

발간사

오늘날 자유민주국가에서 헌법재판제도는 국민의 기본권을 국가권력의 남용으로부터 보호하고, 정치권력을 헌법의 틀 안에서 작용하게 함으로써 헌법을 보호하고 헌법을 실현하는 중요한 수단입니다. 우리나라에서는 국민의 위임을 받아 1988년 설립된 헌법재판소가 26년 동안 헌법재판을 활성화함으로써, 첫째로 헌법이 국가 최고규범으로서 국민들의 생활 속에 정착하게 되었고, 둘째로 국가권력은 헌법을 준수하는 가운데 행사되고 있으며, 셋째로 헌법상 보장되는 국민의 기본권은 자의적인 국가권력으로부터 충실히 보호받게 되었습니다.

그런데 헌법은 추상적임 규범이고, 우리 헌법의 의미를 규명하는 작업은 헌법재판소뿐만이 아니라 국회·정부·법원을 포함한 국가기관과 학계 및 국민 개개인이 참여해야 하는 일입니다. 헌법재판소가 헌법적 문제에 대하여 내린 결정을 정확하게 알리는 일은 이러한 ‘헌법해석의 대화과정’을 원활하게 하고 나아가 국민의 기본권 보호와 민주주의 및 법치주의 발전에 기여할 수 있을 것입니다.

헌법재판소는 매년 전년도에 선고된 결정 중에서 의미 있고 중요한 결정들을 선정하여, 그 조사 및 연구에 참여한 헌법연구관들이 결정을 해설한 것을 모아 발간하고 있습니다. 올해에도 2013년도에 선고된 결정 중 33건을 뽑아 열두 번째 ‘결정해설집’을 펴내게 되었습니다. 아무쪼록 이 해설집이 헌법재판소 결정에 대한 올바른 이해와 이를 통한 국민들의 기본권 인식의 고양 및 헌법해석 과정에 대한 참여에 도움이 되기를 기대합니다.

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

2014. 12.

헌법재판소 사무처장 김용현

목 차

구 헌법 제53조 등 위헌소원	이황희	1
법학전문대학원 설치인가 중 입학전형계획 위헌확인 등	하민정	33
의료법 제82조 제1항 위헌제청 등	서세인	57
공직선거법 제251조 위헌소원	서세인	83
형법 제311조 위헌소원	우관제	103
국민건강증진법 제9조 제4항 제23호 등 위헌확인	예승연	121
수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제78조 제4호 등 위헌제청	류지현	139
친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 제1호 나목 등 위헌제청	박준민	157
산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제2조 등 위헌소원	이종엽	181
형법 제250조 제2항 위헌소원	성 왕	201
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항 위헌소원 ..	이건석	219
이동전화 식별번호 통합추진 위헌확인	우승아	243
공직선거법 제15조 위헌확인	임성희	265
공직선거법 제155조 제1항 위헌확인	성 왕	279
약사법 제95조 제1항 제8호 위헌제청 등	김용찬	295

공무원연금법 제64조 제1항 제1호 등 위헌소원	하민정	317
형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조 등 위헌확인	신진화	341
민법 제908조의2 제1항 제1호 위헌제청	남상규	369
산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목 위헌제청	곽원석	387
교육과학기술부장관과 서울특별시교육감 간의 권한쟁의	이승환	411
접견교통권방해 등 위헌확인	우관제	433
재판취소	정인경	455
형사소송법 제315조 제3호 위헌소원 등	이종엽	479
인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌소원	윤용기	501
형사소송법 제453조 제1항 위헌소원	이종엽	515
독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌확인	정총령	535
군사법원법 제2조 제1항 제1호 등 위헌제청	이승환	559
사립학교법 제14조 제3항 등 위헌확인	김소연	579
공직선거법 제60조의3 제2항 제1호 등 위헌확인	김용찬	611
전라북도교육감과 교육과학기술부장관 간의 권한쟁의 등	오 환	629
아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제3조 등 위헌소원	이종엽	647
민법 제651조 제1항 위헌소원	김소연	671
기소유예처분취소	원유민	691

구 헌법 제53조 등 위헌소원

- 긴급조치 제1호, 제2호 및 제9호가 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70·132·170(병합), 판례집 25-1, 180)

이 황 희*

【판시사항】

1. 유신헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나, 유신헌법의 개정 또는 폐지를 주장·발의·제안 또는 청원하는 일체의 행위, 유언비어를 날조·유포하는 행위 등을 전면적으로 금지하고, 이를 위반하면 비상군법회의 등에서 재판하여 처벌하도록 하는 것을 주된 내용으로 한, 유신헌법 제53조에 근거하여 발령된 대통령긴급조치 제1호(1974. 1. 8. 대통령긴급조치 제1호로 제정되고, 1974. 8. 23. 대통령긴급조치 제5호로 해제된 것, 이하 ‘긴급조치 제1호’라 한다), 대통령긴급조치 제2호(1974. 1. 8. 대통령긴급조치 제2호로 제정된 것, 이하 ‘긴급조치 제2호’라 한다), ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’(1975. 5. 13. 대통령긴급조치 제9호로 제정되고, 1979. 12. 7. 대통령공고 제67호로 해제된 것, 이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다. 이하 이들 모두를 지칭할 때는 ‘이 사건 긴급조치들’이라 한다)에 대한 위헌심사권한이 헌법재판소에 전속하는지 여부(적극)

2. 이 사건 긴급조치들에 대한 위헌 심사의 준거규범(현행헌법)

3. 예외적으로 이 사건 긴급조치들이 무죄판결이 확정되었거나 재심청구가 기각된 당해 사건 재판의 전제성이 있는지 여부(적극)

4. 긴급조치 제1호, 제2호가 입법목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못하고, 참정권, 표현의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 법관에 의한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지 여부(적극)

* 헌법연구관

5. 긴급조치 제9호가 입법목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못하고, 참정권, 표현의 자유, 집회·시위의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 학문의 자유 등을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 긴급조치 제1호, 제2호 및 제9호(이하 이들 모두를 지칭할 때는 ‘이 사건 긴급조치들’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2010헌바70 사건

(1) 청구인 오○상은 1974. 8. 8. 긴급조치 제2호에 의하여 설치된 비상보통군법회의에서 긴급조치 제1호 위반 및 반공법위반으로 징역 7년 및 자격정지 7년을 선고받고(74비보군형공34), 항소심인 비상고등군법회의에서 징역 3년 및 자격정지 3년을 선고받았으며(74비고군형상34), 대법원에서 상고가 기각되어(74도3506) 위 비상고등군법회의의 판결이 그대로 확정되었다.

(2) 위 청구인은 2009. 2. 12. 서울고등법원에 위 확정판결에 대하여 재심 청구를 하였고(2009재노19), 그 소송계속 중 구 헌법(1972. 12. 27. 헌법 제8호로 개정되고, 1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조와 긴급조치 제1호, 긴급조치 제2호가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2009초기39), 2009. 12. 29. 유신헌법 제53조에 대해서는 위헌법률심판의 대상이 되지 않는다는 이유로, 위 긴급조치들에 대해서는 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하되자, 2010. 2. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 당해 법원은 위 청구인에 대한 재심을 개시하여 2010. 4. 30. 긴급조치 제1호 위반의 점에 대해서는 긴급조치가 모두 해제 또는 실효되었다는 이유로 면소판결을 선고하였는데, 2010. 12. 16. 대법원은 이 부분을 파기하고 긴급조치 제1호 위반의 점에 대해서 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’에 해당한다고 보아 무죄판결을 선고하였다(대법원 2010도5986).

나. 2010헌바132 사건

(1) 청구인 배○효는 1978. 12. 16. 서울지방법원 영등포지원에서 긴급조치 제9호 위반으로 징역 1년 6월 및 자격정지 1년을 선고받고(78고합177) 항소하였는데, 서울고등법원은 1979. 5. 4. 원심판결을 파기하고 징역 1년 및 자격정지 1년을 선고하였으며(79노154), 대법원에서 1979. 7. 24. 청구인의 상고가 기각되어(79도1379) 그대로 확정되었다.

(2) 위 청구인은 2009. 6. 16. 서울고등법원에 위 확정판결에 대하여 재심청구를 하였고(2009재노54), 그 소송계속 중 유신헌법 제53조와 긴급조치 제9호가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2009초기544), 2010. 2. 16. 유신헌법 제53조는 위헌법률심판의 대상이 되지 않는다는 이유로, 긴급조치 제9호는 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하되자, 2010. 3. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 한편, 당해 법원은 2010. 2. 16. 재심청구를 기각하였다.

다. 2010헌바170 사건

(1) 청구인 이○준, 조○우 등은 1975. 12. 2. 서울형사지방법원에서 긴급조치 제9호 위반으로, 청구인 이○준이 징역 8년 및 자격정지 8년, 청구인 조○우는 징역 7년 및 자격정지 7년의 형을 선고받는 등 청구인들에게 유죄판결이 내려졌고(75고합654), 청구인 이○준 등 그 무렵 항소를 포기하였고, 청구인 조○우는 서울고등법원에 항소(76노3) 및 대법원에 상고(76도1371)하였으나 모두 기각되어 위 판결들은 그대로 확정되었다.

(2) 위 청구인들은 2009. 9. 24. 서울중앙지방법원에 위 확정판결에 대하여 재심청구를 하였고(2009재고합30), 그 소송계속 중 유신헌법 제53조와 긴급조치 제9호가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2010초기430), 2010. 3. 10. 유신헌법 제53조에 대해서는 위헌법률심판의 대상이 되지 않는다는 이유로, 긴급조치 제9호에 대해서는 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하되자, 2010. 4. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 한편, 당해 법원은 2010. 3. 10. 재심청구를 기각하였고 청구인들은 즉시항고하였으나, 이 역시 2010. 6. 25. 기각되었다(서울고등법원 2010로6).

2. 청구인들의 주장 요지

가. 유신헌법 제53조에 근거한 긴급조치 관련 사건이 다수 존재하고, 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적 헌법질서의 유지·수호를 위해서도 그 헌법적 해명이 필요하다.

유신헌법 제53조는 통치자에 대한 국민의 수권절차를 찬탈함으로써 국민 주권주의를 침해하고, 입법기관과 사법기관의 기능을 무력화하여 법치국가원리의 제도적 기초인 권력분립원리를 형해화시켰으며, 법률의 우위 및 법률에 의한 재판의 원칙을 부정함으로써 기본권보장을 공동화하고, 선거를 통한 정부의 교체가능성을 봉쇄하고, 국회에 의한 탄핵가능성도 없앴으로써 공화국원리를 실질적으로 폐기시키는 등 국가형태를 변질시켰고, 헌법개정절차에 위반하여 장기집권을 위한 쿠데타를 통하여 제정된 조항으로 위헌이다.

나. 폐지된 법률조항에 대한 헌법소원도 그 위헌 여부에 관하여 아직 그 해명이 이루어진 바 없고, 헌법질서의 유지·수호를 위하여 필요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니는 경우 본안판단이 가능하므로, 이러한 경우에 해당하는 이 사건 긴급조치들에 대하여 위헌심사의 필요성이 인정된다.

법률의 효력을 가지는 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부는 헌법재판소의 규범통제 대상이며, 이 사건 긴급조치들에 대한 위헌결정이 내려질 경우 당해 사건에서 무죄를 선고하여야 하므로 재판의 전제성이 인정된다.

다. 긴급조치 제1호, 제9호는 유신헌법 제53조가 정한 발동요건조차 충족하지 못하였고, 국가긴급권으로서 갖추어야 할 내재적 한계를 일탈하였을 뿐 아니라, 헌법 개정논의를 포함하여 정치적 의견과 정치사상에 대한 표현을 전면적으로 금함으로써 정치적 표현의 자유, 청원권 등 국민의 정치적 기본권의 본질적 내용을 침해하였으며, 형사처벌하는 구성요건이 추상적이고 모호하고 그 적용범위가 지나치게 광범위하며 포괄적이어서 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되고, 영장주의에 위배되므로 헌법에 위반된다.

라. 긴급조치 제2호는 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하고, 영장주의, 인신구속기간의 제한 등 헌법에 보장된 국민의 권리와 자유의 본질적인 내용을 침해하므로 헌법에 위반된다.

【결정요지】

1. 헌법 제107조 제1항, 제2항은 법원의 재판에 적용되는 규범의 위헌 여부를 심사할 때, ‘법률’의 위헌 여부는 헌법재판소가, 법률의 하위 규범인 ‘명령·규칙 또는 처분’ 등의 위헌 또는 위법 여부는 대법원이 그 심사권한을 갖는 것으로 권한을 분배하고 있다. 이 조항에 규정된 ‘법률’인지 여부는 그 제정 형식이나 명칭이 아니라 규범의 효력을 기준으로 판단하여야 하고, ‘법률’에는 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률은 물론이고 그 밖에 조약 등 ‘형식적 의미의 법률과 동일한 효력’을 갖는 규범들도 모두 포함된다. 따라서 최소한 법률과 동일한 효력을 가지는 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부 심사권한도 헌법재판소에 전속한다.

2. 가. 유신헌법 일부 조항과 긴급조치 등이 기본권을 지나치게 침해하고 자유민주적 기본질서를 훼손하였다는 반성에 따른 헌법 개정사, 국민의 기본권의 강화·확대라는 헌법의 역사성, 헌법재판소의 헌법해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색·확인하고 이를 규범적으로 관철하는 작업인 점에 비추어, 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 심사기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 현행헌법이다.

나. 국가긴급권의 행사라 하더라도 헌법재판소의 심판대상이 되고, 긴급조치에 대한 사법심사 배제조항을 둔 유신헌법 제53조 제4항은 입헌주의에 대한 중대한 예외일 뿐 아니라, 현행헌법이 반성적 견지에서 사법심사배제조항을 승계하지 아니하였으므로, 현행헌법에 따라 이 사건 긴급조치들의 위헌성을 다룰 수 있다.

3. 당해 사건에서 무죄판결이 선고되거나 재심청구가 기각되어 원칙적으로는 재판의 전제성이 인정되지 아니할 것이나, 긴급조치의 위헌 여부를 심사할 권한은 본래 헌법재판소의 전속적 관할 사항인 점, 법률과 같은 효력이 있는 규범인 긴급조치의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명의 필요성이 있는 점, 당해 사건의 대법원판결은 대세적 효력이 없는 데 비하여 형벌조항에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 대세적 기속력을 가지고 유죄 확정판결에 대한 재심사유가 되는 점, 유신헌법 당시 긴급조치 위반으로 처벌을 받게 된 사람은 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수조차 없는 규범적 장애가 있었던

점 등에 비추어 볼 때, 예외적으로 헌법질서의 수호·유지 및 관련 당사자의 권리구제를 위하여 재판의 전제성을 인정함이 상당하다.

4. 가. 헌법을 개정하거나 다른 내용의 헌법을 모색하는 것은 주권자인 국민이 보유하는 가장 기본적인 권리로서, 가장 강력하게 보호되어야 할 권리 중의 권리에 해당하고, 집권세력의 정책과 도덕성, 혹은 정당성에 대하여 정치적인 반대사를 표시하는 것은 헌법이 보장하는 정치적 자유의 가장 핵심적인 부분이다. 정부에 대한 비판 일체를 원천적으로 배제하고 이를 처벌하는 긴급조치 제1호, 제2호는 대한민국 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하므로 기본권 제한에 있어서 준수하여야 할 목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되지 않는다. 긴급조치 제1호, 제2호는 국민의 유신헌법 반대운동을 통제하고 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하는 내용이어서 국가긴급권이 갖는 내재적 한계를 일탈한 것으로서, 이 점에서도 목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못하였다.

나. 긴급조치 제1호, 제2호는 국가긴급권의 발동이 필요한 상황과는 전혀 무관하게 헌법과 관련하여 자신의 견해를 단순하게 표명하는 모든 행위까지 처벌하고, 처벌의 대상이 되는 행위를 전혀 구체적으로 특정할 수 없으므로, 표현의 자유 제한의 한계를 일탈하여 국가형벌권을 자의적으로 행사하였고, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되며, 국민의 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 국민투표권, 영장주의 및 신체의 자유, 법관에 의한 재판을 받을 권리 등을 침해한다.

5. 가. ‘북한의 남침 가능성의 증대’라는 추상적이고 주관적인 상황인식만으로는 긴급조치를 발령할 만한 국가적 위기상황이 존재한다고 보기 부족하고, 주권자이자 헌법개정권력자인 국민이 유신헌법의 문제점을 지적하고 그 개정을 주장하거나 청원하는 활동을 금지하고 처벌하는 긴급조치 제9호는 국민주권주의에 비추어 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 다원화된 민주주의 사회에서는 표현의 자유를 보장하고 자유로운 토론을 통해 사회적 합의를 도출하는 것이야말로 국민총화를 공고히 하고 국론을 통일하는 진정한 수단이라는 점에서 긴급조치 제9호는 국민총화와 국론통일이라는 목적에 적합한 수단이라고 보기도 어렵다.

나. 긴급조치 제9호는 학생의 모든 집회·시위와 정치관여행위를 금지하고, 위반자에 대하여는 주무부장관이 학생의 제적을 명하고 소속 학교의 휴업, 휴교, 폐쇄조치를 할 수 있도록 규정하여, 학생의 집회·시위의 자유, 학문의 자유와 대학의 자율성 내지 대학자치의 원칙을 본질적으로 침해하고, 행위자의 소속 학교나 단체 등에 대한 불이익을 규정하여 헌법상의 자기책임의 원리에도 위반되며, 긴급조치 제1호, 제2호와 같은 이유로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되고, 헌법개정권력의 행사와 관련한 참정권, 표현의 자유, 집회·시위의 자유, 영장주의 및 신체의 자유, 학문의 자유 등을 침해한다.

【해설】

1. 이 사건 긴급조치들에 대한 위헌심사권한

가. 문제의 소재

헌법은 당해 사건에 적용될 법률(조항)의 위헌 여부를 심사하는 구체적 규범통제의 경우에, ‘법률’의 위헌 여부는 헌법재판소가, 법률의 하위 규범인 ‘명령·규칙 또는 처분’ 등의 위헌 또는 위법 여부는 대법원이 그 심사권한을 갖는 것으로 그 권한을 분배하고 있다(헌법 제107조 제1항, 제2항, 헌법재판소법 제111조 제1항 제1호 참조).

긴급조치는 유신헌법 제53조에 근거한 규범으로서, 최근까지 그 법적 성격이 법률인지 여부에 대해서 명확한 법적 판단이 존재하지 않았다. 그런데, 대법원은 2010. 12. 16. 선고한 2010도5986 판결(이하 “이 사건 대법원판결”이라 한다)에서, 헌법재판소에 의한 위헌심사의 대상이 되는 규범은 형식적 의미의 법률이거나, 법률과 동일한 효력을 갖는 데에 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것이어야 한다는 취지로 판시하면서, 긴급조치는 국회의 입법권 행사의 실질을 가지지 못하므로 헌법재판소의 심사대상이 될 수 없고 그 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다고 한바 있다.¹⁾

1) 『현행 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”고 규정하고,

만약, 대법원의 판결대로 이 사건 긴급조치들에 대한 위헌심사권한이 대법원에 속한다면, 헌법재판소는 이에 대한 관할권한이 없으므로, 이 사건은 각하로 종결될 것이다. 그러나 이 쟁점에 대해서 헌법재판소는 다음과 같은 이유로, 이 사건 긴급조치들의 위헌여부에 대한 심사권한이 자신에게 있다고 판단하였다.

나. 헌법재판소의 입장

(1) 구체적 규범통제제도의 이원화와 ‘법률’의 의미

법원의 제청에 의한 위헌법률심판 또는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘법률’에는 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률은 물론이고 그 밖에 조약 등 ‘형식적 의미의 법률과 동일한 효력’을 갖는 규범들도 모두 포함된다(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 846; 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20, 판례집 8-1, 475, 482; 헌재 2013. 2. 28. 2009헌바129 참조).

이때 ‘형식적 의미의 법률과 동일한 효력’이 있느냐 여부는 그 규범의 명칭이나 형식에 구애받지 않고 법률적 효력의 유무에 따라 판단하여야 한다.

현행헌법과 같이 법률의 위헌심사권과 명령, 규칙 등 하위 법령의 위헌(위법)심사권을 이원화하여 전자를 헌법위원회에, 후자를 대법원에 귀속시키고 있던 제헌헌법 제81조와 관련하여, 6·25 발발 당일 대통령이 제정, 공포한

현행 헌법 제111조 제1항 제1호는 헌법재판소의 관장사무로 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판을 규정하고 있다. 위 각 헌법규정에 의하면, 위헌심사의 대상이 되는 ‘법률’이라 함은 ‘국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률’을 의미하고(대법원 2008. 12. 24. 선고 2006도1427 판결, 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 94헌바20 전원재판부결정 등 참조), 위헌심사의 대상이 되는 규범이 형식적 의미의 법률이 아닌 때에는 그와 동일한 효력을 갖는 데에 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것이어야 한다.

유신헌법 제53조 제3항은 대통령이 긴급조치를 한 때에는 지체 없이 국회에 통고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 사전적으로는 물론이거니와 사후적으로도 긴급조치가 그 효력을 발생 또는 유지하는 데 국회의 동의 내지 승인 등을 얻도록 하는 규정을 두고 있지 아니하고, 실제로 국회에서 긴급조치를 승인하는 등의 조치가 취하여진 바도 없다. 따라서 유신헌법에 근거한 긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.』

긴급명령인 ‘비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령’(대통령긴급명령 제1호)에 대한 법원의 위헌제청에 따라 헌법위원회가 그 위헌 여부를 심사하여 위헌으로 결정하였으며(헌법위원회 1952. 9. 9. 결정 4285년 헌위 제2호), 대법원도 헌법 제정 이전에 제정된 군정법령(제88호)에 대해 헌법위원회에 위헌제청하면서, 헌법위원회에 위헌제청할 수 있는 법률은 헌법 공포 이후에 제정된 법률은 물론이고 헌법 공포 이전에 시행된 법령이라도 소위 입법사항을 규정한 것은 법령, 규칙 등 형식과 명칭 여하에 불구하고 헌법위원회의 심사대상이라고 판시한 바 있다(대법원 1960. 2. 5.자 4292행상110결정). 또한 헌법재판소는 ‘대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정’(1967. 2. 9. 조약 제232호)이 비록 그 명칭은 ‘협정’이지만 법률의 효력을 가지는 조약으로 보아 위헌법률심판을 제청한 당해 사건 법원의 판단이 옳다고 보고 본안판단을 하였다(헌재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 273, 282).

이처럼 일정한 규범이 위헌법률심판 또는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 되는 ‘법률’인지 여부는 그 제정 형식이나 명칭이 아니라 그 규범의 효력을 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 헌법이 법률과 동일한 효력을 가진다고 규정한 긴급재정경제명령(제76조 제1항) 및 긴급명령(제76조 제2항)은 물론, 헌법상 형식적 의미의 법률은 아니지만 국내법과 동일한 효력이 인정되는 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’(제6조)의 위헌 여부의 심사권한도 헌법재판소에 전속된다고 보아야 한다.

(2) 이 사건 긴급조치들의 효력

유신헌법 제53조는 긴급조치의 효력에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 긴급조치는 유신헌법 제53조에 근거한 것으로서 그에 정해진 요건과 한계를 준수해야 하는바, 이는 긴급조치가 헌법으로부터 파생된 것으로서 헌법의 규범적 우위성을 전제로 하고 있다는 점에서, 이를 헌법과 동일한 효력을 갖는 것으로 보기는 어렵다.

다른 한편, 이 사건 긴급조치들은 표현의 자유 등 기본권을 제한하고, 형

별로 처벌하는 규정을 두고 있으며, 영장주의나 법원의 권한에 대한 특별한 규정 등을 두고 있다. 유신헌법이 규정하고 있던 적법절차의 원칙(제10조 제1항), 영장주의(제10조 제3항), 죄형법정주의(제11조 제1항), 기본권제한에 관한 법률유보원칙(제32조 제2항) 등을 배제하거나 제한하고, 표현의 자유 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하는 내용이 포함된 이 사건 긴급조치들이 법률보다 낮은 규범적 효력을 갖는다고 하기도 어렵다.

헌법과 법률, 명령의 순으로 규범의 효력에 관한 위계질서를 갖추고 있는 우리 법제에서 헌법에도, 명령에도 해당하지 않는 사건 긴급조치들은 결국 법률과 동일한 규범적 서열을 가진다고 볼 것이다.

(3) 소결

이 사건 긴급조치들은 법률과 같은 효력을 지니므로, 그 위헌여부에 대한 심사권한은 헌법재판소가 전속적으로 가진다고 할 것이다.

다. 검토

(1) 위 대법원의 판단에 대한 비판적 분석

이 사건 대법원판결이 긴급조치의 위헌심사권이 최종적으로 대법원에 속한다고 판단한 것은 크게 두 가지 명제에 기초한 것으로 보인다. 하나는 “국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것만이 위헌법률심판의 대상이 된다”는 것이고, 다른 하나는 “위헌법률심판의 대상이 되지 않는 규범은 모두 대법원이 최종적인 위헌심사권한을 가진다”는 것이다. 이들 각 전제에 대해서 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

(가) “국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것만이 위헌법률심판의 대상이 된다”는 명제에 대해서

이 사건 대법원판결에서 긴급조치의 위헌심사권한이 대법원에 속한다고 본 첫 번째 논거는, 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상은 “법률”이고, 여기서 말하는 “법률”에는 ① “형식적 의미의 법률”과 ② “법률과 동일한 효력을 갖는 데에 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고

평가할 수 있는 실질을 갖춘 것”만이 포함되므로, 위 ①과 ② 중 어느 것에도 해당하지 않는 긴급조치는 위헌법률심판의 대상이 되지 않는다는 것이다.

형식적 의미의 법률이 위헌법률심판의 대상이 된다는 점에는 이론(異論)이 없으므로, 형식적 의미의 법률이 아닌 것 중에서 어떠한 것들이 위헌법률심판의 대상이 되느냐가 문제된다.

무엇보다도, 대법원이 “법률과 동일한 효력을 갖는” 규범 중에서도 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것만을 대상으로 헌법재판소의 위헌법률심판권한의 범위를 한정하는 것은 명확한 헌법적 논거가 부족한, 다소간 자의적인 해석이라는 비판을 피하기 힘들 것이다.

예컨대, 오직 법률만이 (필요한 경우에) 국민의 기본권을 제한할 수 있는 효력이 있는바(헌법 제37조 제2항 참조), 법률 하위의 규범은 홀로 국민의 기본권을 제한할 수 없다. 따라서 법률의 위헌여부에 대한 심사는 국민의 기본권 보장이라는 측면에서 매우 중요한 부분이다. 그런데 법률의 효력을 가지는 것 중 국회의 입법적 실질을 가지는 것은 헌법재판소가, 그렇지 않은 것은 대법원이 위헌심사를 한다고 본다면, 법적 통일성이라는 측면에서 헌법재판소라는 별도의 위헌법률심판기관을 설치하여 이에 대한 권한을 일임시킨 헌법의 취지와 부합하지 않는다. 또한, 법질서의 정합성을 고려할 때, 헌법으로부터 법률과 명령 등으로 내려오는 규범의 위계체계에서 모순없는 질서를 유지하도록 하는 것은 매우 중요하며 또한 바람직하다. 그런 면에서도 우리 헌법이 ‘법률’이라는 하나의 규범적 개념을 쪼개어 그에 대한 위헌심사 권한을 별개의 심사기관에 맡겼다고 해석하는 것은 법리적으로도 타당하다고 보기 어렵고, 또한 그렇게 해석할 법적·사실적 이익도 크지 않다. 오히려, 재판에서 ‘법률’의 기능을 담당하는 규범 즉 인정된 사실의 규범적 의미를 파악하는 데에 기준이 되는 ‘법률’ 또는 그에 준하는 역할을 수행하는 법률적 규범은, 그 규범을 적용하는 당해 재판부가 일방적으로 위헌으로 보아 무효화시킬 수 없으며, 그에 대한 위헌의 의심이 든다면 다만 헌법재판소에 위헌법률심판제청신청을 할 수 있다는 의미로 해석하는 것이 헌법상 권력분립의 원리나 위헌법률심판에 관한 헌법 제107조 및 제111조의 취지에 부합한다고 보인다.

또한, 현행 헌법의 긴급재정경제명령과 긴급명령(제76조 제1항, 제2항)은 법률의 효력을 갖는 것으로서 위헌법률심판의 대상이 되는 “법률”에 해당한다. 그런데 긴급명령과 긴급재정경제명령이 위헌법률심판의 대상이 되는 이유는 그것이 법률과 동일한 효력을 갖는 것이기 때문이지, “국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것”이기 때문이라고 볼 수는 없다. 긴급명령이나 긴급재정경제명령을 대통령이 발한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 하지만(제76조 제3항) 그 승인을 얻지 못하더라도 그 명령의 효력은 승인을 얻지 못한 때로부터 효력이 상실될 뿐이다(제76조 제4항). 다시 말해 긴급명령이나 긴급재정경제명령은 대통령이 공포하는 순간 이미 법률과 동일한 효력을 갖추게 되는 것이며, 사후에 국회가 그 긴급명령이나 긴급재정경제명령을 승인하지 않더라도 그 시점 이후부터 효력을 상실할 뿐이다. 따라서 긴급명령이나 긴급재정경제명령이 갖 공포된 상태와 같이, 아직 국회의 관여가 없는 상태라 하더라도 이는 법률로서의 효력을 갖는 유효한 규범이며, 그 규범이 효력을 가지고 계속 존속하는 한 위헌법률심판의 대상이 되는, “법률과 동일한 효력을 가지는 규범”이라고 할 것이다.

입법례적으로 볼 때, 스페인 헌법이나 이탈리아 헌법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상에 형식적 의미의 법률만이 아니라 법률의 효력을 가지는 규범까지 속함을 명시적으로 규정하고 있다.²⁾

(나) “위헌법률심판의 대상이 아니면 곧바로 대법원이 위헌심사권을 최종적으로 가진다”는 명제에 대해서

2) 1992년 개정된 스페인 헌법 제163조

If a judicial organ considers, in some action, that a regulation with the status of law which is applicable thereto and upon the validity of which the judgment depends, may be contrary to the Constitution, it may bring the matter before the Constitutional Court in the cases, manner, and with the consequences which the law establishes, which in no case shall be suspensive.

1947년 이탈리아 헌법 제134조 The constitutional court decides:

- disputes concerning the constitutionality of laws and acts with the force of law adopted by state or regions;
- conflicts arising over the allocation of powers between branches of government within the state, between the state and the regions, and between regions;
- on accusations raised against the president in accordance with the constitution.

대법원은, “긴급조치는 국회의 입법권 행사라는 실질을 전혀 가지지 못한 것으로서, 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.”고 실시하였다. 이는 헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당하지 않으면 그 위헌 여부의 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다는 해석일 것이다. 다만, 대법원판결은 이에 대한 실정법적 근거를 적극적으로 제시하지 않은 채 헌법 제107조 제1항의 해석을 통해 긴급조치의 위헌심사권한이 대법원에 속함을 실시하였다. 그런데 헌법 제107조 제1항은 위헌법률심판제청에 관한 것이므로 긴급조치에 대한 위헌심사권한의 명시적인 근거가 될 수 없다. 우리 헌법이 헌법재판소의 위헌법률심판권한에 대응하여 대법원에게 적극적으로 부여하고 있는 심사권한은 위헌 혹은 위법한 명령 등에 대한 것으로서, 이는 이 사건 대법원판결에서 언급된 바 없는 헌법 제107조 제2항이다.

만약 대법원이 헌법 제107조 제2항을 긴급조치에 대한 위헌심사권한의 근거 규정으로 해석한 것이라면, 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 즉 심사의 대상이 되는 긴급조치의 성격과 효력에 비추어 볼 때, 긴급조치가 헌법 제107조 제2항이 예정하고 있는 명령, 규칙에 포함시키기 어렵다는 문제가 있다(긴급조치의 법적 효력에 대한 헌법재판소의 이 사건 결정 참조). 헌법 제107조 제2항은 법률보다 하위규범의 “위헌” 또는 “위법” 여부의 심사를 규정한 것인데, 법률과 동일한 효력을 가지는 긴급조치를 법률의 하위규범으로 보고 “위헌 여부” 또는 “위법 여부”를 판단하는 것은 긴급조치의 법적 성격과 부합하지 않는다. 나아가 긴급조치가 국회가 아닌 대통령의 행위라는 형식적 측면에 주목하여 헌법 제107조 제2항의 위헌심사의 대상이라고 보게 되면, 긴급조치가 법률적 효력을 갖는 점을 확인할 수 있는 다수의 유신헌법상 조항들과도 부합하기 어렵다. 가령, 형벌은 법률로 규정해야 하고(죄형법정주의원칙, 유신헌법 제10조 제1항, 제11조 제1항), 기본권 제한은 법률로 해야 하는바(유신헌법 제32조 제2항), 긴급조치는 형벌을 규정하고 기본권을 제한한다는 측면에서 “법률”적 효력을 갖추어야만 한다.

달리 보아, 긴급조치에 대한 위헌심사권한이 대법원에 최종적으로 속한다는 대법원의 해석의 근거가 헌법 제107조 제2항이 아니라고 한다면, 결국 앞

서 본 바와 같이, 헌법 제107조 제1항의 해석을 통해 도출한 위의 첫 번째 명제(즉, 국회의 승인이나 동의를 요하는 등 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖춘 것만이 위헌법률심판의 대상이 된다)의 해석적 타당성의 문제로 다시 귀결되는데, 이러한 해석의 문제점에 대해서는 전술한 내용을 통해 이미 확인한 바와 같다.

(2) 소결

그렇다면 헌법재판소의 이 사건 결정과 같이, 법률적 효력을 가지는 긴급조치의 위헌여부는 위헌법률심판권한을 배타적으로 행사하는 헌법재판소에 속한다고 해석함이 합당하다고 보인다.

2. 이 사건 긴급조치들에 대한 위헌심사 준거규범

가. 문제의 소재

유신헌법 제53조 제4항은 ‘긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.’라고 규정하고 있었다. 따라서 위 헌법이 적용되는 한 이 사건 긴급조치에 대한 위헌심사는 어려울 것이다. 그렇다면, 이 사건 긴급조치에 대해서 유신헌법이 여전히 적용되는지, 즉, 이 사건 긴급조치의 위헌여부를 심사할 때 유신헌법이 기준이 되는지 아니면 그 위헌여부를 심사하는 시점의 헌법(이 사건에서는 제9차 개정헌법)이 기준이 되는지 문제된다.

나. 헌법재판소의 입장

재판소는, 현행헌법이 이 사건 긴급조치들에 대한 준거규범이 된다고 보았다.

『현행헌법은 전문에서 ‘1948. 7. 12.에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.’라고 하여, 제헌헌법 이래 현행헌법에 이르기까지 헌법의 동일성과 연속성을 선언하고 있으므로 헌법으로서의 규범적 효력을 가지고 있는 것은 오로지 현행헌법뿐이라고 할 것이다.

유신헌법도 그 시행 당시에는 헌법으로서 규범적 효력을 갖고 있었음을

부정할 수 없다. 그러나 유신헌법에는 권력분립의 원리에 어긋나고 기본권을 과도하게 제한하는 등 제헌헌법으로부터 현행헌법까지 일관하여 유지되고 있는 헌법의 핵심 가치인 ‘자유민주적 기본질서’를 훼손하는 일부 규정이 포함되어 있었고, 주권자인 국민은 이러한 규정들을 제8차 및 제9차 개헌을 통하여 모두 폐지하였다.

유신헌법 제53조에 의한 긴급조치는 뒤에서 보는 것처럼 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 내용으로 남용되었고, 이에 대한 반성으로 제8차 개헌에서 이를 폐지하고 비상조치 권한(제51조)으로 대체하였으며, 제9차 개헌에서는 비상조치 권한도 폐지하고 그 대신 국가긴급권의 또 다른 형태인 긴급재정경제명령·긴급명령에 관한 규정(제76조)만을 두었다.

이 사건에서는 유신헌법 제53조에 따른 긴급조치라는 공권력의 행사가 예외적으로 재심과 같은 특수한 구제절차를 통해 그 위헌 여부가 다투어지고 있는바, 이 사건 긴급조치들이 유신헌법을 근거로 하여 발령된 것이긴 하나 그렇다고 하여 이미 폐기된 유신헌법에 따라 이 사건 긴급조치들의 위헌 여부를 판단하는 것은, 유신헌법 일부 조항과 긴급조치 등이 기본권을 지나치게 침해하고 자유민주적 기본질서를 훼손하는 데에 대한 반성에 기초하여 헌법 개정을 결단한 주권자인 국민의 의사와 기본권 강화와 확대라는 헌법의 역사성에 반하는 것으로 허용할 수 없다.

한편 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 헌법이라 할 것이다.

그러므로 이 사건 긴급조치들의 위헌성을 심사하는 준거규범은 유신헌법이 아니라 현행헌법이라고 봄이 타당하다.』

다. 검토

(1) 유사한 사례의 검토

(가) 재판소는 제3공화국 헌법 하에서 제정되었다가 1980년 헌법하에서 폐지된 국가보위에관한특별조치법(1971. 12. 27. 법률 제2312호로 제정되고

1981. 12. 17. 법률 제3470호로 폐지된 것)의 위헌 여부가 현행 헌법 하에서 문제된 사건에서, 위 특별조치법이 비록 폐지되기는 하였지만 그 법률에 의하여 발하여진 명령의 효력이 현재에도 지속³⁾되고 있다는 이유로 재판의 전제성을 인정한 후, 위 법률이 시행되던 당시의 헌법인 제3공화국 헌법과 현행 헌법을 동시에 언급하면서도,⁴⁾ 구체적인 심사 과정에서는 현행 헌법의 조항들(국가긴급권에 관하여 규정한 제76조 및 제77조, 재산권의 수용에 대한 정당한 보상을 규정한 제23조 제3항, 포괄위임금지규를 규정한 제75조)을 적시하면서 헌법에 위반된다고 판단한 바 있다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557).

(나) 전술한 바와 같이, 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결 역시 긴급조치 제1호가 유신헌법에 위반된다고 하면서 나아가 현행 헌법에도 위반된다고 판시하였다.

(2) 반론의 논거들

현행헌법을 적용해야 한다는 입장에 대해서, 다음과 같은 취지의 반론이 제기될 수도 있을 것이다:⁵⁾

첫째, 국가의 모든 공권력 행사는 헌법을 준수해야만 한다. 이 때 헌법은 공권력이 행사되는 당시의 헌법이다. 어떤 헌법하에서 정당하게 행사되고 종료된 공권력이 그 후 개정된 헌법의 특정 조항과 충돌할 우려가 있다고

3) 제청신청인은, 자신이 소유하던 임야가 위 특별조치법과 그 법에 의하여 발하여진 명령(국가보위에관한특별조치법제5조제4항에의한동원대상지역내의토지의수용·사용에관한특별조치령, 대통령령 제5912호)에 의하여 수용되어 1979. 12. 3. 대한민국 앞으로 소유권이전등기가 경료되었는데, 현행헌법 하에서 위 임야에 대한 소유권이 전등기말소등기 청구소송을 제기하고 위 특별조치법에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였다.

4) 위 특별조치법은 “그 법이 공포시행된 당시의 제3공화국 헌법(제73조, 제75조)이나 현행 헌법(제76조, 제77조)이 국가안전보장에 관계되는 비상사태수습을 위하여 대통령에게 부여한 국가긴급권 즉 긴급재정경제처분 및 명령권이나 긴급명령권 또는 계엄선포권 이외에 또 하나의 국가긴급권을 대통령에게 부여한 법률”이라고 하였다.

5) 이 사건 심판에서 심사의 기준이 되는 헌법을 유신헌법으로 보아야 한다는 주장으로는, 김경제, “긴급조치에 대한 헌법재판소 결정의 문제점,” 헌법학연구 제19권 제3호, 2013, 325-51쪽. 다만, 본문에 소개한 반론의 논거들은 김경제 교수의 주장을 포함하여, 상정해 볼 수 있는 논거들로서 필자가 재구성한 것이다.

해서 행사될 당시 정당했던 공권력이 사후적으로 위헌무효가 된다고 보기는 어렵기 때문이다.

가령, 우리 헌법은 제헌헌법부터 1960년 제4차 개정헌법까지는 공용수용에 대한 보상의 기준을 “상당한 보상”으로 규정하였으나, 1962년 제5차 개정헌법부터 1969년 제6차 개정헌법까지는 “정당한 보상”으로 규정하였고, 현행 헌법 역시 마찬가지이다. 1972년 제7차 개정헌법은 보상의 기준을 법률로 위임하였고, 1980년 제8차 개정헌법은 공용수용의 보상에 관하여 “공익과 (...) 사익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다”고 규정하였다. 즉, 각각의 개정헌법에서 상이한 보상의 기준을 정하고 있는바, 종전 헌법에서 합헌적인 보상액으로 인정되었던 것이 개정헌법에서 위헌적인 것이라고 공격받는 것은 당시의 합헌적인 보상을 사후적으로 소급하여 위헌으로 본다는 점에서 법적 안정성의 측면에서 문제가 크다.

둘째, 만약 긴급조치를 현행헌법을 기준으로 평가하는 것이 타당하다고 한다면, 긴급조치는 현행헌법에 어떠한 근거도 두지 않고 있는 것이므로, 현행헌법을 기준으로 볼 경우 긴급조치는 그 자체로 위헌이라고 해야 한다. 즉, 과잉금지원칙이나 헌법상 구체적인 요소의 위반여부를 검토할 필요가 없다는 것이다.

(3) 종합적 검토

(가) 재심에서 적용할 법률

대법원은, 재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이고, 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우 법원은 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 하며(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결), 법령을 해석함에 있어서도 재심판결 당시를 기준으로 하여야 한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도1603 판결)고 하였다.

이는 재심에서 적용할 법률은 재심판결 당시의 법률이고, 이는 재심판결 당시의 ‘합헌적’ 법률이며, 이 때 합헌적이라 함은 재심판결 당시의 헌법에 부합하는 법률임을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.

(나) 헌법개정의 정치적 의미

헌법개정이란, 해당 국가공동체가 당대의 헌정을 반성적으로 검토하고 그에 내포된 문제점에 대한 개선책을 모색함으로써 보다 진실보한 국가공동체의 미래상을 실현시키는 민주적 절차이다. 즉, 헌법개정은 해당 국가공동체의 기존 질서에 대한 반성적 성찰과 비판적 인식, 그리고 미래를 향한 숙고의 산물인 셈이다.

우리 사회가 유신헌법에 대한 문제점을 인식하여, 헌법개정을 통해 긴급조치 발령권을 삭제하고 다른 내용의 완화된 국가긴급권으로 대체하는 등 유신헌법의 문제점들을 해소해 나간 경우, 이러한 개헌행위로부터 더 이상 우리 사회에서 유신헌법의 문제적 조항들로 인한 폐해가 반복되지 않도록 하겠다는 주권자의 결의, 문화사적 인식을 읽을 수 있다. 만약, 헌법개정에도 불구하고 유신헌법에서 발생했던 문제적 행위들의 효력을 존치시키고자 했다면 이는 부칙으로 규정해 둘 수 있었고, 또한 두어야 했다.

그렇다면, 우리 헌정사에서 유신헌법의 개정을 위와 같이 해석한다면, 유신헌법이 아닌 현행헌법을 적용한 것은 헌법개정권자들의 의사와 인식에 부합한다고 보인다.

(다) 헌법재판소의 논증방식

물론, 긴급조치는 현행헌법에 어떠한 근거도 두고 있지 못하므로, 그 자체로 위헌이라고 볼 여지도 충분하다. 그러나 이 사건 긴급조치들의 내용이 가지는 위헌적인 측면에 대해서 헌법재판소가 해명할 필요가 있고, 이는 종래 긴급조치가 우리 사회에서 논쟁의 대상이 되어 왔다는 점에서 그 필요성을 충분히 인정할 있을 것이다. 또한, 헌법재판의 논증적 설득력이라는 측면에서 단순히 현행헌법상 근거가 없다는 논증보다 어떠한 헌법적 요소들에 위반되는지를 치밀하게 논증하는 것이 결정의 설득력을 높이는 데에 기여할 수 있을 것이다.

따라서, 헌법재판소가 이 사건 긴급조치들에 대한 위헌심사의 준거규범을 현행헌법으로 본 것은 합리적인 법리에 기초한 것으로 볼 수 있다.

3. 이 사건 긴급조치들의 재판의 전제성

가. 문제의 소재

긴급조치 제1호와 제2호에 대해서는 재심개시결정이 있는 만큼 재판의 전제성을 인정하는 데에 큰 문제가 없다. 그런데 긴급조치 제9호 부분은 당해 사건에서 재심개시결정이 없었으므로, 본안사건에 대한 심판에 적용되는 긴급조치 제9호는 원칙적으로 재판의 전제성이 없다고 보인다.⁶⁾ 이러한 경우에 재판의 전제성을 부정하는 것이 통상적인 재판소의 입장이나, 이 사건에서는 다소 이례적으로 재판의 전제성을 인정하였다.

나. 헌법재판소의 입장

첫째, 재판소는 당해 형사재판에서 당사자가 긴급조치에 대해서 위헌심사를 청구할 수 없었던 규범적 장애가 존재했다는 점에 주목했다. 이는 규범적 측면에서의 논거이다. 즉, “확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항을 재심의 개시 여부를 결정하는 재판에서 재판의 전제성을 인정하지 않는 주된 이유는, 재심대상사건의 재판절차에서 처벌조항의 위헌성을 다룰 수 있었던 피고인이 이를 다투지 않고 유죄 판결이 확정된 뒤에야 비로소 형사소송법에 정한 재심사유가 없는데도 처벌조항의 위헌성을 들어 재심을 통하여 확정된 유죄판결을 다투는 것을 재판의 전제성이 없다고 차단함으로써 형사재판절차의 법적 안정성을 추구하자는 데 있다.”는 것인데(이 사건 결정문 참조), 유신헌법 제53조 제4항은 “긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.”라고 규정함으로써 긴급조치의 위헌 여부에 대한 판단을 원천적으로 봉쇄하였고, 대법원도 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다고 판시하면서(대법원 1977. 3. 22. 선고 74도3510 전원합의체 판결; 대법원 1977. 5. 13.자 77모19 전원합의체 결정 등 참조) 긴급조치에 대한 위헌법률심판제청

6) 형사소송법은 재심의 절차를 ‘재심의 청구에 대한 심판’과 ‘본안사건에 대한 심판’이라는 두 단계 절차로 구별하고 있다. 따라서 확정된 유죄판결에서 처벌의 근거가 된 법률조항은 원칙적으로 ‘재심의 청구에 대한 심판’, 즉 재심의 개시 여부를 결정하는 재판에서는 재판의 전제성이 인정되지 않고, 재심의 개시 결정 이후의 ‘본안사건에 대한 심판’에 있어서만 재판의 전제성이 인정된다(헌재 1993. 11. 25. 92헌바39, 판례집 5-2, 410, 415-416; 헌재 2010. 11. 25. 2010헌가22, 공보 170, 2023, 2025 참조).

신청을 기각하여 왔으며, 유신헌법에서는 규범통제형 헌법소원제도(헌법재판소법 제68조 제2항)를 인정하지 않았으므로, 이와 같이 유신헌법 당시 긴급조치 위반으로 처벌을 받게 된 사람은 재심대상사건 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수조차 없는 규범적 장애가 있었다는 것이다. 따라서 그 재심청구에 대한 재판절차에서 긴급조치의 위헌성을 다룰 수 있도록 하는 것이 부당하지 않다는 취지이다.

둘째, 이 사건은 형사재판의 재심절차가 요구하는 엄격한 이원적 구조를 완화시킬 현실적 사유가 있다는 점이다. 이는 사실적 측면에서의 논거이다. 긴급조치에 의한 수사와 재판이 종료한 지 30년도 더 지난 시점이어서 긴급조치 위반을 이유로 유죄판결을 받은 사람이 형사소송법 제420조가 규정하고 있는 재심사유를 통해 재심을 개시하기란 현실적으로 매우 어려운 상황임을 감안해야 한다는 것이다. 따라서 이 사건에서는 예외적으로 형사재판 재심절차의 이원적 구조를 완화하여 재판의 전제성을 인정할 현실적인 필요성이 있다고 보았다.

다. 검토

(1) 재판소는 긴급조치 제9호 부분에 관하여, 이 사건에 한하여 재판의 전제성을 인정할 수 있는 규범적 및 사실적 측면의 논거를 제시하였다. 그러나 이는 재판소가 자의적으로 형사소송의 이원적 구조를 완화하여 해석한다는 비판이 제기될 수 있다.

(2) 이와는 달리, 헌법재판의 객관소송적 성격에 근거함으로써 긴급조치 제9호 부분에 대한 재판의 전제성을 부인하면서도 헌법적 해명의 필요성을 인정하여 본안판단으로 나갈 수 있는 방도도 존재했다고 보인다.

즉, 재판소의 선례 중에는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 재판의 전제성이 없는 경우에도 헌법적 해명의 필요성을 이유로 본안판단으로 나간 사례들이 존재한다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 721; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 17-2, 577, 607; 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386, 393-394 등). 이들 사건들은, 예컨대 당해 사건의 성격상 헌법소원심판이 청구된 후 헌법재판소의 결정이 선고되

기 전에 재판의 전제성이 소멸되는 사건이나, 비록 재판의 전제성이 소멸되었으나 기본권침해 문제가 앞으로도 많은 사람에게 관하여 여러 차례 일어날 수 있는 성질의 사건으로서, 그 헌법적 해명이 필요한 중요한 사안으로 본안 판단의 필요성이 인정된 것들이다.⁷⁾

긴급조치 제9호는 우리 헌정사에 비추어 매우 큰 논란을 불러일으켰던 규범이고, 우리 사회에서 오랜 기간 동안 논쟁적인 대상으로 남아 있었다. 따라서 위와 같은 관점에 서서 본다면, 비록 당해 재심법원이 재심개시결정을 내린 바 없다 하더라도 이 긴급조치 제9호에 대해서 헌법재판소가 헌법적 판단을 할 수 있는 충분한 필요성과 법리적 이유가 있다고 할 것이다.

4. 긴급조치 제1호 및 제2호의 위헌여부

가. 목적의 정당성 및 방법의 적절성

재판소는, 긴급조치 제1호 및 제2호에 대해서 목적의 정당성과 방법의 적절성을 모두 부정하였다.

먼저, 긴급조치 제1호 및 제2호의 목적을 다음과 같이 확인하였다.

『긴급조치 제1호, 제2호의 제정 배경과 목적을 알 수 있는 가장 중요한 공식자료는, 긴급조치 제1호, 제2호를 선포하면서 같은 날 발표된 “대통령특 별담화 - 헌법 제53조에 의한 긴급조치 선포에 즈음하여 -”라는 제목의 담

7) 가령, 2002헌바3 사건은 법무사가 일정액 이상의 보수를 받지 못하도록 규정한 법무사법 조항을 위반하였다는 이유로 해당 관할 법원으로부터 영업정지 1개월의 징계처분을 받은 후, 그 처분의 취소를 구하면서 그 처분의 근거법률에 대한 이른바 ‘헌바’소원을 제기한 사건이다. 위 징계처분의 효력이 상실되어 당해 사건에서 소각하판결을 면할 수 없게 된 상황에서, 우리 재판소는 재판의 전제성이 없다는 점을 인정하면서도, 이러한 성격의 심판대상 법률조항은 직접성, 현재성, 보충성, 청구기간 등의 적법요건을 충족하기가 쉽지 않아 이른바 ‘헌바’소원으로 다루기도 어렵고, 해당 징계처분의 불복절차를 통한 방법은 통상 그 처분의 효력기간이 그 처분의 취소를 구하는 당해 소송의 변론종결 이전에 도과되거나 그렇지 않으면 위헌법률소원을 제기하여 헌법재판소가 본안을 판단하기 전에 종료됨으로써 재판의 전제성 내지 권리보호이익이 없다는 이유로 각하될 것이어서 이른바 ‘헌바’소원으로 다루기 어렵다고 규정하면서, 비록 재판의 전제성이 없지만 헌법적 해명의 필요성을 인정하여 본안판단을 하였다.

즉, 당해 사건 및 심판대상조항의 성격상 헌법재판의 적법요건을 갖추기가 어려워 본안판단의 기회가 부여되지 않는 경우에는, 심판대상조항에 대한 헌법적 해명의 필요성 혹은 반복적 침해가능성 등에 따라서 본안판단을 할 수 있다는 취지이다.

화문(1974. 1. 8.자 관보 제6643호에 게재된 것)이다.

위 담화문에 의하면, 당시의 상황을 조국의 현실이 백척간두에 처해 있다고 규정하였으며, 그 원인을 ‘급변하는 국제정세와 특히 국제경제가 몰고 올 거센 풍랑’과 ‘북한공산주의자들의 각종 도발행위 등’에서 찾았다. 그러나 위 담화문에서 직접적으로 밝히고 있는 국가위기상황, 즉 긴급조치 제1호를 통해 대처하고자 하였던 ‘국가의 기본질서와 안전보장을 위태롭게 하는 중대한 위협’은 일부 인사들과 불순분자들이 ‘선동과 악의적인 유언비어를 유포시키면서 사회혼란을 조성하여 헌정질서인 유신체제를 부정하고 이를 전복하려 드는 것’이었으며 특히 ‘개헌청원서명운동’을 그 예로 특정하고 있다. ‘반유신적 언동’을 계속하고 음성적이고도 지능적인 위계방법으로 ‘불온한 활동’을 계속하면서 ‘동조세력의 확대를 시도’하는 그들의 활동을 그대로 방치하면 국가의 안전보장과 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받게 될 우려가 있기 때문에 긴급조치 제1호 및 제2호를 제정하고 선포한다는 것이었다.]

이어서, 위와 같은 긴급조치 제1호 및 제2호의 목적이 헌법상 정당한 것인지, 그러한 목적을 위한 수단으로 위 긴급조치가 적절한 것인지를 검토하였다.

『헌법을 개정하거나 폐지하고 다른 내용의 헌법을 모색하는 것은 주권자인 국민이 보유하는 가장 기본적인 권리로서, 가장 강력하게 보호되어야 할 권리 중의 권리에 해당한다. 무릇 집권세력의 정책과 도덕성, 혹은 정당성에 대하여 정치적인 반대사를 표시하는 것은 헌법이 보장하는 정치적 자유의 가장 핵심적인 부분이기 때문이다.

국민이 시행 중인 헌법에 대한 자신의 의견을 표하면서 그 헌법의 개선책을 모색하여 진일보한 국가공동체의 미래상을 지향하는 태도를 부정적으로 볼 수 없으며, 오히려 책임 있는 국민의 자세로 마땅히 상찬받아야 할 것이다. 자신의 정치적 생각을 합법적인 집회와 시위를 통해 설파하거나 서명운동 등을 통해 자신과 의견이 같은 세력을 규합해 나가는 것은, 국가의 안전에 대한 위협이 아니라, 우리 헌법의 근본이념인 ‘자유민주적 기본질서’의 핵심적인 보장 영역에 속하는 것이다. 정부에 대한 비판에 대하여 합리적인 홍보와 설득으로 대처하는 것이 아니라, 비판 자체를 원천적으로 배제하려는

공권력의 행사나 규범의 제정은 대한민국 헌법이 예정하고 있는 자유민주적 기본질서에 부합하지 아니하므로 그 정당성을 부여할 수 없다.

나아가 당시 유신헌법에 반대하는 국민이 유신헌법에 대한 비판적 의사표시나 개헌을 위한 적극적인 의견제시 등을 특정 시기에 집약적이고 집합적으로 표출하고 있었다 하더라도, 이를 긴급조치와 같은 국가긴급권으로서 대처하여야 할 국가적 비상상황이라고 보기도 어렵다.

주권자이자 헌법개정권력자인 국민은 당연히 유신헌법의 문제점을 지적하고 그 개정을 주장하거나 청원하는 활동을 할 수 있다. 그런데 긴급조치 제1호, 제2호는 헌법개정을 주장하는 등의 일체의 행위를, 유신헌법에 반대하고 그 전복을 기도하며 사회질서의 혼란을 조장함으로써 국가의 안전보장을 위태롭게 하는 범죄행위로 판단하여 제정된 것이므로, 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 비추어 볼 때 그 목적의 정당성을 인정할 수 없고, 기본권제한에 있어서 준수되어야 할 방법의 적절성도 갖추지 못하였다.

또한 계엄이나 긴급조치와 같은 국가긴급권은 국가가 법치주의적 질서 아래에서 행사되는 정상적인 헌법보호수단에 의해서는 제거할 수 없는 전쟁, 사변, 천재·지변 등과 같은 비상사태(긴급사태)에서만 행사될 수 있는 것이고, 그 비상사태에 대한 판단을 국가원수가 단독으로 결정할 수 없으며, 그 행사의 목적이 국가의 존립 내지 자유민주적 기본질서의 보호를 위한 것이어야 한다. 특히 국가긴급권은 일시적인 비상사태에 대응하기 위한 특별하고 예외적인 조치이므로 반드시 일시적이고 임시적인 조치에 한정되어야 한다. 마지막으로 구체적인 조치들이 비례의 원칙에 합치되는지 여부를 사후 심사할 수 있는 사법적 통제도 보장되어야 할 것이다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 긴급조치 제1호 및 제2호는 국민의 유신헌법 반대운동을 금지하는 등 정치적 표현의 자유를 지나치게 침해하는 내용이어서 국가긴급권이 갖는 내재적 한계를 일탈한 것이므로, 이 점에서도 입법목적의 정당성이나 방법의 적절성을 갖추지 못한 것이다.』

이렇게 본대로, 긴급조치 제1호 및 제2호는 목적의 정당성과 수단으로서의 적절성을 모두 결여하는 것이므로, 그 자체로 위헌이다. 이상과 같은 연

유로, 긴급조치 제1호 및 제2호가 위헌임은 명백하나, 재판소는 더 나아가 위 긴급조치들이 구체적으로 어떠한 위헌적 내용들을 가지는지에 대해서 판단하였다. 이와 같은 판단은 헌법재판이 주관적 권리구제 작용으로서의 측면뿐 아니라 객관소송적 측면도 가진다는 점에서 충분히 납득가능하고 또한 이 사건에서 필요한 부분이라고도 보인다.

나. 긴급조치 제1호의 구체적 위헌요소

우선, 긴급조치 제1호의 정치적 표현의 자유 침해와 관련한 주요 설시는 다음과 같다.

『긴급조치 제1호는 유신헌법을 부정하거나 반대하고 폐지를 주장하는 행위 중 실제로 국가의 안전보장과 공공의 안녕질서에 대한 심각하고 중대한 위협이 명백하고 현존하는 경우 이외에도, 국가긴급권의 발동이 필요한 상황과는 전혀 무관하게 헌법과 관련하여 자신의 견해를 단순하게 표명하는 모든 행위까지 처벌하고, 처벌의 대상이 되는 행위를 전혀 구체적으로 특정할 수 없으므로, 이는 표현의 자유 제한의 한계를 일탈한 것이다.

또한 국민은 대한민국의 주권자이며 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에도 참여한다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1, 40). 즉 헌법을 제·개정할 것인지 여부, 헌법을 개정한다면 어떠한 내용으로 할 것인지 여부의 제반 결정권은 제헌헌법 이래 현행헌법에 이르기까지 국민에게 있으며, 헌법을 개정하거나 폐지하고 다른 내용의 헌법을 모색하는 것은 주권자이자 헌법제·개정권력자인 국민이 보유하는 가장 기본적인 권리로서, 가장 강력하게 보호되어야 할 권리 중의 권리에 해당한다. 그러나 긴급조치 제1호는 민주주의의 본질적인 요소인 국민의 정치적 표현의 자유와 국민의 헌법개정절차에서 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권 등의 권리, 청원권 등을 지나치게 제한하는 것이다.』

다음으로, 죄형법정주의 위반에 관한 주요 설시는 다음과 같다.

『긴급조치 제1호 제1, 2, 3항은 ‘헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하는 일체의 행위’, ‘헌법의 개정 또는 폐지를 주장·발의·제안 또는 청원하는 일체의 행위’, ‘유언비어를 날조·유포하는 일체의 행위’라고 규정하여 범죄의

구성요건이 추상적이고 모호할 뿐만 아니라, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민이 무엇이 법률에 의하여 금지되는 행위인지를 예견하기 어렵다고 할 것이므로 죄형법정주의의 ‘명확성의 원칙’을 위반한 것이다.

또한 국가긴급권의 발동이 필요한 비상상황과는 전혀 무관하게 유신헌법과 관련하여 자신의 견해를 단순하게 표명하는 모든 행위까지 처벌하고 있고, 나아가 긴급조치 제1호 자체를 비방한 사람까지 그 처벌로 ‘15년 이하의 징역 및 자격정지’라는 중형을 부과하도록 한 것은 범죄와 형벌 간의 균형을 현저히 잃은 것이고, 이는 국가 형벌권을 자의적으로 행사하는 것으로서 ‘형벌의 과잉금지원칙’ 내지 ‘비례의 원칙’을 위반한 것이다.』

이어서, 영장주의 위반에 대한 주요 설시는 다음과 같다.

『긴급조치 제1호 제5항은 긴급조치 위반자 및 비방자는 법관의 영장 없이 체포·구속·압수·수색할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 광범위한 정치적 의사표현행위를 범죄로 처벌하도록 하면서도 어떠한 제약 조건도 두지 아니하고 법관의 구체적 판단 없이 체포·구속·압수·수색할 수 있도록 하고, 이에 대하여 법관에 의한 아무런 사후적 심사장치도 두지 아니한 것이므로, 비록 국가긴급권이 발동되는 상황이라 하더라도 지켜져야 할 영장주의의 본질을 침해하는 것이다.』

마지막으로, 법관에 의한 재판받을 권리 침해에 대한 주요 설시는 다음과 같다.

『헌법상 군사법원의 재판은 ‘군대의 조직과 기능’의 특수성을 고려할 필요에 따라 ‘군인이나 군무원’에 대한 재판의 경우에 적용되고(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443, 452-453; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 289 참조), 군인이나 군무원이 아닌 국민의 경우에는 역시 군대의 조직 및 기능의 유지와 관련된 ‘중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우’와 ‘비상계엄이 선포된 경우’를 제외하고는 군사법원의 재판받을 권리를 가지 아니한다(헌법 제27조 제2항). 특히 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로 군사상 필요에 의하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때 선포할

수 있는 계엄의 경우에도 일반 국민이 군사법원의 재판을 받게 되는 예외적 상황은 ‘경비계엄’을 제외한 ‘비상계엄’의 경우로 엄격히 제한된다(헌법 제77조 제1항, 제2항).

긴급조치 제1호 제6항은 “이 조치를 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 비상군법회의에서 심판, 처단한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 긴급조치 제1호의 내용은 모두 유신헌법에 대한 정치적 표현행위를 광범위하게 제한하거나 유언비어 유포행위를 규제하는 것일 뿐이므로, 군사상 필요나 군대의 조직 또는 기능 유지와 관련된 내용이 없고, 비상계엄에 준하여 적과의 교전상태 또는 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법기능의 수행이 현저히 곤란한 상황이어서 그 기능을 군대를 통하여 수행하여야 할 필요성이 절실한 가운데 발동된 것이라고 볼 수도 없다.

따라서 긴급조치 제1호 제6항은 일반 국민의 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리를 자의적으로 광범위하게 제한함으로써 그 본질적인 내용을 침해한 것이다.』

다. 긴급조치 제2호의 구체적 위헌요소

재판소는 긴급조치 제2호와 관련하여, 법원에 의한 재판을 받을 권리의 침해, 영장주의 위반, 신체의 자유에 대한 과도한 침해 등을 지적하였다. 주된 설시는 다음과 같다.

『긴급조치 제2호 제4항, 제5항은 비상보통군법회의와 비상고등군법회의에 각각 국군현역장관급장교 1인을 재판장으로 하고 국군현역장관급장교를 심판관으로 둘 수 있도록 하고, 제9항에 따라 비상군법회의의 재판관은 국방부장관, 법무부장관의 의견을 들어 대통령이 임명하도록 하고 있다.

그런데 긴급조치 제2호에 의하여 설치된 비상군법회의는 긴급조치 제1호를 위반한 자를 심판하기 위한 것으로서(긴급조치 제2호 제1항), 긴급조치 제1호 제6항과 같은 이유로 일반 국민의 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이다

긴급조치 제2호 제12항은 “비상군법회의의 관할사건에 관하여 체포·구속·압수 또는 수색을 함에 있어서 관할관의 영장이 필요한 경우에는 검찰

관이 이를 발부한다.”라고 규정하고 있다.

이는 수사기관인 검찰관이 스스로 영장을 발부할 수 있도록 하여 법원에 의한 구체적 판단 없이 인신구속을 비롯한 수사상 강제처분이 가능하도록 하면서도, 이에 대하여 법원에 의한 아무런 사후적 심사장치도 두지 아니하여 영장주의의 본질을 침해하였다.

긴급조치 제2호 제11항의 단서는 “다만, 군법회의법 제132조, 제238조, 제239조 및 제241조의 규정은 준용하지 아니하며 구속기간의 제한을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

이는 형사소송법의 구속기간을 준용하는 군법회의법 규정의 적용을 전면 배제하여 아무런 기간의 제한이 없이 구속할 수 있도록 하는 것으로서 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이다.』

5. 긴급조치 제9호의 위헌여부

가. 목적의 정당성과 방법의 적절성

재판소는 긴급조치 제9호에 대한 판단부분에서도 긴급조치 제1호 등에 대한 판단과 유사한 구조를 취하였다. 목적의 정당성에 대한 검토를 함으로써 그 위헌성을 논증한 후에, 구체적인 위헌요소들을 지적하는 방식을 다시금 보여주었다.

재판소는 긴급조치 제9호의 목적을 다음과 같이 확인하였다.

『긴급조치 제9호의 제정 배경과 목적을 알 수 있는 가장 중요한 공식자료는, 긴급조치 제9호를 선포하면서 같은 날 발표된 “대통령특별담화 - 「국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치」 선포에 즈음하여 -」라는 제목의 담화문(1975. 5. 13.자 판보 제7045호에 게재된 것)이다.

위 담화문에 의하면, 대통령은 ‘남침이 가능하다고 북한이 오판을 할 염려가 급격히 증대된 상황’(난국)을 극복하는 최선의 길인 ‘국민총화를 공고히 다지고 국론을 통일하며 국민 모두가 일사불란하게 총력안보태세를 갖추어나가는 것’을 위해 긴급조치 제9호를 선포한다는 것이다. 즉 긴급조치의 배경이 된 국가위기상황은 ‘남침이 가능하다고 북한이 오판을 할 염려가 급격히 증대된 상황’이었고, 그러한 위기에 대한 최선의 대처방법은 ‘국민총화,

국론을 통일, 국민 모두가 일사불란하게 총력안보태세를 갖추는 것이 필요한데, 이를 위해 긴급조치 제9호가 필요하다는 취지이다.』

이어서, 위와 같은 긴급조치 제1호 및 제2호의 목적이 헌법상 정당한 것인지, 그러한 목적을 위한 수단으로 위 긴급조치가 적절한 것인지를 검토하였다.

『그러나 ‘남침이 가능하다고 북한이 오관할 염려’는 한국전쟁이 휴전으로 종결된 이후 남북이 적대적으로 대치하고 있는 현실에서 상존하는 위기상황이라 할 것이고, ‘북한의 남침 가능성의 증대’라는 추상적이고 주관적인 상황 인식만으로는 긴급조치를 발령할 만한 국가적 위기상황이 존재한다고 보기에는 부족하다. 그리고 기존 헌법질서 속에 규정된 통상적인 권력작용의 방식으로는 결코 대처할 수 없는 비상적인 국가위기상황이 현존한다는 점에 대한 사회적 공통인식이 공감대를 형성하고 있을 때에만 비로소 긴급조치를 발령할 수 있다고 할 것이다.

긴급조치 제9호는 1975. 5. 13. 선포되어 1979. 12. 8. 해제될 때까지 무려 4년 7개월 동안 존속하였고, 이는 유신헌법이 존속하였던 약 7년의 기간 중 3분의 2 정도를 차지하는 매우 긴 기간이다.

이는 긴급조치 제9호가 타개해야 할 급박한 국가위기, 즉 북한의 남침 가능성 증대라는 것이 실은 우리 사회가 오랜 기간 겪어 왔고 앞으로도 통일이 될 때까지 혹은 적어도 한반도의 평화체제가 확립될 때까지 끊임없이 대면해야 할 일상적이고 해결하기 어려운 과제 중 하나였을 뿐임을 방증하는 것이다.

앞서 긴급조치 제1호, 제2호와 관련하여 살핀 바와 같이, 주권자이자 헌법 개정권력자인 국민은 당연히 유신헌법의 문제점을 지적하고 그 개정을 주장하거나 청원하는 활동을 할 수 있다.

그런데 긴급조치 제9호는 ‘유언비어를 날조·유포하거나 사실을 왜곡하여 전파하는 행위’, ‘집회·시위 또는 신문, 방송, 통신 등 공중전파수단이나 문서, 도화, 음반 등 표현물에 의하여 대한민국 헌법을 부정·반대·왜곡 또는 비방하거나 그 개정 또는 폐지를 주장·청원·선동 또는 선전하는 행위’, ‘학생의 집회·시위 또는 정치관여 행위’, ‘이러한 내용을 방송, 보도 기타의 방

법으로 공연히 전파하거나, 그 내용의 표현물을 제작·배포·판매·소지 또는 전시하는 행위'를, '남침이 가능하다고 북한이 오판을 할 염려가 급격히 증대된 위기상황'에 대한 '국민총화, 국론을 통일, 국민 모두가 일사불란하게 총력안보태세를 갖추는 대처'를 저해함으로써 국가의 안전보장을 위태롭게 하는 범죄행위로 판단하여 제정된 것이므로, 헌법의 근본원리인 국민주권주의에 비추어 볼 때 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다.

통일된 국론의 존재는 개인의 자유가 억압된 전체주의 사회에서 주로 상정하는 것으로, 다원화된 민주주의 사회에서는 오히려 표현의 자유를 보장하고 자유로운 토론을 통해 사회적 합의를 도출하는 것이야말로 국민총화를 공고히 하고 국론을 통일하는 진정한 수단이라는 점에서 긴급조치 제9호는 국민총화와 국론통일이라는 목적에 적합한 수단이라고 보기도 어렵다.

유신헌법을 반대하는 정치적 의사를 내란이나 변란 등을 통해 표현하는 것은 헌법질서를 파괴하는 것이므로 당연히 허용될 수 없으나, 이는 통상적인 헌정질서 하에서도 금지되는 행위들이므로, 별도의 국가긴급권을 발동할 필요도 없이 형법 등 관련 법률을 적용함으로써 충분히 규율할 수 있었다. 그렇다면 긴급조치 제9호는 기본권제한에 있어서 준수되어야 할 방법의 적절성도 갖추지 못하였다.

긴급조치 제9호의 경우에도 앞에서 본 바와 같은 국가긴급권 발동 요건을 갖추지 못하였을 뿐 아니라 국가긴급권이 갖는 내재적 한계를 일탈한 것임은 물론이다.』

이와 같이, 재판소는 긴급조치 제9호도 목적의 정당성과 방법의 적절성을 갖추지 못했음을 확인하였다. 이어서 재판소는 위 긴급조치의 구체적 위헌 요소로서 정치적 표현의 자유 침해, 죄형법정주의 위반, 영장주의 위반 등을 지적하였다.

『긴급조치 제9호 제1항 나호는 긴급조치 제1호의 내용과 같이 유신헌법의 제·개정 논의를 전면적으로 금지하고 있는데, 이는 국민의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것일 뿐 아니라 헌법개정권력주체인 국민의 주권행사를 지나치게 제한하는 것이다.

긴급조치 제9호 제1항 가호에서는 역시 긴급조치 제1호와 같이 “유언비어

를 날조, 유폐하거나 사실을 왜곡하여 전과하는 행위”를 금지하고 있는데, 이는 그 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐 아니라 그 적용범위가 광범위하므로 죄형법정주의의 ‘명확성원칙’을 위반한 것이다.

또한 긴급조치 제9호는 행위의 경중을 구체적·개별적으로 살피지 아니하고 일체의 행위와 긴급조치 제9호 자체를 비방한 자까지 1년 이상의 징역형 등으로 처벌하고 있는데, 이는 범죄와 형벌 간의 균형을 현저히 잃은 것이고, 국가 형벌권을 자의적으로 행사하는 것으로서 ‘형벌의 과잉금지원칙’ 내지 ‘비례의 원칙’을 위반한 것이다.

긴급조치 제9호 제8항은 법관의 영장 없이 체포·구금·압수 또는 수색을 할 수 있도록 규정하는데, 이는 긴급조치 제1호 제5항과 같은 이유로 헌법상 보장된 영장주의의 본질을 침해하는 것이다.

긴급조치 제9호 제1항 다호, 제5항에서는 허가받지 않은 학생의 모든 집회·시위와 정치관여행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여는 주무부장관이 학생의 제적을 명하고 소속 학교의 휴업, 휴교, 폐쇄조치를 할 수 있도록 규정하였다.

이는 집회·시위의 자유, 학문의 자유와 대학의 자율성 내지 대학자치의 원칙을 본질적으로 침해하는 것이며, 행위자의 소속 학교나 단체 등에 대한 불이익을 규정하여, 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하여 책임의 한정원리로 기능하는 헌법상의 자기책임의 원리(헌재 2009. 12. 29. 2008헌바139, 판례집 21-2하, 800, 811; 헌재 2010. 6. 24. 2007헌바101등, 판례집 22-1하, 417, 432 참조)에도 위반된다.』

6. 이 사건의 의의

첫째, 긴급조치는 우리 현대사에서 매우 문제시되었던 대상이었다. 이러한 긴급조치가 당시 한국적 상황에서 필요한 규범이었으며, 비록 일정 부분의 폐해가 있었지만 그럼에도 불구하고 그로 인해 오늘날과 같은 대한민국의 발전과 영광이 가능했다는 시각이 있는 반면, 그에 반해 긴급조치가 권위주의

적 정권의 유지를 위한 것으로서 가혹하고 반인권적이며 위헌적인 탄압 수단이었다는 주장도 있다. 기실 긴급조치가 선포되고 집행되던 시기에 국민의 정치적 자유와 신체의 자유, 영장주의와 같은 적법절차 등이 존중되지 못했던 것은 사실이다. 그리고 민주주의와 자유·평등이라는 인간성의 고양을 추구하였다는 이유로 정치적 탄압과 고통을 겪어야 했던 뼈아픈 과거는 단순한 과거가 아니라 여전히 오늘의 시간과 공존하고 있는 현재의 일부이기도 하다. 따라서 지금껏 해소되지 못했던 긴급조치의 위헌여부에 관한 사회적 의심은 정당한 것이며, 이를 둘러싼 사회적 대립과 분열이 존재하는 상황에서 이 사건 결정을 통해 긴급조치의 헌법적 쟁점들을 해명함으로써 헌법재판소가 자신의 사회적 책무를 일정 부분 수행했다고 볼 수도 있을 것이다.

둘째, 이 사건 결정을 통해 위헌법률심판권의 대상을 보다 명확히 한 점도 언급되어야 할 것이다. 긴급조치가 국회에 의해 제정된 것이 아니라는 점에서 헌법상 법률이라고 볼 수 없으므로 이는 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 되지 않는다는 시각도 가능할 것이다.⁸⁾ 그러나 헌법재판소는 위헌법률심판의 대상이 단순히 법률이라는 명칭을 가진 것뿐만 아니라, 헌법 하위의 규범으로서 국민의 기본권을 제한할 수 있는 것과 같이 법률과 동일한 역할을 하는 규범을 의미하는 것으로 파악한다. 즉 헌법재판소는 위헌법률심판의 대상이 되는 법률을 실질적이고 기능적인 측면에서 포괄적인 의미로 파악한다. 이러한 헌법재판소의 입장에 따르면, 형식적 의미의 법률 이외에도, 법률과 동일한 효력을 가진다고 헌법에 규정된 긴급명령, 헌법에 의해 체결·공포된 조약 등이 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다.

셋째, 이 사건의 청구인들은 유신헌법 혹은 유신헌법 제53조의 위헌여부에 대한 판단도 함께 구한바 있다. 이에 대해 헌법재판소는, 유신헌법 제53조는 긴급조치를 발령할 수 있는 근거규정일 뿐 당해사건 재판에 직접 적용되는 재판의 전제성이 있는 규정이라고 보기 어렵고, 나아가 유신헌법 제53조의 위헌을 주장하는 청구인들의 의사도 개별 긴급조치의 위헌성을 확인하기 위한 것이라고 본 것이다. 그런데, 만약 유신헌법 혹은 유신헌법 제53조의 위헌무효가 확인되면, 긴급조치의 헌법적 근거가 사라지므로, 긴급조치는

8) 대법원 2010도5986 판결의 입장

그 자체로 위헌이 될 여지도 존재한다. 그리고 청구인들은 유신헌법으로의 개정절차에 대한 위헌성을 주장했는데, 헌법개정절차에 대한 위헌심사는 미국, 독일, 오스트리아 등과 같은 여러 국가들에서 실제로 수행하고 있는 것이고, 특히 위 국가들의 경우에는 헌법에 헌법개정절차에 대한 위헌심사권이 명시적으로 규정된 바 없음에도 불구하고 위헌심사기관들이 이를 수행한 바 있다.⁹⁾ 헌법재판소의 판례가 입헌주의의 발전에 큰 역할을 해 왔음을 생각해 볼 때, 이 사건에서 우리 재판소가 이 쟁점에 대하여 판단했다면 더 의미있지 않았을까라는 아쉬움이 들기도 한다.

9) 물론 프랑스 등과 같이 헌법개정에 대한 위헌심사를 인정하지 않는 국가들도 있다. 헌법개정에 대한 위헌심사의 입법례, 심사가부 등 쟁점에 대해서는 이황희, “헌법개정에 대한 위헌심사,” 『헌법논총』 제24집, 2013, 45-96면 참조.

법학전문대학원 설치인가 중 입학전형계획 위헌확인 등

- 이화여대 로스쿨 사건 -

(헌재 2013. 5. 30. 2009헌마514, 판례집 25-1, 337)

하 민 정*

【판시사항】

1. 사립대학인 학교법인 이화학당의 법학전문대학원 모집요강(이하 ‘이 사건 모집요강’이라 한다)이 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)
2. 교육부장관이 학교법인 이화학당에게 한 법학전문대학원 설치인가 중 여성만을 입학자격요건으로 하는 입학전형계획을 인정한 부분(이하 ‘이 사건 인가처분’이라 한다)이 남성인 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 주위적으로 ① 교육부장관이 2008. 9. 1. 학교법인 이화학당에게 한 법학전문대학원 설치인가 중 여성만을 입학자격요건으로 하는 입학전형계획을 인정한 부분(이하 ‘이 사건 인가처분’이라 한다) 및 ② 학교법인 이화학당의 2010학년도 법학전문대학원 모집요강 중 여성만을 입학자격요건으로 한 부분(이하 ‘이 사건 모집요강’이라 한다), 예비적으로 ③ 교육부장관이 학교법인 이화학당의 2010학년도 법학전문대학원 모집요강에서 여성만을 입학자격요건으로 한 부분에 대해 시정조치를 하지 아니한 부작위(이하 ‘이 사건 부작위’라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

청구인은 2010년에 법학전문대학원에 입학지원을 하려던 남성이다. 피청구인 교육과학기술부장관(현 교육부장관, 이하 ‘교육부장관’이라 한다)은 2008. 9. 1. 피청구인 학교법인 이화학당에게 법학전문대학원 설치인가를 하면서 학교법인 이화학당이 제출한 입학전형계획 중 여성만을 입학자격요건으로 한 부분을 인정하였고, 학교법인 이화학당은 2010학년 법학전문대학원 입학모집요강을 발표하면서 여성만을 입학자격요건으로 하였다. 이에 청구인은 2009. 9. 8. 남성인 청구인의 평등권, 직업의 자유 및 교육을 받을 권리를 침해당하였다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 법학전문대학원은 교육기관으로서의 성격과 함께 법조인 양성이라는 국가의 책무를 일부 위임받은 직업교육기관으로서의 성격을 가지고 있기는 하나, 이화여자대학교는 사립대학으로서 국가기관이나 공법인, 국립대학교와 같은 공법상의 영조물에 해당하지 아니하고, 일반적으로 사립대학교 그 학생과의 관계는 사법상의 계약관계이므로 학교법인 이화학당을 공권력의 주체라거나 그 모집요강을 공권력의 행사라고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 모집요강은 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

2. 가. 교육부장관의 이 사건 인가처분은 학교법인 이화학당이 법학전문대학원 설치인가를 받기 위해 제출한 입학전형계획을 그대로 인정함으로써 남성인 청구인의 직업선택의 자유를 제한하고 있다. 그러나 한편으로 학교법인 이화학당은 헌법 제31조 제4항의 대학의 자율성의 주체인바, 학교법인 이화학당의 법학전문대학원 입학전형 계획은 학교법인 이화학당이 학생의 선발 및 입학 전형에 관하여 대학의 자율성을 행사한 것이고, 이 사건 인가처분은 이러한 대학의 자율성 행사를 보장하는 것이다. 따라서 이 사건 인가처분에 의하여 남성인 청구인의 직업선택의 자유와 사립대학의 자율성이라는 두 기본권이 충돌하게 된다.

나. 교육부장관은 2008년 전국 25개의 대학에 법학전문대학원 설치인가를

하면서 각 대학의 교육목표, 교육과정, 교원 등의 요소를 평가하여 설치인가 심사를 실시하였으며, 그 심사결과 이화여자대학교는 설치인가를 신청한 대학 전체 중 상위권을 차지하였다. 교육부장관이 이화여자대학교에 법학전문대학원 설치인가를 한 것은 대학의 교육역량에 대한 객관적인 평가에 따른 것이지 결코 여성 우대를 목적으로 한 것이 아니며, 설치인가를 하면서 이화여자대학교의 이 사건 모집요강 내용을 그대로 인정한 것은 여자대학으로서의 전통을 유지하려는 이화여자대학교의 대학의 자율성을 보장하고자 한 것이다. 따라서 이 사건 인가처분은 그 목적의 정당성이 인정되고, 이 사건 인가처분은 위 목적을 달성하기에 적합한 수단으로 보인다.

다. 학교법인 이화학당은 국내 최초의 여성 고등교육기관으로서 120년 이상 여자 사립대학의 전통을 유지하여 왔으며, 이화여자대학교의 정체성의 핵심은 ‘여성 고등교육기관’이라는 점이고, 교육목표의 핵심은 여성지도자 양성에 있다. 따라서 이화여자대학교가 여자대학교로서의 정체성을 유지할 것인지 여부는 사립대학인 이화여자대학교의 자율성의 본질적인 부분에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이화여자대학교 법학전문대학원의 입학지원 자격에서 여성이라는 조건을 삭제하여 남성도 학생으로 받아들일도록 하거나 혹은 여자대학으로서의 전통을 감안하여 일정비율의 여성 할당을 주는 방법을 선택하였다면 남성 지원자의 직업선택의 자유를 제한하는 정도가 보다 완화될 수 있을 것이나, 이는 곧 이화여대의 정체성을 훼손시키는 것이 될 것이므로 선불리 대안으로 삼기 어려운 방법이다.

라. 한편 여자대학이 아닌 다른 법학전문대학원의 경우에도 여학생의 비율이 평균적으로 40%에 육박하고 있는 점으로 미루어 볼 때, 실제로 이화여자대학교 법학전문대학원이 여성과 남성을 차별없이 모집하였을 경우를 상정하더라도 청구인이 이 사건 인가처분으로 받는 직업선택의 자유의 제한 정도가 어느 정도인지는 산술적으로 명확하게 계산하기는 어렵지만, 청구인이 주장하는 2000분의 100에는 미치지 못할 것으로 보이고, 청구인은 이화여자대학교 이외에 전국의 24개 다른 법학전문대학원, 총 1900명의 입학정원에 지원할 수 있고, 입학하여 소정의 교육을 마친 후 변호사시험을 통해 법조인이 될 수 있는 충분한 가능성이 있으므로 이 사건 인가처분으로 청구

인이 받는 불이익이 과도하게 크다고 보기는 어렵다.

3. ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 제38조의 문언상, 교육부장관의 시정명령은 재량행위임이 분명하고, 헌법 규정이나 헌법 해석상 교육부장관에게 학교법인 이화학당의 법학전문대학원 모집요강과 관련하여 같은 법 제38조에 의한 시정명령을 할 의무가 있다고 보이지 아니한다. 따라서 이 사건 부작위에 대한 심판청구는 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 인정되는 공권력의 불행사를 대상으로 한 것이 아니므로 부적법하다.

재판관 이진성, 재판관 조용호의 일부 반대의견

청구인이 이 사건 인가처분에 대하여 다투고자 하는 점은 청구인이 ‘이화여자대학교 법학전문대학원’이라는 특정 학교의 입학이 불가능해졌다는 점이지 아니고, 청구인과 같은 남성의 경우 입학 가능한 총 정원이 이화여대 법학전문대학원의 입학 정원 100명을 제외한 1900명으로 사실상 줄어드는 효과가 발생하여 법학전문대학원에 합격할 가능성이 낮아졌다는 점이다. 그렇다고 하더라도 이 사건 인가처분에 의하여 청구인의 법학전문대학원의 진학 기회 자체가 봉쇄되었다고 볼 수 없고, 총 정원이 증가되지 않은 상태에서 청구인이 지원할 수 있는 학교가 줄어들고 산술적으로 청구인의 합격가능성이 낮아진 것은 사실이나, 이것이 청구인의 법학전문대학원의 입학가능성에 직접적인 영향을 미친다고 단정할 수는 없다. 청구인의 합격가능성에 영향을 미치는 요소는 기본적으로 법학적성시험(LEET) 성적, 학부 성적, 면접 점수 등 다양하기 때문에 남성이 입학가능한 법학전문대학원 총 정원이 여성의 경우보다 적다는 점은 결정적 요소라 할 수 없다. 따라서 청구인의 불이익은 사실상의 불이익에 불과할 뿐이고, 이 사건 인가처분으로 청구인의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우라고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 인가처분에 대한 심판청구는 자기관련성을 결여하여 부적법하므로, 결국 이 사건 심판청구 전부를 각하하여야 할 것이다.

