된 (소급)입법까지 헌법 제13조 제2항에 의해 금지된다고 보는 것은 위 조항의 도입배경에 부합하지 않을지도 모른다.

#### 4. 이 사건 귀속조항의 평등 원칙 위반여부

##### 가. 이 사건 결정문의 논증

이 결정은 이 사건 귀속조항이 친일반민족행위자의 후손이라는 사회적 신분 에 따라 합리적인 이유 없이 당해 재산의 소유자들을 차별하고 있는지 여부에 대한 심사에 있어서, 헌법 제11조 제1항 후문에서 예시된 사유로 인한 차별에는 완화된 심사기준이 적용된다고 보면서(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 공보 170, 2106, 2110 참조), 그 차별취급에 합리적인 이유가 있다고 보았다.

『이 사건 귀속조항은 사회 정의를 실현하고 민족의 정기를 바로 세우기

17) “이 헌법 시행 당시의 국회는 단기 4293년 3월 15일에 실시된 대통령, 부통령 선거에 관련하여 부정행위를 한 자와 그 부정행위에 항의하는 국민에 대하여 살상기타의 부정행위를 한 자를 처벌 또는 단기 4293년 4월 26일 이전에 특정지위에 있음을 이용하여 현저한 반민주행위를 한 자의 공민권을 제한하기 위한 특별법을 제정할 수 있으며 단기 4293년 4월 26일 이전에 지위 또는 권력을 이용하여 부정한 방법으로 재산을 축적한 자에 대한 행정상 또는 형사상의 처리를 하기 위하여 특별법을 제정할 수 있다.”

위한 것이라는 점, 친일재산은 그 주체가 친일반민족행위자이든 그 후손이든 이를 보유하도록 보장하는 것 자체가 정의 관념에 반하는 점, 국가에 귀속시키는 친일재산의 대상은 반민규명법이 정한 여러 유형의 친일반민족행위 중에서 사안이 중대하고 범위가 명백한 네 가지 행위를 한 자의 친일재산으로 한정되어 있으며, 설혹 이에 해당하는 자라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 인정할 수 있도록 규정하고 있고, 친일재산의 거래로 인하여 선의의 제3자가 발생할 경우 이를 보호하도록 하는 규정도 두고 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 비록 이 사건 귀속조항이 다른 재산과는 달리 친일재산의 국가귀속을 규정하고 있다 하더라도 그러한 취급에는 수긍할만한 합리적인 이유가 있으므로, 이를 두고 자의적인 차별로서 평등의 원칙에 위배된다고 하기는 어렵다.』

## 나. 해설

(1) 헌법 제11조 제1항 후문에 예시된 차별금지 사유를 위반한 법률에 대하여, 2006헌마328 결정 이후 우리 재판소는 완화된 심사를 원칙으로 하고 있다. 이 사건 결정은 위 2006헌마328 결정의 취지를 승계한 것으로 평가된다.

(2) 친일반민족행위자의 후손이라는 점이 사회적 신분인지 여부에 대해서는 견해의 대립이 있다. 즉, 학설상 선천적 신분설과 후천적 신분설이 대립하고 있다.<sup>18)</sup> 그러나 우리 헌법재판소는 “사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다”(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 235)고 하면서 전과자도 사회적 신분에 해당된다고 보므로(위 93헌바43 결정), 이러한 취지에 비추어 친일반민족행위자의 후손이라는 점 또한 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”으로서 사회적 신분에 포함될 수 있다고 보인다.

## 5. 이 사건 귀속조항이 연좌제 금지 원칙에 위반되는지 여부

### 가. 이 사건 결정문의 논증

『헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로

18) 金哲洙, 『憲法學概論』第19全訂新版(博英社, 2007), 547쪽 참조.

인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있는바, 이는 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다(헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792).

그런데 이 사건 귀속조항에서 국가귀속의 대상으로 규정하고 있는 친일재산은 친일반민족행위자가 일본제국주의에 협력한 대가로 취득하거나 이를 상속받은 재산 또는 친일재산임을 알면서 유증·증여받은 재산을 말하는바, 친일반민족행위자의 후손들이 소유하고 있는 위 친일재산은 친일반민족행위자의 친일행위의 대가로 취득한 재산이므로, 친일반민족행위자의 후손이 소유한 재산 중에서 그 후손 자신의 경제적 활동으로 취득하게 된 재산이라든가 친일재산 이외의 상속재산 등을 단지 그 선조가 친일행위를 했다는 이유만으로 국가로 귀속시키는 것이 아닌 한, 위와 같은 친일재산에 한정하여 국가로 귀속시키는 것은 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익을 입는 경우에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건 귀속조항이 헌법 제13조 제3항에서 정한 연좌제 금지 원칙에 반한다고 할 수 없다.』

## 나. 해설

친일반민족행위자의 후손의 재산		
친일반민족행위자로부터 상속받은 재산		후손이 형성한 재산
(a) 친일반민족행위자의 친일 대가로 형성한 재산	(b) 친일반민족행위자의 친일의 대가와 무관한 재산	(c) 스스로 형성한 재산

친일반민족행위자 후손의 재산에는 다음의 세 종류가 있을 것이다.

여기서, 특별법이 환수하고자 하는 재산은 (a)에 한정된다. 그러나 식민지 역사청산에 임했던 외국의 다수 입법례나 우리 제헌헌법 하에서의 반민족행위처벌법은 부역행위자를 형벌에 처하고 그의 재산을 전부 혹은 일부 몰수

하는 형을 부과하는 형식을 취하였다. 즉, (a)와 (b)까지 모두 국가가 박탈해 간 셈이다.

헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있는바, 이는 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다(헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792). 만약 연좌제 금지 원칙에 위반되기 위해서는 위 표에서 (c)재산을 가져간 경우에 해당되어야 한다{(b)재산을 국가로 환수할 경우 이를 친일행위자에 대한 제재로 본다면, 이것이 친일행위자 후손에 대한 연좌제 금지 원칙에 위반되는지 여부에 관하여 견해의 대립이 존재할 수 있을 것이다}. (a)재산은 선조의 친일행위가 없었다면 자신이 상속하지 못했을 재산인바, 친일행위를 하지 않은 다른 사람들과 비교해 볼 때 부당한 재산이라고 볼 수 있으므로, 친일청산의 대의에 따라 국가에 귀속시킬 수 있는 대상이고, 오히려 국가가 이러한 (a)재산을 후손이 보유하도록 내버려 두는 것이 오히려 정의감에 반하는 일이 된다고 생각한다.

## 6. 결정의 의의

가. 이번 결정은 소급입법에 의한 재산권 박탈 금지라는 헌법 제13조 제2항을 중요한 헌법적 가치로 인식하면서도, 대한민국이라는 국가의 역사적 배경(일본제국주의와의 투쟁과 그 극복을 지향하는 일련의 노력 속에서 건국됨), 헌법전문 내용(3·1운동으로 건립된 임시정부의 법통 계승), 해방이후의 역사적 현실(반민족행위처벌법으로 일제과거사를 제대로 청산하였다고 보기 힘든 현실)<sup>19)</sup> 등을 더욱 무겁게 받아들여 예외적으로 재산권에 대한 소급적 박탈이 가능하다고 해석한 것으로 보인다.

나. 이 결정은 헌법 제13조 제2항과 같이 예외를 두고 있지 않은 조항에

19) 현대사 연구자인 한홍구 교수에 따르면, 식민지에서 해방된 국가들 중 제국주의에 협력했던 구 세력을 제대로 청산하지 못한 나라는 세계사적으로 남베트남과 남한 밖에 없다고 평가한다. 한홍구, 『대한민국의 정통성을 묻다』(철수와영희, 2009), 30쪽.

대하여, 헌법해석을 통하여 예외를 도출해 낼 수 있는지 여부에 관하여 긍정적인 대답을 하고 있다. 이러한 태도는, 헌법의 규정 체계를 완결적으로 보고 헌법을 해석해 왔던 결정들, 예컨대, 사전검열을 절대적인 검열로 해석하였던 2008헌가25 결정 등의 해석례와 어떻게 조화를 이룰 것인지 향후 관심이 모아지는 부분이다.

다. 친일행위의 대가로 취득한 재산은, 애당초 대개의 우리 선조들 즉, 피지배 민족으로서 식민지배의 부당성에 공감하고 우리민족의 일원이라는 자긍심을 간직하며, 비록 현실적인 어려움으로 인해 독립운동에 투신하지는 못할지언정 적어도 일제에 적극 가담하여 같은 민족에게 고난을 안기며 자신의 안락만을 추구하면서 살지는 않겠다는 생각으로 힘든 시간을 버티며 해방을 맞이한 사람들의 존재를 감안해 볼 때, 이를 보유하도록 내버려두는 자체가 이미 형평성에 어긋하는 일이라 할 수 있다. 해방 이후 60여년이 흘러 다소 늦은 감이 없지 않지만, 이제라도 친일재산에 대한 제재를 가하는 일이 필요하고 또한 현행헌법 하에서 수용될 수 있는 것임을 이 결정은 논증하고 있다.



## 공직선거법 제265조의2 제1항 위헌소원

- 선거범죄로 처벌받아 당선무효된 자로 하여금 기탁금과 선거비용을 반환하도록 하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2011. 4. 28. 2010헌바232, 판례집 23-1하, 62)

이 승 업\*

### 【판시사항】

선거범죄로 당선이 무효로 된 자는 이미 반환받은 기탁금과 보전받은 선거비용을 다시 반환하도록 한 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제265조의2 제1항 전문 중 자신의 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금을 선고받은 경우인 ‘제264조의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 청구인의 기본권을 침해하였거나 헌법상의 선거공영제를 위반하였는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항의 위헌 여부인바, 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제265조의2(당선무효된 자 등의 비용반환) ① 제263조(선거비용의 초과지출로 인한 당선무효) 내지 제265조(선거사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 자(그 기소 후 확정판결 전에 사직한 자를 포함한다)는 제57조(기탁금의 반환 등) 및 제122조의2(선거비용의 보전 등)의 규정에 의하여 반환·보전받은 금액을

---

\* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구원

반환하여야 한다. 이 경우 대통령선거에 있어서 정당추천후보자의 당선이 무효로 된 때와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서 후보자의 당선이 모두 무효로 된 때에는 그 추천 정당이 반환한다.

### **【사건의 개요】**

1. 청구인은 2008. 7. 30. 실시된 서울특별시 교육감 선거에 출마하여 당선되었다. 그러나 서울지방법원은 2009. 3. 10. 청구인이 위 선거의 후보자로 등록하면서 재산신고서를 제출함에 있어 청구인의 배우자가 다른 사람의 명의로 예금계좌를 보유하고 있는 사실을 알고 있었음에도 당선될 목적으로 위 예금계좌를 누락한 재산내역을 신고함으로써 배우자의 재산에 관하여 허위의 사실을 공표하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하면서 청구인을 벌금 150만 원에 처한다는 판결을 선고하였고, 위 판결이 2009. 10. 29. 확정됨에 따라 청구인의 당선은 무효가 되었다.

2. 청구인의 당선이 무효로 되자 서울특별시선거관리위원회는 2009. 11. 10. 이 사건 법률조항에 따라 청구인에게 이미 반환받은 기탁금 50,005,753원과 보전받은 선거비용 2,835,153,680원을 반환하라고 고지하였다. 이에 청구인은 이 사건 법률조항이 위헌이라고 주장하면서 서울행정법원에 기탁금및 선거비용보전액반환처분무효확인등 소(2009구합54079)를 제기하는 한편 위 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2009아3969)을 하였다가, 위 신청이 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### **【결정요지】**

1. 선거에서 부정을 저질러 형사처벌을 받은 자에 대하여 제재를 가할 것인지 여부와 구체적으로 그 제재의 대상 및 내용을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하는 영역인바, 이 사건 법률조항이 선거범죄를 억제하고 공정한 선거문화를 확립하고자 하는 목적으로 엄격한 기준을 설정한 것이라고 하더라도 그 목적 및 사소하고 경미한 선거범과 구체적인 양형사유가 있는 선거범은 제재 대상에서 제외될 수 있다는 사정 등을 종합해 보면, 이는 입법형성권의 범위를 벗어났다고 할 수 없다.

2. 공직선거의 후보자들은 모두 당선을 목적으로 하는 이상, 당선자에게만 제재를 부과하는 규정을 두더라도 후보자들은 모두 이를 자신의 제재로 받아들일 것이어서 굳이 낙선자를 제재대상에 포함하지 않더라도 입법목적의 달성의 효과는 동일할 것이므로 낙선자를 제외하고 당선자만 제재대상으로 규정한 이 사건 법률조항이 자의적인 입법으로서 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 법률조항의 제재는 이미 선거의 공정을 저해한 자들에 대한 것이고, 선거범죄 유무를 불문하고 일률적으로 득표율에 따라 선거비용 보전을 해 준다면 선거범죄를 저질러서라도 득표율을 높이려고 할 수도 있다는 점 및 재선거를 치르는 경우에는 국가가 이중으로 선거비용을 지출하게 되므로 국가의 재정부담을 줄이는 조치를 해야 할 필요성도 있는 점을 고려한 것이므로, 선거공영제에 대한 입법형성권을 넘어선 것이라고 볼 수 없다.

### 재판관 이동흡의 일부보충의견

반환받은 기탁금을 다시 반환하도록 하는 것이 선거법에 대한 제재로서 과도하다고 볼 수는 없지만, 후보자난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 도모한다는 기탁금제도의 주된 취지에 부합하지 아니하므로 기탁금제도 본래의 취지와 성격을 변질시킬 우려가 있다. 기탁금은 후보자 자신의 자금으로 기탁한 돈이라서 재선거가 치러지더라도 국가가 이중으로 지출할 염려가 없다는 점과 기탁금까지 선거범죄에 대한 제재로 규정한 외국의 입법례가 없다는 점을 고려할 때, 입법자가 반드시 기탁금을 제재수단으로 삼을 필요성을 인정하기도 어려우므로 기탁금제도 본래의 취지와 성격을 유지하는 방향으로 입법에 의하여 개선하는 것이 바람직하다.

### 재판관 조대현의 일부반대의견

대의제 민주주의를 실현하기 위하여는 공직선거에 가급적 많은 후보자가 등록하도록 유도함이 마땅하므로 후보자의 난립을 방지한다는 이유로 기탁금을 요구하는 것은 정당한 기본권 제한사유 없이 기본권을 제한하는 것이고, 합리적 이유 없이 경제적 능력이 없는 국민을 차별하는 것으로서 헌법에

위반된다. 이와 같이 기탁금제도 자체가 헌법에 위반되는 이상 당선무효의 경우에 기탁금을 환수하게 하는 이 사건 법률조항 부분도 헌법에 위반된다고 보지 않을 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 재판의 전제성

이 사건 법률조항은 서울특별시선거관리위원회가 2009. 11. 10. 청구인에게 기탁금 반환액과 선거비용 보전액을 반환하라고 한 고지의 근거조항이므로 당해사건에 적용되고 그 위헌 여부에 따라 당해사건의 주문이 달라지는 관계에 있음을 인정할 수 있다.

그런데, 당해사건에서 서울특별시선거관리위원회가 청구인에게 한 반환 고지가 무효라고 판결한다고 하더라도 그 판결만으로 이 사건 법률조항이 효력을 상실하게 되는 것은 아닌 한, 청구인으로서는 여전히 이 사건 법률조항에 근거한 반환의무를 부담하게 된다. 이런 점에서 당선이 무효로 된 자가 기탁금과 선거비용을 다시 반환하여야 하는 의무는 이 사건 법률조항에 의하여 직접 부과되는 것으로서 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원으로 다룰 것이지, 이 사건 법률조항을 근거한 고지에 의하여 비로소 권리·의무의 변동이 생긴다고 보아 행정소송으로 다룰 것은 아니라고 즉, 위 고지는 처분성이 부인된다고 하는 것이 보다 적절해 보인다<sup>1)</sup>. 그러나 행정집행을 매개로 하지 아니하고 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률에 따라 후속조치로서 한 처분도 그것이 권리의무에 직접적인 변동을 초래한 이상 행정처분성을 부정할 수 없다고 한 대법원 판례가 있고(대법원 1991. 6. 28. 선고 90누 9346 판결), 당해사건의 항소심에서도 2010. 12. 17. 처분성을 인정하는 전제에서 항소기각판결을 선고하였다. 이와 같이 법률조항이 직접 의무를 부과하는 경우에도 처분성을 인정하는 것이 확립된 법원의 해석인 것으로 보이므로 이 사건에서도 이를 존중하여 재판의 전제성을 인정하였다.

1) 이러한 해석에 의한다면, 당해사건에서는 각하판결을 하게 될 것이고, 이는 이 사건 법률조항의 위헌 여부와는 무관하게 같은 결론에 이를 것이므로 재판의 전제성이 부인된다.

## 2. 이 사건 법률조항의 개정연혁과 외국의 입법례

### 가. 이 사건 법률조항의 개정연혁

#### (1) 신설(2004. 3. 12. 법률 제7189호)

이 사건 법률조항과 같은 제재를 규정한 조항은 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 구 공직선거및선거부정방지법 제265조의2로 신설되었다. 그 규정내용은 ‘당선이 무효로 된 자’ 다음에 ‘(그 기소 후 확정판결 전에 사직한 자를 포함한다)’라는 부분이 없는 것을 제외하고는 이 사건 법률조항과 동일하다.

당시 정치개혁에 대한 범국민적 요청에 부응하여 국회 정치개혁특별위원회의 자문기구로 범국민정치개혁위원회를 두어 정치관계법을 개혁하게 되었는데, 선거범죄를 억제하고 공정한 선거문화를 확립하고자 하는 취지에서 일정한 정도 이상의 선거범죄를 저지른 당선자에게 강력한 제재를 가하는 내용의 조항을 여야 합의로 신설한 것이다.

#### (2) 1차 개정(2005. 8. 4. 법률 제7681호)

2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 구 공직선거법에서 기소 후 확정판결 전에 사직한 자도 당선이 무효로 된 자에 포함한다는 내용이 추가되어 이 사건 법률조항과 동일하게 개정되었다. 이 사건 법률조항의 제재대상이 ‘당선이 무효로 된 자’이기 때문에 당선무효에 해당하는 형을 받을 것이 예상되는 사람의 경우에는 형의 확정으로 당선무효가 되기 전에 사직함으로써 이 사건 법률조항의 제재를 피해갈 수 있다는 점이 지적되었기 때문에 이와 같이 개정되었다.

#### (3) 2차 개정(2010. 1. 25. 법률 제9974호)

2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 공직선거법은 이 사건 법률조항에 ‘당선되지 아니한 사람으로서 제263조부터 제265조까지에 규정된 자신 또는 선거사무장 등의 죄로 당선무효에 해당하는 형이 확정된 사람’을 제재대상으로 추가하는 것으로 개정하였다. 위 개정 당시에는 청구인이 제기한 당해사건이 법원에 계속 중이었는데, 청구인이 당해사건의 변론과정에서 자신과 동

일한 선거에 출마하였던 다른 후보자도 당선무효에 해당하는 형을 받았음에도 그 다른 후보자의 경우 당선되지 아니하였다는 이유만으로 기탁금반환액과 선거비용보전액을 반환할 의무를 부담하지 않는 것은 불공평하다는 주장을 하였다. 이 개정안은 청구인의 그러한 주장이 알려짐에 따라 낙선자도 제재대상에 포함시킴으로써 제재를 보다 강화함과 아울러 당선자와 낙선자의 형평성을 도모한다는 취지에서 개정된 것이다<sup>2)</sup>.

## 나. 외국의 유사 입법례

세계각국은 선거범죄를 저지른 후보자에게 당선무효, 피선거권 제한 등의 불이익을 가하고 있는데, 주요국 중 선거범죄에 대하여 형벌과 당선무효, 피선거권 제한 외에 추가로 금전적인 제재를 가하는 나라로는 프랑스, 멕시코, 브라질이 있다<sup>3)</sup>. 그러나 그 중 멕시코, 브라질은 위반행위를 한 정당에 대하여 보조금을 교부하지 않거나 삭감하는 제재를 가하는 것이라서<sup>4)</sup> ㉠ 위반행위를 한 정당 자체를 처벌한다는 의미에서의 형벌이거나 이를 대체한 제재로 보이는 점, ㉡ 정당의 고유재산을 감소시키는 내용이 아니라 국가가 정당에 교부할 돈에 관한 제재라는 점에서 형벌에 추가되는 제재이고, 이미 반환 받은 후보자의 고유재산을 감소시키는 이 사건 법률조항에서 규정한 제재와는 차이가 있다.

한편 프랑스선거법에서는 일정한 비율의 유효투표수 이상을 득표한 후보자에게 선거운동비용제한액의 20%를 보조하도록 하는데<sup>5)</sup>, 선거비용제한액을 초과 지출한 사실이 확정된 후보자는 초과액에 상당하는 금액을 국고에 납입하여야 할 뿐만 아니라, 위 규정에 따른 선거비용 상환을 받을 권리를 상실하게 된다<sup>6)</sup>. 이 사건 법률조항에서 규정한 제재와 비교해 볼 때, 프랑스 선거법의 규제는 선거비용보전을 제한하고 있다는 점에서는 유사하지만, ㉠

2) 공직선거관계법심사소위원회 제6차 회의록(2009. 12. 9.), 제8차 회의록(2009. 12. 18.).

3) 중앙선거관리위원회, 각 국의 선거제도 비교연구(2009).

4) 중앙선거관리위원회, 같은 책.

5) 중앙선거관리위원회, 프랑스선거법(1994), 49-50쪽.

6) 중앙선거관리위원회, 같은 책 48-49쪽.

선거비용제한액을 초과 지출한 경우에만 제재대상이 된다고 하여 사유를 한정하고 있는 점, ㉠ 당선자와 함께 낙선자도 제재대상이 되도록 규정하고 있다는 점, ㉡ 기탁금(프랑스선거법상 공탁금<sup>7)</sup>)반환액은 제재의 내용에 포함하지 아니하는 점<sup>8)</sup> 및 ㉢ 선거비용 상환을 받지 못하는 것뿐 아니라 초과지출 상당액을 국고에 납입하는 것까지 제재의 내용으로 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다.

### 3. 과잉금지원칙을 위반하여 기본권을 침해하였는지 여부

#### 가. 문제되는 기본권

공무담임권은 국민이 공무담임에 관한 평등한 기회를 보장받는 권리로서 공직취임 기회의 자의적인 배제와 공무원 신분의 부당한 박탈을 금지하는 것을 그 보호영역으로 한다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 관례집 14-2, 219, 224 참조). 그런데, 이 사건 법률조항에서 규정한 제재는 이미 선거에 입후보하여 당선된 사람 즉, 공직취임의 기회를 이미 보장받았던 사람을 대상으로 하는 것이어서 공직취임의 기회를 배제하는 내용이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선거범죄를 저질러 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받은 당선자만을 제재대상으로 하고 있어 선거범죄를 저지르지 않고 선거를 치르려는 대부분의 후보자는 제재대상에 포함될 여지가 없으므로 자력이 충분하지 못한 국민의 입후보를 곤란하게 하는 효과를 갖는다고 할 수도 없다. 그리고 그 제재의 내용도 금전적 불이익의 부과뿐이라서 공무원 신분의 부당한 박탈에 관한 규정이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 공무담임권이 제한된다고 할 수 없다.

한편 이 사건 법률조항은 공직선거에서 당선되어 기탁금과 선거비용을 모두 반환, 보전받은 사람에게 자신의 재산과 혼유되어버린 위 반환 및 보전액 상당을 다시 반환할 의무를 부담시키는 것이므로 재산권이 제한되는 경우라고 볼 수 있다.

7) 중앙선거관리위원회, 같은 책 34-36쪽.

8) 프랑스선거법상 선거비용의 개념에 기탁금이 포함되지도 아니하므로(같은 책 46-47쪽) 선거비용 상환을 받을 권리를 상실하더라도 기탁금을 반환받을 수는 있는 것으로 보인다.

## 나. 기탁금 부분에 관한 위헌론의 입론 가능성

앞에서 본 재판관 조대현의 반대의견과 같이 기탁금 제도 자체를 위헌이라고 보는 경우에는 기탁금을 제재의 내용으로 삼는 것도 위헌이라는 결론에 이를 수 있다.

그런데, 기탁금 제도 자체를 위헌이라고 보지 않는 입장에서 이 사건 법률조항에서 제재의 내용으로서 기탁금에 관한 부분을 규정하는 것은 기탁금 제도의 취지에 맞지 않는다는 의견이 있을 수 있다. 즉, 헌법재판소는 기탁금제도에 관하여 후보자난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 꾀하는 한편, 과태료나 대집행비용을 사전확보하는데 그 목적이 있는 제도라고(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 88; 헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 222 참조) 판시하였고, 공직선거법 규정에서도 기탁금은 선거결과 일정한 득표율에 미달되는 경우 국고에 귀속되는 외에는 공직선거법 제261조에 의한 과태료와 제271조에 의한 대집행비용으로만<sup>9)</sup> 사용될 수 있도록 규정하고 있다(공직선거법 제56조 제3항). 그럼에도 기탁금을 선거범죄의 예방을 통한 공정선거를 달성하고자 하는 목적으로 반환하지 아니하는 것은 제도 본래의 형성취지에 부합하지 아니하여 체계정당성의 원리<sup>10)</sup>에 반한다는 것이다. 그러나, 기탁금 제도의 취지는 입법자가 정한 것으로서 헌법적 차원의 것이 아니라는 점에서 입법자 스스로 이를 보다 넓게 규정한 것을 두고 헌법에 위반된 것이라고 할 수는 없다<sup>11)</sup>.

다만 위와 같은 법률상의 기탁금 제도의 취지 외에도 기탁금은 후보자가 기탁한 돈을 되찾아가는 것이라는 점, 재선거를 실시하는 경우에도 재선거 출마자들에게 기탁금을 받게 되는 이상 국가가 기탁금을 이중으로 지출하게

9) 공직선거법 제261조에 의한 과태료는 미신고 여론조사 실시, 대담·토론회 불참, 방송연설방법 위반, 선거범죄조사를 위한 동행요구 불응, 각종 신고·제출의무 불응 등이고, 제271조에 의한 대집행비용은 공직선거법의 규정에 위반되는 벽보·인쇄물·현수막 등 선전물을 철거·수거·폐쇄하라는 명령에 불응한 경우의 대집행비용을 의미한다.

10) 체계정당성의 원리에 관하여는 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 333-334 참조.

11) 다만 앞에서 본 바와 같이 헌법재판소가 기왕에 해 온 기탁금 제도에 관한 판시는 이 사건 법률조항의 내용까지 포괄할 수 있도록 변경될 수 밖에 없을 것으로 보인다.



되지는 않는다는 점 등에서 선거비용의 보전액과는 달리 취급할 수 있는 여지가 있고, 선거범죄의 제재의 대상으로 기탁금을 규정해야만 할 어떠한 필연성이 있다고 할 수는 없으므로 위헌이라고 하기는 어렵다고 하더라도 기탁금 부분은 제외하거나 다른 대체적 제재를 규정하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다<sup>12)</sup>.

## 다. 과잉금지원칙에 따른 심사

### (1) 심사기준

헌법재판소는, 선거범죄를 범하여 형사처벌을 받은 공무원에 대하여 일정한 불이익을 가하는 것은 선거의 공정성을 해친 자에게 일정한 불이익을 줌으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 법적 조치로서, 그 경우에 구체적으로 어떠한 범죄로 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 불이익을 가할 것인가는 기본적으로 입법자가 결정할 문제라고 판시한 바 있다(헌재 2009. 3. 26. 2008헌마99, 공보 150, 774, 776 참조). 마찬가지로 이 사건 법률조항이 규율하는 선거범죄자에 대한 제재의 부과 여부, 그 대상자의 결정 방법, 그 제재의 내용 역시 광범위한 입법형성권이 인정되는 영역이므로 이 부분의 심사는 완화된 기준에 의하는 것으로 충분하다. 따라서 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 내용이 위와 같은 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라고 평가되지 않는 한 이를 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

### (2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

국민주권의 원리와 의회민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법상의 선거제도는 모든 권력의 정당성을 뒷받침하고 담보하는 민주주의 실현을 위한 불가결한 수단이므로 국민의 선거과정의 참여행위는 최대한 보장하여야 하는 한편, 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거범에 대하여는 주권자인 국민의 정치적 의사형성과 표현의 과정인 참정권의 행사를 공명하게 담보하기 위하여 일정한 제재를 가함으로써 부정선거의 소지를 차단할 필요가 있다(헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 판례집 20-1상, 98, 103-104 참조). 따라서 일정한 정도 이

12) 이러한 입장이 재판관 이동흡의 일부보충의견의 근거가 되었다.

상의 선거범죄를 저지른 당선자에게 강력한 제재를 가함으로써 선거범죄를 억제하고 공정한 선거문화를 확립하고자 하는 이 사건 법률조항은 그 입법 목적의 정당성이 인정된다.

그리고 선거범죄로 일정한 정도 이상의 형을 선고받은 당선자에 대하여 이미 반환·보전받은 기탁금과 선거비용을 다시 반환하도록 하는 경제적 제재를 가하는 것은 선거범죄를 억제하려는 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이 될 수 있다.

### (3) 침해의 최소성

(가) 이 사건 법률조항이 제재의 기준으로 삼은 벌금형의 액수는 100만 원 이상이다. 이는 그 동안 우리 선거사에서 지적되어 오던 선거의 과열과 타락, 불법으로 인한 선거풍토를 일신하고 공정한 선거문화를 정착시키기 위하여는 선거부정 및 부패에 대한 제재를 강화할 필요가 있다는 목적론적 판단에 근거하여 설정한 기준이므로 다소 엄격하더라도 부당하다고 할 수 없다. 그리고 100만 원 이상의 벌금이라는 기준은 법정형이나 처단형이 아니라 형법 제51조에서 정한 양형사유가 반영된 법원의 선고형을 의미하는 것이어서, 사소하고 경미한 선거범죄는 물론이고 양형에 반영할 만한 구체적·개별적인 사정이 있는 선거범죄의 경우는 제재대상에서 벗어날 수 있는 여지를 남겨 두었다.

(나) 이 사건 법률조항에서 정한 제재의 내용은 반환받은 기탁금과 보전받은 선거비용 전액의 반환이다. 공직선거의 후보자 중 일부가 일정한 정도를 넘는 선거범죄를 저지른 경우에는 당해선거에 나타난 국민의 정치적 의사를 왜곡시키는 중대한 결과를 초래하고, 게다가 그 선거범죄가 당선자인 경우에는 기왕 실시된 선거를 무용한 것으로 만들어버려 재선거를 위한 추가적인 선거비용을 부담하게 하므로 엄중한 제재를 받도록 할 필요성이 있다는 고려에 근거하여 중한 제재를 규정한 것이다. 물론 선거범죄의 내용과 영향 등의 구체적 사정을 고려하여 반환할 금액의 범위에 차등을 두는 것이 덜 침해적인 방법이라고 할 수는 있겠지만, 구체적인 선거범죄가 후보자들의 득표율에 실제로 미친 영향을 계산할 방법이 없고, 이를 계산하더라도 각 경

우에 얼마를 반환하도록 할 것인지에 관한 객관적인 기준을 설정할 수도 없어 제재의 개별화를 실현하는 것은 불가능하다.

(다) 이러한 사정들을 종합해 보면, 이 사건 법률조항에서 정한 제재의 기준이나 내용이 지나친 것이어서 입법형성권의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없으므로 침해의 최소성 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

#### (4) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 선거법의 재산권이 일부분 제한되지만, 이를 통하여 달성하려는 선거의 공정성 확보라는 공익이 선거법 자신의 귀책 사유로 인하여 재산적 제재를 당하는 불이익보다 크므로 법익의 균형성도 인정할 수 있다.

그러므로 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

### 4. 자의적 차별취급으로 평등권을 침해하였는지 여부

#### 가. 평등권이 문제되는지 여부

청구인이 이 사건에서 주장하는 차별취급은 이 사건 법률조항에서 당선자만을 제재대상으로 규정함에 따라 낙선자에게는 부과되지 않는 부담이 당선자에게만 부과되고 있다는 것이다. 그러나 이러한 취급상의 차이는 입법자가 의도한 것으로 보이지 않고, 오히려 낙선자에 대한 입법이 미흡함에 따라 입법자가 얻는 반사적인 이득에 지나지 않는 것으로 보이므로 이를 평등권의 침해 여부 문제로 볼 것인지에 관하여 의문이 생길 수 있고, 평등권의 심사문제에 속하지 않는다는 다음과 같은 의견이 있을 수 있다.

(1) 이 사건 법률조항에 의한 당선자와 낙선자 간의 불균형 상태는 이 사건 법률조항의 개정에서 나타난 것처럼 결국 낙선자에 대한 제재부과의 형태로 해소될 수 밖에 없다. 그런데, 헌법이 보장하는 평등의 원칙은 개인의 기본권신장이나 제도의 개혁에 있어 법적 가치의 상향적 실현을 보편화하기 위한 것이지, 불균등의 제거만을 목적으로 한 나머지 하향적 균등까지 수용하고자 하는 것은 결코 아니므로(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2,

178, 196-197) 낙선자에게 당선자와 동일한 불이익을 가하여 하향적 균등을 실현하라는 주장은 청구인의 평등권에 포함되는 내용이라고 할 수 없다. 그리고 이 사건 법률조항이 낙선자에게 혜택을 부여하고자 하는 것이 아니라, 단지 낙선자에 대한 입법이 미비된 상태에 지나지 아니한 것으로 보이므로 당선자에게도 입법미비상태를 만들어 동일한 사실상의 이익을 달라고 요구하는 것은 법적 권리에 기하여 청구할 수 있는 내용이라고 할 수도 없다.

(2) 헌법재판소는 공익사업 대상지역의 토지에 대한 보상을 기준시가에 의하도록 한 구 토지수용법 제46조 제2항에 대한 헌법소원사건에서(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178) 대상지역의 토지는 기준시가로 보상하여 개발이익을 배제하면서도 통상 함께 지가가 상승하는 인근지역 토지에는 개발이익에 대한 아무런 환수조치를 두지 아니한 것은 평등원칙에 위반된다는 주장에 대하여, 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 하고, 헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제, 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다고 판시한 바 있다. 모든 입후보자는 당선을 목표로 한다는 점에서 효과는 비슷할 것이나 덜 침해적인 방법 즉, 당선자만을 제재 대상으로 하는 방법을 우선 강구해 보고, 그것으로 부족한 경우에 비로소 대상을 더 넓혀 점진적으로 규제대상을 넓히는 것도 단계적인 개선의 하나로서 평등의 원칙에 의하여 제약을 받지 않는다.

(3) 미국 연방대법원은 평등원칙위반의 전제가 되는 정부의 차등분류(classification)의 존재를 인정하기 위하여는 ㉠ 법의 문면상 차등분류가 존재하는 경우이거나 ㉡ 법률에 의한 차별적 영향이 있거나 그 집행으로부터 차별적 효과가 있지만 법의 문면 자체는 중립적인 경우에는 그 법의 배후에 차별적 목적이 있다는 점이 입증된 경우여야 한다고 보고 있다<sup>13)</sup>. 이 사건 법률조항은 법의 문면이나 배후에 차별적 목적이 있다고 할 수 없으므로 평등권의 문제가 아니다.

그러나, 이러한 입론은, 이미 존재하고 있는 차별처우를 부정하는 셈이 될

13) 이상의 내용은 헌법 : 원칙과 정책(하), 헌법재판소 미국헌법연구회 번역자료, 932-933쪽, 987-998쪽.

수 있다는 점, 이 사건 법률조항에 관한 입법자의 의도를 의제하는 측면이 있다는 점, 시혜적 법률에 관한 법리를 무리하게 적용하는 셈이 된다는 점 및 차별처우의 존재를 인정함에 있어 입법자의 차별의도를 요구하지 않았던 헌법재판소의 선례를 벗어나게 된다는 점 등의 측면에서 받아들이기 어렵다.

### 나. 비교집단과 심사기준

이 사건 법률조항은 선거의 공정성을 확보하기 위하여 당선무효에 해당하는 형을 받은 당선자로 하여금 반환·보전받은 기탁금과 선거비용을 반환하게 하는 제재를 가하는 내용이다. 선거의 공정성 확보를 위하여 선거범에게 제재를 가한다는 이 사건 법률조항의 의미와 그 목적에 비추어 볼 때, 법정 득표율 이상을 득표하여 기탁금을 반환받고 선거비용을 보전받은 후 당선무효에 해당하는 형을 받은 낙선자도 이 사건 법률조항에 있어서는 당선자와 본질적으로 동일한 지위에 관계에 있다고 할 수 있으므로 비교집단이 된다.

이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하지 아니하므로 자의금지원칙에 의한 완화된 심사를 한다.

### 다. 자의적인 차별취급인지 여부

(1) 선거에 참여하는 모든 입후보자는 당선을 목적으로 하고, 선거과정에서도 그 목적을 실현하는 데 도움이 되는 활동만을 하는 것임은 부인할 수 없다. 따라서 선거와 관련된 어떠한 제재를 설정하면서 당선자만을 대상으로 정해두더라도, 선거과정 내내 당선인이 되기 위하여 노력하고 자신이 당선인으로 될 것을 염두에 두고 있는 모든 입후보자들은 이를 자신에 대한 제재로 받아들이기 마련이라서 입후보자들 모두로 하여금 그 제재대상이 되는 행위를 하지 않게 하는 유효한 강제수단으로 작용하게 된다. 그러므로 이 사건 법률조항이 당선 여부에 따라 다른 취급을 하는 결과가 된다고 하더라도 선거에 입후보한 자들에 관한 규제라는 특수성에 비추어 볼 때, 이를 두고 자의적인 기준이라고 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 선거비용을 환수하려는 목적의 조항이 아니라 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거범죄를 억제하려는 목적의 조항이라는 점, 이러한 목적의 달성을 위한 효과의 측면에서는 낙선자도 제재대상에 포함하는 것과 당선자만을 제재대상으로 삼는 것 사이에 큰 차이가 없다고 볼 수 있다는 점을 고려해 보면, 입법자가 당선자만을 제재대상으로 삼은 것은 입법목적의 달성의 측면에서 동일한 효과가 있는 두 가지 방법 중 하나를 선택한 것이라고 볼 수 있어 이를 두고 자의적이라고 할 수는 없다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항이 자의적으로 당선자를 차별취급함으로써 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

## 5. 선거공영제 위반 여부

### 가. 선거공영제가 문제되는지 여부

헌법 제116조 제2항의 ‘선거에 관한 경비’의 범위에 관하여 달리 해석하는 입장에서 이 사건 법률조항과 선거공영제는 무관하다는 다음과 같은 의견이 있을 수 있다. 위 ‘선거에 관한 경비’는 선거를 치르는데 드는 모든 비용을 의미하는 것이 아니라, 선거관리경비만을 의미하는 것이다. 따라서 선거공영제란 선거관리경비를 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다는 원칙일 뿐이지, 후보자 개인이 지출한 선거운동비용을 누가 부담하느냐는 것까지 선거공영제의 내용에 속한다고 할 수 없고, 현재 공직선거법에서 선거운동비용을 국가가 보전해 주도록 규정한 것은 선거공영제와는 무관한 수혜적 조치일 뿐이다. 그러므로 이 사건 법률조항이 당선자가 지출한 선거운동비용에 관하여만 문제삼고 있을 뿐, 선거관리경비까지 부담시키고 있지는 아니한 이상, 이를 선거공영제 위반 여부의 문제로 볼 것은 아니다<sup>14)</sup>.

그러나, 헌법재판소는 2008헌마491 사건에서 후보자 개인이 사용한 선거운동비용의 보전 역시 선거공영제의 내용에 포함됨을 전제로 판단한 바 있고, 대부분의 학자들은 선거관리경비용만을 선거공영제의 내용으로 한정하는 것으로 보이지 않는다<sup>15)</sup>. 게다가 선거공영제는 경제적으로 넉넉하지 못한

14) 헌법연구위원 박종보의 의견으로 연구관 토론과정에서 많은 동의를 얻었다.

15) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010, 1338-1340쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010,

자의 입후보를 제한하는 결과가 초래되는 것을 막기 위한 목적도 갖는데(헌재 2010. 5. 27. 2008헌마491, 판례집 22-1하, 300, 311) 선거공영제의 의미를 선거관리비용만으로 한정한다면 이를 초과하는 부분의 선거운동비용을 보전해주지 아니하여 경제력이 없는 자의 입후보를 사실상 막는 입법이 행해지더라도 이를 선거공영제 위반이라고 볼 수 없다는 문제가 있다. 그러므로 종래 헌법재판소의 선례에 입각하여 선거공영제 위반 여부의 문제로 보았다.

### 나. 선거공영제의 의미

선거공영제는 선거 자체가 국가의 공적 업무를 수행할 국민의 대표자를 선출하는 행위이므로 이에 소요되는 비용은 원칙적으로 국가가 부담하는 것이 바람직하다는 점과 선거경비를 개인에게 모두 부담시키는 것은 경제적으로 넉넉하지 못한 자의 입후보를 어렵거나 불가능하게 하여 국민의 공무담임권을 부당하게 제한하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려하여, 선거의 관리·운영에 필요한 비용을 후보자 개인에게 부담시키지 않고 국민 모두의 공평부담으로 하고자 하는 원칙이다. 한편 선거공영제의 내용은 우리의 선거문화와 풍토, 정치문화 및 국가의 재정상황과 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항으로서 넓은 입법형성권이 인정되는 영역이다(헌재 2010. 5. 27. 2008헌마491, 판례집 22-1하, 300, 310-311 참조).

이 사건 법률조항은 보전받은 선거비용을 다시 반환하도록 하는 경우를 설정하여 실질적으로는 선거비용을 보전하지 않는 기준을 설정하는 의미가 있는바, 비록 이 영역에서 광범한 입법형성권이 인정된다고 하더라도 그 기준과 내용이 입법형성권의 범위를 넘어선 자의적인 것이라고 평가된다면, 선거공영제에 위반한 것이라고 볼 수 있다.

### 다. 선거공영제의 위반 여부

(1) 선거공영제는 선거가 국가의 공적 업무라는 점과 선거비용을 보전해주지 않는다면 경제적으로 넉넉하지 못한 국민의 입후보를 제한할 수 있다는

점을 고려하여 설정한 원칙이다. 그런데, 이 사건 법률조항에 의한 제재대상은 선거범죄를 저질러 이미 선거라는 국가의 공적 업무를 저해하는 행위를 한 자들이고, 이들에게 제재를 가한다고 하더라도 자력이 부족한 국민의 입후보를 곤란하게 하는 효과를 갖지는 아니한다는 점에서 이들에게 선거비용을 보전해주지 않는 것이 선거공영제의 취지에 어긋난다고 볼 수 없다.

(2) 그리고 공직선거의 당선자가 당선무효에 해당하는 형을 받는 경우에는 다시 재선거를 치르게 되어 국가가 이중으로 선거비용을 지출하게 되므로 무용하게 된 앞의 선거에서 지출된 재정부담을 줄이는 조치를 취해야 할 필요성도 있다.

(3) 선거범죄를 저지른 자를 배제하지 아니한 채 일률적으로 모든 입후보자에게 선거비용보전을 해 준다면, 선거 막바지에 이르러 당선가능성이 없는 후보자들 중에 선거범죄를 저질러서라도 선거비용을 보전받을 수 있는 기준 득표율을 초과하는 득표를 함으로써 경제적 손실이라도 줄이고자 하는 유혹에 빠지는 후보자도 생길 수 있다.

(4) 이 사건 법률조항은 사소하고 경미한 선거범죄는 물론이고 양형에 반영할 만한 구체적·개별적인 사정이 있는 선거범죄의 경우는 제재대상에서 벗어날 수 있도록 제재대상에 관하여 적절한 제한을 가함으로써 공정선거에 미치는 해악이 작다고 할 수 없는 중대한 일부의 선거범죄에만 한정적으로 적용된다.

(5) 이러한 사정들을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 선거공영제의 취지에 어긋나지 않는 범위에서 선거문화와 풍토 및 국가의 재정상황을 고려하여 제한된 범위의 예외를 설정한 것이므로 선거공영제에 관한 입법형성권의 범위를 벗어난 자의적인 것이라고 할 수 없다.

## 6. 형벌에 관한 책임주의 위반 여부

‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다.’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이고, 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 책임과 형벌 간의 비례의 원칙은 과잉금지원칙을 규정하고



있는 헌법 제37조 제2항으로부터 도출되는 것이다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌바88, 공보 166, 1383, 1387).

청구인은 공직선거에 입후보하여 재산신고서를 제출하면서 배우자의 재산에 관하여 허위의 사실을 공표하였다는 범죄사실로 당선무효에 해당하는 형을 선고받음에 따라 이 사건 법률조항의 제재대상이 된 것이어서 자신의 의무위반으로 처벌받은 자이므로 ‘책임 없는 자’에 해당한다고 할 수 없다.

그리고 책임과 형벌 간의 비례의 원칙은 국가형벌권의 행사에 해당하는 형벌을 부과하는 때에 적용되는 원칙이나, 이 사건 법률조항에서 그 제재의 요건이나 대상 등에 대하여 형사법상의 몰수·추징과 다르게 규정하고 있어 이를 형벌에 포함된다고 할 수는 없을 뿐만 아니라, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 헌법상의 비례원칙 내지 평등원칙을 위반하였다고 할 수도 없다.

## 7. 재판관 이동흡의 일부보충의견

가. 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 제재의 내용 즉, 대상자의 기준, 제재의 내용 등이 입법자의 입법재량권의 범위를 넘었다고 볼 수는 없다. 그렇지만, 이러한 제재를 기탁금을 통하여 함으로써 아래에서 보는 바와 같이 기탁금제도의 취지나 성격을 훼손하게 될 수도 있고, 반드시 기탁금을 매개로 할 필요성이 있다고 보기도 어려우므로 입법으로 이를 개선하는 것이 바람직하다.

나. 헌법재판소는 기탁금제도는 후보자난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 꾀하는 한편, 과태료나 대집행비용을 사전에 확보하는 데 그 목적이 있는 제도로(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 222 참조) 보았고, 공직선거법에서도 기탁금은 선거결과 일정한 득표율에 미달되는 경우 국고에 귀속되는 외에는 공직선거법 제261조에 의한 과태료와 제271조에 의한 대집행비용으로만 사용될 수 있도록 규정하고 있다(공직선거법 제56조 제3항). 이러한 기탁금제도의 취지에 비추어 볼 때, 선거범죄의 예방을 통한 공정선거를 달성하고자 하는 목적으로 기탁금을 몰취하는 것은 지금까지 받아들여져 온 제도 본래의 취지를 넘어서는 것이다. 그 뿐만 아니

라 이 사건 법률조항에 의하여, 기탁금제도는 공직선거의 입후보자들이 선거범죄를 저지를 수 있다는 예전을 기초로 하여 입후보의 조건으로 선거범죄에 대한 제재금을 미리 납입하게끔 하는 제도라는 새로운 의미도 갖게 되는바, 이러한 기탁금제도의 새로운 의미는 후보자난립을 저지할 필요성에 기한 제도라는 의미를 근거로 기탁금제도가 합헌이라고 판단한 헌법재판소 선례의 판단기초를 변화시키게 된다.

다. 이 사건 법률조항에서 기탁금과 함께 반환대상으로 정하고 있는 선거비용의 보전과 비교해 보더라도 그 성격에는 다음과 같은 차이가 있다. 우선 선거비용의 보전은 후보자가 선거기간 동안 사용한 비용을 국가가 보전해주는 것이어서 그 보전자금은 국고인데 반해, 기탁금의 반환은 과소득표 등의 특별한 사유가 없는 한 후보자가 자신의 자금으로 기탁한 돈을 되찾아가는 것이어서 그 반환자금은 후보자가 납입한 돈이므로, 국가가 그 보전 내지 반환을 하지 않는 사유를 설정하는 재량의 정도에 관하여는 서로 다른 기준이 적용된다고 볼 여지가 있다. 또한 당선자가 제재대상이 되어 재선거가 실시되는 경우를 보더라도 선거비용보전액은 두 번의 선거를 치르게 됨에 따라 이중으로 지출될 수 밖에 없는데 반해, 재선거에 출마하는 후보자들도 기탁금을 납입하게 되므로 기탁금반환액은 이중으로 지출될 염려가 없다.

라. 세계주요국가의 선거관련법령 중 선거범죄를 저지른 자에게 형벌과 별도로 금전적인 제재를 규정한 경우가 전혀 없지는 아니하나, 이에 해당하는 국가들조차 국가가 보조 내지 보전하는 자금만을 규제대상으로 정하고 있을 뿐, 후보자 자신이 납부한 기탁금을 제재대상으로 규정한 입법례는 찾아볼 수 없다.

## 8. 재판관 조대현의 일부반대의견

가. 기탁금제도는 후보자의 난립을 방지하기 위한 것이라고 하나, 공직선거는 대의제 민주주의를 실현하기 위한 핵심절차이고 그 후보자 등록은 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 구현하는 수단인 점에 비추어 보면, 공직선거의 후보자가 가급적 많이 등록하도록 유도함이 마땅하고, 공직선거의 후보자가 난립할 우려가 있다고 하여 그 후보자 등록을 제한할 필요가 있다고 보기 어렵

다. 그리고 헌법 제8조 제1항은 복수정당제를 보장하고 있으므로 정당추천 후보자의 난립을 막기 위하여 기탁금제도를 두는 것은 허용되기 어렵고, 무소속 후보자로 되고자 하는 자도 일정한 수 이상의 선거권자의 추천을 받도록 요구하고 있으므로 이처럼 선거권자의 추천을 받은 후보자에 대하여 다시 후보자의 난립을 방지한다는 이유로 기탁금을 요구할 필요가 있다고 보기 어렵다. 또 기탁금은 선거비용에 충당되는 것이 아니라 과태료나 불법선거에 대한 대집행 비용으로 충당되는데, 기탁금제도가 매우 중요한 정치적 자유를 제한하는 점에 비추어 보면, 공직선거법 위반에 대한 제재수단을 위법행위가 있기도 전에 미리 확보하기 위하여 기탁금을 예납하게 하는 것도 합리적이라고 보기 어렵다. 그러므로 공직선거의 기탁금제도와 그 몰수제도는 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권 제한사유도 없이 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이고, 합리적 사유도 없이 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력이 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하여 차별하는 것이어서 헌법에 위반된다(헌재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 판례집 20-2하, 477, 494-495).

나. 그러므로 이 사건 법률조항 중 공직후보자의 당선이 무효로 된 경우에 기탁금을 반환하지 않거나 이미 반환한 기탁금을 환수하게 하는 부분은 앞에서 본 바와 같이 위헌이라고 할 기탁금 제도를 전제로 하는 것이므로 헌법에 위반된다.

## 9. 결정의 의의

이 사건 결정은 선거범죄를 억제하고 공정한 선거문화를 확립하고자 하는 목적으로 당선무효가 되는 선거범죄를 저지른 당선자들에게 형벌과 별개로 반환받은 기탁금, 보전받은 선거비용을 다시 반환하도록 하는 내용의 엄격한 제재를 설정한 이 사건 법률조항이 기본권을 침해하였거나 선거공영제의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다고 확인한 것이다. 이와 아울러 입법자가 차별을 의도한 바 없고, 청구인에 비하여 이득을 얻는 자가 입법의 미비에 의한 반사적인 이득을 얻는 것에 지나지 않는 경우라고 하더라도 사실상 차별이 존재하는 경우에는 평등권의 침해 여부가 문제된다고 보아 이를 심사하였다는 의미가 있다.



## 지방자치법 제111조 제1항 제2호 위헌확인

- 공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우 지방자치단체장의 직무를 정지시키는 것이 무죄추정의 원칙에 반하는 등 공무담임권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126)

### 고 일 광\*

#### 【판시사항】

1. 지방자치단체의 장(이하 ‘자치단체장’이라 한다)이 공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부개정된 것) 제111조 제1항 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가, 과잉금지원칙 및 무죄추정의 원칙에 위반되어 자치단체장인 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 자치단체장인 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

#### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부개정된 것) 제111조 제1항 제2호의 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
2. 공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우

---

\* 헌법연구관

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 서울특별시 중구청장에 당선되어 2010. 7. 1. 중구청장에 취임하였으나, 당선 이후인 2010. 6. 18. 공직선거법위반 혐의로 수사를 받는 과정에서 서울중앙지방법원으로부터 구속영장이 발부되어 2010. 6. 19. 구속된 후, 2010. 6. 25. 공직선거법위반 혐의로 기소되어 2010. 8. 13. 제1심에서 공직선거법위반죄로 징역 1년의 형을 선고받았고, 2010. 11. 8. 항소심에서 징역 1년에 집행유예 2년의 형을 선고받았으며, 2011. 2. 24. 대법원에서 청구인의 상고가 기각되어 위 판결이 확정되었다.

(2) 청구인은 이 사건 법률조항에 의거하여 2010. 7. 1. 중구청장에 취임한 직후부터 직무에서 배제되어 도지사직을 수행하지 못하게 되자 2010. 7. 29. 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 주장 요지

(1) 이 사건 법률조항의 입법목적은, 자치단체장이 공소 제기된 후 구금상태에 있게 됨으로 말미암아 발생할지 모르는 자치단체행정에 대한 원활한 운영에 대한 위험을 미연에 방지하자는 것이므로, ① 그 사유는 위와 같이 자치단체행정에 대한 원활한 운영에 대한 구체적인 위험을 야기할 수 있는 성격의 범죄에 국한되어야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 그러한 구체적 위험과는 무관하게 단지 공소 제기되어 구금상태에 있는 경우이기만 하면 당연히 그 직무에서 배제시키고 있고, ② 권한을 정지시킬 필요성이 있더라도 구금상태가 해소될 때까지 기다릴 수 없을 정도로 공익에 대한 상당한 정도

의 위험이 있거나 회복할 수 없는 공익침해의 우려가 있는 경우로 제한되어야 하고 권한대행기간도 가능한 최소화하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 그러한 추가적 요건을 설정함도 없이 ‘구금상태가 해제되는’ 불확정한 기한까지 자치단체장의 권한을 정지시키고 있으며, ③ 권한을 정지시키기 전에 청문회, 지방의회 등을 통하여 변명의 기회를 준다거나 이의를 제기할 기회를 주지 않아 적법절차원리에 반하고, ④ 피고인에 대한 유무죄를 가리고 죄책의 정도에 따라 형을 정하여 국가형벌권을 실현하는 형사재판의 일종인 법관의 영장발부 여부에 관한 판단결과에 자치단체장의 권한대행 여부를 전적으로 의존토록 함으로써, 국민의 기본권을 최소한 침해하는 방식을 채택하여야 한다는 최소침해성 요건을 충족시키지 못할 뿐만 아니라 법익의 균형성 요건도 충족시키지 못하고 있으므로, 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 공무담임권을 침해하고 있다.

(2) 헌법 제27조 제4항이 보장하는 무죄추정의 원칙상 유죄가 확정될 때까지는 피고인에게 범죄사실을 근거로 법률적 측면은 물론이고 사실적 측면에서도 범죄사실의 인정과 그에 따른 유죄의 비난을 하는 등의 유형·무형의 일체의 불이익을 가하여서는 안되는데, 이 사건 법률조항은 자치단체장에 관하여 공소가 제기되고 공소 제기된 피의사실에 관하여 구속영장이 발부되어 구금되었다는 사실 자체에 피고인에 대한 부정적 가치판단을 부여하여 직무에서 배제시키는 불이익을 가하고 있는 이상 유죄인정의 효과로서의 불이익에 해당하므로, 무죄추정의 원칙에 위배된다.

(3) 국무총리, 행정각부의 장이나 국회의원은 담당하고 있는 공직의 중요성이라든가 선거직 공무원으로서 직무의 원활한 계속성을 확보해야 할 필요 등의 면에서 자치단체장과 크게 다르지 않음에도 불구하고 이들에게는 공소 제기된 후 구금상태에 있음을 이유로 직무를 정지시키지 않고 있는바, 이는 합리적 이유 없이 자치단체장을 차별하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다.

## 나. 이해관계인 행정안전부장관의 의견 요지

(1) 이 사건 법률조항은, 자치단체장이 구금되어 있다면 정상적이고 계속적인, 또한 시의적절한 직무수행이 불가능하거나 곤란한 경우가 많아 사실

적·물리적으로 직무를 수행할 수 없거나 수행하기 곤란해지고, 공소 제기과 관련하여 구금되어 있는 이상 구금상태가 해소될 때까지 예측할 수 없는 기간동안 행정공백이 생기게 될 우려가 있으므로, 직무대리를 통한 현상유지적인 업무만 이루어지도록 하거나 옥중결재 등의 비정상적이고 일시적인 방식으로 직무가 수행되도록 할 경우 주민복리와 자치행정의 정상적인 운영이 크게 저해될 위험이 있으므로, 자치단체장의 직무를 정지시키고 그 권한을 부단체장에게 대행시킴으로써 위와 같은 위험을 예방하려는 것이 주된 입법 목적이다.

(2) 무죄추정의 원칙은 형이 확정되기 전 유죄인정의 효과로서의 불이익을 금지하는 것이지 형사절차와 관련되어 수반되는 모든 불이익을 금지하는 것이 아니고, 무죄추정의 원칙을 이유로 수사 목적을 위한 체포, 압수, 수색, 구속과 같은 강제처분의 필요성을 부정할 수도 없는바, 이 사건 법률조항은 구금사실 자체가 아닌 ‘구금의 효과’로 인하여 자치단체장이 물리적으로 부재하는 상태가 계속되기 때문에 그 권한을 대행시키고 있는 것이므로, 유죄인정의 효과 또는 유죄판결에서 비롯되는 사회·윤리적 비난으로서의 불이익에 해당하지 않는다. 또한 ‘공소가 제기될 것’을 요건으로 함으로써 구금상태가 장기화되거나 구금상태의 해소시점이 불확실하게 되는 경우만을 권한대행의 사유로 삼고 있으므로, 구금으로 인한 불이익도 최소화한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 무죄추정의 원칙에 반하여 청구인의 공무담임권을 제한한다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 법률조항은, ① 구금으로 인해 정상적인 직무수행이 곤란한 실질적인 위험이 발생한 상황에서 그로부터 자치단체행정의 원활한 운영과 주민복리 증진을 확보하기 위하여 자치단체장의 직무를 정지시키고 있는 것이므로 범죄의 유형을 한정하거나 구체적 위험이 발생할 것을 추가적 요건으로 할 필요가 없고, ② 직무정지가 되더라도 자치단체장의 지위나 신분에는 아무런 영향이 없을 뿐만 아니라, 관련 형사재판이 종결되기 전이라도 보석 등으로 구금상태가 해소되기만 하면 즉시 직무정지의 효과도 종결되므로 필요최소한의 기간만 직무정지라는 제한을 가하고 있으며, ③ 구금된 자치단체장에게 유리한 증거제출의 기회나 변명의 기회를 준다 하더라도 그로 인



하여 구금상태에 변화를 가져올 수는 없으므로 그러한 절차의 보장이 직무 정지의 필요성 여부 판단에 영향을 미칠 수 없고, ④ 형사재판결과에 따라 직무정지여부를 결정하는 것이 아니라 정상적인 직무를 수행하기 어려운 자치단체장의 물리적 부재 상태를 근거로 직무정지여부를 결정한 것이어서 형사절차상 구금제도 자체의 필요성을 부정하지 않는 이상 법체계상 어긋나는 점은 없으므로, 침해의 최소성 요건과 법익의 균형성 요건을 충족시켜 과잉 금지원칙에 위배되지 않는다.

(4) 국회의원은 자치단체장과 선거직 공무원이라는 점에서는 동일하나 직무수행의 성격 및 방법이 본질적으로 달라 동일한 비교대상으로 보기 힘들 뿐만 아니라, 국회의원이 구금되었을 경우 직무대행을 인정하지 않고 단순히 정족수에서 제외하더라도 합의체인 국회나 그 위원회의 기능행사에 큰 장애가 생기지 않으나 자치단체장의 경우 구금기간 동안 중요하거나 시급한 정책 집행이 지연되는 등 효율적인 자치행정의 운영에 장애가 발생할 수밖에 없으므로 그 직무를 대행시키고 있다는 점에서, 그 차별취급에는 합리적인 사유가 존재한다. 국무총리나 행정각부의 장의 경우 구금상태에 있어 직무의 계속성에 장애가 발생할 경우 임명권자에 의하여 교체될 수 있는 임명직 공무원이라는 점에서 자치단체장과 사이에 본질적인 차이가 존재하고, 차별취급에 합리적인 사유 역시 존재한다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하지도 않는다.

### 【결정요지】

**재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의  
기각의견**

#### 1. 공무담임권 침해 여부

##### 가. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 이 사건 법률조항의 입법목적은, 신체가 구금되어 정상적이고 시의적절한 직무를 수행하기 어려운 상태에 있는 자치단체장을 직무에서 배제함으로써 주민의 복리와 자치단체행정의 원활하고 효율적인 운영에 초래될 것으로 예상되는 위험을 미연에 방지하려는 것이다.

(2) ‘공소 제기된 후 구금상태’에 있다는 것은 자치단체장이 자치단체행정을 이끄는 관청의 사무실에 상존하지 못하는 ‘물리적 부재상태’를 의미하는데, 위와 같은 물리적 부재상태를 언제 해소하고 업무에 복귀할 수 있을지 여부도 불확실한 상태에서는 자치단체행정의 계속성과 융통성은 보장될 수 없고, 주민의 복리를 위하여 최선의 결과를 가져 올 정책집행을 기대하기 어렵다. 따라서, 이 사건 법률조항의 입법목적은 달성하기 위해서는 해당 자치단체장을 직무에서 배제시키는 방법 외에는 달리 의미있는 대안을 찾을 수 없다.

‘구금상태’란 구속의 사유가 있다고 법원이 인정하여 발부한 영장에 의해 이루어지는 것일 뿐, 자치단체장이 저지른 범죄가 직무와 관련이 있는지, 자치단체행정에 구체적인 위험을 야기할 수 있는 성격의 범죄인지, 반사회성이 큰 범죄인지 경미한 과실범죄인지 여부에 대한 평가와는 전혀 관계가 없으므로, 범죄의 죄질이나 사안의 경중에 따라 직무정지 필요성을 달리 판단할 여지가 없다. 또한 ‘공소 제기된 후 구금상태’에 처한 것 자체가 자치단체행정의 원활한 운영과 주민의 복리에 대한 위험을 야기시키는 데 충분한 요소라 할 것이므로, 추가적인 요건을 설정하거나, 본인에게 소명의 기회를 부여할 필요도 없다.

정식 형사재판절차를 앞두고 있는 ‘공소 제기된 후’부터 시작하여 ‘구금상태에 있는’ 동안만 직무를 정지시킴으로써 향후 구금상태가 해소되면 곧바로 직무에 복귀할 수 있도록 하고 있으므로, 직무를 정지시키는 요건을 설정함에 있어서도 침해가 최소한에 그치도록 하였다.

(3) 이 사건 법률조항이 달성하려는 공익은 매우 중대한 반면, 공소 제기된 후 구속된 때로부터 구금상태가 해소되는 기간까지만 일시적·잠정적으로 직무를 정지당할 뿐 신분을 박탈당하지도 않는 자치단체장의 사익에 대한 침해는 그렇게 가혹하다고 볼 수 없어, 법익의 균형성 요건도 충족한다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

나. 무죄추정의 원칙 위배 여부

이 사건 법률조항은 공소 제기된 자로서 구금되었다는 사실 자체에 사회적 비난의 의미를 부여한다거나 그 유죄의 개연성에 근거하여 직무를 정지시키는 것이 아니라, 구금의 효과, 즉 구속되어 있는 자치단체장의 물리적

부재상태로 말미암아 자치단체행정의 원활하고 지속적인 운영에 위험이 발생할 것이 명백하여 이를 미연에 방지하기 위하여 직무를 정지시키는 것이므로, ‘범죄사실의 인정 또는 유죄의 인정에서 비롯되는 불이익’이라거나 ‘유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난’이라고 볼 수 없다. 따라서 무죄추정의 원칙에 위배되지 않는다.

#### 다. 소결

그러므로 이 사건 법률조항은 청구인의 공무담임권을 침해하지 아니한다.

### 2. 평등권 침해 여부

가. 국무총리, 행정 각부의 장은 임명권자에 의해 교체될 수 있다는 점에서, 국회의원은 국회라는 합의체의 일원으로서 권한대행을 상정하기도 어렵고 구금상태가 직무의 원활한 운영에 미치는 효과도 다르다는 점에서, 자치단체장에 대하여만 이 사건 법률조항에 기한 직무정지를 부과한다 하여 자의적 차별이라 할 수는 없다.

나. 자치단체장이 입원한 경우는 ‘60일 이상 계속하여 입원한 경우’에만 권한대행하도록 규정함으로써(지방자치법 제111조 제1항 제4호) ‘입원하여 60일이 지나지 아니한 자’와 ‘구금되어 60일이 지나지 아니한 자’ 사이에 차별취급이 발생하였다. 그러나 일반인의 출입과 면회가 엄격하게 제한되어 있는 구금상태와는 달리, 병원에 입원하는 경우는 입·퇴실이 다소 자유로울 뿐 아니라, 극히 예외적인 경우를 제외하고는 퇴원시기에 대한 예측이 어느 정도 가능하고, 병실에 업무보조인력을 두는 등 직접 또는 위임의 형태로 업무를 수행할 수도 있다는 차이점이 있으므로, 위와 같은 차별 취급에는 합리적 이유가 있다.

### 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 각각의견

#### 1. 공무담임권 침해 여부

##### 가. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 이 사건 법률조항은, ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는’ 자치단체장을

직무에서 배제시킴으로써, i) 자치단체장의 물리적 부재상태로 인하여 주민의 복리와 자치단체행정의 정상적인 운영에 초래될 수 있는 위험을 미연에 방지함과 아울러, ii) 고위공직자인 자치단체장에게 요구되는 윤리성과 성실성 및 지역주민의 신뢰를 회복하고 공직기강을 확립하려는, 2가지 입법목적 을 가지고 있다.

(2) 자치단체장에게 범죄혐의가 있어 공소가 제기되고 구속영장이 발부되었더라면 사회적 비난가능성이 결코 작다고 볼 수 없고, 형사재판절차가 진행되는 동안 구금상태가 언제 해소될지 불확실하여 직무의 전념성이 해쳐지고 자치단체행정이 장기간 표류할 가능성도 있으므로, 위 입법목적 을 달성하기 위해서는 해당 자치단체장을 그때로부터 직무에서 배제시키는 방법 외에는 달리 의미있는 대안이 없다 할 것이다.

‘공소 제기된 후 구금상태에 있는’ 그 자체로 주민의 복리와 자치단체행정의 정상적인 운영에 위험을 초래하고 자치단체장직에 요구되는 윤리성과 성실성, 지역주민의 신뢰를 훼손시키기에 충분하므로, 자치단체행정의 정상적 운영에 ‘구체적인 위험을 초래하는 경우’ 또는 ‘회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는 경우’ 등의 추가적 요건을 설정하거나, 소명의 기회를 부여할 필요는 없고, 해당 범죄의 죄질이나 성격 또는 사안의 경중에 따라 개별적으로 직무정지의 필요성이 달리 판단될 여지도 없다.

주민의 신뢰가 훼손되고 자치단체행정의 정상적 운영이 방해되는 사정은 공소 제기된 후 구금되는 시점에 곧바로 발생하여 구금상태가 계속되는 한 지속될 수밖에 없으므로, 이 사건 법률조항이 직무정지의 요건으로 설정하고 있는 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우’는 그 자체로 필요최소한의 침해만 가하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

(3) 이 사건 법률조항이 달성하려는 위와 같은 공익은 공소 제기된 후 구속되는 시점부터 구금상태가 해소될 때까지 신분은 그대로 유지한 채 잠정적·일시적으로만 직무를 정지당하는 자치단체장의 사익보다 훨씬 크므로, 법익균형성의 요건도 충족하였다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

#### 나. 무죄추정의 원칙 위배 여부

무죄추정의 원칙은 “유죄의 확정판결이 있기까지 그 유죄인정을 전제로 하는 불이익을 입혀서는 안되며 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 않는다 할 것이다. 이 사건 법률조항이 직무정지를 부과하는 목적은 검사의 공소제기결정이나 법원의 구속영장발부에 근거한 비난이나 제재에 있는 것이 아니라 자치단체장의 물리적 부재상태로 말미암아 자치단체행정의 원활한 운영에 생길 수 있는 위험을 제거하고 주민의 신뢰를 회복하는 데 있고, 그 불이익의 정도도 필요최소한의 범위에 그치고 있으므로, 비례의 원칙을 준수하였다고 할 것이어서, 무죄추정의 원칙에 위배되지 않는다.

#### 다. 소결

그러므로 이 사건 법률조항은 청구인의 공무담임권을 침해하지 아니한다.

### 2. 평등권 침해 여부

가. 국회의원은 합의체기관인 국회의 구성원인 데다가 권한대행을 상징하기 어렵다는 점에서 자치단체장과는 그 직무의 성격이 다르고, ‘공소 제기된 후 구금상태’가 해당 직무의 원활한 수행에 미치는 영향도 다르므로, 국회의원의 경우와 달리 자치단체장의 경우에만 이 사건 법률조항에 의한 직무정지를 가하고 있다 하여 자의적인 차별이라고 할 수는 없다.

나. 자치단체장이 구속된 경우는 자치단체장직에 요구되는 윤리성 및 성실성, 지역주민의 신뢰가 훼손되었다고 볼 수 있는 반면, 병원에 입원한 사정만으로는 위와 같은 윤리성이나 성실성, 지역주민의 신뢰가 훼손될 여지가 없다는 큰 차이가 존재하고, 또한 구금상태는 향후 형사재판절차가 진행됨에 따라 언제 해소될지 불확실한 반면, 입원상태는 예외적인 경우를 제외하고는 언제든지 상태가 호전되어 업무에 복귀할 수 있는 가능성이 열려 있으므로, 입원한 경우 60일이 지난 후에야 직무정지시키는 것과 달리 구금상태에 처

한 경우에는 즉시 직무정지시켜 차별취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다. 따라서, 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권도 침해하지 않는다.

### 재판관 이강국의 반대의견

가. 검사의 공소 제기나 법관의 영장발부에 의한 구금상태는 그 후에 계속되는 일련의 형사절차 진행과정의 맨 처음 시작단계에 불과하고, 유죄판결의 선고나 확정은 상당히 오랜 시간이 경과한 후에야 가능한 것이다. 그럼에도 이 사건 법률조항은 자치단체장이 구금상태에 있고 그에 대하여 공소가 제기되었다는 두 가지 사실이 있기만 하면 유죄판결이나 그 확정을 기다리지 아니한 채 바로 직무를 정지시키고 있으므로, 유죄판결의 선고나 그 확정이 있기도 전에 이미 유죄임을 전제로 필요최소한의 범위를 넘는 부정적 의미와 사회적 비난을 가하고 있는 것으로서, 헌법이 보장하는 무죄추정의 원칙에 반한다.

나. ‘구금상태’란 법관이 발부한 구속영장에 의한 강제처분이기는 하지만 어디까지나 범죄혐의가 있는 단계에 불과하고, 수사단계에서의 구속은 대부분 ‘공소 제기’로 이어지게 되므로 검사의 일방적 소추행위에 불과한 ‘공소 제기’가 특별한 의미를 가진다고 볼 수도 없으므로, ‘공소 제기된 후 구금상태’에 있다는 사실 그 자체로 자치단체장의 직무를 곧바로 정지시키지 않으면 안 될 절실한 필요가 있다고 할 수 없다.

혹시 직무정지의 필요성이 인정된다 하더라도, 자치단체장이 가지는 민주적 정당성에 비추어 볼 때, 구속적부심절차나 무죄 또는 집행유예 등 판결을 받아 구금이 해소될 때까지 기다리면 회복할 수 없는 위험이 발생할 것이 명백한 경우 등의 제한적인 경우에만 직무를 정지시키거나, 최소한의 합리적인 시점까지만 직무를 정지시키는 등 침해가 최소화되도록 했어야 한다. 그러나, 이 사건 법률조항은 구금되는 즉시로부터 민주적 정당성을 부여받은 자치단체장의 포괄적인 권한을 정지시키고 임명직에 불과한 부단체장에게 구금이 해소될 때까지라는 불확정 기간 동안 권한을 대행시키고 있으므로, 필요최소한의 범위를 넘어 자치단체장의 공무담임권을 과잉제한하고 있다.

다. 우리 재판소는 2010. 9. 2. 2010헌마418 결정을 통해, 법원으로부터 ‘금

고 이상의 형을 선고받은' 자치단체장을 그 형이 확정되기도 전에 유죄임을 전제로 직무정지시키는 것은 필요최소한의 범위를 넘은 불이익으로서 헌법상 과잉금지원칙은 물론 무죄추정의 원칙에 반하므로 헌법에 위반된다는 이유로 헌법불합치 선언을 한 바 있는데, 이 사건 법률조항은 법원의 유죄판결에 이르기 훨씬 이전 단계에서의 처분인 '구금상태'와 수사단계에서의 일방적 처분인 '공소제기'를 요건으로 하여 자치단체장의 직무를 정지시키고 있는 것이므로, 위 선례와 비교해 보더라도 더욱 무죄추정의 원칙이나 과잉금지원칙에 위반되는 정도가 심하다.

라. 그러므로 이 사건 법률조항은 청구인의 공무담임권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건 법률조항의 연혁과 입법목적

#### 가. 연혁

1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정된 최초의 지방자치법부터 자치단체장이 '사고가 있을 때'에는 부단체장이 직무를 대리하는 제도는 있었는데, 1999. 8. 31. 법률 제6002호로 개정된 지방자치법은 직무를 대리하는 경우와 권한을 대행하는 경우를 구분하여, 자치단체장이 '결위 또는 공소제기된 후 구금상태에 있거나 의료법에 의한 의료기관에 60일 이상 계속하여 입원한 경우' 및 '그 직을 가지고 당해 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우 후보자등록을 한 날부터 선거일까지'(제101조의2 제2항) 부단체장이 그 권한을 대행하도록 하고(제101조의2 제1항, 제2항), '출장·휴가 등 일시적 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는' 부단체장이 그 직무를 대리하도록 규정하였다(제101조의2 제3항).

'사고'란 재직하고 있지만 직무를 수행할 수 없는 경우(예를 들면, 건강이상으로 인한 부재 또는 장기입원, 구금, 탄핵소추의결 등)를 통틀어 말하는 것이고, '결위'란 재직하지 않게 된 경우(예를 들면, 사망, 파면 등)를 말한다. 따라서, 1999. 8. 31. 법률 제6002호로 지방자치법이 개정되기 전까지는 '사고'로 인한 경우 자치단체장의 직무대리에 관하여만 규정해 오다가, 위 개정으로 '출장·휴가 등의 일시적 부재'의 경우에는 직무대리만 하지만 '결위,

공소제기 후 구금, 장기입원'의 경우에는 나아가 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정을 신설한 것이다<sup>1)</sup>.

한편, 1999. 8. 31. 지방자치법 개정 당시 최초의 법안을 제출한 행정자치부는, “직무대리”와 “권한대행” 사이에, 전자는 단체장이 어떤 긴급한 현안이나 민원업무를 일시적으로만 위임받아 대리할 수 있는 것이고 후자는 당연히 포괄적으로 모든 권한을 법정대리(法定代理)하게 되는 개념인 것으로 차이를 두고 인식한 것으로 보이나<sup>2)</sup>, 학자들 대부분은 이를 동일한 개념으로 보고 있을 뿐만 아니라<sup>3)</sup>, “직무대리”에 관한 지방자치법 제111조 제3항에 ‘자치단체장으로부터 어떤 권한을 위임받아’ 직무대리를 하도록 명시한 규정이 없다는 점에 비추어 보면, “직무대리”와 “권한대행” 두 개념 사이에 의미의 차이가 있는 것으로 해석할 필요는 없어 보인다. 즉 어느 경우나 부단체장이 행사할 수 있는 대리권한은 ‘법정대리’에 관한 것으로서 자치단체장이 행사할 수 있는 모든 권한을 대리하여 할 수 있다<sup>4)</sup>. 다만, 출장이나 휴가 등 자치단체장의 일시적 부재시에는 자치단체장이나 부단체장 모두 그야말로 일시적인 업무의 처리를 의도하는 경우이므로, 자치단체장이 스스로 부단체장에게 권한 중 일부를 임의대리(任意代理)시키거나 자신의 감독 하에 내부위임(內部委任)시키는 것이 대부분일 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항을 포함하여 지방자치법 제111조 제1항에 규정한 4가지 권한대행사유는 해당 사유를 이유로 ‘강제로’ 자치단체장의 권한을 부단체장에게 대행시키는

1) 이후, 2002. 3. 25. 법률 제6669호로 권한대행의 사유로 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 않은 경우’가 추가되었으나, 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418 결정(소위 ‘이광재 사건’)으로 헌법불합치 선언되었다.

2) 1999. 8. 6. 제206회 국회 법제사법위원회회의록 제2호, 18-21(행정자치부 차관 발언) 참조.

3) 홍정선, 「新지방자치법」(2009), 399 ; 홍정선, 「행정법원론(하)」(2006), 20-25 ; 김동희, 「행정법Ⅱ」(2009), 16-18 ; 정하중, 「행정법각론」(2005), 17-22 ; 박윤혼, 「행정법강의(하)」(2004), 33-38 참조.

박신, “행정권한의 대행에 관한 고찰”, 공법연구 30집 2호(2001), 373-389에서는 권한의 ‘대행’과 ‘대리’가 같은 개념인지에 관한 학설적 논의를 자세히 소개한 후, 적어도 행정조직법상 우리가 흔히 볼 수 있는 고위직 공무원의 직무대리에 관해서는 ‘대행’과 ‘대리’가 같은 개념에 해당한다고 기술하고 있다.

4) 위 주 3)의 문헌들에서도 일치하여, ‘법정대리’의 경우 대리권은 “피대리관청의 권한의 전부에 미친다”고 서술하고 있다.



것이라는 사실상 의미 차이가 있다는 점에서, 입법제안자인 행정자치부가 “직무대리”는 긴급한 현안이나 민원 위주의 현상유지적인 보조직무만을 의미하고, “권한대행”은 자치단체장이 갖는 모든 권한을 포괄하는 개념이라고 본 것도 무리는 아닐 것이다.

## 나. 입법목적

(1) 주민복리를 위한 많은 사업과 정책을 수립·결정하고 예산을 집행하는 자치단체장은 다양한 통로로 지역주민들의 의견을 수렴하면서 중요 사안에 대해 담당공무원등과 충분하고 실질적인 논의를 하는 것이 중요하고, 시급한 사안이 발생한 경우에는 신속한 의사결정과 집행을 하는 것이 필요한데, 신체가 구금되어 있으면 충분하고 다양한 논의를 거친 정책결정이 현저히 곤란해질 뿐만 아니라 정상적이고 시의적절한 직무를 수행하기도 어려워, 자치행정의 운영에 구체적이고 현실적인 위험이 발생할 수밖에 없다. 자치단체장은 당해 지방자치단체를 대표하고 사무를 통할하며 법령에 의하여 위임된 국가사무를 집행하고 소속직원을 임면, 지휘·감독하는 등 막중한 권한과 책무가 주어진 지방자치단체 최고 행정관이기에 이러한 정상적이고 시의적절한 직무수행에 지장이 되는 ‘구금상태’가 발생하였을 경우 이를 방지한다면, 자치단체행정의 원활한 운영이 저해되고 이는 곧 주민의 복리를 해치는 결과로 이어질 수 있다.

따라서, 이 사건 법률조항은 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는’ 자치단체장이 신체의 구금으로 말미암아 정상적이고 시의적절한 직무를 수행하기 어려운 상태가 됨으로써 자치단체장 직무의 원활한 운영 및 주민의 복리에 초래될 것으로 예상되는 위험을 미연에 방지하기 위하여, 해당 자치단체장의 직무를 정지시키고 그 권한을 부단체장이 대행하도록 하고 있는 것이다. 즉, “구금상태에 있는 자치단체장을 그 직무에서 배제함으로써 자치단체장직의 정상적이고 지속적인 수행을 확보함으로써 지방행정의 원활한 운영과 주민의 복리를 증진시키려는 것”이 이 사건 법률조항의 입법목적이다.

(2) 한편 이 사건 법률조항의 입법배경을 보면, 1995년 처음으로 우리나라 민선 자치단체장이 선출된 이후 수십명의 자치단체장들이 수사단계 또는 재

판단계에서 구속되게 되었으나 대부분 사퇴하지 않고 ‘옥중결재’를 고집하는 사례가 많이 발생하였고, 이런 현상은 1999. 6. 4. 2기 민선 자치단체장 선거 이후에도 계속되어 임창렬 경기도지사(1999. 7. 17. 구속)를 비롯한 30여 명의 자치단체장이 수사단계나 재판단계에서 구속되는 사례가 발생하게 되자, 옥중결재에 따른 자치단체행정의 공백뿐만 아니라 옥중결재가 지역 주민들의 신뢰와 자존심을 훼손시키는 것으로 보고 이를 원칙적으로 금지시키기 위하여 이 사건 법률안이 제안되게 된 사정을 발견할 수 있다<sup>5)</sup>.

이에 비추어 보면, 구금상태에서 자치단체장의 업무를 계속 하는 것이 그 자체로 주민의 자치단체장직에 대한 신뢰와 자존심을 훼손시킨다고 보아 그러한 상황에 처한 자치단체장을 직무에서 배제시킴으로써 “공직의 기강을 확립하고 국민의 법감정에 부응하려는 입법목적”도 부수적으로 있었던 게 아닌지 추측케 한다.

## 2. 외국의 입법례<sup>6)</sup>

### 가. 미국의 경우

미국헌법에는 ‘무죄추정의 원칙’을 직접적으로 규정하고 있지는 않아, 선출직이든 임명직이든 공직자의 직무정지는 일반적으로 연방 또는 각주 입법자의 통제 하에 있는 문제로 보고 있다.

#### (1) 조지아주(Georgia)

조지아주 헌법 제2조 제3항 제1호는, 주 혹은 연방의 대배심(grand jury)에

5) “그 동안 이러한 규정이 미비되어 있었기 때문에 일부 자치단체장들이 장기간 감옥에 수감되어 있는 기간 동안에 직원들이 결재서류를 들고 일일이 찾아 다니면서 감옥에서 결재를 받는 문제 때문에 많은 주민들로부터 의견제시가 있었습니다. 이것은 새로 시작되는 지방자치단체의 신뢰와 권위를 위해서도 그렇고 지방행정의 권위를 위해서도 일단 범법혐의가 있어서 구속된 사람에게 시민들을 대표하는 모든 결재서류가 감옥에서 처리되는 것은 바람직하지 못하고, 이것은 다른 요구가 있는 경우에도 당연히 부단체장이 직무를 대행하는 제도가 있기 때문에 이것을 활용할 수 있도록 법제화시켜 주는 것이 좋겠다는 주민들의 의견이 반영되어서 이런 조문이 마련된 것입니다”, 1999. 4. 27. 제203회 국회 법제사법위원회회의록 제4호, 6.

6) 이는 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526 결정에 대한 해설로서, 「헌법재판소결정해설집(2010)」, 372-375에도 소개되어 있다.

의해 공직자<sup>7)</sup>가 직무에 관계되는 중범죄(felony)<sup>8)</sup>로 기소되는 즉시 위원회를 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 1심 법원에서 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.

## (2) 매사추세츠주(Massachusetts)

임명직 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.

## (3) 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.

7) 본호의 ‘공직자’라 함은 주지사, 부지사, 주무장관, 법무장관, 주교육감, 보험감독원장, 농업부장관, 노동부장관, 주의회의원을 말한다[제2조 제3항 제1호 (a)].

8) 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 one year or by death)를 의미하는 것으로 정의되고 있다. Black’s Law Dictionary(9th ed. 2009)

(4) 캘리포니아주, 뉴욕주(California, New York, Louisiana)

직무정지에 관련된 사항은 없고, ‘궤위’(vacancy)에 관련된 제도만 있으나, 관련 법률에서 공직자가 중범죄(felony)나 직무상 의무위반 범죄로 1심에서 유죄를 선고받으면 자동적으로 ‘궤위’되는 것으로 규정하고 있다.

(5) 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 경

우'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, 구급을 수반하지 않는 공소 제기나 유죄판결의 선고만으로는 권한대행이 개시되지 않는다. 기초자치단체장의 경우 형사상 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. 이 사건의 쟁점 및 논증구조

### 가. 이 사건의 쟁점

#### (1) 문제되는 기본권

우리 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정하여 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있고, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례(헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마1275, 판례집 20-1하, 427, 436; 헌재 2010. 3. 25. 2009헌마538, 공보 162, 744, 748; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 541 참조)이므로<sup>9)</sup>, 이 사건 법률조항이 임기가 정하여져 있는 선거직 공무원인 자치단체장의 직무를 ‘형이 확정될 때까지’라는 불확실한 시점까지 정지시키는 것은, 비록 일시적이고 잠정적인 처분이라 하더라도 헌법상 보장된 청구인의 공무담임권을 제한하고 있다. 그러므로 위 공무담임권의 제한이 과잉금지원칙에 부합하는 것인지가 첫 번째 쟁점이다.

9) 공무담임권의 보호영역에 관한 자세한 논의와 헌법재판소 선례의 입장 분석에 관해서는 위 헌법재판소결정해설집(2010), 378-382 참조.

또한 이 사건 법률조항은 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는’ 형사피고인을 그 적용대상으로 하고 있고, 우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 명시하고 있으며, 이같은 무죄추정의 원칙은 비단 형사절차에만 적용되는 것이 아니라 기타 일반 법생활 영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용되는 원칙이므로, 이 사건 법률조항이 무죄추정의 원칙에 반하는지 여부도 판단되어야 한다<sup>10)</sup>.

마지막으로, 자치단체장에게 적용되는 이 사건 법률조항과 같은 내용의 제한을 받지 않는 행정각부의 장, 국무총리, 국회의원 등의 경우와 비교하여 볼 때 위 차별취급이 합리적인지 여부, 나아가 지방자치법 제111조 제1항 제4호에 규정된 “의료기관에 60일 이상 계속하여 입원한 경우”와 비교하여 볼 때 공소 제기된 후 구금상태에 있는 즉시 직무정지를 가하는 것의 합리적 차별 여부가 평등권 침해 여부와 관련하여 논의될 수 있다.

## (2) 관련 선례

형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 법무부장관이 업무정지를 명할 수 있다고 규정한 법률조항(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393), 형사사건으로 기소된 사립학교 교원에 대하여 ‘필요적으로’ 직위해제처분을 하도록 규정한 법률조항이 문제된 사건(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1)에서 헌법재판소는, 공소 제기된 변호사나 사립학교 교원으로서 직업활동을 계속 허용한다면 공공의 이익을 해칠 구체적 위험성이 있는지, 최종적으로 유죄판결을 받을 고도의 개연성은 있는지, 범죄의 종류에 따른 차별적 고려가 가능한지 여부를 추가로 고려하지 않고 단순히 형사사건으로 공소가 제기되었다는 사실만으로 업무정지명령을 하거나 필요적 직위해제처분을 하도록 하는 것은 과잉금지원칙에도 반하고 무죄추정의 원칙에도 반한다고 하였다.

반면 형사사건으로 기소된 국가공무원에 대하여 ‘임의적으로’ 직위해제처분을 할 수 있도록 규정한 법률조항이 문제된 사건(헌재 2006. 5. 25. 2004헌

10) 다만, 구속제도를 무죄추정의 원칙과 관련없는 별도의 제도로 이해하는 견해(후술하는 「5. 가. 구속제도와 무죄추정의 원칙과의 관계」 부분 참조)가 있는데, 이 견해에 따르면 ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’ 심사를 따로 할 필요가 없게 될 것이다.

바12, 판례집 18-1하, 58)에서는, 해당 공무원에게 방어와 불복의 기회, 소명 절차 등을 부여하고 있고 직위해제처분을 ‘할 수 있다’고 규정하였을 뿐이라는 이유로, 과잉금지원칙이나 적법절차원칙, 무죄추정의 원칙 등에 반하지 않는다고 하였다.

그리고 최근에는, 이 사건 법률조항과 같은 항에 규정되어 있었던 ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’ 자치단체장의 직무가 정지되도록 한 법률조항에 관한 사건(헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 이하 ‘이광재 사건’이라 인용한다)에서, 금고 이상의 형을 선고받았더라도 불구속상태에 있는 이상 자치단체장이 직무를 수행하는 데는 아무런 지장이 없으므로 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행시킬 직접적 필요가 없으므로, 형이 확정될 때까지 기다리게 되면 자치단체행정의 원활한 운영에 상당한 위험이 초래될 것으로 명백히 예상된다거나 회복할 수 없는 공익이 침해될 우려가 있는지, 자치단체장의 직무에 관련하여 발생한 범죄인지, 해당 범죄의 유형과 죄질에 비추어 형이 확정되기 전이라도 미리 직무를 정지시켜야 할 이유가 명백한 범죄를 저질렀는지, 소명의 기회가 부여되어 있는지 등을 가리지 아니하고 단순히 ‘금고 이상의 형을 선고받은’ 사실만을 이유로 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 과잉금지원칙에 반하여 공무담임권을 침해하는 것이고, ‘금고 이상의 형을 선고받은’ 사실 자체에 부정적인 사회적 평가를 담아 직무정지라는 불이익을 가하는 것으로서 무죄추정의 원칙에도 반하여 공무담임권을 침해한다고 결정하였다.

### 나. 이 사건의 논증구조

이 사건은 재판관 8:1의 의견으로, 이 사건 법률조항이 청구인의 공무담임권, 평등권을 침해하지 않는 것으로 결론 났으나, 결론에 이른 구체적인 결정이유에서는 4:4:1로 다소 복잡하게 의견이 나뉘었다. 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하지 않는다는 법정의견 내에서도 4:4로 그 논증을 달리하였는바, 그 경위는 동일한 쟁점(즉, 과잉금지원칙 위반 여부 및 무죄추정의 원칙 위반 여부)으로 ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’ 직무정지를 부과한 법률조항에 관하여 판단한 이광재 사건에서의 결정이유와 재판관별 의견분포를 살펴 본 후, 이 사건에서 재판관들이 쟁점별로 이광재 사건의 결

론과 달리 판단한 부분과 그 이유를 추적하면 쉽게 이해할 수 있다.

(1) 이광재 사건과 이 사건의 쟁점별 판단 비교

쟁점	재판관	이광재 사건	이 사건
공무담임권 침해 여부 (과잉금지원칙 위반)	조대현, 김종대, 목영준, 송두환	X	O
	이공현, 민형기, 이동흡	O	O
	이강국	X	X
	김희옥(박한철)	X	O
공무담임권 침해 여부 (무죄추정원칙 위반)	조대현, 김종대, 목영준, 송두환	X	O
	이공현, 민형기, 이동흡	O	O
	이강국	X	X
	김희옥(박한철)	X	O
평등권 침해 여부	조대현, 김종대, 목영준, 송두환	X	O
	이공현, 민형기, 이동흡	O	O
	이강국	X	X
	김희옥(박한철)	X	O
결론		헌법불합치 (3:6)	합헌(8:1)

(X는 위헌, O는 합헌, 굵은 글씨는 두 사건에서 의견을 달리한 재판관들임)

이광재 사건은 ‘금고 이상의 형을 선고받은 불구속 상태의’ 자치단체장, 이 사건은 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는’ 자치단체장에 관하여 각 직무 정지가 부과된 경우이다.

이광재 사건에서 ‘위헌’ 판단을 하였던 6인의 재판관 중 5인이 ‘합헌’으로 의견을 달리 하였는데, 그 중 1인은 재판관의 교체(김희옥 → 박한철)로 인하여<sup>11)</sup>, 4인(조대현, 김종대, 목영준, 송두환)은 ‘불구속’ 상태와 ‘구속’ 상태가 자치단체장직의 계속적이고 원활한 운영이라는 이 사건 법률조항의 입법목적과 관련하여 위헌성 판단에 큰 차이를 가져 온다는 근거에서 이 사건에서 ‘합헌’으로 의견을 달리 하였다. 이광재 사건에서의 ‘위헌’ 의견 중 나머지 1인(이강국)은 ‘구속’ 상태이건 ‘불구속’ 상태이건 상관없이 형이 확정되지 않은 상태에서는 공소 제기나 구속, 금고 이상의 형 선고를 이유로 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 무죄추정의 원칙에도 반하고 공무담임권을 침해

11) 후임 재판관 박한철은 이광재 사건에서의 반대의견(합헌의견) 3인과 같은 논리로 ‘합헌’의견을 표시하였다.



한다고 봄으로써 이 사건과의 차별성을 인정하지 않았고, 반면 이광재 사건에서의 ‘합헌’ 판단을 하였던 3인(이공현, 민형기, 이동흡)은 ‘구속’ 상태이건 ‘불구속’ 상태이건 상관없이 공소 제기된 후 구금상태에 있거나, 금고 이상의 형 선고를 이유로 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 헌법적으로 정당화된다는 이유로 이 사건과의 차별성을 인정하지 않았다.

결국, 법정의견 중 앞의 4인(조대현, 김종대, 목영준, 송두환)은 “자치단체장이 불구속 상태라면 ‘공소 제기’나 ‘금고 이상의 형의 선고’만을 이유로 직무를 정지시키는 것은 공무담임권을 침해하고 무죄추정의 원칙에도 반하나, 신병이 구금된 상태라면 ‘공소 제기 + 구금상태’만을 요건으로 직무정지를 가하는 것은 공무담임권을 침해하지도 않으며 무죄추정의 원칙에 반하지도 아니한다”는 판단인 것이고, 법정의견 중 뒤의 4인(이공현, 민형기, 이동흡, 박한철)은 “형의 확정 전이라도 ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’는 물론 ‘공소 제기된 후 구금상태’에 있는 자치단체장에 대하여 직무를 정지시키는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있는 제재로서 공무담임권을 침해하지도 않고 무죄추정의 원칙에 반하지도 않는다”는 판단인 것이다. 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하지 않는다는 결론에 있어서는 동일하였지만 4:4로 법정의견의 결정이유가 달리 나올 수밖에 없는 근본적인 원인이다.

## (2) 「무죄추정의 원칙 위반 여부」 항목의 편성 위치

무죄추정의 원칙의 법적 성격을 ‘기본권’으로 보느냐 ‘헌법원칙’으로 보느냐에 관한 학설상 논의가 있고, 우리 재판소는 이광재 사건에서 재판관 1인(조대현)만 ‘무죄추정권’이라는 기본권으로 파악하였을 뿐 나머지 재판관 8인은 무죄추정의 원칙을 ‘헌법원칙’으로 판단하는 전제에서 논리를 전개한 바 있다<sup>12)</sup>. 이 사건에서는 재판관 9인 모두 무죄추정의 원칙을 ‘헌법원칙’으로 표현하고 있으나, 결정문의 단순화를 위하여 조대현 재판관이 ‘무죄추정권’임을 전제로 한 의견을 따로이 밝히지 않은 것으로 보인다.

다만, 무죄추정의 원칙을 ‘헌법원칙’으로 본다면 판결이유에서 그 항목을 어디에 편성할 것인지 하는 문제가 등장하게 된다. 원래 헌법원칙으로서의 ‘무죄추정의 원

12) 이에 관한 자세한 설명은, 위 헌법재판소결정해설집(2010), 385-397 참조.

칙’ 위반 여부는 법률의 위헌심사에 있어서 ‘기본권’ 침해 여부와 동등한 항목의 심사사유이므로 독립된 항목으로 위치시키는 것이 옳을 것이다<sup>13)</sup>. 그러나 이 사건은 이광재 사건과 마찬가지로 ‘헌마’ 사건으로서, “청구인의 기본권을 침해하는지” 여부가 심판대상이고, 청구인의 청구를 인용할 경우 주문에 ‘침해된 기본권’과 ‘침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사’를 특정하여야 하는 특수성이 있으므로, ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’라는 항목을 독립시키더라도 결론은 ‘기본권 침해 여부’로 이어져야 한다<sup>14)</sup>. 따라서 이 사건이 위헌법률심판이었다면 ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’가 ‘공무담임권 침해 여부’와 독립된 항목에 편제되었지만, 기본권 침해 여부를 가리는 헌법소원심판인 이상 ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’는 ‘공무담임권 침해 여부’의 하위 항목에 ‘과잉금지원칙 위반 여부’와 나란히 편제될 수밖에 없다.

그래서 이광재 사건에서는 물론 이 사건에서도 상위 항목은 ‘공무담임권 침해 여부’와 ‘평등권 침해 여부’이고 ‘공무담임권 침해 여부’ 심사의 하위 항목에 ‘과잉금지원칙 위반 여부’와 ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’가 위치하는 논증구조를 취하게 된 것이다.

#### 4. 과잉금지원칙 위반 여부

##### 가. 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 합헌의견(A합헌의견)

###### (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

A합헌의견은 이 사건 법률조항의 입법목적이 “자치단체장 직무의 원활한 운영과 주민의 복리에 초래될 위험을 미연에 방지”하는 것이라는 점, 이를 위하여 ‘공소 제기된 후 구금상태에 있는’ 자치단체장을 직무에서 배제시키는 것이 적절한 수단이라고 하였다.

뒤에서 보는 바와 같이 B합헌의견은 이 사건 법률조항의 입법목적은 2가지로 파악해야 한다고 전제하고 있다. 즉 “자치단체장 직무의 원활한 운영과

13) 이러한 원칙적 전제에서, 이광재 사건에서 헌법재판소가 취한 논증구조는 잘못된 것임을 지적하는 견해도 있다. 헌법재판소 헌법실무연구회 제117회(2012. 3. 15.) 김현철 교수 발제자료 참조.

14) 만약 그렇지 않다면 ‘무죄추정원칙 위반 여부’를 검토한 후 ‘위반’이라는 판단이 나오면 결론을 어떻게 내야 하는지 해결할 방법이 없다.

주민의 복리에 초래될 위험을 미연에 방지” 외에, 자치단체장이라는 고위공직자가 공소 제기되고 구금상태에까지 이르게 됨으로써 고위공직자로서의 윤리성과 성실성이 해쳐지고 국민의 법감정도 훼손되었으므로 그러한 상태에 처한 자치단체장을 직무에서 배제시킴으로써 “윤리성과 성실성이 해쳐진 자치단체장직의 기강을 확립하고 훼손된 지역주민의 신뢰를 회복”하는 것 역시 이 사건 법률조항의 입법목적으로 보아야 한다는 것이다. 사실 위 「1. 나. 이 사건 법률조항의 입법목적」에서 본 바와 같이 두 번째 입법목적은 추측케 하는 입법배경도 존재한다.

그러나 A합헌의견은 이 사건 법률조항의 입법 목적을 “자치단체장 직무의 원활한 운영과 주민의 복리에 초래될 위험을 미연에 방지”하는 것으로만 파악하였다. 두 번째 입법 목적을 배제한 이유는, 자치단체장이 ‘공소 제기된 후 구금상태’에 있다는 사유를 고위공직자로서의 윤리성과 성실성을 해하고 국민의 법감정도 훼손시키는 것이라고 보게 되면 이 사건 법률조항이 가하고 있는 직무정지는 위와 같이 범죄를 저지르고 구속되어 윤리성과 성실성, 주민의 신뢰를 해친 데 대한 비난과 제재의 의미를 가지게 되므로 범죄사실의 인정을 전제로 한 사회윤리적 비난을 가하는 것으로서 ‘무죄추정의 원칙’에 반할 우려가 있기 때문이다. A합헌의견으로서는, “구금상태란 명백히 자치단체장직의 원활한 운영을 저해하는 사유에 해당한다”라는 전제에서 이 사건에서 과잉금지원칙은 물론 무죄추정의 원칙에도 반하지 않는다고 판단하고 있는 것이므로, 위와 같은 두 번째 입법 목적을 인정하게 되면 이광재 사건에서 취했던 ‘위헌’ 의견과 논리적으로 모순되는 결과가 된다.

다시 말하면, A합헌의견은 이 사건 법률조항의 입법 목적을 “자치단체장 직무의 원활한 운영과 주민의 복리에 초래될 위험을 미연에 방지”하는 한 가지로만 파악하고, 이 사건 법률조항이 합헌인지 여부를, 오로지 ‘공소 제기된 후 구금상태’에 있는 자치단체장을 그대로 놔둘 경우 자치단체장직의 원활한 수행에 장애가 초래되는지 여부로만 집중시켜 심사하고 있는 것이다.

## (2) 침해의 최소성

이 사건 법률조항이 침해의 최소성 요건을 충족하였는지에 관한 심사는

두 가지 방향에서 진행되었다. 첫째는 법률 자체에서 직접 직무정지시키는 이외에 달리 입법목적을 효율적으로 달성할 만한 다른 대안이 존재하는지 여부, 둘째는 직무를 정지시키기 위한 요건으로서 ‘공소 제기’와 ‘구금상태’라는 요건만 요구하고 있는 것이 과연 기본권 침해를 최소화하기 위한 엄격한 요건설정이었다고 평가할 수 있겠는지 여부이다.

첫째 논점과 관련하여, 우선 행정은 정책수립은 물론 결정·집행 모든 전후과정에서 계속성과 융통성이 보장되어야 할 국가기능이라는 점, 자치단체장은 당해 지방자치단체에 관하여 폭넓은 권한을 가지고 주민의 복리에 막대한 영향력을 끼치는 기관이므로 자치단체행정 전반에 걸쳐 상시적이고 지속적인 역할을 수행해야 할 공직이라는 점, 그런데 자치단체장직을 맡을 사람이 구속되어 ‘사실적·물리적 부재상태’에 있다면 위와 같은 자치단체행정의 계속성과 융통성, 지역주민의 복리를 위한 최선의 정책집행을 기대하는 것이 불가능하다는 점, 자치단체장이 관청에 상시적으로 거주하면서 업무집행을 감독하는 경우와 그렇지 않고 옥중결재만 하는 경우는 업무의 효율성에 있어 막대한 차이가 난다는 점 등을 감안해 볼 때, 「자치단체장이 자치단체행정을 이끄는 관청의 사무실에 상존하지 못할 뿐 아니라 일시적인 부재상태를 적당한 시간 내에 해소하고 업무에 복귀할 수 있을지 여부도 불확실한 상태에서는」 그와 같은 상황에 처한 자치단체장을 “직무정지시키는 외에 달리 의미있는 대안이 없다”고 판단하였다.

둘째 논점과 관련하여서는, 공소 제기된 후 구금상태에 처하게 되는 것은 독립된 구속의 사유가 존재해서일 뿐 해당 자치단체장이 저지른 범죄의 죄질이나 유형과 관련이 없으므로 범죄의 유형과 죄질에 따라 판단을 달리 해야 할 필요성이 없고, ‘공소 제기된 후 구금상태’라는 물리적 부재상태를 초래한 것 자체가 자치단체행정의 원활한 운영과 주민의 복리에 대한 위협을 야기시키는 데 충분한 요소이므로 따로이 ‘지방행정의 원활한 운영에 구체적 위협을 야기하는 경우’라든가 ‘확정판결 이전에 미리 직무를 정지시켜야 할 이유가 명백한 경우’ 등으로 범위를 한정한다거나, 본인에게 소명의 기회를 주는 등의 적법절차를 마련할 필요는 없으며, 공소 제기되어 정식 형사재판 절차를 앞두고 있는 상태에서 직무정지를 개시하도록 하는 반면 구금상태

가 해소되면 곧바로 직무에 복귀할 수 있도록 하고 직무정지기간 동안 신분이나 보수도 정상적으로 유지되므로 기본권 침해가 최소한에 그치도록 요건이 설계되었다고 보아, “기본권 침해를 최소화하기 위한 엄격한 요건설정이었다”고 판단하였다.

#### 나. 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 합헌의견(B합헌의견)

B합헌의견은 이 사건 법률조항의 입법목적은, i) 자치단체장의 물리적 부재상태로 인하여 상시적으로 효율적으로 진행되어야 할 “자치단체장 직무의 원활한 운영과 주민의 복리에 초래될 위험을 미연에 방지함”과 아울러, ii) 공소가 제기되고 신병이 구속됨으로 말미암아 “윤리성과 성실성이 해쳐진 자치단체장직의 기강을 확립하고 훼손된 지역주민의 신뢰를 회복”하려는 목적, 두 가지로 파악한다.

A합헌의견은 ii)의 입법 목적을 인정할 경우 무죄추정의 원칙에 위반될 것이라는 전제에서, 이 사건 법률조항의 입법 목적을 i)로만 파악하는 것이 옳고, 그것으로 충분하다고 하였으나, B합헌의견은, 고위공직자로서 금고 이상의 형을 하급심 판결에서 선고받았다면(이광재 사건의 경우), 또한 공소가 제기된 후 구금까지 되었다면, 해당 자치단체장직의 청렴성과 윤리성이 침해되어 위 직위에 대한 지역 주민의 신뢰가 침해되는 것으로 보아야 하므로 이를 회복시키는 차원에서 직무정지라는 제재를 가하는 것은 허용된다고 보는 것이다.

이러한 입법목적 파악의 차이는 「과잉금지원칙 위반 여부」 심사에서는 물론 「무죄추정의 원칙 위반 여부」, 「평등권 침해 여부」 심사 모든 부분의 결정이유에서 차이로 나타나게 된다.

#### 다. 재판관 이강국의 반대의견

이광재 사건에서와 마찬가지로 ‘공소 제기’되었다는 사정과 ‘구속영장의 발부’라는 사정만으로는 곧바로 자치단체장 직무의 원활한 운영에 중대한 해악이 초래되었다고 단정할 수 없고, 자치단체 주민들에 의하여 직접 선출된

민주적 정당성과 주민대표성이라는 헌법적 법익까지도 비교형량하여 직무정지 여부를 결정할 수 있어야 한다고 주장한다. 자치단체행정의 원활한 운영에 ‘회복할 수 없는 위험이 발생할 것이 명백한 경우’ 등의 제한적인 경우로만 제한되어야 한다는 취지이다.

## 5. 무죄추정의 원칙 위반 여부

### 가. 구속제도와 무죄추정의 원칙과의 관계

#### (1) 무죄추정의 원칙의 구체적 의미

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 한다는 의미이다”<sup>15)</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. 여기서 불이익이란 “범죄사실의 인정 또는 유죄를 전제로 그에 대하여 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익”을 뜻하고, 이는 비단 형사절차 내에서의 불이익뿐만 아니라 기타 일반 법생활 영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용된다<sup>16)</sup>.

한편, 우리 헌법재판소 선례에서 “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 판시한 부분은, 일정한 입법목적 달성을 위하여 불가피한 경우 엄격히 제한된 요건 하에서 예외가 인정될 수 있음을 시사한 것으로 볼 수 있다<sup>17)</sup>.

15) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402; 헌재 1997. 5. 29. 96헌가17, 판례집 9-1, 509, 517; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌마25, 판례집 21-1하, 784, 798; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 542.

16) 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 542.

## (2) 구속제도와 무죄추정의 원칙과의 관계

## (가) 학설의 입장

우리나라의 통설은 무죄추정이 인신구속의 제한원리가 된다는 전제에서 피의자에 대한 수사와 피고인에 대한 재판은 원칙적으로 불구속으로 행해져야 하며 구속은 도주 및 증거인멸의 우려가 있는 경우에 예외적으로 허용되어야 한다는 입장에 있다<sup>18)</sup>. 무죄추정원칙으로부터 구속피의자·피고인의 형사보상청구권이 인정된다거나, 무죄추정원칙으로부터 구속이 최후수단으로 사용될 때에만 정당화된다는 논리를 도출한다거나, 현행법상의 임의수사 원칙이나 구속요건의 제한, 구속적부심제도, 기소전보석, 필요적 보석 등이 모두 무죄추정원칙을 그 이념적 기초로 하고 있다거나, 미결구금일수의 본형산입 및 구속된 피의자·피고인에 대한 접견교통권의 보장도 무죄추정원칙에서 연원하는 것으로 이해하고 있다.

이에 반해, 불구속수사의 원칙을 무죄추정원칙의 내용에 포함시키는 것은 무죄추정원칙에 대한 오해에서 비롯된 것이라는 소수설<sup>19)</sup>이 있다. 이 견해는, 무죄추정원칙에서 금지하는 것은 유죄의 판결이 확정되기 이전에 사회윤리적 반가치 판단이 담겨있는 형벌 또는 형벌에 준하는 처분을 과하는 것일 뿐이지 유죄확정 전에 전혀 불이익을 줄 수 없다는 것은 아니라고 하면서, 인신구속 즉 강제처분은 형사절차의 운영을 위하여 당연히 요구되는 합당한 목적을 위하여 존재하는 것이지 무죄추정원칙이 금지하는 유죄확정 전의 처벌의 금지 또는 적정절차원칙에서 요구하는 부당한 처벌금지에 해당하지 않는다고 이해하고 있다. 다시 말해서, 인신구속은 “유죄 여부를 밝히기 위한

17) 헌재 1990. 11. 19. 90헌마165, 판례집 2, 390, 402; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 542-543.

18) 신동운, 「신형사소송법」(2010), 652-654 ; 이재상, 「형사소송법」(2002), 104 ; 임동규, 「형사소송법」(2009), 13 ; 신용석 외 3인 공저, 「주석 형사소송법(III)」(1999), 82등 참조.

19) 신현주, 「형사소송법」(2002), 137 ; 이진국·도중진, 「무죄추정원칙에 관한 연구」(2005), 형사정책연구원, 112-118 ; 김정한, “무죄추정 원칙의 적용범위에 관한 소고”, 형사정책연구 제17권 제1호(2006), 347-353.

이들은, 형사보상청구권이나 형사피의자에 대한 접견교통권, 보석제도 모두 피고인의 인권보장과 관련한 영장주의, 적법절차원리에 기초하여 합리적인 설명이 가능하다고 주장한다.

처분이지 유죄임을 전제로 하는 처분이 아니기에” 구속제도의 헌법적 한계에 관하여 무죄추정원칙은 아무런 지침을 제공해 줄 수 없고, 오히려 적법절차의 원칙, 비례의 원칙 등의 규율을 받는다고 보는 것이 합당하다고 한다.

(나) 헌법재판소 선례

헌법재판소는 일찍부터 불구속수사원칙을 무죄추정의 원칙에서 파생되는 것이라고 파악하였다. 1992년경 국가보안법상 피의자에 대한 수사기관의 구속기간 2차 연장신청이 위헌임을 판결하면서 “신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신, 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도피할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이며, 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 인신의 구속은 신체의 자유에 대한 본질적인 제약임에 비추어 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 할뿐더러 ……”라고 하였던 것이다<sup>20)</sup>.

이러한 헌법재판소의 입장은 그 뒤로 계속되어 주로 미결구금일수의 산입, 미결수용자의 처우와 관련한 문제, 보석제도 등에 관하여 모두 무죄추정의 원칙과 관련이 있는 것으로 보았다<sup>21)</sup>.

(다) 검토

무죄추정의 원칙이 피고인 또는 피의자에 대한 형사절차 전반에 걸쳐 충분히 존중되어야 하는 포괄적 원칙임에는 틀림 없고, 미결구금상태에서의 피의자 인권을 보장하고 그 권리를 확대시키는 데에 무죄추정의 원칙이 크나큰 기여를 한 점도 부인할 수 없지만, 인신구속제도를 무죄추정원칙의 예외라고 해석하게 되면 ‘영장주의’라는 형사절차의 또다른 인권보장에 관한 원칙과의 경계도 애매해 지고 무죄추정원칙이 갖는 엄격한 의미가 상당부분

20) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 206.

21) 헌재 1993. 12. 23, 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 597(미결수 서신검열); 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 104(보석제도); 헌재 1997. 6. 26. 96헌가8등, 판례집 9-1, 578, 590(구속기간연장); 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 306(구속기간연장); 헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17, 26(미결구금일수산입); 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 320-321(구속기간연장); 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마968, 공보 115, 677, 679(범죄인인도조약과 미결구금일수산입) 등 참조.



퇴색되어 버리는 감이 없지 않다. 영장주의라는 형사절차상 대원칙이 무죄추정원칙의 상설적인 예외영역에 해당한다고 볼 수밖에 없기 때문이다. 보석이 무죄추정원칙과 관련되는 제도라면 유죄의 판결이 확정되기 전까지는 모든 피고인이 무죄추정을 받으므로 원칙적으로 무조건 보석을 허용해야 한다는 논리도 가능하게 되는데, 이 또한 논리적으로 어색하다<sup>22)</sup>. 이러한 의미에서, 구속제도를 적법절차의 원리, 피고인의 인권보장을 위한 영장주의, 비례의 원칙 등이 적용되는 또다른 제도로 파악하고 무죄추정의 원칙의 본래적 의미를 ‘범죄사실의 인정을 전제로 하는’ 불이익의 부과 금지로 엄격하게 이해하려는 소수설의 견해는 무죄추정의 원칙의 내용을 좀더 명확히 파악하려고 하는 시도로서 충분히 설득력이 있다.

이 사건에서는 다수의견은 물론 소수의견 역시 피고인의 신병이 구속된 상태를 무죄추정의 원칙과 정면으로 관련시키고 있으므로, 헌법재판소 선례의 입장을 따라 무죄추정의 원칙의 내용을 넓게 이해하고 있는 것으로 볼 수 있다.

### (3) 비례원칙과 무죄추정의 원칙과의 관계

무죄추정의 원칙에 비례원칙을 적용시키는 판시는 현재 1990. 11. 19. 90헌마165, 판례집 2, 390 결정 이래로 꾸준히 계속되어 왔고, 이광재 사건에서도 다수의견은 물론 반대의견 모두 “불이익을 부과함에 있어서 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건을 설정”할 것을 요구한 바 있어<sup>23)</sup>, 헌법재판소 선례로 확립되었다고 보아도 무방할 것 같다<sup>24)</sup>.

아무튼, 헌법재판소의 선례에 따르면 무죄추정의 원칙을 형사재판의 피고인 및 피의자에게 절대적으로 여하한 형태의 불이익을 가하는 것을 금지하는 것으로 해석할 수는 없고, “그와 같은 불이익을 부과하는 목적에 비추어, 불이익의 내용과 부과절차에 있어서 최소한의 불이익을 가하도록 절차적 제도가 마련되어 있는지<sup>25)</sup>, 불이익이 부과된 결과 장차 형사절차 내에서 피고

22) 김정한, 위의 글, 352.

23) 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 543(다수의견), 558(반대의견).

24) 이에 관한 자세한 설명은, 「헌법재판소결정해설집(2010년)」, 382-397 참조.

인 또는 피의자로 하여금 부당한 효과를 발생시키는지<sup>26)</sup> 등을 종합적으로 고려하여, 이러한 비례의 원칙에 반하지 않는 최소한의 불이익을 가하고 있는지”를 따져서, 그러한 요건을 충족시키는 예외적인 경우에는 무죄추정의 원칙에 반하지 않는 것으로 해석해야 할 것이다.

**나. 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 합헌의견(A합헌의견)**

이 사건 법률조항의 입법목적은 “자치단체장 직무의 원활한 운영과 주민의 복리에 초래될 위험을 미연에 방지”하는 것으로만 파악한 A합헌의견으로서 이 사건 법률조항에 기한 직무정지는 ‘구금의 효과’, 즉 자치단체장의 물리적 부재상태로 인한 위와 같은 위험을 배제하기 위한 것일 뿐, 유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난으로 볼 수 없기에 무죄추정의 원칙에 반하지 않게 된다.

