

발 간 사

헌법재판소는 1988년 창립된 이래 지난 사반세기 동안 헌법적 가치를 구현하는 체계적이고도 일관된 헌법 해석을 통하여 공권력의 행사를 감시하고 국민의 기본권을 신장하는 결정들을 내림으로써 우리나라에서 법의 지배가 확립되도록 노력해 왔습니다.

헌법재판소의 결정은 헌법이 더 이상 국민과 동떨어진 장식규범이 아니라 생활 속에서 살아 숨 쉬는 생활규범임을 느낄 수 있도록 해 왔고, 입법행위를 비롯한 국가작용 전반에 걸쳐서 헌법의 이념과 가치가 구현될 수 있도록 해 왔습니다. 따라서 헌법재판소의 결정은 그 결론(주문) 뿐만 아니라 그 내용과 의미를 올바르게 이해하는 것이 중요하다 할 것입니다. 그리고 헌법재판소의 결정을 정확히 이해할 때에만 이에 대한 토론과 비판, 그리고 건설적인 대안 제시 등이 가능할 것인바, 이와 같이 형성된 헌법재판에 관한 담론은 우리나라의 헌법재판을 한 단계 더 발전시킬 수 있는 계기가 될 것입니다.

이 해설집은 매해 전년도에 선고된 결정 중에서 의미 있고 중요한 결정들을 선정하여, 그 결정의 조사 및 연구에 참여한 헌법연구관들이 결정의 내용과 의미 등을 해설한 것을 한데 묶은 것입니다. 올 해에는 2012년에 선고된 결정 중에서 25건을 선별하여 열한 번째 ‘결정해설집’을 발간하게 되었습니다.

아무쪼록 이 해설집이 헌법재판소의 결정에 대한 올바른 이해와 이를 통한 국민들의 기본권 인식의 고양, 그리고 헌법과 헌법재판에 대한 학문적인 연구에 일조하기를 기대합니다.

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

2013. 12.

헌법재판소 사무처장 김용현

목 차

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌제청	정계선	1
농업협동조합법 제172조 제3항 위헌소원	정계선	27
형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제43조 제3항 등 위헌확인	노희범	51
공직선거법 제155조 제2항 등 위헌확인	공진성	63
형법 제328조 제1항 위헌소원	양요안	85
공권력행사 위헌확인	선의중	101
노동조합 및 노동관계조정법 제29조 제2항 등 위헌확인	지성수	119
구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원	고일광	137
국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등 위헌확인	김동훈	161
전라남도 교육청 공고 제2010-67호 위헌확인	신미용	197
형사소송법 제101조 제3항 위헌제청	박준희	221
방송법 제100조 제1항 제1호 위헌제청	우승아	235
공직자윤리법 제14조의4 제1항 위헌제청	조영식	269

구 토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원	김혜진	· 295
토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원	김혜진	· 317
초·중등교육법 제30조의2 제2항 제2호 등 위헌소원	예승연	· 341
형법 제270조 제1항 위헌소원	김현영	· 369
정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인	황정수	· 423
변리사법 제8조 등 위헌확인	원유민	· 449
공무원연금법 제3조 제1항 제1호 등 위헌소원	곽원석	· 471
법원조직법 부칙 제1조 등 위헌확인	임성희	· 501
특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌제청	박준희	· 513
구 인신구속 등에 관한 임시특례법 제2조 제1항 위헌제청	이영광	· 535
특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제5조 등 위헌소원	박준희	· 553
구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조 제1항 위헌소원 등	오영신	· 577
공직선거법 제232조 제1항 제2호 위헌소원	김복기	· 597

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 위헌제청

- 방송통신위원회의 시정요구 근거조항이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 판례집 24-1상, 25)

정 계 선*

【판시사항】

1. 방송통신심의위원회의 시정요구가 항고소송의 대상인지 여부(적극)
2. 방송통신심의위원회의 직무의 하나로 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 규정하고 있는 ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것) 제21조 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 중 ‘건전한 통신윤리’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 포괄위임입법금지원칙 및 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것) 제21조 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 조항의 내용은 다음과 같다.

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것) 제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

* 울산지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인은 포털사이트인 주식회사 ○○커뮤니케이션(이하 ‘주식회사 ○○’이라 한다)의 블로그에 국내산 시멘트의 유독성에 관한 글(이하 ‘이 사건 게시글’이라 한다)을 게재하였다.

나. 방송통신심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)는 한국□□공업협회 등으로부터 이 사건 게시글에 대한 심의신청이 제기되자, 이를 심의한 후 이 사건 게시글이 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(이하 ‘정보통신망법’이라 한다) 제44조의7 제1항 제2호 소정의 불법정보인 ‘비방 목적의 명예훼손 정보’에 해당한다는 이유로, 2009. 4. 24. ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’(이하 ‘방송통신위원회법’이라 한다) 제21조 제4호, 같은 법 시행령 제8조 제1항, 제2항에 근거하여 주식회사 ○○에 대하여 이 사건 게시글의 삭제를 요구하였다(이하 ‘이 사건 시정요구’라 한다).

다. 제청신청인은 이 사건 시정요구에 대하여 이의신청을 제기하였으나 심의위원회가 2009. 6. 23. 이의신청을 기각하자, 2009. 8. 31. 심의위원회를 상대로 서울행정법원 2009구합35924호로 이 사건 시정요구의 취소를 구하는 소를 제기하였으며, 서울행정법원은 2010. 2. 11. 제청신청인의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다.

라. 이에 심의위원회가 항소하여 당해 사건으로 항소심 계속 중이던 2010. 6. 8. 제청신청인은 방송통신위원회법 제21조 제4호, 정보통신망법 제44조의7 제1항 제2호에 대하여 서울고등법원 2010아189호 위헌법률심판제청 신청을 하였고, 당해 법원은 2011. 2. 14. 그 중 방송통신위원회법 제21조 제4호에 대한 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 명확성원칙, 포괄위임금지 및 법률유보원칙의 위반

이 사건 법률조항에서의 ‘건전한 통신윤리’는 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리’와 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않고, 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대강을 예측할 수도 없게 되어 있으므로, 명확성의 원칙 및 포괄위임금지원칙에 반한다.

나아가 법률로써 구체화하여야 할 것을 법률에 의하여는 전혀 구체화하지 않은 채 전적으로 행정입법에 맡겨놓은 것이므로, 실질적 법률유보원칙에도 반한다.

나. 과잉금지원칙 위반

이 사건 법률조항은 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서의 정보’라는 심의위원회의 심의 및 시정요구의 대상이 되는 정보의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것인데, 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 될 뿐만 아니라, 그 규제수단에 있어서도 방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항 소정의 ‘해당 정보의 삭제 또는 접속차단’, ‘이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지’와 같은 그 회복이 현저히 곤란한 수단을 사용하고 있으므로, 과잉금지의 원칙에 어긋난다.

【결정요지】

1. 행정기관인 방송통신심의위원회의 시정요구는 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, 행정기관인 방송통신심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권

력의 행사라고 봄이 상당하다.

2. 이 사건 법률조항 중 ‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 전기통신회선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하고, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보(이하 ‘불건전정보’라 한다)’란 이러한 질서 또는 도덕률에 저해되는 정보로서 심의 및 시정요구가 필요한 정보를 의미한다고 할 것이며, 정보통신영역의 광범위성과 빠른 변화속도, 그리고 다양하고 가변적인 표현형태를 문자화하기에 어려운 점을 감안할 때, 위와 같은 함축적인 표현은 불가피하다고 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

3. 이 사건 법률조항은 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이란 요건을 추가하여 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보’ 중 대통령령에 위임되는 심의 및 시정대상 정보의 범위를 한정하고 있는 바, 정보통신망법의 목적 및 불법정보 규정(제1조, 제41조 내지 제44조의3, 제44조의7) 등 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, 심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신망법조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다고 할 것이므로, 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하고, 이와 같이 심의 및 시정요구 대상인 불건전정보가 이 사건 법률조항 및 그로부터 적법한 위임을 받는 시행령에 의하여 규정되어 있는 이상 법률유보원칙에 반한다고 할 수도 없다.

4. 이 사건 법률조항은 불건전정보에 대한 규제를 통하여 온라인매체의 폐해를 방지하고 전기통신사업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것으로 입법 목적의 정당성이 인정되고, 심의위원회로 하여금 불건전정보의 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 한 것은 위와 같은 입법목적 달성에 적절한 방법이라 할 수 있다.

한편, 이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 시행령에서 단계적 조치를 마련하고 있고, 시정요구의 불이행 자체에 대한 제재조치를 규정하고 있지 아니하며, 달리 불건전

정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, 피해의 최소성 원칙에 반하지 아니하고, 인터넷 정보의 복제성, 확장성, 신속성을 고려할 때 시정요구 제도를 통해 건전한 통신윤리의 함양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 큰 반면, 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한은 해당 정보의 삭제나 해당 통신망의 이용제한에 국한되므로, 법익균형성도 충족한다 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하는 것이라 할 수도 없다.

재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대이견

오늘날 법률유보원칙은, 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분하다는 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 기본권적 중요성을 가진 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있는바, 입법자가 표현의 자유를 제한하는 시정요구 제도를 창설함에 있어서는 적어도 시정요구 제도를 구체화할 수 있는 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대해 입법자 스스로 결정하여, 법률에서 명확히 규정하거나 구체적 범위를 정하여 대통령령에 위임하였어야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이에 대하여 전혀 언급하지 아니하고 대통령령에 이에 관한 위임을 하지도 아니한 채, 심의위원회의 직무의 하나로 ‘정보의 시정요구’를 규정하고 있으므로, 법률유보원칙에 어긋난다 할 것이다.

이 사건 법률조항의 ‘건전한 통신윤리’란 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리’, 방송통신위원회법 제18조 제1항의 ‘정보통신에서의 건전한 문화 창달’과 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않은 것으로, 어떠한 표현행위가 과연 ‘건전한 통신윤리’의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵다. 또한, 이 사건 법률조항 중 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이란 ‘심의 및 시정요구가 필요한 사항’을 의미한다 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 시정요구의 본질적인 사항인 시정요구의 상대방, 내용,

효과 등이 법률에 전혀 규정되어 있지 않으므로, ‘심의 및 시정요구가 필요한 사항’도 확정짓기 어려우므로, 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위반된다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 재판의 전제성 관련하여 이 사건 법률조항에 의한 시정요구의 성격을 단순한 행정지도로 보아야 하는지, 아니면 항고소송의 대상이 되는 공권력 행사로 볼 수 있는지 여부가 문제되었다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배되는지, 시정요구의 본질적 사항을 법률에 규정하지 아니하여 법률유보원칙에 위배되는지, 과잉금지의 원칙에 위배되어 정보 게시자들의 표현의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다.

이하에선, 시정요구제도의 연혁에 대하여 살펴보고, 이어 시정요구의 성격과 이에 따른 재판의 전제성 충족여부를 검토한 후, 본안에 대한 판단에 나아가고자 한다.

2. 시정요구제도의 연혁

가. 불온통신 규제제도에 대한 위헌결정

1991. 8. 10. 공중전기통신사업법은 법률 제4394호로 전기통신사업법으로 전면개정되었다. 당시 전기통신사업법은 기존 불온통신에 대한 취급거부·정지·제한명령의 상대방을 한국전기통신공사에서 전기통신사업자로 확대하면서, 이러한 명령을 위반한 사업자에 대한 벌칙규정도 신설하였다. 그리고 1995. 1. 5. 법률 제4903호로 전기통신사업법이 개정될 당시 정보통신윤리위원회에 의한 심의제도가 도입되었다(제53조의2). 이러한 개정은 PC통신이나 인터넷 등 소위 ‘온라인매체’의 등장과 급격한 확산에 따른 것으로, 전기통신사업법 제53조의 불온통신 규제제도는 ‘온라인매체’를 통해 유통되는 정보에 대한 주요한 규제수단으로 기능하였는데, 그 조항의 내용은 다음과 같다.

전기통신사업법(1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전문개정된 것)

제53조(불온통신의 단속) ① 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다.

② 제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다.

③ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다.

헌법재판소는 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신’이라는 기준에 의하여 불온통신의 취급거부, 정지, 제한이라는 제재처분을 할 수 있도록 함으로써 표현의 내용에 대한 규제를 하였던 위 구 전기통신사업법 제53조 제1항에 대하여 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 하였다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480¹⁾ 판례집 14-1, 616).

나. 금지대상정보의 구체화 및 시정요구제도의 도입

위 결정에 따라 2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정된 전기통신사업법은 종래 금지대상이었던 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신’으로서의 불온통신을 대신하여 이른바 ‘불법통신’을 금지대상 정보로 규정하고(제53조 제1항), 음란한 내용의 통신, 타인의 명예를 훼손하는 내용의 통신 등 9개의 유형으로 분류하여 이를 구체화하였으며, 불법통신에 대한 규제수단으로서 종래와 같이 정보통신부장관의 전기통신사업자에 대한 해당 전기통신의 취급의 거부·정지명령 제도를 두었고(제53조 제2항), 이후 2007. 1. 16. 법률 제8289호로 개정되어 2007. 7. 27. 시행된 정보통신망법이 종래 전기통신사업법이 규정하고 있던 불법통신에 관한 규제제도를 받아들이면서, 불법통신의 내용에 관한 규제제도의 근거조항은 전기통신사업법으로부터 정보통신망법으로 그 위치를 옮기게 되었다.

1) 대학생인 청구인이 종합컴퓨터 통신망인 ‘□□’에 개설되어 있는 동호회의 게시판에 “서해안 총격전, 어설피다 김대중!”이라는 제목의 글을 게시하였는데, ‘□□’ 운영자가 정보통신부장관의 명령에 따라 위 게시물을 삭제하고 청구인에 대하여 ‘□□’ 이용을 1개월 중지시킨 사안이다.

이 때 위 정보통신망법 제44조의9 제1항 제3호는 정보통신윤리위원회의 직무로서 ‘정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 이 법 및 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 규정함으로써 이 사건 시정요구와 유사한 형태의 시정요구제도를 처음으로 도입하였는데, 방송통신위원회법이 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정되면서 심의위원회가 설치되고 (제18조 제1항), 이 사건 법률조항에 심의위원회의 직무 가운데 하나로서 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’가 규정되면서 위 정보통신망법 제44조의9는 삭제되었다.

3. 재판의 전제성에 대한 판단

가. 쟁점

법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 우선 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.

당해 사건은 이 사건 법률조항에 기한 심의위원회의 시정요구를 취소해달라는 소송이다. 만일 법원이 시정요구를 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’이 아니라 단순한 권고적·비권력적 행위라고 판단하여 각하할 것이라면, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 결론이나 법률적 의미가 달라지지 않으므로 재판의 전제성을 부인될 수밖에 없다.

따라서 본안판단에 들어가기에 앞서 이 사건 시정요구가 항고소송의 대상인지 여부에 관하여 살펴보아야 한다.

나. 심의위원회의 주장 및 제청법원의 판단

심의위원회는 이 사건 법률조항은 심의위원회의 직무범위를 정하고 있는 조직법적 규범에 불과할 뿐 국민의 표현의 자유를 직접적으로 제한하는 조항은 아니고, 시정요구의 상대방은 시정요구에 반드시 따라야 할 의무가 없

을 뿐 아니라²⁾, 시정요구에 불응한 상대방에 대한 제재수단도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 시정요구는 권고적 성격의 행정지도에 불과하다고 주장하였다³⁾.

한편, 당해 사건의 제1심 법원은 그 처분성을 인정하여 원고의 청구를 받아들이는 판결을 선고하였고, 그 항소심인 제청법원도 재판의 전제성이 인정됨을 전제로 위헌법률심판제청을 하였다.

헌법재판소는, 심판대상 법률조항이 재판의 전제가 되는 요건을 갖추고 있는지의 여부는 제청법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이며, 재판의 전제와 관련된 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 것으로 보이는 경우에만 예외적으로 이를 부인할 수 있다(헌재 2010. 9. 30. 2008헌가3, 공보 168, 1581, 1584 등)는 점을 재차 확인하면서, 다음과 같은 이유로 시정요구가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 판단하였다.

다. 시정요구의 성격과 재판의 전제성에 관한 판단⁴⁾

(1) 심의위원회가 행정기관인지 여부

이 사건 법률조항은 심의위원회의 직무의 하나로 “전기통신회선을 통하여

-
- 2) 포털이 시정요구를 거부한 사례 : 심의위원회가 천안함 침몰원인에 대한 인터넷 게시물 4건에 대해 ‘사회적 혼란을 야기한다’며 삭제조치를 요구하자 한 포털이 이 결정이 정당한지 한국인터넷자율정책기구(KISO, 다음, 네이버, 야후코리아 등 6개 인터넷 포털사가 자율규제를 모토로 만든 민간인터넷자율기구)에 물었고, KISO는 2010. 7. 28. 정책위 회의에서 “천안함 침몰 원인에 대한 게시자의 의견 및 주장을 개진한 것으로 판단돼 해당없음으로 결정한다”고 거부 의견을 밝혔다. 이러한 포털의 시정요구 거부에 대하여 심의위원회는 별다른 조치를 취하지 아니하였다(2010. 7. 8. 미디어투데이 ‘김창희 한국인터넷자율정책기구 정책위원장 인터뷰’ 기사).
 - 3) 당시 방송통신위원회법이 제정되기 전 구 전기통신사업법(2007. 1. 3. 법률 제8193호로 개정되기 전의 것) 제53조의2 제4항 제2호에 따라 행해진 정보통신윤리위원회의 시정요구의 취소를 구하는 행정소송에서 법원이 시정요구에 대하여 처분성이 없다하여 각하하고 대법원까지 확정된 사례(서울행정법원 2007구합5974 전기통신차단명령처분취소 → 서울고등법원 2008누6877 → 대법원 2008두18663)가 있었으나, 대법원에서 심리불속행 상고기간으로 확정된 것으로 위 쟁점에 관하여 대법원이 정면으로 판단하지는 않았다.
 - 4) 반대의견에서 이 부분에 대하여 판단하지 않았으나, 법정의견에 동조함을 전제로 나아가 판단하였으므로, 법정의견의 해당부분을 그대로 실시하되, 개별 논거를 뒷받침하는 자료들은 각주로 처리한다.

일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구”를 규정하고 있다.

심의위원회는 방송 내용의 공공성 및 공정성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 방송통신위원회법에 의하여 설립된 기관으로(제18조 제1항), 심의위원회의 위원은 대통령이 위촉하고, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(제18조 제3항, 제7항), 별도의 기금 이외에 국고에서 심의위원회의 운영 등에 필요한 경비를 지급받을 수 있도록 하고 있다(제28조). 심의위원회는 이 사건 법률조항에서 정한 정보의 심의 및 시정요구 외에 방송법 제100조에 따른 제재조치 등에 대한 심의·의결 등을 할 수 있고, 심의규정의 제정 및 공표를 하며, 심의규정에 위반되는 경우에는 그 제재조치를 결정할 수 있다(제21조, 제24조, 제25조).

이와 같이 심의위원회의 설립, 운영, 직무에 관한 내용을 종합하면, 심의위원회를 공권력 행사의 주체인 국가행정기관이라 인정할 수 있다.

(2) 시정요구의 종류 및 효과

(가) 시정요구의 종류는 해당 정보의 삭제 또는 접속차단, 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지, 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그 밖에 필요하다고 인정하는 사항이다(방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항).

(나) 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자는 시정요구를 받은 경우 그 조치결과를 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 한다(방송통신위원회법 시행령 제8조 제3항).

정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하는 경우, 해당 정보가 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 불법정보인 때에는, 심의위원회는 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 등으로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있고(방송통신위원회법 시행령 제8조 제4항), 방송통신위원회

는 이에 따라 정보통신서비스제공자 등으로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 정보통신위원회법 제44조의7 제1항 제2, 3호에 해당하는 ‘사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보’나 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보’의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 취급의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다(정보통신망법 제44조의7 제2항).

또한 해당 정보가 정보통신망법 제44조의7 제1항 제7호부터 제9호까지의 정보에 해당하는 경우에는 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있고, 심의위원회가 시정요구를 하였지만 정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하였을 것을 요건으로 방송통신위원회는 정보통신서비스제공자 등에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다(정보통신망법 제44조의7 제3항).

정보통신망법 제44조의7 제2항 및 제3항에 따른 방송통신위원회의 명령을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(정보통신망법 제73조 제5호).

(다) 한편 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등과 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 이의신청을 할 수 있다(방송통신위원회법 시행령 제8조 제5항).

(3) 표현의 자유와의 관련성

(가) 우리 헌법은 모든 국민에게 표현의 자유를 보장하고 있는바(헌법 제21조), 그 중요성을 고려할 때 형사처벌 등 법적 제재가 수반되지 않더라도 만일 해당 공권력의 행사가 표현의 자유를 위축시켜 상대방으로 하여금 스스로 표현행위를 자제하게 만든다면, 그 공권력 작용은 그 정도에 따라 표현의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수도 있다.

(나) 이 사건 시정요구는 행정지도 내지 권고의 외관을 띠고 있지만, 그 요구의 상대방은 표현의 자유를 침해당하는 해당 정보의 게시자가 아니라

사실상 제3자인 서비스제공자 등이고, 서비스제공자 등은 게시글의 유지보다는 사업상의 감독기관인 방송통신위원회 및 심의위원회와의 원활한 협조관계에 윤택한 이해관계를 갖고 있으므로, 정보의 삭제 등 시정이 정보게시자의 의사나 동의에 의해서가 아니라 행정기관의 개입과 이에 따르는 서비스제공자 등의 이행에 의하여 이루어질 가능성이 높다).

또한 시정요구는 해당 정보의 삭제 또는 접속차단을 넘어 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지에까지 이를 수 있으므로, 정보통신망의 이용자의 표현의 자유를 위축시켜 스스로 표현행위를 자제하게 만드는 위축효과가 결코 작다고 할 수 없다.

(4) 소결

(가) 이상에서 본 바와 같이, 행정기관인 심의위원회의 시정요구는 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, 행정기관인 심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다.

(나) 따라서 이 사건 법률조항의 재판의 전제성이 인정된다.

5) 실제 심의위원회의 2008년 5월부터 2009년 12월까지의 시정요구결과를 보면, 심의위원회의 시정요구에 대한 이행비율은 2008년 1만 5004건 시정요구에 대해 100% 이행되었고, 2009년은 1만 7,636건이 처리되어 99% 이행한 것으로 확인되었다(최문순 2010. 4. 9. 당시 국회 문화체육관광방송통신위원회 의원 공개). 반면, 방송통신위원회가 정보통신망법 제44조의7 제2항 및 3항에 의하여 취급거부·정지·제한명령을 한 경우는 한건도 없다(박경신, 심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성, 법학논총 제27집 제2호 69쪽). 방송통신위원회법 제정 전에도 2002. 12. 16. 전기통신사업법 개정에 따라 시정명령제도가 시행된 이후 정보통신부장관의 시정명령을 발한 사례는 2004. 11. 국가보안법위반에 해당하는 해외사이트 32개에 대하여 차단명령을 내린 것 외에는 없다고 한다(양동철, 우리나라 인터넷 내용규제 실태에 대한 소고, 법학논총 제17집, 2007년 2월 숭실대학교 법학연구소 55쪽). 이와 같은 수치는 전기통신서비스제공자 등이 심의위원회의 시정요구를 거부하는 것이 현실적으로 힘들며, 시정명령제도는 실제 활용되지 않고, 시정요구가 사실상 인터넷에 대한 강력한 내용규제제도로 기능하고 있음을 확인시켜 주고 있다

라. 해설

이 사건 법률조항에 의한 시정요구에 대하여 그 상대방인 정보통신서비스 제공자 등이 시정요구에 따라야 할 의무가 명시적으로 규정되어 있는 것은 아니다.

하지만, 헌법재판소나 대법원은 행정청의 요구에 불응할 경우에 대한 직접적인 제재수단이 없다고 하더라도 ① 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 경우(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487, 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 등) ② 그에 따르지 않을 경우 일정한 불이익조치를 예정하고 있는 경우(헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337, 헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290 등) ③ 여러 가지 사정을 종합할 때 단순한 행정지도로서의 한계를 뛰어넘는 경우(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31) 등에는 그 행정청의 요구에 대하여 ‘공권력 행사성’ 내지 ‘처분성’을 인정해 왔다.

학계에도 행정기관의 경고, 권고, 정보제공 등에 의한 간접적·사실적 기본권제한이라 하더라도 ① 공권력의 행사에 해당하고, ② 그 작용으로 인해 이해관계인에게 중대한 결과가 발생하며, ③ 행정기관이 그러한 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상한 경우에는 법률유보가 필요한 기본권 제한에 해당한다는 견해가 있고, 이는 독일 연방행정법원(BVerwG, NJW 1989, S. 2272 ff.)이 제시한 것으로, 이후의 판결 및 문헌에서 받아들여지고 있다고 한다⁶⁾.

헌법재판소는 위에서 본 바와 같이 심의위원회가 공권력을 행사할 수 있는 국가행정기관이라는 점, 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무라는 일정한 의무를 부담시키고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방송통신위원회에 의한 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있다는 점, 이 사건 시정요구에 의해 침해되는 기본권은 해당 정보 게시자의 표현의 자유이며, 심의위원회와 정보통신서비스제공자 등과의 관계, 시정요구로 인하여 실제 삭제 등의 조치가 이루어지는 맥락 등을 고려하면 시정요구가 실질적 구속력을 가지고 국민의 표현의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 있다는 점, 행정기

6) 김남진, 김연태 공저, 행정법 I 제13판(2009) 354-355쪽 참조

관인 심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것인 점 등을 종합하여, 시정요구는 단순한 행정 지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 판단하였다.

한편, 이 사건 법률조항은 국민의 표현의 자유를 제한하는 조항이 아니고, 단지 심의위원회의 직무범위를 정하는 조직법적 규범에 불과하며, 국민의 표현의 자유를 제한하는 근거규정은 특정 정보의 유통금지 의무를 직접 부과하고 있는 정보통신망법 제44조의7 제1항이라는 주장에 대하여 법정의견은 직접적으로 판단하지 아니하였으나, 반대의견은, 『이 사건 법률규정에 의하여 심의위원회가 심의 및 시정요구를 할 수 있는 정보의 범위는 정보통신망법 제44조의7 제1항이 규정하는 불법정보에 한정되어 있지 않고, 정보통신망법에 시정요구의 요건을 별도로 규정하고 있지도 않다. 오히려 정보통신망법 제44조의7 제3항 제2호는 “방송통신위원회법 제21조 제4호에 따른 시정요구를 하였을 것”이라고 하여 이 사건 법률조항을 시정요구의 근거조항으로 적시하고 있으며, 이 밖에 달리 심의위원회에 통신정보의 심의 및 시정요구라는 행정작용을 행할 권한을 부여하는 조항을 발견할 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 단순히 심의위원회의 직무범위를 정하는 행정조직법상의 규범에 그치는 것이 아니라, ‘시정요구’ 제도를 창설하고, 나아가 심의위원회의 시정요구의 근거가 되는 행정작용법상의 근거규범으로서, 국민의 표현의 자유를 규제하는 입법이라고 보아야 한다.』 고 명확하게 실시한 후 본안 판단에 나아갔다.

4. 본안 판단

가. 명확성원칙과 포괄위임금지원칙 위배 여부

(1) 명확성원칙과 포괄위임금지원칙의 의의 및 관계

법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측 가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행

을 가능하게 할 것이기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 판례집 10-1, 327, 341; 헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8).

그리고 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거 및 그 범위와 한계를 제시하고 있는바, 이는 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고, 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하기 위한 것이다. 여기에서 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

포괄위임금지의 원칙은 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서 법률의 명확성 원칙이 위임입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있다. 따라서 수권법률조항의 명확성원칙 위배 여부는 헌법 제75조의 포괄위임금지의 원칙의 위반 여부에 대한 심사로서 충족된다(헌재 2011. 2.24. 2009헌바13, 공보 제173호, 361, 366-366; 헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29, 판례집 19-1, 349, 365-366참조).

(2) 명확성 요구의 강화요인과 완화요인

표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 존재인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1,

327, 342; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628 참조).

그런데 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위와 같은 구체성·명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화된다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바49, 판례집 15-2 하, 502, 519-520).

(3) 판단

1) 법정의견

법정의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항 중 ‘건전한 통신윤리’ 부분이 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항 중 ‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 전기통신회선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하고, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보(이하 ‘불건전정보’라 한다)’란 이러한 질서 또는 도덕률에 저해되는 정보로서 심의 및 시정요구가 필요한 정보를 의미한다고 할 것이다. 또한 정보통신영역의 광범위성과 빠른 변화속도, 그리고 다양하고 가변적인 표현형태를 문자화하기에 어려운 점을 감안할 때, 위와 같은 함축적인 표현은 불가피하다고 할 것이다.』

또한 이와 별도로 『이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 시정요구가 국민의 표현의 자유를 제한하는 측면이 있다고 하더라도, 그 불이행시의 법적 제재가 경미한 점에 비추어 형벌법규에 요구되는 정도로 엄격하게 위임의 요건과 범위를 규정하여야 하는 것은 아니다. 그리고 정보통신에 관한 영역은

시대적·기술적인 변화 상황에 따라 빠른 속도로 변동하고 있고, 인터넷과 스마트폰의 대중화로 하루가 다르게 새로운 정보의 내용과 유통형태가 출현하고 있으므로, 현실의 변화에 대응하여 유연하게 규율하도록 하기 위해서는 광범위하게 대통령령에 위임하여야 할 필요성도 있다. 따라서 위임의 구체성과 명확성의 요구는 완화된다.』 고 보아, 다음과 같이 포괄위임금지원칙에도 위배되지 않는다고 하였다.

『이 사건 법률조항은 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이란 요건을 추가하여 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보’ 중 대통령령에 위임되는 심의 및 시정대상 정보의 범위를 한정하고 있다.

또한, 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하는(정보통신망법 제1조) 정보통신망법은 음란·폭력정보 등 청소년에게 해로운 정보를 규제하고 있고(제41조 내지 제43조), 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보의 규제에 관한 자세한 규정을 두고 있으며(제44조 내지 제44조의3), 특히 제44조의7에서는 정보통신망을 통하여 유통하여서는 아니되는 정보의 범위를 구체적으로 나열하면서 방송통신위원회가 정보통신서비스 제공자 등에게 정보의 취급을 거부하는 등의 조치를 명하는 전제조건으로 심의위원회의 심의 또는 시정요구를 명시하고 있다(제44조의7 제1 내지 3항).

결국 위와 같은 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, 심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신망법조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다고 할 것이다.』

2) 반대의견

반대의견은, 이 사건 법률조항과 같이 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다는 점을 강조하면서, 『이 사건 법률조항은 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’을 기준으로 하여 심의 및 시정요구의 대상이 되는 정보의 범위를

대통령령에 위임하고 있으나, ‘건전한 통신윤리’란 그 개념이 지나치게 불명확하고 애매하여 정보의 범위를 정하는 지침이 될 수 없다.’고 하였다.

『헌법 제37조 제2항은 모든 자유와 권리는 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있음을 규정하고 있고, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 또한 방송통신위원회법 제18조 제1항은 ‘정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경의 조성을 위하여’ 심의위원회를 둔다고 하고 있다.

이 사건 법률조항의 ‘건전한 통신윤리’란 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리’, 방송통신위원회법 제18조 제1항의 ‘정보통신에서의 건전한 문화 창달’과 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않은 것이다. 즉 심의위원회의 심의대상의 하나이자 시정요구의 대상이 되는 정보의 개념을 전혀 한정하지 못하고, 헌법상 기본권 제한의 요건, 헌법상 언론·출판자유에 한계 또는 방송통신위원회의 설치목적 등을 그대로 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다.

이처럼 ‘건전한 통신윤리’라는 것은 매우 추상적인 개념이어서, 어떠한 표현행위가 과연 ‘건전한 통신윤리’의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵다.’는 것이다.

시정요구제도의 연혁을 살펴 볼 때, 『결국, 방송통신위원회의 취급거부·정지·제한명령제도(정보통신망법 제44조의7 제3항)라는 기존의 규제제도 외에 이 사건 법률조항에 의해 심의위원회의 시정요구라는 또 하나의 표현의 내용 규제제도를 창설하면서, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이라는 모호하고도 추상적인 기준을 제시함으로써, 이미 헌법재판소에서 위헌이라고 판단되었던 ‘불온통신’이 ‘불건전정보’라는 모습으로 되살아난 것』 이므로, 불온통신에 대한 위 99헌마480과 같은 결정이 내려져야 한다는 취지이다.

(4) 해설

1) 법정의견은 명확성원칙과 포괄위임금지원칙 위반여부를 별도로 판단하였고, 반대의견은 포괄금지원칙 위반여부만을 판단하고 명확성원칙은 따로 판단하지 아니하였는바, 앞서 본 명확성원칙과 포괄위임금지원칙의 관계에 비추어 보면, 수권법률조항인 이 사건 법률조항의 명확성원칙 위반 여부는 포괄위임금지원칙 위배여부에 대한 판단으로 충족된다 할 것이다.

2) 다음으로 명확성의 정도 및 명확성원칙 위반여부에 관하여 반대의견은 표현의 자유를 규제하는 입법의 명확성의 정도는 여타 기본권제한 법률에 비하여 엄격하게 보아야 하고, 기존 헌법재판소에서 위헌결정을 한 ‘불온통신’과 이 사건 법률조항의 이른바 ‘불건전통신’은 실질적으로 달리 볼 수 없다는 이유로 명확성원칙에 위반된다는 입장을 취하였으나, 법정의견은 이 사건 법률조항이 규율하는 대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이고, 이 사건 법률조항의 성격도 처벌법규나 조세법규가 아니라는 이유로 완화된 기준을 적용하여 명확성원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 결론지었다.

반대의견에서 지적하는 바와 같이 이 사건 법률조항은 표현의 자유를 제한하는 조항이라는 점에서 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다는 점은 명백하다. 하지만, 표현의 자유를 제한하는 입법 내에서도 구체적 규제영역, 제한의 방법 및 정도에 따라 명확성의 요구 정도에 차이가 있을 수 있으며, 해당 법조항 외에 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하여 규제되는 표현의 개념을 예측할 수 있다면, 명확성의 요구는 충족된다고 볼 수 있다.

이에 법정의견은, 이 사건 법률조항이 규율하는 영역이 시대적·기술적인 변화 상황에 따라 빠른 속도로 변동하고 있고, 하루가 다르게 새로운 정보의 내용과 유통형태가 출현하고 있는 정보통신에 관한 영역이라는 점, 표현의 자유의 제한방법도 형사처벌이 아니고, 위 99헌마480 사건의 ‘불온통신’에 대하여는 정보통신부장관이 곧바로 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있고, 이러한 명령을 위반한 사업자에 대하여 형사처벌을 하는 벌칙규정이 있었던 반면, 이 사건 법률조항의 ‘불건전통신’

에 대하여 심의위원회는 시정요구를 할 수 있을 뿐이며, 정보통신서비스제공자 등이 시정요구를 받아들이지 않는 경우 정보통신서비스제공자 등이나 이용자에 대한 직접적인 제재수단은 마련되어 있지 않은 점, 위 ‘불온통신’의 개념에 대하여는 이를 확정할 수 있는 관련법조항이 충분치 않았던 반면, 위 99헌마480 사건의 위헌결정 후 방송통신위원회가 정보통신서비스제공자 등에게 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있는 대상인 ‘불법통신’의 내용이 법률에 구체화되었고, 이 사건 법률조항에 의한 시정요구는 취급거부·정지 또는 제한의 전제조건이라는 점 등을 고려하면 불건전정보의 내용을 예측할 수 있다는 점 등을 논거로, 앞서 본 바와 같이 판시한 것이다.

나. 법률유보원칙의 위배 여부

(1) 법률유보원칙의 내용

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하다(헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 269).

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 하며, 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마70, 판례집 11-1, 633 참조).

(2) 판단

1) 법정의견

법정의견은, 『심의위원회의 심의 및 시정요구 대상인 불건전정보는 이 사건 법률조항 및 그로부터 적법한 위임을 받는 시행령에 의하여 규정되어 있으므로, 법률유보원칙에 반한다고 할 수 없다.』 고 판시하였다.

2) 반대의견

반대의견은, 이 사건 법률조항의 『시정요구가 규율하는 것은 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 즉 표현의 자유라는 기본권 제한의 영역에 속하므로, 이와 관련하여서는 입법자의 규율밀도가 더욱 높을 것이 요구되고, 따라서 이에 관한 법률유보원칙의 적용은 단순히 형식적으로 법률에 규정되었는가 아니라 그 본질적 사항이 법률에 규정되었는가를 기준으로 하여야 한다.』 고 한 후, 『입법자가 표현의 자유를 제한하는 시정요구 제도를 창설함에 있어서는 적어도 시정요구 제도를 구체화할 수 있는 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대해 입법자 스스로 결정하여, 법률에서 명확히 규정하거나 구체적 범위를 정하여 대통령령에 위임하였어야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 이에 대하여 전혀 언급하지 아니하고 대통령령에 이에 관한 위임을 하지도 아니한 채, 심의위원회의 직무의 하나로 ‘정보의 시정요구’를 규정하고 있는 것은 법률유보원칙에 어긋난다.』 고 의견을 개진하였다.

(3) 해설

통상 법률유보원칙은 구체적 행정작용이 법률의 근거 없이 이루어진 경우에 적용되나, 헌법재판소는 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 법률에 그 본질적 사항까지 규율되어 있어야 법률유보원칙을 충족하는 것이라는 점을 명확히 하고 있는바, 이는 고전적 법률유보(침해유보)에서 발전된 의회유보, 즉, ‘민주국가에서 국가의 본질적인 문제는 국민의 대의기관인 의회에 유보되어야 하고, 의회의 법률에 의하여 규율되어야 한다’는 원칙에 따른 설시이다.

이 때 본질적 법규사항인지 여부는 제한되는 기본권의 내용과 제한의 정도 및 방법, 헌법적 중요성에 따라 개별적으로 판단하여야 하며, 법률에 근거가 있다고 하더라도 본질적인 사항에 대하여 전혀 규율하지 않거나 일반 조항이나 불확정 법개념, 재량규정 등의 형식을 통하여 규율함으로써 잠행적으로 입법권을 위임하는 것은 법률유보원칙에 위배된다고 보아야 한다.

반대의견은, 이 사건 법률조항은 표현의 자유를 제한하는 입법으로 표현의 자유의 헌법적 중요성을 감안할 때 적어도 시정요구의 대상, 상대방, 내용, 효과는 입법자 스스로 결정하여야 할 본질적 사항에 해당한다고 파악하면서, 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대하여 전혀 언급하지 아니하고 대통령령에 이에 관한 위임을 하지도 아니하였으며, 시정요구의 대상에 대하여는 포괄위임금지원칙 부분에서 검토한 바와 같이 명확하지 아니한 개념을 사용하여 대통령령에 위임을 하였으므로, 법률유보원칙에 위배된다고 판단하였다.

이에 대하여 법정의견은, 불건전정보는 이 사건 법률조항 및 그로부터 적법한 위임을 받은 시행령에 규정되어 있으므로, 법률유보원칙에 반한다고 할 수 없다고만 간략히 실시하고 있으나, 이를 곧바로 시정요구의 대상인 정보외의 부분이 법률에 규정되어야 할 본질적 사항에 해당하지 않는다고 판단한 것으로 받아들일 것은 아니다. 시정요구의 주체는 이 사건 법률조항에 특정되어 있고, 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대하여는 이 사건 법률조항이 직접적으로 규정하고 있지 아니하지만, 정보통신망법 제44조의7 제3항에서 방송통신위원회가 정보통신서비스제공자 등에게 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명하는 요건 중 하나로, ‘이 사건 법률조항에 따른 시정 요구를 하였을 것’과 ‘정보통신서비스제공자 등이 시정 요구에 따르지 아니하였을 것’을 각 정하고 있는 점에 비추어 보면, 시정요구의 상대방은 정보통신서비스제공자 등이고, 그 내용은 해당 정보의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 요구하는 것이며, 정보통신서비스제공자 등이 심의위원회의 요구에 응하지 않을 경우의 효과는 위 조항에 의한 취급거부 등 명령의 전제조건이 되는 것이라고 판단할 수 있으므로, 시정요구의 상대방, 내용, 효과가 법률에 규정되어 있지 않다고 할 수도 없다는 취지의 함축적 판시라고 보인다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부⁷⁾

(1) 판단

1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항은 불건전정보에 대한 규제를 통하여 온라인매체의 폐해를 방지하고 전기통신사업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 심의위원회로 하여금 불건전정보의 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 한 것은 위와 같은 입법목적 달성에 적절한 방법이라 할 수 있다.

2) 침해의 최소성

① 불명확성으로 인한 과잉규제 여부

이 사건 법률조항이 불명확하다거나 그 내용의 형성을 하위법규에 지나치게 포괄적으로 위임하였다고 할 수 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 법률조항이 불건전정보 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 인하여 규제되지 않아도 될 표현의 자유까지 규제하고 있다고 볼 수 없다. 오히려 다음 ②에서 보는 바와 같이 하위법규인 시행령 규정을 통하여 기본권 침해를 최소화하고 있다고 판단된다.

② 규제수단의 과잉 여부

이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 시행령에서 구체화되어 단계적으로 ‘해당정보의 접속차단’, ‘해당정보의 삭제’, ‘이용자에 대한 이용정지’, ‘이용자에 대한 이용해지’로 구분되어 있는바(방송통신위원회법 시행령 제8조 제2항), 이는 심의대상 정보의 불법성 내지 시정필요성의 경중에 따라 시정요구의 상대방에게 단계적으로 적절한 시정요구를 함으로써 해당 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 한 것이다.

또한 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등과 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 이의신청을 할 수 있고(방송통신위원회법 시행령 제8조 제5항), 심의위원회는 이의신청이 있는 날부터 15일 이내에 이를 심의하도록 함으로써(같은 조 제6항), 이용자의 신속한 권리

7) 반대의견은 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙 및 법률유보원칙에 위배된다고 보아 과잉금지원칙 위배여부에 대하여 더 나아가 판단하지는 아니하였으므로, 이 부분은 법정의견의 해당부분을 그대로 쓴다.

구제를 가능하게 하고 있다.

한편 시정요구의 상대방인 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과의 통지의무를 부과하고 있지만(방송통신위원회법 시행령 제8조 제3항), 그 불이행에 대한 제재수단은 설정하지 아니하였다.

나아가 정보통신서비스제공자 등에게 시정요구를 따라야 할 의무를 부과하는 규정이나 그 불이행에 대한 제재규정도 없다. 다만, 시정요구 대상정보가 정보통신망법 제44조의7 제1항의 불법정보에 해당하고, 정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하는 경우 방송통신위원회가 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령을 발령할 수도 있으나, 이 경우 심의위원회의 요청 및 방송통신위원회의 발령 자체가 재량행위로 규정되어 있거나(방송통신위원회법 시행령 제8조 제4항, 정보통신망법 제44조의7 제2항), 관계 중앙행정기관의 장의 요청이라는 추가적 요건이 규정되어 있어(정보통신망법 제44조의7 제3항), 시정요구의 불이행만으로 곧바로 위와 같은 명령을 받게 되는 것은 아니다.

결국 이 사건 법률조항에 따른 시정요구는 정보게시자의 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고자 불법성 내지 불건전성의 경중에 따라 단계적 조치를 마련하고 있고, 시정요구의 불이행 자체에 대한 제재조치를 규정하고 있지 아니하며, 달리 불건전정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, 피해의 최소성 원칙에 반하지 않는다.

3) 법익 균형성

전기통신회선을 통해 유통되는 정보, 특히 인터넷을 통해 유통되는 정보는 종전의 고전적인 통신수단과는 비교할 수 없을 정도의 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 유통되기 때문에 불법정보에 대하여 신속하게 적절한 조치를 취하지 않으면 그로 인해 발생할 수 있는 개인적 피해와 사회적 혼란 등을 사후적으로 회복하기란 사실상 불가능에 가깝다. 따라서 불법정보에 대한 심의 및 시정요구 제도를 통해 건전한 통신유통의 함양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 크다고 할 것이다.

반면, 시정요구로 인하여 초래되는 불법정보 게시자의 표현의 자유에 대한 제한은 공익적 필요성에 비하여 크지 않다. 즉, 해당 정보가 삭제된 경우

에도 정보게시자는 동일한 내용의 정보를 아무런 제한 없이 반복하여 게시할 수 있고, 시정요구는 당해 정보통신서비스제공자 또는 게시관 관리·운영자가 운영하는 통신망에 한정되므로 이용자에 대한 이용정지나 이용해지가 내려진 경우에도 해당 불법정보게시자는 다른 통신망을 이용하여 동일한 내용의 정보를 게시할 수 있기 때문이다.

따라서 법익균형성 요건도 충족한다.

4) 소결

결국 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 제청신청인의 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

(2) 해설

이 사건 법률조항은 불건전정보에 대한 규제를 통하여 온라인매체의 폐해를 방지하고 전기통신사업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것으로 입법목적의 정당성에 관하여는 다툼의 소지가 적다. 또한 법정외의 것이 실시하고 있듯이 『전기통신회선을 통해 유통되는 정보, 특히 인터넷을 통해 유통되는 정보는 종전의 고전적인 통신수단과는 비교할 수 없을 정도의 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 유통되기 때문에 불법정보에 대하여 신속하게 적절한 조치를 취하지 않으면 그로 인해 발생할 수 있는 개인적 피해와 사회적 혼란 등을 사후적으로 회복하기란 사실상 불가능에 가깝다. 따라서 불법정보에 대한 심의 및 시정요구 제도를 통해 건전한 통신유통의 함양이라는 공익을 보호할 필요성은 매우 크다고 할 것이다.』

한편, 위 99헌마480 사건에서 헌법재판소가 지적하였듯이, 인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”로, 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로, 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있음은 자명하다 할 것이나, 위에서 본 바와 같이 일정한 규제의 필요성이 있고, 인터넷이라는 영역에 있어 공권력 주체에 의하여 행하여지는 규제가 헌법상 전혀 허용되지 않는다고 볼 수는 없는 이상, 이 사건 법률조항에 의한 시정

요구제도는 그 구체적 형식 내용도 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익균형성 요건을 충족하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해하는 조항이라고 할 수는 없다.

5. 결정의 의의

이 사건 결정은, ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신’이라는 기준에 의하여 불온통신의 취급거부, 정지, 제한이라는 제재처분을 할 수 있도록 함으로써 표현의 내용에 대한 규제를 하였던 구 전기통신사업법 제53조 제1항에 대하여 위헌결정(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 판례집 14-1, 616)이 있는 후, 새로이 도입되어 사회적으로 논란이 된 시정요구제도의 근거조항인 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 입장을 최초로 밝힌 것이다.

시정요구의 대상이 되는 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보’란 그 자체로 보면 개념이 명확하지 않고 지나치게 추상적이거나 포괄적이라고 볼 여지가 있으나, 이 사건 법률조항의 입법취지와 정보통신방법의 목적 및 불법정보 규정(제1조, 제41조 내지 제44조의3, 제44조의7) 등 관련 법조항을 유기적·체계적으로 종합하면, 심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신방법 조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다고 할 것이므로, 명확성의 원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배되지 않고, 그 규정형식이나 내용이 법률유보의 원칙이나 과잉금지원칙에도 위배되지 않는다고 판시하였다.

또한 이 사건 법률조항에 의한 시정요구의 성격이 단순한 행정지도가 아니라 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사임을 분명히 함으로서, 심의위원회의 시정요구에 대하여 그 상대방인 정보통신서비스제공자 등이나, 이에 의하여 표현의 자유의 제한을 받는 정보의 게시자 등 이용자가 항고소송으로 다룰 수 있음을 명확히 하였다는 데 또 하나의 의의가 있다 하겠다.

농업협동조합법 제172조 제3항 위헌소원

- 지역농협 임원선거 관련 사실 적시 후보자비방 사건 -
(헌재 2012. 2. 23. 2010헌바480, 판례집 24-1상, 142)

정 계 선*

【판시사항】

1. 구 농업협동조합법(2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되기 전의 것) 제172조 제3항 중 ‘지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 공직선거법과는 달리 허위사실을 공표한 자와 구별하여 법정형을 정하지 않고, 특수한 위법성 조각사유를 규정하고 있지도 않아 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항에서 두 번 감경하더라도 임원 자격이 박탈되는 500만 원 이상으로 벌금형의 하한을 정한 것이 책임과 형벌의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 농업협동조합법(2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되어 2009. 12. 10. 시행되기 전의 것, 이하 ‘농협법’이라 한다) 제172조 제3항 중 “지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 농업협동조합법(2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정되고, 2009. 6. 9.

* 울산지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

법률 제9761호로 개정되기 전의 것)

제172조(벌칙) ③ 제50조 제3항(제107조·제112조 또는 제161조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 허위사실 공표 등 후보자를 비방한 자는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제50조(선거운동의 제한) ③ 누구든지 지역농협의 임원 또는 대의원 선거와 관련하여 연설·벽보 기타의 방법으로 허위의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방할 수 없다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 2009. 9. 22. 실시된 ○○ 농업협동조합(이하 농업협동조합은 특별한 사정이 없는 한 모두 ‘농협’이라 한다) 조합장선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자인 이○두를 비방하였다는 범죄사실로 기소되어 2010. 6. 9. 1심에서 벌금 250만 원을 선고 받았다(창원지방법원 밀양지원 2010고단24).

나. 청구인은 항소심 계속 중(창원지방법원 2010노1402) 구 농협법 제49조 제1항 및 제172조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였으나, 위 법원은 2010. 11. 29. 제49조 제1항 부분은 각하하고, 제172조 제3항 부분은 기각하는 결정을 하였고(창원지방법원 2010초기979), 위 결정은 2010. 11. 30. 청구인에게 송달되었다.

다. 이에 청구인은 2010. 12. 21. 구 농협법 제172조 제3항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인의 주장

공직선거법 제251조의 경우 ① 제250조의 허위사실공표죄와 구별하여 사실을 적시하여 후보자를 비방한 경우에는 벌금형의 상한만 규정하여 법관의 감경이 없더라도 피선거권의 박탈이 없는 100만 원 미만의 벌금이 가능하도록 하고 있고, ② 후보자를 비방하였다고 하더라도 ‘다만, 진실한 사실로서

공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’라는 위법성 조각사유를 규정하고 있다.

반면, 이 사건 법률조항은 위와 같은 특수한 위법성 조각사유를 규정하고 있지 않고, 사실을 적시한 경우도 거짓의 사실을 공표한 경우와 마찬가지로 500만 원 이상 3,000만 원 이하로 법정형을 정하여 거듭 감경하더라도 100만 원 이상의 벌금형을 선고받을 수밖에 없어 농협의 임원이 될 수 있는 길을 원천적으로 봉쇄하고 있는바, 이는 지역농협 임원선거 출마자 등을 공직선거 출마자 등과 합리적 이유 없이 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해하고, 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유 또는 피선거권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

법정형의 형종과 형량의 결정은 기본적으로 국가의 입법정책에 속하는 문제이므로, 그 내용이 형벌의 목적과 기능에 본질적으로 배치된다든가 평등의 기본원리인 합리성과 비례성의 원칙을 현저하게 침해하는 것이 아닌 한 법사리 헌법에 위반된다고 단정할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항도 과잉금지원칙을 위배하여 헌법에서 정한 평등권, 직업선택의 자유를 침해하였다고 보기 어렵다.

【결정요지】

1. 지역농협의 임원선거의 경우에는 공직선거에 비해 선거권자나 선거구의 범위가 협소하고, 피선거인과 선거인들 간의 연대 및 지역적 폐쇄성이 강하여 후보자 비방을 통한 불공정한 선거운동의 가능성과 그것이 선거에 미치는 영향력이 공직선거에 비해 훨씬 크며, 이로 인하여 선거 후에도 조합원 상호간의 인적 신뢰가 붕괴되어 협동조합의 제 기능을 발휘하지 못하거나 존속 자체가 위협받게 될 우려가 크다는 특수한 사정이 있다. 또한, ‘비방’에 대한 합리적 해석 및 형법 제20조의 일반적 위법성조각사유의 적용을 통하여 후보자의 명예 보호 및 선거의 공정과 표현의 자유 간에 균형을 유지할 수 있는 점, 이 사건 법률조항에서는 별도로 징역형을 규정하지 않고 있는

반면 공직선거법 제251조는 3년 이하의 징역형도 같이 규정하고 있어 단순히 벌금형 액수만으로 이 사건 법률조항의 법정형이 공직선거법의 후보자비방죄보다 중하다고 할 수는 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 별도로 위법성 조각사유를 규정하고 있지 않다가나 거짓의 사실을 공표한 경우와 동일한 법정형을 정하고 있다 하여도 명백히 입법재량권의 범위를 벗어난 자의적인 차별이라고 보기는 어렵다.

2. 이 사건 법률조항에서 두 번 감경하더라도 임원 자격이 박탈되는 500만 원 이상으로 벌금형의 하한을 정한 것은, 위에서 본 지역농협 임원선거의 특성을 고려한 것이고, 여러 가지 양형 조건을 참작하여 법관이 벌금형의 선고유예를 할 여지도 있으며, 100만 원 이상의 벌금형을 선고받는다 하더라도 조합원이나 대의원의 자격은 유지한 채 임원자격만이 박탈되는 것이고 그 효과는 4년이라는 기간에 제한된다는 점을 고려하면, 지나치게 과도하여 형벌과 책임의 비례원칙에 반한다고 할 정도는 아니다.

재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견

조합원 숫자가 비교적 적은 지역농협선거에서 후보자를 비방한 행위의 영향이 공직선거에서의 그것과 비교하여 더 크다고 할 수 있는지 의문이고, 오히려 국민의 대표를 선출하는 공직선거는 자조적 조직인 지역농협을 운영할 임원을 선출하는 선거에 비해 그 정치적·사회적 중요성이 훨씬 높아 선거의 공정성을 유지하여야 할 공익도 보다 크다는 점을 고려하면, 공직선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이하의 벌금형에 처하면서 지역농협 임원선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이상의 벌금형에 처하는 것은 명백히 합리성을 결여한 것이다.

또한, 형법 제20조의 정당행위를 인정하려면, 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추어야 하므로, 이러한 형법상 위법성 조각사유가 있다는 이유만으로 이 사건 법률조항에 고유한 위법성 조각사유를 규정할 필요가 없다고 볼 수는 없다.

결국 이 사건 법률조항은 ‘지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실

을 적시하여 후보자를 비방한 자’를 ‘공직선거법상 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자’에 비하여 부당하게 차별하고 있으므로, 평등원칙에 위배된다고 할 것이다

【해 설】

1. 사안의 쟁점

청구인은 앞서 본 바와 같이, 농협의 임원선거에서 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 이 사건 법률조항의 적용을 받게 된 자는 공직선거에서 같은 행위로 공직선거법 제251조의 적용을 받는 자에 비하여 합리적 이유 없이 불리하게 차별받고 있고, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유 또는 피선거권을 침해한다고 주장하였다.

헌법재판소는 청구인의 주장에 따라 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 및 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유 또는 피선거권을 침해하는지 여부 및 청구인의 주장을 재해석하여 책임과 형벌의 비례원칙에 위반되는지 여부에 관하여 판단하였다.

이하에선, 먼저 당해사건 판결이 이미 확정된 점과 관련하여 재판의 전제성 유무를 검토한 후 이 사건 법률조항의 내용과 연혁 및 공직선거법을 비롯하여 이 사건 법률조항과 유사한 다른 법률의 조항 내용을 살펴보고, 이어 위 각 쟁점에 대한 검토를 하고자 한다.

2. 재판의 전제성

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원 심판청구가 적법하기 위해서는 당해 사건에 적용될 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 하는바, 재판의 전제가 된다는 것은 그 법률이 당해 사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것을 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58; 헌재 2007. 1. 17. 2005헌바40, 공보 124, 129, 131).

이 사건 법률조항은 당해사건인 창원지방법원 2010노1402 사건의 재판에 직접 적용되는 것이고, 당해사건은 2011. 1. 7. 항소가 기각되고 청구인이 상

고를 하지 아니함으로써 2011. 1. 15. 유죄판결이 확정되었지만 이 사건 헌법소원이 인용되는 경우 청구인은 재심을 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제75조 제7항¹⁾), 재판의 전제성이 인정된다.

3. 이 사건 법률조항의 내용, 연혁 및 유사 법률조항

가. 공직선거법 및 구 농협법의 관련규정과 이 사건 법률조항

공직선거법은 제250조 제1항에서 당선 목적으로 허위사실을 공표하는 행위에 대해서 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에, 제250조 제2항에서 낙선 목적으로 허위사실을 공표하는 행위에 대해서 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하면서, 이와 구별하여 사실을 적시하여 후보자를 비방한 경우에는 제251조에서 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 후보자를 비방하였다고 하더라도 ‘다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’라는 위법성 조각사유를 규정하고 있다.

반면, 이 사건 법률조항은 위와 같은 특수한 위법성 조각사유를 규정하고 있지 않고, 사실을 적시한 경우도 거짓의 사실을 공표한 경우와 마찬가지로 500만 원 이상 3,000만 원 이하로 법정형을 정하고 있다.

또한 구 농협법 제49조는, 이 사건 법률조항을 포함하여 구 농협법 제50조 선거운동의 제한을 위반함으로써 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받고 4

1) 헌법재판소법 제75조 제7항은 ‘제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.’고 규정하면서 같은 조 제8항에서 위 조항에 의한 재심이 있어 형사사건에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용하도록 하고 있다. 그런데 형사소송법 제420조, 제421조는 ‘유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’, ‘항소 또는 상고기각판결에 대하여는 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여’ 재심을 청구할 수 있다고 각 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 청구인이 당해 사건인 형사사건에서 무죄의 확정판결을 받은 때에는 처벌조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원이 인용되더라도 재심을 청구할 수 없어, 청구인에 대한 무죄판결을 종국적으로 다룰 수 없게 된다. 결국 이러한 경우 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바28 참조, 판례집 20-2상, 80, 87).

년이 경과되지 않은 자는 지역농협의 임원이 될 수 없고, 그 직에 있을 때에는 당연퇴직하도록 규정하고 있다.

나. 지역농협의 임원선거의 내용

(1) 지역농협의 의의 및 조직

헌법 제123조 제5항은 “국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.”라고 규정하고 있고, 구 농협법 제1조는 “이 법은 농업인의 자주적인 협동조직을 바탕으로 농업인의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상과 농업의 경쟁력 강화를 통하여 농업인의 삶의 질을 높이고, 국민경제의 균형 있는 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 명시하고 있다.

구 농협법에 의해 규율되는 ‘조합’에는 지역조합과 품목조합이 있고(제2조 제1호), ‘지역조합’이란 지역농협과 지역축산업협동조합을 말한다(제2조 제2호). 지역농협은 조합원의 농업생산성을 제고하고 조합원이 생산한 농산물의 판로확대 및 유통원활화를 도모하며, 조합원이 필요로 하는 기술, 자금 및 정보 등을 제공함으로써 조합원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상을 목적으로 하는(제13조) 농업인의 자주적 협동조직으로, 조합원 자격을 가진 20인 이상이 발기인이 되어 설립하고(제15조 제1항), 조합원은 지역농협의 구역 안에 주소나 거소 또는 사업장이 있는 농업인이어야 하며, 2 이상의 지역농협에 가입할 수 없고(제19조 제1항), 조합원의 출자로 자금을 조달하며(제21조 제1항), 지역농협의 결성이나 가입이 강제되지 아니하고, 조합원의 임의탈퇴 및 해산이 허용된다(제28조, 제29조).

2009. 6. 30. 현재 지역농협은 983개소이고 농협 전체 조합원은 244만 명으로, 개별 지역농협의 조합원 수는 비교적 작은 편이며, 창녕농협의 경우 2008년 말 현재 조합원수는 5,732명이다²⁾.

(2) 지역농협의 임원

구 농협법에 의하면, 지역농협에 임원으로서 조합장 1인을 포함한 7인 이

2) 농협중앙회 홈페이지 조직현황 참조. 2011. 3. 현재는 지역조합이 농협 971개소, 축협 118개소, 품목조합이 농협 46개소, 축협 24개소, 인삼협 12개소가 있으며, 농협 조합원은 245만 명에 달한다.

상 25인 이하의 이사와 2인의 감사를 두되, 그 정수는 정관으로 정하며, 이 경우 이사 중 3분의 2 이상은 조합원이어야 한다(제45조 제1항). 정관이 정하는 바에 따라 조합장을 포함한 이사 중 2명 이내, 감사 중 1명을 상임으로 할 수 있다. 다만 조합장을 비상임으로 운영하는 지역농협과 자산 등 사업규모가 대통령령으로 정하는 기준 이상에 해당하는 지역농협에는 조합원이 아닌 이사 중 1명 이상을 상임이사로 두어야 하며(제45조 제2항), 자산 등 지역농협의 사업규모가 대통령령이 정하는 기준 이상³⁾에 해당하는 경우에는 조합장을 비상임으로 한다(제45조 제3항).

조합장은 지역농협을 대표하며 업무를 집행하고, 총회 및 이사회 의장이 되는데, 조합장이 비상임일 때에는 상임이사가 업무를 집행한다(제46조 제1, 2항). 조합장은 조합원 중에서 정관이 정하는 바에 따라 ① 조합원이 총회 또는 총회 외에서 투표로 직접 선출하거나, ② 대의원회가 선출하거나, ③ 이사회가 이사 중에서 선출하는 방안이 있으며(제45조 제4항), 조합장의 임기는 4년이다(제48조 제1항 제1호).

조합장 외의 임원은 총회에서 선출한다(제45조 제5항). 조합원인 이사의 임기는 4년이고, 다른 이사는 2년이며, 감사의 임기는 3년이다(제48조 제1항). 상임인 임원을 제외한 지역농협의 임원은 명예직이다(제45조 제6항).

(3) 농협의 성격과 조합장 선거관리의 위탁

농협은 농업인의 자조조직이지만, 그 수행하는 사업 내지 업무가 국민경제에서 상당한 비중을 차지하고 국민경제 및 국가 전체의 경제와 관련된 경제적 기능에 있어서 금융기관에 준하는 공공성을 가지는 점(헌재 2001. 3. 21. 99헌바72, 판례집 13-1, 550, 568-569)을 고려하면, 농협의 운영을 책임질 조합장을 비롯한 임원이 공정한 선거에 의해 선출되는 것이 중요하다. 이에, 2004. 12. 31. 법률 제7273호 개정 농협법에서 지역농협은 임원선거를 공정하게 관리하기 위하여 조합선거관리위원회를 구성·운영하되(제51조 제1항), 조합원이 투표로 직접 선출하는 조합장 선거의 관리에 대하여는 정관이

3) 구 농협법 시행령에서는 상임이사를 두어야 하는 기준으로 조합장 임기개시일 이전에 총회의 승인을 얻은 최근 결산보고서에 기재된 자산총액 1천 500억 원으로 정하고 있다(제4조의2).

정하는 바에 따라 그 주된 사무소의 소재지를 관할하는 ‘선거관리위원회법’에 따른 구·시·군선거관리위원회에 위탁하도록 하는 조항을 신설하였다(제51조 제4항).

다. 이 사건 법률조항의 입법연혁

이 사건 법률조항을 포함하고 있는 농협법 제172조 제3항, 제50조 제3항은 농협의 임원선거와 관련하여 연설·벽보 기타의 방법으로 거짓의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하는 행위를 금지하고 처벌하는 조항으로서, 1999. 9. 7. 법률 제6018호로 기존의 농협법, 축산업협동조합법 및 인삼협동조합법이 폐지되고 통합 ‘농협법’이 제정될 당시에 신설되었다.

신설 당시 법정형은 ‘1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금’이었으나, 농협의 조합장선거가 후보자 매수, 금품·향응제공, 비방·흑색선전 등 과열·혼탁선거로 점철되어 농업의 경쟁력을 약화시키고 국민경제에도 악영향을 미쳐왔다는 비판에 따라 선거의 공정성을 확보하고 공직선거의 공명선거 기반을 확고히 다질 필요가 있다는 판단 하에, 2004. 12. 31. 법률 제7273호 농협법 개정 시 조합원의 투표로 직접 선출하는 조합장의 선거 관리에 대하여는 선거관리위원회에 위탁하도록 하는 조항을 신설하는 한편 선거범죄에 관한 법정형을 전반적으로 조정하였는데, 이 때 법정형 중 징역형이 삭제되고 벌금형은 ‘500만 원 이상 3천만 원 이하’로 인상되었다.

위 규정은 2009. 6. 9. 법률 제9761호로 다시 개정되었으나, 일부 표현만이 변경되었을 뿐 내용상 변동은 없다.

라. 이 사건 법률조항과 유사한 내용을 규정하고 있는 법률들

교육공무원법, 산림조합법, 중소기업협동조합법, 수산업협동조합법, 염업조합법 등에서 이 사건 법률조항과 같이 선거와 관련하여 후보자를 비방하는 행위를 금지하고 있다. 그 중 중소기업협동조합법(1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금)과 소비자생활협동조합법(300만 원 이상 2천만 원 이상의 벌금)의 경우에만 법정형이 다르고, 나머지 법률들의 법정형은 500만 원

이상 3천만 원 이하의 벌금형으로 동일하다. 그리고 교육공무원법에 한하여 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 벌하지 아니한다는 위법성 조각사유를 두고 있다(아래 표 참조).

	행위양태에 따른 분류	법정형	위법성 조각사유
공직선거법	낙선목적 허위사실공표	5년 이하의 징역 또는 3천만 원이하의 벌금	×
	당선목적 허위사실공표	7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금	×
	사실적시 후보자 비방	3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금	진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때
이 사건 법률조항	×	500만 원 이상 3000만 원 이하의 벌금	×
교육공무원법	×	500만 원 이상 3000만 원 이하의 벌금	진실한 사실로서 오로지 공공의 이익 에 관한 때
산림조합법 수산업협동조합법 염업조합법	×	500만 원 이상 3000만 원 이하의 벌금	×
중소기업협동조합법	×	1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금	×
소비자생활협동조합법	×	300만 원 이상 2000만 원 이하의 벌금	×

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 평등원칙 위배 여부

(1) 평등원칙의 의미와 심사기준

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 규정하여 평등원칙을 보장하고 있는데, 이러한 원칙은 본질적으로 같은 것을 다르게, 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 것을 금하는 것으로, 비교대상이 되는 두

개의 사실관계 사이에 서로 다른 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 이를 서로 다르게 취급한다면 이로써 평등권을 침해하게 된다는 것이다.

그런데 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서가 아니라 단지 일정한 요소에 있어서만 같은 경우, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 같은 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위해서는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는지가 문제되는데, 이 경우 두 개의 사실관계가 본질적으로 같은지는 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적을 고려하여 판단하여야 한다(헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528, 548; 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바102, 판례집 22-1하, 37, 49-50 등 참조).

한편, 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 심사함에 있어, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 차별취급의 목적과 수단 간에 비례관계가 성립하는지를 검토하는 엄격한 심사척도를 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지, 즉 자의적인 차별이 존재하는지를 검토하는 완화된 심사척도를 적용한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마 25, 판례집 13-1, 386, 403-404 참조).

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

(2) 차별취급의 존부

(가) 공직선거법 관련규정의 내용 및 이 사건 법률조항과의 차이점

청구인이 주장하는 차별취급은 첫째, 위법성 조각사유의 차별과 둘째, 법정형의 차별이다. 차별취급의 구체적 부분에 관하여는 반대의견에서 구체적으로 적시하고 있으므로, 이를 인용한다.

1) 위법성 조각사유의 차별

『공직선거법 제251조 단서는 “다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다.”고 규정하여 공직선거에 있어서 공공의 이익을 위하여 후보자에 대한 진실한 사실을 적시한 경우에는 위법성이 조각되는데 반하여, 이 사건 법률조항에는 위와 같은 위법성 조각사유를 규정하지 않고 있다.』

2) 법정형의 차별

『공직선거법은 제250조에서 “당선되거나 당선되게 할 목적으로 … 허위의 사실을 공표한 자는 … 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고(제1항), “당선되지 못하게 할 목적으로 … 허위의 사실을 공표한 자는 … 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고(제2항) 각 규정하면서도, 제251조에서 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 … 공연히 사실을 적시하여 … 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정함으로써, ‘사실을 적시한 자’를 ‘허위사실을 공표한 자’에 비하여 현저히 낮은 형으로 처벌하고 있다.

반면 이 사건 법률조항은 ‘공연히 사실을 적시하였는지’ 또는 ‘허위의 사실을 공표하였는지’에 관계없이 일률적으로 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

(나) 동일한 비교집단인지 여부 및 심사기준

차별취급이 존재한다고 하려면, 농협의 임원선거에서 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 이 사건 법률조항의 적용을 받게 된 자와 공직선거 과정에서 같은 행위로 공직선거법 제251조의 적용을 받게 된 자가 ‘본질적으로 동일할’ 비교집단이라고 볼 수 있어야 하고, 본질적으로 동일한 집단이라고 할 경우 평등원칙 심사에 있어 엄격한 심사척도에 의하여야 할 영역인지, 완화된 심사척도로 족한 영역인지 여부를 검토하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 지역농협은 조합원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상을 목적으로 하는(제13조) 농업인의 자주적 협동조직으로, 조합원 자격을 가진 20인 이상이 발기인이 되어 설립하고(제15조 제1항), 조합원의 출자

로 자금을 조달하며(제21조 제1항), 지역농협의 결성이나 가입이 강제되지 아니하고, 조합원의 임의탈퇴 및 해산이 허용된다(제28조, 제29조)는 점에서 기본적으로는 사법인적 성격을 가지고 있다고 할 것이고⁴⁾, 조합장 등 임원이 비교적 소수의 조합원들에 의해 직접 또는 간접으로 선출된다는 점을 고려하면, 대의민주주의를 실현하는 방법으로서의 공직선거과정에서 후보자를 비방한 자와 지역농협의 임원선거과정에서 후보자를 비방한 자는 평등원칙 위배 여부를 판단할 때 그 전제가 되는 '본질적으로 동일한 집단'에 해당한다고 보기 어렵다는 견해도 있을 수 있다.

그러나 법정의견은 다음과 같이 본질적으로 동일한 집단이라고 보고 완화된 심사기준인 자의금지원칙에 의하여 판단한다고 하였고, 반대의견도 명시적으로 이에 대한 견해를 표명하지 않았으나, 법정 의견과 같은 전제 하에 평등원칙 위배 여부를 검토하였다.

『이 사건 법률조항은 지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하는 행위를 형사처벌하는 규정인바, 지역농협 임원선거에 있어서 후보자에 대한 과도한 인신공격을 방지하여 후보자의 명예를 보호하고 나아가 선거인들로 하여금 후보자에 대하여 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정성을 유지하기 위한 목적으로 선거과정에서 국민의 표현의 자유를 제한하는 것이다.

비록 규율하고자 하는 선거의 내용이 다르다고는 하나, 이 사건 법률조항과 공직선거법 제251조는 그 입법목적, 행위태양, 제한되는 기본권이 동일하고, 지역농협의 자조적 성격에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 지역농협의 공공성에 주목하여 일정한 선거관련 사항을 법률에서 규율하게 된 것이므로, 공직선거 과정에서 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 공직선거법 제251조의 적용을 받게 된 자는 이 사건 법률조항에 의해 처벌되는 자와의 관계에 있어 비교집단이 된다고 할 것이다.

한편 이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 대상이 되는 선거의 성격에 따른 것으로서 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라고 할 수 없고, 차별의 내용도 형사처벌의 범위나 정도에 관련된 것으로서 차별취급으로 인

4) 헌법재판소 2008. 6. 3, 2008헌마406, 제2지정재판부 결정 참조

하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당한다 할 수도 없으므로, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부는 자의금지 원칙에 따라 판단하기로 한다.』

이는 이 사건 법률조항 및 공직선거법 제251조의 의미와 목적, 제한되는 기본권, 차별의 대상과 내용을 종합적으로 고려하여 판단한 것이고, 공직선거법에 의하여 처벌받는 자와 농협법에 의하여 처벌받는 자를 비교집단으로 하여 자의금지원칙에 의해 평등원칙 위배여부를 판단하여 왔던 헌법재판소의 결정례⁵⁾와도 그 궤를 같이 하는 것이다.

(3) 자의적인 차별취급인지 여부

(가) 위법성 조각사유의 차별 부분

1) 법정의견은 다음과 같은 이유로 차별취급에 합리적 이유가 있고, 이 부분 차별의 정도도 크지 않으므로, 이를 두고 명백히 입법재량권의 범위를 벗어난 자의적인 차별이라고 보기는 어렵다고 판시하였다.

『지역농협 임원선거의 경우 일정한 지역의 농업인 중 임의로 가입한 조합원만이 선거권을 가지므로, 공직선거와 달리 투표권을 가진 조합원의 수가 비교적 적고⁶⁾ 지역사회 자체가 인정과 의리를 중시하는 특성을 가지고 있어

5) 헌법재판소는 “공무원 등이 선거기획행위를 한 경우에는 공직선거법에 의하여, 농협 임·직원이 농협 조합장 선거에서 선거기획행위를 한 경우는 이 사건 법률조항에 의하여 처벌받게 되므로, 이 사건 법률조항의 적용을 받는 농협 임·직원이 공직선거법의 적용을 받는 선거기획행위자에 비하여 형사상 불리하게 차별받는다고 할 수 없다.”고 판시한바 있고(헌재 2011. 4. 28. 2010헌바339, 판례집 23-1하, 80) “이 사건 금전제공 금지조항이 지역농협의 조합장선거에 출마한 후보자를 공직선거에 출마한 후보자에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다고 할 수 없다.”고 판시한바 있다(헌재 2012. 2. 23. 2011헌바154, 판례집 24-1상, 213).

6) 창녕농협소식지 2009년 1호(2009. 3. 발행) 기사에 따르면, 2007년 말 현재 조합원수는 5,752명이며, 2008년 말 현재 조합원수는 5,732명이다. 한편, 조합원의 분포를 보면, 고령화가 두드러진다. 2007. 5. 29. 농협 전남지역본부에 따르면, 농협 133개와 축협 20개, 품목조합 7개 등 도내 160개 농협 조합원 36만2천127명 중 70세 이상 고령자가 10만5천922명으로 전체의 29.2%를 차지했으며 60세 이상 11만208명(30.4%), 50세 이상은 7만8천956명으로 전체의 21.8%으로 나타났다. 이에 따라 전체의 59.6%가 60세 이상 고령자였으며 무려 81.4%인 29만5천86명이 50세 이상인 것으로 나타났다. 이에 반해 50세 미만 젊은 층은 18.5%인 6만7천41명에 지나지 않았다(2007. 5. 28.자 브레이크뉴스 호남 기사).

비방으로 인한 후보자의 인격적 가치와 그의 행위에 대한 사회적 평가의 훼손 정도 및 그릇된 정보의 유통으로 인하여 선거의 공정성을 해할 우려가 상대적으로 큰 점을 감안하면, 후보자의 명예를 보호하고 불건전한 정보의 유통을 차단할 필요성이 보다 강하게 요청된다고 할 것이다.

입법자는 이러한 점들을 고려하여 이 사건 법률조항에서는 공직선거법과 달리 특수한 위법성조각사유를 규정하지 않은 것이라 할 것이다.

그리고 이 사건 법률조항에서 별도로 위법성조각사유를 규정하고 있지 않다고 하여도 후보자에 대한 명예훼손적 사실의 적시행위가 항상 처벌되는 것도 아니어서 차별의 정도가 크다고 할 수 없다.

우선, 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당하는 ‘비방’의 의미는 “사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것”이라 할 수 있고(헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53, 공보 제170호, 2093 참조), 대법원도 “정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것”을 의미한다고 보고 있으므로(대법원 2009. 6. 25. 선고 2009도1939 판결 등 참조), 법원은 ‘비방’에 대한 합리적인 해석을 통해 가법적인 행위를 가려냄으로써 그 처벌범위를 줄일 수 있다.

또한 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당하더라도 개별적 사안에 있어 적시된 사실의 내용과 성질, 그 표현의 방법, 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 행위의 동기와 목적 등을 종합적으로 고려하여 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당하는 경우에는 위법성이 조각되어 처벌받지 아니한다.』

2) 이에 대하여 반대의견은 공직선거법과 달리 이 사건 법률조항에는 위법성 조각사유가 별도로 규정되어 있지 않아 『지역농협의 임원선거에 있어서는 위와 같은 경우에도 처벌을 면할 수 없다.』고 전제하면서, 『조합원 숫자가 비교적 적은 지역농협선거에서 후보자를 비방한 행위의 영향이 공직선거에서의 그것과 비교하여 더 크다고 할 수 있는지 의문이고, 오히려 국민의 대표를 선출하는 공직선거는 자조적 조직인 지역농협을 운영할 임원을 선출하는 선거에 비해 그 정치적·사회적 중요성이 훨씬 높아 선거의 공정성을 유지하여야 할 공익도 보다 크다』고 볼 수 있으므로, 위법성 조각사유에서

공직선거법 규정보다 불리하게 차별할 합리적 이유가 없고, 『형법 제20조의 정당행위를 인정하려면, 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추어야 하므로(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 등 참조), 이러한 형법상 위법성 조각사유가 있다는 이유만으로 이 사건 법률조항에 고유한 위법성 조각사유를 규정할 필요가 없다고 볼 수는 없다.』는 이유로 평등원칙에 위배된다는 의견을 피력하였다.

3) 유사법률조항을 두고 있는 다른 법률들의 규정 내용을 보면, 입법자가 개별 법률의 특수성을 모두 고려하여 의도적으로 특별한 위법성 조각사유를 두거나 혹은 두지 않았다고 단정하기에는 의문이 있으나, 지역농협의 임원선거가 공직선거와 구별되는 특성이 있다는 점은 고려될 수 있다.

또한 법정의견은 ‘비방’에 대한 합리적 해석 및 형법 제20조의 일반적 위법성조각사유의 적용을 통하여 후보자의 명예 보호 및 선거의 공정과 표현의 자유 간에 균형도 유지할 수 있고, 반대의견이 우려하는 바와 같이 ‘공직선거법 제251조 단서에 규정된 위법성 조각사유가 존재함에도 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는’ 사례는 현실화되기 어렵다고 판단한 것으로 보인다.

법정의견에서 지적하고 있는 바와 같이 헌법재판소나 대법원은 모두 이 사건 법률조항의 “비방”의 의미는 ‘사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것’이라고 하고 있으므로, 결국 비방에 해당하는지 여부는 ‘정당한 이유’의 유무에 의해 판가름날 것이다.

직접적으로 이 사건 법률조항에 대한 판단은 아니나, 이 사건 법률조항과 같이 특별한 위법성 조각사유를 두고 있지 않은 출판물에 의한 명예훼손죄에 대한 판단에 있어 대법원은 “형법 제309조 소정의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인될 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결 등 참조).”고 판시한 바 있다. 즉, 특별한 위법성 조각사유를 규정한 형법 제310조가 형법 제309조(출판물에 의한 명예훼손죄)에는 적용되지 않지만, 형법

제310조에 규정된 위법성 조각사유인 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에는 특별한 사정이 없는 한 형법 제309조의 주관적 구성요건인 비방할 목적을 부인함으로써 처벌하지 않고 있는 것이다.

같은 맥락에서, 이 사건 법률조항에는 공직선거법과 달리 특별 위법성 조각사유가 규정되어 있지 않지만, 공직선거법 제251조 단서에 규정된 위법성 조각사유와 같이 ‘진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때’에는 특별한 사정이 없는 한 ‘정당한 이유 없이’ 상대방을 깎아내리거나 헐뜯은 것이라고 볼 수는 없으므로 비방에 해당하지 않는다고 할 수 있다.

실제 법원에서도 피고인의 연설내용이 상대방을 “비방한 것이라기보다 공인으로서의 자질과 능력, 수행 능력에 관한 공적 영역에 대하여 비판한 것으로서 농협법 소정의 후보자 비방에 해당한다고 보기 어렵다”는 이유로 무죄를 선고하거나⁷⁾, 피고인의 발언으로 상대방의 명예가 훼손되는 측면이 있다 하여도, “이에 비하여 농협유권자들의 적절한 투표권의 행사라는 달성되는 공익이 더 큰 것으로 판단되는 점, 위와 같은 발언이 선거에 임박하여 합동 연설회장에서 유권자들을 상대로 행해졌다는 점에서 긴급성과 보충성의 요건도 갖추어진 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인의 발언 내용은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다 할 것”이라는 이유로 무죄를 선고하는 사례⁸⁾들이 발견된다.

따라서 이 사건 법률조항에서 공직선거법과는 달리 ‘다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’라는 위법성 조각사유를 별도로 두고 있지 않다고 하더라도, 이는 공직선거와 구별되는 지역농협 임원선거의 특성을 반영한 입법이고, ‘비방’에 대한 합리적 해석 및 형법 제20조의 일반적 위법성조각사유의 적용을 통하여 후보자의 명예 보호 및 선거의 공정과 표현의 자유 간에 균형도 유지할 수 있다 할 것이므로, 이를 두고 명백히 입법재량권의 범위를 벗어난 자의적인 차별이라고 보기는 어렵다고 결론지은 것이다.

7) 광주지방법원 2010노583 농업협동조합법위반 등 사건, 2010. 9. 9. 대법원 상고기각으로 확정되었다.

8) 전주지방법원 2009노652 농업협동조합법위반 등 사건, 상고 없이 확정되었다.

(나) 법정형의 차별 부분

1) 법정의견은 다음과 같은 이유로 이 부분 차별에도 합리적 이유가 있다고 보았다.

『이 사건 법률조항에서 공직선거법처럼 당선목적 허위사실공표, 낙선목적 허위사실공표, 사실적시 후보자 비방 등을 나누어 법정형을 달리 책정하지 않고, 허위사실 공표와 함께 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금형을 법정형으로 정한 것은, 지역농협의 임원선거의 경우에는 공직선거에 비해 선거권자나 선거구의 범위가 협소하고, 피선거인과 선거인들 간의 연대 및 지역적 폐쇄성이 강하여 후보자 비방을 통한 불공정한 선거운동의 가능성과 그것이 선거에 미치는 영향력이 공직선거에 비해 훨씬 크며, 이로 인하여 선거 후에도 조합원 상호 간의 인적 신뢰가 붕괴되어 협동조합의 제 기능을 발휘하지 못하거나 존속 자체가 위협받게 될 우려가 크다는 특수한 사정을 감안하여, 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 후보자의 명예를 훼손하고 선거의 공정을 해한 자의 경우에도 거짓사실을 공표한 자와 마찬가지로 법정형으로 다스리기로 입법적 결단을 내린 것으로 보아야 할 것이다.

그리고 이 사건 법률조항의 법정형이 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금으로 되어 있어 벌금형의 하한만 놓고 보자면 공직선거법 제251조가 500만 원 이하의 벌금형에 처하도록 한 것과 비교하여 상대적으로 높다 할 것이지만, 이 사건 법률조항에서는 별도로 징역형을 규정하지 않고 있는 반면 공직선거법 제251조는 3년 이하의 징역형도 같이 규정하고 있으므로, 단순히 벌금형 액수만으로 이 사건 법률조항이 규정하는 후보자비방죄의 법정형이 공직선거법의 후보자비방죄보다 중하다고 판단할 수는 없다.』

2) 이에 대하여 반대의견은 공직선거법 제250조와 이 사건 법률조항의 『벌금형의 하한의 차이 때문에, 법관은 ‘공직선거법상 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자’에 대하여는 범행동기, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 피해의 정도 등을 고려하여 100만원 미만의 벌금형을 선고함으로써 피선거권이나 공무담임권이 박탈되게 하지 않을 수 있는 반면, ‘농협법상 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자’에 대하여는 법관이 작량감경을 하여도 250만원 이상의 벌금형을 선고할 수 밖에 없고, 이 사건 법률조항에 위반하

여 벌금 100만 원 이상의 형을 선고 받고 4년이 지나지 아니한 사람은 지역농협의 임원이 될 수 없다는 농협법 제49조 제1항 제8호에 따라 지역농협의 임원이 될 자격을 박탈하게 된다.』고 차별취급의 효과를 지적하면서, 『공직선거는 자조적 조직인 지역농협을 운영할 임원을 선출하는 선거에 비해 그 정치적·사회적 중요성이 훨씬 높아 선거의 공정성을 유지하여야 할 공익도 보다 크다는 점을 고려하면, 공직선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이하의 벌금형에 처하면서 지역농협 임원선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이상의 벌금형에 처하는 것은 명백히 합리성을 결여한 것이다.』라고 하였다.

3) 법정의견이 지적하듯이, 벌금형의 하한이 높다는 것만으로 이 사건 법률조항이 규정하는 후보자비방죄의 법정형이 공직선거법의 후보자비방죄보다 중하다고 판단할 수는 없다. 다만, 이 사건 법률조항에 위반하였다고 인정되기만 하면 특별한 사정이 없는 한 형벌 외에 일정 기간 지역농협 임원자격의 박탈이라는 불이익을 초래하는 정도의 하한이 설정되어 있고, 이 것이 청구인이 가장 핵심적으로 주장하는 부분이기도 하다.

이에 대하여 법정의견은 지역농협의 임원선거와 공직선거의 사회적 중요성을 놓고 볼 때 지역농협의 임원선거에서 선거의 공정성을 유지하여야 할 필요성이 더 크다고 단정할 수는 없지만, 지역농협의 특수성을 고려하면 후보자 비방행위가 지역농협 임원선거 및 지역농협의 존속과 발전에 미치는 영향이 더 크다고 볼 수 있기 때문에 입법자가 공직선거법에서와는 달리 이 사건 법률조항에서는 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 후보자의 명예를 훼손하고 선거의 공정을 해한 자의 경우에도 거짓사실을 공표한 자와 마찬가지로 법정형으로 다스리기로 하면서 그 법정형의 하한을 임원자격이 박탈되는 수준으로 하기로(이 부분은 아래 책임과 형벌의 비례원칙에서 더 검토한다) 입법적 결단을 내린 것으로 보아야 하고, 이를 두고 자의적이라고 할 것은 아니라는 취지이다.

반면, 반대의견은 지역농협의 임원선거에 비하여 공직선거의 공정성을 유지할 공익이 더 큼에도 지역농협 임원선거에서의 사실적시 후보자비방행위를 규율하고 있는 이 사건 법률조항의 벌금형의 하한을 공직선거법의 해당

조항에 비하여 높게 설정한 것은 합리성을 결여하였다는 판단이다.

나. 책임과 형벌의 비례원칙 위배여부

(1) 임원결격사유에 관한 규정 및 쟁점

구 농협법 제49조는, 이 사건 법률조항을 포함하는 농협법 제50조 선거운동의 제한을 위반하여 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받고 4년이 경과되지 않은 자는 지역농협의 임원이 될 수 없고, 그 직에 있을 때에는 당연퇴직하도록 규정하고 있다.

청구인은 이 사건 법률조항이 벌금형의 하한을 500만 원으로 정함으로써 법관이 두 번 감경하더라도 임원결격사유에 해당하는 100만 원 이상의 형을 선고할 수밖에 없도록 한 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 직업선택의 자유 및 피선거권을 침해하는 것이라고 주장하나, 청구인의 직업선택의 자유나 피선거권을 직접적으로 제한하는 규정은 이 사건 법률조항이 아니라 임원의 결격사유를 규정하고 있는 위 농협법 제49조이고, 이 사건 법률조항에 의해 제한되는 기본권은 표현의 자유일 뿐이다.

법정의견은 위 주장이 농업협동조합법 제49조와 같은 결격사유 조항이 존재하는 상태에서 이 사건 법률조항의 벌금형 하한을 500만 원으로 설정한 것은 책임에 비하여 형벌이 지나치게 과중한 것이라는 주장으로 볼 수 있다고 하여, 책임과 형벌의 비례원칙 위배 여부에 대하여 아래와 같이 이 부분을 검토하였다.

(2) 판단⁹⁾

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질, 보호법익 및 범죄예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 부분이다.

9) 반대의견은 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 보아 책임과 형벌의 비례원칙 위배여부에 대하여 더 나아가 판단하지는 아니하였으므로, 이 부분은 법정의견의 해당부분을 그대로 쓴다.

또한, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌 체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2011. 4. 28. 2009헌바56, 판례집 23-1 하, 1, 9-10 등).

이 사건 법률조항에서 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금형을 법정형으로 정한 것은, 선거권자의 수나 선거구의 범위, 조합원간의 연대 및 지역적 폐쇄성, 선거의 과열 및 혼탁의 가능성, 선거 후의 지역농협의 지속성 및 원활한 운영의 확보 등을 고려하여, 입법자가 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 후보자의 명예를 훼손하고 선거의 공정을 해한 자의 경우에도 특단의 사정이 없는 한 당선을 무효로 하고 일정한 기간 임원의 자격을 박탈하도록 결단을 내린 것으로 보인다.

또한 이 사건 법률조항에 해당하는 경우라도 여러 가지 양형의 조건을 참작하여 법관이 벌금형의 선고유예를 할 여지도 있으므로 법관의 양형재량의 여지가 비합리적으로 축소되었다고 볼 수 없고, 100만 원 이상의 벌금형을 선고받는다 하더라도 조합원이나 대의원의 자격은 유지하며 임원자격만이 박탈되는 것이고 그 효과는 4년이라는 기간에 제한된다는 점을 고려하면 이 사건 법률조항의 법정형에 따른 불이익이 지나치게 가혹하다고 할 수도 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 사실적시에 의한 후보자비방행위를 허위사실 공표행위와 다르게 취급하지 아니하고 두 번 감경하더라도 임원 자격이 박탈되는 500만 원 이상으로 벌금형의 하한을 정해놓고 있다 하더라도, 지나치게 과도하여 형벌과 책임의 비례원칙에 반한다고 할 정도는 아니다.

(3) 해설

헌법재판소는 일관하여 ‘어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질, 보호법익 및 범죄예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정할 국

가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 부분'이라고 판시하고 있다.

앞서 살펴 본 이 사건 법률조항의 연혁을 보면, 농협의 조합장선거가 후보자 매수, 금품·향응제공, 비방·흑색선전 등 과열·혼탁선거로 점철되어 농업의 경쟁력을 약화시키고 국민경제에도 악영향을 미쳐왔다는 비판에 따라 선거의 공정성을 확보하고 공직선거의 공명선거 기반을 확고히 다질 필요가 있다는 판단 하에, 2004. 12. 31. 농협법 개정 시 조합원의 투표로 직접 선출하는 조합장의 선거 관리에 대하여는 선거관리위원회에 위탁하도록 하는 조항을 신설하는 한편 선거범죄에 관한 법정형을 전반적으로 조정하였는데, 이 때 법정형 중 징역형이 삭제되고 벌금형은 '500만 원 이상 3천만 원 이하'로 인상되었다.

법정의견은 이러한 농협 조합장선거의 역사와 우리의 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 범죄의 실태 등을 감안하여, 입법자의 결단을 존중하는 결정을 한 것이다.

5. 결정의 의의

이 사건 결정은, 이 사건 법률조항에서 공직선거법과는 달리 허위사실을 공표한 자와 구별하여 법정형을 정하지 않고, 특수한 위법성 조각사유를 규정하고 있지도 않은 것, 두 번 감경하더라도 임원 자격이 박탈되는 500만 원 이상으로 벌금형의 하한을 정한 것이 평등원칙이나 책임과 형벌의 비례원칙에 위배되지 않는다고 최초로 밝힌 것에 그 의미를 찾을 수 있다.

앞서 '이 사건 법률조항과 유사한 내용을 규정하고 있는 법률들' 부분에서 살펴본 바와 마찬가지로 많은 법률들에서 이 사건 법률조항과 유사한 조항을 두고 있어 이 사건 결정의 선례적 성격은 적지 않을 것으로 보인다.

헌법재판소는 2013. 7. 25. 2012헌바112 사건에서 이 사건 법률조항과 동일한 내용이 규정된 구 농협법(2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되고, 2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정되기 전의 것) 제172조 제3항 중 '지역농협의 임원 선거와 관련하여 거짓의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자'에 관한 부분이 헌법에 위

반되지 않는다는 점을 재차 확인하였다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제43조 제3항 등 위헌확인

- 수용자 서신 무봉합 제출제도 사건 -
(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마333, 관례집 24-1상, 280)

노 회 범*

【판시사항】

1. 교도소장으로 하여금 수용자가 주고받는 서신에 금지 물품이 들어 있는지를 확인할 수 있도록 규정하고 있는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제43조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 직접 침해하는지 여부(소극)
2. 수용자가 밖으로 내보내는 모든 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정시설에 제출하도록 규정하고 있는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제65조 제1항(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다)이 청구인의 통신 비밀의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것)

제43조 (서신수수) ③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것)

* 헌법연구관

제65조 (서신내용물의 확인) ① 수용자는 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정시설에 제출하여야 한다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 수용자의 서신에 금지물품이 들어 있는지 여부에 대한 확인을 교도소장의 재량에 맡기고 있으므로 교도소장의 금지물품 확인이라는 구체적인 집행행위를 매개로 하여 수용자인 청구인의 권리에 영향을 미치게 되는데, 위 법률조항이 청구인의 기본권을 직접 침해한다고 할 수 없다.

2. 이 사건 시행령조항은 교정시설의 안전과 질서유지, 수용자의 교화 및 사회복귀를 원활하게 하기 위해 수용자가 밖으로 내보내는 서신을 봉합하지 않은 상태로 제출하도록 한 것이나, 이와 같은 목적은 교도관이 수용자의 면전에서 서신에 금지물품이 들어 있는지를 확인하고 수용자로 하여금 서신을 봉합하게 하는 방법, 봉합된 상태로 제출된 서신을 X-ray 검색기 등으로 확인한 후 의심이 있는 경우에만 개봉하여 확인하는 방법, 서신에 대한 검열이 허용되는 경우에만 무봉합 상태로 제출하도록 하는 방법 등으로도 얼마든지 달성할 수 있다고 할 것인바, 위 시행령 조항이 수용자가 보내려는 모든 서신에 대해 무봉합 상태의 제출을 강제함으로써 수용자의 발송 서신 모두를 사실상 검열 가능한 상태에 놓이도록 하는 것은 기본권 제한의 최소 침해성 요건을 위반하여 수용자인 청구인의 통신비밀의 자유를 침해하는 것이다.

재판관 이동흡의 한정위헌의견

수용자에 대한 자유형의 본질상 외부와의 자유로운 통신에 대한 제한은 불가피한 것으로 이 사건 시행령 조항의 발송서신 무봉합 제출 제도는 수용자의 발송서신에 대하여 우리 법이 취하고 있는 ‘상대적 검열주의’를 이행하기 위한 효과적 교도행정의 방식일 뿐이어서 수용자의 통신비밀의 자유를 침해한다고 볼 수는 없으나, ‘미결수용자가 변호인에게 보내는 서신’은 ‘절대적 검열금지’의 대상으로 이를 무봉합 제출하도록 하는 것은 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하고, 무죄추정의 원칙에도 위배되므로 이 사건 시행령조항의 무봉합 제출 서신에 미결수용자가 변호인에게 보내는 서신도

포함되는 것으로 해석되는 한도에서 헌법에 위반된다.

【사건의 개요】

청구인은 2007. 4. 23.경 구속되어 징역 3년을 선고받고 교도소에 수용 중 다시 사기죄로 징역 8월을 선고받아 마산교도소에서 형집행 중에 있다가, 허리디스크 치료를 위해서 자비 부담으로 외부의사의 진료를 받을 수 있게 해달라고 마산교도소장에게 수차례 요청하였으나 거부당하였다. 이에 청구인은 국민권익위원회 등의 국가기관에 청구인으로 하여금 외부의사의 진료를 받지 못하도록 하는 마산교도소장의 처분이 위법·부당함을 다투고자 청원서를 작성·봉합하여 제출하려고 하였으나, 마산교도소장은 법무부장관에 대한 청원서를 제외한 다른 서신은 봉합하여 제출할 수 없다고 하였다. 이에 청구인은 2009. 6. 22. 위 법령조항들이 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【해 설】

1. 이 사건 심판대상의 제소요건 충족 여부

가. 이 사건 법률조항에 대한 심판청구

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 당해 법률 또는 법률조항에 의하여 직접 기본권을 침해받아야 한다. 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 구체적인 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의해 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 참조). 그런데 이 사건 법률조항은 “소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 수용자의 서신에 금지물품이 들어 있는지 확인할지 여부는 교도소장의 재량에 좌우되는 것이므로, 교도소장의 금지물품 확인이라는 구체적인 집행행위가 있을 때 비로소 수용자인 청구인의 권리에 영향을 미치게 된다. 그리고 이 사건 법률조항은 교도소장이 수용자의 서신에 금지물품이 들어 있는지 여부를 확인하는 구체적인

방법으로 수용자가 주고받는 서신을 포함하지 않은 상태로 제출하도록 규정하고 있지도 아니하다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 기본권을 직접 침해한다고 할 수 없으므로 이에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 시행령조항에 대한 심판청구

헌법소원제도는 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 설사 주관적인 권리보호의 이익이 없는 경우라고 하더라도 동종의 기본권 침해가 반복될 위험이 있거나 헌법질서의 유지·수호를 위하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있을 때에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정되는 것으로 보는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56; 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 266-267 등). 청구인의 경우 이미 형집행이 종료되어 더 이상 이 사건 시행령조항에 의한 기본권 제한을 받지 아니하나, 이 사건 시행령조항이 존재하는 한 청구인과 같은 유형의 기본권 제한이 앞으로도 반복될 위험이 있고, 수용자의 서신 무봉함 제출 제도의 헌법적 타당성 여부는 헌법질서의 수호·유지를 위해 그 헌법적 해명이 필요한 중요한 사안이다. 헌법재판소는 시행령조항에 대한 심판청구의 이익을 인정하여 본안판단에 나아갔다.

2. 수용자 서신수수에 관한 규율

가. 허가·검열주의에서 무허가·무검열주의로 단계적 전환

1950. 제정된 행형법은 수용자의 書信受發 자체를 원칙적으로 금지하고 친족의 경우만 예외적으로 허가하였는데, 예외적으로 허가된 서신의 경우도 그 내용에 대한 檢閱을 원칙으로 하였다. 1962년 개정된 행형법은 원칙적 금지에서 예외적으로 허용하는 許可主義(친족 이외의 자에게도)로 진일보했지만, 서신 내용에 대한 검열은 계속 유지했다.¹⁾ 그러다가 1995년 개정 행형

1) 행형법(1962. 12. 24. 법률 제1222호로 개정된 것) 제18조

① 수형자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있다.

② 접견 참여, 서신의 검열 및 접견과 서신의 제한에 관하여 필요한 사항은 閣令으로 정한다.

법에서 허가주의를 유지하면서도 교화상 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 원칙적으로 허가하도록 서신 제한을 대폭 완화하였고,²⁾ 1999년에는 서신내용의 원칙적 검열을 예외적 검열로 완화하였으며,³⁾ 종래 일체 허용되지 않던 전화통화도 허가할 수 있도록 하였다. 이렇게 60년 가까이 계속된 수용자 서신에 대한 허가 및 검열주의는 2007년에서야 무허가·무검열주의로 바뀌었다.⁴⁾ 수용자의 인권 신장과 교정행정의 선진화를 이루기 위해 행형법을 전부 개정하였는데(‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’로 법령 변경), 그 대표적인 것이 서신에 대한 허가 및 검열 원칙을 폐지하여 무허가·무검열 원칙으로 바꾼 것이다. 한편, 2007년 검열주의 원칙이 폐기됨에 따라 서신에 금지된 물품이 들어있는지 확인할 법적 근거가 필요했는데 바로 법 제43조 제3항이다. 법 제43조 제3항(금지물품 확인) “소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.”고 규정하였다. 즉, 종전 행형법에는 서신내용물의 확인에 관한 규정이

-
- 2) 행형법(1995. 1. 5. 법률 제4936호로 개정된 것) 제18조
 ② 수용자의 접견과 서신수발은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다.
 ③ 수용자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여와 검열을 요한다. 다만, 제66조의 규정에 의한 변호인접견의 경우를 제외한다.
- 3) 행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호 개정된 것) 제18조의2(서신)
 ③ 소장은 수용자의 서신을 검열할 수 있다. 다만, 제66조제2항 각 호 외의 부분 본문의 규정에 의한 변호인과의 서신은 예외로 한다.
 ⑥ 서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 4) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 전부 개정된 것) 제 43조(서신수수)
 ① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다. 1. 내지 3. 생략
 ② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.
 ③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.
 ④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다. 1. 내지 4. 생략
 ⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다. 1. 내지 7. 생략
 ⑧ 서신발송의 횟수, 서신 내용물의 확인방법 및 서신 내용의 검열절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

없이 검열에 관한 규정이 이를 포함하고 있었다.

나. 검열 방법(무봉합 제출)에 관한 규율(시행령) 변화

1950년 제정 행형법이래 검열주의 원칙하에서 서신검열을 원활하게 하기 위한 일환으로 발송 서신은 봉합하지 않은 상태로 교도소에 제출하도록 하고, 외부로부터 들어오는 서신은 교도소측이 개봉하여 검인 하도록 하였다.⁵⁾ 이러한 무봉합 제출 및 개봉 검인 제도는 검열 원칙이 유지되어 온 2007년 까지 변함없이 이어졌다.⁶⁾⁷⁾ 문제는 2007년 검열 원칙이 폐지되고 무검열 원칙으로 변경되었음에도 불구하고, 시행령은 “서신내용물의 확인”이라는 제목 하에 발송 서신에 대한 ‘무봉합 제출’ 제도를 그대로 유지하고, 수령 서신에 대해서는 개봉하여 내용물을 확인할 수 있도록 하였다.⁸⁾ 결국 발송 서신에 대한 무봉합 제출 제도는 檢閱主義 하에서는 서신 내용을 읽어 보기 쉽게 하기 위한 검열의 방법인 반면, 無檢閱主義 하에서는 내용을 읽어 볼 수 있게 하기 위한 것이 아니라 단지 서신에 금지된 물품이 들어 있는지를 확인 하기 위한 방법인 것이다. 즉, 검열 원칙 하에서는 무봉합 상태로 제출할 필요가 있다고 하더라도 무검열 원칙으로 바뀐 상황에서 단지 ‘금지물품 확인’을 위해 무봉합 제출을 유지할 필요가 있는지가 문제되는 것이다.

5) 행형법 시행령(1956. 2. 2 대통령령 제1125호로 제정된 것) 제63조
수형자가 수발하는 서신은 형무소장이 이를 검열하여야 한다.
발신은 봉합을 하지 아니하고 제출시키고 수신은 개봉하여 검인을 찍어야 한다.

6) 행형법 시행령(1962. 4. 3 각령 제626호로 제정된 것) 제62조(서신의 검열)
① 소장은 재소자가 수발하는 서신을 검열하여야 한다.
② 수형자가 발송하는 서신은 봉합을 하지 아니하고 교도소에 제출하게 하며 수형자가 수령할 서신은 교도소에서 개봉하여 검인을 압날하여야 한다.

7) 행형법 시행령(1995. 8. 26 대통령령 제14756호로 개정된 것) 제62조 (서신의 검열)
① 소장은 수용자가 수발하는 서신을 검열하여야 한다.
② 수용자가 발송하는 서신은 봉합을 하지 아니하고 교도소등에 제출하게 하여, 수용자가 수령할 서신은 교도소등에서 개봉하여 검인을 찍어야 한다.

8) 형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 법제명변경 및 전면개정된 것) 제65조 (서신내용물의 확인)
① 수용자는 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정시설에 제출하여야 한다.
② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

다. 외국의 입법례

(1) 독일

독일은 우리나라와 마찬가지로 무검열을 원칙으로 하고 예외적으로 교정 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우 검열을 할 수 있게 하고 있다. 변호인과의 서신교환 및 연방 및 주 의회 및 의원, 연방 및 주의 정보 보호담당자와의 서신교환, 유럽의회, 유럽인권재판소 등 관련 기관과의 서신교환은 검열을 금지한다고 명문화하고 있다. 여기서의 ‘검열’은 서신 내용에 대한 확인뿐만 아니라 금지 물품이 들어있는지 확인하는 것까지 포함하는 개념으로 이해되고 있다. 한편, 법령에 의하여 예외적으로 ‘검열의 대상이 되는 서신’은 개봉된 상태로 교정기관에 제출하도록 하고 있다.

(2) 일본

일본 행행법도 최근 검열 원칙에서 무검열 원칙으로 개정되었다. 서신봉합에 대해서는 시행규칙에서 규율하고 있는데, 검열 원칙 하에서는 수용자의 발신 서신은 무봉합 상태로 교도소장에게 제출하도록 하였으나, 무검열 원칙으로 바뀐 이후에는 이 규정이 삭제되었다.

(3) 미국

미국 연방규칙은 서신수수에 관한 검열과 봉합에 관하여 매우 세밀하게 규율하고 있다. 서신을 일반서신과 특별서신⁹⁾, 법률서신, 언론서신으로 나누고, 이들 서신을 각기 다시 수용자가 보내는 발송서신(outgoing mail)과 재소자가 받는 수령서신(incoming mail)으로 나누어 규율하고 있다.

① 일반서신(general correspondence)

미결수(pretrial inmate)의 발송서신은 검열을 원칙으로 하고, 기결수(sentenced inmate)는 보안등급이 높은 교도소의 재소자에 대해서는 검열을 원칙으로, 그렇지 않은 경우에는 무검열을 원칙으로 하고 있다.¹⁰⁾ 무검열 원

9) 특별서신은 봉투에 “재소자 앞에서만 개봉할 것”이라고 적혀 있는 서신, 한쪽 당사자가 국가기관인 서신을 뜻한다.

10) 교도소 등급의 높낮음은 수용자가 중범죄자인가 경범죄자인가에 따른 구분이다.

칙인 경우 봉투를 봉합하고, 검열 원칙인 경우는 무봉합 상태로 제출한다. 반면, 수령서신은 특별한 구분없이 교정시설의 안전과 질서유지를 위해서 검열을 원칙으로 한다.

② 특별서신(special correspondence)

발송서신의 경우, 원칙적으로 봉합하여 제출하고, 검열의 대상이 아니다. 반면, 수령서신의 경우, 물품의 검사를 위해서도 수용자의 참관(presence)하에서만 개봉할 수 있다. 즉, 발송인의 신원이 봉투에 밝혀져 있고 봉투 앞면에 “특별 서신 - 재소자 앞에서만 개봉할 것”이라고 적혀 있다면 서신은 열람되거나 복사될 수 없다.

③ 법률서신(legal correspondence)

교도관은 법원이나 변호사로부터 오는 법률 서신의 봉투에 수신한 날짜와 시간, 수용자에게 전달되어 수용자의 참관 하에 개봉된 날짜와 시간, 해당 서신을 전달한 교도관 이름을 표시하여야 한다. 봉투 앞면에 “특별 서신 - 수용자 앞에서만 개봉될 것”이라는 문구가 있어야만 특별 서신으로 분류되고, 이러한 서신은 특별 서신의 절차와 동일하게 개봉이 된다. 수용자에게 변호인의 서신을 받을 권리를 제한할 사유가 발생한 경우 교도관은 이 사실을 변호사와 수용자에게 서신으로 통지하여야 한다.

④ 언론 서신(media correspondence)

언론사와 서신교환에 특별한 제한을 두고 있지 않다. 다만, 언론사와의 서신은 검열할 수 있다고 규정하고 있다. 수용자는 이름과 직위가 특정된 언론사 대표에게 특별 서신을 보낼 수 있다. 수용자는 언론사로부터 서신과 관련하여 보상이나 금품을 받을 수 없으며, 리포터로 행동할 수도 없다. 언론사 대표가 수용자에게 서신을 먼저 보낼 수도 있으나, 교도관은 언론사가 보낸 서신을 조사하고 검열할 수 있다.

3. 제한되는 기본권

이 사건 시행령조항은 수용자로 하여금 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정시설에 제출하도록 하고 있는데, 이 경우 그 서신이 교도관들에 의해서 검열을 당하거나 읽혀질 위험에 놓이게 되므로, 수용자는 청원권 행

사를 위한 서신을 포함한 각종 서신의 발송을 위축시키고 이는 결국 수용자의 통신비밀의 자유에 대한 제한을 가져오게 된다.

4. 통신비밀의 자유 침해 여부

헌법 제18조는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.”고 규정하여 통신의 비밀을 침해받지 아니할 권리 즉, 통신비밀의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 따라서 통신의 중요한 수단인 서신의 당사자나 내용은 본인의 의사에 반하여 공개되어서는 안된다. 그러나 이러한 기본권도 절대적인 것은 아니므로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있고, 다만 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 427).

이 사건 시행령조항은 수용자가 발송하는 서신의 내용을 검열하기 위한 것이 아니라 마약·독극물·흉기 등 범죄에 이용될 우려가 있는 물건, 담배·현금·수표 등 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 물건 및 음란물 등 수용자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 물건 등(법 제92조 참조)을 수용자가 주고받는 것을 금지하여 교정시설의 안전과 질서유지, 수용자의 교화 및 사회복귀를 원활하게 하기 위한 것인바, 그 입법목적이 정당하고, 수용자가 보내려는 서신의 내용물을 확인하기 위하여는 봉합하지 않은 상태로 제출하게 하는 것이 필요하다. 즉, 이 사건 시행령조항의 기본권 제한에 대한 목적의 정당성 및 수단의 적절성은 인정된다고 할 것이다. 한편, 이 사건 시행령조항은 수용자가 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정당국에 제출하도록 강제하고 있다. 그런데 서신에 대해 봉합하지 않은 상태로 제출하도록 하는 경우 교정당국은 서신에 대해 편리하게 보안검색을 할 수 있지만, 그 과정에서 서신의 내용이 파악될 수 있다. 누구든지 자신의 서신이 원하지 않는 사람에게 읽힐 수 있다면 자신의 생각이나 의견, 감정을 자유롭게 표현하거나 거리낌 없이 정보를 교환할 수 없게 될 것이고, 결국 수용자로서는 서신에 자신의 생각이나 의견, 감정을 표현하기를 자제하거나 서신교환 자체를 포기할 것이며, 이는 사실상 서신 내용을 검

열하는 것과 마찬가지로의 효과를 가져오게 된다. 헌법재판소가 주목한 것은 바로 이러한 무봉합제출이 사실상 검열과 같다는 점이었다. 수용자는 자신의 서신 내용이 교도소 측에 의해 아무런 제한 없이 노출·파악될 수 있다는 가능성만으로도 통신비밀의 자유에 대한 위축효과를 받게 된다. 교정시설의 안전과 질서유지, 수용자의 교화 및 사회복귀를 원활하게 하기 위한 보안검색이 필요하여 수용자로 하여금 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 제출하도록 하는 것이 필요하다고 하더라도 사실상 검열과 같은 수단을 사용하는 것은 허용될 수 없고 그 이외의 방법을 강구해야 된다는 것이다. 헌법재판소가 제시한 예시들은 이러했다. 교도관이 수용자의 면전에서 서신에 금지물품이 들어 있는지를 확인하고 수용자로 하여금 서신을 봉합하게 할 수도 있으며, 봉합된 상태로 제출된 서신을 X-ray 검색기 등으로 확인한 후 의심이 있는 경우에만 개봉하여 확인할 수도 있고, 조직폭력수용자·마약류수용자·관심대상수용자 등과 같이 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 다른 수용자와의 접촉을 차단하거나 계호를 엄중히 하여야 하는 수용자(이상 엄중관리대상자, 법 제104조, 법 시행규칙 제194조 참조)에 한정하여 무봉합 서신 제출 대상자로 정할 수도 있으며, 서신의 내용에 대한 검열이 허용되는 경우(법 제43조 제4항 단서 참조) 등 일정한 경우에만 무봉합 상태로 서신을 제출하도록 할 수도 있다는 것이다. 더욱이 이 사건 시행령조항은, 법률이 미결수용자와 변호인 간의 서신 검열을 원칙적으로 금지하고 있음에도 불구하고 미결수용자가 변호인에게 보내려는 서신조차도 봉합하지 않은 상태로 제출하도록 하는 것이어서 절대적으로 보호받아야 할 변호인과의 서신에 대해서까지 사실상 검열 가능한 상태에 놓이도록 하고 있는 것은 위헌적이다. 또한 이 사건 무봉합 서신 제출 제도를 통해 달성하고자 하는 교정시설의 안전과 질서유지라는 목적은 위에서 본 바와 같은 보다 덜 침해적인 수단으로도 얼마든지 달성이 가능하지만, 이 사건 시행령조항으로 인해 밖으로 보내려는 서신을 봉합 상태로 제출하도록 하는 경우 그 내용물을 확인하는데 소요되는 인력과 재정을 감안하더라도 수용자가 보내려는 서신을 봉합하지 않은 상태로 제출하도록 함으로 인하여 수용자가 입게 되는 통신비밀의 자유에 대한 침해는 매우 중대하다하여 법익균형성 요건도 충족하지

못하고 있다. 결국 이 사건 시행령조항은 기본권 제한 규범이 갖추어야 할 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법이 보장하는 수용자의 통신비밀의 자유를 침해한다.

5. 재판관 이동흡의 한정위헌의견

미결수용자가 변호인에게 보내는 서신은 절대적으로 검열이 금지됨에도 이를 무봉합 제출하도록 하는 것은 미결수용자의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하고, 무죄추정의 원칙에 위배된다. 형집행법 제84조 제3항은 ‘미결수용자의 변호인과의 서신’에 대하여는 절대적으로 검열을 금지하도록 규정하고 있는바, 검열의 대상이 되는 것 자체가 금지되어 있다는 점에서 상대적 검열주의의 대상인 일반서신과 같게 취급할 수 없다. 독일과 미국의 입법례에서도 변호인과의 교환서신에 대하여는 절대적으로 검열을 금지하고 있고, 절대적 검열금지 대상 서신의 경우에는 발송시 수용자로 하여금 봉합한 채로 제출하도록 하고 있다. 이는 우리 법에서 절대적 검열금지의 대상인 법무부장관에 대한 청원 및 국가인권위원회에 대한 진정의 경우에 서신을 봉합한 채로 제출하도록 하고 있는 것과 그 취지를 같이 한다. 이처럼 절대적 검열금지 대상 서신은 그 서신의 비밀을 보호하여야 할 필요성이 매우 커 봉합상태로 제출하도록 한 것으로서 미결수용자는 고립무원의 상태에서 사실상 변호인과의 접견이나 서신교환을 통해서만 수사 또는 재판에서의 방어권 행사가 가능하므로 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리 및 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙상 그 서신의 비밀을 철저히 보장할 필요가 있어 변호인과의 교환서신에 대하여 절대적으로 검열을 금지하고 있는 것이다. 헌법재판소는 미결수용자가 변호사에게 보내는 서신에 대한 검열행위에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하여 위헌이라고 결정한 바 있다(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94 참조). 이와 같이 절대적 검열금지 대상인 미결수용자가 변호인에게 보내는 서신에 대하여도 무봉합 제출하도록 하는 것은 미결수용자의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하고, 무죄추정의 원칙에도 위배된다. 따라서 이 사건 시행령 조항은 무봉합으로 제출하여야 하는 수용자의 ‘서신’에 미결수용자가 변호인에게 보내는 서신도

포함되는 것으로 해석되는 한도에서 헌법에 위반된다.

6. 결정의 의의

수용자의 서신에 대한 허가나 검열이 수용자의 인권침해적 요소가 컸다는 입법자의 反省的 考慮에 따라 검열주의는 폐기되었다. 검열주의 원칙 하에 서는 발송서신에 대한 무봉함 제출은 문제되지 않았지만, 무검열 원칙으로 바뀌었음에도 모든 서신에 대해 무봉함 제출을 강제했던 것은 그 목적 여하를 불문하고 허용될 수 없었다. 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하라는 것은 수용자에게는 서신 내용을 검열하겠다는 것과 다르지 않다. 가사 교도소 측이 금지 물품의 동봉 여부를 확인하고, 서신 내용을 읽지 않는다고 하더라도 수용자는 자신의 서신 내용이 읽힐 수 있는 가능성이 있다는 그 자체만으로도 심리적으로 위축되고, 자유로운 서신 작성을 제한받는다. 이러한 위축효과(chilling effect)가 표현의 자유 및 통신비밀의 자유를 제한한다는 것은 경험적으로 입증되어왔다. 이 사건 결정은 수용자라도 행형목적의 범위를 벗어난 기본권 제한은 헌법에 위반되는 필요이상의 제한임을 확인하고, 교정당국에 의해서 관행적으로 이루어져왔던 사실상의 서신에 대한 검열제도에 중지부를 찍었다는 점에서 의미가 있다고 할 것이다. 이 사건 결정 후인 2013. 2. 25. 형집행법 시행령 제65조는 “수용자가 보내는 서신은 봉함하여 제출한다”로 개정되었다.¹¹⁾

11) 제65조(서신 내용물의 확인) ① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다. 다만, 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

1. 법 제104조제1항에 따른 마약류사범·조직폭력사범 등 범무부령으로 정하는 수용자가 변호인 외의 자에게 서신을 보내려는 경우
2. 수용자가 같은 교정시설에 수용 중인 다른 수용자에게 서신을 보내려는 경우
3. 규율위반으로 조사 중이거나 징벌집행 중인 수용자가 다른 수용자에게 서신을 보내려는 경우

공직선거법 제155조 제2항 등 위헌확인

- 공직선거법상 부재자투표시간 제한 사건 -
(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320)

공진성*

【판시사항】

1. 부재자투표소를 관할구·시·군선거관리위원회의 사무소 소재지에 설치·운영하도록 하는 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제148조 제1항 전문 중 “당해 사무소 소재지에” 부분(이하 ‘이 사건 설치·운영조항’이라 한다)에 대한 헌법소원심판청구가 직접성 요건을 충족하는지 여부(소극)
2. 부재자투표시간을 오전 10시부터 오후 4시까지로 정하고 있는 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제155조 제2항 본문(이하 ‘이 사건 투표시간조항’이라 하며, 그 중 “오전 10시에 열고” 부분은 ‘투표개시시간 부분’, “오후 4시에 닫는다” 부분은 ‘투표종료시간 부분’이라 한다)에 대한 헌법소원심판청구가 권리보호이익 요건을 충족하는지 여부(적극)
3. 이 사건 투표시간조항 중 투표종료시간 부분이 청구인의 선거권과 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분이 청구인의 선거권과 평등권을 침해하는지 여부(적극)
5. 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서 잠정적용을 명한 사례

* 헌법연구원

【심판대상】

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제148조 (부재자투표소의 설치) ① 관할구·시·군선거관리위원회는 선거일전 6일부터 2일간(이하 “부재자투표기간”이라 한다) 부재자신고인명부에 올라 있는 선거인이 투표할 투표소(이하 “부재자투표소”라 한다)를 당해 사무소 소재지에 설치·운영하되, 2 이상의 구·시·군선거관리위원회가 같은 건물 또는 시설안에 있는 때에는 부재자투표소를 공동으로 설치·운영할 수 있다.

②~⑥ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제155조 (투표시간) ① 생략

② 제148조(부재자투표소의 설치)의 규정에 의한 부재자투표소는 부재자투표기간 중 매일 오전 10시에 열고 오후 4시에 닫는다. 이 경우 제1항 단서의 규정은 부재자투표소에 이를 준용한다.

③~⑤ 생략

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 학업상의 이유로 주민등록지가 아닌 곳에서 거주해온 자로서, 2010. 6. 2. 시행된 제5회 전국동시지방선거에서 부재자투표를 하기 위하여 부재자신고를 하였으나, 실제로 투표하지는 못하였다.

나. 이에 청구인은 부재자투표소를 관할구·시·군선거관리위원회의 사무소 소재지에 설치·운영하도록 하고 있는 공직선거법 제148조 제1항 전문과 부재자투표시간을 매일 오전 10시부터 오후 4시까지로 정하고 있는 공직선거법 제155조 제2항 본문이 청구인의 선거권, 평등권 등을 침해한다고 주장하며 2010. 9. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다

2. 청구인의 주장 요지

가. 이 사건 설치·운영조항은 부재자투표소를 관할구·시·군선거관리위

원회 사무소에 1개씩 설치하도록 하고 있어, 그로 인해 부재자투표소가 지나치게 적게 설치되고, 이 사건 투표시간조항은 부재자투표시간을 오전 10시부터 오후 4시까지로 지나치게 짧게 정하고 있어서 2010. 6. 2. 실시된 선거뿐만 아니라 앞으로 실시될 선거에서도 학교수업 및 직장 때문에 사실상 투표가 곤란한 청구인과 같은 부재자투표자의 선거권을 침해한다.

나. 이 사건 설치·운영조항은 관할 구역 안의 투표구마다 투표소를 설치하고 있는 일반선거의 투표자와 비교하여, 그리고 이 사건 투표시간조항은 오전 6시부터 투표시간을 정하고 있는 일반선거 또는 보궐선거 등의 투표자와 비교하여, 청구인과 같이 직장업무 및 학교수업 때문에 사실상 투표가 곤란한 부재자투표자의 평등권을 침해한다.

【결정요지】

1. 이 사건 설치·운영조항은 각 선거관리위원회의 관할 구역 내에 부재자투표소를 필수적으로 설치하여야 한다는 것을 규정한 것에 불과하고, 실제로 구·시·군선거관리위원회가 관할하는 해당 지역에 설치되는 부재자투표소의 수는 구·시·군선거관리위원회의 재량에 의하여 정해지는 것이다. 따라서 부재자투표소가 현저히 적게 설치된 것으로 인한 기본권 침해는, 이는 구·시·군선거관리위원회의 결정에 의하여 비로소 발생하는 것이지 이 사건 설치·운영조항으로 인하여 직접 발생하는 것은 아니므로 이 사건 설치·운영조항은 직접 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 청구인이 부재자신고를 했던 제5회 전국지방동시선거는 이미 종료되었으므로 이 사건 심판청구에 대한 주관적 권리보호이익은 소멸되었다. 그런데 이 사건 투표시간조항이 부재자투표자의 선거권 및 평등권을 제한하는 것에 대한 헌법적 해명은 아직까지 이루어진 바 없고, 앞으로도 이 사건 투표시간조항을 둘러싼 위헌성 논란은 이어질 가능성이 있다. 그렇다면 이 사건 투표시간조항의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중대한 의미를 지닌다고 할 것이고, 따라서 이 사건 투표시간조항에 대해서는 본안판단의 필요성을 인정할 수 있다.

3. 이 사건 투표시간조항이 투표종료시간을 오후 4시까지로 정한 것은 투

표당일 부재자투표의 인계·발송 절차를 밟을 수 있도록 함으로써 부재자투표의 인계·발송절차가 지연되는 것을 막고 투표관리의 효율성을 제고하고 투표함의 관리위험을 경감하기 위한 것이고, 이 사건 투표시간조항이 투표종료시간을 오후 4시까지로 정한다고 하더라도 투표개시시간을 일과시간 이전으로 변경한다면, 부재자투표의 인계·발송절차가 지연될 위험 등이 발생하지 않으면서도 일과시간에 학업·직장업무를 하여야 하는 부재자투표자가 현실적으로 선거권을 행사하는 데 큰 어려움이 발생하지 않을 것이다. 따라서 이 사건 투표시간조항 중 투표종료시간 부분은 수단의 적정성, 법익균형성을 갖추고 있으므로 청구인의 선거권이나 평등권을 침해하지 않는다.

4. 이 사건 투표시간조항이 투표개시시간을 일과시간 이내인 오전 10시부터 정한 것은 투표시간을 줄인 만큼 투표관리의 효율성을 도모하고 행정 부담을 줄이는 데 있고, 그 밖에 부재자투표의 인계·발송절차의 지연위험 등과는 관련이 없다. 이에 반해 일과시간에 학업이나 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자는 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분으로 인하여 일과시간 이전에 투표소에 가서 투표할 수 없게 되어 사실상 선거권을 행사할 수 없게 되는 중대한 제한을 받는다. 따라서 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분은 수단의 적정성, 법익균형성을 갖추지 못하므로 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인의 선거권과 평등권을 침해하는 것이다.

5. 이 사건에서 헌법재판소가 단순위헌결정을 하여 당장 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분의 효력을 상실시킬 경우에는 부재자투표소를 열어 부재자투표를 개시하는 법적 근거마저 사라지게 되어 법적 공백이 발생할 것이 명백하다. 또한 부재자투표의 개시시간을 구체적으로 언제로 정할지는 궁극적으로 입법형성의 권한을 가진 입법자가 충분한 사회적 합의를 거쳐 결정해야 할 사항에 속한다. 그러므로 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분은 헌법에 합치하지 않으나 잠정적으로 적용하기로 하되, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2013. 6. 30.까지 개선입법을 이행하여야 하고, 그 때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분은 2013. 7. 1.부터 효력을 상실한다.

【해 설】

1. 적법요건에 대한 검토

가. 이 사건 설치·운영조항에 대한 청구

청구인은 법 제148조 제1항 전문 중 부재자투표소의 설치·운영에 관한 부분이 부재자투표소를 구·시·군선거관리위원회 사무소에 1개씩 설치하는 규정으로 보고, 이로 인해 투표소가 지나치게 적게 설치되어 사실상 부재자투표소 투표자의 선거권을 침해한다고 주장한다. 그러나 동 조항은 부재자투표소의 수를 제한하는 규정이 아니라 구·시·군선거관리위원회에게 직접 관리하는 부재자투표소를 필수적으로 그 사무소 소재지 안에 설치하여야 할 의무를 부과하는 규정이다.¹⁾

실제로 전국에 설치되는 부재자투표소는 ① 부재자투표예상자의 수와 분포를 고려하여 필요하다고 인정되는 때에 구·시·군선거관리위원회가 재량으로 투표관리관을 지정하여 부재자투표소를 설치하도록 하는 규정(법 제148조 제2항)²⁾, ② 기관 또는 시설의 장이 구·시·군선거관리위원회의 허가를

-
- 1) 따라서 최소한 1개씩은 선거관리위원회가 직접 관리하는 부재자투표소를 설치하여야 하나 반드시 1개씩만 설치해야 하는 것은 아니다. 제5회 지방선거에서 전국의 구·시·군선거관리위원회는 249개였으나 전국에 설치된 522개 부재자투표소 중 위원회가 직접 설치한 것은 261개였다. 그 밖에 투표관리관에게 위임하여 설치하도록 한 것은 152개, 기관 등에게 허가를 하여 설치하도록 한 것은 109개였다(제5회 지방선거 총람, 중앙선거관리위원회, 2010, 75, 149, 150면 참조). 한편 중앙선거관리위원회는 동 조항에서 “당해 사무소 소재지”가 관할 구·시·군선거관리위원회가 소재하고 있는 읍·면·동의 소재지를 말하는 것인지, 관할 구·시·군선거관리위원회가 소재하고 있는 읍·면·동의 구역안에 부재자투표소를 설치할 마땅한 장소가 없으면 당해 구·시·군선거관리위원회의 관할 구역안의 다른 읍·면·동에 설치할 수 있는지를 묻는 서면질의에 대하여 “공직선거법」 제148조(부재자투표소의 설치) 제1항에 따라 설치하는 부재자투표소는 구·시·군선거관리위원회의 사무소 소재지 관할 구·시·군의 구역안에 설치하여야 할 것이나, 부재자투표자의 투표 편의를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 당해 구·시·군선거관리위원회의 관할구역안에 도 설치할 수 있을 것임”이라고 유권해석을 한 바 있다.
 - 2) “구·시·군선거위원회는 법 제148조제2항의 규정에 의하여 그 관할구역안의 읍·면·동의 구역안에 거소를 둔 부재자투표예상자가 2천인을 넘는다고 인정되는 경우에 한하여 투표관리관을 지정하여 부재자투표소를 설치·운영하게 할 수 있다. 이 경우 당해 읍·면·동안에 하나의 부재자투표소만으로는 부재자투표자(부재자투표소에서 투표할 자를 말한다. 이하 같다)의 투표를 마칠 수 없다고 인정되는 때에는 2인이상의 투표관리관을 지정하여 각각 부재자투표소를 설치·운영하게 할 수 있다. 다만 읍·면·동안의 부재자투표예상자가 2천인 미만인 때에도 지리·교

받아 기관 또는 시설에 부재자투표소를 설치할 수 있도록 한 규정(법 제149조)에 의거하여 구·시·군선거관리위원회가 결정한 바에 따라서 설치되는 것이지, 단지 동 조항에 의해서 확정되는 것은 아니다.

따라서 법정의견은 이 사건 설치·운영조항이 직접 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없으므로, 이 부분에 대한 심판청구를 부적법하다고 보았다.

나. 이 사건 투표시간조항에 대한 청구

법정의견은 청구인이 부재자신고를 했던 제5회 전국지방동시선거는 이미 종료하였으므로 주관적 권리보호이익은 소멸되었지만, 이 사건 투표시간조항의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명이 아직 이루어진바 없고 앞으로도 위헌성 논란이 이어질 가능성이 있으므로, 이 사건 투표시간조항의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중대한 의미를 지닌다고 보아 객관적 권리보호이익을 인정하면서 심판청구의 적법성을 인정하였다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 326-327 참조). 침해가 이미 발생하여 종료하였으나 예외적으로 심판의 이익이 인정된다는 위와 같은 견해에 의하면 이 사건 투표시간조항으로 인한 기본권 침해는 그 시행일인 2004. 3. 12. 또는 그 이후 청구인이 선거권을 취득한 날부터 최초로 실시된 선거일에 이미 발생하여 종료되었다고 하더라도 기본권 침해의 현재성의 예외가 인정된다.

한편, 이 사건에서 법정의견이 채택하지는 않았으나 우리 재판소는 기본권의 침해가 장래에 발생하더라도 헌법소원의 심판청구 당시부터 그 침해가 틀림없을 것으로 확실히 예측된다면 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하여 왔고(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 헌재 2004. 1. 29. 2002헌마788, 판례집 16-1, 154, 160-161), 선거권의 제한

통 그 밖의 부득이한 사유로 부재자투표소를 설치할 필요가 있다고 인정되는 때에는 해당 구·시·군 위원회의 의결로 투표관리관을 지정하여 부재자투표소를 설치·운영하게 할 수 있다(공직선거관리규칙 제68조).” 실제 2010년 제5회 전국동시지방선거 부재자투표에서도 부재자신고인수가 2천 이상인 11개 대학과 2천 미만으로 설치요건에는 미달되지만 지리·교통 등 부득이한 사유로 부재자투표소 설치가 필요하다고 인정된 4개 대학 및 독도, 인천공항 등에도 부재자투표소를 설치·운영하였다(중앙선거관리위원회 보도자료, 2010. 5. 25일자, 2면 참조)

과 관련하여 이를 받아들인 사례들도 있다.³⁾ 이러한 견해에 의할 경우, 이 사건 투표시간조항으로 인한 기본권 침해의 현재성이 인정되고, 권리보호이익의 유무는 문제되지 아니한다.

2. 본안 판단에 대한 검토

가. 부재자투표의 의의와 절차

부재자투표는 개인의 사정상 선거일에 원래의 투표소에서 투표할 수 없는 사람으로 하여금 투표에 참여할 수 있게 하기 위해 마련된 제도이다.

구·시·군의 장은 선거가 실시될 때마다 관할구역에 주민등록 또는 국내 거주신고가 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사해 선거인명부를 작성하는데(법 제37조 제1항, 제2항), 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내 거주자로서 ‘선거일에 투표소에서 투표할 수 없는 사람’이 선거인명부작성기간 중에 구·시·군의 장에게 서면으로 부재자신고를 하면(법 제38조 제1항), 구·시·군의 장은 선거인명부에 이를 표시하고 부재자신고인명부를 따로 작성해 그 등본 1통을 관할 구·시·군선거관리위원회에 송부하고(법 제38조 제4항, 제5항), 이에 따라 구·시·군선거관리위원회는 부재자신고인명부에 올라 있는 선거인에게 선거일 전 9일까지 부재자투표용지를 발송한다(법 제154조 제1항).

한편 부재자투표는 투표의 장소와 방식에 따라 ‘거소 투표’와 ‘부재자투표소 투표’로 나뉘는데, ‘거소 투표’는 격오지에 근무하는 군인이나 경찰, 신체장애로 거동할 수 없는 자 등과 같이 법률이 정한 일정한 요건에 해당하는 경우 자신의 거소에서 부재자투표용지에 기표한 후 회송용 봉투에 넣어 등기우편으로 발송하는 방식이고(법 제38조 제3항, 제158조 제4항), ‘부재자투

3) 「주기적으로 반복되는 선거의 경우 매년 새로운 후보자들이 입후보하고 매년 새로운 범위의 선거권자들에 의해 투표가 행해질 뿐만 아니라, 선거의 효과도 차기 선거에 의한 효과가 발생할 때까지로 한정되므로 매선거는 새로운 선거에 해당한다. 그리고 청구인들이 이 사건 헌법소원을 제기한 진정한 취지는, 이미 종료한 과거 선거에서의 기본권침해를 문제 삼는 것이라기보다는, 장래 실시될 선거에서 발생할 수 있는 기본권침해를 문제 삼고 있는 것으로 볼 수 있다. 결국 이 같은 선거의 속성과 청구인들의 주장 취지를 종합적으로 고려하면, 이 사건 심판청구는 향후 실시될 각종 선거에서 청구인들이 선거에 참여하지 못함으로써 입게 되는 기본권침해, 즉 장래 그 도래가 확실히 예측되는 기본권침해를 미리 앞당겨 다루는 것으로 볼 수 있다.」(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 판례집 19-1, 859, 872 참조)

표소 투표’는 구·시·군선거관리위원회 또는 그로부터 지정받은 투표관리관이나 허가받은 병원·요양소·수용소·교도소의 장이 선거일 전 6일부터 2일간 설치·운영하는

‘부재자투표소’에 가서 투표를 하면(법 제148조 제1항, 제149조 제1항, 제2항), 부재자투표관리관 등이 부재자투표기간 중 매일 투표를 마감한 후 부재자투표함을 개함하고 부재자투표자 수를 계산한 후 관할 우체국장에게 인계하여 등기우편으로 관할구·시·군선거관리위원회에 발송하는 방식이다(법 제158조 제2항).

부재자투표에 따른 투표지는 선거일 오후 6시(보궐선거 등에 있어서는 오후 8시)까지는 관할구·시·군선거관리위원회에 도착되어야 하는데(법 제155조 제5항), 구·시·군선거관리위원회는 우편으로 송부된 부재자투표지를 우편투표함에 투입·보관하였다가 선거일 오후 6시(보궐선거 등에 있어서는 오후 8시) 이후에 개표소로 옮겨 개표하되, 일반투표함의 투표지와 별도로 먼저 개표할 수도 있다(법 제176조 제1항, 제2항).

나. 이 사건 투표시간조항의 입법연혁

공직선거법은 일반 선거일의 투표시간은 오전 6시부터 오후 6시까지로, 보궐선거 등에 있어서는 오전 6시부터 오후 8까지로 정하고 있고, 부재자투표시간은 오전 10시부터 오후 4시까지로 정하고 있다(법 제155조 제1항, 제2항 본문).

부재자투표소 투표절차를 처음 도입했던 구 대통령선거법(1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정되고, 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 폐지되기 전의 것)은 일반 선거일의 투표시간을 선거일 오전 7시부터 오후 6시까지로, 선거일 전 13일부터 선거일 전 4일까지 10일간 실시되는 부재자투표에서 부재자투표시간은 오전 9시부터 오후 4시까지로 정하였다(구 대통령선거법 제96조 제1항, 제2항).

이후 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 국회의원선거와 지방선거에도 부재자투표소 투표절차를 도입하면서 부재자투표기간을 지방의회의원선거의 경우 선거일 전 6일부터 3일간으로, 나

머지 선거의 경우에는 선거일 전 7일부터 3일간으로 정하고 부재자투표시간을 오전 10시부터 오후 4시까지로 정하였다.

그 후 부재자투표기간은 동법이 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되면서 모든 선거의 부재자투표기간을 ‘선거일 전 7일부터 3일간’으로 통일하였다가, 2004. 3. 12. 법률 제7198호로 개정되면서 ‘선거일 전 6일부터 2일간’으로 변경하였으나, 부재자투표시간은 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 오전 10시부터 오후 4시까지로 정한 내용이 그대로 이 사건 투표시간조항에 이르기까지 이어져오고 있다.

다. 입법례

(1) 일본⁴⁾

일본에서 선거일에 투표소에 가서 투표를 할 수 없는 유권자는 선거인명부가 등록된 시·정·촌외의 타 주소지에서 부재자투표관리자의 관리하에 투표를 할 수 있다. 부재자투표자는 선거기일의 공시 또는 고시가 있는 날의 다음날부터 선거기일의 전일까지 부재자 투표소에서 투표를 할 수 있다(일본공직선거법 시행령 제56조 제1항).⁵⁾ 참의원선거는 선거일 17일 전(일본공직선거법 제32조 제3항), 중의원선거는 선거일 12일 전에 선거기일을 공시하므로(일본공직선거법 제31조 제4항), 공시다음날부터 선거기일 전일까지의 기간은 참의원선거의 경우 15일간, 중의원선거의 경우 10일간이 된다. 투표소는 오전 8시 30분에 열리고 오후 8시에 닫으며(일본공직선거법 제49조 제1항 및 제48조의 2 제3항), 투표를 마친후 즉시 부재자투표관리인은 선거인이 등록되어 있는 선거인명부가 속하는 시정촌의 선거관리위원회위원장에게 부재자투표를 송치하거나 우편 등으로 송부한다(일본공직선거법 시행령 제60조 제1항 제1호).⁶⁾

4) 각국의 선거제도 비교연구, 중앙선거관리위원회, 2009, 515~517면 참조.

5) 투표자는 위 부재자투표기간에 부재자투표소에서 투표를 한 후 투표용지를 투표용봉투에 넣어 봉합한 다음 투표용봉투 표면에 서명하여 부재자투표관리자에게 제출하면(일본공직선거법 시행령 제56조 제1항), 부재자투표관리자는 (투표입회자의 서명, 투표관리자의 서명날인을 거친후) 이를 즉시 선거인이 등록되어 있는 선거인명부가 속하는 시정촌의 선거관리위원회위원장에게 송치하거나 우편등으로 송부하여야 한다(일본공직선거법 시행령 제60조 제1항 제1호).

(2) 미국⁷⁾

미국에서 부재자투표는 부재자투표소 투표가 아닌 우편투표로 갈음하기 때문에 부재자투표소 운영시간제한에 관한 입법례를 직접 비교하기는 곤란하다. 다만 미국에서는 각 주법에 따라 36개 주에서 선거일 당일에 주소지에서 투표할 수 없는 자를 위하여 선거일 전에 주소지에서 투표를 할 수 있도록 하는 사전투표제도를 운영하고 있는데, 플로리다주의 경우 사전투표소는 선거일 15일 전부터 선거일 전일까지(보궐선거의 경우 선거일 8일 전부터 선거일 전일까지), 평일의 경우 매일 최소 8시간, 주말은 8시간동안 운영한다. 일리노이주의 경우 사전투표소는 선거일 22일전부터 선거일 5일 전까지 운영하며, 주중 오전 8시 30분부터 오후 4시 30분까지(또는 오전 9시부터 오후 5시까지) 주말이나 공휴일의 경우 오전 9시부터 오후 12시까지 운영한다.

(3) 캐나다⁸⁾

미국과 마찬가지로 캐나다도 우편투표의 방식으로 부재자투표를 하기 때문에 부재자투표소를 운영하고 있지 않지만, 선거일 이전에 주소지에서 투표를 할 수 있도록 하는 사전투표제도를 운영하고 있다. 사전투표는 통상 선거일 10일 전인 금요일, 9일 전인 토요일, 7일 전인 월요일 정오부터 오후 8시까지 실시한다.

(4) 독일

독일은 1919년 바이마르 헌법 이래로 휴일 투표제를 실시하고 있고, 연방 선거는 오전 8시부터 오후 6시까지 실시된다(추천관위원장은 특별한 사유가 있는 경우 개별 선거구의 투표개시시간을 앞당길 수 있다). 독일의 경우 사실상 누구나 우편투표를 이용할 수 있고, 투표일 오후 6시까지 투표용지를 담은 우편물이 도착하면 유효한 우편투표로 인정된다. 우편투표는 1957년 연방선거법에 도입되었다.

6) 보통 선거일의 투표소의 개폐시간은 오전 7시부터 오후 8시까지이다(일본 공직선거법 제40조 제1항).

7) 각국의 선거제도 비교연구, 중앙선거관리위원회, 2009, 529~530면 참조.

8) 각국의 선거제도 비교연구, 중앙선거관리위원회, 2009, 533면 참조.

라. 이 사건 투표시간조항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부

(1) 제한되는 기본권

법정의견은 평일 일과시간에 직장업무 및 학교수업을 하여야 하는 청구인과 같은 부재자투표자의 경우 투표시간을 일과시간 내인 오전 10시부터 오후 4시까지로 제한할 경우, 청구인은 그만큼 시간적인 제약을 받는 상태에서 선거권을 행사할 수밖에 없으므로, 이 사건 투표시간조항은 청구인의 선거권을 제한하는 것으로 볼 수 있고, 투표시간을 오전 6시부터 오후 6시까지로 정하고 있는 일반 선거일의 투표자와 비교하거나, 오전 6시부터 오후 8시까지로 정하고 있는 보궐선거 등의 투표자와 비교할 때도 이 사건 투표시간조항은 부재자투표자인 청구인의 평등권을 제한하는 것으로 볼 수 있다고 결정하였다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 329). 그 밖에 법정의견은 행복추구권은 보충적으로 적용되어야 할 기본권이므로, 이 사건 투표시간조항이 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부를 심사하는 이상 행복추구권을 침해하는지 여부는 별도로 판단하지 아니한다고 결정하였다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 329).

(2) 심사기준

(가) 선례의 검토

1) 재판소 선례 중에는, 선거권 자체를 제한하는 법률조항에 대해서도 입법자의 형성권을 넓게 인정하는 전제에서 이른바 ‘합리성 심사’를 한 사례들이 있다.

○ 『선거권연령에 …… 관한 입법은 …… 합리적인 이유와 근거에 터잡아 합목적적으로 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 헌법상 허용될 수 없는 것이다. …… 이러한 사항의 판단에 관하여 우리 재판소가 입법자보다 고도의 전문적 식견을 가지고 있는 것도 아니다.』 (헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 680⁹⁾; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1429)

9) 다만, 재판관 4인의 반대의견에서는 선거권의 제한은 ‘불가피한 최소한의 정도이어야 한다’고 보았다.

○ 『확정판결을 받은 선거법에 대하여 선거권 및 피선거권을 제한하는 규정은 …… 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라고 할 수 없고, 또 선거법 중 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간동안 피선거권의 행사를 제한할 것인가의 문제는 입법재량에 속하는 사항으로서, 그것이 합리적 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라고 말할 수 없는 것이다.』 (헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881, 888)¹⁰⁾

2) 그러나 2007년 이후 선거권 제한에 관련된 일련의 사건들에서 재판소는 선거권을 제한하는 법률조항에 대한 위헌 심사에는 이른바 ‘엄격한 비례심사’가 적용되어야 함을 명시적으로 밝혔다.

○ 『선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 하는 것이다. 따라서 …… 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.』 (헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 판례집 19-1, 859, 874-875)

○ 『선거권 역시 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있지만, 선거권이 지닌 헌법적 중요성을 고려할 때, 적어도 일반인에 대한 이러한 제한은 불가피한 예외적 사유가 존재할 경우에만 정당화될 수 있는 것이다.』 (헌재 2007. 6. 28. 2005헌마772, 판례집 19-1, 899, 907)

○ 『민주국가에서 국민주권과 대의제 민주주의를 실현하는 핵심적인 수단으로서 선거권이 갖는 중요성에 비추어 볼 때, 형벌의 내용이 선거권 제한이라고 한다면, 그 자체 및 적용범위의 정당성에 관하여도 보통선거의 원칙에 입각한 선거권 보장과 그 제한의 관점에서 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 엄격한 비례심사를 함이 타당하다.』 (헌재 2009.10.29. 2007헌마1462, 판례집 21-2 하, 327, 341)

3) 한편 선거권 자체의 제한이 아니라 선거권 행사에 필요한 신분 확인

10) 다만, 위 결정에서는 구체적인 논증없이 과잉금지원칙에도 위반되지 않는다고 설시하고 있다(판례집 9-2, 881, 890)

절차를 규정한 법률조항에 대한 위헌 심사에서 재판소는 입법자의 합리적인 재량 범위를 벗어났는지 여부만을 심사하였다.

『투표과정에 있어서 …그 신분확인을 어떠한 방법으로 할 것인지 …에 의한 제한은 선거권 자체의 제한이 아니고 선거권 행사에 있어 필수적인 절차인 신분확인의 제도상 요구되는 내재적 제한이라 할 것이다. 따라서 그 제한의 폭을 어느 범위로 정할 것인지는 입법정책에 속하는 문제이다. …이 사건 조항이 선거인의 신분확인을 위해 신분증명서를 제시하도록 하고 있는 것은 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것이라고 할 것이므로, 이 사건 조항이 청구인의 선거권을 침해하였다고는 볼 수 없다.』(헌재 2003. 7.24. 2002헌마508, 판례집 15-2 상, 158, 165)

4) 마찬가지로 부재자투표의 투표기간을 ‘선거일 전 6일부터 2일간’으로 정한 법률조항에 대한 위헌심사에서 재판소는 입법자의 합리적 재량 범위를 벗어났는지 여부를 심사하였다.

『이 사건 법률조항은 선거권을 부여 또는 박탈하거나 선거권의 행사에 필요한 요건을 정하는 것이 아니라, 법적인 지위에 있어 선거권을 행사하는데 아무런 제한이 없음에도 사실상의 사유로 선거일에 정해진 투표소에서 투표를 할 수 없는 사람들로 하여금 현실적으로 선거권을 행사할 수 있도록 하기 위해 마련된 규정이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대한 위헌 여부의 심사는, ‘입법자는 어떠한 목적을 위해 어느 정도로 선거권을 제한할 수 있는가’에 대한 것이 아니라 ‘입법자는 부재자가 현실적으로 투표할 수 있게 하는 절차를 어느 정도로 마련해야 하는가’에 대한 심사라 할 것이고, 부재자투표에 관한 내용은 사회적·경제적·지리적·기술적 여건에 의해 크게 좌우되므로, 그 절차를 규정함에 있어서는 입법자에게 폭넓은 형성의 자유가 인정된다고 보아야 한다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부는, 현재의 사회적·경제적·지리적·기술적 여건을 고려할 때, 부재자투표기간을 선거일 전 6일부터 2일간으로 규정한 것이 입법형성의 한계를 벗어나 현저히 부당한 것인지 여부를 심사함으로써 결정지어야 할 것이다.』(헌재 2010. 4. 29. 2008헌마438, 판례집 22-1하, 110, 120)

5) 국회의원 재·보궐선거일을 평일인 목요일 오전 6시부터 오후 6시까지

로 정한 법률조항에 대한 평등권 침해 심사에서도 재판소는 『투표시간을 일과후의 시간까지 연장할지 여부는 헌법이 제41조 제3항에서 입법자의 입법형성권의 범위에 위임하고 있는 “기타 선거에 관한 사항”에 해당하는 문제라고 할 것이며 따라서 현행 공선법이 국회의원 재·보궐선거일을 총선거일과 동일하게 평일인 목요일로 지정한 것이라든지 그 투표시간을 총선거와 동일한 시간대로 지정한 것은 그러한 입법자의 입법재량 범위내에 있다.』고 보았다(헌재 2003. 11. 27. 2003헌마259 등, 판례집 15-2하, 339, 347).

(나) 이 사건 투표시간조항에 대한 심사기준

이 사건 투표시간조항은 선거권을 부여 또는 박탈하거나 선거권의 행사에 필요한 여건을 정하는 등 선거권 자체에 법적인 제한을 가하는 것이 아니라, 사실상의 사유로 선거일에 정해진 투표소에서 투표를 할 수 없는 부재자가 현실적으로 투표할 수 있게 하는 절차를 마련하는 규정이고, 이러한 부재자 투표절차의 내용은 사회적·경제적·지리적·기술적 여건의 영향에 좌우될 수 있으므로, 그 절차를 규정함에 있어서 입법자에게 상당한 입법형성의 자유가 인정될 수 있다. 이러한 점을 고려하면, 이 사건 투표시간조항의 위헌여부에 대하여 합리성심사를 할 수도 있었을 것이다.

그러나 법정의견은 이 사건 투표시간조항이 선거권에 법적인 제한을 가하는 것은 아니라고 하더라도, 부재자투표시간을 평일 일과시간 이내로 정하고 있어 평일 일과시간에 학업과 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자의 투표권행사를 사실상 어렵게 함으로써 결과적으로 이들의 선거권 자체를 제한하고 있는 것으로 볼 수 있다는 점에서, 선거권의 법적 제한과 관련이 없는 단순한 부재자투표절차를 마련하는 규정과는 구별되므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되는지 여부를 심사하되, 이 사건 투표시간조항이 부재자투표절차에 관한 규정임을 감안하여 완화된 과잉금지심사를 한다고 결정하였다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 329-330).

(3) 선거권과 평등권의 제한이 헌법적으로 정당화되는지 여부

이 사건 투표시간조항에 대하여 바라보는 시각은 합헌론과 위헌론이 차이가 있을 수 있다. 합헌론은 이 사건 투표시간조항이 선거권의 행사에 아무런

법적 제한을 받지 않으면서도 사실상의 사유로 인해 선거일에 투표소에서 투표하지 못하는 사람들에게 별도의 절차를 마련하여 투표를 할 수 있도록 한 부재자투표절차에서 그 투표시간을 정하고 있는바, 부재자투표는 선거일에 투표소에서 투표할 수 없는 사람을 위해 추가적으로 마련된 투표절차라는 점에서 통상의 선거일의 투표와 여러 가지 면에서 다르게 규율될 수밖에 없는 점을 강조할 것이다. 반면 위헌론은 부재자투표절차는 법적으로 제한을 받지 않지만 단순히 사실상의 사유로 인해 투표소에서 투표하지 못하는 사람들의 편의를 위해 시혜적으로 마련된 절차가 아니라, 어떠한 사유에서든지 발생할 수밖에 없는 부재자를 위한 고유한 투표절차이므로, 입법자는 부재자투표자 일반이 실제로 선거권을 행사할 수 있도록 투표절차를 법적으로 형성하여야 한다는 점을 강조할 것이다.

법정의견은 부재자투표절차를 시혜적으로 마련된 절차로 이해하지 않고 부재자투표자가 실제로 선거권을 행사할 수 있도록 투표절차를 형성하여야 한다는 점을 강조하고 있다. 즉 부재자투표시간을 평일 일과시간 이내인 오전 10시부터 오후 4시까지로 정함으로써 개별 부재자투표자가 투표권을 행사할 때 받을 수 있는 사실상의 제한은 개별 부재자투표자가 처한 상황에 따라 다를 것이지만, 입법자는 일과시간 이내에 투표를 할 수 있을 것으로 예상되는 부재자투표자 집단뿐만 아니라, 평일 일과시간에 학업과 직장업무 등을 하여야 하는 부재자투표자를 고려하여 투표시간을 정해야 할 것이라고 하여 입법자는 부재자투표자 일반이 실제로 선거권을 행사할 수 있도록 투표절차를 법적으로 형성하여야 할 것을 전제로 논의를 전개하고 있다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 330, 332). 이에 따라 법정의견은 부재자투표시간을 부재자투표의 인계·발송절차의 지연위험이 발생하지 않으면서 일과시간에 학업·직장업무를 하여야 하는 부재자 투표자가 현실적으로 선거권을 행사하는데 어려움이 있는지 여부에 따라 투표종료시간 부분과 투표개시시간 부분을 나누어 위헌여부를 달리 판단하였다.

(가) 이 사건 투표시간조항 중 투표종료시간 부분: 합헌론

법정의견은 투표종료시간 부분에 대하여는 만약 부재자투표시간을 일과시간 이후 저녁 늦은 시간까지 연장한다면 부재자투표의 인계·발송절차가 그

만큼 지연되어 부재자투표가 선거일 오후 6시까지 선거관리위원회에 도착하지 못할 위험이 발생하고, 부재자투표함을 관리하는 데 따른 위험과 행정부담이 커진다는 점, 이 사건 투표시간조항이 투표종료시간을 오후 4시까지로 정한다고 하더라도 투표개시시간을 일과시간 이전으로 변경한다면, 부재자투표의 인계·발송절차가 지연될 위험 등이 발생하지 않으면서도 일과시간에 학업·직장업무를 하여야 하는 부재자투표자가 현실적으로 선거권을 행사하는 데 큰 어려움이 발생하지 않을 것이므로, 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 결정하였다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 331).

법정의견이 이 사건 투표종료시간 부분에 대하여 합헌론을 전개한 주요 논거는 투표종료시간이 부재자투표의 관리 및 발송절차와 관련이 있다는 점이다.¹¹⁾

공직선거법은 부재자투표소 투표의 경우, 선거일의 투표와는 달리, 투표함을 투표관리관 등이 직접 선거관리위원회에 송부하도록 하지 않고 등기우편으로 투표를 발송하도록 하고 있으며(법 제170조 제1항, 제158조 제2항), 2일간의 부재자투표를 마치고 한꺼번에 등기우편으로 발송하지 않고 매일 투표마감 후에 우체국장에게 인계하여 등기우편으로 발송하도록 하고 있다(법 제158조 제2항). 이는 일차적으로 투표관리 중에 발생할 수 있는 부정선거를 막기 위한 것이며, 그 밖에 투표관리관 등이 직접 선거관리위원회에 송부하거나 부재자투표소에서 별도로 투표를 보관할 때 발생할 수 있는 관리위험과 행정부담을 덜고, 거소에서 부재자투표를 하고 선거관리위원회에 직접 등기우편으로 투표를 발송하는 거소투표와 마찬가지로 선거관리위원회에서 통합적으로 부재자투표를 관리하도록 하기 위한 것이다. 특히 투표마감시간을 오후 4시로 정한 것은 위와 같은 부재자투표의 관리 및 발송절차를 원활히 진행하기 위하여 관할 우체국장에게 부재자투표를 인계하여 등기우편으로

11) 공직선거법에 의하면 선거일의 투표의 경우 투표가 끝난 후 지체없이 투표함 및 그 열쇠와 투표록 및 잔여투표용지를 관할구·시·군선거관리위원회에 송부하도록 하고 있지만(법 제170조 제1항), 선거일 전 6일부터 2일간 실시되는 부재자투표소 투표의 경우 부재자투표기간 중 매일의 부재자투표마감 후 부재자투표참관인의 참관하에 부재자투표함을 개함하고 부재자투표수를 계산한 후 관할 우체국장에게 인계하여 등기우편으로 관할구·시·군선거관리위원회에 발송하도록 하고 있다(법 제158조 제2항).

발송하기 위한 것이다.

만약 투표마감시간을 보궐선거 등과 마찬가지로 일과시간 이후인 오후 8시까지로 정한다면 부재자투표소 투표자는 직장업무나 학업으로 인한 사실상의 제약을 덜 받는 상황에서 투표를 할 수 있겠지만, 그럴 경우 투표일마다 관할 우체국장에게 부재자투표를 인계하여 등기우편으로 발송하는 절차를 밟기가 어려워 부재자투표를 부재자투표소에 보관해야 하거나 투표관리관 등이 직접 선거관리위원회로 송부하여야 하는 등, 부재자투표의 보관·이동절차에 관한 문제가 발생한다. 반면 보궐선거 등은 보통의 선거일의 투표와 마찬가지로 선거일에 투표를 행사하고 투표가 끝난 후 곧바로 선거관리위원회에 투표함을 이송하여 개표가 진행되기 때문에 투표마감시간을 오후 8시까지로 정한다고 해도 위와 같은 문제가 발생하지 아니한다.

투표함의 보관은 가장 중요한 선거관리 업무 중의 하나로서 만약 분실이나 손괴, 기타 어떠한 사유에서든지 투표함의 온전함에 대해 의문이 생기게 되면 곧바로 선거의 효력에 관한 신뢰 문제로 이어진다. 그런데 이미 선거관리위원회에서 거소투표 투표자가 등기우편으로 발송한 부재자투표를 보관하고 있는 상황에서 선거관리위원회가 부재자투표소 투표를 거소투표와 함께 통합적으로 관리하도록 하지 않고, 추가적으로 전국에 500여개가 넘는다¹²⁾ 부재자투표소에서 부재자투표를 하루 이상 보관한 후 등기우편으로 발송하거나, 투표가 끝난후 투표관리관 등으로 하여금 직접 선거관리위원회로 송부하게 한다면, 그 만큼 선거부정의 위험과 그 밖에 투표함을 관리하면서 발생할 수 있는 위험이 커지고, 투표함의 보관과 이동이라는 업무에 커다란 행정력이 소모될 수밖에 없다.

한편 공직선거법에 따르면 부재자투표소 투표자는 선거일 하루에 한하여 투표할 수 있는 보통의 선거일의 투표자와는 달리 2일 간 투표를 할 수 있고(법 제148조 제1항), 전국 각 구·시·군선거관리위원회에서 설치한 부재자투표소 어디에서나 투표할 수 있으며, 부재자투표 기간 및 시간 내에 투표를 못한 경우에도 부재자투표용지와 회송용 봉투를 반납하기만 하면 선거일에 주민등록지 투표소에서 투표를 할 수 있는 만큼(법 제156조 제3항 제3호),

12) 제4회 지방선거에서는 509개소, 제5회 지방선거에서는 522개소가 설치되었다. 자세한 통계는 제5회 지방선거총람, 중앙선거관리위원회, 2010, 150면 참조.

투표시간을 일과시간인 오후 4시까지로 정함으로써 청구인의 선거권이 제한되는 정도가 그리 크다고 볼 수 없다.

결국 일과시간 이후 투표함을 관리하거나 이동할 때 발생할 수 있는 선거 부정의 위험을 막고 행정부담을 덜며, 등기우편으로 부재자투표를 선거관리위원회에 전달하여 선거관리위원회가 부재자투표를 안전하고 통합적으로 관리할 수 있도록 하기 위하여, 부재자투표소 투표종료시간을 오후 4시까지로 정하고 있는 이 사건 투표개시시간 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 선거권을 침해한다거나, 일반 선거일의 투표자 또는 보궐선거 등의 투표자와 비교할 때 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분: 위헌론

법정의견은 이 사건 투표시간조항이 투표개시시간을 일과시간 이내인 오전 10시부터로 정한 것은 투표시간을 줄인 만큼 투표관리의 효율성을 도모하고 행정부담을 줄이는 데 입법목적이 있을 뿐, 투표종료시간을 정할 때 발생할 수 있는 부재자투표의 인계·발송절차의 지연위험 등과는 관련이 없다는 점, 이에 반해, 일과시간에 학업이나 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자는 투표개시시간을 일과시간 이내인 오전 10시부터로 정하고 있는 이 사건 투표시간조항으로 인하여 일과시간 이전에 투표소에 가서 투표할 수 없게 되어 사실상 선거권을 행사할 수 없게 되는 중대한 제한을 받을 것이므로, 과잉금지원칙에 위반된다고 결정하였다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 332-333).

투표일에 주민등록지의 투표소에서 투표를 하기 어려운 사실상의 사유는 매우 다양하므로, 입법자는 특정한 부재자투표자 집단이 아니라 부재자투표자 일반을 상정하여 투표시간을 정하여야 할 것이다. 공직선거법은 부재자투표일을 평일로 정하고 있고, 이 사건 투표시간조항은 그 투표시간을 오전 10시부터 오후 4시까지로 정하고 있다. 만약 부재자 투표소 투표자 중 다수를 차지하고 있는 군인·경찰의 경우 통상 일과시간에 투표시간이 주어질 것이라고 예상되므로, 대부분 위의 부재자투표시간내에 투표를 할 수 있다고 해도 그것만으로 일과시간내로 정한 투표시간이 정당화될 수는 없다. 특히 평일 일과시간에 직장업무를 하여야 하는 일반인은 투표시간을 일과시간 내

로 정하는 한, 투표일이 며칠이 된다고 해도 사실상 투표를 하러 투표소에 갈 시간을 내기 어렵기 때문이다. 따라서 평일에 직장업무 중인 일반인이 사실상 투표를 할 수 없는 시간으로 투표시간을 정하는 것은 그들의 선거권에 대한 중대한 제한이며 실제로 부재자 일반의 선거권을 형해화시키는 투표절차로 볼 수 있다.

이 시간 투표시간조항이 투표개시시간을 일과시간 이전인 오전 10시부터로 정한 것은 투표시간을 줄인 만큼 투표관리의 효율성을 도모하고 행정부담을 줄이는데 있고, 그 밖에 투표종료시간을 정할 때 발생할 수 있는 부재자투표의 인계·발송절차의 지연위험 등과는 관련이 없다. 투표시간을 오후 8시까지로 정하고 있는 보궐선거 등의 투표처럼 부재자투표시간을 일과시간 이후까지 연장할 경우, 위에서 서술한 바와 같이 매일 투표가 끝난 당일에 관할 우체국장에게 부재자투표를 인계하여 등기우편으로 발송하는 절차를 밟기는 어렵기 때문에, 투표관리관 등이 직접 투표함을 선거관리위원회에 전달하든지, 투표 다음날 까지 투표함을 보관하여야 하는데, 그 과정에서 투표함의 관리위험과 행정부담이 어느 정도 발생하는 것은 사실이다. 그러나 오전 6시부터 투표를 시작하는 일반 선거일(보궐선거 등의 선거 포함)처럼 부재자투표시간을 일과시간 이전으로 앞당기는 방식으로 투표시간을 연장한다면, 투표가 끝난 당일에 부재자투표를 등기우편으로 발송하는 데 아무런 지장을 초래하지 않기 때문에, 투표함을 전달하거나 늦게까지 보관할 필요가 없으며, 투표관리관 등이 아침 일찍부터 투표관리하는 수고를 하는 이외에 별도의 관리위험이나 행정부담이 전혀 발생하지 않는다.

이에 반해, 일과시간에 학업이나 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자는 투표개시시간을 일과시간 이내인 오전 10시부터로 정하고 있는 이 사건 투표시간조항으로 인하여 일과시간 이전에 투표소에 가서 투표할 수 없게 되어 사실상 선거권을 행사할 수 없게 되는 중대한 제한을 받는다.

그렇다면 이 사건 투표시간조항이 투표개시시간을 오전 10시부터로 정한 것은 단순한 투표관리의 행정편의적 목적만 있는 반면, 그로 인하여 일과시간에 투표를 하기 어려운 사정에 있는 부재자투표자는 사실상 선거권이 형해화될 정도로 중대한 제한을 받고 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 투표개

시시간 부분은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 선거권을 침해하고, 오전 6시부터 투표할 수 있는 일반 선거일의 투표자나 보궐선거 등의 투표자와 비교할 때 청구인의 평등권을 침해한다.

마. 헌법불합치결정과 잠정적용 명령

법정의견은 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분을 단순위헌결정하여 당장 이 사건 투표시간조항 중 투표개시시간 부분의 효력을 상실시킬 경우에는 부재자투표소를 열어 부재자투표를 개시하는 법적 근거마저 사라지게 되어 법적 공백이 발생한다는 점, 부재자투표의 개시시간을 구체적으로 언제로 정할지는 궁극적으로 입법형성의 권한을 가진 입법자가 충분한 사회적 합의를 거쳐 결정해야 할 사항에 속한다는 점을 고려하여, 잠정적용 헌법불합치결정을 하고 2013. 6. 30.까지 개선입법을 하여야할 의무를 부과하였다.