【해 설】

1. 이 사건 모집요강에 대한 심판청구

가. 공권력 행사성

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 헌법소원의 대상이 되는 행위는 국가기관의 공권력작용에 속하여야 한다. 여기서의 국가기관은 입법·행정·사법 등의 모든 기관을 포함하며, 간접적인 국가행정, 예를 들어 공법상의 사단, 재단 등의 공법인, 국립대학교(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 667-668 참조)와 같은 영조물 등의 작용도 헌법소원의 대상이 된다고 할 것이다.

이화여자대학 법학전문대학원의 이 사건 모집요강이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 볼 수 있느냐 하는 점은, 사립학교법인인 학교법인 이화학당을 공권력의 주체로 볼 수 있느냐 하는 문제와 직결된다.

먼저, 학교법인 이화학당은 국가기관이나 공법인, 국립대학교와 같은 공법상의 영조물에 해당하지 아니한다. 그럼에도 불구하고 학교법인 이화학당을 공권력의 주체로 인정하기 위하여는 이른바 공무수탁사인 이론의 적용을 생각해 볼 수 있다.¹⁾

나. 공무수탁사인 이론

공무수탁사인(Beliehene)은 특정한 공적업무를 자신의 이름으로 수행하도록 공적권한을 위탁받은 사인(개인 또는 사법상의 법인)으로서, 국가나 공공단체로부터 권한을 위임받은 한도에서 행정주체의 지위에 선다는 것이 통설적 견해이다.

1) 한편, 미국 연방대법원의 국가행위이론(국가의제이론)의 적용도 가능하다. 국가행위이론에서 사인의 행위를 국가의 행위로 의제하기 위한 심사기준으로는 공적기능이론, 공동참여이론, 긴밀관련성이론, 강제 및 조장이론 등이 논해지고 있다. 이 중 이 사건 인가처분과 관련 있는 것은 국가의 강제 및 조장이론인데, 이에 의하더라도 국가가 사립대학으로 하여금 법학전문대학원을 설립하도록 인가해준 것만으로 국가행위에 해당한다고 보기는 무리가 있다. 그러나 국가의제이론은 미국 연방대법원도 아직 정확한 공식을 유효화하거나 명확한 분석을 내리지 못하고 있으며, 우리나라의 법원이나 헌법재판소 역시 이를 받아들이지 아니하고 있다.

공무수탁사인에 해당하기 위해서는 ① 사인에게 ② 법률 또는 그에 근거한 법규명령에 의하여 ③ 공무의 위탁이 있어야 하며(국가적 사무의 수행 및 여기에 수반하는 공권력행사의 권한위임- 절충설),²⁾ ④ 수탁자는 위임받은 권한을 ‘자신의 이름으로’ 독립적으로 행사하여야 한다.

공무수탁사인의 지위가 인정되면 공무수탁사인은 위탁행정주체에 대하여 위탁수수료, 비용상환, 보조금 등의 청구권을 가지고³⁾, 위탁행정주체는 공무수탁사인에 대한 포괄적 감독권(적법성 및 타당성 감독)을 행사한다. 또한 공무수탁사인은 국민과의 관계에서 공무수탁사인이 외부적으로 행정권한을 행사하는 한 그 권한의 범위 내에서 상대방에 대하여 행정주체로서 취급된다. 공무수탁사인은 자신의 권한범위 내에서 행정처분을 발하거나 수수료를 징수하는 등 고권적인 행위를 할 수 있는데, 이 과정에서 행정청과 마찬가지로 행정절차법, 행정심판법, 행정소송법, 국가배상법의 적용을 받는다.⁴⁾

다. 이 사건 사립대학 법학전문대학원의 경우

(1) 법학전문대학원의 성격

헌법재판소는, 법학전문대학원 설치인가 사건에서 “법학전문대학원은 교육기관으로서의 성격과 함께 법조인 양성이라는 국가의 책무를 일부 위임받은 직업교육기관 및 자격부여기관으로서의 성격을 함께 가지고 있다. 법학전문대학원의 설치에 있어서, ① 일정한 기준이 충족되면 법학전문대학원을 설치할 수 있도록 하는 준칙주의와, ② 일정한 기준을 충족시킨 경우에도 별

- 2) 위임의 대상이 되는 ‘공무’의 의미에 대해 독일에서는 학설의 대립이 있다. 공무수탁사인의 본질을 사인에게 ‘국가의 임무(staatliche Aufgaben)’를 부여한 것으로 보는 임무설, 사인에게 ‘고권적 권한(hoheitliche Befugnisse)’을 수탁한 것이라고 보는 법적지위설, 양 설을 절충하여 공무위탁은 ‘국가적 사무의 수행 및 여기에 수반하는 공권력행사의 권한위임’이라는 절충설이 있다. 독일에서는 공무수탁사인의 행정주체성을 인정하는 전제에서 법적지위설 및 절충설이 다수의 지지를 받고 있는 것으로 보인다.¹⁾ 우리나라에서도 위임의 본질을 논하는 학자들 대부분이 법적지위설 또는 절충설에 따라 공무수탁사인의 개념을 정의하고 있다.
- 3) 수탁자에게 이용자에 대한 비용징수권한을 부여하는 것으로 대체하기도 한다.
- 4) 행정절차법 제2조 제1호, 행정심판법 제2조 제4호, 행정소송법 제2조 제2항, 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제2조의2, 민원사무처리에 관한 법률 제3조 제2항, 한편, 2009. 10. 21. 개정된 국가배상법 제2조 제1항은 “공무원 또는 공무를 위탁받은 사인”을 공무를 집행하는 자로 보고 있다.

도의 적합성 심사를 통해 행정청이 그 설치 여부를 결정하는 인가주의가 고려될 수 있다. 그러나 법학전문대학원이 교육기관으로서의 성격과 함께 국가로부터 법조인 양성의 책무를 위임받은 기관으로서의 성격을 함께 가지고 있다는 점과, 충실한 법학교육과 수준 높은 법조인의 양성을 위하여는 교수진과 장학금제도 등 인적·물적 여건의 확충과 깊이 있는 교육과정의 정비가 필요하다는 전제 아래, 이를 위한 적절한 준비가 되어 있는지 여부를 엄격하게 심사한 후 인가를 부여한 경우에 한하여 그 설치를 허용하는 인가주의가 채택되었다. 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제5조 제2항, 제6조 제1항의 인가는 실제로는 ‘법률상 요건을 충족시킨 대학 중에서 한정된 수에 대해서만 법학전문대학원을 설치·운영할 수 있는 권리를 설정해 주는 특허’로서 기능하게 한다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌마370, 판례집 21-1 상, 292, 305-307.)”고 판시하였다.

또한 헌법재판소는 “국가로부터 법조인력의 양성이라는 책무를 위임받은 기관으로서의 법학전문대학원의 성격을 고려해 볼 때, 법학전문대학원의 설치 및 운영에 대한 국가의 개입은 불가피하다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌마 370, 판례집 21-1 상, 292, 309.)”고 보았다.

(2) 학설

학설은 공교육을 실시하는 사립학교(사립학교법) 및 학위를 수여하는 사립대학(고등교육법 제35조),⁵⁾ 교원자격검증과 교원자격증의 수여·재교부 등의 권한을 위탁받은 사립대학교 등 각종 학교장⁶⁾의 경우 공무수탁사인으로 들고 있다. 사립대학을 공무수탁사인으로 보는 다수의 학설에 따르더라도 사립대학의 학위수여행위만을 고등교육법 제35조가 규정하는 학위수여권한

5) 정하중, 행정법개론, 2009. 제3판, 법문사, 840면; 박균성, 행정법강의, 2009, 제6판, 박영사, 73면; 김민호, 행정주체로서의 공무수탁사인, 현대 공법이론의 제문제, 석종현 교수 화갑기념논문집, 489면; 석종현, 송동수, 일반행정법(상), 제12판, 삼영사, 2009, 89면; 정형근 공행정을 수행하는 사인의 법적 지위, 경희법학 제45권 제2호, 2010, 165면. 종래의 통설은 독일과 마찬가지로 학위수여관계에서의 사립대학의 지위를 특허기업(공무수탁기업)으로 보았다. 김도장, 일반행정법론(하), 1992, 289면

6) 박해식, 한국증권업협회가 한 등록취소결정을 다투는 소송방법, 민사재판의 제문제 제11권, 한국사법행정학회, 2002, 1001면

의 위탁에 의한 공권력의 행사라고 보지만⁷⁾, 더 나아가 학위수여와 관련된 입학, 졸업에 관한 결정까지 공권력의 행사로 보는 입장도 있다.⁸⁾

사립대학을 공무수탁사인으로 보는 입장에 따르면, 이 사건과 같은 법학전문대학원은 법조인 양성이란 점에서 일반 대학보다 공적업무의 성격이 더욱 두드러지므로, 법학전문대학원의 학위수여행위 및 이에 따른 입학·졸업에 관한 행위는 공권력의 행사로 볼 수 있을 것이다. 따라서 이 사건에서 문제된 모집요강 역시 입학에 관한 행위로서 공권력의 행사로 볼 수 있다.

(3) 판례

판례는 사립대학의 공무수탁사인 여부를 명확히 판시한 바는 없지만, 사립대학의 재학관계는 대체로 사법상의 법률관계로 파악하고 있다.⁹⁾

헌법재판소는 지정재판부의 결정에서 사립대학의 학칙은 헌법소원의 대상인 공권력 행사에 해당하지 않는다고 판단한 바 있고(헌법재판소 2000. 10. 11, 2000헌마595),¹⁰⁾ 법원도 하급심 판결에서, 사립대학의 불합격처분의 취소를 구하는 행정소송에서, 사립학교는 행정처분권한을 가진 기관이 아니라고 보아 각하하거나(서울행정법원 2007. 7. 26. 선고 2007구합14572),¹¹⁾ 사립학교

7) 김기진, 공무수탁사인에 관한 연구, 법학연구, 제15권 제4호. 연세대학교 법학연구소, 2005. 12.

8) 홍준형, 사인에 의한 행정입부의 수행, 공법연구, 제39집 제2호, 한국공법학회, 2010, 637-638면.

9) 사립대학의 학위수여거부행위(대법원 1998. 11. 10. 선고 96다37268 판결), 사립대학의 입학취소(대법원 2006. 7. 4. 선고 2006다23817) 모두 민사소송으로 다루게 된다.

10) 『조선대학교는 국·공립대학이 아니라 학교법인 조선대학교가 경영하는 사립대학인바, 일반적으로, 학교법인이 운영하는 사립대학과 그 학생과의 관계는 사법상의 계약관계이고, 사립대학이 학칙을 제정하는 것도 사법적인 행위라 할 것이므로 이를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수는 없다.』(헌법재판소 2000. 10. 11, 2000헌마595)

11) 『피고는 고등교육법 제3조 소정의 사립학교에 해당하고, 피고의 대표자인 총장은 피고의 장(長)으로서 위 법 제34조 제1항에 의하여 제33조 제1항의 규정에 의한 자격이 있는 자 중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 입학을 허가할 학생을 선발하는 업무를 담당한다. 그런데, 피고의 입학허가는 사법(私法)상 계약인 재학계약의 성립요건인 승낙에 해당하고, 피고의 입학불허가는 재학계약에 있어서의 청약에 대한 거절에 불과할 뿐, ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’에 해당하지

의 입시요강은 사립학교측과 학생사이의 ‘재학계약’상 법률관계를 형성하기 위한 방법, 조건 등을 정한 것이라고 본 바 있다(부산고법 2007. 7. 31.선고 2006라304).¹²⁾

라. 본 결정의 요지

『법학전문대학원은 교육기관으로서의 성격과 함께 법조인 양성이라는 국가의 책무를 일부 위임받은 직업교육기관으로서의 성격을 가지고 있기는 하나, 이화여자대학교는 사립대학으로서 국가기관이나 공법인, 국립대학교와 같은 공법상의 영조물에 해당하지 아니하고, 일반적으로 사립대학과 그 학생과의 관계는 사법상의 계약관계이므로 학교법인 이화학당을 공권력의 주체라거나 그 모집요강은 공권력의 행사라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 모집요강은 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.』

마. 해설

(1) 사립대학교 법학전문대학원은 ① 사법인으로서 ② ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 및 인가에 따라 ③ 법조인 양성이라는 국가의 책무(위 현재 2008헌마370 결정 참조)와 학위수여권한을 위탁받아 ④ 자신의 이름으로 독립적으로 행사할 수 있다. 이때 ‘법조인 양성’을 국가적 사무(또는

아니하고, 피고는 재학계약의 체결과 관련하여 학생선발업무를 담당하는 사립학교이지, ‘국가 또는 공공단체의 기관으로서 국가나 공공단체의 의견을 결정하여 외부에 표시할 수 있는 권한’, 즉 행정처분권한을 가진 기관에 해당하지 아니한다.』 (서울행정법원 2007. 7. 26.선고 2007구합14572)

12) 『대학 입학지원자의 선발시험에서의 합격·불합격 판정 또는 입학 자격, 선발 방법 등은 해당 교육기관이 관계 법령이나 학칙 등의 범위 내에서 교육목적을 달성하기 위하여 필요한 인격, 자질, 학력, 지식 등을 종합 고려하여 자유로이 정할 수 있는 재량행위이지만, 한편 사립학교측이 학생모집을 위해 공고한 입시요강은 사립학교측과 학생 사이에 형성된 재학계약상의 법률관계를 형성하기 위한 방법, 요령, 조건 등을 정하는 것으로서, 입학시험에 응시하고자 하는 사람들은 공고된 입시요강에 따라 그에 맞는 필요한 준비를 거쳐 입학시험에 응시할 수밖에 없어, 공고된 입시요강에서 정한 내용에 따른 공정한 사정절차를 거쳐 합격 여부가 결정될 것이라는 응시자들의 신뢰는 법적으로 보호받아야 할 이익이므로, 그 사정절차에서 입시요강에서 규정한 내용을 부당하게 차별적으로 적용하는 것은 객관적 정당성을 상실한 경우로서 위법하다.』 (부산고법 2007. 7. 31.선고 2006라304)

국가의 임무)로 볼 수 있으나, 학위수여행위를 고권적 권한으로 볼 수 있는가에 따라 법학전문대학원을 공무수탁사인으로 인정할 수 있는지 여부가 달라질 수 있다고 본다.

(2) 한편으로는 i) 기존의 사법시험 및 사법연수원 제도가 전적으로 국가의 영역에서 운영되어 왔다는 점, ii) 국가가 법학전문대학원의 총 정원 및 개별 법학전문대학원의 모집정원을 관리하고 법학전문대학원의 인가권을 갖고 있다는 점, iii) 법학전문대학원의 석사학위수여행위는 단순히 법학에 관한 학위수여에 그치지 않고, 변호사시험법 제5조 제1항 전단¹³⁾의 규정과 결합하여 변호사시험 응시자격의 부여라는 직접적인 공법상의 외부효과를 발생시키는 고권적 행위로 볼 수 있다는 점을 논거로 법학전문대학원을 공무수탁사인으로 볼 수도 있다.

(3) 그러나 무엇이 국가의 임무인가에 대해서는 독일의 학설이나 우리나라의 학설에서도 구체적인 요건이나 기준이 제시되어 있지 않으며, 법조인양성제도가 국가의 임무라고 보는 것이 그 자체로 당연한 것은 아니다. 또한 기존 사법연수원 제도를 국가의 임무영역에 속한다고 보더라도 법학전문대학원에 대해서도 반드시 동일한 결론이 도출된다고는 볼 수 없다.

사법연수원 제도와 법학전문대학원은 다음과 같은 차이가 있다.

먼저 사법연수생은 공무원의 신분인 반면(법원조직법 제72조) 법학전문대학원의 학생은 그렇지 않다. 교육과정의 면에서도 사법연수원은 주로 법관과 검사 양성을 위한 교육과정을 위주로 하지만 법학전문대학원은 변호사 양성을 목적으로 한 교육기관이라는 점이 다르고, 실제로 (법학전문대학원제도 도입 이전의) 사법연수원 출신이 법관과 검사로 임용되는 비율과 법학전문대학원 출신이 법관과 검사로 임용되는 비율도 차이가 있다.

특히 과거에는 사법시험 합격 인원이 매우 적어 사법연수원 수료자 대부

13) 변호사시험법 제5조 (응시자격) ① 시험에 응시하려는 사람은 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득하여야 한다. 다만, 제8조 제1항의 법조윤리시험은 대통령령으로 정하는 바에 따라 법학전문대학원의 석사학위를 취득하기 전이라도 응시할 수 있다.

분이 판사나 검사로 임용되었으나, 1981년 사법시험 합격자 수가 300명 선으로 증원되고 1996년 이후 점차 증원되어 2002년부터는 1,000명 수준으로 늘어났으며, 이에 따라 사법연수원 수료자 중 매우 낮은 비율의 사람만 판사로 임용되었다. 이러한 사정 변경으로 최근 10여 년 사이에 사법시험 합격과 사법연수원 수료가 더 이상 판사나 검사의 임용을 위한 것이라고 보기 어렵게 되었고(헌재 2012. 11. 29. 2011헌마786 등 참조), 과거 법조공무원 양성을 주된 목적으로 하던 사법연수원의 역할에 근본적인 회의도 제기되었다. 즉 연수원 수료생의 70%이상이 법관이나 검사가 아닌 변호사로 활동하는 현재의 상황에서 아직도 국민의 세금으로 이들을 교육할 필요가 있는가 하는 문제가 제기되었고,¹⁴⁾ 이러한 주장은 일정 부분 법학전문대학원 제도 도입에 힘을 실어 주었다. 이는 오히려 법학전문대학원에서 담당하고 있는 변호사 양성교육을 국가의 임무로 볼 수 없다는 논거로 볼 수 있을 것이다.

(4) 그리고 법학전문대학원을 공무수탁사인으로 인정한다면, 의과대학이나 약대학과 같이 국가가 대학별로 입학정원을 제한하고 국가시험을 치를 수 있는 자격을 관련학과의 졸업생으로 한정하는 경우¹⁵⁾도 관련학과를 설치한 사립대학이 공무수탁사인의 범주에 포섭되게 되고, 이는 공무수탁사인의 범위를 지나치게 확대하게 된다는 문제점이 있다. 더 나아가 독일의 학설과 우리나라 다수설과 같이 학사학위를 수여하는 사립대학 전부에 대하여 공무수

14) 『과거의 사법연수원은 판·검사로 임용될 사람을 교육하는 기관이었고, 공무원으로 임용될 혹은 임용된 사람을 위한 교육기관은 당연히 국민의 세금으로 운영되어야 한다. 그러나 연수원 졸업생의 70%이상이 판·검사가 아닌 변호사로 활동하는 현재의 상황에서 아직도 국민의 세금으로 이들을 교육한다는 것은 시대착오적인 생각이다. 국민의 생명과 신체에 직접적인 영향을 주는 의사도 자신의 비용으로 교육을 받고 있는데, 변호사를 교육시키기 위하여 국민의 세금이 사용되어야 할 이유는 없다. 따라서 사법연수원의 교육내실화를 통한 경쟁력 향상은 한계에 도달한 것이며 법학전문대학원 설립을 통한 법학교육의 내실화만이 유일한 대안이라고 생각한다.』 박민, 법학전문대학원 도입의 필요성과 주요 쟁점 : 로스쿨과 중등교육의 관계, 교육내용과 교육방법 등을 중심으로, 공법학연구, 제7집 제3권, 2006, 459면

15) 고등교육법 시행령 제28조 제3항 제2호는 교육과학기술부장관이 의과대학 등의 입학정원을 정하도록 하고, 의료법 제5조 제1항은 국가시험 응시자격을 관련학과의 학위 취득자 등으로 제한하고 있다.

탁사인의 지위를 인정하게 되면, 여학생에게만 지원 자격을 인정하는 사립 여자대학교의 모집요강들 모두 이 사건과 같은 문제가 발생하게 된다.

(5) 특히 사립대학은 헌법 제31조 제4항에 의하여 대학의 자율성을 보장 받는데, 대학시설의 관리·운영만이 아니라 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 등, 판례집 10-2, 116, 144 참조).¹⁶⁾ 따라서 사립대학은 공권력 주체가 아닌 대학의 자율성이라는 기본권의 주체로서 학생 선발과 전형 역시 대학의 자율성이라는 기본권 행사의 일환으로 보는 것이 우리 헌법재판소의 입장이라고 볼 수 있다.

2. 이 사건 인가처분에 대한 심판청구 부분

가. 적법요건-기본권침해의 자기관련성

(1) 공권력의 행사로 인하여 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향이 미치지 않는다면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마260, 판례집 13-2, 415, 419).

또한 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에서 공권력의 작용의

16) 『헌법 제22조 제1항에서 규정한 학문의 자유 등의 보호는 개인의 인권으로서의 학문의 자유 뿐만 아니라 특히 대학에서 학문연구의 자유·연구활동의 자유·교수의 자유 등도 보장하는 취지이다. 이와 같은 대학에서의 학문의 자유에 대한 보장을 담보하기 위하여는 대학의 자율성이 보장되어야 한다. 헌법 제31조 제4항도 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데, 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이어야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 특히 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다.』 (헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 등, 판례집 10-2, 116, 144)

직접적인 상대방이 아닌 제3자라고 하더라도 공권력의 작용이 그 제3자의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있는 경우에는 그 제3자에게 자기 관련성이 있다고 할 것이고, 반대로 타인에 대한 공권력의 작용이 단지 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 제3자에게는 자기 관련성이 인정되지 않는다(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111).

(2) 법정의견 요지

『교육부장관의 이 사건 인가처분은 학교법인 이화학당에 대한 것으로서 청구인들은 이 사건 인가처분의 직접적인 상대방이 아니다. 그런데 ‘법학전문대학원의 설치·운영에 관한 법률’은 일반대학의 입학정원과 달리 국민에 대한 법률서비스의 원활한 제공 및 법조인의 수급상황 등 제반사정을 고려하여 교육부장관이 법학전문대학원의 총 입학정원을 정하도록 하는 이른바 ‘총 정원주의’를 규정하고 있다(제7조 제1항). 이와 같이 전체 법학전문대학원의 총 입학정원이 한정되어 있는 상태에서 이 사건 인가처분이 여성만이 진학할 수 있는 여자대학에 법학전문대학원 설치를 인가한 것은, 결국 청구인들과 같은 남성들이 진학할 수 있는 법학전문대학원의 정원이 여성에 비하여 적어지는 결과를 초래하여 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권을 침해할 가능성이 있으므로, 이 사건 인가처분의 직접적인 상대방이 아닌 제3자인 청구인들에게도 기본권 침해의 자기관련성이 인정된다.』

(3) 반대의견 요지

『청구인이 이 사건 인가처분에 대하여 다투고자 하는 점은 청구인이 ‘이화여자대학교 법학전문대학원’이라는 특정 학교의 입학이 불가능해졌다는 점이 아니고, 앞서 본 바와 같이 법학전문대학원의 총 입학 정원이 2000명으로 한정되어 있는 상황에서, 청구인과 같은 남성의 경우 입학 가능한 총 정원이 이화여자대학교 법학전문대학원의 입학정원 100명을 제외한 1900명으로 사실상 줄어드는 효과가 발생하여 법학전문대학원에 합격할 가능성이 낮아졌다는 점이다.

따라서 청구인의 불이익은 사실상의 불이익에 불과할 뿐이고, 이 사건 인

가치분으로 청구인의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우라고 볼 수 없다. 이 사건 인가처분에 대한 심판청구는 기본권침해의 자기관련성을 갖추지 못하여 부적법하다.』

(4) 해설

법정의견은 청구인들은 이 사건 인가처분의 상대방이 아닌 것은 사실이나, 이 사건 인가처분으로 인하여, 남성인 청구인들은 여성에 비하여 진학할 수 있는 법학전문대학원의 정원이 적어지게 되므로, 그 자체만으로도 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권 침해 가능성을 인정할 수 있고, 남성인 청구인들에게 자기관련성도 인정된다고 보았다. 법학전문대학원은 특히 총 정원의 취하고 있는데, 그 중 성별로 인하여 원시적으로 입학지원할 수 없는 학교가 존재한다면 단순히 입학가능성이 낮아지는 사실상의 불이익을 넘어 직업선택의 자유, 평등권의 침해가능성이 인정할 수 있다는 것이다.¹⁷⁾

나. 제한되는 기본권

청구인들은 평등권, 직업의 자유, 교육을 받을 권리를 침해당하였다고 주장하였다.

(1) 먼저 이 사건 인가처분으로 인하여, 남성인 청구인들은 진학할 수 있는 법학전문대학원의 정원이 적어지게 되므로, 청구인들의 직업선택의 자유

17) 헌법재판소는 법학전문대학원 입학정원에 타대학 출신 및 비법대 출신에 대하여 일정 비율이상을 할당하도록 규정한 법학전문대학원 설치법 제26조 제2항, 제3항에 대하여 법학전문대학원 진학예정자인 청구인들에 대한 기본권침해의 자기관련성을 인정하여 본안판단한 바 있다.

『그런데 법 제26조 제2항 및 제3항이 로스쿨에 입학하는 자들에 대하여 학사 전공별로, 그리고 출신 대학별로 로스쿨 입학정원의 비율을 각각 규정한 것은 변호사가 되기 위하여 필요한 전문지식을 습득할 수 있는 로스쿨에 입학하는 것을 제한하는 것이기 때문에 직업교육장 선택의 자유 내지 직업선택의 자유를 제한한다고 할 것이다. (중략)

이와 같이 법 제26조 제2항 및 제3항이 전공별로 그리고 출신대학별로 로스쿨의 입학정원을 3분의 1의 비율을 기준으로 제한하는 것은, 법학전공자와 비법학전공자, 그리고 로스쿨 설치 대학 지원자와 타 대학 출신 지원자를 구분하여 그 선발 인원에서 차등을 두고 있으므로, 비법학전공자에 비하여 법학전공자를, 그리고 타 대학 출신 지원자에 비하여 로스쿨 설치 대학 출신 지원자를 차별하고 있다고 볼 수 있다.』 (헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248, 259-262 참조)

특히 ‘직업교육장 선택의 자유’가 문제된다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248, 259 참조). 헌법재판소는 법학전문대학원 입학자 중 법학 외의 분야 및 당해 법학전문대학원이 설치된 대학 외의 대학에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 3분의 1 이상이 되도록 규정한 법학전문대학원 설치법 제26조 제2항 및 제3항에 대하여 청구인들의 직업선택의 자유 중 ‘직업교육장 선택의 자유’를 제한한다고 보았다.¹⁸⁾

(2) 청구인들은 평등권의 침해도 주장하였으나, 그러나 이 사건 인가처분은 남성에 대한 차별이나 여성에 대한 적극적 평등실현조치의 목적으로 이루어진 것이 아니었다.

법학전문대학원 선정에 있어 교육과학기술부가 가장 주안점을 두고 평가한 항목은 법학전문대학원 교육 및 운영 역량이었으며,¹⁹⁾ 그 외에 고려요소는 ‘지역간 균형’ 뿐이었다. 즉, 설치인가 심사에 있어 법학전문대학원 총 정원 중 남녀 성비율 균형, 또는 여성에 대한 적극적 평등 조치는 고려대상이 아니었다(이 점은 피청구인 교육과학기술부장관 측도 계속하여 주장하였던 바이다).

이화여대는 다른 대학과 마찬가지로 법학전문대학원 설치인가 심사기준에

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

그런데 법 제26조 제2항 및 제3항이 로스쿨에 입학하는 자들에 대하여 학사 전공별로, 그리고 출신 대학별로 로스쿨 입학정원의 비율을 각각 규정한 것은 변호사가 되기 위하여 필요한 전문지식을 습득할 수 있는 로스쿨에 입학하는 것을 제한하는 것이기 때문에 직업교육장 선택의 자유 내지 직업선택의 자유를 제한한다고 할 것이다.』 (헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248, 259)

19) 법학전문대학원 설치인가 심사기준은 교육목표(특성화 목표), 입학전형(사회적 취약계층 배려), 교육과정, 교원, 학생(사회적 취약계층 배려 여부, 최근 5년간 사법시험 합격자 수), 교육시설, 재정, 관련 학위과정, 대학경쟁력 등 9개 영역을 평가하도록 하였으며, 이 중 교육과정과 교원 부문에 전체 점수의 54%를 배점하여 이 부분을 특히 중요하게 평가하도록 하였다(이 사건 기록 중 2011. 8. 24.자 교과부장관의 추가답변서 중 4-7면 참조).

따라 인가신청을 한 전체 대학 가운데 5위를 차지하여 법학전문대학원 인가를 받고 정원을 배정받았다. 특히 인가신청 대학의 기존의 법과대학 사법시험합격율은 인가신청대학원 교육 및 운영 역량을 추정할 수 있는 수치로도 볼 수 있는데, 이화여대 법과대학은 최근 수년간 사법시험합격율에 있어 5-6위 정도를 꾸준히 유지하여 왔고, 그렇다면 전국에서 20개 대학(서울시내 12개 대학)에 법학전문대학원 설치인가를 내줌에 있어 이화여대가 포함된 것은 충분히 납득 가능하다. 즉, 교육과학기술부는 이 사건 인가처분을 함에 있어 남성에 대한 차별목적이 없었다고 볼 수 있고, 이화여대 역시 ‘여대’라는 이유로 인가를 받았다고 볼 수도 없다.

또한 법조계는 여성의 사회진출이 가장 활발한 분야 중 하나라는 점에서 (최근 사법시험 합격자 중 여성이 평균 40%에 달함), 여성에 대한 적극적 평등실현조치로서 이 사건 인가처분이 이루어졌다는 점은 쉽게 공감되지 아니한다.

따라서 이 사건 인가처분은 남성과 여성간의 차별을 목적으로 한 것이 아니며, 이 사건 인가처분으로 인하여 남성인 청구인들의 법학전문대학원 입학 가능성이 여성에 비해 다소 낮아진다고 하더라도 이는 뒤에서 보는 바와 같이 이화여대의 자율권 행사에 따른 반사적 불이익이며, 직업선택의 자유 제한에 따른 부수적 결과일 뿐이다. 따라서 이 사건에서는 청구인들의 직업선택의 자유 제한을 주된 쟁점으로 삼아 판단하여야 할 것이며, 평등권 문제는 직업선택의 자유와 함께 침해 여부를 판단하면 족하다.

(3) 청구인들은 교육받을 권리의 침해도 주장하였다.

헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있고, 그 ‘교육을 받을 권리’는 국가로부터 교육에 필요한 시설의 제공을 요구할 수 있는 권리 및 각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리를 국민의 기본권으로서 보장하면서, 한편, 국민 누구나 능력에 따라 균등한 교육을 받을 수 있게끔 노력해야 할 의무와 과제를 국가에게 부과하고 있는 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 18-19 등 참조).

그런데, ‘각자의 능력에 따라 교육시설에 입학하여 배울 수 있는 권리’의 대상인 국가의 교육시설은 그 물적, 인적 한계 등으로 말미암아 입학자격조건을 정하는 데 있어서 능력에 따른 차별이 가능한 영역으로서, 입법적 재량 범위가 넓은 영역이라고 할 것이다(헌재 2011. 6. 30. 2010헌마503, 판례집 23-1하, 534, 543). 또한 교육을 받을 권리는 국민이 국가에 대하여 직접 특정한 교육제도나 교육과정을 요구할 수 있는 것을 포함하지는 않는다(헌재 2005. 11. 24. 2003헌마173, 공보 제110호, 1234, 1237).

따라서 헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리에서 법학전문대학원 특히 사립법학전문대학원의 교육을 받을 권리가 당연히 도출된다고 보기 어려우므로 교육받을 권리의 침해 여부는 이 사건에서 크게 문제되지 아니하였다.

(4) 따라서 이 사건에서는 이 사건 인가처분이 청구인들의 직업선택의 자유(특히 직업교육장선택의 자유)를 침해하는지를 중심으로 판단하였다.

다. 이 사건에 대한 접근 방향- 기본권충돌의 문제

이 사건에 대하여는 ‘평등’, 특히 ‘성별에 따른 차별’의 문제로 보고 헌법 제11조 제1항 후문에 따라 특별히 금지하고 있는 영역이므로 비례원칙에 따른 엄격한 심사를 하여야 한다는 견해, 여성에 대한 적극적 평등실현조치의 일환으로 정당화 된다는 견해들이 제기되었었다. 그러나 이 사건 인가처분은 남성에 대한 차별이나 여성에 대한 적극적 평등실현조치의 목적으로 이루어진 것이 아님은 앞서 본 바와 같다.

즉, 이 사건 인가처분의 목적은 ‘여성 우대’가 아닌, ① 인가신청한 대학들에 대한 객관적인 교육 역량 평가(인가 심사기준)에 따라 인가를 부여하고, ② 이화여대에 대하여 사립여대로서의 대학의 자율성을 존중한 것으로 보아야 한다.

원래 대학의 입학전형은 대학의 자율성이 보장되는 영역이다.²⁰⁾ 그에 따

20) 『헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라

라 대학의 자율적 결정으로 여성만을 학생으로 선발하는 여자대학이 이 사건 이화여대 뿐만 아니라 다수 존재하고 있는 것이 현실이며, 반면 일부 여자대학들은 스스로의 선택으로(경쟁력 제고 등의 이유로) 여자대학으로의 존립을 포기하고 남녀공학으로 탈바꿈한 경우도 있다.

그런데 이제까지 일반 사립여대의 존재 자체에 대하여는 우리 사회가 당연히 받아들여 왔으나, 법학전문대학원의 경우는 총정원주의와 법학전문대학원의 졸업이 변호사시험의 자격요건이라는 점이 결합하면서 결과적으로 변호사라는 직업교육장 선택의 자유와 직결되어 결국 남성인 청구인들이 이러한 문제를 제기하기에 이르렀다.

즉, 이 사건은 사립대학의 대학의 자율성과 법학전문대학원에 진학하고자 하는 청구인들의 직업의 자유(직업교육장 선택의 자유)가 충돌하는 문제로 보아야 한다. 이때 국가는 교과부장관의 이화여대에 대한 ‘법학전문대학원 인가’라는 방식으로 개입하였는바, 양 기본권을 조화롭게 형량한 것인지를 판단하여야 한다.²¹⁾

는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제12항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다. 따라서 국립대학인 서울대학교는 다른 국가기관 내지 행정기관과는 달리 공권력의 행사자의 지위와 함께 기본권의 주체라는 점도 중요하게 다루어져야 한다. 여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발, 학생의 진행도 자율의 범위에 속해야 하고 따라서 입학시험제도도 자주적으로 마련될 수 있어야 한다.」(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4-1, 659, 670)

- 21) 서울대학교 입시요강에서 제2외국어에 일본어를 제외한 것에 대하여 일본어를 선택과목으로 선택한 고등학생이 평등권과 교육받을 권리 침해를 주장하였으나, 헌법재판소는 서울대학교가 학문의 자유와 대학의 자율권의 주체로서 적법한 자율권 행사의 결과 초래된 반사적 불이익이므로 부득이하다고 실시하였음(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4-1, 659, 672-673).

『그러나 이러한 불이익은 서울대학교가 학문의 자유와 대학의 자율권이라고 하는 기본권의 주체로서 자신의 주제적인 학문적 가치판단에 따른, 법률이 허용하는 범위 내에서의 적법한 자율권행사의 결과 초래된 반사적 불이익이어서 부득이한 일이다. 대학인에게 보장된 학문의 자유(강학의 자유)나 대학의 자율권도 교육의 기회균등 못지않게 중요하고 청구인들과 서울대학교와의 관계는 기본권 주체와 공권력 주체와의 관계 뿐만 아니라 아울러 기본권주체 상호간의 관계이기도 하기 때문이다.』

라. 기본권 충돌시 심사기준

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.

이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(규범조화적 해석) 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다(헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등, 판례집 17-2, 392, 401).²²⁾

이 사건은 사립대학의 자율성과 직업교육장 선택의 자유가 충돌하는 경우

22) 예컨대, ① ‘국민건강증진법 시행규칙’ 제7조 위헌확인 사건에서 흡연권과 혐연권의 관계처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권 우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있다고 보아서 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정된다고 판단한 바 있다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 판례집 16-2, 355, 361 참조). 또 ② ‘정기간행물의 등록 등에 관한 법률’ 제16조 제3항 등 위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 동법의 정정보도청구권(반론권)과 보도기관의 언론의 자유가 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 한다고 보고, 결국은 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적절한 비례를 유지하는 것인가의 관점에서 심사를 한 바 있다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 527-534 참조). ③ ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제81조 제2호 단서 위헌소원 사건에서는 이른바 유니언샵 조약(단체협약을 매개로 한 노동조합 조직강제)을 허용하는 것이 근로자의 단결선택권과 충돌하는 경우에 법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 하되, 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 제량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다고 보고, 제한 목적의 정당성과, 제한되는 기본권 상호간의 적정한 비례관계가 유지되는지를 기준으로 심사하였다(헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등, 판례집 17-2, 392, 402-404 참조). ④ 통신비밀보호법 사건에서 사생활의 비밀의 자유와 표현의 자유가 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 하므로, 과잉금지원칙에 따라서 이 사건 법률조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 대화의 비밀을 보호하는 정도 사이에 적정한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사한 바 있다(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42, 판례집 23-2상, 286).

로서, 기본권 서열이론이나 법익형량의 원리에 입각하여 어느 기본권이 더 상위 기본권이라고 단정지을 수 없다. 따라서 이 사건의 경우도 상충하는 기본권 모두가 최대한 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하여야 할 것이다.

마. 구체적 판단

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

앞서 본 바와 같이 이 사건 인가처분의 목적을 ① 객관적인 교육 역량 평가(인가 심사기준)에 따라 법학전문대학원의 인가를 부여하고, ② 사립‘여대’로서 존립하고자 하는 대학의 자율성을 존중하고자 하는 것으로 본다면 교과부장관의 인가처분에는 일응 목적의 정당성이 인정되고, 이러한 인가처분은 위 목적을 달성하기에 적합한 수단으로 볼 수 있다.

(2) 제한되는 기본권 상호간에 적정한 비례 유지

이화학당은 1886년 한국여성들에게 신교육의 기회를 열기 위하여 설립된 국내최초의 여성 고등교육기관으로서 120년 이상 여자 사립대학의 전통을 유지하여 왔고, 교육목적은 ‘국가와 인류사회의 발전에 공헌하는 세계 최고의 여성지도자 양성’에 두고 있다.

그렇다면 ‘여성 고등교육기관’이라는 것은 이화여대의 정체성(identity)이며, 이화여대의 교육이념의 핵심이다. 따라서 이화여자대학교가 여자대학교로서 정체성을 유지할 것인지, 남녀공학으로 전환할 것인지는 사립대학인 이화여대의 자율성의 본질적인 부분에 해당한다고도 볼 수 있다.

그런데 교과부장관이 법학전문대학원 설치인가를 함에 있어, 청구인들과 같은 남성지원자의 직업교육장 선택의 자유를 전혀 제한하지 않기 위해서는 두 가지 방법을 생각할 수 있다. 첫 번째는 이화여대 법학전문대학원이 남성도 학생으로 받아들일도록 하는 것인데(인가조건으로 남성도 받아들일도록 하는 방법) 이 방법은 이화여대의 정체성을 포기시키는 것이다. 가사 여자대학으로서의 전통을 감안하여 이화여대 법학전문대학원에 남성의 입학 자체

를 금지하는 대신, 일정비율의 여성 할당을 주는 방법 등을 고려해 볼 수 있으나, 이 역시 이화여대의 정체성을 훼손시키는 것임에는 다를 바 없다.

두 번째는 이화여대에 법학전문대학원 설치인가를 주지 않는 방법이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 이화여대는 법학전문대학원 설치인가 심사에서 신청대학 전체에서 5위를 차지하였는바, 이화여대를 법학전문대학원 설치인가에서 배제한다면, 법학전문대학원 설치인가 심사에 있어 인가신청 대학의 교육역량에 대한 객관적인 평가의 결과에 어긋나는 것이라고 볼 수 있다.

반면, 이 사건 인가처분으로 청구인들이 받는 불이익은 크지 않다.

비록 이 사건 인가처분으로 인하여 청구인들이 이화여대 법학전문대학원에 진학할 수 없다하더라도, 이화여대 법학전문대학원의 정원은 전체 법학전문대학원 정원 2000명 중 100명 즉, 5%에 불과고, 청구인들은 이화여대 이외에 전국의 24개 다른 법학전문대학원에 입학하여 소정의 교육을 마친 후 변호사시험을 통해 법조인이 될 수 있는 충분한 가능성이 있다.

또한 법학전문대학원은 결국 변호사시험의 응시자격으로서 의미를 갖는데, 변호사시험에 있어서는 여성할당제나 여성에 대한 어떠한 우대조치가 없고, 현재 변호사시험 합격률은 법무부가 법학전문대학원 정원(2000명) 대비 75% 정도로 유지하고 있다. 따라서 설사 이화여대에 대한 법학전문대학원 설치인가로 인하여 전체 법학전문대학원 정원 중 남녀 성비에 다소 왜곡이 생긴다하더라도 최종적으로 변호사시험을 통하여 (성별을 떠나) 객관적으로 실력을 갖춘 법조인을 충분히 검증하고 가려낼 수 있다.

바. 결론

따라서 학생의 선발, 입학의 전형도 사립대학의 자율성의 범위에 속한다는 점, 여성 고등교육기관이라는 이화여대의 정체성에 비추어 여대라는 정책의 유지 여부는 대학 자율성의 본질적인 부분에 속한다는 점, 이 사건 인가처분으로 인하여 청구인들이 받는 불이익이 크지 않고, 양질의 법조인 양성이라는 목표를 가진 법학전문대학원 제도가 훼손될 가능성은 낮다는 점 등을 고려하면, 이 사건 인가처분이 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 예비적 청구(이 사건 부작위 부분)

가. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사뿐 아니라 공권력의 불행사도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것이지만, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 320; 헌재 2005. 9. 29. 2003헌마343 등 참조).

나. 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제38조²³⁾에 의하면 교육과학기술부장관은 법학전문대학원의 일정한 범위반행위가 있을 경우 시정명령을 할 수 있도록 재량행위로 규정되어 있고, 헌법 규정이나 헌법 해석상 교육과학기술부장관에게 법 제38조에 의한 시정명령을 할 의무가 있다고 보이지 아니한다. 따라서 이 사건 행정부작위에 대한 심판청구는 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사를 대상으로 한 것이어서 부적법하다(헌재 2008. 9. 25. 2008헌마456, 판례집 20-2상, 647면 참조).²⁴⁾

23) 제38조 (시정명령) 교육과학기술부장관은 법학전문대학원이 설치된 대학 또는 당해 법학전문대학원이 제5조 제2항 및 제4항, 제7조 제3항, 제8조, 제16조, 제17조, 제18조 제1항부터 제3항까지, 제19조, 제20조, 제22조, 제23조, 제25조, 제27조 및 제32조를 위반하는 경우에는 일정한 기간을 정하여 법학전문대학원이 설치된 대학의 설립·경영자 또는 대학의 장에게 시정명령을 할 수 있다.

24) (헌재 2008. 9. 25. 2008헌마456, 판례집 20-2상, 647)
『헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사뿐 아니라 공권력의 불행사도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것이지만, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌마718, 판례집 16-1, 313, 320; 헌재 2005. 9. 29. 2003헌마343 등 참조).

그런데 이 사건에 있어서 고등교육법 제60조 제1항에 의하면, 교육과학기술부장관의 시정 또는 변경명령은 그 문언상 재량행위로 되어 있을 뿐 아니라, 헌법의 명문규정으로부터 혹은 헌법 해석상 피청구인 교육과학기술부 장관이 서울대학교의

4. 이 사건 결정의 의의

이 사건은 여성 대학교에 대한 남성의 입학이 문제된 첫 번째 사례이다.

이 사건에서 문제된 법학전문대학원은 변호사 자격 취득의 전제가 되는 직업교육의 장이라는 점, 전국 법학전문대학원의 총 정원을 국가가 관리하는 총정원주의를 취하고 있다는 점에서 사회적으로 더욱 관심을 끌게 되었다.

이 사건에 대하여는 남성에 대한 역차별의 문제, 혹은 여성에 대한 적극적인 평등실현조치의 문제로 바라보는 시선이 많았으나, 헌법재판소는 이화여자대학교가 사립대학으로서 대학의 자율성의 주체라는 점에서, 결국 이 사건을 청구인의 직업선택의 자유와 사립대학의 대학의 자율성이라는 기본권 충돌의 문제로 해결하였다.

2009학년도 대학 신입학생 입학전형(농·어촌특별전형 지원자격)과 관련하여 고등교육법 제60조에 규정된 시정명령 등을 할 의무가 있다고 보이지는 않는다. 따라서 이 사건 부작위에 대한 심판청구는 교육과학기술부 장관에게 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 인정되지 않는 공권력의 불행사를 대상으로 한 것이어서 부적법하다.』

의료법 제82조 제1항 위헌제청 등

- 시각장애인 안마사 자격인정 사건 -

(헌재 2013. 6. 27. 2011헌가39, 2012헌마608, 2013헌가3(병합),

판례집 25-1, 409)

서 세 인*

【판시사항】

1. 시각장애인에 한하여 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 한 의료법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것 및 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것) 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중” 부분이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

2. 안마사 자격인정을 받지 아니한 자는 안마시술소 또는 안마원을 개설할 수 없도록 한 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제82조 제3항 중 제33조 제2항 제1호를 준용하는 부분이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ① 의료법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되기 전의 것 및 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것) 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중” 부분(이하 ‘이 사건 자격조항’이라 통칭한다) 및 ② 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제82조 제3항 중 제33조 제2항 제1호를 준용하는 부분(이하 ‘이 사건 개설조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내

* 헌법연구관

용은 다음과 같다.¹⁾

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2011헌가39 및 2013헌가3

당해사건의 피고인들은 안마시술소 또는 한의원을 운영하는 사람들로, 자신들이 운영하는 안마시술소 및 한의원에 안마사 자격이 없는 사람들을 고용하여, 그들로 하여금 불특정 다수의 손님들을 상대로 안마를 하게 함으로써 안마시술소를 개설하거나(2011헌가39), 자신들의 업무에 관하여 안마사 자격 없이 영리를 목적으로 안마를 하였다(2013헌가3)는 범죄사실로, 약식명령을 발부받게 되자, 정식재판을 청구하였다. 위 소송 계속 중 당해사건 피고인들 중 일부가 의료법 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중” 부분에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 제청법원은 위 조항을 위헌이라고 볼 만한 상당한 이유가 있다며, 위 조항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 2012헌마608

청구인들은 비시각장애인으로 시·도지사로부터 안마사 자격인정을 받지 아니한 채, 안마시술소를 개설하여 운영하거나, 안마시술소에 종업원으로 근무하면서 안마업무를 하는 사람들이다. 청구인들은 ① 장애인복지법에 따른

1) 2013헌가3 사건의 당해사건 피고인들은 이외에 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제88조 중 “제82조 제1항에 따른 안마사 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마를 한 자” 부분에 대하여도 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 제청법원 역시 이 부분에 대하여도 위헌법률심판을 제청하였다. 그러나 “양벌규정에 면책조항이 추가되는 형식으로 법률이 개정된 경우에는 행위자에 대한 선임감독상의 과실이 없는 개인은 처벌의 대상에서 제외되므로 신법이 구법상의 구성요건 일부를 폐지한 것으로 볼 수 있고, 과실책임 규정인 신법은 무과실책임 규정인 구법에 비하여 전체적으로 보아 피고인에게 유리한 법 개정에 해당하므로, 당해 사건에는 신법이 적용되고, 따라서 개정 전의 양벌규정은 재판의 전제성이 인정되지 않는다.”는 것은 이미 확고하게 확립된 헌법재판소의 태도이고(헌재 2010. 9. 2. 2009헌가15등, 판례집 22-2상, 500, 519-520; 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마117, 판례집 23-2하, 587, 597 참조), 위 조항에 대한 심판청구 역시 이러한 이유로 각하되었으므로, 이 부분에 대해서는 본문에서 언급하지 않기로 한다.

시각장애인만이 안마사 자격인정을 받을 수 있다고 규정한 의료법 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중” 부분, ② 시·도지사로부터 안마사 자격인정을 받지 아니한 자가 안마시술소 또는 안마원을 개설할 수 없도록 규정한 의료법 제82조 제3항 중 제33조 제2항 제1호를 준용하는 부분이 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권, 근로의 권리와 행복추구권을 침해한다며, 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.²⁾

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 청구인의 주장요지

가. 제청법원의 위헌제청이유(2011헌가39 및 2013헌가3)

이 사건 자격조항은 객관적인 사유에 의하여 직업선택의 자유를 제한하고 있으므로, 이러한 제한이 정당화되기 위해서는 공공복리를 넘어 직업의 자유보다 훨씬 더 중요한 공공의 이익에 대한 명백하고 확실한 위험의 방지라는 목적이 인정되어야 하나, 현재 비시각장애인들에 대한 직업선택의 자유의 제한을 정당화할 명백하고 확실한 위험이 있다고 볼 수 없다. 또한, 이 사건 자격조항이 시각장애인의 생계를 실질적으로 보호하고, 자아실현의 기회를 보장한다고 보기 어려우며, 그와 같은 입법목적은 다른 방법을 통하여 충분히 달성할 수 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 자격조항은 안마사가 되고자 하는 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해한다. 나아가 이 사건 자격조항은 안마서비스를 이용하는 일반소비자의 선택권 및 헌법 제10조에서 파생되는 자기결정권을 침해한다.

-
- 2) ① 청구인들은 이외에도, 의료법 제82조 제1항에 대한 처벌조항인 의료법 제88조 중 “제82조 제1항에 따른 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마를 한 자” 부분의 위헌확인을 구하였으나, 자격인정을 받지 아니한 채 안마를 한 사람에 대하여 비형벌적 제재가 아닌 ‘형벌’의 제재를 규정한 것이 헌법에 위반된다거나 의료법 제88조가 정하고 있는 법정형이 책임과 형벌 간에 비례원칙에 위반된다는 등 처벌조항인 위 의료법 제88조의 위헌성에 대해서는 전혀 주장하는 바가 없다는 이유로 이 부분은 심판의 대상에서 제외되었다.
- ② 또한, 일부 청구인들의 심판청구는 안마시술소 등을 개설하여 운영을 시작한 날부터 1년이 도과되었다거나, 심판대상조항들에 의하여 기본권침해의 사유가 발생하였음을 안 날부터 1년이 도과하였다는 이유로 각하되었다.

나. 청구인들의 주장 요지

(1) 이 사건 자격조항은 객관적 사유에 의하여 안마사가 되고자 하는 비시각장애인들의 직업의 자유를 제한하는 것으로, 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 직업선택의 자유, 행복추구권, 근로의 권리 및 평등권을 침해한다.

(2) 이 사건 개설조항은 비시각장애인이 안마업을 영위할 수 있는 가능성을 봉쇄할 뿐만 아니라, 자본이 열악할 수밖에 없는 시각장애인 안마사들이 외부자본의 도움을 받을 수 있는 가능성을 막는 것으로, 비시각장애인인 청구인들의 직업의 자유, 행복추구권 및 평등권을 침해하는 것이다.

【결정요지】

1. 이 사건 자격조항은 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 것인바, 신체장애자 보호에 대한 헌법적 요청에 의하여 시각장애인의 생계, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다. 시각장애인의 생존권 보장을 위한 불가피한 선택에 해당하는 점, 이에 반하여 일반국민은 안마업 외에도 선택할 수 있는 직업이 많다는 점 등을 고려하면 이 사건 자격조항이 최소침해성원칙에 반한다고 할 수 없다. 또한, 시각장애인 안마사제도는 생활전반에 걸쳐 시각장애인에게 가해진 유·무형의 사회적 차별을 보상해 주고 실질적인 평등을 이룰 수 있는 수단이며, 이 사건 자격조항은 시각장애인과 비시각장애인을 둘러싼 여러 상황을 적절하게 형량한 것으로서 법익 불균형이 발생한다고 할 수 없으므로, 이 사건 자격조항이 비시각장애인을 시각장애인에 비하여 비례의 원칙에 반하여 차별하는 것이라고 할 수 없을 뿐 아니라, 비시각장애인의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다고 보기도 어렵다.

2. 이 사건 개설조항은 무자격자의 안마시술소 개설로 발생할 수 있는 국민 건강상의 위험을 방지하고, 시각장애인의 생계보호 및 자아실현의 기회부여라는 시각장애인 안마사 제도의 목적을 보다 효과적으로 실현하고자 안마시술소 개설에 관한 독점권을 시각장애인에게 인정하는 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이 되며, 위와 같은 입법목적 달성을 위하여 달

리 덜 침익적인 수단을 찾기 어려운 점에서 이 사건 개설조항이 최소침해성 원칙에 반한다고 할 수 없다. 시각장애인 안마시술소 개설 독점제도는 생활 전반에 걸쳐 시각장애인에게 가해진 유·무형의 사회적 차별을 보상해 주고 실질적인 평등을 이룰 수 있는 수단이며, 이 사건 개설조항으로 인해 얻게 되는 시각장애인의 생존권 등 공익과 그로 인해 잃게 되는 일반국민의 직업선택의 자유 등 사익을 비교해 보더라도, 공익과 사익 사이에 법익 불균형이 발생한다고 할 수 없으므로, 이 사건 개설조항이 비시각장애인을 시각장애인에 비하여 비례의 원칙에 반하여 차별하는 것이라고 할 수 없을 뿐 아니라, 비시각장애인의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다고 보기도 어렵다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

가. 이 사건 자격조항과 실질적으로 동일한 구 의료법상 안마사자격조항이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부가 문제된 사건에서 헌법재판소는 이미 두 차례에 걸쳐 합헌결정을 한 바가 있었으므로(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1106-1109; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마664등, 판례집 22-2상, 427, 439-440 참조), 이 사건 자격조항과 관련된 쟁점은 선례를 변경할 필요성이 있는지 여부이다. 다만, 2012헌마608 사건의 청구인들이 직업선택의 자유 이외에 자신들의 행복추구권 및 근로의 권리 침해를 주장하고, 제청법원들은 이 사건 자격조항이 일반 소비자의 행복추구권을 침해한다고 보고 있으므로, 이러한 기본권들에 대한 검토 역시 필요하다.

나. 이 사건 개설조항으로 인하여 비시각장애인은 직접 영리 목적의 안마 행위를 할 수 없을 뿐만 아니라, 안마시술소 등을 직접 개설하여 운영할 수도 없다. 이와 관련하여서는, 이 사건 개설조항 자체의 위헌성, 즉 비시각장애인이 직접 안마사 자격인정을 받아 안마를 하는 것에 대한 금지를 수인하더라도, 안마시술소 등을 개설조차 할 수 없도록 하는 것이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

2. 시각장애인 안마사 제도의 입법연혁 및 외국의 입법례

가. 시각장애인 안마사 제도의 입법연혁

(1) 1912. 3. 27. 조선총독부가 제생원 관제(칙령 제43호)에 의하여 경성제생원(국립서울맹학교의 전신으로 시각장애인에게 침구술과 안마술 교육을 실시한 기관)을 설립하면서 처음으로 제도화된 시각장애인 안마사제도는 도입 이후 법률의 개정 에 따라 조금씩 변화되기는 하였으나, 「안마사=시각장애인」이라는 기본 틀은 큰 변함없이 지금까지 이어져 오고 있다.

(2) 시각장애인에게만 안마사 자격을 부여하는 시각장애인 안마사 제도의 합헌성에 대하여 본격적으로 논의가 시작된 것은, 1987. 11. 28. 법률 제3948호로 의료법이 개정되어 법률에서 시각장애인 안마사 자격부여에 관한 근거 규정이 사라진 이후부터이다. 1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정된 의료법에서는 시각장애인에 대해 안마사 자격을 인정할 수 있다는 구법 조항의 내용을 삭제하였다. 당시 개정의 취지는 제61조 제3항을 제4항으로 하고 제3항을 신설함으로써,³⁾ 필요한 조문을 준용·보완하기 위한 것이었는데, 제3항을 신설하면서 시각장애인에 대한 안마사 자격인정을 규정하고 있던 제61조 제1항에도 손을 대어 시각장애인 안마사자격 부여에 관한 법률 수준의 근거 규정을 삭제한 것이다.

결국 안마사의 자격인정은 시행규칙에 위임되었고, 1989. 2. 28. 개정된 보건사회부령 제827호 안마사에관한규칙 제3조 제1항은 종래 규칙과 마찬가지로 ‘앞을 보지 못하는 사람에게만’ 안마사 자격을 인정하도록 하였고,⁴⁾ 이러

3) 이 개정을 통해 의료법 제61조는 다음과 같이 정비되었다.

의료법 제61조(안마사) ① 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.

② 제1항의 안마사는 제25조의 규정에 불구하고 안마업무에 종사할 수 있다.

③ 이 법 중 제8조 제1항, 제23조, 제26조 내지 제29조, 제30조 제2항제1호·제3항·제6항, 제32조, 제33조, 제48조 제1항, 제49조, 제50조(제32조의 규정에 위반한 경우에 한한다) 제51조 내지 제53조, 제53조의3 및 제63조의2의 규정은 안마사에 대하여 이를 준용한다. 이 경우에 “의료인”은 “안마사”로, “면서”는 “자격”으로, “해당의료관계단체의 장”은 “안마사회장”으로 한다.

④ 안마사의 자격인정, 그 업무한계 및 안마시술소 또는 안마원의 시설기준 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”

4) 안마사에관한규칙(1989. 2. 28. 보건복지부령 제827호로 개정된 것) 제3조 (안마사의 자격) ① 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각호의 1에 해당하는

한 규정 형식은 헌법재판소가 2006. 5. 25. 안마사에관한규칙 제3조 제1항에 대하여 위헌결정(2003헌마715)을 선고할 때까지 존속되었다(2003헌마715 사건의 자세한 내용은 후술하기로 한다).

(3) 헌법재판소가 위 규칙에 대하여 위헌결정을 선고한 후, 시각장애인들의 대규모 항의 집회와 생존권 보장 대책을 촉구하는 시위가 연일 전국적으로 이어졌다. 심지어 한강에 투신하는 등 자살을 시도하는 극단적인 형태의 반발도 있었고, 몇 사람은 아까운 목숨을 잃기까지 했다. 학계 및 사회단체들도 위헌결정이 형식논리에 입각하여 시각장애인의 생존권을 무시한 결정이라고 비판하였고, 언론에서도 시각장애인의 생계유지를 위한 대책마련을 촉구하는 기사와 사설을 보도하였다. 정치권에서는 이러한 여론을 수렴하여 현재 결정의 취지를 존중하면서도 시각장애인의 생존권을 보장할 수 있는 방안으로, 시각장애인 안마사규정을 시행규칙이 아닌 법률에 두는 개정 논의를 시작하였다.⁵⁾

개정안이 논의되는 과정에서, 안마사의 자격을 법률에 직접 규율하면서

자료 한다.

1. 교육법에 의한 특수학교 중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제2조의 규정에 의한 물리적 시술에 관한 교육과정을 마친 앞을 보지 못하는 사람
 2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건사회부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 앞을 보지 못하는 사람
- 5) 2006. 6. 23. 국회 법제사법위원회는 헌법재판소 사무처장을 출석시켜 2003헌마715 위헌결정의 취지에 대하여 질의하였고, 당시 서상홍 사무처장은 법률에 안마사규칙과 동일한 내용을 규정하는 것은 위헌이라고 볼 수 없다는 조심스런 견해를 피력하였다. 질의답변의 요지는 다음과 같다(법제처 법안심사보고서 참고).
- [2006. 6. 23. 국회 법사위 질의답변 요지]
- 노회찬 의원: 2006년 현재 결정과 관련하여, 만일 「안마사에 관한 규칙」과 동일한 내용을 법률로 규정한다면 법률유보원칙 위배는 해소되는 것이지요?
 - 현재사무처장 서상홍 : 그렇습니다.
 - 노회찬 의원: 「안마사에 관한 규칙」을 입법화할 경우 일단은 과잉금지원칙 위배는 다섯 분만이 찬성했기 때문에 위헌소지를 벗어날 수 있지 않느냐라는 의견이 있는데, 결과는 미리 속단할 수 없지만 최소한 현재에서 내린 결정에 정면으로 위배해서 입법하는 것은 아니지요?
 - 현재사무처장 서상홍: 숫자상으로는 노 위원님이 지적하신 대로 보는 게 옳을 것 같습니다.
 - 노회찬 의원: 과잉금지원칙 위배로 판단한 분이 다섯 분밖에 안됐기 때문에 과잉금지원칙 위배의 소지가 없는 입법을 할 경우 괜찮지 않느냐고 보는데...
 - 현재사무처장 서상홍: 형식 논리적으로 보면 틀림없는 말씀입니다.

여전히 안마사의 자격을 시각장애인에게만 한정하는 것(다만 “앞을 보지 못하는 사람” 부분을 “장애인복지법에 따른 시각장애인”으로 개정)이 헌법에 위배되지 않는다는 의견과 2003헌마715 결정의 취지에 반한다는 의견이 대립하였으나,⁶⁾ 국회는 비시각장애인의 직업선택권 보다는 신체장애자 등에 대한 국가의 보호 의무를 규정하고 있는 헌법 제34조 제5항의 정신을 좀 더 고려하면서도 헌법재판소의 위헌결정의 취지를 존중한다는 의미에서, 2006. 8. 29. 의료법 제61조 제1항에서 “안마사는 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.”고 직접 규정하는 개정안을 통과시켰으며,⁷⁾ 2006. 9. 27. 법률 제 8007호로 이러한 내용이 담긴 의료법 제61조 제1항이 공포·시행되었다.

개정된 의료법에 대해서 위헌결정의 기속력에 저촉된다는 견해가 있었음에도 불구하고 국회는 시각장애인 안마사제도를 유지하였다. 이러한 취지의 개정에는 2003헌마715 등 사건에서 앞을 보지 못하는 사람에게만 안마사 자격을 부여하는 것이 과잉금지원칙에 위배된다는 의견이 재판관 5인의 의견으로 위헌결정적족수에 미달하였다는 점이 영향을 미치기도 하였으나, 이는

6) [2006. 8. 23. 의료법 개정안에 대한 공청회에서 토론내용]

- (1) 임지봉 교수(서강대 법학과): 개정안은 국회에 부여된 입법형성권의 범위 내에서 현재의 위헌결정 취지를 존중하면서 시각장애인의 생존권을 보장하는 법안이고, 비맹체의기준을 법률로 규정하여 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 위배되지 않는 헌법 제35조 제5항의 장애인들의 생존권을 살린 진일보한 법안이다.
- (2) 이경섭 변호사(범무법인 바른 구성원): 시각장애인의 생계보장이 비신체장애인의 생계보장과 비교해 볼 때 월등하게 중요한 공익이라고 볼 수 없고, 개정안은 비시각장애인들이 받게 되는 직업선택의 자유에 대한 기본권 침해정도가 지나치게 크므로 과잉금지원칙에 위배된다. 신체장애인의 보호는 직업선택의 자유의 제한이 아닌 의무고용제나 시험과목 축소 등의 방법을 통하여 충분한 보장이 가능하다.

7) [정부에서의 논의]

정부로 이송된 개정 의료법에 대해서 법제처는 헌법재판소의 위헌결정의 취지에 반하는 법률로써 거부권을 행사할 것인지에 대해서까지 심도 있게 검토하였다. 쟁점은 국회에서 논의된 것과 마찬가지로, 개정 의료법이 위헌결정의 기속력에 위배되는지 여부와 과잉금지원칙에 위배되는지 여부였다. 법제처는 과잉금지원칙위반은 위헌적족수에 미치지 않았으므로 기속력에 반하지 않고, 국회가 현재결정을 충분히 고려하여 입법한 이상 합헌성이 추정되며 법률의 위헌여부는 현재의 권한이므로, 행정부가 거부권을 행사하는 것은 신중해야 한다고 보고하였고, 법제처의 의견에 따라 개정 의료법은 국무회의를 통과하여 공포·시행되었다(법제지원단, 시각장애인에 대한 안마사 관련 의료법 개정보고 참조).

무엇보다도 시각장애인의 생존권을 보장해 주어야 한다는 사회적 여론과 국회의원들의 의사가 일치된 결과라고 할 것이다.

또한, 2006. 9. 27. 시행된 개정안(법률 제8007호)은 안마사 자격인정을 받을 수 있는 자의 범위를 “장애인복지법에 따른 시각장애인”으로 규정함으로써, 종래보다 안마사 자격을 취득할 수 있는 사람의 범위를 확대하였다. 즉 구 ‘안마사에 관한 규칙’(2008. 4. 11. 보건복지부령 제8호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항은 안마사 자격인정을 받을 수 있는 자를 “앞을 보지 못하는 사람”으로 규정하고 있어, 전맹(全盲)이거나 중증 시각장애인을 의미하는 것으로 해석되고 실무 관행적으로 주로 이들에 대해서만 안마사 자격이 부여되었던데 비해, 개정된 의료법의 “장애인복지법에 따른 시각장애인”에는 중증 시각장애인 뿐만 아니라 경증 시각장애인까지 포함된 것이다.

나. 외국의 입법례

(1) 외국에서도 장애인에게 독점권이나 우선권을 주는 정책을 시행하거나 장애인고용의무(할당)제 등 적극적인 직업재활 정책을 시행하고 있다. 특히 시각장애인의 경우 그 신체적 특수성으로 말미암아 다른 장애인보다도 직업재활 내지 직업활동의 비율이 낮은 점을 감안해 각국은 일찍부터 시각장애인들의 생계안정을 위해 시각장애인들에게만 일정 직업의 독점권을 주는 ‘유보고용’(留保雇傭) 정책을 시행하고 있다. 시각장애인의 생계보호를 위한 각국의 포괄적인 입법례에 대해서는 [별지 3]에서 소개하기로 하고, 이하에서는 특히, 안마사와 관련된 외국의 입법례에 한정하여 그 내용을 살펴보기로 한다.

(2) 대만: 시각장애인 안마사 독점에 대한 헌법재판소의 위헌결정

(가) 대만에서는 심신장애인 보호법(Physically and Mentally Disabled Citizens Rights Protection Act) 제37조에서 안마업무를 시각장애인에 한하여 종사하도록 하는 유보직종으로 규정하고 있었는데, 대만 헌법재판소(ROC Constitutional Court)는 2008. 10. 31. 위 조항에 대하여 위헌결정을 선고하면서, 위헌결정이 선고된 후 3년이 경과하면 위 조항이 효력을 상실하게 된다고 선언하였다.

(나) 결정의 주요 요지는 다음과 같다.⁸⁾ 첫째, 오늘날 대만에서 시각장애인들의 지위를 검토해 볼 때, 교육방법의 발달에 힘입어서 시각장애인들이 안마사 이외의 다른 직업을 선택할 수 있는 더 많은 지식을 가지게 되었으며, 위 조항은 장애가 있지만 시각은 정상인 사람들도 안마사가 될 수 없도록 규정함으로써 평등보호의 원칙을 위반하고 있다.

둘째, 안마사 시장에서의 자유로운 경쟁 및 소비자의 이익을 비교형량해 볼 때, 동법의 금지는 정당화 될 수 없다. 헌법은 의회가 직업의 자유를 제한할 수 있도록 허용하고 있고, 의회는 국민의 수행하는 직업의 방법, 시간 및 장소 등을 규제할 수 있는 포괄적인 재량권을 가지고 있다. 그러나 그러한 제한들 중 특히 “직업선택의 자유에 대한 객관적 요소에 의한 제한”의 일종인 특정 직업의 독점을 규정하는 법률조항은 매우 중요한 공익을 실현하기 위한 것으로 엄격한 비례의 원칙을 충족해야만 한다. 그런데 안마사 서비스의 확대 필요성이라는 중대한 이익과 안마사의 본질상 충분한 훈련만 받으면 모든 사람들이 시각장애인과 마찬가지로 안마사 업에 종사할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 위 조항이 이러한 요건을 충족시켰다고 볼 수 없고 따라서 이는 평등보호 원칙에 위배되고 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

셋째, 시각장애인을 위한 직업훈련 프로그램 및 적절한 고용 기회를 제공하는 것은 정부당국의 의미이고, 정부당국은 위 조항이 효력을 상실한 후에 시각장애인을 위한 근로의 기회를 제공하기 위하여 더 많은 조치를 취해야 한다. 따라서 동 법원은 정부가 앞서 말한 조치들을 취하기에 충분한 시간을 가질 수 있도록 3년이 경과하면 동 조항이 효력을 상실하는 것으로 결정한다.

(3) 일본: 안마사지지도업사 수험자격완화 및 비시각장애인 안마사의 정원 제한

일본에서는 ‘안마사지지도업사, 침사, 구사 등에 관한 법률’⁹⁾에서 안마사

8) 위 내용은 중화민국 헌법재판소 홈페이지(www.Judicial.gov.tw/constitutionalcourt)에 게재되어 있는 JY Interpretation No. 649에 소개된 결정 요지와 중화민국 헌법재판소 재판관인 Chen, Shin-Min이 작성한 영어원고인 “The Reluctance and Contradiction of National Duty of Protecting the Disadvantaged Groups”의 관련 내용을 발췌·번역한 것이다.

9) 1947년 12월 20일 법률 제217호.

면허를 받은 자만이 업으로 안마 등의 기술을 할 수 있다고 규정하고, 무면허 안마행위에 대하여는 형사처벌 규정을 두고 있다(제1조, 제13조의7).¹⁰⁾

일정한 자격을 갖추어 면허를 취득하면 일반인도 안마사 등이 될 수 있으나, 시각장애인에 대해서는 자격시험 등에서 이들을 특별히 배려하는 규정을 두고 있다. 즉, 위 법 부칙 제18조의2 제1항과 제19조11)에서 시각장애인에 대해서는 일반인보다 완화된 조건을 충족시킨 자¹²⁾라도 안마사 자격시험에

10) 안마마사지압사, 침사, 구사 등에 관한 법률

제1조 의사 이외의 자로서, 안마, 마사지 혹은 뜸을 업으로 하고자 하는 자는, 각각 안마마사지압사면허, 침사면허 또는 구사면허(이하 면허라 한다)를 받아야 한다. 제13조의7 ① 다음 각 호에 해당하는 자는 50만 엔 이하의 벌금에 처한다.

1. 제1조의 규정에 위반하여 안마, 마사지나 지압, 침 또는 뜸을 업으로 한 자 (이하 생략)

11) 안마마사지압사, 침사, 구사 등에 관한 법률 부칙

제18조의2 ① 문부과학성령, 후생노동성령으로 정하는 정도의 현저한 시각장애가 있는 자(이하 '시각장애자'라 한다)에 대해서는, 당분간 제2조 제1항의 규정에도 불구하고 학교교육법 제57조의 규정에 의하여 고등학교에 입학할 수 있는 자로서 문부과학성령·후생노동성령으로 정하는 기준에 적합한 자로서 문부과학대신이 인정한 학교 또는 후생노동대신이 인정한 양성시설에서, 안마마사지압사에 관해서는 3년 이상, 안마마사지압사, 침사 및 구사에 관해서는 5년 이상, 이러한 자가 되는 데 필요한 지식 및 기술을 습득한 자는 시험에 응시할 수 있다.

(제2, 3항 생략)

제19조 ① 당분간 문부과학대신 또는 후생노동대신은 안마마사지압사의 총수 중 시각장애자 이외의 자가 점하는 비율, 안마마사지압사 관련 학교 또는 양성 시설에서 교육 또는 양성하고 있는 생도의 총수 중 시각장애자 이외의 자가 점하는 비율 기타 사정을 감안하여, 시각장애자인 안마마사지압사의 생계유지가 현저히 곤란해지지 않기 위하여 필요하다고 인정할 때에는, 안마마사지압사 관련 학교 또는 양성시설에서 시각장애자 이외의 자를 교육 또는 양성하는 것에 관한 제2조 제1항의 인정 또는 생도의 정원증가에 관하여 동조 제3항의 승인을 하지 않을 수 있다.

② 문부과학대신 또는 후생노동대신은 전항의 규정에 의한 인정 또는 승인을 하지 않는 처분을 하고자 할 때에는, 미리 의도(医道)심의회 의견의 의견을 들어야 한다.

12) 구체적으로 살펴보면, 2013. 2. 23.에 실시 예정인 '제21회 안마마사지압사 국가시험 시행공고'에서, 일반인의 경우 "학교교육법 제90조 제1항의 규정에 의하여 대학에 입학할 수 있는 자"라는 요건을 요구하면서, 현저한 시각장애가 있는 자에 대해서는 "학교교육법 제57조의 규정에 의하여 고등학교에 입학할 수 있는 자"라는 요건만 갖추면 위 시험에 응시할 수 있도록 공고하였다.

학교교육법 제57조 고등학교에 입학할 수 있는 자는, 중학교나 이에 준하는 학교를 졸업한 자 또는 중등교육학교의 전기과정을 수료한 자, 또는 문부과학대신이 정하는 바에 따라 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자로 한다.

제90조 ① 대학에 입학할 수 있는 자는, 고등학교나 중등교육학교를 졸업한 자

응시할 수 있도록 하고, 일반인 안마사와 시각장애인 안마사의 비율을 감안하여 시각장애인 안마사 등의 생계유지를 위하여 필요한 경우에 일반인을 대상으로 하는 안마사 등을 양성하는 학교나 양성시설에서 일반인 정원의 증원을 승인하지 않을 수 있다고 규정하고 있다. 실제로 일본에서는 1964년 이후, 비시각장애인을 대상으로 안마교육을 하는 교육기관의 신설을 허용하지 아니하고 있어, 매년 비시각장애인 안마사 배출 인원이 고정되어 있다.

(4) 이태리: 일정비율 의무고용제

이태리에서는 전화교환원, 안마치료사, 교사 중 일정 비율을 시각장애인에게 할당하고, 특히 공공병원과 개인병원에서 시각장애인 안마치료사를 일정 비율 고용하도록 정하고 있다.¹³⁾

3. 현행법상 시각장애인 안마사 자격인정 제도

가. 시각장애인의 의미

이 사건 자격조항은 안마사 자격인정을 받을 수 있는 자를 “장애인복지법에 따른 시각장애인”으로 규정함으로써, 법적인 의미의 시각장애인을 안마사 자격인정의 대상으로 정하고 있다.

의학적으로 준맹(準盲)이 양안 교정시력 0.02 이상 0.2 미만, 약시가 교정시력 0.04 이상 0.8(고도약시(양안 교정시력 0.04-0.01), 중등도약시(0.1-0.3), 경도약시(0.3-0.8)) 미만을 의미하는 것에 비추어 볼 때, 안마사 자격인정을 받을 수 있는 시각장애인의 범위에는, 전맹이나 준맹 뿐만 아니라 의학적으로 약시에 해당하는 자까지 포함된다.

나. 안마의 개념, 안마업과 유사 영역과의 관계

(1) 안마의 개념 및 안마사의 업무 한계

또는 통상의 과정에 의한 12년의 학교교육을 수료한 자(통상의 과정 이외의 과정에 의하여 이에 상당하는 학교교육을 수료한 자를 포함한다), 또는 문부과학대신이 정하는 바에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자로 한다.

13) 한국장애인단체총연맹, 외국의 시각장애인 직업제할 및 고용을 알아본다: 미국·영국·일본·스페인·중국의 시각장애인 고용정책, 장애인정책리포트 제166호(2006), 제11면 참조.

의료법 제2조 제1항은¹⁴⁾ 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사만을 법정의료인으로 규정하고, 제27조 제1항에서 의료인 아닌 자의 의료행위를 금지하면서, 의료법 제82조 제2항에 안마사를 규정함으로써 법정의료인이 아닌 안마사가 안마업무에 종사할 수 있는 근거규정을 마련하고 있다. 의료법은 “안마”의 구체적인 의미에 대하여 규정하고 있지 아니하나, ‘안마사에 관한 규칙’ 제2조는 안마사의 업무를 안마·마사지·지압 등 각종 수기요법이나 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법으로 인체에 물리적 시술행위를 하는 것이라고 규정하고 있다.¹⁵⁾

대법원은 의료법상 ‘안마행위’라 함은 “국민의 건강증진을 목적으로, 손이나 특수한 기구로 몸을 주무르거나, 누르거나, 잡아당기거나, 두드리거나 하는 등의 안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법과, 전기기구의 사용, 그 밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술을 하여 혈액의 순환을 촉진시킴으로써 멎쳐진 근육을 풀어주는 등에 이를 정도의 행위”이며(대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도1568 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결 참조), ‘안마사에 관한 규칙’ 제2조의 ‘각종 수기요법’은 “안마, 마사지, 지압 등 명칭을 불구하고, 손으로 사람의 근육, 관절, 피부 등 신체 부위를 두드리거나 주무르거나 문지르거나 누르거나 잡아당기는 등의 방법으로 혈액 순환을 촉진시키고 근육을 풀어줌으로써 통증 등 증상의 완화, 건강증진, 피로회복 등을 도모하기 위한 물리적인 시술을 통칭하는 것”이라고 판시하고 있다(대법원 2004. 1. 29. 선고 2001도6554 판결 참조).

안마나 지압은 그것이 본래의 목적대로 단순한 피로회복을 위하여 시술하는데 그치는 것이라면 원칙적으로 의료행위에 해당하지 아니하나, 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는 데에 그치는 것이 아니라 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당하게 된다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결; 대법원 2004. 1. 15. 선고

14) 의료법 제2조(의료인) ① 이 법에서 ‘의료인’이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

15) 국립국어원은 표준국어대사전에서는 안마를 “손으로 몸을 두드리거나 주물러서 피의 순환을 도와주는 일”로 정의하고 있다.

2001도298 판결 참조).

(2) 물리치료사와의 관계

(가) 물리치료사는 의사의 지도 아래 진료나 의화학적(醫化學的) 검사에 종사하는 의료기사의 한 종류로(의료기사 등에 관한 법률 제2조),¹⁶⁾ “온열치료, 전기치료, 광선치료, 수치료(水治療), 기계 및 기구치료, 마사지·기능훈련·신체교정운동 및 재활훈련과 이에 필요한 기기·약품의 사용·관리 기타 물리요법적 치료업무”에 종사하는 자이다(의료기사 등에 관한 법률 시행령 제2조 제3호).

현행 법체계상 의료법에 의하여 규율되는 안마사와 ‘의료기사 등에 관한 법률’에 의하여 규율되는 물리치료사는 전혀 별개의 직역으로 규정되어 있으나, 업무내용 중 ‘마사지’는 양자가 중첩된다. 따라서 시각장애인 안마사 독점과 관련하여 안마사와 물리치료사의 관계를 살펴볼 필요가 있다고 할 것 인바, 양 자의 차이점은 다음과 같다.

[물리치료사와 안마사의 차이]

	물리치료사	안마사
업무의 성격	치료행위	증상완화, 건강증진, 피로회복
업무	의사 또는 치과의사의 지도 아래서만 허용(의료기사 등에 관한 법률 제1조 의2 제1호) ¹⁷⁾	안마사가 독자적으로 시술, 시술소를 개업하여 영업할 수 있음.
자격취득	① 전문학사 이상의 학위 소지 ② 국가시험에 합격 ③ 보건복지부장관의 면허 (의료기사 등에 관한 법률 제4조 제1항) ¹⁸⁾	① 특수학교 중 중·고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 안마사 업무에 관한 교육을 마치거나 중학교 과정 이상의 교육을 받고 안마수련기관에서 안마수련과정 ② 시·도지사로부터 자격인정

16) 의료기사 등에 관한 법률 제2조(의료기사의 종류) 의료기사의 종류는 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사 및 치과위생사로 한다.

17) 의료기사 등에 관한 법률 제1조의2(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “의료기사”란 의사 또는 치과의사의 지도 아래 진료나 의화학적 검사에 종사하는 사람을 말한다.

18) 의료기사 등에 관한 법률 제4조(면허) ① 의료기사 등이 되려면, 다음 각 호의 어

(나) 일부에서는 안마사 제도가 물리치료사 제도의 특례라고 주장하기도 한다. 즉 안마는 원래 의료행위로 간주되어 ‘의료기사 등에 관한 법률’에 의하여 의사의 지도 하에 물리치료사만 행할 수 있었던 것이었는데, 시각장애인의 생계보장을 위한 특례로서 예외적으로 시각장애인에게 안마를 하거나 안마업에 종사할 수 있도록 한 것이 안마제도이고, 따라서 안마사 제도 자체가 시각장애인이 있음으로써 존재한다는 것이다¹⁹⁾. 그러나 앞서 살펴 본 바와 같이, 현행법은 물리치료사와 안마사의 업무를 구분하고 있고, 안마사제도는 동양의학의 원리에, 물리치료사제도는 서양의학의 원리에 각기 그 기원을 두고 발전되어 온 것으로 업무의 범위나 내용에 있어서도 같다고 볼 수 없으며, 기본적으로 그 목적이 치료에 있는지 아닌지에 있어 현저한 차이가 있으므로, 양자 사이에 일부 겹치는 부분이 있다고 할지라도 안마사제도를 시각장애인을 위한 물리치료사 제도의 특례라고 볼 수는 없다.

(3) 스포츠 마사지 등 유사 안마업과의 관계

(가) 현재 스포츠 마사지, 발 마사지, 태극 마사지란 명목 하에 전문적으로 마사지 영업을 하는 업종²⁰⁾이 다수 영업 중이다. 이러한 유사 안마업에 대한 별도의 법률 규정은 존재하지 아니하나, 그 행위의 구체적인 성격에 따라 의료법 또는 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’의 규율대상이 된다. 즉, 손바닥과 손가락 등을 이용하여 뭉친 근육을 풀어주는 행위를 포함하는 스

는 하나에 해당하는 사람으로서 의료기사 등의 국가시험(이하 “국가시험”이라 한다)에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 취득하고자 하는 면허에 상응하는 보건의료에 관한 학문을 전공하는 대학·산업대학 또는 전문대학을 졸업한 자
2. 삭제
3. 삭제
4. 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호에 해당하는 학교와 같은 수준 이상의 교육과정을 이수하고 외국의 해당 의료기사 등의 면허를 받은 자

19) 자세한 내용은 임지봉, ‘시각장애인안마사제도 위헌결정에 대한 평석’ 민주법학 제 31호(2006), 제316면 참조.

20) 안마사와 유사한 직업인, 스포츠마사지, 수기요법 등 직업에 종사하려는 사람은 청구인들을 비롯하여 2006년 기준으로 약 100만 명에 이르고 있다(류혜정, 시각장애인 안마사 위헌판결에 대한 법률상 쟁점, 복지동향, 통권 제93호(2007. 7.) 제41면 참조).

포츠 마사지 등이 ① 단순히 피로회복을 위한 시술에 그친 경우에는 의료법이 시각장애인 중 자격인정을 받은 자만이 수행할 수 있다고 규정한 “안마 행위”에 해당하게 되어, 비시각장애인이 사설교육기관에서 교육을 받은 후 스포츠 마사지 또는 발 마사지를 업으로 할 경우 안마사 자격인정을 받지 아니한 자의 영리목적 안마행위를 처벌하는 의료법 제88조에 의하여 처벌받게 되나, ② 이것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는 데 그치는 것이 아니라 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이르게 되면, 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위 즉 의료행위에 해당하게 되어, 행위자는 의료법 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항 또는 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제5조²¹⁾ 제1호(영리목적에 있는 경우)에 따라 처벌받게 된다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2000도2977 판결; 대법원 2004. 1. 5. 선고 2001도298 판결 등 참조).

(나) 또한, 이른바 피부관리실이나 에스테틱에서 이루어지는 마사지 역시 의료법 제82조 제2항에서 안마사 자격인정을 받은 자에게만 허용하는 “안마”의 범위에 포함된다. 공중위생관리법은 제2조 제1항 제5호에서 “미용업”을 “손님의 얼굴·머리·피부 등을 손질하여 손님의 외모를 아름답게 꾸미는 영업”으로 정의하고 있고, ‘공중위생관리법 시행령’ 제4조 제2호는 미용업 중 미용업(피부)의 구체적인 업무를 “의료기기나 의약품을 사용하지 아니하는 피부상태분석·피부관리·제모(除毛)·눈썹손질을 행하는 영업”으로 한정하고 있다.

이처럼 미용사의 업무범위에 마사지가 포함되어 있지 않기 때문에 공중위생관리법 제6조에 따라 미용사의 면허를 취득한 자가 미용업을 영위하는 과정에서 미용의 목적을 넘어서는 마사지를 제공하는 것 역시 금지되며, 영리 목적으로 이러한 서비스를 제공할 경우 의료법 제88조에 의한 처벌대상이 된다.²²⁾

21) 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 업으로 한 경우

22) 보건복지부장관은 피부관리 업소에서 마사지가 허용되는지에 관한 피부 미용사의

(다) 결국 안마사 자격인정을 받을 수 없는 비시각장애인은 스포츠마사지, 경락마사지 등 그 명칭을 불문하고, 영리를 목적으로 ‘안마사에 관한 규칙’ 제2조가 규정하고 있는 행위를 하는 경우, 의료법 제88조의 규율대상에 포함 되어 처벌받게 된다(이것이 단순한 피로회복을 넘어서 의료행위에 이르는 경우에는 보건범죄단속관한특별조치법 제5조에 따라 처벌받게 될 가능성도 있다).

4. 선례의 검토

헌법재판소는 시각장애인 안마사제도에 대하여 4번에 걸쳐 위헌 여부를 심사한 바 있다.

가. 헌법재판소는 2003. 6. 26. 2002헌가16 의료법 제67조 등 위헌제청사건에서, 시각장애인에 한해 안마사의 자격을 인정하는 ‘안마사에 관한 규칙’ 제3조 제1항 및 제2호를 직접 법률에 규정하지 않은 구 의료법 제61조 제1항 및 제4항²³⁾이 의회유보의 원칙 내지 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부에 대하여 판단한 후, 재판관 4(합헌): 5(위헌)의 의견으로 합헌 결정을 선고한 바 있다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가16, 판례집 15-1, 663 이하 참조). 위 결정에서는 위임이라는 입법형식만이 문제되었을 뿐, 시각장애인 안마사제도 자체의 내용적 위헌성에 대해서는 심사하지 아니하였다.

나. 그 후 헌법재판소는 2006. 5. 25. 2003헌마715 등 안마사에관한규칙 제3조 제1항 제1호 등 위헌확인 사건에서, 시각장애인에 한해 안마사 자격을 인정하는 ‘안마사에 관한 규칙’ 제3조 제1항 제1호 및 제2호²⁴⁾가 법률유보의

질의에 대하여 “미용사(피부)의 업무범위에 마사지가 규정되어 있지 아니하다”는 취지로 회신하였다(보건복지부 2007. 5. 27.자 민원회신 내용).