**다. 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 합헌의견(B합헌의견)**

반면 B합헌의견은, 이 사건 법률조항에 기한 직무정지는 자치단체장이 구금상태에 처하게 되었다는 사실에 ‘자치단체장직의 성실성과 윤리성을 해치고 주민의 신뢰를 훼손시켰다’는 부정적 판단을 부여한 것이기에 개념상으로는 ‘유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난’에 해당하나, 직무정지라는 불이익

25) 형사사건으로 기소된 변호사, 공무원에게 업무정지명령, 직위해제처분을 부과한 사례에서, 소명의 기회가 주어지고 변명의 기회가 주어졌거나 그러한 절차적 보장이 되어 있다면 무죄추정의 원칙에 위반하지 않는다고 판단한 사례들이 이에 해당한다.

26) 공정거래법상 범위반사실공표명령이 무죄추정의 원칙위반이라고 판시하면서 “공정거래위원회의 고발조치 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.

부과의 목적, 불이익 부과의 필요성, 불이익의 정도가 필요최소한의 정도인지 여부, 불이익 부과로 말미암아 자치단체장의 형사피고인으로서의 방어권 행사를 위축시킨다는 등의 불합리한 효과가 발생하지 않을 것이라는 점 등을 고려하여 ‘비례원칙’을 충족시킨다고 볼 수 있다는 근거에서, 무죄추정의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.

### 라. 재판관 이강국의 반대의견

‘공소 제기’나 ‘구금상태’란 그 후에 계속되는 공판절차와 판결선고절차, 불복상소절차와 판결확정에 이르는 일련의 과정 중 맨 처음 단계에 불과하고, 이광재 사건에서는 하급심 법원이 엄격한 증거조사를 거쳐 유죄로 판단하고 ‘금고 이상의 형을 선고’한 경우에도 직무정지를 가할 수 없다고 하였는데, 이 사건에서는 그 이전 단계로서 검찰의 일방적인 공소 제기와 수사를 위한 구속의 필요에 의하여 영장이 발부되어 구금상태에 있다는 사정만으로 직무정지를 가하고 있으므로, 더욱 무죄추정의 원칙에 반한다고 판단하였다.

## 6. 평등권 침해 여부

### 가. 국무총리 및 행정 각부의 장, 국회의원과 비교

이 부분에 관하여는 자치단체장과 사이에 직위가 갖는 권한과 직무의 성격에 차이점에 존재한다는 이유로 비교대상에서 아예 배제하거나 차별취급에 합리적 사유가 있다는 것이어서, A합헌의견과 B합헌의견에 실질적으로 큰 차이는 없다.

### 나. 입원한 지 60일 미만인 자치단체장과의 비교

지방자치법 제111조 제1항 제4호와 이 사건 법률조항을 비교해 보면 구속의 경우는 60일을 기다리지 않고 ‘즉시’ 직무에서 배제하는 반면, 입원한 경우는 ‘60일’을 기다린 후에야 직무에서 배제하고 있어 차이가 존재하는바, 그러한 차별취급이 왜 합리적인지에 관하여는 A합헌의견과 B합헌의견 사이에 유의미한 차이가 존재한다.

A합헌의견은, 병원에 입원하는 경우는 극히 예외적인 경우를 제외하고는

퇴원시기에 대한 예측이 어느 정도 가능한 반면 구금상태에 있는 경우에는 형사절차상 언제 구금상태가 해소될지 매우 불확실하다는 점, 입원한 상태로 업무보조인력을 통하여 업무를 보는 것이 어렵지 않다는 점을 차별취급이 합리적이라는 판단의 근거로 삼는다. 반면 B합헌의견은, 입원한 경우는 구속된 경우와는 달리 자치단체장직의 윤리성 및 성실성이 침해되거나 지역주민의 신뢰를 훼손할 여지가 없다는 점을 중요한 차이점으로 지적하게 된다. 즉 구속을 이유로는 일정한 사회윤리적 비난을 가할 수 있지만 입원을 이유로는 그러한 비난을 가할 수 없기 때문에 차별취급에 합리적 사유가 존재한다는 것이다.

## 7. 결정의 의의

이 사건은 이광재 사건과 비슷한 시기에 지방자치법 제111조 제1항에 나란히 규정된 직무정지 사유를 ‘공무담임권 침해’ 및 ‘무죄추정의 원칙 위반’이라는 동일한 기본권 침해사유를 주장하면서 제기된 헌법소원이었기에(이광재 사건은 2010. 7. 6., 이 사건은 2010. 7. 29. 접수), 선고 이전부터 많은 관심과 정치적 논란이 있어 왔다.

이광재 사건과 관련하여서도, i) ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’를 위헌(헌법불합치)선언하였던 이광재 사건의 결론이 ‘구속된 상태’를 이유로 직무정지를 가하는 이 사건 법률조항에 관하여도 그대로 적용될 것인지, ii) 무죄추정의 원칙을 기본권이 아닌 헌법원칙으로 본 이광재 사건에서의 헌법재판소의 견해가 이 사건에서도 이어질 것인지, iii) “무죄추정의 원칙에도 비례원칙이 적용될 수 있다”는 원칙적 입장이 이 사건에서도 그대로 적용될 것인지, iv) 이광재 사건에서처럼 ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’를 ‘공무담임권 침해 여부’의 하위 항목으로 편제할 것인지 등의 쟁점이 제기되었다.

결론적으로 i)의 경우만 ‘아니다’일 뿐, ii), iii), iv)의 경우는 ‘그렇다’는 답을 한 셈이다.

‘금고 이상의 형을 선고’받아도 ‘불구속 상태’인 한 형이 확정되기 전 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 무죄추정의 원칙에도 반하고 공무담임권을 침해하는 것이지만, ‘신병이 구금된 상태’는 그 자체로 직무에서 배제시킬

필요성이 충분하므로 이광재 사건과는 달리 판단할 차별성이 있다는 결론인 것이다.

하지만, 결론만 ‘위헌’, ‘합헌’으로 달리 할 뿐, 무죄추정의 원칙과 관련된 심사기준의 논리적 측면, 즉 무죄추정의 원칙이 기본권이 아니라 기본원칙이라는 점, 무죄추정의 원칙에는 비례원칙이 적용된다는 점, 무죄추정의 원칙은 ‘헌마’ 사건에서 기본권 침해 여부의 하위 항목에 편제된다는 점은 모두 이광재 사건과 궤를 같이 함으로써, 향후 무죄추정의 원칙과 관련된 심사에서 재판소의 확립된 방향을 다시 한 번 제시하였다는 의의를 찾을 수 있다.



## 국토의 계획 및 이용에 관한 법률

### 제2조 제6호 등 위헌소원

- 골프장 건립을 위한 토지 수용 사건 -

(헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166, 2011헌바35(병합), 판례집 23-1하, 288)

이 황 희\*

#### 【판시사항】

1. 체육시설을 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류로 규정한 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정된 것, 이하 ‘국토계획법’이라 한다) 제2조 제6호 라목 중 “체육시설” 부분(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

2. 민간기업이 도시계획시설사업의 시행자로서 도시계획시설사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 규정한 국토계획법 제95조 제1항의 “도시계획시설사업의 시행자” 중 “제86조 제7항”의 적용을 받는 부분(이하 ‘이 사건 수용조항’이라 한다)이 헌법 제23조 제3항 소정의 공공필요성 요건을 결여하거나 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 정의조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서 잠정적용을 명한 사례

#### 【심판대상조문】

이 사건 심판대상은 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정된 것) 제2조 제6호 라목 중 “체육시설” 부분, 제95조 제1항의 “도시계획시설사업의 시행자” 중 “제86조 제7항”의 적용을 받는 부분의 위헌여부이다.

---

\* 헌법연구관

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. “기반시설”이라 함은 다음 각 목의 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말한다.

라. 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설

제95조(토지 등의 수용 및 사용) ① 도시계획시설사업의 시행자는 도시계획시설사업에 필요한 다음 각 호의 물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있다.

1. 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건

2. 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건에 관한 소유권 외의 권리

제86조(도시계획시설사업의 시행자) ⑦ 국가·지방자치단체, 정부투자기관 그 밖에 대통령령이 정하는 자 외의 자가 제5항의 규정에 의하여 도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받고자 하는 때에는 도시계획시설사업의 대상인 토지(국·공유지를 제외한다)의 소유면적 및 토지소유자의 동의비율에 관하여 대통령령이 정하는 요건을 갖추어야 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

(가) 경기도지사는 2007. 5. 21. 청구인 1 내지 7 소유의 토지를 포함한 안성시 보개면 ○○리 산11-1 일원에 대하여 안성 도시관리계획(용도지역변경, 도시계획시설)을 결정·고시하였다.

(나) 안성시장은 2007. 11. 21. 안성시 보개면 ○○리 산11-1 일원에 대한 도시계획시설사업(종류: 체육시설, 명칭: ○○컨트리 클럽, 사업시행자: 주식회사 ○○코리아)에 관한 실시계획을 인가·고시하였다가 2008. 3. 6. 위 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 변경신청(종류: 체육시설, 명칭: ○○컨트리클럽, 사업시행자: 주식회사 ○○)을 인가·고시하였다.

(다) 위 사업의 시행자인 주식회사 ○○는 위 청구인들과 그들 소유의 토지들에 관한 보상협의를 시도하였으나 협의가 이루어지지 아니하자 경기도 지방토지수용위원회에 위 토지들에 대한 재결신청을 하였고, 경기도지방토지



수용위원회는 2008. 6. 23. 위 토지들에 대한 수용재결을 하였다.

(라) 이에 위 청구인들은 2008. 7. 15. 수원지방법원에 경기도지방토지수용위원회를 상대로 위 수용처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으며(수원지방법원 2008구합6685), 위 소송계속 중 공공필요성이 없는 사업을 위해 민간기업에게 토지수용권을 부여하고 있는 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제95조 제1항 등이 헌법 제23조 제3항, 제37조 제2항 등에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청(수원지방법원 2008아473)을 하였으나, 2008. 11. 17. 기각되자, 같은 해 12. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(※ 이상은 2008헌바166 사건의 경위인바, 이 경위상 드러난 쟁점은 병합사건의 쟁점과 유사하므로 병합사건의 경위는 생략한다)

## 2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견 요지

### 가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 정의조항은 체육시설을 기반시설의 하나로 규정하고 있다. 그런데 기반시설에 해당될 경우 이 사건 수용조항에 의하여 사업시행을 위한 공용수용권이 부여된다. 따라서 위 정의조항은 주민들에게 본질적인 중요사항인 기반시설로서의 체육시설의 내용을 확정하지 않고 대통령령에 그대로 위임하고 있으므로, 법률유보원칙 내지 포괄위임금지원칙에 위반된다.

(2) 이 사건 수용조항은 국토계획법 제2조 제6호 라목의 체육시설 설치를 위해서 토지 등을 공용수용할 수 있도록 하고 있지만, 도시계획시설사업의 시행과 관련하여 공익성이라는 요건을 부가하지 않은 채 민간사업자를 포함한 도시계획시설사업 시행자 일반에 대하여 수용권을 부여하고 있다. 이로 인해 회원제 골프장의 조성사업과 같이 공익성이 현저히 떨어지는 사업을 위해서도 민간기업에게 공용수용이 허용되었는바, 이러한 사업의 경우 공공필요성 요건에 대한 엄격심사가 요구되는 점에 비추어 위 수용조항은 헌법 제23조 제3항에 반하고, 주민들의 재산권을 과도하게 침해하므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에도 반하며 그 결과 행복추구권을 침해한다.

### 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 기반시설이라 함은 도시공동생활을 위해 기본적으로 공급되어야 하는 시설이지만 공공성이나 외부경제성이 크기 때문에 시설의 입지결정, 설치 등에 공공의 개입이 필요한 시설을 말하는바, 특정인이나 특정단체가 아닌 불특정 다수에게 사용가능성이 열려있는 골프장이라면 국민 다수의 건강을 증진시키는 시설로서 공공의 필요에 의한 사업이라고 못 볼 바 아니며, 도시관리계획을 입안·결정하고, 그 계획을 집행하는 사업시행자를 지정하며 도시계획시설사업의 실시계획을 인가함에 있어 관할 행정청이 전문적·기술적 판단을 기초로 여러 요소를 종합적으로 판단하고, 관계기관과의 협의, 이해관계인 등의 의견청취 등의 절차를 거쳐 공공의 필요성 및 수용의 필요성 등을 판단하므로, 이러한 절차속에서 해당 사업이 공공의 필요성이 없다는 점을 다룰 수 있고, 공공기관이 아닌 민간사업자가 그 시행자가 될 경우 도시계획시설사업 대상토지면적의 2/3이상을 소유하고 토지 소유자의 1/2이상의 동의를 얻도록 함으로써 민간 사업자에 대한 요건을 강화하고 있기도 하다. 이러한 점에 비추어 이 사건 정의조항 및 수용조항이 헌법 제23조 제3항 및 제37조 제2항에 위반된다 할 수 없다.

(2) 이 사건 정의조항은 공공·문화체육시설을 정의함에 있어서 그 공익성을 명문으로 규정하지 않았다고 하더라도 법률에서 기반시설이 되는 문화체육시설의 일부를 예시하면서 그 구체적인 시설의 종류를 대통령령이 정하도록 위임한 이상 대통령령에 규정될 시설의 종류 등 그 대상의 내용을 예측할 수 있다고 할 것이므로, 위 조항이 법률유보의 원칙 또는 포괄위임금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

### 다. 이해관계인 주식회사 ○○의 의견요지

청구인들이 주장하는 바와 같은 회원제 골프장이 공익성이 없다고 한다면, 이는 그러한 골프장을 기반시설로 보아 그 부지에 대하여 도시계획시설로 결정한 경기도지사의 처분이 위헌·위법하므로 그 취소를 구하면 충분하다. 나아가 골프장 사업이라 하더라도 당해 시설이 국민생활의 질적 향상을 통해 국민들이 행복한 삶을 추구하는데 도움이 되는 시설이라면 기반시설에

해당할 수 있으므로, 이를 설치하기 위한 사업은 공공의 필요를 위한 사업이라 할 것이다.

### 라. 이해관계인 국토해양부장관의 의견요지

법원의 위헌제청신청기각 이유 및 주식회사 ○○의 의견과 대체로 같다.

#### **【결정요지】**

1. 기반시설의 종류로서 체육시설을 규정한 이 사건 정의조항은 이 사건 수용조항과 결합한 전반적인 규범체계 속에서 도시계획시설사업의 시행을 위해 수용권이 행사될 수 있는 대상의 범위를 확정하는 역할을 하므로 재산권 제한과 밀접하게 관련된 조항이라 할 것이다. 그런데 특히 재산권 수용에 있어 요구되는 공공필요성과 관련하여 살펴본다면 체육시설은 시민들이 손쉽게 이용할 수 있는 시설에서부터 그 시설 이용에 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설, 시설이용비용의 다과와는 관계없이 그 자체 공익목적에 위하여 설치된 시설 등에 이르기까지 상당히 넓은 범위에 걸쳐 있다. 따라서 그 자체로 공공필요성이 인정되는 교통시설이나 수도·전기·가스공급설비 등 국토계획법상의 다른 기반시설과는 달리, 기반시설로서의 체육시설의 종류와 범위를 대통령령에 위임하기 위해서는, 체육시설 중 공공필요성이 인정되는 범위로 한정해 두어야 한다. 그러나 이 사건 정의조항은 체육시설의 구체적인 내용을 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있으므로, 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸다. 그렇다면, 이 사건 정의조항은 개별 체육시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채 구체적으로 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙에 위배된다.

2. 도시계획시설사업은 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족된다. 또한 이 사건 수용조항은 도시계획시설사업의 원활한 진행을 위한 것이므로 정당한 입법목적을 가진다. 민간기업도 일정한 조건 하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있고, 위 수용조항을 통하여 사업시행자는 사업을 원활하게 진행

할 수 있으므로, 위 조항은 위 입법목적을 위한 효과적인 수단이 된다. 만약 사업시행자에게 수용권한이 부여되지 않는다면 협의에 응하지 않는 사람들의 일방적인 의사에 의해 도시계획시설사업을 통한 공익의 실현이 저지되거나 연기될 수 있고, 수용에 이르기까지의 과정이 국토계획법상 적법한 절차에 의해 진행되며, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하고, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피해의 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 우리 국가공동체에서 도시계획시설이 수행하는 역할 등을 감안한다면 위 수용조항이 공익과 사익간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항 소정의 공공필요성 요건을 결여하거나 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 국민의 건강 증진과 여가 선용을 위해 도시계획시설로서의 체육시설은 반드시 필요하므로, 만약 헌법재판소가 이 사건 정의조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 이 사건 정의조항은 그 효력을 상실하게 되어 도시계획시설사업에 꼭 포함되어야 할 체육시설까지 도시계획시설사업의 대상에서 제외되는 법적 공백과 혼란이 예상된다. 따라서 이 사건 정의조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하고 위 조항은 새로운 입법에 의하여 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되는 것이 바람직하다.

### 재판관 목영준의 이 사건 정의조항에 대한 별개의견

이 사건 정의조항은 “기반시설”의 하나로 “체육시설”을 규정하고 있다. 그러나 다수의견은 위헌 이유로서 하위법규에서 비로소 규정된 “골프장”을 예시하고 있는바, 이는 이 사건 헌법소원이 “법률”의 위헌성만을 판단하는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원인 점에서 위헌 이유의 혼동을 초래하는 것이다. 또한 다수의견은 헌법불합치결정을 하면서 “공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설”이라는 모호한 예시를 함으로써 위헌인 사유가 무엇인지, 위헌적 부분이 어디까지인지에 대하여 입법자로 하여

금 판단하기 곤란하게 하고 있다. 이는 결국 헌법불합치결정의 기속력과 실효성을 떨어뜨리는 결과를 초래한다.

### **재판관 김종대의 이 사건 수용조항에 대한 반대의견**

사인은 어디까지나 자신의 영리 추구를 1차적 목표로 하므로 사인이 수용의 주체가 되는 경우에는 국가가 수용의 주체가 되는 경우에 비하여 수용의 이익이 공동체 전체의 이익으로 귀속될 것이라는 보장이 어렵다. 따라서 당해 수용의 공공필요성을 지속적으로 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 심화된 제도적 규율 장치를 갖춘 경우에만 사인에 의한 수용이 헌법적으로 정당화될 수 있다. 그러나 이 사건 수용조항의 경우에는 그와 같은 제도적 규율이 부족하므로 이는 평등의 원칙에 위반되고 청구인들의 재산권을 침해한다.

### **재판관 조대현의 반대의견**

회원제 골프장은 소수의 회원들에게만 이용기회가 주어지고 비회원은 회원과 동반하는 경우에만 이용할 수 있을 뿐이므로, 회원제 골프장의 건설은 공공필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 개인사업자가 건설하는 회원제 골프장 건설사업을 위하여 토지수용권을 부여한 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

이 사건 정의조항이 특별한 제한 없이 체육시설을 기반시설의 하나로 규정하고 있다 하더라도, 특정의 체육시설이 도시계획시설로 되려면 구체적인 도시계획시설결정절차에서 도시계획시설로 결정할 만큼 공익성을 갖춘 체육시설이라고 인정되어야만 한다. 만약 공익성이 미약한 체육시설이 도시계획시설로 결정되었다면 도시계획시설 결정절차의 심사와 결정이 올바르게 이루어지지 아니한 점을 바로잡아야 할 것이다. 따라서 이 사건 정의조항 자체에 위헌성이 있다고 보기 어렵다.

## 【해 설】

### 1. 쟁점의 정리

청구인들은 당해 사건에서 문제되고 있는 골프장 조성사업이 공공필요성을 결여하고 있는 점, 그러한 골프장 사업을 위해 민간기업에게 공용수용권을 부여해서는 안 되는 점 등을 근거로 이 사건 심판대상조항들의 위헌성을 주장하고 있다.

그런데 이 사건 심판대상조항들에는 골프장이 규정되어 있지 않다. 골프장은, 국토계획법 제43조 제2항, 동법 시행령 제2조 제3항에 의한 ‘도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙’ 제99조, ‘체육시설의 설치·이용에 관한 법률’ 제3조, 동법 시행령 제2조, [별표 1]에 의해 비로소 체육시설의 일종으로 포함된다. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌여부를 심판대상으로 하므로, 이처럼 하위법령에서 규율되고 있는 골프장 부분은 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 심판대상이 될 수 없다. 다만, 하위법령에서 도시계획시설사업의 대상인 기반시설에 해당되어서는 안 되는 체육시설까지 포함하도록 규정한 것이 이 사건 심판대상조항들의 위헌적 요소 때문인지 여부는 헌법재판소의 심판대상이 된다.

따라서 이 사건 결정은 위와 같은 관점에 입각하여 이 사건 심판대상조항들의 위헌 여부를 판단한 것이다.

### 2. 이 사건 정의조항의 위헌여부

#### 가. 문제의 소재

대체로 정의조항은 직접적인 기본권 침해적 표지가 없어서 심판대상조항에서 배제되는 경우가 많다. 그러나 이 사건의 경우, 정의조항 부분이 핵심적인 쟁점으로 부각되었다. 이 사건의 법정의견은 다음과 같이 이 사건 정의조항의 심판대상성을 실시하고 있다.

『이 사건 정의조항은 기반시설의 일종으로 ‘체육시설’을 규정하면서 그 구체적인 내용을 대통령령에 위임하고 있다. 그런데 어떤 시설이 기반시설의 하나로 규정될 경우 그 시설은 도시계획시설사업의 대상이 된다(국토계획법 제2조 제6호, 제7호, 제10호). 도시계획시설사업은 이 사건 수용조항에

따라 사업시행을 위해 필요하다면 수용권을 행사할 수 있도록 규정되어 있으므로, 결국 기반시설에 속하게 되는 시설은 그 사업시행을 위하여 수용권이 행사될 수 있는 시설임을 의미하는 것이다.

그렇다면 이 사건 정의조항은 국토계획법상의 용어를 정의하는 조항이라는 측면에서는 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 종류를 확정하는 역할을 하지만, 나아가 이 사건 수용조항과 결합한 전반적인 규범체계 속에서는 도시계획시설사업의 시행을 위해 수용권이 행사될 수 있는 대상의 범위를 확정하는 역할을 수행한다. 따라서 이 사건 정의조항은 재산권 제한과 밀접하게 관련된 조항이라 할 것이다.』

이 사건에서는, 이 사건 정의조항이 광범위한 사항을 하위법령에 위임함으로써 결과적으로 위헌적인 내용의 하위법령이 시행될 수 있는 여지를 부여하였는지 여부가 쟁점이 되었다.

## 나. 포괄위임금지원칙 위반 여부

### (1) 법정의견

법정의견은 다음과 같은 논증을 통해 이 사건 정의조항이 포괄위임금지원칙에 위반됨을 지적하였다.

『(가) 이 사건 정의조항은 기반시설 중 하나인 체육시설의 구체적인 종류와 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 체육시설은 그 종류가 다양하고 시대가 변화해감에 따라 그 의미도 함께 변화하는 것이므로 입법기술상 다양한 종류의 체육시설을 모두 법률로 규정하는 것은 매우 곤란한 일임을 부인하기 어렵다.

그러나 다른 한편, 앞서 본 바와 같이 이 사건 정의조항은 이 사건 수용조항과 결합한 전반적인 규범체계 속에서 도시계획시설사업의 시행을 위해 수용권이 행사될 수 있는 대상의 범위를 확정하는 역할을 하므로, 이처럼 중대한 기본권 제한이 발생하는 영역에서는 설령 위임의 필요성이 인정된다 하더라도 이는 매우 제한적으로 인정되어야 하고, 위임시에도 구체적인 위임의 범위를 법률에 분명하게 규정해 두어야 한다.

(나) 이 사건 정의조항은 체육시설을 기반시설의 한 종류로 규정하고

그 구체적인 내용을 대통령령에 위임하고 있을 뿐, 어떠한 구체적인 위임의 범위를 부가하고 있지 않다. 그러나 일반적인 통념에 따르더라도 체육시설의 종류는 무수히 많다. 특히 공공성과 관련하여 살펴본다 하더라도, 체육시설은 그 시설을 설치하면 다수의 시민들이 아무런 진입장벽 없이 이용할 수 있는 시설에서부터 그 시설을 이용할 때 특별한 비용이 추가적으로 요구되어 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설까지 넓은 범위에 걸쳐 있다.

그런데 가령 어떤 체육시설을 이용하기 위해서 과도한 경제적 부담을 안아야 하는 시설이 있다고 한다면, 이는 일반인이 자유롭게 이용할 수 있는 시설이라고 보기 힘들다. 비록 그 시설이 누구에게나 개방되어 있고 일정한 비용만 지불하면 누구나 그 시설을 이용할 수 있다 하더라도, 시설 이용에 소요되는 비용이 사회경제적 수준에 비추어 과도하다면 그 시설을 이용함으로써 얻는 이익보다 시설 이용에 드는 부담을 더욱 무겁게 느끼는 대다수의 사람들에게 그 시설은 사실상 이용할 수 없는 것과 마찬가지로 될 것이다. 결국 그 시설은 이를 이용할 때 수반되는 재정적 부담을 감당할 수 있는 소수에게만 접근이 용이한 시설이 된다. 다만, 그렇다고 하여 비용이 수반되는 모든 체육시설이 기반시설에 포함될 수 없다고 보기도 곤란할 것이다. 비록 시설이용에 일정한 비용이 소요된다 하더라도, 해당 체육활동이 그 사회 내에서 체육활동의 일반적인 범주로서 수용되고 있다거나 그 사회의 경제적 수준에 비추어 그 비용이 과다하다고 볼 수 없는 등 시설의 공공적 성격이 여전히 견지되고 있다면 기반시설로서의 성격을 충분히 인정할 수 있는 까닭이다.

(다) 그간 우리사회의 산업화와 도시화가 가속화되는 과정에서 체육활동에 대한 관심이 점차적으로 확산되어 체육시설의 공공적 의미가 강화되어 온 것은 사실이나, 국토계획법상 기반시설로서 예시된 다른 항목들 이를테면 ‘교통시설’이나 ‘수도·전기·가스공급설비’ 등의 개념과 비교해 볼 때, ‘체육시설’이라는 개념 중에는 공공성이 상대적으로 미흡한 것들도 포함되어 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건 정의조항은 체육시설의 구체적인 내용을 대통령령에 위임하고 있으므로, 외관상 체육활동을 위한 시설 즉, ‘신



체의 발달을 촉진하여 운동 능력을 높이고 건강한 생활을 영위하기 위한 활동'을 할 수 있는 시설에 해당되기만 한다면, 그 시설의 운영방식, 개방성, 형태, 규모, 공공적 요건 등 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설로서의 성격에 대한 특별한 고려 없이도 이 사건 정의조항의 체육시설에 포함될 여지가 생긴다.

그렇다면 그 시설에 해당된다는 사실만으로 공공필요성이 인정되는 여타의 기반시설과는 달리, 도시계획시설사업 대상으로서 체육시설의 종류와 범위를 대통령령에 위임하기 위해서는, 체육시설 중 위와 같은 공공필요성이 인정되는 범위로 이 사건 정의조항을 한정해 두어야 한다. 그러나 이 사건 정의조항이 체육시설의 내용을 대통령령에 포괄적으로 위임함에 따라 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸다. 따라서 예컨대, 시행령에서 일부 골프장과 같이 소수의 사람들만 용이하게 이용할 수 있어 공공필요성을 인정하기 곤란한 시설까지도 체육시설의 종류에 속하는 것으로 규정할 경우에는 그러한 공공필요성이 부족한 시설을 설치하기 위해서까지 수용권이 과잉행사될 우려가 발생하게 된다.

(라) 결국 이 사건 정의조항은 개별 체육시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채 구체적으로 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로, 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 포괄위임금지원칙에 위배된다.』

## (2) 재판관 목영준의 별개의견

재판관 목영준의 별개의견은, “이 사건 정의조항이 하위법령에 포괄적으로 위임함으로써, 그 시행령에서 일부 골프장과 같이 소수의 사람들만 용이하게 이용할 수 있어 공공필요성을 인정하기 곤란한 시설까지도 체육시설의 종류에 속하는 것으로 규정할 경우에는 그러한 공공필요성이 부족한 시설을 설치하기 위해서까지 수용권이 과잉행사될 우려가 발생하게 된다”라는 법정의견의 실시부분에 관하여 다음과 같은 문제점을 지적하고 있다.

즉, 법정의견이 위헌 이유로서 하위법규에서 비로소 규정된 “골프장”을 예

시하고 있는 것은 이 사건 헌법소원이 “법률”의 위헌성만을 판단하는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원인 점에서 위헌 이유의 혼동을 초래하는 것이며, 또한 다수의견은 헌법불합치결정을 하면서 “공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설”이라는 모호한 예시를 함으로써 위헌인 사유가 무엇인지, 위헌적 부분이 어디까지인지에 대하여 입법자로 하여금 판단하기 곤란하게 하고 있다는 것이다. 이로 인해 결국 헌법불합치결정의 기속력과 실효성을 떨어뜨리는 결과를 초래할 것이라고 비판하였다.

### (3) 재판관 조대현의 반대의견

재판관 조대현의 반대의견은, 이 사건 정의조항이 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 보았다.

즉, 이 사건 정의조항이 특별한 제한 없이 체육시설을 기반시설의 하나로 규정하고 있다 하더라도, 특정의 체육시설이 도시계획시설로 되려면 구체적인 도시계획시설결정절차에서 도시계획시설로 결정할 만큼 공익성을 갖춘 체육시설이라고 인정되어야만 하는바, 만약 공익성이 미약한 체육시설이 도시계획시설로 결정되었다면 도시계획시설 결정절차의 심사와 결정이 올바르게 이루어지지 아니한 점을 바로잡을 수 있다는 것이다. 따라서 이 사건 정의조항 자체에 위헌성이 있다고 보기 어렵다고 지적하였다.

## 다. 해설

(1) 청구인들은 골프장의 건립을 위해 자신들의 토지가 수용된 사실의 위헌적 측면을 문제삼고 있다. 그런데 문제는 골프장이 도시계획시설사업의 대상이 되어 수용권이 발동될 수 있게 된 것은 하위법령이 그렇게 규정해 두었기 때문이다. 헌법재판소에서 다룰 수 있는 법률에는 체육시설의 설치를 위해 토지를 수용할 수 있다는 취지만이 드러나 있을 뿐이다. 즉, 문제의 핵심은 위 체육시설에 골프장이 속하도록 규정한 것이 법률이 아니라 하위법령이라는 점에 있다.

(2) 여기서 문제를 해결하는 방식에는 크게 두 가지를 고려해 볼 수 있겠다. 첫째, 법률규정상으로는 아무런 문제가 없고 하위법령의 규정에서 문제가

있다고 보거나 그 법령들 모두 별다른 문제가 없고 다만 이를 구체적으로 집행하는 처분에 문제가 있을 뿐이라는 시각이 있다. 즉 ‘체육시설’을 ‘기반시설’의 하나로 규정하면서 구체적인 내용을 대통령령으로 위임한 법률 자체에는 큰 문제가 없고, 이러한 기반시설로서의 ‘체육시설’의 의미에 부합하지 않는 시설을 체육시설의 구체적인 내용으로 규정한 하위법령에 잘못이 있거나 혹은 하위법령에 골프장을 규정해 둔 것 자체는 큰 문제가 되지 않지만 구체적인 사안에서 기반시설로 인정되기 어려운 성격의 골프장을 기반시설에 해당되는 골프장으로 보아 이를 위한 수용권을 부여한 행정행위에 문제가 있다고 보는 시각이 그것이다.<sup>1)</sup>

다음으로 둘째, 하위법령이 잘못을 범한 것은 궁극적으로 법률이 그와 같은 과오의 여지를 만들어 놓았기 때문이라고 보는 시각이 있다. 즉, 하위법령이 잘못된 내용을 규정한 것은 단순히 하위법령 제정자의 착오나 과오로 인한 것이라기보다 애초에 법률에서 하위법령 제정자에게 과도한 포괄적 위임을 함으로써 하위법령에 잘못된 내용이 규정될 여지를 부여했기 때문이라는 시각이 그것이다.

(3) 만약, 첫째 시각을 견지한다면 결국 청구인들이 다투고자 하는 바는 시행령 혹은 시행규칙의 위헌·위법성의 문제로 귀착되므로 이에 대한 관할권을 가지는 일반법원을 통해 다투어야 할 것이다. 그러나 만약 둘째 시각에 입각한다면 청구인들이 다투고자 하는 바는 법률의 위헌성 여부로 치환되므로, 이에 대한 관할권을 가지는 헌법재판소를 통해 다투어야 할 것이다. 결국, 이는 법률에 문제가 있는가 아니면 하위법령에 문제가 있는가의 문제가 되는데, 법률과 하위법령의 위헌여부에 대한 관할기관을 분리해 놓은 우리 법제의 고유한 특성으로 인해 위 문제는 위헌성의 소재에 관한 문제인 동시에 관할기관의 문제가 되는 것이다.

(4) 이 사건 결정의 법정의견은 두 번째 시각, 재판관 조대현의 반대의견은 첫 번째 시각을 취하고 있다.

1) 실제로 일부 하급심(예컨대, 수원지방법원 2009구합2628)은 ‘공익성이 없는 골프장 시설’에 대한 도시계획시설사업의 실시계획인가 처분에 관하여 취소판결을 선고한 바 있다.

### 3. 이 사건 수용조항의 위헌여부

#### 가. 서설

이 사건 수용조항과 관련된 청구인들의 주장은, ① 민간기업이 자신들의 사업에 이용하기 위하여 청구인들 소유의 토지를 수용하는 것(이하 ‘사인을 위한 수용’이라 한다)은 ‘공공필요성’의 조건을 충족하지 못하므로 이 사건 수용조항이 헌법 제23조 제3항에 위반된다는 점, ② 골프장과 같은 체육시설을 설치하기 위하여 개인의 토지를 수용을 하는 것은 ‘공공필요성’의 조건을 충족하지 못하므로 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항에 위반된다는 점, ③ 이 이 사건 수용조항에 의한 수용은 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해한다는 점으로 이루어진다.

이하에서는 각각의 쟁점에 대해서 살펴보기로 한다.

#### 나. 사인을 위한 수용에 있어서도 공공필요의 요건을 충족한다고 볼 수 있는지 여부<sup>2)</sup>

##### (1) 학설상의 논의

민간 기업과 같은 사경제주체라 하더라도, 이들을 위한 수용이 헌법상 허용될 수 있다는 점에 있어서 학설의 대부분이 일치하고 있다.

(가) 학설의 주류는 사기업의 종류를 두 가지로 분류하여 이론적 접근을 시도한다.<sup>3)</sup> 전기, 가스, 상하수도 등과 같이 국민의 생존을 배려하는 급부행정작용에 준하는 활동을 하는 ‘생존배려형 사기업(Daseinsvorsorgeunternehmen)’과 공공성이 현저히 떨어지고 이윤추구의 목적이 기업경영의 전면에 나서는 ‘경제적 사기업(Private Wirtschaftsunternehmen)’으로 구분하여, 전자의 경우 이러

---

2) 이 쟁점에 관한 이하의 서술은, 헌재 2007헌바114 결정에 관한 결정해설집(2009)의 413쪽 이하 해당 부분의 내용을 대체로 다시 옮긴 것이다. 이미 해설집에 실린 내용이긴 하지만, 이 사건을 이해함에 있어서도 필요한 내용이라고 평가되어, 이 사건 결정해설을 위해서도 다시 신고자 한다.

3) 김성수, 일반행정법(제2판), 법문사, 2004, 646쪽 이하; 정연주, “사인을 위한 공용침해”, 석정허영민박사회갑기념논문집, 1993; 정연주, “공용수용에 있어서 계속적 공익실현을 위한 보장책”, 감정평가논집 제5호, 1995; 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 고려법학 제48권, 2007; 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 토지공법연구 제24권, 2004 각 참조.

한 사기업들은 사적 이윤의 추구도 그 목적으로 하지만 동시에 공공성이 큰 공익사업을 수행하는 것이므로 이들을 위한 수용은 원칙적으로 된다고 보고, 후자의 경우 이들이 오로지 사적 영리추구만을 목표로 한다고 하더라도 이러한 사기업이 자신의 기업 활동의 결과 간접적으로 그 어떤 공공복리를 실현시킨다면, 그리고 그 공공복리의 실현을 목적으로 하는 사업수행을 위해 일정한 재산권에 대한 공용침해가 불가피하다면 이들을 위한 수용도 허용될 수 있다고 본다.

예컨대, 실업률이 높은 또는 경제구조가 상당히 침체되어 있는 지역에 있어서 고용수준이 높고 생산성이 뛰어난 일정 사기업의 건설 또는 확장을 위해 불가피한 경우 공용필요에 따른 수용을 허용해 줌으로써 결국 해당 사기업의 원활한 영업활동의 결과 그 지역의 고용이 증대되고 지역별·분야별 경제구조가 현저히 개선된다면, 이러한 공익은 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 해당하고, 결국 이 해당 사기업을 위한 수용은 정당화될 수 있다는 것이다.

한편, 위 견해들에 따르면, 이러한 사기업을 위한 수용에 있어서 그 기업으로 하여금 해당 공익사업을 항구적으로 추진하도록 통제하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 즉, i) 생존배려형 사기업의 경우 그 사업 자체가 바로 공익사업에 속하기 때문에 국가의 공적과제에 속하는 당해 기업의 사업 활동 자체가 원만히 수행될 수 있도록 하는 대비책이 있다면 충분할 것이나,<sup>4)</sup> ii) 경제적 사기업의 경우 당해 기업을 특별한 제도적 보장책을 통해 기속할 필요성이 더욱 커진다.<sup>5)</sup>

(나) 그 외에, (a) 단순히 영리 추구를 목적으로 하는 사기업을 위한 토지

4) 이들 기업에 대한 국가와 지방단체의 통상적이고 포괄적인 지휘·감독권이 이에 해당할 것이다.

5) 김성수 교수는 각종의 행정행위 부관, 사업자의 구체적인 행위에 대한 신고 및 인·허가권의 유보 등을 제도적 장치의 예로서 언급하고 있다. 김성수, 앞의 책, 652쪽. 정연주 교수는 해당 공익사업이 지역적 또는 분야별 실업률을 완화시키거나 국민 경제적으로 중요한 재화의 공급을 확보하기 위한 사회·경제·정책적 목적을 추구할 경우에는 일반적으로 일정한 할당의무(Kontingenzierungs-klausel)를 해당기업에게 부과함으로써, 일정 수 이상의 일자리를 마련하거나 일정량 이상의 연료나 재화 또는 원료를 생산하여 일정 주민이나 지역에 대하여 공급하도록 의무지우는 내용의 보장책이 고려될 수 있다고 하였고, 이러한 보장책의 문제는 포괄적인 사법적 통제와 심사의 대상이 되어야 한다고 보았다. 정연주, “공공수용에 있어서 계속적 공익실현을 위한 보장책”, 194-5쪽.

수용은 허용될 수 없다고 보는 견해도 있고,<sup>6)</sup> (b) 공공복리를 실현하기 위하여 법적 기속장치의 마련을 주장하는 다수 의견에 대하여, 그와 같은 법적 기속장치(가령, 의무적 고용할당제)는 극단적으로 사기업으로 하여금 적자경영을 강제하는 결과가 될 수 있으므로, 결국 이는 ‘고용수준의 현저한 증가’나 ‘지역별·분야별 경제구조의 개선’이라는 경제·사회적 공익 증진의 결과를 보장하지 않는다는 비판론도 제기되고 있다.<sup>7)</sup>

## (2) 우리 재판소의 결정례

(가) 우리 재판소는 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114 결정에서 다음과 같은 취지로 판시하면서, 사인을 위한 수용이 합헌적임을 밝혔다.

헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 위 헌법조항의 핵심은 당해 수용이 공공필요에 부합하는가, 정당한 보상이 지급되고 있는가 여부 등에 있는 것이지, 그 수용의 주체가 국가인지 민간기업인지 여부에 달려 있다고 볼 수 없다. 또한 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인 결정하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.

오늘날 산업단지의 개발에 투입되는 자본은 대규모로 요구될 수 있는데, 이러한 경우 산업단지개발의 사업시행자를 국가나 지방자치단체로 제한한다면 예산상의 제약으로 인해 개발사업의 추진에 어려움이 있을 수 있고, 만약 이른바 공영개발방식만을 고수할 경우에는 수요에 맞지 않는 산업단지가 개발되어 자원이 비효율적으로 소모될 개연성도 있다. 또한 기업으로 하여금 산업단지를 직접 개발하도록 한다면, 기업들의 참여를 유도할 수 있는 측면

6) BVerfGE 56, 249 사건에서 Böhmer 판사의 소수의견. 김성수, 앞의 책, 649쪽에서 재인용. 이에 대한 김성수 교수의 논박은 같은 책, 650쪽 참조.

7) 박태현, “사인을 위한 공용침해 再考”, 토지공법연구 제40집, 2008, 51-2쪽.

도 있을 것이다. 그렇다면 민간기업을 수용의 주체로 규정한 자체를 두고 위헌이라고 할 수 없으며, 나아가 이 사건 수용조항을 통해 민간기업에게 사업 시행에 필요한 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있다는 입법자의 인식에도 합리적인 이유가 있다 할 것이다.

(나) 위 결정에서 재판관 김종대의 반대의견이 개진된 바 있다. 이 반대의견은 사인에게 수용권을 부여하는 것은 보다 엄격한 요건에 의해 규율되어야 하며, 그와 같은 규율이 부재할 경우 위헌이라고 본다. 『민간기업이 수용의 주체가 되는 경우는 국가가 수용의 주체가 되어 그 수용의 이익을 공동체 전체의 것으로 확산시키는 역할을 자임하는 경우와 비교하여 수용의 이익이 공적으로 귀속될 것이라는 보장이 힘들다는 점에서, 그와 같은 수용이 정당화되기 위해서는 당해 수용의 공공필요성을 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 더욱 심화된 입법적 조치가 수반되어야만 한다. 이러한 법적·제도적 보완이 행하여 지지 않는 한, 이 사건 조항들에 따른 민간기업에 의한 수용은 우리 헌법상 재산권 보장의 가치와 부합되기 어렵다.』

### (3) 외국의 판례들

#### (가) 독일

독일 다임러 벤츠사가 Boxberg지역에 자동차주행시험용 시설의 설치를 위한 공용수용이 연방건축법상 가능한가의 여부를 둘러싸고 벌어진 독일연방행정법원과 연방헌법재판소간의 법리논쟁으로 유명한 이른바 Boxberg 판결은, 수용처분과 이 처분을 다투었던 행정법원의 판결을 심판대상으로 한 것이었다. 위 판결에서, ① 연방행정법원은 1987년에 개정된 연방건축법 제87조 제1항의 규정을 근거로 지역에서의 고용창출과 지역경제의 활성화를 위하여 사기업인 벤츠사를 위한 수용이 가능하다고 본 반면,<sup>8)</sup> ② 연방헌법재판소는 연방건축법 제87조 제1항상의<sup>9)</sup> “공공의 복리”는 기본법 제14조 제

8) BVerwGE 71, 108.

9) 연방건축법 제87조 (공용수용의 허가를 위한 전제조건) (1) 공용수용은 개별적 경우에 공공복리를 위해 필요한 경우와, 공용수용목적이 다른 방법으로는 이루어질 수 없을 경우에만 허용된다(헌법재판소, 독일연방헌법재판소 판례번역집, 합본집

3항 제1문의 공공의 복리와 동일한 개념으로서 “지역경제의 활성화”라는 목적은 연방건축법에 이를 명시하여 공용침해를 허용하는 규정이 없는 한 공공의 복리 개념에 합치하는 것으로 확대해석할 수 없다고 판시하였다.<sup>10)</sup>

즉, 독일연방헌법재판소는 “지역경제의 활성화”와 같은 간접적·부수적인 형태의 목적이 수용을 규정하는 법률에 명백히 기술되지 않았음을 근거로, 해당 수용의 위헌성을 지적하였지만, 달리 말하자면 “지역경제구조의 개선이나 일자리 창출” 등과 같은 사기업활동의 부수적인 결과라 할지라도 그것이 수용 법률에 명백히 규정되어 있는 한 사인을 위한 수용의 허용요건으로서 공공복리의 개념에 해당할 수 있다고 본 것이다.<sup>11)</sup>

#### (나) 미국

미국 수정헌법 제5조는, 정당한 보상없이, 사유재산이 공적 용도로 수용당하지 아니한다고 규정하고 있다(nor shall private property be taken for public use, without just compensation). 여기에서 공적 용도(public use)의 개념이 문제된다.

미국의 판례는 ‘공적 용도’의 개념을 다음과 같이 3가지의 유형으로 정의해 온 바 있다. 첫째, 최협의의 개념으로서 “공소유”(public ownership)를 의미하는 것으로 이해한 적이 있었다. 정부가 특정인의 사인 토지를 공소유의 목적으로 수용하는 때가 이에 해당한다. 그러나 이 개념은 19세기 초, 정부가 철도 등을 운영하는 사기업들에게 공용수용권을 부여함으로써 더 이상 통용되기 어렵게 되었다. 다음으로, 광의의 개념으로서 공적 용도란 이른바 “공중에 의한 사용”(use-by-the-public)을 의미하는 것으로 이해한 적도 있었다. 그러나 이 개념은 교도소, 군사시설 등의 사용을 위한 수용을 설명할

---

제1권, 549-550쪽).

10) “사기업의 사업대상물이 이미 일반적으로 인정되는 존재유지 영역이라고 할 수 있는 경우(ex. 교통 및 공익사업부분)에는 이 ‘공공의’ 의무를 규정에 맞게 수행할 예비 작업이 이루어진 것만으로 족하다. 이에 반해서 공공복리를 위한 사용이 사업 자체가 아니고 이 사건에서처럼 단지 기업 활동의 간접적인 결과일 때에는 이와 같은 규정은 충분치 않다. 이때에는 간접적으로 성취되고 그래서 처음부터는 이를 수 없는 공용수용의 목표를 법률적으로 구체화할 것이 요구되어야 한다.” BVerfGE 74, 264(286).

11) 김남철, 앞의 논문, 583-5쪽.



수 없다는 결함이 있다. 세 번째는 최광의의 개념으로서 공적 용도란 “공공의 목적 또는 이익”(public purpose or benefit)을 의미하는 것으로 이해한 바 있다. 이러한 개념을 취할 경우, 사기업의 공장 등을 “공공의 목적 또는 이익”으로 볼 수 있을 것인지 여부에 관한 문제가 발생한다.<sup>12)</sup>

이 문제에 대해서는 첨예한 의견대립이 있어왔다. 그러나 판례의 주류는 사적(私的)인 개발을 위한 수용을 긍정해 왔다고 보인다.<sup>13)</sup> 물론, 이에 비판적인 판례도 존재하는 것이 사실이나, 이러한 쟁점에 관한 2개의 연방대법원 판결이<sup>14)</sup> 공용수용의 허용에 관대한 입장을 취하고 있고, 나아가 2005년 연방대법원이 *Kelo v. New London* 사건에서 5대 4의 의견으로<sup>15)</sup> 사적인 개

12) 이상에서 확인한 미국 헌법상의 ‘공적 사용’ 개념의 역사적 흐름에 관한 조망은, 김민호, “사인에 대한 공용수용권 특허의 위헌성 검토”, 토지공법연구 제26집, 2005, 202-3쪽을 참조함.

13) 신평, “Eminent Domain에 관한 미국연방대법원 *Kelo v. New London* 사건 분석”, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006, 190쪽. 신평 교수는, 공중에게 이익이 돌아간다는 이유로 카지노의 주차장 건설을 위해 과부의 집이 수용당하는 경우[*City of Las Vegas Downtown Redevelopment Agency v. Pappas*, 76 P.3d 1(nev.2003)], 토지사용의 효율성을 높이기 위해 어떤 사업체의 토지가 보다 큰 사업체의 사업을 위해 일부 수용되는 경우[*99cents Only Stores v. Lancaster Redevelopment Agency*, 237 F.Supp. 2d 1123(C.D.Cal.2001)]를 그 예로서 들고 있다.

14) 여기서 말하는 두 개의 판결이란, 슬럼가로 변한 시가지 일부를 재개발하기 위해 공용수용권을 발동하려는 워싱턴 D.C의 노력이 헌법에 적합하다고 손을 들어 준 *Berman v. Parker*[348 U.S. 26(1954)] 판결과 주 전체 토지의 47%가 불과 72인에 의해 소유되어 주택시장의 왜곡 등이 초래되고 있다고 판단한 하와이 주 의회가 이를 해결하기 위하여 하와이 주택공사를 설립하고 여기에 임대인의 토지를 임대인에게 양도하도록 수용할 수 있는 권한을 부여한 사건에서 토지수용제도의 적헌성을 확인한 *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*[467 U.S. 229(1984)]판결을 의미한다.

15) Stevens, Ginsberg, Kennedy, Breyer, Souter 대법관이 다수의견에 가담하였고, O'Connor, Renquist, Thomas, Scalia 대법관이 소수의견에 가담하였다. 이 사건의 경과는 다음과 같다. 2000. 뉴런던시는 1,000개 이상의 일자리를 창출하고, 세입 및 기타 수익을 증대시키며, 경제적으로 침체, 낙후된 도시를 활성화시키기 위하여 입안된 개발계획을 승인하였다. 지난 수십 년간의 경제적 쇠퇴로 인하여 1990. 시는 ‘낙후지역’으로 지정되기에 이르렀다. 1998. 시의 실업률은 코네티컷 주의 2배였고, 인구는 1920년 이래로 최하위 수준인 24,000명 미만이었다. 시로부터 수용권한을 위임받은 뉴런던개발사가 개발사업에 필요한 토지를 확보하기 위하여 이를 수용하자, 수용된 토지의 소유자들 9명이 위 회사를 상대로 토지수용결정이 공적 용도의 요건을 만족시키지 않는다고 주장하며, 소를 제기하였다.

발을 위한 공용수용을 넓게 허용하는 듯한 판결이 선고됨으로써, 이 문제의 해결에 큰 시사점을 주고 있다.

① Kelo 사건의 다수의견은, i) 연방대법원이 ‘공적 용도’(public use)를 해석함에 있어서 일반 공중의 사용이라는 좁은 개념이 아니라, ‘공공의 목적’이라는 넓은 개념으로 해석해 왔고, 이러한 연방대법원의 태도는 입법적 판단에 대한 존중이라는 오래 지속되어 온 법원의 정책에 기인한 것이고, ii) 당국이 주의를 기울여 공동체에 상당한 이익을 부여하고 새로운 일자리, 증대된 조세수입을 가져오리라 믿는 경제개발계획을 수립한 점, 토지들이 일부분의 합으로서보다 전체로서 더 큰 역할을 할 수 있게 다양한 용도를 조화시키려고 노력한 점, 철저한 숙고를 거친 점 등을 고려할 때, 평가를 위한 제한된 식견밖에 가지지 못한 법원의 입장에서는 전체적인 계획을 볼 때 그 계획이 공적 용도의 목적에 봉사하는 것임이 분명하다고 판시하였다.

② 반대의견(O'Connor)은 i) 다수의견은 입법부의 판단을 존중한다고 하지만, 공적 용도인지 사적 용도인지의 구별을 정치적 기관만이 행한다고 한다면, 수정헌법 제5조의 public use 조항은 단순한 권고적 성격으로 격하되어 버린다는 점, ii) 다수의견에 따르면, 경제개발이라는 명분하에 모든 사적 재산들이 수용되어 다른 사적 소유자에게 수용될 수 있는 취약성을 갖게 된다는 점, 즉 이 판결로 인하여 향후 거의 모든 부동산은 공용수용에 취약(susceptible)하게 되었다는 점 등을 근거로 다수의견에 반대하였다. 한편, Thomas 대법관도 별도로 반대의견을 내었는데, 그 요지는 다수의견에 의해 사적 개발을 위한 공용수용이 쉽게 허용됨에 따라 그 이익을 보는 사람들은 정치적 과정에서 큰 영향력을 가진 사람들이 될 것이라는 점이다.

#### (4) 이 사건 결정의 태도

(가) 이 사건 결정은, 위 헌재 2007헌바114 결정을 인용하면서 민간기업도 일정한 조건하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있음을 언급하면서, 그 법리를 그대로 유지함을 실시하였다.

『민간기업도 일정한 조건 하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있는 바(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114, 판례집 21-2상, 562, 571-573), 민간기업이

도시계획시설사업의 시행자라 하더라도 이 사건 수용조항의 위와 같은 목적 정당성과 수단적절성을 달리 볼 이유는 없다.』

(나) 또한, 재판관 김종대의 반대의견 역시 위 2007헌바114 결정과 같이 그대로 유지되었다.

## 다. 골프장과 같은 체육시설을 설치하기 위한 수용의 공공필요성 여부

### (1) 법정의견

청구인들은 당해 사건에서 문제되고 있는 골프장을 위한 수용이 헌법 제 23조 제3항에 규정된 공공필요성을 결여하고 있다고 주장한다.

이에 대하여, 이 사건 결정은 이 사건 수용조항이 하위법령에서 규정된 ‘골프장’을 설치하기 위하여 수용권한을 부여한다고 보기 보다는, 법률상 규정된 즉 골프장의 법률상 상위개념인 ‘기반시설’, 그리고 기반시설 중 도시관리계획으로 결정된 도시계획시설사업을 위하여 수용권한을 부여하고 있다고 보면서, 골프장 설치사업이 아닌 도시계획시설사업의 공공필요성을 검토하였다.

『도시계획시설사업은 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설, 수도·전기·가스공급설비 등 공급시설과 같은 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하여 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있으므로, 도시계획시설사업은 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족되는 점에 관해서는 우리 재판소가 이미 지적한 바와 같다(헌재 2007. 11. 29. 2006헌바79, 판례집 19-2, 576, 588 참조).

그렇다면 이 사건 수용조항은 공공필요성을 갖춘 사업을 위하여 수용권이 행사되도록 규정한 것이므로, 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.』

### (2) 재판관 조대현의 반대의견

재판관 조대현은 회원제 골프장과 같이 소수의 회원들에게만 이용기회가 주어지는 시설에 대해서는 공공필요성을 부인해야 한다고 보았다.

『회원제 골프장은 그 이용자들의 건강증진에 기여하는 체육시설이지만, 소수의 회원들에게만 이용기회가 주어지고 비회원은 회원과 동반하는 경우에만 이용할 수 있을 뿐이므로, 회원제 골프장 건설을 위하여 개인 소유 토

지의 수용을 허용해야 할 정도로 공공필요성이 크다고 볼 수 없다. 개인사업자가 영리를 추구하기 위하여 건설하는 회원제 골프장 건설사업은 더욱 그렇다고 할 것이다. (……)

따라서 개인사업자가 건설하는 회원제 골프장 건설사업이 도시계획시설 설치사업으로 결정되었다고 하여 회원제 골프장을 건설하는 개인사업자에게 국토계획법 제95조를 적용하여 그 골프장 건설에 필요한 토지를 수용할 수 있게 하는 것은 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 선언하여야 한다.』

### 라. 과잉금지원칙의 위반 여부

법정의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 수용조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 실시하였다.

#### 『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 수용조항은 도시계획시설사업의 원활한 진행을 위한 것이고, 이는 공공복리를 추구하기 위한 정당한 입법적 목적에 해당한다. 그리고 이 사건 수용조항을 통하여 사업시행자는 협의에 응하지 않는 사람들의 토지를 시가에 따라 적절히 매수할 수 있고, 이에 따라 사업을 원활하게 진행할 수 있으므로, 위 조항은 위와 같은 입법목적의 달성에 매우 효과적인 수단임이 인정된다.

#### (2) 피해의 최소성

(가) 국토계획법은 민간기업이 도시계획시설사업의 시행자로 지정을 받고자 하는 때에는 도시계획시설사업 대상토지면적의 2/3이상에 해당하는 토지를 소유하고 토지소유자의 1/2 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 하도록 규정함으로써(국토계획법 제86조 제7항 및 동법 시행령 제96조) 민간기업의 일방적인 의사에 의해 수용절차가 진행되지 않도록 제어장치를 두고 있다. 비록 민간기업인 국토계획법상 도시계획시설의 사업시행자가 수용권을 행사할 수 있다고 하더라도 국토계획법에서 수용과 관련하여 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 여전히 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(이하 ‘공익사업법’이라 한다)이 준용되므로(국토계획법 제96조 제1항),

위 사업시행자에게도 마찬가지로 토지 등에 대한 보상에 관하여 토지소유자 등과 성실하게 협의하여야 하는 의무가 주어진다(공익사업법 제16조).

또한, 만약 사업시행자에게 이 사건 조항과 같은 수용권한이 부여되지 않는다면 협의에 응하지 않는 사람들의 일방적인 의사에 의해 도시계획시설사업을 통한 공익의 실현이 저지되거나 연기될 수 있으므로, 도시계획시설사업의 공익적 중요성에 비추어 이 사건 수용조항과 같은 강제적 조치가 필요한 점은 부인하기 어렵고, 사업시행자의 재결신청에 의해 수용이 발생한다 하더라도 헌법 제23조 제3항의 정당보상원칙에 의해 피수용자에게는 수용에 따른 보상금이 지급된다.

(나) 한편, 도시관리계획을 수립하고 그 도시계획시설사업의 시행자를 지정하는 등 국토계획법상 이 사건 수용조항이 적용되기까지의 모든 과정은 적법한 절차에 의해 진행되고, 위 사업과 관련하여 다양한 이익 내지 의견들이 개진되며 고루 반영되도록 제도적으로 규율하고 있다.

즉, 도시관리계획은 광역도시계획과 도시기본계획에 부합되도록 입안되어야 하는바(국토계획법 제25조 제1항), 그 도시관리계획은 계획의 상세 정도, 도시관리계획으로 결정하여야 하는 기반시설의 종류 등에 대하여 도시 및 농·산·어촌 지역의 인구밀도, 토지 이용의 특성 및 주변 환경 등을 종합적으로 고려하여 차등을 두어야 한다(동조 제3항). 이해관계자를 포함한 주민들 역시 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있으며(동법 제26조 제1항), 도시관리계획을 수립 또는 이를 변경하고자 하는 때에는 미리 인구·경제·사회·문화·토지이용·환경·교통·주택 그 밖에 사항 중 당해 계획의 수립 또는 변경에 관하여 필요한 사항을 조사하거나 측량하여야 하고(동법 제27조 제1항), 도시관리계획을 입안할 때에는 주민의 의견을 들어야 하며, 그 의견이 타당하다고 인정되면 도시관리계획안에 반영하여야 한다(동법 제28조 제1항). 또한 시·도지사 등은 관계 행정기관의 장과의 협의 및 도시계획위원회의 심의를 거쳐 도시관리계획을 결정 및 고시하고, 이를 일반인이 열람할 수 있도록 해야 한다(동법 제30조 제1항, 제3항, 제32조 제4항).

국가 또는 지방자치단체 등이 아닌 자라 하더라도 해당 사업 대상토지의 소유 면적과 토지소유자의 동의 비율에 관하여 일정한 요건을 갖추어 도시

계획시설사업의 시행자로 지정을 받을 수 있고, 도시계획시설사업의 시행자는 도시계획시설사업에 관한 실시계획을 작성하여, 시·도지사 등의 인가를 받아야 한다. 시·도지사 등이 실시계획을 인가하려면 미리 그 사실을 공고하고, 관계 서류의 사본을 20일 이상 일반이 열람할 수 있도록 하여야 한다. 이 때 도시계획시설사업의 시행지구의 토지·건축물 등의 소유자 및 이해관계인은 위 열람기간 이내에 시·도지사 또는 도시계획시설사업의 시행자 등에게 의견서를 제출할 수 있으며, 시·도지사 또는 도시계획시설사업의 시행자 등은 제출된 의견이 타당하다고 인정되면 그 의견을 실시계획에 반영하여야 한다(동법 제88조 제1항, 제2항, 제90조 제1항, 제2항).

(다) 나아가 우리 법제는 위와 같은 일련의 절차 속에서 구체적인 처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통하여 실효적으로 권리를 구제받을 수 있는 방안들을 마련해 두고 있다.

(라) 그렇다면, 이상의 사정들을 종합적으로 고려해 볼 때, 이 사건 수용조항에 의해 피수용권자의 재산권이 필요이상으로 과도하게 제한되고 있다고 할 수 없다.

### (3) 법익의 균형성

우리 국가공동체에서 도시계획시설이 수행하는 역할 등을 감안할 때 이 사건 수용조항으로써 추구되는 공공복리 증진의 공익적 중대성은 작지 않다고 할 것이며, 비록 이 사건 수용조항으로 피수용권자의 재산권이 다소 제한된다 하더라도 수용에 이르기까지의 제도적 절차 및 보상제도 등을 종합적으로 고려할 때 그 제한의 정도가 이 사건 수용조항에 의하여 보장되는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 수용조항은 공익과 사익간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기 어려우므로, 법익의 균형성의 원칙에 반하지 아니한다.』

### 마. 해설

법정의견은, ① 민간기업이 자신들의 사업에 이용하기 위하여 청구인들 소유의 토지를 수용하는 것(이하 ‘사인을 위한 수용’이라 한다)은 ‘공공필요

성'의 조건을 충족하지 못하므로 이 사건 수용조항이 헌법 제23조 제3항에 위반된다는 점, ② 골프장과 같은 체육시설을 설치하기 위하여 개인의 토지를 수용을 하는 것은 '공공필요성'의 조건을 충족하지 못하므로 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항에 위반된다는 점, ③ 이 사건 수용조항에 의한 수용은 과잉금지원칙에 위배되어 재산권을 침해한다는 점에 관한 쟁점에 있어서 모두 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.

그에 반해 재판관 김종대의 반대의견은 ① 쟁점에 관하여, 사인이 수용권을 행사하는 경우에는 국가가 수용권을 행사하는 경우보다 좀 더 엄격한 요건이 필요하다는 전제에서, 이 사건 수용조항이 그와 같은 요건을 갖추지 못했으므로 위헌이라는 것이다.

재판관 조대현의 반대의견은 ② 쟁점에 관하여, 회원제 골프장과 같이 소수의 회원들에게만 이용기회가 주어지는 시설에 대해서는 공공필요성을 부인해야 한다는 것이다. 그런데, 이 의견은 “이 사건 수용조항을 회원제 골프장을 건설하는 개인사업자에게도 적용하는 것은 헌법 제23조 제3항에 위반된다”는 표현에서 볼 수 있듯이, 일종의 적용위헌과 같은 취지를 지니는 것으로 보인다.

#### 4. 헌법불합치 주문

법정의견은, 『이 사건 정의조항은 도시계획시설사업의 대상이 될 수 있는 기반시설에 체육시설이 포함된다는 점을 규정한 조항인바, 국민의 건강증진과 여가 선용을 위해 도시계획시설로서의 체육시설은 반드시 필요하므로, 만약 헌법재판소가 이 사건 정의조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 이 사건 정의조항은 그 효력을 상실하게 되어 도시계획시설사업에 꼭 포함되어야 할 체육시설까지 도시계획시설사업의 대상에서 제외되는 법적 공백과 혼란이 예상된다. 따라서 이 사건 정의조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하기로 하는바, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2012. 12. 31.까지는 새로운 입법을 마련하여야 할 것이고, 이 사건 정의조항은 위와 같이 새로운 입법에 의하여 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되는 것이 바람직하다.』 는 이

유로 이 사건 정의조항에 대하여 단순위헌결정이 아닌, 잠정적용의 헌법불합치결정을 선고하였다.

## 5. 결정의 의의

가. 청구인들은 사인을 위한 수용의 위헌적 측면을 주장하고 있지만, 우리 재판소는 이미 2007헌바114 결정을 통해 이 쟁점에 관한 헌법적 판단을 행한 바 있다. 이번 사건에서는, 사인을 위한 수용 그 자체의 위헌성 여부가 아닌, 기반시설로서의 체육시설을 설치하기 위하여 수용권을 행사할 수 있는지 여부가 주된 쟁점이 되었다.

나. 만약, 국토계획법에서 체육시설의 구체적인 종류로서 ‘골프장’을 규정해 두었다면, ‘골프장’의 설치를 위해 수용권을 행사할 수 있는지의 문제가 큰 쟁점이 되었을 것이다. 그러나 이번 사건에서는 수용목적으로서의 ‘골프장’ 설치라는 측면이 전면에 드러나기 보다는, 수용목적으로서의 ‘(기반시설로서의) 체육시설’ 설치라는 측면에서 포괄위임금지원칙의 위반이라는 이유로 위헌결정(잠정적용의 헌법불합치결정)을 선고하였다. 따라서 이번 결정이 ‘골프장 설치를 위한 수용’을 위헌으로 보았다는 식의 해석에는<sup>16)</sup> 다소 무리가 따른다.

다. 수용권은 국가공동체의 과업을 위하여 반드시 필요한 규정이다. 그러나 이것이 남용되는 것을 허용한다면, 개인의 재산권 보장은 불안정해 질 수밖에 없다. 이번 결정을 통해 헌법재판소는, 법률이 아닌 하위법령의 규정을 통해 수용권이 남용될 수 있는 우려를 지적하면서, 국민의 재산권을 수용하기 위해서는 입법자에 의한 명확한 규정과 위임이 요구됨을 분명히 하였다는 점에서 의미가 있다 할 것이다.

16) 특히, 언론에서 이런 식의 해석으로 이번 결정을 기사화하였다. 가령, 연합뉴스, “골프장 개발 토지 강제수용 ‘헌법불합치’”(기사입력 2011-06-30 15:06) (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0005140073>) 그러나, 목영준 재판관의 지적과 같이, 법정의견이 ‘골프장의 설치를 위한 수용’을 전제로 하여 이 사건 정의조항의 위헌성을 논증한 것으로 볼 여지도 큰 것도 분명 사실이다.



## 고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률 부칙 제2조 위헌확인

- 법적 가치의 상향적 구현을 위해 단계적 제도개선을 시도하여  
일부 집단에만 혜택을 주는 시혜적 법률에 있어 차별기준의  
합리성과 평등권 침해여부 -

(헌재 2011. 6. 30. 2008헌마715, 2009헌마39·87(병합), 판례집 23-1하, 430)

박진영\*

### 【판시사항】

1. 고엽제후유의증환자가 사망한 때에도 유족에게 교육지원과 취업지원을 한다는 내용의 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8793호로 개정된 것) 제7조 제9항을 위 법률 시행일 이후 사망한 고엽제후유의증 환자부터 적용한다고 규정한 위 개정법률 부칙 제2조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)가 위 법률 시행일 이전에 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

2. 합리적인 이유가 없는 기준으로 시혜적인 조치를 받을 대상자를 한정 한 것이 평등권을 침해한다고 판단하면서 조문의 구조상 헌법불합치결정을 할 특별한 필요성이 인정되지 않아 단순위헌결정을 한 사례

### 【심판대상】

1. 이 사건 심판의 대상은 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 일부개정법률(2007. 12. 21. 법률 제8793호) 부칙 제2조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

---

\* 경희대학교 법학전문대학원 교수, 전 헌법연구관

고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률 일부개정법률(2007. 12. 21. 법률 제8793호) 부칙 제2조(고엽제후유의증 환자가 사망한 경우 교육지원과 취업지원에 관한 적용례) 제7조 제9항의 개정규정은 이 법 시행 이후 사망한 고엽제후유의증 환자부터 적용한다.

2. 심판대상과 관련되는 법률규정은 다음과 같다.

구 고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률(2006. 3. 3. 법률 제7873호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8793호로 개정되기 전의 것) 제7조(고엽제후유의증환자 등에 대한 진료 등) ⑨ 처장은 제7항 본문의 규정에 의한 수당의 지급대상자중 고엽제후유의증 환자와 그 가족에 대하여 제3조의 규정에 불구하고 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 및 제4장의 규정을 준용하여 교육보호 및 취업보호를 행하되, 그 보호를 받을 수 있는 가족의 범위는 동법 제5조 제1항 제1호·제2호 및 동조 제2항의 규정에 해당하는 자로 한다. 다만, 교육보호의 경우에는 동법 제5조 제1항 제1호의 규정에 해당하는 자를 제외한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 헌법소원심판의 경위

가. 청구인들의 부친들은 각 월남전에 참전하고 전역한 후 고엽제후유의증의 범위에 속하는 악성종양이 발병함에 따라 국가보훈처로부터 고엽제후유의증 고도판정을 받은 사람들로서, ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8793호로 개정된 것, 이하 ‘고엽제법’이라 한다)이 시행된 2007. 12. 21. 이전인 2007. 9. 9., 2005. 1. 8., 2006. 6. 20. 각 사망하였다.

나. 고엽제법 제7조 제9항은 위 개정전 법률 같은 조항 말미에 ‘고엽제후유의증 환자가 사망한 때에도 교육지원과 취업지원을 한다.’라는 내용을 추가하여 규정함으로써, 종래 고엽제후유의증 환자가 생존하고 있어야 그 가족이 교육지원과 취업지원을 받을 수 있었던 것을, 고엽제후유의증 환자가 사망한 경우라도 유족이 지원을 받을 수 있도록 변경하였다. 그러나 고엽제법 부칙 제2조에서는 위 제7조 제9항을 고엽제법이 시행된 2007. 12. 21. 이후

사망한 고엽제후유의증 환자부터 적용한다고 규정하여 그 적용대상을 한정하였다.

다. 청구인들은 고엽제법 부칙 제2조가 합리적인 이유 없이 고엽제후유의증 환자의 사망 시기에 따라 고엽제법 제7조 제9항의 적용 여부가 결정되도록 정함으로써 그 적용에서 배제된 청구인들의 평등권, 행복추구권을 침해하였다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 부칙조항에 의하여 고엽제법 시행일인 2007. 12. 21.을 기준으로 그 이후 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족은 환자의 사망 이후라도 교육지원과 취업지원을 받을 수 있음에도, 그 이전에 사망한 환자의 유족은 지원을 받을 수 없게 된다. 이는 아무런 합리적 이유 없이 고엽제후유의증 환자의 유족이라는 점에서는 동일한 지위에 있는 개정법률 시행일 이전에 사망한 환자의 유족들을 고엽제법 제7조 제9항의 적용을 받는 고엽제후유의증 환자의 유·가족에 비하여 자의적으로 차별하는 것이다.

(2) 자신의 부모가 국가를 위하여 전투에 나아가 고엽제의 부작용으로 사망하였다면 국가로부터 교육지원과 취업지원 등 도움을 받을 권리가 있을 것임에도 부모의 사망일자가 개정법률의 시행일 이전이라는 이유로 국가의 지원을 받을 수 없도록 규정한 것은 청구인들의 행복추구권을 침해한 것이다.

(3) 고엽제법 시행 전에 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족들에게 교육지원과 취업지원을 하지 않는 것은 헌법 제32조 제6항에 규정된 국가유공자의 유가족에 대한 우선적인 근로의 기회제공의무 규정에 위반된다.

### 나. 국가보훈처장의 의견

(1) 국가는 교육지원과 취업지원제도의 구체적인 내용이나 대상범위, 방법과 기간 등을 설정함에 있어서 광범위한 형성의 자유를 갖는다. 이 사건 부칙조항은 교육지원의 경우 국가와 교육기관의 재정적 부담을, 취업지원의 경

우 취업을 희망하는 취업대기자 및 고용의무를 부담하는 기업체 등의 부담을 고려하여 추가적으로 지원할 고엽제후유의증 환자의 유족의 범위를 정한 것이므로 입법형성권의 범위를 벗어난 것이 아니다. 이 사건 부칙조항에서 정한 기준은, 고엽제후유의증 환자의 사망으로 모든 지원이 종결되는 점을 고려하여 환자의 사망까지는 지원 대상이던 유족들의 기득권을 보호한다는 측면과, 환자의 사망에 따라 생계가 곤란해지는 등 지원할 필요성이 있다는 측면 및 지원대상이 과도하게 발생하는 경우에는 취업지원 대상자 간의 취업경쟁을 유발할 수 있고, 민간기업체의 고용부담이 늘어날 수 있으며, 일반인의 공무담임권도 침해할 수 있다는 점 등을 고려한 것이다. 이러한 점을 종합해 볼 때, 이 사건 부칙조항에서 정한 기준은 합리적인 근거를 가지므로 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

(2) 이 사건 부칙조항은 고엽제후유의증 환자 등에 대한 교육 및 취업지원 대상자의 범위를 한정할 것일 뿐, 청구인들의 자유권을 제한한다든지 인간으로서의 인격이나 본질적 가치를 훼손했다고 볼 수 없으므로 행복추구권을 침해하였다고 할 수 없다.

(3) 헌법 제32조 제6항은 국가유공자 등의 유가족은 법률이 정하는 바에 따라서 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다고 규정하고 있는바, 청구인들의 부친들과 같은 고엽제후유의증 환자는 당시 법률상 국가유공자 등의 범위에 속하지 않았으므로, 위 헌법규정에 따른 취업지원을 받을 권리를 갖는다고 할 수 없다.

### 【결정요지】

1. 종래에는 고엽제후유의증 환자가 생존 중인 경우에만 가족들에게 교육지원과 취업지원을 하다가 2007. 12. 21. 개정된 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 제7조 제9항과 이 사건 부칙조항에서 사망한 고엽제후유의증 환자 중 일부의 유족들도 교육지원과 취업지원을 받을 수 있도록 규정한 것은 제도의 단계적인 개선에 해당한다고 볼 수 있으므로 지원을 받을 유족의 범위를 한정할 것 자체는 평등권 침해의 문제가 되지 않으나, 그 경우에도 수혜자를 한정하는 기준은 합리적인 이유가 있어 그 혜택으로부터 배제

되는 자들의 평등권을 해하지 않는 것이어야 한다. 이 사건 부칙조항이 수혜자 한정 기준으로서 정한 고엽제후유의증 환자의 사망 시기는 고엽제후유의증의 종류에 따라 이환의 시기와 정도 및 질병의 진행속도 등이 다르다는 우연한 사정에 기인하는 결과의 차이일 뿐, 보상여부의 근거가 될 수 있는 희생과 공헌의 정도 또는 유족의 생계곤란의 정도나 지원의 필요성을 판정하는 기준이 된다고 할 수 없으므로 환자의 사망 시기를 기준으로 그 유족이 혜택을 받을 수 있는지 여부를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 청구인들의 평등권을 침해하는 것이다.

2. 이 사건에서 고엽제후유의증 환자가 사망한 경우에도 유족에게 교육지원과 취업지원을 한다는 내용은 개정된 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 제7조 제9항에서 규정한 것이고, 이 사건 부칙조항은 그 수혜자의 범위를 한정하는 내용일 뿐이므로 이 사건 부칙조항에 대하여 단순위헌을 선언한다고 하더라도 기존의 수혜자들에 대한 수혜의 근거가 사라지지 않고, 어떠한 법적 공백이나 혼란을 초래하지 않으며, 달리 헌법불합치결정을 할 특별한 필요성이 인정되지 않는다. 따라서 청구인들의 평등권 침해 상태를 바로 회복시킬 수 있는 단순위헌결정을 한다.

### 재판관 이강국, 재판관 박한철의 주문에 관한 반대의견

이 사건 부칙조항은 (i) 고엽제후유의증 환자의 유족 중 일부에게만 한정하여 교육지원과 취업지원을 하겠다는 입법자의 결단과 (ii) 그 구체적인 방안으로서 2007. 12. 21. 이후 사망환자의 유족에 한하여 지원토록 기준을 정하겠다는 입법자의 결단을 포함하고 있는바, 그 중 후자의 결단부분에만 평등권 침해라는 위헌요소가 존재하므로 전체로서의 입법자의 입법 형성적 결정에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 결합되어 있는 경우에 해당한다. 이 사건에서 단순위헌을 선언하는 경우에는 고엽제후유의증 환자의 유족 전부에게 지원을 하는 결과가 되므로 국가의 충분치 못한 재정형편 등을 고려한 입법자의 정당한 재량권 행사로서 위헌성이 없는 전자의 결단부분도 효력을 상실시키게 된다. 따라서 이 사건 부칙조항에 대하여 헌법불합치선언을 함으

로써 입법자로 하여금 개선입법에 의하여 해당자의 일부만으로 수혜자를 제한한 합헌부분은 유지하되, 위헌적인 기준설정 부분은 합리적 기준을 다시 세워 합헌적인 규정으로 개선할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건의 쟁점

가. 이 사건 부칙조항은 고엽제후유의증 환자가 사망한 경우 유족에게도 국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률에 따른 교육지원 및 취업지원을 하도록 하는 고엽제법 제7조 제9항을 2007. 12. 21. 이후 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족에게만 적용되도록 함으로써 고엽제후유의증 환자의 사망시점을 기준으로 그 유족들을 차별하고 있는바, 이 사건의 주요 쟁점은 이 사건 부칙조항이 2007. 12. 21. 이후 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족과 비교하여 2007. 12. 21. 이전에 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족인 청구인들을 합리적인 이유 없이 차별하는지, 즉 이 사건 부칙조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부이다.

나. 청구인들의 행복추구권 침해 주장에 대하여는, 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 648-649)는 헌법재판소의 선례들을 원용하여, 국가에 대하여 교육지원과 취업지원을 요구하는 것이 자유권의 영역에 속한다고 볼 수 없는 이상, 이를 요구할 권리가 포괄적인 자유권인 행복추구권의 내용에 포함된다고 할 수 없다는 이유로 이를 배척하였다.

다. 청구인들은 국가유공자의 유가족으로서 우선적인 근로의 기회를 제공받을 권리를 침해당하였다는 취지로도 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 「국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.」고 규정하고 있는 헌법 제32조 제6항이 언급하는 근로의 기회제공은 국가유공

자 등에 대한 보훈의 방법을 구체적으로 예시한 것일 뿐이고, 전체로서의 이 규정이 가지는 의미는 국가가 국가유공자 등을 예우할 포괄적인 의무를 지고 있음을 선언하는 것으로 해석하는 전제에서, 구체적인 보훈의 내용은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 하는 입법정책의 문제이므로 국가유공자가 받게 될 보훈은 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-20; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1405 참조)는 종전 선례들의 입장을 전제로 하여 논리를 전개하고 있다.

그리하여 고엽제법에 의한 고엽제후유의증 환자 및 그 유족의 보상수급권도 바로 이러한 경우에 해당된다(헌재 2000. 7. 20. 98헌가4, 판례집 12-2, 1, 12; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406 취지 참조)고 보고 1), 헌법정책적으로 국가유공자에 대한 보호는 바람직하고 또 요청되어야 하겠지만, 이를 국가의 구체적인 의무로, 그리고 국가유공자의 기본권으로 파악할 헌법적 근거는 존재하지 않는다는 전제에서 논의를 전개하고 있다.<sup>2)</sup>

1) 전광석, ‘국가유공자보상에 대한 헌법적 보호의 가능성’([헌법학 연구] 제6권 제4호), 125-126면; 헌법정책적으로 국가유공자에 대한 보호는 바람직하고 또 요청되어야 하겠지만, 이를 국가의 구체적인 의무로, 그리고 국가유공자의 기본권으로 파악하는 헌법적인 근거는 존재하지 않는다고 한다.

헌법재판소 또한 전물군경의 유가족을 제외한 국가유공자의 가족이 헌법적 근거를 지닌 보호대상에서 제외되지만, 입법자는 위 조항 및 헌법 전문에 나타난 대한민국의 건국이념 등을 고려하여 취업보호 대상자를 국가유공자 등의 가족에까지 넓힐 수 있는 입법정책적 재량을 지니나, 이는 어디까지나 법률차원의 입법정책에 해당하며 명시적 헌법적 근거를 갖는 것은 아니다.”라고 하였다(헌재 2006. 6. 23. 2004헌마675 등, 판례집 18-1상, 269, 284 참조).

또한 국가유공자보상이 독자적인 기본권의 성격을 갖는가의 문제와 관련하여, 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리는 사회보장의 권리와 이를 실현하기 위한 국가의 과제를 근거 짓는 헌법적 기능을 수행하나, 사회보장의 목표를 위하여 어떠한 사회적 위험을, 어떠한 제도를 통해서, 그리고 어떠한 내용과 수준의 보호를 할 것인가는 원칙적으로 입법적 형성에 유보되어 있다. 물론 국가는 국가유공자를 보호하는 사회보장제도를 창설하고 이를 통해서 희생으로 상실된 경제적 기초를 적극적인 급여를 통해서 보호하여야 할 정치적 의무를 진다고는 할 수 있으나, 인간다운 생활을 할 권리 자체가 국가유공자에 대한 특별한 보호를 독자적인 기본권으로서 혹은 헌법적인 제도로써 보장하고 있는 것은 아니다. 더구나 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리를 주로 최소한의 물질적인 생활에 필요한 재화를 요구할 권리로 이해하고 있으므로(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 640 참조), 더욱더 인간다운 생활을 할 권리로부터 국가유공자의 희생에 대한 보상청구권이라는 또 하나의 독자적인 권리가 도출된다고 할 수는 없다고 한다.

따라서, 헌법 제32조 제6항에 의하여 우선적인 근로의 기회를 부여받는 대상자는 그 문언을 엄격하게 해석하여 ‘국가유공자’, ‘상이군경’, 그리고 ‘전몰군경의 유가족’이라고 봄이 상당하다(헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1상, 269, 284 참조)고 한 헌법재판소의 선례를 따라, 전몰군경의 유가족을 제외한 국가유공자의 가족은 위 헌법조항에 의한 보호대상에 포함된다 할 수 없다는 이유로, 이 사건 부칙조항이 국가유공자의 유족인 청구인들을 교육지원과 취업지원의 대상에서 배제한 것이 헌법 제32조 제6항을 위반하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

따라서 고엽제법 시행일 이전에 고엽제증후유의증 환자가 사망한 경우 그 유족의 취업지원 및 교육지원에 관한 청구권은 법에 의하여 비로소 인정될 수 있는 권리일 뿐 헌법상의 권리로 보기 어려우므로, 이 사건 부칙조항이 고엽제후유의증 환자가 사망한 경우 그 유족의 취업지원 및 교육지원에 관한 보상수급권을 형성함에 있어 고엽제법 시행일 이전에 이미 사망한 고엽제후유의증 환자 유족들은 보상의 대상에서 배제하고 있다고 하여도, 그것이 바로 헌법 제32조 제6항에 위배된다거나 국가유공자의 보상수급권이라는 헌법적 권리를 제한한다고 할 수는 없을 것이며, 시혜적 법률에 의한 법률상 권리의 형성에 있어서 평등권의 침해여부만이 문제된다고 본 것이다.

## 2. 고엽제후유의증 환자의 가족에 관한 지원규정의 변천

미국에서의 고엽제 관련 소송 내용이 국내에 소개되어 고엽제의 후유증에 관하여 알려지기 시작하자 월남전에 참전하고 전역한 자들과 일부 사회단체가 보상 등을 청원하였고, 이에 따라 1993. 1. 3. 법률 제4547호로 한시법인 고엽제후유의증환자진료등에관한법률이 제정되었다. 위 법률에서는 월남전에 참전하고 전역한 자 중 고엽제로 인한 질병을 얻은 고엽제후유증 환자에 대하여는 국가유공자예우등에관한법률의 전상군경으로, 이미 사망한 환자의 유족에 대하여는 같은 법의 전몰군경의 유족으로 보아 각 보상을 행하기로 하였고, 한편 월남전에 참전하고 전역한 자 중 고엽제로 인하여 발생되었다고 의심되는 질병을 얻은 고엽제후유의증 환자에 대하여는 그 질병에 대한

2) 전광석, 앞의 논문, 127면



진료를 행하도록 규정하였다. 고엽제후유의증 환자와 그 가족에 대하여는 질병에 대한 진료 외에는 아무런 보상이나 지원을 규정하지 아니하였다.

그 후 1995. 12. 30. 법률 제5147호로 위 법률이 개정되어 고엽제후유의증 환자지원등에관한법률로 법률명이 변경되면서, 고엽제후유의증환자에 대하여도 장애등급에 따른 수당을 지급하고(제6조 제7항), 환자 본인과 배우자 및 자녀에 대하여 교육보호 및 취업보호를 하도록 규정하였다(제6조 제9항).<sup>3)</sup> 다만, 교육보호 및 취업보호의 지원은 고엽제후유의증환자가 생존 중인 경우에만 이루어지도록 하였다.<sup>4)</sup>

그러다가 2007. 12. 21. 법률 제8793호로 위 법률이 개정되면서 고엽제후유의증환자가 사망한 후에도 그 자녀 등이 건전한 사회인으로 자립할 수 있도록 지원을 계속한다는 취지에서 ‘고엽제후유의증 환자가 사망한 때에도 교육지원과 취업지원을 한다.’는 내용을 추가하였다(제7조 제9항). 다만, 이 사건 부칙조항을 규정하여 위 개정 법률의 시행일인 2007. 12. 21. 이후에 사망한 환자의 가족은 환자의 사망에도 불구하고 계속 교육지원과 취업지원을 받는 반면, 그 전에 사망한 환자의 가족은 환자가 사망하였을 때 종료되었던 교육지원과 취업지원을 다시 받게 되지는 않는 것으로 정하였다.<sup>5)</sup>

3) 이와 관련된 고엽제후유의증 환자에 대한 지원제도는 우리나라에만 있는 한시적인 제도로 고엽제와 관련이 있는 미국, 호주에도 고엽제후유의증 환자에 대한 지원제도는 존재하지 아니한다. 고엽제 후유의증은 미국 참전 군인들이 고엽제후유증이라고 주장하는 “철킨스 보고서”를 근거로 위 보고서에서 고엽제와 관련하여 발생하였다고 소개된 질병으로서 미국 국립과학원(NAS)등에서 시행한 역학조사상 인과관계가 인정된바 없는 질병을 모두 포괄하게 되었고, 그 외 우리나라에서 이루어진 역학조사에 따라 일부 병명이 추가된 것으로 보인다.

길은영, ‘고엽제후유증환자 지원정책의 형성과정 연구 : 행정부내 입법과정을 중심으로’(이화여대 2002 석사학위논문), 25-27면.

4) 선진국의 사례를 살펴보면 국가유공자에 대한 지원책으로 의무고용정책보다는 국가예산을 통한 보훈정책이 일반적으로 시행되고 있고, 국가유공자 본인에 대한 취업지원이 일반적일 뿐 그 가족이나 본인의 사후 유족에게까지 그러한 혜택을 부여하는 경우는 찾아보기 힘들다. 헌법재판소 결정해설집(2006), ‘국가유공자에우미지원에관한법률 제31조 제1항 등 위헌확인-국가유공자 가산점- 75-77면 참조.

5) 2007. 9. 18. 이시종 의원 등 12인이 발의한 고엽제법개정안의 제안이유는, 고엽제법에 의해 많은 고엽제후유의증환자들이 국가로부터 각종 보훈혜택을 받고 있지만, 고엽제후유의증환자가 사망한 경우에는 그 유족에게 교육지원과 취업지원이 이루어지지 않아 어려움이 있고, 고엽제전우회가 법이외의 단체로 구성되어 회원관리와 운영에 어려움이 있으므로, 고엽제후유의증환자가 사망한 때에도 교육지원

한편, 고엽제후유의증환자의 가족들이 받을 수 있는 교육지원의 내용은 수업료 등의 면제(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제25조), 학자금의 지급(제26조)이고, 취업지원의 내용은 채용시험 시의 가점(제31조), 기능직공무원등 채용(제32조), 취업지원대상자에 대한 기업의 우선고용과 고용명령(제33조의2, 제34조), 직업훈련(제38조), 능력개발 장려금의 지급(제39조) 등이다.

### 3. 평등권의 침해 여부에 대한 판단

#### 가. 차별취급의 존재

이 사건 부칙조항은 고엽제후유의증 환자가 사망한 경우에도 배우자와 자녀에게 교육지원과 취업지원을 하도록 하는 고엽제법 제7조 제9항을 위 법률 시행일인 2007. 12. 21. 이후 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족에게만 적용하도록 함으로써 그 전에 사망한 환자의 유족들과 그 이후 사망한 환자의 유족들을 차별취급하고 있다. 따라서 이러한 차별취급이 2007. 12. 21. 전에 사망한 환자의 유족들의 평등권을 침해하는 것인지 여부가 문제된다.

#### 나. 제도의 단계적 개선의 문제

헌법재판소는 “헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙

---

과 취업지원을 할 수 있도록 하고, 고엽제후유의증환자 상호간의 친목을 도모하고 사회공익에 공헌하기 위하여 고엽제법에 사단법인 대한민국의고엽제전우회의 설립근거를 마련하여 국가 또는 지방자치단체로부터 보조금을 지급받을 수 있도록 하기 위한 것이었다. 2007. 11. 21. 제269회 국회(정기회) 정무위원회 회의록 2-3면 참조

이 실현하고자 하는 가치에도 어긋나기 때문이다.”라고 반복적으로 판시함(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 25; 헌재 2005. 9. 29. 2004헌바53, 판례집 17-2, 174, 185 등 다수)으로써 제도의 단계적 개선의 경우는 평등원칙의 예외가 되는 것으로 인정해 왔다.

이 사건도 앞서 본 바와 같이 애초 고엽제후유의증 환자의 가족에 대하여 아무런 지원을 하지 아니하던 것을, 생존환자의 가족에게만 교육지원, 취업 지원을 실시하도록 개선하고, 다시 생존 중이던 환자가 사망한 경우에도 일부 사망환자의 유족에게도 그와 같은 지원을 확대하기로 한 입법의 변천과정에 비추어 볼 때, 제도의 단계적인 개선에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 경우 수혜자의 수업료 등 교육비를 부담해야 하는 교육기관과 국가의 재정능력, 채용시험 시 가산점을 부여받는 사람들이 늘어남에 따른 일반인의 공무담임권 제약 정도 등을 고려하여 모든 대상자 중 일부로 수혜자를 한정하는 것이 정당화될 수 있다.

그러나 시혜적 법률이 대상 중 일부 집단에게만 시혜를 하는 사안에 있어 상향적 가치의 구현을 위한 제도의 단계적 개선에 해당한다고 본 경우 별도로 수혜집단 선정의 합리성 여부에 대한 심사에 나아가지 아니하고 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 실시한 기존의 선례들과는 달리, 이 사건에서 헌법재판소는, 국가가 모든 대상자 중 일부로 수혜자를 한정하는 경우에 그러한 입법적 형성은 무제한적 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 수는 없는 것이고, 수혜자 한정 기준은 어디까지나 합리적인 이유가 인정되어 그로부터 배제되는 자들의 평등권을 해하지 않는 것이어야 한다고 실시하며 수혜 대상인 일부집단의 선정기준에 대한 심사로 나아갔다.

#### 다. 평등권 침해여부에 관한 심사기준

평등권에 관한 엄격심사기준을 확립한 판례로 평가되는 제대군인지원에 관한 법률 제8조 제1항 등 위헌확인 사건에 대한 결정 이후로 헌법재판소는, 평등권 침해여부를 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 취급으

로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되고, 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것(헌재 1992. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787)이라는 입장을 견지하여 왔다.

이 사건 부칙조항에 의한 2007. 12. 21. 전에 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족과 그 이후 사망한 고엽제후유의증 환자의 유족 사이의 차별은, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 된다고 한 기준에 의한 차별 또는 차별을 금지하고 있는 영역에서의 차별에 해당하지 아니하고, 이러한 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에 해당된다고 할 수도 없다. 또한 제도의 단계적 개선을 추진하는 경우에 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것은 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되는 부분이다.

따라서 이 사건에서 헌법재판소는 입법자의 기준설정에 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하는 완화된 심사기준을 적용하였다.

### 라. 기준설정에 합리적인 이유가 있는지 여부

(1) 이 사건 부칙규정을 둔 이유는, 개정법률 시행 시까지 고엽제후유의증 환자가 생존하고 있어 교육지원과 취업지원을 받고 있던 유족들의 기득권을 보호하고, 환자의 사망에 따라 이들의 생계가 곤란해지는 등 지원할 필요성이 있다는 것과 지원대상이 과도하게 발생하는 경우에는 취업지원 대상자 간의 취업경쟁을 유발할 수 있고, 민간기업체의 고용부담이 늘어날 수 있으며, 일반인의 공무담임권을 침해할 여지가 있고, 국가의 재정 부담이 증가할 수 있다는 것이다.

위 사유들 중 취업지원 대상자 간의 경쟁 유발에 따른 취업대기의 장기화, 민간기업의 고용부담, 일반인의 공무담임권 침해 가능성 및 국가의 재정 부담 증가는 고엽제후유의증 환자의 유족들 중 일부로 수혜자를 한정된 것 자체에 관한 정당화 사유에 해당할 뿐, 2007. 12. 21. 이후 사망한 환자의 가족만으로 한정한다는 이 사건 부칙조항의 기준설정이 정당화되는 이유에 해당한다고 할 수는 없다. 따라서 이 사건 부칙조항과 같은 기준설정의 이유라

고 보이는 기득권 보호와 지원의 필요성이 과연 차별취급의 합리적인 이유에 해당한다고 볼 수 있는지 여부를 살폈다.

(2) 우선 기득권 보호의 문제에 관하여 보았다. 이 사건 부칙조항이 규정된 2007. 12. 21.의 개정법률 전에는 고엽제후유의증 환자의 생존 중에만 가족들에게 교육지원, 취업지원이 행해지는 것으로 규정되어 있었기 때문에 당시 환자의 가족들이 가지고 있던 지원에 관한 권리는 고엽제후유의증 환자의 사망 시를 불확정기한으로 하는 기한부권리였을 뿐이고, 그들의 기대나 신뢰도 그러한 범위 내의 것이었다. 그 후 2007. 12. 21. 개정 법률로 환자의 사망 후에도 지원을 받을 수 있게 된 것은 종래의 권리나 기대 내지 신뢰에 포함되어 있지 아니하던 사항에 관한 새로운 혜택 부여에 해당하므로 이러한 내용까지 종래 개정 전 법률에 따른 환자 가족들의 권리나 기대 내지 신뢰에 포함되어 있었다고 할 수는 없다. 이를 근거로 헌법재판소는 2007. 12. 21. 이후 사망한 환자의 가족들이 그 이전에 사망한 환자의 가족들과 구별되는 어떠한 기득권 또는 기대나 신뢰를 가지고 있다고 할 수 없다고 판단하였다.

(3) 다음으로 지원의 필요성에 관하여 보더라도 고엽제후유의증 환자의 유족의 생계곤란의 정도는 구체적인 경우에 따라 달라질 것이지만, 2007. 12. 21. 이후에 사망한 환자의 유족들의 경우 생계곤란의 정도가 더 심할 것이라는 일반적 판단은 아무런 근거가 없다고 보았다. 오히려 먼저 사망한 환자의 경우에는 나중에 사망한 환자보다 고도의 질환을 가지고 있었을 가능성이 있다는 점을 고려해 보면, 고도의 질환을 가지고 있어 경제활동에 종사하지 못했던 환자의 가족보다 경도의 질환으로 보다 긴 기간 동안 경제활동에 종사하였던 환자의 가족을 더 중하게 보호하는 셈이 될 수도 있는 것이므로, 법 시행일인 2007. 12. 21. 이후에 사망한 환자의 유족들을 지원해야 할 필요성이 그 이전에 사망한 환자의 유족들을 지원할 필요성보다 더 크다고 할 수 없다고 보았다.

고엽제후유의증 환자의 사망시기의 차이는 고엽제후유의증의 종류가 다르고, 그 이환의 시기 및 정도가 다르며, 질병의 진행속도가 다르다는 등의 우연한 사정에 기인하는 결과의 차이일 뿐이지, 이러한 차이로 보상의 근거가

되는 ‘희생과 공헌의 정도’(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제2조) 또는 유족의 생계곤란의 정도나 지원의 필요성이 달라진다고 할 수는 없다고 보았다. 따라서 고엽제후유의증 환자의 사망 시기에 따라 그 유족들에 대한 지원 여부를 달리 하는 것은 아무런 합리적인 이유를 찾을 수 없는 차별 취급에 해당한다고 판단하였다. 게다가 환자가 가지고 있는 질환의 내용과 정도 또는 환자 유족의 생활수준 등 지원의 취지에 맞도록 생계곤란이나 지원의 필요성에 보다 부합하는 기준을 설정하는 것이 불가능하지도 않다는 점에서 더욱 합리성이 없다고 보았다.

(4) 그리하여 이 사건 부칙조항이 차별취급의 기준으로 삼은 환자의 사망 시기는 우연적 사정에 기인한 결과의 차이일 뿐, 차별의 합리적인 이유가 될 수 없다고 보아, 이를 기준으로 하여 청구인들을 차별 취급한 이 사건 부칙조항은 청구인들의 평등권을 침해한다고 판단하였다.

#### 마. 주문의 형태

이 사건에서 고엽제후유의증 환자가 사망한 경우에도 유족에게 교육지원과 취업지원을 한다는 내용은 2007. 12. 21. 개정된 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 제7조 제9항에서 규정하고 있고, 이 사건의 심판대상인 이 사건 부칙조항은 위 제7조 제9항을 2007. 12. 21. 이후 사망한 환자의 유족에게만 적용한다고 규정하여 그 수혜자의 범위를 한정하는 내용일 뿐이다.

그러므로 이 사건에서는 일반적으로 평등권 침해여부가 문제되는 시혜의 근거조항들과는 달리 이 사건 부칙조항에 대하여 단순위헌을 선언한다 하더라도 여전히 위 법률 제7조 제9항이 효력을 갖고 있는 이상 기존의 수혜자들에 대해서까지 수혜의 근거가 사라지는 것이 아니고, 어떠한 법적 공백이나 혼란을 초래하게 된다고 할 수도 없으며, 달리 헌법불합치결정을 할 특별한 필요성이 인정되지 않는다. 따라서 헌법재판소는 이 사건에서 청구인들의 평등권 침해 상태를 바로 회복시킬 수 있는 단순위헌의 주문을 취하는 것이 옳다고 보았다.

그리하여 이 사건에서 헌법재판소는 이 사건 부칙조항이 청구인들의 평등권을 침해한 것으로서 헌법에 위반된다고 선언하였다.

#### 4. 재판관 2인의 헌법불합치의견

재판관 7인의 법정의견에 대하여 재판관 2인은, 이 사건 부칙조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 혼재하므로 단순위헌을 선고하기보다는 헌법불합치를 선언함으로써 입법자로 하여금 이 사건 부칙조항의 위헌적인 차별기준 설정 부분을 합헌적인 규정으로 개선할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 의견을 개진하였다.

위 재판관 2인은 고엽제후유의증 환자 가족들에게 교육지원과 취업지원을 하는 것은 연혁적으로 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선 조치에 해당하므로, 입법자들이 단계적 입법개선 과정에서 먼저 해당자의 일부만으로 수혜범위를 한정하는 것 자체로는 평등권의 침해 문제를 야기하지 않는다고 보았다. 다만 수혜자의 범위를 한정함에 있어 아무런 합리적인 이유를 찾을 수 없는 기준을 설정하였다는 부분이 평등권을 침해한 것으로 판단하였다. 즉, 이 사건 부칙조항은 (i) 고엽제후유의증 환자의 유족 중 일부에게만 한정하여 교육지원과 취업지원을 하겠다는 부분과 (ii) 그 구체적 방안으로서 2007. 12. 21. 이후 사망환자의 유족에 한하여 지원토록 기준을 정하겠다는 부분의 두 가지 입법자의 결단을 포함하고 있는바, 그 중 전자에는 아무런 위헌요소가 없고, 후자에만 평등권 위반이라는 위헌요소가 존재하므로, 전체로서의 입법자의 입법 형성적 결정에 합헌인 부분과 위헌인 부분이 결합되어 있는 경우에 해당한다고 보았다.

이 사건에서 법정의견과 같이 이 사건 부칙조항에 대하여 단순위헌을 선언하는 경우 고엽제후유의증 환자의 사망시점이 2007. 12. 21. 이후인지 여부를 불문하고 그 유족 전부에게 교육지원과 취업지원을 하는 결과가 된다. 그러나 국가가 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진함에 있어 언제, 어디에서, 어떤 계층을 대상으로 하여 제도의 개선을 시작할 것인지는 입법자의 광범한 재량의 영역에 속하므로(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 25), 헌법재판소의 결정에 의하여 입법자의 정당한 재량권 행사에 해당하는 입법 형성적 결정부분 까지도 효력을 상실하게 하는 것은 결코 바람직하지 않다고 보았다. 더욱이 이 사건에서 입법자가 수혜자의 범위를 한정하는 것은 국가의 충분치 못한 재

정형편과, 교육지원 대상자의 수가 급격히 늘어나는 경우 교육기관과 국가의 재정적 부담이 지나치게 커질 수 있다는 점, 취업지원 대상자의 수가 급격히 늘어나는 경우 민간기업체의 고용부담이 증가하고 취업지원 대상자 간의 과도한 경쟁을 유발할 수 있고, 가산점 대상자가 늘어남으로써 일반인의 공무담임권에 대한 제약도 심해질 수 있다는 점 등을 두루 고려한 조치라고 보았다.

그러므로 입법권을 존중하여야 하는 헌법재판소로서는 가능한 한 이 사건 부칙조항 중 위헌부분만을 제거하고, 입법자의 정당한 정책판단에 속하는 합헌부분은 효력을 유지하도록 함으로써 입법자가 자신의 입법형성권에 근거하여 수혜자를 제한하는 여러 기준 중 더욱 합리적이라고 인정되는 기준을 선택하여 스스로 위헌성을 해소할 수 있도록 하는 것이 바람직한데, 이 사건 부칙조항에는 합헌부분과 위헌부분이 서로 뒤섞여 있어 헌법재판소로서는 위헌부분만을 분리하여 그 부분을 한정하여 위헌이라고 선언하는 것이 사실상 불가능하므로 이 사건 부칙조항 전체에 대하여 헌법불합치를 선언하여야 한다는 것을 그 이유로 제시하였다.

## 5. 결정의 의의

이 사건 결정은 평등권 침해여부만이 전적으로 문제된 사안에서 평등권에 대한 위헌심사기준으로 완화된 심사기준을 적용하여 합리성 심사를 하였음에도 불구하고, 심판대상조항이 선택한 차별기준에 합리성이 없다는 이유로 단순 위헌 선언된 이례적인 사례이다. 법적 가치의 상향적 구현을 위해 단계적 제도개선을 시도하여 일부 집단에만 혜택을 주는 시혜적 법률과 같이 차별취급에 있어 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여되는 영역에서도 차별의 기준 자체가 합리성을 상실한 경우에는 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다는 결정으로, 수혜대상 한정 기준의 자의성을 문제 삼아 평등권 침해를 인정한 대표적인 사례가 될 것이다.



## 서울특별시 서울광장 통행저지행위 위헌확인

- 불법·폭력 집회나 시위가 예상된다는 이유로 서울광장을 경찰버스로 둘러싸 통행을 제지한 행위가 과잉금지원칙을 위반한 기본권 침해에 해당하는지 여부 -

(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406, 판례집 23-1하, 457)

이 승 업\*

### 【판시사항】

1. 경찰청장이 2009. 6. 3. 경찰버스들로 서울특별시 서울광장을 둘러싸 통행을 제지한 행위(이하 ‘이 사건 통행저지행위’라 한다)가 청구인들의 거주·이전의 자유를 제한하는지 여부(소극)
2. 이 사건 통행저지행위가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것인지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은, 경찰청장이 2009. 6. 3. 서울광장을 경찰버스들로 둘러싸 청구인들의 서울광장 통행을 제지한 행위가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

1. 경찰청장은 노무현 전 대통령이 서거한 2009. 5. 23.경 고인을 조문하고자 덕수궁 대한문 앞 시민분향소를 찾은 사람들이 그 건너편에 있는 서울광장에서 불법·폭력 집회나 시위를 개최하는 것을 막기 위하여 경찰버스들로 서울광장을 둘러싸 소위 차벽(車壁)을 만드는 방법으로 서울광장에 출입하

---

\* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구원

는 것을 제지하였다.

2. 서울특별시민인 청구인들은 2009. 6. 3. 서울광장을 가로질러 통행하려고 하다가 서울광장을 둘러싼 경찰버스들에 의하여 만들어진 차벽에 의하여 통행하지 못하게 되자 경찰청장의 이와 같은 통행제지행위가 청구인들의 거주·이전의 자유와 공물이용권 및 일반적 행동자유권을 침해한다고 주장하면서 2009. 7. 21. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

### 【결정요지】

1. 거주·이전의 자유는 거주지나 체류지라고 볼 만한 정도로 생활과 밀접한 연관을 갖는 장소를 선택하고 변경하는 행위를 보호하는 기본권인바, 이 사건에서 서울광장이 청구인들의 생활형성의 중심지인 거주지나 체류지에 해당한다고 할 수 없고, 서울광장에 출입하고 통행하는 행위가 그 장소를 중심으로 생활을 형성해 나가는 행위에 속한다고 볼 수도 없으므로 청구인들의 거주·이전의 자유가 제한되었다고 할 수 없다.

2. 이 사건 통행제지행위는 서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지하고 일반시민들의 통행조차 금지하는 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이므로 집회의 조건부 허용이나 개별적 집회의 금지나 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당하는바, 피청구인이 이 사건 통행제지행위를 할 당시에 이러한 위험이 있었다고 할 수 없으므로 이 사건 통행제지행위는 당시 상황에 비추어 필요최소한의 조치였다고 보기 어렵다.

3. 전면적이고 광범위한 집회방지조치를 취할 필요성이 있었다고 하더라도, 서울광장에의 출입을 완전히 통제하는 경우 일반시민들의 통행이나 여가·문화 활동 등의 이용까지 제한되므로 몇 군데라도 통로를 개설하여 통제 하에 출입하게 하거나 대규모의 불법·폭력 집회가 행해질 가능성이 적은 시간대 또는 출근이나 왕래가 많은 오전 시간대에는 일부 통제를 푸는 등 시민들의 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하지 않으면서도 목적을 상당 부분 달성할 수 있는 수단이나 방법을 고려하였어야 함에도 불구하고 모든 시민의 통행을 전면적으로 제지한 것은 침해의 최소성을 충족한다고

할 수 없다.

4. 대규모의 불법·폭력 집회나 시위를 막아 시민들의 생명·신체와 재산을 보호한다는 공익은 중요한 것이지만, 당시의 상황에 비추어 볼 때 이러한 공익의 존재 여부나 그 실현 효과는 다소 가상적이고 추상적인 것이라고 볼 여지도 있고, 비교적 덜 제한적인 수단에 의하여도 상당 부분 달성될 수 있었던 것으로 보여 일반 시민들이 입은 실질적이고 현존하는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어려우므로 법익의 균형성 요건도 충족하였다고 할 수 없다.

### 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견

경찰관직무집행법 제5조 제2항의 ‘소요사태’는 ‘다중이 집합하여 한 지방의 평화 또는 평온을 해할 정도에 이르는 폭행·협박 또는 손괴행위를 하는 사태’를 의미하고, 같은 법 제6조 제1항의 ‘급박성’은 ‘당해행위를 당장 제지하지 아니하면 곧 범죄로 인한 손해가 발생할 상황이라서 그 방법 외에는 결과를 막을 수 없는 절박한 상황일 경우’를 의미하는 것으로 해석되는바, 피청구인이 이 사건 통행저지행위를 할 때 서울광장 주변에 ‘소요사태’가 존재하였거나 범죄발생의 ‘급박성’이 있었다고 인정할 수 없으므로 위 조항들은 이 사건 통행저지행위 발동의 법률적 근거가 되지 못한다.

그리고 경찰의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 규정한 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조는 그 성격과 내용 등에 비추어 볼 때, 이를 ‘일반적 수권조항’이라 하여 국민의 기본권을 구체적으로 제한 또는 박탈하는 행위의 근거조항으로 삼을 수는 없으므로 위 조항 역시 이 사건 통행저지행위 발동의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 통행저지행위는 법률적 근거 없이 행해진 것으로서 법률유보원칙도 위반한 것이다.

### 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견

시의적절하고 효율적인 경찰권 행사를 위한 현실적 필요성이 있다는 점과 경찰권 발동의 근거가 되는 일반조항을 인정하더라도 경찰권 발동에 관한

조리상의 원칙이나 법원의 통제에 의해 그 남용이 억제될 수 있다는 점을 종합해 보면, 경찰 임무의 하나로서 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 규정한 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조는 일반적 수권조항으로서 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 할 것이므로, 위 조항들에 근거한 이 사건 통행제지행위는 법률유보원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.

서울광장에 대규모 군중이 운집할 경우 자칫 불법·폭력 집회나 시위로 나아갈 수 있고, 그 경우 사회에 미치는 혼란과 위험이 상당히 클 것이므로 이와 같은 위험을 사전에 예방하여 시민들의 생명·신체와 재산을 보호하기 위하여 한 이 사건 통행제지행위를 현저히 불합리한 공권력 행사로 보기 어렵다. 나아가 이 사건 통행제지행위는 서울광장이라는 한정된 곳에서 일시적으로 일반이용을 제한한 것에 불과하고, 우회로를 통행하거나 다른 공간에서의 여가활동을 막는 것도 아니었으며, 향후 그 제한의 범위가 확대될 가능성도 없었으므로 이를 과도한 제한이라고 할 수 없으며, 불법·폭력 집회로부터 시민의 생명과 신체, 재산을 보호하려는 공익에 비해 일시적으로 서울광장에서 여가활동이나 통행을 하지 못하는 불편함이 크다고 할 수 없어 법익 균형성도 갖추었다고 할 것이다.

## 【해 설】

### 1. 적법요건

#### 가. 헌법소원의 대상성

이 사건 통행제지행위는 그 성질상 직접 상대방의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 의미하는 행정상의 즉시강제로서 권력적 사실행위에 해당하므로 헌법소원의 대상이 된다. 경찰청장이 이 사건 통행제지행위의 근거법률로 제시하는 경찰관직무집행법 제5조 제2항, 제6조 제1항도 권력적 사실행위에 해당하는 행정상의 즉시강제<sup>1)</sup>에 관한 규정이다. 비록 이 사건 통행제지행위가 위 법률조항의 요건을 충족하

1) 경찰관직무집행법 제6조 제1항의 ‘제지’를 행정상의 즉시강제라고 한 대법원 판례(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결)가 있고, 학설도 이와 같이 인정하고 있다(김동희, 행정법 I, 박영사, 2003, 437쪽).

는 것이라고는 보기 어려우나, 이는 적법한 행위인지 여부에 관한 판단에 영향을 미치게 되는 것일 뿐, 이로써 그 행위의 성격이 달라지는 것은 아니다.

### 나. 기본권침해 가능성

‘노무현 전 대통령 서거 시민추모위원회’가 이 사건 통행제지행위가 있을 무렵인 2009. 5. 27. 서울특별시시장에게 서울광장 사용허가신청을 하였는데, 서울특별시장이 허가 여부를 결정하지 않은 채 사용예정일을 도과시킴으로써 결국 위 추모위원회가 서울광장을 사용하지 못하게 되었는바, 이 사건에서 경찰청장은 청구인들이 서울광장을 사용하지 못하게 된 것은 서울특별시장의 위 행위에 의한 것일 뿐, 이 사건 통행제지행위에 의한 것이 아니라고 주장하였다.

그러나 서울특별시장이 한 위와 같은 실질적인 불허처분은, 위 추모위원회가 추모제를 개최하기 위하여 서울광장을 사용하는 것을 허가하지 않은 것일 뿐, 위 사용신청자와는 별개이며 일반시민인 청구인들이 통행 내지 여가활동 등의 목적으로 서울광장을 이용하고자 하는 것까지 불허한 것이라고는 할 수 없으므로 청구인들이 서울광장을 사용하지 못하게 된 것은 경찰청장의 이 사건 통행제지행위에 의한 것이다.

### 다. 보충성

이 사건 통행제지행위는 직접 상대방의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정상의 즉시강제로서 권력적 사실행위에 해당하므로 행정쟁송의 대상이 된다<sup>2)</sup>. 그러나 청구인들의 통행이 제지된 다음날 경찰청장이 서울광장을 둘러싸고 있던 경찰버스들을 철수시키고 통행제지행위를 중지함에 따라 청구인들이 행정쟁송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 높아 그 절차에 의한 권리구제의 가능성이 거의 없다고 보여지는바, 이러한 경우에도 사전구제절차의 이행을 요구하는 것은 불필요한 우회절차를 강요하는 셈이 되므로, 청구인들이 행정쟁송 절차를 거치지 아니하고 바로 이 사건 심판청구를 제기하였다고 하더라도 이는 보충성의

2) 김동희, 위 책, 439쪽.

예외로서 허용된다고 할 것이다.

### 라. 권리보호의 이익

경찰청장이 이 사건 심판청구가 제기되기 전인 2009. 6. 4.경 서울광장을 에워싸고 있던 경찰버스들을 철수시켜 서울광장 통행제지행위를 중지함에 따라 그 이후에는 청구인들이 더 이상 기본권을 침해받고 있지 아니하므로 이 사건 심판청구가 인용된다고 하더라도 청구인들의 주관적인 권리구제에는 도움이 되지 아니한다.

그러나 헌법소원은 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 가사 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다고 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정하여야 하는 것이다(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257, 판례집 22-1하, 621, 633). 이 사건에서 경찰청장은 이 사건 통행제지행위가 헌법에 위반되지 않는 행위라고 주장하고 있고, 실제로 경찰청장이 2009. 6. 27.경에도 집회가 예상된다는 이유로 다시 서울광장을 경찰버스들로 둘러싸 통행을 제지한 바 있는 점 등을 종합하면, 앞으로도 같은 유형의 행위가 반복될 가능성이 있다고 할 수 있다.

따라서 이 사건 통행제지행위 당시 피청구인이 불법·폭력 집회를 막는다는 이유로 서울광장을 봉쇄하여 일반시민들의 통행을 제지하는 것이 헌법적으로 정당한지 여부는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 헌법적 해명이 긴요한 사항에 해당하고, 따라서 이 사건 심판청구는 심판의 이익이 있다.

## 2. 이 사건 통행제지행위로 제한되는 기본권

### 가. 거주·이전의 자유

#### (1) 헌법재판소 선례

거주·이전의 자유는 국가의 간섭 없이 자유롭게 거주지와 체류지를 정할 수 있는 자유로서 구체적으로는 국내에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 자유, 해외여행 및 해외이주의 자유, 국적변경의 자유, 출국의 자유

및 입국의 자유를 포함하는 개념이다. 이 기본권은 자유로운 생활형성권을 보장함으로써 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성신장을 촉진하게 하는 기능을 한다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 95-96 참조).

## (2) 학자들의 견해

### (가) 통행의 자유를 포함하는 것처럼 보이는 견해

거주·이전의 자유가 집회나 집단적 행동의 자유와 밀접하게 관련되어 있다면, 이동의 자유가 제한되면 사실상 표현의 자유가 제한되는 결과가 초래되기도 하고, 직접 현장에서 하는 의사전달이 억제될 수도 있기 때문이라고 설명하여 이와 같은 일시적 이동의 경우도 이전의 자유에 포함되는 것처럼 설명하는 견해가 있다<sup>3)</sup>.