3. 결정의 의의

투표절차의 위헌여부에 대한 종전 선례들은 대체로 합리성심사를 하였다. 선거권을 부여 또는 박탈하거나 선거권의 행사에 필요한 여건을 정하는 등 선거권 자체에 법적인 제한을 가하는 것이 아니라, 사실상의 사유로 선거일에 정해진 투표소에서 투표를 할 수 없는 부재자가 현실적으로 투표할 수 있게 하는 절차를 마련하는 규정의 경우, 이러한 부재자투표절차의 내용은 사회적·경제적·지리적·기술적 여건의 영향에 좌우될 수 있으므로, 그 절차를 규정함에 있어서 입법자에게 상당한 입법형성의 자유가 인정될 수 있다는 점을 고려한 것이다. 그러나 이 사건에서 헌법재판소는 이 사건 투표시간조항이 선거권에 법적인 제한을 가하는 것은 아니라고 하더라도, 부재자투표시간을 평일 일과시간 이내로 정하고 있어 평일 일과시간에 학업과 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자의 투표권행사를 사실상 어렵게 함으로써 결과적으로 이들의 선거권 자체를 제한하고 있는 것으로 볼 수 있다는 점에서, 선거권의 법적 제한과 관련이 없는 단순한 부재자투표절차를 마련하는 규정과는 구별되므로, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되는지 여부를 심사하되, 이 사건 투표시간조항이 부재자투표절차에 관한 규정임을 감

안하여 완화된 과잉금지심사를 하였다는 점에 의의가 있다. 이에 따라 헌법재판소는 이 사건 투표시간조항 중 부재자투표소를 매일 오전 10시부터 연다고 규정하고 있는 투표개시결정 부분에 대하여 헌법불합치결정을 내렸고, 국회는 2012. 10. 2. 법률 제11485호로 위 부분을 “부재자투표소는 부재자투표기간중 매일 오전 6시에 열고 오후 4시에 닫는다.”고 개정하였다.

형법 제328조 제1항 위헌소원

- 형법 제344조 중 제328조 제1항 친족상도례 규정을 제329조 절도죄에 준용하는 부분이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2012. 3. 29. 2012헌바89, 판례집 24-1상, 402)

양 요 안*

【판시사항】

1. 이 사건 법률조항이 친족 간의 절도죄에 대하여 피해재물 소유자의 고소가 있어야 형을 면제하는 것으로 규정하지 아니한 것이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 절도죄에 있어서 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우, 범인과 소유자 및 점유자 쌍방 간에 모두 친족관계가 있어야 한다는 대법원 판례에 의하여 구체화된 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제344조 중 제328조 제1항을 제329조에 준용하는 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

- 가. 당해사건의 피고인인 청구인의 이복남매 친족 정성배가 청구인을 절

* 법무부 과장(부장검사), 전 헌법연구관

도 등으로 고소한 후, 청구인은 2009. 7. 23. 서울동부지방법원에 “청구인이 2009. 1. 28. 14:00경 피해자 정성배의 주거지에 침입하여 그곳 금고 안에 있던 청구인의 모친 박연선 소유의 무기명식 양도성 예금증서 95장을 꺼내어 벽장 안에 숨겨놓은 후 다음 날 이를 가지고 가 절취하였다”는 공소사실로 기소되었고, 2010. 1. 21. 위 법원은 위 공소사실을 유죄로 인정하여 청구인에게 징역 2년 6월을 선고하였다(위 법원 2009고단2071).

나. 청구인은 위 2009고단2071 사건 계속 중 형법 제344조에 의하여 형법 제329조 절도죄에 준용되는 형법 제328조 제1항 “직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간의 죄는 형을 면제한다.”는 규정은 피해재물 소유자의 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 해석하거나 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우에 형법 제328조 제1항이 적용되기 위하여 범인과 소유자 외에 점유자에게까지 친족관계가 있어야 한다고 해석하는 한 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청 신청을 하였으나(위 법원 2009초기2069), 2010. 1. 11. “형법 제328조 제1항은 위 형사사건 재판에 적용되지 않아 재판의 전제성이 인정되지 않는다.”는 이유로 각하되고, 같은 달 14. 그 결정문을 송달받자, 2010. 2. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 절도죄의 보호법익은 소유권이고, 절도죄의 피해자는 재물의 소유자이다. 형법 제328조 제2항의 먼 친족 간의 절도죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으므로, 친족상도례의 취지상 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 피해재물 소유자의 고소가 있어야 하고 고소가 있더라도 형이 면제된다는 의미로 해석하여야 하고, 이와 달리 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄에 대하여 피해재물 소유자의 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 해석하는 한 평등원칙에 위반된다.

나. 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우, 이 사건 법률조항이 적용되기 위하여 범인과 피해재물 소유자 간에 친족관계가 있으면 된다고 보아야 하고, 이와 달리 피해재물 소유자뿐만 아니라 점유자에게까지 친족관계가 있어야 한다고 해석하는 한 평등원칙에 위반되고, 신체의 자유 및 행복추구권

을 침해한다.

【결정요지】

1. 형식적인 측면에서 본다면 형법 제328조 제1항의 형면제는 유죄의 실체판결이고, 형법 제328조 제2항은 친고죄로 규정되어 있어서 고소가 없음에도 기소된 경우에는 공소기각의 판결을 선고하므로, 형법 제328조 제2항의 면 친족 간의 범죄에 대하여 더 유리한 취급을 하는 경우가 있다고 볼 수도 있다.

그러나 실질적인 측면에서 보면 첫째 피해자의 고소가 있는 경우, 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 필요적으로 형을 면제하고, 형법 제328조 제2항의 면 친족 간의 절도죄는 기소하여 처벌할 수 있으므로 형법 제328조 제1항의 적용을 받는 것이 형법 제328조 제2항의 적용을 받는 것보다 불리하다고 할 수 없고, 둘째 피해자의 고소가 없는 경우에는 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 기소하더라도 형을 면제하여야 하기 때문에 검찰실무상 공소권없음의 불기소처분을 하며, 형면제 사유가 있음에도 이를 간과하고 기소하는 것은 매우 이례적인 일일 뿐만 아니라, 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 고소 여부와 상관 없이 일률적으로 형을 면제하기 때문에 굳이 친고죄로 규정할 필요가 없고, 반대의견과 같이 친고죄로 규정하면서 고소가 있는 경우에는 형을 면제하도록 하는 것은 이론상으로는 가능하나 그러한 입법례를 찾아보기 어려운 점 등을 종합해 볼 때, 친족 간의 절도죄에 있어서 형법 제328조 제1항의 친족과 형법 제328조 제2항의 친족 간을 법률상 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 없다고 보기 어렵다.

2. 절도죄는 점유자의 점유를 침탈함으로써 재물의 소유자를 해하는 범죄이고, 절취행위로 인하여 피해재물 소유자뿐만 아니라 점유자도 피해를 입게 된다고 할 수 있으므로, 절도죄에 있어서 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우, 범인과 소유자 및 점유자 쌍방 간에 모두 친족관계가 있어야 한다는 대법원 판례에 의하여 구체화된 이 사건 법률조항이 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사

람 간을 법률상 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

재판관 김종대의 형법 제328조 제1항 친족과 형법 제328조 제2항 친족 간 차별취급 부분에 대한 별개의견

형법 제328조 제1항은 가까운 친족 간의 재산범죄는 고소 여부와 상관 없이 처벌하지 않겠다는 데에 그 입법취지가 있고, 검찰실무상으로도 형면제 사유에 해당하는 때에는 공소권없음 처분을 하고 있으므로, 형법 제328조 제1항에서 ‘형을 면제한다’는 것은 ‘벌하지 아니한다’는 의미로 보아야 한다. 이와 같이 보는 경우, 형법 제328조 제1항의 가까운 친족이 절도죄로 기소되면 이는 처벌받지 않을 사람을 기소한 때에 해당되어 형사소송법 제328조 제1항 제4호를 준용하여 공소기각의 결정을 하여야 하므로, 친족상도례에서 가까운 친족과 먼 친족 간에 불합리한 차별이 있다고 할 수 없다.

재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 박한철, 재판관 이정미의 형법 제328조 제1항 친족과 형법 제328조 제2항 친족 간 차별취급 부분에 대한 반대의견

이 사건 법률조항에 의하면, 피해자의 고소가 없는 경우, 절도 피고인이 피해자와 형법 제328조 제1항의 밀접한 친족관계에 있으면 형의 면제판결을 받게 되고, 그 보다 덜 밀접한 형법 제328조 제2항의 친족관계에 있으면 공소기각판결을 받게 된다. 형의 면제판결은 범죄는 성립하지만 형의 집행을 면제하는 것인 반면, 공소기각판결은 공소제기 자체의 적법성을 부인하는 것으로서 형의 면제판결 보다 가벼운 판결임이 명백하다. 따라서 피해자와 친족관계가 밀접한 피고인이 친족관계가 덜 밀접한 경우보다 더 중한 처벌을 받게 되는 것은 친족상도례의 입법취지에 부합하지 않으며, 그러한 차별에 합리적인 이유를 발견하기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 평등원칙에 위배되므로 위헌이 선언되어야 하고, 그 위헌상태가 제거되기 위하여는 형법 제328조 제1항이 “직계혈족 등의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있고, 고소가 있는 경우에는 형을 면제한다.”라고 규정되어야 한다. 다만 이 사건 법률조항을 단순위헌으

로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 하면 피해자와 형법 제328조 제1항의 친족관계에 있는 절도 피고인에게 적용할 근거규정이 없어지게 되므로, 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하여 개선입법이 있을 때까지 그 효력을 유지하도록 함이 상당하다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

대법원 판례와 통설은 절도죄의 보호법익을 ‘점유권과 소유권’으로 보고 있다. 이에 반해 청구인은 절도죄의 보호법익이 ‘소유권’임을 전제로 ① 절도죄의 피해자는 피해재물의 소유자로 보아야 하고, 형법 제328조 제1항의 문언상 동 조항에 규정된 친족 간의 절도죄에 대하여는 필요적으로 형을 면제하되 고소는 필요없는 것처럼 보이지만, 형법 제328조 제1항의 친족 간의 절도죄에 있어서 같은 조 제2항과 달리 공소제기 요건으로 피해재물 소유자의 고소가 필요없다고 해석하는 것은 헌법에 위반되고, ② 형법 제328조 제1항의 친족 간의 절도죄에 있어서 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우에 범인과 피해재물의 소유자와는 친족관계에 있으나 피해재물의 점유자와는 친족관계가 없는 경우에는 친족상도례가 적용되지 않는 것이라고 해석한다면 헌법에 위반된다고 주장하고 있다.

이 사건의 경우 먼저 청구인의 주장이 한정위헌청구인지, 한정위헌청구라면 적법한지 여부가 문제된다. 다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 이 사건 법률조항이 형법 제328조 제1항의 친족과 형법 제328조 제2항의 친족 간, 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사람 간 차별취급을 하고 있는지 여부, 차별취급을 하고 있다면 합리적인 이유가 있는지 여부가 주된 쟁점이 된다.

2. 한정위헌청구 여부 및 적법성

(가) 청구인의 주장이 한정위헌청구인지, 한정위헌청구라면 적법한지 여부가 문제된다.

이에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 이 사건 헌법소원

청구가 적법하다고 판단하였다.

『형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄에 대하여 피해재물 소유자의 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다고 해석하는 한 위헌이라는 주장은 형법 제328조 제2항의 먼 친족 간의 절도죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하고 있으므로, 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄에 대하여 피해재물 소유자의 고소가 있어야 형을 면제하는 것으로 규정하지 않은 것이 평등원칙에 위반된다는 이른바 부진정입법부작위를 다투는 것으로 볼 수 있다.

그리고 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우, 이 사건 법률조항이 적용되기 위하여 범인과 피해재물 소유자뿐만 아니라 점유자에게까지 친족관계가 있어야 한다고 해석하는 한 위헌이라는 주장은 절도죄에 있어서 형법 제328조 제1항이 적용되기 위하여 범인과 피해재물의 소유자 및 점유자 쌍방 간에 모두 친족관계가 있어야 한다는 대법원 판례(대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결)에 의해 구체화된 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 봄이 상당하다.』

(나) 살피건대, 이 사건 청구가 한정위헌청구인지, 한정위헌청구로 볼 때 적법한지 여부에 대해 논란이 있을 수 있으나, 청구인의 위 ① 주장은 한정위헌청구로 볼 것이 아니라, 친고죄로 하고 있는 형법 제328조 제2항의 친족보다 더 가까운 형법 제328조 제1항의 친족간의 절도죄에 대하여 재물 소유자의 고소가 있어야 형을 면제하는 것으로 규정하지 않은 것이 평등원칙에 위배된다는 부진정입법부작위를 주장하는 것으로 봄이 상당하고, 이러한 헌법소원은 적법하다.

위 ② 주장과 관련하여, 피해재물의 소유자와의 사이에서만 친족관계가 있는 사람을 피해재물의 소유자 및 점유자 쌍방 사이에 친족관계가 있는 사람에 비해 차별취급한다는 것은 절도죄의 보호법익에 관한 해석·적용에 관한 주장에 불과하고 이 사건 법률조항 자체의 위헌 여부를 다투는 것이 아니라고 볼 여지도 있을 것이다. 그러나 법률의 위헌성을 판단함에 있어서는 그 법률의 해석 내지 그 법률이 어느 경우에 적용되는가를 확정하는 것이

선행되어야 하므로 이 한도 내에서는 헌법재판소도 법률의 해석 내지 적용에 관여하지 않을 수 없다. 심판대상규정에 대한 일정한 해석이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적되어 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정의 위헌성을 다투는 경우에는 한정위헌청구를 심판의 대상으로 할 수 있는바(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229, 231-232 등), 법원의 누적된 판례상 절도죄에 있어서 친족상도례가 적용되기 위해서는 범인과 피해재물의 소유자 뿐만 아니라 범인과 피해재물의 점유자간에도 친족관계가 있어야 한다는 해석이 규범력을 가진 것이라면 결국 법원의 해석에 의하여 구체화된 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있기 때문에 이 부분 심판청구도 적법하다.

3. 친족상도례의 입법취지와 입법연혁 및 외국의 입법례¹⁾

가. 친족상도례의 입법취지와 입법연혁

친족상도례는 친족 사이에서 재산범죄가 저질러진 경우 친족이라는 특수한 사정을 고려하여 형을 면제하거나 고소가 있어야 죄를 논할 수 있게 하는 등 처벌에서 특별취급을 하는 것을 말한다.

친족상도례는 친족 사이의 재산관리, 소비는 공동체적으로 이루어지는 경우가 많기 때문에 재산범죄에 있어서도 친족 내부에서 논의하여 그들의 처분에 위임하는 것이 가족적 정의를 존중하는 것이고, ‘법은 가정에 들어가지 않는다’는 법언에 따라 친족의 의사에 반해서까지 국가가 형벌로서 적극적으로 개입하는 것은 타당하지 않다는 정책적 견지에서 마련된 것이다.

친족상도례에 관한 규정은 1953. 9. 18. 형법 제정 당시부터 있었고, 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 일부 개정하면서 형법 제328조 제2항의 ‘고소가 있어야 논한다’ 문구를 ‘고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다’로 바꿨고, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 일부 개정하면서 형법 제328조 제1항의 친족상도례가 적용되는 친족의 범위에서 호주를 삭제하고, ‘가족’을 ‘동거가족’으로 변경한 후 현재에 이르고 있다.

1) 주석 형법각칙(5), 한국사법행정학회, 2006. 4.(제3판), 271-274쪽 등 참조

형법 제328조 제1항과 같이 친족상도례에 의하여 형을 면제하는 것은 범죄는 성립하지만 가까운 친족이라는 신분상의 특수관계를 고려하여 처벌을 하지 않는다는 취지이므로 그 법적 성질을 인적 차별조각사유로 보는 것이 통설이고, 형법 제328조 제2항은 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하여 친고죄로 규정하고 있다.

나. 외국의 입법례

로마법에서는 동일한 가족구성원(동거친족, 동거 고용자 포함) 간에 절도가 행해진 경우에는 절도를 원인으로 하는 소를 제기하는 것이 불가능하였고, 이러한 로마법 사상이 19세기 각국의 형법전에 계수되었다.

프랑스에서는 직계혈족이나 배우자에 대하여 절도죄를 범한 경우 형사소추되지 않는다고 규정하고 있고, 독일에서는 절도죄의 피해자가 친족, 후견인·보호자인 경우 또는 피해자가 주거공동체 내에서 범인과 동거하고 있는 경우에는 친고죄로 규정하고 있다.

일본은 우리나라의 친족상도례 규정과 유사하고, 독일의 경우 원친, 근친을 구별하지 않고 친족 간의 범행에 대해 모두 친고죄로 하고 있으며 근친을 원친보다 배려하는 규정은 없다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부(평등원칙 위반 여부)

가. 심사기준

친족상도례는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 부분이 아닐 뿐만 아니라 친족상도례는 친족 간의 재산범죄에 대하여 가급적 국가형벌권이 간섭하지 않겠다는 취지에서 정책적으로 마련된 제도로서 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래한다고 할 수 없고, 친족상도례의 적용을 받는 친족의 범위를 정함에 있어서는 입법자에게 넓은 입법재량권이 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항에 대한 평등원칙위반 여부의 심사를 함에 있어서는 완화된 자의금지 심사에 따라 차별에 합리적인 이유가 있는지를 따져보는 것으로 족하다고 할 것이다.

나. 차별취급의 존부

이에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 이 사건 법률조항이 두 가지 측면에서 차별취급을 하고 있다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항에 대한 평등원칙 위반 여부 심사를 위하여 비교집단으로 설정할 수 있는 것은 첫째 형법 제328조 제1항의 친족과 형법 제328조 제2항의 친족, 둘째 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사람이다.

먼저 이 사건 법률조항이 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 고소 여부와 상관 없이 형을 면제하도록 하는 반면, 형법 제328조 제2항의 먼 친족 간의 절도죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으므로, 친족 간의 절도죄에 있어서 형법 제328조 제1항의 친족과 형법 제328조 제2항의 친족 간에 차별취급이 존재한다.

한편 이 사건 법률조항이 적용되기 위하여 절도범인과 피해재물의 소유자 및 점유자 쌍방 간에 친족관계가 필요하다고 해석하는 경우, 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사람은 이 사건 법률조항의 적용 여부가 달라지므로, 양자 사이에 차별취급이 존재한다.』

다. 차별취급의 합리성 여부

(1) 형법 제328조 제1항의 친족과 형법 제328조 제2항의 친족 간 차별취급의 경우

(가) 이에 대하여 범정의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항은 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄에 대하여는 피해자의 고소 여부와 상관 없이, 피해자가 고소를 하더라도 형을 면제하여 처벌하지 않겠다는 것으로 가정 내부의 문제는 국가형벌권이 간섭하지 않는 것이 바람직하다는 정책적 고려와 함께 가정의 평온이 형사처벌로 인해 깨지는 것을 막으려는 데에 그 입법취지가 있다. 이에 비해 형법 제328조 제2항의 먼 친족 간의 절도죄에 대하여는 국가가 먼저 개입하지 아니

하되 피해자가 굳이 고소를 하여 처벌을 원한다면 처벌할 수 있도록 하는 것이다.

형식적인 측면에서 본다면 형법 제328조 제1항의 형면제는 유죄의 실체판결이고, 형법 제328조 제2항은 친고죄로 규정되어 있어서 고소가 없음에도 기소된 경우에는 공소기각의 판결을 선고하므로, 형법 제328조 제2항의 면친족 간의 범죄에 대하여 더 유리한 취급을 하는 경우가 있다고 볼 수도 있다. 그러나 실질적인 측면에서 보면 피해자의 고소가 있는 경우, 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 필요적으로 형을 면제하고, 형법 제328조 제2항의 먼 친족 간의 절도죄는 기소하여 처벌할 수 있으므로 형법 제328조 제1항의 적용을 받는 것이 형법 제328조 제2항의 적용을 받는 것보다 불리하다고 할 수 없고, 피해자의 고소가 없는 경우에는 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 기소하더라도 형을 면제하여야 하기 때문에 검찰실무상 형법 제328조 제1항의 친족상도례에 해당하는 때에는 공소권 없음의 불기소처분(검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제4호)을 하며, 형면제 사유가 있음에도 이를 간과하고 기소하는 것은 매우 이례적인 일이다.

그리고 형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 절도죄는 고소 여부와 상관없이 일률적으로 형을 면제하기 때문에 굳이 친고죄로 규정할 필요가 없다. 반대의견과 같이 피해자의 고소가 없는 경우, 피고인의 입장에서 형면제 판결보다 공소기각 판결을 받는 것이 유리하다고 보아 친고죄로 규정하면서 고소가 있는 경우에는 형을 면제하도록 하는 것은 이론상으로는 가능하나 그러한 입법례는 찾아보기 어렵다. 친족간의 재산범죄에 관한 외국의 입법례를 보면 일본은 우리나라와 유사하고, 독일은 원친, 근친을 구별하지 않고 친고죄로 규정하고 있을 뿐 근친을 원친보다 더 배려하는 규정은 없다.

따라서 친족 간의 절도죄에 있어서 형법 제328조 제1항의 친족과 형법 제328조 제2항의 친족 간을 법률상 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 없다고 보기 어렵다.』

위와 같이 법정외견은 이 사건 법률조항이 형식적인 측면에서 볼 때 균형에 맞지 않는다고 볼 여지가 있다고 전제한 뒤, 이 사건 법률조항의 입법취지, 피해자의 고소가 있는 경우와 고소가 없는 경우에 각각 실질적인 측면에

서의 불이익 비교, 외국 입법례 등을 종합적으로 고려하여 차별취급에 합리적 이유가 있다고 보았다.

(나) 이러한 법정의견에 대하여 재판관 김종대는 다음과 같이 법정의견과 결론을 같이 하지만 이유를 달리하는 별개의견을 개진하였다.

『형면제 판결은 유죄의 실체판결이고, 공소기각판결은 공소제기 절차가 부적법하여 무효임을 선언하는 형식판결로서 친족상도례에서 가까운 친족을 먼 친족보다 더 불리하게 취급하게 되어 균형에 맞지 않을 뿐만 아니라 친족상도례의 입법취지에도 부합하지 않는다.

형법 제328조 제1항은 가까운 친족 간의 재산범죄는 고소 여부와 상관 없이 처벌하지 않겠다는 데에 그 입법취지가 있고, 검찰실무상으로도 형면제 사유에 해당하는 때에는 공소권없음 처분을 하고 있다. 따라서 형법 제328조 제1항에서 ‘형을 면제한다’는 것은 고소 여부와 상관 없이 ‘벌하지 아니한다’는 의미로 보아야 한다. 이와 같이 보는 경우, 형법 제328조 제1항의 가까운 친족이 절도죄로 기소되면 이는 처벌받지 않을 사람을 기소한 때에 해당되어 형사소송법 제328조 제1항 제4호를 준용하여 공소기각의 결정을 하여야 하므로, 친족상도례에서 가까운 친족과 먼 친족 간에 불합리한 차별이 있다고 할 수 없다.

이러한 견지에서 볼 때 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.』

위 별개의견은 이 사건 법률조항의 입법취지를 고려하고, 균형에 맞게 해석할 경우 이 사건 법률조항에서 ‘형을 면제한다’는 것은 고소 여부와 상관 없이 ‘벌하지 아니한다’는 의미로 보아야 하고, 이렇게 볼 때 이 사건 법률조항이 불합리하다고 할 수 없다고 본 것이다.

(다) 그리고 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 박한철, 재판관 이정미는 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반된다고 보고 헌법불합치의견을 밝혔다.

『친족의 재물을 절취하여 형법 제329조에 따라 처벌받게 된 때, 피해자인 친족이 ‘직계혈족 등’인 경우 고소가 있었는지 여부에 불문하고 ‘형의 면제’의 판결(형사소송법 제322조)을 받게 되는 반면(형법 제328조 제1항), 피해자인 친족이 ‘그 이외의 친족’인 경우 고소가 없으면(고소취소된 경우를

포함한다) 공소제기조차 할 수 없고, 공소제기되었더라도 공소기각판결(형사소송법 제327조 제2호)을 받게 된다(형법 제328조 제2항). 즉, 절도죄의 피해자인 친족의 고소가 없는 경우, 그 친족이 ‘직계혈족 등’이면 형의 면제판결을 받게 됨에도, 오히려 ‘그 이외의 친족’이면 공소기각판결을 받게 되는 차별이 발생한다.

그런데 형의 면제판결은 범죄는 성립되지만 일정한 사유에 의하여 국가의 형벌청구권이 저지되어 형의 집행을 면제하는 것인 반면, 공소기각판결은 공소제기 자체의 적법성을 부인하는 것으로서 형의 면제판결 보다 가벼운 판결임은 너무나 명백하다. 따라서 피해자가 ‘직계혈족 등’인 경우의 피고인이 피해자가 ‘그 이외의 친족’인 경우의 피고인에 비하여 더 중한 처벌을 받는 모순이 발생하게 된다.

형법 제328조가 규정한 이른바 친족상도례란, 친족 간의 재산범죄에 대하여 국가가 직접적으로 개입하여 형벌권을 발동하는 것 보다 친족 간에 그 처리를 맡기는 것이 더 적절하다는 이유에서 도입된 것이다. 따라서 피해자가 더 가까운 친족 일수록 피해자인 친족의 의사를 보다 적극적으로 존중하고 반영하는 것이 위 입법취지에 부합하는 것임은 명백하다고 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항에 의하면, 친족관계가 더 밀접한 ‘직계혈족 등’의 경우에 그 보다는 덜 밀접한 ‘그 이외의 친족’의 경우보다 피고인이 더 중한 처벌을 받게 됨으로써 위 입법취지에 반하는 결과가 발생하게 된다.

법정의견은, 피해자의 고소가 있는 경우, ‘직계혈족 등’의 경우 형을 면제하고, ‘그 이외의 친족’의 경우 기소하여 처벌할 수 있으므로 형법 제328조 제1항의 적용을 받는 것이 형법 제328조 제2항의 적용을 받는 것보다 불리하다고 할 수 없다고 주장하나, 피해자의 고소가 있는 경우에 ‘직계혈족 등’의 경우와 ‘그 이외의 친족’의 경우를 달리 취급하는 것은 친족관계의 밀접성을 고려한 입법취지에 부합하는 당연한 결과이므로 이로써 위와 같은 불합리성을 치유할 수 없다. 더구나 ‘직계혈족 등’의 경우와 ‘그 이외의 친족’의 경우 사이에 불합리한 차별이 발생하는 것은 피해자의 고소가 없는 경우이므로, 위와 같은 주장은 차별의 합리성을 뒷받침하는 논거가 될 수 없다.

또한 법정의견은, 검찰실무상 형법 제328조 제1항의 친족상도례에 해당하

는 때에는 검찰사건사무규칙에 따라 공소권없음의 불기소처분을 하므로, 실제로 양자간에 차별이 발생하지 않는다는 취지로 주장하나, 법률조항의 위헌성을 판단하는데 있어서 검찰의 실무를 고려하는 것은 타당하지 아니하므로, 위 주장 역시 받아들이기 어렵다.

결국 이 사건 법률조항에 의하여 발생한 차별을 합리화할 수 있는 어떠한 이유도 발견할 수 없다.』

위 헌법불합치의견은, 형의 면제판결은 범죄의 성립을 전제로 형의 집행을 면제하는 실체판결이고, 공소기각판결은 공소제기 자체의 적법성을 부인하는 형식판결로서 형면제 판결이 공소기각판결보다 무거우며, 피해자의 고소가 없는 경우에 친족관계가 더 밀접한 근친의 경우에 그 보다 덜 밀접한 원친의 경우보다 더 중한 처벌을 받게 되는 것은 불합리하다고 보았다. 그리고 이 사건 법률조항은 ‘직계혈족 등의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있고, 고소가 있는 경우에는 형을 면제한다.’라고 규정되어야 한다면서 개헌입법 내용도 제시하였다.

(라) 결국 법정외의견은 이 사건 법률조항의 실질적인 측면을 중시하고, 헌법불합치의견은 형면제 판결과 공소기각판결의 차이를 강조한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

형법 제328조 제1항의 가까운 친족 간의 범행에 대하여는 형 면제의 실체판결을 선고하고, 제328조 제2항의 먼 친족 간의 범행에 대하여는 친고죄로 규정하여 피해자의 고소가 없는 경우 공소기각의 판결을 선고하도록 하는 것은 균형에 맞지 않는 측면이 있다고 볼 수도 있다.

국내 학자들 중에도 “절도죄의 친족상도례 규정이 근친(近親) 사이의 범죄에는 실체판결을 하고 원친(遠親) 간의 범죄에 대하여는 형식판결을 하는 것은 균형에 어긋나는 결과가 되므로, 해석론으로 형법 제328조 제1항의 경우에도 형사소송법 제328조 제1항 제4호를 준용하여 공소기각의 결정을 하는 것이 타당하다”는 견해가 있고(이재상, 형법각론), 입법론으로 형법 제328조 제1항의 근친 간의 범행에 대하여 피해자의 고소가 없으면 공소기각의 형식재판을 받도록 하고 피해자의 고소가 있으면 형의 면제판결을 받도록 하는 것이 타당하다는 견해도 있다(임웅, 형법각론)

이와 관련하여 우리와 같은 친족상도례 규정을 두고 있는 일본에서도 학자들 사이에서 논란이 있으나, 통설과 판례는 실질적인 관점에서 볼 때 형법 제328조 제1항은 가까운 친족 간의 범죄에 대하여는 필요적으로 형을 면제한다는 것으로서 먼 친족 간의 범죄에 대하여 고소가 있기만 하면 형벌을 가할 수 있다는 것과 비교한다면 불균형하지 않다고 보고 있다(소은영 연구원, 일본 형법상 친족상도례)

생각건대, 형법 제328조 제1항의 친족상도례 규정은 제2항의 친족관계보다 친분관계가 가까운 친족간의 절도죄에 있어서는 피해자의 고소 여부와 상관 없이(피해자가 고소하더라도) 형을 면제하여 처벌하지 않겠다는 데에 그 입법취지가 있고, 제2항은 피해자의 고소가 있으면 처벌할 수 있도록 하는 것으로 양자 사이의 법률상 취급을 달리하는 데에는 의미가 있다. 제328조 제1항은 피해자의 고소 여부와 상관 없이 처벌하지 않으므로 친고죄로 규정할 필요가 없으며, 피해자의 고소가 있는 경우에 근친이 원친보다 유리하다는 것은 법률규정상 명백하고, 피해자의 고소가 없는 경우에는 형이 면제되기 때문에 기소되는 일이 없으며, 친고죄로 규정하면서 고소가 있는 경우에는 형을 면제하도록 하는 입법례가 없는 점 등을 고려해 볼 때 법정의견이 타당하다고 본다.

(2) 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사람 간 차별취급의 경우

이에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항과 관련하여 대법원은 “절도죄는 재물의 점유를 침탈함으로써 성립되는 범죄이므로 재물의 점유자가 절도죄의 피해자가 되는 것이나 절도죄는 점유자의 점유를 침탈함으로써 그 재물의 소유자를 해하게 되는 것이므로 재물의 소유자도 절도죄의 피해자로 보아야 할 것이다. 그러나 형법 제344조에 의하여 준용되는 형법 제328조 소정의 친족 간의 범행에 관한 조문은 범인과 피해물건의 소유자 및 점유자 쌍방 간에 같은 조문 소정의 친족관계가 있는 경우에만 적용되는 것이고, 단지 절도범인과 피해물건의 소유자 간에만 친족관계가 있거나 절도범인과 피해물건의 점유자 간에만

친족관계가 있는 경우에는 그 적용이 없는 것이라고 보는 것이 타당하다.”고 판시하였다(대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결 참조).

절도죄는 ‘타인의 재물을 절취’함으로써 성립하는 범죄이고(형법 제329조), 절취행위에는 타인의 의사에 반하는 점유 침탈이 수반되므로, 피해재물 소유자뿐만 아니라 점유자도 피해를 입게 된다고 할 수 있다. 형법상 타인의 소유권을 침해하지만 타인의 점유를 침탈하지 않는 횡령죄(형법 제355조 제1항)와 타인의 점유를 침탈하지만 소유권을 침해하지 않는 권리행사방해죄(형법 제323조)와 비교할 때 절도죄의 법정형이 더 높은 것은 절도죄가 타인의 소유권과 점유를 모두 침해하기 때문이라고 할 것이다.

따라서 절도죄에 있어서 피해재물의 소유자와 점유자가 다른 경우, 범인과 소유자 및 점유자 쌍방 간에 모두 친족관계가 있어야 한다는 대법원 판례에 의하여 구체화된 이 사건 법률조항이 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사람 간을 법률상 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.』

5. 결정의 의의

이 사건 결정은 형법상 재산범죄에 있어서 친족 간 특칙을 정하고 있는 친족상도례 규정의 위헌 여부를 처음으로 밝힌 데에 그 의미가 있다.

절도죄에 있어서 가까운 친족 간에 대해서 형을 면제하고, 먼 친족 간에 대해서는 친고죄로 규정하고 있는 이 사건 법률조항을 두 가지 경우 즉 ① 가까운 친족과 먼 친족간 차별취급의 경우 ② 피해재물의 소유자와만 친족관계가 있는 사람과 소유자 및 점유자 모두와 친족관계가 있는 사람 간 차별취급의 경우로 나누어 그 차별취급의 합리성 여부를 판단하여 평등원칙에 위반되지 않다고 하였다.

다만 위 ②의 경우에는 차별의 합리성 여부에 관하여 이 사건 법률조항의 의미, 입법취지, 형면제 판결과 공소기각판결의 차이 등을 둘러싸고 재판관들 사이에서 의견이 나뉘었지만, 법정의견은 이 사건 법률조항이 형식적으로 볼 때 균형에 맞지 않는 측면이 있다고 볼 수 있음을 인정하면서도 사건 법률조항의 입법취지, 피해자의 고소가 있는 경우와 고소가 없는 경우에 실질

적인 측면에서의 불이익 비교, 외국 입법례 등을 종합적으로 고려하여 차별 취급에 합리적 이유가 있다고 보았다.

공권력행사 위헌확인

- 경북북부제2교도소장이 청구인의 행정재판 변론기일에의 출정을 제한한 행위가 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부 -
(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마475, 판례집 24-1상, 615)

선의 중*

【판시사항】

피청구인이 출정비용납부거부 또는 상계동의거부를 이유로 청구인의 행정소송 변론기일에 청구인의 출정을 제한한 행위가 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

피청구인이 출정비용납부거부 또는 상계동의거부를 이유로 청구인의 행정소송 변론기일인 2010. 2. 26., 2010. 3. 26., 2010. 4. 20.에 청구인의 출정을 각 제한한 행위(이하 ‘이 사건 각 출정제한행위’라 한다)가 청구인의 기본권을 각 침해하는지 여부

【사건의 개요】

1. 청구인은 1990. 10. 26. 강도살인 등의 죄로 무기징역형이 확정되어 현재 광주교도소에 수용 중인 자로서, 2009. 10. 27. 서울행정법원에 법무부장관을 상대로 정보공개거부처분취소의 소(2009구합45563)를 제기한 후 그 변론기일인 2010. 2. 26. 및 2010. 3. 26.에 출정하려 하였으나, 당시 청구인이 수감 중이던 청송제2교도소(2010. 8. 2. 대통령령 제2231호로 개정된 ‘법무부와 그 소속기관 직제’ 제27조, 별표 1에 의해 명칭이 경북북부제2교도소로

* 서울고등법원판사, 전 헌법연구관

변경됨, 이하 ‘경북북부제2교도소’라 한다)의 소장은 법무부 훈령 제756호 ‘민사재판 등 소송 수용자 출정비용 징수에 관한 지침’(이하 ‘이 사건 지침’이라 한다)을 근거로 청구인이 위 변론기일에 출석하기 위해서는 출정비용을 출정예정일 전일까지 납부하거나 영치금과의 상계에 미리 동의하여야 함에도 이를 거부하였다는 이유로 청구인을 위 변론기일에 출정시키지 아니하였다.

2. 청구인은 그 이후의 변론기일인 2010. 4. 20.에도 같은 이유로 출정하지 못해 결국 위 행정소송은 청구인의 3회 불출석으로 취하 간주되었다.

3. 청구인은 2010. 4. 22. 헌법재판소에 국선대리인 선임신청을 하였고, 선임된 국선대리인이 같은 해 7. 30. 피청구인의 위 각 출정제한행위로 인하여 청구인의 재판청구권이 침해되었다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

【결정요지】

이 사건 지침 제4조 제3항에 의하면, 수형자가 출정비용을 납부하지 않고 출정을 희망하는 경우에는 소장은 수형자를 출정시키되, 사후적으로 출정비용 상환청구권을 자동채권으로, 영치금 반환채권을 수동채권으로 하여 상계함을 통지함으로써 상계하여야 한다고 규정되어 있으므로, 교도소장은 수형자가 출정비용을 예납하지 않았거나 영치금과의 상계에 동의하지 않았다고 하더라도, 우선 수형자를 출정시키고 사후에 출정비용을 받거나 영치금과의 상계를 통하여 출정비용을 회수하여야 하는 것이지, 이러한 이유로 수형자의 출정을 제한할 수 있는 것은 아니다.

그러므로 피청구인이, 청구인이 출정하기 이전에 여비를 납부하지 않았거나 출정비용과 영치금과의 상계에 미리 동의하지 않았다는 이유로 이 사건 출정제한행위를 한 것은, 피청구인에 대한 업무처리지침 내지 사무처리준칙인 이 사건 지침을 위반하여 청구인이 직접 재판에 출석하여 변론할 권리를 침해함으로써, 형벌의 집행을 위하여 필요한 한도를 벗어나서 청구인의 재판청구권을 과도하게 침해하였다고 할 것이다.

재판관 김종대의 각하의견

‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제4조가 ‘수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다’고 규정하고 있으며, 민사소송규칙 제50조에 의하면, ‘교도소장은 수형자가 소송수행에 지장을 받지 않도록 조치할 의무가 있다’고 규정되어 있는 점, 이 사건 지침도 민사재판 등의 소송수행을 위한 출정이 기본적으로 허용됨을 전제로 하고 있는 점 등을 고려하면, 수형자에게 법규상 또는 적어도 조리상 재판을 위한 출정신청권이 인정되고, 이 사건 출정제한행위는 신청권이 있는 자의 출정신청에 대한 거부처분으로 보아야 하며, 이는 행정심판 및 행정소송의 대상이 되므로 청구인이 행정심판 및 행정소송을 제기함이 없이 곧바로 이 사건 헌법소원을 제기한 것은 보충성 요건을 결여하여 부적법하다.

재판관 이동흡의 반대의견

청구인의 불요불급한 재판청구로 인하여 원격지 법원에 출석하기 위해 발생하는 최소한의 비용조차 전혀 부담하지 않겠다는 태도를 보이는 청구인의 출정을 피청구인이 제한한 것은 교정당국의 계호업무 부담 가중 및 국가 예산 낭비를 막고자 하는 것으로서 정당하고, 이러한 정당한 목적을 위한 필요·최소한의 제한이며, 법익균형성도 갖추었고, 외국 입법례에 비추어 보아도 수형자의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이 아니다.

이 사건 지침은 위임근거가 없는 행정기관 내부의 업무처리지침에 해당하여 행정규칙에 불과할 뿐 법적 효력이 없으므로 이를 위반하였다고 하더라도 이를 이유로 바로 국민의 기본권인 재판청구권이 침해되었다고 평가하기 어렵고, 이 사건 지침 제4조 제3항은 출정비용을 납부하고자 하는 의사는 있으나 현실적으로 비용을 마련하지 못한 경우 등에 한하여 수형자의 출정이 허용되는 조항이지 청구인과 같이 출정비용의 납부 의사가 전혀 없는 수형자의 경우에는 적용되지 않는 것으로 해석하는 것이 출정비용을 징수하고자 하는 목적으로 제정된 이 사건 지침의 취지에 부합하는 해석이라고 할 것이므로, 피청구인의 이 사건 출정제한행위는 이 사건 지침에도 위반하지 않으므로 결국 이 사건 출정제한행위는 청구인의 재판청구권을 침해하지 않는다.

【해설】

1. 사안의 쟁점

먼저 이 사건 각 출정제한행위의 성격에 대하여 검토되어야 한다. 이는 이 사건 각 출정제한행위의 공권력 행사성 및 보충성과 관련된 문제이기도 하다.

나아가 본안 판단을 함에 있어서 이 사건 각 출정제한행위로 인하여 수형자의 재판청구권이 침해되는지 여부가 검토되어야 한다.

2. 적법 요건에 관한 검토

가. 공권력 행사성

먼저, 이 사건 각 출정제한행위가 법령에 근거한 행위인지 살펴보면, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 및 그 시행령에 미결수용자의 출정시 사복 착용에 관한 규정¹⁾은 있으나, 청구인과 같이 재판이 확정되어 형집행 중인 수형자가 민사재판 등의 소송수행을 위해 출정하는 경우에 관한 규정은 없고,²⁾ 기타 수형자에게 출정을 신청 내지 요구할 수 있다는 취지의 규정도 존재하지 않는다.

나아가, 법무부 훈령인 이 사건 지침은 교도소 등에 수용 중인 수용자가 민사재판 등의 소송수행을 위해 출정하는 경우 소요되는 비용의 납부절차에 관한 사항을 정하고 있는 것에 불과할 뿐이고 이를 근거로 수용자의 출정을 제한할 수 있다는 취지의 훈령은 아니다.³⁾

1) 제82조(사복착용) 미결수용자는 수사·재판·국경감사 또는 법률로 정하는 조사에 참석할 때에는 사복을 착용할 수 있다. 다만, 소장은 도주우려가 크거나 특히 부적당한 사유가 있다고 인정하면 교정시설에서 지급하는 의류를 입게 할 수 있다.

2) 뿐만 아니라 수형자의 형사재판 등의 출정에 관한 규정도 없다.

3) 한편, 이 사건 지침의 성격에 대하여 현재 2010. 2. 23. 2010헌마44에서, ‘이 사건 지침은 교도소·구치소 및 그 지소에 수용 중인 수용자가 민사재판 등의 소송수행을 목적으로 출정하는 경우에 소요되는 비용의 납부절차 등에 필요한 사항을 정하는 것을 목적(지침 제1조)으로 하는 법무부훈령으로서, 위임근거가 없는 행정기관 내부의 업무처리지침 내지 사무처리준칙에 해당하여 행정규칙에 불과할 뿐 법규적 효력을 가지는 것은 아니’라고 판시하며 이 사건 지침에 대한 헌법소원을 각하한 바 있다.

그렇다면 이 사건 각 출정제한행위는 교도소장이 우월적 지위에서 수행자인 청구인의 출정을 제한한 것으로서 일종의 권력적 사실행위에 해당하므로 공권력 행사성이 인정된다.

한편, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제4조가 ‘수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다.’고 규정되어 있으며, 민사소송규칙 제50조에 의하면, ‘교도소장은 수행자가 소송수행에 지장을 받지 않도록 조치할 의무가 있다’고 규정되어 있는 점, 이 사건 지침도 민사재판 등의 소송수행을 위한 출정이 기본적으로 허용됨을 전제로 하고 있는 점 등을 고려하면, 수행자에게 법규상 또는 적어도 조리상 재판을 위한 출정 신청권이 인정되며 이 사건 각 출정제한행위는 신청권이 있는 자의 출정신청에 대한 거부처분이라는 견해도 생각할 수 있다.

더 자세히 살펴건대, 국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 ‘공권력의 행사’가 되기 위해서는 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 있어야 한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 816; 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252, 266). 그런데 형사소송법, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률이나 행정소송법, 민사소송법 등 관계 법령 어디에서도 수행자에게 출정신청권을 인정하는 규정은 없다. 이 사건 지침은 각주 4)에서 보듯 법규적 효력이 없는 행정규칙에 불과하고, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제4조, 민사소송규칙 제50조만으로는 수행자의 출정신청권을 도출해 내기는 부족하다고 판단되며, 달리 그 밖의 관계 법령의 해석상으로 이를 도출해내기도 어렵다고 본다.

그러나 수행자의 출정신청권이 조리상 인정되는 것 아니냐는 질문에 대해서는 이 사건 지침의 존재로 말미암아 견해가 나뉠 수 있을 것으로 보인다.

형벌의 집행을 위하여 신체의 자유가 제한되기 마련인 수행자에게 자유형에 대한 형집행정지신청권이 조리상 인정된다고 보기 어려운 것과 마찬가지로 행정소송 변론기일에 출석하기 위한 출정신청권도 조리상 인정된다고 보기는 어렵다는 견해가 있을 수 있고, 반면 법무부가 훈령으로, 수행자가 행정소송 등에서의 출정을 희망하는 경우 출정을 허용하되 출정비용을 원칙적으로 징수하라는 취지의 이 사건 지침을 마련하여 그에 따라 출정업무를 수행해

은 경우 수형자로서는 행정소송에의 출정을 신청할 조리상 권리가 있다고 봄이 상당하다는 견해가 있을 수 있다.⁴⁾ 다만 권력적 사실행위라고 보든, 거부처분이라고 보든 어느 견해에 의하더라도 공권력 행사성이 인정된다.

나. 보충성

(1) 부정설

수형자에게 적어도 조리상 재판을 위한 출정 신청권이 있다는 전제에서 이 사건 각 출정제한행위를 행정청의 거부처분이라고 본다면, 이는 행정심판 및 행정소송의 대상이 되는바, 청구인이 이를 제기함이 없이 곧바로 이 사건 헌법소원을 제기한 것은 보충성 요건을 결하여 부적법하다.

(2) 긍정설

이 사건 각 출정제한행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 설사 그 대상이 된다고 하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 많고, 청원제도 역시 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도여서 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기 어려워, 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어려우므로 보충성원칙의 예외에 해당한다(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마914, 공보 139, 624, 625; 2011. 2. 24. 2009헌마209, 공보 173, 432).⁵⁾

4) 대법원은 교육공무원법, 교육공무원임용령 등 관계법령에 대학교원의 신규임용에 있어서의 심사단계나 심사방법 등에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다고 하더라도, 대학 스스로 교원의 임용규정이나 신규채용업무시행지침 등을 제정하여 그에 따라 교원을 신규임용하여 온 경우 신규임용지원자는 심사를 공정하게 진행하여 그 심사에서 통과되면 대학교원으로 임용해 줄 것을 신청할 조리상의 권리가 있다고 인정한다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2001두7053 판결 참조).

5) 한편, 헌재 2010. 10. 28. 선고 2009헌마438, 공보 169, 1957 등 사건에서 청원절차를 거치지 아니한 제조자의 헌법소원청구는 보충성의 원칙을 갖추지 못했다는 소수의견이 있다(재판관 조대현의 별개의견 및 반대의견 : 청구인은 교도소의 구체적인 수용처우에 대하여 구 행형법 제6조 또는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제 114조에 정해진 청원절차를 거치지 않고 곧바로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 법률에 규정된 구체절차를 모두 거쳤다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 보충성의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 전부 각하함이 상당하다).

(3) 소결

출정 신청권 유무가 불확실한 상태에서 행정심판 등을 제기하지 않았다고 보충성을 부정하는 태도는 국민의 권리구제에 있어서 충실하지 못한 것으로 보인다. 또한 조리상 출정신청권의 인정 여부에 대하여 법원의 확립된 판례가 없는 이상 거부처분으로 보는 입장에 의하더라도 청구인에게 행정심판이나 행정소송 등의 사전 구제절차를 모두 경료하고 헌법소원을 청구할 것을 기대할 수 없다. 나아가 이 사건 각 출정제한행위는 이미 종료되었기에 행정소송(취소소송)을 제기하더라도 소의 이익이 없다고 각하될 가능성이 높다. 이런 점들에 비추어 보충성 원칙의 예외로서 청구를 허용함이 타당하다고 본다.

다. 권리보호이익과 심판의 이익

헌법소원심판은 청구인의 침해된 기본권의 구제를 목적으로 하는 제도이므로 이 제도의 목적상 침해된 권리의 보호이익이 없는 경우에는 그 헌법소원심판은 원칙적으로 부적법하다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 38; 2011. 2. 24. 2009헌마209, 공보 173, 432). 그런데 청구인이 법무부장관을 상대로 제기한 위 행정소송은 소취하간주로 종결되었으므로 이 사건 각 출정제한행위에 관하여 심판을 구할 청구인의 주관적인 권리보호이익은 소멸되었다.

그러나 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지의 기능도 갖고 있다. 이 심판 계속 중에 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있고 그 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56; 2011. 2. 24. 2009헌마209, 공보 173, 432 참조).

(1) 심판의 이익 부정설

이 사건 지침에 의하더라도 출정비용을 예납하지 않은 경우라도 일단 출정을 시키고 사후적으로 비용을 상계하도록 규정하고 있고, 피청구인이 이례

적으로 이 사건 지침을 잘못 이해하여 이 사건 각 출정제한행위를 하였음이 명백하며 현재 이 사건 교도소를 비롯한 모든 교정시설에서 출정을 대부분 허용하고 있다고 하므로 침해행위가 반복될 위험이 있다고도 보기 어렵다.

(2) 심판의 이익 긍정설

비록 이 사건 각 출정제한행위 자체는 종료되었고 청구인의 행정재판이 종료되었다 하더라도 이러한 행위는 청구인이 향후 수형자로서 다른 재판에 출정하는 경우라든지 다른 수형자들이 공개된 재판에 출정하는 경우에 반복적으로 행하여질 것이 예상될 뿐만 아니라, 이러한 행위가 수형자들의 기본권을 침해할 개연성이 있음에도 아직까지 이에 대한 헌법적 해명이 이루어진 바 없어 그 헌법적 해명의 필요성이 긴요한 경우라 할 것이므로 심판청구의 이익이 인정된다고 보아야 한다.

(3) 소결

이 사건 각 출정제한행위가 종료되었고, 청구인의 행정재판도 종료되어 심판을 구할 청구인의 권리보호이익은 소멸되었으나 이러한 행위는 청구인이 향후 수형자로서 다른 재판에 출정하는 경우라든지 다른 수형자들이 재판에 출정하는 경우에 반복적으로 행하여질 우려가 있으며 이에 대한 헌법적 해명이 이루어진 바도 없으므로 심판청구의 이익을 인정함이 타당하다.

3. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 각 출정제한행위의 위헌 여부

(1) 수형자의 법적 지위 및 처우

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제1호에 따르면 “수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다고 규정되어 있다.⁶⁾

6) 형이 확정되기 전에는 ‘미결수용자’, 수형자와 미결수용자 등을 아울러 ‘수용자’라는 용어를 사용하고 있다.

징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자는 그 집행을 위하여 교도소에 구금하여 사회로부터 격리하고 기술교육을 실시하여 건전한 국민 사상과 근로정신을 함양하도록 교정·교화시켜서 사회에 복귀시킨다. 수형자는 형벌의 집행을 위하여 격리된 구금시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체활동의 자유 등 기본권이 제한되기 마련이다.

그러나 수형자라 하여 모든 기본권을 제한하는 것은 허용되지 아니하며, 제한되는 기본권은 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 기본권(신체의 자유, 거주이전의 자유, 통신의 자유 등)에 한정되어야 하고, 그 역시 형벌의 집행을 위하여 필요한 한도를 벗어날 수 없다(헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 268 참조).

(2) 수형자의 재판청구권

재판 당사자가 재판에 참석하는 것은 재판청구권 행사의 기본적 내용이라고 할 것이고, 수형자도 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련되는 범위 밖에서는 재판청구권이 보장되어야 한다.

헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있으며, 행정소송법 제8조, 민사소송법 제182조에 의하면, 수형자에 대한 송달은 교도소장에게 함으로써 한다고 규정되어 있고, 민사소송규칙 제50조에 의하면, 교도소장의 송달받은 서류의 교부의무, 교도소장은 원칙적으로 수형자가 소송수행에 지장을 받지 않도록 조치할 의무, 위와 같은 조치를 취하지 못할 경우에는 법원에 미리 그 사유를 소명할 의무를 규정하고 있는바, 위와 같은 규정들은 수형자도 재판청구권이 있음을 전제로 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

한편, 헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 같은 조 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있는바, 이 재판청구권은

재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실제적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자의 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 2001. 8. 30. 99헌마496, 판례집 8-2, 808-809, 819-820). 또한 헌법재판소는 “헌법에 ‘공정한 재판’에 관한 명문의 규정이 없지만 재판청구권이 국민에게 효율적인 권리보호를 제공하기 위해서는 법원에 의한 재판이 공정하여야만 할 것임은 당연하므로, ‘공정한 재판을 받을 권리’는 헌법 제27조의 재판청구권에 의하여 함께 보장된다고 보아야 하고 우리 재판소도 헌법 제27조 제1항의 내용을 ‘공정한 재판을 받을 권리’로 해석하고 있다”고 판시한 바 있다(헌재 2002. 7. 18. 2001헌바53, 판례집 14-2, 20, 25).⁷⁾

따라서 수형자가 재판에 출석하는 것(재판출석권)은 당사자주의와 구두변론주의를 실질적으로 보장하게 되는 것이므로 재판청구권, 그 중에서도 특히 공정한 재판을 받을 권리의 한 내용이라고 볼 수 있다.

7) 공정한 재판을 받을 권리는 형사피고인에 국한된 기본권이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 93헌바26, 94헌바1, 94헌바60, 95헌가5, 97헌바22, 98헌마5, 99헌가14, 99헌마496, 2004헌바45, 2005헌바58, 2007헌마1468, 2009헌바57 등 현재의 대다수 결정들은 모두 형사피고인과 관련해서 공정한 재판을 받을 권리가 언급되고 있기 때문이다. 그러나 위 2001헌바53 결정에서 재판의 당사자가 송달장소 변경을 신고하지 아니한 경우 종전의 송달장소로 송달서류를 등기우편으로 발송하도록 한 민사소송법 조항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부를 본안 판단(합헌)하였고, 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165 등, 판례집 18-1하, 337, 406 사건에서 정정보도청구를 가처분절차에 따라 소명만으로 인용될 수 있게 하는 것은 언론사의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 문제가 있다고 언급한 바 있으며, 헌재 2008. 6. 26. 2007헌바28 등, 공보 141, 899 사건에서 법원에 대한 제척, 기피신청에 대한 각 하규정이 신청인에 대한 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 판시한 바 있는 등 현재는 공정한 재판을 받을 권리를 민사재판에 있어서도 인정되는 권리임을 분명히 하고 있다.

(3) 수형자의 재판청구권(특히 재판출석권)에 관한 해외 법령의 검토⁸⁾

(가) 독일

독일은 행형법에 수형자의 법원 소환에 관한 법률규정을 두고 있다. 독일에서는 법원의 소환시에 외출 또는 휴가를 허가하거나 중대한 사유가 존재하지 않는 한 적어도 동반외출을 허가하고 있는 것으로 보인다.⁹⁾

나아가 외출에 소요되는 비용은 수형자가 부담하는 것으로 행형법 시행규칙에 규정되어 있다.¹⁰⁾

(나) 미국

교정시설에 관한 미연방규칙에는 민사재판 출정을 수형자의 외출 사유로 두고 있는데, 교도소장의 허가사항으로 하고 있다.¹¹⁾ 여기서 수형자의 외출

8) 독일 입법례는 공진성 연구원이, 미국 입법례는 조수혜 연구원이, 일본 입법례는 소은영 연구원이 각 도움을 주었다.

9) Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung Strafvollzugsgesetz
§ 36 Gerichtliche Termine

(1) Der Anstaltsleiter kann einem Gefangenen zur Teilnahme an einem gerichtlichen Termin Ausgang oder Urlaub erteilen, wenn anzunehmen ist, daß er der Ladung folgt und keine Entweichungs- oder Mißbrauchsgefahr (§ 11 Abs. 2) besteht. § 13 Abs. 5 und § 14 gelten entsprechend.

(2) Wenn ein Gefangener zu einem gerichtlichen Termin geladen ist und Ausgang oder Urlaub nicht gewährt wird, läßt der Anstaltsleiter ihn mit seiner Zustimmung zu dem Termin ausführen, sofern wegen Entweichungs- oder Mißbrauchsgefahr (§ 11 Abs. 2) keine überwiegenden Gründe entgegenstehen. Auf Ersuchen eines Gerichts läßt er den Gefangenen vorführen, sofern ein Vorführungsbefehl vorliegt.

10) VV zu § 36

"Wird der Gefangene auf seinen Antrag oder überwiegend in seinem Interesse ausgeführt, so werden ihm in der Regel die Kosten auferlegt."

11) 28 C.F.R. § 570.33

The Warden or designee may authorize a furlough, for 30 calendar days or less, for an inmate to:

(a) Transfer directly to another Bureau institution, a non-federal facility, or community confinement;
(b) Be present during a crisis in the immediate family, or in other urgent situations;
(c) Participate in the development of release plans;
(d) Establish or reestablish family and community ties;
(e) Participate in selected educational, social, civic, and religious activities which

이란 감독관, 집행관 등의 감독 없이 교정시설에서 허락받고 외출하는 행위를 말한다.¹²⁾

한편, 외출에 소요되는 비용도 원칙적으로 수형자가 부담하나 임시외출이 정부의 이익을 위한 것일 경우에는 정부가 부담할 수 있는 것으로 규정되어 있다.¹³⁾

(다) 일본

일본에서는 수형자의 법정출석에 관하여 정해진 법령은 존재하지 않고, 1960년 7월 22일의 법무성 교정국장 통달(通達) 교정甲 제645호 ‘수용자제기와 관련된 소송의 취급에 관하여’에 의하여, 수형자 및 사형확정자의 법정출석허가권을 각 교정시설의 장의 재량에 맡기고 있다.¹⁴⁾ 각 교정시설의 장은 구체적 사건에서 출석 필요성의 정도 및 출석이 구급에 미치는 영향 등을 감안하여 그 허가 여부를 결정하게 된다.

형사피구급자의 출정권에 관한 최고재판소 판결은 없고, 하급심판례가 있지만 결론적으로 법정출석 불허가처분의 위법성을 인정한 판례는 없다.

will facilitate release transition;

(f) Appear in court in connection with a civil action;

(g) Comply with an official request to appear before a grand jury, or to comply with a request from a legislative body, or regulatory or licensing agency;

(h) Appear in or prepare for a criminal court proceeding, but only when the use of a furlough is requested or recommended by the applicable court or prosecuting attorney;

(i) Participate in special training courses or in institution work assignments, including Federal Prison Industries (FPI) work assignments, when daily commuting from the institution is not feasible; or

(j) Receive necessary medical, surgical, psychiatric, or dental treatment not otherwise available.

12) § 570.32 Types of furloughs.

A furlough is an authorized absence from an institution by an inmate who is not under escort of a staff member, U.S. Marshal, or state or federal agents.

13) § 570.34 Expenses of furlough.

All expenses of a furlough, including transportation, food, lodging, and incidentals, are the responsibility of the inmate, the inmate’s family, or other appropriate source approved by the Warden, except that the government may bear the expense of a furlough if it is for the government’s primary benefit.

14) 2007년 11월 16일 일본변호사연합이 법무대신에게 보내는 권고서 및 조사보고서. 日弁連總第62号, 조사보고서 3-4면.

(라) 해외 법령 검토 결과

독일, 미국, 일본에서 수형자의 재판청구권(재판출석권)이 제한될 수 있다는 근거 규정을 두고 있는 국가는 찾지 못했다. 이는 각국의 헌법 규율양식의 특수성에도 일부 기인하는 바가 있겠으나¹⁵⁾, 수형자의 경우, 외출제한이 당연하다는 전제에 근거함이 더 커 보인다. 다만, 독일 및 미국의 경우 명시적으로 교도소장의 허가 규정을 두고 있는 점에서 아무런 규정이 없는 우리나라와는 대조된다.

(4) 법률유보원칙의 준수 여부

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없으며 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 여기서 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715, 판례집 18-1하, 112, 121-122; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마209, 공보 173, 433).

법률유보의 원칙에 따라 수형자의 재판청구권은 법률에 의하여만 제한할 수 있으므로 법률에 정하여지지 않은 방법으로 이를 제한할 경우에는 그것이 과잉금지원칙에 위배되었는지 여부를 판단할 필요 없이 헌법에 위반된다.

(가) 합헌론

청구인이 주장하는 변론기일의 재판출석권은 재판청구권 또는 재판청구권의 내용으로서 공정한 재판을 받을 권리의 기본적 내용임은 부인할 수 없으나, 재판에 출석함은 구금되어 있는 청구인이 교도소 외부로 나가는 것을 의미하게 되므로 이는 교정당국의 형의 집행과 관련이 있다.

수형자의 재판청구권 중 재판출석권 제한은 수형자의 신체의 자유 내지 이전의 자유의 제한과 제한의 측면이 같으므로 결국 형의 집행 규정이 재판

15) 예컨대, 독일 기본법의 경우, 우리와 같은 일반적 법률유보조항이 없고 기본권별로 개별적으로 법률유보를 규정하고 있는데 재판청구권은 개별적 법률유보를 규정하고 있지 않다.

청구권으로서의 재판출석권을 제한하는 근거규정이 될 수 있다.

이 사건 청구인의 경우, 강도살인 등의 죄¹⁶⁾로 무기징역형을 선고받아 형 집행중이므로, 형법 제67조¹⁷⁾가 재판청구권으로서의 재판출석권을 제한하는 근거규정이라고 할 수 있다.

따라서 이 사건 각 출정제한행위가 법령상의 근거 없이 청구인의 재판청구권을 제한하고 있는 것으로 볼 수 없다.

(나) 위헌론

청구인이 주장하는 변론기일의 재판출석권은 재판청구권 또는 재판청구권의 내용으로서 공정한 재판을 받을 권리의 기본적 내용이므로 이를 제한하기 위해서는 직접적인 법률규정이 있어야 할 것이다.

합헌론에서 거론하는 형법조항만으로는 재판청구권으로서의 재판출석권을 제한하는 직접적인 법률규정이라고 할 수는 없다.

피청구인은 민법 제739조와 이 사건 지침에 따라 출정비용을 납부하거나 출정비용을 영치금과 상계하겠다는 의사를 표시하지 않은 수형자에 대해서는 출정을 제한할 수 있다고 주장하나, 위 민법 규정과 이 사건 지침은 사무관리비용의 상환청구 또는 부당이득반환청구에 관한 규정이지 출정제한에 관한 규정이라고 볼 수 없다. 더구나 이 사건 지침에 의하더라도 수용자가 출정비용을 납부하지 않고 출정을 희망하는 경우에는 수용자를 출정시키되, 사후적으로 출정비용을 영치금 반환채권으로 상계하도록 하고 있어 출정비용을 납부하지 않더라도 수용자를 출정시키도록 하고 있으므로(이 사건 지침 제4조 제3항), 이 사건 각 출정제한행위는 이 사건 지침에도 위반한다.

결국 이 사건 각 출정제한행위는 법률의 근거 없이 청구인의 재판청구권을 제한한 것으로서 헌법상 법률유보원칙에 위반된다.

(다) 소결

형의 집행 규정이 재판청구권, 특히 재판출석권 제한의 근거규정이 될 수 있다고 생각하므로 이 사건 각 출정제한행위가 법률유보원칙에 반하지는 않

16) 청구인은 강도살인 이외에도 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(강도), 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(절도), 공문서위조, 위조공문서행사, 장물취득의 죄를 범하였다.

17) 제67조(징역) 징역은 형무소 내에 구치하여 징역에 복무하게 한다.

는다고 판단된다.

(5) 과잉금지원칙의 준수 여부

수형자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여, 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되며, 수용 시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 이들 기본권의 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478 판례집 16-2하, 559).

피청구인은 청구인이 소정의 출정비용을 예납하지 않았고 영치금과의 상계에도 미리 동의하지 않았다는 이유로 청구인의 출정을 각 제한하였는데, 그러한 행위가 과잉금지원칙에 위배되는지 살펴보기로 한다.

(가) 합헌론

1) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

일부 수형자들은 수용생활을 잠시 벗어나기 위한 목적이나 다른 교정시설로의 이송을 회피할 목적으로 또는 교정공무원들을 괴롭히기 위한 목적 등으로 무분별한 소송을 제기하는 경우가 많고, 이러한 소송들로 인하여 교정당국의 계호업무 부담이 가중되고 차량운행 등으로 국가 예산이 낭비되는 등 문제가 있는데, 소정의 출정비용을 예납하지 아니하거나 영치금과의 상계에 미리 동의하지 아니하는 수형자의 경우 출정시키지 아니함으로써 수형자들이 무분별하게 소송을 제기하는 것을 막아 교정당국의 계호업무 부담을 경감시키고 국가 예산의 낭비를 막고자 하는 것은 목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다.

2) 최소침해성 및 법익균형성

일반적으로, 재판에 참석하려는 당사자는 누구나 법원까지의 운임 등 여비가 들게 마련이다. 이는 재판청구권을 행사하는데 필요한 불가피한 비용이고 재판유상주의를 채택하고 있는 우리나라의 소송제도 하에서는 수익자 부담의 원칙에 따라 당사자 본인이 부담하여야 한다[헌재 1994. 2. 24. 93헌

바10, 판례집 6-1, 79, 83-84 참조, 중국적으로는 패소한 당사자가 부담한다 (민사소송법 제98조)].

수형자의 경우도 마찬가지로여서 법원에 출석하려면 교도소에서 법원까지의 운임 등 여비가 필요하며, 이는 수형자가 부담하여야 하고, 이를 수형자에게 부담하게 하는 이 사건 지침은 그 여비가 정당한 범위 내라면 정당하다.

피청구인은 청구인에게 이 사건 지침에 따라 산정된 출정비용을 부과하였는데, 이 사건 지침 제3조에 의하면 수형자는 출정시 차량운행비를 부담하여야 하고, 차량운행비는 연료비와 통행료를 말한다. 연료비는 총 운행거리를 해당 차량 연비로 나누고 리터당 경유값을 곱하여 산출된다. 수형자에게 청구하는 출정비용을 차량운행비로 한 것은 민사소송비용법 제4조, ‘민사소송비용규칙’ 제3조의2, ‘법원공무원여비규칙’ 별표2 ‘국내여비지급표’를 참조한 것으로서 실비부담원칙에 부합한다. 통상 수형자가 출정함에는 차량운행비 이외에도 교도관 및 운전기사의 인건비, 차량감가상각비 등이 더 소요되는데 피청구인은 이 사건 지침에 따라 이와 같은 비용 중 차량운행비만을 산출하여 부과하였는 바, 이는 출정하는데 소요되는 실비 중 최소한의 비용이라고 할 수 있다. 그런데 청구인이 이러한 출정비용을 예납하지도 영치금과의 상계에도 동의하지도 않겠다고 한 것은 장차 자신이 제기한 행정소송에 출석하기 위하여 소요되는 최소한의 비용을 전혀 부담할 뜻이 없음을 미리 드러낸 것이다.

나아가 행정소송의 경우에는 변론기일에 당사자의 출석이 반드시 요구되는 것도 아니다. 불출석한 당사자가 미리 제출해 놓은 소장·답변서, 준비서면이 있는 경우 법원은 그 소장 등에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 간주하고, 출석한 상대방에게 변론을 명하고 심리를 진행할 수 있고(행정소송법 제8조, 민사소송법 제148조), 또한 소송대리인을 선임하거나 대리인 선임 비용이 없는 경우에는 소송구조를 신청하여 대리인을 선임 받는 방식으로 당사자가 변론기일에 직접 출석하지 아니하고도 얼마든지 소송을 수행할 수 있는 길이 마련되어 있다.

또한 청구인이 제기한 행정소송은 정보공개거부처분취소 소송으로서 정보공개청구의 대상인 정보가 ‘법무부 산하 교정시설 수용처우와 관련된 헌법소원심판청구 사건, 행정소송 사건, 손해배상청구 사건의 청구일, 사건번호, 사

건요지, 진행상황 등을 알려달라고 하거나 법무부 교정국 2006년 및 2007년 정보공개 운영 실태’ 등으로 청구인과 관련이 없거나 청구인의 주관적인 호기심을 충족시키는 수준의 소송으로서 이 사건 각 출정제한행위로 인하여 받게 되는 청구인의 불이익이 앞서 살펴본 공익보다 크다고 할 수도 없다.

따라서 청구인의 불요불급한 재판청구로 인하여 원격지 법원에 출석하기 위해 발생하는 최소한의 비용조차 전혀 부담하지 않겠다는 태도를 보이는 청구인의 출정을 피청구인이 제한한 것은 앞서 살펴본 바와 같은 정당한 목적을 위한 필요·최소한의 제한이고 법익균형성도 갖추었으므로 수행자의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이 아니다.

(나) 위헌론

1) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

합헌론의 논의와 같다.

2) 최소침해성 및 법익균형성

과거의 변론은 변론의 준비를 위해 제출한 준비서면을 법정에서 실제로 낭독하거나 구술진술하지 않고 구술진술에 갈음하는 방식으로 서면을 제출하고 교환하는 형식으로 진행되어 재판에서의 구두변론주의가 형해화되었으나 현재는 당사자가 말로 중요한 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 진술하는 구두변론주의가 정착되어 가고 있다는 점, 한쪽 당사자가 불출석한 경우 변론기일을 진행할 것인지 연기할 것인지는 법원이 재량으로 판단할 사항인데, 소장 등의 진술간주를 통한 변론기일의 진행여부는 실무상 출석한 상대방의 의사를 묻고 상대방이 동의하는 경우에 이루어지고 있어 위 제도에 의한 변론의 진행을 현실적으로 크게 기대하기 어려운 점(법원실무제요 민사소송 II, 191쪽/ 대법원 2008. 5. 8. 2008다2890 판결 참조), 또한 소장 등이 진술간주되더라도 서증의 신청은 구두변론주의 원칙상 변론기일에서 현실적으로 이루어져야 하는 점, 아무리 소송대리인을 통하여 소송수행할 수 있는 길이 열려 있다고 하더라도 권리의무의 주체로서 사실관계를 가장 잘 알고 있는 당사자가 변론에 참석하지 못한다는 것은 원활한 공격방어방법의 행사, 적절한 반대신문권의 행사 등에 중대한 제약이 될 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 당사자가 재판에 출석하는 것은 재판청구권 행사에 있어서 가장 핵심적인 사항이라고 할 것이고, 출정

비용을 예납하거나 영치금과의 상계에 동의하지 않았다고 하더라도 사후에 출정비용을 받거나 영치금과의 상계를 통하여 출정비용을 회수할 수 있고 이로써 납소를 방지하고 교정당국의 계호업무 부담을 경감시키며 국가 예산의 낭비를 막고자 하는 목적을 달성할 수 있으므로, 당사자 본인이 직접 재판에 출석하여 변론의 기회를 가지는 것을 제한한 것은 침해의 최소성 요건을 충족하였다고 보기 어렵다. 또한 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개하는 것이 원칙이고(공공기관의 정보공개에 관한 법률 제3조), 이러한 정보의 공개는 모든 국민이 청구할 수 있는 것이므로(위 법률 제5조), 청구인의 재판청구권 행사를 가볍게 여길 수도 없으며 재판출석권은 재판청구권 행사의 핵심적 내용이라고 할 수 있으므로 이 사건 각 출정제한행위로 인하여 받게 되는 청구인의 불이익은 출정비용을 예납하거나 사전에 영치금과의 상계에 동의하지 않는 경우에 출정을 제한함으로써 얻을 수 있는 공익보다 적다고 보기도 어렵다.

(다) 소결

수형자가 출정비용을 예납하거나 사전에 영치금과의 상계에 동의하지 않는 경우라도 일단 출정시키고 사후에 출정비용을 받거나 영치금과의 상계를 통하여 출정비용을 회수할 수 있고 이로써 납소를 방지하고 교정당국의 계호업무 부담을 경감시키며 국가 예산의 낭비를 막고자 하는 목적을 달성할 수 있으므로, 이 사건 각 출정제한행위는 최소침해성 및 법익균형성에 어긋나서 결국 과잉금지원칙에 위배된다는 위헌론이 타당하다고 본다.

4. 결정의 의의

이 사건 결정은 수형자의 법정출석권을 명시적으로 인정하였고, 수형자가 자신이 제기한 행정재판에 출정하기 이전에 여비를 납부하지 않았거나 출정비용과 영치금과의 상계에 미리 동의하지 않았다는 이유로 출정을 제한하는 것은 위헌이라는 점을 명확히 하였다는 점에서 그 의미가 작지 않다.

노동조합 및 노동관계조정법 제29조 제2항 등 위헌확인

-교섭창구단일화 사건-

(헌재 2012. 4. 24. 2011헌마338, 판례집 24-1하, 235)

지 성 수*

【판시사항】

하나의 사업 또는 사업장에 두개 이상의 노동조합이 있는 경우 단체교섭에 있어 그 창구를 단일화하도록 하고, 교섭대표가 된 노동조합에게만 단체교섭권을 부여하고 있는 노동조합 및 노동관계조정법 제29조 제2항, 제29조의2 제1항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것, 이하 ‘노조법’이라 한다) 제29조 제2항, 제29조의2 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부로서 그 내용은 다음과 같다.

노동조합 및 노동관계조정법(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것)

제29조(교섭 및 체결권한) ② 제29조의2에 따라 결정된 교섭대표노동조합(이하 “교섭대표노동조합”이라 한다)의 대표자는 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.

제29조의2(교섭창구 단일화 절차) ① 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우

* 헌법연구관

노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다. 이하 같다)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다. 다만, 제2항에 따라 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 이 조에서 정하는 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 ‘노동조합 및 노동관계조정법’에 근거하여 설립된 단위노동조합, 산업별 단위노동조합, 산업별 연합단체, 총연합단체 및 그 소속조합원들로, 2010. 1. 교섭창구단일화제도가 도입되자 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제29조 제2항, 제29조의2 등이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2011. 6. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

이 사건 법률조항은 교섭대표노동조합 또는 공동대표단에서 배제되는 소수 노동조합이나 단일화 절차 종료 후 조직된 신설 노동조합 및 그 조합원 등의 노동3권을 침해하고 있다.

또한 이 사건 교섭창구단일화제도로 인해 노동조합이 쟁의행위를 하기 위해서는 창구단일화 절차에 참여한 해당 사업장 소속 모든 노동조합 조합원의 비밀, 직접, 무기명투표에 의한 과반수의 찬성을 얻어야 하는바, 과반수 노동조합이 아닌 경우 사실상 다른 노동조합이 반대하면 쟁의행위를 할 수 없으므로, 이는 노동조합의 단체행동권을 침해하는 것이다.

나. 고용노동부장관의 의견 요지

이 사건 법률조항은 복수의 노동조합이 존재하는 상황에서 단체교섭상의 혼란을 예방하고, 근로자의 실질적인 교섭력 확보와 통일적인 근로조건 형성 등을 통해 집단적 협약자치질서를 실질적으로 구현하기 위한 것으로, 소

수 노동조합의 단체교섭권을 보호하기 위한 충분한 보완장치들도 함께 마련하고 있다는 점에서 노동3권을 과도하게 제한하고 있다고 볼 수 없다.

【결정요지】

‘노동조합 및 노동관계조정법’ 상의 교섭창구단일화제도는 근로조건 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것으로, 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합의 단체교섭권을 제한하고 있지만, 소수 노동조합도 교섭대표노동조합을 정하는 절차에 참여하게 하여 교섭대표노동조합이 사용자와 대등한 입장에 설 수 있는 기반이 되도록 하고 있으며, 그러한 실질적 대등성의 토대 위에서 이뤄낸 결과를 함께 향유하는 주체가 될 수 있도록 하고 있으므로 노사대등의 원리 하에 적정한 근로조건 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도라고 볼 수 있다.

더욱이 ‘노동조합 및 노동관계조정법’은 위와 같은 교섭창구단일화제도를 원칙으로 하되, 사용자의 동의가 있는 경우에는 자율교섭도 가능하도록 하고 있고, 노동조합 사이에 현격한 근로조건 등의 차이로 교섭단위를 분리할 필요가 있는 경우에는 교섭단위를 분리할 수 있도록 하는 한편, 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 공정대표의무를 부과하여 교섭창구단일화를 일률적으로 강제할 경우 발생하는 문제점을 보완하고 있다.

따라서 위 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 조항들이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 볼 수 없다.

【해 설】

1. 교섭창구단일화 제도에 대한 개관

가. 교섭창구단일화제도의 취지

교섭창구단일화제도는 복수 노동조합의 단체교섭권을 하나의 사업 또는 사업장에서는 교섭대표노동조합이 행사하도록 하는 것을 말한다.

교섭창구를 단일화하도록 하는 것은 하나의 사업(장)에 2개 이상의 노동조합이 병존하는 경우 야기될 수 있는 현실적인 문제를 사전에 방지하기 위해서다. 즉, 하나의 사업장에 복수의 노조가 각각 독자적인 교섭권을 행사하도록 할 경우 발생할 수 있는 노노간의 상호 반목과 노사간 갈등, 동일한 사항에 대해 같은 내용의 교섭을 반복하는 데서 비롯되는 교섭효율성의 저하 및 교섭비용의 증가, 복수의 단체협약이 체결되는 경우 발생할 수 있는 노무관리상의 어려움¹⁾, 동일하거나 유사한 내용의 근로를 제공함에도 불구하고 노동조합 소속에 따라 상이한 근로조건의 적용을 받는데서 발생할 수 있는 불합리성 등 여러 가지 현실적인 문제를 사전에 효과적으로 해결하는데 그 취지가 있다.²⁾

헌법재판소는 교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우 정부교섭대표가 당해 노동조합에 대하여 교섭창구 단일화를 요청할 수 있도록 하고, 교섭창구가 단일화될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 ‘공무원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제9조 제4항에 대해, 복수노조 허용에 따라 예상되는 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움, 과도한 교섭비용을 줄이기 위하여, 단체교섭에 있어 관련된 노조에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노조 간의 자율적인 교섭창구 단일화를 규정한 것은 합리적인 근거가 있다(헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971 등, 판례집 20-2하, 666, 691)고 한 바 있다.

나. 복수노조 허용과 교섭창구단일화 문제

교섭창구단일화는 복수노조허용의 문제와 긴밀하게 연관되어 있다. 복수

-
- 1) 복수협약이 체결되는 경우 노동조합 소속에 따라 근로자에게 상이한 단체협약을 적용하여야 하기 때문에 사용자는 단체협약의 적용에 앞서 근로자의 노동조합소속을 일일이 확인하여야 하다. 이로 인한 노무관리상의 부담은 특히 대규모 사업장에서 현저하게 나타날 것이다. 뿐만 아니라 단체협약의 적용을 위해 근로자는 노동조합에 가입하고 있는지, 어떤 노동조합에 가입하고 있는지를 밝혀야 하기 때문에 이로 인해 부당노동행위가 발생할 수 있다. 또한 근로자가 복수의 노동조합에 가입해 있는 경우 어떤 단체협약을 적용받아야 하는지와 같은 복잡한 법적 문제가 발생할 수 있다.
 - 2) 이승욱, 교섭창구단일화절차를 둘러싼 노동법상 쟁점, 사법 제15호(2011. 3.), 45면 이하 참조

노조를 허용하는 경우 그 단체교섭권을 복수의 모든 노조에 대해 허용할 것인가의 문제가 당장 대두되기 때문이다.

그런데 1953년 3월 제정된 노동조합법은 제6조에서 노동조합 조직가입의 자유를 규정하여 ‘근로자는 자유로 노동조합을 조직하거나 또는 이에 가입할 수 있다’고 규정³⁾하면서 별도로 복수노조설립을 제한하는 규정을 두지 아니 하였으나, 1963년 국가재건최고회의에 의해 단행된 노동관계법 전면 개정 때에 이르러, ‘조직이 기존 노동조합의 정상적인 운영을 방해하는 것을 목적으로 하는 경우’에는 노동조합으로 보지 아니한다는 노조결격사유를 신설하여 복수노조 금지의 단초를⁴⁾ 마련하였다. 그리고 1987년 개정 시에는 제3조 단서 제5호에 ‘기존 노동조합과 조직대상을 같이 하거나’를 추가함으로써 복수노조 금지의 범위를 확대⁵⁾하였다.

1997. 3. 13. ‘노동조합 및 노동관계 조정법’이 제정되면서 복수노조 금지 조항이 삭제되었고, 다만 부칙에서 사업(장) 단위 복수노조 허용시기를 2002. 1. 1.로 유예하고 교섭창구 단일화를 위한 필요사항을 노동부장관이 강구⁶⁾하도록 하였으며, 이후 2001. 3. 28. 노조법 개정으로 사업(장) 단위 복수노조

3) 노동조합법(제정 1953. 3. 8. 법률 제280호) 제6조(노동조합 조직가입의 제한) 근로자는 자유로 노동조합을 조직하거나 또는 이에 가입할 수 있다. 단, 현역군인, 군속, 경찰관리, 형무관사와 소방관사는 예외로 한다.

4) 노동조합법(전문개정 1963. 4. 17. 법률 제1329호) 제3조(노동조합의 정의) 이 법에서 “노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건유지·개선 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 그러나 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

5. 조직이 기존 노동조합의 정상적인 운영을 방해하는 것을 목적으로 하는 경우

5) 노동조합법(일부개정 1987. 11. 28. 법률 제3966호) 제3조(노동조합의 정의)
5. 조직이 기존 노동조합과 조직대상을 같이 하거나 그 노동조합의 정상적 운영을 방해하는 것을 목적으로 하는 경우

6) 노동조합 및 노동관계 조정법(제정 1997. 3. 13. 법률 5310호) 제5조(노동조합의 조직·가입) 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

부칙 제5조(노동조합 설립에 관한 경과조치) ① 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 제5조의 규정에 불구하고 2001년 12월 31일까지는 그 노동조합과 조직대상을 같이 하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없다.

③ 노동부장관은 2001년 12월 31일까지 제1항의 기한이 경과된 후에 적용될 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법·절차 기타 필요한 사항을 강구하여야 한다.

허용시기가 5년간 다시 유예되어 2007. 1. 1.부터 허용되는 것으로 변경되었다. 그러나 또다시 노사정 합의로 2006. 12. 30. 노조법을 개정하여 사업(장) 단위 복수노조 허용시기가 3년간 유예되어 2010. 1. 1.로 변경⁷⁾되었다. 2010. 1. 1. 법률 제9930호 개정으로 복수노조 허용 시기는 다시 2011. 7. 1.로 유예되었고, 비로소 시행에 이르게 되었다.⁸⁾

한편, 교섭창구단일화 문제는 1997년 노동관계법 개정 이전부터 복수노조 허용과 관련하여 노사관계개혁위원회(노개위)에서 논의되었으나, 입법으로 연계되지 못하다가 2010. 1. 1. 법률 개정으로 2012. 7. 1.부터 시행⁹⁾될 수 있게 되었다.

다만 2012. 7. 1.이후 최초로 도래하는 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 노동조합이 교섭요구를 할 수 있도록 함으로써 2011. 7. 1.이후 2012. 6. 30.까지는 기존 노동조합이 종전과 동일하게 교섭창구단일화를 거치지 않고 사용자와 개별적으로 단체협약을 체결할 수 있는 체제가 그대로 유지되었다.

그런데 1997. 3. 13. ‘노동조합 및 노동관계 조정법’ 제정으로 복수노조허용을 본격화하면서도 그 실제 도입 시기를 15년간이나 유예한 것은 그동안 사업장 단위에서의 복수노동조합의 설립을 허용할 것인지 여부보다는 복수

- 7) 노동조합 및 노동관계 조정법(일부개정 2006. 12. 30. 법률 제8158호) 제5조(노동조합의 조직·가입) 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.
부칙 제5조(노동조합 설립에 관한 경과조치) ① 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 제5조의 규정에 불구하고 2009년 12월 31일까지는 그 노동조합과 조직대상을 같이 하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없다.
- ③ 노동부장관은 2009년 12월 31일까지 제1항의 기한이 경과된 후에 적용될 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법·절차 기타 필요한 사항을 강구하여야 한다.
- 8) 노동조합 및 노동관계 조정법(제9930호, 2010. 1. 1.) 부칙 제7조(노동조합 설립에 관한 경과조치) ① 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 제5조에도 불구하고 2011년 6월 30일까지는 그 노동조합과 조직대상을 같이 하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없다.
- 9) 노동조합 및 노동관계 조정법(제9930호, 2010. 1. 1.) 부칙 제6조(하나의 사업 또는 사업장에 2개 이상의 노동조합이 있는 경우의 경과조치) 2009년 12월 31일 현재 하나의 사업 또는 사업장에 조직형태를 불문하고 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상 있는 경우에 해당 사업 또는 사업장에 대하여는 제29조 제2항·제3항·제4항, 제29조의2부터 제29조의5까지, 제41조 제1항 후단, 제89조 제2호의 개정 규정은 2012년 7월 1일부터 적용한다.

노조 병존으로 인해 야기되는 단체교섭상의 혼란, 노노 간의 갈등 등 현실적인 문제를 어떠한 방식으로 대처하는지가 더 중요한 과제였기 때문인 것으로 보인다.

다. 우리나라 교섭창구단일화제도의 개요와 특징

(1) 교섭창구단일화가 필요한 경우

하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다. 이하 같다)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다(노조법 제29조의2 제1항 본문).

다만 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 교섭창구단일화의 무는 면제된다(노조법 제29조의2 제1항 단서).

(2) 교섭창구단일화절차

위와 같은 경우에 부담하게 되는 교섭창구단일화는 다음 4단계로 진행된다.

① 1단계 - 노조 간 자율적 단일화 단계

먼저 교섭을 희망하는 노동조합이¹⁰⁾ 교섭대표결정 절차에 참여하여 정해진 기간 내¹¹⁾에 자율적으로 교섭대표를 정하는데(제29조의2 제1항, 제2항), 사용자는 노동조합으로부터 교섭요구를 받은 경우 그 요구를 받은 날부터 7일간 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여야 하며(노조법 시행령 제14조의3), 사용자는 공고기간이 끝난 다음 교섭을 요구한 노조를 확정하여 통지하고 그 교섭을 요구한 노조의 명칭, 조합원 수 등을 5일간 공고하여야 한다(노조법 시행령 제14조의5 제1항).

10) 시행령 제14조의2 제1항에 의하면 노동조합은 해당 사업 또는 사업장에 단체협약이 있는 경우 그 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있고, 다만, 단체협약이 2개 이상 있는 경우에는 먼저 도래하는 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있다.

11) 시행령 제14조의6에 의하면 창구단일화절차에 참여하는 노동조합이 확정된 날부터 14일을 말한다.

자율적인 교섭대표 결정은 위 5일의 공고기간이 지난 후 14일 이내에 하며, 결정된 교섭대표는 그 대표자, 교섭위원 등을 창구단일화에 참여한 모든 노조의 연명으로 서명 또는 날인하여 사용자에게 통지하여야 한다(노조법 시행령 제14조의6 제1항).

한편, 이 단계에서 사용자가 동의한 경우 창구단일화를 하지 않을 수 있으며, 이 경우 개별교섭이 가능하다(제29조의2 제1항 단서).

② 2단계 - 과반수 노조에게 교섭대표권 부여 단계

위 1단계가 무산되면 단일화과정에 참여한 노조의 전체 조합원 과반수로 조직된 노조를 교섭대표로 하게 된다(제29조의2 제3항).

2개 이상의 노조가 위임 또는 연합 등의 방법으로 창구단일화절차에 참여한 노조 전체 조합원 과반수가 되는 경우에도 과반수 노조가 되어 교섭대표가 된다.¹²⁾

③ 3단계 - 조합원 10% 이상 노조들의 공동교섭대표단 구성

한편, 위 두 가지 방법에 의해서도 교섭대표가 정해지지 않으면 교섭창구단일화절차에 참여한 노조 중 조합원 100분의 10미만의 노조를 제외한 노조로 구성되는 공동교섭대표단이 교섭대표가 된다.

공동교섭대표단의 구성은 일단 참여 노조의 자율에 맡겨져 있다(노조법 시행령 제14조의8 제1항).

④ 4단계 - 노동위원회에 의한 공동교섭대표단 구성

만약 위 3단계에서 노조들이 공동대표단 구성에 합의하지 못하면 해당 노조의 신청에 따라 노동위원회가 조합원 비율을 고려하여 교섭대표를 결정¹³⁾한다(제29조의2 제5항).

(3) 교섭단위 분리제도

노조법 제29조의3 제2항은 교섭창구단일화 규정에도 불구하고 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고

12) 자율적 단일화기간 경과 후 5일 이내에 과반수 노조임을 사용자에게 통지하여야 하고, 사용자는 5일 동안 이를 공고한다(시행령 제14조의7).

13) 창구단일화에 참여한 노조의 전부 또는 일부의 신청에 의해 신청 후 10일 이내에 노동위원회가 결정(시행령 제14조의9)

려하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우 노동위원회가 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있도록 하고 있다.

분리를 원하는 당사자는 사용자가 교섭요구 사실을 공고하기 전 또는 교섭요구 사실을 공고한 경우에는 교섭대표가 결정된 날 이후에 분리신청을 할 수 있는데, 분리신청을 받은 노동위원회는 신청을 받는 날부터 30일 이내에 교섭단위 분리에 관한 결정을 한다.

분리신청에 대한 노동위원회의 결정이 있기 전에 노조의 교섭요구가 있을 때에는 그 결정이 있을 때까지 교섭창구 단일화 절차의 진행은 정지된다(노조법 시행령 제14조의11 제5항).

(4) 우리나라 교섭창구단일화의 특징

위에서 본 바와 같이 우리나라는 사용자의 개별교섭에 대한 동의(자율교섭)나 복수노조 상호간에 자율적인 단일한 교섭창구의 구성(교섭창구단일화)이 이루어지지 않을 경우에, 보충적으로 법정 단일화 절차가 진행되도록 하고 있다. 그리고 법정 교섭단일화 방안으로 조합원 과반수 대표제와 보충적으로 비례대표제가 있다.

우리나라의 교섭창구단일화제도는 창구단일화에 참여한 노동조합의 조합원만을 대표한다는 점에서 전체 종업원을 대표하는 미국의 배타적 교섭대표제도와 차이가 있고, 과반수로 조직된 노동조합에 대해서는 특별한 절차 없이 교섭대표노조로서의 지위를 인정하고 있으며, 과반수 노동조합이 없는 경우에는 조합원수 비례의 공동교섭대표단을 구성하도록 한다는 점이 특징이다. 그리고 복수노조 사이에 교섭창구단일화를 강제하면서도 조합원의 의사를 민주적으로 반영하기 위한 선거절차를 별도로 두지 않은 점은 다른 나라에서 찾아볼 수 없는 독특한 제도이다.¹⁴⁾

한편, 우리의 교섭창구단일화는 교섭창구단일화 이외의 다른 방법을 노사가 자율적으로 합의하는 경우, 엄밀하게 말하면 사용자가 동의하는 경우 그 방법에 우선권을 부여한다. 노조법 제29조의2 제1항 단서는, ‘교섭대표노동조

14) 이승욱, 교섭창구단일화절차를 둘러싼 노동법상 쟁점, 사법 제15호(2011. 3.), 44면

합을 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 이 조에서 정하는 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하여 사용자의 동의를 전제로 자율교섭도 가능한 구조를 택하고 있다. 그리고 자율적으로 교섭창구 단일화를 선택한 경우 노조는 교섭단일화의 의무를 부담하게 되며, 이러한 의무를 이행할 때까지 개별적인 단체교섭은 용인되지 아니하고, 사용자는 교섭단일화를 조건으로 개별 교섭을 거부할 수 있게 된다.¹⁵⁾

라. 교섭창구 단일화와 관련한 외국의 입법례¹⁶⁾

(1) 미국

미국은 배타적 교섭대표제를 택하고 있다. 이는 일정한 교섭단위 내의 근로자 과반수의 지지를 얻은 노조나 개인만이 그 단위 내의 근로자를 위해 근로조건에 관하여 사용자와 단체교섭을 할 배타적 권한을 가지는 제도를 말한다(전국노동관계법(National Labor Relations Act, NLRA라 한다) 제9조(a)¹⁷⁾).

사용자로부터 승인을 받거나 연방노동관계위원회(National Labor Relations Board, NLRB라 한다)로부터 인증을 받은 노동조합은 교섭단위 내 모든 근로자들의 배타적 교섭대표가 된다. 조합원뿐만 아니라 당해 노동조합을 지지하거나 반대한 근로자들도 모두 대표한다. 배타적 교섭권한을 가진 노동조합은 다른 노동조직과 교섭권을 공유할 필요가 없으며, 근로자들의 단결의사와 상관없이 교섭단위의 모든 근로자들을 공정하고 평등하게 대표하여야

15) 박종희, “복수노조 하에서의 단체교섭창구단일화”, 고려법학 제36호, 고려대학교 법학연구원, 221면. 박순영, 복수의 교원 노조 사이에 교섭권한 위임 등에 의한 교섭창구 단일화의 가능성, 대법원 판례해설 2010년 상, 법원도서관, 736-737면

16) 강희원, 복수노조 하의 단체교섭창구 단일화 방안에 대한 고찰, 경희대학교 대학원 석사논문, 2006, 48-88면. 외국의 입법례는 주로 이 논문을 참조하였으나, 다른 논문들을 부분적으로 참조하여 해당 부분의 내용을 보강하였다. 다른 논문 일부 참조시에는 별도로 각주에 표시하였다.

17) 제9조(a) 단체교섭의 목적을 위하여 적절한 단위 내에서 근로자의 과반수를 위하여 단체교섭을 할 목적으로 지명되거나 선출된 대표는 임금율, 임금, 근로시간 기타 근로조건과 관련하여 단체교섭을 하기 위하여 그 단위 내의 모든 근로자의 배타적 대표가 된다.

할 특권과 의무가 있다.

이 제도 하에서 개별근로자의 교섭력은 매우 제한되어 사용자는 단체협약과 다른 내용의 계약을 개별근로자와 체결할 수 없다. 다만 개별근로자는 사용자에게 직접 고충을 제기할 수 있으며, 사용자는 단체협약에 정한 조건과 달리 고충을 처리할 수 있다.

배타적 교섭제도는 복수노조를 인정하면서도 사용자는 배타적 교섭권을 위임받은 자와만 교섭을 하도록 하여 노사관계를 안정적으로 만들 수 있고, 노조들은 서로 배타적 교섭권을 확보하고 이를 지키기 위해 근로자들을 위한 선의의 경쟁을 하기 때문에 노조의 민주적 운영에 기여하는 것으로 평가되고 있다.

(2) 프랑스

프랑스의 단체교섭과 단체협약은 다양한 단계에서 이루어지고 있다. 전국적 단계, 지역적 단계, 이보다 작은 지국 단계, 특정 직종에 국한된 직종 단계, 그리고 기업단계에서 교섭과 협약체결이 이루어지고 있다. 프랑스에서 노동조합은 대표성을 갖는 노동조합으로 인정되어야만 단체협약 체결 활동이 정식으로 인정된다. 노동조합의 대표성 판단은 조합원수 및 조합비, 재정의 투명성, 자주성, 공화국가치의 존중, 지역별, 직역별 분포, 2년의 연혁, 기업내 종업원 대표 선거 득표율 등인데, 이중 가장 의미 있는 것은 기업내 종업원 대표 선거 득표율로, 기업수준에서는 10%, 초기업 수준에서는 8% 이상일 것을 요구한다. 대표성은 매 4년마다 선거 결과를 반영하여 재평가한다.¹⁸⁾

대표 노조가 복수인 경우 어느 한 노조만을 교섭상대방으로 선택할 권한은 없다. 소규모 노조에 대한 교섭회피행위도 금지된다. 교섭당사자는 통상 노사 각각의 단체이름으로 협약체결권한을 부여받은 대표자이지만, 이 권한은 당해 단체의 규약에 기초하거나 당해 단체의 특별한 결의에 기초하거나 또는 당해 단체의 모든 구성원으로부터의 개별적 서면에 의한 특별한 위임에 기초하여 부여받아야 한다.

법률에 노조조직의 대표성을 확인하는 특별한 절차는 없으나, 노동조합이

18) 박제성, 프랑스 기업별 교섭제도, 노사관계선진화위원회 활동 보고서, 2009, 172면

대표 노조가 되기 위해서는 적극적으로 대표성이 있음을 증명하는 활동을 하여야 한다. 노조의 대표성은 과반수나 다수결의 개념과는 관계가 없으며, 사용자와의 관계에서 근로자의 이익을 자주적으로 대변할 수 있는 전국적 차원의 대표성을 인정받은 노조조직에 가입된 노조는 일반적으로 단체협약과 기타 협정을 체결할 수 있는 자격이 있는 것으로 추정된다. 프랑스의 기업별 교섭에서는 다수 노조들이 개별적인 단체교섭을 통해 자신들의 협약을 확보하는 것은 허용되지 않으며, 하나의 협약 형성을 위하여 교섭시기를 단일화하고 있다. 프랑스 단체교섭제도에 있어 단일화의 표상은 이 교섭시기의 단일화에 있다고 할 수 있다.

프랑스에서는 노동조합이나 사용자가 다른 당사자들이 체결해 놓은 단체협약에 가입할 수 있다. 즉, 모든 대표 노조들은 단체협약이나 기타 단체협정에 가입할 수 있고, 사용자조합이나 협회, 개별 사용자도 동일하게 협약에 가입할 수 있다. 협약에 가입한 노조에게는 협약당사자와 동일한 협약상의 권리와 의무가 주어진다. 협약 일부에 대한 가입은 인정되지 않는다.

기업별 단체협약이 업종별 임금협정의 내용과 다른 경우 문제된 협약문서에 서명하지 아니한 하나 또는 복수의 노조가 당해 기업에서 근로자 반수 이상의 지지를 얻은 조직이면 그 협약의 효력발생을 거부할 수 있다. 단체협약에 서명된 날로부터 8일 이내에 거부의사를 서면으로 작성하여 협약당사자들에게 통보하여야 한다.

(3) 영국

영국에서는 교섭창구의 단일화를 요구하고 있지 않기 때문에 사용자는 각각의 노조와 교섭을 갖고 별도의 협약을 체결하고 있다. 영국의 노동조합이 노조 본연의 기능을 수행하기 위해서는 정부기관에 등록 후 자주성 확인 절차를 거친 뒤 사용자측으로부터 인정을 받아야 한다. 사용자측의 노조 인정은 사용자의 자율에 맡겨져 있다가 1999년 법률로 인해 일정한 제한을 받게 되었는데, 교섭단위 내 근로자 과반수로 조직된 조합이거나 단위 내 전체 근로자의 40% 이상이 해당 노동조합을 인정한 경우 사용자는 의무적으로 이 노동조합을 교섭의 파트너로 인정하여야 한다.

영국의 교섭단체 단위 수는 사용자측이 인정하는 노동조합 수만큼 존재한다. 즉, 사용자측이 노동조합을 교섭의 당사자로 인정한 경우 사용자측은 각 노조와 교섭을 행해야 하므로 사업장별 교섭 형태를 취하고 있는 경우는 교섭단위가 한 사업장에 여러 개 존재한다. 기술자 및 숙련공을 대표하는 교섭이 있고, 반숙련이나 미숙련공 전문 경영자, 일반 사무직 등을 대표하는 교섭이 각각 별도로 진행된다. 이 경우 임금관련 교섭 내용은 서로 상이하게 적용되지만, 근로시간 휴가 등과 같은 교섭 내용은 모든 근로자에게 동일하게 적용되는 것이 일반적이다.

(4) 일본

일본은 자율교섭제도를 취하고 있다. 따라서 해당 기업에 복수노조가 존재하는 경우 노조의 규모에 관계없이 모든 노조가 교섭권한을 갖기 때문에 사용자는 각 노조와 모두 교섭을 해야 한다.

그리고 복수 노조가 각각 단체협약을 체결하는 경우 단체협약은 원칙적으로 해당 노동조합원에게만 효력이 미친다. 이때 서로 다른 단체협약이 체결될 수 있어 노조에 따라 차별적인 대우를 받을 수 있는데, 이 경우 차별을 금지하는 노동법의 취지에 위배되어 부당노동행위 문제가 발생할 수 있다.

일본의 경우 복수노조가 모두 단체협약권을 가지고 있지만, 복수노조와 관련된 노사 갈등이 심하지 않은 것은 노조가 기업별 노조의 형태를 취하고 있고, 유니온숍이 광범위하게 존재하기 때문이다. 대부분의 기업별 노조는 유니온숍 조항을 가지고 있어 제2노조의 출현이 거의 불가능하므로 결과적으로 복수노조의 설립이 크게 제한된다.

그리고 유일교섭권자 조항이 존재하여 기업별 노조는 설립 후 최초 단체교섭시에 사용자로부터 경쟁적 제2노조와 단체교섭을 하지 않겠다는 약속을 얻어내 이를 통해 경쟁적 노조의 출현을 방지하기도 한다.

결국 일본은 법적으로 단결권과 단체교섭권을 모든 합법적인 노조에게 완전히 보장하고 있지만, 단체교섭권의 단일화문제는 법률에 의해서가 아니라 유니온숍 협정이라는 노조조직구조와 유일단체교섭권자 조항 등을 통해 해결하고 있다고 할 수 있다.

(5) 독일

독일에서는 복수노조가 허용되었음에도 근로노조들이 난립하지 않고 소수의 산별노조들이 중심이 되어 하나의 조율화된 형태의 노동시장의 관리가 이루어져 왔다. 여기에는 단일단체교섭 원리가 적지 않은 역할을 했는데, 법제화된 형태는 아니었으나 판례를 통해 2010년 초까지 단일단체교섭의 원리가 지지된 것이다. 이 원리는 한 사업장에서는 하나의 단체협약만 유효하다는 것으로 일사 일협약의 관행을 의미한다. 하나의 유효한 단체협약이 노사를 대표하는 조직체에 의해 체결되면, 같은 영역의 의제를 놓고 다른 조직체들은 동일한 내용의 교섭을 벌여도 그 유효성을 인정받을 수 없다.

그런데 2010년 1월 27일 연방노동법원에 획기적인 결정이 내려지게 되었는데, 단체교섭이 복수로 이루어진 경우 이제는 더 이상 통합단체교섭원리에 기초한 판례를 적용하지 않을 것이라는 것이었다. 6월에는 변경된 법리를 적용한 판결도 내려졌다.

연방노동법원의 이와 같은 태도 변경은 산별교섭 밖에 있는 비정규직 노동자들의 문제와 포괄적인 산별노조의 수직적 체계에서 포괄적 단체교섭에 불만을 가진 특수전문직 직업군들 일부가 이탈해 독자적인 행동을 취한 것이 배경이 된 것으로 보인다. 철도, 병원, 항공부문 등 소위 공공서비스 부문을 중심으로 독자적인 직업노조들이 별도의 단체협약을 추구하는 경향이 확산된 것이다.

그러나 위와 같은 연방노동법원의 판결에 대해서는 노사 양측이 모두 반발하여 통합교섭원리의 유지를 주장하였고, 정치권도 이에 공감하여 이를 법제화하는데 동의하고 있다. 독일정부는 2011년 들어 통합단체협약원리의 복원을 위한 현실적인 정책 마련에 돌입해 있다고 한다.¹⁹⁾

(6) 소결

다른 나라들의 경우 복수노조를 허용하고 있더라도 교섭창구를 단일화하는 문제와 관련해서는 각 나라의 노사 문화와 사정에 따라 서로 다른 제도들을 택하고 있다. 다만 교섭창구 단일화를 강제하고 있지는 않지만, 동일한

19) 박명준, 복수노조와 통합교섭 : 근래 독일에서의 논쟁, 국제노동브리프, 2012. 2. 74-79면

사업장 내에서는 근로조건이 서로 통일될 수 있도록 하기 위해 여러 가지 방법들을 강구하고 있다.

2. 이 사건 규정에 대한 판단

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 하나의 사업 또는 사업장에 2개 이상의 노조가 있는 경우 단체교섭에 있어 교섭창구를 단일화하도록 하고 있는 이 사건 법률조항이 노조의 단체교섭권을 침해하지 않는다고 보았다. 과잉금지원칙을 위반하지 않으므로 헌법에 위반되지 않는다는 것이다. 그 결정 이유에 대해 살펴본다.

가. 쟁점

이 사건 법률조항은 하나의 사업(장)에 2개 이상의 노조가 있는 경우 교섭창구를 단일화하도록 하여 교섭대표노조가 된 노조에만 단체교섭권을 주고 있는데, 이에 대해 청구인들은 이 사건 법률조항이 교섭대표노조가 되지 못한 노동조합의 단체교섭권을 침해한다는 주장을 하였다. 따라서 이 사건의 쟁점은 하나의 사업 또는 사업장에 복수의 노동조합을 허용하면서도 그 교섭에 있어서는 창구를 단일화하도록 하고 있는 것이 교섭대표노조가 되지 못한 노조의 단체교섭권을 침해하는가 여부이다.

나. 판단(과잉금지원칙 위반 여부)

먼저 헌법재판소는 이 문제를 다룸에 있어 노동3권도 절대적인 권리가 아니라 제한 가능한 권리이므로 단체교섭권도 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능함을 전제한 후, 과잉금지원칙 위반 여부를 심사하였다.

헌법재판소는, 교섭창구단일화제도는 근로조건 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것으로 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합의 단체교섭권을 제한하고 있지만, 소수 노동조합도 교섭대표노

동조합을 정하는 절차에 참여하게 하여 교섭대표노동조합이 사용자와 대등한 입장에 설 수 있는 기반이 되도록 하고 있으며, 그러한 실질적 대등성의 토대 위에서 이뤄낸 결과를 함께 향유하는 주체가 될 수 있도록 하고 있으므로, 이는 노사대등의 원리 하에 적정한 근로조건의 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도라고 하였다.

더욱이 노조법은 위와 같은 교섭창구단일화제도를 원칙으로 하되, 사용자의 동의가 있는 경우에는 자율교섭도 가능하도록 하고 있고, 노동조합 사이에 현격한 근로조건 등의 차이로 교섭단위를 분리할 필요가 있는 경우에는 교섭단위를 분리할 수 있도록 하고 있으며, 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표 노동조합에게 공정대표의무를 부과하는 등 교섭창구단일화를 일률적으로 강제할 경우 발생하는 문제점을 보완하여 노동조합의 단체교섭권 침해를 최소화하는 장치를 마련하고 있다는 점도 합헌의 이유로 들었다.

한편, 청구인들은 이 사건에서 모든 노동조합에게 교섭권을 인정하는 자율교섭제도 채택을 주장하였는데, 이에 대해 헌법재판소는, 이 경우 하나의 사업장에 둘 이상의 협약이 체결·적용됨으로써 동일한 직업적 이해관계를 갖는 근로자 사이에 근로조건의 차이가 발생될 수 있음은 물론, 자율교섭제도에서는 여러 노동조합이 일시에 혹은 유사한 시기에 자신과 먼저 교섭하고자 요구하는 경우 사용자는 자신이 선택한 특정 노동조합과의 선(先) 교섭을 이유로 다른 노동조합과의 교섭을 연기하는 등 사실상 장기적으로 교섭에 응하지 아니함으로써 교섭을 합법적으로 거부할 수 있게 되어 오히려 노동조합을 불리한 지위에 있게 할 위험이 있고, 복수의 노동조합이 유리한 단체협약 체결을 위해 서로 경쟁하는 경우 그 세력다툼이나 분열로 교섭력을 현저히 약화시킬 우려도 있으므로 자율교섭제도가 교섭창구단일화제도보다 단체교섭권을 덜 침해하는 제도라고 단언할 수 없다고 하였다.

이상과 같은 이유를 들어 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 파잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다.

3. 결정의 의의

이 사건 결정이 나가자 노동계에서는, 노조법이 사용자의 동의 하에 자율 교섭이 가능하도록 규정하고 있지만, 실제로는 사용자들의 동의를 받기 어려워 문제가 생기는 사업장들이 나오고 있는 등 소수노조의 보호 장치가 현실에서는 힘을 발휘하지 못하고 있음을 지적하면서 이 결정에 대해 유감을 표시하였다. 다만 교섭창구단일화제도에 대해 합헌결정이 내려진 만큼 이 제도의 전면 무효화보다는 노조법 조항을 보완하는 쪽으로 노동운동 방향이 선회할 것임을 전망했다.

한편, 이 결정과 관련하여 한국노총도 현재의 결정은 현실을 무시한 데다 국제 노동기준에도 부합하지 않는다고 유감을 표했고, 이 결정 이후에도 비판적인 목소리가 노동계 일부에서 계속되었는데, 2012년 10월 30일 전국건설노동조합, 전국플랜트건설노동조합, 전국건설기업노동조합 등은 기자회견을 열어 교섭창구단일화제도는 헌법상 보장된 노동3권을 사실상 박탈하는 것이라며 교섭창구단일화제도의 폐지를 주장하였다.

아무튼 이 사건 법률조항에 대한 합헌결정을 계기로 교섭창구단일화제도에 대한 위헌성 논란이 법리적으로 일단락된 것은 사실이다. 그러나 복수노조를 합법적으로 인정하게 된 만큼 그 취지를 살려 교섭창구단일화제도를 보완하는 다는 노조법 규정들의 적극적인 활용을 통해 단체협약체결에 소수노조가 소외되지 않도록 하는 운영이 필요할 것이다.

구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원

- 과세근거조항인 구 조세감면규제법 부칙 제23조를 반영하지 않은 채 조세감면규제법이 전부 개정되어 시행되었음에도 불구하고 위 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 것이 조세법률주의 원칙, 권력분립원칙에 위배되는지 여부 -
(헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123·126(병합), 판례집 24-1하, 281)

고 일 광*

【판시사항】

1. 법률조항에 대한 한정위헌의 판단을 구하는 심판청구가 실질은 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이어서 적법하다고 본 사례
2. 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)가 구 조세감면규제법(1993. 12. 31. 법률 제4666호)로 전부 개정된 것, 이하 ‘이 사건 전부개정법’이라 한다)의 시행에도 불구하고 실효되지 않은 것으로 해석하는 것이 헌법상의 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 위배되어 헌법에 위반되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조 제1항(이하 ‘이 사건 부칙조항 제1항’이라 한다) 및 제2항(이하 ‘이 사건 부칙조항 제2항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조(기업공개시의 재평가특례에 관한 경과조치 등) ① 이 법 시행 전에 종전의 제56조의2 제1항 본문의 규정에 의하여 재평가를 한 법인에 대하여는 종전의 동조 동

* 춘천지방법원 영월지원장, 전 헌법연구관

항 단서의 규정에 불구하고 재평가일부터 대통령령이 정하는 기간 이내에 한국증권거래소에 주식을 상장하지 아니하는 경우에 한하여 이미 행한 재평가를 자산재평가법에 의한 재평가로 보지 아니한다.

② 제1항의 규정에 의한 재평가를 한 법인이 당해 자산재평가적립금의 일부 또는 전부를 자본에 전입하지 아니한 경우에는 재평가일부터 제1항의 규정에 의한 기간 이내에 그 재평가를 취소할 수 있으며, 이 경우 당해 법인은 각 사업연도소득에 대한 법인세(가산세와 당해 법인세에 부가하여 과세되는 방위세를 포함한다)를 재계산하여 재평가를 취소한 날이 속하는 사업연도분 법인세과세표준신고와 함께 신고·납부하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2009헌바123 사건

(1) 청구인 지에스칼텍스 주식회사는 1990. 10. 1. 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 조세감면규제법’이라 한다) 제56조의2에 근거하여 한국증권거래소에 주식을 상장하는 것을 전제로 자산재평가를 실시하고 한국증권거래소에 주식 상장을 준비하였으나, 2003. 12. 31.까지 한국증권거래소에 주식을 상장하는 것이 어렵게 되자, 2003. 12. 30. 스스로 위 자산재평가를 취소하였다.

(2) 역삼세무서장은 2004. 4. 16. 청구인이 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조 제2항에 따라 1990 사업연도 이후 각 사업연도 소득에 대한 법인세를 재계산하여 재평가를 취소한 날이 속하는 사업연도 법인세 과세표준과 함께 신고·납부하지 않았다는 이유로, 1990~1999 사업연도에 걸쳐 과다계상된 감가상각비 173,579,616,995원을 손금불산입하고, 과소계상된 감가상각비 6,215,574,406원을 손금산입하며, 과소계상된 자산양도차익 4,581,834,590원을 익금산입하여, 청구인에게 법인세, 방위세, 농어촌특별세를 부과하고, 종전의 자산재평가가 자산재평가법에 의한 자산재평가에 해당하지 않게 되었다는 이유로 청구인이 기존에 신고·납부한 자산재평가에 대하여는 환급결정을 함과 동시에 1999. 4. 1.자 제5차 자산재평가에 대하

여 자산재평가법 제13조 제1항 제2호에 따라 재평가세율 100분의 3을 적용하여 산정한 1999년 귀속 자산재평가세를 부과하는 등 합계 156,843,073,190원(가산세 86,075,237,128원 포함)을 각 부과·고지하였다.

(3) 청구인은 2004. 7. 9. 위 부과처분에 불복하여 국세심판원에 심판청구를 제기하였고, 국세심판원은 2005. 5. 10. 위 부과처분 중 가산세(과소신고 가산세 및 미납부가산세) 부분은 부과하지 않는 것으로 세액을 정정하라는 결정을 하였으며, 이에 따라 역삼세무서장은 2005. 5. 25. 위 부과처분 중 가산세 부분에 대한 부과처분을 취소하였다(이하 2004. 4. 16.자 부과처분에서 가산세 부분을 제외한 법인세, 방위세, 농어촌특별세 및 자산재평가세의 본세 70,767,836,129원 부분을 ‘청구인 지에스칼텍스 주식회사에 대한 이 사건 부과처분’이라 한다).

(4) 이에 청구인은 서울행정법원에 이 사건 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 2005. 12. 20. 기각되었고(2005구합19764), 그 후 서울고등법원에 항소를 제기하여 2006. 10. 12. 청구인용 판결(2006누4297)을 받았으나, 대법원은 2008. 12. 11. 원심판결을 파기하여 서울고등법원에 위 사건을 환송하였다(대법원 2006두17550). 위 사건이 파기환송심(서울고등법원 2008누37574)에 계속 중 청구인은 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고(서울고등법원 2009아105), 2009. 5. 13. 위 신청이 기각되어(같은 날 항소도 기각되어 6. 4. 판결이 확정되었다) 2009. 5. 25. 그 기각결정이 위 청구인에게 송달되자, 2009. 6. 22. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2009헌바126 사건

(1) 청구인 에이케이리테일 주식회사(원래 상호가 ‘주식회사 에스케이엠’이었다가 2007. 1. 1. ‘에스케이엠면세점 주식회사’로, 다시 2008. 3. 25. ‘에이케이리테일 주식회사’로 각 변경되었다)는 1990. 10. 1. 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호로 개정되기 전의 것) 제56조의2에 근거하여 한국증권거래소에 주식을 상장하는 것을 전제로 자산재평가를 실시하고 한국

증권거래소에 주식 상장을 준비하였으나, 2003. 12. 31.까지 한국증권거래소에 주식을 상장하지 못하였다.

(2) 삼성세무서장은 2004. 1. 16. 청구인이 상장기간 내인 2003. 12. 31.까지 주식을 상장하지 아니하였다는 이유로 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조 제1항에 의하여 자산재평가차익을 자산재평가법에 의한 재평가차익이 아닌 임의평가차익으로 보고 1990 사업연도 법인세 과세표준 및 세액 계산에서 이를 익금에 산입하여, 청구인에 대하여 1990 사업연도 법인세 21,617,335,700원(과소신고가산세 1,650,192,206원 및 미납부가산세 11,957,961,967원 포함)과 방위세 2,478,610,640원(미납부가산세 413,101,774원 포함)을 결정·고지하고, 1990. 10. 1.자 자산재평가가 자산재평가법에 의한 자산재평가에 해당하지 않는다는 이유로 위 청구인이 종전에 신고·납부한 자산재평가세에 대하여 환급결정을 하였다.

(3) 청구인은 이에 불복하여 국세심판원에 이의를 제기하였는데, 국세심판원은 2005. 3. 24. 1990 사업연도 법인세와 방위세 중 과소신고가산세와 미납부가산세를 부과하지 않는 것으로 세액을 경정하라는 결정을 하였고, 이에 따라 삼성세무서장은 당초 결정금액을 법인세는 8,356,506,769원으로, 방위세는 2,065,508,871원으로 감액 경정하였다(이하 청구인에 대한 위 법인세, 방위세 부과 처분을 ‘청구인 에이케이리테일 주식회사에 대한 이 사건 부과처분’이라 한다).

(4) 이에 청구인은 2005. 5. 17. 서울행정법원에 삼성세무서장을 상대로 이 사건 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나(2005구합15083) 2005. 11. 24. 기각되었고, 2005. 12. 28. 서울고등법원에 항소(2005누30183)한 후 이 사건 부과처분의 근거가 된다고 본 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으며(2009아109), 2009. 5. 22. 위 신청이 각하되어(같은 날 항소도 기각되어 6. 19. 판결이 확정되었다) 2009. 6. 4. 그 결정을 통지받게 되자, 2009. 6. 24. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각 또는 각하 이유의 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 과세관청은 이 사건 부칙조항을 적용하여 이 사건 각 부과처분을 하였는데, 구 조세감면규제법이 1993. 12. 31. 법률 제4666호로 전부 개정되면서 이 사건 부칙조항에 관하여는 경과규정도 두지 아니하였는바, 이와 같이 개정 법률이 전부 개정된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정한 것과 마찬가지로 중전의 본칙은 물론 부칙규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로, 이 사건 부칙조항과 같은 중전의 법률 부칙의 경과규정도 실효되었다고 보아야 할 것이다.

(2) 그럼에도 불구하고 대법원은 2008. 11. 27. 선고 2006두19419 판결, 2008. 12. 11. 선고 2006두17550 판결에서, 이 사건 부칙조항이 전부 개정된 구 조세감면규제법의 시행에도 불구하고 ‘특별한 사정’이 있기 때문에 실효되지 않았다고 판시하였는바, 그와 같이 해석하는 한 이 사건 부칙조항은 헌법에 규정된 국회의 입법권을 침해하고 조세법률주의에 위반되는 것으로서 위헌이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각 또는 각하 이유

(1) 2009헌바123 사건

법률이 전부 개정된 경우에는 개정전 법률의 본칙은 물론 부칙과 그 경과규정도 모두 폐지되는 것이 원칙이지만, 중전의 법률 부칙의 경과규정을 계속 적용한다는 별도의 규정을 두거나 그러한 명시적인 조항은 두지 않았다고 하더라도 중전의 경과규정이 계속 적용된다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 위 경과규정은 실효되지 않는다.

이 사건 부칙조항은 자산재평가에 관한 특례규정인 중전 법률의 제56조의 2가 삭제되면서 위 규정에 따라 이미 자산재평가를 실시한 법인에 관하여 상장기한 내에 상장하지 않거나 자산재평가를 취소한 경우의 효력을 정하는 한편 그 상장기한에 대하여 대통령령에 위임하는 내용의 조항이므로, 전부 개정된 구 조세감면규제법에서 특별히 경과규정을 두지 않더라도 이미 폐지된 자산재평가 특례제도와 관련된 사항을 충분히 규율할 수 있다고 보아 별

도의 경과규정을 두지 않은 것으로 보인다. 또한 그렇게 보지 않으면, 위와 같이 자산재평가를 실시한 후 상장을 하지 않은 법인에 대한 사후관리가 불가능하게 되고, 자산재평가를 실시하지 아니한 법인 또는 자산재평가 실시 후 상장기한 내에 상장을 한 법인에 비하여 합리적 이유 없이 우대를 받게 되므로 조세공평의 이념에도 반하며, 위 부칙조항에 기하여 과세하더라도 해당 법인에게 예측하지 못한 부담을 지우는 것도 아니다.

따라서 이 사건 부칙조항은 전문 개정된 구 조세감면규제법(1993. 12. 31. 법률 제466호)의 시행에도 불구하고 실효되지 않았다고 볼 '특별한 사정'이 있다고 할 것이며, 그러한 해석이 국회의 입법권을 침해한다거나 조세법률주의에 반하는 것이라고 보기도 어렵다.

(2) 2009헌바126 사건

청구인 에이케이리테일 주식회사의 위헌법률심판제청 신청취지는, 이 사건 부칙조항 자체가 위헌이라는 주장이 아니고 결국 그 법률의 해석·적용에 관한 문제를 거론하면서 청구인의 주장과 반대되는 대법원의 관련사건에서의 재판 결과를 다투면서 청구인 자신에게 패소판결이 선고되어서는 안 된다는 취지의 주장을 하는 것에 불과하므로, 법원의 위헌법률심판제청의 대상이 될 수 없어 부적법하다.

【결정요지】

1. 청구인들의 한정위헌청구가 적법한 헌법소원인지 여부

이 사건 헌법소원심판에서 청구인들이 다투는 취지는, 이 사건 각 부과처분에 있어서 '법원이 한 부과처분의 근거법률에 대한 해석·적용'에 관한 것이 아니라, 이 사건 전부개정법의 시행으로 말미암아 이 사건 부칙조항은 '실효된' 것으로 보아야 함에도 당해 사건 법원이 이를 '유효한' 법률조항이라고 잘못 판단한 후 당해 사건에 적용한 것을 문제삼고 있는 것이므로, 이 사건 심판청구는 '이 사건 부칙조항 그 자체의 위헌성'을 다투고 있다고 봄이 상당하다.

2. 이 사건 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 것이 조세법률주의, 권력분립원칙에 반하는 것인지 여부

(1) 입법목적이나 입법자의 의도를 합리적으로 추정하여 문언의 의미를 보충하여 확정하는 체계적, 합목적적 해석, 유사한 사례에 유추적용하는 해석, 어떤 법률조항에 대한 여러 갈래의 해석이 가능한 경우 헌법합치적으로 해석해야 한다는 원칙 등, 법률해석의 여러 방법들은 대상 법률규정의 규율 영역에 따라 때로는 아예 허용되지 않거나 엄격하게 제한되는 경우가 있다. 특히 형벌조항이나 조세법의 해석에 있어서는 헌법상의 죄형법정주의, 조세법률주의의 원칙상 엄격하게 법문을 해석하여야 하고 합리적인 이유 없이 확장해석하거나 유추해석할 수는 없는바, ‘유효한’ 법률조항의 불명확한 의미를 논리적·체계적 해석을 통해 합리적으로 보충하는 데에서 더 나아가, 해석을 통하여 전혀 새로운 법률상의 근거를 만들어 내거나, 기존에는 존재하였으나 실효되어 더 이상 존재한다고 볼 수 없는 법률조항을 여전히 ‘유효한’ 것으로 해석한다면, 이는 법률해석의 한계를 벗어나 ‘법률의 부존재’로 말미암아 형벌의 부과나 과세의 근거가 될 수 없는 것을 법률해석을 통하여 창설해 내는 일종의 ‘입법행위’로서 헌법상의 권력분립원칙, 죄형법정주의, 조세법률주의의 원칙에 반한다.

(2) 이 사건 부칙조항은 과세근거조항이자 주식상장기한을 대통령령에 위임하는 근거조항이므로 이 사건 전부개정법의 시행에도 불구하고 존속하려면 반드시 위 전부개정법에 그 적용이나 시행의 유예에 관한 명문의 근거가 있었어야 할 것이나, 입법자의 실수 기타의 이유로 이 사건 부칙조항이 이 사건 전부개정법에 반영되지 못한 이상, 위 전부개정법 시행 이후에는 전부개정법률의 일반적 효력에 의하여 더 이상 유효하지 않게 된 것으로 보아야 한다. 비록 이 사건 전부개정법이 시행된 1994. 1. 1. 이후 제정된 조세감면규제법(조세특례제한법) 시행령등에서 이 사건 부칙조항을 위임근거로 명시한 후 주식상장기한을 연장해 왔고, 조세특례제한법 중 개정법률(2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정된 것)에서 이 사건 부칙조항의 문구를 변경하는 입법을 한 사실이 있으나, 이는 이미 실효된 이 사건 부칙조항을 위임의 근거 또는 변경대상으로 한 것으로서 아무런 의미가 없을 뿐만 아니라, 이 사

건 부칙조항과 같은 내용의 과세근거조항을 재입법한 것으로 볼 수도 없다.

(3) 다만, 이 사건 부칙조항이 실효되지 않고 여전히 존재한다는 전제 하에 과세하더라도, 청구인들을 비롯하여 주식상장을 전제로 자산재평가를 실시한 후 정해진 주식상장기한 내에 상장하지 못하였거나 자산재평가를 취소한 법인들로서는 부당하게 이익을 침해당한 것으로 볼 수 없는 데다가, 이 사건 부칙조항이 실효되었다고 해석하면, 이미 상장을 전제로 자산재평가를 실시한 법인에 대한 사후관리가 불가능하게 되는 법률의 공백상태가 발생하고, 종래 자산재평가를 실시하지 아니한 채 원가주의에 입각하여 성실하게 법인세 등을 신고·납부한 법인이나 상장기간을 준수한 법인들과 비교하여 볼 때 청구인들을 비롯한 위 해당 법인들이 부당한 이익을 얻게 되어 과세 형평에 어긋나는 결과에 이를 수도 있다.

그러나 과세요건법정주의 및 과세요건명확주의를 포함하는 조세법률주의가 지배하는 조세법의 영역에서는 경과규정의 미비라는 명백한 입법의 공백을 방지하고 형평성의 왜곡을 시정하는 것은 원칙적으로 입법자의 권한이고 책임이지 법문의 한계 안에서 법률을 해석·적용하는 법원이나 과세관청의 몫은 아니다. 뿐만 아니라 구체적 타당성을 이유로 법률에 대한 유추해석 내지 보충적 해석을 하는 것도 어디까지나 ‘유효한’ 법률조항을 대상으로 할 수 있는 것이지 이미 ‘실효된’ 법률조항은 그러한 해석의 대상이 될 수 없다.

따라서 관련 당사자가 공평에 반하는 이익을 얻을 가능성이 있다 하여 이미 실효된 법률조항을 유효한 것으로 해석하여 과세의 근거로 삼는 것은 과세근거의 창설을 국회가 제정하는 법률에 맡기고 있는 헌법상 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 반한다.

(4) 따라서 이 사건 전부개정법의 시행에도 불구하고 이 사건 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 것은 헌법상의 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

【해 설】

1. 이 사건 헌법소원의 적법 여부

가. 문제되는 쟁점

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 명문으로 “법원의 재판”을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있다.

한편, 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 판단한다”고 규정하고, 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하여 구체적 규범통제절차에서의 법률에 대한 위헌심사권과 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권을 분리하여 각각 헌법재판소와 대법원에 귀속시킴으로써 헌법의 수호 및 기본권의 보호가 오로지 헌법재판소만의 과제가 아니라 헌법재판소와 법원의 공동과제라는 것을 밝히고 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 854).

그러므로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구의 경우 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법원의 재판을 다투는 것일 때에는 원칙적으로 부적법하여 허용되지 않는다(헌재 2000. 7. 20. 98헌바74 판례집 12-2, 68, 74; 헌재 2001. 3. 21. 99헌바107, 판례집 13-1, 626, 633 등 참조). 다만, 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에 반하는 법원의 재판에 대하여는 헌법소원심판을 제기할 수 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 859).

청구인들의 이 사건 청구가 과연 법원의 재판을 다투는 것인지 이 사건 부칙조항 자체의 위헌 여부를 다투는 것인지가 문제된다. 실제 이 사건 청구 취지와 청구이유를 종합하여 보면 이 사건 부칙조항 자체가 헌법에 위반된다는 취지의 주장인지 이 사건 부칙조항이 전부 개정된 조세감면규제법에 의하여 실효되었음에도 이를 청구인들에게 적용한 법원의 판결이 조세법률주의 등에 위배되어 청구인들의 재산권 등을 침해한다는 것인지 애매하기

때문이다. 청구인들이 다투는 것이 이 사건 부칙조항 자체에 내포된 어떤 위헌적 해석방법이나 적용범위가 아니라, 전부 개정된 조세감면규제법의 시행에 따라 실효된 이 사건 부칙조항을 청구인들에게 적용한 재판이 다투고 있는 것이라면 이는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원이 갖추어야 할 적법요건을 갖추지 못한 것이 된다.

나. 견해대립

(1) 부적법설 - 재판소원에 해당한다는 견해

청구인들은 이 사건 헌법소원의 심판대상으로 법원의 재판이 아니라 이 사건 부칙조항을 내세우고 있으나, 청구취지와 청구이유를 종합하여 보면 청구인들이 이 사건 헌법소원에서 다투고자 하는 것은 심판대상 조항으로 삼은 이 사건 부칙조항 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니라, 이 사건 부칙조항이 전부 개정된 조세감면규제법에 의하여 실효되었음에도 이를 청구인들에게 적용한 법원의 판결이 조세법률주의 등에 위배되어 청구인들의 재산권 등을 침해한다는 것이다.

법원이 어떤 법률이 유효하다고 판단하여 구체적인 사건에 그 법률을 적용하는 것은 그 법률의 효력범위에 관한 재판작용의 본령에 해당한다. 그 구체적인 재판작용으로 당해 사건에서 유효하다고 판단된 법률이 적용되고 있을 뿐이지, 그 재판작용으로 새로운 법률이 창조되는 것이 아니다. 상급법원의 기속력이라는 것도 구체적인 당해 사건에 미치는 데 그친다. 당해 사건에서 청구인들이 불리한 판단을 받은 것은 이 사건 부칙조항이 청구인들에게 적용된다는 법원의 재판작용에 의한 것이지, 이 사건 부칙조항 자체의 위헌성으로 인한 것이 아니다.

만일 당해 법원이 청구인들의 주장과 같은 법률해석을 하여 청구인들의 권리를 구제하여 주었다면 이 사건 헌법소원을 청구하지 아니하였을 것인데, 이로써 바로 청구인들이 다투는 것은 법원의 재판인 것을 알 수 있다.

한편, 전부 개정된 조세감면규제법의 입법상의 흠결로 인하여 이 사건 부칙조항의 실효 여부가 문제되었다는 이유로 전부 개정된 조세감면규제법을 심판의 대상으로 삼게 되면, 전부 개정된 조세감면규제법이 당해 사건에서

적용되는 법률이 아니어서 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

우리 재판소는 98헌바74 사건에서 민법 제70조 제3항, 민사소송법 제48조에 관한 심판청구는 ‘법률’ 자체에 대한 위헌확인을 구하는 것으로 볼 여지가 없고, 위 법률조항들을 청구인과 같은 법인 아닌 사단에 ‘유추적용’한 사법작용의 정당성 여부를 다투는 것에 불과하다고 볼 수밖에 없으므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 요건을 갖추지 못하여, 또한 민법 제70조 제2항 및 비송사건절차법 제34조에 관한 심판청구는 그 심판청구의 요건을 갖추지 못하여, 모두 부적법하므로 각하한다고 판단한 바 있는데(헌재 2000. 7. 20. 98헌바74, 판례집 12-2, 68, 68-85)¹⁾, 법률의 유추적용이 법원의 재판작용이듯이 이 사건 법률조항이 유효하다는 판단 또한 법원의 재판에 해당된다 할 것이다.

(2) 적법설 - 법률조항에 관한 다툼이라는 견해

이 사건 부칙조항은 전부개정법에 의하여 폐지된 것으로 보아야 함에도 법원에 의하여 청구인들의 사건에 적용되었다. 전부개정법에 의하여 폐지되어 없어진 법률조항이 아직 유효하다고 볼 만한 ‘특별한 사정’이 있다는 법원의 해석을 경유하여 청구인들에 관한 재판에 적용된 것이다. 청구인들의 이 사건 헌법소원이 그와 같이 해석하여 이 사건 부칙조항을 적용한 법원의 재판을 다투는 것으로 볼 수도 있지만, 위와 같이 법원이 이 사건 부칙조항을 유효한 것으로 보아 재판에 적용한 원인은 이 사건 부칙조항이 전부개정법에 편입되지 아니한 채 폐지된 입법적 결함에 있다.

물론 전부개정법에 이 사건 부칙조항이 편입되지 않고 시행된 것이 이 사

1) “청구취지와 청구이유를 종합하여 보건대, 청구인이 이 헌법소원에서 다투고자 하는 것은 심판대상조항으로 삼은 위 각 조항들 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니라, 위 각 조항들을 ‘법인 아닌 사단’에 대하여 유추적용하는 것, 그리하여 법인 아닌 사단의 소수사원에게 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있게 하는 것이 법인 아닌 사단의 결사의 자유를 침해한다는 것이다. 그런데 민법 제70조 제3항은 ‘사단법인’의 소수사원이 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있음을 규정하고 있을 뿐이어서, 법인 아닌 사단의 소수사원이 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있게 되는 법적 결과는 위 조항 자체로부터는 창출되지 않는다. 청구인이 주장하는 위헌사유는 위 법률조항의 규율범위 내에서 발생한 것이 아니라, 그 밖에서, 법원이 ‘사단법인’에 관한 위 조항을 ‘법인 아닌 사단’에게도 ‘유추적용’함으로써 비로소 발생한 것이다.”

건 부칙조항 자체에 내포된 어떤 위헌적 해석방법이나 적용범위가 있기 때문으로 볼 수 있는지는 애매하다²⁾. 하지만 위와 같은 법률조항 간의 결함으로 인하여 결과적으로 ‘유효한’ 외형을 취하고 있는 이 사건 법률조항이 적용된 것이므로, 과세의 근거로 작용하는 법률조항이 그러한 외관을 취하고 있는 것은 조세법률주의라는 관점에서 국민의 재산권을 침해할 가능성이 있는 위법한 현상이 아닐 수 없다.

따라서 청구인들에 대한 재판에 적용된 이 사건 부칙조항은 이를 편입하지 않은 채 시행된 전부개정법과의 관계에서 명확히 폐지된 것으로 취급되지 못하고 유효하게 존속하는 것으로 잘못 해석·적용될 소지를 가지고 있으므로, 이는 과세의 근거나 요건이 명확해야 한다는 조세법률주의의 관점에서 법률조항 자체에 위헌성이 내포되어 있는 경우에 해당한다.

다. 검토

이 사건 부칙조항의 내용은 상장을 전제로 자산재평가를 한 후 이를 취소하거나 법정기한 내에 상장을 하지 않은 법인에게 자산재평가법상 재평가로 보는 특례를 취소하고 당시 해당 법인이 부담해야 할 법인세로 계산하여 과세한다는 것으로서 그 의미와 적용범위가 명확하다. 다만 법률조항이 적용되기 위해서는 그 자체가 ‘유효한’ 법률조항이라는 것이 선행되어야 하는데, 이 사건 부칙조항은 전부개정법과의 관계에서 그 ‘유효성’에 관하여 명확한 법률적 해결을 보지 못하였고, 이는 조세법률주의라는 관점에서 국민의 재산권을 침해할 소지가 있는 위헌성을 법률조항 자체에 내포하게 된 것으로 보아야 한다.

물론 해당 법률조항 자체의 ‘의미’나 ‘내용범위’에 관하여 위헌성이 문제된 경우에서 나아가 해당 법률조항의 ‘유효성’에 관하여 위헌성이 문제된 경우를 법률조항 자체에 관한 다툼으로 보아 위헌법률심사나 헌법소원의 적법 여부를 판단한 선례는 없었지만, 이 사건 각 처분 및 그 당부에 관한 재판에

2) 그러한 취지에서 전부개정법 자체에 위헌성이 존재하는 것은 아닌지 하는 의문도 생길 수 있다. 실제 공동연구부의 토론과정에서 ‘전부개정법’을 심판대상으로 변경하는 안이 검토되었으나, ‘전부개정법’은 청구인들에 대한 재판에 적용조차 되지 않았기 때문에 ‘재판의 전제성’ 자체가 인정될 수 없었다.

적용된 법률, 즉 재판의 전제성이 인정되는 법률조항이 이 사건 부칙조항이어서 청구인들이 그 위헌성을 지적하면서 헌법소원에 이르게 된 점, 전부개정법 규정의 불명확성 때문에 이 사건 부칙조항 자체의 유효성이 문제되는 상황임에도 이 사건 부칙조항의 존속에 관한 법원의 판단을 법률에 대한 해석으로만 보아 헌법소원심판을 거부한다는 것은 입법의 흠결과 이로 인한 실효된 법률의 적용을 통하여 국민의 기본권이 침해되는 것을 묵인하게 될 수 있고 결과적으로 헌법이 규정한 법률에 대한 위헌심판제도의 정당성을 훼손하게 되는 것인 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 부칙조항 스스로 자신의 유효성에 관하여 언급을 한 것은 아니지만 이후 전부개정법의 시행으로 말미암아 법률조항이 해석·적용되기 위한 전제로서의 ‘유효성’에 위헌성이 내포되게 된 것으로 보아, 청구인들의 이 사건 헌법소원은 ‘법원의 재판’을 다투는 것이 아니라 이 사건 부칙조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 적극적으로 해석함이 타당하다 할 것이다.

이 사건 결정 역시 그러한 적극적 입장을 취하여 이 사건 헌법소원을 이 사건 부칙조항 자체에 관한 다툼으로서 적법한 것으로 보았다. 다만 이 사건 부칙조항 자체의 유효성은 위 부칙조항 자체에 언급된 내용이 아니고 전부개정법과의 관계에서 내포되어 있던 위헌성이 법원의 해석을 통하여 비로소 표출된 것이므로, 심판대상은 이 사건 부칙조항 자체이되 위헌 여부를 따지는 실질적인 판단대상은 이 사건 부칙조항이 전부개정법의 시행에도 불구하고 유효한 것으로 해석한 법원의 해석내용일 수밖에 없는 한계가 있다. 따라서 심판대상이라는 형식은 법률조항 자체이되 위헌성 여부를 판단할 실질적 대상은 법률조항의 유효성에 관하여 법원의 해석으로 구체화된 내용이 될 것이다³⁾.

3) 이 결정 이후 재판소는 선례를 변경하여, 이 사건과 같이 법률조항에 대한 법원의 해석을 다투는 한정위헌청구 형식의 헌법소원심판청구를 원칙적으로 적법한 것으로 보았다. “법률의 의미는 결국 개별·구체화된 법률해석에 의해 확인되는 것이므로 법률과 법률의 해석을 구분할 수는 없고, 재판의 전제가 된 법률에 대한 규범통제는 해석에 의해 구체화된 법률의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제로서 헌법재판소의 고유권한이며, 헌법합치적 법률해석의 원칙상 법률조항 중 위헌성이 있는 부분에 한정하여 위헌결정을 하는 것은 입법권에 대한 자제와 존중으로서 당연하고 불가피한 결론이므로, 이러한 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하다고 보아야 한다.”(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117, 공보 195, 104)

2. 이 사건의 쟁점

따라서 이 사건의 쟁점은, 이 사건 부칙조항과 관련하여 아무런 규율을 하고 있지 아니한 이 사건 전부개정법의 시행에도 불구하고 이 사건 부칙조항이 여전히 효력을 갖고 있다고 보아야 할 것인지, 만약 그렇게 볼 수 없다면 이 사건 부칙조항이 이미 실효되었음에도 이를 유효하게 존속하는 것으로 해석하는 것이 법률해석의 한계를 넘어서 헌법상의 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 반하는 위헌적인 법률해석인지 여부이다.

쟁점만 놓고 보면 법원의 해석이 위헌인지를 따지는 것으로 보이지만 실상은 전부개정법에 편입되지 않은 구법조항인 이 사건 부칙조항이 법원의 해석·적용의 전제로서 현재도 ‘유효한’ 법률조항인지 하는 법률조항 자체에 관한 위헌성 판단에 해당하는 전술한 바와 같다.

3. 쟁점에 관한 판단

가. 전부개정법의 시행과 구법조항의 효력

기존 법률의 일부를 추가·수정·삭제하는 방식으로 법률이 일부 개정된 경우에는 개정법률이 시행됨과 동시에 그 개정내용이 기존법령의 내용에 흡수되므로, 개정법률에 종전 법률의 본칙이나 부칙에 규정되어 있던 개별 내용을 다시 반영하지 않더라도 종전 법률의 내용이 일부 개정으로 인하여 실효되지 않는다.

그러나 법률이 전부 개정된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로여서 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 실효된다. 이 경우 종전의 법률 부칙의 경과규정이 실효되지 않는다고 볼 ‘특별한 사정’이 구체적으로 어떠한 경우를 의미하는지에 관해서 대법원은, 종전의 법률규정에 대한 경과규정을 두거나 종전의 규정을 계속 적용한다는 등의 특별한 명시적 규정을 둔 경우 정도로만 해석해 왔으나(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두10780 판결 참조), 증권거래소에 상장할 것을 전제로 이 사건 부칙조항에 기한 자산재평가를 실시하였지만 구 조세감면규제법 또는 조세특례제한법 시행령상의 주식

상장기한인 2003. 12. 31.이 지나도록 주식을 상장하지 않은 법인 및 위 기한 이전에 자산재평가를 취소한 법인에 대하여 과세관청이 이 사건 부칙조항에 근거하여 부과한 과세처분의 취소를 구하는 몇 개의 소송에서(대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19419 판결; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두17550 판결 참조) ‘특별한 사정’을 좀더 확대하여 적용하는 판시를 하게 되었다.

(1) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결

조세법규는 그것이 과세요건이든 면세요건이든 엄격하게 해석하여야 하는 것이 원칙이고, 종전의 조세감면이 폐지되는 결과 기왕의 법령 시행 당시 감면 혜택을 받을 수 있었던 자의 기대이익을 충족시키지 못하는 면이 있다고 하더라도, 개정법 부칙에서 종전의 규정을 소급적으로 적용한다는 명백한 규정을 두지 아니한 이상, 관련 경과규정인 부칙의 해석에 있어 그 범위를 함부로 확장해석할 것은 아니라 할 것이며, 법률의 개정시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 할 것이다.

(2) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두10780 판결

개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과 규정도 모두 실효된다고 보아야 할 것인데, 이 사건 부동산의 양도로 인한 특별부가세에 적용되어야 할 근거 법령인 4차 개정법이 전문 개정된 법률로서 1차 개정법 부칙 제10조 제2항에 관한 경과규정이나 구법 제58조 제1항 제2호를 계속 적용한다는 특별한 규정을 둔 바 없으므로, 종전의 1

차 개정법 부칙 제10조 제2항은 전문 개정 법률인 4차 개정법의 시행으로 실효되었다고 보아야 할 것이고, 따라서 그 부칙 제10조 제2항의 효력이 그대로 존속되어 이 사건 부동산의 양도로 인한 특별부가세가 감면된다고는 볼 수 없는 것이다.

(3) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19419 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두17550 판결

법률의 개정 시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 법률 부칙의 경과규정도 실효된다고 보는 것이 원칙이지만, 특별한 사정이 있는 경우에는 그 효력이 상실되지 않는다고 보아야 할 것인바(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결 등 참조), 여기에서 말하는 ‘특별한 사정’이라 함은 전문 개정된 법률에서 종전의 법률 부칙의 경과규정에 관하여 계속 적용한다는 별도의 규정을 둔 경우뿐만 아니라, 그러한 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 예외적인 특별한 사정이 있는 경우도 포함된다고 할 것이고, 이 경우 예외적인 ‘특별한 사정’이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 종전 경과규정의 입법 경위 및 취지, 전문 개정된 법령의 입법 취지 및 전반적 체계, 종전의 경과규정이 실효된다고 볼 경우 법률상 공백상태가 발생하는지 여부, 기타 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.

그런데 이 사건 부칙규정은 자산재평가 특례제도 규정인 종전의 제56조의2가 삭제되면서 위 규정에 의하여 이미 자산재평가를 실시한 법인만을 사후적으로 규율하기 위하여 당해 법인의 상장기한 및 미상장시 기존의 자산재평가의 효력(제1항), 법인이 자산재평가를 취소한 경우의 효력(제2항) 등을 정하는 한편, 그 상장기한에 대하여만 대통령령에 구체적으로 위임하였으

로, 전문 개정된 조세감면규제법에서 이 사건 부칙규정을 계속하여 적용한다는 내용의 경과규정 등을 두지 않더라도 이미 폐지된 자산재평가 특례제도와 관련된 사항을 충분히 규율할 수 있다고 보아 전문 개정된 조세감면규제법은 이에 대한 별도의 경과규정을 두지 않은 것으로 보이는 점, 전문 개정된 조세감면규제법의 시행으로 인하여 이 사건 부칙규정의 효력이 1994. 1. 1.자로 상실되는 것으로 본다면 종전의 제56조의2에 따라 자산재평가를 실시한 법인에 대하여는 사후관리가 불가능하게 되는 법률상 공백상태에 이르게 되는 점, 이에 따라 상장기한 내에 상장을 하지 않은 법인에 대하여는 이미 실시한 자산재평가를 자산재평가법에 의한 재평가로 보지 않게 됨에도 불구하고, 그 재평가차액을 당해 재평가일이 속하는 사업연도의 소득금액계산상 익금에 산입하지 못하거나(이 사건 부칙규정 제1항의 실효) 재평가를 취소한 법인에 대하여는 재평가된 자산가액을 기초로 계산한 감가상각비나 양도차익 등을 재계산하지 못한다면(이 사건 부칙규정 제2항의 실효), 이는 종전의 제56조의2에 따른 자산재평가를 실시하지 아니한 채 원가주의에 입각하여 법인세 등을 신고·납부하여 온 법인이나 상장기한 내에 상장을 실시한 법인에 비하여 합리적인 이유 없이 우대하는 결과가 되어 조세공평주의 이념에 반하게 되는 점, 반면에 종전의 제56조의2에 의하여 이미 자산재평가를 한 법인에 대하여 이 사건 부칙규정을 적용하여 과세를 하더라도 이를 두고 그 법인에게 예측하지 못한 부담을 지우는 것으로서 법적 안정성을 해친다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 부칙규정은 전문 개정된 조세감면규제법의 시행에도 불구하고, 실효되지 않았다고 볼 ‘특별한 사정’이 있다고 보아야 할 것이다.

나. ‘특별한 사정’에 관한 법원의 해석에 의하여 구체화된 이 사건 부칙조항의 유효성

대법원이 이 사건 전문개정법의 시행에도 불구하고 이 사건 부칙조항이 실효되지 않았다고 볼 특별한 사정이 있다고 본 주된 근거는 두 가지이다.

첫째, 이 사건 부칙조항은 자산재평가 특례제도에 기하여 이미 자산재평가를 실시한 법인에 대하여 그 상장기한에 대하여만 대통령령에 구체적으로

위임하는 규정이므로, 이 사건 전문개정법에서 이 사건 부칙조항을 계속하여 적용한다는 내용의 별도의 경과규정 등을 두지 않더라도 이미 폐지된 자산재평가 특례제도와 관련된 사항을 충분히 규율할 수 있다는 것이 이 사건 전문개정법 입법자의 의사였다는 것이다(입법자의 의사 추정).

둘째, 이 사건 전문개정법의 시행으로 인하여 이 사건 부칙조항의 효력이 1994. 1. 1.자로 상실되는 것으로 본다면 이미 자산재평가를 실시한 법인에 대하여 사후관리가 불가능하게 되는 법률상 공백상태에 이르게 되고, 상장기한 내에 상장을 하지 않거나 재평가를 취소한 법인을 원가주의에 입각하여 법인세 등을 신고·납부하여 온 법인이나 상장기한 내에 상장을 실시한 법인에 비하여 합리적인 이유 없이 우대하는 결과가 되어 공평에 반하며, 이 사건 부칙조항을 적용하여 과세를 하더라도 해당 법인에게 예측하지 못한 부담을 지우는 것은 아니라는 것이다(법률의 공백 방지 및 형평상 이유).

다. 위 해석이 조세법률주의 원칙, 권력분립원칙에 위반되는지 여부

(1) 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이는 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 조세는 국민의 재산권을 침해하는 것이 되므로, 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 이를 규정하여야 한다는 과세요건법정주의와 아울러 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행은 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 과세요건명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 결국 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 핵심내용으로 하는 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있다(헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 890, 899-900; 헌재 1998. 3. 26. 96헌바57, 판례집 10-1, 255 등 참조).

(2) 일반적으로 법률문언의 의미와 내용을 분명히 하는 법률해석에 있어, 법률조항의 문구의 의미가 명확하지 않거나 특정한 상황에 들어맞는 규율을 하고 있는 것인지 애매할 경우에는, 입법목적이나 입법자의 의도를 합리적으로 추정하여 문언의 의미를 보충하여 확정하는 체계적, 합목적적 해석을 하거나, 유사한 사례에 관하여 명확한 법률효과를 부여하고 있는 법률조항으로부터 유추해석을 하여 법의 흠결을 보충하거나, 심지어 법률의 문언 그대로 구체적 사건에 적용할 경우 터무니없는 결론에 도달하게 되고 입법자가 그런 결과를 의도하였을 리가 없다고 합리적으로 판단되는 경우에는 문언을 약간 수정하여 해석하는 경우도 있을 수 있다. 또한 어떤 법률조항에 대한 여러 갈래의 해석이 가능한 경우, 특히 법률조항에 대한 해석이 한편에서는 합헌이라는 해석이, 다른 편에서는 위헌이라는 해석이 다 같이 가능하다면, 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석을 선택하여야 한다는 ‘헌법합치적 법률해석’의 원칙도 존중되어야 한다.

그러나 법률해석의 이러한 여러 방법들은 대상 법률규정의 규율영역에 따라 때로는 아예 허용되지 않거나 때로는 엄격하게 제한되는 경우가 있다. 특히 형벌조항의 경우 헌법상 규정된 죄형법정주의(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항)에 의해 입법목적이나 입법자의 의도를 감안한 유추해석이 일체 금지되고 법률조항의 문언의 의미를 엄격하게 해석할 것이 요구된다. 또한 국민의 재산권과 밀접한 관련을 갖고 있는 조세법의 해석에 있어서도 조세법률주의의 원칙상(헌법 제59조) 과세요건, 절차, 결과 등 모든 면에서 엄격하게 법문언대로 해석하여야 하고 합리적인 이유 없이 확장해석하거나 유추해석할 수는 없다. 그러므로 형벌조항이나 조세관련 법규를 해석함에 있어서, ‘유효한’ 법률조항의 불명확한 의미를 논리적·체계적 해석을 통해 합리적으로 보충하는 데에서 더 나아가, 해석을 통하여 전혀 새로운 법률상의 근거를 만들어 내거나, 기존에는 존재하였으나 실효되어 더 이상 존재한다고 볼 수 없는 법률조항을 여전히 ‘유효한’ 것으로 해석한다면, 이는 법률해석의 한계를 벗어나는 것으로서, ‘법률의 부존재’로 말미암아 형벌의 부과나 과세의 근거가 될 수 없는 것을 법률해석을 통하여 이를 창설해 내는 일종의 ‘입법행위’에 해당하므로 헌법상의 권력분립원칙에 반할 뿐만 아니라 죄형법정주의, 조

세법률주의의 원칙에도 반하는 것이다. 또한 헌법정신에 맞도록 법률의 내용을 해석·보충하거나 정정하는 ‘헌법합치적 법률해석’ 역시 ‘유효한’ 법률조항의 의미나 문구를 대상으로 하는 것이지, 이를 넘어 이미 실효된 법률조항을 대상으로 하여 헌법합치적인 법률해석을 할 수는 없는 것이어서, 유효하지 않은 법률조항을 유효한 것으로 해석하는 결과에 이르는 것은 ‘헌법합치적 법률해석’을 이유로도 정당화될 수 없다.

(3) 이 사건 부칙조항의 경우도 법인세의 과세요건을 설정하는 근거조항이므로 조세법률주의의 원칙상 법률조항의 문구에 충실하도록 엄격한 해석이 요구될 뿐만 아니라 법률해석의 결과 새로운 과세근거를 창설하는 결과에 이르는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 그런데 위 법원의 해석은, 이 사건 부칙조항이 과세의 근거조항으로서 이 사건 전문개정법에 반영되지 않은 채 위 전문개정법이 시행됨으로써 원칙적으로 실효되어 더 이상 존재하지 않게 되었음에도 불구하고, ‘입법자의 의사 추정’, ‘법률의 공백 방지 및 형평상 이유’를 근거로 명문상 존재하지 않는 과세근거조항을 여전히 존재하는 것으로 해석하고 있으므로, 이는 과세근거를 새로이 창설하는 결과에 이르는 ‘입법행위’에 해당하는 것으로서 헌법상의 조세법률주의의 원칙, 권력분립원칙에 위배될 소지가 있다.

(4) 게다가 대법원이 위와 같은 해석에 이르게 된 근거 역시 아래에서 보는 바와 같이 타당하지 않다.

1) 우선, 이 사건 전문개정법이 이 사건 부칙조항을 계속 적용한다는 경과규정을 명시하지 않은 이유를 그러한 경과규정이 없더라도 관련 문제를 충분히 규율할 수 있다고 입법자가 판단하였기 때문이라고 ‘입법자의 의사를 추정’하였으나, 그와 같은 입법자의 의사를 확인하거나 추정할 만한 입법자료는 전혀 없다.

위 해석은 이 사건 전문개정법이 시행된 1994. 1. 1. 이후 제정된 구 조세감면규제법(조세특례제한법) 시행령 등이 “법률 제4285호 조세감면규제법 중 개정법률 부칙 제23조(이 사건 부칙조항이다) 제1항에서 ‘대통령령이 정하는 기간’이라 함은”이라 하여 이 사건 전문개정법 이전에 유효하게 존재하던 이 사건 부칙조항을 위임의 근거로 명시하여 주식상장기한을 2003. 12. 31.까지

로 연장하여 왔다는 사정을 ‘입법자의 의사 추정’의 근거로 삼은 것으로 보인다.

그러나 법률과 대통령령 상호간의 규범적 위계체계를 감안할 때 대통령령의 근거가 되는 법률조항이 실효되었다면 대통령령 역시 위임받은 사항을 유효하게 규정할 수 없는 것이므로, 법률적 근거 없는 대통령령이 없어진 모법조항을 계속 언급하면서 여러 차례 개정되어 왔다는 사정이 거꾸로 근거 법률이 실효되지 않았다는 입법자의 판단이 있었음을 추정하는 근거로 이용될 수는 없다는 점에서 위 추정은 타당하지 않다.

한편 조세특례제한법 중 개정법률(2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정된 것)에서 “법률 제4285호 조세감면규제법 중 개정법률 부칙 제23조 제1항 중 ‘한국증권거래소에 주식을 상장하지 아니하는 경우에’를 ‘주식을 한국증권거래소에 상장하지 아니하거나 한국증권업협회에 등록하지 아니하는 경우에’로 한다”라고 규정한 자료도 기록상 제출되었으나⁴⁾ 이 역시 이 사건 부칙조항이 실효되지 않을 것으로 의도하였다는 입법자의 의사를 추정하는 근거가 될 수 없다.

이 사건 부칙조항은 과세근거조항이자 주식상장기한을 대통령령에 위임하는 근거조항이므로 이 사건 전문개정법의 시행에도 불구하고 존속하려면 반드시 위 전문개정법에 그 적용이나 시행의 유예에 관한 명문의 근거가 있었어야 할 것이나, 입법자의 실수 기타의 이유로 이 사건 부칙조항이 이 사건 전문개정법에 반영되지 못한 이상 위 전문개정법 시행 이후에는 더 이상 이 사건 부칙조항은 유효하지 않게 된 것이므로, 위 2002. 12. 11. 개정법률에서 이 사건 부칙조항의 문구를 변경하는 입법을 하였다 하더라도, 이는 이미 실효된 이 사건 부칙조항을 변경대상으로 한 것으로서 아무런 의미가 없을 뿐만 아니라, 주식상장의 방법을 추가하였다는 사정만으로는 이 사건 부칙조항과 같은 내용의 과세근거조항을 재입법한 것으로 볼 수도 없기 때문이다.

2) 결국 위와 같이 법원이 존재하지도 않는 입법자의 의사를 무리하게 추정할 이유는 결국 두 번째 근거인 ‘법률의 공백 상태를 방지하고 과세형평성’ 구체적 타당성 있는 결과를 도출하기 위한 것으로 보인다.

4) 기록에 편철된 기획재정부장관 제출의 의견서 첨부 관보 제19면.

법령의 수범자인 청구인들의 입장에서라도 시행령으로 정하는 주식상장기간이 13년간 연장되어 온 것을 인식할 수 있었던 이상 과세근거인 이 사건 부칙조항이 실효되지 않고 여전히 존재한다는 전제 하에 과세하더라도 해당 법인의 이익을 부당하게 침해하는 것으로 볼 수 없는 데다가, 이 사건 부칙조항이 실효되었다고 해석하면 종래 자산재평가를 실시하지 아니한 채 원가주의에 입각하여 성실하게 법인세 등을 신고·납부한 법인이나 상장기간을 준수한 법인들과 비교하여 청구인들을 비롯한 해당 법인들이 부당한 이익을 얻게 되어 형평에 어긋나는 결과에 이를 것이라는 과세형평적 근거에서, 구체적 타당성 있는 결과를 얻기 위한 해석을 시도한 것이다.

그러나 과세요건법정주의 및 과세요건명확주의를 포함하는 조세법률주의가 지배하는 조세법의 영역에서는 경과규정의 미비라는 명백한 입법의 공백을 방지하고 형평성의 왜곡을 시정하는 것은 원칙적으로 입법자의 권한이고 책임이지, 법률조항의 범문의 한계 안에서 법률을 해석·적용하여야 하는 법원이나 과세관청의 몫은 아니다.

뿐만 아니라, 구체적 타당성을 이유로 법률에 대한 유추해석 내지 보충적 해석을 해야 하는 경우에도 그것은 어디까지나 ‘유효한’ 법률조항을 대상으로 그 의미와 내용을 분명히 하기 위한 것이지, 이미 실효된 법률조항은 그러한 해석의 대상이 될 수 없다.

그러므로 관련 당사자가 공평에 반하는 이익을 얻을 가능성이 있다 하여 이미 실효된 법률조항을 유효한 것으로 의제하여 과세의 근거로 삼는 것은 과세근거의 창설을 국회가 제정하는 법률에 맡기고 있는 헌법상의 권력분립 원칙과 조세법률주의의 원칙에 근본적으로 반하는 것이다. 이는 입법자의 실수로 형사처벌근거조항이 사라졌음에도 과거의 법률조항에 의하여 처벌받은 사람들과의 형평성, 그래도 피고인은 비난받아야 한다는 구체적 타당성 등을 이유로 법원이 피고인을 형사처벌할 수 없는 것과 같은 이치이다⁵⁾.

5) 이 사건 결정과 같은 엄격해석의 취지가 약 7개월 후 죄형법정주의와 관련하여 적용되어 한정위헌결정이 난 사건이 위 2011헌바117 결정이다. 이 결정은 뇌물죄로 처벌될 수 있는 주체로서의 ‘공무원’ 개념을 국가공무원법, 지방공무원법상 공무원, 기타 특별법에서 일정한 사인을 뇌물죄의 주체로 의제하는 규정을 두고 있는 경우 이외에 ‘공공성이 높은 직무에 종사하는 사인’에게도 해석상 확장하는 법원의 해석이 죄형법정주의, 권력분립원칙에 위배됨을 선언하는 내용이다.

(라) 따라서 이 사건 전부개정법이 부칙에서 종전 법률의 규정 중 계속적인 적용이 필요한 다른 사항들에 대해서는 경과조치를 마련하여 두었으면서도 이 사건 부칙조항에 관하여는 이를 계속 적용한다는 등의 규정을 두지 않았고 이 사건 부칙조항을 대체할 만한 별도의 경과규정을 둔 바도 없으므로, 이 사건 부칙조항은 이 사건 전부개정법이 시행된 1994. 1. 1.자로 실효되었다고 보아야 할 것인바, 이와 달리, 이 사건 전부개정법의 시행에도 불구하고 이 사건 부칙조항과 관련된 규율을 하지 않음으로써 생긴 입법상의 흠결을 보완하기 위하여 ‘특별한 사정’을 근거로 이 사건 부칙조항이 실효되지 않은 것으로 해석하는 것은 헌법상의 권력분립원칙과 조세법률주의의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

4. 결정의 의의

이 사건 결정은 입법의 흠결을 구체적 타당성과 공평의 이유로 법원이 해석을 통해 무리하게 보충하는 것은 우리 헌법이 입법자에게 귀속시킨 ‘입법’의 영역에 해당하므로 권력분립원칙상 허용될 수 없고, 특히 국민의 재산권을 직접 침해할 수도 있는 조세행정의 분야에는 조세법률주의가 엄격히 적용되므로 명백한 법률적 근거가 없이 해석으로 과세근거를 보충할 수는 없다는 점을 선언하였다는 점에서 큰 의미가 있다.

다만 이 사건 부칙조항이 ‘유효한’ 과세근거로서 적용될 수 있는지 하는 문제가 법률조항 자체의 위헌성에 관한 문제인지 위 조항을 유효하다고 해석하고 적용한 재판의 위헌성에 관한 문제인지 하는 적법요건에 관련된 논란은 논리적으로 명쾌하게 설명되지 않아 아쉬움을 남겼으며, 이 사건 결정이 실질적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 헌법재판소법을 헌법재판소 스스로가 어겼다는 대법원의 강한 비판에 직면할 수밖에 없는 계기가 되었다⁶⁾.

6) 하지만 7개월 후 선고된 위 2011헌바117 결정에서 ‘한정위헌청구’를 원칙적으로 적법하다고 보는 입장으로 재판소가 선례를 변경하였으므로, 실질적으로 한정위헌청구에 해당하는 이 사건 헌법소원의 경우 적법하게 될 여지가 훨씬 많아졌다. 하지만 어떠한 경우가 한정위헌청구로서 적법한지, 어떠한 경우가 재판을 다투는 것으로서 부적법한지 그 경계를 설정하는 문제는 위 2011헌바117 결정 이후에도 여전히 남아 있다.

국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등 위헌확인

- 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부 -

(헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705, 2010헌마90(병합), 판례집 24-1하, 541)

김 동 훈*

【판시사항】

1. 공무원 개인이 법령의 적용대상이 된 결과 간접적·부수적으로 공무원단체의 활동이 제한될 때 그 단체의 자기관련성을 인정할 수 있는지 여부(소극)
2. 공무원에 대하여 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 반대·방해 행위를 금지한 ‘국가공무원 복무규정’ 제3조 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항이 법률유보원칙, 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 공무원에 대하여 직무 수행 중 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지한 ‘국가공무원 복무규정’ 제8조의2 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의3 제2항이 법률유보원칙, 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘국가공무원 복무규정’(2009. 11. 30. 대통령령 제 21861호로 개정되고, 2011. 7. 4. 대통령령 제23010호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’(2009. 11. 30. 대통령령 제21862호로

* 헌법연구관

개정되고, 2010. 7. 15. 대통령령 제22275호로 개정되기 전의 것) 제1조의2 제2항(이하 ‘이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등’이라 한다), 그리고 ‘국가공무원 복무규정’ 제8조의2 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의3 제2항(이하 ‘이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

국가공무원 복무규정(2009. 11. 30. 대통령령 제21861호로 개정되고, 2011. 7. 4. 대통령령 제23010호로 개정되기 전의 것)

제3조(근무기강의 확립) ② 공무원(‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정’에 따른 공무원은 제외한다)은 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가 정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다.

제8조의2(복장 및 복제 등) ② 공무원은 직무를 수행할 때 제3조에 따른 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장을 하거나 관련 물품을 착용해서는 아니 된다.

지방공무원 복무규정(2009. 11. 30. 대통령령 제21862호로 개정되고, 2010. 7. 15. 대통령령 제22275호로 개정되기 전의 것)

제1조의2(근무기강의 확립) ② 공무원(제8조에 따른 공무원은 제외한다)은 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가 또는 지방자치단체의 정책을 반대하거나 국가 또는 지방자치단체의 정책 수립·집행을 방해해서는 아니 된다.

제1조의3(복장 및 복제 등) ② 공무원은 직무를 수행할 때 제1조의2에 따른 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장을 하거나 관련 물품을 착용하여서는 아니 된다.

[사건의 개요]

1. 청구인 공무원노동조합총연맹은 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’에 의하여 설립·신고된 공무원노동조합 총연합단체이고, 청구인 김○○은 군산시청에, 청구인 정○○은 국토해양부에, 청구인 박○○은 서울시교육청에 각 소속된 공무원으로서 공무원노동조합총연맹의 임원들이다(2009

헌마705 사건).

2. 청구인 남○○는 국립원예특작과학원에서 농업연구사로 재직 중인 국가공무원이고, 청구인 곽○○, 김○○, 김○○, 라○○, 신○○, 안○○, 여○○, 윤○○, 이○○, 이○○, 정○○, 정○○, 제갈○○, 조○○, 홍○○, 양○○ 등 16인은 대구광역시청 등에 재직 중인 지방공무원들이다(2010헌마90 사건).