23) 의료법(2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정되고, 2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제61조(안마사) ① 안마사가 되고자 하는 자는 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.

④ 안마사의 자격인정, 그 업무한계 및 안마시술소의 시설기준 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

24) 안마사에관한규칙 제3조(안마사의 자격) ① 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 초·중등교육법 제2조 제5호의 규정에 의한 특수학교 중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제2조의 규정에 의한 물리적 시술에 관한 교육과정을 마

원칙 및 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 대하여 판단한 후, 재판관 7(위헌): 1(합헌)의 의견으로 위헌결정을 선고하였다(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마 715, 판례집 18-1하, 112 이하 참조).

당시 위헌의견은 ① 법률유보의 원칙에 위배된다는 의견(재판관 윤영철, 권성의 의견), ② 법률유보의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 과잉금지원칙에 위배되어 비시각장애인의 직업선택의 자유를 제한한다는 의견(재판관 전효숙, 이공현, 조대현의 의견), ③ 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해한다는 의견(재판관 주선회의 의견), ④ 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하나, 헌법 제34조 제2항이 사회적 약자를 위하여 국가가 적극적으로 사회보장·사회복지 정책을 펴 나가야 할 의무가 있음을 천명하고 있고, 제5항에서 신체장애자 등에 대한 국가의 우선적 처우보장의 길을 열어놓고 있는 점에 비추어 평등권 심사에 있어서는 완화된 심사기준을 택해야 하며, 평등권을 침해하는 것은 아니라는 의견(재판관 송인준의 의견)의 네 가지로 나뉘었다. 이에 대해서 합헌의견은 ⑤ 심판대상 조항은 비맹제외기준을 설정한 것은 의료법 제61조 제4항에 내포된 의미를 확인한 것으로 국민이 능히 예상할 수 있는 내용을 규정하였으므로 법률유보원칙에 위배되지 아니하며, 과잉금지원칙에 위배되어 비시각장애인들의 직업선택의 자유를 침해하지도 아니하고, 비시각장애인에게 가해지는 역차별적 취급에는 합리적인 이유가 있으므로 평등권을 침해하는 것도 아니라는 판단하였다.

다. 헌법재판소의 위 2003헌마715 등 사건에 관한 위헌결정 이후, 국회는 2006. 9. 27. 법률 제8007호로 의료법을 개정하여, “「장애인복지법」에 따른 시각장애인”만이 안마사자격을 취득할 수 있음을 법률 자체에서 직접 규정하면서, “앞을 보지 못하는 사람”에서 “장애인복지법에 따른 시각장애인”으로 그 자격인정의 범위를 다소 확대하였다. 헌법재판소는 2008. 10. 30. 2006헌마1098 등 의료법 제61조 제1항 중 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 부분 위헌확인 사건에서, 위와 같은 취지로 개정된 구 의료법 제61조 제1항 및 개정된 의료법 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애

친 앞을 보지 못하는 사람

2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건복지부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 앞을 보지 못하는 사람

인 중” 부분²⁵⁾이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하였는지 여부에 대하여 판단한 후, 재판관 6(합헌):3(위헌)의 의견으로 합헌결정을 선고하였다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098 등, 판례집 20-2상, 1089 이하 참조).

당시 법정의견은 위 조항은 과잉금지원칙을 준수한 것으로 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니하고, 실질적 평등을 이룰 수 있는 수단에 해당하므로 평등권을 침해하는 것도 아니라고 판단하였다. 이에 비하여 위헌의견은 위 조항에 의한 기본권 제한을 “객관적 사유에 의한 직업선택의 자유”로 보아, 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 된다는 취지를 밝힌 후, 위 조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 판시하였다.

라. 마지막으로, 헌법재판소는 2010. 7. 29. 2008헌마664 등 의료법 제82조 제1항 위헌확인 등 사건에서, 의료법 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중” 부분이 비시각장애인인 청구인들의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는지 여부 및 제88조 중 “제82조 제1항”의 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인”에 관한 부분이 형벌조항에 관한 입법의 한계를 준수하였는지 여부에 대하여 판단한 후, 재판관 6(합헌):3(위헌)의 의견으로 합헌결정을 선고하였다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌마664, 판례집 22-2상, 427 이하 참조).

이 사건에서 법정의견은 의료법 제82조 제1항 관련 부분에 대해서는 종전 선례의 입장을 따르고, 의료법 제88조 관련 부분에 대하여는 입법형성의 한

25) 당시 심판의 대상은 구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 및 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정된 것) 제82조 제1항 중 “「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중” 부분이였다.

구 의료법(2006. 9. 27. 법률 제8007호로 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되기 전의 것) 제61조 (안마사) ① 안마사는 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.

(각호 생략)

의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부개정된 것) 제82조 (안마사) ①안마사는 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.

(각호 생략)

계 내에 있는 것으로 입법의 한계를 준수하였다고 판시하였으며, 위헌의견 역시 의료법 제82조 제1항 관련 부분에 대해서는 종전 선례에서 위헌의견이 개진하였던 입장을 원용하면서, 구성요건에 해당하는 위 조항을 전제로 한 의료법 제88조 관련 부분 역시 헌법에 위반된다고 판시하였다.

5. 이 사건 자격조항 및 이 사건 개설조항이 헌법에 위반되는지 여부

가. 이 사건 자격조항에 관한 판단

(1) 제한되는 기본권

이 사건 자격조항과 관련하여 비시각장애인의 직업선택의 자유 및 평등권이 제한됨은 이론의 여지가 없다. 이외에도 비시각장애인들의 행복추구권 및 근로의 권리, 일반적 소비자의 자기결정권과 같은 행복추구권이 제한되는 지가 문제되었으나, 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 위 기본권들은 이 사안에서 문제되지 아니한다고 판단하였다.

『(청구인들과 관련하여) 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로 직업선택의 자유라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여 그 침해여부를 판단하는 이상, 그 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없고, 이 사건 자격조항과 관련하여 근로의 권리는 직업선택의 자유와 불가분적 관계에 있으므로, 직업선택의 자유의 침해 여부를 판단하는 이상 근로의 권리 침해 여부 역시 따로 판단할 필요가 없다.

(일반적 소비자의 행복추구권과 관련하여) 이 사건 자격조항에 의하여 일반 소비자가 비시각장애인이 제공하는 안마서비스를 받을 수 없다거나, 비시각장애인이 제공하는 안마서비스를 이용함으로써 자신도 인식하지 못한 사이에 불법에 동참하게 되는 결과가 초래된다고 할지라도, 이는 일정한 자격제도에 부수하는 단순한 사실적이고 간접적인 불이익에 불과하므로, 이 사건 자격조항이 소비자의 행복추구권을 제한한다고 볼 수 없다.』

(2) 선례 변경의 필요성

헌법재판소는 이 사건 자격조항과 실질적으로 동일한 구 의료법상 안마사 자격 조항에 대하여 두 차례에 걸쳐 합헌 결정을 한 바 있는데(헌재 2008.

10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1106-1109; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마664등, 판례집 22-2상, 427, 439, 440 참조), 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『① 이 사건 자격조항은 신체장애자 보호에 대한 헌법적 요청, 장애인복지정책의 원칙 등에 바탕을 두고서 시각장애인의 생계를 보장하기 위한 것으로서, 궁극적으로는 그들에게 삶의 보람을 얻게 하고 인간다운 생활을 할 권리를 실현시키려는 데에 위 법률조항의 입법목적이 있다고 할 것이므로 그 목적의 정당성이 인정되고, ② 다른 직종에 비해 공간이동과 기동성을 거의 요구하지 않을 뿐더러 촉각이 발달한 시각장애인이 영위하기에 용이한 안마업의 특성 등에 비추어 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하여 위와 같은 입법목적에 달성하는 데 적절한 수단이 되며, ③ 안마업을 시각장애인에게 독점시키는 이 사건 자격조항으로 말미암아 일반국민의 직업 선택의 자유가 제한되는 것은 사실이지만, 안마업은 시각장애인이 정상적으로 영위할 수 있는 거의 유일한 직업이므로 시각장애인 안마사제도는 시각장애인의 생존권 보장을 위한 불가피한 선택으로 볼 수밖에 없는 점, 이에 반하여 일반국민이 선택할 수 있는 직업은 상대적으로 넓고 안마업 외에도 선택할 수 있는 직업이 많다는 점 등을 고려하면 이 사건 법률조항이 최소침해성원칙에 반한다고 할 수 없고, ④ 시각장애인 안마사제도는 생활전반에 걸쳐 시각장애인에게 가해진 유·무형의 사회적 차별을 보상해 주고 실질적인 평등을 이룰 수 있는 수단이며, ⑤ 이 사건 자격조항은 시각장애인의 생존권보장이라는 헌법적 요청에 따라 시각장애인과 비시각장애인을 둘러싼 여러 상황을 적절하게 형량한 것으로서, 위 법률조항으로 인해 얻게 되는 시각장애인의 생존권 등 공익과 그로 인해 잃게 되는 일반국민의 직업선택의 자유 등 사익을 비교해 보더라도, 공익과 사익 사이에 법익 불균형이 발생한다고 할 수 없으므로, 이 사건 자격조항이 비시각장애인을 시각장애인에 비하여 비례의 원칙에 반하여 차별하는 것이라고 할 수 없을 뿐 아니라, 비시각장애인의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다고 보기도 어렵다.』

헌법재판소는 이 사건에서도 “위 합헌결과와 달리 판단하여야 할 아무런

사정변경이 없으므로, 이 사건 자격조항이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.”고 판단하였다.

나. 이 사건 개설조항에 관한 판단

(1) 헌법재판소는 이 사건 개설조항과 관련하여, 이 사건 개설조항 자체의 고유의 위헌성, 즉 비시각장애인이 직접 안마사 자격인정을 받아 안마를 하는 것을 금지하는 것은 수인하더라도, 안마시술소 등을 개설조차 할 수 없도록 하는 것이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부에 대하여 검토하였다. 다만, 본격적인 판단으로 나아가기 전에 다음과 같이 판시하면서 여러 가지를 종합적으로 형량하여 그 위헌성을 판단하여야 한다고 하였다.

『헌법 제34조 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정하여 국민의 생존권 보장 의무를 부과하고, 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정함으로써 특히 신체장애자를 비롯한 자립능력이 부족한 국민에 대한 국가의 보호의무를 천명하고 있는바, 이 사건 개설조항의 경우에도 이 사건 자격조항과 마찬가지로 헌법 제34조 제5항에 따른 헌법적 요청과 일반국민의 직업선택의 자유 등 기본권이 충돌하는 상황이 문제될 수 있는 것이므로 그 위헌심사 과정에서 이러한 상황을 충분히 고려하여야 할 것이다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1104-1105참조).

즉, 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한입법의 한계를 벗어난 것인지 여부를 심사함에 있어 위와 같은 헌법적 요청뿐만 아니라, 안마시술소 등을 개설하고자 하는 비시각장애인에 대한 기본권 제약의 정도, 안마시술소 등의 개설 독점이 시각장애인 안마사의 생계유지 및 자아실현에 미치는 영향, 독점 이외의 다른 대안의 가능성을 종합적으로 형량하여 그 위헌성을 판단할 필요가 있다.』

(2) 이 사건 개설조항의 위헌 여부

헌법재판소는 이 사건 개설조항이 다음과 같은 이유에서 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『(가) 목적의 정당성』

이 사건 개설조항은 일정한 교육을 거쳐 시·도지사로부터 자격인정을 받은 자만이 안마시술소 등을 개설할 수 있도록 함으로써 국민에게 제공되는 안마서비스의 적정성을 기하고, 무자격자가 안마시술소 등을 개설할 경우 발생할지도 모르는 국민의 건강상 위험을 미리 방지하며(헌재 2005. 3. 31. 2001헌바87, 판례집 17-1, 321, 330 참조), 시각장애인의 생계보호 및 자아실현의 기회부여라는 시각장애인 안마사 제도의 목적을 보다 효과적으로 실현하고자 하는 것으로서, 그 입법목적이 정당하다.

(나) 수단의 적절성

또한 현행 의료법에 의하면 비시각장애인들은 안마사가 되기 위한 정식교육과정을 거쳐 안마사 자격인정을 받을 수 없는데, 엄격한 교육과정을 거치지 아니한 자가 안마시술소 등을 개설할 경우, 안마시술소 등에서 제공되는 안마의 질을 관리하기가 어려워지고 더 나아가 국민들의 건강에 위해를 끼칠 우려가 있다. 또한 비시각장애인도 안마시술소 등을 개설할 수 있도록 하여 안마시술소 등이 난립하게 될 경우, 시각장애로 말미암아 안마시술소 등을 개설·운영함에 있어 비시각장애인보다 어려움을 겪을 가능성이 높은 시각장애인들이 경쟁에서 도태되어 생계에 어려움을 겪게 될 가능성이 크다.

따라서 시·도지사로부터 자격인정을 받은 안마사에게만 안마시술소 등을 개설할 수 있도록 하는 것은, 안마시술소 등의 영업에 있어 비시각장애인과 시각장애인의 무한 경쟁을 방지함으로써 시각장애인의 생계를 보장하고 인간다운 생활을 실현하며, 국민의 건강권을 보호하기 위한 적합한 수단이다.

(다) 침해의 최소성

뿐만 아니라, 비시각장애인에게 안마시술소 등을 개설하여 운영하는 것을 허용할 경우 안마시술소 등에서 비시각장애인 고용주와 시각장애인 종업원의 구조가 고착화되어, 상대적으로 약자의 입장에 있는 시각장애인 안마사들이 열악한 환경에서 노동 제공을 강요당하거나 저임금에 시달리게 되는 등, 복지의 사각지대에 놓이게 될 가능성도 배제할 수 없다. 그리고 일단 비시각장애인에게 안마시술소 등을 개설할 수 있도록 허용한 이후에는, 행정비용이나 단속인력의 한계로 인해 열악한 환경에 방치된 시각장애인 안마사를 보

호하거나 이들의 최저한의 근무환경을 보장함에 있어 여러 가지 어려움이 있을 수밖에 없다.

나아가 시각장애인만이 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하는 시각장애인 안마사 제도의 입법목적이 단순히 시각장애인의 생계를 보호하는 데에서 더 나아가 이들이 자아실현의 기회를 가질 수 있도록 함에 있음을 고려할 때, 단순히 안마시술소 등에 고용되어 임금을 받고 안마를 하는 것을 넘어 시각장애인 스스로 안마시술소 등을 개설하여 운영할 수 있는 가능성까지 가능한 한 넓게 보장해 주는 것이 바람직하다. 즉, 시각장애인 안마사제도를 통하여 시각장애인의 생계보호 및 이를 넘어선 자아실현의 기회 제공이라는 입법목적보다 더 잘 실현하기 위해서는 안마시술소 등의 개설 및 운영에 있어서도 독점적 지위를 보장함으로써, 보다 많은 시각장애인들이 안마사 자격인정 단계에서부터 더 큰 목표를 가지고 직업활동을 영위해 나갈 수 있는 기회를 최대한 보장해 주는 것이 필요하며, 안마시술소 등의 개설에 관한 독점권을 시각장애인에게 인정하는 것 이외에 이를 위한 덜 침익적인 수단을 발견하기 어렵다.

안마시술소 등의 개설이 허용되지 않는 비시각장애인들이 시각장애인 안마사로부터 명의를 빌려 안마시술소 등을 개설하고, 명의자가 본인이 아님을 기화로 성매매 등 여러 가지 불법적인 영업을 하는 문제는, 안마사협회가 안마시술소 등의 개설을 위한 신고서에 투입된 자본이 시각장애인의 자본인지에 대한 의견을 기재함에 있어(안마사에 관한 규칙 제10조), 허위로 의견서를 작성할 경우 관련자를 처벌하는 규정을 신설하거나, 불법적인 안마시술소의 개설 및 운영에 대한 단속을 철저히 함으로써 해결해야 할 것이지, 시각장애인에게 안마시술소 등을 개설할 수 있는 독점적 지위를 인정하고 있는 이 사건 개설조항을 폐지함으로써 해결할 것은 아니다.

따라서 이 사건 개설조항은 침해의 최소성 요건 역시 충족한다.

(라) 법익의 균형성

한편 시각장애인에게 대한 복지정책이 미흡한 현실에서 시각장애인 안마사 제도가 헌법 제10조 및 제34조 제5항에 의한 요청에 따라 시각장애인에게 가해진 유·무형의 사회적 차별을 보상해주고 실질적인 평등을 이룰 수 있

는 수단으로서 채택된 것인 점, 만약 비시각장애인에게도 안마시술소 등을 개설하는 것이 허용될 경우 앞서 살핀 바와 같이 시각장애인에게만 안마사 자격을 독점적으로 부여하는 취지가 몰각될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 개설조항 역시 비시각장애인을 부당하게 차별한다고 할 수는 없다.

이와 같이 이 사건 개설조항은 안마사 자격인정을 받은 자만이 안마시술소 등을 개설할 수 있도록 함으로써 일반 국민에게 제공되는 안마의 질을 담보하고, 시각장애인들이 목표를 가지고 자아를 실현할 수 있도록 보다 적극적인 기회를 제공하며, 시각장애인 안마사들이 열악한 환경에서 노동력을 착취당하는 것을 방지한다는 공익 달성에 기여하는 반면, 이 사건 개설조항으로 인하여 비시각장애인들이 안마시술소 등을 개설할 수 없게 된다고 할 지라도, 이들에게는 다양한 다른 직업을 선택할 수 있는 가능성이 존재하므로, 이로 인해 제한되는 비시각장애인의 사익이 공익에 비하여 크다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 개설조항은 법익의 균형성도 갖추고 있다.』

6. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건에서 헌법재판소는 시각장애인만이 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 한 이 사건 자격조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 점을 재판관 전원의 일치된 의견으로 다시 한번 확인하였다. 나아가, 이 사건에서 헌법재판소는 최초로 비시각장애인에게 안마시술소 등의 개설까지 금지시키는 이 사건 개설조항의 위헌성에 대하여 본격적으로 판단하였고, 이 사건 자격조항의 취지를 고려할 때 이 사건 개설조항 역시 헌법에 위반되지 아니한다는 점을 명시적으로 선언하였다.

나. 특히, 이 사건에서는 재판관 전원이 일치된 의견으로 이 사건 자격조항 및 이 사건 개설조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 점을 확인하였다는 점이 주목할 만하다. 이러한 결론은 소수의 종종 시각장애인들이 개개인의 각고의 노력으로 사회 여러 직업에 진출하고 있는 것은 사실이나, 여전히 시각장애인이 직업교육이나 수행을 위해 외부의 정보를 습득할 수 있는 경로가 한정적이고, 이들이 자신의 능력에 맞게 인격을 발현할 수 있는 직업활동을 영위해 나갈 수 있는 기회를 보장하기 위한 사회적 시스템이 아직 충분

히 마련되지 아니하였다는 사회적 현실에 바탕을 둔 것이다.

다. 나아가 헌법재판소가 이 결정을 통해 사회통합의 관점에서 보나, 기본권 보장의 관점에서 보나 장애인에 대해서 국가는 특별한 보호를 해야 하고, 이는 결코 국가의 은전이나 혜택이 아니라 헌법상 권리라는 점을 한 목소리로 선언하였다는 점에서, 이 결정은 매우 중대한 의미를 가진다.

공직선거법 제251조 위헌소원

- 후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방행위 처벌규정의 위헌 여부 -
(헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75, 판례집 25-1, 447)

서 세 인*

【판시사항】

1. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제251조 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 관한 부분에서 ‘후보자가 되고자 하는 자’와 ‘공공의 이익’이라는 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 선거운동의 자유나 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 위헌의견이 다수이나 법률의 위헌선언에 필요한 정족수에 미달하여 합헌결정을 한 사례

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제251조 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제251조(후보자비방죄) 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 당시 00당 비례대표 서울시의회의원 후보로 출마를 준비 중이던 사람을 비난하는 글을 게시하거나 댓글을 올리는 방법으로, 위 사람이 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 비방하였다는 취지의 범죄사실로 벌금 1,500,000원을 선고받았다(서울중앙지방법원 2010고합1358).

청구인은 항소심(서울고등법원 2010노3082)을 거쳐 상고심(대법원 2011도168) 계속 중 공직선거법 제251조가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다며 위헌법률심판제청신청을 하였으나(대법원 2011초기44), 2011. 3. 10. 위 위헌법률심판제청신청이 기각되자, 2011. 4. 5. 공직선거법 제251조의 위헌학인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’로 인정될 수 있는 객관적인 시거나 행위태양을 구체적으로 규정하지 않고 있고, 심판대상조항 단서의 ‘공공의 이익’ 역시 지극히 불명확한 개념이어서 수범자로서는 심판대상조항에 의하여 금지되는 행위가 무엇인지를 전혀 알 수 없다. 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

【결정요지】

1. 가. 심판대상조항의 입법 목적, 공직선거법 제49조 제1항 및 제60조의2 제1항과의 균형, 심판대상조항이 당선되거나 당선되지 않거나 당선되지 못하게 할 목적을 초과주관적인 구성요건 요소로 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, ‘후보자가 되고자 하는 자’는 비방행위자가 당선되거나 당선되지 않거나 되지 못하게 할 목적을 가지고 있었던 선거를 기준으로, 비방행위 당시 후보자가 되고자 하는 의사를 인정할 수 있는 객관적 징표가 존재하는 자를 의미한다고 할 것인바, 심판대상조항이 규정하는 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분이 명확성원칙에 위배된다고 단정하기 어렵다.

나. 심판대상조항의 단서에서 규정하는 위법성조각사유 중 ‘공공의 이익’이란 사회상황의 변화에 따라 그 의미가 변화할 수 있어서 그것이 의미하는 바를 구체적, 서술적으로 열거하여 범위를 한정하는 것이 입법기술상 현저히 곤란한데, ‘공공의 이익’의 의미는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 수범자와 법적용자에 의해 일의적으로 파악될 수 있고, 법관의 자의적인 해석으로 확대될 염려도 없다고 할 것이므로, 심판대상조항 단서의 ‘공공의 이익’ 부분 역시 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 심판대상조항은 과도한 인신공격을 방지함으로써 후보자가 되고자 하는 자와 그 가족의 명예를 보호하고, 공직선거법상 선거운동기간 제한의 회피를 방지함과 동시에, 유권자들로 하여금 장차 후보자가 될 가능성이 있는 자에 대하여 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정성을 보장하고자 하는 것으로 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 후보자나 예비후보자로 ‘등록’을 하기 훨씬 이전부터 ‘후보자가 되고자 하는 자’로서 객관적 징표가 존재하는 경우는 얼마든지 많이 있고, 비례대표 국회·지방의회 의원 선거와 관련해서는 예비후보자등록제도가 마련되어 있지 아니하므로, ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위나 시기를 합리적으로 제한하기 어렵다. 따라서 후보자가 되고자 하는 자의 범위를 선거에 영향을 미칠 특정 시기를 기준으로 제한하는 것보다는 구체적 사정을 종합하여 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 해당하는지를 판단하는 것이 바람직하다.

근거가 희박한 의혹 등의 제기를 광범위하게 허용할 경우 후보자가 되고자 하는 자의 명예가 훼손됨은 물론 유권자들의 선택을 오도하는 결과가 야기될 수 있으므로 이를 방지하고자 하는 공익은 현저한 반면, 적시한 사실이 진실한 사실로서 공공의 이익을 위한 때에는 처벌되지 아니하는 이상, 심판대상조항으로 인하여 선거운동의 자유나 정치적 표현의 자유를 제한하는 정도가 선거의 공정을 해하는 행위를 방지하려는 공익에 비해 중하다고 볼 수 없으므로, 법익의 균형성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대 의견

공직선거법 제93조나 제103조는 후보자가 되고자 하는 자에 대한 지지를 위한 광고 등의 게시와 출판기념회의 개최를 금지하면서 일정한 시기적 제한을 두고 있는 반면, 심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’나 그 비방행위의 시기에 대하여 아무런 제한을 두지 않고 있다. 이러한 시기를 합리적으로 제한하지 아니한 채 비방행위를 처벌하는 것은 장차 실시될 선거를 혼탁하게 할 수 있고, 유권자들이 후보자가 될 수 있는 자들의 능력과 자질을 판단할 자료를 얻을 기회를 제한한다는 점에서 선거의 공정성이라는 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당하지 아니한다.

심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 의미를 알 수 있는 객관적 기준이나 징표를 전혀 규정하지 않고 있다. 선거에 출마하려는 자의 목표·성격·성향의 다양성이나 우리의 선거과정의 심한 변동성을 고려할 때 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 신분·접촉대상·언행 등의 객관적 징표도 역시 가변적이고 불확정적일 수밖에 없으므로, 이것으로 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 인지를 판단하기는 매우 어렵다. 또한, 심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’가 출마하려는 선거가 어떤 선거인지에 대한 기준 역시 제시하지 않고 있으므로 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위가 무한정 확대될 가능성이 있다.

공직선거법은 예비후보자등록 제도를 마련하고 있고 예비후보자로 등록한 자는 후보자가 되려는 의사를 객관적·확정적으로 외부에 표출하였다고 할 것이므로 예비후보자에 대한 비방행위를 심판대상조항으로 처벌하는 것만으로도 선거의 공정성 확보라는 심판대상조항의 입법 목적을 충분히 달성할 수 있고, 심판대상조항의 ‘후보자가 되고자 하는 자’를 예비후보자로 한정한다고 하더라도, 예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 대한 비방행위는 여전히 형법상 명예훼손죄의 적용대상이 될 수 있으므로, 처벌에 공백이 발생하는 것도 아니다. 그러므로 심판대상조항에 예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 관한 부분을 포함시키는 것은 침해의 최소성원칙에 반한다.

예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 관한 명예보호나 선거의 공정성 확보라는 공익은 추상적이고 구체적이지 못하고, 심판대상조항으로 제한되는

행위자의 선거운동의 자유나 정치적 표현의 자유에 비하여 매우 중하다고 보기 어려우므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건을 갖추지 못하였다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건에서의 쟁점은 첫째, 후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방행위를 처벌하는 심판대상조항 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’와 ‘공공의 이익’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부와 둘째, 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 선거운동의 자유나 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부이다.

2. 심판대상조항의 연혁 및 외국의 입법례

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

선거에 관하여 단일법이 제정되지 않아 대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의장선거법 등 개별 선거법으로 규제되던 당시, 각 개별 선거법은 현행 공직선거법 제251조와 유사한 후보자비방죄를 규정하고 있었다.¹⁾ 다만, 개별 선거법에서는 후보자에 대한 비방만을 처벌할

1) 대통령선거법 제160조(후보자비방죄) ① 연설·신문·잡지·방송·벽보·선전문서 기타 어떠한 방법을 불문하고 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

국회의원선거법 제175조(후보자비방죄) ① 연설·신문·방송·잡지·벽보·선거공보·소형인쇄물·선전문서 기타 어떠한 방법을 불문하고 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

지방의회의원선거법 제177조(후보자비방죄) ① 연설·신문·방송·잡지·벽보·선거공보·선전문서 기타 어떠한 방법을 불문하고 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지

뿐 후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방행위를 처벌대상에 포함시키지 아니하다가, 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 선거에 관한 단일법인 공직선거및선거부정방지법이 제정되면서 후보자뿐만 아니라 후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방행위까지 처벌대상으로 규정하였으며, 이때부터 공직선거법 제251조는 변함없이 존속되고 있다.

나. 외국의 입법례

(1) 일본

일본 공직선거법에는 우리나라 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 해당하는 규정이 존재하지 아니한다. 따라서 후보자에 관하여 공연히 사실을 적시한 자는 행위의 구체적인 태양에 따라 형법상의 명예훼손죄나 모욕죄에 따라 처벌받게 된다.²⁾

다만, 일본형법상 명예훼손죄에는 “전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공직선거에 의한 공무원 후보자에 관한 사실에 관련된 경우에는, 사실 여부를 판단하여 진실의 증명이 있는 때에는 이를 벌하지 아니한다.”는 특칙이 규정되어 있다(일본형법 제230조의2 제3항).

(2) 독일

독일의 경우 여러 선거관련 법률에 명예훼손과 관련한 처벌규정이 존재하지 아니하며 후보자에 대한 비방행위는 일반 형법규정에 의하여 규율하는

아니한다.

지방자치단체의장선거법 제176조(후보자비방죄) ①연설·신문·방송·잡지·벽보·선거공보·선전문서 기타 어떠한 방법을 불문하고 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

2) 일본 내무성의 지침에 의하면, ‘의원후보자로 된 자가 전과를 가지고 있고 또 인격, 식견이 없음에 격분한 선거인 유지가 의원후보자를 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자배척연설회를 개최하려고 함. 선거법상 지장이 없는가?’라는 문의에 대하여 ‘선거법상 지장없음. 다만 형법에 소위 명예훼손죄 또는 모욕죄를 구성할 수 있음에 유념하기 바람.’이라는 답변을 한 바 있다(日本選舉關係實例判例集(II) 중앙선거관리위원회(2002), 제655면)

형태를 띠고 있다.

특히, 독일 형법 제188조³⁾는 정치인을 상대로 하여 비방이나 중상이 행해진 경우에는 가중하여 처벌하도록 규정하고 있는바, 그 내용은 다음과 같다.

제188조 정치인을 상대로 한 비방과 중상

(1) 정치인⁴⁾에 대하여 공연히,⁵⁾ 또는 집회에서 또는 문서의 반포(제11조 제3항)를 통해서 피해자의 공적 생활상의 지위와 관련된 동기에 의하여, 비방(제186조)이 이루어지고 그 행위가 그의 공적 영향력을 현저히 저해하기에 적합한 때에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

(2) 동일한 요건 하에서 중상(제187조)은 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

위 조항에 대해서는 “정치인”이라는 개념이 불명확하고, 정치인에 대한 비방 등을 중하게 처벌하는 것이 평등의 원칙에 반한다는 주장이 있었으나, 연방헌법재판소는 1955년 11월 30일자 결정⁶⁾에서, 정치인들은 공인이며 과제

3) 국내 문헌에서는 제187a조로 소개되어 있으나 기존 제188조가 삭제되면서 자연스럽게 제6차 개정형법에서 제187a조가 제188조로 변경되었다.

4) 직역하면 국민의 정치적 생활영역에 놓여 있는 자(eine im politischen Leben des Volkes stehende Person)라고 번역되나 주석서에 따르면 본 규정의 보호를 받는 인적범위로는 일정기간 동안 기본적으로 그리고 직접적으로 국가·국가의 조직·입법·행정·국제관계와 관련된 업무를 담당하고 그 기능을 근거로 하여 정치적 생활에 중대하게 영향을 미치는 인적집단이 해당되며 대통령, 연방의회의장, 연방과 각 주의 의원, 연방헌법재판소 재판관, 정부구성원, 수상후보자 그리고 야당운영진이 그 대표적인 예가 된다고 설명하고 있기 때문에 정치인이라고 의역하는 데에 무리가 없을 것으로 보인다. 이에 대해서는 Regge, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 1. Aufl., § 188 Rn. 5ff. 참조.

5) 공연성(Öffentlichkeit)의 해석과 관련하여 독일의 다수설과 판례는, ‘불특정 또는 개인적 관계로 내적으로 결합된 다수인이 직접 인식할 수 있도록’이라고 해석하고 있다. 따라서 불특정 다수인은 불특정이면서 다수인이 인식할 수 있는 상태이며, 사실적시의 상대방이 다수라 하더라도 특정된 경우에는 공연성이 인정되지 않는다. 또한 불특정 다수는 다수가 반드시 참석한 상태이어야 하므로 1인이 추후 다수에게 전달할 가능성이 있다 하더라도 공연성이 인정되지 않는다. 조현욱, 법학연구 제32집, 365면.

6) BVerfGE v. 30.11.55 - 1 BvL 120/53, BVerfGE 4, 352 = NJW 1956, 99.

수행에 있어 신뢰도가 갖는 의미가 크기 때문에 사인에 비하여 명예보호의 강도를 더 높인다 하여 평등의 원칙에 반하지 아니하며, “정치인”이라는 개념은 상당히 불명확성을 내포하고 있는 것은 사실이나 이것이 명확성원칙에 반하는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다.

(3) 미국

미국의 연방 공직선거법(Federal Election Campaign Act, 2 U.S.C. § 431 et seq.)은 선거 운동 과정에서 후보자의 명예를 훼손(defamation/ libel/slander)한 경우의 처벌에 관한 조항을 규정하고 있지 않다. 다만, 이러한 경우 명예훼손에 관한 법리에 의하여 해결될 수 있으며, 일반적으로 (i) 허위 또는 명예를 훼손하는 언동, (ii) 권한 없이 제3자에게 공표, (iii) 과실 또는 고의, 그리고 (iv) 특별한 손해의 존부 등의 구성요건을 충족하여야 한다.⁷⁾

공직선거 후보자(candidate for public office)는 공적인 인물(public figure)로 여겨지며,⁸⁾ 공무에 관련되어 명예훼손으로 인한 손해배상 청구를 하는 경우 현직 공직자(public official)와 같이 헌법상 표현의 자유에 의한 제한을 받는다.⁹⁾ 다만, 미국에서 명예훼손은 위와 같은 민사상 손해배상의 문제뿐만 아니라 형사상 문제가 되기도 하는데, 헌법상 보장된 표현과 언론의 자유는 공직자에 대한 사실에 입각한 비판에 대해서는 형사처벌을 금한다.¹⁰⁾

7) Restatement Second, Torts §558.

8) *Brown v. Herald Co., Inc.*, 698 F.2d 949 (8th Cir. 1983) (sheriff); *Peeler v. Spartanburg Herald Journal div. of The New York Times Co.*, 681 F. Supp. 1144 (D.S.C. 1988) (school board); *Sigman v. Gove*, 169 Ga. App. 580 (1984) (state senate); *Redmond v. Sun Pub. Co., Inc.*, 239 Kan. 30 (1986) (city council).

9) *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265 (1971); *Peeler v. Spartanburg Herald Journal div. of The New York Times Co.*, 681 F. Supp. 1144 (D.S.C. 1988).

10) *Garrison v. State of La.*, 379 U.S. 64 (1964); *Mangual v. Rotger-Sabat*, 317 F.3d 45 (1st Cir. 2003); *Gattschalk v. State*, 575 P.2d 289 (Alaska 1978); *Weston v. State*, 258 A가. 707 (1975); *Eberle v. Municipal Court*, 55 Cal. App. 3d 423 (2d Dist. 1976).

3. 심판대상조항의 위헌 여부

가. 명확성원칙에 위반되는지 여부

(1) 죄형법정주의의 명확성원칙

죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은, 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다. 여기에서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은, 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 입법자의 입법의도, 즉 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지에 관하여 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미한다.

다만, 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없고, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 201;헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260 참조).

그리고 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 적용 단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상, 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다(헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804, 813 참조).

(2) 판단

(가) 법정의견은 다음과 같이 심판대상조항 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’와 ‘공공의 이익’ 이 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

1) 먼저 ‘후보자가 되고자 하는 자’가 명확성원칙에 위배되지 않는다는 법정의견의 요지는 다음과 같다.

『심판대상조항의 입법목적이 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 명예보호뿐만 아니라 선거의 공정성 확보에도 있음을 고려해 볼 때, 후보자가 되고자 하는 자에 해당하기 위해서는 단순히 후보자가 되려고 하는 주관적인 의지가 있는 것만으로는 부족하고, 실제로 선거에 출마하기 위한 최소한의 준비 등을 개시하여 후보자가 될 개연성이 인정되어야 한다.

특히, 공직선거법은 후보자를 관할선거구선거관리위원회에 후보자등록을 마친 자로(공직선거법 제49조 제1항), 예비후보자를 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 마친 자로(같은 법 제60조의2 제1항) 규정하면서, ‘후보자가 되고자 하는 자’를 후보자 및 예비후보자와는 구별되는 개념으로 사용하고 있다. 따라서 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람은 후보자와 예비후보자가 ‘등록’이라는 객관적 기준에 의하여 정해지는 것과의 균형상, ‘후보자가 되고자 하는 자’에 해당하는지 여부 역시 당사자의 주관적인 의사가 아니라 외부로 표출된 행위에 따라 객관적으로 결정될 것이라는 점을 충분히 파악할 수 있다.

나아가, 심판대상조항은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 비방한 경우만을 처벌하고 있으므로, 여러 가지 선거가 겹치는 경우 어느 것을 기준으로 ‘후보자가 되고자 하는 자’를 정할 것인지 역시 행위자가 당선되거나 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적을 가지고 있었던 선거를 기준으로 특정할 수 있다. 또한 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 해당하는지는 구성요건적 행위를 한 자의 행위 시점을 기준으로 판단되어야 하는 것으로, 비방행위 당시에 후보자가 될 의사를 객관적으로 표시하지 아니한 자의 경우에는 심판대상조항이 정하고 있는 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 포함되지 아니하며, 그러한 자가 행위자의 비방 이후에 선거에 출마할 의사가 생겨 이러한 의사를 외부에 표출하였다고 하더라도 비방행위를 한 자가 처벌 대상이 된다고 볼 수는 없다(헌재 2010. 9. 30. 2009헌바201, 공보 168, 1684, 1690 참조).』

2) 법정의견은 ‘공공의 이익’이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단

함에 있어, 먼저 위법성 조각사유의 경우에도 죄형법정주의의 명확성원칙이 적용되나, 범죄행위의 일반적 유형을 정형화한 구성요건에 비하여 위법성조각사유는 구체적이고 개별적인 행위에 대한 사후적이고 객관적인 평가로서 위법성을 조각시켜 범죄의 성립을 부정한다는 특성을 고려하여, 당해 제도를 둔 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지 여부에 따라 명확성원칙의 충족여부를 가려야 한다는 점을 명시한 후, 명확성원칙 위배여부에 대한 판단으로 나아갔다.

『‘공공의 이익’이란 일반적으로 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하는 것으로, 공연한 사실의 적시를 통한 명예훼손이나 비방에 대한 위법성조각사유를 정하고 있는 형법 제310조, 교육공무원법 제62조 제4항 단서 등에서도 동일한 개념으로 사용되고 있다.

또한 심판대상조항은 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’에만 처벌하지 아니한다고 규정하고 있는 형법 제310조나 교육공무원법 제62조 제4항 단서와는 달리, ‘오로지’라는 단어를 생략함으로써, ‘공공의 이익에 관한 때’가 사적 이익을 추구함이 없이 오로지 공공의 이익을 위한 경우만을 의미하는 것이 아니라 행위의 주된 목적이 공공의 이익에 기여하는 경우를 의미함을 명시하고 있다.

더욱이 ‘공공의 이익’이란 사회상황의 변화에 따라 그 의미가 변화할 수 있는 것이어서, 그것이 의미하는 바를 구체적, 서술적으로 열거하여 범위를 한정하는 것이 입법 기술상 현저히 곤란하며, 이러한 입법이 이루어졌다고 할지라도 장래에 이와 같은 규범이 적절히 유지되기 어렵다. 이와 같이 변화하는 사회에 대한 법규범의 적응력을 확보하기 위해 어느 정도 망라적인 의미를 가지는 내용으로 입법하는 것이 불가피한 이상, 입법자가 심판대상조항에서 ‘공공의 이익’이라는 불확정 개념을 사용하였다는 이유만으로 이것이 명확성원칙에 반하는 것은 아니다.』

(나) 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반된다는 반대의견을 제기한 재판관들은 명확성원칙 위배여부에 대해서는 별도의 위헌론을 주장하지 아니하고 있다.

나. 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

(1) 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 대해서는 4인의 재판관이 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다는 의견을, 5인의 재판관이 과잉금지원칙에 위배된다는 의견을 제시하였다. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라는 의견이 다수였으나, 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하여, 헌법에 위반되지 아니한다는 합헌결정이 선고되었다.

(2) 법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.

『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

심판대상조항의 입법목적은 과도한 인신공격을 방지함으로써 후보자가 되고자 하는 자와 그 가족들의 인격과 명예를 보호하고, 공직선거법상 선거운동기간 제한의 회피를 방지함과 동시에, 유권자들로 하여금 장차 후보자가 될 가능성이 있는 자에 대하여 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정성을 보장하고자 하는 것으로 정당성을 인정할 수 있고, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 경우 외에 후보자가 되고자 하는 자와 그 가족을 비방하는 행위를 처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 된다.

한편 심판대상조항으로 말미암아 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유가 제한될 여지를 줄이기 위하여 심판대상조항에서 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위를 합리적으로 설정할 필요성이 요청된다고 하더라도, 선거에 영향을 미칠 가능성을 고려하여 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위 내지 시기를 어디까지로 정할 것인지 합리적 기준을 내세우기는 쉽지 않을 뿐만 아니라, 언론매체나 인터넷을 통한 비방의 확대 재생산으로 인한 입법목적의 훼손은 선거일전 일정기간 동안 제한하는 방식으로는 제대로 대처하기 어려운 측면이 있다. 비록 공직선거법 제60조의2에서 예비후보자등록 제도를 마련하고 있으므로 예비후보자로 등록할 수 있는 시점을 기준으로 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위 내지 시기를 제한하는 것을 고려해 본다고 하더라도,

이와 같은 ‘예비후보자 등록’이 가능한 시점보다 훨씬 이전부터도 후보자가 되고자 하는 의사와 그 객관적 징표가 존재하는 경우는 얼마든지 많이 있을 수 있고, 이 경우 ‘후보자가 되고자 하는 자’와 그 가족의 명예를 보호하고 유권자들에게 공직 적격 여부를 올바르게 판단할 기회를 제공할 필요성은 여전히 크게 요청된다. 또한, 비례대표 국회·지방의회 의원 선거와 관련하여서는 예비후보자등록 제도가 마련되어 있지 아니하므로 비례대표 의원 선거의 경우에는 후보등록 이전의 어느 시점을 기준으로 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위나 시기를 합리적으로 제한할 방법을 찾는 것도 상당히 어렵다. 따라서 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위를 선거에 영향을 미칠 특정 시기를 기준으로 제한하는 것보다는 구체적 사안에서 이루어진 비방행위의 내용, 비방행위와 특정 선거와의 관련성, 후보자가 되고자 하는 의사와 그 객관적 징표의 존재 여부 등을 고려하여 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 해당하는지를 판단하는 것이 바람직해 보인다.

(나) 침해의 최소성

현재의 선거문화는 극심한 중상모략, 인신공격, 흑색선전이 난무하였던 과거의 선거문화에서 점차 탈피되고 있는 것으로 보이는 하나, 앞으로 실시될 선거에서 후보자가 되고자 하는 의사를 객관적으로 표출한 자들에 대한 비방행위를 처벌하는 것은 사실상 사전선거운동에 해당하는 행위를 금지하는 것으로 선거의 공정성을 확보하고 건전한 선거문화를 정착시키기 위한 적절한 제한이라 할 것이고, 앞으로도 심판대상조항을 존치시킬 필요성은 여전히 크다고 할 것이다.

한편 심판대상조항은 공연히 사실을 적시하여 후보자가 되고자 하는 자를 비방하는 행위를 한 사람을 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄에 비하여 중하게 처벌하는 대신, ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적’이라는 초과주관적 구성요건을 규정함으로써 처벌의 범위를 특정인에 대한 유권자의 사회적 평가나 판단에 영향을 미쳐 실제로 선거의 공정성을 해할 우려가 있는 행위로 제한하고 있다.

또한, 심판대상조항은 비방행위 일체를 처벌하는 것이 아니라 단서에서 “진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”는 위법성

조각사유를 규정하여 후보자가 되고자 하는 자에 대한 부정적인 표현으로 상대방의 사회적 평가를 저하시켰다고 할지라도 그것이 후보자가 되고자 하는 자를 중상모략하거나 그에 대한 인신공격, 흑색선전이 아니라 유권자들의 올바른 판단을 위해 진실한 사실을 적시한 것에 해당하고 그것이 공공의 이익에 부합하는 경우에는 심판대상조항에 따라 처벌하지 않고 있다. 특히 형법상 명예훼손죄의 경우 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’에 위법성이 조각되는 것(형법 제310조)과 비교해 볼 때 ‘오로지’라는 요건이 없음으로 인해 공공의 이익과 사적 이익이 동시에 존재하는 경우에도 심판대상조항에 의하여 처벌되지 않는바, 이는 선거운동의 자유 내지는 정치적 표현의 자유의 중요성을 고려하여 위법성조각사유의 범위를 넓힌 것이다.

결국 심판대상조항에 따라 처벌받는 행위는 ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로’ 후보자가 되고자 하는 자 등에 관한 사실을 공연히 적시하여 비방하였고 이것이 ‘진실한 사실로서 공공의 이익’에 해당하지 않는 것으로서 이는 단지 후보자가 되고자 하는 자에 대한 중상모략 내지 인신공격, 흑색선전에 불과한 경우이다. 그리고 이러한 행위를 처벌하는 것은 선거운동의 자유 내지는 정치적 표현의 자유에 대한 필요한 제한이다.

따라서 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 위배되지 않는다.

(다) 법익의 균형성

심판대상조항이 추구하는 공익은 후보자가 되고자 하는 자와 그 가족의 명예를 보호하고 건전한 선거풍토를 조성하며 나아가 선거인들에게 올바른 정보를 제공함으로써 선거의 공정을 기하려는 것이다. 비록 심판대상조항에 의하여 선거운동의 자유 내지는 정치적 표현의 자유가 다소간 제한되는 부분이 있다 하더라도, 앞서 본 바와 같이 적시한 사실이 진실한 사실로서 공공의 이익을 위한 때에는 처벌되지 아니하는 이상, 심판대상조항으로 인한 기본권제한의 정도가 위와 같은 공익에 비해 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 공익과 사익 간의 균형성을 도외시한 것이라고 볼 수 없으므로, 법익의 균형성 원칙에 반하지 아니한다.』

(3) 이에 대하여 반대의견은 심판대상조항의 입법목적의 정당성을 인정하면서도, 다음과 같은 이유에서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배된다고 판단하였다.

『(가) 수단의 적절성

특정인에 대한 비방행위를 형법이 아닌 공직선거법에 의하여 더 중하게 처벌하는 것이 정당화되기 위해서는 처벌의 범위를 선거에 영향을 미칠 가능성이 있는 시기에 이루어진 행위로 제한하는 것이 필요하다. 예컨대, 공직선거법 제93조나 제103조는 후보자가 되고자 하는 자를 지지·추천·반대하는 내용이 포함되어 있는 광고 등의 게시와 후보자가 되고자 하는 자와 관련 있는 저서의 출판기념회의 개최를 금지하면서, 각각 선거일 전 180일, 선거일 전 90일부터 선거일까지라는 시기적 제한을 두고 있는 반면, 이 사건 심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’나 그 비방행위의 시기에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하다.

이러한 시기의 합리적 제한 없는 비방행위의 가중처벌은 오히려 고소와 고발의 남발을 야기하여 장차 실시될 선거를 혼탁하게 할 수 있고, 유권자들이 후보자가 될 수 있는 자들의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 자료를 얻을 수 있는 기회를 제한한다는 점에서 선거의 공정이라는 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단에 해당하지 아니한다.

(나) 침해의 최소성

심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 의미를 알 수 있는 객관적 기준이나 징표를 전혀 규정하지 않고 있다. 우선, 법정의견은 ‘후보자가 되고자 하는 자’를 그 당사자의 주관적인 의사뿐만 아니라 신분·접촉대상·언행 등과 같이 외부로 표출된 행위에 따라 객관적으로 결정할 수 있다고 하지만, 신분·접촉대상·언행 등의 객관적인 징표라는 것으로 ‘후보자가 되고자 하는 자’를 어떻게 결정할 수 있을지 의문스럽다. 즉, 선거에 출마하려는 행위자의 목표·성격·성향의 다양성이나 우리 선거과정의 심한 변동성을 고려할 때 신분·접촉대상·언행 등의 징표 역시 가변적이고 불확정적인 것일 수밖에 없기 때문에 그것으로 그 당사자가 후보자가 되고자 하는지, 또 어느 선거의 후보자가 되고자 하는지를 판단하기는 참으로 곤란한 문제가 되는 것이

다. 따라서 심판대상조항에 의하여 자신의 행위가 금지·처벌되는 수범자는 ‘후보자가 되고자 하는 자’가 어떤 사람을 가리키는지 파악하기 어렵게 되고, 그 결과 오로지 법집행기관이 판단하는 대로 처벌될 상황에 처하게 된다.

한편, 심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’가 출마하려는 선거가 어떤 선거인지에 대한 기준 역시 제시하지 않고 있다. 따라서 선거에 출마하려는 사람이 당해 선거가 아니라 차기 선거를 목표로 준비하는 때와 같은 경우에는 그가 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 해당하는지 여부가 불명확해지며, 그 결과 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 범위가 시간적으로 무한히 확대될 가능성마저 있다. 또한, 비슷한 시기에 여러 선거가 겹치는 경우에는 어떤 선거를 기준으로 판단할 것인가도 녹록치 않게 된다. 이에 대하여 법정의견은 심판대상조항의 수범자가 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적을 가지고 있었던 선거를 기준으로 특정할 수 있다고는 하지만, 그 판단 역시 그리 쉽지는 않을 것이며 결국 법집행기관의 판단에 따를 수밖에 없는 결과를 낳게 된다.

위와 같이 이 사건 심판대상조항은 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 의미를 구체적으로 규정하지 아니함으로써 법집행기관의 자의적인 판단을 가능하게 하고 그 결과 금지와 처벌의 범위를 지나치게 확장하여 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 축소시키게 된다.

또한, 공직선거법은 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 제60조의2, 제60조의3을 신설함으로써 예비후보자 제도를 도입하였는데, 이처럼 공직선거법이 예비후보자등록이라는 객관적인 절차를 통해 선거일 상당기간 전부터 후보자가 되고자 하는 의사를 외부에 표출할 수 있는 수단을 마련하고 있고, 후보자가 되고자 하는 의사를 가진 사람 중 상당수가 실제 예비후보자등록을 하고 있는 이상, 예비후보자에 대한 비방행위를 가중처벌 하는 것만으로도 선거의 공정성 확보라는 입법목적은 충분히 달성할 수 있다.

특히 ‘후보자가 되고자 하는 자’의 의미를 법정의견이 밝힌 바와 같이 해석할 경우, 특정인에 대한 사실을 공연히 적시하고자 하는 행위자는 특정인이 후보자가 되고자 하는 의사를 외부에 객관적으로 표출한 사실이 있는지를 확인할 것이 요구되고, 앞서 본 바와 같이 그 의사의 객관적 표출 여부를

판단하기는 매우 어려우므로, 이는 사실을 적시하고자 하는 행위자의 선거운동의 자유 내지는 정치적 표현의 자유의 행사를 상당히 위축시키는 결과를 야기한다. 이러한 제한을 최소화하기 위해서는 예비후보자등록이라는 명확하고 객관적인 요건을 충족한 사람에 대한 비방행위만을 공직선거법에 의하여 처벌하도록 하는 것이 요청된다. 그리고 심판대상조항의 후보자가 되고자 하는 자를 예비후보자로 한정한다고 해도, 예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 대한 비방행위는 여전히 형법상 명예훼손죄의 적용대상이 될 수 있으므로, 처벌에 공백이 발생하는 것도 아니다.

따라서 심판대상조항에 예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 관한 부분을 포함시키는 것은 침해의 최소성원칙에 반한다.

(다) 법익의 균형성

예비후보자등록을 마친 사람뿐만 아니라 그 외의 방법으로 후보자가 되고자 하는 의사를 객관적으로 표출한 사람까지 심판대상조항에 의한 처벌대상에 포함된다면, 특정인에 관한 공연한 사실을 적시하고자 하는 자는 그가 후보자가 되고자 할 의사를 객관적으로 추단할 수 있는 행위를 하였는지를 조사하고 판단하여 행위 여부를 결정하여야 하는바, 이로 말미암아 제한되는 행위자의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유는 매우 크고 중대하다. 반면에 예비후보자 이외의 자에 대한 공연한 사실적시를 통한 비방을 금지함으로써 달성할 수 있는 명예보호나 선거의 공정성 확보라는 공익은 다소 추상적인 한편, 행위자가 제약당하는 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유보다 크다고 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항에 예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 관한 부분을 포함시키는 것은 법익의 균형성 요건을 갖추지 못하였다.』

4. 이 사건 결정의 의의

가. 후보자가 되고자 하는 자가 구성요건적 행위의 주체가 되는 법률조항에서 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였던 선례는 존재하였으나(헌재 2009. 4. 30. 2007헌바29 등, 판례집 21-1하, 108, 128; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바201, 공보 168, 1684, 1689-1690 참조), 후보자가 되고자 하는 자가 행위의 구성요건의 객체가 되는 경우 명확성원칙에 위배되는지에 대해서는 헌법재판소가 판단한 바가 없었다.

이 사건은 후보자가 되고자 하는 자의 의미가 선거에 출마하고자 하는 개인의 주관적 내심의 의사에 의해서가 아니라, 객관적 징표에 의해서 결정된다는 점에서 ‘후보자가 되고자 하는 자’가 구성요건적 행위의 주체로 사용되는 경우나 구성요건의 객체가 되는 경우나 그 명확성원칙 위배여부에 대한 판단이 달라지지 아니한다는 점을 밝힌 것에 그 의미가 있다.

나. 또한, 헌법재판소는 공직선거법 제251조 중 ‘후보자’에 관한 부분이 과잉금지원칙에 위배되지 아니하여 선거운동의 자유를 침해하지 아니한다고 판시한 데 있어(헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53, 판례집 22-2하, 425, 432-434 참조), 이 사건에서 후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방행위를 처벌하는 심판대상조항에 대해서도 과잉금지원칙에 위배되지 아니하였다고 판단하였다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 위헌정족수에는 이르지 못하였으나 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배된다는 의견이 다수의견이었다. 그리고 위헌의견은 2004. 3. 12. 예비후보자 제도가 신설되었으며, 실제로 2012. 4. 11.에 실시된 제19대 국회의원선거에서 실제 후보자등록을 한 사람의 거의 2배에 달하는 인원이 예비후보자등록을 하는 등(예비후보자등록인원: 1,710명, 지역구국회의원 후보자등록 인원: 902명, 중앙선거관리위원회, 제19대 국회의원선거총람, 제337면, 제339면 참조), 후보자가 되고자 하는 사람은 대부분 예비후보자 등록을 한다는 점에 근거한 것으로 보인다. 즉, 반대의견은 예비후보자에 대한 비방행위를 처벌하는 것만으로도 후보자가 되고자 하는 자와 그 가족들의 명예를 보호하고, 선거의 공정성을 보장하고자 하는 입법목적을 충분히 달성할 수 있음에도 불구하고, 구성요건을 예비후보자 등록을 하지 아니하였으나, 다른 방법으로 후보자가 되고자 하는 의사를 외부로 표출한

자까지로 넓히는 것은 침해의 최소성에 반하여 법익의 균형성에도 위배된다는 것이다. 비록 심판대상조항에 대해서 헌법재판소가 합헌 결정을 선고하기는 하였으나, 다수의 재판관들이 신설된 제도를 근거로 그 위헌성을 지적하였다는 점은 큰 의미가 있다고 할 것이다.

형법 제311조 위헌소원

- 모욕죄를 규정하고 있는 형법 제311조가 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506)

우 관 제*

【판시사항】

가. 모욕죄를 규정하고 있는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제 311조(이하 ‘심판대상 조항’이라 한다)의 ‘모욕’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

나. 심판대상 조항이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제 311조가 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

청구인은 ○○당 인터넷 사이트 당원 게시판과 인터넷 사이트 ‘○○’에 있는 자신의 블로그에 타인을 모욕하는 글을 게재하고, ○○당 게시판에 비방할 목적으로 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하였다는 이유로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손)죄, 모욕죄로 기소되어 제1심(서울중앙지방법원 2009고단6302)에서 벌금 300만 원을 선고받았고, 이에 불복하여 항소(서울중앙지방법원 2010노615)하였으나 항소가 기각되었으며, 다시 불복하여 상고(대법원 2010도10130)하였으나 2011. 12. 22. 상고도 기각되었다.

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

청구인은 위 상고심 계속 중에 모욕죄를 규정하고 있는 형법 제311조가 명확성원칙에 위반되고, 표현의 자유를 침해하는 규정이라고 주장하며 위헌 법률심판제청 신청(대법원 2011초기245)을 하였으나 2011. 12. 22. 위 신청이 기각되어 같은 달 26. 그 결정문을 송달받자 2012. 1. 25. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다

【결정요지】

가. 모욕죄의 구성요건으로서 ‘모욕’이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것으로서, 모욕죄의 보호법익과 그 입법목적, 취지 등을 종합할 때, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵고, 대법원은 모욕의 의미에 대하여 객관적인 해석기준을 제시하고 있으므로 법 집행기관이 이를 자의적으로 해석할 염려도 없어 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

나. 사람의 인격을 경멸하는 표현이 공연히 이루어진다면 그 사람의 사회적 가치는 침해되고 그로 인하여 사회구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해받지 않을 수 없으므로, 모욕적 표현으로 사람의 명예를 훼손하는 행위는 분명 이를 금지시킬 필요성이 있고, 모욕죄는 피해자의 고소가 있어야 형사처벌이 가능한 점, 그 법정형의 상한이 비교적 낮은 점, 법원은 개별 사안에서 형법 제20조의 정당행위 규정을 적정하게 적용함으로써 표현의 자유와 명예보호 사이에 적절한 조화를 도모하고 있는 점 등을 고려할 때, 심판대상 조항이 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원의 반대의견

심판대상 조항의 구성요건인 ‘모욕’의 범위는 지나치게 광범위하여 타인에 대한 부정적이거나 경멸적인 내용이 있는 표현은 타인의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있어 모욕에 해당하게 된다. 이에 따라 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세대를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지

만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있으므로, 헌법상 보호받아야 할 표현까지 규제될 수 있다.

모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한한다. 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손된다.

또한 국가형벌권의 행사를 형법으로 규정하고자 할 때는 최소한의 행위에 국한되어야 한다. 단순한 추상적 판단이나 경멸적 감정의 표현행위에 대하여는 시민사회의 자기 교정기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것으로 규제할 수 있다. 그리고 모욕행위를 형사처벌하는 것은 국제인권기준에도 부합하지 않는 측면이 있고, 상당수의 국가에서 모욕죄가 부분적으로 폐지되거나 실질적으로 사문화되고 있다.

결국 심판대상 조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

헌법재판소는 2011. 6. 30. 선고한 2009헌바199 결정에서 관여 재판관 전원 일치이견으로 심판대상조항이 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로 합헌이라고 판단한 바 있다. 다만 위 선례에서는 제한되는 기본권으로 표현의 자유를 언급하지 않았다. 아마도 당해 사건의 청구인이 명시적으로 침해되는 기본권을 적시하지 아니한 것에 기인한 것으로 보이는데 본 사안은 청구인이 명시적으로 심판대상에 의해 침해되는 기본권으로 표현의 자유를 적시하였다.

헌법재판소는 “헌법 제21조 제4항은 ‘언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다’고 규정하고 있는바, 이는 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출

판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당한다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 560)¹⁾”고 판시한 바 있다. 이 사건에 있어서 문제가 되고 있는 모욕적 언사 역시 의사형성적 작용을 하는 의사표현 형식의 하나로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 영역임에는 의문의 여지가 없으나, 심판대상 조항은 모욕행위를 처벌함으로써 위와 같은 의사표현에 의한 일정한 내용의 표현을 금지하고 있다는 점에서 헌법상 보장되고 있는 표현의 자유를 제한하고 있다고 할 수 있다.

따라서 이 사건에 있어서는 심판대상 조항이 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙 및 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성원칙에 위배되는 여부, 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는지 여부가 주된 쟁점이라 할 수 있으므로, 이하에서는 모욕죄를 규정하고 있는 외국의 입법례를 살펴보고 위 쟁점에 대한 판단을 하고자 한다.

2. 외국의 입법례

(1) 일본

본 형법 제231조²⁾는 ‘사실을 적시하지 않아도 공연히 사람을 모욕한 자는 구류 또는 과료³⁾에 처한다’고 하여 모욕죄를 규정하고 있다. 본죄는 친고죄이고(제232조 제1항⁴⁾) 우리 형법과 마찬가지로 ‘공연성’을 요건으로 하고 있다.

1) 종래 헌재는 음란표현이 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 판시하였으나(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집10-1, 327, 340-341), 위와 같이 견해를 변경하였다.

2) (侮辱)

第二百三十一條 事實を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に處する。

3) 일본형법 제16조(구류) 구류는 1일 이상 30일 미만으로 하고 형사시설에 구치한다. 제17조(과료) 과료는 천엔 이상 1만엔 미만으로 한다.

4) (親告罪)

第二百三十二條 この章の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

모욕죄의 법정형은 구류 또는 일본 형법 제231조⁵⁾는 ‘일본 형법과료로 매우 가볍다. 법정형을 구류 또는 과료로 정하는 범죄는 일본 형법상 모욕죄가 유일하다.

(2) 독일⁶⁾

독일 형법 제185조는 ‘모욕행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 모욕이 폭행에 의하여 이루어진 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다’고 규정하고 있다. 그리고 제192조는 명예훼손행위가 진실한 사실로 증명되었다 하더라도 그 형태 또는 상황으로 인하여 이미 모욕이 존재하는 경우에 제185조의 적용을 인정한다.

독일의 모욕죄는 공연성을 요건으로 하지 않고⁷⁾, 고소가 있어야 형사소추할 수 있으나 모욕행위가 문서의 반포 또는 공연한 전파에 의하여 이루어지는 경우 등에 있어서는 고소를 필요로 하지 아니한다(제194조 참조).

(3) 대만

대만의 경우 형법 제309조에서 모욕죄에 관하여 구류나 벌금형을 규정하고 있다.

5) (侮辱)

第二百三十一條 事實を摘示しなくとも、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に處する。

- 6) 이재일, 독일 형법전 체계 내에서의 명예훼손 및 모욕에 관한 죄, 한국법제연구원, 2008, 17-27면 참조.
- 7) 독일의 경우 모욕죄의 보호객체는 명예인데, 이는 규범적 명예개념으로서 인간에게 부여되고 인간의 존엄으로부터 도출되어지면 사회적으로 존중되어지는 타당성에 대한 가치라고 한다(이재일, 위의 책 10면 참조). 한편 독일의 통설과 판례는 명예를 규범적·사실적 명예개념[내적·인격적 명예를 기초로 외적 명예(인격에 대해 외부적으로 주어지는 명성이나 사회적 평가)와 주관적 명예(주관적 사정으로서의 명예감정)를 포괄함]으로 파악한다고 한다(김일수, ‘명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가’, 안암법학 창간호, 284면; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 50 Aufl, S.1131 참조).

(4) 기타 국가⁸⁾

(가) 프랑스

구체적 사실의 적시 없이 공연히 경멸, 모욕적 표현을 사용하여 사람을 모욕한 경우(공연한 모욕죄)에 피해자의 대상에 따라 6월 이하의 금고 또는 벌금형에 처하고(프랑스 언론법 제29조 제2항, 제32조 내지 제34조), 공연하지 아니한 상황에서 유발이 없음에도 불구하고 사람을 모욕한 경우(비공연한 모욕죄)에는 벌금형에 처한다(프랑스 형법전 내의 국사원령 제621-2, 4조).

(나) 스위스

말, 문서, 도화, 거동 또는 행동을 통하여 다른 방식으로 타인의 명예를 공격한 자는 고소에 의하여 벌금형에 처하되, 모욕을 받은 자가 자신의 적절하지 아니한 행동을 통하여 그러한 모욕에 대하여 직접적인 계기를 준 때에는 형을 면책할 수 있다(스위스 형법 제177조 제1, 2항).

(다) 오스트리아

공연히 또는 다수인의 앞에서 타인을 욕하거나 조롱하거나 신체를 학대 또는 신체적 학대의 방법으로 헐박한 자는 다른 더 중한 형벌규정으로 처벌받지 않는 경우에는 3월 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하되, 타인의 행동에 격분하여 모욕한 자는 당시의 정황과 방법, 특히 유발원인 등을 고려하여 일반적으로 이해할 수 있을 때에는 면책된다(오스트리아 형법 제115조 제1, 3항).

(라) 중국

폭력 또는 기타 방법으로 공연히 타인을 모욕하거나 또는 사실을 날조하여 타인을 비방하고 사안이 중한 경우 3년 이하의 유기징역이나 구역, 관제 또는 정치적 권리를 박탈한다. 이 죄는 고소해야 처리할 수 있다(중국 형법 제246조).

8) 박경신 교수는 모욕죄를 처벌하는 국가는 우리나라와 일본, 독일, 대만뿐이라고 한다(‘모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰’, 고려대학교 법학연구원, 2009, 281면 참조). 그러나 서보학 교수는 이외에도 프랑스, 스위스, 오스트리아도 모욕죄를 처벌하고 있다고 하고 있고(‘형법상 명예에 관한 죄의 개정방향 검토’, 한국사법행정학회, 정암 정성진박사 고회기념논문집, 431면 이하 참조), 중국도 모욕죄를 처벌하고 있는 것으로 보인다(이중광, ‘사이버 모욕죄의 신설여부’, 인터넷과 법률Ⅲ, 법문사 ; 조약동, ‘한·중 모욕죄의 법 특성에 관한 비교연구’, 석사학위논문, 한양대학교, 2012).

3. 명확성원칙 위반 여부

가. 명확성원칙의 개념 및 심사기준

표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 따라서 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, 627-628).

한편, 이러한 명확성원칙은 죄형법정주의의 원칙에서도 요청된다. 즉 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다(헌재 2006. 11. 30. 2006헌바53, 판례집 18-2, 516 등 참조).

심판대상 조항은 공언히 사람을 모욕한 자를 처벌하도록 하고 있는 형벌 조항일 뿐만 아니라 동시에 표현의 자유를 제한하고 있다. 따라서 심판대상 조항은 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서의 명확성원칙을 요구한다 할 것이며, 그 정도는 엄격한 의미에서의 명확성이라 할 것이다⁹⁾. 다만, 이러한 의미의 명확

9) 이와 같이 두 개의 영역이 경합하는 경우에 있어서 명확성원칙 심사적도에 관하여, 현재는 죄형법정주의의 명확성원칙이나 표현의 자유 규제입법에 있어서의 명확성원칙은 둘 다 동일한 정도의 심사적도를 요하는 것, 즉 엄격한 의미의 명확성원칙을 의미한다고 하면서 그 중 어느 하나(보통은 죄형법정주의의 명확성원칙)의 심사적도로, 또는 그냥 명확성원칙이라는 표현을 사용하여 단일의 심사적도로 판단하는 것이 주류인 것으로 보인다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 560-561; 2012. 2. 23. 2008헌마500, 판례집 24-1상, 228, 247; 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집17-1, 927 이하 등). 이러한 주류적 견해에 비하여 이와 같이 두 개의 영역이 경합하는 경우에는 초고도의 명확성원칙을 요한다는 견해(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113결정의 소수의견, 판례집2, 49, 66 참조)가 있다.

성원칙에도 불구하고 개별 법률조항의 구성요건을 기술함에 있어 언어상, 입법기술상의 한계 등으로 다소 포괄적이고 불확정한 개념, 법관의 해석이 필요한 개념을 사용할 수밖에 없는바, 구성요건이 어느 정도까지 특정되어야 명확성원칙에 반하지 않는가의 문제가 발생한다. 이 사건 결정에서 명확성원칙의 심사기준에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

『모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법 기술적으로 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 560-561 참조). 그리고 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822; 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 377-378 참조).』

나. 법정의견

법정의견은 다음과 같이 심판대상 조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『심판대상 조항의 보호법익은 사람의 가치에 대한 사회적 평가, 즉 외부적 명예로서 심판대상조항에 규정된 ‘모욕’은 사전적 의미로 ‘깎보고 욕되게

함'을 의미하고, 형법학계의 해석도 '모욕'이라 함은 사실을 적시하지 아니하고 사람에게 대하여 경멸의 의사를 표시하는 것으로서 언어적 표현에 국한되지 아니하고 서면이나 거동에 의한 일체의 행위를 지칭한다고 보고 있다. 대법원도 모욕죄의 구성요건으로서 '모욕'이란 사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이라고 판시함으로써(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 참조), 위에서 살펴본 문언적 의미를 기초로 한 객관적 해석기준을 마련하고 있다.

그리고 여기서 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하였는지 여부는 추상적·일반적으로 결정될 수 없는 성질의 것이므로 이에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다.

모욕죄는 이와 같이 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 그 보호법익으로 하고 있고, 명예훼손죄와는 달리 구체적 사실의 적시를 요구하지 아니하는 등 그 입법목적과 취지 등을 종합하여 볼 때, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기 어렵다. 또한 대법원은 모욕의 의미에 대하여 객관적인 해석기준을 제시하고 있으므로 법 집행기관이 심판대상조항을 자의적으로 해석할 염려도 없다.

나아가 구체적으로 어떠한 표현이 심판대상조항의 구성요건에 해당하는지 여부는 분리된 개별적 언사만을 놓고 판단하기 보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 상대방을 경멸할 의도로 행해졌는지 아니면 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제이다. 어떠한 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는지 하는 것에 관하여 구체적인 사건에 있어서 의문이 있을 수 있다는 것은 형법규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이므로, 그러한 사정만으로 심판대상조항이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.』

다. 반대의견

반대의견은 심판대상 조항이 명확성의 원칙에 반하는지 여부에 대해서는 분명한 입장을 개진하지 않았다. 즉 반대의견은 결정문 서두에 『우리는 심판대상 조항이 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해한다고 생각하므로 아래와 같이 그 의견을 밝힌다.』 라고만 하고 있을 뿐이다.

다만 반대의견은 심판대상 조항이 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해하고 있다는 논거 중의 하나로 ‘제한되는 표현의 광범위성’을 들고 있다. 즉 이 부분 반대의견의 표현을 빌리자면 “심판대상조항의 구성요건인 ‘모욕’의 범위는 지나치게 광범위하다. 대법원은 ‘모욕’이란 ‘사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’이라고 해석하고 있다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도 3972 판결 등 참조). 이러한 해석기준에 의하면 타인에 대한 부정적이거나 경멸적인 내용이 있는 표현은 타인의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있기 때문에 모욕에 해당하게 된다. 또한 모욕죄의 구성요건해당성이 매우 넓게 인정되고 있는바, 결국 타인에 대한 ‘비판’도 ‘모욕’에 해당하게 되고, 심판대상조항의 형사처벌 대상이 될 수 있다. 이에 따라 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있다. 심판대상조항은 구체적인 사회적 해악을 발생시키거나 개인의 명예감정을 심각하게 침해하는 표현을 넘어서 헌법상 보호받아야 할 표현인 단순히 부정적·비판적 내용이 담긴 판단과 감정표현까지 규제할 수 있게 되므로 그 규제범위가 지나치게 넓다.”는 것이다.

라. 해설

법정의견은 심판대상 조항의 보호법익이 주관적인 명예감정이 아닌 외부적 명예이므로¹⁰⁾, ‘모욕’이란 이러한 보호법익을 침해하는 행위로서 표현의

10) 판례와 다수설이 ‘외부적 명예’가 모욕죄의 보호법익이라고 보는 이유에 대하여
 ① 구성요건상 독일형법과 달리 ‘공연성’을 요구하고 있는 점(따라서 공연성이 없는 1 대 1의 모욕행위는 ‘명예감정’을 해하는 것으로서 처벌대상이 아니다) ② 명

전체적인 내용과 맥락, 의도, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 하는바, 대법원 판결 등에 의하여 이미 이에 관한 구체적이고 종합적인 해석 기준이 제시되고 있는 이상 법집행기관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로 명확성원칙에 위배되지 않는다면 종전의 선례의 입장을 유지하였다.

이에 반하여 반대의견은 심판대상 조항이 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해한다고 하면서 명확성원칙 위배 여부에 대해서는 분명한 입장을 밝히지 않았다. 결정문의 표현대로라면 반대의견 또한 심판대상 조항이 명확성원칙에 위배되는 않는다는 점에서 법정외견과 견해를 같이 하고 있다는 반대해석이 가능하다. 다만 반대의견은 심판대상 조항이 표현의 자유를 침해하는 논거 중의 하나로 제한되는 표현의 광범위성을 들었다. 그런데 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙은 모든 기본권제한입법의 한계원리이므로 표현의 자유를 제한하는 입법도 이 원칙을 준수하여야 함은 물론이나, 표현의 자유의 경우에 과잉금지원칙은 위에서 본 명확성원칙과 밀접한 관련성을 지니고 있다. 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화될 수 없게 되는 것이기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때 반대의견이 ‘제한되는 표현의 광범위성’을 들어 심판대상 조항을 비판하고 있는 점에 비추어 반대의견은 간접적으로 심판대상 조항이 명확성원칙에 위배된다는 것으로 판단한 것이라고 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니지만 명확성원칙 위배 여부에 대해서도 분명한 입장을 밝혔더라면 하는 아쉬움이 남는다.

에감정이 있다고 보기 어려운 소아, 정신병자, 단체 등에 대한 모욕에 대하여도 형법적 보호가 필요하고, 우리 형법 제105조, 106조에서 개인이 아닌 ‘대한민국에 대한 모욕’을 규정한 점 ③ 모욕적 언사에 의해 예를 들면 다중 앞에서 ‘도둑놈이다’라고 하는 경우 사회적 평가로서 외부적 명예를 해하는 것이라고 볼 수 있는 점 등을 들고 있다.

4. 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해하는지 여부

가. 심사기준

헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함된다(헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319 참조). 심판대상조항이 공연히 타인을 모욕한 경우에 이를 처벌하는 것은 위와 같이 헌법 제10조에 의하여 보장되는 외부적 명예를 보호하기 위함이다. 그와 반면에 심판대상조항은 표현의 자유를 제한하고 있으므로 결국 심판대상조항에 의하여 명예권과 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 된다.

이러한 기본권 충돌에 대한 심사기준과 관련하여 결정문은 규범조화적 해석의 관점에서 다음과 같이 판시하고 있다.

『이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 과잉금지원칙에 따라서 심판대상조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 명예를 보호하는 정도 사이에 적절한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사할 필요가 있다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 528-529 참조).』

나. 법정의견

법정의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.

『(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

모욕적 표현이 표현의 자유의 한 내용으로서 인정된다 하더라도 그와 같은 사람의 인격을 경멸하는 가치판단의 표시가 공연히 이루어진다면 그 사람의 사회적 가치는 침해되고 그로 인하여 사회의 구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해받지 않을 수 없다. 특히 최근 미디어와 정보통신기술의 발달로 인하여 타인에 대한 모욕적 행위가 쉽게 전파될 수 있고 그러한 행위가 초래할 수 있는 피해가 과거에 비하여 극심하며 피해 회복 또한 쉽지 않다.

따라서 공연히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현함으로써 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예를 훼손하는 행위를 금지시킬 필요성은 분명 존재한다고 하지 않을 수 없어 심판대상조항의 입법목적은 정당하다 할 것이고, 공연히 사람을 모욕하는 행위를 처벌하는 것은 그 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다.

(2) 기본권 제한의 비례성

심판대상조항은 표현의 상대방이나 장소 등을 묻지 않고 모든 모욕적 표현행위를 금지하고 있는 것이 아니라, 공연히 타인을 모욕한 경우, 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태 하에서의 모욕적 표현만을 제한하고 있다.

그리고 심판대상조항이 도모하는 입법취지와 보호법익의 중요성, 특히 인터넷 등 정보통신매체를 이용한 모욕적 표현은 그 전파에 따른 파급효과가 적지 않을 것이라는 점, 모욕죄는 피해자의 고소가 있어야만 형사처벌이 가능하도록 하고 있는 점, 그 법정형이 '1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금'으로 규정되어 있어 상한이 비교적 낮은 점, 특별한 사정이 있는 경우에 집행유예나 선고유예 판결이 선고될 수 있는 등 비교적 경미한 불법성을 가진 행위에 대하여는 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있는 점 등에 비추어 보면, 심판대상조항에 의한 처벌은 필요최소한의 범위 내에서 표현의 자유를 제한하고 있다고 할 것이다.

나아가, 대법원은 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단 또는 의견의 표현을 담고 있을 경우에도, 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 살펴보아 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 판시함으로써(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도6462 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도9511 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등 다수), 표현의 자유로 획득되는 이익 및 가치와 명예 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 적절히 조화되도록 심판대상조항을 적용하고 있다. 이와 같이 심판대상조항은 공연히 타인을 모욕한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조의 정당행위 규정을 적정하

게 적용함으로써 행위자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있으므로 기본권 제한의 비례성을 잃었다고 볼 수 없다.

한편, 심판대상조항에 의한 개인의 표현의 자유의 제한 정도가 심판대상조항에 의하여 보호되는 개인의 명예에 비하여 월등하게 크다고 단정하기 어려우므로, 심판대상조항이 상충되는 개인의 명예보호와 표현의 자유 사이에 법익균형을 상실하고 있다고 보기는 어렵다.』

다. 반대의견

반대의견은 앞서 본 바와 같이 ‘제한되는 표현의 광범위성’ 이외에도 다음과 같은 이유로 심판대상 조항이 과잉금지의 원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해하고 있다고 판시하였다.

『(1) 표현의 자유에 대한 위축효과

심판대상조항이 처벌하는 모욕의 범위가 지나치게 광범위하여 표현행위를 위축시킨다. 모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한한다. 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손된다. 뿐만 아니라 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 현대민주주의 사회에서 모욕이라는 광범위한 개념을 잣대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고 정치적으로도 악용될 우려가 있다.

다수의견은 형법 제20조 정당행위 규정으로 행위자의 표현의 자유를 적절히 보장할 수 있다고 하나, 사후적인 결과로서의 위법성 조각 심사만으로는 표현행위의 위축효과를 막을 수 없다.

(2) 형사처벌의 적정성

국가형벌권의 행사는 국가권력행사 중에서 가장 강력한 힘이고 대상자에게는 가혹한 강제력에 해당하므로 그 행사를 형법으로 규정하고자 할 때는

최소한의 행위에 국한되어야 한다. 도덕이나 사회의 영역에서 해결 가능한 것은 도덕이나 사회 구성원에게 맡겨야 한다.

오늘날 사이버 공간에서 이루어지는 모욕적 표현은 그 전과의 파급효과가 크기 때문에 이를 적절히 규제할 필요가 있다는 점은 수긍이 된다. 그러나 사이버 공간에서의 상당수의 악의적 표현행위는 주로 청소년들에 의하여 우발적이고 충동적으로 행해지고 있는데, 이를 모두 형벌로 규제하는 것은 청소년들을 포함하여 많은 사람들을 불필요하게 범죄자로 만들 우려가 있다. 사이버 공간에서의 경미한 모욕행위에 대하여는 해당 표현물을 삭제하거나, 행위자에 대하여 게시판에의 접근을 금지하는 조치를 취하는 등의 대안을 통하여 상당 부분 파급을 차단할 수 있으므로, 형사처벌을 통한 제재가 필요하지 않은 경우도 있다.

(3) 국제인권기준

모욕행위를 형사처벌하는 것은 국제인권기준에도 부합하지 않는 측면이 있다. 우리나라가 당사국으로 가입함으로써 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력이 있는 국제인권조약인 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제19조는 표현의 자유를 규정하고 있다. 위 규약상 기관인 인권이사회(Human Rights Committee)의 제19조 의견과 표현의 자유에 관한 일반논평 제34호는 사실적 주장이 아닌 단순한 견해표명에 대해 법적 책임을 지울 수 없다고 선언하였다. 또한 당사국들이 명예에 관한 죄를 비범죄화하는 것을 고려하여야 하고, 형사처벌은 매우 심각한 경우에 한하여 적용되어야 하며, 특히 징역형은 어떠한 경우에도 적절한 형벌이 될 수 없다고 한 바 있다. 의견과 표현의 자유에 대한 유엔 특별보고관은 한국의 명예에 관한 죄가 표현의 자유에 대하여 지나친 위축효과를 가져온다고 하면서, 민법상 명예훼손에 대하여 손해배상청구소송이 가능하기 때문에 형사처벌은 정당화될 수 없다고 지적하며 형법에서 명예에 관한 죄를 삭제할 것을 권고하였다.

(4) 입법례

모욕죄의 시초는 연혁적으로 로마제국의 신성모독죄와 유럽의 국왕모독죄

로, 현재 여러 국가에서 모욕죄 규정을 두고 있다. 그러나 모욕죄가 민주사회에서 자유로운 비판을 막고 표현의 자유를 지나치게 억제한다는 이유로 상당수의 국가에서 모욕죄가 부분적으로 폐지되거나 실질적으로 사문화되고 있다.

미국연방대법원은 ‘평화과피를 초래하는 경향이 있는 무례한 말과 욕설’을 처벌하는 규정과 ‘위협적, 모욕적, 명예훼손적, 모독적인 언어를 사용하여 다른 사람을 욕한 자’를 처벌하는 규정에 대해 그 적용범위가 너무 넓어 헌법상 보호되는 표현에도 적용될 가능성이 있어 위헌이라고 하였다.

대륙법계 국가들을 살펴보면, 일본 형법 제231조는 모욕죄를 처벌하고 있으나, 모욕죄의 법정형은 구류 또는 과료로 매우 가볍다. 독일 형법 제185조는 모욕죄를 처벌하고 있으나, 실제로 모욕죄로 처벌되는 수는 매우 적다고 한다. 프랑스에서는 2000년 이후 차별적 특성의 모욕죄 외의 모욕죄에 대해 벌금형만을 규정하고 있고, 2004년 외국인수 모욕죄를 폐지하였다. 중남미 국가들은 ‘공무집행 중인 공무원을 공격·모욕·위협하는 표현’을 형사처벌하는 모욕죄를 두고 있었는데, 칠레, 코스타리카 등 다수의 국가에서 폐지하였고, 온두라스 대법원과 과테말라 헌법재판소는 이러한 모욕죄에 대해 위헌을 선언하였다.』

라. 해설

(1) 기본권충돌의 해결을 위한 이론에 대해서는 헌법학자마다 다소 차이가 있으나, 대체로 이익(법익)형량의 원칙과 규범조화적 해석에 입각하고 있는 것으로 보인다. 현재는 대체적으로 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 입각하여 규범조화적 해석을 통하여 이를 해결하고 있다.

즉, “두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이므로, 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적절한 비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다.”(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165), “이 사

건 법률조항에 의하여 대화자의 통신의 비밀과 공개자의 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 된다. 이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법이 모색되어야 하므로, 과잉금지원칙에 따라서 이 사건 법률조항의 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 표현의 자유를 제한하는 정도와 대화의 비밀을 보호하는 정도 사이에 적절한 비례를 유지하고 있는가의 관점에서 심사하기로 한다”(헌재 2011. 8. 30. 2009헌바42)고 하고 있다.¹¹⁾

이 사건에서도 심판대상조항에 의하여 명예권과 표현의 자유라는 두 기본권이 충돌하게 되는 상황이 발생하게 되는데, 결정문은 위와 같은 선례를 따라 과잉금지원칙에 입각한 규범조화적 해석에 따라 심사를 하였다.

(2) 그러면서 법정외의 표현으로 인해 사람의 가치는 분명 침해받을 수 있다는 점, 따라서 모욕적 표현으로 사람의 명예를 훼손하는 행위는 분명 이를 금지시킬 필요성이 있는 점, 모욕죄는 피해자의 고소가 있어야 형사처벌이 가능한 점, 법원은 개별 사안에서 형법 제20조의 정당행위 규정을 적정하게 적용함으로써 표현의 자유와 명예보호 사이에 적절한 조화를 도모하고 있다는 점 등을 고려할 때, 심판대상조항이 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다고 보았다.

이에 대하여 반대의견은 심판대상조항은 처벌하는 모욕의 범위가 지나치게 광범위하여 표현행위를 위축시키고, 모욕죄의 형사처벌은 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고 건전하게 해소할 가능성을 제한하며, 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적 표현이 모욕에 해당하여 규제된다면, 정치적·학술적 표현행위를 위축시키고 열린 논의의 가능성이 줄어들어 표현의 자유의 본질적인 기능이 훼손될 수 있다는 점을 지적하며, 모욕적 표현에 대한 규제는 국가형벌권의 발동이 아닌

11) 이에 대해서는 기본권충돌의 문제는 법원의 재판이나 재판소원의 경우에 발생하는 것으로 입법결과에 대한 위헌심사에서 기본권충돌을 언급하는 것은 불필요하며 입법에 의해 보호되는 기본권이 공익으로 전환됨으로써 기본권충돌이 공익과 기본권의 충돌로 전환된다는 견해(한수웅, 헌법학, 제509-510면)가 있다.

시민사회의 자기 교정기능에 맡기거나 민사적 책임을 지우는 것이 바람직하다는 점, 기타 국제인권기준이나 세계 각국의 입법례 등에 비추어 볼 때, 심판대상 조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다.

5. 이 사건 결정의 의의

(1) 종래 헌재는 심판대상조항에 대한 과잉금지원칙 위반 여부에 대한 심사를 하면서도 제한되는 기본권을 별도로 명시하지는 않았었다. 그러나 이번 결정은 명시적으로 심판대상조항에 의하여 제한되는 기본권이 표현의 자유임을 분명히 하였다.

(2) 또한 이번 결정은 심판대상조항이 명확성의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다는 종전 선례의 입장을 재확인하였다. 다만 선례에서는 재판관 전원일치로 합헌이 선언되었으나, 이번 결정에서는 일부 재판관들이 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하고 있다는 반대의견을 제시하였다.