### (나) 통행의 자유를 포함하지 않는 견해

거주·이전의 자유의 의미에 관하여, 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 체류지와 거주지를 결정할 수 있는 자유로 해석하거나<sup>4)</sup> 국민이 자기가 원하는 곳에 주소나 거소를 설정하고, 또 그것을 이전할 자유 및 일단 정한 주소·거소를 그의 의사에 반하여 옮기지 아니할 자유로 해석하는<sup>5)</sup> 견해에 의하면, 체류나 거주에는 이르지 못한 일시적 이동을 위 자유의 보호영역으로 삼기 어려울 것이다. 보다 명시적으로 ‘이전’이란 자신이 머물고 있는 곳을 옮기는 행위를 의미하므로 거주와 밀접불가분한 관계를 갖는다고 설명하거나<sup>6)</sup> 위 자유의 내용인 ‘체류’는 ‘지나가는 것 이상의 것’으로 하룻밤 정도의 숙박

3) 권영성, 헌법학원론, 2005, 법문사, 461쪽. 계희열 교수도 집회의 자유와 관련하여 유사하게 설명하고 있다(계희열, 헌법학(중), 2004, 박영사, 496-497쪽, 499쪽). 그러나, 계희열 교수는 위 책 중 다른 부분에서는 거주·이전의 자유란 장소변경으로 생활환경을 바꾸는 권리라고 하고, 그 권리의 개념에 포함되는 체류는 장소의 변경과 어느 정도의 시간적 계속성을 요구하여 신체의 자유가 문제되는 짧은 기간의 체류와 구분된다고 설명하고 있어 일시적 이동은 포함하지 않는 것처럼 설명하기도 한다.

4) 허영, 한국헌법론, 2010, 박영사, 468-470쪽.

5) 김철수, 헌법학신론, 2010, 박영사, 622-623쪽.

6) 정중섭, 헌법학원론, 2010, 박영사, 651-654쪽.

을 의미하는 것으로서 잠깐 휴식을 겸한 등산이나 시가지 산책은 위 자유의 내용은 아니라고 해석하는<sup>7)</sup> 견해도 마찬가지로이다.

### (3) 외국의 논의

독일기본법도 제11조<sup>8)</sup>에서 거주·이전의 자유를 규정하고 있는바, 그것이 주거의 변경을 전제로 하지는 아니하나 위 조항에 의한 특별한 보호내용을 활성화시키는 의미를 보이는 경우에만<sup>9)</sup> 위 조항에 의하여 보호되는 장소의 변경이 인정되는 것이고, 모든 이동과정이 위 조항에 의하여 보호받지는 못한다고 해석되고 있다고 한다<sup>10)</sup>.

한편 국제법과 외국의 헌법에서는 일시적 이동의 자유도 포함된다고 해석하는 듯하다<sup>11)</sup>. 그러나, 세계인권선언 제13조에서나 외국의 헌법에서는 movement의 자유로 규정하고 있어 그와 같은 해석이 가능한 것으로 보이나, 그 의미를 우리 헌법상의 '이전'과 동일한 것으로 새기기는 어렵다.

### (4) 검토

거주·이전의 자유가 인정되게 된 역사적 배경과 그 인정 필요성을 고려할 때, 이는 국민이 원활하게 개성신장과 경제활동을 해 나가기 위한 생활의 근거지를 선택하고 변경하는 자유로서 생활형성의 중심지 즉, 거주지나 체류지라고 볼 만한 정도로 생활과 밀접한 연관을 갖는 장소가 아닌 일시적인 이동을 위한 장소의 선택과 변경은 그 보호영역에 포함되는 것은 아니라고 보아야 한다. 굳이 일시적인 이동을 거주·이전의 자유에 포함시키지 아니하더라도 아래에서 보는 바와 같이 다른 기본권으로 보호할 수 있기 때문에 더욱 그러하다.

---

7) 김학성, 헌법학강의, 2001, 성문사, 370쪽.

8) 아래 내용들은 독일기본법 주해서 제1권(II), 2005, 헌법재판소, 536-537쪽.

9) '일상적 생활범위의 변경'이라는 기준을 제시한다.

10) 그러면서, 보호범위를 벗어난 이동의 예로 공원에서 산책하는 행위를 들고 있다.

11) Nihal Jayawickrama, The judicial application of human rights law, 2002, Cambridge, 441쪽, 446-447쪽.



이 사건에서 청구인들에게 서울광장이 생활형성의 중심지에 해당하지 아니하고, 청구인들이 서울광장에 출입하고 통행하는 행위가 그 장소를 중심으로 생활을 형성해 나가는 행위에 속한다고 볼 수도 없으므로 청구인들이 서울광장을 출입하고 통행하는 자유는 헌법상의 거주·이전의 자유의 보호영역에 속한다고 할 수 없다.

## 나. 공물사용권

### (1) 청구인들의 주장

청구인들은 이 사건에서 시민이 공물을 이용할 수 있는 요건을 갖추는 한 공물을 사용·이용하게 해달라고 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리, 즉 공물사용권이 행복추구권에 포함되는 청구권적 기본권이라고 주장하였다.

그러나 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 갖는 것이므로(헌재 2007. 3. 29. 2004헌마207, 판례집 19-1, 276, 286), 청구인들이 주장하는 청구권적 기본권이 행복추구권에서 도출된다고 할 수는 없다.

그러므로 다른 근거에서 이와 같은 권리가 인정될 수 있는지 여부를 살펴 보아야 한다.

### (2) 공물사용권의 인정 여부

#### (가) 공물사용권의 의미

공물은 국가·지방자치단체 등의 행정주체에 의하여 직접 행정목적에 공용된 개개의 유체물을 의미한다<sup>12)</sup>. 공물 중 공공용물은 일반공중의 사용에 제공함을 그 목적으로 하는 것인데 반해, 공용물은 행정주체 자신의 사용에 제공함을 그 본래의 목적으로 하고 부차적으로 그 본래의 목적을 방해하지 않는 한도에서 사용관계가 문제되므로, 공물의 사용관계가 주로 문제되는 것은 서울광장과 같은 공공용물의 경우이다.

12) 김동희, 행정법 II, 2003, 박영사, 231쪽. 위 책에서는 공물은 학문적 개념이므로 의의와 범위에 관하여 견해가 나뉠 수 있어, 공공용물만을 의미하는 것으로 해석하는 견해도 있다고 소개한다.

공공용물의 사용관계는 일반사용<sup>13)</sup>과 특별사용으로 나뉘어지는데, 일반사용은 공물을 그 본래의 공용목적에 따라 타인의 공동이용을 방해하지 않는 한도에서 자유로이 사용하는 것을 의미하고, 특별사용은 일반사용의 범위를 넘어서는 사용을 의미한다<sup>14)</sup>. 이 사건에서 청구인들이 주장하는 서울광장 이용의 목적은 여가 또는 문화활동을 위한 이용이므로 서울광장의 조성목적<sup>15)</sup>에 부합하고, 타인의 공동이용을 방해하지 아니하는 일반사용에 해당한다.

#### (나) 공물의 일반사용권의 주관적 공권성

공물의 일반사용권의 법적 성격에 관하여 ① 행정주체가 공물을 공적 목적에 제공해 준 결과 일반 공중이 반사적 이익으로서 이를 사용할 수 있을 뿐이고, 일반 공중 각 개인에게 공물을 사용할 법적 권리를 부여한 것이 아니라 반사적 이익<sup>16)</sup>, ② 주관적 공권에 속하지는 않지만, 단순히 반사적 이익에 그치는 것도 아닌 법률상 보호되는 이익, 즉 넓은 의미의 공권에 속한다는 보호이익<sup>17)</sup>, ③ 일반 공중 각 개인은, 다른 개인이 공공용물에 대하여 가지는 이익 내지 자유를 침해하지 아니하는 범위 안에서, 행정주체에 대하여 당해 공공용물을 자유로이 사용할 수 있는 공권을 갖는다는 주관적 공권<sup>18)</sup>이 대립하고 있으나, 현재에는 대부분의 학자들이 주관적 공권성을

13) 자유사용, 보통사용이라고도 한다. 김동희 위 책, 253쪽.

14) 허가사용(공공용물의 사용이 일반사용의 통상적 범위를 넘어서 타인의 공동사용에 지장이 있거나 사회공공의 안녕질서에 장해를 미칠 우려가 있는 경우에 이를 일반적으로 제한하고, 특정한 경우에 허가하는 경우를 의미하는데, 가옥신축 중도로의 일부사용 등 일시적 사용에 국한된다), 특허사용(일반인에게는 허용되지 않는 특별한 공물사용의 권리를 특정인에게 설정해 주는 것을 의미하는데, 도로점용권에 기하여 수도관을 매설하는 등 장기적인 사용의 경우가 많다)이 있다. 김동희, 위 책, 256-262쪽.

15) 이 사건에서 피청구인이 답변한 조성목적은 주변 역사·문화공간과의 수평적 연계를 통해 보행하기에 안전하고 편리한 환경을 조성하고, 도심부에서 다양한 문화활동을 지원하는 공간으로 거듭나게 한다는 것이다.

16) 윤세창, 행정법(하), 270-271쪽(김철용, 행정법, 2009, 박영사, 382-383쪽에서 재인용함. 이 견해는 종래의 통설이었으나, 현재의 소수설이라고 한다).

17) 석중현, 일반행정법(하), 2001, 삼영사, 373쪽. 이 견해에서는 김도창 교수의 견해도 이에 속한다고 분류하고 있다.

18) 김철용, 위 책, 383쪽, 김도창, 일반행정법론(하), 1992, 청운사, 421쪽, 박근성, 행정법론(하), 2010, 박영사, 364-365쪽, 박윤훈, 최신행정법강의(하), 2004, 박영사,

인정하고 있다.

(다) 법원의 판례

도로를 산책로 등으로 가끔 이용하였던 사람이 도로의 용도폐지처분을 다룬 사안에서 대법원은 일반적으로 도로란 국가나 지방자치단체가 직접 공중의 통행에 제공하는 것으로서 일반 국민은 이를 자유로이 이용할 수 있는 것이기는 하나, 그렇다고 하여 그 이용관계로부터 당연히 그 도로에 관하여 특정한 권리나 법령에 의하여 보호되는 이익이 개인에게 부여되는 것이라고까지는 말할 수 없으므로, 일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 없다고 판단하였다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누13212 판결<sup>19)</sup>). 주관적 공권성을 인정하는 견해에서도 공용폐지를 다룰 권리까지 있다고 보지는 않으므로 위 판결만으로 법원이 일반사용권의 주관적 공권성을 부인하고 있다고 할 수는 없다.

오히려 공물의 인접주민이 일반사용에 있어 특별한 이해관계를 갖는 고양된 일반사용권을 가질 수 있음을 인정한 판결(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004다68311, 68328 판결)에 관한 대법원판례해설<sup>20)</sup>에서는 정당한 일반사용을 수인할 것과 그 사용을 위법하게 제한·방해하지 않을 것을 구할 수 있

494쪽, 홍정선, 행정법원론(하), 2010, 박영사, 512쪽, 한건우, 현대행정법 II, 2000, 연세대학교출판부, 118-119쪽(실체법적 권리성을 인정하기는 이론적으로나 실정법적으로 어려움이 많으나, 공물의 자유사용자에게 공물에 관한 위법한 행정작용을 행정소송상 다룰 수 있는 이익을 인정한다는 점에서 공권성을 긍정한다고 한다), 김남진, 행정법 II, 2000, 법문사, 377-378쪽(확정적으로 공권에 해당한다는 것이 아니라 관계법규의 강행법규성 여부 및 사익보호성 여부 등에 따라 결정되어야 한다고 설명하고 있으나, 모든 책에서 긍정설로 분류하고 있다), 김동희, 위 책, 255쪽.

19) 다만, 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 할 것이고, 따라서 도로의 용도폐지처분에 관하여 이러한 직접적인 이해관계를 가지는 사람이 그와 같은 이익을 현실적으로 침해당한 경우에는 그 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보아야 할 것이라고 하였으나, 그와 같은 이익을 갖는 것은 ‘고양된 일반사용권’ 등이 인정되는 경우이고, 이 사건의 청구인들과 같이 단순한 일반사용권에 관한 내용은 아니라고 생각된다.

20) 조규현, 공물의 인접주민이 공물에 대하여 가지는 고양된 일반사용권, 대법원판례해설 63호(2006 하반기)

는 자유권이 인정된다는 취지로 설명하고 있어 향후 일반적 공물사용권이 문제되는 사건이 있는 경우에는 그 주관적 공권성을 인정하는 판결이 날 가능성이 높아 보인다.

### (3) 기본권성

#### (가) 권리의 의미와 그 근거

주관적 공권성을 인정하는 경우에도 그 권리의 내용은 공물의 사용청구권이라는 적극적 권리를 의미하는 것이 아니라, 당해 공물에서 자기의 일상생활상 필요한 행동을 자유롭게 행할 수 있는 사용의 자유권<sup>21)</sup>과 사용의 자유가 침해된 경우의 구제청구권이라는 소극적·방어적 권리를 의미하게 된다<sup>22)</sup>. 이러한 권리의 근거에 관하여는 ① 헌법이 제35조에서 환경권을 기본권의 하나로 제도화하고 있는 점에서 구하는 견해<sup>23)</sup>, ② 관계법규의 해석에서 구하여야 한다는 견해<sup>24)</sup>, ③ 행복추구권과 신체의 자유(행동의 자유) 등에 근거한다는 견해<sup>25)</sup>로 나뉘어져 ②의 견해를 제외하고는 헌법상의 기본권에서 그 근거를 찾고 있는바, 이와 같이 일반적 공물사용권을 기본권의 하나로 볼 수 있는지 살펴본다.

#### (나) 환경권의 내용인지 여부

환경권은 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루는 권리로서 그 보호대상인 환경에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 포함되고<sup>26)</sup>, 그 내용으로는 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는

---

21) 박윤혼, 위 책, 494-495쪽.

22) 김철용, 위 책, 383쪽. 박균성, 위 책, 365쪽, 김동희, 255-256쪽, 그러면서, 행정주체가 자유사용권을 침해하는 경우 일반 공중 각 개인은 그 침해에 대한 배제청구권이나 손해배상청구권을 가지나, 행정주체가 공공용물을 폐지하거나 구조변경 등을 행한 경우에는 특수한 경우를 제외하고는 행정주체에게 그 시정을 구할 수 없다고 한다.

23) 김도창, 위 책, 421쪽.

24) 박윤혼, 위 책, 494쪽, 김남진, 위 책, 377-378쪽, 김동희, 위 책, 255쪽.

25) 홍정선, 위 책, 512쪽.

26) 자연환경은 지하·지표 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태를 의미하고, 생활환경은 대기, 물, 폐기물, 소음·진동,

자유를 침해당하지 않을 권리와 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정된다(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345쪽, 357-358쪽 참조).

헌법재판소의 위 선례는 환경의 의미를 생명·신체와 관련성이 있는 자연환경과 생활환경으로 파악하고 있는 것으로 보이는바, 이와 같은 해석에 의하면, 생명·신체의 안전에 직접적 영향을 미치지 아니할 뿐만 아니라, 건강하고 쾌적한 삶을 누리게 하기 위한 환경정책기본법상의 환경개념<sup>27)</sup>에 속하지 아니하는<sup>28)</sup> 광장 등<sup>29)</sup>의 공물에 관한 일반이용권이 환경권의 내용에 포함될 여지는 없는 것으로 보인다.

다만, 일부 견해는 환경권을 넓은 의미로 해석하여 도로·공원·교육 등 사회적 환경을 포함한 좋은 환경 속에서 살 권리로 해석하고, 그러한 환경의 침해를 하지 말라고 요구할 권리와 환경을 개선·보호해 달라고 요구할 권리가 있다고 설명하고 있는바<sup>30)</sup>, 이 견해에 따르면, 사회적 환경에 속하는 광장의 이용을 막지말라고 요구할 권리가 사회권의 내용으로 인정될 여지가 있다. 그러나, 연혁상 환경권이 현대 산업화의 진행에 따른 자연의 훼손, 공해 및 환경오염, 생활환경의 악화 문제 등이 대두함에 따라 헌법규정에 포함되게 된 점, 독일 등 외국의 입헌례에서도 환경보호의무위주로 규정하고 있

---

악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 의미한다(환경정책기본법 제3조 제2호, 제3호).

27) 환경정책기본법에서는 환경을 자연환경과 생활환경이라고 정의하고 있다(제3조 제1호).

28) ‘도시공원 및 녹지 등에 관한 법률’에서 광장을 도시공원에 포함하고 있는 것이 아니냐는 의견도 있을 수 있고, 만약 위 의견대로 광장이 도시공원에 포함된다면, 위 법률의 목적 중에 쾌적한 도시환경을 형성하는 것이 포함되어 있으므로(제1조) 환경권의 내용에서 쉽게 배제하기 어려울 수 있다. 그러나, 위 법률에서 ‘공원 시설’ 중에 광장을 포함하고 있는 것은(제2조 제4호 제가목) 공원 중에 있는 광장만을 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이므로(그와 같이 해석하지 않는다면, 광장과 함께 규정된 도로의 경우 모든 도로가 공원에 속한다는 이상한 결론에 이르게 된다) 위 법률만을 근거로 광장이 환경권의 보호영역에 속한다고 할 수는 없다.

29) 자연환경과 생활환경의 개념에 포함되지 아니하니, 굳이 환경의 개념에 포함시킨다면 아래에서 말하는 사회적 환경에 속한다고 할 것이다.

30) 김철수, 위 책, 983-984쪽.

는 점, 환경권 규정 바로 다음에 환경보전을 위한 노력의무를 규정하고 있는데(헌법 제35조 제1항 후단) 양 규정에서 환경의 의미를 달리 파악하는 것은 적절하지 아니하므로 보전을 위한 노력의 대상이 되는 환경과 동일한 의미로 파악한다면, 사회적 환경까지 포함하는 것으로 보기는 어렵다는 점<sup>31)</sup> 등을 종합할 때, 환경의 의미를 헌법재판소의 선례와 같이 파악하여 공물이 용권은 환경권의 내용에 포함되지 않는다고 보는 것이 옳다.

(다) 헌법에 열거되지 아니한 기본권인지 여부

헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 한다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769쪽, 775쪽).

대부분의 학설에 의하더라도 공공용물 일반사용의 범위와 방법은 법령 또는 공물관리자에 의하여 비로소 정해지는 것이고<sup>32)</sup>, 그와 같은 정함이 없더라도 다른 개인의 일반사용 뿐만 아니라 국가 또는 지방자치단체 등의 공공 목적을 위한 개발 또는 관리·보존행위를 방해하지 않는 범위 내에서만 허용되는 것이어서(대법원 2002. 2. 26. 선고 99다35300 판결) 그 권리내용이 처음부터 명확하다고 할 수 없다. 그리고 공물사용권에 속하는 각종 요구들의 대부분은 아래에서 보는 바와 같은 일반적 행동자유권 등 다른 기본권에 의하여 보호될 수 있을 것으로 보이고, 이를 넘어서는 부분을 반드시 헌법상의 기본권과 같이 보호할 필요가 있다고 인정하기 어려우므로 그 기본권 인정 필요성도 쉽사리 긍정할 수 없다.

31) 허영 교수도 명시적으로 언급하지는 아니하나, 환경권의 특성 부분의 내용을 보면 환경권에 사회적 환경을 포함하는 것으로 보이지는 아니하고(허영, 위 책, 456-457쪽), 정종섭 교수도 환경을 자연환경으로만 파악하고 있다(정종섭, 위 책, 845쪽, 그러나, 실제 내용은 문화적, 사회적 환경을 포함하지 않는다는 것이어서 생활환경은 포함하는 헌법재판소의 판시와 같은 취지인 것으로 보인다).

32) 이철용, 위 책, 385쪽, 박윤훈, 위 책, 496-497쪽, 홍정선, 위 책, 512-513쪽(홍정선 교수는 기본권에서 근거를 찾으면서도 그 범위는 공물의 관리규칙에 의하여 규정되고, 경찰권이나 개발사업 등으로 제한을 할 수도 있음을 인정하고 있다), 한견우, 위 책, 121쪽.

#### (4) 소결

이 사건에서 청구인들이 주장하는 바와 같이 시민이 공물을 이용할 수 있는 요건을 갖추는 한 공물을 사용하게 해달라고 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리로서의 공물사용권은 헌법상의 기본권이라고 인정하기 어렵다.

#### 다. 일반적 행동자유권

헌법 제10조 전문의 행복추구권에는 그 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권이 포함되는바, 이는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유도 포함되는 권리로서, 포괄적인 의미의 자유권이라는 성격을 갖는다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 199 참조).

일반 공중의 사용에 제공된 공공용물을 그 제공 목적대로 이용하는 것은 일반사용 내지 보통사용에 해당하는 것으로 따로 행정주체의 허가를 받을 필요가 없는 행위이고, 구 ‘서울특별시 서울광장의 사용 및 관리에 관한 조례’도 사용허가를 받아야 하는 광장의 사용은 불특정 다수 시민의 자유로운 광장 이용을 제한하는 경우로 정하여(위 조례 제2조 제1호) 개별적으로 서울광장을 통행하거나 서울광장에서 여가활동이나 문화활동을 하는 것은 아무런 제한 없이 허용하고 있다. 이처럼 일반 공중에게 개방된 장소인 서울광장을 개별적으로 통행하거나 서울광장에서 여가활동이나 문화활동을 하는 것은 일반적 행동자유권의 내용으로 보장됨에도 불구하고, 경찰청장이 이 사건 통행저지행위에 의하여 청구인들이 이와 같은 행위를 할 수 없게 하였으므로 일반적 행동자유권의 침해 여부가 문제된다.

### 3. 과잉금지원칙을 위반한 기본권 침해인지 여부

#### 가. 이 사건 통행저지행위의 성격

##### (1) 당시의 상황

노무현 전 대통령이 2009. 5. 23. 서거하자 서울광장 건너편에 있는 덕수궁 대한문 앞에 시민분향소가 설치되었고, 많은 사람들이 위 분향소를 찾아

조문하거나 그 부근에 모여 함께 고인을 추모하기도 하였으며, 그 중에는 노무현 전 대통령의 서거가 그 즈음 진행되던 고인에 대한 검찰수사에서 비롯되었다고 생각하는 사람도 있었기 때문에 주변의 통행을 통제하는 경찰과 충돌을 일으키는 경우도 있었다. 그러자 경찰청장은 노무현 전 대통령의 서거 직후 경찰버스들로 서울광장을 둘러싸 시민들이 서울광장을 통행하지 못하도록 한 이래 2009. 5. 29. 하루 동안 고인에 대한 국민장 노제가 열릴 수 있도록 경찰버스들을 철수하여 서울광장에의 출입을 허용한 외에는 2009. 6. 4. 오전 이 사건 통행제지행위를 중지할 때까지 시민들이 서울광장에 출입하거나 통행하는 것 일체를 제지하였다.

## (2) 이 사건 통행제지행위의 성격

경찰청장이 이 사건 통행제지행위를 한 목적은 시민들의 일반적 행동자유권을 제한하기 위한 것이 아니라, 서울광장에서 발생할 수 있는 집회와 시위를 막고자 하는 목적에서 한 것이다. 그러므로 과잉금지원칙의 위반 여부를 심사함에 있어 목적의 정당성, 수단의 적절성 등 행위 자체에 관하여 평가할 부분에서는 불법·폭력 집회나 시위를 막으려는 이 사건 통행제지행위의 목적이 정당한지 여부와 그 유효성에 관하여 검토하고, 최소침해성, 법익의 균형성 등 행위의 결과에 관하여 평가할 부분에서는 경찰청장이 예견할 수 있었던 청구인과 같은 일반인들의 일반적 행동자유권의 제한내용에 관하여 검토하여야 한다.

## 나. 과잉금지원칙의 위반 여부

### (1) 목적의 정당성과 수단의 적절성

경찰청장이 처음 서울광장에서의 통행을 막은 2009. 5. 23.경 노무현 전 대통령을 추모하기 위하여 대한문 앞 시민분향소 주변에 모여 있던 많은 사람들이 서울광장에서 추모 또는 향의 목적의 집회나 시위를 개최할 가능성이 적지 않았다. 그러한 사정만으로 경찰청장이 집회와 시위의 원천적 봉쇄를 위한 행위를 할 수 있는지는 문제될 수 있으나, 경찰청장이 대규모의 불법·폭력적인 집회나 시위가 개최될 가능성이 다분하다고 판단하여 시민들



의 생명·신체와 재산을 보호하려는 목적에서 서울광장에서의 통행을 막는 조치를 취하였다면, 그 판단의 당부를 차치하고라도 이 사건 통행저지행위를 한 목적의 정당성 자체는 부인할 수 없다.

그리고 이 사건 통행저지행위는 그와 같은 불법·폭력적인 집회의 방지라고 하는 목적을 달성하기 위한 유효한 방법이 될 수 있을 것이므로 그 범위 내에서 수단의 적절성도 인정된다.

## (2) 최소 침해성

### (가) 원칙적으로 일체의 집회를 금지하는 조치의 가부

불법·폭력 집회나 시위가 개최될 가능성이 있다고 하더라도 이를 방지하기 위한 조치는 개별적·구체적인 상황에 따라 경찰 목적을 달성하기 위한 필요최소한의 범위에서 행해져야 하는 것이다. 즉, 민주주의 국가에서 표현의 자유가 가지고 있는 헌법적 중요성을 고려하면, 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건을 붙여 집회를 허용하는 조치 등을 고려해야 할 것이고, 이러한 조치로써는 공익목적은 달성할 수 없다고 인정되는 경우에만 비로소 집회의 금지와 해산을 고려할 수 있을 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등, 판례집 15-2하, 41, 56 참조).

그런데 이 사건 통행저지행위는 헌법재판소의 위 선례와는 달리 개별적인 집회를 금지하는 것을 넘어서서 서울광장에서 개최될 여지가 있는 일체의 집회를 금지할 뿐만 아니라 더 나아가서 일반시민들인 청구인들의 서울광장에서의 통행조차 금지한 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이다. 그러므로 이러한 조치는 개별적인 집회에 관한 조건부 허용이나 금지 또는 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당한다고 보아야 한다.

이 사건 통행저지행위 이전부터 서울광장 주변에 노무현 전 대통령을 추모하는 사람들이 상당히 많이 모여 있었으나, 그러한 사정만으로 그들이 개별 집회의 조건부 허용이나 개별적인 금지로는 통제될 수 없을 정도로 불법·폭력적인 집회나 시위를 할 것이라고 단정하기는 어렵다. 또한 대학생 등 일부 시민들이 2009. 5. 30. 오후에 서울광장 인근 도로를 점거하고 각목 등으로

서울광장을 둘러싸고 있던 경찰버스를 내려치거나 돌을 던지고 경찰버스 안으로 난입해 경찰관들을 폭행하는 등의 불법적인 폭력행위를 저지른 바가 있다고 하더라도 그 이후로는 불법·폭력적 집회나 시위로 볼 수 있을 정도의 충돌이 없었던 이상, 폭력행위 발생일로부터 4일이 지난 후로서 청구인들이 서울광장을 통행하고자 한 2009. 6. 3.까지 이 사건 통행제지행위를 그대로 유지해야 할 정도로 급박하고 명백한 불법·폭력 집회나 시위의 위험성이 남아 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 통행제지행위와 같은 포괄적이며 전면적인 통제는 당시 상황에 비추어 필요한 최소한의 조치였다고 보기 어렵다.

#### (나) 대체수단의 고려

당시 서울광장에서 공공의 안녕 질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 집회·시위가 발생할 위험이 급박하고 중대하여 이 사건 통행제지행위처럼 전면적이고 광범위한 집회방지조치를 취할 필요성이 있었다고 하더라도, 경찰청장으로서 서울광장에의 출입을 완전히 통제하는 경우 불법·폭력 집회에 참여할 의사를 가지고 있지 아니한 일반시민들의 통행이나 여가·문화 활동 등의 이용까지 제한될 수 있다는 점을 충분히 예측할 수 있었을 것이므로 다음과 같이 과도한 제한을 초래하지 않는 수단이나 방법을 고려하였어야 할 것이다.

우선 장소적 측면에서 서울광장은 서울시청 앞에 있는 서울의 중심부로서 주변에 다수의 회사 등이 밀집해 있어 평소 통행인파가 많고, 점심시간 등 휴식시간에는 많은 시민들이 휴식을 위하여 방문하는 곳임을 고려하였어야 한다. 그러므로 이 사건 통행제지행위와 같이 서울광장 주변을 경찰버스로 완전히 둘러싸 차벽을 만드는 대신에 몇 군데라도 통로를 개설하고 경찰이 그 출입을 통제함으로써 대규모의 집회를 막으면서도 시민들의 개별적인 통행이나 여가활동은 가능하게 하였어야 한다.

또한 시간적·상황적 측면에서도, 심야나 오전 시간대에는 집회나 시위를 개최할 가능성은 적은 반면에, 심야에도 보행자들로 하여금 광장 주변을 우회하게 하는 경우에는 그 안전에 더 큰 위협을 초래할 수 있고, 서울광장 인근 직장에 출근하는 오전 시간대에는 이를 우회함에 따른 보행자들의 불편

이 가중된다는 것을 누구든 쉽게 예상할 수 있었다. 그러므로 적어도 대규모의 불법·폭력 집회가 행해질 가능성이 적은 시간대라든지 서울광장 인근에의 왕래가 많은 오전 시간대에는 일부 통제를 풀어 보행자들의 통행을 허용하였어야 한다.

이와 같은 덜 침해적인 수단이 존재하고 이러한 수단을 채택하더라도 공공의 안녕과 질서유지의 목적을 상당 부분 달성할 수 있었을 것임에도 불구하고, 피청구인이 그러한 고려 없이 이 사건 통행제지행위로 모든 시민의 통행을 전면적으로 제지한 것은 침해의 최소성이라는 요구를 충족하였다고 할 수 없다.

### (3) 법익의 균형성

이 사건 통행제지행위로써 대규모의 불법·폭력 집회나 시위를 막아 시민들의 생명·신체와 재산을 보호한다는 공익은 물론 중요한 것이지만, 앞서 본 바와 같은 이 사건 통행제지행위 당시의 서울광장 부근의 상황에 비추어 볼 때 이러한 공익의 존재 여부나 그 실현 효과는 다소 가상적이고 추상적인 것으로 볼 수 있는 여지도 있을 뿐만 아니라, 그러한 공익목적은 앞서 본 바와 같이 비교적 덜 제한적인 수단에 의하여도 상당 부분 달성될 수 있었던 것으로 보인다. 따라서 이 사건 통행제지행위로 얻어질 공익의 정도가, 청구인들과 같은 일반 시민들이 서울광장을 가로질러 통행하지 못하고 서울광장 내에서 여가 및 문화활동을 할 수 없음으로써 입게 되는 실질적이고 현존하는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어려우므로 이 사건 통행제지행위는 법익의 균형성 요건을 충족하였다고 할 수도 없다.

### (4) 소결

그렇다면, 이 사건 통행제지행위는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해하였다고 할 것이므로 이를 취소하여야 하나, 이 사건 통행제지행위가 이미 종료되어 그로 인한 기본권침해상태가 더 이상 존재하지 아니하므로 이를 취소하는 대신 위헌임을 확인하는 선언을 한다.

#### 4. 재판관 김종대, 재판관 송두환의 보충의견

##### 가. 법률유보원칙

법률유보원칙이란 ‘국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있으나, 그 경우에도 반드시 법률로써만 제한할 수 있다’는 헌법상의 원칙이다(헌법 제37조 제2항). 이 사건의 경우 경찰청장의 이 사건 통행제지행위가 법률적 근거를 갖지 못하는 것이라면, 과잉금지원칙의 위반 여부를 판단함에 앞서 법률유보원칙 위반으로 위헌이라고 판단하여야 한다.

이 사건에서 경찰청장이 법률적 근거로 주장한 것은 경찰관직무집행법 제5조 제2항, 제6조 제1항이었다.

##### 나. 경찰관직무집행법 제5조 제2항, 제6조 제1항의 법률적 근거 가부

###### (1) 경찰관직무집행법 제5조 제2항<sup>33)</sup>

(가) 위 법률조항은 행정상 즉시강제의 특별수권조항에 해당하되, 행정상 즉시강제는 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 기본권을 보장하고 있는 헌법의 취지와 조화를 이루기 위하여는 그 발동의 요건을 엄격하게 해석하여야 한다.

###### (나) 상황적 요건 : 소요사태의 존재

위 법률조항에서 접근 내지 통행의 제한·금지의 요건으로 “소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때”라고 규정하고 있으므로 위와 같은 조치는 이미 소요사태가 존재하고 있음을 전제로 한다. 소요죄를 규정한 형법 제115조는 소요를 ‘다중이 집합하여 폭행·협박 또는 손괴의 행위를’ 하는 경우로 규정하고 있고, 대법원 판례나 학자들은 이에 덧붙여 그 폭행·협박·손괴가 한 지방의 평화 또는 평온을 해할 정도에 이

33) “경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가 중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.”

르거나<sup>34)</sup> 공공의 안전을 위협하게 할 수 있을 정도에 이르러야<sup>35)</sup> 한다고 해석하고 있다.

이 사건의 경우 노무현 전 대통령 서거 직후인 2009. 5. 23. 즈음부터 서울광장 주변에서 일부 시민들과 경찰 간에 산발적 충돌이 없지 아니하였고, 2009. 5. 30.경에는 서울광장에서 범국민대회를 개최하려는 시위대의 서울광장 인근 도로 점거 및 경찰버스 손괴 등 경찰과의 충돌이 있었다는 사실은 인정할 수 있으나, 이러한 충돌이 한 지방의 평화나 평온을 해할 우려가 있는 정도에 이르렀던 것이라고는 볼 수 없다. 그리고 적어도 청구인들에 대한 피청구인의 이 사건 통행저지행위가 있었던 2009. 6. 3. 당시에는 시위대와 경찰 간에 아무런 충돌도 존재하지 않았다.

그러므로 이 사건 통행저지행위 당시에 서울광장 인근에 소요사태가 존재하였다고 인정할 수 없다.

(다) 범위 요건 : 경찰관서·무기고 등 국가중요시설

위 법률조항은 국가중요시설의 예시로서 경찰관서·무기고 등을 들고 있다. 국가중요시설에 해당하는지 여부는 관련 국가기관에서 설정하는 바에 의할 것이나, 그 범위가 과도하거나 광범위하게 설정되어서는 아니된다는 견해<sup>36)</sup>가 있는바, 이에 따르더라도 서울광장이 위 법률조항의 국가중요시설에 포함한다고 보기는 어렵다. 그러므로 이 사건 통행저지행위 당시 앞에서 본 상황적 요건이 충족되었다고 하더라도 서울광장에 접근 또는 통행을 막을 수는 없다고 할 것이다.

34) 대학생들이 범민족대회 참가를 봉쇄하려는 경찰의 저지선을 뚫기 위하여 화염병을 투척하였더라도 경찰에게만 투척하였을 뿐, 인근의 다른 상가나 행인에 대하여는 아무런 폭행이나 협박 또는 손괴를 하지 아니하였고, 시위장소도 일부 도로로 한정되었을 뿐, 다른 지역으로 확산되지 아니하였다면, 그와 같은 대학생들의 폭력사태는 발생경위와 장소 및 당시에 있어서의 폭력행사의 정도 등에 비추어 한 지방의 평화 내지 평온을 해할 정도의 소요 기타 유사한 상태에 해당하는 것으로 보기 어려워 화재보험약관에서 면책사유로 규정한 '소요'에 해당하지 아니한다는 대법원 판례(대법원 1994. 11. 22. 선고 93다55975 판결)가 있다.

35) 이재상, 형법각론, 박영사, 2009, 494쪽.

36) 홍정선, 경찰행정법, 박영사, 2007, 250쪽.

(2) 경찰관직무집행법 제6조 제1항<sup>37)</sup>

(가) 위 법 제3조에서 규정하는 불심검문, 임의동행 등이 범죄의 발생을 미연에 방지하려는 간접적이고 일반적인 조치라면, 제6조 제1항의 조치는 바로 범죄가 행하여지려고 하는 절박한 사태에 직면하여 직접적으로 범죄를 제지하는 조치이다<sup>38)</sup>.

(나) 긴급성 요건

폭력 집회나 시위라는 범죄행위의 실현이 급박한 상황이었을 경우에만 긴급성 요건이 충족된다고 볼 수 있을 것이다. 그 요건 해당성의 판단방법에 관하여 사회평균인이라면 그렇게 판단했을 것이라고 생각되는 객관적인 것이어야 하나, 반드시 객관적 사실과 정확하게 합치할 필요는 없다는 견해<sup>39)</sup>도 있으나, 대법원 판결은, 이와 같은 행정상 즉시강제는 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그래야만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다고(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결)고 판시하여 엄격한 해석을 요구하고 있다. 엄격한 해석방법에 따른 급박성 요건은 다른 수단에 의하여 예방이 가능하지 않은 정도를 의미하는 것으로서 경고 등의 다른 수단은 이미 때가 늦어 곧 제지하지 않으면 범죄가 곧 발생할 수 있는 경우에 한하여 허용되고, 긴급한 사태가 사라진 때에는 빨리 그 실력의 행사를 중지하여야 한다는 의미<sup>40)</sup>로 해석될 수 있겠다.

37) “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”

38) 박이규, 집회·시위 원천봉쇄와 공무집행방해죄, 대법원판례해설 78호(2008 하반기), 685쪽.

39) 허은도, ‘경찰관직무집행법에 관한 연구’, 창신사(1995), 141쪽. (박이규, 위 논문, 688쪽에서 재인용)

40) 박이규, 위 논문, 687-688쪽.

이 사건 통행저지행위 당시 노무현 전 대통령을 추모하는 사람들이 서울광장 주변에 모여 있었고, 그 무렵 시위대와 경찰 간의 충돌이 발생하였던 적이 있다는 사정은 위에서 본 바와 같으나, 그러한 사정만으로 그로부터 4일 가량 경과한 후로서 청구인들이 서울광장을 통행하고자 하였던 날까지 긴급성 요건이 충족된다고 인정할 수는 없다.

## 다. 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조의 법률적 근거 가부

### (1) 위 법률조항들의 내용

경찰법 제3조(국가경찰의 임무)는 “국가경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다”는 내용이고, 경찰관직무집행법 제2조(직무의 범위)는 “경찰관은 다음 각 호의 직무를 행한다. 1. 범죄의 예방·진압 및 수사 …… 4. 교통의 단속과 위해의 방지 5. 기타 공공의 안녕과 질서유지”라는 내용이다.

위 법률조항들이 이 사건 통행저지행위의 법률적 근거가 될 수 있는지의 문제는, 위 조항들이 경찰권 발동의 근거가 된다는 이른바 일반적 수권조항 인정론을 받아들일 것인지 여부의 문제가 된다.

### (2) 일반적 수권조항에 관한 논의

#### (가) 유래

1794년 프로이센 일반국법 제17장 제2부 제10조에서는 ‘위험방지를 위하여 필요한 조치를 취하는 것이 경찰의 직무’라고 규정하였는데 크로이쯔베르크 판결에서 위 규정이 단순한 임무규정에 그치는 것이 아니라 경찰권의 행사에 관한 근거조항이라고 해석하였다. 그 후 1931년의 프로이센 경찰행정법 제14조는 ‘위험으로부터 공중이나 개인을 보호하기 위하여 성실한 재량에 따라 필요한 조치를 취하여야 한다’라고 규정하여 경찰권 행사에 관한 일반적 수권조항을 성문화하였고<sup>41)</sup>, 1954년 이후 거의 모든 주가 일반적 수권조항을 채택하였으며, 이러한 규정은 기본법 아래에서도 합헌적인 관습법으로

41) 김재호, 경찰권의 근거, 저스티스 32권 제2호, 15-16쪽.

서의 효력이 인정되고 있다<sup>42)</sup>. 독일의 위와 같은 일반적 수권조항의 규정은 공공의 안녕과 질서유지에 대한 위협방지라는 특수한 경찰임무 즉 그의 성질상 요건과 효과를 구체적으로 정하기가 곤란한 경찰임무의 수행을 위하여는 필요하다는 논리에 의한 것이다<sup>43)</sup>. 그러나 한편, 일본의 경찰관직무집행법은 우리나라와 마찬가지로 개별적 직무수행 요건에 관하여만 규정하고 있고, 미국의 통일체포법(Uniform Arrest Act)이나 모범법전(A Model Code of Pre-Arrestment Procedure)에서도 무기의 수색과 체포에 관한 상세한 규정을 두고 있을 뿐 일반적인 수권을 하고 있지는 않다<sup>44)</sup>.

#### (나) 우리나라의 학설

##### 1) 부정설

우리 헌법은 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우 반드시 법률에 근거하도록 하였는바, 여기에서의 법률은 조직법적 근거 또는 목적조항만이 아니고, 개별적인 작용법적 근거를 요구하는 것이다. 경찰법 제3조나 경찰관직무집행법 제2조는 조직법적 근거나 임무규정에 해당할 뿐이고, 작용의 근거규정에 해당한다고 할 수는 없는 것이므로 그것을 일반적 수권조항으로 해석할 수는 없다<sup>45)</sup>. 위에서 본 바와 같이 독일의 예전 판례에서는 임무규정에서 일반적 수권조항을 도출한 예가 있으나, 당시의 독일과는 달리 법치행정의 원리가 확립되어 있는 오늘날에는 그러한 입론이 받아들여질 상황이 아니다<sup>46)</sup>.

##### 2) 긍정설

사회사정과 관념이 부단히 변화함에 따라 경찰권발동의 요건이나 효과를 상세히 정한다는 것이 기술적으로 불가능하기 때문에 일반적 수권조항이 필요한데, 우리의 경찰법 제3조와 경찰관직무집행법 제2조<sup>47)</sup>에서 경찰의 임무

42) 박윤훈, 위 책, 324쪽.

43) 김재호, 위 논문, 15쪽.

44) 김재광, 위 책, 20-23쪽, 31-36쪽.

45) 박윤훈, 위 책, 324-325쪽, 박균성, 위 책, 535-536쪽, 김철용, 위 책, 267-268쪽, 김동희, 위 책, 194-196쪽, 홍정선, 위 책, 265-266쪽.

46) 김철용, 위 책, 268쪽.



의 하나로서 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 규정한 것을 일반적 수권조항으로 해석할 수 있다. 일반적 수권조항이 있다고 하더라도 이는 개별적 수권조항이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 것일 뿐이고, 경찰소극목적의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰비례의 원칙, 경찰책임의 원칙, 경찰평등의 원칙 등 경찰권발동에 관한 조리상의 원칙이 충분히 발달되어 있어 남용될 우려가 없으며, 일반적 수권조항의 확대해석이나 이에 기한 권력남용은 법원에 의하여 억제될 수 있다<sup>48)</sup>.

### (3) 이 사건 결정에 나타난 보충의견의 논리

(가) 위 법률조항들은 경찰의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 규정한 조항들이다. 즉, 경찰법 제3조는 국가기관으로서의 경찰 조직을 두는 목적과 그에 따른 경찰 임무의 개요를 밝히는 조항이고, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관에게 직무수행의무를 부과하는 전제로서 경찰관의 직무 범위를 개괄적으로 한정하여 표시해 주는 조항이다.

우리 헌법은 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우 반드시 ‘법률’에 근거하도록 하였는바, 여기에서 말하는 ‘법률’은 조직의 설치 목적, 지위, 임무 또는 직무의 범위 등을 일반적으로 밝히는 조직법적 규정을 가리키는 것이 아니고, 개별적 또는 구체적 사안에 적용할 작용법적 조항을 의미하는 것이라고 보아야 한다. 따라서, 경찰조직의 임무 또는 경찰관의 직무 범위를 개괄적으로 규정한 조직법적 규정인 위 법률조항들을 가져다가, 경찰이 국민의 기본권을 구체적으로 제한할 수 있는 실체법적 근거로 삼을 수는 없다.

(나) 위 조항들을 이른바 일반적 수권조항이라 하여 개별적, 구체적 기본권제한의 근거가 될 수 있다고 보는 것은 경찰작용에 관한 개별적 수권조항

47) 일부 학위 논문에서는 경찰관직무집행법 제5조 제1항에 “기타 위험한 사태”라는 부분, 같은 법 제6조 제1항에서 “범죄행위”라는 부분이 개괄적으로 이해될 수 있다는 전제에서 위 각 조항 역시 일반적 수권조항을 이루는 것으로 보기도 하나, 위 각 문언은 합리적인 해석에 따라 범위가 제한되어야 할 것인 점, 이에 따른 조치의 내용도 법문상 제한되어 있어 ‘일반적’ 조항이라고 할 수는 없는 점 등을 종합하면, 그와 같은 해석을 받아들이기 어렵다.

48) 석종현, 위 책, 262-264쪽, 김남진, 위 책, 263-264쪽, 김재호, 위 논문, 19쪽, 남승길, 경찰관직무집행법, 공법연구 제25집 3호.

을 자세히 규정한 입법자의 의도에도 어긋나는 해석이다.

즉, 경찰관직무집행법 제3조 이하에서는 불심검문, 보호조치 등 각 경찰작용의 요건과 한계에 관하여 엄격한 규정을 두고 있는바, 그러한 경찰작용은 모두 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 공공의 안녕과 질서유지라는 경찰의 임무 또는 직무의 수행을 목적으로 하는 작용들이 분명하므로, 일반적 수권규정과 중복되는 규정이 되고 말 것이다. 또한, 이런 해석 아래에서는 심지어 개별적 수권조항들의 요건을 갖추지 못하여 위법한 경찰작용이 일반적 수권조항을 근거로 한 경찰작용으로서 적법하다고 인정될 여지도 있게 될 것이다. 이렇게 광범위한 경찰권 발동을 허용하는 것은, 개별적 수권조항을 자세하게 규정함으로써 엄격한 요건 아래에서만 경찰권의 발동을 허용하려는 입법자의 의도를 법률해석으로 뒤집는 것이 된다.

(다) 나아가, 국가기관의 조직에 관한 다른 법률들에서도 임무 또는 직무에 관한 조항을 둔 예는 무수히 찾아볼 수 있으나, 임무 또는 직무 범위를 규정한 법률조항을 가지고 구체적 기본권 제한의 근거로 삼는 사례는 찾아볼 수 없다. 예를 들면, 검찰청법은 제4조(검사의 직무)에서 ‘범죄수사에 필요한 사항’(위 법 제4조 제1항 제1호)을 규정하고 있는바, 이로써 검사가 ‘범죄수사에 필요한 행위라면 어떤 것이든 할 수 있다는 법률적 근거’가 된다고 해석하는 사람은 아무도 없다. 검찰청법의 위 조항이 존재함에도 불구하고, 검사는 강제수사를 하는 경우에 형사소송법에서 규정한 강제수사를 형사소송법에 규정된 절차에 따라서만 할 수 있는 것으로 엄격하게 해석하고, 검사가 그 절차에 위반하거나 형사소송법에 규정되지 않은 강제수사방법에 의하여 수집한 증거는 ‘위법’수집증거라고 하여 그 증거능력을 부인하고 있다. 이는 직무범위에 관한 검찰청법의 위 조항을 기본권 제한의 일반적 수권조항이 된다고는 보지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 유독 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조에 대하여만 예외를 인정하여 이른바 ‘일반적 수권조항’이라고 보는 것은 법치행정의 실질을 허무는 것이 된다.

(라) 설령 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조가 기본권 제한의 일반적 수권조항에 해당한다고 보는 경우에는 명확성의 원칙 위반이라는 또 다른

위헌성을 피할 수 없어서, 결국 합헌적인 법률적 근거로는 볼 수 없게 된다. 즉 위 법률조항들이 일반적 수권조항에 해당한다고 보는 것은, 위 법률조항들을 ‘경찰관은 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 필요한 행위를 할 수 있다’라는 규정으로 받아들인다는 의미인바, 만약 그렇게 본다면, 경찰관이 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 행위를 할 것인지에 관하여 전혀 예측할 수 없게 만드는 법률조항으로서, 명확성의 원칙을 위반하여 위헌이라고 볼 수밖에 없을 것이다.

(마) 따라서 위 법률조항들이 경찰권 발동의 일반적 수권조항이 된다고 인정할 수 없다.

## 5. 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견

### 가. 법률유보원칙 위반 여부

#### (1) 일반적 수권조항에 관한 법원과 헌법재판소의 선례

법원은, 피고인이 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 청원경찰이 단속한 행위가 정당한 공무집행에 해당하는지가 문제된 사건에서, 청원경찰법 제3조에서는 청원경찰이 청원주와 경찰서장의 감독을 받아 경비구역 안에서 경찰관직무집행법에 의한 직무를 행한다고 규정하고 있고, 경찰관직무집행법 제2조에서 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 직무로 하고 있으므로 위 단속행위는 정당한 공무집행에 속한다고 판단한 바 있다(대법원 1986. 1. 28. 선고 85도2448, 85감도356 판결). 이는 경찰관직무집행법 제2조를 경찰권 발동의 근거로 삼을 수 있다는 입장에 의거한 것이다.

헌법재판소는, 경찰청장이 개인의 지문정보를 수집, 보관, 전산화하여 범죄수사목적으로 이용하는 것이 법률의 근거가 없는 행위에 해당하는지 여부가 문제된 사건에서, 관련된 여러 가지 규정을 적시하여 법률의 근거가 있다고 판단하면서 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조에서 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집이 경찰의 임무로서 규정되어 있다는 사정도 적시하였다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668쪽, 690쪽). 이는 위 조항들이 경찰행위의 법률적 근거가 된다고 밝힌 것이다.

## (2) 일반적 수권조항의 필요성

복잡다기하고 변화가 많은 현대사회에서는 경찰권 발동의 요건이나 효과를 빠짐없이 개별적 수권조항으로 규정하는 것이 입법기술상 불가능하고, 사회·경제적인 제반여건에 따라 경찰이 사전에 예측하지 못한 돌발적인 상황이 언제든지 발생할 수 있는바, 이러한 경우에 들어맞는 법률조항이 없다는 이유만으로 경찰권이 이를 방관하고 있어도 된다고 할 수는 없는 것이므로 시의적절하고 효율적인 경찰권 행사가 가능하기 위해서는 일반적 수권조항의 현실적 필요성을 부인할 수 없다. 그리고 이를 인정한다고 하더라도 일반적 수권조항은 개별적 수권조항이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 것이고, 오늘날에는 경찰소극목적의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰비례의 원칙, 경찰책임의 원칙, 경찰평등의 원칙 등 경찰권 발동에 관한 조리상의 원칙이 충분히 발달되어 있어 일반적 수권조항이 남용될 우려가 크지 않으며, 설령 일반적 수권조항의 확대 해석이나 이에 기한 권력남용이 발생하더라도 이는 법원에 의해 충분히 억제될 수 있다는 점 등을 고려해 보면, 일반적 수권조항을 인정하여 경찰권 발동의 법적 근거가 된다고 보는 것이 법치주의에 대단한 위협으로 나타나게 될 것이라고 할 수도 없다.

또 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조가 ‘공공의 안녕과 질서 유지’라는 다소 추상적인 개념을 사용하고 있더라도, 경찰권 행사의 주체인 경찰청장으로서 제반 사정을 종합하여 그 의미를 충분히 판단할 수 있으므로, 경찰권 발동의 구체적인 요건이 법률조항에서 세세히 나열되어 있지 않다는 사정만으로 위 조항이 불명확하여 공권력 주체에게 아무런 한계규범으로 작용하지 못하거나, 과잉제재를 필연적으로 초래한다고 보기도 어렵다<sup>49)</sup>.

## (3) 일반적 수권조항에 의한 경찰권 발동요건의 충족 여부

일반적 수권조항을 긍정하더라도 이에 의한 경찰권을 발동하기 위하여는 ‘공공의 안녕·질서에 대한 위해의 존재’라는 요건을 충족하여야 하는바, 이

49) 박균성, 홍정선 교수는 경찰권 발동상황의 다양성과 경찰권 발동의 필요상황을 모두 예측하는 것이 불가능한 점과 일반적 수권조항도 법률의 수권에는 해당하는 점에 비추어 일반적 수권조항이 입법되는 경우에 이를 반드시 법률유보원칙 위반 또는 명확성의 원칙 위반이라고 할 수는 없다고 주장한다.

는 위험이 현실적으로 발생하였거나 가까운 장래에 해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상태를 의미하는 것이다<sup>50)</sup>.

이 사건의 경우 이 사건 통행제지행위 당시 서울광장에 인접한 대한문 앞에는 노무현 전 대통령을 추모하는 시민분향소가 설치되어 있어 항시 적지 않은 사람들이 분향을 하느라 모여 있었던 점, 그 주변 곳곳에서 소규모의 집회가 열리는 상황이었는 데, 그 사람들 중에는 노무현 전 대통령에 대한 검찰수사가 서거의 원인이 되었다는 등 정권의 책임을 지적하는 입장을 가진 사람도 있었던 점, 그러한 상황에서 서울광장이 개방되는 경우 서울광장에 분향소가 옮겨 설치됨과 동시에 그로부터 오랜 기간 동안 항시적인 집회의 장소로 사용될 가능성이 있었음은 부인할 수 없는 점 및 서울광장에서 이와 같은 정치적 목적의 장기적인 집회가 개최된다면, 정치적 집회의 종래 양상에 비추어 볼 때 불행하게도 불법·폭력 시위로 흐를 가능성이 상당히 높은 상황이었다는 점 등을 종합해 보면, 당시 ‘공공의 안녕·질서에 대한 위해의 존재’라는 경찰권 발동의 요건은 갖춰져있었다고 인정할 수 있다.

설령 이를 충분한 요건충족이라고 보지 않는다고 하더라도, 경찰권발동은 경찰의 의무에 합당하게 행사되어야 할 것이기는 하나, 원칙적으로 그 발동여부는 경찰의 판단여지 내지 재량이 인정되는바<sup>51)</sup>, 위와 같은 정황에 비추어 보면, 이 사건 통행제지행위 당시에 최소한 외관상 위험<sup>52)</sup>은 존재하고 있었다고 할 것이고, 경찰권 발동을 위한 요건에 관하여 판단여지 내지 재량을 가지고 있는 경찰청장이 그 요건에 충족된다고 판단하여 경찰권발동을 한 이상 이는 일응 일반적 수권조항에 의거한 경찰권발동으로 볼 수 있으므로 이를 두고 법률적 근거조차 없는 경찰권 발동이었다고 볼 수는 없다.

50) 김남진, 위 책, 264-265쪽.

51) 김남진, 위 책, 265-266쪽, 홍정선, 위 책, 268쪽.

52) 김동희, 위 책, 193-194쪽. 일반적 수권조항이 인정됨을 전제로 하여 경찰의 위험 준부 판단에 관하여 실제로 위험이 존재하지 않음에도 행정청이 객관적인 주의의무를 다하지 못함으로써 위험이 존재하는 것으로 잘못 판단한 경우(오상위험), 행정청이 존재하지 않는 위험을 존재하는 것으로 판단하였는 데 객관적 관찰자로서의 주의의무를 다하였더라도 마찬가지로 판단하였을 경우(외관상 위험), 위험이 있다고 판단할 근거를 가지고 있으나 불충분하여 위험이 존재하지 않을 수도 있다는 것을 경찰기관 스스로 알고 있는 경우(위험 혐의)로 나누어 오상위험과 위험혐의의 경우에 위험방지조치를 한다면 정당화될 수 없을 것이나, 외관상 위험의 경우에는 위험방지조치가 원칙적으로 적법하다고 한다.

## 나. 과잉금지원칙의 위반 여부

### (1) 심사기준

경찰권의 행사여부는 원칙적으로 재량처분이라 할 것이고, 공공의 안녕과 질서유지 등을 위하여 경찰권의 행사가 필요한지를 판단을 함에 있어서 국민의 생명, 신체 등 보호와 범죄 예방, 공공의 안녕과 질서유지의 필요성을 합리적으로 고려하여 공권력 행사 여부를 결정하여야 한다. 따라서 그러한 판단이 현저히 자의적이라고 보이지 아니하는 한, 원칙적으로 경찰권 행사 여부에 관한 피청구인의 판단은 존중될 필요가 있다. 특히 이 사건에서는 민주주의 국가에서 특히 중요하다고 여겨지는 표현의 자유나, 그 침해의 정도가 중한 신체의 자유 등과 같은 기본권의 침해 여부가 다투어지는 것이 아니라, 공물사용의 제한에 필연적으로 수반되는 공물의 일반이용과 관련된 일반적 행동자유권만이 문제되므로 과잉금지원칙의 심사에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다.

### (2) 일반적 행동자유권의 침해 여부

(가) 서울광장의 경우, 시민분향소가 위치한 덕수궁과 인근에 있으면서, 청와대, 정부중앙청사, 미국 대사관 등 중요한 공공기관과도 멀지 않은데다, 유동인구가 많은 핵심지역에 위치한 개방된 공간이라는 장소적 특수성이 있다. 그러므로 만약 서울광장에서의 불법 집회 또는 폭력 사태 등이 발생할 경우 공공기관을 비롯하여 일반인에 미치는 혼란과 위험이 상당히 클 것으로 예상되는바, 경찰청장이 이 사건 통행제지행위를 할 무렵에는 시민분향소 설치과정에서 경찰과 일부 시민의 충돌이 있었고, 노무현 전 대통령의 서거에 따른 혼란스러운 정국 및 정부에 대한 반대 여론 등에 따른 불법·폭력 집회나 시위의 가능성이 높았으므로 서울광장에 대규모 군중이 한꺼번에 운집할 경우 자칫 불법·폭력 집회나 시위로 나아갈 수 있는 위험이 있었음을 부인할 수 없다. 경찰청장은 이를 사전에 예방하여 시민들의 생명·신체와 재산을 보호하고자 이 사건 통행제지행위로서 일시적인 통행제한을 한 것이므로 이를 현저히 불합리한 공권력 행사로 보기 어렵다.

(나) 이 사건 통행저지행위는 청구인들로 하여금 모든 광장에서 자유롭게 통행하거나 문화생활, 여가활동을 하는 것 자체를 전면적으로 금지하는 것이 아니라, 위와 같은 장소적 특수성이 있는 서울광장이라는 한정된 곳에서 전직 대통령의 추모시점에 근접한 기간 동안에만 그 일반이용을 제한한 것에 불과하다. 청구인들로서는 다소 불편할지언정 임시통행로나 우회로에 의한 통행이 얼마든지 가능할 뿐만 아니라, 다른 개방 공간에서의 여가활동도 충분히 가능하며, 이 사건 통행저지행위의 장소적·시간적 범위가 지나치게 넓다거나, 그 제한의 범위가 무한정 확대될 가능성이 있었다고 볼만한 사정도 없다.

다수의견이 주장하는 대로 조건부 또는 개별적으로 집회를 허용한다면, 집회 참가자들의 배타적인 광장 사용이 이루어질 것이고, 그 경우에는 집회 참가와 무관한 일반시민들인 청구인들이 겪게 되는 서울광장에서의 통행 및 여가 활동과 관련한 일반적 행동자유권의 제한 정도가 이 사건 통행저지행위와 비교하여 더 적어진다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 통행저지행위가 이루어진 시점에는 조건부 또는 개별적으로 집회를 허용하더라도 그것이 불법·폭력 집회나 시위로 변질될 가능성이 높아 일반시민의 생명·신체 등에 위해가 발생할 우려가 컸으므로 이를 보다 덜 침해적인 수단으로 보기 어렵다.

한편, 다수의견이 주장하는 바와 같이 장소적, 시간적으로 일부의 통행을 허용하는 것은 현실성이 떨어지는 대체수단이다. 서울광장을 차벽으로 둘러싼 것은 불법 집회를 목적으로 한 자들의 광장 무단진입과 그 과정에서 발생할 수 있는 시민과 경찰의 신체적 충돌을 사전에 막기 위한 것인바, 다수의견의 주장대로 몇 군데라도 통로를 개설하고 경찰이 출입을 통제함으로써 서울광장의 개별적인 통행이나 여가활동을 허용하는 방법을 취할 경우, 서울광장을 통행하거나 여가활동을 즐기려는 자와 불법 집회를 목적으로 한 자들을 구별하기 위해 출입하려는 시민들을 상대로 일일이 광장에의 출입 목적을 확인하는 절차가 필요하나, 내심의 출입 목적을 확인하는 것 자체가 현실적으로 불가능하여 불법 집회의 목적을 가진 자들이 그 출입 목적을 속여서 서울광장을 이용할 가능성도 있으므로, 불법·폭력 집회나 시위를 사전에

예방하여 시민들의 생명·신체 등을 보호하고자 하는 당초의 경찰권 행사의 목적이 달성될 수 없게 된다. 나아가 이 사건 통행제지행위가 이루어진 시점에는 상시적으로 서울광장에서 대규모 불법·폭력 집회가 발생할 위험이 존재했으므로, 평일 오전 시간 등과 같은 특정 시간대에 일부 통행을 허용하는 주장 또한 현실성 있는 대안으로 보기 어렵다. 따라서 위와 같은 방법들을 보다 덜 침해적인 수단으로 보아 이 사건 통행제지행위가 침해최소성 원칙에 위반된다고 보는 것은 타당하지 않다.

(다) 이 사건 통행제지행위로 인해 청구인들이 입게 되는 불이익은 서울광장이라는 특정 장소에서 일정 기간 동안 여가활동을 비롯한 광장의 일반 이용을 할 수 없다거나, 서울광장을 가로질러 통행할 수 없고 광장을 우회하여 통행하게 되는 정도의 불편함에 불과하고, 이는 불법·폭력 집회 가능성으로부터 시민의 생명과 신체, 재산을 보호하려는 공익에 비해 그 정도가 현저히 크다고 할 수 없어 법익 균형성도 갖추었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 통행제지행위는 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해한 것이라 볼 수 없다.

(라) 이 사건 통행제지행위는 서울광장이라는 장소적 특수성과 당시의 구체적 상황 등을 종합적으로 고려하여 특정 공물에 대하여 일정기간 동안만 시민들의 일반이용을 제한한 것에 불과하므로, 그러한 공권력 행사가 현저히 불합리하다거나, 그 제한의 정도가 지나쳐서 청구인들의 일반적 행동자유권을 침해하는 위헌적인 공권력행사라고 볼 수 없다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정에서 헌법재판소는, 개별적인 집회의 신고 전에 이를 막을 목적에서 집회가 개최될 것으로 예상되는 장소를 봉쇄하는 조치는 일체의 집회를 금지할 뿐만 아니라 더 나아가서 일반시민들의 통행조차 금지하는 전면적이고 광범위하며 극단적인 조치이므로 개별적인 집회에 관한 조건부 허용이나 금지 또는 해산으로는 방지할 수 없는 급박하고 명백하며 중대한 위험이 있는 경우에 한하여 비로소 취할 수 있는 거의 마지막 수단에 해당한다고 판시함으로써 집회 예상 장소를 봉쇄하는 방법에 의한 집회 원천봉



쇄의 요건과 한계를 밝혔다.

그 외에 집회를 원천봉쇄하기 위한 방법으로 관행적으로 행해지던, 상경을 막는 행위, 대학교정 등 집회 장소에의 출입을 통제하는 행위 등은 이 사건 통행저지행위보다는 덜 극단적인 조치라고 보이기는 하나, 이 사건에서 헌법재판소가 개별적 집회의 금지 또는 제한과 일체의 집회 금지는 다른 것으로서 후자의 경우 보다 엄격한 요건이 충족되어야 한다고 밝힌 이상, 그 경우에도 집회 및 시위에 관한 법률에서 정한 집회의 금지 또는 제한의 요건보다는 더 엄격한 요건을 충족하지 못하는 한 합헌적 조치라고 인정하기 어려울 것이다.

한편 이 사건에서는 경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조가 일반적인 수권조항으로서 경찰권 발동의 근거가 될 수 있는지 여부도 문제되었으나, 다수의견이 이에 관한 판단을 생략함으로써 이에 관한 헌법재판소의 의견을 명시적으로 밝히지 못한 채 양 의견의 존재만을 보인 점은 아쉬움이 남는 대목이다.



## 문화재보호법 제55조 제1항 등 위헌소원

- 사업시행자로 하여금 문화재발굴비용 전부, 문화재 지표조사의무와 그 비용 전부를 부담하게 하는 것이 재산권 등을 침해하는지의 문제 -

(헌재 2011. 7. 28. 2009헌바244, 판례집 23-2상, 33-64)

오 동 운\*

### 【판시사항】

1. 당해 사건에 적용되는 법률조항이 아니어서 재판의 전제성이 부인된 사례
2. 사업시행자로 하여금 문화재 발굴비용 전부를 부담하도록 한 구 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제55조 제7항 제2문 및 제3문 중 ‘제55조 제1항 제2호에 관한 부분’이 청구인의 재산권, 직업의 자유, 평등권을 침해하고, 포괄위임입법금지원칙에 반하는지 여부(소극)
3. 사업시행자로 하여금 문화재 지표조사의무와 그 비용 전부를 부담하도록 한 위 구 문화재보호법 제91조 제1항, 제8항이 청구인의 재산권, 직업의 자유 등을 침해하고, 포괄위임입법금지원칙에 반하는지 여부(소극)
4. 문화재 지표조사를 실시하여야 할 건설공사의 대상, 범위, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있는 위 구 문화재보호법 제91조 제9항, 문화재청장이 매장문화재 조사 용역 대가의 기준과 그 산정 방법에 필요한 사항을 기획재정부 장관과 협의하여 정할 수 있다고 규정하고 있는 구 문화재보호법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제58조가 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

---

\* 서울서부지방법원 판사, 전 헌법연구원

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제55조 제1항, 제61조 제2항, 제4항, 제62조 제2항, 제91조 제4항, 제5항에 대하여 재판의 전제성이 인정되는지 여부와 위 구 문화재보호법 제55조 제7항 제2문 및 제3문 중 각 ‘제55조 제1항 제2호에 관한 부분’, 제91조 제1항, 제8항, 제9항, 구 문화재보호법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제58조가 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것)

제55조(발굴의 제한) ① 옛무덤, 조개무덤, 고생물자료, 천연동굴, 그 밖에 매장문화재가 포장되어 있는 것으로 인정되는 토지와 해저는 발굴할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화재청장의 허가를 받으면 그러하지 아니하다.

1. 연구의 목적으로 발굴하는 경우
2. 건설공사(토목공사와 토지의 형질변경, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공사를 포함한다. 이하 같다)를 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우
3. 건설공사 시행 중 그 토지와 해저에 매장문화재가 포장된 것으로 인정된 경우로서 부득이 발굴할 필요가 있는 경우

⑦ 문화재청장은 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 경우에 그 문화재의 보존상 필요하다고 인정하면 이를 직접 발굴하거나 문화재청장이 지정하는 자에게 발굴하도록 할 수 있다. 이 경우 그 발굴에 드는 경비는 그 공사의 시행자가 부담한다. 다만, 대통령령으로 정하는 건설 공사로 인한 발굴에 소요되는 경비는 예산의 범위에서 국가나 지방자치단체가 부담할 수 있다.

제61조(국가 귀속과 보상금) ② 제1항의 경우 문화재청장은 해당 문화재의 발견자, 습득자(拾得者) 및 발견된 토지나 건조물 등의 소유자에게 「유실물법」 제13조에 따라 보상금을 지급한다. 이 경우 발견자나 습득자가 토지나 건조물 등의 소유자와 동일인이 아니면 보상금을 균등하게 분할하여 지급한다. 다만, 발견하거나 습득할 때 경비를 지출한 경우에는 대통령령으로

정하는 바에 따라 그 지급액에 차등을 둘 수 있다.

④ 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.

제62조(매장문화재의 보호) ② 문화재청장은 매장문화재의 보호를 위하여 필요하다고 인정되면 제1항에 따라 개발 사업을 하려는 자에게 그 사업 시행에 대하여 필요한 조치를 할 것을 명할 수 있다.

제91조(문화재 지표조사) ① 대통령령으로 정하는 건설공사의 시행자는 그 건설공사의 사업계획 수립 시 해당 공사 지역에 대한 유적의 매장과 분포 여부를 확인하기 위하여 문화재 지표조사(이하 “지표조사”라 한다)를 실시하여야 한다.

④ 제2항에 따른 지표조사보고서를 제출받은 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 적절한 문화재 보존 대책을 수립하고, 문화재 보존에 필요한 조치를 명할 수 있다.

⑤ 문화재청장은 제4항에 따른 문화재 보존 대책(문화재 보존에 필요한 조치 내용을 포함한다)을 시·도지사 및 시장·군수 또는 구청장에게 동시에 알려야 하며, 시장·군수 또는 구청장은 해당 건설공사의 시행자에게 알려야 한다.

⑧ 제1항에 따른 지표조사에 필요한 경비는 해당 사업의 시행자가 부담한다.

⑨ 제1항에 따라 문화재 지표조사를 실시하여야 할 건설공사의 대상, 범위, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 문화재보호법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것)

제58조(매장문화재 조사 용역 대가의 기준) 문화재청장은 매장문화재 조사 용역 대가의 기준과 그 산정 방법에 필요한 사항을 기획재정부장관과 협의하여 정할 수 있다.

## 【사건의 개요】

가. 청구인은 2007. 7. 18. 충남 당진군 신평면 한정리 소재 약 150,000㎡ 토지를 공장부지(이하 ‘이 사건 공장부지’라 한다)로 매수하였다. 그 후 청구인은 2007. 10. 18. 주식회사 ○○(이하 ‘○○’라 한다)를 통하여 재단법인 충청남도역사문화연구원(이하 ‘충남역사문화연구원’이라 한다)과 사이에 이 사건 공장부지에 대하여 문화재보호법 제91조 제1항에 따른 문화재 지표조사를 위한 기술용역표준계약을 체결하였고, 2007. 11. 7. 충남역사문화연구원에 계약금을 지급하였다.

나. 위 지표조사 결과 이 사건 공장부지 중 34,337㎡에 걸쳐 문화재가 존재하는 것으로 확인되자, 당진군수는 2008. 1. 16. 청구인에게 문화재청장의 문화재보호법 제62조 제2항에 따른 문화재 보존대책인 이 사건 공장부지 내 조사·발굴 실시 조치를 통보하였고, 이에 따라 청구인은 문화재보호법 제55조에 따라 문화재청장에게 발굴허가를 신청하였으며, 문화재청장은 2008. 2. 20. 청구인에 대하여 매장문화재 발굴을 허가하였다. 그 후 청구인은 2008. 3. 11. 충남역사문화연구원과 사이에 문화유적 시굴조사를 위하여 계약금 86,500,000원, 계약기간 2008. 3. 12.부터 2008. 4. 5.까지로 하는 기술용역계약을 체결하였다.

다. 충남역사문화연구원은 시굴조사 결과 이 사건 공장부지에 석관묘가 매장되어 있는 것이 확인되자, 2008. 4. 8. 청구인에게 석관묘 지역을 중심으로 한 2,600㎡ 토지에 대해 18일 정도 조사기간을 연장하여 조사·발굴을 실시해야 하며 이에 따라 89,000,000원의 추가발굴비용이 소요됨을 통보하였고, 이에 청구인은 같은 날 문화재청장에게 발굴기간을 18일간 연장하는 내용의 매장문화재 발굴변경허가를 받아, 2008. 5. 2. 충남역사문화연구원과 사이에 추가 조사·발굴을 위한 기술용역표준계약을 체결하였고, 2008. 5. 14. 당진군수로부터 유적 조사·발굴 완료조치를 통보받았다. 이에 따라 충남역사문화연구원은 2008. 6. 11. 청구인에게 위 추가 조사·발굴 비용으로 41,712,000원을 청구하였다.

라. 한편, 청구인이 2008. 10. 2. 서울중앙지방법원에 국가와 충남역사문화연구원을 상대로 충남역사문화연구원에 지급한 지표조사비용 5,500,000원에

대한 부당이득반환 등을 구하는 소송(2008가합96685(본소))을 제기하자, 충남역사문화연구원은 2008. 11. 20. 청구인을 상대로 조사용역대금을 구하는 반소를 제기하였는데(2008가합115968(반소)), 그 중 충남역사문화연구원에 대하여는 2009. 6. 4. ‘청구인의 충남역사문화연구원에 대한 2008. 3. 11.자 및 2008. 5. 2.자 기술용역표준계약에 기한 채무는 110,000,000원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인하고, 청구인은 충남역사문화연구원에게 110,000,000원을 지급하라.’는 취지의 화해권고결정이 내려져 그대로 확정되었다.

마. 청구인은 그 후 국가를 상대로 한 위 소송의 청구취지를 변경하였는데, 변경된 청구취지는, 이 사건 공장부지에 대하여 구 문화재보호법 관련 규정에 의해 지표조사 및 발굴을 실시함에 따라 ○○ 또는 충남역사문화연구원에게 115,500,000원을 지급해야 하고, 또한 지표조사 및 발굴을 실시한 10개월 동안 이 사건 공장부지를 사용하지 못함으로써 50,000,000원 상당의 손해를 입게 되었는바, 이 사건 문화재보호법 관련 규정은 위헌이어서 이러한 비용 및 손해는 모두 국가가 부담해야 하므로, 국가는 청구인에게 손해배상, 부당이득반환 또는 손실보상책임에 따라 합계 165,500,000원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다는 것이었다.

### 【결정요지】

1. 매장문화재 발굴에 대한 허가주의를 규정하고 있는 구 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 문화재보호법’이라 한다) 제55조 제1항 제2호, 유실물법에 의한 보상금 지급과 그 예외에 관한 같은 법 제61조 제2항, 제4항, 매장문화재 보호를 위한 필요한 조치에 관한 같은 법 제62조 제2항, 문화재청장의 문화재 보존대책 수립과 문화재 지표조사에 따른 문화재 보존 조치 및 이에 관한 통지에 관한 같은 법 제91조 제4항, 제5항은 매장문화재 발굴에 따른 손실보상에 관한 당해 사건에 적용되는 법률조항이 아니어서 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

2. 구 문화재보호법 제55조 제7항 제2문 및 제3문 중 각 ‘제55조 제1항 제2호에 관한 부분’은 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, 사업시행자가 발굴 조사비용을 감당하기 어렵다고 판단하는 경우에는 더 이상 사업시행에 나아가지 아니할 수 있고, 대통령령으로 정하는 경우에는 예외적으로 국가 등이 발굴비용을 부담할 수 있는 완화규정을 두고 있어 침해최소성 원칙, 법익균형성 원칙에도 반하지 아니하므로, 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

한편, 위 법률조항 중 제3문 부분은 시행자 비용부담원칙을 완화해주는 조항으로서 수혜적 성격을 가지고 있으며, 수혜대상의 범위를 정함에 있어서는 국가의 예산상황 및 지방자치단체별 경제수준, 개발사업에 미치는 영향 등 구체적인 사정을 고려하여 결정하여야 하므로, 이를 반드시 법률로써만 규정해야 한다고 볼 수 없고, 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 있으므로, 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 구 문화재보호법 제91조 제1항 및 제8항도 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되며, 대통령령으로 정하는 일정 규모 이상의 사업시행자 등에 대해서만 지표조사 의무가 부과되고 그 비용을 부담하게 하는 것이며, 지표조사비용은 문화재 발굴비용과 비교하여서도 대체로 그 액수가 많지 않으며 예측 가능한 범위 내이므로 자신의 사업시행을 위한 필요에 따라 사업시행에 나서는 사업시행자로 하여금 그 비용을 부담하게 하더라도 과도한 부담이라 할 수 없어, 침해의 최소성 원칙, 법익 균형성 원칙에도 반하지 아니한다. 따라서 청구인의 재산권과 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.

또한, 지표조사 의무 및 그 비용을 부담할 건설공사 시행자의 대상과 범위에 관하여는 국회가 제정하는 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 요청되며, 대통령령에 규정될 사항이란 지표조사의 목적상 유적의 매장과 분포 여부에 관한 확인이 필요한 일정 규모 이상의 건설공사나 매장문화재 발굴 가능성이 커 지표조사가 필요한 건설공사의 시행자의 범위에 대한 것임을 충분히 예견할 수 있으므로, 구 문화재보호법 제91조 제



1항, 제8항은 포괄위임입법금지원칙에도 반하지 아니한다.

4. 구 문화재보호법 제91조 제9항은 위임의 필요성이 인정되고, 대통령령에 규정될 사항이란 지표조사의 목적상 유적의 매장과 분포 여부에 관한 확인이 필요한 일정 규모 이상의 건설공사나 매장문화재 발굴 가능성이 커 지표조사가 필요한 건설공사의 시행자의 대상과 범위, 그 밖에 지표조사에 필요한 전문적, 기술적인 사항에 대한 것임을 예측할 수 있으며, 구 문화재보호법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제58조는 발굴허가를 받은 자나 건설공사의 시행자가 발굴기관과 발굴조사 또는 지표조사의 용역에 관한 위탁계약을 체결하는 경우에 그 대가의 기준과 산정방법에 관하여 위임한 규정으로서 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 법규가 아닐 뿐 아니라, 그 규율대상의 전문성 및 다양성으로 인해 위임의 필요성이 인정되고, 수범자가 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로, 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.

### **이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항에 대한 재판관 이강국, 재판관 이정미의 반대의견**

문화재 지표조사비용과 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 합리적인 이유도 없이 부당한 재산상 부담을 지워 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

문화재 지표조사와 발굴행위는 문화재를 보존하여야 할 국가의 의무를 이행하기 위한 것이므로, 건설공사 시행자가 개발이익을 얻는다 하더라도, 그 비용은 국가가 스스로 부담함이 마땅하고 건설공사 시행자에게 부담시킬 이유가 없다.

문화재보호라는 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항의 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 파괴행위까지 나타나고 있다. 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항과 같

은 불합리한 규정을 두고서, 국가가 헌법 제9조에 의한 문화재보호의무를 다하고 있다고 말할 수는 없을 것이다.

## 【해 설】

### 1. 서론

매장문화재 발굴의 개념, 종류나 매장문화재 발굴조사 절차, 매장문화재의 처리, 이에 관한 외국의 입법례에 대해서는 헌재 2010. 10. 28. 선고 2008헌바74 결정 해설을 참조할 수 있다. 아래에서는 이 사건에서 비로소 등장하고 있는 문화재 지표조사에 관하여 추가로 간략하게 살펴보고, 이 사건 문화재 발굴비용 부담조항의 입법연혁 및 입법취지, 국가의 문화재 보호의무와 문화재 원형보존의 원칙에 관하여 살펴보는 것에 그친다.

### 가. 문화재 지표조사

(1) 문화재 지표조사라 함은 특정지역 안에서의 건설공사의 시행에 앞서 발굴대상 지역 등에 유적의 매장 및 분포 여부를 확인하는 조사로서 시굴조사와 발굴조사의 이전 단계에서 이루어지는 조사이다.

(2) 지표조사는 조사 대상 지역과 조사방법 등에 따라 육상의 지표에 노출된 유물이나 유적의 분포 여부를 확인하기 위한 조사(육상 지표조사)와 해양·댐·호수·하천 등의 수중저(수중의 지표와 그 하부 및 해양의 경우 해안선으로부터 연장된 해양수중의 지표와 그 하부) 유물이나 유구 상태를 탐색 및 확인하기 위한 조사(수중 지표조사)로 나눌 수 있다.

토지 및 내수면어업법 제2조 제1호에 따른 내수면에서 시행하는 건설공사로서 사업면적이 3만㎡ 이상인 경우 등에 대하여 문화재 지표조사를 하게 되어 있고(구 문화재보호법 시행령(2008. 9. 26. 대통령령 제21046호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 문화재보호법 시행령’이라 한다) 제53조 제1항), 다만 지표조사가 이미 실시된 지역에서 하는 건설공사 등에 대하여는 그 예외를 인정하고 있다(같은 조 제2항).

### 나. 이 사건 문화재 발굴비용 부담조항의 입법연혁 및 입법취지

이 사건 문화재 발굴비용 부담조항의 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 추가하였다.

이후 1999. 1. 29. 법률 제5719호, 1999. 5. 24. 법률 제5982호, 2001. 3. 28. 법률 제6443호의 개정을 통하여 약간의 자구 수정을 거친 점을 제외하고는, 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.

문화재 발굴비용 부담조항은 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 함으로써, 구제발굴에 소요되는 발굴조사 경비에 대한 시행자 부담원칙을 규정하고 있다.

이는 무분별한 개발사업에 따른 문화재훼손을 막기 위하여 원칙적으로 개발사업의 시행자에게 매장문화재 발굴조사비용을 부담시킴으로써, 문화재 보존지역의 개발유인을 가급적 억제하여 매장문화재를 보호하기 위한 취지에서 마련되었다고 할 것이다.

### 다. 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 있

는바, 이러한 헌법적 요청에 따라 국가는 문화재를 보호할 의무가 있다. 이에 구 문화재보호법은 국가의 이와 같은 헌법상 의무를 구체화하여 국가 및 지방자치단체는 각종 개발사업을 계획·시행할 경우 문화재가 훼손되지 않도록 노력해야 한다고 규정하고 있다.

그런데 문화재는 국가적·민족적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 크고, 한번 훼손되면 그 회복 자체가 곤란한 경우가 많을 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 구 문화재보호법 제3조는 “문화재의 보존·관리 및 활용은 원형 유지를 기본원칙으로 한다.”고 규정하여 원형 보존의 원칙을 천명하고 있다.

이에 따라 구 문화재보호법 제55조 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(헌재 2010. 10. 28. 2008헌바74, 판례집 22-2하, 41, 51-52 참조).

## 2. 구 문화재보호법 제55조 제1항 제2호, 제61조 제2항, 제4항, 제62조 제2항, 제91조 제4항, 제5항에 대한 청구의 적법 여부

구 문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제55조 제1항 제2호는 당진군수가 청구인에게 발한 매장문화재 발굴허가 처분의 근거조항으로 매장문화재 발굴에 따른 수인의무와 일정 정도 관련된 조항으로 볼 여지도 있으나, 매장문화재 발굴에 따른 손실보상과는 무관한 조항이어서 당해 사건의 재판에 적용되는 조항이 아니며, 위 구 문화재보호법 제61조 제2항, 제4항(유실물법에 의한 보상금 지급과 그 예외에 관한 규정)은 청구인이 당해 사건에서 발굴된 매장문화재에 관하여 유실물법에 의한 보상금 지급을 주장하고 있지 아니하므로

당해 사건에 적용될 여지가 없고, 위 구 문화재보호법 제62조 제2항(매장문화재 보호를 위한 필요한 조치에 관한 규정), 제91조 제4항, 제5항(문화재청장의 문화재 보존대책 수립과 문화재 지표조사에 따른 문화재 보존 조치 및 이에 관한 통지에 관한 규정)은 문화재청장 또는 공공법인을 수범자로 하여 매장문화재 보호를 위한 조치 등을 취하도록 하는 것으로 당해 사건에 직접 적용되는 조항이 아니어서, 각 재판의 전제성이 인정되지 아니하여, 이 부분에 대한 청구는 부적법하다고 판단하였다.

### 3. 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항의 기본권 침해 여부

#### 가. 선례의 존재

헌법재판소는 2010. 10. 28. 2008헌바74 결정(판례집 22-2하, 41, 52-57)에서 구 문화재보호법 제55조 제7항 제2문 및 제3문 중 각 ‘제55조 제1항 제2호에 관한 부분’과 동일한 내용인 구 문화재보호법(1995. 1. 5. 법률 제4884호로 개정되고, 1999. 1. 29. 법률 제5719호로 개정되기 전의 것) 제44조 제4항 제2문, 제3문 중 ‘제44조 제1항 제2호에 관한 부분’이 헌법에 위반되지 않는다는 판시를 한 바 있다.

이 사건에서는 문화재 조사의무와 조사비용 부담조항의 위헌성 여부도 추가로 문제되었는데, 문화재 조사비용 부담조항과 발굴비용 부담조항을 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항으로 하나로 묶어 합헌론과 위헌론의 논거를 살펴보고자 한다.

#### 나. 재산권 침해 여부

이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항에 의해 사업시행자인 청구인은 이 사건 건설부지상의 매장문화재 조사·발굴비용 전부를 부담해야 하므로 헌법 제23조의 재산권을 제한받게 된다. 따라서 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항의 위헌 여부를 판단하기 위해서는 이와 같은 제한이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 헌법상 기본권인 재산권을 침해하는지 여부를 살펴보아야 할 것이다.

## (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

## (가) 합헌론

개발이익을 목적으로 하는 각종 개발사업이 전 국토에 걸쳐 무분별하게 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 문화체육부 장관이 지정하는 자로 하여금 발굴하게 하는 경우라 할지라도, 이는 장기적인 연구와 계획이 뒷받침된 후에 문화재위원회의 조사·심의를 거쳐 발굴에 착수하는 것이 아니라, 건설공사 시행으로 매장문화재의 훼손 위험이 발생한 상황에서 그 발굴이 사실상 유도되었다고 할 것이므로, 문화재의 훼손 위험은 마찬가지로 존재한다고 보아야 한다.

이처럼 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항은 원칙적으로 건설공사 과정에서 매장문화재의 발굴로 인하여 문화재 훼손 위험을 야기한 사업시행자에게 조사·발굴비용을 부담시킴으로써, 각종 개발행위로 인한 무분별한 문화재 발굴로부터 매장문화재를 보호하는 것을 입법 목적으로 하는바, 이는 문화재 보호라는 헌법적 요청을 실현하기 위한 것으로서 그 정당성이 인정된다고 할 것이다.

또한, 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항은 오로지 경제적 동기에 의하여 매장문화재를 발굴하려는 사업시행자로 하여금 매장문화재 조사·발굴비용을 부담시킴으로써, 문화재 보존지역에 있어서만큼은 가급적 사업시행자의 개발유인을 억지하고자 하는 것이므로, 매장문화재 보호라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다.

## (나) 위헌론

구 문화재보호법 제91조 제1항에 의하여 문화재 지표조사를 하는 행위와 제55조 제7항 제1문에 의하여 문화재청장이 문화재를 발굴하는 것은 문화재 보존을 위한 것이다. 그러한 문화재 지표조사와 발굴행위는 문화재를 보존

하여야 할 국가의 의무를 이행하기 위한 것이므로, 건설공사 시행자가 개발 이익을 얻는다 하더라도, 그 비용은 국가가 스스로 부담하는 것이 마땅하고 건설공사 시행자에게 부담시킬 것은 아니다.

구 문화재보호법 제91조 제1항, 제55조 제7항 제1문에 의하여 건설공사 예정지에서 문화재 지표조사와 발굴행위를 하는 것은 문화재의 보존 필요 때문이고 국가의 문화재 보존의무를 이행하기 위한 것이지, 건설공사를 가능하게 하기 위한 것이 아니다. 건설공사 시행자는 건설공사 예정지에서 스스로 문화재 지표조사의무를 부담하고 국가가 문화재를 발굴함으로써 인하여 어떠한 혜택을 받는 것이 아니라 그 조사·발굴행위에 지장을 주는 건설공사를 중지하여야 하는 불이익을 입을 뿐이다. 그리고 문화재 발굴의 이익은 국가에 귀속되는 것이지 건설공사 시행자에게 귀속되는 것이 아니다. 그러므로 문화재 조사·발굴비용은 당연히 국가가 부담하여야 하는 것이고, 그것을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 필요성과 합리성을 인정할 수 없는 것이다.

문화재보호라는 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항의 당초 입법목적과는 달리, 위 법률조항은 문화재 발굴로 인한 공사기간 지체에 대하여 아무런 제한 없이 사업시행자로 하여금 문화재 조사·발굴비용을 부담하게 함으로써, 이러한 부담을 피하려는 사업시행자들에 의하여 불법적인 문화재 파괴행위까지 나타나고 있다. 따라서 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항과 같은 불합리한 규정을 두고서, 국가가 헌법 제9조에 의한 문화재보호의무를 다하고 있다고 말할 수는 없을 것이다.

이 사건 부담조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정하기 어렵다.

## (2) 침해의 최소성

### (가) 합헌론

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 사업 편익에 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 조사·발굴비용과 사업시행자의 개발이익을 비교형량하여 사업시행자에게 개발이익이 발생하거나 그 이익의 규모가 큰 경우에만 그로 하여금 매장문화재 조사·발굴비용을 부담시키는 것은, 개발이익의 유무에 따라 그 비용부담 여부를 사후에 결정하겠다는 것이어서, 이는 사업시행자에게 경제적 부담을 가하여 무분별한 개발행위를 억지하고자 하는 당초의 입법 목적과도 배치되므로, 이를 보다 덜 침해적인 수단이라고 보기 어렵다.

사업시행자가 발굴허가 단계에서 조사·발굴비용 부담의무를 감수했다고 하더라도, 사후에 조사·발굴비용이 사업시행자의 예산을 넘어 현저히 확대되는 경우가 있을 수 있는데, 조사·발굴비용 확대에 따른 위험은 사업계획 단계나 사업자금의 조달 과정에서 기업적 판단에 의해 위험요인의 하나로서 충분히 고려될 수 있는 것이고, 사업시행자가 조사·발굴비용을 감당하기 어렵다고 판단하는 경우에는 더 이상 사업시행에 나아가지 아니할 선택권 또한 유보되어 있다. 즉, 사업시행자가 사업시행을 위하여 필요하다고 판단하여 문화재 조사·발굴비용을 부담할지 여부는 전적으로 사업시행자의 자유로운 의사에 따라 결정되는 것이므로, 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담 조항이 사업시행자로 하여금 조사·발굴비용을 부담하게 한다는 것만으로 이를 과도한 재산권 제한이라고 볼 수 없다.

이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항이 사업시행자에게 조사·발굴비용을 부담시킴에 따라, 이러한 부담을 피하려는 사업시행자에 의한 불법적인 문화재 파괴가 행해질 우려가 없지 않으나, 국가나 지방자치단체가 조사·발굴비용을 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.

매장문화재 원형보존의 원칙에 따라 문화재청장의 허가를 받은 경우를 제외하고는 원칙적으로 매장문화재의 발굴을 금지하고 있는데, 사업시행자가 자신의 사업시행을 위한 필요에 따라 매장문화재 지표조사를 하는 것이므로 사업시행자로 하여금 그 비용을 부담하게 하더라도 과도한 부담이라 할 수 없으며, 지표조사비용은 문화재 발굴비용과 비교하여서도 대체로 그 액수가 많지 않으며 예측 가능한 범위 내의 것이다.

또한, 대통령령으로 정하는 일정 규모 이상의 사업시행자 등에 대해서만 지표조사 의무가 부과되고 그 비용을 부담하게 하는 것이며, 그 외의 사업시행에 대하여는 지표조사의무가 부과되지 아니한다. 그리고 지표조사가 이미 실시된 지역에서 하는 건설공사, 절토나 굴착으로 인하여 유물이나 유구 등을 포함하고 있는 지층이 이미 훼손된 지역에서 하는 건설공사, 공유수면의 매립, 하천 또는 해저의 준설, 골재 및 광물의 채취가 이미 이루어진 지역에서 하는 건설공사 등에 대하여는 그 예외를 두고 있는데(구 문화재보호법 시행령 제53조 제2항), 위와 같이 그 피해를 최소화하는 규정을 두고 있는 것으로 볼 수 있어, 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나아가 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항은 대통령령으로 정하는 경우에는 예외적으로 국가 등이 발굴조사비용을 부담할 수 있는 완화규정을 두고 있으며, 발굴 문화재가 국가에 귀속되는 경우에는 문화재의 발견자, 습득자 및 발견된 토지나 건조물 등의 소유자에게 유실물법 제13조에 따른 보상금을 지급하도록 함으로써(구 문화재보호법 제48조 제2항), 사업시행자의 조사·발굴비용의 부담을 사실상 완화하는 등 기본권 침해를 최소화하기 위한 수단도 마련해 놓고 있으므로, 침해의 최소성원칙에 위반된다고 볼 수 없다<sup>1)</sup>.

#### (나) 위헌론

건설공사 시행자가 발굴허가를 받아 문화재를 발굴하는 것은 그러한 발굴행위가 건설공사에 필요하기 때문이 아니라 문화재를 보존하기 위하여 법률

1) 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 구 문화재보호법 제61조 제4항에 의하여 유실물법에 따른 보상금 지급제도가 폐지된 것은 앞서 본 바와 같다.

에 의하여 강요되기 때문이므로 그 발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 문화재 보존을 위하여 사업시행자에게 일방적인 희생을 요구하고 있는 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 조사·발굴비용을 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 지나친 것이다.

한편, 건설공사 시행자로 하여금 문화재 지표조사비용 전부를 부담시키는 것은, 문화재 지표조사비용이 발굴비용에 비하여 그다지 과중한 부담이 아닌 점을 고려하더라도, 문화재보호를 위하여 사업시행자에게 일방적인 희생을 요구하는 점에 있어서는 이 사건 문화재 발굴비용 부담조항과 달리 볼 것이 아니다.

오히려 건설공사 시행자가 문화재 지표조사를 하고 발굴허가를 받아 문화재를 발굴한 경우에는 건설공사 시행자가 국가의 문화재 보존의무를 대행한 것이므로, 문화재 조사·발굴비용을 국가가 보상함이 마땅하다고 할 것이다.

이 사건 부담조항은 재산권 침해의 최소성도 인정하기 어렵다.

### (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 보호함으로 인해 얻을 수 있는 공익이 상당함에 반하여, 사업시행자인 청구인이 받게 되는 불이익은 문화재 보존이 필요한 사업지에 대한 문화재발굴허가의 대가로 문화재 조사·발굴비용 부담을 지는 것이므로, 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항으로 인해 달성되는 공익보다 크다고 할 수 없다.

조사·발굴비용이 과다하게 지출되었거나 결과적으로 개발이익이 없게 되

었다는 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 문화재청장이 직접 또는 대행자를 시켜 발굴한 경우는 물론이고 건설공사 시행자가 허가받아 발굴한 경우에도, 발굴된 문화재의 소유자가 판명되지 않으면 그 문화재의 소유권은 국가에 귀속되고 건설공사 시행자에게 귀속되지 아니하며(제61조 제1항), 청구인과 같이 건설공사를 위하여 부득이 발굴에 나선 경우 발굴 문화재에 대해서는 유실물법에 따른 보상금도 지급되지 아니한다(제61조 제4항). 그럼에도 불구하고 문화재 조사·발굴비용을 전부 건설공사 시행자에게 부담시키는 것은 문화재 보존을 위하여 건설공사 시행자에게 일방적인 희생을 요구하고 있는 것이라고 보지 않을 수 없다.

이 사건 부담조항은 재산권 제한의 법익균형성도 인정할 수 없다.

#### (4) 법정의견

이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항이 건설공사를 위하여 문화재발굴허가를 받아 매장문화재를 발굴하는 경우 사업시행자로 하여금 문화재 발굴비용 전부를 부담하도록 하는 것이 입법자의 입법형성권의 한계를 현저히 벗어난 것이라고 보기 어렵고, 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 한도를 넘어서 재산권을 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다.

#### 다. 포괄위임입법금지원칙 위배 여부

구 문화재보호법에 지표조사를 실시하여야 할 자와 비용부담자(사업시행자), 비용부담의 범위(지표조사비용 전부)에 대하여는 구체적으로 규정되어 있고(제91조 제1항, 제8항), 다만 위 법률조항이 지표조사의무 및 그 비용을

부담할 건설공사 시행자의 대상과 범위에 대해서만 대통령령에 위임하고 있는 것이므로, 대통령령에 규정될 사항이란 지표조사의 목적상 유적의 매장과 분포 여부에 관한 확인이 필요한 일정 규모 이상의 건설공사나 매장문화재 발굴 가능성이 커 지표조사가 필요한 건설공사의 시행자의 범위에 대한 것임을 충분히 예견할 수 있다.

한편, 지표조사의무와 그 비용을 부담할 건설공사 시행자의 범위에 대하여 법률에 최소한의 면적을 정하고 이를 넘는 범위 내에서 대통령령으로 정하도록 하여 더 구체적인 범위를 정하여 위임하는 것도 생각해 볼 수 있으나, 지표조사의 대상과 범위를 정함에 있어 해당 사업지의 면적도 중요한 기준이 되지만 그 밖에 매장문화재의 발굴 가능성, 지표조사의 필요성 등에 대해서도 살펴 지표조사의 대상과 범위를 규율하여야 하는 측면을 고려하면, 법에서 최소한의 면적을 정하고 있지 않다는 이유만으로 포괄위임입법금지 원칙을 위배하였다고는 볼 수 없다.

이 사건 발굴비용 부담조항 중 국가 등의 비용부담에 관한 부분은 국민의 기본권을 제한하는 조항이 아니라, 시행자 비용부담원칙을 완화해주는 조항, 즉 발굴조사비용 시행자부담원칙에 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.

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 조사·발굴비용 지원대상의 범위에 관하여 이를 시행령에 위임하는 경우에도 그 위임조항의 내재적인 위임 범위나 한계를 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로, 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

### 라. 평등원칙 위배 여부

청구인은 조사·발굴비용의 시행자 부담원칙의 예외를 인정하고 있으면서, 그 예외인정의 범위에 대하여 구 문화재보호법 시행령은 건축 연면적이 일정 기준 이하인 소규모 건설공사에 한정하고 있으므로, 합리적 이유 없이 대규모 건설공사를 시행하는 시행자를 차별대우하여 평등원칙에 위배된다고 주장하였는데, 청구인의 위와 같은 주장은 기본적으로 위 시행령 조항의 위헌성을 주장하는 것과 다름없고, 이 사건 법률조항 자체가 청구인을 차별적으로 취급한다는 주장이 아니므로, 청구인의 평등원칙 위반 주장은 이유 없어 배척되었다.

### 마. 직업의 자유 침해 여부

법정의견은, 이 사건 문화재 조사·발굴비용 부담조항은 사업시행자에게 문화재 조사·발굴비용이라는 부담을 지움으로써 사업시행자의 재산권에 제한을 가하는 방식으로 사업 시행자의 직업수행의 자유를 제한한다고 할 것인데, 앞서 재산권 침해 여부에 관한 논의에서 살핀 바와 같이 직업수행의 자유의 제한에 있어서도 마찬가지로 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 비례원칙에 반하지 않는다는 이유로 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

## 4. 구 문화재보호법 제91조 제9항, 제58조가 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부에 관하여

구 문화재보호법 제91조 제9항은 문화재 지표조사를 실시하여야 할 건설공사의 대상, 범위, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있는데, 지표조사를 실시하여야 할 건설공사의 대상과 범위는 국회가 제정하는 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 요청되고, 그 밖에 지표조사에 필요한 사항은 그 규율 대상의 전문성 및 다양성을 고려하면 법률에 이를 규정하는 것이 마땅치 않으므로 이 또한 국회가 제정하는 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임하는 것이 요청된다. 또한, 대통령령에 규정될 사항이란 지표조사의 목적상 유적의 매장과 분포 여

부에 관한 확인이 필요한 일정 규모 이상의 건설공사나 매장문화재 발굴 가능성이 커 지표조사가 필요한 건설공사의 시행자의 대상과 범위, 그 밖에 지표조사에 필요한 전문적, 기술적인 사항에 대한 것임을 충분히 예견할 수 있다. 따라서 구 문화재보호법 제91조 제9항은 헌법이 정한 위임입법의 한계를 준수하고 있으므로 헌법상의 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판단하였다.

구 문화재보호법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 2. 4. 법률 제10000호로 개정되기 전의 것) 제58조는 문화재청장이 매장문화재 조사 용역 대가의 기준과 그 산정 방법에 필요한 사항을 기획재정부 장관과 협의하여 정할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 법조항은 발굴허가를 받은 자나 건설공사의 시행자가 발굴기관과 발굴조사 또는 지표조사의 용역에 관한 위탁 계약을 체결하는 경우에 그 대가의 기준과 산정방법을 규정한 것으로서 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 법규가 아닐 뿐 아니라, 그 규율대상의 전문성 및 다양성으로 인해 위임의 필요성이 인정되고, 수범자가 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

## 5. 결 론

그렇다면 구 문화재보호법 제55조 제1항 제2호, 제61조 제2항, 제4항, 제62조 제2항, 제91조 제4항, 제5항에 대한 각 심판청구는 부적법하여 모두 각 하하고, 구 문화재보호법 제55조 제7항 제2문 및 제3문 중 각 ‘제55조 제1항 제2호에 관한 부분’, 제91조 제1항, 제8항, 제9항, 구 문화재보호법 제58조는 헌법에 위반되지 아니한다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정은 현재 2010. 10. 28. 2008헌바74 결정에 이어 다시 한 번 문화재 발굴비용 부담조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 선언하였으며, 이에 더하여 사업시행자에게 문화재 지표조사 비용 전부를 부담하게 하는 것이 청구인의 재산권을 침해하지 않는다고 선언한 데에 그 의의가 있다.

사업시행자의 재산권 보호 및 직업수행의 자유 보호와 매장문화재 보호 사이의 보호법익의 비교형량이 그다지 쉬운 것만은 아니지만, 어떻게 하는 것이 매장문화재 파괴를 줄이고 매장문화재를 보호하는 것인가라는 관점에서 보면, 우리 헌법 제9조가 천명하고 있는 문화국가의 이념에 더욱 부합하는 방향으로 입법개선을 하여, 사업시행자의 재산권을 침해하지 않으면서도 매장문화재를 실질적으로 보호할 수 있는 방법에 대한 탐구가 필요하다고 할 것이다.





## 부정수표단속법 제2조 제2항 위헌소원

- 부도수표 발행 처벌 -

(헌재 2011. 7. 28. 2009헌바267, 판례집 23-2상, 65)

성 왕\*

### 【판시사항】

1. 부도수표 발행인을 형사처벌하는 부정수표단속법(1966. 2. 26. 법률 제 1747호로 개정되고, 2010. 3. 24. 법률 제10185호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 위 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판의 대상】

부정수표단속법(1966. 2. 26. 법률 제1747호로 개정되고, 2010. 3. 24. 법률 제10185호로 개정되기 전의 것) 제2조(부정수표발행인의 형사책임) ② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이 나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에도 전항과 같다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 1999년경부터 농업협동조합중앙회 광장지점과 당좌수표 계약을 체결하고 수표거래를 하여 왔는데, 2004. 4. 19. 청구인 명의로 발행한 위 농협 당좌수표 3장의 각 소지인들이 지급제시기간 내에 위 농협에 지급제시하

---

\* 헌법연구관

였음에도 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 이유로 부정수표단속법 위반 혐의로 기소되었고, 1심에서 징역 8월의 유죄판결을 선고받았다.

이에 청구인은 항소하고, 항소심 계속중 ‘수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때’에 형사처벌을 하도록 한 부정수표단속법 제2조 제2항은 인간의 존엄성을 침해한다고 주장하며 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 법원이 2009. 10. 5. 위 신청을 기각하자, 2009. 10. 9. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관련 국가기관<sup>1)</sup>의 의견

### 가. 법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 그 보호법익은 ‘수표거래의 공정성’인 것이고, 나아가 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금하는 것이 아니므로, 이 사건 법률조항이 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

### 나. 법무부장관의 의견

헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 2001. 4. 26. 99헌가13 결정으로 합헌 판단한 바 있고, 그와 같은 견해는 여전히 타당하며, 달리 판단할 사정 변경이나 필요성이 인정되지 않는다.

1) 이 사건 및 관련 선례(99헌가13)에서는 기획재정부 장관의 의견이 제출되지 아니하였으나, 이 사건 법률조항에 대한 위헌확인 청구를 각하한 또 다른 선례(96헌마148, 형벌조항의 기본권 침해의 직접성을 부인하여 각하)에서 재정경제원장관의 의견이 제출된 바 있고, 그 요지는 입법론적으로 재고가 필요한 면이 있으나, 현재 금융거래의 실정을 고려할 때 성급한 형사처벌의 폐지는 경제에 악영향을 줄 우려가 있으므로 신중한 판단이 요망된다는 것이었다.

## 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 수표의 지급 확실성을 위하여 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 규제하는 것으로서 수표의 본질적 기능을 보장하여 국민의 경제생활의 안전을 보호하기 위한 것이므로 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당하며, 과태료나 금융상 제재 등의 경미한 수단만으로 입법목적이 달성하고자 하는 바를 충분히 달성하기 어렵다고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 보기는 어렵다. 나아가 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성을 온전히 유지시킴으로써 수표의 기능을 보장하고 국민경제의 안전을 보호하고자 하는바, 이러한 공익은 매우 중요한 반면, 제한되는 사익은 앞서의 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

2. 어음 발행인과 달리 수표 발행인에 대하여만 이 사건 법률조항과 같은 규제를 두었다고 하더라도, 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 어음과는 본래적 성질을 달리 하므로, 수표 발행인과 어음 발행인 사이에는 본질적으로 동일한 집단에 대한 차별 취급이 인정되지 않거나, 또는 이들에 대한 차별취급에 합리적 이유가 있다고 할 것이다. 한편 이 사건 법률조항은 일반적인 수표 이외에 신용 목적으로 발행된 수표의 경우에도 적용되는데, 이는 신용 목적으로 발행된 수표라 하더라도 일반적인 수표와 외관상 구별이 되지 않으므로 수표가 신용증권으로 발행되었는지 여부를 일반 공중으로서는 알 길이 없고, 언제든지 유통가능성이 있다는 점에 근거한 것으로 신용 목적으로 발행된 수표를 일반적인 수표와 동일하게 취급하는 데에는 여전히 합리적 이유가 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

### 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견

이 사건 법률조항의 문언 자체만으로는 범죄를 구성하는 행위가 ‘수표를 작성하거나 발행하는 행위’인지 아니면 ‘제시기일에 지급되지 아니하게 한 행위’인지 여부, 범죄가 언제 성립하는지, 고의의 내용은 무엇이고 언제 존재하여야 하는 것인지 매우 모호하여 수범자로서는 이 사건 법률조항에 의하

여 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어렵다. 나아가 이 사건 법률조항은 수표발행인의 고의가 개입될 수 없는 거래정지처분을 구성요건으로 규정함으로써 고의범을 처벌하는 이 사건 법률조항의 해석에 불명확성을 가중하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 관련 선례의 검토

헌법재판소는 2001. 4. 26. 99헌가13 결정으로 이 사건 법률조항에 대하여 재판관 8(합헌):1(위헌)의 의견으로 합헌판단을 한 바 있다. 그 취지는 다음과 같다(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 773-781 참조).

#### 가. 법정의견의 요지

##### (1) 국제법 존중주의 위반 여부

헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다. 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성인 것이고 나아가 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 있어 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이다. 결코 ‘계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금’되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다.

##### (2) 평등의 원칙 위반 여부

어음과 수표는 다 같이 유통증권이기는 하지만 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 수표의 피지급성의 보장이 어음의 경우보다 더욱 강력하게 요청되는 점에서 어음과는 성질을 달리 한다.

따라서 지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행하는 행위를 처벌한다고 하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수는 없다. 그리고 신용증권으로 변칙 발행된 수표라 하더라도 수표 자체로 그 구별이 어려울 뿐만 아니라 수표법상의 요건을 갖춘 수표라면 수표로서의 효력에 영향이 없고 언제든지 유통가능성이 있으므로 그러한 수표에 대하여 부정수표단속법의 적용을 제외시킨다면 수표의 피지급성을 확보하고자 하는 법의 입법목적은 달성할 수 없게 된다. 또한 법이 예정하고 있는 본래 의미의 신용증권인 어음을 선택하지 않고 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들로서는 수표제도에 따르는 위험도 아울러 받아들여야 한다. 그 밖에 수표소지인이 어음소지인이나 다른 채권자들보다 우선변제받게 된다는 것은 이 사건 법률조항에 의한 처벌을 면하기 위하여 수표발행인이 사실상 수표소지인에게 수표금을 지급하는 것 때문에 반사적으로 우선변제받는 것처럼 보일 뿐이므로 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.

### (3) 과잉금지의 원칙 위반 여부

어떤 행위를 범죄로 규정하고 그에 대하여 어떤 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 이 사건 법률조항은 부정수표가 남발됨으로써 유통증권으로서의 수표기능과 그 피지급성에 대한 신뢰가 깨어지고 유통질서의 혼란이 야기되어 국민경제의 안정을 해치는 사회현실을 앞에 놓고 이러한 부정수표의 발행을 제재하여 수표의 유통기능을 확보함으로써 경제질서의 안정을 도모하고자 하는 데에 그 입법목적이 있고, 또한 과태료의 행정벌이나 금융상의 제재와 같은 대체수단만으로는 위 입법 목적을 궁극적으로 달성하기에 부족했다는 그 동안의 경험적 자각이 이와 같은 정책수단을 선택케 한 것으로 이러한 결단은 원칙적으로 존중되어야 한다.

한편 신용증권으로 발행된 수표가 부도난 경우까지 포함하여 수표발행인을 처벌하는 것은 이 사건 법률조항 본래의 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉입법이라는 주장도 있다. 그러나 앞서 본바와 같이 그 수표가 신용

증권으로 발행되었는지 구별이 어려울 뿐만 아니라 신용증권으로 변칙 발행된 수표라 하더라도 언제든지 유통가능성이 있으므로 그러한 수표에 대하여 부정수표단속법의 적용을 제외시킨다면 수표의 피지급성을 확보하고자 하는 법의 입법목적을 달성할 수 없게 된다. 또한 법이 예정하고 있는 본래 의미의 신용증권인 어음을 선택하지 않고 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들로서는 수표제도에 따르는 위험을 누구보다 잘 인식하고 있음은 물론, 바로 그 점을 오히려 활용하고자 하는 자들이므로 이들을 보호하고자 하는 차원에 불과한 위 과잉입법 주장은 받아들이기 어렵다.

#### (4) 적법절차 등의 원칙 위반 여부

단순 채무불이행에 대하여 제3자의 고발로 인신구속에까지 이를 수 있게 한 것은 실질적 죄형법정주의나 적법절차원칙에 반한다는 주장이 있으나, 1993년의 부정수표단속법 개정으로 소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하면 금융기관의 고발이 있더라도 발행인은 처벌을 받지 않게 되었고, 금융기관의 고발은 단지 수사의 단서에 불과한 점, 나아가 인신구속에 관하여는 형사소송법의 구속절차에 따르는 것으로서 이 사건 법률조항과는 무관한 점, 이 사건 법률조항이 채무불이행 자체만으로 처벌하는 것이 아닌 점을 고려할 때 이 사건 법률조항은 실질적 죄형법정주의나 적법절차원칙에 반하지 아니한다.

#### (5) 시장경제질서의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항이 다소의 역기능이 있다해서 -그것도 대부분 이용자의 변칙이용의 결과이지만- 우리 헌법이 추구하는 시장경제질서가 이로 인해 왜곡되어 헌법에 위반된다고 보는 것은 그야말로 침소봉대다.

#### (6) 방론

이 사건 법률조항이 외국과 통상마찰을 일으킬 여지가 있다는 비판은 경청할 가치가 있으나, 이 사건 법률조항을 폐지할 경우 금융거래의 신용질서가 아직 미흡한 우리 사회에서는 선의의 피해자가 급증하는 등 커다란 혼

란을 초래하여 오히려 신용거래 질서를 파괴하고 중소기업의 자금조달을 어렵게 하여 기업활동을 위축케 하는 등 부작용 또한 만만치 않을 것임에 틀림없다. 시간을 두고 점진적으로 검토할 여지는 있으나 아직은 그 때가 아니다.

### 나. 재판관 권성의 반대의견의 요지

이 사건 법률조항은 민사상의 채무불이행에 대하여 형사처벌을 가하는 것으로 근대법의 체계에 맞지 않고, 자기책임의 원리 및 평등원칙에 반하며, 경제상의 자유와 창의를 저해한다. 나아가 이 사건 법률조항은, 국가권력에 대하여 사람을 사람답게 대접할 것을 명(命)하고, 법(法)을 법(法)답게 만들 것을 명하는 헌법의 기본정신에 어긋나므로 위헌이다.

## 2. 이 결정의 법정의견의 논증구조

이 결정의 법정의견은 위 관련 선례의 취지를 그대로 인용한 후 사정변경이 없다는 결론을 내리지 아니하고, 과잉금지원칙 위반 여부 및 평등원칙 위반 여부를 직접 판단하면서 필요한 부분에서 관련 선례의 취지를 인용하고 있다.

이는 관련 선례가 청구인의 주장 하나 하나에 대응하여 논증을 함으로써 여러 부분에서 동일한 논증을 되풀이하고 있는 점 및 형사처벌 조항에 관한 일반적인 재판소의 결정체제와 다른 체제를 취하고 있는 점을 고려한 것으로 생각된다.

한편 이 결정의 반대의견이 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반을 이유로 위헌 판단을 하고 있음에도 이 결정의 법정의견은 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반 여부를 명시적으로 판단하지 않고 있는데, 이는 이 사건 법률조항에 관한 법원의 해석이 확립되어 있음에 비추어 그러한 해석을 전제로 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부 및 평등원칙 위반 여부를 판단하면 족하다고 본 것으로 이해된다. 법정의견이 전제하고 있는 해석론에 관하여는 아래 “5. 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위반 여부”의 항에서 살펴본다.

### 3. 이 사건 법률조항의 입법취지 및 연혁

#### 가. 부정수표단속법의 입법취지 및 단속 현황

##### (1) 입법취지

부정수표단속법은 부정수표 등의 발행을 단속·처벌함으로써 국민의 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적으로 한다(위 법 제 1조).

위 법은 유가증권 중에서도 그 증권성이 완전하고 유통성이 큰 수표에 관하여 형법에 대한 특별법으로 제정된 것으로서, 1950년대 우리나라의 혼란한 사회·경제적 상황 아래에서 부정수표가 남발됨으로써 유통증권으로서의 수표의 기능과 그 피지급성에 대한 신뢰가 깨어지고 유통질서의 혼란이 야기되어 국민경제의 안정을 해치는 사회현실을 앞에 놓고 이러한 부정수표의 발행을 제재하여 수표의 유통기능을 확보함으로써 경제질서의 안정을 도모하고자 하는 현실적 필요에서 제정된 것이다.<sup>2)</sup>

##### (2) 단속현황<sup>3)</sup>(부정수표단속법위반죄 전반에 관한 통계<sup>4)</sup>)

###### (가) 연도별 부정수표단속법 위반 범죄 발생 현황

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
발생건수	75,318	87,635	37,117	21,430	17,941	14,582	19,712	30,489	19,841	16,171	12,843	12,873	13,951

###### (나) 부정수표단속법 위반사범에 대한 처분 결과

2008년 6,882건 중 2,405건이 기소되었고, 2009년 7,633건 중 2,776건이 기소되었다.

###### (다) 부정수표단속법 위반사범 구속 상황

2008년 3,460명 중 112명이 구속되었고, 2009년 3,836명 중 120명이 구속

2) 주식 형법각칙(2), 2006. 1., 제452면

3) 범죄분석, 대검찰청, 2010 등 참조

4) 이와 같은 통계는 이 사건 법률조항에 한정된 것이 아니어서 이 사건 법률조항의 위헌성 판단에 직접적 영향을 미친다고 보기는 어렵다. 가사 이 사건 법률조항에 대하여도 유사한 통계수치가 적용될 수 있다고 보더라도, 통계가 의미하는 바에 관하여는 여러 가지 해석이 가능하다.



되었다.

## 나. 이 사건 법률조항의 입법취지 및 연혁

### (1) 입법연혁

1961. 7. 3. 법률 제645호로 제정된 부정수표단속법 제2조 제4호는 “예금 부족으로 정시기일에 지급이 되지 아니한 수표”를 “부정수표”의 하나로 규정하고, 제4조는 그와 같은 부정수표를 발행 또는 작성한 자를 2년 이하의 징역 또는 수표금액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처하도록 규정하였다.