3. 위 청구인들은 2009. 11. 30. 신설된 ‘국가공무원 복무규정’ 제3조 제2항, 제8조의2 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항, 제1조의3 제2항이 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지하는 한편 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지함으로써, 법률유보원칙 및 명확성원칙에 위배되며 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 정치적 표현의 자유, 단결권 및 단체행동권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2009. 12. 7. 및 2010. 2. 12. 각각 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 이 사건 ‘국가공무원 복무규정’ 및 ‘지방공무원 복무규정’ 규정들의 직접적인 수범자는 개별 공무원이고 청구인 공무원노동조합총연맹과 같은 공무원단체는 아닌바, 가사 위 공무원노동조합총연맹의 기본권이 제한되는 경우가 있다 하더라도 이는 공무원 개인의 기본권이 제한됨으로써 파생되는 간접적이고 부수적인 결과일 뿐이므로, 청구인 공무원노동조합총연맹의 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하다.

2. (1) ‘국가공무원 복무규정’ 제3조 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항은 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지하고 있는바, 이는 공무원의 정치활동을 제한하는 규정인 국가공무원법 제65조 및 공무원의 복무에 관한 일반적 수권규정인 국가공무원법 제67조의 위임을 받은 것이며, 국가공무원법 제65조상 공무원에게 금지되는 정치적 행위를 보다 구체화한 것이라 할 수 있으므로, 법률유보원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 위 규정들은 공무원이 개인적·개별적으로 비공무원이 주도하는 집단적 행위에 참가하는 것은 허용한다고 해석되며, 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 반대·방해 행위가 일회적이고 우연한 것인지 혹은 계속적이고 계획적인 것인지 등을 묻지 아니하고 금지하는 것으로 해석되므로, 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 위 규정들은 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지함으로써 공무원의 근무기강을 확립하고 공무원의 정치적 중립성을 확보하려는 입법목적에 가진 것으로서, 위 규정들은 그러한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 한편, 공무원의 신분과 지위의 특수성에 비추어 볼 때 공무원에 대해서는 일반 국민에 비해 보다 넓고 강한 기본권제한이 가능한바, 위 규정들은 공무원의 정치적 의사표현이 집단적인 행위가 아닌 개인적·개별적인 행위인 경우에는 허용하고 있고, 공무원의 행위는 그것이 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많으며, 설사 공무원이 직무 외에서 집단적인 정치적 표현 행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰는 유지되기 어려우므로 직무 내외를 불문하고 금지한다 하더라도 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다. 만약 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위가 허용된다면 원활한 정책의 수립과 집행이 불가능하게 되고 공무원의 정치적 중립성이 훼손될 수 있는바, 위 규정들이 달성하려는 공익은 그로 말미암아 제한받는 공무원의 정치적 표현의 자유에 비해 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 또한 인정된다. 따라서 위 규정들은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

3. (1) ‘국가공무원 복무규정’ 제8조의2 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의3 제2항은 공무원의 직무 수행 중 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지하고 있는바, 이는 국가공무원법 제65조 및 제67조의 위임을 받은 것이고 그 위임의 범위를 넘지 않았으므로 법률유보원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 위 규정들이 금지하는 ‘정치적 주장을 표시 또는 상징하는 행위’에서

의 ‘정치적 주장’이란, 정당활동이나 선거와 직접적으로 관련되거나 특정 정당과의 밀접한 연계성을 인정할 수 있는 경우 등 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 주장에 한정된다고 해석되므로, 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 위 규정들은 공무원의 근무기강을 확립하고 공무원의 정치적 중립성을 확보하려는 입법목적에 가진 것으로서, 공무원이 직무 수행 중 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등을 착용하는 행위는 그 주장의 당부를 떠나 국민으로 하여금 공무원집행의 공정성과 정치적 중립성을 의심하게 할 수 있으므로 공무원이 직무수행 중인 경우에는 그 활동과 행위에 더 큰 제약이 가능하다고 하여야 할 것인바, 위 규정들은 오로지 공무원의 직무수행 중의 행위만을 금지하고 있으므로 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다. 따라서 위 규정들은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

재판관 김종대의 각하의견

공무원이 이 사건 ‘국가공무원 복무규정’ 및 ‘지방공무원 복무규정’의 규정들을 위반할 경우에는 그 위반을 이유로 징계 처분을 받게 되고 그에 대해서는 행정소송으로 다툴 수 있는바, 결국 이 사건에 있어 기본권침해는 이 사건 규정들이 아니라 징계 처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 현실화되는 것이므로, 이 사건 청구는 기본권침해의 직접성이 결여되어 부적법하다.

재판관 목영준, 재판관 이정미의 일부 반대의견

‘국가공무원 복무규정’ 제3조 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항 중 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가 또는 지방자치단체의 정책을 ‘반대’하는 행위를 금지하는 부분은, 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대의사표시를 금지함에 있어 그러한 행위의 정치성이나 공정성 등을 불문하고, 그 적용대상이 되는 공무원의 범위가 제한적이지 않고 지나치게 광범위하며, 그 행위가 근무시간 내에 행해지는지 근무시간 외에 행해지는지 여부도 가리지 않고 있다는 점에서 침해의 최소

성원칙에 위배되므로, 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

재판관 송두환의 반대의견

1. 이 사건 심판대상 규정들의 수권규정은 국가공무원법 제67조가 아니라 국가공무원법 제65조라고 할 것이며, 수권규정인 국가공무원법 제65조의 위임범위를 일탈하였으므로 법률유보원칙에 위배된다.

2. ‘국가공무원 복무규정’ 제3조 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의2 제2항은, 공무원의 국가 또는 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지함에 있어 정당활동이나 선거와 관련되지 않아 정치적 중립성을 해할 가능성이 낮은 일반적인 정치적 표현의 자유마저 제한하고 있으므로 침해의 최소성원칙에 위배되며, 나아가 높은 정치 수준을 가진 100만 명에 이르는 공무원을 민주주의의 장에서 배제하는 것은 공익과 사익 사이의 균형을 이루지 못하여 법익의 균형성원칙에도 위배되므로, 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

3. ‘국가공무원 복무규정’ 제8조의2 제2항 및 ‘지방공무원 복무규정’ 제1조의3 제2항은, 공무원에 대해 ‘근무기강을 해치는 정치적 주장’을 금지하면서 ‘정치적 주장’의 의미 또는 대상이 되는 범위 등에 관하여 아무런 한정 또는 규정을 하지 아니하여 법집행기관 또는 법해석기관의 자의적 판단이 가능하게 하고 있으므로 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건은 공무원이 국가 정책에 대하여 집단적으로 반대·방해하는 행위와 공무원이 직무수행 중 정치적 주장을 표시·상징하는 복장을 착용하는 행위를 금지한 국가공무원 복무규정(및 지방공무원 복무규정)이 공무원의 정치적 기본권을 침해하는지 여부에 관한 것이다.

우선 적법요건에 관하여 보자면, 공무원 개인들과 공무원단체인 공무원노동조합총연맹으로 이루어진 청구인들 중 공무원노동조합총연맹의 자기관련

성을 인정할 수 있을지가 문제된다. 그리고 공무원들의 경우 규정 위반 시 징계처분을 받고 행정소송을 통해 다툴 여지가 있으므로 심판대상조항들의 직접성 인정 여부도 문제된다.

다음으로 본안 판단에 있어서는, 공무원이 국가 정책에 대하여 집단적으로 반대·방해하는 행위나 공무원이 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등을 착용하는 행위를 금지하는 것이 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는지가 핵심 쟁점이 된다. 여기에는 공무원의 위 기본권과 공무원의 정치적 중립성이나 공무집행의 공정성 간의 조화가 문제된다. 그밖에 이 사건 심판대상조항들이 법률유보원칙과 명확성원칙에 위배되는지에 대한 판단도 필요하다.

이하에서는 적법요건에 관한 검토를 한 다음, 이 사건 심판대상조항들이 입법된 배경, 공무원의 정치적 표현의 자유와 정치적 중립성의 의의, 그에 관한 외국의 입법례 등에 관하여 살펴보고, 끝으로 헌법재판소의 결정을 소개한다.

2. 적법요건에 관한 판단

가. 자기관련성 요건

헌법재판소는 공권력 작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어 있는 자에게만, 즉 자기관련성이 있는 자에게만 헌법소원심판을 허용하고 있다.

청구인들은 공무원 개인들과 공무원단체인 공무원노동조합총연맹(이하 '공노총'이라 한다)인데, 이 사건 규정들은 원칙적으로 공무원 개인을 그 수범자로 하고 있으므로 단체인 공노총의 경우 자기관련성이 문제된다.

이에 대하여 법정의견은 다음과 같이 공노총의 자기관련성을 부정하였다.

『헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 하는바(헌법재판소법 제68조 제1항), 여기서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다(헌재 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684 등).

‘국가공무원 복무규정’ 및 ‘지방공무원 복무규정’은 해당 공무원의 복무에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하는데(제1조), 그 내용은 공무원의 직무수행에 있어서의 각종 의무와 권리 및 권한 등에 관한 것으로서 이때 그 규율의 대상은 개별적 공무원임이 명백하다. 따라서 이 사건 규정들의 직접적인 수범자는 공무원 개인이지 청구인 공무원노동조합총연맹과 같은 공무원단체는 아니다. 가사 이 사건 규정들이 공무원이 ‘단체의 명의를 사용하여’ 행하는 행위 등을 제한하는 결과 위 공무원노동조합총연맹의 기본권이 제한된다 하더라도 이는 공무원 개개인의 기본권이 제한됨으로써 파생되는 간접적이고 부수적인 결과일 뿐이다.

따라서 청구인 공무원노동조합총연맹의 이 사건 규정들에 대한 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하다.』

나. 직접성 요건

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는데, 이때 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고, 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 것을 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823).

법정의견은 다음과 같이 이 사건 심판대상조항들의 직접성을 인정하였다.

『청구인 공무원노동조합총연맹을 제외한 나머지 청구인들은 현재 ‘국가공무원 복무규정’ 및 ‘지방공무원 복무규정’의 적용을 받는 공무원들로서 별도의 구체적인 집행행위의 매개 없이 이 사건 규정들을 따라야 할 의무가 있고, 그것을 위반하는 경우 징계처분 등을 받게 되므로(국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조 제1항 참조) 이 사건 규정들로 인한 기본권침해의 직접성은 인정된다 할 것이다.』

그러나 재판관 김종대는 직접성을 부정하여 각하하여야 한다는 반대의견을 개진하였다.

『공무원이 이 사건 규정들을 위반할 경우 그 위반을 이유로 징계 처분을

받게 되고(국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조 제1항), 그에 대해서는 행정소송으로 다룰 수 있는바, 그렇다면 기본권침해는 이 사건 규정들이 아니라 징계처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 현실화되는 것이므로 이 사건 규정들에 대한 헌법소원심판청구는 기본권침해의 직접성이 결여되어 부적법하다고 할 것이다.』

3. 공무원의 정치적 기본권에 대한 보장과 그 제한

공무원은 공직자인 동시에 일반 국민이기도 하고 나아가 근로자이기도 하다. 공무원은 공인으로서의 지위와 사인으로서의 지위, 정책집행자(Amtswalter)로서의 지위와 기본권주체(Grundrechtsträger)로서의 지위, 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위와 기본권을 향유하는 사인으로서의 지위를 동시에 가진다. 즉, 공무원은 공직자로서의 지위와 기본권 주체인 국민, 시민, 사인으로서의 지위라는 ‘이중적 지위’를 가진다(제복을 입은 시민, Citizen in Uniform).

그런데 공무원은 그 신분과 지위의 특수성상 일반 국민에 비해 보다 넓고 강한 기본권 제한이 가능한 것으로 이해된다. 대표적인 기본권 제한 영역으로는 정치적 기본권과 노동기본권(근로3권) 영역을 들 수 있는데, 이 사건은 공무원의 정치적 기본권 제한, 특히 정치적 표현의 자유가 문제되는 사안이다.

가. 공무원의 정치적 기본권 제한에 대한 개관

(1) 공무원의 정치적 기본권 제한 관련 법령의 연혁

1948년 제헌 헌법은 “공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다. 국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다.”(제27조)라고 하여, 공무원제도에 대한 규정을 두고 있었지만 공무원의 정치적 중립성에 대해서는 명시적인 언급을 하지 않았다.

공무원을 동원한 불법 선거를 공공연하게 자행하던 자유당 정권은 1960년 3·15 부정선거를 행하다가 파국을 맞고 이내 정권이 교체되었는데, 1960. 6. 15. 개정된 제3차 개정 헌법에서는 “공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률의 정하는 바에 의하여 보장된다.”(제27조 제2항)라는 조항을 추가하여 공무

원의 정치적 중립성에 대해 처음으로 명시적 규정을 두게 되었고, 이 규정은 위치를 바꾸어 현재까지 유지되고 있다.¹⁾

한편, 1949년 8월 12일 제정된 국가공무원법은 “공무원은 국민전체의 봉사자로서 친절공정히 직무하여야 한다.”(제30조), “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”(제37조)고 규정하였으며, 이 규정들은 조문의 위치와 문구를 조금씩 바꾸어 지금까지 계속되고 있다.

(2) 공무원의 정치적 기본권 제한 관련 법령 개관

헌법이 “공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정함에 따라(제7조 제2항) 국가공무원법, 공직선거법, 정당법, 정치자금법, ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’, 국가공무원 복무규정 등은 공무원의 정치적 중립성 확보를 위해 공무원 및 공무원단체의 각종 정치활동을 규제하고 있다.

구체적으로는 국가공무원법 제65조(정치운동의 금지), 제66조(집단행위의 금지), 지방공무원법 제57조(정치운동의 금지), 제58조(집단행위의 금지), 공직선거법 제9조(공무원의 중립의무 등), 제60조(선거운동을 할 수 없는 자), 정당법 제22조(발기인 및 당원의 자격), 정치자금법 제8조(후원회의 회원), 제31조(기부의 제한), ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제4조(정치활동의 금지) 등을 공무원의 정치활동을 규제하는 조항으로 들 수 있다.

그런데 우리나라의 공무원은 위 법령과 규정들에 의해 선거활동, 정당활동, 그리고 정치적 의사 표현 등을 심대하게 제약받고 있어 사실상(정무직 공무원을 제외한 나머지) 일반 공무원은 선거권 이외에는 정치적 기본권이 거의 인정되지 않는 상황이라고 할 수 있다.

위와 같은 공무원의 정치활동에 대한 심한 제약은 미국과 일본 입법례의 영향 때문이라고 한다. 제2차 세계대전 후 미국은 점령군으로서 일본의 법제를 정비하게 되었는데, 이 때 유럽 국가들에 비해 다소 강한 미국의 공무

1) 현행 헌법에서는 제7조, 그 이전엔 제27조와 제6조에서 규정되었으나, 내용은 동일하다.

원 정치활동 제약 입법이 일본에 이식되고, 다시 일본의 법제가 우리나라로 이전되었는데, 그 과정에서 우리나라의 특수한 사정상 일본보다도 더 과도한 제한이 가해지게 되었다는 것이다.²⁾

(3) 이 사건 규정들의 입법 배경

과거 정치활동이 사실상 전면 금지되어 있던 공무원(및 교원)들은 1980년대 후반 이른바 ‘민주화시대’를 맞아 중대한 정치 사안이나 노동 사안에 있어 자신들의 권리와 의사를 주장하기 시작하였다.

그러다가 2008년경 미국산 쇠고기 수입 문제, 4대강 사업 문제 등 논란이 되는 정책이 시행되자 공무원(및 교원)들은 시국선언 등을 통해 정치적 의사표현을 하기에 이르렀고, 이에 공무원의 정치활동 및 집단행동을 막아 공무원의 근무기강을 확립한다는 이유로 이 사건 규정들이 신설되었다.

이 사건 국가공무원 복무규정의 개정이유는 다음과 같다: “「국가공무원법」 제66조에 따라 공무원이 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가 정책의 수립·집행을 방해하는 것을 금지하는 한편, 공무원이 직무를 수행할 때 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장 등의 착용을 금지함으로써 공무원의 근무기강을 확립하려는 것임.”

나. 공무원의 정치적 기본권 제한의 근거와 그 평가

(1) 공무원의 정치적 기본권 제한의 근거

공무원의 기본권 제한이 정당성을 확보할 수 있는 근거로 제시되는 학설은 다음과 같다.

첫째, 공무원은 국가에 대한 관계에서 특수한 신분관계를 형성하고 있다는 것이다(특수신분관계설).

둘째, 공무원은 국민전체의 봉사자라는 지위에 있다는 것이다(봉사자설).³⁾

2) 이종수, 「공무원의 정치적 활동의 허용여부와 그 한계」, 『연세법학연구』 제8권 제1호, 연세법학회, 2001, 173면; 임재홍, 「공무원의 정치적 중립의무 비판-미국 공무원법제와의 비교법적 검토-」, 『민주법학』 제32권, 민주주의법학연구회, 2006, 248-251면 참조.

셋째, 공무원의 국가기능을 유지하는 업무를 담당하고 있다는 것이다(직무성질설).

(넷째), 공무원의 정치적 중립성에 대한 요청 역시 공무원의 정치활동 제한의 근거가 되기도 한다. 즉, 공무원이 정치적으로 중립적이며 객관적이고 공정한 직무수행을 하기 위해서는 선거운동이나 정당활동 등 정치활동에 관여해서는 안 된다는 것이다.

위에서 본 ① 직업공무원제도,⁴⁾ ② 공무원의 정치적 중립성, 그리고 ③ 공무원의 정치활동 제한 사이의 관계를 요약·정리하자면 다음과 같다: 근대 국가는 국가의 원활한 작동을 위해 직업공무원제도를 요구하게 되었고, 직업공무원제는 공무원의 신분보장과 정치적 중립성을 그 본질적 내용으로 한다. 그리고 직업공무원제 하에서의 공무원의 정치적 중립성은 공무원의 정치활동 제한을 요청한다.

요컨대, 공무원의 정치적 중립성 원칙에서 공무원의 정치활동 제한이 도출되고, 공무원의 정치활동 제한은 공무원의 정치적 중립을 위한 것으로 자리매김되는 것이다.

이처럼 공무원의 정치활동 제한이 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위한 것이라면, 공무원의 정치적 중립성이란 어떤 의미인가를 확인함으로써 공무원의 정치활동 제한의 내용과 범위를 설정할 수 있을 것이다. 즉, 공무원

3) 헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 즉, 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 지위에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 기능해서는 아니 된다는 것이다.

4) 헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률로써 보장할 것을 규정하고 있다. 위 조항의 뜻은 공무원이 정치과정에서 승리한 정당원에 의하여 충원되는 엽관제를 지양하고, 경년교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 직무수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서의 직업공무원제도를 마련해야 한다는 것이다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 442).

이러한 직업공무원제의 확립을 위해서는 첫째, 공무원의 신분보장, 둘째, 공무원의 정치적 중립성 확보, 셋째, 능력에 의한 임명과 승진 등 인사의 합리적 운영 등이 요청된다고 설명된다. 우리 재판소 역시 “직업공무원제도 하에서는 과학적 직위분류제, 성적주의 등에 따른 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하지만 특히 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 직업공무원제도의 중추적 요소라고 할 수 있다.”고 판시하고 있다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32, 판례집 1, 343, 352-353).

의 정치활동 제한(의 범위와 정도)은 공무원의 정치적 중립성 원칙과의 상관관계에서만 이해될 수 있는 것이다.

결국 ‘공무원의 정치활동 제한’이라는 명제는 그 자체가 독자적인 목적이 아니라 ‘공무원의 정치적 중립성’을 달성하기 위한 하나의 수단이 되는 것이며 공무원의 정치적 중립성은 ‘국민전체의 봉사자로서의 공무원’을 실현하기 위한 것이므로(공무원의 정치활동 제한→공무원의 정치적 중립성 확보→국민전체의 봉사자 실현), 정치적 중립성의 확보와 관계 없는 정치활동 제한은 부당한 기본권 제한이 된다고 할 것이다. 공무원도 국민으로서 기본권주체로서의 지위를 가진다고 할 때(공무원의 이중적 지위) 기본권 제한은 그것을 통해서 달성해야 할 정당한 목적이 있을 때 정당화될 수 있을 뿐이기 때문이다.

(2) 공무원의 정치적 중립성의 의의

현대국가를 정치구조의 측면에서 정당과 선거를 핵심적인 정치의 구성원리로 하는 정당국가(政黨國家)라고 할 때, 이러한 정당국가에 있어서의 공무원의 정치적 중립성은 특별한 의미를 가진다.

즉, 오늘날 민주국가는 그 본질에 있어 여러 정당의 존재를 전제로 하는 複數政黨國家를 의미하므로, 대립하는 그때 그때의 이익에 대하여 항구적이며 통일적인 국가의 이익 유지가 요청되지 않을 수 없는데, 그러한 국가 정치구조에 있어 공무원이 그 정치적 중립의 지위를 떠나 정당의 政黨의 利己主義(Parteigoismus)에 영합할 때에는 종국적으로 국가 그 자체의 위기로까지 발전하게 된다. 이런 점에서 공무원의 정치적 중립성(politische Neutralität)이란 정당의 영향으로부터 그 독자성을 의미하는 정당정치적 중립성(parteilpolitische Neutralität)을 의미한다. 공무원이 정당의 정치적 영향으로부터 독립한다는 의미의 공무원의 정치적 중립성은 의회주의적 민주주의에 있어 필수적인 전제로 간주되는 것이다.⁵⁾

공무원의 정치적 중립이 요구되는 이유는, ① 공무원은 국민전체에 대한

5) 사실 정당국가에 있어서의 공무원의 정치적 중립성의 본질에 관한 상세한 논의는 별로 없다. 이것은 드문 논의를 하고 있는 한태연, 『憲法學-近代憲法の一般理論』(재판), 법문사, 1985, 170-173면을 정리한 것이다.

봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고, ② 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하며, ③ 정권의 변동에도 불구하고 정책의 계속성과 안정성을 유지하고, ④ 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 예방하며, ⑤ 사회·경제적 대립의 중재자 내지 조정자로서의 기능을 적극적으로 수행하기 위한 것이라고 설명된다.⁶⁾⁷⁾

그리고 공무원의 정치적 중립의 내용으로는, ① 공무원을 외부의 정치적 간섭으로부터 보호하기 위하여 공무원의 충원과 인사에 정치적 영향력이 미치지 못하게 하는 것, ② 공무원의 신분보장을 법적으로 제도화하는 것, ③ 정치적 중립성 유지에 필요한 한도 내에서 공무원의 정치적 자유를 제한하는 것 등이 언급된다.⁸⁾

다른 한편, 소극적으로는 외부 정치세력의 간섭과 개입으로부터의 독립이라는 측면, 적극적으로는 정당 내지 정치활동에 대한 불간섭, 불가담이라는 측면으로 나누어 공무원의 정치적 중립의 내용이 설명되기도 한다.⁹⁾

(3) 소결

앞서 본 공무원의 정치적 중립성의 내용, 그리고 공무원의 정치적 중립성

6) 권영성, 『憲法學原論』 (개정판), 법문사, 2006, 231면.

7) 우리 재판소 역시 비슷한 취지의 판시를 한 바 있다.

① “공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고, 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고, 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자로서의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)이라고 일반적으로 설명하고 있는바, 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것이라고 할 수 있다.”(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 759)

② “공무원의 정치적 중립성은 정권교체로 인한 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무원집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위한 것이다.”(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436).

8) 권영성, 『憲法學原論』 (개정판), 법문사, 2006, 232면.

9) 한태연, 『憲法學-近代憲法의 一般理論』 (재판), 법문사, 1985, 172면.

을 인정하면서도 정당가입이나 선거운동을 허용하고 있는 여러 외국의 법제에 비추어 볼 때, 공무원의 정치적 중립성 원칙으로부터 곧바로 공무원의 정치활동 금지가 도출된다고 할 수는 없다.

그렇다면 공무원의 정치적 중립성을 확보하면서도 공무원의 정치활동의 자유를 보장하는 방안이 무엇인가, 즉 보장되는 한편 제한되는 공무원의 정치활동이란 어떤 것인지, 그 정도와 범위는 어떠해야 하는지가 문제된다.

다. 정치적 표현의 자유의 중요성과 그 제한 입법에 대한 심사기준

(1) 정치적 표현의 자유의 의의

오늘날 정치적 기본권은 선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조), 국민투표권(헌법 제72조, 제130조) 등 이른바 ‘참정권’뿐만 아니라, 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 434).¹⁰⁾

이론상 정치적 기본권은 크게 4가지, ① 선거권, 공무담임권, 국민투표권 등 좁은 의미의 참정권, ② 정당활동과 관련한 기본권, ③ 선거와 관련한 기본권, ④ 정치적 의사표현의 자유로 분류할 수 있다.

이처럼 공무원의 정치활동의 유형과 양태는 매우 폭넓은 범위에 걸쳐 있고 공무원의 종류와 직급, 직무의 성격 등도 매우 다양하므로, 공무원의 정치적 기본권에 대한 논의를 함에 있어서는 지나치게 추상적·포괄적인 수준에서 논의를 전개하기보다는 정치적 기본권 및 공무원의 유형과 종류를 세분하고 구체화하여 각각의 유형과 영역에 대해 그 보장의 범위와 강도를 설

10) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 434 참조: “종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조·제130조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. …(중략)… 이 사건에서 문제가 되고 있는 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.”

정하는 것이 필요하다.

앞서 살펴보았듯이, 이 사건 규정들은 공무원의 표현의 자유를 제한하는 것이면서 동시에 정치적 자유를 제한하는 것이기도 하므로 결국 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이다(표현의 자유+정치적 자유=정치적 표현의 자유). 나아가 그것은 선거나 정당과 직접적으로 관련되지 않은 일반적인 정치적 표현의 자유인 것이다.

(2) 정치적 표현의 자유의 중요성과 우월성

일반적으로 표현의 자유는 다른 기본권에 비해 우월한 지위를 가지는 것으로 인정된다. 이러한 표현의 자유의 우월적 지위이론은 미국 연방대법원 판례를 통하여 형성된 것으로, 우리 재판소 역시 “언론의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 ‘우월적 지위’를 지니고 있는 것이 현대헌법의 한 특징”이고, “오늘날 자유민주적 기본질서를 유지하기 위한 여론의 형성에서 언론이 차지하는 비중은 결코 과소평가될 수 없고, 민주주의를 지키고 발전시켜 나가기 위하여 표현의 자유의 우월적 지위는 반드시 보장되어야 한다.”(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 524, 534)라고 판시하고 있다.

한편, 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)라고 하여, 다양한 내용을 가지는 표현의 자유 중에서도 정치적 표현의 자유는 더욱 강하게 보장되어야 한다고 판시한 바 있다.

이처럼 정치적 표현의 자유를 가능한 넓고 강하게 보장하여야 하는 이유는 그것이 민주주의의 본질상 요청되기 때문이다. 즉, 헌법재판소는 “자유민주주의 사회는 전체주의 사회와 달라서 정부의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며 정부는 개인이나 일반대중과 마찬가지로 또는 그 이상으로 오류를 범한 가능성이 있을 뿐만 아니라 권력을 가진 자가 오류를 범한 경우의 영향은 대단히 크다고 하는 역사적 경험을 전제로 하여 정부가 국민의 비판을 수렴

함으로써 오류를 최소화할 수 있다는 사고방식을 보편적으로 수용하고 있는 것이다. 표현의 자유가 다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 갖는다고 일컬어지는 것도 그것이 단순히 개인의 자유인데 그치는 것이 아니고 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체(自治政體)의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문인 것이다.”(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 95)라고 하여, 민주주의 사회에 있어 정부를 비판할 수 있는 권리를 포함한 정치적 표현의 자유의 중요성에 대해 실시한 바 있다.¹¹⁾

(3) 정치적 표현의 자유 제한 입법에 대한 심사 기준과 강도

(가) 강화된 심사기준의 요청

위와 같이 자유민주주의 국가에 있어 표현의 자유는 다른 기본권보다 우월한 지위를 가지기 때문에 표현의 자유에 대한 규제가 헌법에 부합하는지 여부를 판단함에 있어 요구되는 합헌성 판단의 기준은 다른 자유권의 규제보다 엄격하게 설정된다.

나아가, 그 표현의 내용이 정치적인 것일 때, 즉 정치적 표현의 자유는 다른 여타 기본권보다 더욱 강화된 보장을 받을 필요가 있으므로 정치적 표현의 자유를 제한하는 입법에는 매우 엄격한 한계가 지워져야 한다.¹²⁾

11) 공무원(및 교원)의 정치활동에 관한 종래 헌법재판소의 판례들은 대개 노동운동 혹은 노동조합과 관련한 것이거나 정당활동 및 선거운동에 관련된 것들이었고, 정치적 표현의 자유에 대해서는 ‘정당활동과 선거운동은 정치적 표현의 한 태양이다’라고 하는 정도로만 언급하여 왔을 뿐이다. 즉, 정당활동이나 선거운동과 관련하지 않은 일반적인 정치적 표현의 자유를 직접적으로 다룬 사안은 별로 찾을 수 없다.

그런 점에서, 일반적인 정치적 표현의 자유를 얼마나 독자적인 기본권으로 인정할 것인지, 그 보호의 정도는 어느 정도가 되어야 할 것인지, 혹은 제한 입법에 대한 심사기준과 강도는 어떠한지에 대한 우리 재판소의 입장은 아직 성숙되지 않은 상황이라고 할 수 있다. 그러나 몇몇 판례에서는 정치적 표현의 자유의 중요성과 우월성을 선언하고 있으며, 적어도 다른 기타 기본권과 동일하게 취급하면 족하다는 판례는 존재하지 않는다.

12) 참고로, 우리 재판소는 ‘참정권’에 대해 그것은 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적 수단이므로 그 제한은 언제나 필요최소한에 그쳐야 한다고 지적하고 있다. “공무담임권·선거권 등 참정권은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의

(나) 세분화된 심사기준 설정의 요청

그런데 다양한 내용과 유형을 가진 정치적 기본권은 그 정치적 성격(정치성, 政治性)의 밀도 혹은 강도에 있어 차이가 있을 수 있다. 그에 따라 분류하면 정치성이 높은 기본권부터 정치성이 낮은 기본권까지 다양한 분포를 볼 수 있다. 공무원의 정치활동을 제한하는 이유가 공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위한 것이라고 한다면, 정치적 중립성을 해하게 될 가능성과 정도, 즉 정치성의 밀도 혹은 강도를 기준으로 규제의 수준도 달리 하는 것이 필요하다. 이처럼 규제의 수준을 달리 하는 것이 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청과 국민 중 한 사람으로서의 공무원의 정치적 기본권을 조화롭게 보장하는 방법일 것이다.

살피건대, 선거운동은 가장 밀도높은 정치활동이며 또 정치적 중립을 저해하는 가장 대표적인 활동이므로¹³⁾¹⁴⁾ 그에 대한 규제는 강하게 이루어질 필요가 있을 것이다. 한편, 정당활동의 경우 정당가입은 정치적 활동을 할 잠재성을 징표하지만 아직 정치활동을 실제 하는 것은 아니며 선거운동과는

민주주의를 실현하는 핵심적인 수단이라는 점에서 아주 중요한 기본권 중의 하나라고 할 것이므로, 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의 실현시키려는 우리 헌법의 민주적 가치질서를 직접적으로 침해하게 될 위험성이 크기 때문에 언제나 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 한다.”(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 738).

또한 우리 재판소는 정당설립의 자유를 제한하는 입법을 심사함에 있어서는 일반적인 과잉금지원칙심사보다 강화된 심사를 해야 한다고 하였다. “정당설립의 자유에 대한 제한은 오늘날의 정치현실에서 차지하는 정당의 중요성 때문에 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 헌법의 결정이므로 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 경우에는 입법수단이 입법목적을 달성할 수 있다는 것을 어느 정도 확실하게 예측될 수 있어야 한다. 다시 말하면, 헌법재판소는 정당설립의 자유에 대한 제한의 합헌성의 판단과 관련하여 ‘수단의 적합성’ 및 ‘최소침해성’을 심사함에 있어서 입법자의 판단이 명백하게 잘못되었다는 소극적인 심사에 그치는 것이 아니라, 입법자로 하여금 법률이 공익의 달성이나 위협의 방지에 적합하고 최소한의 침해를 가지는 수단이라는 것을 어느 정도 납득시킬 것을 요청한다.”(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 816-817).

13) 전광석, 『한국헌법론』 (제6판), 법문사, 2010, 491면.

14) 송석윤, 「헌법의 관점에서 본 정치개혁-정당개혁을 중심으로-」, 『헌법과 정치』, 경인문화사, 2007, 216-217면에서도 “일본의 경우 정당활동보다 정치적 성격의 강도가 높은 선거운동과 관련하여” 경찰, 법관 등 특정의 공무원에게는 선거운동을 전면금지하고, 기타 공무원은 공무원의 지위를 이용한 선거운동만을 금지한다고 설명하고 있다.

그 성격이 다르므로¹⁵⁾ 규제는 좀더 완화될 수 있을 것이다. 앞서 본 바와 같이, 우리 국가공무원법이 1949년 제정된 이후 공무원의 선거운동이나 정당활동을 중점적으로 규제하였고 공직선거법이나 정당법 역시 그에 대해 규율하고 있다는 점은, 정치성이 강한 활동을 우선적으로 규제한다는 점을 잘 말해주고 있다 할 것이다.

그런데 이 사건 규정들에 의해 금지되는 공무원의 행위는 반드시 선거나 정당과 관련될 것이 요구되지 않는, 정치성에 있어 밀도가 떨어지는 일반적인 정치적 표현행위라고 할 수 있다. 그렇다면, 그에 대한 규제는 적어도 공무원의 선거운동의 규제나 정당활동의 규제보다 완화될 것이 요청된다고 할 것이다.

라. 소결

공무원은 공직자인 동시에 일반 국민으로서 기본권주체라는 ‘이중적 지위’로 말미암아 일반 국민보다 더 넓고 강한 기본권 제한이 가능한 것으로 이해되지만, 또한 바로 그런 지위에 있기 때문에 기본권이 전면 부정될 수는 없다.

한편, 공무원의 정치적 기본권은 다양한 내용과 유형이 있지만, 그 중 정치적 표현의 자유는 여타 정치적 기본권의 근본이 되는 것으로서 특별히 중요하다 할 수 있다.

그리고 공무원의 정치적 기본권을 제한하는 근거는 공무원의 정치적 중립성 확보라고 할 수 있는데, 정당국가에 있어서의 정치적 중립성이란 정당이 나 당파로부터의 중립성을 의미하므로 그러한 중립성을 훼손할 가능성의 정도에 따라 정치적 기본권의 내용과 성격 별로 세분화되고 상세한 심사를 할 것이 요청된다.

4. 공무원의 정치적 기본권에 관한 입법례

공무원의 정치적 기본권의 보장 여부와 범위는 각국의 역사와 정치적 사정에 따라 다르다. 직업공무원제가 확립되어 있으며 공무원의 자제와 직무

15) 전광석, 『한국헌법론』(제6판), 법문사, 2010, 491면.

상 충실을 통해 공무원의 정치활동이 큰 사회문제가 되지 않는 나라(ex. 프랑스, 독일 등)에서는 정치적 자유가 폭넓게 인정되지만, 업관제의 폐해를 겪은 역사가 있거나 공무원의 정치활동이 사회적 부작용을 일으킨 경험이 있는 나라(ex. 미국)에서는 엄격한 규제가 행해진다.

가. 주요 외국의 입법례(미국, 영국, 독일, 프랑스, 일본)

(1) 외국 입법례의 일반적 경향

영국, 프랑스, 독일 등 유럽 국가들은 공무원의 정치적 기본권을 폭넓게 허용하고 있으나, 미국은 엄격한 규제를 하는 편이다. 어쨌든 위 국가들은 그 구체적 범위는 다소 다를 수 있지만 공무원의 선거운동과 정당활동을 대체로 허용하고 있는 편이라 할 수 있다.

그러나 일본에서는 2차 대전 후 미국점령기인 1945년 국가공무원법이 제정되었는데, 미국식 공무원제도를 본받아 그것을 많이 따르고 있으며, 공무원의 정치활동은 미국보다 규제가 더 엄격하고, 우리의 경우와 동일하게 공무원의 선거운동·정당가입 등이 금지되고 있다.

1970년대 초 미국에서 조사한 바에 의하면 공무원의 정치활동을 포괄적으로 제한하는 입법례로 남아프리카공화국과 일본이 있었다. 우리나라는 조사 대상에 포함되지 않았는데, 만약 포함되었다면 마찬가지로 취급되었을 것이다.¹⁶⁾

아무튼, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등과 같이 공무원에 대해 국가의 정책에 반대하는 행위를 금지하는 규정은 어느 나라에도 존재하지 아니한다. 다만, 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등과 같이 직무수행 중에 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용을 금지하는 규정은 유사한 것이 존재한다.

이하에서는 이 사건 규정들과 매우 유사하고 행정안전부가 모델로 삼은 것으로 보이는¹⁷⁾ 일본의 입법례를 주로 살펴본다.

16) 임재홍, 「공무원의 정치적 중립의무 비판-미국 공무원법제와의 비교법적 검토-」, 『민주법학』 제32권, 민주주의법학연구회, 2006, 257면 참조.

17) 2010헌마90사건에서의 2010. 4. 26.자 행정안전부장관의 의견서(10면)는 이 사건 규정들의 입법에 있어 일본 국가공무원법 및 인사원 규칙이 일부 참고되었다고 한다.

(2) 일본의 경우

일본의 법령은 정당가입 금지, 선거운동 금지 등을 규정하여 전반적으로 공무원의 정치적 기본권을 엄격히 제한하고 있다는 점에서 우리와 상당히 유사한 측면이 있다.¹⁸⁾ 그러나 표면적인 유사성을 넘어 관찰하면, 우리 법령보다 훨씬 더 구체적이고 세밀한 규정을 둔 결과 우리 법령상으로는 금지되는 행위로 ‘해석’되는 경우에도 법령상 ‘명문’으로 허용되는 경우가 많다는 점을 유의할 필요가 있다.

일본 국가공무원법 제102조 제1항은 일반직 국가공무원에 관하여, “직원은 정당 또는 정치적 목적을 위하여 기부금 기타 이익을 요구하거나 수령, 또는 방법을 불문하고 이러한 행위에 관여하거나, 또는 선거권 행사를 제외하고 인사원 규칙으로 정하는 정치적 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고, 동조 제2항은 공직선거의 후보자가 되는 것을 금지하며, 동조 제3항은 정당 등 정치단체의 구성원이 되는 행위를 금지한다.¹⁹⁾

그리고 위 규정의 위임에 따른 인사원 규칙 14-7(1949. 9. 19. 제정)은 8종류의 ‘정치적 목적’과 17종류의 ‘정치적 행위’를 열거하고 있으며, 다시 인사원 규칙 14-7 운용방침(1949. 10. 21. 제정)이 위 인사원 규칙 14-7을 구체화하고 있다(국가공무원법→인사원 규칙→인사원 규칙 운용방침).

즉, 인사원 규칙 14-7은 ‘정치적 목적’을 가진 일정한 행위를 열거하면서, 정치적 목적을 가진 행위라 하더라도 동 규칙에서 정하는 ‘정치적 행위’에 해당하지 않는 한 규제되지 않는다고 규정하는 한편(제5항), ‘정치적 행위’ 역시 열거하고 있다(제6항).²⁰⁾ 그리고 인사원 규칙 14-7 운용방침은 인사원

18) 한편, 우리나라와 일본은 법체계 역시 유사하다. 우리가 국가공무원법과 이를 구체화하는 국가공무원 복무규정을 가지고 있으며 공직선거법을 따로 두고 있는 것과 같이, 일본은 국가공무원법에서 공무원의 정치적 행위 제한을 규정하고 이를 인사원 규칙으로 구체화하고 있으며, 공직선거법에서는 공무원의 선거운동을 금지하고 있다.

19) 第102條(政治的行為の制限)

① 職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に關与し、あるいは選舉權の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。

② 職員は、公選による公職の候補者となることができない。

③ 職員は、政党その他の政治的団体の役員、政治的顧問、その他これらと同様な役割をもつ構成員となることができない。

규칙에서 규정하는 정치적 목적이란 무엇인지, 정치적 행위란 무엇인지를 더욱 세부적으로 예를 들어 가면서 설명하고 있다.

나. 이 사건 규정과 관련한 일본 등 외국 법령의 비교법적 고찰

(1) 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등의 경우

위에서 본 구미 국가들에서는 공무원이 집단적으로 국가 정책에 반대하는 행위를 금지하는 규정을 찾을 수 없다. 다만, 일본 국가공무원법 제102조 제1항의 위임에 의한 인사원 규칙 14-7에는 이와 매우 유사한 규정이 있으므로, 이를 살펴보기로 한다.

일본 인사원 규칙 14-7 제5항은 금지되는 ‘정치적 목적’을 가진 행위 중 하나로, “정치의 방향에 영향을 줄 의도로 특정 정책을 주장하거나 이에 반대하는 것”(제5항 제5호)과 “국가기관 또는 공공기관에서 결정한 정책의 실시를 방해하는 것”(제5항 제6호)을 들고 있다. 그런데 인사원 규칙 14-7 운용방침은 “제5호 관계 본호에서 말하는 ‘정치의 방향에 영향을 줄 의도’라 함은 일본국헌법에서 정한 민주주의 정치의 근본원칙을 변경하고자 하는 의사를 말한다. ‘특정 정책’이라 함은 정치의 방향에 영향을 줄 정도의 것임을 요한다. 최저임금제 확립, 산업사회화 등의 정책을 주장하거나 이에 반대하는 경우, 또는 각 정당이 내세우는 이데올로기를 주장하거나 이에 반대하는 경우, 또는 특정 법안 또는 예산안을 지지하거나 이에 반대하는 경우도, 일본국헌법에서 정한 민주주의 정치의 근본원칙을 변경하고자 하는 것이 아닌 한 본호에는 해당하지 아니한다.”(4. (1). 5)고 하고, “제6호 관계 본호 중 ‘국가기관 또는 공공기관에서 결정한 정책’이라 함은 국회, 내각, 내각의 통할 하에 있는 행정기관, 지방공공단체 등 정책의 결정에 관하여 공적 권한을 갖는 기관이 정식으로 결정한 정책을 말한다. ‘실시를 방해한다’ 함은 그 수단 방법을 불문하고 유형·무형의 위력을 가지고 조직적, 계획적 또는 계속적으로 그 정책의 목적달성을 방해하는 것을 말한다. 따라서 단지 해당 정책

20) 우리 국가공무원법 제65조와 그 위임에 의한 국가공무원 복무규정 제27조가 ‘정치적 목적’, ‘정치적 행위’에 관해 규정하고 있는 것은 일본의 경우와 매우 흡사하다. 그러나 그 세부 내용을 살펴보면, 일본의 경우에 비해 허술하며 미흡하다는 점을 알 수 있다.

을 비판하는 것은 이에 해당하지 아니한다.”(4. (1). 6)이라고 함으로써, 엄밀히 보면 우리의 경우와는 상당히 다르다.

결국, 이른바 민주주의의 선진국이라고 할 수 있는 국가들에는, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등과 같이 정당활동이나 선거와 관련이 없는 일반적인 정치적 의사표현을 포괄적으로 제한하는 규정은 존재하지 않는다고 할 수 있다.

(2) 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등의 경우

한편, 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등과 같은, 직무 수행 중 정치적 주장을 표시하는 복장 등 착용을 규제하는 입법례는 드물지만 존재하고 있다.

우선, 미국의 경우, 해치법(Hatch Act)상 연방공무원은 (i) 근무 중, (ii) 공무 수행으로 사용 중인 방이나 건물 안, (iii) 제복이나 공무원 신분을 나타내는 배지 착용 중, (iv) 정부가 소유 또는 대여한 차량을 사용 중인 경우, 정치 활동에 관여할 수 없다(5 U.S.C.A. § 7324). 위 조항의 해석과 관련하여 미특별검사국(U.S. Office of Special Counsel)은, 근무 중에는 정당을 나타내는 배지나 티셔츠 등의 착용이 금지된다고 유권해석하고 있다.

한편, 일본의 경우, 인사원 규칙 14-7 제6항 제16호는 “정치적 목적을 가지고 근무시간 중에 깃발, 완장 등을 착용하거나 표시하는 것”을 정치적 행위로서 금지하고 있다(다만 이는, 앞서 살펴본 바와 같은, 인사원 규칙에서의 ‘정치적 목적’을 전제로 하고 있는 것임을 유의할 필요가 있다).

5. 헌법재판소의 판단

가. 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등에 대한 판단

(1) 법률유보원칙 위배 여부

법률유보원칙상 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 모법의 수권 없이 제정된 것이라면 그 자체로 헌법에 위반된다고 할 수 있으며, 가사 근거규정이 있다 하더라도 그 위임의 범위를 넘은 것이라면 역시 헌법에 위반된다.

법정의견은 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등의 수권규정을 국가공무원법 제65조 및 제67조라고 본 뒤 그 위임범위를 일탈하지 않았다는 이유로 위 심판대상조항이 법률유보원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 공무원의 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지하고 있는바, 이는 앞서 살펴본 바와 같이 공무원의 정치적 기본권 중 정치적 표현의 자유를 제한하는 규정이라 할 수 있다.

국가공무원법은 제55조 내지 제66조에서 공무원이 직무 내외에서 지켜야 할 각종 의무 등 복무에 관한 사항을 규정하고 있으며, 특히 제65조는 공무원에 대해 정당 등 정치단체에 가입할 수 없다고 하고, 선거에 있어 특정 정당을 지지·반대하는 행위 등을 할 수 없다고 규정하며(제1항 내지 제3항), 그 외의 “정치적 행위의 금지에 관한 한계는 … 대통령령으로 정한다.”라고 규정하여(제4항) 공무원의 정치활동을 규제하고 있다. 한편, 제67조는 “공무원의 복무에 관하여 필요한 사항은 이 법에 규정한 것 외에는 … 대통령령으로 정한다.”라고 하여 공무원의 복무에 관한 일반적인 수권규정이 되고 있다(지방공무원법 역시 제57조 및 제59조에서 위 국가공무원법 제65조 및 제67조와 동일한 내용의 규정들을 두고 있는바, 이하에서는 국가공무원법 조항만을 표시하기로 한다.).

그렇다면 공무원의 정치적 표현의 자유를 규제하고 있는 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 국가공무원법 제65조 및 제67조의 위임에 근거한 것이라 할 수 있다.

위와 같이 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 국가공무원법 제65조 및 제67조의 위임을 받은 규정이라고 할 수 있으나 법률유보원칙상 그 위임의 범위를 넘어서는 아니 된다.

살피건대, 국가공무원법 제65조 제4항은 ‘정치적 행위의 금지에 관한 한계’를 하위법령에 위임하고 있는바, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 규정하는 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위 금지는 그 내용과 성격이 정치적 표현의 자유에 관련된 행위로서 위 ‘정치적 행위’를 보다 구체화한 것이라 할 수 있으므로, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조

제2항 등은 법률유보원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이다.』

이에 대하여 재판관 송두환은, 이 사건 심판대상조항들의 수권규정은 국가공무원법 제67조가 아닌 제65조이고, 그 위임의 범위를 일탈하였다고 하면서 법률유보원칙에 위배된다는 반대의견을 밝혔다.

『국가공무원법 제65조(정치운동의 금지)는 제1항 내지 제3항에서 정당 및 선거와 관련된 공무원의 정치적 행위의 금지를 규정한 후, 제4항에서 “제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 … 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있는바, 이 사건 규정들은 공무원의 정치적 기본권 중 정치적 표현의 자유를 제한하는 규정이므로, 국가공무원법 제65조가 이 사건 규정들의 수권 규정임은 분명하다 할 것이다. … (중략) …

이 사건 규정들의 수권규정인 국가공무원법 제65조 및 관련법령의 내용을 살펴건대, 국가공무원법 제65조 제1항 내지 제3항이 규제하는 것은 공무원의 ‘모든 정치적 행위’가 아니라, 오로지 ‘정당 및 선거와 관련한 정치 행위’에 한정되고 있고, 종래 국가공무원법 제65조를 구체화하고 있던 국가공무원 복무규정 제27조 역시 ‘정당이나 선거와 관련된 정치적 행위’만을 규율하고 있을 뿐이다.

따라서 국가공무원법 제65조 제4항은 제1항 내지 제3항의 규정 내용에 준하여 ‘정당 및 선거와 관련된 정치적 행위’만의 금지 한계를 대통령령으로써 정하도록 구체적으로 위임한 것으로 보아야 한다.

그런데 이 사건 규정들은 ‘국가의 정책을 반대하거나 국가 정책의 수립·집행을 방해’하는 행위, 또는 ‘근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시·상징하는 복장, 관련 물품의 착용 행위’ 등을 금지함으로써, ‘정당이나 선거와 관련한 사항’에 한정하지 아니하고 ‘일반적인 정치적 의사표현 행위’를 금지하고 있고, 이는 위 수권 법률에 규정되지 아니한 새로운 기본권 제한을 가하고 있는 것이라 할 것이다.

(따라서) 이 사건 규정들은 수권규정인 국가공무원법 제65조의 위임범위를 일탈한 것으로서, 법률유보원칙에 위배된다고 할 것이다.』

(2) 명확성원칙 위배 여부

수범자가 범규범으로부터 무엇이 금지되고 허용되는 행위인지를 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성이 확보될 수 없게 되므로 범규범은 가능한 명확하게 규정될 것이 요청되는데, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 명확성원칙에 위배되는지가 문제되었다.

법정의견은 다음과 같이 위 규정이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 “공무원은 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가 정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는바, 명확성원칙 위배 여부에 대하여 살펴본다.

1) 우선, 위 규정상의 ‘집단’, ‘단체’, ‘연명’ 등이 공무원으로만 구성된 경우를 의미하는지가 문제된다. 즉, 이 사건 규정의 집단적 행위가 공무원들만에 의해 이루어지는 경우인지, 아니면 비공무원이 주도하는 집단적 행위에 공무원들이 개인적·개별적으로 참가함으로써 전체적으로 집단적 행위가 되는 경우도 해당되는지, 혹은 비공무원이 주도하는 집단적 행위에 공무원이 집단적으로 참가하는 경우가 해당되는지는 위 규정의 문언만으로는 확실하지 않다.

그러나 위 규정 신설에 관한 입법자료에 의하면 위 규정은 공무원의 개인적인 정치적 의사표현까지 금지하려는 취지는 아님을 알 수 있는데, 그렇다면 공무원이 개인적·개별적으로 비공무원이 주도하는 집단적 행위에 참가하는 것은 허용된다고 할 수 있으며, 공무원들이 사전 의사연락을 통하여 집단적으로 행위할 경우에는 비록 비공무원들과 함께 하였다고 하여 달리 볼 필요는 없으므로 이는 금지된다고 해석할 수 있다.

2) 다음으로, 이 사건 규정상의 “국가의 정책을 반대하거나 국가 정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다”고 할 때 ‘국가(의) 정책’이라는 문언의 불명확성이 문제된다.

살피건대, 국가라는 존재는 국민의 주권적 의사가 구현된 상징체로서 대외관계의 측면에서가 아닌 한 그 자체가 어떤 의사결정을 내릴 수 있는 주

체라고 할 수는 없는바, ‘국가(의) 정책’이란 실은 특정 ‘국가기관 내지 공공기관의 정책’을 가리키는 것으로 이해된다.

3) 끝으로, 국가 정책을 ‘반대’ 또는 ‘방해’한다고 하는 문언에 관해 살펴본다.

이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 국가 정책에 대한 반대·방해 행위의 구체적 태양을 규정하지 않고 있으므로, 그것이 일회적이고 우연한 행위이든 계속적이고 계획적인 것이든, 그리고 유형적·물리적인 것이든 무형적인 것이든 가리지 아니하고 그 행위를 금지한다고 할 것이다. 즉, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 국가 정책에 대한 반대·방해 행위의 수단 및 방법이나 정도를 가리지 아니하고 그러한 모든 행위를 금지하는 것으로 해석되므로 명확성원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.』

(3) 과잉금지원칙 위배 여부

국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있으나, 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 하는바(헌법 제37조 제2항), 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것은 아닌지 살펴본다.

1) 합헌론

법정의견은 다음과 같이 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『(가) 입법목적의 정당성과 수단의 적합성

이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 공무원이 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가 정책의 수립·집행을 방해하는 것을 금지함으로써, 공무원의 근무기강을 확립하고 공무원의 정치적 중립성을 확보하며 나아가 행정의 효율적인 집행을 도모하려는 목적을 가진다. … (중략) …

한편, 공무원에게는 성실히 직무를 수행하며 소속 장관의 직무상 명령에 복종하여야 할 의무가 있고(국가공무원법 제56조, 제57조) 그러한 의무를 다

할 때 공무원과 그 조직의 근무기강이 확립될 수 있는바, 공무원에 대해 국가 정책에 집단적으로 반대·방해하는 행위를 금지하는 것은 공무원의 근무기강 확립을 위한 적절한 방법이 된다고 할 수 있으며, 정치적 편향성과 당파성을 띠기 쉬운 국가 정책에 대한 반대·방해 행위를 금지하는 것은 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위해서도 반드시 필요한 것이라 할 수 있다. 따라서 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 앞서 본 입법목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법에 해당한다.

(나) 침해의 최소성

우선, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하는 범위에 관해 보자면, 위 규정은 공무원의 국가 정책에 대한 모든 반대·방해 행위를 금지하는 것이 아니라 “집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여” 행해지는 행위를 금지하고 있을 뿐이므로 공무원의 행위가 집단적인 행위가 아닌 개인적·개별적인 행위인 경우에는 허용된다. 이는 공무원의 정치적 표현의 자유에 대한 제한을 최소한으로 줄이고 있는 것이라 할 수 있다.

한편, 위 규정은 공무원의 집단적인 정치적 의사표현 행위를 제한함에 있어 그것이 직무 중에 이루어지는 행위인지 아니면 직무 외에서 이루어지는 행위인지를 가리지 않고 금지하고 있다. 공무원의 행위는 그것이 직무 내의 것인지, 직무 외의 것인지 사실상 구분하기 어려운 경우가 많으며, 설사 공무원이 근무시간 외에 혹은 직무와 관련없이 집단적인 정치적 표현 행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰는 유지되기 어렵기 때문이다. 나아가 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로, 직무 내에서의 집단적 행위에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수도 없다.

이러한 점에서 볼 때 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 침해의 최소성원칙에 반하지 아니한다.

(다) 법익의 균형성

만약 공무원들의 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위가 허용된다

면, 원활하고 효율적인 국가 정책의 수립과 집행이 불가능하게 되고, 공무원이 이익집단화되어 그 사익을 요구·관철할 수도 있으며, 국가 정책에 대한 찬반 의사표시를 통해 간접적으로 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대를 표현하는 결과를 발생시킴으로써 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 수도 있다. 또한, 그것은 국가 정책의 집행을 위해 화합하고 협력하여야 할 공무원 사이에 정치적 이념에 따른 상호 대립과 분열을 조장할 수도 있다.

이러한 점을 고려할 때, 이 사건 규정이 달성하려는 공익은 그로 말미암아 제한받는 공무원의 정치적 표현의 자유라는 사익에 비해 결코 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 또한 인정된다.』

2) 위헌론

우선, 재판관 목영준, 재판관 이정미는 공무원이 국가의 정책을 ‘반대’하는 행위를 금지하는 것은 헌법에 위반된다고 하면서 일부 반대의견을 개진하였다(‘방해’ 행위 금지는 합헌).

『(1) 국가 정책과 정치적 중립성

다수의견에 의하더라도 ‘국가 정책’이란 ‘국가기관 내지 공공기관의 정책’을 말한다. 그런데 자유민주주의 사회의 ‘국가기관 내지 공공기관’은 비판받아서는 안 될 신성한 존재가 아니라 오히려 더욱 비판과 감시에 노출되어야만 하는 존재이다. 또한 공무원은 국민에 대한 봉사자로서 잘못된 국가기관의 정책을 비판하여 올바른 방향으로 이끌 책무 또한 있으므로, 공무원이 ‘국가기관 또는 공공기관’이 결정한 정책을 반대하더라도 그 내용이 진실되고 합리적이며 국익을 위한 것이라면 공무원의 정치적 중립성을 해친다고 단정할 수 없다. … (중략) …

(2) 공무원의 범위

… (중략) … 공무원은 크게 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분되고, 다시 경력직공무원은 일반직공무원·특정직공무원·기능직공무원으로, 특수경력직공무원은 정무직공무원·별정직공무원·계약직공무원으로 구분되는바(국가공무원법 제2조, 지방공무원법 제2조), 이들 중 기능적 업무만을 담당하는 기능직 공무원이나 일정 기간 동안만 종사하는 계약직공무원에게

이와 같은 정치적 중립성을 요구하는 것이 타당한지 의문이다.

… (중략) … 국가 정책에 관련된 직무를 수행하는 공무원, 인사권 또는 지휘감독권을 가지거나 중요한 정책을 결정하는 권한을 가지는 공무원, 일정한 직급 이상의 공무원, 또는 국가안보·재판·감찰·선거 등과 관련한 기관의 공무원 등에 대해서만 국가 정책에 대한 집단적 반대의사표시를 금지하더라도 이 사건 반대금지조항이 이루려는 목적을 달성할 수 있을 것이다.

(3) 근무시간

이 사건 반대금지조항은, 근무시간 내외를 구분하지 아니하고 공무원의 집단적 반대의사표시를 제한하고 있다. 그러나 공무원은 공직자인 동시에 사인이기도 하므로 근무시간 이외이거나 직무수행 중이 아닌 경우에는 일반 사인으로서의 기본권을 최대한 향유할 수 있어야 한다. 특히 공무원이 근무시간 이외에서 공적 시설을 이용하지 않거나 그 권한을 행사하지 않는 경우, 이는 공직자로서의 행위가 아닌 사인으로서의 행위로 보지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 이러한 행위를 공무원의 근무기간 확립 또는 정치적 중립성을 이유로 제한한다면, 이는 침해최소성 원칙에 위배된다고 할 것이다. … (중략) …

결국 이 사건 반대금지조항은, 국가 정책에 대한 집단적인 반대의사표시를 그 정치적, 공무원의 범위, 근무시간 내외 등에 관계없이 일률적으로 금지하고 있으므로, 침해최소성의 원칙에 위배된다 할 것이다.』

한편, 재판관 송두환은 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등 및 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등이 모두 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.

『(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 공무원의 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지하고 있으나, 위 규정은 특정 ‘정부 또는 국가기관의 정책’을 ‘국가의 정책’과 동일시함으로써 전자를 후자의 미명하에 관철시키고 비판을 사전에 차단할 위험성이 있다. 그리고, 행정안전부

가 표방하는 위 규정의 신설 이유는 공무원의 근무기강을 확립한다는 것인데, 근무기강은 직무집행에 관한 정당한 명령과 이에 대한 복종으로 확립되는 것이지, 공무원의 정치적 표현행위를 금지함으로써 내부적인 이견 없이 획일적인 의사가 지배하도록 하여야만 가능한 것은 아닐 것이다. … (중략) …

(나) 침해의 최소성

1) 나는 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 침해의 최소성 원칙에 위배된다는 재판관 목영준, 재판관 이정미의 일부 반대의견에 뜻을 같이 하므로 그 의견을 원용하기로 하되, 이를 보충하는 의미에서 몇 가지 사항을 추가로 지적하기로 한다.

2) … (중략) … 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 단순히 금지할 뿐 그것이 특정 정당과 관련되는 행위인지, 선거와 관련되는 행위인지 등을 전혀 묻지 않는다. 결국, 위 규정은 정치적 중립성을 해할 가능성이 높지 않은 일반적인 정치적 의사표현 행위를 그럴 가능성이 높은 행위와 구별하려는 노력을 하지 않은 채 일률적으로 금지하고 있으므로, 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 것이다.

3) 한편, … (중략) … 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등과 같은 별도의 규정을 두지 않더라도 이미 국가공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립할 수 있는 방안이 충분히 마련되어 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 위 규정은 공무원의 정치적 의사표현 행위를 새롭게 일반적으로 금지하고 있으므로, 이 점에서도 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 할 것이다.

(다) 법익의 균형성

… (중략) … 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등이 공무원에게 국가 정책에 대한 집단적인 반대·방해 행위를 금지함으로써 달성하고자 하는 공익에 비하여, 그로 말미암아 공무원인 다수의 국민들이 민주주의의 장에서 배제되고 정치적 기본권 중에서도 가장 기본적인 권리라 할 수 있는 정치적 표현의 자유가 제한됨으로써 발생하는 기본권에 대한 제약은 자못 심대하다 할 수 있으므로, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은

법익의 균형성 또한 인정하기 어렵다.

(라) 소결

그렇다면, 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다.』

나. 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등에 대한 판단

(1) 법률유보원칙 위배 여부

법정의견은 다음과 같이 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등이 법률유보원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등은 “공무원은 직무를 수행할 때 제3조에 따른 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장을 하거나 관련 물품을 착용해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는바, 위 규정은 공무원의 정치적 행위를 규제하는 것으로서, 앞서 판단한 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등의 경우와 마찬가지로, 국가공무원법 제65조 및 제67조의 위임을 받은 것이고 그 위임의 범위를 넘지 않았다고 할 것이므로 법률유보원칙에 위배되지 아니한다.』

그러나 재판관 송두환은 법률유보원칙에 위배된다고 판단하였는바, 그 내용은 앞서 본 이 사건 국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등에 관한 판단 부분에서 본 것과 같다.

(2) 명확성원칙 위배 여부

법정의견은 다음과 같이 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등은 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장 등 착용 행위를 금지하고 있는데, 이때 ‘근무기강’이란 ‘법령과 직무상의 명령이 준수되는 상태’라고 할 수 있고, 따라서 ‘근무기강을 해친다.’라고 함은 ‘법령과 직무상의 명령이 잘 준수되지 않는 상태를 초래하는 것’을 가리킨다고 할 수 있다.

한편, 현대국가에 있어서는 국가와 사회의 상호작용이 활발해지고 있으므로 일반적으로 정치 영역에 전속된 것으로 취급되는 문제들뿐만 아니라 사회·경제·문화 등 모든 영역의 문제들도 곧 정치 영역의 문제로 전환될 수 있으며, 결국 현대국가에 있어 표현되는 모든 의견은 그 정치성의 강약에 차이가 있을 뿐 일정 부분 정치적 주장이 될 수밖에 없다. 따라서 ‘정치적 주장’의 범위를 한정하지 않는다면 이 사건 규정에 의해 금지되는 행위는 무한정 확장될 가능성이 있는바, 위 규정에 의해 금지되는 ‘정치적 주장을 표시 또는 상징하는 행위’란 정당활동이나 선거와 직접적으로 관련되거나 특정 정당과의 밀접한 연계성을 인정할 수 있는 경우 등 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 주장을 표시 또는 상징하는 행위에 한정된다고 해석하여야 하며, 그러한 해석하에서 위 규정은 명확성원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.』

(3) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 합헌론

법정의견은 다음과 같이 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『헌법 제21조가 보장하고 있는 표현의 자유는 그 의사의 표현 방법과 형식에 아무런 제한이 없�는바, 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등은 특정한 복장을 하거나 관련 물품을 착용함으로써 정치적 의사를 상징적으로 표현하는 행위를 제한하고 있다.

그런데 위 규정은 공무원이 직무수행 중에 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 착용행위를 금지함으로써 공무원의 근무기강을 확립하고 나아가 공무원의 정치적 중립성을 확보하려는 목적을 가진 것으로서 그 입법목적이 정당하며, 그러한 행위에 대한 규제는 위 입법목적 달성을 데 적합한 수단이라고 할 것이다.

한편, 공무원이 직무수행 중인 경우에는 특정한 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등을 착용하는 행위 자체가 그 주장의 당부를 떠나 국민으로 하여금 공무원집행의 공정성과 정치적 중립성을 의심하게 할 수 있으므로 공

무원이 직무수행 중인 경우에는 그 활동과 행위에 더 큰 제약이 가능하다고 하여야 할 것인바, 위 규정은 오로지 공무원의 직무수행 중의 행위만을 금지하고 있으므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니한다. 또한, 이 사건 규정에 의해 금지되는 행위는 앞서 본 바와 같이 정당활동이나 선거와 직접적으로 관련되거나 특정 정당과의 밀접한 연계성을 인정할 수 있는 등 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 정치적 주장을 복장 등으로 표현하는 행위라고 해석된다는 점에서도 공무원의 정치적 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고 있다고 할 수 있다.

끝으로, 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등에 의해 공무원의 정치적 표현의 자유가 일정 부분 제한받게 되지만, 공무원의 근무기강을 확립하며 또 정치적 중립성이 확보된 공정한 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 담보한다는 공익은 결코 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성 또한 충족한다.

따라서 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 수 없다.』

2) 위헌론

그러나 재판관 송두환은 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등이 과잉금지원칙에 위배되어 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 보았다.

『위 규정은 공무원에 대하여 ‘정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장을 하거나 관련 물품을 착용’하는 행위를 금지함으로써 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는바, 다만 그 금지의 시간적 요건에 관하여 ‘직무를 수행할 때’라고 규정함으로써 기본권 제한의 시적 범위를 일부 한정하고 있다.

그런데 위 규정은 ‘근무기강을 해치는 정치적 주장’을 금지하면서 ‘정치적 주장’의 의미 또는 대상이 되는 범위 등에 관하여는 아무런 한정 또는 규정을 하지 아니하여, 법집행기관 또는 법해석기관의 자의적 판단이 가능하게 함으로써, 공무원의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 결과가 발생할 수 있게 하고 있다.

이 점과 관련하여, 다수의견은 위 ‘정치적 주장’을 ‘정당 활동이나 선거와

직접적으로 관련되거나 특정 정당과의 밀접한 연계성을 인정할 수 있는 경우 등 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 주장'으로 축소해석한다고 하고 있으나, 문리적으로 그런 해석이 가능한지도 의문이거니와, 만약 그러한 축소해석을 전제로 할 경우에만 합헌 판단을 할 수 있다면, 그러한 취지를 명백히 밝혀 한정합헌 결정을 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

결국, 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2 제2항 등은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 할 것이다.』

6. 결정의 의의

(1) 이 사건 결정은 공무원도 일반 국민과 마찬가지로 기본권 주체로서의 지위에 있지만 국민전체의 봉사자라는 공무원의 특성을 고려할 때 그 기본권은 일반 국민에 비하여 넓게 제한될 수 있다는 점을 인정한 사건이다.

(2) 구체적으로 이 사건은 공무원의 정치적 기본권 중 정치적 표현의 자유와 관련되는 2가지 행위, 즉 ① 공무원이 국가 정책에 대하여 집단적으로 반대·방해하는 행위와 ② 공무원이 직무수행 중 정치적 주장을 표시·상징하는 복장을 착용하는 행위가 허용될 수 있는지에 관한 사안으로서, 법정의견은 공무원의 정치적 중립성이나 공무집행의 공정성을 고려할 때 그것이 허용되지 않는다고 판단하였다.

(3) 그러나 3인의 반대의견은 정치적 기본권의 중요성을 보다 강조하는 입장에 서서 공무원에게도 폭넓은 정치적 표현의 자유가 인정되어야 한다고 보아 법정의견에 반대하였다.

전라남도 교육청 공고 제2010-67호 위헌확인

- 고등학교 졸업학력 및 입학자격 검정고시 시험시행에 대한
전라남도 교육청 공고 중 해당 검정고시 합격자의 응시자격을
제한한 부분의 기본권 침해 여부 -

(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마139등, 판례집 24-1하, 595)

신 미 용*

【판시사항】

1. 고등학교 졸업학력 검정고시 또는 고등학교 입학자격 검정고시에 합격했던 자는 해당 검정고시에 다시 응시할 수 없도록 응시자격을 제한한 전라남도 교육청 공고 제2010-67호(2010. 2. 1.) 및 제2010-155호(2010. 6. 2.) 중 해당 검정고시 합격자 응시자격 제한 부분이 법률유보원칙에 위배되는지 여부(적극)
2. 위와 같은 검정고시 응시자격 제한이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 전라남도 교육청 공고 제2010-67호(2010. 2. 1.) 중 '1. 고등학교 입학 자격 검정고시' 항목의 '다. 응시자격 제한' 중 '5) 초·중등교육법시행령 제97조 제1항 제1호의 고등학교입학자격검정고시에 합격한 자' 부분과 '2. 고등학교 졸업 학력 검정고시' 항목의 '다. 응시자격 제한' 중 '5) 초·중등교육법시행령 제98조 제1항 제1호의 고등학교졸업자격검정고시에 합격한 자' 부분 및 전라남도 교육청 공고 제2010-155호(2010. 6. 2.) 중 '3. 응시 자격 및 제한'의 '가. 고등학교 입학 자격 검정고시' 항목 중 '2) 응

* 헌법연구관

시 자격 제한' '마) 고등학교 입학 자격 검정고시에 합격한 자' 부분과 '나. 고등학교 졸업 학력 검정고시' 항목 중 '2) 응시 자격 제한' '마) 고등학교 졸업 자격 검정고시에 합격한 자' 부분이 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2010헌마139

청구인 갑(甲)은 2009. 8. 25. 고등학교졸업학력 검정고시(이하 '고졸검정고시'라고 한다)에 응시하여 합격결정을 받고, 같은 해 OO대학교 수시모집에 응시하였으나 검정고시 평균점수가 위 대학에서 정한 합격 기준에 미달되어 불합격된 후, 2010년도 제1회 고졸검정고시에 응시하고자 준비를 하였으나, 전라남도검정고시위원회위원장이 2010. 2. 1. 공고한 시행계획(전라남도교육청 공고 제2010-67호, 이하 '이 사건 상반기 공고'라고 한다)에서 고졸검정고시 합격자의 응시자격을 제한하여 더 이상 고졸검정고시에 응시할 수 없게 되었다.

나. 2010헌마157

청구인 을(乙)은 2009. 7. 30. 고등학교입학자격 검정고시(이하 '고입검정고시'라고 한다)에 합격하고 2010. 공립 □□외국어고등학교에 진학하기 위하여 2010학년도 제1회 고입검정고시에 응시하려고 준비하던 중, 이 사건 상반기 공고에서 고입검정고시 합격자의 응시자격을 제한하여 더 이상 고입검정고시에 응시할 수 없게 되었다.

다. 2010헌마408

청구인 병(丙)은 2001. 4. 5. 고졸검정고시에 합격하고 2002년도에 ○○공업대에 진학하였으나, 적성에 맞는 다른 대학교 유아교육과에 다시 진학하기 위하여 2010년도 제2회 고졸검정고시 응시를 준비하던 중, 2010. 6. 2. 공고한 시행계획(전라남도교육청 공고 제2010-155호, 이하 '이 사건 하반기 공고'라고 한다)에서 고졸검정고시 합격자의 응시자격을 제한하여 더 이상 고졸검정고시에 응시할 수 없게 되었다.

라. 2010헌마409

청구인 정(丁)은 2003. 8. 고입검정고시에 합격하였으나, 점수가 낮아 2010년도 제2회 고입검정고시를 준비하던 중, 이 사건 하반기 공고에서 고입검정고시 합격자의 응시자격을 제한하여 더 이상 고입검정고시에 응시할 수 없게 되었다.

마. 2010헌마423

청구인 갑(甲)은 앞에서 본 2010헌마139 사건으로 헌법소원심판을 청구한 후, 다시 같은 해 제2회 고졸검정고시에 응시하고자 준비를 하였으나 이 사건 하반기 공고에서 고졸검정고시 합격자의 응시자격을 제한하여 더 이상 고졸검정고시에 응시할 수 없게 되었다.

바. 청구인들은 위와 같이 각각 응시자격이 박탈되어 검정고시에 응시할 수 없게 되자, 이 사건 상반기 및 하반기 공고의 각 검정고시 합격자의 응시자격제한 부분(이하 ‘이 사건 응시자격 제한’이라고 한다)이 청구인들의 교육을 받을 권리 등을 침해한다고 주장하며 2010년 3월 8일, 3월 11일, 6월 30일 및 7월 8일에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 일반적으로 기본권 침해 관련 영역에서는 급부행정 영역에서보다 위임의 구체성의 요구가 강화된다는 점, 이 사건 응시자격 제한이 검정고시 응시자에게 미치는 영향은 응시자격의 영구적인 박탈인 만큼 중대하다고 할 수 있는 점 등에 비추어 보다 엄격한 기준으로 법률유보원칙의 준수 여부를 심사하여야 할 것인바, 고졸검정고시규칙과 고입검정고시규칙은 이미 응시자격이 제한되는 자를 특정적으로 열거하고 있으면서 달리 일반적인 제한 사유를 두지 않고 또 그 제한에 관하여 명시적으로 위임한 바가 없으며, 단지 ‘고시의 기일·장소·원서접수·기타 고시시행에 관한 사항’ 또는 ‘고시 일시와 장소, 원서접수기간과 그 접수처, 기타 고시시행에 관하여 필요한 사항’과 같이 고시시행에 관한 기술적·절차적인 사항만을 위임하였을 뿐, 특히 ‘검

정고시에 합격한 자'에 대하여만 응시자격 제한을 공고에 위임했다고 볼 근거도 없으므로, 이 사건 응시자격 제한은 위임받은 바 없는 응시자격의 제한을 새로이 설정한 것으로서 기본권 제한의 법률유보원칙에 위배하여 청구인의 교육을 받을 권리 등을 침해한다.

2. 이 사건 응시자격 제한은 정규 교육과정의 학생이 검정고시 제도를 입시전략에 활용하는 것을 방지함으로써 발생할 수 있는 공교육의 붕괴를 막고, 상급학교 진학 시 검정고시 출신자와 정규학교 출신자 간의 형평성도 도모하고자 하는 것으로서 그 입법목적의 정당성은 인정할 수 있으나, 이와 같은 목적의 달성을 위해 선행되어야 할 근본적인 조치에 대한 검토 없이 검정고시제도 도입 이후 허용되어 온 응시자격을 단번에 영구히 박탈한 것이어서 최소침해성의 원칙에 위배되고 법익의 균형성도 상실하고 있다 할 것이므로 과잉금지원칙에 위배된다.

재판관 김종대, 재판관 이동흡의 별개의견

이 사건 응시자격 제한이 법률유보원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해한다는 점에서는 다수 의견과 같이하지만, 위와 같이 법률유보원칙에 위배되어 그 자체로 위헌임을 면하기 어려우므로 더 나아가 과잉금지원칙에 위반되는지 여부를 심사할 필요 없이 헌법에 위반된다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 이 사건 공고가 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 공권력의 행사·불행사에 해당하는지 여부가 먼저 검토되어야 한다.

다음으로 본안 판단을 함에 앞서서, 학력인정시험인 검정고시가 실질적으로 학업능력 평가시험으로도 기능한다고 볼 수 있는지 여부를 검토하고, 종래 오랜 시간 동안 허용되어온 검정고시 합격자의 검정고시 재응시를 제한하는 이 사건 응시자격 제한이 교육을 받을 권리를 제한하는 것인지 여부를 검토한다.

본안 판단에 있어서는 대통령령의 위임을 받은 부령이 검정고시 응시자격과 그 제한을 상세하게 정하고 있고, 그 부령은 검정고시위원회에 응시자격 제한에 대한 특정의 위임이 없이, 다만 “검정고시의 일시·장소·원서접수·기타 시행에 관하여 공고한다.”라고만 하는 경우, 검정고시위원회의 공고로써 부령에 있지 않은 새로운 응시자격 제한을 두는 것이 법률유보원칙에 위반하여 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부 및 과잉금지원칙에 위반되는지 여부를 검토한다.

2. 이 사건 공고의 헌법소원심판의 대상성

가. 판단 기준

공고나 계획 등의 형식으로 이루어지는 공권력의 작용들은 그것이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지를 일률적으로 말할 수 없고, 개별적인 내용과 관련 법령의 규정에 따라 구체적으로 판단하여야 한다(헌재 2010. 4. 29. 2009헌마399, 판례집 22-1하, 147, 155; 헌재 2007. 5. 31. 2004헌마243, 공보128, 628, 631). 즉, 공고 등이 법령에 근거하여 법령의 내용을 구체적으로 보충하거나 세부적인 사항을 확정하는 것일 때에는 이는 공권력의 행사에 해당하지만(헌재 2010. 4. 29. 2009헌마399, 판례집 22-1하, 147, 155), 그것이 법령에 정해지거나 이미 다른 공권력 행사를 통하여 결정된 사항을 단순히 알리는 것 또는 대외적 구속력이 없는 행정관청 내부의 해석지침에 불과한 것인 때에는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다(헌재 2010. 4. 29. 2009헌마399, 판례집 22-1하, 147, 155; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마29, 판례집 13-1, 414, 424).

나. 이 사건 응시자격 제한 공고

이 사건 상반기 및 하반기 공고 중 고졸검정고시 부분에 대하여는 ‘고등학교 졸업 학력 검정고시 규칙’ 제8조 제1항이 검정고시위원회가 매년 2회의 고졸검정고시를 시행할 것을, 같은 규칙 제8조 제3항이 위 위원회가 고시를 시행하기 2월 전에 고시의 기일·장소·원서접수·기타 고시시행에 관한 사항을 공고하여야 한다고만 각각 정하고 있을 뿐, 구체적인 시험일시에 대하

여는 정하고 있지 아니하다. 또한 이 사건 공고 중 고입검정고시 부분에 대하여는 ‘고등학교 입학자격 검정고시 규칙’ 제3조 제1항이 검정고시위원회가 매년 2회의 고졸검정고시를 시행할 것을, 제2항이 위 위원회가 고시를 시행하기 2월 전에 고시 일시와 장소, 원서접수기간과 그 접수처, 기타 고시 시행에 관하여 필요한 사항을 공고하여야 한다고만 각각 정하고 있을 뿐, 구체적인 시험일시에 대하여는 정하고 있지 아니하다.

따라서 2010년도 제1회, 제2회 고졸검정고시 및 고입검정고시의 구체적인 시험 일시는 이 사건 공고에 따라 비로소 확정되는 것이므로, 이 사건 상반기 및 하반기 공고 및 그 일부분인 이 사건 응시자격 제한은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

3. 검정고시제도의 연혁, 현황, 기능 및 외국의 유사제도 고찰

가. 검정고시제도의 취지

학력은 개인에게는 상급학교에 진학하거나 각종의 자격시험에 응시하기 위한 자격인 동시에 직업의 선택 등 삶에 있어서 중요한 조건이 되는 일종의 법적인 지위이다. 한편 국가에게 있어 학력인정의 제도는 능력에 따라 교육의 기회균등을 실현하기 위한 수단이자, 국민 각자가 자유롭게 자신의 개성을 신장하고 인격을 발현할 수 있도록 하는 기본권을 실현하고 보장하는 토대가 된다. 이에 국가로서는 그 같은 학력인정제도의 취지에 맞게 학력 미취득자의 학력 취득을 지원하고 독려함으로써 기본권의 행사를 용이하게 하고 사회통합에 기여하도록 공평하고 적절하게 운용하여야 한다(헌마2003헌마173, 공보 110, 1234, 1236-1237).

우리나라의 학력인정제도는 원칙적으로 정규학교 교육에 기반을 두고, 정규학교 이외는 학력인정학교로 지정받아야만 학력이 인정됨은 물론이고, 정규학교 교육을 받지 못한 사람이 학력을 인정받기 위하여는 학력인정학교를 졸업하는 이외에 당해 교육과정과 동등한 학력을 인정해 주는 검정고시에 합격하여야 한다.(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 729)

따라서 검정고시제도의 취지는 정상적인 교육기회를 놓친 사람들을 대상으로 교육의 평등이념을 구현하여 학력 보완의 기회를 제공하고 상급학교

진학이나 직업의 선택 등 삶의 중요한 조건을 개선하는 데 기여하고자 하는 것이다.

나. 검정고시제도의 연혁과 현황

(1) 검정고시제도의 연혁

1925년 일제 조선총독부가 서울과 평양에서 실시한 ‘검정시험’에서 유래된 검정고시제도는 1950년 ‘대학 입학자격 검정고시 규정’이라는 문교부령으로 정식 제도화되었으며, 부령에 의해 각 시·도교육감에 위임되어 ‘고등학교입학자격 검정고시’와 ‘고등학교 졸업학력 검정고시’로 나뉘어 연 2회씩 동시에 시행되고 있다. 특히 고졸검정고시는 1968년 지금의 대학수학능력시험 격인 대학입학 예비고사와 구별하기 위해 ‘고등학교 졸업학력 검정고시’로 개칭돼 오늘에 이르고 있다¹⁾.

(2) 검정고시제도의 개관

검정고시 과목은 자기 해당 학력에 상응하는 초·중·고등학교의 교과목과 거의 같고, 검정고시 응시자가 학령기의 청소년인지 학령을 초과한 성인

1) 유병하, 한국 검정고시제도의 운영실태 분석과 개선방안 모색, 교육대학원 2009 석사학위논문(이하, ‘유병하’), 1면

1925년 일제 하 조선총독부에 의하여 서울과 평양에서 실시, 남자가 12과목, 여자 9 과목, 1903. 일본 문부성령으로 공식된 전문학교 입학자격 검정규정에 근거한 것.

1950. 문교부령 10호, 대학 입학자격 검정고시 규정

1951. 문교부령 12호, 고등학교입학자격 검정고시규칙 제정

1957년부터 문교부에서 검정고시를 주관하던 것을 서울대학교 등 6개 국립대학으로 이관

1968. 교육법시행령 개정, 대학입학자격 검정고시를 고등학교 졸업학력시험으로 개칭

1970. 서울시 교육위원회를 비롯한 각 시·도 교육위원회에서 검정고시위원회를 설치하도록 하였고 고등학교 입학자격 시험을 1971년부터 변경.

1980. 문교부령 제478, 479호, 고입 자격 고졸 학력 고시 규칙 개정. 고입은 응시자격을 보다 구체화, 고졸은 검정고시위원회 부위원장을 학무국장에서 부교육감으로 격상시키고 3년제 고등기술학교 각종학교 졸업자의 일부 고시과목 면제규정 신설

[이재희, 국가검정고시 행정제도 개선방안에 관한 연구 -대학수시모집에 따른 불평등사례를 중심으로-, 고려대학교 행정대학원, 석사학위 논문, 2007(이하, 이재희) 7면; 손순용, 학교 밖 보호관찰청소년 학력취득 활성화 방안에 관한 연구, 교정복지연구, 제2호, 2007(이하, 손순용), 84면; 전중희, 고졸학력 검정고시를 준비하는 중퇴 청소년들의 사회적 지지가 심리 사회적 적응에 미치는 영향, 서울여자대학교 석사학위논문, 2005(이하, 전중희), 8면]

인지에 관계 없이 일률적으로 정규학교의 교육과정에 대한 이해도만을 측정·평가한다²⁾(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 729). 제7차 교육과정에 맞춰, 고입검정고시의 경우 고시과목이 8과목에서 6과목³⁾으로 축소되었으며, 고졸검정고시의 경우에도 9과목에서 8과목⁴⁾으로 축소되면서 과락제도가 폐지되었다. 이로 인해 고졸검정고시까지 지나치게 합격률이 높아지는 예기치 않은 부작용이 발생하여⁵⁾ 공교육 이탈을 조장하고 더 나아가 국가고시로서의 위상이 낮아지는 결과를 초래하고 있다.⁶⁾

(3) 검정고시제도의 성과와 현황

최근의 검정고시 지원자수를 고려해볼 때 기초교육수준 능력 측정에 해당하는 중학교 입학자격과 고등학교 입학자격 검정고시 지원자인 성인학습자는 그 수가 점차 다소 감소하는 반면, 대학 진학을 목표로 하는 고등학교 졸업학력 검정고시 지원자는 오히려 점진적으로 증가하는 추세에 있다. 그렇다 하더라도 여전히 의무교육 미(未) 이수자 역시 상당히 많은 수를 차지하고 있는데, 2005년도 인구주택총조사 결과에 의하면 의무교육 미 이수 인구가 392만 명, 고등학교 이하 학력 보유자 역시 358만 명에 달하고 있어 60세 이상 전체 인구의 약 17%에 달하고 있다⁷⁾.

2) 매 과목 100점 만점을 기준으로 전 과목 평균 60점 이상 취득할 경우 전체 합격자로 하며 과목 합격은 60점 이상으로 정하고 있다.

3) 필수 5과목(국어, 수학, 영어, 사회, 과학) + 선택(도덕, 기술 가정, 체육, 음악 미술 중 1) (3년제 고등공민학교 또는 중학교에 준하는 각종학교 졸업자나 졸업예정자는 필수 3과목-국어 영어 수학), 유병하, 19면

4) 필수 6과목(국어 수학 사회 영어 과학, 국사) 선택1(음악, 미술 등 5과목 중 1) + 선택2(공업, 독일어 등 14과목 중 1) (3년제 고등기술학교, 고등학교에 준하는 각종학교 졸업자 및 졸업예정자와 동등 이상의 학력자 중 직업훈련과정 수료자는 국어, 수학, 영어 3과목), 유병하, 20면

5) 예상 합격률이 고입은 65-70%, 고졸학력은 30-35% 정도 되도록 난이도를 조절하고 있다. 고졸학력의 경우 난이도 조절의 실패로 인해 실제 합격 비율은 예상 합격률보다 훨씬 높게 나타나고 있다. 유병하, 18면; 1999년부터 2005년까지 평균합격률은 50.39%이다(이재희, 8면)

6) 유병하, 15면

7) 유병하, 1-2면

이와 같이 근래의 검정고시 응시자의 현황을 보면, 검정고시제도의 도입을 필요로 했던 당시 우리 사회의 시대적 상황인 빈곤이나 전쟁, 인재양성 등과는 또 다른 새로운 양상이 나타나는 것은 우리 교육이 교육소외를 심하게 앓고 있는 현상을 말해준다고 볼 수 있으며⁸⁾, 해를 거듭할수록 교육 소외계층인 중·장년층보다는 학교 부적응으로 학교를 중도에 이탈한 젊은 계층들이 주로 응시하고 있어 응시연령이 점차 낮아지고 있는 추세에 있고⁹⁾, 과도한 대학입시 위주의 수업과 학교교실 내에서 친구와의 성적경쟁, 품성과 인격향상보다는 처벌 위주의 생활지도, 폭력적이며 선정적인 인터넷 매체에의 중독, 마음만 먹으면 숙식이 가능한 향락업체의 유혹 등 학생을 둘러싼 환경요인은 악화되고 있는 상황에서¹⁰⁾, 보다 쉬운 방법으로 상급학교 진학을 위한 내신 성적 올리기 또는 조기졸업의 수단으로 악용되기도 한다고¹¹⁾ 추정할 수 있다.

교육통계연보(2004-08년)에 따르면 우리나라 초·중등학생 학업중단자는 2007년 전체 학생수 기준으로 초등학교 18,554명(0.51%), 중학교 16,038명(0.78%), 고등학교 일반계 15,477명(1.09%), 전문계 17,466명(3.58%)으로 나타났다. 전체 학생수 기준으로 보았을 때에도 67,535명(0.88%)이 질병, 가사사정, 품행, 학교부적응, 유학, 이민, 유급, 사망 등 다양한 사유로 학업을 중단한 것으로 나타났다¹²⁾.

우리나라 학업중퇴의 특징을 보면, 고등학교의 중퇴율이 중학교의 두 배에 이르고, 실업계 고등학교의 중퇴율은 인문계의 두 배이며, 가정사정으로

8) 유병하, 1-2면 참조

9) 동지, 전중희, 고졸학력 검정고시를 준비하는 중퇴청소년들의 사회적 지지가 심리 사회적 적응에 미치는 영향, 서울여자대학교 석사학위논문, 2005 10면(청소년의 학교중퇴 원인과 선도방향에 관한 연구에서 과거, 경제적인 이유로 인하여 불가피하게 검정고시를 응시했던 것과는 달리 학교가 맞지 않아서, 하고 싶은 것이 따로 있어서, 학교의 교칙이나 처벌, 선생님과의 문제, 유학, 친구와의 문제 등의 이유로 학교를 중퇴하고 고졸학력 검정고시를 준비하는 것으로 나타났다.)

10) 손순용, 81면

11) 유병하, 18면

12) 교육과학기술부, 2008-2012 이명박 정부 교육복지 대책, 교육과학기술부, 2008, 174-176면, 엄철현, 학력인정 다양화 방안을 위한 법적 연구, 교육법학연구, 제21권 제2호, 2009. 12. (이하, 엄철현) 177면 재인용

인한 불가피한 중퇴가 아닌 자발적인 중퇴가 늘어나고 있고, 남녀 고등학생 간의 중퇴율의 차이가 감소하고 있으며, 고등학교 1학년 때 중퇴율이 가장 높았다가 감소하는 양상을 보이며, 중퇴와 비행의 연관성이 증대하고 있다¹³⁾고 한다.

이와 같이 상급단계의 학교로 올라갈수록 학업 중단자의 숫자가 증가하는 경향 아래에서, 학생의 약 17%가 학교 부적응에 따른 학업중단의 가능성이 있는 위기학생으로 추정되며, 이중 30만여 명(전체의 4%)이 고위기군으로, 99만여 명(전체의 13%)이 잠재 위기군으로 분류되고 있다¹⁴⁾

2007년에 검정고시에 응시한 이유에 관하여, 검정고시 출신자, 고등학교 3학년 학생, 학원생, 학부모 등 383명을 설문조사한 바에 의하면, 전체적으로는 가정형편상의 이유가 53.3%, 적응실패 29%, 출신학교 4.4%, 건강상태 2.6%로 나타났고, 소속별 분석 결과 검정고시동문회(81.9%), 동문회학부모

13) 손승영 외, 학교 중퇴자의 현실과 대안, 학지사, 2003 27-32면, 손순용, 82면 재인용(우리나라 학업중퇴의 추세를 보면 다음과 같은 특징이 나타난다. 첫째, 고등학교의 중퇴율이 중학교의 두 배에 이르고 있는데 이는 중학교 교육이 의무교육으로 이루어지며 경제적 사유로 인한 중퇴가 적기 때문이다. 둘째, 실업계 고등학교의 중퇴율은 인문계의 두 배로 나타나고 있는데 이는 학업에 대한 성취욕구 부족, 졸업 후 진로에 대해 자신이 희망하는 직장에 취업이 힘들다는 심리적 좌절과도 연계되어 나타나는 현상으로 이해된다. 셋째, 가정사정으로 인한 불가피한 중퇴가 아닌 자발적인 중퇴가 늘어나고 있다. 넷째, 중·고등학교 모두 남학생의 중퇴율이 높으나 근래 들어 고등학교에서 남녀간의 중퇴율이 줄어들고 있다. 다섯째, 중퇴율은 고등학교 1학년 때 가장 높았다가 감소하는데 고등학교의 수업이 대입 입시위주로 진행되기 때문에 적응이 어려운 경우 학교를 그만두게 되는 것으로 보인다. 여섯째, 중퇴와 비행의 연관성이 증대하고 있다. 전체 소년 범죄자는 1981년에 88,939명에서 1990년에는 105,567명으로 18.7% 증가율을 보이고 있다. 반면 중퇴청소년 범죄자는 같은 기간에 13,436명에서 20,639명으로 약 53.6%가 증가하였다. 또한 중퇴생들의 범죄가 양적 증가에만 머무른 것이 아니라 살인, 강도, 폭행과 같은 강력범죄의 증가율이 전체 중퇴자의 증가율보다 훨씬 높다); 광주광역시외의 경우 매년 학업 중단 청소년이 대략 1,200여명 발생하고 있으며, 2003년 학업중단 유형을 살펴보면, 중학생의 경우 유학 및 이민(42.8%)이 가장 높고 가출 및 비행(29.0%), 학습부적응(16.3%), 그리고 가정 사정(11.9%) 순이다. 고등학생의 경우 가정 사정(50.6%), 유학/이민(20.2%), 가출/비행(16.7%), 학습부적응(12.4) 순으로 나타나고 있다. 중학생의 경우 국가가 의무교육으로 가정 사정에 의한 중단이 적은 반면 고등학생의 경우 경제적 문제가 학업의 계속과 연계되는 현상이 나타나고 있다.(손순용, 83면)

14) 교육과학기술부, 2008-2012 이명박 정부 교육복지 대책, 교육과학기술부, 2008, 174-176면, 염철현, 학력인정 다양화 방안을 위한 법적 연구, 교육법학연구, 제21권 제2호, 2009. 12. (이하, 염철현) 177면 재인용

(75.8%), 광역시도의원(45.0%), 학원생(41.5%)이 가정형편에 높은 응답률을 보였고, 여자고등학생(75%), 남자고등학생(60.6%)이 적응실패에 높은 응답률을 보였다. 연령별 분석결과 19세 이하(55.6%)는 적응실패에 높은 응답률을 보였고, 50대(78.8%), 30대(78.0%), 40대(71.1%), 60대 이상(66.7%). 20대(48%)는 가정형편상의 이유에 높은 응답률을 보이고 있다¹⁵⁾.

이상 여러 문헌이나 통계에서 나타나는 바와 같이, 검정고시 응시자 중에는 불가피한 경제사정 등으로 학업을 계속할 수 없었던 기존의 검정고시 응시자 유형이 여전히 존재하지만, 최근에는 정규학교 중퇴자들이 새로운 검정고시 유형으로 유입되어 그 수가 점점 증가하고 있으며, 전반적으로 학교 중퇴자 가운데는 주로 학교부적응으로 인한 사유가 많은 비중을 차지한다는 것을 알 수 있다.

다. 외국 유사제도 고찰(응시자격 제한을 중심으로)

(1) 일본

학교교육법 제90조 제1항¹⁶⁾에 근거한 고등학교졸업정도인정시험규칙¹⁷⁾(문

15) 이재희, 68-69면, <표:검정고시 응시이유 결과 응답률>

구분	사례수	응답률(%)						
		계	적응실패	가정형편	건강상태	출신학교	기타	
직업	전체	383	100	29.0	53.3	2.6	4.4	10.7
	학생	51	100	35.3	37.3	3.9	2.0	21.6
	직장인	94	100	12.8	77.7	1.1	3.2	5.3
	공무원	40	100	12.5	62.5	0.0	10.0	15.0
	주부	39	100	15.4	64.1	7.7	5.1	7.7
	기타	79	100	20.3	62.0	2.5	5.1	10.1
소속	검정고시동문회	127	100	5.5	81.9	0.8	4.7	7.1
	광역시도의회	20	100	20.0	45.0	0.0	15.0	20.0
	남자고등학생	33	100	60.6	18.2	3.0	6.1	12.1
	여자고등학생	40	100	75.0	15.0	2.5	2.5	5.0
	학원생	130	100	33.8	41.5	5.4	2.3	16.9
	학부모	33	100	18.2	75.8	0.0	6.1	0.0

16) 第九十條 大學に入學することのできる者は、高等學校若しくは中等教育學校を卒業した者若しくは通常の課程による十二年の學校教育を修了した者（通常の課程以外の課程によりこれに相当する學校教育を修了した者を含む。）又は文部科學大臣

부과학생령 제1호)은 제3조에서 “고등학교졸업정도인정시험을 받을 수 있는 자는 응시하려고 하는 시험일이 속하는 연도의 말일에 16세 이상이 되는 자로 한다.”¹⁸⁾고 규정하여 나이에 의해 응시자격을 제한하고 있다.

(2) 미국

미국의 경우 우리나라의 고등학교 졸업학력 검정고시와 유사한 시험으로서 GED(General Educational Development)가 있다.

응시자격은 주에 따라 나이나 거주 증명, 학교를 떠나 있는 기간 등 별도의 조건을 충족시켜야 하는바, 참고로 뉴욕주의 경우에는 연령이 16세 이상이 될 것을 요구하고, 각 나이에 따라 학교를 떠난 기간, 이수해야 할 프로그램 등의 응시조건이 다르다.¹⁹⁾

이 GED시험은 1942년에 2차 대전 후 제대 군인들의 사회 복귀를 위해 고안되었으나, 기본적으로 고등학교를 졸업하지 않은 자가 응시자격이 있으므로 현재는 이민자, 홈스쿨링 출신자, 고등학교 중퇴자 등이 주로 상급학교진학을 위해 응시하고 있다. 현재까지 약 1천5백만 명 정도가 이 GED 시험을 통하여 고등학교 졸업 학력을 획득했으며 이는 고졸 학력자의 약 1/7, 대학생의 약 1/20에 해당한다고 하고, 응시자의 평균연령은 24세가 넘지만 합격자의 약 70%는 19세 이상이고 고등학교 1학년 정도까지 학교를 다녔던 것으로 조사되고 있다. 미국 내 3,200 개소가 넘는 시험센터가 있고, 일반적으로 1~2년으로 정해진 시험의 유효기간이 만료된 이후에는 재응시할 수 있다²⁰⁾.

の定めるところにより、これと同等以上の學力があると認められた者とする。

17) 이 규칙은 규칙의 취지(제1조), 시험의 시행(제2조), 응시자격(제3조), 시험과목과 방법 및 정도(제4조), 시험의 면제(제5조), 응시방법(제6조), 원서접수(제7조), 합격(제8조), 합격증서의 교부(제9조), 증명서의 교부(제10조), 수수료(제11조), 부정행위자에 대한 처리(제12조)를 정하고 있는바, 규정항목과 내용이 우리 교육과학기술부령인 검정고시규칙과 유사하다.

18) 第三條 高等學校卒業程度認定試験を受けることができる者は、受験しようとする試験の日の屬する年度の終りまでに滿十六歳以上になる者とする。

19) Newyork State Education Department의 홈페이지 내 'Eligibility requirements', www.prometric.com/GED (미국 내 GED 시험 주관사 POROMETRIC사의 게시판) 등 참조

20) http://en.wikipedia.org/wiki/General_Education_Development

(3) 독일

독일에서 고등교육 이전에 받는 초등·중등교육과정은 모두 13년(초등4년, 중등I과정 6년-김나지움하급반, 중등II과정 3년-김나지움 상급반)이다. 각 지방은 학생이 아닌 자를 위한 중등학력인정시험제도를 중등I 과정의 학력을 인정하는 시험과 중등II 과정의 학력을 인정하는 시험을 각각 두고 있다. 그 내용은 지방마다 약간씩 차이가 있다.

중등I 과정의 학력인정시험을 보면, 브레멘주의 경우 동 시험에 합격한 자는 6개월 이후 12개월 이내에 한 번 더 시험을 치를 수 있게 응시기회를 1회 더 주고 있으나(2008. 8. 1. 브레멘 중등I 학력인정시험령 제14조²¹⁾), 작센-안할트주의 경우 시험은 매년 있으며 시험에 합격하지 못한 자는 1년 후에 응시기회를 1회에 한해 더 주고 있고, 시험에 합격한 자는 시험점수를 높일 목적으로 재시험을 볼 수 없다고 명시하고 있다(2005. 2. 1. 작센-안할트주 중등I 학력인정시험령 제8조, 제22조).

대학입학자격 여부를 심사하는 시험인 중등II 과정의 학력인정시험을 보면 맥클렌버르크-포르포머른주의 경우 불합격한 경우에는 1년 후에 1회의 시험응시기회를 주고 있으며(2011. 8. 26. 맥클렌버르크-포르포머른주 중등II 학력인정시험령²³⁾),²⁴⁾ 이미 2회의 시험에 합격하지 못한 자는 시험신청이 금지된다고 명시하고 있다(동시행령 제1조 제2항). 라인란트-팔츠주의 경우 시험은 최소한 1년에 한번 실시되며, 시험에 불합격한 자는 1년 후에 응시기회를 한 번 더 주고 있다(2011. 6. 29. 라인란트-팔츠주 중등II 학력인정시험령 제2조, 제21조). 브레멘주의 경우도 시험에 불합격한 자는 1년 후 한 번 더 응시할 수 있고 모든 시험을 치러야 한다고 명시하고 있다.²⁵⁾ 다만 해당 관청은 합격의 가능성이 충분한 경우에 재응시를 허가할 수 있다고 한다

21) 원어는 Nichtschüler-Prüfungsverordnung Mittlerer Schulabschluss(비학생을 위한 중등교육이수시험령) 이나 간략히 중등I 학력인정시험령이라 함.

22) 동시행령은 시험위원회가 장이 시험일정과 장소를 정한다고 규정하고 있을 뿐 1년에 몇 차례 시험이 있는지는 규정하고 있지 않다(제5조).

23) 원어는 Nichtschüler-Abitur-Verordnung(비학생을 위한 '아비투어'령) 이라고 한다. 동법은 대입자격시험이기도 하지만 김나지움 상급반 학력을 인정하는 시험이기도 하므로 이하에서는 중등 II 학력인정시험령이라고 함.

24) 동시행령에서도 1년에 몇 차례 시험이 있는지 명시하고 있지 않다.

(2010. 8. 1. 브레멘주 중등II 학력인정시험령 제21조).

독일에서는 주정부가 교육자치권을 갖고 있기 때문에 대학제도에 관한 모든 원칙상의 결정권도 주정부²⁶⁾가 행사하고, 이런 원칙은 학생선발 과정에서도 적용되므로, 독일에서는 원칙적으로 대학이 자율적으로 선발할 수 있는 권리가 없다. 고등학교졸업자격증을 얻으면 원칙적으로 자기가 희망하는 대학에 입학할 수 있다. 대학진학을 희망하는 김나지움(인문계 고등학교) 학생들은 최종 학년에 아비투어라는 졸업자격시험을 치러 합격하면 원하는 대학, 원하는 학과에 들어갈 수가 있으나, 최근 전체적으로 진학 희망자가 늘고 의학·치의학계와 자연과학계 일부 학과가 인기가 높아져 지원자가 입학정원을 초과하는 경우가 발생하고 있는데, 이런 경우 지원자는 일정한 기간 집에서 대기하거나, 또 경우에 따라서는 대기 순위를 정하거나 선발시험을 계열별 또는 학과별로 치르기도 한다. 선발기준은 아비투어 성적에 대기순 원칙 등 기타 개인적인 상황 등을 종합적으로 고려하고 있다²⁷⁾.

라. 우리 검정고시제도의 기능

무릇 정규학교과정을 거치지 않은 자에 대한 학력인정시험이라 하더라도 합격의 유효기간을 설정하여 상급학교 진학과 실질적으로 연계되게 하거나 (미국의 경우와 같이), 학력인정시험 자체가 상급학교 진학의 기초로 되게 할 수 있으므로 (독일의 경우), 정규교육 과정 이외의 학력인정시험은 그것이 학력인정시험이라는 이유만으로 오로지 자격시험으로만 기능하여야 한다고 단정할 수는 없다.

그렇다면 학력인정시험이 어떠한 역할을 하는지는 기본적으로 시험제도에 대한 제반 법적 규율에 의해서 정해지고, 상급학교 진학 과정에 정규교육과

25) 동시행령은 해당관청이 매년 시험을 위한 일정을 세워야 한다고만 명시하고 있을 뿐 매년 치워지는 시험횟수에 관해서는 언급이 없다(제3조).

26) 독일 기본법 제7조 제1항(모든 학교제도는 국가의 감독을 받는다), 제4항(사립학교를 설립할 권리는 보장된다. 공립학교를 대신하는 사립학교는 국가의 인가를 필요로 하며 지방법률에 따른다. 사립학교는 그 교육목적, 설비 및 조사의 학력에 있어 공립학교에 뒤지지 않고 학부모의 자산상태에 따라 학생을 차별하지 않는 한 인가되어야 한다)

27) 이재희, 19-20면

정 이수자의 학업성취도에 맞먹는 학업성취도를 측정할 수 있는 다른 제도가 구비되어 있는지의 여부, 학력인정시험의 성적이 고려되는지의 여부 및 이러한 과정에서 공권력주체는 어떠한 태도를 취하고 있는지를 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

우리나라는 앞서 검정고시제도의 연혁에서 본 바와 같이, 1950년에 제도화된 이래, 합격인정에 대한 유효기간이 없고, 법령에 응시횟수에 대한 제한규정이나 검정고시 합격자의 재응시 금지규정이 없었으며, 일부 지역에서 2008년 경에 검정고시 합격자의 재응시를 제한하기 시작하였지만²⁸⁾ 검정고시 합격자의 응시자격 제한이 전국적으로 고려되기 시작한 것은 2010. 1. 시험시행을 담당하는 교육청에서 주관하는 16개 시·도 교육청 및 교육과학기술부, 한국교육과정평가원 담당자의 고입·고졸검정고시의 시행일시, 원서접수 등 그 시행 전반에 관한 실무 협의체인 전국 시·도 검정고시 관계관 협의회에서 검정고시 합격자의 재응시 제한이 논의된 때부터이다.

또한 1981년경부터 대학입학전형에 출신 고등학교의 내신 성적이 반영되는 입시제도가 시행되었지만 검정고시 합격자가 상급학교에 진학하고자 할 때는 정규 학교 졸업자의 내신 성적에 해당되는 평가자료를 제공할 별도의 제도가 마련되지 않은 상황에서 검정고시 성적이 그 평가자료로 사용되고 있고, 몇몇 교육청이나 공립학교에서는 검정고시 성적자료를 제공하거나 요구함으로써, 검정고시 성적이 진학의 평가자료로 활용되는 것을 적극적으로 협력·인정해왔다고 할 것이고, 전라남도 검정고시위원회 위원장 또한 고입검정고시(2010헌마157)와 고졸검정고시(2010헌마408)에 대하여 공히 검정고시 ‘응시자 성적통지서’를 발급하고 있을 뿐만 아니라²⁹⁾ 전라남도 교육청은 ‘고등학교 입학전형 기본계획’ 및 ‘OO외국어고등학교 신입생 모집요강’에서 검정고시 합격자의 석차백분율을 검정고시 성적을 기초로 산출할 것을 정하고 그 식을 제공하고 있는 등 검정고시성적을 상급학교 진학의 평가자료로 활용하고 있다.

28) 경기도 교육청은 2008년도 제2회 검정고시 시행계획에서 검정고시 합격자의 재응시 제한을 시작하였다.

29) 2001. 4. 5.에 시행된 고졸검정고시 성적을 같은 해 5. 8.에 통지하고 있다(2010헌마408기록 11면).

그렇다면 우리나라 검정고시제도는 기본적으로 학력인정을 위한 것이면서, 실질적으로 상급학교 진학에 있어서 평가자료로 활용될 수 있는 성적평가지험으로서의 성격도 부분적으로 가지고 있다 할 것이다.

4. 이 사건 응시자격 제한의 기본권 침해 여부

가. 교육을 받을 권리의 제한

헌법은 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 하여 교육을 받을 권리를 정하고 있고, 헌법이 정하고 있는 교육을 받을 권리란 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받는 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않는 것과 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다.

이 사건 응시자격 제한이 청구인들의 교육을 받을 권리를 제한하는지 여부에 대하여 살펴본다.

(1) 소극설

청구인들은 이 사건 응시자격 제한 이전에 이미 고졸·고입검정고시에 합격한 바 있으므로 이 사건 응시자격 제한으로 인하여 청구인이 고등학교 졸업 학력 또는 고등학교 입학 자격을 취득할 기회를 상실하는 것은 아니어서 일반적으로 상급학교 입학시험 응시자격에 변동이 오는 것은 아니라고 할 수 있으며, 이 사건 응시자격 제한으로 인하여 청구인들이 입는 불이익은 상급학교 입학시험 응시기회의 박탈이 아니라 청구인들이 원하는 시기에 원하는 상급학교에 진학하지 못하는 것인바, 교육을 받을 권리가 이렇듯 각 개인이 원하는 시기에 원하는 상급학교에 진학할 가능성의 보장을 포함하는 것은 아니고, 더욱이 청구인들과 같이 고졸·고입검정고시 성적으로 인하여 대학·고등학교 입학이 거부된 것은 본래 자격시험인 검정고시를 제도의 취지에 맞지 않게 그 성적을 기초로 신입생을 선발하는 해당 학교의 정책에 의한 것이므로 이 사건 응시자격 제한은 청구인들의 검정고시 성적 개선을 위한 시험 기회를 제거할 뿐이어서 청구인들의 교육을 받을 권리를 제한하지 않는다.

(2) 적극설

그러나 이 사건 응시자격 제한이 도입되기 이전에는 고졸·고입 검정고시 합격자라 하더라도 응시자격 제한을 받지 않던 법적 상태에 있었던 바, 이 사건 응시자격 제한이 아무런 경과규정도 없이 응시자격을 박탈하여, 합격 후 재응시를 전제로 일단 학력 취득을 위하여 검정고시를 합격하였다가 후에 상급학교 진학을 위하여 검정고시를 응시하려고 하였던 검정고시 응시생들이 아무런 예고도 없이 상급학교 진학을 위한 검정고시 응시기회를 제한 없이 차단당함으로써 실질적으로 상급학교 진학의 기회가 봉쇄되었다는 점과, 검정고시는 학력인정을 위한 시험이면서 동시에 학교생활기록부가 없는 상급 학교 지원자의 내신 성적 산출자료가 되므로 상급학교 진학을 위하여 획득하여야 할 자료의 취득을 한정한다는 점에서 이 사건 응시자격 제한이 교육을 받을 권리를 제한한다고 보는 견해가 있을 수 있다.

더욱이, 상급 학교가 검정고시 합격자의 지원을 허용하지만 지원이 가능한 유효한 검정고시의 연한을 정하고 있는 경우에는, 그 연한 이전의 시점에 검정고시를 합격한 경우에는 법령에 의하여 동등학력을 인정받고 있다 할지라도 이 사건 응시자격 제한으로 말미암아 상급학교 진학의 지원 자체가 불가능하게 된다는 것까지 고려하면, 이 사건 응시자격 제한이 교육을 받을 권리를 제한하는 것은 더욱 분명해진다.

(3) 해설

1981년경 대학입학시험에 출신 고등학교의 내신 성적이 반영되는 제도가 도입된 이후, 수학능력시험과 학교생활기록부평가가 대학입학시험에서 두 개의 기본적인 평가자료로 되었고, 검정고시 출신자의 내신 성적을 산출하기 위한 별도의 평가제도는 마련되지 않은 상태에서 검정고시성적이 학교생활기록부를 대체할 수 있게 되었다. 실제로, 상당수의 전문대학과 일부의 4년제 대학에서 정규 학교 졸업자의 학교생활기록부를 대체할 수 있는 것으로서 검정고시 성적을 평가자료로 사용하고 있으며, 시·도교육청 스스로도 검정고시 성적을 제공하고 있고, 이 사건 피청구인에 의해서도 이미 2001년경에 검정고시 성적이 통지된 바가 있다.

시험을 거쳐 입학하게 되는 고등학교의 경우에도 고입검정고시 성적을 기초로 내신성적을 산출하는 점은 이와 같다.

그렇다면 이 사건 응시자격 제한은 청구인들이 상급학교 진학을 위하여 취득하여야 할 평가자료의 형성에 영향을 미쳐 청구인이 능력에 따라 상급학교에 진학할 기회에 영향을 미치고 상급학교 진학의 가능성을 제한할 수 있으므로 교육을 받을 권리를 제한한다고 볼 수 있다.

헌법재판소는, 예술계 고등학교에 재학 중인 학생의 내신 성적 산출에 관하여 학력수준이 중간 정도인 같은 소재지 일반계 고등학교 학생들과 비교평가를 하는 비교평가방식으로 나아가기 위한 경과조치로서 일정 연도의 위 학교 입학생에 대하여는 자체평가방식에 따라 산출하게 한 교육부장관의 '95학년도 대학입시 기본계획의 일부 보완사항 통보'에 대하여, 이 보완통보는 청구인에게 유리하다고 할 수 있는 비교평가방식의 내신 성적 산출을 정착시키는 경과조치이어서 대학진학의 기회를 박탈하거나 제한하고자 하는 것이 아니므로 교육을 받을 권리를 침해하는 내용이 아니라고 판시한 바 있는데(헌재 1996. 4. 25. 94헌마119, 판례집 8-1, 433, 442-445 참조), 이러한 판시에 의하면 고등학교 내신 성적의 산출방식이 대학진학의 기회를 제한하는 경우에는 교육을 받을 권리를 제한할 수 있다고 인정하는 것으로 해석될 수 있다.

또한, 헌법재판소는 고등학교를 퇴학하고 6월이 경과하지 아니한 자의 검정고시 응시자격을 제한한 '고등학교 졸업학력 검정고시 규칙' 조항에 대하여 위 조항에 의한 응시자격의 제한은 일정한 기간 동안의 한시적인 것임에도 불구하고 '[위] 규칙조항과 같이 검정고시 응시자격을 제한하는 것은, 국민의 교육을 받을 권리 중 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 국가로부터 방해받지 않을 권리를 제한하는 것'이라고 판시하였다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 731).

이 사건 응시자격 제한은 고졸·고입검정고시에 합격하여 고졸 학력 또는 고입 자격을 인정받은 자가 다시 고졸·고입검정고시에 응시할 자격을 제한할 뿐, 그 재응시의 동기나 연유를 고려하여 응시자격 제한 여부를 결정하는 것은 아니므로 성적향상을 위한 재응시라는 동기를 상정하여 일률적으로 기

본권 관련성이 없다고 단정할 것은 아니고, 자격시험으로서의 실질상 합격자의 재응시를 제한하는 것이 적절한지 여부를 평가하는 과정에서 그러한 동기나 연유가 고려되어야 할 것이다. 더욱이 수십년간 합격자의 재응시를 허용해 왔던 상황에서 종전의 합격시기를 불문하고 기존 합격자에게 영구히 응시자격을 박탈하는 것은 교육기회의 균등을 방해하는 점이 있다고 할 것이고, 이러한 점에서 교육을 받을 권리가 제한된다고 할 수 있으며, 이 사건에서 그러한 점을 확인한 것이다.

나. 이 사건 응시자격 제한의 법률유보원칙 위반 여부

(1) 쟁점

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없으며 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 여기서 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다 할 것이다(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715, 판례집 18-1하, 112, 121-122). 따라서 모법의 위임범위를 벗어난 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다(헌재 2010. 4. 29. 2007헌마910, 판례집 22-1하, 97, 106-107).

이 사건 응시자격 제한은 전라남도검정고시위원회의 공고에 의한 것이고, 검정고시위원회는 교육과학기술부령인 ‘고등학교 졸업학력 검정고시 규칙’에 근거하여 설치되어 검정고시 시행에 관하여 필요한 사항을 관장하고, 고시의 기일·장소·원서접수 기타 고시시행에 관한 사항을 공고하는³⁰⁾ 권한을 부

30) 고등학교 졸업학력 검정고시 규칙(2010. 12. 16. 일부 개정, 교육과학기술부령 제 85호) 제3조(위원회의 기능) 위원회는 다음 각 호의 사항을 관장한다.

1. 고시의 공고·응시원서의 접수 및 고시의 시행
2. 출제·채점 및 합격증의 교부
3. 기타 고시의 시행에 관하여 필요한 사항

제8조(고시의 공고) ① 고시는 연 2회 이상 위원회에서 시행한다. ② 위원회는 다른 위원회와 공동으로 고시를 시행할 수 있다. ③ 위원회는 고시를 시행하기 2월 전에 고시의 기일·장소·원서접수 기타 고시시행에 관한 사항을 공고한다.

여받고 있다(고등학교 입학 자격 검정고시 규칙에서도 검정고시위원회에 고시 일시와 장소, 원서접수기간과 그 접수처, 기타 고시 시행에 관하여 필요한 사항을 공고하는 권한을 부여하고 있다). 위 고졸검정고시 규칙은, 초·중등교육법시행령(대통령령)에 의하여 ‘검정고시에 관하여 필요한 사항’에 관하여 정할 것을 재위임받은 것인데, 헌법재판소는 이 재위임에 관하여 2007헌마1456사건에서 헌법상 위임의 한계를 준수하였다고 판시하였다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 729-731 참조). 또한 초·중등교육법시행령은 ‘법령에 의하여 중학교 졸업과 동등한 학력이 있다고 인정되는 자’를 정하면서 고입 검정고시에 관하여도 이와 같이 재위임하고 있는 바, 이에 대하여 헌법재판소가 판단한 바는 없지만, 규율의 구조가 동일하다는 점에서, 위와 같은 고졸검정고시 규칙에 대한 재위임의 합헌성과 같이 볼 수 있을 것이다.

이와 같이 재위임된 위 검정고시 규칙에서는 검정고시위원회의 설치, 기능, 구성 및 위원장의 직무, 고시의 공고, 고시과목, 응시자격, 합격결정, 과목면제, 부정행위자 조치 등에 관하여 상세히 규정하면서, 특히 이 사건에서 문제되고 있는 응시자격에 관하여 응시자격이 있는 자와 응시자격이 없는 자를 명시하여 열거하고 있다.

이와 같이 검정고시 규칙에서 이미 응시자격이 제한되는 경우를 명시하고 있고, 동 규칙은 검정고시위원회에 대하여 고시의 시행에 관하여 필요한 사항을 관장하고, 고시의 기일·장소·원서접수 기타 고시시행에 관한 사항(고졸검정고시 규칙), 또는 고시 일시와 장소, 원서접수기간과 그 접수처 기타 고시 시행에 관하여 필요한 사항(고입 검정고시 규칙)을 공고하도록 하고 있는데, 이 사건 공고에서 이 사건 응시자격 제한과 같이 상위 법령에는 존재하지 않는 응시자격 제한을 두고 있으므로, 상위 법령의 위임이 없는 공권력 작용으로서 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

(2) 해설

헌법재판소는 대통령령에 의한 부령에의 재위임의 경우에 그 재위임의 한계에 관하여 ‘법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것

은 복위임금지(複委任禁止)의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강(大綱)을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 162-163; 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마543, 판례집 15-2하, 581, 600-601 등 참조)고 판시하여 그 허용의 기준을 제시한 바 있다.

이 사건에서는 부령에 의한 검정고시위원회 공고에의 재재위임이 문제되는 바, 이 경우에도 부령에의 재위임의 법리를 원용할 수 있다 할 것이며, 그렇다면 재위임받은 사항에 대하여 그 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위 법령에 다시 위임할 수 있다고 할 것이다.

일반적으로 기본권 침해 관련 영역에서는 급부행정 영역에서보다 위임의 구체성의 요구가 강화된다. 또한 헌법 제75조의 포괄적, 일반적 위임을 금지하는 근본취지에서 위임입법의 대상의 한정성과 기준의 명확성이 어느 정도 요구되는지는 불분명하나, 개별적 구체적 위임이 되기 위해서 고려해야 할 요소로 국민에 대한 영향, 규율대상의 국가 사회적 중대성, 위임입법에 대한 절차적 규율 여하, 수임자의 민주적 정당성, 조직형태, 수임기관의 준수와 사법심사 및 국민의 통제를 가능하게 할 예측가능성의 확보 여부, 현실적 입법 기술적 곤란성 등이 고려되어야 한다고 볼 수 있고³¹⁾, 이 사건 응시자격 제한이 검정고시 응시자에게 미치는 영향은 응시자격의 영구적인 박탈인 만큼 중대하다고 할 수 있으며, 이 사건 공고의 시행주체인 검정고시위원회는 교육감과 부교육감 및 교육감 소속 공무원 5인으로 이루어지는 행정관료기구이고, 그 입법절차에 대하여는 민주적 토론의 수렴과정이나 통제과정이 결여되어 있으며, 검정고시 합격자의 응시자격 제한에 대하여 현실적 입법기술적 곤란성은 상정하기 어렵다.

31) 정희성, 김민호, 법률유보와 위임입법에 대한 재평가 - 미국 Delegation Doctrine 과의 비교법적 연구를 중심으로-, 성균관법학 제21권 제2호(2009. 8.) 442면 참조

그렇다면 이 사건과 같은 경우에는 위임에 있어서 보다 더 한정적이고 명백한 기준으로 그 위임작용의 합헌성을 심사하여야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 이 사건 공고의 상위법령 가운데 어느 것도 그와 같이 응시자격제한을 정하여 위임한 바 없이 다만 검정고시 시행에 관한 기술적 절차적 사항만을 위임하고 있을 뿐이다. 따라서 이 사건 응시자격 제한은 상위 법령의 위임 없이 하위 법령이 기본권에 대한 제한을 새로이 설정한 것이어서 기본권제한의 법률유보원칙에 위반된다.

다. 이 사건 응시자격 제한의 과잉금지원칙 위배 여부

이 사건 응시자격 제한의 목적은 공교육과정의 학생이 검정고시제도를 입시전략에 활용하여 공교육이 붕괴되는 것을 막고, 대학(고등학교)입시에서 고등(중)학교 재학생과의 형평성을 도모하고자 하는 것이며, 이러한 입법목적의 정당성은 인정된다.

그러나 공교육과정의 학생이 검정고시제도를 입시전략에 활용한다는 것은 검정고시제도를 통하여 내신등급에서의 불리함을 극복한다는 것인데, 이는 검정고시에서 높은 성적을 얻기 위한 재응시를 통해서 달성할 수 있는 것은 아니며, 대학입시에서 고등학교 출신자와의 형평성 도모에 관하여 보더라도 일반적으로 정시모집에서는 검정고시 성적이 개입될 여지가 없고, 수시모집의 경우에는 검정고시 출신자를 선발대상으로 하는 모집단위가 없거나, 검정고시 출신자가 지원할 수 있는 경우에도 그 모집단위가 매우 소규모에 불과하거나, 특기자 모집이나 사회적 배려 전형의 경우에 검정고시 출신자만 별도의 모집단위로 하는 경우가 많아서 정규 고등학교 출신자와 차별이 발생하지 않으므로, 이 사건 응시자격 제한이 수단으로서의 적합성이 있는지 의문이 생긴다. 다만, 정시모집에서 검정고시 성적을 기초로 학생을 선발하는 예외적인 경우에 이 사건 응시자격 제한이 적합한 수단이 될 수 있다.

그러나 이 사건 응시자격 제한은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 기존의 고졸·고입검정고시 합격자의 응시자격을 제한하면서, 2009년도 검정고시 시행시까지 허용되어온 합격자의 재응시를 아무런 사전 예고나 경과규정 없이 금지하고, 종래의 제도를 신뢰하고 검정고시를 준비했던 청구인들

과 같은 응시생의 응시기회를 단번에 박탈하고 있을 뿐만 아니라, 기 합격시점에 대한 아무런 제한 없이 재응시를 금지함으로써 검정고시 합격의 유효기간을 지원자격으로 정하고 있는 상급학교에 대한 지원가능성조차 박탈하고 있다.

또한, 고등학교를 퇴학하고 6월이 경과하지 아니한 자의 검정고시 응시자격을 제한한 ‘고등학교 졸업학력 검정고시 규칙’조항에 대한 2007헌마1456 결정의 범정의견은 검정고시 응시자격을 영구히 박탈하는 것은 아니라는 점과 1년에 2회 이상 검정고시가 실시된다는 점 등을 들어 최소침해성 원칙에 위반되지 않는다고 판단한 반면에, 4인 재판관(재판관 조대현, 김중대, 목영준, 송두환)의 반대의견은 보다 근본적이고 효율적인 방안이 강구되어야 한다는 취지에서 최소침해성 원칙에 위반된다고 판단하였는데, 이 사건 응시자격 제한은 위 2007헌마1456사건과 달리 응시자격을 영구히 박탈하는 것이라는 점에서 위 결정의 범정의견에 의하더라도 최소침해성 원칙에 위반된다고 볼 소지가 매우 높으며, 위 4인 재판관의 의견에 의하면 “내신 성적관리를 위한 자퇴를 예방·억제하기 위하여는 보다 근본적이고 효율적인 방안이 강구되어야 한다. 즉 작게는 대학입시에서 고등학교 내신 성적 반영방식의 재검토, 검정고시를 합격한 자퇴생에 대하여 내신 성적에 갈음하는 성적을 산정하는 방식의 재검토, 대학입시에서 자퇴로 인한 불이익이 내신 성적의 감수라는 불이익보다 크게 하는 방안의 검토 등이, 크게는 학교교육과 대학입시제도간에 합리적인 관계를 설정하고, 특수목적 고등학교의 설립 목적과 입시현실과의 괴리를 없애는 일 등이 선행되어야 하는데”(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 735), 이 사건 응시자격 제한은 이러한 근본적이고 효율적인 검토 없이 단순히 고졸(입)검정고시 합격자의 응시자격을 박탈하는 것으로 나아가고 있다. 그러므로 이러한 근본적이고 효율적인 검토 없이 60년간 유지되어 온 검정고시 합격자의 응시자격을 아무런 경과조치 없이 단번에, 영구히 박탈함으로써 위와 같은 입법목적을 달성하려 하는 것은 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 피해최소성의 원칙에 어긋난다고 할 것이다.

나아가 청구인들과 같은 고졸·고입검정고시 합격자는 아무런 시간적 제

약도 없이 영구히 검정고시 응시자격을 박탈당하는 중대한 불이익을 받는 반면, 이 사건 응시제한을 통해 달성할 수 있는 효과는 불분명하거나 오히려 종래의 주된 검정고시 응시자들의 검정고시 응시의 지연이나 대학입학 수시 모집 또는 특수목적 고등학교 입시에서의 검정고시 출신자들의 열악한 지위의 고착화 등 부작용이 크다고 예상되므로, 결국 이 사건 응시제한으로 인한 기본권제한은 법익의 균형성을 상실하였다고 할 것이다.

5. 결정의 의의

가. 이 사건은 교육청의 시험시행계획 공고에 의함 고졸·고입 검정고시의 기 합격자의 응시자격 제한에 대하여 기본권 제한의 형식적 요건으로서의 법률유보원칙이 준수되었는지 여부를 심사함에 있어, 기본권 침해 관련 영역에서는 급부행정영역에서보다 위임의 구체성의 요구가 강화된다는 점, 위와 같은 응시자격 제한이 검정고시 응시자에게 미치는 영향이 응시자격을 영구적인 박탈인 만큼 중대하다는 점 등에 비추어 엄격한 기준을 채택하고, 이 사건 공고의 상위법령인 고졸검정고시규칙과 고입검정고시규칙에서 이미 응시자격이 제한되는 자를 특정적으로 열거하고 있으면서 달리 일반적인 제한 사유를 두지 않고, 또 그 제한에 대하여 명시적으로 위임한 바가 없이 단지 고시 시행에 관한 기술적 절차적인 사항만을 위임하였을 뿐이므로 이 사건 응시자격 제한은 위임받은 바 없는 응시자격 제한을 공고에서 새로이 설정한 것으로서 기본권 제한의 법률유보원칙에 위배된다고 하여, 종래 헌법재판소의 법률유보원칙에 대한 심사기준을 다시 한번 확인하면서 시험 공고에서 응시자격과 같은 사항에 대하여 구체적으로 기준을 적용한 것에 의미가 있다.

나. 이 사건은 이 사건 응시자격 제한이 기본권 제한의 형식적 요건인 법률유보원칙에 위배된다는 점을 이미 확인하면서도, 기본권 제한의 실질적 요건인 과잉금지원칙에도 위배된다는 점을 명확히 선언함으로써, 향후, 입법개선의 경우 단지 법령의 형식적인 위치 만을 조정하여서는 아니되고 그 규율의 실질적인 내용에 있어서도 기본권 제한에 있어서 제한의 목적과 수단간에 비례의 원칙이 준수되어야 함을 분명히 했다는 점에 의미가 있다.

형사소송법 제101조 제3항 위헌제청

- 구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고 사건 -
(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703)

박 준 희*

【판시사항】

1. 법원의 구속집행정지결정에 대하여 검사가 즉시항고할 수 있도록 한 형사소송법(1973. 1. 25. 법률 제2450호로 개정된 것) 제101조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 영장주의 및 적법절차원칙에 위배되는지 여부(적극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

- 형사소송법(1973. 1. 25. 법률 제2450호로 개정된 것) 제101조 (구속의 집행정지) ①~② 생략
- ③ 제1항의 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다.
 - ④~⑤ 생략

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

제청법원은 피고인 이○주에 대한 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한법률 위반(특수강도강간등) 등 사건[서울북부지방법원 2011고합77, 264(병합), 2011전고9(병합)]에서 원심법원이 2011. 9. 19. 피고인에 대하여 피고인의 모친상을 이유로 2011. 9. 20.까지 구속의 집행을 정지한다는 결정을

* 헌법연구관

하였으나, 같은 날 검사가 형사소송법 제101조 제3항에 따라 위 구속집행정지결정에 불복하여 즉시항고를 제기함으로써 그 결정의 집행이 정지된 채 제청법원에 이르게 되자, 2011. 10. 26. 직권으로 형사소송법 제101조 제3항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청 이유 및 이해관계기관의 의견 요지

가. 제청법원의 위헌제청 이유

이 사건 법률조항에 의하여 검사가 즉시항고를 제기하는 경우, 구속 여부에 관한 전권을 가지는 법관으로 구성된 법원이 영장주의에 의하여 구속을 유지하여야 할 필요성 유무를 스스로 판단하여 결정한 구속집행정지결정의 효력이 즉시항고 재판이 확정될 때까지 무조건 정지되는 결과가 된다. 그런데 이것은 당해 피고인에 대한 구속집행정지결정이 부당하다는 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 계속할 필요가 없다는 법원의 판단보다 우선시킴으로써 헌법 제12조 제1항, 제3항에 규정된 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견 요지

구속집행정지결정에 대하여 검사가 즉시항고를 하는 것은 강제처분이 아니고 입법형성권의 자의적 행사가 아니므로 영장주의에 위배되지 않으며, 구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고는 피고인의 도주, 증거인멸, 재범 등을 방지하기 위하여 공익의 대변자이자 수사, 소추와 형벌집행의 담당자인 검사가 합리적 의심이 있는 경우 상급법원의 판단을 받을 수 있도록 하는 제도로서 합리성이 있으므로 헌법상 적법절차의 원칙에 위배되지 않는다.

구속집행정지의 기준이 모호하고 남용의 우려가 큰 점, 구속집행정지결정을 받은 피고인의 도주를 방지할 수 있는 아무런 제도적 장치가 없는 점, 구속집행정지결정에 있어 신중한 판단과 객관적·공정성을 담보하는 장치가 필요하다는 점 등을 종합하면 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

【결정요지】

1. 법원이 피고인의 구속 또는 그 유지 여부의 필요성에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우되거나 제한받는다면 이는 영장주의에 위반된다고 할 것인바, 구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고를 인정하는 이 사건 법률조항은 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 정지할 필요가 있다는 법원의 판단보다 우선시킬 뿐만 아니라, 사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 할 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것이라는 점에서 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배된다.

또한 헌법 제12조 제3항의 영장주의는 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙의 특별규정이므로, 헌법상 영장주의원칙에 위배되는 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에도 위배된다.

2. 이 사건 법률조항은 부당한 구속집행정지결정으로 피고인이 출소한 후 도망가거나 증거를 인멸함으로써 공정한 재판 진행이나 형의 집행에 차질을 가져오는 것을 예방하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다.

그러나 피고인에 대한 신병확보의 필요성은 피고인의 출석을 보장할 만한 조건의 부가에 의하여 그 목적을 달성할 수 있으며, 법원의 구속집행정지결정에 대하여 검사가 불복할 수 있도록 하더라도, 보통항고를 하고 집행정지를 청구하거나, 즉시항고를 인정하되 즉시항고에 재판의 집행을 정지하는 효력을 인정하지 않는 방법도 있으므로, 구속집행정지결정 자체를 무력화시키는 방법보다 덜 침해적인 방법에 의해서는 그 목적을 전혀 달성할 수 없다고 보기 어렵다는 점을 고려할 때, 구속집행정지결정에 대하여 즉시항고권을 인정하는 것은 피해의 최소성을 갖춘 것이라고 할 수 없다.

또한 법원이 일정한 조건 하에 구속의 집행을 정지하는 경우 도주와 증거인멸의 우려 등은 이미 법원의 결정 단계에서 고려되었다는 점, 구속의 집행정지 사유들은 한시적인 경우가 많아 그 시기를 놓치게 되면 피고인에게 집행정지의 의미가 없어지게 되는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 법률조항이 법익의 균형성을 갖춘 것이라고 보기도 어렵다.

【해설】

1. 이 사건 법률조항의 의의

가. 구속집행정지제도

구속집행정지란 구속의 집행력을 정지시켜서 피고인을 석방하는 재판 및 그 집행을 말한다. 법원은 상당한 이유가 있는 때에는 결정으로 구속된 피고인을 친족·보호단체 기타 적당한 자에게 부탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구속의 집행을 정지할 수 있다(형사소송법 제101조 제1항).

구속집행정지는 구속의 집행을 정지할 뿐, 구속의 효력에는 영향이 없다는 점에서 구속취소와 다르고 보석과 그 본질을 같이하나, 보증금을 조건으로 하지 않고 피고인이나 변호인 등에게 신청권이 인정되지 않고 직권에 의하여 행해지므로, 가사 신청이 있더라도 법원의 직권 발동을 촉구하는 의미 밖에 없다.

실무에서는 중병, 출산, 가족의 장례참석 등 긴급하게 피고인을 석방할 필요가 있는 경우 등에 주로 사용되고 있다(보석·구속집행정지 및 적부심 등 사건의 처리에 관한 예규 제16조 제1항 참조). 이와 같이 구속집행정지는 피고인의 긴급한 개인적 사정에 초점을 맞추어 이용되고 있으며 보석제도를 보충하는 기능을 한다.

법원이 피고인에 대한 구속집행정지의 결정을 하고자 할 때에는 검사의 의견을 물어야 하고, 다만 급속을 요할 때에는 의견을 물을 필요가 없다(형사소송법 제101조 제2항). 검사는 법원으로부터 구속집행정지에 관한 의견 요청이 있으면 의견서와 소송서류 및 증거물을 지체 없이 법원에 제출하여야 한다(형사소송규칙 제54조).

한편 법원은 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속의 집행정지를 취소할 수 있다(형사소송법 제102조 제2항). 구속집행정지의 취소사유, 청구 및 재판, 취소에 의한 재구금절차 등은 모두 보석취소의 경우와 동일하다(형사소송법 제102조 제2항 단서, 형사소송규칙 제56조).

나. 이 사건 법률조항의 의의

이 사건 법률조항은 검사가 구속집행정지결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 즉시항고는 제기기간이 3일이고(형사소송법 제409조), 즉시항고의 제기기간 내와 즉시항고의 제기가 있는 때에는 재판의 집행은 정지된다(형사소송법 제410조). 그러므로 이 사건 법률조항이 검사에게 구속집행정지결정에 대한 즉시항고권을 인정함으로써, 즉시항고의 제기기간 동안은 물론 즉시항고가 제기된 경우 그 항고심의 재판이 확정될 때까지 구속집행정지결정의 집행이 일률적으로 무조건 정지된다.

다. 이 사건 법률조항의 연혁

이 사건 법률조항은 1972. 12. 27. 이른바 유신헌법이 공포된 후 국회 아닌 비상국무회의에서 1973. 1. 25. 법률 제2450호로 형사소송법을 개정하면서 신설한 규정이다. 당시 이 사건 법률조항과 함께 신설되었던 조항 가운데 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고를 허용한 구 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 것) 제97조 제3항 중 ‘보석허가결정에 대한 부분’은 현재 1993. 12. 23. 93헌가2 결정에 의하여 위헌으로 선언되었다.

라. 외국 입법례

(1) 일본

법원은 적당하다고 인정될 때 결정으로 구류되어 있는 피고인을 친족, 보호단체, 기타의 자에게 위탁하거나 피고인의 주거를 제한하여 구류의 집행을 정지할 수 있다(형사소송법 제95조). 이 규정은 피의자의 구류에 대하여도 준용된다(제207조). 보증금의 납부를 요하지 아니하고 직권에 의해서만 행하여진다는 점에서 보석과 구별되며 피고인의 청구가 있는 경우에도 직권발동을 촉구하는 의미를 가지는 데 불과하다. 실무상으로는 피고인의 질병(단, ‘형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률’ 제62조 제3항에 의한 병원이송의 조치에 의한 대응이 곤란한 경우)이 대부분을 차지하나, 양친 배우자의 중병·사망, 가정의 중대한 재해, 학생인 피고인의 시험의 경우에 집행정지가 결정된 예가 있다.¹⁾ 집행정지에 기간 기타의 조건을 붙일 수 있다고

해석하는 것이 통설이다. 구류의 집행정지도 보석의 경우와 같은 사유에 의하여 취소될 수 있다(제96조 제1항).

구류 집행정지 결정에 대해서 검사의 즉시항고 등 불복 방법을 정한 규정은 없다.

(2) 독일²⁾

독일은 보석제도를 별도로 인정하지 않고 형사소송법 제116조에서 구속의 집행정지(또는 집행유예, Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls)를 규정하고 있다. 즉 독일의 구속의 집행정지는 우리나라의 구속집행정지와는 달리 피의자 등에게 개인적인 사정이 있는 경우 구속의 집행을 일시 정지하는 데 그치는 것이 아니라 오히려 보석과 마찬가지로 불구속 상태에서 수사 및 재판에 임할 수 있도록 하는 제도이다. 구속보다 덜 중대한 처분, 소위 구금대체수단(Haftsurrogate)을 통해 구속의 목적을 달성할 수 있는 때에는 법관은 구속의 집행을 정지하여야 한다. 이를 ‘구속의 일시유예’(Haftverschonung)라고도 부른다. 구속의 집행이 정지되면 피의자 등은 구속상태를 벗어나지만 신병을 확보하기 위한 조건이 부과되므로³⁾ ‘자유가 통제된’(kontrollierte Freiheit) 상태에 놓이게 된다.⁴⁾

따라서 이 제도는 피의자에 대한 보증금납입조건부 석방결정이나 피고인에 대한 보석제도를 결합한 형태라고 할 수 있지만, 피의자와 피고인을 구별하지 않고 동일한 요건 아래 동일한 조건으로 구속의 집행을 정지한다는 점에 특징이 있다. 또한 구속영장이 집행되지 않은 상태에서도 구속영장의 집행을 유예하고 조건을 부과하여 석방할 수 있도록 하는 것이 특징이다.

독일의 경우 구속의 집행정지결정에 대해서는 검사가, 구속의 집행정지신

1) 그밖에 구의회 의원 입후보의 선거준비를 위한 정지는 인정되었으나, 폭력단체의 해단식 참석을 위한 정지는 허용되지 않은 결정이 있다. 전용득, 피의자 구속의 연구, 동의대 대학원 박사학위논문, 2000, 164에서 재인용.

2) 신양균, 독일의 인신구속제도에 관한 검토, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009, 55.

3) 만일 이러한 조건이 필요하지 않다면 구속의 집행을 정지할 것이 아니라 구속 자체를 취소해야 하므로 집행정지의 경우 조건 부과가 필수적이라고 할 수 있다.

4) BVerfGE 19, 342(352).

청을 기각하는 결정에 대해서는 피의자 등이 각각 형사소송법 제304조 제1항에 따라 항고할 수 있다.

(3) 프랑스

검사 또는 수석판사는 언제든지 직권으로 피의자의 석방을 청구할 수 있다. 수사판사가 석방을 청구할 경우에는 미리 검사의 의견을 들어야 한다. 프랑스는 종래 석방구금판사의 석방결정이 있으면 검사의 항고 제기 여부에 관계없이 석방할 수 있었으나, 2002. 9. 9. 형사소송법 148-1-1에 범죄가 중하고 도주의 우려가 있을 경우 석방결정이 있더라도 즉시 석방하지 않을 수 있는 석방금지 가처분 제도를 신설하였다.⁵⁾ 검사는 석방구금판사로부터 석방통지를 받으면 4시간 내에 고등법원장에게 항고를 제기함과 동시에 석방금지 가처분을 신청할 수 있고, 이 신청이 있으면 석방결정에도 불구하고 고등법원의 결정이 있을 때까지(심리는 2일 내에 이루어져야 함) 피고인은 석방되지 않는다.⁶⁾

2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 헌법상 영장주의의 위반 여부

구속영장의 집행정지는 구속 전 피의자심문, 구속취소, 체포·구속적부심사 및 보석 등과 함께 인신구속의 남용을 방지하고 불법 혹은 부당하게 구속당한 피의자·피고인의 권리구제를 위하여 인정되는 것이며, 구속영장의 실효 등과 같이 영장주의를 전제로 하는 제도이다. 그런데 구속집행정지 결정에 대한 검사의 즉시항고를 규정한 이 사건 법률조항으로 인하여 피고인은 구속의 집행을 정지하는 법원의 결정을 받고도 석방되지 못하고 계속 구속되어 신체의 자유를 계속 제한받게 되는바, 이 사건 법률조항이 영장주의 원칙에 위배되는 것인지 문제된다.

5) 기소되기 전 단계의 '피의자'에 대하여 인정되는 것으로서 '피고인'에 대한 것은 아니나, 석방결정에 대한 가처분을 인정하되 매우 짧은 석방금지 가처분 시한(4시간), 신속한 심리(2일) 등을 규정하고 있는 점에서 참고가 된다.

6) 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 75 참조.

(1) 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 본질

헌법은 제12조 제3항에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하여 적법절차의 원칙과 함께 영장주의를 밝히고 있다.

수사단계이든 공판단계이든 수사나 재판의 필요상 구속 등 강제처분을 하지 않을 수 없는 경우가 있게 마련이지만 강제처분을 받는 피의자나 피고인의 입장에서는 심각한 기본권의 제한을 받게 된다. 이에 영장주의는 인신의 자유를 제한하는 강제수사의 경우 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 억제를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 그 본질로 한다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등, 판례집 9-1, 313, 320-321; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17등, 판례집 16-2 상, 379, 388 참조). 즉 영장주의의 본질은 강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것으로서, 법치국가의 사법질서 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요한 것임을 선언한 것이다.⁷⁾

(2) 영장주의의 적용범위에 관한 헌법재판소 선례

헌법재판소는 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 한 구형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 것) 제331조 단서 규정이 영장주의 및 적법절차 원칙에 위배되어 위헌이라고 결정하면서 “영장주의는……구속개시 시점에 있어서 신체의 자유에 대한 박탈의 허용만이 아니라 그 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 정지 또는 실효시킬 것인지 여부의 결정도 오직 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미한다.”고 판시하였다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 885-886 참조).

또한 법원의 보석허가결정에 대하여 검사가 즉시항고 할 수 있도록 한 같은 법 제97조 제3항 규정이 헌법상 영장주의원칙에 위배되어 위헌이라고 결정하면서 다음과 같이 판시하였다.

7) 김선택, 영장청구권주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 제1호, 2010. 2, 23 참조.

“구속여부에 관한 전권을 갖는 법관 또는 법관으로 구성된 법원이 피의자나 피고인의 구속 또는 그 유지 여부의 필요성이 있는 유무에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 그 밖의 어느 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우된다거나 제한받는다면 이는 위 영장주의에 반하고 따라서 적법절차의 원칙에도 위배된다. ……이 사건 규정은 법원이 이러한 영장주의의 구현으로 결정한 보석허가결정의 집행이 즉시항고의 제기기간인 3일 동안 그리고 검사의 즉시항고가 제기된 경우는 그 즉시항고에 대한 재판이 확정될 때까지 무조건 정지되어 피고인은 석방되지 못하고 신체의 자유를 계속 박탈당한 채 구속되어 있어야 하도록 규정하고 있다. 결과적으로 이 사건 규정은 당해 피고인에 대한 보석허가결정이 부당하다는 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 계속 할 필요가 없다는 법원의 판단보다 우선시킨 것이며, 행복추구의 근간이 되는 국민의 신체의 자유를 최대한 보장하려는 헌법정신에 기하여 구속의 여부와 구속을 계속시키는 여부에 대한 판단은 헌법 제103조에 의하여 독립이 보장된 법관의 결정에만 맡기려는 위에서 본 영장주의에 위반된다.”(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 596, 599-600).

(3) 이 사건 법률조항의 영장주의 위배 여부

앞에서 본 바와 같이 법원이 피고인의 구속 또는 그 유지 여부의 필요성에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우되거나 제한받는다면 이는 영장주의에 위반된다고 할 것이다.

그런데 구속집행정지는 법원이 직권으로 결정하는 것으로서, 구속집행정지 사유들은 한시적인 경우가 많아 그 시기를 놓치게 되면 피고인에게 집행정지의 의미가 없어지게 된다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항은 검사의 즉시항고에 의한 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 정지할 필요가 있다는 법원의 판단보다 우선시킬 뿐만 아니라, 사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 할 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것이라는 점에서 영장주의의 본질에 반하여 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배된다.

나. 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙 위배 여부

(1) 헌법 제12조 제1항과 제3항의 관계

헌법은 제12조 제1항에서 신체의 자유의 보장과 적법절차의 원칙을 선언하고 같은 조 제3항에서 체포·구속 등에 있어서 ‘적법한 절차에 따라’ 영장에 의할 것을 천명하고 있다.⁸⁾ 따라서 헌법상 영장주의 위배 여부가 문제되는 경우 헌법 제12조 제3항 이외에 헌법 제12조 제1항 위배 여부를 별도로 검토해야 하는지 문제된다.

○ 영장주의 위배와 적법절차의 원칙 위배 여부를 모두 판단한 예

“영장주의는 이 적법절차원리에서 나온 것으로서... 따라서 이러한 구속 여부에 관한 전권을 갖는 법관 또는 법관으로 구성된 법원이 피의자나 피고인을 구속 또는 그 유지 여부의 필요성이 있는 유무에 관하여 한 재판의 효력이 검사나 그 밖의 어느 다른 기관의 이견이나 불복이 있다 하여 좌우된다거나 제한받는다면 이는 위 영장주의에 반하고 따라서 적법절차의 원칙에도 위배된다.”(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 870-871; 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 596-601 참조)

○ 영장주의를 헌법 제12조 제1항 적법절차 원칙의 특별규정으로 본 예

“헌법 제12조 제1항은 신체의 자유에 관한 일반규정이고, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차 등에 관한 특별규정이라고 할 수 있다... 구체적인 적용영역에서 수사기관의 권한남용 등을 방지하기 위한 헌법적 특별규정으로 ‘영장주의’를 채택한 헌법 제12조 제3항을 규정된 것으로 봄이 상당하다...(영장주의가 문제되는 경우에는) 헌법 제12조 제3항에 위배되는지 여부를 판단하는 것으로 족하고 특별한 사정이 없는 한 헌법 제12조 제1항의 위반 여부 등을 별도로 판단할 필요는 없다.”(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 648 참조; 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468, 판례집 20-1상, 1, 38-39 반대의견도 같은 취지⁹⁾)

8) 헌법상 적법절차 원칙은 1987년 헌법개정 당시 여야의 줄속 절충안으로 규정되면서 헌법 제12조 제1항과 제3항에 ‘적법절차’라는 용어를 넣게 되었는데, 제12조 제3항의 경우 마치 영장발부에 국한한 적법절차로 좁게 해석될 여지를 제공하고 있는 문제점이 있다. 임지봉, 적법절차조항의 우리 헌법예외의 도입과 그 운용, 헌법학연구 제11권 제3호(2005. 9.), 263-301 참조.

9) 한편 2007헌마1468 다수의견은 명시적으로 밝히지는 않았으나, 영장주의와 과잉금

헌법상 적법절차의 원칙은 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용되는 것으로서(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41, 판례집 13-2, 699, 703-704),¹⁰⁾ 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있으며, 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해된다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819 참조).

즉, 헌법 제12조 제1항은 적법절차 원칙의 일반조항이고,¹¹⁾ 제12조 제3항의 적법절차 원칙은 기본권 제한 정도가 가장 심한 형사상 강제처분의 영역에서 기본권을 더욱 강하게 보장하려는 의지를 담아 중복 규정된 것이라고 해석함이 상당하다.

이와 같이 본다면, 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항의 적법절차 원칙의 특별규정인 헌법 제12조 제3항의 영장주의 원칙에 위배되므로, 헌법상 적법절차 원칙에도 위배되는 것이다.

지원칙 심사만을 하고 별도로 적법절차원칙 위배 여부는 판단하지 않았다.

- 10) “적법절차의 원칙은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 현행헌법에서 처음으로 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리로 채택되었는데, 그 의미는 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한다고 이해되는바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 한다.”
- 11) 헌법 제12조 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지 제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있는바, 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다……”라고 규정함으로써 영장주의를 천명하고 있으며(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28, 판례집 9-1, 313, 319-320), 법관의 판단에 의하여 발부된 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 후에도 신체의 자유를 최대한 보장하려는 헌법정신의 구현을 위하여, 헌법 제12조 제4항 및 제6항에 변호인의 조력을 받을 권리, 법원에 구속적부심사를 청구할 권리가 있음을 규정하는 등 헌법 자체에서 신체의 자유를 최대한 보장하려는 규정들을 두었다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 596 참조).

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 적법절차의 원칙과 과잉금지원칙과의 관계

적법절차의 원칙이 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로 작용하는 경우 특히 형사소송절차에서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정된다는 의미를 가진다(헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17, 판례집 16-2상, 379, 389-390).

그런데 기본권제한의 헌법적 정당성을 심사하는 데 실제적 적법절차를 인용하더라도 그 심사기준은 실질적으로 과잉금지원칙의 심사내용과 동일하므로 적법절차원칙 위배 여부와 과잉금지원칙 위배 여부를 각각 검토하는 것은 같은 심사기준으로 중복되는 내용을 실시하는 것이 된다.

따라서 이 결정에서는 실제적 적법절차에 대한 심사는 별도로 하지 아니하고, 이 사건 법률조항이 법률에 따른 형벌권의 행사로서 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 반하지 아니하는지 여부만을 검토하였다.

(2) 과잉금지원칙 위배 여부

구속제도 자체가 국가형벌권의 실현이라는 정당한 목적을 가지고 있다고 하더라도, 그에 관한 구체적인 입법권 행사는 헌법상 보장된 국민의 기본권 중에 가장 중요한 신체의 자유를 제한하는 내용에 관한 것이므로 헌법 제37조 제2항의 원칙이 반드시 준수되어야 하고, 이에 위반하는 경우는 헌법에 위반된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 880; 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 601 참조).

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항이 검사에게 법원의 구속집행정지결정에 대하여 즉시항고권을 인정한 것은 부당한 구속집행정지결정으로 피고인이 출소한 후 도망가거나 증거를 인멸함으로써 공정한 재판 진행에 지장을 초래하거나 형의 집행에 차질을 가져오는 것을 예방하기 위한 것으로서, 입법목적의 정당성이

인정되고, 검사에게 즉시항고권을 인정한 것은 위 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 될 수 있다.

(나) 피해의 최소성 및 법익균형성

형사소송법 제101조 제2항에 의하면, 법원이 구속의 집행정지에 관한 결정을 함에는 검사에게 의견을 물어야 한다고 규정하고 있어, 구속집행정지에 관한 결정을 할 때 검사의 의견청취가 필수적인 절차이다. 따라서 검사는 구속집행정지결정 전에 의견을 충분히 진술할 수 있으며, 피고인에 대한 신병 확보의 필요성은 피고인의 출석을 보장할 만한 조건의 부가에 의하여 그 목적을 달성할 수 있다. 그리고 법원의 구속집행정지결정에 대하여 검사가 증거인멸이나 도주의 우려가 있다는 이유로 불복할 수 있도록 해야 한다고 하더라도, 보통항고를 하고 같은 법 제409조 단서에 의한 집행정지를 청구하거나, 즉시항고를 인정하되 즉시항고에 재판의 집행을 정지하는 효력을 인정하지 않는 방법도 있으므로(형사소송법 제23조 제2항 참조), 이 사건 법률조항처럼 구속집행정지결정 자체를 무력화시키는 방법보다 덜 침해적인 방법에 의해서는 그 목적을 전혀 달성할 수 없다고 보기도 어렵다. 이러한 점들을 고려할 때 구속집행정지결정에 대하여 즉시항고권을 인정하는 것은 피해의 최소성을 갖춘 것이라고 할 수 없다.

한편 구속의 집행정지제도는 국민의 신체의 자유를 보장하려는 헌법정신에 기한 불구속재판의 원칙과 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙을 구현하기 위한 보석제도를 보충하는 기능을 하며, 상당한 이유가 있을 때 행해지는 것으로서 실무상 중병, 출산, 가족의 장례참석 등 긴급하게 피고인을 석방할 필요가 있는 경우 등에 주로 이용되고 있다. 이러한 구속집행정지제도의 의의와, 법원이 여러 사정을 검토하여 구속된 피고인을 일정한 조건 하에 구속의 집행을 정지하는 경우 도주와 증거인멸의 우려 등은 이미 법원의 결정 단계에서 고려되었다는 점, 구속의 집행정지 사유들은 한시적인 경우가 많아 그 시기를 놓치게 되면 피고인에게 집행정지의 의미가 없어지게 되는 점 등을 종합해 보면, 법원의 구속집행정지 판단에 따라 잠시 석방될 필요가 있는 피고인이 검사의 즉시항고에 의하여 석방되지 못하게 되는 불이익보다 구속집행정지된 피고인이 도망하거나 증거를 인멸하는 것을 예방하기 위한

공익이 크다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 검사에게 즉시항고권을 인정한 것은 부당한 구속집행정지결정의 시정을 도모한다는 명목으로 검사에게 목적달성에 필요한 정도를 넘어서 피고인에게 심대한 피해를 주는 것이므로 법익의 균형성을 갖춘 것이라고 보기 어렵다.

(다) 덧붙여 피고인이나 변호인 등에게 구속집행정지에 관한 신청권이 인정되지 않고 직권에 의하여 구속집행정지결정을 하는 것임에도, 피고인의 상대방 당사자의 지위에 있는 검사에 대하여 집행정지의 효력이 있는 즉시항고권을 인정한 것은 당사자대등주의와 형평의 원칙에 반한다. 또한 입법 연혁적으로도 이 사건 법률조항은 1972. 12. 27. 이른바 유신헌법이 공포된 후 국회 아닌 비상국무회의에서 1973. 1. 25. 형사소송법을 개정하면서 신설한 규정으로서 피고인의 기본권보다 국가형벌권을 우선한 것이라는 비판을 면할 수 없다.

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에도 위배된다.

(3) 소결

이 사건 법률조항은 헌법상 영장주의 및 적법절차원칙에 위배되며, 과잉금지원칙에도 위배된다.

3. 결정의 의의

이 결정은 법원이 피고인에게 구속집행정지 결정을 해도 검사가 즉시항고를 하면 구속집행 정지효력이 중단되도록 한 형사소송법 규정은 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 정지할 필요가 있다는 법원의 판단보다 우선시할 뿐만 아니라 사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 만들 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것이라는 점에서 헌법 제12조 제3항의 영장주의 원칙에 위배된다는 점을 확인하였다. 이 결정으로 법원의 구속집행정지 결정에 대해 검사는 즉시항고는 할 수 없고 집행정지 효력이 없는 보통항고만 할 수 있게 됐다.

방송법 제100조 제1항 제1호 위헌제청

- 구 방송법 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분이 방송사업자의 인격권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27, 판례집 24-2상, 355)

우 승 아*

【판시사항】

구 방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되고, 2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분 및 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 방송사업자의 인격권을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 방송법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되고, 2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 구법조항’이라 한다) 및 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제100조 제1항 제1호 중 ‘방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 현행법조항’이라 하고, 이하 ‘이 사건 구법조항’과 ‘이 사건 현행법조항’을 합하여 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)의 위헌 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

방송통신위원회는 주식회사 문화방송에 대하여 ‘방송심의에 관한 규정’(이하 ‘심의규정’이라 한다)을 위반하였다는 이유로 ‘시청자에 대한 사과’의 제재조치를 하였고, 문화방송은 위 제재조치에 대한 취소소송을 제기하였는데(서울행정법원 2009구합15968호), 당해 사건 법원은 직권으로 구 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제100조 제1항 제1호에 대하여 위헌법률심판제청결정을 하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 이 사건 심판대상조항은 방송통신위원회라는 행정청이 권력작용을 통해 방송사업자에 대하여 그 신념에 반하여 자기의 행위가 심의규정 위반행위가 된다는 윤리적 판단을 형성·강요하여 사과의 의사를 외부에 표시하도록 강제하는 규정인바, 이는 양심이 아닌 것을 양심인 것처럼 표현하도록 강제하는 것으로 양심의 왜곡·굴절이며 이중인격 형성을 강요하는 것으로 양심의 자유를 제한한다.

나. 또한, ‘시청자에 대한 사과’의 제재조치와 그 이행 과정에서 인격권이 무시되고 행정청에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반됨에 반하여 동일한 목적을 달성하면서도 기본권을 덜 침해하는 다른 수단이 있음에도 ‘시청자에 대한 사과’의 제재조치를 하도록 하는 이 사건 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 인격권을 침해한다.

【결정요지】

법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하

는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 심판대상조항은 방송사업자의 의사에 반한 사과행위를 강제함으로써 방송사업자의 인격권을 제한한다.

이 사건 심판대상조항은 시청자의 권익보호와 민주적 여론 형성 및 국민 문화의 향상을 도모하고 방송의 발전에 이바지하기 위하여, 공정하고 객관적인 보도를 할 책무를 부담하는 방송사업자가 심의규정을 위반한 경우 방송통신위원회로 하여금 전문성과 독립성을 갖춘 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 ‘시청자에 대한 사과’를 명할 수 있도록 규정한 것이므로, 입법목적의 정당성이 인정되고, 이러한 제재수단을 통해 방송의 공적 책임을 높이는 등 입법목적에 기여하는 점을 인정할 수 있으므로 방법의 적절성도 인정된다.

그러나 심의규정을 위반한 방송사업자에게 ‘주의 또는 경고’만으로도 반성을 촉구하고 언론사로서의 공적 책무에 대한 인식을 제고시킬 수 있고, 위 조치만으로도 심의규정에 위반하여 ‘주의 또는 경고’의 제재조치를 받은 사실을 공표하게 되어 이를 다른 방송사업자나 일반 국민에게 알리게 됨으로써 여론의 왜곡 형성 등을 방지하는 한편, 해당 방송사업자에게는 해당 프로그램의 신뢰도 하락에 따른 시청률 하락 등의 불이익을 줄 수 있다. 또한 ‘시청자에 대한 사과’에 대하여는 ‘명령’이 아닌 ‘권고’의 형태를 취할 수도 있다. 이와 같이 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 이 사건 심판대상조항이 추구하는 목적을 달성할 수 있으므로 이 사건 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 위배된다.

또한 이 사건 심판대상조항은 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객관성이나 공정성 등 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 방송에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 방송사업자에 대하여 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해하는 것인바, 방송사업자의 인격권에 대한 제한의 정도가 이 사건 심판대상조항이 추구하는 공익에 비해 결코 작다고 할 수 없으므로 이 사건 심판대상조항은 법익의 균형성원칙에도 위배된다.

재판관 김종대의 반대의견

법인은 결사의 자유를 바탕으로 하여 법률에 의해 비로소 창설된 법인격의 주체여서 관념상 결사의 자유에 앞서 존재하는 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다 할 수 없고, 그 행동영역도 법률에 의해 형성될 뿐이며, 기본권의 성질상 법인에게 적용될 수 있는 경우에 한하여 해당 기본권의 주체가 될 수 있다. 인간의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권은 자연적 생명체로서 개인의 존재를 전제로 하는 기본권으로서 그 성질상 법인에게 적용될 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 법인의 인격권을 제한하지 않으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

헌법재판소는 이른바 사죄광고사건(1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정; 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원)에서 「…… 사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 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 제약(법인인 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다)이라고 보지 않을 수 없다.……」라고 판시하였다.

이후에, 학계에서는 법인인 언론사는 양심의 자유의 주체가 될 수 없고, 언론사 아닌 대표자나 발행인 등 자연인에 대한 양심의 자유 침해 여부는 논의대상에서 제외되어야 한다는 등의 다양한 비판이 있었다.

이 사건 사과명령은 방송통신위원회에 의한 제재처분의 일종으로, 위 89헌마160 사건에서 손해배상의 한 방법으로 사죄광고를 명하는 것과는 그 행위주체, 상대방, 발령요건 및 효력 등에서 다르다고 할 수 있지만, 자기의 잘못을 인정하고 용서를 빈다는 의미의 사과나 사죄를 공권력에 의해 강제받는다는 점은 동일하므로, 위 89헌마160 결정과 그 이후 학계에서 논란이 되었던 부분¹⁾과 관련하여 ❶ 이 사건 사과명령으로 인해 법인인 방송사업자에

게 제한되는 기본권이 무엇인지, ② 사과명령을 규정한 이 사건 심판대상조

1) 사죄광고사건(89헌마160)에 대해서 제한되는 기본권을 양심이 자유가 아닌 다른 기본권으로 해야 한다는 견해들이 있다.

가. 언론·출판의 자유로 보는 견해

① 동아일보사에 대하여 언론·출판의 자유의 주체성을 인정하면서 사죄광고제도가 언론·출판의 자유에 대한 합헌적 제한인지 여부를 검토하는 방향으로 나아가 있어야 한다고 믿는다(권영성, 법인의 기본권 주체성에 관한 시론, 서울대학교 법학제35권 1호, 99면).

② 언론기관에 대한 사죄광고명령은 언론의 공적 과제의 이행을 위한 보도활동의 범주 내에서 이루어지는 것으로서, 신문사의 사죄광고 제도로 인하여 그 기사를 작성한 언론인의 윤리적 정체성이 진지하게 위협받을 가능성은 없다. 사죄광고가 법인인 신문사의 이름으로 게재되며 사죄광고의 실질적 주체도 타인의 명예를 훼손하는 기사를 작성한 언론인이 아니라 신문사라는 점도 사죄광고의 문제가 개인적 양심의 문제가 아니라는 것을 뒷받침한다. 사죄광고의 게재에 있어서 문제되는 것은 언론기관과 언론인의 언론의 자유에 대한 제한이 문제인지, 개인적 양심의 문제가 아닌 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 헌법재판소는 사죄광고 사건에서 양심의 자유가 아니라 언론의 자유를 침해된 기본권으로서 판단하는 것이 타당하였다고 생각된다(한수웅, 헌법학, 2012, 699면).

※ 참고로 독일에서 방송 보도와 관련한 논의는 주로 방송사의 (강한) “의견표명의 자유”(기본법 제5조 제1항)를 침해하는지 여부로 전개되었다. 독일에서 인격권과 의견표명의 자유는 모두 헌법상 보장되는 권리이지만 연방헌법재판소는 의견표명의 자유가 자유민주적 국가질서에 지극히 필수적이며 다양한 견해들이 다투어질 수 있는 항상적인 정신적 토론을 보장해 준다는 이유로 후자를 전자보다 우선시하는 입장을 취하고 있다. 독일에서는 미디어와 관련하여 특별히 법률조항 또는 청소년보호에 반하거나 개인의 명예를 훼손하는 방송내용의 경우에는 방해제거청구의 한 유형으로서 철회청구(Widerrufsanspruch)가 인정되고 있다. 그러나 철회청구는 사실의 주장에 대하여서만 인정되고 가치판단에 대한 철회청구는 헌법상의 의견표명의 자유(기본법 제5조 제1항)를 침해하므로 인정되지 않는다는 것이 연방헌법재판소와 연방최고재판소의 견해이다. 나아가 피해자의 명예회복을 위해서라거나 그의 법감정을 원상회복시키기 위해서라거나 사과를 강요하기 위한 목적으로 철회가 규정되어서는 안된다고 한다.

나. 결정의 자유(개인의 선택이 자유 혹은 자기결정권) 내지 언론의 자유로 보는 견해

“헌법재판소가 법원의 사죄광고의 명령을 위헌으로 결정하여야 한다고 진정으로 판단하였다면 양심의 자유에 근거하여서가 아니라 결정의 자유에 근거하여 그 결정을 행하였어야 한다고 생각한다. 자기의 잘못으로 피해를 입은 사람에게 사죄를 할 것인가 아닌가를 결정하는 문제는 양심의 문제라기 보다는 선택의 문제일 뿐인 것이다. 그러므로 법원이 명하는 사죄광고의 진정한 쟁점은 헌법 제37조 제2항에 따라 개인의 선택의 자유(혹은 자기결정권)에 대하여 국가가 정당하게 부과할 수 있는, 헌법적으로 허용되는 제한의 한계를 벗어나는 것이 아니냐 어쩌나 하는 문제라고 생각한다.…… 문제의 헌법재판소 결정이 근거로 생각할 수 있는 마지막 논거는 법원이 명하는 사죄광고가 언론의 자유에 대하여 지닐 수 있는 찬물 끼얹는 효과 혹은 억제적 효과(chilling effect)는, 손해배상과 같이 손해를 전보할 수 있는 방법이 따로 있는 것이기 때문에 사죄광고란 불필요하고 부적당

항이 과잉금지원칙에 위배하여 기본권을 침해한 것인지 등이 쟁점이 되었다. 여기서는 ❶번 쟁점 위주로 살펴본다.