국민건강증진법 제9조 제4항 제23호 등 위헌확인

- PC방 전체를 금연구역으로 지정하도록 한

국민건강증진법 조항이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2013. 6. 27. 2011헌마315·509, 2012헌마386(병합), 판례집 25-1, 570)

예 승 연*

【판시사항】

1. PC방 전체를 금연구역으로 지정할 의무를 위반한 경우 과태료를 부과하도록 규정한 국민건강증진법(2011. 6. 7. 법률 제10781호로 개정된 것) 제34조 제1항 제2호 중 제9조 제4항 제23호의 인터넷컴퓨터게임시설제공업소 부분(이하 ‘이 사건 과태료조항’이라 한다)에 대한 심판청구가 적법한지 여부(소극)

2. PC방 전체를 금연구역으로 지정하도록 한 국민건강증진법(2011. 6. 7. 법률 제10781호로 개정된 것) 제9조 제4항 제23호 중 인터넷컴퓨터게임시설제공업소 부분(이하 ‘이 사건 금연구역조항’이라 한다)과 부칙 제1조 단서 중 “제9조 제4항 제23호의 개정규정은 공포 후 2년이 경과한 날부터 각각 시행한다.” 부분(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙에 위배되어 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 이 사건 금연구역조항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 국민건강증진법(2011. 6. 7. 법률 제10781호로 개정된 것) 제9조 제4항 제23호 중 인터넷컴퓨터게임시설제공업소 부분, 제34조

* 헌법연구원

제1항 제2호 중 제9조 제4항 제23호의 인터넷컴퓨터게임시설제공업소 부분 및 부칙 제1조 단서 중 “제9조 제4항 제23호의 개정규정은 공포 후 2년이 경과한 날부터 각각 시행한다.” 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 인터넷컴퓨터게임시설제공업소(이하 ‘PC방’이라 한다)를 운영하는 사람들로서 그동안 PC방 내부를 금연구역과 흡연구역을 구분하여 시설하고 영업하고 있었다. 그런데 국민건강증진법이 2011. 6. 7. 개정되면서 PC방의 소유자·점유자 또는 관리자(이하 ‘소유자 등’이라 한다)에게 시설 전체를 금연구역으로 지정해야 할 의무를 부여하고, 이를 위반할 경우 과태료를 부과하며, 공포일로부터 2년이 경과한 날부터 시행하도록 하였다.

나. 청구인 최○재, 이○자(2011헌마315)는 2011. 6. 9., 청구인 신○란 외 29인(2011헌마509)은 2011. 9. 5. 국민건강증진법 제9조 제4항 제23호, 제34조 제1항 제2호, 부칙 제1조가 영업의 자유, 재산권 등을 침해한다면서 그 위헌확인을 구하는 심판청구를 제기하였다. 청구인 조○근 외 243인(2012헌마386)은 2012. 4. 18. 국민건강증진법 제9조 제4항 제23호, 제34조 제1항 제2호가 직업 수행의 자유를 침해한다면서 그 위헌확인을 구하는 심판청구를 제기하였다.

2. 청구인들의 주장요지

가. 2011헌마315·509

(1) 심판대상조항은 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나고, 법치국가원리에서 파생되는 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙에 어긋나 청구인들의 영업의 자유를 현저하게 침해하고 있으며, 이 사건 부칙조항에서는 유예기간이 공포 후 24개월로 지나치게 단기로 규정되어 경제적 손실을 최소화하지 못하고 있다.

(2) 이 사건 금연구역조항은 PC방의 흡연을 전면금지함으로써 기존의 흡

연고객들이 대거 이탈되어 막대한 영업 손실을 입게 될 것이며, 많은 비용을 들여 적법하게 설치한 금연칸막이 시설을 무용지물로 만들게 될 것임이 예상되는 반면 이에 대한 정당한 보상을 지급하지 않음으로써 청구인들의 재산권을 침해하고 있다.

나. 2012헌마386

이 사건 금연구역조항 및 이 사건 과태료조항은 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하고 있다.

【결정요지】

1. 이 사건 과태료조항은 그 전제인 의무부과조항(이 사건 금연구역조항)을 위반하는 경우에 과태료를 부과하는 제재조항으로서, 청구인들이 과태료라는 제제가 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체의 고유한 위헌성을 다투는 것이 아니라, 전제되는 의무부과조항이 위헌이어서 그 제재조항도 위헌이라고 주장하고 있으므로, 이 사건 과태료조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 다수인이 이용하는 PC방과 같은 공중이용시설 전체를 금연구역으로 지정함으로써 청소년을 비롯한 비흡연자의 간접흡연을 방지하고 혐연권을 보장하여 국민 건강을 증진시키기 위해 개정된 이 사건 금연구역조항의 입법 목적은 정당하며, 그 방법도 적절하다. PC방과 같이 다수의 공중이 이용하는 공간에서의 간접흡연 문제를 효과적으로 해결하기 위해서는 내부에 칸막이 등을 설치하여 금연구역과 흡연구역을 분리하는 것만으로는 부족하고 해당 공간 전체를 금연구역으로 지정하는 것이 가장 효과적이고 이 방법 이외에 이와 동일한 효과를 가져올만한 대체수단이 있다거나 직업수행의 자유를 덜 제한하는 다른 수단이 존재한다고 단정하기는 어렵다. 아울러 이 사건 금연구역조항은 PC방 영업 자체를 금지하는 것이 아니고 다만 영업방식을 제한하고 있을 뿐이어서 청구인들의 직업수행의 자유를 크게 제한하는 것이라고 볼 수 없는 반면, 혐연권을 보장하고 국민의 건강을 증진시키는 공익의

효과는 매우 크다고 인정되므로, 이 사건 금연구역조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

청구인들은 현재 시행되고 있는 금연·흡연구역의 분리가 지속적으로 유지되지 아니하고 언젠가는 전면금연구역으로 전환되리라는 것을 예측할 수 있었다고 보이고, PC방이 전면금연구역으로 전환되더라도 기존시설을 그대로 사용하거나 보수 또는 구조 변경을 통해 일부 활용할 수도 있으므로, 구법에 기초한 청구인들의 신뢰이익은 절대적으로 보호받아야 할 성질의 것이 아니며 이에 대한 침해도 그리 크지 않다고 인정된다. 그리고 이 사건 부칙조항이 이 사건 금연구역조항의 시행을 유예한 2년의 기간은 법 개정으로 인해 변화된 상황에 적절히 대처하는 데 있어 지나치게 짧은 기간이라 볼 수 없으므로, 이 사건 금연구역조항과 부칙조항은 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다.

3. 이 사건 금연구역조항의 시행에 따라 흡연 고객이 이탈함으로써 발생할 수 있는 영업이익의 감소는 헌법에 의해 보호되는 재산권의 침해라고 볼 수 없다. 또한 이 사건 금연구역조항은 청구인들이 설치한 PC방 내부의 흡연구역 관련 시설을 철거하거나 변경하도록 강제하는 것이 아니므로 이로 인해 청구인들이 기존의 흡연구역 관련 시설을 철거하거나 변경하였다고 하더라도 이로 인한 재산권 제한은 이 사건 금연구역조항으로 인한 간접적, 사실상의 불이익에 불과하다. 그러므로 이 사건 금연구역조항은 청구인들의 재산권을 침해하지 않는다.

【해 설】

1. 적법요건에 대한 판단

가. 기본권 침해의 자기관련성, 현재성 및 직접성

(1) 자기관련성

청구인들은 현재 PC방을 운영하는 자들로서 2011. 6. 7. 개정된 국민건강증진법에 따라 유예기간인 2년이 지난 때부터 해당 시설 전체를 금연구역으로 지정할 의무를 부담하고, 이를 위반할 경우 500만 원 이하의 과태료 등의 제재를 받게 되므로, 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 자기관련성이

인정된다.

(2) 직접성

청구인들은 이 사건 금연구역조항과 이 사건 부칙조항에 의하여 직접 금연구역 지정의무를 부담하므로 위 조항들에 의한 기본권침해의 직접성은 인정된다.

그러나 이 사건 과태료조항은 그 전제인 의무조항(제9조 제4항 제23호)이 따로 있고 이를 위반하는 경우에 과태료를 부과하는 제재조항이며, 벌칙·과태료 조항의 전제가 되는 구성요건조항이 별도로 규정되어 있는 경우에, 벌칙·과태료조항에 대하여는 청구인들이 그 법정형이 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체가 위헌임을 주장하지 않는 한 직접성을 인정할 수 없다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 382; 헌재 2008. 11. 27. 2007헌마860, 판례집 20-2하, 447, 457-458). 그런데 이 사건 청구인들은 과태료라는 제재가 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체의 고유한 위헌성을 다투고자 하는 것이 아니며, 다만 전제되는 의무 부과조항이 위헌이어서 그 제재조항도 당연히 위헌이라고 주장하고 있으므로, 이 사건 과태료조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추지 못한 것으로 판단하였다.

(3) 현재성

법률조항이 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 현재 시행 중인 유효한 법률이어야 함이 원칙이나, 법률이 일반적 효력을 발생하기 전이라도 공포되어 있고, 그로 인하여 사실상의 위헌성이 이미 발생하여 권리의 침해가 충분히 예측되는 경우라면, 기본권구제의 실효성을 위하여 예외적으로 침해의 현재성이 인정되어 헌법소원의 대상이 될 수 있다(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 523; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935 참조).

이 사건 심판대상인 국민건강증진법 조항들은 2011. 6. 7. 개정되었고 법 부칙 제1항에 의해 6개월 이후인 2011. 12. 8.부터 시행되며, 이 사건 금연조항과 과태료 조항에 대해서는 2년의 유예기간을 두어 2013. 6. 8.부터 시행된다. 우선 유예기간의 경우, 헌법재판소 판례에 의하면 법률의 시행에 유예

기간을 두고 있는 경우에도 유예기간과 관계없이 법 시행일에 기본권의 침해 받게 되므로(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935; 헌재 2011. 3. 31. 2010헌마45, 판례집 23-1상, 434, 4432), 청구인들의 기본권은 법이 시행되는 2011. 12. 8.에 침해되는 것으로 보아야 한다. 그런데 이 법은 청구인들이 이 사건 헌법소원을 청구한 시점에서 보면 아직 시행되기 전이므로 유효한 법은 아니다. 하지만, 이 법이 시행되는 2011. 12. 8.부터 이미 일정한 유예기간이 경과하면 이 사건 금연조항에 의하여 현재 금연구역과 흡연구역으로 나누어 운영하고 있는 PC방을 전면금연구역으로 지정할 의무를 지게 되므로, 이 법 시행일로부터 청구인들의 기본권침해의 문제가 발생하게 될 것이 확실하게 예상된다. 따라서 기본권침해의 현재성 요건을 충족한 것으로 판단하였다.

나. 보충성

법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161, 판례집 20-2하, 290, 309). 따라서 보충성 원칙의 예외를 인정할 수 있다.

다. 청구기간

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

그런데 아직 기본권의 침해가 없지만 장래에 확실히 기본권침해가 예측되므로 미리 앞당겨 현재의 법적 관련성을 인정하는 경우에는 청구기간 도과

의 문제가 발생할 여지가 없다고 할 것이고(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 780-781; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 398 등 참조), 이 사건에서는 아직 법이 시행되지 않아 현재 기본권침해가 발생하지 않았더라도 장래에 법이 시행되면 청구인들의 기본권이 침해될 것이 확실히 예상되므로, 청구기간 도과의 문제는 발생하지 않는다고 보았다.

라. 소결

(1) 이 사건 과태료조항 부분

앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 과태료조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 판단하였다.

(2) 이 사건 금연구역조항과 부칙조항 부분

나머지 부분인 이 사건 금연조항 및 부칙조항에 대한 심판청구는 적법요건을 모두 갖추었으므로 본안판단에 나아가기로 하였다.

2. PC방 금연시설지정에 관한 입법연혁

국민건강증진법은 국민에게 건강에 대한 가치와 책임의식을 함양하도록 건강에 관한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강을 증진할 목적(제1조)으로 1995. 1. 5. 법률 제 4914호로 제정되었다. 이 중 금연을 위한 조치를 제9조에 마련하여 이를 통해 담배에 관한 광고, 담배판매 등을 규제하고, 특히 공공장소에서 금연을 유도하기 위해 동조 제4항에서는 보건사회부령이 정하는 공중이 이용하는 시설의 소유자 등은 당해 시설을 보건사회부령이 정하는 바에 의해 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하도록 하여 금연구역과 흡연구역을 분리하였다.¹⁾

1) 국민건강증진법시행규칙(1995. 9. 11. 제11호로 제정된 것) 제6조 법 제9조 제4항에서 “보건사회부령이 정하는 공중이 이용하는 시설”이라 함은 다음 각호의 시설을 말한다.

1. 연면적 3천 제곱미터 이상의 사무용건축물 및 연면적 2천 제곱미터 이상의 복합건축물
2. 공연법에 의한 객석수 300석 이상의 공연장
3. 학원의 설립·운영에 관한 법률에 의한 학원으로서 연면적 1천 제곱미터 이상의 학원

이후 간접흡연의 위험성에 대한 인식이 고취되면서,²⁾ 금연을 위한 조치들을 강화하여 국민건강에 이바지하기 위해 국민건강증진법이 2002. 1. 19.(법률 제6619호) 일부개정되었다.³⁾ 이에 따라 보건복지부령이 정하는 공중이 이용하는 시설의 소유자 등은 당해시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 당해시설을 금연·흡연구역으로 구분해야 하며, 금연구역과 흡연구역을 나누어 지정하는 경우 흡연구역에 환기시설 및 칸막이를 설치하는 등의 시설기준을 준수하도록 하였고, 2003. 4. 1. 일부개정된 국민건강증진법시행규칙 제6조 제12호에 의해 보건복지부령이 정하는 공중이 이용하는 시설에 게임 및 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업소(PC방)가 포함되었다.⁴⁾ 이에 따라, PC방

4. 도·소매진흥법에 의하여 개설허가를 받은 대형점·대규모소매점·도매센터 및 지하도에 있는 상점가
 5. 관광진흥법에 의한 관광숙박업소
 6. 가정의례에관한법률에 의한 혼인예식장
 7. 체육시설의설치·이용에관한법률에 의한 체육시설로서 1천명 이상의 관객을 수용할 수 있는 실내 체육시설
 8. 의료법에 의한 의료기관
 9. 사회복지사업법에 의한 사회복지시설
 10. 공항·여객부두·철도역·버스정류장 등 교통관련시설의 대합실, 지하보도 및 16인승 이상의 교통수단으로서 여객 또는 화물을 유상으로 운송하는 것
- 2) 간접흡연은 담배를 피우는 사람이 담배연기를 흡입했다가 다시 내뿜을 때 나오는 주류연과 담배가 탈 때 끝에서 나오는 비주류연을 모두 포함한다. 담배연기는 4000가지 이상의 화학물질로 이루어져 있으며 국제암연구소에서는 발암성이 확정적인 Group I 발암물질로 분류하고 있으며, 이 중 비주류연은 1,500도 이상의 고열에서 연소되는 연기에다 필터를 통하여 전혀 여과되지 않은 상태이기 때문에 주류연보다 더욱 몸에 해롭다. 담배를 피우지 않음에도 불구하고 담배연기에 수동적으로 노출되는 것만으로도 심각한 건강상의 위해가 초래될 수 있는데 간접흡연은 성인에게 폐암, 만성 폐쇄성 폐질환, 심장 질환을 일으킨다. 간접흡연으로 인한 건강 위해는 매우 커서 미국의 경우 간접흡연으로 인한 사망은 연간 40,000~60,000명 수준이다(정유석, 단국대학교 의과대학, 2009. 6. 25. 국회 금연정책 토론회 발표문).
- 3) 국민건강증진법 개정법률안, 대안의 제안 이유, 2002. 1.
- 4) 국민건강증진법시행규칙 제6조(공중이 이용하는 시설) 법 제9조 제4항의 규정에 따라 소유자·점유자 또는 관리자(이하 "소유자등"이라 한다)가 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하여야 하는 공중이 이용하는 시설(이하 "공중이용시설"이라 한다)은 다음 각호와 같다.
1. 연면적 3천 제곱미터 이상의 사무용건축물 및 연면적 2천 제곱미터 이상의 복합건축물
 2. 공연법에 의한 객석수 300석 이상의 공연장
 3. 학원의 설립·운영에 관한 법률에 의한 학원으로서 연면적 1천 제곱미터 이상

업주는 당해 업장 내부의 2분의 1 이상을 금연구역으로 지정하여야 하며(시행규칙 제7조 제2항 제11호), 흡연구역을 설치하는 경우 담배연기가 금연구역으로 넘어가지 않도록 흡연구역과 금연구역을 완전히 분리하는 칸막이 또는 차단벽을 설치하고, 흡연구역에는 환풍기 등 환기시설과 흡연자의 편의를 위한 시설을 설치하여야 하며(시행규칙 별표3 흡연구역의 시설기준), 이러한 흡연구역의 시설기준을 준수하지 못하였을 경우 200만 원의 과태료가 부과되고(법 제34조 제2항 제1호) 흡연구역을 구분하여 지정하지 않을 경우 300만 원의 과태료가 부과되었다(법 제34조 제1항 제2호).

그러나 차단벽이나 칸막이 등의 시설만으로는 담배연기가 완벽하게 차단되기 어려우므로 금연구역과 흡연구역을 나누는 것만으로는 비흡연자를 간접흡연으로부터 확실하게 보호할 수 없게 되었고,⁵⁾ 우리나라의 흡연 인구

의 학원

4. 유통산업발전법에 의하여 개설 등록된 대규모점포와 동법에 의한 상점가중 지하도에 있는 상점가
 5. 관광진흥법에 의한 관광숙박업소
 6. 초·중등교육법 및 고등교육법에 의한 학교의 교사(校舍)
 7. 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 의한 체육시설로서 1천명 이상의 관객을 수용할 수 있는 체육시설
 8. 의료법 제3조의 규정에 의한 의료기관, 지역보건법 제7조·제8조 및 제10조의 규정에 의한 보건소·보건의료원·보건지소
 9. 사회복지사업법에 의한 사회복지시설
 10. 공항·여객부두·철도역·여객자동차터미널 등 교통관련시설의 대합실·승강장, 지하보도 및 16인승 이상의 교통수단으로서 여객 또는 화물을 유상으로 운송하는 것
 11. 공중위생관리법에 의한 목욕장
 12. 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제2조의 규정에 의한 게임제공업소 및 멀티미디어문화콘텐츠설비제공업소
 13. 식품위생법 제21조 및 동법시행령 제7조의 규정에 의한 식품접객업 중 영업장의 넓이가 150 제곱미터 이상인 휴게음식점영업소 및 일반음식점영업소
 14. 청소년보호법 제2조의 규정에 의한 만화대여업소
 15. 정부청사관리규정 제2조의 규정에 의한 청사중 연면적 1천 제곱미터 이상인 청사
 16. 영유아보육법 제2조의 규정에 의한 보육시설
- 5) 2010. 8. 서울대학교 보건대학원 환경보건학과에서 발표한 논문인 PC방 금연구역의 간접흡연 노출(한국환경보건학회지, 제36권 제4호)에 따르면 조사대상인 21개 PC방의 PM2.5 농도를 조사한 결과 금연구역의 평균 PM2.5 농도가 흡연구역에 비해 낮게 나타났지만 금연구역의 평균 PM2.5 농도는 미국 24시간 실외기준을 훨씬 초과하는 수준으로 나타났으며 이는 금연구역에 흡연자가 없음에도 흡연구역으로부터 오는 연기의 영향을 받는다는 것을 보여주고 있다. 연구팀은 이번 조사결과

비율이 다른 OECD 국가에 비해 높고, 여성 및 청소년의 흡연율은 지속적으로 상승하는 추세를 나타내고 있으므로 선진국 수준까지 흡연율을 감소시키기 위해서는 더욱 강력한 금연정책의 추진이 필요하게 되었다. 따라서 공중이용시설과 어린이·청소년시설 등에서의 흡연을 강력히 규제할 수 있도록 전체 금연구역을 확대함으로써 비흡연자의 혐연권을 보장하는 등 규제를 강화하여 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 보완하려는 취지에서 2011. 6. 7. 국민건강증진법이 일부개정되었고,⁶⁾ 이에 따라 공포 후 2년의 유예기간을 거쳐 PC방은 해당 시설 전체에서 흡연이 금지되는 전면금연시설로 지정되기에 이르렀다.

3. 이 사건 금연구역조항과 부칙조항의 기본권침해 여부

가. 직업수행의 자유

청구인들은 PC방을 운영하고 있는 자들인데, 이 사건 심판대상조항들에 따라 현재 금연구역과 흡연구역으로 나누어 운영하고 있는 PC방 시설 전체를 2년의 유예기간이 지나면 전면금연구역으로 운영해야 할 의무를 부담하게 되었고 이를 어길 경우 과태료 등의 제재를 받게 되었다. 그런데 이 사건 심판대상조항들은 PC방의 개설·영업행위 자체를 전면적으로 금지하는 것이 아니므로 청구인들의 직업 선택 자체를 제한하는 것은 아니고, 이미 선택한 직업을 영위하는 방식과 조건을 규율하는 규정이므로 청구인들의 직업수행의 자유를 제한하는 규정이라 할 수 있다.

한편 이 사건에서는 직업수행의 자유 침해 여부를 판단함에 있어서 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙을 별도의 심사기준으로 보아 판단했는데, 이는 청구인들이 PC방 전체를 금연구역으로 지정하는 것은 기본권 제한의 입법적 한계를 넘어서 직업의 자유를 침해하는 것이며, 유예기간을 2년으로 둔 것은 그 기간이 지나치게 단기간이어서 신뢰보호의 원칙을 위배하여 직업의 자유를 침해하는 것이라고 하여 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙의 위배를 구분하

“2006년 미국 Surgeon General’s Report에서 나온 보고서의 결론중 하나인 실내금연만이 간접흡연으로부터 완전히 보호될 수 있고, 금연구역이나 공기정화, 환기 등의 조치는 비흡연자의 노출을 제거할 수 없다와 일치하는 것”이라 결론 내렸다.

6) 국민건강증진법 일부개정법률안, 3면 참조. 2011. 4. 28.

여 별개로 주장하고 있는 점과, 신뢰보호원칙은 법률의 재·개정이라는 시간적 변수에 보다 초점이 맞춰져 있는 반면, 과잉금지원칙은 PC방의 전면금연 자체가 기본권제한의 입법적 한계를 넘어서는지 여부를 판단하는데 적용되는 것이므로 그 판단내용에 차이가 있다는 점을 고려한 것이다.

(1) 과잉금지원칙 위배 여부

직업수행의 자유를 제한하는 것으로 직업결정의 자유에 비해 상대적으로 인격발현에 대한 침해의 효과가 작다고 할 것이므로, 이에 대하여는 공공복리 등의 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40; 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723 등 참조). 그러나 이처럼 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한의 한계인 과잉금지의 원칙이 지켜져야 함은 물론이다(헌재 2009. 4. 30. 2007헌마103, 판례집 21-1하, 278, 327 참조).

가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

앞서 PC방 금연시설지정 관련 입법연혁에서 살펴본 바와 같이 기존의 금연·흡연구역의 분리운영으로는 간접흡연의 폐해를 효과적으로 차단하기 어렵다. 또한 우리나라 성인의 흡연율이 여전히 높은 수준이며 청소년의 흡연이 지속적으로 늘어나고 있는 현 상태에서, PC 방과 같은 공공장소에서 전면금연을 실시하는 등의 강력한 금연정책을 통해 청소년을 비롯한 비흡연자의 간접흡연을 방지하고 흡연자의 수를 감소시켜 국민 건강을 증진시기 위해 개정된 이 사건 심판대상조항들의 입법목적은 정당하다. 또한, 현재 전국적으로 2만여 개소에 이르러 남녀노소를 가리지 않고 많은 사람이 이용하는 장소로 자리매김하고 있는 PC방에 대해 전면금연 실시의 의무를 부과한 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법이라고 판단하였다.

나) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

PC방 내에서 간접흡연 문제를 해결하기 위해서 칸막이 등을 설치하여 금연구역과 흡연구역을 분리하는 것만으로는 부족하고 비흡연자를 흡연구역으로부터 완전히 차단하는 것이 필요한바, PC방 전체를 금연구역으로 지정하는 것 외에 직업수행의 자유를 덜 제한하는 다른 수단이 존재한다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 전면 금연으로 지정한다 하더라도 기존의 흡연고객을 위한 흡연실을 별도로 마련할 수 있도록 하여 흡연자의 권리를 보호하는 한편, 흡연 고객의 이탈을 막을 수 있도록 하여 PC방 업자들이 겪을 수 있는 영업상의 문제를 해소할 수 있도록 하였으므로 침해의 최소성 원칙에도 위반되지 않는다고 판단하였다.

나아가 PC방 전체를 금연구역으로 지정함으로써 PC방 업주가 입게 될 불이익보다는 PC방의 흡연구역을 없애 간접흡연을 완벽히 차단하여 흡연으로 인한 피해를 효과적으로 예방하고 흡연을 감소시키는 공익이 더욱 크다고 할 것이므로 이 사건 심판대상조항들은 법익균형성의 원칙에도 위배되지 않는다고 보았다.

(2) 신뢰보호의 원칙 위배 여부

이 사건과 같이 기존 법률이 개정되어 직업권 행사자가 이미 행사해온 직업에 대해 새롭게 제한이 가해지게 되는 경우 신뢰보호문제가 발생하게 되며, 개정된 법률과 기존 법질서와의 사이에 어느 정도의 이해관계의 상충은 불가피하다. 이와 관련하여 헌법재판소는 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법규의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 손상을 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 헌법상 법치국가의 원리로부터 파생되는 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없으며, 이러한 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다고 판시한바 있다(헌재 1995. 6.29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910; 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례

집 12-2, 128, 145-146; 2009. 4. 30. 2007헌마103, 판례집 21-1 하, 278, 319 등 참조).

신뢰보호의 원칙이 성립되기 위해서는 당사자의 신뢰가 정당한 신뢰이익이어야 하며, 그러한 신뢰이익은 보호가치 있는 신뢰일 것을 요구한다. PC방은 기존에 자유업으로 규정되어 신고만 하면 개업할 수 있었으나 2007. 1. 19. 게임산업진흥에 관한 법률이 개정되면서 등록제로 전환되었으며,⁷⁾ 이에 따라 신규 개업 및 기존에 영업을 하고 있던 PC방들은 점포의 1/2이상을 금연구역으로 지정하여 설비를 갖추어야만 영업허가를 받을 수 있게 되었다.⁸⁾ PC방 업주들은 영업허가를 받기 위해 일정한 비용을 들여 칸막이 등을 설치하여 흡연구역과 금연구역을 분리하여 적법한 시설을 갖추고 영업행위를 해 왔으므로, 청구인들이 흡연구역과 금연구역이 나누어진 상태로 지속적인 영업을 가능할 것이라는 데 대해 신뢰를 가지고 있었다는 점은 인정할 수 있을 것이다.

그런데 법률은 현실상황의 변화나 입법정책 등의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있고 이는 일반적으로 예측할 수 있다고 보아야 하므로 국민은 현재의 법적 상태가 항상 지속되리라는 것을 원칙적으로 신뢰할 수 없으며, 특별한 사정이 없는 한 법률 변경의 경우에는 구법의 존속에 대한 신뢰가치는 일반적으로 크다고 할 수 없다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 352 참조). 더욱이, 2002. 1. 19. 일부개정된 국민건강증진법에 의해 PC방을 금연구역과 흡연구역으로 나누고 일정 설비를 갖추 운영하게 된 이후 거의 매년 전면금연구역 지정과 관련한 입법예고가 있었으며, PC방

7) 게임산업진흥에 관한 법률(일부개정 2007. 1. 19. 법률 제8247호) 제26조(게임제공업 등의 허가 등) ② 청소년게임제공업 또는 인터넷컴퓨터게임시설제공업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다.

8) 2007년 전까지는 금연 흡연구역의 분리 설치를 규정한 법률이 있었음에도 그 시행이 제대로 이루어지지 않았으나, 2007년 이후 PC방의 개설이 신고제에서 허가제로 바뀌고 당국의 대규모 단속 및 제재가 있을 후 대부분의 PC방이 금연시설을 설치하기에 이르렀으며, 2007년 등록제가 시행된 이래 현재 PC방 업계의 금연관련 설비 비율은 금연구역 구분은 99.8%, 환기시설 설치는 99.3% 칸막이 설비는 97.2%까지 이루어지고 있다. (국민건강증진법 개정(안)의 문제점과 대안, 김찬근, (사) 한국인터넷피서문화협회장, 2009. 6. 25. 국회금연정책토론회 발표문)

을 금연구역과 흡연구역으로 나누어 운영하도록 한 것은 최종적으로 전면 금연을 실시하기 위한 과도기적 조치로써 수행된 것이었음을 고려해 볼 때, 청구인들은 현재 시행되고 있는 금연·흡연구역의 분리가 지속적으로 유지되는 것이 아니며, 언제든지 전면금연으로 전환되리라는 것을 충분히 예측할 수 있었다고 볼 수 있다.⁹⁾

한편 청구인들은 PC방 내 흡연시설을 구비하기 위하여 칸막이 설치비용, 에어컨·난방기 설치비용, 전기배선·네트워크배선·조명 재배치 비용, 환기 시설 비용 등으로 일정한 시설비를 투자했으며, 일반적으로 PC방의 다수가 영세사업자로 분류되는 상황에서 이러한 투자비용은 결코 적다고 할 수 없으므로 자신들이 가지고 있는 신뢰이익의 보호가치가 크다고 주장하였다. 그렇지만, 에어컨·난방기 설치비용이나 환기시설 비용의 경우에는 특별히 흡연구역을 만들지 않았더라도 PC방의 운영을 위해 기본적으로 필요한 비용으로 볼 여지가 있고, PC방 전면금연이 시행된다 하더라도 기존의 칸막이로 나뉘어 있는 PC방 구조를 반드시 변경하여 전기·네트워크·조명을 재배치해야만 영업이 가능한 것은 아니며, 칸막이만을 제거하면 커다란 구조의 변경 없이 PC방의 기존 기능을 수행할 수 있는 것으로 볼 수 있다.

또한, 청구인들의 영업행위는 특정 경제정책상의 목표를 달성하기 위하여 국가에 의하여 유도된 사경제의 활동에 속하는 것이 아니라, 스스로의 위험 부담으로 법률이 부여한 기회를 활용한 것에 지나지 않는 것이므로 그러한 관점에서도 구법상에 기초하여 PC방 업주가 보호받아야 할 신뢰이익은 법률개정의 이익에 절대적으로 우선하여 특별히 보호받아야 할 신뢰이익인 것은 아니라고 하겠으며, 다만 변화한 법적 상황에 적용할 적당한 유예기간을 두는 경과규정에 의하여 보호될 수 있는 것이라 보아야 할 것이다(헌재 2009. 4. 30. 2007헌마103, 판례집 21-1 하, 278, 329-330 참조).

그렇다면 전면금연구역 지정과 관련한 입법예고가 PC방 업자들에게 사전

9) 국민건강증진법상 PC방 면적의 1/2 이상을 금연구역으로 지정하도록 규정한 이후 개정법이 마련된 2011년 전까지 PC방에 대한 전면금연 조치가 취해진다든 언론 보도가 이어지거나 관련 법 개정 움직임이 있었으나, 실제로는 각 관련업종과의 협평성, 제도적용 시기, 업종별 흡연자 출입비용, 업계 및 연관 산업에 미치는 영향 등의 사유로 이익집단 간의 분쟁이 조율되지 않아 순연되어 오다가 2011년 비로소 개정되었다.

에 장시간을 두고 충분히 고지되어 법 개정을 통해 부분적 흡연구역이 전면 금연구역으로 전환될 가능성이 있다는 것을 예측할 수 있었다는 점, 전면금연구역으로 전환된다 하더라도 기존시설을 완전히 포기해야 하는 것이 아닌 보수를 통해 여전히 기존 시설의 일부를 유지하면서 PC방을 운영할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 부칙조항에 의하여 청구인들에 주어진 2년의 유예기간은 법 개정으로 인해 PC방 업자들이 겪게 될 상황변화에 적절히 대처하는데 있어 지나치게 짧은 기간이라 볼 수 없다.

이러한 점을 고려하여, 이 사건 금연구역조항 및 부칙조항으로 인해 PC방 소유주 등이 입게 되는 신뢰이익의 침해보다는 입법목적이 추구하는 공적이익이 더 크다고 보아 이 사건 금연구역조항 및 이 사건 부칙조항이 신뢰보호의 원칙에 위배되어 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다는 판단을 내렸다.

나. 재산권

이 사건에서 재산권의 침해와 관련된 쟁점으로는 (1) 청구인들이 주장하는 영업권 내지는 영업이익이 재산권의 보호범위에 해당되는지의 여부¹⁰⁾ 및 (2) 청구인들이 소유하고 있는 시설의 용도를 제한하고 나아가 철거에 이르도록 하여 사용할 수 없도록 하는 것이 청구인들의 재산권을 침해하는지의 여부라고 할 수 있다.

(1) 영업이익이 재산권 보호범위에 포함되는지 여부

헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 영리획득의 단순한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권 보장의 대상이 아니다(헌재 1996. 8. 26. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103). 또한, 단순한 이윤추구의 측면에서 자신에게 유리한 경제적·법적 상황이 지속되리라는 일반적인 기대

10) 청구인들은 이 사건 금연조항으로 인해 기존에 운영하던 흡연구역을 더 이상 운영할 수 없으므로 기존의 흡연고객이 대거 이탈할 것이며 전면금연구역이라는 새로운 영업형태가 정착되려면 영업상의 손실이 예상되어 재산권을 침해한다고 주장하였다.

나 희망은 원칙적으로 헌법에 의하여 보호되는 재산권의 범위에 속하지 않는다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마169, 판례집 14-2, 203, 214).

그러므로 이 사건 금연조항에 의해 기존의 흡연구역을 폐쇄하고 전면금연으로 PC방을 운영하게 되면 흡연고객이 이탈할 가능성이 있고 이로 인해 청구인들의 이윤획득의 기회가 다소 줄어들 수 있는 여지가 있더라 하더라도, 이는 장래의 기대이익이나 영리획득의 기회에 손상을 입는 것에 지나지 않으며, 이를 가리켜 헌법에 의해 보호되는 재산권의 침해라 하기는 어렵다고 판단하였다.

(2) 기존 소유시설의 용도제한 및 철거가 재산권을 침해하는지 여부

이 사건 금연구역조항은 청구인들이 설치한 PC방 내부의 흡연구역 관련 시설을 철거하거나 변경하도록 강제하는 내용이 아니므로 이로 인해 흡연구역 관련 시설에 대한 권리가 침해되는 것은 아니다. 따라서 설령 이 사건 금연구역조항의 시행에 따라 청구인들이 기존의 흡연구역 관련 시설을 철거하거나 변경하였다고 하더라도 이로 인한 재산권 제한은 이 사건 금연구역조항으로 인한 간접적, 사실상의 불이익에 불과한 것으로 보았다.

4. 결정의 의의

헌법재판소가 PC방과 같은 공중이용시설의 금연구역 지정과 관련한 판단을 내린 것은 이번 결정이 처음은 아니다. 헌법재판소는 2004년, 공중이 이용하는 시설에 대해 해당 시설의 전체 또는 일부를 금연구역으로 지정하도록 하는 구 국민건강증진법시행규칙이 합헌임을 선언하였는데(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 판례집 16-2상, 355), 당시의 쟁점은 공중이용시설의 금연구역 지정이 흡연권을 침해하였는지 여부에 초점이 맞추어져 있었다. 한편 2011년 개정된 국민건강증진법을 통해 과거 공중이용시설을 금연구역과 흡연구역으로 분리하여 운영하던 제도가 폐지되고 PC방을 포함한 모든 공중이용시설이 전면 금연구역으로 지정되기에 이르자, PC방을 운영하고 있던 청구인들은 PC방의 전면금연구역 지정의 위헌여부를 밝히기 위해 이 사건 헌법소원을 청구하였고, 이를 통해 헌법재판소는 다시금 공중이용시설의 금

연구역 지정과 관련된 판단을 내리게 된 것이다. 그런데 이 사건 결정에서는 PC방 전체를 금연구역으로 지정한 것이 PC방 업주인 청구인들의 직업의 자유 및 재산권을 침해하는지 여부를 주된 쟁점으로 판단하였다는 점에서 앞서 언급된 사건과는 구별된다.

이 사건 결정을 통해 헌법재판소는 PC방과 같이 청소년을 포함한 다수의 공중이 이용하는 공간에서 비흡연자의 간접흡연 폐해 차단을 통한 국민건강의 증진과 혐연권의 보장의 중요성을 다시 한 번 확인하였다. 이 사건 결정이 내려진 이후 PC방은 2013. 12. 31.까지의 계도기간을 거쳐 2014. 1. 1.부터 전면금연구역으로 운영되고 있다. PC방 업주는 PC방 전체가 금연구역이라는 표지판이나 스티커를 PC방의 출입구, 계단, 화장실, 기타 눈에 잘 띄는 곳에 부착하여 금연임을 알려야 하며, 흡연자는 PC방 내의 흡연이 금지되므로 PC방 내부에서는 흡연을 할 수 없고 별도로 마련된 흡연실 등에서만 흡연이 가능하게 되었다. 또한 이러한 고지의무를 위반한 PC방 업주에게는 최고 500만 원의 과태료가, PC방 내에서 흡연한 흡연자에게는 10만 원의 과태료가 부과된다.

수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제78조 제4호 등 위헌제청

- 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 제78조 제4호가
명확성원칙에 위배되는지 여부 -

(헌재 2013. 7. 25. 2011헌가26, 2013헌가14(병합), 판례집 25-2상, 1)

류 지 현*

【판시사항】

공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천·호소를 현저히 오염되게 한 자를 처벌하는 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7459호로 개정된 것) 제78조 제4호가 명확성원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7459호로 개정된 것, 다음부터 ‘수질보전법’이라고 한다) 제78조 제4호(다음부터 ‘이 사건 벌칙규정’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다.¹⁾

* 헌법연구관

- 1) 한편, 이 사건에서는 이 사건 벌칙규정뿐만 아니라 수질보전법 제81조 중 ‘법인의 대리인, 사용인 그 밖에 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제78조 제4호의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다.’는 부분의 위헌 여부 역시 심판의 대상이었는데, 종업원 등의 행위로 인하여 법인까지 처벌하는 내용의 양벌규정에 대하여는 이미 위헌 선례가 다수 집적되어 있고, 이 사건에서도 종전과 동일한 이유로 위헌결정을 선고하였으므로, 이에 대한 논의는 생략하기로 한다.

【사건의 개요】

당해사건의 피고인들은 공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천·호소를 현저히 오염되게 하였다는 이유로 약식명령이 청구되자 정식재판을 청구하였고, 제청법원이 직권으로 이 사건 벌칙규정에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

【결정요지】

이 사건 벌칙규정이나 관련 법령 어디에도 ‘토사’의 의미나 ‘다량’의 정도, ‘현저히 오염’되었다고 판단할 만한 기준에 대하여 아무런 규정도 하지 않고 있으므로, 일반 국민으로서 자신의 행위가 처벌대상인지 여부를 예측하기 어렵고, 감독 행정관청이나 법관의 자의적인 법해석과 집행을 초래할 우려가 매우 크므로 이 사건 벌칙규정은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

【해 설】

1. 환경범죄에 대한 일반적 고찰

(1) 환경범죄의 개념과 보호법익

환경은 인간의 생활과 직접 또는 간접적으로 관계를 맺고 있는 자연적·인위적 모든 외부 생활조건으로 인간생활에 중요한 위치를 차지하고 있다. 이러한 환경이 사업활동이나 기타 인간의 활동에 의해 오염됨으로 인해 피해발생이 심각해지고 있어, 환경오염행위를 법적으로 규제할 필요성이 제기된다.

환경오염행위를 범죄화하여 형사처벌해야 한다는 추세는 각국의 공통된 현상이다. 우리나라도 과거에는 환경행정목적의 달성을 위해 환경법규의 위반행위를 단속한다는 측면에서 ‘환경사범’이라는 용어를 많이 사용하였다. 그러나 최근에는 환경을 오염시키거나 파괴하는 행위는 단순히 환경법규위반사범이라는 인식을 넘어 사람의 생명·신체·건강침해라는 중대한 결과를 발생시키는 행위로서 반사회적·반윤리적 행위라는 측면이 강조되어 ‘환경범죄’라는 새로운 개념이 형성되었다.²⁾

2) 조현권, 환경법, 법률문화원, 2006, 137쪽

환경범죄의 개념은 환경범죄의 보호법익을 무엇으로 보느냐에 따라 달라질 수 있다. 환경범죄의 보호법익을 사람의 생명·건강이라고 보면, 환경제³⁾의 침해나 위태화를 통해 사람의 생명·건강에 침해 내지 위태화를 가져오는 행위만을 환경범죄로 파악하게 된다. 이는 환경범죄의 구성요건을 명확하게 할 수 있다는 장점이 있으나, 환경범죄의 독자적 특성을 고려하지 않게 되고 사람의 생명·신체에 위해가 발생해야만 형벌권을 발동할 수 있기 때문에 환경피해 구제가 거의 불가능하고 그 피해도 크게 된다. 반면에 환경범죄의 보호법익을 환경재로 보면, 사람의 생명이나 건강에 위해가 없더라도 환경재를 침해 또는 위태화하게 되면 환경범죄가 된다. 이는 사람의 생명·건강에 침해가 있기 전에 환경재 자체를 보호하기 때문에 환경피해 방지에 있어서 형벌이 적극적으로 개입할 수 있다는 장점이 있지만, 환경범죄의 대상이 불명확하고, 형벌권이 남용될 우려가 있다. 따라서 환경범죄의 보호법익은 이중적 보호법익론과 같이 사람의 생명이나 건강에 침해를 가져오거나 가져올 위험이 있는 환경재의 침해행위 및 이를 통해 현실적으로 사람의 생명·건강에 침해를 가져오거나 위태화를 야기한 행위로 파악하는 것이 바람직하다. 현행 개별 환경법의 벌칙규정을 보더라도 대기환경보전법이나 수질보전법과 같이 환경오염으로 인하여 인간의 생명과 신체 등에 피해를 야기하는 행위를 처벌하고 있는 형태도 있지만, ‘야생생물 보호 및 관리에 관한 법률’이나 자연환경보전법과 같이 일정 지역에서의 생태계파괴행위 자체만으로 처벌하는 경우도 있는바, 그렇다면 현행 환경법 체계도 이중적 보호법익을 그 대상으로 하고 있다고 할 수 있다.⁴⁾

(2) 환경범죄의 일반적 특성⁵⁾

① 환경범죄는 인위적 활동에 의해 발생된다. 환경오염행위는 사람에 의해 만들어진 피해이므로 홍수, 태풍, 지진 등의 천재에 의한 피해는 환경법

3) 환경재(環境財, environment goods): 모든 사람들이 공동으로 즐기는 재화, 예를 들면, 깨끗한 물, 깨끗한 공기, 아름다운 경치 등(출처: 농촌진흥청 농업용어사전)

4) 이승현 등, ‘형사특별법 정비방안(7) - 환경·교통분야’, 한국형사정책연구원, 2008, 전계논문, 24-25쪽 참조.

5) 이하 이승현 등, 전계논문, 25-26쪽

죄의 대상에서 제외되고, 사람에 의해 만들어진 피해라 하더라도 사람의 사회생활상 필요하거나 허락된 활동에 의해 발생하는 범죄이어야 한다.

② 환경범죄의 침해는 간접적이다. 환경범죄는 직접적으로 생명이나 신체를 침해하는 경우도 있으나 대부분은 환경인자라는 매개체를 통해 시간적·지역적 차이를 두고 피해가 나타난다. 이로 인해 환경범죄의 인과관계를 확정하기가 어렵고, 결과에 대한 고의를 인정하는 것도 어렵다. 그러므로 환경범죄의 초기 단계에서부터 위법행위를 규제할 필요성이 있다.

③ 환경범죄의 침해는 전파성이 있다. 환경재의 특수성으로 인해 한번 발생한 환경오염은 시간적으로도 장기간이고, 공간적으로도 광범위한 지역에서 피해가 나타난다. 침해의 전파성으로 인해 인과관계와 고의입증이 어렵다는 문제도 있다.

④ 피해의 발생원인 및 피해 정도가 불명확하다. 환경오염에 의한 피해는 광범위한 지역에서 오랜 시간이 경과한 후에 불특정 다수인에게 발생하기 때문에 그 원인을 파악하기가 어렵다. 오염물질의 배출이나 환경파괴 등으로 인한 피해는 당해 오염물질의 확산계통에 따라 광범위한 지역으로 확산됨으로써 당해 지역에 거주하는 사람은 물론, 다른 생물에게까지 미치게 된다. 그리고 개발사업의 시행에 따른 환경파괴는 그 지역주민 일반의 생활환경을 파괴하므로 피해내용과 피해자를 특정하기 곤란하고, 인과관계 입증도 어렵다.

⑤ 환경범죄는 침해의 상규성을 가진다. 환경범죄는 일상적인 사회활동 즉, 인간과 기업의 활동 대부분을 통해 환경오염이 일어날 수 있기 때문에 범죄로 인식하는 경우가 적고, 위법성의 착오를 주장하는 경우도 있게 된다.

⑥ 환경범죄는 행정종속성과 관련 있다. 환경범죄의 구성요건의 내용은 행정행위나 행정법에 의해 보충됨으로써 비로소 확정된다. 환경범죄의 다양한 행위 태양과 구체적인 기준을 구성요건에 모두 규정할 수 없기 때문에 개개 행정행위나 행정법에 의존하여 구성요건을 완성할 수밖에 없다.

환경범죄는 이러한 특성들을 가지고 있기 때문에 범죄라는 인식이 약하고 처벌도 비교적 가벼웠다. 그러나 피해의 범위나 심각성을 고려한다면 사회 전체에 심각한 영향력을 줄 수 있는 중한 범죄라고 할 것이다.

2. 수질환경에 대한 규제 개관

(1) 수질환경에 대한 공법적 규제

물·공기·토양 그리고 생태계로 이루어진 자연환경의 중요한 구성요소를 이루는 물은 모든 생명의 근원이자 원천이다. 자연계의 물은 그 스스로 자정작용을 할 수 있으나 과도한 오염물질이 혼입되면 자정작용의 한계를 초과하여 수중에 오염물질이 축적되어 수질오염현상이 일어난다. 이러한 수질오염은 상수원의 안전도를 위협하고 각종 수인성 전염병을 매개함은 물론 수중생물의 생육을 저해하여 수산자원에 손실을 주며, 심각한 재산상·건강상·정신위생상의 피해를 가져온다. 또한, 수질오염은 그로 인한 피해가 발생한 이후의 사후구제보다 사전의 예방이 더 중요하므로, 국가나 지방자치단체는 수질환경오염의 발생원에 대하여 적절한 규제조치를 강구하여 국민의 생명, 건강 및 재산을 보호할 필요가 있다.

환경규제에 관한 법률 중 환경정책기본법은 환경정책의 목적 및 기본이념, 환경분야에 대한 공통적인 사항을 규정하고 있는 법으로 환경법의 기본법으로서의 성격을 갖고, 그 이외의 개별 환경법은 기본적으로 오염매체별로 제정되어 있다. 그 중 수질오염과 관련하여서는, 수질의 보전과 오염방지를 위하여 물의 존재위치와 이용 등에 따라 해양, 하천, 지하수, 상수원, 호소 등에 관한 개별법이 마련되어 있고, 간접적으로 수질에 영향을 미칠 수 있는 각 오염원별로 법률이 제정되어 있다. 전자에는 하천법, 지하수법, 수도법, 연안관리법, ‘한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률’ 등이 있으며, 후자로는 산업폐수의 규제를 위한 수질보전법, 생활하수의 규제를 위한 하수도법, 해양오염의 규제를 위한 해양환경관리법(구 해양오염방지법) 등이 있다.

한편, 환경정책기본법은 기본법이기 때문에 그 규정 내용도 타 환경관계 법령의 기본이 될 선언적인 내용이고, 여기에 국민의 권리의무를 정하는 구체적인 규제조항은 없다.

(2) 환경정책기본법상의 규제

수질환경에 관한 법적 규제는 환경정책기본법을 기준으로 하여 다양한 법률로 규율되고 있는바, 수질오염에 대한 공법적 규제의 1단계는 환경기준의

설정에 있다. 환경에 관한 일반법인 환경정책기본법(2011. 7. 21. 법률 제 10893호로 개정된 것)에서는 “국가는 환경기준을 설정하여야 하며, 환경 여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다.”고 규정하고 있는데(제12조 제1항), 위 “환경기준”이란 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 국가가 달성하고 유지하는 것이 바람직한 환경상의 조건 또는 질적인 수준으로서(제3조 제8호), 환경법상 대부분의 제도 내지 조치는 환경기준의 유지와 확보를 위해 추진되는 것으로 이해될 수 있다. 이러한 점에서 환경기준은 환경행정이 추구하는 지침 또는 정책적 목표가 되어, 오염 정도가 낮은 지역에 있어서는 이후의 오염을 방지할 대책의 근거가 되고, 그 기준을 초과하지 아니하도록 대책을 실시할 목표가 된다.

환경기준을 설정·유지하기 위하여는 정확한 환경상태의 파악과 측정이 필요하다. 이러한 목적을 위해 활용되는 것이 환경오염의 상시측정망의 운용이다. 환경정책기본법은 이러한 방식을 채용하여 정부로 하여금 환경오염 상황을 상시조사하고, 이를 적정하게 실시하기 위하여 환경오염의 감시·측정체제를 유지하여야 할 의무를 부과하고 있고(제22조 제2항), 이에 따라 수질보전법에서도 상시측정 및 측정망 설치 의무를 규정하고 있다(제9조).

한편, 수질 및 수생태계에 대한 구체적인 환경기준(수질 및 수생태계 환경기준)은 환경정책기본법 시행령(2012. 7. 20. 대통령령 제23967호로 개정된 것) 제2조 [별표]에서 수역별, 항목별로 규정하고 있는데(환경정책기본법 제12조 제2항), 수역별로는 하천, 호소, 지하수, 해역으로 구분하고, 항목별로는 하천의 경우에는 사람의 건강보호기준인 카드뮴, 비소 등 17개 항목과 생활환경기준인 수소이온농도(pH), 생물화학적 산소요구량(BOD),⁶⁾ 화학적 산소요구량(COD),⁷⁾ 부유물질량(SS),⁸⁾ 용존산소량, 총인, 대장균군수의 7개 항목으로 구분되어 있다. 그리고 위 생활환경기준에서는 하천 및 호소의 경우 7

6) 호기성(산소를 필요로 하는) 박테리아가 일정기간 내에 물 속 유기물을 산화 분해시켜 정화하는 데 소비되는 산소의 양을 mg/L 또는 ppm으로 나타낸 것. 물이 오염되어 있으면 유기물이 많게 되고 따라서 유기물을 박테리아가 분해하는 데에 필요한 산소의 양도 증가한다(환경부 물환경정보시스템 용어사전 참조).

7) 물 속 유기물 등 오염이 되는 물질을 산화제로 산화시키는 데 요구되는 산소의 양. 산화제로는 과망간산칼리나 중크론산칼리가 사용된다. 화학적 산소요구량의 수치가 크면 유기물이 많다는 것을 의미하므로 그만큼 오염이 심하게 됐음을 나타낸다(상동).

8) 입경 2mm 이하의 물에 용해되지 않는 물질. Suspended Solids의 약칭(상동).

개 등급(매우 좋음(Ia), 좋음(Ib), 약간 좋음(II), 보통(III), 약간 나쁨(IV), 나쁨(V), 매우 나쁨(VI))으로 구분하여 항목별, 등급별로 수질환경기준을 차등설정하여 관리하고 있다.

또한, 환경정책기본법에서는 특별시·광역시·도·특별자치도는 해당 지역의 환경적 특수성을 고려하여 필요하다고 인정할 때에는 해당 시·도의 조례로 환경정책기본법 제12조 제1항에 따른 환경기준보다 확대·강화된 별도의 환경기준(지역환경기준)을 설정 또는 변경할 수 있도록 규정하고 있는데(제12조 제3항), 이에 따라 현재 수질에 대한 지역환경기준을 설정한 조례는 대전광역시 환경기본조례(2011. 8. 5. 대전광역시조례 제3971호)와 제주특별자치도 환경기본조례(2006. 4. 5. 제주특별자치도조례 제2554호) 두 가지이다.⁹⁾

(3) 수질보전법상의 규제

환경에 관한 개별 법률에서는 개개의 오염원에 대한 배출허용기준 또는 배출규제기준을 설정하고 있고, 수질보전법도 마찬가지다. 수질환경오염의

9) 현재 모든 특별시, 광역시, 도에서는 ‘환경기본조례’를 두고 있는데, 위 조례에서 지역환경기준을 설정한 지방자치단체는 위 대전광역시와 제주특별자치도 외에 서울특별시와 부산광역시, 인천광역시, 대구광역시, 경기도이고(다만, 서울특별시와 부산광역시, 인천광역시, 대구광역시, 경기도의 환경기본조례에서는 ‘대기’에 대하여만 지역환경기준을 설정하고 있다), 나머지 지방자치단체에서는 ㉠ 각 환경기본조례에서 별도의 조례로써 지역환경기준을 설정하도록 하였으면서도 이에 대하여 조례를 제정하지 않았거나(예: 광주광역시, 경상북도, 충청북도, 충청남도, 전라북도, 전라남도: 제12조(지역환경기준의 설정) ㉠ 또는 「환경정책기본법」(주: 2011. 7. 21. 법률 제10893호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항의 규정에 의하여 도민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 필요할 경우 도의 환경 여건을 고려한 지역환경기준을 설정하고 이의 유지를 위해 노력하여야 한다. ㉡ 제1항의 규정에 의한 지역환경기준을 따로 조례로 정한다.), ㉡ 환경기본조례에서 단순히 지역환경기준을 설정할 수 있다고만 규정하고 별도의 조례에 대한 언급이 없다(예: 강원도, 경상남도: 제13조(환경기준의 설정 등) ㉠ 도지사는 「환경정책기본법」(주: 2011. 7. 21. 법률 제10893호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항의 규정에 의하여 도민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 도의 환경여건에 적합한 지역환경기준을 설정하고 이의 유지를 위해 노력하여야 한다. ㉡ 제1항의 규정에 의한 지역환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 지역 여건을 감안한 세부기준을 설정할 수 있다/ 울산광역시: 제14조(지역 환경기준의 설정) ㉠ 시장은 「환경정책기본법」(주: 2011. 7. 21. 법률 제10893호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항의 규정에 의하여 시민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 시의 환경여건에 적합한 시 환경기준을 「환경정책기본법 시행령」에 의한 환경기준보다 엄격하게 설정하고 이의 유지를 위해 노력하여야 한다.)

공법적 규제의 2단계는 바로 이러한 배출규제기준인바, 배출규제기준은 국민 개인이나 사업자를 수범자로 하여 법적 구속력을 가지는 규제수단으로서, 이를 위반할 경우 개선명령, 조업정지, 초과배출부과금 등의 행정처분을 받게 된다. 따라서 배출규제기준은 수질환경기준을 실현할 수 있는 가장 중요한 수단의 하나이다. 수질보전법에서 정하고 있는 폐수배출시설의 배출허용기준(제32조)과 방류수 수질기준(제12조 제3항) 및 하수도법에서 정하고 있는 공공하수처리시설의 방류수 수질기준(제7조)이 이에 해당한다.

1) 수질보전법의 의의

수질보전법은 수질오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고 하천·호소 등 공공수역의 수질 및 수생태계를 적정하게 관리·보전하기 위하여 제정되었는바(제1조), 주로 산업시설에서 배출되는 수질오염물질(산업폐수)을 규제하고 있다.¹⁰⁾ 산업폐수가 전체 오·폐수에서 차지하는 비율은 약 21%로서 생활하수의 비율 78%보다 높지 않으나, 오염원의 종류로 보면 생물학적 오염이 아닌 화학적 오염으로서 각종 산업공장에서 배출되는 유독 화학물질, 화학비료와 농약 등의 농업폐기물, 인간에 유해한 카드뮴, 수은, 크롬 등의 중금속물질을 함유하고 있는 광산폐수를 포함하므로, 국민건강 및 수질환경의 보존을 위하여 그 규제의 필요성이 매우 크다.

2) 수질보전법의 규제 내용

① 우선 수질보전법에서는 점오염원¹¹⁾의 관리에 관한 규정으로서 제3장 제1절에서 산업폐수의 배출규제(제32조 내지 제47조), 제2절에서 폐수종말처리시설(제48조 내지 제51조)에 대하여 규정하고 있다. 그 중 산업폐수의 배출규제로서 공장 등과 같은 개별 배출시설이 수질오염물질을 배출할 때 지켜야 하는 최대배출기준허용치 또는 허용농도인 배출허용기준 및 폐수종말처리시설에 대한 규제로서 폐수종말처리시설에서 배출되는 물의 수질기준(방류수 수질기준)을 환경부령에 위임하고 있다(제32조, 제12조 제3항).

10) 생활하수 및 축산폐수는 ‘오수·분뇨 및 축산폐수의 처리에 관한 법률’ 및 하수도법에 의한다(수질보전법 제52조).

11) “점오염원”이라 함은 폐수배출시설, 하수발생시설, 축사 등으로서 관거·수로 등을 통하여 일정한 지점으로 수질오염물질을 배출하는 배출원을 말한다(법 제2조 제1호).

폐수배출시설의 배출허용기준에 대한 구체적인 내용은 수질보전법 시행규칙(2012. 1. 19. 환경부령 제443호로 개정된 것) 제34조 [별표13]에서 규정하고 있는데(수질보전법 제32조 제1항), 여기에서는 생물화학적 산소요구량(BOD), 화학적 산소요구량(COD), 부유물질량(SS) 및 페놀류 등 수질오염물질 총 28개 항목¹²⁾에 대하여 폐수배출허용기준을 설정하면서, 지역별로 4단계(청정지역, 가지역, 나지역, 특례지역)¹⁴⁾로 구분하여 항목별 배출허용기준을 차등 규제하고 있다. 또한, 생물화학적 산소요구량(BOD), 화학적 산소요구량(COD), 부유물질량(SS)의 경우 폐수배출량 2,000m³/일 이상과 미만으로 구분 설정함으로써 폐수배출허용기준을 지역별, 규모별로 차등 적용하고 있는데, 폐수배출량 2,000m³/일 이상의 폐수 다량 배출시설은 더욱 엄격한 배출허용기준을 적용받게 되어 농도규제방식에 양적규제방식이 부분적으로 병행되고 있다. 그리고 페놀류 등 수질오염물질에 대해서는 별도로 항목별, 지역별로 배출허용기준을 정하고 있다.

그리고 방류수 수질기준에 대한 구체적인 내용도 위 수질보전법 시행규칙 제26조 [별표10]에서 규정하고 있는데(수질보전법 제12조 제3항), 여기에서는 생물화학적 산소요구량(BOD), 화학적 산소요구량(COD), 부유물질량(SS), 총질소(T-N), 총인(T-P), 총대장균군수, 생태독성(TU) 총 7개 항목에 대하여 방류수 수질기준을 설정하면서, 지역별로 4단계(Ⅰ지역, Ⅱ지역, Ⅲ지역, Ⅳ지역)¹⁵⁾로

12) 여기에는 수질 및 수생태계 환경기준에 포함되지 않는 색도, 온도, 노말핵산추출물밀합유량 2종류, 용해성철합유량 항목 등이 포함되어 있다.

13) 기간에 따라 적용항목이 다르다. ① 2008. 2. 2.부터 2010. 12. 31.까지는 28개 항목이 적용되고, ② 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지는 33개 항목이, ③ 2012. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지는 40개의 항목이 적용된다.

14) 청정지역은 '수질 및 수생태계 환경기준' 매우 좋음(Ia) 등급의 수질을 보전하여야 하는 지역, 가지역은 위 환경기준 좋음(Ib), 약간 좋음(Ⅱ) 등급의 수질을 보전하여야 하는 지역, 나지역은 위 환경기준 보통(Ⅲ), 약간 나쁨(Ⅳ), 나쁨(Ⅴ) 등급의 수질을 보전하여야 하는 지역, 특례지역은 환경부장관이 법 제49조 제3항에 따른 공단공동처리구역으로 지정하는 지역 및 시장·군수가 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제8조에 따라 지정하는 농공단지를 말한다.

15) Ⅰ 지역은 상수원보호구역, 수질보전 특별대책지역으로 지정, 고시된 지역 등이고, Ⅱ 지역은 화학적 산소요구량 또는 총인의 수치가 법 제24조 제2항 제1호에 따른 목표기준을 초과하였거나 초과할 우려가 현저한 지역으로서 환경부장관이 정하여 고시하는 지역, Ⅲ 지역은 한강, 금강, 낙동강, 영산강, 섬진강 수계에 포함되는 지

구분하되 적용기간에 따라¹⁶⁾ 항목별 배출허용기준을 차등 규제하고 있다.

② 또한, 수질보전법에서는 제4장에서 비점오염원¹⁷⁾의 관리에 관하여 규율하고 있는데(제53조 내지 제59조), 모든 비점오염원이 위 조항들의 적용을 받는 것은 아니고, 일정 규모 이상의 사업장에서 특정 사업을 하려는 자로서 비점오염원의 설치신고를 해야 하는 경우(제53조) 또는 비점오염원관리지역으로 지정된 경우(제54조)만 위 조항들의 적용을 받게 되고, 그 외에 농약잔류허용기준(제58조)이나 고랭지 경작지에 대한 경작방법에 관한 권고(제59조)에 대하여 규정하고 있다.

③ 그 외에도, 수질보전법에서는 제1장에 총칙규정을 두고서 오염총량관리제도 등에 대하여 규율하고 있고(제1조 내지 제8조), 제2장에서는 공공수역의 수질 및 수생태계보전과 관련한 일반적인 규제 내용들(상시측정, 일반적 금지행위, 오염경보, 수계영향권별 기본계획 등)을 규정하고 있는바(제9조 내지 제31조), 이 사건 벌칙규정에서 금지하고 있는 행위도, 해당 오염원이 점오염원도 아니고 수질보전법의 적용대상인 비점오염원은 아니지만 공공수역에서 환경오염을 유발하는 행위에 해당한다고 보아 수질보전법 제2장에서 규율하고 있는 것이다.

역으로서 환경부장관이 정하여 고시하는 지역, IV 지역은 위 세 지역을 제외한 지역을 말한다.

16) ① 2010. 12. 31.까지 ② 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지 ③ 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지 ④ 2013. 1. 1. 이후

17) “비점오염원”이라 함은 도시, 도로, 농지, 산지, 공사장 등으로서 불특정 장소에서 불특정하게 수질오염물질을 배출하는 배출원을 말한다(법 제2조 제2호). ‘비점오염원’은 넓은 공간에 걸쳐 분포되어 있고, 일반적으로 이들 부하는 강우시 유출되기 때문에 일간, 계절간 배출량의 변화가 크고 예측하기 어렵다

(4) 배출허용기준과 환경기준¹⁸⁾

환경기준이란 국민의 건강하고 쾌적한 생활을 유지하기 위하여 대기·수질·소음 등 생활환경에 대하여 달성해야 할 목표를 말한다. 배출허용기준이 배출시설에서 나오는 환경오염물질의 최대 허용량 또는 최대 허용농도치에 반하여 환경기준은 배출시설에서 배출되는 허용기준이 아니고 일반적인 생활환경기준이다. 그런데 배출허용기준은 배출자에 대한 구속력이 있고, 이를 위반하면 개선명령·조업정지명령·배출부과금부과처분 등의 행정처분을 받게 되나, 환경기준은 이를 유지하기 위하여 정부에 대한 구속력이 있을 뿐 국민에 대한 구속력은 없다. 즉, 배출허용기준은 환경기준과 달리 ① 법적 구속력이 있는 규제기준이고, ② 사업장의 경영자 또는 관리자를 수범자로 하며, ③ 위반시 제재가 가하여진다는 특성이 있으나, 환경기준은 ① 행정목표 내지 구심점, 지향점으로서 법적 구속력을 갖지 않고, ② 수범자는 국가 또는 지방자치단체이며, ③ 기준이 지켜지지 않아도 처벌의 대상은 되지 않는다. 다만, 환경기준을 유지하기 위한 중요한 수단 중의 하나가 배출허용기준이며 환경기준은 곧 배출허용기준 설정의 전제가 된다는 점에서 양자는 상호 밀접한 관계에 있다.

3. 이 사건 벌칙규정의 연혁

수질보전법 제15조 제1항 제4호에서는 ‘누구든지 정당한 사유 없이, 공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천·호소를 현저히 오염되게 하는 행위를 하여서는 아니된다’고 규정하고 있고, 동법 제78조 제4호(이 사건 벌칙규정)에서는 ‘제15조 제1항 제4호의 규정을 위반하여 다량의 토사를 유출시키거나 버린 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있다.

공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천·호소를 현저히 오염시키는 행위를 금지하고, 이를 위반하는 경우 처벌하도록 하는 내용이 법규정에 신설된 것은 수질환경보전법이 1995. 12. 29. 법률 제5059호

18) 이하 조현권, 전계서, 560-561쪽; 김인환 등, 환경법강의, 홍문관, 2003, 94쪽; 박군성 등, 환경법, 박영사, 2008, 73-74쪽 각 참조

로 개정되면서부터이다. 당시 위 법 제29조 제1항 제4호에서는 위와 같은 행위를 금지하고, 제57조 제7호에서는 이를 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다. 이는 공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버리는 행위를 금지함으로써, 대형사업장에서 토사를 유출하여 공공수역을 오염시키는 행위를 즉시 제재하여 수질오염을 방지하기 위한 것이다.¹⁹⁾

그 후 2005. 3. 31. 법률 제7459호로 수질환경보전법이 개정되면서 종전에 제29조 제1항 제4호에 규정되어 있던 금지조항은 개정법 제15조 제1항 제4호로 개정되었고, 제57조 제7호에 규정되어 있던 벌칙조항은 제78조 제4호로 개정되면서 벌금형의 상한도 1천만 원으로 조정되었다.

그리고 2007. 5. 17. 법률 제8466호로 수질환경보전법이 ‘수질 및 수생태계 보전에 관한 법률’로 개정되었는데,²⁰⁾ 위 제15조 제1항 제4호와 제78조 제4호는 종전과 동일하게 유지되어 현재에 이르렀다.

4. 이 사건 벌칙규정의 내용

(1) 이 사건 벌칙규정은 ‘토사’로 인한 수질오염을 규제하고 있으나, 이 사건 벌칙규정이나 수질보전법 어디에도 ‘토사’의 정의에 대하여는 아무런 규정이 없다.

‘토사’의 사전적 정의는 ‘흙과 모래’로서, 수질보전법 외에도 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’, ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’, ‘군사기지 및 군사시설 보호법’, 농지법, 대기환경보전법, 산지관리법 등에 ‘토사’에 관한 규정들이 있으나 그 법률적 정의는 산지관리법 제2조에서만 발견할 수 있다.²¹⁾

19) 1995. 11. 차 국회 환경노동위원회 ‘수질환경보전법 중 개정법률안 심사보고서’ 8쪽 및 제176회 제2차 환경노동위원회 회의록(1995. 7. 14.자) 10쪽 및 김인환 등, 전거서, 327쪽 각 참조.

20) 선진국의 물환경 보존 정책은 하천의 건강성을 회복하여 궁극적으로 생태계의 평형성을 보호하는 목표를 지향하고 있는바, 우리나라도 이처럼 범명을 변경한 것은 수생태계 보호의 중대성을 강조한 것이다(김익재 등, ‘수생태계 보호를 위한 토사관리 방안’, 한국환경정책·평가연구원, 2007, 1쪽 참조).

21) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

한편, 미국 환경보호청(United States Environmental Protection Agency, US-EPA)에서는 ‘토사(sediment)’라는 용어를 두 가지 의미로 정의하고 있는 바, ① 바위나 견고하지 않은 퇴적물이 풍화(weathering)나 침식(erosion)에 의해 생성, 물에 의해서 이동, 부유, 또는 퇴적된 부서진 물질, ② 자연수의 바닥면에 느슨하고 견고하지 않게 축적되어 있는 유기 및 무기성 입자성 물질을 말한다고 한다. 이와 같이 두 가지 의미로 정의한 이유는 토사라는 물질이 본래의 성질을 그대로 지니고 있으면서도 자연환경에 따라 성질의 변화가 있기 때문으로 이해될 수 있다. 이와 함께 최근 미국 환경보호청에서는 ‘부유 및 침전 토사(Suspended And Bedded Sediments, SABS)’라는 용어를 사용하고 있는데 SABS는 물에 의해 부유, 운반되어지는 그리고/또는 자연수체의 바닥 부분에 느슨하고 견고하지 않은 형태로 축적되어 있는 유기 및 무기입자성 물질이라 정의하고 있다. SABS는 토양유실에 따른 토사 외 조류, 낙엽, 기타 유기물질과 같이 무기물 외 유기물질 등을 포함한다. 그러나 토사의 오염물질은 별도로 규제가 되므로 SABS의 범주 안에 토사의 오염물질은 포함되지 않는다. 그리고 텍사스 하천가이드(Texas River guide)에서는 ‘토사’를 물 또는 바람에 의해 토양 또는 광물질이 이송되어 오거나 하천이나 다른 수체 내에 침전된 것으로 정의하고 있다. 이와 함께 미국 농무부(U.S. Department of Agriculture, USDA)에서는 ‘토사’란 바위의 붕괴 및 분해의 생성물이라고 정의하고 있다(USDA, 1983). 그리고 캐나다 환경청 위원회(Canadian Council of Ministers of the Environment, CCME)의 경우에는 ‘토사’의 정의를 암석의 변형과 수체 내에서의 용존성 또는 부유성 물질의 침강 또는 대륙과 해안에 유기물질의 축적으로부터 기인한 암석, 화학물질 또는 유기물질의 침전물로 정의하고 있다(CCME, 2002). 따라서 이러한 점들을 종합하여 볼 때, 비록 수질보전법에서는 ‘토사’를 정의하고 있지 않지만, ‘토사’란 ‘강우나 눈 녹은 물 또는 바람 등의 침식작용 또는 인위적인 표토 교란행위에 의하여 발생한 부유성 또는 침전성 토양입자’로 볼 수 있고, 토사관리 방안의 차원에서 ‘수생태계에 영향을 미치는 토사’란 ‘지표면으로부터

4. “석재”란 산지의 토석 중 건축용, 공예용, 조경용, 쇠골재용(碎骨材用) 및 토목용으로 사용하기 위한 암석을 말한다.

5. “토사”란 산지의 토석 중 제4호에 따른 석재를 제외한 것을 말한다.

탈착된 토양입자가 이송 및 침전 반복과정을 거치면서 유기(BOD) 및 무기 오염물이 함께 하천으로 전달되어 수중이나 하천의 바닥에서 수질오염을 발생시키고 수생태계를 훼손시키는 입자성 물질을 뜻한다 할 것이다.²²⁾²³⁾

(2) “공공수역”이란 하천·호소·항만·연안해역 그 밖에 공공용에 사용되는 수역과 이에 접속하여 공공용에 사용되는 환경부령이 정하는 수로를 말하고(수질보전법 제2조 제9호), 여기에서 “환경부령이 정하는 수로”란 지하수로, 농업용 수로, 하수관거, 운하를 말한다(동법 시행규칙 제5조).

(3) 공공수역 투기행위금지자는 “누구든지”이다. 따라서 배출시설을 설치·운영한 자에 한하는 것이 아니다. 이는 수질보전법의 규율대상인 점오염원이나 비점오염원이 아니라 할지라도 다량의 토사가 유출되면 수생태계나 수질에 악영향을 미칠 수 있다고 보아, 불특정다수인에 의한 오염을 규제하기 위한 것이다.

(4) 이 사건 벌칙규정 소정의 ‘공공수역에 유출시키거나 버린 경우’라 함은 공공수역에 직접 유출시키거나 버린 경우뿐만 아니라 공공수역이 아닌 곳에 유출시키거나 버렸다 할지라도 공공수역으로 들어갈 수 있는 유출시키거나 버렸다면 이는 위 경우에 해당한다. 그리고 이 사건 벌칙규정은 공공수역에 다량의 토사를 유출시키거나 버린 경우 모두를 처벌하는 것이 아니라 ‘정당한 사유 없이’ 위와 같은 행위가 이루어진 경우에 한하여 처벌한다. 따라서 정당한 사유가 있으면 이는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위반되지 않는 행위’로서 위법성이 조각된다.²⁴⁾

22) 김익재 등, 전계논문, 7-8쪽 참조

23) 한편, 토사는 그 물리적 특성에 따라 수체 내에서 부유한 상태로 계속 유지되는 부유성 토사(suspended sediment)와 유출된 후 일정한 시간내 침전이 이루어지는 침전토사(settled 또는 bedded sediment)로 구분되는데 대체적으로 실트(silt, 0.004mm-0.062mm)와 점토(clay, 0.004mm 이하)는 부유성 토사에 해당되고, 모래 이상의 크기는 보통 침전이 잘 이루어지기 때문에 침전성 토사라 할 수 있다. 일반적으로 생물학계에서는 부유성 토사의 농도와 바닥 침전 정도에 매우 관심이 있는데 이는 부유성 토사의 농도가 광합성 식물이 이용할 수 있는 빛의 양과 수생동물의 시각능력에 영향을 미치기 때문이고, 침전성 토사의 경우에는 무척추대형동물의 서식지와 물고기의 산란, 물고기 부화 서식지에 영향을 미치기 때문이다. 대체로 자연 하천에서의 무기성 입자는 점토와 실트가 결합된 10-20 μ m 크기가 지배적으로 많다(김익재 등, 전계논문, 19쪽 참조).

24) 조현권, 전계서 620-621쪽 참조

5. 이 사건 벌칙규정의 명확성원칙 위반 여부

(1) 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다. 만일 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면, 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 따라 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12, 판례집 23-1상, 200, 212-213 참조).

(2) 그런데 이 사건 벌칙규정은 공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천·호소를 현저히 오염되게 하는 행위를 한 경우 처벌한다고 규정하면서도, ‘토사’의 개념도 정의하지 않고 ‘다량’ 또는 ‘현저히’와 같이 구체적이지 않은 기준을 제시할 뿐이어서 다음과 같은 문제를 안고 있다.

① 이 사건 벌칙규정에 규정된 ‘토사’가 침전성 토사를 의미하는지, 아니면 부유성 토사를 의미하는지, 또는 양자 모두를 의미하는지 분명하지 않다. 또 이 사건 벌칙규정이 규율하는 것이 ‘토사’ 자체가 오염된 경우를 의미하는지, 아니면 ‘토사’ 자체는 오염되지 않았지만 ‘토사’의 유출 자체로 인하여 하천 등이 오염되는 경우를 의미하는지, 또는 양자의 의미를 모두 포함하는지도 불분명하다.

② 이 사건 벌칙규정이나 수질보전법과 환경정책기본법 등 관련 법령의 규정 어디에도 어느 정도의 양이 ‘다량’에 해당하는지 그 기준에 대하여 아무런 규정이 없다. 그리고 다량의 토사를 한 번에 유출시키거나 버린 경우에만 이 사건 벌칙규정이 적용되는지, 아니면 다량의 토사를 여러 번에 걸쳐 조금씩 나누어 유출시키거나 버린 경우에도 적용되는지 분명하지 않다.

③ ‘현저히 오염’이라는 부분도 어느 정도의 오염을 뜻하는지 아무런 판정 기준이 없고, ‘오염’의 개념정도 두고 있지 않다. 그러므로 현저히 ‘오염’되었다는 의미가 해당 하천이나 호소의 평소 부유물질량에 비하여 부유물질량이 증가한 경우를 말하는지, 아니면 수질보전법상의 배출허용기준(제32조) 중 부유물질량에 대한 기준을 초과한 경우를 말하는지, 또는 환경정책기본법

상의 환경기준(제12조) 중 부유물질량에 대한 기준을 초과한 경우를 말하는지 확실하지 않다. 또 그 기준을 어느 정도 초과하였을 때 ‘현저히’ 오염되었다고 볼 수 있는지도 분명하지 않고, 부유물질이 별로 없는 침전성 토사라면 ‘현저히 오염’되었는지 여부를 어떻게 판단할 것인지도 알 수 없다. 그리고 ‘다량’의 토사가 유출되었다는 사정만으로 곧바로 현저히 오염되었다고 볼 수 있는지, 그렇게 볼 수 있다 하더라도 이 경우 토사의 양이 어느 정도에 이르러야 하는지 등에 대하여도 이 사건 벌칙규정이나 수질보전법의 규정 등에는 아무런 언급이 없다.

④ 환경정책기본법은 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 정부로 하여금 환경기준을 설정하도록 하면서 그 구체적인 기준을 대통령령에 위임하고 있다(제12조, 시행령 제2조). 수질보전법도 폐수종말처리 시설에서 배출되는 방류수 수질기준(제12조, 시행규칙 제26조), 수질오염정보 발령기준과 해제기준(제21조, 시행령 제28조), 폐수배출시설에서 배출되는 수질오염물질의 배출허용기준(제32조, 시행규칙 제34조) 등을 구체적으로 정하고 있다. 그러나 수질보전법이나 환경정책기본법과 그 하위법령 어디에서도 이 사건 벌칙규정이 규정하는 ‘다량의 토사’나 ‘현저히 오염’의 기준을 정하고 있지 않다.

이는 유출된 토사의 정확한 양을 측정하기 어렵고 수질오염물질 없이 토사 자체만 유출된 경우 어느 정도로 수질이 오염되었다고 수치화하기도 어렵기 때문인 것으로 이해된다. 하지만 이러한 사정을 감안한다 하더라도 환경법 분야에서 단순히 ‘현저히 오염되었다’는 이유만으로 곧바로 형벌을 가한 예는 찾기 어렵다. 다른 법령에서는 현저히 환경을 오염시킬 우려가 있다는 이유로 곧바로 처벌하지는 않고, 우선 일정한 조치나 명령을 부과한 뒤 이를 위반하였을 때 비로소 형벌을 부과하고 있다.²⁵⁾

25) 환경법 분야 법률에서 “현저”라는 표현을 사용한 예는 다음과 같은데, 현저히 오염시킬 우려가 있다 하더라도 이를 이유로 곧바로 처벌하지는 않고, 우선 일정한 조치나 명령을 부과한 후 이를 위반하였을 때 비로소 형사처벌을 하고 있다.

① 환경정책기본법 제38조(특별종합대책의 수립) 제1항: 환경부장관은 환경오염·환경훼손 또는 자연생태계의 변화가 현저하거나 현저하게 될 우려가 있는 지역과 환경기준을 자주 초과하는 지역을 관계 중앙행정기관의 장 및 시·도지사와 협의하여 환경보전을 위한 특별대책지역으로 지정·고시하고, 해당 지역의 환경보전을 위한 특별종합대책을 수립하여 관할 시·도지사에게 이를 시행

⑤ 이와 같이 이 사건 벌칙규정이 유출되는 토사의 양이나 현저한 오염의 기준을 전혀 두고 있지 않기 때문에, 이 규정 위반을 단속하는 공무원이나 최종적으로 이를 결정하는 법관의 판단에 전적으로 맡겨져 있다. 그런데 이 사건 벌칙규정 위반의 단속 기준이나 기소 여부에 대한 검찰청 내부의 판단 기준을 찾아보기 어렵고, 이에 관한 확립된 법원의 판례도 찾아볼 수 없다. 따라서 같은 행위를 두고도 단속하는 공무원이나 재판을 담당할 법관에 따라 단속 여부 또는 유무죄의 판단이 달라질 가능성이 농후하다. 실제로 이 사건 벌칙규정을 적용하여 유죄를 선고한 법원의 판결례를 보아도, 구체적인

하게 할 수 있음.

- ② 대기환경보전법 제37조(과징금 처분) 제1항: 환경부장관은 조업정지를 명하여야 하는 경우 그 조업정지가 주민의 생활 등 공익에 **현저**한 지장을 줄 우려가 있다고 인정되는 경우 조업정지처분을 갈음하여 2억원 이하의 과징금을 부과할 수 있음.
- ③ 자연환경보전법 제46조(생태계보전협력금) 제1항: 환경부장관은 자연환경 또는 생태계에 미치는 영향이 **현저**한 사업을 하는 사업자에 대하여 생태계보전협력금을 부과·징수함.
- ④ 토양환경보전법 제2조(정의) 제4호: ‘특정토양오염관리대상시설’이란 토양을 **현저**하게 오염시킬 우려가 있는 토양오염관리대상시설로서 환경부령으로 정하는 것을 말함.
- ⑤ 해양환경관리법 제19조(해양환경개선부담금) 제1항: 국토해양부장관은 해양환경 및 해양생태계에 **현저**한 영향을 미치는 일정한 행위에 대하여 해양환경개선부담금을 부과·징수함.
- ⑥ 하천법 제79조(토지의 매수청구) 제1항: 하천구역의 결정 또는 변경으로 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저하게 감소한 토지 소유자는 하천관리청에 그 토지의 매수를 청구할 수 있음.
- ⑦ 지하수법 제16조(지하수 오염방지명령 등) 제2항: 환경부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지하수를 오염시키거나 **현저**하게 오염시킬 우려가 있는 시설의 설치자 또는 관리자에게 지하수 오염방지를 위한 조치를 명할 수 있음(위반시 형사처벌: 제37조 제3호).
제16조의2(지하수오염유발시설의 오염방지 등) 제1항: 지하수를 오염시키거나 **현저**하게 오염시킬 우려가 있는 시설로서 환경부령 등으로 정한 시설의 설치자 또는 관리자는 지하수 오염방지를 위한 조치를 하여야 함(위반시 형사처벌: 제37조의2 제3호).
- ⑧ 하수도법 제23조(제해시설의 설치 등) 제1항 제1호: 공공하수도관리청은 공공하수도 시설의 기능을 **현저히** 방해하거나 그 시설을 손괴시킬 우려가 있는 수질의 하수를 공공하수도에 계속 유입시키는 자에 대하여 필요한 조치를 명할 수 있음(위반시 형사처벌: 제77조 제3호).
제33조(특정공산품의 사용제한 등) 제1항: 환경부장관은 특정공산품을 사용함으로써 인하여 하수의 수질을 **현저히** 악화시키는 것으로 판단되는 때에는 당해 특정공산품의 제조 등의 금지를 명할 수 있음(위반시 형사처벌: 제76조 제2호).

이유 없이 단순히 현저히 오염시켰다고 판단한 사례부터 구체적인 배출허용 기준이나 부유물질량 기준 등을 언급하며 이를 초과하였다는 점을 밝힌 사례까지 사안마다 유죄의 이유가 다양하다. 법관조차도 그 구체적 의미에 대하여 서로 다른 해석을 하고 있는 이 사건 벌칙규정에서 금지하는 행위가 어떤 것인지 예측하는 것을 일반 국민에게 기대할 수는 없다.

(3) 이처럼 많은 문제를 안고 있는 이 사건 벌칙규정은 그 수범자를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있는 처벌조항이다. 따라서 이 사건 벌칙규정의 명확성 여부를 심사함에 있어서는 ‘다량의 토사’나 ‘현저히 오염’의 기준이 행위규범으로서 수범자에게 충분한 사전경고기능을 가질 수 있는지 여부를 중심으로 하여 엄격한 심사가 이루어져야 한다. 그런데 이미 위에서 본 것처럼 이 사건 벌칙규정이나 관련 법령에서는 이에 대하여 아무런 기준도 두고 있지 않다. 결국, 이 사건 벌칙규정은 일반 국민이 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다고 보기 어렵고, 일반 국민으로서는 실제 단속이 이루어지거나 형벌을 받기 전에는 자신의 행위가 처벌대상인지 여부를 예측하기 어렵다. 그리고 ‘다량의 토사’나 ‘현저히 오염’에 해당하는지 여부에 관하여 감독 행정관청이나 법관의 자의적인 법해석과 집행을 초래하게 될 염려도 매우 크다. 따라서 이 사건 벌칙규정은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다 할 것이다.

6. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은, 처벌조항의 경우 명확성원칙이 보다 엄격하게 지켜져야 함에도 불구하고 이 사건 벌칙규정이 구성요건요소인 ‘다량의 토사’나 ‘현저히 오염’ 등의 구체적인 의미나 기준 없이 일반 국민을 처벌하고 있다는 이유로 이 사건 벌칙규정에 대하여 위헌결정을 선고한 것이다.

한편, 본 위헌결정으로 이 사건 벌칙규정은 소급하여 효력을 상실하고, 이에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제47조 제2항, 제3항).

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 제1호 나목 등 위헌제청

- 조선귀족에 관한 친일반민족행위자 범위 확대 사건 -
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌가1, 판례집 25-2상, 21)

박 준 민*

【판시사항】

1. 종전의 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(이하 ‘친일재산귀속법’이라 한다)에 따라 이루어진 친일반민족행위자재산조사위원회의 친일반민족행위자 결정을 개정된 친일재산귀속법에 의하여 이루어진 것으로 보도록 한 친일재산귀속법(2011. 5. 19. 법률 제10646호) 부칙 제2항의 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)
2. 재산이 국가에 귀속되는 대상이 되는 친일반민족행위자 가운데 ‘한일합병의 공으로 작위를 받거나 계승한 자’를 ‘일제로부터 작위를 받거나 계승한 자’로 개정된 친일재산귀속법(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정된 것) 제2조 제1호 나목(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정된 것) 제2조 제1호 나목 본문(이하

* 부산지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

‘이 사건 법률조항’이라 한다) 및 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(2011. 5. 19. 법률 제10646호) 부칙 제2항 본문(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

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

나. 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 제3조에 따른 친일반민족행위진상규명위원회가 결정한 친일반민족행위자 중 일제로부터 작위(작위)를 받거나 이를 계승한 자. 다만, 이에 해당하는 자라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등으로 제4조에 따른 친일반민족행위자재산조사위원회가 결정한 자는 예외로 한다.

친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2011. 5. 19. 법률 제10646호) 부칙

② (친일반민족행위자에 관한 적용례) 위원회가 종전의 제2조 제1호에 따라 친일반민족행위자로 결정한 경우에는 제2조 제1호의 개정규정에 따라 결정한 것으로 본다. 다만, 확정판결에 따라 이 법의 적용대상이 아닌 것으로 확정된 경우에는 그러하지 아니하다.

[사건의 개요]

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인의 조부 이○승은 1910. 10. 7. 일제로부터 후작의 작위를 받았는데, ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(이하 ‘친일재산귀속법’이라 한다)에 의하여 설치된 친일반민족행위자재산조사위원회(이하 ‘재산조사위원회’라 한다)는 2009. 5. 22. 이○승이 ‘일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법’(이하 ‘진상규명법’이라 한다) 제2조 제7호의 행위(한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 행위)를 한 친일반민족행위

자에 해당하고, 포천시 ○○동 산 38 입야 1,855,336㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)는 이○승이 1910. 9. 6. 부터 1932. 3. 3. 까지 사이에 일본제국주위에 협력한 대가로 취득한 재산으로서 친일재산에 해당한다는 이유로, 위 입야 중 이○승의 상속인인 제청신청인이 제3자에게 매도한 지분을 제외한 나머지 지분(45,858/1,855,336)을 국가에 귀속시키는 결정을 하였다. 대한민국은 2009. 7. 23. 위 지분에 관하여 1921. 6. 10. 국가귀속을 원인으로 한 대한민국 명의의 지분소유권이전등기를 마쳤다.