이 사건 법률조항은, 부정수표단속법이 1966. 2. 26. 법률 제1747호로 개정될 당시 위와 같은 구 법상의 조항들을 구체화하고 보완하여 규정한 것으로, 과실범에 대한 처벌조항(위 법 제2조 제3항)이 이때 함께 도입되었으며(이로써 이 사건 법률조항이 고의범인지 여부를 둘러싸고 벌어졌던 논쟁은 일단락되었다<sup>5)</sup>), 수표 발행인 등이 수표 부도로 인한 책임을 회피할 의도로 수표 도난 등 허위신고를 하는 것을 방지하기 위하여 허위신고자 처벌조항도 역시 이때 도입되었다.

이 사건 법률조항은, 부정수표단속법이 1993. 12. 10. 법률 제4587호로 개정될 당시에도 변함이 없었다. 다만 위 법은 제2조 제4항에 ‘수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수하거나, 회수하지 못하였을 경우라도 수표 소지인의 명시한 의사에 반하여는 공소를 제기할 수 없도록’ 하는 규정을 추가하여 수표거래질서의 확보라는 본래의 법기능을 그대로 유지하면서도 부도를 낸 기업인의 기업회생을 도모<sup>6)</sup>하였다<sup>7)</sup>.

한편 2010. 3. 24. 법률 제10185호로 개정된 현행 부정수표단속법은 문구

5) 부정수표단속법은 특별형법이므로 명문규정이 없더라도 고의 내지 과실이 필요하지 않다는 해석론도 있었으나, 대법원은 일관되게 고의범으로 해석하여왔고(대법원 1965. 6. 29. 선고 65도1판결 등), 그러한 해석론이 입법에 반영된 것으로 보인다.

6) 일시적으로 보도를 낸 기업주를 인신구속 등 형사처벌케 함으로써 기업회생을 어렵게 하고 이에 따라 연쇄부도를 야기하는 부작용이 있으므로 이 사건 법률조항을 폐지하여야 한다는 경제계의 의견과 완전히 이 사건 법률 조항을 폐지할 경우 발생할 수 있는 수표의 유통기능이나 신용도 저하의 부작용 등을 함께 고려한 것으로 보인다.

7) 위 법 개정문 참조

만을 조금 다듬어(때 → 경우, 전항 → 제1항) 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 법률조항을 제2조 제2항에 규정하고 있다.

## (2) 입법취지<sup>8)</sup>

부정수표단속법 제2조는 앞서 살핀 부정수표단속법의 입법목적 달성을 위하여, 수표의 위조·변조 행위에는 해당하지 아니하나 수표의 유통질서를 해칠 위험이 큰 일정한 수표 발행·작성 행위를 제한적으로 열거하여 범죄로 규정한 것이다.

위 법 제2조 제1항이 처음부터 위법하게 발행·작성된 것으로 볼 수 있는 경우를 규정한 것이라면, 제2항(이 사건 법률조항)은 발행 당시에 형식적인 적법요건을 갖춘 경우라는 점에서 구별되는데, 제2항의 수표는 흔히 ‘부도수표’라고 칭하여 제1항의 수표와 구별하는 것이 보통이다.

## 4. 외국의 입법례

### 가. 미국

미국에서의 부도수표에 관한 처벌은, 일반적으로는 경범으로 다스리며 금액에 따라서 차별적으로 중범으로 다스린다. 다만 형사절차를 개시하기 전에 변제의 기회를 제공하는 것이 일반적이며 많은 경우, 이를 통하여 사건은 종결되는데, 이러한 기회를 주는 이유는 첫째, 그 액수가 소액인 경우, 처벌보다는 지급보증과 추후 재발방지를 위한 교육이 더 효과적이기 때문이고, 둘째, 미국 상거래에서 가장 흔하게 사용되는 개인수표의 부도사건을 일일이 다 형사절차를 통해서 다루기에는 현실적으로 경찰과 검찰의 인력이 부족하기 때문으로 보인다.

### 나. 독일

독일에서는 일반적으로 수표발행인이 수표를 부도 낸 경우 형법상 사기죄에 해당하지 않는 한 이를 특별히 처벌하는 규정은 없으나, 은행으로부터 수

8) 주식 형법각칙(2), 2006. 1., 제455-456면, 제461면 참조

표카드를 발급받은 자가 은행과의 약정한도를 초과하는 금액의 수표를 발행하여 은행에게 손해를 가한 경우에는 처벌받게 된다. 신용카드 및 수표카드 부정사용의 처벌은, 연방대법원이 자기의 신용카드를 부정사용한 행위의 사기죄 성립을 부정하자, 이를 입법적으로 해결하기 위하여 1986년 신설된 것인데, 학계에서는 비판적인 견해가 상당하다고 한다.

#### 다. 프랑스

현재 통화와 금융에 관한 법률 제L163-2조는 “타인의 권리를 해칠 의도로 수표를 발행한 후, 명의변경이나 어음교환 등과 같은 방법 여하에 관계없이 예금잔고의 전부 또는 일부를 인출하거나 동일한 조건으로 지급 은행에 지급을 못하도록 하는 자는 5년 이하의 징역 또는 375,000 유로(약 6억 원) 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 1991년 법 개정으로 예금잔고 없이 수표를 발행하는 경우는 처벌하지 않게 된 것인데, 이는 부정수표를 형사 처벌하는 것이 부정수표의 증가에 대한 효율적인 대책이 되지 않고 처벌의 불균형을 가져오거나 법원의 부담만 가중시키기 때문인 것으로 보인다.

#### 라. 일본

일본 수표법에는 우리나라 수표법과 같이 수표자금과 수표계약이 있는 경우에만 발행할 수 있다는 규정과 함께 그에 위반한 경우 제재하는 규정이 있다.<sup>9)</sup> 그 이외에 수표가 지급거절된 경우 발행인을 처벌하는 별도의 규정은 없다(우리나라의 부정수표단속법에 상응하는 법률이 없다).

9) 일본 수표법 제3조는 우리나라의 수표법 제3조와 동일하게 ‘수표는 제시한 때에 발행인이 처분할 수 있는 자금이 있는 은행을 지급인으로 하고, 발행인이 그 자금을 수표에 의하여 처분할 수 있는 명시적 또는 묵시적 계약에 따라서만 발행할 수 있다. 다만 이 규정을 위반하는 경우에도 수표로서의 효력에 영향을 미치지 아니한다.’고 규정하고 있으며, 제71조에서 수표의 발행인이 제3조의 규정에 위반하는 때에는 5천엔 이하의 과료에 처하도록 규정하고 있다(우리나라 수표법은 제67조(제62년 수표법 부칙)에서 수표의 발행인이 제3조의 규정에 위반한 때에는 50만원 이하의 과태료에 처하도록 규정).

## 5. 이 사건 법률조항의 명확성원칙 위반 여부

### 가. 법정의견이 전제하고 있는 해석론

이 결정의 법정의견이 전제하고 있으며, 과잉금지 원칙 위반 여부 및 평등원칙 위반 여부에 관한 판단 곳곳에서 드러내고 있는 이 사건 법률조항의 해석론을 살펴본다<sup>10)</sup>.

#### (1) 수표를 발행하거나 작성한 자

이 사건 법률조항의 적용대상인 ‘수표’는 그 입법목적에 비추어 실제거래에서 유통증권으로서의 기능을 발휘할 수 있는 수표를 의미한다.

법률상 수표는 발행인이 지급인(은행)에 대하여 수취인 그 밖의 수표의 정당한 소지인에게 일정한 금액을 지급하도록 위탁하는 유가증권으로, ‘일람출급성’을 가진다. ‘일람출급성’이란 만기를 따로 정하지 아니하고 발행일 또는 그 이후 언제이든 수표가 제시되면 즉시 지급되어야 함을 말하는바, 수표법 제28조 제1항은 “수표는 일람출급(一覽出給)으로 한다. 이에 위반되는 모든 문구는 적지 아니한 것으로 본다.”라고 규정하여 이를 명시하고 있다. 즉 수표는 순수한 지급증권으로서, 신용증권인 환어음·약속어음과는 기능상 확연히 구별된다.<sup>11)</sup>

수표는 단지 현금을 대신하는 지급수단으로서의 기능에 그치게 하는 것이 입법취지이므로 수표가 어음과 같이 장기간 유통되며 신용증권화하는 것은 법이 바라는 것이 아니다. 때문에 수표법은 수표가 신용증권화하는 것을 방지하기 위하여 여러 규정{인수의 금지(수표법 제4조<sup>12)</sup>}, 이자 기재의 부인(수표법 제7조<sup>13)</sup>}, 수표의 일람출급성(수표법 제28조<sup>14)</sup>}, 단기의 지급제

10) 그 내용은 대체로 주식 형법각칙(2), 2006. 1., 제456-471면 참조.

11) 이철송, 어음·수표법, 2008, 제447면 참조.

12) 제4조(인수의 금지) 수표는 인수하지 못한다. 수표에 적은 인수의 문구는 적지 아니한 것으로 본다.

13) 제7조(이자의 약정) 수표에 적은 이자의 약정은 적지 아니한 것으로 본다.

14) 제28조(수표의 일람출급성) ① 수표는 일람출급(一覽出給)으로 한다. 이에 위반되는 모든 문구는 적지 아니한 것으로 본다.

시기간(수표법 제29조 제1항15)), 지급인의 배서 및 보증의 금지(수표법 제15조 제3항16), 제25조 제2항17)), 단기의 시효기간(수표법 제51조18))을 두고 있다.<sup>19)</sup>

수표의 ‘발행’이란 수표용지에 수표의 기본요건을 작성하여 상대방에게 교부하는 행위를 말하고, ‘작성’이란 발행인과 공모하거나 그의 위임 아래 부정수표를 만드는 행위를 말하는 것으로 수표상의 요건을 대리 기입하는 것 같은 기계적인 행위를 하는 데 불과한 경우는 이에 해당하지 않는다.

## (2) 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지

‘예금부족’이란 발행인이 지급은행과의 사이에 수표계약을 체결하여 유지하고 있으나, 수표금을 지급할 수 있는 자금을 예치하지 않았거나 부족한 경우를 말한다.

‘수표계약의 해제 또는 해지’는 수표를 발행할 때에는 수표계약이 있었으나 그 수표를 제시하기 전에 해제 또는 해지한 경우로서 은행거래정지처분에 따른 강제해지이든 당사자 한쪽의 임의해지이든 합의해지이든 묻지 않는다.

---

② 기재된 발행일이 도래하기 전에 지급을 받기 위하여 제시된 수표는 그 제시된 날에 이를 지급하여야 한다.

15) 제29조(지급제시기간) ① 국내에서 발행하고 지급할 수표는 10일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 한다.

16) 제15조(배서의 요건) ③ 지급인의 배서도 무효로 한다.

17) 제25조(보증의 가능) ① 수표는 보증에 의하여 그 금액의 전부 또는 일부의 지급을 담보할 수 있다.

② 지급인을 제외한 제3자는 제1항의 보증을 할 수 있다. 수표에 기명날인하거나 서명한 자도 같다.

18) 제51조(시효기간) ① 소지인의 배서인, 발행인, 그 밖의 채무자에 대한 상환청구권은 제시기간이 지난 후 6개월간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

② 수표의 채무자의 다른 채무자에 대한 상환청구권은 그 채무자가 수표를 환수한 날 또는 그 자가 제소된 날부터 6개월간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

19) 이철송, 위의 책, 제450-451면 참조.

### (3) 제시기일의 지급거절

제시기일이란 수표법 제28조 제2항에 의하여 수표를 제시한 날 및 수표법 제29조의 규정에 의한 지급제시기간 내에 금융기관에 지급을 받기 위하여 수표를 제시한 날을 말한다(부정수표단속법 시행령 제2조 제3항).

이러한 지급제시 기간 내에 적법한 지급제시가 있었던 경우에만 이 사건 법률조항 위반의 죄가 성립하고, 제시기간이 경과한 후에 제시하여 지급거절된 경우는 해당하지 않는데, 지급제시기간의 준수 여부는 수표의 문언에 기재된 내용에 의하여 확정될 수 있어야 한다.

지급거절이란 수표법 제39조의 지급거절의 증명이 있을 때를 말한다(부정수표단속법 시행령 제2조 제4항).

### (4) 고의범

이 사건 법률조항은 부정수표단속법 제2조 제3항의 과실범 처벌규정과의 대조를 통하여 명백하게 드러나는 바와 같이 고의범을 규정한 것이다. 고의의 중요한 내용은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것이다.

이러한 고의는 수표발행 당시에 존재하여야 하고, 그 인정 여부의 판단에는 수표 발행 당시의 자금사정이 주요한 고려 요소가 된다.<sup>20)</sup>

한편 판례는 수표가 견질담보로 발행되고, 그 수표가 담보하는 은행채무에 대하여 별도로 제공되어 있는 모든 인적, 물적 담보가 실행된 후에 제시하기로 하는 묵시적 합의가 있는 경우, 수표의 할인을 의뢰하였는데 의뢰받은 자가 이를 다른 데 유통시키고 할인금을 교부하지 아니함으로써 결국 부도가

20) 판례는 수표금액에 상당하는 예금이나 수표금 지급을 위한 당좌예금의 확보책 없이 수표를 발행한 경우(대법원 2002. 2. 26. 선고 2002도167 판결 등), 수표 발행 사무를 포괄하여 전무이사, 관리부장, 경리과장들에게 위임하였으나 회사의 부채가 수년 전부터 누적된 사실과 상당한 규모의 총부채 내역, 차입금 중 사채규모, 그 사채들을 선일자 수표의 발행에 의하여 정리하고 있다는 사실 등을 알았던 대표이사의 경우(대법원 1970. 7. 21. 선고 70도1047 판결 등), 가계종합예금의 평균 잔고유지조건을 지키지 못하여 가계수표의 지급이 거절되었고, 발행인이 그러한 거래약정을 알고 있던 경우(대법원 1983. 10. 11. 83도2088 판결) 등에 대하여 이러한 고의를 인정하였다.

발생한 경우 등과 같이 지급제시를 하지 않는다는 특약이나 수표를 발행하게 된 경위 또는 지급하지 못하게 된 경위 등에 관한 대내적 사유가 있다는 사실만으로는 부정수표발행의 죄책을 면할 수 없다고 보고 있으며<sup>21)</sup>, 지급거절된 수표가 타인의 기망에 의하여 발행된 경우에도 마찬가지로 보았다<sup>22)</sup>.

그러나 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같은 믿음이 정당한 것으로 수긍되는 경우에는 고의를 인정하지 않는다.<sup>23)</sup> 예컨대, 회사의 실질적인 대표자가 모든 업무를 단독으로 처리하던 중 형식상 대표이사과 아무런 상의 없이 보관하고 있던 대표자의 직인을 이용하여 그 명의로 수표를 발행한 사안에서 회사의 경영에 전혀 관여한 바가 없어 부도된 당좌수표의 발행사실도 모르고 있었고 회사의 자금사정에 대하여도 전혀 모르고 있었던 형식상 대표이사의 경우<sup>24)</sup>, 10여 년간 거래관계로 발행한 수표를 정상적으로 결제하여 왔는데, 수표의 제시일 직전의 화재로 발행인의 점포가 전부 소실되어 영업을 하지 못하게 됨으로써 예금부족의 결과가 야기된 경우<sup>25)</sup>, 학교 아동급식용 식빵제조회사의 대표이사가 식빵원료 대금으로 선일자수표를 발행하고 각 교육구청으로부터 정기적으로 지급되는 식빵대금으로 그 수표가 결제되도록 하여 왔는데 식중독 사고의 발생으로 식빵대금을 받지 못하여 수표부도가 발생한 경우<sup>26)</sup> 등에 대하여는 고의를 인정하지 아니하였다.

##### (5) 범죄의 성립시기 및 죄수

이 사건 법률조항 위반의 죄는 결과의 발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행한 때에 바로 성립하고, 지급거절이 된 때에 성립하는 것은 아니다.<sup>27)</sup>

21) 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도435 판결, 대법원 2007. 3. 30. 선고 2007도523 판결 등

22) 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도2127 판결

23) 대법원 2007. 3. 30. 선고 2007도523 판결

24) 대법원 1994. 11. 8. 94도1799 판결

25) 대법원 1981. 3. 24. 선고 81도115 판결

26) 대법원 1979. 12. 11. 선고 79도1334 판결

27) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3394 판결, 대법원 1997. 4. 11. 선고 97도249판결 등

부도수표를 여러 장 발행한 경우 발행수표의 수만큼 부정수표단속법위반죄가 성립되고 그 수죄는 실체적 경합관계에 있으며, 사기의 수단으로 발행된 수표가 지급거절된 경우 부정수표단속법위반죄와 사기죄는 행위의 태양과 보호법익이 다르므로 실체적 경합관계에 있다.

#### (6) 공소부제기 사유

부정수표단속법 제2조 제4항은 부도수표의 회수 또는 수표소지인의 처벌불원표시를 공소부제기 사유로 규정하고 있다. 위와 같은 사유는 제1심 판결 선고 전까지 이루어져야 하고, 그 이후의 회수나 표시는 효력이 없다.

#### 나. 재판관 2인의 반대의견의 판단

재판관 2인의 반대의견은 아래와 같은 이유로 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다고 판단하였다.

이 사건 법률조항의 문언 자체만으로는 범죄를 구성하는 행위가 ‘수표를 작성하거나 발행하는 행위’인지 아니면 ‘제시기일에 지급되지 아니하게 한 행위’인지 여부, 범죄가 언제 성립하는지, 고의의 내용은 무엇이고 언제 존재하여야 하는 것인지 매우 모호하다는 것이다.

법정의견이 전제하는 이 사건 법률조항의 해석에 따르면, 범죄의 구성요건적 행위는 ‘수표를 작성하거나 발행하는 행위’이고, 고의의 내용은 ‘예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제·해지 등으로 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것’이며, 이러한 고의는 ‘지급거절이 된 때’가 아닌 ‘수표를 발행한 때’에 존재하여야 하고, 그 결과 위 범죄의 기수시기는 ‘지급거절된 때’가 아닌 ‘발행인이 수표를 발행한 때’라는 것인데, 이 사건 법률조항의 문언과 입법목적에 비추어 위와 같은 해석이 가능한지 의문일 뿐 아니라, 이러한 해석은 수범자로 하여금 위 법률조항에 의하여 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어렵게 하고 있다는 것이다.

법정의견이 전제하는 해석에 의한다면, 수표발행인이 수표 발행 당시에는 예금부족 등으로 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과 발생을 예견하



거나 인식한 바가 전혀 없었는데 수표 발행 이후에 고의로 예금부족상태를 야기하거나 당좌계약을 해지한 사실이 입증된 경우에는 이 사건 법률조항에 의한 처벌을 받지 않아야 하지만, 실제로는 대부분 이 사건 법률조항 위반죄로 처벌받고 있는 실정이고, 특히 다른 담보가 충실한 상태에서 견질수표를 발행할 때 발행인은 지급제시일에 수표가 지급되지 않으리라는 인식조차 하지 않는 경우가 많은데, 현행 실무상으로는 이러한 경우에도 대부분 처벌되고 있으며, 또한 발행일 백지의 수표의 경우 수표발행인은 수표소지인이 언제 발행일을 보충하여 지급제시할지 알 수 없으므로, 수표발행인이 발행 당시 ‘제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견’하기 어렵고, 따라서 이러한 경우 고의의 존재시기를 ‘수표발행 당시’로 보면 수범자의 의사와 일치하지 않을 가능성이 높다는 점 등을 고려할 때 이 사건 법률조항은 범죄행위의 태양, 범죄의 성립시기 및 고의의 존재시기 등에 관하여 여러 해석이 가능하도록 불명확하게 규정하고 있다는 것이다.

나아가 이 사건 법률조항은 고의범을 규정하고 있으나, 이 사건 법률조항에 규정된 수표미지급 사유 중 ‘거래정지처분’의 경우, 거래정지처분의 결정권자 및 행위주체는 어디까지나 ‘어음교환소’이며, 수표발행인은 어음교환소에 거래정지처분의 동기 내지 사유를 제공하는 데 그칠 뿐이어서 수표발행인의 직접적 고의가 개입될 수 없는 거래정지처분을 구성요건으로 삼음으로써, 문언상 수표발행인이 자신의 행위가 아닌 어음교환소의 행위로 인하여 형사처벌을 받는 것처럼 해석되는 결과를 초래하고 있는 점 역시 문제로 지적하였다.

## 6. 이 사건 법률조항의 과잉금지 원칙 위반 여부 및 평등원칙 위반 여부

이에 관하여 법정의견은 다음과 같은 이유로 합헌의견을 제시하였다. 한편 반대의견을 제시한 재판관 2인은 이 사건 법률조항이 불명확하여 헌법에 위반된다는 판단을 하였으므로 나아가 과잉금지원칙 위반 여부 등에 관하여 판단하지 아니하였다.

### 가. 과잉금지원칙 위반 여부

법정의견은 형벌조항에 관한 입법자의 형성의 자유를 근거로, 특히 침해의 최소성과 관련하여 비교적 완화된 과잉금지원칙을 적용한 것으로 생각되는데, 그 구체적 판단 내용에 있어서는 앞서 살펴 본 관련 선례의 판단 취지를 상당 부분 인용하였다.

즉 이 사건 법률조항은 수표의 지급 확실성을 위하여 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 규제하는 것으로서 수표의 본질적 기능을 보장하여 국민의 경제생활의 안전을 보호하기 위한 것이므로 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당하며, 과태료나 금융상 제재 등의 경미한 수단만으로 입법목적이 달성하고자 하는 바를 충분히 달성하기 어렵다고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 보기는 어렵고, 나아가 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성을 온전히 유지시킴으로써 수표의 기능을 보장하고 국민경제의 안전을 보호하고자 하는바, 이러한 공익은 매우 중요한 반면, 제한되는 사익은 앞서의 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다는 것이다.

### 나. 평등원칙 위반 여부

법정의견은 청구인의 주장에 기초하여 다음의 두 가지 점에 관하여 이 사건 법률조항의 평등원칙 위반 여부를 판단하였는데, 이 두 가지 판단은 같은 집단에 대한 다른 취급의 문제과 다른 집단에 대한 동일한 취급의 문제로 그 판단의 성격이 동일한 것인가에 관하여는 의문이 있을 수 있다. 다만 이 사건의 경우 관련 선례가 이를 통합적으로 판단한 점을 고려하여 판단한 것으로 생각된다.

우선 어음 발행인과 수표발행인을 비교집단으로 하는 경우에 관하여, 수표 발행인에 대하여만 이 사건 법률조항과 같은 규제를 두었다고 하더라도, 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 어음과는 본래적 성질을 달리 하므로, 수표 발행인과 어음 발행인 사이에는 본질적으로 동일한 집단에 대한 차별 취급이 인정되지 않거나, 또는 이들에 대

한 차별취급에 합리적 이유가 있다고 보았는바, 관련 선례에서 나아가 비교 집단의 동일성을 부인할 가능성을 언급하고 있다.

다음으로 이 사건 법률조항을 일반적인 수표 이외에 신용목적으로 수표를 발행한 자에 대하여 적용하는 것과 관련하여서는, 신용목적으로 발행된 수표라 하더라도 일반적인 수표와 외관상 구별이 되지 않으므로 수표가 신용증권으로 발행되었는지 여부를 일반 공중으로서는 알 길이 없고, 언제든지 유통가능성이 있다는 점에 근거한 것으로 신용목적으로 발행된 수표를 일반적인 수표와 동일하게 취급하는 데에는 여전히 합리적 이유가 있다고 보아 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였는바, 관련 선례의 판단을 그대로 인용하였다.

## 7. 청구인의 그 밖의 주장에 관한 판단

앞서 살핀 이 사건 법률조항의 관련 선례가 청구인의 주장에 기초하여 판단함으로써, 국제법 존중주의 위반 여부나 적법절차 원칙 위반 여부 등을 개별 항목으로 판단한 것과 달리 이 사건 법정의견은 이를 청구인의 그 밖의 주장에 관한 판단으로 모아 기각하고 있다. 이는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단의 핵심이 과잉금지원칙 위반 여부 및 평등원칙 위반 여부에 있고, 그 밖의 문제는 그에 관한 판단에서 이미 드러난 전제를 다시 다루는 것 등에 불과하다고 본 것으로 이해된다.

즉 국제법 존중주의 위반 여부나 적법절차 원칙 위반 여부 등과 관련하여 청구인이 제기한 문제는 이 사건 법률조항의 해석의 오류에 기인하거나 과잉금지원칙 위반의 주장을 되풀이하는 것에 그친다고 본 것이다.

한편 이 사건 법률조항과 관련한 자기책임의 원칙 위반 여부에 관한 청구인의 주장은 관련 선례에서는 판단되지 아니한 것으로, 관련 선례가 나온 이후 헌법재판소의 여러 결정례들에서 천명된 자기책임의 원칙을 청구인이 원용함에 따라 이 사건에서 새로 판단된 것이나, 고의의 구성요건 행위에 대한 책임을 규정한 것이라는 법정의견의 이 사건 법률조항의 해석론에 기초할 경우 이 사건 법률조항이 ‘책임없는 형벌’을 규정하고 있다는 주장이 적용될 여지가 없다는 점에서 간략히 판단한 것으로 생각된다.

그 밖에 이 사건 법정의견은 관련 선례가 방론으로 입법론적 재고를 요구한 부분을 인용하고 있지 않은데, 이는 관련 선례가 입법론적 재고의 근거로 제시한 통상마찰의 가능성이나, 금융거래의 기술이 발달되어 수표의 중요성이 과거에 비하여 약화되었다는 점, 신용질서가 확립되어 가고 있다는 점 등이 그간 실증적으로 입증되었다고 보기 어려운 점 및 이 사건 법률조항에 대한 합헌 판단의 논거에 비추어 입법적 권고가 적당하지 않을 수 있다고 본 것이 아닌가 여겨진다.

## 8. 결정의 의의

과거 심판대상 법률조항에 대한 합헌 결정이 있었던 경우, 다시 합헌 결정에 이를 때에 과거의 선례의 취지를 그대로 인용하는 사례가 많다. 그러나 이 사건 결정의 경우, 시간의 흐름과 헌법재판소의 결정례 집적에 따라 과거 선례의 논증형식이 적합하지 않다고 보이는 때에는 그 판단 내용이 실질적으로는 동일하더라도 논증을 새로이 해야 할 필요성을 보여주는 것이라 생각된다.

한편 재판관 2인의 반대의견은 오래된 법률조항의 해석에 관한 관용적 수용에서 벗어나, 죄형법정주의의 관점에서 문언적, 체계적, 현실적인 문제 제기를 함으로써 이 사건 법률조항의 해석에 관하여 다시금 새로운 논쟁을 불러올 것으로 생각된다.

## 향토예비군설치법 제15조 제8항 위헌제청 등

- 양심에 따른 예비군훈련 거부 사건 -  
(헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103(병합))

김진한\*

### 【판시사항】

1. 일반예비군 훈련거부자에 대한 처벌을 규정하고 있는 구 향토예비군설치법(1999. 1. 29. 법률 제5704호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9945호로 개정되기 전의 것) 제15조 제8항 중 “같은 법 제6조 제1항의 규정에 의한 훈련을 정당한 사유 없이 받지 아니한 자”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 이중처벌금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 양심적 예비군 훈련 거부자의 양심의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 국제법 준중의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제6조 제1항에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

구 향토예비군설치법(1999. 1. 29. 법률 제5704호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9945호로 개정되기 전의 것) 제15조(벌칙) ①~⑦ 생략  
⑧ 제6조 제1항의 규정에 의한 훈련을 정당한 사유없이 받지 아니한 자, 그 훈련을 받을 자를 대리하여 훈련을 받은 자, 동조 제2항의 규정에 의한 지휘관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자, 정당한 사유없이 제6조의2의 규정에 의한 소집통지서를 전달할 수 없도록 주민등록법 제10조

---

\* 인하대학교 법학전문대학원 교수, 전 헌법연구관

의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 사실과 달리 신고하여 주민등록법 제8조 또는 제17조의2의 규정에 의하여 주민등록이 말소된 자 또는 제8조 제1항의 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역, 200만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

⑨~⑪ 생략

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위(2007헌가12 사건)

가. 당해사건의 피고인은 향토예비군 대원인바, 2006. 9. 14. 같은 달 25.부터 같은 달 27.까지 양산석계교장에서 실시하는 2006년 동원미지정자 훈련 2차 24시간을 받으라는 육군 제7508부대 1대대장의 훈련소집통지서를 받고도 정당한 사유없이 위 훈련을 받지 아니하고, 2006년 전반기 향토방위 작전계획 3차 보충훈련 6시간을 받으라는 같은 부대장 명의의 훈련소집통지서를 전달받고도 정당한 사유없이 위 훈련을 받지 아니하여 울산지방법원에 공소 제기 되었다.

나. 당해사건 피고인은 위 재판과정에서 자신은 2003. 8.경 현역병으로 입영하여 복무하다가 2005. 8.경 전역한 뒤 어머니의 권유로 여호와의 증인 신도가 되었는바, 예비군 훈련을 받는 것은 자신이 신봉하는 위 종교의 교리에 부합하지 아니한다는 종교·양심상의 결정을 하였으며, 자신이 향토예비군설치법 제15조 제8항에 위반한 것도 종교적 양심에 따른 것이었다고 주장하였다.

다. 위 법원은 2007. 4. 18. 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소에 위헌 여부심판을 제청하였다.

### 2. 법원의 위헌법률제청신청이유 등

#### 가. 제청법원의 위헌제청이유요지

(1) 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 이 사건 공소사실의 유무죄 여부가 판가름되어 당해 사건 재판의 주문에 영향을 미치는 경우에 해당하므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 이 사건 재판의 전제가 된다.

(2) 현역을 마친 예비역도 병역의무의 종료시점까지는 헌법상 국방의 의무

에서 파생된 병역의 의무를 부담하는 것인바, 이 사건 제청대상 조항은 현역 복무 이후 종교 또는 양심상의 이유로 예비군 훈련을 거부하는 양심적 병역 거부자의 양심 및 종교의 자유 등 기본권을 침해하는 위헌적인 조항이다.

(3) 현역병 입영대상자와 현역복무를 마친 예비역과 사이에 실제로 그 복무형태, 복무기간, 훈련의 정도 및 내용 등에 현저한 차이가 있으므로 예비역의 양심적 병역거부를 인정함에 있어 현역병 입영대상자의 양심적 병역거부의 경우와 달리 국가안보라고 하는 공익의 달성에 미치는 영향, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소를 완화하여 해석할 여지가 충분하다.

(4) 병역법 제88조 제1항의 위헌 여부에 관한 헌법재판소 2002헌가1 결정의 다수의견에 의하더라도 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지 등에 관하여 진지하게 검토할 필요가 있다. 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도 법 적용기관이 양심우호적인 법적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 수 있는지에 관하여 숙고해야 한다. 그런데 위 결정 이후 수년이 지난 시점까지도 다수의견의 권고와 같은 입법적인 보완 노력의 성과물이 전무하다.

## 나. 국방부장관의 의견요지

(1) 병역의무에 관한 양심적인 거부가 쟁점이 되었던 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 사건에 대한 헌법재판소의 법정의견(2004. 8. 26. 2002헌가1)의 판단내용은 이 사건 법률조항에도 그대로 타당하다.

(2) 예비군 복무와 현역복무의 형태는 다르다고 할 수 있으나, 예비군 복무가 현역복무보다 중요성에서 떨어진다고거나 국가안보에 기여하는 측면에서 차등이 있다고 볼 수는 없다.

(3) 이 사건 법률조항은 예비군 복무의 회피를 억제하고 예방하는 역할을 한다. 양심적 병역거부를 인정하여 형벌을 과하지 않는다면 억제되었던 양심적 병역거부자들과 양심적 병역거부를 빙자한 사이비 병역기피자들이 증

가할 것이다.

(4) 병역거부의 인정을 위한 현실적 여건이 개선되지 않은 현재의 상황에서는 필연적으로 병역기피수단을 악용하려는 사이비 신념의 병역거부자들이 속출할 것임이 명백하다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에 따라 처벌되는 범죄행위는 ‘예비군 복무 전체 기간 동안의 훈련 불응행위’가 아니라 ‘정당한 사유 없이 소집통지서를 받은 당해 예비군 훈련에 불응한 행위’라 할 것이므로, 양심적 예비군 훈련거부자에 대하여 유죄의 판결이 확정되었더라도 이는 소집통지서를 교부받은 예비군 훈련을 불응한 행위에 대한 것으로 새로이 부과된 예비군 훈련을 또 다시 거부하는 경우 그에 대한 형사처벌은 가능하다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 법률조항이 이중처벌금지원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

2. 이 사건 법률조항은, 국방의 의무 중 하나인 예비군 훈련의무를 강제함으로써 예비군 전력을 유지하고, 병역의무 부담의 형평성을 기하며 궁극적으로 국가의 안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당하고, 예비군 훈련에 불응한 자들에 대하여 형벌을 부과함으로써 예비군 훈련의무의 이행을 강제하고 있으므로, 이 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다.

또한 예비군 훈련의무와 관련하여 대체복무제를 도입할 것인지의 문제는 결국 ‘대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부’에 대한 판단의 문제로 귀결되는바, 대체복무제 도입은 현역 및 예비역을 포함한 전체 국방력 차원에서 국가안보라는 공익과 결부하여 검토되어야 할 분야인데, 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보상황, 대체복무제 도입시 발생할 병력자원의 손실 문제, 예비군 훈련거부가 진정한 양심에 의한 것인지 여부에 대한 심사의 곤란성, 사회적 여론이 비관적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 우려가 있는 점 및 종전 헌법재판소의 결정에서 제시한 선행조건들이 아직도 충족되지 않고 있는 점 등을 고려할



때 대체복무제를 허용하더라도 국가안보와 병역의무의 형평성이라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없다는 판단을 쉽사리 내릴 수 없으므로, 양심적 예비군 훈련거부자에 대하여 대체복무제를 도입하지 않은 채 형사처벌 규정만을 두고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항이 최소침해의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

양심적 예비군 훈련거부자는 이 사건 법률조항에 따라 형사처벌을 받게 되나, 이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제 조건인 ‘국가안보’ 및 ‘병역의무의 공평한 부담’이라는 대단히 중요한 공익이고, 예비군 훈련의무의 이행을 거부함으로써 양심을 실현하고자 하는 경우는 누구에게나 부과되는 예비군 훈련의무에 대한 예외를 요구하는 것이므로 병역의무의 공평한 부담의 관점에서 볼 때 타인과 사회공동체 전반에 미치는 파급효과가 대단히 큰 점 등을 고려해 볼 때 이 사건 법률조항이 법익균형성을 상실하였다고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 양심의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 이 사건 법률 조항은 예비군 훈련거부가 양심에 근거한 것이든 아니든, 그 양심이 종교적 양심이든, 비종교적 양심이든 가리지 않고 일률적으로 규제하는 것일 뿐, 양심이나 종교를 사유로 차별을 가하는 것도 아니므로 평등 원칙에 위반되지 아니한다.

4. 우리나라가 1990. 4. 10. 가입한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에 따라 바로 양심적 병역거부권이 인정되거나 양심적 병역거부에 관한 법적인 구속력이 발생한다고 보기 곤란하고, 양심적 병역거부권을 명문으로 인정한 국제인권조약은 아직까지 존재하지 않으며, 유럽 등의 일부국가에서 양심적 병역거부권이 보장된다고 하더라도 전 세계적으로 양심적 병역거부권의 보장에 관한 국제관습법이 형성되었다고 할 수 없어 양심적 병역거부가 일반적으로 승인된 국제법규로서 우리나라에 수용될 수는 없으므로, 이 사건 법률조항에 의하여 양심적 예비군 훈련거부자를 형사처벌한다고 하더라도 국제법 존중의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제6조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

### 재판관 목영준의 보충의견

모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라 국방의 의무를 부담하게 되는데, 이 경우 성별(性別), 신체조건, 학력 등 개개인의 객관적 상황에 의하여 차별이 발생할 수 있으나, 그러한 차별이 헌법상 보장된 평등권을 침해하지 않기 위하여는 병역의무의 이행에 따른 기본권 제한을 완화시키거나 그 제한으로 인한 손실을 전보하여주는 제도적 장치를 마련하여, 국방의무의 부담이 전체적으로 국민 간에 균형을 이룰 수 있도록 하여야 한다. 그러나 현재 국방의 의무를 구체화하고 있는 여러 법률들에 의하면 국방의무의 배분이 전체적으로 균형을 이루고 있다고 인정하기 어렵고, 나아가 병역의무의 이행에 따르는 기본권 제한을 완화시키거나 그 제한으로 인한 손실 및 공헌을 전보하여주는 제도적 장치가 마련되어 있지도 않다.

이처럼 병역의무의 이행에 따른 손실의 보상 등이 전혀 이루어지지 않는 현재의 상황에서 양심의 자유에 의한 대체복무를 허용하는 것은 국민개병제도에 바탕을 둔 병역제도의 근간을 흔들 수 있을 뿐 아니라, 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 수 있다. 결국 병역의무 이행에 대한 합당한 손실전보 등 군복무로 인한 차별을 완화하는 제도가 마련되지 않는 한, 양심적 병역거부자를 처벌하는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

### 재판관 김종대의 별개의견

이 사건 법률조항은 국방의 의무를 부과하는 것으로서 기본의무 부과 위헌심사기준에 따라 그 위헌성을 심사하여야 할 것인데, 의무부과 목적의 정당성이 인정되고, 부과 내용이 기본의무를 부과함에 있어 입법자가 유의해야 하는 여타의 헌법적 가치를 충분히 존중한 것으로서 합리적이고 타당하며, 부과의 공평성 또한 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 그로 인해 불가피하게 생겨나는 기본권 제한의 점은 따로 심사할 필요 없이 헌법에 위반되지 않는다.

### 재판관 이강국, 재판관 송두환의 한정위헌의견

헌법상의 기본권과 헌법상의 국민의 의무 등 헌법적 가치가 상호 충돌하고 대립하는 경우에는 어느 하나의 가치만을 선택하여 나머지 가치를 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치를 모두 최대한 실현시킬 수 있는 규범조화적 해석원칙을 사용해야 한다. 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치가 상호 충돌하고 있는 이 사건 법률조항의 문제도 이와 같은 규범조화적 해석의 원칙에 의하여 해결해야 한다. 따라서 이 사건 법률조항의 ‘정당한 사유’는 진지하고 절박한 양심을 결정한 사람들의 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치가 비례적으로 가장 잘 조화되고 실현될 수 있는 조화점을 찾도록 해석하여야 한다. 하지만 헌법재판소와 대법원 판례는 이 사건 법률조항의 ‘정당한 사유’에는 종교적 양심상의 결정에 의하여 예비군 훈련을 거부한 행위는 포함되지 아니한다고 해석하고 있는데, 그 결과 절대적이고 진지한 양심의 결정에 따라 예비군 훈련의무를 거부한 청구인들에게 국가의 가장 강력한 제재수단인 형벌이 부과되고 있으며, 그것도 예비군 훈련의무의 부과횟수에 따라 약 10회 이상의 형사처벌이 반복적으로 부과되고 있다. 이는 인간으로서의 존엄과 가치를 심각하게 침해하는 것이고, 나아가 형벌부과의 주요근거인 행위와 책임과의 균형적인 비례관계를 과도하게 일탈한 과잉 조치이다.

양심적 병역거부자들에 대한 대체복무제를 운영하고 있는 많은 나라들의 경험을 살펴보면, 대체복무제가 도입될 경우 사이버 양심적 병역거부자가 급증할 것이라고 하는 우려가 정확한 것이 아니라는 점을 알 수 있다. 엄격한 사전심사와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 못한 자를 가려낼 수 있도록 대체복무제도를 설계하고 운영한다면 이들의 양심의 자유 뿐 아니라 국가안보, 자유민주주의의 확립과 발전에도 도움이 될 것이다.

결국, 이 사건 법률조항 본문 중 ‘정당한 사유’에, 양심에 따른 예비군 훈련거부를 포함하지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 우리나라의 예비군제도 및 이 사건 법률조항의 규율내용 개관

#### 가. 헌법상 국방의 의무와 예비군

헌법 제39조 제1항은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있다. 국방의 의무는 외국의 침략적 행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위하여 부담하는 국가방위 의무를 말한다.<sup>1)</sup>

헌법재판소는 국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라, 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성 이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 개념이라고 판시하여 국방의 의무를 넓게 보았다(헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 868).

따라서 헌법 제39조 제1항의 국방의 의무에는 병역법에 의한 군복무의무, 향토예비군설치법에 의한 예비군복무의무, 민방위기본법에 의한 방공·응급적 방재·구조·복구 및 노력지원 등이 포함된다.

#### 나. 병역법상의 병역제도 및 예비군의 편성

대한민국 국민의 병역의무에 관하여 규정함을 목적으로 하는 병역법(제1조 참조)은 대한민국 국민인 남자를 제1차적인 병역의무의 주체로 규정하고 있는바(병역법 제3조 제1항), 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역으로 편입되고(병역법 제8조 1항) 병역의무자가 19세가 되는 해에 신체검사와 인성검사로 이루어진 징병검사를 거쳐 신체등위의 판정을 받은 후 지방병무청장에 의하여 구체적인 병역처분을 받는다(병역법 제11조, 제14조).

1) 권영성, 헌법학원론, 715면

병역법은 병역의 종류로서 현역·예비역·보충역·제1국민역·제2국민역을 정하고 있다(병역법 제5조). 향토예비군설치법(이하 ‘예비군설치법’이라 한다)은 향토예비군의 설치·조직·편성 및 동원 등에 관한 사항을 정함을 목적(동법 제1조 참조)으로 제정된 법률이다.

(1) 향토예비군(이하 ‘예비군’이라 한다)의 임무

예비군의 임무는 ① 전시, 사변, 그 밖에 이에 준하는 국가비상사태하에서 현역 군부대의 편성이나 작전에 필요한 동원을 위한 대비, ② 적 또는 반국가단체의 지령을 받아 무기를 지니고 있는 사람이 침투하거나 침투할 우려가 있는 지역에서 적이나 무장공비의 소멸, ③ 무장 소요가 있거나 소요의 우려가 있는 지역에서 무장 소요 진압(경찰력만으로 그 소요를 진압하거나 대처할 수 없는 경우), ④ 중요시설·무기고 및 병참선(兵站線) 등의 경비, ⑤ 민방위기본법에 따른 민방위 업무의 지원 등이다(예비군설치법 제2조).

(2) 예비군의 조직 및 복무의무의 종료시기

예비군은 ① 예비역의 장교 등(준사관 및 부사관), ② 현역 또는 상근예비역의 복무를 마친 자로서 그 복무를 마친 날의 다음 날부터 8년이 되는 해의 12월 31일까지의 기간에 있는 예비역의 병, ③ 공익근무요원·공중보건 의사 등의 보충역의 복무를 마친 자로서 그 복무 또는 의무종사를 마친 날의 다음 날부터 8년이 되는 날이 속하는 해의 12월 31일까지의 기간에 있는 보충역의 병(예비군설치법 제3조 본문)으로 조직한다. 다만, 향토를 방위하기 위하여 특히 필요한 경우에는 위의 기간이 경과한 예비역 및 보충역의 병으로도 조직할 수 있다(예비군설치법 제3조 제1항 단서).

**다. 일반 예비군 훈련 불응자의 처벌**

일반 예비군 훈련을 정당한 사유없이 받지 아니한 자는 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는바, 1년 이하의 징역, 200만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다(예비군설치법 제15조 제8항).

한편, 예비군 훈련시간을 이수하지 아니하여 고발 처리한 이후 훈련의무

의 이행을 위해 훈련의무를 재부과하며, 새로이 부과된 훈련을 이수하지 않았을 경우에는 재고발 처리하여 부과된 훈련을 이수할 때까지 반복 처리한다(예비군 훈령 제33조). 따라서 예비군 훈련의무를 이행하지 아니한 경우 그에 대한 처벌을 받은 경우에도 종전의 훈련의무 불이행 부분에 대한 새로운 의무를 부과하도록 하고 있으므로, 만일 새로운 훈련의무를 불이행하는 경우에는 반복적으로 처벌받게 된다.

## 2. 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권

### 가. 양심의 자유의 헌법적 의미 및 보장내용

(1) 헌법은 제19조에서 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 하여 양심의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 이로써 국가의 법질서와 개인의 내적·윤리적 결정인 양심이 서로 충돌하는 경우 헌법은 국가로 하여금 개인의 양심을 보호할 것을 규정하고 있다.

‘양심의 자유’가 보장하고자 하는 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 것이다. 양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다. 일반적으로 민주적 다수는 법질서와 사회질서를 그의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 그들이 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 양심상의 갈등을 일으키는 것은 예외에 속한다. 양심의 자유에서 현실적으로 문제가 되는 것은 사회적 다수의 양심이 아니라, 국가의 법질서나 사회의 도덕률에서 벗어나려는 소수의 양심이다. 따라서 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 내용의 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 150-151).

(2) 양심의 자유를 보호하기 위해서는 논리적으로 양심의 개념을 정의할 필요가 있다. 그러나 양심은 주관적, 상대적인 개념으로서 헌법적 보호의 영역을 구획하기 위하여 이를 정의하는 것은 쉽지 않은 성질을 가지고 있다.<sup>2)</sup>

이와 같은 양심이 가지고 있는 극단적인 주관성은 특히 양심실현의 자유의 보장과의 관계에서 문제된다. 양심의 자유의 보장 범위에 양심실현의 자유의 보장이 포함된다고 하는 입장에서 주관적인 양심을 모두 양심의 자유의 보호범위로서 인정한다고 한다면 모든 형태의 불법행위가 양심의 실현의 자유로 정당화하려는 시도가 발생할 수 있으며, 이는 궁극적으로 양심의 자유 보장의 형해화로 이어질 가능성이 있다.

양심의 자유가 그 헌법상의 기본권으로서의 기능을 다하기 위해서 양심의 개념요건으로 어떤 실체적 내용을 부여하거나 다수결에 의하여 그 내용의 기준을 도입한다면 양심의 개인적 정체성으로서의 성질과 같등을 일으킬 수 밖에 없다.<sup>3)</sup> 하지만 헌법상 보호되는 양심의 개념에 형식성과 주관성을 유지하는 상태에서 일정한 요건을 부여한다면 양심의 자유의 보호가치를 더욱 고양시킬 수 있을 것인데, 이와 같은 요건으로서 논의되는 것이 진지성(sincerity)의 요건이다.

미국 헌법상 종교의 자유에 의하여 보호되는 종교적 믿음에 대한 요건으로서 논의되는 진지성(sincerity)<sup>4)</sup>은 양심의 개념에 어떠한 실체적 내용을 요구하는 것이 아니라는 점에서 형식적 요건이며 각 개인을 기준으로 하는 주관적 요건이다.

2) 헌법 제20조 제1항에 의하여 보호되는 종교도 주관적이며 상대적인 개념으로서 이를 정의하기 적절하지 않은 성질을 가지고 있으나, 양심은 해당 종교의 계율 등 객관화할 수 있는 척도가 전혀 없으므로 더욱 주관적인 성질을 가지고 있다.

3) 주관적인 양심의 보호범위를 정의한다는 것은 불가능하며 양심의 자유를 실효적으로 보장하면서 양심의 문제가 아닌 것을 제거해 낼 수 있는 적극적인 정의를 찾아 내기는 어렵다. 국가가 헌법상 보호되는 양심의 보호범위를 적극적으로 정의한다면 헌법상 양심의 자유 보호는 결국 국가가 승인한 양심만을 보호하는 기본권으로 변질될 가능성이 있으며, 이 역시 양심의 자유 보장의 형해화로 이어질 가능성이 있음을 부인할 수 없기 때문이다.

4) 믿음의 진지성(sincerity)을 판단하되 진실성(truth) 여부를 따지지 않아야 한다고 한 취지, U.S. v. Ballard, 322 U.S. 78 (1944); 양심적 병역거부의 요건에서 '절대자(Supreme Being)와 관련된 믿음'을 요구하던 종전의 규정을 삭제한 1967년 징병법(Military Service Act of 1967)에 관한 사건에서는 전쟁에 대한 반대가 도덕적, 윤리적, 종교적(moral, ethical, or religious principle) 신념에 근거한 것이 아니라 정책적이거나 실용적 측면에서의 또는 편의적 측면에서의 고려(considerations of policy, pragmatism, or expediency)에 따른 것이라면 면제에서 배제된다는 기준을 제시하였다[Welsh v. United States, 398 U.S. 333(1970)].

우리 재판소도 양심의 자유의 요건으로서 진지성을 요구하고 있다. 즉, 헌법이 보호하고자 하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서의 절박하고 구체적인 양심을 말하는 것이고, 따라서 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니라고 하고 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가 11, 판례집 9-1, 245, 263; 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425 등, 판례집 14-1, 351, 363 등).<sup>5)</sup>

진지성의 요건은 양심의 자유의 보호범위를 한정시키는 동시에 양심의 자유의 기본권으로서의 내적인 가치를 높이고 기본적인 정신적 자유권으로서의 보호가치가 더욱 뚜렷해지게 한다. 진지성의 요건을 강화할수록 양심의 보호범위는 좁아지지만 인격의 핵심과의 관련성은 더욱 분명해진다.<sup>6)</sup>

#### 나. 제한되는 기본권 : 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유

헌법은 제39조에서 국민의 의무로서 국방의 의무를 규정하고 있고, 헌법상의 국방의무를 구체화하기 위한 법률조항 가운데 하나인 예비군설치법 제6조 제1항은 예비군 대원인 국민에게 연 20일 한도의 예비군 훈련이라고 하는 병역의무를 부과할 수 있도록 하고 있다.

이 사건 법률조항은 이와 같은 예비군설치법 제6조 제1항에 기한 예비군 훈련의무의 이행을 확보하기 위하여 위 예비군 훈련 대상자가 정당한 사유 없이 훈련을 받지 아니하는 경우 이들에 대하여 형사처벌할 것을 정하고 있다. 이 사건 법률조항은 ‘정당한 사유없이’ 예비군 훈련을 받지 아니하는 경우만을 처벌하도록 하고 있으나, 양심상의 결정을 내세워 병역의무를 거부하는 것은 ‘정당한 사유’에 해당하지 않으므로{대법원 1985. 7. 23. 선고 85도 1094 판결 [공1985. 9. 15.(760), 1221] 참조}, 양심적 예비군 훈련 거부자들도 일반 예비군 훈련 기피자들과 마찬가지로 이 사건 법률조항에 의한 처벌을

5) 그리하여 헌법재판소는 음주측정에 응할 의무와 그 불응에 대한 처벌에 관한 사건(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263-264) 및 공정거래법상의 공표명령에 관한 사건(헌재 2002. 1. 31. 2001헌마43, 판례집 14-1, 49, 56)에서 이들 문제는 진지성의 요건을 갖추고 있지 못하여 헌법상 보호되는 양심의 문제가 아니라고 판시하였다.

6) 윤영미, 양심의 자유의 내용과 제한, 인권과 정의(2005년 5월), 56-57면



받게 된다.

자신의 종교관·가치관·세계관 등에 따라 전쟁과 그에 따른 인간의 살상에 반대하는 진지한 양심이 형성되었다면, ‘병역의무를 이행할 수 없다’는 결정은 양심상의 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 강력하고 진지한 윤리적 결정인 것이며, 예비군 훈련이라는 병역의 의무를 이행해야 하는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기상황에 해당한다. 이와 같이 상반된 내용의 2개의 명령 즉, ‘양심의 명령’과 ‘법질서의 명령’이 충돌하는 경우에 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여하고자 하는 것이 바로 양심의 자유가 보장하고자 하는 영역이다.

결국, 이 사건 법률조항은 형사처벌을 통하여 양심적 병역거부자에게 양심에 반하는 행동을 강요하고 있으므로, ‘국가에 의하여 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’, 즉 부작위에 의한 양심실현의 자유를 제한하는 규정이다.

### 3. 종래 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1(병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 사건) 심사기준에 대한 비판적 고찰

#### 가. 양심실현의 자유 제한 입법에 관한 헌법재판소의 심사기준

##### (1) 양심실현의 자유를 제한하는 입법에 대한 심사기준(일반적인 경우)

양심실현의 자유 제한에 관한 헌법재판소 결정의 대표적 사건인 사죄광고제도 사건에서 헌법재판소는 민법 제764조의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다고 하는 질적 일부위헌 판단을 하였다. 헌법재판소는 사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것을 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 결과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약이라고 하면서 비례의 원칙을 엄격히 적용하여 심사하였다(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149).

그 후 헌법재판소는 국가보안법상의 불고지죄 사건에서 국가보안법상의 특정의 죄를 범한 자라는 정을 알면서도 수사기관 등에 고지하지 아니한 자

를 처벌하는 범죄인 불고지죄에 대하여 합헌 판단을 하였다. 이 사건 역시 소극적 양심실현의 제한이 문제되는 법률조항으로서 헌법재판소는 통상적인 비례의 원칙을 적용하였다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159, 167).<sup>7)</sup>

(2) 2002헌가1(병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청) 사건의 심사기준

헌법재판소는 2002헌가1 법정의견을 통하여 입법자의 미래예측적 판단에 관한 통제에서 달성하고자 하는 공익의 비중이 클수록, 개인이 기본권의 행사를 통하여 타인과 국가공동체에 영향을 미칠수록 즉, 기본권행사의 사회적 연관성이 클수록, 입법자에게는 보다 광범위한 형성권이 인정된다고 하며, ‘국가가 대체복무제를 채택하지 않은 것이 양심의 자유에 반하는가’에 대한 판단은 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가’ 하는 명백성의 통제에 그칠 수밖에 없다고 판시하였다. 법정의견의 해당 판단부분은 다음과 같다.

“이 사건 법률조항의 위헌여부는 ‘입법자가 대체복무제도의 도입을 통하여 병역의무에 대한 예외를 허용하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있는지’에 관한 판단의 문제로 귀결된다(…) 이 사건과 같이 기본권을 제한하는 법률의 위헌성여부가 미래에 나타날 법률 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체할 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

입법자에게 인정되는 예측판단권은 법률을 통하여 달성하고자 하는 공익의 비중 및 침해되는 법익의 의미, 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도에 따라 다르다. 달성하고자 하는 공익의 비중이 클수록, 개인이 기본권의 행사를 통하여 타인과 국가공동체에 영향을 미칠수록 즉, 기본권행사의 사회적 연관성이 클수록, 입법자에게는 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하게 된다. 이러

7) 또한 헌법재판소는 최근 연말정산 간소화를 위하여 의료기관에게 환자의 의료비내역에 관한 서류를 국세청에 제출하도록 하고 있는 소득세법 조항의 위헌 여부 판단에서 심판대상 법령 조항이 양심실현의 자유를 침해하는 것인지 여부에 관하여 엄격한 비례심사를 적용, 합헌으로 판단하였다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401, 판례집 20-2상, 1115, 1134-1135).

한 한계까지는 공익을 어떠한 방법으로 실현하고자 하는가의 판단은 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 432-433 참조).

이 사건으로 돌아와 보건대, 비록 양심의 자유가 개인의 인격발현과 인간의 존엄성실현에 있어서 매우 중요한 기본권이기는 하나, 양심의 자유의 본질이 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리가 아니라 국가공동체가 감당할 수 있는 범위 내에서 개인의 양심상 갈등상황을 고려하여 양심을 보호해 줄 것을 국가로부터 요구하는 권리이자 그에 대응하는 국가의 의무라는 점을 감안한다면, 입법자가 양심의 자유로부터 파생하는 양심보호의무를 이행할 것인지의 여부 및 그 방법에 있어서 광범위한 형성권을 가진다고 할 것이다.

한편, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 뿐만 아니라, 병역의무의 이행을 거부함으로써 양심을 실현하고자 하는 경우는 누구에게나 부과되는 병역의무에 대한 예외를 요구하는 경우이므로 병역의무의 공평한 부담의 관점에서 볼 때, 타인과 사회공동체 전반에 미치는 파급효과가 크다고 할 수 있고, 이로써 기본권행사의 강한 사회적 연관성이 인정된다.

따라서 이러한 관점에서 볼 때, ‘국가가 대체복무제를 채택하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있기 때문에 이를 채택하지 않은 것은 양심의 자유에 반하는가.’에 대한 판단은 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가.’하는 명백성의 통제에 그칠 수밖에 없다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 156-159).”

## 나. 2002헌가1 법정의견 심사기준의 비판적 분석

### (1) 2002헌가1 법정의견에 대한 학계의 비판

2002헌가1 법정의견에 대한 학계의 다양한 비판이 존재하며, 그 비판의

내용은 다양한 방향으로 제기되고 있다.<sup>8)</sup> 학계의 비판이 집중되는 부분은 양심의 자유라고 하는 핵심적인 정신적 자유권을 제한하는 입법에 대하여 완화된 심사기준을 적용하였다고 하는 점이다. 법정의견이 완화된 심사기준을 채택한 판단은 궁극적으로 ‘명백성 통제’ 기준을 적용한 판단이며 학계의 비판도 명백성 통제 기준 적용 부분에 집중되어 있다.

## (2) 명백성 통제 기준 적용에 대한 의문점

(가) 명백성의 통제란 독일의 입법자의 미래 예측적 판단에 관한 헌법재판소의 통제기준 가운데 한 유형으로서 발달하였다. 규범통제는 순수한 논리적 문제만을 포함한 것이 아니라, 사실확인 및 미래예측에 관한 판단(Prognoseentscheidung)을 포함한다. 입법자가 입법을 함에 있어서는 대부분의 경우 입법의 실제효과에 관한 예측적 판단을 하게 되는데, 이에 대한 헌법재판소의 통제의 밀도와 강도를 어떻게 정하느냐 하는 것이 문제이다.<sup>9)</sup>

(나) 독일 연방헌법재판소는 통제기준의 유형으로서 3가지 유형의 통제기준을 발전시키고 있는바, 가장 약한 통제인 명백성 통제(Evidenzkontrolle), 중간단계인 납득가능성 통제(Vertretbarkeitskontrolle), 가장 엄격한 통제인 내용적 통제(Inhaltskontrolle)의 세 가지 유형이 그것이다.

독일 연방헌법재판소가 입법에 대한 명백성 통제로 만족할 때 입법자에게 가장 넓은 자유가 인정된다. 명백성 통제에 기초한 판결들은 입법자에게 정치적 재량이나 경제정책적 재량이 인정되는 경우, 즉 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 경우의 사례들로서, 입법자가 추구하는 목적을 위해서 취한 수단이 명백히 부적합하거나 잘못인가만을 심사하고 그렇지 않을 경우에는 그 결정을 존중한다고 판단하고 있다.<sup>10)</sup>

8) 법정의견 심사기준에 대한 학계의 비판 논의는 다음과 같다.

김문현, 정신적 자유권 관련 몇 가지 헌법재판소 결정에 대한 관견, 공법연구 제33집 제4호(2005. 6.) 95면; 양건, 헌법강의, 법문사(2007년), 398-399면; 윤영미, 양심의 자유의 내용과 제한, 인권과 정의, 2005년 5월, 63면; 이준일, 헌법학강의, 홍문사(2008년), 598-599면

9) 정태호, 헌법재판의 한계에 관한 고찰, 공법연구 제30집 제1호, 237면

10) 연방헌법재판소는 기본조약판결(BVerfGE 36, 1), 안정화 기금 판결(BVerfGE 37, 1), 화물운송법 판결(BVerfGE 40, 196)을 소위 명백성 통제를 사용한 판례의 예

(다) 독일 연방헌법재판소가 발전시킨 3가지 유형의 통제기준 가운데 입법자의 예측적 판단의 재량을 가장 엄격하게 통제하는 기준이 내용적 통제 기준이다. 독일 연방헌법재판소는 생명이나 신체의 자유, 직업의 자유와 같은 인격적 자유권, 인간의 기본적 필요와 관련된 기본권들을 제한하는 입법의 경우, 입법자의 예측판단은 엄격한 내용적 통제를 받는 것으로 판시하고 있다.<sup>11)</sup>

### (3) 소결 : 이 사건 법률조항과 명백성 통제

헌법재판소는 입법의 기초가 되는 사실적 상황에 대한 판단이나 필요한 예측판단과 수단의 선택에 있어서 입법자의 재량영역을 존중해야 하지만, 입법자가 보호해야 할 법익에 대한 위협을 방지하기 위하여 공익과 조화될 수 있는 가능성의 테두리 내에서 필요한 사항을 수행하였는지 검토하는 것은 헌법재판소의 과제이다.

헌법 제19조에서 보장하는 양심의 자유 및 제20조 제1항의 종교의 자유는 개인의 정체성과 고유성, 독자성을 이루는 기본권으로서 인간의 존엄과 가치와 직결되는 기본권이다. 이 사건 법률조항은 병역의무의 한 내용인 예비군 훈련과 양심 내지 종교의 자유가 전면적으로 충돌하는 영역을 규율하는 법률조항인바, 그 수단으로서 형사처벌이라고 하는 최후의 수단을 사용하고 있다.

정신적 자유 등 인간의 존엄과 가치와 직결되는 기본권은 소수자 보호의 성격이 강하여 당시의 다수의사에만 맡겨 놓을 수 없는 문제를 포함하고 있다. 또한 경제·사회정책에 관한 판단은 헌법재판소보다는 국회나 정부가 전문성을 가지고 있다고 할 것이지만, 소수자의 권리와 인간의 존엄과 가치의 핵심적인 영역이라고 할 정신적 자유의 제한의 한계에 관하여는 헌법재판소가 보다 전문적인 판단능력을 가지고 있는 기관이라고 할 것이다. 또한 인간의 존엄과 가치의 핵심적인 영역이라고 할 정신적 자유 영역의 문제인 양심적 병역거부자에 대한 처벌의 헌법적 정당성의 문제에 관하여 다수결의 원

---

로서 들고 있다(1979. 3. 1. BVerfGE 50, 290).

11) 연방헌법재판소가 내용적 통제를 적용한 판례로 든 것은 약국판결(BVerfGE 7, 377), 의료보험 가입의사 판결(BVerfGE 11, 30), 의약품법 판결(BVerfGE 17, 269), 낙태판결(제1차 낙태판결, BVerfGE 39, 1) 등이다.

리에 의하여 작동하는 입법기관에 비하여 구성의 다양성과 판단의 중립성을 헌법적으로 보장받고 있는 헌법재판소가 그 객관적 판단에 보다 적합한 기관이다.<sup>12)</sup>

이와 같은 영역의 문제에 관하여 명백성 통제로 그치는 경우에는 입법자의 예측이 입법의 근거를 전혀 뒷받침할 수 없을 정도로 명백히 잘못되었는지 여부만을 심사하게 되는데, 다수결의 원리를 그 구성원리로 하고 있는 입법자가 소수자의 정신적 자유권을 제한하는 법률을 입법하는 경우 그 기초 사실에 관한 미래예측적 판단에 관하여 명백성 통제의 기준을 적용하는 것은 타당하다 하기 어렵다.

또한 국가안보의 문제라고 하는 점 등에 기초하여 명백성 통제로서 통제 기준을 완화한다고 하는 점은 동의하기 어렵다. 국가안보는 기본권 제한을 정당화하는 공익의 요소로서 중대한 공익이라고 할 것이므로 비례원칙에 따른 형량심사과정에서 공익의 무게를 더함으로써 보다 강한 정도의 기본권 제한을 정당화시켜 주는 판단요소가 될 수 있다. 하지만 그와 같은 형량요소에서 더 나아가 심사기준 내지 통제기준 자체를 변경시키는 요소가 된다고 한다면 공정한 형량판단이라고 할 수 있을 것인지 의문이다. 또한 이와 같이 판단하는 경우에는 중대한 공익을 목적으로 하는 입법에 관하여는 그 입법이 인간의 존엄과 가치의 핵에 해당하는 기본권을 중대하게 제한하는 경우에도 실질적인 위헌심사를 할 수 없다고 하는 점에서 헌법재판소의 본연의 기능이라고 할 기본권 보장 기능을 다하지 못할 위험성도 있다.

#### 4. 이 사건 법률조항의 위헌여부

##### 가. 이 사건 법률조항의 위헌여부 심사기준 내지 방법

(1) 헌법 제39조는 모든 국민에게 헌법상의 의무로서 국방의 의무를 부과하고 있고, 안보환경, 지정학적 여건, 경제력, 인구 등 국가안보를 둘러싼 현실적 여건과 국가존립을 유지하는 데 필요한 국방력의 정도를 종합적으로

12) 김문현 교수, 정신적 자유권 관련 몇 가지 헌법재판소 결정에 대한 관견, 공법연구 제33집 제4호(2005. 6.) 88면, 이에 대하여 경제적·사회적 기본권과 관련한 정책은 헌법재판소보다는 국회나 정부가 보다 전문적인 지식과 경험을 가지고 있는 기관이라고 할 수 있다.

고려하여 제도를 정하여야 하는 국방의 성격에 따라 국방의무를 구체화할 원칙적인 권한과 책임을 입법자에게 부여하여 우리의 실정에 맞는 최적의 제도를 마련하도록 하고 있다.

(2) 헌법의 개별요소 및 가치들의 상호의존성 때문에 개별 규범 및 가치들 뿐 아니라 전체적 관련을 고찰할 필요가 있다. 그리하여 모든 헌법규범은 다른 헌법규범과 모순되지 않도록 해석되어야 한다고 하는 헌법 해석의 원칙이 규범조화적 해석(실제적 조화, *Praktische Konkordanz*)의 원칙이다. 동 원칙은 헌법의 통일성의 원리로부터 발전된 해석원칙으로서 헌법상 보호되는 법익상호간에 충돌이 생기는 경우 성급한 ‘법익형량’이나 추상적인 ‘가치형량’에 의하여 타 법익을 희생하여 하나의 법익만이 실현되도록 하여서는 아니 된다고 하는 규범 내용을 갖는다.

규범조화적 해석의 과제는 기본권과 기본권을 제한하는 법익간의 비례적 조화점을 찾는 해결방법을 요청한다. 즉, 헌법의 통일성의 원리로부터 부여되는 최적화(*Optimierung*)의 과제에 따라 양 법익이 최적으로 실현될 수 있는 지점에 경계가 그어져야 하고, 이 경계획정은 구체적 사례에서 비례적이어야 하며, 양 법익의 조화를 이루기 위하여 필요한 한도에 그쳐야 한다.

(3) 헌법상 국방의 의무는 국가의 존립과 안전을 위한 불가결한 헌법적 가치를 담고 있으며, 헌법상 양심의 자유 역시 우리 헌법이 실현하려고 하는 가치의 핵이라고 할 인간의 존엄과 가치와 직결되는 가치를 담고 있다. 이와 같이 국방의무와 양심의 자유 각각이 공동체 또는 개인에게 있어 본질적인 가치임을 고려하면 헌법적으로 어느 것이 더욱 가치 있는 것이라고 말하기는 어렵다.

헌법 제37조 제2항의 비례원칙은 이와 같이 우열을 가리기 어려운 헌법가치들이 갈등관계에 있을 때 각 헌법가치들이 공존하면서 최적의 상태로 실현되어 조화를 이룰 수 있는 방안을 찾도록 명하고 있는바, 입법자는 일방적으로 어느 하나의 헌법가치만을 실현하려고 할 것이 아니라 충돌이나 갈등 상황을 피할 수 있는 대안을 모색하여야 하며 대안마련이 불가능하여 기본권을 제한할 수밖에 없는 경우에도 그 목적에 비례하는 범위 내의 제한에 그쳐야 할 것이다. 헌법재판소는 입법자의 입법영역에서 기본권과 여타의

헌법가치 사이에 충돌이나 갈등이 있는 경우, 헌법의 통일성·규범조화적 해석의 원칙에 입각한 비례의 원칙의 심사방법을 사용해야 하는 것이다.

(4) 입법자는 헌법 제39조의 국방의 의무를 구체적으로 형성하는 입법을 제정하는 경우, 양심의 자유가 지니고 있는 가치를 존중하여야 한다는 헌법적 한계를 준수하여야 하고 또한 양심의 자유도 국가안전보장 등을 위해 법률로써 제한이 가능한 점을 고려하여야 한다. 입법자는 국방의 의무와 양심의 자유라고 하는 각 헌법가치들이 공존하면서 최적의 상태로 실현되어 조화를 이룰 수 있는 방안을 찾아야 한다. 그리하여 입법자는 국방의 의무와 양심의 자유 사이에 충돌이나 갈등상황을 피할 수 있는 대안을 모색하여야 하고, 대안마련이 불가능하여 기본권을 제한할 수밖에 없는 경우에도 그 목적에 비례하는 범위 내의 제한에 그치지 않으면 안 된다. 헌법 제37조 제2항의 기본권제한원리는 이러한 내용을 포함하고 있다. 따라서 만일 대안의 마련이 필요하고 가능함에도 불구하고 입법자가 이를 위해 노력을 기울이지 않았다면 입법자는 위와 같은 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 기한 기본권 제한원리를 준수하였다고 할 수 없다.

### 나. 이 사건 법률조항의 양심의 자유 침해 여부

#### (1) 이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

헌법은 제5조 제2항에서 ‘국가의 안전보장’과 국토방위를 국군의 신성한 의무라고 규정하면서 제39조 제1항에서 국가안전보장을 실현하기 위한 중요한 수단으로서 국방의 의무를 명문으로 인정하고 있다. 또한 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유는 국가안전보장을 위하여 제한될 수 있다는 것을 밝히면서 제76조 제1항에서 국가의 안전보장을 위하여 대통령에게 국가긴급권을 부여하고 있고, 제91조에서 대통령의 자문기관으로서 국가안전보장회의를 두도록 규정하는 등 ‘국가의 안전보장’을 중대한 헌법적 법익으로 규정하고 있다. ‘국가의 안전보장’은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건으로서 헌법이 이를 명문으로 규정하는가와 관계없이 헌법상 인정되는 중대한 법익이다.



이 사건 법률조항은 ‘국방의 의무’의 하나인 예비군훈련의 의무이행을 강제하여 예비군 전력을 유지함으로써 국가안전보장이라고 하는 공익을 달성함과 아울러 예비군 의무이행을 확보함으로써 병역부담의 형평을 기하기 위한 법률조항이라고 할 것이다. 국민개병 제도를 채택하고 있는 우리의 국방제도에서 병역의 형평부담은 중대한 공익이다. 일부 계층에게만 병역의무를 면제해주거나, 일정한 금전적 반대급부를 조건으로 병역의무를 면제해 줄 경우 계층에 따른 위화감 및 병역의무 부담에 대한 극심한 거부감이 발생하여 전체적인 병역의무 제도가 혼란에 빠질 위험성이 있으며, 이는 국가안전보장에 직접적으로 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 이와 같은 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하며, 또한 이 사건 법률조항은 그와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

(2) 이 사건 법률조항의 침해의 최소성 및 법익 균형성 원칙 위반 여부

(가) 양심의 자유 제한 및 제한 수단으로서의 형사처벌의 허용성 및 이 사건 법률조항의 법정형

이 사건 법률조항에 의한 형사처벌은 일반 예비군 훈련 의무 이행의 확보를 위해 제재로서의 성질을 가지고 있는바, 그 법정형은 1년 이하의 징역, 200만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료로 규정하고 있다. 따라서 비록 법정 최저형으로서 경미한 처벌인 과료가 규정되어 있으나, 최고형으로서 1년 이하의 징역이 정하여져 있어 무거운 자유형의 처벌도 가능하도록 규정되어 있다.

인간의 공동생활에 있어 불가결한 가치를 보호하기 위하여 형벌이라는 수단이 사용된다. 그리하여 어떠한 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가에 관하여는 원칙적으로 입법자에게 형성권이 인정될 수 있다. 그런데 형벌은 다른 법적 수단과는 비교할 수 없는 강력한 법률효과 및 기본권 제한 효과를 발생시키므로 해당 법익을 보호하기 위하여 불가피한 경우에 한하여 인정하는 등 그 수단 사용을 가급적 억제할 필요가 있다.<sup>13)</sup> 더욱

13) 이재상, 형법총론, 박영사(1995), 6면; 어떠한 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가에 관하여는 원칙적으로 입법자의 광범위한 형성권이 인정되지만, 법률이 특히 사생활의 영역을 규율하는 경우에는 그렇지 아니한 직업영역, 재산권

이 이 사건에서 문제되는 양심의 자유는 헌법적 가치질서의 핵이라고 할 수 있는 인간의 존엄과 가치와 직접적으로 연결되어 있는 기본권이다. 따라서 양심의 자유 행사를 이유로 한 형사처벌은 그와 같은 처벌에 관한 공익상의 긴절한 필요성이 있는 경우에 허용될 것이다. 양심의 자유에는 ‘달리 생각하는 양심에 대한 법의 양보 요구’도 함께 내포되어 있으므로 국가권력은 양심을 이유로 한 형사처벌을 최대한 자제할 필요가 있다.<sup>14)</sup>

(나) 이 사건 법률조항이 실현하는 공익과 침해되는 사익의 평가

이 사건 법률조항은 국가안보 및 예비군 훈련 의무의 공평한 부담, 병역 기피 방지라는 공익을 달성하기 위하여 형사처벌이라는 수단을 사용하고 있다. 이와 같은 수단을 통하여 달성하는 공익과 이로 인하여 침해받는 사익 사이에 적절한 균형관계가 있는지 여부에 관하여 살펴본다.

1) 이 사건 법률조항이 구체적으로 실현하는 공익의 평가

예비군 복무는 국방력에 있어 현역의 전력을 보완하는 의미를 가지고 있다. 이 사건 법률조항에 의하여 강제되는 예비군 훈련은 정상적인 사회생활을 하는 가운데 1년에 약 3회 정도 출퇴근을 하는 형태로 단기간 훈련을 받는 일반 예비군 훈련이다. 이 사건 법률조항이 확보하려는 예비군 훈련 의무는 전쟁 내지 전쟁 유사상황에서의 병력 동원에 복종할 의무가 아닌 전시 등을 대비한 훈련의무로서 의미를 갖는다.

현재 예비군의 규모는 약 300만 명(4년차 이내 149만, 5년차 이상 155만)이다.<sup>15)</sup> 이에 대하여 양심상의 이유로 이 사건 법률조항을 위반하여 처벌받는 사람들의 숫자는 극히 소수이다. 국가인권위원회 결정에 나타난 양심적 병역거부 수형자 가족 모임이 집계한 통계에 따르면 1960년대 후반 향토예

---

영역 등을 규율하는 경우와는 달리 인정되는 입법자의 형성권이 상대적으로 제한될 수밖에 없다. 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위협이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로서 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하기 때문이다. 따라서 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용해야 하는 것이다(헌재 2009.11.26. 2008헌바58, 판례집 21-2하, 520, 531-532).

14) 허영, 전계서, 399면

15) 국방부, 국방백서(2008년), 92면

비군 제도가 본격적으로 실시된 이후 현재까지 약 40년간 약 1,329명이라고 파악하고 있다[이 사건 심판기록, 319-320면 참조; Human Rights Without Frontiers International(Brussels) 보고서에 따르면, 예비군 병역 거부자 누적 총수는 1,273명이며 연도별 통계는 다음과 같다. 2006년 (3명), 2005년 (16명), 2004년 (22명), 2003년 (23명), 2002년 (12명), 2001년 (18명) 등].

현역 복무와 달리 일반 예비군 훈련은 정상적인 사회생활을 하는 가운데 1년에 약 3회 정도 단기간의 출퇴근 훈련을 받는 것에 불과하므로 그 의무를 불이행한 경우에 반드시 형사처벌이라고 하는 최후의 제재수단을 동원할 필요가 있을 것인지에 관한 의문이 있다. 이와 같은 관점에서 형사처벌을 부과하지 아니하고 과태료 등 경한 행정적 제재를 부과할 수 있을 것인지 문제된다.

그러나 과태료 등 금전적 제재의 액수가 과중한 경우에는 특히 경제적으로 여유가 없는 계층에 대하여는 형사처벌과 유사한 가혹한 효과가 발생할 수 있으며, 경한 액수의 과태료 제재를 통하여는 예비군 훈련의무의 확보가 보장되기 어려운 측면이 있다.

더욱이 현재 예비군 훈련의무를 기피하는 사유로 가장 많이 거론되는 사유가 고수익 자영업자들의 경우 시간적인 기회비용 손실이라고 할 것인바, 이들에게 과태료의 제재를 부과하는 경우에는 그 제재가 충분한 강제력을 발휘할 수 없을 가능성이 많고, 자칫 과태료의 제재는 경제적으로 여유 있는 계층의 병역회피의 통로로 전화될 가능성이 높다.

이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익 중 중요한 것이 병역의무의 공평한 부담이라고 할 것인바, 과태료 등 행정적 제재로서는 그와 같은 공익을 달성하기 어렵다. 따라서 예비군 훈련의무를 불이행에 대한 일반적 강제수단으로서 형사처벌은 불가피한 측면이 있다.

## 2) 이 사건 법률조항에 의하여 침해되는 사익의 평가

가) 양심적 예비군 훈련거부자들은 진지한 신조에 기한 결정을 한 것이므로 형사처벌을 통하여 자신의 신념을 변경할 것을 기대하기 어렵다. 그런데 일반 예비군 훈련은 반복적으로 부과되는 성질을 가지고 있으므로, 동 의무에 불응하는 경우 과해지는 처벌로 인한 양심적 예비군 훈련 거부자들의 불

이익은 보통의 예비군 훈련 회피자의 경우에 비하여 대단히 크다.

나) 예비군 훈련은 1년에서 4년차까지는 연 3회, 5-6년차까지의 예비군 편성자에 대하여 각 연 2회의 교육훈련으로 이루어지고 있으므로 약 5년간 연 3회씩의 반복적인 고발·기소·처벌이 예정되어 있다. 반복적인 불이행에 따른 반복적인 처벌을 받는 과정에서 종전의 처벌전과는 양형에 불리하게 작용하여 벌금 액수가 점점 상승되는 것이 일반적이며, 많지 않은 경우이기도 하지만 자유형의 실형의 처벌을 받는 경우도 발생하고 있다.

다) 더욱이 예비군 훈련시간을 이수하지 아니하여 고발 처리한 이후 훈련 의무의 이행을 위해 훈련의무를 재부과하며, 새로이 부과된 훈련을 이수하지 않았을 경우에는 재고발 처리하여 부과된 훈련을 이수할 때까지 반복 처리한다(예비군 훈령 제33조). 따라서 예비군 훈련의무를 이행하지 아니한 경우 그에 대한 처벌을 받은 경우에도 종전의 훈련의무 불이행 부분에 대한 새로운 의무를 부과하도록 하고 있다. 따라서 새로이 부과된 의무를 계기로 이미 불이행으로 처벌받은 종전 훈련 미이행 부분에 대하여 반복적으로 처벌받게 된다.

라) 예비군설치법은 양심상의 자유에 의한 예비군 훈련거부와 일반적인 예비군 훈련기피를 구별하지 않고 있으므로 양심적 예비군 훈련 거부자들은 이와 같은 법적인 불이익을 모두 받고 있을 뿐 아니라 이후 사회생활에서 반복적으로 형사처벌을 받은 전과자로서 여러 가지 유·무형의 냉대와 불이익 역시 감수하여야 한다. 또한 반복적인 수사 및 기소와 반복적인 재판절차의 진행은 직장생활과 사회생활에 적지 않은 지장을 초래하고 있다(특히, 검사가 여러 차례 소환을 하는 경우, 구약식이 아닌 정식의 기소를 하는 경우, 당사자가 정식재판을 청구하는 경우 이와 같은 현상은 더욱 증대된다).

### 3) 소결

가) 양심·종교를 이유로 한 예비군 훈련의 거부자들의 숫자와 현재 예비군의 병력 수를 비교하여 볼 때 양심상의 이유에 기한 예비군 훈련 거부자들이 예비군 전력에서 차지하는 비중은 미미하다고 평가할 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항은 일반 예비군 훈련 의무를 이행하지 아니한 경우의 일반적 처벌 조항이며, 앞서 살펴본 바와 같이 형사처벌이 아닌 과태료 등 경한

행정상의 제재로서는 국가안보 및 병역의 공평한 부담이라고 하는 공익상의 목적을 달성하기 어렵다.

나) 예비군 훈련은 전역 후 수년에 걸쳐 10회 이상 반복적으로 부과되며, 이에 따른 반복적인 처벌은 양심적 훈련 거부자에게 법적·사실적으로 가혹한 처벌효과를 발생시킨다. 더욱이 이와 같은 수년에 걸친 반복적인 처벌은 양심의 교정 및 수정을 요구하는 시험대에 장기간 동안 반복적으로 세우게 된다고 하는 점에서 인간의 존엄과 가치에 반하는 문제가 있다. 장기간에 걸쳐 반복적인 처벌을 가함으로써 양심을 변경할 것인지 여부를 변민하고 선택해야 하는 상황에 처하도록 하는 것은 개인의 인격에 큰 타격이 될 수 있다. 자신이 전인격을 걸고 옳은 것이라고 믿는 신념을 변경하지 않으면 형벌과 사회생활의 제한 등 피해를 입는 것이 예정되어 있는 상황에 처한다면 개인은 선택의 기로에서 자신의 인격적인 존재가치에 회의를 느끼지 않을 수 없고 이는 결국 인간의 존엄성에 대한 손상으로 이어지기 때문이다.<sup>16)</sup>

(다) 입법자의 대안제시 의무 및 대체복무제도를 통한 공익 실현 가능 여부

1) 헌법재판소는 2002헌가1 결정에서 입법자는 헌법 제19조의 양심의 자유에 의하여 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 대안을 제시할 수 있음에도 대안을 제시하지 않는다면, 이는 일방적으로 양심의 자유에 대한 희생을 강요하는 것이 되어 위헌이라 할 수 있다고 판시한 바 있다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 156 참조).

그런데 양심의 자유를 주장하는 자에 대하여 아무런 대체의무의 부과없이 국민 모두에게 적용되는 의무로부터 면제하는 것은 헌법상 허용되지 않는 특권을 부여하는 것과 같다. 그러므로 양심의 자유가 국민의 의무로부터의 예외를 요청한다면, 국가적 관용과 예외의 허용이 소수의 특권이 되지 않도록 국가는 가능하면 다른 대체의무의 부과를 통하여 이러한 불평등적 요소를 상쇄해야 한다.

결국, 이 사건 법률조항의 위헌여부는 ‘입법자가 대체복무제도의 도입을

16) 최근 유럽인권재판소는 양심적 병역거부자에 대하여 여러 차례 처벌하고, 처벌한 후 다시 반복하여 기소하여 새로운 형사처벌을 부과하였던 터키의 조치에 대하여 유럽 인권협약 제3조에 위반되는 인간의 존엄과 가치를 침해하는 처벌이라는 판결을 선고하였다. Ülke v. Turkey (2006. 4. 24) (Application No. 39437/98).

통하여 병역의무에 대한 예외를 허용하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있는지'에 관한 판단의 문제로 귀결된다고 할 것인바, 입법자가 일반 예비군 훈련에 대한 대체복무제도의 도입을 통하여 병역의무에 대한 예외를 허용하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있는지 여부에 관하여 보기로 한다.

2) 양심적 예비군 훈련 거부자들에 대하여 예비군 훈련에 대한 대체의무를 부여함으로써 국가안보의 공익을 달성할 수 있을 것으로 판단되는바, 그 이유는 다음과 같다.

가) 양심적 예비군 훈련 거부자가 전체 예비군 인원에서 차지하는 비중은 미미하므로 대체복무제도를 통하여 사회적 복무를 부여하는 경우에도 국방력에 직접적인 영향은 발생하지 아니한다고 평가할 수 있다.

나) 예비군 훈련 의무에 대하여 예외를 인정할 경우 의무의 형평문제가 제기될 수 있다. 하지만 복무기간, 고역의 정도 등을 종합하여 대체복무의 부담이 일반 예비군 훈련 의무와 등가관계가 성립되도록 대체복무제도를 운영한다면, 국방의무의 평등한 이행을 확보할 수 있다. 예비군설치법에 따른 예비군 훈련은 현역 복무에 비하여 상대적으로 경한 부담의 균역이다. 예비군설치법에 따른 예비군 훈련으로서 가장 난이도가 높고, 장시간 지속되는 훈련이 예비군 편성 1-4년 차의 동원미참훈련인바, 그 훈련의 내용은 하루 8시간씩, 3일간의 출퇴근 훈련이다. 이는 약 2년간의 복무를 요청하는 현역 복무와는 그 난이도와 복무기간 측면에서 비교하기 어려운 정도의 경한 의무라고 할 것이다. 따라서 양심적 예비군 훈련 거부자들에 대한 대체적 복무는 현역의 양심적 병역거부자들의 경우보다 용이하게 해결할 수 있다.

이 사건 법률조항에서 문제되는 일반 예비군 훈련은 출퇴근 훈련이므로 대체복무제도를 마련할 경우 일반 예비군 훈련의 자유 제한의 정도와 균형을 맞추기 위하여 외부와 차단된 폐쇄적인 시설 등을 설치할 필요가 없다. 일반 예비군과 동일하게 출퇴근을 전제로 의무를 부과할 수 있으며, 격오지의 대체복무의 경우에는 복무자의 편의를 목적으로 하는 숙박시설 등을 구비하는 것으로 족하다.

다) 또한 대체복무제를 도입한 많은 다른 나라들의 경험에서 확인할 수

있듯이, 병역거부가 양심상의 결정에 근거한 것인지에 대한 엄격한 사전심사 절차와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자를 가려내는 것이 가능하므로, 대체복무제도라는 대안을 채택하더라도 국방력의 유지에는 별다른 손상이 없다. 또한 예비군 훈련을 거부·기피하기 위하여 거짓 양심을 지어내는 자들에게는 대체복무의 부과가 효과적인 제재로서 작용할 수 있기 때문에 이 제도를 악용하려는 병역기피 현상도 커다란 문제가 되기 어렵다.

(라) 현행 예비군설치법상의 예비군 훈련 보류 제도와의 비교

한편, 우리나라와 같이 징병제를 근간으로 하는 병역제도 하에서는 병역의무이행의 실효성을 담보하기 위해 공평하고 공정한 징집이라는 병역 부담상의 형평과 정의(正義)를 실현하는 것이 매우 중요하다. 이러한 병역상의 정의는 의무부과가 평등하게 이루어지는 경우에 실효적으로 달성될 수 있기 때문에 예외적인 경우를 제외하고는 그 면제를 인정하기 어렵다고 할 것인바, 이 사건 법률조항에 기한 형사처벌을 정당화하는 이유도 이와 같은 병역 부담상의 형평과 정의를 실현하기 위함이라고 할 것이다.

그런데 현행 예비군설치법 및 동법에 기초한 법령은 일정한 직업을 갖고 있는 사람, 일정한 사유가 있는 사람 등에 대하여 해당 사유가 있는 동안 예비군 훈련을 보류처분할 수 있도록 하는 예비군 훈련 보류 제도를 두고 있는바, 그 범위는 매우 광범위하다.<sup>17)</sup> 그런데 이와 같은 보류처분 제도는 보류처분한 훈련을 이수한 것으로 처리하고 있는바, 실질적으로 예비군 훈련에 대한 ‘면제’로서 기능한다.

이와 같이 광범위한 직업군의 사람들 및 해외여행 등의 사유에 관하여 예비군 훈련을 실질적으로 면제하는 제도를 시행하고 있음에 대하여, 양심·종교 등의 내심적 결정에 기하여 예비군 훈련을 받을 수 없는 사유에 대하여는 고려하지 아니하는 점은 인간의 존엄과 가치의 핵심과 닿아있다고 하는 양심의 자유 내지 종교의 자유의 가치를 지나치게 과소평가하는 것이라고 할 것이다.

17) 가령, 외국에 여행 또는 체류중인 자, 국외를 왕래하는 선박의 선원 또는 항공기의 조종사와 승무원(동법 제5조 1항 단서, 제6조 제3항), 군부대에 근무하는 군무원, 해안무선국에 근무하는 통신사 및 정비사, 항공기정비사(동법시행령 제11조), 우편 집배원, 법무부 출입국관리직, 세관의 조사공무원, 경찰학교 재학생, 청원경찰, 소년원 및 소년감별소의 보호직 공무원(동법 시행규칙 제17조 제3항에 의하여 국방부장관이 인정한 자) 등이 그 대상이다.

## (마) 소결

입법자에게는 법적 의무와 개인의 양심이 충돌하는 경우 법적 의무의 부과를 통하여 달성하고자 하는 공익의 실현과 법질서를 위태롭게 함이 없이 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등이 제거될 수 있다면, 입법자는 이와 같은 방법을 통하여 개인의 양심과 국가 법질서의 충돌가능성을 최소화해야 할 의무가 있다.

입법자는 공익을 해하지 아니하는 상태에서 양심의 자유를 다치지 아니하는 대체복무제도를 마련할 수 있었음을 인정할 수 있는바, 입법자가 이와 같이 대체복무제도를 마련하지 아니한 상태에서 양심상 이유로 예비군 훈련을 거부하는 사람들에 대하여 예외없이 형사처벌하도록 규정하고 있는 것은 충돌하는 헌법적 가치 사이에 적절한 조화와 균형을 실현하지 못하는 입법이라고 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 그러한 범위에서 헌법 제37조 제2항을 위반하여 양심적 예비군 훈련 거부자들의 양심의 자유를 침해하고 있는 것으로 판단할 수 있다.

## 5. 이 사건 법률조항에 대한 합헌론

## 가. 양심적 예비군 훈련 거부자에 대한 병역의무의 부과와 입법재량

헌법상 보호되는 양심은 그렇게 행동하지 않으면 자신의 인격적인 가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리라는 점에서 기본권 중의 기본권이라고 불린다. 양심이나 종교의 자유와 같은 정신적 자유권의 보호는 사상의 다원성을 기초로 하는 자유민주적 기본질서의 존립에 필수불가결한 요소이다. 그러므로 이러한 자유의 제한을 직접적으로 의도하는 법률이 있어 기본권침해여부가 다투어지는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격하게 그 위헌여부를 심사하여야 할 것이다<sup>18)</sup>.

18) 미국의 판례 경향을 보면, 특정한 유형의 행위가 종교적인 이유에 의한 것이라는 이유로 그 행위에 부정적인 영향을 주는 것이 정부행위의 목적(purpose)인 경우에는 거의 자동적으로 종교행위의 자유규정에 위반되는 것으로 판시되는데, 그와 같은 종교에 대한 의도적인 방해행위는 엄격하게 심사(strictly scrutinized)되며



그런데 어떤 국가 목적을 달성하기 위한 법률의 제정이 입법자가 의도하지 않은 개인 또는 특정 집단의 양심이나 종교의 자유를 제한하게 되는 경우에도 여전히 정신적 자유권의 중요성을 들어 엄격한 심사기준이 유지되어야 하는 것인가의 문제는 별개이다.

이 사건 법률조항은 예비군 훈련 기피를 방지하여 국방의 의무의 공평한 부담을 실현한다는 목적 아래 예비군 훈련 기피자에게 형사처벌이라는 강력한 제재수단을 사용하고 있다. 그런데 종교적 또는 양심적 이유를 들어 예비군 훈련을 거부하는 자에게도 똑같이 형사처벌을 하고 있으므로 결과적으로는 이들의 양심이나 종교의 자유를 제한한다.

한편, 이 사건 법률조항은 양심이나 종교의 자유의 제한을 목적으로 만들어진 법률이 아니라 예비군 훈련 기피의 방지라는 다른 국가목적의 달성을 위해 만들어진 것으로 여기에서 발생하게 된 양심이나 종교의 자유의 제한 문제는 이 규정의 시행결과 우연히 나타난 부수적인 효과에 불과하다는 점에서 정신적 자유권의 제한을 직접적으로 의도하거나 이를 예상하고 만든 법률과는 차이가 있다. 이러한 자유권의 제한을 의도하지 않은 제도를 입법자가 형성함에 있어 그로 인해 발생하게 될지도 모를 양심의 자유나 종교의 자유의 제한 가능성을 일일이 예측하여 이를 고려하는 법률을 제정하도록 요구하는 것은 불가능에 가깝다. 어떤 법률이든지 그 입법의도와는 상관없이 예기치 않은 기본권제한문제를 야기할 수 있다는 점에서 이러한 의무를 입법자에게 부과하게 되면 입법기능을 마비시키는 결과를 가져올 것이다.

그러므로 어떤 법률이 본래적으로 양심이나 종교의 자유의 제한을 의도하거나 예상하지 않은 경우에는 부수적으로 그러한 결과가 나타난다고 하더라도 처음부터 양심이나 종교의 자유의 제한이 예정된 법률과는 달리 취급할 필요가 있는데, 이때의 위헌여부를 가리는 심사척도는 입법자에게 그러한 정신적

---

거의 위헌으로 결정된다. 동물희생사건(Animal sacrifice case)으로 불리는 Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U.S. 520 (1993) 사건은 Santeria교 성직자들의 동물희생의식에 관한 것으로 플로리다 Hialeah시는 종교적 동물희생을 금지하는 일련의 시조례를 제정하였는데, 연방대법원의 모든 대법관들은 Hialeah시 조례가 종교행위의 자유규정에 위반된다는 점에 동의하였다. 연방대법원은 이러한 조례들을 입법한 시의회 의도는 Santeria교의 의식을 금지하려는 것이었다고 하면서 특정한 종교행위에 불이익을 주려는 의도를 가진 정부의 행위는 거의 언제나 종교행위자유규정에 위반된다고 판시하였다.

자유권의 제한가능성의 예측을 기대할 수 없다는 점에서 완화될 수 있다.

### 나. 국방의무 및 병역제도와 입법형성권

(1) 국방의무는 납세의무와 더불어 국가의 존립을 위해 요구되는 기본의무다. 국가의 존립은 개인의 생명과 유기적인 함수관계를 갖는다. 국가의 존립을 지키기 위한 국가적 정당방위는 그 정당성을 부정할 수 없다.

(2) 국방과 관련하여 우리 헌법은 제5조 제2항에서 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.” 제39조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다. 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.” 제74조 제2항에서 “국군의 조직과 편성은 법률로 정한다.” 제76조 제2항에서 “대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

그런데 헌법 제39조와 제74조 제2항은 그 규정 중에 별다른 수식어를 붙임이 없이 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다거나 국군의 조직과 편성은 법률로 정한다고 함으로써 국방의무에 관한 내용형성과 국군의 편제 등에 관하여 입법자에게 많은 재량을 부여하고 있다.

한편, 헌법재판소는 “일반적으로 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 국군의 구성원으로 할 것인지 여부를 결정하는 문제는 이른바 ‘직접적인 병력형성의무’에 관련된 것으로서, ① 원칙적으로 국방의무의 내용을 법률로써 구체적으로 형성할 수 있는 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러 가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위 내에서 결정할 사항이고(헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122, 130), ② 예외적으로 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태 등의 경우에는 대통령이 헌법 제76조 제2항에 근거하여 법률의 효력을 가지는 긴급명령을 통하여 결정할 수도 있는 사항이라고 보아야 한다. 이러한 징집대상자의 범위를 결정하는 문제는 그 목적이 국가안보와 직결되

어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 ‘최적의 전투력’을 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, 709-710)라고 하여 징집대상자의 범위결정에 있어서 입법자가 광범위한 재량을 가진다고 판단한 바 있다.

(3) 결국 이 사건 법률조항이 양심의 자유 등을 침해하는지 여부를 심사함에 있어서도 이와 같이 입법재량이 널리 인정되어야 한다.

#### 다. 양심의 자유 등 침해여부

우리나라와 같이 징병제를 근간으로 하는 병역제도 하에서는 병역의무이행의 실효성을 담보하기 위해 공평하고 공정한 징집이라는 병역상의 정의를 실현하는 것이 무엇보다도 중요하다. 이러한 병역상의 정의는 의무부과가 평등하게 이루어지는 경우에만 달성될 수 있기 때문에 예외적인 경우를 제외하고는 그 면제를 인정하기 어렵다. 이와 더불어 병역의무를 회피하려는 자들에 대한 의무이행확보수단 또한 마련되어 있어야 한다.

양심적 예비군 훈련 거부권을 인정하여 이들에게만 예비군 훈련을 면제하고 형벌로부터도 자유롭게 한다면, 이는 그 밖의 예비군 훈련 의무자들에게도 널리 영향을 미쳐 이 사건 법률조항의 목적달성을 매우 어렵게 할 수 있다. 우리나라에서와 같이 병역의무이행과 관련하여 모든 국민이 직접·간접적으로 이해관계를 가지고 있고 그 의무부과의 예외 인정에 대해 관용을 기대하기 어려운 현실에서 일부에게만 주관적 사유로 예비군 훈련 의무를 면할 수 있게 하는 것은 예비군뿐 아니라 현역의 병역의무이행에 수반되는 개인적 부담과 희생에 대해 상대적 박탈감을 더하게 할 것인바, 이 사건 법률조항에 따른 처벌에 예외를 인정할 경우 병역제도 전반의 실효성을 전반적으로 약화시키고, 국민개병주의의 원칙에 입각한 우리 병역체계의 유지를 어렵게 할 우려가 크고, 이는 장기적으로 군사력의 약화로 이어질 수 있다.

또한 양심적 예비군 훈련 거부자에게 형벌을 제재 수단으로 사용하는 대신 대체복무를 인정하는 것이 국가안보라고 하는 공익과 개인의 기본권을

조화시키는 방법임에도 불구하고 그 제재수단으로 형벌만을 고집하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다는 주장이 있다.

그런데 양심적 병역거부자를 병역의무의 대상에서 제외할 것인가의 문제와 더불어 그들에게 대체복무를 시킬 것인가 하는 문제는 그 나라가 처한 국내외적인 여러 가지 상황과 밀접한 관련이 있다. 이러한 문제는 헌법정책적 또는 국가정책적 차원에서 숙고가 이루어진 후에 그 인정여부를 결정하여야 할 것이다.

북한이 여전히 우리에게 위협적인 존재로 자리하고 있는 가운데 한반도가 국제적으로도 전쟁발발 가능성이 가장 높은 지역으로 인식되고 있음을 감안할 때, 병역제도의 실효성을 무너뜨릴 수 있는 제도의 변화를 도모한다는 것은 상당히 위험한 일이 아닐 수 없다.

또한 예비군 대체복무제도의 도입은 현역 복무에 대한 인식, 복무를 하고 있는 군인들의 사기에도 적지 않은 영향을 미칠 것인바, 대체복무제도의 도입이 가능하기 위해서는 남·북한간 평화유지가 전제되어야 하고, 군복무기간단축이나 복무여건의 개선이 뒷받침되어 병역기피의 요인이 제거되어야 한다.

위에서 살펴본 바와 같이 예비군 훈련 의무자의 범위를 결정하는 문제는 본질적으로 입법자의 입법형성권이 매우 광범위하게 인정되는 영역인바, 일정한 병력을 형성하고 유지하기 위해 예비군 훈련 의무를 기피하는 자를 형사처벌하는 것은 그 입법목적 달성을 위한 적절한 수단으로서 양심이나 종교상의 이유를 들어 예비군 훈련을 거부하는 자들을 이 사건 법률조항에 의해 처벌하더라도 이것이 양심의 자유나 종교의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 입법자의 입법형성권 한계 내에 있는 것으로서 헌법적 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

#### **라. 병역거부자의 양심을 배려해야 할 법적용기관의 의무와 합헌론**

병역의무 부과의 형평이라고 하는 입법목적에 위하여 입법자가 이 사건 법률조항과 같은 일반적 처벌 조항을 마련하는 것은 불가피하다고 할 수 있

으며, 합헌론의 견지에서는 이와 같은 처벌조항을 두는 대신에 대체복무제도를 선택할 것인지 여부는 입법자의 재량에 속하는 사항으로서 그 판단에 맡길 필요가 있다.

이 사건 법률조항의 적용·집행 등의 단계에서 합헌적인 운용이 충분히 가능하며, 그와 같이 운용하지 아니함으로써 양심의 자유 등을 지나치게 제한하고 있는 법원·행정부 등의 현행실무는 수정되어야 할 것이지만, 이 사건 법률조항을 적용·집행하여야 할 이들 사법·집행기관이 양심을 배려해야 할 의무를 다하지 아니한 점이 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 징표하는 것이라고 하기는 어렵다. 오히려 국가기관의 양심을 고려한 형벌권 행사 의무의 존재는 이 사건 법률조항이 합헌적이라고 하는 하나의 논거가 될 수 있으며, 이 사건 법률조항에 대하여 합헌 판단을 하는 경우, 결정이유에서 그와 같은 법적용기관의 양심 배려의무로서 검토할 필요가 있다.

## 6. 결정의 의의

헌법재판소는 2004. 8. 26. 2002헌가1(병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 사건) 사건을 통하여 현역복무에 대한 양심적 병역거부의 처벌조항에 관하여 합헌 판단을 하였던 바 있다. 헌법재판소의 법정의견은 위 결정에서 ‘명백성 통제’라고 하는 새로운 심사기준을 제시하였던바, 이에 대하여는 학계에서 다양한 비판이 제기되었다.

헌법재판소는 일반 예비군 훈련에 대한 양심적 병역거부가 문제된 이 사건 결정 및 새로이 접수되어 다시 심리된 현역복무에 대한 양심적 병역거부 결정(2011. 8. 30. 2008헌가22, 판례집 23-2상, 174)에서 종전의 ‘명백성 통제’ 기준의 심사기준을 묵시적으로 변경하고 통상의 과잉금지원칙의 심사기준을 적용하였다.



## 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호 위헌소원

- 통신비밀보호법상 불법취득된 타인간의 대화내용 공개 사건 -  
(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42, 판례집 23-2상, 286)

공진성\*

### 【판시사항】

1. 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하여 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자를 처벌하는 통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 것) 제16조 제1항 제2호 중 ‘대화의 내용’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 대화의 내용을 공개한 자의 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 형벌과 책임의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

통신비밀보호법(2001. 12. 29. 법률 제6546호로 개정된 것) 제16조(벌칙)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다.

1. 생략
2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

②~④ 생략

---

\* 헌법연구원

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 전 국가안전기획부 직원들이 1997. 9. 경 당시 ○○그룹 회장 비서실장 이○수와 전 ○○일보 사장 홍○현의 대화를 도청한 녹취록 등 소위 ‘안기부X파일’을 불상의 방법으로 입수한 후, 국회의원으로 재직 중이던 2005. 8. 18. 국회의원회관에서 그 내용을 포함한 보도자료를 기자들에게 배포하고, 청구인의 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 통신비밀보호법에 규정된 절차에 의하지 아니하고 지득한, 공개되지 아니한 타인간의 대화의 내용을 공개하였다는 범죄사실 등으로 기소되었다.

나. 청구인은 위 공소사실로 서울중앙지방법원에서 재판을 받던 중 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청(2007초기6177)을 하였으나, 위 법원이 2009. 2. 9. 당해 사건에 관하여 청구인에게 유죄판결(2007고단2378)을 선고하면서 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 2009. 3. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>1)</sup>

### 2. 청구인의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

#### 가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 공개되는 타인간의 대화내용이 진실한 것인지, 공개하는 것이 중대한 공익상의 이유에 의한 것인지, 공개로 인하여 실현되는

---

1) 심판청구 이후 사건의 경과를 다음과 같다. 청구인은 1심판결에 불복하여 서울중앙지방법원에 항소하였고(2009노520), 그 소송 계속중 재차 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호가 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌법률심판제청신청(2009초기3150)을 하였으나, 위 법원은 2009. 12. 4. 인터넷 홈페이지 게재에 의한 명예훼손·통신비밀보호법위반의 점에 대하여는 무죄를, 보도자료 배포에 의한 통신비밀보호법위반의 점에 대하여는 공소기각을 선고(2009노520)함과 동시에 위 위헌제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 2009. 12. 29. 헌법소원심판을 청구하였으나(2009헌바419) 헌법재판소는 2011. 5. 26. 이 헌법소원심판청구에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항 후문에 위반되고 헌법재판소에서 심판 중인 2009헌바42 사건과 중복되는 것이어서 부적법하다고 각하결정하였다. 한편 검사는 항소심판결에 불복하여 대법원에 상고하였고(2009도14442) 대법원은 2011. 5. 13. 항소심판결중 인터넷 홈페이지 게재에 의한 허위사실적시 명예훼손·통신비밀보호법 위반 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송하였으며, 나머지 상고를 기각하였다.



공익이 침해되는 개인의 사생활의 비밀보다 큰 것인지 여부를 전혀 고려하지 아니하고 일률적으로 같은 법정형을 규정하고 있어 최소침해성 및 법익균형성을 갖추지 못하여 과잉금지원칙에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항은 명예훼손죄와 마찬가지로 국민의 표현행위에 대하여 처벌하는 조항인데, 형법 제310조가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 위법성조각사유를 규정하고 있는 것과는 달리, 면책규정을 두고 있지 아니하여 명예훼손죄와 차별하고 있다.

(3) 이 사건 법률조항은 타인간의 대화내용을 누설함에 있어서 중대한 공익의 실현을 위한 것으로서 정당한 이유가 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하지 아니하고 동일하게 처벌하여 평등의 원칙에 위반된다.

(4) 이 사건 법률조항은 형법상 명예에 관한 다른 범죄와는 달리 벌금형 없이 자유형만 규정하고 필요적으로 자격정지형을 병과하도록 하여 비례성의 원칙을 침해하고 있다.

### 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

이 사건 법률조항은 형법이 명예훼손죄를 처벌하면서 형법 제310조에서 특별히 위법성조각사유를 두고 있는 것과는 달리, 위법한 절차로 취득한 정보를 그 정을 알면서 공개하거나 누설하는 행위를 예외 없이 전면적으로 처벌하고 있고, 특별 위법성조각사유를 두고 있지는 않다. 그러나 이에 대하여도 형법상의 일반적인 위법성조각사유는 적용된다고 할 것이므로, 정당한 이유로 누설한 자와 그렇지 않은 자를 합리적 이유 없이 동일하게 취급한다거나 명예훼손죄에 의해서 처벌되는 자와 합리적 이유 없이 차별하는 것은 아니다.

따라서 이 사건 법률조항은 평등권을 침해한다고 할 수 없고, 나아가 피해최소성의 원칙과 법익의 균형성 원칙을 위반하여 과잉금지원칙에 위반하는 것이라고 볼 수 없다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항이 불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정

을 적정하게 해석 적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있는 이상, 이 사건 법률조항에 형법상의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 아니하였다는 점만으로 기본권 제한의 비례성을 상실하였다고는 볼 수 없다.

2. 대화내용을 위법하게 취득한 행위 못지않게 위법하게 취득된 대화내용을 전파하는 행위도 그 수단 및 시기, 공개대상의 범위 등에 따라서 대화의 비밀을 침해하는 정도가 상당할 수 있기 때문에 이 사건 법률조항이 타인간의 대화내용을 위법하게 취득한 자와 위법하게 취득된 타인간의 대화내용을 공개·누설한 자를 동일한 법정형으로 규정하였다고 하더라도, 그리고 벌금형을 선택적으로 규정하지 않았다고 하더라도 그것이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중한 형벌이라고는 보기 어렵다.

3. 이 사건 법률조항은 사람의 명예가 훼손되었는지 여부와는 무관하게 사적 대화의 비밀 그 자체를 보호함으로써 사생활의 비밀을 보호하는 데 본질이 있다 할 것이므로 형법상 명예훼손행위와 이 사건 법률조항이 금지하는 대화내용의 공개 행위 사이에 비교대상으로 삼을 만한 본질적인 동일성이 있다고 보기 어렵고, 가사 위 두 죄를 비교대상으로 삼을 수 있다고 하더라도, 이 사건 법률조항에 의해 처벌되는 행위는 사적인 공간에서 당사자 쌍방이 소통하는 사적인 대화의 비밀을 침해하여 위법하게 취득된 대화내용을 공개한다는 점에서 형법상의 명예훼손죄에 비하여 처벌필요성의 정도가 다르다고 볼 수 있으므로 합리적 이유 없는 차별이라 볼 수 없다.

### 재판관 이강국의 한정위헌의견

이 사건 법률조항은, 불법 감청·녹음 등으로 생성된 정보를 합법적으로 취득한 자가 이를 공개 또는 누설하는 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 경우에는 이를 처벌하지 아니한다는 특별한 위법성조각사유를 두고 있지 아니하여 상호 충돌하는 기본권 중 통신비밀 등의 보호만을 일방적으로 과도하게 보호하고 표현의 자유 보장을 소홀히 하거나 포기하여 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 되었고, 그 범위에서는

헌법에 위반된다고 할 것인바, 이러한 위헌적 부분은 한정위헌의 해석방법에 의하여 제거될 수 있을 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은, 불법 감청·녹음 등에 의하여 생성된 정보를 불법의 개입 없이, 즉 합법적으로 취득한 자가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위해 그 내용을 공개하거나 누설한 경우까지 처벌하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 해석하여야 할 것이다.

## 【해 설】

### 1. 통신비밀보호법상 대화비밀의 보호 개관

#### 가. 통신비밀보호법의 입법취지

(1) 사적 영역에 속하는 개인간의 의사소통은 사생활의 일부로서 보장된다. 통신을 매개로 한 개인간의 의사소통의 비밀은 통신의 비밀(헌법 제18조)에 의하여 보호된다. 통신은 기본적으로 개인과 개인간의 관계를 전제로 하는 것이지만, 통신의 수단인 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가 독점에서 출발하였기 때문에, 통신의 영역은 다른 사생활 영역에 비하여 국가에 의한 침해 가능성이 매우 큰 영역이라 할 수 있고, 이것이 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해서 기본권으로 보호하고 있는 이유이다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658 참조). 한편 통신을 매개로 하지 않은 개인간의 의사소통의 비밀은 여전히 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)에 의하여 보호된다.

(2) 통신비밀보호법이 제정되기 전에는 통신비밀 및 사생활의 비밀의 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 비밀·자유를 보장하기

위하여 1993. 12. 27. 법률 제4650호로 통신비밀보호법이 제정되었다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바85, 판례집 16-2하, 345, 349-350 참조).

### 나. 통신비밀보호법상 대화비밀의 보호

(1) 통신비밀보호법은 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>2)</sup>”, “통신사실확인자료의 제공”과 “공개되지 아니한 타인 간의 대화의 녹음 또는 청취”를 그 규제 대상으로 하고 있는데 이 사건 법률조항은 “공개되지 아니한 타인 간의 대화의 녹음 또는 청취”에 관한 것이다.

(2) 통신비밀보호법은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 행위를 원칙적으로 금지하고(법 제3조 제1항, 제14조 제1항) 예외적으로 일정한 허가요건과 절차를 거친 경우 범죄수사 또는 국가안전보장을 위하여 보충적인 수단으로 공개되지 않은 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하는 것을 인정하고 있다(법 제14조 제2항). 이러한 대화제한조치를 위한 허가요건, 청구절차, 허가기간과 그의 연장은 범죄수사를 위한 통신제한조치(법 제6조), 국가안보를 위한 통신제한조치(법 제7조)와 긴급제한조치(법 제8조)에 관한 규정을 준용하여 이루어진다.

(3) 통신비밀보호법은 대화제한조치 과정에서 공무원 또는 그 직에 있었던 자가 직무상 지득한 내용을 외부에 공개하거나 누설하는 것을 금지하고, 그 밖에 누구든지 대화제한조치로 지득한 내용을 법에 의해 사용되는 경우를 제외하고 외부에 공개하거나 누설하는 것을 금지하면서 이를 위반한 자에게 10년 이하의 징역에 처하고 있다(법 제14조 제2항, 제11조 제1항, 제3항). 또한 통신비밀보호법은 사인이 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 청취하는 행위와 그에 의해 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설하는 자에 대하여 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처함으로써 공개되지 않은 대화의 비밀이 사인에 의해 침해되지 않도록 보호하고 있다(법 제16조 제1항).

---

2) 법 제3조 제2항은 “우편물의 검열 또는 전기통신의 감청”을 “통신제한조치”라고 칭한다.

## 2. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 그 의미

가. 이 사건 법률조항은 1993. 12. 27. 법이 제정된 이후 2001. 12. 29. 한 차례 개정되었는바, 개정법은 불법통신제한조치를 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자와 그로 인해 지득한 내용을 공개하거나 누설한 자에 대한 처벌규정을 “7년 이하의 징역”에서 “10년 이하의 징역”으로 강화하였고 “5년 이하의 자격정지”의 형을 추가로 병과하였다.

나. 통신비밀보호법 제16조 제1항은 위법한 방법으로 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하는 행위(제1호)와 이러한 행위에 의하여 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설하는 행위(제2호)를 각각 별도의 독립된 범죄행위로 규정하고 양자를 동일한 법정형(10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지)으로 처벌한다. 또한 위법하게 취득한 대화내용을 공개하거나 누설하는 행위에 관하여 예외조항이나 위법성조각사유를 별도로 규정하고 있지 않다.

다. 이러한 사정을 종합하여 볼 때, 입법자는 위법하게 취득한 대화내용을 공개·누설하는 행위와 그 대화내용을 위법하게 취득하는 행위의 위법성은 동일하다는 전제하에 그 행위자가 그 대화내용을 어떠한 경로를 통하여 지득하였는지, 또한 그 행위자가 위법한 방법으로 대화내용을 취득하는 데 관여하였는지 여부를 불문하고, 공개되지 않은 타인간의 대화내용이 위법하게 수집된 것이라는 점을 알면서 그 내용을 전파하는 자를 일단 예외 없이 처벌함으로써 대화의 비밀을 강화하고자 한 것으로 볼 수 있다.<sup>3)</sup>

3) 대법원 2006도8839 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호는 “제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자를 처벌대상으로 삼으면서 그 공개자가 통신비밀을 어떠한 경로를 통하여 어떠한 방법으로 지득하였는지, 그 통신비밀이 어떠한 내용을 담고 있는지를 불문한다”; 이 사건 1심판결(2007고단 2378)의 입장과 학계 다수설의 입장도 이와 동일하다(이성환, 통신의 비밀과 알권리에 대한 헌법적 고찰, 저스티스 통권 88호, 20면; 조국, 불법도청에 관여하지 않은 언론의 도청결과물 보도의 위법성조각, 법조 제627호, 189-190면, 한위수, 도청비밀의 공개와 보도에 관한 민·형사적 제책임, 저스티스 통권 88호, 32면 참조). 그러나 이러한 입장에 따르면 처벌대상의 범위가 지나치게 확대되므로 이 사건 법률조항은 ‘대화내용의 불법수집에 직·간접적으로 관여한 자에게만 적용되며, 도청에 관여하지 아니한 자가 도청정보를 공개하거나 누설하는 경우는 포함되지 않는다는 견해도 있다(이정원, 도청정보공개에 대한 법적 고찰, 형사법 연구 제24호, 245면).

### 3. 이 사건 법률조항이 표현의 자유를 침해하는지 여부

#### 가. 이 사건의 심사 기준

청구인은 위법하게 취득한 타인간의 대화내용을 공개하였다고 하더라도 중대한 공익의 실현을 위해 이를 공개한 경우에는 처벌하여서는 아니됨에도 불구하고 이 사건 법률조항에서 이에 관한 면책규정을 두지 아니한 것이 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 주장한다.