2. 양심의 자유

가. 양심의 자유의 보호범위와 침해되는 기본권

(1) 보호범위에 관한 선례의 입장

○ 사죄광고사건(89헌마160)

양심의 범위를 단순한 도덕적 선악의 개념보다는 넓은 것으로 보았다. 양

하며 따라서 그러한 찬물 끼얹는 효과는 목적 대 수단 관계의 시각에서 보았을 때 균형이 맞지 아니하고 지나친 것이므로 헌법상 정당화 될 수 없는 것이라는 주장이라고 생각한다.”(최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 서울대학교 법학 제39권 3호, 1998. 11-12면)

다. 업무와 관련된 자기결정권이나 일반적 행동의 자유로 보는 견해
“사죄광고명령의 강제가 법인인 신문사나 그 대표이사의 양심을 침해한 것으로 인정하기 위해서는 사죄광고명령의 강제로 인해서 침해되는 신문사나 대표이사의 강력하고 진지한 인격적 파멸이 인정될 수 있어야 했던 것이다. 이러한 검토의 과정이 어렵거나 불가능했다면 법원의 사죄광고명령이 강제됨으로써 신문사나 대표이사가 하기 싫은 행위를 강제당했던 결과로서의 현실은, 양심의 자유를 주장할 수 있는 양심의 문제가 아니라 오히려 업무와 관련된 자기결정권이나 일반적 행동의 자유와 같은 다른 기본권에 대한 침해여부를 검토했어야 한다.”(조소영, 법인의 양심에 대한 헌법적 논의, 법학연구 19권 1호, 165면)

라. 헌법 제21조 제4항의 문제라는 견해
“헌법재판소가 언론·출판의 자유에 관한 헌법적 한계규정에 주목하고 그 기능과 효과를 제대로 인식했다면 민법제764조가 말하는 「 명예회복에 적당한 처분」 중에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법제정권자가 헌법으로 정한 구제한계를 넘어서게 된다는 점을 쉽게 논증할 수 있었을 것이다. …… 헌법 제21조 제4항에는 물론 언론·출판의 자유 남용에 대한 경고적인 의미도 들어 있지만, 또한 입법권자의 과잉입법에 대한 방어적인 의미도 함께 담겨있다고 보아야 한다. 그렇기 때문에 만일 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자가 이에 대한 「피해의 배상을 청구」 할 수 있도록 함으로써 권리구제를 해준다는 것이 헌법의 뜻이다. 따라서 헌법의 이런 취지에 따라 민법 제764조를 해석한다면 언론사에 사죄광고를 명하는식의 법적용은 분명히 헌법정신과 조화될 수 없다. 또 만일 입법권자가 그러한 법적용을 가능케 하기 위한 의도로만 민법 제764조를 제정했다면 그것은 헌법 제21조 제4항의 정신을 무시하는 과잉입법으로서 위헌임을 면할 수 없다고 할 것이다. 헌법 제21조 제4항은 불법행위책임에 관한 민법의 원리나 규정을 단순히 헌법에 옮겨놓고 있는 규정이 결코 아니라는 점을 명심할 필요가 있다. 따라서 중요한 것은 헌법 제21조 제4항의 근거와 테두리 내에서 민법 제764조를 이해하고 해석·적용해야 한다는 점이다.(허영, 사죄광고와 양심의 자유, 법률신문 2045호, 1991. 4. 1.자)

심의 자유를 넓게 해석하는 이유에 관하여, 이와 같이 해석하는 것이 다른 나라의 헌법과 달리 양심의 자유를 신앙의 자유와도 구별하고 사상의 자유에 포함시키지 않은 채 별개의 조항으로 독립시킨 우리 헌법의 취지에 부합할 것이며, 이는 개인의 내심의 자유, 가치판단에는 간섭하지 않겠다는 원리의 명확한 확인인 동시에 민주주의의 기초가 되고 인간의 내심의 영역에 국가권력의 불가침으로 인류의 진보와 발전에 불가결한 것이 되어왔던 정신활동의 자유를 보다 완전히 보장하려는 취의라고 판시하였다.

우리 헌법이 보장하는 양심의 자유에서의 양심은 단순한 윤리적 선악 판단보다도 더 넓은 보호범위를 지니며, 세계관·주의·신조 등까지 포함된다 고 보았으며, 이러한 관점에서 사죄광고가 양심의 자유의 보호영역 내의 문제라고 보았다.

○ 음주측정 거부사건(96헌가11), 준법서약제 사건(98헌마425등)

위 사죄광고사건의 선례를 변경하지 않으면서 양심의 자유의 보호범위를 축소시키는 듯한 판시를 하고 있다. 「…… 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 말한다. 따라서 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263; 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 363 참조). 이른바 개인적 자유의 시초라고 일컬어지는 이러한 양심의 자유는 인간으로서의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 위해 개인의 윤리적 정체성을 보장하는 기능을 담당한다. 그러나 내심의 결정에 근거한 인간의 모든 행위가 헌법상 양심의 자유라는 보호영역에 당연히 포괄되는 것은 아니다. 따라서 양심의 자유가 침해되었는지의 여부를 판단하기 위하여는 먼저 양심의 자유의 헌법적 보호범위를 명확히 하여야 하는바, 이를 위해서는 양심에 따른 어느 행위(또는 불행위)가 실정법의 요구와 서로 충돌할 때 과연 어떤 요건 하에 어느 정도 보호하여야 하는가의 측면에서 고찰되어야 할 것이다. 이렇게 볼 때 헌법상 그 침해로부터 보호되는 양심은 첫째 문제된 당해 실정법의 내용이 양심의 영역과 관련되는 사항을 규율하는 것이어야 하고, 둘째 이에 위반하는 경우

이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제가 따라야 하며, 셋째 그 위반이 양심상의 명령에 따른 것이어야 한다(위 헌재 2002. 4. 25. 98헌마 425등 판결 참조)고 하여 보호범위의 요건을 기술하고 있다.

○ 범위반사실 공표명령사건(2001헌바43)

사업자단체의 법 위반행위가 있을 때 공정거래위원회가 당해 사업자단체에 대하여 “범위반사실의 공표”를 명할 수 있도록 한 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제27조 위헌소원사건에서 헌법재판소는 「……헌법 제19조에서 보호하는 양심은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압과 강요가 있어서는 아니 되는 인간의 윤리적 내심영역이다. 따라서 단순한 사실관계의 확인과 같이 가치적·윤리적 판단이 개입될 여지가 없는 경우는 물론, 법률해석에 관하여 여러 견해가 갈리는 경우처럼 다소의 가치관련성을 가진다고 하더라도 개인의 인격형성과는 관계가 없는 사사로운 사유나 의견 등은 그 보호대상이 아니다. ……경제규제법적인 성격을 가진 공정거래법에 위반하였는지 여부에 있어서도 각 개인의 소신에 따라 어느 정도의 가치판단이 개입될 수 있는 소지가 있고 그 한도에서 다소의 윤리적·도덕적 관련성을 가질 수도 있겠으나, 이러한 법률판단의 문제는 개인의 인격형성과는 무관하며, 대화와 토론을 통하여 가장 합리적인 것으로 그 내용이 동화되거나 수렴될 수 있는 포용성을 가지는 분야에 속한다고 할 것이므로 헌법 제19조에 의하여 보장되는 양심의 영역에 포함되지 아니한다. ……」고 하여 ‘범위반사실의 공표’명령은 양심의 자유의 보호범위에 속하지 아니한다고 보았다.

그러나 일반적 행동의 자유 및 명예권 침해 여부에 관하여는 과잉금지원칙을 위배한 기본권 침해라고 인정하였다.²⁾

2) 「……형사재판이 개시되기도 전에 공정거래위원회의 행정처분에 의하여 무조건적으로 범위반을 단정, 그 피의사실을 공표토록 한다면 이는 지나치게 광범위한 조치로서 앞서 본 입법목적에 반드시 부합하는 적절한 수단이라고 하기 어렵다. 나아가 ‘범위반으로 인한 시정명령을 받은 사실의 공표’에 의할 경우, 입법 목적을 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있는 것이므로, 범위반사실을 인정케하고 이를 공표시키는 이 사건과 같은 명령형태는 기본권을 과도하게 제한하는 것이 된다.」라고 하였다.

(2) 선례의 검토

(가) 양심의 자유에 의하여 보호되는 양심의 개념은 주관적, 형식적으로 파악하여야 하며 그 형성의 연원은 체계를 갖춘 사상이든, 종교이든 다른 무엇이든 가능하고 그 내용을 따지지 않는다는 의미에서 개방적이어야 한다. 양심의 자유를 기본권으로 보호하는 의의는 인간 정신의 핵심영역이 국가에 의해 간섭받는 것을 막는다는 것이므로, 헌법상 보호되는 양심에 어떤 실체적 내용을 부여하거나 평균인의 기준을 도입하거나 하면 양심의 자율성에 대한 침해를 피할 수 없기 때문이다.

(나) 학계에서는 양심의 의미를 포괄적인 내심의 자유로 이해하는 ‘사회적 양심설’과 내심의 자유 중 윤리적 성격에 국한하는 ‘윤리적 양심설’이 주장되고 있는데, 사죄광고의 선례는 전자의 입장으로 보인다. ‘윤리적 양심설’은 양심의 내용이 윤리적이어야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 양심의 자유가 보호하고자 하는 것이 ‘윤리적 관점에서 내려진 결정과 그에 근거한 행위’라는 것을 의미하는 것으로, 여기서 ‘윤리적’이란 다른 기본권의 보호범위와 경계설정을 위한 징표라고 한다. 위 범위만사실 공표명령에 관한 2001헌바43 사건에서 “헌법 제19조에서 보호하는 양심은...인간의 윤리적 내심영역”이라고 한 것은 일응 윤리적 양심설의 입장에 선 것으로 보인다.

그러나 최근 헌법재판소는 연말정산 간소화를 위하여 의료기관에게 환자들의 의료비 내역에 관한 정보를 국세청에 제출하는 의무를 부과하고 있는 법조항이 양심의 자유를 제한하는지 여부에 관하여(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401, 1409(병합) 소득세법 제165조 제1항 등 위헌확인 등), ① 법정의견은 [의사가 자신이 진찰하고 치료한 환자에 관한 사생활과 정신적·신체적 비밀을 유지하고 보존하는 것은 의사의 근원적이고 보편적인 윤리이자 도덕이고, 환자와의 묵시적 약속이라고 할 것이다. 만일 의사가 환자의 신병에 관한 사실을 자신의 의사에 반하여 외부에 알려야 한다면, 이는 의사로서의 윤리적·도덕적 가치에 반하는 것으로서 심한 양심적 갈등을 겪을 수 밖에 없을 것이다. 그런데 소득공제증빙서류 제출의무자들인 의료기관인 의사로

서는 과세자료를 제출하지 않을 경우 국세청으로부터 행정지도와 함께 세무 조사와 같은 불이익을 받을 수 있다는 심리적 강박감을 가지게 되는데, 결국 이 사건 법령조항에 대하여는 의무불이행에 대하여 간접적이고 사실적인 강제수단이 존재하므로 법적 강제수단의 존부와 관계없이 의사인 청구인들의 양심의 자유를 제한한다.]고 판단한 반면, ② 재판관 이강국, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 별개의견은 [이 사건 법령조항은 의사인 청구인들에 대하여 수진자의 병명 등 구체적 진료정보가 아닌 수진자의 의료비 지급내역이라는 객관적 사실에 관한 자료를 제출할 의무를 부과하고 있을 뿐이므로, 그 소득공제증빙서류의 제출 여부에 대한 결정에 의사 개인의 세계관, 인생관, 주의, 신조 등이나 내심에 있어서의 윤리적·가치적 판단이 개입된다고 보기는 어렵다. 나아가 설사 의사 개개인의 주관에 따라서는 소득공제증빙서류의 제출 여부에 관한 내심의 결정에 어느 정도의 윤리적, 가치적 판단이 개입될 여지는 있다고 하더라도, 이를 헌법상 양심의 자유의 보호영역에 속하는 개인의 인격형성에 관련된 진지한 윤리적 결정, 즉 ‘어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리’에 해당한다고 볼 수는 없다.]고 판단을 달리하였으나, 모두 양심의 자유의 보호범위를 엄격하게 윤리적 영역으로 한정하고 있지는 않다.

또한, 최근 병역거부 관련 결정에서도 “양심상 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 밖의 가치체계에 기초하고 있는지와 관계없이, 모든 내용의 양심상 결정이 양심의 자유에 의하여 보장되어야 한다.”(헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12등 판례집 23-2상, 132)고 함으로써 사회적 양심설을 취하고 있다.

(다) 한편, 개인이 자신의 행위의 근거가 되는 내적 동기를 ‘양심상의 결정’이라고 주장하는 모든 경우에 양심의 자유가 문제된다면, 양심의 자유란 자신의 내적 결정에 따라 자율적으로 행동할 자유, 가령 자신의 결정에 따라 표현하고 집회에 참가하고 예술활동과 학문활동을 할 자유 등을 의미하게 되고, 이로써 모든 개별 자유권의 보호범위를 포괄하는 일반적 자유권의 성격을 가지게 된다.

헌법이 양심의 자유를 통하여 보장하고자 하는 것은 개인의 일반적 행동

의 자유가 아니라 인격적·정신적 정체성의 유지이며, 양심의 자유에 의하여 인간의 모든 행위가 보호받는 것이 아니라 ‘양심상의 결정에 근거한 행위’만이 보호된다. 그러므로 양심의 자유가 보호하고자 하는 바는 양심과 관련된 영역, 즉 개인의 인격적·윤리적 정체성을 형성하고 유지하며 외부세계에 대하여 관철하는 영역이지, 모든 생활영역에서의 자기결정권과 그에 근거한 행위를 보장하고자 하는 것이 아니다.

이때 ‘양심상의 결정’이란 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에 양심상의 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다(2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 151).

이와 같이 ‘진지성’의 요건을 요구하는 것은 양심의 개념에 상당한 정도의 엄격성을 부여하여 그 보호범위를 한정시키는 동시에 양심의 자유의 기본권으로서의 내적 일관성을 높이고 기본적인 정신적 자유권으로서의 보호가치를 뚜렷하게 하기 위함이다. 이와 같은 요건을 구비하지 못한 신념과 이에 수반되는 활동은 다른 기본권 조항들에 의해 그 보호가치에 상응하는 보호를 받을 수 있으므로 보호의 공백을 우려할 필요는 없다.³⁾

(3) 이 사건의 검토

(가) 사죄광고 선례의 입장을 비판하는 입장, 즉 양심의 자유의 보호범위를 판별하는 기준으로서의 ‘진지성’을 엄격하게 해석할 경우, 양심의 자유를 엄격하게 윤리적 영역에 국한시킬 경우 이 사건 심판대상조항의 시청자에 대한 사과방송 명령은 양심의 자유의 보호영역에 속하지 않는 것으로 양심의 자유 제한의 문제는 생기지 않는다고 볼 가능성이 크다.

① 견해 1 : 양심의 자유가 보장하고자 하는 것이 고유한 인격의 정체성 유지라는 점에 비추어 볼 때 방송사업자에 대한 사과방송 명령은 언론의 공적 과제의 이행을 위한 보도활동의 범주 내에서 이루어지는 것으로서, 방송사업자의 사과방송으로 인하여 해당 프로그램의 제작자나 방송사업자의 대

3) 윤영미, “양심의 자유의 내용과 제한” [인권과 정의 제345호. 2005. 5.], 56면

표자의 윤리적 정체성이 진지하게 위협받을 가능성은 없다. 특히 방송사업자가 법인인 경우 사과방송이 법인인 방송사의 이름으로 방송되며 사과방송의 실질적 주체도 해당프로그램을 제작한 방송인이 아니라 방송사라는 점도 사과방송의 문제가 개인적 양심의 문제가 아니라는 것을 뒷받침한다. 사과방송에 있어서 문제되는 것은 방송사와 방송제작자의 언론의 자유에 대한 제한의 문제이지, 개인적 양심의 문제가 아닌 것이다⁴⁾.

② 견해 2 : 양심의 자유가 헌법적 관련성을 가지려면 자기의 단순한 선호나 창피하다 혹은 따르기 싫다는 것 이상으로 법이 요구하는 바와 충돌하는 강한 도덕적 신념, 많은 경우에 종교적 신앙에 기초한 신념을 보여주어야 한다. 양심이란 자기의 생각이나 행동의 옳고 그름에 관한 도덕적 인식이므로 단순히 자기가 하고 싶은 것 또는 하고 싶지 않은 것을 하는 것과는 아무런 관계가 없다⁵⁾. 사과방송 명령의 사과는 도덕적인 신념이나 종교적인 신앙이 지시하는 바와 상충하는 것이라고 도저히 볼 수 없으며, 사과방송 명령의 거부는 단순히 따르기 싫다는 것 이상으로 이를 헌법상 양심의 자유의 보호영역에 속하는 개인의 인격형성에 관련된 진지한 윤리적 결정, 즉 ‘어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리’에 해당한다고 볼 수는 없다.

(나) 하지만, 사과방송 명령은 양심에 반하여 사과의 의사표시를 강요하는 것으로서, 이 사건 제재조치의 고유한 속성은 문제되는 방송에 대하여 방송통신위원회로부터 언론의 공정성 원칙을 위반하였다는 평가를 받았다는 사실의 단순한 공표나 나아가 어느 정도 가치판단을 수반하지만 개인의 인격형성과는 무관하고 대화와 토론을 통하여 가장 합리적인 것으로 내용이 동화되거나 수렴될 수 있는 보도의 공정성 원칙 위반이라는 법률적 평가의 공표를 요구하는데 그치지 아니한다.

방송사업자가 만든 프로그램이 언론의 사회적 책임으로서의 공정성 원칙을 위반할 정도로 편파적이거나 불공정하다고 판단하지 않는 방송사업자에

4) 한수웅, 헌법학, 675

5) 최대권

게 잘못했다는 도덕적 평가에 기초하여 그 잘못에 대하여 인정하고 용서를 구하는 왜곡된 윤리적·도덕적 판단의 표시를 강요하는 측면이 분명히 존재한다. 따라서 사죄광고에 관한 선례의 입장에 따라 양심의 자유를 제한하는 것으로 보는 것이 옳다고 생각된다.

나. 양심의 자유의 향유주체와 법인에 대한 사과방송 명령이 양심의 자유의 제한 문제로 다루어질 수 있는지 여부

(1) 법인이 양심의 자유의 주체가 될 수 있는지 여부

기본권의 주체는 크게 자연인과 법인으로 나눌 수 있는바, 오늘날에 이르러서는 법인이 수행하는 역할과 활동에 비추어 그 성질상 가능한 경우에는 기본권 주체성을 인정하는 것이 다수설이다.⁶⁾

헌법재판소도 “우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 할 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”[헌재 1991. 6. 3. 선고 90헌마56(한국영화인협회 감독위원회), 판례집 3, 289, 295]고 판시하였다.

그러나 법인은 전면적·포괄적 기본권 주체인 자연인과 비교하여 그 목적·기능·활동 등에 의하여 제한을 받는 부분적·제한적 기본권 주체가 할 것이므로, 대표적인 정신적 기본권이라 할 수 있는 양심의 자유는 자연인만이 주체가 될 수 있다는 것이 통설이고,⁷⁾ 이 사건의 경우 원고는 법인인 방송사업자이므로 양심의 자유의 주체가 될 수 없다 할 것이다.

헌법재판소는 사죄광고사건(89헌마160) 결정에서 「……따라서 사죄광고의

6) 권영성, [헌법학원론(2010년판)], 323-324면

7) 권영성, 앞의 책, 483면, 한수웅, 헌법 제19조의 양심의 자유, 헌법은총 제12집(2001) 434쪽 [양심이란 항상 자주적 인격체의 단독적인 윤리적 결정이기 때문에, 단체에 의하여 집단적으로 행사될 수 있는 종교의 자유와는 달리 양심의 자유는 고도의 개인적 권리이며, 따라서 단체나 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다.]

강제는 양심도 아닌 것이 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 제약(법인인 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다.)이라고 보지 않을 수 없다.……」⁸⁾라고 판시하였는바, 법인인 동아일보사를 양심의 자유의 주체로 인정하였다는 견해도 있으나, 법인도 양심의 자유를 향유할 수 있다고 판시하였다기 보다는, 법원의 사죄광고명령은 법인의 경우 그 대표자인 자연인의 양심의 자유를 침해한다고 판단한 것으로 봄이 상당하다고 사료된다.

따라서 이 사건 사과명령의 상대방은 원고인 법인이고, 사과명령의 이행 또한 법인의 이름으로 행해질 것이므로, 법인이 양심의 자유의 주체가 될 수 없다 하여 곧바로 법인이 기본권 주체가 될 수 있는 다른 기본권의 영역을 찾을 것이 아니라, 선례(89헌마160)와 마찬가지로 이 사건 사과명령이 법인의 대표자의 양심의 자유를 제한한다고 볼 수 있는지, 대표자의 양심의 자유를 침해한다면 이를 이유로 이 사건 심판대상조항을 위헌이라 할 수 있는지 여부에 대하여 검토하여야 할 것이다.

(2) 법인에 대한 처분이 그 구성원인 자연인의 양심의 자유를 제한할 수 있는지 여부

(가) 긍정설

법인의 문제는 근대사법학에서 처음 논의된 것으로, 법률관계에 있어서 자연인 이외의 별개의 존재에 법상의 권리와 의무를 인정할 수 있느냐의 문제와 관련하여, 법률관계에 있어서 하나의 법적인 주체로서 인정하는 경우에 이를 이론적으로 어떻게 이해할 것이냐를 두고 ‘법인본질론’ 논쟁으로 이어졌다.

법인의제설은 법률관계에 있어서 권리와 의무의 주체는 원래가 자연인에 한하여 인정되는 것이고 법인은 법률의 힘에 의하여 자연인에 의제되어 인

8) 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 154 참조

정된 것에 불과하므로 법인 자체의 실재적인 독자성을 부인한다.

이는 법인부인론으로 발전되는데, 법인의 실체는 법인이라는 그 어떤 것이 아니라 현실적으로 개인 또는 재산 그 자체일 뿐 그 이외에 어떤 실체가 있는 것이 아니므로 법인은 법률관계에 있어서 권리와 의무의 귀속점으로만 인정되는 관념적 주체라고 이해된다. 법인의 실질적 주체는 법인 그 자체가 아니라 사단이나 재단의 법인에 의하여 이익을 얻는 그 구성원 내지 수익자라고 보는 것이다

이에 대하여 법인실재설은 게르만법의 단체사상에 기초한 것인데, 법인은 법률에 의하여 의제된 것이 아니고 실질적으로 법률관계의 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 실체를 가지고 있는 사회적 실재라고 이해하였다.

이러한 법인에 대한 이해의 시도는 모두 어느 일면만 파악한 것이므로 엄밀한 인식론적 측면에서는 법인의 사회적 기능의 문제와 법인격이 부여되는 이론적 근거를 구별해야 하지만, 이는 양자택일의 성질을 가진 것이 아니기 때문에 법인을 이해함에 있어서는 법인의 법기술적인 측면과 기능적인 측면을 분리하지 말고 함께 이해해야 할 것이라는 기능적 관점이 현대에 이르러서는 등장하여 지지를 얻고 있다. 관련하여 법인이 사법상의 권리와 의무의 주체라는 문제와 법인이 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는냐의 문제는 동일평면에서 논의할 성질이 아니라는 견해도 제기되고 있다.⁹⁾

9) ○ 권영성, “<법인의 기본권주체성>에 관한 한 시론”, [서울대학교 법학, 제35권 1호, 1994. 5.], 104-109면; 자연인의 육체적 특성에서 유래하는 기본권(예컨대 신체의 자유)이나 심리적·정신적 특성에서 유래하는 기본권(예컨대 신앙의 자유나 양심의 자유)을 제외하고는 그 일반적·추상적 기본권 주체성을 널리 인정하여야 할 것이다. 그러나 오늘날에는 특정한 기본권의 성질이 여러 가지로 다양하게 나타나고 있을 뿐만 아니라, 기본권의 성질 자체도 법인과의 관계에서 검토되지 않으면 이를 올바르게 인식할 수 없기 때문에, 구체적·개별적 기본권 주체성의 문제는 당해 법인의 기능과 목적, 활동유형에 비추어 개별적·구체적으로 판단할 수 밖에 없다고 한다.

○ 신우철, “<법인>의 <기본권주체성>:비판적 재구성”[공법연구 제30집 제3호, 2002. 2.], 197-201면; 법인의 기본권주체성 문제는, 법인 내지 단체 그 자신에 고유한 ‘공공성의 강약’을 문제삼는 양적 사고구조를 수용할 때에만 비로소 올바른 해결을 기대할 수 있다고 하며, 공공성을 주요표지로 삼는 공법영역에서는 사법영역의 전통적·이분법적 사고구조가 그대로 들어맞기 어렵고, 기본권이 단순히 주관적 권리인 것만은 아니고 객관적 가치질서 내지 객관적 원칙규범이기도 하다는 이해가 점차 확산되고 있는 오늘날, 법인의 기본권 주체성 논의는 새로운 전기를 맞고 있다고 한다. ‘법인’이라는 고립적·폐쇄적 개념의 덫에서 빠져 나오므로써, ‘단체현

법인의 본질론과 기본권 주체성의 문제에 관한 견해 및 논의들을 종합적으로 참작할 때, 법인과 그 구성원과의 일정한 관련성을 모든 영역에서 완전히 부정하기는 어렵고, 어떠한 견해에 의하더라도 법인은 관념체이므로 자신의 법적 활동을 실질적으로 수행하기 위하여 필연적으로 자연적 의사를 가진 기관인(organ person)을 매개체로 삼아야 하는 것을 인정해야 하는 것은 분명하므로, 성질상 자연인을 전제로 한 기본권으로서 법인의 경우 그 향유 주체가 될 수 없다고 보여지는 일정한 기본권 영역에 있어서는, 법인에 대한 처분이 그 기관이거나 구성원인 자연인의 기본권을 제한한다고 보는 것이 가능하고, 이렇게 보는 것이 법인과 자연인 및 그를 둘러싸고 벌어지는 법률관계의 실질을 보다 정확하게 파악하는 것이 될 수도 있다.¹⁰⁾

이 사건과 같이 양심의 자유가 문제될 경우에는 법인 자신은 정신적 세계를 갖고 있지 않으므로 양심의 자유의 주체가 될 수 없다 할지라도 법인에 대한 명령이나 강제가 그 명령을 실제로 이행하는 법인의 기관인 자연인의 양심의 자유를 제한한다고 볼 수 있다.¹¹⁾

(나) 부정설¹²⁾

상에 대한 기본권의 적용' 내지 '기본권의 집단공동적 행사'라는 보다 유연한 사고가 가능해진다고 하며, 이에 상응하여 '법인'이 신체의 자유, 양심의 자유, 신앙의 자유, 학문의 자유의 '주체'가 될 수 없다는 통설의 결론 역시 수정되어야 한다고 한다. 기본권이 개개인의 고립적·폐쇄적인 신조·신앙·연구만을 보장하는 취지는 아닐 것이며, 공동체 속에서 살아가는 인간에게 오히려 긴요하게 보장되어야 할 것은 공동의 양심, 공동의 신앙, 공동의 연구일 것이므로, 고립적 '주체' 개념에 속박되었던 과거의 '권리의 헌법학'이 초래한 속박에서 벗어나 '책임의 헌법학'으로 나아가야 한다고 한다.

- 10) 정종섭, '법인의 기본권 주체성에 관한 서설', [헌법논총 제2집] 409쪽 원래 법인이란 것이 자연인인 개인이 경제적, 사회적, 정치적 이익 등을 추구함에 있어서 개개인이 단독으로 이를 추구하는 것보다는 경우에 따라 집단이나 단체를 구성하여 이를 추구하는 것이 보다 충실하고 효과적이기 때문에 생겨난 점을 감안해 보면 법인의 기본권 보장문제를 법인의 구성원의 기본권보장과 완전히 단절시켜 이해하기는 힘들다고 한다.
- 11) 사죄광고사건(89헌마160)의 당해사건의 경우도 판결문 말미에 별지로 첨부된 사과문은 주식회사 동아일보사 대표자 회장 김상기의 명의로 작성되어 있으나, 법원은 주식회사 동아일보사, 발행인, 주간, 기자인 피고들 4인 모두에게 사과문을 게재할 것을 명하였다.
- 12) 이 문제를 정면으로 다룬, 조소영, 법인의 양심의 자유에 대한 헌법적 논의, 170면 이하; 헌법재판소, 기본권의 주체성, 197면 이하 참조

앞서 본 바와 같이 법인인 방송사업자를 양심의 자유를 향유하는 주체로 인정하는 견해는 찾기 어렵다.

이 경우, 법인인 방송사업자에게 허용될 수 없는 양심의 자유에 관하여, 방송사업자의 대표자를 기준으로 하여 침해 여부를 판단하는 것도 허용되지 않는다고 보아야 하고, 명시적으로 이 견해를 지지하는 학설도 찾아보기 어렵다¹³⁾.

우선 법인 그 자체를 구성원과 분리하여 다루는 헌법재판소의 일관된 원칙과 모순된다. 헌법재판소는 “단체와 그 구성원을 서로 별개의 독립된 인격체로 인정하고 있는 현행의 우리나라 법제 아래에서는 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해당한 사람만이 원칙적으로 헌법소원심판 절차에 따라 권리구제를 청구할 수 있는 것이고, 단체의 구성원이 기본권을 침해당한 경우 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 그를 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다.”(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 296; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 118)고 계속하여 판시하여 오고 있다. 따라서 법인을 대상으로 한 법률조항이나 처분은 원칙적으로 법인에게 허용되는 기본권을 침해하는 것이고, 법인의 구성원의 기본권을 침해한다고 볼 수는 없으며, 법인 그 자체와 분리하여 생각할 수 없는 존재인 법인의 기관인의 기본권 침해를 독립하여 인정할 수도 없다.

만일 법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우는 법인 자신의 기본권 침해를, 법인의 기본권 주체성을 인정할 수 없는 경우는 법인의 기관인 자연인의 기본권 침해를 각 다룰 수 있게 된다면, 법인에게 허용될 수 없는 기본권은 ‘사실상’ 없게 되고, 법인의 기본권을 자연인과 별개로 다루는 의의는 소멸되

13) 윤진수, 사죄광고제도와 민법 제764조의 위헌여부, 사법행정(91. 11.) 제83면에서, 법인에게 사죄광고를 명하는 것이 위헌이라고 판단하기 위한 논리적 가능성의 하나로 제시되고 있을 뿐이다.

장영수 교수도 양심의 자유는 인간의 정신현상과 직결되어 있는 것이기 때문에 법인의 기본권 주체성은 인정하지 않는 것이 일반적이라고 하면서도 (당해 위헌소원의 청구주체였던 동아일보사가 법인으로서 양심의 자유의 주체로 인정되는지에 대해서 명시적으로 언급하지 않았던), 사죄광고사건의 경우 법인도 양심의 자유를 누린다는 것을 직접적으로 인정한 것이라기보다는 법인의 구성원인 자연인의 양심의 자유를 간접적으로 인정한 것으로 보아야 한다고 할 뿐이다. 장영수, 헌법학, 홍문사, 2006, 658면.

게 된다. 따라서 법인에 대한 처분에 있어 양심의 자유 침해 여부로 다루는 것은 타당하지 않다.

다. 소결

결론적으로, ‘시청자에 대한 사과’라는 제재조치에 의하여 내심에 반하는 ‘사과’라는 의사표시를 강제당하지 않을 자유는 양심의 자유의 보호범위에 속하는 문제로 볼 수 있지만, 방송사업자에 대한 사과명령은 법인에 대한 것이고, 법인은 양심의 자유의 주체가 될 수 없고 법인의 기관인인 대표이사의 양심의 자유의 침해문제로 치환될 수도 없는 것이어서 양심의 자유를 제한되는 기본권으로 삼을 수 없다고 할 것이다.

3. 일반적 행동의 자유

사과명령에서 문제되는 기본권 제한의 핵심내용은 방송사업자는 해당 프로그램이 언론의 사회적 책임으로서의 공정성 원칙을 위반할 정도로 편파적이거나 불공정하다고 판단하지 않음에도 불구하고 방송사업자로 하여금 잘못했다는 도덕적 평가에 기초하여 그 잘못에 대하여 인정하고 용서를 구하는 왜곡된 윤리적·도덕적 판단의 표시를 하도록 강요한다는 측면이다. 이 경우 방송사업자가 법인이어서 양심의 자유 등 정신적 기본권의 주체가 될 수 없으므로¹⁴⁾ 법인의 경우 이러한 제한을 어떤 기본권에 대한 제한으로 포섭할 것인가에 대한 고민에서 ‘일반적 행동의 자유’가 고려될 수 있다. 그렇다면 이 사건에서 제한되는 기본권으로 고려될 수 있는 ‘일반적 행동의 자유’와 ‘명예에 관한 인격권’ 중 전자의 비중이 더 크다고 생각된다.¹⁵⁾

14) 이는 통설이고(권영성, 한수웅 등, 보고서 24면 참조), 동아일보 사죄광고 사건(89헌마160)에서 헌법재판소가 “...양심의 자유의 제약(법인인 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다.)이라고 보지 않을 수 없다...”라고 관시한 것도 법인이 양심의 자유를 향유할 수 있다고 관시하였다기 보다는, 법원의 사죄광고명령은 법인의 경우 그 대표자인 자연인의 양심의 자유를 침해한다고 본 것으로 해석함이 상당하다.

15) 이 사건 사과명령에 의해 제한되는 또 다른 기본권인 ‘명예에 관한 인격권’의 경우 헌법재판소가 “헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함되는바, 이 때 ‘명예’는 사람이나 그 인격에 대한 ‘사회적 평가’, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정

다만, 법인의 경우 ‘우리 헌법은 법인 내지 단체의 기본권 향유능력에 대하여 명문의 규정을 두고 있지는 않지만 본래 자연인에게 적용되는 기본권이라도 그 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 법인에게도 적용된다’(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 295 참조)는 논리하에 기본권을 인정하고 있기 때문에 ‘일반적 행동의 자유’라는 포괄적 성격의 기본권을 아무 제한없이 전면적으로 법인에게 인정하는 판시는 ‘기본권의 성질에 따라 법인에게 기본권을 인정한다’는 위 판시에 배치될 위험성이 있다. 따라서 이 사건에서 제한되는 주된 기본권을 일반적 행동의 자유로 할 경우 일반적 행동의 자유 중 사과명령으로 인해 방송사업자에게 제한되는 부분을 가려내어 판시

은 법적으로 보호받는 명예에 포함된다고 할 수 없다. 왜냐하면, 헌법이 인격권으로 보호하는 명예의 개념을 사회적·외부적 징표에 국한하지 않는다면 주관적이고 개별적인 내심의 명예감정까지 명예에 포함되어 모든 주관적 명예감정의 손상이 법적 분절화될 수 있기 때문이다. 따라서 주관적·내면적·정신적 사항은 객관성과 구체성이 미약한 것이므로 법적인 개념이나 이익으로 파악하는 데는 대단히 신중을 기해야 한다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌마147, 판례집 22-2 하, 480, 486).”라고 판시한 것을 고려하면 ‘명예에 관한 인격권’은 이 사건 사과명령이 (자외에 반하여) 이행된 결과 방송사업자의 ‘사회적 평가’, 즉 객관적·외부적 가치평가가 저하됨으로써 기본권(명예관련)이 제한되는 측면을 포섭하는 것이지 위에서 살펴본 이 사건 사과명령에서 문제되는 기본권 제한의 핵심내용 즉, 방송사업자는 해당 프로그램이 언론의 사회적 책임으로서의 공정성 원칙을 위반할 정도로 편파적이거나 불공정하다고 판단하지 않음에도 불구하고 방송사업자로 하여금 잘못했다는 도덕적 평가에 기초하여 그 잘못에 대하여 인정하고 용서를 구하는 왜곡된 윤리적·도덕적 판단의 표시를 하도록 강요한다는 측면을 포섭하지는 못하기 때문이다. 다만, 이렇게 볼 경우 동일한 공권력 작용이 상대방이 자연인이라면 정신적 영역인 양심의 자유의 제한으로 되는 것이 법인이 당사자(상대방)가 됨으로 인해 정신적 영역의 의미가 상당히 퇴색되는 일반적 행동의 자유의 제한으로 보는 것이 타당한가 하는 의문이 들 수 있다. 그러나 ‘동일한 공권력 작용’은 기본권 침해의 원인에 해당하고 기본권이 침해되는 결과는 공권력 작용의 상대방에게서 나타난다고 할 것인바, 공권력 작용의 상대방이 보유하는 기본권에 따라 기본권 침해의 태양은 달라질 수 있는 것이다. 그렇다면 이 사건 사과명령으로 인해 제한되는 주된 기본권을 일반적 행동의 자유로 보고 이로 인해 자연인이라면 인정했을 정신적 영역에 대한 제한 부분이 축소되더라도 이는 공권력 작용의 상대방으로서 기본권을 제한당하는 법인이 양심 등 정신적 영역을 보유하지 못한 데서 비롯된 것이므로 불가피한(내지는 당연한) 결과라고 생각된다.

참고로, 양심적 병역거부사건(2002헌가1)에서 헌법재판소가 밝힌 것처럼 「인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서 양심의 자유의 기능은 개인의 인격적 정체성과 동일성을 유지하는 데 있다.……」고 한다면, 양심의 자유와 인격권의 관계도 특별-일반의 관계에 있는 것으로서 양심의 자유의 보호영역에 속하지 않는다고 판단될 때 나아가 인격권이나 일반적 행동의 자유 침해 여부를 판단할 수 있다고 할 것이다.

할 필요가 있다고 생각된다.¹⁶⁾¹⁷⁾

법인이나 단체가 청구인인 사건에서 제한되는 기본권이 ‘일반적 행동의 자유’라고 하여 인정한 예는 위 범위반사실공표 사건(2001헌바43), 노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지하는 법률이 청구인 노동조합의 정치활동의 자유, 즉 표현의 자유, 결사의 자유, 일반적인 행동자유권 및 개성의 자유로운 발현권을 그 보장내용으로 하는 행복추구권을 제한한다고 한 사건(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154, 판례집 11-2, 555, 573)¹⁸⁾ 외에는 찾아보기 어렵다.

또한, 일반적 행동의 자유의 헌법상 근거에 대하여 헌법 제10조 행복추구권에서 나온다는 판시가 대부분인데(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 383-384 등 다수),¹⁹⁾ 헌법재판소는 일반론이기는 하지만 법인에게 행복추구권이 있다고 보기 어렵다는 판시를 한 바 있고,²⁰⁾ 행복추구권은 인간인

16) 독일의 경우를 보더라도 연방헌법재판소는 “연방최고재판소가 판결에서 인정하였던, 민법상의 소위 일반적 인격권은 기본법 제2조 제1항을 통하여 일반적 행동자유 의 일부로써 보호되는 경제적 활동자유와 다르지 않다.”라고 한바, 법인에게 일반적 행동이 자유를 전면적으로 인정하기 보다는 독일 기본법 제19조 “기본권은 그 본질상 적용이 인정되는 한도 내에서 국내의 법인에도 효력을 가진다.”는 기본권 성질론에 입각하여 성질상 법인에게 인정되는 부분으로 한정된 것으로 생각된다.

17) 예를 들면, ‘방송사업자가 방송사업에 관련된 의사결정 및 행동을 스스로 선택하여 행할 자유’

18) 그러나 이 사건에서는 “이 사건 법률조항은 노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지함으로써 청구인이 정당에 정치자금을 기부하는 형태로 정치적 의사를 표현하는 자유를 제한하는 한편, 정치자금의 기부를 통하여 정당에 정치적 영향력을 행사하는 결사의 자유(단체활동의 자유)를 제한하는 규정이므로, 이 사건 법률조항에 의하여 침해된 기본권은 헌법 제33조의 단결권이 아니라 헌법 제21조의 노동조합의 정치활동의 자유, 즉 표현의 자유, 결사의 자유, 일반적인 행동자유권 및 개성의 자유로운 발현권을 그 보장내용으로 하는 행복추구권이라고 보아야 한다.”라고 하여 제한되는 기본권에서는 일반적 행동자유권을 실시하였으나, 위헌여부 판단에 나아가서는 “그런데 이 사건 법률조항은 노동단체에 대하여 정치자금을 기부할 수 없도록 규정하여 노동단체의 표현의 자유와 결사의 자유를 제한하고 있다.”라고 한 후 일반적 행동자유권에 대한 판단은 없이 “이 사건 법률조항은 노동단체인 청구인의 표현의 자유 및 결사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 위헌적인 규정이다.”라고 결론을 내리고 있다.(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154, 판례집 11-2, 555, 573-581 참조)

19) 다만, 위 범위반사실공표 사건에서는 일반적 행동의 자유를 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 권리로 보았다(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49, 57).

자연인으로서 향유하게 되는 성질의 것이라는 견해²¹⁾가 있으며 헌법재판소는 일반적 행동이 자유는 개인의 인격발현과 밀접히 관련되어 있다고 판시하고 있어²²⁾ 원칙적으로는 자연인을 염두에 둔 기본권으로 볼 여지도 있음을 고려하면 이 사건에서 제한되는 기본권을 일반적 행동의 자유로 할 경우 이를 방송사업자의 사과명령에 관련되는 부분으로 한정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

4. 인격권

가. 인격권과 양심의 자유와의 관계

20) “청구인들은 학교법인이다. 법인격이 있는 사법상의 사단이나 재단은 성질상 기본권주체가 될 수 있는 범위에서 청구인능력을 가진다. 그런데 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리는 그 성질상 자연인에게 인정되는 기본권이라고 할 것이어서, 법인인 청구인들에게는 적용되지 않는다고 할 것이다.” (헌재 2006. 12. 28. 2004헌마67, 공보 123, 34, 38); “사립학교법인인 청구인의 행복추구권 주장에 대하여 살펴보면, 행복추구권의 성질상 자연인이 아닌 법인에게 행복추구권이 있다고 보기 어려워, 법인인 청구인의 행복추구권은 인정되지 아니한다고 할 것이다”(헌재 2010. 7. 29. 2009헌마40, 판례집 22-2 상, 337, 343)

다만, 위 결정들은 청구인이 행복추구권을 주장하는데 대하여 답을 한 정도일 뿐, 법인이 행복추구권에서 파생되는 모든 기본권을 향유할 수 없다는 취지라고 보기는 어려운 면이 있다.

반면, 법인과 자연인이 청구인인 기소유예처분취소 사건에서 기소유예처분으로 말미암아 “청구인들의 기본권인 평등권과 행복추구권이 침해되었다”고 판시한 예가 있다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마310, 판례집 22-1 상, 381, 388).

21) 성낙인, 헌법학, 2011, 338면(기본권의 성질상 비교적 폭넓게 법인에게 인정되는 기본권으로는 평등권, 직업선택의 자유, 거주·이전의 자유, 주거의 자유, 통신의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유, 재산권, 재판청구권, 국가배상청구권이 있으나, 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 신체의 자유, 정신적 자유, 정치적 기본권, 사회권 등에 대하여는 법인의 기본권 주체성을 인정하기 어렵다고 함); 정종섭, 헌법학원론, 2010, 320면(인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 성별·가문·출신 등 인적 요소와 결합된 차별금지, 생명권, 정신적 자유권, 내심의 자유, 혼인의 순결, 인신의 자유, 교육을 받을 권리, 참정권 등 천부적인 자연권이나 인적요소에 결부된 기본권에 해당하는 것들은 그 성질상 자연인에게만 인정되는 것이라고 함); 김철수, 헌법학 개론, 2006. 305면도 유사함.

22) “일반적 행동의 자유는 개인의 인격발현과 밀접히 관련되어 있으므로 최대한 존중되어야 하는 것이지만, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있다.”(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 200; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 837; 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 265 등)

양심적 병역거부사건(2002헌가1)에서 헌법재판소가 밝힌 것처럼 「인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서 양심의 자유의 기능은 개인의 인격적 정체성과 동일성을 유지하는데 있다……」고 한다면, 양심의 자유의 보호영역에 속하지 않는다고 판단될 때 나아가 인격권 침해 여부를 고려해 볼 수 있다. 따라서 이하에서는 이 사건을 인격권에 대한 제한 문제로 볼 수 있는지 여부에 대해 검토한다.²³⁾

나. 인격권의 헌법상 근거

(1) 헌법재판소 결정

인격권의 헌법상 근거에 관하여 행복추구권을 포함한 헌법 제10조 제1문 전체 즉, “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”를 든 판시²⁴⁾와 헌법 제10조 제1문 중 “인간으로서의 존엄과 가치”를 특정하여 그 근거로 한 판시²⁵⁾가 있다.

(2) 학설

(가) 인격권이란 일반적으로 자신과 분리할 수 없는 인격적 이익의 향유를 내용으로 하는 권리로서 생명·신체·건강·명예·정조·성명·초상·사

23) 헌법재판소는 동아일보 사죄광고 사건(89헌마160)에서는 양심의 자유 및 인격권을, 공정거래법상의 범위반사실 공표명령 사건(2001헌바43)에서는 명예권과 일반적 행동의 자유를 제한되는 기본권으로 보아 판단하였다.

24) 「헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 이 조항이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다.」(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 642); 「인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다.」(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670, 695); 「헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 ……」(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236, 251) 등

25) 「……헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.」(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 112); 「헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.」(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 64) 등

생활의 비밀 등의 보호를 내용으로 하는 권리를 말하고, 현행 헌법의 경우 인격권은 인간으로서의 존엄과 가치의 존중조항, 사생활의 비밀과 자유 조항, 제37조 1항의 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리의 존중 조항 등 그 모두에 의하여 보장된다는 견해(권영성, 헌법학원론, 2010, 380면)

(나) 일반적 인격권은 헌법 제10조만을 근거로 하는 것은 아니고 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항과의 상호관계에서 나오는 기본권이라는 견해(허영, 한국헌법학, 2011, 334-335면)

(다) 주관적 공권으로서 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치는 일반적 인격권으로 이해되고, 일반적 인격권의 내용으로는 명예권, 성명권, 초상권 등이 있다는 견해(성낙인, 헌법학, 2011, 409면)

(라) 인격권, 초상권, 성명권, 명예권, 음성권(音聲權), 자신의 혈통을 알 권리 등을 일반적 인격권이라 칭하면서 이를 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 기본권이라고 하는 견해(정종섭, 헌법학원론, 2010, 417면)

(마) 일반적 인격권을 사적생활을 위한 자율적 영역인 사생활영역의 보호를 비롯하여 인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하고자 하는 기본권으로 이해하면서²⁶⁾ 그 헌법적 기초를 인격의 자유로운 발현을 보장하는 행복추구권과 인간의 존엄과 가치에서 찾되, 일반적 인격권의 일차적이고 주된 헌법적 근거는 행복추구권이며 행복추구권은 인간 존엄성과의 연관관계에서 그 보장내용에 있어서 일반적 인격권으로 구체화되고 강화되었다고 하는 견해(한수웅, 헌법학 2012, 540면)

26) 이 견해는 일반적 인격권의 보장내용으로 ‘사생활의 보호’와 ‘사회적 인격상의 자기결정권’을 들고, 인격권 보호의 핵심내용은 개인정보의 보호에 있는바, 일반적 인격권으로부터 그 핵심적 보장내용으로서 개인정보자기결정권이 도출된다고 한다. 한편, 이 견해는 사회적 인격상 관한 자기결정권에 속하는 것으로서, 명예의 보호를 비롯하여 초상권, 성명권 및 자기가 한 말에 대한 권리, 언론보도에 의한 인격상의 왜곡에 대하여 방어할 수 있는 반론보도청구권, 사회에 복귀할 전과자의 권리 등을 들 수 있는바, 명예의 보호는 헌법 제10조의 행복추구권과 인간존엄성의 보장에 그 헌법적 근거를 두고 있는 일반적 인격권으로부터 파생되는 기본권이라고 한다(한수웅, 표현의 자유와 명예의 보호, 저스티스 통권 84호, 25면).

다. 법인의 인격권 주체성 문제

(1) 국내

(가) 헌법재판소 결정

위 사회광고사건(89헌마160) 외에는 이를 인정한 경우를 찾아보기 어렵다.

(나) 대법원 판례

대법원은 명예훼손으로 인한 손해배상, 명예훼손죄 등에서 법인이 명예의 주체가 될 수 있음을 긍정하고 있으나(대법원 1996. 6. 28. 선고 96다12696 판결; 대법원 1959 .12. 23. 선고 4291형상539 판결), 이를 근거로 바로 법인이 헌법상 인격권의 주체가 됨을 인정하였다고 하기는 어렵다.²⁷⁾

(다) 학설

① 법인도 명예의 주체가 될 수 있으므로 명예가 훼손되거나 명칭·상호 등이 타인에 의하여 영리적 목적으로 이용당하는 경우에는 권리침해가 성립할 수 있다는 견해(권영성, 헌법학원론, 2010, 454면)²⁸⁾

② 법인도 명예, 성명과 초상에 관한 권리 등 일반적 인격권을 가진다는 견해(한수웅, 헌법학, 2012, 389면)

③ 법인의 경우도 성명, 명예 등과 같은 일반적 인격권을 향유한다고 보

27) 형법 제307조 이하의 명예에 관한 죄에 있어서 명예의 주체에 법인이 해당된다는 점에서는 학설상 이문이 없다(이재상, 형법각론, 2000, 178면 등). 그런데 여기서 형법의 명예에 관한 죄에 있어서 법인, 단체의 명예의 보호가 과연 헌법이 헌법수준에서 법인의 기본권으로서 그 명예를 보호하기 때문에 생겨난 것인가를 생각해 보면 이는 쉽사리 하나의 결론을 얻기는 어렵다. 왜냐하면 법인의 명예보호는 헌법의 수준이 아닌 법률의 수준(법원의 법률해석도 포함)에서도 인정될 수 있기 때문이며, 만일 그렇다면 이 경우는 법인의 명예보호란 어디까지나 입법(법률) 정책적인 것이 되어 국회의 입법(법률)형성의 재량영역(또는 그 구체화로서 법원의 법률해석영역)에 속하기 때문이다. 이렇게 되면 법인에게 헌법상의 기본권으로서 명예권이 인정되지 아니한다는 견해를 취하더라도 형법적 수준에서 법인의 명예 보호는 인정할 수 있다는 입론의 가능성은 있게 된다.(정종섭, 법인의 기본권에 관한 연구 서설, 헌법논총 제2집, 394-395)

28) 다만, 이 견해는 인격권의 근거를 인간의 존엄과 가치, 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제37조 제1항 모두에서 찾으면서 인격권을 사생활이 비밀과 자유 부분에서 설명하는데, ‘사생활의 비밀과 자유의 주체’ 부분에서 사생활의 비밀과 자유는 인간이 존엄성 존중과 인간의 인격적 가치를 보호하려는 것이므로 법인이나 단체 등은 원칙적으로 그 주체가 될 수 없으나, 법인도 명예의 주체가 될 수 있으므로 명예가 훼손되거나 명칭·상호 등이 타인에 의하여 영리적 목적으로 이용당하는 경우에는 권리침해가 성립할 수 있다고 설명하고 있다.

는 것이 타당하고, 사죄광고 사건이 법인의 일반적 인격권의 향유가 아닌 사죄광고와 관련된 신문사의 인격권 주체성을 긍정한 것은 적절하다고 한 견해(김학성 등, 기본권의 주체, 헌법재판연구 제20권, 2009, 219-220면)

④ 인신권, 생명권, 양심의 자유 등 자연적인 인격을 전제로 한 기본권은 기본권의 성질상 법인에게 인정할 수 없지만, 법인은 그 수행하는 기능이 다양할 뿐만 아니라 설립목적에 따라 그들에게 특별히 빼 놓을 수 없는 기본권이 각각 다르기 때문에 구체적으로 법인이 그 주체가 될 수 있는 기본권의 종류를 획일적으로 열거하는 것은 무의미하고 불필요하다는 견해(허영, 한국헌법론, 2011, 251면)

(2) 외국

(가) 독일

① 독일 기본법상 법인의 기본권 주체성 조항

독일 기본법 제19조 제3항 “기본권은 그 본질상 적용이 인정되는 한도 내에서 국내의 법인에게도 효력을 가진다”라고 규정함으로써 법인의 기본권 주체성을 명문화하고 있지만, “기본권은 그 본질상 적용되는 한도 내에서”라고 규정하고 있기 때문에 개별적 기본권이 법인에게 인정되는지 여부에 대해서는 여전히 해석을 요한다.

② 독일 기본법상 인격권 조항

독일 기본법은 인격권에 대하여 명시하고 있지는 않지만, 기본법 제1조 제1항²⁹⁾에 규정된 인간의 존엄과 기본법 제2조 제1항³⁰⁾에서 나오는 자유로운 인격의 발현에 관한 권리로부터 일반적 인격권을 도출해 내고 있다.

③ 법인의 인격권 주체성 논의

㉔ 연방최고재판소의 판시

연방최고재판소는 법인의 본질상 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄을 향

29) 독일 기본법 제1조(인간의 존엄) ① 인간의 존엄은 불가침이다. 이것을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

30) 독일 기본법 제2조(자유권) ① 누구라도 타인의 권리를 침해하지 아니하고 헌법적 질서와 도덕률에 위반되지 아니하는 한, 자기의 인격의 자유로운 발현에 관한 권리를 가진다.

유할 수는 없기 때문에 법인은 기본법 제2조 제1항으로부터 도출되는 약한 인격권만을 가질 수 있다고 하면서 민법 제823조 제1항에 따른 “그 밖의 권리”로서 법인의 인격권을 인정하고 있다. 연방최고재판소의 논리전개는 다음과 같다.

1. 민법 제823조 제1항³¹⁾과 제1004조³²⁾의 범위 내에서 보호되는, 즉 침해되면 손해배상청구권과 부작위청구권이 발생하는 그러한 법인의 인격권이 존재한다.

2. 이러한 법인의 인격권은 기본법 제2조 제1항으로부터만 도출되는 것이고, 제1조 제1항에 따른 인간의 존엄으로부터는 법인의 인격권을 원용할 수는 없기 때문에, 법인의 인격권은 당연히 자연인의 일반적 인격권보다는 약하다. 따라서 절대적으로 보호되어야 할 인격권의 본질적·핵심적 영역은 법인의 인격권과 관련하여서는 존재할 수 없다.

3. 법인은 시장에 참여하여 공개적으로 대응하기 때문에 이는 재차 인격권의 약화를 가져온다.³³⁾

㉞ 연방헌법재판소의 판시

○ 일반적 인격권에 대하여

연방헌법재판소는 최근까지, “자연인 외에 법인에게까지 인격권을 확장할지는 일반적 인격권이 본질상 법인이 향유할 수 있는 것인지, 또는 인간의 존엄과 관련성이 적다는 점이 인격권을 인정하는 것에 배치될 것인지에 달려 있다. 그러나 이러한 문제를 재판부가 결정할 필요가 있는지 혹은 재판부의 해답에 그 어떤 심각한 의심도 존재하지 않을 것인지에 대한 판단은 미루기로 한다. 이러한 문제에 대해서는 재판의 전제성이 없기 때문이다”라고

31) 독일 민법 제823조(손해배상의무) ① 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 그 밖의 권리를 위법하게 침해한 사람은, 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생하는 손해를 배상할 의무를 진다.

32) 독일 민법 제1004조(방해배제청구권 및 부작위청구권) ① 소유권이 점유침탈 또는 점유억류 이외의 방법으로 방해받은 때에는 소유자는 방해자에 대하여 그 방해의 배제를 청구할 수 있다. 앞으로도 방해받을 우려가 있는 때에는 소유자는 부작위를 청구할 수 있다. ② 소유자가 수인의 의무를 지는 경우에는 제1항의 청구권은 배제된다.

33) 법인에게는 경제활동의 자유가 인정되기 때문에 인격권을 논할 필요성이 적어진다는 의미로 해석된다.

판시함으로써, 법인의 인격권에 대한 언급을 회피하여 왔다. 또한 연방헌법재판소는 “연방최고재판소가 판결에서 인정하였던, 민법상의 소위 일반적 인격권은 기본법 제2조 제1항을 통하여 일반적 행동자유의 일부로써 보호되는 경제적 활동자유와 다르지 않다.”라고 하면서 인격권의 문제를 피해가고 있다.

그러나 이러한 연방헌법재판소의 논리전개는 결국 인격권인지, 일반적 행동자유권인지 그 명칭의 문제일 뿐 결론이 달라지지는 않는다는 비판을 받고 있다. 일반적 행동자유권도 기본법 제2조 제1항으로부터 도출되며 연방최고재판소가 인정하고 있는 일반적 인격권 또한 제2조 제1항으로부터 도출되고 있기 때문이다.

○ 개별적 인격권과 관련하여

연방헌법재판소는 일반적 인격권에 대해서는 명시적인 언급을 피하고 있지만, 개별적 인격권과 관련하여서는 법인에게도 이를 인정할 예가 있다. 즉, 헌법재판소는 개별적 인격권의 하나로서 “법인의 발언에 대한 보호”를 인정할 바 있으며, 정보에 대한 자기결정권 또한 그 본질에 비추어 법인에게 인정될 수 있는 기본권임을 확인하였다. 그와 달리 영업소의 사진과 관련하여 초상권이 문제된 사건에서 연방헌법재판소는 법인에게 초상권은 인정되지 아니한다고 판시하였다.

(나) 일본

① 일본 헌법상 인격권의 근거

일본 헌법은 명문으로 “인격권”을 규정하고 있지 않으나, 통설은 일본 헌법 제13조 “모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 권리에 관해서는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 한다.”가 헌법의 다른 조항에 의하여 구체적으로 규정되지 않은 권리를 포괄적으로 보장하는 것이라고 이해하고, 인격권도 후문의 행복추구권에서 도출되는 기본적 인권의 하나라고 이해한다.

② 인격권으로서의 명예권

최고재판소는 “인격권으로서의 명예권에 근거한 출판물의 인쇄, 제본, 판

때, 반포 등의 사전금지처분은 위 출판물이 공무원 또는 공직선거 후보자에 대한 평가, 비판 등에 관한 것인 경우에는 원칙적으로 허용되지 않고, 그 표현 내용이 진실하지 않거나 오로지 공익을 도모할 목적이 아님이 명백하고, 또한 피해자가 중대하고 현저히 회복이 곤란한 손해를 입을 우려가 있는 때에 한하여 예외적으로 허용된다.”고 판시하여³⁴⁾, 명예권이 인격권의 내용 중 하나가 된다고 판시하였다(다만 이 사건에서는 명예권이 “헌법상” 인격권의 내용이 된다고 명시적으로 판시하지 않았다).

③ 법인의 인격권 주체성³⁵⁾

㉔ 명예권

일본에서 법인의 인격권에 대한 학설의 포괄적인 논의는 찾아볼 수 없으나, 법인에게 명예가 인정된다는 것에 대해서는 다른 견해가 거의 없고,³⁶⁾ 판례도 같은 입장이다.³⁷⁾

최고재판소는 1987년 4월 24일 산케이신문(産經新聞)에 자민당이 낸 의견 광고에 대하여 일본공산당이 반론보도청구를 한 사건에서 “언론, 출판 등 표현행위에 의한 명예가 침해된 경우에는, 인격권으로서 개인의 명예보호(헌법 제13조)와 표현의 자유 보장(헌법 제21조)이 충돌하여 그 조정을 요하게 되는 것이고, 이 점에 관해서는 피해자가 개인인 경우와 법인 내지 권리능력 없는 사단, 재단인 경우에 따라 특별히 차이를 마련하여야 하는 것은 아니라고 생각된다.”고 하여 일견 헌법상 인격권의 한 내용을 이루는 명예권이 개

34) 1986년 6월 11일 ‘호포 저널(北方ジャーナル)’ 사건, 다만 동 사건은 개인의 명예 훼손이 문제된 사건임.

35) 법인의 기본권 주체성에 대하여 통설 및 판례는 ‘성질상 내국의 법인에게도 적용될 수 있는 것에 한하여 기본권의 주체가 된다’고 해석한다(성질설).

36) 和田眞一 「民法における法人の權利-憲法學との對話-」 立命館大學人文科學研究所紀要84号, 54頁. 단체에 대해서는 인격권을 인정할 수 없고 그 구성원에 대해서만 인격권을 인정할 수 있다는 견해는 平野龍一 『刑法概說』(1977).

37) 재단법인 요요기(代々木)병원 사건(최고재판결 1973년 10월 20일, 판례시보 1112호 44면)에서는 법인이 입은 재산상 손해 이외의 무형적 손해에 대하여 위자료를 지급하라고 판시하였다. 하급심 판례로는 창가학회(종교법인)사건(도쿄지재 결정 1967년 10월 13일, 下民集 18권 9~10호 995면), 출판사(요코하마 지재 판결 1974년 6월 15일, 판례시보 760호 79면), 법인격 없는 단체에 대해서는 위 산케이신문 사건 참조.

인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단/재단도 향유할 수 있는 권리라고 판시하였다.

㉔ 성명권(판례)

최고재판소는 2006년 1월 20일 ‘천리교’에서 이탈하여 만든 종교법인에 대하여 천리교측이 ‘천리교’라는 명칭사용을 금지할 것 등을 요구한 사건³⁸⁾에서, “성명은 그 개인의 인격의 표상이고 인격권의 한 내용을 구성하는 것이라고 하여야 하므로, 사람은 그 성명을 타인에게 사용되지 않도록 할 권리를 갖는바, 이를 위법하게 침해당한 자는 가해자에 대하여 손해배상을 요구할 수 있는 외에, 실제 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 또는 장래 발생할 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 중지를 요구하는 것도 가능하다고 해석하는 것이 정당하다. 종교법인도 인격적 이익을 가지고 있고 그 명칭이 그 종교법인을 상징하는 것으로서 보호되어야 함은 개인의 성명과 마찬가지로 종교법인은 그 명칭을 다른 종교법인 등에 의하여 사용당하지 않을 권리를 가지고, 이를 위법하게 침해당한 경우에는 가해자에 대하여 침해행위의 중지를 요구할 수 있다고 하여야 한다.”고 판시하여 종교법인에게 인격권의 한 내용으로서의 성명권(명칭권)을 인정하였다(다만, 이 사건에서도 성명권이 “헌법상” 인격권의 내용이 된다고 명시적으로 판시하지 않았다).

라. 일반적 인격권

사죄광고사건 결정 이후, 사죄광고제도의 위헌성을 인격권에서 찾으려면 인격권의 위상에 관한 헌법적 근거를 보다 명확히 할 필요가 있다는 비판이 있었으나,³⁹⁾ 이 부분에 대하여 다루고 있는 논문들은 이를 인정하고 있다.

즉, 자연인에게 헌법상 기본권으로서 인격권이 인정된다면, 물론 그 인정 범위가 자연인만큼 포괄적일 수는 없겠지만 적어도 법인의 성질에 어긋나지 않는 범위 내에서 한정적이거나 법인의 인격권을 인정하는 것이 필요하고

38) 最高裁(第二小)平成18年1月20日、民集60권 1호 137면.

39) 성낙인, “명에 훼손에 대한 사죄광고제도와 헌법재판소의 결정”, [언론중재 1992. 봄], 36-37면; 위 결정문에서 헌법 제10조의 ‘인간’의 존엄과 가치로 표현하지 못한 이유가 ‘인간’으로 표현하였을 경우 자연히 인간의 존엄과 가치의 기본권 주체는 자연인일 수밖에 없기 때문에 학설논쟁에 휘말리지 않으려는 의도로 그러한 것으로 보인다고 한다.

부정할 이유가 없다는 것이다. 따라서 법인에 대하여 그 법인의 의사에 반하는 사과방송을 강제하는 것은 법인의 명예가 훼손되는 등 법인의 헌법상의 인격권을 침해하는 것이라 할 수 있을 것이다.

마. 명예에 관한 인격권

헌법재판소는 기본권으로서 명예에 관한 권리를 인정하고 그 근거를 헌법 제10조의 인격권에서 찾는데(헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298, 판례집 21-2상, 685, 696; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바37, 판례집 17-2, 274, 290; 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 774 각 참조), 여기서 말하는 ‘명예’는 사람이나 그 인격에 대한 ‘사회적 평가’, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함하지 않는다고 한다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌마147, 판례집 22-2하, 480, 486; 헌재 2008. 11. 27. 2008헌마517, 판례집 20-2하, 509, 518; 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319-320 등 각 참조).

다만, 위 범위만사실공포 사건에서는 제한되는 기본권의 하나로 ‘인격발현 혹은 사회적 신용유지를 위하여 보호되어야 할 명예권’을 들면서 이를 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 권리로 보았다(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49, 57).

5. 소극적 표현의 자유⁴⁰⁾

이 사건에서 제한되는 기본권으로 소극적 표현의 자유도 고려해 볼 수 있

40) 이 사건 심판대상조항은 방송사업자의 표현 내용에 제재를 가하는 것이므로, 표현의 자유를 제약하는 조항이라고 할 수 있다. 하지만, 이 사건 위헌법률심판제청사유는 방송통신위원회가 제재를 가하는 것 자체가 아니라 원고가 받은 사과명령이라는 제재조치에 국한된 것이므로, 제재조치 전반의 문제가 아니라 사과명령이라는 제재조치의 고유한 위헌성만을 다루면 족하다고 보인다. 이 사건에서 “정부정책을 비판한 방송보도의 공정성을 문제 삼아 방송사업자를 제재할 경우 이는 방송으로 하여금 정부와 권력을 감시·비판하는 언론 고유의 역할을 포기하게 하여 표현의 자유를 본질적으로 침해할 우려가 있다”는 주장에 따라 (적극적) ‘표현의 자유’ 침해 여부를 검토하는 것은 이 사건 심판대상조항인 “방송법 제100조 제1항 제1호”에 대한 것이 아니라 “방송법 제100조 제1항” 전체에 대하여 검토하는 결과가 될 수 있다.

다고 사료된다. 여기서 소극적 표현의 자유⁴¹⁾란 아래와 같은 판시를 전제로, 사죄광고는 양심에 반하는 표현을 하도록 강제한다는 의미에서 소극적 표현의 자유의 제한이라는 취지이다.

“언론·출판의 자유는 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유와 표리관계에 있다고 할 수 있는데 그러한 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유가 언론·출판의 자유라고 할 수 있다.”(헌재 1992. 11. 12. 89헌마 88, 판례집 4, 739, 758)

“헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유 즉 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하고, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로서, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유라고 할 수 있으며,…”(헌재 2002. 4 .25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 265)

41) ‘소극적 표현의 자유’에 대하여 독일 문헌을 간략히 조사한바, 소극적 표현의 자유에 대하여 언급하고 있는 문헌은 거의 없고, Herzog의 기본서에 간략하게 “하고 싶지 않은 말을 하지 않을 자유”라고 정의되어 있다.

한편, 담배생산자에게 경고문구를 표시하도록 하는 것이 소극적 표현의 자유의 제한이라는 청구인의 주장에 대하여 독일연방헌재는 경고문구를 표시할 의무는 담배생산자와 판매자가 재화를 거래하는 것과 관련된 것이지 의사를 표현하거나 의사를 유포하는 과정에 참여하는 것과 관련된 것이 아니기 때문에 직업의 자유에 따라 심사하여야지 표현의 자유로 심사되어서는 안 된다고 한 예가 있다(BVerfGE 95, 173). 이 결정에서 연방헌재는 상업광고와 관련하여 표현의 자유를 주장하려면, 그 광고가 가치를 평가하는 의사형성적인 내용을 가지고 있거나 의사형성에 기여하는 표시를 포함하고 있을 때에만 가능하다고 하면서, 이 사건에서는 이를 인정할 여지가 없고 담배생산자에게는 국가가 시행하는 경고를 유포하여야 할 의무가 있으며 국가는 나머지 광고를 방해하지 않는 범위 내에서 담배 포장의 일부를 사용하고 있기 때문에 기업의 의사형성과 의사표현을 침해하지 않고 있으며 오로지 직업행사의 침해 여부가 문제될 뿐이라고 하였다. 나아가 경고문구가 명백히 타인의 의사를 표명하는 것이 아니라 담배생산자의 의사에 속하는 것이라면 문제는 달라졌을 것인바, 기본권 주체에게 타인의 의사를 자신의 의사로 유포하도록 요구되어졌다면 표현의 자유가 침해되었을 수 있을 것이라고 하면서 광고를 보는 자들에게 담배생산자가 자신의 의지로 경고문구의 유포를 자원하였고 그래서 이러한 발언을 스스로 유포하고 있다는 인상을 준다면 표현의 자유가 심사기준이 될 수 있었을 것이지만, 반대로 담배포장지에 적힌 의사가 다른 사람의 것이라는 사실이 명백하다면 그리고 경고문구의 유포가 담배거래의 일반적인 요건이라면 이러한 표시의무는 직업행사를 규율하는 것이라고 판시하였다.

“국가보안법 제7조 제1항이 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대 적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 있다는 것은 분명히 헌법 제37조 제2항을 어겨 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유와 헌법 제22조 제1항의 학문·예술의 자유를 침해할 개연성 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 헌법 제19조의 양심의 자유의 침해가능성을 남기는 것이다.”(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 59)

그런데 헌법재판소 결정 중에 원하지 않는 표현을 하지 않을 자유에 대하여 “소극적 표현의 자유”라는 용어를 사용하여 판단한 예는 찾아보기 어렵고, 특정한 표시를 강제하는 것을 표현의 자유에 대한 제한으로 판단한 예로는 ① 청소년유해매체물에 해당된 인터넷 정보제공자에 대하여 일정한 전자적 표시를 하도록 요구하는 것이 표현의 자유를 제한한다고 판시한 예(헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894, 판례집 16-1, 114, 132 참조), ② 상조업자의 표시·광고에 대하여 ‘총 고객환급의무액’등을 표시하도록 하고, 이러한 사항들을 사업장 게시물(홈페이지), 상품설명서 및 계약서에 모두 표시하도록 규정한 것이 상조업자의 표현의 자유에 대한 제한이 된다고 판시한 예(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마318, 공보 185, 465, 470-472 참조)가 있다.

학설 중에는 표현의 자유는 자신의 의견을 표명하지 아니할 자유, 소위 ‘소극적 표현의 자유’도 보장하고 따라서 국가가 특정한 의견을 표명해야 할 의무를 부과하는 경우에 소극적 표현의 자유가 제한될 수 있다는 견해⁴²⁾가 있다. 이 견해는 소극적 표현의 자유는 ‘자신의 의견’을 표현하지 아니할 자유를 보호하므로 국가에 의하여 부과되는 표시의무의 대상이 ‘자신의 의견’이 아니라 ‘타인의 의견’이라는 것이 명백하다면 타인의 의견을 표시하도록 강요받는 경우에는 제한되는 기본권으로서 표현의 자유가 아니라 일반적 행동의 자유가 고려되는바(예: 담배 경고문구 표시의무), 위 2001헌마894 결정(청소년유해매체물에 대한 전자적 표시)은 문제가 있다고 한다. 그 외에 ‘사상·의견을 표명·전달할 자유에는 사상이나 의견의 적극적 개진 뿐만 아니라 단순히 소극적으로 침묵하는 자유까지도 포함한다는 견해⁴³⁾가 있다.

42) 한수용, 헌법학, 2012, 726-727 참조

43) 성낙인, 헌법학, 2011, 545면

살피건대, 양심의 자유에 관한 헌법재판소의 결정⁴⁴⁾을 고려해 볼 때, 이 사건에서 문제되는 원하지 않는 표현(사죄)을 하지 않을 자유 또는 양심상의 결정에 반하는 표현을 하지 않을 자유는 자연인이라면 양심표명의 자유(양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유) 내지 침묵의 자유로 포섭될 가능성이 크다고 생각된다. 사죄광고사건(89헌마160)에서도 “양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다.”(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 153)라고 판시하였다. 그런데 법인에게는 이러한 양심의 자유를 인정할 수 없으므로, 표현의 자유는 양심의 자유를 외부적으로 표현하는 표리관계에 있다는 위 판사들을 고려하여 법인의 경우에는 이러한 양심표명의 자유 내지 침묵의 자유를 소극적 표현의 자유로 인정하자는 견해도 가능하다고 생각된다.

6. 결정의 의의

이 사건 결정은 기존의 사죄광고사건(89헌마160)과 마찬가지로 사죄를 강제하는 것은 헌법에 위반된다는 점을 다시 한번 확인한 것이다. 이론적으로는 법인인 방송사업자에게 사죄를 강제하는 경우 제한되는 기본권이 무엇인지가 법인의 기본권 주체성, 양심의 자유, 인격권, 표현의 자유 등과 연관되어 연구해 볼 가치가 있는 사건이라고 사료된다.

44) “헌법 제19조의 양심의 자유는 크게 양심형성의 내부영역과 이를 실현하는 외부영역으로 나누어 볼 수 있으므로, 그 구체적인 보장내용에 있어서도 내심의 자유인 ‘양심형성의 자유’와 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현하는 ‘양심실현의 자유’로 구분된다. 양심형성의 자유란 외부로부터의 부당한 간섭이나 강제를 받지 않고 개인의 내심영역에서 양심을 형성하고 양심상의 결정을 내리는 자유를 말하고, 양심실현의 자유란 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(양심표명의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(작위에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다.”(헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22, 판례집 23-2 상, 174, 189)

공직자윤리법 제14조의4 제1항 위헌제청

- 국회의원에 대한 주식백지신탁제도가 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65, 판례집 24-2상, 369)

조영식*

【판시사항】

1. 국회의원이 보유한 직무관련성 있는 주식의 매각 또는 백지신탁을 명하고 있는 구 공직자윤리법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 것) 제14조의4 제1항 본문 제1호 및 제2호 가목 본문 중 제10조 제1항 제1호의 ‘국회의원’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 당해사건 원고의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 연좌제 금지를 규정한 헌법 제13조 제3항에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】 1)

구 공직자윤리법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9402호로 개정되기 전의 것)

제14조의4(주식의 매각 또는 신탁) ① 등록의무자 중 제10조 제1항의 규정에 의한 공개대상자와 기획재정부 및 금융위원회 소속 공무원 중 대통령령이 정하는 자(이하 “공개대상자 등”이라 한다)는 본인 및 그 이해관계자

* 헌법연구관

- 1) 제정법원이 위헌법률심판을 제청한 대상은 원래 공직자윤리법 제14조의4 제1항 전제였으나, 헌법재판소는 이 중 당해사건 원고에 적용되는 부분을 구체적으로 특정하여 심판대상을 한정하였다. 즉 백지신탁제도가 적용되는 고위공무원 중 ‘국회의원’에 한하여 심판대상을 특정한 것이다.

(제4조 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 자를 말하되, 제4조 제1항 제3호의 자 중 제12조 제4항의 규정에 의하여 재산등록사항의 고지를 거부한 자를 제외한다. 이하 같다) 모두가 보유한 주식의 총가액이 1천만 원 이상 5천만 원 이하의 범위 안에서 대통령이 정하는 금액을 초과하는 때에는 초과하게 된 날(공개대상자 등으로 된 날 또는 제6조의3 제1항의 규정에 의한 유예사유가 소멸된 날 현재 주식의 총가액이 1천만 원 이상 5천만 원 이하의 범위 안에서 대통령이 정하는 금액을 초과하는 때에는 공개대상자 등으로 된 날 또는 유예사유가 소멸된 날을, 제14조의5 제6항의 규정에 의하여 주식백지신탁심사위원회에 직무관련성 여부에 관한 심사를 청구한 때에는 직무관련성이 있다는 결정을 통지받은 날을 말한다)부터 1월 이내에 직접 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 이해관계자로 하여금 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하도록 하고 그 행위를 한 사실을 등록기관에 신고하여야 한다. 다만, 제14조의5 제7항의 규정에 의하여 주식백지신탁심사위원회로부터 직무관련성이 없다는 결정을 통지받은 때에는 그러하지 아니하다.

1. 당해 주식의 매각

2. 다음 각 목의 요건을 갖춘 신탁 또는 투자신탁(이하 “주식백지신탁”이라 한다)에 관한 계약의 체결

가. 수탁기관은 신탁계약이 체결된 날부터 60일 이내에 당초 신탁된 주식을 처분할 것. 다만, 60일 이내에 주식을 처분하기 어려운 사정이 있는 경우로서 수탁기관이 공직자윤리위원회의 승인을 얻은 때에는 주식의 처분시한을 연장할 수 있으며, 이 경우 1회의 연장기간은 30일 이내로 하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 당해사건의 원고 배○식(이하 ‘당해사건 원고’라 한다)은 2012. 5. 29. 그 임기를 마친 제18대 국회의원으로, 그 임기 중 주식백지신탁심사위원회에 자신과 처 등이 보유하고 있는 주식(이하 ‘이 사건 주식’이라 한다)의 직무관련성 여부에 관하여 심사청구를 하였는바, 주식백지신탁심사위원회는 2008.

10. 8. 당해사건 원고가 국회 기획재정위원회 소속으로서 보유주식 발행기업에 대한 정보접근 및 영향력 행사의 가능성이 있다는 이유로 이 사건 주식의 직무관련성이 인정된다는 결정을 하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

나. 당해사건 원고는 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 후 그 항소심에서(서울고등법원 2009누16536), 구 공직자윤리법 제14조의4 제1항 제1호, 제2호가 공개대상자 등의 소유주식을 매각하거나 또는 백지신탁한 후 수탁기관으로 하여금 60일 이내에 전부 처분하도록 규정하고 있는 것은 과잉금지원칙에 위배된다고 주장하였다. 이에 서울고등법원은 2010. 4. 28. 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

이 사건 법률조항에 의하면 고위 공직자는 주식매각이 아닌 백지신탁을 선택하는 경우에도 주식 전부를 처분하여야 하는바, 이 사건 법률조항은 공개대상자 등의 이해관계 충돌의 방지라는 목적의 정당성은 인정될 수 있으나, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 측면에서 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙에 위반된다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 국회의원으로 하여금 직무관련성이 인정되는 주식을 매각 또는 백지신탁하도록 하여 그 직무와 보유주식 간의 이해충돌을 원천적으로 방지하고 있는바, 헌법상 국회의원의 국가이익 우선의무, 지위남용 금지의무 조항 등에 비추어 볼 때 이는 정당한 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이다. 나아가 이 사건 법률조항은 국회의원이 보유한 모든 주식에 대해 적용되는 것이 아니라 직무관련성이 인정되는 금 3천만 원 이상의 주식에 대하여 적용되어 그 적용범위를 목적달성에 필요한 범위 내로 최소화하고 있는 점, 당사자에 대한 사후적 제재수단인 형사처벌이나 부당이득환수, 또는 보다 완화된 사전적 이해충돌회피수단이라 할 수 있는 직무회피나 단순보관신탁만으로는 이 사건 법률조항과 같은 수준의 입법목적 달성효과를 가져올 수 있을지 단정할 수 없다는 점에 비추어 최소침해성원칙에 반한

다고 볼 수 없고, 국회의원의 공정한 직무수행에 대한 국민의 신뢰확보는 가히 돈으로 환산할 수 없는 가치를 지니는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 법률조항으로 인한 사익의 침해가 그로 인해 확보되는 공익보다 반드시 크다고는 볼 수 없으므로 법익균형성원칙 역시 준수하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건 원고의 재산권을 침해하지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항이 매각 또는 백지신탁의 대상이 되는 주식의 보유한 도액을 결정함에 있어 국회의원 본인 뿐만 아니라 본인과 일정한 친족관계가 있는 자들의 보유주식 역시 포함하도록 하고 있는 것은 본인과 친족 사이의 실질적·경제적 관련성에 근거한 것이지, 실질적으로 의미 있는 관련성이 없음에도 오로지 친족관계 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제3항에 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항이 매각 또는 백지신탁의 대상으로 부동산을 제외하고 있는 것은, 주식과 부동산 간의 환가성·개인생활과의 연관성·변동성 등의 차이를 종합적으로 고려한 합리적인 차별이라 할 것이므로 평등원칙에 위배되지 아니한다.

재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 반대이견

이 사건 법률조항은 그 입법목적 달성을 위하여 재산권의 중핵이라 할 수 있는 처분권의 존속 및 처분시기의 결정권을 부인함으로써 재산권을 침해하는 수단을 채택하고 있는바, 방법의 적정성 원칙에 위배된다.

나아가, 이 사건 법률조항의 입법목적 달성을 위한 방법으로는 국회의원이 직무상 얻은 정보를 이용하여 실제로 주식거래를 하였을 경우에 형사처벌 및 부당이득환수 등으로 이를 강력히 응징한다거나, 어떤 주식을 보유한 국회의원이 그 직무수행상 이해충돌의 여지가 있는 경우에는 처음부터 당해 직무수행에서 배제시킨다거나, 굳이 이 사건 조항과 같이 주식을 강제처분하지 않고 독립한 지위에 있는 자에게 신탁하여 두는 방법 등과 같이 재산권을 덜 침해하는 여러 가지 수단들을 강구할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 주식매각 및 백지신탁을 일률적으로 강제하고 있는바, 이는 최소

침해성원칙에도 위배된다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건 법률조항은 직무관련성이 인정되는 주식을 보유한 국회의원에 대하여 그 주식을 매각 또는 백지신탁하도록 강제하고 있는데, 이것이 헌법상 과잉금지의 원칙(헌법 제37조 제2항 전단) 또는 본질적 내용의 침해금지 원칙(헌법 제37조 제2항 후단)에 위배하여 재산권을 침해하는지 문제되고, 이 사건 법률조항은 매각 또는 백지신탁의 대상이 되는 주식의 보유한도액을 결정함에 있어 국회의원 본인뿐만 아니라 본인과 일정한 친족관계가 있는 자들의 보유주식 역시 포함하도록 하고 있으므로 연좌제 금지를 규정한 헌법 제13조 제3항에 위배되는지도 문제된다. 한편 이 사건 법률조항은 주식에 대하여만 백지신탁의무를 규정하고 있으므로 부동산 등 다른 재산을 보유한 국회의원들과의 관계에 있어 평등권(헌법 제11조 제1항) 침해 역시 문제될 수 있다.

다만 이 사건 법률조항으로 인해 사유재산의 처분 여부 및 처분시기에 관한 사적자치권 역시 제한되었다고 볼 수 있으나, 이 사건 결정에서는 이를 재산권 제한과 중첩되는 문제로 보아 따로 판단하지 아니하였고, 한편 당해 사건 원고는 기본권으로서 공무담임권(헌법 제25조)도 주장하고 있으나 이 사건 법률조항은 주식을 보유한 자가 국회의원이 되는 것 자체를 배제하는 조항이 아니라 직무관련성 있는 주식을 보유하는 것은 공정한 직무집행에 방해가 될 우려가 있으니 이를 매각 내지 백지신탁하고 공직에 나설 것을 요구하고 있을 뿐, 이것이 공무담임권 자체를 제한한다고는 볼 수 없다고 보아 역시 그 침해 여부에 대한 판단에는 따로 나아가지 아니하였다.

2. 주식백지신탁제도의 개요

가. 제도의 의의 및 입법취지

주식백지신탁제도라 함은 고위공직자가 직위 또는 직무상 알게 된 정보를 이용하여 주식거래를 하거나 주가에 영향을 미쳐 부정하게 재산을 증식하는

것을 방지하고 국민에 대한 봉사자로서 직무전념의무를 다하도록 하기 위해 일정금액을 초과하는 주식을 보유하고 있는 경우에는 그 주식을 매각하거나 그 주식의 관리·운용·처분 권한의 일체를 수탁기관에 위임하고 자신의 재산이 어떠한 형태인지 알 수 없도록 하는 신탁계약을 체결하도록 하는 제도를 말한다²⁾.

이러한 주식백지신탁제도의 도입은, 공직자의 재산과 그가 담당하는 직무 사이에 발생하는 이해충돌(conflict of interest)³⁾을 사전에 해소하기 위한 것으로서, 공무 중 지득한 정보를 이용하여 부당한 재산증식에 나서거나 혹은 자기가 주식을 보유한 회사에게 유리하게 정책을 결정하는 등의 문제점을 사전에 차단하고 공직자의 직무집행의 공정성을 확보하며, 나아가서는 우리나라의 고질적 폐단으로 지적되어 온 정경유착의 고리를 제도적으로 차단하기 위한 입법취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다.

나. 미국의 입법례

우리나라의 백지신탁제도와 유사한 제도를 시행하고 있는 국가로는 미국과 캐나다를 들 수 있는데, 우리나라는 미국의 제도를 도입한 것으로 이해된다. 이하에서는 미국을 중심으로 입법례를 간략히 살펴본다.

미국에서는 고위공직자의 이해충돌을 방지하기 위해 취임시 그 주식을 백지신탁하는 것이 오래 전부터 하나의 정치문화로 발전하여 왔다. 즉, 미국에서의 백지신탁제도는 자연스럽게 관행적으로 행해진 것이며, 처음부터 명료

2) 동 제도는 노무현 정부 출범 직후인 2003. 7.경 대통령 직속 정부혁신 지방분권위원회가 고위공직자가 업무관련성 있는 주식투자를 하지 못하도록 하는 제도를 만들어 2005년부터 시행하겠다고 밝힌 업무보고에서 그 단초를 찾을 수 있으며, 2004년 실시된 4. 15 총선에서도 열린우리당과 한나라당은 그 세부내용에 차이는 있었으나 모두 백지신탁제도의 도입을 선거공약으로 제시함으로써 그 도입에 대한 기초적 합의는 이미 이루어진 상태였다. 백지신탁제도의 도입을 담은 공직자윤리법 개정안은 2005. 4. 26. 국회를 통과하여 같은해 5. 18. 공포되었으며 공포일로부터 6개월 경과 후부터 시행되게 되었다.

3) 일반적으로 '이해충돌'이라 함은 공무원들에게 공적으로 부여된 직무수행상의 의무와 사인으로서의 개인적 이해관계의 충돌을 의미한다. 종래 공직자윤리법에는 이러한 이해충돌에 대한 명시적인 규정이 없었는바, 2005. 5. 18. 백지신탁제도가 도입되면서 이해충돌방지의무에 대한 명문의 규정이 신설되게 되었다(공직자윤리법 제2조의2 참조).

한 법에 기초하여 시행된 것은 아닌데, 명확한 법적 근거 없이 운용되던 백지신탁제도를 법제화하자는 여론이 형성되었으며, 그 결과 1978년 카터 행정부는 정부윤리법(Ethics in Government Act)을 제정하기에 이른다. 정부윤리법은 재산신고대상 공무원의 범위, 백지신탁의 요건 등을 상세히 규정하면서 이 제도의 운영과 관련하여, 정부윤리국을 설치하여 백지신탁제도의 운영에 대한 권한을 부여하였다.

미국법에서의 이해충돌방지의 기초를 이루는 것은 공무원의 재산신고 및 이해관계업무 관여금지의무이다. 재산신고(Financial Disclosure)는 1978년의 정부윤리법 제정 시 고위직 공무원의 윤리적 행동과 관련되는 재산의 소유를 공개하도록 하기 위하여 마련되었다. 이러한 재산공개과정에서 정부는 재산과 담당업무와의 이해충돌을 심사하고 충돌의 여지가 있는 경우에는 그에 상응하는 조치를 해당 공무원에게 요구하게 된다. 다만, 그 공무원이 법이 정하는 요건을 갖춘 백지신탁을 하는 경우에는 그 신고의무가 면제된다.

한편, 이해관계업무 관여금지의무는 공무원(공무원의 특수관계인도 포함)이 어떤 특정한 업무에 재정적 이해를 갖는 경우, 해당 공무원은 공적인 행동이나 권고 등 어떠한 형태로든 그 업무에 관여해서는 안된다는 것이다. 따라서 이해충돌의 관계에 있는 공무원들은 어떠한 형태로든 간에 당해 직무를 수행해서는 안되며 이를 어길시 징역 또는 벌금형에 처해진다⁴⁾. 다만, 그 직무의 범위가 매우 포괄적인 대통령이나 부통령, 연방의원, 연방판사 등은 이러한 의무를 부과받지 않는다.⁵⁾

해당 공무원으로부터 재산신고서가 제출되면, 이 자료는 해당 기관의 윤리감독관에게 제출되고, 심사결과 이해충돌이 있다고 판단되는 경우 해당 공무원은 이를 해결하기 위한 방법을 선택하여 윤리협정(Ethics Agreement)을 체결하여야 하는바, 미국법상 재산의 이해충돌을 회피하기 위한 방법으로는 ① 당해 자산의 처분(divestiture), ② 적격한 백지신탁(qualified blind trust)의

4) 18 U.S.C. §216.

5) 18 U.S.C. §202(c). "Except as otherwise provided in such sections, the terms "officer" and "employee" in sections 203, 205, 207 through 209, and 218 of this title **shall not include the President, the Vice President, a Member of Congress, or a Federal Judge.**"

설정, ③ 면제(waiver)⁶⁾, ④ 서면으로 된 직무회피(Disqualification) 서약서, ⑤ 자발적인 직무의 이동(transfer)이나 재배정(reassignment) 등이 존재한다⁷⁾.

이 중에서 직무회피는 이해충돌을 막기 위한 가장 일반적인 수단이다. 정부윤리국 역시 이해충돌의 방지를 위하여 가능한 한 직무회피를 권고한다. 다만, 이것이 상황에 부적절한 방법인 경우에는 다른 방법을 권고하게 되는 바, 예를 들어서 신탁(Qualified Trust : 5 C.F.R. Part 2634, Subpart D)은 그 비용과 복잡성 때문에, 앞서 언급한 직무회피 등이 부적절할 때 보충적으로 활용되는 방법이다. 한편, 공무원의 재산이 심각한 이해충돌을 야기할 경우에는, 윤리감독관은 해당 공무원으로 하여금 그 재산을 곧바로 처분하도록 요구할 수도 있다.

앞서 본 바와 같이, 미국의 백지신탁제도는 공무원의 이해충돌을 막기 위하여 관행적으로 행해지던 하나의 방법인바, 1978년 정부윤리법이 제정됨에 따라, 이해관계가 충돌하는 재산을 보유한 연방 공무원들에게 적용되는 백지신탁의 관한 세부지침들이 비로소 마련되게 되었다. 미국의 백지신탁제도의 핵심은 당사자의 재산을 독립적인 피신탁자에게 맡긴다는 것으로서, 어떤 이해관계자(당사자, 부인, 분가한 자손, 대리인 등)의 개입도 없이 피신탁자는 신탁된 재산의 관리에 대한 모든 권한을 행사하여야 한다. “blind trust”에서 “blind”의 의미는 신탁재산에 대한 이해관계를 신탁자가 전혀 알지 못한다는 의미로서, 만일 자산을 수탁자의 처분권한 없이 신탁만 하게 되면, 신탁자는 당연히 그 자산에 대한 정보를 알고 있는 것이며, 수탁자가 원래의 신탁된 자산을 처분하지 않거나 혹은 자산의 가치가 1000달러 이하가 아니면, 이 신탁된 자산은 여전히 ‘법률상 이해관계 있는 것으로’ 취급된다. 앞서 본 바와 같이 미국의 공무원들은 법률상 이해관계 있는 업무를 수행할 수 없고 이를 위반시 형사처벌대상이 되므로 이는 사실상 그 처분을 강제하는 효과를 가진다고 볼 수 있다.

6) ‘면제’란 해당 공무원의 재산적 이해관계가 공무집행의 공정성에 영향을 줄 만큼 크지 않거나 이해충돌의 가능성에 비해 공무수행의 필요성이 더 크다고 서면으로 승인을 받은 경우를 말한다. 18 U.S.C §208(b)(1) 참조. 이는 우리나라 공직자윤리법이 직무관련성이 없는 경우 신탁의무를 면제시키는 것과 견줄 수 있다.

7) 5 U.S.C.app.§106(b)(3); 5 C.F.R. §2634.605(b)(5)(ii)

따라서 적격한 신탁이 되기 위해서는 신탁된 자산을 다른 형태의 것으로 매각을 통하여 교체하여야 하고, 이로써 신탁자는 새롭게 형성된 자산에 대한 정보를 모르는 상태이기 때문에 비로소 “blind trust”의 요건이 충족되는 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 내용

이 사건 법률조항을 비롯하여 공직자윤리법상 규정된 백지신탁제도의 개요를 간단히 정리하면 다음과 같다.

(1) 적용대상 및 의무의 내용

재산공개 대상자와 기획재정부 및 금융위원회 소속 공무원 중 대통령령이 정하는 자 본인(이하 ‘공개대상자 등’이라 한다)과 그 배우자·직계존비속 등 이해관계자가 1천만 원 이상 5천만 원 이하의 범위 안에서 대통령령이 정하는 금액(현재는 3천만 원이다. 공직자윤리법 시행령 27조의4 참조)을 초과하는 주식을 보유한 경우가 적용대상이 되며, 이 경우 공개대상자 등은 주식백지신탁심사위원회가 직무관련성이 없다고 결정한 때를 제외하고는 보유주식을 매각하거나 신탁재산의 관리·운용·처분에 관한 권한을 수탁기관에 위임하는 주식백지신탁계약을 체결하여야 한다(이해관계자가 주식을 보유한 경우에는 그로 하여금 매각 또는 백지신탁계약을 체결하도록 하여야 한다).

(2) 수탁자의 처분의무

백지신탁계약을 체결한 경우 수탁기관은 60일 이내에 신탁된 주식을 처분하여야 한다. 다만, 60일 이내에 주식을 처분하기 어려운 사정이 있는 경우로서 공직자윤리위원회의 승인을 얻은 때에는 그 처분시한을 연장할 수 있으며, 1회의 연장기간은 30일 이내로 한다.

(3) 직무관련성의 심사

공개대상자 등은 본인 및 그 이해관계자가 보유한 주식이 직무관련성이 없음을 이유로 주식의 매각 또는 주식백지신탁의 의무를 면하고자 하는 때에는 주식의 매각 또는 백지신탁대상자가 된 날부터 1월 이내에 주식백지신탁

탁심사위원회에 심사를 청구하여야 하며, 주식백지신탁심사위원회는 심사청구를 받은 날부터 1월 이내에 그 결과를 통지하여야 한다.

(4) 주식신규취득 및 정보교류의 금지

백지신탁계약이 체결된 경우 공개대상자 및 그 이해관계자는 신탁계약이 해지될 때까지는 어느 누구도 새로이 주식을 취득할 수 없다. 나아가 공개대상자 및 그 이해관계자와 수탁기관은 신탁재산의 관리·운용·처분에 관한 정보의 제공을 요구하거나 그 요구에 응해서는 안 된다.

(5) 주식의 매각 및 신탁의 해지권

백지신탁의 신탁자는 공직자윤리위원회의 허가를 받아 신탁재산의 매각을 요구할 수 있으며, 신탁재산의 가액이 일정금액 이하로 된 경우, 신탁자의 요구에 의하여 수탁기관이 신탁재산을 모두 매각한 경우, 퇴직·전보 등의 사유로 공개대상자에서 제외된 경우에는 신탁계약을 해지할 수 있다.

(6) 의무 위반시 제재

공개대상자 등이 정당한 사유 없이 ‘자신이’ 보유하는 주식을 매각 또는 백지신탁하지 아니한 때는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 재산권 등 침해 여부

(1) 심사기준 및 고려사항

헌법 제23조 제1항이 보장하는 재산권의 내용에는 사유재산을 임의로 사용·수익·처분할 수 있는 권리가 포함되는데, 처분권은 처분 여부, 처분의 상대방 및 처분시기 등을 자유로이 결정할 수 있는 권리를 포함한다.

그러나 헌법 제23조 제1항 제2문은 재산권은 보장하되 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정하고, 동조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 규정하여 입법자의 재산권에 대한 입법형성권

및 재산권 행사의 사회적 의무성을 특히 강조하고 있다. 그리고 재산권에 대한 제한의 허용 정도는 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 사회 전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려있다. 즉 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 더 광범위한 제한이 정당화될 수 있다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌바80등, 판례집 22-1상, 219, 226 참조).

주식은 자본주의 시장경제의 대표적인 기업형태인 주식회사의 지분적 권리를 나타내는 것으로, 특별한 사정이 없는 한 그 처분과 행사에 있어 제약이 따르지 않음이 원칙이다. 그러나 주식은 그 속성상 가치의 변동성이 매우 큰 ‘위험자산’으로 분류되고, 특히 관련된 정보의 지득(知得) 여부 등에 따라 그 거래에 따른 수익률이 천차만별이라는 점에서 내부자거래 등 여러 법적 규제를 통해 부당이익을 환수하거나 투자자 신뢰를 보호할 필요성이 기본적으로 요청되는 재산소유 형태이다. 특히 국가의 근본적인 경제정책결정 및 법률입안 등에 깊숙이 관여하는 고위공직자가 그 직무와 밀접한 관련이 있는 주식을 거래하는 경우에는 당연히 일반국민들로부터 직무집행 중에 획득한 정보를 유용(流用)하여 사적인 주식거래를 한다는 의심을 살 수 밖에 없는데, 그가 실제로는 직무와 상관없이 순전히 개인적인 경로를 통해 수집한 정보에 기해 그 주식을 거래하였다고 할지라도 일반국민의 입장에서는 외관상 이를 구별하는 것이 거의 불가능하기 때문이다. 따라서 우리 헌법이 예정하고 있는 국민과 공무원 간의 위임관계(헌법 제1조 제2항, 헌법 제7조 제1항 참조)에 비추어 볼 때, 고위공직자의 주식거래의 경우에는 단순히 부당이익 환수 등의 차원을 넘어 주식과 직무 간의 이해충돌을 사전에 방지하여 그 위임관계가 훼손되는 것을 막아야 한다는 점이 특히 중시되어야 할 것이다.

이와 같은 측면을 고려할 때, 국회의원이 보유한 주식 중에서도 그 직무관련성이 인정되는 주식에 대한 재산권에 있어서는 다른 재산권에 비하여 더 강한 제한과 의무가 부과될 수 있으나, 그렇다고 하더라도 그에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙을 준수하여야 할 것인바(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948 참조), 이하에서 살펴본다.

(2) 입법목적의 정당성

헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 규정하고, 헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”라고 규정하여 공무원 일반에 대한 충실의무를 규정하고 있는 한편, 특히 국회의원에 대해서는 겸직 금지의무(헌법 제43조), 청렴의무(헌법 제46조 제1항), 국가이익 우선의무(헌법 제46조 제2항), 지위남용 금지의무(헌법 제46조 제3항) 조항 등을 통해 이를 더욱 강조하고 있다. 따라서 국회의원은 자신의 사적인 이해관계와 국민에 대한 공적인 이해관계가 충돌할 경우 당연히 후자를 우선하여야 할 이해충돌회피의무 내지 직무전념의무를 지게 되는데, 이를 국회의원 개개인의 양심에만 맡겨둘 것이 아니라 국가가 제도적으로 보장할 필요성 또한 인정된다. 결국 이 사건 법률조항은 국민의 수임자 내지 대표자로서의 국회의원이 그 이해충돌 회피의무를 다하도록 하는 입법목적에 가지는바, 그 정당성이 인정된다.

(3) 수단의 적절성

이 사건 법률조항은 국회의원으로 하여금 직무관련성이 인정되어 이해충돌의 여지가 있는 주식의 보유 자체를 금지토록 함으로써 그 직무와 보유주식 간의 이해충돌을 원천적으로 방지하고 있는바, 이는 입법목적에 달성하는 효과적인 수단이 될 수 있다.

(4) 피해의 최소성

(가) 적용범위의 최소화

이 사건 법률조항은 국회의원이 보유한 주식의 처분권을 제한하고 있으나, 그 적용의 기준이 되는 보유주식의 한도(3천만 원)가 사회통념상 상당히 고액이라 할 수 있고, 또한 그가 보유한 모든 주식이 아니라 ‘직무관련성이 인정되는 주식’에 한하여 적용되므로 그 적용 범위를 목적달성에 필요한 범위 내에서 최소화하고 있다.

그리고 이 사건 법률조항은 앞서 살펴본 바와 같이 ① 주식을 매각할 것인지 또는 백지신탁할 것인지 여부를 국회의원으로 하여금 자유로이 선택할 수 있도록 하였고, ② 백지신탁의 경우에도 주식을 처분하기 어려운 사정이 있는 경우로서 수탁기관이 관할 공직자윤리위원회의 승인을 얻은 경우에는 30일 이내의 범위에서 처분시한을 연장할 수 있고, 그러한 연장은 정당한 사유가 있는 한 몇 번이고 되풀이될 수 있다고 해석되며, ③ 신탁자는 공직자윤리위원회의 허가를 얻어 수탁기관에게 신탁재산의 전량 매각을 요구할 수 있고, 퇴직·전보 등의 사유로 국회의원직을 상실한 경우는 신탁계약의 해지를 청구할 수 있도록 하는 등 백지신탁으로 인한 당사자의 재산적 손실 역시 최소화하려는 장치를 마련하고 있다.

(나) 다른 대안의 실효성에 대한 의문

국회의원의 이해충돌을 방지하기 위해서는 직무회피 내지 주식의 단순 보관신탁, 부정이익 환수, 형사처벌 등 다른 유효적절한 수단을 강구할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항이 일률적으로 주식을 매각 또는 백지신탁하도록 한 것은 최소침해의 원칙에 반하는 것이 아니냐는 의문을 제기할 수 있다.

그러나 과잉금지원칙의 한 내용인 ‘최소침해의 원칙’이라는 것은 어디까지나 입법목적의 달성에 있어 동일한 효과를 나타내는 수단 중에서 되도록 당사자의 기본권을 덜 침해하는 수단을 채택하라는 헌법적 요구인바, 입법자가 택한 수단보다 국민의 기본권을 덜 침해하는 수단이 존재하더라도 그 다른 수단이 효과 측면에서 입법자가 선택한 수단과 동등하거나 유사하다고 단정할 만한 명백한 근거가 없는 이상, 그것이 과잉금지원칙에 반한다고 할 수는 없다(헌재 2009. 11. 26. 2008헌마114, 판례집 21-2하, 630, 643 참조).

우선 형사처벌과 같은 사후적 제재수단만으로도 직무수행의 공정성을 담보하기에 충분하다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 국회의원의 부당한 재산증식행위에 대해 형사처벌을 가하고 부당이득을 몰수하기 위해서는 형사법의 일반원칙상 국회의원이 직무상 수집한 정보를 이용하여 그 주식을 취득하게 되었고 실제 그러한 정보가 호재로 작용하여 그 주식의 주가가 상승하였다는 점 등이 합리적 의심이 없을 정도로 증명되어야 할 것인바, 그러한

증명이 현실적으로 매우 쉽지 않다는 측면에서 그 실효성을 장담할 수 없고, 따라서 형사적·사후적 규제수단이 이 사건 법률조항과 같이 이해충돌을 사전에 회피하도록 강제하는 것과 동등하거나 유사한 효과가 있다고 단정할 수 없다.

다음으로, 보다 완화된 사전적 이해충돌 회피수단인 직무회피 및 단순 보관신탁에 대해 살펴본다. ① 우선 직무회피는 공직자의 재산권을 침해하지 않고 이해충돌을 회피할 수 있는 수단이기도 하나, 국회의원과 같이 그 직무범위가 매우 포괄적인 공직자에게는 재산과 직무 사이의 잠재적 이해충돌의 상황이 매우 자주 발생할 수 있고 그 때마다 직무회피를 문제 삼아야 한다면 그 국회의원의 정상적인 직무수행은 곤란해질 것이다. ② 그리고 앞서 본 바와 같이 헌법이 국회의원에게 겸직금지·국가이익 우선의무를 특별히 요구하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 그의 지식과 경험을 십분 활용하여 국익을 우선하여 직무를 성실히 수행하여야 할 의무가 있는 국회의원이 개인적 이해관계를 들어 직무를 회피하는 것 자체가 본말이 전도된 것이라 할 수 있다. ③ 마지막으로 국회의원의 광범위한 직무범위 및 온정주의·연고주의가 지배하는 우리나라 사회의 특성에 비추어 볼 때 국회의원이 당해 직무에서는 회피되더라도 그 직위를 이용하여 다른 국회의원 등에 사실상의 영향력을 행사하여 이권을 추구하는 것까지 근본적으로 차단할 방법이 없는 이상, 결국 직무회피만으로 입법목적은 제대로 달성할 수 있을지 여부는 매우 의문스럽다. 특히 이 사건 법률조항과 같이 당해 주식을 최종적으로 완전히 매각하도록 하지 않고 단순 보관신탁 등의 방법으로 계속 보유할 수 있도록 하는 경우에는, 재직기간 중에 신탁된 주식의 주가를 어떠한 방법으로든 일단 부양시켜 놓고 퇴임 이후 신탁이 해지되면 그 주식을 처분하여 차익을 실현하려는 탈법행위를 근본적으로 막을 수 없게 된다.

마지막으로, 퇴임 이후에도 일정기간 주식을 처분하지 못하도록 한다거나 임기 중의 주가상승분을 모두 반환하도록 하는 법률을 마련하여 직무수행의 공정성을 담보케 하는 방법도 가능한 대안 중의 하나이다. 그러나 이 사건 법률조항의 입법목적은 국회의원의 이해충돌행위로 인해 그에게 부당한 이익이 귀속되는 것을 막는다는 것도 있지만, 보다 궁극적인 목적은 국회의원

으로 하여금 이해충돌 상황을 처음부터 회피하도록 하여 직무수행의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 완전히 담보하는 것에 있다 할 것인바, 이러한 입법 목적을 확실히 달성하기 위해서는 이 사건 법률조항과 같이 이해충돌의 여지가 있는 주식을 임기 동안 아예 보유하지 못하도록 하는 방법이 가장 효과적인 방법이라 할 수 있다. 국회의원이 직무상 얻은 정보를 활용하여 개인적인 주식거래를 한 번이라도 시도하였다는 사실 자체가 드러나는 이상, 실제 그 주식의 주가가 상승하였는가, 하락하였는가, 혹은 그 차익이 실제 당사자에게 귀속되었는가 여부를 떠나 그로 인해 당해 국회의원 나아가 공직자 전체에 대한 국민의 신뢰는 이미 회복 불가능하게 훼손될 수밖에 없고, 그 부정이익을 환수하는 것은 오히려 부차적인 문제에 불과하기 때문이다.

(다) 선출직에 대한 특별한 고려의 필요성 여부

이 사건에서 문제되는 국회의원은 선거에 의해 민주적 정당성이 확보된 선출직공무원인 점, 우리보다 앞서 백지신탁제도를 실시하고 있는 미국과 캐나다에서는 국회의원에 대해서는 이 사건 법률조항처럼 전면적인 매각 또는 백지신탁의 대상으로 하고 있지는 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 국회의원을 일률적으로 그 적용대상에 포함시킨 것은 지나친 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

그러나 고위공직자의 이해충돌회피에 대한 구체적인 법제도는 각국의 역사, 정치상황 및 국민의식 등에 따라 얼마든지 달라질 수 있는 것이고, 국회의원이 그간 각종 비리에 수없이 연루되어 온 우리의 현대사 및 우리 헌법이 국회의원의 청렴 의무 등을 특별히 강조하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 선출직인 국회의원 역시 백지신탁의 대상으로 삼고 있는 당위성을 전혀 수긍하지 못할 바는 아니다.

또한 이 사건 법률조항은 입법자(국회) 스스로가 자신들(국회의원)을 수범자(受範者)로 하여 입법형성권을 행사한 것이고, 따라서 이 사건 법률조항은 입법자 자신에 대한 자율적 규제라는 점도 이 사건 법률조항의 심사에 있어 간과할 수 없는 부분이다.

(5) 법익의 균형성

이 사건 법률조항에 의하여 국회의원은 직무관련성이 있는 주식을 매각 또는 백지신탁할 의무가 발생하나, 그 처분의 대가는 보유자에게 그대로 귀속된다는 점, 우리 사회에서 국회의원은 이미 상당한 정도의 경제적 급부를 받는 지위에 있고 헌법은 국회의원에 대하여 국익우선의무 및 청렴의무를 특별히 강조하고 있는 점, 국회의원이 되려는 자는 자신이 국회의원이 되었을 때 가지는 권한과 책무와 이 사건 법률조항에 따른 불이익을 사전에 형량한 다음 자신의 선택에 의하여 선거에 출마하여 국회의원이 된다는 점, 국회의원의 공정한 직무수행에 대한 국민의 신뢰확보는 우리 정치의 오랜 숙원이자 가히 돈으로 환산할 수 없는 가치를 지니는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 법률조항으로 인한 사익의 침해가 그로 인해 확보되는 공익보다 반드시 크다고 볼 수 없다. 따라서 법익의 균형성이 충족된다.

(6) 소결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 재산권 및 사적자치권을 침해하지 아니한다.

나. 헌법 제13조 제3항 위반 여부

헌법 제13조 제3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있는바, 위 조항은 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다. 그 밖의 경우에는 문제된 불이익을 보호하는 다른 헌법규범이나 기본권규범을 찾아 그 친족과의 관계에서 본인에게 그러한 불이익을 주는 것이 과연 합리적 근거가 있는지, 또는 입법목적 달성을 위해 필요한 한도 내의 수단인지를 살펴봄으로써 그러한 법적 규율의 정당성 여부를 충분히 판단할 수 있기 때문이다(헌재 2005. 12. 12. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792).

이 사건 법률조항은 국회의원 본인뿐만 아니라 그 이해관계인도 그 적용 대상으로 하는데, 이해관계인이라 함은 배우자 또는 직계존비속을 의미한다. 다만 직계존비속의 경우에는 본인의 피부양자가 아닌 한, 재산등록사항의 고

지를 거부하여 결과적으로 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않을 수 있도록 하였다(공직자윤리법 제12조 제4항 참조). 따라서 이 사건 법률조항이 헌법 제13조 제3항에 위반되는지 여부는 결국 ① 국회의원 본인의 배우자, ② 본인의 피부양자인 직계존비속에 국한하여 문제될 뿐이다.

우선 국회의원의 배우자의 경우 국회의원 본인과 일상을 공유하면서 사실상 하나의 경제단위를 이루게 되고 따라서 부부 사이에 누구의 명의로 재산을 보유하고 있는지는 특별한 의미가 없게 되며, 이 점은 피부양자인 직계존비속의 경우에도 사실상 마찬가지이다. 이를테면 독립하여 생계를 유지할 능력도 없는 직계존비속이 주식을 보유하고 있는 경우 이는 국회의원 본인의 경제적 부담으로 취득한 것으로 보는 것이 사회통념에 부합한다는 점에서 이러한 입법자의 판단은 나름 합리적인 근거가 있다. 나아가 그 주식을 정말로 직계존비속 자신의 경제적 부담으로 취득하였다고 하더라도 이들이 통모하여 주가를 부양한 후 그 차익을 공유하는 것은 여전히 이를 방지할 필요성이 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 본인과 친족 사이의 실질적·경제적 관련성에 근거한 것이지, 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 오로지 친족관계 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 것이 아니므로 헌법 제13조 제3항에 위배되지 아니한다.

다. 평등권 침해 여부

어느 법률조항이 평등원칙에 반하는 자의적 입법인지를 구체적으로 심사함에 있어서는 ① 우선 그 조항이 본질적으로 동일한 집단을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 존재 여부와 ② 그러한 차별취급이 자의적인가의 여부가 문제된다. ①의 기준과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 관련 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적의 해석에 달려 있으며, ②의 기준과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미한다(헌재 2004. 12. 16. 2003헌바78, 판례집 16-2하, 472, 487).

우선 이 사건 법률조항은 여러 형태의 재산권 중 오로지 주식에 대해서만

매각 및 백지신탁의무를 부과하고 있는바, 이것이 주식을 소유한 국회의원을 다른 형태의 재산권, 특히 부동산을 소유하고 있는 국회의원과 비교하여 합리적 이유 없이 차별하고 있는지에 관하여 살피건대, 주식과 부동산은 다음과 같은 차이점이 존재한다. ① 부동산은 주식에 비하여 그 가격이 비교적 고액이고 용도 또한 다양한 관계로 수탁자가 시장에서 환가하기가 용이치 않아 강제처분을 전제로 하는 백지신탁의 대상으로 부적절하며, 외국의 입법례에서도 부동산은 백지신탁의 대상에서 대부분 제외되고 있다. ② 부동산은 주식에 비하여 주거 또는 영업 등 개인의 생존에 더 직접적인 형태로 연관되어 있어, 그 처분을 일률적으로 강제할 경우 기본권 침해의 소지가 더 클 수 있다. ③ 변동성 측면에서도 부동산보다는 주식이 훨씬 더 정책의 내용에 민감하게 반응하여 부정행위의 소지가 높고 따라서 규제의 필요성도 더 크다.

이러한 점을 고려할 때 주식을 소유한 국회의원과 부동산을 소유한 국회의원을 ‘본질적으로 동일한 집단’이라고 단정할 수 없고, 설사 동일한 집단이라 하더라도 위와 같은 사정을 고려하여 부동산을 백지신탁대상에서 제외한 입법자의 판단은 나름 합리적인 근거가 있어 입법형성권의 범위를 일탈하였다고 보이지 아니한다.

한편, 국회의원의 경우 그 직무범위가 매우 포괄적임에도 불구하고 그 직무범위가 비교적 한정되어 있는 다른 공무원들과 마찬가지로 직무관련성을 따져 백지신탁의무를 부과하는 것이 형평에 부합하는지 여부에 대하여 살펴보면, 국회의원이라고 해서 모든 주식의 보유가 금지되는 것은 아니고 어디까지나 그 주식에 대한 정보 접근성과 영향력 행사 가능성을 따져서 상당히 밀접한 관련성이 있는 경우에만 직무관련성이 인정되며, 주식백지신탁심사위원회의 직무관련성 판단에 대해서는 법원의 재판을 통하여 사법적 구제를 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 이것만으로는 불합리한 차별이 존재한다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항에 위배되지 아니한다.

4. 이 사건 법률조항에 대한 위헌론

재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철은 이 사건 법률조항에 대한 위헌론을 개진하였는바, 그 내용은 다음과 같다.

가. 재산권의 침해

(1) 재산권 제한 입법의 한계

헌법 제23조 제1항 전문은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 규정하고, 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정하여, 헌법이 사유재산 제도와 경제 활동에 관한 사적자치원칙을 기초로 하는 ‘자본주의 시장경제질서’를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌가24, 판례집 14-2, 138, 151 참조).

그리고 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여 입법상의 과잉금지원칙을 천명하고 있다.

이러한 과잉금지원칙은, 국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법의 한계를 정하는 것으로, 입법목적의 정당성과 그 목적 달성을 위한 방법의 적정성, 그리고 입법으로 인한 피해의 최소성 및 그 입법에 의하여 보호하려는 법익과 침해되는 이익의 균형성을 확보하여야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다는 것을 의미한다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 601 참조).

(2) 과잉금지의 원칙 위배

(가) 방법의 적정성

재산권은 당해 재산에 대한 사용·수익·처분권으로 구성되는바, 그 중 당해 재산을 언제, 누구에게, 어떤 방법으로, 얼마에 처분할 것인지를 결정하는 처분권은 헌법이 보장하는 재산권 내지 사적 자치권의 가장 핵심적인 부분으로서, 국가가 입법목적의 달성을 위한 수단으로 개인에 대하여 그 소유

재산의 처분을 강제하는 방법을 사용하는 것은 실령 그 처분의 대가가 당해 개인에게 귀속된다 하더라도 결국 그 처분권의 존속 자체를 부인하는 것이 되므로, 극히 예외적인 경우가 아닌 한 인정되어서는 아니 될 것이다.

이 사건 법률조항은 직무관련성이 인정되는 주식에 대해 이를 매각하거나 60일 이내에 신탁주식을 처분할 것을 전제로 백지신탁계약을 체결하도록 의무화하고 있는바, 이에 따르면 주식소유자는 자신이 의도하였던 처분시기와 상관없이 주식을 무조건 처분해야만 한다. 이는 그 주식의 처분대가가 본인에게 귀속된다는 점을 감안하더라도, 앞서 본 바와 같이 재산권의 중핵인 처분권의 존속 내지 처분시기의 결정권을 박탈한다는 점에서 그 자체로써 재산권을 침해하는 것이고, 나아가 최근과 같이 주식시장이 침체되어 주식가격이 하락하였을 때도 이를 강제로 매각하여야 하는 상황이라면 객관적 교환가치의 점에서도 얼마든지 재산권을 침해할 여지가 있다 할 것이다.

특히 재산증식이 목적인 단순투자자와는 달리 주식의 소유가 기업의 영속적인 경영권 확보와 연계되어 있는 경우에는 그 주식의 매각이 곧바로 기업 경영권의 상실로 이어지고, 이 경우 당해 주식의 처분은 단순히 겉으로 나타난 회사지분권을 처분한다는 차원을 넘어 훨씬 더 중대한 재산상의 손해를 야기할 수 있을 것이다.

나아가 그러한 경우 국가가 이 사건 법률조항으로 인하여 의도하였던 의도하지 않았건 간에, 기업 경영권의 향배에 개입하는 상황이 초래되고, 이는 재산권 침해의 문제를 떠나 이른바 자본주의 시장경제질서를 규정한 헌법 제119조 제1항에 위배 되는지 여부의 문제로도 이어질 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 국회의원의 이해 충돌을 방지하기 위하여 재산권을 침해하는 수단을 선택한 것으로서, 그 입법목적의 달성을 위한 적정한 방법이라 할 수 없으므로, 기본권 제한에 있어 방법의 적정성원칙에 위배하여 당해 사건 원고의 재산권을 침해한다 할 것이다.

(나) 피해의 최소화

이 사건 법률조항은 또한 기본권 제한에 있어서의 피해의 최소화원칙에도 위배된다 할 것이다.

국회의원의 재산권 보장(헌법 제23조 제1항)과 국민에 대한 충실의무(헌

법 제7조 제1항 등)는 모두 헌법이 추구하는 가치로서, 그 중 어느 것이 완전히 우월하다고 단정할 수 없으므로, 헌법의 통일성을 기하기 위하여 서로 상충하는 이런 가치가 최대한 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하여야 하는바, 이 사건에 있어서는 그 구체적인 방법으로 주식 백지신탁 제도의 목적과 그로 인하여 제한되는 국회의원의 재산권 제한의 정도가 적정한 비례성을 유지하고 있는지 여부를 따져 보아야 할 것이다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 528 참조).

어떤 법률이 그 입법목적이 정당하며, 이를 달성하기 위하여 국민에게 의무를 부과하고 이를 이행하지 않을 경우 제재를 가하는 것이 적정하다 하더라도, 입법자가 그러한 수단을 선택하지 아니하고 보다 덜 제한적인 방법을 선택하여 목적을 실현할 수 있음에도 굳이 그러한 방법을 통하여 국민에게 의무를 부과하고 그 의무를 강제하기 위하여 이행하지 않는 데 대해 제재를 가한다면 이는 기본권 제한에 있어 침해의 최소성원칙에 위배되어 헌법에 위반된다 할 것이다(헌재 2006. 6. 29. 2002헌바80등, 판례집 18-1하, 196, 207 참조).

그리고 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 규정한 헌법 제119조 제1항에 비추어 보더라도, 개인의 사적 거래에 대한 공법적 규제는 되도록 사전적·일반적 규제보다는, 사후적·구체적 규제방식을 택하여 국민의 거래자유를 최대한 보장하여야 할 것이다.

그런데도 이 사건 법률조항은 그 입법목적의 달성을 위하여 처음부터 당사자의 처분권 자체를 박탈하는 극단적 방식을 취하고 있으나, 이 사건 법률조항의 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로는 반드시 주식을 매각하거나 백지신탁하여 일정 기간 내 처분하도록 강제하는 방법만이 존재하는 것은 아니다.

우선, 국회의원이 직무관련성이 있는 주식을 보유하였다는 이유만으로 이를 강제처분토록 하여 재산권 행사를 일반적·사전적으로 제한하는 것 말고도, 구체적으로 국회의원이 직무상 얻은 정보를 이용하여 실제로 주식거래를 하였을 경우 형사 처벌하거나 그로 인한 부당이익을 환수하는 등 방법으로

이를 강력하게 제재하는 방법을 통하여 사후적·구체적으로 제재를 가할 수 있고, 또한 그렇게 함으로써 그 입법목적은 달성할 수도 있을 것이다.

나아가, 설사 사후적 제재만으로는 입법목적은 달성하기에 충분하지 못하여 부득이 재산권 행사에 대한 사전적 제한을 가한다 하더라도, 이를 위해서는 얼마든지 좀 더 완화된 방법을 생각할 수 있다.

우선, 어떤 주식을 보유한 국회의원이 그 직무를 수행함에 있어 개인적 이해관계가 있는 등 이해충돌의 여지가 있는 경우 직무를 회피하거나 관련 안건에 대한 표결권을 제한하는 등 방법으로 직무수행에서 배제함으로써, 재산권을 침해하지 않고도 직무와 재산 사이의 이해충돌을 방지할 수 있을 것이다. 한 직무수행에서 배제하는 방법만으로 그 입법목적은 효과적으로 달성할 수 없다 하더라도, 이 사건 법률조항과 같이 반드시 취임 즉시 주식을 강제로 처분하도록 할 필요가 있는지 의문이다.

이해충돌의 여지가 있는 주식을 반드시 강제로 매각 하지 않고, 독립한 지위에 있는 수탁자에게 신탁하여 그의 자유로운 처분에 맡기게 하는 것만으로도, 현실적으로 공직자로서의 이해충돌의 여지를 줄일 수 있고, 또한 임기 중의 주가 상승분이 있는 경우 그 이유를 불문하고 이를 모두 환수하도록 함으로써도 입법목적은 충분히 달성할 수도 있을 것이다.

참고로 외국의 입법례를 보면, 미국의 정부윤리법(Ethics in Government Act)은 연방의원(Members of Congress)이 재산공개(financial disclosure) 등 다른 법적 의무를 충실히 이행하는 한 이와 별도로 백지신탁의 법적 의무를 부과하지 않고, 캐나다의 이익충돌방지법(Conflict of Interest Act)은 고위공직자가 보유한 상장주식은 그 직무관련성을 따지지 않고 이를 ‘통제자산(controlled assets)’으로 분류하여 매각 또는 신탁하도록 하되, 신탁의 방법을 택하는 경우에는 이 사건 법률조항과는 달리 수탁자가 그 주식을 일정기간 내 매각하여야 하는 규정을 두지 않고 그 처분 여부를 수탁자의 자유에 일임하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 국회의원의 이해충돌을 방지하기 위한 방법으로 그 재산권을 덜 침해하는 여러 가지 방법들을 생각할 수 있는데도, 일률적으로 주식을 매각하거나 백지신탁하여 일정 기간 내 처분하도록 강제함

으로써 기본권 제한에 있어 피해의 최소성 원칙에 위배하여 당해사건 원고의 재산권을 침해한다 할 것이다.

나. 헌법불합치결정

이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는 이유가 그러하다면, 그 입법목적의 달성을 위해 구체적으로 어떠한 방안을 채택할 것인지는 입법자가 제반 사정을 고려하여 결정할 문제로서 기본적으로는 입법재량의 영역에 속하는 것이고, 이 사건 법률조항을 단순위헌으로 선고하여 그 효력을 당장 상실시킬 경우 국회의원이 그 직위를 이용한 부당한 주식투자를 하는 것을 직접적으로 규제할 방법이 없어져 법의 공백상태가 발생할 우려가 있으므로, 이 사건 법률조항에 대해서는 단순위헌으로 결정하기 보다는 잠정적용의 헌법불합치 결정을 하여 입법자로 하여금 그 조항을 조속히 개정하도록 촉구함이 바람직하다 할 것이다.

5. 결정의 의의

이 사건 법률조항은 국회의원의 이해충돌을 사전에 방지하기 위해 그가 보유한 직무관련성 있는 주식을 강제처분 내지 백지신탁하는 내용을 담고 있다. 사실 개인의 재산권이 헌법에서 보장되는 국가에서, 개인에게 재산의 처분을 강제로 명하는 법률은 흔히 생각할 수 있는 형태는 아니고, 따라서 그 자체가 문제의 소지를 안고 있음을 부인할 수 없다. 그러나 노무현 정부 당시 제18대 국회는 공무원의 헌법상 충실의무(헌법 제7조 제1항) 내지 이해충돌회피의무를 충실히 이행토록 하기 위해 주식백지신탁제도를 마련하여 대통령, 국회의원, 국무위원 등을 비롯한 고위직 공직자를 대상으로 시행하기에 이르렀다.

이 결정에서는 앞서 살펴본 바와 같이 법정의견과 반대의견이 나뉘었는데, 양자는 모두 공직자의 이해충돌을 방지하는 것이 필요하다는 점에는 공감하면서도 그 구체적 수단에 대해서는 의견을 달리하고 있다. 반대의견은 일률적으로 백지신탁을 강제하지 않더라도 단순보관신탁 내지 이익의 사후 환수 등의 방법으로도 얼마든지 이해충돌을 방지할 수 있다고 한다. 반면 법

정의견은 반대의견이 제시하는 방법만으로는 입법목적을 충분히 달성할 수 있다고 단정할 수 없다는 입장이다.

헌법재판에서 매우 자주 발생하는, 그리고 가장 어려운 문제 중 하나가 바로 이와 같이 입법목적 달성을 위한 수단의 선택에 있어 입법자의 재량을 얼마나 존중할 것인가의 문제이다. 단적인 예가 바로 사형제도이다. 누구도 사형제도를 ‘최선의 제도’라고 찬양하지는 않는다. 사형제가 일반인들이 생각하듯이 잠재적 범죄자들에 대한 위하력을 제대로 발휘하고 있는지에 대해서는 아직까지 객관적으로 드러난 것이 없다. 그러나 최소한 사형폐지론자들이 대안으로 주장하는 ‘무기징역’보다는 그 위하력 내지 일반 국민들이 느끼는 정의관념에 부합하는 측면이 강하다고 보아야 하고, 입법목적의 달성에 있어서 사형과 동일한 효과를 나타내면서도 사형보다 덜 침익적인 다른 대안이 명백히 존재한다고 보기도 어렵다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36 참조). 이것이 수많은 논란에도 불구하고 사형제가 아직까지 공식적으로는 명맥을 유지하고 있는 이유이다. 즉 여러 이견이 있을 수는 있으나, 헌법재판소의 기본적인 입장은, 입법자가 어떠한 제도를 입법적으로 채택함에 있어 그 옳고 그름이 명백하지 않은 경우에는, 일단 입법자의 판단을 존중한다는 것이고 그러한 인식이 이 사건 범정의견에도 깔려 있다고 볼 수 있다.

위에서 본 바와 같이 주식백지신탁제도 자체에 대해서는 우여곡절 끝에 일단 합헌결정이 내려졌으나, 동 제도에 대해서는 아직까지도 논란이 끊이지 않고 있다. 이 사건 결정이 선고된 이후 출범한 박근혜 정부의 중소기업청장에 내정된 모 인사는 공직도 좋지만 ‘자신의 기업에 투자한 투자자들에게 피해를 줄 수는 없다’고 하면서 백지신탁을 거부하고는 후보직에서 사퇴하였다. 반면 작년에 유력한 대선후보로 대두되었던 모 인사는 올해 국회의원 보궐선거에 당선된 후 역시 백지신탁 문제 때문에 그의 전문분야(컴퓨터, 정보기술 분야)와는 다소 동떨어진 ‘보건복지위원회’를 희망하였고 결국 정치적 논란 끝에 동 위원회에 배속되기에 이르렀다. 이를 두고 백지신탁제도가 유능한 인사의 정치참여를 막는다거나 일종의 편법을 조장할 뿐이라는 비난이 정치권 일각에서 제기되었고, 급기야 주무부서인 안정행정부는 법개정을 검

토 중에 있다는 기사가 언론에 보도되기도 하였다.

그러나 헌법재판소의 본질적 기능은 당해 법률과 제도가 가장 최선의 것이냐를 따지는 것이 아니라, 말 그대로 그것이 ‘헌법’이라는 잣대에 부합하는지 여부를 심판하는 것이다. 입법자가 이 사건 법률조항 입법 당시 앞서 언급한 여러 문제점이 불거질 수 있음을 전혀 몰랐을까? 오히려 입법자는 고위공직자의 부패 및 정경유착 폐단의 근절이라는 시대적 과업을 더 이상 미룰 수 없고 이를 위해서는 고위공직자의 이해충돌 발생여지를 아예 두지 않는 것이 필요하다는 결단에서 이 사건 법률조항을 입법한 것이 아닐까? 그리고 헌법재판소는 그러한 입법자의 의도를 헌법의 잣대에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 위헌이라고까지는 할 수 없다는 판단 하에 합헌결정을 내린 것이다. 그리고 4인의 재판관의 이름으로 반대의견을 제시함으로써 우리 사회로 하여금 이 사건 법률조항에 대한 진지한 재검토를 할 수 있는 기회 역시 제공하였던 것이다.

필자 사건으로는 ‘자신의 기업에 투자한 투자자의 이익’을 국민이 위임하는 공직의 무게보다 중시하는⁸⁾ 인사를 실제로 공직에서 걸러내었다는 것 자체만으로 이 사건 법률조항은 당초 부여받은 소임을 훌륭히 수행하고 있다고 생각되고,⁹⁾ 향후 ‘다양한 배경을 갖춘 유능한 인사의 고위공직진출’과 ‘고위 공직자의 청렴성 내지 이해충돌방지’의 가치 중 어느 것을 더 중시할 것인지는 대한민국 사회의 변화에 따라 적정한 선에서 다시 공감대가 형성될 것이며, 헌법재판소 역시 그러한 시대의 변화에 따른 헌법적 잣대에 맞추어

8) 물론 개인의 그러한 선택 자체는 헌법상 보장된 재산권 행사로서 존중되어야 마땅하고 아무도 이를 비난할 수 없다. 모든 국민이 국가를 위해 자신의 이익을 희생하는 애국자가 될 필요는 없고 국가가 이를 강요할 근거도 없다. 그러나 이 논리와 이 사건 법률조항이 위헌이라는 주장은 구별하여야 한다. 국가가 개인에게 희생을 강요할 수는 없지만 그렇다고 해서 개인이 재산권과 공무담임권 모두를 가지겠다는 주장을 국가에게 수용강요할 수도 없기 때문이다. 국가 입장에서는 공직수행에 가장 적합한 인물을 골라내는 것도 반드시 필요하기 때문이다.

9) 만일 백지신탁 제도가 존재하지 않아 기업의 오너가 지분을 그대로 소유한 채 공직에 취임한 이후 자신이 보유한 기업의 이익(또는 그 기업에 투자한 투자자의 이익)과 국가의 이익이 충돌하는 사안이 발생한 경우, 그가 투자자의 이익에 민감한 자라면 당해 사안에서 반드시 국가의 이익을 우선하여 직무를 수행할 것이라고 장담하기 곤란하다. 백지신탁의 본질적 기능은 그와 같이 국익과 사익 사이에서 왔다 갔다 고민할 수 있는 자를 공직에서 처음부터 걸러내는 데 있는 것이다.

헌법재판의 직무를 충실히 이행할 것이다.

구 토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원

- 토양오염원인자 간주 조항의 헌법적 한계 -
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 판례집 24-2상, 420)

김 혜 진*

【판시사항】

1. 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 위 법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 오염원인자조항’이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 오염원인자조항이 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(적극)
4. 법적 공백 및 입법형성권을 고려하여 적용중지의 헌법불합치 결정을 선고한 사례

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분 및 구법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 부분이 위헌인지 여부이다.¹⁾

* 헌법연구관

- 1) 심판대상 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.
구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것)
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.
3. “토양오염관리대상시설”이라 함은 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 2003. 3. 14. ○○철강 주식회사(이하 ‘○○철강’이라 한다)로부터 철강공장 부지로 사용되었던 마산시 월영동 등 토지 합계 245,730.7㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 매수하여 2003. 3. 25. 청구인 앞으로 소유권 이전등기를 마쳤다.

나. 마산시장은, 2006. 10.경 실시한 토양오염정밀조사 결과 아연, 니켈 등 토양오염물질이 토양환경보전법이 정한 토양오염 우려기준을 초과하는 것으로 나타나자, 이 사건 토지가 구법 제2조 제3호의 ‘토양오염관리대상시설’에, 청구인이 구법 제10조의3 제3항 제3호의 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’에 각 해당한다고 보아, 2007. 9. 18. 청구인에게 이 사건 토지에 관하여 토양환경보전법 제15조 제3항 제3호에 근거한 정화조치명령(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

다. 청구인은 창원지방법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하

공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물 및 장소 등을 말한다.

제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재·지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다.

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자로 본다. 다만, 제3호(토양오염관리대상시설을 양수한 자에 한한다) 및 제4호의 경우에 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자
2. 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자
3. 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자
4. 민사집행법에 의한 경매, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가, 국제징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자

고, 그 상고심 계속 중 구법 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 및 구법 제10조의3 제3항 제3호 중 ‘토양오염관리대상시설을 양수한 자’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 본안과 함께 기각되자, 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

가. 이 사건 정의조항은 그 의미가 불분명하고 다른 조항들과 모순되어 법체계상 신뢰성 있는 해석원칙을 도출할 수 없으므로 명확성원칙에 반한다.

나. 이 사건 오염원인자조항은 그 시행 이전에 완료된 토양오염행위에 대하여 토양오염관리대상시설을 양수한 자(이하 ‘양수자’라 한다)에게 책임을 부담하도록 한 것이므로, 헌법상 금지되는 진정소급입법에 해당하거나, 신뢰보호원칙에 반하는 부진정소급입법에 해당한다.

다. 이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설의 양수자에게 그가 명시적으로 인수하지 아니한 책임을 부담시키므로, 자기책임의 원칙 및 과잉금지원칙, 자유시장경제질서를 위반하여 계약의 자유, 재산권, 평등권을 침해한다.

【결정요지】

1. 이 사건 정의조항은 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는’이라는 문구에 의하여 그 범위가 한정되고 있고, 이는 토양오염을 예방하고 오염된 토양을 정화한다는 토양환경보전법의 목적을 달성하기 위하여 일정한 부지의 소유자·점유자·운영자, 양수자, 인수자에게도 토양오염에 대한 책임을 부담시킬 필요가 있기 때문이며, 구법 제10조의2 제1항이 이 사건 정의조항과 모순된다고 보기 어려우므로, 이 사건 정의조항이 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키고 있는 것과 모순되지 아니한다. 그렇다면 이 사건 정의조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 토양오염이 과거에 시작되어 이 사건 오염원인자조항의 시행 당시 계속되고 있는 상태라면 이는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당하

므로, 이 사건 오염원인자조항은 부진정소급입법으로서 종래의 법적상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다.

3. 이 사건 오염원인자조항은 위 조항 시행 이전의 양수자에게까지 오염원인자의 인적범위를 시적으로 확장하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 달성하고자 하는 것이다. 그런데 환경오염책임법제가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재하고, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠다. 또, 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 대해서는 선의이며 무과실인 양수자에 대한 면책규정이 사실상 의미가 없고, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 되는 경우도 많다. 이처럼 이 사건 오염원인자조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로, 이 사건 오염원인자조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다.

그러나 2002. 1. 1. 이후 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있고, 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있으므로, 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다.

4. 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 토양오염관리대상시설의 양수자를 오염원인자로 간주할 근거규정이 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 입법자에게는 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이 인정되므로, 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 한다.

재판관 김종대의 반대 의견

폐기물에 대한 행정적 규제는 이미 1970년대 초부터 존재하여 왔고, 오염 원인자 책임원칙 역시 비록 선언적인 형태이지만 1977년 환경보전법이 제정되면서 명시적으로 도입되었으며, 1970년대 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 ‘토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자’(구법 제10조의3 제3항 제2호)에 해당할 가능성이 높다. 따라서 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자라 하더라도, 그 신뢰의 보호가치는 크지 않다고 할 것이다. 그렇다면 양수자의 신뢰를 보호해야 할 가치는 크지 않은 반면, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상하여 궁극적으로 일반 공중의 건강 및 쾌적한 생활환경을 확보한다는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로, 이 사건 오염원인자조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

【해설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 토양오염관리대상시설의 범위에 관한 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되는지, 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기에 관계없이 오염원인자로 의제하여 토양환경보전법상의 각종 책임을 부담하게 한 이 사건 오염원인자조항이 소급입법금지원칙 또는 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부이다. 특히 후자가 이 사건의 핵심 쟁점이다.

이하에서는 우선 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대하여 검토한 다음, 토양환경보전법상 오염원인자의 책임과 관련 입법례 등을 살펴보고, 이어 이 사건 오염원인자조항이 소급입법금지원칙 또는 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부를 판단하고자 한다.

2. 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되는지 여부

가. 명확성원칙의 의의와 심사방식

『명확성원칙은 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙인바, 법규범에 이러한 원칙을 충족할 것을 요구하는 이유는 만일 법규범의 의미내용이 불확실하다면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다. 다만 법규범의 문언은 어느 정도 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없기 때문에 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139, 164 참조).

이 경우 법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로 결국 당해 법률조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2011. 11. 24. 2010헌바254, 판례집 23-2하, 358, 369-370).』

나. 판단 및 해설

(1) 재판관들은 전원의 일치된 의견으로 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『이 사건 정의조항은 토양오염관리대상시설에 ‘장소 등’을 포함시키고 있는바, ‘장소’의 의미는 통상 ‘어떤 일이 이루어지거나 일어나는 곳’으로, ‘등’의 의미는 ‘장소에 준하는 것’으로 각 해석되고, 위 ‘장소 등’은 ‘토양오염물질²⁾을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는’이라는 문구에 의하여 그 범위가 한정되고 있다.

‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리’하는 것은 일정한 시설·장치·건물·건축물을 통한 경우와 기타의 방법에 의하는 경우가 있다. 통상의 경우 시설·장치·건물·건축물은 일정한 ‘장소’를 가질 수밖에

2) 토양환경보전법 제2조 제2호는 ‘토양오염물질’의 개념을 ‘토양오염의 원인이 되는 물질로서 환경부령이 정하는 것’으로 한정하고 있다.

없는데, 그 장소를 토지의 측면에서 평가한 것이 ‘부지’이므로, ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물의 부지’ 역시 ‘장소’의 범위에 포함된다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결 참조).

이처럼 이 사건 정의조항이 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키는 것은, 토양오염을 예방하고 오염된 토양을 정화한다는 토양환경보전법의 목적(구법 제1조)을 달성하기 위하여 일정한 부지의 소유자·점유자·운영자, 양수자, 인수자에게도 토양오염에 대한 책임을 부담시킬 필요가 있기 때문이다(구법 제10조의3 제3항 제2호, 제3호, 제4호).

한편, 구법 제10조의2 제1항은 ‘토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지’를 양도·양수하거나 임대·임차하는 경우에 토양환경평가를 할 수 있도록 규정함으로써 이 사건 정의조항과는 달리 ‘토양오염관리대상시설’에서 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물의 부지’를 제외하고 있으나, 위 조항 역시 ‘토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지’만의 거래를 통해서도 토양오염에 대한 책임이 발생할 수 있음을 전제하고 있으므로, 이 사건 정의조항과 구법 제10조의2 제1항은 모순된다고 보기 어렵다.

또한 토양은 토양오염물질의 확산을 통하여 그 자체 다른 토양오염의 원인이 되거나 다른 토양을 오염시킬 우려가 있으므로, 구법 제10조의3 제3항 제2호가 ‘토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설’이라고 규정한 것은, 이 사건 정의조항이 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 장소 등’이라고 규정하여 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키고 있는 것과 모순되지 아니한다.

그렇다면 이 사건 정의조항은 수범자의 예측가능성을 해하거나 법집행 기관의 자의적인 집행을 가능하게 할 정도로 불명확하다고 할 수 없으므로, 명확성원칙에 위배되지 아니한다.」

(2) 위 법정의견은 결국 이 사건 정의조항의 의미범위가 법문언상 구체적으로 한정되고 있고, 위 법문언, 토양환경보전법의 입법목적 및 체계적 구조

등을 종합하면 이 사건 토지와 같은 일정한 부지 역시 이 사건 정의조항의 ‘장소’의 범위에 포함된다고 해석되며, 그러한 해석이 토양환경보전법의 다른 규정들과 체계상 모순되지 아니하므로, 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다는 것이다.

3. 이 사건 오염원인자조항의 위헌 여부

가. 이 사건 오염원인자조항의 입법연혁

구 토양환경보전법(1995. 1. 5. 법률 제4906호로 제정되고, 2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되기 전의 것) 제23조는 토양오염피해에 대한 오염원인자의 손해배상책임과 다수 오염원인자의 연대책임의 근거를 마련하였는데, 오염원인자의 구체적인 범위 및 공법상의 토양정화책임에 대해서는 침묵하고 있었다.

이후 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조는 오염원인자의 범위를 구체화하고 공법상의 토양정화책임을 추가적으로 부담하도록 하여, 토양오염을 유발한 자 외에 오염유발시설의 소유자·점유자·운영자, 양수인, 인수인을 손해배상책임과 토양정화책임을 부담하는 오염원인자로 본다고 규정하였다.

위 법 제23조는 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되어 실질적인 내용 변경 없이 제10조의3으로 이동하였다(이 사건 오염원인자조항).³⁾

나. 토양환경보전법상 오염원인자의 책임

구법 제10조의3 제1항은 ‘토양오염의 피해에 대한 무과실책임’이라는 제목 하에 오염원인자가 부담하는 책임으로 토양오염 피해자에 대한 손해배상 및 오염토양의 정화 두 가지를 명시하고, 구법 제10조의3 제3항 각 호는 ‘오염원인자’를 특정하고 있다. 제1호는 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발한 자를, 제2호는 토양오염 발생 당시의 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를, 제3호는 토양오염관

3) 현행 토양환경보전법(2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정된 것)은 오염원인자의 손해배상책임과 토양정화책임은 제10조의3에서, 오염원인자의 범위는 제10조의4에서 별도로 규율하고 있다.

리대상시설을 양수한 자 및 제1호와 제2호의 책임자의 포괄승계자를, 제4호는 경매 등을 통한 토양오염관리대상시설을 인수한 자를 각 오염원인자로 보고 있다.

오염원인자의 책임은 무과실책임이나, 천재·지변, 전쟁의 불가항력적 사유가 있는 경우(구법 제10조의3 제1항 단서) 및 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때(구법 제10조의3 제3항 단서)에는 면책된다. 이에 따라 토양오염유발시설이 설치된 부지를 양도·양수하는 경우 토양오염에 관한 법적 책임관계를 명확히 하기 위하여 부지의 토양오염을 미리 조사하는 토양환경평가를 자율적으로 실시할 수 있다(구법 제10조의2).

오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다(구법 제10조의3 제2항). 따라서 행정청 및 피해자는 복수의 오염원인자 중 어느 오염원인자에 대해서든 임의로 손해배상 및 오염토양의 정화를 청구할 수 있고, 이에 따라 그 책임을 이행한 오염원인자는 다른 오염원인자에게 책임 비율에 상응한 구상권을 행사할 수 있다고 해석된다.

한편, 토양환경보전법(2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정된 것) 제10조의2는 토양환경평가의 항목·절차·방법을 구체화하고, 위 법 제10조의5는 토양정화 재원확보를 위한 토양정화공제조합의 설치 근거를 마련하였다.

다. 토양오염책임에 관한 입법례

(1) 미국

1980년 제정된 종합환경대응책임법(CERCLA)은, 현재 시설 또는 선박을 소유하고 있는 자와 운영하는 자, 유해물질의 배출 시점에 그러한 유해물질이 배출된 시설을 소유하였거나 또는 운영하였던 자, 자기 소유의 유해물질을 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하기 위하여 계약, 합의를 한 자 또는 유해물질을 그곳으로 운반하기 위하여 운반자와 계약을 맺은 자, 유해물질을 자기가 선택한 처리 또는 취급시설, 소각

용 선박 또는 부지로 운반하기 위해 수령 또는 수령하였던 자를 유해폐기물 오염지역에 관해 정화책임을 지는 잠재적 책임당사자로 규정한다.

명시적인 규정은 없지만, 법원은 종합환경대응책임법상의 책임을 엄격(무과실)책임 및 복수 책임당사자의 부진정연대책임으로 이해하고 있다. 대신 미국 의회는 1986년 슈퍼펀드개정및재승인법(SARA)을 제정하여 정화비용에 관한 복수 책임당사자간의 구상권을 명시적으로 인정하고, 환경보호처는 복수 책임당사자간의 책임배분에 관한 지침을 마련하여 책임 비율에 따라 정화비용을 부담시키고 있다.

위와 같은 종합환경대응책임법상의 정화책임을 과거의 행위에까지 소급적으로 적용된다. 즉, 종합환경대응책임법이 제정되기 전에 유해물질을 적법하게 배출하였다 할지라도 현재의 오염에 대해서 정화책임을 질 수 있다. 대부분의 법원은 정화책임을 제재적 성격보다는 구제적인 성격을 가지고, 국민의 건강과 환경에 중대한 위협을 주는 오염지역의 정화는 법의 정당한 목적이며, 처리시설을 설치하여 그로부터 이익을 얻는 자에게 합리적인 방법으로 정화책임을 부과하고 있다며, 위헌이 아니라고 한다.⁴⁾

한편, 주로 석유세 등을 재원으로 하는 슈퍼펀드(Superfund)라는 기금제도를 마련하여, 오염원인자가 복원비용을 부담할 수 없는 경우 혹은 오염원인자가 명확하지 않을 경우 위 기금을 이용하도록 한다.

(2) 독일

1998년 제정된 연방토양보호법(Bundesbodenschutz gesetz)은 오염부지(Altlasten) 등의 정화책임에 관하여 규율하고 있다. 위 법에 따른 정화책임자는 오염부지의 원인자 및 그의 포괄적 권리승계인, 토지소유자, 토지의 사실상 지배자, 오염부지에 책임이 있는 토지를 소유하고 있는 법인을 상법상 또는 회사법상 근거에서 보증하여야 하는 자, 그러한 토지에 대한 소유권을 위임한 자, 일정 요건을 충족하는 범위 내에서 종전 토지소유자이다. 종전

4) United States v. Northeastern Pharm. & Chem. Co., 579 F. Supp. 823 (W.D. Mo. 1984), aff'd in part, rev'd in part, 810 F.2d 726 (8th Cir. 1986), cert. denied, 484 U.S. 848 (1987); United States v. Shell Oil Co., 605 F. Supp. 1064 (D. Colo. 1985); Ohio ex rel. Brown v. Georgeoff, 562 F. Supp. 1300 (N.D. Ohio 1983).

소유자는 해당 토지를 연방토양보호법의 시행일인 1999년 3월 1일 이후에 양도하였고 유해한 토양변질 또는 부지오염을 알았거나 알았어야 했던 경우에 정화 의무를 진다.

연방토양보호법상의 정화책임은 책임의무자의 고의·과실을 부문하는 공법상의 책임으로, 오염부지의 원인자 및 그의 포괄적 권리승계인의 정화책임은 행위책임, 토지소유자와 토지의 사실상 지배자 등의 정화책임은 해당 토지에 대한 지배 사실에서 도출되는 상태책임의 성격을 갖는다. 행정청은 위험예방의 효율성이나 효과적인 정화가능성을 기준으로 정화책임을 부과하기 때문에, 복수의 정화책임자 중 행위책임자에게 우선적으로 책임이 부과되어야 한다는 종전의 원칙은 적용되지 아니한다. 연방토양보호법은 다수책임자 상호간의 구상권을 규정하고, 그 소멸시효를 3년으로 정하고 있다.

한편, 오염부지의 소유자 등 상태책임자는 책임의 성질상 과거의 타인의 행위에까지 정화책임을 부담한다. 연방헌법재판소는 상태책임 그 자체에 대해서는 재산권의 내용형성과 제한의 범위 내에 있다고 보았으나, 소유자가 오염부지의 취득당시에 오염사실을 알았거나 위험한 토지사용을 허가한 경우가 아닌 한 원칙적으로 토지의 정상적인 거래 가액 내에서만 정화책임을 부담하고, 토지로부터 발생하는 위험이 자연재해, 일반에 귀속될 수 있는 원인 또는 권한 없는 제3자에 의해 야기된 경우 등에도 상태책임이 제한될 수 있다고 한다.⁵⁾

각 주 단위로 토양정화기금이 마련되어 있다.

(3) 일본

2002년 제정된 토양오염대책법은 토양오염으로 인하여 건강피해가 발생할 우려가 있다고 인정할 때 오염원인자, 토지소유자 등에게 오염의 제거 등의 조치 명령을 할 수 있도록 규정한다. 다만 ‘오염원인자가 분명하고 오염원인자에게 조치를 강구하도록 함이 상당하다고 인정되며, 또한 오염원인자에게 조치를 강구하도록 함에 관하여 토지소유자 등에게 이의가 없는 때’에는 오염원인자에 대하여 조치명령을 할 수 있다. 여기서 말하는 ‘상당성’의 인정은

5) BVerfGE 102, 1 ff.

오염원인자의 선의 여부나 과실을 판단하는 것이 아니라 주로 오염원인자의 자력 등을 고려하여 이루어진다.

학설은 토지소유자 등의 오염제거 책임의 성질을 상태책임이라고 해석한다. 경찰법상 상태책임원리에 의하면, 실제 위험상태가 발생하고 있는 경우에는 그것이 과거의 행위 또는 책임을 창설하는 법령제정 전의 행위라도 기본적으로 책임을 추급할 수 있다고 해석한다. 나아가 행위책임자인 오염원인자에게는 이 법률의 시행 전에 발생한 토양오염에 관해서도 책임이 소급하여 발생한다고 해석한다.

또한 학설은 토양오염대책법이 복수의 책임당사자가 연대책임을 질 것을 규정하고 있지 않으므로 복수의 책임자간의 연대책임 문제는 발생하지 않는다고 본다. 대신 위 법은 토지소유자 등이 오염 제거 등의 조치를 이행한 때에는 오염원인자에 대하여 비용을 청구할 수 있도록 규정한다. 이러한 구상권은 오염원인자를 안 때로부터 3년, 조치를 실시한 때로부터 20년 내에 청구하여야 한다.

한편, 토양오염대책법은 토양오염이 판명되었으나 원인자가 불명확하고 토지소유자의 부담능력이 낮은 경우 등에 대비하여 정부의 보조금과 기업 등 정부 이외의 자에 의한 임의출연으로 재원을 마련한 토양오염대책기금을 설치하고 있다.

라. 이 사건 오염원인자조항에 대한 판단

(1) 오염원인자 책임에 관한 입법형성의 자유와 그 한계

입법자는 오염원인자의 범위와 그 책임 내용을 규율함에 있어서 헌법 원리와 기본권에 의한 한계를 준수하여야 한다.

헌법 제35조 제1항은 국민의 환경권의 보장, 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 이는 국가뿐만 아니라 국민도 오염방지와 오염된 환경의 개선에 관한 책임을 부담함을 의미한다.

환경오염에 대하여 책임을 부담하는 오염원인자의 구체적인 범위 및 그 책임 내용은, 환경보호 및 피해자의 구제라는 공익을 효과적으로 달성하기 위해 당해 법률이 추구하는 목적, 해당 환경오염의 특성, 귀책의 근거를 중

합적으로 고려하여 입법자에 의하여 정해진다. 즉, 입법자에게는 오염원인자의 범위와 그 책임 내용을 결정함에 있어서 일정한 형성의 자유가 인정된다.

(2) 소급입법금지원칙 위반 여부

(가) 진정소급입법과 부진정소급입법의 구별

소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지(과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는지), 아니면 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 현재 진행 중에 있는 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459; 헌재 2008. 5. 29. 2006헌바99, 판례집 20-1하, 142, 156 참조).

(나) 판단 및 해설

(1) 재판관들은 전원의 일치된 의견으로 이 사건 오염원인자조항이 진정소급입법에 해당하지 아니하고, 따라서 소급입법금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『이 사건 오염원인자조항의 적용시점은 오염원인자의 책임이 발생한 때, 즉 ‘토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때’(구법 제10조의3 제1항), ‘오염도가 토양오염 우려기준을 넘는’(구법 제11조 제3항) 것이 확인된 때, ‘상시측정·토양오염실태조사 또는 토양정밀조사의 결과 우려기준을 넘는’(구법 제15조 제3항) 것이 확인된 때 등이고, 양수자가 토양오염관리대상시설을 양수한 시점과는 무관하다 할 것이다. 따라서 이 사건 오염원인자조항은 그 시행 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에게도 적용된다.

그런데 토양환경보전법은 그 규율대상인 토양오염의 개념을 ‘사업활동 기타 사람의 활동에 따라 토양이 오염되는 것으로서 사람의 건강·재산이나 환경에 피해를 주는 상태’(구법 제2조 제1호)로 정의함으로써, 토양오염의 원인이 되는 ‘활동’ 뿐만 아니라 그 결과인 ‘상태’도 중요한 요소로 삼고 있

다. 따라서 누군가의 행위 또는 물건에 대한 지배에 의하여 토양오염이 과거에 시작되어 이 사건 오염원인자조항의 시행 당시 계속되고 있는 상태라면 이는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 오염원인자조항은 부진정소급입법으로서 종래의 법적상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에는 위반되지 않는다.』

(2) 결국 재판관들은 이 사건 오염원인자조항이 그 시행 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에게도 적용된다는 점을 명확히 하고, 그럼에도 불구하고 이 사건 오염원인자조항은 진정소급입법이 아니라 ‘토양오염’이라는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 관한 것으로서 부진정소급입법에 해당하며, 따라서 이 사건 오염원인자조항이 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에 위반되지 않음을 확인한 것이다.

(3) 신뢰보호원칙 위반 여부

(가) 신뢰보호원칙

신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가의 원칙으로부터 파생되는 것으로서, 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다(헌재 2010. 10. 28. 2009헌바67, 판례집 22-2하, 118). 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461 ; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 195 ; 헌재 2008. 9. 25. 2007헌바74, 판례집 20-2상, 511, 523- 524 참조).

(나) 판단

1) 위헌론

다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 오염원인자조항이 신뢰보호원칙에 위배된다고 판시하였다.

『(가) 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익

토양오염의 장기성으로 인하여 토양오염피해가 발생한 시점에는 자력이 있는 오염원인자를 찾을 수 없는 경우가 많으므로, 토양오염 발생당시 현존하고 경제력이 있는 토양오염관리대상시설의 양수자에 대하여 그 양수의 시기를 불문하고 오염원인자로서의 책임을 부과할 필요가 있다. 따라서 이 사건 오염원인자조항은 위 조항 시행 이전의 양수자에게까지 오염원인자의 인적범위를 시적으로 확장하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 달성하고자 하는 것이다.

(나) 신뢰이익

구 토양환경보전법(1995. 1. 5. 법률 제4906호로 제정되고, 2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정된 것) 제23조 제1항은 오염원인자의 범위를 구체적으로 규정하지 아니하였는데, 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호가 시행되면서부터 토양오염관리대상시설의 양수자가 오염원인자로 간주되었다. 따라서 신뢰이익의 측면에서 토양오염관리대상시설의 양수시점이 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호의 시행일인 2002. 1. 1. 이전인 경우와 그 이후인 경우가 달리 평가될 수 있다.

1) 2002. 1. 1. 이전의 양수의 경우

토양오염을 비롯한 환경오염 전반에 대한 규제들이 도입되고오염원인자비용부담원칙이 명시된 것은 1977. 환경보전법이 제정되면서부터였고, 환경오염 피해에 대한 무과실책임 원칙은 1990. 환경정책기본법이 제정되면서 도입되었다. 한편, 환경오염피해에 대한 공법상 책임이 규정된 것은 1987. 폐기물관리법이 그 시초이며, 1995. 폐기물처리업 또는 폐기물처리시설의 양수인 및 포괄적 승계인의 책임승계제도가, 1999. 산업폐기물을 발생시키는 사업장의 양수인 및 포괄적 승계인의 책임승계제도가 폐기물관리법에 도입되었다.

위와 같이 환경오염책임법제가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 자

기책임, 과실책임을 원칙으로 하는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재한다. 특히, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 토양오염관리대상시설을 양수한 자가 비록 토양오염 사실을 알거나 알지 못한 데 과실이 있다고 하더라도 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서까지 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠던 것으로 보인다.

한편, 선의이며 무과실인 양수자는 면책되지만(구법 제10조의3 제3항 단서), 토양오염관리대상시설의 양수자는 통상 토양오염사실 또는 그 가능성에 대해 알거나 알 수 있는 위치에 있다고 평가되기 쉽고, 양수자의 면책을 위해 도입된 토양환경평가제도는 2002. 1. 1.에서야 시행되었으므로, 그 이전의 양수자에 대해서는 위 면책규정이 사실상 의미가 없다.

이 사건 오염원인자조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 양수자는 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 된다. 그런데 다른 오염원인자가 존재하지 않거나 무자력인 경우가 많고, 자력이 있는 다른 오염원인자가 존재하더라도 구상권 행사의 절차 및 책임분배의 기준이 미비하여, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 전적으로 손해배상 및 토양정화 비용을 부담하게 되는 경우가 많다.

이처럼 이 사건 오염원인자조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로 신뢰이익의 손상 정도가 중대하다.

2) 2002. 1. 1. 이후의 양수의 경우

구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호가 시행된 2002. 1. 1. 이후 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있었다고 할 것이어서 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다.

또한 양수자는 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있다. 법은 토양환경평가(법 제10조의2) 제도를 2002. 1. 1. 시행함으로써 토양오염시설의 양수과정에서 법적 책임 관계를 명확히 하고, 이를 계약 체결 여부 및 내용에 반영

할 수 있도록 하였다. 토양환경평가와 같은 전문적인 절차를 이행할 것을 기대할 수 없는 토지 거래에 있어서는, 당해 토지의 이전 사용관계를 합리적인 범위 내에서 조사함으로써 선의·무과실로 평가될 수 있다.

(다) 공익과 신뢰이익과의 비교형량

신뢰이익을 보호할 필요가 있는 양수 시점의 확정은 총체적인 법상태를 고려하여 입법자가 정할 사항이지만, 적어도 이 사건 오염원인자조항이 2002. 1. 1. 이후에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 적용되는 경우에는 앞서 본 바와 같이 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다.

그러나 이 사건 오염원인자조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는, 기존 법상태에 대한 신뢰의 정당성, 책임회피 가능성의 부재, 신뢰침해 결과의 중대성을 고려해 볼 때, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다.

(라) 소결

따라서 이 사건 오염원인자조항은 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하였으므로, 신뢰보호원칙에 위배된다.』

2) 합헌론

이에 대하여 재판관 김종대는 이 사건 오염원인자조항이 신뢰보호원칙에 위반되지 아니한다는 반대의견을 개진하였다.

『가. 이 사건 오염원인자조항이 신뢰보호원칙을 위반하는지 여부

이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설을 양수한 시기를 불문하고 양수자에게 오염원인자로서의 책임을 부과하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 추구하고 있다.

한편, 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호가 시행되어 토양오염관리대상시설을 양수한 자가 오염원인자로 간주되기 시작한 2002.

1. 1. 이후에 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있었다고 할 것이어서 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다.

나아가 자신이 지배하는 물건으로 인한 피해에 대해 손해배상책임을 부담할 수 있다는 것은 민법상의 일반원칙으로 오래전부터 받아들여져 왔다. 폐기물에 대한 행정적 규제는 이미 1970년대 초부터 존재하여 왔고, 오염원인자 책임원칙 역시 비록 선언적인 형태이지만 1977. 환경보전법이 제정되면서 명시적으로 도입되었다. 본격적인 산업화가 시작된 시점이 1970년대 이후라는 사실을 감안하면, 1970년대 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 ‘토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호, 이하 ‘오염유발자’라 한다) 또는 ‘토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자’(구법 제10조의3 제3항 제2호, 이하 ‘소유자·점유자·운영자’라 한다)에 해당할 가능성이 높다.

위와 같은 법적·사실적 상황에 비추어 본다면, 토양오염관리대상시설을 양수한 자가 오염원인자로 간주되기 시작한 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자라 하더라도, 그 신뢰의 보호가치는 크지 않다고 할 것이다.

그렇다면 양수자의 신뢰를 보호해야 할 가치는 크지 않은 반면, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상하여 궁극적으로 일반 공중의 건강 및 쾌적한 생활환경을 확보한다는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로, 이 사건 오염원인자조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.』

(다) 해설

다수의견은 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호의 시행일인 2002. 1. 1. 이전과 이후를 나누어, ① 2002. 1. 1. 이전에 토양오염시설을 양수한 자로서는 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 관하여 공·사법상의 책임을 부담하게 될 것을 예측하기 곤란하였음에도, 입법자는 사후적

으로 재산권 등에 대한 중대한 제약을 가하고 달리 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하지 않았으므로 정당한 신뢰를 침해받으나, ② 2002. 1. 1. 이후에 토양오염시설을 양수한 자는 토양오염책임을 부담할 수 있음을 예측할 수 있었고, 토양환경평가 등을 통하여 면책될 기회가 있었으므로 정당한 신뢰를 침해받는다고 할 수 없다고 판단한 것이다.

반면, 반대의견은 환경오염책임을 계속적으로 강화되어온 상황에 비추어, 토양오염관리대상시설을 2002. 1. 1. 이전에 양수하였다고 하더라도 그 신뢰의 보호가치는 크지 않고, 토양오염관리대상시설을 양수한 시기를 불문하고 토양오염시설을 양수한 자에게 오염원인자로서의 책임을 부과하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익이 더 중대하므로, 이 사건 오염원인자조항은 헌법상 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다는 것이다.

(4) 주문의 형태

(가) 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 오염원인자조항에 대하여 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 주문으로 택하였다.

『이 사건 오염원인자조항이 신뢰보호원칙에 위배되는 이상, 과잉금지원칙 등을 위반하는지 여부에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 위헌결정을 하여야 할 것이다.

그러나 만약 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 토양오염관리대상시설의 양수자를 오염원인자로 간주할 근거규정이 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 이는 토양오염관리대상시설을 양수한 시기를 불문하고 그 양수자를 오염원인자로 간주하는 데 위헌성이 있다는 이 사건 위헌결정의 취지와는 달리, 모든 토양오염관리대상시설의 양수자를 일률적으로 토양오염 피해에 관한 책임으로부터 면책시키는 부당한 결과를 야기하게 될 것이다.

또한, 입법자에게는 민주주의 원칙의 관점에서 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이 인정된다. 입법자는 이 사건 오염원인자조항의 시적 적용범위를 토양오염관리대상시설의 양수자가 오염원인자로 간주되기

시작한 2002. 1. 1. 이후에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 한정하거나, 위 시점 이전의 특정 시점 이후에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 한정하면서 부분적으로 발생하는 소급효의 문제는 국가가 일부 비용을 보조하는 등으로 해결할 수 있고, 이 사건 오염원인자조항의 시적 적용범위를 유지한 채 토양오염관리대상시설의 양수자가 부담하는 책임을 다른 오염원인자가 부담하는 책임에 대한 보충책임으로 하거나, 면책사유를 확대하거나 책임의 범위를 제한하는 등으로 기본권 침해를 최소화 할 수도 있다.

따라서 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하기로 하는 바, 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 이 사건 오염원인자조항의 위헌성이 제거될 때까지 그 적용을 중지하여야 하고, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 이 사건 오염원인자조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.』

(나) 이에 대하여 재판관 김종대는 이 사건 오염원인자조항에 대하여 헌법불합치 결정을 할 필요가 없다는 반대의견을 개진하였다.

『헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는, ① 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌 결정을 하는 때에는 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있다거나, ② 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려워 입법부가 이를 가리도록 함이 합당한 경우, ③ 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 3가지로 설명되는 것이 보통이다.

그러나 ① 평등원칙에 위배되는 경우라면, 기존의 수혜자와 비교하여 불평등하다고 판단되는 범위를 추출하여 그 부분에 한정하여 위헌선언을 하면 될 것이고, ② 합헌부분과 위헌부분이 섞여 있는 경우에도, 위헌이라고 판단되는 그 일부 내용이나 범위를 한정하여 위헌을 선고하되, 그렇게 한정하여 일부 위헌을 선고할 수 없는 경우라면 부득이 전부를 위헌으로 선언하는 것이 원칙이라고 본다.