나. 이에 제청신청인은 2010. 5. 31. 대한민국을 상대로 위와 같이 대한민국 명의로 마쳐진 등기는 원인무효라고 주장하며 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다(서울중앙지방법원 2010가단207337). 법원은 2011. 2. 18. 이○승이 일제로부터 후작의 작위를 받은 사실은 인정되나, 그와 같은 작위를 ‘한일합병의 공으로’ 받았다고 보기 어려우므로, 대한민국이 위 토지 지분에 관하여 친일재산귀속법상의 친일재산에 해당함을 전제로 소유권이전등기를 마친 것은 원인무효라는 판결을 선고하였으며, 피고 대한민국은 항소하였다.

다. 한편, 위 판결에 대한 항소심(서울중앙지방법원 2011나14939, 당해 사건이다)이 계속 중이던 2011. 5. 19. 법률 제10646호로 친일재산귀속법이 개정되었는데, 개정된 친일재산귀속법 제2조 제1호는 ‘재산이 국가에 귀속되는 대상인 친일반민족행위자’를 정함에 있어, 종전의 친일재산귀속법 제2조 제1호 가목에서 규정하였던 ‘진상규명법 제2조 제7호의 행위(한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 행위)를 한 자’ 부분을 삭제하고, 제2조 제1호 나목 본문에 ‘친일반민족행위자진상규명위원회가 결정한 친일반민족행위자 중 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 자’를 새로 규정하였다. 나아가 개정된 친일재산귀속법 부칙 제2항 본문은 ‘위원회가 종전의 제2조 제1호에 따라 친일반민족행위자로 결정한 경우에는 제2조 제1호의 개정규정에 따라 결정한 것으로 본다.’라고 규정하였다.

라. 이에 제청신청인은 제청법원에 개정된 친일재산귀속법 제2조 제1호 나목 본문과 부칙 제2항 본문에 관하여 위헌법률심판제청을 신청하였고(서울중앙지방법원 2011카기4395), 제청법원은 2011. 12. 22. 위 조항들이 위헌이라고 볼 만한 상당한 이유가 있다며, 위 조항들에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 이 사건 심판대상조항들이 위헌이 되면, 제청신청인의 조부는 그 재산이 국가에 귀속되는 대상이 되는 친일반민족행위자의 범위에 포함되지 않게 될 것이므로 이 사건 심판대상조항들의 위헌 여부는 당해 사건 소송의 결과를 좌우하는 것으로서 재판의 전제가 된다.

나. 일제로부터 작위를 받은 자에 대하여 작위를 받았다는 이유만으로 그 친일행위의 경중에 관계없이 취득 재산이 국가에 귀속되는 친일반민족행위자에 포함시키고 있는 이 사건 법률조항은 침해최소성의 원칙 및 법익균형성의 원칙에 반하여 재산권을 침해한다.

다. 이 사건 법률조항은 일제로부터 작위를 받은 사람의 재산이면 소급하여 모두 국가에 귀속될 수 있도록 하는 것으로서 진정소급입법에 해당한다. 그런데 한일합병의 공으로 작위를 받은 것이 아니라 왕실의 종친이거나 고관임을 이유로 작위를 받은 사람들의 경우 그들이 취득한 재산에 대하여 가지고 있었던 신뢰의 보호가치가 결코 적다고 할 수 없으므로 진정소급입법이 정당화되지 아니한다.

라. 이 사건 부칙조항은 재산조사위원회의 종전 결정이 부당한 것이었다고 하더라도, 이 사건 법률조항에 의한 친일반민족행위자에 해당되도록 하는 것으로서 신뢰보호원칙에 위반된다.

마. 이 사건 법률조항 및 부칙조항은 개별인 또는 개별사건 법률에 해당할 뿐만 아니라, 이○승은 한일합병의 공으로 작위를 받은 것이 아님에도 불구하고 한일합병의 공으로 작위를 받은 사람과 같이 취급하는 것으로서 합리적 이유가 없어 평등원칙에 위배된다.

【결정요지】

1. 친일재산귀속법에 정한 친일재산은 그 취득·증여 등 원인행위 시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되므로 제청법원은 당해 사건인 소유권이전등기말소 사건의 본안판단에 있어서 재산조사위원회의 국가귀속결정의 효력유무를 먼저 판단할 필요는 없다. 한편 재산조사위원회의 결정이 당연무효라고 보기 어렵고, 제소기간 도과로 취소될 여지도 없는 이상 이 사건 부칙

조항이 존재하지 아니한다고 하더라도 제청법원이 위 결정의 효력을 부인할 수 없는바, 이 사건 부칙조항의 위헌 여부가 당해 사건 재판의 전제가 된다고 할 수 없다.

2. 헌법재판소는 2008헌바141 결정에서 친일재산의 소급적 국가귀속이 소급입법금지원칙에 위반되지 않는다고 판단한 바 있고, 이 사건 법률조항이 정한 ‘일제로부터 작위를 받거나 계승한 자’의 경우, 친일세력의 상징적 존재로서 그 지위 자체로 친일세력의 형성·확대에 기여하고, 일제강점 체제의 유지·강화에 협력함으로써 당시 조선사회에 심대한 영향력을 미쳤다고 볼 수 있는바, 그 밖의 친일반민족행위자와 질적으로 다르다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 대하여 위 합헌결정과 달리 판단할 사정이 존재하지 아니한다.

3. 일제로부터 작위를 받았다고 하더라도 ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받지 아니한 자는 종전의 친일재산귀속법에 의하여 그 재산이 국가 귀속의 대상이 되지 아니할 것이라고 믿은 제청신청인의 신뢰는 친일재산귀속법의 제정경위 및 입법목적 등에 비추어 확고한 것이거나 보호가치가 크다고 할 수 없는 반면, 이 사건 법률조항에 의하여 달성되는 공익은 매우 중대하므로 이 사건 법률조항은 신뢰보호원칙에 위반되지 아니한다.

4. 이 사건 법률조항이 정한 ‘일제로부터 작위를 받거나 계승한 자’의 경우, 일본제국주의의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압하는 행위를 하였다고 볼 수 있고, 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자와 같이 친일 정도가 상대적으로 경미한 자는 친일반민족행위자에서 제외되는 점에서 친일 정도가 중대한 경우에 한정되고 있으며, 이 사건 법률조항은 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것인 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 제청신청인의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견

이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항이 재판 중인 사건에 적용되는지를 밝히는 것으로 재판의 전제성이 인정된다. 또한 부칙조항이 위헌이라면 재

산조사위원회의 국가귀속결정은 위법하게 되는바, 위법한 국가귀속결정이 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지, 아니면 당해 민사소송의 선결문제로 심사를 할 수 있는 것인지 여부는 제청법원이 판단할 것이므로, 이에 관한 제청법원의 판단을 존중하는 것이 상당하다. 나아가 이 사건 부칙조항은 종전 법에 따른 친일반민족행위자 결정의 하자를 소급적으로 치유하자는 것으로서 적법절차의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건 부칙조항의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 그 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 제청법원의 법률적 견해가 타당한지 여부를 살펴볼 필요가 있고, 한편 이 사건 부칙조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있다고 본다면 그 위헌 여부와 관련하여서는 적법절차의 원칙이 특히 문제된다.

이 사건 법률조항은 재산이 국가에 귀속되는 대상인 ‘친일반민족행위자’의 범위를 일부 확대하였다. 즉 종전의 친일재산귀속법상의 ‘친일반민족행위자’의 유형 가운데 「한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 자」로서 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자에 해당하지 아니한 자」가 이 사건 법률조항에 의하여 「진상규명법에 의하여 설치된 진상규명위원회가 결정한 친일반민족행위자 중 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 자」로서 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자에 해당하지 아니한 자」로 개정되면서, 종전의 친일재산귀속법상 재산이 국가에 귀속되는 대상이 되지 아니하는 자도 이 사건 법률조항에 의하여 재산이 국가에 귀속되는 대상이 될 수 있게 되었다.

결국 이 사건 법률조항에 관하여는 일제로부터 작위를 받은 것은 인정되나 ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받은 것이 아닌 사람을 재산이 국가에 귀속되는 대상이 되는 ‘친일반민족행위자’에 포함시키는 것이 소급입법금지원칙 내지 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부, 과잉금지원칙에 위반하여 재산권을 침해하는지 여부 및 평등원칙에 위반되는지 여부가 쟁점이 된다.

2. 이 사건 부칙조항에 관한 재판의 전제성 판단

가. 법정의견

법정의견은 다음과 같이 이 사건 부칙조항에 관하여 재판의 전제성을 부정하고 이 사건 부칙조항에 대한 위헌법률심판 제청은 부적법하다고 판단하였다.

(1) 친일재산귀속법 제3조 제1항 본문은 “친일반민족행위자의 재산(이하 ‘친일재산’이라 한다)은 그 취득·증여 등 원인행위 시에 이를 국가의 소유로 한다.”고 규정하고 있을 뿐, 재산조사위원회의 결정이 있어야만 국가귀속의 효력이 발생한다고 규정하고 있지 아니하다. 또한 재산조사위원회의 활동기간은 4년에 불과하고 1회에 한하여 2년을 연장할 수밖에 없으므로(친일재산귀속법 제9조), 위원회 활동기간 종료 후에도 친일재산 국가귀속의 문제를 지속적으로 해결할 필요가 있다. 이러한 규정들의 취지와 내용에 비추어 보면, 친일재산귀속법에 정한 친일재산은 재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 친일재산귀속법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위 시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두13491 판결 참조).

따라서 제청법원은 당해 사건의 본안판단에 있어서 국가귀속결정의 효력 유무를 먼저 판단할 필요는 없고 재산조사위원회의 국가귀속결정뿐만 아니라 다른 증거자료까지 포함한 제반 소송자료에 기초하여 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기가 원인무효인지 여부를 판단하게 될 것이다.

(2) 한편, 행정처분이 아무리 위법하다고 하더라도 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 아무도 그 하자를 이유로 무단히 그 효과를 부정하지 못한다.

행정청이 어떤 법률관계나 사실관계에 대하여 특정 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우, 행정처분의 대상이 되지 아니하는 다른 법률관계나 사실관계에 대하여 이를 처분의 대상이 되는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있는 경우로서 그것이 처분대상이 되는지의 여부가 그 사실관계를

정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 때에는 비록 이를 오인한 하자가 중대하다고 할지라도 외관상 명백하다고 할 수 없는 것이다(대법원 2007. 3. 16. 선고 2006다83802 판결 참조).

또한 행정처분의 하자가 단지 취소할 수 있는 정도에 불과한 때에는 행정소송 등의 절차에 의하여 그 행정처분이 취소되지 않는 이상 해당 민사소송에서 선결문제가 된 행정처분의 효력이 부인될 수는 없다(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다90092 판결; 대법원 2001. 1. 16. 선고 98다58511 판결 등 참조).

위와 같은 사정에 비추어 볼 때 어떤 사람이 친일반민족행위자에 해당하는지 여부는 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 것으로서 재산조사위원회의 2009. 5. 22. 이○승에 대한 친일반민족행위자 결정이 사실 오인에 의한 것이라고 하더라도 이를 당연무효라고 하기는 어렵고, 위 결정을 대상으로 하는 취소소송의 제소기간이 이미 도과하여 위 결정이 취소될 여지도 없는 이상, 위 결정의 하자를 소급적으로 치유하고자 하는 이 사건 부칙조항이 존재하지 아니한다고 하더라도 제청법원은 위 결정의 효력을 부인할 수 없다.

(3) 이와 같은 점을 종합하면, 이 사건 부칙조항이 당해 사건 재판에 곧바로 적용된다고 보기 어렵고, 이 사건 부칙조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수도 없다.

그렇다면 이 사건 부칙조항의 위헌 여부가 당해 사건 재판의 전제가 된다고 할 수 없으므로 이 사건 부칙조항에 대한 위헌법률심판 제청은 부적법하다.

나. 반대의견

반대의견은 법원의 위헌법률심판제청에 있어 심판대상조항에 관한 재판의 전제성 여부는 제청법원의 법률적 견해를 존중하여야 한다는 전제 아래, 다음과 같이 이 사건 부칙조항에 관하여 재판의 전제성을 인정하고 있다.

(1) 법원의 위헌법률심판제청에 있어 위헌 여부가 문제되는 법률 또는 법

률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 되도록 제청법원의 법률적 견해를 존중하는 것이 원칙이고, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 경우에만 헌법재판소가 이를 부정할 수 있는 것이다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321; 헌재 1999. 9. 16. 98헌가6, 판례집 11-2, 228, 235; 헌재 2008. 6. 28. 2006헌가14, 판례집 19-1, 783, 792).

제청법원은, 이 사건 부칙조항이 국가귀속결정에 관한 확정판결이 없는 한 재판이 계속 중인 사건에도 이 사건 법률조항이 적용되도록 하기 위하여 둔 규정으로서, 이 사건 부칙조항 및 이에 의하여 재판이 계속 중인 당해 사건에 적용되는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 이 사건 토지에 관한 대한민국 명의의 소유권이전등기의 무효 여부가 달라질 수 있다고 판단하여 당해 사건에서 재판의 전제성을 인정하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 ‘일제로부터 작위를 받은 자’ 중 ‘한일합병의 공으로 작위를 받은 자’가 아닌 자라도 친일반민족행위자에 포함시키고자 개정되었고, 종전의 친일재산귀속법에 따라 국가귀속결정을 받은 경우라도 확정판결을 받지 않은, 재판 중인 사건에도 이 사건 법률조항을 적용시키기 위하여 이 사건 부칙조항 및 그 단서가 입법되었다.

당해 사건은 비록 국가귀속결정의 취소를 구하는 소송은 아니나, 종전의 친일재산귀속법에 근거한 국가귀속결정에 따른 일련의 조치로 이루어진 재산귀속의 적법성을 다투는 사건이므로, 재산귀속의 실체적 요건인 이 사건 법률조항이 재판 중인 사건에도 적용되는지 여부를 밝히는 이 사건 부칙조항도 재판의 전제성이 인정될 수 있다.

이 사건 부칙조항이 위헌이라면 처분 시를 위법성 판단의 기준으로 판단할 수밖에 없으므로, 제청법원이 구법에 따라 ‘한일합병의 공’으로 작위를 받은 경우에 해당하지 않는 것으로 판단한다면 국가귀속결정은 위법하게 된다. 처분 시를 기준으로 위법한 결정이 이 사건 부칙조항과 같은 후속 입법에 의하여 적법한 것으로 인정된다면 처분 상대방의 법적 안정성은 이루 말할 수 없는 타격을 입게 된다.

(3) 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 준법률행위적 행정행위의 성격을 지닌 것이나(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두13491 판결), 이러한 국가귀속결정이 취소소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지, 아니면 당해 민사소송에서 선결문제에 불과하여 국가귀속결정의 위법성에 대한 심사가 이루어질 수 있는 것인지 여부는 제청법원이 판단할 것이고, 그와 같은 제청법원의 판단이 기존 법리에 비추어 명백히 불합리하다고 볼 수 없는 것이므로 이 사건 부칙조항의 위헌 여부에 따라 국가귀속 결정에 의하여 이루어진 등기의 효력도 당해 사건에서 달리 판단될 수 있다.

다수의견은 제청법원이 당해 사건의 본안판단에 있어서 국가귀속결정의 효력 유무를 먼저 판단할 필요 없이 국가귀속결정까지 포함한 제반 소송자료에 기초하여 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기가 원인무효인지를 판단하여야 할 것이고, 어떤 사람이 친일반민족행위자에 해당하는지 여부는 재산조사위원회의 친일반민족행위자 결정이 유효하다는 전제 아래 판단하여야 한다고 하나, 그와 같이 판단하여야 하는지 여부는 제청법원이 판단할 몫일 뿐이다.

그렇다면, 재판의 전제성에 관한 제청법원의 판단은 명백히 불합리하여 유지될 수 없는 것이라고 단정할 수 없으므로, 제청법원의 제청취지를 존중하여 재판의 전제성을 긍정함이 상당하다.

다. 해설

(1) 애초에 발의된 개정안은 개정법률 부칙에서 개정법의 적용에 있어서 재산조사위원회의 권한 및 업무는 법무부장관의 권한 및 업무로 하고, 법무부장관은 개정법 시행일부터 1년 이내에 일제로부터 작위를 받거나 계승한 사람에 대하여 조사하여 대상재산의 소유자 등에게 통지하도록 하였으며, 조사를 할 때에는 재산조사위원회의 조사결과를 원용할 수 있도록 하였다. 이는 개정안 발의 당시 재산조사위원회가 이미 활동을 종료한 상태였으므로 법무부장관으로 하여금 개정법상의 친일반민족행위자에 관한 조사를 수행하도록 하려는 것이었다.

(2) 그런데 법제사법위원회의 심사 과정에서 재산조사위원회의 활동이 이미 종료하였음에도 불구하고 법무부장관이 그 업무를 인수하여 일체로부터 작위를 받거나 계승한 사람에 대하여 조사하도록 하는 것은 확정판결에 의하여 소유권을 회복한 경우에도 새로운 조사를 통하여 대상재산을 다시 국가에 귀속시킬 수 있게 되어 소급입법을 통한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항 위반 논란의 우려가 있고, 법률에 규정된 독립성, 공정성과 전문성을 갖춘 재산조사위원회의 활동을 법무부장관에게 하도록 하는 것은 당초 재산조사위원회를 둔 취지에 부합하지 아니한다는 의견이 나왔고, 결국 재산조사위원회의 조사를 통하여 친일반민족행위자임이 밝혀지고 대상재산에 관하여 국가귀속결정을 받은 경우에만 이 사건 법률조항을 적용할 수 있도록 한다는 취지에서 개정법률 부칙을 이 사건 부칙조항 및 그 단서와 같이 수정하게 되었다.

(3) 그러나 이 사건 부칙조항에 대한 반대의견에서 적절히 지적하고 있는 바와 같이, ‘일체로부터 작위를 받은 자’ 중 ‘한일합병의 공으로 작위를 받은 자’가 아닌 자라도 친일반민족행위자에 포함시키고자 이 사건 법률조항이 개정되었는데, 이 사건 부칙조항 및 그 단서는 종전의 친일재산귀속법에 따라 국가귀속결정을 받은 경우라도 확정판결을 받지 않은, 재판 중인 사건에도 이 사건 법률조항을 적용시키기 위하여 입법되었다는 점에서 재판의 전제성 문제에 관하여 특별한 접근이 필요할 뿐만 아니라 그 내용면에서도 절차적 정당성이 특히 문제될 수 있다.

(4) 반대의견은 이 사건 부칙조항에 관하여 재판의 전제성을 인정한 후, 이 사건 부칙조항이 적법절차의 원칙에 어긋나는 것이어서 헌법에 위반된다며 다음과 같이 실시하고 있다.

(가) 적법절차의 원칙은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이

아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41, 판례집 13-2, 699, 704).

(나) 이 사건 부칙조항은 종전의 친일재산귀속법에 따른 친일반민족행위자 결정을 개정법에 따른 것으로 보는 규정인데, 이는 친일반민족행위자 결정의 위법성 판단의 기준시를 처분 시에서 판결 시로 변경하고, 종전의 친일재산귀속법에 따른 친일반민족행위자 결정의 하자를 소급적으로 치유하자는 것이다.

(다) 그런데 개정법에 따라 어차피 같은 내용의 결정을 하게 될 것이라고 하여 소급적 하자의 치유를 인정한다면 행정처분의 절차적 적법성을 도외시하게 되고, 종전의 위법한 처분에 대하여 이해관계를 가지는 제3자의 법적 안정성에 영향을 줄 수 있다.

(라) 적법절차의 원칙은 행정처분에 있어서도 정당한 절차를 밟을 것을 요구한다. 따라서 실체법의 소급 입법이 허용된다고 하더라도 그에 관한 절차까지 소급적으로 정당화할 수는 없으므로 절차는 새롭게, 적법하게 이루어져야 한다. 이 사건 법률조항에 따라 확대된 처분 대상에 대하여는 절차적 규정을 보완하여 적법한 절차를 거쳐 처분이 이루어져야 하는 것이므로, 재산조사위원회의 활동이 종료되어 개정법에 의한 처분을 할 정부기관이 없다면 절차적 규정을 마련하여 새로운 처분을 할 정부기관을 신설하여 하는 것이 정상적이고 적법한 절차이지, 단순히 이 사건 부칙조항만을 신설하여 편의적으로 종전 처분으로 갈음하는 것은 적법절차의 원칙에 위반된다.

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 이 사건 법률조항의 입법경위

- (1) '민족반역자 부일협력자 전범 간상배에 대한 특별법률 조례'(1947. 7. 2. 제정)

1946. 10. 12. 미군정법령 제118호로 입법위원의 창설이 공포되고 국민선거로 총 90명의 의원이 선출됨으로써 과도입법위원이 1946. 12. 12. 개원하여 1948. 5. 10. 제헌국회 구성 전까지 활동하였다. 과도입법위원은 1947. 7. 2. ‘민족반역자 부일협력자 전범 간상배에 대한 특별법률 조례’를 제정하였는데, 위 조례 제1조는 일본 또는 기타 외국과 통모하거나 영합·협조하여 국가와 민족에게 화해(禍害)를 끼치거나 독립운동을 방해한 자를 민족반역자로 규정하면서 ‘일본정부로부터 작위를 받은 자’를 그 유형 중 하나로 열거(가항 제2호)하였으나, 위 조례는 인준이 거부됨에 따라 시행되지 못하였다.

(2) 반민족행위처벌법(1948. 9. 22. 법률 제3호로 제정되고, 1951. 2. 14. 법률 제176호로 폐지된 것)

이후 일제강점의 과거 청산을 위한 입법으로서, 제헌헌법 부칙 제101조에 근거하여 제정된 반민족행위처벌법(1948. 9. 22. 법률 제3호로 제정되고, 1951. 2. 14. 법률 제176호로 폐지된 것)은 ‘일본정부로부터 작을 수한 자’의 재산과 유산의 전부 혹은 2분의 1 이상을 몰수하도록 규정(제2조)하였으나, 위 법률이 1951. 2. 14. 법률 제176호로 폐지됨에 따라 위 법률에 의하여 공소 계속 중인 사건은 폐지법률의 시행일에 공소취소된 것으로 보고, 위 법률에 의하여 설치된 특별재판부가 이미 선고한 판결도 폐지법률의 시행일로부터 그 선고의 효력을 상실하게 되었다.

(3) 구 ‘일제강점하 친일반민족행위 진상규명에 관한 특별법’(2004. 3. 22. 법률 제7203호로 제정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7361호로 개정되기 전의 것)

앞서 본 바와 같이 1947년 특별조례와 1948년 반민족행위처벌법은 민족반역자 등에 관하여 규정하면서 특별히 한일합병의 공으로 작위를 받았어야 한다고 정하지는 않았으나, 2004. 3. 22. 법률 제7203호로 제정된 진상규명법 제2조 제7호는 친일반민족행위의 유형 중 하나로 “한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 행위”(제2조 제7호)를 규정하였는데, ‘한일합병의 공으로’ 부분이 규정된 경위는 명백하지 아니하다.

(4) 구 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(2005. 12. 29. 법률 제7769호로 제정되고, 2006. 9. 22. 법률 제7975호로 개정되기 전의 것)
진상규명법의 제정 후 친일재산귀속법의 제정 과정에서 2005년 2월에 발의된 법률안에는 친일반민족행위자의 정의를 “일본 제국주의의 식민통치에 협력하여 일본정부로부터 훈장을 받거나 을사보호조약이나 정미7조약의 체결을 주창한 대신 등 고위공직자 및 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」에 의한 진상규명위원회의 결정에 의하여 친일의 정도가 지극히 중대하다고 인정된 자”(제3조 제1호)라고 정하고 있었으나, 진상규명법과 연계하여 친일반민족행위자를 규정하게 됨에 따라 진상규명법상 친일반민족행위를 한 자 가운데서 사안이 중대하고 명백한 행위를 한 자들을 그 재산이 국가귀속 대상이 되는 친일반민족행위자로 정하게 되었다.

(5) ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정된 것)
이후 친일반민족행위자의 재산귀속 결정을 다투는 소가 계속하여 제기되는 가운데 일제로부터 작위를 받았더라도 ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받지 아니한 경우에 관하여 재산귀속 결정을 취소하는 대법원 판결이 나오자, 이에 대하여 국회는 ① ‘한일합병의 공’의 범위 자체가 불분명하며 추상적인 문구이므로, ‘작위’의 한정적인 전제조건으로 해석하여서는 아니 되고, ② 작위 수여의 주체인 일제의 관점에서 볼 때 한일합병 또는 이에 준하는 중대한 친일공적이 없는 사람에게 작위를 수여할 이유가 없으며, ③ 작위 수여자는 은사금도 수령하였으므로 이는 명백한 친일재산이고, ④ 이러한 이유로 재산조사위원회에서도 모든 귀족을 조사대상으로 하여 조사를 실시하여 재산환수대상에 포함시켰다는 이유 등으로, 이 사건 법률조항과 같이 친일재산귀속법을 개정하기에 이르렀다.

(6) ‘일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법’(2012. 10. 22. 법률 제11494호로 개정된 것)

이 사건 법률조항과 같이 친일재산귀속법이 개정된 이후 진상규명법상의 ‘친일반민족행위’ 유형도 이 사건 법률조항과 부합되는 방향으로 개정되어

‘일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 행위’를 친일반민족행위의 하나로 규정(제2조 제7호)하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 개관

(1) 친일반민족행위자의 유형

친일반민족행위자의 정의와 범주는 현재적 관점이 아니라 역사적 관점에서 그 기준이 제시될 필요가 있으므로 이에 관한 과거의 논의를 살펴보기로 한다.¹⁾

(가) 1947년 특별조례뿐만 아니라 해방 직후의 각 정치단체 역시 주권침해조약 관계자, 일본 귀족원·중의원 의원, 조선귀족령에 따라 작위를 받은 사람, 중추원 참의·고문 등을 친일반민족행위자에 포함시키고 있었다.

(나) 반민족행위처벌법은 반민족행위자를 지위와 행위에 따라 유형화하였는데, 일본정부로부터 작을 수한 자(제2조), 습작한 자(제4조 제1호), 일본제국 국회의원의 의원이 되었던 자(제2조), 중추원 부의장, 고문 또는 참의 되었던 자(제4조 제2호) 등과 같이 특별한 지위에 있었던 사람에 대하여는 구체적인 반민족행위를 규정하지 아니하고 그 지위에 있었던 것만으로 반민족행위자라고 정의하였다. 조선귀족과 관련하여 일본정부로부터 작을 수한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 그 재산과 유산의 전부 혹은 2분의 1 이상을 몰수하는 것으로 규정하면서 일제로부터 작위를 받게 된 동기와 경위를 묻지 아니하였다(제2조).

(다) 진상규명법 제2조는 각 호에서 친일반민족행위를 20개의 유형으로 나누어 상세히 규정하고 있다. 이러한 20개의 유형은 내용상 ① 국권 침탈 협력행위, ② 독립운동의 파괴 및 저해 활동, ③ 일제의 공직 참여, ④ 전쟁 동원, ⑤ 기타 민권 침해의 5가지로 분류할 수 있다. 그 중 ① 국권 침탈 협력행위에는 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조

1) 이강수, 반민특위 연구, 나남출판사, 2003년, 30면 참조: 장성구, 일제 강점하 친일반민족행위자 청산에 관한 연구-친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제정을 중심으로-, 금오공과대학교 교육대학원, 2006년 12월, 8면에서 재인용.

인하거나 이를 모의한 행위(제6호)가 해당하고, ③ 일제의 공직 참여에는 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 행위(제7호), 일본제국국회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 행위(제8호), 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위(제9호)가 해당한다.

반민족행위처벌법과 마찬가지로 진상규명법상의 친일반민족행위도 지위에 따른 것과 행위에 따른 것으로 분류할 수 있다. 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 행위(제7호), 일본제국국회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 행위(제8호), 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위(제9호)는 주로 지위에 따른 친일반민족행위이고,²⁾ 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조인하거나 이를 모의한 행위(제6호) 등은 행위에 따른 친일반민족행위 유형이다.

(라) 행위를 기준으로 친일반민족행위를 정할 경우에는 객관성을 확보하기가 쉽지 아니하고 직위와 직책으로 인하여 반민족적 정책의 결정과 집행에 깊이 관여하였을 개인성이 있음에도 불구하고 확연하게 드러나는 친일반민족적 행위를 발견할 수 없으면 친일반민족행위에서 제외하게 될 우려가 있다. 이러한 사정 외에 일제 침략정책에 수반하여 결정권을 가졌던 고위직에 대하여 엄정한 심판이 필요하다는 점까지 아울러 고려하면 지위를 기준으로 친일반민족행위를 정하는 것이 불합리하다고 보기는 어렵다.³⁾

2) 다음 표와 같이 지위에 따른 친일반민족행위의 범위는 지속적으로 친일반민족행위자에게 유리하게 축소되었다고 한다(이재승, 국가범죄, 도서출판 엘피, 2010년 10월, 150면 참조).

1947년 특별조례(미시행)	반민족행위처벌법(1948년)	진상규명법(2005년)
수작자, 습작자, 제국의회 의원, 중추원 부의장·고문 또는 참의, 독립운동 방해 단체 주요 간부, 책임직 이상의 관리, 부도 이상의 자문 또는 결의기관의 의원, 주입관 이상의 관리, 군정부 관입관 이상 또는 고등계, 국책을 목적으로 설립된 경제·사회·문화적 각 담당 기관 및 언론 기관의 지도적 간부	수작자, 습작자, 제국의회 의원, 중추원 부의장·고문 또는 참의, 독립운동 방해 단체 주요 간부, 책임관 이상의 관리	한일합병의 공으로 작위를 받거나 이를 계승한 행위, 일본제국국회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 행위, 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위

3) 최봉태, ‘친일반민족행위 진상규명 특별법’의 체계 및 평가, 일제하 친일반민족행위 진상규명 특별법 공청회 자료집, 2002년 9월, 19-20면 참조.

(2) 조선귀족의 지위

(가) 친일반민족행위를 정의하는 데에는 행위의 적극성뿐만 아니라 지위의 영향력도 중요하게 고려하여야 한다. 개인의 친일반민족행위가 당시 조선사회에 미친 영향력이 어떠한지에 따라 그 중요도가 달라질 뿐만 아니라 역사적 평가도 달라질 수 있다. 위로는 귀족이나 고위관료를 비롯하여 아래로는 일반 순사나 헌병보조원에 이르기까지 사회적 신분·계급을 막론하고 친일반민족행위를 행하는 경우가 있었을 것이다. 하지만 사회적 지위에 따라 사회적 파급효과의 정도나 영향력이 다를 수밖에 없으므로 그 행위의 경중도 달리 평가하여야 한다.

(나) 일제강점 초기 친일세력 형성의 최정점에 위치한 것은 일제로부터 작위를 받은 조선귀족들이었으며, 그 바로 아래에 조선총독부 중추원 의관들이 위치하고 있었다. 조선귀족들은 강점 직후부터 일제가 우대했던 조선인 친일세력의 상징적인 존재였다.⁴⁾ 따라서 구체적인 악행이 드러나지 않았더라도 그 지위 자체로 일련의 친일반민족적 행위를 내포하고 있다고 할 수 있다.

(다) 한편 친일반민족행위는 일제강점 체제의 등장에 협력한 행위와 그 유지에 협력한 행위로 나누어 볼 수 있을 것인데, 조선귀족은 일제강점 체제의 유지에 협력한 사람으로서 일제가 그들에게 작위를 준 연유가 일제강점 체제의 등장에 공이 있었다고 보았기 때문인지 여부는 조선귀족의 친일반민족성을 규명하는 데에 중요한 요소가 된다고 보기 어렵다. 당시 최고 등급인 후작은 황족의 예우를 받지 못하는 왕족이 한일합병의 공이 없어도 받을 수 있었고, 후작보다 낮은 작위는 유력한 문벌로서 한일합병의 공이 있어야만 받을 수 있었다. 조선귀족으로서 작위에 비례하여 일제로부터 받은 특권과 감당하였던 역할의 크기가 달랐고 대체적으로 후작을 받은 사람은 다른 귀족들보다 일제에 더 많은 협력을 하였을 것이므로, 설사 후작을 받은 사람이 다른 귀족과는 달리 한일합병의 공이 없었다 하더라도 이를 이유로 당연히 친일반민족행위자에서 제외되어야 한다고 볼 수는 없다.

4) 친일반민족행위진상규명보고서, 3, 1-3, 4, 친일반민족행위연구, 친일반민족행위진상규명위원회[편], 2009년, 제38면 참조.

(3) 규정의 적용범위

이 사건 법률조항의 단서는 일제로부터 작위를 받았다 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 사람 등으로 재산조사위원회가 결정한 사람은 친일반민족행위자에서 제외된다고 규정하고 있다.

또한 친일반민족행위자가 취득한 재산이라고 하여 이를 전부 국가의 소유로 하는 것이 아니라 친일반민족행위자가 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전 시부터 1945. 8. 15.까지 일본제국주의에 협력한 대가로 취득한 재산만이 국가의 소유로 된다(친일재산귀속법 제2조 제2호 전문, 제3조 제1항 본문)5).

다. 소급입법금지원칙 위반 여부

(1) 재산의 소급적 국가귀속 자체는 친일재산귀속법 제3조 제1항(이하 ‘친일재산 귀속조항’이라 한다)에 의한 것이고, 친일재산 귀속조항은 이 사건 심판의 대상이 아니나, 이 사건 법률조항은 친일재산 귀속조항의 적용대상을 정하는 것으로서 친일재산 귀속조항과 불가분의 관계에 있으므로 이 사건 법률조항과 관련된 범위에서 재산의 소급적 국가귀속이 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부를 먼저 살펴볼 필요가 있다.

이에 관하여 헌법재판소는 2011. 3. 31. 2008헌바141등 결정에서 종전의 친일재산귀속법상의 친일반민족행위자 및 친일재산 규정을 전제로, 친일재산을 소급적으로 국가에 귀속시키는 친일재산 귀속조항에 대하여 다음과 같은 취지로 합헌 결정을 내린 바 있다.

「친일재산 귀속조항은 진정소급입법에 해당하며 이는 원칙적으로 허용되지 아니하지만, 진정소급입법이라 할지라도 예외적으로 국민이 소급입법을

5) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

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

제3조(친일재산의 국가귀속 등) ① 친일재산(국제협약 또는 협정 등에 의하여 외국 대사관이나 군대가 사용·점유 또는 관리하고 있는 친일재산 및 친일재산 중 국가가 사용하거나 점유 또는 관리하고 있는 재산도 포함한다)은 그 취득·증여 등 원인행위 시에 이를 국가의 소유로 한다.

예상할 수 있었던 경우와 같이 소급입법이 정당화되는 경우에는 인정될 수 있는바, 친일재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통 계승을 선언한 헌법 전문 등에 비추어 친일반민족행위자측으로서 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었으며, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업이므로 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있으므로 친일재산 귀속조항은 헌법 제13조 제2항에 반하지 않는다.」⁶⁾

(2) 이 사건 법률조항이 정한 ‘일제로부터 작위를 받거나 계승한 자’의 경우, 그 지위와 직책으로 인하여 반민족적 정책의 결정과 집행에 깊이 관여하였을 개연성이 있다. 또한 일제로부터 작위를 받았다는 것은 일제의 귀족이

6) 이에 대해서는 재판관 김종대, 재판관 목영준의 각 별개의견과 재판관 이강국, 재판관 조대현의 위헌의견이 있었다.

- 재판관 김종대의 별개의견 요지는 다음과 같다.

헌법재판소가 헌법 제13조 제2항에 대하여 특별한 사유가 있는 경우에는 소급입법에 의한 재산권 박탈도 허용될 수 있다고 해석한다면, 이는 새로운 헌법적 내용을 형성해 내는 것이므로, 타당한 헌법해석이라고 볼 수 없고 권력분립원칙에도 반한다. 우리 헌법의 정신과 법통, 그 제정 배경 등을 종합적으로 고려할 때, 친일재산은 일본제국주의와의 투쟁과 그 극복으로 탄생한 대한민국의 헌법에 규정된 ‘재산권’ 조항으로써 보호될 수는 없다. 다만, 친일재산의 국가귀속이라 하더라도 친일재산의 선별과 국가귀속의 절차 등에 관하여 헌법적인 한계를 준수해야 하나 이 사건 법률조항들은 문제가 없다.

- 재판관 목영준의 별개의견 요지는 다음과 같다.

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

- 재판관 이강국, 재판관 조대현의 위헌의견 요지는 다음과 같다.

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

되었다는 것이므로 그들은 일제강점 초기에 형성된 친일세력의 최정점에 위치한 상징적 존재로서 그 지위 자체로 친일세력의 형성·확대에 기여하고, 일제강점 체제의 유지·강화에 협력함으로써 당시 조선사회에 심대한 영향력을 미쳤다고 볼 수 있다. 따라서 일제로부터 작위를 받거나 계승한 것은 다른 친일반민족행위자(① 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조인하거나 이를 모의한 자, ② 일본제국의회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 자, ③ 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 자, ④ 독립운동 또는 항일운동에 참여한 자 및 그 가족을 살상·처형·학대 또는 체포하거나 이를 지시 또는 명령한 자 등 친일의 정도가 지극히 중대하다고 인정된 자)와 질적으로 다르다고 볼 수 없다. 즉 이 사건 법률조항에 대하여 위 합헌 결정과 달리 판단할 사정이 존재하지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항은 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제 13조 제2항에 반하지 아니한다.

라. 신뢰보호원칙 위반 여부

(1) 법률의 개정 시 구법 질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없는 것이다. 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해받은 신뢰의 보호가치, 침해의 정도 및 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익 목적을 종합적으로 비교형량하여 판단하여야 한다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌마581, 판례집 22-2상, 404, 418 참조).

(2) 이 사건의 경우 제청신청인이, 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승하는 행위는 하였으나 ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받지 아니한 자는 종전의 친일재산귀속법상의 친일반민족행위자에 해당하지 아니한다는 이유로 그 재산이 국가귀속의 대상이 되지 아니할 것이라고 신뢰하였다고 하더라도, 그러한 신뢰는 친일재산귀속법과 진상규명법의 제정경위 및 입법목적 등에 비추

어 확고한 것이라 인정하기 어렵다.

나아가 친일재산귀속법 제2조 제1호 나목 단서가 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 자라고 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 인정할 수 있는 규정을 두어, 상대적으로 친일반민족행위의 정도가 경미한 사안 등을 배제할 수 있도록 한 점, 친일반민족행위자의 모든 재산이 친일재산이 되는 것이 아니라 일본제국주주의에 협력한 대가로 취득한 재산 등 한정된 재산만이 친일재산으로서 국가귀속의 대상(친일재산귀속법 제2조 제2호)이 되는 점을 고려하면, 종전의 친일재산귀속법에 대하여 제청신청인이 가졌던 신뢰의 보호가치가 크다고 할 수 없는 반면, 이 사건 법률조항에 의하여 달성되는 공익은 매우 중대하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 신뢰보호원칙에 위반되지 아니한다.

마. 재산권의 침해 여부

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항은 일본제국주주의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압하는 행위를 한 자를 친일반민족행위자로 규정하고, 그 재산을 국가에 귀속시킬 수 있도록 하기 위한 것으로서, 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것이라고 할 것인바, 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등, 판례집 23-1상, 276, 308 참조).

(2) 피해의 최소성

앞서 살핀 바와 같이, 이 사건 법률조항이 정한 ‘일제로부터 작위를 받거나 계승한 자’의 경우 친일세력의 상징적 존재로서 그 지위 자체로 친일세력의 형성·확대에 기여하고, 일제강점 체제의 유지·강화에 협력하였다고 할 것인바, 그 밖의 친일반민족행위와 마찬가지로 일본제국주주의의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압하는 행위에 해당한다.

한편, 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 자라고 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자와 같이 친일반민족행위적

성격이 상대적으로 경미하거나, 행위를 달리 평가할 수 있는 여지가 있는 자의 경우 그 재산이 국가에 귀속되는 대상인 친일반민족행위자의 범위에서 제외되고(친일재산귀속법 제2조 제1호 나목 단서),⁷⁾ 따라서 이 사건 법률조항이 정한 친일반민족행위자는 그 친일반민족행위의 정도가 중대한 경우에 한정되고 있다고 할 것이다.

나아가 친일재산귀속법은 러·일전쟁 개전 시부터 1945. 8. 15. 까지 친일반민족행위자가 일본제국주위에 협력한 대가로 취득한 재산 등을 친일재산으로 추정(친일재산귀속법 제2조 제2호)하고 있지만, 친일반민족행위자측이 그 재산이 친일행위의 대가로 취득한 것이 아니라는 점을 입증하여 언제든지 위 추정을 번복시킬 수 있도록 하고 있고, 친일재산의 거래로 인하여 선의의 제3자가 발생할 경우 이를 보호하도록 하는 규정을 둬으로써 법적 안정성의 훼손을 최소화하고 있다.

이러한 측면들을 종합적으로 감안해 본다면, 이 사건 법률조항은 헌법상 재산권을 필요 이상으로 과도하게 제한한다고 볼 수 없으며, 친일반민족행위로 축재한 재산을 박탈하고 사회정의를 구현하며 부당한 과거사를 바로 세워 궁극적으로 사회통합을 추구하고자 하는 것으로서 친일재산귀속법의 입법목적을 달성하기 위한 필요최소한의 방도로 보인다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등, 판례집 23-1상, 276, 309-310 참조).

(3) 법익의 균형성

과거사 청산의 정당성, 진정한 사회통합의 가치 등을 고려할 때 정의를 실현하고 민족의 정기를 바로세우며 3·1운동의 헌법이념을 구현하고자 하는 이 사건 법률조항의 공익적 중대성은 막중하다 할 것인바, 이 사건 법률조항으로 ‘일제로부터 작위를 받거나 계승한 자’의 재산권이 제한될 여지가

7) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “재산이 국가에 귀속되는 대상인 친일반민족행위자(이하 “친일반민족행위자”라 한다)”라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.
- 나. 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 제3조에 따른 친일반민족행위진상규명위원회가 결정한 친일반민족행위자 중 일제로부터 작위(작위)를 받거나 이를 계승한 자. 다만, 이에 해당하는 자라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등으로 제4조에 따른 친일반민족행위자재산조사위원회가 결정한 자는 예외로 한다.

있다 하더라도 친일재산 환수의 역사적 당위성, 환수대상 범위의 합리적 설정, 선의의 제3자 보호 등 제반 사정들에 비추어 보면 그 제한의 정도가 이 사건 법률조항에 의하여 보장되는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 공익과 사익 간의 균형을 도외시한 것이라고 보기 어려우므로, 법익의 균형성의 원칙에 반하지 아니한다.

(4) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

바. 평등원칙 위반 여부

일제로부터 작위를 받거나 계승한 자로서, 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자에 해당하지 아니하는 자의 경우, 일제강점 체제의 유지·강화에 협력한 자로서 친일반민족행위의 정도가 중대하다고 할 것인바, ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받거나 이를 계승한 자와 비교하여 친일반민족행위의 성격 내지 정도가 본질적으로 다르다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 이들을 서로 구분하지 아니하였다고 하더라도 이를 합리적 이유없는 차별취급에 해당한다고 볼 수 없다.

한편, 제청법원은 이 사건 법률조항이 개별인 또는 개별사건 법률에 해당한다고 보고 있으나, 특정규범이 개별인 또는 개별사건 법률에 해당한다고 하여 그것만으로 바로 헌법에 위반되는 것은 아니라고 할 것이고(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등, 판례집 23-1상, 276, 312 참조), 이 사건 법률조항은 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 자에게 일반적으로 적용되는 것이므로 이 사건 법률조항을 개별인 또는 개별사건 법률이라 보기도 어렵다.

결국 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

4. 이 사건 결정의 의의

(1) 헌법재판소는 이미 2011. 3. 31. 2008헌바141등 결정에서 친일재산을 소급적으로 국가에 귀속시키는 친일재산 귀속조항이 소급입법금지원칙에 위

반되지 아니하고, 재산권을 침해하지 아니하며, 평등원칙에 위반되지 아니한다고 판단한 바 있다.

(2) 이 사건 결정은, 재산이 국가에 귀속되는 대상이 되는 친일반민족행위자 가운데 ‘한일합병의 공으로 작위를 받거나 계승한 자’를 ‘일체로부터 작위를 받거나 계승한 자’로 개정함으로써 조선귀족에 관한 친일반민족행위자의 범위를 일부 확대한 이 사건 법률조항 역시 위 친일재산 귀속조항과 마찬가지로 헌법에 위반되지 아니한다는 헌법재판소의 입장을 분명히 한 것에 그 의미를 찾을 수 있다.

(3) 이 사건 법률조항으로 조선귀족에 관한 친일반민족행위자의 범위가 확대되었지만, 친일재산귀속법의 규정내용과 입법취지, 조선귀족의 지위와 역할 등에 비추어 최소침해성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 하였다. 그리고 종전의 친일재산귀속법에 대하여 제청신청인이 가졌던 신뢰는 확고한 것이라 인정하기 어렵고 그 보호가치가 크다고 할 수 없다고 하였다. 끝으로 일체로부터 작위를 받거나 계승한 자로서, 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 자에 해당하지 아니하는 자의 경우, 일제강점 체제의 유지·강화에 협력하였다는 점에서 친일반민족행위의 정도가 중대하고, ‘한일합병의 공으로’ 작위를 받거나 이를 계승한 자와 비교하여 친일반민족행위의 성격 내지 정도가 본질적으로 다르다고 할 수 없다는 점도 분명히 하였다.

산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제2조 등 위헌소원

- 규율형식의 불명확성과 죄형법정주의의 명확성원칙 -
(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바39, 관례집 25-2상, 65)

이 종 업*

【판시사항】

1. 다른 법령에 근거한 ‘지정 또는 고시·공고’를 범죄구성요건의 일부로 차용하고 있는 법률조항이 위임입법에 해당하는지 여부(소극)

2. ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고를 위하여 법령에 따라 지정 또는 고시·공고한 기술’을 범죄구성요건인 ‘산업기술’의 요건으로 하고 있는 구 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(2006. 10. 27. 법률 제8062호로 제정되고, 2011. 7. 25. 법률 제10962호로 개정되기 전의 것) 제36조 제2항 중 제14조 제1호 가운데 부정한 방법에 의한 산업기술 취득행위에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 처벌조항 중 청구인에게 적용된 구 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(2006. 10. 27. 법률 제8062호로 제정되고, 2011. 7. 25. 법률 제10962호로 개정되기 전의 것) 제36조 제2항 중 제14조 제1호 가운데 ‘부정한 방법에 의한 산업기술 취득행위’에 관한 부분의 위헌 여부이다.

* 대법원 재판연구관, 전 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 미국선급협회(American Bureau of Shipping)의 선급검사관으로 재직 중이던 중화인민공화국 국적의 사람이다. 청구인은 2007. 10.경 ○○중공업 거제 조선소 내 위 협회 사무실에서 선급검사 업무를 수행하던 중 구 산업발전법 제5조에 따라 구 산업자원부장관이 고시한 ‘첨단기술 및 제품의 범위’에 속하는 ‘드릴쉽(Drillship)’에 관한 ○○중공업의 설계도면 등의 자료를 자신의 외장형 하드디스크에 복사함으로써 부정한 방법으로 산업기술을 취득하여 구 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제36조 제2항, 제14조 제1호를 위반하였다는 범죄사실로 2008. 12. 23. 징역 1년에 집행유예 2년 및 몰수의 형을 선고받았다(부산지방법원 2008고단3538).

나. 청구인은 위 판결에 불복하여 항소한 다음 당해사건인 항소심(부산지방법원 2009노108) 계속중 위 법률조항들에 대하여 위헌법률심판제청신청(2009초기1048)을 하였으나 위 신청이 기각되자, 2011. 2. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 이 사건 법률조항은 구성요건 중 일부인 ‘산업기술’을 정의한 제2조 제1호(이하 이 사건 법률조항과 구분하여 말할 때 ‘이 사건 정의조항’이라고 한다)를 통하여 다른 법령에 의한 행정기관의 지정 또는 고시·공고에 처벌대상인 산업기술의 범위를 형성하도록 간접 위임하는 규율형식을 채택하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 구성요건의 형성을 위임한 법령을 특정하지도, 그 종류와 범위를 명시하지도 않아 위 규정만으로는 도저히 위임된 법령의 범위를 예측할 수 없을 뿐 아니라 그 위임 법규인 ‘지정 또는 고시·공고’는 법규명령이 아닌 행정규칙에 불과하다. 고도의 명확성이 요구되는 형사처벌법규에서 이와 같이 제정주체나 내용, 목적, 범위 등을 구체적으로 정하지 아니한 채 행정규칙에 범죄구성요건의 형성을 위임한 것은 위임입법의 한계를 벗어난 위헌적인 것이다.

나. 산업기술 개념의 실질적 요건에 해당하는 이 사건 정의조항 중 각 목

의 내용이 지나치게 추상적일 뿐 아니라 그 불명확성 및 광범성을 제거하기 위한 형식적 요건으로서 외부에서 인식할 수 있는 표지를 요구하지도 않아 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

다. 이 사건 법률조항은 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’ 등 유사 법률과 달리, 보호대상인 산업기술의 요건으로 비공지성, 실질 가치성, 비밀관리성 등을 요구하지 않아 처벌범위를 부당하게 확대시키고 있으므로, 기본권 제한입법이 준수하여야 할 과잉금지원칙에도 어긋난다.

3. 구 지식경제부장관의 의견

가. 이 사건 법률조항의 구성요건 중 일부인 지정 또는 고시·공고는 다른 법률에 근거를 둔 것으로서 이 사건 법률조항에 의하여 수권된 것이 아닐 뿐 아니라, 서로 동등한 효력을 가진 이 사건 법률조항과 그 위임법률 사이에서는 위임법률의 문제가 발생할 여지가 없다.

나. 이 사건 법률조항의 규율대상인 산업기술의 전문적, 기술적 특성으로 인해 산업기술의 구체적인 범위를 관련 법률에 의한 지정 또는 고시·공고 등에 위임하는 것이 불가피하고, 산업기술의 의미를 서술적·기술적 개념으로만 규정하는 것 역시 입법기술상 불가능하므로 위 법률조항에 법관의 보충적인 해석이 필요한 추상적이고 상대적인 용어가 사용되었다고 하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 이 사건 법률조항은 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’ 등과 규율목적이 달라 위 법에 규정된 비밀관리성 등의 요건을 두지 않았다고 하여 과잉금지원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고하는 기술’을 범죄구성요건인 ‘산업기술’의 요건으로 하고 있으나, 위 지정 또는 고시·공고는 이 사건 법률조항이 아니라 다른 법령에 의하여 수권된 것으로서 별도의 근거법률을 가지고 있고, 그 지정 또는 고시·공고는 어떤 ‘특

정한 기술'에 대한 행정처분으로서의 성격을 갖는 데 불과하여 일반·추상적 규범을 정립한 것이라고 볼 수 없는 것도 있으므로, 이 사건 법률조항은 이미 존재하는 다른 법령을 전제하고 그 법령에 기한 지정 또는 고시·공고를 구성요건으로 '차용'하고 있는 데 불과한 것이지 하위법령에 구성요건의 형성을 '위임'하고 있는 위임입법이 아니다.

2. 이 사건 법률조항은 관계 법령에 따른 지정 또는 고시·공고의 근거법령을 구체적으로 특정하지 아니하여 그 문언만으로는 그 법령이 '관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 하는 지정 또는 고시·공고의 근거가 되는 법령'이라는 추상적인 내용만을 알 수 있을 뿐, 도무지 그에 해당하는 법령이 무엇인지 그리고 지정 또는 고시·공고를 하는 관계 중앙행정기관의 장이 누구인지 통상의 판단능력을 가진 일반인이 그 해석을 통해서 구체적으로 확정할 수 없게끔 되어 있다. 이 사건 법률조항은 이러한 규정형식의 불명확성 때문에 '적절한 고지'의 역할을 하지 못하여 수범자가 자신의 행위가 금지되는지 아닌지를 정확하게 예측하고 자신의 행위를 결정할 수 없게 하고 있으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

【해 설】

1. 이 사건 법률조항의 입법 배경과 규율실태

가. 입법의 배경과 목적

산업기술유출방지법은 산업기술의 유출을 방지하고 산업기술을 보호함으로써 국내산업의 경쟁력을 강화하고 국민경제의 발전, 나아가 국가의 안전보장에 이바지하는 것을 목적으로 한다(제1조).

오늘날 첨단기술과 원천기술의 확보는 한 기업의 생존 뿐 아니라 국가의 경쟁력 나아가 국가안보를 좌우하는 중대한 과제가 되었고, 기업간 또는 국가간 기술경쟁이 심화되면서 기술의 불법적인 유출 즉 이른바 '산업스파이행위'가 국가적 차원에서 심각한 문제로 대두되게 되었다.

기존에 기술유출에 적용할 수 있는 대표적인 법률로는 1991. 12. 31. 개정부터 영업비밀에 관한 보호규정을 신설한 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'¹⁾(이하 '영업비밀보호법'이라 한다)이 있었고, 그 외에도 기술개발

촉진법, 대외무역법 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 등이 이를 간접적으로 규율하고 있었다. 그러나 ① 영업비밀보호법은 민간기업의 영업비밀이 침해된 경우만을 규율하고 있어 특히 우리가 비교우위를 보이고 있는 IT분야 연구²⁾가 많이 이루어지고 있는 국공립연구소나 민간연구소, 공공기관, 대학 등 비영리 기관에서의 기술유출을 보호할 수 없는 적용상의 한계가 있었고,³⁾ ② 위 법이 영업비밀 침해에 따른 사후적 조치를 주로 규정하고 있을 뿐 산업기술 유출의 방지를 위한 사전 조치에 관한 규율을 결여하고 있었으며, 다른 법률들도 그 직접적인 목적이 기술의 유출 그 자체를 방지하기 위한 규정들이 아니었던 탓에 기존 법률들만으로는 기술유출방지를 위한 체계적인 정책과 제도를 마련할 수 있는 법적기반이 미흡하다는 한

1) 이러한 기업의 영업비밀에 관한 보호제도는 1986년 우리나라가 미국과 합의한 양해각서에서 영업비밀보호제도의 도입을 약속한 데 따른 것이다. 영업비밀보호법의 1991. 12. 31. 개정(법률 제4478호) 당시에는 기업의 전·현직 임원 또는 직원의 영업비밀의 누설행위에 대해서만 처벌규정을 두었다가 2004. 1. 20. 개정(법률 제7095호)부터는 처벌대상을 모든 위반자로 확대하고, 영업비밀 부정취득 행위를 별도의 구성요건으로 규정하기에 이르렀으며 2007. 12. 21. 몇 가지 차구 수정을 거친 외에는 현재까지 그 내용에 실질적인 변화가 없다(2011. 11. 24. 2010헌가42, 판례집 23-2하, 159, 167).

헌법재판소는 위 법의 입법취지를, “오늘날과 같은 정보화 사회에서는 재산적 가치 있는 정보가 기업의 중요한 재산을 이루고 있는바, 비용과 노력을 투여하여 개발한 우리의 선진적 산업기술의 유출을 방지하고 이를 효율적으로 보호할 필요가 커짐에 따라 1991. 12. 31. 법률 제4478호로 개정된 부정경쟁방지법에 영업비밀의 보호에 관한 규정을 신설하게 된 것으로서 되었다. 일단 영업비밀이 유출되면 그로 인한 피해는 해당 기업뿐만 아니라 경제사회 전반에 미칠 것임이 예상되고 그 피해가 회복되기도 어렵기 때문에, 불법이득에 기초한 가중벌금형을 도입하여 영업비밀 침해의 경제적 유인을 제거함으로써 기업의 영업비밀을 보호하고, 건전한 거래질서를 유지하고자 하는 것이 이 사건 법률조항의 입법취지”라고 설명한 바 있다(헌재 2011.11.24. 2010헌가42, 판례집 23-2하, 159, 168).

2) 2003년부터 위 법 제정 무렵인 2006. 5.까지 국가정보원이 적발한 총 71건의 기술 해외유출 사건 중 IT 분야의 기술이 73%를 차지한다. 국가정보원, ‘첨단산업기술 보호동향’, 4면

3) 이 사건 법률의 **입법과정 중 입법사실에 관한 조사**에서 “2004년도 실태조사(산업기술진흥협회, 394개 기업대상)결과, 기업의 경우 보안담당부서를 조직·운영중인 기업은 12.9%, 보안규정을 제정한 비중은 36.3%, 문서보안관리시스템을 운영중인 경우는 24.9%로써, 보유한 기술력에 비추어 기술보안에 관한 의식과 관리시스템은 상대적으로 크게 취약한 실정이고, 대학이나 연구소의 경우는 기술관리 자체가 조직·기관차원이 아닌 교수 또는 연구원 개인차원에서 이루어짐에 따라 체계적인 관리가 불가능할 뿐만 아니라 기술 유출이 발생해도 파악조차 어려운 이른바 “기술보안의 사각지대”로 남아있다”고 보고되었다(심사보고서 8면).

계와 문제점이 있었다.

산업기술유출방지법은 이를 고려하여 공공립연구소, 민간연구소, 공공기관 등을 산업기술 불법 유출에 대한 보호대상기관으로 관리하는 한편 보호되는 산업기술의 범위를 확대하고, 산업기술의 보호를 위한 종합적이고 체계적인 제도적 기본을 구축하고자 한 것으로서, 국가경쟁력의 핵심적인 요소인 산업기술의 유출을 방지하고 전문과학·산업기술인 및 연구개발자를 보호 지원하여 국가산업경쟁력을 강화함으로써 궁극적으로 국가의 안전과 국민경제의 안정을 보장하기 위하여 제정된 것이다.

나. 규율내용

이에 따라 이 법은, ① 부처별로 산재해 있는 기술유출방지 관련 정책의 일관성 유지와 비전 제시를 위한 ‘기술유출방지를 위한 기본계획 및 시행계획의 수립·추진(제5, 6조)’ ② 산업기술의 유출방지 및 지원을 위한 최고 정책결정기구인 산업기술보호위원회 설치(제7조) ③ 산업기술유출방지를 위한 보호지침 제정·보급(제8조) ④ 유출될 경우 국가안보 및 경제에 심대한 영향을 미칠 것으로 판단되는 기술인 국가핵심기술의 지정·변경 및 해제 제도(제9조) ⑤ 국가핵심기술의 보호조치와 해외매각 등에 대한 승인 및 신고 제도(제10, 11조) ⑥ 국가연구개발사업의 보안관리를 위한 대책 수립·시행(제12조) ⑦ 산업보안기술 개발 및 구축지원 제도(제4장)를 규정하는 한편, 부정한 방법으로 산업기술을 유출하여 취득하는 행위 및 이를 공개와 제3자에게 사용하게 하는 행위를 처벌하고, 아울러 해외매각 승인을 받지 아니하는 행위, 산업기술 유출과 관련된 업무 종사자 및 보호대상기관과 계약관계에 있는 자에 대하여 비밀유지의무를 부여하고 있다.

다. 이 사건 법률조항의 입법 경과

가) 2004. 11. 9. 의원입법(대표발의 이광재 의원) 형식으로 발의된 이 사건 법률안은 애초 산업기술의 정의를 “공공연하게 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 다음 각 목에서 규정한 유무형의 기술정보를 말한다”고 규정하면서 그 각

목에서는 이 사건 법률조항의 각 목 외에 산업발전법 제5조에 규정한 첨단 기술과 ‘산업기술보호위원회가 보호지원을 할 필요가 있다고 인정한 기술’을 포함한 6개 종류의 기술을 나열하고 있었다.

그러나 그 후 원안에 대한 검토·심사과정에서 다음과 같은 문제점 즉, ① 원안이 산업기술을 정의함에 있어 비공지성, 경제적 가치 및 비밀관리성 요건이라는 개념요소로 한정되어 있는 영업비밀보호법상의 영업비밀의 개념을 그대로 차용하여 단순히 영업비밀의 형태로 보호가능한 제한적 범위의 산업기술만을 적용대상으로 하는 것은 영업비밀보호법에 의한 보호의 한계를 감안하여 보다 종합적·체계적으로 산업기술의 유출을 방지하여 이를 보호하고자 하는 이 법의 입법목적에 비추어 적절하지 않다는 점, ② 다른 한편, 위와 같은 정의만으로는 산업기술의 범위가 너무 포괄적이어서 법 적용대상을 명확하게 확정하기 어렵다는 점이 지적됨에 따라,4) 소관위 심사과정에서 ① 적용범위의 확대를 위하여 원안에 있던 비공지성, 경제적 가치성 및 비밀관리성의 요건을 삭제하는 대신 ② 그 적용범위의 명확성을 위하여 이 사건 지정 또는 고시·공고된 기술을 요건으로 추가하는 내용으로 수정·의결되게 되었다.

나) 이 사건 발생 후인 2011. 7. 25. 다시 산업기술의 적용대상을 보다 명확하게 하기 위하여 다소 추상적으로 규정된 산업기술의 실질적 개념요소에 해당하는 부분을 삭제하고, 그 대신 산업기술을 법률 또는 해당법률에서 위임한 명령에 따라 지정·고시·공고·인증한 기술로 규정하면서 그 해당법률을 보다 구체적으로 열거하는 내용의 개정이 이루어졌다.5)

4) 검토보고서 14-15면, 심사보고서 17-18면

5) “산업기술”이라 함은 제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보 중에서 관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법률 또는 해당 법률에서 위임한 명령(대통령령·총리령·부령에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)에 따라 지정·고시·공고·인증하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기술을 말한다.

가. 「산업발전법」 제5조에 따른 첨단기술

나. 「조세특례제한법」 제18조제2항에 따른 고도기술

다. 「산업기술혁신 촉진법」 제15조의2에 따른 신기술

라. 「전력기술관리법」 제6조의2에 따른 신기술

마. 「부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법」 제19조에 따른 부품·소재기술

라. 산업기술 지정 현황

한편 이 사건 법률조항이 적용되기 위해서는 그 전제로서 관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고의 행정행위가 있는 기술이어야 하는 것인데, 이와 관련하여 소관기술에 관한 지정행위 등의 근거 법률과 형식은 다음과 같다.⁶⁾

근거법령	기술의 종류	요건(정의)	행정기관	형식	비고
산업발전법 제5조	첨단기술 (범위)	기술집약도가 높고 기술혁신속도가 빠른 기술로서, 산업구조의 고도화에 대한 기여 효과, 신규 수요 및 부가가치 창출 효과, 산업간 연관 효과를 고려하여 지정	지식경제부장관	고시	개정법 가목 (기술이 아니라 기술의 범위가 지정되며, 그에 따라 10개분야 기술분야에 관련 기술종목이 나열되어 있음)
조세특례제한법 제18조 제2항 → 시행령 제16조 제2항	고도기술	① 국민경제에 대한 경제적 또는 기술적 파급효과가 크고 산업구조의 고도화와 산업경쟁력 강화에 긴요한 기술 ② 외국에서 국내로 최초로 도입된 날(‘외국인투자촉진법’에 의하여 해당 기술을 수반하는 외국인투자자의 신고일과 외국인투자기업이 기술도입계약상 해당 기술의 소유자에게 그 기술의 사용대가를 최초로 지급하기로 한 날 중 빠른 날을 말한다)부터 3년이 경과되지 아니한 기술이거나 3년이 경과한 기술로서 이미 도입된 기술보다 경제적 효과 또는 기술적 성능이 뛰어난 기술 ③ 해당 기술이 소요되는 공정이 주로 국내에서 이루어지는 기술	기획재정부 장관	감면 통지	개정법 나목
산업기술혁신 촉진법 제15조의2	신기술	국내에서 최초로 개발된 기술 또는 기존 기술을 혁신적으로 개선·개량한 우수한 기술을 신기술로 인증	지식경제부장관	인증	개정법 다목

바. 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제7조제1항에 따른 신기술
 사. 그 밖의 법률 또는 해당 법률에서 위임한 명령에 따라 지정·고시·공고·인증하는 기술

6) 구체적인 법률규정은 별지 참조

근거법령	기술의 종류	요건(정의)	행정기관	형식	비고
전력기술관리법 제6조의2	새로운 전력기술	국내에서 최초로 개발한 전력기술이나 외국에서 도입하여 개량한 것으로서 국내에서 신규성·진보성 및 현장적용성이 있다고 판단되는 전력기술을 개발하거나 개량한 자가 신청하여 인증받은 경우 그 기술	지식경제부장관	지정·고시	개정법라목
부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법 제19조	부품소재 기술	부품·소재 및 부품·소재 생산 설비와 관련된 기술의 개발을 위한 사업(이하 "부품·소재기술개발사업"이라 한다)을 실시하도록 지정된 사업자	정부	지정	개정법마목
환경기술 및 환경산업 지원법 제7조 제1항	신기술	① 국내에서 최초로 개발된 환경 분야 공법기술과 그에 관련된 기술 ② 도입한 기술의 개량에 따른 새로운 환경 분야 공법기술과 그에 관련된 기술로서, 기존기술과 비교하여 신규성과 우수성 있다고 평가하여 인증한 기술	환경부장관	인증	개정법바목
건설기술관리법 제18조	새로운 건설기술	① 국내에서 최초로 개발한 건설 기술로서 신규성·진보성 및 현장적용성이 있다고 판단되는 건설기술 ② 외국에서 도입하여 개량한 것으로서, 국내에서 신규성·진보성 및 현장적용성이 있다고 판단되는 건설기술로서 기술개발자가 요청하고 보급필요성이 인정되는 기술	국토해양부장관	지정·고시	미규정
보건의료기술진흥법 제8조	보건 신기술	신기술개발을 촉진하고 그 성과를 널리 보급하기 위하여 인증한 우수한 보건의료기술	보건복지부장관	인증	"
국가통합교통체계 효율화법 제102조	교통 신기술	국내에서 최초로 개발한 교통기술 또는 외국에서 도입하여 소화·개량한 기술이 국내에서 신규성·진보성 등이 있다고 판단되고 그 기술을 국가교통체계에 보급·활용할 필요가 있다고 인정되는 경우로서 그 기술을 개발한 자가 요청하여 지정한 기술	국토해양부장관	지정	"
목재의 지속가능한 이용에 관한 법률 제18조	목재 신기술	목재제품 제조의 기술향상과 새로운 기술개발을 촉진하기 위하여 대통령령으로 정하는 기준에 적합한 기술	산림청장	지정	"

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 쟁점

청구인은 이 사건 법률조항의 위헌사유로 ① 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위배된다는 점 ② 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 ③ 과잉금지원칙 위반을 주장하였다.

헌법재판소는 그 중 ①에 대하여는 그 전제로서 이 사건 법률조항이 위임입법에 해당하지 않는다고 판단한 후 주로 ②의 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부에 대하여 판단하였다. 비록 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 관하여는 더 나아가 판단하지 않았지만 이러한 헌법재판소의 결정에는, 입법자의 입법현실에 관한 평가와 그 규율효과에 관한 예측 판단은 존중하여야 할 것이므로 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 입법자가 규율대상인 산업기술에 비공지성이나 비밀관리성을 요구하지 않았다고 하여 과잉입법금지의 원칙에 어긋난다고 볼 수는 없다는 판단이 내포되어 있다고 할 수 있다.

이하에서는 위 결정에서 직접 문제된 위임입법에 해당하는지 여부와 죄형법정주의의 명확성원칙을 중심으로 위 결정의 내용을 살펴보기로 한다.

나. 이 사건 법률조항이 위임입법에 해당하는지 여부

(1) 문제의 소재

이 사건 법률조항은 그 구성요건에 “산업기술”이라는 포괄적 의미를 가진 용어를 사용하면서 이 사건 정의조항에서 이 용어에 대한 개념을 따로 정의하는 방식을 채택하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부의 판단에는 그 규범내용으로 포섭된 정의조항에 대한 위임입법 한계 일탈 여부 또는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배 여부에 대한 판단이 포함되게 된다.

이 사건 정의조항은 산업기술의 개념적 구성요소로, ① ‘제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 관하여 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보’ 일 것, ② ‘관계중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고하는 기술’일 것, ③ 위 조항 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 요구함으로써 ②의 요건에 의한

지정 또는 고시·공고에 의하여 이 사건 법률조항에 의한 구성요건이 완성 또는 보충되는 규정형식을 채택하고 있다. 그리고 청구인은 위와 같은 이 사건 법률조항의 규정형식이 하위법규 특히 법규명령이 아닌 행정규칙 등의 행정형식에 구성요건의 일부의 형성을 위임한 위임입법에 해당한다고 주장하였다.

(2) 이 사건 법률조항의 위임입법 해당여부 : 위임과 차용의 구별

가) 위임입법이란 행정부 등 입법부 이외의 국가기관이 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하게 되는 것이다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 관례집 5-1, 365, 379 참조).

나) 헌법재판소는 ① 이 사건 법률조항은 ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고하는 기술’을 구성요건의 하나로 삼고 있으나, 위 지정 또는 고시·공고는 이 사건 법률조항이 아니라 다른 관계 법령 즉 ‘관계 법률과 그 법률에 의하여 위임된 명령’에 의하여 수권된 것으로서 별도의 근거법률을 가지고 있는 점 ② 또한 다른 관계 법령에 의한 지정 또는 고시·공고는 어떤 ‘특정한 기술’을 관련 법령상의 지원·조장 등의 수익적 행정행위의 대상으로 지정하는 행정처분으로서의 성격을 갖는 데 불과한 것도 있으므로, 위임입법의 경우와 같이 행정기관이 법률의 위임에 의하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립한 것이라고 볼 수 없는 것도 있는 점을 들어 이 사건 법률조항은 이미 존재하는 다른 법령을 전제하고 그 법령에 기한 지정 또는 고시·공고를 구성요건으로 ‘차용’하고 있는 데 불과한 것이지 하위법령에 구성요건의 형성을 ‘위임’하고 있는 것은 아니라고 판단하였다.

다) 위임과 차용을 구별하고 있는 헌법재판소의 위 판시는, 포괄위임을 금

지하는 헌법원칙은 입법부와 행정부 사이의 권한배분의 문제를 본질로 하고 있기 때문에, 입법자가 자신이 제정한 다른 법률에 정한 요건을 다른 법률에 ‘차용’한 경우에는 위임입법에서와의 같은 권한배분의 문제가 발생할 여지가 없다는 점에 근거한 것으로 이해할 수 있다.

다. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

(1) 문제의 소재

1) 이 사건 법률조항이 엄밀한 의미에서의 위임입법은 아니라고 하더라도, 산업기술의 구성요건으로 다른 법령에 따른 지정 또는 고시·공고 등의 행정규칙이나 행정행위를 요구함으로써 당해 조항 내에서 구성요건을 완결적으로 정하지 않고 있다. 이와 같이 법률조항 안에서 구성요건의 모든 요소가 다 드러나지 아니하고 그 중 일부가 행정행위에 의하여 보충될 것을 요하는 이른바 행정종속적⁷⁾ 입법형식을 취한 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 요건을 갖추고 있는지는 여전히 문제된다.

2) 문제되는 이 사건 정의조항은 ① 산업기술의 실체적 요건을 규정한 ‘가 내지 라 목 부분’과 ② ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고를 위하여 법령에 따라 지정 또는 고시·공고한 기술 부분’의 두 부분으로 구성되어 있다. 헌법재판소는 위 두 부분을 분리하여 각각에 대하여 독립적으로 명확성원칙 위배 여부를 따지지 않고 위 ① ②부분의 유기적 관계에 주목하고 있다. 즉 입법목적에 비추어 ①의 실체적 요건에 있어 추상적 용어의 사용이 불가피하다고 하더라도 그것이 ②의 형식적 요건에 의하여 적절히 제어되고 있는지 여부를 이 사건 정의조항 전체의 명확성원칙 위반 여부의 판단방법으로 삼고 있는 것이다. 그리고 헌법재판소는 ②가 적절한 고지의 역할을 하지 못함으로써 ①의 불명확성에 의한 자의적인 적용가능성이 적절하게 통제되지 못하고 있다고 보았다.

7) 범죄의 행정종속성이라 함은 범죄구성요건의 내용이 행정행위나 행정법에 의하여 보충됨으로써 비로소 완성되는 것을 말한다. 즉 행정종속적 형법은 구성요건에서 참조할 행정법이나 행정행위를 지시함으로써 구체적인 내용이 완성되게 되는데, 이러한 행정종속적 입법은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배될 위험이 늘 잠재하게 된다. 박기석, 환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구, 한양대학교, 1996, 41-42면

(2) 이 사건 정의조항 중 가 내지 라 목 부분

(가) 이 사건 정의조항의 각 목은 산업기술에 해당하는 기술을 “가. 국내에서 개발된 독창적인 기술로서 선진국 수준과 동등 또는 우수하고 산업화가 가능한 기술, 나. 기존제품의 원가절감이나 성능 또는 품질을 현저하게 개선시킬 수 있는 기술, 다. 기술적·경제적 파급효과가 커서 국가기술력 향상과 대외경쟁력 강화에 이바지할 수 있는 기술, 라. 가목 내지 다목의 산업기술을 응용 또는 활용하는 기술”로 규정하고 있다. 여기서 ‘독창적인’, ‘선진국 수준과 동등 또는 우수함’, ‘현저하게 개선시킬 수 있는’, ‘기술적·경제적 파급효과가 커서’, ‘국가기술력 향상과 대외경쟁력 강화에 이바지할 수 있는’ 등의 용어는 매우 추상적이고 불확정적이며 가치판단에 따라 좌우되는 상대적인 개념이어서 그것만으로 형사처벌조항의 구성요건인 ‘산업기술’의 범위를 확정할 수 없음은 분명하다.

그러나 이 사건 법률조항이 규율하는 대상의 전문적, 기술적 특성과 그 다양성에 비추어 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적인 것이 되면 부단히 변화하는 기술 환경에 부응하여 적절한 규율을 할 수 없게 될 것이므로, 어느 정도 법관의 보충적인 해석이 필요한 개념이 사용될 수밖에 없는 불가피성이 있다고 할 수 있다.

이와 같이 어느 정도 추상적이고 상대적인 개념의 사용이 불가피한 경우라도 특히 형사법이나 국민의 이해관계가 침해하게 대립되는 법률에 있어서는 용어의 개념정의, 한정적 수식어의 사용, 적용한계조항의 설정 등 제반방법을 강구하여 그 법규가 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 봉쇄하여야만 한다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79 참조). 그러할 때에만 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게 되기 때문이다.

(나) 이 사건 법률조항에 관하여 입법자는 이러한 불명확성을 제거하기 위한 방법으로 산업기술의 개념에 ‘관계 중앙행정기관의 장의 법령의 규정예 따른 지정 또는 고시·공고’라는 형식적 요건을 설정하였다. 그러므로 위 가 내지 라목 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부는 이 부분

문언만을 따로 떼어내서 판단할 수 없고, 위 지정 또는 고시·공고라는 형식적 요건에 의하여 전체적으로 이 사건 법률조항의 자의적인 적용 가능성이 적절하게 방지되고 있는지 여부에 달려 있게 된다.

그런데 (3)항에서 보는 바와 같이 관계 중앙행정기관의 장의 지정 또는 고시·공고라는 요건 자체가 죄형법정주의의 명확성원칙에서 요구되는 ‘적절한 고지’의 역할을 하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 위 요건만으로는 위 가내지 라목 부분의 불명확성이나 자의적인 적용 가능성이 충분히 상쇄된다고 보기 어렵다.

즉 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’ 제2조 제2호나 군사기밀보호법 제2조 등이 그 적용범위의 광범성과 애매함을 해소하기 위해 규정한 형식적 요건인 ‘비밀관리성’이나 ‘군사기밀의 표지’ 등은 물리적으로 즉시 인식되어 행위자가 외견상 쉽게 식별 가능한 성질의 것인 반면, 이 사건 정의 조항의 지정 또는 고시·공고는 사전적인 조사 없이는 그 존재를 확인할 수 없는 것이어서 행위 당시에 그러한 지정 또는 고시·공고가 있었는지 여부를 외견상 알 수 없는 수범자에게 위 요건은 그 각 목의 불명확성을 제거하는 데 아무런 도움이 될 수 없다. 더욱이 아래에서 보는 바와 같이 위 지정 또는 고시·공고에 당해사건에서 문제된 산업발전법 제5조에 의한 첨단기술의 ‘범위’에 관한 고시처럼 특정한 기술이 아닌 기술의 범위 또는 분야를 정한 데 불과한 것도 포함된다고 본다면, 그 분야 또는 범위에 속하는 구체적인 기술이 이 사건 법률조항의 산업기술에 해당하는지 여부는 다시 돌아와 위 각 목의 추상적인 규정을 기준으로 삼을 수밖에 없게 되고, 이러한 경우 위 요건은 위 각 목의 불명확성의 해소에 아무런 의미를 가질 수 없다.

(3) 이 사건 정의조항 중 ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고를 위하여 법령에 따라 지정 또는 고시·공고한 기술’ 부분

이 사건 법률조항의 형식적 요건인 위 지정 또는 고시·공고에 관한 부분도 죄형법정주의의 명확성원칙에 부합한다고 볼 수 없다.

(가) 이 사건 법률조항은 관계 법령에 따른 지정 또는 고시·공고를 범죄 구성요건의 일부로 삼으면서도 그 법령을 구체적으로 특정하지 아니하였다. 그리하여 이 사건 법률조항의 문언만으로는 그 구성요건적 요소가 규정된

관계 법령이 ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 하는 지정 또는 고시·공고의 근거가 되는 법령’이라는 추상적인 내용만을 알 수 있을 뿐, 도무지 그에 해당하는 법령이 무엇인지 그리고 지정 또는 고시·공고를 하는 관계 중앙행정기관의 장이 누구인지 통상의 판단능력을 가진 일반인이 그 해석을 통해서 구체적으로 확정할 수 없게끔 되어 있다.

산업기술과 관련된 법령이 관계분야에 따라 산만하게 퍼져 있는 우리 법제 현실상 법률전문가조차도 이 사건 법률조항의 전체 구성요건을 정확하게 파악하기 어렵다. 더욱이, 어떠한 기술이 건축기술이면서 전자기술일 수 있고, 환경기술이면서 나노기술일 수 있는 등 오늘날 산업기술이 여러 전문 분야에 걸쳐 중첩으로 관련되어 있는 점에서 이러한 불명확성은 더욱 증가될 것임을 예상할 수 있다.

(나) 특히 헌법재판소는 이 부분 문언의 불명확성을 이 사건 법률의 불명확성에 대한 반성적 고려에서 개정된 개정법과의 관련 하에서 부각시키고 있다.

우선 이 사건 법률조항이 규정한 지정 또는 고시·공고의 구체적인 내용과 그 대상이 분명하다고 볼 수 없다. 이 사건 법률조항이 규정한 ‘관계 중앙행정기관의 장이 지정 또는 고시·공고한 기술’은 그 문언상으로 특정 주체가 보유하고 있는 구체적인 기술을 대상으로 하는 것으로 이해될 수 있다. 반면 개정법이 열거하고 있는 법령 중에는 산업발전법 제5조⁸⁾와 같이 구체적이고 특정한 기술을 대상으로 한 것이 아니라 ‘기술의 범위 또는 분야’를 고시하고 있을 뿐인 것도 포함되어 있으므로, 이 사건 법률조항 역시 특정 주체가 보유한 구체적인 기술이 아닌 단순한 기술의 범위에 관한 고시도 이에 해당한다고 볼 여지가 많아 보인다. 그러나 이는 개정법의 규정을 빌려 해석함으로써 비로소 분명하게 된 것이지 이 사건 법률조항의 문언만으로는 그 해당 여부가 애매모호한 것이라고 하지 않을 수 없다.

이러한 관점에서 보면 지정 또는 공시·공고 외에 기술과 관련한 인증이

8) 산업발전법 제5조(첨단기술 및 첨단제품의 선정) ① 지식경제부장관은 중·장기 산업발전전망에 따라 산업구조의 고도화를 촉진하기 위하여 첨단기술 및 첨단제품의 범위를 정하여 고시하여야 한다.

나 통지 등 다른 형식의 행정규칙 또는 행정행위가 있는 경우 그것 역시 산업경쟁력 제고를 위하여 소관 분야의 기술에 관하여 관계 중앙행정기관의 장이 한 것인 이상 위 지정 또는 고시·공고에 준하여 산업기술에 포함되는 것인지 여부가 불확실하다. 왜냐하면 조세특례제한법 제18조 제2항, 위 법 시행령 제16조 제2항에 따른 ‘고도기술’의 요건인 기획재정부장관의 감면결정통지는 개정법에 열거된 지정 또는 고시·공고·인증 중 어느 것에도 해당하지 않는데 개정법에는 위 법에 따른 산업기술 중 하나로 열거되어 있으므로, 개정법의 규정에 비추어 볼 때 위 지정 또는 고시·공고가 그에 한정되어 열거된 것이라고 단정할 수 없기 때문이다.⁹⁾

또한 개정법은 ‘부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법’ 제19조에 따른 부품·소재기술을 산업기술의 하나로 열거하고 있지만, 위 특별조치법 제19조는 “정부는 국, 공립연구기관, 정부출연연구기관, 대학, 전문생산기술연구소, 부품·소재전문기업 및 부품·소재기술개발전문기업 등 그 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·단체 또는 사업자를 부품·소재기술개발사업자로 지정하여 부품·소재 및 부품·소재 생산설비와 관련된 기술의 개발을 위한 사업을 실시하게 할 수 있다.”고 규정하고 있을 뿐이어서 그 지정의 대상은 ‘기술’이 아니라 ‘그 기술을 연구·개발하는 주체’에 불과하다. 지정 또는 고시·공고·인증 등의 근거법률을 열거한 개정법의 이러한 규정내용에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항 역시 그 지정 또는 고시·공고의 대상에 기술의 연구·개발의 주체까지 포함되는지 여부가 분명하다고 할 수 없다.

요컨대 입법자가 개정법에서 산업기술의 형식적 요건에 해당하는 이 부분 문언을 거의 그대로 두면서 적용범위를 명확히 하기 위해 그에 해당하는 법령을 열거하는 개정을 한 것은, 이 사건 법률조항에서 정한 ‘관계 법령에 따른 지정 또는 고시·공고된 기술’에 위 법령들에 정한 기술이 포함된다는 입법자의 의도를 명백하게 하기 위한 것인데, 이러한 의도는 불명확하고 애매 모호한 이 부분 문언만을 가지고서는 쉽사리 알기 어려운 것이어서 만일 개정법이 없었다라면 이를 둘러싼 상반된 해석과 혼란이 초래되었을 것임이

9) 한편 인증 역시 이 사건 정의조항에는 규정되어 있지 아니하는바 ‘산업기술혁신 촉진법’ 제15조의2에 따른 신기술(인증), ‘환경기술 및 환경산업 지원법’ 제7조제1항에 따른 신기술(인증) 등이 이에 해당한다.

분명하다.

(다) 나아가 ‘법령에 따라’ 관계 중앙행정기관의 장이 하는 지정 또는 고시·공고 중에 산업기술유출방지법 제9조를 근거로 한 구 지식경제부장관의 국가핵심기술의 지정이 포함되는지 여부 역시 명확하지 않다. 구 지식경제부장관이 지정하는 국가핵심기술이 문언상으로 ‘관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고하는 기술’에 해당한다고 볼 여지가 없지 않은 반면, ① 위 ‘법령이 규정한 바에 따라’에서 ‘법령’이란 당해법률 자신이 아니라 위 법 이외의 다른 법령을 의미한다고 보는 것이 통상적이고 자연스러운 해석인 점, ② 산업기술유출방지법 제2조는 제1호에서 ‘산업기술’을 정의하고 이어 제2호에서 국가핵심기술을 “국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 유출될 경우에 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 ‘산업기술’로서 제9조의 규정에 따라 지정된 산업기술”로 정의하고 있으므로, 국가핵심기술은 그에 앞서 정의된 ‘산업기술’을 전제로 하고 있다고 볼 수 있는 점, ③ 또한 산업기술유출방지법 제9조 제1항은 국가핵심기술의 지정을 위한 절차로 ‘구 지식경제부장관이 관계 중앙행정기관의 장으로부터 그 소관의 국가핵심기술로 지정되어야 할 대상기술을 통보받아 위원회의 심의를 거칠 것’을 요구함으로써 지정대상기술을 소관으로 하는 다른 관계 중앙행정기관이 있음을 전제로 하고 있는 점 등을 고려해 보면, 국가핵심기술은 다른 중앙행정기관의 장이 그 소관에 관하여 지정 또는 고시·공고한 이 사건 정의조항의 산업기술에 해당하는 것을 전제로 하여 그 중에서 다시 구 지식경제부장관에 의하여 지정되는 것으로도 충분히 해석될 수 있기 때문이다(당해사건 판결은 이러한 해석을 전제로 하고 있다¹⁰⁾).

10) 즉 당해사건 판결은 이러한 해석을 전제로, 드릴쉽은 해양특수선의 한 종류로서 첨단기술이 아니라 첨단제품의 하나로 고시된 것이고 위 고시의 문언상 ‘드릴쉽과 관련된 기술’이 함께 고시된 것으로 볼 수 없으므로, 드릴쉽 건조에 관한 설계기술인 공소사실 기재 기술은 산업발전법 제5조에 따라 지정, 고시된 기술로는 볼 수 없으나 위 기술이 이 법 제9조에 따라 고시된 “고부가가치 선박해양 설계 기술”에 속하는 국가핵심기술에 해당하는 것은 분명하고 이 역시 이 사건 법률조항에 정한 ‘법령에 따라 지정 또는 고시·공고된 기술에 해당한다는 논리로 공소사실을 유죄로 인정하였다(판결문 제10-11쪽). 그러나 법 제2조 제1호는 산업기술

(라) 마지막으로 이러한 불명확성이 제기되지 않게끔 이 사건 법률조항의 내용을 보다 구체화하는 것이 입법기술상 불가능하였다고 볼 수도 없다. 입법자는 개정법에서 이 사건 법률조항의 문제점을 인식하고 “‘산업기술’이라 함은 제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보 중에서 관계 중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법률 또는 해당 법률에서 위임한 명령(대통령령·총리령·부령에 한정한다)에 따라 지정·고시·공고·인증하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기술을 말한다.”고 규정하고, 이어서 그 구체적인 법률에 해당하는 산업발전법 제5조에 따른 첨단기술, 조세특례제한법 제18조 제2항에 따른 고도기술, 산업기술혁신 촉진법 제15조의2에 따른 신기술, 전력기술관리법 제6조의2에 따른 신기술, ‘부품·소재전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법’ 제19조에 따른 부품·소재기술, ‘환경기술 및 환경산업 지원법’ 제7조 제1항에 따른 신기술 등을 구체적으로 열거하고 있는바, 이는 이 사건 법률조항의 불명확성에 대한 반성적 고려에서 이루어진 것으로 볼 수 있다.