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(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658). 이 사건 법률조항이 불법 감청·녹음 등을 통하여 취득한 타인간의 대화내용을 공개·누설하는 경우 그러한 취득행위에는 관여하지 않고 다른 경로를 통하여 그 대화내용을 알게 된 사람이라 하더라도 처벌하는 것은 위와 같이 헌법 제18조에 의하여 보장되는 통신의 비밀을 보호하기 위함이다. 그러나 이 사건 법률조항은 다른 한편으로는 위법하게 취득한 타인간의 대화내용을 공개하는 자를 처벌함으로써 그 대화내용을 공개하는 자의 표현의 자유를 제한하게 된다. 즉, 위법하게 취득한 타인간의 대화내용이 민주국가에서 여론의 형성 등 공익을 위해 일반에게 공개할 필요가 있는 것이라 하더라도 이 사건 법률조항이 그 대화내용의 공개를 금지함으로써, 이를 공개하려고 하거나 공개한 자는 표현의 자유를 제한받게 되는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 대화자의 통신의 비밀과 공개자의 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 된다.

이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 하므로, 과잉금지원칙에 따라서 이 사건 법률조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 대화의 비밀을 보호하는 정도 사이에 적정한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사하기로 한다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마 165, 판례집 3, 518, 528-529 참조).

## 나. 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항이 불법 감청·녹음 등에 의하여 취득한 타인간의 대화내용을 알게 된 사람이 그 대화내용을 공개하는 행위를 처벌하는 것은 헌법 제18조에 의해 보장되는 개인간의 대화의 비밀을 확고히 보호하기 위한 것인 만큼 그 목적의 정당성이 인정되고, 공개되지 아니한 타인간의 대화내용을 공개하거나 누설한 자를 처벌하는 이 사건 법률조항은 이와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라고 할 수 있다.

## 다. 기본권 제한의 비례성

### (1) 합헌론(법정의견)

(가) 이 사건 법률조항이 불법 감청·녹음 등에 의하여 취득한 타인간의 대화내용을 어떠한 경로로 알게 되었는지 그 지득경위를 묻지 않고 그 대화내용을 공개한 자를 처벌하는 이유는, 대화내용을 공개함으로써 대화의 비밀이 침해되는 정도가 그 대화내용을 알게 된 경위에 따라서 달라지는 것은 아니기 때문이다. 불법 감청·녹음 등에 의하여 취득한, 공개되지 아니한 타인간의 대화내용을 알게 된 자가 이를 처음으로 공개하거나, 아직 일부의 특정인에게만 알려져 있고 일반에게 알려지지 아니한 상황에서 공개하는 경우, 대화의 비밀이 침해되는 정도는 전과수단 및 시기, 공개대상범위 등에 따라 결정되는 것이지, 단순히 대화내용의 공개자가 위법하게 대화내용을 취득한 행위에 관여했는지 여부, 또는 그러한 행위를 한 자로부터 직접 대화내용을 취득하였는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 위법한 방법으로 대화내용을 취득하는 행위에 관여하지 않은 자라고 하더라도 아직 일반에게 알려지지 않은 타인간의 대화내용을 언론매체 등 전파가능성이 높은 수단을 사용하여 공개할 경우에는 대화의 비밀이 침해되는 정도와 그 처벌의 필요성이 작다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항은 불법 감청·녹음 등을 통해 취득한 대화내용을 알게 된 자가 그 대화내용을 공개하는 행위를 처벌하면서 중대한 공익을 위해 공개한 경우에 위법성을 조각하는 특별규정을 따로 두고 있지 않다. 그러

나 위와 같은 경우에는 형사범죄 처벌에 관한 일반법인 형법의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정이 적용된다. 즉, 어떠한 행위가 형법 제20조(정당행위) 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당하면 위법성이 조각되는바, 이와 같은 정당행위로 인정되려면, 첫째, 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익 균형성, 넷째, 긴급성, 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도 3000 판결 참조).

따라서, 불법 감청·녹음 등에 의하여 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 행위라 하더라도 위 정당행위의 요건을 충족하는 경우, 즉 대화내용의 공개가 중대한 공익을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 대화내용의 공개자가 불법 감청·녹음 등에 직접 관여하거나 그 밖의 위법한 방법에 의하여 대화내용을 취득한 경우에 해당하지 아니하며, 대화내용의 공개에 의하여 보호되는 공익이 그로 인해 침해되는 사익보다 월등히 우월하다는 등의 요건을 갖춘 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당하여 위법성이 조각되고, 따라서 처벌되지 아니한다. 그리고, 개별사안에서 이 사건 법률조항을 해석 적용하는 법원은 표현의 자유로 획득되는 이익 및 가치와 통신의 비밀 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를衡量하여 그 규제의 폭과 방법을 정하고 통신비밀의 취득과정, 공개의 목적과 경위, 공개된 통신비밀의 내용, 공개 방법 등을 종합적으로 고려하여, 최종적으로 그 공개행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하는지 여부를 판단하게 될 것이다.

이와 같이 이 사건 법률조항이 불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있는 이상, 이 사건 법률조항에 형법상의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 아니하였다는 점만으로 기본권 제한의 비례성을 상실하였다고는 볼 수 없다.

(다) 문제가 되는 것은, 법원이 구체적인 사건에서 이 사건 법률조항을 적



용함에 있어서 형법 제20조의 정당행위 요건을 지나치게 좁게 해석할 경우, 예컨대 타인과의 대화내용이 공중의 생명·신체 등 고도로 가치가 있는 중대한 공익에 대한 직접적이고 임박한 위협이 있는 극히 예외적인 때에만 대화내용 공개 목적의 정당성을 인정하는 등의 경우에는 공개자의 표현의 자유가 과도하게 제한될 수 있다는 것이다. 그러나 위와 같은 경우가 있다고 하더라도, 그것은 그 구체적인 사건에서 당해법원이 형법 제20조의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용하였는지 여부의 문제, 나아가 위와 같이 공개자의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 법원의 판결이 있을 때 그것을 사법절차 내에서 어떤 방법으로 시정할 것인지의 문제라 할 것이고, 이 사건 법률조항이 공개자의 표현의 자유를 침해하는 것인지의 문제로 돌아오는 것은 아니라고 할 것이다.

(라) 최근 정보통신기술의 발달에 따른 감청장비 및 기술의 개발로 말미암아 국가기관과 사인에 의한 불법 감청·녹음 등으로 개인간의 통신의 비밀이 침해될 가능성은 점점 더 커지고 있다. 사사로운 영역으로 타인에게 알려지지 않아야 할 개인간의 대화내용이 불법으로 감청되거나 녹음되고, 더 나아가 불법 감청 또는 녹음된 대화내용이 제3자에 의하여 공개된다면 개인의 통신비밀이 침해당할 우려가 크다. 반면, 이 사건 법률조항이 개인간의 대화의 비밀을 보호하기 위하여 위법하게 취득한 대화내용을 누설·공개한 자를 처벌함으로써 대화내용을 누설·공개하는 자의 표현의 자유를 다소 제한한다고 하더라도, 중대한 공익을 위한 공개의 경우에는 형법상의 일반적 위법성조각사유가 적용되어 처벌되지 않을 수 있다는 점 등을 감안하면, 이 사건 법률조항에 의한 표현의 자유의 제한 정도가 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 개인의 대화의 비밀에 비하여 월등하게 크다고 단정하기 어렵다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 상충되는 개인간의 대화의 비밀과 공개자의 표현의 자유 사이에 법익균형을 상실하고 있다고는 보기 어렵다.

## (2) 위헌론(한정위헌의견)

(가) 이 사건 법률조항은 통신비밀의 보호 등과 표현의 자유가 충돌하는 경우이므로 이를 해석함에 있어서는 앞서 본 바와 같은 법익형량이나 규범

조화적 해석의 원칙이 존중되어야 할 것이다. 그런데 통신비밀의 보호도 크게는 사생활 자유의 영역에 속하는 것인바, 통신비밀 등에 대한 침해가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 것이라면, 그 경우에는 개인의 명예를 보호하기 위한 명예훼손죄에 있어서 형법 제310조를 규정하여 표현의 자유 보장과의 충돌을 비교·조정하려고 한 경우와 동일한 법리가 적용될 수 있을 것이다. 즉, 개인의 명예를 보호하기 위한 명예훼손죄 등에 있어서도 표현의 자유와 조화롭게 조정·보장하기 위하여 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있는 것과 같이, 통신비밀의 보호 등과 표현의 자유가 충돌하는 이 사건 법률조항에 대하여도 특별한 개별적 위법성조각사유를 해석의 방법에 의하여 인정하지 못할 이유가 없을 것이다.

(나) 오늘날 민주주의의 요체인 표현의 자유는 비판의 자유를 그 핵심으로 하고 있고, 공정한 비판이야말로 사회발전의 불가결한 요소이다. 따라서 불법 감청·녹음 등을 통하여 생성된 정보이지만, 그 취득 과정에 비난할만한 불법적인 사정이 개입되지 않았고, 공개한 내용이 진실한 사실로서 국민이 알아야 할 공익성·공공성을 갖추었다면, 그것은 민주제의 토대인 공개적 논의의 대상이 되어야 할 것이지 그러한 내용의 공개를 주저하게 만들어서는 안 될 것이다. 생성 과정에 불법 감청·녹음 등과 같은 범죄행위가 개입되었다는 이유만으로, 그 이후의 사정에 대한 아무런 고려 없이 당해 정보가 공론의 가치가 있는 공적인 사안임에도 불구하고 그에 대한 자유로운 비판이나 토론의 가능성을 원천적으로 봉쇄한다면, 표현의 자유는 위축될 것이고, 이는 곧바로 여론의 형성과 확대를 저해하여 대의민주주의의 후퇴를 가져올 수 있을 것이다.

(다) 물론 불법 감청·녹음된 통신비밀의 공개나 누설행위에 대하여 특별한 위법성조각사유를 허용하게 되는 경우 불법 감청·녹음 등을 조장할 수 있다는 우려가 있을 수 있다. 그러나 공개의 대상이 된 정보가 불법 감청·녹음 등에 의해 취득된 독과실(毒果實)이라는 이유만으로 그 공개를 예외 없이 일률적으로 엄격하게 차단해서는 안 될 것이다. 불법 감청·녹음 등의 방지라는 입법목적은 불법적으로 이를 행한 자를 철저히 찾아내고 엄격하게 처벌함으로써 달성하는 것이 올바른 방법이지, 단지 불법 감청·녹음 등

을 조장할 우려가 있다는 이유만으로 진실과 공익을 위한 언론의 헌법적·사회적 소임을 막아서는 안 될 것이다(미국 연방대법원의 판례도 같은 입장이다). 나아가 위에서 실시한 위법성조각사유를 엄격하게 해석·적용한다면, 불법 감청·녹음 등을 조장할 위험도 그리 크지 않을 것이다. 우선, 불법 감청·녹음 등의 정보를 취득하는 과정에서 불법 감청·녹음 등을 사주하거나 불법 감청·녹음 자료 등을 금전으로 매수하는 등의 위법한 방법이 게재되어서는 안 될 것이다. 그리고 공개하는 내용이 진실한 사실이라는 인식을 확실하게 가지고 있어야 할 것이며, 공개하는 목적이 ‘오로지 공공의 이익에 관한’ 경우이어야 할 것이다. ‘오로지 공공의 이익에 관한’ 경우여야 하므로 형식적으로는 공익을 위한다고 하면서도 실질적으로는 사적인 이익을 위한 경우이거나, 공개의 동기가 주로 사적인 이익을 위한 경우에는 위법성이 조각되지 않을 수 있을 것이다. 또한 법원 실무에서도 형법 제310조의 위법성조각사유가 그리 쉽게 인정되지 않고 있는 사정 등도 참고가 되어야 할 것이다.

(라) 이상에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은, 불법 감청·녹음 등으로 생성된 정보를 합법적으로 취득한 자가 이를 공개 또는 누설하는 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 경우에는 이를 처벌하지 아니한다는 특별한 위법성조각사유를 두고 있지 아니하여 상호 충돌하는 기본권 중 통신비밀 등의 보호만을 일방적으로 과도하게 보호하고 표현의 자유 보장을 소홀히 하거나 포기하여 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 되었고, 그 범위에서는 헌법에 위반된다고 할 것인바, 이러한 위헌적 부분은 한정위헌의 해석방법에 의하여 제거될 수 있을 것이다.

### (3) 소결

이 사건 결정의 법정의견은 (한정위헌의견에서 주장하는 바와 같이) 이 사건 법률조항에 형법상의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 아니하였다고 하여도, 이 사건 법률조항이 불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석·적용함으로써 공개자의 표현

의 자유도 적절히 보장될 수 있기 때문에, 기본권 제한의 비례성을 상실하지 않는다고 판단하였다.

#### 4. 이 사건 법률조항이 형벌과 책임의 비례원칙에 위배되는지 여부

##### (1) 합헌론(법정의견)

이 사건 법률조항은 법정형으로 자유형만을 규정하여 벌금형을 배제하고, 나아가 자격정지형을 병과하도록 하고 있는바, 이것이 형벌과 책임의 비례원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

(가) 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만이 아니라, 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다는 것이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 547 등).

(나) 이 사건 법률조항은 위법하게 취득된 타인간의 대화내용을 지득한 후 그 대화내용을 공개하거나 누설한 자도 타인간의 공개되지 않은 대화내용을 위법하게 취득한 자와 동일한 법정형(10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지)에 해당하도록 규정하고 있는바, 이는 대화내용을 위법하게 취득한 행위 못지않게 위법하게 취득된 대화내용을 전파하는 행위도 그 수단 및 시기, 공개대상의 범위 등에 따라서 대화의 비밀을 침해하는 정도가 상당할 수 있기 때문이다. 이렇게 위법하게 취득된 대화내용을 전파하는 행위가 초래할 수 있는 피해의 중대성, 죄질이나 보호법익, 우리 역사와 문화, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측

면 등 여러 가지 요소를 고려하여 볼 때, 이 사건 법률조항이 타인간의 대화내용을 위법하게 취득한 자와 위법하게 취득된 타인간의 대화내용을 공개·누설한 자를 동일한 법정형으로 규정하였다고 하더라도, 그리고 벌금형을 선택적으로 규정하지 않았다고 하더라도 그것이 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중한 형벌이라고는 보기 어렵다.

한편, 이 사건 법률조항은 법정형으로 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지를 병과하도록 규정하고 있지만, 각 형의 하한이 없으므로 법관은 징역형 및 자격정지형의 최하한으로 선고할 수 있고, 위 각 형에 대해 선고유예를 하거나 징역형에 대해서는 집행유예도 선고할 수 있으므로, 이 점에서도 행위자의 책임에 상응하는 형벌을 선고할 수 없을 정도로 과도한 법정형이 규정되어 있다고는 볼 수 없다.

(다) 청구인은 위법하게 지득한 타인간의 대화내용을 공개하였지만 그 공개 내용이 진실하고 공개하는 것이 중대한 공익 실현을 위한 것으로서 정당한 이유가 있는 경우에도 그렇지 않은 경우와 같은 법정형으로 동일하게 처벌하는 것이 평등의 원칙에 위반된다고 주장한다.

그러나, 위법하게 지득한 타인간의 대화내용을 공개한 것이 중대한 공익의 실현을 위한 경우로서 정당한 이유가 있어 위법성이 조각되는 경우라면 그 행위자는 처벌할 수 없을 것이고, 그 위법성이 적은 경우에는 법관이 피고인에 대한 형을 정함에 있어서 양형의 사유로 참작할 것이며, 정당한 이유의 존재 여부에 따라 법정형을 달리 규정하여야 할 의무가 입법자에게 있다고 볼 수 없으므로, 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

## (2) 위헌론

(가) 위법하게 취득한 타인간의 대화내용이라도 공익을 위하여 공개하거나 일반 대중에게 공개하는 것이 아닌 경우에 입법자는 그 공익성의 정도나 공개범위를 고려하여 법관들에게 구체적인 양형을 함에 있어서 그 책임에 상응한 형벌을 선고할 수 있도록 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 폭넓은 범위의 법정형을 설정하여야 할 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례

집 4, 225, 230 참조). 그러나 이 사건 법률조항의 법정형은 범행의 동기, 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법의 등에 비추어 벌금형 등의 형이 선고될 필요가 있는 경우가 있음에도 불구하고 벌금형을 두지 않고 징역형과 자격정지형을 필요적으로 병과하고 있다.

아무리 중대한 공익을 위하여 공개한다고 해도 또는 아무리 전파가능성이 희박한 경우에도 벌금형을 선고할 수 없고 징역형과 함께 자격정지형까지 필요적으로 병과하는 것은, 이 사건 법률조항의 행위가 위법한 절차로 취득한 대화내용을 공개하거나 누설하는 것임을 고려한다고 하더라도 행위 불법의 크기와 행위자의 책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 것이라는 의심을 가지기에 충분하다.

(나) 입법자는 대화자간의 대화의 비밀을 보호하기 위하여 법정절차를 밟지 않고 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하는 것을 금지하고(법 제3조) 그 이행을 담보하기 위해 이처럼 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하는 자 뿐만(법 제16조 제1항 제1호) 아니라 그러한 행위에 의하여 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설하는 자(법 제16조 제1항 제2호)에 대하여도 동일한 법정형(10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지)에 처하도록 하고 있다.

그러나 이 사건 법률조항에 해당하는 제2호의 전파행위는 대화내용을 직접 위법하게 취득하는 제1호의 행위에 의하여 비로소 가능한 것으로서 제1호의 행위에 비해 불법성도 현저히 경미하다고 볼 수 있다. 아무리 통신의 비밀을 더욱 강하게 보호하기 위하여 취득자뿐만 아니라 전파자까지 처벌한다고 해도 양자를 동일한 법정형으로 처벌하는 것은 행위 불법의 크기와 행위자의 책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 것이다.

(다) 위법한 절차로 취득한 비밀내용에 대하여 처벌한다는 점에서 법 제16조 제1항 제1호의 행위와 마찬가지로 형법상 비밀침해죄의 경우 취득한 비밀내용을 전파한 사람에 대하여는 전혀 처벌하고 있지 않는다는 점(형법 제316조)<sup>4)</sup>, 위법한 절차로 취득한 비밀내용은 아니지만 비밀내용을 누설한다는 점

4) 제316조(비밀침해) ① 봉함 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서 또는 도화를 개봉한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29> ② 봉함 기타 비밀장치한 사람의 편지, 문서, 도화 또는 전자기록등 특

에서 법 제16조 제1항 제2호의 행위와 마찬가지로 업무상비밀누설죄의 경우에도 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만 원 이하의 벌금으로 법정형을 규정하고 있음(형법 제317조)<sup>5)</sup>에 비추어 볼 때에도 위법하게 취득한 대화내용을 전파하는 행위자를 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지로 처벌하는 이 사건 법률조항은 형벌체계상 균형을 현저히 상실한 것으로 보지 않을 수 없다.

이상에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가의 이념에 어긋나고, 형벌체계상 균형을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에 위반된다 할 것이다.

### (3) 소결

이 사건 결정의 법정의견은 이 사건 법률조항이 타인간의 대화내용을 위법하게 취득한 자와 위법하게 취득된 타인간의 대화내용을 공개·누설한 자를 동일한 법정형으로 규정하고 벌금형을 선택적으로 규정하지 않았다고 하더라도, 양형의 과정에서 행위자의 책임에 상응하는 형벌을 선고할 수 있기 때문에, 법정형은 과도하다고 볼 수 없고, 불법 감청된 통신내용을 공개하는데 정당한 이유가 있는 경우에도 그렇지 않은 경우와 같이 같은 법정형으로 동일하게 처벌한다고 해도 위법성의 유무와 정도에 따라 위법성을 조각하거나 양형의 사유로 참작할 수 있기 때문에, 형벌과 책임의 비례원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 판단하였다. 한편 이 사건 결정의 한정위헌의견은 이 사건 법률조항의 형벌과 책임의 비례원칙 위반여부를 문제삼지 않았다.

---

수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자도 제1항의 형과 같다.  
<신설 1995.12.29>

- 5) 제317조(업무상비밀누설) ① 의사, 한의사, 치과의사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공중인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자가 그 업무처리중 지득한 타인의 비밀을 누설한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29, 1997.12.13> ② 종교의 직에 있는 자 또는 있던 자가 그 직무상 지득한 사람의 비밀을 누설한 때에도 전항의 형과 같다

## 5. 평등원칙 위반 여부

### (1) 합헌론(법정의견)

청구인은, 형법상 명예훼손죄에 있어서는 공공의 이익을 위한 경우에 형법 제310조의 위법성조각사유에 해당하여 처벌받지 않는 반면, 이 사건과 같은 경우에는 이 사건 법률조항이 위와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 않음으로 인해 중대한 공익을 위하여 공개한 자도 처벌될 수 있는바, 이는 합리적인 이유 없는 차별로서 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

그러나 형법상 명예훼손죄(형법 제307조)는 사람의 명예를 보호하는 데 본질이 있고 그로 인한 사생활의 비밀보호는 명예를 훼손한 자를 처벌함으로써 발생하는 부수적인 효과에 지나지 않음에 반해, 이 사건 법률조항은 사람의 명예가 훼손되었는지 여부와는 무관하게 사적 대화의 비밀 그 자체를 보호함으로써 사생활의 비밀을 보호하는 데 본질이 있다 할 것이므로, 형법상 명예훼손행위와 이 사건 법률조항이 금지하는 대화내용의 공개 행위 사이에 비교대상으로 삼을 만한 본질적인 동일성이 있다고 보기 어렵다.

가사 위 두 죄를 비교대상으로 삼을 수 있다고 하더라도, 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의해 처벌되는 행위는 사적인 공간에서 당사자 쌍방이 소통하는 사적인 대화의 비밀을 침해하여 위법하게 취득된 대화내용을 공개한다는 점에서 형법상의 명예훼손죄에 비하여 처벌필요성의 정도가 다르다고 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 정당한 사유로 대화내용을 공개하는 자에 대하여 위법성조각사유에 관한 특별규정을 두지 아니한 것이 명예훼손죄의 경우에 비하여 합리적 이유 없이 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

### (2) 위헌론

형법상 명예훼손죄(형법 제307조)는 그 행위태양에 따라서는 인격권과 함께 사생활의 비밀도 보호법익이 될 수 있고, 그렇다면 위법하게 취득한 대화내용을 공개하는 행위를 처벌하는 이 사건 법률조항과 보호법익이 중복되는 범위에서 본질적으로 동일한 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 형법상 명예훼손죄의 경우 특별 위법성조각사유를 두어 공공의 이익을 위하여 명예를 훼손



하는 사실을 적시하는 것은 처벌하지 않음에 반하여(형법 제310조), 이 사건 법률조항은 아무리 중대한 공익을 위한 것이라도 위법하게 취득한 대화의 내용을 공개하는 것은 기타 일반 위법성조각사유에 해당되지 않는 한 처벌함으로써 양자를 차별취급하고 있고 이를 정당화할 수 있는 합리적인 이유도 존재하지 아니한다.

### (3) 소결

이 사건 결정의 법정의견은 형법상 명예훼손죄와 이 사건 법률조항이 금지하는 대화내용이 공개 행위 사이에 비교대상으로 삼을 만한 본질적인 동일성이 없다고 하여 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였으며, 한정위헌의견은 이 사건 법률조항의 평등원칙 위반을 문제삼지 않았다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 법률조항은 대화자의 대화의 비밀을 보호하기 위하여 (어떠한 경로든지) 불법감청을 통하여 지득한 타인간의 대화내용을 공개하는 자의 표현의 자유를 제한함으로써 기본권충돌의 문제를 야기하는바, 이 사건 결정의 주된 쟁점은 이 사건 법률조항에 (공개된 내용이 진실한 사실로서 국민이 알아야 할 공익성을 갖추었다면 위법성을 조각하는) 특별 위법성조각사유를 두지 않는 것이 청구인의 표현의 자유를 침해하여 위헌인지 여부이다.

이 사건 결정의 법정의견은 이 사건 법률조항에 특별 위법성조각사유를 따로 두지 않아도 이 사건 법률조항이 불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있기 때문에, 이 사건 법률조항이 기본권 제한의 비례성을 상실하였다고 볼 수 없다고 한다. 또한 법원이 형법 제20조의 정당행위 요건을 지나치게 좁게 해석할 경우 공개자의 표현의 자유가 과도하게 제한될 가능성을 인정하면서도, 그러한 경우는 그 구체적인 사건에서 당해법원이 형법 제20조의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용하였는

지 여부의 문제이지, 이 사건 법률조항의 위헌여부의 문제는 아니라고 보았다. 이러한 법정의견에 따르면 위와 같이 공개자의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 법원의 판결이 있을 때에 청구인은 재판소원을 통해서야 비로소 이를 다룰 수 있게 되지만, 재판소원이 원칙적으로 금지되는 현행법상 청구인은 법원의 판결을 다룰 수 없게 된다(헌법재판소법 제68조 제1항 제1문).

이에 반해 한정위헌의견은 법원의 해석에 의해 확정되는 형법 제20조의 정당행위규정에 의해서는 청구인의 표현의 자유의 보호에 충분하지 않다는 전제하에 표현의 자유를 보호하기 위하여 특별한 위법성조각사유를 두지 않은 이 사건 법률조항 자체를 문제삼고 있다. 이 사건 법률조항이, 불법 감청·녹음 등으로 생성된 정보를 합법적으로 취득한 자가 이를 공개 또는 누설하는 경우에도 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 경우에는 이를 처벌하지 아니한다는 특별한 위법성조각사유를 두고 있지 아니하는 것은 상호 충돌하는 기본권 중 통신비밀 등의 보호만을 일방적으로 과도하게 보호하고 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 되었고, 그 범위에서는 헌법에 위반된다는 것이다.

이 사건 결정의 법정의견은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다고 선언하였지만, 법원은 이 사건 법률조항에 특별 위법성조각사유를 따로 두지 않아도 이 사건 법률조항이 불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석 적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있다는 법정의견의 취지에 따라 형법 제20조 정당행위를 해석해야 할 것인 바, 이를 지나치게 좁게 해석함으로써 표현의 자유를 과도하게 제한하는 방식으로 충돌하는 기본권의 실제적 조화를 해쳐서는 안 될 것이다.

# 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 위헌확인

- 일본군위안부의 대일 배상청구권 관련 행정부작위 위헌 여부 -  
(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2상, 366)

박 준 희\*

## 【판시사항】

청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 위헌인지 여부(적극)

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 이와 관련된 위 협정의 내용은 다음과 같다.

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효)

---

\* 헌법연구관

## 제2조

1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.

## 제3조

1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.

2. 1.의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 체약국의 정부가 타방 체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간 내에 각 체약국 정부가 임명하는 1인의 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.

3. 어느 일방 체약국의 정부가 당해 기간 내에 중재위원을 임명하지 아니하였을 때, 또는 제3의 중재위원 또는 제3국에 대하여 당해 기간 내에 합의하지 못하였을 때에는 중재위원회는 양 체약국 정부가 각각 30일의 기간 내에 선정하는 국가의 정부가 지명하는 각 1인의 중재위원과 이들 정부가 협의에 의하여 결정하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원으로 구성한다.

4. 양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구의 경위

청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 ‘일본군위안부 피해자’들로, 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산

및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(조약 제172호, 이하 '이 사건 협정'이라 한다) 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 일본국은 위 규정에 의하여 청구권이 모두 소멸되었다며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있고, 대한민국 정부는 청구인들의 위 배상청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니라는 입장이어서, 한·일 양국 간에 이에 관한 해석상 분쟁이 존재하므로, 피청구인으로서는 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 위와 같은 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를 취할 의무가 있다고 할 것인데도 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2006. 7. 5. 이러한 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구이유 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장 요지

(1) 일본국이 청구인들을 성노예로 만들어 가한 인권유린행위는 이 사건 협정의 대상에는 포함된 바 없으며, 이 사건 협정에 의하여 타결된 것은 우리 정부의 국민에 대한 외교적 보호권만이고, 우리 국민의 일본국에 대한 개인적 손해배상청구권은 포기되지 않은 것이다.

그런데, 일본국은 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 일본국에 대한 손해배상청구권이 소멸하였다고 주장하며 청구인들에 대한 법적인 손해배상책임을 부인하고 있고, 이에 반하여, 우리 정부는 2005. 8. 26. 일본군위안부 문제와 관련하여 일본국의 법적 책임이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸하지 않고 그대로 남아있다는 사실을 인정하여, 한·일 양국간에 이에 관한 해석상의 분쟁이 존재한다.

(2) 이 사건 협정 제3조는 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국간의 분쟁이 있을 경우 외교상 경로나 중재절차에 의한 해결방법을 규정함으로써, 계약국에게 위 협정의 해석과 관련한 분쟁해결의무를 부담시키고 있으므로, 우리 정부에게는 위와 같은 이 사건 협정의 해석과 관련한 분쟁의 해결을 위한 작위의무가 있다.

또한, 우리 정부로서는 대한민국 임시정부의 법통을 계승하였음을 명시하고 있는 헌법 전문, 인간의 존엄과 가치 및 국가의 기본적 인권 보장의무를 선언하고 있는 헌법 제10조, 재산권의 보장에 관한 헌법 제23조 및 이 사건 협정의 체결 당사자로서 행정상 신뢰보호의 원칙에 입각한 작위의무가 있고, 헌법 제37조 제1항 소정의 열거되지 않은 기본권인 외교적 보호권에 대응한 외교적 보호의무가 있다.

(3) 그런데도 우리 정부는 청구인들의 기본권을 실효적으로 보장할 수 있는 외교적 보호조치나 분쟁해결수단의 선택 등 구체적인 조치를 취하지 아니하고 있는바, 이러한 행정권력의 부작위는 위의 헌법규정들에 위배되는 것이다.

#### 나. 피청구인의 의견 요지

(1) 청구인들은 피청구인의 부작위로 인하여 침해된 자신들의 기본권이 무엇인지를 적시하지 않고 있다. 청구인들에 대한 불법행위와 그 책임의 주체는 일본 정부이고 우리 정부가 아니며, 정부의 외교행위는 넓은 재량이 허용되므로 이 사건 협정에 따른 분쟁해결을 위한 국가의 구체적 작위의무는 인정될 수 없다. 또한, 우리 정부는 청구인들의 복지를 위하여 힘닿는 대로 노력하고 있고, 국제사회에서 이 문제를 지속적으로 제기하여 온 바 있으므로, 이 사건 협정 제3조 제1항에 따른 작위의무의 불이행이 있었다고 볼 수 없다.

(2) 청구인들이 주장하는 외교적 보호권은 ‘개인’이 자국 정부에 대해 주장할 수 있는 권리가 아니므로, 헌법상 기본권이라 할 수 없다. 나아가, 이러한 외교적 보호권의 행사 여부 및 행사방법에 관해서는 국가의 광범위한 재량권이 인정되고, 이 사건 협정 제3조의 해석상으로도 일방 체약국이 협정의 해석과 실시에 관한 분쟁을 반드시 중재위원회에 회부하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니므로, 이 사건 협정에 따른 분쟁해결수단의 선택은 국가가 국익을 고려하여 외교적으로 판단할 문제이고, 구체적인 외교적 조치를 취하여야 할 법적 의무가 있다고는 할 수 없다.

## 【결정요지】

헌법 전문, 헌법 제2조 제2항, 제10조와 이 사건 협정 제3조의 문언에 비추어 볼 때, 피청구인이 위 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.

특히, 우리 정부가 직접 일본군위안부 피해자들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애상태를 초래한 데는 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 우리 정부에도 책임이 있다는 점에 주목한다면, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있음을 부인하기 어렵다.

피청구인은 이와 같은 작위의무를 이행하지 아니하여 청구인들의 기본권을 침해하였을 가능성이 있다 할 것이므로, 적법요건은 모두 갖추었다고 인정되며, 실제 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부는 본안에 나아가 판단하여야 한다.

이 사건 협정 제2조 제1항의 대일청구권에 일본군위안부 피해자의 배상청구권이 포함되는지 여부에 관하여 한·일 양국 간에 해석 차이가 존재하고, 그것이 위 협정 제3조의 ‘분쟁’에 해당한다는 것은 분명하므로, 피청구인으로서 이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결절차에 따라 외교적 경로를 통하여 해결하고, 그러한 해결노력이 소진된 경우 이를 중재에 회부하여야 하는 것이 원칙이라 할 것이다.

이러한 분쟁해결절차로 나아가지 않은 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부는, 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해위험의 절박성, 기본권의 구제가능성, 작위로 나아갈 경우 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 국가기관의 기본권 기속성에 합당한

재량권 행사 범위 내로 볼 수 있을 것인지 여부에 따라 결정된다.

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군 위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 그 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다. 따라서 침해되는 기본권이 매우 중대하다.

또한, 일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로 세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있으므로, 기본권 침해 구제의 절박성이 인정되고, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다.

국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도, 피청구인이 부작위의 이유로 내세우는 ‘소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이라는 매우 불분명하고 추상적인 사유를 들어, 기본권 침해의 중대한 위험에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유라거나 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다.

이상과 같은 점을 종합하면, 결국 이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결절차로 나아가는 것만이 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 재량권 행사라 할 것이고, 피청구인의 부작위로 인하여 청구인들에게 중대한 기본권의 침해를 초래하였다 할 것이므로, 이는 헌법에 위반된다.

### 재판관 조대현의 인용보충의견

법정의견에 덧붙여, 대한민국은 이 사건 협정으로 인하여 청구인들이 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 손해를 완전하게 보상할 책임을 진다고 선언하여야 한다.



### 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는, 공권력의 주체에게 ‘헌법에서 유래하는 작위의무’가 특별히 구체적으로 규정되어 있어야 하는데, 위 작위의무의 도출근거는 헌법의 명문, 헌법의 해석, 법령의 규정 3가지이다.

그런데 여기서 유념해야 할 것은, 헌법의 명문규정상, 헌법해석상, 법령상 도출되는 공권력 주체의 구체적 작위의무는 ‘기본권의 주체인 국민에 대한’ 의무라야 한다는 것이다. 그래야만 “이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하여” 기본권을 침해받을 가능성이 있기 때문이다.

우선, 헌법 제10조의 국민의 인권을 보장할 의무, 제2조 제2항의 재외국민 보호의무, 헌법 전문(前文) 중 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부가 법통을 계승”한다는 부분은, 국가의 국민에 대한 일반적·추상적 의무를 선언한 것이거나 국가의 기본적 가치질서를 선언한 것일 뿐이어서 그 조항 자체로부터 국가의 국민에 대한 구체적인 작위의무가 나올 수 없다고 할 것이고, 이는 우리 재판소의 확립된 판례이기도 하다.

다음으로 이 사건 협정 제3조가 ‘법령에 구체적으로 작위의무가 규정되어 있는 경우’에 해당하는지가 문제인데, 이 사건 협정은 한·일 양국이 당사자가 되어 상대방에 대하여 부담할 것을 전제로 체결된 조약이기에 이 사건 협정 제3조에 기한 양국의 의무는 자국 국민에 대하여 부담하는 의무가 아니므로, “이 사건 협정 제3조의 분쟁해결절차에 나아가라고 자국 정부에 대하여 요구할 수 있는 권리를 해당국 국민에게 부여하는 내용”의 문구가 이 사건 협정 어디에도 없는 이상, ‘우리 정부가 청구인들에 대하여 부담하는 작위의무’는 도출될 수 없다.

이 사건 협정 제3조가 말하는 ‘외교적 해결의무’라는 내용을 살펴보더라도, 이는 국가의 기본권 보장 의무, 재외국민 보호의무와 마찬가지로 국가의 일반적·추상적 의무 수준에 불과할 뿐이어서, 결코 ‘구체적인’ 작위를 내용으로 하는 것이 아니다. 또한 그 이행의 주체나 방식, 이행정도, 이행의 완결 여부를 사법적으로 판단할 수 있는 객관적 판단기준을 마련하기 힘든 고도

의 정치행위 영역으로서, 헌법재판소의 사법심사의 대상은 되지만 사법자체가 요구되는 분야에 해당한다. 이행내용이 구체적인지 여부는 불문하고 조약에 기재되어 있다는 이유만으로 헌법재판소가 정부에 막연히 ‘외교적 노력을 하라’는 의무를 강제로 부과시키는 것은 헌법이 외교행위에 관한 정책판단, 정책수립 및 집행에 관한 권한을 행정부에 부여하고 있는 권력분립원칙에 반할 소지마저 있다.

일본에 의하여 강제로 위안부로 동원된 후 인간의 존엄과 가치마저 송두리째 박탈당한 이 사건 청구인들의 기본권을 구제해 주어야 할 절박한 심정을 생각하면 어떠한 방법으로든 국가적 노력을 다해 주었으면 하는 바램은 우리 모두 간절하다. 하지만 헌법과 법률의 규정 및 그에 관한 헌법적 법리 해석의 한계를 넘어서까지 피청구인에게 그 외교적 문제해결을 강제할 수는 없다. 이는 권력분립의 원칙상 헌법재판소가 지켜야 하는 헌법적 한계이다.

## 【해 설】

### 1. 전제 사실의 정리

#### 가. 일본군위안부 문제와 일본군위안부 피해자의 배상청구권 문제의 준별

“일본군위안부 피해자”란 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적(性的) 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 피해자를 말한다(일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률 제2조 제1호).

일본군위안부 문제란 일제가 1930년대부터 제2차 세계대전 종전시까지 여성들을 강제로 동원하여 ‘성노예’를 강요한데 따른<sup>1)</sup> 포괄적 책임에 관한 문

1) 일본군위안부 실태 : 1993년 8월 일본정부는 공문서에 의해 밝혀진 구일본군에 의해 운영되었던 위안부제도에 관한 사실을 인정하고 사죄했었다. 위안부제도는 중국 동북부침략전쟁을 일으키면서 운영되었었다. 1932년 상해사변시 구 일본군병사에 의해 강간사건이 다발하면서 그 방지책으로서 구 일본해군이 위안소를 설치한 것이 최초였다. 1937년 7월부터 중일전쟁으로 일본은 병력을 중국으로 다수 송출하면서 점령지에 군위안소를 설치했는데 1937년 12월 남경대학살 이후 그 수가 증가되었다. 1941년부터 아시아태평양전쟁에서 구 일본군은 동남아시아, 태평양지역의 점령지역에서 군위안소를 설치했었다. 공문서에 의해 확인된 군위안소설치지역으로는 조선, 중국, 홍콩, 마카오, 필리핀 등 일본이 침략한 지역이다. 여성의 총수는 8만에서 10만 정도라고 추정되고 있다. 그 실태에 의하면 성노예로 밖에 표현할 수 없어서, 현재는 일본군 성노예라고 쓰이기도 한다. 일본에서 진행되었거나 진행 중인

제이다.

하지만, 이 사건에서 다루어진 것은 일본군위안부 문제 중 일본군위안부 피해자의 일본에 대한 배상청구권의 문제이고, 일본군위안부 문제를 해결하기 위하여 일정한 외교적 노력을 경주하고 있다는 피청구인의 입장에 대하여, 일본군위안부 피해자의 일본에 대한 배상청구권의 문제를 해결하기 위하여 피청구인이 작위의무를 이행하였는지 여부를 판단하기 위해서는 이 둘을 구별할 필요가 있다.

## 나. 한·일 간의 해석상 분쟁의 존재

### (1) 협정 제2조를 둘러싼 해석상 분쟁의 내용

이 사건 협정에 의하여 최종적으로 해결되는 청구권에 일본군위안부 피해자의 배상청구권이 포함되는지 여부에 관한 포함설과 불포함설의 근거는 아래 표와 같으며, 각 근거는 일본과 한국의 입장과 불일치할 수 있다.

	포함설	불포함설
근거	<ul style="list-style-type: none"> <li>문언상 협정 2조 2항에 규정된 예외를 제외하고는 양국과 양국 국민간의 일체 식민지 배로 인하여 연유되는 모든 권리의무관계를 포괄적으로 타결한 것</li> <li>협상 초기에는 협정 8개 항목을 중심으로 대상의 특징을 시도하였으나, 1962년 이른바 김종필·오히라 메모를 통해 총액이 결정된 후 구체적 대상을 확정하지 않은 채 권리가 소멸된 주체만을 규정하는 형식의 협정이 체결됨</li> <li>정부는 1993. 3. 일본에 대하여 일본군위안부 문제와 관련하여 물질적 보상을 추구하지 않는 대신 진상규명과 사과, 올바른 역사교육 등의 실시를 요구하겠다는 내용을 전달하였고, 이에 따라 일본은 관방장관이 사죄표시(고노담화)를 하고 아시아평화기금을 발족하는 등 일정한 조치를 행하였는바, 지금에 와서 다른 주장을 하는 것은 금반언의 원칙에 반함.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>협정은 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한·일 양국간의 재정적·민사적 채권 채무관계를 해결하기 위한 것</li> <li>3차회담시 쿠보타발언(약탈과 파괴를 한 적이 없다)에 비추어 배상문제는 애초 제외</li> <li>협정체결시 일본군위안부 문제에 대하여 알려진 바 없었고, 전혀 논의대상이 되지 않았음. 협정에 대한 합의의사록I 제2조(g)항에서 말하는 대일청구요강(소위 8개 항목)에 위안부 문제가 포함되어 있지 않음</li> <li>1971. 1. 19. 제정된 ‘대일민간청구권신고에관한법률’의 보상대상에도 일본군위안부는 포함되지 아니하였음.</li> <li>2005. 8. 26. ‘민관공동위원회’ 결정: 일본군위안부 문제 등 일본정부·군 등 국가 권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 이 사건 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본 정부의 법적 책임이 남아있다.</li> </ul>

일본군위안부 관련 소송의 피해자의 국적은 한국, 필리핀, 중국, 대만 등이다(이승우, 일본군위안부의 손해배상청구, 한국동북아논총 제39집 274-275면).

## (2) 피청구인의 태도와 객관적 분쟁의 존재

2009. 4. 7.자 의견서에서 피청구인은, 일본은 이 사건 협정에 의해 일본군 위안부 피해자의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었다는 입장인 반면 우리나라의 입장은 일본군위안부 피해자의 배상청구권은 이 사건 협정에 포함되지 않으며, 이에 대하여는 양국의 입장차이가 있고, 이는 위 협정 제3조의 ‘분쟁’에 해당한다는 것이라고 주장하였다.

그런데 피청구인은 2009. 4. 22.자 의견서부터 이 사건 협정에 대한 분쟁의 존재에 대하여 애매모호한 태도를 보이기 시작하였고, 변론시에도 ‘해석상 분쟁’이 존재하느냐라는 질문에 대하여 대리인은 피청구인의 입장을 정확히 알지 못한다는 취지의 답변을 하였다.

그러나 변론 후 제출한 2009. 6. 19.자 참고서면에서 “우리 정부가 우선 ‘외교상의 경로’를 통하여 분쟁을 해결하기로 하면서, 여러 가지 외교상의 방식 중 ...방식을 택한 것은 우리 정부에 폭넓게 인정되는 재량권을 정당하게 행사한 것으로, 이 역시 한·일 협정 제3조 제1항의 ‘외교상의 경로’를 통한 분쟁해결조치에 당연히 포함되는 것”이라고 하여 분쟁의 존재를 전제로 한 주장을 펼치고 있다.

따라서 이 사건 협정의 청구권에 일본군위안부 피해자의 배상청구권이 포함되는지 여부에 관한 한·일 양국 양국간의 해석 차이가 존재하는 것으로 확정할 수 있으며, 이는 위 협정 제3조의 ‘분쟁’에 해당한다.

## 2. 구체적 작위의무의 인정 및 공권력의 불행사 여부

### 가. 행정부작위에 대한 헌법소원의 허용요건에 관한 선례

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 393-393).

위에서 말하는 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히

구체적으로 규정되어”가 의미하는 바는 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898).

#### 나. 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁을 해결할 의무가 있는지 여부

##### (1) 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206 중재요청불이행 위헌확인사건 내용

이 사건 협정 제3조는 협정의 해석 및 실시에 관한 양국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결하고, 외교상의 경로를 통하여 해결할 수 없었던 분쟁은 일방체약국의 정부가 상대국 정부에 중재를 요청하여 중재위원회의 결정에 따라 해결하도록 규정하고 있는데, 위 규정의 형식과 내용으로 보나, 외교적 문제의 특성으로 보나, 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있다고 하여 제일 한국인 피징용부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 청구인들에게 중재회부를 해달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어렵다. 그리고 국가의 재외국민보호의무(헌법 제2조 제2항)나 개인의 기본적 인권에 대한 보호의무(헌법 제10조)에 의하더라도 여전히 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국간의 분쟁을 중재라는 특정 수단에 회부하여 해결하여야 할 정부의 구체적 작위의무와 청구인들의 이를 청구할 수 있는 권리가 인정되지 아니한다.

##### (2) 위 선례와의 차이점과 이 사건의 쟁점

일반적으로 위 선례는 이 사건에 직접 적용이 가능한 것으로 인식되는 듯하다. 그러나 위 선례에서는 이 사건 협정 제3조 제2항의 중재회부에 의한

분쟁해결방식을 취할 의무가 있는지에 관한 것으로, 제3조 제1항에서 우선적으로 외교상의 통로를 통한 문제해결을 모색하도록 하고 있음에도 이를 제치고 제3조 제2항의 중재회부방식에 의한 분쟁해결을 도모할 피청구인의 의무를 곧바로 도출하기는 어려웠을 것으로 보인다.

하지만, 이 사건에서의 쟁점은 피청구인이 이 사건 협정 제3조 제1항, 제2항에 의한 분쟁해결로 나아가야 할 의무를 지는가 하는 점이고, 특히 제3조 제1항에서는 특정방식이 아닌 광범위한 외교상의 경로를 통한 해결을 규정하고 있으므로, 문제는 이 사건 협정의 해석-일본군위안부 피해자의 일본에 대한 배상청구권의 포함여부-에 관한 한·일 양국간의 분쟁이 발생한 현 시점에서 피청구인이 ① 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 ② 우선적으로 외교상의 경로를 통하여 해결을 모색하고 ③ 외교상의 경로를 통하여 해결을 하지 못하는 경우 중재회부로 나아가야 할 헌법적 작위의무가 있는지 여부라 할 것이다.

즉, 피청구인이 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위한 다양한 방법 중 “특정 방법을 취할 작위의무”가 있는지 여부가 아니라, “이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위한”, “이 사건 협정에서 최종적으로 해결되는 청구권에 일본군위안부 피해자의 배상청구권이 포함되어 있지 않다는 점을 명확히 하기 위한” 외교행위를 할 작위의무가 있는지 여부가 쟁점이다.

### (3) 협정 제3조의 성격과 작위의무의 도출

이 사건 협정 제3조 제1항은 ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국의 분쟁은 우선 외교적인 경로를 통하여 해결한다’고 규정하고, 제2항은 ‘1항의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 체약국의 정부가 타방 체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한’을 접수하도록 규정하고 있는바, 위 규정들은 협정체결 당시 그 해석에 관한 분쟁의 발생을 예상하여 그 해결의 주체를 협정체결 당사자인 각 국가로 정하면서, 분쟁해결의 원칙 및 절차를 정한 것으로 보여진다.

위 규정 자체로 보면, 분쟁이 발생하였다고 하여 반드시 위 규정에 의한

분쟁해결절차로 나아가야 할 의무를 부과하는 조항은 아니고, 위 규정에 의하여 분쟁해결로 나아갈지, 아니면 분쟁이 존재하는 상태를 계속 유지할지 여부에 관하여는 피청구인에게 재량의 여지를 주는 조항이라 할 것이며, 다만, 분쟁이 발생하여 이를 해결하려고 할 경우에는 제3조의 순서 및 절차에 따르도록 한·일 양국을 구속하는 효력이 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 협정 제3조의 해석상 곧바로 위 규정에 의한 분쟁해결절차로 나아가야 할 작위의무를 도출할 수는 없다 할 것이지만, 아래에서 보는 바와 같이 피청구인에게 분쟁해결절차로 나아가야 할 작위의무가 있다면 이는 곧 위 협정 제3조에 따라 분쟁해결을 할 의무가 있다는 의미에서, 분쟁해결의 순서 및 절차에 관한 작위의무를 부과하는 조항이며, 제3조 제1항의 우선적인 외교적 경로를 통한 분쟁해결이란 외교적 경로를 특정하고 있지 않는다는 점에서 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 분쟁의 내용-일본군위안부 피해자의 일본에 대한 배상청구권의 포함여부-을 확정하고 이를 해결하기 위한 것임을 명확히 하는 것이 전제가 되어야 한다.

#### (4) 공권에 관한 고전적 이론과 재량권의 영으로의 수축 이론

고전적인 공권론에 의하면, 행정상 법률관계에서 개인이 국가에 대하여 특정한 행위를 요구할 수 있는 권리를 향유하기 위한 첫 번째 요건은 “법규상 일정한 요건이 충족되는 경우 행정청에게 일정한 법적 의무를 지우는 실정법 규범의 존재”이다. 반면, 법규상 일정한 요건이 충족되었음에도 불구하고 행위 여부를 행정청의 재량에 맡기어 버리는 경우에는, 행정청의 행위의무는 존재하지 아니하며 개인의 공권은 성립될 수 없다고 보았다. 이러한 이론에 의하면, 앞서 본 바와 같이 이 사건 협정 제3조가 분쟁이 발생할 경우 반드시 외교상의 경로를 통하여 분쟁해결절차로 나아가야 할 법적 의무를 지우는 규정은 아니므로, 피청구인의 행위의무는 존재하지 아니하며, 청구인의 공권도 성립할 수 없는 것이다.

선례(98헌마206)의 실시내용도 외교행위에는 광범위한 재량권이 있으므로, 특정방식(중재)에 의한 해결을 할 작위의무나 이를 청구할 권리가 인정되지 않는다는 취지로, 이러한 이론에 입각한 것으로 보인다.

그러나 원칙적으로는 재량처분이라 하여도, 일정 상황 하에서는 오직 하나의 결정, 즉 행정개입결정만이 의무에 합당한 재량권의 행사로 되며, 이 경우 개인은 행정당국에 당해 조치를 위할 것을 청구할 수 있는 권리를 가진다는 이른바 ‘재량권의 영으로의 수축 이론’이 독일의 학설과 판례로 발전하여 왔으며, 우리나라에도 도입되어 대부분의 학자로부터 지지를 받고 있다<sup>2)</sup>.

헌법재판소와 대법원도 이 이론을 수용한 바가 있다.

경찰권의 행사 여부는 원칙적으로 재량처분으로 인정되고 있으나, 목전의 상황이 매우 중대하고 긴박한 것이거나, 그로 인하여 국민의 중대한 법익이 침해될 우려가 있는 경우에는, 재량권이 영으로 수축하여 경찰권을 발동할 의무가 있다. 따라서 사람이 바다에서 조난을 당하여 인명이 경각에 달린 경우에 해양경찰관으로서 그 직무상 즉시 출동하여 인명을 구조할 의무가 있다(헌재 2007. 10. 25. 2006헌마869 불기소처분취소 사건).

국민의 생명·신체·재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있어서 국민의 생명·신체·재산 등을 보호하는 것을 본래의 사명으로 하는 국가가 초법규적, 일차적으로 그 위험배제에 나서지 아니하면 국민의 생명·신체·재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 형식적 법령에 근거가 없더라도 국가가 관련공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있을 것이다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다18520 판결, 2001. 4. 24. 선고 2000다5856 판결, 2005 6. 10. 선고 2002다53995 판결 등).

어떠한 공권력의 행사가 없으면 법 목적의 실현이나 기본권 회복이 불가능한 경우, 그 조치를 취하지 않을 재량권이 인정되지 않고 공권력의 불행사는 자의적인 것이 되어 기본권을 침해한다고 판시(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 179)한 것도 위와 같은 관점에서 볼 수 있다.

따라서, 이 사건 협정 제3조가 기속행위를 규정한 것이 아니고 재량행위를 규정한 것이라고 하여도, 곧바로 위 규정에 의한 피청구인의 작위의무는 도출되지 아니하고 그 작위를 구할 청구권도 인정되지 않는다는 결론으로

2) 김남진 행정법1 제99쪽 이하, 김동희 행정법 1 278쪽 이하, 박군성 행정법론(상) 316쪽 이하, 김성수 ‘일반행정법’ 141쪽, 209쪽 이하 등



나아가는 것은 부당하고, 재량권이 영으로 수축되어 피청구인에게 구체적인 작위의무가 부여되는지 여부를 심사하여야 하며, 위에서 본 바와 같이 기본권침해 위험의 절박성 또는 피침해기본권의 중대성이 그 기준이 된다.

#### (5) 재량권의 영으로의 수축 이론의 적용과 구체적 작위의무의 인정

##### (가) 헌법에 규정된 국가의 기본권보호의무

우리 헌법은 전문에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하는 한편, 제10조에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”며 국가의 기본권보호의무를 규정하고 있다.

국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기, 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이고, 대한민국임시정부의 법통을 계승하여 정의를 바로세우는 역사적 책무를 이행하는 길이라 할 것이다.

##### (나) 침해되는 기본권의 중대성

일본군위안부 피해는, 일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것에 기인하는 것으로서, 달리 그 예를 발견할 수 없는 특수한 피해이다. 2007. 7. 일본의 강력한 로비에도 불구하고 미국 하원이 채택한 일본군위안부 결의안은 일본군위안부를 일본정부에 의한 강제 군대 매춘제도이자 잔학성과 규모면에서 20세기 최대의 인신매매 범죄로 규정하였다.

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐 아니라, 그 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다.

## (다) 기본권 침해 구제의 절박성

그런데 1991년경부터 최근까지 일본군위안부 피해자들이 일본의 법정에서 진행해온 3차례의 힘겨운 소송은 이 사건 협정에 의하여 일본군위안부 피해자들의 배상청구권이 소멸하였다는 등의 이유로 패소확정되었다<sup>3)</sup>.

이제 일본의 법정에서 일본군위안부 피해자의 사법적 구제를 기대하는 것은 어렵게 되었고, 이 사건 협정 제3조의 외교상의 경로나 중재를 통하여 이 사건 협정에 일본군위안부 피해자의 배상청구는 포함되지 않았다는 점을 명확히 함으로써 일본으로 하여금 보상입법으로 나아가도록 하는 것이 일본군위안부 피해자들의 배상청구권을 실현하는 유일한 방법이 되었다.

일본에 의하여 군대성노예로 내몰렸던 2차 세계대전이 끝난 지도 60여년이 훨씬 넘었고, 피해자들이 일본을 상대로 소송을 시작한지도 20년 남짓 흘렀다<sup>4)</sup>. 한편, 2006. 3. 13. 기준으로 ‘일제하 일본군위안부에 대한 생활안정지원법’의 적용대상자 225명 중 생존자는 125명이었으나, 이 사건 소송 중에도 10여명이 사망할 정도로 일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상

3) 일본군위안부 피해자들의 손해배상청구 소송의 쟁점들과 일본사법부 판단(이승우, 일본군위안부의 손해배상청구, 한국동북아논총 제39집, 2006)

- 국제법은 국가와 국가간의 관계를 규율하는 것이며 개인이 국제법을 근거로 상대국에 대해 권리를 주장할 수 있는 경우는 극히 예외적인 경우에 해당되는데 원고들의 경우는 이에 해당되지 않는다.
- 일본 헌법전문 및 개별 조문에 기해 원고들의 구체적 청구권은 인정되지 않는다.
- 국가배상법의 적용은 소급규정이 없고, 명치헌법 당시는 국가면책이론이 적용된다.
- 일부 비권력적 행위는 민법상 불법행위책임의 시효가 만료되었다.
- 입법부작위 위법의 경우도 헌법의 일의적 규정에 반하는 극히 예외적인 경우에 한정되는데, 이 사건은 그 예외에 해당하지 않는다.

이러한 다양한 주장과 이를 배척하는 이유가 있었지만, 국제법의 발달과 인권개념의 제고에 따라 위와 같은 이론들을 뛰어넘는 법이론들이 생겨나면서 법원이 원고의 손을 들어주는 일이 생기자 일본 사법부는 ‘조약에 의한 해결’이라는 논리를 전면에 내세우게 되었다고 한다(김창록, 일본에서의 대일본과거청산소송, 법사학연구 제35집, 574-575).

4) 역사 속에 묻혀 있던 일본군위안부 문제는 1990. 11. 16. 한국정신대문제대책협의회가 설립됨으로써 본격적으로 사실확인 작업이 시작되었고, 1991. 8. 14. 김학순 할머니의 첫 위안부 피해자 공개증언 기자회견을 계기로 1991. 12. 6. 첫 피해자보상청구를 하였고, 1992. 1. 8. 미야자와 기이치 전 일본총리의 방한을 계기로 시작된 수요시위는 현재까지 19년 이상 계속되고 있다.

시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있다.

(라) 피청구인의 작위의무 이행에 의한 기본권의 구제가능성

피청구인은 중재회부절차로 나아갈 경우 예측되는 패소가능성 등을 고려하여 우리 정부가 위안부 피해자들에 대하여 경제적인 지원 및 보상을 해주는 대신 일본에게 금전적인 배상책임을 묻지 않기로 한 것이라고 주장한다.

침해되는 기본권이 중대하고 그 침해위험이 급박하다고 하더라도 구제가능성이 전혀 없다면 피청구인의 작위의무를 인정하기는 어려울 것이지만, 완전한 구제가 보장된 경우에만 작위의무가 인정되는 것은 아니고 구제가능성의 존재로 족하다 할 것이며, 피해자들이 일본 정부에 대해 배상청구를 할 수 없다는 확정적 결론이 나올 위험성을 기꺼이 감수하겠다고 한다면 피청구인으로서의 피해자들의 의사를 충분히 고려하여야 한다.

그런데 청구인들은 이 사건 심판청구를 통하여 피청구인의 작위의무의 이행을 구하고 있으며, 여성들에 대한 유래 없는 인권침해에 경악하면서 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄, 배상을 촉구하는 일련의 국내외적인 움직임<sup>5)</sup>, 청구인들을 비롯한 일제 피해자들이 일본 법정에서 사법적 해결을 모색하면서 얻은 성과<sup>6)</sup>들, 예를 들어 한국인 한센병 피해자 및 원폭 피해자

---

5) 일본군위안부 문제에 대한 국내외적 움직임(도시환, 일본군위안부 문제의 현황과 국제인권법적 재조명, 2008)

- 2007. 7. 미국하원의 일본군위안부 결의안 채택
- 2007. 11. 6. 네덜란드 하원, 위안부결의안 채택
- 2007. 11. 27. 캐나다의회, 위안부결의안 채택
- 2007. 12. 13. 유럽의회, 위안부결의안 채택
- 2008. 5. 유엔인권이사회, 일본군위안부문제의 해결촉구를 위한 각국의 권고와 질의를 담은 실무그룹 보고서 정식 채택
- 2008. 10. 27. 우리 국회 ‘일본군위안부 피해자 명예회복을 위한 공식사과 및 배상촉구결의안’ 채택
- 2008. 10. 30. 유엔 B규약(자유권규약) 인권위원회, 일본정부에 대해 ‘위안부’ 문제에 대한 법적 책임을 인정하고 충분한 사죄와 적절한 보상조치를 조속히 강구할 것을 촉구하는 보고서 발표
- 2010. 12. 11. 대한변호사협회와 일본변호사협회, 일본 정부 및 국회에 위안부 문제의 조속한 해결을 위한 관련 입법을 촉구하는 공동선언문 채택

6) 한국의 여성단체들이 선도한 군대성노예 문제 해결을 위한 역사적인 노력은 한국,

들에 대해 일본의 입법을 통한 일부 권리 구제가 이루어지고 있는 점, 한국인 피해자들이 청구만 하면 지급이 되고 있는 후생연금탈퇴수당금의 지불현황, 2007. 4. 27. 일본 최고재판소가 샌프란시스코 강화조약에 따른 전후 처리에 대해 최종적 법적 견해를 밝히며 이러한 전후 처리를 통해서도 전쟁 피해자 개인이 가지는 권리를 실제적으로 소멸시키는 효과를 가지는 것이 아니고, 단지 일본 법정에서 소송을 통해 구제를 받으려는 권리만을 소멸시키는 것으로 현재도 살아있는 피해자들의 실제적 권리 구제를 위해 관련 책임자들의 자발적인 책임이행을 촉구하는 판단을 하였다는 점 등 그 동안의 성과를 종합하여 볼 때, 우리 정부가 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아가면서 일본에 대하여 배상을 촉구할 경우 보상입법이 이루어질 가능성이 적다고 할 수 없다<sup>7)</sup>.

일본이 국제사회의 지속적인 비판에도 불구하고, 여전히 공식 사죄와 보상 등 법적 책임을 다하지 않고 강제성을 부인하는 등 역사의 왜곡도 마다하지 않는 것은, 이 사건 협정에 따라 일본군위안부에 대한 배상책임이 소멸

---

일본, 미국, 유엔 등을 포함한 사회 일반을 변화시키고, 여성의 권리신장에 있어서 국제인권발전사에 있어서 역사적인 공헌을 한 것으로 평가된다. 수십 년간 잊혀져 왔던 2차 대전 중 인권침해 전반을 되돌아보는 기회를 마련하였고, 유엔 등에서 전시 여성 폭력을 심각하게 살펴보는 전기를 마련하였으며 이러한 내용은 1998년 채택된 국제형사재판소에 관한 로마협약 규정에 반영되었다. 국제노동기구(ILO)에서도 군대성노예제와 나아가 한국인 징용자의 강제노동 문제까지 대해 거론되는 주요 의제가 되었다. 미 의회에서 군대성노예 결의안 채택을 위해 전개된 10년에 걸친 노력은 결의안의 최종 채택을 가능하게 한 한인 교포들이 미국사회에서 정치적으로 각성하고 성장하는 계기가 되기도 하였다(홍성필, 국제인권발전에 대한 한국여성의 기여와 역할-일본군성노예제도 운동을 중심으로, 저스티스 102호(2008. 2.)).

- 7) 이 사건 협정의 개정 등에 관한 주목할만한 국제 선례로는 ‘독·불간 포괄보상협정’ 체결 이후 프랑스에서 국내사정의 변경을 이유로 독일에 추가보상을 요구한 예가 있다. 독일과 프랑스는 1960. 7. 15. ‘독불간 나치피해 박해조치로 피해를 입은 프랑스 국민을 위한 지불에 관한 조약’을 체결하고 4억마르크를 지급했고, 위 조약 3조에서도 나치박해로 자유 또는 신체상의 피해를 입은 프랑스인 또는 그 유족에 대한 모든 청구권을 완결규정을 두었다. 그럼에도 프랑스는 독일에 ‘강제징집자’ 등에 대한 추가보상을 요구하였고, 독일은 이를 받아들였다.

2000. 7. 6. 독일 하원은 독일정부와 기업이 공동으로 100억마르크(5조4천억원)의 기금(독일의 ‘기억, 책임 그리고 미래’ 기금)을 조성하여 2차대전 때 독일에 강제징용된 외국인 노동자들에게 보상을 하도록 하는 법률을 통과시켰다. 이 기금은 강제징용되었던 외국인 노동자들의 희생에 의해 정부와 기업이 모두 이득을 본 것이므로 양측에 절반씩 부담을 지도록 하여 조성된 것으로서, 강제노역 피해자 20만명에게 1인당 평균 1만5,000마르크(800만원)의 보상금이 지급될 수 있었다.

하였다고 해석해 온 일본 정부의 잘못된 외교적 주장에 대하여 우리 정부가 공적으로 아무런 대응을 하지 않고 공공연히 일본에 금전적 배상청구를 하지 않겠다는 방침을 천명해온데도 그 이유가 있다 할 것이다.

(마) 소결

이상에서 본 바와 같은 청구인들의 재산권 및 인간으로서의 존엄과 가치라는 기본권의 중대한 침해가능성, 목전의 상황의 절박함과 현저성, 기본권의 구제가능성 등을 고려한다면, 이 사건 협정을 체결한 당사자인 피청구인은 이 사건 협정 제3조에 따라 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권의 포함여부에 관한 해석상의 분쟁의 해결에 나아가야 할 작위의무가 있다고 할 것이며, 이러한 작위의무는 대한민국임시정부의 법통계승을 천명한 헌법 전문 및 헌법 제10조의 국가의 기본권보호의무, 행정권의 기본권 지속적 법집행의무 및 이 사건 협정 제3조로부터 도출되는 것으로서 헌법으로부터 유래하는 구체적인 작위의무이다.

피청구인은 이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결조치로 나아가면서 일본 정부의 금전배상책임을 주장할 경우 일본 측과의 소모적인 법적 논쟁이나 외교관계의 불편을 초래할 수 있다는 이유로 청구인들이 주장하는 구체적 작위의무의 이행을 거부하나, 국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도, ‘소모적인 법적논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이란 매우 불분명하고 추상적인 사유로서 기본권 침해의 중대한 위험에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유라고 보기는 힘들다.

특히, 우리 정부가 직접 일본군위안부 피해자들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애상태를 초래한 데는 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 우리 정부에도 책임이 있다는 점에 주목한다면, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있음을 부인하기는 어려울 것이다.

### 다. 공권력의 불행사

피청구인은 이 사건 협정에 의한 분쟁해결 조치를 취해야 할 작위의무가 있음에도 불구하고, 아무런 조치도 취하지 않고 있다. 특히 2005. 8. 26. 한·일협정 관련문서의 전면공개가 이루어진 후 일부 청구인들 및 ‘정신대할머니와 함께하는 시민모임’에서 외교적 보호권을 행사하여 달라고 촉구를 하였으나, 정부는 2006. 4. 10. 위 시민모임에 대해 행한 회신에서 “일본 측과 소모적인 법적 논쟁으로 발전될 가능성이 크므로 이와 관련되어 일본 정부를 상대로 문제해결을 위한 조치를 하지 않겠다”고 하였다.

뿐만 아니라 이 사건 청구가 제기된 이후 제출한 서면에서도 거듭 “우리 정부가 일본 정부의 금전배상책임을 법적으로 주장할 경우, 이는 1965년 한·일 청구권협정의 해석과 관련하여 일본측과 소모적인 법적 논쟁으로 발전될 가능성이 큰 만큼 ... 일본 정부에 대해서는 배상을 요구하지 않는다”고 하여 이 사건 협정의 해석과 관련한 분쟁에 대해서는 아무런 조치를 취하지 않겠다는 부작위 의사를 명백히 하였다.

이에 대하여 피청구인은, 우리 정부가 우선 ‘외교상의 경로’를 통하여 분쟁을 해결하기로 하면서, 여러 가지 외교상의 방식 중 일본 정부에 대해서 금전적인 배상책임을 묻지 않고 우리 정부가 위안부 피해자들에 대하여 경제적인 지원 및 보상을 해주는 대신, 일본 정부에 대해서는 보다 중요하고 근본적인 문제인 철저한 진상규명, 공식적인 사죄와 반성, 올바른 역사교육의 실시 등을 지속적으로 요구하며, 국제사회에서 지속적으로 위안부에 관한 문제를 제기하는 방식을 택한 것은 우리 정부에 폭넓게 인정되는 재량권을 정당하게 행사한 것으로 이 사건 협정 제3조 제1항의 ‘외교상의 경로’를 통한 분쟁해결조치에 당연히 포함되는 것이므로 공권력의 불행사는 아니라고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 작위의무란 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권의 포함여부에 관한 해석상의 분쟁에 관하여 이 사건 협정 제3조에 의한 해결절차로 나아갈 의무를 의미하는 것으로, 일본에 대한 배상청구권의 문제를 도외시한 외교적 조치는 이 사건 작위의무의 이행에 포함되지 않는다.

우리 정부는 2005. 8. 26. “일본군위안부 문제 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 이 사건 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고 일본정부에 법적책임이 남아 있다.”고 선언한 바 있으나, 이것이 이 사건 협정 제3조의 외교상의 경로를 통한 분쟁해결조치에 해당되는지 의문일 뿐 아니라, 가사 포함된다 하더라도 이러한 분쟁해결노력은 지속적으로 추진되어야 하며 더 이상 외교상의 경로를 통하여 분쟁을 해결할 수 있는 방법이 없다면 중재회부절차로 나아가야 할 것인데, 피청구인은 2008년 이후에는 일본군위안부 문제를 직접적으로 언급하지도 않고 있고 이를 해결하기 위한 계획도 없다고 하므로, 역시 작위의무를 이행한 것으로 볼 수는 없다.

#### 라. 소결

이상에서 본 것처럼 이 사건 협정 제2조에 의해 최종적으로 해결되는 청구권에 일본군위안부 피해자들의 배상청구권이 포함되는지 여부에 관하여 한·일양국의 해석상 분쟁이 존재하고 이 때문에 청구인들의 권리행사에 심각한 장애가 발생하고 있는 상황에서, 피청구인은 이 사건 협정 제3조에 제1항에 따라 외교적 경로를 통하여 분쟁해결의 방법을 모색하고 외교적 경로를 통하여 해결을 하지 못하는 경우 중재회부로 나아가야 할 작위의무가 있음에도 불구하고, 피청구인이 아무런 조치를 취하지 않았을 뿐 아니라 앞으로도 하지 않을 것이라고 공언하고 있는 것은 헌법에서 유래하는 구체적인 작위의무에 위반하여 기본권을 침해하는 것이므로 위헌이다.

### 3. 결정의 의의

법치국가는 인권이 침해된 개인으로 하여금 이를 사법적으로 다룰 수 있도록 하는 조치를 마련하여야 한다. 그렇지 않다면 헌법상의 인권은 문언상으로부터만 존재하게 되며 그 규범력을 가질 수 없다.

이번 사건 결정은 기본권 침해의 특수성과 역사적 중요성에 주목하여, 일본군위안부 피해자들의 대일 배상청구권 문제를 방치하고 있는 국가공권력 부작위의 위헌성을 확인함으로써, 국가정체성을 확인하고 국가구성원으로서의 자긍심을 가질 수 있도록 하였다는 평가가 있다.

피청구인은 금전적 배상조치를 제외하고 일본에게 철저한 진상규명, 공식적인 사죄와 반성, 올바른 역사교육의 실시 등을 요구하는 것이 소모적인 법적 논쟁에 빠지지 않는 미래지향적인 정책이라고 하나, 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권 실현의 문제는 전범국가로서 일본이 전쟁 및 유래 없는 반인권적 범죄행위에 대한 책임을 통감하고 피해자들에 사죄하는 것을 전제로 하는 행위이며, 이를 통하여 인간의 존엄과 가치가 심각하게 훼손된 피해자들에게 법적 정의를 회복시켜 주는 것이야말로 한·일양국의 장기적인 미래를 위해 진정으로 서로 간에 도움이 되는 것이다.



## 구 소득세법 제89조 제3호 등 위헌소원

- 대통령이 정하는 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택 소유자에 대하여 양도소득세를 증과하고 있는 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3 등이 혼인에 따른 차별금지원칙 등에 위배되는지의 문제 -  
(헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222-245)

오 동 운\*

### 【판시사항】

1. 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3과 그 개정 조항인 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호 중 세율 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 재산권을 침해하는지 여부 (소극)

2. 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3과 그 개정 조항인 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호가 혼인에 따른 차별금지원칙에 반하는지와 혼인의 자유를 침해하는지 여부 (적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2

---

\* 서울서부지방법원 판사, 전 헌법연구관

호의3(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)과 그 개정 조항인 소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것) 제104조 제1항 제4호가 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것)

제104조(양도소득세의 세율) ① 거주자의 양도소득세는 당해연도의 양도소득과세표준에 다음 각 호의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “양도소득 산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다. 이 경우 하나의 자산이 다음 각 호의 규정에 의한 세율 중 2 이상의 세율에 해당하는 때에는 그 중 가장 높은 것을 적용한다.

2의3. 대통령령이 정하는 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택(이에 부수되는 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)

양도소득과세표준의 100분의 60

소득세법(2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정된 것)

제104조(양도소득세의 세율) ① 거주자의 양도소득세는 해당 과세기간의 양도소득과세표준에 다음 각 호의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “양도소득 산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다. 이 경우 하나의 자산이 다음 각 호에 따른 세율 중 둘 이상의 세율에 해당할 때에는 그 중 가장 높은 것을 적용한다.

4. 대통령령으로 정하는 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택(이에 딸린 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)

양도소득 과세표준의 100분의 60

### **【사건의 개요】**

가. 청구인은 2001. 8. 4. 서울 서초구 서초동 서초○○ ○○동 ○○호(이하 ‘이 사건 주택’이라 한다)를 매수하여 그 무렵 소유권이전등기를 마쳤고, 2003. 6. 4. 용인시 수지구 동천동 ○○아파트 ○○동 ○○호의 소유권을 취득하였으며, 2005. 2. 4. 서울 강남구 압구정동 ○○아파트 ○○동 ○○호를 소유한 장○두원과 혼인하였다.

나. 이 사건 주택은 2005. 12. 13. 서울중앙지방법원의 임의경매절차에서 매각되었으며, 청구인은 2006. 2. 16. 이 사건 주택이 매각됨에 따른 양도소득세를 자진신고·납부하면서 1세대 3주택 보유자에게 적용되는 60%의 세율을 적용하여 양도소득세액을 신고·납부하였는데, 이후 이 사건 주택의 양도에 따른 양도소득세의 세율은 일반누진세율이 적용되어야 한다고 주장하면서 강남세무서장에게 양도소득세 감액경정청구를 하였다. 강남세무서장은 2006. 7. 5. 이 사건 주택의 양도에 따른 세율은 당초 신고·납부한 세율인 60%가 적용되어야 한다는 이유로 청구인의 양도소득세 감액경정청구를 거부하는 처분(이하 ‘이 사건 거부처분’이라 한다)을 하였다.

다. 이에 청구인은 2006. 10. 2. 서울행정법원에 강남세무서장을 상대로 이 사건 거부처분의 취소를 구하는 행정소송(2006구단9439호)을 제기하였으나 청구 기각되자, 2008. 7. 29. 서울고등법원에 항소(2008누20743)하는 한편, 항소심 계속 중 구 소득세법 제89조 제3호, 제104조 제1항 제2호의3에 대하여 위헌법률심판제청신청(서울고등법원 2009아102)을 하였으나 2009. 6. 9. 기각되자, 2009. 7. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에 의한 세율이 일반 양도소득세율과 비교하여 높기는 하지만, 입법자가 1세대 3주택 이상에 해당하는 자의 주택 소유를 억제하여 주택 가격의 안정과 주거생활의 안정을 도모하기 위하여 사실상 1세대 3주택 이상의 주택 소유를 억제할 수 있는 정도의 세율을 정하고 그것도 과세구간에 따른 누진세율이 아니라 고율의 단일세율을 정한 것이므로, 위와 같은 이 사건 법률조항의 입법목적 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 정하고 있는 세율이 일반 양도소득세율에 비하여 고율의 단일세율이라는 이유만으로 침해의 최소성원칙을 벗어났다고 볼 수 없고, 이 사건 법률조항으로 인해 1세대 3주택 이상에 해당하는 납세의무자가 입게 되는 불이익이 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비하여 균형을 상실할 정도로 크다고 볼 수도 없어 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항은

과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.

2. 주택 양도소득세 과세에 있어 ‘1세대’를 과세단위로 한 것이 적절한지에 관하여 보면, ① 이 사건 법률조항이 3주택 이상에 해당하는 자의 인적 범위를 정함에 있어 주로 생계를 같이하는 ‘1세대’를 기준으로 한 것은, 세대별로 주택이 사용되고, 세대의 개념상 1주택을 넘는 주택은 일시적 1세대 2주택자 등의 예외를 제외하고는 보유자의 주거용으로 사용되지 않을 개연성이 높은 점을 고려한 것이며, 주택이 다른 재산권과 구별되는 위와 같은 특성을 고려하여 오로지 보유 주택 수를 제한하고자 ‘세대’를 주택 양도소득세의 과세단위로 규정하고 있는 점, ② 이 사건 법률조항이 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 양도소득세 중과세로 인하여 사실상 보유 주택 수를 제한하는 것은 맞으나, 주택 이외의 다른 재산을 소유하는 것까지 막는 것은 아니어서 세대별 보유 재산권에 대한 제한이 상대적으로 크다고 할 수 없는 점 등을 합쳐 보면, 이 사건 법률조항이 정하고 있는 ‘1세대’를 기준으로 하여 3주택 이상 보유자에 대해 중과세하는 방법은 보유 주택 수를 억제하여 주거생활의 안정을 꾀하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적에 위하여 일응 합리적인 방법이라 할 수 있다.

그러나 혼인으로 새로이 1세대를 이루는 자를 위하여 상당한 기간 내에 보유 주택 수를 줄일 수 있도록 하고 그러한 경과규정이 정하는 기간 내에 양도하는 주택에 대해서는 혼인 전의 보유 주택 수에 따라 양도소득세를 정하는 등의 완화규정을 두는 것과 같은 손쉬운 방법이 있음에도 이러한 완화규정을 두지 아니한 것은 최소침해성원칙에 위배된다고 할 것이고, 이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 헌법 제36조 제1항에 근거하는 혼인에 따른 차별금지 또는 혼인의 자유라는 헌법적 가치라 할 것이므로 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없어 법익균형성원칙에도 반한다.

결국, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 헌법 제36조 제1항이 정하고 있는 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배되고, 혼인의 자유를 침해한다.

3. 국회는 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 이 사건 소득세법을 개정하여 위 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3이 개정 소득세법 제104조 제1항 제4호로 변경되었는데, 그 규율 내용에는 변함이 없으므로 위 규정 역시 과잉금지 원칙에 위배되어 헌법 제36조 제1항 등에 근거하는 혼인에 따른 차별금지 원칙에 반하고 혼인의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

그런데 위와 같은 이 사건 심판대상조항들에 대해 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 혼인에 따라 새로이 1세대 3주택 이상 보유자가 된 자 이외의 일반적인 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 양도소득세 중과세의 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이므로 헌법불합치결정을 한다.

### 재판관 김종대의 반대의견

납세의무를 명하는 조세법률에 대한 위헌심사를 함에 있어서는 기본권 제한의 위헌심사 기준인 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 적용하여서는 아니 되고, 기본의무(납세의무) 부과에 있어서 적용되어야 할 헌법상의 원칙(부과목적의 공공성, 부과내용의 합리성과 타당성, 부과방식의 공평성)에 부합하는지 여부만 심사하면 된다.

이 사건 법률조항이 헌법 제36조 제1항에 반하는지에 관하여 보면, 혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것이라는 점에 비추어 보면, 청구인의 경우와 같이 2주택 소유자가 혼인으로 인하여 1세대 3주택 보유자로 취급되어 양도소득세가 더 많이 부과된다는 사유가 청구인이나 그 배우자의 혼인의사의 결정에 영향을 미친다고 보기도 어렵고, 혼인을 앞둔 이들이 1세대 3주택 이상 보유자가 되어 양도소득세 중과세의 염려로 혼인의 자유가 침해된다고 보는 것은, 혼인이라는 제도가 갖는 숭고한 정신적 영역을 망각하고 이를 마치 재산권 보존을 위한 거래행위로 전락시키는 태도이다.

이 사건 법률조항은 주택이 세대별로 사용되는 특성을 고려하여 ‘세대’를 양도소득세의 과세단위로 한 것이어서, 혼인으로 인하여 새로이 1세대 3주택 이상 보유자가 되어 이 사건 법률조항의 적용을 받는 것은 혼인의 순결 등

을 보장하고자 하는 헌법 제36조 제1항과는 무관할 뿐 아니라 혼인이나 가족관계를 결정적 근거로 한 차별 취급이라고도 볼 수 없으며, 단지 합리적인 조세제도 운용에 있어 파생된 부수적인 결과물이라 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 따른 혼인의 순결 및 자유에 위반되지 아니할 뿐 아니라 납세의무를 부과하는 법률로서 그 부과 목적에 정당성이 인정되고, 부과 내용이 과세제도를 형성하는 입법자가 유의해야 하는 제반 헌법적 가치나 원칙들을 충분히 존중한 것으로서 합리적이고 타당하며, 부과 방식의 공평성 또한 인정되므로, 기본의무를 부과하는 법령이 갖추어야 할 헌법적 심사기준을 모두 충족하였으므로 그로 인해 청구인에게 결과되는 기본권에 대한 제한의 점은 따로 살펴볼 필요 없이 헌법에 위반되지 않는다.

## 【해 설】

### 1. 1세대 다주택 보유자에 대한 양도소득세 중과세 제도 개관

#### 가. 1세대 다주택 보유자에 대한 양도소득세 중과세 제도의 입법취지

2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정된 소득세법은 1세대 3주택 이상 보유자가 보유주택을 양도하는 경우에는 장기보유특별공제조항의 적용을 배제하고 양도소득 과세표준의 60%인 단일세율을 적용하도록 하였다. 그 후 2005. 12. 31. 법률 제7837호로 소득세법이 개정되면서 1세대 2주택 소유자가 주택을 양도하는 경우에도 장기보유특별공제 제도의 적용을 배제하고 양도소득 과세표준의 50%인 단일세율을 적용하도록 하였다.

위와 같은 소득세법의 개정은, 수도권외의 아파트를 중심으로 부동산 가격이 급등하자, 1세대 다주택 소유자들의 주택 양도를 유도하여 주택 가격을 안정화시키기 위한 것을 주된 목적으로 하여 이루어졌다(헌재 2010. 10. 28. 2009헌바67, 판례집 22-2하, 101, 113 참조).

#### 나. 1세대 다주택자에 대한 양도소득세 중과세에 있어 혼인에 대한 배려

(1) 구 소득세법(2005. 12. 31. 법률 제7837호로 개정되기 전의 것) 제89조 제3호는 1세대가 1주택을 보유하였다가 이를 양도하는 경우 그 양도로

인한 소득에 대해서는 양도소득세를 과세하지 않는다는 특례를 규정하고 있다. 그리고 구 소득세법 시행령(2005. 12. 31. 대통령령 제19254호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 소득세법 시행령’이라 한다) 제154조는 1세대 1주택의 범위에 관하여 1세대가 양도일 현재 국내에 1주택을 보유하고 있을 것, 당해 주택의 보유기간이 3년 이상일 것(서울특별시, 과천시 및 5개 신도시에 대하여는 그 보유기간 중 거주기간 2년 이상일 것)을 요건으로 규정하고 있다.

한편, 1세대 1주택으로 취급하는 예외적인 경우로, 국내에 1주택을 보유한 1세대가 그 주택을 양도하기 전에 다른 주택을 취득함으로써 일시적으로 2주택이 된 경우 다른 주택을 취득한 날부터 1년 이내에(현행 소득세법 시행령 제155조 제1항에 의하면 2년 이내에) 종전의 주택을 양도하는 경우(구 소득세법 시행령 제155조 제1항)와 1주택을 보유하는 자가 1주택을 보유하는 자와 혼인함으로써 1세대가 2주택을 보유하게 되는 경우 그 혼인한 날부터 2년 이내에(현행 소득세법 시행령 제155조 제5항에 의하면 5년 이내에) 먼저 양도하는 주택의 경우(구 소득세법 시행령 제155조 제5항) 등을 규정하고 있다.

(2) 구 소득세법 시행령 제155조 제5항이 혼인으로 인한 일시적 1세대 2주택에 해당하는 자에 대하여 2년의 경과규정을 둔 취지는 경과기간 이내에 세대의 주거용으로 사용되지 아니하는 주택의 양도를 촉진하여 주택가격 안정 및 주거생활의 안정을 꾀하고, 1세대 1주택 보유자였다가 혼인으로 1세대 2주택 보유자가 되어 혼인 전부터 보유하던 주택에 대한 양도소득세 비과세에 대한 기대권이 박탈되지 않도록 함으로써, 혼인으로 인한 일시적 1세대 2주택자에 대해 혼인 전의 재산가치를 보존할 수 있도록 배려하여 조세가 혼인의 걸림돌이 되는 것을 방지하기 위한 것이라 할 수 있다.

(3) 그리고 국세청장이 제출한 의견서에 따르면, 혼인생활에 따른 주거의 보호와 혼인으로 인한 불이익 방지라는 구 소득세법 시행령 제155조 제5항의 입법취지에 비추어 보면, 위 조항에서 말하는 ‘1주택을 보유하는 자’라 함은 같은 조 제1항에서 정한 특례, 즉 ‘1주택을 보유한 1세대가 그 주택을 양도하기 전에 다른 주택을 취득함으로써 일시적으로 2주택이 되었다가 다른

주택을 취득한 날로부터 1년 이내에(현행 소득세법 시행령 제155조 제1항에 의하면 2년 이내에) 종전의 주택을 양도하는 경우'의 그 일시적 2주택자를 포함한다는 것인데, 이러한 견해에 따른다면, 그러한 일시적 2주택자가 혼인으로 3주택이 된 경우라도 종전의 주택을 기간 내에 양도한 경우라면 이 사건 법률조항에 의한 중과세를 피할 여지가 있다.

한편, 대법원은, 구 소득세법(2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정되기 전의 것) 제89조 제3호, 구 소득세법 시행령(2002. 10. 1. 대통령령 제17751호로 개정되기 전의 것) 제154조 제1항, 제155조 제1항, 제5항 각 규정의 문언 내용과 입법 취지 및 조세법률주의의 원칙상 과세요건이거나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 하고, 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니하는 점 등을 종합하면, 1주택을 소유하다가 그 주택을 양도하기 전에 다른 1주택을 취득함으로써 일시적으로 2주택을 보유하게 된 자가 다른 2주택을 보유하는 자와 혼인함으로써 1세대가 4주택을 보유한 상태에서 그 중 1주택을 양도하는 경우는 위 시행령 제155조 제1항이나 제5항의 규정에 의한 양도소득세 비과세 대상에 해당하지 않는다고 판단한 바 있다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2007두26544 판결).

## 2. 이 사건 법률조항 중 세율 부분이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하는지 여부

가. 헌법재판소는 2010. 10. 28. 선고 2009헌바67 결정(판례집 22-2하, 101, 113-117)에서 이 사건 법률조항을 심판대상 조항으로 하면서도 실질적으로는 이 사건 법률조항 중 세율 부분에 관해서만 판단하면서 이 사건 법률조항 중 세율 부분이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있다. 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『이 사건 가중세율조항에 의한 세율이 일반 양도소득세율과 비교하여 높기는 하지만, 입법자가 1세대 3주택 이상에 해당하는 자의 주택 소유를 억제하여 주택 가격의 안정과 주거생활의 안정을 도모하기 위하여 사실상 1세대 3주택 이상의 주택 소유를 억제할 수 있는 정도의 세율을 정하고 그것도 과



세구간에 따른 누진세율이 아니라 고율의 단일세율을 정한 것으로, 이 사건 가중세율조항의 위와 같은 입법목적, 이 사건 부칙조항과 같은 유예기간을 두고 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 가중세율조항이 일반 양도소득세율에 비하여 고율의 단일세율이라는 이유만으로 침해의 최소성원칙을 벗어났다고 볼 수는 없다. ……

또한, 대가족이거나 직업생활의 특성상 가족들이 여러 주택에 나누어 살아야 하는 예외적인 경우나 다른 곳으로 이주할 필요가 있는 경우 여러 주택이 필요할 수도 있으나, 일정한 요건이 되는 경우에는 세대를 분리할 수 있는 방법이 있고, 주택이 필요하다고 하여 반드시 이를 소유하여야 하는 것도 아니어서, 위와 같은 이유로 침해의 최소성원칙에 위배된다고 할 수도 없다. ……

국가의 재정수요를 충족시킨다는 조세 본래의 기능을 넘어 투기적 목적의 주택 소유를 막고 이를 통하여 주택이라는 한정된 재화가 일부 사람들에게 집중적으로 소유되는 것을 막아 국민 다수의 주거생활의 안정을 이룩하려는 공익과 장기보유특별공제를 배제하고 가중세율조항을 적용함으로써 침해받게 되는 사익을 비교·형량하여 보면, 이 사건 장기보유특별공제 배제조항, 가중세율조항으로 인해 1세대 3주택 이상에 해당하는 납세의무자가 입게 되는 불이익이 이 사건 장기보유특별공제 배제조항, 가중세율조항이 추구하는 공익에 비하여 균형을 상실할 정도로 크다고 할 수도 없으므로, 이 사건 장기보유특별공제 배제조항, 가중세율조항은 법익의 균형성 원칙에 위배되지 않는다.』

나. 위 헌법재판소 선례의 일부 심판대상인 구 소득세법(2003. 12. 30. 법률 제7006호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 개정되기 전의 것) 제104조 제1항 제2호의3 중 세율 부분을 포함하는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하지 않는 데에는 위 선례와 그 판단을 달리하여야 할 특별한 사정의 변경이 있다고 보이지 않으므로, 이 사건에서 이를 그대로 유지, 원용하는 판단을 하였다.

### 3. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부

#### 가. 위헌론

##### (1) 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권

(가) 이 사건 법률조항은 세대별로 보유 주택 수를 계산하고, 1세대 3주택 이상인 경우에는 양도소득 과세표준의 60%라는 고율의 단일세율을 정하고 있어 청구인의 재산권을 제한하는 외에 혼인한 부부나 그들과 동일한 주소 또는 거소에서 생계를 같이하는 가족과 함께 구성된 1세대에 속하는 자로 하여금 이와 같이 혼인을 하였다거나 가족과 함께 세대를 구성하였다는 사유만으로 고율의 양도소득세율이 적용되기 때문에, 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 소유자 등에 비하여 더 많은 조세를 부담하게 한다.

결국, 이 사건에서는 이 사건 법률조항에 의하여 혼인한 부부 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자에게 더 많은 조세를 부과하는 것이 혼인과 가족 생활을 특별히 더 보호하도록 한 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부가 문제된다.

(나) 한편, 우리 재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원 절차에 있어서 규범의 위헌성을 청구인이 주장하는 법적 관점에서만 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사한다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 오로지 심판의 대상인 법률조항이지 위헌심사의 기준이 아니다. 따라서 이 사건에서는 이 사건 법률조항이 청구인에게 미치는 기본권 제한적 효과에 한하지 아니하고, 그 외의 관련자인 청구인과 혼인한 배우자에게 미치는 효과까지 헌법적 관점에서 심사할 필요가 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 690-691 참조).

이 사건에 있어서 청구인의 배우자는 1세대 1주택 보유자였는데, 1세대 2주택 보유자인 청구인과 혼인하는 우연한 사정에 의하여 이 사건 법률조항에 의하여 1세대 1주택에 대한 양도소득세 비과세 혜택을 박탈당할 수 있을 뿐만 아니라 1세대 3주택 보유자가 되어 그가 보유해 왔던 주택을 먼저 양

도하는 때에는 60%라는 고율의 양도소득세율이 적용되어 주택의 양도소득이 상당한 경우라면 사실상 그 주택을 자유로이 양도할 수 없는 불이익을 받게 된다. 따라서 청구인의 배우자는 이 사건 법률조항에 의한 중과세를 피하기 위해서는 혼인의 자유가 제한받게 되고, 혼인으로 인하여 위와 같은 차별취급을 받게 된다고 할 것이다.

## (2) 헌법 제36조 제1항의 의미와 심사기준

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 불이익을 주지 않을 것을 명하고 있고, 이는 적극적으로 적절한 조치를 통하여 혼인과 가족을 지원하고 제3자에 의한 침해로부터 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제와 소극적으로 불이익을 야기하는 제한 조치를 통하여 혼인과 가족생활을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함하는 것이다.

이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지의 명령은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 결합하여 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 보호하고자 하는 목적을 지니고 있고, 따라서 특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다 할 것이다.

이는 단지 차별의 합리적인 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이에 적절한 비례적 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사하여야 한다는 것을 의미하고(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조), 위와 같은 헌법원리는 조세 관련 법령에서 과세단위를 정하는 것이 입법자의 입법형성의 재량에 속하는 정책적 문제라고 하더라도 그 한계로서 적용되는 것이다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 판례집 17-1, 592, 600; 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등, 판례집 20-2하, 1, 59-60 참조).

## (3) 세대별 합산 과세제도 등에 대한 헌법재판소 선례 검토

위와 같은 심사기준을 확인하는 외에 우리 재판소가 세대별 합산과세조항과 관련조항의 헌법 제36조 제1항 위반 여부에 대하여 어떤 입장을 밝혀왔는지를 살펴볼 필요가 있다.

우리 재판소는, 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 구 종합부동산세법 제5조 등 위헌소원 등 사건에서, 세대별로 합산하여 종합부동산세를 부담하도록 한 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7836호로 개정된 것) 제7조 제1항, 제2항, 제3항, 제12조 제1항, 제2항에 관하여 이로 인한 조세부담의 증가라는 불이익은 이를 통하여 달성하고자 하는 조세회피의 방지 등 공익에 비하여 훨씬 크고, 조세회피의 방지와 경제생활 단위별 과세의 실현 및 부동산 가격의 안정이라는 공익은 입법정책상의 법익인데 반해 혼인과 가족생활의 보호는 헌법적 가치라는 것을 고려할 때 법익균형성도 인정하기 어렵다 할 것이어서 위 세대별 합산규정은 혼인한 자 또는 가족과 함께 세대를 구성한 자를 비례의 원칙에 반하여 개인별로 과세되는 독신자, 사실혼 관계의 부부, 세대원이 아닌 주택 등의 소유자 등에 비하여 불리하게 차별하여 취급하고 있으므로, 헌법 제36조 제1항에 위반된다는 취지로 판시한 바 있다(판례집 20-2하, 1, 2).

또한, 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6 구 소득세법 제80조 등 위헌제청 사건에서, 부부의 자산소득을 합산하여 과세하는 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 개정되고, 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호에 관하여, 자산소득이 있는 모든 납세의무자 가운데 혼인한 부부에 대하여만 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 더 많은 조세부담을 가하여 소득을 재분배하도록 강요하는 것은 위와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 방법이라 볼 수 없고, 부부자산소득합산과세가 추구하는 공익은 입법정책적 법익에 불과한 반면, 이로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 혼인을 근거로 한 차별금지라는 헌법적 가치이므로, 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없다 할 것이므로, 부부자산소득합산과세는 혼인한 부부를 비례의 원칙에 반하여 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 차별하는 것으로서 헌법

제36조 제1항에 위반된다는 취지로 판시한 바 있다(판례집 17-1, 592, 593).

한편, 현재 2006. 4. 27. 2004헌가19 소득세법 제43조 제3항 위헌제청 사건에서는 공동사업합산과세제도를 정하고 있는 구 소득세법(1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7319호로 개정되기 전의 것) 제43조 제3항에 관하여, 공동사업이라는 특정한 사업형태에 대한 소득세 조세 규율에 있어 조세회피방지라는 목적을 위해 특수한 관계에 있는 자들을 예외적으로 규율하는 것으로 이러한 관계 속에 배우자나 가족이 들어간다 하여도 이것이 혼인이나 가족관계를 결정적 근거로 한 차별 취급이라고 볼 수 없으며 단지 합리적인 조세제도 운용에 있어 파생된 부수적인 결과물이며, 공동사업은 이것을 영위하는 것처럼 가장하여 소득분산을 기도할 개연성이 높고 그 입증이 쉽지 않으므로 이러한 특성을 고려하여 입법자는 공동사업을 위장하여 소득분산을 추구할 개연성이 높은 집단의 조세회피행위에 대처하기 위한 입법정책상의 강한 필요에 따라 이들을 달리 취급하도록 규정한 것이며 그러한 집단을 선정함에 있어 혼인이나 가족관계를 특별히 차별 취급하려는 것이 아니라 위장 분산의 개연성이 높고 그 입증이 쉽지 않을 것으로 예상되는 여러 집단 중의 하나로 규정한 것으로 위 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 위반되지 않는다는 취지로 판시한 바 있다(판례집 18-1상, 459, 460).

#### (4) 구체적 검토

이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 헌법 제36조 제1항에 의한 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배되는지와 혼인의 자유를 침해하는지에 관하여 본다.

##### (가) 입법목적의 정당성

이 사건 법률조항은 국가의 재정수요를 충족시킨다는 조세 본래의 기능을 넘어 투기적 목적의 주택 소유를 억제하여 주택이라는 한정된 재화가 일부 사람들에게 집중적으로 소유되는 것을 막아 주택가격 안정을 통한 국민 다수의 주거생활의 안정을 이룩하려는 공익을 실현하고, 경제생활 단위별 과세의 실현을 통하여 적정과세를 이루기 위한 것인바, 이러한 입법 목적은 정당하다.

## (나) 수단의 적절성

앞서 본 바와 같이 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 구 종합부동산세법 제5조 등 사건이나 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6 구 소득세법 제80조 등 위헌제청 사건에서는 세대별로 합산하여 종합부동산세나 소득세를 부과하는 자체가 헌법 제36조 제1항과 관련하여 방법상 적절하지 않다고 판단하였다.

그런데, '1세대'를 과세단위로 한 것이 적절한지와 관련하여 위 사건들의 심판대상 조항과 이 사건 법률조항은 달리 볼 사정이 있다. ① 이 사건 법률조항이 3주택 이상에 해당하는 자의 인적 범위를 정함에 있어 주로 생계를 같이하는 '1세대'를 기준으로 한 것은 앞의 선례들과 같으나, 세대별로 주택이 사용되고, 세대의 개념상 1주택을 넘는 주택은 일시적 1세대 2주택자 등의 예외를 제외하고는 보유자의 주거용으로 사용되지 않을 개연성이 높은 점을 고려한 것으로서, 주택이 다른 재산권과 구별되는 특성을 고려하여 오로지 보유 주택 수를 제한하고자 '세대'를 주택 양도소득세의 과세단위로 규정하고 있는 점, ② 이 사건 법률조항이 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 양도소득세 중과세로 인하여 사실상 보유 주택 수를 제한하는 것은 맞으나, 주택 이외의 다른 재산을 소유하는 것까지 막는 것은 아니어서 세대별 보유 재산권에 대한 제한이 상대적으로 크다고 할 수 없는 점 등을 합쳐 보면, 이 사건 법률조항이 정하고 있는 '1세대'를 기준으로 하여 3주택 이상 보유자에 대해 중과세하는 방법은 보유 주택 수를 억제하여 주거생활의 안정을 꾀하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적에 위하여 일응 합리적인 방법이라 할 수 있다.

## (다) 최소침해성

이 사건 법률조항이 '1세대'를 양도소득세 중과세의 단위로 함에 있어 혼인으로 새로이 1세대를 이루는 자를 위하여 상당한 기간 내에 보유 주택 수를 줄일 수 있는 경과규정을 두어 그 기간 내에 주택을 양도하는 경우에는 혼인 전의 보유 주택 수로 계산하여 양도소득세를 부담하게 하는 등의 완화규정을 두지 아니한 것이 최소침해성원칙에 반하는지가 문제된다.

혼인 이전에는 1세대 2주택 이하에 해당하였는데 혼인으로 세대가 합쳐지면서 1세대 3주택 이상에 해당하게 되는 자에 대해서는 양도소득세 중과세

를 통한 주택에 대한 투기적 수요 억제라는 이 사건 법률조항의 입법취지가 그대로 적용된다고 보기 어렵다. 특히 청구인의 배우자와 같이 혼인 이전에는 1세대 1주택에 해당하였으나 배우자가 1세대 2주택 이상에 해당한다는 이유로 혼인으로 1세대 3주택 이상에 해당하게 되는 자는 주택에 대한 투기적 수요와는 아무런 상관이 없다. 따라서 위와 같은 경우에는 혼인일로부터 상당한 기간 내에 1세대 3주택인 상태를 해소할 수 있는 기회를 부여하지 아니하고 일반적인 1세대 3주택 보유자와 마찬가지로 과중한 양도소득세를 부담시킬 아무런 합리적인 이유가 없다. 이 경우 아무런 경과규정 없이 이 사건 법률조항에 따라 양도소득세 중과세를 하는 것은, 마치 혼인으로 인하여 1세대 3주택 이상에 해당하게 되는 자는 양도소득의 발생이 예상되는 경우라면 주택을 처분하여 1세대 2주택 이하로 만든 후에야 혼인하라는 것과 크게 다르지 아니하다.

한편, 이 사건 법률조항의 입법목적은 달성하면서도 덜 침해적인 방법이 있는지에 관하여 보건대, 혼인으로 새로이 1세대를 이루는 자를 위하여 상당한 기간 내에 보유 주택 수를 줄일 수 있도록 하고 그러한 경과규정이 정하는 기간 내에 양도하는 주택에 대해서는 혼인 전의 보유 주택 수에 따라 양도소득세를 정하는 등의 완화규정을 두는 것과 같은 손쉬운 방법이 있다.

1세대 2주택자의 경우에는 혼인으로 일시적 1세대 2주택이 되는 자에 대한 경과규정(구 소득세법 시행령 제155조 제5항)을 두어 그 침해를 최소화하는 장치를 시행령 차원에서라도 두고 있는데, 1세대 2주택자에 관한 이러한 완화규정이 있다고 하여 이 사건 법률조항의 위헌성이 사라지는 것으로 볼 수는 없다. 이와는 별도로 혼인으로 1세대 3주택 이상 보유자가 되는 경우와 관련하여 소득세법 제104조 제1항 본문 단서 등에 법률 규정으로써 혼인으로 새로이 1세대를 이루는 자를 위하여 상당한 기간 내에 보유 주택 수를 줄일 수 있도록 하고 그러한 경과규정 내에 양도하는 주택에 대해서는 혼인 전의 보유 주택 수에 따라 양도소득세를 정하는 등의 완화규정을 두어, 시행령에 대한 위임의 범위를 명확히 하고 이 사건 법률조항에 따른 그 침해를 최소화하는 것이 마땅하다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 '1세대'를 양도소득세 중과세의 단위로 함에

있어 혼인으로 새로이 1세대를 이루는 자를 위하여 상당한 기간 내에 보유 주택 수를 줄일 수 있는 경과규정 등의 완화규정을 두지 아니한 것은 최소 침해성원칙에 위배된다고 할 것이다.

#### (라) 법익균형성

이 사건 법률조항이 추구하는 공익, 즉 주택의 투기적 수요를 막아 주거 생활의 안정을 기하려는 공익은 헌법상 근거를 둔 것이 아닌 입법정책적 법익에 불과하다. 그러나 이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 헌법 제36조 제1항에 근거하는 혼인의 자유 또는 혼인에 따른 차별금지라는 헌법적 가치이다. 그러므로 법익의 일반적·추상적 비교차원에서 보거나, 이 사건 법률조항으로 인한 부작용의 면에서 보거나 이 사건 법률조항은 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없다(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등, 판례집 20-2하, 1, 63 참조).

### 나. 합헌론

#### (1) 납세의무에 대한 위헌심사 기준

납세의무를 명하는 조세법률에 대한 위헌심사를 함에 있어서는 기본권 제한의 위헌심사 기준인 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 적용하여서는 아니 되고, 기본의무(납세의무) 부과에 있어서 적용되어야 할 헌법상의 원칙(부과목적의 공공성, 부과내용의 합리성과 타당성, 부과방식의 공평성)에 부합하는지 여부만 심사하면 된다.

#### (2) 이 사건 법률조항에 대한 위헌심사의 기준

이 사건 법률조항은, 1세대 3주택 이상 소유자가 보유주택을 양도하는 경우 양도소득 과세표준의 60%인 단일세율을 적용하도록 하고 있다. 위와 같이 1세대 3주택 이상 소유자들에게 양도소득세를 중과세하는 목적은, 다수의 견이 밝힌 바와 같이, 1세대 다주택 소유자들의 주택 양도를 유도하여 주택 가격을 안정화하고 나아가 투기목적의 부동산 보유를 억제함으로써 국민 주거생활의 안정을 도모하고, 경제생활 단위별 과세의 실현을 통하여 적정과세



를 이루기 위한 것으로, 그 부과 목적의 공공성이 인정되어 정당하다.

부과 내용이 헌법상 제 원칙들을 준수하여 합리적이고 타당한지에 관하여 살펴본다.

1세대 3주택 이상 보유자가 주택을 양도하는 경우 양도소득표준에 60%라는 단일세율로 중과세하게 되나, 입법자가 국민 전체의 주거생활의 안정을 도모하기 위하여 1세대 3주택 이상의 주택 소유를 효과적으로 억제할 수 있는 정도의 세율로 60%라는 고율의 단일세율로 정한 것이 특별히 입법재량을 현저히 일탈했다고 볼 만한 아무런 자료가 없고, 그러한 세부담으로 말미암아 1세대 3주택 소유자의 재산권이 심각하게 제약을 받는다고 볼 만한 사정도 없다.

마지막으로 위와 같은 입법취지하에 이 사건 법률조항이 부과하는 의무 부과는 1세대 3주택 이상의 소유자에 해당하는 모든 자에게 차별없이 평등하게 부과되어 있고, 위 대상자들 중 특별히 선별하여 차별적인 예외나 혜택을 부여하고 있지 않으며, 다만 혼인으로 인하여 새로이 세대를 구성하는 바람에 1세대 3주택 이상 보유자가 되는 자는 주택에 대한 투기적 수요방지라는 이 사건 법률조항의 입법목적에 고려할 때 이 사건 법률조항의 적용대상에서 제외시키는 것이 바람직하기는 하나, 이 사건 법률조항이 이러한 극히 예외적인 상황까지 고려하지 않았다고 하여 입법재량을 일탈하였다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 의무 부과 방식에 있어서 공평성 요건도 충족하였다.

### (3) 이 사건 법률조항이 헌법 제36조 제1항에 반하는지 여부

혼인은 근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것이라는 점에 비추어 보면, 청구인의 경우와 같이 2주택 소유자가 혼인으로 인하여 1세대 3주택 보유자로 취급되어 양도소득세가 더 많이 부과된다는 사유가 청구인이나 그 배우자의 혼인의사의 결정에 영향을 미친다고 보기도 어렵다.

혼인을 앞둔 이들이 1세대 3주택 이상 보유자가 되어 양도소득세 중과세의 염려로 혼인의 자유가 침해된다고 보는 것은, 혼인이라는 제도가 갖는 숭고한 정신적 영역을 망각하고 이를 마치 재산권 보존을 위한 거래행위로 전

락시키는 태도이다.

한편, 주택은 그 소유권이야 개인별로 귀속되겠지만 그 사용은 세대를 이루어 사는 가족들의 공동 주거로 쓰이는 특수성이 있는데, 이 같은 과세목적물인 주택의 특성상 같은 세대를 이루는 구성원이 여러 주택을 소유하고 있을 때 개인별로 과세 않고 이를 세대별로 합산과세 하겠다는 것은 입법 목적을 달성하기 위해 꼭 필요할 뿐만 아니라 과세단위에 관한 논리상의 결함도 없다(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등, 판례집 20-2하, 1, 86 참조). 이 사건 법률조항은 주택이 세대별로 사용되는 특성을 고려하여 ‘세대’를 양도소득세의 과세단위로 한 것이어서, 혼인으로 인하여 새로이 1세대 3주택 이상 보유자가 되어 이 사건 법률조항의 적용을 받는 것은 혼인의 순결 등을 보장하고자 하는 헌법 제36조 제1항과는 무관할 뿐 아니라 혼인이나 가족관계를 결정적 근거로 한 차별 취급이라고도 볼 수 없으며, 단지 합리적인 조세제도 운용에 있어 과생된 부수적인 결과물이라 할 것이다.

또한, 구 소득세법 시행령 제155조 제5항에서는 혼인으로 인한 일시적 2주택자가 된 경우에는 2년 이내에 하나의 주택을 처분할 경우 1세대 1주택의 양도로 보는 특례를 명시적으로 두고 있고, 같은 시행령 제155조 제1항 소정의 일시적 2주택자가 혼인을 하더라도 2주택자가 된 지 1년 이내에 종전 주택을 처분할 경우에 1세대 1주택자의 특례를 받을 수 있다고 해석할 경우에는, 혼인으로 인하여 본의 아니게 다주택자가 된 자가 부당하게 고율의 양도소득세를 부과받게 되는 사례는 상당 부분 사라지게 된다.

이 사건 청구인의 경우도 이 사건 주택에 관하여 경매절차가 진행되는 바람에 이 사건 법률조항의 적용을 받게 된 것으로 보이고, 일반적인 매매를 상정한다면 얼마든지 혼인에 즈음하여 보유 주택 수를 줄임으로써 이 사건 법률조항에 의한 중과세를 피할 수 있는 방법이 있는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 혼인의 순결과 자유를 침해하지 아니하고 혼인에 따른 차별취급이 있다 하더라도 그 차별취급은 극히 제한적이어서 수인가능하므로, 헌법 제36조 제1항과 관련지어 보아도 기본권보장의 원칙에 어긋나지 않는다.

#### (4) 소결론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 따른 혼인의 순결 및 자유에 위반되지 아니할 뿐 아니라 납세의무를 부과하는 법률로서 그 부과 목적에 정당성이 인정되고, 부과 내용이 과세제도를 형성하는 입법자가 유의해야 하는 제반 헌법적 가치나 원칙들을 충분히 존중한 것으로서 합리적이고 타당하며, 부과 방식의 공평성 또한 인정되므로, 기본의무를 부과하는 법령이 갖추어야 할 헌법적 심사기준을 모두 충족하였다. 그러므로 그로 인해 청구인에게 결과되는 기본권에 대한 제한의 점은 따로 살펴볼 필요 없이 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.

#### 다. 법정 의견

결국, 이 사건 법률조항이 혼인으로 세대를 합침으로써 새로이 1세대 3주택 이상에 해당하게 되는 자를 고려하는 등의 완화규정을 두지 아니한 채 1세대 3주택 이상에 해당한다는 이유만으로 주택 양도소득세를 중과세하도록 하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 헌법 제36조 제1항이 정하고 있는 혼인의 자유를 침해하고, 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배된다.

#### 라. 헌법불합치결정의 필요성

국회는 2009. 12. 31. 법률 제9897호로 이 사건 소득세법을 개정하여 위 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3이 개정 소득세법 제104조 제1항 제4호로 변경되었으나, 그 규율 내용에 있어서는 아무런 변화가 없다. 따라서 위 개정 규정에 관하여도 여전히 헌법 제36조 제1항 등의 침해 여부의 문제가 그대로 발생한다고 할 것인바, 이 사건 법률조항, 즉 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3에 대하여 위헌의 선언을 하기로 한 이상, 개정된 소득세법 규정의 효력을 그대로 유지한다면 이는 위헌적인 상태를 방치하는 결과가 될 것이다. 따라서 법질서의 정합성과 소송경제의 측면에서 개정 소득세법에 대하여도 이 사건 법률조항과 함께 위헌을 선언할 필요가 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항과 함께 소득세법 제104조 제1항 제4호에 대하여도 위헌을 선언할 필요가 있다.

그런데 위에서 본 바와 같은 이유로 이 사건 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3 및 소득세법 제104조 제1항 제4호에 대하여 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 만약 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 혼인에 따라 새로이 1세대 3주택 이상 보유자가 된 자 이외의 일반적인 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 양도소득세 중과세의 근거 규정이 사라져 법적 공백상태가 발생하게 될 것이고, 이는 이 사건 법률조항이 혼인으로 인하여 새로이 1세대를 이루게 되어 비로소 1세대 3주택 이상 보유자가 된 자로 하여금 혼인의 날로부터 적절한 기간 내에 보유 주택 수를 줄일 수 있도록 하고 그 경과규정 내에 주택을 양도하는 경우에는 혼인 전의 주택 수에 따라 양도소득세를 정하는 등의 조정조항을 두지 않은 것이 헌법 제36조 제1항에 따른 혼인의 자유를 침해하고 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배된다는 이 사건 위헌결정의 취지와는 달리, 모든 1세대 3주택 이상 보유자에 대한 중과세가 불가능하게 되는 부당한 결과를 야기하게 될 것이다.

또한, 이 사건 법률조항에 의한 혼인의 자유가 침해되는 것을 막고 혼인에 따른 차별금지를 방지하기 위하여 과세의 예외조항이나 조정장치가 헌법적으로 요청된다고 하더라도 이와 같이 위헌적인 규정을 구체적으로 어떠한 내용으로 합헌적으로 조정할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 특히 일률적·장기적으로 다수 국민을 대상으로 하는 세법규정에 있어서는 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 주어 충분한 사회적인 합의를 거쳐 위헌적인 문제점을 해결하도록 하는 것이 타당하다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271, 1300-1301; 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 판례집 20-2하, 1, 75-76 참조).

따라서 이 사건 심판대상 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하기로 하는바, 입법자는 되도록 이른 시일 내에, 늦어도 2013. 6. 30.까지는 새로운 입법을 마련하여야 할 것이고, 이 사건 소득세법 제104조 제1항 제4호는 위와 같이 새로운 입법에 의하여 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 할 것이다.

한편, 이 사건 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3 규정은 이미 개정되어 효력을 상실하고 있지만, 당해 사건과 관련하여서는 여전히 그 효력을 유

지하고 있다고 할 것인바, 위 규정의 계속 적용을 명하는 경우에는 그에 대한 위헌성 판단의 효력이 당해 사건에 미치지 못할 염려가 있으므로, 위 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3 규정의 경우 당해 사건과 관련하여 그 적용을 중지하고, 현행 소득세법 규정이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236, 256-257 참조).

#### 4. 결론

그렇다면 이 사건 심판대상 조항은 헌법에 합치되지 아니하므로 헌법불합치결정을 선고하기로 하고, 그 중 구 소득세법 제104조 제1항 제2호의3에 대하여는 결정과 동시에 적용 중지를 명하고, 소득세법 제104조 제1항 제4호에 대하여는 2013. 6. 30.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

#### 5. 결정의 의의

이 사건 결정은 1세대 3주택 이상에 해당하는 주택 소유자의 양도소득세 중과 규정 중 세율 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 재산권을 침해하지는 않는다는 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2009헌바67 결정(판례집 22-2하, 101, 113-117)의 입장을 확인하면서도, 한편으로 혼인으로 인하여 새로이 1세대 3주택 이상에 해당하는 자를 위한 아무런 경과규정을 두지 않은 점에 있어서는 헌법 제36조 제1항이 정하고 있는 혼인에 따른 차별금지원칙에 위배되거나 혼인의 자유를 침해한다고 선언함으로써 조세제도와 혼인제도의 갈등관계에 있어 어떻게 양자를 조화시켜 나가는 것이 헌법적 가치에 부합하는지에 관한 설시를 하였다는 점에서 선례로서의 가치가 있다고 하겠다.



## 형사소송법 제262조 제4항 위헌확인 등

- 재정신청 기각결정에 대한 불복 불허 등 -  
(헌재 2011. 11. 24. 2008헌마578 등, 판례집 23-2하, 455)

### 이 일 염\*

#### 【판시사항】

1. 재정신청사건의 심리를 비공개원칙으로 규정한 형사소송법 제262조 제3항 및 재정신청사건의 심리 중 관련 서류 및 증거물의 열람 또는 등사를 불허한 같은 법 제262조의2 본문이 재정신청인인 청구인들의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 형사소송법 제262조 제4항 전문의 ‘불복’에 같은 법 제415조의 ‘재항고’가 포함되는 것으로 해석할 경우, 같은 법 제262조 제4항 전문 중 재정신청 기각결정에 관한 부분(이하 ‘기각결정에 관한 불복불허규정’이라 한다)이 재정신청인인 청구인들의 재판청구권 및 평등권을 침해하는지 여부(적극)

#### 【심판대상】 1)

- 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제262조(심리와 결정)
- ③ 재정신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 아니한다.
  - ④ 제2항의 결정에 대하여는 불복할 수 없다. 제2항 제1호의 결정이 확정된 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.

---

\* 서울동부지방법원 판사, 전 헌법연구관

- 1) 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제260조 제4항, 제262조 제2항 제1호도 심판대상이었으나, 그에 대한 심판청구가 부적법함을 이유로 각하되어 그 위헌 여부에 관한 본안 판단으로 나아가지 못하였으므로 위 법률규정에 대한 부분은 본 해설에서 제외한다.