따라서 헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는 ③ 위헌법률의

제거로 말미암아 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우만이 유일하다고 할 것인데, 이러한 경우에마저도 우리 재판소는, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위험적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다(헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367, 387-388; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418 참조)는 신중한 입장을 취하고 있다.

이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설의 양수자를 오염원인자로 간주하고 있다. 그런데 이 사건오염원인자조항이위헌선언됨으로써법질서에서 제거되더라도 오염유발자 등 손해배상 및 토양정화 책임을 부담할 다른 오염원인자들이 존재하고, 토양오염관리대상시설의 양수자는 민법상의 불법행위조항들(민법 제750조, 제758조 등)에 의하여 손해배상책임을 부담할 수 있는 이상 토양오염에 대한 책임과 관련하여 법적 공백이나 혼란이 초래될 우려가 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건의 경우는, 이 사건 오염원인자조항이 제거됨으로 말미암아 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이 생긴다거나, 일정 기간 이 사건 오염원인자조항에 내재한 위험적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니다.』

4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 환경법상 광범위하게 인정되고 있는 오염원인자 책임에 관한 입법형성의 자유와 그 한계에 관하여 헌법재판소의 입장을 최초로 밝힌 것에 그 의의를 찾을 수 있다.

나. 먼저, 헌법재판소는 이 사건 정의조항이 헌법상 명확성원칙에 위배되지 아니한다는 점을 명확히 밝혔다. 이 사건 정의조항이 규정하는 ‘토양오염관리대상시설’의 범위는 결국 토양환경보전법상 각종 책임부담의 주체가 되는 ‘오염원인자’의 범위와 밀접히 연관되는데, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 토양환경보전법의 입법목적이

나 입법취지, 입법연혁, 그리고 체계적 구조, 기타 조항의 내용 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 정의조항의 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있다는 것이다.

다. 다음으로 이 사건 오염원인자조항에 대하여는, 입법자에게 인정되는 오염원인자 책임에 관한 형성의 자유의 한계를 넘어 일정한 범위의 수범자들의 정당한 신뢰를 침해하므로 신뢰보호원칙에 위배된다고 판단하였다. 즉, 토양오염관리대상시설의 양수자가 오염원인자로 간주되기 시작한 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자들은 자신이 관여하지 않은 토양오염에 관하여 특히 공법상의 책임인 토양정화책임까지 부담하게 될 것을 예측하기 곤란하였음에도, 입법자는 재산권 등에 대한 중대한 제약을 최소화할 다른 제도적 수단을 마련하지 않았으므로 신뢰보호원칙에 위배된다는 것이다.

앞에서 말한 ‘다른 제도적 수단’으로는, 이 사건 오염원인자조항의 시적 적용범위를 2002. 1. 1. 이후에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 한정하는 방법, 위 시점 이전의 특정 시점 이후에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 한정하면서 부분적으로 발생하는 소급효의 문제는 국가가 일부 비용을 보조하는 방법(네덜란드의 입법례), 이 사건 오염원인자조항의 시적 적용범위를 유지한 채 토양오염관리대상시설의 양수자가 부담하는 책임을 다른 오염원인자가 부담하는 책임에 대한 보충책임으로 하는 방법(일본의 입법례), 면책사유를 확대하거나 책임의 범위를 제한하는 방법(독일, 영국의 입법례) 등을 상정할 수 있다.

라. 따라서 헌법재판소는 이 사건 오염원인자조항의 위헌성을 제거함에 있어서 입법자가 선택할 수 있는 위와 같은 다양한 제도적 수단을 고려하여, 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 한 것이다.

토양환경보전법 제2조 제3호 등 위헌소원

- 토양오염원인자 간주 조항의 헌법적 한계-
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바167, 판례집 24-2상, 438)

김 혜 진*

[판시사항]

1. 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분(이하 ‘이 사건 정의조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 위 법 제10조의3 제3항 제2호(이하 ‘이 사건 오염원인자조항’이라 한다)가 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권 및 평등권을 침해하는지 여부(적극)
3. 법적공백 및 입법형성권을 고려하여 헌법불합치결정을 선고한 사례

[심판대상]

이 사건의 심판대상은 구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제2조 제3호 중 ‘장소 등’ 부분 및 구법 제10조의3 제3항 제2호가 위헌인지 여부이다.¹⁾

* 헌법연구관

- 1) 심판대상 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.
구 토양환경보전법(2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것)
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.
3. “토양오염관리대상시설”이라 함은 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물 및 장소 등을 말한다.
제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 토양오염으로 인하여 피해가 발

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구외 정○임은 2004. 10. 16. 청구인으로부터 마산시 석전동 대 131.01㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)와 2필지를 임차하여 주유소를 운영하였는데, 2005. 6. 21. 토양오염도 누출검사결과 이 사건 토지의 지하에 설치된 유류저장탱크에 연결된 배관에 이상이 발견되고, 2005. 7.경 토양오염 정밀조사결과 이 사건 토지에서 토양오염물질이 우려기준 이상 검출되자, 마산시장은 2005. 7. 18. 위 정○임에게 시설개선 또는 오염토양의 정화조치를 명하였으나 위 정○임은 이를 이행하지 않았다.

나. 이에 마산시장은 2008. 5. 21. 이 사건 토지의 소유자인 청구인에게 이 사건 토지 및 주변의 오염범위 파악을 위한 오염정밀조사의 실시 및 정밀조사 결과 확인된 오염토양의 정화를 명하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

다. 청구인은 창원지방법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2009. 6. 4. 기각되고(창원지방법원 2008구합2734), 항소하였으나 2009. 10. 9. 기각되었다(부산고등법원 2009누3897). 이에 청구인은 상고하여 그 소송 계속 중 구법 제2조 제3호, 제10조의3 제3항 제2호에 대하여 위헌 법률심판제청신청을 하였으나 2010. 3. 11. 본안과 함께 기각되자(대법원

생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재·지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다.

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자로 본다. 다만, 제3호(토양오염관리대상시설을 양수한 자에 한한다) 및 제4호의 경우에 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자
2. 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자
3. 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자
4. 민사집행법에 의한 경매, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가, 국제징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자

2010아7), 2010. 4. 12. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

가. 이 사건 정의조항의 의미가 불분명하여 수범자로서는 ‘토양오염관리대상시설’의 범위를 확정할 수 없고, 이를 전제로 한 구법 제10조의3 제3항 각호의 ‘오염원인자’의 범위 역시 불분명하여 법집행 기관의 자의적인 법해석 및 집행을 초래하므로, 이 사건 정의조항은 명확성원칙에 반한다.

나. 이 사건 오염원인자조항은 토양오염과무관한 부지의 소유자 등을 오염원인자로 의제하면서, 토양오염관리대상시설을 양수한 자(구법 제10조의3 제3항 제3호) 및 민사집행법에 의한 경매, ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’에 의한 환가, 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자(구법 제10조의3 제3항 제4호)와는 달리 토양오염사실에 관한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있는 가능성을 허용하지 않고 있다. 그 결과 부지의 소유자 등은 직접 오염행위를 한 자가 존재함이 분명한 경우에도 오염토양의 정화책임 등을 부담하게 되는데, 이는 청구인의 재산권과 평등권을 침해한다.

【결정요지】

1. 이 사건 정의조항은 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는’이라는 문구에 의하여 그 범위가 한정되고 있고, 이는 토양오염을 예방하고 오염된 토양을 정화한다는 토양환경보전법의 목적을 달성하기 위하여 일정한 부지의 소유자·점유자·운영자, 양수자, 인수자에게도 토양오염에 대한 책임을 부담시킬 필요가 있기 때문이며, 구법 제10조의2 제1항이 이 사건 정의조항과 모순된다고 보기 어려우므로, 이 사건 정의조항이 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키고 있는 것과 모순되지 아니한다. 그렇다면 이 사건 정의조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 이 사건 오염원인자조항은 신속하고 확실하게 토양오염에 대한 책임자

를 특정하고 그에 따른 책임이행을 확보할 수 있도록 오염원인자의 범위를 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자로 확장하여 이들에게 무과실의 책임을 부담시키고 있는데, 이러한 입법목적은 토양환경보전법의 목적에 비추어 정당하다. 한편, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 손해배상책임 및 오염토양의 정화책임 등을 부과하는 것은 그러한 입법목적 달성에 적합한 수단이 된다.

그러나 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 ‘토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있으므로, 이 사건 오염원인자조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다.

토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 사실상 면책이 불가능한 1차적인 무과실 책임을 부담하고, 경우에 따라서는 파산에 이를 정도로 거액에 이르기까지 하는 비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 한다는 점에서, 이 사건 오염원인자조항으로 인하여 얻게 될 공익보다 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익이 더 클 수도 있다.

나아가, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와는 달리, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게는 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책만을 허용하고 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권 및 평등권을 침해한다.

3. 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 간주할 근거규정이 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 입법자에게는 위험적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이

인정되므로, 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 한다.

재판관 김종대의 반대의견

소유자·점유자·운영자는 재산권자로서 재산권의 사회적 기속성에 근거하여 자신이 지배하는 물건으로부터 위협이나 장해를 발생시켜서는 안 될 의무를 부담하고, 토양오염의 발생이라는 상태에 가장 근접해 있는 자로서 토양오염을 효과적으로 제거할 수 있는 법적·사실적 지위에 있으므로, 이 사건 오염원인자조항은 토양오염에 대하여 책임을 부담하는 소유자·점유자·운영자의 범위를 합리적으로 제한하고 있다. 나아가 손해배상 및 토양정화를 행한 소유자·점유자·운영자는 다른 오염원인자에 대하여 책임 비율에 따른 구상권을 행사하여 손해를 전보 받을 수 있다.

이 사건 오염원인자조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익보다는, 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 오염된 토양을 정화하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 한다는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익이 더 크다.

토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자와 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 본질적으로 다르므로 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자에 대해서만 면책을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있다.

【해설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 토양오염관리대상시설의 범위에 관한 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되는지, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 의제하여 토양환경보전법상의 각종 책임을 부담하게 한 이 사건 오염원인자조항이 재산권 및 평등권을 침해하는지 여부이다. 특히 후자가 이 사건의 핵심 쟁점이다.

이하에서는 우선 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대하여 검토한 다음, 토양환경보전법상 오염원인자의 책임과 관련 입법례 등을 살펴보고, 이어 이 사건 오염원인자조항이 재산권 및 평등권을 침해하는지 여부를 판단하고자 한다.

2. 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되는지 여부

가. 명확성원칙의 의의와 심사방식

『명확성원칙은 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙인바, 법규범에 이러한 원칙을 충족할 것을 요구하는 이유는 만일 법규범의 의미내용이 불확실하다면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다. 다만 법규범의 문언은 어느 정도 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없기 때문에 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139, 164 참조).』

이 경우 법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로 결국 당해 법률조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2011. 11. 24. 2010헌바254, 판례집 23-2하, 358, 369-370).』

나. 판단 및 해설

(1) 재판관들은 전원의 일치된 의견으로 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『이 사건 정의조항은 토양오염관리대상시설에 ‘장소 등’을 포함시키고 있는바, ‘장소’의 의미는 통상 ‘어떤 일이 이루어지거나 일어나는 곳’으로, ‘등’

의 의미는 ‘장소에 준하는 것’으로 각 해석되고, 위 ‘장소 등’은 ‘토양오염물질²⁾을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는’이라는 문구에 의하여 그 범위가 한정되고 있다.

‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리’하는 것은 일정한 시설·장치·건물·건축물을 통한 경우와 기타의 방법에 의하는 경우가 있다. 통상의 경우 시설·장치·건물·건축물은 일정한 ‘장소’를 가질 수밖에 없는데, 그 장소를 토지의 측면에서 평가한 것이 ‘부지’이므로, ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물의 부지’ 역시 ‘장소’의 범위에 포함된다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결 참조).

이처럼 이 사건 정의조항이 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키는 것은, 토양오염을 예방하고 오염된 토양을 정화한다는 토양환경보전법의 목적(구법 제1조)을 달성하기 위하여 일정한 부지의 소유자·점유자·운영자, 양수자, 인수자에게도 토양오염에 대한 책임을 부담시킬 필요가 있기 때문이다(구법 제10조의3 제3항 제2호, 제3호, 제4호).

한편, 구법 제10조의2 제1항은 ‘토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지’를 양도·양수하거나 임대·임차하는 경우에 토양환경평가를 할 수 있도록 규정함으로써 이 사건 정의조항과는 달리 ‘토양오염관리대상시설’에서 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물의 부지’를 제외하고 있으나, 위 조항 역시 ‘토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지’만의 거래를 통해서도 토양오염에 대한 책임이 발생할 수 있음을 전제하고 있으므로, 이 사건 정의조항과 구법 제10조의2 제1항은 모순된다고 보기 어렵다.

또한 토양은 토양오염물질의 확산을 통하여 그 자체 다른 토양오염의 원인이 되거나 다른 토양을 오염시킬 우려가 있으므로, 구법 제10조의3 제3항 제2호가 ‘토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설’이라고 규정한 것은, 이 사건 정의조항이 ‘토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처

2) 토양환경보전법 제2조 제2호는 ‘토양오염물질’의 개념을 ‘토양오염의 원인이 되는 물질로서 환경부령이 정하는 것’으로 한정하고 있다.

리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 장소 등'이라고 규정하여 일정한 부지를 토양오염관리대상시설에 포함시키고 있는 것과 모순되지 아니한다.

그렇다면 이 사건 정의조항은 수범자의 예측가능성을 해하거나 법집행 기관의 자의적인 집행을 가능하게 할 정도로 불명확하다고 할 수 없으므로, 명확성원칙에 위배되지 아니한다.』

(2) 위 법정의견은 결국 이 사건 정의조항의 의미범위가 범문언상 구체적으로 한정되고 있고, 위 범문언, 토양환경보전법의 입법목적 및 체계적 구조 등을 종합하면 이 사건 토지와 같은 일정한 부지 역시 이 사건 정의조항의 '장소'의 범위에 포함된다고 해석되며, 그러한 해석이 토양환경보전법의 다른 규정들과 체계상 모순되지 아니하므로, 이 사건 정의조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다는 것이다.

3. 이 사건 오염원인자조항의 위헌 여부

가. 이 사건 오염원인자조항의 입법연혁

구 토양환경보전법(1995. 1. 5. 법률 제4906호로 제정되고, 2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되기 전의 것) 제23조는 토양오염피해에 대한 오염원인자의 손해배상책임과 다수 오염원인자의 연대책임의 근거를 마련하였는데, 오염원인자의 구체적인 범위 및 공법상의 토양정화책임에 대해서는 침묵하고 있었다.

이후 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되기 전의 것) 제23조는 오염원인자의 범위를 구체화하고 공법상의 토양정화책임을 추가적으로 부담하도록 하여, 토양오염을 유발한 자 외에 오염유발시설의 소유자·점유자·운영자, 양수인, 인수인을 손해배상책임과 토양정화책임을 부담하는 오염원인자로 본다고 규정하였다.

위 법 제23조는 2004. 12. 31. 법률 제7291호로 개정되어 실질적인 내용 변경 없이 제10조의3으로 이동하였다(이 사건 오염원인자조항).³⁾

3) 현행 토양환경보전법(2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정된 것)은 오염원인자의 손해배상책임과 토양정화책임은 제10조의3에서, 오염원인자의 범위는 제10조의4에서 별도로 규율하고 있다.

나. 토양환경보전법상 오염원인자의 책임

구법 제10조의3 제1항은 ‘토양오염의 피해에 대한 무과실책임’이라는 제목 하에 오염원인자가 부담하는 책임으로 토양오염 피해자에 대한 손해배상 및 오염토양의 정화 두 가지를 명시하고, 구법 제10조의3 제3항 각호는 ‘오염원인자’를 특정하고 있다. 제1호는 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발한 자를, 제2호는 토양오염 발생 당시의 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를, 제3호는 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 제1호와 제2호의 책임자의 포괄승계자를, 제4호는 경매 등을 통한 토양오염관리대상시설을 인수한 자를 각 오염원인자로 보고 있다.

오염원인자의 책임은 무과실책임이나, 천재·지변, 전쟁의 불가항력적 사유가 있는 경우(구법 제10조의3 제1항 단서) 및 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 인수한 자가 선의이며 과실이 없는 때(구법 제10조의3 제3항 단서)에는 면책된다. 이에 따라 토양오염유발시설이 설치된 부지를 양도·양수하는 경우 토양오염에 관한 법적 책임관계를 명확히 하기 위하여 부지의 토양오염을 미리 조사하는 토양환경평가를 자율적으로 실시할 수 있다(구법 제10조의2).

오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다(구법 제10조의3 제2항). 따라서 행정청 및 피해자는 복수의 오염원인자 중 어느 오염원인자에 대해서든 임의로 손해배상 및 오염토양의 정화를 청구할 수 있고, 이에 따라 그 책임을 이행한 오염원인자는 다른 오염원인자에게 책임 비율에 상응한 구상권을 행사할 수 있다고 해석된다.

한편, 토양환경보전법(2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정된 것) 제10조의2는 토양환경평가의 항목·절차·방법을 구체화하고, 위 법 제10조의5는 토양정화 재원확보를 위한 토양정화공제조합의 설치 근거를 마련하였다.

다. 토양오염책임에 관한 입법례

(1) 미국

1980년 제정된 종합환경대응책임법(CERCLA)은, 현재 시설 또는 선박을 소유하고 있는 자와 운영하는 자, 유해물질의 배출 시점에 그러한 유해물질이 배출된 시설을 소유하였거나 또는 운영하였던 자, 자기 소유의 유해물질을 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하기 위하여 계약, 합의를 한 자 또는 유해물질을 그곳으로 운반하기 위하여 운반자와 계약을 맺은 자, 유해물질을 자기가 선택한 처리 또는 취급시설, 소각용 선박 또는 부지로 운반하기 위해 수령 또는 수령하였던 자를 유해폐기물 오염지역에 관해 정화책임을 지는 잠재적 책임당사자로 규정한다.

명시적인 규정은 없지만, 법원은 종합환경대응책임법상의 책임을 엄격(무과실)책임 및 복수 책임당사자의 부진정연대책임으로 이해하고 있다. 대신 미국 의회는 1986년 슈퍼펀드개정및채송인법(SARA)을 제정하여 정화비용에 관한 복수 책임당사자 간의 구상권을 명시적으로 인정하고, 환경보호처는 복수 책임당사자 간의 책임배분에 관한 지침을 마련하여 책임 비율에 따라 정화비용을 부담시키고 있다.

위와 같은 종합환경대응책임법상의 정화책임은 과거의 행위에까지 소급적으로 적용된다. 즉, 종합환경대응책임법이 제정되기 전에 유해물질을 적법하게 배출하였다 할지라도 현재의 오염에 대해서 정화책임을 질 수 있다. 대부분의 법원은 정화책임이 제재적 성격보다는 구제적인 성격을 가지고, 국민의 건강과 환경에 중대한 위협을 주는 오염지역의 정화는 법의 정당한 목적인데, 처리시설을 설치하여 그로부터 이익을 얻는 자에게 합리적인 방법으로 정화책임을 부과하고 있다며, 위헌이 아니라고 한다.⁴⁾

한편, 주로 석유세 등을 재원으로 하는 슈퍼펀드(Superfund)라는 기금제도를 마련하여, 오염원인자가 복원비용을 부담할 수 없는 경우 혹은 오염원인자가 명확하지 않을 경우 위 기금을 이용하도록 한다.

4) United States v. Northeastern Pharm. & Chem. Co., 579 F. Supp. 823 (W.D. Mo. 1984), aff'd in part, rev'd in part, 810 F.2d 726 (8th Cir. 1986), cert. denied, 484 U.S. 848 (1987); United States v. Shell Oil Co., 605 F. Supp. 1064 (D. Colo. 1985); Ohio ex rel. Brown v. Georgeoff, 562 F. Supp. 1300 (N.D. Ohio 1983).

(2) 독일

1998년 제정된 연방토양보호법(Bundesbodenschutz gesetz)은 오염부지(Altlasten) 등의 정화책임에 관하여 규율하고 있다. 위 법에 따른 정화책임자는 오염부지의 원인자 및 그의 포괄적 권리승계인, 토지소유자, 토지의 사실상 지배자, 오염부지에 책임이 있는 토지를 소유하고 있는 법인을 상법상 또는 회사법상 근거에서 보증하여야 하는 자, 그러한 토지에 대한 소유권을 위임한 자, 일정 요건을 충족하는 범위 내에서 종전 토지소유자이다. 종전 소유자는 해당 토지를 연방토양보호법의 시행일인 1999년 3월 1일 이후에 양도하였고 유해한 토양변질 또는 부지오염을 알았거나 알았어야 했던 경우에 정화 의무를 진다.

연방토양보호법상의 정화책임은 책임의무자의 고의·과실을 부분하는 공법상의 책임으로, 오염부지의 원인자 및 그의 포괄적 권리승계인의 정화책임은 행위책임, 토지소유자와 토지의 사실상 지배자 등의 정화책임은 해당 토지에 대한 지배 사실에서 도출되는 상태책임의 성격을 갖는다. 행정청은 위험예방의 효율성이나 효과적인 정화가능성을 기준으로 정화책임을 부과하기 때문에, 복수의 정화책임자 중 행위책임자에게 우선적으로 책임이 부과되어야 한다는 종전의 원칙은 적용되지 아니한다. 연방토양보호법은 다수책임자 상호간의 구상권을 규정하고, 그 소멸시효를 3년으로 정하고 있다.

한편, 오염부지의 소유자 등 상태책임자는 책임의 성질상 과거의 타인의 행위에까지 정화책임을 부담한다. 연방헌법재판소는 상태책임 그 자체에 대해서는 재산권의 내용형성과 제한의 범위 내에 있다고 보았으나, 소유자가 오염부지의 취득당시에 오염사실을 알았거나 위험한 토지사용을 허가한 경우가 아닌 한 원칙적으로 토지의 정상적인 거래 가액 내에서만 정화책임을 부담하고, 토지로부터 발생하는 위험이 자연재해, 일반에 귀속될 수 있는 원인 또는 권한 없는 제3자에 의해 야기된 경우 등에도 상태책임이 제한될 수 있다고 한다.⁵⁾

각 주 단위로 토양정화기금이 마련되어 있다.

5) BVerfGE 102, 1 ff.

(3) 일본

2002년 제정된 토양오염대책법은 토양오염으로 인하여 건강피해가 발생할 우려가 있다고 인정할 때 오염원인자, 토지소유자 등에게 오염의 제거 등의 조치 명령을 할 수 있도록 규정한다. 다만 ‘오염원인자가 분명하고 오염원인자에게 조치를 강구하도록 함이 상당하다고 인정되며, 또한 오염원인자에게 조치를 강구하도록 함에 관하여 토지소유자 등에게 이의가 없는 때’에는 오염원인자에 대하여 조치명령을 할 수 있다. 여기서 말하는 ‘상당성’의 인정은 오염원인자의 선의 여부나 과실을 판단하는 것이 아니라 주로 오염원인자의 자력 등을 고려하여 이루어진다.

학설은 토지소유자 등의 오염제거 책임의 성질을 상대책임이라고 해석한다. 경찰법상 상대책임원리에 의하면, 실제 위험상태가 발생하고 있는 경우에는 그것이 과거의 행위 또는 책임을 창설하는 법령제정 전의 행위라도 기본적으로 책임을 추급할 수 있다고 해석한다. 나아가 행위책임자인 오염원인자에게는 이 법률의 시행 전에 발생한 토양오염에 관해서도 책임이 소급하여 발생한다고 해석한다.

또한 학설은 토양오염대책법이 복수의 책임당사자가 연대책임을 질 것을 규정하고 있지 않으므로 복수의 책임자간의 연대책임 문제는 발생하지 않는다고 본다. 대신 위 법은 토지소유자 등이 오염 제거 등의 조치를 이행한 때에는 오염원인자에 대하여 비용을 청구할 수 있도록 규정한다. 이러한 구상권은 오염원인자를 안 때로부터 3년, 조치를 실시한 때로부터 20년 내에 청구하여야 한다.

한편, 토양오염대책법은 토양오염이 판명되었으나 원인자가 불명확하고 토지소유자의 부담능력이 낮은 경우 등에 대비하여 정부의 보조금과 기업 등 정부 이외의 자에 의한 임의출연으로 재원을 마련한 토양오염대책기금을 설치하고 있다.

라. 이 사건 오염원인자조항에 대한 판단

(1) 제한되는 기본권

이 사건 오염원인자조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점

유자·운영자는 토양오염 피해에 대한 손해배상책임 및 오염토양의 정화책임 등을 부담하게 되고(구법 제10조의3 제1항, 제11조 제3항, 제15조 제3항 등), 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와는 달리 토양오염사실에 관한 선의·무과실을 입증하여도 면책되지 아니하므로(구법 제10조의3 제3항 단서), 이 사건 오염원인자조항으로 인하여 제한되는 주된 기본권은 재산권 및 평등권이라 할 것이다.

(2) 오염원인자 책임에 관한 입법형성의 자유와 그 한계

입법자는 오염원인자의 범위와 그 책임 내용을 규율함에 있어서 헌법 원리와 기본권에 의한 한계를 준수하여야 한다.

헌법 제35조 제1항은 국민의 환경권의 보장, 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 이는 국가뿐만 아니라 국민도 오염방지와 오염된 환경의 개선에 관한 책임을 부담함을 의미한다.

환경오염에 대하여 책임을 부담하는 오염원인자의 구체적인 범위 및 그 책임 내용은, 환경보호 및 피해자의 구제라는 공익을 효과적으로 달성하기 위해 당해 법률이 추구하는 목적, 해당 환경오염의 특성, 귀책의 근거를 종합적으로 고려하여 입법자에 의하여 정해진다. 즉, 입법자에게는 오염원인자의 범위와 그 책임 내용을 결정함에 있어서 일정한 형성의 자유가 인정된다.

(3) 판단 및 해설

(가) 재산권 침해 여부에 대한 판단

1) 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 오염원인자조항이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 재산권을 침해한다고 판단하였다.

『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

토양오염은 그 피해가 장기간에 걸쳐 누적적으로 발생하므로 다른 환경영역에 비하여 책임 있는 자를 특정하거나 고의·과실을 입증하기 곤란하고, 중금속 등 유해물질로 인한 피해의 지속성·광범성·중대성의 측면에서 신속한 오염토양의 정화가 강조된다. 위와 같은 토양오염의 특징을 고려하여 이 사건 오염원인자조항은 신속하고 확실하게 토양오염에 대한 책임자를 특

정하고 그에 따른 책임이행을 확보할 수 있도록 오염원인자의 범위를 토양 오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자로 확장하여 이들에게 무과실의 책임을 부담시키고 있는데, 이러한 입법목적은 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 토양생태계의 보전을 위하여 오염된 토양을 정화하는 등 토양을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 하려는 법의 목적(구법 제1조)에 비추어 정당하다.

한편, 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 일응 자력이 있는 것으로 추정되는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 손해배상책임 및 오염토양의 정화책임 등을 부과하는 것은 입법목적 달성에 적합한 수단이 된다.

(나) 침해의 최소성

그러나 오염원인자 책임에 관한 입법형성의 자유를 감안하더라도, 이 사건 오염원인자조항은 다음과 같은 점에서 침해의 최소성 원칙에 반한다.

1) 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임이 그 귀책의 정도에 비하여 과중한 것이 되지 않도록 침해를 최소화하는 다른 수단이 존재한다.

가) ‘토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양 오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호, 이하 ‘오염유발자’라 한다)에게 1차적인 책임을 부담시키고, 오염유발자를 찾을 수 없거나 오염유발자가 책임을 이행하지 않을 때 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 보충적으로 책임을 부담시키는 방법을 통해서도 확실하고 신속한 피해배상 및 토양정화라는 입법목적을 달성할 수 있다.

나) 제3자의 행위, 법적으로 허용된 행위, 일반 공중에 귀속될 수 있는 원인 등으로 인하여 토양오염이 발생한 경우와 같이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 면책할 수 있다.

다) 토양오염 피해에 대한 손해배상액과 오염토양의 정화비용 등은 거액에 이르는 경우가 많다는 점을 고려하여, 토양오염 발생에 대하여 선의·무

과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 등으로 침해를 최소화할 수 있다.

2) 위와 같은 수단들을 도입함으로써 인하여 발생할 수 있는 손해배상 및 토양정화 등 책임의 공백 또는 그 책임 이행의 지연 문제는 환경손해보험 및 토양정화기금 등과 같은 제도로 보완될 수 있다. 즉, 잠재적 오염원인자들이 조성한 기금 등에서 손해배상 및 토양정화 등의 비용을 조달할 수 있도록 하는 것이다. 한편, 입법자는 2011. 4. 5. 특정토양오염관리대상시설의 설치자 등이 조합원이 되는 토양정화 공제조합의 설립 근거를 마련하여(법제10조의5) 부분적으로만 토양정화기금제도를 도입하고 있다.

3) 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 먼저 손해배상책임 및 오염토양의 정화책임 등을 부담시키고 그러한 책임을 이행한 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 구상권을 인정한다 하더라도, 토양오염의 장기성 때문에 다른 오염원인자를 찾을 수 없거나 다른 오염원인자가 무자력인 경우가 많아 사실상 구상권은 의미가 없는 경우가 많고, 구상권 행사의 절차와 책임 분담의 기준이 전혀 규정되어 있지 않아 구상권의 실현에 많은 시간과 비용이 소요되므로, 구상권의 존재는 이 사건 오염원인자조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 받게 되는 침해를 완화하기에 부족하다.

(다) 법익의 균형성

비록 이 사건 오염원인자조항이 달성하려는 확실하고 신속한 피해배상 및 토양정화라는 목적이 일반 공중의 건강, 쾌적한 생활환경의 확보라는 중요한 공익에 직결되어 있지만, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 사실상 면책이 불가능한 1차적인 무과실 책임을 부담하고, 경우에 따라서는 파산에 이를 정도로 거액에 이르기까지 하는 비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 한다는 점에서, 이 사건 오염원인자조항으로 인하여 얻게 될 공익보다 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익이 더 클 수도 있다.

(라) 소결

따라서 이 사건 오염원인자조항이 다른 책임 완화 수단을 마련하지 아니한 채 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 보아 손해배상 및 토양정화 책임 등을 부담하도록 하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해한다.』

2) 반면, 재판관 김종대는 이 사건 오염원인자조항이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 재산권을 침해하지 않는다는 반대의견을 개진하였다.

『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 간주하여 신속하고 확실하게 토양오염에 대한 책임자를 특정하고 그에 따른 책임이행을 확보하기 위한 것으로서, 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 오염된 토양을 정화하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 한다는 공공복리를 추구하는 것이므로 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

(나) 침해의 최소성

이 사건 오염원인자조항은 ‘토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된’ 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 간주하고 있는데, 이는 토양오염의 발생이라는 상태를 그 원인이 된 토양오염관리대상시설의 소유·점유·운영을 통하여 사실적으로 지배하는 자에게 토양오염에 대한 상대책임을 인정한 것이다. 소유자·점유자·운영자는 재산권자로서 재산권의 사회적 기속성에 근거하여 자신이 지배하는 물건으로부터 위험이나 장애를 발생시켜서는 안 될 의무를 부담하고, 토양오염의 발생이라는 상태에 가장 근접해 있는 자로서 토양오염을 효과적으로 제거할 수 있는 법적·사실적 지위에 있으므로, 이 사건 오염원인자조항은 토양오염에 대하여 책임을 부담하는 소유자·점유자·운영자의 범위를 합리적으로 제한하고 있다고 할 것이다.

토양오염은 그 피해가 장기간에 걸쳐 누적적으로 발생하므로 토양오염 피해가 발생한 시기에는 자력이 있는 오염유발자를 찾기 어려운 경우가 많고, 소유자·점유자·운영자의 과실 유무를 확정하기도 곤란하므로, 신속하고 확

실한 손해배상 및 토양정화를 위해서는 토양오염관리대상시설에 대한 사실적 지배를 기준으로 오염원인자를 확정하여 손해배상 및 정화책임을 수행할 능력이 있는 자에게 우선적으로 책임을 부담시킬 필요가 있다. 따라서 이 사건 오염원인자조항이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임을 오염유발자가 부담하는 책임에 대한 보충책임으로 하지 아니하고, 천재·지변, 전쟁으로 인하여 발생한 토양오염에 대하여만 면책만을 허용하며, 그 책임 범위를 제한하지 아니한 것은 입법목적을 달성하기 위하여 불가피하다.

나아가 손해배상 및 토양정화를 행한 소유자·점유자·운영자는 다른 오염원인자에 대하여 책임 비율에 따른 구상권을 행사하여 손해를 전보 받을 수 있다. 만약 소유자·점유자·운영자에 대한 면책사유를 확대하거나 그 책임 범위를 제한한다면, 토양오염과 전혀 무관한 일반 국민들에게 막대한 비용을 전가하는 불합리한 결과를 초래할 수도 있다.

따라서 이 사건 오염원인자조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 오염원인자조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익보다는, 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 오염된 토양을 정화하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 한다는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익이 더 크다고 할 것이어서 이 사건 오염원인자조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 아니한다.

(라) 소결

따라서 이 사건 오염원인자조항은 과잉금지의 원칙에 위배하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 재산권을 침해한다고 보기 어렵다.』

(나) 평등권 침해여부에 대한 판단

1) 다수의견은 이 사건 오염원인자조항이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해한다고 판단하였다.

『토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자와는 달리, 토양오염관

리대상시설의양수자·인수자는 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있다(구법 제10조의3 제3항 단서). 그런데 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임은 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 마찬가지로 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하므로, 그 성격이 본질적으로 동일하다. 따라서 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책만을 허용하고(구법 제10조의3 제1항 단서), 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없어 이 사건 오염원인자조항은 평등권을 침해한다.』

2) 반면, 재판관 김종대는 이 사건 오염원인자조항이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해하지 않는다는 반대의견을 개진하였다.

『토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 토양오염 발생 당시에 그 원인이 된 토양오염관리대상시설을 사실적으로 지배하고 있으나, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염관리대상시설을 양수·인수하기 이전에는 토양오염의 발생과 전혀 무관하므로, 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 본질적으로 다르다. 따라서 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자에 대해서만 그 양수·인수 이전에 발생한 토양오염에 대하여 선의·무과실인 경우 면책을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 이 사건 오염원인자의 무과실책임조항은 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해하지 아니한다.』

(다) 해설

다수의견은 이 사건 오염원인자조항이 침해의 최소성 원칙에 반하여 재산권을 침해하고 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와의 관계에서 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해한다고 판단하였다. 우선 이 사건 오염원인자조항은 ① 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 토양오염을 유발시킨 자의 책임에 대한 보충책임으로 정하는 방법(일본의 입법례), ② 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실

인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하는 방법(독일의 입법례) 등으로 침해할 수 있으므로, 침해의 최소성 원칙에 반하여 재산권을 침해한다. 그리고 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임은 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 마찬가지로 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하여 본질적으로 그 성격이 동일한데도 면책사유의 범위를 차별하고 있으므로 평등권을 침해한다는 것이다.

반면 반대의견은, 재산권자는 재산권의 사회적 기속성에 근거하여 자신이 지배하는 물건으로부터 위험이나 장애를 발생시켜서는 안 될 의무를 부담하고, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 토양오염을 효과적으로 제거할 수 있는 법적·사실적 지위에 있으며, 손해배상 및 토양정화를 행한 소유자·점유자·운영자는 다른 오염원인자에 대하여 책임 비율에 따른 구상권을 행사하여 손해를 전보 받을 수 있다는 점에서 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니하며, 이 사건 오염원인자조항으로 인한 침해보다 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고, 오염된 토양을 정화하여 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있게 한다는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익이 더 크다고 판단하였다. 나아가, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자와는 본질적으로 다르므로 면책사유를 달리 인정한 것에는 합리적인 이유가 있다는 것이다.

(4) 주문의 형태

(가) 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 오염원인자조항에 대하여 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 주문으로 택하였다.

『앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 오염원인자조항에 대하여 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 만약 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 간주할 근거규정이 사라져 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 이는 토양

오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임의 요건과 범위가 지나치게 과중하다는 데 그 위헌성이 있다는 이 사건 위헌결정의 취지와는 달리, 모든 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 일률적으로 토양오염 피해에 관한 책임으로부터 면책시키는 부당한 결과를 야기하게 될 것이다.

또한, 이 사건 오염원인자조항은 그 합헌부분과 위헌부분의 경계가 불분명하여 헌법재판소의 단순위헌결정으로는 적절하게 구분하여 대처하기가 어려울 뿐만 아니라, 입법자에게는 민주주의 원칙의 관점에서 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이 인정된다. 특히, 앞서 본 바와 같이 입법자에게는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임을 보충책임으로 하거나, 면책사유를 확대하거나, 책임 범위를 제한하는 등 다양한 수단을 선택할 재량이 인정되므로, 입법자로 하여금 정책적 판단을 숙고할 수 있는 여유를 주어 충분한 사회적인 합의를 거쳐 위헌적인 문제점을 해결하도록 함이 상당하다 할 것이다.

따라서 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 하기로 하는 바, 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 이 사건 오염원인자조항이 제거될 때까지 그 적용을 중지하여야 하고 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 이 사건 오염원인자조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.』

(나) 이에 대하여 재판관 김종대는 이 사건 오염원인자조항에 대하여 헌법불합치 결정을 할 필요가 없다는 반대의견을 개진하였다.

『헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는, ① 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌 결정을 하는 때에는 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있다거나, ② 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려워 입법부가 이를 가리도록 함이 합당한 경우, ③ 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 3가지로 설명되는 것이 보통이다.

그러나 ① 평등원칙에 위배되는 경우라면, 기존의 수혜자와 비교하여 불평등하다고 판단되는 범위를 추출하여 그 부분에 한정하여 위헌선언을 하던 될 것이고, ② 합헌부분과 위헌부분이 섞여 있는 경우에도, 위헌이라고 판단되는 그 일부 내용이나 범위를 한정하여 위헌을 선고하되, 그렇게 한정하여 일부 위헌을 선고할 수 없는 경우라면 부득이 전부를 위헌으로 선언하는 것이 원칙이라고 본다.

따라서 헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는 ③ 위헌법률의 제거로 말미암아 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우만이 유일하다고 할 것인데, 이러한 경우에도 우리 재판소는, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다(헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367, 387-388; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418 참조)는 신중한 입장을 취하고 있다.

이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 오염원인자로 간주하고 있다. 그런데 이 사건 오염원인자조항이 위헌선언됨으로써 법질서에서 제거되더라도 오염유발자 등 손해배상 및 토양정화 책임을 부담할 다른 오염원인자들이 존재하고, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 민법상의 불법행위조항들(민법 제750조, 제758조 등)에 의해서도 손해배상책임을 부담할 수 있는 이상, 토양오염에 대한 책임과 관련하여 법적 공백이나 혼란이 초래될 우려가 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건의 경우는, 이 사건 오염원인자조항이 제거됨으로 말미암아 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이 생긴다거나, 일정 기간 이 사건 오염원인자조항에 내재한 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니다.』

4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 같은 날 선고된 2010헌바28 사건과 더불어, 환경법상

광범위하게 인정되고 있는 오염원인자 책임에 관한 입법형성의 자유와 그 한계에 관하여 헌법재판소의 입장을 최초로 밝힌 것에 그 의의를 찾을 수 있다.

나. 먼저, 헌법재판소는 위 2010헌바28 사건과 동일하게, 이 사건 정의조항이 헌법상 명확성원칙에 위배되지 아니한다는 점을 명확히 밝혔다. 이 사건 정의조항이 규정하는 ‘토양오염관리대상시설’의 범위는 결국 토양환경보전법상 각종 책임부담의 주체가 되는 ‘오염원인자’의 범위와 밀접히 연관되는데, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 토양환경보전법의 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 체계적 구조, 기타 조항의 내용 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 정의조항의 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있다는 것이다.

다. 다음으로 이 사건 오염원인자조항에 대하여는, 입법자에게 인정되는 오염원인자 책임에 관한 형성의 자유의 한계를 넘어 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 재산권과 평등권을 침해한다고 판단하였다. 즉, 신속하고 확실하게 토양오염에 대한 책임자를 특정하고 그에 따른 책임이행을 확보할 수 있도록 오염원인자의 범위를 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자로 확장하여 이들에게 무과실의 책임을 부담시키는 이 사건 오염원인자조항의 입법목적은 정당하나, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 사실상 면책이 불가능한 1차적인 무과실 책임을 부담하고, 경우에 따라서는 파산에 이를 정도로 거액에 이르기도 하는 비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 함에도, 그로인한 침해를 최소화할 다른 제도적 보완책이 강구되지 않은 점에서 침해의 최소성에 반한다는 것이다.

그러한 제도적 보완책으로는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 토양오염을 유발시킨 자의 책임에 대한 보충책임으로 정하는 방법(일본의 입법례), 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법(영국, 네덜란드의 입법례), 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나(독일의 입법례), 기금제도를 활성화하는 방법(미국의 입법례) 등을 고려해볼 수 있다.

라. 따라서 헌법재판소는 이 사건 오염원인자조항의 위헌성을 제거함에 있어서 입법자가 선택할 수 있는 위와 같은 다양한 제도적 수단을 고려하여, 이 사건 오염원인자조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 한 것이다.

초·중등교육법 제30조의2 제2항 제2호 등 위헌소원

- 중학교 학생으로부터의 학교운영지원비 징수가 의무교육의
무상원칙에 위배되는지 여부 -

(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바220, 판례집 24-2상, 455)

에 승 연*

【판시사항】

1. 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항을 학교운영위원회가 심의하도록 하는 구 초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 제7호 중 중학교에 관한 부분(이하 ‘이 사건 심의조항’이라 한다)에 대한 헌법소원 심판청구가 적법한지 여부(소극)

2. 학교운영지원비를 학교회계 세입항목에 포함시키도록 하는 구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2 제2항 제2호 중 중학교 학생으로부터 징수하는 것에 관한 부분(이하 ‘이 사건 세입조항’이라 한다)에 대한 사립중학교 학부모들의 헌법소원심판청구가 적법한지 여부(소극)

3. 이 사건 세입조항이 헌법 제31조 제3항에 규정되어 있는 의무교육의 무상원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개

* 헌법연구원

정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2 제2항 제2호 중 중학교 학생으로부터 학교운영지원비를 징수하는 부분 및 구 초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항 제7호 중 중학교에 대한 부분(이하 두 조항을 통틀어서 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

구 초·중등교육법(2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제30조의2(학교회계의 설치)

② 학교회계는 다음 각 호의 수입을 세입으로 한다.

2. 제32조 제7호의 학교운영지원비

구 초·중등교육법(1999. 8. 31. 법률 제6007호로 개정되고, 2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것) 제32조(기능)

① 국·공립학교에 두는 학교운영위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

7. 학교운영지원비의 조성·이용 및 사용에 관한 사항

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 공립 및 사립 중학교에 재학 중이거나 졸업한 자녀들을 두고 있는 부모들로서 자녀들이 재학 중이던 중학교에 학교운영지원비를 납부하였다.

나. 청구인들은 위와 같이 납부한 학교운영지원비가 의무교육의 무상원칙에 반하는 것이라고 주장하며, 대한민국, 서울특별시, 경기도, 경상북도, 광주광역시, 전라북도를 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였으나(서울중앙지방법원 2007가단361392) 2009. 6. 17. 청구가 기각되자, 이에 항소하여 항소심이 계속 중인 2009년 11월경 학교운영지원비 징수의 근거가 되는 초·중등교육법 제30조의2 제2항 제2호 및 제32조 제1항 제7호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다. 2010. 4. 23. 위 항소 및 위헌제청신청이 모두 기각되었고(서울중앙지방법원 2009나23053, 2009카기10126) 2010. 5. 6. 위헌제청신청 기각결정을 송달받게 되자, 청구인들은 2010. 6. 4. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 학교운영지원비는 사실상 학교운영위원회의 자율적인 심의를 거쳐 결정·징수되는 것이 아니라 각 시·도 교육청이 제시한 징수 한도의 범위 내에서 단위학교의 학교장이 결정하고 이에 대해 학교운영위원회는 형식적인 심의만 하고 있으며, 각 학교에서는 학교운영지원비를 수업료와 같은 방법으로 일괄적으로 학부모들로부터 징수하고 있다.

(2) 이처럼 징수된 학교운영지원비는 학교의 일반 회계상 세입으로 편입되어 그 대부분이 교원연구비, 업무추진비, 시설비 등 학교의 인적·물적 시설을 유지·관리하기 위한 지출에 충당되고 있다.

(3) 학교운영지원비는 명목상으로는 수업료가 아니지만, 수업의 대가로 의무적으로 일정액을 납부하는 돈으로서 자발적 협찬금인 학교발전기금과 다르고, 정규교과 외의 교육활동에 참가할 때 학생들이 부담하는 수익자부담경비와도 그 성격이 다르다.

(4) 헌법 제31조, 교육기본법 제8조 등에 비추어 볼 때 중등교육은 의무교육이므로, 적어도 수업료에 관하여는 무상으로 하여야 하는바, 이 사건 법률조항들은 실질적으로 수업료에 해당하는 비용을 학부모들에게 징수할 수 있도록 허용하는 규정으로서 의무교육의 무상원칙을 규정한 헌법 제31조에 반한다.

나. 법원의 위헌법률심판제청 기각이유 요지

초·중등교육법 제30조의2 각 호가 수업료와 학교운영지원비를 별도의 세입 항목으로 규정하고 있고, 같은 법 제12조 제4항은 의무교육을 받는 자에 대하여 수업료를 받을 수 없도록 규정하고 있으며, 수업료의 징수 등에 관하여 필요한 사항은 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하도록 규정하고 있음에 반하여(초·중등교육법 제10조 제2항) 학교운영지원비에 대하여는 학교운영위원회의 심의를 거치도록 하는 점 등에 비추어보면, 이 사건 법률조항들이 예정한 학교운영지원비는 수업료와는 다른 성격의 비용으로 학교장의 예산편성권에 기초하여 학교운영위원회의 심의를 거쳐 조성되는 재원이다.

이 사건 법률조항들이 학교운영위원회의 심의를 거쳐 학부모들로부터 학교운영지원비를 징수할 수 있도록 규정하고 있더라도, 학교운영지원비를 지속적으로 징수할 것인지, 국가 및 지방자치단체 등의 재정 형편에 맞추어 의무교육 무상의 범위를 점진적으로 확대하여 수업료 외의 비용에 대해서도 그 징수를 점차적으로 축소 내지 폐지하도록 할 것인지 여부는 입법형성권의 범위 내에 있으므로 이 사건 법률조항들이 헌법 제31조에 위반된다고 볼 수는 없다.

【결정요지】

1. 이 사건 심의조항은 국·공립중학교에 두는 학교운영위원회가 심의하는 사항들 중의 하나로서 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항을 포함시키고 있을 뿐이어서, 이를 학교운영지원비를 징수할 수 있는 근거가 되는 조항으로 볼 것은 아니므로 당해사건의 재판에 적용되는 법률이라 할 수 없다. 따라서 청구인들의 이 사건 심의조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 이 사건 세입조항은 ‘국·공립중학교’에만 적용되는 것이지, ‘사립중학교’에서 징수하는 학교운영지원비에 대해서는 적용되는 것이 아니므로 이에 대한 사립중학교 학부모들의 청구 부분은 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

3. 헌법 제31조 제3항에 규정된 의무교육의 무상원칙에 있어서 무상의 범위는 헌법상 교육의 기회균등을 실현하기 위해 필수불가결한 비용, 즉 모든 학생이 의무교육을 받음에 있어서 경제적인 차별 없이 수학하는 데 반드시 필요한 비용에 한한다고 할 것이며, 이에 따라 의무교육이 실질적으로 균등하게 이루어지기 위한 본질적 항목으로 수업료나 입학금의 면제, 학교와 교사 등 인적·물적 기반 및 그 기반을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 재원마련 및 의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필수불가결한 비용은 무상의 범위에 포함된다.

그런데 학교운영지원비는 그 운영상 교원연구비와 같은 교사의 인건비 일부와 학교회계직원의 인건비 일부 등 의무교육과정의 인적기반을 유지하기

위한 비용을 충당하는데 사용되고 있다는 점, 학교회계의 세입상 현재 의무교육기관에서는 국고지원을 받고 있는 입학금, 수업료와 함께 같은 항에 속하여 분류되고 있음에도 불구하고 학교운영지원비에 대해서만 학생과 학부모의 부담으로 남아있다는 점, 학교운영지원비는 기본적으로 학부모의 자율적 협찬금의 외양을 갖고 있음에도 그 조성이나 징수의 자율성이 완전히 보장되지 않아 기본적으로 필수적인 학교 교육에 필요한 비용에 가깝게 운영되고 있다는 점 등을 고려해보면 이 사건 세입조항은 헌법 제31조 제3항에 규정되어 있는 의무교육의 무상원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

재판관 이동흡의 이 사건 세입조항에 대한 반대의견

이 사건 세입조항은 학교운영지원비 징수의 근거가 되는 조항이 아니어서 당해 사건의 재판에 적용되는 조항이 아니므로, 이 사건 세입조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 흠결하여 부적법하다.

가사 이 사건 세입조항에 대하여 재판의 전제성이 인정된다 하더라도, 학교운영지원비는 학교 운영상 부족한 부분을 지원하기 위한 학부모들의 자발적 협찬금에 불과하여 학교운영지원비 자체를 의무교육에 있어서 무상의 범위에 포함되는 ‘의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필수불가결한 비용’으로 보기는 어려운 점, 학교운영지원비를 어떤 분야에 사용할 것인지는 각 단위학교가 결정할 사항으로, 이 사건 세입조항만으로는 학교운영지원비가 위와 같은 필수불가결한 비용으로 사용될 것이라고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 세입조항에서 학교운영지원비를 학부모로부터 징수한다 하더라도 이를 헌법상 의무교육의 무상원칙에 반하는 것으로 볼 수는 없다.

【해 설】

1. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 심의조항에 관한 부분

이 사건 심의조항은 국·공립중학교에 두는 학교운영위원회가 심의하는 사항들 중의 하나로서 학교운영지원비의 조성·운동 및 사용에 관한 사항을

포함시키고 있을 뿐이어서, 이를 학교운영지원비를 징수할 수 있는 근거가 되는 조항으로 볼 것은 아니므로 당해 사건의 재판에 적용되는 법률이라 할 수 없다. 설사 이 사건 심의조항에 대해 위헌결정이 내려진다 하더라도 국·공립중학교의 학교운영위원회가 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항을 심의할 수 없게 되는 결과만이 도출될 뿐, 학교운영지원비를 징수하는 것 자체가 위헌이 되는 것은 아니므로 이 사건 심의조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 심의조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다고 판단하였다.

나. 이 사건 세입조항에 관한 부분

(1) 사립중학교 학부모인 청구인들의 청구 부분

초·중등교육법 제30조의2 제1항은 국·공립의 중학교 등에 학교회계를 설치하도록 규정하고 있다. 그러므로 이 사건 세입조항은 ‘국·공립중학교’에만 적용되는 것이지, ‘사립중학교’에서 징수하는 학교운영지원비에 대해서는 적용되는 것이 아니다. 따라서 사립중학교 학부모인 청구인들의 청구 부분은 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다고 판단하였다.

(2) 공립중학교 학부모인 청구인들의 청구 부분

이 사건 세입조항은 국·공립중학교 학생을 대상으로 하여 학교운영지원비를 징수할 수 있는 근거가 되는 것으로, 당해 사건 재판 중 공립중학교 학부모가 청구한 부당이득반환청구 부분에 적용되는 법률조항이다. 만약 이 사건 세입조항에 대하여 위헌이 선언된다면 중학교 학교회계의 세입 계정에 학생으로부터 징수한 학교운영지원비를 포함시킬 수 없게 되므로, 공립중학교의 운영주체인 지방자치단체로서는 중학교 학생으로부터 학교운영지원비를 징수하더라도 이를 적법하게 보유할 수 있는 법률적 근거를 상실하게 되어 이를 납부한 학생 및 학부모에게 반환할 수밖에 없기 때문이다. 따라서 이 사건 세입조항은 그 위헌 여부에 따라 재판의 결론이 달라지는 경우라

볼 수 있으므로, 이 사건 법정외건은 공립중학교 학부모인 청구인들의 청구 부분은 재판의 전제성이 인정된다고 판단하였다.

(3) 재판관 1인의 반대의견의 판단

한편 재판관 1인은, 이 사건 세입조항은 학교회계의 설치와 세입과목을 정하고 거기에 학교운영지원비가 포함된다고 규정한 것에 불과할 뿐 학교운영지원비 징수의 근거가 되는 조항이 아니므로, 학부모가 대한민국과 지방자치단체를 상대로 학교운영지원비의 징수가 정당한 법적 근거를 결여하였다는 이유로 그 반환을 청구하고 있는 당해사건의 재판에 적용되는 조항이 아니라고 판단하였다. 즉, 기본적으로 학교운영지원비는 학부모들이 자녀교육을 위하여 학교운영상 필요한 교육비의 부족분을 보조하기 위하여 자발적으로 지원하는 협찬금으로서, 그 납부가 법률로써 강제되는 비용이 아니며, 학교운영지원비의 징수는 학부모의 경제적 부담 능력, 물가에 미치는 영향 및 수업료 인상률, 학교의 재정수요 등을 고려하여 학교운영위원회의 심의를 거쳐 단위학교에서 자율적으로 결정하는 것이 원칙이라 할 수 있다. 따라서 학교운영지원비를 학부모로부터 징수하는 것은 이 사건 세입조항에 의해서가 아니라 학교운영위원회의 심의를 거쳐 각급 단위학교에서 징수를 결정하였기 때문인바, 이 사건 세입조항은 학교운영지원비 징수의 근거조항이 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 것이다.

2. 학교운영지원비 개관

가. 학부모단체 학교후원금 제도의 역사적 고찰¹⁾

(1) 후원회 시기(1948~1952)

해방 이후 민주적 교육제도의 도입과 의무교육의 실시로 인해 취학아동이 급증하게 되자 국가는 막대한 교육 예산이 필요해졌고, 신생 국가의 재정형편상 도저히 공비부담으로 격증된 교육재정의 수요를 충족시키지 못하게 되

1) 이와 관련하여 정훈희, 중학교 학교운영지원비 징수에 관한 연구, 충남대학교 교육대학원 석사학위 논문, 2008; 이기영, 초·중등학교 학부모 조직 운영 개선 방안에 관한 연구, 공주대학교 경영행정대학원, 2004 등 참조

자 학교 단위의 학교 후원제인 후원회가 자발적으로 조직되어 회비, 찬조금, 기부금 등을 통해 부족한 학교운영비를 보조하고 수업에 필요한 교실 증축 및 교사의 생계비 지원 등의 역할을 하게 되었다. 그러나 후원회는 교육행정 기관의 관리·감독을 받지 않는 임의 조직체로서 순수한 재정적인 후원을 위한 기능을 담당하였기 때문에, 그 기능을 수행하는 과정에서 학부모들에게 과중한 물질적 부담을 강요하는 폐단이 생겼고, 이러한 물질적 부담에 비례하여 학생을 평가하고 편애하는 불건전한 풍토가 일부에서 조성되는 등 문제점이 발생하자 당시 문교부에서는 후원회의 부정부패를 방지하고 학부모들의 물질적인 원조를 받으면서 교권을 확보하고 교육을 정상화할 수 있는 후원단체를 구상하게 되었고, 이에 후원회는 사친회로 개편되었다.

(2) 사친회 시기(1953~1962)

후원회의 문제점을 보완하기 위해 당시 문교부는 미국의 민주적 교사-부모 협의체인 P.T.A (Parent-Teacher Association) 제도를 도입하였고, 이를 바탕으로 사친회는 1953. 2. 16.자로 공포된 “학교사친회 규약준칙(문교부훈령 제4호)”에 의해 정식으로 발족되었다. 사친회비는 월액으로 하고 지방의 실정에 따라 감독청이 지시하는 액수를 초과하지 않는 범위 내에서 자율적으로 결정되었으며 교원 후생비 보조와 교실 증축 및 전쟁으로 파괴된 교육시설 복구사업등에 실질적으로 쓰였다. 그러나 막대한 잡부금 징수와 회원들의 학교에 대한 지나친 간섭, 정치적 이용 등 사회적 물의를 일으키자 1962년 해산되었다.

(3) 기성회 시기(1963~1970)

사친회가 폐지되면서 1963년, “학교기성회 규약준칙”을 정하고 교육행정 당국의 통제 하에 학교설립자의 부담으로는 해결하지 못하는 긴급한 교육시설의 확보와 학교운영을 지원함으로써 학교 교육 정상화에 이바지한다는 목적을 가지고 수익자 부담의 원칙에 따라 회비 징수로 부족한 교육재정을 조력하기 위한 새로운 학부모 단체로 기성회가 발족되었다. 기성회는 부족한 교실증축사업, 교원연구비 지급, 부족한 학교운영비 보조 등으로 많은 공헌

을 하기도 했지만, 회비 징수를 교사책임으로 하여 교권이 추락하고 사제 간의 문제, 학부모와의 관계 악화 등 여러 가지 문제를 초래하게 되어 1970년 결국 해체되었고 기성회비도 폐지되었다.

(4) 육성회 시기(1970~1995)

각급 학교에 만연되어 있는 잡부금을 근절하고, 실추된 교권을 확립하며 학부모의 자진협찬을 통해 학교운영비를 지원하는 등의 목적을 가지고 마련된 “육성회규약준칙”에 따라 1970년 육성회가 전국적으로 발족되었다. 육성회는 학교, 가정, 지역사회의 협력체로서, 육성회비 징수를 통해 최소한도의 교육비를 전체 학부모가 협찬 부담하며, 교사의 금전징수 부담을 면제시켜 교권의 확립, 교육의 질적 향상과 학교 교육의 정상화 및 교육재정 확보 등에 기여하였으나, 획일적 하향식 조직의 특성상 학부모의 자발적 참여의식이 결여되는 한계를 보이기도 했다. 육성회비는 의무교육의 무상 원칙으로 학교 육성회의 재정적인 후원 기능을 점차적으로 소멸시켜 국고로 전환함에 따라 도서·벽지 지역부터 폐지되기 시작하여 점차 먼 이상의 지역에서 폐지되다가 다음으로는 군·읍 지역이 폐지되었으며 이어서 시 지역 및 도청 소재지 지역이 폐지되어 6대 광역시에만 육성회비가 존속되다가 2002년 완전히 소멸되었다.

(5) 학부모회와 학교운영위원회 시기(1995~현재)

1995년 5·31 교육 개혁 방안으로 학교운영위원회가 도입되어 육성회가 해체되고, 육성회비 대신 학교운영지원비를 징수하게 되었다. 학교운영지원비의 징수는 관할청이 정하는 범위 내에서 학교운영위원회의 심의를 거쳐 결정된다. 육성회 중 학부모의 역할은 학부모회의 설립을 통해 그 기능이 유지되고 있다. 학부모회는 교육활동을 위한 지원, 회원 상호간의 친목 도모를 위해 학부모들로 구성된 자율조직으로, 그 설치근거는 학부모회규약이며, 학부모들이 모여 학부모회 활동에 관한 사항을 의결하고 집행하는 의결·집행 기구이다.²⁾ 현행 학부모회는 학부모회규약에 의하여 학교별로 조직되지만,

2) 서울특별시교육청 학교운영위원회 구성 관련 질의·응답, 37쪽

자체해산이 가능하여 학부모회가 없는 학교도 있다. 학부모회는 그 설립을 위해 학교장의 동의가 있어야 하고 관할청이 이를 감독한다.

학교운영위원회는 재정지원을 중심으로 활동하던 기존 육성회 조직의 기능을 보완하여 재정지원뿐만 아니라 학교운영 전반에 관한 사항을 심의(국·공립학교), 자문(사립학교)하는 기구로서 학부모, 교원, 지역인사로 구성된다.³⁾ 1995년 2학기부터 교육개혁위원회의 '5.13 교육개혁 방안' 중 하나로 시범 도입된 이후 전국의 국·공립 및 사립 초·중·고등학교 및 특수학교에 전면적으로 의무 설치되었다. 법률적 근거는 초·중등교육법 제31조 내지 제34조의2와 초·중등교육법시행령 제58조 내지 제64조이다. 같은 법 제32조(기능)에서 정한 바에 의하면, 학교장이 학교운영 또는 경영을 함에 있어 주요 결정사항을 시행하기 전에 운영위원회에 의안을 제안 내지는 상정하여 심의(국·공립학교) 또는 자문(사립학교)하도록 하고 있다. 같은 조 제1항 제7호에서 정한 규정에 따라 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항은 학교운영위원회의 심의(국·공립학교) 또는 자문(사립학교)사항이다. 학교발전기금의 경우, 같은 조 제3항에 의하여 학교운영위원회가 학교발전기금의 조성·운용 및 사용에 관한 사항에 대하여 심의뿐 아니라 의결까지 할 수 있는 권한이 있다.

나. 학교회계상 학교운영지원비의 성격

국·공립학교는 초·중등교육법 제30조의2 제2항에 근거하여 개별 학교단위로 학교회계를 설치하게 되어 있다. 학교회계는 2000. 1. 28. 법률 제6209호로 개정된 초·중등교육법에 제30조의2가 신설되면서 도입된 것으로, 과거 세입재원을 분리하여 자금별로 지정된 목적에 따라 제한적으로 편성·집행해 오던 학교예산의 운영방식이 학교단위 책임경영에 부합하지 않을 뿐 아니라 효과적인 교육과정운영과 교수-학습활동 지원에 어려움이 있으므로 이를 개선하여야 한다는 시대적 요청에 따라 신설되었다. 즉, 기존의 학교재정은 교육비특별회계(일상경비, 도급경비), 학교운영지원회계, 학교발전기금회계, 세입세출 외 현금 등 여러 종류로 분리, 운영되어 학교재정 운영의 효

3) 학교장은 학교운영위원회의 인적구성상 교원위원으로서 당연직 의원이 된다.

을성을 저해하고, 단위학교별로 독자적 사업을 위해 예산을 조달하고 집행하기 어렵게 되어 있었으므로 학교와 같은 자율적인 재정 운영이 요구되는 기관에는 적합하지 않다는 지적이 제기되었다. 따라서 이를 보완하기 위하여 학교예산을 일상경비, 도급경비로 구분하지 않고 하나의 회계로 통합·운영하며, 교사의 참여와 학교운영위원회의 심의를 거쳐 하나로 통합된 세입재원을 학교에서 필요한 우선순위에 따라 자율적으로 세출예산을 편성할 수 있도록 하는 현재의 학교회계제도가 마련되었고,⁴⁾ 이러한 학교회계 도입과 더불어 학교운영지원비도 학교회계의 세입으로 편입되었다.

학교회계의 세입 항목을 세부적으로 기술한 교육과학기술부의 학교회계예산 기본지침에 따르면, 세입에는 중앙정부와 지방자치단체, 교육비특별회계 등으로부터의 이전수입과 기본적 교육수입, 선택적 교육수입 등의 자체수입, 행정활동 수입, 자산수입, 이자수입, 적립금수입, 금융자산회수, 잡수입 그리고 이월금이 포함된다.⁵⁾

[표 1] 학교회계의 세입구조⁶⁾

구분	종류
이전수입(정부자원)	중앙정부이전수입, 지방자치단체이전수입, 교육비특별회계이전수입 등
자체수입(단위학교별자원)	1. 기본적 교육수입: 입학금, 수업료, 학교운영지원비) 2. 선택적 교육수입 (수익자 부담경비) ① 기숙사 및 급식비 ② 단체활동에 관한 수입: 현장체험학습비, 수련활동비, 청소년단체활동비, 교류학습활동비, 방과후학교활동비 등 ③ 기타 선택적교육수입: 졸업앨범대금, 교과서대금, 통학차량비, 기타교육활동비 3. 행정활동수입: 토지, 시설물 등 사용료 및 수수료 4. 자산수입 5. 이자수입 6. 적립금수입 7. 금융자산회수 8. 잡수입
기타	이월금 등

4) 백종대, 서울특별시 공립 초·중등학교 재정운영 실태분석, 고려대학교 교육대학원 석사학위 논문, 2005, 17-20쪽

5) 교육과학기술부(지방교육재정과), 2010회계연도 교육비특별회계 세입·세출 예산분석 결과, 2010. 6.

6) 교육과학기술부, 2010년도 교육비특별회계 사항별 세입예산 현황; 서울특별시 교육청, 예산 과목체계 및 과목해소, 2011년도 서울시 학교회계예산편성지침 참조

학교회계의 세입을 교육비 부담의 주체별로 크게 구분하면 공적부담과 학부모부담으로 나눌 수 있는데, 공적부담은 시·도 교육청의 교육비특별회계로부터의 전입금, 국가보조금 또는 기초자치단체의 보조금 및 지원금 등이 있고, 학부모 부담금은 수업료, 입학금, 학교운영지원비, 학교발전기금으로부터의 전입금, 수익자 부담 경비 등이 있다.

[표2] 교육비부담주체별로 구분한 세입재원

구분	종류
관할청 구분 수입	시·도 교육청의 교육비특별회계로부터의 전입금
학부모 부담수입	학교운영지원비, 학교발전기금으로부터의 전입금, 수익자 부담 경비, 입학금, 수업료 (입학금, 수업료는 의무교육과정에서는 학부모 부담 면제)
일반회계 부담수입	국가보조금 또는 기초자치단체의 보조금, 지원금
학교회계 자체수입	사용료, 수수료, 예금이자, 물품매각비용 등

따라서 학교운영지원비는 자체수입 중 입학금, 수업료와 함께 기본적 교육수입에 속하며, 부담주체로 볼 때 학교발전기금, 수익자 부담 경비 등과 함께 학부모 부담금으로 볼 수 있다. 그런데 이 중 입학금과 수업료는 의무교육기관의 경우 학부모가 부담하지 않고 국고로 귀속되어 국고지원 또는 교육비특별회계에 포함되어 지원 및 집행된다.

세출예산과 관련, 학교회계는 학교운영 및 학교시설의 설치 등을 위하여 필요한 일체의 경비를 세출로 하고 있으며, 인건비, 학교운영비, 수익자부담 경비, 예비비 등으로 나뉘어 있으나 수익자부담경비를 제외하고는 세출 예산의 편성을 단위학교당 상황에 맞게 자율적으로 집행할 수 있다.

다. 학교운영지원비의 조성과 징수

초·중등교육법 제30조의2 제5항은 학교회계의 설치에 관하여 필요한 사항은 국립학교의 경우에는 교육과학기술부령으로, 공립학교의 경우에는 시·도의 교육규칙으로 정한다고 규정하고 있다. 이에 따라 제정된 각 시·도별

7) 한편, 2012년부터 적용되는 학교회계예산편성 기본지침에 따르면 학교운영지원비는 입학금, 수업료와 함께 '등록금'으로 분류되고 있으나, '등록금'역시 학교진학 및 수학을 위한 기본적이고 필수적인 비용이라는 점에서 그 법적 성격은 다르지 아니하다고 할 것이다.

‘학교회계예산편성 기본지침’에 따르면 학교운영지원비는 학부모의 경제적 부담능력, 물가에 미치는 영향 및 수업료 인상률, 학교의 재정수요 등을 고려하여 학교운영위원회의 심의를 거쳐 단위학교에서 자율적으로 결정하는 것이 원칙으로 되어 있으며, 학교장은 학교운영지원비를 월별 또는 분기별로 분할하여 징수할 수 있고, 기초생활수급자 및 차상위계층자녀들의 학교운영 지원비는 교육청에서 지원하도록 하고 있다.

라. 중학교 학교운영지원비가 교육예산에서 차지하는 비율

각 지방자치단체가 학교운영지원비 지원을 위해 설정한 예산을 토대로 살펴보면 학교운영지원비는 전체 교육 예산의 1% 이하를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 예를 들어, 광주광역시 경우 전체 교육예산(2011년)은 1조 3,720억 원인데 6만 8천여 명에 이르는 광주광역시 전체 중학생의 학교운영 지원비를 지원하기 위한 소요경비는 1년에 140억 9,000만 원이므로, 이를 토대로 살펴보면 학교운영지원비가 교육예산에서 차지하는 비율은 1% 정도로 볼 수 있다. 서울시의 경우, 2011년 전체 예산이 6조 6천억 원인데 반해 당해 연도 중학생 학교운영지원비 지원(3학년만 대상, 당시 1·2학년에게는 이미 학교운영지원비가 지원되고 있었음)을 위해 필요한 예산은 245억 원으로 책정되어 있는바, 3학년 학생의 학교운영지원비를 지원하는 데는 전체 예산 대비 0.3% 정도가 필요하므로 전체 학년을 지원하는 데는 예산의 1%미만이 소요되는 것으로 보인다. 부산광역시의 경우, 부산광역시 전체 중학생의 학교운영지원비를 지원하는데 240억 원 정도가 소요되는 것으로 나타나 전체 교육예산 2조 8천7888억 원 중 약 0.8% 정도를 차지하는 것으로 나타났다.

마. 중학교 학교운영지원비 관련 국가 및 지방자치단체의 정책 동향

교육과학기술부는 2008. 12. 저소득층의 교육비 부담을 완화하고 계층간·지역간 교육격차를 실질적으로 줄여나가기 위한 ‘교육복지대책’을 발표하였다. 복지대책의 핵심과제 중 하나인 ‘중학교 무상교육 대폭 강화’를 위해 정부는 중학교 학교운영지원비 지원 대상을 단계적으로 확대, 2008년 2학기부터는 기초생활수급자 자녀뿐 아니라 차상위계층의 중학생 31만 2,000명을

위해 411억 원의 예산을 들여 학교운영지원비를 추가 지원하였으며, 2012년부터 모든 중학생(200만 명 추산)에게 지원되도록 하였다. 이를 위해 200만 명에 이르는 중학생 전원에게 학교운영지원비를 지원하기 위하여 4,000억 원의 예산(전체 교육 예산의 2.3% 정도)을 편성할 계획이라고 밝힌 바 있다.

이 외에도, 지방자치단체별로 살펴보면, 2011년 현재 중학생 대상의 학교운영지원비를 완전히 폐지한 지방자치단체는 경기, 경남, 전북, 제주, 광주, 강원 등이 있고, 서울시를 비롯한 대전광역시, 울산광역시, 부산광역시 등의 경우, 2012년까지 전체 중학생에게 학교운영지원비를 100% 지원할 계획이며, 인천광역시의 경우도 2011년 중학교 1학년 학생의 학교운영지원비 지원을 시작으로 2013년까지 모든 중학생의 학교운영지원비를 지원할 방침임을 밝힌 바 있다.

3. 이 사건 쟁점의 정리

청구인들은 학교운영지원비의 성격이 실질적으로 수업료와 동일하기 때문에 이 사건 법률조항들에 의해 학교운영지원비를 징수하는 것은 헌법이 보장하는 의무교육무상의 원칙을 위반하는 것이라고 주장하고 있는바, 이는 의무교육 무상범위의 최저한도라고 볼 수 있는 수업료무상설을 취하더라도 이 사건 법률조항들이 위헌이라는 취지로 보인다. 그러나 수업료의 개념 및 범위가 확정되었다고 보기도 어려운 상황에서 수업료와 학교운영지원비의 실질적 동일성을 판단하기가 무리인 것으로 보이고, 학교운영지원비가 수업료와 실질적으로 동일한지 여부와 무관하게 학교운영지원비를 징수하는 것이 무상의무교육의 취지에 반하는지 여부가 문제 될 수 있으므로, 이 사건에서는 수업료와의 실질상 동일성 여부를 떠나서 학교운영지원비의 징수와 사용의 근거가 되는 이 사건 법률조항들이 의무교육의 무상원칙에 반하는가에 대하여 판단하였다.

4. 의무교육의 무상원칙 및 무상의 범위

가. 개관

헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권

리를 가진다.”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. 교육을 받을 권리는 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고 인간다운 생활을 영위하는 데 필수적인 조건이자 대전제이며, 우리 헌법이 지향하는 문화 국가·민주복지국가 이념을 실현하는 방법의 기초이다. 교육을 받을 권리가 교육제도를 통하여 충분히 실현될 때에 비로소 모든 국민은 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고로 발휘하게 되어 국민생활의 균등한 향상을 기할 수 있고, 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 수 있다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 18). 따라서, 교육을 받을 권리는 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 할 국가의 과제와 아울러 이를 넘어 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무가 바탕이 될 때 실현될 수 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 449).

국민의 교육을 받을 권리를 현실적으로 보장하기 위한 수단인 하나로써 우리 헌법은 제31조 제2항에서 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.”라고 하여 국민에게 교육의 의무를 부여하였고, 이 조항의 위임에 따라 교육기본법 제8조는 제1항에서 의무교육은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육으로 한다고 규정하여 의무교육의 시적 범위를 중학교까지로 정하였다. 한편, 국민에게 교육의 의무를 부여한 이상 국가는 피교육아동의 편의를 도모하여줄 의무를 질뿐만 아니라 경제적으로 어려운 학부모의 교육의무수행을 가능하게 해야 하므로 헌법 제31조 제3항에서 의무교육은 무상으로 할 것을 원칙으로 천명하여 국가에게는 의무교육을 실시할 수 있는 인적·물적 여건을 마련할 의무를 부과하였다. 그런데 이러한 의무교육 제도는 우리나라의 경우 교육열에 의한 상급학교 진학률, 학부모의 공적·사적 교육비에 대한 부담의 증가 등 제반 사정을 고려하면, 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대해 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면이 보다 더 중요한 의미를 갖는다고 하겠다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 19).

나. 각국의 의무교육 및 무상지원의 범위

한국은 초등 6년과 중등 3년의 의무교육기간을 두고 2012년 현재 수업료, 입학금, 교과서대금을 무상으로 지원하고 있으며, 초등학교의 경우 학교운영 지원비 정수도 면제된다. 통학비나 현장학습비, 급식비, 특기적성활동비 등 수익자부담경비는 학부모의 부담이다. OECD 주요 국가의 의무교육 및 무상 지원 현황은 다음과 같다.⁸⁾

국가명	의무교육 기간	무상지원 내용	학부모 부담
미 국	12~13년 (유, 초, 중, 고)	○ 수업료, 입학금, 교과서대금, 학교운영지원비, 통학비 등 * 주마다 차이 있음	○ 급식비: 부모 소득수준에 따라 무료 또는 보조 ○ 학부모 기부금은 자발적으로 징수됨 * 사립의 경우 모든 비용은 학부모 부담
호 주	10년 유, 초, 중, 고 (1년간만 무상)	○ 수업료, 입학금, 교과서대금, 학습재료비, 통학비	○ 교복비, 급식비, 캠프 등 야외행사비 ○ 기부금 (자발적 형태이나 1인당 기부액 등을 가정통신문에 보내므로 거의 의무적 납부(연간 A\$300정도) * 연 4회 정도 학부모회가 주최하는 학교보조를 위한 기부금 모금행사 개최
독 일	12~13년 초등(4), 중등(8~9)	○ 수업료, 입학금, 교과서 (부분 유료) * 주마다 차이 있음	○ 통학비 * 사립의 경우 수업료, 학교운영지원비, 교과서대금 일부 혹은 전부 학부모 부담(주마다 차이 있음)
캐나다	12년 초(5), 중(3), 고(4)	○ 수업료, 입학금, 교과서대금, 학교운영지원비, 학습재료비, 통학비, 방과후교육비	○ 급식비 * 학교운영지원비는 관할 교육청으로 부터 학생수에 비례하여 단위 학교에 지원되나, 제원부족으로 학교운영위원회 또는 학부모회를 통해 기금조성 행사를 함 * 사립의 경우 전액 학부모 부담.
영 국	11년 초등(6), 중등(5)	○ 수업료, 입학금, 교과서대금	○ 학교발전기금(희망자만 납부) ○ 급식비: 빈곤층 자녀 무료 ○ 클럽활동비, 수학여행비 * 사립의 경우 수업료, 학교운영지원비, 교과서대금, 일부 혹은 전부 학부모 부담
프랑스	10년 유, 초, 중	○ 수업료, 입학금, 교과서대금, 학교운영지원비, 급식비, 통학비 * 고등학교도 전액 무상	○ 급식비: 부모의 소득수준에 따라 차별적 부담 * 사립의 경우 수업료, 입학금 등 학부모 부담.
일 본	12년 소(6), 중(3), 고(3)	○ 수업료, 입학금, 교과서대금, 학교운영지원비	○ 급식비, 통학비 ○ 사친회(PAT)회비: 학교단위별 PAT에서 자율적으로 결정(평균 월 500~1000엔 수준)하며 회계도 자체관리 * 사립의 경우 전액 학부모 부담.

8) 정현승, 의무교육의 무상성, 교육법학연구 제17권 1호, 236쪽(2005년 7월 현재 교육부 자료(각국 대사관 협조) 송경원, 민주노동당 무상교육실현 경로(안)에서 재인용)

다. 무상의무교육에서 무상의 범위

(1) 학설

무상의무교육에서 ‘무상’이란 기본적으로 의무교육을 받을 자 및 그 보호자는 교육을 받는데 있어서 소요되는 비용, 즉 교육비⁹⁾를 직접 부담하지 않음을 의미하는데, 의무교육 자체가 무상이어야 한다는 점에 대해서는 이견이 없으나, 어느 정도까지 무상으로 의무교육을 실시해야 하는지에 관한 무상의 범위나 정도에 관해서는 국가의 정치, 경제적 상황에 따라 차이가 있으며, 이와 관련하여 다양한 견해와 학설이 존재한다. 의무교육의 무상범위와 관련한 학설로는, 의무교육의 무상원칙을 규정한 헌법 조항은 국민에게 법적 권리를 부여하는 것이 아니고 입법자에게 입법의 방침을 제시하는 것에 불과하므로 의무교육을 어느 범위까지 무상으로 하는가는 오로지 법률이 정하는 바에 따른다는 ‘무상범위법정설’, 수업료만이 면제된다는 ‘수업료무상설’, 의무교육을 받는 것은 국민의 권리이므로 무상이라는 단순한 취학조건으로서의 수업료 면제에 그치지 않고 권리로서 수학하는데 필요한 일체의 비용을 무상으로 해야 한다는 ‘취학필수비무상설’ 등의 학설이 있다.¹⁰⁾

먼저 무상범위법정설은 사회적 기본권의 법적 성격을 규정하는 학설 중 프로그램 규정설과 그 궤를 같이하는 것으로서, 의무교육의 무상원칙을 규정한 헌법 조항은 국민에게 법적 권리를 부여하는 것이 아니고 입법자에게 입법의 방침을 제시하는 것에 불과하므로 의무교육을 어느 범위까지 무상으로 하는가는 오로지 법률이 정하는 바에 따른다는 학설이다. 이 학설에 따르면, 헌법 제31조 제3항의 “의무교육은 무상으로 한다.”라는 규정은 국가가 국민의 의무교육에 필요한 비용을 가능한 한 무상으로 하여야 한다는 정치적·도덕적 의무 이상을 정한 것은 아니며, 입법자에게 사회정책의 기본방향을 정하는 프로그램적 규정에 불과하기 때문에, 국민은 구체적 입법이 없는 부

9) 교육비는 공교육비와 사교육비로 나뉠 수 있고, 공교육비는 다시 공부담교육비와 사부담교육비로 나뉜다. 공부담교육비는 정부부담교육비(교부금, 보조금, 전입금 등), 법인 전입금 등이 포함되며 사부담교육비는 학부모 내지는 교육당사자가 내야 하는 교육비로서 입학금, 수업료, 학교운영지원비, 기성회비 등이 포함된다.

10) 이와 관련하여 자세한 내용은 정훈희, 앞의 논문, 2008; 이기영, 앞의 논문, 2004; 이순희, 현행 의무교육제도의 문제점과 개선 방향, 충북대학교 석사학위 논문, 2005 등 참조

분에 대해서는 국가를 상대로 헌법상의 권리를 주장할 수 없게 된다. 그러나 이 학설은 헌법의 규정이 존재함에도 불구하고 그 기본권으로서의 성격을 인정하지 않고 있기 때문에 헌법을 공동화시킬 염려가 있으므로 헌법상의 권리를 보장하는 오늘날에는 거의 받아들여지지 않는 견해다.¹¹⁾

다음으로 수업료무상설은 의무교육비에서 무상의 범위를 수업료만으로 제한한다는 것이다. 일본은 최고재판소의 판례에서, “국가가 의무교육을 제공함에 있어서 유상으로 하지 않는 것, 바꾸어 말하면 자녀의 보호자에 대해 그 자녀에게 보통교육을 받게 하는 데 있어 그 대가를 징수하지 않을 것을 정한 것이며, 교육에 대한 대가란 수업료를 의미하는 것으로 인정되므로 헌법의 무상이란 수업료부징수의 의미로 이해하는 것이 상당하다. ...수업료 이외 교과서, 학용품, 기타 교육에 필요한 일체의 비용을 무상으로 하지 않으면 안된다고 해석할 수는 없다... 헌법은 모든 국민에 대하여 그 보호하는 자녀로 하여금 보통교육을 받게 할 것을 의무로 하여 강제하고 있으므로 국가가 보호자의 교과서 등의 비용에 대해서도 이를 가능한 한 경감하도록 배려·노력하는 것은 소망스러운 일이나, 그것은 국가의 재정 등의 사정을 고려하여 입법정책의 문제로 해결해야 할 사항이며, 헌법이 규정하는 바라고는 할 수 없을 것이다.”고 하여 수업료무상설을 취하고 있으나, 일본도 실제에 있어서는 교과서대금, 학용품, 급식, 통학수당지급, 기숙사비, 수학여행비 등이 포함되는 광범위하고 포괄적인 무상교육을 실시하고 있다.¹²⁾ 그런데 이 입장은 의무교육 무상범위가 지나치게 제한적이어서 의무교육 무상원칙을 실현함에 있어 충분치 못하다는 한계가 있다.

마지막으로 취학필수비무상설은 수업료는 물론이고 국가는 취학에 필요한 모든 비용을 무상으로 해야 하며, 이를 취학아동의 보호자에게 부담시키는 것은 위헌이라는 설이다. 국민에게 교육을 받을 의무를 부담시킨다는 의미에서 의무교육이라면 의무교육을 받는 국민의 취학에 대한 교환조건으로 단순히 수업료만 면제하는 것이 의무교육의 무상이라 함은 논리적으로 모순이며,

11) 무상범위법정설은 프로그램 규정설에 가까운데, 이는 바이마르헌법하의 통설이었지만 오늘날에는 추종자가 없다. (정부영, 헌법상 교육기본권에 관한 연구, 경희대학교 법학과 박사학위논문, 2002, 38쪽)

12) 이순희, 앞의 논문, 37-38쪽 참조

권리로서의 교육 하에서는 의무교육을 받는 것이 국민의 권리이기 때문에 무상이라는 단순한 취학조건으로서의 수업료 면제에 그치지 않고 권리로서 수학하는데 필요한 일체의 비용을 무상으로 하는 것이 당연하다는 주장이다.

(2) 판단

현재 의무교육에 수반하는 비용 중 어느 부분까지를 무상으로 제공해야 하는지의 여부에 대해서는 헌법이나 법률에서 구체적으로 정해진 바가 없다. 다만, 의무교육에 있어서 무상의 대상이 되는 내용을 직접 규정하고 있는 것으로는 초·중등교육법 제12조 제4항이 의무교육을 하는 학교에서는 수업료를 받을 수 없다는 규정을 마련해 놓고 있는 것이 유일하다. 그러나 이로부터 우리 입법자가 의무교육 무상 범위에 관한 학설 중 수업료만이 무상 범위에 속한다는 수업료면제설을 취한 것이라고 단정하기는 어렵다. 오히려 같은 법 제16조에서는 “국가 및 지방자치단체는 의무교육대상자의 친권자 또는 후견인이 경제적 사유로 의무교육대상자를 취학시키기 곤란할 때에는 교육비를 보조할 수 있다.”라고 하여 의무교육대상자의 취학과 관련된 비용이 수업료에만 한정되지 않음을 시사하고 있다고 볼 수 있다.

세계적으로 수업료의 무상은 이미 19세기경부터 의무교육의 일반원리로 받아들여져 어린이의 교육받을 권리를 재정적으로 보장하는 가장 기본적인 조치로 이해되고 있었으며, OECD 통계 자료에서도 보듯이 수업료는 물론 취학에 필요한 제반여건을 마련하기 위해 필요한 여러 가지 물품을 국가에서 재정이 허용하는 한도에서 전부 혹은 일부 보조하는 것이 세계적인 추세임을 알 수 있다. 교육을 받을 권리를 보다 실효성 있게 보장하기 위해서는 보호자가 지게 될 취학에 대한 부담을 최대한 경감시키는 것이 국가가 가진 교육기회 균등보장의 의무를 충실히 수행하는 방법이라는 점, 또한 “우리 사회의 높은 교육열로 인하여 학부모들이 부담하여야 할 공적·사적 교육비가 늘어나고 있는 이때에 국가가 교육의 질을 높이기 위한 이러한 교육비의 전부 또는 상당부분을 부담하지 아니한 채, 수업료와 입학금만을 면제하는 형식적인 의무교육을 실시하며 국민에게 중학교 교육을 강제하고 그 불이행에 대하여 처벌한다고 하는 것은 교육비 부담능력이 없는 학부모에게는 지나치

게 가혹한 것”이라 하여 수업료만을 보장하는 의무교육의 범위의 한계를 지적한 우리 재판소의 설시가 있었다는 점을 고려해 보면(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 21 참조), 의무교육의 무상범위를 단순취학조건으로서의 수업료 면제에 그친다고 단정하는 것은 우리 헌법이 추구하는 의무교육의 무상성에 부합하지 않는 것으로 보인다.

또한, 교육을 받을 권리와 이를 실효성 있게 보장하기 위해서 우리 헌법이 인정하고 있는 의무교육의 무상 원칙은 국가의 입법에 의해 비로소 그 구체적인 보장이 가능해지는 것인데, 국가는 의무교육의 필수적이고 핵심적인 부분에 대해 재정적으로 그리고 조직상 가능한 범위 내에서 무상으로 제공할 의무가 있다고 보아야 한다. 의무교육 무상의 범위에 있어서 취학필수비용무상설에서 제시한 바와 같이 학교 교육에 필요한 모든 비용을 무상으로 하는 것이 가장 이상적이고 바람직한 방향이라고 하겠으나, 교육을 받을 권리 및 의무교육 무상원칙과 같은 사회적 기본권을 실현하는 데는 국가의 재정상황 역시 도외시킬 수 없으므로 의무교육 무상의 범위에 관해서는 모든 학생들이 경제적인 차별 없이 학교에 진학하는데 반드시 필요한 비용에 대해서는 모든 비용을 무상으로 하되, 그 이외의 비용에 대해서는 입법자의 재량이 인정된다고 보아야 한다.

결국, 의무교육 무상의 보장은 모든 아동들에게 균등한 교육기회를 보장하기 위한 것이고, 이는 다시 의무교육 대상자 모두의 수요를 충족시킬 수 있도록 인적·물적 시설과 자원을 온 나라에 걸쳐 골고루 구비할 것을 요구하는데(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650, 659), 교육을 받을 권리가 실질적으로 보장될 수 있기 위한 기본적이고 필수적인 조건으로써 의무교육을 실시하는 학교를 설치·유지하고 의무교육을 담당하는 교사를 양성하는 등 충분한 인적·물적 시설을 갖추어야 하고, 국가와 지방자치단체는 이에 따르는 인건비와 기존시설유지 및 신규시설투자비 등 재원을 확보하여야 하므로(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 20), 학교와 교사 등 인적·물적 시설 및 그 시설을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 재원 마련은 ‘무상의무교육’을 위한 기본적이고 핵심적인 내용이 될 것이다.

그렇다면, 의무교육에 있어서 무상의 범위에는 의무교육이 실질적이고 균등하게 이루어지기 위한 본질적 항목으로, 수업료나 입학금의 면제, 학교와 교사 등 인적·물적 시설 및 그 시설을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 재원 부담으로부터의 면제가 포함된다 할 것이며, 그 외에도 의무교육을 받는 과정에 수반하는 비용으로서 의무교육의 실질적이고 균등한 보장을 위하여 필수불가결한 비용은 무상의 범위에 포함시킬 수 있을 것이다. 한편, 의무교육에 있어서 본질적이고 필수불가결한 비용 이외의 비용을 무상의 범위에 포함시킬 것인지는 국가의 재정상황과 국민의 소득수준, 학부모들의 경제적 수준 및 사회적 합의 등을 고려하여 입법정책적으로 해결해야 할 문제이며, 이러한 교육 제정에 관련된 사항은 입법재량이 인정된다고 할 것이다.

5. 이 사건 세입조항이 의무교육 무상원칙에 반하는지 여부

이 사건 세입조항이 의무교육 무상원칙에 위배된다는 데에는 8인의 재판관이 일치된 의견을 보였으나, 각하의견을 낸 재판관 1인은 가정적으로 이 사건 세입조항이 적법요건을 갖춘 것으로 보아 본안판단에 들어간다 해도 의무교육 무상원칙에 위배되지 않는다는 의견을 개진하였다.

가. 위헌론(법정의견)

(1) 학교운영지원비 용도¹³⁾의 적절성 여부

학교운영지원비는 학교특성에 따라 조금씩 차이가 있지만 대체로 학교회계직원의 급여, 교원연구비 및 학교운영상 부족한 부분을 보충하는 보조적인 비용 등으로 사용된다. 학교회계직원은 학교에서 교육, 급식 및 행정업무 등을 지원 또는 보조하기 위하여 필요한 근로를 제공하고 학교회계에서 보수를 받는 자를 말하며 이들의 보수는 교육특별회계전입금과 학교운영지원비에서 지원된다. 한편, 교원연구비는 학교운영지원비 세입을 바탕으로 각 시·도 교육청이 정한 기준액에 따라 기본연구비, 직책연구비, 학생지도비, 수업연구비 등으로 나뉘어 일정비용이 교원에게 지급된다. 또한, 직급에 따

13) 자세한 내용은 2011 서울시 학교회계 예산편성 기본지침 참조

라 학교운영지원비 세입예산 범위 내에서 학교회계직원 등에게 관리수당이 지급된다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 의무교육과정에서 학교와 교사 등 인적·물적 시설 및 그 시설을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비, 신규시설투자비 등의 재원 마련은 전적으로 국가와 지방자치단체의 몫임이 분명함에도 불구하고, 교원연구비와 같은 교사의 인건비 일부와 학교회계직원의 인건비 일부를 학부모들이 부담하는 학교운영지원비로 충당하는 것은 헌법이 천명하고 있는 의무교육의 무상원칙에 분명히 반하는 것이라 할 수 있다.

(2) 학교운영지원비 결정과 징수의 강제성 여부

학교운영지원비의 징수는 원칙적으로 초·중등교육법 제32조 제1항 제7호 그리고 각 시·도의 교육규칙에 따라 학부모의 경제적 부담능력, 물가에 미치는 영향, 지역실정, 수업료 변동률 및 학교의 재정요소를 고려하여 학교운영위원회의 심의를 거쳐 학교 자율적으로 결정하는 것을 기본으로 하고 있다.

그런데 현실적으로는 시·도교육감이 수업료 인상률을 정하여 제시하면 당해 연도 수업료 인상률을 상한선으로 하여 시·도별 학교장협의회의에서 학교운영지원비 징수액을 협의하고, 학교운영위원회는 학교장이 제시한 협의안에 따라 학교운영지원비의 징수를 심의한 후, 학교장이 징수를 결정하는 것이 관례화되어 있으며(학교마다 금액이 다르지 않고 지역별로 학교운영지원비가 똑같은 이유),¹⁴⁾ 학교운영위원회 인력구성의 한계 등으로 인하여 실질적으로 학교운영위원회가 효과적인 심의권한을 행사하고 있다고 보기는 어렵다.¹⁵⁾ 학교운영위원회가 추가적인 재원 확보를 하지 못한 상태에서 학

14) 김병주, 초·중등교육의 학부모부담경비 적정화 방안, 교육재정경제연구 16(2), 2007. 12, 176쪽

15) 국회 교육과학기술위원회 김세연 의원(한나라당)이 전국 초·중·고교 350곳(무작위 표본추출)의 2010학년도 1학기 학교운영위원회 운영 및 구성에 관해 분석한 결과, 전체 학교의 90% 이상인 314곳이 학부모위원을 뽑을 때 투표조차 하지 않는 것으로 나타났다. 또 조사대상 학교의 학교운영위원회 회의안건 5,520건 가운데 4,622건인 84%가 교장의 제안으로 이루어져 사실상 학교위원회가 교장의 거수기구조 전락한 것으로 보인다. 아시아경제 “학교운영위원회 교장 ‘거수기’로 전락” 기사 참조.

교장의 협의안을 거부하고 학교운영지원비 징수액을 무상으로 심의하는 것도 어려운 일이고, 자신의 아이를 학교에 맡긴 학부모가 개별적으로 학교운영지원비 납부를 거부하는 것은 더욱 어렵기 때문이다.¹⁶⁾ 따라서, 학교운영지원비의 징수를 결정함에 있어 실질적인 자율성이 인정된다고 보기는 어려울 것이다.

또한, 학교운영지원비의 납부에 있어서도 일반적으로 스쿨뱅킹을 통해 학부모의 CMS 계좌¹⁷⁾에서 급식비나 방과 후 학습비 등의 수익자부담금과 함께 일괄적으로 자동이체되고 있으므로, 납부의 자율성이 완전히 보장되고 있다고 볼 수 없다.

(3) 세입상 학교운영지원비의 분류

학교운영지원비는 학교회계의 세입상 입학금, 수업료와 함께 기본적 교육수입(또는 등록금)으로 분류된다. 기본적 교육수입은 급식비, 단체활동비, 졸업앨범비 등을 포함한 수익자 부담경비인 선택적 교육수입 등 다른 단위학교별 재원들과는 달리, 교수-학습활동에 있어서 가장 기본이 되는 부분에 대한 급부로서 학생들로부터 받는 수입이다. 그런데 세입상 같은 기본적 교육수입(또는 등록금)으로 분류되는 입학금과 수업료의 경우 의무교육기관에서는 학부모가 부담하지 않고 국고로 귀속되어 국고지원 또는 교육비특별회계에 포함되어 지원 및 집행되고 있는 반면, 학교운영지원비는 여전히 학부모의 부담으로 남아 있는 것이 현실이다. 교수-학습에 있어서 기본이 되는 부분이라면 교육을 받는 데 있어서 반드시 필요한 학교건물과 같은 물적시설, 교사를 비롯한 수업과 학교 운영에 필요한 인적시설 등이 있겠고, 기본적 교육수입(또는 등록금)은 이러한 교수-학습에 필요한 물적, 인적시설을 위해 필요한 경비라는 의미일 것이다. 그렇다면, 의무교육을 실시하는 학교

16) 김병주, 앞의 논문, 180쪽; 부모토론, 초중등 의무교육 정말 무상인가요?, 2010. 4. 22. <http://blog.daum.net/goraeya/8848981>

17) CMS 계좌란 Cash Management Service의 약자로 자동이체계좌를 말한다. 대부분의 학교는 스쿨뱅킹 시스템을 이용하는데, 스쿨뱅킹은 은행이 등록금, 육성회비 등 납부금을 학부모 계좌에서 일괄 인출, 학교의 모계좌로 자동 이체시켜주는 금융서비스이며, 학부모의 CMS 계좌로 부터 정해진 날짜가 되면 각종 학교관련 대금이 자동적으로 빠져나가게 된다.

에 있어서 의무교육대상자의 수요를 충족시킬 수 있는 인적·물적 시설을 구비하기 위한 재원을 확보할 의무는 헌법 제31조 제3항에 의해 국가나 지방자치단체에 있는 것이 자명함을 볼 때, 기본적 교육수입(또는 등록금)으로 분류된 학교운영지원비를 의무교육 대상자인 중학생의 학부모로부터 징수하는 것은 의무교육의 무상원칙에 부합하지 않는다.

또한, 실제로 학교운영지원비는 전체 교육예산의 1% 이하를 차지하고 있으므로 국가의 교육재정에 있어서 지대한 부담으로 작용한다고 보기 어렵다. 더욱이, 2011년 현재 상당수의 지방자치단체가 중학생 전체 또는 일부 학년을 대상으로 학교운영지원비를 지원해주고 있고, 2013년까지는 거의 모든 지방자치단체에서 중학생 전체에게 학교운영지원비를 지원할 계획을 세우고 그에 따른 예산을 배정해 놓고 있다. 이렇듯, 국가의 재정상황에서 합리적으로 예산을 조정하여 배정할 수 있는 부분인 학교운영지원비를 학부모에게 부과하는 것은, 의무교육 무상원칙에 따라 국가가 부담해야 할 부분을 학부모에게 전가시키고 있는 것으로 볼 수 있다.

(4) 소결

앞서 살펴본 바와 같이 법정의견은 ① 학교운영지원비의 용처가 명확치 않아 학생복리비나 학교운영비뿐만 아니라 당연히 국가가 부담해야 할 학교 시설유지비나 교직원 연구비, 인건비 등에도 사용되고 있는 점, ② 학교운영 지원비는 법적으로 강제되는 비용이 아닌, 원칙적으로 자율적 협찬금의 성격을 띠어도 불구하고, 현실적으로는 해당 학교의 재정 여건, 지역 실정에 따라 자율적으로 결정되기 어렵다는 점(결정 주체의 자율성 결여), ③ 학교운영 지원비의 납부에 있어서도 학교장이 납부고지서를 발부하고 학부모의 CMS 계좌를 통해 자동이체되어 거의 모든 학부모가 예외 없이 납부하고 있다는 점(강제성), ④ 학교운영지원비가 의무교육상 그 면제가 확정되어 있는 수업료, 입학금과 같이 기본적 교육수입(또는 등록금)으로 분류되어 있음에도 불구하고 수업료나 입학금과 같이 국가의 부담이 아니라 학부모의 부담으로 남아 있는 점 등을 고려해 보면, 학교운영지원비는 의무교육 무상원칙에 따라 국가가 부담해야 할 부분에 대해 학부모에게 그 금전적 부담을

지우는 것이므로, 그 징수의 근거가 되는 이 사건 세입조항은 의무교육 무상 원칙을 위배한 것으로 보았다.

나. 합헌론¹⁸⁾

이 사건 세입조항은 학교회계의 세입 중 하나로 학교운영지원비를 규정하고 있으며, 학교운영지원비의 조성·운용 및 사용에 관한 사항은 학교운영위원회가 심의하도록 규정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항들이 “학교운영지원비”라는 명목으로 금원을 징수하여 세입으로 포함시킬 수 있는 법적인 근거가 된다고 하더라도, 그것이 학부모 등 학생의 보호자에게 학교운영지원비의 납부의무를 부과하고 징수를 강제하는 근거가 된다고 볼 수는 없다.

기본적으로 학교운영지원비는 학부모들이 자녀교육을 위하여 학교운영상 필요한 교육비의 부족분을 보조하기 위하여 자발적으로 지원하는 협찬금으로서, 법률로써 그 납부가 강제되는 비용이 아니다. 학교운영지원비의 전신은 과거 학부모의 자발적 찬조금으로서의 역할을 했던 육성회비라고 할 수 있는데, 육성회비는 그 이전에 있었던 사친회비나 기성회비가 회비징수의 책임을 교사에게 떠넘김으로써 발생했던 문제점을 개선하고 전체 학부모가 자발적으로 최소한도의 교육비를 협찬하여 교육의 질적인 향상과 학교 교육의 정상화를 도모하려는 목적으로 육성회의 도입과 함께 만들어져 징수되었다. 그러나 1995년 5·31 교육 개혁방안으로 각급 학교에 구성되어 있던 육성회가 해체되고 학교운영위원회 제도가 도입됨에 따라 육성회비는 학교운영지원비로 그 명칭이 바뀌어 오늘에 이르고 있다. 이처럼 역사적인 생성배경에 비추어 볼 때 학교운영지원비의 근본 취지는 학부모의 자발적 참여를 통해 교육 재정을 확보하기 위한 것임이 분명하다. 또한, 국·공립 학교의 학교회계 설치에 관하여 필요한 사항을 규정한 교육과학기술부의 ‘학교회계예산 기본 지침’(국립학교) 및 각 시·도의 ‘학교회계 예산 편성 지침’(공립학교)에서도 학교운영지원비의 징수는 학부모의 경제적 부담 능력, 물가에 미치는 영향 및 수업료 인상률, 학교의 재정수요 등을 고려하여 학교운영위원회의 심의를 거쳐 단위학교에서 자율적으로 결정하는 것을 원칙으로 규정하고 있다.

18) 합헌론은 재판관 1인(이동흡 재판관)의 각하의견에서 보충적으로 제시된 바 있다.

따라서 학교운영지원비는 법으로 그 징수가 강제되는 성격이 아니라, 보다 나은 교육환경의 조성을 위해 학부모들이 학교 운영상 부족한 부분을 보충하려는 목적으로 조성하는 자발적 협찬금으로 보아야 한다.

또한, 학교운영지원비 징수액의 결정 과정을 살펴보면, 공립학교의 경우 학부모 대표를 포함하여 교원대표, 지역사회 인사로 구성된 학교운영위원회가 당해 학교의 사정이나 교육청이 제시한 징수 한도액 범위를 고려하여 학교운영지원비의 동결, 감액 또는 인상에 관해 심의를 한 후 이와 같은 결의 내용을 바탕으로 학교장이 학교운영지원비의 징수결정을 하고 납입고지서로 납입을 고지하는 과정을 거치게 된다.¹⁹⁾ 그런데 이 과정에서 학교장은 초·중등교육법 시행령 제60조의 규정에 따라 학교운영위원회의 심의결과를 최대한 존중해야 하며, 학교운영위원회의 심의결과와 다르게 시행하고자 하는 경우에는 이를 학교운영위원회와 관할청에 서면으로 보고하여야 하고, 이에 대해 관할청은 시정명령을 할 수 있다. 따라서, 학교운영지원비의 징수는 학교측으로부터 일방적으로 결정되는 것이 아니고 반드시 학교운영위원회의 심의를 거쳐야 하며, 이러한 심의 역시 형식적인 것이 아닌 어느 정도의 의결 효과를 지니게 되는 것을 알 수 있다. 그러므로 학교운영지원비는 결정 절차에 있어서도 학부모와 학교 측의 협의과정을 거쳐 자율적으로 징수되는 것이라 하겠다.

학교운영지원비의 용도에 있어서도, 학교운영지원비는 그 명칭에서 알 수 있듯이 학교 운영에서 부족한 부분을 지원하기 위한 비용이며, 의무교육이 실질적이고 균등하게 이루어지기 위한 본질적인 항목인 학교나 교사 등 인적·물적 시설 및 그 시설을 유지하기 위한 인건비, 시설유지비 등의 재원을 마련하려는 목적으로 징수되는 것이 아니므로, 의무교육의 실질적이고 균등한 보장을 위해 본질적이고 필수적인 비용으로 볼 수 없다. 앞서 살펴본 바와 같이 의무교육에 있어서 본질적이고 필수적인 비용 이외의 비용을 무상의 범위에 포함할 것인지 여부는 국가의 재정상황 등을 고려하여 입법정책적으로 해결해야 할 문제인바, 학교운영지원비는 학부모의 경제적 부담능력, 물가에 미치는 영향 및 수업료 인상률, 학교의 재정수요 등을 고려하여 학교

19) 공립 초·중등학교 회계규칙 제27조

운영위원회의 심의를 거쳐 결정되는 자발적 협찬금의 성격을 지니는 점, 학교장은 학교운영지원비를 월별 또는 분기별로 분할 징수할 수 있다는 점, 기초생활수급자 및 차상위계층자녀들의 학교운영지원비는 교육청에서 지원하도록 하고 있는 점 등을 고려해 보면, 필수불가결한 비용이 아닌 학교운영지원비를 학부모로부터 징수한다 하더라도 이를 입법형성권의 범위를 넘었다고 보기는 어렵다.

설령 학교회계 제도가 도입되면서 학교운영지원비의 용처가 분명하지 않아 학생복지나 학교운영을 보조하는 차원에서 머무르지 않고 시설 유지비, 교직원 연구비, 학교회계직원의 임금 등으로 사용되고 있다고 할지라도, 이 역시 이 사건 법률조항들에 의해 초래된 법률적 문제라기보다는 각급 단위 학교의 사실적인 예산 운용상의 문제로 보아야 한다. 단위학교의 자율적 재정운동을 도모하기 위하여 학교회계 제도가 도입되면서, 세입과 세출이 정확하게 연동되는 구조가 아니라 각 학교의 상황에 따라 세입이 자율적으로 집행되고 있기 때문에 학교운영지원비가 구체적으로 어떤 분야에 사용되는지를 일률적이고 구체적으로 파악할 수 없는 상황이지만, 그렇다고 하여 학교운영지원비가 의무교육을 수행하는 데 있어서 본질적이고 필수적인 부분에 사용될 것이라 단정할 수는 없다.

6. 결정의 의의

2007년 말부터 논란이 되어오던 중학교 학교운영지원비 징수 문제는 2009년 시작된 반환청구 소송을 기점으로 의무교육 무상원칙에 대한 사회 전반의 활발한 논쟁을 불러일으켰고, 헌법재판소는 이 사건 결정을 통해 의무교육에 있어서 무상의 범위를 보다 명확히 규정하면서, 의무교육 과정인 중학교에서 학교운영지원비를 징수하는 것은 의무교육 무상원칙에 따라 국가가 부담해야 할 부분에 대해 학부모에게 금전적 부담을 지우는 것이라 보아 그 징수의 근거가 되는 이 사건 세입조항이 위헌임을 선언하기에 이르렀다.

한편 학교운영지원비의 징수를 규정한 이 사건 세입조항은 국·공립 중학교에만 적용되는 조항으로 사립중학교 학부모인 청구인들의 청구 부분은 재판의 전제성이 없어 부적법한 것으로 각하되었으나, 우리나라의 의무교육이

공·사립에 관계없이 모든 중학교 과정에 적용된다는 점을 고려하면 이 사건 결정의 효과는 사립중학교에서 징수하는 학교운영지원비 부분에도 적용됨은 분명하다. 실제로 이 사건 결정이후 전국 모든 공·사립 중학교의 학교 운영지원비 징수가 폐지되었다.

형법 제270조 제1항 위헌소원

- 낙태죄의 위헌 여부 -

(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2상, 471)

김 현 영*

【판시사항】

1. 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항(이하 ‘자기낙태죄 조항’이라 한다)이 위헌이라고 판단되면, 조산사 등이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)도 위헌이 되는 관계에 있는지 여부(적극)

2. 자기낙태죄 조항이 임부의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 이 사건 법률조항이 형벌체계상의 균형에 반하여 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

청구인은 조산사인바, '2010. 1. 28. 청구인이 운영하는 조산원에서 임부로부터 임신 6주된 태아를 낙태시켜 달라는 촉탁을 받고, 진공기를 사용하여 태아를 모체 밖으로 인위적으로 배출하는 방법으로 낙태하게 하였다.'는 등의 공소사실로 기소되어 재판을 받던 중, 처벌의 근거가 되는 형법 제270조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 위 법률조항이 헌법에 위반된다며 2010. 10. 17. 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항과 자기낙태죄는 대항범이고, 이 사건은 낙태하는 임부를 도와주는 조산사의 낙태를 처벌하는 것이 위헌인지 여부가 문제되는 사안이므로, 임부의 낙태를 처벌하는 것이 위헌이라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위해 임부의 동의를 받아 낙태시술을 한 조산사를 형사처벌하는 이 사건 법률조항도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다고 봄이 상당하다.

2. 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 이러한 생명에 대한 권리는 기본권 중의 기본권이다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 한다. 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 한편, 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적을 달성할 수 없게 될 것이고, 성교육과 피임법의 보편적 상용, 임부에 대한 지원 등은 원하지 않는 임신을 미연에 방지하는 수단이 될 수 있을지는 모르나 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다. 나아가 입

법자는 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우와 같은 예외적인 경우에는 임신 24주 이내의 낙태를 허용하여(모자보건법 제 14조, 동법 시행령 제15조), 불가피한 사정이 있는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있다. 이것에서 더 나아가 사회적·경제적 사유로 인한 낙태로까지 그 허용의 사유를 넓힌다면, 자칫 자기낙태죄 조항은 거의 사문화되고 낙태가 공공연하게 이루어져 인간생명에 대한 경시풍조가 확산될 우려마저 없지 않다. 나아가 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권이 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우므로, 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항은 그 법정형의 상한이 2년 이하의 징역으로 되어 있어 법정형의 상한 자체가 높지 않을 뿐만 아니라, 비교적 죄질이 가벼운 낙태에 대하여는 작량감경이나 법률상 감경을 하지 않아도 선고유예 또는 집행유예 선고의 길이 열려 있으므로, 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 하는 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다.

4. 낙태는 행위태양에 관계없이 태아의 생명을 박탈하는 결과를 초래할 위험이 높고, 일반인에 의해서 행해지기는 어려워 대부분 낙태에 관한 지식이 있는 의료업무종사자를 통해 이루어지며, 태아의 생명을 보호해야 하는 업무에 종사하는 자가 태아의 생명을 박탈하는 기술을 한다는 점에서 비난가능성 또한 크다. 나아가 경미한 벌금형은 낙태기술의 기능이나 낙태에 사용하는 약품 등을 알고 있는 것을 남용하여 영리행위를 추구하는 조산사에 대하여는 위하력을 가지기 어렵다. 이러한 점들을 고려하여 입법자가 이 사건 법률조항에 대하여 형법상 동의낙태죄(제269조 제2항)와 달리 벌금형을 규정하지 아니한 것이 형벌체계상의 균형에 반하여 헌법상 평등원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

재판관 이강국, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대 의견

태아에 대한 국가의 보호의무에는 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함된다고 보아야 할 것이고, 국가는 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호 정도나 보호수단을 달리할 수 있다. 현대 의학의 수준에서는 태아가 임신 24주에 이르기까지는 자존적 생존가능성이 전혀 없다고 보고 있으므로, 태아의 독자적 생존능력이 인정되는 임신 24주 이후에는 태아의 생명도 인간의 생명과 어느 정도 동일시할 수 있으므로 임부의 낙태를 원칙적으로 금지하고, 임부의 생명이나 건강에 현저한 위해가 생길 우려가 있는 등 특단의 사정이 있는 경우에만 낙태를 허용함이 바람직하다. 임신 중기(임신 13주-24주)의 낙태는 임신 초기(임신 1주-12주)의 낙태에 비하여 합병증의 우려가 크고, 모성사망률의 위험도 급격히 커져 임부의 생명이나 건강에 위해가 생길 우려가 증가한다는 점에서 국가는 모성의 건강을 증진하기 위하여 낙태의 절차를 규제하는 등으로 임신 중기의 낙태에 관여할 수 있다고 할 것이다. 그런데 의학계에서는 일반적으로 임신 초기(임신 1주-12주)의 태아는 사고나 자아인식, 정신적 능력과 같은 의식적 경험에 필요한 신경생리학적 구조나 기능들은 갖추지 못한 것으로 판단하고 있는바, 임신 초기의 태아는 고통을 느끼지 못하는 반면, 임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮아지므로 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 여지가 크다. 불법낙태로 임부의 건강이나 생명에 위험이 초래되는 사태가 빈발하고 있어 그 대책이 시급한 현실에 비추어 보면, 적어도 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 필요성이 있다. 따라서 임신 초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있는 자기낙태죄 조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 한편, 형법상 낙태죄 규정이 현재는 거의 사문화되어 낙태의 근절에 큰 기여를 하지 못하고 있으므로 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 태아의 생명보호라는 공익은 더 이상 자기낙태죄 조항을 통하여 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 임신 초기의 낙태까지 금지하고 처벌하는 것은 임부의 임신 유지 여부

에 대한 자기결정의 영역을 전혀 존중하지 아니하는 것으로서, 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권은 결코 가볍게 볼 수 없어 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다. 그러므로 자기낙태죄 조항은 임신 초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서, 임부의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다.

자기낙태죄 조항이 임부의 임신 초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 처벌하고 있다는 점에서 위헌이므로, 동일한 목표를 실현하기 위하여 임신 초기의 임부의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태시술을 한 조산사를 형사처벌하는 이 사건 법률조항도 위 범위 내에서 위헌이다. 따라서 이 사건 법률조항 및 이와 동일한 위헌 사유가 있는 형법 제269조, 제270조 제3항 중 제1항에 관한 부분의 각 “낙태”에 ‘임신 12주 이내의 낙태’가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 선언하여야 할 것이다.

재판관 이동흡의 반대의견에 대한 보충의견

임부의 자기결정권을 존중하여 임신 초기의 낙태를 허용하더라도 임부가 낙태에 대하여 충분히 숙고한 뒤에 결정할 수 있도록 함과 동시에 의학적으로 안전한 낙태시술이 이루어질 수 있도록 입법조치를 취하여야 한다. 즉 입법자는 임부가 낙태에 대하여 충분히 숙고한 뒤에 결정을 내릴 수 있도록 전문가와의 상담 등 사전 조치들을 강구할 필요가 있다. 상담은 태아의 생명 보호에 기여할 수 있도록 임부를 격려하고 자녀와 함께하는 삶의 비전을 일깨워 주기 위한 것이어야 하며, 임부가 책임 있고 양심에 따른 결정을 할 수 있도록 도와주는 것이어야 한다. 나아가 입법자는 의학적으로 안전한 낙태시술이 이루어질 수 있도록 병원이나 의사 등에 대한 일정한 요건을 마련하여, 임부의 생명과 건강을 보호하기 위해 노력하여야 한다.

【해설】

1. 논의의 시작

가. 낙태죄 일반론

(1) 의의 및 보호법익

낙태라 함은 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해하는 행위를 말하며, 낙태죄는 이와 같은 낙태를 내용으로 하는 범죄로서 낙태 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 참조). 따라서 ‘낙태’는 생존가능한 시점에서의 인공적인 태아배출행위도 포함한다는 점에서 모자보건법이 규정하고 있는 ‘인공임신중절’¹⁾보다는 넓은 개념이 된다.

낙태죄의 보호법익에 대한 학설의 입장은 일치되어 있지 않으나, 주된 보호법익은 태아의 생명이며, 부차적 보호법익은 임부의 생명 및 신체의 안전이라고 보는 견해가 다수설이다.²⁾ 헌법재판소는 “낙태죄는 모자보건법에서 예외적으로 정한 일정 사유의 경우를 제외하고는 모든 낙태를 처벌하여 태아의 생명을 보호하는 것을 입법목적으로 한다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마 1010등, 판례집 20-2상, 236, 254).”고 판시한 바 있으며, 이 사건 결정에서도 이와 같은 입장을 견지하고 있다.

-
- 1) 모자보건법 제2조 제7호는 ‘인공임신중절수술’이란 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다 고 규정하고 있다.
 - 2) 박찬걸, 낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구, 법학논총 제27권 제1호(2010), 204-205면 참조. 그 밖에 주된 보호법익은 태아의 생명이며, 부차적 보호법익은 임부의 신체라고 보는 견해, 주된 보호법익은 태아의 생명과 신체이며, 부차적 보호법익은 임부의 생명과 신체라고 보는 견해, 태아의 생명만이 유일한 보호법익이라고 보는 견해, 자기낙태죄와 동의낙태죄는 부녀 자신의 자상행위가 되므로 태아의 생명만이 보호법익이지만 그 이외의 다른 낙태죄는 부차적으로 부녀의 생명·신체도 보호법익이라고 보는 견해, 자기낙태죄와 단순동의낙태죄 및 업무상 동의낙태죄에서는 태아의 생명만이 보호법익이고, 부동의낙태죄에서는 태아의 생명이 주된 보호법익이지만 임부의 의사결정의 자유도 부차적인 보호법익이 되며, 낙태치사상죄는 태아의 생명을 주된 보호법익으로 하지만 임부의 생명·신체의 완전성도 부차적인 보호법익이라고 보는 견해 등이 있다.

(2) 낙태의 형사처벌 연혁

고대 로마의 초기법이나 동양 전통법에서는 태아를 모체의 일부분으로 보아 낙태행위를 처벌하지 않았다.³⁾ 낙태죄는 서기 200년경 후기 로마시대의 Severus(시베루스) 7세에 이르러 비로소 형벌로 처벌되기 시작하였다. 그 당시에는 태아를 임부의 오장육부의 일부분 정도로 취급하여 대다수의 부녀자들이 '내 배는 내 것이다.'라는 확신 아래 남편에 대한 대항으로 낙태를 하여 후손을 끊어버리는 수단으로 사용하였다.⁴⁾

낙태죄가 태아의 생명을 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄로 처벌된 것은 중세 교회법과 독일보통법에서 시작되었다고 할 수 있으며, 그 사상적 배경은 기독교사상이다. 1532년의 카롤리나 형법은 태아를 생명 있는 태아와 생명 없는 태아로 구별하여, 전자의 경우 살인죄로 처벌하였다. 태아의 생명 자체를 보호법익으로 파악하여 낙태죄를 처벌한 것은 19세기 이후이며, 효시는 1813년의 바이에른 형법과 1852년의 프로이센 형법이다.⁵⁾

우리나라의 경우 전통적으로 중국의 율령에 따라 낙태죄를 처벌하지 않다가, 1905년 형법대전에서 비로소 낙태죄를 독립된 범죄로 처벌하기 시작하였다.⁶⁾

(3) 현행법상 낙태에 관한 규율 체계

형법은 제27장 낙태의 죄에서 낙태를 전면금지하면서도 한편으로, 모자보건법을 통하여 의학적·우생학적·윤리적 사유가 있는 경우 형법상 낙태죄의 적용을 배제함으로써 낙태를 일부 허용하고 있다.⁷⁾ 즉, 낙태와 관련하여 우리 법체계는 낙태죄를 규정한 형법과 위법성 조각사유를 규정한 모자보건법으로 이원화되어 있다.

3) 김태계, 낙태죄에 관한 문제점과 입법론, 법학연구 제18권 제1호(2010. 4.), 235면

4) 홍성방, 낙태와 헌법상의 기본가치, 서강법학연구 제3권(2000), 28면 참조

5) 김태계, 낙태죄에 관한 문제점과 입법론, 법학연구 제18권 제1호(2010. 4.), 235면

6) 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 8면 참조

7) 전주혜, 주석 형법-형법각칙(4), 2006. 2.(제3판), 42면 참조

(가) 형법상 낙태 처벌조항의 주요 내용

낙태의 죄의 기본적 구성요건은 자기낙태죄(형법 제269조 제1항)이다. 업무상동의낙태죄(형법 제270조 제1항)는 동의낙태죄(형법 제269조 제2항)에 대하여 신분관계로 책임이 가중되는 가중적 구성요건이며, 부동의낙태죄(형법 제270조 제2항)는 자기낙태죄에 대하여 불법이 가중되는 가중적 구성요건이고, 낙태치사상죄(형법 제269조 제3항, 제270조 제3항)는 위 죄에 대한 결과적 가중범을 무겁게 벌하고 있다.⁸⁾

1) 자기낙태죄(형법 제269조 제1항)

임부⁹⁾의 자기낙태를 처벌하는 규정으로 낙태죄의 기본적 구성요건이다. 본죄는 임부 자신의 낙태행위이므로 임부에 대한 관계에서는 일종의 자손행위이고, 이러한 점에서 법정형이 다른 낙태죄에 비하여 감경되어 있다. 행위의 주체는 임부이며, 태아를 객체로 한다. 낙태의 방법에는 아무 제한이 없으므로, 약물을 사용하건 수술을 하건 기구를 사용하건 묻지 않는다.¹⁰⁾

2) 업무상동의낙태죄(형법 제270조 제1항)

본죄는 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 임부의 촉탁이나 승낙을 받아¹¹⁾ 낙태하게 함으로써 성립한다. 생명의 유지와 보호, 건강의 회복과 증진을 본분으로 하는 일정한 업무의 종사자가 이에 반하는 부당한 낙태행위를 하였다는 점에서 일반인보다 더 무거운 책임이 있고, 실제로 낙태시술의 기능이나 낙태에 사용하는 약품 등을 알고 있는 이러한 업무종사자들이 이를 남용하여 영리행위에 이르게 될 우려가 있는 점을 고려하여 본죄를 동의낙태죄에 대한 가중적 구성요건으로 설정했다고 볼 수 있다.

의사는 반드시 산부인과 의사에 한하지 않으나 치과의사와 수의사는 포함

8) 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 84면

9) 형법 제269조 제1항은 ‘부녀’라는 용어를 사용하고 있으나, ‘부녀’의 사전적 의미는 남의 아내가 된 여자, 부녀자, 일반 여자를 뜻하므로, ‘부녀’라는 용어보다는 ‘임부’라는 용어가 자기낙태의 주체를 나타내는데 적절하다고 보인다.

10) 전주혜, 주석 형법-형법각칙(4), 2006. 2.(제3판), 49-51면 참조

11) 형법 제269조, 제270조는 “~승낙을 받아”라고 표기하고 있으나, 어문규범상 어간의 끝음절 모음이 ‘나, ㄱ’일 때에는 어미를 ‘아’로 적고, 그 밖의 모음일 때에는 ‘어’로 표기하여야 하므로, “받어”가 아닌 “받아”로 표기하는 것이 옳다. 이하 “받아”로 표기하기로 한다.

되지 않는다. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사하는 자를 말하며(의료법 제2조 제2항 제3호), 조산사¹²⁾는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도에 종사하는 자이고(의료법 제2조 제2항 제4호)¹³⁾, 약제사는 의사의 처방에 따라 약제를 조합하는 자로서 약사와 한약사를 포함하며, 약종상은 약품을 판매하는 자로서 의약품도매상이나 한약업사를 말한다. 이들은 모두 면허를 받은 자임을 요하고, 무허가로 위와 같은 업무를 하는 자는 포함되지 않는다.¹⁴⁾

현행법상 조산사가 의료행위에 해당하는 낙태시술을 한 경우에는 형법상 업무촉탁낙태죄와 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)죄의 결합범으로 처벌받게 되며(‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제5조¹⁵⁾), 7년 이하의 자격정지를 병과하도록 되어 있다(형법 제270조 제4항).

자기낙태죄와 업무상동의낙태죄를 대항범의 예로 언급하고 있는 견해(배종대)도 있으나, 이에 관한 학계의 논의는 거의 없는 실정이다. 헌법재판소는 이 사건 결정에서 “업무상동의낙태죄와 자기낙태죄는 전체적인 구성요건

12) 조산사가 되고자 하는 사람은 간호사의 면허를 가지고 보건복지부장관이 인정하는 의료기관에서 1년간 조산의 수습과정을 마치거나 또는 보건복지부장관이 인정하는 외국 조산사의 면허를 받은 자로서 한국보건의료인국가시험원이 시행하는 조산사 국가시험에 합격한 다음 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

13) **의료법 제2조(의료인)** ① 이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.
 ② 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.
 1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.
 2. 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.
 3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.
 4. 조산사는 조산(助産)과 임부(妊婦)·해산부(解産婦)·산욕부(産褥婦) 및 신생아에 대한 보건과 양호지도를 임무로 한다.
 5. 간호사는 상병자(傷病者)나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

14) 전주해, 주석 형법-형법각칙(4), 2006. 2.(제3판), 59-60면 참조

15) **제5조(부정의료업자의 처벌)** 「의료법」 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.
 1. 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업(業)으로 한 행위
 2. 치과의사가 아닌 사람이 치과의료행위를 업으로 한 행위
 3. 한의사가 아닌 사람이 한방의료행위를 업으로 한 행위

의 내용상 2인 이상의 관여자가 낙태라는 동일한 목표를 향하여 서로 다른 방향에서 구성요건의 실현에 관여한다는 점에서 강학상 대항범에 해당한다.”(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2, 471, 479)고 명시적으로 밝히고 있다.

(나) 모자보건법상 위법성 조각사유

모자보건법 제14조는 예외적으로 5가지 정당화사유에 한해 낙태를 허용하고 있으며, 또한 동법 시행령 제15조는 인공임신중절행위에 대해 임신한 날로부터 24주 이내에만 할 수 있는 것으로 규정함으로써 낙태를 시간적으로 제한하고 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 105 참조). 즉, 의사는 ① 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ② 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우 중 어느 하나에 해당되는 경우에만 임부와 배우자의 동의를 받아 임신한 날로부터 24주 이내에 인공임신중절수술을 할 수 있으며, 이 경우 형법 제269조 제1항·제2항 및 제270조 제1항에도 불구하고 처벌하지 아니한다. 모자보건법은 사회적·경제적 사유에 의한 낙태는 허용하고 있지 아니하다.

나. 낙태죄 관련 규정의 입법연혁

1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 형법은 낙태를 전면금지하고 이를 처벌하는 규정을 두었으나, 1973. 2. 8. 법률 제2514호로 제정된 모자보건법은 일정한 경우에 낙태를 허용하는 규정을 두게 되었는바, 모자보건법은 형법의 낙태죄에 대하여 특별법의 성격을 지닌다.

(1) 형법상 낙태 처벌규정의 입법연혁

(가) 1953년 형법초안에서의 낙태죄 규정

1) 낙태죄 초안의 내용

1953년 정부가 제출한 형법초안에 의하면 제27장 낙태죄는 2개의 조문으

로 되어 있었다. 처벌 유형으로는 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 경우와 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우, 전항의 죄를 범하여 치상케 한 경우이다(제287조). 또한 의사, 의생, 산과, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하는 경우에도 처벌하며, 전항의 죄를 범하여 부녀를 치상케 한 경우에도 처벌규정을 두었다(제288조). 법제사법위원의 수정안은 제287조 제2항에 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 경우를 처벌하는 조항(강제낙태죄)을 신설하는 내용이었으며, 이는 형법초안에 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태시킨 경우를 처벌하는 규정이 없었기 때문이다.¹⁶⁾

2) 법제사법위원회에서의 심의과정

법제사법위원회에서 낙태 처벌규정(제27장)을 전부 삭제하자는 수정안이 발의된 바 있었다. 삭제안의 근거로는 ① 낙태죄가 사실상 처벌되지 않고, ② 여성들의 사회활동 증가와 경제적 사유에 의한 낙태의 필요성이 있고, ③ 인구감소정책이 필요하고, ④ 하루 4-5건씩 발생하는 영아살해사건을 사전에 낙태허용으로 방지할 수 있고, ⑤ 다출산 부녀의 출산은 건강을 심하게 해칠 수 있어 낙태가 자유화되어야 한다는 이유에서였다. 그러나 낙태죄 존치론자들은 ① 태아도 하나의 생명이고, 인구증가정책이 유지되어야 하고, ② 낙태죄를 삭제하는 것은 인간의 존엄성을 말살시키는 것이고, ③ 낙태를 허용하면 풍기문란 우려가 있다는 등의 이유를 들어 반대하였고, 결국 낙태죄 삭제안은 표결에 붙여진 결과 부결되었다.¹⁷⁾

(나) 1992년 형법개정안

1992년의 형법개정안은 낙태죄의 구성요건 체계를 자기낙태죄, 동의낙태죄, 영리낙태죄, 부동의낙태죄로 구성하였다. 개정법률안에서는 의사 등 업무자에 의한 낙태를 일반인의 낙태와 구별하여 무겁게 처벌할 이유가 없다는 점에서 업무상 낙태죄를 폐지하고 그 대신 영리낙태죄를 두어 가중처벌하고 있었다.

1992년 개정안에서 주목할 만한 것은 낙태죄의 허용한계를 형법에 편입한 것이다. 허용한계에 관한 방식으로 모자보건법과 동일하게 적응방식(Indikationslösung)¹⁸⁾을

16) 이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 306-307면

17) 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 8면

18) 기한방식에 의한 낙태의 절대적 자유화는 예컨대 임신 3개월을 전후한 태아의 발육상태 차이를 과학적으로 검증할 수 없다는 이유 때문에 적응방식에 의하지 않

취하고 있다. 우생학적 사유는 태아를 기준으로 유전적 소질 또는 출생 전의 영향으로 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나, 입을 염려가 뚜렷한 경우에 해당하는 것으로 임신 중의 중독이나 충격에 의한 경우도 포함하고 있다. 윤리적 사유로 강간, 준강간, 특수강간, 미성년자 간음, 업무상 위력 등에 의한 간음 등에 의하여 임신된 경우를 모두 포함하고 있다. 모자보건법의 낙태 허용기간이 너무 길다는 비판에 따라 우생학적 사유는 임신 24주 이내, 윤리적 사유는 20주 이내로 제한하였다.¹⁹⁾ 그러나 위 개정안은 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 현행 형법상 낙태죄 규정에는 수용되지 못하였다.

(2) 모자보건법상 낙태 허용규정의 입법연혁

(가) 모자보건법의 제정 배경

1973. 2. 8. 법률 제2514호로 제정된 모자보건법은 임부의 자기결정권 내지 낙태 자유화라는 사회적 요구가 형성되어 이를 반영하고자 한 것이 아니라, 인구의 폭발적 증가라는 사회문제와 사문화된 법규정과 현실 사이의 괴리를 해결하기 위해서 국가적인 해결방법의 하나로 낙태규제를 완화하고자 제정된 것이었다. 모자보건법이 제정된 이후에 정부는 현실적인 낙태의 관행을 어느 정도 합법화하면서, 인구억제정책의 일환으로 모자보건법의 낙태 허용사유를 더욱 확대하는 정책을 추진하였다.²⁰⁾

(나) 모자보건법 및 동법 시행령의 개정

1973년 모자보건법이 제정된 이래 현재까지 모자보건법 제14조의 내용에는 실질적인 변화가 없었다. 2009. 1. 7. 법률 제9333호로 개정된 모자보건법은 법 문장을 원칙적으로 한글로 적고, 어려운 용어를 쉬운 용어로 바꾸며, 길고 복잡한 문장을 간결하게 하는 등 국민이 법 문장을 이해하기 쉽게 정비하고자 제14조의 자구만 개정하였을 뿐이다.

다만 2009. 7. 7. 대통령령 제21618호로 개정된 ‘모자보건법 시행령’은

을 수 없다는 점에 의견이 일치되었다고 한다[이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 312면].

19) 이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 310-313면 참조

20) 이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 315면

2009. 1. 7. 법률 제9333호로 모자보건법이 개정됨에 따라 관련 규정을 정비하면서, 현대 의학기술을 고려하여 인공임신중절수술 허용 기간을 단축하고, 치료가 가능하거나 의학적 근거가 불분명한 질환 등을 삭제함으로써 태아 및 모성의 생명을 존중하고 법과 현실의 괴리를 극복하고자 인공임신중절수술의 허용 범위를 축소하였다(동법 시행령 제15조). 즉, 인공임신중절수술 허용 기간을 임신한 날부터 28주일 이내에서 24주일 이내로 변경하는 한편, 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환의 종류에서 유전성 정신분열증, 유전성 조울증, 유전성 간질증, 유전성 정신박약, 유전성 운동신경원 질환, 혈우병 및 현저한 범퇴경향이 있는 유전성 정신장애를 삭제하고, 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환의 경우에만 가능하게 하며, 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환의 종류에서 수두, 간염, 후천성면역결핍증 및 전염병예방법 제2조 제1항의 전염병을 제외하고, 풍진, 독소플라즈마증 및 그 밖의 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환의 경우에만 가능하도록 한 것이다.²¹⁾

다. 임신주수에 따른 태아의 발달과정과 낙태시술 방법 등

(1) 수정되는 과정(배란 → 수정 → 착상)²²⁾

보통 가임여성은 월 1회 난소로부터 한 개의 난자를 내보내게 되는데 이를 배란이라 한다. 배란된 난자는 난관에서 분비되는 점액을 따라 자궁 쪽으로 흘러가다 제일 먼저 달려오는 건강한 정자를 만난다(마지막 생리일의 첫 날부터 2주 정도 후에 정자와 난자가 수정된다). 정자가 난자를 만나기까지 걸리는 시간은 4~6시간 정도이며, 정자와 난자가 결합하여 만들어진 수정란은 지속적으로 분할하며 착상하기 위해 나팔관을 통해 서서히 자궁으로 이동한다. 수정란의 분할을 거쳐 만들어진 배아 세포가 자궁으로 들어가 자궁 내막 표면에 부착하는 것을 착상이라고 한다. 수정란이 자궁내막에 도착하면 내막의 표면을 녹이고 그곳에 진입해서 서서히 파묻히는 착상까지 대략

21) 모자보건법 시행령 제·개정이유(<http://www.law.go.kr/>) 참조

22) 내 생애 첫 임신출산 육아책, 중앙북스(주), 27면 참조

일주일 정도(난관에서 자궁강까지 3일, 자궁강에서 착상까지 4일)가 소요된다. 이 시기에 수정란의 염색체가 유전자 배열을 마치며 태어날 아이의 유전형질이 결정된다.

(2) 임신기간과 출산시기²³⁾²⁴⁾

임신기간, 즉 태아가 엄마 뱃속에 있는 기간은 꼭 일정한 것은 아니나, 생리가 시작된지 2주일 후에 수정이 이루어지는 것을 기본으로 대체로 최종 생리시작일로부터 280일(28일을 1개월로 하며, 10개월은 40주에 해당)을 임신기간으로 본다. 수정일로부터 266일을 더하는 것이 더 정확하지만, 정확한 수정일을 알아내기가 쉽지 않다. 보통 출산은 분만 예정일에서 1~2주 빠르거나 늦다. 임신 37주에서 41주 6일까지는 정상적인 출산 범위에 속한다. 보통 태아의 80~90%는 임신 32~34주에 폐가 성숙하므로 이 시기에 태어나면 건강하게 살 확률이 높다.

(3) 임신주수별 태아의 발달과정²⁵⁾²⁶⁾ 및 낙태방법과 합병증²⁷⁾

자궁벽에 착상한 배포체는 분화하여 배관이라는 배아 형성 전 단계를 만들고 이어 계속 성숙하여 배아를 형성하고 배아는 7주 말 정도까지 주요 장기계통(신경관, 혈관계, 순환기계)을 형성한다. 태아는 발육을 계속하여 16주 정도면 손발 등이 형성되고 약 20주까지는 청각 등이 완성되고 동시에 전신 운동을 시작한다. 약 28주째에 도달하면 태아는 두부가 아래쪽으로 자리잡기 시작하면서 외부자극에 대하여 일정한 반응도 보이기 시작하고, 약 10개월이 경과된 시점에서 출산의 마지막 과정에 도달한다.

23) 내 생애 첫 임신출산 육아책, 중앙북스(주), 48면 참조





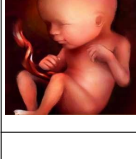

24) 임신 출산 육아 대백과, (주)삼성출판사, 24면 참조


25) 내 생애 첫 임신출산 육아책, 중앙북스(주), 52-89면 참조




26) 미즈메디 병원 전문의들로 이루어진 iMiz, Inc.가 제작한 'MyAngel' 어플리케이션 참조


27) 윤종행, 낙태방지를 위한 입법론, 법학연구 13권(2003), 174면 참조

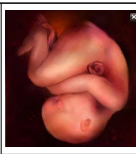



임신단계	임신주수	태아의 발달상태	낙태방법 및 합병증	태아의 발달과정	
임신 초기	임신 1개월	1주	아직 임신이 되지 않은 자궁		
	2주	황체호르몬이 분비되어 난소를 자극하면 난자가 빠져나와(이를 배란이라고 한다) 수란관에 머무르면서 정자를 기다리게 된다.	<p>○ 약물방법</p> <p>Misoprostol (싸이토텍), Methotrexate, Mifepristone (미페프렉스) 모두 임신 49일 이하인 경우에만 사용한다. 미페프렉스를 경구 복용하고 24-48시간 후 싸이토텍을 질 내에 투여하면 자궁을 수축시켜 배아를 자궁에서 밀어 내는 방법이다. 약물에 의한 낙태성공률은 90-98%이며, 실패한 경우 수술적 방법을 행한다.</p>		
	3주	난자와 정자가 만나서 수정체가 된다. 아빠 쪽에서 받은 23개, 엄마 쪽에서 받은 23개 총 46개의 염색체를 풀게 되고 이후 세포 분열이란 과정을 거쳐서 발달해간다.			
	4주	배아가 자궁 속에서 자리를 잡는 동안 양수 주머니와 영양분 주머니도 만들어지기 시작한다.	<p>○ 월경정출술 (Menstrual Extraction)</p> <p>- 임신 8주 이전의 초기 낙태의 형태이며, 진공흡출기를 자궁에 삽입하여 양수막 전체를 흡입 추출한다.</p>		
	임신 2개월 (키: 약 2cm, 체중: 약 4g)	5주	둥그스름한 머리에 아치형 등과 기다란 꼬리를 가진 척추동물의 모습을 갖춘다. 아기의 등줄기를 따라서 세포들이 길게 늘어서 있는데 세 겹의 층으로 나뉘어지면서 외배엽, 중배엽, 내배엽이 된다.		
	6주	신경교량이 닫히게 되고 머리 안에서 뇌가 발달하기 시작하며, 눈, 입, 귀와 같은 얼굴의 생김새가 서서히 구체화되기 시작한다. 눈이 짙은 자리에 안배라는 것이 만들어진다.	<p>○ 비뇨기 감염, 경부외상, 패혈증, 복막염, 자궁내막염, 난관염 등 병발증을 초래할 수 있다.</p>		
	7주	아기의 얼굴도 좀 더 명확해지면서 눈에는 수정체가 생기고 눈동자 자리도 생긴다. 뇌 안에는 뇌척수액이 흐를 수 있는 공간과 길이 만들어지고 우뇌와 좌뇌의 구분도 확실해 진다. 종이가 만들어지고 있으며, 작고 귀여운 팔은 아직 지느러미같이 보인다.	<p>○ 인공임신중절에 의한 모성 사망은 임신 2개월 전에는 십만 건의 유산당 0.6건에 불과하나 그 이후 임신주수가 2주일 증가할 때마다 2배씩 증가한다.</p>		
	8주	눈꺼풀이 만들어지기 시작했는데 완성될 때까지 아기의 눈은 계속 뜨고 있는 것처럼 보인다. 간이 커져서 배가 볼록해졌고 신장에서는 소변이 만들어지기 시작한다.			

임신 중기	<p>임신 3개월 (키: 약 9cm, 체중: 약 20g)</p>	<p>9주</p>	<p>몸통보다 커다란 머리는 수그러서 가슴에 맞닿아 있으며, 몸의 균형을 잡아주는 달팽이관이 만들어진다. 지금까지 마치 주걱같이 생겼던 손과 발이 제대로 모습을 갖추어 나가며, 태아의 꼬리가 사라진다.</p>	<p>○ 확장과 소파에 의한 제거 수술(Suction Aspiration) 임신 8주에서 12주의 경우 시행되는 방법으로, 가장 많이 시술되고 있다. 자궁 경부가 잘 보이도록 하기 위해서 스페큘럼이라고 부르는 기구를 임신부의 질에 삽입해서 질을 넓혀 놓는다. 자궁 경부가 보이면 테너쿨럼이라고 부르는 집게로 자궁 경부를 단단히 붙잡아 든다. 그리고 확장기 세트를 사용하여 썩선 덩(흡입구)을 삽입할 수 있을 정도까지 강제로 자궁 경부를 벌린다. 적당히 벌려지면 흡입구를 삽입해 양수막을 터뜨리고 진공청소기의 30배 정도의 흡입력을 가진 모터를 작동시켜 자궁 내 태아를 분해해 추출한다.</p>	
		<p>10주</p>	<p>손가락과 발가락이 모두 갈라져서 구분되고 거기에 손톱과 발톱이 자라나기 시작하며 팔은 부드러운 연골이 딱딱한 뼈로 바뀌는 골화 과정을 시작하면서 팔꿈치를 구부릴 수도 있다.</p>		
		<p>11주</p>	<p>눈꺼풀이 자라나 서로 맞닿아 눈을 감을 수 있게 되며, 귀는 점차 뒷쪽 방향, 양 옆으로 이동해 가며 제자리를 잡는다. 아기의 꼬리가 사라지고 외부 생식기가 자라날 부위에 작은 돌기가 들어난다.</p>		
		<p>12주</p>	<p>턱과 코 등 아기 얼굴의 윤곽이 점차 뚜렷해지며, 입천장의 뼈가 딱딱하게 굳어서 코와 입 사이를 구분지어 준다.</p>		
		<p>13주</p>	<p>잇몸 안에 20개의 유치와 치근이 만들어지며, 후두에는 성대가 만들어진다. 소화를 담당할 위장이 발달되어 가고 간에서는 담즙이 분비되어 나오며 췌장에서 인슐린이 나와서 혈당을 조절한다.</p>		<p>○ Dilatation & Curettage(D&C) 흡입방법으로 낙태하기에는 태아의 크기가 너무 큰 경우 자궁 경부를 벌리고 원형의 가위 큐렛으로 태아를 직접 절단한 후 추출해내는 방법이다.</p>
	<p>14주</p>	<p>볼에 통통하게 살이 오르고 입천장을 포함하여 입 속의 구조물들 또한 대부분 만들어진다. 비장(지라)이 완성되어 오래된 적혈구를 제거하여 피를 맑게 하고 병마와 싸우는 항체를 만들어 내기 시작한다.</p>	<p>○ 확장추출술(D&E) 태아의 뼈가 검습 성분을 많이 가지게 되어 꽤 딱딱해진 경우 D&C로 낙태하기가 어렵기 때문에 좀더 완력을 사용하는 방법이다. 집게를 삽입해 태아의 각 부분을 힘으로 절단한 후 추출해 내는 방법으로, 출혈이 가장 심한 시술이고 임부에게도 가장 좋지 않은 방법이다.</p>		
	<p>15주</p>	<p>몸에 숨털과 눈썹, 머리카락 등이 자라나기 시작하며, 몸을 지탱하는 뼈와 골수, 근육이 중첩적으로 발달되어 손과 팔, 손목, 발가락 등을 움직일 수 있고 엄지손가락을 입에 넣고 빨기 시작한다.</p>	<p>○ 약물에 의한 자궁수축 유발법 자궁을 수축시켜 분만을 촉진하는 호르몬제를 이용하는 방법으로서 이 방법만으로는 태아가 살아 있을 수 있기 때문에 요산나 소금물을 긴 마늘로 산모의 복부를 통하여 태아의 양막에 주사하여 태아가 독성의 소금물을 마시므로써 허투름 뒤에 사</p>		

		16주	사지를 움직일 수 있는 근육과 신경계가 충분히 발달되었고, 얼굴 표정을 지을 정교한 안면 근육들이 성숙되어 가기 시작한다.	산하게 된다. ○ 임신중기 유산은 임신초기 유산에 비해 자궁전공, 출혈, 패혈증, 양수전색증, 심혈관계합병증 등의 합병증 우려가 높다.	
	임신 5개월 (키: 약 20-25cm 체중: 약 300g)	17주	눈을 깜박이거나 손가락을 뺏거나 삼키는 등의 반사운동을 활발하게 되풀이한다.		
		18주	뇌와 귀 사이의 신경망이 완성되어 소리를 들을 수 있게 되며, 손가락과 발가락이 통통해지고 지문이 생기기 시작한다.		
		19주	뇌가 성숙하여 엄지손가락을 빠는 등 몇 가지 의도적인 행동을 자유롭게 할 수 있게 되며, 신장도 자라나서 소변도 보고 장 속에서는 태변도 만들어진다.		
		20주	태자에 의해 보호되고 있는 피부는 점차 두꺼워지고 강해지면서서 표피, 진피, 피하조직 등 여러 층으로 세분화된다.		
	임신 6개월 (키: 약 28-30cm 체중: 약 650g)	21주	엄마와는 다른 수면 패턴이 생기고 잘 때에도 눈을 빠르게 움직이며 마치 꿈을 꾸는 듯한 모습을 보이기도 한다. 다리가 꽤 길어져서 태어날 때와 거의 비슷한 비율이 되며, 뼈와 근육이 발달하여 태동도 더 세지고 외형적으로는 태어날 때와 크게 다를 바 없다.		
		22주	여아라면 자궁과 난소가 이미 체대로 자리잡고 질이 만들어지기 시작하며, 남아라면 고환이 음낭 방향으로 내려가면서 점차 성숙되어 간다.		

		23주	내이가 발달하여 몸의 균형 감각을 갖추게 되며, 햇바닥에는 맛을 느끼게 하는 세포인 미뢰가 충분히 생겨난다.		
		24주	폐가 빠르게 발달하기 시작하는데 표면 활성제란 물질을 만들어서 폐 속의 공기 주머니들이 부드럽게 퍼질 수 있도록 한다. 폐 주변에 혈관도 왕성하게 만들어지고 폐를 조금씩 늘렸다 줄였다 하면서 숨 쉬는 연습을 하는데 공기 대신 양수를 들이 마시면서 하는 가짜 호흡이다. ※ 태어는 임신 24주까지는 뇌신경 연결이 충분히 형성되지 않아 고통을 느끼지 못한다는 영국의 연구결과가 있다(2010. 6. 26자 연합뉴스).		
	임신 7개월 (키: 약 35-38cm, 체중: 약 1kg)	25주	손가락을 구부려서 주먹을 쥐 수도 있지만 아직 손의 정교한 움직임을 가능하게 할 복잡한 신경망이 갖추어지지 않았다.	○ 자궁절개법 산모의 복부와 자궁을 절개하여 아이와 태반을 꺼내는 방법으로서 임신후기에 이용되는 방법	
		26주	망막이 만들어지면서 성숙되어 가고, 폐가 본격적으로 발달해 가는 시기이다.		
		27주	폐와, 간, 면역 체계 등이 완전히 완성되지는 않았지만 혹시나 이 시기에 태어난다고 하더라도 대략 85% 이상은 살아 남을 수 있을 정도로 많이 자랐다.		
		28주	뇌는 하루가 다르게 발달되어 가고 있으며, 눈을 뜨기 시작한다.		
	임신 8개월 (키: 약 40-43cm, 체중: 약 1.5-1.8kg)	29주	뇌가 발달하여 호흡과 체온을 스스로 조절할 수 있게 되며, 빛과 소리, 냄새와 맛, 촉각 등에도 민감하게 반응할 수 있게 된다.		

임신 후기	30주	뇌에 복잡한 주름이 잡히면서 정교하게 다듬어지며, 신경 세포들에 지방질의 수초가 생겨 신경전달을 빠르게 할 수 있도록 돕게 된다. 눈꺼풀이 분리되어 자유자재로 눈을 깜박거릴 수도 있게 된다.		
	31주	뇌가 충분히 발달해서 이 시기에 태어난다고 해도 보고 듣고 기억하는 데 별 문제가 없을 정도이다.		
	32주	동공 반사를 억제하게 되어 어두우면 동공이 커지고 환하면 줄어들 수도 있게 된다. 남아라면 콩팥 근처에 있던 정자가 사타구니 방향으로 내려오기 시작하고 여아라면 이미 클리토리스가 확인하지만 음순은 아직 분명하지 않다.		
	임신 9개월 (키: 약 45-46cm 체중: 약 23-28g)	33주		이 시기의 뇌세포 숫자는 태어날 때보다도 2/3에 더 많지만 차차 줄어들게 된다. 눈의 동공은 충분히 성숙하여 주변 빛의 밝기에 따라 자유롭게 수축과 이완을 하면서 빛의 양을 조절할 수도 있다.
	34주	아기의 피부를 보호해 주는 하얀 빛깔의, 끈적끈적한 태지가 두꺼워지며, 손톱이 손가락 끝까지 완전하게 자라난다.		
	35주	일주일에 최대 220g 씩 체중이 불면서 임신 중 태아의 체중 증가폭이 가장 큰 기간이다.		
	36주	체지방이 축적되어 8% 정도에 달했고 출산시까지 15%로 좀 더 증가하여 체온을 유지하는데 도움을 준다. 토실토실해지고 안면 근육들도 완성된다.		

<p>임신 10개월 (키:약 50cm, 체중:약30-34g)</p>	<p>37주</p>	<p>밝은 곳을 향해 몸을 돌리는 정향 반응을 연습한다.</p>	
	<p>38주</p>	<p>하루가 다르게 뇌나 신경 구조가 발전되어 나가고 숨 쉬는 기능이나 소화 기능도 세련되어진다.</p>	
	<p>39주</p>	<p>태아의 몸을 덮고 있던 솜털 대부분이 사라지며, 손톱이 많이 자라난다.</p>	
	<p>40주</p>	<p>간이 제법 커져서 가슴과 배 부위가 볼록해 지며, 출산을 대비하여 태아의 두개골은 다섯 개의 판으로 나뉘어 부드럽게 연결되어 있고 몸의 연결도 아직 골화 과정을 마치지 않아 유연한 상태로 남아 있다.</p>	

라. 낙태실태와 통계자료

(1) 낙태의 현실

안전한 낙태이나 안전하지 못한 낙태이냐에 따라 모성의 건강에 미치는 영향이 현저하게 차이가 난다. 세계보건기구의 통계에 의하면 한해 4160만 건의 낙태 중 2200만 건이 안전하지 못한 시술이며, 아프리카와 라틴아메리카의 낙태의 95%, 아시아의 60%, 서방선진국의 8%는 안전하지 못한 시술로 시행된다고 한다. 낙태관련 합병증이 생긴 여성은 800만 명이며 이중 치료건수는 500만 명이고, 그 중 6만 7천여 명이 낙태와 관련하여 사망한다고 보고된다.²⁸⁾

2005년 9월 보건복지가족부가 발표한 전국 인공임신중절 실태조사에 따르면, 한 해 낙태시술 추정 건수 약 34만 2천여 건²⁹⁾ 중 42% 정도에 해당하

28) 고경심, 낙태죄에 관한 제문제(지경토론문), 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 55면 참조

29) 연간 행해지는 낙태 건수는 최소 34만 6000건에서 최대 200만 건까지 추정되고

는 14만 3천여 건이 미혼여성의 낙태로 나타났고, 나머지 기혼여성의 낙태도 76% 정도는 자녀를 원치 않거나(단산) 터울 조절 때문에 이루어지는 것으로 나타났으며(현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236, 254), 우리나라 15-44세 여성의 연간 낙태율은 1,000명당 평균 29.8명으로 우리나라보다 낙태를 포괄적으로 허용하는 미국(21.1명)이나 영국(17.8명)보다 낙태율이 높다.³⁰⁾ 낙태시술 추정 건수 중 4.4%만이 합법적 기준을 충족한 낙태였고, 불법 낙태의 90%는 사회·경제적 사유였으며, 인공임신중절을 받은 임신주수는 전체의 96.3%가 12주 미만에 해당하는 것으로 조사되었다.³¹⁾ 반면 통계청이 발표한 우리나라의 신생아 수는 2006년 기준 45만 2천명이다.

2003년 행한 한 조사(이인영)에서는 원하지 않은 임신의 경우 낙태에 대한 찬성이 77.0%, 기혼여성의 경제적 이유로 인한 낙태결정에 대한 찬성이 61.6%로 조사되었다. 그 외 일반인 여성의 낙태 허용의 찬성률이 85.1%, 법조계 96.6%, 여성계 96.7%, 불교·기독교·천주교 임원으로 구성된 종교계는 57.5%로 조사되었다.³²⁾

(2) 낙태죄에 관한 양형의 실제

우리나라는 세계적으로도 낙태가 가장 많은 국가군에 속하나, 형사상 낙태죄로 처벌되거나 기소되는 예가 매우 드물다.³³⁾ 해마다 3-10건 정도 기소되어 재판이 이루어지고 있는 낙태 사건에서 대부분의 결론은 선고유예였다. 선고유예 외의 형이 선고된 다른 유형들은 조산사가 낙태시술을 한 경우이

있다. 기관마다 발표하는 낙태의 추정치가 최대 5배 정도의 차이가 난다는 사실은 그만큼 암수의 비율이 높아 실태 파악이 제대로 이루어지지 않고 있음을 반증하는 것이다(박찬걸, 낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구, 법학논총 제27권 제1호, 200면).

30) 박찬걸, 낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구, 법학논총 제27권 제1호, 200면

31) 배종대, 낙태에 대한 형법정책, 고려법학 v.50(2008. 4.), 246면

32) 양현아, 낙태에 대한 다초점 정책의 요청: 선택과 생명의 이분법을 넘어서, 2010 한국여성학회 제1차 학술포럼, 8면; 고경심, 낙태죄에 관한 제문제(지정토론문), 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 56면

33) 양현아, 낙태에 대한 다초점 정책의 요청: 선택과 생명의 이분법을 넘어서, 2010 한국여성학회 제1차 학술포럼, 1면

다. 부산지방법원의 두 사건에서는 각 징역 2년에 집행유예 4년 및 벌금 500만 원, 징역 1년 및 벌금 100만 원을 선고하였다. 업무상촉탁낙태죄 외에 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반죄가 병합되었고, 그에 따라 형량이 높아진 것으로 보인다.

한해 40만 건 이상의 낙태가 이루어지고 그 중 95% 이상이 불법낙태라고 본다면, 실제 불법으로 낙태를 한 후 법원에서 재판을 받을 확률은 0.002% 이하, 그 중 선고유예가 아닌 실제적인 형을 선고받을 확률은 0.0005% 이하가 된다는 결론이다.³⁴⁾

이와 같이 낙태죄의 유죄판결수가 적다는 것은 결국 낙태죄에 관한 형벌규정이 국민들의 사회윤리적인 판단을 위한 규범형성력에 거의 영향을 미치지 못한다는 것으로 보아야 한다.³⁵⁾ 헌법재판소도 “낙태를 형사처벌하도록 하고 있는 형법 규정이 현재는 거의 사문화되어 낙태의 근절에 큰 기여를 하지 못하고 있다.”고 판시한 바 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236, 254).

(3) 불법낙태와 타 범죄와의 상관성

낙태가 불법화됨으로써 나타나는 다른 범죄는 주로 영아유기, 영아살해다. 그 밖에 폭력행위등처벌에관한법률위반, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손), 사기 사건 등에서 자주 발견된다. 자신으로 인해 임신한 여성이 병원에서 낙태를 한 후 자신을 만나지 않으려 할 때 남성들은 낙태로 고소하겠다는 위협을 하기도 하고 인터넷 등에 그 사실을 올리기도 한다. 병원을 상대로 낙태를 한 여성의 부모인 것처럼 가장하여 편지를 보내면서 금전을 요구하는 사건도 있다. 낙태를 알선해 주겠다면서 임부에게 사기행위를 하는 사건도 빈번하다.³⁶⁾

낙태의 형사사건화에서는 고소인과의 관계가 결정적으로 작용한다. 낙태

34) 신진화, 낙태죄에 관한 제문제(지정토론문), 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 69-70면

35) 박찬걸, 낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구, 법학논총 제27권 제1호, 200면

36) 신진화, 낙태죄에 관한 제문제(지정토론문), 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 71면

죄의 검거단서 중 압도적인 비중을 차지하는 것은 고소인데다, 피해자로 기록되는 사람들 중 애인이나 친족이 차지하는 비중이 비교적 높은 것도 특기할 만한 사항이다. 이를 통해 낙태 사실을 알 만큼 가까운 사람과의 관계가 뼈격될 때 이것이 형사사건으로 비화되는 경우가 적지 않음을 알 수 있다. 즉 낙태죄 규정이 복수나 응징의 수단으로 쓰인 경우가 드물지 않다. 심지어 낙태수술비용 마련을 위한 청소년 성매매도 상당수 적발된다.³⁷⁾

마. 낙태에 관한 외국의 논의 동향(입법례 및 판례)

낙태 문제는 가치관이나 철학 등과 밀접하게 연관되어 있어 태아에 대한 이해와 대처방법도 국가마다 차이를 나타내고 있다. 유럽의 경우 여성의 생명을 구하기 위한 낙태는 대부분의 국가에서 허용하고 있고, 여성의 요청에 의한 낙태는 유럽국가 중 70%에서 시행되고 있다.³⁸⁾ 치료적 낙태³⁹⁾조차 금지하는 국가들로 엘살바도르, 니카라과⁴⁰⁾, 칠레, 필리핀, 소말리아, 바티칸 등 6개국이 있다. 라틴아메리카에서 여성의 자발적 낙태를 완전히 허용하는 국가는 쿠바, 푸에르토리코, 가이아나 세 국가에 불과하다.⁴¹⁾

(1) 미국의 판례

(가) Roe V. Wade(삼분기 이론 채택)⁴²⁾

37) 오승이, 범여성주의를 통해 본 낙태죄의 비판적 고찰, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2007. 2.), 33-35면 참조

38) 정진주, 유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강(한국 낙태논쟁에 대한 함의), 페미니즘연구 제10권 제1호(2010), 127면

39) 세계보건기구의 조사에 따르면, 193개 UN 가입국 가운데 97%가 최소한 산모의 생명이 위험한 경우에는 치료적 낙태를 허용하고 있다.

40) 니카라과 형법 제165조는 산모 생명이 위험하거나 태아가 심각한 기형인 경우, 성폭력과 근친상간에 의한 임신일 경우에 한해 치료적 낙태를 허용해 왔으나, 국회가 2007. 9. 13. 위 조항의 폐기를 결정함에 따라 낙태시술을 받은 모든 여성과 시술한 모든 의사를 4년 내지 8년의 자유형에 처하게 되었다.

41) 강경희, 멕시코의 페미니스트운동과 낙태정책: 2007년 멕시코시티 낙태합법화의 의미, 라틴아메리카연구 vol.22 no. 2(2009), 182-183면

42) 지규철, 미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교법적 고찰, 공법학연구 제9권 제1호(2008), 87-88면 참조; 헌법재판소, 헌법: 원칙과 정책(하), 미국헌법연구회 번역자

모의 생명을 구하기 위해 의학적 조인에 따라 행해지는 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 허용하고 있지 않던 텍사스주에 살고 있던 임부 Roe는 돈이 없어 낙태를 할 수 있는 주(캘리포니아주)까지 갈 수 없자, 낙태를 금지하는 것은 Privacy 침해라는 이유로 주정부를 상대로 소를 제기하였다.

1973년 연방대법원은 태아가 여성의 자궁 밖에서 스스로 생존할 수 있는 시기 이전에는 임신중절을 선택할 수 있는 여성의 권리를 헌법이 보호한다고 판시하였다. 연방대법원은 임신기간을 3개월씩 세 부분으로 나누었다. 임신기간의 제1기 3개월(임신 12주까지⁴³) 동안에는 주는 낙태를 금지할 수 없으나, 의료기술 자격증이 있는 의사에 의하여 수행될 것을 요구하는 등과 같이 낙태를 규제할 수는 있다. 낙태여부 결정은 전적으로 임부와 의사에게 달려있다. 제2기 3개월 동안에는 주는 오직 모의 건강에 관한 주의 이익을 보호할 수 있다. 즉 낙태는 병원에서 시술이 이뤄져야 한다는 요구와 같이 모의 건강에 합리적으로 관련된 방식으로 낙태절차를 규정할 수 있다. 마지막 제3기 3개월 동안에는 주는 임부의 생명이나 건강을 지키기 위하여 필요한 예외적인 경우를 제외하고는 낙태를 금지할 수 있다.

Roe 판결은 7대 2로 내려졌고, 2인의 반대의견은 낙태에 대한 문제는 입법부의 입법과정에 남겨졌어야 할 문제라고 강조하였다.

(나) Planned Parenthood of S. E. Pa. V. Casey(부당한 부담 심사기준 채택)⁴⁴

1992년 연방대법원은 Casey 사건에서 5:4의 의견으로 독자적 생존능력을 갖기 전의 낙태를 주가 금지할 수 없음을 재확인하였다. 그러나 Roe 판결의 3분기 이론을 포기하고 대신에 태아가 독자적 생존능력을 갖추기 전에는 여성의 낙태를 선택할 권리에 부당한 부담을 지워서는 안된다고 하였다. 즉 주는 태아가 독자적 생존능력을 갖기 이전에는 낙태를 금지할 수 없으나, 독자적 생존능력을 갖춘 이후에는 여성의 생명이나 건강을 보호하기 위해 필요

료(2006. 9.), 1142면 참조

43) 임신 12주라 함은 평균적인 주기의 마지막 생리 시작일을 기준으로 계산하므로 실제 태령(胎齡)은 10주에 해당된다. 임신 12주까지는 임신을 3분기로 나누었을 때 임신초기로 분류된다.

44) 지규철, 미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교법적 고찰, 공법학연구 제9권 제1호(2008), 88-89면 참조; 헌법재판소, 헌법: 원칙과 정책(하), 미국헌법연구회 번역자료(2006. 9.), 1150-1152면 참조

한 경우를 제외하고는 낙태를 금지할 수 있다. 주는 임신기간 내내 잠재적인 생명에 대해 가지는 지대한 이익을 증진시키기 위하여 여성의 선택이 숙지에 의한 것임을 보장하기 위한 조치를 취할 수 있으며, 이러한 이익을 증진하기 위해 고안된 조치는 그 목적이 여성으로 하여금 낙태보다는 출산을 선택하도록 하는 것인 이상 무효로 되지는 않을 것이다. 이러한 조치는 권리에 대한 과도한 부담이어서는 안된다고 하였다. 그 밖에 낙태 전에 배우자에게 통지할 것을 요건으로 한 조항은 위헌, 미혼인 미성년자의 낙태시 부모의 동의를 받을 것을 요구한 조항은 부분적으로 합헌이라고 판시하였다.

4인의 반대이견은 펜실베니아주법⁴⁵⁾의 모든 조항을 합헌 선언하고자 하였다. 또한 그들은 주가 낙태를 금지하거나 어떤 방법으로 규제하든 이를 허용할 것이라고 하였다.

(2) 독일

1870년대 이후로 형법상 낙태가 범죄시되었는데, 원래 바이마르 공화국 시절에는 모체의 건강과 생명을 보호하기 위한 예외적인 경우가 아닌 한 낙태를 한 사람과 임부는 구속되게 되었다. 나치시대에는 유전적 결함 또는 우생학적 이유로 인한 낙태가 아닌 한 그 처벌이 상당히 무거워졌으나 2차 대전 후 그 이전으로 복귀하였다. 1974년 페미니스트를 비롯한 사람들의 강한 요구에 의하여 낙태자유법이 제정되었으나 그 다음해에 연방헌법재판소에 의하여 위헌판결을 받았다(1차 낙태판결). 통독 후 많은 논란을 거쳐 임부가 사전에 낙태방지를 위한 상담을 한 경우에는 제한적으로 위법성을 조각하는 법률을 제정하였으나 그 다음해인 1993년 다시 위헌판결을 받았다(2차 낙태판결). 그 후 독일연방의회는 1995년에 새로운 낙태법안을 통과시킴으로써 오늘에 이르고 있다.⁴⁶⁾

(가) 독일의 판례

45) 펜실베니아주법은 낙태를 위해서는 24시간의 대기기간을 가질 것, 의사는 여성에게 태아에 관한 정보를 제공받을 수 있음을 고지할 것, 미혼인 미성년자의 낙태시 부모의 동의를 받을 것, 보고와 기록보존을 할 것, 낙태 전에 배우자에게 통지할 것을 요건으로 함으로써 낙태를 규율하였다.

46) 윤종행, 낙태방지를 위한 입법론, 법학연구 13권(2003), 180면

1) 1차 낙태판결

1974년 독일 개정형법은 착상 후 12주⁴⁷⁾ 이내에 임부의 동의 아래 의사가 실시하는 중절은 처벌하지 않는 것으로 규정하고, 착상 후 12주 후의 낙태는 예외적 제한과 함께 중전처럼 처벌할 수 있는 범죄로 하였다(제218조a). 다만 위 법은 중절을 희망하는 임부에 대해 의사 또는 상담소에서 조언을 받을 의무를 지도록 하고 있었다(제218조c).

이에 CDU/CSU 소속의 연방의회의원 193명이 착상 후 12주 이내의 중절 불처벌은 태아의 생명권을 침해하고 있다며 연방헌법재판소에 소를 제기하였고, 연방헌법재판소는 1975. 2. 25. 위 조항을 위헌으로 결정하였다. 즉 헌법상 보호되는 생명권은 태아에게도 인정되며 국가는 그것을 보호할 의무가 있으며, 태아의 생명은 임신의 전기간을 통하여 원칙적으로 임부의 자기결정권에 우선하므로 낙태는 원칙적으로 불법이라는 입장이다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

2) 2차 낙태판결

1990년 독일이 통일되기 전에는 동독과 서독은 낙태행위에 대하여 서로 다른 규정을 가지고 있었다. 동독의 ‘임신중절에 관한 법률’은 착상 후 12주 내에는 자유롭게 낙태를 허용하는 입법방식을 취한 반면, 서독 형법은 낙태를 원칙적으로 금지하되 착상 후 12주 또는 22주 이내에 행해지는 낙태행위로서 법이 정하는 일정한 사유가 있는 경우에는 처벌하지 않도록 규정하였다.