(3) 유사선례

위와 같이 규정형식의 불명확성을 이유로 위헌이 선언된 선례로는 다음과 같은 결정들을 들 수 있다.

① 96헌가16 건축법 제79조 제4호 중 제26조의 규정에 위반한 자 부분에 관한 위헌제청 사건(“관계법령이 정하는 기준” 부분이 명확성원칙에 위배

을 “법령에 따라 지정 또는 고시·공고된 기술”로 정의한 다음 이어서 제2호에서 국가핵심기술을 “국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 유출될 경우에 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 산업기술로서 제9조의 규정에 따라 지정된 산업기술”로 정의하고 있으므로, 국가핵심기술은 전호에서 정의된 ‘산업기술’을 전제로 하는 것이고 따라서 국가핵심기술은 그 지정 전에 이미 관계법령에 따라 지정 또는 고시·공고된 산업기술에 해당하는 것이어야 한다는 해석도 가능하다. 한편 국가정보원 산업기밀보호센터에서 발간된 산업기술유출방지법 요해에서도, 이와 마찬가지로 국가핵심기술은 산업기술 중 보다 강한 보호를 요구하는 기술에 대하여 추가적인 절차를 거쳐 지정되는 것이므로 국가핵심기술은 산업기술의 일반적 요건을 갖출 것이 요구된다고 설명하고 있다. 위 요해 61, 67면, 다만, 이 사건에서 청구인이 유죄부분에 대해 상고하지 않아 유죄부분은 상고심의 심판대상에서 제외되었으므로 상고사건의 결론에는 영향이 없을 것으로 보인다.

되는지가 문제된 사례)

“관계법령의 구체적인 범위는 물론 그 범위를 한정할 수 있는 기준에 관하여조차 아무런 규정도 하지 아니하고 있다....(중략)...이에 해당한다고 하나, 구체적으로 무엇이 과연 관계법령에 해당하는지에 대하여 통상의 판단능력을 가진 일반인이 알기가 매우 어려울 뿐만 아니라 법률전문가들조차도 관계법령의 범위를 확정하기가 결코 쉽지 않으며 애매모호하다.”(헌재 1997. 9.25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 324)

② 2006헌가10 조세범처벌법 제13조 위헌제청 사건(“법에 의한 정부의 명령사항” 부분이 명확성원칙에 위배되는지가 문제된 사례)

“심판대상조항 중 ‘명령사항’이라는 개념이 모호하게 규정됨으로써, 심판대상조항에 해당하는 행정행위의 범위, 즉 과세관청이 조세에 관하여 내린 행정적 처분 중 무엇이 이에 해당되고 해당되지 않는지에 관하여, 통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 세무행정실무자와 법률전문가 사이에서조차 법해석상의 혼란을 일으키고 있는 실정이다(오히려 조세범처벌법 제13조 제2호 내지 제13호에서는 의무위반행위의 태양을 구체적으로 명시하고 있다). 결국 조세범처벌법 제13조 제1호는 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐 아니라 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민이 무엇이 법률에 의하여 금지되는지를 예견하기 어렵다고 할 것인바, 이는 적어도 형벌법규에는 적합하지 아니하므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다고 할 것이다.”(헌재 2007. 5. 31. 2006헌가10, 판례집 19-1, 558, 564)

(4) 소결

죄형법정주의의 명확성원칙에 있어 그 핵심적인 내용이 되는 ‘적절한 고지’는 성문의 제정법에 의하여 규범의 내용과 요건이 수범자에게 분명하게 전달될 수 있을 것을 전제로 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 수범자가 법률전문가에게 조언을 구하는 등이 사건 법률조항의 특성에 맞추어 통상 어느 정도 법적 전문지식에 의한 보안을 받게 된다는 점을 감안하더라도 그 구성요건의 전체적인 내용을 쉽

게 확인하여 특정할 수 없고, 그 결과 이 사건 법률조항만으로는 수범자가 문제된 기술에 관련된 자신의 행위가 금지되는지 아닌지를 정확하게 예측하고 자신의 행위를 결정할 수 없으므로 형사처벌조항에 요구되는 수범자에 대한 공정한 고지를 흠결하고 있다(헌재 2012. 2. 23. 2008헌마500, 공보 185, 450, 458; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌바46, 판례집 18-2, 68, 73 참조).

4. 이 사건 결정의 의의

(1) 이 사건 결정은, 법률조항의 ‘규율형식’이 불명확하고 애매모호하여 일반 국민이 이를 보고 자신의 행위를 결정할 수 없고 법 집행기관의 자의적인 해석 가능성을 허용하고 있다면, 그러한 법률은 ‘규율내용’의 위헌성과 관계없이 그 자체로 우리 헌법상의 법치주의원리와 죄형법정주의의 원칙에 비추어 합헌적이라고 할 수 없음을 분명히 한 것이다.

(2) 특히 행위자가 자신의 행위를 결정하는 기준이 되는 행위규범으로서 형사처벌법규는 규율형식 또는 방식 자체가 적절한 고지로서의 기능을 다할 수 있을 때에만 합헌성을 인정받을 수 있는 것이다.

(3) 현대사회에서 법률에 어느 정도 추상적이고 상대적인 용어가 사용되는 것이 불가피할 때가 많지만 그러한 경우에도 그러한 불명확성을 피할 수 있는 대안적인 방법이 존재하거나 규정을 보다 구체화할 수 있는 가능성이 있는데도 입법자가 이를 게을리 하였을 때, 그러한 법률은 위헌의 의심을 받게 된다는 점을 확인해 주고 있다.

형법 제250조 제2항 위헌소원

- 존속살해의 가중처벌이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바267, 판례집 25-2상, 82)

성 왕*

【판시사항】

자기의 직계존속을 살해한 자를 일반 살인죄를 저지른 자에 비하여 가중 처벌하는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제250조 제2항 중 ‘자기의 직계존속을 살해한 자’ 부분이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제250조 제2항 중 ‘자기의 직계존속을 살해한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제250조(살인, 존속살해) ② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 아버지인 피해자가 자주 술에 취하여 어머니를 폭행해온 것에 대해 불만을 가져오던 중 2011. 1. 24. 00:00경 어머니를 폭행하는 피해자와 몸싸움을 하면서 이를 제지하였고, 같은 날 16:00경 피해자에게 술을 권하며 위와 같이 몸싸움을 한 것에 대해 사과하면서 피해자와 화해하려 하였

* 헌법연구관

으나 피해자가 청구인을 폭행하자, 이에 대항하여 다시 피해자와 몸싸움을 벌이다가 피해자를 살해하기로 마음먹고 피해자를 밀어 넘어뜨리고 주먹과 빈 소주병으로 피해자의 얼굴, 머리 부위를 수회 때리고, 깨진 소주병으로 피해자의 목 부위를 3회 찌른 뒤 양손으로 피해자의 목을 졸라 피해자로 하여금 그때쯤 경부압박질식으로 사망하게 하였다는 범죄사실로 기소되었다.

나. 청구인은 제1심에서 존속살해죄로 징역 10년을 선고받고(서울중앙지방법원 2011고합91), 항소하여 항소심에서 징역 7년을 선고받은 후(서울고등법원 2011노1052), 상고하여 상고심 계속중(대법원 2011도9250), 존속살해를 보통의 살인보다 무겁게 처벌하는 형법 제250조 제2항은 헌법상 평등원칙에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(대법원 2011초기394), 2011. 10. 5. 위헌제청신청이 기각되자, 2011. 10. 18. 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 법원의 위헌제청신청 기각이유

존속살해의 범행은 보편적 사회질서나 도덕원리, 나아가 인류에 반하는 행위이고, 그 패륜성은 통상의 살인죄에 비하여 고도의 사회적 비난을 받아야 할 이유가 충분하므로, 존속살해죄를 살인죄보다 무겁게 처벌함으로써 패륜행위를 억제하고자 하는 입법목적의 정당성, 이를 달성하기 위한 수단의 적정성으로서 가중처벌의 정도 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항이 합리적 근거 없이 존속살해죄를 범한 사람을 통상의 살인죄를 범한 사람과 차별취급하거나 직계존속이라는 사회적 특수계급을 창설함으로써 헌법 제11조의 평등원칙에 반하는 것이라고 할 수 없다.

【결정요지】

조선시대 이래 현재에 이르기까지 존속살해죄에 대한 가중처벌은 계속되어 왔고, 그러한 입법의 배경에는 우리 사회의 효를 강조하는 유교적 관념 내지 전통사상이 자리 잡고 있는 점, 존속살해는 그 패륜성에 비추어 일반 살인죄에 비하여 고도의 사회적 비난을 받아야 할 이유가 충분한 점, 이 사건 법률조항의 법정형이 종래의 ‘사형 또는 무기징역’에서 ‘사형, 무기 또는

7년 이상의 징역'으로 개정되어 기존에 제기되었던 양형에 있어서의 구체적 불균형의 문제도 해소된 점을 고려할 때 이 사건 법률조항이 형벌체계상 균형을 잃은 자의적 입법으로서 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

재판관 이진성, 재판관 서기석의 반대의견

이 사건 법률조항은, 배우자나 직계비속을 살해하는 경우, 또는 법적인 신분관계는 없으나 가해자와 특별한 은인관계에 있는 사람을 살해하는 경우 등은 일반 살인죄로 처벌하고, 심지어 직계존속이 치욕 은폐 등의 동기로 영아를 살해하는 경우는 처벌을 감경하는 것과는 달리, 직계존속을 살해하는 경우 양육이나 보호 여부, 애착관계의 형성 등을 묻지 아니하고 그 형식적 신분관계만으로 가중 처벌하는 것이다. 이는 헌법이 보장하는 민주적인 가족관계와 조화된다고 보기 어렵고, 범행동기 등을 감안하지 않고 일률적으로 형의 하한을 높여 합리적인 양형을 어렵게 하며, 비교법적으로도 그 예를 찾기 어려운 것으로서 차별의 합리성을 인정할 수 없으므로 평등의 원칙에 위반된다.

【해 설】

1. 이 사건의 쟁점

청구인은 이 사건 법률조항이 직계존속이라는 사회적 특수계급을 창설한 것으로서 평등원칙에 위반된다고 주장하였다. 그러나 헌법 제11조 제2항에서의 '사회적 특수계급'이란 신분계급 등을 의미하고(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등, 판례집 23-1 상, 276, 312-313 참조), 이 사건 법률조항은 노예제나 귀족제, 반상제와 같은 신분계급을 창설하는 것을 내용으로 하고 있지 아니함은 명백하다. 이에 헌법재판소는 청구인의 주장을, 존속을 비속과 차별하여 더욱 보호하는 것이 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다는 취지로 선해하여 판단하였다.

이하에서는 이 사건 법률조항의 해석론과 적용실태, 관련 입법례와 선례 등을 우선 검토한 후, 헌법재판소의 판단 내용에 관하여 살피기로 한다.

2. 형법 제250조 제2항의 해석론

청구인은 이 사건 법률조항의 의미가 불명확하다는 취지의 주장은 전혀 하지 아니하였고, 이 사건 법률조항의 해석론은 판례나 학설에 의하여 구체화되어 있으므로 명확성원칙 위반 여부의 문제는 검토할 필요성이 인정되지 아니하며, 이 사건 결정에 이에 관한 언급이 없는 것 역시 같은 취지로 이해할 수 있다. 다만 여기에서는 본안 판단의 이해를 돕기 위한 범위에서 해석론을 간략히 살펴본다.

가. 보호법익 및 가중처벌의 근거

존속살해죄의 주된 보호법익은 사람의 생명이지만, 가족질서 내에서 효를 중심으로 한 인륜관계도 부차적 보호법익으로 하고 있다고 볼 수 있다.

한편 가중처벌의 근거와 관련하여, 존속범죄는 일반범죄에 대하여 직계비속의 패륜성으로 인해 책임이 무거워진다고 하는 책임가중설과 생명이라는 보호법익 외에 효를 사회적 가치질서로 인정하여 이를 침해하는 것은 불법이 가중된다고 하는 불법가중설이 있다.

나. 행위의 주체

행위의 객체인 사람에 대하여 직계비속이거나 그 배우자인 관계에 있는 사람이어야 한다. 따라서 존속살해죄는 신분범인데, 신분으로 인하여 형벌의 가중을 가져오는 부진정신분범에 해당한다.

다. 객체

(1) 자기의 직계존속

직계존속은 법률상 개념으로서 민법상 직계존속만을 의미하고, 사실상 직계존속을 포함하지 아니한다. 직계존속은 혈통이 직상직하하는 형태로 연결되는 혈족으로, 부모는 물론, 조부모, 증조부모, 외조부모, 외증조부모 등을 포함하고, 또한 입양으로 인한 양부모 등 법정혈족을 포함하나, 백부모, 숙부모 등 방계혈족은 포함하지 않는다.

혼인의 출생자와 생모간에는 자의 출생으로 당연히 법률상 친족관계가 생

기므로, 혼인의 출생자가 그의 생모를 살해한 때에는 존속살인이 되나, 혼인의 출생자와 생부사이에는 인지절차를 거치지 않는 한 직계존비속 관계가 없다. 그 밖에 1991년 시행된 민법에 의할 때 계부모와 계자, 적모와 서자 사이에 직계존비속 관계가 존재하지 아니한다.

직계존비속의 관계의 존재는 행위자에게 불리한 개념이므로 엄격하게 해석해야 하고, 호적에 친생자로 출생신고가 되었다더라도 법률상 친자관계가 없으면 직계존속이 아니다.

양자로 타가에 입양된 자가 실부모를 살해한 경우 존속살해죄가 되는지 여부에 관하여는 견해가 나뉜다.

(2) 배우자의 직계존속

‘배우자’라 함은 혼인에 의해 결합된 부부의 일방으로부터 타방을 가리키는 말이다. 배우자도 법률상 배우자만을 의미하고 사실상 배우자는 포함되지 않는다. 아무리 혼인의사가 있고 오랜 기간 부부로 살았더라도 혼인신고를 하지 않은 경우에는 법률상 부부라고 할 수 없다.

민법상 배우자의 직계존속은 인척일 뿐 혈족은 아니나 형법은 혼인에 의한 부부의 결합관계를 중시하여 배우자의 직계존속도 존속살해죄의 객체로 삼고 있다. 한편 여기서 배우자의 직계존속은 생존 배우자의 직계존속을 의미하는데, 다만 신분관계는 살해행위의 착수 당시에 있으면 충분하므로 배우자와 그의 직계존속을 살해할 고의를 가지고 동일 기회에 배우자를 먼저 살해하고 계속하여 그의 직계존속을 살해한 경우에는 존속살해죄가 성립한다.

라. 행위 : 살해하는 것이다.

마. 고의

살해의 객체가 자기 또는 배우자의 직계존속임을 인식하지 못한 경우에는 형법 제15조 제1항에 의하여 보통살인죄의 죄책을 진다. 한편 피해자가 직계존속인 줄 알고 살해하였으나, 그가 직계존속이 아닌 경우에 관하여는 의견이 나뉜다.

3. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 존속살해 실태

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 취지

이 사건 결정에서 헌법재판소가 살핀 바와 같이, 조선시대 이래 현재에 이르기까지 존속살해죄에 대한 가중처벌은 계속되어 왔고, 그러한 입법의 배경에는 효를 강조하는 우리 사회의 유교적 관념 내지 전통사상이 자리 잡고 있음을 부정할 수 없다.¹⁾ 한편 우리 형법은 존속살해죄 이외에도 존속상해(제257조), 존속폭행(제260조), 존속유기(제271조) 등 여러 존속에 대한 범죄에 대하여 가중처벌 규정을 두고 있는데, 이는 범죄의 객체가 자기 또는 배우자의 직계존속이라는 특수한 신분관계에 해당하는 경우 가해자인 직계비속의 패륜성(悖倫性)에 대한 고도의 사회적 비난가능성이 인정되기 때문에 그 형을 가중하고자 하는 것이다(헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 판례집 14-1, 159, 161 참조).

나. 존속살해 실태

(1) 발생 추이

1986년에서 1994년 사이의 한 통계에 의하면, 존속살해는 연간 28건에서 50건 사이로 발생했고, 전체 살인범죄에서 차지하는 비율은 4.7%에서 7.5% 사이를 오갔으며, 뚜렷한 증감의 추세를 발견되지 않는다.²⁾

한편 경찰청 통계에 의하면, 1995년 26건의 존속살해가 발생한 이래 매년 40건 안팎의 사건이 발생하고 있으며, 2008년 44건, 2009년 58건, 2010년 66건으로 최근 증가세를 보였으나 전체 살인범죄도 계속 증가하고 있어, 전체 살인범 가운데 존속살해범이 차지하는 비율은 2008년 4%, 2009년 4.2%, 2010년 5.3%로 과거와 비슷한 수준을 유지하고 있다.

1) 이민규, 조선전기 형률에 대한 연구: 십악을 중심으로, 조선대학교 대학원 사학과 석사학위 논문, 1982, 제28-45면; 김준성, 형법상 존속살해죄에 있어서 효사상의 적용문제, 법학연구, 2011, 제120면 참조

2) 최인섭, 김지선, 존속범죄의 실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 제39면 참조.

한편, 1997년에서 2006년 사이의 친족 살인(존속 이외의 배우자, 비속 등 친족관계에 있는 자를 살해한 경우 포함)이 전체 살인에서 차지하는 비율은 19.3%(2006년)에서 27%(2005년) 사이로 나타나고, 역시 뚜렷한 증감의 추세를 발견되지 않는다.

(2) 가해자와 피해자의 관계

1986년에서 1994년 사이 84건의 표본조사에 의하면, 피해자가 가해자의 직계존속인 경우가 83.4%, 배우자의 직계존속인 경우가 16.6%로 나타났고, 구체적으로는 실부가 41.7%, 실모가 29.8%, 계모가 2.4%, 조부가 1.2%, 조모가 8.3%, 처의 부가 6%. 처의 모가 7.2%, 시모가 3.6%로 나타났다.³⁾ 한편 피해자가 가해자의 직계존속인 경우 가족들이 가해자의 처벌을 원치 않는 경우가 69.5%로 높게 나타났으나, 피해자가 가해자의 배우자의 직계존속인 경우에는 반대로 가해자의 처벌을 원하는 경우가 92.3%로 높게 나타났다.⁴⁾

(3) 범행이유 내지 가해자의 특성

이에 관한 연구결과들은 일치하는 결과를 보이고 있지 않으나, 간략히 살펴보면 다음과 같다. ① 1986년에서 1994년 사이 84건의 표본조사에 의하면, 존속살해의 범행이유는 가해자의 정신이상(36.9%), 피해자의 (가해자 또는 다른 가족 구성원에 대한) 학대가 26.2%, 고부갈등 등 가정불화가 10.9%, 무시나 차별 등으로 인한 모욕감이 7.1%, 상속 등 이익이 7.1%, 주취가 3.6%, 기타가 6%로 나타났다.⁵⁾ ② 한편 교도소에 수용중인 살인범 1000여명을 대상으로 한 2008년 연구에 의하면, 존속살인범은 알코올중독(8.5%)이나 우울증(6.4%), 정신분열(4.3%) 등 정신질환이 있는 경우가 그 밖의 살인범(알코올 중독 2.3%, 우울증 2.6%, 정신분열 0.6%)에 비하여 높은 비율로 나타났고, 성장기 학대(폭언, 폭행 등) 경험의 비율(44.4% 대 7.3%) 역시 높게 나타났으나, 심한 학대(목을 조르거나 흉기로 위협)의 비율은 거의 차이가 없는 것으로 나타났다.⁶⁾ ③ 그 밖에 2008년 1월부터 2009년 6월까지 발생한 존속살해 72건에 대한 분석에 의하면, 존속살해의 45.8%가 정신분열증 병력이 있는 자녀에 의해서 이루어졌고, 특히 2008년에는 55%가 정신분열증으로 치료중이거나 치료병력이 있었던 것으로 나타났다(일반살인의 경우 3%).⁷⁾

3) 위의 책, 제68면 참조

4) 위의 책, 제77-78면 참조

5) 위의 책, 제78-80면 참조

6) 강은영, 박형민, 살인범죄의 실태와 유형별 특성, 한국형사정책연구원, 2008, 제424-429면 참조

7) 정성국 등, 살인 사건 중 존속살해와 정신분열의 연관성 분석, 한국법과학회지,

4. 외국의 입법례 및 관련 사례

가. 과거 입법례

동서양을 불문하고 존속살해에 대한 무거운 처벌은 일반적이었던 것으로 보인다. 시기에 따라 차이는 있으나, 로마에서 존속살인 또는 근친(비속 등 포함)살인은 가장 가혹한 형벌 중 하나인 수장형(범인을 뱀과 원숭이와 수탉이 든 가죽부대에 담아 묶은 후 강에 던짐)에 처해졌다. 고대 중국에서도 부모를 살해한 자에게 가장 무거운 형벌을 부과하였다. 한편 존속살해에 관한 중벌규정은 1810년 프랑스 형법(나폴레옹 형법), 1871년 독일 형법 등 근대 유럽의 대륙법계 국가들의 형법에서도 계속하여 발견된다.⁸⁾

다만 영국, 미국 등 커먼로(Common Law)를 중심으로 발달하여 온 영미법계의 국가들에서는 과거부터 존속에 대한 범죄에 관한 가중처벌의 관념이 없었던 것으로 보인다.⁹⁾

나. 현재의 입법례

근대 이후 존속살해 중벌제도는 폐지되거나 완화되는 경향을 보였다. 독일은 1941년, 헝가리는 1961년, 오스트리아는 1974년 존속 살인 중벌규정을 폐지하였고,¹⁰⁾ 비교적 최근(1995년)에는 일본이 존속범죄에 대한 가중처벌 규정을 폐지한 바 있다. 현재 프랑스¹¹⁾, 이탈리아, 아르헨티나,

2009, 제88-93면 참조. 저자는 우리나라의 존속살인의 비율이 프랑스(2.8%), 미국(2%), 영국(1%) 등 외국보다 높은 것에는 특유의 끈끈한 가족 관계가 왜곡돼 환자들의 적개심과 공격성을 부추기고, 외국에 비해 정신분열증 환자를 가정에서 보살피는 사례가 많아 접촉이 잦고 비전문가인 부모와 환자의 스트레스가 가중되는 것이 한 요인이 된다고 보았다.

8) 大コンメンタル刑法, 第8卷, 青林書院, 제87면 참조

9) 주석 형법각칙(3), 2006, 제198-199면 참조

10) 그 밖에 노르웨이, 스위스, 덴마크, 브라질, 체코, 유고, 불가리아, 폴란드, 러시아 등의 경우 존속살인죄 규정이 없다. 각주 10)의 책 제88면 참조

11) 프랑스 형법 제221-1조는 고의로 사람을 살해하는 행위는 30년의 징역형에 처한다고 규정하는 한편, 제221-4조 제1항에서 '가중보통살인'이라 하여 대상자의 유형, 범죄 이유, 조직범죄 여부 등에 따라 일정한 살해의 경우 무기징역형에 처하도록 규정하고 있는데, 그 중 한 유형으로 피해자가 법률상 또는 사실상 직계존속이거나 양부 또는 양모인 때가 포함되어 있고, 15세 미만 미성년자나 배우자를 살

대만¹²⁾ 등의 국가에서 존속살해에 관한 규정을 두고 있는데, 이들 국가들은 대체로 존속뿐만 아니라 비속(또는 미성년자)이나 배우자를 살해한 경우에도 이를 가중처벌하는 규정을 두고 있다.¹³⁾

다. 일본 최고재판소의 판결

(1) 1907년에 제정된 일본 형법은 제199조에서 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다고 규정하는 한편, 제200조에서 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다고 규정하여 존속살해죄의 가중처벌 규정을 두었다.

(2) 위 존속살해죄 규정에 대하여, 1973년 일본 최고재판소는 재판관 14:1의 의견으로 위헌 판결을 하였다. 법정의견(8인 의견)은, 입법목적의 측면에서 봤을 때, 존속에 대한 존중과 보은은 사회생활상의 기본적 도의이고, 이러한 보편적 윤리의 유지가 형법상 보호되는 것은 합리적 근거가 있어 합헌적이나, 수단으로서의 형벌의 가중이 법률상 형의 집행유예를 불가능하게 하는 등 극단적이어서 위헌이라고 보았다. 한편 재판관 6인은 위 규정의 입법목적 자체가 위헌이라고 판단하였다. 위 규정이 일종의 신분제적 도덕의 견지에서 있어 개인의 존엄과 인격의 평등에 입각한 민주주의의 이념에 어긋난다거나, 존속과 비속간의 경애 등은 양자 간의 자연스러운 애정의 발로에 맡겨야 한다거나, 종래의 효의 관념을 벗어나지 않는 사고방식으로 개인의 존엄과 평등을 기저로 하는 헌법의 이념과 양립하지 않는다거나, 위 규정은 호주 중심의 옛 가족제도의 도덕관념을 배경으로 해서 존재한다는 등의 의견들이 그것이다. 이에 대하여 반대의견을 낸 1인의 재판관은 법정형이 지나치게 중한가 여부는 입법부의 판단을 존중하여야 한다는 입장을 표시하였다. 존속에 대한 경애, 보은을 중시하고 존속살해에 대한 형벌을 사형 또는

해하는 경우 역시 가중처벌된다(법무부, 프랑스 형법, 2008 참조).

12) 대만의 경우 1935년 형법 제정당시부터 존속살해에 대한 가중처벌 규정(제272조)을 두고 있는바, 보통살인죄는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에, 존속살해죄는 사형 또는 무기징역에 처하도록 규정하고 있다.

13) 박찬걸, 존속대상범죄의 가중처벌규정 폐지에 관한 연구, 형사정책연구 제21권 제2호, 제183면

무기징역으로 정한 것은 불합리하지 않고, 존속살해죄 규정은 입법목적이나 목적 달성을 위한 수단에 있어 모두 위헌이라고 할 수 없다는 것이다.¹⁴⁾ 이후 1995년 위 규정은 다른 존속범죄 가중처벌규정들과 함께 입법적으로 폐지되었다.

(3) 일본에서의 존속살해죄 가중처벌규정을 둘러싼 역사적 발전과정은 일본사회에서의 가족공동체사상의 붕괴, 유교사상에 대신하는 평등사상과 개인주의의 정착과정과 부합하는 것으로 평가되고 있다.¹⁵⁾

14) 最(大)判昭48·4·4(集27卷3号265頁). 이 판결은 1950년의 합헌결정[最(大)判昭25·10·25(集4卷10号2126頁)]을 변경한 것이다. 이 사건의 피고인은 29세로, 중학교 2학년 14세가 된 무렵부터 아버지에게 강간을 당하였고, 아버지와 사이에 5명의 자식을 두고 있었다. 피고인은 직장동료와의 결혼을 생각하게 되었으나, 그러한 고백을 들은 아버지가 피고인을 협박·학대하자, 이러한 상황에서 벗어나고자 아버지를 교살하고 자수하였다.

한편, 존속살해죄 규정이 위헌이라는 위 판결 이후, 일본 최고재판소는 법정형이 '무기 또는 3년 이상의 징역'인 존속상해치사죄 규정에 대하여는 그 합헌성을 긍정한 바 있다(日最判 昭和 49. 9. 26. 刑集 28券 329; 日最判 昭和 50. 11. 20. 判例時報 797號 153; 日最判 昭和 50. 11. 28. 判例時報 797號 156; 日最判 昭和 51. 2. 6. 刑集 30券 1 등).

15) 서보학 역, Keiichi Yamanaka, 일본에서의 존속살해에 관하여, 형사법연구 제16호, 2001, 제175면 이하 참조

5. 헌법재판소의 관련 선례

헌법재판소는, 존속상해치사의 가중처벌을 규정한 형법 조항에 대하여 재판관 전원일치의 의견으로 합헌 결정을 한 바 있다(헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 판례집 14-1, 159, 159-167). 그 요지는 다음과 같다.

『1. 비속의 직계존속에 대한 존경과 사랑은 봉건적 가족제도의 유산이라기 보다는 우리 사회윤리의 본질적 구성부분을 이루고 있는 가치질서로서, 특히 유교적 사상을 기반으로 전통적 문화를 계승·발전시켜 온 우리나라의 경우는 더욱 그러한 것이 현실인 이상, ‘비속’이라는 지위에 의한 가중처벌의 이유와 그 정도의 타당성 등에 비추어 그 차별적 취급에는 합리적 근거가 있으므로, 형법 제259조 제2항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반한다고 할 수 없다.

2. 존속상해치사죄와 같은 범죄행위가 헌법상 보호되는 사생활의 영역에 속한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 형법 제259조 제2항의 입법목적이 정당하고 그 형의 가중에 합리적 이유가 있으며 직계존속이 아닌 통상인에 대한 상해치사죄도 형사상 처벌되고 있는 이상, 그 가중처벌에 의하여 가족관계상 비속의 사생활이 왜곡된다거나 존속에 대한 효의 강요나 개인 윤리문제에의 개입 등 외부로부터 부당한 간섭이 있는 것이라고는 말할 수 없으므로, 형법 제259조 제2항은 헌법 제17조의 사생활의 자유를 침해하지 아니한다.

또한 위 가중처벌에 의하여 가족 개개인의 존엄성 및 양성의 평등이 훼손되거나 인간다운 생활을 보장받지 못하게 되리라는 사정은 찾아볼 수 없고, 오히려 폐륜적·반도덕적 행위의 가중처벌을 통하여 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리를 형법상 보호함으로써 개인의 존엄과 가치를 더욱 보장하고 이를 통하여 올바른 사회질서가 형성될 수 있다고 보아야 할 것이므로, 형법 제259조 제2항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법 제36조 제1항에 위배되거나 인간으로서의 존엄과 가치 또는 행복추구권도 침해하지 아니한다.』

6. 이 사건 법률조항의 평등원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은, 살인행위자가 피해자와의 관계에서 ‘직계 비속’이라는 지위에 있는 경우, 피해자에 대하여 그 밖의 관계(무관계 포함)에 있는 살인행위자에 비하여 (형의 하한이 높은) 중한 법정형을 규정하여 다르게 취급하고 있으므로 평등원칙 위반 여부가 문제되었다.

가. 심사기준

(1) 헌법재판소는, 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라고 보아(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바267, 공보 202, 925, 927) 이 사건 법률조항의 차별취급이 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하였다.

(2) 헌법재판소의 선례에 의하면, 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 된다. 즉 ① 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 ② 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

헌법재판소는 이 사건 결정에서, 존·비속이 사회적 신분에 해당하는지 여부를 명시하지는 아니하였으나, 이를 긍정한다고 하더라도, 헌법재판소는 친일반민족행위자의 후손이라는 사회적 신분에 기한 차별이 문제된 사건(2008헌바141)에서, 헌법 제11조 제1항 후문의 차별금지 사유는 예시적인 것이라 할 것이므로 특별히 이것을 절대적 차별취급 금지요구로서 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것이어서 엄격한 심사가 요청되는 ‘헌법에

서 특별히 평등을 요구하는 경우'라고 보기는 어렵다고 판단한 바 있고, 그 밖에 이 사건 법률조항이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우에 관한 것이라 보기 어렵다는 점, 이 사건 법률조항은, 구성요건 행위(살인)의 금지 및 처벌에 의문이 없는 상태에서 행위자와 피해자(대상자)의 관계를 이유로 법정형의 하한에 관한 차별취급('5년 이상의 징역'과 '7년 이상의 징역')을 규정한 것인바, 그로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 것이라 보기 어렵다는 점에서 헌법재판소가 이 사건 법률조항의 평등원칙 위반 여부에 관하여 완화된 심사기준을 적용한 것이라 이해될 수 있을 것이다.

나. 판단

(1) 법정의견의 판단

(가) 법정의견은, 존속살해의 범행은 오래 전부터 보편적 사회질서나 도덕원리, 나아가 인류에도 반하는 행위로 인식되어 왔고, 그 패륜성에 비추어 일반 살인죄에 비하여 고도의 사회적 비난을 받아야 할 이유가 충분하며, 1995년 이 사건 법률조항의 법정형이 종래의 '사형 또는 무기징역'에서 '사형, 무기 또는 7년 이상의 징역'으로 개정됨에 따라, 기존에 제기되었던 양형에 있어서의 구체적 불균형의 문제도 해소되었다고 보았다. 이에 이 사건 법률조항은 살인행위 가운데 특별히 비난가능성이 높다고 생각되는 패륜적 행위를 유형화하여 가중처벌하도록 한 것으로서, 그 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형성을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다는 결론에 달하였다.

(나) 법정의견의 위와 같은 논리는 앞서 살핀 관련 선례의 논리를 부분적으로 인용한 것이고, 또한 존속에 대한 고소를 금지한 형사소송법 조항의 위헌 여부가 문제되었던 사안(헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56)에서 헌법재판소의 법정의견(4인의 합헌의견)이 실시한 바와 같이 '우리사회의 존·비속 관계를 규율하는 법률이 효의 정신을 받아들이는 것은 당연하다'는 전제에서 있는 것으로 보인다. 2008헌바56 결정에서 헌법재판소는 "직계존속은, 계약으로 형성되는 여타의 사회적인 관계나 신분과는 달리 혈연과 혼인으로 이루어지

는 1차적인 관계로서, 합리성으로 대변되는 이해관계나 수지타산의 논리보다는 이해와 사랑 및 헌신이라는 질적으로 다른 가치로 유지되고 형성되는 집단이며, 이 영역에서는 법률의 역할보다 사회에 대한 버팀목으로서의 전통적 윤리의 역할이 더 강조되지 않을 수 없다. 법률은 불가피하게 도덕과 일정부분을 공유하는 것으로, 특히 우리 법의식의 근저에는 근대 서구에서 비롯한 개인주의적 윤리와, 공동체 및 혈연 중심의 유교적 윤리가 혼재되어 있는 형편이다. 직계존속은 비속에 대하여 정신적·육체적인 양육과 보호에 정성을 기울이고, 비속은 직계존속에 대하여 가족으로서의 책임분담과 존경과 보은의 의무를 가지는데, 이러한 존·비속 관계의 본질은 어느 사회나 마찬가지로 일 것이나, 그 관계의 규율에는 인류 공통의 보편적인 윤리와 더불어 그 나라와 사회가 선택하고 축적해 온 고유한 문화전통과 윤리의식이 강하게 작용할 수밖에 없다. …… 우리사회의 존·비속 관계를 규율하는 법률이 이러한 효의 정신을 받아들이는 것은 당연하다.”(헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1 상, 12, 20-21, 재판관 4인의 합헌의견)고 판단한 바 있다.

(다) 도덕적 가치는 도덕규범에 의하여 먼저 보호되어야 하고, 형법은 최후수단이 되어야 하며, 형법과 도덕규범을 동일시하거나, 형법의 도덕형성력을 지나치게 강조할 경우, 형법은 시민의 사생활을 재단하는 도구가 될 수 있고, 전체주의 사회로 이끄는 단초가 될 수 있다는 점, 현대 사회의 도덕적 다원주의와 형법에 의한 도덕의 강제는 부합하기 어려우며, 현대 사회에서 형법은 도덕적 문제에 대한 개입을 최소화하여 할 것이라는 비판적 견해들이 존재하고,¹⁶⁾ 또 형법이 도덕의 완전한 실현을 추구할 수는 없으며, 또 그렇게 해서도 안 될 것이라는 점도 분명하다. 그러나 형법이 보호해야 할 평화롭고 자유로운 공동생활질서의 중요한 부분을 이루는 사회적 기본윤리 질서를 외면해서는 아니된다는 점,¹⁷⁾ ‘효(孝)’사상 내지 존속에 대한 공경은 우

16) 배종대, 형법각론 제4판, 제76-77면; 강구진 형법강의 각론 I, 1983, 제34면; 조국, 존속살해죄의 전제와 근거에 대한 제검토, 2001년 국제형법학술대회 자료집 제 177-178면 참조

17) 김일수, 한국법에 나타난 효도법의 원형-특히 형법을 중심으로, 효학연구 제4호, 제49면 참조(김일수 교수는 ‘효’를 가정과 사회의 기본질서를 이루는 핵으로서 우리 전통문화와 사회윤리 내지 법의식의 본질적 구성부분으로 본다.) 유사한 견해로, 이수성 교수는, 형법은 정돈된 사회가 갖는 제 가치 질서에 대한 침해를 규정

리의 아름다운 전통 가운데 하나이고, 이를 장려하는 것 역시 우리의 법의식에 속한다는 점에서 법정외건의 실시가 이해될 수 있을 것이다.

(2) 재판관 이진성, 재판관 서기석의 반대의견의 판단

(가) 이 사건 결정의 반대의견은, 이 사건 법률조항은 여전히 봉건적 윤리관념에 그 근거를 두고 있고, 그 차별 목적은 존속과 비속 간의 지배복종관계에 기반한 권위주의적이고 가부장적인 가족질서를 유지하기 위한 것으로, 헌법이 보장하고자 하는 민주적인 가족관계 또는 가족제도와 조화될 수 없는 것이라고 보았다. 또 존속살해범죄 중에는 일반적인 살해범죄에 비하여 그 불법성이나 책임성이 높은 경우도 존재하지만, 오히려 그 반대인 경우도 존재함에도, 이 사건 법률조항은 그 범행동기 등도 전혀 감안하지 않고 일률적으로 형의 하한을 가중하는 방법을 택함으로써, 존속살해범죄에 대하여 일단 선고할 수 있는 형을 상향시키고 있을 뿐만 아니라, 일반적인 작량감경사유 외에 별도의 감경사유가 없는 이상 집행유예의 선고가 아예 불가능하도록 하고 있는바, 이는 도저히 합리성의 범주 내로 포섭하기 어렵다고 보아 이 사건 법률조항은 차별의 합리성이 인정되지 아니하여 평등원칙에 반한다고 판단하였다.

(나) 반대의견은, 직계존속을 살해하는 경우에는 양육이나 보호 여부, 애착관계의 형성 등 다른 사정은 전혀 묻지 아니하고 그 형식적 신분관계만으로 가중 처벌하도록 하고 있는 점, 즉 가해자와 피해자 사이에 직계존속과 직계비속이라는 법률상의 신분관계가 존재하는 경우, 살해에 이르게 된 동기, 과정, 가해자와 피해자 사이의 형식적 신분 관계 이외의 실질적 관계 등을 전혀 묻지 아니하고, 법정형의 하한을 가중함으로써 행위와 아무 관련성이 없는 형식적 신분관계라는 객관적 표지가 있는 경우 곧바로 책임의 추가

하는바, 도덕을 기초로 제정되며, 민족이 가지고 있는 사실 개념으로서의 전통에 바탕을 두고 도덕이 현실화, 구체화 된다고 본다(이수성, 형법적 도덕성의 한계에 관하여, 법학 제18권 제1호, 1977, 제106-113면 참조). 형법의 도덕형성력을 강조하고, 법과 도덕의 동화를 강조하는 이러한 입장은 영국의 데블린(Devlin) 판사가 제기한 바 있는 것으로, 그는 정치, 도덕, 윤리 등에 대한 공통된 관념 없이 사회는 존재하지 못하며, 공통된 도덕은 사회를 결속시키는 시멘트와 같고, 부도덕에 대한 입법에 대해서는 이론적 한계가 있을 수 없다고 주장한다(심헌섭, 법과 도덕의 관계, 법학 제18권 제1호, 1977, 제230-231면 참조).

적(가중적) 발생을 추정하는 것은 봉건적 윤리관념에 근거를 둔 것으로 볼 수밖에 없다는 취지로 이해된다.

반대의견은 특히 일반 살인죄가 적용되는 가족살인이나, 영아살해와 비교를 하고 있다.

일반 살인죄로 의율되는 배우자나 직계비속 등 가족 살인과 존속살해를 비교하면, 폐륜성으로 인한 비난가능성의 측면에서 어떠한 차이가 있다고 보기 어렵고, 보호와 교양(敎養)의 책임을 다하여야 할 존속이 미성년인 직계비속을 살해한 경우 오히려 높은 비난가능성이 인정될 여지가 있음에도 불구하고, 직계존속에 대한 살인만을 비난이 가중되는 행위유형으로 설정한 것은 ‘효(孝)’의 관념을 ‘충(忠)’의 관념과 연결지어 사회유지를 위한 절대적 가치로 여겨온 봉건질서에 비롯된 것이라고 보는 외에 달리 설명이 어렵다고 본 것이다. 또한 우리 형법 제251조는 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만중 또는 분만 직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처하도록 하고 있는데, 이 때의 직계존속은 사실상의 직계 존속으로서 산모에 국한되지 않는다는 것이 다수설이다. 직계존속이 스스로를 보호할 능력이 전혀 없는 영아인 직계비속을 살해한 경우 ‘치욕을 은폐’하기 위하여나 ‘양육할 수 없음을 예상’하거나 ‘특히 참작할 만한 동기’가 있는 때와 같이 생명 파괴의 명분으로 인정하기 미약하다고 인정되는 사유만으로도 그 신분관계가 책임을 감경하는 이유가 되는 반면, 직계비속이 직계존속을 살해한 경우는 그 동기가 어떠한 그 신분관계로 인하여 책임이 가중된다. 영아살해죄가 신체적으로나 감정적으로나 불안정한 상태에 있는 산모를 염두에 두고 만들어진 조항임을 감안하더라도, 산모 이외의 직계존속에 대하여 영아살해죄 규정이 적용되는 이상 이와 같은 불균형을 합리화할 이유를 찾기 어렵다는 것이다.

나아가 반대의견의 지적과 같이 상당수의 존속살해는 가해자의 정신분열이나 피해자인 존속의 (가해자 또는 그 밖의 가족에 대한) 학대 등에서 유발되고 있어 언제나 일반적인 살인에 비하여 행위반가치가 높다고 단언하기 어려움에도 불구하고, 모든 존속살해범죄를 ‘폐륜’이라는 도덕적·윤리적 잣대를 가지고 재단하여 가중된 책임을 추정하는 것은 현실에 맞지 아니한다

는 점 역시 이 사건 법률조항의 합리성을 부인하는 주요 근거가 되었다. 고 보인다.

7. 결정의 의의

존속살해죄에 대한 가중처벌을 둘러싼 논란은, 가정폭력 피해자인 비속의 존속살해가 문제된 사건¹⁸⁾ 등에서 지속적으로 나타난 바 있다. 한편 2011년 법무부 형사법개정특별위원회에서는 이 사건 법률조항의 삭제에 의견이 모아졌으나, 유림단체, 종교지도자 등의 반발을 비롯한 부정적 여론의 대두로 실제 개정으로 이어지지 아니하였다.

이 결정으로 이 사건 법률조항의 합헌성이 인정되었으나, 가족윤리의 변화와 형법의 관계, 법과 도덕의 관계에 관한 여러 논의가 있을 것으로 기대 되고, 또한 가정폭력 피해자의 비대결상황(non-confrontation cases)에서의 반격행위에 대한 위법성 내지 책임조각의 문제에 대한 형사법적 논의, 이 사건 법률조항의 입법적 개선에 관한 논의는 계속될 것으로 보인다.

18) 대법원은, ‘피고인이 약 12살 때부터 의붓아버지인 피해자의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 이 사건 범행 무렵까지 피해자와의 성관계를 강요받아왔고, 그 밖에 피해자로부터 행동의 자유를 간섭받아 왔으며, 또한 그러한 침해행위가 그 후에도 반복하여 계속될 염려가 있었다면, 이 사건 범행당시 피고인의 신체나 자유등에 대한 현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니나, 피고인들이 사전에 공모하여 범행을 준비하고, 술에 취하여 잠들어 있는 피해자의 양팔을 눌러 꼼짝 못하게 한 후 피해자를 깨워 피해자가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 피해자의 심장을 찔러 살해한다는 것은, 당시의 상황에 비추어도 사회통념상 상당성을 인정하기가 어렵다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결)’고 본 바 있다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제3조 제1항 위헌소원

- 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 것이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌바320, 판례집 25-2상, 212)

이 건 석*

【판시사항】

1. 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제3조 제1항 중 “형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제3조 제1항 중 ‘형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.’는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항(아래 밑줄 그은 부

* 헌법연구관

분)은 아래와 같다.

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것)

제3조(특수강도강간 등) ① 「형법」 제319조 제1항(주거침입), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도) 또는 제342조(미수범. 다만, 제330조 및 제331조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제297조(강간)부터 제299조(준강간, 준강제추행)까지의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2011. 12. 28. 대전지방법원에서 2011. 6. 13.부터 2011. 7. 24.까지 4회에 걸쳐 피해자들의 집에 침입하여 피해자들을 강제로 추행하고, 2011. 7. 9. 칼로 피해자의 반항을 억압한 후 강제로 추행하는 등 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(주거침입강간등)죄 등의 범죄사실로 징역 6년, 정보공개 및 고지 10년, 위치추적 전자장치 부착 10년을 선고받고[대전지방법원 2011고합390, 2011전고38(병합)], 항소한 후 그 항소심[대전고등법원 2012노11, 2012전노1(병합)] 계속 중 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제3조 제1항이 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청신청을 하였으나(대전고등법원 2012초기1), 2012. 4. 18. 위 신청이 기각되자 2012. 5. 4. 국선대리인 선임신청(2012헌사411)을 거쳐 2012. 8. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

가. 이 사건 법률조항은 주거침입강제추행죄를 ‘무기징역 또는 5년 이상의 징역’으로 처벌함으로써 범죄의 실태와 죄질의 경중, 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 지나치게 과중한 법정형을 규정하여 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

나. 이 사건 법률조항은 행위태양과 법익침해의 정도가 현저히 차이가 있

는 주거침입강간죄와 주거침입강제추행죄를 구별하지 않고 동일한 법정형으로 처벌하는 한편, 주거침입강간죄의 미수범이 주거침입강제추행죄의 기수범보다 가벼운 형으로 처벌받을 수 있어 형벌체계상의 정당성과 균형성을 상실하고 있으므로 평등원칙에 위반된다.

【결정요지】

1. 강제추행죄의 피해자들은 심각한 정신적·정서적 장애를 경험할 수 있고, 그 후유증으로 장기간 사회생활에 큰 지장을 받을 수 있는데, 사생활의 중심으로 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있어 개인의 생명, 신체, 재산의 안전은 물론 인간 행복의 최소한의 조건이자 개인의 사적 영역으로서 보장되어야 하는 주거에서 강제추행을 당한다면 그로 인한 피해는 보다 심각할 수 있다. 더구나 이러한 범행이 배우자 또는 가족이 목격하는 가운데 행해진 경우에는 단순히 피해자의 성적 자기결정권의 침해를 넘어 생활의 기초단위인 한 가정을 철저히 파괴하는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 입법자가 이러한 중대한 법익 침해자에 대해 특별형법인 성폭력처벌법에 ‘주거침입강제추행죄’라는 구성요건을 별도로 신설한 것은 필요하고도 바람직한 입법조치라 할 것이다. 이 사건 법률조항의 법정형은 무기징역 또는 5년 이상의 징역이므로 행위자에게 정상을 참작할 만한 특별한 사정이 있는 때에는 법관은 작량감경을 통하여 얼마든지 집행유예를 선고할 수 있고, 그 불법의 중대성에 비추어 볼 때 법정형에 벌금을 규정하지 않은 것이 불합리하다고 할 수도 없다. 그러므로 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 아니한다.

2. 강제추행은 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 형법 제297조의2에 정한 구강성교(口腔性交) 등 유사강간에 해당하지 않는 통상적인 추행행위를 한 경우라 할지라도 구체적인 사안에 따라서는 그 행위태양이나 불법의 정도, 행위자의 죄질에 비추어 강간이나 유사강간을 한 경우보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있을 수 있다. 입법자는 형법전에 강제추행죄, 유사강간죄, 그리고 강간죄의 법

정형을 각각 달리 정하였으나, 형법전의 위와 같은 기본 범죄(강제추행, 유사강간, 강간)에 다른 행위요소(주거침입)가 더하여진 새로운 유형의 결합범 구성요건을 특별형법에 신설하는 경우에는 형법전의 평가가 반드시 그대로 적용된다고 볼 수 없고, 더하여지는 행위요소가 무엇이냐에 따라 새로운 평가를 할 수도 있는 것인데, 입법자는 강제추행에 주거침입이라는 다른 행위요소가 더해지면 강제추행의 경우도 주거침입 강간이나 유사강간에 비하여 그 보호법익이나 불법의 정도, 비난가능성 등에 있어 별다른 차이가 없다고 보고 그 법정형을 동일하게 정한 것이다. 또한 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있으면 법정형이 내포하고 있는 약간의 위헌성은 극복될 수 있는 것이므로, 만약 구체적인 사건에서 주거침입강제추행죄와 주거침입강간죄에 대한 법정형이 동일한 결과 형량에 있어 불합리성이 나타난다면, 이는 법관이 구체적인 양형을 통하여 시정하면 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 현저히 형벌체계상의 정당성이나 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원의 반대의견

1. 주거침입강제추행죄는 주거침입죄의 가중적인 구성요건이 아니라 강제추행죄의 가중적 구성요건이므로 그 본질은 강제추행에 있고, 형법상 강제추행행위로 인정되는 행위유형은 그 범위가 매우 넓어서, 강간에 못지않은 불법성을 지닌 행위(항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위)도 포함되지만, 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 경우도 포함된다. 입법자는 이를 반영하여 성폭력처벌법 제4조 내지 제7조에서는 강간과 강제추행을 구별하여 강제추행의 법정형을 강간보다 낮게 규정하고 있고, 더 나아가 제6조, 제7조에서는 강간에 못지않은 강제추행행위와 그렇지 않은 강제추행행위를 구별하여 후자의 경우에는 전자보다 법정형의 하한을 낮게 규정하고 있다. 또한, 입법자는 2012. 12. 18. 법률 제 11574호로 형법 제297조의2(유사강간)를 신설하여 ‘구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는

제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위' 등 강간에 못지않은 불법성을 지닌 강제추행행위와 그렇지 않은 강제추행행위를 구별하여 법정형을 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 일반적인 주거침입강제추행죄뿐만 아니라 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 유형의 주거침입강제추행죄에 대하여도 강간과 동일하게 법정형을 정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 행위 이외의 강제추행행위에도 적용되는 것은 각 행위의 개별성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 있어야 하는 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

2. 일반법인 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현하고 있다고 보아야 하고, 이러한 가치판단은 특별한 사정변경이 없는 한 존중되어야 한다. 입법자는 형법에서 강제추행죄의 법정형을 강간죄보다 낮게 규정하고 있음에 반하여, 이 사건 법률조항은 강제추행죄와 강간죄가 단지 주거침입과 결합되었다는 이유만으로 주거침입강제추행죄와 주거침입강간죄에 대하여 동일한 법정형을 규정하면서, 법정형을 매우 높게 규정하고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 행위 이외의 강제추행행위에도 적용되는 것은 법정형을 정함에 있어서 '평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게'라는 실질적 평등원칙에 어긋나고, 형벌체계상 균형을 잃었다고 하지 않을 수 없다.

[해 설]

1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 먼저 심판대상을 확장할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 결정문상 언급되지는 않았으나, 성폭력처벌법 제3조 제1항이 2012. 12. 18. 개정되었고 이 사건 심판대상(성폭력처벌법 제3조 제1항 중 주거침입 및 강제추행 관련 부분)과 관련된 부분은 문구상 변함이 없어 개정법 조항까지 심판대상으로 확장할 수 있는지 검토될 필요가 있다.

본안 판단에 있어서는 이 사건 법률조항이 주거침입강제추행죄의 법정형

을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 것이 책임과 형벌 간의 비례원칙 내지 평등원칙에 위반되는지 여부가 쟁점이 된다. 이와 관련하여 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 구법 조항을 다룬 선례를 살펴보고, 이후 형법상에 유사강간죄가 신설된 사정 등이 선례에서의 판단에 미치는 영향이 어떠한지 여부가 특히 문제된다.

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

2. 심판대상의 확장 여부

이 사건 심판대상 관련 조항인 구 성폭력처벌법 제3조 제1항이 2012. 12. 18. 개정되었으나,¹⁾ 이 사건 심판대상(성폭력처벌법 제3조 제1항 중 주거침입 및 강제추행 관련 부분)과 관련된 부분은 문구상 변함이 없고, 이 사건 심판대상과 개정 ‘성폭력처벌법 제3조 제1항 중 주거침입 및 강제추행 관련 부분’은 위헌 여부에 대하여 결론을 같이 할 것이므로 심판대상을 확장하자는 의견도 있을 수 있다.

그러나 개정 ‘성폭력처벌법 제3조 제1항 중 주거침입 및 강제추행 부분’은 이 사건 법률조항과 그 문언에 있어 변함은 없으나, 종래 ‘강제추행’에 해당하는 다양한 행위 태양 중 개정 형법상의 ‘유사강간’에 해당하는 부분이 제외됨으로써 ‘강제추행’의 실질적 내용에는 상당한 차이가 발생하였다. 또한 개정법에 대한 심판대상 확장을 인정한 선례들은(헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌가22, 판례집 21-1상, 337 등), 먼저 원래의 심판대상인 구법 조항의 위헌성을 확인하고 그것과 실질적인 차이가 없는 개정법 조항까지 심판대상을 확장한 경우인데 반해, 이 사건 법률조항의 경우 이와 반대로 개정법 조항에 신설된 ‘유사강간’에 착안하여 그 위헌성을 인정하고 이를 오히려 구법 조항에 확장하는 논리 구조를 취하는 것으로 볼 여지가 있어 문제된다.

1) 개정 성폭력처벌법 제3조(특수강도강간 등) ① 형법 제319조 제1항(주거침입) 의 죄를 범한 사람이 같은 법 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행) 및 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다(2013. 6. 19. 시행, 제297조의2추가)

이에 대하여 합헌의견은 물론 반대의견에서도 심판대상의 확장을 언급하지는 아니하였다. 만일 심판대상을 확장한다면 반대의견에서는 개정법 조항의 경우 구강성교 등 유사강간이 강제추행에서 제외됨으로써 구법 조항과 달리 전부위헌의견이 가능했을 것이다.

3. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 선례 검토

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

이 사건 법률조항은 1994. 1. 5. 법률 제4702호로 제정된 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(이하 ‘성폭법’이라 한다) 제5조 제1항에서 유래한다. 성폭법은 점차 흉포화·집단화·지능화·저연령화되는 성폭력범죄에 대한 대책으로 성폭력범죄의 처벌규정을 신설 또는 강화하고 성폭력범죄의 수사·재판 등 사법처리절차의 특례를 규정하였다.

제정 당시 성폭법 제5조 제1항은 야간주거침입절도·특수절도죄를 범한 자가 강간 등의 죄를 범한 때 ‘사형·무기 또는 5년 이상의 징역’에 처한다고 규정하였다가, 1997. 8. 22. 법률 제5343호 개정시 야간주거침입절도 등의 미수범에 의한 강간과 주거침입강간을 추가하는 대신 사형을 삭제하였다.

이후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례와 성폭력범죄의 피해자 보호 등에 관한 사항을 함께 규정하고 있던 성폭법은 성폭력범죄의 처벌에 관하여는 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정된 성폭력처벌법이 규율하고, 피해자 보호 관련 조항은 ‘성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’로 흡수되었다.

성폭력처벌법 제3조 제1항은 구 성폭법 제5조 제1항을 그대로 계승하여 현재까지 유지되고 있다.²⁾

나. 선례 검토

헌법재판소는 2006. 12. 28. 2005헌바85 결정에서 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정되고,

2) 2012. 12. 18. 법률 제11556호 개정시 ‘제297조(강간)부터 제299조(준강간, 준강제추행)까지의 죄’ 부분이 형법 개정으로 신설된 제297조의2(유사강간)를 반영하여 ‘제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행) 및 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄’로 변경되었다(2013. 6. 19. 시행).

2010. 4. 15. 법률 제10261호로 폐지되기 전의 것) 제5조 제1항 중 “형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 자가 동법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다”는 부분(이 사건 법률조항과 내용이 동일)에 대하여 합헌 결정을 하였고, 그 결정요지는 다음과 같다.

강제추행죄의 피해자들은 심각한 정신적, 정서적 장애를 경험할 수도 있고, 그 후유증으로 장기간 사회생활에 큰 지장을 받을 수 있는데, 사생활의 중심이고 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있어 개인의 생명, 신체, 재산의 안전은 물론 인간 행복의 최소한의 조건으로서 개인의 사적 공간으로서 보장되어야 하는 주거에서 강제추행을 당한다면 그로 인한 피해는 보다 심각할 수 있다. 나아가 이러한 범행이 배우자 또는 가족이 목격하는 가운데 행해진 경우에는 피해자 개인에 대한 침해를 넘어 생활의 기초단위로서 한 가정을 파괴하는 결과에까지 이르게 될 수 있다. 입법자가 이러한 범익침해자에게 그 불법에 상응하는 책임을 묻고 그와 같은 범죄를 예방하고 근절하기 위한 형사정책의 고려를 더하여 주거침입죄와 강제추행죄를 결합범으로 가중처벌 하도록 특별법에서 주거침입강제추행죄의 구성요건을 신설한 것은 필요하고도 바람직한 것이라고 할 수 있다. 또한, 그 보호법익의 중요성, 죄질, 행위자 책임의 정도 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등 여러 요소를 고려하여 본다면, 형법상 강제추행죄의 법정형을 가중하여 무기 또는 5년 이상의 징역형이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것에는 나름대로 수긍할만한 합리적인 이유가 있다.

강제추행이란 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간의 경우에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 성기에 이물질을 삽입하여 성적 쾌감을 얻는 가학적인 행위(Sadistic Rape), 항문성교(肛門性交), 구강성교(口腔性交) 등 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우도 얼마든지 있을 수 있고, 통상적인 추행행위라고 하더라도 범행의 동기와 범행당시의 정황 및 보호법익에 대한 침해의 정도 등을 고려할 때 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있어 강간과 강제추행을 구분하여 강간에 비해 강제추행을 가볍게 처벌하는 것은 구체적인 경우에 있어 오히려 불균형적인 처벌결

과를 가져올 염려가 있다. 따라서, 주거에 침입하여 피해자를 강제추행한 경우에 대한 비난가능성의 정도가 피해자를 강간한 경우에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수는 없고 오히려 구체적인 추행행위의 태양에 따라서는 강간의 경우보다도 더 무거운 처벌을 하여야 할 필요도 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 양 죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수는 없다.

입법자가 법정형을 정할 때는 행위유형들을 일정하게 범주화할 수밖에 없고, 그렇게 유형화한 법정형이 그 범죄행위의 다양한 불법성 정도의 분포범위에 적절히 대응되는 것이면 합리성이 있다. 불법성이 다른 행위들을 범주화함으로써 구체적인 경우에 문제점이 발생할 수 있으나 이 사건 법률조항은 법관에게 행위자의 특별한 사정을 고려하여 작량감경을 통하여 집행유예를 선고할 수 있도록 함으로써 그러한 문제점을 극복하고 있다.

재판관 목영준의 별개의견

가. 형법에 규정되어 구체적인 법정형으로 표현되고 있는 가치판단은 특별한 사정변경이 없는 한 존중되어야 한다. 우리 입법자가 형법상 강간죄의 법정형을 강제추행죄의 법정형보다 현저히 높게 설정한 것은 강간죄의 불법 정도와 비난가능성이 강제추행죄의 그것보다 훨씬 크고 높다는 전제에 선 것이다. 그런데, 이 사건 법률조항은 주거침입죄와 결합되었다는 이유 이외에 특별한 사정변경 없이 죄질이 다른 주거침입강간죄와 주거침입강제추행죄에 대하여 동일한 법정형을 규정하고 있으므로, 실질적 평등원칙에 어긋나고 형벌체계상의 균형을 잃은 입법형태라는 점을 부인할 수 없다.

나. 그러나, 주거침입에 따른 성범죄의 위험성과 죄질, 그 보호법익의 중대성 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등을 고려하여 볼 때, 입법자가 특별법으로 주거침입강제추행죄의 구성요건을 신설하고, ‘무기 또는 5년 이상의 징역형’의 법정형을 정한 것에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다. 또한 법관이 특별히 고려해야 할 양형조건이 있다면 작량감경을 통해 집행유예를 선고할 수 있으므로, 법관의 양형선택권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없다.

재판관 주선희, 재판관 조대현의 반대의견

가. 입법자는 형법 제297조(강간), 제298조(강제추행)에서 그 죄질과 보호 법익 등 여러 가지 요소를 종합하여 그 법정형을 강간은 3년 이상의 유기징역, 강제추행은 10년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금으로 각 규정하였다. 이는 강간도 넓은 의미에서는 강제추행의 한 유형이라고 할 수 있으나, 추행행위에서 더 나아가 간음으로까지 이어진 경우에는 성적 자기결정권의 현저한 침해로서 입법자는 이에 대해 그 불법의 정도와 비난가능성이 강제추행보다 훨씬 크다고 보아 중하게 처벌하고 있는 것이다. 그런데 위와 같은 평가에 기초하여 만든 형법에 대해 입법자가 그 평가기준을 변경한 사실이 있거나 다수의견이 지적하고 있는 것처럼 불법의 내용에 따라 강제추행의 구성요건을 세분하여 유형화한 사실이 없음에도, 주거침입과 결합된 강간과 주거침입과 결합된 강제추행의 죄질을 동일하게 평가하여 취급하고 있다. 주거침입강제추행죄는 주거침입의 가중적인 구성요건이 아니라 강제추행죄의 가중적 구성요건이므로 그 본질은 여전히 강제추행 부분에 있고, 주거침입강간죄도 그 본질이 강간에 있으므로, 강간이나 강제추행에 대한 입법자의 평가는 여기에서도 그대로 유지되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 주거침입과 결합되었다는 이유만으로 경중이 다른 양자를 함께 취급하여 같은 법정형으로 다스리고 있다.

나. 다수의견은 “통상적인 추행행위”라는 원칙적인 사례를 기준으로 주거침입강제추행죄의 성격을 파악하기보다는 예외적이거나 비전형적인 유형을 기준으로 하여 본죄를 파악하고 있는 것이고, 예외적이거나 비전형적인 다른 행위자의 불법내용을 통상적인 범죄유형에서의 행위자의 책임으로 의제하는 것은 어떠한 목적을 위해서도 정당화될 수 없다. 범죄행위의 유형이 아주 다양한 경우 그 다양한 행위 중에서 특히 죄질이 흉악한 범죄를 무겁게 처벌해야 하지만, 다양한 행위 유형을 하나의 구성요건으로 포섭하면서 법정형의 하한을 무겁게 책정하여 죄질이 가벼운 행위까지를 모두 엄히 처벌하는 것은 책임주의에 반한다.

다. 이 사건 법률조항은 법정형의 하한을 5년 이상의 징역형으로 정하고 있어 각 행위자의 개별성에 맞추어 형을 선고함에는 한계가 있고, 주거침입

강간죄의 미수범과 상대적으로 책임이 가볍다고 할 수 있는 주거침입강제추행죄의 기수범 사이에 처벌상의 불균형이 초래되므로, 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 있어야 하는 형벌 개별화의 원칙을 구현함에 미흡하다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 법정형의 내용에 대한 입법형성권의 범위와 한계

(1) 이에 대하여 법정의견은 다음과 같이 법정형의 종류와 범위의 선택은 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야로 보았다.

『(가) 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등원칙 및 비례원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책 당부의 문제이고, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다.

(나) 그리고 형법규정의 법정형만으로는 어떤 범죄행위를 예방하고 척결하기에 미흡하다는 입법정책적 고려에 따라 이를 가중처벌하기 위하여 특별형법법규를 제정한 경우에는 단순히 형법규정의 법정형만을 기준으로 하여 그 특별형법법규의 법정형의 과중 여부를 쉽사리 논단해서도 안 될 것이다.』

(2) 이러한 법정의견에 대하여 반대의견은 형벌 선택에 관한 입법형성권의 한계를 언급하면서 형벌개별화의 원칙을 강조하고 있다.

『형벌에 대한 법정형의 종류와 범위가 입법재량에 속한다고 하더라도 무제한한 것이 될 수 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 즉

법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형벌의 경우도 마찬가지여서 중벌(重罰)주의로 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.』

나. 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는지 여부

(1) 법정형은 2005헌바85 선례와 유사한 취지에서 이 사건 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『(가) 주거침입강제추행되는 사람의 주거 등에 침입한 자가 피해자를 강제추행한 경우에 성립하는 것으로 주거침입죄(형법 제319조 제1항)와 강제추행죄(형법 제298조)의 결합범이다. 강제추행죄는 성적 자기결정권을 보호법익으로 하고 있는데, 성적 자기결정권은 개인적 인격과 불가분적으로 연결되어 있어 피해자들은 심각한 정신적·정서적 장애를 경험할 수도 있고, 그 후유증으로 장기간 사회생활에 큰 지장을 받을 수 있다. 한편, 주거침입죄는 주거의 평온과 안전을 보호법익으로 하고 있고, 주거 또한 사생활의 중심으로 개인의 인격과 불가분적으로 연결되어 있으므로 그 불가침이 보장되지 않고서는 개인의 생명, 신체, 재산의 안전은 물론 나아가 인간 행복의 최소한의 조건인 개인의 사적 영역이 지켜질 수 없다. 그런데 이러한 주거에서 성적 자기결정권이 침해당한다면 그로 인한 피해는 보다 심각할 수 있다. 더구나 이러한 범행이 배우자 또는 가족이 목격하는 가운데 행해진 경우에는

단순히 피해자의 성적 자기결정권의 침해를 넘어 생활의 기초단위인 한 가정을 철저히 파괴하는 결과를 초래할 수도 있다.

(나) 입법자는 이러한 중대한 법익 침해자를 단순히 형법상의 주거침입죄와 강제추행죄의 경합범으로 처벌하여서는 이와 같은 범죄를 예방하고 척결하기에 미흡하므로 결합범으로서 더 무겁게 처벌함으로써 그 범행행위에 상응하는 책임을 묻고 이러한 범죄를 예방하고 근절하겠다는 형사정책적 고려에 따라, 특별형법인 성폭력처벌법에 ‘주거침입강제추행죄’라는 새로운 범죄의 구성요건을 별도로 신설한 것이고, 이는 필요하고도 바람직한 입법조치라 할 것이다.

또한 앞서 본 주거침입강제추행죄의 보호법익의 중요성, 죄질, 행위자 책임의 정도 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등 여러 요소를 고려하여 본다면, 입법자가 형법상 강제추행죄의 법정형보다 무거운 ‘무기징역 또는 5년 이상의 징역’이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것에는 나름대로 수긍할 만한 합리적인 이유가 있는 것이고, 그것이 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하다고 할 수 없다.

(다) 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞은 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 법정형은 과도하게 넓지 않은 범위에서 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하다. 하지만 입법자가 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 법률 그 자체로써 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없다.

그런데 이 사건 법률조항의 법정형은 무기징역 또는 5년 이상의 징역이므로 행위자에게 그 불법의 정도나 행위태양에 비추어 정상을 참작할 만한 특별한 사정이 있는 때에는 법관은 작량감경을 통하여 얼마든지 집행유예를 선고할 수 있다. 물론 벌금형을 선고할 수는 없지만, 앞서 본 주거침입강제추행죄가 지니는 불법의 중대성에 비추어 볼 때 법정형에 벌금을 규정하지 않은 것이 불합리하다고 할 수도 없다.

(라) 따라서 이 사건 법률조항의 법정형이 형벌 본래의 목적과 기능을 달

성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 지나치게 과중한 것이라고 보기는 어려우므로, 이 사건 법률조항은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 아니한다.』

(2) 반대의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 각 행위의 개별성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 있어야 하는 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다고 보았다.

『(가) 형사법상 책임원칙은 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 사이에 비례성을 갖추어야 하고, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안 된다는 것을 의미한다. 형사법상 범죄행위의 유형이 다양한 경우에는 그 다양한 행위 중에서 특히 죄질이 흉악한 범죄를 무겁게 처벌해야 한다는 것은 책임주의의 원칙상 당연히 요청되지만, 그 다양한 행위 유형을 하나의 구성요건으로 포섭하면서 법정형의 하한을 무겁게 책정하여 죄질이 가벼운 행위까지를 모두 엄히 처벌하는 것은 책임주의에 반한다.

(나) 이 사건 주거침입강제추행죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄가 결합된 범죄로서, 주거침입죄의 가중적인 구성요건이 아니라 강제추행죄의 가중적 구성요건이므로 그 본질은 강제추행에 있다. 형법상 강제추행행위로 인정되는 행위유형은 그 범위가 매우 넓어서, 강간에 못지않은 불법성을 지닌 행위(항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위)도 포함되지만, 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 경우도 포함된다. 입법자는 형법 제298조(강제추행)에서 징역형(10년 이하의 징역) 외에 벌금형(1,500만 원 이하의 벌금)을 규정하여 벌금형에 처하는 것으로 충분한 비교적 경미한 유형의 강제추행행위도 예정하고 있다.

그 본질이 강제추행에 있는 주거침입강제추행죄도 형법상 강제추행죄와 같이 다양한 행위유형을 포함하고 있고, 그 경중의 폭이 넓으므로 형사상의 책임주의 원칙상 그에 대한 법정형의 폭도 넓게 하여 법관이 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고할 수 있도록 설정되어야 한다. 그러나 이 사건 주

거침입강제추행죄는 주거침입강간죄와 같이 그 법정형의 하한을 5년 이상의 징역으로 정하고 있어 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 유형의 강제추행행위에 대해서도 주거침입의 기회에 행해진 경우에는 강간과 같은 법정형으로 처벌하게 되어 책임원칙에 반하는 결과가 발생한다. 법관이 작량감정을 통하여 불법의 정도에 따라 행위자에 대한 특별한 사정을 고려하여 집행유예를 선고할 수 있다고 하여도 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고함에는 한계가 있을 수밖에 없다.

(다) 주거침입강제추행죄에 있어 강간에 못지않은 강제추행행위와 그렇지 않은 강제추행행위를 구별하여 후자의 경우에는 전자보다 법정형의 하한을 낮게 규정하거나 강제추행행위의 유형에 대한 구분 없이 주거침입강제추행죄 자체에 대한 법정형의 하한을 주거침입강간죄보다 낮게 규정하여 법정형의 범위를 넓게 정함으로써 법관으로 하여금 그 범위 내에서 각 행위에 상응하는 형벌을 선택할 수 있도록 하여 책임원칙에 합당한 형사처벌이 이루어지도록 규율하는 것도 가능하다.

실제로 입법자는 이와 같은 책임원칙의 반영으로, 성폭력처벌법 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) 제2항에서 13세 미만의 사람에게 대하여 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 강제추행행위를 한 자는 7년 이상의 징역에 처하도록 규정하면서 같은 조 제3항에서 그 이외의 강제추행행위를 한 자는 5년 이상의 징역 또는 3,000만 원 이상 5,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 성폭력처벌법 제6조(장애인에 대한 강간, 강제추행 등)에서도 유사한 방식으로 법정형을 달리 규정하고 있으며, 성폭력처벌법 제4조(특수강간 등), 제5조(친족관계에 의한 강간 등)에서는 강간에 못지 않은 강제추행행위와 그렇지 않은 강제추행행위를 구별하여 법정형을 규정하지는 않으나 강간과 강제추행을 구별하여 강제추행의 법정형을 강간보다 낮게 규정하고 있다. 즉 성폭력처벌법 제4조에서 강간의 경우는 5년 이상의 징역, 강제추행의 경우는 3년 이상의 징역에 처하도록 하고, 같은 법 제5조에서 강간의 경우는 7년 이상의 징역, 강제추행의 경우는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다.

또한, 입법자는 2012. 12. 18. 법률 제11574호로 제297조의2(유사강간)를

신설하여 ‘구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위’ 등 강간에 못지않은 강제추행행위를 한 사람을 2년 이상의 징역에 처하도록 규정하여 강간에 못지않은 불법성을 지닌 강제추행행위와 그렇지 않은 강제추행행위를 구별하여 법정형을 규정함으로써 행위의 개별성에 맞추어 형이 선고되도록 하고 있다.

(라) 한편, 2010. 4. 15. 법률 제10259호로 형법 제42조(징역 또는 금고의 기간)가 개정되어 징역형의 상한이 15년 이하에서 30년 이하(가중의 경우는 50년 이하)로 상향됨으로써 형법상의 강간죄의 법정형의 상한도 15년 이하의 징역에서 30년 이하의 징역으로 상향되었음에 비해 형법상 강제추행죄의 법정형의 상한은 종래와 동일하게 10년 이하의 징역으로 되어 있어 양 죄의 법정형 상한의 범위가 종래 5년에서 20년으로 큰 차이를 갖게 되어 형벌 개별화의 요청이 더욱 더 높아졌다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 일반적인 주거침입강제추행죄뿐만 아니라 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 유형의 주거침입강제추행죄에 대하여도 강간과 동일하게 법정형의 상한을 무기징역 또는 징역 30년으로 정하고 있다.

(마) 그렇다면 이 사건 법률조항이 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 행위 이외의 강제추행행위에도 적용되는 것은 각 행위의 개별성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 있어야 하는 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다.』

(3) 해설

합헌의견은, 2005헌바85 선례의 범정의견과 마찬가지로 보호법익의 중요성과 형사정책적 측면 등을 고려할 때 이 사건 법률조항의 법정형이 지나치게 가혹한 것은 아니라고 보았다. 한편, 2005헌바85 선례의 별개의견에서는 ‘법관의 양형선택권’이라는 용어를 사용하기도 하였으나, 이것이 헌법상의 기본권이라거나 헌법원칙은 아니므로 이 사건 결정과 같이 비례원칙의 한 내용으로서 판단하면 족하다고 할 것이다.

이에 대하여 반대의견은, 일반법인 형법의 개정으로 유사강간죄가 신설된 점, 징역형의 상한이 상향된 점 등에 비추어 형벌 개별화의 요청이 더욱 더 높아졌다고 보았다. 또한, 이 사건 심판대상조항을 형법상 유사강간죄의 신설을 반영한 현행법 조항으로 확장하지 않으면서도, 이 사건 법률조항이 형법상 유사강간에 해당하는 행위(이를 ‘강간에 못지않은 행위’로 표현하였다) 이외의 강제추행행위에도 적용되는 것은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되는 것으로 보았다.

다. 평등원칙에 위반되는지 여부

(1) 법정형은 주거침입강간죄와 동일한 법정형을 규정한 것에 대하여 다음과 같이 평등원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.

『(가) 강제추행이란 성욕을 만족시키거나 성욕을 자극하기 위하여 상대방의 성적 수치심이나 혐오감을 불러일으키는 성기 삽입 외의 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간의 경우에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 형법 제297조의2에 정한 구강성교(口腔性交) 등 유사강간에 해당하지 않는 통상적인 추행행위를 한 경우라 할지라도 구체적인 사안에 따라서는 그 행위태양이나 불법의 정도, 행위자의 죄질에 비추어 강간이나 유사강간을 한 경우보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있을 수 있다. 이러한 사정을 감안하지 않은 채 주거침입하여 저지른 강간과 강제추행을 일률적으로 구분하여 강간에 비해 강제추행을 항상 가볍게 처벌하도록 법정형을 정하는 것은 구체적인 경우에 있어서 오히려 균형에 맞지 않는 처벌 결과를 가져올 염려가 있다.

(나) 물론 입법자는 강제추행죄, 유사강간죄, 그리고 강간죄는 일반적으로 그 보호법익, 범행의 태양 및 불법의 정도, 비난가능성과 일반인의 범감정 등에 차이가 있다고 보고 형법전에는 각각 법정형을 달리 정하였다. 그러나 형법전의 위와 같은 기본 범죄(강제추행, 유사강간, 강간)에 다른 행위요소(주거침입)가 더하여진 새로운 유형의 결합범 구성요건을 특별형법에 신설하는 경우에는 형법전의 평가가 반드시 그대로 적용된다고 볼 수 없고, 더하

여지는 행위요소가 무엇이나에 따라 새로운 평가를 해야 할 수도 있다 할 것인데, 입법자는 강제추행에 주거침입이라는 다른 행위요소가 더해지면 강제추행의 경우도 주거침입 강간이나 유사강간에 비하여 그 보호법익이나 불법의 정도, 비난가능성 등에 있어 별다른 차이가 없다고 보고 그 법정형을 동일하게 정한 다음, 법관으로 하여금 구체적인 강제추행행위의 태양이나 불법의 정도에 알맞은 적절한 형을 선고할 수 있게 하였다고 볼 것이다.

이러한 점을 감안하여 헌법재판소는 이미 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄의 그것과 동일하게 규정한 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정된 것) 제5조 제1항 중 ‘형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 자가 동법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.’는 부분(이 사건 법률조항과 그 내용이 같다)과 특수강도강제추행죄의 법정형을 특수강도강간죄의 그것과 동일하게 규정한 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’(1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정된 것) 제5조 제2항 중 ‘형법 제334조(특수강도)의 죄를 범한 자가 동법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.’는 부분(이 부분도 성폭력처벌법 제3조 제2항과 그 내용이 같다.)이 책임과 형벌 간의 비례원칙을 위반하지 않고, 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 바 있다.

비록 형법에 강제추행행위 중에서 구강성교 등과 같이 강간에 못지않게 불법성이 강한 강제추행행위를 따로 구별하여 유사강간죄(형법 제297조의2)를 신설하고 그 법정형을 높게 설정하였다고 하더라도, 앞서 본 주거침입강제추행죄의 불법의 정도나 죄질, 비난가능성 등에 비추어 보면 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간·유사강간죄보다 가볍게 정하지 않은 것이 현저히 형벌체계상의 균형성을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수 없으므로, 헌법재판소의 위와 같은 합헌 선례는 형법상에 유사강간죄가 신설된 이후에도 여전히 유지되어야 한다고 생각한다.

(다) 더구나 범죄행위의 죄질과 그에 상응한 법정형을 규정하는 데 있어 죄질과 그에 따른 법정형이 수학적·기계적인 정비례 관계를 유지하는 것이

반드시 합리적인 것은 아니고, 이는 입법기술상 불가능한 것이기도 하다. 어떤 범죄행위에 대하여 일정한 형벌을 규정하는 것은 그 형벌을 부과함으로써 범죄를 저지른 자에 대한 응보효과 및 위하에 따른 범죄의 일반예방효과 등을 달성하고자 하는 것인데, 죄질의 중한 정도가 어느 수준을 넘어서게 되면 비록 구체적 범죄유형에 따라 죄질에 있어 약간의 차이가 있다고 하더라도 그러한 범죄행위에 대하여 일반인이 느끼는 비난가능성이나 그 범죄의 일반예방효과를 달성하기 위해서 요구되는 법정형의 수준은 별반 차이가 없는 경우도 발생한다. 이러한 현상은 해당 범죄의 죄질이 무거우면 무거울수록 나타나기가 쉬운데, 예컨대 강간죄와 강제추행죄를 단순히 비교하는 경우라면 강간죄가 강제추행죄보다 그 죄질이 더 중하고 이를 예방하기 위해 요구되는 형벌의 강도도 더 높아야 한다고 쉽게 판단을 내릴 수 있지만, 주거침입강간죄와 주거침입강제추행죄를 비교하는 경우라면 그 각각의 범죄 자체가 갖는 매우 높은 불법성 때문에 그들 상호간의 불법성의 차이는 상대적으로 미미한 것이라고 판단할 수 있게 된다. 즉, 비교대상인 각 범죄행위의 죄질이 무거워질수록 그들 범죄 상호간 죄질의 상대적 차이는 줄어든다고 보아야 한다.

(라) 또한 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있으면 법정형이 내포하고 있는 약간의 위헌성은 극복될 수 있는 것이므로, 만약 구체적인 사건에서 주거침입강제추행죄와 주거침입강간죄에 대한 법정형이 동일한 결과형량에 있어 불합리성이 나타난다면, 이는 법관이 구체적인 양형을 통하여 시정하면 된다. 특히 이 사건 법률조항은 법정형의 하한이 '5년 이상의 징역' 이어서 작량감경의 사유가 있는 경우에는 집행유예도 선고할 수 있으므로 법관의 양형을 통하여 그 불법의 정도에 알맞은 구체적 타당성이 있는 형을 선고할 수 있다.

(마) 청구인은 주거침입강간죄의 미수범이 주거침입강제추행죄의 기수범보다 가벼운 형으로 처벌받을 수 있으므로 이 사건 법률조항은 형벌체계상의 균형성을 잃은 것이라고 주장하나, 형법 제25조 제2항에 따른 미수범 감경은 임의적 감경사유에 불과하고, 주거침입강제추행죄의 기수범에 대한 불법 내지 비난가능성의 정도가 주거침입강간죄의 미수범에 비하여 언제나 가

법다고 단정할 수 없을 뿐 아니라, 이 문제는 개별사건에서 법관이 구체적인 양형을 어떻게 정할 것인가의 문제에 불과하므로, 청구인의 위 주장은 타당하지 않다.

(바) 따라서 이 사건 법률조항이 현저히 형벌체계상의 정당성이나 균형을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.』

(2) 반대의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되고 형벌체계상 균형을 잃었다고 보았다.

『(가) 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하여 위헌이다.

일반법인 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현하고 있다고 보아야 하고, 이러한 가치판단은 특별한 사정변경이 없는 한 존중되어야 한다. 입법자는 형법 제297조(강간), 제298조(강제추행)에서 그 죄질과 보호법익 등 여러 가지 요소를 종합하여 그 법정형을 강간은 3년 이상의 징역, 강제추행은 10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금으로 규정하고 있다. 이와 같이 형법은 양 죄의 각 보호법익, 일반인의 법감정 및 형사정책적 측면 등을 고려하여 강간죄의 불법 정도와 비난가능성이 강제추행죄의 그것보다 훨씬 크고 높다는 전제에서 강간죄의 법정형을 강제추행죄의 법정형보다 현저히 높게 설정하고 있다.

한편, 앞서 본 바와 같이 형법 제297조의2(유사강간)를 신설하여 강제추행 행위 중에서 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 행위를 한 사람에 대하여 2년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있는데, 이는 곧 강간에 못지않은 강제추행행위를 제외한 일반적인 강제추행행위는 그 불법 정도와 비난가능성이 강간의 그것보다 훨씬 경미함을 명확히 하고 있다고 할 수 있다.

이에 반하여, 이 사건 법률조항은 강간에 못지않은 강제추행행위인지 그렇

지 않은 강제추행행위인지 구별 없이, 강제추행죄와 강간죄가 단지 주거침입과 결합되었다는 이유만으로, 죄질과 범정이 크게 다른 주거침입강제추행죄와 주거침입강간죄에 대하여 동일한 법정형을 규정하면서, 그것도 무기징역 또는 5년 이상의 징역으로 높게 규정하고 있다. 주거침입강간죄도 그 본질이 주거침입이 아니라 성범죄인 강간에 있다는 것은 주거침입강제추행죄에 있어서와 같다. 따라서 강간이나 강제추행에 대한 입법자의 평가는 여기에서도 그대로 유지되어야 함에도 불구하고 이 사건 법률조항은 주거침입과 결합되었다는 이유만으로 경중이 다른 것을 같게 취급하여 같은 법정형으로 다스리고 있다. 이는 본질이 다르다고 평가된 것을 같게 취급하고 있는 것이다.

(나) 법정의견은, 주거에 침입하여 피해자를 강제추행한 경우에 구체적인 추행행위의 태양에 따라서는 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있고, 주거침입강간죄와 주거침입강제추행죄는 각각의 범죄 자체가 갖는 매우 높은 불법성 때문에 그들 상호간의 불법성의 차이는 상대적으로 미미한 것이라고 판단할 수 있어 양 죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수는 없다고 한다.

그러나 어느 범죄에 대한 법정형이 형벌의 체계정당성에 반하여 과도한지의 여부는 법정형의 상한과 하한에 의하여 정하여지는 양형범위가 그 구성요건에 해당하는 다양한 태양의 범죄를 모두 포용할 수 있는지에 따라 결정되고, 어느 범죄에 대한 법정형이 평등원칙에 반하여 다른 범죄에 대한 그것보다 지나치게 높은지의 여부는 범죄의 일반적인 죄질과 보호법익을 기준으로 판단되어야 한다.

앞서 본 바와 같이 형법상 강제추행행위로 인정되는 행위유형은 강간에 못지않은 행위에서부터 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 유형의 강제추행행위까지 그 범위가 매우 넓다. 입법자는 강간과 강제추행의 법정형을 규정함에 있어 그 죄질과 보호법익 등 여러 가지 요소를 종합하여 강간에 대하여 강제추행보다 징역형의 하한은 3년 가까이 높게, 상한은 20년 높게 규정하면서 벌금형은 규정하고 있지 않다. 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 유형의 강제추행행

위를 이와 같은 강간과 동일하게 취급할 수 없는 것이다. 단순히 피해자의 의사에 반하여 피해자의 신체부위를 만지는 등의 행위를 한 경우, 이는 형법상 강제추행죄를 구성하고 그것이 주거침입과 결합하면 성폭력처벌법 제3조 제1항이 적용되어 주거침입강제추행죄가 성립하는데, 이처럼 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 강제추행행위를 주거침입과 결합하였다고 하여 강간과 동일하게 취급할 수는 없는 것이고, 죄질의 차이가 상대화된다고 볼 수도 없다.

(다) 그렇다면 이 사건 법률조항이 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 행위 이외의 강제추행행위에도 적용되는 것은 법정형을 정함에 있어서 ‘평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게’라는 실질적 평등원칙에 어긋나고, 형벌체계상 균형을 잃었다고 하지 않을 수 없다.』

(3) 해설

평등원칙 위반 여부에 대하여 먼저 선례인 2005헌바85 결정을 살펴 볼 필요가 있다. 위 선례의 법정의견은 강제추행의 범위가 매우 넓기 때문에 강간의 경우에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 성기에 이물질을 삽입하여 성적 쾌감을 얻는 가학적인 행위(Sadistic Rape), 항문성교(肛門性交), 구강성교(口腔性交) 등 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우도 얼마든지 있을 수 있다고 하였고, 이에 대하여 선례의 반대의견은 이러한 법정의견의 접근이 “통상적인 추행행위”라는 원칙적인 사례를 기준으로 주거침입강제추행죄의 성격을 파악하기보다는, 예외적이거나 비전형적인 유형을 기준으로 하여 본죄를 파악하고 있는 것이라고 하여 비판하였다.