제262조의2(재정신청사건 기록의 열람·등사 제한) 재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다. 다만, 법원은 제 262조 제2항 후단의 증거조사과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2008헌마578 사건

청구인 이○길은 장○구 등 3인을 업무상배임 혐의로 고소하였고, 이에 대하여 부산지방검찰청 검사가 혐의 없음의 불기소처분을 하자, 검찰 항고를 거쳐 2008. 4. 28. 부산고등법원에 재정신청을 하였는데(부산고등법원 2008초재265), 위 법원은 2008. 7. 24. 위 신청이 이유 없다면서 이를 기각하였다.

그러자 위 청구인은 2008. 9. 19. 재정결정에 대하여 불복할 수 없도록 규정하고 있는 형사소송법(이하 ‘법’이라 한다) 제262조 제4항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 2009헌마41 사건

청구인 서○호는 김○봉을 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’위반(배임) 등의 혐의로 고소하였고, 이에 대하여 서울중앙지방검찰청 검사가 횡령 혐의부분만을 기소하고 나머지 부분에 대해서는 혐의 없음의 불기소처분을 하자, 검찰 항고를 거쳐 2008. 9. 18. 서울고등법원에 재정신청을 하였는데(서울고등법원 2008초재2093), 위 법원은 2008. 10. 8. 위 청구인이 재정신청서에 재정신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 재정신청을 이유 있게 하는 사유를 기재하지 않아 법률의 방식에 위배되어 부적법할 뿐 아니라 검사의 불기소처분이 정당한 것으로 수긍할 수 있다면서 위 신청을 기각하였다.

위 청구인은 2008. 10. 10. 그 기각결정문을 송달받은 후, 2008. 10. 15. 위 법원에 재항고장을 제출하였으나, 위 법원은 2008. 10. 22. 재항고 제기기간 3일이 도과되었다는 이유로 재항고를 기각하였다.



그러자 위 청구인은 2009. 1. 20. 재정신청서에 신청이유를 기재하도록 규정하고 있는 법 제260조 제4항, 재정신청이 법률상의 방식에 위배된 경우 재정신청을 기각하도록 규정하고 있는 법 제262조 제2항 제1호, 재정신청사건의 심리를 비공개로 하도록 규정하고 있는 법 제262조 제3항, 재정결정에 대하여 불복하지 못하도록 규정하고 있는 법 제262조 제4항 전문, 재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 등의 열람 또는 등사를 제한하고 있는 법 제262조의2 본문에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 다. 2009헌마98 사건

청구인 송○화는 신○세 등 2인을 사기 혐의로 고소하였고, 이에 대하여 서울중앙지방검찰청 검사가 혐의 없음의 불기소처분을 하자, 검찰 항고를 거쳐 2008. 10. 6. 서울고등법원에 재정신청을 하였는데(서울고등법원 2008초재 2158), 위 법원은 2009. 1. 6. 위 신청이 이유 없다면서 이를 기각하였다.

그러자 위 청구인은 2009. 2. 19. 법 제260조 제4항, 제262조 제2항 제1호, 제262조 제3항, 법 제262조 제4항 전문 및 제262조의2 본문에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

#### 가. 청구인들의 주장 요지

(1) 법 제262조 제3항은 재정신청사건의 심리를 공개하지 않도록 하고, 법 제262조의2 본문은 재정신청사건의 심리 중에 관련 서류 및 증거물의 열람·등사를 할 수 없도록 하여 재정신청인인 청구인들의 재판청구권을 침해하고 있다.

(2) 법 제262조 제4항 중 재정신청 기각결정에 대한 불복을 불허하는 부분은 재정신청이 기각되었을 때 대법원에 재항고하거나 헌법재판소에 헌법소원심판청구를 할 수 없도록 하여 재정신청인인 청구인들의 재판청구권 및 평등권을 침해하고 있다.

## 나. 법무부장관의 의견 요지

(1) 법 제262조 제3항이 재정신청사건의 심리를 공개하지 않도록 하고, 법 제262조의2 본문이 재정신청사건의 심리 중에 관련 서류 및 증거물의 열람·등사를 할 수 없도록 하는 것은, 재정신청절차가 검찰의 불기소처분의 당부에 대한 재심리절차로서 실질적으로는 수사에 준하는 절차라는 점, 피의자의 비밀 및 사생활을 보호할 필요가 있다는 점, 재정신청절차가 민사소송의 증거확보 수단으로 남용될 우려가 큰 점 등을 고려하면 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있고, 공개재판을 전적으로 배제하거나, 열람·등사를 모두 금지하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때 최소한의 제한이라고 할 것이며, 피의자의 사생활의 비밀 보장과 재정신청이 악용되는 것을 방지하려는 공익이 청구인이 입는 사익보다 크다고 할 것이므로 법익균형성을 상실하지 않았다.

(2) 법 제262조 제4항 중 재정신청 기각결정에 대한 불복을 불허하는 부분은 대법원의 업무부담을 경감하고 법률관계를 조속히 확정하며, 형사사건의 당사자와 이해관계인의 법적 안정성의 조화를 도모하려는 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 어떤 사건에 대하여 상소를 허용할 것인지 여부는 기본적으로 입법정책에 불과한 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 상소를 허용하지 않는다고 하더라도 그것이 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없고, 더군다나 재정신청의 경우에는 지방검찰청의 자체심사, 고등검찰청의 심사와 고등법원의 재정심리라는 사실상의 3단계의 심사를 거치므로, 그것에 대해 다시 상소를 허용할 필요성이 있다고 볼 수 없는 점을 고려하면 그러한 제한은 적절하고 침해의 최소성에 반하지 않으며, 법익균형성을 유지하고 있다.

### 【결정요지】

가. 법 제262조 제3항이 재정신청사건의 심리를 비공개원칙으로 하고 법 제262조의2 본문이 재정신청사건의 심리 중 관련 서류 및 증거물의 열람 또는 등사를 불허하는 것은 피의자의 사생활 침해, 수사의 비밀 저해 및 민사사건에 악용하기 위한 재정신청의 남발 등을 막기 위한 것으로 그 입법목적

의 합리성이 인정되고, 법 제262조 제3항은 특별한 사정이 있는 경우 심리를 공개할 수 있도록 하고 있고, 법 제262조의2 단서는 재정신청사건을 심리하는 법원이 그 증거조사과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있도록 규정하고 있는바, 법 제262조 제3항과 제262조의2 본문은 입법재량 행사의 합리성이 인정되므로 재정신청인인 청구인들의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

나. 재정신청 기각결정에 대하여 형사소송법 제415조의 재항고를 금지하는 것은 대법원에 명령·규칙 또는 처분의 위헌·위법 심사권한을 부여하여 법령해석의 통일성을 기하고자 하는 헌법 제107조 제2항의 취지에 반할 뿐 아니라, 헌법재판소법에 의하여 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되어 있는 상황에서 재정신청인의 재판청구권을 지나치게 제약하는 것이 된다. 그리고 법 제415조는 법 제402조와 달리 아무런 예외를 두지 않은 채 이른바 법령위반을 이유로 즉시항고할 수 있다고 규정하고 있고, 소액사건심판법 제3조 제1호, ‘상고심절차에 관한 특례법’ 제4조 제1항에서 처분이나 원심판결의 헌법위반이나 법률위반 여부가 문제되는 경우 대법원의 판단을 받도록 규정하고 있는 것과 비교할 때, 처분(불기소처분)의 헌법위반 여부나 위법·부당 여부에 관한 법원의 결정인 재정신청 기각결정에 대하여 이른바 법령위반을 이유로 한 재항고를 허용하지 아니하는 것은 재정신청 기각결정의 법적 성격에도 부합하지 않으며, 민사소송법은 재항고(제442조)뿐만 아니라 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여 이른바 법령위반을 이유로 대법원에 특별항고를 할 수 있도록 하고 있다(제449조). 비교법적으로도 일본 형사소송법은 항고재판소의 결정에 대하여는 항고할 수 없지만, 항고재판소의 결정에 대하여 헌법위반이나 헌법해석의 잘못을 이유로 하여 특별항고를 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 사정들을 고려할 때, 법 제262조 제4항의 “불복할 수 없다”는 부분은, 재정신청 기각결정에 대한 ‘불복’에 법 제415조의 ‘재항고’가 포함되는 것으로 해석하는 한, 재정신청인인 청구인들의 재판청구권을 침해하고, 또 법 제415조의 재항고가 허용되는 고등법원의 여타 결정을 받은 사람에 비하여 합리적 이유 없이 재정신청인을 차별취급함으로써 청구인들의 평등권을 침해한다.

## 법 제262조 제4항 중 재정신청 기각결정에 대한 불복을 불허하는 부분에 대한 재판관 박한철의 반대의견

법 제262조 제4항의 “불복할 수 없다”는 부분은, 입법자의 의사, ‘불복’이라는 표현에 대한 문언해석의 한계, 불복불허규정과 법 제415조의 우열관계, 형사소송법의 규정 방식 등을 고려할 때, 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 허용하지 않는다고 보아야 한다.

그리고 재정신청에 대한 재판의 성격, 재정결정이 있기까지의 과정과 재정신청사건의 관할, 재정신청의 대상이 된 대다수의 무고한 피의자의 지위불안을 신속히 해소할 필요성, 법 제415조의 재항고를 허용할 경우 발생할 대법원의 업무부담 증가와 피의자의 불안정한 지위의 장기화, 독일의 경우에도 재정결정에 대한 불복이 허용되지 아니하는 점, 헌법 제107조는 헌법재판소와 대법원 사이에 권한을 분장하는 규정으로 기각결정에 대한 재항고를 불허한다고 하여 위 헌법규정의 취지에 반한다고 볼 수 없는 점 등을 고려할 때, 법 제262조 제4항의 “불복할 수 없다.”는 부분이 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 허용하지 않는다고 하여 합리적인 이유 없이 재정신청인인 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한한다거나, 법 제415조의 재항고가 허용되는 고등법원의 여타 결정을 받은 사람에 비하여 재정신청인을 불합리하게 차별취급함으로써 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

### 【해 설】

#### 1. 재정신청제도 개관

##### 가. 재정신청제도의 의의

재정신청제도는 고소사건 및 일정한 범위의 고발사건에 관하여 검사의 불기소처분이 있는 경우 고소인 또는 고발인이 이에 불복하여 재정신청을 하면 법원은 신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각하고, 신청이 이유 있는 때에는 사건에 대한 공소제기를 결정하는 제도이다.

## 나. 재정신청절차

### (1) 신청권자 및 신청의 대상

모든 고소인은 대상범죄에 제한 없이 재정신청을 할 수 있고, 고발인은 형법 제123조 내지 제125조의 범죄에 대하여 재정신청을 할 수 있다(법 제260조 제1항).

### (2) 검찰항고전치주의

원칙적으로 재정신청을 하려면 검찰청법 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다(법 제260조 제2항 본문). 다만, ① 항고 이후 재기수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 경우, ② 항고 신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우, ③ 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우에는 곧바로 재정신청을 할 수 있다(법 제260조 제2항 단서).

### (3) 신청기간 및 신청방식

재정신청을 하려는 자는 항고기각 결정을 통지받은 날 또는 위 검찰항고전치주의 예외 사유가 발생한 날부터 10일 이내에 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 재정신청서를 제출하여야 한다(법 제260조 제3항 본문). 다만 위 검찰항고전치주의 ③항의 경우에는 공소시효 만료일 전날까지 재정신청서를 제출할 수 있다(법 제260조 제3항 단서).

재정신청서에는 재정신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 재정신청을 이유 있게 하는 사유를 기재하여야 한다(법 제260조 제4항).

### (4) 관할법원

재정신청사건의 관할법원은 불기소처분을 한 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원이다(법 제260조 제1항).

### (5) 지방검찰청 검사장 등의 처리

재정신청서를 제출받은 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재정신청서를 제

출받은 날부터 7일 이내에 재정신청서·의견서·수사 관련 서류 및 증거물을 관할 고등검찰청을 경유하여 관할 고등법원에 송부하여야 한다(법 제261조 본문).

#### (6) 피의자 및 재정신청인에 대한 통지

법원은 재정신청서를 송부받은 때부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하여야 하고(법 제262조 제1항), 재정신청인에게도 그 사유를 통지하여야 한다(형사소송규칙 제120조).

### 다. 재정신청사건의 심리

#### (1) 심리기간

법원은 재정신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 결정한다(법 제262조 제2항).

#### (2) 심리방식

법원은 항고의 절차에 준하여 재정신청사건을 심리하여 결정한다(법 제262조 제2항). 따라서 재정신청사건의 심리에는 서면심리가 허용되고 구두변론을 요하지 않는다.

재정신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 않는다(법 제262조 제3항).

#### (3) 재정신청사건 기록의 열람·등사 제한

재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없고(법 제262조의2 본문), 다만 법원의 증거조사과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있다(같은 조 단서).

### 라. 재정결정

재정신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 결정으로 신청을 기각한다(법 제262조 제2항 제1호). 기각결정이 확정된 사건에 대하여는

다른 중요한 증거를 새로 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다(같은 조 제4항 후문).

재정신청이 이유 있는 때에는 법원은 사건에 대한 공소제기를 결정한다(같은 조 제2항 제2호).

법원이 재정결정을 한 때에는 즉시 그 정본을 재정신청인·피의자와 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 송부하여야 하고(같은 조 제5항), 공소제기결정에 따른 재정결정서를 송부받은 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 지체 없이 담당 검사를 지정하고 지정받은 검사는 공소를 제기하여야 한다(같은 조 제6항).

#### 마. 재정결정에 대한 불복

현행 형사소송법은 재정결정에 대하여는 “불복할 수 없다”고 규정하고 있다(법 제262조 제4항 전문).

위 규정은 재정결정에 대하여 “항고할 수 없다”는 구 형사소송법의 규정에서 개정된 것인데, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 재정신청 기각결정에 대한 형사소송법 제415조가 정한 재항고까지 금지하는 것인지 여부는 명백하지 않다.

### 2. 제한되는 기본권

형사피해자로 하여금 자신이 피해자인 범죄에 대한 형사재판절차에 접근할 가능성을 제한하는 것은 동시에 그의 재판청구권을 제한하는 것이 될 수 있으며, 재정신청제도는 검사의 불기소처분이 자의적인 경우 형사피해자의 재판절차진술권을 보장하기 위해 마련된 별개의 사법절차로서, 이 역시 불기소처분의 당부를 심사하는 법원의 ‘재판절차’이고 형사피해자는 재정신청이라는 재판청구를 할 수 있는 것이므로, 재정신청을 비롯하여 그 심리의 공개 및 재정결정에 대한 불복 등에 대한 제한은 재판청구권의 행사에 대한 제한이 될 수 있다(헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1하, 900, 907 참조).

그러므로 법 제262조 제3항이 재정신청사건의 심리를 비공개원칙으로 하는 것, 법 제262조 제4항 전문 중 재정신청 기각결정에 관한 부분이 재정신청 기각결정에 대한 불복을 금지하는 것, 그리고 법 제262조의2 본문이 재정

신청사건의 심리 중에 관련 서류 등의 열람·등사를 금지하고 있는 것은 재정신청인의 재판청구권의 행사에 대한 제한이 된다.

또, 법 제262조 제4항 전문 중 재정신청 기각결정에 관한 부분이 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고까지 허용하지 않는 것이라고 본다면 법 제415조의 재항고가 허용되는 고등법원의 여타 결정을 받은 사람에 비하여 재정신청인을 차별취급하여 평등권을 제한하는 것도 된다.

### 3. 재판청구권 침해 여부에 관한 심사기준

우리 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 어떠한 방법으로 어느 범위에서 그 남용을 통제할 것인가 하는 문제 역시 기본적으로 입법자의 재량에 속하는 입법정책의 문제이다. 그러므로 입법자가 재정신청제도를 두면서 그 범위를 제한하는 경우에도 그 제한이 현저하게 불합리하게 설정되지 않는 한 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다(헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1하, 900, 907). 이 사건들에 있어서 재정신청사건의 심리의 공개를 제한하는 법 제262조 제3항, 재정신청 기각결정에 대한 불복을 금지하는 법 제262조 제4항 전문 중 재정신청 기각결정에 관한 부분, 그리고 재정신청사건의 심리 중에 관련 서류 등의 열람·등사를 금지하는 법 제262조의2 본문은 재정신청에 대한 재판에 있어서 재정신청인의 재판청구권의 행사를 제한하는 것이지만, 그 구체적인 내용을 정하는 데에는 입법형성의 자유가 있다고 할 것이다.

따라서 위 각 법률규정이 재판청구권을 침해하는지 여부는 그 구체적인 형성에 관한 합리적인 입법재량을 일탈하였는지를 기준으로 판단하면 될 것이다.

### 4. 법 제262조 제3항 및 제262조의2 본문이 재판청구권을 침해하는지 여부

법 제262조 제3항과 제262조의2는 형사소송법이 2007. 6. 1. 법률 제8496



호로 개정되면서 새로이 규정된 것으로서, 법 제262조 제3항이 재정신청사건의 심리를 비공개원칙으로 하는 것은 심리의 보안을 유지하여 적정한 재정결정이 이루어지게 하고 무죄추정을 받는 관련자의 사생활 침해를 방지할 수 있도록 하기 위함이며, 법 제262조의2 본문이 재정신청사건 기록의 열람·등사를 금지하는 것은 민사소송 제출용 증거서류를 확보하려는 목적으로 재정신청을 남용하는 사태를 방지하기 위함이다.

재정법원의 심리는 기소여부 결정을 위하여 행하여지는 수사에 준하는 성격을 일부 가지고 있으며, 검찰이 불기소 판단을 내린 사건에 대한 재심리 절차인 점을 고려할 때 비밀을 보장하고 피의자를 더욱 보호할 필요가 있는데, 재정신청사건의 심리를 공개하고 관련 서류 및 증거물에 대한 열람·등사를 제한 없이 허용한다면 피의자의 사생활이 침해되고, 수사의 비밀을 해칠 우려가 있으며, 민사사건에 악용하기 위하여 재정신청을 남발하는 문제 등이 발생할 수 있는바, 위 각 법률규정은 이를 방지하기 위한 것으로 그 입법목적의 합리성이 인정된다.

뿐만 아니라 법 제262조 제3항은 특별한 사정이 있는 경우에는 심리를 공개할 수 있도록 하고 있고, 법 제262조의2 단서는 재정신청사건을 심리하는 법원이 그 증거조사과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 위 각 법률규정은 합리적인 입법재량의 한계를 일탈하지 않았으므로 이로 인하여 청구인 서○호, 송○화의 재판청구권이 침해된다고 볼 수 없다.

5. 법 제262조 제4항 전문 중 재정신청 기각결정에 관한 부분(이하 ‘기각결정에 대한 불복불허규정’이라 한다)이 기본권을 침해하는지 여부

#### 가. 입법 연혁

형사소송법은 제정 당시 법 제262조 제2항 전단에서 ‘재정결정에 대하여는 항고할 수 없고’라고 규정하였는데(이하 ‘항고불허규정’이라 한다), 항고불허규정은 형사소송법이 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되면서 법 제262조

제4항 전문으로 옮겨져 ‘재정결정에 대하여는 불복할 수 없다.’라고 변경되었다(이하 ‘불복불허규정’이라 한다).

## 나. 개정 경위<sup>2)</sup>

2005년 사법제도개혁추진위원회가 성안한 형사소송법 개정의 정부안은 위대법원 판례의 취지에 따라 재정신청 기각결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 즉시항고를 할 수 있고, 심판회부결정에 대하여는 불복할 수 없으며, 재정신청사건의 관할법원을 지방법원으로 하는 것이었다.

그런데 국회법제사법위원회에서 재정결정의 성질을 종래의 ‘심판에 회부하는 결정’에서 ‘기소를 강제하는 결정’으로 변경하고, 이러한 내용의 수정안을 성안하는 과정에서 재정신청 기각결정에 대해서까지 불복을 허용하면 고소가 남발하는 상황에서 피의자의 지위가 장기간 불안정해지고 향후 대법원 판례도 변경될 가능성을 배제할 수 없다는 분석이 제시되어, 즉시항고권이 삭제되고 모든 재정결정에 대하여 불복할 수 없는 것으로 변경되었으며, 재정신청사건의 관할법원도 고등법원으로 변경되었다.

국회의 형사소송법 개정법률안 심의과정에서 재정신청 기각결정에 대해서는 법 제415조의 재항고를 허용하자는 논의가 있었지만, 고소가 남발되는 상황에서 재정신청 기각결정에 대하여 불복을 허용하면 피의자의 지위가 장기간 불안정해지고 향후 대법원 판례도 변경될 가능성을 배제할 수 없다고 하여 모든 재정결정에 대하여 일체의 불복을 금지하도록 하였다.

## 다. 항고불허규정에 관한 대법원 판례 및 헌법재판소 결정

(1) 대법원은 1965. 5. 12.자 64도38 전원합의체 결정에서 ‘항고불허규정은 형사소송법 제415조의 개정<sup>3)</sup>으로 변경되었다 할 것이므로 재정결정에 대하

2) 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사(2011), 398면, 신양균, 형사소송법 제·개정자료집(하), 한국형사정책연구원, 1654-1746면, 형사소송법 개정법률 해설, 법원행정처(2007), 59면 및 65면.

3) 구 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정되고 1963. 12. 13. 법률 제1500호로 개정되기 전의 것) 제415조는 ‘재항고의 금지와 특별항고’라는 표제하에 ‘항고법원

여는 그것이 헌법이나 법률에 위반되는 것임을 이유로 재항고할 수 있다.’라고 판시하였고, 1967. 7. 13.자 67모38결정에서도 ‘재정신청을 기각한 원결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있는 것이다.’라고 판시하였으며, 1997. 11. 20.자 96모119 전원합의체 결정에서 ‘헌법 제107조 제2항과 형사소송법 제415조의 규정의 취지에 비추어 볼 때 재정신청 기각결정에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에는 대법원의 최종적 심사를 받기 위하여 재항고를 할 수 있으나, 심판회부결정에 잘못이 있는 때에는 그 결정을 통하여 심판에 회부된 본안사건 자체의 재판을 통하여 대법원의 최종적인 판단을 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 그에 대한 재항고를 허용할 수 없다.’라고 판시하여 심판회부결정에 대하여는 재항고를 할 수 없다고 판례 변경을 하였고, 2002. 4. 10.자 2001모193결정에서는 ‘헌법 제107조 제2항에 의하여 사법적 처분인 재판에 대하여도 그것이 헌법이나 법률에 위반되는 여부에 관하여는 최종적으로 대법원의 심사를 받을 수 있다고 해석하여야 할 것이므로, 1963. 12. 13. 형사소송법 제415조의 개정으로 같은 법 제262조 제1항의 결정에 대하여도 그것이 헌법이나 법률에 위반되는 것임을 이유로 하는 이상 재항고 할 수 있다고 할 것이고, 그 한도에서 같은 법 제262조 제2항은 변경된 것으로 보아야 한다.’라고 판시하였다.

(2) 헌법재판소는 1996. 10. 31. 94헌바3 결정(판례집 8-2, 466)에서 항고불허규정은 형사소송법 제415조에서 도출되는 원칙을 재확인하는 규정에 불과하여 재항고가 아니라 보통항고를 금지하고 있는 것으로 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

---

또는 고등법원의 결정에 대하여는 항고를 하지 못한다.’라고 규정하고 예외적인 경우에 한하여 지방법원본원합의부가 항고법원인 것은 고등법원에 즉시항고를 할 수 있고 기타 법원에 즉시 항고를 할 수 있도록 규정하고 있었는데, 1963. 12. 13. 법률 제1500호로 개정되면서 ‘재항고’라는 표제하에 ‘항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다.’라고 변경되었다.

## 라. 불복불허규정이 재항고를 허용하는지 여부

### (1) 문제의 소재

앞서 본 바와 같이 종래 항고불허규정과 관련하여, 대법원 판례는 재정신청 기각결정에 대하여 재항고가 허용된다고 하였고, 헌법재판소도 재정신청 기각결정에 대하여 형사소송법 제415조에 의한 법령위반을 이유로 하는 재항고는 허용된다는 입장을 취하고 있었는데, 2007년 형사소송법 개정을 통하여 고등법원의 재정결정에 대한 항고불허규정이 불복불허규정으로 개정되었다.

그러나 불복불허규정은 항고불허규정에서의 ‘항고’라는 용어를 ‘불복’이라는 용어로 바꾸어 놓은 것에 불과할 뿐이어서 위 규정이 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고 외에 법 제415조의 재항고까지 불허하는 것인지에 관하여 학자들 사이에 견해가 대립하고 있고, 대법원은 재정신청 기각결정 중 신청이 법률상의 방식을 준수하였음에도 법원이 방식위배의 신청이라고 잘못 보아 기각결정을 한 경우에는 불복불허규정의 적용이 없다고 판시하였을 뿐(대법원 2011. 2. 1.자 2009모407 결정, 대법원 2011. 2. 28.자 2009모921 결정 등) 불복불허규정이 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고까지 불허하는지에 관하여는 명시적인 입장 표명을 한 적이 없으며, 불복불허규정으로 개정된 이후에도 개정전과 같이 재정신청 기각결정에 대한 재항고사건에서 실체적 판단을 해오고 있다.

### (2) 재항고 허용설

현행 형사소송법하에서도 공소제기결정에 대해서는 재항고가 허용되지 않지만 재정신청 기각결정에 대해서는 형사소송법 제415조의 재항고가 가능하다는 견해<sup>4)</sup>로서 다음과 같은 점을 그 논거로 할 수 있을 것이다.<sup>5)</sup>

4) 백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법(II), 한국사법행정학회(2009), 638면.

5) 서울대 이상원 교수는 2010. 7. 19. 제90차 대법원 형사실무연구회의 지정토론과정에서, 항고불허규정과 불복불허규정의 문언 내용과 취지, 불복불허규정과 형사소송법 제415조의 입법 선후 등에 비추어 볼 때 재정신청 기각결정에 대한 재항고의 전면적인 허용을 인정할 수는 없으나, 재정신청 기각결정에 대한 불복의 전면적인 금지의 재정신청인의 헌법상 재판청구권을 과도하게 제한하여 위헌의 소지가 크므로, 민사소송법 제449조의 특별항고에 해당하는 사유가 있는 경우에는 재정신청 기

- 항고불허규정과 불복불허규정은 ‘항고’와 ‘불복’의 표현상 차이가 있을 뿐 내용상의 본질적인 차이가 없다.
- 형사소송법 제262조 제4항 후문은 ‘재정신청 기각결정이 확정된 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.’고 규정하고 있는데 여기에서 ‘확정’이라는 표현은 재정신청 기각결정에 대하여 재항고로 불복할 수 있음을 전제로 하는 것이다.
- 형사소송법 제415조는 제262조 제4항에 대한 특별규정에 해당하므로 제415조가 우선한다.
- 재정신청 기각결정에 대한 재항고를 허용하여 피해자의 재판청구권 또는 재판절차진술권을 충분히 보장하여야 한다.

### (3) 재항고 불허설

현행 형사소송법하에서는 공소제기결정은 물론 재정신청 기각결정에 대하여도 형사소송법 제415조의 재항고를 할 수 없다는 견해로서 학계의 다수설이며<sup>6)</sup> 그 논거로서 다음과 같은 점을 들 수 있을 것이다.

- 불복불허규정으로의 개정 경위를 보면 입법자의 의사는 재정신청 기각결정이나 공소제기결정을 불문하고 재항고를 비롯한 일체의 불복을 금지하는 데 있는바, 이러한 입법자의 의사는 존중되어야 한다(형사소송법은 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되면서 공소시효의 정지에 관하여 ‘제260조의 규정에 의한 재정신청이 있을 때에는 전조의 재정결정이 있을 때까지 공소시효의 진행을 정지한다.’(제262조의2)에서 ‘제260조에 따른 재정신청이 있으면 제262조에 따른 “재정결정이 확정될 때까지” 공소시효의 진행이 정지된다.’

---

각결정에 대한 재항고가 허용된다고 합헌적으로 법률해석을 하여야 한다고 주장하였는데, 민사소송법 규정을 형사절차에 그대로 준용할 수 있는지 의문이고, 결과적인 면에서 재항고 허용결과 별 차이가 없다.

[참고] 민사소송법 제449조(특별항고) ① 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고를 할 수 있다.

6) 손동권, 형사소송법 개정신편, 세창출판사(2010), 372면; 신동운, 신형사소송법, 법문사(2011), 399면; 이은모, 형사소송법 제2판, 박영사(2011), 397면; 정웅석·백승민, 형사소송법 전정제2판, 대명출판사(2008), 670면.

(제262조의4 제1항)라고 변경하여 고등법원의 재정결정에 대하여 대법원에 재항고로 불복할 수도 있음을 나타내는 듯한 표현을 사용하였으나, 입법자는 형사소송법을 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정하면서 위 규정을 ‘제260조에 따른 재정신청이 있으면 제262조에 따른 “재정결정이 있을 때까지” 공소시효의 진행이 정지된다.’로 환원시켜 재정결정은 재항고가 허용되지 않는 종국적인 것으로 한다는 의사를 다시금 보였다<sup>7)</sup>).

▫ 불복불허규정은 종전과 달리 ‘항고’가 아닌 ‘불복’이라는 표현을 사용하고 있으므로 종전과 같은 해석은 문언해석의 범위를 일탈한 것이 되고, 만약 재항고 불허로 그 위헌성이 의심된다면 그 위헌 여부를 판단할 문제이다.

▫ 형사소송법 제402조는 ‘법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고할 수 있다. 단, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.’라고 규정하고 있고, 제415조는 ‘항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다.’라고 규정하고 있는바, 위 양 조항에 따라 고등법원의 결정인 재정신청 기각결정에 대하여는 어차피 보통항고가 아니라 즉시항고인 재항고로만 불복할 수 있는 것이므로, 결국 불복불허규정 소정의 불복에 재항고가 포함되지 않는다고 해석하면 위 규정은 무의미한 규정이 된다.

▫ 불복불허규정은 형사소송법 제415조에 대한 관계에서 신법의 지위에

7) 이와 달리 형사소송법이 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되면서 재정결정 사건의 소추금지에 관하여 ‘전항 제1호의 결정이 있었던 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.’(제262조 제2항 후단)에서 ‘제2항 제1호의 결정이 확정된 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.’(제262조 제4항 후문)로 변경되어 현재에 이르고 있다.

위와 같이 양자가 서로 상이한 이유는, 위 개정 당시 사법제도개혁추진위원회가 성안한 형사소송법 개정안은 재정신청 기각결정에 대하여 재항고를 허용하였기 때문에 재정결정 사건의 소추 금지 및 공소시효의 정지에 관한 규정들(제262조 제4항 후문 및 제262조의4 제1항)에서 “확정”이라는 표현을 사용하였는데, 입법자들은 심의과정에서 재정신청 기각결정에 대한 재항고를 포함한 모든 불복을 불허하는 것으로 변경하면서 위 규정들에서의 “확정”이라는 표현의 수정을 간과하였다가, 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 형사소송법을 개정하면서 공소시효의 정지에 관한 규정은 불복 불허의 취지에 맞추어 정리하였지만 소추 금지에 관한 규정의 정리는 누락하였기 때문이라고 추측된다.

있고, 제415조는 항고법원 또는 고등법원의 결정 일반에 관한 규정인 반면 불복불허규정은 재정결정에 한정된 규정으로서 특별규정의 관계에 있으므로 불복불허규정이 우선한다.

▫ 형사소송법 제262조의3이 재정신청절차의 비용부담에 관하여 규정하면서 제3항에서 ‘비용부담의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.’라고 규정하고 있는 것에 대비하여 보더라도 불복불허규정은 즉시항고로서의 재항고를 포함한 일체의 불복을 배제하는 의미이다.

## 마. 재판청구권 침해 여부

### (1) 법정의견

#### (가) 쟁점

법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 원칙적으로 항고를 할 수 있으나, 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우에는 항고를 할 수 없는데(법 제402조), 법 제415조가 “항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 법 해석상 고등법원의 결정에 대하여는 보통항고를 할 수 없다(헌재 1996. 10. 31. 94헌바3, 466, 473 참조).

그렇다면 기각결정에 대한 불복불허규정에서의 ‘불복할 수 없다.’는 것은 적어도 법 제415조에서 도출되는 원칙을 재확인하는 의미에서 고등법원의 결정인 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고를 금지한다는 의미를 가짐은 물론 나아가 재정신청 기각결정에 대하여는 법 제415조의 재항고도 허용되지 않는다는 입장을 취할 때에는 법 제415조의 재항고까지 금지한다는 의미를 가지게 된다.

이러한 점을 고려할 때 기각결정에 대한 불복불허규정이 재판청구권을 침해하는지의 문제는 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고를 금지하는 것이 재판청구권을 침해하는지 여부와 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 금지하는 것이 재판청구권을 침해하는지 여부로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

(나) 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고를 금지하는 것이 재판청구권을 침해하는지 여부

1) 무릇 재판이란 사실 확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법원에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면에서 한 차례 심리검토를 받을 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서서는 안 된다. 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다. 그러나 모든 사건에 대하여 똑같이 한 차례 이상 상급법원에서의 심사기회를 제공하는 것이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고 할 수는 없을 것이다. 국가에 따라서는 국민에게 상소심에서 재판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 예도 있으나, 그와 같은 명문규정이 없고 상소문제가 일반 법률에 맡겨져 있는 우리나라의 경우에는 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상소법원의 구성 법원에 의한, 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 단정할 수는 없을 것이고, 모든 사건에 대하여 획일적으로 상소할 수 있게 하느냐 또는 상소의 사유를 어떻게 규정하느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 함이 타당하다.

2) 상소심의 재판을 받을 권리가 헌법상 제한이 불가능한 기본권이라고 할 수는 없기 때문에, 어느 정도까지 상소의 기회를 부여할 것인가 및 상소의 사유를 어떻게 정할 것인가의 문제는 각 사건유형의 성질과 사안의 경중에 따라 입법자가 법률로써 제한할 수 있는 문제이다. 다만 우리나라의 형사소송법이 판결에 대하여는 항소와 상고를, 결정에 대하여는 항고를 각 인정하는 것을 원칙으로 하고 있는 점에 비추어 만일 기각결정에 대한 불복불허규정이 합리적인 이유도 없이 고등법원의 재정신청 기각결정에 대하여 항고를 배제하거나 항고이유를 제한하고 있는 것이라면 이는 재판당사자에 대하여 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이 될 수 있을 것이다.

그러나 재정신청 기각결정 등 고등법원의 결정에 대하여 보통항고를 허용하면 대법원은 사건의 폭주로 인하여 법령해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 제대로 수행할 수 없게 되기 때문에 대법원의 업무부담을 경감하려는 취지와 법률관계를 조속히 확정하고 형사재판제도의 효율성을 제고하



며, 형사사건의 당사자와 이해관계인의 법적 안정성을 조화하려는 목적에서 고등법원의 결정에 대한 보통항고를 금지하는 것이고, 기각결정에 대한 불복 불허규정 역시 같은 취지에서 고등법원의 결정 중 하나인 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고를 금지하는 것이다.

형사소송법은 불필요한 소송지연을 방지하려는 취지에서 법원의 관할 또는 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 원칙적으로 항고를 불허하고 있고(제403조 제1항), 또한 구속적부심사청구에 대한 결정에 대하여도 항고권의 남용으로 인한 수사의 지장, 심사기간의 장기화, 절차의 번잡 등의 이유로 항고를 금지하고 있다(제214조의2 제8항). 따라서 현행 형사소송법에서는 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다는 법 제402조 본문의 규정에도 불구하고 그 예외의 폭이 매우 광범위하므로 실질적으로 보통항고는 예외적인 경우에만 인정된다고 하겠다.

3) 그렇다면, 기각결정에 대한 불복불허규정이 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고를 허용하지 않는 것은 대법원의 부담경감과 법률관계의 신속한 안정 등을 위하여 고등법원의 결정에 대하여 사실오인을 이유로 한 항고를 금지하고 있는 법 제415조의 원칙을 재확인하는 것이므로, 합리적인 이유 없이 재판청구권을 과도하게 제한하거나 그 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다(헌재 1996. 10. 31. 94헌바3, 판례집 8-2, 466, 474-477 참조).

(다) 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 금지하는 것이 재판청구권을 침해하는지 여부

1) 법 제415조는 “항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 재항고의 이유를 제한한 것은 항고법원 또는 고등법원의 모든 결정에 대하여 무제한적으로 재항고를 허용할 경우 야기될 대법원의 업무부담을 경감시킴과 아울러 법령해석의 통일성 확보라는 대법원의 권한을 존중하는 것으로 합리적인 제한이라고 할 수 있고, 기각결정에 대한 불복불허규정이 이와 같은 취지에서 고등법원의 결정 중 하나인 재정신청 기각결정에 대한 재항고를 법 제415조가 정한 사유가 있는 범위 내로 제한하는 것은 역시 합리성을 인정

할 수 있다.

2) 그러나 기각결정에 대한 불복불허규정이 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조 소정의 제한을 넘어 일체의 재항고를 금지하는 것이라고 해석한다면 이는 다음과 같은 이유로 그 합리성을 인정하기 어렵다.

첫째, 헌법 제107조 제2항은 ‘명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 그에 대한 최종적인 심사권한을 가진다.’라고 규정하여 명령·규칙 또는 처분의 위헌·위법 여부에 대한 최종적인 심판권을 대법원의 권한으로 하고 있기 때문에 명령·규칙 또는 처분의 위헌·위법 여부에 관한 하급법원의 재판에 대하여는 반드시 대법원까지 상소할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야만 한다.

따라서 법원이 검사의 불기소처분의 위법·부당 여부를 심사하는 재정신청 절차에서 불기소처분이 위헌·위법인지 여부가 문제된 사건은 반드시 대법원까지 상소할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야만 한다. 그렇지 않고 재정신청 기각결정에 대한 일체의 재항고를 허용하지 않는다면 대법원에 명령·규칙 또는 처분의 위헌·위법 심사권한을 부여하여 법령해석의 통일성을 기하고자 하는 위 헌법규정의 취지에 반할 뿐 아니라, 헌법재판소법에 의하여 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되어 있는 상황에서 재정신청인의 재판청구권을 지나치게 제약하는 것이 된다.

둘째, 법 제415조는 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 헌법·법률·명령 또는 규칙 위반 등 이른바 법령위반을 이유로 하여 즉시항고를 할 수 있다고 하면서 법 제402조와 달리 아무런 예외를 두고 있지 아니할 뿐 아니라, 소액사건심판법 제3조 제1호는 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심 판결이나 결정·명령에 대하여 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반 여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때는 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있도록 하고 있고, 민사소송, 가사소송 및 행정소송의 상고사건에 적용되는 ‘상고심절차에 관한 특례법’의 제4조 제1항은 대법원이 심리를 하지 아니하고 상고를 기각하는 제도를 두면서 원심판결이 헌법에 위반되거나 헌법을 부당하게 해석한 경우와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 경우(같은 항 제1, 2

호)에는 반드시 심리를 하도록 하고 있는바, 재정신청 기각결정 역시 처분(불기소처분)의 헌법위반 여부나 위법·부당 여부에 관한 법원의 결정에 해당함에도 소액사건의 제2심 판결이나 결정·명령 그리고 민사소송, 가사소송 및 행정소송의 상고사건과 달리 이른바 법령위반을 이유로 한 재항고를 허용하지 아니하여 대법원의 심리를 받지 못하게 하는 것은 위와 같은 재정신청 기각결정의 법적 성격에도 부합하지 아니한다.

또, 민사소송법이 항고법원 등의 결정 등에 대하여 재판에 영향을 미친 헌법이나 법령, 규칙 위반을 이유로 드는 때에는 대법원에 재항고를 할 수 있도록 하고 있는(민사소송법 제442조) 외에 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하여 대법원에 특별항고를 할 수 있도록 하고 있는 것(민사소송법 제449조)과 비교하여 보아도, 재정신청 기각결정에 대하여 이른바 법령위반을 이유로 한 재항고를 허용하지 아니하는 것은 재정신청인의 재판청구권을 현저하게 제한하는 것이다.

셋째, 비교법적으로 볼 때, 일본 형사소송법은 제262조 내지 제270조에서 우리나라의 재정신청제도에 준하는 부심판청구제도에 대하여 규정하면서 부심판청구 기각결정에 대한 불복 허용 여부에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않으나 일본최고재판소는 그에 대한 보통항고를 인정하고 있고, 항고재판소의 결정에 대하여는 항고할 수 없지만(일본 형사소송법 제427조), 항고재판소의 결정에 대하여 헌법위반이나 헌법해석의 잘못을 이유로 하여 특별항고를 할 수 있도록 규정하고 있는바(일본 형사소송법 제433조, 제405조 제1호), 이와 비교하여 보면 기각결정에 대한 불복불허규정이 재정신청 기각결정에 대하여 이른바 법령위반을 이유로 한 재항고를 허용하지 않는 것은 재정신청인의 재판청구권 보장을 소홀히 하는 것이다.

#### (라) 소결

따라서 기각결정에 대한 불복불허규정은 그 규정 중 ‘불복’에 법 제415조의 ‘재항고’가 포함되는 것으로 해석하는 한 합리적인 입법재량의 범위를 벗어나 청구인들의 재판청구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

## (2) 재판관 박한철의 반대의견

(가) 기각결정에 대한 불복불허규정이 법 제415조의 재항고를 허용하는지 여부

1) 기각결정에 대한 불복불허규정을 해석함에 있어, 헌법 제107조 제2항과의 관계상 제한적으로 해석하고자 재정신청 기각결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 이른바 법령위반이 있음을 이유로 하는 때에는 법 제415조의 재항고가 허용된다고 보는 입장이 있을 수 있다. 그리고 이러한 해석은 입법부가 제정 또는 개정된 법률규정의 효력을 사법부의 재판작용에 의하여 전면적으로 배제하기보다는 가능한 한 헌법에 합치되도록 해석함으로써 그 효력을 유지함이 바람직하다는 요청에서 나온 헌법합치적 법률해석의 원리에 부합하는 측면이 있다.

그러나 사법부가 입법부의 입법형성권을 존중하여야 한다는 것은 헌법합치적 법률해석의 헌법적 근거인 동시에 한계라고 할 수 있는바, 사법부는 법률규정을 해석함에 있어 헌법합치적 법률해석을 한다는 명목하에 법률의 형식으로 표현된 입법부의 의사를 왜곡하거나 임의로 대체해서는 아니 되고, 문리적 해석의 한계를 넘지 않으면서 신법우선의 원칙 등 법률해석의 원칙을 준수하도록 유의하여야 한다.

2) 먼저, 기각결정에 대한 불복불허규정이 재정신청 기각결정에 대한 보통항고를 허용하지 않음은 이론이 있을 수 없다. 다만, 법 제415조의 재항고까지 불허하는지에 관하여는 이론이 있을 수 있으나, 다음과 같은 점들을 놓고 볼 때 법 제415조의 재항고를 허용하지 않는다고 보아야 하며 무리한 법률해석을 시도하여 법 제415조의 재항고가 허용된다고 보아서는 안 된다.

첫째, 기각결정에 대한 불복불허규정이 포함된 불복불허규정의 개정 경위를 볼 때, 다수의견에서 살펴본 바와 같이 입법자의 의사는 재정신청 기각결정이나 공소제기결정을 불문하고 재항고를 비롯한 일체의 불복을 금지하고자 한 것이었는바, 이러한 입법자의 의사는 존중되어야 한다.

형사소송법은 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되면서 공소시효의 정지에 관하여 “제260조의 규정에 의한 재정신청이 있을 때에는 전 조의 재정결정이 있을 때까지 공소시효의 진행을 정지한다.”(제262조의2)에서 “제260조에

따른 재정신청이 있으면 제262조에 따른 ‘재정결정이 확정될 때까지’ 공소시효의 진행이 정지된다.”(제262조의4 제1항)라고 변경하여 재정결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 할 수 있다고도 볼 수 있는 표현을 사용한 바 있으나, 입법자는 다시 형사소송법을 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정하면서 위 규정을 “제260조에 따른 재정신청이 있으면 제262조에 따른 ‘재정결정이 있을 때까지’ 공소시효의 진행이 정지된다.”로 환원시킴으로써 재정결정은 법 제415조의 재항고가 허용되지 않는 중극적인 것으로 한다는 의사를 명확히 밝히고 있다.

둘째, 현행 불복불허규정은 개정 전 항고불허규정과 달리 ‘항고’가 아니라 ‘불복’이라는 표현을 사용하고 있고, ‘불복할 수 없다’의 의미는 결국 ‘어떠한 방식에 의하든지 다룰 수 없다’라고 할 것인바, 그럼에도 불구하고 불복불허의 의미를 종전의 항고불허에 대한 해석과 같이 본다면 이는 문언해석의 범위를 명백히 벗어나게 된다.

셋째, 불복불허규정은 법 제415조에 대한 관계에서 나중에 개정된 규정으로서 신법과 유사한 지위에 있고, 법 제415조는 항고법원 또는 고등법원의 결정 일반에 관한 규정인 반면 불복불허규정은 재정결정에 한정된 규정으로서 법 제415조에 대한 특별규정의 지위에 있으므로 불복불허규정이 법 제415조에 우선한다고 보아야 한다.

넷째, 법 제262조의3이 재정신청절차의 비용부담에 관하여 규정하면서 제3항에서 ‘비용부담의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.’라고 하여 재정신청절차에서 불복이 허용되는 경우 이를 명시하고 있는 것에 대비하여 보더라도 그러한 규정을 두고 있지 아니한 불복불허규정은 즉시항고로서의 재항고를 포함한 일체의 불복을 배제하는 의미로 보아야 한다.

(나) 기각결정에 대한 불복불허규정이 재판청구권을 침해하는지 여부

현행 재정신청제도는 검사의 불기소처분에 대한 통제의 성격과 피해자 구제의 성격을 아울러 가지는데, 재정신청에 대한 재판은 피고인의 유·무죄를 판단하여 국가형벌권을 확정하는 일반 형사재판과 달리 검사의 불기소처분이 위법·부당한지 여부를 판단하는 특수한 절차라고 할 수 있다. 다만 법원이 직권으로 나서서 이를 판단할 수 없는 관계로 신청권자를 고소인과 일부

고발인으로 하고 있을 뿐이라는 점에 비추어 보면, 재정신청절차가 재정신청 기각결정에 대한 재정신청인의 불복이 당연히 보장되어야 할 성질의 재판절차라고 할 수 없다.

또 피해자 구제에 있어서도 재정결정이 있기까지 지방검찰청의 자체심사, 고등검찰청의 항고심사, 법원의 재정심리 등 세 번의 판단이 행해지고, 재정신청사건의 관할이 고등법원으로 되어 보다 신중한 심리가 이루어지는 등 피해자인 고소인 보호를 위한 충실한 제도적 장치가 마련되어 있으므로, 재정신청절차를 통한 검사의 불기소처분에 대한 사법적 통제가 고등법원에 의한 재정결정만으로는 부족하다거나 재정신청 기각결정에 대한 불복이 반드시 허용되어야 한다고 하기도 어렵다.

뿐만 아니라 재정신청절차는 불기소처분과 공소제기 사이에서 공소제기 여부를 결정하는 중간적인 절차로서, 검찰의 항고까지 거쳐 불기소가 타당하다는 결정이 내려진 사건에 대한 재심사라는 점과 재정신청사건에 대하여 종국적으로 유죄가 선고되는 비율이 매우 낮은 점을 고려한다면, 재정신청 기각결정에 대하여 재항고 등의 불복을 허용하지 아니함으로써 재정신청의 대상이 된 대다수의 무고한 피의자의 지위 불안을 신속히 해소할 필요성이 크다.

그리고 형사소송법이 개정되면서 재정신청의 대상이 형법 제123조 내지 제125조의 죄에 대한 고소 또는 고발사건에서의 검사의 불기소처분에서 모든 고소사건과 형법 제123조 내지 제125조의 죄에 대한 고발사건에서의 검사의 불기소처분으로 확대된 만큼, 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고를 허용하면, 대법원은 재항고사건의 폭주로 인하여 통상적인 사건 처리의 역량이 그만큼 저하되고, 피의자로서는 장기간 불안정한 지위에 놓여 있어야만 한다.

비교법적으로도 우리나라와 마찬가지로 기소강제절차를 채택하고 있는 독일의 경우 고소인의 재정신청에 대한 재판은 주상급법원(Oberlandesgericht)의 단심으로 되어 있고 그 재정결정에 대하여는 불복이 허용되지 아니한다.

한편, 다수의견은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가

진다.”라고 규정하고 있는 헌법 제107조 제2항을 재정신청인에게 재정신청 기각결정에 대하여 법 제415조의 재항고권을 반드시 허용하여야 한다는 근거규정으로 보고 있으나, 헌법 제107조는 법률에 대한 위헌심사권과 명령·규칙·처분의 최종적인 위헌·위법심사권을 헌법재판소와 대법원에 각 분장하는 규정에 불과하며, 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙·처분의 최종적인 위헌·위법심사권을 대법원에 부여하고 있다고 하여 명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 전제가 되는 모든 재판에 대하여 대법원에의 불복이 반드시 허용되어야만 하는 것으로 보아야 하는 것은 아니다.

그렇다면 기각결정에 대한 불복불허규정이 합리적인 이유 없이 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하는 위헌적인 규정이라고 볼 수 없다.

## 바. 평등권의 침해 여부

### (1) 법정의견

기각결정에 대한 불복불허규정이 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고를 금지하는 것에 더하여 법 제415조의 재항고까지 허용하지 않는 것이라고 해석한다면, 기각결정에 대한 불복불허규정은 앞서 본 바와 같이 헌법 제107조 제2항의 취지에 반할 뿐 아니라 다른 법률에서 하급심의 결정에 대하여 처분의 이른바 법령위반에 대한 판단이 부당한 때에는 대법원에 재항고를 할 수 있도록 하거나 대법원의 심리를 받을 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 법 제415조의 재항고가 허용되는 고등법원의 여타 결정을 받은 사람과 비교하여 합리적 이유 없이 재정신청인을 차별취급하여 청구인들의 평등권을 침해하는 것이 된다.

### (2) 재판관 박한철의 반대의견

기각결정에 대한 불복불허규정은 재정신청 기각결정에 대하여 보통항고 외에 법 제415조의 재항고까지 금지하고 있어 법 제415조의 재항고가 허용되는 고등법원의 여타 결정을 받은 사람과 비교하여 볼 때 재정신청인을 차별취급하고 있으나, 앞서 본 바와 같이 재정신청제도가 검사의 불기소처분이 위법·부당한지 여부를 판단하는 특수한 절차라는 점을 비롯하여 재정결정을

하기까지의 세 차례에 이르는 판단 과정 및 대다수 무고한 피의자의 지위 불안을 신속히 해소시킬 필요성 등을 고려할 때, 이러한 차별취급은 합리적인 이유가 있다고 인정할 수 있으므로 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정은 형사소송법이 개정되면서 새로이 규정된 것으로서 재정신청절차 중 심리의 비공개원칙을 규정하고 있는 법 제262조 제3항과 재정신청사건의 심리 중에 관련 서류 및 증거물의 열람·등사를 할 수 없도록 하고 있는 법 제262조의2 본문에 대한 최초의 헌법재판소 결정으로서 위 각 법률규정이 재정신청인의 재판청구권을 침해하지 않음을 밝혔다.

또한 이 사건 결정은 항고불허규정에서 개정된 불복불허규정에 대한 최초의 헌법재판소 결정으로서 그 불복불허의 범위가 재항고에까지 미치는 경우 재정신청인의 재판청구권과 평등권을 충실하게 보장하지 못함을 밝혔다.



## 구 병역법 제41조 제3항 등 위헌확인

- 편입취소된 산업기능요원이 편입취소 전에 1년 이상 종사한  
경우에만 복무기간을 단축하도록 하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2011. 11. 24. 2010헌마746, 판례집 23-2하, 527)

이 승 엽\*

### 【판시사항】

산업기능요원 편입되어 1년 이상 종사하다가 편입이 취소되어 입영하는 사람의 경우 복무기간을 단축할 수 있다고 규정한 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제41조 제4항의 산업기능요원에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 중 ‘1년 이상’ 부분이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 법률조항은 1년 이상을 종사한 산업기능요원만 복무기간 단축의 대상이 되게끔 규정하고 있는바, 이로써 1년 미만을 종사한 산업기능요원을 배제한 것이 위헌인지 여부가 문제되는 것이므로 1년 미만 종사자를 제외하게 되는 근거인 이 사건 법률조항의 ‘1년 이상’ 부분을 심판의 대상으로 삼아 위헌 여부를 살펴본다. 이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같다.

병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제41조(전문연구요원과 산업기능요원의 편입취소 및 의무부과) ④ 전문연구요원이나 산업기능요원으로 편입되어 1년 이상 종사하다가 제1항에 따라 편입이 취소되어 입영하는 사람에 대하여는 대통령령으로 정하는 기준에 따라 복무기간을 단축할 수 있다.

---

\* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

### 【사건의 개요】

1. 청구인은 2001. 9. 12. 서울지방병무청장으로부터 현역병입영대상자처분을 받은 후, 정보처리산업기사 자격증을 취득하고 산업기능요원으로 편입되어 지정업체에서 의무종사기간 동안 종사하여 복무만료처분을 받았다. 그런데 서울지방병무청장은 청구인이 산업기능요원 편입 당시의 해당분야에 종사하지 아니하였다는 등의 이유로 2007. 9. 20. 청구인에 대하여 산업기능요원 복무만료처분 및 산업기능요원 편입처분을 각 취소한 후, 2007. 10. 17. 현역병입영통지처분을 하였다.

2. 이에 청구인은 위 병무청장을 상대로 위 각 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 2008. 12. 17. 청구기각판결을 받았고, 이에 대한 항소와 상고도 각 기각되어(서울고등법원 2009누210, 대법원 2010두12194) 위 판결은 확정되었다. 그러자 청구인은 2010. 11. 1. 현역병으로 육군훈련소에 입영한 후 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

### 【결정요지】

복무기간단축의 대상자에 관하여 ‘1년 이상 종사한 자’로 한정된 이 사건 법률조항은 당시 시행령에서 정하고 있던 복무기간단축을 반영한 것일 뿐 이와 같이 한정된 특별한 이유를 찾아볼 수 없고, 산업기능요원제도의 취지나 복무형태의 특수성을 고려하더라도 이를 정당화할 만한 어떠한 이유도 찾을 수 없다. 그 뿐만 아니라, 현역병이나 공익근무요원 중 행정관서요원은 기왕의 복무기간을 모두 인정해주고 있고, 공익 분야에서의 복무의무를 부과받아 현역복무가 아닌 형태의 복무를 함에도 병역의무의 이행으로 인정받는다는 점과 편입시에 정해진 해당분야에 종사하지 아니한 경우에는 편입취소되어 현역병 내지 공익근무요원으로 복무할 의무를 부과받게 된다는 점에서 산업기능요원과 본질적 동일성을 가지고 있는 다른 보충역의 경우에도 기왕의 복무기간의 장단을 불문하고 ‘현역병 내지 행정관서요원의 의무복무기간/종전의 의무복무기간’의 비율에 따른 기간을 이미 복무한 것으로 인정받도록 하고 있다. 이러한 점을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항이 기왕의 복무기간 인정 여부에 관하여 1년 미만을 종사하다가 편입취소된 산업기능요원만 다

른 병역의무자들과 달리 취급하는 것은 합리적 이유 없는 차별취급으로서 청구인의 평등권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 적법요건

#### 가. 직접성

이 사건 법률조항은 ‘복무기간을 단축할 수 있다’고 하여 그 단축 여부가 재량행위인 것처럼 규정하고 있고, 복무기간 단축의 기준에 관하여 대통령령에서 정하도록 함으로써 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있다. 그러나 이 사건 법률조항 자체에서 복무기간 단축의 대상이 되는지 여부에 관하여 ‘1년 이상’이라는 요건을 정하고 있어 재량에 의한 복무기간 단축 처분의 대상이 될 여지가 있는지 여부는 이 사건 법률조항에 의하여 정해지고, 하위규범에 위임한 것은 단지 그 단축 처분을 하는 경우의 단축기간에 관한 기준일 뿐이다. 따라서 청구인과 같이 1년 미만의 기간을 종사한 자를 복무기간 단축의 대상에서 배제하는 것 자체는 다른 행정처분이 개입할 여지 없이 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 내용에 따른 것이라고 할 수 있으므로 그 부분에 관하여는 직접성을 인정할 수 있다.

#### 나. 청구기간

##### (1) 편입취소처분시(2007. 9. 20.)라는 의견

이 사건 법률조항은 ‘산업기능요원으로 편입되어 1년 이상 종사하다가 ... 편입이 취소되어 입영하는 사람’에 대한 규율이다. 병역법 제41조 제3항에서 산업기능요원의 편입이 취소된 경우에는 편입 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하거나 공익근무요원으로 소집된다고 규정하고 있으므로 위 조항의 ‘입영하는 사람’ 부분은 편입취소의 효과일 뿐, 편입취소와 별개의 독자적 요건이라고 볼 수 없다<sup>1)</sup>. 이러한 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의

1) 위 조항에서 ‘입영’ 부분을 빼고 적용하더라도 그 부분이 있는 경우와 완전히 같은 결론에 도달한다.

요건은 ‘편입취소처분’과 ‘1년 이상의 종사’라고 할 수 있고, 위 요건이 모두 충족되어 이 사건 법률조항의 적용 여부가 결정되는 시기는 편입취소처분시기가 된다.

(2) 대법원 판결 선고시(2010. 9. 30.)라는 의견

청구인의 복무기간 문제는 편입취소처분이 취소되지 않는 것으로 확정되는 경우에 비로소 문제되는 것이므로, 청구인에 대한 편입취소처분의 확정여부는 청구인에 대한 복무기간의 선결문제가 된다. 이 사건에서 청구인이 편입취소처분의 취소를 구하는 소를 제기하여 확정되기 전까지는 청구인이 현역병으로 복무하게 될 것이 분명하지 아니한 상황이었으므로 패소판결이 확정되어 청구인이 현역병으로 복무할 것이 확정된 시기 즉, 대법원 판결 선고시에 비로소 복무기간이 문제되어 이 사건 법률조항이 적용된다고 보아야 한다.

(3) 청구인의 입영시(2010. 11. 1.)라는 의견

이 사건 법률조항은 ‘... 편입이 취소되어 입영하는 사람에 대하여는 ... 복무기간을 단축할 수 있다’라고 규정하여 그 형식상 그 적용을 위한 요건을 편입취소처분과 해당자의 입영으로 정하고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 위 두 가지 요건이 모두 충족된 시기인 청구인의 실제 입영시에 비로소 위 조항이 적용되게 된다고 보아야 한다. 그리고 현역병으로 입영하는 사람은 실제 입영시의 법률에 따른 기간을 복무하게 될 것인바, 편입취소처분과 실제 입영 사이에는 상당한 기간이 있을 수 있고, 그 사이에 규율이 변경될 가능성도 없지 않으므로 편입취소처분이 있었다는 사정만으로 복무기간이 당장 문제되는 상황에 처해 있어 그 시기의 법률조항의 적용이 있다고 보기는 어렵다. 게다가 병역법 시행령도 현역병에 대한 복무기간단축에 관하여 각 군 참모총장이 단축하도록 규정(제92조 제3항)하여 이를 입영 후에 비로소 결정될 문제로 정하고 있다.

(4) 입영 후 잔여기간을 복무하고도 전역명령을 받지 못한 때라는 의견

이 사건 법률조항에서 정하고 있는 내용은 기복무기간을 인정하여 복무기간이 단축되는지 여부에 관한 것인바, 위 조항에 의한 청구인의 불이익은 복무기간이 단축되지 않아 이미 복무한 기간에 해당하는 부분까지 현역병으로 다시 중복하여 복무함으로써 발생하는 것이다. 따라서 현역병으로서 기복무기간을 중복하여 복무하기 시작할 때 즉, 청구인이 현역병으로 입영하여 기복무기간을 제외한 잔여기간을 모두 복무한 시점<sup>2)</sup>에 비로소 구체적이고 현실적인 기본권 침해상황을 맞게 된다<sup>3)</sup>.

(5) 검토

위 (1)의 의견에 서면, 이 사건 심판청구는 이미 청구기간을 초과하였다. 그러나 이 의견에 의하면, 편입취소처분에 대하여 행정소송으로 다투는 당사자로 하여금 그 패소를 전제하여 복무기간조항의 위헌 여부를 다투어야 한다고 요구하는 셈이 되고, 병역법령을 숙지하고 있지 못한 사람의 경우 편입취소처분만으로 복무기간까지 법정된다는 사정을 모를 수도 있다는 점에서 이 사건 법률조항의 위헌성을 다툴 기회를 상당히 제약한다는 문제가 있다.

위 (2)의 의견은 일정한 형의 선고를 받는 경우에 당연퇴직하게 되거나 피선거권을 상실하게 되는 조항에 관한 헌법재판소의 선례를 근거로 하는 것인바, 그와 같은 선례의 경우는 일정한 형의 선고가 적용의 요건이 되는

2) 산업기능요원과 현역병은 복무기간이 다르므로 산업기능요원의 기복무기간을 비율적으로 인정한 기간으로 보게 될 것이다. 산업기능요원은 2년 10월, 현역병은 2년을 복무하게 되므로 산업기능요원으로 복무한 3개월은 현역병으로서의 약 2.11월(24월/34월×3월)로 환산될 것인바, 청구인으로서 이 부분의 복무기간이 단축되어야 한다고 기대할 수 있을 것이므로 이 부분까지 복무하게 되는 경우 즉, 1년 9.89월을 복무한 후 전역명령을 받지 못하여 계속 복무하게 됨으로써 중복된 부분의 복무가 시작되는 시점이 기본권 침해시기라는 것이다.

3) 우리 재판소는 출생으로 이중국적을 가진 자가 보충역 복무를 마친 경우 2년 이내에 하나의 국적을 선택하여야 하고 그렇지 않을 경우 대한민국 국적을 상실하도록 한 구 국적법에 대한 헌법소원사건에서 보충역 복무를 마치는 순간 국적선택의 법적 강제가 발생하므로 그 시기가 청구기간의 기산점이 된다고 판단하였는바, 그 사건의 반대의견(재판관 목영준, 재판관 송두환)은 2년의 숙려기간이 지나 대한민국 국적을 상실할 위험에 처해질 때 비로소 구체적이고 현실적인 기본권 침해가 발생한다고 보았다(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마1183, 판례집 21-2하, 609, 616).

것인데 반해 이 사건의 경우 판결의 선고 자체가 요건이 되지 않는다는 점에서 차이가 있다. 그리고 위 의견에 따르자면, 편입취소처분을 다룬 사람과 그렇지 않은 사람 사이에 청구기간 기산점이 달라지는 문제가 있다.

위 (4)의 의견은 자신에게 적용된 법률조항의 위헌 여부를 다룰 기회를 오랫동안 보장한다는 의미가 있을 수 있으나, 그 근거로 삼은 선례에서도 이러한 의견은 재판관 2인의 소수의견일 뿐이었다.

헌법재판소는 이 사건에서 위 (3)의 의견에 따랐다. 참고로 수형자의 선거권 제한에 관한 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1462, 판례집 21-2하, 327 결정에서 재판관 5인의 위헌의견은 그 제한의 요건이 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니하였을 것이었음에도 그 성격은 당해 선거에서의 선거권을 제한하는 것이므로 그 법률조항에 의한 선거권 등 기본권의 침해는 그 시행 후 청구인이 이에 해당되는 사유가 발생하였을 때 즉, 선거일에 비로소 이루어진다고 판단한 바 있다. 이 사건에서도 그 제한의 요건은 편입취소처분이라고 하더라도 그 성격은 입영시의 복무기간을 정하는 것이므로 입영시에야 비로써 기본권 침해의 구체적인 사유가 발생하므로 그 시기에 비로소 청구기간이 기산된다고 본 것이다<sup>4)</sup>.

## 2. 산업기능요원 제도의 연혁과 취지 및 편입취소시의 복무기간

### 가. 산업기능요원 제도의 연혁과 취지

특수한 기술분야에 종사하는 병역의무자로 하여금 보충역으로 편입하여 현역병 입영 대신 그 기술분야에 종사할 수 있는 기회를 제공하는 제도는 1973. 3. 3. 법률 제2562호로 제정된 병역의무의특례규제에관한법률에서 최초로 도입되었다<sup>5)</sup>. 그 후 위 특례법이 폐지되면서 1983. 12. 31. 법률 제3696

4) 이 부분은 언제의 법률조항이 적용되느냐의 문제와도 결합되어 있어 심판대상확정에도 영향을 미치는 것이었다. 이 부분에서 입영시를 청구기간의 기산점을 삼음에 따라 그 시기에 적용되던 이 사건 법률조항을 심판대상으로 삼았다.

5) 그 대상은 한국과학원 학생, 군수업체나 연구기관에 종사하는 기술사나 기능사, 국가기능검정에 합격하거나 면허가 있는 자로서 공업·수산·해운계의 산업체에 근무하는 자, 특기자선발위원회가 선발한 학술·예능·체능특기자였고, 이들은 그 전문분야에서 5년(한국과학원 학생은 3년)을 종사한 때에는 현역복무를 마친 것으로 보았다.

호로 전부개정된 병역법에 특례보충역이라는 명칭으로 규정되었다가, 다시 1989. 12. 30. 법률 제4156호로 병역법이 개정되면서 병역법에서는 삭제되고 같은 날 법률 제4157호로 제정된 병역의무의특례규제에관한법률에 특례보충역 중 기능요원이라는 명칭으로 포함되었다. 그러다가 다시 위 특례법이 폐지되면서 1993. 12. 31. 법률 제4685호로 다시 전부개정된 병역법에 현재와 같은 산업기능요원이라는 명칭으로 규정되었고, 그 후로 현재까지 그 틀을 유지하고 있다<sup>6)</sup>.

이는 군 필요인원 충원에 지장이 없는 범위 내에서 병역자원을 제조·생산인력으로 활용하여 국가산업의 육성·발전과 경쟁력 제고를 도모하기 위한 목적에 기한 제도이므로<sup>7)</sup> 편입 시부터 일정한 기술자격이나 면허를 가지고 있을 것을 요구하고(병역법 제38조, 이하 ‘법’이라고 하고, 병역법 시행령은 ‘령’이라고 한다), 편입 이후에도 그러한 자격·면허의 해당 분야에 종사할 것을 요구하며(법 제39조), 그 분야에 종사하지 아니하는 등의 사유가 있는 때에는 편입을 취소하여 현역병이나 공익근무요원으로 병역의무를 마치도록 하고 있다(법 제41조).

#### 나. 편입취소시의 복무기간

현재는 1년 이상 종사하다가 편입취소된 자는 편입취소사유를 불문하고, 복무기간단축의 대상이 되어 기왕의 종사기간 매 4월마다 현역병이나 공익근무요원으로서의 복무기간이 1월씩 단축되나(령 제92조 제3항), 기왕의 종사기간이 1년에 미치지 못하는 경우에는 현역병이나 공익근무요원으로서의 복무기간 전부를 다시 복무하여야 한다.

위 조항의 연혁은 다음과 같다.

6) 다만, 2007. 2. 5. 국무총리가 발표한 산업기능요원 단계적 폐지안에 따라 2008년부터 편입인원이 감소되기 시작하였고, 2012년부터는 새로 편입되는 인원이 없게 될 예정이다(병무청 홈페이지).

7) 위 법 제정 당시의 제안이유(국회 의안정보시스템). 병무청은 병역자원의 일부를 군 필요인원 충원에 지장이 없는 범위 내에서 국가산업의 육성·발전과 경쟁력 제고를 위하여 연구 또는 제조·생산인력으로 활용하도록 지원하는 제도라고 설명하고 있다(병무청 홈페이지, 병역이행안내).

구 분	복무기간 단축대상 (법 제41조 제4항에 상응)	단축의 내용(령 제92조 제3항 본문에 상응)
병역의무의 특례규제에 관한 법률(1973. 3. 3. 법률 제2562호) <sup>8)</sup>	복무기간 단축 규정 없음(제5조 제1항에서 전문분야에 종사하지 아니한 자를 소집이나 보궐입영 대상으로 할 수 있다고만 규정함).	해당조항 없음.
병역법(1983. 12. 31. 법률 제3696호)	군의 기술병으로 충원되거나 특례업체가 폐업 내지 선정취소되어 현역병으로 입영하는 경우에만 대통령령이 정하는 바에 따라 복무기간 단축 가능(제46조 제2항 단서).	종사기간 <u>매 1년</u> 마다 현역병은 2월, 방위병은 1월씩 단축(제77조 제2항).
병역의무의 특례규제에 관한 법률(1989. 12. 30. 법률 제4157호)	특례업체가 폐업하거나 선정취소된 경우에만 <u>1년 이상</u> 종사한 자를 대통령령에 따라 복무기간 단축 가능(제15조 제2항 단서, 제1항 제4호).	위와 같음(제31조 제2항).
병역법(1993. 12. 31. 법률 제4685호)	지정업체가 폐업하거나 선정취소된 경우에만 <u>1년 이상</u> 종사한 자를 대통령령에 따라 복무기간 단축 가능(제41조 제4항).	종사기간 매 1년마다 3월씩 단축(제92조 제2항).
병역법(1997. 1. 13. 법률 제5454호) → 현재	편입취소사유를 불문하고 <u>1년 이상</u> 종사한 자는 모두 대통령령에 따라 복무기간 단축 가능(제41조 제4항).	종사기간 매 4월마다 1월씩 단축(제92조 제3항).

1983. 12. 31. 법률 제3696호로 개정된 병역법에 따른 시행령에서 최초로 종사기간 단축의 기준을 1년으로 규정한 후, 같은 내용이 법률조항에도 규정되게 되었는바, 그 후 현행 병역법 시행령에서 단축의 기준을 4월로 바꾸었음에도 법률조항에서 정한 기준은 변하지 아니한 채 여전히 1년으로 되어 있다.

### 3. 다른 보충역들의 편입취소시 복무기간에 관한 규정

#### 가. 공익근무요원

공익근무요원 중 예술·체육요원이나 국제협력봉사요원(법 제26조 제1항

8) 시행령의 개정일자과 대통령령 번호는 따로 적시하지 아니한다.



제3호, 제4호)이 해당분야에 종사하지 않은 등의 사유가 있을 때에는 형사처벌을 받게 되는바(법 제89조의2 제1호), 형의 집행이 종료 또는 유예되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 때에는 행정관서요원으로 소집되어 다시 복무하게 되고, 그 경우 복무기간은 “(종전의 의무복무기간 - 복무한 일수) ÷ 종전의 의무복무기간 × 행정관서요원의 의무복무기간”으로 계산되어(령 제66조 제3항) 종래 복무형태에 따른 실제 복무기간을 비율적으로 인정받아 이를 차감한 나머지 기간만을 복무하게 된다.

#### 나. 공중보건의사 · 징병검사전담의사 · 국제협력의사 · 공익법무관 · 공중방역수의사

이러한 보충역들이 편입취소되는 사유는 ① 의사 등 면허의 취소 내지 정지, ② 직무교육명령 불응, ③ 국가공무원법 제33조의 공무원결격사유에 해당되게 된 경우, ④ 통산 8일 이상 근무지역을 이탈하거나 해당분야의 업무에 종사하지 아니한 경우 등<sup>9)</sup>이 있다(법 제35조, 제35조의2, 제35조의3).

위 사유들 중 ① 내지 ③의 경우에는 편입 전의 신분으로 복귀하여 현역병으로 입영하거나 공익근무요원으로 소집하도록 하면서도 종래에는 복무기간에 관하여는 아무런 규정도 두지 아니하여 기복무기간은 전혀 인정받지 못하고 새로이 병역의무를 이행하여야 하는 것으로 해석하였으나, 공중보건의사에 관한 제35조 제3항의 규정에 관하여 우리 재판소가 2010. 7. 29. 2008헌가28 결정으로 헌법불합치결정을 함에 따라 2011. 7. 5. 법률 제10814호로 개정되어 ‘대통령령으로 정하는 기준에 따른 남은 복무기간’만을 복무하도록 변경되었다.

위 사유들 중 ④의 경우에는 형사처벌을 받게 되고(법 제89조의2 제2호 내지 제4호), 1년 6월 이상의 실형을 선고받은 사람을 제외하고는 공익근무요원의 경우와 같이 “(종전의 의무복무기간 - 복무한 일수) ÷ 종전의 의무복무기간 × 행정관서요원의 의무복무기간”의 식으로 계산된 잔여복무기간을 공익근무요원 중 행정관서요원으로 복무하여야 한다(법 제35조 제4항, 제35

9) 국제협력의사의 경우 ‘국제협력요원에 관한 법률’ 제9조에 의하여 소환된 경우, 공익법무관과 공익수의사의 경우 각 근거법률에 의하여 임명되지 못한 경우가 더 있다.

조의2 제4항, 제35조의3 제4항, 령 제70조의2 제3항, 제4항). 종래에는 ④의 사유의 경우에도 앞의 사유와 같이 편입취소되어 편입 전의 신분으로 복귀하여 현역병이나 공익근무요원으로 근무하여야 하고 종래의 복무기간을 전혀 인정받지 아니하는 것으로 규정되어 있다가(공익근무요원도 동일하게 규정되어 있었음) 1994. 12. 31. 법률 제4840호로 병역법이 개정될 때에 현역병 입영기준 미달자인 공익근무요원이 복무이탈을 한 경우에 현역병으로 입영하게 하는 것은 군이 정예인력으로 운영되어야 한다는 면에서 문제가 있다는 지적을 받아<sup>10)</sup> 공익근무요원과 공중보건 의사 등의 보충역들을 현역병으로 입영하지 않기 위하여 ④의 사유를 형사처벌대상으로 포함하고, 잔여복무기간을 공익근무요원으로 복무하도록 개정한 것이다.

#### 다. 산업기능요원과의 차이

앞서 본 바와 같이 산업기능요원의 경우 병역법 시행령 제92조 제3항에 의하여 종사기간이 1년 이상인 경우 4월마다 복무기간 1월을 단축하므로 실제로는 양자 간에 다음과 같은 정도의 차이가 있게 된다.

종사기간	산업기능요원의 복무기간 단축(현행)	공중보건의사의 복무기간 단축	산업기능요원도 같이 적용하는 경우
4월	없음	약 2.89월 <sup>11)</sup>	약 2.82월 <sup>12)</sup>
8월	없음	약 5.78월	약 5.65월
1년	3월	약 8.67월	약 8.47월
1년 4월	4월	약 11.56월	약 11.29월
1년 8월	5월	약 14.44월	약 14.12월
2년	6월	약 17.33월	약 16.94월
2년 4월	7월	약 20.22월	약 19.76월
2년 8월	8월	약 23.11월	약 22.59월

10) 국방부의 원안에는 포함되지 아니하였으나, 국회 국방위원회의 문제지적에 따라 수정안에 아래의 내용들이 포함되었다.

11) 4월에 26월(행정기관요원 의무복무기간)/36월(공중보건의사 의무복무기간)을 곱한 것. 이하에도 같은 방식으로 계산하였다.

12) 4월에 24월(현역병 의무복무기간)/34월(산업기능요원 의무복무기간)을 곱한 것. 이하에도 같은 방식으로 계산하였다.

#### 4. 이 사건 법률조항의 평등권 침해 여부

##### 가. 병역의무 형성 법률의 입법적 한계

우리 헌법은 제39조 제1항에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 규정하여 국가안전보장을 실현하기 위한 중요한 수단으로 국방의 의무를 명문으로 인정하고 있다. 이에 입법자는 국방의 의무를 법률로써 구체적으로 형성할 수 있는바, 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러 가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위 내에서 병역의무를 부과할 수 있으나, 병역의무를 부과하게 되면 그 의무자의 기본권은 여러 가지 면에서(일반적 행동의 자유, 신체의 자유, 거주이전의 자유, 직업의 자유, 양심의 자유 등) 제약을 받으므로, 법률에 의한 병역의무의 형성에도 헌법적 한계가 없다고 할 수 없고 헌법의 일반원칙, 기본권보장의 정신에 의한 한계를 준수하여야 한다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가 28, 판례집 22-2상, 74, 84). 이 사건 법률조항 역시 편입취소된 사람들의 복무기간에 관한 규정의 하나로서 그들에 대한 병역의무 형성에 관계되어 있으므로 위와 같은 헌법적 한계를 준수하여야 한다.

한편 우리 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하여 평등권을 보장하고 있는바, 앞서 본 바와 같이 병역의무를 부과하는 법률 또한 기본권보장의 정신에 의한 헌법상 한계를 갖게 되므로 헌법에 의하여 보장된 평등권을 침해하여서는 아니 된다. 그런데 이 사건 법률조항은 1년 미만을 종사하다가 편입취소된 산업기능요원의 경우는 1년 이상을 종사하다가 편입취소된 산업기능요원은 물론 다른 병역의무자들과 달리 현역병이나 공익근무요원으로서의 복무기간이 전혀 단축되지 않도록 함으로써 그들보다 더 긴 기간을 복무하게 하는바, 이와 같은 차별취급에 합리적인 이유가 인정되지 아니한다면, 이로써 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 것이므로 그 합리적인 이유의 유무를 살펴본다.

**나. 합헌론의 입론 가능성**

이 사건 결정에서는 합헌론이 없었는바, 만약 이를 입론한다면, 산업기능요원이 그 취지에 부합하도록 복무하도록 강제할 수 있을 정도로 위반시의 제재를 둘 필요성이 있다는 현실론이 근거가 될 것이다.

실제로 2010년 보충역 편입취소 현황을 보면, 아래 표에서 보는 바와 같이 편입취소된 산업기능요원의 수는 다른 보충역들에 비하여 월등히 높고, 이 사건의 비교집단인 공중보건 의사 등과 비교해 볼 때 20배 이상이 된다.

구 분	전문 연구요원	산업 기능요원	승선근무 예비역	공중보건 의사 등	예술체육 요원	국제협력 봉사요원
복무인원	7,146	19,375	1,516	6,020	109	230
취소인원	27	1,044	18	15	-	-
%	0.38	5.4	1.2	0.24	0	0

그리고 2010년 산업기능요원 편입취소자의 복무기간별 현황을 보면, 아래 표와 같다.

계	6월 미만	6월 ~ 1년	1년 ~ 2년	2년 이상
1,044명	675	189	140	40
%	64.7	18.1	13.4	3.8

또 다른 보충역들은 공무를 담당하는 기관에 종사하게 되므로 국가의 직접적인 관리·감독하에 있어 해당분야에 종사하였는지 여부가 쉽게 드러날 수 밖에 없다. 그러나 산업기능요원은 대개 사기업체에 근무하게 되므로 국가가 직접적으로 관리·감독할 수 없어 장기간의 해당분야 미종사를 방지하거나 발견하기가 쉽지 않다. 그러한 사유로 산업기능요원이 해당분야에 종사하지 아니하거나 불성실하게 종사하고자 하는 유혹에 빠질 가능성이 더 높다고 할 수 있다.

이러한 사정을 고려하여, 산업기능요원이 단기간에 편입취소되는 경우에는 보다 강한 제재를 가할 필요성이 있다는 현실론도 생각해 볼 수는 있다.

**다. ‘1년 이상’이라는 기준 자체의 합리성 유무**

(1) 최초로 법률에 ‘1년 이상 종사한 자’라는 요건을 규정할 당시 복무기

간단축의 기준은 종사기간 1년이라서 최소한의 종사기간에 관한 요건이 없더라도 1년 미만을 종사한 자는 복무기간을 단축받을 수 없었으므로 그 요건 자체가 큰 의미를 갖지 아니하였다고 볼 수 있다. 그러나 현행 대통령령에서 정하고 있는 복무기간단축의 기준은 기왕의 복무기간 4월이라서 1년 미만의 기간을 종사한 사람이라도 복무기간단축 대상이 될 수 있을 것임에도 '1년 이상 종사한 자'라는 요건에 의하여 그 대상에서 배제되고 있으므로 위 요건 자체의 합리성이 인정되어야 한다.

(2) 최초로 복무기간 단축에 관한 규정을 둔 1983. 12. 31. 법률 제3696호의 병역법 개정은, 기왕에 일정기간 적법한 복무를 하였음에도 이를 전혀 인정하지 아니한 채 현역병이나 공익근무요원으로 복무기간 전부를 다시 복무하게 하는 것은 불합리하다는 고려에서 비롯한 것으로 보인다. 그 후 1989. 12. 30. 법률 제4157호로 제정된 병역의무의특례규제에관한법률에서 '1년 이상 종사한 자'로 한정하는 부분을 추가한 입법취지는 나타나지 아니하지만, 기왕의 종사기간의 장단에 따라 위와 같은 불합리성에 관한 판단이 달라질 것은 아니므로 적어도 종래의 입법에 대한 반성적 고려, 즉 1년 미만을 종사한 자를 적극적으로 배제하려는 의도에 기한 것이라고 보기 어렵고, 단지 당시의 시행령에서 정하고 있던 복무기간단축의 기준상 1년 미만을 종사한 자는 대상이 되지 아니하였기 때문에 동일한 기준을 법률에도 반영한 것으로 보일 뿐이다. 이와 같이 입법연혁이나 입법취지에서는 복무기간단축의 대상을 1년 이상 종사한 자로 한정할 특별한 이유를 찾아 볼 수 없다.

(3) 산업기능요원에게 1년의 종사기간은 병역법상 의무종사기간인 2년 2개월 또는 2년 10개월(법 제39조 제1항 제2호)의 1/3을 넘는 기간이다. 산업기능요원제도의 취지나 복무형태는 다른 병역의무의 이행방법과 비교해 볼 때, 특수성이 있으나, 그러나 그러한 특수성이 1년에 미치지 아니하는 경우에는 기왕의 복무기간 전부를 무효화하여 전혀 복무하지 아니한 사람과 마찬가지로 취급하는 것을 고려하더라도 이를 정당화할 수 있을 정도의 차이라고 할 수는 없다.

(4) 이 사건에서 병무청장은, 퇴사자가 증가하거나 복무가 부실하게 될 우려와 숙련공 양성 등 기업의 안정적 인력활용에 어려움이 있을 수 있다는

사정을 정당화 사유로 들었다.

그러나 산업기능요원은 현역병이나 공익근무요원으로서의 복무 대신 산업기능요원으로서의 복무를 위하여 신청한 사람들이므로 기왕의 복무기간의 전부 또는 일부가 인정되어 현역병이나 공익근무요원으로서의 복무기간이 단축될 수 있다는 이유만으로 조기에 퇴사하여 편입취소되려고 하거나 편입취소를 각오하고 부실하게 복무할 것으로 보이지는 아니한다. 그리고 산업기능요원은 일정한 기술자격이나 면허를 갖춘 자 중 이미 기간산업체 등 지정업체에 근무하고 있는 자 또는 국제적 수준의 기능을 가져 국가이익을 위하여 특히 필요하다고 인정된 사람들을 편입하는 것이라서(법 제38조) 이미 일정한 숙련도를 가지고 있는 자들이 대상으로 될 것이므로 편입 후 1년을 종사하였는지 여부에 따라 숙련도에 큰 차이를 가져올 것으로 보이지 않을 뿐만 아니라, 그러한 정도의 숙련도 차이가 기왕의 복무기간을 무효화할 수 있을 정도로 정당화 사유라고 보기 어렵다.

(5) 따라서 이 사건 법률조항에서 ‘1년 이상 종사한 자’의 요건을 규정함으로써 그 미만의 기간을 종사하고 편입취소된 사람의 경우 기왕의 복무기간이 전혀 인정되지 않도록 하여 차별취급하는 것은 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다.

### 라. 다른 병역의무이행자들과의 비교

(1) 현역병의 경우 징역·금고·구류의 형을 받거나 영창처분을 받은 경우 또는 군무를 이탈한 경우는 그 형의 집행기간, 처분기간 또는 복무이탈기간은 복무기간에 산입하지 아니하나(법 제18조 제3항), 이는 위 기간을 현역병으로서의 적법한 복무기간이라고 볼 수 없기 때문이고, 적법한 복무를 하였음에도 기왕의 복무기간을 인정하지 않는 규정은 없다. 그리고 공익근무요원 중 행정관서요원의 경우에도 해당 분야에 종사하지 아니한 등의 사유로 처벌을 받는 등 복무가 중단되었다가 다시 시작하는 경우에 기왕의 복무기간을 공제한 나머지 기간만을 복무하도록 규정하고 있어(법 제33조 제4항) 기왕의 복무기간을 모두 인정해 주고 있다.

(2) 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 공익근무요원 중 예술·체육요원이나

국제협력봉사요원 및 공중보건 의사·정병검사전담의사·국제협력의사·공익법무관·공중방역수의사의 경우에는 해당 분야에 종사하지 아니한 등의 사유가 있는 경우 기왕의 복무기간에 관하여는 ‘현역병 내지 행정관서요원의 의무복무기간 / 종전의 의무복무기간’의 비율에 따른 기간을 이미 복무한 것으로 인정받도록 하고 있다(법 제33조 제5항, 제35조 제3항, 령 제66조 제5항, 제70조의2 제5항).

(3) 이와 같이 산업기능요원과 전문연구요원을 제외한 다른 병역의무이행자들의 경우에는 복무이탈이나 해당 분야에 종사하지 아니한 경우 등 현재의 신분을 유지할 수 없는 사유가 있더라도 기왕의 적법한 복무기간에 관하여는 그 기간의 장단을 불문하고 이를 전부 또는 의무복무기간의 차이에 따른 비율대로 이미 복무한 것으로 인정해 주고 있다. 산업기능요원의 복무형태가 일반적인 현역병이나 공익근무요원과 다르기는 하나, 병역법에서 이러한 복무형태를 대체복무의 일종으로 규정하고 있는 이상, 산업기능요원으로서의 기왕의 복무는 현역병으로서의 복무나 공익근무요원으로서의 복무는 물론 다른 보충역들의 복무와 마찬가지로 평가되어야 할 것이다. 그러므로 산업기능요원도 보충역의 하나로 인정하면서도, 그 복무의 특징을 들면서 1년 이상 복무하지 아니한 경우에는 기왕의 복무를 무효화할 수 있을 정도로 다른 보충역들과 제도의 목적이나 공익적 기여도에 차이가 있다고 보는 것은 부적절하다. 따라서 산업기능요원의 경우에만 1년 미만의 기간은 인정하지 않을 수 있다는 예외를 두는 것이 정당화될 수는 없다.

게다가 특히 공중보건 의사 등의 보충역들은 현역병으로의 복무라는 원칙적인 병역의무가 아닌 공익 분야에서의 복무의무를 부과받아 현역복무가 아닌 형태의 복무를 함에도 병역의무의 이행으로 인정받는다는 점과 그 편입사유가 된 자격 등이 취소되거나 편입 시에 정해진 해당 분야에 종사하지 아니한 경우는 편입취소되어 현역병 내지 공익근무요원으로 복무할 의무를 부과받게 된다는 점에서 산업기능요원제도와 본질적 동일성을 가지고 있다고 볼 것임에도 이들과도 차별취급을 하는 것은 매우 불공평하다.

(4) 또 예전에는 다른 보충역들의 경우에는 해당분야에 종사하지 아니한 경우 형사처벌을 받는데 반해, 산업기능요원의 경우에는 이러한 처벌조항이

없었다. 그런데 병역법 제89조의2에서 산업기능요원의 경우에도 해당분야에 종사하지 아니한 경우의 처벌조항을 됴에 따라 형사처벌에 대신한 제재라는 의미로서의 정당화 가능성도 사라졌다.

(5) 이 사건에서 병무청장은 공중보건 의사 등의 경우 공익적 기여도와 제도의 목적·복무기관·해당 업무 등에서 산업기능요원과 전혀 다르다고 지적하였다. 그러나, 산업기능요원도 국가산업의 육성·발전과 경쟁력 제고라는 공익적 목적을 위해 둔 제도로서 복무처가 사기업체라는 이유만으로 공익성이 부정될 수는 없는 것인 이상, 공익실현이 간접적이라거나 복무처가 사기업체라는 이유만으로 이와 같은 차별취급이 정당화될 수는 없다.

(6) 따라서 이 사건 복무기간단축조항이 산업기능요원 편입이 취소된 사람을 다른 병역의무이행자들 특히 공중보건 의사 등의 편입이 취소된 사람과 달리 취급하여 1년 미만을 종사한 경우에는 기왕의 종사기간을 인정해 주지 아니함으로써 공중보건 의사 등보다 더 긴 기간 동안 병역의무를 이행하도록 차별취급하는 것은 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

### 마. 부적격 산업기능요원과의 비교

이 사건에서 청구인은 지정업체에 애초부터 근무할 자격이 없거나 근무하지 않은 경우인 ① 대표이사의 4촌 이내 혈족이 거짓으로 진술하거나 자료를 제출하는 등 부정한 방법으로 그 업체에 산업기능요원으로 편입이나 전직한 자(법 제41조 제1항 제1호, 제38조의2), ② 금품 수수 등 부정한 방법으로 편입하거나 전직한 자(법 제41조 제1항 제2호), ③ 의무종사기간을 35세까지 마칠 수 없는 자(법 제41조 제1항 제3호), ④ 기술자격·면허가 취소되거나 정지된 자(법 제41조 제1항 제4호, 제40조 제4호) 등과의 비교를 통한 평등권침해도 주장하였다. 위 주장은 청구인의 경우 해당 분야에는 종사하지 아니하였지만, 지정업체에는 근무한 이상 지정업체에도 근무하지 아니한 위 사람들과는 달리 취급되어야 한다는 주장으로 보인다.

그러나 청구인과 청구인이 지정한 비교집단은 법령에 따른 적법한 기왕의 복무기간 즉, 해당 분야에 종사한 기간을 복무기간으로 인정할 것인지 여부에 관하여는 동일하게 취급되고 있으므로 어떠한 차별취급이 존재한다고 할



수 없다. 또 지정업체에서 해당 분야 외의 분야에 종사한 기간은 적법한 종사기간이 아니라서 그 기간에 차이가 있다고 하더라도 이러한 차이가 복무기간 단축에 관하여 양자를 달리 취급하여야만 하는 차이라고 할 수도 없다.

## 5. 결론

따라서 적법하게 산업기능요원으로 종사하였음에도 ‘1년 이상 종사한 자’로 한정하여 그 미만을 복무한 자의 경우는 기왕의 복무기간을 인정해주지 아니하는 이 사건 법률조항은 그 자체로 합리적이라고 보기 어려운 기준을 설정한 것이고, 다른 병역의무의 이행자들과 합리적 이유 없이 차별취급하고 있는 것이므로 청구인의 평등권을 침해하였다고 판단하였다.

## 6. 결정의 의의

가. 법률조항의 요건에 해당하는 사유가 이미 발생하였더라도 그 법률조항의 성격과 기능을 살펴 실제 적용되어 기본권을 제한하는 작용을 하는 시기에 당해 법률조항의 적용이 있음을 다시 한번 확인함으로써 기본권을 제한받게 된 사람이 미처 의식하지 못한 상태에서 헌법소원의 청구기간이 도과하는 일이 없도록 하였다.

나. 이 사건 결정에서 이 사건 법률조항을 일부 위헌선언함으로써 추가적인 입법적 조치를 기다릴 필요 없이 1년 미만을 종사하다가 편입취소된 사람들도 이 사건 법률조항의 적용대상이 되었고, 이에 따라 기왕에 마친 적법한 종사기간은 일부나마 인정받아 복무기간을 단축받게 되었다.

다. 다른 보충역들의 경우에는 편입취소된 경우에도 기왕의 종사기간을 총 복무기간과의 비율에 따라 인정받음으로써 그 비율에 해당하는 현역병 또는 공익근무요원으로서의 복무기간 단축을 받게 되나, 산업기능요원의 경우 병역법 시행령 제92조 제3항에 따라 다른 보충역들의 단축비율보다는 적게 기왕의 종사기간 매 4월 마다 현역병이나 공익근무요원으로서의 복무기간 1월만을 단축받게 된다. 이 사건 결정의 취지에 따르면, 위 시행령 조항도 적절하지 않아 보일 수 있으나, 위 조항은 심판대상이 아니어서 헌법재판소가 따로 판단한 바 없다.



## 형법 제314조 제1항 등 위헌소원

- 소비자불매운동의 헌법적 보호범위와 그 한계 및  
소비자불매운동을 업무방해죄, 공동정범, 강요죄, 공갈죄로  
처벌하는 것이 소비자보호운동을 보장하고 있는 헌법의 취지에  
반하는 것인지 여부 -

(헌재 2011. 12. 29. 2010헌바54등, 판례집 23-2하, 558)

### 고 일 광\*

#### 【판시사항】

1. 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제314조 제1항 중 ‘제313조의 방법 중 기타 위계로써 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자’ 부분, 제324조 중 ‘협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자’ 부분, 제350조, 형법 제30조가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 헌법이 보장하는 소비자보호운동의 일환으로 행해지는 소비자불매운동이 헌법적 허용한계를 가지는지 여부(적극)
3. 소비자들이 집단적으로 벌이는 소비자불매운동에 위 법률조항들을 적용하는 것이 헌법이 소비자보호운동을 보장하는 취지에 반하는지 여부(소극)

#### 【심판대상】

##### 1. 2010헌바54 사건

- ① 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제314조 제1항 중 ‘제313조의 방법 중 기타 위계로써’ 또는 ‘위력으로써’ 사람의 업무를 방해한 자

---

\* 헌법연구관

부분[이하 ‘이 사건 법률조항 I (업무방해죄)’로 인용한다], ② 형법 제30조[이하 ‘이 사건 법률조항 II (공동정범)’로 인용한다]가 헌법에 위반되는지 여부

## 2. 2010헌바407 사건

① 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제324조 중 ‘협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자’ 부분[이하 ‘이 사건 법률조항 III (강요죄)’로 인용한다], ② 제350조[이하 ‘이 사건 법률조항 IV (공갈죄)’로 인용한다]가 헌법에 위반되는지 여부

## 3. 심판대상조항

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제314조(업무방해) ① 제313조의 방법(허위사실을 유포하거나 기타 위계로써) 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제324조(강요) 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

## 4. 관련조항

헌법 제124조 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.

소비자기본법 제4조(소비자의 기본적 권리) 소비자는 다음 각 호의 기본

적 권리를 가진다.

1. 물품 또는 용역(이하 “물품등”이라 한다)으로 인한 생명·신체 또는 재산에 대한 위해로부터 보호받을 권리
2. 물품등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리
3. 물품등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리
4. 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리
5. 물품등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리
6. 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리
7. 소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리
8. 안전하고 쾌적한 소비생활 환경에서 소비할 권리

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2010헌바54 사건

(1) 청구인들은 광우병 파동으로 시작된 촛불집회에 대하여 부정적으로 보도하는 조선·중앙·동아일보(이하 ‘조중동’이라 한다)의 보도논조에 불만을 품고 2008. 6.경부터 2008. 9.경까지 사이에 인터넷 포털사이트내 카페인 ‘조중동폐간 국민캠페인’(2008. 6. 말경 ‘언론소비자주권국민캠페인’으로 변경됨)을 중심으로 위 카페회원들에게 집단적으로 전화걸기를 하도록 정보를 게시하고 활동을 권유하며 본인도 전화걸기에 직접 참여하는 등의 방식으로 조중동 광고주들에 대한 광고중단압박운동을 전개하였다.

(2) 이에 대하여 청구인들은 조중동 3개 신문사와 조중동에 광고를 실어 오던 8개 광고주들에 대한 업무방해의 공동정범으로 기소되었고, 제1심, 제2심에서 청구인들 중 일부는 유죄, 일부는 무죄 판결을 받았으며, 현재 위 사건은 대법원에 계속되어 있다.

(3) 청구인들은 위 사건이 항소심에 계속중이던 2009. 8. 18. 이 사건 법률조항 I(업무방해죄) 및 이 사건 법률조항 II(공동정범)에 대하여 각 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

## 나. 2010헌바407 사건

(1) 청구인은 2008. 12. 27.부터 언론소비자주권국민캠페인의 대표로 선출된 자로서, 2009. 5. 21. 위 카페 게시판에 조중동에 대한 광고중단압박운동을 우선 한 기업에 집중하여 할 것을 권유한 후, 2009. 6. 8. 13:00경 서울 중구 태평로에 있는 조선일보사 앞에서, 불매운동의 첫 대상기업으로 ○○제약을 선정하고 ○○제약이 조중동에 광고를 중단하거나 한겨레신문, 경향신문에 동등하게 광고를 의뢰할 때까지 불매운동에 들어가겠다는 취지의 기자회견을 하였다. 위 기자회견 이후 실제로 ○○제약에 하루 동안 업무에 지장을 초래할 정도로 많은 항의전화가 걸려오자 ○○제약의 실무관계자는 2009. 6. 8. 17:00경 청구인을 만나 청구인의 요구대로 하겠다고 약속한 후 6. 10. 이를 모두 이행하였다.

(2) 이에 대하여 청구인은 강요 및 공갈 혐의로 기소되어 제1심, 제2심에서 유죄판결을 받았고, 현재 위 사건은 대법원에 계속되어 있다.

(3) 청구인은 위 사건이 항소심에 계속중이던 2010. 8. 16. 이 사건 법률조항 III(강요죄) 및 이 사건 법률조항 IV(공갈죄)에 대하여 각 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각·각하되자, 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌법률심판제청신청기각결정 요지

### 가. 청구인들의 주장 요지

#### (1) 이 사건 법률조항 I(업무방해죄)

(가) ‘위계’, ‘위력’, ‘업무’, ‘방해’ 등의 광범위하거나 모호한 개념을 쓰고 있어서 어떠한 행위가 금지되는지 건전한 상식을 가진 일반인이 알기 힘든 데다가, 특히 ‘위력’의 경우, 폭행·협박과 같은 유형의 행위뿐만 아니라 정치·경제·사회적 지위를 이용하는 무형의 행위도 포함되고 이러한 위력은 반드시 현실적으로 업무에 종사하고 있는 자에게 가하여질 필요도 없으며

범인의 위세, 사람의 수 및 주위의 정황에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기에 족한 세력을 말하는 것으로 해석하는 대법원의 해석에 의하여 '위력'이라는 행위태양이 거의 무제한으로 확대되고 있어, 지나치게 포괄적이고 불명확한 규정으로서 명확성의 원칙에 반한다.

(나) '업무를 방해한 자'를 처벌하는 것이므로, 현실적으로 업무가 방해된 결과가 나타나야 비로소 처벌이 가능할 것이고, 미수범을 처벌하는 조항이 없을 경우 미수범으로 처벌할 수 없음이 명백한데, 대법원 판례에 의하면 '업무를 방해한'이라는 구성요건을 부당하게 확대하여 실제로 업무방해의 결과가 발생하지 않아도 추상적 위험성만 있다면 처벌할 수 있다고 함으로써 근거없이 미수범을 처벌하고 있으므로, 이는 죄형법정주의에 반한다.

(다) 우리나라와 일본을 제외하면 위력에 의한 업무방해를 처벌하는 나라는 없을 뿐만 아니라, 일본은 군국주의 시대에 노동운동 또는 시민운동을 탄압하기 위하여 위력에 의한 업무방해를 처벌하는 조항을 규정한 이후 이를 계속 유지해 오고 있는 것에 불과하므로, 이 사건 법률조항 I의 입법목적은 정당하지 않다.

(라) 소비자가 물품 또는 용역을 제공하거나 판매하는 사업자를 상대로 자신의 소비생활에 영향을 주는 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시키거나 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동하는 행위는 헌법에 의하여 보호되고 있는 소비자의 기본권이므로, 이와 같이 소비자가 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직한 후 자신의 의견을 표명하고 이를 반영시키기 위하여 물품등에 대한 불매운동을 하는 것은 헌법상 보장되는 표현의 자유, 결사의 자유 내지 소비자의 기본권을 행사하는 행위로서 형사처벌의 대상이 될 수 없다. 그러므로 이 사건에서처럼 소비자의 권리를 행사하는 차원에서 조직적으로 이루어진 집단적 전화걸기운동에 관하여 업무방해죄를 적용하여 형사처벌하는 것은 청구인들을 비롯한 소비자에게 헌법상 보장되어 있는 표현의 자유, 결사의 자유 및 소비자 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

(마) 사업자가 물품등에 관한 소비자의 의견을 전화를 통하여 확인하는 업무는 물품등의 품질개선과 사업의 영위를 위하여 상시 필요한 업무이고,

개별 소비자의 의견뿐만 아니라 소비자단체 등 집단화된 소비자들의 의견 역시 청취할 필요가 있으므로, 개별적이든 집단적이든 소비자들이 사업자에게 항의전화를 거는 것은 법령에 의하여 당연히 허용되어야 할 행위라 할 것인데, 그러한 의견표명과정에 폭력의 위협 등 법익침해적인 수단이 들어가 있는 경우만을 규제한다든지 하는 덜 침해적인 규제수단이 얼마든지 존재함에도 불구하고, 항의전화를 거는 것 자체를 업무방해죄로 처벌하여 금지시키는 것은 소비자들이 헌법상 보장된 기본권을 행사함에 있어 가장 기본적이고 본질적인 수단을 규제하는 것에 다름아니어서, 기본권 제한에 있어서의 과잉금지원칙에 위반된다.

## (2) 이 사건 법률조항II(공동정범)

(가) 2인 이상이 ‘공동하여’ 죄를 범한 때란 지나치게 추상적·포괄적인 개념이어서 자신의 행위가 어떠한 경우에 공동정범으로 처벌되는지에 관한 객관적 지침을 주지 못한다. 또한 이를 해석하는 대법원 역시, ‘공동하여’라는 개념에 암묵적·순차적 공모도 가능하다고나 기능적 행위지배가 있는 경우를 포함시킴으로써 실행행위에 가담하지 않은 자에 대하여까지 공동정범으로 의율하여 처벌하고 있으므로, 법관의 자의적 해석마저 가능하다. 따라서 명확성의 원칙에 위배된다.

(나) 인터넷이라는 공간에서는 다양한 의견이 표출되고 불특정 다수인에 의한 ‘공감’과 ‘찬동’이 수없이 일어나고 있으므로 네티즌들 중 누군가가 인터넷 카페에서 범죄행위에 관한 의견을 게시하고 그에 대하여 카페회원으로 댓글을 달고 공감을 표명하는 것은 지극히 정상적인 표현의 자유의 행사에 해당한다. 또한 이 사건 인터넷카페는 범죄행위를 공동의 목적으로 조직된 것도 아니고 인터넷이라는 통신매체를 통하여 의견을 교환하다가 대규모의 네티즌들이 동참하여 자의로 소비자불매운동에 가담하여 결성된 조직이다. 그럼에도, 이러한 의견교환을 조직적으로 가능하도록 한 것에 불과한 청구인들에 대하여, 업무방해행위를 공모한 사실 또는 실행행위에 가담한 사실 여부를 엄격한 증명에 기초한 입증도 없이 단지 카페 운영진이라는 이유만으로, 또는 네티즌들에 대하여 의견을 제시하였다는 이유만으로, 범행에 대



한 순차적·묵시적 공모를 하였고 나아가 네티즌들에게 영향력을 행사하여 범죄실행의 핵심적 경과를 조종·촉진하였다고 인정한 후, 업무방해죄의 공동정범으로 의율한 것은, 이 사건 법률조항Ⅱ를 자의적으로 확대 해석·적용하여 청구인들의 표현의 자유, 결사의 자유를 침해한 것으로서 헌법에 위반된다.

### (3) 이 사건 법률조항Ⅲ(강요죄) 및 이 사건 법률조항Ⅳ(공갈죄)

(가) 이 사건 법률조항Ⅲ(강요죄)의 ‘협박으로’라는 행위유형은 고지되는 해악의 유형이나 고지의 방법 등에 제한을 두고 있지 않아 개인의 정당한 권리행사가 부득이 타인에 대한 해악의 고지를 수반할 수밖에 없는 행위도 광범위하게 포괄할 수 있는 모호한 개념이고, 해악의 고지로 말미암아 ‘타인의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 하는’ 등 타인의 의사결정의 자유를 침해하는 정도도 해악의 대상, 고지의 방법, 해악을 고지하게 된 경위에 따라 매우 다양하므로, 건전한 상식을 가진 일반인으로서 어떠한 행위가 가벌성이 있는 것인지 예견하기가 어려울 뿐만 아니라 법집행기관의 자의적 판단도 배제하기 어렵다. 이 사건 법률조항Ⅳ(공갈죄)의 ‘공갈하여’라는 행위유형 역시 ‘폭행 또는 협박’을 그 개념요소로 하므로 위와 같이 ‘협박’의 개념이 불명확한 이상 ‘공갈’의 개념 역시 모호하고 불명확한 개념이다. 따라서 이 사건 법률조항Ⅲ·Ⅳ는 명확성의 원칙에 반한다.

(나) 소비자가 물품 또는 용역(이하 ‘물품등’이라 한다)을 제공하거나 판매하는 사업자를 상대로 자신의 소비생활에 영향을 주는 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시키거나 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동하는 행위는 헌법에 의하여 보호되고 있는 소비자의 기본권이므로, 이와 같이 소비자가 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직한 후 자신의 의견을 표명하고 이를 반영시키기 위하여 물품등에 대한 불매운동을 하는 것은 헌법상 보장되는 표현의 자유, 결사의 자유 내지 소비자의 기본권을 행사하는 행위로서 형사처벌의 대상이 될 수 없다. 그러므로 이 사건에서처럼 소비자로서의 의견을 집단적으로 표현하는 소비자불매운동에 관하여 강요죄와 공갈죄를 적용하여 처벌하는 이 사건 법률조항Ⅲ·Ⅳ는, 소

비자에게 헌법상 보장되어 있는 표현의 자유, 결사의 자유 및 소비자 기본권의 본질적 내용을 침해하고, 과잉금지원칙에도 반하는 것이므로, 헌법에 위반된다.

## 나. 법원의 기각결정 요지

### (1) 이 사건 법률조항 I (업무방해죄)

(가) 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항이므로, 업무방해죄를 처벌하는 나라가 거의 없고 일본에서도 시민운동, 노동운동을 탄압하기 위해 위력에 의한 업무방해죄를 처벌하는 조항을 두었다는 사정만으로 이 사건 법률조항 I 이 위헌성을 가진다고 볼 수는 없다. 또한, ‘위력’, ‘업무’, ‘방해’ 등의 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 불명확한 개념이라고 볼 수 없어, 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(나) 어떠한 범죄의 구성요건이 침해범이나 아니면 범익침해의 구체적 또는 일반적 위험만을 필요로 하는 위험범이나 하는 문제는 일반법규의 의미와 내용을 밝히는 해석과 적용의 문제로서 위헌여부의 판단대상이 되지 않는다.

(다) 헌법에 의하여 보호되는 표현의 자유, 결사의 자유 및 소비자보호운동의 권리는 절대적인 기본권이 아닐 뿐만 아니라, 업무방해죄를 처벌하는 이 사건 법률조항 I 은 영업활동의 자유와 재산권 보호를 위하여 제정된 것으로서, 소비자가 사업주에 대하여 자신의 의견을 표명하는 행위 및 이에 기하여 집단적으로 전화걸기를 통하여 광고불매운동을 전개하는 모든 행위를 처벌하는 것이 아니라, 정당성이 없고 위법한 행위만을 처벌하는 조항임이 당연하다 할 것이므로, 이들 기본권의 본질적 내용을 침해하거나 과잉금지원칙에 반하여 기본권을 침해하는 것은 아니다.

## (2) 이 사건 법률조항II(공동정범)

(가) 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 모두 충족함으로써 성립하는 것이고, 공동가공의 의사는 비록 전체의 모의과정이 없었다 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합만 있으면 되는 것이며, 공모자 중 일부가 구성요건 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정될 경우에만 이른바 공모공동정범으로서의 책임을 부담시키고 있으므로, 이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 불명확한 개념이라고 볼 수 없다.

(나) 형법 제30조는 공동으로 행한 행위가 범죄에 해당할 때에만 적용되는 것이지 모든 형태의 표현이나 결사에 대하여 공동정범으로 처벌하는 것이 아님은 분명하므로, 이 사건 법률조항II 자체가 표현의 자유, 결사의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다.

## (3) 이 사건 법률조항III(강요죄) 및 이 사건 법률조항IV(공갈죄)

(가) 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다. 이 사건 법률조항III·IV에서 ‘협박’의 구체적 행위요소를 기술하지는 않았으나, 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기에는 충분하고, 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 의미한다고 법원에 의해 일관적으로 해석되고 있어 그 의미가 법관에 의해 명확히 보충되고 있으므로, 명확성원칙에 반하지 않는다.

(나) 이 사건 법률조항III·IV를 소비자보호운동의 일내용인 소비자불매운동에 대하여도 적용하는 것으로 해석·적용하는 한 위헌이라는 주장은 법률

조항 자체를 다투는 것이 아니라 그 법률조항에 대한 법원의 해석을 다투는 것에 불과하여 적법하지 않다.

### **【결정요지】**

#### 1. 명확성원칙 위반 여부

가. 형법 제314조 제1항에서의 ‘위계’란 사람을 속이거나 유혹하거나 사람의 착오·부지를 이용하는 일체의 수단을 의미하고, ‘위력’은 사람의 의사·자유를 제압, 혼란케 할 만한 유형·무형의 일체의 세력을 의미하며, ‘업무’란 사람이 그 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 의미하고, ‘방해’란 업무에 어떤 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 하는 것을 뜻한다.

나. 형법 제30조에서의 ‘2인 이상이 공동하여’란 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기하여 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행한 사실이 필요하다. ‘공동가공의 의사’란 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하고 비록 전체적인 모의과정 없이도 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 성립할 수 있다. ‘기능적 행위지배에 의한 범죄의 공동실행’이란 각자가 기능적·분업적 관점에서 분담한 역할과 실행행위가 범죄의 실현에 본질적 기능을 수행한 것으로서 전체 행위를 함께 지배하였다고 평가될 때 인정된다.

다. 형법 제324조에서의 ‘협박’이란 타인의 생명, 신체, 자유 또는 재산 등에 관하여 상대방으로 하여금 공포심을 일으켜 의사결정에 영향을 주기에 충분한 정도의 해악을 고지하는 행위를 말하고, 고지된 해악의 구체적 내용, 고지된 해악과 상대방과의 관계, 상대방의 성별·연령, 고지 당시의 전후상황 등을 종합적으로 고려하여 인정 여부를 판단한다.

라. 형법 제350조에서의 ‘공갈’이란 폭행 또는 협박을 수단으로 하여 상대방으로 하여금 공포심을 일으켜 의사결정에 영향을 주는 행위를 의미하고, 이 경우 협박은 위 형법 제324조에서의 개념과 동일하게 해석하고 있다.

마. 위 각 법률조항은 그 의미나 해석에 있어 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인으로서 능히 인식할 수 있고 법집행기관이나 법원의 해석에 의하여 합리적으로 보충될 수 있으므로, 명확성원칙에 반하지 아니한다.

2. 소비자보호운동의 일환으로 행해지는 소비자불매운동이 헌법적 허용한계를 가지는지 여부

가. 헌법 제124조는 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.”고 규정하고 있는바, 헌법이 보장하는 소비자보호운동이란 ‘공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 안전하게 구입하거나 사용할 소비자의 제반 권익을 증진할 목적으로 이루어지는 구체적 활동’을 의미한다.

나. 위 소비자보호운동의 일환으로서, 구매력을 무기로 소비자가 자신의 선호를 시장에 실질적으로 반영하려는 시도인 소비자불매운동이란, ‘하나 또는 그 이상의 운동주도세력이 소비자의 권익을 향상시킬 목적으로 개별 소비자들로 하여금 시장에서 특정 상품의 구매를 억지하거나 제3자로 하여금 그렇게 하도록 설득하는 조직화된 행위’를 의미한다. 잠재적으로 소비자가 될 가능성이 있다면 누구나 운동의 주체가 될 수 있고, 불매운동 목표로서의 ‘소비자의 권익’이란 원칙적으로 사업자가 제공하는 물품이나 용역의 소비생활과 관련된 것으로서 상품의 질이나 가격, 유통구조, 안전성 등 시장적 이익에 국한된다고 볼 것이다.

다. 그러나 소비자불매운동은 모든 경우에 있어서 그 정당성이 인정될 수는 없고, 헌법이나 법률의 규정에 비추어 정당하다고 평가되는 범위에 해당하는 경우에만 형사책임이나 민사책임이 면제된다고 할 수 있다. 우선, i) 객관적으로 진실한 사실을 기초로 행해져야 하고, ii) 소비자불매운동에 참여하는 소비자의 의사결정의 자유가 보장되어야 하며, iii) 불매운동을 하는 과정에서 폭행, 협박, 기물파손 등 위법한 수단이 동원되지 않아야 하고, iv) 특히 물품등의 공급자나 사업자 이외의 제3자를 상대로 불매운동을 벌일 경우 그 경위나 과정에서 제3자의 영업의 자유 등 권리를 부당하게 침해하지

않을 것이 요구된다. 이 경우 제3자의 정당한 영업의 자유 기타 권리를 부당하게 제한하거나 위축시키는지 여부는, 불매운동의 취지나 목적, 성격에 비추어 볼 때, 제3자를 불매운동 대상으로 선택해야 할 필요성이 있었는지, 또한 제3자를 대상으로 이루어진 불매운동의 내용과 그 경위 및 정도와 사이에 긴밀한 상관관계가 존재하는지를 기준으로 결정될 수 있을 것이다.

3. 소비자들이 집단적으로 벌이는 소비자불매운동에 이 사건 법률조항들을 적용하는 것이 헌법이 소비자보호운동을 보장하는 취지에 반하는지 여부  
 가. 2인 이상에 의하여 공동으로 이루어지는 집단적 소비자불매운동은 소비자가 그의 주장을 관철하기 위하여 불매운동 대상자의 업무의 정상적인 운영을 저해하는 집단적 행동으로서 ‘위력’의 개념요소인 ‘위세와 인원수’ 요건을 이미 충족하고 있으며, 압력을 가하는 실행행사를 통해 정상적인 업무를 저해한다는 속성상 ‘업무방해’가 야기될 것 역시 불매운동의 행위태양 자체에 내재되어 있으므로, ‘위력에 의한 업무방해죄’의 구성요건을 대부분 충족시킨다. 또한 유사한 이유로 일정 부분 ‘협박’이나 ‘공갈’이 행해졌다고 볼 수 있는 요소도 내재되어 있다. 따라서, 이를 ‘위력에 의한 업무방해죄’, ‘강요죄’, ‘공갈죄’의 구성요건에 해당한다거나 위법한 것으로 판단함에 있어서는 헌법이 위와 같이 소비자보호운동을 보장하고 있는 취지를 충분히 감안하여 신중히 법률을 해석·적용해야 한다.

나. 하지만, 헌법이 보장하는 소비자보호운동에도 위에서 본 바와 같은 헌법적 허용한계가 분명히 존재하는 이상, 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 쟁의행위가 형사책임 및 민사책임을 면할 수 없는 것과 마찬가지로, 헌법과 법률이 보장하고 있는 한계를 넘어선 소비자불매운동 역시 정당성을 결여한 것으로서 정당행위 기타 다른 이유로 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌할 수 있다고 할 것이다. 따라서 집단적으로 이루어진 소비자불매운동 중 정당한 헌법적 허용한계를 벗어나 타인의 업무를 방해하는 결과를 가져오기에 충분한 집단적 행위를 처벌하는 형법 제314조 제1항 중 ‘제313조의 방법 중 기타 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자’ 부분, 형법 제30조 자체는 소비자보호운동을 보장하는 헌법의 취

지에 반하지 않는다.