통일독일의 입법기관은 구 동독지역과 구 서독지역의 낙태행위에 대한 상이한 법적 규제를 해소하고 동독조약이 정하는 대로 통일된 단일규정을 만들기 위해 1992년 임부가 사전에 상담을 하였다면 임신초기 3개월 이내의 낙태는 위법하지 않다고 하는 내용의 ‘임신과 가족보호법’이란 새로운 낙태법을 제정하고, 동법에 의해 구 서독형법 제218조a를 임부가 착상 후 12주 이내에 낙태시술 전 의사와의 협의를 거쳐 자신의 결정으로 낙태를 하면 위법하지 않은 것으로 규정하는 내용의 개정을 하자, 이를 반대하는 여당의원(기민당과 기사당의원)들이 독일 연방헌법재판소에 추상적 규범통제를 전제

47) 임신 16주를 의미한다.

48) 지규철, 미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교법적 고찰, 공법학연구 제9권 제1호(2008), 89-91면 참조

49) 박찬걸, 낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구, 법학논총 제27권 제1호, 207면 참조

로 한 법률효력정지가처분신청을 하였다.

독일 연방헌법재판소는 위 낙태규정의 효력발생을 본안소송의 심판 때까지 잠정적으로 정지시키는 결정을 하였고, 그 결과 낙태에 대하여 구 동독지역에는 구 동독의 낙태규정이, 구 서독지역에는 구 서독의 낙태규정이 당분간 계속 효력을 갖게 되었다.⁵⁰⁾ 나아가 독일 연방헌법재판소는 1993. 5. 28. ‘임신과 가족보호법’의 근간 부분인 조언을 받은 착상 후 12주 이내의 낙태를 위법이 아니라고 규정한 형법 제218조a, 조언의 조직, 절차, 내용, 목적을 규정한 형법 제219조, 낙태에 관한 연방통제의 폐지 모두에 대하여 위헌무효를 선언하였다.⁵¹⁾

(나) 독일형법상 낙태죄 조항

독일연방의회는 1995년 새로운 낙태법안(제218조 StGB)을 제정하였다.

1) 형사처벌조항

형법 제218조 제1항은 낙태한 자를 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하며, 동조 제3항은 임부의 자기낙태행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

2) 구성요건해당성 배제

형법 제218조a 제1항은 ① 임부의 요청이 있을 것, ② 의사가 시술할 것, ③ 상담사실 증명서가 시술의사에게 제시될 것, ④ 착상 후 12주 미만일 것의 요건을 갖춘 낙태의 경우 구성요건해당성을 배제하고 있다.⁵²⁾

3) 위법성 조각사유

형법 제218조a 제2항과 제3항은 ① 임부의 동의가 있을 것, ② 의사가 시술할 것, ③ 의학적·사회적 적응(임신기간 불문) 또는 윤리적 적응(착상 후 12주 미만)이 있을 것의 요건을 갖춘 낙태는 위법성을 조각하고 있다.⁵³⁾

4) 임부에 대한 형의 면제

50) 허영, 낙태자유를 위한 형법개정법률(제218a조)에 대한 독일연방헌법재판소의 효력정지가처분결정, 사법행정(92. 9.), 81-82면 참조

51) 지구철, 미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교법적 고찰, 공법학연구 제9권 제1호(2008. 2.), 91면 참조

52) 임웅, 낙태죄의 비범죄화에 관한 연구, 성균관법학 제17권 제2호(2000), 384면

53) 임웅, 낙태죄의 비범죄화에 관한 연구, 성균관법학 제17권 제2호(2000), 383면

형법 제218조a 제4항 제1문은 ① 제219조 소정의 상담이 있을 것, ② 의사가 시술할 것, ③ 착상 후 22주 미만일 것의 요건을 갖춘 낙태를 한 임부에 대하여는 형을 면제하는 것으로 규정하고 있다. 한편, 법원은 임부가 임신중절시점에 ‘특별한 곤궁’에 처해있는 경우에 제218조의 형을 면제할 수 있다(제2문).⁵⁴⁾

(3) 일본

일본 형법 제212조는 자기낙태죄⁵⁵⁾를, 제213조는 동의낙태죄⁵⁶⁾를, 제214조는 업무상동의낙태죄⁵⁷⁾를 규정하여 원칙적으로 낙태를 금지하고 있으나, 1996. 6. 제정되고 1997년부터 시행되고 있는 모체보호법 제14조는 인공임신중절을 일정한 조건 하에 허용하고 있다.⁵⁸⁾ 즉, 임신의 계속 또는 분만이 신체적 또는 경제적 이유에 의하여 모체의 건강을 현저히 침해할 우려가 있는 경우(제1호), 폭행이나 협박에 의하여 또는 저항이나 거절할 수 없는 사이에 간음을 당하여 임신이 된 경우(제2호)에 인공임신중절을 허용하고 있다. 인공임신중절은 통상 임신 만 22주 미만의 기간을 가리킨다.⁵⁹⁾ 배우자의 동의(제출 서류의 서명날인) 및 의사의 승인이 필요하다.⁶⁰⁾

일본의 모체보호법은 우리나라의 모자보건법이 허용하지 않는 사회적·경

54) 임웅, 낙태죄의 비범죄화에 관한 연구, 성균관법학 제17권 제2호(2000), 384면

55) **제212조(낙태)** 임신 중의 여자가 약물을 쓰거나 또는 그 밖의 방법에 의하여 낙태한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다.

56) **제213조(동의낙태 및 동 치사상)** 여자의 촉탁을 받거나 또는 그 승낙을 얻고 낙태하게 한 자는 2년 이하의 징역에 처한다. 이로 인하여 여자를 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다.

57) **제214조(업무상낙태 및 동 치사상)** 의사, 조산사, 약사 또는 의약품판매업자가 여자의 촉탁을 받거나 또는 그 승낙을 얻고 낙태하게 한 때에는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다. 이로 인하여 여자를 사상하게 한 때에는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

58) 이사 도모코, 일본의 재생산권 과제와 전망(인공임신중절에 관한 정책과 법에 관한 보고), 젠더와 문화 제2권 제2호(2009), 137면 참조

59) 전주혜, 주석 형법-형법각칙(4), 2006. 2.(제3판), 41면 참조

60) 이사 도모코, 일본의 재생산권 과제와 전망(인공임신중절에 관한 정책과 법에 관한 보고), 젠더와 문화 제2권 제2호(2009), 159면 참조

제적 정당화사유를 낙태의 사유로 규정하고 있는 것이 특징이다. 여기서의 경제적 이유란 단순히 경제적 빈곤만으로는 부족하고 그 이유가 모체의 건강을 해할 가능성이 있어야 하지만, 그 조사와 확인은 실제로 본인의 신고만으로 행하여진다고 한다.⁶¹⁾

(4) 영국⁶²⁾⁶³⁾

1861년의 ‘개인에 관한 법(the Person Act)’은 낙태를 불법으로 규정하고 있었다. 그러나 매년 40여 명의 임부가 안전하지 못한 낙태의 합병증으로 사망하거나 그 부작용이 증가함에 따라 의사, 정치인, 일부 종교계 등이 모여 일정한 조건하에 낙태를 허용하기로 결정하고 1967년 낙태법(Abortion Act)을 통과시켰다. 이는 여성의 자기결정권을 존중하는 측면보다는 공중보건문제에 대한 대응책으로서의 측면이 강하다.

1967년 제정된 낙태법은 낙태허용시기를 임신 28주 이내로 제한했으나, 1990년 개정을 통해 낙태허용시기를 임신 24주 이내로 단축하였다. 두 명의 등록된 의사가 의학적 근거가 충족되었다는 점을 증명한 이후에 낙태가 가능하며, 위급한 상황을 제외하고는 국립의료원, 사립병원, 개인병원 혹은 다른 승인된 장소에서 행해진다. 낙태시술은 무료이다. 의료진의 권리도 고려되어 낙태시술이 자신의 도덕적 기준에 맞지 않는 의료진은 시술을 하지 않을 선택권이 인정된다. 두 명의 의사가 임신지속이 임부의 생명이나 정신적·신체적 건강에 미치는 위협이 임신종결에 비하여 더 크다고 인정하면 임신 24주 이후에도 낙태가 가능하다.

(5) 스페인⁶⁴⁾

61) 박찬걸, 낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구, 법학논총 제27권 제1호, 208면

62) 영국은 England, Wales, Scotland를 지칭한다.

63) 정진주, 유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강(한국 낙태논쟁에 대한 함의), 페미니즘 연구 제10권 제1호(2010), 132-138면 참조

64) 위키피디아 http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_España 참조, Gerardo Hernández Rodríguez (1992). El aborto en España: análisis de un proceso socio-político. Universidad Pontificia de Comillas. pp. 73 참조

스페인 은 전통적으로 낙태를 금지하고 처벌해 왔다.⁶⁵⁾ 그러나 매년 10만 건 정도의 낙태시술이 이루어지고 있는 상황에서, 낙태를 형사처벌하는 것은 임부들로 하여금 비위생적이고 불법적인 낙태시술을 받도록 조장하여 사망에 이르게 할 위험이 높다⁶⁶⁾는 고려에서, 2010. 3. 3. ‘재생산 및 성건강과 자발적 낙태에 관한 조직법’(Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproducción y de la interrupción voluntaria del embarazo)을 제정·공포하여 임신 14주 이내의 낙태를 비형벌화하였고, 위 법률은 2010. 7. 5.부터 시행되고 있다.

위 법률 제13조 및 제14조는 임신 14주 이내의 낙태를 일정한 요건 하에 허용하고 있다. 즉, 임부는 낙태에 앞서 모성에 관한 공적 부조 및 권리에 관한 사항을 고지받아야 하며, 고지받은 날로부터 3일이 경과한 이후에 낙태시술을 받을 수 있다. 낙태시술은 의사가 하여야 하며, 임부의 명시적인 서면에 의한 동의가 필요하다. 나이가 만16세 이상의 임부의 경우에는 부모의 동의를 요하지 않는다. 한편, 제15조는 임신 14주부터 22주 사이에는 태어나 임부의 건강이나 생명에 심각한 위험이 있는 경우에 낙태를 허용하고 있으며, 임신 22주 이후에는 태아의 생명을 유지할 수 없는 이상이 발견된 경우 또는 태아에게 심각하고 치료불가능한 병이 발견된 경우에만 낙태를 허용하고 있다.

한편, 국민당(Partido Popular)은 위 법률이 시행되기 전인 2010. 6. 낙태 관련 조항들에 대하여 헌법재판소에 추상적 규범통제를 청구하였으며, 2013. 8. 현재 사건에 대한 심리가 진행 중이다.

(6) 오스트리아

(가) 판례

65) 스페인 내전 중이던 제2공화국 시절에 낙태를 비형벌화 한 적이 있고, 1985년 시행된 조직법에서 임부의 육체적·정신적 건강에 심각한 위험이 있는 경우(의학적 사유; 임신 기간 내내 허용), 강간의 경우(윤리적 사유; 임신 12주 이내에 허용) 및 태아에게 정신적·육체적 기형이 있는 경우(우생학적 사유; 임신 22주 이내에 허용)에 낙태를 허용한 적이 있을 뿐이다.

66) 1976년 불법낙태시술로 사망한 임부는 200명 내지 400명이었다(스페인 대법원 자료 참조).

1974년 오스트리아 헌법재판소는 헌법은 아직 태어나지 않은 아이의 생명권을 보호해야할 의무를 국가에게 부과할 수 없기 때문에, 임신초기 3개월 내에 사전협의를 거쳐 의사에 의해 시행된 낙태를 무죄로 하고 있는 오스트리아 형법 제97조 제1항 제1호 규정이 헌법에 위배되지 않는다고 판시하였다.⁶⁷⁾

(나) 형사처벌 및 임신중절행위의 불벌

형법 제96조 제1항은 임부가 동의한 임신중절행위를 1년 이하의 자유형에 처하고, 영업적으로 행해진 경우에는 3년 이하의 자유형에 처한다. 동조 제2항은 의사가 아닌 자가 직접 시술한 경우에는 3년 이하의 자유형, 의사 아닌 자가 영업적으로 하는 경우 또는 임신중절행위가 임부의 사망을 초래한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 제3항은 자기낙태행위를 1년 이하의 자유형에 처한다.

형법 제97조 제1항 제1호는 ① 임신 후 12주 미만에 행해질 것, ② 의사와의 상담이 선행될 것, ③ 의사가 시술할 것, ④ 임부의 동의가 있을 것의 요건을 갖춘 경우에는 임신중절행위를 처벌하지 아니한다(형의 면제). 동항 제2호는 의학적 사유, 우생학적 사유, 사회적 사유(임신시점에 임부가 미성년자인 경우)의 경우에 의사가 시술한 임신중절행위에 대하여 임신기간을 불문하고 처벌하지 않는다(형의 면제).⁶⁸⁾

(7) 프랑스

프랑스 형법에서는 제1장 제2절 ‘고살이 아닌 고의의 상해 및 구타 기타 고의의 중죄 및 경죄’ 부분에 낙태죄를 규정하고 있으며, 허용되는 낙태에 관한 규정은 베일법(Loi Veil)에 두고 있다.⁶⁹⁾

프랑스의 헌법평의회는 임신 10주 이내에 긴급한 상황에서 인가받은 의사가 시술한 낙태를 처벌하지 않는 베일법이 헌법에 합치된다고 보았다.

1975년 제정된 베일법(Loi Veil)은 임신 10주 이내에는 여성이 임신한 일로 말미암아 정신건강이나 사회생활에 지장을 초래하는 경우에도 낙태 정당

67) 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 7-8면

68) 임웅, 낙태죄의 비범죄화에 관한 연구, 성균관법학 제17권 제2호(2000), 385면 참조

69) 이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 324면

화 사유로 인정하게 되었다.⁷⁰⁾ 2001년 합법적 낙태기간이 임신 10주 이내에서 임신 12주 이내로 확대되었다.

(8) 이탈리아

1975년 이탈리아 헌법재판소는 임신중절을 처벌하는 이탈리아 형법 제546조가 합헌이라고 결정한 바 있다. 그러나 임부의 생명과 신체에 대한 직접적이고도 급박한 위난이라는 긴급피난의 상황 및 의사의 진단에 따라 임신의 계속이 임부의 건강에 대한 피할 수 없는 심각한 위험을 초래할 때에는 낙태가 정당화된다고 보았다. 아울러 태어나지 않은 생명도 헌법의 보호 아래 있으며 임부의 건강보호를 이유로 하는 낙태허용 한도를 넘어서는 경우는 형법으로 금지된다는 입장이므로 미연방대법원의 입장보다 훨씬 낙태인정범위가 좁다.⁷¹⁾ 1978년에는 새로운 법(law no. 194)에 의하여 낙태가 부분적으로 합법화 되었다.⁷²⁾

(9) 아일랜드

‘인신에 대한 범죄법(Offences Against the Person Act 1861)’ 제58조에 낙태에 관한 처벌규정을 두면서, 낙태의 허용사유에 관한 규정은 두고 있지 않다. 낙태행위에 관여한 임부, 의사 및 제3자 모두 낙태죄로 처벌하고 있으며, 필요한 경우 낙태를 허용하는 사유를 인정하지 않기 때문에 학설은 임부의 생명 또는 신체의 위험을 피하기 위한 낙태는 처음부터 구성요건에 해당하지 않는 치료행위로 보아 처벌받지 않는다고 해석하고 있다.⁷³⁾ 아일랜드에서는 매년 70-80건의 낙태가 합법적으로 수행되고 있고 낙태를 위해 연간 2,000여 명의 여성이 해외(주로 영국)로 떠나고 있다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

70) 윤종행, 낙태방지를 위한 입법론, 법학연구 13권(2003), 184면

71) 윤종행, 낙태방지를 위한 입법론, 법학연구 13권(2003), 185면

72) 윤종행, 낙태방지를 위한 입법론, 법학연구 13권(2003), 184면

73) 이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 295-296면

74) 정진주, 유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강(한국 낙태논쟁에 대한 함의), 페미니즘연구 제10권 제1호(2010), 128면

(10) 네덜란드

네덜란드는 여성의 요청에 따른 낙태가 전면 허용되어 있지만 매우 낮은 낙태율을 보이고 있고 동시에 피임이 발달된 대표적인 국가이다. 1984년 이래 여성은 정부가 지원하는 국민건강보험체계에서 무료로 낙태시술을 받을 수 있게 되었다. 임신 13주 이후에 시행되는 낙태는 여성의 건강에 다양한 침해를 발생시킬 수 있기 때문에 정부가 정한 특별한 기준을 충족시키고 승인을 받은 병원이나 클리닉에서만 시행할 수 있다.⁷⁶⁾ 낙태를 원칙적으로 금지하는 규정이 없고, 허가된 시설 이외에서 행하는 인공임신중절 시술에 대해서만 처벌한다.⁷⁷⁾

(11) 멕시코

멕시코시티 시의회는 2007. 4. 24. 임신 12주 이내의 낙태를 합법화하였다. 이에 대하여 보수적 성향의 여당인 국민행동당 소속 시의원들은 위 낙태법의 위헌성을 주장하며 대법원에 소를 제기하였다.

대법원은 2008. 8. 28. 위 낙태법에 대해 8:3으로 합헌판결을 내렸다. 임신 초기 태아에 대한 생명권이 인정되지 않는다는 멕시코 헌법과 국제협약의 규정을 주된 근거로 삼았다고 한다. 위 합헌판결에 따라 멕시코시티에서는 가족이나 배우자의 동의 여부와 상관없이 임신 12주 이내의 낙태가 허용되며 위생적 환경에서 무료로 시술을 받을 수 있게 되었다.⁷⁸⁾

75) 최근 아일랜드의 수도인 더블린에 거주하는 임신 17주차 여성이 심한 복통을 호소하며 병원을 찾았는데, 의료진은 태아가 생존가능성이 없다고 진단하면서도 태아의 심장박동이 유지되고 있다는 이유로 낙태수술을 거부하였다. 결국 입원 일주일 만에 태아가 사망하자 낙태수술을 하였으나 임부는 패혈증으로 2012. 10. 28. 사망하였다. 이를 계기로 여성 1만 여명이 더블린에서 낙태를 합법화하라는 취지의 추모시위를 벌인 바 있다(http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/14/actualidad/1352919338_098702.html, <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/11/15/mujer/1352966503.html> 참조).

76) 정진주, 유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강(한국 낙태논쟁에 대한 함의), 페미니즘 연구 제10권 제1호(2010), 138-145면 참조

77) 김용효, 낙태죄의 존폐에 대한 고찰, 한양법학 제22권 제1집(2011. 2.), 210면

78) 강경희, 멕시코의 페미니스트운동과 낙태정책: 2007년 멕시코시티 낙태합법화의 의미, 라틴아메리카연구 vol.22 no. 2(2009), 196-200면

(12) 중국

1935년 중국 형법에 낙태금지조항이 있었으나 1980. 1. 1. 시행된 형법이 이를 전면 삭제하여, 현재 중국은 자기낙태 및 동의낙태행위를 아무런 법률적 유보 없이 허용하는 유일한 국가가 되었다. 중국 형법에서 낙태죄를 규정하고 있지 아니한 이유는 인구정책적 목적에 따라 과잉인구를 감소시키려는 것과 부모가 태아에 대한 처분권을 가진다는 전통적인 사상에 근거한다.⁷⁹⁾

2. 헌법적 쟁점들

가. 자기낙태죄의 위헌 여부가 업무상동의낙태죄의 위헌 여부에 영향을 미치는 관계에 있는지 여부

(1) 문제의 소재

이 사건 청구인은 조산사로서 임부의 촉탁을 받아 낙태시술을 하였다는 공소사실로 기소되었는데, 형법이 임신초기의 낙태를 금지하고 이를 형사처벌하는 것 자체가 위헌이므로 업무상동의낙태죄도 당연히 위헌이라는 취지로 주장하였다. 따라서 임부의 임신초기 낙태를 금지하고 처벌하는 것이 위헌이라면, 논리필연적으로 조산사의 낙태행위를 처벌하는 이 사건 법률조항도 위헌이 되는 관계에 있는지 여부가 문제된다. 이를 긍정하는 입장에서는, 만약 낙태죄가 위헌이라면 이 사건 법률조항도 당연히 위헌이 되는 것이며, 만약 낙태죄가 합헌이라면 다시 이 사건 법률조항 역시 합헌이라는 입장과 낙태죄는 합헌이지만 이 사건 법률조항은 위헌이라는 입장이 가능하게 되고, 한편 이를 부정하는 입장을 취하게 되면, 낙태죄의 위헌 여부와 별개로 이 사건 법률조항의 위헌 여부만을 살펴보면 족하게 되기 때문이다.

(2) 가능한 견해들

(가) 적극설

이 사건은 낙태하는 임부를 도와주는 행위를 처벌하는 것이 위헌인지 여

79) 이인영, 생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법 현실, 삼우사(2009), 302면 참조

부가 문제되는 사안이며, 이 사건 법률조항도 결국은 조산사 등의 낙태행위를 처벌하기 위한 것이라는 점에서 임부의 낙태행위를 처벌하는 것이 위헌이라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위해 임부의 동의를 받아 낙태시술을 한 자를 형사처벌하는 것도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다고 봄이 상당하다는 입장이다.

(나) 소극설

의사가 아닌 자는 부적절한 조치로 임부의 생명과 건강을 손상시킬 위험이 크므로 여전히 형법상 업무상동의낙태죄로 처벌할 필요가 있는 점, 형법은 자살은 구성요건해당성이 없기 때문에 처벌하지 아니하면서도 타인의 자살에 관여하는 행위는 타인의 생명을 침해하는 행위라고 보아 형법 제252조 제2항에서 자살방조행위를 처벌하고 있는바⁸⁰⁾, 임부의 자기낙태를 처벌하는 것이 위헌이라고 하더라도 의사가 아닌 자에 의한 낙태는 태아의 생명을 침해하는 행위라고 보아 독자적으로 처벌할 수 있는 점, 임부에게 낙태의 자유를 인정하고 있는 외국의 입법례(오스트리아, 체코, 스웨덴, 슬로바키아 등)를 보더라도 의사가 아닌 자가 낙태시술을 한 경우에는 낙태죄로 형사처벌하고 있는 점 등에 비추어 보면, 자기낙태죄의 위헌 여부가 업무상동의낙태죄의 위헌 여부에 영향을 미치는 관계에 있다고 보기 어렵다는 입장이다.

(3) 소결

살피건대, 자기낙태는 처벌하지 않으면서도 비전문가에 의한 낙태는 처벌하는 규정을 두고 있는 외국 입법례가 있다는 이유로 업무상동의낙태죄의 위헌 여부는 자기낙태죄의 위헌 여부와 무관하다는 소극설은, 이 같은 외국의 입법례가 임부의 자기결정권을 존중하기 위해 낙태를 허용하되 임부의 생명 및 신체의 안전을 보호하기 위하여 의사의 낙태시술만을 허용하고 있다는 점에서, 태아의 생명보호를 입법취지로 하고 있는 우리 형법상 자기낙태죄 조항 및 이 사건 법률조항의 관계를 판단함에 있어서 유의미한 참고자료가 된다고 보기 어렵고, 자기낙태죄가 위헌이라는 이유로 업무상동의낙태죄가 위헌이 된 이후에 입법자가 새로이 의사가 아닌 자의 낙태행위만을 금지하는 조항을 신설할 수 있는 것과는 별개로, 업무상동의낙태죄를 처벌하고

80) 이재상, 형법각론(제4판), 박영사(2002), 33-34면 참조

자 한 입법자의 입법취지를 무시하고 새로운 입법목적으로 전용하는 결과를 초래한다는 점에서도 받아들이기 어렵다.

따라서 임부의 임신 초기의 낙태행위를 처벌하는 자기낙태죄 조항이 위헌이라면 대항범 관계에 있는 이 사건 법률조항도 같은 이유로 위헌이 되는 관계에 있다고 보는 적극설이 타당하다고 할 것이다. 적극설을 취하더라도, 조산사가 영리를 목적으로 의료행위인 낙태시술을 업으로 한 경우에는 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조 제1항⁸¹⁾을, 업으로 하지 아니한 경우에는 의료법 제27조 제1항⁸²⁾, 제87조 제1항 제2호⁸³⁾를 각 적용하여 처벌할 수 있는바, 형법상 낙태죄로 처벌하지 아니하더라도 처벌의 공백이라는 부당한 결과가 발생할 우려도 없다.

나. 자기낙태죄 조항의 위헌 여부

(1) 태아의 생명권⁸⁴⁾

81) **보건범죄 단속에 관한 특별조치법 제5조(부정의료업자의 처벌)** 「의료법」 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.

1. 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업(業)으로 한 행위

82) 의료법 제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

83) 의료법 제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항·제8항(제82조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

84) Janet F. Smith는 태아의 권리는 생명권이 아니라 한 특정인에게 보호와 양육의 의무를 요구하는 후생권이라고 본다. 임신을 통해 태아와 특별한 생물학적 관계를 갖고 있는 여성은 재생산의 과업을 잘 수행할 수 있는지 판단하고 결론내려야 할 의무와 책임을 갖고 있으며, 판단에 따라서 지속여부를 결정해야 한다. 임신을 끝까지 지속할 의무보다 숙고의 의무가 앞선다는 것이다(이윤상, 낙태권 논쟁에서

(가) 태아의 생명권 주체성

인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전체로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545 참조). 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 101).

(나) 태아의 생명권 주체시기⁸⁵⁾

헌법재판소는 초기배아의 기본권 주체성 여부가 문제된 사안에서 “출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 더 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된 다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵

제기된 질문들, 2010 한국여성학회 제1차 학술포럼, 16면).

85) 독일학계에서는 인간 생명의 시기와 관련하여 정자와 난자설, 수정시설, 착상시설, 뇌형성시설, 인식가능성설, 체험가능성설, 체외생존가능성설, 출생시설 등으로 나뉘어 논란이 전개되고 있는데 반하여, 우리학계에서는 대체로 수정시설과 착상시설로 크게 나뉘어 논의되고 있다[표명환, 태아의 생명보호에 관한 헌법적 고찰, 토지공법연구 제51집(2010. 11.), 346면].

다(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346, 판례집 22-1하, 275, 275-276).”고 판시한 바 있고, 민법 제3조 등 위헌소원 사건에서는 “태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 14일 경에 이루어지므로, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 행하고 있지 않다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 105-106).”라고 판시하여, 수정 후 모체에 착상된, 즉 원시선⁸⁶⁾이 형성된 시점부터 헌법상 생명권을 향유할 수 있다는 견해(착상시설)를 취하고 있는 것으로 보인다.

(2) 임부의 낙태의 자유가 헌법상 보장되는 기본권인지 여부 및 헌법상 근거

(가) 학계의 논의

헌법학계에서는 임부의 낙태의 자유를 자기결정권에서 도출하고 있다. 이때 자기결정권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 근거한다고 보는 견해(김문현, 허영, 계희열)와 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에 근거한다고 보는 견해(김철수, 김선택, 박선영, 정종섭)로 나뉜다.

(나) 헌법재판소 결정례

헌법재판소는 1차 혼인빙자간음죄 사건에서는 “헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중에 성적 자기결정권이 포함되는 것은 물론이다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40, 판례집 14-2, 390, 397).”라고 판시하여, 성적 자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제10조 및 제17조에서 도출하였으나, 2차 혼인빙자간음죄 사건에서는 “헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명

86) 원시선(primitive streak): 수정란의 세포분화가 어느 정도 이루어져 나중에 척추와 신경이 될 세포 덩어리가 형성된 상태를 말한다.

결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적(性的) 자기결정권이 포함되어 있다(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58, 판례집 21-2하, 520, 529).”라고 판시하여, 성적 자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제10조에서만 도출하였다. 다만 성적 자기결정권의 헌법적 근거를 제10조에서 도출한다고 하더라도 혼인빙자간음죄를 규정한 형법 제304조가 개인의 성생활이라는 내밀한 사적 생활영역에서의 행위를 제한하므로 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유 역시 제한한다고 보아 양 기본권을 침해하는지 여부에 대하여 판단하였다.

(다) 소결

헌법 제10조의 일반적 인격권의 보호범위를 정하는 결정적인 기준은, 누구나 각자의 삶을 스스로 자주적으로 결정할 수 있어야 한다는 의미에서 개인의 자율성과 자기결정의 사고이다. 일반적 인격권은 좁은 개인적 생활공간인 사생활의 보호를 비롯하여 ‘인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건’을 포괄적으로 보호하고자 하는 것이므로, 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 생존의 가능성이 박탈당하는 경우, 즉 자유로운 인격발현의 기본조건이 위협받는 경우에는 일반적 인격권에 의한 헌법적 보호가 필요하다. 이러한 의미에서 일반적 인격권이란, 개인의 사생활 영역을 비롯하여 독자적인 생활형성을 위하여 필요한 기본조건을 보장하는 기본권이다. 따라서 일반적 인격권은 국가에 의한 사생활의 침해나 사인의 인격 침해적 발인에 대한 헌법적 보호에 그치는 것이 아니라, 사회현상의 발전에 따라 발생하는 새로운 위험에 대하여 대처할 수 있도록 그 보호범위에 있어서 변화하는 개방적 기본권이다.⁸⁷⁾

이러한 의미에서 자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제17조가 아닌 제10조에서 도출하는 최근의 헌법재판소의 태도가 바람직하다고 보이며, 따라서 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관련된 결정 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있다고 봄이 상당하다.

87) 한수웅, 헌법상의 인격권, 헌법논총 13집(2002), 637면 이하 참조.

(3) 기본권 충돌(태아의 생명권 대 임부의 자기결정권) 상황을
확인하는 것이 필요한지 여부

(가) 문제의 소재

자기낙태죄는 태아의 생명권을 보장하기 위하여 입법자가 마련한 규정인 바, 이로 인하여 임부는 자기결정권(낙태의 자유)을 제한받게 된다. 이와 같이 자기낙태죄 조항은 일응 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이 충돌하는 ‘기본권 충돌’의 구조를 띠고 있는바, 헌법재판소가 자기낙태죄 조항의 위헌 여부를 판단함에 있어서 입법과정에서의 기본권 충돌상황을 확인하는 것이 사안의 해결을 위하여 필요한지 여부가 문제된다.

(나) 학설의 태도

1) 제1설: 기본권 충돌에 해당하고, 법익형량 이론에 따라 해결해야 한다는 견해

입법의 영역에서 기본권의 상충이 발생한 경우에는 양자의 조화점에서 입법이 이루어지므로 기본권의 내용이 헌법에 의하여 정해진 경우는 기본권 제한의 문제로 되고, 입법에서도 기본권 제한의 형태로 나타나고, 기본권의 내용이 법률에 의하여 구체적으로 형성·확정되는 경우(사회적 기본권)에는 법익형량의 문제로 된다고 하면서, 결국 기본권의 충돌은 ① 해당 사안에 어떠한 기본권이 가장 직접적인 관련성을 가지는가를 따져 사안관련성에서 가장 직접적인 기본권을 고려하는 것으로 하되, ② 법익형량상 양자택일할 수 밖에 없는 경우(낙태)에는 고려되어야 할 이익들을 모두 고려한 상태에서 우월적 지위에 있는 기본권(태아의 생명권)을 보호하고, ③ 그렇게 할 수 없는 경우에는 충돌하는 기본권을 모두 실현시킬 수 있는 적절한 조화점을 찾아 이를 해결하는 것이 타당하다고 한다.⁸⁸⁾

2) 제2설: 기본권 충돌에 해당하고, 규범조화적 해석에 따라 해결해야 한다는 견해

태아의 생명권과 임부의 자기결정권 중 어느 하나를 완전히 배제할 수 없고, 임신기간에 따라 태아에 대한 보호수단에 차등을 둘 수 있으므로 각 단

88) 정종섭, 헌법학원론(제3판), 박영사 2008, 305-308면 참조

계별로 태아의 생명권과 임부의 자기결정권을 형량하여 양자를 조화롭게 보호법익으로 존중할 필요가 있다는 입장이다. 따라서 양자가 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다.

3) 제3절: 기본권 충돌 상황 언급할 필요 없이, 과잉금지원칙에 의한 심사로 족하다는 견해

입법자가 하나의 기본권을 위하여 다른 기본권을 제한하는 형태로 입법을 통하여 기본권 충돌을 확정적으로 규율하는 경우, 헌법재판에서 문제되는 것은 기본권 충돌을 해결하고자 시도한 결과인 법률의 위헌여부이다. 일단 법익형량의 결과인 입법자의 결정(법률)이 위헌심사의 대상이 되는 경우 문제되는 것은 기본권 충돌이 아니라 법률에 의한 기본권 제한이므로, 기본권 충돌을 언급하고 그 해결방법을 확인하는 것은 불필요하다는 입장이다. 따라서 헌법재판에서 기본권 충돌이 문제되고 그 해결방법이 논의되어야 하는 경우란, 입법자가 상충하는 법익간의 관계를 확정적으로 정하지 않았기 때문에 법관이 개괄조항 등 해석을 요하는 사법조항의 해석과 적용의 과정에서 대립하는 양 당사자의 기본권을 고려해야 하고, 이로써 스스로 법익형량을 통하여 상충하는 기본권간의 조화를 시도해야 하는 경우이다.⁸⁹⁾

(다) 헌법재판소 결정례

기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말하는데, 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다(헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95, 판례집 17-2, 392, 401).

헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법(기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 규범조화적 해석)을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다(헌재 2005. 11.

89) 한수웅, 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석, 헌법논총 22집(2012), 447면 이하 참조

24. 2002헌바95, 판례집 17-2, 392, 401 참조). 다만, 최근에는 중전의 법익형량 이론⁹⁰⁾이나 서열이론⁹¹⁾ 대신 규범조화적 해석에 입각한 해결방법 쪽으로 방향을 잡은 것으로 보이고, 특히 현재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등 의료법 제61조 제1항 중 「장애인복지법」에 따른 ‘시각장애인 중’ 부분 위헌확인 사건에서 ‘다른 대안의 가능성’까지 고려하여 실제적 규범조화적 해석에 입각한 종합적인 비례심사를 하여야 한다는 점을 밝히고 있다.

(라) 소결

살피건대, 입법에서 기본권 충돌의 문제는 상충하는 기본권을 함께 고려하여 이익조정을 해야 하는 입법과정에서 일반적으로 발생하는 일상적인 현상이라고 할 것이며, 입법자는 공동체의 이익뿐만 아니라 사익도 입법목적으로 추구할 수 있는바 입법자가 개인의 기본권 보호를 위하여 입법을 하는 경우 개인의 기본권 보호는 타인의 기본권 제한을 정당화하는 입법목적으로서 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 해당한다고 할 것이다.

한편 공익을 실현하기 위하여 자유권이 제한되는 경우, 자유와 공익 사이의 실제적 조화를 구현하는 방법이 바로 과잉금지원칙이므로, 이 사건의 경우 자기낙태죄 조항의 위헌 여부에 관한 판단은 입법자가 태아의 생명권 보호를 이유로 임부의 자기결정권을 과도하게 침해하는지의 판단 즉, 과잉금지원칙에 의한 심사로 귀결되면 족하다고 보인다. 따라서 이 사건에서 헌법재판소가 기본권 충돌과 그 해결방법을 언급하는 것은 불필요하다고 생각된다.

헌법재판소도 하나의 기본권을 보호하기 위하여 다른 기본권을 제한하는 법률의 위헌 여부가 문제된 대부분의 사건에서 기본권 충돌의 문제를 전혀 언급하지 아니하고 과잉금지원칙에 따라 판단한 바 있으므로,⁹²⁾ 위 기본권 충돌에 관한 결정례들이 오히려 예외적인 경우에 해당한다고 볼 여지가 있다.

(4) 자기낙태죄 조항의 위헌 여부

90) 충돌하는 기본권을 법익형량하여 보다 큰 법익을 우선시키는 이론

91) 기본권 상호간의 서열을 인정한 다음 보다 서열이 높은 기본권을 우선시킨다는 이론

92) 예를 들어, 교통사고처리특례법 사건(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등), 미국산 최고기수입의 위생조건에 관한 고시 사건(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419) 등

앞서 본 바와 같이 우리 형법은 낙태죄 규정을 통하여 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 모든 낙태행위를 처벌하면서도, 모자보건법상 의학적·우생학적·윤리적 사유가 있는 경우에는 임신 24주 이내에 한하여 낙태를 허용하고 있다. 그렇다면 자기낙태죄의 위헌 여부에 관한 논의는 임부의 자기결정권을 고려하여 낙태의 허용범위를 확대할 수 있는지 여부(임신 초기의 낙태 허용 여부)에 중점을 두어 살펴야 할 것으로 보인다. 즉, 임신 초기의 낙태까지 처벌하고 있는 자기낙태죄 조항이 임부의 자기결정권을 과도하게 침해하여 과잉금지원칙에 반하는지가 문제되며, 피해의 최소화 및 법익의 균형성을 갖추었는지 여부에 대하여는 견해가 나뉜다.

(가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임부의 낙태를 형사처벌하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고도 적절한 방법이다.

(나) 피해의 최소화

1) 합헌론

가) 임신기간에 따라 태아에 대한 보호수단에 차등을 둘 수 있는지 여부
태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문에, 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안 될 것이다.

헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, 태아도 성장상태와 관계없이 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다. 특히 의학의 비약적 발전으로 태아가 모태를 떠난 상태에서의 생존 가능성이 점점 높아지고 있는 현실과 그 성장 속도 역시 태아에 따라 다른 현실을 감안하면,

임신 후 몇 주가 경과하였는지 또는 생물학적 분화 단계를 기준으로 보호의 정도를 달리할 것은 아니다.

다만 수정란이 자궁에 착상하는 것은 수정 후 14일 경에 이루어지고, 그 이후부터 태아는 낙태죄의 객체로 되는데, 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것은 아니며, 그 단계에서는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로, 자궁에 착상하기 이전 단계의 수정란을 그 이후의 태아와 동일하게 취급하지 아니하는 것은 그 나름의 합리성이 인정될 수 있다. 또한 진통시부터는 태아가 산모로부터 독립하여 생존이 가능하므로 그 때를 기준으로 사람으로 취급하는 것도 합리적이라고 할 것이다. 그러나 위에서 본 바와 같이 태아도 그 성장 상태를 막론하고 생명권의 주체로서 보호받아야 하는 존재라는 점에서 수정란이 자궁에 착상한 이후부터 출산하기 이전까지의 태아를 성장 단계에 따라 구분하여 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다.

나) 형벌적 제재가 지나치게 과도한 방법인지 여부

자기낙태죄 조항이 형벌로써 낙태를 규제하고 있음에도 불구하고 여전히 불법적인 낙태가 성행하고 있고 그에 대한 처벌이 거의 이루어지지 않고 있는 현실에서, 만일 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적 달성을 수 없게 될 것이다. 그리고 성교육과 피임법의 보편적 상용, 임부에 대한 지원 등은 원하지 않는 임신을 미연에 방지하는 수단이 될 수 있을지는 모르나 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다.

물론 우생학적 또는 유전학적 사유 등으로 낙태를 허용해야 할 필요가 절실한 경우가 있을 수 있다. 이에 입법자는 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우와 같은 예외적인 경우에는 임신 24주 이내의 낙태를 허용하여(모자보건법 제14조, 동법 시행령 제15조), 임부의 생명·건강의 보호를 위해 필요한 경우나 범죄행위로 인한 임신의 지속이 오히려 법질서에 반하는 경우와 같이 불가피한 사정이 있는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이것에서 더 나아가 사회적·경제적 사유로 인한 낙태로까지 그 허용의 사유를 넓힌다면, 자칫 자기낙태

죄 조항은 거의 사문화되고 낙태가 공공연하게 이루어져 인간생명에 대한 경시풍조가 확산될 우려마저 없지 않다.

다) 소결

따라서 자기낙태죄 조항은 피해의 최소성 원칙에 위배되지 아니한다.

2) 위헌론

가) 태아에 대한 국가의 보호의무

국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있는바, 태아에 대한 국가의 보호의무에는 출산을 방해하는 요소를 제거하는 것뿐만 아니라, 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함된다 고 보아야 할 것이다. 태아의 생명을 보호한다는 언명은 임부의 신체적·사회적 보호를 포함할 때에야 비로소 실질적인 의미를 가질 수 있기 때문이다.

태아는 생성중인 인간으로서 생물학적으로 모체 내에서 모체에 종속되어 있어 생명의 유지와 성장을 전적으로 모체에 의존하고 있는 불완전한 생명이며, 임신과 출산은 기본적으로 모(母)의 책임 하에 대부분이 이루어지므로, 원하지 않은 임신 내지 출산이 모(母)와 태아 그리고 우리 사회 전체에 불행한 결과를 초래할 수 있다는 현실(미혼모 문제, 해외입양문제, 영아유기·치사 문제, 고아문제 등)을 감안하면, 임신기간 중 일정 시점까지는 임부의 자기결정권을 존중해 줄 필요가 있다.

나) 임신기간에 따라 태아에 대한 보호수단에 차등을 둘 수 있는지 여부

생명의 연속적 발전과정에 대하여 생명이라는 공통요소만을 이유로 하여 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 예컨대 형법은 태아를 통상 낙태죄의 객체로 취급하지만, 진통 시로부터 태아는 사람으로 취급되어 살인죄의 객체로 됨으로써 생명의 단계에 따라 생명침해행위에 대한 처벌의 정도가 달라진다. 나아가 태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 14일 경에 이루어지므로, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 행하고 있지 않다.

이와 같이 생명의 전체적 과정에 대해 법질서가 언제나 동일한 법적 보호

내지 효과를 부여하고 있는 것은 아니다. 따라서 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 104-106 참조).

다) 임신기간별 낙태허용 여부

① 생물학의 발전과 의학적 치료술의 발전에 따라 태아가 독자적으로 생존능력을 갖게 되는 시기는 가변적일 수 있으나, 현대 의학의 수준에서는 태아가 임신 24주에 이르기까지는 폐포가 될 종말낭(*terminal sacs*)이 아직 형성되지 않아 자궁배출 이후에 호흡에 이를 가능성이 전무하며 자존적 생존 가능성이 전혀 없다고 보고 있으므로, 태아의 독자적 생존능력은 임신 24주 이후에 인정된다고 봄이 상당하다. 현행 모자보건법도 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 시행됨을 전제로 하는 인공임신중절수술의 허용 기간을 임신 24주일 이내라고 규정하고 있어(모자보건법 제2조 제7호, 동법 시행령 제15조 제1항), 임신 24주 이후의 태아에게 독자적 생존능력이 있음을 전제하고 있다. 그렇다면, 태아가 독자적 생존능력을 갖추었다고 볼 수 있는 임신 24주 이후에는 태아의 생명도 인간의 생명과 어느 정도 동일시할 수 있으므로 임부의 낙태를 원칙적으로 금지하되, 임부의 생명이나 건강에 현저한 위해가 생길 우려가 있는 등 특단의 사정이 있는 경우에만 낙태를 허용함이 바람직하다.

② 다음으로, 태아가 독자적 생존능력을 갖추기 전이라도 임신 중기(임신 13주~24주)의 낙태는 임신 초기(임신 1주~12주)의 낙태에 비하여 자궁천공, 출혈폐혈증, 양수전색증 등의 합병증 우려가 크고, 모성사망률의 위험도 급격히 커져 임부의 생명이나 건강에 위해가 생길 우려가 증가하므로, 국가는 모성의 건강을 증진하기 위하여 낙태의 절차를 규제하는 등으로 임신 중기의 낙태에 관여할 수 있다고 할 것이다.

③ 그런데, 임신 초기, 즉 임신 1주에서 12주까지의 시기는 태아가 이제 막 인간과 유사한 신체적 특징이 나타나기 시작하는 시기로서, 의학계에서는 일반적으로 이 시기의 태아는 사고나 자아인식, 정신적 능력과 같은 의식적 경험에 필요한 신경생리학적 구조나 기능들은 갖추지 못한 것으로 판단하고

있다. 즉 임신 초기의 태아는 감각을 분류하거나 감각의 발생부위 또는 그 강도 등을 식별할 수 없고, 더 나아가 여러 가지 감각을 통합하여 지각을 형성할 수도 없어 고통을 느끼지 못한다는 것이다. 한편, 임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 비교적 임부에게 안전하다고 할 수 있고, 실제로 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮다. 따라서 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 여지가 크다. 나아가, 낙태를 형사 처벌하도록 하고 있는 형법 규정이 현재는 거의 사문화되어 낙태의 근절에 큰 기여를 하지 못하고 있으며, 오히려 불법낙태로 임부의 건강이나 생명에 위험이 초래되는 사태가 빈발하고 있어 그 대책이 시급한 현실에 비추어 보면, 적어도 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 필요성이 있다 할 것이다.

④ 이와 같이 임신기간 여하에 따라 임부의 자기결정권을 고려할 수 있는 가능성 및 필요성이 있다 할 것인데도, 이 사건 자기낙태죄 조항은 임부의 기본권을 덜 제한하는 다른 수단을 모색하지 아니한 채 임신기간 여하에 상관없이 임부의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하고 있다.

라) 소결

따라서 자기낙태죄 조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

(다) 법익균형성

1) 합헌론

자기낙태죄 조항으로 말미암아 임부의 자기결정권이 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 비록 자기낙태죄 조항이 낙태 근절에 큰 기여를 하지 못한다고 하더라도 이 조항이 존재함으로써 인한 위축효과 및 이 조항이 없어질 경우 발생할지도 모를 인명경시풍조 등을 고려하여 보면, 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익이 결코 가볍다고 할 수 없다. 따라서 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익과 제한되는 사익 사이에 법익균형성도 충족된다.

2) 위헌론

자기낙태죄 조항으로 추구하려는 공익은 태아의 생명보호이다. 그런데 각

중 통계자료에 의하면, 우리나라는 세계적으로도 낙태가 가장 많은 국가군에 속하지만 형사상 낙태죄로 처벌되거나 기소되는 예는 매우 드물다는 사실을 알 수 있다. 해마다 3~10건 정도 기소되어 재판이 이루어지고 있는데, 임부의 자기낙태 사건에서의 결론은 대부분 선고유예였다고 한다. 이는 결국 낙태를 형사처벌하도록 하고 있는 형법 규정이 현재는 거의 사문화되어 낙태의 근절에 큰 기여를 하지 못하는 것임을 보여주는 것이다.

이와 같이 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 태아의 생명보호라는 공익은 더 이상 자기낙태죄 조항을 통하여 달성될 것으로 보기 어렵다. 오히려 형사처벌보다는 성교육 내지 피임 관련 교육, 낙태상담 등의 실시, 임부에 대한 사회복지 차원에서의 부조와 국가적 지원 등이 더욱 실효성 있는 수단이 될 것이다.

반면, 임신 초기의 낙태까지 금지하고 처벌하는 것은 임부의 임신 유지 여부에 대한 자기결정의 영역을 전혀 존중하지 아니하는 것으로서, 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권은 결코 가볍게 볼 수 없는 것이다.

따라서 임신 초기의 낙태까지 금지하고 처벌하는 자기낙태죄 조항은 법익의 균형성을 갖추지 못하였다고 볼 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 개요

이 사건 법률조항의 위헌 여부는 자기낙태죄 조항의 위헌 여부와 논리필연적인 관계에 있으며, 임신 초기의 낙태를 처벌하는 자기낙태죄 조항이 위헌이라는 입장을 취하는 경우에는 같은 논리로 이 사건 법률조항도 위헌이라는 결론에 이르게 된다. 반면 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 자기낙태죄 조항의 위헌 여부와 논리필연적인 관계에 있지 않다는 견해나 논리필연적인 관계에 있더라도 낙태죄 조항이 합헌이라는 견해를 취하는 경우에는 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 따로 살피볼 필요가 있다. 이하에서는 후자의 입장을 전제로 이 사건 법률조항의 독자적인 위헌성 여부를 살펴보기로 한다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법취지

이 사건 법률조항은 ‘의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상(이하 ‘조산사 등’이라 한다)이 임부의 촉탁을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.’고 규정하고 있는바, 생명의 유지와 보호, 건강의 회복과 증진을 본분으로 하는 업무에 종사하는 조산사가 이에 반하는 부당한 낙태행위를 하였다는 점에서 일반인보다 더 무거운 책임이 있고, 실제로 낙태시술의 기능이나 낙태에 사용하는약품 등을 알고 있는 조산사 등이 이를 남용하여 영리행위에 이르게 될 우려가 있음을 고려하여 동의낙태죄(형법 제269조 제2항)에 대한 가중적 구성요건으로 규정함으로써, 태아의 생명을 보호하고자 함에 그 입법목적이 있다.

한편 일반인보다 더 안전하게 시술할 수 있는 조산사 등의 낙태를 일반인보다 더 무겁게 처벌할 이유가 없으므로 가중처벌 규정을 삭제하자는 것이 형법학계의 다수설이며,⁹³⁾ 위와 같은 이유로 업무상동의낙태죄 조항을 삭제하는 대신 영리를 목적으로 낙태를 하게 한 자에 대하여 가중처벌하는 영리낙태죄 조항을 신설하는 내용의 형법 일부개정법률안이 2010. 5. 7. 손숙미의원 등 10인에 의해 발의되어 현재 소위원회의 심사 중에 있다.⁹⁴⁾

(3) 책임과 형벌 간의 비례원칙 위배 여부

(가) 법정형의 내용에 대한 입법형성권의 범위와 한계

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질, 보호법의 및 범죄예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 부분이다. 또한, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌 체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한

93) 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 제7회 한국법률가대회(2010. 10. 26.), 36면

94) 국회 의안정보시스템 홈페이지(<http://likms.assembly.go.kr>) 참조

정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 578-579; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바29, 판례집 23-1상, 75, 85 참조).

(나) 책임과 형벌 간의 비례원칙 위배 여부

앞서 본 바와 같이, 입법자는 생명의 유지와 보호, 건강의 회복과 증진을 본분으로 하는 업무에 종사하는 조산사 등이 이에 반하는 낙태행위를 하는 경우에는 일반인보다 책임이 무거우며, 실제로 낙태시술의 기능이나 낙태에 사용하는 약품 등을 알고 있는 조산사 등이 이를 남용하여 영리행위에 이르게 될 우려가 있다는 판단 하에 조산사 등의 낙태행위를 징역형으로만 처벌하도록 함으로써 태아의 생명을 보호하고자 한 것임을 알 수 있는바 이러한 입법목적은 정당하고, 조산사 등의 낙태행위를 징역형으로 처벌하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법이다.

이 사건 법률조항은 조산사 등이 임부의 촉탁을 받아 낙태행위를 한 경우를 징역형으로만 처벌하도록 규정하고 있으나, 그 법정형의 상한이 2년 이하의 징역으로 되어 있어 법정형의 상한 자체가 높지 않을 뿐만 아니라, 비교적 죄질이 가벼운 낙태행위에 대하여는 작량감경이나 법률상 감경을 하지 않아도 선고유예 또는 집행유예 선고의 길이 열려 있으므로 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 하는 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다.

(다) 형벌의 체계정당성 및 평등원칙 위배 여부

형벌체계의 균형성 및 평등원칙의 내용은, 죄질과 보호법익 등이 유사한 범죄는 합리적인 범위 내에서 비슷한 법정형으로 처벌되어야 한다는 것이다(헌재 2006. 6. 29. 선고 2006헌가7, 판례집 18-1하, 185, 193; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마447, 판례집 20-2상, 1049, 1056).

1) 합헌론

낙태행위는 행위태양에 관계없이 필연적으로 태아의 생명권을 박탈하는 결과를 초래하는 점, 낙태는 일반인에 의해서 행해지기는 어렵고 대부분 낙태에 관한 지식이 있는 의료업무종사자를 통해 이루어진다는 점, 태아의 생명을 보

호해야 하는 업무에 종사하는 자가 태아의 생명을 박탈하는 시술을 한다는 점에서 비난가능성이 큰 점, 경미한 벌금형은 낙태시술의 기능이나 낙태에 사용하는 약품 등을 알고 있는 것을 남용하여 영리행위를 추구하는 조산사 등에 대하여는 위하력을 가지기 어렵다는 점 등을 고려하면, 입법자가 이 사건 법률조항에 대하여 형법상 동의낙태죄(제269조 제2항)와 달리 벌금형을 규정하지 아니한 것이 형벌체계상의 균형에 반하는 것이라 할 수 없다.

2) 위헌론

형법 제269조 제2항은 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하면서, 이 사건 법률조항은 동일한 행위를 한 조산사 등을 2년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

형법 제269조 제2항의 동의낙태죄와 이 사건 법률조항의 업무상동의낙태죄는 임부의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에 성립한다는 점에서 그 구성요건적 행위가 동일하고, 양자 모두 태아의 생명을 보호법익으로 한다는 점에서 동일하다. 양자는 범죄행위의 주체가 각각 일반인과 의료업무에 종사하는 조산사라는 점에 있어서만 차이가 있다.

합헌론은 태아의 생명을 보호해야 하는 업무에 종사하는 자가 영리를 목적으로 태아의 생명을 박탈하는 낙태시술을 한다는 점에서 일반인에 비하여 비난가능성이 크다고 하나, 임신중절수술은 눈으로 확인하며 하는 것이 아닌 blind surgery이므로 미숙하거나 무자격자에 의한 수술은 여성의 몸에 위험을 끼칠 가능성이 높다는 점에서 낙태에 관하여 일반인보다 많은 지식을 가지고 있는 조산사 등이 일반인보다는 안전하게 낙태시술을 할 수 있다는 측면에서는 일반인보다 무겁게 처벌할 이유가 없다. 오히려 행위주체를 구분하지 아니하고 영리를 목적으로 낙태시술을 한 자는 누구나 가중처벌하도록 규정하는 것이 형벌체계상 균형성에 부합한다고 보인다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 업무상동의낙태죄의 주체인 조산사 등을 동의낙태죄의 주체인 일반인에 비하여 합리적 이유 없이 차별하고 있고, 형벌체계상의 균형을 상실하여 입법재량의 범위를 벗어난 자의적인 입법이라고 할 것이므로 헌법상 평등원칙에 위배된다.

3. 기타 검토사항

가. 위헌론 채택시 심판대상의 확장 또는 부수적 규범통제의 필요성

임신초기의 낙태를 처벌하고 있는 자기낙태죄 조항이 위헌이므로 대항범인 이 사건 법률조항도 같은 이유로 위헌이라는 견해를 취하는 경우에는 부동의낙태죄를 제외한 낙태관련 조항(형법 제269조, 제270조 제3항 중 제1항에 관한 부분)에도 동일한 위헌 사유가 존재하게 되는바, 위 관련 조항에까지 심판대상을 확장하거나(헌재 1999. 9. 16. 99헌가1, 판례집 11-2, 245 참조) 헌법재판소법 제45조 단서에 따라 위 관련 조항에 대하여 부수적 위헌선언(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170 참조)을 하는 방안이 고려될 수 있다.⁹⁵⁾

나. 위헌론 채택시 주문의 형태

자기낙태죄 조항이 위헌이라는 입장에서는 주문의 형태로 ① 단순위헌안(형법 제269조, 제270조 제1항 및 제3항 중 같은 조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반된다.)과 ② 한정위헌안(형법 제269조, 제270조 제1항 및 제3항 중 같은 조 제1항의 각 “낙태”에 ‘임신 12주 이내의 낙태’가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.)을 고려할 수 있다.

살피건대, 임신기간 중 임신 초기의 낙태를 불허하는 것만을 위헌이라고 보는 위헌론의 입장에서는 한정위헌선언을 하는 것이 바람직하다고 보인다. 단순위헌안을 채택하는 경우에는 낙태 관련 규정 모두 효력을 상실하게 되어 임신기간을 불문하고 낙태가 허용되는 결과를 초래하기 때문이다.

4. 결정의 의의

주지하다시피 낙태의 문제는 가치관이나 철학 등과 밀접하게 연관되어 있어 동서고금을 막론하고 첨예한 논쟁거리가 되어 왔다. 이 결정은 낙태죄의 합헌 여부에 관하여 헌법재판소가 최초로 입장을 표명하였다는 점에서 그

95) 심판대상을 확장하거나 부수적 규범통제를 하는 경우 모두 주문의 형태는 동일하나, 심판의 대상 기재시 전자는 위 조항들 전부를, 후자는 제270조 제1항만 기재한다는 점에 차이가 있다.

의의를 찾을 수 있으며, 재판관 9인 중 1인이 공식인 상태에서 위헌결정 정족수인 6인에 미치지 못하여 합헌으로 선고되었으나, 위헌과 합헌 의견이 4:4로 팽팽하게 맞선 결정이었다.

이 결정이 선고되자 종교계 및 낙태반대단체 등은 “이번 결정은 태아 보호 의무를 합헌이라고 선언한 것이며 매우 당연한 결과”라며 환영의 뜻을 표시한 반면, 여성단체는 “태아의 생명도 존중해야 하지만 아이를 낳아 양육하는 여성 당사자의 권리도 존재하며, 경제적 이유나 사회적 편견 때문에 불가피하게 낙태를 선택하는 여성에게 사회적 토대를 만들어주지도 않고 출산을 강요하는 것은 잘못됐다.”며 헌법재판소의 결정에 반대하는 의사를 표명하여 엇갈린 반응을 보이고 있다(연합뉴스 2012. 8. 23.자, 동아일보 2012. 8. 24.자 등 다수).

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 등 위헌확인

- 인터넷상 본인확인제 위헌 -

(헌재 2012. 8. 29. 2010헌마47·252(병합), 판례집 24-2상, 590)

황 정 수*

【판시사항】

인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의5 제1항 제2호, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령’(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것) 제29조, 제30조 제1항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 2010헌마47 사건

가. 청구인 손○규, 천○소, 이○은(이하 ‘청구인 손○규 등’이라 한다)은 2009. 12. 30.과 2010. 1. 17. 인터넷 사이트인 ‘유튜브(kr.youtube.com)’, ‘오마이뉴스(ohmynews.com)’, ‘와이티엔(ytn.co.kr)’의 게시판에 익명으로 댓글 등을 게시하려고 하였으나, 위 게시판의 운영자가 게시자 본인임을 확인하는 절차를 거쳐야만 게시판에 댓글 등을 게시할 수 있도록 조치를 함으로써 댓글 등을 게시할 수 없었다.

나. 이에 청구인 손대규 등은 인터넷게시판(이하 특별히 ‘인터넷게시판’이라 칭하여야 할 경우를 제외하고 ‘게시판’이라 한다)을 운영하는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자가 본인임을 확인할 조치를 취할 의무(이하 ‘본인확인조치의무’라 한다)를 부과하고 있는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제30조 제1항이 자신들의 표현의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 2010. 1. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 2010헌마252 사건

가. 청구인 주식회사 ○○(이하 ‘청구인 회사’라 한다)은 2005. 11. 7.부터 인터넷 언론사인 ‘인터넷 ○○(www.○○.co.kr)’을 운영하여 왔는데, 방송통신위원회가 2010. 2. 2. 위 인터넷 언론사를 2010년도 본인확인조치의무 대상자로 공시함으로써 2010. 4. 1.부터 본인확인조치의무를 부담하게 되었다.

나. 이에 청구인 회사는 정보통신서비스 제공자에 대한 본인확인조치의무 부과 및 그 위반 시 제재를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 제2항, 제76조 제1항 제6호 및 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2010. 4. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항(이하 ‘이 사건 법령조항’이라 한다)은, 위 법령조항들이 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인, 당해 정보의 삭제·임시조치, 손해배상, 형사처벌 등 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있음에도, 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정하여 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고, 개인정보가 유출되거나 다른 목적에 활용될 수 있도록 하는 등 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 기본권 제한을 하고 있으므로 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

또한 이 사건 법령조항은 국내 인터넷 사용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있어서 결과적으로 당초 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성하고 있다고 보기 어렵고, 나아가 본인확인제 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없는 반면에, 본인확인이라는 방법으로 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시킴으로써 자유로운 여론의 형성을 방해하고, 본인확인제의 적용을 받지 않는 정보통신망상의 새로운 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게 업무상 불리한 제한을 가하며, 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었던 바, 이러한 인터넷게시판 이용자 및 정보통신서비스 제공자의 불이익은 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성도 인정되지 않는다.

따라서 본인확인제를 규율하는 이 사건 법령조항은 과잉금지원칙에 위배

하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해할 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

게시판 이용자인 청구인은 본인확인제가 게시판 이용자의 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 평등권을 침해한다고 주장하였다. 그리고 게시판 운영자인 청구인 회사는 본인확인제가 게시판 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하는 게시판 운영자의 언론의 자유를 침해하고, 또한 본인확인수단 마련에 과도한 비용을 지출하게 하고 본인확인절차의 불편으로 인한 이용자 수 감소로 영업상 불이익을 입게 하는 등 게시판 운영자의 직업수행의 자유를 침해한다고 주장하였다.

따라서 이 사건에서는 본인확인제가 게시판 이용자의 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 평등권을 침해하는지 여부 및 게시판 운영자의 언론의 자유, 직업수행의 자유를 침해하는지 여부이다.

그런데 게시판 운영자의 언론의 자유는 게시판 이용자가 게시판에 자유롭게 한 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하는 자유를 그 내용으로 하고 있어서, 게시판 이용자의 표현의 자유 제한이 곧 게시판 운영자의 언론의 자유 제한을 의미하므로, 게시판 이용자의 익명표현의 자유 침해 여부에 따라 게시판 운영자의 언론의 자유 침해 여부도 결정된다.

이하에선 이 사건 법령조항이 규율하는 본인확인제의 내용 및 입법례를 살펴보고, 이 사건 결정의 의의를 살펴본다.

2. 본인확인제의 내용

우리나라는 1990년대 후반 인터넷이 본격적으로 보급되기 시작한 이래 이용자가 급속하게 증가하여 현재는 인터넷 보급률이 세계 최고 수준에 이르고 있는데, 그에 따라 인터넷상에서의 언어폭력, 명예훼손, 불법정보의 유통 등 역기능도 증가하였다. 이러한 인터넷의 역기능은 익명성에 의한 이용자의 자기 점검 및 책임의식 결여가 중요한 원인으로 파악되었고, 특히 2005년

경 인터넷 상에서 개인의 신상정보 공개 및 언어폭력 등으로 인한 피해사례들이 잇달아 발생하자 이를 계기로 본인확인제의 도입이 논의되어, 2007. 1. 26. 법률 제8289호로 정보통신망법이 개정되면서 본인확인제가 도입되었다.

본인확인제는 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판에 정보를 게시할 수 있도록 하는 조치를 마련할 의무를 부과하는 제도이다. 정보통신서비스 제공자가 위 본인확인조치의무를 이행하지 않으면 방송통신위원회는 본인확인조치를 하도록 명령할 수 있고(정보통신망법 제44조의5 제2항), 위 명령을 이행하지 않으면 3천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 함으로써(정보통신망법 제76조 제1항 제6호) 정보통신서비스 제공자에 대하여 본인확인제의 시행을 강제하고 있다.

정보통신망법 시행령 제29조에서 정하고 있는 본인확인조치의 구체적인 내용은 공인인증기관, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 모사전송·대면확인 등을 통하여 게시판 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단(제1호) 및 본인확인정보의 유출방지기술(제2호)을 각 마련하고, 6개월간 본인확인정보를 보관(제3호)하는 것이다. 그런데 위 법령에서 정하고 있는 본인확인방법 중 대면확인이나 모사전송, 공인인증기관을 통한 확인은 여러 가지 현실적인 불편 때문에 별로 이용되지 않고 있는바, 현재 주로 쓰이고 있는 본인확인방법은 본인확인서비스를 제공하는 제3자인 신용정보회사를 통하여 이용자의 이름, 주민등록번호, 휴대폰, 신용카드 등의 정보를 이용하여 게시판 이용자가 본인인지 여부를 확인하는 것이다. 그리고 위 본인확인정보 보관의무에 따라 정보통신서비스 제공자들은 본인확인 과정에서 취득한 게시자의 이름과 주민등록번호 등 개인정보를 당해 개인의 동의 없이 수집하여 보관할 수 있게 되었다.

본인확인조치의무를 부담하는 대상자는 서비스 유형에 관계없이 일일 평균 이용자 수 10만 명 이상인 정보통신서비스 제공자이다. 그리고 본인확인제가 실시되는 ‘게시판’이란 그 명칭과 관계없이 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개할 목적으로 부호·문자·음성·음향·화상·동영상 등의 정보를 이용자가 게재할 수 있는 컴퓨터 프로그램이나 기술적 장치를 말한다(정

보통신망법 제2조 제1항 제9호). 방송통신위원회는 인터넷상의 블로그, 개인 홈페이지, 카페, 소셜 네트워크 서비스(Social Network Service) 등은 일반인 공개목적이 아닌 사적 의사소통 영역으로 보아 위 게시판에 해당하지 않는다는 이유로 본인확인제 적용대상에서 제외하고 있다.

3. 인터넷상 표현에 관한 입법례

현재 해외의 주요 국가 중 인터넷상 본인확인제와 같이 적극적인 게시판 이용규제를 시행하는 국가는 없다. 인터넷실명제를 실시하고 있는 것으로 알려진 중국도 알려진 바와 달리 국가에 의한 인터넷실명제가 본격적으로 시행되고 있는 것은 아니다. 중국에서 인터넷상의 여러 개별 분야에서 익명성을 제한하기 위한 여러 제도가 실시되고 있으나, 그 주체 및 방법에 있어서 국가의 법령에 의한 실시라기보다는 자율적인 실시의 형식을 취하고 있다. 예컨대 중국인터넷협회는 ‘이메일서비스 표준’을 발표하여 ‘이메일실명제’를, 중국청소년네트워크협회는 ‘온라인게임 실명제’를 각 추진하였고, 중국교육부의 독려에 따라 일부 대학교 등에서 ‘교육망실명제’가 실시되었으며, 중국인터넷협회는 ‘블로그실명제’를 장려하였다. 다만 일부 지방에서 지방정부가 당해 지방에 근거한 인터넷 기업에 대하여 감독권을 행사하는 방식으로 규제를 하기도 하나, 이는 본격적인 인터넷실명제라기 보다는 사실상의 규제에 해당하고, 우리나라의 본인확인제와 유사한 ‘이용자실명제’는 그 도입을 위한 논의만 진행 중이다.

대부분의 국가는 인터넷에서의 불법정보 게시를 규제하는 방안으로 자율적인 규제와 기존의 민·형사상 제재방식을 취하고 있으나, 정보게시 자체를 제한하는 사전 억제방식을 취하지는 않는다.

미국은 민간단체나 기업이 인터넷 게시정보 내용을 등급화하여 선별하는 소프트웨어를 만들어 이용하고 있다. 영국은 1996년 정부와 경찰의 후원 아래 민간단체인 인터넷감시재단(Internet Watch Foundations, IWF)이 설립되었고, 위 인터넷감시재단(IWF)은 불법콘텐츠에 대한 신고를 받아 조사한 후 범죄에 해당하는 위법한 정보이면 인터넷서비스제공자에게 삭제를 권고한다. 독일은 온라인미디어법(Telemediengesetz, TMG) 제13조 제6항에서 서비스

제공자에게 이용자가 익명이나 가명으로 서비스를 이용하는 것을 가능하도록 할 의무 및 그러한 선택권이 있음을 이용자에게 설명할 의무를 부과하여 익명표현의 자유를 보호하고, 국가의 승인을 받은 자율규제기구인 FSM (Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter)이 불법·유해한 콘텐츠로부터 청소년 보호를 위해 사전심의 업무를 수행하며, FSM의 산하기관인 콘텐츠심의위원회는 청소년미디어보호국가조약¹⁾이나 FSM 행동강령에 위반한 콘텐츠에 대하여 FSM 정관에 따라 시정요구가 포함된 지적, 질책, 벌금(최대 2만 유로) 또는 협회퇴출 등의 징계조치를 취하고, 콘텐츠가 형사처벌 대상인 경우 사법당국에 이첩한다. 프랑스는 언론·출판법상 명예훼손과 모욕에 대한 형사처벌을 규정하고 있고, 자율적인 규제방안으로 인터넷사용자의 예의범절(Netiquette) 일반화, 필터링 프로그램 활용, 인터넷 관련자들의 모임에 의한 사이트 분류, 윤리규정 제정 등이 제안되고 있다. 일본은 불법·유해정보에 대하여 민(인터넷사업자, 인터넷게시판 관리자 등)·관(경찰)이 협조하여 인터넷사업자나 게시판 관리자·운영자에게 불법정보 삭제 및 발신자(또는 게시자) 정보공개, 청소년 유해정보 차단서비스 제공, 경찰이나 전문기관에의 정보제공 등으로 사후적으로 대처하고 있다.

4. 이 사건 법령조항의 위헌 여부

가. 쟁점의 정리

(1) 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 그러한 의사의 ‘자유로운’ 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 포함된다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 363).

그리고 표현의 자유에 있어 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없는바, 인터넷게시판은 인터넷에서 의사를 형성·

1) 독일의 각 주 대표들이 방송과 텔레미디어에서 인간존엄성의 보호와 청소년 보호를 위해서 체결한 조약(헌법재판소, 헌법재판연구 13권, 346-346)

전파하는 매체로서의 역할을 담당하고 있으므로 의사의 표현·전파 형식의 하나로서 인정된다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 362 참조).

그런 측면에서 볼 때, 이 사건 본인확인제는 게시판 이용자가 게시판에 정보를 게시함에 있어 본인 확인을 위하여 자신의 정보를 게시판 운영자에게 밝히지 않을 수 없도록 함으로써 표현의 자유 중 게시판 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유를 제한한다. 동시에 그러한 게시판 이용자의 표현의 자유에 대한 제한으로 말미암아 게시판 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유 역시 제한되는 결과가 발생한다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324, 판례집 22-1상, 347, 362 참조).

한편 본인확인제는 정보통신서비스 제공자에게 인터넷게시판을 운영함에 있어서 본인확인조치를 이행할 의무를 부과하여 정보통신서비스 제공자의 직업수행의 자유도 제한하나, 청구인 회사의 주장 취지 및 앞에서 살펴본 본인확인제의 도입배경 등을 고려할 때 이 사건과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권은 언론의 자유라 할 것이고, 게시판 운영자의 언론의 자유의 제한은 게시판 이용자의 표현의 자유의 제한에 수반되는 결과라고 할 수 있다.

(2) 그 밖에 본인확인제는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 보관할 의무를 지우고 있는데, 본인확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로(헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663, 판례집 22-1하, 323, 333 참조), 본인확인제는 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 이용 및 보관에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한한다.

(3) 그런데 청구인은 본인확인제가 인터넷게시판 이용자에게 이름, 주민등록번호 등의 개인정보를 공개하도록 강제함으로써 게시판 이용자의 사생활

의 비밀과 자유 역시 제한한다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 본인확인제에 의하여 사생활의 비밀과 자유가 구체화된 것이라고 할 수 있는 개인정보자기결정권이 제한된다고 보아 그 침해 여부를 판단하는 이상, 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해 문제에 관하여는 따로 판단하지 아니한다.

(4) 청구인은 본인확인제가 인터넷이라는 매체에 글을 쓰고자 하는 자에 대하여만 본인확인절차를 거치도록 함으로써 다른 매체에 글을 쓰는 자와 합리적 이유 없이 차별취급하여 인터넷에 글을 쓰고자 하는 자의 평등권을 침해한다고 주장하나, 청구인이 주장하는 차별취급은 본인확인제가 인터넷상의 익명표현의 자유를 제한함에 따라 부수적으로 발생할 수밖에 없는 결과일 뿐인 것으로서 그에 관한 판단은 익명표현의 자유의 침해 여부에 관한 판단과 동일하다고 할 것이므로 별도로 판단하지 아니한다.

(5) 청구인은 본인확인제가 인터넷상에서 자유로운 의견표명을 사전에 제한하는 실질적인 사전검열이라 주장하나, 이 사건 본인확인제는 게시 글의 내용에 따라 규제를 하는 것이 아니고, 정보통신서비스 제공자의 삭제의무를 규정하고 있지도 않은바, 의견발표 전에 국가기관에 의하여 그 내용을 심사, 선별하여 일정한 사상표현을 저지하는 사전적 내용심사로는 볼 수 없으므로 사전검열금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(6) 결국, 이 사건에서는 본인확인제가 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유인 게시판 이용자의 익명표현의 자유, 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해하는지 여부 및 게시판 이용자의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부가 문제이다.

나. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

오늘날 인터넷의 발달 및 이용자의 급속한 증가로 인터넷에서 유통되는 정보의 과급력 및 영향력이 매우 커지게 된 반면, 인터넷의 특성인 익명성 등을 이용한 언어폭력, 명예훼손, 불법정보의 유통 등 역기능도 함께 증가하였다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

이 사건 법령조항들이 정하고 있는 본인확인제는 이러한 인터넷상의 언어

폭력, 명예훼손, 불법정보의 유통 등을 방지하기 위하여 게시판 이용자가 그와 같은 정보를 게시할 경우에는 향후 신원 확인을 통하여 형사처벌 또는 손해배상책임을 부담할 수도 있다는 점을 인식하게 하여 표현내용에 신중을 기하고 불법정보 등의 게시를 자제하도록 함과 아울러, 게시판 이용자의 위와 같은 행위로 실제로 피해가 발생한 경우에는 피해자 구제를 위하여 가해자를 특정할 수 있는 기초자료를 확보함으로써 게시판을 보다 책임 있는 공론의 장이 되도록 유도하여 건전한 인터넷 문화를 조성하기 위한 것이므로 정당한 목적 달성에 기여하는 적합한 수단임이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 이 사건 법령조항들이 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법 목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있다.

우선, 불법정보의 게시로 타인에게 피해를 입힌 경우에 가해자 특정은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인 등을 통하여서도 할 수 있다. 물론 가해자가 타인의 컴퓨터 또는 아이디를 이용하는 경우에는 위와 같은 방법으로 가해자를 찾아내지 못할 수도 있으나, 본인확인제에 의하더라도 가해자가 주민등록번호와 명의를 도용하는 경우에는 가해자를 특정하기 어려움은 마찬가지이고, 위와 같은 가해자의 은폐시도에 따른 특정의 어려움은 통상의 불법행위에서도 발생하는 문제로서 일반적인 수사기법에 의하여 극복될 수 있다.

다음으로, 게시판에 게시된 정보로 인하여 권리가 침해된 자에 대한 구제는 정보통신서비스 제공자에 의한 당해 정보의 삭제·임시조치(정보통신망법 제44조의2 제1항, 제2항), 게시판 관리·운영자에 대한 불법정보 취급의 거부·정지 또는 제한명령(정보통신망법 제44조의7 제2항, 제3항) 등으로 불법정보의 유통 및 확산을 차단하거나 사후적으로 손해배상 또는 형사처벌 등의 방법을 통하여 충분히 달성할 수 있다.

즉 현행 형사법 및 정보통신망법에 의하더라도 불법정보 등 게시에 대한 제재수단이 이미 마련되어 있고, 현재의 기술수준에서 사후적으로 불법정보 등 게시자의 신원을 확인하는 것이 불가능한 것도 아니다. 본인확인제 이외

의 여러 규제조항들의 엄정한 집행을 통하여 불법정보 등 게시의 단속 및 처벌이 실질적으로 이루어진다면 본인확인제의 실시 이상의 높은 일반예방 효과를 기대할 수 있을 것으로 여겨진다.

이는 현재 인터넷 상의 불법·유해정보의 규제에 관한 외국의 입법례들을 살펴보면 더욱 명확해진다. 미국이나 영국의 경우 인터넷 상의 유해 정보에 대한 규제를 원칙적으로 업계의 자율에 맡기고 있고, 독일 등 유럽의 많은 국가들 역시 민간 주도의 자율규제를 기초로 하여 인터넷서비스 제공자의 책임제한이나 면책요건을 정하는 방식으로 관계 법령을 수립하고 있으며, 일본의 경우에도 불법·유해정보가 게시되는 때에 민관(民官)이 협조하여 사후적으로 대처하도록 규율하고 있는 등 대부분의 주요 국가들은 본인확인제와 같은 적극적인 게시판 이용규제를 시행하고 있지 않다.

(나) 이 사건 법령조항들이 규정하는 본인확인제는 목적 달성에 필요한 범위를 넘어서는 과도한 규제를 그 내용으로 하고 있다.

1) 우선 정보통신망법 제44조의5 제1항은 본인확인조치를 할 대상을 ‘게시판 이용자’로 정하고 있고, 정보통신망법 제2조 제1항 제4호는 ‘이용자’란 ‘정보통신서비스 제공자가 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 자’로 규정하고 있다. 따라서 본인확인 대상인 ‘게시판 이용자’는 ‘정보의 게시자’ 뿐만 아니라 ‘정보의 열람자’도 포함한다 할 것이다. 그러나 ‘정보의 단순 열람자’는 인터넷상에서 정보열람만 하므로 타인의 권리를 침해하는 등의 불법행위를 할 가능성이 없어 본인확인조치를 취할 필요성이 없는 것이다.

그런 점에서 방송통신위원회는 ‘정보의 게시자’만이 위 ‘게시판 이용자’에 해당하는 것으로 축소해석하여 ‘정보의 게시자’에 대하여만 본인확인조치를 하도록 하고 있는바, 이는 이 사건 법령조항의 적용범위가 광범위함을 단적으로 보여 준다.

2) 나아가 방송통신위원회는 매년 3개의 조사기관에 인터넷 이용자 수의 산정을 의뢰하여 본인확인제의 적용 대상인 정보통신서비스 제공자를 선정하여 오고 있다. 그런데 인터넷의 공간적 무제약성으로 인하여 국내의 정보통신서비스 제공자가 제공하는 인터넷을 외국인이나 국외에 소재하는 한국인도 이용할 수 있는바 그들도 위 ‘이용자 수’ 산정의 대상에 포함되는지 여

부가 불분명하며, 동일인이 동일한 인터넷 게시판을 하루에 여러 번 이용한 경우에 이용자 수 산정을 어떻게 할 것인지에 대하여도 명확한 기준이 없다. 또한 이용자 수를 정확하게 산정하는 것이 기술적으로 가능한지 여부에 대하여도 의문이 제기되고 있다.

이와 같이 그 정확성과 산정기준이 불분명한 이용자 수 산정 결과에 따라 본인확인제 적용대상인 정보통신서비스 제공자의 범위가 정하여진다는 점은, 이 사건 법령조항들이 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정함으로써 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고 있음을 보여 준다.

한편 방송통신위원회가 본인확인제의 적용대상으로 공시한 정보통신서비스 제공자의 웹사이트 수는 2011년 기준 146개로 거의 전면적 수준의 본인확인제가 실시되는 것과 유사한 상황에 이르고 있다.

3) 그 밖에 본인확인제에 따라 정보통신서비스 제공자가 본인확인정보를 보관하여야 하는 기간은 게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지이다. 그러나 게시판에서 당해 정보가 삭제되지 않는 한 정보의 게시는 종료되지 않으므로 정보의 삭제가 없다면 본인확인정보는 무기한으로 정보통신서비스 제공자에게 보관되는 결과가 발생할 수 있다.

(다) 결국 본인확인제는 그 입법목적은 달성할 다른 수단이 있음에도 불구하고 모든 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 장기간 보관하도록 함으로써 본래의 입법목적과 관계없이 개인정보가 유출될 위험에 놓이게 하고 다른 목적에 활용될 수 있도록 하며, 수사편의 등에 치우쳐 모든 국민을 잠재적 범죄자와 같이 취급하는바, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한을 하는 것으로서 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

(3) 법익의 균형성

(가) 표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다. 그런데 이 사건 법령조항들의 경우,

우리 법상의 규제가 규범적으로 또는 현실적으로 적용되지 아니하는 통신망이 존재하고 그에 대한 인터넷 이용자의 자유로운 접근이 가능함에도 외국의 입법례에서 찾아보기 힘든 본인확인제를 규정함으로써 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있는바, 결과적으로 당초 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성하고 있다고 보기 어렵다. 인터넷은 전세계를 망라하는 거대한 컴퓨터 통신망의 집합체로서 개방성을 그 주요한 특징으로 하므로 외국의 보편적 규제와 동떨어진 우리 법상의 규제는 손쉽게 회피될 수 있고, 그 결과 우리 법상의 규제가 의도하는 공익의 달성은 단지 허울 좋은 명분에 그치게 될 수 있음을 간과한 것이다. 나아가 이해관계인인 방송통신위원회가 제시한 자료에 의하더라도 본인확인제 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거는 찾아볼 수 없다.

(나) 반면 이 사건 법령조항들이 규정하는 본인확인제에 의한 익명표현의 자유의 제한은 매우 중대하다.

표현의 자유는 국민 개인적인 차원에서는 자유로운 인격발현의 수단임과 동시에 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이 되며, 국가와 사회적인 차원에서는 민주주의 국가와 사회의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이 되는데, 특히 익명이나 가명으로 이루어지는 표현은, 외부의 명시적·묵시적 압력에 굴복하지 아니하고 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 국가권력이나 사회의 다수의견에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적·사회적 약자의 의사 역시 국가의 정책결정에 반영될 가능성을 열어 준다는 점에서 표현의 자유의 내용에서 빼놓을 수 없는 것이다. 그리고 인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되

어야 한다.

그런데 이 사건 본인확인제는 기간 제한 없이, 표현의 내용을 불문하고 주요 인터넷 사이트의 대부분의 게시판 이용과 관련하여 본인확인을 요구하고 있다. 이는 정보 등을 게시하고자 하는 자가 무엇이 금지되는 표현인지 확신하기 어려운 상태에서 본인의 이름, 주민등록번호 등의 노출에 따른 규제나 처벌 등 불이익을 염려하여 표현 자체를 포기하게 만들 가능성이 높고, 인터넷을 악용하는 소수의 사람들이 존재하고 있다는 이유로 대다수 시민의 정당한 의사표현을 제한하는 것으로서 익명표현의 자유에 대한 과도한 제한이라 할 것이다.

나아가 현재 주로 이용되고 있는 신용정보회사에 의한 게시판 이용자의 이름, 주민등록번호 일치 여부를 확인하는 방법에 의한 본인확인, 주민등록번호를 부여받을 수 없는 외국인이나 주민등록번호가 없는 재외국민에 대하여 게시판에의 정보 게시를 봉쇄함으로써 그들의 표현의 자유를 사실상 박탈하는 결과에 이르고 있다.

(다) 한편 인터넷 기술의 발달에 따른 인터넷 환경의 변화로 인터넷 이용자들이 일반 게시판보다는 본인확인제의 적용을 받지 않는 모바일 게시판, 소셜 네트워크 서비스(Social Network Service) 등도 많이 이용하게 되었다.

그 결과 본인확인제는 건전한 인터넷 문화 조성이라는 공익을 인터넷 공간의 아주 제한된 범위에서만 실현하는 반면에, 위와 같이 새롭게 등장한 정보통신망상의 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게는 업무상 불리한 제한을 가하게 되었으며, 그로 말미암아 인터넷을 통한 여론의 형성·전파라는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유 역시 심대하게 제한받고 있다 하지 않을 수 없다.

(라) 그 밖에 정보통신서비스 제공자에 대한 본인확인정보 보관의무 부과로 인하여 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가함에 따라 게시판 이용자가 입는 불이익 및 수사기관 등이 정보통신서비스 제공자에게 이용자의 개인정보를 제출을 요청(전기통신사업법 제83조 제3항)하는 경우 발생할 수 있는 본인확인정보의 보관목적외 사용 우려에 비추어 보면, 개인정보자기결정권의 제한 역시 중대함을 부인할 수

없다.

(마) 결국 본인확인제로 인하여 기본권이 제한됨으로써 발생하는 인터넷 게시판 이용자 및 정보통신서비스 제공자의 불이익이 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 역시 인정되지 않는다.

(4) 소결

그렇다면 본인확인제를 규율하는 이 사건 법령조항들은 본인확인이라는 방법으로 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시키고 그 결과 헌법으로 보호되는 표현까지도 억제함으로써 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해하는 것으로서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 언론의 자유 등 기본권을 침해한다.

5. 해설

가. 표현의 자유

(1) 사전제한의 금지

표현의 자유는 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것으로서 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있다. 특히 익명이나 가명으로 이루어지는 표현의 경우 정치적 보복이나 차별의 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 권력에 대한 비판을 가능하게 하고, 이를 통해 정치적 약자나 소수자의 의사를 국가의 정책결정에 반영되도록 한다는 점에서 표현의 자유의 핵심에 해당한다. 세계 또는 우리나라의 역사를 돌아보더라도 익명표현의 자유가 민주주의 발전에 커다란 역할을 수행해 왔다는 것을 쉽게 알 수 있다. 예컨대 미국의 독립 후 국가조직에 대한 토론에 있어서 Alexander Hamilton을 비롯한 연방주의자들은 실명의 인지에서 발생하는 예단의 피해를 막기 위하여 Federalist Papers를 Publius라는 익명으로 출간하였고, ‘폭풍의 언덕’의 저자 에밀리 브론테는 여성작가들에 대한 편견을 피하기 위해 Acton Bell이라는 필명을 사용하였으

며, 물리에르, 볼테르, 줄라, 트로츠키, 조지 오웰, 벤자민 프랭클린 등도 시대의 편견과 감시를 피하기 위하여 필명을 사용하였다. 우리의 역사에 있어서도 과거 민주화 운동 과정에서 많은 사람들이 익명으로 책을 출판하거나 글을 발표하는 등의 방법으로 권력에 대한 비판을 하여 온 예를 발견할 수 있다. 따라서 표현의 자유는 원칙적으로 허용하고 예외적으로 제한하여야 하며, 제한하는 경우에도 사전적 제한이 아닌 사후적 제한에 그쳐야 한다.

헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 위 규정의 성격에 대하여 헌법재판소는 표현의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 표현의 자유에 대한 제한의 요건을 명시하고 있는 것이라고 실시한 바 있다.²⁾ 위 입장에 의하면 표현의 자유의 제한은 표현행위가 ‘타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해’한 경우이어야 하는데 표현행위가 이에 해당하는지 여부는 표현의 내용을 살핀 후에야 판단 가능하므로, 결국 타인의 권리 침해를 방지하기 위한 표현의 자유의 제한은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사후적 제한에 그쳐야 한다. 위 헌법조항은 언론·출판에 의하여 명예나 권리가 침해당한 자의 배상청구권을 규정하고 있는데, 위 배상청구권이 사후적 권리구제수단이라는 점에 비추어 보면 이는 결국 표현의 자유의 제한은 사후적 제한이 원칙임을 확인하고 있다고 볼 수 있다.

그런데 본인확인제는 주로 타인의 명예를 훼손하거나 모욕 또는 비방하는 글이나 정보의 게시 예방을 목적으로 하면서, 인터넷게시판 이용자에게 표현 행위 이전에 본인확인절차를 거칠 것을 요구하고 이를 거치지 않은 경우에는 표현행위 자체를 할 수 없도록 함으로써 표현의 내용이 실제로 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는지 여부를 불문하고 표현의 자유를 사전에 제한하고 있으므로, 위 헌법규정에 위배된다.

이 사건 결정에서 헌법재판소가 본인확인제의 위헌 근거로 위축효과 발생 가능성을 들고 있는 것도 표현의 자유의 사전적 제한에 따른 부정적 기능을

2) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109, 판례집 21-1하, 545, 560 참조

제시함으로써 표현의 자유에 대하여는 사후적 제한이 원칙임을 간접적으로 표현하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 인터넷과 자율성 보장

인터넷은 동시성, 비대면성, 쌍방향성, 익명성, 전파성, 시간·공간의 무제약성, 평등성 등의 특수성을 가지고 있어서, 현실공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 해체하고, 인종·계층·성·출신민족·나이·지위 등으로부터 자유로운 언론의 수평적 관계, 다극화, 대중화를 이루어 주는 가장 참여적인 공적 광장(public forum) 내지는 표현 촉진적 매체로 기능한다. 인터넷에 허위의 정보 등 불법정보가 게시된다 하더라도 인터넷에서는 정보의 수신자가 정보를 수동적으로 받아들이는 것이 아니라 능동적으로 자신이 필요로 하거나 흥미를 갖는 정보를 선택하고, 피해자를 포함하여 진상을 알고 있는 다른 이용자의 즉각적인 반론과 자유로운 의견교환이 가능하므로 그 과정에서 불법정보의 영향력이 감소하고 피해가 회복될 가능성이 다른 매체에 비하여 높다.

본인확인제는 인터넷에서 불법정보가 생산·유통되는 주된 원인이 인터넷의 익명성이라는 전제 하에 인터넷에 정보를 게시하려는 자는 본인의 신원을 미리 밝히도록 하여 익명성을 제거함으로써 이러한 인터넷의 역기능을 해결하려는 제도이다. 그러나 인터넷에서의 불법정보의 생산·유통이 익명성에 기인하는 것인지에 대하여는 그러한 개연성이 있을 것이라는 우리의 관념만 존재할 뿐 실제로 통계 등을 통하여 명백하게 입증된 바는 없고, 본인확인제 시행 이후에 불법정보의 생산·유통이 의미가 있을 정도로 감소하였다는 증거도 없다. 인터넷은 가치중립적인 의사소통의 도구에 불과하므로 인터넷을 범죄의 도구로 취급하는 것은 적절하지 아니하다. 그러므로 국가가 건전한 인터넷문화를 조성하기 위해서는 표현의 자유에 대한 직접적인 규제보다는 참여자들의 자율에 맡기는 것이 타당하다. 이 사건에서 헌법재판소가 인터넷 상의 불법·유해정보의 규제를 업계의 자율에 맡기고 있는 외국의 입법례를 들고 있는 것도 이러한 입장에 입각한 것이다.

(3) 인터넷 규제의 한계

인터넷은 시간·공간의 무제약성, 동시성으로 인하여 그 접근 및 이용에 국경이나 지역, 국적에 따른 제한을 받지 아니하나, 법률은 그 효력이 당해 국가의 영토에 국한되고 그 적용대상에 있어서도 국적 등에 의한 제한을 받으므로, 법률로 인터넷을 규제한다 하더라도 그 효과는 미미한 반면에 오히려 이러한 효력의 제한으로 인한 역차별 등 예상치 못한 부작용만을 낳을 수 있다.

실제로 방송통신위원회는 SNS가 사적 의사소통수단임을 이유로 본인확인제 적용대상에서 제외하였으나, SNS의 하나인 페이스북의 경우 정보의 공개범위를 일반으로 설정하면 게시내용이 일반인에게 공개되고, 트위터의 경우 게시글이 팔로어(follower)에게 공개되는데 누구나 팔로어(follower)가 될 수 있어서 사실상 게시글을 일반에 공개하는 것과 다름없으므로 그 기능이 있어서는 인터넷게시판과 다를 바 없다. 결국 인터넷게시판에 대한 본인확인제는 국민들로 하여금 정보게시의 수단으로 인터넷게시판보다는 SNS를 선택하도록 함으로써 인터넷게시판 운영자에게 영업상 불리한 제한만을 가하는 결과를 가져온다.

또한, 본인확인제의 적용대상인 정보통신서비스 제공자는 ‘전기통신사업법에 의하여 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 전기통신사업자’뿐만 아니라 ‘영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’까지 포함하는데(정보통신망법 제2조 제1항 제3호), 국외 정보통신서비스 사업자는 비록 전자에 해당하지는 않지만 후자에 해당한다고 할 수 있고, 본인확인제 적용대상 웹사이트 선정기준인 ‘일일 평균 이용자 수’가 반드시 국내에서의 이용자 또는 내국인으로 국한되는 것은 아니므로, 본인확인제를 규정한 법령을 엄격하게 해석하여 적용한다면 국외 정보통신서비스 사업자도 본인확인제의 적용대상에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 방송통신위원회는 국내 법률의 역외적용으로 인한 분쟁의 발생을 염려하여 국외 정보통신서비스 사업자가 운영하는 웹사이트에 대하여는 본인확인제 적용대상으로 공시하지 않고 있다. 그 결과 국내 사업자가 영업범위를 외국으로 확장하는데 제한을 받

지 않을 수 없을 뿐만 아니라 국내에서도 본인확인제의 제한을 받지 아니하는 국의 사업자와 불리한 위치에서 경쟁하여야 하는 역차별의 문제가 발생한다.

헌법재판소도 이러한 점들을 감안하여 ‘우리 법상의 규제가 규범적으로 또는 현실적으로 적용되지 아니하는 통신망이 존재하고 그에 대한 인터넷 이용자의 자유로운 접근이 가능함에도 외국의 입법례에서 찾아보기 힘든 본인확인제를 규정함으로써 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있는바, 결과적으로 당초 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성하고 있다고 보기 어렵다.’고 설시하고 있다. 설시 내용에 ‘국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피’, ‘집행 곤란의 문제를 발생’ 등 입증되지 아니하거나 공익과의 관련성이 약하여 위헌의 논증으로 삼기에는 부적절한 표현이 들어가 있기는 하나, 효력에 한계가 있는 법률로 시간·공간의 제한을 받지 아니하는 인터넷을 규제하는 것이 실효성이 없다는 취지에는 충분히 공감할 수 있다.

나. 개인정보자기결정권

본인확인제에 따라 게시판에 정보를 게시하려는 게시판 이용자는 게시판 운영자에게 이름, 주민등록번호 등 본인확인정보를 제공하여야 하고, 게시판 운영자는 이를 수집·보관하여야 한다. 게시판 이용자가 본인확인정보를 제공하는 것은 본인의 의사에 의한 것이나 위 의사에 본인확인정보를 수집·보관하는 것에 대한 동의까지 포함되어 있다고 볼 수는 없으므로, 게시판 운영자는 인터넷 이용자의 동의 없이 본인확인정보를 수집·보관하게 되는 것이다. 나아가 정보통신망법 제44조의5 제4항은 본인확인정보 수집과정에서 명의가 도용되어 피해가 발생한 경우에도 정보통신서비스 제공자가 선관주의의무를 위반하지 않는 한 그로 인한 손해배상책임을 감면받을 수 있도록 함으로써, 본인확인정보 수집과정에 존재하는 정보통신서비스 제공자의 사업상 위험을 덜어주고 있다.

그런데 위 본인확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보로

서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로,³⁾ 본인확인제는 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 수집, 보관 및 이용에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한한다.

게시판 이용자에게 있어서 본인확인제는 본인의 개인정보가 본인의 의사와 관계없이 수집·보관되어 유출되거나 이용당할 위험에 놓이게 된다는 것을 의미한다. 실제로 전기통신사업법 제83조는 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장이 수사, 형의 집행 또는 국가안정보장에 대한 위협을 방지하기 위한 정보수집을 위하여 인터넷 이용자의 성명, 주소, 전화번호, 아이디 등 개인정보 제출을 요청하면 정보통신서비스 제공자는 이를 제공할 수 있다고 규정하고 있고, 이를 근거로 인터넷게시판 운영자는 수집·보관하는 본인확인정보를 본인의 동의 없이 수사기관 등에게 제공하여 왔는데, 이는 본인확인정보가 원래의 보관목적과 다르게 이용될 수 있고, 범죄정보수집을 빙자하여 특정한 개인에 대한 행동의 감시에 남용될 수도 있음을 보여준다. 또한 최근 인터넷에서 이용자의 개인정보가 광범위하게 유출되는 사고가 발생하였는바, 이는 본인확인제로 인한 개인정보 유출의 위험이 매우 구체적이고 높다는 것을 보여줌과 동시에 위와 같이 누출된 개인정보가 타인에 의하여 이용될 수 있게 됨으로써 본인확인제가 더 이상 본인확인기능을 수행하지는 못한 채 인터넷 이용자에게 예측할 수 없는 피해를 줄 수 있음을 의미한다. 더욱이 이러한 위험성은 당해 정보가 삭제되지 않는 한 무기한 지속된다.

따라서 본인확인제가 게시판 이용자의 개인정보자기결정권을 과도하게 제한한다는 헌법재판소의 결정은 개인정보 유출의 원인 및 현실을 반영한 것으로서 타당하다.

다. 사생활의 비밀과 자유

사생활의 비밀과 자유란, 외부의 자가 자신의 사적인 생활영역을 들여다

3) 헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663, 판례집 22-1하, 323, 333 참조

보거나 공개하는 것을 금지하고, 개개인이 자신만의 삶을 구성하고 이를 자유로이 형성해 나감에 있어 누구로부터의 간섭이나 방해를 받지 않을 자유를 말한다.⁴⁾ 사생활의 비밀과 자유는 개인의 사적인 생활영역을 보호하기 위한 기본권이다.

사생활의 비밀과 자유와 개인정보자기결정권의 관계에 관하여는 개인정보자기결정권이 사생활의 비밀과 자유에 그 근거가 있다는 견해와 개인정보자기결정권은 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 인격권에 그 근거가 있다는 견해로 크게 나눌 수 있다.

헌법재판소는, ‘개인정보자기결정권은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되고, 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.’고 실시한 바 있다.⁵⁾ 위 입장은 개인정보자기결정권이 사생활의 비밀과 자유 이외에도 일반적 인격권에도 근거하고 있다는 태도로서, 개인정보자기결정권의 보호영역이 사생활의 비밀과 자유의 주요 보호대상인 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 한정되지 아니하고 공적 생활에서 형성되는 개인정보나 국가나 제3자와의 관계에서 형성되는 개인의 인격상에 관한 보호까지 포괄한다는 것을 이유로 하고 있다.⁶⁾

위 입장을 분석해 보면 개인정보는 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보와 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 정보로 나눌 수 있고, 그 중 사생활의 비밀과 자유의 보호영역과 겹치는 부분은 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보의 공개에 관한 부분이라고 할 수 있다. 그런데, 본인확인절차에서 인터넷 이용자가 제공하는 이

4) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 621면

5) 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90 참조

6) 김하열, 2003헌마282등 사건 연구보고서 참조

름, 주민등록번호 등은 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보라기보다는 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 정보에 더 가깝다. 따라서 본인확인절차에서 인터넷게시판 이용자가 게시판 운영자에게 제공하는 이름, 주민등록번호 등의 정보는 사생활의 비밀과 자유의 보호영역에 포함된다고 할 수 없으므로, 본인확인제와 사생활의 비밀과 자유는 직접적인 관련이 없다.

그럼에도 불구하고 이 사건에서 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 사생활의 비밀과 자유가 구체화된 기본권으로 보아 개인정보자기결정권의 침해 여부 판단에 사생활의 비밀과 자유 침해 여부에 대한 판단이 포함된다는 취지로 설시하고 있다. 그러나 이는 개인정보자기결정권의 근거에 관한 종전의 선례에 부합하지 아니하고, 개인정보자기결정권 침해 여부 판단이 사생활의 비밀과 자유 침해 여부를 포함하기 위해서는 위 양 기본권의 보호영역이 중첩되어야 하는데, 앞서 본 바와 같이 인터넷게시판 이용자가 제공하는 정보는 사생활의 비밀과 자유의 보호영역에 포함된다고 할 수 없어서 보호영역이 중첩되지도 않는다.

나아가 본인확인제에서 개인정보자기결정권의 제한은 정보통신서비스 제공자가 본인의 동의 없이 본인확인정보를 수집·보관하는 행위에 의하여 발생함에 반하여 사생활의 비밀과 자유가 문제되는 부분은 인터넷 이용자가 본인확인절차에서 자신의 개인정보를 제공하는 행위인데, 이는 본인의 의사에 의하여 제공되는 것이다. 인터넷 이용자는 본인확인절차에서 개인정보를 제공할 지 여부에 대한 선택권을 가지고 있어서 본인확인제에 의하여 개인정보의 공개가 강제된다고 보기는 어렵고, 단지 개인정보 제공 거부를 선택할 경우에 게시판에 정보를 게시할 수 없게 되어 표현의 자유가 침해되는지 여부만이 문제될 뿐이므로, 본인확인제로 인하여 사생활의 비밀과 자유가 제한된다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 결정에서 사생활의 비밀과 자유 부분에 관한 설시의 적절성에 관하여는 논란의 여지가 남는다.

라. 평등권

헌법재판소 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사로 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있고, 위 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에서 침해된 기본권을 특정하여야 한다(헌법재판소법 제75조 제2항). 일반적으로 법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 된 경우에 헌법재판소는 주문에 침해된 기본권을 특정하고 있지는 아니하고 이유 부분에서 이를 특정하여주고 있다.

이 사건 결정에서는 침해된 기본권으로 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 언론의 자유만을 특정하고 있을 뿐 평등권이 침해된 기본권인지를 분명하게 밝히지 않은 채 평등권 침해 여부에 관한 판단이 익명표현의 자유 침해 여부에 관한 판단과 동일하다는 이유로 판단을 생략하였다. 만일 위 결정에서 실시한 바와 같이 평등권 침해 여부가 익명표현의 자유의 침해 여부에 관한 판단과 동일하다면 익명표현의 자유 침해를 인정하는 이상 평등권 침해도 인정되므로 평등권을 침해된 기본권으로 특정하였어야 한다.

그런데 이 사건에서 청구인이 평등권 침해의 이유로 들고 있는 인터넷게시판에 글을 쓰고자 하는 자와 다른 매체에 글을 쓰는 자 사이의 차별이 평등권에서 문제되는 차별취급에 해당하는지에 대하여는 의문이 있다.

법령에 의한 평등권 침해를 인정하기 위해서는 첫째, 법령 적용과 관련하여 상호 배타적인 두 개의 비교집단을 일정한 기준에 따라 구분할 수 있어야 하고, 둘째, 법령의 효과가 한 집단에게만 귀속하여 다른 집단과 사이에 차별이 발생하여야 하며, 셋째, 위 차별취급에 합리적인 이유가 없어야 한다.

그런데 청구인이 본인확인제 적용과 관련하여 비교집단으로 제시하고 있는 인터넷게시판에 글을 쓰는 자와 다른 매체에 글을 쓰는 자가 상호 배타적인 두 개의 비교집단인지에 대하여 이견이 있을 수 있다. 본인확인제는 '게시판 이용자'에 대한 본인확인조치를 요구하고 있으므로, 형식상으로는 게시판 이용자와 다른 매체 이용자가 구분되는 것처럼 보인다.

그러나 글을 쓰고자 하는 사람은 인터넷게시판을 이용할 수도 있고 다른 매체를 이용할 수도 있어서 게시판 이용자가 곧 다른 매체의 이용자일 수도 있으므로, 게시판 이용자와 다른 매체 이용자가 상호 배타적인 비교집단이라

고 할 수는 없을 것이다. 즉 게시판 이용자는 그 범위가 개방되어 있어서 누구나 게시판 이용자가 될 수 있으므로, 인터넷게시판에서의 표현의 자유 제한이 문제될 뿐이지 평등권이 문제될 여지는 없다. 이러한 경우는 자유권을 제한하는 법령에서 주로 발생하는 문제인데, 일정한 요건 하에 자유권을 제한하는 경우에 그 요건에 해당하는 자와 그렇지 아니한 자 사이에 자유권의 제한에 차별이 발생할 수밖에 없다. 그런데 이를 평등권의 문제로 취급할 경우에는 자유권을 제한하는 모든 법령에 대하여 평등권 침해 여부를 다룰 수 있게 되고, 그 결과 자유권 제한의 비례원칙 위배 여부 판단과 평등권에서 차별의 합리성 여부 판단이 사실상 동일하게 되어 자유권과 평등권이 구별되지 않게 되므로 이를 구별하는 우리의 헌법체계에 부합하지 않는다.

자유권을 제한하는 법령을 적용한 결과 그 효과로서 비로소 자유권을 제한받는 집단과 그렇지 아니한 집단으로 나누어지는 경우에 위 양 집단은 평등원칙이 적용되는 비교집단이라고 할 수 없다. 예컨대 야간의 옥외집회를 금지하는 법률의 경우에 집회의 자유 침해 여부가 문제될 뿐 야간에 옥외집회를 하는 자와 주간에 옥외집회를 하는 자 사이의 차별을 이유로 한 평등권 침해 여부가 문제되지 않는다. 모든 국민은 옥외집회를 야간에 할 수도 있고 주간에 할 수도 있어서 야간에 하는 자와 주간에 하는 자가 배타적인 비교집단이라고 할 수 없고, 당해 법률 적용의 효과로서 관념상 나누어지는 집단에 불과하기 때문이다.

따라서 이 사건에서 평등권 침해 주장에 대하여 직접적으로 다루지 않은 점은 아쉬움으로 남는다.

마. 직업수행의 자유

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”고 규정하고 있는데, 여기에는 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’가 포함된다.⁷⁾ 그런데 직업수행의 자유 제한은 개성신장의 길을 처음부터 막는 직업의 선택 그 자체를

7) 헌재 2006. 1. 26. 2005헌마424, 판례집 18-1 상, 48

제한하는 것보다 기본권주체에 대한 침해의 진지성이 적어 핵심적 자유영역에 대한 침해로 볼 것은 아니라는 이유로 그에 대한 제한은 보다 넓게 허용되는 것으로 보고 있다.⁸⁾ 그 결과 직업수행의 자유를 제한함에 있어서는 입법자에게 입법목적 달성을 위한 수단의 선택에 있어서 광범위한 재량권이 부여되어 있다고 보아서, 그 선택이 자의적이고 명백하게 잘못된 경우에 한하여 직업수행의 자유의 침해를 인정하는 경향이 있다.

이 사건에 있어서 본인확인제는 인터넷게시판 운영자에게 본인확인조치에 필요한 시스템 구성 및 유지에 따른 비용을 부담시키는 등 인터넷게시판 운영자의 직업수행의 자유를 제한하고 있으나, 위와 같이 직업수행의 자유 제한에 대한 입법자의 광범위한 재량권을 인정하는 위헌심사기준에 의할 경우에 본인확인제에 의한 직업수행의 자유 제한이 헌법에 위반될 정도로 과도한 제한이라고 판단할 수 있을지에 대하여는 의문이 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 표현의 자유 등 침해를 이유로 본인확인제에 대한 위헌을 선고하는 이상 직업수행의 자유 침해 여부에 대하여는 별도로 판단할 필요가 없다고 보아 판단을 생략하였다.

6. 결정의 의의

주권은 국민에게 있고 모든 권력은 주권자인 국민으로부터 나온다는 헌법상의 민주주의원칙은 국민이 자유롭게 자신의 의사를 표현할 수 있는 표현의 자유를 보장할 때 비로소 실현될 수 있다. 이 사건 결정은 이러한 표현의 자유의 중요성을 확인함과 동시에 정보통신기술의 발전에 따라 빠르게 변화해 가는 사회적 환경에 대하여 과거의 규제 지향적 사고로 대처하는 것은 비록 그 목적이 공익 달성에 있다 하더라도 효과가 없을 뿐만 아니라 부작용만을 낳는 것으로서 부적절하다는 점을 확인해 주었다는 점에서 의미가 있다.

8) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713

변리사법 제8조 등 위헌확인

- 변리사 소송대리권 제한 사건 -

(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마740, 판례집 24-2상, 650)

원 유 민*

【판시사항】

1. 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표의 침해로 인한 손해배상, 침해금지 등의 민사소송(이하 ‘특허침해소송’이라 한다)에서 변리사에게 소송대리를 허용하지 않고 있는 구 변리사법(2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정되고, 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되기 전의 것) 제8조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인들의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 변호사와 변리사를 차별하는 것으로서 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

구 변리사법(2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정되고, 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되기 전의 것)

제8조(소송대리인이 될 자격) 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 모두 특허청에 등록된 변리사들이다. 청구인들은 법원이 이 사건 법률조항 중 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항’ 부분에

* 헌법연구관

특허, 실용신안, 디자인 또는 상표의 침해로 인한 손해배상, 침해금지 등의 민사소송이 포함되지 아니하고, 민사소송법 제87조 중 ‘법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인’ 부분에 ‘이 사건 법률조항에 따라 특허침해소송을 대리하는 변리사’가 포함되지 아니한다고 해석하여 그 결과 청구인들로 하여금 특허침해소송에서 소송대리를 할 수 없게 함으로써 청구인들의 직업의 자유와 평등권 등이 침해되었다고 주장하며, 2010. 12. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장

이 사건 법률조항은 1961년에 제정된 이래 현재까지 특허침해소송에서는 변리사의 소송대리인 자격을 인정하지 않는 것으로 법원에 의해 해석되고 있다. 따라서 위 법률조항에 대한 한정위헌청구는 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적되어 소위 ‘법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정의 위헌성’ 문제가 있는 경우에 해당하여 적법하다.

특허침해소송은 특허전문성과 법률전문성이 병존하는 소송유형인데 특허침해소송에서 특허전문가인 변리사의 소송대리인 자격을 전혀 인정하지 않는다고 이 사건 법률조항을 해석하는 것은, 청구인들의 직업의 자유, 평등권을 침해하며, 특허침해소송 당사자의 변호인의 조력을 받을 권리와 재판청구권을 침해하여 헌법에 위반된다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 변리사라는 자격제도의 형성에 관련된 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유 없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 할 것이다. 특허심판원의 심결 등에 대한 불복사건(이하 ‘심결취소소송’이라 한다)에서는 특허권 등 자체에 관한 전문적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로, 이에 대한 전문가인 변리사가 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다. 그러나 특허침해소송은 고도의 법률지식 및 공정성과 신뢰성이 요구되는 소송으로, 변호사 소송대리원칙(민사소송법 제87조)이 적용되어야 하는 일반 민사소송의 영역이므로, 소송당사자

의 권익을 보호하기 위해 변호사에게만 특허침해소송의 소송대리를 허용하는 것은 그 합리성이 인정되며 입법재량의 범위 내라고 할 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 특허침해소송을 변리사가 예외적으로 소송대리를 할 수 있도록 허용된 범위에 포함시키지 아니한 것은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항이 심결취소소송에서는 변호사 외에도 변리사에게 소송대리를 허용하되, 특허침해소송에서는 변호사에게만 소송대리를 허용한 것은 합리적, 합목적적인 차이에 따른 것으로서 정당하며, 달리 입법자가 형성권을 자의적으로 행사하여 변호사와 비교하여 청구인들을 포함한 변리사를 부당하게 차별한 것이라고 할 수 없으므로, 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

재판관 이동흡의 보충의견

특허침해소송은 특허권 등의 침해 여부를 쟁점으로 하는 소송으로 그 대상물의 발명·고안의 구성요건, 그 신규성이나 진보성 등의 판단 및 첨단기술의 실제과약 없이는 사안의 정확한 판단이 불가능한 전문성이 있는 사건이다. 따라서 입법자로서는 특허침해소송에서 변리사의 법률전문성을 강화하기 위하여 신뢰성이 높은 능력담보조치를 강구한 후에 변호사와 변리사의 공동소송대리를 허용함으로써 소송의 신속화 및 전문화를 도모하고 소송당사자의 권익을 충분히 보호할 수 있도록 입법적 조치를 취하는 방안을 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

【해설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 변리사 소송대리에 관한 규정인 이 사건 법률조항과 비변호사의 소송대리금지 규정인 민사소송법 제87조를 모두 심판대상으로 삼을 것인지 아니면 이 사건 법률조항만으로 한정할 것인지 문제된다. 또한 청구인들은 이 사건 법률조항을 변리사가 특허침해소송을 대리할 수 없는 것으로 해석하는 것은 위헌이라고 주장하는데,

이에 대하여 검토되어야 한다.

다음으로 본안 판단에 있어서는, 변리사가 특허침해소송을 대리할 수 없는 것이 변리사의 직업의 자유를 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이다. 그 밖에 변리사의 소송대리제한이 변호사와 비교하여 변리사의 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

이하에서 이 사건 심판대상에 관한 논의를 살펴본 후, 변리사제도의 개관과 변리사의 소송대리에 관한 입법연혁, 입법취지 및 각국의 입법례를 논하고, 이어서 헌법재판소가 본안에서 어떠한 판단을 하였는지 검토하도록 한다.

2. 심판대상의 한정 여부

가. 이 사건 법률조항과 민사소송법 제87조

청구인들은 이 사건 법률조항인 구 변리사법(2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정되고, 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되기 전의 것) 제8조와 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제87조를 이 사건 심판청구의 대상으로 삼고 있었다. 헌법재판소는 이 사건에서 민사소송법 제87조를 심판대상에서 제외하고, 심판대상을 이 사건 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부로 한정하였다.

이 사건 법률조항과 민사소송법 제87조를 살펴보면, 민사소송법 제87조는 비변호사의 소송대리를 ‘금지’하고 있고, 이 사건 법률조항은 변리사에게 특허 등에 관한 사항에 관하여 ‘예외적으로 허용’하는 구조를 취하고 있다. 변리사에게 특허침해소송의 소송대리를 금지하는 직접적인 규정은 민사소송법 제87조라고 보거나, 두 조항이 서로 연결되어 해석된 결과 청구인들의 기본권을 제한하고 있다고 보아 두 조항 모두를 심판대상으로 삼아야 한다고 볼 여지가 있다.

그러나 헌법재판소는 변리사인 청구인들에게 소송대리인의 자격을 부여할지 여부와 소송대리가 허용되는 소송의 범위는 이 사건 법률조항에 의하여 규율되고, 청구인들의 주장도 비변호사의 소송대리금지 전체를 다투는 것이 아니라 변리사에게 허용되는 소송대리의 범위에서 특허침해소송이 배제된 것을 다투는 취지라는 점을 고려하여, 이 사건 심판대상을 이 사건 법률조항으로 한정하는 것으로 해석된다.

나. 한정위헌청구

이 사건에서 청구인들은 이 사건 법률조항을 변리사가 특허침해소송을 대리할 수 없는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 주장하였다. 이 사건 법률조항 중 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항에 관한 것’의 범위에서 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 대한 침해로 인한 손해배상, 침해금지, 가처분 등 민사소송’을 제외하는 법원의 해석을 심판의 대상으로 삼고 있어 한정위헌청구의 성격을 가지고 있었다. 이에 대하여 헌법재판소는 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 청구로 해석하였다. 즉, 청구인들의 위 주장은 결국 이 사건 법률조항으로 인하여 변리사의 특허침해소송에서의 소송대리가 제한되고 있어 위헌이라는 취지이므로 위 조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 보았고, 이러한 한정위헌청구가 적법한지에 대하여 별도로 판단하지 않았다.

3. 변리사제도의 개관

가. 변리사 자격 요건

변리사법은 다음과 같이 3가지 방법으로 변리사 자격을 취득할 수 있도록 규정하고 있다.

- ① 변리사시험에 합격하여 1년 동안 실무수습을 마친 사람¹⁾
- ② 변호사법에 따른 변호사 자격을 가지고 변리사 등록을 한 사람²⁾
- ③ 특허청에서 7급 이상의 공무원으로서 10년 이상 특허행정사무에 종사한 후 변리사시험의 2차 시험에 합격한 사람 또는 5급 이상의 공무원으로서 5년 이상 특허행정사무에 종사한 후 2차 시험의 일부과목에 합격한 사람³⁾

1) 변리사법 제3조 제1호에 의하면 변리사시험에 합격한 사람은 변리사의 자격이 있으나, 변리사법 제5조 제1항과 제2항에 의하여 특허청장에게 등록을 하려면 등록신청 전에 1년 이상의 실무수습을 마쳐야 한다. 변리사시험에 합격한 자는 대한변리사회 연수원에서 1개월, 국제특허연수원에서 1개월, 특허사무소에서 10개월 등 1년의 수습 기간을 거쳐야 한다. 대한변리사회 홈페이지 <http://www.kpaa.or.kr/> 참조.

2) 변리사법 제3조 제2호.

3) 변리사법 제3조 제3호에 규정되어 있었으나 2000. 1. 28. 삭제되었다. 다만 2000. 1. 28. 법률 제6225호 부칙 제3항에 의하여 2000년 12월 31일 이전에 특허청에서 특허행정사무에 종사한 자에 대하여는 제3조 제1항 제3호의 개정규정에도 불구하고 종

나. 변리사 업무영역

변리업무는 특허·실용신안 등 기술관련 대리업무와 기술과는 다소 거리가 있는 상표·디자인 대리업무로 이루어져 있다. 일부 국가에서는 기술에 관한 특허 등의 출원대리를 상표업무와 구분하여 자격을 부여하기도 하나, 우리나라는 특허 및 상표 업무의 구분 없이 동일한 변리사 자격이 주어지고 있다. 변리사법 제2조에 따르면 다음의 세 가지 영역으로 나누어 볼 수 있다.

(1) 특허청에 대한 대리

변리사의 주된 업무는 특허청에 대한 대리로, ① 특허청에 산업재산권의 출원에서 등록까지의 모든 절차를 대리하는 것과 ② 특허심판원에서 무효심판, 확인심판, 정정심판, 통상실시권 허여의 심판 등 각종 심판사건을 대리하는 것을 말한다.

※ 대리인 유무별 특허·실용신안·디자인·상표 출원건수

구분	2008	2009
대리인	297,698 (79.8%)	290,019 (79.4%)
직접출원	74,999 (20.1%)	74,971 (20.5%)
전체출원	372,697 (100.0%)	364,990 (100.0%)

(2) 법원에 대한 대리

이 사건 법률조항에 의하여 변리사는 특허권 등의 산업재산권에 관하여 소송대리인이 될 수 있다. ① 이에 따라 변리사는 특허심판원의 심결 등에 대한 불복사건인 심결취소소송에서 소송대리를 할 수 있는 것은 분명하다.⁴⁾ 심결취소소송은 특허청 소속의 특허심판원을 거쳐 특허법원을 항소심으로 하고 최종적으로 대법원이 판단한다. ② 행정청인 특허청이 행한 처분에 대하여 취소·무효확인 등을 구하는 행정소송이 있다. 행정소송에서 변리사의 소송대리를 인정한 예도 있고 부정한 예도 있다.⁵⁾ ③ 변리사가 이 사건 법률조

전의 규정을 적용한다는 조항을 두고 있다. 변리사법 제4조의3 참조.

4) 특허법원의 심결취소소송은 합의사건이기 때문에 민사소송법 제88조 제1항에 의한 비변호사 소송대리허가의 예외가 인정되지 않는다.

항에 의하여 권리침해 금지청구권, 권리침해 예방청구권, 권리침해로 인한 손해배상청구권 등에 관한 민사소송인 특허침해소송에서 변리사가 대리할 수 있는지 여부는 논란이 있었다. 보전소송에서는 변리사의 소송대리를 인정한 예가 몇 건 발견되나⁶⁾, 민사본안소송에서는 인정하지 않는 것이 현재의 실무이다(서울고등법원 2010. 11. 4. 선고 2010나33219 판결 참조).

한편, 이 사건 법률조항으로 인하여 특허침해소송에서 소송대리를 할 수 없는 자들은 변리사시험 출신자들과 특허청 출신자들이고, 변호사로서 변리사의 자격이 있는 자들은 이에 해당하지 아니한다.

(3) 감정 등 기타 업무

변리사가 특허청과 법원에 대한 대리 이외에 감정과 기타의 관련된 업무를 할 수 있다.⁷⁾ 기업 등에 대한 산업재산권 자문 또는 관리업무 등이 기타의 관련된 업무에 포함될 것으로 보인다.

4. 이 사건 법률조항의 입법연혁, 입법취지, 입법례

가. 입법연혁

이 사건 법률조항은 1961. 12. 23. 법률 제864호로 변리사법이 제정될 당시 “변리사는 특허, 실용신안, 의장 또는 상표에 관한 사항에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.”로 규정되어, 2004. 12. 31. 법률 제7289호로 개정될 때 ‘의장’이라는 용어를 ‘디자인’으로 변경하였고, 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되어 자구수정이 있었고 법조항의 실질적인 내용은 동일하다.⁸⁾

5) 서울행정법원 2005. 8. 19. 선고 2005구합4304 판결, 서울고등법원 2006. 6. 8. 선고 2005누20087판결 및 서울행정법원 2006. 6. 1. 선고 2006구합2619 판결 참조.

6) 가처분사건의 결정문에서 “소송대리인 변리사 ○○○”로 나타난 예로는 인천지방법원 부천지원 1999. 11. 8. 99카합536 결정, 서울지방법원 의정부지원 1999. 12. 13. 99카합678 결정, 서울지방법원 의정부지원 2000. 2. 17. 99카합847 결정, 서울지방법원 의정부지원 2000. 5. 19. 99카합1207 결정이 있다.

7) 이에 대하여 정상조 교수는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표라고 하는 산업재산권에 관한 고문, 상담, 중재 등의 업무를 수행할 수 있는지, 특허발명실시허여계약 등에 관련된 계약체결을 대리하는 업무도 수행할 수 있는지 의문을 제기하고 있다. 정상조, “변호사와 변리사의 직업적 이해관계”, 법률가의 윤리와 책임, 2003, 355면.

이 사건 법률조항의 입법 의도에 대해서는 다른 해석이 존재한다. 변리사 업계에서는 변리사에게 ‘법원’에서의 ‘소송대리’를 인정하기 위하여 입법된 것이 문언상 명백하다고 주장한다.⁹⁾ 그러나 1961년 변리사법 제정 당시에는 특허소송은 특허심판원을 거친 사건에 대해 대법원에서 서면심판을 하는 것에 불과하였고, 1998년 특허법원 창설 이후에 비로소 변리사가 사실심 법정에서 소송대리인으로 활동할 수 있는지가 문제되기 시작한 것이므로 이 사건 법률조항이 제정될 때에는 변리사에게 대법원에서의 소송대리를 인정하기 위하여 도입된 조항이라고 보는 것이 적합하다.

한편, 1999년 법원행정처와 법무부는 민사소송법 개정안을 내면서 변리사의 소송대리권의 범위를 명확하게 하는 조문을 부칙에 삽입시켰다가 철회한 사실이 있다. 당시 민사소송법 개정안 부칙 제9조는 “변리사는 특허법 제186조 제1항, 실용신안법 제35조, 의장법 제75조, 상표법 제86조 제2항, 종자산업법 제105조가 정하는 사건에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.”고 규정하여 변리사법 제8조에 의한 변리사의 소송대리권을 심결취소소송에 한정하려고 하였다.¹⁰⁾

2006. 11. 6. 특허침해소송에서 변리사의 변호사와의 공동대리를 허용하는 것을 내용으로 하는 변리사법일부개정안이 발의되었으나 2008. 5. 29. 임기만료로 폐기되었다. 18대 국회에서 이종혁의원 등 10인이 2008. 11. 3. 제안한 변리사법일부개정안은 제8조 단서를 신설하여 변리사는 특허 등의 권리에 관한 침해소송의 경우 변호사와 공동으로 소송대리인이 될 수 있도록 규정하고 있었으나 2012. 5. 29. 임기만료로 폐기되었다. 현재 제19대 국회에서도 특허침해소송에서 변리사의 소송대리를 허용하는 법률안이 제안되어 있다.

8) 변리사법(2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정된 것) 제8조(소송대리인이 될 자격) 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 소송대리인이 될 수 있다.

9) 제5대국회 제38회국회 상공위원회회의록 제12호 민의원사무처(1961년 3월 24일), 12-13면을 근거로 삼는다.

10) 2000. 4. 25. 입법예고되었던 민사소송법개정안. 연합뉴스, “변리사, 소송대리권 제한 움직임에 반발”, 2000. 5. 24.자 인터넷 기사 참조.

나. 입법취지

(1) 변호사에 의한 소송대리 원칙

변호사법 제109조 제1호¹¹⁾는 변호사 아닌 자가 소송사건 등을 포함한 법률사무를 취급하는 것을 금지하고 있다. 헌법재판소는 비변호사에 의한 법률사무취급금지규정에 대하여 2000. 4. 27. 선고한 98헌바95 결정(판례집 12-1, 508)에서 청구인의 직업선택의 자유와 평등권을 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 바 있고, 이후에도 동일한 취지로 헌재 2007. 8. 30. 2006헌바96, 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바313, 헌재 2010. 10. 28. 2009헌바4의 세차례 결정에서 합헌 결정이 있었다.

한편, 민사소송법 제87조는 “법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인 외에는 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다.”고 규정하여 변호사에 의한 소송대리를 원칙으로 하는데, 이는 비변호사에 의한 법률사무취급을 금지하는 위 변호사법 규정과 같은 취지에서 제정된 것으로 볼 수 있다.

소송사건이란 법률상의 권리·의무의 발생·변경·소멸에 관한 다툼 또는 의문에 관하여 법원에 소송법상의 재판절차가 계속 중인 사건으로, 소송대리는 소송사건에 관하여 본인을 대신하여 사건을 처리하는 제반 행위를 의미한다(헌재 2000. 4. 27. 98헌바95, 판례집 12-1, 508, 534, 대법원 1996. 4. 26. 선고 95도1244 판결 참조). 즉, 소송대리는 변호사에게 독점되어 있는 법률사무 전반 중에서도 가장 집약적으로 법률전문성이 필요한 업무라고 볼 수 있으므로 원칙적으로 변호사로 하여금 소송대리를 하도록 하고 예외적으로

11) **변호사법 제109조(벌칙)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률 관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자

가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건

나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건

다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건

라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건

마. 그 밖에 일반의 법률사건

‘법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인’에 한하여 소송대리를 할 수 있도록 허용하고 있는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법취지

이 사건 법률조항은 ‘특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항’에 대해서는 변리사도 소송대리인이 될 수 있도록 규정하고 있다. 입법자는 법률 사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 전문적인 법률 지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 소송대리를 포함한 법률사무를 맡기는 변호사제도를 유지하면서, 다른 한편으로 발명가의 권익보호와 산업재산권제도의 발전을 위하여 변리사제도를 마련하여 특허, 실용신안, 의장 또는 상표에 관하여 특허청 또는 법원에 대하여 하여야 할 사항의 대리 및 그 사항에 관한 감정 기타의 사무(변리사법 제1조, 제2조)를 변리사에게 허용하고 있다. 이 사건 법률조항은 특허심판원에서의 심결에 대한 심결취소소송과 같이 특허권·실용신안권·디자인권·상표권의 발생·변경·소멸 및 그 효력범위에 대한 분쟁에 관한 소송에서는 변호사 외에도 기술전문성을 갖춘 변리사에게 소송대리를 허용하여 소송당사자의 권익을 보호하고자 하는 데 그 입법취지가 있다.

다. 입법례

(1) 일 본¹²⁾

일본에서는 전통적으로 특허·실용신안·의장·상표에 관한 심결취소소송에 대해서 소송대리인이 될 수 있었으나,¹³⁾ 특허침해소송에 관해서는 보좌인이 될 수 있을 뿐이었다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 그런데 대부분의 특허침해소송에서 변호사

12) 소은영 헌법연구원 작성, 일본변리사의 소송대리권 참조.

13) 일본 변리사법 제6조(업무)

변리사는 특허법 제178조 제1항, 실용신안법 제47조 제1항, 의장법 제59조 제1항 또는 상표법 제63조 제1항에서 규정하는 소송에 관하여 소송대리인이 될 수 있다.

14) 일본 변리사법 제5조(업무)

① 변리사는 특허, 실용신안, 의장 또는 상표, 국제출원 또는 국제등록출원, 회로 배치 또는 특정부정경쟁에 관한 사항에 대하여, 재판소에서 보좌인으로서 당사자 또는 소송대리인과 함께 출석하여 진술 또는 심문할 수 있다.

가 기술적 사안을 제대로 파악하지 못하여 적절히 대응하지 못함으로 말미암아 심리가 지연되고, 변리사가 직접 법정에서 재판부에 진술하는 것이 재판의 신속화, 충실화에 도움이 된다는 지적이 있었다. 이에 대한 변호사들과 변리사들의 합의에 따라 변리사도 특정침해소송¹⁶⁾에 대하여 일정한 조건 하에 변호사와 공동으로 소송대리를 할 수 있도록 변리사법이 개정되어 2003. 1. 1.부터 시행되고 있다. 변호사와 변리사의 공동소송대리는 공동수임을 전제로 하고 있고, 공동수임의 취지를 실질적으로 관철하고자 소송대리인이 된 변리사가 기일에 출두할 때에는 변호사와 함께 출두해야 하나, 법원이 인정할 때에는 단독으로 출두할 수 있다(변리사법 제6조의2).¹⁷⁾

변리사가 특허침해소송에서 소송대리를 하기 위해서는 일본변리사회가 주관하는 연수과정을 수료하고, 합의제 행정기관인 공업소유권심의회가 주관하는 시험을 보아야 한다. 연수과정은 강의 및 실습방식 교육으로 45시간 이상 실시되고, 특정침해소송에 관한 법령 및 실무, 특정침해소송의 절차 및 서면의 작성, 소송대리인으로서의 윤리 및 기타 특정침해소송에 관하여 필요한 사항을 교육한다. 시험은 특정침해소송에 관한 소송대리인이 되는데 필요한 학식 및 실무능력검정을 위해 논문형으로 시행되고, 시험과목은 민법, 민사소송법, 기타 특정침해소송에 관한 법령 및 실무에 관한 사항이다. 연수

② 이 진술 또는 심문은 당사자 또는 소송대리인이 스스로 한 것으로 간주한다. 다만, 당사자 또는 소송대리인이 동향의 진술을 곧바로 취소하거나 또는 경정할 때에는 그러하지 아니하다.

15) 일본 변리사보좌인은 법원의 허가를 필요로 하지 않는다는 점에서 일본 민사소송법상의 보좌인과 다르다.

16) 일본 변리사법 제2조(정의) 이 법률에서 ‘특정침해소송’이란 특허, 실용신안, 의장, 상표 또는 회로배치에 관한 권리의 침해 또는 특정 부정경쟁에 의한 영업상의 이익의 침해에 관계된 소송을 말한다.

17) 일본 변리사법 제6조의2(업무)

① 변리사는 제15조의2 제1항에 규정한 특정침해소송대리업무시험에 합격하고, 제27조의3 제1항의 규정에 따라 그 취지의 부기를 받은 때는, 특정침해소송에 관하여 변호사가 동일 의뢰인으로부터 수임하고 있는 사건에 한하여 그 소송대리인이 될 수 있다.

② 전항의 규정에 의하여 소송대리인이 된 변리사가 기일에 출석하는 때는 변호사와 함께 출석하지 않으면 안 된다.

③ 전항의 규정에 불구하고 변리사는 재판소가 상당하다고 인정하는 때는 단독으로 출석할 수 있다.

과정과 시험을 마치면 일본변리사회로부터 특정침해소송 대리업무 시험에 합격했다는 취지의 부기(附記)를 수령한 후 특정침해소송에서 변호사와 공동으로 소송대리를 할 수 있다.

(2) 영국¹⁸⁾

영국 변리사는 특허지방법원(Patent County Court)에서 소송수행권과 변론권을 가지고 있고, 일반 1심법원(High Court)에서 특허청의 결정에 불복한 사건에 한하여 소송수행권과 변론권이 있다. 종래 일반 1심법원에서 변리사에게 특허침해소송대리인 자격이 인정되지 않았지만, 2000년에 소송인가증(Litigator Certificate) 제도가 도입되어 변리사도 일반 1심법원(High Court)에서 특허침해소송의 소송대리를 할 수 있게 하였다. 영국 특허변리사협회(CIPA)로부터 소송인가증을 받은 변리사는 사무변호사(Solicitor)와 동등한 자격에서 대리행위를 할 수 있다.¹⁹⁾ 즉, 특허지방법원, 지방법원, 특허법원 및 항소법원에서의 특허, 디자인, 기술정보에 관련되는 저작권, 상표사건 등에 대한 소송수행권이 주어진다. 아울러 지적재산권 소송에 부수되는 가처분 관련 예비심리에서 변론권을 행사할 수도 있다. 특허관련 소송에 관한 한 사무변호사와 동일한 자격이 인정되어 사무변호사와의 공동대리는 필요하지 않으나, 특허법원(Patent Court) 이상의 소송에서는 법정변호사(Barrister)와 공동대리를 하여야 한다.

소송인가증을 받기 위해서는 영국 변리사회(CIPA)가 주관하는 소송교육 과정을 이수하고 6개월 이상 실무수습을 거쳐야 한다. 교육과정은 3년 이상 영국 변리사회에 등록된 특허변리사가 받을 수 있고, 대학 등 외부 교육기관에 위탁하여 실시되고, 소송절차·증거법 등 소송관련 실무지식을 습득할 수 있는 과목으로 구성되어 있다. 그 후 정식 소송자격을 갖는 자의 지도 하에

18) 구대환, “국내의 변리사제도의 비교를 통해 본 현행 변리사제도의 문제점과 개선 방안”, 창작과 권리, 통권50호, 2008, 72-76면; 신운환, “특허침해소송에서 변리사의 소송대리권 문제에 관한 연구: 과학기술 및 산업 발전의 관점에서”, 행정법연구 통권 14호, 2005, 169-171면; 김상일 등, “전문자격사 제도선진화 추진을 위한 변리사 제도 중장기 발전방안 연구”, 2009, 69-72면 참조.

19) The Court and Legal Services Act 1990, Section 27(9)(c), Section 29(2), CIPA Higher Courts Qualification Regulations 2007.

6개월 이상의 실무수습을 거치면 소송인가증을 부여한다.

(3) 미국²⁰⁾

미국에서는 특허변리사(Patent Agent)의 자격과 일반변호사(Attorney)의 자격을 모두 갖춘 자인 특허변호사(Patent Attorney)가 대부분 특허소송을 대리하고 있다. 특허변리사(Patent Agent)는 이공계 대학을 졸업하고 특허청에서 실시하는 변리사시험에 합격한 자로서, 특허청에 대하여 특허에 관한 사항을 대리할 권한이 있으나, 법원에서의 소송대리는 할 수 없다. 일반변호사(Attorney)는 로스쿨을 졸업하고 변호사시험에 합격한 자로 특허와 관련하여 법원에 대하여 소송을 대리할 권한은 가지나, 특허청에 대한 특허업무의 대리는 할 수 없다. 특허변호사(Patent Attorney)는 특허변리사의 자격과 일반변호사의 자격을 함께 갖춘 자로서, 특허청에 대한 특허업무의 대리 및 법원에서의 소송대리 등 지식재산에 관한 모든 법률 서비스를 제공할 수 있다.

(4) 독일²¹⁾

독일에서 변리사는 특허청의 특허등록거절처분에 대해 특허법원에 항소하는 사건과 특허무효심판에 있어 연방특허법원의 판결에 불복하여 연방최고법원에 상고하는 사건을 대리할 수 있다. 또한 이들 사건에 대한 연방특허법원의 판결에 불복하여 연방최고법원에 상고하는 사건을 대리할 수 있다.

특허침해소송에 있어 변리사는 소송당사자의 신청에 따라 변호사처럼 자유롭게 법정에서 진술할 수 있다(변리사법 제4조 제1항).²²⁾ 많은 특허침해소송에서 변호사와 변리사는 한 팀으로 활동하며, 실무적으로 변호사는 법률문제를 취급하고 변리사는 기술문제 취급하고 있다.

20) 구대환, 앞의 논문, 69-72면; 신운환, 앞의 논문, 169면 참조.

21) 구대환, 앞의 논문, 77-79면; 신운환, 앞의 논문, 171-172면; 김상일 등, 위의 자료, 63-64면 참조.

22) 변리사법(PatAnwO) 제4조 제1항 특허법, 실용신안법, 반도체보호법, 상표법, 직무발명에 관한 법, 디자인법 또는 품종보호법에 의하여 보호되는 권리의 분쟁에 있어서 그리고 특허법원의 판결에 이르는 권리분쟁절차에 있어서, 한쪽 당사자의 신청에 의하여 그가 선임한 변리사는 법정에서 진술할 수 있다.

(5) 중국²³⁾

특허침해소송에서 변리사의 소송대리여부에 관하여 관련 법령(專利代理條例 제8조)에 직접적인 규정은 없으나, 실무적으로 특허대리인으로써 소송대리를 인정하고 있다. 중국에서는 소송대리인이 변호사로 한정되어 있지 않고, 소송당사자가 원하는 자를 소송대리인으로 인정하므로 자신의 권리를 가장 잘 대변할 수 있는 대리인을 선임하도록 한다. 실무적으로는 변리사가 단독대리인으로 선임되고 있다고 한다.

(6) 유럽²⁴⁾

유럽 통합 특허법원에 관한 협정은 2013. 2. 19. 유럽연합 각료들로 구성된 경쟁력 이사회에서 24개국 각료들이 서명함으로써 체결되고, 2014. 1. 1. 또는 13번째 회원국의 비준서 또는 가입서 기탁일로부터 4개월 되는 달의 1일 중 늦은 날에 발효할 예정이다. 통합특허법원에 관한 협정에 따르면 당사자는 계약국의 법원에 대리 행위를 할 수 있는 자격이 있는 변호사(lawyer)가 대리하여야 한다. 유럽특허소송인증서(European Patent Litigation Certificate) 등의 적정한 자격을 갖추고 유럽특허조약 제134조에 따라 유럽특허청(European Patent Office)에 대리행위를 할 자격이 있는 유럽변리사(European Patent Attorney)는 변호사를 대신하여 당사자를 대리할 수 있다. 각국의 변리사는 대리인을 보조하여 법원의 심리에 참가하여 변론할 수 있다. 이 경우 절차 규정에 따라 허락을 받아야 한다.²⁵⁾

23) 구대환, 앞의 논문, 79-83면 참조.

24) 안재현, “유럽의 단일특허제도 및 통합 특허소송제도에 관한 고찰”, 지식재산연구 제8권 제2호(2013.6.) 21면 참조.

25) Agreement on a Unified Patent Court 48조.

국가	일본	영국	미국	독일	중국
변리사 자격요건	<ul style="list-style-type: none"> · 변리사시험합격자 · 변호사 · 특허청 심판관 7년 이상 근무자 	<ul style="list-style-type: none"> · 대학졸업 수준 이상의 학력자 또는 자격증을 가지고 있는 자가 변리사 시험 (1차·2차)을 통과하여야 	<ul style="list-style-type: none"> · 특허대리인(Patent Agent) · 이공계대학 졸업+특허청 실시 특허대리인 시험 합격자 · 특허청 4년 이상 근무자 	<ul style="list-style-type: none"> · 이공계대학 졸업 +1년 기술분야 실무경력+2년 변리사 사무소 수습+4월 특허청 수습+8월 특허법원 수습+변리사시험 합격 	<ul style="list-style-type: none"> · 이공계대학 졸업 +하나의 외국어정통+특허법 지식소유+2년 이상과학기술 또는 법률 관련 업무 근무자
변리사의 소송상 업무영역	<ul style="list-style-type: none"> · 심결취소소송 대리 · 법원 진술/심문 · 특허청 이의제기 · 특정침해소송 공동대리 	<ul style="list-style-type: none"> · 소송인가증을 수여 받은 특허변리사는 특허지방법원(PCC)에 특허침해소송의 단독대리 가능 	<ul style="list-style-type: none"> · 특허청 대리 · 법원소송대리 불가 	<ul style="list-style-type: none"> · 각 주 민사법원에 서 진술가능 - 소장기재변리사 법정진술권 · 연방특허법원 소송대리수행권 · 연방대법원 구두심리시 진술가능 	<ul style="list-style-type: none"> · 민사소송/행정소송 · 특허대리업무 · 특허소송대리
소송대리 가능여부	<ul style="list-style-type: none"> · 공동소송대리 가능 	<ul style="list-style-type: none"> · 특허지방법원에서 단독대리 가능하나, 특허법원이상 법정 변호사와 공동대리 	<ul style="list-style-type: none"> · 특허청 대리 · 법원 소송대리 · 특허침해소송은 특허 변호사가 소송 대리 	<ul style="list-style-type: none"> · 변리사 소송참여권 · 구술 변론시 진술권 (소송당사자의 신청에 의하여 법정진술권 가능) 	<ul style="list-style-type: none"> · 변리사 단독 및 변호사 공동소송대리 가능
특정침해 소송 참여자격	<ul style="list-style-type: none"> · 연수과정+시험+부기 · 변리사회 주관 45시간 이상교육이수 · 공업소유권심의회 논문형 시험 · 변리사회시험합격취지부기수령 	<ul style="list-style-type: none"> · 교육+실무수습 · 3년 이상 협회정식 회원으로 협회 주관 소송교육과정 이수 · 6월 이상 실무수습 · 특허변리사협회 소송인가증 부여 	<ul style="list-style-type: none"> · 특허청 대리 · 법원 소송대리 · 특허침해소송은 대부분 변리사(특허 변호사)가 소송 대리 	<ul style="list-style-type: none"> · 변호사강제주의 	<ul style="list-style-type: none"> · 변호사 · 당사자의 근친 · 사회단체 또는 당사자의 근무업체에서 추천한 자 · 인민법원에서 허가한 일반인

5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 직업의 자유 침해 여부

(1) 심사기준

헌법재판소는 전문자격제도의 직업의 자유의 제한에 관하여 입법제량을 인정하고 있다. 전문자격제도를 구체적으로 어떻게 형성할 것인지는 그 직업에 요구되는 전문적인 능력이나 자질, 그 직업에 대한 사회적 수요와 공급 상황 기타 여러 사회·경제적 여건을 종합적으로 고려하여 판단할 사항이기 때문에, 구체적인 자격제도의 형성에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정된다고 보고 있다. 이에 따라 전문자격제도가 헌법에 위반되는지 판단함에 있어서도, 입법자가 합리적인 이유 없이 자의적으로 자격제도의 내용을 규정한 것으로 인정되는 경우에만 그 자격제도가 헌법에 위반된다고

보고 있다(헌재 2010. 2. 25. 2007헌마956, 판례집 22-1상, 329, 340).

헌법재판소는 이 사건에서도 변리사라는 자격제도의 형성에 관련된 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유 없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 판시하며, 완화된 심사기준에 의하여 직업의 자유 침해 여부를 심사하였다.

(2) 다수의견

헌법재판소는 입법자가 변리사제도를 형성하면서 변리사의 업무범위에 특허침해소송의 소송대리를 포함하지 않은 것이 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였고, 그 요지는 다음과 같다.

『이 사건 법률조항은 변리사라는 자격제도의 형성에 관련된 것이므로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되어 그 내용이 합리적인 이유 없이 자의적으로 규정된 경우에만 위헌이라고 할 것이다. 심결취소소송에서는 특허권 등 자체에 관한 전문적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로, 이에 대한 전문가인 변리사가 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다. 그러나 특허침해소송은 고도의 법률지식 및 공정성과 신뢰성이 요구되는 소송으로, 변호사 소송대리원칙(민사소송법 제87조)이 적용되어야 하는 일반 민사소송의 영역이므로, 소송당사자의 권익을 보호하기 위해 변호사에게만 특허침해소송의 소송대리를 허용하는 것은 그 합리성이 인정되며 입법재량의 범위 내라고 할 수 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 특허침해소송을 변리사가 예외적으로 소송대리를 할 수 있도록 허용된 범위에 포함시키지 아니한 것은 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.』

(3) 보충의견

위와 같은 다수의견에 대하여 재판관 이동흡은 보충의견을 밝혔고, 그 요지는 다음과 같다.

『특허침해소송은 특허권 등의 침해 여부를 쟁점으로 하는 소송으로 그 대상물의 발명·고안의 구성요건, 그 신규성이나 진보성 등의 판단 및 첨단 기술의 실제과약 없이는 사안의 정확한 판단이 불가능한 전문성이 있는 사

건이다. 따라서 입법자로서는 특허침해소송에서 변리사의 법률전문성을 강화하기 위하여 신뢰성이 높은 능력담보조치를 강구한 후에 변호사와 변리사의 공동소송대리를 허용함으로써 소송의 신속화 및 전문화를 도모하고 소송당사자의 권익을 충분히 보호할 수 있도록 입법적 조치를 취하는 방안을 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다.』

(4) 해설

(가) 다수의견은 무엇보다 심결취소소송과 특허침해소송의 특성을 상세하게 살펴본 후, 심결취소소송에서 변리사의 소송대리를 허용하고, 특허침해소송에서 변리사의 소송대리를 허용하지 않은 입법자의 판단이 합리적인지 검토하는 방식을 취하고 있다. 심결취소소송에서의 쟁점은 특허권 등의 발생·변경·소멸 및 그 효력범위에 관한 사항이라고 볼 수 있고, 특히 특허권에 대한 심결취소소송에서의 심리사항은 무엇보다 특허법 제29조의 특허요건에 해당하는 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성 등이라는 점에서, 심결취소소송에서는 특허권 등 자체에 관한 전문적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로, 이에 대한 전문가인 변리사가 당사자의 권리의 내용과 범위를 정확하게 이해하고 이를 법관에게 잘 설명하여 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다고 보았다.

(나) 보다 구체적으로 살펴보면, 특허권등의 발생·변경·소멸 및 그 효력범위에 관한 2심에 해당하는 심결취소소송의 심리사항은 무엇보다 특허법 제29조의 특허요건인 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성과 확대된 선출원이다. 특허발생요건으로는 ① 산업상 이용할 수 있는 발명을 하였다는 사실, ② 출원서가 특허법 제42조 제3항 내지 제5항의 요건, 즉 특허출원서에 첨부된 명세서의 기재방법을 구비하고 있는 사실, ③ 1 발명 1 출원이라는 사실, ④ 국내에 주소 또는 영업소를 가지지 아니한 외국인인 때에는 특허법 제5조 제1항 내지 제3항에 따른 특허관리인이 선임되어 있다는 사실, ⑤ 출원인이 발명자가 아닐 때에는 그 발명에 대하여 특허를 받을 권리를 승계한 사실, ⑥ 특허를 받을 권리가 공유인 때에는 다른 공유자 전원과 공동으로 출원한 사실, ⑦ 신규성결여사유가 있는 때에는 이에 대한 예외사유가 존재하

는 사실 등이 있다. 이에 대한 특허장애요건으로는 ⑧ 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공지된 발명이라는 사실, ⑨ 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 공연히 실시된 발명이라는 사실, ⑩ 특허출원 전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 기재된 발명이라는 사실, ⑪ 특허출원 전에 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(당업자)가 위 ⑧ 내지 ⑩ 항에 열거된 발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 발명이라는 사실, ⑫ 특허출원 후 출원공개 또는 등록공고된 선원에 첨부된 원명세서 또는 도면에 기재된 발명 또는 고안과 동일한 발명인 사실, ⑬ 선원발명과 동일한 사실, ⑭ 당해 특허가 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 발명이어서 특허를 받을 수 없는 사실 등이 있다.²⁶⁾ 위와 같은 심리사항 중에서 절차적 요건인 ②항과 다수인의 권리관계에 관한 ④, ⑤, ⑥항을 제외하고는 모두 기술적인 전문성이 요구되는 사항이고, 위 ②, ④, ⑤, ⑥항도 매우 복잡한 법률적 쟁점이라 보기 어렵다. 심결취소소송에서는 기술적 내용의 쟁점이 소송의 핵심이 되므로 기술전문가인 변리사가 당사자의 권리의 내용과 범위를 정확하게 이해하고 이를 법관에게 잘 설명하여 소송당사자의 권익을 도모할 수 있다.

(다) 한편, 특허침해소송에는 손해배상, 침해금지청구, 가처분, 부당이득, 신용회복청구 등이 있다(이하에서는 특허침해를 중심으로 살펴본다). 먼저 특허침해로 인한 손해배상청구소송을 살펴보면 민법 제750조 일반 불법행위와 마찬가지로 ① 특허권 또는 전용실시권의 침해, ② 침해자의 고의 또는 과실, ③ 손해의 발생(적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해), ④ 침해와 손해의 인과관계가 있을 것을 요한다.

우선 ① 특허권의 침해에 관하여, i) 유효한 특허권이 존재할 것, ii) 침해의 혐의를 받는 물건 또는 방법이 특허발명의 보호범위에 해당할 것, iii) 침해의 혐의를 받는 자에게 특허발명의 실시에 관한 정당한 권한이 없을 것, iv) 업으로서 실시하는 행위일 것의 요건이 충족되어야 한다. 특허의 침해의 유형으로는 문언침해²⁷⁾, 균등침해²⁸⁾, 이용침해²⁹⁾, 우회침해³⁰⁾, 간접침해³¹⁾

26) 특허법원 지적재산소송실무연구회, 지적재산소송실무, 100-102면; 사법연수원, 특허법, 2010, 305-307면 참조.

27) 문언침해는 특허청구범위의 문언해석에 의하여 특정된 당해 특허발명의 구성요건

등이 인정되며, 물건을 생산하는 방법의 발명에 관하여 특허가 된 경우 그 물건과 동일한 물건은 그 특허된 방법에 의하여 생산된 것으로 추정된다.³²⁾ ② 특허권의 침해자에게는 과실이 있는 것으로 추정된다.³³⁾ ③ 특허법은 일실이익의 산정과 관련하여 제128조에 특칙을 두어 특허권자등의 입증책임을 완화하는 바, ‘침해품의 판매수량 × 단위수량당 이익액’, ‘침해자의 이익’, ‘통상 받을 수 있는 실시료 상당액’ ‘실제 손해의 초과액’ 등을 손해액으로 청구할 수 있도록 하고 있다.³⁴⁾ 특허권자는 손해배상청구 외에도 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.³⁵⁾ 이에 대한 보전처분으로서 특허권침해의 금지를 구하는 가처분 신청이 가장 신속하고 강력한 구제수단으로 널리 활용되고 있다. 또한 특허권자는 신용회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있으며,³⁶⁾ 민법상의 부당이득반환청구권도 인정된다.³⁷⁾

을 모두 그대로 사용하는 경우에 성립하는 것으로서 원칙적인 침해형태이다.

- 28) 균등침해는 침해대상물이 특허발명의 구성요소의 일부를 등가관계에 있는 다른 구성요소로 변경하여 실시하는 경우에 성립하는 침해형태이다.
- 29) 이용발명은 이용대상이 되는 특허발명의 구성요소를 모두 그대로 가지고 있으면서 여기에 새로운 구성요소를 추가하여 특허성을 취득한 경우로, 이용발명의 실시는 이용대상이 되는 특허발명의 침해로 된다. 특허법 제98조.
- 30) 우회발명은 선행의 특허발명과 본래 그 기술사상을 같이 하는 것이면서 그 보호범위를 벗어나기 위하여 무용의 물질이나 공정을 부가하여 일부러 우회의 길을 선택하고 있을 뿐, 결국 발명으로서의 동일한 결과를 얻는 관계에 있는 것을 말하며, 우회발명은 특허침해로 인정된다.
- 31) 간접침해란 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 실시한 것이 아니고 그 전 단계에 있는 행위를 하였더라도 발명의 모든 구성요소를 가진 물건을 실시하게 될 개연성이 큰 경우로 특허침해로 간주된다. 특허법 제127조.
- 32) 방법의 추정. 특허법 제129조.
- 33) 특허법 제130조, 실용신안법 제30조, 디자인보호법 제65조. 한편 상표법은 상표권을 침해한 자에게 고의가 있는 것으로 추정된다(상표법 제68조). 디자인권의 경우 과실이 추정되나, 비밀디자인으로 설정 등록된 디자인권 또는 전용실시권의 침해의 경우 추정되지 않는다(디자인보호법 제65조).
- 34) 특허법 제128조, 실용신안법 제30조, 상표법 제67조, 디자인보호법 제64조.
- 35) 특허법 제126조, 실용신안법 제30조, 상표법 제65조, 디자인보호법 제62조. 침해금지 청구는 물권의 침해에 준하여 인정되는 것으로 침해자의 고의·과실을 불문한다.
- 36) 특허법 제131조, 실용신안법 제30조, 상표법 제69조. 디자인보호법 제66조.

이와 같이 특허침해소송의 경우 특허출원 또는 심결에 의하여 확정된 권리가 침해되었을 때 그 사법적 구제를 위하여 제기하는 소송으로, 그 심리사항에는 기술적인 전문성이 요구되는 ‘특허권 침해 여부’가 포함되어 있기는 하지만, 이는 특허침해소송에서 요구되는 다양한 민사법적 요건사실의 일부이자 출발점이다. 손해배상의 범위 및 방법, 과실상계 또는 손익상계 여부뿐만 아니라 입증책임, 증거법 등 복잡한 법률적 쟁점에 대한 판단이 함께 이루어져야 한다. 더욱이 일반 불법행위 손해배상청구권인 민법 제750조에 근거하여 손해배상을 청구하되, 특허법등에 침해 방법의 추정, 과실의 추정, 손해액 입증의 특칙과 산업재산권의 각 권리에 특성에 따른 특칙을 두고 있다는 구조를 고려하면 일반 손해배상법리보다 더욱 전문적인 법적 검토가 중요하다. 특허침해금지청구권도 물권의 침해에 준하여 인정되는 권리이므로 물권법 체계를 알아야 침해금지청구권의 위치를 알 수 있다. 따라서 특허침해소송은 일반 민사법에 대한 법체계적 이해가 선행되어야 소송대리를 할 수 있으며, 변리사가 소송대리를 하기에 적합하지 않은 유형의 소송이라고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 보기 어렵다.

(라) 이에 반해, 보충의견은 특허침해소송도 특허권 등의 침해 여부를 쟁점으로 하는 소송으로 그 대상물의 발명·고안의 구성요건, 그 신규성이나 진보성 등의 판단 및 첨단기술의 실제 파악 없이는 사안의 정확한 판단이 불가능한 전문성이 있는 사건이라고 보고 있다. 고도의 전문적 기술·지식과 급변하는 기술수준에의 적응력을 갖춘 전문가인 변리사가 기술부분을 변호사에게 설명하고 이 설명을 들은 변호사가 재판부에 진술하는 것보다 변리사가 직접 법정에서 나와 재판부에 진술하는 것이 재판의 신속화·충실화에 도움이 될 것이라고 보고 있다.

이에 따라 보충의견은 변리사가 특허침해소송에서 변호사와 공동으로 소송대리를 할 수 있도록 규정하는 입법적 개선을 하는 것이 바람직하다고 제안한다. 변호사와 변리사의 공동소송대리를 허용하는 입법이 각자의 전문성

37) 1990. 1. 13. 법률 제3891호 이전의 특허법 제156조 제2항에서는 ‘특허권자는 선의·무과실로 자기의 특허권을 침해한 자에 대하여 이득반환 또는 손해배상을 청구할 수 없다. 다만 그 행위를 금지할 것을 청구할 수 있다’고 규정하여 무과실로 특허권을 침해한 경우 이득반환을 청구할 수 없도록 규정하고 있었으나 삭제되었다.

을 함께 도움받을 수 있어 소송의 원활한 진행과 소송당사자의 권익보호에 더욱 적합한 수단이 될 수 있다고 한다. 우리나라와 유사한 지적재산권에 관한 소송체계를 갖추고 있는 일본에서 변리사법이 개정되어 일정한 연수과정과 시험을 마친 변리사는 특허침해소송에서 변호사와 공동으로 소송대리를 할 수 있게 되었다는 점을 고려하고 있다.

나. 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건에서 특허침해소송에서 변리사에게 소송대리권을 허용하지 않는 것은 변호사와 변리사를 차별하는 것으로서 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장하였으나, 헌법재판소는 이를 받아들이지 않았다.

헌법재판소는 특허침해소송에서 소송대리를 변호사에게만 허용하는 것은 국민의 기본권 보호를 위한 것으로 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다고 보고 있다. 입법자는 법률서비스의 수요와 공급, 법률사무의 성격 등을 종합적으로 고려하여 변호사제도와 다른 별도의 자격제도를 마련하고 법률사무의 일부를 담당하게 할 수 있는바, 발명가의 권익보호와 산업재산권제도의 발전을 위하여 변리사제도를 마련하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관하여 특허청 또는 법원에 대하여 하여야 할 사항의 대리 및 그 사항에 관한 감정 기타의 사무(변리사법 제1조, 제2조)를 변리사에게 허용하고 있다.

이에 따라 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 특허권 등의 발생·변경·소멸 및 그 효력범위에 대한 분쟁에 관한 소송인 심결취소소송에서는 변호사 외에도 기술전문성을 갖춘 변리사에게 소송대리를 허용하되, 보다 복잡하고 다양한 법률적 쟁점이 얽혀있는 특허침해소송에서는 전문적인 법률지식을 갖춘 변호사에게만 소송대리를 허용함으로써 소송당사자의 권익을 보호하려는 취지로서, 이는 합리적, 합목적적인 차이에 따른 것으로서 정당하며, 달리 입법자가 형성권을 자의적으로 행사하여 변호사와 비교하여 청구인들을 포함한 변리사를 부당하게 차별한 것이라고 할 수 없다고 보았다.

한편, 현재 변호사와 비교되는 법조유사직역으로 법무사, 세무사, 공인노무사, 관세사 등이 있으나 각 전문분야에 대하여 소송대리권까지 인정되지는

않는다. 오히려 심결취소소송에서 변리사의 소송대리권을 인정하는 것이 이례적인바, 이는 과거 특허청 항고심판소에서 소송대리를 하던 변리사들에게 특허법원이 설치된 후에도 소송대리권을 계속해서 허용해준 연혁적인 이유가 있기 때문으로 보인다. 따라서 다른 유사법조직역에 비하여도 변리사를 부당하게 차별하는 것으로 보기는 어렵다.

6. 결정의 의의

변리사법 제8조의 해석을 두고 변리사가 특허침해소송을 대리할 수 있는지 여부와 관련하여 변리사단체와 변호사단체는 오랜 기간 동안 이견을 보여 왔는데, 이 사건 결정은 종국적인 사법판단으로써 변리사는 특허침해소송을 대리할 수 없다고 전원일치 의견으로 선언한 데 그 의의가 있다. 이 사건 결정이 선고된 후 대법원도 변리사법 제8조에 의하여 변리사에게 허용되는 소송대리의 범위는 특허심판원의 심결에 대한 심결취소소송으로 한정되고, 현행법상 특허 등의 침해를 청구원인으로 하는 침해금지청구 또는 손해배상청구 등과 같은 민사사건에서 변리사의 소송대리는 허용되지 않는다고 판단하였다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다108104 판결 참조).

한편 보충의견은 소송의 신속화 및 전문화와 소송당사자의 권익의 측면에서 변호사와 변리사의 공동소송대리가 도움이 될 것이라고 입법적 권고를 하고 있어, 특허침해소송의 소송대리에 관하여 새로운 논의가 될 수 있을 것으로 보인다.

공무원연금법 제3조 제1항 제1호 등 위헌소원

- 임용결격 사유가 있는 공무원을 공무원퇴직연금수급권자에서 배제하는 것이 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것인지 여부 -

(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바425, 판례집 24-2상, 490)

곽 원 석*

【판시사항】

1. ‘국가공무원법 제33조 소정의 임용결격사유가 존재함에도 불구하고 공무원으로 임용되어 근무하거나 하였던 자’(이하 ‘임용결격공무원’이라 한다)를 공무원 퇴직연금수급권자에 포함시키지 않는 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제46조 제1항 중 제3조 제1항 제1호 가목 본문의 ‘공무원’ 부분(이하 ‘이 사건 심판대상 조항’이라 한다)이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 심판대상 조항이 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건에서 청구인이 다투는 것은 ‘국가공무원법 제33조 소정의 임용결격사유가 존재함에도 불구하고 공무원으로 임용되어 근무하거나 하였던 자’를 공무원 퇴직연금수급권자에 포함시키지 않는 것의 위헌 여부이므로 이 사건 심판대상은 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제

* 헌법연구관

46조 제1항 중 제3조 제1항 제1호 가목 본문의 ‘공무원’ 부분(이하 ‘이 사건 심판대상 조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 1975. 7. 22. 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받아 1975. 7. 29. 형이 확정되었고, 1979. 6. 1. 초등학교 정교사로 임용되어 근무하다가 2010. 2. 28. 정년퇴직한 후 퇴직연금지급을 청구하였다. 그러나 공무원연금공단은 2010. 3. 9. 청구인에 대하여 임용 당시 공무원임용결격자에 해당한다는 이유로 퇴직연금의 지급을 거부하는 처분을 하면서, ‘공무원임용결격자 및 당연퇴직자의 기여금반환에 관한 지침’에 따라 청구인이 1979. 6.부터 2010. 2.까지 기납부한 기여금 및 공단의 기금운용수익률을 가산한 금액(이하 ‘기여금’이라 한다)만을 지급하였다.

나. 청구인은 서울행정법원에 퇴직연금지급거부처분취소를 구하는 소를 제기하면서(2010구합22559) 위 소송 계속 중에 공무원연금법 제3조 제1항 제1호 및 제46조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2010아2431)을 하였으나 2010. 10. 1. 위 신청이 기각되자 2010. 11. 9. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인의 주장 요지

이 사건 심판대상 조항의 ‘공무원’의 개념을 임용 당시 국가공무원법 제33조 소정의 결격사유가 없는 공무원으로 한정하면서, 청구인처럼 임용 당시 임용 결격 사유가 존재함에도 공무원으로 임용되어 근무하거나 근무하였던 자 및 적법하게 임용된 후 공무원으로 재직 중 국가공무원법 제69조 소정의 당연퇴직 사유가 발생하였음에도 불구하고 퇴직하지 아니하고 사실상 계속 근무하는 자 또는 근무하였던 자를 공무원연금수급권자에서 배제하는 것으로 해석하여 청구인의 공무원퇴직연금수급권을 부정한다면 이는 이 사건 심판대상 조항의 불완전성·불충분성에서 비롯된 것으로서 청구인의 행복추구

권, 재산권, 인간다운 생활을 할 권리 및 평등권 등을 침해하고 있고, 신뢰보호원칙에도 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

공무원은 국민 전체의 봉사자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 하는데 법원이 모든 정황을 고려하여 금고 이상의 형의 집행유예 판결을 하였다면 그 범죄행위가 직무와 직접 관련이 없거나 과실에 의한 것이라 하더라도 공무원의 품위를 손상하는 것으로 당해 공무원에 대한 비난가능성이 결코 적지 아니함을 의미한다고 할 것이고, 위와 같은 처벌로 임용결격사유가 있음에도 이를 간과한 채 임용되어 그 후 사실상 공무원으로서 계속 근무하여 왔다고 하더라도 공무원으로서의 품위손상이나 사회적 비난가능성이 소멸되는 것은 아니라고 할 것이고, 공직에 대한 국민의 신뢰를 손상시키며, 나아가 원활한 공무수행에 어려움을 초래하여 공공의 이익을 해할 우려 또한 적지 않다.

【결정요지】

1. 공무원 퇴직연금수급권은 광범위한 입법형성의 재량이 인정되기 때문에 법정요건을 갖춘 후 발생하는 공무원 퇴직연금수급권만이 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리로서 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권에 포함되는 것이다. 그런데 청구인과 같은 임용결격공무원의 경우 공무원 퇴직연금수급권의 법정요건의 하나인 적법한 공무원이라 할 수 없으므로 이 사건 심판대상 조항에 의하여 청구인의 재산권이 침해될 여지는 없다고 할 것이다.

2. 공직에 대한 국민의 신뢰, 공무원연금제도의 인사행정적 기능 및 공직사회의 질서 유지, 그리고 공무원연금제도의 사회보장적 성격 등을 고려하면 이 사건 심판대상 조항이 임용결격공무원을 배제하고 적법하게 임용된 공무원만을 한정하여 공무원 퇴직연금수급권을 부여하는 것은 그 목적이 정당하고, 이미 납부한 기여금은 임용결격공무원에게 퇴직 시 반환이 되고 임용결격공무원인 청구인이 근로기준법에 따른 퇴직금 상당의 금액을 반환받을 수

있는 법적 구제가능성이 열려 있으며, 임용결격사유가 있음에도 불구하고 공무원으로 임용된 청구인의 신뢰를 보호할 필요성은 크지 않은 반면에 공무원의 고도의 윤리성·도덕성 및 공직사회에 대한 국민의 신뢰, 공무원연금재정문제 등의 공익은 상당히 중요하므로 이 사건 심판대상 조항은 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다.

재판관 이동흡, 재판관 박한철의 보충의견

독일의 경우 공무원의 임용이 무효로 되거나 취소가 되어도 최상급 직무관청이나 동 관청이 지정한 기관이 동의하는 경우 지급된 급여나 연금의 전부나 일부의 반환청구가 배제되고, 미국의 경우에도 임용결격공무원의 연금수급권은 정당한 사유가 인정되는 경우에는 연금의 전부 또는 일부를 지급받을 수 있는 길을 열어놓고 있는바, 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 전부 부정할 것이 아니라 그 신뢰를 인정할 만한 정당한 사유가 인정되는 경우에는 일부 금액 지급의 여지를 보장하는 방향으로 입법에 의하여 개선하는 것이 바람직하다.