비록 이 사건 심판대상조항에는 반영되어 있지 않지만, 선례에서 법정의견이 강간의 경우보다 죄질이 나쁘고 피해가 중대한 경우로 예시한 내용의 대부분을 포괄하는 형법상 유사강간죄가 이 사건 결정 직전인 2013. 6. 19. 시행되었다. 이 사건 반대의견은 이 점에 주목하여 심판대상조항에서도 강간에 못지않은 강제추행행위(즉, 현재의 유사강간죄에 해당하는 행위)를 제외한 일

반적인 강제추행행위를 구별하여 한정위헌의견을 밝히고 있다. 만일 형법상 유사강간죄가 신설되지 않았더라면 이 사건 반대의견과 같이 구체적인 행위 유형을 특정하여 한정위헌의견을 제시하기는 어려웠을 것으로 보인다.

이에 대하여 합헌의견은, 형법상 유사강간에 해당하지 않는 통상적인 추행행위를 한 경우라도 구체적인 사안에 따라 강간이나 유사강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우가 여전히 있다는 점을 지적한다. 또한, 주거침입강제추행죄를 주거침입죄와 강제추행죄의 단순한 합으로 보지 아니하고, ‘새로운’ 구성요건의 창출이라는 점을 강조하고 있다.

5. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 구 성폭법 제5조 제1항 중 관련 부분이 헌법에 위반되지 아니한다는 종전 헌법재판소의 입장(헌재 2006. 12. 28. 2005헌바85, 판례집 18-2, 621)을 재차 밝힌 것으로 볼 수 있다.

나. 그러나 최근 일반법인 형법에서 유사강간죄가 신설됨에 따라, 2005헌바85 선례의 법정의견에서 논거로 언급한 부분(즉, 향문성교, 구강성교 등 강간의 경우보다 죄질이 나쁜 강제추행의 경우가 얼마든지 있을 수 있다는 것)을 그대로 유지할 수 없게 되었고, 반대의견에서는 이로 인해 형벌 개별화의 요청이 더욱 강화되었다는 주장이 가능해졌다.

다. 그러나 법정의견은, 형법상 유사강간죄의 신설에도 불구하고 주거침입 강제추행죄가 가지는 가정과괴범죄로서의 특성, 새로운 유형의 결합범 구성요건은 더하여지는 행위요소가 무엇이나에 따라 새로운 평가가 가능한 점을 강조하여 합헌 선례의 입장을 유지하고, 법정형의 내용에 대한 입법재량을 폭 넓게 인정한 대다수 선례의 입장을 확인하였다.

이동전화 식별번호 통합추진 위헌확인

- 한시적으로 번호이동을 허용하도록 한 방송통신위원회의 이행명령이 010번호 이외의 식별번호를 사용하는 청구인들의 행복추구권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2013. 7. 25. 2011헌마63·468(병합), 판례집 25-5상, 244)

우 승 아*

【판시사항】

가. 번호통합과 번호이동에 관한 구 통신위원회와 방송통신위원회 의결 및 방송통신위원회의 번호통합정책 추진경과 등에 관한 홈페이지 게시의 공권력 행사성 인정 여부(소극)

나. 한시적 번호이동을 허용하도록 한 방송통신위원회의 2010. 10. 15.자 이행명령(이하 ‘이 사건 이행명령’이라 한다)이 010번호 이외의 식별번호를 사용하는 청구인들의 인격권, 개인정보자기결정권, 재산권을 제한하는지 여부(소극)

다. 이 사건 이행명령이 청구인들의 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

청구인들은 피청구인 방송통신위원회(다음부터 ‘피청구인’이라 한다)의 번호 통합계획 및 이를 위한 번호이동의 제한행위와 번호 변경을 조건으로 한 한시적 번호이동 허용행위가 위헌이라고 주장할 뿐, 구체적으로 피청구인의 공권력 행사를 특정하지 아니한바, 청구인들의 주장요지를 종합적으로 고려하여 다음과 같이 심판의 대상을 확정하였다.

이 사건 심판의 대상은, ① 구 통신위원회(피청구인 방송통신위원회는

* 헌법연구관

2008. 2. 29. 법률 제8867호로 ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’이 제정 및 공포되면서 부칙 제2조에 따라 구 정보통신부에 소속된 구 통신위원회의 사무를 승계하였다)의 2006. 4. 17. 제128차 통신위원회 의결 중 ‘이동전화 식별번호 010 사용자에게 한하여 2세대 서비스와 3세대 서비스 등 사이의 번호이동을 허용’하기로 한 부분(다음부터 ‘2006. 4. 17.자 의결’이라 한다), ② 구 통신위원회가 2006. 5. 1. 사업자들에 대하여 한 이행명령 중 ‘이동전화 식별번호 010 사용자에게 한하여 2세대 서비스와 3세대 서비스 등 사이의 번호이동을 허용’하도록 한 부분(다음부터 ‘2006. 5. 1.자 이행명령’이라 한다), ③ 피청구인의 2010. 9. 15. 제55차 방송통신위원회 전체회의 의결 중 ‘이동전화 식별번호 011, 016, 017, 018, 019(다음부터 ‘이 사건 식별번호’라 한다)를 회수하고 이동전화 식별번호를 010으로 통합하는 정책을 지속적으로 추진하고, 번호의 통합은 2세대 서비스를 종료하는 시점에 완료하며, 이동전화 식별번호를 010으로 변경하는 데 사전 동의한 이 사건 식별번호 사용자에게 대하여 2011. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 한시적으로 2세대 서비스와 3세대 서비스 등 사이의 번호이동을 허용’하기로 한 부분(다음부터 ‘2010. 9. 15.자 의결’이라 한다), ④ 피청구인이 2010. 10. 15. 사업자들에 대하여 한 이행명령 중 ‘이동전화 식별번호를 010으로 변경하는 데 사전 동의한 이 사건 식별번호의 사용자에게 대하여 2011. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 한시적으로 2세대 서비스와 3세대 서비스 등 사이의 번호이동을 허용’(다음부터 ‘한시적 번호이동’이라 한다)하도록 한 부분(다음부터 ‘2010. 10. 15.자 이행명령’이라 한다), ⑤ 피청구인이 2010. 12. 28.경부터 인터넷 홈페이지(www.○○.go.kr)를 통하여 번호 통합정책의 배경, 추진경과, 필요성, 기대효과 등을 소개한 행위(다음부터 ‘홈페이지 게시’라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 ○○ 주식회사, 주식회사 □□, 주식회사 △△ 등 전기통신사업자들(다음부터 ‘사업자들’이라 한다)과 이 사건 식별번호를 사용하는

셀룰러 또는 개인휴대통신 서비스(다음부터 ‘2세대 서비스’라 한다) 이용계약을 체결한 사람들이다.

나. 청구인들은 2011. 1. 11.과 2011. 7. 7. 사업자들에게 현재 사용하는 번호를 그대로 유지한 채 아이엠티(IMT) 서비스 또는 와이브로(WiBro), 엘티이(LTE) 서비스 등(다음부터 ‘3세대 서비스 등’이라 한다)에 대한 이용계약의 체결을 요청하였다. 그런데 사업자들은 전기통신사업법 제48조, 전기통신번호관리세칙 제8조 제2항 제3호, 제23조의2, 피청구인의 번호 통합정책 및 피청구인의 사업자들에 대한 2010. 10. 15.자 이동전화 번호이동성 개선 이행명령 등을 근거로 청구인들이 이 사건 식별번호를 010으로 변경하지 않는 한, 3세대 서비스 등을 이용할 수 없다며 청구인들의 요청을 거부하였다.

다. 이에 청구인들은, ① 피청구인이 2010. 10. 28. 홈페이지를 통하여 번호 통합계획을 발표하는 등 번호 통합정책을 수립·실시한 행위, ② 2세대 서비스 이용자들이 종전의 전기통신번호를 유지하면서 3세대 서비스 등으로의 서비스 변경을 하는 것(다음부터 ‘번호이동’이라 한다)을 원칙적으로 금지한 행위, ③ 2011. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 한시적으로, 2014. 1. 1. 이후 이 사건 식별번호를 010으로 변경하는 데 동의하는 경우에만 번호이동을 할 수 있도록 한 행위가 청구인들의 개인정보자기결정권, 인격권, 재산권, 행복추구권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2011. 2. 10.(2011헌마63) 및 2011. 8. 19.(2011헌마468) 위 각 행위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 요지

가. 피청구인의 번호 통합계획은 전기통신사업법 제48조 제2항에 따라 반드시 고시로 규율되어야 함에도 불구하고 피청구인은 이에 대하여 아무런 고시를 제정한 사실이 없고, 전기통신번호관리세칙은 모법인 전기통신사업법의 위임범위를 벗어난 것으로서 번호통합의 근거가 될 수 없다. 따라서 피청구인의 번호 통합계획은 법적 근거가 없는 것으로 적법절차원리 내지 법률유보원칙에 위배된다. 이와 같이 현행법상 번호이동을 제한하는 명문 규정이 존재하지 아니하고, 번호 통합 자체가 적법절차 내지 법률유보원칙에 위

배되는 이상, 번호 통합을 위하여 청구인들의 번호이동을 금지하거나 제한하는 것도 적법절차원리 내지 법률유보원칙에 위배된다.

나. 피청구인의 번호 통합 및 이를 위한 번호이동의 제한행위는 중요한 재산적 가치가 있는 이동전화번호의 사적 유용성과 사적 처분권을 박탈하는 것이고, 개인의 정체성과 개별성을 상징하는 정보로서 개인별로 특별한 의미와 사연이 있는 이동전화번호를 사용할 수 없도록 하여 청구인들의 인격권, 개인정보자기결정권, 행복추구권을 침해한다.

다. 피청구인의 행위는 이동전화 식별번호 010을 사용하는 사람과 이 사건 식별번호를 사용하는 사람을 합리적 이유 없이 차별취급하여 청구인들의 평등권을 침해한다.

【결정요지】

가. 구 통신위원회의 2006. 4. 17.자 의결 및 방송통신위원회의 2010. 9. 15.자 의결은 이동전화의 번호 통합과 번호이동에 관한 사항을 내부적으로 결정한 행위이고, 방송통신위원회의 홈페이지 게시는 번호통합정책 및 번호이동제도를 국민들에게 널리 알리고자 한 것일 뿐이어서, 모두 청구인들의 법적 지위에 영향을 미치지 아니하는 것이므로 공권력 행사에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 이동전화번호를 구성하는 숫자가 개인의 인격 내지 인간의 존엄과 관련성을 가진다고 보기 어렵고, 이 사건 이행명령으로 인하여 청구인들의 개인정보가 청구인들의 의사에 반하여 수집되거나 이용되지 않으며, 이동전화번호는 유한한 국가자원으로서 청구인들의 번호이용은 사업자와의 서비스 이용계약 관계에 의한 것일 뿐이므로 이 사건 이행명령으로 청구인들의 인격권, 개인정보자기결정권, 재산권이 제한된다고 볼 수 없다.

다. 이 사건 이행명령은, 구 전기통신사업법(2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제58조 제1항 및 제3항에 근거한 것으로서 법률유보원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 나아가 번호 통합은 충분한 번호자원을 확보하고, 식별번호의 브랜드화 문제를 해결하기 위한 것으로서 그 필요성을 인정할 수 있고, 그 목적 달성을 위하여 번호이동의 제한은 불가피하다. 또 이 사건 이행명령은 사용자의 의사에

반하는 번호의 변경을 강제하는 것은 아니고, 번호변경에 따르는 사용자의 불편을 줄이기 위한 여러 방편도 마련하고 있다는 점에서 청구인들에게 수인하기 어려운 부담을 지우는 것이라 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 이행명령이 합리적 이유없이 청구인들의 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이정미, 재판관 김창중, 재판관 조용호의 이 사건 이행명령에 관한 반대의견

2006. 6.경부터 010 번호를 사용하는 이용자에 한하여만 기존 번호를 그대로 유지한 채 2세대 서비스에서 3세대 서비스로의, 이른바 ‘번호이동’이 허용되었고, 청구인들과 같이 010 이외의 번호 사용자들에게는 번호이동이 허용되지 않았다. 그런데 이 사건 이행명령은 010 이외의 번호를 사용하는 2세대 서비스 이용자의 경우에도 한시적으로 기존번호를 그대로 유지하면서 3세대 서비스를 이용할 수 있도록 번호이동을 허용하는 것이므로, 이는 010 이외의 번호 이용자에게 편의를 제공해 주는 수혜적인 조치이다. 따라서 이 사건 이행명령으로 인하여, 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이나 위험성이 없다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이동전화 식별번호를 010으로 통합하는 과정에서 피청구인이 한 여러 행위가 청구인들의 기본권을 제한하는 공권력의 행사인지, 관련 기본권은 무엇인지, 청구인들의 행복추구권을 침해하는지 여부 등이 쟁점이 되었던 사건이다.

2. 공권력 행사성을 부정한 판단에 관한 해설

헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자’가 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘공권력’이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하고(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692), 그 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인

법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이어야 한다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139, 154-155 등).

피청구인 방송통신위원회는 방송과 통신에 관한 업무를 수행하기 위한 대통령 소속의 중앙행정기관이므로(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제3조1) 참조) 공권력의 주체에 해당하는데 이 사건 심판의 대상이 된 피청구인의 각 행위는 공권력의 발동에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이하에서는 이 사건 심판의 대상이 된 피청구인의 각 행위가 국민의 권리의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위에 해당하는지 살펴본다.

가. 2006. 4. 17.자 의결 및 2010. 9. 15.자 의결

피청구인의 위 각 의결은 이동전화의 번호통합과 번호이동에 관련된 것으로 통신 기본계획에 관한 사항이라 할 것인바, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제12조 제1항 제1호²⁾에 따라 피청구인이 심의·의결한 것이다. 그러나 위 각 의결은 피청구인이 이동전화의 번호통합과 번호이동에 관한 사항을 내부적으로 결정한 행위로서 그 자체로서 개개의 국민에 대하여는 직접 효력을 가지는 것이 아니다. 즉, 피청구인의 위 각 의결만으로는 아직 국민(이동전화사업자나 이용자)의 권리의무를 변동시킬 수 없고, 위 각 의결에 따라 피청구인이 구체적 처분을 하였을 때에 비로소 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치게 되는 것이다. 따라서 피청구인의 위 각 의결만으로는 아직 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하는 “공권력의 행사”에 해당한다고 볼 수 없으므로 청구인들의 이 사건 심판청구 중 2006. 4. 17.자 의결 및 2010. 9. 15.자 의결에 대한 심판청구는 부적법하다고 할 것이다(헌재

1) 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2010. 3. 22. 법률 제10165호로 개정된 것) 제3조(위원회의 설치) ① 방송과 통신에 관한 업무를 수행하기 위하여 대통령 소속으로 방송통신위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 정부조직법 제2조에 따른 중앙행정기관으로 보되, 다음 각 호의 사항에 대하여는 정부조직법 제16조를 적용하지 아니한다.(각호 생략)

2) 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2010. 3. 22. 법률 제10165호로 개정된 것) 제12조(위원회의 심의·의결사항) ① 위원회는 소관사무 중 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 방송·통신 기본계획에 관한 사항

1994. 4. 28. 91헌마55, 판례집 6-1, 409, 413³⁾; 헌재 2004. 8. 26. 2002헌마 107, 판례집 16-2 상, 324⁴⁾ 각 참조).

나. 이 사건 홈페이지 게시

피청구인의 010번호통합 홈페이지(www.○○.go.kr)에서는 010번호통합정책, 한시적 번호이동, 01X번호 표시, 010 변경 지원, 질의응답, 자료실 등의 란을 두고 있는데, 그 중 010번호통합정책 란에서는 번호통합의 추진배경, 번호통합 필요성, 번호통합 현황, 번호통합 정책방향 주요내용, 기대효과 등을 설명하고 있는바, 피청구인의 2006. 4. 17.자 의결 및 2006. 5. 1.자 이행명령의 주요 내용인 010 번호에 한하여 2세대 서비스와 3세대 서비스간의 번호이동성을 허용하기로 한 것이 나타나 있다. 한편, 한시적 번호이동 란에서는 피청구인의 2010. 9. 15.자 의결 및 2010. 10. 15.자 이행명령의 주요 내용인 01X 이용자에 대해 한시적, 조건부로 3세대 서비스로의 번호이동을 허용하는 것이 나타나 있다.

이 사건 홈페이지 게시가 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 공권력의 행사에 해당하는지 여부에 대해서 살펴본다.

- 3) 집유질서(集乳秩序) 확립을 위한 대책지시는 농림수산부장관이 각 시·도지사에게 하여 행한 행정기관 내부의 행위로서, 개개의 국민에 대하여는 직접 효력을 가지는 것이 아니고 이 사건 대책지시에 따라 각 시·도지사가 구체적 처분을 하였을 때에 비로소 국민의 권리의무에 어떠한 영향을 미치게 되는 것이므로, 이 사건 대책지시만으로는 아직 헌법제관소법 제69조 제1항에서 정하는 “공권력행사”에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례
 - 4) 사법시험관리위원회가 정답개수형 문제를 출제하기로 한 심의·의결은 장차 시험출제의 권한을 갖고 있는 시험위원들에 대한 권고사항을 채택한 것으로 법적 효력이 없는 사실상의 내부적인 준비행위에 불과하고 설사 그 내용이 공고의 형식으로 게시되었다고 하더라도 이는 법무부장관이 행정정보의 공개차원에서 알려준 것에 불과하거나 앞으로 시험위원들에게 그와 같이 권고될 수도 있으니 그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과하므로 사법시험관리위원회의 위 심의·의결은 행정심판이나 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.
- 다만, 위 결정은 사법시험관리위원회를 사법시험의 관장·실시기관인 법무부장관의 자문기관으로, 위원회의 심의·의결을 자문기관의 의결 정도로 성격짓고, 시험방법에 관한 구체적인 내용이 시험관리위원회에 의하여 심의·의결된다고 하더라도 그것이 시험주관기관인 법무부장관을 구속하거나 시험위원을 구속하는 것도 아니라고 판단하고 있다는 점에서 이 사건 피청구인, 즉 방송통신위원회의 심의·의결과는 차이가 있다고 할 것이다.

(1) 관련 결정례 검토

행정기관의 공고 내지 발표행위가 공권력의 행사로서 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상이 되는지 여부와 관련된 주요 결정은 다음과 같다.

(가) 긍정례

1) 서울대학교의 입시요강 발표행위

서울대학교의“94학년도 대학입학고사 주요요강”은 교육부가 마련한 대학입시제도 개선안에 따른 것으로서 대학입학방법을 규정한 교육법시행령 규정이 교육부의 개선안을 뒷받침할 수 있는 내용으로 개정될 것을 전제로 하여 제정된 것이고 위 시행령이 아직 개정되지 아니한 현 시점에서는 법적 효력이 없는 행정계획안이어서 이를 제정한 것은 사실상의 준비행위에 불과하고 이를 발표한 행위는 앞으로 그와 같이 시행될 것이니 미리 그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과하지만, “이러한 사실상의 준비행위나 사전안내라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이러한 것도 헌법소원의 대상은 될 수 있다.”(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 667-669 참조)

2) 행정자치부장관이 제42회 사법시험 제1차시험의 시행일자를 일요일로 정하여 공고한 2000년도 공무원임용시험시행계획 공고

이 사건 공고는 사법시험 등의 시험실시계획을 일반에게 알리는 것을 내용으로 하는 통지행위로서 일반적으로는 행정심판이나 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 공권력의 행사는 될 수 없지만 사전안내의 성격을 갖는 통지행위라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이러한 것도 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 사법시험 응시

자격은 구 사법시험령 제4조에, 시험방법과 과목은 구 사법시험령 제5조와 제7조에 이미 규정되어 있으므로 그에 대한 공고는 이미 확정되어 있는 것을 단순히 알리는 데에 지나지 않는다 할 것이나 구체적인 시험일정과 장소는 위 공고에 따라 비로소 확정되는 것이므로 이 사건 공고는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 보아야 할 것이다.(헌재 2001. 9.27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 358-359 참조)

(나) 부정례

1) 교육부장관이 발표한 1996학년도 대학입시기본계획 부분

교육부장관이 매년 발표하는 대학입시기본계획은 교육부장관의 공·사립 대학에 대한 지휘·감독권의 행사로서 그 내용에 따라 법령의 범위 내에서 대학입시제도의 내용을 구체화하거나 보충하는 행정규칙의 성질의 것도 있고, 대학입시제도에 관한 국가의 기본방침을 천명하는 행정계획의 성질을 가지고 있는 것도 있는바, 법령의 내용을 구체적으로 보충하는 경우에만 공권력의 행사에 해당한다 할 것인데, 이 사건 심판대상부분은 교육부장관이 발표한 1996학년도 대학입시기본계획 중 전국의 대학에 대하여 대학별고사에서 국·영·수 위주의 필답고사 실시에 신중을 기하여 줄 것을 권고하고, 그 세부사항으로 계열별·학과별 특성에 따라 대학수학능력시험이나 고등학교 내신성적을 보완하는 선에서 교과목을 최소화하도록 권고하는 내용으로서 이는 법령의 위임을 받아 그 내용을 구체화하거나 법령의 구체적인 내용을 보충하는 것으로 볼 수 없어 청구인들의 기본권을 침해하는 공권력의 행사에 해당한다고 할 수 없다.(헌재 1997. 7. 16. 97헌마70, 판례집 9-2, 131, 141-142 참조)

2) 예술고 학생에 대한 학생부성적 반영지침

교육부장관이 1997. 2. 24. '1998학년도 대학입학전형 기본계획'을 수립하여, 같은 해 3. 7. 고시함으로써 서울예술고등학교 1995년도 입학생들에 대하여 이른바 비교내신제를 적용하도록 하는 대학입학전형방법을 확정된 뒤, 1997. 4. 16. 위 기본계획과 실질적으로 동일한 내용으로서 그에 대한 확인적 의미만을 갖고 있을 뿐인 예술고학생에 대한 학생부성적 반영지침을 발하였다면, 위 지침은 위 기본계획에 정하여진 대학입학전형방법에 아무런 변경도

가져오는 것이 아니므로 청구인들의 기본권을 새로이 침해하는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다.(헌재 1997. 12. 19. 97헌마317, 판례집 9-2, 751 참조)

3) 비구속적 행정계획안인 건설부장관의 개발제한구역제도개선방안 발표

비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다. 위 개선방안은 7개 중소도시권과 7개 대도시권에서 개발제한구역을 해제하거나 조정하기 위한 추상적이고 일반적인 기준들만을 담고 있을 뿐, 개발제한구역의 해제지역이 구체적으로 확정되어 있지 않아서, 해당지역 주민들은 개발제한구역을 해제하는 구체적인 도시계획결정이 내려진 이후에야 비로소 법적인 영향을 받게 되므로, 위 개선방안이 청구인들의 기본권에 직접적으로 영향을 끼칠 가능성이 없다. 또한 예고된 내용이 그대로 틀림없이 실시될 것으로 예상하기도 어렵다. 따라서 위 개선방안의 발표는 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되지 아니한다.(헌재 2000. 6. 1. 99헌마538등, 판례집 12-1, 665 참조)

(다) 이 사건 홈페이지 게시에 대한 검토

피청구인의 번호통합정책 및 번호이동성 제도의 추진 경과에 비추어 볼 때, 피청구인의 010번호통합 홈페이지(www.○○.go.kr)는 피청구인이 그 동안 추진 내지 시행해 온 번호통합정책 및 번호이동성 제도를 국민들에게 널리 알리고자 개설한 것으로 보이고 달리 관련 법령의 위임을 받아 그 내용을 구체화하거나 법령의 구체적인 내용을 보충하는 것에는 해당한다고 보이지 않는다. 또한, 이 사건 홈페이지 게시 중 ‘010 번호통합정책을 지속적으로 추진하고, 번호통합은 최종적으로 2G를 종료하는 시점(2018년경으로 예상)에 완료하기로 한 부분’은 번호통합정책의 방향을 확인한 것에 불과하여 그 자체로서 대외적 구속력을 가지거나 청구인들의 법적 지위에 영향을 미친다고 보기 어렵다. 한편, ‘번호통합을 촉진시키기 위해 01X 이용자가 2014. 1. 1.부터 010으로 번호를 변경하기로 사전에 동의하는 경우 동일 사업자 내에서 2011. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지 01X번호를 변경하지 않고 3G를 이용할

수 있도록 허용하기로 한 부분'은 피청구인의 2010. 10. 15.자 이행명령과 동일한 내용으로 이를 다시 알린 것에 불과할 뿐 이로 인하여 새로이 청구인들의 법적지위에 영향이 있는 것이 아니다(위 예술고 학생에 대한 학생부설적 반영지침 사건 참조). 따라서 이 사건 홈페이지 게시는 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하는 “공권력의 행사”에 해당한다고 볼 수 없다고 할 것이다.⁵⁾

3. 이 사건 이행명령이 인격권, 개인정보자기결정권, 재산권⁶⁾을 제한하지 않는다는 판단에 관한 해설

가. 개인정보자기결정권의 침해가능성

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리 즉, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말하고, 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보이며, 그러한 개인 정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙

5) 다만, 이 사건 홈페이지 게시를 향후 이러한 내용으로 변호통합정책 및 번호이동제도가 시행될 것이라는 안내에 불과하다고 보더라도 그 내용이 이동전화 이용자인 청구인들에게 직접 영향을 끼치는 내용이고, 피청구인이 공식적으로 운영하는 홈페이지라는 점에서 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 홈페이지 상에 게시된 내용이 그대로 실시될 것이라고 충분히 예상할 수 있는바, 청구인들에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위험성이 이미 발생하였다고 볼 여지도 있다(위 서울대학교 입시요강 사건 참조, 특히 변호통합을 2018년경에 완료한다는 부분). 또한, 피청구인의 변호통합정책 및 번호이동제도의 추진경과에 비추어 볼 때 청구인들과 같은 이용자를 대상으로 한 직접적인 행위는 찾아보기 어렵고, 변호통합정책 및 번호이동제도에 관한 피청구인의 대외적 행위는 주로 이동전화사업자에 대한 이행명령 등의 형태로 나타나는 바, 이용자인 청구인들이 이를 제3자로서 다룰 수 있는지가 불분명한 점 등을 고려해 보면 이 사건 홈페이지 게시를 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사로 인정할 여지도 있다(위 서울대학교 입시요강 사건에서 “헌법소원 외에 달리 구제방법도 없다는 말이 된다.”라는 판시 부분에서 헌법소원의 대상적격 인정에 달리 구제방법이 없음도 하나의 요소로 고려한 흔적이 보인다. 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 669 참조).

6) 청구인들은 침해되는 기본권으로 개인정보자기결정권, 인격권, 재산권, 행복추구권, 평등권 등을 주장하였다.

적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 판례집 17-1, 668, 682; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81, 90-91 등).

그런데 청구인들은 3세대 서비스를 이용하기 위해서는 이동전화번호(특히 식별번호)를 변경해야 하는 점이 개인정보자기결정권을 침해한다고 주장하는데, 이동전화번호가 개인정보에 해당함은 사실이나 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이고, 이에 대한 제한은 이러한 개인정보에 대한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위에서 발생한다고 할 것인데, 이동전화번호 자체를 변경하는 것은 이와 같이 정보가 알려지고 이용되는 등의 행위에 해당하지 않고 달리 청구인들의 의사에 반한 개인정보의 이용가능성을 인정하기 어렵다.

나. 인격권의 침해가능성

청구인들은 인격권 침해를 주장하는바, 개인의 일반적 인격권은 헌법 제10조 제1문 즉, “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라는 규정이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 보장된다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 642 참조).

그런데 이동전화번호(특히 식별번호) 자체의 변경이 인격권을 제한한다고 하려면 이동전화번호를 구성하는 숫자가 개인의 인격 내지 인간의 존엄성과 어떠한 관련을 가져 이러한 숫자의 변경이 개인의 인격 내지 인간의 존엄성에 영향을 미친다고 해야 할 것인데, 사회통념상 이러한 명제는 받아들이기 어렵고 청구인들도 이동전화번호의 변경이 청구인들의 인격 내지 인간의 존엄성을 어떻게 제한하고 있는지에 관해 구체적인 주장을 하지 않았다.

다. 재산권의 침해가능성

청구인들은 전화번호가 하나의 재산권으로서 인정되어 양도·양수되고 있는 현실을 고려할 때 이동전화번호를 변경하도록 하는 것은 중요한 재산적 가치가 있는 이동전화번호의 사적 유용성과 사적 처분권을 제한하는 것이므

로 청구인들의 재산권을 침해한다고 주장하였다.

헌법재판소는 재산권의 의미에 관해 우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고, 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 재산권에 속하지 않는다고 판시하였다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310 참조).

그런데 전기통신번호(이동전화번호 포함)는 전기통신사업법에 근거하여 통신망, 통신사업자 및 가입자, 서비스 단말기 및 이용자의 위치 등을 구분하여 식별하고 교환시스템간의 통신회선 구성, 고객관리 및 통화요금 산정 등을 위해 기술적으로 필요하여 주어지는 정보로서 국가와 전기통신사업자가 관리하는(전기통신번호관리세칙 제19조 제1항, 제2항 참조⁷⁾) 유한한⁸⁾ 국가자원⁹⁾이다(전기통신번호관리세칙 제1조¹⁰⁾ 참조). 한편, 방송통신위원회는

7) 전기통신번호관리세칙(2011. 7. 18. 방송통신위원회고시제2011-38호로 개정된 것) 제19조(번호의 관리) ① 제7조, 제8조, 제9조, 제11조, 제13조 및 제14조에 따라 방송통신위원회가 사업자에게 부여하거나 특정목적으로 지정하는 번호는 방송통신위원회가 관리한다.

② 제7조, 제11조, 제12조 및 제16조에 따른 전화망 또는 데이터망 등의 가입자번호 또는 가입자 단말번호 중에서 제1항에 따라 방송통신위원회가 관리하는 번호를 제외한 번호는 사업자가 관리한다.

8) 국제전기통신연합(ITU)에서 국가번호를 포함해 최대 15자리 이내로 사용하도록 제한하고 있다.

9) “구 전기통신사업법(1998. 9. 17. 법률 제5564호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제36조, 구 전기통신번호관리세칙(정보통신부고시 제1998-105호) 제1조, 제8조, 제19조 내지 제22조 등의 관련 규정에 비추어 보면, 통신망 식별번호는 국가의 소유·관리에 속하는 유한한 자원으로서 이를 부여받은 이동전화사업자는 그 통신망 식별번호에 대하여 독점적이고 배타적인 권리를 취득하는 것이 아니라 위 관련 법규의 목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 부여받은 통신망 식별번호를 회수·변경할 수 있게 되어 있어, 이러한 통신망 식별번호를 특정 이동전화사업자의 등록서비스표로 허용하여 독점시킨다는 것은 공익상 적절하지 아니하므로 ……”(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005후346 판결)

10) 전기통신번호관리세칙(2011. 7. 18. 방송통신위원회고시 제2011-38호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 세칙은 전기통신사업법(이하 “법”이라 한다) 제48조에 따라 전기통신업무의 효율적 제공, 이용자의 편의와 전기통신사업자(이하 “사업자”라 한다) 간 공정한 경쟁환경 조성 및 유한한 국가자원인 전기통신번호(이하 “번호”라 한

전기통신역무의 효율적 제공, 이용자의 편익과 전기통신사업자간 공정한 경쟁환경 조성 및 유한한 국가자원인 전기통신번호의 효율적 관리를 위하여 번호계획이 변경되거나 번호 통합계획이 수립되는 경우 번호의 변경 및 회수를 명할 수 있고(전기통신번호관리세칙 제21조 제2항 제7호11)), 이동전화사업자의 이용약관에도 ‘공익목적의 수행, 기술상의 이유, 번호통합정책 등에 따라 전화번호를 변경할 수 있다’는 내용이 포함되어 있다.

이를 종합해 보면 이동전화 이용자는 이동전화사업자와 이동전화서비스 이용계약을 체결함으로써 비로소 이동전화번호를 사용하게 되는 것이고, 각 이용자별로 고유한 이동전화번호를 사용한다고 하여 이동전화번호에 소유권과 유사한 어떠한 배타적인 권리를 가진다고 보기 어렵다. 또한 이동전화번호는 국가가 관리하는 유한한 국가자원인 점, 방송통신위원회는 전기통신역무의 효율적 제공, 이용자의 편익과 전기통신사업자간 공정한 경쟁환경 조성 및 유한한 국가자원인 전기통신번호의 효율적 관리를 위하여 번호계획이 변경되거나 번호통합계획이 수립되는 경우 번호의 변경 및 회수를 명할 수 있는 점, 이동전화사업자의 이용약관에 있는 전화번호 변경에 관한 내용 등에 비추어 볼 때, 이동전화 이용자가 오랜 기간 이동전화번호를 사용해 왔다 하더라도 이는 그 동안 국가의 이동전화번호 관련 정책 및 이동전화사업자와의 서비스 이용계약 관계에 있어 이동전화번호의 변경이 포함되지 않은 데 따른 것에 지나지 않는다고 보이고 달리 이동전화번호의 유지에 어떠한 헌법적 신뢰가 부여되었다고 보기는 어렵다. 따라서 청구인들이 이동전화번호에 대하여 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리인 재산권을 가진다고 할 수 없다.

다)의 효율적 관리를 위하여 전기통신번호관리계획에 관한 기본 사항을 규정함을 목적으로 한다.

- 11) 전기통신번호관리세칙(2011. 7. 18. 방송통신위원회고시제2011-38호로 개정된 것) 제21조(번호사용현황 제출 및 번호의 회수 등) ② 방송통신위원회는 번호의 사용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 그 번호의 변경 또는 회수 등을 명할 수 있다.

7. 제1조에 따른 목적을 달성하기 위하여 번호계획이 변경되거나 제23조의2에 따른 번호 통합계획이 수립되는 경우

4. 행복추구권 침해 여부 판단에 관한 해설

가. 행복추구권의 침해가능성

(1) 긍정설

청구인들은 이동전화번호는 최소 8년에서 최장 28년까지 그들의 인생과 함께 한 것으로 개인별로 특별한 의미와 사연이 있어 이를 계속 사용하기를 원하고, 또한 장기간 사용에 따라 청구인들은 전화번호에 대해 기대권 내지 신뢰이익을 가진다고 할 것인데, 이러한 번호를 바꾸게 하는 것은 청구인들의 행복추구권을 침해한다고 주장하는바, 이동전화번호를 계속 유지하면서 3세대 서비스를 사용하고자 하는 것을 일반적 행동의 자유로 보아 행복추구권의 침해가능성을 인정할 수 있다.

(2) 부정설

헌법소원은 “헌법상 보장된 기본권의 침해를 받은 자”가 그 침해를 구제받기 위해 헌법재판소에 심판을 청구하는 제도이므로(헌법재판소법 68조 제1항 참조) 헌법소원심판청구가 적법하려면 청구인이 침해받았다고 주장하는 내용이 헌법상 보장된 기본권에 해당해야 한다. 여기서 헌법상 보장된 기본권이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 반드시 명확하지는 않다. 우리 헌법 제2장 국민의 권리와 의무(제10조 내지 제39조) 가운데에서 의무를 제외한 부분이 원칙적으로 기본권에 해당함은 인정할 수 있으나, 그에 한정할 것인지 또는 헌법상의 위 규정들 이외에서도 기본권성을 인정할 수 있는지, 나아가서 헌법의 명문의 규정이 없다하더라도 인정되는 기본권이 존재하는지, 존재한다면 구체적으로 어떠한 것인지에 대하여는 반드시 명확하다고만은 할 수 없다. 따라서 이 문제는 결국 개별적·구체적인 헌법해석에 의하여 해결하는 수밖에 없으나, 그것에 내재하는 의미를 “헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권”이라고 파악할 수 있다.(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 692-693)

청구인들의 행복추구권 침해 주장은 이동전화번호를 계속 유지하고자 하는 권리가 침해당했다는 것이 주요 내용인바, 이동전화 이용자가 이동전화번호

호를 유지할 수 있는 권리가 헌법상 기본권에 해당하는지가 우선 검토되어야 할 것인데, 위 재산권의 침해가능성에서 살펴본 바와 같은 이유로, 즉 이동전화 이용자가 오랜 기간 이동전화번호를 사용해 왔다 하더라도 이는 그동안 국가의 이동전화번호 관련 정책 및 이동전화 사업자와의 서비스 이용 계약 관계에 있어 이동전화번호의 변경이 포함되지 않은 데 따른 것이지 아니하다고 보이고 달리 이동전화번호의 유지에 어떠한 헌법적 신뢰가 부여되었다고 보기는 어렵다고 할 것이므로 청구인들이 주장하는 이동전화번호를 유지할 수 있는 권리는 헌법상 기본권이 아니라고 볼 여지도 있다고 생각된다.¹²⁾

나. 행복추구권의 침해 여부

(1) 심사기준

이 사건 한시적 번호이동제도는 전기통신번호인 이동전화번호의 관리에 관한 것인데, 전기통신번호는 전기통신사업법에 근거하여 통신망, 통신사업자 및 가입자, 서비스 단말기 및 이용자의 위치 등을 구분하여 식별하고 교환시스템간의 통신회선 구성, 고객관리 및 통화요금 산정 등을 위해 기술적으로 필요하여 주어지는 정보로서 국가와 전기통신사업자가 관리하는(전기

12) [참고 결정례]

- 사료관리법시행규칙의 개정으로 종전에는 동물용의약품제조업자가 독점적으로 해당 물질들을 제조·판매하던 것을 이제 사료제조업자와 함께 이를 제조·판매하게 되어 종전에 누리던 독점적인 영업이익을 상실하게 되었다고 할 수는 있을 것이나, 이는 약사법이 국민보건의 향상을 위하여 의약품제조업을 허가제로 하고 이 사건 물질들이 사료의 범위에 포함되어 있지 않았던 데에 기인하는 반사적 이익에 지나지 아니하는 것이므로, 그러한 사실상의 독점적인 영업이익이 상실되었다 하더라도 이로써 청구인들의 헌법상 기본권이 침해되는 것이 아니라고 한 사례(헌재 1999. 11. 25. 99헌마163, 판례집 11-2, 644, 656-657 참조)
- 대한민국정부와 중화인민공화국정부 간 합의된 중국산 마늘에 대한 수입제한조치는 당면한 구체적 경제상황에 적응하지 못한 농가를 한시적으로 보호하여 대응조치를 할 시간적 여유를 주기 위한 것일 뿐, 장기간 혹은 기한 없이 계속적으로 중국산 마늘에 대한 수입장벽을 지속하여 마늘재배농가에 유리한 경제적 법적 상황을 확보하여 주기 위한 것은 아니므로 마늘재배농가에게 위 수입제한조치가 다시 연장되는 것에 대한 어떠한 법적 신뢰도 부여될 수 없어 국가가 이러한 제한조치를 연장하지 아니한다고 하여도 마늘재배농가의 기본권이 제한되는 것으로 볼 수 없다고 한 사례(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마579, 판례집 16-2하, 568, 574 참조)

통신번호관리세칙 제19조 제1항, 제2항 참조¹³⁾) 유한한 국가자원인 점(전기통신번호관리세칙 제1조¹⁴⁾ 참조), 전기통신사업법 제58조에 의하면 방송통신위원회는 이용자가 전기통신사업자 등의 변경에도 불구하고 종전의 전기통신번호를 유지할 수 있도록 전기통신번호이동성에 관한 계획을 수립·시행할 수 있고, 번호이동성계획을 시행하기 위하여 관계 전기통신사업자에게 필요한 조치를 하도록 명할 수 있으며, 전기통신사업법은 번호이동성 계획에는 전기통신번호이동성 대상 서비스의 종류, 대상 서비스별 도입시기, 전기통신번호이동성 시행에 필요한 비용의 전기통신사업자별 분담에 관한 사항을 포함하도록 한다는 규정만 두고 있을 뿐 달리 번호이동성 계획에 관하여 특별한 제한을 규정하고 있지 아니하고, 이동전화서비스 번호이동성 시행 등에 관한 기준에서도 마찬가지로 점 등을 고려해 보면 이동전화번호의 관리에 있어서 피청구인에게는 광범위한 형성의 자유가 부여되어 있다고 보이므로 이 사건 한시적 번호이동제도가 청구인들의 행복추구권을 침해하는지 여부를 심사함에 있어서는 합리성 심사(피청구인에게 부여된 형성의 범위를 벗어나 자의적으로 이행명령을 함으로써 청구인들의 행복추구권을 침해하였는지 여부를 심사)가 상당하다고 판단하였다.

(2) 검토

이 사건 한시적 번호이동제도는 이동전화 식별번호를 010으로 통합하기로 하는 피청구인의 번호통합정책에 따라 2006년경 2세대 서비스와 3세대 서비

13) 전기통신번호관리세칙(2011. 7. 18. 방송통신위원회고시제2011-38호로 개정된 것) 제19조(번호의 관리) ① 제7조, 제8조, 제9조, 제11조, 제13조 및 제14조에 따라 방송통신위원회가 사업자에게 부여하거나 특정목적으로 지정하는 번호는 방송통신위원회가 관리한다.

② 제7조, 제11조, 제12조 및 제16조에 따른 전화망 또는 데이터망 등의 가입자번호 또는 가입자 단말번호 중에서 제1항에 따라 방송통신위원회가 관리하는 번호를 제외한 번호는 사업자가 관리한다.

14) 전기통신번호관리세칙(2011. 7. 18. 방송통신위원회고시제2011-38호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 세칙은 전기통신사업법(이하 "법"이라 한다) 제48조에 따라 전기통신업무의 효율적 제공, 이용자의 편익과 전기통신사업자(이하 "사업자"라 한다) 간 공정한 경쟁환경 조성 및 유한한 국가자원인 전기통신번호(이하 "번호"라 한다)의 효율적 관리를 위하여 전기통신번호관리계획에 관한 기본 사항을 규정함을 목적으로 한다.

스 간의 번호이동을 허용하면서 이에 번호통합정책을 반영하여 010 번호에 한하여 위 번호이동을 허용한 것을 한시적, 조건부로 완화한 것이다. 따라서 이 사건 한시적 번호이동제도에 합리적 이유가 있는지 여부의 문제는 결국 피청구인의 010 번호통합정책이 합리적 이유가 있는지 및 010 번호통합정책을 번호이동과 결부시킨 것이 합리적 이유가 있는지의 문제로 귀결된다고 할 것이므로 이에 대하여 살펴본다.

(가) 010 번호통합정책 및 번호이동성 제도¹⁵⁾

1) 010 번호통합정책의 추진배경, 취지 및 효과

010 번호통합정책이란 이동전화의 식별번호를 01X에서 010으로 모두 통일하여 전국의 이동전화 사용자가 010-XXXX-XXXX 형태의 번호를 사용하는 체계로 이행하는 것을 의미한다. 과거 영국이나 일본에서 식별번호의 단위를 증가시켜 이동전화 또는 유선전화의 번호체계를 개편한 경우가 있고, 우리나라에서도 과거 유선전화 가입자가 증가함에 따라 국번호의 자릿수를 증가시켜 번호체계를 개편한 사례는 있으나, 여러 식별번호 하에 있는 가입자 번호를 하나의 식별번호로 통합한 전례는 없다.

2000년대 초 이동전화사업자별로 고유의 식별번호가 부여된 상황에서 모든 이동전화사업자들은 가입자 확보를 위한 마케팅 전략의 일환으로 자사의 식별번호에 대한 브랜드화 작업을 적극적으로 추진하여 이동전화 이용자들은 ‘식별번호=사업자’라는 인식을 갖게 되었다. 또한 이용자들은 한번 부여 받은 전화번호를 가능한 한 바꾸지 않으려는 경향을 가지고 있으며, 특히 식별번호는 상징성이 강하여 서비스로의 고착화 또는 사업자로의 고착화를 촉진시켜 통신시장에서의 공정한 서비스 경쟁을 저해하였고, 식별번호의 브랜드화가 강화되는 경향을 보이자 우리나라 이동전화 시장에서는 식별번호가 가입자 고착화 현상을 심화시키는 원인으로 지목받았다. 한편, 국가자원인 번호가 기업의 브랜드로 간주되는 상황은 번호 소유 또는 관리 주체를 모호하게 하여 국가에 의한 번호관리를 어렵게 하는 것으로 바람직한 것이 아니었다. 이러한 상황에서 국가는 식별번호의 브랜드화 문제를 해소하기 위해 3세대 서비스의 개시를 앞두고 향후 3세대 서비스에 대해서는 사업자에 관계

15) 010번호통합 및 중장기 번호자원관리 방안 연구, 주제육, 정보통신정책연구원, 2009. 11. 19-30면 참조

없이 식별번호를 010으로 통합하여 부여하고, 3세대 서비스 개시 후 5년 이내에 기존의 01X 식별번호를 회수하기로 결정하였다(2002. 1. 21. 제75차 통신위원회).

한편, 일부 이동전화 이용자의 전화번호 변경을 촉진하거나 특수한 경우 강제적인 변경이 불가피할 수도 있는 010 번호통합정책은 그 자체로는 번호 변경으로 인한 이용자 불편의 증대라는 사회적 비용을 발생시킨다. 번호통합으로 직접적으로 기대할 수 있는 긍정적 효과는 이동전화 간 통화에서 식별번호를 누르는 과정이 생략됨으로써 발생하는 이용자의 편익 증대가 있고, 번호통합으로 인한 간접적인 효과는 미래의 번호 수요에 대비해 충분한 예비 번호자원을 확보할 수 있다는 점과 과거 이동통신 시장에서 공정경쟁의 저해 요소로 지적되었던 식별번호의 브랜드화 문제를 해결할 수 있다는 점이 있다. 특히, 번호자원의 효율성 측면에서 보면, 번호자원의 효율적인 관리란 가능한 한 적은 단위(digit)의 번호를 사용하고, 가능한 한 적은 양의 번호자원을 사용하면서 추가적인 번호체계 변경으로 이용자 불편을 야기할 수 있는 번호부족 문제의 발생 가능성을 불식시킬 수 있을 만큼 현재와 미래의 번호 수요에 대응할 수 있는 충분한 대역을 확보하는 것을 의미한다. 그런데 우리나라의 시장규모를 고려할 때 4단위 국번호와 병행하는 단일 식별번호 체계는 충분히 장기 수요를 감당할 수 있기 때문에 여섯 개의 식별번호를 사용하고 있는 현재의 체계에 대해 번호자원 관리의 비효율성이 지적되고 있는 상황이다.¹⁶⁾ 또 다른 문제는 우리나라 번호체계 하에서 이동전화용으로 할당된 01Y(Y=0~9) 번호 대역에서 신규 이동전화 서비스 도입에 대비한 예비 대역의 번호가 확보되어 있지 않다는 사실이다. 최근의 이동전화 서비스는 음성통화 중심의 서비스에서 무선데이터 통신의 비중이 점차 증가하고 있고, 스마트폰이나 융합서비스 등 과거에 없던 다양한 종류의 서비스가

16) 과거 3세대 서비스 및 번호이동성 제도가 실시되기 전 우리나라의 이동전화 번호 체계는 다섯 개의 식별번호(011, 016, 017, 018, 019) 및 이하 세 자리 국번호로 구성된 것으로, 이는 총 5000만 명의 가입자를 확보할 수 있는 규모의 자원이었다. 이후 3세대 식별번호로 010이 도입되었고, 기존 일부 식별번호의 가입자 수요가 증가하면서 네 자리 국번호 도입되기 시작했으며, 번호단위가 하나 증가한 대신 다섯 개의 식별번호로 확보된 이동전화용 가용번호 자원은 6억 개로 급격히 늘어났다. 6억 개의 번호자원은 우리나라의 전체 인구를 감안한 이동통신 시장의 규모 및 장기수요를 고려할 때 지나치게 많은 대역이 할당된 것이다.

늘어나고 있기 때문에 단순한 서비스 대체와는 다른 양상으로 수요가 창출될 개연성이 높을 것으로 예상되며, 다양한 요금제 방식이 도입될 경우 우리나라도 복수 사업자를 이용하는 이용자가 증가할 수도 있다는 사실을 고려한다면 미래의 새로운 번호수요에 대비할 필요가 있다.

이와 같은 010 번호통합정책의 추진배경, 취지 및 효과를 고려해 보면, 피청구인이 010 번호통합정책을 수립한 데에는 합리적인 이유가 있다.

2) 번호이동성 제도

010 번호통합정책과는 별개로, 식별번호의 브랜드화 문제를 해소하기 위한 또 하나의 정책으로 이동전화 번호이동성 제도가 있다. 번호이동성 제도는 이용자가 전기통신사업자나 이동전화서비스를 변경하더라도 기존에 사용하던 번호를 계속 유지할 수 있게 하는 제도로서 이동전화서비스에 대해서는 2004. 1. 1. 2세대 서비스 간의 번호이동을 처음 시행하였다. 번호이동성 제도는 특정 식별번호를 사용하기 위해서 반드시 특정 사업자를 선택해야만 했던 기존 번호체계의 문제점을 해결하고, 식별번호의 선호가 사업자 선택을 제약할 수 없도록 번호체계를 개선하여 식별번호의 브랜드화 문제 해소에 성공적으로 기여한 것으로 평가받고 있다. 또한 번호이동성 제도는 010으로의 식별번호 전환을 촉진하기 위해 번호통합정책과 결합된 내용의 정책이 시행되기도 했는데 2006. 4.부터 010 식별번호에 한하여 3세대 서비스로의 번호이동을 허용하도록 한 것이 그 예이다.

(나) 010 번호통합정책의 (계속적) 추진에 합리적 이유가 있는지 여부

위와 같은 정부의 번호통합 촉진정책 및 번호이동성 제도의 성과와 함께 3세대 서비스 가입자가 꾸준히 증가하면서 2010. 11. 기준으로 이동전화 전체 가입자 중 010 번호 이용비율은 85.1%, 2013. 5. 기준으로 이동전화 전체 가입자 중 010 번호 이용비율이 95%(010으로 식별번호를 변경하는 데 사전 동의하고 한시적 번호이동을 선택한 이용자 144만 명 포함)에 이르고 있다.

이에, 010 번호통합정책의 수립 당시와 현재의 이동전화 시장 상황에는 변화가 있다고 할 것인바, 먼저 번호이동성 제도가 큰 성과를 거둬으로써 식별번호의 브랜드화 문제가 상당부분 해소되었다는 점에서 010 번호통합정책을 계속 추진하는 것이 여전히 유효한가 내지 합리적인가 하는 점이다. 살피

건대, 010 번호통합정책 수립당시와 비교해 볼 때 현재 시장상황의 변화로 010 번호통합정책의 유효성은 약화되었다고 보인다. 그러나 그 이유가 되는 시장 상황의 변화는 시장에 의한 자발적 변화가 아니라 010 번호통합정책 및 번호이동성 제도의 시행 등에 기인한 바가 크다는 점, 현 시점에서 010 번호통합정책을 폐지하는 것은 이미 대다수의 이용자들이 010 번호를 사용하고 있는 점 등을 고려해 볼 때 010 번호통합정책을 계속 추진하는 것과 비교해 사회적 비용을 감안한 순익은 발생하지 않으며, 또한 오랫동안 유지해 온 정부의 정책에 대한 일관성이 통합 폐지로 인해 훼손된다면 정책 당국에 대한 국민의 신뢰가 실추될 우려가 있는데 이는 사회적으로 매우 심각한 손실이 될 것으로 보인다.¹⁷⁾ 또한 번호자원의 효율성 측면에서 보면 우리나라 인구의 장기 전망 등을 고려해 볼 때 실질적인 번호 부족의 문제는 발생하지 않을 것으로 예상되나 현재의 6개의 식별번호(010, 011, 016, 017, 018, 019)를 사용하는 번호체계는 번호자원의 낭비 및 신규 서비스 도입에 대비한 예비 번호대역을 확보하고 있지 못하다는 점에서 위험요소를 가지고 있다.

따라서 피청구인이 010 번호통합정책을 추진하는 데에는 합리적 이유가 있다.

(다) 번호통합정책과 번호이동을 결부시킨 것이 합리적 이유가 있는지 여부
 번호이동은 가입자가 전기통신사업자 또는 이동전화서비스의 변경에도 불구하고 종전의 전기통신번호를 유지하는 것을 말하는데, 01X 이용자에게 번호이동을 무제한으로 허용할 경우 010 번호로의 통합은 완성될 수 없다. 따라서 이동전화의 식별번호를 010으로 통합하기 위해서는 기존의 01X 번호 이용자의 번호이동을 제한하는 것이 불가피하므로 번호통합정책을 추진하기로 한 이상 번호이동에 번호통합정책을 결부시킨 것에는 합리적 이유가 있다.

(3) 소결

그렇다면 이 사건 한시적 번호이동제도에는 합리적 이유가 있으므로 이 사건 한시적 번호이동제도는 청구인들의 행복추구권을 침해하지 아니한다.

17) 010번호통합 및 중장기 번호자원관리 방안 연구, 주재욱, 정보통신정책연구원, 2009. 11. 25-29면 참조

5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 법이론적으로는 현재 국민들 대다수가 이용하고 있는 이동전화의 (식별)번호 변경과 관련된 공권력의 행사가 어떠한 기본권을 제한하는지 여부에 대해서 고민해 볼 수 있었던 사안이라고 생각된다. 이 사건 결정 이후 미래창조과학부는 현재까지 번호통합 정책목표가 상당부분 달성되었으나, 이용자간의 형평성, 정책의 일관성 유지 등을 위해 현재와 같이 점진적으로 번호통합을 추진하되, 시장에서 2세대 이동전화 서비스가 모두 종료되는 시점(2018년경으로 예상)에는 번호통합을 완료하기로 한다는 입장을 유지하고 있다.¹⁸⁾

18) 미래창조과학부 010 번호통합정책 안내 홈페이지(www.010number.go.kr) 참조, 2014. 8. 27. 방문

공직선거법 제15조 위헌확인

- 대통령 및 국회의원 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 공직선거법 규정이 기본권을 침해하는지 여부 -
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174, 판례집 25-2상, 306)

임 성 희*

【판시사항】

선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정하고 있는 공직선거법(2011. 11. 7. 법률 제11071호로 개정된 것) 제15조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 19세 미만인 사람의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2011. 11. 7. 법률 제11071호로 개정된 것) 제15조 제1항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

청구인은 1994. 2. 17.생으로, 제19대 국회의원 선거일인 2012. 4. 11. 및 제18대 대통령 선거일인 2012. 12. 19. 기준 19세 미만이라는 이유로 공직선거법 제15조에 의하여 위 국회의원 및 대통령 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 선거권 연령을 19세 이상으로 제한한 공직선거법 제15조가 헌법 제11조의 평등권과 제24조의 참정권 등을 침해한다고 주장하면서 2012. 2. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

* 헌법연구관

【결정요지】

보통선거의 원칙은 일정한 연령에 도달한 사람이라면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하는데 그 전제로서 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여는 선거권을 제한하는바, 선거권 행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다.

헌법 제24조는 “모든 국민은 ‘법률이 정하는 바’에 의하여 선거권을 가진다.”라고 규정함으로써, 선거권 연령을 어떻게 정할 것인지는 입법자에게 위임하고 있다. 입법자는 우리의 현실상 19세 미만의 미성년자의 경우, 아직 정치적·사회적 시각을 형성하는 과정에 있거나, 일상생활에 있어서도 현실적으로 부모나 교사 등 보호자에게 의존할 수밖에 없는 상황이므로 독자적인 정치적 판단을 할 수 있을 정도로 정신적·신체적 자율성을 충분히 갖추었다고 보기 어렵다고 보고, 선거권 연령을 19세 이상으로 정한 것이다.

또한 많은 국가에서 선거권 연령을 18세 이상으로 정하고 있으나, 선거권 연령은 국가마다 특수한 상황 등을 고려하여 결정할 사항이고, 다른 법령에서 18세 이상의 사람에게 근로능력이나 군복무능력 등을 인정한다고 하여 선거권 행사능력과 반드시 동일한 기준에 따라 정하여야 하는 것은 아니므로 선거권 연령을 19세 이상으로 정한 것이 불합리하다고 볼 수 없다.

따라서 선거권 연령을 19세 이상으로 정한 것이 입법자의 합리적인 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 19세 미만인 사람의 선거권 및 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.

재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견

일정 연령의 사람이 정치적 판단능력이 있음에도 더 높게 선거권 연령을 정하였다면 입법형성권의 한계를 벗어난 것이다.

선거권 연령이 19세 이상으로 조정된 이후 지금까지 우리 사회는 그 이전까지의 변화와 비교할 수 없을 정도로 엄청난 변화를 겪었고, 이러한 변화는 청소년을 포함한 국민의 정치적 의식수준도 크게 고양시켰으므로 중등교육을 마칠 연령의 국민은 독자적인 정치적 판단능력이 있다고 보아야 한다.

그런데 중등교육을 마치는 연령인 18세부터 19세의 사람은 취업문제나 교육문제에 지대한 관심을 갖게 되고, 정보통신, 특히 인터넷의 발달에 가장

친숙한 세대로서 정치적·사회적 판단능력이 크게 성숙하게 되므로 독자적인 정치적 판단능력을 갖추었다고 보아야 한다.

병역법이나 근로기준법 등 다른 법령들에서도 18세 이상의 국민은 국가와 사회의 형성에 참여할 수 있는 정신적·육체적 수준에 도달하였음을 인정하고 있고, 18세를 기준으로 선거권 연령을 정하고 있는 다른 많은 국가들을 살펴봐도 우리나라의 18세 국민이 다른 국가의 같은 연령에 비하여 정치적 판단능력이 미흡하다고 볼 수는 없다.

그렇다면 18세 이상 국민이 독자적인 정치적 판단능력이 있음에도 선거권 연령을 19세 이상으로 정한 것은 입법형성권의 한계를 벗어나 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권 등을 침해한다.

【해 설】

1. 선거권 연령에 관한 결정례, 연혁, 입법례, 다른 법령과의 비교

가. 선거권 연령에 관한 결정례

(1) 선거권 연령에 관한 최초 결정

헌법재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 선거권 연령을 “20세 이상”으로 규정한 공직선거및선거부정방지법 제15조¹⁾가 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 내용의 합헌결정(판례집 9-1, 683)을 하였는데, 그 요지는 ‘선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 선거권연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부

1) 96헌마89 사건에서는 공직선거및선거부정방지법 제15조 전체가 심판의 대상이었고, 쟁점은 ‘선거권연령을 20세 이상으로 정한 것이 18~19세 국민들의 평등권과 선거권을 침해하는지 여부’였다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 680-683 참조).

공직선거및선거부정방지법 제15조(선거권) ① 20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 20세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거일명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 자는 그 구역에서 선거하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거권이 있다.

에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다’는 것이다.

(2) 후속 결정

위 96헌마89 결정 후 2001. 6. 28. 2000헌마111 사건, 2002. 4. 25. 2001헌마851, 2002헌마102(병합) 사건²⁾ 및 2003. 11. 27. 2002헌마787, 2003헌마516(병합) 사건에서, 위 96헌마89 사건의 합헌결정 이유는 여전히 타당하고 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 없다는 이유로 공직선거및선거부정방지법 제15조 제1항 내지 제2항에 대한 헌법소원을 모두 기각하였다.

나. 선거권 연령에 관한 입법연혁 등

(1) 연혁

우리나라의 선거권 연령의 연혁을 보면 제헌헌법부터 제2차 개헌시까지에는 대통령부통령선거법과 국회의원선거법에 21세 이상으로 규정하였으나, 제3차 개헌(1960. 6. 15. 개정) 당시부터 제4공화국 헌법(유신헌법)과 제5공화국 헌법까지는 헌법에 20세의 규정을 두었다. 제6공화국 헌법(1987. 10. 29. 개정)인 현행헌법은 법률에 위임하였고, 1994. 3. 16. 공직선거및선거부정방지법이 제정되기 전까지는 개별 선거법³⁾에서 20세 이상으로 제한하였다. 현행 헌법은 개정당시 선거권 연령을 헌법에 규정할 것인지의 여부에 의견일치를 보지 못하여 법률에 위임하게 된 것이다. 공직선거및선거부정방지법 제정 당시 선거권 연령에 관하여 여당인 민주자유당은 20세 이상, 야당인 민주당은 18세 이상으로 주장하여 논의 하다가 1994. 2.경 민법상의 성인연령인 20세로 합의하였다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 681 참조).

그 후 2005. 8. 4. 공직선거및선거부정방지법을 공직선거법으로 개정하면서 선거권 연령이 19세로 하향 조정되어 현재에 이르고 있다.

2) 이 사건도 심판의 대상에 공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항이 포함되었으나, 96헌마89 결정 및 2000헌마111 결정의 요지를 인용하여 헌법소원청구를 기각하였다. 공직선거및선거부정방지법 제15조(선거권) ① 20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 20세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성)제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 자는 그 구역에서 선거하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거권이 있다.

3) 대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의장선거법

(2) 선거권 연령을 19세로 하향 조정한 이유

선거권 연령이 20세 이상에서 19세 이상으로 개정된 경위를 살펴보면 다음과 같다.

	노동래의원 대표발의안	김형주의원 대표발의안	정치개혁특별위원회안
제안일자	2004. 7. 12.	2004. 7. 26.	2005. 6. 29.
내용	19세 이상	18세 이상	19세 이상
제안이유	1960년 이후 우리사회는 정치·경제·사회·문화 등의 모든 분야에서 많은 변화가 이루어짐에 따라, 교육기회가 확대되고 언론매체 등의 발달로 인해 국민의 전반적인 의식수준이 크게 향상됨. 따라서 고등학교를 졸업한 연령인 19세에 달한 국민들도 성인으로서의 권리와 의무를 부담할 능력이 있으며, 스스로 정치적 판단을 할 능력도 구비하고 있다고 보아야 할 것임. 더욱이 법무부에서 추진중인 민법개정안에서도 성년의 기준을 만 19세로 낮추고 있는바 선거권도 이에 맞추어 19세에 달한 자에게는 부여되어야 할 것임.	대한민국 수립 이후 국민의 지속적인 경제·문화, 교육 수준의 향상, 정치·사회의 민주화 그리고 언론 매체의 발달을 감안하면 18~19세에 도달한 미성년자라 하더라도 충분히 스스로의 정치적 판단을 통하여 독자적으로 선거권을 행사할 수 있는 능력과 소양을 갖추고 있다고 할 것이고 외국의 입법례도 상당수가 18세를 선거권 기준 연령으로 정하여 선거권을 확대하여 온 실례에 비추어 볼 때 현재의 선거권 연령을 조정하여 18세 이상으로 정함으로써 선거권자의 연령기준을 보다 합리적으로 개선하려는 것임.	국민의 정치적 자유를 확대하고, 국민의 선거 참여 기회가 확대될 수 있도록 각종 제도적 장치를 신설·보완함.
행정자치위원회 전문위원 검토의견 (2006. 9.)	선거연령은 선진외국에서도 점점 낮아지는 추세에 있고, 우리나라 청소년들의 정치적 의사결정능력과 그동안 사회변화 등을 감안하여 하향 조정할 필요성이 인정되었으며, 2005. 8. 4. 공직선거법 개정시에 이를 반영하여 선거권의 연령요건을 20세 이상의 국민에서 19세 이상의 국민으로 하향 조정하였으므로 개정안의 취지는 반영되었음.	선거연령은 선진외국에서도 점점 낮아지는 추세에 있고, 우리나라 청소년들의 정치적 사결정능력과 그동안 사회변화 등을 감안하여 하향 조정할 필요성이 제기되었음. 이에 따라 2005. 8. 4. 공직선거법 정시에 선거권의 연령요건을 20세 이상의 국민에서 19세 이상의 국민 또는 18세 이상의 국민으로 하향 조정하는 방안을 진지하게 검토하였으나, 최종적으로 선거권연령을 19세 이상의 국민으로 하향 조정하였음.	
처리결과	2008. 5. 29. 임기만료 폐기	2008. 5. 29. 임기만료 폐기	2005. 6. 30. 원안 가결 ⁴⁾

위 개정안에 나타난 제안 이유를 참고하면, 이 사건 법률조항이 선거권 연령을 19세 이상로 하향 조정하게 된 것은 교육기회가 확대되고 언론매체 등의 발달로 인해 국민의 전반적인 의식수준이 크게 향상됨에 따라 고등학교를 졸업한 연령인 19세에 달한 국민들도 성인으로서의 권리와 의무를 부담할 능력이 있으며 스스로 정치적 판단을 할 능력도 구비하고 있다고 보아야 할 것인 점, 당시 법무부에서 추진중인 민법개정안에서도 성년의 기준을 만 19세로 낮추고 있는 점 등을 고려하여 국민의 정치적 자유를 확대하고 국민의 선거참여 기회가 확대될 수 있도록 한 것이다.

다. 외국의 입법례

주요 국가의 선거권 연령은 다음과 같다.⁵⁾

국가	미국	영국	독일	프랑스	일본	스페인	호주	대만	싱가폴
연령	18세	18세	18세	18세	20세	18세	18세	20세	21세

라. 다른 법령에서의 연령 제한과의 비교

민법	제4조(성년기) 만 20세로 성년이 된다. ※제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다.[전문개정 2011. 3. 7.][시행일: 2013. 7. 1.] 제801조(약혼연령) 만 18세가 된 사람은 부모 또는 후견인의 동의를 얻어 약혼할 수 있다. 제807조(혼인적령) 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다.
청소년 보호법	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. "청소년"이라 함은 만 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 만 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자를 제외한다.
청소년 기본법	제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다. 1. "청소년"이라 함은 9세 이상 24세 이하의 자를 말한다. 다만, 다른 법률에서 청소년에 대한 적용을 달리할 필요가 있는 경우에는 따로 정할 수 있다.
국민 투표법	제7조(투표권) 19세 이상의 국민은 투표권이 있다.

4) 2005. 8. 4. 법률 제7681호 공직선거법 공포

5) 각 국의 선거제도 비교연구, 중앙선거관리위원회(2009), 87-101면 참조

주민 등록법	제24조(주민등록증의 발급 등) ① 시장·군수 또는 구청장은 관할 구역에 주민등록이 된 자 중 17세 이상인 자에 대하여 주민등록증을 발급한다.
병역법	제8조(제1국민역 편입) 대한민국 국민인 남성은 18세부터 제1국민역에 편입된다.
공무원 임용 시험령⁶⁾	제16조(응시연령) ① 공무원의 채용시험에 응시하려는 사람은 최종시험예정일이 속한 연도에 다음 각 호의 구분에 따른 응시연령에 해당하여야 한다. 1. 일반직 채용시험 가. 7급 이상: 20세 이상 나. 8급 이하: 18세(교정·보호 직렬은 20세) 이상 2. 기능직 채용시험: 18세 이상
도로 교통법	제82조(운전면허의 결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 운전면허를 받을 수 없다. 1. 18세 미만(원동기장치자전거의 경우에는 16세 미만)인 사람
근로 기준법⁷⁾	제66조(연소자 증명서) 사용자는 18세 미만인 자에 대하여는 그 연령을 증명하는 가족관계기록사항에 관한 증명서와 친권자 또는 후견인의 동의서를 사업장에 갖추어 두어야 한다. 제69조(근로시간) 15세 이상 18세 미만인 자의 근로시간은 1일에 7시간, 1주일에 40시간을 초과하지 못한다.

6) 국가공무원법 제36조(응시 자격) 각종 시험에 있어서 담당할 직무 수행에 필요한 최소한의 자격요건은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

7) 그 외 근로기준법상 18세를 기준으로 한 조항은 다음과 같다.
제51조(탄력적 근로시간제) ③ 제1항과 제2항은 15세 이상 18세 미만의 근로자와 임신 중인 여성 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.

제52조(선택적 근로시간제) 사용자는 취업규칙(취업규칙에 준하는 것을 포함한다)에 따라 업무의 시작 및 종료 시각을 근로자의 결정에 맡기기로 한 근로자에 대하여 근로자대표와의 서면 합의에 따라 다음 각 호의 사항을 정하면 1개월 이내의 정산기간을 평균하여 1주간의 근로시간이 제50조 제1항의 근로시간을 초과하지 아니하는 범위에서 1주 간에 제50조 제1항의 근로시간을, 1일에 제50조 제2항의 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다.

1. 대상 근로자의 범위(15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외한다)

제65조(사용 금지) ① 사용자는 임신 중이거나 산후 1년이 지나지 아니한 여성(이하 "임산부"라 한다)과 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다.

제70조(야간근로와 휴일근로의 제한) ① 사용자는 18세 이상의 여성을 오후 10시부터 오전 6시까지의 시간 및 휴일에 근로시키려면 그 근로자의 동의를 받아야 한다.

② 사용자는 임산부와 18세 미만자를 오후 10시부터 오전 6시까지의 시간 및 휴일에 근로시키지 못한다

제72조(갱내근로의 금지) 사용자는 여성과 18세 미만인 자를 갱내(坑內)에서 근로시키지 못한다. 다만, 보건·의료, 보도·취재 등 대통령령으로 정하는 업무를 수행하기 위하여 일시적으로 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 보통선거원칙과 심사기준

국민주권의 원리와 선거를 통한 국민의 국정 참여를 위하여 헌법 제24조는 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의한 선거권을 보장하고 있고, 헌법 제11조는 정치적 생활영역에서의 평등권을 규정하고 있으며, 또한 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 보장하고 있다.

보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 일정한 연령에 도달한 사람이라면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하는데, 그 전제로서 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여는 선거권을 제한하는바, 연령에 의하여 선거권을 제한하는 것은 국정 참여 수단으로서 선거권 행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다.

그런데 헌법 제24조는 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바’에 의하여 선거권을 가진다고만 규정함으로써 선거권이 인정되는 연령을 어떻게 정할 것인지에 관하여는 입법자에게 위임하고 있다.

이에 따라 입법자는 선거권 연령을 정함에 있어서 우리나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 교육적 요소, 신체적·정신적 자율성의 인정 여부, 정치적·사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 재량에 따라 결정할 수 있으나, 국민의 기본권을 보장하여야 한다는 헌법의 기본이념과 연령에 의한 선거권제한을 인정하는 보통선거제도의 취지에 따라 합리적인 이유에 근거하여 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 헌법상 허용될 수 없다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1427 등 참조).

3. 판단

가. 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 청구인의 선거권이나 평등권을 침해하지 않았다고 보았다.

「19세 이상의 국민에게만 대통령 및 국회의원의 선거권을 인정한 이 사건 법률조항이 합리적 이유 없는 자의적인 입법으로서 19세 미만인 국민의 선거권 등을 침해하는지 여부를 살펴본다.

2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정된 민법 제4조(2013. 7. 1. 시행)는 성년이 되는 연령 기준을 종래의 20세에서 19세로 낮추었다.

선거권 연령을 정함에 있어서 민법상 행위능력이 있는 성년 연령과 반드시 일치시킬 필요는 없지만 국민이 정치적인 판단을 할 수 있는 능력이 있는지 여부를 판단할 때 민법상 행위능력의 유무도 중요한 기준이 될 수 있다.

19세 미만으로서 아직 고등학교를 졸업하지 못한 학생들은 개인적인 차이를 감안하더라도 아직 정치적·사회적 시각을 형성하는 과정에 있거나 일상 생활에 있어서도 현실적으로 부모나 교사 등 보호자에게 어느 정도 의존할 수밖에 없는 상황이므로, 이들의 정치적 의사표현이 민주시민으로서의 독자적인 판단에 의한 것인지 의문이 있을 수 있고, 그러한 의존성으로 말미암아 정치적 판단이나 의사표현이 왜곡될 우려도 있다.

물론 오늘날 미성년자라도 신체적으로는 성년자 못지않게 발달하였고, 각종 문화 및 정보매체의 발달로 인하여 다양한 지식을 습득함으로써 지적 수준이 많이 향상된 것은 사실이다. 하지만 이러한 정신적·신체적 수준의 발달에도 불구하고 현실적으로는 19세 미만인 미성년자의 경우 부모나 보호자로부터 물질적이나 정신적인 면에서 충분히 자유롭지 못하여 아직 자기정체성이 확립되어 있지 않은 경우가 많고, 경험이나 적응능력의 부족 등으로 인하여 중요한 판단을 그르칠 가능성도 크기 때문에 19세 미만인 미성년자는 아직 정신적·신체적 자율성이 충분하지 않은 것으로 볼 수 있다.

입법자는 위와 같이 미성년자의 정신적·신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적인 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등을 종합적으로 고려하여 중등교육을 마칠 정도의 연령인 19세 이상의 국민에게만 선거권을 인정하기로 한

것이다.

한편 외국의 많은 국가에서는 18세 이상을 선거권 연령으로 규정하고 있지만, 선거권 연령을 정하는 문제는 입법자가 우리나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 교육적 요소, 신체적·정신적 자율성의 인정 여부, 정치적·사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 독자적으로 입법재량에 따라 결정해야 할 문제이므로, 다른 나라의 선거권 연령과 단순히 비교하여서는 아니 되고, 우리 입법자가 19세 이상으로 선거권 연령을 정한 것이 현저하게 불합리하거나 자의적이어서 입법형성권의 재량의 범위를 일탈한 것이라고는 볼 수 없다.

또한 민주주의 사회를 구성하는 선거에 있어서 선거권 행사능력, 생활을 영위하는 수단으로서의 근로능력, 비교적 단순한 형태의 공무를 처리할 능력, 군 복무능력 등이 동일한 연령 기준에 따라 판단될 수는 없고, 각 법령들의 입법취지와 각각의 영역에서 고려하여야 할 제반사정, 그리고 대립되는 관련 이익들을 서로 교량하여 입법자가 각 영역마다 그에 상응하는 연령기준을 정하여야 하는 것이므로 다른 법령들이 그 입법취지에 따라 19세 미만인 사람에게도 일정한 능력을 인정하고 있다고 하여 선거권 연령을 19세 이상으로 정한 것이 반드시 불합리하다고 볼 수 없다.

위와 같은 점들을 종합해 볼 때 선거권 연령을 19세 이상으로 정한 이 사건 법률조항이 입법부에 주어진 합리적인 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 19세 미만인 사람들의 선거권이나 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.」

나. 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성은 이 사건 법률조항이 다음과 같은 이유로 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권과 평등권을 침해한다는 반대의견을 개진하였다.

「19세 미만인 사람이 정치적 판단능력을 갖추었음에도 입법자가 19세 이상의 사람에게만 선거권을 인정한 것이 입법형성권의 한계를 벗어난 것인지 여부를 살펴본다.

우리나라의 선거권 연령은 제헌헌법부터 제2차 개헌시까지의 개별 선거법

에 21세 이상으로 규정하였다가 제3차 개헌 당시부터 유신헌법, 제5공화국 헌법까지는 헌법에 20세로 규정하였고, 현행 헌법에 이르러 법률에 위임하였는데 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정되기 전까지 개별 선거법에서 20세 이상으로 규정하였다.

1994. 3. 16. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정될 당시에 선거권 연령에 관하여 18세로 규정하자는 주장이 제기되었으나, 결국 민법상의 성년 연령인 20세로 합의하게 되었는데, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 2005. 8. 4. 공직선거법으로 개정되면서 당시의 시대적 변화, 즉 교육기회의 확대와 언론매체 등의 발달로 인하여 국민의 전반적인 의식수준이 향상됨에 따라 19세에 달한 국민도 성인으로서 권리와 의무를 부담할 능력이 있고, 스스로 정치적 판단을 할 능력도 구비하고 있다는 점을 반영하여 선거권 연령을 19세로 하향 조정하였다.

그런데 선거권 연령이 19세로 조정된 때부터 지금까지 우리 사회는 그 이전까지의 변화와 비교할 수 없을 정도로 정치·사회·경제·문화 등 모든 분야에서 엄청난 변화를 겪고 있다.

정치과정의 실질적 민주화 및 언론자유와 실질적 보장이 이루어졌고, 사회 조직이 다원화되고 수평화되면서 쌍방향 의사소통 구조가 확립되었으며, 과거에는 상상할 수 없었던 정보통신기술의 발달로 다양한 언론매체가 등장하였고, 인터넷을 통한 정보와 사상의 교류가 국가적 차원을 넘어 전세계적으로 확대되었으며, 경제수준이나 문화수준 역시 세계 선진국에 뒤지지 않을 정도로 성장하고 있다.

또한 정보통신기술의 발달에 힘입어 국민은 정치·사회적 쟁점에 보다 쉽게 접근할 수 있게 되었고, 자신의 의사를 보다 적극적으로 표명할 수 있는 기회와 수단을 확보하게 되었다. 이러한 변화는 국민의 전반적인 정치적 의식수준을 크게 고양시켰는데, 그렇다면 정치·사회·경제·문화 등 사회 모든 분야에 있어서 변화가 가속화되고 있는 지금이야말로 입법자가 보통선거 원칙에 가장 부합하는 형태로 선거권 연령을 확정하였는지 되짚어 볼 시점이다.

입법자는 19세 미만인 사람은 정치적 판단능력이 없다는 전제하에 18세인

사람에게는 선거권을 부정하고 있다.

그러나 중등교육의 대상자인 청소년들 역시 선거권 연령이 19세로 조정된 때부터 지금까지 급속하게 향상되어 온 교육수준, 국가와 사회의 민주화, 경제의 발전 및 문화수준의 향상, 현실적으로 보장되는 언론의 자유와 언론매체의 발달 등으로 인하여, 특히 인터넷에 가장 친숙한 세대로서 정치와 사회 문제에 대하여 자신의 독자적인 의사를 형성하고 이를 표현할 수 있는 기회와 수단을 갖추게 되었다.

교육과정에 있어서도 지식의 습득에 중점을 두었던 과거와 달리 민주시민으로서의 정체성을 확립하고 다양한 사회의 문제점을 판단하며 이를 해결하는 능력 등을 배양하는 데에 목표를 두고 있으므로 중등교육을 마칠 연령의 국민이라면 이러한 정치·사회적 환경의 변화로 인하여 정치적 문제에 있어서 스스로 자신의 견해를 가지고 독자적인 판단능력을 가질 수 있다고 보아야 한다.

중등교육을 마치는 연령은 일반적으로 18세 내지 19세이고, 18세부터 19세에 이르는 기간은 고등학교 3학년 또는 고등학교를 졸업하여 사회진출을 시작하거나 대학교 1학년에 재학 중인 기간인데, 고등학교 졸업자는 물론이고 고등학교 3학년들도 사회진출이나 대학입시 준비를 위하여 취업문제나 교육문제에 지대한 관심을 기울이는 기간이므로 이 기간 동안에 정치적·사회적 판단능력이 크게 성숙하게 된다.

그렇다면 보통선거의 원칙과 선거권이 가지는 중요성을 감안할 때 독자적인 판단능력을 갖춘 국민에게는 적극적으로 선거권을 인정하는 것이 타당하므로 정치적 문제에 있어서 독자적인 판단능력을 갖춘 18세 이상 국민에게 선거권을 부여함이 마땅하다.

다른 법령상 연령기준을 보면, 병역법상 지원에 의한 군복무가 인정되는 연령, 공무원임용시험령상 8급 이하 일반직이나 기능직 공무원 채용시험에 응시할 수 있는 연령, 근로기준법상 도덕상 또는 보건상 유해한 사업에 사용할 수 있는 연령이 모두 18세 이상으로 정해져 있다.

비록 위 법령들과 공직선거법은 그 입법목적이나 보호법익이 다르다고 하더라도 적어도 18세 이상의 국민은 국가와 사회의 형성에 적극적으로 참여

할 수 있는 정신적·육체적 수준에 도달하였음을 인정한 것이다.

한편, 2011. 3. 7. 개정된 민법 제4조(2013. 7. 1. 시행)에 의하면 19세를 성년으로 규정하여 19세 미만인 사람은 원칙적으로 행위능력이 없으나 혼인한 18세는 19세 미만이라도 성년으로 의제된다(민법 제807조, 제826조의2). 민법상 성년자가 되어야 완전한 사법행위를 할 수 있지만 선거권 행사에 있어서는 사법행위를 함에 있어서와 같은 정신적·육체적 수준을 요구하는 것이 아니므로 민법상 행위능력의 인정기준인 성년과 선거권 연령은 일치하지 않는다. 20세를 성년으로 규정하던 시기에 선거권 연령을 19세 이상 국민으로 내렸는데, 성년을 19세로 규정한 이상, 선거권 연령은 민법상 성년보다 하향 조정할 필요성이 인정된다.

오늘날 세계 각국이 규정하는 선거연령을 살펴봐도 많은 수의 국가가 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있고, 16세나 17세를 기준으로 선거권을 부여하고 있는 국가도 존재한다.

세계 각국은 정치·사회의 변화에 따라 선거연령을 하향 조정하고 있는데, 최근 10년간 2회의 조정을 통해 19세에서 16세로 선거권 연령을 조정한 국가가 있는가 하면, 21세에서 3세 내지 4세를 낮추어 17세, 18세를 기준으로 선거권을 조정한 국가들도 있다.

이렇게 세계 각국은 변화에 따라 향상된 국민의 의식수준을 고려하여 선거권 연령을 하향 조정하고 있는데 현재 우리나라의 교육·경제·문화수준에 비추어 볼 때 우리나라의 18세 국민이 다른 나라의 같은 연령에 비하여 정치적 판단능력이 미흡하다고는 볼 수 없다.

입법자가 헌법 제24조의 위임에 따라 선거권 연령을 결정할 재량이 인정된다고 하더라도 위와 같은 여러 가지 사정을 종합하면, 우리 입법자가 국민이라면 원칙적으로 모두 선거권을 갖는다는 민주주의의 원리 및 보통선거의 원칙에 가장 부합하는 형태로 선거권 연령을 확정하였다고 보기는 어렵다.

따라서 선거연령을 19세로 정한 이 사건 법률조항은 입법형성권의 한계를 벗어난 것으로 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권과 평등권을 침해한다.」

4. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은, 대통령 및 국회의원의 선거권 행사 연령을 종래의 20세 이상에서 19세 이상으로 낮춘 공직선거법 규정에 대하여 입법재량의 범위를 벗어난 것이 아니라고 판단하였다.

공직선거법 제155조 제1항 위헌확인

- 투표시간을 선거일 오후 6시까지로 정한 것이
선거권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마815·905(병합), 판례집 25-2상, 324)

성 왕*

【판시사항】

1. 헌법상 선거일을 유급휴일로 정하여야 할 입법의무가 인정되는지 여부 (소극)
2. 투표소를 선거일 오후 6시에 단도록 한 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제155조 제1항 중 ‘오후 6시에’ 부분이 과잉금지원칙에 반하여 선거권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 국회가 대통령 선거일을 유급휴일로 정하는 법률을 제정하지 아니한 입법부작위(이하 ‘심판대상 입법부작위’라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 및 ② 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제155조 제1항 중 ‘오후 6시에’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 이다.

심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것)

제155조(투표시간) ① 투표소는 선거일 오전 6시에 열고 오후 6시(보궐선거 등에 있어서는 오후 8시)에 닫는다. 다만, 마감할 때에 투표소에서 투표하기 위하여 대기하고 있는 선거인에게는 번호표를 부여하여 투표하게 한 후에 닫아야 한다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 2012헌마815 사건

청구인들은 비정규직, 자영업 등 직업의 특성상 일과시간 중에는 투표가 어려운 선거권자로서, 공직선거법 제155조 제1항이 투표시간을 선거일 오전 6시부터 오후 6시까지로 제한함에 따라 2012. 12. 19. 실시되는 제18대 대통령 선거에서 선거권을 행사할 수 없게 되었다고 주장하며, 2012. 10. 9. 투표시간을 위와 같이 제한하는 공직선거법 제155조 제1항 중 ‘오후 6시에’ 부분의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 2012헌마905 사건

청구인들은 일용직 건설노동자로서, 공직선거법 제155조 제1항이 투표시간을 선거일 오전 6시부터 오후 6시까지로 제한함에 따라 2012. 12. 19. 실시되는 제18대 대통령 선거에서 선거권을 행사할 수 없게 되었다고 주장하며, 2012. 11. 12. 투표시간을 위와 같이 제한하는 공직선거법 제155조 제1항 및 국회가 대통령 선거일을 유급휴일로 정하는 법률을 제정하지 아니한 입법부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 헌법 제1조 제2항, 제24조, 제34조 등의 규정만으로는 헌법이 투표일을 유급의 휴일로 하는 규정을 만들어야 할 명시적인 입법의무를 부여하였다고 보기 어렵고, 나아가 선거권 행사를 용이하게 하는 다양한 수단과 방법 중에 어떠한 방법을 채택할 것인지에 관하여는 입법자에게 일정한 형성의 자유가 인정되므로, 투표일을 유급의 휴일로 하는 규정을 만들어야 할 입법의무가 헌법의 해석상 곧바로 도출된다고 보기도 어렵다.

2. 심판대상조항은 선거결과의 확정 및 선거권의 행사를 보장하면서도 투표·개표관리에 소요되는 행정자원의 배분을 적절한 수준으로 유지하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 또 심판대상조항은 투표일 오전 6시에 투표소를 열도록 하여 일과 시작 전 투표를 할 수 있도록 하고 있고, 근로기준법(2012. 2. 1. 법률 제11270호로 개정된 것) 제10조는 근로자가 근로시간 중에 투표를 위하여 필요한 시간을 청구할 수

있도록 규정하고 있으며, 통합선거인명부제도가 시행됨에 따라 사전신고를 하지 않고도 부재자투표가 가능해진 점 등을 고려하면 위 조항은 선거권 행사의 보장과 투표시간 한정 필요성을 조화시키는 하나의 방안이 될 수 있다고 할 것이므로, 침해최소성 및 법익균형성에 반한다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 선거권을 침해한다고 볼 수 없다.

【해 설】

1. 이 사건의 쟁점

가. 심판대상 입법부작위에 관한 청구의 경우, 진정입법부작위에 대한 헌법소원으로서 입법의무의 존부가 문제되었다.

나. 심판대상조항에 관한 청구의 경우, 선거권 행사의 시간적 제약을 규정한 심판대상 조항의 선거권 침해 여부 및 보궐선거 선거권자와 임기만료로 인한 선거의 선거권자의 차별취급으로 인한 평등권 침해 여부가 문제되었다.

2. 심판대상 입법부작위에 관한 심판청구의 적법 여부에 대한 판단

진정입법부작위에 대한 헌법소원은, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우가거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 허용된다(헌재 2007. 5. 31. 2006헌마1000, 공보 128, 674, 675)는 것이 헌법재판소의 선례이다.