다. 마찬가지로 이유로, 정당한 헌법적 허용한계를 벗어나 상대방으로 하여금 공포심을 일으켜 의사결정에 영향을 미칠 수 있을 정도의 해악을 고지하여 의무없는 일을 강요하였거나 공갈하여 타인의 재산 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가하기에 충분한 소비자불매운동행위를 처벌하는 형법 제324조 중 ‘협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자’ 부분, 제350조 역시 소비자보호운동을 보장하는 헌법의 취지에 반한다고 할 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건의 쟁점과 문제되는 기본권

#### 가. 명확성원칙 위반 여부

우선 이 사건 법률조항 I(업무방해죄)·II(공동정범)·III(강요죄)·IV(공갈죄)에서 말하는 ‘위력’, ‘업무’, ‘방해’, ‘공동하여’의 개념이 불명확하여 법집행자에 의한 자의적인 해석을 가능하게 하는지가 하나의 쟁점이다.

#### 나. 문제되는 기본권

##### (1) 헌법상 소비자보호운동의 보장취지에 반하는지 여부

이 사건의 청구인들은, ① 인터넷 카페를 통하여 조중동 보수언론에 광고를 싣는 자들에게 광고를 싣지 말도록 카페회원들을 비롯한 네티즌들에게 압박할 것을 권유하고 이에 따라 집단적으로 네티즌들이 전화를 통하여 위와 같은 광고중단행위를 한 일련의 모든 행동이 헌법상 보호되는 소비자보호운동으로서 소비자의 정당한 권리행사에 해당한다고 주장하면서, 이 사건 법률조항들을 청구인들의 위와 같은 행위에 적용하는 것은 헌법이 표현의 자유, 결사의 자유 및 소비자보호운동을 보장하고 있는 정신에 어긋난다는 취지로 주장하고 있다. 또한 ② 이를 전제로, 정당한 표현행위, 소비자보호운동행위 등도 업무방해, 강요, 공갈에 해당할 수 있을 정도로 광범위한 행위유형을 모두 망라하여 처벌하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항들은 위와 같은 청구인들의 기본권을 과잉제한하고 있거나 그 본질적 내용을 제한

하고 있는 것으로서 위헌이라고 주장하고 있다.

위 두 주장 모두 크게 보면 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성을 소비자 보호운동을 보장하고 있는 헌법의 취지와 관련하여 다루고 있으므로, 소비자 보호운동의 일환으로 전개되는 소비자불매운동이 어느 정도로 보호되는지 그 헌법적 보호범위에 관하여 살펴보고, 정당한 소비자불매운동으로 인정되기 위해서 어떠한 요건이 필요한지, 이 사건 법률조항들이 정당한 소비자불매운동의 범위에 속하는 행위들에 적용됨에 있어 헌법적인 한계를 준수하고 있다고 볼 수 있는지가 큰 쟁점이 된다. 소비자불매운동의 헌법적 한계를 논증함에 있어서는 불매운동목표인 사업자가 아닌 그와 거래하는 제3자로서 조중동에 광고를 신고 싶었던 기업들이 누리는 영업의 자유 사이의 기본권 충돌상황도 아울러 고려하게 된다.

한편, 이러한 소비자불매운동 내지 소비자보호운동이 헌법 제124조에 의하여 특별히 보장되어 있는데, 이것이 소비자의 기본권을 규정한 것인지, 제도보장을 규정한 것인지에 관하여는 뒤에서 보는 바와 같이 의견이 나뉘어 진다.

## (2) 표현의 자유, 결사의 자유 침해 여부

문제는 이 사건 법률조항들이 청구인들이 주장하는 바와 같이 표현의 자유, 결사의 자유를 제한하는 법률조항인지 하는 것이다. 이 사건 청구인들은 조중동 광고주들에게 집단적으로 전화걸기를 하면서 “이 기회에 조중동은 아주 보내야 합니다.”, “조중동 폐간만이 우리의 살길입니다.”, “강력한 항의를 표명하고자 일부러 ○○홈페이지에 찾아와 글을 쓰게 되었습니다. 제대로 된 입장표명이 나오지 않을 시 더욱 증폭된 불매운동에 직면할 수 있음을 양지하시기 바랍니다.”, “조중동은 박멸되어야지요. …… 하루 세 번 클릭이 조선을 죽일 수 있습니다. …… 여행사 홈페이지 마비시킵시다.” 등의 표현을 다음 게시판이나 불매운동 대상업체 홈페이지에 게시하거나 팩스로 광고주 업체들에 전달하였는데, 이 사건 법률조항들을 적용하여 당해 사건에서 처벌받음으로써 위 표현행위를 할 자유, 나아가 온라인에서 의견을 모아 집단적 행위를 할 수 있는 결사의 자유를 침해받았다고 볼 수도 있기 때문이다.



그러나, 이는 크게 보면 소비자불매운동 과정에서 이루어지는 의견제시 또는 조직적 활동의 일부라고 할 수 있다. 이 사건 소비자불매운동은 ① 결사행위(인터넷카페 조직), ② 표현행위(전화내용, 홈페이지 글에 게시한 내용), ③ 물리적 실행행위(전화걸기)로 구성되어 있는데, 이 사건 법률조항 I(업무방해죄)은 ①, ②, ③ 각각의 행위가 아니라 [① + ② + ③ = 소비자불매운동행위]를 대상으로 위 행위가 ‘위력에 의한 업무방해행위’라고 평가할 수 있는지를 규범대상으로 하고 있다. 이 사건 법률조항Ⅲ(강요죄)·Ⅳ(공갈죄)의 경우도, ①, ②, ③의 행위가 차례로 이루어진 바탕 위에서, 그 중 강요나 공갈행위로 평가할 수 있는 행위를 규범대상으로 하고 있다. ‘위력에 의한 업무방해행위’, ‘강요’, ‘공갈’은 표현행위나 결사행위로만 구성되는 행위 형식이 아니라, 표현행위나 결사행위를 포함하여 무수한 행위유형들이 ‘업무방해’, ‘강요’, ‘공갈’이라는 평가를 받을 수 있다면 제한없이 그 대상이 될 수 있는 것이므로, 이 사건 법률조항들이 ‘직접’ 표현의 자유나 결사의 자유를 제한하는 구조는 아니다.

결국 이 사건 소비자불매운동이 표현의 자유나 결사의 자유에 의하여 보호되는 행위인지, 따라서 이들에 대한 처벌이 표현의 자유나 결사의 자유를 제한함에 있어 과잉금지원칙에 위반되는지 여부 등은 이 사건 헌법소원심판과 전혀 무관한 쟁점이다. 청구인들이 이 사건 법률조항들에 의하여 침해되었다고 주장하는 표현의 자유, 결사의 자유는, 구체적 사안을 전제로 표현의 자유, 결사의 자유의 보장과 이 사건 법률조항들의 입법목적인 공익을 구체적으로 형량하여 법원이 판단하여야 할 개별 사건에서의 법률의 해석·적용 단계에서 문제될 뿐이다<sup>1)</sup>.

다만, 이 사건 헌법소원심판은 ‘위계 또는 위력으로써 타인의 업무를 방해한 자’, ‘타인을 강요하여 의무없는 일을 하도록 한 자’, ‘타인을 공갈하여 재

1) 헌재 2010. 3. 25. 2009헌가2, 판례집 22-1상, 407, 416에서도, 형법 제185조의 소위 ‘일반교통방해’에 정당한 집회나 시위 중에 도로를 통행함으로써 교통을 방해하는 행위도 포함될 수 있음을 인정하면서도, 위 조항의 금지목적은 ‘교통방해행위’이지 공공도로 등에서의 ‘평화적인 집회 또는 시위’를 제한하고 있지는 않으므로 직접 집회의 자유를 제한하는 것은 아니라고 전제한 후, 위 법률조항의 ‘집회 또는 시위’ 행위에 대한 적용이 집회의 자유를 침해하는지 여부의 문제는 위 법률조항 자체의 위헌성에 대한 것이 아니므로 나아가 판단하지 않는다고 하였던 것이다.

산 또는 재산상 이득을 취한 자'를 처벌하는 형벌규정이 그 의미와 내용이 명확하지 않다는 점, 소비자불매운동에는 위와 같은 업무방해, 강요, 공갈에 해당하는 규범적 평가가 불가피하게 수반된다는 점에 근거하여, 업무방해행위, 강요, 공갈행위로 평가해서는 안되는 소비자불매운동까지도 업무방해죄, 강요죄, 공갈죄의 구성요건에 해당하는 것으로 확대해석되고 있다는 취지로 이 사건 법률조항들 자체의 위헌성을 청구하는 심판이므로, 소비자불매운동이라는 행위유형이 과연 형법상 업무방해죄, 강요죄, 공갈죄의 규범적 비난으로부터 벗어날 수 있는 또는 벗어나야만 하는 성질의 행위 유형인지, 소비자불매운동이 '쟁의행위'와 유사하게 헌법상 독립된 기본권 또는 여하한 형태의 권리로 규정·보호되고 있는지, 그렇다면 한계는 전혀 없는 권리인지를, 헌법상 소비자보호운동을 보장하는 취지에 비추어 검토하면 될 것이다.

## 2. 현행 헌법상 소비자보호운동권 보장의 의의

### 가. 소비자보호의 헌법적 연혁과 입법례

#### (1) 우리 헌법상 연혁

우리나라에서는 1980년헌법(제5공화국헌법)에서 처음으로 소비자보호운동에 관한 규정<sup>2)</sup>을 두게 되었고, 헌법의 규정취지에 따라 1980. 1.경 '소비자보호법'이 제정·공포된 후<sup>3)</sup>, 1980. 12. 31. 소비자의 소비생활에 큰 영향을 미치는 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'이 제정됨으로써 소비자보호에 관한 토대가 조성되었으며, 2006년에는 소비자보호법이 '소비자기본법'으로 전면개정되어(2006. 9. 27. 법률 제7988호), 현재에 이르고 있다.

현행 헌법은 제124조에서 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다”라고만 하여, 소비자의 권익문제를 소비자보호운동의 차원에서 다루고 있을 뿐, 소비자의 권리가 무엇인지를 규정·보장하는 차원에서 다루고

2) 당시는 헌법 제125조였고, 제6공화국헌법(1987. 10. 27. 헌법 제10호로 개정)부터 제124조로 항이 바뀌었다.

3) 사실 '소비자보호법'은 1970년대부터 활발하게 제기된 소비자보호운동의 영향으로 제5공화국헌법에 규정되기 전인 1980. 1. 4. 이미 제정되었으나, 헌법에 명문의 규정을 둔 후인 1982. 9. 13. 대통령령이 제정되어 비로소 제 의미를 갖게 되었다.

있지는 않다. 다만, 이러한 헌법상의 취지에 따라 제정된 ‘소비자기본법’에서 소비자의 기본적 권리를 자세히 규정하고 있다.

소비자의 권리를 말할 때 ‘소비자’란 사업자가 제공하는 물품 또는 용역을 소비생활을 위하여 사용하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자를 의미하므로(소비자기본법 제2조 제1호), 헌법상 소비자의 권리를 언급할 때는 이러한 “소비자가 인간다운 생활을 영위하기 위하여 공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 구입하거나 사용할 수 있는 권리”를 말하는 것으로 정의할 수 있겠다<sup>4)</sup>.

소비자보호에 관한 개념 내지 필요성이 대두된 것은, 현대산업사회가 고도화되고 독점자본주의에 의한 폐해가 서서히 노정되면서 기존의 자유방임주의적 시장경제질서를 수정하여 사회복지·사회정의를 실현하기 위한 국가의 개입이 정당화되어 가던 사회적 시장경제질서의 등장과 그 시기를 같이 한다. 즉, 자유경쟁, 계약의 자유, 재산권의 보장, 영업의 자유를 보장하는 것이 자유경제질서 하에서 필수적이고, 생산의 유일한 목적이라 할 수 있는 소비문제가 경제질서의 큰 축을 차지할 수밖에 없지만, 거대자본 또는 거대사기업의 등장과 더불어 고도의 경제성장·대량생산·대량판매·대량소비 시대를 맞이하게 됨에 따라, 생산물품 또는 용역의 가격이나 품질의 결정, 그 유통구조 등의 결정과정이 지나치게 사업자 중심으로 왜곡되어 소비자들이 사회적 약자의 지위에 처하게 되는 결과 소비자로서 심각한 구조적 피해를 입을 수밖에 없는 상황이 되었던 것이다<sup>5)</sup>.

그래서 이러한 예상되는 소비자의 구조적 피해를 미리 예방하고 충실한 구제를 도모하기 위하여, 거대한 재벌기업들의 횡포로부터 무력한 소비자들의 역량을 사회적으로 결집시킬 수 있는 소비자운동을 최대한 보장·촉진함으로써, 정치적·경제적 관계 속에서 소비자의 권익을 옹호하고 나아가 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통해 균형있는 국민경제의 성장을 도모할 수 있도록(헌법 제119조 제2항), 소비자의 권리에

4) 권영성, 「헌법학원론」(2010), 583쪽.

5) 이러한 소비자의 ‘구조적 피해’가 갖는 현대적 특징으로는, ① 피해발생의 보편성, ② 피해의 광범성, ③ 피해원인규명의 곤란성, ④ 거래당사자지위의 불평등성, ⑤ 피해의 심각성 등을 들 수 있다. 권영성, 위의 책, 584쪽.

관한 헌법적 보호를 창설한 것이다.

## (2) 각국의 입법례

소비자보호에 관한 명백한 주장은 1962년 미국 케네디 대통령이 의회에 제시한 “소비자보호에 관한 연두교서”에 의하여 이루어졌는데, 여기에서 소비자의 4대 권리로서 ① 안전의 권리, ② 알 권리, ③ 선택할 수 있는 권리, ④ 의사를 반영할 수 있는 권리를 제창하였고, 그 이후 전세계적으로 소비자보호의 물결이 일었다.

소비자보호에 관한 각국의 입법적 태도는 크게 헌법편입주의와 법률중심주의로 나눌 수 있는데, 소비자의 권리보호에 관한 국가의 의지를 천명하고 경제적 민주주의를 구현하기 위하여 소비자보호를 헌법에 편입한 나라는 우리나라, 스위스, 스페인, 포르투갈, 터키, 멕시코, 이탈리아이고, 나머지 대부분의 국가는 소비자보호를 법률적 차원에서 규율하고 있다.

미국, 독일, 일본 등 법률적 차원에서 소비자보호를 펴하고 있는 나라들은, 소비자보호를 위한 기능별로, i) 위해방지를 위한 법률, ii) 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하기 위한 법률, iii) 계량·규격·표시의 적정화를 위한 법률, iv) 계약의 공정과 적정화를 위한 법률로 나누어, 각 나라 실정에 맞는 자세한 법률을 마련하고 있다.

## 나. 소비자보호운동권의 헌법적 성격

### (1) 기본권이냐, 제도보장이냐

현행 헌법 제124조에 규정되어 있는 ‘소비자보호운동권 보장’을 헌법상 기본권으로 볼 것인지, 제도보장으로 볼 것인지에 관하여는 견해의 대립이 있다<sup>6)</sup>. 객관적 법질서의 보장으로서 제도보장으로 파악해야 한다는 견해<sup>7)</sup>가

6) 최초로 제5공화국헌법에 소비자에 관한 조항이 편입될 당시에도, 소비자보호를 기본권의 하나로 파악할지, 경제의 장애 독과점규제와 더불어 규정할지에 관하여 논란이 있었다.

7) 성낙인, 「헌법학」(2009), 268-269쪽; 정극원, “헌법체계상 소비자권리의 보장”, 공법연구 제29집 제1호(2003), 289-292쪽.

정극원 교수는, “우리 헌법이 소비자권리의 보장에 대하여 기본권규범이 아닌 경제조항에 의한 규정형식을 통하여 보장하고 있는 이유는 소비자권리의 보장이 현재 산업사회의 고도화와 함께 발생한 최근의 문제라는 실질적인 이유도 있겠지만, 법적으로도 아직 새로운 기본권으로서의 소비자권리의 보장을 보편으로 정립하지

있고, 소비자 보호권 내지는 소비자보호운동권이라는 기본권을 보장한 것으로 해석하는 견해<sup>8)</sup>가 있다.

소비자보호운동권을 소비자 기본권의 보장으로 이해할 경우, 헌법상 규정된 이러한 소비자 기본권은 자유권적 측면과 사회권적 측면이 혼재된 복합적 기본권으로 파악된다. 즉, ① 상품 또는 용역의 자유로운 선택과 소비자 집단행동에 관하여 방해받지 아니하는 권리라는 측면에서는 ‘자유권적 기본권’이라 할 수 있고, ② 양질의 상품 또는 용역을 공정한 가격으로 구입하거나 사용함으로써 경제적 손실을 피할 수 있는 권리라는 측면에서는 ‘경제적 기본권’이라 할 수 있으며, ③ 소비자가 피해의 예방 또는 보상을 청구할 수 있는 권리라는 측면에서는 ‘청구권적 기본권’, ④ 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 구입하거나 사용함으로써 인간다운 생활을 영위할 수 있고 또 건강을 침해당하지 아니할 권리라는 측면에서는 ‘사회적 기본권’이라고 할 수 있다<sup>9)</sup>.

헌법상 소비자 기본권의 근거조항은, 제125조가 그 직접적인 근거가 되겠지만, 인간의 존엄성존중과 행복추구권을 보장한 제10조를 이념적 근거규정으로, “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”는 제37조 제1항을 보완적인 근거규정으로, 그 밖에 제23조 제1항(재산권의 보장), 제34조 제1항(인간다운 생활의 보장) 등을 간접적인 근거규정으로 보면 무방할 것이다<sup>10)</sup>.

반면 제도보장으로 이해할 경우, ‘최소한 보장의 원칙’상 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정하게 된다.

헌법 제124조의 위임에 따라 소비자의 권리를 마련하고 구체적으로 보장

---

못하고 있기 때문이다”라며, 기본적으로 소비자의 권리를 제도보장으로 이해하면서도, 제도보장의 궁극적 목적은 기본권보장의 강화에 있다고 하면서 우리 헌법상 ‘소비자보호운동권’이 제124조에 의하여 보장되고 있다고 설명한다. 즉, ‘제도보장으로서의 소비자권리의 보장’이라는 취지이다.

8) 권영성, 위의 책, 583-589; 강경근, 「헌법학」(2002), 540-542; 양건, 「헌법강의」(2011), 188-189; 최대권, 「헌법학강의」(1998), 193 등.

9) 권영성, 「헌법학원론」(2010), 585-586쪽.

10) 권영성, 위의 책, 585쪽.

하고 있는 법률은 소비자기본법<sup>11)</sup> 이외에도 부정경쟁방지법, 독점규제및공정거래에관한법률, 식품위생법, 제조물책임법, 약관규제법, 증권거래법, 물가안정및공정거래에관한법률, 농산물유통및가격안정에관한법률 등이 있다.

소비자기본법은, 국가 및 지방자치단체에 대하여 관계법령 및 조례의 제정 및 개폐의 의무(제6조 제1호)와 필요한 소비자보호의 시책 수립 및 실시 의무(제6조 제3호)를 부과하고 있으며, 사업자에게 소비자보호협력의무(제18조)를 부과하고 있는 한편, 소비자 스스로의 안전과 권익을 위한 기본적 권리로서 ① 물품 또는 용역으로 인한 생명·신체 또는 재산에 대한 위해로부터 보호받을 권리(안전의 권리), ② 물품등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리(알 권리), ③ 물품등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리(선택할 권리), ④ 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리(의견을 반영시킬 권리), ⑤ 물품등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리(피해보상을 받을 권리), ⑥ 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리(교육을 받을 권리), ⑦ 소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리(단결권 및 단체행동권 = 소비자운동권), ⑧ 안전하고 쾌적한 소비생활 환경에서 소비할 권리(환경권)<sup>12)</sup>의, 8가지 권리를 보장하고 있다.

## (2) 헌법재판소의 입장

다만, 다양한 소비자권리 가운데 하나로서 이 사건 청구인들이 문제삼는 소비자불매운동을 포함한 ‘소비자보호운동권’만을 국한해서 본다면, 그 법적 성격에 관한 견해 다툼은 제도보장설에 의하건, 기본권설에 의하건 그 보장 내용에 있어 큰 차이가 없을 것이다. 헌법 제124조가 명문으로 “법률이 정하

11) 제5공화국헌법이 1980. 10. 27. 시행되었고, 소비자기본법의 전신인 소비자보호법은 그 이전인 1980. 1. 4. 제정되었으므로(시행일은 1982년부터), 엄밀히 말하면 헌법 제124조의 위임에 따라 제정된 법률은 아니다.

12) 소비자의 권리로서의 ‘환경권’은 소비자보호법이 2001. 3. 28. 법률 제6431호로 개정되면서 추가되었다.

는 바에 의하여” 소비자보호운동을 보장한다고 규정했기에, 결국 소비자보호운동권은 경제적 약자인 소비자의 권익을 보호하고자 하는 사회적 시장경제 질서의 일내용으로 헌법이 규정한 취지에 따라 구체적인 하위입법에서 규정한 한도 내에서만 보장을 받게 되는 것이고 따라서 그 보장범위는 소비자기본법 제4조 제7호(소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리)의 해석 여하에 따르게 될 수밖에 없기 때문이다.

우리 헌법재판소는 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 이른바 주세법 사건에서 헌법 제124조를 소비자의 ‘권리’를 규정한 것으로 이해하는 듯한 판시를 한 바 있으나<sup>13)</sup>, 이 사건에서 헌법재판소는 관여 재판관 전원일치의 의견으로 헌법 제124조에서 보장하는 소비자보호운동권을 ‘소비자 기본권’이 아닌 일종의 ‘제도적 보장’으로 파악하는 전제에서, 그 성립요건과 허용한계를 논증하고 있다.

### 3. 헌법상 보장되는 소비자불매운동의 성립요건과 허용한계

#### 가. 소비자운동권의 중요성

우리 헌법, 소비자기본법이 보장하고 있는 소비자운동권은 ‘소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리’<sup>14)</sup>라고 정의되어 있다. 소비자권리를 회복·확립하기 위한 소비자의 자주적인 운동권으로서의 소비자보호운동권은 생산자와 소비자의 실질적 평등을 실현하기 위한 소비자주의(consumerism) 내지는 소비자주권론(theory of

13) “소비자는 물품 및 용역의 구입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 소비자가 시장기능을 통하여 생산의 종류, 양과 방향을 결정하는 소비자주권의 사고가 바탕을 이루는 자유시장 경제에서는 경쟁이 강화되면 될수록 소비자는 그의 욕구를 보다 유리하게 시장에서 충족시킬 수 있고, 자신의 구매결정을 통하여 경쟁과정에 영향을 미칠 수 있기 때문에 경쟁은 또한 소비자보호의 포기할 수 없는 중요 구성부분이다”(691-692)

14) 소비자기본법 제4조 제7호. 한편, 이러한 현행법의 정의에 대해, “소비자단체로서 행정이나 재판에 참가하는 적극적인 참가권의 보장”에 관한 언급이 없다는 점에서 그 보장의 범위가 협소하다고 비판하는 견해가 있다. 정극원, “헌법체계상 소비자권리의 보장”, 공법연구 제29권 제1호(2003), 297.

consumer sovereignty)에 근거한다<sup>15)</sup>. 소비자가 상품의 구매 및 소비과정에서 발생하는 생산자 또는 공급자로부터의 부당한 지배와 횡포를 배제하고 소비자이익을 수호하여 소비자유를 실현하려고 하는 소비자 스스로에 의한 개인적 또는 집단적 사회운동으로서, 소비자는 이 소비자운동권을 통하여 비로소 단순한 상품이나 정보의 구매자로서가 아니라 주체로서의 지위를 누리게 될 뿐만 아니라, 이를 통하여 집단적으로 행동하여 스스로의 권익을 실현할 수 있게 된다. 따라서 쟁의행위가 노동자들에 대하여 가지는 의미와 유사하게 소비자운동권은 헌법이 보호하고 있는 제반 소비자보호를 위한 권리 중 가장 본질적인 행동전략이라고 할 수 있다<sup>16)</sup>. 이러한 소비자보호운동 가운데서도 구매력을 무기로 소비자가 자신의 선호를 시장에 실질적으로 반영하고자 하는 시도로서, 소비자불매운동은 “하나 또는 그 이상의 운동주도세력들이 개별 소비자들로 하여금 시장에서 특정 구매를 억지하도록 주창함으로써 특정 목표를 달성하고자 하는 시도”<sup>17)</sup>, 또는 “특정 목적을 관철시키기 위해서 특정 상품의 구매를 거부하거나 제3자로 하여금 그렇게 하도록 설득하는 조직화된 행위”<sup>18)</sup>라고 정의할 수 있겠다.

그러나, 소비자불매운동은 쟁의행위와 마찬가지로 단체가 가지는 집단적인 위력을 이용하여 사업자의 정상적인 운영을 저해하는 활동이 그 일부요소로 되어 있는 본질상, 다수의 참여자에 의하여 장기간 이루어질 경우 단순히 어느 한 기업체의 매출감소나 경제적 수입의 감소, 이미지훼손 차원에 그치는 것이 아니라 기업의 파산이라는 결과를 초래할 수 있는 막대한 영향력을 가지고 있다. 또한 가격인상에 대하여 단순한 형태로 불매운동이 발생하였던 과거와는 달리, 소비자권리에 대한 인식과 기대수준이 한층 높아진 요즘은, 상품생산과 관련된 요소뿐 아니라 기업의 투자행위, 노무관리행태,

15) 주승희, “소비자불매운동의 의의 및 법적 허용한계의 검토”, 경영법률 제19집 3호(2009), 518쪽.

16) 성낙인, 위의 책, 269쪽.

17) Friedman, “Consumer Boycotts in the United States, 1970~1980; Contemporary Events in Historical Perspective”, The Journal of Consumer Affairs(Vol. 19), p. 97 / 주승희, 위의 글, 523쪽에서 재인용.

18) Black’s Law Dictionary의 ‘boycott’에 관한 정의.



환경경영수준 등 기업활동 전반이 불매운동으로 비화될 수 있는 잠재적인 가능성이 있어 기업의 책임이 아닌 쟁점을 가지고도 불매운동이 이루어질 수 있는 가능성이 있다. 불매운동이 해당 사업자에 대하여 직접, 또는 해당 사업자가 제공하는 물품등의 소비자에 대하여 이루어지는 차원을 넘어서 해당 사업자와 다른 경위로 거래를 하는 제3자에 대하여 이루어질 경우는 나아가서 이들의 영업의 자유를 부당하게 침해할 소지도 없지 않다.

따라서, 이러한 소비자불매운동은 모든 경우에 있어서 그 정당성이 인정될 수는 없고, 그것이 정당성을 가지는 경우에만 형사책임이나 민사책임이 면제된다고 할 수 있다. 즉, 헌법상 보호되는 소비자불매운동에는 정당하게 보호될 수 있는 영역이 존재하고 넘지 말아야 할 한계가 내재되어 있다는 것이다.

## 나. 소비자불매운동의 성립요건

### A. 행위자요소 : 소비자단체와 개별소비자

(1) 소비자기본법상 ‘소비자’란 사업자가 제공하는 물품등을 소비생활 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자를 의미하기에, 개별기업의 이익을 위해 사업자단체가 주도하는 불매운동은 행위자요소가 결여된 것으로서 소비자불매운동의 범주에 포섭될 수 없다<sup>19)</sup>.

한편, ‘소비자단체’란 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자가 조직한 단체로서(소비자기본법 제2조 제3호), 소비자단체가 추진하는 소비자불매운동이라면 족하고 반드시 소비자기본법상 ‘등록소비자단체’에 한정될 이유는 없다.

19) 예컨대, 현대자동차노조가 삼성의 자동차산업 진출에 대응하여 1988년부터 1996년에 이르기까지 벌여왔던 삼성제품 불매운동, 한국영상음반판매대여업협회 회원사들이 1993년에 사전시사권 보장, 비디오테이프 반품 허용, 가격 현실화 등을 요구하여 추진의사를 천명하였던 SKC상품 불매운동은 소비자불매운동에 해당하지 않는다. 이득연, “소비자불매운동; 현황과 평가”, 소비자문제연구 제18권(1996/12), 142-143쪽.

미국에서도, Taft-Hartley법(노사관계법)과 Sherman법(공정거래법)이 노조와 기업들의 2차불매운동(제3자를 대상으로 하는 불매운동)을 각각 규제하고 있는데, ‘노조’와 ‘기업’에만 적용되는 규정이므로 이를 근거로 소비자불매운동을 규제할 수는 없다.

소비자단체가 일정한 요건을 갖추어 경우 소비자단체로 등록할 수 있고(제 29조), 자율적 분쟁조정을 할 수 있는 권한이 주어지며(제31조), 국가나 지방자치단체로부터 일정한 경우 보조금을 지급받을 수도 있게 되어 있지만(제 32조), 등록소비자단체의 대다수가 서울, 중산층, 주부를 중심으로 조직·운영되고 있고 자체 재정부족으로 정부에 대한 재정지원 의존도가 높다는 실정, 소비자불매운동이 헌법이 명시적으로 보장하고 있는 소비자보호운동권의 중심내용을 이루고 있으므로 최대한 보장해 주어야 한다는 점에 비추어 볼 때, 소비자불매운동의 행위주체를 등록소비자단체로 한정짓는 것은 자발성과 능동성을 본질로 삼는 소비자불매운동의 취지, 나아가서는 소비자보호운동에 관한 소비자의 권리를 최대한 보장하려는 헌법의 정신에 어긋나는 것이다. 즉, 2인 이상의 소비자가 소비자의 권익을 증진하기 위해 설립한 단체라면 소비자불매운동의 행위주체가 될 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

불매운동의 주도세력이 소비자단체가 아닌 일반 시민단체의 경우는 어떻게 보아야 할 지가 문제된다. 시민단체 주도의 불매운동은 소비자단체가 하는 소비자불매운동과 그 보호범위를 같이 볼 수 없다는 견해도 있으나<sup>20)</sup>, 시민단체와 소비자단체를 명확하게 구분짓기 힘들다는 점, 소비자단체가 비시장적 이슈를 이유로 소비자보호운동을 벌일 수도 있기 때문에 소비자의 권익보호는 시민단체의 주된 활동 가운데 하나라고 평가할 수 있는 점, 소비자단체가 불매운동을 할 때에도 시민단체가 갖는 우월한 정보수집력 및 조직력, 여론에 대한 대응성 등을 이유로 전략적으로 시민단체와 연대할 필요도 있다는 점 등에 비추어 보면, 소비자 또는 소비자단체라는 불매운동의 행위주요소는 사업자 주도의 불매운동을 소비자불매운동에서 제외시키기 위한 요소로서 이해하는 것이 바람직하고, 만약 소비자불매운동에 오로지 소비자단체만이 참여해야 한다는 뜻으로 해석하는 것은 헌법상 보장되어 있는 소비자불매운동을 과도하게 위축시킬 수 있는 것으로서 바람직하지 않다 할 것이다<sup>21)</sup>.

(2) 이 사건 청구인들의 경우, 광우병과동과 촛불집회를 계기로 2008. 5.

20) 이경춘, “시민단체 불매운동의 한계 - 마이클 잭슨 내한공연 반대운동과 관련하여”, 판례실무연구(V), 389-390쪽.

21) 주승희, 위의 글, 526-527쪽.

31. 설립된 ‘조중동폐간 국민캠페인’ 카페의 카페지기 및 운영진, ‘언소주’의 대표였던 점이 인정된다. 특별히 조중동 일간신문지의 구독자인지 여부는 밝혀지지 않았으나 잠재적으로 신문을 소비하는 언론소비자로서 2인 이상이 소비자로서의 권익향상을 위하여 인터넷상에서 조직한 단체인 이상, 소비자 불매운동을 적법하게 추진할 수 있는 행위자요소는 갖추었다고 할 수 있다.

#### B. 운동목표 요소 : 소비자의 권익

(1) 소비자불매운동은 ‘소비자의 권익 실현’을 위한 활동이라야 한다. ‘소비자의 권익’에는 제품가격 하락과 같은 경제적 이익과 소비자안전 등 시장적 이해관계가 당연히 포함될 것이나, 나아가 환경, 노동, 인권 등 다양한 사회적 문제들도 모두 포괄하는 넓은 개념으로 이해할 수 있는지가 문제된다.

소비자기본법상 소비자 개념을 전제로 한다면 원칙적으로 소비자의 권익이란 사업자가 제공하는 물품이나 용역의 소비생활과 관련된 것이어야 하며 따라서 상품의 질이나 가격 등 시장적 이익에 국한시킴이 바람직할 것이다.

문제는 소비자의 ‘권익’이 시대와 장소에 따라 확대될 수 있는 개념이어서 비시장적 이익도 이에 포함되는 것으로 해석될 여지가 있다는 점이다. 소비자기본법 역시 2001년 개정 당시 환경에 대한 소비자의 높은 관심을 반영하여 ‘환경권’이라는 비시장적 이익을 소비자의 권리로 새롭게 추가한 바 있는데, 오늘날 소비자나 소비자보호단체가 시장적인 이익 외에도 환경이나 노동 문제 등을 이슈로 한 불매운동에 적극 참여하는 것이 세계적인 추세임을 감안한다면, 비시장적 이익이라 할지라도 소비자의 권리와 연계되어 있는 것으로 얼마든지 해석할 수 있기 때문이다. 이러한 취지에서 소비자의 권익이라는 개념을 넓게 이해하는 견해들도 많이 있으나<sup>22)</sup>, 소비자보호운동이 ‘법률’

22) i) 소득의 재분배, 소외계층의 보호, 인간성 회복 등의 주제도 포괄된다는 견해(권오승, 「소비자보호법」, 1994, 10쪽 이하), ii) 환경, 인권, 전쟁에 대한 입장 등 해당 업체의 부수적인 행태와 관련해서도 소비자불매운동이 나타날 수 있다는 견해[한명옥, “인터넷 상에서의 불매운동 등이 형사처벌의 대상이 되는가 - 명예훼손죄, 업무방해죄 등 성립여부”, 민주사회를 위한 변호사모임 토론회(2008. 6. 24.) 발제문, 5쪽], iii) 소비자이익을 단순히 소비상품과 관련된 것으로부터 소비환경 전반에 걸쳐 삶의 질을 높이고자 하는 것과 관련된 것으로 확대해서 광의로 해석하면, 환경이나 사회적 차별, 동물학대, 노동, 인권 등 다양한 사회적 문제들도 보다 확장된 광의의 소비자이익이 매개된 것으로서 모두 포괄할 수 있다는 견

이 정하는 바에 따라 보장된다는 헌법 제124조의 문언에 기초해 볼 때, 적어도 헌법적인 관점에서는, 소비자불매운동의 목표인 ‘소비자 권익’이란 소비자 기본법 제4조가 규정하는 소비자의 기본적 권리 8개항을 주된 해석기준으로 삼을 수밖에 없을 것으로 판단되므로, 소비자의 소비생활에 영향을 주지 않는 노동문제나 인권문제, 일반적 정치문제 등은 소비자불매운동의 정당한 목표로 볼 수 없다고 해야 할 것이다<sup>23)</sup>.

(2) 이 사건의 경우, 일간신문이 소비생활과 관련하여 가지는 시장적 이익이란 신문에 나타난 정보나 지식의 질이나 신문의 가격, 신문의 보도로 인하여 입게 되는 피해 등을 상정할 수 있다 할 것인데, 나아가 이 사건 청구인들처럼, 신문이 특정 사건이나 정치적 문제에 대하여 취하는 보도논조(정치적 입장)를 문제삼는 것도 신문의 소비자로서 추구할 수 있는 소비자권익에 해당할 것인지가 문제된다.

그러나, i) 일간신문이 지면에 담아 제공하는 내용들 중에서 가치중립적인 지식 또는 정보의 영역과 신문사의 개별적 정치적 성향이 반영될 수 있는 의견제시 영역의 구분이 명확하지 않을 뿐만 아니라, 대부분의 신문기사에는 어느 정도 해당 신문사가 가지는 정치적 의견이 들어가지 않는 것이 없다는 점, ii) 해당 신문사가 가지는 정치적 논조는 일간신문의 소비자들이 해당 신문을 구독할 지 여부를 결정하는 데 영향을 미치는 매우 중요한 요소인 점(대부분의 독자들은 자신과 유사한 정치적 입장을 가지는 매체를 선호한다), iii) 나아가, 해당 신문사 고유의 정치적 논조는 신문사의 중요한 경제적 수입원이 되고 있는 광고주들의 광고유인과도 무관하다고 볼 수 없어 신문사의 재정형편에 직접적 영향을 미치는 요소라는 점 등에 비추어 볼 때, 신문사가 가지는 정치적 논조는 소비자들이 신문을 선택할 때 고려하는 신문의 “품질이나 가격”의 핵심적 부분을 차지하고 있는 요소로서 소비자가 추구할 수 있는 소비자권익에 포함된다고 보아야 할 것이다.

특히, ‘언론소비자’라는 특성상 이들의 소비자불매운동은 필연적으로 자유민주사회에서 주권자가 갖는 정치적 의사표현의 자유, 결사의 자유 행사문제

---

해(이득연, 위의 글, 143쪽).

23) 주승희, 위의 글, 527-528쪽.

와도 밀접한 관련을 맺을 수밖에 없으므로, 불매운동의 보호범위도 그만큼 넓어질 가능성이 있고, 다른 한편 언론의 자유를 누리는 표현매체로서의 일간신문 역시 자신들의 정치적 견해와 관련해서 주권자이자 소비자로서 국민들이 벌이는 소비자불매운동에 대해 다른 사기업의 경우와 전혀 동일한 기준으로 취급받을 것을 바랄 수도 없다.

### C. 행위객체요소 : 불매운동의 대상

(1) 소비자불매운동은 소비자가 소비자권익과 관련된 사항에 관하여 사업자의 물품등에 관한 불매운동을 벌이는 것을 의미하나, 반드시 해당 사업자만을 불매운동의 객체로 삼을 필요는 없다. 대부분의 불매운동은 해당 물품등의 시장 내에서 해당 물품등의 사업자에게 경제적 피해를 가할 것을 의도하는 1차적 불매운동(primary boycott)이겠지만, 해당 사업자로부터 소비자권익을 위한 경제적 이익을 얻을 목적으로 제3자를 불매운동의 객체로 하는 2차적 불매운동(secondary boycott)도 있을 수 있다. 즉, ‘2차적 불매운동’은 해당 물품등의 사업자를 고립시키기 위하여 위 사업자의 거래상대방에 대하여 사업자와의 거래를 단절하도록 요구하고, 이를 관철하기 위하여 사업자의 거래상대방을 불매운동의 객체로 하여 상품 또는 용역의 구입이나 노동력 공급에 대한 boycott을 실행하는 것을 의미한다.

원래 2차적 불매운동이란 개념은, 주로 노동쟁의수단으로서의 boycott을 논의할 때, 쟁의상대방인 사용자를 압박할 목적으로 거래처에 대하여 불매운동을 벌이는 것이 허용되는지와 관련하여 자주 문제되었는데, 노동쟁의수단으로서의 2차적 불매운동의 허용여부에 관해서는 이를 부정하는 견해도 있으나<sup>24)</sup>, 대부분의 학설은 제3자의 상품이나 용역의 매매와 관련한 boycott도 일반적 행동의 자유 또는 표현의 자유에 속할 수 있는 행위로서 ‘폭행이나 파괴행위, 협박·허위에 의한 명예 또는 신용훼손 기타 거래상대방의 영업의 자유를 부당하게 침해하는 위법적 요소가 없는 한 정당하다’고 보고 있다<sup>25)</sup>.

24) 노동법학자 중 이상윤, 임종률의 견해.

25) 김유성, 김형배 등 노동법 주류학자들의 견해이고, 일본도 이와 유사한 입장에 있다. 이경춘, “시민단체 불매운동의 한계”, 판례실무연구(V), 394-395쪽.

이러한 논리는 2차 소비자불매운동에도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 헌법이 보호하는 소비자보호운동권의 일환으로, 표현의 자유의 일환으로, 아니면 보충적으로 일반적 행동의 자유의 행사로서, 소비자불매운동이 사업자의 거래상대방인 제3자뿐만 아니라 국가로까지 확장되는 경우도 충분히 있을 수 있고, 다만 본래 대상인 특정기업을 압박하기 위해서 직접적인 관련이 없는 제3자(광고주, 거래처 또는 후원 및 협력업체)를 수단으로 삼는다는 점에서, 뒤에서 보는 바와 같이 그 헌법적 허용한계가 구체적으로 문제될 뿐이라고 할 것이다.

#### D. 행위요소 : 불매행위

(1) Friedman은 불매행위의 단계를, i) 불매운동을 검토중이라는 의견표명으로 위협하는 단계인 행위검토행위(action-considered boycotts), ii) 소비자들에게 불매운동을 촉구하는 단계인 행위촉구행위(action-requested boycotts), iii) 불매운동의 실행을 위해 조직화하는 단계인 행위조직화행위(action-organized boycotts), iv) 불매운동을 직접 실행하는 단계인 행위실행행위(action-taken boycotts), 4단계로 구분하였다<sup>26)</sup>. 따라서, 불매행위의 필요성을 주창하는 행위, 대상기업에 특정요구사항을 받아들이지 않을 경우 불매운동을 하겠다는 취지를 고함으로써 타협을 시도하는 행위, 효과적인 불매행위를 위한 정보를 제공하거나 불매운동의 경과를 알리는 행위, 현실적으로 불매운동을 실행하는 행위 등 불매운동과 관련된 대부분의 행위가 위 4가지 유형 중 어느 하나에 포함될 수 있을 것이다.

또한, 직접 불매운동을 실행에 옮겨 실질적인 시장압박을 기도하는 전통적인 시장지향적 불매운동(marketplace-oriented boycotts)에까지 나아가지 않고, 운동의 상징성에 주목하여 여론화나 간접적인 위협의 행사만을 피하는 매체지향적인 불매운동(media-oriented boycotts)에 머무르기도 한다.

아울러, 불매운동의 대상집단이 직접적 겨냥대상이나 아니면 간접적인 겨냥 대상이나에 따라 직접적 불매운동(direct boycotts)과 대리 불매운동

26) Friedman, "On Promoting a Sustainable Future Through Consumer Activism", *Journal of Social Issues*(Vol. 51), 1995, p. 200 / 주승희, 위의 글, 528-529쪽에서 재인용.

(surrogate boycotts)으로 구별하기도 한다. 대리 불매운동이란, 운동쟁점의 발원 및 해결 당사자와 불매운동의 겨냥 대상이 불일치함으로써 불매운동의 불이익을 통해 운동쟁점의 해결 당사자에 대한 압력을 간접적으로 행사하는 경우를 의미한다. 대개 시장 외부의 정치적 쟁점들을 소비자가 접근할 수 있는 시장공간의 쟁점으로 전화시키는 유형이 이에 속한다. 예를 들면, 소비생활에 영향을 주는 외국정부, 국가 또는 지방단체의 시책에 반대할 의사로 쟁점 당사자의 공간지리적 권역내의 기업에 대해 불매운동을 행사함으로써 간접적으로 압박을 행사하는 경우 같은 것이다.

또한, 불매운동을 주도하는 집단과 불매운동 결과 혜택을 입는 수혜집단이 일치하는지 여부에 따라, 양자가 일치할 경우의 수혜적 불매운동(beneficiary boycotts)과 불일치할 경우의 양심적 불매운동(conscience boycotts)으로 구분하기도 한다<sup>27)</sup>.

(2) 이 사건의 경우, 청구인들은 조중동에 광고를 한 기업들을 상대로 소비자불매운동을 벌일 것을 의도하고 해당 기업들에게 전화 또는 홈페이지 방문하여 글을 남기는 형태를 통하여 불매운동을 고지한 후 실행에까지 나아간 경우로서 2차 소비자불매운동을 하였고, 매체지향적·시장지향적 불매운동이 동시에 이루어지는 형태이고, 조중동을 직접 타깃으로 하지 않고 그 자금원인 광고주들을 타깃으로 하여 조중동에 경제적 피해를 가할 것을 의도한 것이라는 점에서 대리 불매운동적 성격도 있다고 보인다<sup>28)</sup>.

27) 이상의 모든 소비자불매운동의 유형은 Friedman이 분류한 것으로서, 주승희, 위의 글, 528-529쪽 및 이득연, 위의 글, 145-146에서 각각 재인용하였다.

28) 다른 관점에서, 광고주 업체들을 조중동 일간신문이라는 사업자, 일간신문을 소비하는 소비자와 독립적으로 구분되는 '제3자'로 볼 것이 아니고, 조중동 일간신문의 광고지면을 구입하는 또다른 영역의 '소비자'로 볼 수도 있지 않을까 생각한다. 이 사건 청구인들이 조중동 일간신문의 "신문지를 소비하는 자"인 반면, 광고주 업체들은 일간신문의 "광고지면을 소비하는 자"라고 볼 수도 있다는 것이다.

그렇게 되면, 이 사건 청구인들의 광고중단압박행위는, '2차적 불매운동'이 아니고 또다른 영역에 있는 소비자들을 대상으로 청구인들이 조중동을 상대로 벌이고 있는 '1차적 불매운동'에 동참할 것을 권유 또는 강요하는 행위를 의미하게 된다. 이때는 "소비자불매운동의 허용한계 C. 부분"에서 언급할 '의사결정의 자유 존중의 무'가 문제될 것이다.

그러나, 여기서는 일단 광고주 업체들이 사업자, 소비자와는 동떨어진 '제3자'에 해당한다고 전제하고 논의를 전개하였다.

## 다. 소비자불매운동의 허용한계<sup>29)</sup>

위 성립요건은 어떤 행위가 소비자불매운동에 해당하기 위해 갖추어야 할 형식적 요소에 불과하므로 이들 요소를 충족시켰다 하여 바로 헌법상 보장된 소비자불매운동의 범주에 포함된다고 할 수는 없다. 소비자불매운동은 대상기업의 영업과 신용을 크게 저해하거나 자칫 파산으로까지 이어질 수 있는 과급력을 가지기에 소비자보호를 위해 꼭 필요한 경우에만 필요한 방법으로 행해질 필요가 있기 때문이다. 또한 법적 허용한계를 넘는 소비자불매운동의 경우 민사상 불법행위로 인한 손해배상책임은 물론 경우에 따라서는 형법상 업무방해죄 등의 죄책을 부담할 수도 있는 것이다. 특히, 이 사건과 같이 사업자의 거래상대방인 제3자에 대하여 피해를 주는 불매운동의 경우는 거래상대방의 영업의 자유와 충돌하는 면이 있으므로 더욱 그 허용한계를 엄격히 설정하여야 할 것이다.

### A. 진실한 사실에 기초할 것

(1) 우선, 소비자불매운동은 객관적으로 진실한 사실을 기초로 행해져야 한다. 소비자불매운동촉구자, 소비자불매운동참여자, 불매운동의 대상자 중에 위와 같은 사실의 객관적 진실성에 관한 의무는 불매운동촉구자에게 지워지는 것이다. 그렇지만, 사실의 진실성 여부를 엄격한 잣대로 판단할 것은 아니라고 본다. 불매운동의 기초가 되는 정보가 대부분 불매운동의 대상자(정확히 말하면 사업자)에게 있고, 외부의 불매운동촉구자에게 그에 대한 접근

29) 주승희, 위의 글, 529-532쪽에 소개된 독일 학자 Möllers의 견해; 정태윤, “프랑스에서의 불매운동의 적법성에 관한 학설·판례”, 판례실무연구(V), 342-351쪽; 이규호, “미국에 있어서 소비자보이콧에 관한 판례·학설”, 판례실무연구(V), 352-376쪽에 나타난 독일·프랑스·미국의 입장을 정리하여 그 헌법적 한계를 아래와 같은 4가지로 유형화한 것이다.

이 부분에 관한 우리나라의 헌법적 또는 법률적 차원의 논의는 두 가지 사례를 중심으로 해당 기간에 집중되어 벌어졌을 뿐 평소에 이론적 논의를 상세하게 전개하고 있는 학자는 없었다.

학계의 논의가 집중된 첫 번째 사건은 1996년경 Michael Jackson의 내한공연에 대하여 이루어진 내한공연반대운동이었고, 이 시기 즈음에 시민단체의 불매운동에 관한 법률적 차원의 논의가 이루어졌으며, 두 번째 사건이 바로 당해사건인 조중동 불매운동 및 광고중단압박운동인데, 당해사건이 불거진 이후에 비로소 주로 헌법적 차원에서 표현의 자유, 소비자보호운동에 관한 문제에 대하여 논의가 집중되었다.



이 제한된 경우가 많기 때문이다. 따라서, 언론보도나 학계의 연구 등 어느 정도 객관적인 정보원을 통해 수집한 정보로서 진실한 사실로 믿기에 충분한 경우, 오류의 정도가 크지 않은 경우, 불매운동 참여여부의 의사결정시 직접적인 영향을 미치지 않을 지엽적인 부분에 오류가 있는 경우 등은 본 요건을 충족한 것으로 보아야 할 것이다.

(2) 이 사건의 경우는, 조중동 일간신문의 논조에 대한 정치적 의견차이로 인하여 불매운동을 촉구하는 것으로서, 청구인들이 어떠한 사실을 과장하거나 왜곡하여 불매운동을 추진하기에 이른 것은 없어 보이므로, 이 부분에 관하여 큰 문제는 없다.

#### B. 사전대화·고지의무 (반박권 보장)

(1) 불매운동촉구자의 관점에서 불매운동의 필요성이 인정되는 경우라도 바로 불매운동을 개시할 것이 아니라 사전에 불매운동대상자에게 불매운동의 취지를 고지해 주어야 한다는 의미이다. 사전대화의무를 통해 잘못된 정보에 기초하여 불매운동이 이루어지는 것을 미연에 방지하고, 불매운동대상자로 하여금 자신의 입장을 변호하거나 잘못을 시정할 수 있는 기회를 줌으로써 불필요한 불매운동을 막는 데에 그 목적이 있다. 또한 나중에 허위정보에 기초한 불매운동으로 판명되어 손해배상책임을 지게 될 경우 그 책임을 제한하는 요소로도 작용할 수 있을 것이다.

그러나, 이 요건 역시 “A. 진실한 사실” 요건에서와 마찬가지로 엄격히 요구하는 것은 바람직하지 않다. 독일 판례도 과거에는 사전대화의무를 기초로 한 불매운동의 ‘최후수단성’을 인정하였으나, 최근 판례들은 불매운동의 최후수단성을 부정하고 있다고 한다<sup>30)</sup>.

(2) 이 사건 2010헌마54 사건의 경우, 청구인들이 해당 광고주업체들에 대하여 사전에 대화를 하였다거나 불매운동에 관한 공정한 고지를 하였다고 보이지는 않는다. 누구인지 밝혀지지도 않은 상태에서 청구인들이 또는 청구인들과 공모관계에 있는 불상의 네티즌들이 감정적인 표현으로 불매운동하겠다는 말만 하였을 뿐, 구체적으로 이들 업체가 문제점을 시정하려면 또

30) 주승희, 위의 글, 530쪽.

는 자신들의 입장을 변호하거나 반박하려면 어디로 연락해야 하는지 등 연결점을 전혀 찾아볼 수 없는 일방적 고지였기 때문이다. 하지만, 이들의 전화내용이나 홈페이지에 남긴 글의 내용들을 보면, 청구인들이 조중동 일간신문의 정치적 논조에 불만을 품고 광고불매운동을 하는 것임을 해당 광고주 기업들 입장에서 충분히 알 수 있으므로, 비록 일방적인 고지였다 하더라도 이 사건 광고주불매운동의 적법성을 좌지우지할 정도로 큰 의미를 차지하는 것은 아닌 것으로 보인다.

2010헌마407 사건의 청구인의 경우도 임의로 ○○제약을 상대로 불매운동을 할 것이라는 내용의 기자회견을 한 후 언소주 회원들과 함께 불매운동에 들어간 것이므로 일방적이긴 마찬가지이나, 역시 불매운동의 적법성을 좌지우지할 정도로 큰 의미를 둘 것은 아니다.

### C. 의사결정의 자유 존중의무

(1) 소비자불매운동은 그 참여자인 소비자의 의사결정의 자유를 존중할 때에만 그 정당성을 인정받을 수 있다. 즉, 불매운동의 목적이 정당한 경우라도 불매운동에 가담하는 소비자가 자유롭게 불매운동의 참여 여부를 결정할 수 있어야 한다. 불매운동에 참여할 것을 강요한다거나 참여하지 않았음을 이유로 불이익을 가하는 등의 행위는 형법상 처벌가능성을 떠나서 불매운동 자체의 정당성을 잃은 것으로 평가되어야 한다.

(2) 이 사건에서는, 인터넷카페를 통하여 조중동 불매운동의 취지에 공감하는 자들이 회원가입을 하고 탈퇴 역시 자유롭게 하였고, 불매운동에 참여하는 회원들을 상대로 광고주기업들의 전화번호나 홈페이지를 안내하거나 활동 자체를 독려했을 뿐 나아가 참여하지 않는 자들에 대한 어떤 불이익을 가하였다거나, 카페가입·탈퇴에 어떠한 제한을 가하거나 한 적이 전혀 없으므로, 불매운동 참가자들의 의사결정의 자유 면에서는 특별한 문제가 없다<sup>31)</sup>.

31) 다만, 광고중단압박을 받은 광고주들을 조중동에 대한 또다른 소비자로 볼 경우, 이 사건 청구인들은 위 광고주들에 대하여 집단적으로 전화를 걸어 업무를 방해하는 방법으로 불매운동에 가담할 것을 강요하고 나아가 조중동과 정치적으로 정반대의 논조에 있는 신문사에 광고를 실을 것을 강요하였으므로, C요건을 적법하게 충족시키지 못한 것이다.

D. 불매운동의 경위 내지 과정에서 위법성이 없을 것

- 수단·방법이 위법하거나 불매운동의 대상과 관련된(불매운동의 대상 자체인 경우를 포함) 제3자의 권리를 부당하게 침해하지 않을 것

(1) 소비자불매운동이 앞서 제시한 성립요건을 갖춘 행위로서 그 법적 허용단계 내에서 이루어진다면 이는 헌법 제124조 및 소비자기본법 제4조 제7호에 의해 보장된 합법적인 권리의 행사로 보아야 할 것이다. 즉 불매운동으로 인해 대상기업 등의 명예가 훼손되거나 계약취소·판매감소 등의 재산적 피해가 발생하더라도, 이는 불매운동의 본질상 불가피하게 발생하는 위험으로서 그와 같은 행위가 헌법상 보장된 불매운동의 범주에 속하는 한 민·형사상 책임을 물을 수 없다고 봐야 한다. 따라서, 소비자불매운동행위가 이 사건 법률조항 I(업무방해죄), III(강요죄), IV(공갈죄)의 구성요건에 해당하는 경우에도 형법 제20조의 ‘법령에 의한 정당행위’로서 위법성이 조각될 수 있고, 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상책임의 인정을 위한 위법성 판단에 있어서도 이러한 점을 충분히 고려해야 할 것이다.

하지만, 불매운동의 목적과 참여가 정당하더라도, 불매운동대상기업의 영업소에 침입하여 기물을 파괴하거나 대상기업 직원 기타 관련자들에게 폭행·협박을 가하거나 하는 등 폭력적인 수단이 동원된다면, 이는 소비자불매운동에 수반되는 정당한 행위영역을 넘어서는 것이므로 그러한 수단에까지 소비자불매운동의 정당성을 확장시킬 수는 없다. 이는 정당한 쟁의행위의 영역을 넘어서는 행위의 경우 민·형사상 책임에서 벗어날 수 없는 것과 같은 이치이다.

또한 이 사건처럼 소비자불매운동의 대상이 해당 상품의 사업자가 아니고 해당 사업자와 거래하는 제3자(광고주, 거래처 또는 후원·협력업체)일 경우는 더욱 소비자불매운동의 정당성이 무한정 확장될 수 없다고 할 것이다.

해당 상품등을 공급하는 사업자는 그 상품등을 제조 또는 유통·공급하는 과정에서 소비자의 권익을 존중하고 국가의 소비자권익 증진시책 등에 적극 협력해야 할 각종 의무를 부담하고 있고(소비자기본법 제18조 내지 제20조), 적어도 해당 상품등을 소비자에게 공급함으로써 반대급부로 경제적 이익을 얻는 당사자이므로, 해당 상품등과 관련한 소비자의 권익을 보호하기 위하여

정당한 소비자불매운동이 이루어질 경우 경제적 손해가 생기더라도 이를 감내해야 할 지위에 있다고 말할 수 있지만, 위 사업자와 거래를 하는 제3자는 자신이 지배하는 영역에 있지도 않은 해당 상품등에 관한 소비자권익을 옹호하기 위하여 벌어지는 소비자불매운동 때문에 자신의 영업상 이익이 훼손되어야 할 하등의 이유가 없는 사람이다. 해당 사업자의 거래선을 압박하는 것이 소비자불매운동으로서 효과는 클지 모르나, 적어도 불매운동의 법적 정당성을 인정받을 여지는 현격히 축소된다고 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 소비자불매운동이 지향하는 본래의 목표는 소비자의 권리를 침해한 특정기업이라고 할 것이지, 이와 거래관계에 있는 제3자는 소비자불매운동이 지향하는 애초의 동기 혹은 목적과는 직접적인 관련성이 없다고 보아야 하기 때문이다. 따라서, 해당 사업자와 거래하는 제3자의 정당한 영업의 자유 기타 권리를 부당하게 제한하거나 위축시키는 형태의 소비자불매운동은 결코 적법하다고 평가될 수 없다<sup>32)</sup>.

제3자를 대상으로 한 소비자불매운동의 정당성을 따질 수 있는 기준으로 일응 제시할 수 있는 것은, 뒤의 대법원 판례가 시사하는 바와 같이 “반대 혹은 불매운동의 취지·목적·성격(A)과 제3자를 불매운동 대상으로 선택해야 할 필요성 및 제3자를 대상으로 이루어진 불매운동의 내용과 그 정도(B) 사이에 어느 정도 긴밀한 상관관계가 존재하는지”라고 할 수 있다.

32) 한편, “제3자를 대상으로 하는 2차 불매운동이 위법하다는 판단을 받은 사례는 세계 어디에도 없다”며, 그 근거로 미국판례 중 NAACP v. Claiborne, 458 U.S. 886(1982) 판결이 소비자의 2차 불매운동은 합법이라고 판시하였다는 취지로 설명하는 견해가 있다. 박경신, “최근의 소비자운동의 한계로서의 2차 불매금지법리에 관하여”, 2008. 10. 17. 소비자원 콜로키엄 발제문.

그러나, 위 Claiborne 판결 어디에도 소비자의 2차 불매운동이 ‘무조건’ 보호된다는 문구는 없으며 오히려 명시적으로 ‘평화로운 불매운동’은 표현의 자유에 의하여 보호받아야 한다라고 하고 있다는 점에서, 위 분석은 타당하지 않다.

또한, 독일의 경우 “협조하지 않을 경우 출판물 공급을 중단하겠다”는 방식의 2차 불매운동은 ‘표현의 자유를 경제적인 권력의 행사를 통하여 관찰하려 하는 것으로서 헌법이 보장하는 표현의 자유에 의한 보호영역에 포함되지 아니한다’고 보았고 [Blinkfür 판결, BVerfGE 25, 256(1961년)], 일본의 경우에도 (비록 2차 불매운동에 관한 판례는 아직 없지만) “소비자운동이라고 하여도 그 실체는 다양하고 그 개념도 아직 불명확하여 이러한 막연한 범주에 일견 속한다고 인정되는 행위라는 것만으로 사회적합행위의 이론에 따라 일반적으로 구성요건 해당성을 부정하는 것은 정당하지 않다”는 취지의 판결[東京地裁昭和52(1977)年8月12日、判例タイムズ355号123頁; 東京高裁昭和57(1982)年6月28日、昭和52年(う)第2707号]이 있다.

(2) 이 사건에서, 조중동 일간신문의 정치적 논조에 대한 비판 내지 이를 문제삼아 벌일 수 있는 가장 원형적인 형태의 소비자불매운동은 해당 신문에 대하여 전화, 홈페이지 방문, 여론에의 호소 기타 다양한 형태로 신문사의 논조에 대하여 불만을 표시하고 잠재적인 소비자인 국민들에게 조중동의 정치적 견해의 부당성을 홍보하고 알리는 등 조중동 일간신문의 구매력을 떨어뜨릴 수 있는 효과를 가진 조직적 활동을 벌이는 것일 것이다. 하지만 이러한 비판활동은 신문이 갖는 정치적 성격, 정치적 입장에 따라 신문에 대한 소비를 결정하는 소비자의 태도 등에 비추어 보면, 대부분 언론의 자유 영역에 포괄적으로 포함되는 행동들이어서 특별히 소비자불매운동으로서 큰 효과를 발휘하기 어렵다. 그런 의미에서 이 사건 청구인들은 가장 직접적이고 효과적인 수단으로서, 조중동에 경제적 급부를 제공하고 광고를 싣는 광고주들을 압박함으로써 조중동에 직접적 경제적 손해를 가할 것을 의도한 것이다.

하지만, i) 조중동 일간신문의 광고주들은 조중동의 정치적 논조에 찬동하기 때문에 광고를 싣는 것이 아니라 현실적으로 조중동이 많은 독자를 가지고 있기 때문에 큰 광고효과를 노리고 조중동에 대한 광고를 결정한 자들이기에 청구인들이 불매운동을 벌이는 목적·취지로부터 먼 영역에 있는 자들이라는 점, ii) 광고주들이 조중동에 광고를 싣는 행위는 조중동의 정치적 논조의 당부와는 전혀 관련이 없기 때문에 조중동의 정치적 논조에 대한 소비자로서의 권익을 옹호하기 위한 불매운동의 목적(A)과 불매운동의 대상으로 제3자인 위 광고주들을 선택한 수단(B) 사이에 필연적 연관관계가 있다고는 보기 어려운 점, iii) 업무방해의 대상인 8개 광고주들에 대하여 이 사건 청구인들 또는 이들과 공모하여 실행행위에 나아간 네티즌들의 불매운동 행위의 구체적 내용이나 그 경위(D)를 보면, 이는 조중동 일간신문의 정치적 논조에 대한 부당성을 합리적으로 비판하고 알린 후 상대방 광고주의 광고 게재여부에 관한 합리적인 의사결정을 선택적으로 촉구하였다기보다는, 일방적으로 광고를 끊도록 압박하고 이에 응하지 않을 경우 경제적 피해를 입히겠다는 위협에 가까운 것이어서, 제3자인 광고주들에게 합리적인 반론권 내지는 의사결정권을 전혀 부여하지 않았고 광고를 중단할 것을 강요하였으

며, 나아가 특별히 광고를 게재할 의사조차 없었던 한겨레, 경향신문에 광고를 게재하고 경제적 급부를 제공하도록 함으로써 재산상 손해까지 입혔다는 점 등에 비추어 볼 때, 제3자인 광고주들의 영업의 자유를 부당하게 제한하거나 위축시키는 것으로서 위법하다고 하겠다.

이 사건에서 청구인들이 불매운동의 수단으로 선택한 ‘무차별적 전화걸기’ 자체가 가지는 위력도 무시할 수 없다. 피해를 입은 광고주 업체들은 청구인들 및 이들과 공모하여 조직적으로 불매운동을 벌인 네티즌들로부터 적게는 수십, 많게는 수백통의 항의전화를 받아 어떤 날은 다른 업무를 전혀 볼 수 없을 정도로 업무에 지장을 받았고, 100여회에 이르는 홈페이지 글남기기 등을 통해 조직적인 불매운동의 위력을 느꼈는데, 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도의 이러한 비정상적인 전화공세는 그 내용의 정당성 여부를 떠나서 “계속해서 걸려오는 전화 그 자체만으로도 심리적 압박감과 두려움을 느낄 수밖에 없다”고 할 것이고, 전화내용이 전화를 거는 집단의 요구를 들어주지 않을 경우 업무를 마비시키겠다는 것인 이상, 무차별적인 전화공세는 심리적 갈등 수준의 압박뿐만 아니라 경제적 손해를 우려하는 절박한 압박을 느끼게 할 것이므로, 이는 “사회통념의 허용한도를 벗어나 피해자의 자유의사를 제압하기에 족한 위력”을 사용한 것으로 볼 수 있어, 이런 면에서도 위법하다<sup>33)</sup>.

## 라. 소비자불매운동의 허용한계에 관한 대법원 판결 - 마이클 잭슨 판결<sup>34)</sup>

### (1) 사실관계

1996년 국내 모 공연기획사(원고)가 미국 팝가수 마이클 잭슨의 내한공연을 개최하기 위해 문화체육부 장관에게 공연개최허가신청을 하자(나중에 조건부 공연허가 받음), 50개의 시민·사회·종교단체들이 아동 성추행 전력을 문제삼아 청소년에게 과소비를 조장하고 도덕적으로도 나쁜 영향을 미친다

33) 이와 비슷한 취지에서, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도8447 판결에서는, 대부업체 직원이 대출금을 회수하기 위하여 채무자의 휴대전화로 수백회에 이르는 전화공세를 한 것이 업무방해죄를 구성한다고 판시한 바 있다.

34) 대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결

는 등의 이유로 ‘마이클 잭슨 내한공연반대 공동대책위원회’(이하 ‘공대위’라 인용한다)를 결성하고, 「i) 문화체육부의 공연허가에 대한 비난성명 발표, ii) 공연을 중계하는 방송국에 대하여 시청거부운동을 전개하겠다는 서한 발송, iii) 경호용역관련회사 등 공연에 필요한 계약을 체결하려는 회사들에 대하여 불매운동을 전개하겠다는 취지의 서한 발송, iv) 입장권판매대행계약을 체결한 은행들에 대하여 입장권예매시 전국민적 차원에서 은행의 전상품 불매운동에 들어갈 예정임을 통보」하여 계약체결을 포기하게 하였다. 이에 위 공연기획사는 임시 직원을 고용하여 직접 입장권을 판매하는 등의 방법으로 예정대로 공연을 개최한 후, 공대위의 ‘iv)부분 행위’로 인하여 입장권 판매를 은행에 대행시키지 못함으로써 입은 추가손해에 대하여 시민단체 간부들에게 손해배상청구를 하였다.

## (2) 판시내용

시민단체 등의 공익목적수행을 위한 정당한 활동은 바람직하고 장려되어야 할 것이나 그러한 목적수행을 위한 활동이라 하더라도 법령에 의한 제한이나 그러한 활동의 자유에 내재하는 제한을 벗어나서는 안 될 것이고, 그러한 활동의 자유의 한계는 그들이 반대의 대상으로 삼은 공연 등의 내용 및 성격과 반대활동의 방법 및 정도 사이의 상관관계에서 결정되어야 할 것이다.

피고들이 그들의 공익목적을 관철하기 위하여 일반시민들을 상대로 공연 관람을 하지 말도록 하거나 위 각 은행 등 공연협력업체에게 공연협력을 하지 말도록 하기 위하여 그들의 주장을 홍보하고 각종 방법에 의한 호소로 설득활동을 벌이는 것은 관람이나 협력여부의 결정을 상대방의 자유로운 판단에 맡기는 한 허용된다고 할 것이고, 그로 인하여 원고의 일반적 영업권 등에 대한 제한을 가져온다고 하더라도 이는 시민단체 등의 정당한 목적수행을 위한 활동으로부터 불가피하게 발생하는 현상으로서 그 자체에 내재하는 위험이라 할 것이므로 피고들의 그와 같은 활동이 위법하다고 할 수는 없을 것이다.

그러나 여기서 더 나아가 피고들이 위 각 은행에게 공연협력의 즉각 중지, 즉 원고와 이미 체결한 입장권판매대행계약의 즉각적인 불이행을 요구하

고 이에 응하지 아니할 경우에는 위 각 은행의 전 상품에 대한 불매운동을 벌이겠다는 경제적 압박수단을 고지하여 이로 말미암아 위 각 은행으로 하여금 불매운동으로 인한 경제적 손실을 우려하여 부득이 본의 아니게 원고와 체결한 입장권판매대행계약을 파기케 하는 결과를 가져왔다면 이는 원고가 위 각 은행과 체결한 입장권판매대행계약에 기한 원고의 채권 등을 침해<sup>35)</sup>하는 것으로서 위법하다고 하여야 할 것이고, 그 목적에 공익성이 있다 하여 이러한 행위까지 정당화될 수는 없는 것이다<sup>36)</sup>.

### (3) 판결에 대한 평가

위에서 설명한 소비자불매운동의 성립요건과 법적 허용한계에 관한 요소별로 대입하여 위 대법원 판결을 평가해 보면 다음과 같다.

불매운동을 주도한 주체인 공대위는 50개의 시민·사회·종교단체가 함께 결성한 것이어서 그 안에 순수한 의미의 ‘소비자단체’가 어느 정도 비율로 들어가 있을지는 미지수이나, 시민단체나 종교단체의 경우도 널리 소비자불매운동의 주체로 될 수 있다는 점, 공대위를 구성하고 있는 개개인들이 모두 마이클 잭슨 공연에 대한 관심이 가능한 개별 ‘소비자’라는 점에 비추어 보면, 행위자요소는 큰 문제가 없다(성립요건 A).

불매운동의 취지·목적인 ‘외화낭비, 청소년 과소비조장, 도덕적 악영향의 방지’라는 것은, 아동 성추문을 일으킨 바 있는 가수가 공연의 주체인 점, 그가 가지는 세계적인 대중적 인기나 감수성이 예민한 청소년들에게 미칠 수 있는 정서적 영향력 등을 고려하면, 마이클 잭슨 공연에 대한 소비자의 권익과 무관하다고 할 수 없고(성립요건 B), 공연기획사와 입장권판매대행계약을 체결한 은행들에 대하여 입장권 예매시 전국민차원의 불매운동을 벌이겠다고 통보하였기에 이는 제3자를 상대로 한 불매운동으로서 다만 조직화된 불매운동의 실행에는 나아가지 않은 통보 단계의 행위이다(성립요건 C, D).

35) 헌법적인 관점에서 보면 영업의 자유, 재산권이라는 기본권을 침해당한 것이다.

36) 원심판결(서울고법 1998. 9. 1. 선고 98나18225 판결)은, 각 은행이 입장권판매대행계약을 중단한 것은 스스로 공연권판매대행에 의한 이익과 시민단체의 불매운동으로 인한 영업손실을 비교교량하여 독자적인 영업판단에 따라 선택한 결과이므로, 시민단체의 불매운동행위와 은행의 입장권판매중단으로 인한 손해 사이에 인과관계가 없다고 하여, 손해배상청구를 기각하였다.



위 불매운동이 헌법상 허용된 한계를 넘었는지에 관하여 살펴 보면, 은행들을 상대로 한 위 불매운동을 함에 있어 불매운동촉구자인 피고들이 불매운동참여자인 소비자에게 허위사실을 배포한 사실은 없으므로 진실의무는 충족된 것으로 보이고(허용한계 A), 막바로 불매운동 실행행위에 들어간 것이 아니고 여하한 경우 불매운동을 벌이겠다고 고지하였으므로 사전대화의 무도 준수하였으며(허용한계 B), 아직 실행단계에 나아가지 않았으므로 참여자들에 대한 의사결정자유를 존중했는지 여부는 판단할 필요가 없을 것이다(허용한계 C).

대법원 판결이 부정적 판단을 내린 것은 제3자를 대상으로 하는 소비자불매운동의 경우에 특히 민감한 위법성 문제(허용한계 D)였다. 특별히 은행직원들을 협박하였다거나 은행건물에 침입하는 등의 문제될 만한 실행행위는 없었으나, 입장권판매대행계약을 체결한 상태의 은행들에게 ‘계약내용대로 실제로 입장권판매를 대행하게 된다면 은행의 전상품에 대하여 국민적인 불매운동을 벌이겠다’고 통보한 그 통보내용 자체가 불매운동 대상이었던 위 은행들의 영업의 자유를 부당히 위축시키고 제한하므로 위법하다고 판단했던 것이다. 위 통보로 은행들은 은행상품에 대한 불매운동으로 인한 손실을 감수하는 것보다는 판매권대행계약을 포기하겠다는 경제적 선택을 하긴 하였으나, 이 선택 자체가 영업의 자유를 행사하는 제3자로서 자유로운 의사결정권을 행사한 것이라기보다는 피고들의 소비자불매운동의 통보로 인하여 위축된 의사결정이었으며 위 소비자불매운동의 취지와 상관계 측면에서 볼 때 피고들의 경제적인 권력행사를 통한 압박은 제3자인 은행들에 대한 관계에서는 적법한 소비자불매운동으로 평가될 수 없다는 판단인 것이다.

이 사건 조중동 불매운동과 비교하여 본다면 위 은행들에 대한 불매운동은 그 정도가 훨씬 양호함에도 불구하고 위법하다는 판단을 받은 것이므로, 제3자에 대하여 소비자불매운동을 벌일 경우 그 정당성 범위는 극히 제한적으로 해석해야 한다는 취지로 위 대법원 판결을 해석할 수 있을 것 같다. 하지만, 이 하나의 판결로 대법원 판례의 입장이 어떻다고 말할 수는 없고, 이 사건 조중동 불매운동에 관한 대법원 판결이 나와 봐야 판례의 입장이 좀더 명확해질 것으로 보인다.

#### 4. 이 사건 법률조항들이 소비자보호운동을 보장한 헌법의 취지에 반하는지 여부

##### 가. 이 사건 법률조항 I (업무방해죄), II(공동정범)

2인 이상에 의하여 공동으로 이루어지는 집단적 소비자불매운동은 소비자가 그의 주장을 관철하기 위하여 불매운동 대상자의 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위이다. 여러 사람에 의한 집단적 행동으로서 ‘위력’의 개념요소인 ‘위세와 인원수’ 요건을 이미 충족하고 있으며, 압력을 가하는 실력행사를 통해 정상적인 업무를 저해한다는 속성상 ‘업무방해’가 야기될 것 역시 불매운동의 행위태양 자체에 내재되어 있으므로, ‘위력에 의한 업무방해죄’의 구성요건을 대부분 충족시킨다. 따라서, 소비자들이 공동하여 상대방의 업무를 방해하는 결과를 야기시킬 만한 소비자불매운동을 한 행위에 대하여 이 사건 법률조항 I·II를 적용시켜 ‘위력에 의한 업무방해죄’의 구성요건에 해당한다거나 위법한 것으로 판단함에 있어서는 헌법이 위와 같이 소비자보호운동을 보장하고 있는 취지를 충분히 감안하여 신중히 법률을 해석·적용해야 한다.

하지만, 헌법이 보장하는 소비자보호운동에도 위에서 본 바와 같은 헌법적 허용한계가 분명히 존재하는 이상, 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 쟁의행위가 형사책임 및 민사책임을 면할 수 없는 것과 마찬가지로, 헌법과 법률이 보장하고 있는 한계를 넘어선 소비자불매운동 역시 정당성을 결여한 것으로서 정당행위 기타 다른 이유로 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌할 수 있다고 할 것이다.

헌법에 나타난 소비자보호운동의 보장취지에 비추어 볼 때 정당성을 결여한 집단적 소비자불매운동에 대하여는 민사책임의 추궁만으로 충분하고 형사처벌하는 것은 바람직하지 않다는 주장도 있으나<sup>37)</sup>, 집단적으로 이루어지

37) 제3자를 대상으로 하는 소비자불매운동이 위와 같은 취지의 법적 허용한계가 있음을 설명하면서도, 이 사건 청구인들의 경우 민사상 손해배상문제로 해결하는 것이 바람직하지 형사상 업무방해죄로 처벌하는 것은 올바른 접근방법이 아니라고 하는 견해이다. 김봉수, “인터넷상에서의 불매운동과 그 법적 한계 - 제3자를 대상으로 한 불매운동의 합법성 판단을 중심으로”, 형사법연구 제21권 1호(2009/

는 소비자불매운동의 경우에도 ‘위계’나 ‘폭행·협박’ 등 불법적인 수단을 사용한 경우 그 정당성을 인정받기 힘든 경우가 있다는 점, 소비자불매운동이 집단적으로 이루어질 경우 그 손해의 범위가 예상외로 확대되는 경우도 배제할 수 없는 데다가, 소비자불매운동을 주도하는 소비자들이 대부분 경제적 약자로서 보호받아야 할 특별한 이유가 있는 동시에 불매운동의 상대방이 입은 손해를 배상할 만한 충분한 자력을 가지고 있지 않은 경우도 많다는 점, 이 사건 법률조항 I(업무방해죄)의 형사처벌을 통하여 확보하려는 형사적 보호법익과 대부분 경제적인 이해관계에 집중되어 있는 민사적 보호법익은 원칙적으로 규범적 관점에서 독립된 존재의의를 가진다는 점 등에 비추어 볼 때, 위 주장은 타당하지 않다.

따라서 집단적으로 이루어진 소비자불매운동의 목적, 구체적인 행위 태양, 불매운동의 대상과의 관계 등을 종합적으로 검토할 때 위력에 의한 업무방해죄로 처벌하는 구체적인 법률의 해석·적용과정에서 헌법이 규정하는 소비자보호운동의 보장취지에 반하여 적용상 위헌의 문제가 생길 수 있음은 별론으로 하고, 위와 같은 사정만으로 정당한 소비자불매운동의 범위를 벗어나 타인의 업무를 방해하는 결과를 가져오기에 충분한 집단적 행위를 처벌하는 이 사건 법률조항 I(업무방해죄), II(공동정범) 자체가 소비자보호운동을 보장하는 헌법의 취지에 반한다고 말할 수는 없다.

#### 나. 이 사건 법률조항III(강요죄), IV(공갈죄)

마찬가지 이유로, 그 목적이나 방법 및 경위에 있어 헌법적 허용한계를 넘어 상대방으로 하여금 공포심을 일으켜 의사결정에 영향을 미칠 수 있을 정도의 해악을 고지하여 의무없는 일을 강요하였거나 공갈하여 타인의 재산 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가하기에 충분한 소비자불매운동은 이미 정당한 소비자보호운동권의 행사가 아니므로, 이러한 소비자불매운동에 대하여 강요죄와 공갈죄를 적용시키는 이 사건 법률조항III, IV 역시 소비자보호운동을 보장하는 헌법의 취지에 반하지 않는다.

---

봄), 303-327쪽.

## 5. 결정의 의의

현행 헌법질서 내에서 ‘소비자의 권리’란 어떠한 내용을 가지는 것인지, 그 법적 성격은 어떠한지, 구체적 보장내용은 어떠한지에 관해서는 그간 학설상 소개된 것이 별로 없었다. 헌법재판소의 견해도 정면으로 제시된 적이 없었다.

그러다가, 2008년 초경 발생한 미국산 소고기 광우병 파동과 이를 둘러싸고 광범위하게 진행된 촛불집회, 그에 이은 소비자들의 조중동 광고불매 집단행동이 이어져 민감한 정치적 이슈가 된 이후에야 비로소, 소비자불매운동이 우리 헌법상 어느 정도로 보장되는 것인지, 그 헌법적 허용한계는 있는 것인지 하는 학자들의 논의가 진행되었고, 위 불매운동 주동자들의 형사처벌 여부를 둘러싸고 이 사건 헌법소원심판이 제기됨으로써 우리 헌법재판소도 입장을 제시하지 않을 수 없게 되었다.

이 사건 결정에서 헌법재판소는, i) 헌법 제124조의 ‘소비자보호운동권 보장’이 소비자의 ‘기본권’을 보장한 것이 아니라 ‘제도적 보장’을 한 것이라는 전제 하에, ii) 현행 헌법상 보호되는 소비자보호운동의 일환으로서 소비자불매운동이 되기 위해서는 일정한 성립요건과 일정한 헌법적 한계를 준수해야 한다는 점을 논증하였다. 이는 위 헌법 제124조의 의의와 내용을 정면으로 다룬 최초의 결정이고, 소비자의 헌법적 권리에 관한 기존의 학설상 논의와 대법원 판례를 망라하여 그 성립요건과 허용한계를 하나의 헌법적 기준으로 정리하여 제시한 최초의 결정으로서, 그 의의가 매우 크다.

## 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의2 등 위헌소원 등

- 필수유지업무에 대한 쟁의금지 사건 -

(헌재 2011. 12. 29. 2010헌바385·386·387·388·389·390·391·  
392·393·394·451·452·453·481(병합), 판례집 23-2하, 673)

지 성 수\*

### 【판시사항】

1. 필수유지업무의 내용을 대통령령에 위임하고 있는 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제42조의2 제1항이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제42조의2가 필수유지업무 종사자들의 쟁의권을 과도하게 제한하여 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제42조의2가 필수유지업무에 종사하는 근로자들과 다른 업무에 종사하는 근로자들을 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘노동조합 및 노동관계 조정법’(2006. 12. 30. 법률 제 8158호로 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 것, 이하 ‘노조법’이라 한다) 제42조의2(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌여부로 그 내용은 다음과 같다.

노동조합 및 노동관계 조정법(2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 것)

제42조의2(필수유지업무에 대한 쟁의행위의 제한) ① 이 법에서 “필수유지업무”라 함은 제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업

---

\* 헌법연구관

무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말한다.

② 필수유지업무의 정당한 유지·운행을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 청구인 전국보건의료산업노동조합은 1998. 2. 27. 설립된 전국단위 산업별 노동조합이고, 2010헌바385 당해사건 피고보조참가인 학교법인 고려중앙학원은 서울 성북구에 고려대학교의료원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바386, 2010헌바387 당해사건 피고보조참가인 학교법인 가톨릭학원은 서울 서초구와 영등포구에 가톨릭대학교 서울성모병원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바388 당해사건 피고보조참가인 전북대학교병원은 전주시 덕진구에서 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바389 당해사건 피고보조참가인 대한적십자사는 서울 종로구에 서울적십자병원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바390 당해사건 피고보조참가인 한국보훈복지의료공단은 서울 강동구에 서울보훈병원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바391, 2010헌바392 당해사건 피고보조참가인 학교법인 영남학원은 대구 남구 대명동에 영남대학교의료원을, 영천시 오수동에 영남대학교 영천병원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바393 당해사건 피고보조참가인 학교법인 원광학원은 익산시 신용동에서 원광대학교의과대학병원을 경영하는 자, 2010헌바394 당해사건 피고보조참가인 의료법인 혜원의료재단은 부천시 소사구에 세종병원을 두고 병원사업을 경영하는 자이다.

(2) 그런데 위 병원사업자들은 청구인과의 사이에 필수유지업무협정이 체결되지 않자, 서울 등 해당 지방노동위원회에 필수유지업무의 필요최소한의 유지, 운영수준 등의 결정신청을 하였고, 그 결정에 대해서는 청구인이 불복하여 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나 기각되었다. 청구인은 이 기각 결정에 대하여 서울행정법원에 그 재심결정의 취소를 구하는 소송을 제기하

고, 위 소송계속 중 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제42조의2 등이 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2010. 10. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 한편, 2010헌바451 당해사건 피고보조참가인 학교법인 경희학원은 서울 동대문구에 경희의료원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바452 당해사건 피고보조참가인 학교법인 이화학당은 서울 양천구에 이화여자대학교 의료원을 두고 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바453 당해사건 피고보조참가인 재단법인 한국원자력의학원은 서울 노원구에서 병원사업을 경영하는 자, 2010헌바481 당해사건 피고보조참가인 학교법인 한양학원은 서울 성동구에 한양대학교의료원을 두고 병원사업을 경영하는 자인데, 청구인과의 사이에 필수유지업무협정이 체결되지 않자, 서울지방노동위원회에 필수유지업무의 필요최소한의 유지, 운영수준 등의 결정신청을 하였고, 그 결정에 대해서는 청구인과 위 병원사업 경영자들이 모두 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 기각되었다. 청구인은 서울행정법원에 그 재심결정의 취소를 구하는 소송을 제기하고, 소송계속 중 관련 노동조합 및 노동관계조정법 규정이 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌심판제청신청을 하였으며, 기각되자 2010. 11. 29.과 2010. 12. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청신청 기각 이유

### 가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 조항은 공익사업체의 필수유지업무에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권을 사전적으로 봉쇄하고 있는바, 이는 헌법상 보장된 근로자의 단체행동권을 본질적으로 침해한다.

(2) 이 사건 조항은 필수유지업무의 내용을 법률로 확정하고 있는 것이 아니라 대통령령으로 정하도록 하고 있는바, 이는 포괄위임금지원칙에 위반되는 것이고, 노조법 제42조의2에서 사용하고 있는 ‘공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’ 등의 개념은 그 의미가 불명확하므로 명확성원칙에 위반된다.

(3) 필수유지업무를 포함한 필수공익사업에서 쟁의행위가 발생하여 국민

의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에는 노동부장관이 긴급조정을 결정하거나 대체근로를 사용할 수 있음에도 불구하고, 이 사건 조항은 필수유지업무에 종사하는 근로자의 단체행동권 행사를 사전적으로 봉쇄하고 있는바, 이는 과잉금지원칙의 최소침해성원칙을 위반하는 것이다.

(4) 이 사건 조항은 필수유지업무에 종사하는 근로자와 그 외의 근로자를 합리적인 이유 없이 차별하므로 평등원칙에 위반된다.

### 나. 법원의 위헌제청신청 기각

(1) 이 사건 조항은 필수공익사업의 필수유지업무에 종사하는 근로자들의 단체행동권을 제한하고 있지만, 이를 통해 보호하려는 공익이 공중의 생명, 건강 등이라는 점에서 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없고, 그 공익적 목적에 비추어 볼 때 다른 업무에 종사하는 근로자보다 단체행동권을 더 제한하더라도 평등원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

(2) 필수공익사업 중 필수유지업무의 내용은 필수공익사업장별로 광범위하여 이를 일률적으로 정하기 곤란한 점, 같은 필수유지업무라 하더라도 각 사업장마다 운영형태가 다양한 측면이 있어 그 유지나 운영 수준 등에 대해 우선 노사가 협의를 통하여 정하도록 하고 협의가 성립되지 못한 경우에 노동위원회가 정하도록 하는 것이 합리적인 점, 필수유지업무제도의 도입 경위 및 취지 등을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 규정이 포괄위임금지원칙이나 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

## 【결정요지】

### 1. 포괄위임금지원칙 위반 여부

필수공익사업 중 필수유지업무는 필수공익사업별로 산업적 특성에 따라 구체화될 수밖에 없기 때문에 일반 공중의 생명이나 건강 등에 직접적으로 영향을 미치는 핵심적 업무인 필수유지업무를 사전에 전부 법률로써 일률적으로 정하는 것이 불가능한 점, 대통령령에 위임된 ‘업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’란 그 업무의 정지나 폐지로 ‘일반 사람들이 인간으로서 최소한으로 유지하여야 할 일상생활을



할 수 없을 정도로 영향을 미치는 업무'로서 그 대강의 내용을 예측할 수 있다는 점에서 이 사건 조항이 포괄위임금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

## 2. 과잉금지원칙 위반 여부

필수유지업무는 그 정지나 폐지로 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전 등을 위태롭게 하는 업무로서 이에 대해 아무런 제한 없이 근로자의 쟁의행위를 허용한다면 공중의 생명이나 신체, 건강 등은 위험에 처해질 수밖에 없으므로 이를 보호하기 위해 부득이 필수유지업무에 대해서는 쟁의권 행사를 제한할 수밖에 없고, 필수유지업무제도는 쟁의행위에 대한 사전적 제한이라는 성격을 가지지만, 필수유지업무제도를 통해 보호하려는 공중의 생명이나 건강은 그 침해가 현실화된 이후에는 회복이 어렵다는 점에서 사전제한이라는 이유로 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

## 3. 평등원칙 위반 여부

필수유지업무는 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무이므로 이에 대한 쟁의권 행사는 그 영향이 치명적일 수밖에 없다는 점에서 다른 업무 영역의 근로자보다 쟁의권 행사에 더 많은 제한을 가한다고 하더라도 그 차별의 합리성이 인정되므로 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

# 【해 설】

## 1. 필수유지업무제도에 대한 개관

### 가. 필수유지업무제도 도입 배경

구 노동쟁의조정법(노조법으로 개정되기 전의 법률)은 제4조에서 공중운수사업, 수도 전기 가스 및 정유사업, 공중위생 및 의료사업, 은행사업, 방송통신사업을 공익사업으로 정하고, 제30조 제3호에서 이러한 공익사업에 대해 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때에는 강제로 중재가 개시되도록 하는 이른바 직권중재제도를 규정하고 있었다.

ILO(국제노동기구)는 위와 같은 직권중재제도에 대해 생명·신체의 안전이나 건강과 직접 관련 없는 ‘철도·지하철, 석유사업’ 등을 공익사업에서 제외할 것을 우리나라에 지속적으로 권고하였으며, 국내외 노동단체들은 직권중재제도가 노동기본권을 과도하게 제약하고 있다는 비판을 제기하였는바, 헌법재판소는 1996년(90헌바19등) 이에 대해 합헌결정을 하였다[재판관 4인은 합헌의견, 5인은 위헌의견(같은날 선고된 유사한 쟁점의 93헌바17사건에서는 재판관 3인은 합헌의견, 재판관 5인은 위헌의견이었다(이 결정에는 재판관 1인이 불참하였다)].

한편, 1996. 12. 31. 법률 5244호로 노동쟁의조정법이 폐지되고, ‘노동조합 및 노동관계 조정법’(‘구 노조법’이라 한다)이 제정되어 1997. 3. 1.부터 시행되기에 이르러, 구 노조법은 중재개시 요건을 제71조 제2항의 규정에 의한 필수공익사업<sup>1)</sup>에 대해 노동위원회 위원장이 특별조정위원회의 권고에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때로 규정함으로써(제62조 제3호, 제74조와 제75조에서는 필수공익사업에 대한 중재회부권고와 중재회부결정에 대해 규정) 대상사업을 필수공익사업에 한정하고, 중재의 주체로 노동위원회를 규정하여 노동부장관 등 행정관청의 직권중재회부권한을 폐지하였다. 구 노조법 제62조 제3호에 대해서도 헌법재판소는 2003년(2001헌가31) 합헌결정(재판관 5인 합헌의견, 4인 위헌의견)을 하였으나, 위 제도에 대한 위헌 논란은 여전히 계속되었다.

위 구 노조법 규정에 대한 합헌결정이 있는 이후, 정부와 노사 당사자는 새로운 경제 환경 변화에 대응하고자 노사관계 선진화 방안을 논의하였다(선진화 방안에서는 직권중재제도 폐지와 파업시 최소업무유지를 의무화하고, 필수공익사업에 대체근로를 허용하는 방안을 대안으로 제시하였다). 위 선진

1) 제71조 제1항에 공익사업(공익사업은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 사업으로서 1. 정기노선여객운수사업, 2. 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 3. 공중위생 및 의료사업, 4. 은행 및 조폐사업, 5. 방송 및 통신사업)을, 제2항에 필수공익사업을 규정하고 있었는데, 필수공익사업은 제1항의 공익사업으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 않은 1. 철도(도시철도를 포함한다) 및 시내버스(특별시, 광역시에 한한다) 운송사업, 2. 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 3. 의료사업, 4. 은행사업, 5. 통신사업 등이 그것이었다.

화 방안은 노사정 대표자회의 합의와 국회의 심의 과정을 거쳐 이 사건 노조법에 반영되기에 이르는데(2006. 12. 30. 공포, 2008. 1. 1. 시행됨), 필수공익사업에 대한 직권중재회부제도를 폐지하고, 기존의 필수공익사업에 항공운수사업, 혈액공급사업을 추가하는 한편(제71조 제2항 제1호, 제3호), 필수공익사업 업무 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명, 보건, 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무를 필수유지업무로 규정하여, 이에 대해서는 쟁의행위 기간 중에도 정당한 유지 운영 의무를 부과하는 필수유지업무제도를 도입(제42조의2 내지 6 등)하였다.<sup>2)</sup>

### 나. 노조법령상 나타난 필수유지업무의 개념

노조법 제42조의2 제1항은 필수유지업무를, ‘제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명, 신체의 안전이나 건강 또는 공중의 일상생활을 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무’라고 규정하고 있다. 그리고 노조법 제71조 제2항에서는 필수공익사업을 ‘제1항의 공익사업<sup>3)</sup>’으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업’으로 규정하고, 이에 해당하는 사업으로 1. 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업, 2. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 3. 병원사업 및 혈액공급사업, 4. 한국은행사업, 5. 통신사업을 규정하고 있다. 따라서 필수유지업무는 위 필수공익사업의

2) 2006. 12. 21.자 ‘노동조합 및 노동관계 조정법’ 일부개정법률안 제안이유서에 의하면, 쟁의권 행사와 공익보호가 조화를 이룰 수 있도록 필수공익사업에 대한 직권중재제도를 폐지하는 대신 필수공익사업에 필수유지업무를 도입하고 대체근로를 허용하는 등 쟁의행위 관련 규정을 정비하는 것이 제안 이유임을 명시하고 있다(국회 의안정보시스템 참조).

3) 제71조(공익사업의 범위 등) ① 이 법에서 “공익사업”이라 함은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 사업으로서 다음 각호의 사업을 말한다.

1. 정기노선 여객운수사업 및 항공운수사업
2. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업
3. 공중위생사업, 의료사업 및 혈액공급사업
4. 은행 및 조폐사업
5. 방송 및 통신사업

요건을 갖춘 사업 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명, 신체의 안전이나 건강 또는 공중의 일상생활을 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말한다고 할 것이다. 이러한 필수유지업무에 대해서는 쟁의행위 기간 중에도 그 업무의 유지 운영이 강제된다(제42조의2에서 6).

필수유지업무의 구체적 내용에 관한 시행령 제22조의2 별표 1에서 이 사건 병원사업 관련한 내용만 보면, 응급의료에 관한 법률 제2조 제2호에 따른 응급의료 업무, 중환자 치료·분만(신생아 간호를 포함한다)·수술·투석 업무, 위 업무수행을 지원하기 위한 마취, 진단검사(영상검사를 포함한다), 응급약제, 치료식 환자급식, 산소공급, 비상발전 및 냉난방 업무 등이 이에 해당한다.<sup>4)</sup>

한편, 필수유지업무의 범위와 관련하여 법률상의 요건과 시행령 별표에 정해진 요건을 모두 충족하여야 하는지에 대해 서울고등법원<sup>5)</sup>은, 열차승무원의 업무가 필수유지업무인지와 관련하여, 이는 독자적으로 시행령상의 필수유지업무에 해당하지 않으므로 이를 대상직무에 추가하거나 열차승무원을 필요인원에 추가하는 것은 필수유지업무제도의 취지에 반하는 것으로 과도한 노동쟁의권의 제한이 될 우려가 있으므로 허용될 수 없다고 하였고, 중앙노동위원회는, (병원)중앙공급실은 수술실뿐 아니라 병원내 모든 부서에서 요구하는 기구, 위생자료 등을 세척, 포장, 멸균 처리하여 적재해 두었다가 필요시 제공할 수 있도록 준비하는 업무를 수행하고 있는데, 수술이 수행되기 위해서는 각종 멸균된 수술기구 및 재료가 적시에 공급되어야 하고, 수술

4) 필수유지업무에 대체근로가 가능한가에 대해서는, 대체근로가 허용되지 않는다는 견해와 대체근로가 허용된다는 견해가 나누어져 있다. 허용된다는 견해는 필수유지업무에 대해 대체근로를 명시적으로 금지하는 규정이 없다는 것을 이유로 들고 있고(문무기, 파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련 조항의 법리적 해석, 노동법학 제25호 2007, 33면, 이준희, 필수유지업무제도에 대한 법리 검토, 노동정책연구 8(2), 2008, 89면) 허용되지 않는다는 견해는 필수유지업무제도가 작동됨으로써 대체근로를 할 만한 쟁의행위로 중단된 업무는 없기 때문에 필수유지업무에서 벗어나 있는 영역에서만 대체근로가 허용된다는 것을[박제성, 필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율, 노동정책연구 7(3), 2007, 162-163, 김선수, 필수유지업무제도의 문제점과 정책과제, 필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제 국회대토론회 자료집, 2008, 65면 이하] 이유로 들고 있다. 그런데 필수유지업무는 필수공익사업에 포함되므로 대체근로를 사용할 수 있고(제43조 제3항, 제4항), 다만 필수공익사업 자체는 대체성이 용이하지 않은 사업을 의미하므로 필수공익사업임을 전제로 하는 필수유지업무도 그 대체가 용이하지는 않을 것이다.

5) 서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2009누38031. 아직 대법원 판결은 발견되지 않는다.

기구 및 재료 공급의 중단은 수술업무의 중단을 초래할 수 있으므로 초심지방노동위원회가 노조법 제42조의2 제1항을 오해하여 수술기구 및 재료공급 업무를 수술업무의 대상직무에서 제외한 결정은 위법하다<sup>6)</sup>고 결정한 바 있다. 이에 따르면 필수유지업무에 해당하기 위해서는 법률상의 요건과 시행령 별표에 정해진 요건을 모두 충족하여야 하고, 법률상의 요건을 들어 시행령 별표에 정해지지 않은 업무를 필수유지업무로 볼 수는 없다.<sup>7)</sup>

#### 다. ILO의 필수서비스 및 최소서비스의 개념과의 관계

ILO 결사의 자유위원회(the Committee on Freedom of Association, CFA)에 따르면<sup>8)</sup>, 필수서비스(essential services in strict of the term)란 그 중단이 생명, 개인적 안전, 공중 전체 또는 일부의 보건에 명백하고 즉각적인 위해를 초래하는 서비스를 의미하고, 병원분야, 전력공급분야, 물공급분야, 전화, 경찰 또는 군대, 소방, 감옥 분야, 학교급식 또는 청소 분야, 항공 관제분야 등이 여기에 해당한다. 그리고 최소서비스(minimum service)는 파업시에도 유지되어야 하는 최소한의 서비스로서, ① 그 중단이 생명, 개인적 안전, 공중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 초래할 우려가 있는 서비스(필수서비스), ② 엄격한 의미에서의 필수서비스에는 해당하지 않지만, 파업의 강도나 기간에 비추어 그 결과가 공중의 정상적인 생활여건에 위해를 주는 국가긴급사태를 초래할 정도에 이르는 서비스, ③ 기본적 중요성이 인정되는 공공서비스 등이 여기에 속한다.<sup>9)</sup>

필수유지업무가 ILO에서 제시하는 필수서비스 또는 최소서비스 중 어느 개념에 해당하는가에 대해서는 견해가 일치되어 있지 않다. 그런데 필수서비스와 최소서비스는 수행되는 각 업무의 본질적 성격에 따라 나뉘는 것으

6) 중노위 2010. 1. 26. 중앙2009필수4, 7 결정

7) 필수유지업무에 대해서는 쟁의권이 제한되므로 엄격하게 보아야 한다.

8) Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO(Fifth edition), 2006, p.581이하.

9) 도서지역에서의 운송서비스, 국가를 대표하는 항만시설을 관리하는 기업이 제공하는 하역서비스, 지하철서비스, 여객 및 상품의 운송서비스, 철도서비스, 우편서비스 등은 본래 의미의 필수서비스에는 해당되지 않으나, 최소서비스에는 해당될 수 있다고 한다.

로 보인다. 즉, 필수서비스는 어떠한 상황에서도 파업이 금지되며 반드시 수행되어야 하는 필수적인 업무의 목록을 제시한 것이고, 최소서비스는 필수서비스에 해당되지 않더라도 정책적 판단에 의해 단체행동권 행사 중에도 최소한의 수준 이상 해당 업무를 유지하도록 강제하는 업무를 말하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 보면 우리나라의 필수유지업무는 ILO의 필수서비스에 해당되는 업무를 근간으로 하면서 최소서비스에 포함될 수 있는 업무를 일부 추가하여 대상 업무를 규정하고 그 업무들에 대하여 최소한의 업무 수행이 보장된 상태에서 단체행동을 할 수 있도록 허용하는 제도라고 보는 것이 타당하다. 우리나라의 필수유지업무는 ILO의 필수서비스와 최소서비스가 혼재된 것으로 평가할 수 있다.<sup>10)</sup>

ILO 결사의 자유 위원회는 필수서비스에 대한 파업권의 제한이나 금지를 인정하나, 다만 거기에는 정당한 보상 조치가 수반되어야 한다는 점을 지적하고 있다.

한편, 결사의 자유 위원회는 필수서비스를 규정할 때에는 각 나라의 특수한 사정이 고려되어야 한다는 점을 강조한다. 어떤 나라에서는 파업을 해도 기껏해야 경제적 손실만을 가져올 뿐인 서비스가 다른 나라에서는 국민의 건강이나 안전 또는 일상생활 자체에 심각한 위협을 가져올 수도 있기 때문이다. 나아가 엄격한 의미에서의 필수서비스가 아니더라도 국민의 건강, 안전 또는 일상생활이 위협을 받을 정도로 파업 기간이 길어지거나 규모가 확대될 때에는 필수서비스로 될 수 있음을 인정하고 있다(쓰레기 수거 등).

#### 라. 필수유지업무의 운영절차

필수유지업무는 그 요건과 내용을 법령에서 정하고 있으나, 필수공익사업장에서 쟁의행위에 돌입할 경우 어떤 업무가 필수유지업무의 대상 업무가 되는지, 이를 유지 운영하기 위한 인력은 어느 정도 필요한지 등은 사업장에 따라 다를 것이므로 그 내용을 다시 구체적으로 정하기 전까지는 실제 쟁의행위를 할 수 없는 업무의 영역을 알 수 없다. 즉, 법령만으로는 필수유지업무로서 쟁의행위가 금지되는 영역을 명확하게 알 수 없고, 별도로 이를 정하

10) 이준희, 필수유지업무제도에 대한 법리 검토, 한국노동연구원, 2007, 5면

는 과정을 거쳐야만 비로소 필수유지업무의 내용이 구체화되어 쟁의행위가 금지되는 영역이 명확해진다.

### (1) 필수유지업무 협정

필수공익사업장의 노동자와 사용자<sup>11)</sup>는 노조법 시행령에서 정한 필수유지업무 범위에서 그 유지수준, 대상 직무, 필요인원 등 그 구체적 내용을 협정으로 체결하여야 한다.

필수유지업무협정 체결을 위한 교섭요구는 노동관계 당사자 어느 일방이 다른 일방에게 할 수 있다. 다만 필수유지업무 협정의 유효기간 중에는 특별한 사정변경이 없는 이상 협정 변경을 위한 교섭요구는 제한되고, 협정의 유효기간이 만료되는 때에는 새로운 협정의 체결을 위한 교섭의 요구가 허용된다.

필수유지업무협정은 필수유지업무의 유지 운영과 관련하여 쟁의행위의 준칙을 정하는 것으로서 교섭 희망 일시, 장소, 대표자 명단 등은 노동관계 당사자 쌍방이 협의하여 정한다.

### (2) 필수유지업무협정의 내용

필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 필요최소한의 유지·운영 수준은 필수공익사업 서비스 및 재화의 성격, 대체가능성 등을 감안하여 노사간 교섭을 통해 정해지는데, 공중의 생명, 건강, 신체의 안전 및 공중의 일상생활에 미치는 영향을 고려하여 쟁의권과 공익이 조화되는 범위에서 합리적으로 정할 필요가 있다. 대상직무는 필수유지업무에 해당하는 직무 중 서비스 제공에 필수불가결한 직무를 중심으로 정하고, 이에 필요한 필요인원수를 정한다.

협정에서는 노동조합이 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하고, 이에 대해 사용자가 지명 통보하는 절차를 정하여야 한다. 기 통보 또는 지명된 조합원을 변경하는 절차에 대해서도 정할 필요성이 있다. 한편, 필수유지업무 협정의 유효기

11) 권한을 제3자에게 위임하는 것도 가능

간도 정해야 한다.

### (3) 필수유지업무협정 체결

당해 필수공익사업 노동관계 당사자는 필수유지협정을 서면으로 체결하여 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다. 단체협약과는 달리 노동관계 당사자가 필수유지업무협정을 행정관청에 신고할 의무는 없으며, 단체협약과는 달리 법령위반을 이유로 행정관청에서 시정명령을 할 근거도 없다.

쟁의행위 개시 전까지 필수유지업무협정 또는 노동위원회의 결정이 있어야 하므로 가급적 단체교섭 개시 전에 필수유지업무협정을 위한 교섭을 개시하고, 협정이 체결되지 않은 경우 노동위원회에 필수유지업무 결정신청을 한다.

필수유지업무협정 체결을 위한 노사간 교섭은 근로조건의 결정을 둘러싼 단체교섭과는 다르므로 어느 일방이 교섭을 거부하는 경우에는 노동위원회에 결정을 신청할 수 있고, 노동위원회의 결정은 필수유지업무협정으로서 효력을 발생한다. 따라서 사측이 교섭을 거부하더라도 부당노동행위구제신청을 제기할 수 없고, 노동위원회에 결정신청을 할 수 있을 뿐이다.<sup>12)</sup>

### 마. 노동위원회의 결정과 결정에 대한 불복

노사간에 협정이 체결되지 않을 경우 관계 당사자 일방 또는 쌍방이 노동위원회에 신청하여 노동위원회가 결정한다. 이 경우 노동위원회는 특별조정 위원회를 구성하여 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요최소한의 유지 운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한다.

다만 필수유지업무제도는 노사 양 당사자 사이에 자율적 교섭을 통하여 필수유지업무협정을 체결하되, 교섭이 교착상태에 빠졌을 때 보충적으로 노동위원회가 노사 양 당사자 사이의 의견을 최대한 좁혀 가능한 합의안에 가까운 필수유지업무 유지수준을 결정하는 제도이므로, 본질상 노사 양 당사자 사이의 필수유지업무협정 체결 교섭이 교착상태에 빠졌을 때 비로소 필수유

---

12) 필수유지업무제도 운영매뉴얼, 노동부, 2008. 11. 65면



지업무 결정을 신청해야 하고, 노동위원회는 노사 양 당사자 사이의 교섭이 불충분하다고 판단할 때에는 좀 더 적극적인 교섭을 권고하여 양 당사자의 의견접근을 최대한 이끌어내도록 노력하여야 한다.<sup>13)</sup>

실제 지방노동위원회는 그 결정시기에 대해, ‘양 당사자 중 일방이 협정체결을 거부하거나 불성실한 태도를 견지하여 더 이상 자율적인 교섭을 통한 자주적인 협정체결이 어렵거나 필수유지업무협정 체결을 위하여 노사 당사자간 최선의 노력을 다하였음에도 불구하고 의견불일치로 인하여 더 이상 자율적인 노사교섭을 통한 자주적인 협정 체결이 어렵다고 판단되고, 노동조합이 곧 쟁의행위에 돌입할 태세를 보이고 있는 한편, 필수유지업무협정 체결을 위한 시간적 여유가 충분치 않고 급박한 경우와 같이 노사 양 당사자가 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 다하기를 기대하기 어려운 경우’라고 결정한바 있고<sup>14)</sup>, 중앙노동위원회는 노사간 협의가 충분히 이루어지지 않고 결정신청이 접수된 경우 특별조정위원회의 결정으로 기간을 정하여 자율적 협의를 하도록 하고, 그 기간 내에 합의가 안 될 것이 명확하거나 기간이 지나도 합의가 안 될 경우 결정 절차를 진행하도록 각 지방노동위원회에 지시를 한 바 있다.<sup>15)</sup>

하급심 판례<sup>16)</sup>는 노조법, 노동위원회법 등 관련 법령은 필수유지업무협정 체결에 있어 노사간에 자율적 교섭을 원칙으로 하고 있다고 할 것이나, 노사 일방이 협정체결을 지연한다거나 상당한 시간이 경과하였음에도 협정이 체결되지 아니한 경우까지 협정 체결을 위한 협의를 지속할 것을 요구하는 것은 아니라고 하였다.

한편, 지방노동위원회의 결정이 위법하거나 월권에 의한 것이라고 인정되는 경우 당사자는 결정서의 송달을 받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 요청할 수 있고, 중앙노동위원회의 재심결정이 위법하거나 월

13) 김남근, 2008-2009 필수유지업무결정에 대한 비판적 고찰, 법과 사회 제38호(2010년 상반기), 박영사, 367면

14) 부산지방노동위원회, 2008. 3. 25. 부산2008필수1(부산교통공사 필수유지업무 유지 운영 수준 등의 결정신청 사건 결정문)

15) 필수유지업무제도 운영 관련 유의사항 조정과 - 416 공문(2008. 4. 24.)

16) 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합22270 판결

권에 의한 것일 경우에는 재심결정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.

## 바. 공익사업 등의 쟁의권 제한에 관한 외국의 입법례

### (1) 영국

영국에는 경찰, 군대, 우편 및 통신, 상선원에 대해서만 파업특별제한이 있을 뿐, 공공부문이나 공익사업 일반에 대한 특칙은 없다. 다만 1964년의 비상조치법 개정에 의해 국가적으로 중요한 쟁의에 대해서는 의회와 협의하지 않고도 군대를 동원할 수 있는 길이 열렸는데, 필수서비스 부문에서는 파업이 장기화될 경우 비상사태를 선포하고 군대를 동원하여 서비스를 대신 제공하게 할 수 있다. 그러나 이 경우에도 파업을 중지시키고 강제중재에 부치거나 파업노동자를 처벌하지는 못한다.

현재 영국에는 쟁의행위에 대한 냉각기간은 없고, 다만 1981년 노동조합법(Trade Union Act)에 따라 쟁의 돌입 찬반비밀조합원투표가 거의 모든 파업에 요구되고 있어 이것이 쟁의권 행사에 대한 약간의 제한적 기능을 수행하고 있다.<sup>17)</sup>

### (2) 미국

태프트-하틀리(Taft-Hartley)법에 따르면 쟁의행위의 결과 국민의 건강과 안전이 심각하게 위협을 받을 때 대통령은 이를 국가긴급쟁의로 선포하고 다음과 같이 조치할 수 있다. 대통령은 우선 진상조사위원회(Board of Inquiry)를 구성하여 조사하도록 할 수 있는데, 조사위원회는 당사자로부터 의견을 청취하고 필요한 자료를 제출케 하여 진상보고서를 작성한 후 이를 대통령에게 제출한다. 보고서를 접수한 대통령은 연방검찰총장에 대해 연방 법원에 파업금지명령을 청구하라는 지시를 내릴 수 있다. 만약 파업이 문제 산업의 중요한 부분에 영향을 미치고 있을 뿐 아니라, 지속될 경우 국민의 건강이나 안전을 위태롭게 할 것으로 판단될 경우, 법원은 금지명령을 포함

17) 이기환, 필수공익사업의 범위에 관한 연구, 한국정책과학학회보 제8권 제2호(2004. 6), 9면

한 적절한 조치를 명할 수 있다. 금지명령이 내려지면, 당사자들은 연방조정 알선서비스기구(Federal Mediation and Conciliation Service)의 조정노력에 협조할 의무를 지게 된다. 그리고 다시 진상조사위원회가 재개된다. 조사위원회는 분쟁당사자의 협상진행을 감독하고, 60일이 경과하는 시점에서 분쟁 당사자는 각자의 입장을 보고한다. 이 보고를 받고 15일 이내에 전국노동관계위원회(National Labor Relations Board)는 사용자의 최종 타협안 수락 여부를 종업원 비밀투표에 부친다. 투표 결과는 5일 이내에 연방검찰총장의 확인을 받아야 한다. 이러한 확인 시점에서 금지명령은 효력을 상실하고 대통령은 의회에 조사결과, 투표결과, 그리고 기타 권고안을 보고한다.

위와 같은 절차에 따라 미국에서는 최장 80일간 파업이 중지될 수 있는데, 이 기간을 냉각기간이라 한다. 비밀투표에서 근로자측이 사용자의 최종 제안을 승낙하는 경우에는 분쟁이 종결되지만, 거부하는 경우에는 긴급조정 절차도 실패로 끝난다. 결국 미국에서는 파업권이 완전히 금지되거나 구속력 있는 중재절차가 강제되지는 않고, 예외적으로 우편파업의 경우에만 강제 중재가 허용될 뿐이다.<sup>18)</sup>

### (3) 독일

독일의 경우 공공복리 차원에서 파업권에 대한 제한으로 협정근로보장방식이 인정되고 있다. 생존중요사업이라고 하여 노동조합이 파업 중에도 일반 공중의 최소한의 생존배려를 위해 계속해서 긴급작업을 해야 하는 사업분야가 인정되고 있는 것이다. 생존중요사업의 핵심기준은 1. 그 급부의 정지가 공중의 생존 혹은 일반적으로 알려진 생존의 최소한을 위협하는 사업일 것, 2. 당해 사업에서 제공하는 급부가 달리 대체될 수 없는 것이어서 일반 공중이 그 급부에 구속될 것 등이다.

생존중요사업의 종류는 식료품, 공중위생, 방송, 공중운수 등 비교적 광범위한데, 노동조합은 최소한의 생존급부를 위한 긴급작업에 대한 의무를 부담하며, 이런 점에서 전면적 쟁의금지가 아니라 기능적 쟁의금지로 평가된다. 기능적 쟁의금지란 쟁의행위가 구체적으로 제3자인 국민들의 수인한도를 넘

18) 이기환, 위 글, 12면

는 경우에만 그 행사를 개별적으로 제한하는 방식이다. 긴급작업의 범위는 노동조합과 사용자가 단체교섭에서 정해야 하고, 긴급작업협정이라는 명칭으로 사업장 단위에서 정해진다.<sup>19)</sup>

#### (4) 일본

일본에서는 공중의 일상생활에 없어서는 안 될 사업으로서 운수사업, 우편 또는 전기통신사업, 수도 또는 가스 공급사업, 의료 또는 공중위생사업을 지정하고 있으며(노동관계조정법 제8조 제1항), 이와 별도로 내각 총리대신이 국회의 승인을 얻어 업무의 정지·폐지가 국민경제를 현저히 저해하거나 공중의 일상생활을 현저하게 위태롭게 하는 사업의 경우 1년 이내의 기간을 정하여 공익사업으로 지정할 수 있다(동법 제8조 제2항).

공익사업에 관하여 관계당사자가 쟁의행위를 하려면, 쟁의행위를 하고자 하는 날의 10일 전까지 노동위원회 및 노동대신이나 都道府縣 지사에게 그 사실을 예고하여야 한다(동법 제37조 제1항). 쟁의행위 예고통지를 받은 노동대신 또는 지방의 지사는 곧바로 공중이 알 수 있는 방법으로 이를 공표하여야 한다(동법 제37조 제1항, 시행령 제10조의4 제4항). 이러한 예고제도는 일반 공중이 쟁의행위를 미리 알아 불측의 손해를 방지하고 손해를 최소한으로 하도록 하면서 노동위원회에게 쟁의행위 예방을 위한 조정활동의 기회를 확보해 주려는 것이다.

한편, 공익사업의 쟁의행위에 대해서는 관계당사자 일방이 조정을 신청한 때, 노동위원회가 직권으로 조정을 행할 필요가 있다고 결의한 때, 노동대신 또는 都道府縣 지사가 조정을 청구한 때에 강제조정이 가능하도록 규정하고 있다(동법 제18조 제3호 내지 제5호). 그러나 이런 조정절차는 쟁의행위를 중지시키는 냉각기간이 없고, 조정안에 대한 구속력도 없으므로 조정의 강제적 개시가 당사자의 쟁의권을 제약하는 것은 아니며, 공익사업임을 이유로 노동쟁의에 대하여 강제적으로 중재절차가 개시되지도 않는다.