재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미의 반대의견

임용결격공무원에게 공무원퇴직연금을 지급한다고 하여 공무원에 대한 국민의 신뢰를 침해하거나 공무원연금재정에 심각한 위협이 된다고 볼 수는 없고, 국가의 임용 과실 책임을 임용결격공무원에게만 모두 전가시키는 것은 부당한 결과를 초래하는 점 등을 고려하면 임용결격공무원에 대하여 공무원퇴직연금수급권의 취득을 금지하는 것은 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하므로 이 사건 심판대상 조항 중 퇴직연금수급권자인 공무원의 범위에서 임용결격공무원이 포함되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

재판관 김종대, 재판관 송두환의 반대의견에 대한 보충의견

퇴직연금수급권은 기여금 부분은 물론 국가가 부담하는 부분까지 포함하여 공무원의 기여로 형성되는 재산권으로 보아야 한다.

공익에 비해 청구인의 신뢰를 보호해 주어야 할 필요성이 더 큰 경우에는 예외적으로 임용행위의 하자가 치유될 수도 있다는 점 등에서 모든 임용결격공무원에 대하여 퇴직연금수급권을 부정하는 것은 부당하며, 특히 청구인 처럼 다른 공무원과 마찬가지로 퇴직연금수급권 취득을 위한 동가치적인 기여를 한 경우에는 퇴직연금수급권을 인정하는 것이 타당하다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인의 재산권인 퇴직연금수급권을 과잉제한하였다는 점에서도 헌법에 위반된다

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 쟁점은 이 사건 심판대상 조항과 관련하여 임용결격공무원을 공무원퇴직연금수급권자에서 배제하는 것으로 해석하는 것이 청구인의 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다. 여기서 이 사건이 한정위헌 청구가 아닌지 의문을 가질 수 있으나, 청구인은 이 사건 심판대상 조항이 불완전·불충분하게 규정되어 있는 ‘부진정입법부작위’라는 이유로 이 사건 심판대상 조항 자체의 위헌성을 다투고 있고, 나아가 법원의 해석이 상당기간 형성·집적되어 심판대상 규정이 구체화된 경우로도 볼 수 있으므로 한정위헌청구의 적법성은 이 사건에서 특별히 문제되는 것으로 보이지 아니한다.¹⁾

본안에서는 공무원퇴직연금수급권의 법적 성격 및 임용결격공무원의 법적 지위를 어떻게 볼 것인가가 중요한 쟁점이 되었고, 이에 따라 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리의 침해 여부에 관한 의견이 나누어졌다.

이하에서는, 이 사건 심판대상 조항과 관련하여 공무원연금제도의 의의

1) 참고로 헌법재판소는 기존 결정에서 한정위헌청구의 적법성을 원칙적으로 부정하면서도, ① 법률조항(법규정) 자체의 불명확성을 다투는 경우, ② 심판대상규정에 대한 일정한 해석이 상당기간에 걸쳐 형성·집적되어 법원의 해석에 의해서 구체화된 심판대상규정이 위헌성을 지닌 경우, ③ 기타 한정위헌의 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우 등에는 예외적으로 심판대상으로 삼아 판단하였다(헌법재판실무제도 제1개정증보판 293면). 한편 헌법재판소는 최근 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정에서 선례를 변경하여 한정위헌청구의 적법성을 원칙적으로 인정하였다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117, 공보 195, 104, 107-109).

및 공무원 퇴직연금수급권의 법적 성격, 임용결격공무원과 관련한 대법원 판례, ‘임용결격공무원 등에 대한 퇴직보상금지급 등에 관한 특례법’의 내용 및 외국의 입법례 등을 살펴보고, 이 사건 심판대상 조항의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 결정에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 공무원연금제도의 의의 및 공무원퇴직연금수급권의 법적 성격

가. 공무원연금제도의 의의

공무원연금제도는 공무원이 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐절과 같은 사회적 위험이 발생한 경우 이에 대하여 사용자인 국가가 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 하는 사회보장제도이고(공무원연금법 제1조), 법기술적으로는 위의 사유가 발생한 때에 국가의 책임 아래 보험기술을 통하여 그 부담을 여러 사람에게 분산시킴으로써 공무원의 구제를 도모하는 사회보험의 일종으로서,²⁾ 법률에 의하여 강제로 시행되는 공적연금이고 보험원리에 사회연대성의 원리를 도입한 사회보장제도의 하나라는 점에서 사보험과는 다른 여러 가지 특징들을 가지고 있다.³⁾ 공무원연금제도는 본래의 기능인 퇴직연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해

2) 사회보험이란 사회연대성의 원리와 민간보험의 원리를 결합한 것으로 이해할 수 있는데, 여기서 사회연대성의 원리란 재분배구조 등을 통하여 경제적·사회적 약자에 대한 법적 보장을 실현하는 것이고, 민간보험의 원리란 인간생활에서 발생하는 위험을 보험이라는 메카니즘을 통하여 분산(risk sharing)시키는 것으로 이해될 수 있으며, 결국 공무원연금제도는 사용자인 국가가 근로자인 공무원의 생활보장을 위하여 보험의 원리와 방식을 도입하여 만든 사회경제제도라고 볼 수 있다.(최재식, “공무원연금제도해설”, 공무원연금공단 9쪽).

3) 공무원연금은 (i) 군인과 선거에 의하여 취임하는 공무원을 제외한 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 모든 공무원은 법률상 당연히 공무원연금에 가입되는 것으로 의제되어 있고(공무원연금법 제3조 제1항 제1호), (ii) 급여의 종류와 내용이 법률로 정해져 있고, 기여금의 액수 및 징수방법도 법률로 정해져 있는 등 보험관계의 내용을 당사자들이 개별적으로 선택할 수 없으며, (iii) 각종 급여에 소요되는 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부담금(같은 법 제65조)과 공무원이 납부하는 기여금(같은 법 제66조)으로 충당되므로 국가가 보험비용의 일부를 부담함으로써 급부와 반대급부 균형의 원칙이 유지되지 못할 뿐만 아니라, (iv) 기여금에 해당하는 금액은 징수의무자가 매월 보수에서 징수하여 공무원연금공단에 납입하도록 하여 보험료납부가 강제성을 띠고 있는 등(같은 법 제67조) 사보험과는 다른 여러 가지 특징들을 가지고 있다.

당하는 공무원 재해보상급여 기타 일반재해에 대한 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며, 아울러 전·현직 공무원을 위한 다양한 후생복지 프로그램도 마련하고 있다. 즉, 공무원연금제도는 공무원이라는 특수한 직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이다.⁴⁾

나. 공무원퇴직연금수급권의 법적 성격

(1) 헌법재판소는 공무원의 퇴직급여수급권은 공무원 개인의 노력이나 금전적인 기여를 통하여 취득되었을 뿐만 아니라 공무원과 그 유족의 생활비를 충당하기 위한 경제적 가치가 있는 권리라는 점을 감안하여 불 때 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가지고 있지만, 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분하게 혼합되어 있으므로 전체적으로 재산권의 보호대상이 되면서도 순수한 재산권만은 아니라는 특성을 가지고 있다고 판시하고 있다(헌재 2005. 10. 27. 2004헌가20, 판례집 17-2, 205, 209). 그리고 공무원퇴직연금 중 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 나머지 부분은 은혜적 급여 또는 사회보장적 급여의 성격이 강한 것이어서 사회보장적 성격에 비추어 불 때 그 지급 정도 내지 감액 여부는 원칙적으로 입법자가 사회정책적인 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 결정할 수 있는 사항이긴 하지만 임금후불적 성격이 강한 기여금 부분에 관하여는 재산권적 보호가 더욱 강조되어야 하므로 입법형성의 여지가 보다 좁다고 판시하여 기여금을 제외한 부분에 대하여는 원칙적으로 입법자의 입법형성권을 폭넓게 인정하는 ‘완화된 심사기준’을 적용하여 왔다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512-513; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌가20, 판례집 17-2, 205, 210 등 참조).

(2) 그런데 최근 헌법재판소는 공무원이 재직 중 금고 이상의 형을 선고

4) 공무원연금법상의 급여는 크게 단기급여와 장기급여로 나누어지는데, 단기급여로는 공무원요양비·공무상요양일시금·재해보조금·사망조위금 등 4종이 있고(공무원연금법 제34조), 장기급여로는 퇴직급여 4종(퇴직연금·퇴직연금일시금·퇴직연금공제일시금·퇴직일시금), 장해급여 2종(장해연금·장해보상금), 유족급여 6종(유족연금·유족연금부가금·유족연금특별부가금·유족연금일시금·유족일시금·유족보상금) 및 퇴직수당 등 13종이 있다(공무원연금법 제42조).

받은 경우 퇴직급여를 감액하도록 규정한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 헌법소원에서 공무원도 근로자라는 인식을 전제로 공무원연금법상의 퇴직급여수급권을 헌법상의 재산권으로 인정하면서 급여의 성격에 따른 구분 없이 그 급여 전체에 대하여 일반 재산권 제한에 따른 과잉금지 심사를 적용하여 헌법불합치 결정을 내린 바 있고(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211),⁵⁾ 그 이후 복무 또는 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 선고받은 군인 또는 사립학교 교직원의 퇴직급여 등의 일부를 감액하도록 규정한 군인연금법 제33조 제1항 제1호 및 사립학교교직원 연금법 제42조 제1항의 각 위헌제청 사건에서도 위 2005헌바33사건 결정을 준용하여 헌법불합치결정을 한 바가 있다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌가1, 판례집 21-2상, 18; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가15, 판례집 22-2상, 16 등).

(3) 한편 헌법재판소는 공무원의 퇴직연금 일부의 지급을 정지할 수 있도록 규정한 공무원연금법 제47조 제2항 등의 위헌확인 헌법소원에서는 다시 공무원퇴직연금수급권은 사회보장수급권으로서의 성격과 재산권으로서의 성격을 함께 가지고 있다고 보는 종래의 견해를 유지하였다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872, 판례집 20-1상, 279, 292-293).

3. 임용결격공무원에 관한 대법원의 판례

가. 대법원은 국가공무원법에 규정되어 있는 공무원임용 결격사유는 공무원으로 임용되기 위한 절대적·소극적 요건이라는 전제하에 공무원임용결격자에 대한 임용행위의 효력은 ‘당연무효’로서 그 후 그 결격사유가 소멸한 후 계속 근무하거나, 임용권자로부터 승진·승급·전보 등 인사발령이 행하여진 경우라도 그 하자가 치유되지 아니한다는 확고한 입장을 취하고 있고(대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결; 대법원 1998. 1. 23. 선고 97누16985 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다61012 판결 등 참조), 이를 전제로 1995. 9. 29. 선고 95누7833판결 등에서 “공무원연금법에 의한 퇴직연금 등은 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하여 근무하다가 퇴직하는 경우에 지급되는 것이고, 당연무효인 임용결격자에 대한 임용행위에 의하여서는 공무원

5) 반대의견에서는 여전히 완화된 심사기준을 적용하고 있다.

의 신분을 취득할 수 없는 것이므로, 임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔고 또 공무원연금제도가 공무원 재직 중의 성실한 복무에 대한 공로보상적 성격과 사회보장적 기능을 가지고 있다고 하더라도, 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법 소정의 퇴직 연금을 청구할 수 없다.”고 판시하고 있다.⁶⁾

나. 한편 대법원은 임용결격공무원의 경우 근로기준법 소정의 퇴직금도 청구할 수 없다는 태도를 가지고 있다(대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결), 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다10350 판결에서 ‘공무원임용행위가 국가 공무원법에 위배되어 당연무효임에도 계속 근무하여 온 경우, 임용 시부터 퇴직 시까지의 근로는 법률상 원인 없이 제공된 부당이득이므로 임금을 목적으로 계속하여 근로를 제공하여 온 퇴직자에 대하여 퇴직급여 중 적어도 근로기준법에 따른 퇴직금에 상당하는 금액은 그가 재직기간 중 제공한 근로에 대한 대가로서 지급되어야 한다.’고 판시하여, 부당이득반환의 법리를 적용하여 퇴직한 임용결격공무원에 대한 금전 보상을 일부 인정해 주고 있다.

4. 임용결격공무원 등에 대한 퇴직보상금지급 등에 관한 특례법

가. 입법배경

(1) 정부는 과거 국제통화기금(IMF) 관리체제 하에서 정부조직의 축소와 공직사회의 구조조정 차원에서 모든 공무원을 대상으로 전과조회를 실시하여, 1998. 3.경부터 임용결격사유가 있는 2,400여명의 공무원에 대하여 그 임용을 취소하거나 당연퇴직을 시켰는데, 이에 대하여 대상 공무원들이 집단적으로 반발하고 여론도 악화되는 등 사회적으로 파문이 커지자 국회는 1999. 8. 31. ‘임용결격공무원 등에 대한 퇴직보상금지급 등에 관한 특례법(이하

6) 특히 대법원은 국가가 공무원임용결격사유가 있는 자에 대하여 결격사유가 있는 자임을 알지 못하고 공무원으로 임용하였다가 사후에 결격사유가 있는 자임을 발견하고 공무원임용행위를 취소하는 것은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 무효였음을 확인시켜주는 행위에 지나지 않으며, 그러한 의미에서 당초의 임용처분을 취소함에 있어서는 신의칙 내지 신뢰보호의 원칙을 적용할 수 없고 또 그러한 의미의 취소권은 시효로 소멸하는 것도 아니라고 판시하여 청구인과 같이 임용결격사유가 있었음에도 국가의 귀책사유 등으로 인하여 공무원인 교사로 임용되어 근무하고 퇴직하는 자의 공무원퇴직연금수급권을 부정하고 있다(대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결).

‘임용결격공무원 특례법’이라 한다)’이라는 한시법을 제정하여 당시 임용취소나 당연퇴직을 당한 공무원들만을 대상으로 그 구제방안을 모색하게 되었다.

(2) 그 이후에도 감사원의 대대적인 신원조회 결과에 따라 2007. 6.경 사실상 공무원으로 장기간 근무하던 많은 사람이 임용무효 또는 당연퇴직사유에 해당된다는 이유로 강제퇴직조치 등을 당하게 되었는데, 이에 따라 국회는 2008. 6. 5. 법률 제9051호로 특례법을 개정하여 다시 한 번 퇴직당한 공무원들을 구제하여 주었다.

나. 내용

(가) 임용결격공무원 특례법의 적용을 받는 공무원은 임용결격공무원⁷⁾ 또는 당연퇴직공무원⁸⁾으로서 1999. 12. 1. 이후부터 이 법 시행 전인 2008. 9. 6. 까지 사실상 근무기간이 종료되고, 사실상 근무기간의 종료 당시 해당 임용결격사유 또는 당연퇴직사유가 해소되거나, 임용결격사유 또는 당연퇴직사유인 형의 집행종료·면제일 또는 징계에 의한 면직처분일로부터 5년이 경과한 사람으로 한정하고 있다(법 제3조⁹⁾).

(나) 국가 또는 지방자치단체는 임용결격·당연퇴직공무원의 사실상의 근무기간에 대하여 공무원연금법 등에 의하여 일시금으로 계산한 퇴직급여와 퇴직수당 또는 퇴직급여가산금을 합산한 금액에서 사실상 근무기간 중 납부한 기여금의 원리금반환액을 공제한 액수에 해당하는 금액을 내용으로 하는 퇴직보상금을 지급하며(법 제4조), 당연퇴직공무원의 경우 그 퇴직급여의 시

7) 임용결격공무원 특례법 제2조 제2호 : “임용결격공무원”이란 공무원으로 임용당시 결격사유에 해당되어 당해임용이 무효(임용결격사유에 해당된 사실로 인하여 임용이 소급하여 취소된 경우를 포함한다)이나 사실상 공무원으로 계속하여 근무한 사람으로서 이 법 시행 전까지 사실상 근무기간이 종료되고 2008년 9월 30일까지 퇴직보상금 지급을 신청한 사람을 말한다.

8) 임용결격공무원 특례법 제2조 제3호 : “당연퇴직공무원”이란 공무원으로 재직중 임용결격사유로 인한 당연퇴직사유가 발생한 이후에도 사실상 공무원으로 계속하여 근무한 사람으로서 이 법 시행전까지 사실상 근무기간이 종료되고 2008년 9월 30일까지 퇴직보상금 지급을 신청한 사람을 말한다.

9) 임용결격공무원 특례법 제정 당시에는 1960. 1. 1.부터 1999. 12. 1. 이전까지 사실상 근무기간이 종료되고, 사실상 근무기간의 종료당시 해당 임용결격사유 또는 당연퇴직사유가 해소되거나 임용결격사유 또는 당연퇴직사유인 형의 집행종료·면제일 또는 징계에 의한 면직처분일로부터 5년이 경과한 시점으로 한정하였다.

효가 도과하였더라도 2008. 9. 30.까지 신청하는 한 시효가 도과된 정상근무 기간에 대한 퇴직 급여와 퇴직수당 또는 퇴직급여가산금을 지급받을 수 있도록 하여(법 제5조) 사실상 임용결격 또는 당연퇴직공무원에게 보상적 차원에서 퇴직(연금)일시금과 퇴직수당을 지급하였다. 다만 특별법 제정 당시에는 임용권자 또는 임용제청권자가 임용결격·당연퇴직 공무원을 특별채용할 수 있는 근거규정을 두었으나(법 제7조), 2008년 개정 당시에는 이를 삭제하여 특별임용은 이루어지지 않았다.

5. 임용결격공무원에 관한 외국의 입법례

가. 독일

(1) 공무원임명의 무효 및 취소 사유

독일 공무원법은 공무원 임명의 무효사유, 취소사유와 그 법적 결과에 대하여 규정하고 있다. 공무원 임명의 무효 사유는 첫째, 일정한 형식을 갖춘 임명장을 교부받지 못한 경우(제13조 제1항 제1호, 제10조 제2항), 둘째, 관할 관청에서 임명을 받지 못한 경우(제13조 제1항 제2호), 셋째, 임명 시 국적요건을 갖추지 못한 경우(제13조 제1항 제3호), 넷째 임명 시 공직수행능력이 없는 경우(제13조 제1항 제3호)이다. 다만 임명장에 형식적으로 들어갈 약 할 문구가 없더라도 임명장 내용으로부터 그 내용을 명백히 알 수 있는 경우(제13조 제2항 제1호), 관할 관청이 임명을 확인한 경우(제13조 제2항 제2호), 국적요건이나 공직수행능력 결여시 연방내무성이 긴요한 직무상의 필요에 의하여 예외를 인정하는 경우(제13조 제2항 제3호) 위와 같은 임명시 하자는 치유될 수 있다.

공무원 임명의 취소 사유는 취소를 하여야 하는 강행사유와 재량사유로 나눌 수 있다. 강행사유로는 첫째, 강요, 기망 또는 뇌물증여로 인하여 임명을 받은 경우(제14조 제1항 제1호), 둘째 임명기관(‘Dienstherr’)이 임명된 자가 전과사실로 인하여 공직임명 자격이 없었다는 것을 알지 못한 경우(제14조 제1항 제2호), 셋째, 국적요건을 갖추지 못하고 이에 대한 치유도 없는 경우(제14조 제1항 제3호)이다. 공무원 임명 취소의 재량사유는 임명기관이 임명된 자가 징계를 받아서 공직을 면하게 되었다거나 연금을 박탈당했다는

것을 알지 못한 경우이다(제14조 제2항).

(2) 절차

공무원 임명 무효사유의 경우 상관(Dienstvorsetze)은 당사자가 더 이상 직무수행을 하지 못하도록 금지하여야 한다(제15조 제1문). 관할 관청에서 임명을 받지 못한 무효사유의 경우 직무수행의 금지는 관할 관청이 임명 확인을 거부한 경우에만 비로소 할 수 있다(제15조 제2문). 국적요건결여로 인한 무효사유의 경우 연방내무성의 예외적 인정이 허가되지 않은 경우에만 직무수행을 금지할 수 있다(제15조 제2문).

공무원 임명 취소사유의 경우도 상관은 당사자가 더 이상 직무수행을 하지 못하도록 금지하여야 한다(제15조 제1문). 최상급관청은 취소사유를 인정한 후 6개월 이내에 하며 해당 공무원에게 취소의 표시를 한다(제14조 제3항).

(3) 법적 효과

(가) 외적 관계

공무원 임명의 흠결은 임명된 자와 제3자(외적관계), 또는 임명기관(내적 관계)과의 법적 관계에 영향을 미친다. 외적관계의 경우 법적 안정성의 이익과 일반의 직무행위의 존속에 대한 신뢰보호를 위하여 임명의 무효나 취소는 직무행위의 효력에 영향을 미치지 않는다.¹⁰⁾ 금지나 취소가 송달되기 전까지 임명된 자가 수행한 직무행위는 공무원이 행한 것과 마찬가지로 효력이 있다(제15조 제3문). 직무행위의 수범자가 임명의 무효나 취소사유를 알았는지 여부는 문제되지 않는다.¹¹⁾

(나) 내적 관계

내적 관계의 경우 공무원법은 급여에 관한 규정만을 두고 있다. 즉 공무원 임용이 무효로 되거나 취소된 경우 지불된 급여는 유지될 수 있다(제15조 제4문). 급여를 전체적으로 유지할 것인지 부분적으로만 유지할 것인지에 대한 재량결정을 함에 있어서 고용주는 무효 또는 취소를 야기한 모든 상황, 임명된

10) F. Wagner, Beamtenrecht, 7. Auflage., Rn. 107.

11) F. Wagner, Beamtenrecht, 7. Auflage., Rn. 107.

자의 경제적 사정, 사실상의 직무수행을 고려하여야 한다.¹²⁾ 통설은 급여 또는 연금의 반환청구의 법적 근거를 공법상 상환청구권(Erstattungsanspruch)¹³⁾에서 찾고, 급여 또는 연금을 과다 지급 받을 경우 그 차액에 대한 상환청구규정(연방공무원급여법 제12조)에서 찾지 않는다.¹⁴⁾

그러나 연방행정재판소는 급여 또는 연금의 반환청구의 법적 근거를 연방공무원급여법 제12조 제2항과 공무원연금법 제52조 제2항에서 찾는다.¹⁵⁾ 동 조항들은 급여나 연금을 과잉 지급한 경우에 정당화되지 않은 부당이득에 관한 민법규정에 따라 반환하여야 한다고 규정하고 있다. 다만 최상급 직무관청이 정당성근거가 있다고 동의하는 경우에 전체 또는 부분적으로 반환청구가 배제될 수 있다고 한다. 연방행정재판소는 임명의 무효나 취소시 공무원에게 연방공무원급여법이나 공무원연금법에 따라 지불했던 급여/연금액은 동법령상의 급여/연금액이라고 한다. 물론 동법률상의 급여/연금액은 무효 또는 취소로 인한 소급적 공무원관계의 소멸로 인하여 한시도 청구될 수 없었던 것이기는 하지만, 급여/연금액의 과잉지불시 반환청구에 관한 규정(연방공무원급여법 제12조 제2항, 공무원연금법 제52조 제2항)에서 중요한 것은 급여나 연금으로서 급부가 지급되었다는 사실 뿐이라고 한다. 또한, 공무원 임용이 무효로 되거나 취소된 경우 지불된 급여는 유지될 수 있다는 연방공무원법규정(제15조 제4문)도 급여로서의 성격을 그대로 유지한다는 전제하에 있다고 한다.

한편 임명기관과 임명된 자의 관계는 사법적인 법률관계가 아니기 때문에, 위와 같은 내적 관계가 ‘사원관계’(Angestelltenverhältnis)나 소위 ‘사실상의 근로관계’(faktisches Arbeitsverhältnis)로 의미전용 될 수 없다. 따라서 통설은 위와 같은 관계를 사실상의 공법적 직무관계(faktisches öffentlich

12) U, Battis, Bundesbeamtenengesetz-Kommentar, § 15, Rn. 3; F. Wagner, Beamtenrecht, 7. Auflage., Rn. 108.

13) 공법상 상환청구권은 행정의 법률적합성의 원칙에 근거하여 인정된다. 예컨대 행정주체는 개인에게 위법하게 지불된 보조금에 대하여 상환을 청구할 수 있고, 개인은 행정주체에 대하여 원래 부담해야 하는 세금액보다 더 많이 낸 경우 그 상환을 청구할 수 있다. 또한 행정주체 상호간에도 성립될 수 있다.

14) U, Battis, Bundesbeamtenengesetz-Kommentar, § 15, Rn. 3

15) Schwegmann/Summer, Bundesbesoldungsgesetz-Kommentar, § 12 Rn. 26.

-rechtliches Dienstverhältnis)라고 한다.¹⁶⁾

(다) 명시된 임용흡결사유가 아닌 경우

한편 예컨대 최저 또는 최고 공무원 임용연령을 준수하지 않은 흡결있는 임용처럼 위의 법률에 규정된 임용흡결사유가 아닌 경우에는 임용의 법적 존속에 대한 신뢰가 보호된다. 즉 임용의 흡결은 있지만 임용의 효력은 유지된다.¹⁷⁾

나. 미국

(1) 미국연방공무원의 연금제도

미국의 연방정부 공무원¹⁸⁾들의 연금에 관하여는 1920년에 제정된 Civil Service Retirement System(CSRS)¹⁹⁾과 1987년에 마련된 Federal Employees Retirement System(FERS)²⁰⁾가 규율하고 있다. 원칙적으로 1983년 12월 31일 이후에 최초로 임용된 연방공무원은 임시직인 경우를 제외하고 FERS의 적용을 받게 되는데,²¹⁾ 자신의 기본급 중 7-8%에 해당하는 기여금과 이에 상응하는 기관 부담금이 적립되어,²²⁾ 퇴직 후 재직기간과 재직기간 중 3년 연속해서 높은 급여를 받은 기간의 평균 기본급을 기초로 산정된 연금을 받게 된다.²³⁾ FERS는 재직기간 5년 이상의 연방공무원에게 연금 수급권을 인

16) F. Wagner, Beamtenrecht, 7. Auflage., Rn. 109.

17) F. Wagner, Beamtenrecht, 7. Auflage., Rn. 109.

18) CCSR의 적용대상인 연방정부 공무원은 5 U.S.C.A. §8331(1)에서, FERS의 적용대상인 연방정부 공무원은 5 U.S.C.A. § 8401(11)에서 정의되는데, 5 U.S.C.A. §2105를 준용하여 대통령, 국회 구성원 등 적법한 임용권자가 연방정부의 업무를 담당하기 위하여 임용하여 임용권자의 감독을 받는 자를 기본적으로 공무원으로 분류한다.

19) 5 U.S.C.A. §8331, et seq.

20) 5 U.S.C.A. §8401, et seq.

21) 5 U.S.C.A. §8402 참조; U.S. Office of Personnel Management, CSRS and FERS Handbook for Personnel and Payroll Office, CO10 Coverage, 24, <http://www.opm.gov/retire/pubs/handbook/CO10.pdf> (2011. 12. 21. 최종방문) (이하 “Handbook”).

22) 5 U.S.C.A. §8422, 8423 참조.

정하는데,²⁴⁾ 기여금 전액을 납부한 기간이 연금 산정의 근거가 되는 재직기간으로 인정되며,²⁵⁾ 급여 지급기록 등에 의하여 재직기간 인증을 받아야 한다.²⁶⁾ 재직기간 중 기여금을 환급받았다면 그 기간은 재직기간에서 제외되며,²⁷⁾ 재직기간 중 뇌물 등 공무 수행과 관련된 범죄로 인하여 유죄판결을 확정 받은 자는 연금수급권을 상실하며 이러한 경우 개인의 기여금은 반환된다.²⁸⁾

(2) 임용결격공무원의 공무원연금지급에 관한 규정

임용결격 사유가 있는 자를 공무원으로 임용한 행위는 절대적 무효로 해석되며, 인정이나 추인이 될 수 없다.²⁹⁾ 그러나 임용결격 사유가 있더라도 상당기간 공무를 수행하여 온 경우 사실상 공무원(officer de facto)로 볼 여지가 있으며,³⁰⁾ 임용에 하자가 있는 것이 추후에 밝혀지더라도 공무원의 권한으로 행사한 행위는 효력을 가지는 것으로 해석할 수 있다.³¹⁾ 한편, 정부기관의 연금정책은 계약 조항 범위 내에서 계약 권리를 발생시키며, 이러한 계약 권리에 대한 입법에 의한 변경은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다.³²⁾

임용이 적법하지 않은 공무원의 연금수급권은 연방규칙에서 인정하는 연

23) 5 U.S.C.A. §8415, 8339; Handbook, CO50 Computation of Annuity, 33, <http://www.opm.gov/retire/pubs/handbook/CO50.pdf> (2011. 12. 21. 최종방문).

24) 5 U.S.C.A. §8410.

25) 5 U.S.C.A. §8411.

26) Handbook CO20 Creditable Civilian Service 67, <http://www.opm.gov/retire/pubs/handbook/CO20.pdf>.

27) 5 U.S.C.A. §8411(f).

28) 5 U.S.C.A. §8411(l).

29) 67 C.J.S. Officers §25.

30) 67 C.J.S. Officers §343.

31) *Ryder v. U.S.*, 515 U.S. 177, 180 (1995); *Nguyen v. U.S.*, 539 U.S. 69, 77 (2003).

32) 16A C.J.S. Constitutional Law § 466.

방 인사관리처(U.S. Office of Personnel Management, 이하 “OPM”)의 재량권(variation)³³⁾에 의하여 해결하고 있다.³⁴⁾ 적법하지 않은 임용과 관련된 재량권은 두 종류가 있는데, (i) 임용이 적법하지 않았으나 그 뒤에 적법한 임용을 한 경우 최초의 적법하지 않은 임용부터 재직기간을 인정해주기 위한 재량권과 (ii) 임용이 적법하지 않았으며 그 하자가 치유되지 않아 임용이 계속 적법하지 않은 경우 고용을 유지하고 사실상 근무기간을 재직기간으로 인정하기 위한 재량권이 있다.³⁵⁾

그러나 임용이 적법하지 않은 경우 고용기관은 가능한 경우 적법한 임용을 시도하여야 하며, OPM에 의한 재량권은 최후의 수단이 되어야 한다. 적법한 임용이 되지 않은 경우 해당 기관은 고용을 유지하기 위한 조치를 취하게 되나, 이 경우 재량권이 시행된 날부터 재직기간이 인정되며, 이전의 재직기간은 인정되지 않는다. 다만 당사자가 과거 어느 시점에 해당 직무의 지원자 중 상위 3순위 안에 들어가는 경우 그 시점부터 재직기간이 인정된다.³⁶⁾

6. 이 사건 심판대상 조항의 위헌 여부

가. 쟁점의 정리

(1) 청구인은 이 사건 헌법소원에서 (i) 임용결격공무원 및 (ii) 적법하게 임용된 후 공무원으로 재직 중 국가공무원법 소정의 당연 퇴직 사유가 발생하였음에도 불구하고 퇴직하지 아니하고 사실상 계속 근무하는 자 또는 근무하였던 자를 공무원 퇴직연금수급권자에서 배제하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하였으나, 청구인은 원래 임용결격 사유가 있었음에도 불구하고 교육공무원인 초등학교 교사로 임용되어 30여 년을 근무하다가 정년퇴직을 할 당시에 공무원퇴직연금지급이 거부되었고 이와 관련한 위헌성을 다투고 있

33) 5 C.F.R. 5.1.

34) OPM, Variations to Staffing Regulation, <http://www.opm.gov/employ/var/wrk.asp> (2011. 12. 21. 최종방문).

35) Id.

36) Id. 잘못된 임용으로 인한 재량권 행사 사례는 다음 웹페이지 참조. <http://www.opm.gov/employ/var/ERRAPPT.HTM> (2011. 12. 21. 최종방문).

으므로 관련 재판관의 전원일치 의견으로 이 사건에서는 임용결격공무원을 이 사건 심판대상 조항에 따른 공무원 퇴직연금수급권자로부터 배제하는 것에 한정하여 심판하였다.

(2) 한편, 기본권 경합의 경우에는 기본권 침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져보아야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 336-337). 청구인은 이 사건에서 이 사건 심판대상 조항으로 인하여 청구인의 재산권, 평등권, 인간다운 생활을 할 권리, 행복추구권 및 신뢰보호의 원칙 등이 침해되었다고 주장하였으나, 이 사건 심판대상 조항은 임용결격공무원을 공무원 퇴직연금수급권에서 배제하는 것으로서 자유권을 제한하는 것이 아니므로 행복추구권이 제한될 여지는 없고, 신뢰보호의 원칙 및 평등권 역시 이 사건 심판대상 조항과 관련이 없어 문제 삼지 아니하였다. 결국, 이 사건 심판대상 조항과 관련하여 핵심적인 쟁점은 임용결격공무원에 대하여 공무원퇴직연금수급권을 부정하는 것이 청구인의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부라고 보았다.

나. 재산권 침해 여부

(1) 공법상의 권리와 재산권

헌법재판소는 공법상의 권리가 헌법 제23조에 따른 재산권 보장의 보호를 받기 위해서는 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하고(사적유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당되는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기 기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 하는 요건을 모두 충족하여야 한다고 판시한 바 있다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 949 참조). 이와 관련하여 임용결격공무원과 관련하여 공법상 권리인 퇴직연금수급권의 법정요건이 충족되고 있는지 여부가 문제 되었다.

(2) 판단 및 해설

(가) 다수의견은 아래와 같이 이 사건 심판대상 조항이 청구인의 재산권을 침해하지 아니한다고 판단하였다.

『공무원퇴직연금수급권이 비록 재산권으로 인정된다 하여도 입법자는 국가의 재정상황, 국민 전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회·경제적인 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있는 광범위한 입법형성의 재량이 인정되기 때문에 법률에 의하여 비로소 인정되는 권리라고 할 수 있고(헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93, 판례집 15-2상, 319, 363; 헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872, 판례집 20-1상, 279, 296 등 참조), 법정요건을 갖춘 후 발생하는 공무원 퇴직연금수급권만이 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리로서 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권에 포함되는 것이다. 그런데 청구인과 같은 임용결격공무원의 경우 그 임용행위가 당연무효이므로 공무원퇴직연금수급권의 법정요건의 하나인 적법한 공무원이라 할 수 없다. 따라서 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 청구인은 공무원 퇴직연금수급권을 취득할 수 없으므로, 이 사건 심판대상 조항에 의하여 청구인의 재산권이 침해될 여지는 없다고 할 것이다.』

(나) 위와 같이 다수의견은 공무원퇴직연금수급권은 법률에 의하여 형성되는 공법상의 권리임을 전제로 하면서, 임용결격공무원의 임용행위는 당연무효이므로 임용결격공무원은 공무원퇴직연금수급권의 법정요건인 적법한 공무원이라 할 수 없고, 따라서 임용결격공무원이 공무원퇴직연금수급권에 관하여 가지는 이익은 공법상 권리가 아닌 단순한 기대이익에 불과하다는 이유로 재산권 침해 문제는 발생할 여지가 없다고 판단하였다. 이는 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 부정한 대법원의 판례와 같은 입장에서 판단하고 있는 것으로 보인다.

(다) 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 김종대, 재판관 송두환은 이 사건 심판대상 조항이 아래와 같은 이유로 재산권을 침해한다는 반대의견을 개진하였다.

『헌법재판소는 공무원 퇴직연금수급권의 재원 중 일부는 공무원이 납부한 기여금에 의하여 마련되므로 임금후불적 성격이 강하여 재산권적 보호가

더욱 강조되어야 한다고 보면서, 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 나머지 부분은 은혜적 급여 또는 사회보장적 급여의 성격이 강하다고 판시한 바 있다(헌재 2005. 10. 27. 2004헌가20, 판례집 17-2, 205, 210 등 참조).

그러나 공무원의 퇴직연금의 재원 중 일정 부분을 국가나 지방자치단체가 부담하는 것은 국가에 대하여 장기간 근로를 제공한 공무원에 대한 노후보장이라는 측면에서 단순히 은혜적 급여·사회보장적 급여라고 볼 수 없다. 즉, 퇴직연금수급권 전부가 기여금 및 근로 제공이라는 수급권자의 기여를 기초로 한 것이라고 보아야 할 것이다. 이는 다른 사기업과 근로자의 관계에서 퇴직금을 후불적 임금으로 보는 것(대법원 1969. 1. 21. 선고 68다2130 판결)과 마찬가지로이다. 따라서 퇴직연금수급권은 기여금 부분은 물론 국가가 부담하는 부분까지 포함하여 공무원의 기여로 형성되는 재산권으로 보아야 한다.

앞서 반대의견에서 본 바대로 퇴직연금수급권은 근로의 기간 동안 재원을 적립하여 은퇴 이후의 생활을 보장하고 인간다운 생활을 할 권리의 기초가 되므로 그 제한은 다른 재산권에 비하여 한층 더 엄격하고 신중하게 하여야 할 것이다.

위와 같이 공무원 퇴직연금수급권을 헌법에서 보호되는 재산권으로 본다면 청구인과 같은 임용결격 공무원을 공무원 퇴직연금수급권자의 범위에서 제외시키는 것이 재산권을 과잉제한하는 것이 아닌지 살펴본다.

(1) 임용결격사유가 있는 자에 대한 임용행위는 당연무효이므로 임용결격자는 공무원신분을 취득할 수 없고, 따라서 공무원연금법상 퇴직연금을 청구할 수 없다는 것이 대법원의 입장이다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95누7833 판결). 우선 나는 다음과 같은 이유에서 대법원 판결에 동의할 수 없다.

(가) 공무원의 임용 당시 임용결격기간 중 잔여기간 등을 고려하지 않고 모든 임용결격자에 대한 임용행위를 당연무효로 보고 임용되어 공무원으로 근무한 기간 동안의 모든 법률관계의 효력을 소급무효라 하는 것은 문제가 있다 할 것이다. 또한 임용행위는 행정청의 단독행위로서 임용대상자의 행위가 개입하지 않는다는 특수성을 가지므로, 임용대상자가 임용부적격자인지 여부를 검증하는 것은 행정청의 책임이며, 임용부적격자를 공무원으로 임용

한 것은 행정청의 과실에 기인한 측면이 크다. 따라서 임용결격자를 공무원으로 임용한 것이 임용대상자의 적극적인 기망에 의한 것이 아닌 이상 이를 철회의 대상으로 보는 것은 별론으로 하고 당연무효로 보아 소급실효시키는 어렵다 할 것이다.

(나) 한편 수익적 행정처분을 철회·취소하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 철회 등의 사유가 있다고 하더라도 그 철회권 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다고 할 것인데(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결 참조), 청구인은 임용 당시에는 임용결격자에 해당하였으나 이로부터 30년 이상을 공무원으로 평온히 근무하여 정년퇴직까지 한 점, 임용행위라는 일종의 수익적 처분의 존속을 신뢰한 개인적 권익도 보호되어야 하는 점, 임용취소로 인한 공익에 비하여 개인의 신뢰보호, 법적 안정이 더욱 큰 점 등에 비추어 청구인에 대한 임용처분의 철회 등은 제한된다고 보아야 한다.

(다) 또 임용결격자에 대한 공무원 임용을 무효사유로 보더라도, 청구인과 같이 임용결격사유가 경미하고, 임용결격해소기간이 얼마 남지 않은 상황에서 국가의 시책에 의하여 조기 임용되는 등 청구인의 신뢰를 보호해 주어야 할 필요성이 더 큰 경우에는 예외적으로 그 하자가 치유된다고 볼 여지도 있다 할 것이다.

(2) 대법원 판결과 같이 임용결격자의 임용을 당연무효로 보더라도 그것과 임용결격공무원에 대한 퇴직연금수급권의 인정 여부는 달리 보아야 한다.

국가공무원법상 임용결격사유나 당연퇴직사유를 둔 목적은 공무원의 직무수행에 대한 국민의 신뢰 유지, 공무원 직무의 정상적인 운영을 확보하고 공직사회의 질서를 유지하고자 하는 것인데 이것은 이미 퇴직한 임용결격공무원에게 퇴직연금수급권을 인정할 것인지 여부와는 관련이 없다.

즉 임용결격공무원에게 퇴직연금수급권을 인정할 것인지 여부는 ‘공무원

및 그 유족의 생활안정과 복리 향상에 이바지'하고자 하는 공무원연금법의 목적(제1조)만을 바탕으로 판단하여야 할 것이다.

임용결격자에 대한 공무원 임용이 무효가 된다 하더라도, 임용결격공무원이 퇴직시까지 실제로 제공한 공무제공까지 모두 없었던 것이 되는 것은 아니다.

즉, 임용결격공무원 역시 결격사유가 없는 다른 공무원과 동일하게 공무를 수행하고, 보수를 지급받고, 퇴직연금수급을 위하여 기여금을 납부하여 왔다.

따라서 청구인과 같은 임용결격공무원도 20년 이상 기여금을 납부하고 국가에 대하여 공무를 수행하였다는 점에 있어서는 다른 공무원과 마찬가지로 퇴직연금수급권 취득을 위한 동가치적인 기여를 하였으므로 퇴직연금수급권을 인정함이 상당하다.

(3) 그러므로 임용결격공무원을 퇴직연금수급권자에서 배제하는 이 사건 심판대상 조항은 청구인의 주요한 재산권인 퇴직연금수급권을 과잉제한하여 헌법에 위반된다.』

(라) 이처럼 반대의견은 공무원퇴직연금수급권은 그 자체가 공무원이 납부하는 기여금 뿐만 아니라 공무원 자신의 노동에 대한 대가로 이루어지는 재산권으로 보아야 하기 때문에 임용결격공무원이 사실상 공무원으로 일하면서 기여금을 납부하고, 정년퇴직을 하였다면 임용결격공무원의 공무원퇴직연금수급권은 재산권의 보호대상이 된다고 판시하였다. 그리고 공무원 지위의 적법성과 공무원퇴직연금수급권을 분리하여 바라보면서 비록 임용행위에 하자가 있지만 오랜 기간 사실상 공무원으로 근무해 온 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 인정하여 구체적 타당성을 중시하고 있다.

다. 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부

(1) 이 사건 심판대상 조항이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부에 대하여 재산권의 경우처럼 다수의견인 합헌론과 반대의견인 위헌론으로 나누어졌는데, 그 내용은 아래와 같다.

(2) 합헌론

(가) 다수의견은 아래와 같은 이유로 이 사건 심판대상 조항이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다고 판시하였다.

『1) 공무원연금법상의 연금수급권과 같은 사회보장수급권은 헌법 제34조의 규정으로부터 도출되는 사회적 기본권의 하나이며, 따라서 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고, 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 연금수급권과 같은 사회적 기본권을 법률로 형성함에 있어 입법자는 광범위한 입법형성의 자유를 누린다. 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지의 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있고, 그 결정이 현저히 자의적이거나, 사회적 기본권의 최소한도의 내용마저 보장하지 않는 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 것이다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 512-514).

2) 공무원은 국민 전체의 봉사자라는 특수한 지위에 있는 자로서 일반 근로자와는 다르고, 그 직무의 공공성에 따른 고도의 윤리성·도덕성을 요구하며, 공직에 대한 국민의 신뢰가 무엇보다도 중요하다고 할 것이다. 나아가 공무원의 사기진작과 근무의욕의 고취라는 공무원연금제도의 인사행정적 기능 및 공직사회질서의 유지 그리고 공무원연금제도의 사회보장적 성격 등을 고려하면, 임용결격공무원을 배제하고 적법하게 임용된 공무원만을 한정하여 공무원 퇴직연금수급권을 부여하는 것은 그 목적이 정당하다.

임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 부정한다 하더라도 이미 납부한 기여금은 퇴직 시 반환되는 것이고, 앞서 본 바와 같이 청구인이 사용자인 관할 교육감을 상대로 민법상의 부당이득반환청구를 하게 되면 근로기준법에 따른 퇴직금에 상당하는 금액을 반환받을 수 있는 법적 구제가능성이 별도로 열려 있다.

청구인은 비록 공무원이라 믿고서 장기간 근무하였지만 임용 당시에 이미 임용결격사유가 존재하여 적법하게 공무원으로 임용될 수 없음에도 불구하고 공무원으로 임용된 것이므로, 국가의 임용행위가 적법한 것임을 전제로 성립하는 퇴직연금수급권 취득에 대한 청구인의 신뢰는 보호의 필요성이 크

지 않은 반면에, 공무원의 고도의 윤리성·도덕성 및 공직사회의 기강확립, 공직에 대한 국민의 신뢰 제고, 해마다 악화되는 공무원연금의 재정문제 등이 사건 심판대상 조항을 통해 이루고자 하는 공익은 상당히 중요하다.

3) 위와 같은 내용을 종합하여 볼 때, 이 사건 심판대상 조항이 공직에 대한 국민의 신뢰, 공무원연금제도의 기능과 사회보장적 성격, 별도의 법적 구제수단의 존재, 공무원연금의 재정상황 등을 고려하여 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 부정하는 것은 나름 그 합리성이 인정되며, 그 입법형성의 한계를 일탈하여 최소한의 보장마저 외면함으로써 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것이라고 할 수 없다.』

(나) 한편, 재판관 이동흙, 재판관 박한철은 다수의견에 찬성하면서도, 아래와 같이 외국의 입법례를 참조하여 입법개선을 촉구하는 보충의견을 개진하였다.

『 독일의 경우 공무원의 임용이 무효로 되거나 취소가 되어도 최상급 직 무관청이나 동 관청이 지정한 기관이 동의하는 경우 지급된 급여나 연금의 전부나 일부의 반환청구가 배제될 수 있다고 규정하여(연방공무원급여법 제 12조 제2항, 공무원연금법 제52조 제2항) 임용결격공무원의 연금을 일정부분 보장해주고 있고, 미국의 경우에도 비록 임용결격사유가 있더라도 임용권자의 잘못된 임용행위에 의하여 임용되어 개인에게 불필요한 고통을 주는 예외적 상황이 발생한 경우 그러한 임용결격공무원의 연금수급권은 연방인사관리처(U.S. Office of Personnel Management)의 ‘재량권(variation)’에 의하여 보장하는 등 임용결격공무원이라 하더라도 연금의 지급을 전적으로 부정하는 것이 아니라, 정당한 사유가 인정되는 경우에는 연금의 전부 또는 일부를 지급받을 수 있는 길을 열어놓고 있는바, 이는 우리에게 시사하는 바가 크다.

따라서, 이 사건 심판대상조항과 관련하여 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 전부 부정할 것이 아니라 그 신뢰를 인정할 만한 정당한 사유가 인정되는 경우에는 임용결격공무원의 퇴직연금을 일부 감액하여 지급할 수 있도록 입법에 의하여 개선하는 것이 바람직하다. 』

(3) 위헌론

이에 대하여, 재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 이정미는 아래와 같은 반대의견을 개진하였다.³⁷⁾

『(가) 근로의 기간 동안 재원을 적립하여 은퇴 이후의 생활을 보장하는 퇴직연금의 특성상 퇴직연금수급권은 인간다운 생활을 할 권리의 기초가 되며, 퇴직연금수급권의 취득을 위하여는 장기간의 근로를 요하므로 한 사람의 일생에서 퇴직연금수급권을 두 번 이상 취득하는 것은 사실상 불가능하여 연금수급권의 상실 또는 취득제한은 다른 재산권으로의 대체 및 회복이 곤란하다는 점을 고려하면 퇴직연금수급권의 제한은 엄격하고 신중하게 하여야 할 것이다.

다수의견은 공무원이 국민전체의 봉사자이며, 그 직무의 공공성에 따라 고도의 윤리·도덕성이 요구되고, 공직에 대한 국민의 신뢰 및 공무원연금제도의 사회보장적 성격 등을 고려하면 공무원 퇴직연금수급권자의 범위에서 임용결격공무원을 배제하는 것이 정당하다고 보았다.

그런데 헌법재판소는 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여를 감액하여 지급하도록 규정한 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호의 위헌여부에 대하여 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은 공무원의 재산권을 침해하고 평등원칙에 위반된다는 이유로 헌법불합치 결정을 선고하였으며(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33), 이에 따라 개정된 공무원연금법 제64조 제1항 제1호는 재직 중의 사유이더라도 직무와 관련이 없는 과실로 범죄한 경우 및 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 범죄한 경우는 퇴직급여를 감액하지 못하도록 규정하고 있다.

이 사건의 경우, 국가공무원법 제33조에서 정하는 임용결격사유 중 청구인이 해당하는 제3호의 내용을 보면 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자’이며, 공무원 임용 전에 저지른 범죄를 이유로 한다. 즉, 청구인과 같이 공무원 임용결격사유에 해당하

37) 특히 재판관 이정미는 이 사건 심판대상 조항이 재산권을 침해하지 아니하지만, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하여 헌법에 위반되는 것으로 보고 있다.

는 자들은 ‘공무원 임용 전’에 생긴 사유로 인하여 연금수급권의 ‘전부’를 박탈당하게 된다. 반면 위 2005헌바33 사건에서 문제되었던 청구인들의 경우는 공무원으로 ‘재직 중’에 생긴 사유로 인하여 연금수급권의 ‘일부’만을 감액당하고, 현행 공무원연금법에 의하면 사유에 따라 감액당하지 아니할 수도 있다.

공무원의 임용결격사유를 둔 이유와 공무원으로 재직 중 금고 이상의 형을 선고 받은 때에 당연퇴직 및 연금감액을 하도록 한 이유는 모두 ‘공무원으로서의 품위손상 및 사회적 비난가능성’에 있으며, 공무원 임용전의 사유보다는 공무원 재직 중의 사유가 품위손상 및 사회적 비난가능성의 측면에서 훨씬 무겁다고 할 것이다. 그런데 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 선고받은 공무원에 대한 연금 감액 조항에 대하여는 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 선고하였음에도 불구하고 이 사건에서 합헌결정을 선고한다면 이 사건 청구인과 같이 공무원 임용 전에 금고 이상의 형을 선고받은 경우가 공무원 재직 중에 금고 이상의 형을 선고받은 경우보다 더욱 가혹하게 된다 할 것이다.

(나) 특히 공무원연금법상 퇴직연금수급권을 취득하기 위해서는 20년 이상 재직할 것을 요하는데(제46조 제1항), 임용결격사유가 경미하거나 임용결격해소기간이 얼마 남지 않은 상태에서 국가의 신원조회를 거쳐서 공무원으로 임용되어 20년 이상 성실히 근무했던 자에게 공무원퇴직연금을 지급한다고 하여 공무원에 대한 국민의 신뢰에 심각하게 부정적인 영향을 끼친다고 보기는 어렵고, 더 나아가 임용결격공무원에 해당하여 퇴직연금을 지급받지 못한 공무원의 수는 현재 소수에 불과하고, 또한 전산시스템의 발전 등으로 앞으로는 신원조회를 통해 공무원임용결격자가 충분히 걸러질 수 있어 청구인과 같은 임용결격공무원의 숫자는 매우 미미한 수준에 그칠 것으로 예측되는바, 이들에게 퇴직연금을 지급하는 규정을 신설한다 하더라도 공무원연금재정에 커다란 위협이 되는 것도 아닌 반면에, 적법하게 임용된 공무원이라 믿고서 성실히 근무하여 왔음에도 불구하고 퇴직연금수급권이 인정되지 아니함으로써 침해되는 개인의 신뢰 이익 등은 더 크다고 할 수 있다.

(다) 공무원 임용행위의 특수성도 고려해 보아야 한다. 임용행위는 행정청

의 단독행위로서 임용대상자의 행위가 개입하지 않는다. 따라서 임용대상자가 임용결격자인지 여부를 검증하는 것은 국가의 책임이며, 국가는 이를 검증할 수단도 가지고 있다. 즉 임용결격자를 임용한 것에는 이러한 검증 수단을 가지고 있음에도 검증을 소홀히 한 국가의 과실이 개입한 것이다.

그런데 임용결격공무원에 대하여 공무원 퇴직연금수급권 자체를 전적으로 부정하는 것은 국가의 임용행위를 신뢰하여 재직기간 동안 성실하게 근무한 임용결격공무원의 근로의 가치를 완전히 무시한 채 사용자인 국가의 임용과실 책임을 근로자인 공무원에게만 모두 전가시키는 부당한 결과를 초래하게 된다.

그리고 임용당시 임용결격사유를 해소하기 위한 잔여기간이 어느 정도였는지, 임용결격사유에 해당하게 된 범죄행위의 종류와 내용 등을 고려하지 아니하고 모든 임용결격 공무원을 공무원 퇴직연금수급권자의 범위에서 배제하는 것도 현저히 불합리하다. 특히 이 사건 청구인의 경우 국가의 교사조기임용시책에 의하여 원래 임용예정일보다 일찍 교사로 임용되는 바람에 임용결격사유 해소를 위한 기간이 약 두 달 남짓 남았는데도 임용되었던바, 이는 이 사건 심판대상 조항의 불합리성을 단적으로 보여주고 있다.

(라) 한편 대법원은 청구인과 같은 임용결격공무원이 제기한 부당이득반환청구소송에서 국가가 근로기준법상의 퇴직금 상당액만큼을 부당이득금으로 반환하도록 판시한 바 있다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다10350 판결). 그런데 위 대법원 판결은 청구인과 같은 임용결격자에 대한 임용행위는 당연무효로 보고, 공무원신분의 취득도 인정하지 않으면서도 ‘근로’의 사실은 인정하고, 그 근로의 가치는 ‘임용적격자인 공무원이 같은 업무에 같은 기간 근무할 경우 지급받게 될 근로의 대가 상당액으로서 임용적격자와 같은 수준의 월 급여뿐만 아니라 퇴직급여 중 근로에 대한 대가로서 지급되는 부분도 포함된다’고 실시한 후 근로기준법상의 (최소한의) 퇴직금상당액만을 부당이득금으로 인정해주고 있다.

본래 공무원연금법은 공무원의 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상 등에 대하여 적절한 급여를 지급함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 이바지함을 목적으로 하는 것이며(제1조), 공무원연금법상의 여러 급

여 중 퇴직급여(제42조 제1호)는 근로기준법 및 근로자퇴직급여보장법상의 퇴직금에 대응하는 것으로 볼 수 있다. 이와 더불어 앞서 본 바와 같이 연금수급권의 후불적 임금으로서의 성격에 비추어 보면 청구인과 같은 임용결격 공무원에게 인정될 부당이득반환청구권의 범위는 근로기준법상 퇴직금 상당액만이 아니라 공무원연금법상 퇴직연금(일시금) 상당액에 미치고, 그렇다면 이를 일시금으로 뿐만 아니라 연금의 형태로 지급을 청구할 권리도 인정된다고 보아야 할 것이다.

공무원연금법상 퇴직연금과 퇴직연금일시금은 수급권자의 요건이 다르지 아니하고, 다만 퇴직시 수급권자가 일시금의 형태로 지급받거나 연금개시 연령 이후 사망시까지 연금의 형태로 지급받는 지급형식의 차이만 인정되는 동가치적인 급여이다. 그렇다면 대법원의 이러한 태도는 결국 임용결격 공무원에게 퇴직연금일시금 상당액의 금원을 부당이득금이라는 명목을 내세워 애둘러 지급하도록 하면서, 퇴직연금일시금과 수급요건의 측면에서 아무런 차이가 없는 퇴직연금의 형태로 지급하는 것은 허용하지 않는 것이어서 납득하기 어렵다.

(마) 또한 위 5. 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 보충의견에서 실시한 바와 같이 독일과 미국의 경우에도 공무원의 임용이 무효로 되거나 취소되어도 일정한 경우 연금의 전부나 일부를 보장하여 주고 있어, 임용결격공무원이라 하더라도 퇴직연금수급권을 전적으로 배제하고 있지는 않은 것을 보더라도, 공무원 임용행위의 유효와 퇴직연금수급권의 인정 여부가 논리적으로 반드시 직결되는 것은 아님을 알 수 있다.

(바) 위와 같은 이유로 임용결격공무원에 대하여 공무원퇴직연금수급권의 취득을 금지하는 것은 청구인의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

그렇다면, 이 사건 심판대상 조항 중 퇴직연금수급권자인 공무원의 범위에서 임용결격공무원이 포함되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 봄이 상당하므로 우리는 다수의견에 반대하여 한정위헌의견을 밝히는 바이다.』

(4) 해설

다수의견은, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 심사기준으로 ‘최소금지 원칙’을 적용하는 것을 전제로, 공직에 대한 국민의 신뢰라는 중대한 공익, 공무원연금의 사회보장적 성격, 청구인은 별도의 부당이득반환의 소를 청구하여 근로기준법상의 퇴직금 상당액을 보전받을 수 있는 점, 임용결격공무원은 적법한 공무원이 아니라는 점 등을 고려하여 이 사건 심판대상 조항이 임용결격공무원의 공무원퇴직연금수급권을 배제하여도 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다고 판단하였고, 다만 재판관 이동흡, 재판관 박한철은 보충의견을 따로 설시하여 외국의 입법례와 같이 임용결격공무원의 신뢰를 보호해 주어야 할 예외적 사유가 있는 경우에는 공무원퇴직연금수급권을 인정하도록 입법개선을 촉구하였다.

반면 반대의견은, 공무원퇴직연금수급권의 제한은 엄격하고 신중한 기준에 의하여야 한다고 하면서, 공무원이 재직 중 사유로 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여를 감액하여 지급하도록 규정한 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대하여 헌법불합치결정을 한 선례(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33)와의 비교 및 임용결격공무원의 신뢰보호 필요성, 공무원퇴직금의 임금후불적 성격, 외국의 입법례 등을 근거로 이 사건 심판대상 조항이 모든 임용결격공무원에 대하여 공무원퇴직연금수급권을 배제하는 것은 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것이라고 보았다.

이처럼 인간다운 생활을 할 권리에서도 재산권과 마찬가지로 공무원퇴직연금수급권의 법적 성격 및 임용결격공무원의 법적 지위에 관한 의견의 기본적인 차이가 위헌성 판단에 영향을 미친 것으로 볼 수 있다.

7. 결정의 의의

(1) 앞서 본 바와 같이, 헌법재판소는 그동안 공무원퇴직연금수급권의 법적 성격에 관하여 공무원이 납부한 기여금 부분은 재산권의 성격을 가지나 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부분은 사회보장적 성격을 가진다는 태도를 유지하여 왔다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503,

512-513; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌가20, 판례집 17-2, 205, 210 등 참조). 그러나 한편으로, 헌법재판소는 공무원퇴직연금의 일부나 전부를 박탈하는 조항에 대해서는 공무원퇴직연금수급권을 재산권으로 보아서 과잉금지심사를 한 바가 있는데(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211), 이 결정에서도 공무원퇴직연금수급권의 법적 성격에 대한 헌법재판소의 태도를 바꾼 것인지는 명확히 실시하지 아니하였다. 이 사건 결정 중 다수의견은 종전의 헌법재판소 기존 선례에 따라 공무원퇴직연금수급권에 관하여 공무원의 기여금을 제외한 부분에 대해서는 사회보장적 성격을 가지는 공법상의 권리로 보아서 재산권의 침해를 부인한 반면에, 반대의견은 공무원퇴직연금수급권은 공무원이 부담하는 기여금 부분뿐만 아니라 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부분도 공무원의 근로제공의 대가로서 이루어진 것이기 때문에 공무원퇴직연금수급권 전체가 재산권의 대상이 된다고 명확하게 실시함으로써 앞으로 공무원퇴직연금수급권에 관한 헌법재판소 태도의 변화 가능성을 제시하고 있는 점에 그 의미가 있다.

(2) 임용결격공무원에 관한 법적 지위와 관련하여 대법원은 임용결격공무원에 대한 임용 행위는 당연 무효가 된다는 이유로 임용결격사유와 상관없이 모든 임용결격공무원의 공무원퇴직연금수급권을 부인하여 왔다. 그러나 이러한 대법원의 태도에 대하여 ① 임용결격사유의 중대성 등을 고려하지 아니한 채 모든 임용결격공무원에 대한 임용행위를 중대하고 명백한 하자로 보아서 당연무효로 보는 것은 구체적 타당성을 결여한 것으로서 문제가 있다는 비판,³⁸⁾ ② 임용결격공무원의 임용행위 자체를 소급하여 당연무효로 보는 것은 임용결격공무원이 재직기간 중 행한 모든 업무행위가 무자격자가 행한 행위가 되어 무효가 된다는 이상한 결론에 이르게 된다는 비판,³⁹⁾ ③ 임

38) 김성수, “일반행정법”, 법문사 2007, 329쪽; 홍준형, “임용결격자에 대한 공무원임용행위의 효력”, 행정법연구 1998, 177쪽 등.

39) 이와 관련해서 ‘사실상의 공무원 이론’을 도입하여 이들 공무원이 제3자에게 행하는 유효하다고 보는 견해도 있으나, 사용자인 국가의 임용행위를 당연무효라고 하면서 제3자와의 관계에서는 유효한 공무원으로 보는 것은 논리적인 모순을 피할 수 없거나(송희호, “임용결격공무원 및 당연퇴직공무원의 권리구제”, 재판실무연구 1999, 395-396쪽), 결격자에 대한 임용과 그에 의하여 이루어진 현실적인 근무관계를 부정할 수 없기 때문에 어쩔 수 없이 나온 이론으로서 사실관계를 있는 그대로 인정하지 않고 무언가 논리조작에 의하여 현실을 우회적으로 회피하

용처분이라는 행정행위의 존속을 신뢰한 개인의 입장을 전혀 고려하지 않은 채 지나치게 행정의 법률적합성원칙에 비중을 두는 균형 감각이 상실된 판단이라는 비판⁴⁰⁾ 등이 제기되었다. 이 사건 결정에서 다수의견은 대법원과 입장을 같이하면서, 공직에 대한 국민의 신뢰 및 별도의 구제수단의 존재 등을 고려하여 임용결격공무원의 퇴직연금수급권을 인정하지 아니하여도 헌법상 기본권이 침해되지 아니한다고 판단한 반면에(다만 입법개선을 촉구한 보충의견이 있었던 점은 눈여겨 볼만하다), 반대의견은 대법원의 태도를 비판하는 입장에서 구체적 타당성을 중시하여 임용결격사유가 경미하고 국가의 과실로 임용이 되어 사실상 공무원으로 정년까지 근무하면서 기여금을 납부해 온 임용결격공무원의 경우에는 그 신뢰를 보호하기 위하여 공무원퇴직연금수급권을 원칙적으로 인정해주어야 한다는 입장을 설시한 점에 그 의의가 있다고 할 것이다.

러는 태도라는 비판이 있다(윤형한, “임용결격과 퇴직급여”, 행정판례연구 398쪽).

40) 김성수, 앞의 논문, 330쪽.

법원조직법 부칙 제1조 등 위헌확인

- 법조경력에 관한 경과조치규정이 신뢰보호원칙에 반하는지 여부 -
(헌재 2012. 11. 29. 2011헌마786, 2012헌마188(병합), 판례집 24-2하, 214)

임 성 희*

【관사사항】

1. 2013. 1. 1.부터 관사임용자격에 일정 기간 법조경력을 요구하는 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호로 개정된 것) 부칙 제1조 단서 중 제42조 제2항에 관한 부분 및 제2조(이하 ‘이 사건 심판대상 조항’이라 한다)가 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)
2. 이 사건 법원조직법 개정 전에 사법연수원에 입소했다는 사실만으로 청구인들에게 영구히 개정법을 적용할 수 없는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호) 부칙 제1조 단서 중 제42조 제2항에 관한 부분 및 제2조(이하 ‘이 사건 심판대상 조항’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 2011헌마786 사건

청구인들은 사법시험에 합격한 후 사법연수원에 입소하여 2013. 1. 1. 이후에 사법연수원을 수료할 예정인 사람들인바, 청구인들이 사법연수원에 입소할 당시의 법원조직법에 의하면 사법연수원의 소정 과정을 마치면 바로 관사임용자격을 취득할 수 있었으나, 2011. 7. 18. 법원조직법이 개정되어

* 헌법연구관

2013. 1. 1.부터는 사법연수원의 소정 과정을 마치더라도 바로 판사임용자격을 취득할 수 없고 일정 기간 이상의 법조경력을 갖추어야 판사로 임용될 수 있게 되었다(이하 ‘이 사건 법원조직법 개정’). 이에 청구인들은 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호) 부칙 제1조 단서 중 ‘제42조 제2항의 개정규정은 2013년 1월 1일부터 시행한다.’ 부분 및 제2조가 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 2011. 12. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 2012헌마188 사건

청구인은 사법시험에 합격하고 2010. 3. 2. 사법연수원에 입소하여 연수 중 같은 해 6. 7. 공익근무요원으로 소집되어 2년간 복무 후 복직하여 2013. 1. 1. 이후에 사법연수원을 수료할 예정인 사람인바, 청구인이 사법연수원에 입소할 당시의 법원조직법에 의하면 사법연수원의 소정 과정을 마치면 바로 판사임용자격을 취득할 수 있었으나, 이 사건 법원조직법 개정으로 2013. 1. 1.부터는 사법연수원의 소정 과정을 마치더라도 판사로 즉시임용될 수 없게 되었다. 이에 청구인은 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호) 부칙 제1조 단서 중 ‘제42조 제2항의 개정규정은 2013년 1월 1일부터 시행한다.’ 부분 및 제2조가 청구인의 평등권, 공무담임권, 헌법 제39조 제2항의 병역의무 이행으로 불이익을 받지 않을 권리 등을 침해한다고 주장하면서 2012. 2. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 판사임용자격에 관한 법원조직법 규정은 이 사건 법원조직법 개정에 이르기까지 지난 40여 년 동안 큰 변화 없이 유지되어 왔고, 그동안 판사임용자격을 취득할 수 있는 유일한 방법은 사법시험에 합격하여 사법연수원을 수료하는 과정뿐이었다는 점에 비추어 보면, 국가는 입법행위를 통하여 사법시험에 합격한 후 사법연수원을 수료하는 자는 판사임용자격을 취득할 수 있다는 신뢰의 근거를 제공하였다고 보아야 한다.

청구인들은 위와 같은 신뢰를 바탕으로 수년간 상당한 노력과 시간을 들

인 끝에 사법시험에 합격한 후 사법연수원에 입소하여 법원조직법 제72조에 정한 별정직 공무원인 사법연수생의 지위까지 획득한 것이므로, 청구인들의 경우 사법연수원 수료로써 판사임용자격을 취득할 수 있으리라는 것에 대한 신뢰이익은 보호가치가 있다고 할 것이고, 이처럼 국가가 입법행위를 통하여 신뢰의 근거를 제공함으로써 형성된 신뢰이익이 장차 어떠한 법률의 개정을 추진하겠다는 사법부의 입장표명만으로 소멸된다고 볼 수는 없다.

이 사건에서 청구인들의 신뢰이익에 대비되는 공익은 판사의 임용자격을 강화하여 충분한 사회적 경험과 연륜을 갖춘 판사가 재판할 수 있도록 하는 것인바, 이러한 공익이 중대하고 장기적 관점에서 필요한 것이라 하더라도, 이 사건 심판대상 조항을 이 사건 법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게도 반드시 시급히 적용해야 할 정도로 긴급하다고는 보기 어렵고, 종전 규정의 적용을 받게 된 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수원 2년차들과 개정 규정의 적용을 받게 된 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수원 1년차들인 청구인들 사이에 위 공익의 실현 관점에서 이들을 달리 볼 만한 합리적인 이유를 찾기도 어렵다.

따라서 이 사건 심판대상 조항이 개정법 제42조 제2항의 시행일을 2013. 1. 1.로 하여 법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게 적용되도록 하면서 이들에 대한 경과조치로 부칙 제2조만을 규정한 것은 청구인들의 신뢰보호에 미흡한 것으로 신뢰보호원칙에 반한다고 할 것이다.

2. 다만, 청구인들의 종전 규정에 대한 신뢰보호를 어느 범위까지 할 것인지에 대하여 살피건대, 판사임용자격과 같이 일정한 전문분야에 관한 자격제도의 형성에 관해서는 입법부가 형성의 자유를 가진다고 볼 것이고, 이미 사법연수원을 수료한 사람 중에서 개정법에 따라 일정 기간의 재직연수를 충족하여야만 판사로 임용될 수 있는 사람과의 형평에 비추어 볼 때, 이 사건 법원조직법 개정 전에 사법연수원에 입소했다는 사실만으로 청구인들에게 영구히 개정법을 적용할 수 없다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 사람들의 신뢰보호 차원에서 통상 그들에게 예정된 사법연수원 수료시점에 적어도 한번은 사법연수원 입소 당시의 신뢰대로 종전 규정과 같은 판사

즉시임용의 기회를 부여해야 하는바, 이 사건 심판대상 조항은 이에 어긋나는 한도 내에서 신뢰보호원칙에 반하는 것이라 할 것이다.

결국, 이 사건 심판대상 조항은 이 사건 법원조직법 개정 시점인 2011. 7. 18. 당시에 이미 사법연수원에 입소하여 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 자가 사법연수원을 수료하는 해의 판사 임용에 지원하는 경우에 적용되는 한 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원의 반대이견

판사즉시임용제도는 법조인력 자원이 부족한 상황을 고려한 입법자의 선택이었을 뿐이고, 사법시험 합격자 수가 증원되어 사법연수원 수료자 중 매우 낮은 비율의 사람만 판사로 임용되는 최근 10여 년 사이의 사정 변경까지 고려하면, 청구인들이 판사즉시임용제도에 관하여 가지고 있었던 신뢰는 국가의 입법행위를 통하여 제공된 것이 아니라 반사적으로 부여된 기회에 청구인들 스스로 형성한 것으로 보아야 한다.

이 사건 법원조직법 개정 경위를 살펴보다라도 판사임용자격에 관한 규정의 개정은 최소한 10년의 공론화 과정을 거쳤고, 헌법 제101조 제3항에 따른 판사임용자격에 관한 폭넓은 입법형성의 자유까지 종합하여 보면, 청구인들이 사법연수원에 입소할 무렵에는 판사임용자격이 일정 기간 법조경력을 요구하는 것으로 변경될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었고 청구인들이 가지고 있었던 신뢰의 보호가치가 크다고 볼 수 없다.

또한 청구인들은 판사 이외의 다른 직업을 갖는 데는 제한이 없고 판사임용자격을 갖추기 위하여 3년의 법조경력이 요구될 뿐이므로, 이 사건 심판대상 조항으로 말미암아 청구인들이 입는 불이익은 그다지 크지 않은 반면, 법조경력을 갖춘 판사들이 재판업무를 담당하여 국민의 기본권 보호를 강화하고 사법에 대한 국민의 신뢰를 높이는 것은 매우 중대한 공익이므로, 결국 청구인들의 신뢰이익 침해 정도가 이 사건 심판대상 조항이 달성하려는 공익에 비하여 크다고는 도저히 볼 수 없다.

【해 설】

1. 이 사건 법원조직법 개정 경과와 이 사건의 쟁점

가. 판사임용자격에 관한 법원조직법 규정의 연혁

1949. 9. 26. 법률 제51호로 제정된 법원조직법은 ‘사법관시보로 1년 이상 소정 과목을 수습하고 성규(成規)의 고시에 합격한 자’ 등을 지방법원판사의 자격으로 규정하였고(제35조), 1962. 4. 3. 법률 제1043호 개정으로 사법대학원이 설치됨에 따라 고등고시 사법과에 합격한 자가 법관이 되려면 사법대학원의 소정 과정을 필하도록 지방법원판사의 임용자격을 정하였으며(제35조), 1970. 8. 7. 법률 제2222호 개정으로 사법대학원을 사법연수원으로 개칭하여 대법원에 두도록 함에 따라 ‘사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 필한 자’ 등을 지방법원판사 및 가정법원판사의 임용자격으로 규정함(제35조 제1호) 이래, 이 사건 법원조직법 개정 전까지 ‘사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자’는 판사임용자격을 가지는 것으로 규정하여 왔다.

나. 이 사건 법원조직법 개정

이 사건 법원조직법 개정과 관련하여 이주영 의원 대표발의안, 여상규 의원 대표발의안, 이 두 안에 대한 심사결과 마련된 사법제도개혁특별위원회안이 있었는데, 위 사법제도개혁특별위원회안에 따라 2011. 7. 18. 이 사건 법원조직법 개정에 이르게 되었다. 그 주요 내용은 판사는 10년 이상 법조경력자 중에서 임용하도록 하되(제42조 제2항) 2013. 1. 1.부터 2021. 12. 31.까지는 단계별로 3년, 5년, 7년의 법조경력자 중에서 임용하도록 하는 것이다(부칙 제2조).

이처럼 이 사건 법원조직법 개정으로 판사임용자격에 10년 이상의 법조경력을 요구한 취지는 법원이 국민으로부터 신뢰와 존경을 받을 수 있도록 사법제도의 개혁이 필요하다는 사회적 요청에 부응하여 사법부의 인사제도를 개선할 필요에 따라 법관의 임용자격을 강화하여 충분한 사회적 경험과 연륜을 갖춘 법관이 재판할 수 있도록 하기 위함이다.

그런데 이 사건 법원조직법 개정 당시 국회회의록 등에 의하면, 법원조직

법(2011. 7. 18. 법률 제10861호) 부칙 제1조 단서에서 제42조 제2항의 개정 규정의 시행일을 2013. 1. 1.로 정한 이유는, 대법원이 2010. 3. 26.자 보도자료를 통하여 2013년부터 사법연수원 수료자 또는 법학전문대학원 졸업자는 판사로 즉시 임용하지 않고 최소 2년의 법조경력자를 판사로 임용하겠다는 내용의 법조일원화 계획을 발표했었다는 점이 고려되었기 때문인 것으로 보인다. 즉 대법원의 2010. 3. 26.자 법조일원화 계획 발표 이후에 사법연수원에 입소한 사람들은 사법연수원을 수료하더라도 판사로 즉시 임용되지 못하게 하는 한편, 그 이전에 입소한 경우라도 2013. 1. 1. 이후에 사법연수원을 수료하는 사람은 판사로 즉시 임용되지 못하게 하되, 대법원의 위 계획 발표 전에 사법연수원에 입소하여 2013. 1. 1. 전에 사법연수원을 수료하는 사람은 종전 규정에 따라 판사로 즉시 임용될 수 있게 하기 위한 것이다.

아울러 판사임용에 필요한 법조경력을 기간별로 조정하는 법원조직법(2011. 7. 18. 법률 제10861호) 부칙 제2조를 둔 취지는 이미 법조경력을 가진 사람의 판사임용에 대한 신뢰를 일정 범위에서 보호함과 아울러 법조일원화 시행 직후 법원의 판사 수요를 충족할 수 있도록 하기 위함이다.

다. 이 사건의 쟁점

청구인들은 이 사건 심판대상 조항으로 인하여 판사라는 공직의 취임에 제한을 받게 된다. 그런데 법원조직법이 종전에는 사법연수원 수료만으로 판사임용자격을 부여하였던 것을 판사임용에 단계적으로 3년, 5년, 7년, 10년 이상의 법조경력을 요하는 것으로 개정하면서, 이 사건 심판대상 조항에 청구인들과 같이 법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에 대하여 경과조치를 두지 아니한 것이 종전 규정에 대한 청구인들의 신뢰를 침해하는지가 문제된다.

따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 심판대상 조항이 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부이다.

2. 신뢰보호원칙에 반하여 공무담임권을 침해하는지 여부

가. 신뢰보호원칙의 내용 및 판단기준

신뢰보호원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있는 헌법상 원칙으로서, 특정한 법률에 의하여 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되지 않는다는 국민의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 어떤 법률의 개정시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다.

그런데 사회 환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신속적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 비추어 종전 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호될 필요성이 있다고 인정되어야 한다. 즉, 신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단함에 있어서는, 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 712-713; 헌재 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 116; 헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1466 등 참조).

나. 구체적 검토

(1) 신뢰이익의 존재 및 보호가치

법률의 개정으로 인한 신뢰보호가 문제되려면 국가가 입법행위를 통하여 개인에게 신뢰의 근거를 제공하였을 것이 전제되어야 한다.

앞서 본 법원조직법상 판사임용자격에 관한 규정의 연혁에 의하면, 법원조직법은 1970. 8. 7. 법률 제2222호로 개정되면서 제35조 제1호에 '사법시험

에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 필한 자'를 지방법원판사 및 가정법원판사의 임용자격으로 규정한 이래 이 사건 법원조직법 개정에 이르기까지 40여 년 동안 큰 변화없이 유지되어 왔고, 지난 40여 년 동안 판사임용자격을 취득할 수 있는 유일한 방법은 사법시험에 합격하여 사법연수원을 수료하는 과정뿐이었다는 점에 비추어 보면, 국가는 입법행위를 통하여 사법시험에 합격한 후 사법연수원을 수료하는 자는 판사임용자격을 취득할 수 있다는 신뢰를 가지게 하였다고 보아야 한다.

그리고 청구인들은 위와 같은 신뢰를 바탕으로 수년간 상당한 노력과 시간을 들인 끝에 사법시험에 합격한 후 사법연수원에 입소하여 법원조직법 제72조에 정한 별정직 공무원인 사법연수생의 지위까지 획득한 것이므로, 청구인들의 경우 사법연수원 수료로써 판사임용자격을 취득할 수 있으리라는 것에 대한 신뢰이익은 일응 보호가치가 있다고 인정해야 할 것이다.

그런데 앞서 본 바와 같이 대법원은 2010. 3. 26.자 보도자료에서 '2013년부터 사법연수원 수료자 또는 법학전문대학원 졸업자는 판사로 즉시 임용하지 않고 최소 2년의 법조경력자를 판사로 임용하겠다'는 내용의 법조일원화 계획에 관한 방침을 천명한 바 있으므로, 위 2010. 3. 26.자 보도자료 발표 이후에 사법연수원에 입소한 자들의 경우에는 신뢰의 이익을 인정할 수 없는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다.

그러나 국가가 입법행위를 통하여 신뢰의 근거를 제공함으로써 형성된 신뢰이익이 해당 법률의 개정 또는 폐지로 인하여 변경, 소멸될 수 있음은 별론으로 하고, 장차 어떠한 법률의 개정을 추진하겠다는 사법부의 입장표명만으로 소멸된다고 볼 수는 없다.

더구나 대법원의 2010. 3. 26.자 보도자료는 사법정책자문위원회 의결에 따른 구체적인 사법제도개선안의 실행계획으로 대법원의 2010. 2. 3.자 보도자료의 연장선상에 있었던 것인데, "사법정책자문위원회, 새로운 법관임용방안에 관하여 의결"이라는 제목의 위 2010. 2. 3.자 보도자료에는 사법정책자문위원회의 구체적 건의안 중 하나로 "사법연수원 수료자를 즉시 법관으로 임용하는 현재 방식은 입법이 완료된 후 사법연수원에 입소한 기수부터 폐지한다."는 내용이 들어 있었던 점에 비추어 보면, 대법원의 2010. 3. 26.자 보도

자료 발표 전에 사법연수원에 입소한 일부 청구인들은 물론, 위 보도자료 발표 후 2011. 7. 18. 이 사건 법원조직법 개정 전에 사법연수원에 입소한 나머지 청구인들에 대하여도 보호가치가 있는 신뢰이익을 인정해야 할 것이다.

이에 대하여 재판관 이진성, 안창호, 강일원은 반대의견에서, 청구인들의 신뢰의 근거는 다수의견이 지적하는 것처럼 국가의 입법행위를 통하여 제공된 것이 아니라, 법조인력 자원이 충분하지 않은 현실 하에서 법원조직법이 판사 임용자격으로 사법연수원 수료만을 요구하고 법조경력까지는 요구하지 않음에 따라 반사적으로 부여된 기회에 청구인들 스스로 형성한 것에 불과하다고 보았다.

또한 판사임용자격에 관한 규정의 개정이 최소한 10년 이상의 공문화 과정을 거쳐 이루어졌다는 경위에 비추어 보면, 법조인이 되고자 하는 청구인들은 판사임용 요건이 강화되어 사법연수원을 수료하는 즉시 판사로 임용될 수 있는 제도의 변경가능성을 충분히 예측하였거나 예측할 수 있었다고 보므로 다수의견이 지적하는 것처럼 보호가치 있는 강한 신뢰라고 보기 어렵다고 보았다.

(2) 청구인들의 신뢰이익에 대비되는 공익

이 사건에서 청구인들의 신뢰이익에 대비되는 공익으로는 판사의 임용에 일정 기간 법조경력을 요구하도록 법원조직법을 개정한 취지로서의 공익을 상정할 수 있다.

이 사건 법원조직법 개정의 취지는 법원이 국민으로부터 신뢰와 존경을 받을 수 있도록 사법제도의 개혁이 필요하다는 사회적 요청에 부응하여 사법부의 인사제도를 개선할 필요에 따라 판사의 임용자격을 강화하여 충분한 사회적 경험과 연륜을 갖춘 판사가 재판할 수 있도록 하려는 것이다.

(3) 신뢰이익과 위 공익의 비교·형량

신뢰보호원칙의 위반 여부를 판단함에 있어서는 법률준속에 관한 개인의 신뢰이익과 법률개정을 통하여 달성하려는 공익을 비교·형량하여 어떠한 법익이 우위를 차지하는지 살펴보아야 한다.

앞서 본 바와 같이 사법시험 합격과 사법연수원 수료만으로 판사임용자격을 부여하는 제도가 40여 년간 유지되어 온 점, 사법시험 합격과 사법연수원 수료에는 통상 상당한 정도의 노력과 시간이 소요되는 점, 사법연수원 입소 후 사법연수원을 수료하지 못하는 경우는 극히 드문 점, 판사 임용을 목표로 지금까지 상당한 노력과 시간이 소요되는 사법시험 합격 및 사법연수원 과정을 거쳐 온 청구인들에게는 판사임용자격을 취득이 매우 절실하다는 점 등을 고려할 때, 개정 전 법원조직법 조항에 대한 청구인들의 신뢰이익은 결코 작다고 보기 어렵다.

반면, 판사의 임용자격을 강화하여 충분한 사회적 경험과 연륜을 갖춘 판사가 재판할 수 있도록 하려는 공익이 아무리 중대하고 그러한 공익의 실현이 장기적 관점에서 필요하고도 타당한 것이라 하더라도, 이 사건 심판대상 조항을 청구인들과 같이 이 사건 법원조직법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게까지도 반드시 시급히 적용해야 할 정도로 긴급하다고는 보기 어렵다.

나아가 종전 규정의 적용을 받게 된 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수원 2년차들과 개정 규정의 적용을 받게 된 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수원 1년차들인 청구인들 사이에 ‘판사의 임용자격을 강화하여 충분한 사회적 경험과 연륜을 갖춘 판사가 재판할 수 있도록 하려는 공익’의 실현 관점에서 이들을 달리 볼 만한 합리적인 이유를 찾기도 어렵다.

따라서 이 사건 심판대상 조항이 개정법 제42조 제2항의 시행일을 2013. 1. 1.로 하여 법 개정 당시 이미 사법연수원에 입소한 사람들에게 적용되도록 하면서 이들에 대한 경과조치로 부칙 제2조만을 규정한 것은 청구인들의 신뢰보호에 미흡한 것으로 신뢰보호원칙에 반한다고 할 것이다.

이에 대하여 재판관 이진성, 안창호, 강일원은 반대의견에서, 이 사건 심판대상 조항에 의하더라도 청구인들은 판사 이외의 다른 직업을 갖는 데 아무런 제한이 없고, 판사 임용자격을 갖추기 위하여 3년의 법조 경력이 요구될 뿐 판사 임용자격을 영구히 박탈당하는 것도 아니므로 청구인들이 입는 불이익은 그다지 크지 않은 반면, 충분한 연륜과 법조 경력을 갖춘 판사들이 재판업무를 담당하여 국민의 기본권 보호를 강화하고 사법에 대한 국민의

신뢰를 높이는 것은 매우 중대한 공익이라는 점 등을 고려할 때, 청구인들의 신뢰이익 침해 정도가 이 사건 심판대상조항이 달성하려는 공익에 비하여 크지 않다고 보았다.

(4) 신뢰보호의 범위와 정도

이 사건 심판대상 조항이 청구인들의 신뢰보호에 미흡하여 신뢰보호원칙에 반한다고 하더라도, 청구인들의 종전 규정에 대한 신뢰보호를 어느 범위, 어느 정도까지 할 것인지에 대하여는 다시 검토할 필요가 있다.

판사임용자격과 같이 일정한 전문분야에 관한 자격제도의 형성에 관해서는 입법부가 제도의 목적을 고려하여 정책적 판단에 따라 광범위한 형성의 자유를 가진다고 볼 것이고, 나아가 이미 사법연수원을 수료한 사람들 중에서 개정법에 따라 일정 기간의 재직연수를 충족하여야만 판사로 임용될 수 있는 사람들과의 형평에 비추어 보더라도, 이 사건 법원조직법 개정 전에 사법연수원에 입소했다는 사실만으로 청구인들에게 영구히 개정법을 적용할 수 없다고 볼 수는 없다.

그렇다면 청구인들의 종전 규정에 대한 신뢰를 어느 범위까지 보호할 것인지가 문제되는데, 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 사람들에게 통상 그들에게 예정된 사법연수원 수료 연도에 적어도 한번은 사법연수원 입소 당시의 신뢰대로 종전 규정과 같은 판사즉시 임용의 기회를 부여해야 마땅하다고 할 것이고, 이 사건 심판대상 조항은 이에 어긋나는 한도 내에서 신뢰보호원칙에 반하는 것이라 할 것이다.

3. 소결

이 사건 심판대상 조항은 이 사건 법원조직법 개정 시점인 2011. 7. 18. 당시에 이미 사법연수원에 입소하여 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 자가 사법연수원을 수료하는 해의 판사 임용에 지원하는 경우에 적용되는 한 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

이 사건 결정은 이 사건 심판대상 조항이 신뢰보호원칙에 반하여 공무담임권을 침해한다고 판단하는 이상, 청구인들이 주장한 다른 위헌 사유에 대

해서는 별도로 판단하지 아니하였다.

4. 결정의 의의

(1) 이 사건 결정은 국가가 입법행위를 통하여 신뢰의 근거를 제공함으로써 형성된 신뢰이익이 해당 법률의 개정 또는 폐지로 인하여 변경, 소멸될 수 있음은 별론으로 하고, 장차 어떠한 법률의 개정을 추진하겠다는 사법부의 입장표명만으로 소멸된다고 볼 수는 없다는 점을 분명히 하였다.

(2) 또한 이 사건 결정은, 이 사건 심판대상 조항이 청구인들의 신뢰보호에 미흡하다고 하다고 하여 영구히 청구인들에게 개정법을 적용할 수 없는 것은 아니고, 전문분야의 자격제도에 관한 입법 형성의 자유, 이미 사법연수원을 수료한 사람들 중에서 개정법에 따라 일정 기간의 재직연수를 충족하여야만 판사로 임용될 수 있는 사람들과의 형평 등을 고려할 때, 청구인들은 예정된 사법연수원 수료 연도에 적어도 한번은 사법연수원 입소 당시의 신뢰대로 종전 규정과 같은 판사즉시임용의 기회를 부여받아야 마땅하다고 할 것이고, 따라서 이 사건 심판대상 조항을 이 사건 법원조직법 개정 당시 사법연수생의 신분을 가지고 있었던 자가 사법연수원을 수료하는 해의 판사 임용에 지원하는 경우에 적용되는 한 헌법에 위반된다고 보았다.

특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌제청

- 이른바 “전자발찌” 소급적용 사건-

(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82·2011헌바393(병합), 판례집 24-2하, 281)

박 준 희*

【판시사항】

1. 전자장치 부착을 통한 위치추적 감시제도가 처음 시행될 때 부착명령 대상에서 제외되었던 2008. 9. 1. 이전에 제1심판결을 선고받은 사람들 중 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11558호로 개정되기 전의 것) 시행 당시 징역형 등의 집행 중이거나 집행이 종료, 가중료·가출소·가석방 또는 면제된 후 3년이 경과하지 아니한 자에 대하여도 위치추적 전자장치를 부착할 수 있도록 규정하고 있는 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9112호) 부칙 제2조 제1항(2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정된 것, 다음부터 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 형벌불소급의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 부칙조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 부칙(2008. 6. 13. 법률 제9112호) 제2조(제1심판결 후의 부착명령 청구 등에 관한 경과조치 및 적용 특례) ① 검사는 성폭력범죄를 저질러 2008년 9월 1일 이전에 제1심판결을 선고받아 이 법(법률 제10257호 특정범죄자에 대한 위치추적 전자장

* 헌법연구원

치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 시행 당시 징역형 이상의 형, 치료감호 또는 보호감호(이하 “징역형등”이라 한다)의 집행 종료일까지 6개월 이상이 남은 사람(이하 “출소예정자”라 한다), 징역형등의 집행 종료일까지 6개월 미만이 남은 사람(이하 “출소입박자”라 한다) 및 징역형등의 집행이 종료, 가종료·가출소·가석방 또는 면제된 후 3년이 경과되지 아니한 사람(이하 “출소자”라 한다)으로서 종전 법(법률 제9112호 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 일부개정법률)을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 제5조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하고 성폭력범죄를 다시 저지를 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여는 종전 법 제5조제2항, 제7조 및 제9조제3항에도 불구하고 제1심판결을 한 법원 또는 출소예정자, 출소입박자, 출소자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원(지원을 포함한다. 이하 같다)에 부착명령을 청구할 수 있다.

②~④ 생략

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

당해 사건의 피부착명령청구자는 2006. 10. 20. 대전지방법원 천안지원에서 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반(13세미만미성년자강간등)죄로 징역 4년을 선고받고 그 형이 확정되어 2010. 8. 6. 형의 집행을 종료하였다. 검사는 2010. 7. 26. 당시 징역형의 집행 종료일까지 6개월 미만이 남은 사람(출소입박자)인 피부착명령청구자에 대하여 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9112호) 부칙 제2조 제1항(2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정된 것, 다음부터 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)에 따라 전자장치 부착명령을 청구하였고(청주지방법원 충주지원 2010전초1), 그 사건 계속 중 법원은 직권으로 적용법조인 위조항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 법원의 위헌제청이유 및 법무부장관의 의견

가. 법원의 위헌제청이유

위치추적 전자장치 부착명령에 의한 전자감시제도는 성폭력범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 일종의 보안처분이기는 하지만 실질적으로 피부착자의 신체의 자유, 인격권 등 기본권을 제한하는 것이어서 징벌적·규제적 성격이 강한 전자적 형벌과 유사하다. 우리 헌법 제13조 제1항은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다는 형벌불소급의 원칙을 규정하고 있고, 이 사건 위치추적 전자장치 부착명령과 같은 보안처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 소급입법금지의 원칙이 적용되어야 한다.

그런데 이 사건 부칙조항은 이 사건 부칙조항의 제정·시행 이전에 이미 성폭력범죄를 저질러 처벌을 받은 사람에 대하여 신법에 따라 위치추적 전자장치 부착이라는 보안처분을 소급하여 적용하는 것이어서 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급의 원칙에 위배된다. 또한 판결 받을 당시에는 존재하지 않았던 이 사건 부칙조항에 따라 이 사건 부칙조항 시행 이전에 저질렀던 당해 범죄로 인하여 장기간의 위치추적 전자장치 부착명령을 받게 되는 피부착명령청구자의 신뢰이익 및 기본권을 침해한다.

나. 법무부장관의 의견 요지

전자감시제도는 범죄행위를 한 자에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 형벌과 구별되어 그 본질을 달리하는 것으로서 보안처분에 해당한다. 그런데 전자장치 부착은 성폭력 범죄 등을 방지하기 위하여 이를 감시하기 위한 방편으로 필요한 범위에서 피부착자의 행동을 일부 제한하는 것에 불과하고, 구금 등의 수단을 사용하지 않으므로 신체에 대한 자유의 박탈을 본질적인 내용으로 하지 않는바, 형벌불소급의 원칙에 위반되지 아니한다.

이 사건 부칙조항은 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치부착에 관한 법률’이 제정 및 시행될 당시에 이미 1심 판결 선고를 받거나 판결이 확정되어 있어, 재범의 위험성이 있음에도 불구하고 전자장치 부착의 대상에

서 제외된 자들을 규율 대상으로 포함되도록 함으로써 성폭력 범죄의 피해로부터 국민들을 보호하기 위하여 그 적용범위를 소급시키기 위한 목적으로 제정된 것인바, 입법목적의 정당성이 인정되고, 관련 통계를 살펴보면 위치 추적 전자장치의 부착이 재범률을 낮추는 효과가 있음이 입증되었는바, 이 사건 부칙조항을 통해 성폭력 범죄의 재범위험으로부터 사회방위가 부족한 공백을 줄일 수 있으므로 수단의 적절성도 인정된다.

또한 이 사건 부칙조항은 출소예정자 등에 대하여 재범의 위험성이 있는 경우에 소급적용이 되도록 그 범위를 한정하면서 부칙요건을 완화하고 부칙 기간을 연장한 현행 법률이 아니라 개정 이전의 법률을 적용하도록 하고, 전자장치 부착명령의 집행개시일로부터 3개월을 경과한 후부터 가해제를 신청할 수 있도록 하며, 재범의 위험성을 인정함에 있어서 전문가의 진단 등을 참고하도록 하는 등 성폭력범죄자의 재범 방지를 위하여 필요한 최소한도로 전자장치 부착의 소급적용이 이루어지도록 하고 있으므로 피해의 최소성 역시 충족하며. 위치추적 보안처분은 보안처분으로서 재범의 위험성이 있는 자들에 대하여만 부착이 이루어지는 점, 검사의 청구 및 법원의 결정에 의하여 이루어지는 등 적법절차를 준수하고 피부착자의 방어권이 충분히 보장되고 있는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 부칙조항에 따른 피부착자의 기본권 제한은 과도하지 않는 반면, 이 사건 부칙조항으로 인해 그 피해가 극심한 성폭력 범죄에 대한 사회방위의 공백이 메워진다는 점에서 이 사건 부칙조항으로 인한 공익이 피부착대상자의 기본권 제한보다 훨씬 크다고 할 것이므로 법익 균형성 역시 충족된다.

【결정요지】

1. 전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 성폭력범죄자의 성행교정과 재범방지를 도모하고 국민을 성폭력범죄로부터 보호한다고 하는 공익을 목적으로 하며, 의무적 노동의 부과나 여가시간의 박탈을 내용으로 하지 않고 전자장치의 부착을 통해서 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 처벌적인 효과를 나타낸다고 보기 어렵다. 또한 부착명령에 따른 피부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위하여 피부착자에

관한 수신자료의 이용을 엄격하게 제한하고, 재범의 위험성이 없다고 인정되는 경우에는 부착명령을 가해제할 수 있도록 하고 있다. 그러므로 이 사건 부착명령은 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다.

2. 이 사건 부칙조항은 개정 전 법률로는 전자장치 부착명령의 대상자에 포함되지 아니한 성폭력범죄자의 재범에 효과적으로 대처할 만한 수단이 없다는 우려 아래 대상자의 범위를 확대한 것으로서, 성폭력범죄의 재범을 방지하고 성폭력범죄로부터 국민을 보호하고자 하는 목적의 정당성이 인정되고, 수단의 적절성도 인정된다.

전자장치 부착명령은 장래의 위험성을 방지하기 위한 보안처분이어서, 피부착대상자에 대한 부착 여부는 이를 판단하는 당시를 기준으로 판단하므로, 이 사건 부칙조항이 신설되기 전 형 집행 종료자 등이 부착명령 대상자가 되지 아니할 것이라는 기대를 가졌다고 하더라도, 그 신뢰의 보호가치가 크다고 보기 어렵다. 한편 입법자는 재범의 위험성에 대하여 검사와 법원이 판단하도록 하면서 적용요건 및 부착명령의 청구기간을 비교적 엄격하게 제한하고 있으므로, 이 사건 부칙조항이 전자장치 부착명령의 대상자 범위를 소급하여 확대하였다고 하여 대상자들의 신뢰이익의 침해 정도가 과중하다고 볼 수 없다.

반면 성폭력범죄로부터 국민, 특히 여성과 아동을 보호한다는 공익은 매우 큼에도 불구하고, 개정 전 법률은 형 집행 종료자 등에 대하여는 적용되지 않으므로써 가장 재범률이 높은 사람들에 대한 대책이 전무한 실정이었음을 고려하면, 이 사건 부칙조항의 입법목적은 매우 중대하고 긴요한 공익이라 할 것이므로 법익 균형성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

재판관 이강국, 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 일부 위헌의견

이 사건 부칙조항 시행 당시 이미 ‘징역형 등의 집행이 종료(가중료·가출소·가석방 등의 경우는 제외, 다음부터 ‘형 집행 종료자’라 한다)된 후 3년이 경과되지 아니한 사람’에게까지 전자장치 부착명령을 청구할 수 있도록

한 부분은, 이미 자신의 범죄행위로 인한 형사제재가 종료되었다는 신뢰를 보호하기 위한 어떠한 절차도 마련하지 아니하였다는 점에서 피해의 최소성 원칙에 반할 뿐 아니라, 출소 당시 재범의 위험성에 대한 평가 없이 이미 사회로 복귀하여 국가의 관리감독을 벗어난 형 집행 종료자가 사회인으로서 정상적인 생활에 대하여 가졌던 신뢰이익의 침해는 결코 작다고 할 수 없고, 더욱이 입법자의 의사에 따라 과거의 범죄행위에 대하여 언제까지라도 다시 재범의 위험성을 평가 받을 수 있다는 법적 불안정성과 불이익은 재범 방지라는 보안처분의 목적을 충분히 감안한다 하더라도 정당화되기 어렵다. 따라서 이 사건 부칙조항은 형 집행 종료자의 신뢰를 과도하게 침해한 것으로 과잉금지원칙에 위배된다.

재판관 송두환의 전부 위헌의견

전자장치 부착의 제재를 부과하는 목적과 의도, 전자장치 부착으로 인하여 그 대상자에게 미치는 실제적 효과 등에 비추어 보면, 전자장치 부착은 형벌에 못지않은, 강한 ‘형벌적 성격’을 가진 형사상 제재이므로, 전자장치 부착이 형벌적 성격을 갖는 이상, 일정한 범죄를 저지른 자에 대하여 전자장치 부착을 명하기 위해서는 그 범행 당시에 이미 전자장치 부착의 근거가 되는 법률이 제정, 시행되고 있었어야 함에도 불구하고, 이 사건 부칙조항은 전자장치부착법이 제정, 시행되기 이전에 성폭력범죄를 저지른 자에 대해서도 소급하여 전자장치 부착을 명할 수 있도록 함으로써 헌법 제13조 제1항 전단이 금지하고 있는 소급처벌을 규정하고 있다.

【해설】

1. 이 사건 부칙조항의 내용 및 쟁점

가. 이 사건 부칙조항의 내용

전자장치부착법이 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정되기 이전에는, 검사는 공소가 제기된 당해 성폭력범죄사건의 제1심 판결 선고 전까지만 부착명령청구를 할 수 있었다(구 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’ 제5조 제2항). 따라서 구 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추

적 전자장치 부착에 관한 법률'이 시행된 2008. 9. 1. 이전에 제1심 판결을 선고받은 사람들은 전자장치부착명령의 대상자에 포함되지 않았다.

그런데 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 위 법률이 개정되면서 2008. 9. 1. 당시 이미 성폭력범죄 사건의 제1심 판결 선고가 이루어진 사람에 대해서도 부착명령의 청구를 할 수 있는 특례규정을 두었는바, 그 규정이 바로 이 사건 부칙조항이다. 이 사건 부칙조항에 따라, 성폭력범죄를 저질러 2008년 9월 1일 이전에 제1심 판결을 선고받아 징역형 이상의 형, 치료감호 또는 보호감호(다음부터 '징역형 등'이라 한다) 집행 중인 사람 및 징역형 등의 집행이 종료, 가중료·가출소·가석방 또는 면제된 뒤 3년이 경과되지 아니한 사람도 전자감시 부착명령의 대상자가 된다.

다만 부착명령 청구 요건에 관하여는 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정된 전자장치부착법이 아니라 2008. 6. 13. 법률 제9112호로 개정된 구 '특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률'이 적용되는데, 검사는 ① 성폭력범죄로 2회 이상 징역형의 실형을 선고받아 그 형기의 합계가 3년 이상인 사람이 그 집행을 종료한 뒤 또는 집행이 면제된 뒤 5년 이내에 성폭력범죄를 저지른 때, ② 이 법에 따른 전자장치를 부착받은 전력이 있는 사람이 다시 성폭력범죄를 저지른 때, ③ 성폭력범죄를 2회 이상 범하여 그 습벽이 인정된 때, ④ 13세 미만의 자에 대하여 성폭력범죄를 저지른 때에 해당하는 경우에는 부착명령 청구를 할 수 있다.

검사는 출소에정자 중 부착명령 청구요건에 해당되는 사람에 대하여는 징역형 등의 집행이 종료되기 3개월 전까지, 출소임박자 또는 출소자 중 부착명령 청구요건에 해당되는 사람에 대하여는 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정된 전자장치부착법의 시행일인 2010. 7. 15.부터 1년 이내에 법원에 부착명령을 청구하여야 한다.

나. 이 사건의 쟁점

이 사건 부칙조항에 따라 전자장치 부착을 통한 위치추적 감시제도가 처음 도입되어 시행될 때 부착명령의 대상에서 제외되어 있던 사람들이 법 시행 이후 약 1년 7개월이 경과한 시점에 법 개정을 통해 새로이 부착명령 대

상에 포함되게 되었다. 적용대상을 소급적으로 확대하는 입법이 제10257호로 개정된 법률에 관련조항이나 부칙을 신설하는 형식이 아니라 2008. 6. 13. 법률 제9112호의 부칙 조항을 개정하는 형식으로 된 것은 법률의 개정 연혁과 내용을 파악하기가 복잡하고 어렵다는 점에서 입법기술상 바람직하지 않다(제10257호 개정법률의 본문이나 부칙 자체에서 전자장치 부착명령의 대상을 소급적으로 확대하는 것을 규정하는 것이 간명한 입법방식이다.). 그러나 이러한 입법방식이 그 자체로 금지되어 있지 않은 이상, 입법방식의 특이성으로 인한 위헌 문제는 제기되지 않는다.

그런데 전자장치를 성폭력범죄자에 부착하도록 하는 것은 성폭력범죄자의 재범 방지와 성행(性行)교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 형사 제재이다. 그렇다면 이 사건에서의 쟁점은 ① 행위시에 없었던 전자장치 부착명령의 적용, 즉 법률의 소급적용의 허용 여부¹⁾ 및 ② 소급 적용이 허용된다면 그 허용 범위는 어디까지인지에 대한 판단으로 귀결된다. 첫 번째 쟁점은 이 사건 부칙조항이 헌법상 형벌불소급의 원칙에 위배되는지 여부이고, 두 번째 쟁점은 이 사건 부칙조항이 과도하게 피부착대상자의 범위를 소급적으로 확대시킴으로써 헌법 제37조 제2항에 위반되는지 여부에 관한 것이다.

2. 형벌불소급의 원칙 위배 여부

가. 쟁점

헌법 제13조 제1항 전단은 소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금하고 있다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 83 등 참조). 그런데 구체적인 사건에서 소급효금지원칙이 적용되는지

1) 전자장치 부착명령 제도의 시행 당시 아직 성폭력범죄사건의 1심판결이 아직 선고되지 않은 피고인의 경우에도 자신이 성폭력범죄를 저지를 당시에는 전자장치 부착명령 제도가 없었던 자의 경우에는, 전자장치 부착명령의 소급적용이라는 점에서는, 부칙 조항의 개정을 통해 법 시행일로부터 일정 기간이 경과한 후에 새로이 법 개정을 통해 전자장치 부착명령의 대상이 된 자의 경우와 전혀 다를 것이 없다. 그렇다면 이 사건에서의 쟁점은 결국 전자장치 부착명령의 소급 적용(행위시에 없었던 법률의 적용)의 허용 여부 에 대한 판단으로 귀결된다고 볼 수 있다.

여부를 판단하기 위해서는 ‘범죄’와 ‘형벌’의 의미에 대한 해석이 필요하게 된다.

예를 들어, 국제인권이사회는 인권규약 제15조 제1항(소급효금지원칙)의 해석·적용과 관련하여, 명백하게 형사처벌이 이루어지는 경우에 한하여 ‘형벌’이 사후적으로 부과되었다고 할 수 있으므로 행위시에 존재하지 않았던 ‘필수적 보호관찰’을 가석방의 조건으로 정한 것은 형벌이 아니라고 보았다. 다만 ‘형벌’이란 논리적으로 ‘범죄에 대한 처벌’을 의미하기 때문에 형사범죄의 의미에 상응하여 부과되는 예방적이고 응보적인 성격을 가진 모든 제재는 그 가혹성이나 법률적 성격 또는 담당기관의 형식적 성격과는 무관하게 형벌로 보아야 한다고 한다.²⁾

따라서 이 사건 부칙 조항이 소급효금지원칙에 위반되는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 이 사건 부칙 조항에 따른 전자장치 부착명령의 법적 성격이 문제되고, 전자장치 부착명령의 법적 성격이 보안처분이거나 혹은 형벌적 성격의 형사제재라면 그러한 제재에 소급효금지원칙이 적용되는지 여부가 문제된다.

나. 전자장치 부착명령의 법적 성격

(1) 형벌과 보안처분

형사제재에 관한 종래의 일반론³⁾에 따르면, 형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻함에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌에 대신하여 또는 형벌을 보충하여 부과되는 자유의 박탈과 제한 등의 처분을 뜻하는 것으로서 양자는 그 근거와 목적을 달리하는 형사제재이다. 연혁적으로도 보안처분은 형벌이 적용될 수 없거나 형벌의 효과를 기대할 수 없는 행위자를

2) 김원희, 제15조 소급효금지의 원칙, 공익과 인권 제4권 제2호(2007), 172-173.

3) 일반적으로 형벌과 보안처분은 다 같이 형사상의 제재에 속하지만, 형벌은 비난가능성 있는 행위에 대한 책임을 전제로 사회윤리적 비난을 표현하는 과거를 대상으로 하는 제재임에 반해, 보안처분은 행위자의 사회적 위험성을 전제로 하여 특별예방의 관점에서 장래에 대한 순수한 예방적 성격을 가지는 점에서 형벌과 구별된다.

개선·치료하고, 이러한 행위자의 위험성으로부터 사회를 보호하기 위한 형사정책적인 필요성에 따라 만든 제재이므로 형벌과 본질적인 차이가 있다. 즉, 형벌과 보안처분은 다 같이 형사제재에 해당하지만, 형벌은 책임의 한계 안에서 과거 불법에 대한 응보를 주된 목적으로 하는 제재이고, 보안처분은 장래 재범 위험성을 전제로 범죄를 예방하기 위한 제재이다.

그런데 형벌과 보안처분의 다양화, 상대화의 진전으로 양자의 관계가 모호해졌을 뿐 아니라, 형벌과 보안처분을 구분하는 이원주의는 역사적 산물에 불과할 뿐 사실상 효과적으로 실현될 수 없고, 형벌과 보안처분이 중복적으로 시행될 경우 양자를 구별하기 어려우며, 이중처벌의 결과만을 초래할 우려가 있다는 등의 비판적 지적이 있다.⁴⁾ 또한 오늘날에는 형벌과 보안처분의 형태가 다양해지고 형벌 집행에 있어서 범죄자에 대한 특별예방적·형사정책적 관심과 배려를 강조하는 새로운 형사제재수단들, 예를 들어 보호관찰, 사회봉사명령이나 수강명령 등이 등장하면서 형벌과 보안처분의 경계가 모호해지고 있다. 따라서 새로운 형사제재의 법적 성격을 논함에 있어서 종전과 같은 ‘과거 행위에 대한 응보-재범의 위험성에 따른 사회 예방’이라는 이분법적 논리를 단순히 적용하기에는 타당하지 않은 면이 있다.⁵⁾

그러나 형벌과 보안처분이 본질적으로 다른 점이 있음은 부인할 수 없으며, 외국의 입법례나 판례를 보아도 독일의 경우 보안처분은 재판시법에 따른다는 규정(형법 제2조 제6항)을 두고 있고, 미국의 경우 강력한 가석방 조건의 부과가 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다고 보는 등 형벌과 보안처분을 구분하고 있으므로, 이 사건에서도 전자장치 부착명령의 법적 성격을 살펴보는 것이 필요하다. 다만 동일한 형태의 형사제재에 있어서도 그 목적, 요건, 운영방식에 따라 법적 성격을 달리할 수 있으므로 관련 제도의 목적,

4) 김해정, “보호관찰과 형벌불소급의 원칙”, 형사판례의 연구(이재상교수 회갑기념논문집), 30.

5) 이론적으로 형벌과 보안처분을 구별하기 어려운 현실에서 그 성격이 모호한 보호관찰, 사회봉사명령, 전자장치 부착명령과 같은 새로운 형사제재들을 형벌 혹은 보안처분에 해당하는지 여부의 추상적인 이분법에 의존하여 소급입법금지원칙 적용 여부 문제를 판단하려고 하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다. 이원주의에 대한 내용과 비판은 이재상, 사회보호법론, 경문사, 1981, 60면 이하; 송광섭, 범죄학과 형사정책, 유스티아누스, 2003, 419면 참조.

요건 등을 고려하여 그 법적 성격을 구분해야 한다.

(2) 전자장치 부착명령 제도의 목적 및 요건 등

전자장치부착법에 따른 전자장치 부착명령은 성범죄자의 재범 방지와 성행 교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다(전자장치부착법 제1조). 즉, 전자장치 부착명령의 근본적인 목적은 재범방지과 사회방위이다.

전자장치 부착명령은 검사가 일정한 성폭력범죄자 가운데 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 법원에 이를 청구할 수 있다(제5조 제1항). 검사는 부착명령을 청구함에 있어서 필요한 경우에는 재범의 위험성 등 피의자에 관하여 필요한 사항의 조사를 요청할 수 있으며(제6조 제1항), 피의자에 대한 정신감정이나 그 밖에 전문가의 진단 등의 결과를 참고하여야 한다(제6조 제4항). 따라서 전자장치 부착명령의 가장 중요한 요건인 “재범의 위험성”에 대해서 관련된 전문가들의 과학적인 사실판단을 참고로 하여 법률가인 검사와 판사가 이를 결정하고 있으며,⁶⁾ 나아가 성범죄자의 죄질, 재범 위험성의 경중, 전문가의 의견 등을 종합하여 준수사항 부과 여부 및 부착기간을 차별화하고 있다(제9조 제1항).

또한 부착명령의 선고는 특정범죄사건의 양형에 유리하게 참작되어서는 안 되고(제9조 제7항), 성폭력범죄사건의 양형은 부착명령의 요건에 대한 심사, 그에 따른 부착명령의 선고 여부 및 선고되는 부착기간의 결정 등과는 구별되어야 한다. 이는 전자감시 부착명령이 형벌과 그 목적이나 심사대상 등을 달리하므로 징역형의 대체수단으로 취급하여 함부로 양형을 감경하여서는 안 된다는 점을 명시하고 있는 것이다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도 1947, 2009전도5 판결 참조).

6) 현재 재범평가도구로 “한국 성범죄자 위험성 평가 척도(KSORAS)”가 사용되고 있는데, 동 평가척도는 범죄자의 연령, 혼인관계 여부, 최초 입건연령 수준, 본 범죄의 유형, 이전 성범죄 횟수, 다른 폭력범죄의 횟수, 총 시실 수용기간, 피해자의 나이, 피해자와의 관계, 피해자의 성별, 피해자의 수, 피해자와의 나이차, 현저한 폭력 사용 여부, 수용기간 동안의 문제행동여부, 범행에 대한 책임 수용 등 총 15개의 위험요인을 바탕으로 평가되고 있다.

한편 이 사건 부칙조항의 입법 당시에 전자장치 부착명령을 ‘보호관찰 등에 관한 법률’ 상의 보호관찰과 유사한 성질 또는 개념의 한 구성 부분으로 파악하여, “형기 만료 또는 가석방을 이유로 출소하는 성범죄자에 대해서 전자장치 부착을 통한 보호관찰을 할 수 있다.”는 식으로 입법을 하는 방안이 논의되었다. 2010. 4. 15. 개정된 전자장치부착법에서는 이러한 논의대로 전자장치 부착명령의 성격을 ‘전자장치 부착을 통한 보호관찰’로 규정하지는 않았으나, 부착명령을 선고받은 사람은 부착기간 동안 ‘보호관찰 등에 관한 법률’에 따른 보호관찰을 받는다고 규정하고 있다(제9조 제3항). 그런데 이와 같이 전자장치 부착명령을 받은 사람이 받게 되는 보호관찰의 개념에서 찾을 수 있는 두 가지 기본요소는 지도·감독과 원호(또는 보호)로서, ‘지도·감독’이란 보호관찰관이 대상자에게 부과된 준수사항을 지키도록 하는 일체의 행동을 말하고, ‘원호’는 대상자의 사회복지를 지원하는 것이다. 그러므로 전자장치 부착에 의한 위치추적 감시는 이러한 지도·감독과 원호의 수단이 된다.

(3) 소결

이와 같이 전자장치부착법상 전자장치 부착명령은 제도의 목적, 요건, 보호관찰 부가 등 관련 규정의 내용에 비추어 형벌과 구별되므로, 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 보안처분에 해당한다고 보아야 한다.

다. 이 사건 부칙 조항의 소급효금지원칙 위배 여부

(1) 학설 및 판례

보안처분에 형벌불소급의 원칙을 적용할 것인지 여부에 관해서는 긍정설, 부정설, 개별적 판단설이 있다.⁷⁾

전자장치 부착에 관해서는, 수용시설에 강제구금하는 보호감호와는 달리 자유제한의 정도가 상대적으로 적으며, 특정범죄자의 신뢰보호보다 우선하는 사회방위라고 하는 심대한 공익이 있는 경우에는 소급적용이 가능하다는 입장과, 전자장치 부착은 법관의 판결 선고를 통해서 집행에 이르는 것으로서

7) 2010헌가82 연구보고서 24-26 참조.

전통적인 형벌은 아니지만 법치국가의 법질서에서 소급효금지원칙은 범죄자에게 불리하게 작용하는 한 형벌과 보안처분 모두에 미친다는 견해, 보호관찰은 범죄자에 대하여 사회복귀를 고무·촉진하는 교정·교화행정으로 이해되고 이렇게 보면 행위시에는 없었던 보호관찰을 재판시에 성립하고 있을 때 적용할 필요가 있다는 견해가 있다.⁸⁾

헌법재판소는 “상습범등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것”(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5 등)이라고 판시하였다.

그런데 대법원은 개정 전 사회안전법 소정의 보안처분에 대하여, 형 집행 이후 누적적으로 부과하는 처분임에도, 형벌과는 그 본질을 달리하고 범죄를 다시 범할 위험성을 예방하고 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하려는 목적상, 형벌불소급의 원칙이 적용되지 않는다고 판단하였다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결).

한편 최근 대법원 판결은 가정폭력범죄처벌법상 사회봉사명령의 법적 성격을 보안처분으로 보면서도, 실질적으로 신체의 자유를 제한하기 때문에 소급효금지의 원칙이 적용된다고 판시하였다.

『가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이나, 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다.』 (대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4 판결)

사회봉사명령은 의무적 노동의 부과 및 여가시간의 박탈을 내용으로 하고 있기 때문에 보호관찰과는 달리 형벌적 요소를 보다 많이 내포하고 있어, 사회봉사명령의 법적 성격에 관하여, 시설내 수용과 자유로운 상태와의 중간단

8) 조준현, 형법총론, 법원사, 2004, 83.

계적 형식으로서 자유형의 변형이므로 형벌 집행의 변형된 형식이라는 견해도 있고, 형벌과 보안처분의 성격을 동시에 갖는 제3의 제재수단이라는 견해가 다수설이며, 최근에는 보안처분적 성격보다는 대체형벌적 성격을 강조하는 경향이 있다는 점이 고려된 것으로 보인다.⁹⁾

그러나 전자장치 부착명령에 대해서는 ‘자유형의 변형’ 내지는 ‘근로형’으로 보는 견해는 없으며, ‘대체형벌적 성격’이 있다고 보기도 어려우므로, 사회봉사명령과는 구별된다.

(2) 외국 입법례 및 판례

(가) 독일 입법례

독일 형법 제2조 제6항은 “보안처분에 관하여는 법률에 특별한 규정이 없는 때에는 판결시의 법률에 의한다.”고 규정하고 있고, 독일의 다수설은 보안처분에 대하여는 소급효금지 원칙이 적용되지 않는다고 해석하고 있다. 보안처분은 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로 어떤 조치가 합목적적인가는 행위 이전에 규정되어 있을 필요가 없고 판결 시에 결정되면 족하는 것을 그 이유로 들고 있다. 그러나 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 행위시법에 의한다는 조문 형식을 취하고 있는데, 이에 기초하여 여러 가지 중요한 보안처분에 대하여 소급효금지의 규정을 광범위하게 인정한다.¹⁰⁾ 한편 독일 형법 하에서도 집행유예의 조건 및 그 밖의 법효과에 대해서는 행위시법에 따른다는 데 해석론이 일치하고 있다.

(나) 미국 판례에 나타난 보안처분과 형벌불소급의 원칙

미국에서도 위치추적 전자장치를 부착하도록 한 법률을 그 법률 시행 전에 범죄를 행한 성범죄자 등에게도 소급 적용하는 것에 관하여, 소급입법 금

9) 안정호, 가정보호사건의 사회봉사명령에도 형벌불소급의 원칙이 적용되는지 여부, 대법원판례해설 제78호(2009. 7.), 671.

10) 신동운 교수는 우리나라의 경우에도 보안처분이 장래에 대비하여 사회를 방위하는 처분이라도 보더라도 독일과 같이 명문규정에 의하여 형벌불소급원칙에 대한 예외규정을 모색하는 작업이 필요하다고 한다. 신동운, 보호관찰의 법적 성격과 소급효문제, 고시연구(25권 6호), 171. 그러나 이러한 논의는 입법론으로서, 이 사건 부칙규정의 위헌 여부와는 차원을 달리하는 것으로 보인다.

지원칙에 위배되는지 여부가 문제되었다.

소급입법금지원칙에 위배되지 않는다는 판결로는, i) 법률의 입법의도 및 법률의 실제적 적용 효과 모두에 있어서 처벌적, 형사적이기보다는 민사적이라고 판단될 경우에는 소급입법금지의 원칙을 위반한 것이 아니라는 연방항소법원 판결(Doe v. Brennan, Neville v. Walker, State v. Vogt), ii) 보호관찰기간 중 개정된 법률을 소급적용하여 위치관리장치를 부착하도록 한 테네시주 정부의 조치에 대해 위치관리장치 부착이 형벌적 목적을 갖는 것이 아니고, 범죄인 재화와 사회보호에 중요하다는 이유로 연방헌법상 소급효 금지원칙에 위반하지 않는다고 한 연방항소법원 판결(Doe v. Dresden), iii) 위치관리장치 부착의 소급적용에 대해 해당 법률조항은 시민과 공공의 안전보호를 위한 것이지 형벌의 속성을 갖는 것은 아니기 때문에 합헌 이라는 취지의 미국 노스캐롤라이나 주 대법원 판결(State v. Bowditch), 델라웨어 주 대법원 판결(Hassett v. State)이 있다.

반면, 소급입법금지원칙에 위배된다는 판결로는, 입법목적은 민사적이더라도 실제 적용상 형사 처벌적인 효과를 가지는 경우에 있어서는 이러한 법률의 소급적용이 헌법상 규정되어 있는 소급입법금지원칙에 위반된다는 메사추세츠 주 대법원 판결(Commonwealth v. Cory)이 있다.

(다) 프랑스

프랑스 헌법위원회는 “프랑스 인권선언 제8조 소급효 금지 원칙은 형벌적 속성(le caractère d’une punition)을 지닌 제재의 경우에만 적용된다”는 점을 전제하고, “전자발찌처분은 구금이나 자유박탈을 수반하지 않으며 과거의 유죄성이 아닌 장래 재범위험성에 따라 결정되므로 형벌적 속성을 갖지 않고, 공공질서와 개인의 안전 등 헌법적 가치를 실현하기 위해 필요한 제도이므로 소급효금지원칙이 적용되지 않는다고 판단하였다(2005. 12. 8. n. 2005-527 결정, 2008. 2. 21. n. 2008-562 결정).

프랑스 헌법위원회는 2008. 2. 21.자 2008-562 결정에서 구금이 수반된 보안유치(rétention de sûreté)에 대해서는 법적성격이 보안처분이지만 신체의 자유에 중대한 침해가 되므로 소급효를 인정할 수 없다고 판단한 반면, 전자발찌 감시처분이 포함된 보안감시처분(surveillance de sûreté)에 대해서는

소급효를 인정하여 2005-527 결정과 같은 견해로 일관하고 있다.

(라) 오스트리아¹¹⁾

1975년 개정 오스트리아 형법 제1조는 소급효금지원칙을 보안처분에도 확대 적용하고 있다.

(3) 이 사건 부칙조항의 경우

보안처분은 형벌과는 달리 행위자의 장래 재범위험성에 근거하는 것으로서, 행위가 아닌 재판시의 재범위험성 여부에 대한 판단에 따라 보안처분 선고를 결정하므로 원칙적으로 재판 당시 현행법을 소급적용할 수 있다고 보는 것이 타당하고 합리적이다. 그러나 보안처분의 범주가 넓고 그 모습이 다양한 이상, 보안처분에 속한다는 이유만으로 일률적으로 소급효금지원칙이 적용된다거나 그렇지 않다고 단정해서는 안 되고, 보안처분이라는 우회적인 방법으로 형벌불소급의 원칙을 유명무실하게 하는 것을 허용해서도 안 된다. 따라서 보안처분이라 하더라도 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 소급효금지원칙을 적용하는 것이 법치주의 및 죄형법정주의에 부합한다.

앞에서 본 것처럼 전자장치 부착명령의 입법배경과 입법목적은 특정 성폭력범죄자의 성행교정과 재범방지 및 성폭력범죄로부터 국민을 보호하는 것이다. 또한 전자장치의 부착은 자유를 박탈하는 구금 형식과는 구별되고, 의무적 노동의 부과나 여가시간의 박탈을 내용으로 하지도 않는다. 전자장치 부착으로 인하여 일반적 행동의 자유나 인격권이 제한될 수 있으나 피부착자의 위치만이 국가에 노출될 뿐 자신의 행위가 노출되는 것은 아니어서 자신이 원하는 행동을 할 수 있으며, 일정한 장소에 머무르거나 다른 장소로 이동하는 것에도 그것이 주거 이전이나 출국에 해당하지 않는 한 아무런 제한을 받지 않는다.

또한 부착명령에 따른 부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위하여 피부착자의 수신자료를 “피부착자의 특정범죄 혐의에 대한 수사 또는 재판자료로 사용하는 경우, 보호관찰관이 지도·원호를 목적으로 사용하는 경우, 보호관

11) 서보학, 형법상 소급효금지원칙의 기능과 한계, 인권과 정의, 251호, 81면

찰심사위원회의 부착명령 가해제와 그 취소에 관한 심사를 위하여 사용하는 경우” 외에는 열람·조회 또는 공개할 수 없도록 하고 있다. 검사 또는 사법경찰관이 수신자료를 열람 또는 조회하는 경우에는 법관이 발부한 압수수색 영장을 제시하여야 한다(제16조 제2항, 제4항). 또 부착명령의 탄력적 집행을 위하여 3개월마다 가해제를 신청할 수 있게 하여(제17조 제1항, 제2항) 재범의 위험성이 없다고 인정되는 경우에는 부착명령을 가해제할 수 있도록 하고 있다(제18조 제4항).

전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 성폭력범죄자의성행교정과정 재범방지를 도모하고 국민을 성폭력범죄로부터 보호한다고 하는 공익을 목적으로 하며, 전자장치의 부착을 통해서 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 이 사건 부칙조항이 적용되었을 때 처벌적인 효과를 나타낸다고 보기 어렵다.¹²⁾ 그러므로 이 사건 부착명령은 범죄행위를 한 사람에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다.

라. 소결

따라서 이 사건 부칙조항에 따른 전자장치 부착명령은 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니하므로 전자장치부착법 시행 당시 대상자에 포함되지 않았던 사람들까지 부착명령의 대상으로 포함시켰다고 하여 소급효금지원칙에 위배되는 것은 아니다.

3. 과도한 소급적용으로서 위헌인지 여부

가. 보안처분에 대한 헌법적 한계

이 사건 부칙조항이 소급적으로 적용대상을 확대한 것이 형벌불소급의 원칙에 위배되지 않는다고 하더라도, 무한정 소급적용을 허용할 경우 해당자의 신뢰보호와 기본권 침해 등 헌법적 문제가 발생한다. 보안처분이 형벌의 한계를 극복 내지는 보완해 줄 수 있는 유용하고 필요한 제도라고 하더라도

12) 506 F.3d 998 (6th Cir. 2007) 참조.

국민의 기본권을 제한하는 형사제재인 보안처분이 아무런 원칙 없이 자의적으로 부과될 수는 없고 그 정당성을 확보하기 위해서는 법치국가적 이념에 상응하는 원리의 한계 안에서 부과되어야 하기 때문이다. 따라서 보안처분이 그 정당성을 확보하기 위하여는 법치국가적 이념에 상응하는 적법절차원리, 보안처분법정주의 및 비례의 원칙이라는 지도원리의 한계 내에서 부과되어야 하는데 특히 비례의 원칙은 보안처분에 있어서 형벌에 대해 책임주의가 기능하는 바와 같은 역할을 한다.¹³⁾ 특히 이 사건의 쟁점인 전자장치부착법 시행 당시 대상자에 포함되지 않았던 사람들에 대하여도 전자장치를 부착하도록 피부착대상자를 확대한 점에 대해서는, 제도가 추구하는 공익과 사익의 비교형량 과정에서 소급적용 대상자들의 침해받은 신뢰이익의 보호 가치, 침해의 중한 정도 및 방법, 위 조항을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 고려하여 이 사건 부칙조항이 과도한 것인지 여부가 문제된다.

나. 제한되는 기본권

이 사건 부칙조항은 피부착자의 위치와 이동경로를 실시간으로 파악하여 피부착자를 24시간 감시할 수 있도록 하고 있으므로 피부착자의 사생활의 비밀과 자유를 제한하며,¹⁴⁾ 피부착자의 위치와 이동경로 등 ‘위치 정보’를

13) 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 624면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2008, 848-849면; 김일수·서보학 공저, 형법총론, 박영사, 2006, 807면; 신동운, 형법총론, 법문사, 2009, 822면; 손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2005, 696-697면

14) 사생활의 비밀과 자유에 대한 제한에 관한 헌법재판소 선례

○ 청소년 성매수자의 신상공개제도

“신상공개제도는 국가가 개인의 신상에 관한 사항 및 청소년의 성매수 등에 관한 범죄의 내용을 대중에게 공개함으로써 개인의 일반적 인격권을 제한하며, 한편 사생활의 비밀에 해당하는 사항을 국가가 일방적으로 공개하는 것이므로, 이는 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유를 제한하는 것이라 할 것이다.”(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 642).

○ 병역(兵役)사항 공개 중 질병명의 공개

“국가가 신고의무 부과를 통하여 획득한 개인의 질병명을 관보와 인터넷에 게재하여 공개토록 하는 것인바, 질병명은 신체상의 특징이나 건강상태에 관한 사적 정보이므로 이를 개인의 의사와 무관하게 일방적으로 공개하는 것은 그 개인의 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것이다.”(헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 판례집 19-1, 711, 722)

수집·보관·이용한다는 측면에서 개인정보자기결정권도 제한한다.¹⁵⁾ 한편 전자장치를 강제로 착용하게 함으로써 피부착자는 옷차림이나 신체활동의 자유가 제한될 수밖에 없고, 24시간 전자장치 부착 위치 감시 그 자체로 모욕감과 수치심을 느낄 수 있으므로 헌법 제10조로부터 유래하는 인격권을 제한한다. 그러므로 이 사건 전자감시 부착명령에 의하여 제한받는 피부착자의 기본권은 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 및 인격권이다.

다. 판단

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 부칙조항은 개정 전 법률로는 전자장치 부착명령의 대상자에 포함되지 아니한 성폭력범죄자의 재범에 효과적으로 대처할 만한 수단이 없다는 우려 아래 대상자의 범위를 징역형 등의 집행 중인 사람 내지 징역형 등의 집행이 종료된 뒤 3년이 경과되지 아니한 사람(다음부터 ‘형 집행 종료자 등’이라 한다)에게까지 확대한 것으로서, 성폭력범죄의 재범을 방지하고 성폭력범죄로부터 국민을 보호하고자 하는 목적의 정당성이 인정된다.

전자감시제도를 시행한 이후 2012. 2. 29.까지 피부착자의 동종 범죄 재범률은 1.97%로, 제도 시행 이전(2005년부터 2009년까지)에 검거된 일반 성폭력범죄자의 동종 재범률 15.1%와 비교할 때 1/16에 불과하다. 또한 전자장

○ 전과기록의 공개

“금고 이상의 형의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키는 이 사건 법률조항은 개인의 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것 …… 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”(헌재 2008. 4. 24. 2006헌마402, 판례집 20-1 상, 674, 681-684)

○ 교정시설의 독거실에 CCTV를 설치하는 것

“이 사건 CCTV 설치행위가 교정사고의 위험성이 높은 수형자를 효율적으로 감시하여 교정사고를 방지하고 수용질서를 유지하기 위하여 필요한 것이라고 하더라도, 수형자의 일거수·일투족을 24시간 지속적으로 감시하고 녹화함으로써 수형자 개인의 사생활 비밀 및 자유를 제한하는 것 …… 이 사건 CCTV 설치행위는 헌법 제17조 및 제37조 제2항을 위반하여 청구인들의 사생활의 비밀 및 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.”(헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137, 판례집 20-1하, 187, 200-201)

15) 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90 참조).

치 부착명령의 소급적용 이후인 2010. 7. 16.부터 2012년 2월까지의 소급적용 부착명령 청구가 법원에서 기각된 216명을 대상으로 재범 여부를 조사한 결과, 21.75%인 47명이 재범을 하였고, 이 중 4.16%인 9명이 동종재범을 하였다.¹⁶⁾ 이는 같은 기간 전자장치 피부착자의 재범률 3.17%(동종 재범률 1.97%)에 비하여 상당히 높은 수치이다.

이와 같이 전자장치 부착명령 이후의 동종 재범률이 현저히 낮은 점을 고려할 때, 가장 재범률이 높은 것으로 조사되었으나 개정 전 법률에서는 전자장치 부착 대상이 되지 않았던 형 집행 종료자 등에 대한 전자장치 부착명령의 소급적용은 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회를 보호하고자 하는 입법목적에 달성함에 있어 적절한 수단이다.

(2) 피해의 최소성 및 법익 균형성

이 사건 부칙 조항은 전자장치 부착명령을 위 부칙 조항 시행 당시 형 집행 종료자 등에게도 확대시키고 있는데, 전자장치 부착명령에 따라 피부착자는 자신의 행적이 추적되고 위치에 관한 정보가 보호관찰소장에 의해 수집되는 불이익을 입게 되고, 자신의 의사에 반하여 전자장치를 신체에 부착하여야 한다. 그런데 앞에서 본 것처럼 전자장치 부착명령은 과거의 행위에 대한 응보로서의 형벌이 아닌 장래의 위험성을 방지하기 위한 보안처분이므로, 그 본질상 부착명령의 대상자가 되는지 여부는 부착 여부를 판단하는 당시의 시점을 기준으로 판단하게 된다. 따라서 이 사건 부칙조항이 신설되기 전 형 집행 종료자 등이 자신이 부착명령 대상자가 아니라는 기대를 가졌다고 하더라도, 보안처분인 전자장치 부착에 관한 한 그 신뢰의 보호가치가 크다고 보기 어렵다. 그리고 이 점은 과거 범죄행위에 대한 형사제재가 종료되었다고 신뢰한 출소자와, 역시 과거 범죄행위에 대하여 확정된 형의 집행을 마치면 형사제재가 종료될 것이라고 신뢰한 출소예정자와 출소입박자 사이에 어떠한 차이가 있다고 보기 어렵다.

한편 입법자는 재범의 위험성에 대하여 검사와 법원이 판단하도록 하면서 적용요건에 대하여도 완화된 신법을 적용하는 것이 아니라 비교적 엄격했던

16) 법무부 보호법제과 자료 참조.

구법의 요건을 적용하도록 하고 있고, 부착명령의 청구기간에 대하여도 출소에 정자에 대하여는 형 집행 종료 3개월 전까지, 출소임박자 또는 출소자 중 부착명령 청구요건에 해당되는 사람에 대하여는 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정된 전자장치부착법의 시행일인 2010. 7. 15.부터 1년 이내에 법원에 부착명령을 청구하도록 제한하고 있다. 그러므로 이 사건 부칙조항이 전자장치 부착명령의 대상자 범위를 소급하여 확대하였다고 하여 대상자들의 신뢰이익의 침해 정도가 과중하다고 볼 수 없다.

반면 성폭력범죄로 인한 피해는 “인격 살인”으로 부를 정도로 구체적인 사정에 따라서는 피해자에게 회복할 수 없는 육체적, 정신적 상처를 남길 수 있다. 특히 어린 나이에 성폭력범죄를 경험할 경우 심리적인 상처와 후유증으로 인해 평생 정상적인 생활을 하지 못하고 불행한 삶을 살아야 하는 경우도 있다. 이런 점에서 성폭력범죄로부터 국민, 특히 여성과 아동을 보호한다는 공익은 매우 크다.

그런데 개정 전 법률은 성폭력범죄자 신상공개제도, 전자장치 부착명령제도의 신설 등 많은 성폭력범죄 대책에도 불구하고 형 집행 종료자 등에 대하여는 적용되지 않음으로써 가장 재범률이 높은 사람들에 대한 대책이 거의 전무한 실정이었다. 따라서 효과적으로 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회를 보호하기 위하여 종전 법률로는 전자장치 부착명령의 대상자가 되지 않았던 사람들에 대하여도 그 대상자가 되도록 요건을 확대하고 있는 이 사건 부칙조항의 입법목적은 매우 중대하고 긴요한 공익이라 할 것이다.

그렇다면 이 사건 부칙조항은 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도 및 방법, 위 조항을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교형량할 때, 법익 균형성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 소결

따라서 이 사건 부칙조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

구 인신구속 등에 관한 임시특례법

제2조 제1항 위헌제청

- 법관의 영장 없는 수사기관의 구속 등이 허용될 수 있는지 여부 -
(헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5, 판례집 24-2하, 316)

이 영 광*

【판시사항】

1. 국가보안법위반죄 등 일부 범죄혐의자를 법관의 영장 없이 구속, 압수, 수색할 수 있도록 규정하고 있던 구 인신구속 등에 관한 임시 특례법(1961. 8. 7. 법률 제674호로 개정되고, 1963. 9. 30. 법률 제1410호로 폐지되기 전의 것) 제2조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 영장주의에 위배되는지 여부(적극)

2. 이 사건 법률조항이 헌법이 정한 계엄선포시 영장주의에 관한 ‘특별한 조치’로서 정당화될 수 있는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 국가보안법위반죄 등 일부 범죄혐의자를 법관의 영장 없이 구속, 압수, 수색할 수 있도록 규정하고 있던 구 인신구속 등에 관한 임시 특례법(1961. 8. 7. 법률 제674호로 개정되고, 1963. 9. 30. 법률 제 1410호로 폐지되기 전의 것) 제2조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 망 위○룡(이하 ‘망인’이라 한다)은 1961. 11. 하순경 구 인신구속 등에 관한 임시 특례법 제2조 제1항에 의하여 법관의 영장 없이 중앙정보부 소속 수사관에 의하여 국가보안법위반 등의 혐의로 구속되었고, 그 무렵부터 약 20일간 구속상태로 수사를 받던 중 사망하였다.

망인의 유족들은 2010. 1. 8. 대한민국을 상대로, 망인이 중앙정보부 수사관에 의하여 영장 없이 불법 구금되어 있던 중 사망하였다는 등의 청구원인으로 손해배상청구 소송을 제기하였다(서울중앙지방법원 2010가합2249).

나. 위 재판을 맡은 법원(이하 ‘제청법원’이라 한다)은 직권으로 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

이 사건 법률조항 시행 당시 적용되던 구 헌법(1960. 11. 29. 헌법 제5호로 개정되고, 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 헌법’이라 한다)뿐만 아니라 현행 헌법 및 국제인권규약에 의하면, 수사기관이 피의자를 수사하면서 신체의 자유를 억압, 구금하고자 할 경우 법관에 의한 구체적 판단을 의미하는 영장에 의하여야 한다. 그럼에도 이 사건 법률조항은 ‘국가보안법 및 반공법에 규정된 죄 등을 범한 자에 대하여 법관의 영장 없이 구속할 수 있다’고 규정하여 영장주의에 의한 법관의 통제를 완전히 배제함으로써 형식적 측면에서 헌법상의 영장주의를 위배하고 있을 뿐 아니라, 실질적인 측면에서도 입법자가 합리적인 선택범위를 일탈하여 그 입법형성권을 남용한 경우에 해당한다 할 것이므로 이 사건 법률조항은 구 헌법 제9조, 현행 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배된다.

【결정요지】

1. 우리 헌법제정권자가 제헌 헌법(제9조) 이래 현행 헌법(제12조 제3항)에 이르기까지 채택하여 온 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강

제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있으므로, 우선 형식적으로 영장주의에 위배되는 법률은 곧바로 헌법에 위반되고, 나아가 형식적으로는 영장주의를 준수하였더라도 실질적인 측면에서 입법자가 합리적인 선택범위를 이탈하는 등 그 입법형성권을 남용하였다면 그러한 법률은 자의 금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

이 사건 법률조항은 수사기관이 법관에 의하여 발부된 영장 없이 일부 범죄 혐의자에 대하여 구속 등 강제처분을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그와 같이 영장 없이 이루어진 강제처분에 대하여 일정한 기간 내에 법관에 의한 사후영장을 발부받도록 하는 규정도 마련하지 아니함으로써, 수사기관이 법관에 의한 구체적 판단을 전혀 거치지 않고서도 임의로 불특정한 기간 동안 피의자에 대한 구속 등 강제처분을 할 수 있도록 하고 있는바, 이는 이 사건 법률조항의 입법목적과 그에 따른 입법자의 정책적 선택이 자의적이었는지 여부를 따질 필요도 없이 형식적으로 영장주의의 본질을 침해한다고 하지 않을 수 없다.

2. 이 사건 법률조항과 같이 영장주의를 완전히 배제하는 특별한 조치는 비상계엄에 준하는 국가비상사태에 있어서도 가급적 회피하여야 하고, 설사 그러한 조치가 허용된다고 하더라도 지극히 한시적으로 이루어져야 할 것이며, 영장 없이 이루어진 수사기관의 강제처분에 대하여는 사후적으로 조속한 시간 내에 법관에 의한 심사가 이루어질 수 있는 장치가 마련되어야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 1961. 8. 7.부터 계엄이 해제된 이후인 1963. 12. 17.까지 무려 2년 4개월이 넘는 기간 동안 시행되었는바, 비록 일부 범죄에 국한된 것이라도 이러한 장기간 동안 영장주의를 완전히 무시하는 입법상 조치가 허용될 수 없음은 명백하므로, 이 사건 법률조항은 구 헌법 제64조나 현행 헌법 제77조의 특별한 조치에 해당한다고 볼 수 없다.

【해 설】

1. 재판의 전제성 인정 여부

가. 문제의 소재

폐지된 법률에 대한 위헌심판제청은 원칙적으로 부적법하지만, 폐지된 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 예외적으로 위헌제청의 대상이 될 수 있다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 563).

이 사건의 당해 사건은 “공무원이 그 직무를 행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하였을 때에는 국가 또는 공공단체는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 있는 구 국가배상법(1951. 9. 8. 법률 제231호로 제정되고, 1967. 3. 3. 법률 제1899호로 폐지제정되기 전의 것) 제2조 제1항에 따른 국가배상청구이고, 이 때 국가배상책임이 인정되기 위한 요건은 ① 공무원이 직무를 집행함에 당하여 한 행위 ② 고의·과실에 의한 행위 ③ 법령 위반 ④ 타인에게 손해를 가하였을 그 내용으로 한다.¹⁾

여기서 공무원의 직무집행상의 과실이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통 갖추어야 할 주의의무를 게을리 한 것을 뜻하는바, 적용 당시 유효하던 이 사건 법률조항에 따라 직무를 집행한 공무원의 행위에 과실을 인정할 수 없다면, 결국 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 재판의 내용이 달라질 수 없는 경우, 즉 재판의 전제성이 없는 경우에 해당하는 것이 아닌지가 문제된다.

나. 결정내용

이 사건 결정은, 법원의 위헌법률심판제청에 있어 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부는 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 그 제청을 부적법하다 하여 각하할 수 있다는 원칙을

1) 현행 국가배상법 제2조 제1항도 “국가 또는 지방자치단체는 공무원 … 이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, … 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다.”고 규정하여 같은 요건을 필요로 한다.

설시하고, 중앙정보부 소속 공무원이 위헌성이 확인되지 않은 이 사건 법률조항에 근거하여 망인을 구속한 것이 불법행위에 해당하는지 여부는 당해 사건 재판관을 담당하는 법원이 판단할 사항으로서 헌법재판소에서 이 사건 심판대상이 된 법률조항의 위헌 여부와 관계없이 당해 사건에서 청구가 인용될 수 없음이 명백한지의 여부를 미리 판단함은 적절하지 아니하므로, 이 사건 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖춘 것으로 보았다.

다. 해설

(1) 결정례 분석

유사한 유형의 사안에서 재판의 전제성 인정 여부에 관하여는, 이를 인정한 결정례와 부정한 결정례가 병존하고 있다.

(가) 인정한 경우

○ 헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9 결정(판례집 13-2, 491)

수사권한이 없는 사법경찰리가 수사에 관여하였다는 이유로 국가배상을 청구하는 당해사건과 관련하여, 청구인은 ‘사법경찰리는 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다’는 내용의 구 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정되기 전의 것) 제196조 제2항의 위헌확인을 구하였다.

이에 대하여 재판소는, “이 사건 법률조항이 위헌으로 결정된다고 하더라도 당해사건의 재판에서 앞에서 본 고소사건의 수사에 관여한 공무원이 당사로서는 위헌성이 확인된 바 없는 이 사건 법률조항에 근거해서 수사를 한 것이 불법행위를 구성하는 것으로는 인정되지 않거나, 청구인이 그로 인해 정신적 손해를 입었다고 인정되지 않을 수 있다. 이와 같은 경우 이 사건 법률조항의 위헌여부가 당해사건 재판의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 아무런 영향을 미치지 않게 됨으로써 재판의 전제성을 결여할 가능성이 높다. 그러나 위와 같은 것들은 당해사건 재판을 담당하는 법원이 판단할 사항으로서 이 재판소에서 이를 미리 판단함은 적절하지 않다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 322 참조). 그러므로 일단 이 사건 법률조항에 대한 심판청구가 재판의 전제성 요건을 갖춘 것으로 보고 본안

에 대한 판단에 나아가기로 한다.”라고 판시하였다.

○ 헌재 2009. 2. 26. 2007헌바35 결정(판례집 21-1상, 76)

대한민국과 일본국간의 어업에 관한 협정조항(1998. 11. 28. 조약 1447호로 체결된 것) 중 독도수역에 대하여 중간수역으로 설정하고 있는 동시에 그 수역에서 일본국 어선에 대하여 대한민국의 법령을 적용하지 아니한다고 규정한 해당조항으로 인하여 독도수역에서 일본국 어선이 조업을 할 수 있게 되었는데, 대한민국 정부가 위 협정조항에 근거하여 일본국 어선을 적극적으로 제지하지 아니한 부작위로 인한 국가배상을 청구하는 당해 사건과 관련하여, 청구인은 이 사건 협정조항의 위헌확인을 구하였다.

이에 대하여 재판소는 재판의 전제성에 관한 명시적 판단 없이 그대로 본안에 들어갔다.

(나) 부정한 경우

○ 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바72 결정(판례집 20-1상, 585)

국세환급가산금의 이율을 정하고 있는 구 국세기본법(2003. 12. 30. 법률 7008호로 개정되고, 2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것) 제52조 본문 제1호가 위헌임을 전제로 국가를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 위 법률조항이 재판의 전제성을 갖는지 여부에 관하여, 재판소는 “헌법 재판소가 이 사건 법률조항을 위헌으로 결정하여 당해 사건에서 위헌법률에 근거하여 행한 세무공무원의 직무집행 행위인 국세가산금 환급처분이 결과적으로 위법한 것으로 된다 하더라도, 세무공무원이 국세가산금을 청구인에게 환급해 줄 당시에는 법률을 집행하는 세무공무원으로서 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심사할 권한이 없고, 이 사건 법률조항에 따라 계산된 국세가산금 환급액을 지급하기만 할 뿐이어서 당해 세무공무원에게 고의 또는 과실이 있다 할 수 없으므로, 국가의 청구인에 대한 손해배상책임은 성립되지 않기 때문에, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부는 당해 사건에 있어 그 재판의 결론이나 주문 또는 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 아무런 영향을 미치지 못하므로 이 사건 법률조항에 대한 위헌심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하였다.”고 판시하였다.²⁾

2) 이에 대하여는 “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차에서 심판대상 법률의 위헌 여부가 당해 사건의 재판의 이유를 달라지게 하는 경우이면 재판의 전제성

○ 현재 2009. 9. 24. 2008헌바23 결정(판례집 21-2상, 599)

행정심판 당사자의 증거서류 제출 및 그 송달에 관한 행정심판법(1984. 12. 15. 법률 제3755호로 제정된 것) 제27조가 위헌임을 전제로 국가를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 위 법률조항이 재판의 전제성을 갖는지 여부에 관하여, 재판소는 “당해 사건에서 문제된 청구인의 전화번호 등 개인정보가 기재된 증거서류의 제출 및 송달에 관한 근거규정인 행정심판법 제27조에 대하여 위헌결정이 선고된다 하더라도, 당시 청구인의 인적사항이 기재된 증거서류의 제출 및 송달에 관여한 공무원들로서는 그 행위 당시에 위 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부를 심사할 권한이 없이 오로지 위 법률조항에 따라 증거자료를 제출하고 이를 송달하였을 뿐이라 할 것이므로 당해 공무원들에게 고의 또는 과실이 있다 할 수 없어 대한민국의 청구인에 대한 손해배상책임은 성립되지 아니한다 할 것이다. 따라서 행정심판법 제27조가 헌법에 위반되는지 여부는 당해 소송사건의 재판, 즉 대한민국의 청구인에 대한 손해배상책임의 성립 여부에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지 않는다.”고 판시하였다.³⁾

○ 현재 2011. 9. 29. 2010헌바65 결정(판례집 23-2상, 575)

국가가 군사상 필요 없게 된 징발매수재산의 피징발자 또는 그 상속인에게 수의계약에 의한 매각을 할 수 있게 하는 ‘징발재산정리에 관한 특별조치법’(1989. 12. 21. 법률 제4144호로 개정된 것) 제20조의2 제1항의 위헌 여부가 수의매각 요청을 거절한 공무원의 행위에 대한 손해배상청구소송에서 재

은 충족되는데, 당해 사건에서 손해배상청구권의 객관적 요건인 위법성의 존부는 환급행위의 근거가 된 법률인 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 영향을 받게 되고, 그에 따라 재판의 이유가 달라지게 될 것이므로, 이 사건 법률조항에 대한 심판 청구는 재판의 전제성을 갖추었다.”고 보는 반대의견(재판관 조대현)이 있다.

3) 이에 대하여는 “당해 사건에서 행정심판의 증거서류를 소송당사자에게 교부하게 한 근거 법률인 행정심판법 제27조가 위헌이라면, 그러한 위헌법률을 제정하고 집행하여 온 국가 작용은 위법성을 가진다고 보지 않을 수 없고, 국가가 위헌법률을 제정하고 집행하여 온 이상 헌법의 최고규범력을 무시한 고의 또는 과실이 있다고 봄이 상당하며, 위헌법률의 집행으로 인하여 피해가 생겼다면 국가가 이를 배상하게 함이 마땅하다. 따라서 행정심판법 제27조의 위헌 여부는 당해 사건의 재판에 영향을 줌이 분명하므로, 재판의 전제성이 갖추어졌다고 보고 본안에 들어가 심판하여야 한다.”고 보는 반대의견(재판관 조대현)이 있다.

판의 전제성을 갖추었는지 여부에 관하여, 재판소는 “헌법재판소가 이 사건 법률조항을 위헌으로 결정함으로써 이 사건 법률조항에 근거하여 행한 공무원의 수의매각계약 체결 거절행위가 결과적으로 위법하게 된다 하더라도, 법률의 헌법 위반 여부를 심사할 권한이 없는 당해 공무원이, 이 사건 법률조항은 피징발자 또는 그 상속인에게 징발재산에 대한 우선매수권을 인정하는 것은 아니라는 대법원 판례의 취지에 따라 수의매각계약 체결을 거절한 것에 불법행위의 고의 또는 과실이 있다거나 그로써 국가의 청구인들에 대한 손해배상책임이 성립한다고는 볼 수 없다. 따라서 이 사건은 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 청구인들의 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하였다.”고 판시하였다.⁴⁾

(2) 검토

대법원은 공무원이 행위 당시 성실하고 합리적인 평균적 공무원에게 기대되는 주의의무를 다하여 업무를 처리하였다면 나중에 그 직무행위가 위법한 것으로 판명되거나 항고소송에서 취소되더라도 공무원에게 국가배상법 제2조 제1항에 정한 과실이 있다고 할 수 없다고 보고 있다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2006다58738 판결, 대법원 2001. 3. 13. 2000다20731 판결 등 참조).

따라서 일반적으로는 적용 당시 유효했던 법률규정에 근거하여 직무를 수행한 공무원의 행위가 나중에 그 법률규정이 헌법에 위반되는 것으로 선언되어 위법한 것으로 밝혀지더라도 그 공무원에게 국가배상책임의 성립에 필요한 과실을 부정함이 상당할 것이고, 위에서 재판의 전제성을 부정한 선례들은 이러한 취지에 따른 것이라고 해석할 수 있다. 그러나 이러한 일반론에 대하여는, 공무원이 성실하고 합리적인 평균적 공무원의 주의의무를 다하였는지 여부는 그 직무행위 당시의 상황 등을 종합적으로 고려한 사실인정과

4) 이에 대하여는 “헌법재판소가 이 사건 법률조항을 헌법에 위반되는 것으로 결정할 경우, 징발재산의 수의매각계약 체결을 거절한 공무원에게 헌법의 최고규범력을 위반한 고의 또는 과실이 있는지 여부는 당해 사건 법원이 판단할 사항인바, 일용 재판의 전제성을 인정하고 본안 판단에 나아가야 할 것이다.”라고 보는 반대의견(재판관 김종대)이 있다.

법률해석의 문제로서 당해 법원이 담당하여야 할 것이고 재판소가 이를 미리 판단하는 것은 부적절하다는 비판이 가능하다.

본 사건은 앞서 본 재판의 전제성을 부정한 선례들이 모두 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구사건이었던 것과 달리 법원의 위헌법률심판제청사건이라는 점에서, 위헌 여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부는 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중한다는 원칙에 보다 충실했다고 할 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321-322; 헌재 1999. 9. 16. 98헌가6, 판례집 11-2, 228, 235).

나아가 당해 사건의 경우 이 사건 법률조항이 국회의 통상적인 입법과정을 통하여 제정된 것이 아니고, 5·16 군사쿠데타 직후 국가재건최고회의를 통하여 제정되었다는 등의 특수한 사정이 있는 점 등에 비추어 ‘당시 적용된 법률조항의 위헌성이 명백하다고 인정되어 그에 따른 공무원의 행위가 객관적 정당성을 상실할 정도에 이르렀다고 판단할 여지’ 등 법원에서 공무원의 직무상 과실을 인정할 가능성이 전혀 없다고 볼 수는 없는 점도 재판의 전제성을 인정함에 있어 고려되었다고 볼 수 있다.

참고로 이 사건 위헌결정 이후 제청법원은 당해 사건에 관하여 ‘중앙정보부 수사관이 영장을 발부받지 아니한 채 망인을 연행하여 불법구금한 상태에서 조사하고, 구금된 망인에게 위협한 물건의 반입하여 사용하게 함에 있어 철저한 주의를 기울여야 함에도 이를 소홀히 하였으며, 국가가 망인이 간첩이라는 명확한 증거가 없음에도 이를 단정적으로 발표하고 국가기록에 게재하여 망인과 그 유족들의 명예를 훼손하였다’는 다소 포괄적인 내용의 불법행위 성립을 인정하였다.⁵⁾

2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 결정내용

이 사건 결정은 ‘영장주의’를 이 사건 법률조항에 대한 심사기준으로 삼아 이 사건 법률조항은 형식적으로 영장주의에 위배되므로, 실질적인 측면에서

5) 원고와 피고 쌍방이 항소하여 항소심 계속 중이다(서울고등법원 2013나21408).

입법제량의 범위를 일탈하였는지 여부를 따질 필요도 없이 헌법에 위반된다고 보았다.

또한 이 사건 법률조항의 시행 당시 계엄이 선포되었던 특수한 상황을 염두에 두고, 직권으로 이 사건 법률조항이 헌법에서 정한 계엄선포시의 ‘특별한 조치’로서 정당화될 수 있는지 여부를 검토하여 이 사건 법률조항은 그러한 사유로 정당화될 수 없다고 판단하였다.

나. 심사기준에 대한 해설

(1) 영장주의

(가) 영장주의와 다른 심사기준과의 관계

헌법은 제12조 제1항에서 신체의 자유를 보장하고, 같은 조 제3항에서 영장주의를 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 일정한 범죄에 대하여 법관의 영장 없이 구속, 압수 및 수색을 할 수 있게 함으로써 헌법상 영장주의에 위배되는지가 직접적으로 문제가 됨은 명백하다. 그런데 아울러 망인은 이 사건 법률조항에 따라 중앙정보부 수사관들에 의하여 신체가 구속되게 되었으므로 신체의 자유의 침해 여부도 문제된다고 볼 수 있으므로, 이를 따로 판단할 것인지 여부가 문제된다.

이 점에 관하여 영장주의의 위배 여부를 검토하면서 헌법 제12조 제1항에서 정한 적법절차원칙 위배 여부와 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하는지 여부를 따로 검토한 결정례[법원의 구속집행정지결정에 관하여 검사가 즉시항고할 수 있도록 한 형사소송법 제101조 제3항에 대한 위헌결정(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703), 보석허가결정에 대하여 검사가 즉시항고할 수 있도록 한 형사소송법 제97조 제3항에 대한 위헌결정(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578), 구속영장의 실효에 대하여 검사의 의견에 따른 예외를 인정하는 형사소송법 제331조 단서에 대한 위헌결정(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853)]와 헌법 제12조 제1항은 신체의 자유에 대한 일반규정, 같은 조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차에 적용되는 특별규정으로 보아 영장주의의 위배 여부만을 판단하면 족하다고 보는 결정례[검사가 구속영장을 재청구하는 경우 구속사유에

실질적 가중요건을 규정하지 아니한 형사소송법 제201조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 본 결정(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637)가 있다.

이 사건 결정은, 후자의 판단방식과 같이 수사기관의 피의자에 대한 구속 제도는 당해 피의자에 대한 유죄판결이 확정되기 이전에 신체의 자유를 제한하는 결과를 발생시킨다는 점을 당연한 전제로 하는 것이고, 우리 헌법제정권자는 제헌 헌법(제9조) 이래 현행 헌법(제12조 제3항)에 이르기까지 이러한 구체적인 적용영역에서 수사기관의 권한남용 등을 방지하기 위하여 헌법적 ‘특별규정’으로 영장주의를 채택하여 왔으므로, 이 사건 법률조항의 위헌성을 심사함에 있어서 유죄판결이 확정되기 전에 당해 피의자의 신체의 자유가 제한되는 결과가 발생한다는 측면에 대해서는 영장주의에 위배되는지 여부를 판단하는 것으로 족하고, 특별한 사정이 없는 한 일반규정인 헌법 제12조 제1항 등을 별도로 판단할 필요는 없다는 입장을 취하였다.

어떠한 법률조항에 대하여 헌법상 일반-특별규정의 관계에 있는 여러 심사기준으로 판단이 가능한 경우, 각각의 심사기준을 모두 적용하는 것은 그 법률조항의 위헌 여부를 여러 각도에서 조망하여 볼 수 있다는 측면에서 의미가 있다. 반면 특별규정에 따른 심사만을 하는 것은 보다 효율적이고, 개별 헌법규정의 특수한 의미를 드러내기에 용이하다. 전자의 결정례들은 일단 적법하게 발부된 영장의 효력을 사후적으로 실효 내지 정지하는 문제들로서 애초부터 영장 없이 수사기관의 강제처분을 허용한 이 사건 법률조항과 차이가 있고, 이러한 의미에서 이 사건 법률조항은 영장주의에 위배된다는 위헌성이 명백하므로 이 점을 강조한다는 측면에서 위와 같은 판단구조를 취하였다고 볼 수 있다.

(나) 영장주의의 의의

이 사건 결정에서는 영장주의에 관한 선례들의 내용을 종합하여, “영장주의는 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관

이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다. 특히 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 큰 만큼, 수사기관의 인권 침해에 대한 법관의 사전적·사법적 억제력을 통하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 인권보장을 도모한다는 면에서 영장주의의 의미가 크다고 할 것이다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등, 판례집 9-1, 313, 320; 헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703, 709 등 참조).

따라서 입법자는 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 헌법적 특별규정인 영장주의를 준수하는 범위 내에서 우리 사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준 등을 종합적으로 검토한 다음 구체적 사정에 따라서 다양한 정책적인 선택을 할 수 있는 것이므로, 우선 형식적으로 영장주의에 위배되는 법률은 곧바로 헌법에 위반된다고 할 것이고, 나아가 형식적으로는 영장주의를 준수하였다더라도 실질적인 측면에서 입법자가 합리적인 선택범위를 이탈하는 등 그 입법형성권을 남용하였다면 그러한 법률은 자의금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 보아야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 648-649 참조).”고 실시하였다.

이러한 실시는 수사기관의 구속 등 강제처분에 있어서 적용되는 헌법원칙인 영장주의의 독자적 의미를 강조하여 영장주의에 위배되는 법률은 그 입법목적이나 배경을 따질 필요 없이 헌법에 위반된다는 점을 확인한 것이다.

다만 여기서 영장주의를 형식적으로 준수한 법률에 대하여 실질적인 측면에서 자의금지원칙을 적용하여 위헌심사를 한다고 실시한 일반론은 수사기관의 기능이나 권한의 분배 등 수사제도 형성에 관한 입법재량을 심사하는 경우의 기준을 밝힌 것이고, 만약 그러한 법률이 신체의 자유를 침해하는지 여부가 문제되어 이를 심사하고자 한다면 당연히 과잉금지원칙에 따른 비례심사를 하여야 할 것이다.

(2) 위헌심사기준으로서 현행 헌법과 구 헌법

이 사건 법률조항의 시행 당시 현행 헌법이 아닌 구 헌법이 시행되고 있었는바, 이러한 법률조항의 위헌여부가 문제가 되는 경우 위헌법률심판의 심사기준이 되는 헌법 규정은 헌법재판 당시 규범력을 가지는 현행 헌법 규정인지, 심판대상조항이 시행될 당시 규범력을 가지는 구 헌법 규정인지, 두 헌법 규정을 함께 고려하여야 하는지 등의 의문이 생길 수 있다.

본 건에서 심사기준이 되는 헌법상 영장주의는 제헌헌법 이래 현행 헌법에 이르기까지 헌법에 규정되어 있었는데, 현행 헌법과 구 헌법 중 어느 쪽을 심사기준으로 삼더라도 그 결론에 차이가 없게 되어 이 논점에 대한 논의의 실익은 그리 크다고 볼 수 없다.⁶⁾ 이러한 경우 재판소 결정례는 현행 헌법과 구 헌법을 모두 심사기준으로 삼고 있고(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32 등, 판례집 1, 343, 352-355; 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 414-415 참조), 본 건에서도 이러한 예에 따라 현행 헌법 제12조 제3항과 구 헌법 제9조⁷⁾를 모두 심사기준으로 보았다.⁸⁾

6) 다만 당시 시행되던 국가재건비상조치법은 ‘① 국회구성 및 정부수립시까지 국가재건최고회의가 최고통치기관으로서의 지위를 가진다. ② 국민의 기본권은 혁명과업 수행에 지장이 없는 한도 내에서 보장한다. ③ 국가재건최고회의는 국회의 권한을 행사하고, 내각은 위 최고회의에 대하여 연대책임을 진다. ④ 대법원장과 대법원판사는 최고회의 제청으로 대통령이 임명하고, 헌법재판소의 효력은 정지시킨다.’는 내용을 골자로 하고 있었고, 같은 법 제24조는 “헌법의 규정 중 이 비상조치법에 저촉되는 규정은 이 비상조치법에 의한다”라고 규정하고 있었는데, 당시 구 헌법이 효력을 보유하고 있었는지에 대한 의문이 제기될 여지는 있으나, 이 점에 대한 검토는 본고의 범위를 넘는 것으로 보아 생략한다.

7) 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 수색, 심문, 처벌과 강제노역을 받지 아니한다.
체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다.
누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.

8) 본 사건 이후 선고된 긴급조치 사건에서는, 구 헌법과 현행 헌법 중 어느 쪽을 심사기준으로 삼을 것인지가 중요한 쟁점이었는데, “헌법재판소의 헌법 해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색·확인하고 이를 규범적으로 관철하는 작업이므로, 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 심사기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 헌법이라고 할 것”이라고 심사기준에 관한 원칙을 정립하였다(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등, 공보 198, 472, 477).

다. 본안에 대한 해설

(1) 이 사건 법률조항은 수사기관이 법원에 의하여 발부된 영장 없이 일부 범죄 혐의자에 대하여 구속 등을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그와 같이 영장 없이 이루어진 강제처분에 대하여 법원에 의한 사후영장을 발부받도록 하는 규정도 마련하지 아니함으로써, 피의자에 대한 구속 등에 있어 법관의 개입을 완전히 봉쇄하고 있으므로, 명백히 영장주의의 본질을 침해하고, 이렇게 영장주의에 위배되는 이상, 수사절차를 형성하는 법률의 입법목적이나 시행배경 등을 따져 볼 필요도 없이 헌법에 위반된다는 점에는 의문의 여지가 없다.

(2) 계엄선포시의 ‘특별한 조치’ 해당 여부

(가) 판단배경

구 헌법 제64조 제3문은 “계엄이 선포되었을 때에는 법률의 정하는 바에 의하여 국민의 권리와 행정기관이나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.”고 규정하고 있고, 현행 헌법 제77조 제3항도 “비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

계엄선포권은 전시·사변 등 국가비상사태에서 대통령이 전국 또는 일정한 지역을 병력으로써 경비하고 당해 지역의 행정사무와 사법사무의 일부 또는 전부를 군의 관할 하에 두는 국가긴급권제도이므로, 계엄이 선포된 경우의 특별한 조치는 일반적으로 계엄사령관이 계엄법에 따라 계엄지역 안의 모든 행정사무와 사법사무를 관장하고 국민의 기본권을 제한할 수 있는 것을 의미한다고 할 수 있다[구 계엄법(1949. 11. 24. 법률 제69호로 제정되고, 1981. 4. 17. 법률 제3442호로 개정되기 전의 것) 제11, 12, 13조 등 참조].

이 사건 법률조항은 위와 같은 계엄법에 따른 계엄선포시의 특별한 조치에 포섭되는 것은 아니지만, 계엄상황 하에서 법률의 형식으로 국민의 권리와 법원의 권한에 관한 예외를 규정하고 있어 위와 같은 헌법의 문언에 일단 형식적으로 부합하고, 이 사건 법률조항 당시의 특수한 시대상황에서 영

장주의의 한계에 대하여 검토할 필요성도 있으므로, 직권으로 이러한 점을 판단하였다고 볼 수 있다.

(3) 검토

이 사건 결정에서는, “이 사건 특례법은 1961. 7. 3.부터 1963. 9. 30.까지 시행되었고, 당시 계엄은 1961. 5. 16. 09:00경 군사혁명위원회 포고에 의하여 전국에 비상계엄으로 선포되어 1961. 5. 27. 국가재건최고회의에 의하여 경비계엄으로 완화되었다가 1962. 12. 5. 24:00를 기하여 해제되었다.

당시의 국내외 정세를 현재 상황에서 판단하는 것은 쉽지 않고, 그에 따라 위 계엄선포가 적법한 절차와 권한에 근거한 것인지에 대하여는 다툼의 여지가 있을 수 있다. 하지만 이 사건 법률조항과 같이 영장주의를 완전히 배제하는 특별한 조치는 비상계엄에 준하는 국가비상상태에 있어서도 가급적 회피하여야 할 것이고, 설사 그러한 조치가 허용된다고 하더라도 지극히 한시적으로 이루어져야 할 것이며, 영장 없이 이루어진 수사기관의 강제처분에 대하여는 사후적으로 조속한 시간 내에 법관에 의한 심사가 이루어질 수 있는 장치가 마련되어야 할 것임에는 의문의 여지가 없다.

그런데 이 사건 법률조항은 1961. 8. 7.부터 계엄이 해제된 이후인 1963. 12. 17.까지 무려 2년 4개월이 넘는 기간 동안 시행되었는바, 비록 일부 범죄에 국한되는 것이라도 이러한 장기간 동안 영장주의를 완전히 무시하는 입법상 조치가 허용될 수 없음은 명백하고, 따라서 이 사건 법률조항은 구 헌법 제64조나 현행 헌법 제77조의 특별한 조치에 해당한다고 볼 수 없다.”고 실시하였다.

계엄선포행위에 대한 사법적 심사가 가능한지 여부에 대하여 이를 통치행위로 보아 사법심사의 대상에서 제외하는 입장과 현대 법치국가에서 법 앞에서 누구나 평등하고 어떤 국가행위도 평가의 대상이라면 당연히 사법심사의 대상이라고 보는 입장이 대립된다. 이 사건 결정은 당시 계엄선포행위 자체의 적법성에 대하여는 판단을 보류하였는데, 이는 본안의 판단에 꼭 필요한 내용이 아니고, 자칫 소모적인 논쟁을 유발할 수 있다는 점 등을 고려한 것이라고 할 수 있다.

계엄선포시의 ‘특별한 조치’로서 헌법에서 직접 규정하는 보장의 범위를 넘어 기본권을 제한을 할 수 없다는 취지에서 헌법 제12조 제3항에서 정한 영장주의를 넘어서는 내용의 특별한 입법상 조치는 애초부터 허용될 수 없다고 볼 여지도 있다. 이 사건 결정에서는 영장주의를 배제하는 특별한 조치가 허용되는지 여부에 관하여 명시적인 판단은 하지 않았으나, 엄격한 요건 아래서는 허용된다는 전제 아래 그러한 특별한 조치의 시간적 한계와 사후적인 구제조치의 필요성을 강조하고, 이 사건 법률조항은 그러한 요건을 갖추지 못하였으므로 계엄선포시의 특별한 조치로서 정당화될 수 없다고 보았다. 이러한 판단은 위와 같은 논점에 대한 최소한의 실시로서 앞으로 보다 세밀한 쟁점을 지닌 사안이 나타나는 경우 계엄선포시의 특별한 입법조치에 관한 재판소의 구체적인 판단을 기대할 수 있을 것으로 보인다.

3. 결정의 의의

(1) 당해 사건이 국가배상청구 소송인 경우, 적용 당시 유효하던 법률조항에 따라 직무를 집행한 공무원의 행위에 과실을 인정할 수 있는지와 관련된 재판의 전제성 인정 여부에 대하여, 이 사건 결정은 법원의 위헌법률심판제청에 있어 재판의 전제성 요건 충족 여부는 제청법원의 법률적 견해를 존중한다는 원칙을 확인하고, 중앙정보부 공무원이 이 사건 법률조항에 근거하여 망인을 구속한 것이 불법행위에 해당하는지 여부는 법원이 판단할 사항이라고 보아 재판의 전제성을 인정하였다.

이는 위헌성이 명백한 법률에 대하여 적법요건을 엄격하게 적용하여 그 판단을 보류하지 않겠다는 헌법재판소의 국민의 기본권 보장을 위한 적극적인 태도를 시사하는 의미가 크다고 할 것이다. 다만 유사한 유형의 사건에서 재판의 전제성을 부정하여 왔던 기존의 결정례와의 차이에 대한 설명이 부족한 점은 아쉬운 부분이다.

(2) 본안에 있어서는 이 사건 법률조항이 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어 법관의 판단에 따라야 한다는 영장주의에 형식적으로 위배된다는 자체로 헌법에 위반된다고 하여, 영장주의의 내용을 정리하고, 수사 절차에 있어서 그 독립적 의미를 분명히 하였다.

또한 이 사건 법률조항 시행 당시 계엄상태였던 점을 고려하여 이 사건 법률조항이 헌법상 계엄선포시의 특별한 입법적 조치로서 정당화될 수 있는지를 직권으로 판단하면서, 영장주의를 넘어서는 특별한 조치가 허용되려면 그 기간이 지극히 한시적이고, 사후적으로 구제절차가 마련되어야 하는 등의 요건이 필요한데, 이 사건 법률조항은 그러한 요건을 갖추지 못하였으므로 정당화될 수 없다고 판단하였다. 이는 당시의 복잡했던 정세에 비추어 정치적으로 민감한 부분의 판단을 절제하면서 법리적으로 필요한 최소한의 실시만을 한 것으로서, 계엄선포시의 특별한 조치에 관하여는 사안에 따라 보다 구체화된 헌법재판소의 판단이 필요하게 될 것으로 보인다.

특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제5조 등 위헌소원

- 이른바 “전자발찌” 부착명령 및 준수사항 부과 사건-
(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89, 관례집 24-2하, 364)

박 준 회*

【판시사항】

1. 성폭력범죄를 2회 이상 범하여 그 습벽이 인정된 때에 해당하고 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는 자에 대해 검사의 청구와 법원의 판결로 3년 이상 20년 이하의 기간 동안 전자장치 부착을 명할 수 있도록 한 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11558호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항 제2호 중 제5조 제1항 제3호에 관한 부분(이하 ‘이 사건 전자장치부착조항’이라 한다)이 청구인의 사생활의 비밀과 자유 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

2. 법원이 위 부착기간 중 기간을 정하여 야간 외출제한 및 아동시설 출입금지 등의 준수사항을 명할 수 있도록 한 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9112호로 개정되고, 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정되기 전의 것) 제9조의2 제1항 제1호, 제2호, 제4호(이하 ‘이 사건 준수사항부과조항’이라 한다)가 청구인의 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

구 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률(2010. 4.

* 헌법연구관

15. 법률 제10257호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11558호로 개정되기 전의 것)

제9조(부착명령의 판결 등) ① 법원은 부착명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 다음 각 호에 따른 기간의 범위 내에서 부착기간을 정하여 판결로 부착명령을 선고하여야 한다. 다만, 13세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우에는 부착기간 하한을 다음 각 호에 따른 부착기간 하한의 2배로 한다.

1. 법정형의 상한이 사형 또는 무기징역인 특정범죄: 10년 이상 30년 이하
2. 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 특정범죄(제1호에 해당하는 특정범죄는 제외한다): 3년 이상 20년 이하
3. 법정형 중 징역형의 하한이 3년 미만의 유기징역인 특정범죄(제1호 또는 제2호에 해당하는 특정범죄는 제외한다): 1년 이상 10년 이하

구 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률(2008. 6. 13. 법률 제9112호로 개정되고, 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정되기 전의 것)

제9조의2(준수사항) ① 법원은 제9조 제1항에 따라 부착명령을 선고하는 경우 다음 각 호의 준수사항 중 하나 이상을 부과할 수 있다.

1. 야간 등 특정 시간대의 외출제한
2. 특정지역·장소에의 출입금지
3. 피해자 등 특정인에의 접근금지
4. 성폭력 치료 프로그램의 이수
5. 그 밖에 부착명령을 선고받는 자의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 사항

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

가. 청구인은 ‘2010. 1. 19.경부터 같은 해 2. 25.경까지 여성 7명을 강간하였다.’는 범죄사실로 2010. 10. 1. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강간등)죄로 징역 12년 및 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착

등에 관한 법률’ 제9조 제1항 제2호, 제5조 제1항 제3호에 의하여 10년간 위치추적 전자장치 부착명령, 부착기간 중 야간 외출제한, 주거지 인근의 초등학교, 유치원 등에서의 출입금지, 성폭력 치료 프로그램 이수 등의 준수사항을 부과하는 판결을 선고받았다(대구지방법원 2010고합141, 2010전고11).

나. 청구인은 이에 항소한 후(대구고등법원 2010노451, 2010전노36), 항소심 소송 계속 중 전자장치 부착명령의 근거법률인 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’ 제5조 등이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2011. 3. 31. 기각되자(대구고등법원 2011초기4), 2011. 5. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지 및 법원의 위헌법률심판제청 신청 기각결정 요지

가. 청구인의 주장 요지

전자장치부착법에 규정된 위치추적 전자장치 부착명령이 사실상 형벌과 유사한 성격을 지니고 있음에도 실질적으로 형의 집행이 종료된 자에 대하여 또 다시 과도한 기간 동안 전자장치를 부착하게 하는 것은 그 정도가 통상의 형벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이며 지나치게 가혹하여 청구인의 인간의 존엄과 가치를 침해하고 평등원칙에 위배된다. 또한 이 사건 전자장치부착조항 및 준수사항 조항은 사실상 신체의 자유를 제한하는 처벌에 해당함에도 적법절차를 갖추지 않아 헌법 제12조 제1항에 위배되고, 동일한 범죄에 대한 이중처벌로서 헌법 제13조 제1항에 위배된다.

나. 법원의 위헌법률심판제청신청 기각결정의 이유

전자감시제도는 일종의 보안처분이고, 전자장치부착법은 위치추적 전자장치 부착명령을 선고하는 경우 전자장치를 부착한 자(이하 “피부착자”라 한다)의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 준수사항을 부과할 수 있도록 하는 한편, 피부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위하여 전자파의 수신자료를 한정된 경우 이외에는 공개할 수 없도록 하고 있으며, 부착명령의 탄력적 집행을 위하여 3개월마다 부착명령 가해제를 신청할 수 있도록 규정하고 있

다. 그렇다면 전자감시제도의 목적, 성격, 운영에 관한 내용을 종합적으로 고려해 볼 때, 이 사건 조항들이 일사부재리 원칙에 위반된다거나 신체의 자유 등 기본권을 침해한다고 보기 어렵다.

【결정요지】

1. 이 사건 전자장치부착조항은 성폭력범죄로부터 국민을 보호하고 성폭력범죄자의 재범을 방지하고자 하는 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정되며, 전자장치부착으로 인해 제한되는 피부착자의 자유는 자신의 위치가 24시간 국가에 노출됨으로 인하여 행동의 자유가 심리적으로 위축된다는 것일 뿐 행동 자체가 금지되거나 물리적으로 제한되는 것은 아닌 점, 구 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’(이하 ‘전자장치 부착법’이라 한다)은 전자장치의 부착 후 3개월마다 가해제 여부를 결정하도록 하여 피부착자의 개선 및 교화의 정도에 따라 불필요한 전자장치의 부착이 없도록 하는 등 전자장치부착에 따른 인권 침해를 최소화하기 위한 조치들을 마련하고 있는 점, 성폭력범죄는 대부분 습벽에 의한 것이고 그 습벽은 단기간에 교정되지 않고 장기간 계속될 가능성이 크다는 점에서 일반적으로는 부착기간의 상한을 높게 확보해 둘 필요가 있는 점, 날로 증가하는 성폭력범죄와 그 피해의 심각성을 고려할 때 범죄예방 효과의 측면에서 위치추적을 통한 전자감시제도보다 덜 기본권 제한적인 수단을 쉽게 마련하기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 전자장치부착조항에 의한 전자감시제도가 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 수 없다. 또한 이 사건 전자장치부착조항이 보호하고자 하는 이익에 비해 재범의 위험성이 있는 성폭력범죄자가 입는 불이익이 결코 크다고 할 수 없어 법익의 균형성원칙에 반하지 아니하므로, 이 사건 전자장치부착조항이 과잉금지원칙에 위배하여 피부착자의 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 인격권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 준수사항조항은 단순히 전자장치 부착만으로는 재범방지 목적을 달성할 수 없다는 지적에 따라 재범의 방지를 위한 구체적인 의무사항을 부과함으로써 전자장치부착법의 입법 목적을 효과적으로 달성하려는 것이므

로 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다. 또한 피부착자에게 출입이 금지되는 구역과 외출이 금지되는 시간을 지정하거나 치료 프로그램의 이수 등을 의무화함으로써 다양한 형태로 전자감시제도를 시행하는 것은 재범을 방지하고 피부착자의 재사회화를 위한 것으로서 이보다 덜 침해적인 수단을 찾기 어렵다.

전자장치부착법에서는 준수사항의 부과가 개별 피부착자의 재범 방지 및 재사회화를 위해 탄력적으로 이루어질 수 있도록 하고 있으며, 전자장치 부착과 더불어 준수사항 이행의무를 지게 됨으로써 피부착자가 받게 되는 기본권 제한이 적다고 볼 수 없으나, 성범죄의 습벽이 강하고 특히 재범의 위험성이 높아 형벌로는 특별예방이나 사회방위 효과를 거두기 힘든 성폭력범죄자의 재범을 예방하여 성폭력범죄로부터 국민을 보호한다고 하는 공익이 훨씬 크다.

【해 설】

1. 전자장치 부착명령 제도 개관

가. 입법배경 및 입법연혁

(1) 입법배경

최근 몇 년간 성폭력범죄, 특히 아동을 상대로 한 성폭력범죄가 잇따라 발생하고 충격적인 범행 내용과 피해 상황이 전해지면서 성폭력범죄에 강력하게 대처할 필요가 있다는 여론이 높아지자, 국회는 관련 법률 제·개정을 통해 성폭력범죄에 대한 대책을 마련하였다. 그 대책의 주요 내용은 형법을 개정하여 유기징역형의 상한을 높이는 등 법정형을 상향 조정하고(유기징역형의 상한은 30년, 가중할 경우 50년), 기존에 실시해 오던 신상공개제도를 확대하는 한편, 이른바 “전자팔찌”로 불리는 “위치추적 전자장치”(이하 “전자장치”라 한다)를 통한 전자감시제도를 도입하는 것이었다.

(2) 입법연혁

전자감시제도는 2007. 4. 27. 법률 제8394호로 제정된 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’을 통해 도입되었는데, 주요

내용은 일정한 요건에 해당하는 재범의 위험성이 있는 성폭력범죄자에 대해 검사의 청구와 법원의 판결에 따라 5년 이내의 기간 동안 전자장치를 부착하게 할 수 있도록 하는 것이었다. 위 법률은 공포 후 1년 6개월이 경과한 2008. 10. 28.부터 시행될 예정이었으나, 아동을 상대로 한 성폭력범죄가 연이어 발생하면서 그 대책이 시급하다는 여론이 비등하자, 국회는 2008. 6. 13. 법률 제9112호로 법률을 개정하여 그 시행 시기를 2008. 9. 1.로 앞당겼다. 또 전자장치 부착기간의 상한을 5년에서 10년으로 연장하고, 법원이 전자장치의 부착명령과 함께 야간외출제한·특정장소에의 출입금지·성폭력치료프로그램 이수 등의 준수사항을 부가할 수 있는 제도를 도입하였다(제9조 제1항, 제9조의2, 제39조).

위 법률은 2009. 5. 8. 법률 제9654호로 다시 개정되었는데, 성폭력범죄 이외에 미성년자 대상 유괴범죄를 규율 대상에 추가하고 법률의 명칭도 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’로 변경하여 2009. 8. 9.부터 시행하였다(부칙 제1조). 이어 2010. 4. 15. 법률 제10257호로 다시 개정된 전자장치부착법은 전자장치 부착명령 대상범죄에 살인범죄를 추가하고, 전자장치의 부착기간을 법정형에 따라 “10년 이상 30년 이하”, “3년 이상 20년 이하”, “1년 이상 10년 이하” 등으로 세분하여 하한을 1년으로, 상한을 최장 30년으로 하였다(제9조 제1항). 또 부착명령의 청구기한을 항소심 변론종결시까지로 연장하고(제5조 제4항), 부착명령에 법원이 부가할 수 있는 준수사항에 “주거지역의 제한”을 추가하였으며(제9조의2 제2호의2), 피부착자의 주거이전 및 7일 이상의 국내여행 또는 출국 시에 허가를 받도록 하였다(제14조 제3항).

한편 2010. 4. 15. 전자장치부착법 개정 시 2008. 6. 13. 법률 제9112호 부칙 제2조를 신설하여 2008. 9. 1. 이전에 1심판결이 선고됨으로써 부착명령의 대상이 아니었던 성폭력범죄자 중 형 집행중이거나 집행종료·가중료·가출소·가석방·면제된 후 3년이 경과하지 않은 사람들에 대해 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원에 부착명령을 청구할 수 있도록 하였다.

2012. 12. 18. 법률 제11558호로 개정된 법률은 특정 범죄자에 대한 형 종료 후 보호관찰제도를 신설하여 법률의 명칭을 ‘특정 범죄자에 대한 보호관

찰 및 전자장치 부착에 관한 법률’로 변경하는 한편, 위치추적 전자장치 부착대상 특정범죄에 강도범죄를 추가하고, 미성년자 및 장애인에 대한 성범죄의 경우 전자장치 부착명령의 청구요건을 완화하는 등의 내용을 보완하였다.

나. 위치추적 전자감시제도의 내용

(1) 전자장치부착법의 개요

전자장치부착법에 의한 전자감시제도는 “특정범죄”(성폭력범죄, 미성년자 대상 유괴범죄 및 살인범죄를 말한다)를 저지른 사람을 대상으로(제2조), 재범 방지와 성행(性行)교정을 통한 재사회화를 위해 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 조치다(제1조 참조). 전자장치부착법에 따른 전자장치의 부착은 ① 징역형 종료 이후의 전자장치 부착(제2장), ② 가석방 및 가종료 등과 전자장치 부착(제3장), ③ 형의 집행유예와 부착명령(제4장) 등으로 나누어진다. ‘징역형 종료 이후의 전자장치 부착’은, 특정범죄를 범한 사람 중 재범의 위험성이 인정되는 경우 검사의 청구에 의해(제5조) 법원이 판결을 통해 일정 기간 전자장치 부착을 명하는 제도이다(제9조).

부착명령 판결을 선고받지 아니한 특정범죄자로서 형의 집행 중 가석방되어 보호관찰을 받게 되는 자와 치료감호 집행 중 가종료 또는 치료위탁되는 피치료감호자나 보호감호의 집행 중 가출소되는 피보호감호자, 형의 집행유예시 보호관찰명령을 받은 자에 대하여 각 준수사항의 이행 여부 확인 등을 위하여 전자장치를 부착하게 하는 것이 ‘가석방 및 가종료 시의 전자장치 부착’(제22조, 제23조)과 ‘형의 집행유예 시의 전자장치 부착’(제28조)이다.

‘징역형 종료 이후의 전자장치 부착’과 ‘형의 집행유예에 따른 전자장치 부착’은 법원의 판결에 의하여, 특정범죄자의 가석방 시의 전자장치 부착은 법률의 규정에 따라 의무적으로, 가종료자 등에 대한 전자장치 부착은 치료감호심의위원회의 결정에 의하여 각 이루어진다.

(2) ‘징역형 종료 이후의 전자장치 부착’의 절차와 내용

부착명령의 대상자는 19세 이상의 재범의 위험성이 인정되는 성폭력범죄

자, 미성년자 대상 유괴범죄자, 살인범죄자이다(제2조, 제4조). 검사는 일정한 요건에 해당하는 성폭력범죄자 중 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 공소가 제기된 특정범죄사건의 항소심 변론종결 시까지 법원에 전자장치를 부착하는 명령을 청구할 수 있다(제5조 제1항, 제4항).

부착명령 청구사건의 관할은 부착명령 청구사건과 동시에 심리하는 특정범죄사건의 관할에 따르며(제7조 제1항), 부착명령 청구사건의 판결은 특정범죄사건의 판결과 동시에 선고하여야 하는데(제9조 제5항), 법원은 부착명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 부착기간을 정하여 판결로 부착명령을 선고한다(제9조 제1항). 앞에서 본 것처럼 처음 법률이 제정될 당시에는 5년의 범위 안에서 법원이 부착기간을 정하도록 규정하였으나, 그 법률이 시행되기도 전에 법률을 개정하여 10년의 범위 안에서 법원이 부착기간을 정하도록 하였다. 이후 다시 법률을 개정하여 최단 1년, 최장 30년의 범위 안에서 법정형에 비례하는 부착기간의 범위를 규정하고 있다. 법원은 부착명령 청구가 이유 없는 경우 또는 특정범죄사건에 대하여 무죄(심신상실을 이유로 치료감호가 선고된 경우 제외)·면소·공소기각, 벌금형, 선고유예 또는 집행유예의 판결 또는 결정을 선고하는 때(집행유예에 따른 전자장치 부착을 명하는 때를 제외)에는 판결로 부착명령의 청구를 기각한다(제9조 제4항).

부착명령은 검사의 지휘를 받아 보호관찰관이 집행하는데(제12조 제1항), 특정범죄사건에 대한 형의 집행이 종료되는 날 석방 직전에 피부착명령자의 신체에 전자장치를 부착함으로써 집행한다(제13조 제1항). 피부착자는 전자장치의 부착기간 중 전자장치를 신체에서 임의로 분리·손상, 전파 방해 또는 수신자료의 변조, 그 밖의 방법으로 그 효용을 해하여서는 안 되며(제14조 제1항), 그 위반 시 7년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제38조). 보호관찰소의 장 또는 피부착자 및 그 법정대리인은 해당 보호관찰소를 관할하는 보호관찰심사위원회에 부착명령의 가해제를 신청할 수 있는데, 그 신청은 부착명령의 집행이 개시된 날부터 3개월이 경과한 뒤에 하여야 하며 신청이 기각된 경우에는 기각된 날부터 3개월이 경과한 뒤에 다시 신청할 수 있다(제17조). 보호관찰심사위원회가 가해제를 심사할 때에는 피부착자의 인격, 생활태도, 부착명령 이행상황 및 재범의 위험성에 대한 전

문가의 의견을 고려하여야 한다(제18조 제1항). 부착명령은 “부착명령기간이 경과한 때”, “부착명령과 함께 선고한 형이 사면되어 그 선고의 효력을 상실하게 된 때” 또는 “부착명령이 가해제된 자가 그 가해제가 취소됨이 없이 잔여 부착명령기간을 경과한 때”에는 그 집행이 종료된다(제20조).

(3) 전자장치 부착에 의한 전자감시의 운영

전자장치는 부착장치와 휴대용 추적장치 및 재택 감독장치로 이루어진다(법 시행령 제2조). 법무부장관은 보호관찰소의 장 및 보호관찰관이 피부착자의 위치를 확인하고 이동경로를 탐지하며, 전자장치로부터 발신되는 전자파를 수신한 자료를 보존·사용·폐기하는 업무를 지원하기 위하여 위치추적 중앙관제센터를 설치하여 운영할 수 있다(법 시행령 제3조). 위치추적 중앙관제센터는 피부착자의 전자장치로부터 위치정보를 이동통신망을 통해 수신하여 성폭력범죄자의 이동경로를 24시간 추적한다.

2. 이 사건 전자장치부착조항의 위헌 여부

가. 이 사건 전자장치부착조항의 내용

이 사건 전자장치부착조항은 성폭력범죄를 2회 이상 범하여 그 습벽이 인정된 때에 해당하고 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는 자에 대해 검사의 청구와 법원의 판결로 전자장치 부착명령을 선고하되, 법정형이 단기 5년 이상의 유기징역에 해당하는 경우로서 3년 이상 20년 이하의 범위에서 부착기간을 정할 수 있다고 규정하고 있다.

나. 전자장치 부착명령의 법적 성격

(1) 형벌과 보안처분

형사제재에 관한 종래의 일반론에 따르면, 형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻함에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌에 대신하여 또는 형벌을 보충하여 부과되는 자유의 박탈과 제한 등의 처분을 뜻하는 것

으로서 양자는 그 근거와 목적을 달리하는 형사제재이다. 연혁적으로도 보안처분은 형벌이 적용될 수 없거나 형벌의 효과를 기대할 수 없는 행위자를 개선·치료하고, 이러한 행위자의 위험성으로부터 사회를 보호하기 위한 형사정책적인 필요성에 따라 만든 제재이므로 형벌과 본질적인 차이가 있다. 즉, 형벌과 보안처분은 다 같이 형사제재에 해당하지만, 형벌은 책임의 한계 안에서 과거 불법에 대한 응보를 주된 목적으로 하는 제재이고, 보안처분은 장래 재범 위험성을 전제로 범죄를 예방하기 위한 제재이다.

그런데 오늘날에는 형벌과 보안처분의 형태가 다양해지고 형벌 집행에 있어서 범죄자에 대한 특별예방적·형사정책적 관심과 배려를 강조하는 새로운 형사제재수단들, 예를 들어 보호관찰, 사회봉사명령이나 수강명령 등이 등장하면서 형벌과 보안처분의 경계가 모호해지고 있다. 따라서 새로운 형사제재의 법적 성격을 논함에 있어서 종전과 같은 ‘과거 행위에 대한 응보와 재범의 위험성에 따른 사회 예방’이라는 이분법적 논리를 단순히 적용하기에는 타당하지 않은 면이 있다.

그러나 형벌과 보안처분이 본질적으로 다른 점이 있음은 부인할 수 없다. ‘징역형 종료 이후의 전자장치 부착’이 이중처벌에 해당하는지 여부 등을 판단하기 위하여는 전자장치 부착명령의 법적 성격을 살펴보는 것이 필요하다. 다만 동일한 형태의 형사제재에 있어서도 그 목적, 요건, 운영방식에 따라 법적 성격을 달리 할 수 있으므로 관련 제도의 목적, 요건 등을 고려하여 그 법적 성격을 구분해야 한다.

(2) 전자장치 부착명령 제도의 목적 및 요건 등

전자장치부착법에 따른 전자장치 부착명령은 성범죄자의 재범 방지와 성행 교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다(제1조). 즉, 전자장치 부착명령의 근본적인 목적은 재범방지와 사회방위이다.

전자장치 부착명령은 검사가 일정한 성폭력범죄자 가운데 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 법원에 이를 청구할 수

있다(제5조 제1항). 검사는 부착명령을 청구함에 있어서 필요한 경우에는 재범의 위험성 등 피의자에 관하여 필요한 사항의 조사를 요청할 수 있으며(제6조 제1항), 피의자에 대한 정신감정이나 그 밖에 전문가의 진단 등의 결과를 참고하여야 한다(제6조 제4항). 따라서 전자장치 부착명령의 가장 중요한 요건인 “재범의 위험성”에 대해서 관련된 전문가들의 과학적인 사실판단을 참고로 하여 법률가인 검사와 판사가 이를 결정하고 있으며, 나아가 성범죄자의 죄질, 재범 위험성의 경중, 전문가의 의견 등을 종합하여 준수사항 부과 여부 및 부착기간을 차별화하고 있다(제9조 제1항).

또한 부착명령의 선고는 특정범죄사건의 양형에 유리하게 참작되어서는 안 되고(제9조 제7항), 성폭력범죄사건의 양형은 부착명령의 요건에 대한 심사, 그에 따른 부착명령의 선고 여부 및 선고되는 부착기간의 결정 등과는 구별되어야 한다. 이는 전자감시 부착명령이 형벌과 그 목적이나 심사대상 등을 달리하므로 징역형의 대체수단으로 취급하여 함부로 양형을 감경하여서는 안 된다는 점을 명시하고 있는 것이다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도 1947, 2009전도5 판결 참조).

한편, 2010. 4. 15. 개정된 전자장치부착법에서는 부착명령을 선고받은 사람은 부착기간 동안 ‘보호관찰 등에 관한 법률’에 따른 보호관찰을 받는다고 규정하고 있다(제9조 제3항). 그런데 이와 같이 전자장치 부착명령을 받은 사람이 받게 되는 보호관찰의 개념에서 찾을 수 있는 두 가지 기본요소는 지도·감독과 원호(또는 보호)로서, ‘지도·감독’이란 보호관찰관이 대상자에게 부과된 준수사항을 지키도록 하는 일체의 행동을 말하고, ‘원호’는 대상자의 사회복귀를 지원하는 것이다. 그러므로 전자장치 부착에 의한 위치추적 감시는 이러한 지도·감독과 원호의 수단이 된다.

(3) 이와 같이 전자장치부착법상 전자장치 부착명령은 제도의 목적, 요건, 보호관찰 부가 등 관련 규정의 내용에 비추어 형벌과 구별되므로, 형벌과는 목적이나 심사대상 등을 달리하는 보안처분에 해당한다고 보아야 한다.

나. 이중처벌금지원칙 위반 여부

이 사건 전자장치부착조항에 의한 전자장치 부착이 특정범죄자에 대해서 형벌의 부과와 함께 이루어지므로, 형벌과 전자장치 부착의 병과라는 측면에서 이중처벌금지원칙에 위반되는 것은 아닌지 문제된다.

헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다는 것이 우리 재판소의 확립된 입장으로서(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 10), 형벌에 보호감호나 보안관찰처분을 병과하거나 청소년의 성 매수자에 대해 형벌 이외에 신상공개를 병과하는 경우 모두 이중처벌금지원칙에 위배되지는 않는다(헌재 2001. 3. 21. 99헌바7, 판례집 13-1, 525, 541-542; 헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 565-566; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 640-641 등).¹⁾

그렇다면 이 사건 전자장치부착조항에 의한 전자장치 부착은 보안처분에 해당하므로 동일한 범죄행위에 대해 형벌과 병과된다고 해서 이중처벌금지원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 제한되는 기본권

이 사건 전자장치부착조항은 피부착자의 위치와 이동경로를 실시간으로 파악하여 피부착자를 24시간 감시할 수 있도록 하고 있으므로 피부착자의 사생활의 비밀과 자유를 제한하며, 피부착자의 위치와 이동경로 등 ‘위치 정보’를 수집, 보관, 이용한다는 측면에서 개인정보자기결정권도 제한한다.

한편 전자장치를 강제로 착용하게 함으로써 피부착자는 옷차림이나 신체

1) ※ 대법원은 이 사건에서 문제되고 있는 전자감시제도에 대해 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다고 보았다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도6061, 2009전도13 판결, 공2009하, 1726).

이에 대하여 형벌과 보안처분은 국가형벌권을 실현하는 형사제재라는 점 및 국민의 자유에 대한 제한을 동반한다는 점에서 동질적임에도 불구하고 양자가 범형식상 구별되고 그 병과는 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다는 논증은 이중처벌금지의 원칙의 근본적인 취지와 이념을 몰각한 해석이라는 비판이 있다.

활동의 자유가 제한되고, 24시간 전자장치 부착에 의한 위치 감시 그 자체로 모욕감과 수치심을 느낄 수 있으므로 헌법 제10조로부터 유래하는 인격권을 제한한다.

그러므로 이 사건 전자장치부착조항에 의하여 제한받는 피부착자의 기본권은 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 및 인격권이다.

(2) 입법목적의 정당성

우리나라의 성폭력범죄는 통계상 뚜렷한 증가추세를 보이고 있고²⁾ 성폭력범죄의 동종재범자 수는 계속 늘어나는 추세에 있으나,³⁾⁴⁾ 성폭력범죄에 대한 대책으로 단순히 형벌을 강화하는 것은, 성폭력범죄가 행위자의 습벽에 의한 경우가 많아 처벌에 의한 범죄 억제의 효과는 크지 않을 수 있다는 점에서 실효적인 대책으로 보기 어렵고, 양형의 지나친 강화는 일반적인 형사정책적 관점에서도 바람직하지 못하다. 또한 성폭력범죄자 가운데 상당수는 범죄의 충동을 억제하기 어려운 심리적인 문제를 가지고 있음에도 기존의 교정 프로그램만으로는 성폭력범죄의 재범 방지를 위한 효과적인 수단이 될 수 없음이 드러나고 있어, 이에 대응하기 위해서는 형벌 이외의 별도의 제재가 필요하다. 한편 최근 죄질이 극히 불량하고 피해의 정도가 심각한 성폭력

2) 강간 범죄는 1998년 7,886건에서 2008년 15,094건으로 10년 사이 약 2배 가까이 증가했고 아동 대상 성폭력범죄도 2004년 627건이던 것이 2008년 1,042건으로 크게 증가했다. (대검찰청, 범죄분석, 2009; 법무연수원, 범죄백서, 2009. 참조)

3) 성폭력범죄에 있어서 동종재범자 수와 동종재범기간

연도	동종재범자	1년 이내	2년 이내	3년 이내	3년 초과
2000	459	203	56	32	168
2001	469	176	59	37	197
2002	778	303	96	79	300
2003	730	255	122	89	264
2004	527	177	144	60	146
2005	672	245	115	84	228
2006	757	280	127	121	229
2007	686	298	108	84	196

대검찰청, 범죄분석, 2001-2008.

4) 특히 최근 5년간 재범률은 성인 대상은 37%, 아동 대상은 50%로 아동을 대상으로 한 성폭력범죄의 재범률이 더 높다고 한다(MBC PD수첩, 2009. 4. 9.자. 보도 참조)

범죄들이 빈발함에 따라 성폭력범죄로부터 국민을 강력하게 보호하여야 할 필요성은 어느 때보다도 크게 대두되었다. 이러한 상황에서 이 사건 전자장치부착조항은 성폭력범죄자가 그 습벽이 인정되고 재범의 위험성이 있는 경우에 위치추적을 위한 전자장치를 부착하도록 함으로써 성폭력범죄자의 행적을 추적하여 그에 의한 성폭력범죄를 방지하려는 것으로서, 성폭력범죄로부터 국민을 보호하고 성폭력범죄자의 재범을 방지하고자 하는 입법목적의 정당성이 인정된다.

(3) 수단의 적절성

국가가 자신의 위치를 24시간 추적하고 있음을 알고 있는 상태에서는 쉽게 범죄로 나아가지 못할 것이므로, 이 사건 전자장치부착조항에 의한 전자감시제도가 범죄 예방에 큰 효과가 있을 것임은 충분히 짐작할 수 있다. 전자감시제도가 범죄 억제 효과의 효과가 있다는 것은 실증적으로도 입증되고 있는 바, 법무부 자료에 의하면, 전자감시제도를 시행한 이후 2012. 2. 29.까지 피부착자의 동종 범죄 재범율은 1.97%로, 제도 시행 이전(2005년부터 2009년까지)에 검거된 일반 성폭력범죄자의 동종 재범률 15.1%와 비교할 때 1/16에 불과하므로, 전자장치 부착명령은 재범 방지에 매우 효과적인 것으로 확인되고 있으므로 수단의 적절성 또한 인정된다.

(4) 피해의 최소성

(가) 전자장치부착으로 인해 제한되는 피부착자의 자유는 자신의 위치가 24시간 국가에 노출되므로 이로 인하여 행동(신체활동)의 자유가 심리적으로 위축된다는 것일 뿐 행동(신체활동) 자체가 금지되거나 물리적으로 제한되는 것은 아니다.

또한 특정범죄자 전자감시는 전자감시대상자의 재택 유무와 위치파악이 주목적이며 행동이나 대화내용까지 통제하는 것이 아니고, 24시간 대상자를 거주지 등에 머무르도록 강제하는 것이 아니기 때문에 종전의 보호관찰관에 의한 지도·감독보다 감시를 조금 더 강화한 것이다.

(나) 전자장치부착법은 전자장치부착에 따른 인권 침해를 최소화하기 위

한 조치들을 마련하고 있다.

검사는 부착명령을 청구하기 위해 필요하다고 인정하는 때에는 관할 보호 관찰소장에게 범죄의 동기, 피해자와의 관계, 심리상태, 재범의 위험성 등 피의자에 관하여 필요한 사항의 조사를 요청할 수 있으며, 필요한 경우 피의자에 대한 정신감정이나 그 밖에 전문가의 진단 등의 결과를 참고하여야 한다(제6조 제1항, 제4항). 그리고 피부착자의 전자장치로부터 발신되는 전자파의 수신자료의 보존, 사용, 폐기 등을 규정하여 피부착자의 위치정보의 남용에 의한 불필요한 인권침해를 방지할 수단을 마련하고 있다(제16조).

특히 전자장치부착법은 전자장치의 부착 후 3개월마다 보호관찰소장, 피부착자 및 그 법정대리인의 신청에 따라 전자장치부착의 가해제 여부를 결정하도록 하여(제18조) 피부착자의 개선 및 교화의 정도에 따라 재범의 위험성이 없는 자에 대해서는 불필요한 전자장치의 부착이 없도록 하고 있다.

(다) 성폭력범죄는 대부분 습벽에 의한 것이고 그 습벽은 단기간에 교정되지 않고 장기간 계속될 가능성이 크다는 점에서 일반적으로는 부착기간의 상한을 높게 확보해 둘 필요가 있다. 비교법적으로 보더라도 성범죄자에 대해 형벌을 집행한 후 다시 위치추적을 통한 전자감시를 실시하는 전자감시 제도는 세계적인 입법 추세인바, 2006. 12. 기준으로, 형기의 집행 종료 후 평생 전자장치 부착을 가능하게 하는 법률이 미국의 7개 주(플로리다주, 미주리주, 오하이오주, 오클라호마주, 콜로라도주, 위스콘신주, 조지아주)에서 시행 중이고, 독일은 일정한 요건에 해당하는 성폭력범죄자의 경우 무기한 자유제한적 보안처분이 가능하도록 하였으며, 역시 형기의 집행 종료 후 일정 기간 동안 전자장치의 부착을 통한 전자감시를 허용하는 법제가 미국의 워싱턴주(최장법정형 내), 영국(8년), 프랑스(6년), 호주 빅토리아주(15년), 뉴질랜드(10년) 등에서 시행되고 있다.⁵⁾

이 사건 전자장치부착조항이 부착기간을 범죄의 법정형에 따라 3년 이상 20년 이하로 규정한 것은 일반적으로 법정형이 무거운 범죄를 저지른 경우 재범의 위험성도 더 크고 범죄의 습벽 또한 강한 것으로 추정되므로 이러한 범죄자의 재범의 위험성과 습벽 등을 고려하여 부착기간의 상향조정과 함께

5) 윤태영, “범죄인 전자감독제도의 비교법적 분석 및 입법론”, 충북대학교 석사학위논문, 2008. 55면.

합리적인 기간 결정을 위한 것이다.

뿐만 아니라 ‘재범의 위험성’의 유무에 따라 전자장치 부착명령의 여부 및 부착기간이 결정되므로 무거운 법정형을 저질렀다 하여 곧바로 장기간의 전자장치 부착으로 이어지는 것도 아니다. 실제로 지금까지 전자장치 부착명령이 선고된 경우의 부착기간을 보더라도 1년 이상 5년 미만이 전체의 33%(517명)로 가장 많고, 10년 이상은 전체의 1.1%이다(17명).⁶⁾

(라) 위치추적을 통한 전자감시가 성폭력범죄를 근본적으로 해결할 수 있는 수단이 되지 못하는 것은 분명하지만, 날로 증가하는 성폭력범죄와 그 피해의 심각성을 고려할 때, 범죄예방 효과의 측면에서 위치추적을 통한 전자감시제도보다 덜 기본권 제한적인 수단을 쉽게 마련하기 어려운 상황에서⁷⁾ 이 사건 전자장치부착조항에 의한 전자감시제도가 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

(5) 법익의 균형성

(가) 이 사건 전자장치부착조항이 피부착자에게 직접적으로 가하는 불이익은 전자파를 송신하는 전자장치를 발목에 착용하여야만 하고 자신의 위치가 24시간 국가에 노출된다는 것이다. 그리고 전자장치의 부착에 따른 옷차림과 행동에 어느 정도의 제약이 따르게 된다. 국가가 자신의 위치를 추적한

6) 기간별 현황은, 1년 이상 5년 미만이 전체의 33.0%(517명)으로 가장 많고, 10년 이상은 전체의 1.1%이며(17명), 부착명령 최장기간인 30년을 선고받은 자도 3명 있으나 아직 형 집행 중이다.

2011. 8. 30. 기준 법무부 자료.

계	3월 미만	3월~6월 미만	6월~1년 미만	1년~5년 미만	5년~10년 미만	10년~20년 미만	20년~30년 미만	30년
1,526	276	306	208	517	202	17		

7) 성범죄자의 재범방지를 위한 다른 걱정하고 피해를 최소화할 수 있는 형사제재가 있는지 여부에 관하여, 치료감호는 시설 내 처우이고 대체주의 보안처분이라는 점에서 사회 내 처우이고 병과주의 보안처분인 전자장치 부착보다 덜 제한적인 수단이라고 보기 어렵고, 성범죄자의 재범위험성에 대한 우려로 인해 징역형의 상한을 연장하는 것도 과잉형벌의 문제가 발생할 수 있다. 또한 형의 선고유예 또는 집행유예 시 부과할 수 있는 보호관찰은 준수사항인 특별예방목적만을 가진 처우프로그램이 일반적인 생활수칙 정도여서 재범을 막는 데는 역부족이라고 평가받는다.

다는 사실로부터 오는 자존감이나 명예감의 실추, 심리적 위축감 또한 부인할 수 없을 것이다.

그런데 피부착자는 자신의 위치만이 국가에 노출될 뿐 자신의 행위가 국가에 노출되는 것은 아니다. 피부착자는 위치의 노출에도 불구하고 자신이 원하는 행동을 할 수 있으며, 일정한 장소에 머무르거나 다른 장소로 이동하는 것도 그것이 주거 이전이나 출국에 해당하지 않는 한 아무런 제한을 받지 않는다.

또한 피부착자는 전자파를 송신하는 전자장치를 24시간 착용한 채 생활하여야 하므로 그에 따른 생활상의 제약을 받게 된다. 전자장치를 부착한 신체 부위의 움직임이 불편하거나 이물감을 느낄 수 있고 전자장치가 노출될 수 있는 복장이나 신체활동이 사실상 곤란할 수 있다. 그러나 이러한 생활상의 제약이나 불편함은 부착장치의 모양이나 크기, 무게, 부착 위치 등과 관련된 것들로서 전자장치를 통한 위치추적 제도 자체의 문제라고 보기는 어렵다. 한편 현재 사용되고 있는 부착장치의 제원을 살펴보더라도, 부착장치는 사각의 시계모양으로 길이 68mm, 너비 60mm, 두께 25mm, 무게 150그램 정도이고 발목에 부착하도록 되어 있어, 부착장치의 부착 그 자체로 인해 피부착자가 겪게 될 움직임의 불편이나 이물감은 그다지 크지 않을 것으로 보인다. 다만 부착장치를 발목에 착용하므로 피부착자가 짧은 바지를 입고 외출하거나 목욕탕, 수영장과 같은 장소에 출입하는 것은 사실상 어렵겠지만, 그러한 정도의 생활상의 제약이 재범의 위험성이 있는 성폭력범죄자의 수인 한도를 넘는 지나친 제약이라고 보기는 어렵다.

또한 국가가 자신의 위치를 추적한다는 사실로부터 오는 자존감이나 명예감의 실추, 심리적 위축감 역시 전자장치의 부착이 직접적 목적으로 하는 불이익이 아니고 성폭력범죄의 재범 방지를 위한 조치에 따라 불가피하게 발생하는 사실상의 부수적 결과일 뿐이다.

(나) 이에 반해 성폭력범죄는 ‘인격 살인’으로 불릴 만큼 피해자에게 회복할 수 없는 육체적, 정신적 상처를 남길 수 있다. 특히 어린 나이에 성폭력범죄를 경험할 경우 심리적인 상처와 후유증으로 인해 평생 동안 정상적인 생활을 하지 못하고 불행한 삶을 살아야 하는 경우도 있다. 또한 성폭력범죄

로 인한 피해는 그 피해자 개인에게 그치지 않고 함께 생활하는 가족 구성원이나 밀접한 관계를 가지고 있는 다른 사람들에게까지 커다란 정신적인 고통과 상처를 줄 수 있다. 나아가 성폭력범죄로 인한 피해는 피해자 개인들의 문제로 국한되지 않고 사회 전체의 피해도 야기한다. 성폭력범죄가 빈발하면 여성의 사회 활동이 위축될 수 있고, 자녀의 안전한 보육과 통학에 필요한 사회적 비용이 증가하게 될 것이다. 이와 같이 성폭력범죄로부터 국민을 보호할 공익은 매우 크다.

(다) 위와 같은 사정들에 비추어볼 때, 이 사건 전자장치부착조항이 보호하고자 하는 이익에 비해 재범의 위험성이 있는 성폭력범죄자가 입는 불이익이 결코 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성원칙에 반하지 아니한다.

(6) 소결

이 사건 전자장치부착조항이 과잉금지원칙에 위배하여 피부착자의 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 인격권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 준수사항조항의 위헌 여부

가. 이 사건 준수사항조항의 내용

(1) 제도의 도입

이 사건 준수사항조항은 2008. 6. 13. 법률 제9112호로 개정된 구 전자장치부착법에 처음으로 도입되었는데, 단순히 전자장치 부착만으로는 재범방지 목적을 달성할 수 없고 구체적인 의무사항이 필요하다는 지적이 반영된 것이다.

법원이 부착명령을 선고하는 때에는 부착기간의 범위 내에서 기간을 정하여 ‘야간 등 특정 시간대의 외출제한, 특정지역·장소에의 출입금지, 피해자 등 특정인에의 접근금지, 성폭력 치료 프로그램의 이수, 그 밖에 부착명령을 선고받는 자의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 사항’ 중 하나 이상의 준수사항을 부과할 수 있다(제9조의2 제1항, 제2항). 위 준수사항을 정당한 사유 없이 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금(‘피해자 등 특정인에의 접근 금지’ 및 ‘치료 프로그램 이수’ 위반 시)이나 1천만

원 이하의 벌금(그 외의 준수사항 위반 시)에 처한다(제39조).

전자장치부착법 제14조에서 피부착자의 의무사항을 정하고 있으므로, 법 제9조의2 제1항에서 법원이 부착명령에 부과할 수 있는 준수사항은 ‘특별준수사항’이라고 부르기도 한다. 법원이 부착명령을 선고하면서 부과하므로 보호관찰관이 부과할 수는 없으나 보호관찰관은 전자장치 부착기간 중 피부착자의 소재지 인근 의료기관에서의 치료, 상담시설에서의 상담치료 등 피부착자의 재범방지를 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(제15조 제2항).

한편 2010. 4. 15. 개정된 전자장치부착법에서는 부착명령을 선고받은 사람은 부착기간 동안 ‘보호관찰 등에 관한 법률’⁸⁾에 따른 보호관찰을 받는다 고 규정하였다(제9조 제3항).⁹⁾ 개정 전에는 형기종료 후 피부착자에 대하여 보호관찰 실시에 관한 규정이 없어 피부착자의 이동경로 확인만 가능할 뿐, 현장방문지도나 조사, 경고 등 밀착감독이 곤란하여 재범방지에 한계가 있었으나, 이제는 부착기간 동안 의무적으로 보호관찰을 받게 되어 밀착감독이 가능하게 되었다. 이에 따라 피부착자는 ‘보호관찰 등에 관한 법률’ 제32조에 의한 준수사항을 지켜야 하며, 정당한 사유 없이 위반 시에는 법원은 보호관찰소의 장의 신청에 따른 검사의 청구로 1년의 범위에서 부착기간을 연장하거나 제9조의2 제1항의 준수사항을 추가 또는 변경하는 결정을 할 수 있다(제14조의2 제1항).

(2) 준수사항 부과 성격

위와 같이 징역형 종료 이후의 전자장치 부착명령에 제9조 제3항의 보호관찰도 덧붙여질 수 있으므로 제9조의2 제1항에 따른 준수사항의 부과, 전자감시제도의 성격을 어떻게 파악할 것인가가 문제된다. 전자장치부착법의 도

8) 제1조(목적) 이 법은 죄를 지은 사람으로서 재범 방지를 위하여 보호관찰, 사회봉사, 수강(受講) 및 갱생보호(更生保護) 등 체계적인 사회 내 처우가 필요하다고 인정되는 사람을 지도하고 보살피며 도움으로써 건전한 사회 복귀를 촉진하고, 효율적인 범죄예방 활동을 전개함으로써 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호함을 목적으로 한다.

9) 외국의 경우 전자감시제도는 보호관찰의 실효성을 확보하는 부수적 수단으로 도입·운영되고 있으며, 보호관찰 실시 없이 전자장치를 부착하는 예는 없다. 강영대, “전자발찌법”의 헌법적 문제점 고찰, 공군법률논집 제15집 제1권, 2011, 105.

입 및 입법연혁을 볼 때 보호관찰 및 준수사항의 부과는 전자감시를 위한 부수적 역할에 지나지 않는다는 견해¹⁰⁾와, 전자장치 부착에 의한 대상자의 위치추적 그 자체만으로는 재범의 예방이라는 실질적인 제재효과를 기대하기 어려워, 부착기간 동안 보호관찰법에 따른 보호관찰을 받도록 하고 부착기간의 범위 내에서 특별준수사항을 부과할 수 있도록 함으로써 결국 전자감시가 독립적인 제재라기보다는 실질적으로 ‘준수사항의 이행여부를 감독’하는 기능을 수행하게 된다는 견해¹¹⁾, 이 사건 준수사항조항에 의한 준수사항은 징벌적·규제적 성격의 것으로서 그 위반 시에는 형벌을 과하도록 규정하고 있어 전자장치 부착에 의한 전자감시제도를 실질적으로 형벌화 한다는 견해¹²⁾ 등이 있다.

(3) 외국 입법례

미국 위스콘신 주의 경우 출입금지 지역설정 등 비교적 광범위한 준수사항을 정하고 있으며, 미국 콜로라도 주에서 성폭력범죄자에게 실시하고 있는 “Containment Model”은 재범을 방지하기 위한 목적에서 지역사회로의 접근을 차단하는 집중감독을 위해 대상자에게 엄격한 준수사항(예컨대 집, 병원, 보호관찰소 및 직장 이외의 공공장소에의 접근을 금지하는 준수사항)을 부과하고 있다. 집중감독을 받는 기간 동안은 수영장, 학교 등의 공공장소에 출입이 제한되며, 준수사항 이행성적에 따라 완화된 감독으로 변경되면서 차츰 일반시민과의 접촉이 가능하게 된다.¹³⁾ 호주의 빅토리아주는 아동 성폭

10) 최정학, “‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 대한 검토”, 법제연구 제39호(2010. 2.) 303. 보호관찰 자체가 2010. 4. 15. 개정에 의하여 비로소 의무화되었고 준수사항의 부가도 제1차 개정에서 처음 도입되었으며 준수사항 가운데 ‘치료 프로그램’의 경우에도 그 부과가 법원의 재량사항으로 규정되어 있는 등 치료처분이 아니라 전자감시를 위한 보조적 보호관찰이라는 주장이다.

11) 김혜정, 전자장치부착명령의 법적 성격과 제 문제, 법조 통권 제660호(2011.9.), 311-312 참조.

12) 윤영철, “우리나라의 전자감시제도에 관한 비판적 소고”, 형사정책 제19권 제3호, 2008, 206면.

13) 김혜정, “형사정책적 관점에서 성폭력범죄자의 유형에 따른 형사제재의 재조명”, 법조 통권 제646(2010. 7.), 69.

력범죄자들을 대상으로 한 평생 감시체제를 도입하였는데 대상자에 대해 야간통금 및 직업선택의 자유의 제한을 가할 수 있다.¹⁴⁾ 독일은 성폭력범죄자에 대하여 형 집행을 마치고 출소한 이후에도 자유제한적 보안처분을 통해서 철저한 사후감독을 하고 있는데, 출소자에 대하여 치료처우를 할 수 있도록 하고 준수사항에 “접촉금지” 및 “교통금지”를 새롭게 포함시켜, 예컨대 성폭력범죄자가 출소한 이후 새로운 범죄의 기회를 차단하기 위해 다른 아동과의 접촉을 금지시킬 수 있게 되었다(다만 전자감시제도는 실시하지 않고 있다).¹⁵⁾

(4) 준수사항 이행 여부 감독

피부착자에게 주거지 주소 관할 시·군·구 내에 위치한 초등학교, 유치원, 아동보육시설, 어린이공원 등 아동놀이시설에 출입 금지 준수사항을 부과한 경우, 출입금지 지역 근처로 피부착자가 이동할 경우 위반할 수 있다는 사실이 위치추적 관제센터에 빨간 점으로 표시되고, 위반하는 경우에는 위반자 성명이 표시되어서 위반사실들을 알 수 있게 되며, 이러한 정보가 관찰 보호관찰소에 이관된다.

나. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 제한되는 기본권

이 사건 준수사항조항은 전자장치 부착명령과 함께 야간 등 특정 시간대의 외출제한, 특정지역·장소에의 출입금지, 성폭력 치료 프로그램의 이수라는 준수사항을 부과하고, 정당한 이유 없이 준수사항을 위반하였을 경우에는 형사처벌까지 가능한 점에서 피부착자의 일반적 행동의 자유를 제한한다.

(2) 입법목적의 정당성

앞에서 본 바와 같이 이 사건 전자장치부착조항의 입법목적은 재범의 위험성이 있는 성폭력범죄자의 위치를 추적하여 성폭력범죄자로 하여금 재범

14) 정현미, 앞의 글 330.

15) 김혜정, 각주 34 글, 51.

을 방지하고 성폭력범죄로부터 국민을 보호하려는 것이며, 2008. 6. 13. 법률 제9112호로 개정된 구 전자장치부착법에 처음으로 도입된 이 사건 준수사항 조항은 단순히 전자장치 부착만으로는 재범방지 목적을 달성할 수 없다는 지적에 따라 재범의 방지를 위한 구체적인 의무사항을 부과함으로써 전자장치부착법의 입법목적은 효과적으로 달성하려는 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다.

(3) 수단의 적절성

피부착자에게 출입이 금지되는 구역과 외출이 금지되는 시간을 지정하거나 치료 프로그램의 이수 등을 의무화함으로써 다양한 형태로 전자감시제도를 시행하는 것은 피부착자의 재범 방지 및 재사회화를 위한 적절한 수단이다. 성폭력범죄는 다양한 요인으로 인하여 다양한 형태로 발생하는 것임과 동시에, 성폭력범죄가 성향 범죄로서 상습성 혹은 재범의 위험성이 매우 높은 범죄라는 점에는 이론의 여지가 없고, 성폭력범죄자 가운데는 범죄를 통제할 의지가 없거나 미약한 경우가 많다는 점에서, 치료 프로그램 준수 의무 부과가 성폭력범죄자의 재범방지 및 성행교정을 위해서 특히 필요하므로 수단의 적절성 또한 인정된다.

(4) 침해의 최소성

이 사건 준수사항조항에 의한 준수사항의 부과는 전자장치를 부착하여 이미 상당한 자유의 제한을 받고 있는 피부착자의 자유를 더욱 제한하는 조치임은 분명하다.

성폭력범죄에 대한 형의 선고유예 또는 집행유예 시 부과할 수 있는 보호관찰(형법 제59조의2)도 재범방지라는 특별예방목적에 가진 처우프로그램을 마련하고 있기는 하나(‘보호관찰 등에 관한 법률’ 제32조),¹⁶⁾ 이는 일반적인 생활수칙에 해당하는 내용으로만 이루어져 있고, 준수사항을 위반했을 경우 신속한 대응방안이 미비되어 재범을 방지하는 데 역부족이라는 평가를 받는다.

16) 성폭력범죄에 대한 제1심 재판결과를 보면, 실형 선고에 비하여 집행유예의 비율이 높다. 실형선고는 17%-23.4%, 집행유예는 32%-38.6%이다. 김재중, 앞의 글, 210.

이에 따라 성폭력범죄자 중 행위자의 습벽 내지 성향을 스스로 치유하기 힘들고 재범률이 상당히 높은 상습 성폭력범죄자에 대한 보다 엄격한 대처 방안이 필요하게 되었다. 이 사건 준수사항조항은 전자장치를 부착하면서 행동반경을 통제·감시함과 동시에 재범 가능성이 높은 시간, 지역 등에 대해 실질적인 통제를 가하고 성폭력 치료프로그램 이수 등을 통해 재범을 방지하고 피부착자의 재사회화를 위한 것으로서 이보다 덜 침해적인 수단을 찾기 어렵다.

또한 전자장치부착법에서는 준수사항의 부과가 개별 피부착자의 재범 방지 및 재사회화를 위해 탄력적으로 이루어질 수 있도록 하고 있다. 먼저 이 사건 준수사항조항은 법원이 부착명령을 선고하면서 준수사항의 부과 여부 및 설정기간에 관하여 판단할 권한을 주고 있다. 또한 사정변경이 있는 경우에도 법원은 준수사항을 추가, 변경 또는 삭제하는 결정을 할 수 있다(법 제 14조의2 제2항). 한편 준수사항은 전자장치 부착명령에 부수하여 부과되는 것인데, 부착명령의 탄력적 집행을 위해서 3개월마다 부착명령의 가해제를 신청할 수 있게 하였다.

위와 같은 점들을 종합하면 이 사건 준수사항조항은 침해의 최소성이 인정된다.

(5) 법익의 균형성

전자장치 부착과 더불어 준수사항 이행의무를 지게 됨으로써 피부착자가 받게 되는 기본권 제한이 적다고 볼 수 없으나, 성범죄의 습벽이 강하고 특히 재범의 위험성이 높아 형벌로는 특별예방이나 사회방위 효과를 거두기 힘든 성폭력범죄자 중 전자장치 부착명령의 요건을 모두 갖추어 부착명령이 선고된 피부착자에 대하여, 부착기간의 범위 내에서 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 시간대나 지역으로의 외출을 제한하고 성폭력 치료 프로그램의 이수를 명함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호한다고 하는 공익이 훨씬 크다고 할 것이다.

따라서 이 사건 준수사항조항은 법익의 균형성도 인정된다.

(6) 소결

이 사건 준수사항조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

4. 결정의 의의

이 결정은 특정 성범죄자의 재사회화 및 사회 보호를 위해 특정 성범죄자의 기본권을 제한하는 전자장치부착을 통한 위치추적 감시제도에 자체에 대해서 처음으로 헌법적인 판단을 한 것이라는 의미가 있다.

구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조 제1항 위헌소원 등

- 형법 제129조 제1항 중 “공무원”에 제주특별자치도
통합영향평가 위촉심의위원이 포함되는 것으로
해석하는 것이 위헌인지 여부 -
(헌재 2012. 12. 29. 2011헌바117, 판례집 24-2하, 387)

오 영 신*

【판시사항】

1. 한정위헌청구의 적법성에 관한 종래의 선례를 변경하여 원칙적으로 한정위헌청구가 적법하다고 결정한 사례
2. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조 제1항(다음부터 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 중 “공무원”에 구 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 특별법’이라 한다) 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원(이하 ‘제주자치도 위촉위원’이라 한다)이 포함되는 것으로 해석하는 것이 죄형법정주의원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 제주자치도 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 청구인은 ○○대학교 ○○공학과 교수로서 ‘2003. 2. 1.경부터 제주도 통합(환경·교통·재해)영향평가위원회 재해분과심의위원으로 위촉되어 ○○골프장, □□골프장 등의 재해영향평가 심의를 하는 과정에서 재해영향평가 심의위원의 직무와 관련하여, 2006. 12.경 현금 35,000,000원, 2007. 5.경 현금 46,500,000원을 수수하는 등 용역비 명목으로 억대의 금품을 수수하였다’는 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’위반죄의 범죄사실로 2010. 11. 25. 1심(제주지방법원 2009고합5)에서 징역 4년에 추징금 1억 5,265만 원을 선고받았으나, 항소하여 2011. 5. 4. 항소심[광주고등법원 (제주)2010노107]에서 □□골프장 관련 금품 수수 등 일부 범죄사실에 대하여 무죄를 선고받았으며, 수뢰액에 관하여는 ‘용역비 상당액’이 아닌 ‘용역계약을 체결할 기회 또는 이에 참여하여 그 대금의 일부를 지급받을 수 있는 기회의 제공’으로 보아야 한다고 하여 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 위반(뇌물)죄에 대하여 무죄가 선고됨으로써 결국 형법 제129조 제1항만이 적용되어 징역 2년을 선고받았다.

2. 청구인은 항소심 계속 중인 2011. 1. 26. 형법 제129조 제1항과 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제2조 제1항의 ‘공무원’에 뒤에서 보는 바와 같이 일반공무원이 아닌 지방자치단체 산하 위원회의 심의위원이 포함된다고 해석하는 한도에서 헌법에 위반된다는 취지 등의 위헌법률심판 제청신청[광주고등법원 (제주)2011초기1]을 하였으나, 같은 법원은 2011. 5. 4. 이를 기각하는 결정을 하였다.

3. 이에 청구인은 2011. 6. 3. 위 법률조항들에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으며, 한편 대법원(2011도 6347)은 2011. 9. 29. 청구인의 상고를 기각하여 위 형이 확정되었다.

【결정요지】

1. 법률의 의미는 결국 개별·구체화된 법률해석에 의해 확인되는 것이므로 법률과 법률의 해석을 구분할 수는 없고, 재판의 전제가 된 법률에 대한 규범통제는 해석에 의해 구체화된 법률의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제

로서 헌법재판소의 고유권한이며, 헌법합치적 법률해석의 원칙상 법률조항 중 위헌성이 있는 부분에 한정하여 위헌결정을 하는 것은 입법권에 대한 자체와 존중으로서 당연하고 불가피한 결론이므로, 이러한 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하다고 보아야 한다.

다만, 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어, 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다루거나, 의미있는 헌법문제에 대한 주장없이 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다.

2. 형벌법규는 헌법상 규정된 죄형법정주의 원칙상 입법목적이나 입법자의 의도를 감안한 유추해석이 일체 금지되고, 법률조항의 문언의 의미를 엄격하게 해석하여야 하는바, 유추해석을 통하여 형벌법규의 적용범위를 확대하는 것은 ‘법관에 의한 범죄구성요건의 창설’에 해당하여 죄형법정주의원칙에 위배된다. 형벌법규에 있어 독자적인 공무원 개념을 사용하기 위해서는 법률에 명시하는 것이 일반적 입법례인데, 우리의 경우에는 구 형법의 공무원 개념규정을 형법 제정 당시 두지 않았고, 국가공무원법·지방공무원법에 의한 공무원이 아니라고 하더라도 국가나 지방자치단체의 사무에 관여하거나 공공성이 높은 직무를 담당하여 청렴성과 직무의 불가매수성이 요구되는 경우에, 개별 법률에 ‘공무원 의제’ 조항을 두어 공무원과 마찬가지로 뇌물죄로 처벌하거나, 특별규정을 두어 처벌하고 있다. 그런데 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아님에도 법령에 기하여 공무에 종사한다는 이유로 공무원 의제규정이 없는 사인(私人)을 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 포함된다고 해석하는 것은 처벌의 필요성만을 지나치게 강조하여 범죄와 형벌에 대한 규정이 없음에도 구성요건을 확대한 것으로서 죄형법정주의와 조화될 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아니고 공무원으로 간주되는 사람도 아닌 제주자치도 위촉위원이 포함된다고 해석하는 것은 법률해석의 한계를 넘은 것으로서 죄형법정주의에 위배된다.

재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 반대이견

한정위헌청구를 원칙적으로 적법하다고 하여 받아들이다라도, 심판의 대상 범위를 ‘법원의 해석’으로 한정된 것은 규범통제제도로서 지니는 헌법재판의 객관적 범질서보호라는 특성에 부합하지 않고, 합헌 또는 단순위헌결정을 하게 될 경우 당사자가 청구한 것과 달리 판단하게 되므로 결론에 따라 심판대상이 달라지는 문제점이 있으며, 결국 법원의 재판을 심판대상으로 하는 것으로 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 규정에 저촉되어 허용되기 어렵다.

우리 법상 공무원의 개념은 개별 법령의 취지에 따라 다양하게 사용되고 있고, 뇌물죄는 공무원집행의 공정과 직무행위의 불가매수성을 보호법익으로 하는 것이므로 비록 국가공무원법·지방공무원법상에 따른 공무원이 아니라고 하더라도 법령에 의해 위촉되어 국가 또는 지방자치단체의 공무를 담당하는 경우에는 뇌물죄의 주체인 ‘공무원’으로 정당하게 해석될 수 있어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다. 이는 법률조항의 가능한 문언의 의미 내에서 입법자의 입법목적이나 의도를 고려한 해석, 적용으로서 법원의 정당한 법해석 범위를 벗어난 것이 아니므로 죄형법정주의에서 금지하고 있는 유추적용(또는 유추해석)에 해당하지 않는다.

또한, 이와 같이 제주자치도 위촉위원을 뇌물죄로 처벌하는 것은 법령에 의해 위촉된다는 객관적 표지가 있고, 실제 중요 공무를 담당하며, 위촉위원의 업무에 한정하여 직무관련성을 인정한다는 점에서 과잉금지원칙이나 평등원칙에 위배되지 않는다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건에서는 크게 두 가지 점에서 의미를 찾을 수 있다. 첫째, 한정위헌청구의 적법성에 대한 오랜 논란에 대하여 일정한 결론을 내리려는 시도를 하였다는 것이고, 둘째, 헌법상 원칙인 죄형법정주의의 유추해석금지 원칙에 위배되었다는 것을 이유로 위헌결정을 한 첫 번째 선례라는 것이다.

먼저 첫 번째 의미와 관련하여서는, 한정위헌청구의 적법성 논의, 재판소원금지와의 관계, 법률과 법률의 해석의 구별 여부, 헌법재판소의 구체적 규

범통제에서의 법률해석권한 등이 중요한 논점이 될 수 있다. 더불어 심판의 대상을 어느 범위를 할 것인지도 함께 논의된다.

다음으로, 법원의 법률해석 자체가 헌법의 원칙에 위반되었다는 판단을 하였다는 점에서 종래의 한정위헌결정과는 다르다고 볼 수 있는 측면이 있다. 이와 관련해서는 법률해석 방법론으로서 유추해석의 의미와 죄형법정주의의 관계 등이 논의될 수 있다.

마지막으로, 이번 결정으로 인한 후속적인 영향, 즉 한정위헌결정의 기속력 특히 형벌법규에 대한 위헌결정이 가지는 효력이 인정될 것인가 하는 점이 논의될 수 있다.

2. 한정위헌청구의 적법성에 대한 논의

가. 이른바 ‘한정위헌청구의 적법성’에 관한 기존 선례의 입장 및 검토

헌법재판소는 이른바 한정위헌청구의 적법성에 관하여, 헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상을 “법률”에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 “……하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 청구로 적절하지 않다고 하여 원칙적으로 부적법하다는 원칙 하에서 예외적으로 적법하다고 한 것으로는 ① 법규정 자체의 불명확성을 다투는 것으로 보는 경우로서 헌법상의 명확성 원칙을 다투는 경우 혹은 조세법률주의 위반을 다투는 경우 ② “법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정의 위헌성” 문제가 있는 것으로 볼 만큼 일정한 사례군이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우 ③ 위 두 가지에는 해당하지 않지만 한정위헌의 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우를 들고 있다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91, 판례집 15-2하, 406, 430-431 등).

구 예산회계법 사건(헌재 2008. 11. 27. 2004헌바54) 사건에서는 법률조항의 유형적·추상적 일부에 대한 한정위헌청구는 적법하다는 견해(재판관 김희옥, 민형기, 송두환), 한정위헌청구된 심판대상이 구체적 사실관계와 관계 없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리될

수 있으면 적법하다는 견해(재판관 김종대, 목영준)가 제시되기도 하였다. 그 외에 한정위헌청구를 단순위헌청구의 일부에 해당한다고 보거나 청구인의 주장을 '선택'하여 단순위헌청구로서 적법하다고 하는 사례도 다수 있다.¹⁾

이와 관련하여, 법률과 법률해석을 원칙적으로 구분하던 종래의 선례의 입장(이른바 '엄격설')에 대하여, 법률과 법률의 해석에 의해 법률의 내용이 정해지므로 이를 준별할 수 없고, 헌법재판소가 법률이 헌법에 위반되는지를 판단하기 위해서는 헌법해석과 아울러 법률의 내용을 확정하는 것이 필수적이라는 점에서 법률조항의 해석을 다룬다는 이유만으로 원칙적으로 부적절하다고 볼 것이 아니며, 선례가 예외로 들고 있는 위 ①③항은 법률조항 자체에 대한 위헌청구를 당사자가 한정위헌청구의 방식으로 청구한 것이라는 점에서 한정위헌청구라고 보기 어렵고, ②항은 결국 법원의 해석을 통해 법률조항의 적용범위가 형성되었다는 것이므로 결국 법률조항의 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있는바, 청구인이 한정위헌청구를 하여 오는 경우 법률의 위헌성을 다투는 규범통제를 청구할 때는 적법한 것으로 보아 본안 판단에 나아가고, 명백히 구체적 사안에서 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정과 그 인정된 사실에 대한 단순한 법률적용을 다투는 경우에는 부적법한 것으로 보는 것이 적정하다는 의견이 있어 왔다.²⁾

한편, 헌법재판소는 한정위헌의 적법성 논의와 관계없이 법률의 위헌성을 판단함에 있어서는 그 법률의 해석 내지 그 법률이 어느 경우에 적용되는가를 확정하는 것이 선행되어야 하므로 이 한도 내에서는 헌법재판소로서도 법률의 해석 내지 그 적용에 관여하지 않으면 안 되는 것으로서 헌법재판소의 심판대상이 된다는 점을 여러 차례 밝혀왔다(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615, 626; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 251-252; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229, 231-232 등 참조).

1) 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바33, 판례집 23-1상, 88, 97; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바313, 공보 제168호, 1698, 1699 참조.

2) 헌법재판의 주요쟁점에 대한 검토, 헌법재판소, 2011, 3-28쪽(허완중 책임연구원, 김경목 부장연구원 의견): 위 검토회의에서는 법률과 법률해석론의 준별이 어렵다는 점이 지적되었고, 실무처리방안으로는 한정위헌청구를 인정하는 전제에서 원칙적 허용, 예외적 부적법으로 하는 방안 등이 논의되었으나, 결론이 내려지지는 않았고 결국 이후의 헌재 결정에 맡겨진 상황이었다.

나. 이 사건 결정에서 다수의견과 반대의견의 분석

이 사안은 기존의 엄격설인 선례에 따르더라도 한정위헌청구의 적법성이 인정될 수 있는 사례에 해당하였다고 보인다.³⁾ 그럼에도 선례에 따르거나 최근 청구인의 주장 선택 등의 방법을 통하지 않고 한정위헌청구가 원칙적으로 부적법하다는 종래의 선례를 적극적으로 변경함으로써 한정위헌청구의 적법성 논란에 종결지으려고 하였다는 의미를 부여할 수 있다.

다수의견은 개념법학에서의 실정법의 완결성, 무흠결성을 전제로 한 법과 법해석의 구별은 이미 극복된 것으로 규범으로서의 법률은 그 적용영역에 속하는 무수한 사례를 포괄적으로 규율해야 하기 때문에 일반적·추상적으로 규정될 수밖에 없으나, 개별적·구체적인 법적분쟁에 법률을 적용하는 경우에 그 규범의 의미와 내용을 확정하는 사유과정인 법률해석의 과정을 거칠 수밖에 없다는 논리의 당연한 결과로서 법과 법해석은 구분될 수 없다고 보았다. 따라서 당해 사건 재판의 전제가 되는 법률 또는 법률조항에 대한 규범통제는 결국 해석에 의하여 구체화된 법률 또는 법률조항의 의미와 내용에 대한 헌법적 통제일 수 밖에 없다는 점을 명백히 하였다.

헌법재판소가 구체적 규범통제권을 행사하기 위하여 법률조항을 해석함에 있어 당해 법률조항의 의미가 다의적이거나 넓은 적용영역을 가지는 경우에는 가능한 한 헌법에 합치하는 해석을 선택함으로써 법률조항의 효력을 유지하도록 하는 것(헌법합치적 법률해석의 원칙)은 규범통제절차에 있어서의 규범유지의 원칙이나 헌법재판의 본질에서 당연한 것이고, 이와 같은 한정위

3) 기존 선례를 따르더라도 대법원에서 “형법 제129조에 규정된 수뢰죄는 공무원집행의 공정성과 이에 대한 사회의 신뢰에 비추어 그 배수되어서는 아니되는 속성을 보호법적으로 삼는 것이다. 따라서 그 주체인 공무원에 해당하는지의 여부는 관련자의 주된 신분에 의하여만 결정될 것이 아니라 담당하는 업무의 공정성 등이 보호될 필요가 있는가에 따라 결정되어야 한다. 그렇다면 비록 공법상 공무원에 해당하지 아니하거나 특정 법률에 의하여 공무원으로 간주되는 사람이 아니라 하더라도, 널리 법령의 근거에 기하여 국가 또는 지방자치단체 및 이에 준하는 공법인의 사무에 종사하는 이로서 그 노무의 내용이 단순한 기계적, 육체적인 것에 한정되지 아니한다면, 형법 제129조에서의 공무원에 해당할 수 있다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도6347 판결)”고 판시하여 형법 제129조에 규정된 수뢰죄는 법원의 해석에 의하여 일반 공무원이 아니고 공무원 의제규정도 없는 경우 국가 또는 지방자치단체의 외부 위촉 위원에 대하여 뇌물죄의 공무원에 해당한다고 인정된 사례군이 상당 기간에 걸쳐 형성, 집적된 경우에 해당하므로 적법하다고 볼 수 있는 사안이다.

헌결정이 위헌결정의 한 유형으로서 불가피한 이상 한정위헌결정을 구하는 한정위헌청구 역시 적법하다고 보아야 한다는 결론을 이끌어 내었다.

다만, 재판소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어, 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다루거나, 의미있는 헌법문제에 대한 주장없이 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구는 여전히 허용되지 않는다는 점 또한 명백히 하였다.⁴⁾

이에 대하여 반대의견에서는 한정위헌청구의 적법성에 대한 다수의견에 대하여 직접적으로 반대하지는 않는다. 그러나 “심판대상인 법률조항이 양적으로 뿐만 아니라 질적으로도 분리가능하다고 보고 있으므로 법률조항의 질적 일부 위헌청구라고 할 수 있는 한정위헌청구도 허용될 수는 있으나, 그것이 재판소원의 모습을 띠거나 재판소원을 우회하는 심판청구에 해당하는 경우에는 부적법하다.”고 함으로써 한정위헌청구의 적법성에 대한 종래의 논의를 반복하고 있다는 점에서 다수의견이 주장하는 것처럼 종래 한정위헌청구의 적법성에 대한 기존의 선례변경에는 반대한 것으로 해석될 수 있다.

이에 더하여 다수의견에서 이 사건의 심판대상을 청구인의 청구이유에 따라 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 제주자치도 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부로 한정하는 것은 당해 사건에서 이루어진 재판의 내용에 간섭하여 재판작용을 직접 통제하는 결과를 초래하므로 결국 재판소원이 될 수 밖에 없다고 하였다. 즉 반대의견은 종래의 한정위헌청구의 적법성 논의에 따라 이 사건에 대한 심판청구가 적법할 수 있으나, 다수의견과 같이 심판대상을 사실상 해당 사건으로 좁히는 경우에는 재판소원에 해당한다고 주장한다.

다. 한정위헌청구의 적법성에 대한 이 사건 결정의 의미

이 사건 결정에서 이루어진 법과 법해석의 구별 불가능에 대한 강조는 기존에 한정위헌결정에 대하여 대법원에서 법해석은 법원의 권한임을 강조하여 왔던 것에 대한 답변이고, 해석을 통해 규범화되는 영역에 대하여 헌법재판이 이루어져야 한다는 선언이기도 하다.

4) 실제 재판에서의 증거가치 판단의 잘못 등을 다투는 헌법소원도 다수 제기되고 있고 이러한 경우에는 사전심사를 통해 각하되는 것이 일반적이다.

그렇다면 이 사건 결정은 향후 위에서 본 바와 같이 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구를 제외하고는 별도로 한정위헌청구로서 적법한지 여부를 따지지 않고, 법조문 자체의 위헌성을 따지는 것으로 선택하는 절차 없이 바로 본안판단을 할 수 있다고 한 것으로서 의미가 있다.

그러나 이 사건 결정으로 인하여 종래와 달리 한정위헌청구에 대한 적법성이 더 넓게 인정될 것인가 하는 점에 대하여는 예상하기 어렵고, 향후 실제 사례에 대한 헌법재판소의 결정을 통해 밝혀질 수 밖에 없을 것이다. 왜냐하면 다수의견은 여전히 개별·구체적 사건에서 단순히 법률조항의 포섭이나 적용의 문제를 다루거나, 의미있는 헌법문제에 대한 주장없이 단지 재판결과를 다투는 헌법소원 심판청구는 허용되지 않음을 분명히 하고 있고, 명백한 한정위헌청구에 대하여 ‘법조문 자체의 위헌성을 다투는 것으로 선택’하여 본안판단에 나아간 선례들이 다수 있었기 때문이다.

3. 심판대상의 확정

다수의견은 청구인이 제시한 3가지 청구취지 중 제2차 예비적 청구취지를 심판대상으로 채택하였다. 즉 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 이 사건 특별법 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석·적용하는 것이 위헌인지 여부를 심판대상으로 하였다.

이는 기존 한정위헌결정에서의 심판대상 확정과 확연한 차이점을 보이는 것이다. 헌법재판소는 한정위헌결정을 하는 경우에도 일단 심판대상을 ‘해당 조문자체의 위헌여부’로 삼은 뒤 위헌성이 있는 해석·적용부분을 한정하여 위헌을 선언하는 방식을 채택하여 왔다.

또한 이 사건 특별법 외에도 국가, 지방자치단체 등의 민간인 위촉위원의 경우에도 마찬가지로 이 사건 법률조항의 공무원으로 해석할 경우 위헌성이 있을 것임에도 심판대상으로 이 사건 특별법상의 위촉위원으로 국한시킨 점에서도 특징이 있다.

반대의견은 앞서 본 바와 같이 일정한 한정위헌청구에 대하여 적법성이 인정될 수 있음을 인정하면서도 이와 같이 심판대상을 사실상 당해 사건의

경우에 한정된 것이 ‘재판소원’에 해당한다고 주장한다.

이와 같은 다수의견의 심판대상 확정은 다음과 같이 이해될 수 있겠다.

우선, 형벌법규는 위헌이 선언되는 경우 소급효가 있어 그 사회적 파급효과가 크다는 점을 고려하여 이 사건 특별법으로 심판대상으로 한정된 것으로 다른 법률에 의한 국가 또는 지방자치단체의 민간인 위촉위원의 경우에 대한 기존의 유죄판결에는 영향을 미치지 않으려 한 것으로 보인다. 이 사건 특별법 이외의 다른 법률에 의한 민간인 위촉위원의 경우에는 헌법재판소가 심리를 하지 않고 있으므로 그에 대한 판단을 하는 것은 아직 사안이 충분히 성숙하지 않았다고 볼 수 있기 때문이다.

다음으로 ‘해석의 위헌여부’를 심판대상으로 한 점은 법률조항 자체는 문제가 없음에도 이를 심판대상으로 삼은 뒤 헌법에 위반된 해석을 위헌으로 선언하는 것은 논리적으로 타당하지 않기 때문으로 판단된다. 즉 법원의 위헌적 해석이 문제라는 점을 분명히 하기 위한 것으로 보인다.

그간 헌법재판소는 헌가, 헌마, 헌바 사건에서 한정위헌결정을 하여 왔는데 그 주된 논리구조는 심판대상 법률조항의 일정한 해석·적용이 가능함을⁵⁾ 전제로 그 부분이 기본권을 침해하였는지 여부를 검토하여 위헌성을 확인하는 것이었다. 그런데 지난 2012. 5. 31. 선고된 2009헌바123등 결정(이하 ‘○○ Caltex 결정’이라 한다)에서는 심판대상 법률조항이 실효되지 않았다는 해석 자체가 권력분립원칙과 조세법률주의 원칙에 위배된다는 취지로 한정위헌결정을 하였고, 이 사건 결정에서도 역시 심판대상 법률조항에 대한 해석 자체가 죄형법정주의에 위배된다는 취지로 한정위헌결정을 하였다. 기존의 한정위헌결과와 비교할 때 ○○ Caltex 사건과 이 사건 결정은 외관상으로는 ‘한정위헌결정’이라는 동일한 형태를 보이고 있으나, 심사의 논리구조를 살펴보면, 심판대상 법률조항에 대한 법원해석의 문언상 포섭이 가능함을 전제로 한 뒤 기본권침해 논의로 나아가는지, 아니면 법원해석의 포섭 가능성 확인 단계에서 바로 헌법상 일반원칙 위반으로 위헌이라고 할 것인지의

5) 한정위헌결정이 검토되는 사안에서는 통상 법치국가원리에서 파생되는 법률의 명확성 원칙이나 죄형법정주의원칙의 명확성 원칙위반 여부를 검토하면서 이러한 해석적용이 법률의 해석, 적용범위에 포함될 수 있음을 전제한 뒤 기본권침해(과잉금지원칙 등)를 검토하고 있다.

차이를 보이고 있다.⁶⁾

○○ Caltex 사건에서 심판대상을 “청구인 ○○ 주식회사에 대한 이 사건 부과처분의 근거가 되는 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조 제1, 2항의 위헌 여부”라고 하였으나, 실제 판단내용은 “구 조세감면규제법(1993. 12. 31. 법률 제4666호로 전부 개정된 것)의 시행에도 불구하고 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호) 부칙 제23조가 실효되지 않은 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”는 것으로 실제 위헌심판의 대상 법률이 없다는 논란이 있었다. 따라서 이처럼 심판대상을 “해석의 위헌 여부”로 명백히 한 것은 위헌심사의 대상과 일치되도록 정리한 것으로 볼 수 있다.

4. 죄형법정주의의 유추해석금지원칙

가. 죄형법정주의 원칙과 법률해석

(1) 헌법은 제12조 제1항 후단에서 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단에서 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”라고 하여 죄형법정주의원칙을 천명하고 있다. 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157등, 판례집 22-2하, 684, 694 참조).

6) 이 사건 결정은 법정의견과 반대의견에서 이러한 차이를 잘 보여주고 있다. 즉 법정의견은 심판대상 조항의 일정한 해석(법원에 의해 확립된)이 죄형법정주의원칙에 위배된다고 하여 한정위헌결정을 하였고, 반대의견은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 따라 심판대상 조항을 검토하여, 신분상 공무원이 아니더라도 심판대상 조항의 공무원으로 해석될 수 있음을 확인한 뒤 이러한 해석이 과잉금지원칙을 위반하거나 평등권을 침해하는지를 검토하였다.

이러한 죄형법정주의원칙은, 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 요구하는 ‘명확성의 원칙’과 범죄와 형벌에 대한 규정이 없음에도 해석을 통하여 유사한 성질을 가지는 사항에 대하여 범죄와 형벌을 인정하는 것을 금지하는 ‘유추해석금지의 원칙’이 도출된다.⁷⁾

(2) 일반적으로 법률해석의 기준으로 법률문언의 의미를 파악하는 문리해석을 기본으로 하여 다른 법규범과의 체계적 해석, 입법자의 의사를 확인하는 역사적 해석, 법률의 객관적 목적을 고려한 목적론적 해석이 있고 이에 따라 법률의 의미를 파악하게 된다.⁸⁾ 그런데 법률의 흠결이 있는 경우에는 유추를 통해 법률의 흠결을 보충할 수 있는데 이 사안에서 법률의 흠결이 있는가, 형벌법규에서 유추(해석·적용)가 허용되는가 하는 점이 문제된다.

(3) 법률의 흠결이 있는지 여부에 대하여는 결국 법문의 가능한 의미에서 시작하여야 할 것이고, 법문의 가능한 의미는 문리적 해석의 범위에서 체계적, 역사적, 목적론적 해석을 거쳐 그 의미가 정해지게 된다. 그런데 여기서 체계적, 역사적, 목적론적 해석을 거치더라도 법문의 가능한 의미가 문리해석의 범위를 넘어설 수는 없다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 법문을 뛰어넘는 해석이 이루어질 수 있고, 이처럼 법문의 가능한 의미를 넘어서는 예외적인 경우에는 ‘법률의 흠결’상황으로서 유추(해석·적용)가 문제되는 것이다.⁹⁾

다수의견과 반대의견은 이 사건 특별법의 위촉위원을 이 사건 법률조항의 ‘공무원’으로 해석하는 것이 법문의 가능한 의미의 범위에 들어가느냐의 판단에서 갈린 것으로 보인다.

7) 성낙인, 헌법학(제7판), 법문사, 374면; 허영, 한국헌법론(전정8판), 박영사, 366면; 한수웅, 헌법학(제2판), 법문사, 287면 참조.

8) 라렌츠/카나리스, 법학방법론, 허일태 역, 세종출판사, 2000, 184-208쪽 참조.

9) 이에 대하여 독일 법학계에서는 유추도 이미 해석방법의 하나로 볼 수 있어 유추와 해석의 준별에 대하여 회의적인 견해가 다수를 차지하고 있으나, 죄형법정주의의 헌법상 요청에 따르면 용어상의 차이에 불과할 뿐으로 회의적 견해는 해석/유추의 구도에서 허용되는 유추/허용되지 않는 유추의 구도로 용어를 바꾼 것에 불과하다는 견해(Roxin)가 유력하다고 한다(김영환, 형법해석의 한계-허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계, 법률해석의 한계, 법문사, 2000, 31면 참조).

나. 다수의견의 취지

다수의견은 이 사건 법률조항에서 공무원 개념의 범문상 가능한 의미를 문리적, 체계적, 역사적 해석을 통해 획정한 다음 그러한 범문의 가능한 의미에 이 사건 청구인과 같은 자치단체 위원은 공무원에 해당하지 않는다는 것이다.

먼저 문리해석으로 시작하였는데, ‘공무원’은 사전적으로 ‘국가 또는 지방자치단체의 사무를 맡아보는 사람, 사무 범위에 따라 국가공무원과 지방공무원으로 나누며, 선임 및 근무 방법에 따라 일반직과 별정직으로 나눈다.’로 정의되고 있고, 일상의 용어 사용에 있어서도 공무원은 국가공무원법이나 지방공무원법에 따른 신분상의 공무원을 의미하는 것으로 인식되어 왔다고 한다.

다음으로 체계적 해석을 하였는데 우리 헌법과 법률에서 ‘공무원’이라는 용어가 일반적으로 어떻게 사용되고 있는지를 살펴본다. 헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하여 공무원의 공익실현의무를 규정하고 있고, 헌법 제7조 제2항에서는 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 하여 직업공무원제를 규정하고 있는데 헌법 제7조 제1항에서 규정한 공무원은 선출, 정무직 공무원을 포함한 광의의 공무원을 의미하고, 헌법 제7조 제2항의 공무원은 신분이 보장되는 경력직 공무원을 의미한다. 한편, 공무원에 관한 기본법인 국가공무원법과 지방공무원법에서는 공무원을 경력직 공무원(실적과 자격에 의하여 임용되고 그 신분이 보장되며 정년까지 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원), 특수경력직 공무원(경력직 공무원 외의 공무원)으로 나누고 있고, 다시 경력직 공무원은 일반직 공무원과 특정직 공무원 및 기능직 공무원으로, 특수경력직 공무원은 정무직 공무원(선출직과 일반정무직), 별정직, 계약직, 고용직 공무원으로 분류하고 있다(국가공무원법 제2조 제2항, 제3항, 지방공무원법 제2조 제2항). 국가공무원법이나 지방공무원법에 의한 공무원이 아니라고 하더라도 국가나 지방자치단체의 사무에 관여하거나 공공성이 높은 직무를 담당하여 청렴성과 불가매수성이 요구되는 경우에는 공무원과 마찬가지로 뇌물죄 등으로 처벌할 필요가 있는 것인바, 이러한 경우 우리나라는 위에서 본 외국의 입법례와는 달리 형벌법규 자체에

서 별도로 ‘공무원’에 관한 개념규정을 두고 있지 않은 대신, 개별 법률에서 ‘공무원 의제’ 조항을 두거나 ‘특별뇌물죄’ 규정 등을 두어 처벌하는 방법으로 대응하고 있다는 점을 통해 국가공무원법이나 지방공무원법상 공무원이 아닌 경우에는 공무원 의제조항이나, 특별뇌물죄 조항을 두지 않는 경우 이 사건 법률조항의 공무원에 포함된다고 해석될 수 없음을 밝혔다.

이에 더하여, 이 사건 특별법 제352조에서도 “지원위원회 위원, 도인사위원회 위원 및 감사위원회 위원 중 공무원이 아닌 위원은 ‘형법’ 그 밖의 법률에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다”고 규정하여 국가공무원법·지방공무원법에 의한 공무원이 아닌 사람이 ‘지원위원회’ 등의 위원으로서 제주특별자치도의 공무에 관여하는 경우에는 이 사건 법률조항의 ‘공무원’으로 간주하고 있는 반면, 청구인과 같은 제주자치도 위촉위원회에 대하여는 이 사건 법률조항의 공무원으로 간주하는 규정을 두지 않다.

다음으로 역사적 해석을 통해서 법문의 가능한 의미를 분석하는데, 1953. 9. 18. 법률 제293호로 형법이 제정되기 전 구 형법에서는 “공무원이라 함은 관리(官吏), 공리(公吏), 법령에 의하여 공무에 종사하는 의원(議員), 위원(委員) 기타의 직원을 말한다”라고 하는 형법상의 공무원 개념을 규정하고 있었다. 그런데 형법 제정시에 이와 같은 형법상의 공무원에 대한 별도의 개념규정을 두지 않았는바, 이는 당시 구 국가공무원법(1949. 8. 12. 법률 제44호로 제정) 및 구 지방자치법(1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정) 제115조에 따른 구 지방공무원령(1950. 2. 10. 대통령령 제276호로 제정)에 의하여 ‘공무원’의 개념이 명확해졌기 때문이라고 해석되어 왔다는 점을 명백히 하였다.

이처럼 이 사건 특별법의 위촉위원을 위촉에 의해 일시적으로 공무를 담당하고 있다고 하여 이 사건 법률조항의 공무원에 포함시키는 것은 공무원당의 유사성을 이유로 즉 유추를 통하여 문언의 가능한 범위를 벗어난 것으로서 죄형법정주의가 금지하고 있는 유추해석금지원칙에 위배된다고 판시한 것이다.

다. 반대의견의 취지

반대의견은 위 해석방법 등을 동원하여 이 사건 청구인과 같은 경우에도

이 사건 법률조항의 공무원의 개념에 포함시킬 수 있다고 본다. 따라서 공무원 개념은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 한다. 그 근거로서 우리 헌법과 개별 법령에서 사용되는 공무원의 개념은 각각의 입법취지나 목적에 따라 다르게 해석하는 것이 가능하고, 반드시 국가공무원법 및 지방공무원법상의 공무원에 한정되지 않는다는 점을 들고 있다.

즉 헌법 제7조 제1항의 공무원은 국가, 지방자치단체 또는 공공단체의 공무를 담당하는 일체의 자로서 광의의 공무원 개념에 해당하고, 헌법 제7조 제2항의 공무원은 국가 또는 지방자치단체와 공법상 근로관계를 맺고 있는 신분이 보장되는 경력직 공무원을 의미하는 것으로 협의의 공무원 개념에 해당한다. 국가배상책임을 규정한 헌법 제29조 제1항의 ‘공무원’에는 국가공무원법이나 지방공무원법상의 공무원뿐만 아니라 공무수탁사인도 포함되는 것으로 해석된다. 이에 따라 국가배상법에서의 공무원에는 공무수탁사인도 포함되는 것으로 해석되어 오다가 최근 개정된 국가배상법(2009. 10. 21. 법률 제9803호로 개정된 것) 제2조 제1항에서 해석상 공무원에 포함되던 공무수탁사인을 명시적으로 규정하였다. 한편 공직선거법 제9조 제1항에 규정된 ‘공무원’은 선거에서의 중립의무가 부과되어 있는 공무원에 국한되고, 정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위에 있는 국회의원과 지방의회의원은 선거에서의 정치적 중립성을 요구할 수 없으므로 여기에 포함되지 않는다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635-637 참조).

이처럼 우리 헌법과 법령에서 사용하는 ‘공무원’이라는 용어는 개별 규정의 입법취지나 목적에 따라 다른 범위로 해석되고 있으므로 우리 법상 공무원의 개념이 국가공무원법과 지방공무원법에서 정한 공무원이라고 한정된다고 보기 어렵고, 개별법의 영역에서 각 특성에 따라 달리 정해진다고 보았다.

따라서 형벌법규에 있어서도 형법 고유의 판단에 따라 뇌물죄의 주체로서 공무원을 해석할 수 있고, 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이나 다른 법률에 따라 이 사건 법률조항의 공무원으로 간주되는 사람 이외의 사람이라 하더라도 국가 또는 지방자치단체, 이에 준하는 공법인의 사무에 종사한다면 그러한 공무의 공정성이나 불가매수성 역시 보호되어야 하므로 뇌물죄의 주체인 공무원의 개념에 포섭될 수 있다고 볼 수 있고, 이는 법률조

항의 가능한 문언의 의미 내에서 입법자의 입법목적이나 입법의도를 고려한 해석·적용으로서, 법원의 정당한 법해석 범위를 벗어난 것이 아니므로 죄형법정주의에서 금지하고 있는 유추적용(또는 유추해석)에 해당하지 않는다고 주장하였다.

라. 유추해석금지원칙 위반 여부에 관한 이 사건 결정의 의미

이처럼 다수의견과 반대의견은 ‘법문의 가능한 의미’에 대한 견해의 차이를 보이고 있는데 그 논리적 당부는 별론으로 하고, 다수의견은 형벌법규가 가지는 일반인에 대한 경고기능을 증시하여 일반인의 관점에서 공무원의 신분을 가진 자로 인식될 수 없다면 아무리 사회유해성이 인정되더라도 형사처벌을 할 수 없다는 죄형법정주의 원칙을 강조한 것으로 볼 수 있는 반면, 반대의견은 형벌법규의 목적에 비추어, 사회적 유해성이 인정되는 경우 그 특성을 반영하여 법문의 가능한 범위를 확장하여야 한다는 입장을 취한 것으로 보인다.¹⁰⁾

그런데 이러한 문제의식은 최근 대법원 판결에서도 같이 하고 있다. 대법원은 뇌물수수죄의 공무원의 해석에 관한 기존 입장을 유지하면서도 국가공무원법이나 지방공무원법에 따른 공무원이 아니고 별칙적용 등에 있어서 공무원 의제규정이 없는 지방자치단체 건축위원회 위원, 집행관사무소 사무원에 대하여는, 공무원 의제규정이 없는 점과 형벌법규의 엄격해석 원칙 등을 이유로 뇌물수수죄의 공무원에 해당하지 않는다고 판시함으로써(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도14394 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도5692 판결 참조) 이전보다는 엄격하게 이 사건 법률조항의 ‘공무원’의 의미를 한정시키고 있다. 그리고 그 판시의 논거는 공무원 의제규정이 없는 점과 형벌법규의 죄형법정주의 원칙상 엄격해석의 원칙을 들고 있어 이 사건 결정의 다수의견과 논지를 같이한다.¹¹⁾

10) 그런데 이 경우에 청구인은 형사처벌이 불가능한 것이 아니라 형법 제357조 제1항의 배임수취죄에 해당하는 형사처벌사항이 될 수 있다. 뒤에서 보는 대법원 2010도14394 판결 사건에서 뇌물죄의 성립을 부정하면서 인정된 죄명으로 ‘배임수취죄’가 성립된다고 하였다.

11) 그러나 실제적으로 종래의 대법원 판례를 변경한다는 점에서 전원합의체에 의해 할 것임에도 소부에서 종래의 판례를 유지하는 듯 하면서 해당 사안의 경우에

5. 형벌법규에 대한 한정위헌결정의 효력

가. 이 사건 결정과 같은 방식의 위헌심사(1단계 심사)가 인정되는 범위

(1) 헌법의 일반원칙에 위반되는 경우가 여기에 해당할 것인데 조세법률주의(헌법 제38조)와 죄형법정주의(헌법 제13조 제1항)의 엄격해석 즉 유추해석금지가 이에 해당할 것이다. 한편, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 법률의 경우에도 엄격해석을 해야 한다는 견해도 가능하고 이는 ‘헌법상 원칙’에 해당한다고 볼 여지가 있다.¹²⁾

그런데 이와 같이 해석할 경우에는 모든 기본권 제한 법률에서의 법원의 해석이 그 자체로서 위헌심사의 대상이 되는 문제가 발생하게 되어 사실상 전면적으로 재판소원이 인정되는 것과 마찬가지로 문제가 생길 뿐 아니라 민사나 행정법 영역에서는 유추해석이 허용되는 점과는 배치된다. 헌법재판소는 일반 기본권제한 법률이 명확한 것인지 여부를 검토할 때 법치국가 원리에서 비롯한 명확성원칙을 언급하고 있을 뿐 헌법 제37조 제2항의 헌법상 원칙으로서 유추해석금지를 얘기하고 있지는 않다.

(2) 허용되는 유추해석과 그 적부의 헌법재판 대상 인정여부

조세법률주의나 죄형법정주의가 적용되지 않는 영역(민사, 행정 등)에서는 유추해석이 허용되므로 법원의 해석 자체가 헌법의 일반원칙에 반하는지에 대한 심사는 이루어질 수 없다. 즉 법률의 흠결이 있는 경우 민사법 영역에서는 우리 대법원은 명시적으로 유추적용을 허용하고 있다. “신의칙 또는 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때, 불법행위의 피해자에게는 그로 인한 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무가 있으며 피해자가 합리적인 이유 없이 위 손해경감조치 의무를 이행하지 않을 경우에는 (피해자에게 과실이 있는 것은 아니지만) 법원이 그 손해배상액을 정함에 있어 민법 제763조, 제396조의 과실상계 규정을 유추적용할 수 있다”고 하였고(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다10714 판결), 하천법상 손실보상 보상규정이 없는 경우, 해당 법 내의 보상규정을 유

만 국한하여 판결을 선고하였다.

12) 박철, 법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석, 법철학연구(제6권 제1호), 2003, 201-204면 참조

추적용하여 손실보상권을 인정하였다(대법원 1985. 11. 12. 선고 84카36 결정). “민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법률적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에 있어서는 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법률적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추해석이나 확장해석을 할 수 있다고 할 것”이라고 한다(대법원 1994. 8. 2. 선고 93다52808 판결).

이때 이와 같이 민사법이나 행정법 영역에서 유추해석이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 헌법재판소의 본안판단(한정위헌결정)이 있을지는 향후의 헌법재판소 결정을 지켜보아야 할 것이다.¹³⁾

나. 형벌규정에 대한 한정위헌결정의 효력(법원의 기속력의 인정여부)

기존 대법원이나 하급심 판례에서는 한정위헌결정의 기속력을 부인하여 재심청구를 받아주지 않고 있다(대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결, 부산고등 2004재누14 판결, 서울고등 94재구126 판결 등).

구 공직선거법 제93조 제1항에 대한 한정위헌결정(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등)이 있음을 근거로 재심을 청구한 사건에서도, 법원은 ‘한정위헌결정은 법원에 대한 기속력이 없고, 따라서 청구인이 주장하는 재심사유를 인정할 수 없다’는 이유로 재심청구를 기각하는 결정을 하였다(수원지법 안산지원 2012재고합3, 부산지법 2012재고합2 등).

이 사건의 경우에도 청구인이 재심을 청구할 경우 마찬가지로의 결정이 내려질 것으로 예상되는데 이런 재심기각결정에 대한 헌법소원이 제기되는 경우에는 2001헌마386 결정의 예에 따라 헌법재판소법 제75조 제7항은 ‘법 제68조 제2항의 헌법소원이 인용된 경우에 한정위헌결정이 포함되지 않는다고

13) 이와 관련하여, 헌재 2000. 7. 20. 98헌바74 결정(이 사건 결정에 의해 번복된 선례이다)에서는 민사법 영역에서 유추적용이 문제된 사안에서 ‘각하’하여야 한다는 법정의견에 대하여 반대의견은 “법원이 유추적용한 법률이 법률조항과는 전혀 관계없고 예측도 할 수 없는 사항에 해당한다면 그것은 바로 해석이 아닌 입법형성 영역으로서 권력분립 원칙에 어긋나는 입법권의 침해에 다름 아니므로, 한정위헌 선언을 하여야 한다.”고 하였다. 이 견해에 따르면, 권력분립원칙이라는 헌법상 원칙을 매개로 하여 민사법 영역에서의 법원의 유추해석의 당부(유추해석 자체가 아니라)도 헌법재판소의 위헌심사대상이 될 수 있다는 것이다.

해석하는 한, 헌법에 위반된다’는 한정위헌결정과 함께 당해 사건의 법원판결이 취소될 것으로 보인다.¹⁴⁾

6. 결정의 의의

이 사건 결정은 법률과 법률의 해석이 준별되지 않는다는 점 등을 근거로 ‘한정위헌청구의 적법성’이 원칙적으로 인정될 수 있음을 명시하였고, 심판대상을 법률조항의 위헌여부가 아닌 ‘... 해석이 위헌인지 여부’라는 새로운 유형을 시도하였다는 점에 의의가 있으나, 심판대상을 지나치게 좁게 설정하여 반대의견처럼 ‘재판소원’이라는 비판의 여지를 가지고 있고, 국민의 권리구제 측면에서 청구인과 마찬가지로 위헌적인 적용에 의해 형사처벌을 받은 사람들의 재심청구의 길을 봉쇄하였다는 점에서 아쉬움이 있다.

죄형법정주의 원칙이라는 헌법상 원칙을 근거로 법원의 해석·적용의 위헌성을 판단한 사례로서 기존의 한정위헌결정과 는 국면을 달리한다는 데 의미를 가진다. 형벌법규의 한정위헌결정의 기속력에 대하여 법원에서 인정하지 않고 있어 향후 이 사건 청구인이 법원의 재심기각결정 이후 다시 헌법소원을 제기하여 올 경우 헌법재판소법 제75조 제7항에 대한 한정위헌결정이 예상된다. 국민의 기본권 보장기관으로서 헌법재판소와 대법원이 서로 상충되는 결정을 하는 것은 결국 국민에게 피해가 돌아간다는 점에서 헌법재판소법의 개정을 통한 입법론적 해결이 필요하다고 생각된다.

14) 그러나 그렇다고 하더라도 법원이 한정위헌결정의 기속력을 인정하지 않고 있는 이상 재심본안에 들어가 헌법재판소의 위헌결정 취지에 따라 판결할 것을 관철할 수 있는 수단은 없다는 점에서 한계가 있다.

공직선거법 제232조 제1항 제2호 위헌소원

- 공직선거법상 이른바 사후매수죄 위헌 여부 사건 -
(헌재 2012. 12. 27. 2012헌바47, 판례집 24-2하, 507)

김복기*

【판시사항】

1. 교육감선거와 관련하여 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 후보자이었던 자에게 금전을 제공하는 행위를 한 자를 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하는 법률조항(지방교육자치에 관한 법률 제49조 제1항 본문 중 「공직선거법 제232조 제1항 제2호 중 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 후보자이었던 자에게 ‘금전을 제공하는 행위’를 한 자에 관한 부분」을 준용하는 부분, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의상 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항의 법정형이 책임원칙 내지 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 법률조항, 즉 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제49조 제1항 본문 중 「공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제232조 제1항 제2호 중 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 후보자이었던 자에게 ‘금전을 제공하는 행위’를 한 자에 관한 부분」을 준용하는 부분이 이 사건에서 위헌 여부에 관한 본안 판단의 대상이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2010년 실시된 서울특별시 교육감 선거에서 당선된 사람으로서, 위 선거의 후보자였던 사람에게 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 금전(2억 원)과 공직(서울교육발전자문위원회 부위원장)을 제공한 혐의로, 2011. 9. 21. 지방교육자치에 관한 법률 제49조 제1항, 공직선거법 제232조 제1항 제2호 위반죄로 기소되었다.

청구인은 제1심(서울중앙지방법원) 소송 계속 중 자신에 대한 기소의 근거가 된 공직선거법 제232조 제1항 제2호(이하 ‘이 사건 공직선거법조항’이라 한다)가 헌법에 위배된다고 주장하면서 이 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다.

위 신청에 대하여 서울중앙지방법원은 2011. 12. 29. 일부 각하, 나머지 기각의 결정을 하고, 2012. 1. 19. 청구인에 대해 벌금 3천만 원을 선고(금전 제공 부분은 유죄, 공직 제공 부분은 무죄)하였다.

이에 청구인은 2012. 1. 27. 이 사건 법률조항에 대하여 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

가. 이 사건 법률조항은 “사퇴한 데 대한 대가를 목적으로”라는 어법에 맞지도 않는 애매하고 추상적인 구성요건을 규정함으로써 그 내용과 적용범위가 불분명해졌고, 그 결과 ‘대가’에 관한 판단에 법 적용자의 자의가 개입할 소지를 열어주고 있어 명확성원칙에 반한다.

나. 이 사건 법률조항에 의하여 후보자가 금전 등 제공자와는 관련이 없는 이유로 사퇴를 하고 그 이후 금전 등 제공행위가 있는 경우에도 제공자를 처벌하는 것은 피선거권의 불가매수성이나 선거의 공정성 확보라는 목적을 달성하는 데에 적절한 수단이 될 수 없다. 이 사건 법률조항은 금전 등을 제공하는 주체가 누구인지, 제공하는 시기가 언제인지, 후보 사퇴 당시에 금전지급 합의 내지 이와 관련된 유인행위가 있었는지를 불문하여 처벌하고, 가별성 없는 정치연합에 입각한 선거비용 보전행위까지 처벌대상으로 삼고

있어 규제 범위가 필요 이상으로 광범위하다. 이처럼 이 사건 법률조항은 정치적 표현의 자유, 일반적 행동자유권 등을 과도하게 제한하여 과잉금지원칙에 위배된다.

다. 이 사건 법률조항이 후보자의 사퇴에 금전 등 제공자인 당선인의 불법이 전혀 개입하지 않은 경우에도 당선인의 동기, 당선인의 행위태양, 당선인의 행위가 선거의 공정성에 미치는 영향 등을 고려하지 않고 당선무효형을 피할 수 없도록 법정형을 정한 것은 형벌과 책임의 비례성 원칙에 반한다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항의 문언 내용, ‘대가’라는 개념의 통상적 의미와 용법, 입법연혁과 규정형식, 관련 규정과의 상호관계 및 체계, 그리고 공직선거법의 입법목적 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항은 후보자를 사퇴한 데 대한 보수 또는 보상을 목적으로 후보자이었던 사람에게 금전을 제공하는 행위를 처벌 대상으로 규정한 것이라고 해석된다. 이처럼 이 사건 법률조항은 그 의미를 명확하게 파악할 수 있는 합리적 해석기준을 어렵지 않게 도출할 수 있으므로 명확성원칙에 반하지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항이 추구하는 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성 확보라는 입법목적은 정당하며, 후보자 사퇴 이후의 금전 제공행위를 처벌하는 것은 주기적으로 계속되는 선거에서 ‘후보자 사퇴의 대가’에 대한 기대를 차단하여 선거 문화의 타락을 막아 선거에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 데에 효과가 있을 것으로 본다. 이 사건 법률조항은 사퇴한 후보자에 대하여 이루어지는 모든 금전 제공행위를 금지하는 것이 아니라 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 제공되는 금전 제공행위에 한하여 처벌하여 규제의 대상을 한정하고 있고, 금전 제공과 관련된 공직선거법상 다른 규정들은 이 사건 법률조항과 그 규제의 대상 등이 달라 이 사건 법률조항을 대체하여 위와 같은 입법 목적을 달성할 수 있다고 보기도 어려우며, 이른바 후보단일화에 따른 선거비용 보전은 일정한 경우 대가성이 존재하지 아니하는 것으로 해석될 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항에 의한 피선거권의 불가매수성, 선거의 공정성, 그리고 이에 대한 국민의 신뢰 확보는 매우 중요한 가

치이고, 이 사건 법률조항으로 인한 정치적 표현의 자유 내지 일반적 행동자유권의 제한은 이러한 공익을 실현하기 위해 필요한 범위 내에 있는 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항에 의하면 후보자가 사퇴한 이후에 금전 제공 의사를 갖게 된 경우에도 사퇴 이전에 부당행위가 개입한 경우와 같은 법정형이 적용되어 결국 당선무효형이 선고되는 것을 피하기 어렵게 되나, 이는 금권의 영향력을 활용하여 피선거권 행사의 불가매수성을 침해하는 행위를 특히 엄격히 규제하려는 입법자의 형사정책적 판단에 말미암은 것으로, 법정형의 종류와 범위의 선택에서 인정되는 광범위한 입법재량 등에 비추어 볼 때, 책임원칙과 평등원칙에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다.

재판관 송두환, 재판관 이정미, 재판관 김이수의 반대의견

1. 형벌규정의 경우 더욱 엄격한 명확성이 요구됨에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 ‘후보자에 대한 매수 및 이해유도죄’라는 제목 아래 “대가를 목적으로”라는 우리 어법에 맞지도 않는 불명확한 표현을 사용함으로써 이 사건 법률조항의 보호법익과 구성요건의 내용이 무엇인지 불분명하게 만들고 있다. 이처럼 이 사건 법률조항은 이에 의해 금지되는 행위가 무엇인지 예측하기 힘들게 하고, 그 결과 이에 관한 판단에 법적용자의 자의가 개입할 소지를 열어주고 있어 명확성원칙에 위배된다.

2. 공직선거에서 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성이라는 가치 자체는 정당하다 할 것이나, 후보를 매수할 추상적 위험도 없는 시점, 특히 선거 종료 후의 금전 제공행위를 처벌하는 것은 사퇴 의사결정이나 선거결과에 부정한 영향을 미칠 위험성이 없는 행위를 규제하는 것으로 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성 확보와는 무관하다. 가사 추상적이거나 계속성 있는 제도로서의 선거에 관한 공정성 및 피선거권의 불가매수성 확보를 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 기본권 제한 수단의 적정성을 인정한다고 할지라도, 이 사건 법률조항은 인적 범위나 적용시기 등에 제한이 없어 그 규제 범위가 지나치게 광범위하고, 오늘날 지극히 정상적인 정치행태라 할 수 있는 후보단일화 과정에서 자연스럽게 논의될 수 있는 선거비용 보전에

관한 교섭 자체를 곤란하게 하여 정치활동의 자유를 지나치게 제한한다. 나아가 후보자 사퇴 이전의 매수행위를 금지하는 규정이 있음에도 불구하고 별도로 이 사건 법률조항을 두어 추가적으로 달성하려는 공익은 그 실체가 불분명하거나 막연한 위협에 기초하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 대한 대법원의 해석에 입각하여 살펴보다라도, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

【해 설】

1. 이 사건의 쟁점

이 사건은 먼저 이 사건 법률조항상 “후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로” 부분이 죄형법정주의상 명확성원칙에 위배되는지 여부가 문제된다. 다음으로 이 사건 법률조항에 대한 일정한 해석을 전제로 이 사건 법률조항이 정치적 표현의 자유 내지 일반적 행동자유권을 과도하게 제한하는지 여부가 문제되고, 나아가 이 사건 법률조항의 법정형이 책임과 형벌의 비례원칙 내지 평등원칙에 반하는지 여부가 문제된다.

2. 이 사건 공직선거법조항의 입법연혁, 입법례 및 해석

가. 입법연혁

우리나라에서 이 사건 공직선거법조항과 같은 내용의 법규정이 처음으로 마련된 것은 1958. 1. 25. 법률 제470호로 제정된 민의원의원선거법 제154조 제1항 제2호로 보이며, 그 내용은 아래와 같다.¹⁾

민의원의원선거법 제154조 【후보자에 대한 매수 및 이해유도죄】 ① 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역, 금고 또는 50만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 후보자가 되지 아니하게 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 후보자가 되려는 자나 후보자에게 제152조 제1항 제1호에 규정된 행위

1) 이 규정은 1950년에 제정된 일본 공직선거법 제223조(아래 입법례 참조)를 참고한 것으로 추측된다.

를 한 자

2. 후보자가 되려는 것을 중지하였거나 후보자를 사퇴한 것의 보수로 할 것을 목적으로 후보자가 되려던 자나 후보자이었던 자에게 제152조 제1항 제1호에 규정된 행위를 한 자

3. 전2호에 규정에 행위에 관하여 알선 또는 권유를 한 자

제152조 【매수 및 이해유도죄】 ① 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역, 금고 또는 30만 환 이하의 벌금에 처한다.

1. 당선을 얻거나 얻게 하거나 혹은 얻지 못하게 할 목적으로 선거인 또는 다른 후보자의 선거운동원, 출납책임자나 선거사무장, 참관인, 선거사무종사원에게 금전, 물품, 거마, 향응 기타 재산상의 이익이나 공사의 직을 제공하거나 신입 또는 약속한 자

그 후 1960. 6. 23. 법률 제551호로 민의원의원선거법이 폐지됨과 동시에 국회의원선거법이 제정되면서 위 민의원의원선거법의 법률조항들과 동일한 내용의 조항들이 위 국회의원선거법 제142조 제1항 제2호, 제140조 제1항 제1호로 규정되었고, 그 후 제정된 ‘공직선거 및 부정선거방지법’ 내지 ‘공직선거법’에서도 구성요건상 같은 취지의 규정이 계속 존속되어왔다.

다만, 구성요건상 “후보자를 사퇴한 것의 보수로 할 것을 목적으로”라는 표현은 1963. 1. 16. 법률 제1256호로 종전 법을 폐지하고 제정된 국회의원선거법 제145조 제1항 제2호에서 “사퇴한 데 대한 보수를 목적으로”라는 표현으로 변경되었으며, 다시 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 국회의원선거법이 폐지됨과 동시에 제정된 ‘공직선거 및 부정선거방지법’ 제232조 제1항 제2호에서는 ‘사퇴한 데 대한 대가를 목적으로’라고 변경되었다. ‘공직선거 및 부정선거방지법’이 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되면서 그 명칭이 ‘공직선거법’으로 변경된 이후에도 구성요건상 이 조항의 내용에는 변동이 없다.

나. 입법례

이 사건 공직선거법조항과 유사한 형식의 입법례는 일본의 공직선거법을 제외하고는 찾기 어렵다.

일본 공직선거법은 1950. 4. 15. 법률 제100호로 제정된 이래 ‘공직후보자인 것을 그만 두는 것의 보수로 할 목적으로 공직후보자이었던 자에게 금전 또는 공사의 직무를 제공하는 것’(제223조)을 형사처벌의 대상으로 삼고 있다.²⁾

현행 일본 공직선거법 제223조 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

일본 공직선거법 제223조 【공직후보자 및 당선인에 대한 매수 및 이해유도죄】 ① 다음 각 호에 해당하는 행위를 한 자는 4년 이하의 징역이나 금고 또는 100만 엔 이하의 벌금에 처한다.

1. 공직후보자인 것 또는 공직후보자로 되고자 하는 것을 그만두게 할 목적으로 공직후보자 또는 공직후보자로 되고자 하는 자에 대하여 또는 당선을 사퇴하게 할 목적으로 당선인에 대하여 제221조 제1항 제1호 또는 제2호에 정한 행위를 한 때

2. 공직후보자인 것 또는 공직후보자로 되고자 하는 것을 그만 두는 것, 당선을 사퇴하는 것 또는 그 주선·권유를 하는 것의 보수로 할 목적으로 공직후보자이었던 자, 공직후보자가 되고자 한 자 또는 당선인이었던 자에 대하여 제221조 제1항 제1호에 정한 행위를 한 때

3. 제1호 및 제2호의 제공, 향응·접대를 받거나 또는 요구하여 제1호 및 제2호의 청약을 승낙하거나 제1호의 유도에 따르거나 또는 이를 재촉한 때

4. 위의 각 호에 정한 행위에 관하여 주선 또는 권유를 한 때

제221조 【매수 및 이해유도죄】 ① 다음 각 호에 정하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처한다.

1. 당선되거나 되게 하거나 또는 되지 못하게 할 목적으로 선거인 또는 선거운동자에 대하여 금전, 물품 그 밖의 재산상 이익 또는 공사의 직무를 제공하거나, 그 제공의 청약 또는 약속을 하거나 향응·접대, 그 청약 또는 약속을 한 때

일본에서 본죄의 성립요건은 공직후보자인 것 또는 공직후보자로 되고자 하는 것을 그만 두는 것, 당선을 사퇴하는 것 등의 보수로 할 목적이 있을

2) 다만 벌금액의 상한선은 제정 당시 7만 5천 엔에서 100만 엔으로 변동되었다(2000년 5월 17일 법률 제62호로 개정).

것, 그리고 이러한 자에 대하여 사후에 재산상 이익 또는 공사의 직무를 제공하거나, 그 제공의 청약 또는 약속 등을 할 것이다.

다. 이 사건 공직선거법조항에 대한 법원의 해석

당해 사건 전에 이 사건 공직선거법조항의 해석과 관련된 법원의 선례는 없는 것으로 보인다. 이 사건 공직선거법조항에 관한 당해 사건 법원, 항소심 법원 및 상고심 법원의 해석은 아래와 같다.

(1) 1심 판결(서울중앙지방법원 2012. 1. 19. 선고 2011고합1212등 판결)

(가) 주체, 시기 및 사전합의 여부

이 사건 공직선거법조항은 금품 등을 제공하는 주체가 누구인지, 금품을 제공하는 시기가 언제인지, 그리고 후보 사퇴 당시 금전지급합의가 있었는지 여부를 불문하고, 일단 후보 사퇴행위를 한 자에게 그 사퇴행위와 대가관계에 있는 금품 등을 제공하는 모든 행위, 그리고 이를 수수하는 모든 행위를 금지하는 것이다.³⁾ 즉 이 조항을 ‘후보자 사퇴 이전의 부정행위의 연장선에서 금품 제공이 이루어진 경우’에만 처벌하는 것으로 한정하는 해석론은 법문의 구성요건 상 근거가 없다.⁴⁾

(나) 대가성 판단 기준

구체적으로 대가관계에 있는지 여부에 대한 판단 기준은 사퇴한 후보자와 금품제공자의 관계, 특히 사퇴한 후보자의 후보 사퇴행위(금부)로 인하여 금품제공자가 얻은 이익이 있는지 여부, 금품의 다과, 금품을 제공·수수한 시기와 경위 등과 같은 객관적인 요소들이다.⁵⁾

(다) ‘대가를 목적으로’의 의미(목적범 여부)

한편 이 사건 공직선거법조항의 문언은 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로’라고 되어 있으나, 이는 ‘대가의 의미로’라는 뜻으로 해석된다. 즉 이 조항이 형사법상 초과주관적 구성요건요소가 반드시 있어야만 범죄가 성

3) 제1심 판결문, 133면.

4) 제1심 판결문, 163면.

5) 제1심 판결문, 138면.

립하는 이른바 ‘목적범’을 규정한 것은 아니라고 판단된다. 그러나 이 경우에도 범죄의 주관적인 구성요건에 해당하는 ‘범의’가 입증되어야 하며, ‘대가성의 인식’이 범의를 구성하는 것이다.⁶⁾

(2) 항소심 판결(서울고등법원 2012. 4. 17. 선고 2012노248 판결)

[기본적으로 제1심과 같다.]⁷⁾

(3) 상고심 판결(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도4637 판결)

[‘대가를 목적으로’의 의미, 즉 목적범 여부에 대한 판단(아래 참조)을 제외하고는 기본적으로 제1심 및 항소심과 같다.]⁸⁾

이 사건 공직선거법조항의 죄는 그 범죄성립을 위한 초과주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 지급할 목적’ 또는 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 받을 목적’을 요구하는 이른바 목적범에 해당한다.⁹⁾

이때 행위자에게 위와 같은 목적이 있었는지 여부는 재산상의 이익 등의 제공자와 사퇴한 후보자와의 관계, 후보자 사퇴가 재산상의 이익 등의 제공자에게 미친 영향, 행위자가 재산상의 이익 등을 제공하거나 수수한 동기, 경위 및 과정, 그 수단과 방법, 그 재산상의 이익 등의 내용과 가치 등 당해 제공·수수행위에 관한 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.¹⁰⁾

(4) 검토(이 사건 법률조항상 ‘대가를 목적으로’에 관한 법원의 판단)

위에서 본 바와 같이, 이 사건 공직선거법조항상 ‘대가를 목적으로’의 의미와 관련하여 제1심 및 항소심 법원은 이 사건 공직선거법조항위반죄가 목

6) 제1심 판결문, 148-149면.

7) 항소심 판결문, 10-12, 23면.

8) 상고심 판결문, 5, 14-15면,

9) 상고심 판결문, 14, 15면.

10) 상고심 판결문, 16면.

적범이 아니라고 보았으나, 대법원은 이 죄는 목적범에 해당한다고 보았다.

대법원은 원심이 공직선거법 제232조 제1항 제2호의 죄가 목적범에 해당하지 않는다는 취지로 설시한 것은 적절하지 않다고 지적하였으나, 원심의 판단은 결국 청구인은 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 지급할 목적으로 금원을 제공하였다고 인정한 취지라고 보았다.¹¹⁾

이는 목적범 여부에 관한 판단의 상이에도 불구하고, 이 죄의 성립여부 판단에 가장 중요한 요소라고 할 수 있는 ‘대가를 목적으로’라는 구성요건과 관련하여 하급심 판결상의 ‘대가관계’ 인정여부에 관한 판단기준¹²⁾과 상고심 판결상의 ‘대가를 지급할 목적’ 유무에 관한 판단기준¹³⁾이 사실상 같은 데에서 기인한 것으로 보인다.

결국 목적범 여부에 관한 견해 차이에도 불구하고 대법원은 사실상 하급심 법원처럼 ‘대가를 지급할 목적’의 유무를 ‘대가성에 대한 인식’ 유무와 같은 것으로 본 것으로 판단된다.¹⁴⁾

3. 이 사건 법률조항의 위헌여부

가. 죄형법정주의상 명확성 원칙 위배여부

(1) 죄형법정주의상 명확성 원칙의 의의

헌법상 죄형법정주의원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고,

11) 즉, 대법원은 원심의 사실만으로도 그런 ‘목적’이 있다고 인정하기에 충분했다고 판단한 것으로 보인다. 이에 대하여 원심이 이 사건 법률조항의 구성요건에 관한 법리를 오해했음에도 불구하고 대법원이 파기환송 판결을 하지 않은 것은 잘못이라는 비판도 제기되었다(한상희 교수 인터뷰, 한겨레신문 2012. 9. 27.자 인터넷기사 참조).

12) 제1심 판결문 138면 및 항소심 판결문 23면 참조.

13) 상고심 판결문 16면 참조.

14) 이와 관련하여 이 사건 법률조항에서 ‘대가로 지급할 목적’이란 단순한 입후보의 사퇴에 대한 대가성을 인식하는 것만으로는 부족하고, 입후보 사퇴에 대하여 보수로 이익을 제공한다는 확정적이고 목적적인 의사가 필요하다는 주장도 제기될 수 있다.

그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 792-793; 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157등, 판례집 22-2하, 684, 694 등 참조).¹⁵⁾

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391; 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199, 판례집 23-1하, 337, 347 등 참조).

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법 해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법

15) 명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다. 명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다. 일반적으로 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우, 특히 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용된다(헌재 2000. 2. 24 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있다. 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위배되는지 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, 821-82; 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199, 판례집 23-1하, 337, 347 등 참조).

(2) 문제의 소재

이 사건 법률조항의 내용은 교육감선거 ‘후보자이었던 자’(①)에게 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로’(②), ‘금전’(③)을 ‘제공하는 행위’(④)를 한 자를 ‘7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금’(⑤)에 처하는 것이다.

위 구성요건 중 ‘제공행위의 상대방’(①), ‘행위의 목적물과 내용’(③, ④)은 법률의 문언에 의하여 명확하게 인정되는 것으로 판단되며, 처벌내용(⑤) 역시 명확하다. 다만 구성요건 중 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로’(②)와 관련하여 법률의 문언에 가치평가적인 요소를 내포하고 있는 ‘대가’(代價)라는 어휘가 사용되고, 일반적으로 목적범에서 사용되고 있는 ‘목적’이라는 용어가 들어가 있어 그 해석에 논란의 여지가 있다.

(3) 판단

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 죄형법정주의상 명확성원칙에 위배되는지 여부에 관하여 재판관 5:3의 의견으로 이 사건 법률조항이 위 원칙에 위반되지 아니한다고 보았다.

(가) 법정의견

다수의견은 이 사건 법률조항의 입법연혁, 규정형식 그리고 다른 규정들과의 상호관계 등을 고려하여 볼 때 이 사건 법률조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있는 것으로 헌법상 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

1) 먼저, 다수의견은 ‘대가’라는 어휘는 사전적(辭典的)으로 “일을 하고 그에 대한 값으로 받는 보수”라는 의미가 있으며, 일반인들이 일상생활에서 널리 사용하는 어휘일 뿐 아니라 이미 다양한 법률들이 구성요건을 규정하는데 다수 사용하고 있는 어휘이므로 그 개념이 다의적이거나 모호하다고 할 수 없다는 점을 지적하며, 이 사건 법률조항에서 사용된 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가’라는 표현의 의미 역시 ‘사퇴행위에 대한 보수 또는 반대급부’라고 해석된다고 보았다.

2) 다음으로, 이 사건 법률조항에서 사용되고 있는 ‘대가를 목적으로’의 의미에 관하여 다수의견은, 이 사건 법률조항이 “목적으로”라는 표현을 명시적으로 사용하고 있는 점, 형법상 ‘목적으로’라는 구성요건표지가 추가적으로 규정된 경우 그 범죄는 목적범이라고 해석하는 것이 일반적인 점, 공직선거법의 경우 “대가로”와 “대가를 목적으로”라는 문언을 엄연히 구별하여 사용하고 있는 점(즉, 공직선거법 제230조 제1항 제5호16) 및 제231조 제1항 제2호, 제3호17)는 “대가로”라는 표현을 사용하고 있음), 이 사건 법률조항의 모태가 되는 구 민의원선거법(1960. 6. 23. 법률 제551호로 폐지되기 전의 것) 제154항 제1항 제2호, 구 국회의원선거법(1963. 1. 16. 법률 제1256호로 폐지되기 전의 것) 제142조 제1항 제2호 등이 “후보자를 사퇴한 것의 보수로 할

16) 공직선거법 제230조(매수 및 이해유도죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 따른 경우를 제외하고 문자·음성·화상·동영상 등을 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하게 하고 그 대가로 금품, 그 밖에 이익의 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속한 자

17) 공직선거법 제231조(재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 7년 이하의 징역 또는 300만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 재산상의 이익을 얻거나 얻을 목적으로 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 위하여 선거인·선거사무장·선거연락소장·선거사무원·회계책임자·연설원 또는 참관인에게 제230조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람

2. 제1호에 규정된 행위의 **대가로** 또는 그 행위를 하게 할 목적으로 금전·물품, 그 밖에 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 사람

3. 제1호에 규정된 행위의 **대가로** 또는 그 행위를 약속하고 제2호에 규정된 이익 또는 직의 제공을 받거나 그 제공의 의사표시를 승낙한 사람

것을 목적으로”라고 규정하고 있었던 점, “대가를 목적으로”라는 표현보다 “대가로”라고 읽는 것이 문법상 자연스럽다고 하더라도 그러한 이유로 명백히 존재하는 문언을 임의로 삭제하여 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의상 허용되지 않는 유추해석이라는 점¹⁸⁾ 등을 종합하여, 이 사건 법률조항은 그 범죄성립을 위한 초과주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 ‘후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 지급할 목적’을 요구하는 이른바 목적범에 해당한다고 보았다.¹⁹⁾

구체적으로 개별 사건에서 ‘대가를 지급할 목적’이 있었는지 여부는 금전 제공자와 사퇴한 후보자와의 관계, 후보자 사퇴가 금전 제공자에게 미친 영향, 행위자가 금전을 제공하거나 수수한 동기, 경위 및 과정, 그 수단과 방법, 금액 등 당해 제공행위에 관한 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단할 수 있다고 보았다.

3) 한편 다수의견은 이 사건 법률조항이 ‘교육감선거 후보자이었던 자에게 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 금전을 제공하는 행위’라는 요건 이외에 다른 어떠한 제한도 두고 있지 않으므로, 이 죄의 성립에 ‘후보자 사퇴를 유인하는 부당한 선행행위’는 요하지 않음을 명시적으로 지적하였다. 공직선거법 제232조 제1항 제1호가 후보자 사퇴 이전에 이루어진 ‘금전 등 제공, 제공의 의사표시, 약속’을 처벌하는 규정을 두고, 같은 항 제2호인 이 사건 공직선거법조항이 이와 별도로 후보자 사퇴 이후에 이루어진 ‘금전 등 제공, 제공의 의사표시, 약속’을 처벌하는 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 후보자 사퇴 이전에 이루어진 금전 등 제공에 대한 합의를 비롯한 부당한 선행행위가 이 사건 법률조항의 구성요건이 아님은 쉽게 알 수 있다는 것이다.²⁰⁾

18) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고, 이로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석함을 금지하고 있다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결).

19) 공직선거법 제230조 내지 제234조는 선거관련자에 대한 매수행위를 처벌하는 규정이고 그 대부분은 ‘- 목적으로’라는 형식으로 규정되어 있으며 그러한 조항은 목적범으로 해석되고 있다.

4) 이와 같은 이 사건 법률조항의 문언 내용, ‘대가’라는 개념의 통상적 의미와 용법, 입법연혁과 규정형식, 관련 규정과의 체계, 그리고 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공직선거가 공정히 행하여지도록 하고 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 공직선거법의 입법 목적(제1조) 등을 종합하면, 위 조항은 후보자를 사퇴한 데 대한 보수 또는 보상을 목적으로, 후보자이었던 사람에게 금전을 제공하는 행위를 처벌 대상으로 규정한 것이라고 해석된다는 것이 다수의견의 기본 입장이다.

(나) 반대의견

반대의견은 죄형법정주의가 지배하는 형사 관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격하 기준이 적용된다는 점을 지적하면서, 이 사건 법률조항은 “후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로”라는 불명확한 표현을 사용함으로써 이 사건 법률조항의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위의 내용이 무엇인지 불분명하게 만들어, 이 사건 법률조항에 의해 금지되는 행위가 무엇인지 예측하기 힘들게 하고, 그 결과 이 사건 법률조항에 대한 판단에 법 적용자의 자의가 개입할 소지를 열어주고 있다고 보았다.

1) 반대의견은 먼저, 이 사건 법률조항이 “대가를 목적으로”라는 우리 문법에 맞지 않은 표현을 사용함으로써 법해석에 혼동을 초래하고 있다는 점을 지적하였다. 즉 이 사건 법률조항은 목적의 대상으로 ‘대가’라는 명사만을 사용하고 있는데 이는 우리 어법상 부자연스러운 문언이라는 것이다. 여기서 어법상 자연스러움을 추구하여 “대가를 목적으로”라는 표현을 ‘대가로’라는 의미로 해석한다면 이는 입법자가 형벌규정에 명확하게 규정한 ‘목적’이라는 구성요건을 임의로 제거하는 것으로 허용되기 어렵고, 다른 한편 “대가를 지급할 목적으로”와 같이 ‘대가’와 ‘목적’ 사이에 특정 동사를 추가하더라도 이 사건 법률조항의 문언상 구조적 모순은 해소되지 않는다는 점을 지적하면서, 반대의견은 결국 이 사건 법률조항상 “대가를 목적으로”라는 문언이

20) 이는 형법상 뇌물죄의 경우에 있어서도 동일하다고 할 것이다. 일단 직무를 처리하고 나서 그에 대한 대가를 지급받는 경우에도 뇌물죄 혹은 사후수뢰죄가 성립하는 것이고, 직무 처리 이전에 부정한 행위가 선행하는 경우만 처벌대상이 되는 것은 아니다.

형법상 구성요건으로서 무엇을 의미하는지 자체가 불분명하다고 보았다.

2) 구체적으로 반대의견은 이 사건 법률조항이 목적범인지 여부가 불분명하다는 점을 지적하면서, 그 예로 이 사건 법률조항을 둘러싼 대법원과 하급심 법원의 판단이 달랐던 점을 들고 있다. 즉 앞에서 소개한 바와 같이, 이 사건 법률조항의 해석이 법원에서 최초로 문제된 이 사건에서 ‘대가를 목적으로’의 의미와 관련하여 제1심 및 항소심 법원은 이 사건 법률조항이 목적범을 규정한 것으로 보지 않았으나, 대법원은 이 사건 법률조항상 ‘목적’을 초과주관적 위법요소로서 고의 외에 별도로 요구되는 구성요건으로 본 것이다. 더욱이 대법원은 목적범 여부에 관하여 하급심과 다른 입장을 취했음에도 불구하고 ‘대가를 지급할 목적’의 의미를 하급심 법원에서 ‘대가’에 관한 고의의 판단기준으로 삼은 ‘대가성에 대한 인식’과 사실상 같은 것으로 보았는바, 반대의견은 이러한 점을 감안하면 법원의 해석이 이 사건 법률조항상 “대가를 목적으로”의 의미에 대한 명확한 지침을 제공해 준다고 보기도 어렵다고 비판하였다.

3) 나아가 반대의견은, 이 사건 법률조항이 ‘후보자에 대한 매수 및 이해 유도죄’라는 제목 아래 반대급부라는 의미를 가진 ‘대가’라는 용어를 사용하여 ‘후보자 사퇴 이전의 금전 제공행위’뿐만 아니라 ‘후보자 사퇴 이후의 금전 제공행위’까지도 규율하고 있는 것과 관련하여, 이는 금전 제공 이전에 사퇴 행위가 있었기 때문에 구조적으로 ‘매수’의 대상이 존재하지 아니함에도 ‘매수’의 대상이 됨을 전제로 함으로써 이 사건 법률조항에 대한 해석상 혼란을 가중시키고 있다고 비판하고 있다. 예컨대, 이 사건 법률조항상 대가성이 사실상 ‘사퇴행위와의 관련성’을 의미하는 것인지, 아니면 어떠한 형태든 사전에 사퇴를 유인하는 부당한 선행행위(동기제공행위)가 있어야만 대가성이 인정될 수 있다고 해석할 것인지 명확하지 않다는 것이다.

나. 과잉금지원칙 위배여부

(1) 제한되는 기본권

(가) 청구인은 이 사건 「헌법소원심판 청구서」에서는 이 사건 법률조항으로 인하여 표현의 자유, 정치적 자유, 선거의 자유, 사생활의 자유, 행복추

구권이 제한된다고 주장하였다가, 이 사건 법률조항이 위헌인 이유를 더 구체적으로 밝히려는 취지로 제출한 이 사건 「헌법소원심판 청구이유보충서」에서는 이 사건 법률조항으로 인하여 정치적 의사 형성·표현의 자유와 일반적 행동자유권이 제한된다고 주장하였다.

(나) 살피건대, 이 사건 법률조항은 정치적 과정인 선거에서 후보사퇴와 관련하여 정치활동을 할 자유를 제한하고 있으므로 정치적 표현의 자유를 제한한다고 본다. 선거가 종료된 이후에도 이 사건 법률조항 위반죄가 성립될 수 있지만, 전체적으로 볼 때 이 사건 법률조항의 선거운동의 자유와의 연관성을 부인하기는 어렵다는 점에서 선거운동의 자유 제한의 문제도 제기될 수 있고, 또한 당선자로서 이 사건 법률조항에 위반한 자는 형사처벌에 의하여 공직에서 퇴임되거나 일정기간 선거에 입후보할 기회마저 박탈당할 수 있으므로 공무담임권 제한의 문제도 발생할 수 있다.

(다) 설령 선거 실시 이후에도 이 사건 법률조항 위반죄가 성립할 수 있다는 점 및 공무담임권의 박탈은 이 사건 법률조항이 금지하는 행위내용과는 직접적으로 관련이 없다는 점을 이유로 이 사건 법률조항으로 인한 선거운동의 자유 및 공무담임권의 제한을 각각 부정한다고 하더라도, 최소한 정치적 표현의 자유 내지 일반적 행동자유권²¹⁾의 제한은 인정될 것이다.

(라) 한편, 사생활의 자유는 이 사건 법률조항과 무관한 것으로 보이고, 행복추구권은 실무상 보충적 성격의 기본권으로 파악하고 있으므로 따로 판단하지 아니한다.

(마) 이러한 점들을 종합적으로 고려하여, 헌법재판소는 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 기본권을 정치적 표현의 자유 내지 일반적 행동자유권으로 보았으며, 이들 기본권을 제한하는 입법에 대하여는 엄격한 위헌심사 기준을 적용하여야 할 것으로 보아, 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위배여부에 대하여 판단하였다.

21) 헌법재판소는 타인이나 단체에 대한 기부행위는 일반적 행동자유권의 행사로서 보호되며(헌재 2009. 4. 30. 2007헌바29, 판례집 21-1하, 108, 128-129 참조), 지역농협의 조합장 선거와 관련하여 금전제공행위를 금지하는 것은 일반적 행동의 자유에 대한 제한(헌재 2012. 2. 23. 2011헌바154, 공보 185, 442, 446 참조)이라고 본 바 있다.

(2) 판단

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 관하여 역시 재판관 5:3의 의견으로 이 사건 법률조항이 위 원칙에 위반되지 아니한다고 보았다.

(가) 법정의견

다수의견은 아래와 같은 이유로 이 사건 법률조항이 헌법상 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

1) 먼저, 다수의견은 공직선거에서 금전을 비롯한 각종 이익의 제공·수수로 피선거권 행사의 왜곡을 초래하는 행위는 선거의 공정성을 중대하게 훼손하는 행위라는 점을 지적하면서, 이 사건 법률조항은 후보자의 피선거권 행사의 불가매수성,²²⁾ 즉 후보자의 사퇴행위가 대가 지급의 대상이 되어서는 안 된다는 원칙을 확립하고, 이를 통해 후보자에 대한 금권의 영향력을 차단함으로써 궁극적으로 선거 문화가 타락하는 것을 막고 선거의 공정성을 지키는 데에 목적이 있으며, 우리의 선거 문화와 풍토, 선거부정 방지에 대한 국민의 기대 등 제반 사정을 고려할 때 이러한 목적의 정당성은 인정된다고 보았다.

2) 이어서 다수의견은 이 사건 법률조항과 같이 후보자 사퇴 이후의 대가 제공행위를 금지하고 처벌하는 것은 ‘후보자 사퇴의 대가’에 대한 기대를 차단하여 선거 문화의 타락을 막을 뿐 아니라 선거의 열결성 내지 공정성에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 데 효과가 있을 것이라는 점을 확인하였다. 선거는 민주주의를 실현하는 핵심적인 제도로서 1회의 행사로 그치지 않고 주기적으로 계속되는 것이므로, 설령 금전 제공 행위가 후보자 사퇴 또는 선거일 후에 이루어져 그 사퇴행위 또는 당해 선거 결과에는 직접적인 영향을 미치지 아니한다고 하더라도, 선거제도라는 관점에서 보면 위와 같은 행위는 선거의 공정과 피선거권 행사의 불가매수성을 훼손하는 행위에 해당하므로 (대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도4637 판결 참조), 이를 처벌하는 것은 위 규정의 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단이 된다는 것이다.

22) 구체적으로는 등록된 후보자의 사퇴여부와 관련된 의사결정의 불가매수성을 의미한다. 참고로 직무행위의 불가매수성을 보호법적으로 하는 뇌물죄에서도 직무행위 후 뇌물을 수수하는 경우 뇌물죄 또는 사후수뢰죄로 처벌하고 있다.

3) 기본권침해의 최소성 요건 충족 여부와 관련하여, 다수의견은 먼저 이 사건 법률조항이 후보자이었던 사람이 후보자를 사퇴한 후 그에 대하여 이루어지는 모든 금전제공행위를 금지하고 처벌하는 것이 아니라 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 목적으로 제공되는 금전제공행위에 한하여 처벌하여 규제의 대상을 한정하고 있다는 점을 언급하면서, 다른 후보자를 위한 선거운동의 금지(공직선거법 제88조), 기부행위금지(공직선거법 제117조), 답례행위금지(공직선거법 제118조)에 관한 규정들은 이 사건 법률조항과 그 규제의 대상 내지 규율범위와 요건이 달라 이 사건 법률조항을 대체하여 그 입법 목적을 달성할 수 있다고 보기 어렵다는 점을 지적하였다.²³⁾

당해 사퇴행위에 직접적인 형태로 영향을 미치는 사전의 이익제공행위만을 규제할 것인지, 나아가 대가 수수에 대한 기대 형성 여지를 원천적으로 차단하여 간접적인 형태로 선거문화에 영향을 미치고 국민의 신뢰를 해하는 사후의 이익제공행위까지 규제할 것인지는 기본적으로 그 특정한 행위를 둘러싼 선거 문화와 풍토, 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항인데, 우리나라 선거문화 현실, 선거부정 방지에 대한 국민의 기대 등을 고려할 때 이러한 규제의 필요성을 인정한 입법자의 결단을 탓하기는 어렵다는 것이 다수의견의 기본 입장이다.²⁴⁾

한편 이른바 정책연합에 따른 후보단일화와 관련하여 다수의견은 그러한

23) 공직선거법 제117조의 기부행위금지조항은 외관상 무상성을 띠고 있는 기부행위를 규제의 대상으로 하고 있어 이 사건 법률조항이 규제하는 대가제공행위와 규제의 대상이 다르고, 같은 법 제118조의 답례행위금지조항은 사후매수가가능성 뿐 아니라 선거비용 증가를 막기 위한 목적으로 '선거운동에 관여하지 아니한 일반 선거구민'에 대한 답례행위를 금지하고 있어 사퇴한 후보자에 대한 대가제공행위를 금지하는 이 사건 법률조항과는 규율범위와 요건이 다르다.

24) 특정한 행위의 불가매수성을 확립하기 위하여 그 행위 이전의 대가제공행위와 그 행위 이후의 대가제공행위 모두를 금지하는 규제방식은 현행 법제에서 어렵지 않게 발견되는 규제방식이다. 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제6호, 제135조 제3항은 선거운동과 관련한 이익제공·수수 등의 행위를, 같은 법 제230조 제6항, 제47조의2는 정당의 후보자 추천과 관련한 이익제공·수수 등의 행위를 처벌하고 있는데, 그 처벌 대상을 선거일 이전 또는 후보자 추천 이전의 행위로 한정하지 않고 있다(대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도4014 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4069 판결 등 참조).

논의가 사퇴자에 대한 선거비용 보전 등 금전과 관련되는 경우 자칫 후보자의 자질보다는 경제적 능력에 따라 후보단일화가 이루어질 우려가 있다는 점을 표명하면서도, 만약 그러한 선거비용 보전이 합법적으로 형성된 정책연합의 합의사항 실행을 위하여 통상적으로 필요한 범위 내에서 이루어진 것으로 평가되고 당해 선거비용 보전이 선거 문화의 타락을 유발하여 선거 공정성에 대한 국민의 신뢰를 저해하는 정도에 이르지 않는 것으로 판단된다면 이 사건 법률조항의 대가성이 존재하지 아니하는 것으로 해석될 수 있다는 점을 명시적으로 밝혔다.

4) 끝으로, 다수의견은 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 피선거권의 불가매수성 및 선거의 공정성, 그리고 이에 대한 국민의 신뢰 확보라는 공공의 이익은 민주사회에서 매우 중요한 가치이고, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항으로 인한 정치적 표현의 자유 내지 일반적 행동자유권의 제한은 이러한 공익을 실현하기 위해 필요한 범위 내에 있는 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항으로 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 균형이 상실되었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

(나) 반대의견

이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배된다고 판단한 3인의 재판관은, 이 사건 법률조항에 대한 대법원의 해석에 입각하여 살펴보더라도, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 일반적 행동자유권을 침해하여 헌법에 위반된다고 보았다.²⁵⁾

1) 먼저 반대의견은, 다수의견이 이 사건 법률조항의 입법목적으로 언급하고 있는 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성 확보는 그 자체로 지극히 정당한 가치라고 할 것이나, 이미 후보자가 사퇴한 이후의 시점, 즉 후보를 매수할 추상적 위험도 없는 시점에서의 금전제공행위를 처벌하는 것은 사퇴의사결정에 부정적 영향을 미칠 위험성이 없는 행위를 규제하는 것으로 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성 확보와는 무관하다고 보았다. 더욱이 당해 선거가 끝난 이후에는 이미 사퇴한 후보자에게 후보자 사퇴와 관련하여 어떠한 경제적 이익을 제공하였다고 해서 선거인의 판단에 영향을 미칠

25) 주위적으로 명확성 원칙 위반이 인정되나, 예비적으로 대법원의 해석에 기반하여 살펴보더라도 과잉금지원칙 위배 역시 면할 수 없다는 입장으로 볼 수 있다.

여지도 없다는 점을 지적하였다.

사실 선거와 관련하여 후보자였던 자에 대하여 금전을 제공하는 행위를 제한하는 이유가 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성 확보라고 한다면 금전 제공자에 대한 제재는 원칙적으로 후보자 사퇴를 유인하는 부당한 선행행위가 있는 경우로 한정함이 상당하며, 이러한 경우에 대한 규제는 공직선거법 제232조 제1항 제1호에 의한 처벌만으로도 족하다는 것이 반대의견의 기본 입장이다.

요컨대, 반대의견은 이 사건 법률조항이 기본권 제한 수단으로서의 적합성과 합리성을 상실하였다고 판단하였다.

2) 반대의견은, 가사 추상적이거나²⁶⁾ 계속성 있는 제도로서의 선거에 관한 공정성 및 피선거권의 불가매수성 확보를 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 기본권 제한 수단의 적정성을 인정한다고 할지라도, 이 사건 법률조항이 아래와 같은 점에서 기본권 침해의 최소성 원칙을 충족시키지 못한다고 보았다.

가) 먼저 반대의견은 이 사건 법률조항은 금전을 제공하는 주체가 누구인지, 금전을 제공하는 시기가 언제인지 등을 불문하고 일단 후보 사퇴행위를 한 자에게 그 사퇴행위와 대가관계에 있는 금전을 제공하는 모든 행위를 금지하고 있어, 그 규제 범위가 지나치게 광범위하다는 점을 지적하면서, 이와 같은 규제의 광범성 문제를 해소하기 위해서는, 인적 범위에 제한을 두는 방법,²⁷⁾ 적용시기에 제한을 두는 방법,²⁸⁾ 그리고 행위태양에 제한을 두는 방법²⁹⁾ 등과 같은 방안을 강구할 수 있고, 이러한 방법으로도 피선거권의 불가매수성과 선거의 공정성 확보라는 입법목적은 실질적으로 달성할 수 있다고 보았다.

26) 이 사건 법률조항이 방지하고자 하는 상황은 경쟁 후보자의 의사와는 무관하게 일방적 예단에 따라 대가를 바라고 사퇴하는 경우라고 볼 수 있다.

27) 예컨대, 당해 선거에 입후보한 자 및 이와 관련이 있는 자의 행위에 대해서만 처벌규정을 두는 방법.

28) 예컨대, 후보자를 사퇴한 데 대한 대가를 지급하는 것이 당해 선거에 영향을 미칠 수 있는 경우만을 처벌하기 위해, 대가 제공의 시기를 ‘당해 선거의 투표 종료시’까지로 제한하는 방법.

29) 예컨대, 정책연합에 기한 후보단일화의 경우에는 예외규정을 두는 방법.

나) 나아가 반대의견은 이 사건 법률조항이 오늘날 민주주의 정치과정에서 지극히 정상적이고 합법적인 정치행태라 할 수 있는 정책연대 내지 정치적 결합에 입각한 후보단일화를 추진할 자유를 사실상 제한한다고 보았다. 유권자 특히 정치적 소수자가 자신의 투표권을 실효성 있게 행사할 수 있는 방법은 선거과정에서 유사한 정치적 성향을 가진 후보자 내지 정당이 정책연합이나 선거연합을 구성하여 후보단일화 과정에 나서도록 하는 것인데, 이 사건 법률조항에 의하면 선거를 앞두고 후보단일화의 과정에서 자연스럽게 논의될 수 있는 선거비용의 보전에 관한 교섭 자체가 곤란하게 된다는 것이다.

우리나라에서는 선거공영제를 천명하고 있는 헌법 제116조 제1항에도 불구하고 완전한 선거공영제가 실시되고 있지 않아 선거비용의 상당부분을 후보자가 부담하고 있다.³⁰⁾ 특히 정당 추천을 받을 수 없는 교육감 선거의 경우에는 정당을 통한 국고지원이 가능한 다른 공직선거들과는 달리 원칙적으로 선거비용을 개인이 부담하여야 하며, 선거가 끝난 후 일정 득표율을 넘은 후보에 한해 일정한 선거보전금이 지급될 뿐이다(공직선거법 제122조의2 참조).³¹⁾ 반대의견은, 이러한 선거 실정을 감안할 때 정치적 연대를 위해 사퇴하는 후보자의 선거비용을 보전하는 차원에서 제공되는 금전 제공의 경우까지 일률적으로 금지, 처벌하는 것은 정치활동의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 보았다. 현대 민주주의에서 정책연합 내지 선거연대의 합법성 및 필

30) 우리 헌법 제116조 제2항은 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.”라고 규정하여 선거공영제를 채택하고 있다. 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 공평담임권을 부당하게 제한하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려하여, 선거의 관리·운영에 필요한 비용을 후보자 개인에게 부담시키지 않고 국민 모두의 공평부담으로 하고자 하는 원칙이다. 이러한 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 2011. 4. 28. 2010헌바232, 판례집 23-1하, 62, 75; 헌재 2012. 2. 23. 2010헌바485, 공보 185, 425, 428-429 참조).

31) 참고로 지난 2010년 6월 교육감 선거에 나선 전국 74명의 후보들은 1인당 평균 4억 6000만원의 빚을 졌다고 한다. 이는 후보들이 사용한 선거자금에서 후원금과 선거보전비용 등을 제외한 금액이다(조선일보 2012. 10. 12.자 인터넷기사 참조).

요성에도 불구하고 이에 기한 후보단일화 과정에서 발생하는 민주주의의 비용 문제를 외면하는 것은 바람직하지 않으며, 정치적 연대를 맺는 후보자간에 공적 성격의 선거비용을 분담하는 것을 선거문화를 타락시키고 선거에 대한 신뢰를 훼손하는 것으로 볼 수도 없다는 것이다.

결국 선거의 공정이란 이름 아래 정당화될 수 있는 후보자 매수에 대한 형사처벌은 후보자 사퇴의 목적이 정치적 의사형성이 아니라 사퇴자 개인의 사적인 이익형성에 있는 경우로 한정될 수밖에 없다는 것이 반대의견의 기본 인식이다.

다) 반대의견은 비교법적 관점에서, 이 사건 법률조항과 동일한 규제는 일본 이외에는 찾아 볼 수 없고, 그나마 일본의 경우에도 최근에는 관련 조항을 적용하여 처벌한 사례를 찾기 어렵다는 점도 지적하고 있다.

물론 선거제도와 관련된 외국의 입법례가 우리나라의 관련법에 대한 위헌 여부를 판단하는 데에 결정적인 기준이 될 수는 없으나, 오늘날 우리의 선거문화는 1987년 여야합의에 따른 헌법 개정 과정을 거치고 1997년 평화적 정권교체를 경험하면서 진일보하였고,³²⁾ 무엇보다 언론의 자유의 신장 및 유권자의 고양된 정치의식에 기반을 둔 사회 전반의 민주화는 과거 금권선거의 잔재라고도 볼 수 있는 이 사건 법률조항의 적용에 대한 재고를 요구하고 있다고 보았다.

3) 법익의 균형성 요건 충족 여부와 관련하여, 반대의견 역시 공직선거에 있어서 선거의 공정성이나 피선거권의 불가매수성은 그 자체로 중요한 가치임에 틀림이 없다는 점은 인정하였으나, 후보자 사퇴 이전의 매수행위를 금지하는 규정(공직선거법 제232조 제1항 제1호)이 있음에도 불구하고 별도로 이 사건 법률조항을 두어 추가적으로 달성하려는 공익은 그 실체가 불분명하거나 막연한 위협에 기초하고 있다고 보았다.

이에 반해 후보단일화 내지 정책연합이 지극히 정상적이고 합법적인 정치행태의 하나로 인식되고 있는 오늘날 정치 현실에서 이 사건 법률조항으로 인해 초래되는 정치활동 자유 제한의 정도는 결코 적다고 할 수 없으며, 이

32) 우리나라의 선거문화에 대하여는, 이용훈, “선거문화와 선거법”, 「공법연구」 제28집 제4호 제1권 15면; 김선태, “민주주의와 선거 -민주적 선거의 관제 및 현실적 여건을 중심으로-”, 「공법연구」 제29집 제4호, 18-20면 참조.

러한 제한은 우리 사회의 민주적 의사형성의 유연성과 역동성을 약화시키는 동시에 음성적인 금품 수수행위를 초래하여 또 다른 의미에서 선거의 공정이나 자유선거의 원칙을 몰각시킬 수도 있다는 점을 반대의견은 지적하고 있다. 통상적인 정치행위가 추상적인 법규정의 잣대로 과도하게 규제될 때 정치과정의 사법의존성은 심화되고 민주주의의 근간을 이루는 정치적 활동의 자유는 위축될 수밖에 없다는 것이다.³³⁾

결국 반대의견은 이 사건 법률조항으로 인해 얻는 공익적 성과와 그로부터 초래되는 부정적인 효과 사이에는 합리적인 비례관계를 인정하기 어렵다고 판단하였다.

다. 이 사건 법률조항의 법정형의 위헌여부

(1) 형벌법규에 대한 위헌심사기준

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 범감정 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 일탈하였다는 등 헌법상 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20, 판례집 20-1상, 426, 432-433; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가20, 판례집 22-1상, 11, 26 등 참조).

다른 한편 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 법정형의

33) 무엇보다 후보단일화는 앞으로도 특정 정파를 초월하여 공직선거에서 계속 출현할 수 있는 정치현상이라는 점을 감안할 때, 이 사건 법률조항은 후보단일화에 따른 선거비용 보전의 법 위반 여부를 둘러싼 끊임없는 정치적 논쟁을 야기할 수 있는 빌미를 제공함으로써, 향후에도 정치적 불안정 및 정치과정의 사법의존성을 심화시키는 요인이 될 소지가 있다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139, 206 참조).

종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 경우에도 마찬가지로서, 입법취지에서 보아 중벌주의(重罰主義)로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242, 252-253; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가20, 판례집 22-1상, 11, 26 등 참조).

(2) 문제의 소재

공직선거법 제264조는 당선인이 당해 선거에서 공직선거법을 위반하여 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고 받을 경우, 그 당선을 무효로 하도록 정하고 있다. 이 사건 법률조항에서 정한 '7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금'이라는 법정형은 법관이 자수감경과 작량감경을 거듭하더라도 형을 선고할 경우 당선무효형에 해당하는 형을 선고할 수밖에 없다. 여기서 이 사건 법률조항이 책임과 형벌의 비례원칙에 위배하여 과중한 형벌을 부과한 것인지 여부가 문제된다.

또한, 청구인은 공직선거법 제256조 제4항 제11호(선거일 후 답례금지 위반행위에 대하여 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정)는 공직선거법상 벌칙규정(제230조 내지 제259조) 중 이 사건 법률조항과 같이 선거 결과에 전혀 영향을 미칠 수 없는 행위임에도 당선인을 처벌할 가능성이 있는 조항이고, 공직선거법 제230조 제2항(당해 선거의 후보자

가 자신이 당선되거나 다른 후보자가 당선되지 못하게 할 목적으로 선거인들에게 금전을 제공하는 것에 대하여 7년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정) 위반죄는 이 사건 법률조항 위반죄보다 불법성이 더 큼에도 불구하고, 이 사건 법률조항에 이 조항들과 달리 벌금의 하한(500만 원 이상)이 정해진 것은 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로 평등원칙에 반한다고 주장한다.

(3) 판단

이 사건 법률조항의 법정형이 책임과 형벌의 비례원칙 내지 평등원칙에 위배되는지 여부에 관하여는 반대의견이 개진되지 아니하였다. 즉 헌법재판소는 이 사건 법률조항상 법정형이 헌법상 비례원칙 내지 평등원칙에 위배되지 아니한다고 보았다.

(가) 먼저, 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 ‘사퇴한 후보자에 대한 금전 제공행위’에 대하여 ‘7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금’의 법정형을 정한 것은 금권의 영향력을 활용하여 후보자의 피선거권 행사의 불가매수성을 침해하는 행위를 특히 엄격하게 규제하려는 입법자의 형사정책적 판단에 따른 것으로, 이러한 범죄가 궁극적으로 선거 문화를 타락시키고 선거의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 해할 수 있다는 점을 고려하면 위와 같은 법정형이 형벌체계상의 균형을 현저히 잃고 있다거나 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어서 필요한 정도를 일탈하였다고 할 수 없다고 보았다.

이 사건 법률조항의 법정형에 따르면 법관이 벌금형을 선택하여 법률상 감경과 작량감경을 거듭하더라도 공직선거법 제264조의 규정에 의한 당선무효형이 선고되는 것을 피하기 어렵게 되나, 이는 일차적으로 이 사건 법률조항에서 정한 법정형 자체가 지나치게 무거워서 발생하는 결과라기보다는 공직선거법 제264조에서 정한 당선무효형의 기준이 엄격한 데에서 기인한 결과로 보인다.

입법자가 법정형의 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법정형 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도 그

것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 이러한 법률을 위헌이라고 할 수 없을 것이다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 553; 헌재 2004. 6. 24. 2003헌바53, 판례집 16-1, 741, 750-751 등 참조). 이 사건 법률조항의 경우는 입법자가 ‘사퇴한 후보자에 대한 대가제공행위’의 불법의 정도를 중대하다고 보아 특단의 사정이 없는 한 법관이 감경을 하더라도 당선이 무효가 되는 형을 선고하도록 입법적 결단을 내린 것이라 볼 수 있고, 이러한 입법자의 결단은 위에서 언급한 점을 고려할 때 합리적 이유가 있다는 것이 헌법재판소의 판단이다.

(나) 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서, 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없다. 또한 어느 범죄에 대한 법정형의 하한도 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 입법자가 그 재량으로 결정할 사항이며, 범죄의 경중과 법정형 하한의 경중이 언제나 반드시 정비례하는 것은 아니고 당해 범죄의 죄질 및 성격에 따라 다르다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가20, 판례집 22-1상, 11, 31-32).³⁴⁾

헌법재판소는, 앞에서 언급한 바와 같이, ‘사퇴한 후보자에 대한 금전 제공행위’는 궁극적으로 선거 문화를 타락시키고 선거의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 해할 수 있다는 점에서 불법의 정도가 가볍지 않다는 점, 그리고 금권의 영향력을 활용하여 후보자의 피선거권 행사의 불가매수성을 침해하는 행위를 엄격하게 규제하려는 입법자의 형사정책적 결단 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 법률조항의 벌금형의 하한으로 인하여 당선무효형이 선고 되는 것을 피하기 어렵게 된다고 하더라도, 보호법익과 죄질이 서로 다른 공

34) 우리 형법상의 이른바 개인적 법익을 침해하는 죄에 관한 규정들만 보더라도 살인죄보다는 죄질이 가볍다고 볼 수 있는 죄인데도 그 법정형의 하한은 살인죄(사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)의 그것보다 높이 규정한 것이 흔히 있는바(예컨대, 제339조의 강도강간죄, 제340조 제2항의 해상강도상해죄 등의 법정형은 모두 “무기 또는 10년 이상의 징역”이고, 제340조 제1항의 해상강도죄 등의 법정형은 “무기 또는 7년 이상의 징역”이다), 이러한 이유만으로 위 형법 규정들이 모두 형벌체계상의 균형을 잃은 것으로서 위헌이라고 단정할 수는 없을 것이다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 551 참조).

직선거법 제256조 제4항 제11호와 같은 법 제230조 제2항의 법정형과 단순 비교하여 이 사건 법률조항의 법정형이 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하여 평등원칙에 반한 것이라고 단정할 수 없다고 보았다.

(다) 한편 공직선거법 제232조 제1항이 당해 사퇴행위에 대하여 직접적인 형태로 영향을 주는 ‘사퇴 이전의 금전 등 제공행위’(제1호)와 그렇지 않은 ‘사퇴 이후의 금전 등 제공행위’(제2호)에 대하여 동일한 법정형을 규정하고 있는 것은 사실이나, 양자 모두 법정형이 ‘7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금’에 해당하여 법관에게 상당한 범위 내에서의 양형재량이 부여되어 있으므로, 위 양형재량을 통해 범죄의 죄질과 구체적인 행위의 비난가능성을 고려한 적정한 양형이 이루어질 수 있고 나아가 벌금형의 선고유예를 할 수 있는 여지도 남아 있다는 점을 고려하면 위와 같은 사유만으로 이 사건 법률조항이 형벌개별화의 원칙에 현저히 반한다고 보기는 어렵다는 것이 헌법재판소의 판단이다.

4. 결정의 의의

앞에서 언급한 바와 같이 이 사건 당해사건 전에 이 사건 법률조항의 해석과 관련된 법원의 선례는 없었다. 이러한 점에서 이 사건은 헌법재판소가 이 사건 법률조항의 의의를 처음으로 밝히고 헌법적 의미 및 위헌 여부를 밝힌 데에 그 기본적 의의가 있다.

한편 오늘날 민주주의 정치과정에서 지속적으로 논란이 되고 있는 이른바 정책연합에 따른 후보단일화 문제와 관련하여, 헌법재판소는 선거비용 보전이 합법적으로 형성된 정책연합의 합의사항 실행을 위하여 통상적으로 필요한 범위 내에서 이루어진 것으로 평가되고 당해 선거비용 보전이 선거 문화의 타락을 유발하여 선거 공정성에 대한 국민의 신뢰를 저해하는 정도에 이르지 않는 것으로 판단되는 경우 이 사건 법률조항의 대가성이 존재하지 아니하는 것으로 해석될 수 있다고 보았는바, 이는 앞으로 이 사건 법률조항의 운용에 헌법적으로 시사하는 바가 적지 않을 것으로 본다.

결정색인(2012년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

(헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 판례집 24-1상, 25)	1
(헌재 2012. 2. 23. 2010헌바480, 판례집 24-1상, 142)	27
(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마333, 판례집 24-1상, 280)	51
(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320)	63
(헌재 2012. 3. 29. 2012헌바89, 판례집 24-1상, 402)	85
(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마475, 판례집 24-1상, 615)	101
(헌재 2012. 4. 24. 2011헌마338, 판례집 24-1하, 235)	119
(헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123-126(병합), 판례집 24-1하, 281)	137
(헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705, 2010헌마90(병합), 판례집 24-1하, 541)	161
(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마139등, 판례집 24-1하, 595)	197
(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703)	221
(헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27, 판례집 24-2상, 355)	235
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌가65, 판례집 24-2상, 369)	269
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 판례집 24-2상, 420)	295
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바167, 판례집 24-2상, 438)	317
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바220, 판례집 24-2상, 455)	341
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2상, 471)	369
(헌재 2012. 8. 29. 2010헌마47·252(병합), 판례집 24-2상, 590)	423
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마740, 판례집 24-2상, 650)	449
(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바425, 판례집 24-2상, 490)	471
(헌재 2012. 11. 29. 2011헌마786, 2012헌마188(병합), 판례집 24-2하, 214)	501

(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82·2011헌바393(병합), 판례집 24-2하, 281) … 513
(헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5, 판례집 24-2하, 316) …………… 535
(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89, 판례집 24-2하, 364) …………… 553
(헌재 2012. 12. 29. 2011헌바117, 판례집 24-2하, 387) …………… 577
(헌재 2012. 12. 27. 2012헌바47, 판례집 24-2하, 507) …………… 597

헌법재판소결정해설집 (2012년)

2013年 12月 印刷

2013年 12月 發行

發行處 **憲法裁判所**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷(주) 서라벌 E&P

(非賣品)