다만 일본은 공익사업에 대해 긴급조정을 받을 수 있게 하고 있다. 긴급조정은 공익사업에 관한 사항이거나 그 규모가 크거나 특별한 성질의 사업

19) 김상호, 필수공익사업 직권중재에 관한 입법론적 고찰, 노동법학 제13호, 제 120-121면

에 관한 것이어서 쟁의행위로 당해 업무가 정지되면 국민경제를 현저히 저해하거나 국민의 일상생활을 현저히 위협할 우려가 있다고 인정되는 경우 그 우려가 현실에 존재할 때에 한하여 할 수 있다(제35조의2). 긴급조정을 결정한 때에는 바로 그 이유와 취지를 공표하고, 동시에 중앙노동위원회 및 관계당사자에게 통지하여야 한다(제35조의2 제3항, 제4항). 결정이 공표된 경우 관계당사자는 50일간 쟁의행위를 할 수 없으나, 긴급조정이 강제적 구속력을 갖는 것은 아니며, 이 긴급조정이 이루어지지 않을 경우, 다시 쟁의행위를 할 수 있게 되어 있다(제18조, 제27조, 제35조의2, 제37조).<sup>20)</sup>

#### (5) 이탈리아

이탈리아는 생명, 건강, 왕래의 자유, 통신의 자유, 안전, 사회보장, 교육 등과 관련하여 개인에게 보장된 헌법적인 권리들의 행사를 보장하는 데 목적이 있는 서비스를 필수서비스로 정의하면서, 의료 및 공중위생, 재해예방, 도시 쓰레기 및 유해 쓰레기 수거와 처리, 일차적 에너지와 원자재 공급, 버스, 열차, 항공 등 대중교통과 섬들과의 연결수단인 해상교통, 우편, 통신, 공공라디오, 텔레비전 등을 그 범위에 포함시키고 있다.

노사는 이용자단체와 협의를 거쳐 단체교섭으로 최소업무를 결정하도록 하고 있으며, 단체협약에는 파업 중에 최소업무유지를 위해 파업에 참가할 수 없는 근로자의 수 등이 포함되어야 한다. 노사간 합의가 이루어지지 않으면 최소업무보장위원회가 조정한다.

최소업무보장위원회는 최소업무 유지 운영 수준에 대해 노사가 협정을 체결하지 못한 경우 그 유지 운영 수준 등을 결정한다. 이 결정은 노사가 자율적으로 협정을 체결할 때까지만 유효한 임시규정이다. 노사가 협정을 체결한다고 하더라도 그 내용이 공익보호차원에서 적절하지 않다고 판단되는 경우에는 최소업무보장위원회가 노사와 이용자단체의 의견을 들은 후 그 유지 수준 등에 대한 임시규칙을 제안하고, 노사는 이 제안에 대해 15일 이내에 의견을 제출하여야 하며, 기한 내 의견 제출이 없으면 최소업무보장위원회에서 동 임시규칙을 제안일로부터 20일 이내에 공포한다. 적절한 필수유지업

20) 이기환, 위 글, 15면

무협정을 다시 체결할 때까지 효력을 가진다.

필수유지업무협정이나 임시규칙을 준수하지 않을 경우 벌금을 부과할 수 있으며, 협정체결 없이 파업을 계속할 때에는 3개월간 노동조합활동을 정지할 수 있다.<sup>21)</sup>

## 2. 이 사건 규정에 대한 판단

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 필수공익사업 중 필수유지업무에 대해 쟁의행위를 금지하고 있는 이 사건 조항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 그 결정 이유에 대해 살펴본다.

### 가. 포괄위임금지원칙 위반 여부

이 사건 노조법 제42조의2 제1항은, 이 법에서 ‘필수유지업무’라 함은 제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말한다고 규정하고 있는데, 청구인은 이 규정이 포괄위임금지원칙과 명확성원칙에 위반된다고 주장하였다.

이에 대해 헌법재판소는, 헌법 제75조는 ‘대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다’고 규정하고 있는바, 이는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있으므로 수권법률 조항의 명확성원칙 위반 여부는 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙 위반 여부에 대한 심사으로써 충족된다(헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29, 판례집 19-1, 349, 365-366; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13, 판례집 23-1상, 53, 63 등 참조)고 하였다. 물론 위임 규정이 하위 법령에 위임하고 있는 내용과는 무관하게 법률 자체에서 해당 부분을 완결적으로 정하고 있는 경우에는 포괄위임금지원칙 위반 여부와는 별도로 명확성원칙이 문제될 수 있지만, 이 사건 노조법

21) 김남정, 필수유지업무제도의 개선방안에 관한 연구(병원사업을 중심으로), 단국대학교 석사논문, 2010, 18-19면

제42조의2 제1항의 내용은 대통령령에 정해질 필수유지업무의 대강을 설명하는 것으로서 그 한계를 설정하고 있는 것에 불과하여 명확성원칙을 별도로 판단할 필요가 없다고 하였다.

그리고 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부에 대해서는, 필수공익사업 중 필수유지업무는 필수공익사업별로 산업적 특성에 따라 구체화될 수밖에 없기 때문에 사전에 이를 전부 법률로 정하는 것은 불가능하여 위임이 필요하고, 대통령령에 위임된 ‘업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’란 그 업무의 정지나 폐지로 ‘일반 사람들이 인간으로서 최소한으로 유지하여야 할 일상생활을 할 수 없을 정도로 영향을 미치는 업무’를 의미하는 것으로 그 대강의 내용을 예측할 수 있다는 이유로 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 보았다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

헌법재판소는, 필수유지업무는 필수공익사업 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무이므로 아무런 제한 없이 근로자의 쟁의권을 인정한다면 공중의 생명이나 신체, 건강 등은 위험에 처해질 수밖에 없어 이에 대해 쟁의권 행사를 제한하는 것은 기본권 제한의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다고 하였다.

더욱이 필수유지업무제도는 쟁의행위에 대한 사전적 제한이라는 성격을 가지지만, 필수유지업무제도를 통해 보호하려고 하는 생명, 신체의 보호와 같은 공익은 그 침해가 현실화된 이후에는 회복이 거의 불가능하여 사후적 제한만으론 보호가 미흡할 수밖에 없는 점에 비추어 비록 이 사건 쟁의권 제한이 사전 제한이라 하더라도 이는 부득이하다고 보았다.

그리고 노조법이 이 사건 필수유지업무제도와 병렬적으로 두고 있는 긴급조정과 관련해서는, 노조법 제76조 제1항과 제77조에 두고 있는 긴급조정은 단체행동권이 행사되어 파업 등이 진행되고 난 이후에나 발동될 수 있고, 이러한 사후적 제도로는 이 사건 조항을 통해 보호하려는 공익을 충분히 보호할 수 없으므로 필수유지업무에 대한 쟁의권 행사 제한은 긴급조정제도와는

별개로 필요하다고 하였다.

결국 과잉금지원칙에도 위반되지 않는다는 결론을 도출하였다.

#### 다. 평등원칙 위반 여부

헌법재판소는 이에 대해서도, 이 사건 필수유지업무는 필수공익사업 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무이므로 이에 대한 쟁의권 행사는 그 영향이 치명적일 수밖에 없다는 점에서 다른 업무 영역의 근로자보다 쟁의권 행사에 더 많은 제한을 가한다고 하더라도 그 차별의 합리성이 인정된다고 하였다.

### 3. 결정의 의의

국민의 일상생활에 필수불가결하거나 생명 또는 신체 등에 위험을 초래할 우려가 있는 업무라고 하여 모두 쟁의권 행사를 제한하는 것은 단체행동권의 지나친 제한이 될 수 있다. 그런데 이 사건 조항은 필수유지업무라는 개념을 도입하여 업무의 정지나 폐지가 공중의 생명, 건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무에 대해서만 쟁의행위를 금지하고 있는바, 헌법재판소는 이러한 제한적인 개념에 착안하여 이 사건 조항에 대해 합헌결정을 하였던 것으로 보인다. 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 근로조건에 관하여 단체교섭을 할 수 있도록 헌법이 단체행동권을 보장하는 것이지만, 그러한 기본권의 행사가 국민의 생명이나 건강과 같은 중요한 공익을 직접적으로 위협할 우려가 있는 경우에는 근로자의 단체행동권이라도 이를 제한될 수 있다고 본 것이다.

다만 노동계는 지난 2008년 필수유지업무제도 도입 당시부터, 이 제도 역시 이전의 직권중재제도와 유사한 제도로서 헌법에 보장된 노동조합의 파업권과 자율교섭권을 봉쇄하는 위헌적인 것이라며 제도의 폐기를 촉구해 왔고, 이 결정이 나가자 헌법재판소가 필수유지업무제도의 위헌성과 폐단을 눈감아 버린 것이라고 비판하였다. 특히 보건의료노조는 성명서를 발표하여 병원사업장에서는 필수유지업무부서 대부분의 인원이 파업에 참가할 수 없게



되어 사실상 파업권을 봉쇄당하게 되었다고 비판의 강도를 높였다.

그러나 헌법재판소의 이 결정으로 필수유지업무에 종사하는 근로자들의 쟁의행위에 대한 제약은 필요최소한의 범위에서 앞으로도 계속될 전망이다.



## 공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인

- 인터넷 상 정치적 표현 및 선거운동의 포괄적 금지가  
위헌인지 여부 -

(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173·191(병합),  
판례집 23-2하, 739)

### 정 계 선\*

#### 【판시사항】

선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 처벌하는 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 ‘기타 이와 유사한 것’ 부분에 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함된다고 해석한다면, 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하는지 여부(적극)

#### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 본문 중 ‘기타 이와 유사한 것’ 부분과 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조 제1항 본문 중 ‘그 밖에 이와 유사한 것’ 부분(위 제93조 제1항은 2010. 1. 25. 개정되었으나, 이 사건 심판대상인 본문 부분은 사소한 표현의 차이가 있을 뿐 내용에는 변동이 없으므로, 이하 구법조항과 신법조항

---

\* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구원

을 합하여 ‘이 사건 금지조항’이라 하고, ‘그 밖에 이와 유사한 것’도 구법조항의 표현과 합하여 ‘기타 이와 유사한 것’이라고만 한다) 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 ‘기타 이와 유사한 것’ 또는 ‘그 밖에 이와 유사한 것’ 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 하고, 위 금지조항과 합하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

1. 2007헌마1001 : 청구인들은 2007. 12. 19. 실시된 대통령 선거와 관련하여 중앙선거관리위원회가 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호의 규제대상에 UCC가 포함된다는 단속기준을 발표하자, 위 법률조항들이 자신들의 정치적 의사 표현의 자유를 침해한다고 주장하면서 2007. 9. 5. 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 2010헌바88 : 청구인은 2007. 12. 19. 실시된 대통령선거의 특정후보자에 반대하는 글을 자신이 운영하는 인터넷사이트 등에 수차례 게재하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 위반하였다는 이유로 재판을 받는 과정에서 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각되자, 위 법률조항들이 청구인의 언론의 자유 등을 침해하고 있다며 2010. 2. 11. 헌법소원심판을 청구하였다.

3. 2010헌마173 : 청구인은 2010. 6. 2. 실시된 지방선거와 관련하여 한나라당 서울시장 후보로 출마하려던 사람들에 관련된 글을 자신의 블로그에 게재한 것이 공직선거법 제93조 제1항에 위반된다는 이유로 수사를 받게 되자, 위 법률조항이 자신의 선거권, 언론출판의 자유 등을 침해한다고 주장하며, 2010. 3. 19. 헌법소원심판을 청구하였다.

4. 2010헌마191 : 청구인들은 2010. 6. 2. 실시된 지방선거와 관련하여 중앙선거관리위원회가 공직선거법 제93조 제1항에 트위터가 포함된다는 단속기준을 발표하자, 위 법률조항 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 청구인들의 표현의 자유, 선거운동의 자유를 침해한다고 주장하며, 2010. 3. 25. 헌법소원심판을 청구하였다.

## 【결정요지】

### 1. 표현의 자유의 원칙과 그 제한의 한계

언론·출판의 자유는 자유로운 인격발현의 수단임과 동시에 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이며, 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이고, 정치적 표현의 자유는 국민이 선거과정에서 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 정치적 표현 및 선거운동에 대하여는 ‘자유를 원칙으로, 금지를 예외로’ 하여야 하고, ‘금지를 원칙으로, 허용을 예외로’ 해서는 안 된다.

따라서, 입법자는 선거의 공정성을 보장하고 탈법·금권적 혼탁선거를 방지하기 위하여 부득이하게 선거 국면에서의 정치적 표현 자유와 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도, 입법목적 달성과의 관련성이 구체적이고 명백한 범위 내에서 가장 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하지 않으면 안 된다.

### 2. 과잉금지원칙 위배 여부

#### 가. 목적의 정당성

이 사건 법률조항은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 달성하고자 하는 것으로 그 입법 목적이 정당하다.

#### 나. 수단의 적절성

인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 아니하거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받고 있고, 오히려 매체의 특성 자체가 ‘기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고’라는 공직선거법의 목적에 부합하는 것이라고도 볼 수 있는 점, 후보자에 대한 인신공격적 비난이나 허위사실 적시를 통한 비방 등을 직접적으로 금지하고 처벌하는 법률

규정은 이미 도입되어 있고 모두 이 사건 법률조항보다 법정형이 높으므로, 결국 허위사실, 비방 등이 포함되지 아니한 정치적 표현만 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되게 되는 점, 인터넷의 경우에는 정보를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 이를 수용하게 되는 것이 아니고 자발적·적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하게 되며, 선거과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니라는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 선거일전 180일부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현 및 선거운동을 금지하고 처벌하는 것은 후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 및 흑색선전을 통한 부당한 경쟁을 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지한다는 입법목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 할 수 없다.

#### 다. 침해의 최소성

대통령 선거, 국회의원 선거, 지방선거가 순차적으로 맞물려 돌아가는 현실에 비추어 보면, 기본권 제한의 기간이 지나치게 길고, 그 기간 ‘통상적 정당활동’은 선거운동에서 제외됨으로써 정당의 정보제공 및 홍보는 계속되는 가운데, 정당의 정강·정책 등에 대한 지지, 반대 등 의사표현을 금지하는 것은 일반국민의 정당이나 정부의 정책에 대한 비판을 봉쇄하여 정당정치나 책임정치의 구현이라는 대의제도의 이념적 기반을 약화시킬 우려가 있다는 점, 사이버선거부정감시단의 상시적 운영, 선거관리위원회의 공직선거법 위반 정보 삭제요청 등 인터넷 상에서 선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동, 비방이나 허위사실 공표의 확산을 막기 위한 사전적 조치는 이미 별도로 입법화되어 있고, 선거관리의 주체인 중앙선거관리위원회도 인터넷 상 선거운동의 상시화 방안을 지속적으로 제시해오고 있는 점, 일정한 정치적 표현 내지 선거운동 속에 비방·흑색선전 등의 부정적 요소가 개입될 여지가 있다 하여 일정한 기간 이를 일률적·전면적으로 금지하고 처벌하는 것은 과도하다고 볼 수 밖에 없는 점 등을 감안하면, 최소침해성의 요건도 충족하지 못한다.

#### 라. 법익균형성

이 사건 법률조항에 대한 법익균형성 판단에는 이로써 달성하고자 하는 선거의 공정과 평온이라는 공익과 그로 인한 기본권 제한 간의 법익균형성

뿐만 아니라, 국민의 선거참여를 통한 민주주의의 발전 및 민주적 정당성의 제고라는 공익 또한 감안하여야 할 것이다. 이에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 인터넷 상 정치적 표현 내지 사전선거운동을 금지함으로써 얻어지는 선거의 공정성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 인터넷을 이용한 의사소통이 보편화되고 각종 선거가 빈번한 현실에서 이 사건 법률조항이 선거일 전 180일부터 선거일까지 장기간 동안 인터넷 상 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 전면적으로 제한함으로써 생기는 불이익 내지 피해는 매우 크다 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 법익균형성의 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

### 3. 결론

그렇다면, 이 사건 법률조항 중 ‘기타 이와 유사한 것’에 인터넷이 포함되는 것으로 해석하여 이를 금지하고 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해한다.

#### 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대의견

입법자가 선거의 평온과 공정의 확보를 위하여 국가 전체의 정치, 사회적 발달단계와 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토 등 제반 여건을 종합적으로 고려하여 제한이 필요하다고 본 선거운동에 관하여는 입법자의 판단을 최대한 존중해야 한다.

이 사건 법률조항은 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 과열로 말미암아 선거의 평온과 공정을 해하는 결과가 발생하는 것을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하려는 정당한 입법목적を 가지고 있고, 인터넷 선거운동의 경우에도 후보자간 조직동원력, 경제력에 따른 불균형이 발생할 소지는 충분하며, 선거운동기간 이전부터 선거일에 이르기까지 일반 유권자들뿐만 아니라 정당, 후보자등 및 이들과 관련된 단체로부터 허위사실, 비방, 과대선전 등 선거에 영향을 미치는 표현행위가 무제한 쏟아질 경우 선거의 과열로 연결되어 선거의 평온과 공정성을 해할 가능성은 더욱 커질 것이므로, 수단의

적절성도 인정된다.

또한 허위사실공포나 비방 등을 처벌하는 공직선거법 제110조, 제250조, 제251조, 선거관리위원회의 시정조치라든가 사이버선거부정감시단 등 선거관리감독을 위한 제도적 장치만으로 위와 같은 폐해를 막기에 부족하므로, 선거에 영향을 미치는 표현행위 자체를 금지시키는 것 이외에는 입법목적을 효과적으로 달성할 만한 다른 대안이 없다 할 것이므로, 기본권 침해의 범위도 최소한의 범위 내로 제한되어 있다 할 것이다.

그리고 후보자들 사이의 선거운동에 있어 기회균등을 보장하고 선거의 과열을 막아 선거의 평온과 공정성을 확보하려는 공익에 비하여, 법에 의하여 허용되는 선거운동기간 이전에 허용되지 않은 방법이나 매체를 통하여 선거운동에 준하는 영향력을 가진 표현행위를 하지 못함으로써 입게 되는 불이익은 그다지 크지 않다고 할 것이므로, 법익의 균형성 요건도 충족한다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 정치적 표현의 자유를 제한함에 있어 과잉금지원칙에 위배되지 않는다 할 것이고, 인터넷의 익명성, 정보확산의 신속성, 효과의 파급성 등을 감안하여 인터넷 표현행위 내지 선거운동을 규율할 수 있는 가능성을 차단하는 한정위헌결정은 부당하다.

## 【해 설】

### 1. 논의의 시작

#### 가. 입법연혁 등으로부터 출발

이 사건 법률조항은 1958년경 민의원의원선거법에 도입된 이래 지금까지 선거 관련 법률에 계속하여 있어 왔고, 이에 대하여 헌법재판소는 수차례 합헌결정을 선고한 바 있기 때문에, 기존의 결정들을 새롭게 검토할 필요성이 있는지 여부를 판단하기 위하여 이 사건 결정은 입법연혁 및 이 사건 법률조항을 심판대상으로 한<sup>1)</sup> 헌법재판소 결정들을 살펴보면서 시작하고 있다.

1) 개정연혁에 따라 엄격하게 심판대상을 한정한다면 이 사건 법률조항을 심판대상으로 하였다고 할 수 없지만, 이 사건 법률조항과 같은 내용의 법률조항을 심판대상으로 한 결정들을 의미한다.



## 나. 헌법재판소 결정들

이 사건 법률 조항에 대한 다음과 같은 사건에서 헌법재판소는 모두 합헌 결정을 하였다.

순번	사건번호	결정일	사건의 개요
1	99헌바92등	2001.8.30.	출마예정자 선거운동기간 전 연하장 우송, 후보자 선거운동기간 중 유인물 배포
2	2001헌바58	2002.5.30.	후보자 명함배포
3	2005헌바15	2006.5.25.	후보자 선거운동기간 전 명함배포
4	2004헌마217	2006.7.27.	비례대표후보로 등록하려는 자의 선거운동의 자유 제한
5	2004헌바82	2007.1.17.	후보자의 선거사무원 지지벽보 부착
6	2005헌바32	2008.10.30.	후보자 선거운동기간 전 명함배포
7	2006헌마626	2009.2.26.	중증장애인 후보자의 명함배포 보조자 문제
8	2007헌바24	2009.5.28.	후보자 휴대전화 문자메세지 전송
9	2007헌마718	2009.7.30.	일반유권자 'UCC'제작, 배포

위 결정들의 사안으로부터 UCC와 트위터, 인터넷 홈페이지나 자신의 블로그에 글을 게재하는 것이 문제된 이 사건까지 그 흐름을 살펴 보면, 이 사건 법률조항이 후보자의 오프라인 선거운동을 제한하는 데서 일반 유권자의 인터넷 상 정치적 의사표현을 규제하는 것으로 적용의 무게중심이 이동하고 있음을 알 수 있다. 이 사건 청구인들 중 일부는 정치인들로 보이지만, 그들이 후보자나 후보자가 되려는 자로서 이 사건 법률조항의 적용을 받았거나 받고 있음을 주장하는 것이 아니라 일반 유권자 내지 일반 국민으로서 정치적 의사표현이 가로막히고 있음을 주장하는 것이므로, 달리 볼 것은 아니다.

## 다. 시사점

이러한 사실은 다음과 같은 지점으로부터 논의를 새롭게 시작해야 함을 시사해준다.

첫째, 이 사건 법률조항이 제한하고 있는 기본권의 성격과 심사기준에 관한 문제이다. 선거관련 법률조항의 심사에는 명시적으로 혹은 묵시적으로 두가지 관점이 충돌한다. 뒤에서 살펴보겠지만 권리의 논리에 따른 심사와, 제도의 논리에 따른 심사가 그것으로<sup>2)</sup>, 이 사건 법률조항이 일반 유권자의

‘정치적 표현의 자유’를 규제하는 입법임을 명확히 함으로써 권리의 논리에 따른 심사를 하여야 함을 논증한다.

둘째, 이 사건 법률조항에서 규제하고 있는 탈법방법 중 인터넷의 분리가 능성이다. 이 사건에서 문제된 매체가 모두 인터넷 매체이고, 이 사건 법률조항에서 ‘문서’, ‘도화’ 등과 같이 명시적으로 표현되어 있지는 않지만 인터넷은 개념상 충분히 분리가 가능하며, 앞서 본 이 사건 법률조항의 중점적 적용대상의 변화는 인터넷 매체의 특성에 크게 기대고 있고, 인터넷상 선거와 관련한 일반국민의 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 확대하여야 한다는 점에서는 이견을 찾기가 어려웠다<sup>3)</sup>. 따라서 이 사건 법률조항에서 규제하고 있는 표현방법 중 인터넷을 분리하여 그 특성 및 표현의 자유와의 관계를 검토하는 것이 필요하다.

셋째, 우리 사회의 현실에 관한 구체적이고 실증적 고찰의 문제이다. 이 사건 결정의 반대의견에서도 밝히고 있듯이 “입법자가 선거의 평온과 공정성의 확보를 위하여 국가 전체의 정치, 사회적 발전단계와 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토 등 제반 여건을 종합적으로 고려하여 제한이 필요하다고 본 선거운동에 관하여는 입법자의 판단을 최대한 존중해야 한다.”는 것이 기존 결정들의 기본적 인식이라면, 위 결정들이 “국민의 활발한 정치참여를 가로막는 권위주의적이고 규제주의적이며 차별적인 선거법규정들을 한국적 현

2) 小山 剛, 憲法上 權利의 作法, 尙學社 161면 이하

3) 황성기, 인터넷과 선거운동, 헌법실무연구회 제103회 월례발표회(2010)/음선필, 인터넷상의 선거운동 - 공선법 제93조 제1항을 중심으로 - 위 월례발표회 토론문/고민수, UCC 관련 헌법재판소 결정의 사회적 함의, 2009년도 한국언론법학회 추계학술세미나 발표문./이윤호, 인터넷 언론과 선거제도, 세계헌법연구 제15권 제2호(2009)/황용석, 이동훈, 국내 인터넷 개인미디어 관련 규제 법률의 문제점 진단 및 개선방안 연구, 정보통신정책연구 제16권 제3호(2009. 9.)/이동훈, 류정호, 인터넷 선거 캠페인 관련 개인미디어 규제법률의 문제점 연구: 공론장적 접근을 중심으로, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제26권 3호(2009. 9.)/윤성이, 17대 대선에 나타난 온라인 선거운동의 특성과 한계, 한국정치학회보 제42집 제2호(2008)/정태호, 선거권 및 피선거권의 보장과 발전, 헌법논총 19집(2008)/최우정, 공직선거법상 UCC물을 통한 선거운동의 법적문제, 인터넷법률 (2008. 1.)/조소영, 공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토, 세계헌법연구 제13권 제1호(2007)/, 헌법재판소에서 2010. 10. 19. 개최한 공직선거법 간담회에서도 중앙선거관리위원회 관계자를 포함한 참석자 모두가 인터넷 상 선거운동 내지 정치적 표현을 상시적으로 허용해야 한다는 견해를 표명하였다.

실의 특수성을 지나치게 강조하여 정당화시켜” 주었다는 것이 비판적 견해의 기초이다. 그렇다면 과연 고려하여야 할 한국적 현실의 특수성 내지 현실의 제반여건이 무엇인지, 보편성에까지 이르는 않더라도 각국의 일반적 경향은 무엇인지에 관하여 구체적으로 살펴보아야 할 것이다.

## 2. 제한되는 기본권과 심사기준

### 가. 인터넷과 관련한 이 사건 법률조항의 적용범위

이 사건 법률조항은 ① 누구든지 ② 선거일전 180일부터 선거일까지 ③ 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 등이 포함된 표현물을 ④ 인터넷에 게시하는 것을 금지하되 ⑤ 공직선거법에서 별도로 허용한 부분은 제외한다.

그런데 공직선거법 제82조의4 제1항은 “선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법”으로 선거운동을 할 수 있다고 하고 있고, 제59조 제3호는 “후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우”는 선거운동기간 제한의 적용을 배제하고 있으며, 제60조의3 제1항 제3호는 예비후보자가 “전자우편을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위”를 예비후보자의 선거운동 범위에 포함시키고 있다.

위와 같이 선거운동기간 중의 인터넷 선거운동이 전면적으로 허용되고, 선거운동 기간 전이라도 후보자가 되고자 하는 자 및 예비후보자에게는 일정한 범위의 인터넷 선거운동이 허용되기 때문에 이 경우 이 사건 법률조항의 적용을 배제하면, 이 사건 법률조항에서 주로 문제되는 것은 후보자, 후보자가 되고자 하는 자, 예비후보자가 아닌 ① 일반 유권자가 ② 선거일전 180일부터 선거운동기간 전일까지 ③ 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 ④ 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 등이 포함된 표현물을 인터넷에 게시하는 행위이다. 다만, 허위사실을 공표하거나 후보자를 비방하는 경우에는 이 사건 법률조항을 위반하는 경우보다 더 중하게 형사처벌을

하고 있으므로(제250조, 제251조), 위와 같은 내용이 포함되어 있는 경우라도 허위사실 공표나 후보자 비방에 이르는 경우에는 이 사건 법률조항 위반이 아니라 위 허위사실공표죄나 후보자비방죄로 처벌받게 된다.

이 사건 법률조항에서 금지하고 있는 행위는 “선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서, 도화 등의 배부, 게시 등”을 하는 행위로서 정치적 의사표현의 영역에 속함이 분명하고, 청구인들은 선거에서의 후보자 또는 후보자가 되려고 하는 경우뿐만 아니라 일반국민 또는 일반유권자로서 누려야 할 정치적 표현의 자유를 침해 받았다고 주장하고 있다. 따라서 이 사건에서 문제되는 기본권은 선거운동의 자유를 포함한 정치적 표현의 자유라 할 것이다.

## 나. 심사기준

### (1) 입법자의 재량을 존중하여야 한다는 견해

선거관련 법률조항의 심사에는 명시적으로 혹은 묵시적으로 권리의 논리에 따른 심사와, 제도의 논리에 따른 심사라는 두가지 관점이 충돌하는데, 후자는 입법자의 형성권 내지 재량권을 중요시한다.

위 2007헌마718 사건에서 보충의견은 제도의 논리에 따른 심사를 명시하고 있으며 이 사건 결정의 반대의견에도 그대로 반영되어 있다. 즉, 『선거에 입후보한 자를 당선되게 하거나, 되지 못하게 하기 위한 행위로서의 ‘선거운동’의 자유는 선형적으로 존재하는 것이 아니라 본질적으로 선거제도를 전제하는 것이다. 즉 선거운동은 헌법이 대의민주주의와 선거제도를 채택함에 따라 선거가 본래의 기능을 수행할 수 있도록 하기 위하여 인정되는 행위이고, 대의제도에 기초한 선거의 기능과 역할, 선거권자의 자유로운 선거권 행사를 침해하지 않는 한도에서 인정되는 것이다. …… 입법자가 선거의 평온과 공정의 확보를 위하여 국가 전체의 정치, 사회적 발전 단계, 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토나 그 밖의 경제적, 문화적, 기술적 제반여건을 종합적으로 고려하여 제한이 필요하다고 본 선거운동에 관하여는, 그것이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 한 입법자의 판단이 존중되어야 할 것이다.』 라고 하여 선거운동의 자유를 제도에 의존하는

권리로서 파악하고, 입법자의 판단이 존중되어야 할 것이라고 결론 짓고 있는 것이다.

## (2) 표현의 자유, 선거운동 자유의 원칙

헌법 제21조 제1항에서 규정하고 있는 언론·출판의 자유는 자신의 의사를 형성하고, 불특정 다수인에게 그 의사를 표현·전달하는 의사표현의 자유로, 우리 헌법이 대의민주주의를 채택하고 있느냐에 관계없이 국민에게 보장되는 기본권이다. 또한, 이는 자유로운 인격발현의 수단이고, 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이며, 민주주의 국가의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로서, 여론형성의 불가피한 방편인 정치적 표현의 자유가 억압당하는 상황 속에서는 국민주권과 국민의 정치적인 자유와 평등을 실현하기 위한 민주주의정치원리는 하나의 공허한 메아리에 지나지 않기 때문에 최대한으로 보장이 되지 않으면 안된다.

이에, 헌법재판소는 “오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 434-434).”고 판시한 바 있다.

한편, “선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 한데, 이러한 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법이 정한 언론·출판·집회·결사의 자유의 보장규정에 의한 보호를 받는다(헌재 2004. 4.29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550-550, 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 507).”

그런데 이러한 정치적 표현의 자유가 선거의 영역에 들어온다고 하여 그 제한에 있어서 입법자의 형성의 여지가 넓어지고, 입법자의 판단이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 존중되어야 한다는 것은 아무런 논리적 근거가 없다. 오히려, 대의제민주주의하에서 선거는 주권자인 국민이 그 정치적

의사를 조직적으로 표명하는 가장 중요한 기회이기 때문에, 유권자의 판단에 호소하는 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유는 더욱 철저히 보장되어야 하며, 입법자는 선거과정에서 국민의 정치적 표현의 자유를 제한함에 있어서는 보다 신중을 기하여야 할 것이다.<sup>4)</sup>

이와 같은 정치적 표현의 자유의 헌법상 지위, 선거운동의 자유의 성격과 중요성에 비추어 볼 때, 정치적 표현 및 선거운동에 대하여는 ‘자유를 원칙으로, 금지를 예외로’ 하여야 하고, ‘금지를 원칙으로, 허용을 예외로’ 해서는 안 된다는 점은 자명하다.

### (3) 엄격심사의 원칙

따라서 입법자는 선거의 공정성을 보장하고 탈법·금권적 혼탁선거를 방지하기 위하여 부득이하게 선거 국면에서의 정치적 표현 자유와 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도, 입법목적 달성과의 관련성이 구체적이고 명백한 범위 내에서 가장 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하지 않으면 안 될 것이다.

그럼에도 입법권을 행사하는 정치적 다수파는 자신의 집권을 영구화하기 위하여 정치권력을 둘러싼 경쟁의 과정과 경쟁의 룰을 자신에게 유리하게 왜곡·구조화하고픈 유혹을 떨치기 어렵다<sup>5)</sup>는 문제도 있으므로, 이러한 법률의 위헌여부를 심사함에 있어서는 엄격한 잣대가 필요하다. 이에 우리 헌법재판소도 수차 “선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서 엄격한 심사기준이 적용된다고 할 것이다”라고 한 것이다<sup>6)</sup>(헌재 1994. 7. 29, 93헌가4, 판례집 6-2, 15, 30; 헌재 1995. 4. 20. 92헌

4) 이러한 관점에서 선거운동은 대의기관의 선출과 직접적인 관련을 갖는 표현의 자유 행사이므로 일반적인 정치적 표현의 자유보다 더 최대한도로 보장하여야 한다는 견해가 있다. 고민수, UCC 관련 헌법재판소 결정의 사회적 함의, 2009년도 한국언론법학회 추계학술세미나 발표문, 26쪽 참조.

5) 이성환, 선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점, 헌법실무연구 제1권(2000), 321, 327쪽

6) 이와 같은 원칙적 견해의 표명에도 불구하고, 실제 선거운동의 자유를 침해하는 것으로 다투어진 선거법규정의 합헌성이 확인된 사건에서 헌법재판소는 표면상 제시

바29, 판례집 7-1, 499, 508; 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326, 338; 헌재 2007. 8. 30. 2004헌바49, 판례집 19-2, 258, 265).

### 3. 인터넷 매체의 특성과 각국 입법례

#### 가. 인터넷 매체의 등장<sup>7)</sup>과 특성

(1) 인터넷은 전 세계를 망라하는 거대한 컴퓨터 통신망의 집합체<sup>8)</sup>로, 국내에서는 1994. 6. 한국통신이 최초로 인터넷 상용 서비스(KORNET service)를 개시한 이래 급속도로 보급되어 그 사용이 보편화되었으며<sup>9)</sup>, ‘인터넷주소 자원에 관한 법률’, ‘인터넷 멀티미디어 방송사업법’ 등 법률명칭에도 인터넷이라는 용어가 등장하고, 공직선거법 제82조의4 제1항 제1호에서도 선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 이용하여 ‘인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.’고 규정하는 등, 그 사용이 일반화되었다.

이 사건에서 문제되고 있는 인터넷 홈페이지는 웹 브라우저를 실행시켰을 때 나타나는 웹페이지 또는 웹사이트 전체를 의미하고, 블로그란 1997년 미국에서 등장한 인터넷 매체의 일종으로 자신의 관심사에 따라 자유롭게 글을 올릴 수 있는 웹사이트이며, 트위터는 2006년경 개발되어 140자 미만의 짧은 글로써 여러 사람들과 소통할 수 있는 ‘단문 블로그<sup>10)</sup>’로서 모바일 웹

---

한 엄격한 심사기준과는 달리 실제로는 매우 느슨한 심사를 하고 있는 경우가 대부분이고 정치적 표현의 자유에 대한 제한을 억제하기 위한 각종 법리들을 응용하려는 노력은 찾아보기 힘들다는 비판이 있다. 정태호, 선거권 및 피선거권의 보장과 발전, 헌법논총 19집(2008) 717쪽

7) 네이버 백과사전, 위키백과 등 참조

8) 인터넷에 대한 개념정의는 매우 다양하나 수많은 ‘컴퓨터 네트워크들의 네트워크(a network of networks)’라고도 정의될 수 있으며, 헌법적 관점에서 보면 ‘의사표현의 매개체’임은 분명하다(황성기, 인터넷과 선거운동, 헌법실무연구회 제103회 월례발표회(2010. 4.)).

9) 헌법재판소의 결정문에 인터넷이라는 용어가 최초로 나타난 것은 1998. 5. 28. 97헌마362, 97헌마394(병합) 공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항 위헌확인 사건으로 보인다.

환경에 친화적인 인터넷 매체이다. 한편, UCC는 일반적으로 이용자가 상업적 의도 없이 개인적으로 창작한 것으로서, 글(텍스트)과 사진·음악(오디오)·동영상 등을 포괄하는 인터넷 콘텐츠를 일컫는다<sup>11)</sup>.

(2) 인터넷은 이 사건 법률조항이 최초로 도입될 당시에는 전혀 예상하지 못했던 새로운 매체이고, 이 사건 금지조항에서 예시하고 있는 기존 오프라인 시대의 의사전달 매체들과는 뚜렷이 대비되는 특성을 지니고 있다.

이 사건 금지조항에서 예시하고 있는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프는 모두 그 작성 내지 제작·배포에 상당한 비용과 노력이 소요되고, 이를 이용한 정보의 전달 및 수용도 일방적·수동적으로 이루어지므로, 후보자(또는 후보자가 되고자 하는 자)나 그와 직접 관련된 자 이외의 일반유권자가 위와 같은 매체를 이용하여 정치적 의사표현을 하거나 선거운동을 하는 경우를 상정하기가 쉽지 않고, 이를 제한 없이 허용할 경우 후보자간 경제력 차이에 따른 폐해가 발생할 위험성이 높으며, 전달매체에 자체적인 정보 교정의 가능성도 없다고 할 수 있다.

그 반면, 인터넷은 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체이다<sup>12)</sup>. 즉, 인터넷은 저렴한 비용으로 누구나 손쉽게 접근이 가능하고 가장 참여적인 매체로서, 표현의 쌍방향성이 보장되고, 정보의 제공을 통한 의사표현 뿐 아니라 정보의 수령, 취득에 있어서도 좀 더 능동적이고 의도적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로, 일반유권자도 인터넷 상에서 정치적 의사표현이나 선거운동을 하고자 할 개연성이 높고, 경제력 차이에 따른 선거의 공정성 훼손이라는 폐해가 나타날 가능성이 현저히 낮으며, 매체 자체에서 잘

10) 편의상 ‘단문 블로그’라는 표현을 사용하였으나, 마이크로 블로그, 미니 블로그, 한 줄 블로그라고 불리기도 하고, ‘트위터’라는 고유명사가 대명사로 활용되기도 한다.

11) 콘텐츠의 개념이 명확한 것은 아니나, ‘온라인 디지털콘텐츠산업 발전법’에서 ‘디지털콘텐츠’를 ‘부호·문자·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것’으로 정의하고 있는 점을 참고할 수 있을 것이다.

12) 황성기, 인터넷과 선거운동 3쪽, 헌법실무연구회 제103회 월례발표회, 2010. 4.



못된 정보에 대한 반론과 토론, 교정이 이루어질 수 있고, 국가의 개입이 없이 커뮤니케이션과 정보의 다양성이 확보될 수 있다는 점에서 확연히 대비된다.

그리고 이러한 특성으로 인하여, 인터넷은 국민주권의 실현 및 민주주의의 강화에 유용한 수단인 동시에 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동 규제 목적 달성에도 기여할 수 있는 매체로 평가받고 있다고 할 수 있다.

따라서 인터넷 매체를 활용한 선거운동에 대한 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다<sup>13)</sup>.

## 나. 인터넷 선거운동규제에 관한 입법례<sup>14)</sup>

### (1) 일반적 경향

인터넷이 선거운동에서 널리 사용되기 시작한 것은 극히 최근의 일로 아직 인터넷 선거운동에 관한 개별 법률규정을 제정한 국가를 찾기는 힘들다. 다만, 인터넷을 방송이나 인쇄매체에 편입시켜 이로 인한 위반사항에 대해 다른 법률 규정을 폭넓게 적용해 해석하고 있다.

13) 우리 헌법재판소도 인터넷의 매체적 특성을 감안하여 현재 2002. 6. 27. 99헌마 480, 판례집 14-1, 616 결정에서 『인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 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. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.』(현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 632)라고 하면서, 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 금하는 전기통신사업법 제53조 제1항은 명확성의 원칙에 반할 뿐 아니라, 표현의 자유를 지나치게 광범위하게, 포괄적으로 제한함으로써 과잉금지원칙에 위배된다고 판시한 바 있다.

14) 2010. 10. 19.자 공직선거법 연구 간담회 자료 참조

(2) 미국<sup>15)</sup>

선거운동기간이 따로 정해져 있지 않고, 표현의 자유를 폭넓게 인정하고 있는 미국에서는 저렴한 비용, 공간과 시간의 제약을 받지 않고 수백만 유권자들에게 손쉽게 접근할 수 있는 이점 등을 이유로 인터넷을 이용한 선거운동이 보편화되어있으며, 이를 제한하는 입법례나 판례는 존재하지 않는다.

다만, 정치자금법을 제정하여 선거운동의 재원에 대한 규제를 통하여 우회적으로 통제하여 왔다. 미 연방선거관리 위원회가 발표한 ‘인터넷 교류와 활동’에 관한 안내서<sup>16)</sup>에 의하여도 “타인의 웹 사이트에 유료로 광고를 게재할 경우, ‘일반선거광고(general political advertising)’로 인정되어 ‘공적통신(public communication)’으로 구분된다. 이러한 경우, 비용은 연방에서 허가된 선거자금을 통하여 지출되어야 한다.”고 하여 이를 제한하고 있을 뿐 개인이나 단체의 인터넷 선거운동을 폭넓게 인정하고 있음을 알 수 있다.

최근에는 시민연합사건<sup>17)</sup>을 통하여 기존의 연방선거자금법이 금하던 기업의 선거운동관련 지출에 대한 제한도 철폐하면서 보다 넓게 개인과 단체의 선거관련 지원활동을 허가하기에 이르렀다.

15) 김익태(헌법연구원), 미국의 인터넷 선거운동 관련한 입법 및 판례, 2010. 12. 13. 작성

16) <http://www.fec.gov/pages/brochures/internetcomm.shtml>

가) 개인의 컴퓨터나, 학교의 도서관 컴퓨터, 혹은 이웃의 컴퓨터를 사용하여 인터넷을 통한 선거운동을 할 수 있다. 이러한 선거운동의 내용에는 이메일 보내기, 웹사이트 운영 등이 포함된다.

나) 선거와 관련하여 블로그에 개인이나 단체는 자신의 입장을 게재할 수 있다. 단, 이러한 블로깅은 보수를 받지 않거나 명목적 대가(nominal fee)를 받을 경우에만 해당한다.

다) 개인의 경우에 정치적 주제에 관한 혹은 선거에 관한 무제한의 이메일을 보낼 수 있다.

라) 타인의 웹 사이트에 유료로 광고를 게재할 경우, “일반선거광고(general political advertising)”로 인정되어 “공적통신(public communication)”으로 구분된다. 이러한 경우, 비용은 연방에서 허가된 선거자금을 통하여 지출되어야 한다.

마) 개인은 직장의 컴퓨터를 이용하여 인터넷에 접속하여 위와 같은 활동을 할 수 있다.

17) 시민연합사건(Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. (2010))

(3) 독일<sup>18)</sup>

독일은 인터넷 선거운동 뿐 아니라 일반적인 선거운동의 방법 및 종류, 선거운동 비용제한 등을 규율하는 법규정이 없다. 다만 독일연방선거법은 선거행위에 관한 장(제8장)에서 선거의 공정성을 위하여 투표시간 동안에 투표소가 설치된 건물 내와 건물의 입구에서 직접적으로, 언어, 음향, 문서, 도화 등을 통하여 선거인에게 영향을 미치는 모든 행위와 모든 형태의 서명모집을 금지하고 있으며(제32조 제1항), 투표를 마친 투표자에 대한 투표권행사의 내용에 대한 여론조사의 결과물을 투표시간이 종료되기 전에 공표하는 행위를 금지하고 있을 뿐이다(제32조 제2항).

선거운동의 개시시기, 선거운동총비용액 등은 오랜 정치적 전통에 의해 정당간의 협정을 통하여 자율규제하는 형태로 진행된다. TV 등 방송매체를 이용한 선거운동에 있어서는 공영방송의 경우 일정한 제한이 있으나 그 밖의 방법은 정당의 자율적 규제에 의하여 실시하고 있다.

선거운동은 신문광고, 선전벽보, 선전물, 공개집회, 인터넷 등 다양한 방법이 동원될 수 있는바 선거운동이라고 하여 일반적 표현행위와 다른 특별법적인 규제를 받지 아니하고, 형법 등 일반법에 의거하여 내용에 관한 규제만을 한다<sup>19)</sup>. 선거전판결(BVerfGE 61. 1.)의 내용을 보면 정치적 논쟁이 벌어지는 상황에서 발생하는 선거운동으로 행해진 표현의 경우에는 상대방의 명예 등의 보호법익에 비하여 표현의 자유가 보다 강하게 보장됨을 알 수 있다.

독일의 인터넷규제는 민간이 자율적으로 실행규범을 제정하고 그 준수 및 이행여부의 감시 및 관리는 공기관이 담당하는 “규제된 자율규제체계”로 이루어지며,<sup>20)</sup> 독일의 미디어서비스국가협정에서는 공정한 정보제공을 의무화하고 있고, 반론보도청구권을 보호함으로써 인터넷을 비롯한 유사방송매체도 방송매체와 인쇄매체의 범주에 포함시키고 있다.

18) 공진성(헌법연구원), 독일의 선거운동규제에 관한 입법례 등, 2010. 12. 13. 작성

19) 정재황 외, 사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구, 헌법재판연구 제 13권, 195-200면 참조; 다만 청소년유해정보에 관하여 청소년보호법에 규제내용이 있는바 이에 관하여는 동일한 문헌, 334-364면 참조.

20) 독일의 자율적 인터넷규제체계에 관한 자세한 내용은 개인 웹미디어활성화를 위한 정책적 개선방안 연구, 한국정보화진흥원, 2009. 6., 77-81면 참조.

(4) 일본<sup>21)</sup>

일본은 인터넷에 의한 선거운동에 대하여 별도의 규정은 없으나 선거운동 기간을 막론하고 원칙적으로 금지되고 있다.

공직선거법 제142조에서는 선거운동을 위하여 사용하는 문서도화는 동조에서 규정하는 통상엽서, 전단지 이외의 것을 반포할 수 없도록 하고 있고, 공직선거법 제143조는 선거운동을 위한 문서도화의 게시를 규제하고 있는데, 인터넷 화면은 문서·도화에 해당하는 것으로 해석하고 있고<sup>22)</sup>, 인터넷 활용은 문서·포스터의 배포에 해당한다고 해석하고 있어, 인터넷을 이용한 음성 사용은 가능하나 동영상 및 그림화상은 선거기간 중에도 사용할 수 없다.

한편, 전술한 문서도화의 반포 또는 게시는 선거운동기간(후보자 신고일로부터 투표일 전날까지, 법 제129조 참조) 뿐만 아니라 그 전(후보자 신고일 전)이라도 이른바 사전선거운동에 해당하여 금지되며(공직선거법 제129조), 공직선거법 제146조는 누구든지 선거운동 기간 중에 선거운동을 목적으로 한 문서도화의 반포 또는 게시로서 제142조 또는 제143조의 금지에는 해당하지 않지만, 1) 공직후보자의 성명이나 심볼마크, 2) 정당 기타 정치단체의 명칭 또는 3) 후보자를 추천, 지지 또는 반대하는 자의 이름을 표시하는 문서도화를 반포 또는 게시할 수 없다고 규정하여 문서도화의 반포 또는 게시에 관하여 탈법행위를 제한하고 있다.

이와 같이 문서도화의 반포 등의 제한을 인터넷에도 동일하게 적용한다면 후보자의 홍보 기회와 유권자의 정보 취득에 큰 영향을 준다는 비판적 견해가 많아 2010. 5. 26. 여·야당의 비공식협의회는 인터넷을 이용한 선거운동을 대폭 허용하는 공직선거법 개정안을 성립시킬 예정이었으나 결국 무산되었다.

## (5) 영국

언론매체로서의 인터넷에 대한 명확한 법 규정은 없으나, 선거운동 및 보

21) 소은영(헌법연구원), 일본의 인터넷 등을 이용한 선거운동 제한, 2010. 12. 16.작성

22) 三輪和宏「我が國のインターネット選挙運動」国立國會図書館 ISSUE BRIEF 517号(2006.3.6.)、2頁。

도 등과 관련하여 상대후보자의 비방 또는 언어폭력에 대해서는 일반적 사회법인 명예훼손법(Defamation law) 또는 공공질서법(Public order Act)을 적용하고 있다.

#### (6) 프랑스

선거와 관련한 인터넷의 활용에 대한 법규의 체계화는 미흡한 실정이나 프랑스는 방송법상 인터넷을 영상커뮤니케이션매체와 인쇄매체의 중간범주로 분류하고, 선거기간을 전후하여 민감한 시기에는 라디오 및 TV와 같은 방송물을 취급하는 법률을 적용한다.

### 4. 과잉금지원칙 위배 여부

#### 가. 목적의 정당성

이 사건 금지조항을 포함한 이 사건 법률조항은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 달성하고자 하는 것으로 그 입법목적이 정당하다(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 324-324).

#### 나. 수단의 적절성

(1) 헌법재판소는 과잉금지원칙의 구체적 내용으로 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 든다. 그 중 수단의 적합성이란 입법자가 선택한 수단이 입법목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진하는 경우 그 수단은 적합성을 띤다는 것으로, '그 수단에 의하여 원하는 결과의 실현을 촉진할 수 있는지 여부'만을 심사하기 때문에 적합성이 부정되는 경우는 지극히 예외적이다<sup>23)</sup>. 하지만 수단의 적합성 단계의 심사가 유일한 수단이거나 최적의 수단일 것을 요구하지는 않는다 하더라도, 모호하고 막연한

23) 헌법재판소, 기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법, 헌법재판연구 제19권 83쪽

관련성의 추측 만으로는 부족하고, 채택한 수단과 입법목적 달성과의 관련성이 구체적이고 명백하여야 한다.

(2) 이러한 관점에서, 이 사건 법률조항에서 ‘인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’으로 후보자와 정당에 관한 일정한 내용의 정보를 표현하는 것을 금지하고 처벌하는 것이 위 입법목적 달성을 위하여 적절한 것인지 여부에 관하여 본다.

(가) 우선, 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 방지한다는 입법목적에 관련하여 보면, 인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 아니하거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받고 있고, 오히려 매체의 특성 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 공직선거법의 목적에 부합하는 것이라고도 볼 수 있으므로, 이 사건 금지조항에서 인터넷 상 선거운동 내지 정치적 표현을 제한하는 것이 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형 해소라는 입법목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

특히, 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 개정된 이후, 선거운동을 할 수 있는 사람이라면 누구나 선거운동기간 중 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있게 되었고(공직선거법 제82조의4 제1항), 선거운동기간 전에도 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 상시적으로 할 수 있으며(제59조 제3호), 예비후보자는 그 외에도 전자우편을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위(공직선거법 제60조의3 제1항 제3호)를 할 수 있게 되었는바, 인터넷을 이용한 선거운동 비용이란 일반적으로 UCC 등 콘텐츠의 제작비용을 의미하므로(콘텐츠 게시 비용이 발생하는 인터넷 광고에 대하여는 공직선거법 제82조의7이 따로 규율하고 있다), 후보자나 후보자가 되고자 하는 자 또는 예비후보자는 선거운동기간 전에 인터넷 홈페이지 또는 전자우편을 통한 선거운동을 위하여 확보한 콘텐츠 게시공간을 이 사건에서 문제되고 있는 인터넷 공간으로 전환

하여 이용할 수 있고, 그 경우 비용이 특별히 증가할 것으로는 보이지 아니한다.

이와 관련하여, 이 사건 법률조항이 규제하고 있는 인터넷 매체를 통한 정치적 표현 내지 선거운동이 선거운동기간 외에도 허용되면, 인터넷 선거운동을 위한 선거운동원의 고용, 관리조직의 구성 등 비용이 증가하여 경제력에 따른 선거운동의 불균형을 초래할 가능성이 있으므로 이를 금지하여야 한다는 주장도 있으나, 이에 대하여는 공직선거법이 정당 및 후보자, 예비후보자의 선거운동기구의 설치, 선거사무관계자의 선임 및 수당과 실비지급 등에 관하여 상세히 규율하고(제61조 내지 제63조, 제135조 제1항·제2항), 그에 위반하는 경우 처벌(제230조 제1항 제4호, 제261조)하도록 하는 등 직접적인 규제조항을 따로 두고 있으므로, 그에 따라 대처할 문제라 할 것이다.

한편, 위에서 본 바와 같이 후보자나 후보자가 되고자 하는 자, 예비후보자에게는 선거운동기간 전 인터넷에 의한 선거운동을 제한적으로나마 허용하면서, 일반유권자의 경우에는 여전히 이 사건 법률조항에 의하여 선거일 전 180일부터 선거일까지 인터넷 상 정치적 표현을 제한하는 것은 후보자간의 경제력 차이에 따른 불균형을 시정한다는 당초의 입법목적과는 무관하다 할 것이다.

(나) 다음으로, 선거운동의 부당한 경쟁이란 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 흑색선전을 통한 선거를 의미한다 할 것인데, 그 중 금권에 의한 선거는 앞서 언급한 경제력 차이에 따른 불균형의 문제이고, 관권 및 폭력에 의한 선거는 일정기간 일정한 내용의 정치적 표현을 규제하는 이 사건 금지조항의 입법목적과는 거리가 있으므로, 이 사건 금지조항에 의해 방지하고자 하는 부당한 경쟁의 폐해란 후보자에 대한 인신 공격적 비난, 허위사실 적시를 통한 비방 등 무분별한 흑색선전이 난무하여 공정을 해하는 결과가 발생할 우려를 의미한다고 할 수 있다.

이 사건 금지조항이 후보자에 대한 인신공격적인 비난, 허위사실을 통한 비방, 유언비어를 통한 후보자에 대한 비난이나, 19세 미만의 국민이나 외국인들의 선거운동, 후보자 사칭 등 허위표시를 방지하기 위해 필요하다는 견해(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 325 참조)도 이러한

입장인 것으로 이해된다.

그러나 후보자에 대한 인신공격적 비난이나 허위사실 적시를 통한 비방, 선거권 없는 19세 미만 국민, 외국인 등 선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동을 막는 것 등은 그 행위를 직접적으로 금지하고 처벌하는 규정으로 대처하여야 할 문제이고, 이러한 법률규정은 이미 도입되어 있다.

즉, 공직선거법은 누구든지 선거운동을 위하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 후보자의 배우자와 직계존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력 등·재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실을 공표할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없다고 규정하고(제110조), 허위사실을 공표하거나 후보자를 비방하는 경우의 형사처벌을 규정하고(제250조, 제251조), 선거운동을 할 수 없는 자가 선거운동을 하거나 하게 한 자도 형사처벌을 하도록 규정하고 있으며(제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항), 모두 이 사건 처벌조항보다 법정형이 높다.

따라서 인터넷 상에서 인신공격적 비난이나 허위사실 적시를 통한 비방 등을 하거나 선거운동을 할 수 없는 자가 선거운동에 포함되는 글을 올린 경우에는 위 규정들에 의하여 직접 처벌을 받게 되고, 이에 속하지 않는 경우, 즉 선거운동을 할 수 있는 사람이 후보자나 정당에 대한 지지·반대견해를 표시하였으나 허위사실, 비방 등이 포함되지 아니한 경우만 이 사건 법률조항에 의하여 금지되고 처벌되는 것이 되는바<sup>24)</sup>, 이는 이 사건 법률조항의 입법목적, 즉 흑색선전을 통한 부당한 경쟁의 방지라는 목적과의 관련성을 상실한 것이라고 할 것이다.

(다) 위와 같이 선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동, 비방·허위사실공표를 처벌하는 규정이 별도로 있기는 하나 단순한 사후적 규제에 불과하므로 이 사건 법률조항이 꼭 필요하다는 주장이 있으나(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 325 참조), 이러한 주장은 이 사건 법률조항도

24) 물론 상상적 경합범이 성립할 수 있으나 법정형이 높은 범죄로 처벌된다는 취지이고, 이는 아래 중앙선거관리위원회의 사이버선거법위반행위에 대한 유형별 조치현황을 보아도 알 수 있다.

《2004년이후 선거별 사이버선거법위반행위 유형별 조치현황<sup>1)</sup>》 (단위:건수)



이미 인터넷상에 어떠한 내용의 글이나 사진·동영상이 게시된 후에 이를 처벌하는 사후적 규제수단이라는 점을 간과한 것이다.

또한, 인터넷에 의한 의사표현의 신속성·확산성을 경계하여 인터넷 상의 선거운동 내지 표현의 자유를 제한할 필요성을 강조하는 입장도 있을 수 있으나, 앞서 본 바와 같이 비방, 흑색선전을 직접적으로 금지하는 규정은 이미 별도로 마련되어 있을 뿐만 아니라, 선거운동기간 중에는 누구에게나 인터넷을 이용한 선거운동을 허용하면서(공직선거법 제82조의4 제1항 제1호), 그보다 선거와의 시간적 거리가 있어 흑색선전 등을 교정할 여유를 가질 수 있는 선거운동기간 이전의 일정기간에 있어서 정치적 표현의 자유 행사를 부정할 필요는 없을 것이다.

나아가, 선거운동기간 외에도 인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동을 상시적으로 허용한다면 선거의 조기과열로 선거의 평온이 저해될 우려가 있다는 견해도 있으나, 선거의 공정과 균등한 기회의 보장은 헌법 제114조 제1항, 제116조 제1항, 공직선거법 제1조 등에 의하여 명시적으로 요구되는 헌법적 요구인 반면, 선거의 평온은 그와 동등한 차원의 공익으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 인터넷을 이용한 정치적 표현의 경우에는 이를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 정보를 수용하게 되는 것이 아니고, 자발적, 적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하게 된다는 점<sup>25)</sup>에서

선거별	위반유형	총계	조 치						삭제요청
			소계	고발	수사의뢰	경고	주의	이첩	
제18대 국 선 (08.4.9)	계	10,623	42	3	6	28	2	3	10,581
	사전선거운동	9,475	27		2	22	2	1	9,448
	비방·허위사실	600	9	2	4	1		2	591
	기 타	548	6	1		5			542
제17대 대 선 (07.12.19)	계	87,812	59	7	29	23			87,753
	사전선거운동	76,277	24	2	5	17			76,253
	비방·허위사실	6,752	30	4	24	2			6,722
	기 타	4,783	5	1		4			4,778
제 4회 지 선 (06.5.31)	계	6,831	110	9	21	56	19	5	6,721
	사전선거운동	4,814	61	3	4	37	17	0	4,753
	비방·허위사실	1,248	23	4	11	2	2	4	1,225
	기 타	769	26	2	6	17		1	743
제17대 국 선 (04.4.15)	계	13,209	303	13	58	106	114	12	12,906
	사전선거운동	7,171	172	5	15	67	84	1	6,999
	비방·허위사실	4,972	90	6	42	15	17	10	4,882
	기 타	1,066	41	2	1	24	13	1	1,025

25) 이 점은 인터넷상 표현행위 규제의 위헌성에 대한 미연방대법원 판시의 핵심 논

선거의 평온을 해할 가능성이 크지 않으며, 민주주의 사회에서의 선거과정은 국민주권주의의 실현과정, 국민의 가치결단의 표현과정, 국정수행 대표자에 대한 검증과정으로서의 의미를 가지는 것이므로<sup>26)</sup>, 그 과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니다.

(라) 또한, 현재로서는 인터넷의 적극적 활용계층이 주로 젊은 층에 집중되어 있어 각계각층의 다양한 의사의 반영을 위한 여건이 충분히 성숙되어 있다고 보기 어려우므로, 이를 통한 선거운동을 금지하는 것이 선거의 공정성에 이바지할 것이라는 이유로 이 사건 금지조항에 의한 규제를 정당화하는 의견도 있으나(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 325 참조), 이러한 주장은 선거운동이 인터넷에만 집중될 경우 정보격차가 발생하여 일정한 연령층이나 계층의 소외를 가져 올 수 있으므로 다양한 선거운동 방법을 강구할 필요가 있다는 논거가 될 수 있을 뿐, 그러한 사유만으로 인터넷에서 일반유권자의 정치적 표현을 금하는 이유가 될 수는 없을 것이다. 오늘날 인터넷의 이용이 전 연령층에 걸쳐 상당한 정도 보편화되어 있을 뿐만 아니라<sup>27)</sup>, 매체에의 용이한 접근성과 독점 배제의 분산력, 정보유통의 투명성이라는 점에서 다른 매체들과 뚜렷한 차이점을 갖는 인터넷에서 ‘기회의 불균형성’, ‘불투명성’, ‘고비용성’으로 인한 선거의 불공정성 문제가 발생할 위험은 크지 않다고 볼 것이기 때문이다<sup>28)</sup>.

거 중 하나였다. 별지 3. 참조.

26) 최우정, 공직선거법상 UCC물을 통한 선거운동의 법적문제, 인터넷법률 2008. 1. 10-12쪽 참조.

27) 유권자 연령별 인터넷 이용률 변화

	20대	30대	40대	50대	60대 이상
2002. 12.	89.9	69.4	39.3	9.3*	
2007. 12.	99.3	96.5	79.2	46.5	17.6
2010.	99.9	99.3	87.3	55.2	33.8

\* 한국인터넷 진흥원

\* 2002년 조사는 50대 이상 인터넷 이용률

\* 2010년 조사는 70대 이상의 인터넷 이용률을 별도로 조사하였으며 이용률은 8.3%

28) 인터넷 선거운동의 효과에 대해서는 변화가설(change hypothesis)와 정상화가설(normalization hypothesis)이라는 두 개의 상반된 주장이 있다. 변화가설은 인터넷 선거운동이 소수정당과 열세후보에게 새로운 기회를 제공할 수 있다고 본다. 인

(3) 위와 같은 인터넷 매체의 특성 및 기능, 이 사건 법률조항이 공직선거법에서 차지하는 역할 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항에 의하여 선거일 전 180일부터 선거일까지 인터넷상 일정한 내용의 정치적 표현 내지 선거운동을 일체 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다.

#### 다. 침해의 최소성

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동의 금지하는 수단의 적절성을 갖추지 못하였다고 할 것이나, 더 나아가, 과연 입법목적 달성을 위한 필요·최소한의 범위 내에 있는 것인지를 검토하기로 한다.

(1) 일반유권자는 이 사건 법률조항에 의하여 선거일 전 180일부터 선거일까지(선거운동기간 제외) 후보자나 정당에 대한 정치적 표현 내지 사전선거운동 일체를 제한받고 있는바, 대통령 선거, 국회의원 선거, 지방선거가 순차적으로 맞물려 돌아가는 현실에 비추어 보면, 기본권 제한의 기간이 지나치게 길다고 할 것이다.

가령 최근의 주요 선거 일정을 보면, 2007. 12. 19. 17대 대통령선거, 2008. 4. 9. 18대 국회의원 총선거, 2008. 6. 4. 국회의원 재보궐선거, 2008. 10. 29. 국회의원 재보궐선거, 2009. 4. 29. 국회의원 재보궐선거, 2009. 10. 28. 국회의원 재보궐선거, 2010. 6. 2. 전국 동시지방선거, 2011. 4. 27. 지방선거 재보궐선거, 2011. 10. 26. 지방선거 재보궐선거, 2012. 4. 11. 19대 국회의원 총선거, 2012. 12. 19. 18대 대통령 선거가 치러졌거나 치러질 예정으로 있다<sup>29)</sup>.

---

터넷이 갖는 정보제공 능력, 쌍방향성, 그리고 낮은 비용 등의 특성이 대중동원에 있어 후보들간의 경쟁을 평등화시키는 결과를 가져올 것이라는 주장이다. 한편 정상화가설은 다수당이 현실공간을 지배하듯이 사이버공간 역시 다수당이 지배할 것으로 예상된다. 인터넷 도입 초기에는 환경변화에 적극적인 소수당이 일시적으로 사이버공간에서 우세를 점할 수 있으나, 결국에는 다수당이 풍부한 자원을 기반으로 높은 수준의 인프라와 웹사이트를 구축하면서 네티즌들의 지지를 확보해 갈 것으로 본다. (윤성이 위 논문 204쪽) 따라서, 어떠한 가설이 절대적으로 옳다고 볼 수 없는 이상 결과적 공정의 측면에서도 인터넷은 중립적이라고 볼 수 있다. 실제 2007년 대선에서는 2002년 대선과 달리 인터넷 상 이념집단 간 세력 균형 양상이 나타난 것이 큰 특징이라고 한다(위 논문 205쪽).

이처럼 선거가 연속적으로 치러지는 상황에서, 선거일 전 180일부터 선거일까지 장기간 동안 ‘후보자가 되려는 자’ 및 ‘정당’에 대한 지지·추천·반대의 내용을 담은 의사를 표현할 수 없도록 하는 이 사건 금지조항은, 모바일 웹을 포함한 인터넷 공간에서 일상적으로 의사소통을 하고 있는 상당수의 국민들에게는 상시적으로 정치적 표현의 자유를 제한하는 조항이 될 수 밖에 없다.

특히, 위와 같이 선거가 연속되는 상황에서 ‘통상적 정당활동’은 선거운동에서 제외됨으로써(공직선거법 제58조 제1항 제4호) 정당의 정보제공 및 홍보는 계속되는 가운데, 정당의 정강·정책 등에 대한 지지, 반대 등 의사표현을 금지하는 것은 일반국민의 정당이나 정부의 정책에 대한 비판을 봉쇄하여 정당정치나 책임정치의 구현이라는 대의제도의 이념적 기반을 약화시키게 될 것이다.

(2) 한편, 선거운동을 할 수 없는 자의 선거운동, 비방이나 허위사실 공표의 확산을 막기 위한 사전적 조치는 이미 별도로 입법화되어 있다.

공직선거법은, 각급선거관리위원회는 이 법에 위반되는 정보가 인터넷에 게시되거나 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자 및 정보통신서비스제공자에게 해당 정보의 삭제 등을 요청할 수 있고(제82조의4 제3항), 그 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자는 지체 없이 이에 따라야 하며(제82조의4 제4항), 만일 이를 이행하지 않으면 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록(제256조 제2항 제1의 마.호) 규정하고 있다. 그리고 선거관리위원회의 이러한 조치를 적시에 실효성 있게 확보하기 위하여 인터넷을 이용한 선거부정을 감시하는 사이버선거부정감시단을 상시적으로 운영하도록 하고 있다(제10조의3).

나아가, 공직선거법은 선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판·대화방 등에 정당, 후보자에 대한 지지, 반대의 문자 등 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명을 확인하는 기술적 조치를 취하도록 하고(제82조의6), 인터넷언론사의 불공정한 보도를 막기 위하여 인터넷언론사에도 공정보도의

무를 부과하고(제8조), 중앙선거관리위원회는 인터넷선거보도심의위원회를 설치·운영하도록 하며(제8조의5), 인터넷선거보도심의위원회는 인터넷언론사의 선거보도가 공정하지 아니하다고 인정하는 때에는 해당 언론사에 정정보도문의 게재 등 필요한 조치를 명하여야 하고(제8조의6 제1항), 이러한 조치의 통보를 받고 이를 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하도록(제256조 제2항 제3의 라.호) 규정하고 있다.

위와 같은 조치들은 중앙선거관리위원회가 2003. 7. 21.자 정치관계법 개정의견에서, 이 사건 법률조항에 의한 인터넷 상의 규제를 없애고 인터넷 상의 선거운동을 상시적으로 허용하는 것을 전제로 하여 그 폐해의 방지책으로 제안하였던 것인데, 결국 인터넷상의 선거운동 내지 정치적 표현의 공간이 후보자나 후보자가 되고자 하는 자에게만 일부 제한적으로 개방되었을 뿐 일반유권자들에게는 전혀 열리지 아니한 채, 위와 같은 인터넷 통제장치들만 도입되었던 것임을 상기할 필요가 있다.

(3) 이와 관련하여, 선거일 전 180일 이내의 기간에도 인터넷 선거운동을 허용하는 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁이 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 될 것이라는 우려가 있을 수 있으나, 위 기간 동안에도 후보자나 예비후보자는 인터넷 홈페이지를 이용하여 소정의 선거운동을 할 수 있는 점, 선거관리의 주체인 중앙선거관리위원회도 인터넷 선거운동의 상시화 방안을 지속적으로 제시해 오고 있는 점 등을 감안할 때, 선거관리의 곤란이라는 이유를 들어 이 사건 법률조항을 정당화시키기는 어렵다.

또한, 언론의 정파성, 선정성, 또는 불공정한 보도로 선거의 공정이 해쳐질 것이 우려된다 하여 불공정한 언론보도에 대한 처벌 내지 사전통제를 넘어 ‘일정한 기간 선거관련 보도를 일률적으로 금지’하는 것이 허용될 수 없는 것과 마찬가지로, 일반유권자의 정치적 표현 내지 선거운동 속에 비방·흑색선전 등의 부정적 요소가 개입될 여지가 있다 하여 ‘일정한 기간 정치적 표현을 전면적으로 금지’하는 것은 허용될 수 없다 할 것이다.

나아가, 정치적 공론의 과정에서 기존 매체를 통한 일방적인 정보 전달을

넘어 인터넷을 통한 정치과정 참여의 기회와 범위가 넓어질수록 보다 충실한 공론의 형성을 기대할 수 있을 것이므로, 인터넷 상 일반유권자의 정치적 표현의 자유는 실질적 민주주의의 구현을 위하여 적극 장려되어야 하는 측면도 있다.

(4) 인터넷 매체라는 개념 자체가 다소 광범위하고, 장차 인터넷을 사용한 매체가 어디까지 그 영역을 넓혀가게 될 것인지는 지금 시점에서 예측하기 어려우므로, 인터넷 매체에 관하여 지금까지 제기된 우려와 걱정 외에도 선거의 공정성에 관련한 또 다른 문제점이 발생할 위험이 전혀 없다고 단정할 수는 없을 것이다. 그러나, 그러한 문제가 구체적으로 발생하거나 또는 임박하게 된 경우 그 구체적 문제점에 따라 필요한 최소한의 범위에서 규제책을 모색하여 대응하는 것은 별론으로 하고, 이 사건 법률조항과 같이 일반적·포괄적 금지조항으로써 인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동 일체를 일정한 기간 전면적으로 금지하고 처벌하는 것은 최소침해성의 요건을 충족시키지 못한다 할 것이다.

## 라. 법익균형성

대의제 민주주의 하에서 민주주의를 구현하는 원동력은 일반유권자의 자발적인 정치 참여에 있는바, 오늘날 선거 참여율이 갈수록 낮아지는 현상<sup>30)</sup>으로 대의제 민주주의의 정당성이 약화되고 있는 점 등을 고려할 때, 일반유권자의 정치적 표현의 자유를 진작하는 것은 중대한 공공적 법익에 해당한다 할 것이다<sup>31)</sup>.

공직선거법은 “선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 ‘공정히’ 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로”(제1조) 하고 있는바, 선거의 공정성

30) 권위주의 시대의 동원투표가 사라진 이후 투표율은 점차 감소하는 추세를 보이고 있고, 이는 강제투표제의 도입 여부에 대한 검토(김욱, 투표율 제고를 위한 제도적 방안 현대정치연구, 2009년 봄호(제2권 제1호)/김태민, 투표, 국민의 권리인가 의무인가, 초암네트웍스, 월간(논 주니어) 2008/ 이준한, 의무투표제에 대한 고찰, 21세기 정치학회보 2007/김학수 투표참여의무제 도입과 민주주의 발전방안, 2005. 12. 19. 등)가 활발하게 이루어질 정도로 심각한 문제로 받아들여지고 있다.

<표> 민주화 이후 주요선거 투표율 변화 추이(중앙선관위 웹사이트)

과 선거관련 부정의 방지도 그 궁극적인 목적은 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 데 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 대한 법익균형성 판단에는 이로써 달성하고자 하는 선거의 공정과 평온이라는 공익과 그로 인한 기본권 제한 간의 법익균형성 뿐만 아니라, 국민의 선거참여를 통한 민주주의의 발전 및 민주적 정당성의 제고라는 공익 또한 감안하여야 할 것이다.

이에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 인터넷 상 정치적 표현 내지 사전선거운동을 금지함으로써 얻어지는 선거의 공정성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 인터넷을 이용한 의사소통이 보편화되고 각종 선거가 빈번한 현실에서 이 사건 법률조항이 선거일 전 180일부터 선거일까지 장기간 동안 인터넷 상 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 전면적으로 제한함으로써 생기는 불이익 내지 피해는 매우 크다 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 법익균형성의 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

연도	지방선거	국회의원선거	대통령선거
1987			89.2%
1988		75.8%	
1992		71.9%	81.9%
1995	65.8%		
1996		63.9%	
1997			80.7%
1998	52.7%		
2000		57.2%	
2002	48.9%		70.8%
2004		60.6%	
2006	51.6%		
2007			63.0%
2008		46.0%	
2010	54.5%		

31) 17대 대선의 온라인 선거운동 환경은 인터넷 기반과 네티즌의 참여문화 측면 모두에서 지난 2002년 대선과 비교하여 훨씬 나아졌다고 평가됨에도 불구하고, 인터넷 선거운동은 훨씬 저조하였고 투표율도 매우 저조하였는데, 온라인 상 선거에 관한 의견표현에 대한 엄격한 규제가 그 원인 중 하나로 꼽힌다(윤성이, 17대 대선에 나타난 온라인 선거운동의 특성과 한계, 223쪽, 한국정치학회보 제42집 제2호).

## 마. 소결

따라서 이 사건 법률조항 중 ‘기타 이와 유사한 것’에 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함되는 것으로 해석하여 이를 금지하고 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해한다 할 것이다.

## 5. 기타 검토사항

### 가. 한정위헌 주문에 관하여

이 사건에서는 청구인들이 이 사건 법률조항에 대하여 위헌 여부를 다투는 표현매체가 인터넷 매체이고 인터넷이라는 개념이 분리 가능하다는 점으로부터 출발하여, 인터넷 매체의 특성 및 이용현황, 규제환경 등을 고려하여 한정위헌 결정을 하였다.

‘한정위헌’의 주문형식과 관련하여, 법원에 전속하는 ‘법률 해석’의 영역을 침범한 것이므로 법원에 대하여 기속력을 가질 수 없다는 견해가 있으나, 이 사건과 같은 결정이 법률조항의 일부에 대한 위헌결정과 질적으로 차별화된다고 볼 수 없다.

한편 반대의견은 “한정위헌 주문의 기속력 때문에 입법부가 아무리 제한된 범위에서나마 인터넷 매체를 규제할 필요성이 생기더라도 규제 자체를 할 수 없게 될 지도 모른다는 점에서, 한정위헌주문은 특히 부당하다”고 하고 있으나, 이 사건 결정은 ‘선거일전 180일부터 인터넷을 사용한 일정한 정치적 표현을 포괄적, 일률적으로 금지하는 것’이 위헌이라는 것으로, 정치적 표현의 자유, 선거운동자유의 원칙적 회복을 의미하는 것이지, 한정위헌결정으로 ‘인터넷을 통한 사전선거운동 혹은 정치적 표현’이 절대 규제 불가능한 영역으로 보장되는 것은 아니고, 인터넷 매체에 관하여 선거의 공정성에 관련된 문제가 구체적으로 발생하거나 또는 임박하게 된 경우 그에 따라 개별적으로 규제책을 모색하여 대응하는 것은 가능하다는 점을 명시하고 있으므로



로, 적절한 비판이라 보기 어렵다.

## 나. 이 사건 결정의 적용범위 및 선거운동위반죄<sup>32)</sup>와의 관계

### (1) 의문점

일정한 기간(선거일 전 180일부터 선거운동기간 전) 인터넷을 이용한 선거운동에 관하여 이 사건 법률조항과 선거운동기간위반죄(공직선거법 제254조 제2항)가 모두 적용된다. 이 경우 일반 유권자는 통상 이 사건 법률조항에 의해 기소되고, 두 조항 모두에 의해 기소되는 경우에도 상상적 경합으로 범정이 더 무거운 이 사건 법률조항에 의해 처벌되어 온 것으로 보인다.

그런데 이 사건 법률조항에 대하여만 위헌선고가 이루어지고 선거운동기간위반죄는 그대로 존속하는 상황에서 위 기간 동안 인터넷을 이용하여 선거운동을 한 경우 선거운동기간위반죄로 처벌할 수 있을 것인가 하는 의문이 발생한다.

### (2) 가능한 견해

(가) 처벌가능설 : 선거운동기간 설정과 선거운동위반죄가 존속하고, 이에 대하여 별도의 위헌결정이 없는 한, 이 사건 법률조항 중 인터넷 선거운동에 대하여 한정위헌결정이 되었다고 하여도 제254조 제2항 선거운동기간위반죄를 적용하여 처벌하는 것이 가능하다는 견해이다.

32) 선거일 당일을 규제하고 있는 제254조 제1항은 검토범위에서 제외  
제59조(선거운동기간) 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우
2. 삭제 <2005.8.4.>
3. 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우

제254조(선거운동기간위반죄) ② 선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

(나) 처벌불가능설 : 실제 실무가 선거일 전 180일부터 선거운동기간 전까지의 규율을 이 사건 법률조항에 의하여 왔고, 선거기간위반죄와 상상적 경합의 관계에 있는 경우 이 사건 법률조항위반죄가 범정이 더 높다며 이 사건 법률조항에 의하여 처벌하여 왔으며, 이 사건 법률조항에 대한 한정위헌 결정에 비추어 볼 때 선거기간위반죄의 해당 부분의 위헌성도 명백하므로, 형식적으로 제254조 제2항이 존속한다고 하더라도 처벌이 불가능하다는 견해이다.

## 6. 결정의 의의

이 결정이 선고되자 한나라당은 “이를 계기로 인터넷, SNS가 성숙한 국민의식을 바탕으로 건전한 비판과 대안이 활발히 오가는 소통의 장이 되기를 희망한다.”고 발표하고, 민주통합당은 “민주적 선거의 근간이 되어야 할 선거법이 국민의 자유로운 의사표현을 막는 수단으로 악용된 불편부당한 현실을 타개하는 계기가 될 것으로 믿는다.”며 환영의 뜻을 표시하였으며, 학계에서는 “헌법 제정자들이 당시에 인식하지 못했던 측면을 지금의 시대정신을 반영해 전향적으로 허용한 결정으로 헌법 재판의 진수를 보여줬다.”고 평가하는 등 정치권과 시민사회는 모두 긍정적인 반응을 보였다(연합뉴스 2011. 12. 29.자, 한겨레21 2012. 1. 9.자 등 다수).

한편, 이 결정으로 이 사건 법률조항에 의해 선거일전 180일부터 선거일까지 인터넷 선거운동을 규제하는 것이 불가능해졌으나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항 외에 인터넷 선거운동을 규제하고 있는 법률조항이 그대로 남아 있어 이를 정비할 필요성이 제기되었고, 이에 따라 아래에서 보는 바와 같이 2012. 2. 29. 개정으로 선거운동기간에 관한 조항인 공직선거법 제59조에 예외규정을 둬으로써 인터넷 선거운동은 상시적으로 허용되기에 이르렀다.

제59조(선거운동기간) 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이

나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비 후보자에 한한다.



# 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률

## 제45조 제1항 위헌확인 등

- 미결수용자의 종교행사 참석금지 사건 -  
(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527, 판례집 23-2하, 840)

김 현 영\*

### 【판시사항】

1. 미결수용자가 구치소 내에서 실시하는 종교행사 등에의 참석을 금지당한 것에 대하여 바로 헌법소원을 제기한 경우 보충성원칙의 예외를 인정할 것인지 여부(적극)
2. 기본권 침해상황은 이미 종료되었지만, 헌법적 해명의 필요성을 이유로 권리보호 이익을 인정할 사례
3. 피청구인인 대구구치소장이 2009. 6. 1.부터 2009. 10. 8.까지 대구구치소 내에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 미결수용자인 청구인의 참석을 금지한 행위가 청구인의 종교의 자유를 침해하였는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 피청구인이 2009. 6. 1.부터 2009. 10. 8.까지 대구구치소 내에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 미결수용자인 청구인의 참석을 금지한 행위(이하 ‘이 사건 종교행사 등 참석불허 처우’라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이며, 관련조항은 다음과 같다.

### 【관련조항】

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로

---

\* 헌법연구관

개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다.

2. “미결수용자”란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 말한다.

3. “사형확정자”란 사형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람을 말한다.

4. “수용자”란 수형자·미결수용자·사형확정자, 그 밖에 법률과 적법한 절차에 따라 교도소·구치소 및 그 지소(이하 “교정시설”이라 한다)에 수용된 사람을 말한다.

제45조(종교행사의 참석 등) ① 수용자는 교정시설의 안에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 참석할 수 있으며, 개별적인 종교상담을 받을 수 있다.

② 수용자는 자신의 신앙생활에 필요한 서적이거나 물품을 소지할 수 있다.

③ 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 제1항 및 제2항에서 규정하고 있는 사항을 제한할 수 있다.

1. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때

2. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때

④ 종교행사의 종류·참석대상·방법, 종교상담의 대상·방법 및 종교서적·물품의 소지범위 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제81조(분리수용) 소장은 미결수용자로서 사건에 서로 관련이 있는 사람은 분리수용하고 서로 간의 접촉을 금지하여야 한다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2008. 12. 19. 법무부령 제655호로 제정된 것)

제30조(종교행사의 종류) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제45조에 따른 종교행사의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 종교집회: 예배·법회·미사 등

2. 종교의식: 세례·수계·영세 등

3. 교리 교육 및 상담

4. 그 밖에 법무부장관이 정하는 종교행사

제31조(종교행사의 방법) ① 소장은 교정시설의 안전과 질서를 해치지 아니하는 범위에서 종교단체 또는 종교인이 주재하는 종교행사를 실시한다.

② 소장은 종교행사를 위하여 각 종교별 성상·성물·성화·성구가 구비된 종교상담실·교리교육실 등을 설치할 수 있으며, 특정 종교행사를 위하여 임시행사장을 설치하는 경우에는 성상 등을 임시로 둘 수 있다.

제32조(종교행사의 참석대상) 수용자는 자신이 신봉하는 종교행사에 참석할 수 있다. 다만, 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 수용자의 종교행사 참석을 제한할 수 있다.

1. 종교행사용 시설의 부족 등 여건이 충분하지 아니할 때
2. 수용자가 종교행사 장소를 허가 없이 벗어나거나 다른 사람과 연락을 할 때
3. 수용자가 계속 큰 소리를 내거나 시끄럽게 하여 종교행사를 방해할 때
4. 수용자가 전도를 핑계삼아 다른 수용자의 평온한 신앙생활을 방해할 때
5. 그 밖에 다른 법령에 따라 공동행사의 참석이 제한될 때

제33조(종교상담) 소장은 수용자가 종교상담을 신청하거나 수용자에게 종교상담이 필요한 경우에는 해당 종교를 신봉하는 교도관 또는 교정참여인사(법 제130조의 교정위원, 그 밖에 교정행정에 참여하는 사회 각 분야의 사람 중 학식과 경험이 풍부한 자를 말한다)로 하여금 상담하게 할 수 있다.

제34조(종교물품 등 소지범위) ① 소장은 수용자의 신앙생활에 필요하다고 인정하는 경우에는 외부에서 제작된 휴대용 종교서적 및 성물을 수용자가 소지하게 할 수 있다.

② 소장이 수용자에게 제1항의 종교서적 및 성물의 소지를 허가하는 경우에는 그 재질·수량·규격·형태 등을 고려하여야 하며, 다른 수용자의 수용생활을 방해하지 아니하도록 하여야 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 2009. 6. 1. 사기 등 혐의로 대구구치소에 미결수용되어 2009. 7. 22. 대구지방법원에서 징역 2년을 선고받고(대구지방법원 2009고단

2077) 항소하였으나, 2009. 10. 1. 기각되어(대구지방법원 2009노2543) 2009. 10. 9. 그 판결이 확정되었다. 청구인은 2009. 11. 30. 대구교도소로 이감되었으며, 2011. 5. 25. 형의 집행을 종료하여 출소하였다.

나. 청구인은, 피청구인 대구구치소장이 2009. 6. 1.부터 2009. 10. 8.까지 대구구치소 내에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 미결수용자인 청구인의 참석을 금지한 행위가 청구인의 종교의 자유 등 기본권을 침해하였다고 주장하면서, 2009. 9. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 한편, 피청구인은 미결수용자로서 사건에 서로 관련이 있는 사람은 분리수용하고 서로 간의 접촉을 금지하여 공모를 통한 범죄의 증거인멸을 방지할 필요가 있고, 대구구치소의 종교행사 장소가 매우 협소하다는 등의 이유로 수형자 및 노역장유치자에 대하여만 종교행사 등에의 참석을 허용하고, 미결수용자에 대하여는 일괄적으로 종교행사 등에의 참석을 금지하여 왔다.

## 2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장 요지

(1) 피청구인의 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 이미 종료되어 주관적 권리보호이익은 소멸하였으나, 앞으로도 반복될 위험이 있거나 헌법적으로 해명이 필요한 경우에 해당하므로 심판청구의 이익이 인정된다.

(2) 미결수용자는 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 기결수보다 폭넓은 기본권을 향유하여야 함에도 불구하고 피청구인은 청구인을 비롯한 모든 미결수용자에게 종교행사 등에의 참석을 불허하여 종교의 자유를 박탈하였는바, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 반하여 청구인의 종교의 자유, 양심의 자유, 인간의 존엄과 가치, 인간다운 생활을 할 권리 등을 침해한다.

### 나. 피청구인의 의견 요지

(1) 청구인은 피청구인에게 종교행사에의 참석을 요구한 사실이 없어 자기관련성이 없고, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우에 대하여는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제116조(소장면담), 제117조(청원) 및 행



정심판법, 행정소송법 등에 규정된 다양한 구제절차가 마련되어 있음에도 이를 거치지 아니하였으므로 보충성의 원칙에도 반하여 부적법하다.

(2) 일부 수용자에게 종교행사 참석을 제한하는 것은 현 교정시설의 여건 및 수용관리의 적정성을 기하기 위한 것으로서 목적이 정당하고, 그 목적을 달성하기 위한 적정한 수단이며, 현실적인 여건상 일부 수용자에 대하여만 제한하는 것이므로 최소한의 제한에 해당하는바, 이 사건 종교행사 등 참석 불허 처우는 종교의 자유를 침해하지 아니한다.

#### 다. 법무부장관의 의견 요지

이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 다른 수용자들의 생명과 신체의 안전을 보호하고 특히 엄숙을 요하는 종교집회의 원활한 진행을 위한 것이므로 그 목적의 정당성 및 수단의 적정성이 인정되며, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조 제4항에 의하여 종교상담, 종교서적의 소지 등은 일정한 범위 내에서 허용되므로 침해의 최소성 및 법익 균형성 또한 인정된다. 따라서 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 청구인의 종교의 자유 등 기본권을 침해하지 아니한다.

#### 【결정요지】

1. 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 이른바 권력적 사실행위에 해당하므로 행정소송의 대상이 된다고 단정하기 어렵고, 가사 행정소송의 대상이 된다고 하더라도 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 부정되어 각하될 가능성이 많은바, 청구인에게 그에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하기는 곤란하므로 보충성원칙의 예외로서 헌법소원의 제기가 가능하다.

2. 청구인에 대한 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 인한 기본권 침해 상황은 청구인의 신분이 미결수용자에서 수형자로 변동된 2009. 10. 9. 이미 소멸하였으므로 이 사건 심판을 구할 청구인의 주관적인 권리보호이익은 더 이상 존재하지 않으나, 현재에도 피청구인은 과실범을 제외한 대다수 미결수용자에 대하여 종교행사 등에의 참석을 금지하고 있어 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우와 동종 또는 유사한 처우로 인한 기본권 침해행위가 미결수용

자들에 대하여, 그리고 상당기간 반복적으로 행하여질 것이 예상되고, 이에 대한 헌법적 해명이 이루어진 바도 없어 그 헌법적 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위해 중대한 의미를 가지므로 심판의 이익을 인정할 수 있다.

3. ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조는 종교행사 등에의 참석 대상을 “수용자”로 규정하고 있어 수형자와 미결수용자를 구분하고 있지도 아니하고, 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들에 대한 기본권 제한은 징역형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 수형자의 경우보다는 더 완화되어야 할 것임에도, 피청구인이 수용자 중 미결수용자에 대하여만 일률적으로 종교행사 등에의 참석을 불허한 것은 미결수용자의 종교의 자유를 나머지 수용자의 종교의 자유보다 더욱 엄격하게 제한한 것이다. 나아가 공범 등이 없는 경우 내지 공범 등이 있는 경우라도 공범이나 동일사건 관련자를 분리하여 종교행사 등에의 참석을 허용하는 등의 방법으로 미결수용자의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재함에도 불구하고 이를 전혀 고려하지 아니하였으므로 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 침해의 최소성 요건을 충족하였다고 보기 어렵다. 그리고, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 얻어질 공익의 정도가 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들이 종교행사 등에 참석을 하지 못함으로써 입게 되는 종교의 자유의 제한이라는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어려우므로 법익의 균형성 요건 또한 충족하였다고 할 수 없다. 따라서, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 종교의 자유를 침해하였다.

## 【해 설】

### 1. 청구인과 국선대리인의 주장이 다른 경우 심판대상의 범위

헌법재판소법 제25조 제3항 본문은 “각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 이 조항의 해석과 관련하여 “변호사의 자격이 없는 사인인 청구인이 한 헌법소원심판청구나 주장 등 심판수행은 변호사인 대리인이 추진한 경우만이 적법한 헌법소원심판청구와 심판수행으로서의 효력이 있고 헌법소원심판대상이 된다.”고 판시한 바

있다(헌법재판소 1992. 6. 26. 89헌마132 참조). 그러므로 변호사인 대리인이 제출한 심판청구서에 청구인이 한 심판청구와 주장을 묵시적으로라도 추인하고 있다고 볼 내용이 없다면, 대리인의 심판청구서에 기재되어 있지 아니한 청구인의 그 전의 심판청구내용과 대리인의 심판청구 이후에 청구인이 제출한 추가된 별개의 심판청구와 주장은 당해 사건의 심판대상이 되지 않는다(헌재 1995. 2. 23. 94헌마105, 판례집 7-1, 282, 286).

이 사건의 경우 청구인은 ① ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조 제1항, 제4항 등을 미결수용자에게 적용하지 아니한 것과 ② 3200만원의 손해배상청구를 심판대상으로 주장하고 있는 반면(헌법소원심판기록 1-5면), 국선대리인은 대구구치소장이 미결수용자인 청구인에 대하여 종교의식 또는 행사에 참석하는 것을 금지한 처우를 심판대상으로 주장하고 있는 바(헌법소원심판기록 14-18면), 위 결정의 취지에 따라 국선대리인이 제출한 헌법소원심판청구서의 내용을 기준으로 심판대상을 확정하기로 한다.<sup>1)</sup>

## 2. 적법요건에 관한 검토

### 가. 헌법소원의 대상 적격

구치소의 관리주체인 구치소장이 종교행사 등에의 참석을 금지한 행위는 구치소장의 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 성격을 가지는 이상 이른바 ‘권력적 사실행위’라 할 것이며 따라서 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사에 포함된다.<sup>2)</sup>

1) 가사 청구인이 주장하는 바를 심판대상으로 삼더라도, ① ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조 제1항, 제4항은 미결수용자를 포함하는 ‘수용자’를 적용 대상으로 하고 있으며(제2조 제4호 참조), 직접성 요건 또한 결여되어 있다는 점(헌재 2011. 4. 28. 2009헌마305, 공보 175, 740, 743-744 참조)에서, ② ‘공권력의 행사 또는 불행사로 말미암은 손해를 전보하는 것’은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다는 점(2009헌마65 결정 참조)에서, 모두 부적법 각하하여야 할 것인바 이를 다룰 실익이 크지 않다.

2) 헌법재판소가 일종의 권력적 사실행위로 보아 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는 것으로 파악한 후 보충성 요건 충족을 전제로 본안판단을 하거나 권리보호이익이 없어 각하한 사례로는 교도소장이 청구인의 종교집회행사참여를 금지한 행위, 청구인의 운동장소를 제한한 행위, 청구인에게 하절기에도 긴 팔 상의를 지급한 행위(헌재 2006. 1. 26. 2003헌마743, 공보 112, 236; 청구인이 출소하여 권리보호이익 없다는 이유로 각하), 엄중격리대상자 제1단계 처우자로 지정된

## 나. 법적 관련성

청구인은 미결수용자로 구금되어 있는 동안 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우를 받았으므로 이를 다툼 자기관련성 및 기본권 침해의 현재성이 인정되며, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 직접 청구인의 자유를 제한하였으므로 기본권 침해의 직접성도 인정된다.

## 다. 보충성

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 하는바(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 이른바 권력적 사실행위로서 행정소송의 대상이 된다고 단정하기 어렵고, 가사 행정소송의 대상이 된다고 하더라도 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 부정되어 각하될 가능성이 많은바, 청구인에게 그에 의한 권리구제절차를 밟을 것을 기대하기는 곤란하므로 보충성 원칙의 예외로서 헌법소원의 제기가 가능하다.

피청구인은 청구인이 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제116조(소장면담), 제117조(청원) 등에 정해진 불복절차를 거치지 아니하였으므로 보충성의 원칙에 반하여 각하하여야 한다고 주장하나, 청원이나 소장 면담신청권은 처리기관이나 절차 및 효력 면에서 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도여서 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기 어려우므로, 청구인으로서 헌법소원청구를 하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 할 수 없다(헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277, 판례집 18-2, 280, 285).

---

청구인에게 종교집회의 참석을 금지한 처우(헌재 2011. 4. 28. 2009헌마305, 공보 175, 740; 권리보호이익 없다는 이유로 각하), 독거실 수용인인 청구인에게 TV시청을 할 수 없도록 한 행위(헌재 2005. 5. 26. 2004헌마571; 평등권을 침해하지 아니하였다고 보아 기각), 교도소내 접견실의 칸막이 설치행위(헌재 1997. 3. 27. 92헌마273, 판례집 9-1, 337, 342), 구치소장이 미결수용자로 하여금 수사 및 재판을 받을 때 재소자용 의류를 입게 한 행위(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 658-659), 유치장관리자가 현행범으로 체포된 피의자에게 차폐시설이 불충분한 화장실을 사용하도록 한 행위(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 109), 경찰서장이 피의자들을 유치장에 수용하는 과정에서 실시한 정밀신체수색행위(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 공보 71, 643, 645) 등이 있다.

## 라. 청구기간

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.

### (1) 기본권침해의 사유가 발생한 날

이 사건의 경우 청구인은 2009. 6. 1. 대구구치소에 미결수용되었으므로 그 무렵 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 인한 기본권침해의 사유가 발생하였다고 할 것인바, 2009. 9. 14. 제기된 이 사건 심판청구는 기본권침해의 사유가 발생한 날로부터 1년 이내의 요건은 충족하였다.

### (2) 기본권침해의 사유를 알게 된 날

이 사건 기록에 의하면, 피청구인은 각 종교별로 정해진 요일에 예배, 법회, 미사 등의 종교집회를 실시(기독교는 매주 월요일, 천주교는 매주 화요일, 불교는 매주 목요일, 여호와의 증인은 매월 첫째 및 셋째주 수요일)해 오고 있음을 알 수 있다. 그러나 이와 같은 종교행사에 미결수용자의 참석이 불허된다는 사실을 청구인이 언제 알았는지와 관련하여 기록상 그 시기를 특정할 만한 사실관계가 나타나 있지 아니하고, 청구인과 피청구인도 이에 대하여 전혀 다투고 있지 아니하다. 그렇다면, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 인한 기본권 침해사유가 있음을 안 날을 특정할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 이상 기본권침해의 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내의 요건을 결하여 부적법하다고 보기는 어렵다.<sup>3)</sup>

3) 이에 대하여는 청구인이 27년 전부터 유대교(사파트리안)를 신봉하여 왔고(피청구인 작성의 2009. 7. 20.자 동태시찰사항), 과거(1994-1998)에도 수감된 경험이 있다는 점 등에 비추어 보면, 청구인은 늦어도 대구구치소에 미결수용된 2009. 6. 1.(월요일)로부터 각 종교별 집회가 1회씩 실시된 이후인 2009. 6. 8.경에는 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 인한 기본권 침해사유가 있음을 알았다고 볼 수 있고, 그로부터 90일이 지난 2009. 9. 14. 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 초과하여 부적법하다는 견해도 가능하다.

### 마. 권리보호이익과 헌법적 해명의 필요성

(1) 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권의 구제를 목적으로 하는 제도이므로 이 제도의 목적상 침해된 권리의 보호이익이 없는 경우에는 그 헌법소원은 원칙적으로 부적법하다(헌재 2006. 1. 26. 2003헌마743, 공보 112, 236, 237).

그런데 청구인은 미결수용되어 2009. 6. 1.부터 2009. 11. 29.까지 대구구치소에 수감되었다가(2009. 10. 9. 청구인에 대한 징역형이 확정되어 ‘수형자’로 신분 변경) 2009. 11. 30. 대구교도소로 이송된 후 2011. 5. 25. 형의 집행이 종료되어 출소하였다. 그리고 피청구인이 2009. 10. 9. 이후에는 수형자의 신분이 된 청구인에게 종교행사 등에의 참석을 허용하였으므로, 청구인에 대한 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 인한 기본권 침해상황은 청구인의 신분이 미결수용자에서 수형자로 변동된 2009. 10. 9.에 이미 소멸하였다고 할 것이므로 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우에 관하여 심판을 구할 청구인의 주관적인 권리보호이익은 더 이상 존재하지 않는다.<sup>4)</sup>

(2) 한편, 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 헌법질서를 보장하는 기능도 가지고 있으므로, 헌법소원심판청구가 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나, 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236, 247-248).

비록 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우 자체는 종료되었고 청구인은 형의 집행종료로 출소하였으나, 현재에도 피청구인은 미결수용자 전체<sup>5)</sup>에 대

4) 이에 대하여는, ‘...처우의 취소를 청구할 이익은 없어졌다고 할 수 있을지 몰라도, 그러한 처우로 인하여 청구인이 받은 불이익이 해소된 것은 아니므로, 그러한 처우가 기본권을 침해하였는지 여부에 대하여 헌법소원을 청구할 권리보호이익이 없어졌다고 보기 어렵다.’는 견해가 있다(헌재 2010. 10. 28. 2009헌마438, 헌재 2007. 11. 29. 2005헌마616 사건에서의 재판관 조대현의 반대의견).

5) 피청구인은 2011. 11. 21.부터 미결수용자 중 과실범에 대하여는 종교집회에의 참석을 허용할 예정이라고 답변하였으나(피청구인 제출의 ‘미결수용자 종교집회 시행계획’ 참조), 미결수용자 중 일부에 대하여 종교집회에의 참석을 허용하더라도 여전히 미결수용자를 수형자와 차별하는 문제에 대한 헌법적 해명의 필요성은 남는

하여 종교행사 등 참석불허 처우를 하고 있어 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우와 동종 또는 유사한 처우로 인한 기본권 침해행위가 미결수용자들에게 대하여, 그리고 상당기간 반복적으로 행하여질 것이 예상되고, 이에 대한 헌법적 해명이 이루어진 바도 없어 그 헌법적 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위해 중대한 의미를 가지므로 심판의 이익을 인정할 수 있다.

## 바. 소결

이 사건 심판청구는 적법하다.

## 2. 본안에 관한 검토

### 가. 미결수용자의 법적 지위와 그 기본권 제한

‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제2조에 따르면 ‘수형자’란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을, ‘미결수용자’란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을, ‘수용자’란 수형자·미결수용자·사형확정자, 그 밖에 법률과 적법한 절차에 따라 교도소·구치소 및 그 지소에 수용된 사람을 의미한다.

미결수용자들은 격리된 시설에서 강제적 공동생활을 하므로 구금목적의 달성 즉 도주·증거인멸의 방지와 규율 및 안전유지를 위한 통제의 결과 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한을 받는 것이 불가피하다. 그러나 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정한 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 아니 된다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 661-662 참조; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 109).

---

다는 점에서 심판의 이익이 인정된다고 보인다.

또한, 미결구금은 수사 및 재판 등의 절차확보를 위해 불가피한 것이기는 하나 실질적으로 형의 집행에 유사한 자유의 제한을 초래하는 폐단이 있다는 것은 널리 인식되어 있는 사실이다. 미결수용자들은 구금으로 인해 긴장, 불안, 초조감을 느끼는 등 심리적으로 불안정한 상태에 빠지고 위축되며, 육체적으로도 건강을 해치기 쉽고, 자칫 열악하고 불리한 환경의 영향으로 형사절차에서 보장되어야 할 적정한 방어권 행사에 제약을 받거나 나아가 기본적 인권이 유린되기 쉽다. 그러므로 구금자체의 폐단을 최소화하고 필요이상으로 자유와 권리가 제한되는 것을 피하기 위해서, 그리고 이들의 형사절차상 방어권의 실질적 보장을 위해서는 구율수단의 선택에 있어 충돌되는 이익들간의 신중한 비교교량을 요하며, 통제의 효율성에만 비중이 두어져서는 아니 된다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 109).

무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들에 대한 기본권 제한은 징역형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 수형자의 경우와는 달리 더 완화되어야 할 것이며, 이들의 권리는 가능한 한 더욱 보호됨이 바람직하다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 109 참조).

#### 나. 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우의 법적 근거

‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조 제1항은 “수용자는 교정시설의 안에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 참석할 수 있으며, 개별적인 종교상담을 받을 수 있다.”고 규정하고 있고, 동조 제3항은 ‘소장은 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때(1호) 또는 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때(2호)의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 제1항에서 규정하고 있는 사항을 제한할 수 있다.’, 동조 제4항은 ‘종교행사의 종류·참석대상·방법, 종교상담의 대상·방법 및 종교서적·물품의 소지범위 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.’고 규정하고 있는바, 동법 시행규칙 제32조에서는 종교행사의 참석대상과 관련하여 ‘수용자는 자신이 신봉하는 종교행사에 참석할 수 있다. 다만, 소장은 종교행사용 시설의 부족 등 여건이 충분하지 아니할 때(1호), 수용자가 종교행사 장소를 허가 없이 벗어나거나 다른 사람과 연락을 할 때(2호), 수용자가 계속 큰 소



리를 내거나 시끄럽게 하여 종교행사를 방해할 때(3호), 수용자가 전도를 핑계삼아 다른 수용자의 평온한 신앙생활을 방해할 때(4호), 그 밖에 다른 법령에 따라 공동행사의 참석이 제한될 때(5호)의 어느 하나에 해당할 때에는 수용자의 종교행사 참석을 제한할 수 있다.’고 규정하고 있다.

이 사건의 경우 피청구인은 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조 제3항 제2호, 제4항, 동법 시행규칙 제32조 제1호, 제2호에 근거하여 대구구치소 내 종교행사용 시설이 부족하고, 미결수용자의 경우 다른 사람 특히 공범자와 연락할 우려가 크다는 이유로 미결수용자 전원에 대하여 종교행사 등 참석을 불허하고 있다.

#### 다. 제한되는 기본권

청구인은 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우가 무죄추정의 원칙에 반하여 청구인의 인간의 존엄과 가치, 양심의 자유, 인간다운 생활을 할 권리, 종교의 자유 등 기본권을 침해한다고 주장한다.

살피건대, ① 종교의 자유에 대한 침해 여부를 판단하는 이상 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우가 따로 인간의 존엄과 가치에 직접적인 영향을 끼친다고 보기는 어렵고, ② ‘인간다운 생활을 할 권리’를 규정한 헌법 제34조 제1항은 사회보장에 관한 것인바, 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하고, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 기능을 가지므로(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 204), 피청구인이 미결수용자에 대하여 종교행사 등에 참석하는 것을 금지한 행위는 위 헌법 규정에 의한 보호대상이 아니라 할 것이며, ③ 헌법 제19조는 종교의 자유와 별개로 양심의 자유를 따로 보장하고 있는바, 헌법 제20조 제1항은 종교적 가치판단과

이에 대한 확신을 보장하는 것이고, 헌법 제19조는 윤리적 가치판단과 이에 대한 확신을 보장하는 것이다.<sup>6)</sup> 이 사건의 경우 청구인이 종교행사 등에 참석하고자 하는 것은 종교적 신앙에 의한 행위일 뿐 개인의 주관적·윤리적 판단을 동반하는 것이라고 보기는 어려우므로 종교의 자유를 중심으로 기본권 침해 여부를 판단하면 족하다고 할 것이다.

## 라. 종교의 자유 침해 여부에 관한 판단

### (1) 종교의 자유의 내용 및 제한

종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유의 3요소로 구성된다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 360). 신앙의 자유는 신과 피안 또는 내세에 대한 인간의 내적 확신을 말하는 것으로서 이러한 신앙의 자유는 그 자체가 내심의 자유의 핵심이기 때문에 법률로써도 이를 침해할 수 없다. 종교적 행위의 자유는 종교상의 의식·예배 등 종교적 행위를 각 개인이 임의로 할 수 있는 등 종교적인 확신에 따라 행동하고 교리에 따라 생활할 수 있는 자유와 소극적으로는 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유 그리고 선교의 자유, 종교교육의 자유 등이 포함된다. 종교적 집회·결사의 자유는 종교적 목적으로 같은 신자들이 집회하거나 종교단체를 결성할 자유를 말한다. 이러한 종교적 행위의 자유와 종교적 집회·결사의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니므로 헌법 제37조 제2항에 의거하여 질서유지, 공공복리 등을 위해서 제한할 수 있는데, 그러한 제한은 비례의 원칙이나 종교의 자유의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 361 참조).<sup>7)</sup>

### (2) 위헌론

#### (가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

교도소 등의 구금시설은 형벌의 집행을 위하여 또는 피고인 등의 신병확

6) 정종섭, 헌법학원론 제3판(2008), 박영사, 480면 참조.

7) 계획열, 헌법상 종교의 자유, 헌법논총 8집, 69면 이하 참조.

보를 위하여 일정기간 수용자를 강제로 구금하는 시설로서 교도소의 시설과 인력의 안전 및 수용자들의 안전을 위해서는 일상생활에 있어 엄격한 규율과 질서유지가 중요하다(헌재 2010. 10. 28. 2009헌마438, 공보 169, 1956, 1961 참조). 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 엄숙을 요하는 종교행사 등을 원활하게 진행함으로써 시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 그 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.<sup>8)</sup>

(나) 피해의 최소성 및 법익균형성

종교는 영어의 몸이 된 이들에게 심적 위안뿐만 아니라 자신과 타인에 대한 증오를 극복할 수 있는 정신적 해결책을 제시해 주기도 하는 등 수용자의 안정된 정신건강을 지원하는 순기능이 있는바,<sup>9)</sup> 갑자기 사회와 격리되어 극심한 심리적 불안감을 가질 수 있는 미결수용자에게 종교행사 등에의 참석을 보장해 주는 것이 오히려 자살 등과 같은 교정사고를 미연에 방지하여 교정시설의 안전과 질서유지에 기여할 수 있다.

구치소장은 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조 제3항, 제4항 및 동법 시행규칙 제32조에 해당하는 사유가 있는 경우에는 수용자의 종교행사 등에의 참석을 제한할 수 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들에 대한 기본권 제한은 징역형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 수형자의 경우와는 달리 더 완화되어야 할 것임에도, 피청구인이 수용자 중 미결수용자<sup>10)</sup>에 대하여만 종교행사 등 참석을 불허한 것은 미결수용자의 종교의 자유를 나머지 수용자의 종교의 자유보다

8) 피청구인은 미결수용자에 대하여 종교행사 등에의 참석을 불허하는 이유로 시설의 안전과 질서유지 이외에 공모를 통한 범죄의 증거인멸을 방지할 필요성을 들고 있으나, 이 사건 심판대상은 ‘청구인에 대한’ 종교행사 등에의 참석불허 처우이고, 청구인은 단독범으로 자수를 하였다는 점 등을 고려하여, 후자의 사유는 입법목적의 정당성 논의에서 배제하였다.

9) 박종숙, 교정시설 내 종교의 자유에 관한 연구, 전북대학교 법무대학원 석사학위논문(2010), 1면

10) 전국적으로 교도소, 구치소 등 50개의 교정시설이 있는데 미결수용자는 교도소와 구치소, 구치지소에 수용되어 있다. 전국 교정시설의 1일 평균 수용인원을 보면 2009. 12. 31. 기준으로 전체 수용자 49,467명 중 미결수용자는 16,288명인바 약 33%를 차지하고 있다(법무부 교정본부 통계자료, 2010). 대구구치소의 경우 2009. 9. 9. 기준으로 전체 수용자 1,018명 중 미결수용자는 736명으로 약 72%를 차지하고 있다.

더욱 엄격하게 제한한 것으로 합리적인 이유 없이 미결수용자를 차별한 것이다. ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제45조에서도 종교행사의 참석 등의 대상을 “수용자”로 규정하고 있어 수형자와 미결수용자를 구분하고 있지 아니하다. 나아가 피청구인은 공범이나 동일사건 관련자가 있는지 여부를 불문하고 미결수용자에 대하여 일괄적으로 종교행사 등 참석을 불허하였는바, 공범 등이 없는 경우 내지 공범 등이 있는 경우라도 공범이나 동일사건 관련자를 분리하여 종교행사 등 참석을 허용하거나 수형자용 종교집회실을 시간을 달리하여 운영하는 등<sup>11)</sup>의 방법으로 미결수용자의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재함에도 불구하고 이를 전혀 고려하지 아니하였다. 그렇다면 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 청구인의 종교행사 등 참석을 불허한 것은 침해의 최소성 요건을 충족하였다고 보기 어렵다.

종교행사는 미결수용자에게 심적 위안을 제공하고 안정된 정신건강을 지원해 줄 뿐만 아니라 미결수용자의 교정사고를 미연에 예방하여 준다는 점에서 그 의미가 상당하고, 무죄추정의 원칙상 미결수용자의 종교의 자유에 대한 제한은 수형자보다 완화되어야 한다는 점에 비추어 보면, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우로 얻어질 공익의 정도가 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자들이 종교행사 등에 참석을 하지 못함으로써 입게 되는 종교의 자유의 제한이라는 불이익에 비하여 결코 크다고 단정하기 어려우므로 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 법익의 균형성 요건 또한 충족하였다고 할 수 없다.

#### (다) 소결

결국 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 종교의 자유를 침해하였다. 피청구인의 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 청구인의 종교의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이므로 취소하여야 하나, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우가 이미 종료되어 그로 인한 기본권침해상태가 더 이상 존재하지 아니하므로 이를 취소하는 대신 위헌임을 확인하는 선언을 하기로 한다.

11) 서울구치소 등 일부 교정기관에서는 미결수용자용 소규모 종교집회실을 마련하거나 수형자용 종교집회실을 시간을 달리하여 운영하고 있다고 한다[박종숙, 교정시설 내 종교의 자유에 관한 연구, 전북대학교 법무대학원 석사학위논문(2010), 63면].

## (2) 합헌론

### (가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

위헌론에서 본 바와 같이, 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 엄숙을 요하는 종교행사 등을 원활하게 진행함으로써 시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 그 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.

### (나) 피해의 최소성 및 법익균형성

교정시설 내의 종교행사는 수형자에게 참회의 기회를 제공하여 교정교화를 도모하고자 함에 그 주된 목적이 있는바, 미결수용자는 유죄판결이 확정되기 전까지는 교정교화의 대상자가 아니므로 우선적으로 교정교화의 대상자인 수형자에게 종교행사 등에의 참석기회를 보장해 줄 필요가 있다. 한편 미결수용자에게 다수인의 집결을 전제로 하는 종교행사 등 참석을 허용하는 경우에는 공범 등과의 접촉을 통해 증거조작 내지 증거인멸을 시도할 우려가 있고, 미결수용자라고 하여 수형자에 비해 보안상의 위험이 반드시 적다고 할 수 없어 엄숙을 요하는 종교행사 등을 원활하게 진행하고 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 미결수용자의 종교행사 등 참석을 규제할 필요성이 불가피하다.

대구구치소의 경우 교회당의 면적은 270㎡(81평)으로 최대 참석인원이 150여명 정도인데, 2009. 9. 9. 기준으로 전체 수용자 1,018명 중 미결수용자가 736명으로 약 72%를 차지하고 있었다. 이와 같이 인적·물적 자원이 열악한 구치소의 환경상 공범 및 사건관련자를 구분하여 관리하거나 수형자용 종교집회실을 시간을 달리하여 운영하기에는 현실적인 어려움이 따르며, 교도행정에 사용되는 자원과 예산이 한정되어 있어 구치소 시설을 확충하여 미결수용자를 위한 별도의 종교집회실을 마련하는 데도 한계가 있다.

피청구인은 미결수용자의 종교행사 등 참석만을 제한하였을 뿐 신앙생활에 필요한 서적이거나 물품의 소지, 개별적인 종교상담 등은 수형자들과 같은 기준과 범위 내에서 허용하고 있고, 미결수용자의 지위는 재판이 확정되면 즉시 상실되므로 종교행사 등에의 참석이 제한되는 기간도 상대적으로 길지

아니하다.

그렇다면 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우는 교도소 내의 안전과 질서 유지를 효과적으로 달성하기 위하여 필요한 경우에 한하여 부득이한 범위 내에서 실시되고 있다고 할 것이고, 이로 인하여 미결수용자가 입게 되는 자유 제한에 비하여 교정사고를 예방하고 구치소 내의 안전과 질서를 확보하는 공익이 더 크다고 할 것이다.

(다) 소결

따라서 이 사건 종교행사 등 참석불허 처우가 청구인의 종교의 자유를 부당하게 침해한다고 보기 어렵다.

### 3. 결정의 의의

이 결정은, 무죄가 추정되는 미결수용자에 대한 기본권 제한은 수형자의 경우보다 더 완화되어야 함에도, 미결수용자에 대하여만 일률적으로 종교행사 등에의 참석을 불허한 피청구인의 행위가 미결수용자의 종교의 자유를 침해한 것이라는 헌법재판소의 입장을 최초로 확인하였다는 점에 그 의의가 있다.

종교계에서는 이 사건 위헌확인 결정으로 인하여 교정선교의 사각지대였던 미결수용자들에 대한 선교활동의 길이 열렸다고 환영하고 있다.

## 결정색인(2011년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

(헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1상, 178) .....	1
(헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12, 판례집 23-1상, 200) .....	25
(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 2009헌바14·19·36·247·352, 2010헌바91(병합), 판례집 23-1상, 276) .....	45
(헌재 2011. 4. 28. 2010헌바232, 판례집 23-1하, 62) .....	93
(헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126) .....	113
(헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166, 2011헌바35(병합), 판례집 23-1하, 288) ...	147
(헌재 2011. 6. 30. 2008헌마715, 2009헌마39·87(병합), 판례집 23-1하, 430) ...	173
(헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406, 판례집 23-1하, 457) .....	189
(헌재 2011. 7. 28. 2009헌바244, 판례집 23-2상, 33-64) .....	223
(헌재 2011. 7. 28. 2009헌바267, 판례집 23-2상, 65) .....	245
(헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103(병합) .....	265
(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42, 판례집 23-2상, 286) .....	299
(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2상, 366) .....	319
(헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222-245) .....	341
(헌재 2011. 11. 24. 2008헌마578 등, 판례집 23-2하, 455) .....	363
(헌재 2011. 11. 24. 2010헌마746, 판례집 23-2하, 527) .....	389
(헌재 2011. 12. 29. 2010헌바54등, 판례집 23-2하, 558) .....	407

(헌재 2011. 12. 29. 2010헌바385 · 386 · 387 · 388 · 389 · 390 · 391 · 392 · 393 · 394 · 451 · 452 · 453 · 481(병합), 판례집 23-2하, 673) …	449
(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173 · 191(병합), 판례집 23-2하, 739) ……………	471
(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527, 판례집 23-2하, 840) ……………	505



## 헌법재판소결정해설집 (2011년)

---

2012年 11月 印刷

2012年 11月 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷(주) 서라벌E&P

---

(非賣品)