헌법재판소는, 헌법 제1조 제2항의 국민주권의 원리나 제24조가 규정하는 선거권, 제34조가 규정하는 인간다운 생활을 할 권리의 보장 규정만으로는 헌법이 투표일을 유급의 휴일로 하는 규정을 만들어야 할 명시적인 입법의무를 부여하였다고 보기 어렵고, 나아가 선거권 자체를 제한하는 것이 아닌 선거권 행사를 용이하게 하는 다양한 수단과 방법 중에 어떠한 방법을 채택하고 결합할 것인지는 당시의 기술 수준이나, 사회적·경제적 여건을 종합적으로 고려하지 않을 수 없는 것으로서 입법자에게 일정한 형성의 자유가 인정되는바, 투표일을 유급의 휴일로 하는 규정을 만들어야 할 입법의무가 헌

법의 해석상 곧바로 도출된다고 보기도 어렵다고 판단하여, 심판대상 입법부 작위에 대한 심판청구를 각하하였다.

3. 심판대상조항의 선거권 및 평등권 침해 여부

가. 심판대상조항의 입법연혁 및 개정 논의

(1) 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정되기 이전에는 개별 선거에서 선출되는 직에 따라 ‘대통령 선거법’, ‘국회의원 선거법’, ‘지방의회의원선거법’, ‘지방자치단체의 장 선거법’이 각각 별도로 적용되었다. 시기별로 살펴보면, 1950년대에서 1960년대의 대통령 선거와 국회의원 선거에는 오전 7시부터 오후 5시까지의 투표시간이 적용되었다가¹⁾, 1970. 12. 22. ‘대통령 선거법’과 ‘국회의원 선거법’이 개정되면서 ‘오전 7시부터 오후 6시까지’로 투표시간이 1시간 연장되었다²⁾. 1988. 4. 6. 제정된 ‘지방의회의원 선거법’과 1990. 12. 31. 제정된 ‘지방자치단체의 장 선거법’ 상의 투표시간도 같다³⁾.

(2) 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정되면서 제155조 제1항에 “투표소는 선거일 오전 6시에 열고 오후 6시에 닫는다. 다만, 마감할 때에 투표소에서 투표하기 위하여 대기하고 있는 선거인에게는 번호표를 부여하여 투표하게 한 후에 닫아야 한다.”고 규정하여 투표시간을 1시간 더 연장함으로써 12시간의 투표시간이 규정되었고, 2004. 3.

1) 1950. 4. 12. 법률 제121호로 제정된 ‘국회의원 선거법’ 제46조는 “투표소는 오전 7시에 열고 오후 5시에 닫는다. 단, 마감할 때에는 투표소에서 대기하고 있는 선거인에게 투표를 시켜야 한다.”고 규정하였고, 1952. 7. 18. 법률 제247호로 제정된 ‘대통령·부통령 선거법’ 제33조, 1963. 2. 1. 제정된 ‘대통령 선거법’ 제84조 제1항의 내용도 문구만 달라졌을 뿐 동일하다.

2) 1970. 12. 22. 법률 제2240호로 개정된 ‘대통령 선거법’은 제84조 제1항에서 투표시간을 1시간 연장하여 상오 7시에 열고, 하오 6시에 닫도록 규정하였고, 같은 날 법률 제2241호로 개정된 ‘국회의원 선거법’ 역시 제94조 제1항에 동일한 내용의 규정을 두었다.

3) 1988. 4. 6. 법률 제4005호로 제정된 ‘지방의회의원 선거법’ 제90조 제1항은 “투표소는 상오 7시에 열고 하오 6시에 닫는다. 그러나 마감할 때에는 투표소에서 투표를 하기 위하여 대기하고 있는 선거인에게 투표를 하게 한 후에 닫아야 한다.”고 규정하였고, 1990. 12. 31. 법률 제4312호로 제정된 ‘지방자치단체의 장 선거법’ 제98조 제1항의 내용 역시 같다.

12. 법률 제7189호로 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 개정되면서, 보궐선거 등의 경우 투표시간을 2시간 더 연장하여 오후 8시에 단도록 하는 내용이 추가되어 심판대상조항이 규정되기에 이르렀다.

(3) 2012년, 직업상의 이유 등으로 일과시간 중에 투표가 어려운 이들이 투표권 행사를 원활히 할 수 있도록 하기 위하여 투표시간 연장이 필요하다는 주장이 제기됨에 따라 국회에 투표시간 연장을 내용으로 하는 법률안이 다수 제출되었고,⁴⁾ 2012. 9. 18.과 같은 달 19. 열린 국회 행정안전소위원회에서 그와 같은 내용의 법률안들이 심의되었으나, 현재 선거일이 공휴일인 점, 선거 관리상의 어려움과 비용문제 등을 들어 반대하는 입장과 선거일은 약휴일인 점, 투표율 제고 등을 이유로 찬성하는 입장이 맞선 끝에 투표시간 연장안이 채택되지 못하였다.⁵⁾

다만 헌법재판소에서 헌법불합치 결정이 이루어진 부제자투표 개시시간 부분(공직선거법 제155조 제2항)은 ‘오전 10시’에서 ‘오전 6시’로 투표시간을 연장하는 것으로 합의되어 2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정되었다.⁶⁾

나. 우리나라의 투표제도 및 현황 분석

(1) 제외선거에 관한 규정들은 이 사건과 직접 연관성이 없으므로 제외하고, 국내에서의 선거권 행사를 중심으로 살펴보면, 선거권행사에 관한 규정 및 선거권 행사의 보장에 관한 규정은 이 사건 결정에 표시된 바와 같다.

(2) 우리나라의 투표율 현황⁷⁾ 및 투표불참사유⁸⁾는 다음과 같다.

4) 2012. 9. 4. 발의 진선미 의원안과 2012. 9. 5. 발의 장병완 의원안은 투표 종료시간을 오후 9시로 늦추는 내용이고, 2012. 7. 26 발의된 이복희 의원안은 투표 종료시간을 오후 10시로 늦추는 안이다.

5) 제311회 국회 행정안전소위 제1, 2차, 회의록 참조.

6) 부제자투표 개시시간 연장이 규정된 공직선거법 개정안이 심의, 의결되는 과정에서 일반적인 투표시간 연장에 관한 논의는 제기되지 않았다(제311회 국회 법제사법위원회 제6차 회의록, 제311회 국회 본회의 회의록 참조).

7) 국회 입법조사처, 사전투표제의 국가별 운영현황과 국내도입방향, 2010, 제1면; 중앙선거관리위원회, 제19대 국회의원선거 투표율 분석, 2012, 제10면 참조.

8) 국회 입법조사처, 사전투표제의 국가별 운영현황과 국내도입방향, 2010, 제10면; 중앙선거관리위원회, 제19대 국회의원선거에 관한 유권자 의식조사, 2012, 제212면 참조.

(가) 우리나라의 전국단위선거의 투표율은 전반적으로 감소하는 경향을 보이고 있다. 대통령 선거의 경우 1992년 제14대 선거에서 81.9%였던 투표율이 제16대 선거에서는 70.8%로 하락하였고, 2007년 제17대 선거에서는 62.9%를 기록하여 대통령 직선제 도입 이후 가장 낮았다. 국회의원 선거에서는 제17대 총선의 경우 제16대(57.2%)보다는 약간 증가한 60.6%의 투표율을 보였으나, 제18대 총선에서는 46.1%로 역대 최저치를 기록하였고, 2012년 제19대 총선에서는 54.2%로 다소 회복세를 보였다. 지방선거의 경우, 1995년 제1회 지방선거에서 68.4%였던 투표율은 1998년 52.7%를 거쳐 2002년에는 48.9%로 역대 최저치를 기록하였으나, 2006년 제4회 선거에서 51.6%, 2010년 제5회 지방선거에서 54.5%로 다소 회복세를 보였다. 지난 10년간 OECD 회원국에서 실시된 대통령 및 국회의원 선거(한국의 경우 지방선거 포함)를 대상으로 투표율을 비교하면, 회원국 평균 투표율은 71.4%인데 비하여, 한국은 56.9%에 그치고 있다.

(나) 중앙선거관리위원회의 선거별 각 년도 유권자의식조사 중 선거 실시 이후 실제로 투표를 하지 않은 사람들을 대상으로 조사한 투표불참사유는 다음과 같다. 정치에 대한 불신 내지 무관심이 전체적으로 가장 큰 요인인 것으로 보이나, 개인적인 일 또는 출근 등으로 인하여 투표에 참여하지 못하였다는 사람들의 비율도 상당히 높게 나타났다.

	제17대 총선 (2004)	제4회 지방선거 (2006)	제18대 총선 (2008)	제5회 지방선거 (2010)	제19대 총선 (2012)
개인적인 일 또는 출근 등으로	37.7	21.0	27.8	36.6	39.4
정치나 선거에 관심이 없어서	12.3	32.8	20.1	28.1	20.4
정치인에 대한 불신 때문에	·	·	14.0	9.8	7.0
마음에 드는 후보자가 없어서	16.5	13.9	18.5	8.4	8.7
투표를 해도 바뀌는 것이 없어서	20.6	24.4	7.9	6.8	14.0
후보자를 잘 몰라서	3.2	7.4	·	·	·
기타	9.7	0.5	11.7	10.3	10.5

다. 외국의 입법례

(1) 투표시간의 평면적 비교만으로는 선거권(투표권) 행사가 실질적으로 어느 정도로 보장되고 있는지, 투표시간 연장이 투표율 제고에 어떠한 영향을 미치는지 평가하기 어렵다. 투표시간 이외에 투표율에 영향을 미치는 세계 각국의 투표제도 전반을 간략히 살펴보면 다음과 같다.⁹⁾

국가	투표 요일	투표 일수	투표시간	특별투표제도 도입 여부			
				우편 투표	사전 투표	대리 투표	보조 투표
우리나라	수요일 {(약정)공휴일}	1일	6시-18시(12시간)	○ ¹⁰⁾	2013년 도입 예정	X	○
영국	목요일(평일)	1일	7시-22시(15시간)	○	X	○	○
미국	화요일(16개주 는 공휴일)	1일	주 별로 상이, 대체로 12시간 이상 {아래 (2)항 참조}	○	○	○	○
프랑스	일요일	1일	8시-18시(10시간)	X	X	○	○
독일	일요일	1일	8시-18시(10시간)	○	X	X	○
일본	일요일	1일	7시-20시(13시간)	○	○	X	○
이탈리아	일요일, 월요일	2일	6시-22시(16시간), 7시-14시(7시간)	X	X	X	○
스페인	일요일	1일	9시-20시(11시간)	○	X	X	○
스웨덴	일요일	1일	8시-20시(12시간)	○	○	○	○
캐나다	월요일	1일	12시간(시작 및 종료시간은 지역별로 상이)	○	○	X	○
필리핀	월요일(공휴일)	1일	7시-15시(8시간)	X	X	X	○
호주	토요일(공휴일)	1일	8시-20시(12시간)	○	○	X	○

① 우선 투표요일에 관하여 살펴보면, 많은 국가들이 일요일 또는 공휴일인 평일에 선거를 실시하고 있으나, 영국과 미국은 평일에 투표를 실시하고 있다.

9) 중앙선거관리위원회, 각국의 선거제도 비교연구, 2009, 제465-548면; 국회입법조사처, 사전투표제의 국가별 운영현황과 국내도입방향, 제19면 참조.

10) 부재자투표 가운데 군인, 신체 거동이 불편한 자 등에 한정하여 인정되는 거소투표의 경우 우편투표이다.

② 투표시간은 대체로 10시간 이상이고, 시작시간 및 종료시간은 나라별로 상이하다.

③ 다만 투표일이 평일이라거나 투표시간이 짧다고 하여 투표권 행사가 어렵다고 단언할 수는 없다. 예컨대 영국의 경우 평일에 투표를 하지만, 본인의 직업상의 이유로 투표소를 갈 수 없는 자는 우편으로 부재자투표를 하거나, 또는 대리인을 지정하여 대리투표를 할 수 있도록 하여 투표권 행사를 용이하도록 하고 있고, 투표시간이 10시간으로 비교적 짧은 프랑스의 경우, 선거인 명부에 등록되어 있는 곳과 거주지가 다르거나 휴가를 떠난 경우 투표권을 위임하여 대리투표할 수 있도록 하고 있으며, 12시간의 투표시간을 규정하고 있는 스웨덴의 경우, 사전투표를 희망하는 유권자는 전국 어디서나 원하는 투표소에서 선거일 전 24일부터 투표할 수 있도록 사전투표제를 개방적으로 운영하여 투표권 행사를 보장하고 있다.

(2) 몇몇 주요 국가의 경우를 보다 자세히 살펴본다.

(가) 미국

① 미국의 경우 대통령과 부대통령, 연방의원을 선출하는 총선거일(General Election Day)은 화요일(16개 주는 공휴일로 지정)이고, 투표시간은 아래 표와 같다. 아래에 표시되지 아니한 몇몇 주는 투표시간이 조정가능하도록 정해져 있거나, 모든 투표를 우편으로 실시하는 경우이다.

투표시간	해당 주
6:00 AM - 6:00 PM	인디애나(공휴일), 켄터키(공휴일)*, 켄자스(MST)**
6:00 AM - 7:00 PM	아리조나, 일리노이(공휴일), 미조리, 버지니아
6:00 AM - 8:00 PM	코네티컷, 루이지애나(공휴일), 메인, 뉴저지(공휴일)
6:00 AM - 9:00 PM	뉴욕(공휴일)
6:30 AM - 7:30 PM	노스캐롤라이나(공휴일), 오하이오, 웨스트버지니아(공휴일)
7:00 AM - 6:00 PM	하와이(공휴일)
7:00 AM - 7:00 PM	알라배마, 콜로라도, 플로리다(공휴일), 조지아, 켄자스(CST), 미시시피, 네바다, 뉴멕시코, 오클라호마, 사우스캐롤라이나, 텍사스, 네브라스카(MST 기준), 와이오밍, 사우스다코타
7:00 AM - 8:00 PM	알래스카, 캘리포니아, 델라웨어(공휴일), 워싱턴DC, 메릴랜드(공휴일), 메사추세츠, 미시건, 미네소타, 몬타나(공휴일), 펜실베이니아, 로드아일랜드(공휴일), 유타, 위스콘신(공휴일)

투표시간	해당 주
7:00 AM - 9:00 PM	아이오와
7:30 AM - 7:30 PM	알칸사
8:00 AM - 8:00 PM	아이다호, 네브라스카(CST 기준)

② 현재 32개 주와 워싱턴 DC에서 투표율 제고를 위하여 사전투표(early voting) 제도를 도입, 실시하고 있다. 사전투표는 부재자투표와 달리 특별한 자격요건을 충족할 필요가 없다. 사전투표가 실시되는 기간은 주마다 다른데, 그 범위가 총 4일부터 45일까지이며, 평균 19일 동안 진행된다.

③ 선거일 당일 투표에 필요한 시간을 보장하기 위하여 미국의 31개 주에서 유급 ‘투표휴가(time off for voting)’를 권리로서 규정하고 있다. 투표시간 보장 규정은 민간부문과 공공부문의 모든 사용자와 피고용자에게 적용된다(다만 메사추세츠주는 생산직 등에 한정). 투표휴가조항의 합헌성은 1952년 미국연방대법원 판결 Day-Brite Lighting v. Missouri, 342 U.S. 421(1952)에서 인정된 바 있다.

④ 뉴욕주의 경우에는 투표일이 공휴일이지만 동시에 투표시간을 보장하기 위한 휴가규정을 마련하고, 근무의 시간으로 연속 4시간 투표할 시간이 있는 경우에는 ‘충분한 시간’이 있다고 간주한다.

(나) 독일

① 독일은 1919년 바이마르 헌법 이래로 휴일 투표제를 실시하고 있고, 연방 선거는 오전 8시부터 오후 6시까지 실시된다(주선관위원장은 특별한 사유가 있는 경우 개별 선거구의 투표개시시간을 앞당길 수 있다).

② 독일의 경우 사실상 누구나 우편투표를 이용할 수 있고, 투표일 오후 6시까지 투표용지를 담은 우편물이 도착하면 유효한 우편투표로 인정된다. 우편투표는 1957년 연방선거법에 도입되었다.

(4) 일본

① 현재 일본 공직선거법상 투표시간은 오전 7시부터 오후 8시까지이다. 1998년 공직선거법 개정 전에는 오전 7시부터 오후 6시까지였으나, 투표율 저하에 따른 대책의 일환으로 2시간 연장된 것이다. 한편 기초자치단체의 선거관리위원회는 2시간의 범위 내에서 투표소 개소 시각을 조정하거나 4시

간의 범위 내에서 투표소 폐쇄시각을 조정할 수 있고, 2003년 중의원 의원선거 당시 전체 투표소의 19.7%가 개폐시각을 조정하였는데, 그 중에 개시시각과 폐쇄시각을 모두 앞당긴 경우는 있었으나, 폐쇄시각을 늦춘 경우는 없었다.

② 선거일의 요일이 법정되어 있지는 않으나, 1970년 이후 국정 선거의 투표일은 일요일로 하는 관행이 확립되어 있다.

③ 일본 노동기준법은 우리나라의 근로기준법 제10조와 마찬가지로 공민권 행사에 필요한 시간을 청구할 권리를 규정하고 있다.

④ 부재자투표의 경우 선거기일 공시 또는 고시일의 익일부터 선거기일의 전날까지 가능한데, 선거기간 중에는 오전 8시 30분에서 오후 8시 사이에, 선거기간이 아닌 경우에는 오전 8시 30분부터 오후 5시 15분 사이에 이루어진다.

⑤ 일본의 경우 투표율 제고에 가장 가시적인 효과를 거둔 것은 2003년 도입된 기일 전 투표제도(사전투표제도)로 평가되고 있다. 기일 전 투표제도 도입 후 기일 전 투표 및 부재자투표 이용률을 보면, 첫 중의원총선거였던 2005년 선거에서는 투표자 총수 대비 13.84%, 2009년 선거에서는 20.28%의 유권자가 이를 이용하였고, 참의원의원통상선거의 경우에는 2007년 선거에서 18.70%, 2010년 선거에서 21.07%의 유권자가 이를 이용하였다.

라. 심사기준

(1) 헌법재판소는 이 결정에서, 선거권을 제한하는 법률의 합헌성은 원칙적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 의거하여 심사함이 상당하다고 보면서, 다만 선거권의 부여나 박탈과 같이 선거권 자체를 제한하는 것이 아니라 선거권 행사의 방법이나 절차 등을 규정하여 선거권의 행사를 제한하는 법률의 경우, 선거권 행사를 용이하게 하는 여러 다양한 수단과 방법 중에 어떠한 방법을 채택하고 결합할 것인지는 당시의 기술 수준이나, 사회적·경제적 여건을 종합적으로 고려하지 않을 수 없는 것으로서 입법자에게 일정한 형성의 자유가 인정된다고 볼 수 있으므로, 이를 심사에 고려할 필요가 있다고 보았다.

(2) 헌법재판소는 부재자투표시간을 오전 10시부터 오후 4시까지로 정한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제155조 제2항의 위헌 여부가 문제된 사안(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320)에서 다음과 같이 설시한 바 있다.

『헌법은 제24조에서 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다’고 규정하고 있는데, 여기서 ‘법률이 정하는 바에 의하여’는 국민의 기본권인 선거권을 법률을 통해 구체적으로 실현하라는 의미이므로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하고, 선거권을 제한하는 법률의 합헌성은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 의거하여 심사하여야 한다.

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 인정된다는 것을 도외시할 수 없다.

그러나 이 사건 투표시간조항이 선거권에 법적인 제한을 가하는 것은 아니라고 하더라도, 선거권의 법적 제한과 관련이 없는 단순한 부재자투표절차를 마련하는 내용이 아니라, 부재자투표시간을 평일 일과시간 이내로 정하고 평일 일과시간에 학업과 직장업무를 하여야 하는 부재자투표자의 투표권 행사를 사실상 어렵게 함으로써 결과적으로 이들의 선거권 자체를 제한하고 있는 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 이 사건 투표시간조항은 부재자투표절차를 규정함에 있어서 입법자에게 일정한 입법형성의 자유가 인정된다는 것을 감안하더라도, 결과적으로 부재자투표자의 선거권 자체를 제한하는 것이므로, 그 위헌 여부는 비록 완화된 의미에서일지언정 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 심사함으로써 결정하여야 할 것이다.』(헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 329-330)

이 사건 결정은 위와 같은 선례의 연장선 상에 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(3) 참정권은 민주국가의 구성과 민주주의 실현의 기본적인 전제조건이며, 대의제 하에서 통치권 내지 국정 of 담당자를 결정하는 선거권은 국민주권의 개념과 불가분의 관계에 있는 것으로서 가장 중요한 참정권 중의 하나라고 할 수 있다. 따라서 헌법 제24조의 법률유보는 국민의 기본권인 선거권을 법률을 통해 구체적으로 실현하라는 의미로 이해해야 할 것이고, 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 할 것이므로 선거권을 제한하는 법률의 합헌성은 원칙적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 의거하여 심사함이 상당하다. 다만 이 사건 결정에서 지적한 바와 같이, 선거권의 부여나 박탈과 같이 선거권 자체를 제한하는 것이 아니라 선거권 행사의 방법이나 절차 등을 규정하여 선거권의 행사를 제한하는 법률의 경우, 선거권 행사를 용이하게 하는 여러 다양한 수단과 방법 중에 어떠한 방법을 채택하고 결합할 것인지는 당시의 기술 수준이나, 사회적·경제적 여건을 종합적으로 고려하지 않을 수 없는 것으로서 입법자에게 일정한 형성의 자유가 인정된다고 볼 수 있고, 따라서 심사기준의 완화를 긍정할 수 있다.

마. 선거권의 침해 여부

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 결정에서 실시한 바와 같이, 투표시간 내지 기간을 정하는 것은, 선거결과 of 확정(대표의 선출)이라는 선거의 본질과 결합되어 있는 것으로서, 투표소 설치·투표 관리·참관·개표에 소요되는 행정자원의 배분을 적절한 수준으로 유지하고, 장시간 투표함을 보관하면서 당선자가 신속하게 결정되지 않는 경우에 발생할 수 있는 사회적 혼란을 억제하기 위한 것이므로 그 입법목적이 정당하고, 선거일 하루 중 오후 6시를 투표종료시간으로 정한 심판대상조항은 위와 같은 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단이라고 볼 수 있다.

(2) 침해의 최소성 및 법익균형성

심판대상조항의 선거권 침해 여부의 판단의 핵심이 된 것은 결국, 심판대

상조항의 투표종료시간이 선거권을 행사함에 있어 충분한 시간을 보장하고 있는가 하는 점이고, 이는 단지 이 사건 법률조항에 의한 선거권 행사의 보장뿐만 아니라 앞서 살핀 바와 같이 선거권 행사를 보장하고 있는 전체 투표제도의 맥락에서 평가될 수밖에 없는 것이다.

헌법재판소는 이 사건 결정에서, 현행 공직선거법이나 근로기준법상, 선거일 당일 일과시간 이외의 투표시간을 두고, 근로기준법상 투표시간을 보장하며, 사전신고 없이도 전국 어디서나 부재자투표를 가능하게 하고 있음을 주요한 근거로 하여 심판대상조항이 선거권 행사의 보장과 투표시간 한정 필요성을 조화시키는 하나의 방안이 될 수 있음을 인정하였다.

한편 이 사건 청구인들은 심판대상조항이 위헌이라고 주장하면서, 투표시간 연장의 필요성 등을 주장하였는데, 헌법재판소는 이와 관련하여 투표장소 이용이나 선거 관리에 드는 업무 및 비용의 부담¹¹⁾이 크게 증가하는 것에 비하여 투표시간 내지 투표일 연장이 적극적 투표참여의사의 제고 및 실현에 어느 정도 기여할 수 있는지 명확한 답이 있다고 볼 수 없다는 이유로 입법자의 판단을 존중하는 결정을 하였다.

바. 그 밖의 쟁점에 대한 판단

(1) 청구인들은 심판대상조항이 비정규직 근로자, 자영업자, 중소기업 회사원 등 현실적으로 일과시간 내에 투표가 어려운 선거권자들을 공휴일에 투표하는 공무원 등과 차별한다고 주장하였다.

임기만료에 의한 선거일이 관공서의 공휴일인 것은 대통령령인 ‘관공서의 공휴일에 관한 규정(2006. 9. 6. 대통령령 제19674호)’ 제2조 제10의2호에 의한 것이고 심판대상조항에 의한 것이 아니며, 심판대상조항의 문언이나 입법 취지, 연혁 등에서 일과시간 내에 투표가 어려운 집단을 구분하거나 차별하

11) 투표시간 연장에 관한 법률안 심의 과정에 참석한 중앙선거관리위원회 선거실장은, 임기만료에 의한 선거시간을 (2시간) 연장하는 경우, 추가비용이 100억원 정도, 추가인력이 12만 정도 필요하다는 의견을 제시했다. 한편 국회예산정책처 추계예산에 의하면 2시간 연장에 합계 약 36억원 정도 추가 소요가 될 것으로 예측되었고, 선거관리위원회와 국회예산처의 추계는 개표 비용에 있어서는 큰 차이를 보이지 아니하였으나, 투표관리관과 투표사무관의 근무방식을 어떤 방식으로 운영하느냐에 따라 비용이 큰 차이를 보인 것으로 보인다.

려는 의도가 발견되는 것도 아니다. 이에 헌법재판소는, 선거일이 일부 선거권자에 대해서는 휴일이나, 일부 선거권자에 대해서는 휴일이 아니라는 사실은 선거권 침해 여부의 판단에서 고려될 수는 있을지언정, 심판대상조항에 의한 차별취급의 문제는 발생시키지 아니한다고 판단하였다.

다만 심판대상조항이 보궐선거의 경우보다 더 일찍 투표소를 단도록 규정한 것이 보궐선거 등에 참여하고자 하는 이들과 임기만료로 인한 선거에 참여하고자 하는 이들을 차별하여 평등권을 침해하는지 판단하였는데, 보궐선거 등의 경우 임기만료에 의한 선거와 달리 선거일이 관공서의 공휴일이 아니고, 그에 따라 취업규칙이나 단체협약에서 보궐선거일을 약정 휴일로 하는 경우가 거의 없다는 점에서 임기만료에 의한 선거보다 투표권 행사를 보다 용이하게 해 줄 필요성이 있을 수 있고, 임기만료에 의한 선거의 경우 전국적인 규모로 선거가 치러지므로 특정 선거구를 대상으로 한 보궐선거 등의 경우보다 투표시간 연장으로 인한 업무 부담 및 소요 비용이 훨씬 크다는 점을 고려할 때, 보궐선거 등의 경우와 임기만료로 인한 선거의 경우를 나누어 투표시간을 규정한 것은 합리적 이유있는 차별로서 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다고 보았다.

(2) 청구인들은 심판대상조항이 현실적으로 일과시간 내에 투표가 어려운 선거권자들의 선거권을 부인하여 보통선거의 원칙에 위반된다고 주장하였다.

보통선거라 함은 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로 이러한 요건뿐만 아니라 그밖에 사회적 신분·인종·성별·종교·교육 등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 제도를 말한다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418, 1426).

이에 헌법재판소는, 심판대상조항은 선거권 행사의 시간적 제약을 규정하고 있을 뿐이고, 이러한 시간적 제약을 적용함에 있어 선거인의 신분, 재력 등 어떠한 인적 요건에 따른 차별도 인정하고 있지 않으므로 더 나아가 살필 필요 없이 청구인의 주장은 이유없다고 판단하였다.

4. 결정의 의의

가. 제18대 대통령 선거를 앞두고 투표시간 연장의 문제는 큰 논쟁을 불러왔다. 그러나 대통령 선거 이후 통합선거인명부 제도 시행으로 제한적이거나 실질적 사전투표가 가능해지고, 또한 이 사건 결정 이전에 치러진 재보궐선거를 통하여 통합선거인명부에 의한 부재자투표 제도가 선거권자의 투표의 편의에 기여하고 있는 것으로 평가되었으며, 헌법재판소가 재판관 전원 일치 의견으로 이 사건 합헌 결정을 하면서 근로기준법상 투표시간 부여 규정을 강조하고, 또한 중요하게 고려함에 따라 최근 치러진 선거에서는 사전투표와 근로기준법 규정의 홍보를 통하여 일정한 투표의 편의성 제고 효과가 있었던 것으로 보인다.

나. 헌법재판소는 이 사건에서 현행 투표제도와 관련한 여러 규정과 심판대상조항을 종합하면 선거권자의 자유로운 선거권 행사 기회가 침해되고 있다고 보기 어렵다는 판단을 하였으나, 투표종료시간을 현재보다 더욱 뒤로 미루는 경우 국민의 투표권 행사가 보다 용이해 질 수 있고, 일정한 행정 비용의 소요를 감수하더라도 투표를 제고를 위한 노력이 계속되어야 할 필요성이 있음은 국민주권의 실현 차원에서 충분히 인정할 수 있다는 점 역시 인정하였으므로, 향후 선거권 행사를 용이하게 하는 여러 다양한 수단을 어떤 방식을 종합하여 규정할 것인지는 결국 입법자에게 달려 있다고 할 것이다.

약사법 제95조 제1항 제8호 위헌제청 등

- 의약품 유통체계 확립 등 위반 사건 -

(헌재 2013. 8. 29. 2011헌가19, 2012헌가12, 2012헌바98,
2013헌가11(병합), 판례집 25-2상, 345)

김 용 찬*

【판시사항】

보건복지부령으로 정하는 바에 따른 의약품등의 유통 체계 확립과 판매 질서 유지에 필요한 사항을 위반한 약국개설자 등을 형사처벌하는 구 약사법 제95조 제1항 제8호가 죄형법정주의나 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되고, 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되기 전의 것과 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되고, 2011. 6. 7. 법률 제10788호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 제8호 및 구 약사법(2011. 6. 7. 법률 제10788호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11251호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 제8호 중 “제47조 제1항을 위반한 자” 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다(이 사건 각 심판대상조항의 실질적 내용이 같으므로 다음부터 ‘이 사건 심판대상조항’으로 통칭하고, 이 사건 심판대상조항에서 규정한 구 약사법 제47조 또는 제47조 제1항 부분을 ‘이 사건 의무조항’으로 통칭한다).

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2011헌가19 사건

당해사건 피고인은 약국을 운영하는 사람으로서, 사용기간이 지난 백선펜, 죽엽 등을 판매목적으로 저장·진열하였다는 공소사실로 기소되었는데, 서울 북부지방법원은 공소사실에 적용된 구 약사법 제95조 제1항 제8호가 위헌이라고 인정할 이유가 있다며 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 2012헌가12 사건

제청신청인은 의약품 도매회사 운영자로서, ‘의약품의 판매촉진을 목적으로 의료인 등에게 선급금, 이자 등의 경제적 이익을 제공하였다’는 공소사실로 기소되어 1심에서 약사법위반죄로 유죄판결을 받고 항소한 후 구 약사법 제95조 제1항 제8호가 헌법에 위반된다며 서울고등법원에 위헌법률심판제청신청을 하자, 위 법원은 2012. 2. 23. 위 조항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

다. 2012헌바98 사건

청구인은 의약품 제조·판매회사의 이사로서, ‘시장조사업체와 조사용역계약을 체결하여 위 의약회사에서 제조·판매하는 약의 처방유도 및 판매촉진을 목적으로 수백 명의 의사에게 역학조사를 의뢰하고 그 대가로 함께 13억여 원을 역학조사 사례비 형식으로 지급하여 경제적 이익을 제공하였다’는 공소사실로 기소되었는데, 청구인은 구 약사법 제47조 중 “보건복지부령으로 정하는 바에 따라 의약품등의 유통 체계 확립과 판매 질서 유지에 필요한 사항” 부분 및 구 약사법 제95조 제1항 제8호 중 “제47조를 위반한 자” 부분이 포괄위임금지원칙 등에 위배된다며 서울중앙지방법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 신청이 기각되자, 2012. 3. 14. 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 2013헌가11 사건

제청신청인은 한약방 운영자로서, 동의수세보원의 태음조위탕을 판매하면서 한약방 전면 유리에 '살 빼는 약, 한 달 복용 5-6kg 감량'이라고 표시하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 과장광고를 하였다는 범죄사실로 약식명령을 발부받고 정식재판을 청구하였다. 제청신청인은 소송 계속 중 구 약사법 제95조 제1항 제8호 중 “제47조 제1항을 위반한 자” 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 춘천지방법원 원주지원은 2013. 2. 22. 위 조항에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 청구인의 주장요지

이 사건 심판대상조항 및 이 사건 의무조항은 형사처벌의 대상인 행위를 ‘의약품등의 유통 체계 확립과 판매 질서 유지에 필요한 사항’을 준수하지 아니한 행위라고 규정함으로써, 그 준수사항의 구체적 내용을 보건복지부령으로 정하게 하고, 이를 준수하지 아니하면 형사처벌하도록 규정하고 있는데, 보건복지부령에 규정될 내용과 범위에 관한 기본사항을 구체적으로 정하지 아니하여 어떠한 행위가 형사처벌의 대상이 되는지 예측할 수 없고, 보건복지부령에 위임하고 있는 사항이 미리 법률로써 자세히 정하기 어려울 정도로 전문적이고 기술적인 사항이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 입법기술상 미리 법률에 규정하는 것이 현저히 곤란하다고 보이지도 않아 처벌규정으로써 그 구성요건을 행정입법에 포괄적으로 위임하여야 할 부득이한 사정이 있다고 보기 힘들다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙에 위반된다.

【결정요지】

의약품등의 유통 및 판매에 있어서 다양한 행위형태가 포함되어 법에서 이를 모두 포괄하는 준수사항을 확일적으로 정하는 데는 한계가 있고, 의약제도의 변화와 거래현실 등 여러 사정을 고려하여 정하여질 전문적인 사항이므로 미리 법률로 자세히 정하기 쉽지 않으므로, 행정부가 의약기술의 발

전과 새로운 의약제도의 도입에 따라 각 유통 및 판매단계별로 약국개설자 등이 준수하여야 할 세부적이고 구체적인 의무를 정함으로써 변화에 신속히 대응할 필요성이 인정된다. 따라서 이 사건 의무조항에서 약국개설자 등이 준수하여야 할 대강을 정하고, 더 구체적인 내용은 보건복지부령에 위임하고 있는 것은 부득이한 것으로 허용된다.

또한 약사법과 이 사건 심판대상조항의 입법목적, 의약품의 조제·판매·취급 등 의약분야의 전반에 걸친 약사의 주의의무 및 준수사항을 규정한 구 약사법 관련조항들의 내용 등에 비추어 보면, 하위법령에 규정될 약국개설자 등의 준수사항이란 ‘의약품을 적정하게 공급·판매하여 국민보건에 위해를 끼치지 않고, 의약시장에서의 공정한 경쟁질서나 의약제도의 취지에 어긋나는 행위를 하지 아니할 것’이 주된 내용이 될 것임을 예측할 수 있다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 죄형법정주의나 포괄위임금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견

이 사건 의무조항의 위임에 따라 구 약사법 시행규칙 제62조가 정하고 있는 준수사항의 내용은 오늘날 의료영역 가운데 상당히 보편화된 영역으로 볼 수 있어 이를 미리 법률로 자세히 정하기 어려울 정도로 전문적이고 기술적인 사항이라고 볼 수 없고, 법률에서 처벌조항의 구성요건을 직접 규정하지 아니하고 하위법령에 포괄적으로 위임할 정도의 긴급한 필요가 있다거나 부득이한 사정이 있는 경우라고 인정하기 어려우므로, 이 사건 심판대상조항이 형벌의 구성요건에 해당하는 사항을 직접 규정하지 아니하고 포괄적으로 하위법령인 보건복지부령에 위임할 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

또한, 이 사건 의무조항이 규정하는 ‘의약품등의 유통 체계 확립 및 판매질서 유지에 필요한 사항’은 매우 추상적이고 포괄적인 개념이어서 관련 법조항에 따라 하위법령에 규정될 내용과 처벌대상 행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 만큼 명확하고 구체적인 기준이라고 할 수 없고, 수범자가

전문자격을 가진 사람이라고 하여도 단순히 위 법률의 규정내용으로부터 시행규칙 규정의 내용을 예측하기는 쉽지 않다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙에 위반된다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

아래에서 불 헌법재판소의 선례(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 판례집 20-1상, 626)에서, 이 사건 심판대상조항이 규율하고 있는 처벌이 책임주의 원칙 위반 내지 체계정당성 원칙 위반 여부 역시 쟁점이 된바 있으나, 이에 관하여는 이 사건 청구인 및 제청법원들이 이를 주장하지 아니하여 쟁점이 되지 않았다(참고로 헌법재판소는 위 선례에서 아래에서 보는 바와 같이 처벌조항의 책임주의 원칙 위반, 체계정당성 원칙 위반 여부에 관하여는 전원 일치의 의견으로 청구기각의 판단을 하였다).

따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 심판대상조항이 포괄위임금지원칙을 규정한 헌법 제75조, 제95조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항에 위반되는지 여부이다.

이하에서는, 이 사건 심판대상조항 및 이 사건 의무조항의 연혁, 그리고 헌법재판소의 선례를 간략히 살펴보고, 이어 위 쟁점에 대한 검토를 하고자 한다.

2. 이 사건 심판대상조항 및 이 사건 의무조항의 연혁과 입법취지

구 약사법 제47조는 약국개설자 등 의약품을 판매할 수 있는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 ‘의약품 등의 유통 체계 확립 및 판매 질서 유지’에 필요한 사항을 준수하여야 한다고 규정하고 있다.

이와 같은 구 약사법 제47조의 규율은 1965. 4. 3. 법률 제1694호로 개정된 약사법 제38조에 신설되었는바, 신설될 당시에는 단순히 ‘판매질서유지’에 필요한 사항이라고 규정되어 있었다. 동 조항은 1991. 12. 31. 법률 제4486호로 개정되면서 ‘유통 체계 확립 및 판매 질서 유지’에 필요한 사항이라고 개

정되었다. 그 처벌조항은 같은 법 제76조 제1항에 규정되었는데, 1965. 4. 3. 법률 제1694호로 개정될 때는 법정형이 ‘6월 이하의 징역 또는 만 원 이하의 벌금’으로 규정되었다가 여러 차례의 개정을 거치면서 1994. 1. 7. 법률 제 4731호로 개정될 때는 법정형이 ‘1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금’으로 변경되었다.

약사법은 2007. 4. 11. 법률 제8365호로 개정되었는데, 종전의 제38조 규율 내용은 제47조로 이전되었고, 그에 대한 처벌 조항도 같은 법 제95조 제1항 제8호로 이전되어 규정되었다. 하지만 그 구체적인 규율내용과 법정형은 동일하게 유지되었다.

그 후 약사법은 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되었는데, 종전의 제47조 규율내용은 그 자구에 변함이 없이 동조 제1항으로 규정되었고, 구 약사법 시행규칙 제62조 제1항 제5호에 규정되어 있던 의약품의 품목허가를 받은 자 등이 약사 등에게 의약품 판매촉진의 목적으로 경제적 이익을 제공하는 것을 금지하는 내용이 제47조 제2항으로 신설되었으며, 경제적 이익을 제공받은 약사 등을 처벌하는 내용도 제47조 제3항으로 신설되었다. 그리고 제94조의2를 신설하여 제47조 제2항 및 제3항을 위반한 자를 2년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하여 처벌을 강화하였다.

의약품은 국민보건에 미치는 영향이 크기 때문에 다른 일반 공산품보다도 공공성이 매우 중요시되며, 이에 따라 그 유통체계 및 판매질서에 있어 여러 가지 제한적인 요소들이 적용된다. 따라서 약사법에 의하여 의약품을 취급할 수 있는 자들로 하여금 의약품의 제조단계에서 뿐만 아니라 유통·판매 단계에 있어서도 일정한 준수사항을 지키도록 함으로써, 의약품의 유통에 투명화를 기하고 건전한 판매질서를 확립하여 품질이 우수한 의약품의 공급을 촉진하고 소비자에게 양질의 의약서비스가 제공되도록 하는 데에 동조항의 입법목적이 있다.¹⁾

3. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 2008. 4. 24. 약사법 제38조 위헌확인 등 사건에 대한 결정

1) 약사법해설(약사법의 이해Ⅱ), 이재현, 2003. 참조

에서 구 약사법 제38조(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8365호로 전부 개정되기 전의 것) 중 ‘약국개설자’에 관한 부분 및 동 조항 위반행위에 대한 처벌을 규정하고 있었던 구 약사법 제76조 제1항(2003. 5. 29. 법률 제6909호로 개정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7376호로 개정되기 전의 것) 중 약국개설자와 관련한 ‘제38조’ 부분 등은 헌법에 위반되지 아니한다는 판단을 하였다(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 판례집 20-1상, 626).

그 내용을 요약하여 소개하면 다음과 같다.

가. 법정의견

(1) 구 약사법 제38조(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8365호로 전부 개정되기 전의 것) 중 ‘약국개설자’에 관한 부분의 위헌 여부: 죄형법정주의 및 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부

(가) 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정

의약품 등의 유통 및 판매에는 약국개설자가 의약품의 제조업자나 수입자, 도매상으로부터 의약품을 구매하는 경우 및 일반 소비자에 대하여 의약품을 조제하여 판매하는 경우 등 다양한 행위형태가 포함되고, 그 거래 당사자 및 상대방에 따라 준수사항의 내용이 달라질 수 있으므로, 법에서 위 경우를 모두 포괄하는 준수사항을 획일적으로 정하는 데는 한계가 있다. 또한 의약품의 유통 및 판매에 있어서 약국개설자의 준수사항이란 의약제도의 변화와 거래현실 등 여러 가지 제반사정을 고려하여 정하여질 전문적인 사항이므로 미리 법률로써 자세히 정하기란 쉽지 않다. 그러므로 제도와 기술상황의 변화에 근접해 있는 행정부가 의약기술의 발전과 새로운 의약제도의 도입에 따라 각 유통 및 판매단계별로 약국개설자가 준수하여야 할 세부적이고 구체적인 의무를 정함으로써 변화에 신속히 대응하고, 수시로 변동하는 의약품의 거래현실을 그 때 그 때의 상황에 맞게 반영하여야 할 필요성이 인정된다.

(나) 처벌대상인 행위의 예측가능성

법 제38조는 ‘유통체계 확립 및 판매질서 유지’에 관하여 필요한 사항이라

고 규정하여 하위 법령에 규정될 내용에 대한 대강의 기준을 정하고 있다. 또한 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하는바(헌재 2000. 8. 31. 99헌바104, 판례집 12-2, 233, 241; 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바 23, 판례집 13-2, 606, 624 참조), “약사에 관한 사항을 정하고 그 적정을 기하여 국민보건향상에 기여한다”는 구 약사법 전체의 입법목적(제1조 참조), 의약품의 유통에 투명화를 기하여 품질이 우수한 의약품 공급을 촉진하고 건전한 판매질서를 확립함으로써 소비자에게 양질의 의약서비스가 제공되도록 한다는 법 제38조의 입법목적, 의약품의 조제·판매·취급 등 의약분야의 전반에 걸친 약사의 주의의무 및 준수사항을 규정한 구 약사법 제19조, 제21조, 제22조, 제41조, 제45조, 제54조 내지 제56조, 제63조 등 관련조항의 내용, 일반적인 상품이나 용역의 유통·판매에 있어서 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 불공정거래행위를 규제하고자 하는 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제23조 제1항, 나아가 위 조항의 수범자는 의약품의 관리 및 취급에 대하여 전문자격을 갖춘 약사라는 점 등에 비추어 보면, 결국 하위 법령에 규정될 약국개설자의 준수사항이란 ‘의약품을 적정하게 공급·판매하여 국민보건에 위해를 끼치지 않고, 의약시장에서의 공정한 경쟁질서나 의약제도의 취지에 어긋나는 행위를 하지 아니할 것’이 주된 내용이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다.

(다) 형벌의 종류 및 상한, 폭을 명백히 규정하고 있는지 여부

법 제76조 제1항은 법 제38조를 위반한 약국개설자에 대하여 ‘1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금’에 처한다고 규정하고 있어 형벌의 종류 및 상한과 폭을 명백히 규정하고 있다.

따라서 법 제38조는 포괄위임금지원칙 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 구 약사법 제76조 제1항(2003. 5. 29. 법률 제6909호로 개정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7376호로 개정되기 전의 것) 중 약국개설자와 관련한 ‘제38조’

부분: 책임주의 및 체계정당성 원칙 위반 여부

(가) 이 사건 처벌조항은 약국개설자가 보건복지부령이 정하는 유통체계 확립 및 판매질서 유지에 필요한 사항을 위반하거나 약국 외에서 의약품을 판매하는 경우 그러한 의무위반행위는 곧바로 국민보건에 직결될 수 있으므로 규제의 필요성이 높다는 점, 의약품 거래의 특수성과 전문성을 고려할 때 약국개설자에 대하여는 여타 직업에 비하여 고도의 주의의무와 윤리의식이 요구된다는 점, 업무정지 등의 행정처분만으로는 의무위반행위를 예방하고 적절하기에 미흡하다는 점, 의약품은 일반 공산품과 달리 사람의 질병의 진단·치료·치지에 사용되는 물품이기 때문에 조제단계에서 뿐만 아니라 유통 및 판매단계에서도 엄밀한 관리가 요구된다는 점 등의 입법정책적 고려에 기인한 것이라고 보이며, 행정제재 외에 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 이를 자의적인 입법이라고 볼 수도 없다.

(나) 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 가장 중요한 사항은 당해 범죄의 보호법익과 죄질이므로 보호법익과 죄질에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없는바, 구 약사법 위반행위에 대한 행정제재 및 형사처벌 조항을 두루 살펴보면 보호법익이 동일하더라도 죄질의 차이에 따라 법정형의 종류와 범위를 달리 정하고 있다.

즉, 구 약사법 위반행위는 모든 경우 허가취소 또는 업무정지, 면허취소 또는 자격정지를 할 수 있도록 되어 있고(동법 제69조, 제71조 참조), ‘면허증 대여’나 ‘약사 아닌 자에 의한 약국개설 및 조제·판매행위’, ‘이 법을 위반하여 조제된 의약품의 판매행위’ 등의 경우 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(동법 제74조 참조), 이 사건과 같이 약국 외 판매를 한 경우에는 ‘약사가 아닌 자가 약사명칭을 사용한 경우’, ‘의약품을 개봉판매하거나 불량제조한 경우’, ‘의료기관과 담합행위를 한 경우’, ‘환자의 비밀을 누설한 경우’ 등과 같이 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(동법 제75조 참조), 유통체계확립 및 판매질서유지에 관한 시행규칙을 위반한 경우에는 ‘약국개설등록을 하지 않은 자’, ‘수개의 약국을 개설하였거나 약국개설자 자신이 약국을 관리하지 않는 경우’, ‘약국 외 조제’, ‘처방전에 의하지 않은 조제’ 등의 경우와 같이 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금(동법 제

76조 참조), ‘처방전·조제기록부 등의 자료를 일정기간 보존하지 아니하거나 환자들의 열람요구에 불응한 경우’, ‘의약품의 용기를 봉합하지 않거나 용기의 기재사항을 위반한 경우’ 등은 200만 원 이하의 벌금에 각 처하도록 규정하고 있다(동법 제77조 참조). 위와 같은 법정형의 차이는 구 약사법 위반행위의 태양 및 죄질의 차이에 기인한 것으로, 무면허의료행위 등 의약제도의 본질을 훼손하는 정도의 범위반행위에 대하여는 가장 높은 법정형을, 그 정도에 이르지 않는 의약품의 품질손상이나 오남용을 초래하여 환자의 건강과 알권리에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 주된 의무사항에 대하여는 그보다 낮은 법정형을, 그 밖에 의약품취급업자로서 당연히 준수해야 할 부수적인 의무사항에 대하여는 가장 낮은 법정형을 규정함으로써 차별을 두고 있음을 알 수 있다.

그렇다면 구 약사법 전체의 체계를 고려할 때 이 사건 처벌조항에서 정한 형벌의 상한이 그 죄질과 책임에 비하여 지나치게 높게 설정된 것으로서 형벌체계상의 균형을 현저히 잃고 있다고 볼 수 없다.

나. 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견

법 제38조는 약국개설자에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 의약품의 유통체계 확립 및 판매질서 유지에 관하여 필요한 사항을 준수하도록 의무를 부과하면서 위 의무를 위반할 경우, 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금 등 형사벌(법 제76조 제1항) 및 약국개설등록의 취소 또는 업무정지, 약사면허 취소 또는 자격정지 등 행정적 제재를 규정하고 있다(법 제69조 제1항 제3호 및 제71조 제2항 제1호). 그러므로 처벌법규를 구성하고 있는 법 제38조가 위와 같이 그 내용의 일부를 보건복지부령에 위임하기 위해서는 범죄의 구성요건인 처벌대상 행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 만큼 명확하고 구체적으로 기준과 범위를 규정하고 있어야 하는바, 이 사건 규정은 아무런 예시나 한정적 문구 없이 단지 ‘의약품의 유통체계 확립 및 판매질서 유지에 관하여 필요한 사항을 준수하여야 한다’고만 규정하고 있다.

다수의견은, 법률이 ‘의약품의 유통체계 확립 및 판매질서 유지’에 관하여

필요한 사항이라고 규정하여 하위 법령에 규정될 내용에 대한 대강의 기준을 정하고 있고, 관련 법조항(구 약사법 제1조, 제19조, 제21조, 제22조, 제41조, 제45조, 제54 내지 56조, 제63조, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제23조 제1항)의 내용과 이 사건 규정의 수범자가 의약품의 관리 및 취급에 대하여 전문자격을 갖춘 약사라는 점에 비추어 볼 때, 결국 하위 법령에 규정될 약국개설자의 준수사항이, ‘의약품을 적정하게 공급·판매하여 국민보건에 위해를 끼치지 않고, 의약시장에서의 공정한 경쟁질서나 의약제도의 취지에 어긋나는 행위를 하지 아니할 것’이 주된 내용이 될 것을 충분히 예측할 수 있다고 한다.

그러나 우선 위 법조항들에 의하여 이 사건 규정 중 ‘의약품의 유통체계 확립 및 판매질서 유지에 관하여 필요한 사항’이 다수의견이 들고 있는 위와 같은 내용이 될 것이라고 예측될 수 없을 뿐 아니라(약사법 제1조의 입법목적은 ‘국민보건향상에 기여함’인데, ‘의약품의 유통체계 확립 및 판매질서 유지’와 어떤 관련이 있는지도 불분명하다), 다수의견이 드는 위 내용조차도 처벌대상 행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 만큼 명확하고 구체적인 기준이라고 할 수 없다.

실제로 청구인에 대한 형사처벌 및 행정적 제재의 근거조항인 구 약사법 시행규칙(2002. 11. 5. 보건복지부령 제227호로 개정되고 2005. 10. 7. 보건복지부령 제332호로 개정되기 전의 것) 제57조 제13호 가목은 “법 제21조 제6항의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정하는 지역의 약국개설자는 전문의 약품을 판매하는 경우에는 다음 각 목의 사항을 지킬 것. 가. 품목허가를 받거나 신고한 사항에 따른 성인기준 5일 분량의 범위 안에서 판매할 것”으로 규정하고 있는바, 이 사건 규정의 수범자가 전문자격을 가진 약사라 하여도 단순히 ‘의약품의 유통체계 확립 및 판매질서 유지를 위해 필요한 사항’으로 부터 위 시행규칙 규정의 내용을 예측하기는 쉽지 않다. 결국 이 사건 규정은 처벌법규의 구성요건에 해당하는 ‘의약품의 유통체계 확립과 판매질서 유지에 필요한 사항’을 예측할 만한 기본적 기준과 범위도 없이 하위 법령에 위임함으로써 헌법상 포괄위임금지 원칙을 위반하였다고 할 것이다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 포괄위임금지원칙과 죄형법정주의 명확성원칙

헌법 제75조는 위임입법의 근거와 그 범위 및 한계를 제시하고 있는데, 이러한 위임의 한계로서 헌법상 제시되고 있는 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1997. 10. 30. 96헌바92등, 판례집 9-2, 478, 495).

한편, 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260; 2000. 6. 29. 98헌가 10, 판례집 12-1, 741, 748).

나. 포괄위임금지원칙과 죄형법정주의 명확성원칙의 관계

양자의 관계와 관련하여, 종래 “범죄와 형벌에 관한 사항에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의의 명확성의 원칙의 요구와 경합된다고 할 것이고, 죄형에 관하여 법률조항이 그 내용을 해당 시행령에 포괄적으로 위임하고 있다면 이는 죄형법정주의의 명확성원칙의 위반여부의 문제인 동시에 헌법 제75조의 포괄위임입법금지 여부의 문제가 된다.”는 취지의 결정이 다수 있다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 588; 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 158-159 등). 그런데 위 결정들은 실질적인 심사방법에 있어서 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙의 심사는 하지 않고 포괄위임여부만을 판단하는 것으로 보인다.²⁾

이에 관하여 이 사건 결정에서는 『한편, 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙

2) 이에 관한 자세한 논의는 지성수, “위임입법에 있어서의 명확성원칙”, 헌법논총 제 15집(2004), 665면 이하 참조.

은 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서 법률의 명확성원칙이 위임입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있다. 따라서 수권법률조항의 명확성원칙 위반 여부는 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙의 위반 여부에 대한 심사로서 충족된다(헌재 2007. 4. 26. 2004헌가 29, 판례집 19-1, 349, 365-366; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13등, 판례집 23-1상, 53, 63).』고 판단하면서, 『이 사건 심판대상조항이 구성요건의 일부를 보건복지부령에 위임하고 있는 것이 헌법에 위반되는지 여부가 문제가 된 이 사건에서는, 이러한 위임이 헌법적 한계를 준수하였는지 여부에 대한 심사를 통해 그 위헌성을 판단하되, 헌법상 죄형법정주의 원칙을 고려하여 위임의 필요성과 예측가능성이라는 기준을 보다 엄격하게 해석·적용하여야 한다.』고 보고, 범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서 위임의 한계를 다음과 같이 실시하고 있다.

『헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거 및 그 범위와 한계를 제시하고 있다. 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 하위법령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어 누구라도 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 특히 형벌법규가 구성요건의 일부를 하위법령에 위임하는 경우에는, 죄형법정주의 원칙상 그 위임에 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있을 것이 요구되며, 이러한 경우에도 법률에서 처벌대상행위가 어떠한 것일지 예측할 수 있을 정도로 그 구성요건이 구체적으로 규정되어야 한다(헌재 2004. 9. 23. 2002헌가26, 판례집 16-2상, 394, 399-400; 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바183, 판례집 22-1하, 262, 268-269; 헌재 2012. 4. 24. 2009헌바329, 판례집 24-1하, 16, 26 참조).』

다. 위임입법의 필요성에 대한 판단 및 해설

(1) 법정의견은 이 사건 법률조항에서 위임입법의 필요성이 다음과 같은 이유로 인정된다고 판단하였다.

『행정법규는 행정의 원활한 수행과 사회경제적 변화에 탄력적으로 대응할 필요가 있어 그 형식에 있어 기술적, 편의적 규정이 많을 수도 있고, 또 그 규율 내용도 상당 부분을 시행령과 시행규칙 등 하위법령에 위임하는 것이 허용될 수 있다. 특히 그 수범자들이 한정된 범위이거나 전문적인 직역의 종사자들인 경우에는 법률이 다소 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하면서 그 구체적인 내용을 하위법령으로 위임한다 하더라도 반드시 위법·부당하다고 보기 어렵다.

이 사건과 같이 의약품 등의 유통 및 판매에 있어서도 약국개설자, 한약업사 등이 의약품의 제조업자나 수입자, 도매상 등으로부터 의약품을 구매하는 경우 및 약국개설자, 한약업사 등이 일반 소비자에 대하여 의약품을 조제하여 판매하는 경우 등 다양한 행위형태가 포함되고, 그 거래 당사자 및 상대방에 따라 준수사항의 내용이 달라질 수 있으므로, 법에서 위 경우를 모두 포괄하는 준수사항을 획일적으로 정하는 데는 한계가 있다. 또한 의약품의 유통 및 판매에 있어서 약국개설자 등의 준수사항이란 의약제도의 변화와 거래현실 등 여러 사정을 고려하여 정하여질 전문적인 사항이므로 미리 법률로써 자세히 정하기란 쉽지 않다. 그러므로 제도와 기술상황의 변화에 근접해 있는 행정부가 의약기술의 발전과 새로운 의약제도의 도입에 따라 각 유통 및 판매단계별로 약국개설자 등이 준수하여야 할 세부적이고 구체적인 의무를 정함으로써 변화에 신속히 대응하고, 수시로 변동하는 의약품의 거래현실을 그때그때의 상황에 맞게 반영하여야 할 필요성이 인정된다(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 판례집 20-1상, 626, 646 참조).

따라서 이 사건 심판대상조항의 구성요건조항인 의무조항에서 약국개설자 등이 준수하여야 할 대강을 정하고, 더 구체적인 내용은 보건복지부령에 위임하고 있는 것은 부득이한 것으로 허용된다.』

(2) 이러한 법정의견에 대하여, 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원은 행정법규 위반과 형사처벌에 관하여

엄격한 제한에 관한 의견을 전제한 후 위임입법의 필요성을 부정하는 반대 의견을 개진하였다.

『행정법규 위반에 대해 형사처벌을 규정하는 때에는 그 규정이 단순히 ‘행정법규의 기능’을 떠나 ‘범죄구성요건의 기능’을 하는 것이므로, 그 행정법규도 일반 형사법규의 위반에서와 같이 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙에 따라 엄격한 제한을 받아야 한다. 즉 행정법규라고 하더라도 그것이 범죄구성요건이 되는 범위 안에서는 법률로써 규정되어야 하고, 또 그 규정된 법률의 내용만으로도 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지 예견할 수 있고, 그에 따라 수범자가 자신의 행위를 결정할 수 있을 정도로 명확하고 구체적으로 규정되어야 한다. 왜냐하면 규율대상이 다양하거나 수시로 변하는 성질을 가져 하위법령에 위임할 필요성이 클수록 수범자로서는 어떠한 경우에 어떠한 의무를 부담하는지를 판단하기가 어려워져서 행위기준을 설정할 수 없기 때문이다(헌재 2010. 3. 25. 2008헌가5, 판례집 22-1상, 389, 401 참조).』

『이 사건 의무조항의 위임에 따라 구 약사법 시행규칙 제62조가 정하고 있는 준수사항의 내용을 살펴보면, 이 사건 의무조항에서 규정한 ‘의약품 등의 유통 체계 확립과 판매 질서 유지에 필요한 사항’은 의약품 등의 조제나 성분 규제 등과는 달리 오늘날 의료영역 가운데 상당히 포괄화된 영역으로 볼 수 있어 이를 미리 법률로 자세히 정하기 어려울 정도로 전문적이고 기술적인 사항이라고 볼 수 없다. 특히 각 당해사건에서 적용된 구 약사법 시행규칙 제62조의 금지행위 유형인 사용기한 경과 의약품의 저장·진열 금지, 사실과 다른 과장광고 금지, 경제적 이익의 제공행위 금지 등을 보면, 이를 법률에서 처벌조항의 구성요건으로 직접 규정하지 아니하고 하위법령에 포괄적으로 위임할 정도의 긴급한 필요가 있다거나 부득이한 사정이 있는 경우라고 인정하기는 어렵다.

또한 입법자는, 2008. 12. 1. 보건복지가족부령 제77호로 개정된 구 약사법 시행규칙 제62조 제1항 제5호에서 규정하던 “의약품의 품목허가를 받은 자·수입자 및 도매상은 의료인, 의료기관 개설자 또는 약국 등의 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제

적 이익을 제공하지 아니할 것”이라는 준수사항의 내용을 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정된 약사법 제47조 제2항에 신설하였는데(그에 따라 위 시행규칙 조항은 2010. 12. 13. 삭제되었다), 이는 심판대상조항의 위헌성에 대한 반성적 고려에서 이루어진 것으로 볼 수 있다.

심판대상조항의 입법연혁에서 본 것처럼 최초 입법 당시의 입법기술 수준으로는 ‘판매 질서 유지’에 필요한 사항을 포괄적으로 하위법령에 위임할 필요가 있었다고 하더라도, 그 이후 수범자의 의무사항으로서 행위를 규제하고 위반 시 처벌의 대상이 되는 입법사항을 법률에서 전혀 규정하지 아니한 채 보건복지부령에 위임하는 형식을 그대로 유지하여 온 것은, 입법자가 헌법상 포괄위임금지원칙 준수에 충분한 주의를 기울이지 아니하였음에 기인한 것으로 볼 수밖에 없다. 결국 이 사건 심판대상조항이 형벌의 구성요건에 해당하는 사항을 직접 규정하지 아니하고 포괄적으로 하위법령인 보건복지부령에 위임할 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.』

(3) 결국 법정외의 것은, 이 사건 법률조항이 한정된 범위의 전문적 직역의 종사자들을 수범자로 하는 점과 규율대상이 다양한 행위형태를 포함하는 점, 제도와 기술상황의 변화에 따른 신속한 반영 필요성에 중점을 두어 하위법령에 대한 위임 필요성이 인정된다는 것이다.

이에 반하여 반대의견은, 행정법규가 범죄구성요건으로 기능하는 경우 엄격한 제한을 강조하면서, 이 사건 법률조항에 의해 위임되었던 일부의 사항이 법률로 신설되는 등 위임된 사항들이 오늘날 의료영역에서 상당히 보편화되어 위임의 긴급한 필요나 부득이한 사정이 있다고 보기 어려운 점, 최초 입법기술 수준이 오늘날까지도 유지되고 있다고 보기 어려운 점에 중점을 두어 하위법령에 대한 위임 필요성을 부정하고 있다.

라. 위임범위의 예측가능성에 대한 판단 및 해설

(1) 법정외의 것은 이 사건 법률조항에서 위임한 범위의 예측가능성이 다음과 같은 이유로 인정된다고 판단하였다.

『이 사건 의무조항은 ‘유통 체계 확립 및 판매 질서 유지’에 필요한 사항

이라고 규정하여 하위법령에 규정될 내용에 대한 대강의 기준을 정하고 있다. 또한 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하는바(헌재 2000. 8. 31. 99헌바104, 판례집 12-2, 233, 241; 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바23, 판례집 13-2, 606, 624 참조), “약사(藥事)에 관한 일들이 원활하게 이루어질 수 있도록 필요한 사항을 규정하여 국민보건 향상에 기여하는 것을 목적으로 한다”는 약사법의 입법목적(제1조), 의약품의 유통에 투명화를 기하여 품질이 우수한 의약품 공급을 촉진하고 건전한 판매질서를 확립함으로써 소비자에게 양질의 의약서비스가 제공되도록 한다는 이 사건 심판대상조항의 입법목적, 의약품의 조제·판매·취급 등 의약분야의 전반에 걸친 약사의 주의의무 및 준수사항을 규정한 구 약사법 제21조, 제23조, 제24조, 제50조, 제53조, 제60조 내지 제62조, 제68조 등 관련조항의 내용, 일반적인 상품이나 용역의 유통·판매에 있어서 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 불공정거래행위를 규제하고자 하는 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제23조 제1항, 나아가 이 사건 심판대상조항의 수범자는 의약품의 관리 및 취급에 관하여 전문자격을 갖춘 약국개설자, 의약품의 품목허가를 받은 자, 수입자 및 의약품 판매업자 등이라는 점 등에 비추어 보면, 결국 하위법령에 규정될 약국개설자 등의 준수사항이란 ‘의약품을 적정하게 공급·판매하여 국민보건에 위해를 끼치지 않고, 의약시장에서의 공정한 경쟁질서나 의약제도의 취지에 어긋나는 행위를 하지 아니할 것’이 주된 내용이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 판례집 20-1상, 626, 646-647 참조).

특히 이 사건의 각 당해사건에서 적용된 구 약사법 시행규칙 제62조의 금지행위 유형인 사용기한 경과 의약품의 저장·진열 금지, 사실과 다른 과장 광고 금지의 경우를 보면, 의약품 취급 전문가인 약국개설자나 한약업사라면 이러한 행위가 유통 체계 확립 및 판매 질서 유지에 반하여 처벌되는 행위임을 충분히 예상할 수 있다. 또한, 의약품의 품목허가를 받은 자를 비롯한 약국개설자 등이 의료인 등에게 경제적 이익을 제공하는 행위의 금지에 관하여 보면, 이에 대한 규율은 1992. 6. 30. 보건사회부령 제891호로 개정된 구 약사법 시행규칙 제48조 제9항에서 처음으로 “의약품의 제조업자·수입

자 및 도매상은 의료기관·약국등의 개설자에게 의약품판매촉진의 목적으로 현상품·사은품등 경품류를 제공하여서는 아니 된다.”라고 규정하면서 비롯되었고(그 후 1994. 7. 18. 보건사회부령 제933호로 개정된 때부터는 제57조 제1항 제5호에서, 2008. 1. 15. 보건복지부령 제434호로 개정된 때부터는 제62조 제1항 제5호에서 같은 내용이 규정되었고, 2008. 4. 18. 보건복지가족부령 제12호로 개정된 제62조 제1항 제5호에서는 ‘의약품의 제조업자’ 부분이 ‘의약품의 품목허가를 받은 자’로 개정되었을 뿐 같은 내용이 규정되었다), 한국제약협회는 1997. 12. 27.경부터 제약회사가 의료기관 등에 대한 금품류 제공을 제한하는 ‘보험용 의약품의 거래에 관한 공정경쟁규약’을 제정하여 공정거래위원회의 승인을 받아 시행하여 왔으며, 2005년 9월경에는 한국제약협회, 한국의약품도매협회, 대한의사협회, 대한병원협회 등 보건의료분야 관련단체들이 투명사회협약실천협의회를 구성하여 의료기관 등에 대한 금품류 제공의 근절을 위한 ‘의약품 등의 거래에 관한 보건의료분야 공동자율규약’을 제정하여 시행하기도 하는 등 한국제약협회, 한국의약품도매협회 등이 의료기관 등에 대한 경제적 이익 제공에 대한 자정노력을 계속하여 왔던 점, 그 후 2008. 12. 1. 보건복지가족부령 제77호로 개정된 구 약사법 시행규칙 제62조 제1항 제5호에서 ‘의약품의 품목허가를 받은 자·수입자 및 도매상은 의료인, 의료기관 개설자 또는 약국 등의 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 제공하지 아니 할 것’을 준수사항의 하나로 규정한 점 등에 비추어 보면, 의약품의 판매 및 구매와 관련하여 경품류 제공을 금지하고 있는데도 금품, 향응 등 경제적 이익을 제공하거나 제공받는 문제가 지속되고 있었는데, 의약품의 품목제조자를 비롯한 약국개설자 등은 의약품 등의 유통 체계 확립 및 판매 질서 유지를 위하여 경제적 이익 제공에 대한 규제가 사회적으로도 요청되고 있었고 이를 위반하면 처벌받을 수 있는 행위임을 충분히 예측할 수 있었다.

따라서 이 사건 심판대상조항이 수범자들로 하여금 처벌대상 행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 불명확하게 규정되었다거나 포괄적으로 입법사항을 위임하고 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 법집행자(행정입법자)인 행정부가 사실상의 구성요건을 자신들의 필요에 의하여 자의적으로 그때

그때 보건복지부령에 집어넣을 가능성 역시 크지 않다.』

(2) 이러한 법정의견에 대하여, 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원은 다음과 같은 이유로 위임범위의 예측가능성을 부정하는 반대의견을 개진하였다.

『처벌법규의 위임에 있어서 처벌대상 행위에 관한 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서 관련 법조항 전체를 유기적·체제적으로, 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그러나 원칙적으로 법률의 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 것인가를 예측할 수 있다는 것은 법규명령에 의해서가 아니라 그보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 한다. 따라서 그러한 위임입법은 법률 자체로부터 장래 정립될 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성이 보장되어야 한다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가6, 판례집 22-1상, 1, 9 참조).

법정의견은, 이 사건 의무조항이 ‘의약품등의 유통 체계 확립 및 판매 질서 유지에 필요한 사항’이라고 규정하여 하위 법령에 규정될 내용에 대한 대강의 기준을 정하고 있고, 관련 법조항의 내용과 이 사건 의무조항의 수범자가 의약품의 관리 및 취급에 관하여 전문자격을 갖춘 사람이라는 점에 비추어 볼 때, 결국 하위법령에 규정될 준수사항이, ‘의약품을 적정하게 공급·판매하여 국민보건에 위해를 끼치지 않고, 의약시장에서의 공정한 경쟁질서나 의약제도의 취지에 어긋나는 행위를 하지 아니할 것’이 주된 내용이 될 것을 충분히 예측할 수 있다고 한다. 그러나 이 사건 의무조항이 규정하는 ‘의약품등의 유통 체계 확립 및 판매 질서 유지에 필요한 사항’은 매우 추상적이고 포괄적인 개념이어서 관련 법조항에 따라 하위법령에 규정될 내용이 법정의견이 들고 있는 바와 같이 될 것이라고 예측될 수 없을 뿐 아니라, 법정의견이 드는 위 내용조차도 처벌대상 행위가 어떠한 것이라고 예측할 수 있을 만큼 명확하고 구체적인 기준이라고 할 수 없다(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 판례집 20-1상, 626, 655 참조).

실제로 각 당해사건에서 적용된 형사처벌의 근거조항인 구 약사법 시행규칙 제62조의 사용기한 경과 의약품의 저장·진열 금지, 사실과 다른 과장광고 금지라는 구성요건의 경우, 이 사건 심판대상조항의 수범자가 전문자격을

가진 사람이라고 하여도 단순히 ‘의약품등의 유통 체계 확립 및 판매 질서 유지에 필요한 사항’으로부터 이러한 시행규칙 규정의 내용을 예측하기는 쉽지 않다.

특히 경제적 이익 제공행위 금지에 관하여 보면, 1992. 6. 30. 보건사회부령 제891호로 개정된 구 약사법 시행규칙 제48조 제9항에서 처음으로 “의약품의 제조업자·수입자 및 도매상은 의료기관·약국 등의 개설자에게 의약품판매촉진의 목적으로 현상품·사은품 등 경품류를 제공하여서는 아니 된다.”라고 규정된 이래 그 내용이 유지되어 오다가, 2008. 12. 1. 보건복지가족부령 제77호로 개정된 구 약사법 시행규칙 제62조 제1항 제5호는 ‘의약품의 품목허가를 받은 자·수입자 및 도매상은 의료인, 의료기관 개설자 또는 약국 등의 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 제공하지 아니할 것’으로 개정되었다. 결국 이 사건 의무조항의 위임에 따른 구 약사법 시행규칙이 개정됨으로써 처벌되는 금지행위의 범위가 ‘경품류 제공 금지’에서 ‘경제적 이익 제공 금지’로 크게 확대되었다. 즉 ‘경품’의 사전적 의미는 상품을 사는 손님에게 곁들여 주는 물품을 의미하는데, 이는 경제적 이익의 일부에 불과하거나 그 종류의 하나에 불과할 뿐이어서, 구 약사법 시행규칙 제62조 제1항 제5호가 2008. 12. 1. 개정·시행되기 전까지는 약국개설자 등이 의약품의 판매촉진을 위하여 ‘경품류가 아닌 다른 물품, 금전, 편익, 노무, 향응’ 등을 제공하더라도 이 사건 심판대상조항을 비롯한 약사법의 처벌대상은 아니었다. 그런데 2008. 12. 1. 이후부터는 의약품의 품목허가를 받은 자를 비롯한 약국개설자 등이 의약품의 판매활동을 하면서 의료기관 개설자 등에게 유형 및 무형의 경제적 이익을 제공하는 것이 금지되고 이를 위반할 경우 이 사건 심판대상조항에 따라 처벌을 받게 된다. 그런데 심판대상조항의 수범자로서 한정된 집단인 약국개설자 등이 이러한 금지행위의 변화를 예측하는 것은 불가능하다고 할 것이다.

이 사건 심판대상조항의 수범자가 약국개설자 등이라 하더라도, 이 사건 심판대상조항만으로는 어떠한 사항을 준수하여야 하는지, 어떠한 사항을 준수하지 않으면 처벌되는지 알 수가 없고, 보건복지부령인 구 약사법 시행규

칙의 규정내용을 보아야 비로소 준수하여야 할 사항과 범죄구성요건의 내용을 알 수 있게 된다.

이처럼 이 사건 심판대상조항과 같이 행정부에게 지나치게 광범위한 입법 재량권을 주게 되면, 법률로 규정하여야 하는 형사처벌요건을 행정부가 마음대로 규정할 수 있게 되어 그로 인하여 수범자인 약국개설자 등은 자신들의 행위기준을 보건복지부령의 규정 내용에 맞추지 않을 수 없게 되고, 이는 결국 헌법상의 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙이 예방하고자 하는 “행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행”을 쉽게 용인하는 셈이 될 것이다.』

(3) 결국 법정의견은, 국민보건 향상에 기여한다는 이 사건 법률의 입법목적과 이 사건 법률조항의 입법목적, 약사의 주의의무 등을 규정한 이 사건 법률의 다른 조항, 이 사건 법률조항의 수범자의 전문성, 유통 체계 확립과 판매질서 유지를 위한 일정 행위의 규제가 사회적으로도 요청되어 온 점 등에 비추어 형사처벌에 대한 예견가능성이 인정된다는 것이다. 이에 반하여 반대의견은, 이 사건 의무조항이 규정하는 내용이 추상적이고 포괄적인 점, 구 약사법 시행규칙의 개정으로 인하여 처벌되는 금지행위의 범위가 확대되는 등의 금지행위의 변화를 수범자가 예측하는 것이 불가능한 점에 중점을 두어 이 사건 법률조항은 형사처벌에 대한 예견가능성이 인정되지 않는다는 취지라 할 수 있다.

5. 이 사건 결정의 의의

(1) 이 사건 결정은, 이 사건 법률조항과 실질적으로 동일한 구 약사법(2003. 5. 29. 법률 제6909호로 개정되고, 2005. 1. 27. 법률 제7376호로 개정되기 전의 것) 제76조 제1항 중 약국개설자와 관련한 제38조 부분이 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다는 중전 헌법재판소의 입장(헌재 2008. 4. 24. 2005헌마373, 판례집 20-1상, 626, 644-647)을 재차 밝힌 것이다.

(2) 다만, 선례에서는 포괄위임금지원칙에 위반된다는 재판관 3인의 위헌의견이 있었는데 비하여, 이 사건 결정에는 재판관 과반수인 5인이 위헌의견을 개진하였으나 위헌정족수 5인에 이르지 못하여 위헌선언을 하지 못하고, 4인의 합헌의견이 법정의견이 되었다.

이 사건 결정은 선례의 결정으로부터 약 5년이 경과한 상태에서 이루어진 것인데, 그 사이에 결정의 기초가 된 사정에 다소의 변화가 있었다. 즉, 앞서 밝힌 바와 같이, ① 경제적 이익 제공행위 금지에 관하여 이전 시행규칙에 “의약품의 제조업자·수입자 및 도매상은 의료기관·약국 등의 개설자에게 의약품판매촉진의 목적으로 현상품·사은품 등 경품류를 제공하여서는 아니된다.”라고 규정된 내용이, 2008. 12. 1. 개정으로 “의약품의 품목허가를 받은 자·수입자 및 도매상은 의료인, 의료기관 개설자 또는 약국 등의 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 제공하지 아니할 것”으로 개정되었고, ② 종래 시행규칙에서 규정하던 준수사항인 ‘의약품의 품목허가를 받은 자·수입자 및 도매상은 의료인, 의료기관 개설자 또는 약국 등의 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익을 제공하지 아니할 것’이라는 내용이 2010. 5. 27. 개정된 약사법 제47조 제2항으로 신설되었다.

(3) 법정의견은, 이 사건 법률조항의 보호법익, 입법목적 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 법률조항이 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 약국개설자 등이 의약품의 유통 투명화를 기하여 건전한 판매질서를 확립하고 소비자에게 양질의 의약서비스가 제공되도록 하기 위한 사항의 구체적 내용을 부령에 위임하고 있으므로 포괄위임원칙에 위배되지 아니한다고 판단하면서 위와 같은 사정변경만으로 이 사건 법률조항의 위헌성을 인정하지 않고 선례를 유지하였다. 그러나 반대의견은 위 사정변경 등을 이유로 이 사건 법률조항은 형사처벌의 범죄구성요건에 해당하는 내용을 법률로 직접 구체적으로 명확하게 규정하지 아니하고 보건복지부령에서 구체적으로 규정하도록 포괄적으로 위임함으로써 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙에 어긋난다고 본 것이다.

(4) 이 사건 결정은 과반수의 재판관이 이 사건 법률조항의 위헌성을 인정하였다는 점에서, 위임입법의 필요성과 예측가능성은 점차 엄격하게 해석되고 있으며 이 사건 법률조항의 입법적 개선이 필요함을 확인하였는데 그 의의가 있다.

공무원연금법 제64조 제1항 제1호 등 위헌소원

- 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 공무원에 대한
연금 소급 환수 사건 -

(헌재 2013. 8. 29. 2010헌바354, 2011헌바36·44, 2012헌바48(병합),
판례집 25-2상, 382)

하 민 정*

【판시사항】

1. 공무원이 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’를 제외하고 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부(소극)
2. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 청구인들의 재산권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)
3. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 2009. 12. 31. 개정된 공무원연금법 제64조 제1항 제1호를 2009. 1. 1.까지 소급하여 적용하도록 규정한 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제1조 단서, 제7조 제1항 단서 후단이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ① 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조 제1항 제1호(다음부터 ‘이 사건 감액조항’이라 한다),

* 헌법연구관

② 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제1조 단서 및 제7조 제1항 단서 후단(다음부터 이를 합하여 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조(형벌 등에 따른 급여의 제한) ① 공무원이거나 공무원이었던 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 낸 기여금의 총액에 민법 제379조에 따른 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

1. 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우(직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 및 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 제외한다)

공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날이 속하는 달의 다음달 1일부터 시행한다. 다만, 제64조의 개정규정은 2009년 1월 1일부터 적용한다.

제7조(급여지급에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전에 지급사유가 발생한 급여의 지급은 종전의 규정에 따른다. 다만, 제47조제2항의 개정규정은 이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 자에 대하여도 적용하고, 제64조의 개정규정은 2009년 1월 1일 전의 퇴직연금·조기퇴직연금수급자가 2009년 1월 1일 이후에 받는 퇴직연금·조기퇴직연금 및 2009년 1월 1일 이후에 지급의 사유가 발생한 퇴직급여 및 퇴직수당의 지급에 대하여도 적용한다.

【사건의 개요】

청구인들은 공무원으로 재직하던 중 금고 이상의 형을 받고 퇴직하여, 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호(다음부터 ‘구법조항’이라 한다)에 따라 퇴직연금 등을 감액하여 지급받아 왔다.

헌법재판소는 2007. 3. 29. 구법조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서 2008. 12. 31.까지 잠정적용을 명하였으나, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않았고 그에 따라 구법조항이 효력을 상실하자 공무원연금공단은 2009.

1. 1.부터 청구인들에게 퇴직연금 등을 전부 지급하였다.

2009. 12. 31. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우라도 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’는 퇴직급여 등을 감액하지 아니하는 내용으로 개정되는 한편, 부칙 제1조 단서 및 제7조 제1항 단서 후단에서 공무원연금법 제64조의 개정규정은 2009. 1. 1.부터 적용하도록 규정되었다.

이에 공무원연금공단은 청구인들에게 2009년도에 이미 지급한 퇴직연금 등의 2분의 1에 대하여 환수하고, 앞으로 지급할 퇴직연금 등을 감액하는 처분을 하였다. 청구인들은 위 처분을 취소하는 행정소송을 제기하면서 공무원연금법 제64조 제1항 제1호, 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제1조 단서, 제7조 제1항 단서 후단에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 헌법재판소는 2005헌바33 사건에서 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 공무원의 ‘신분이나 직무상 의무’와 관련이 없는 범죄의 경우에 퇴직급여의 감액사유로 삼는 것이 퇴직공무원들의 기본권을 침해한다고 보아 헌법불합치결정을 내린 바 있고, 이 사건 감액조항은 그에 따른 개선입법이다. 공무원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 공무원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반하는 것으로 볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액사유에서 제외하지 아니하더라도 위 헌법불합치결정의 취지에 반한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 감액조항은 위 헌법불합치결정의 기속력에 저촉된다고 할 수 없다.

2. 이 사건 감액조항은 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 이러한 입법목적은 정당하고, 이 사건 감액조항은 입법목적 달성을 위한 상당한 수단이다. 또한 이 사건 감액조항은 퇴직급여 등의 감액사유에서 ‘직무와 관련 없는 과실로 인하여 범죄를 저지른 경우’ 및 ‘소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인하여 범죄를 저지른 경우’를 제외하고, 이러한 범죄행위로 인하여 그 결과 ‘금

고 이상의 형을 받은 경우'로 한정하는 등 입법목적의 달성을 위하여 필요한 범위 내에서 감액사유에 해당하는 범죄를 가능한 유형화하여 규정한 것으로 볼 수 있다. 감액의 범위도 국가 또는 지방자치단체의 부담 부분을 넘지 않도록 한 점 등을 고려하면 침해의 최소성도 충족하였다.

청구인들은 퇴직급여의 일부가 감액되는 사익의 침해를 받지만, 이는 결국 공무원 자신이 저지른 범죄에서 비롯된 것인 점, 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민의 신뢰를 유지하고자 하는 공익이 결코 적지 않은 점, 특히 이 사건 감액조항은 구법조항보다 감액사유를 더욱 한정하여 침해되는 사익을 최소화하고자 하였다는 점에서 법익의 균형성도 인정된다.

따라서 이 사건 감액조항은 청구인들의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다.

3. 공무원연금제도가 국민연금이나 법정퇴직금과 기본적인 차이가 있는 점, 공무원은 일정한 법령준수 및 충실의무 등을 지고 있는 점, 이 사건 감액조항은 구법조항과 달리 공무원 신분이나 직무와 관련 없는 과실범의 경우에는 감액 사유에서 제외하고, 감액의 수준도 국가부담분만큼의 급여에 불과하며, 공무원범죄를 사전에 예방하고 공직사회의 질서를 유지하는 데 그 목적이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 감액조항이 공무원을 국민연금법상 사업장가입자나 근로기준법상 근로자에 비하여 합리적 이유 없이 차별적 취급을 하고 있다고 단정할 수 없으므로 이 사건 감액조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

4. 가. 이 사건 부칙조항은 이미 이행기가 도래하여 청구인들이 퇴직연금을 모두 수령한 부분에 까지 사후적으로 소급하여 적용되는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 의하여 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 소급입법에 해당한다.

나. 헌법재판소의 위 헌법불합치결정으로부터 잠정적용시한인 2008. 12. 31.까지 사이에 상당한 시간적 여유가 있었는데도 국회에서 개선입법이 이루어지지 아니하였고, 그에 따라 청구인들이 2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31.까지 퇴직연금을 전부 지급받았다. 이는 전적으로 또는 상당부분 국회가 개선입법을 하지 않은 것에 기인하는 것이다. 그럼에도 퇴직연금 등을 다시 환수

하는 것은 국가기관의 잘못으로 인한 범집행의 책임을 퇴직공무원들에게 전가시키는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 뒤늦게 개정된 공무원연금법에 의하여 퇴직급여 등을 소급적으로 환수당하지 않을 것에 대한 청구인들의 신뢰이익 적다고 할 수도 없다. 한편 이 사건 부칙조항으로 달성하려는 공무원범죄의 예방, 공무원의 성실 근무 유도, 공무원에 대한 국민의 신뢰 제고, 제재의 실효성 확보 등은 범죄를 저지른 공무원을 당연퇴직시키거나, 장래 지급될 퇴직연금을 감액하는 방법으로 충분히 달성할 수 있고, 이 사건 부칙조항으로 보전되는 공무원연금의 재정규모도 그리 크지 않을 것으로 보이는 한편, 오히려 헌법재판소가 잠정적용의 시한을 정하여 내린 헌법불합치결정에 대한 입법자의 입법개선 의무의 준수, 신속한 입법절차를 통한 법률관계의 안정 등은 중요한 공익상의 사유라고 볼 수 있다. 또한 이 점에 대한 신뢰는 사법기관과 입법기관 전체에 대한 객관적인 신뢰라는 면에서, 신뢰보호의 요청이 공익상의 사유에 우선한다고 볼 수 있다.

다. 따라서 이 사건 부칙조항은 헌법 제13조 제2항에서 금지하는 소급입법에 해당하며 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우에도 해당하지 아니하므로, 소급입법금지원칙에 위반하여 청구인들의 재산권을 침해한다.

재판관 이정미, 재판관 이진성의 일부 반대의견

공무원이 범죄행위를 저지른 경우 형사처벌이나 일정한 경우에는 공무원의 지위를 박탈하는 것으로써 그 공익목적은 충분히 달성할 수가 있는데, 그럼에도 불구하고 금고 이상의 죄를 지었다고 하여 위와 같은 제재에 덧붙여 퇴직급여 등까지도 필요적으로 감액해야 한다면 거기에는 다른 수단으로는 입법 목적을 달성할 수 없다는 특별한 사정이 있어야 할 것이다. 그런데 직무와 관련 없는 범죄의 경우는 그로 인하여 실추되는 공직에 대한 국민의 신뢰의 손상이 직무관련 범죄에 비하여 없거나 그 정도가 약하다고 보아야 하므로 고의범이라 하더라도 죄질의 경중, 반국가적 범죄 여부, 파렴치 범죄 여부 등을 고려하여 입법목적 달성에 필요한 범위에 한하여 퇴직급여 등의 감액사유로 삼는 것이 타당할 것인데 이 사건 감액조항은 직무와 관련 없는 고의범의 경우에 이를 고려하지 아니하고 일률적으로 퇴직급여 등의 감액사

유로 삼고 있으므로 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인들의 재산권을 침해한다. 또한 이 사건 감액조항은 공무원들을 일반국민이나 근로자와 비교하여 합리적인 이유 없이 차별하고 있어 평등원칙에 위배된다.

따라서 이 사건 감액조항은 청구인들의 재산권을 침해하고 평등원칙에 위배된다.

재판관 서기석, 재판관 조용호의 일부 반대의견

구법조항에 대한 헌법불합치결정 및 그에 따른 개선입법 과정을 볼 때, 이 사건 부칙조항은 이미 법적 평가가 내려진 사태에 대하여 새로운 법적 평가를 행하여 개인의 신뢰와 법적 안정성을 침해한 것으로 보기는 어렵고, 위 헌법불합치결정에서 정한 잠정적용 시한이 도과하여 위 법률조항 중 합헌적 부분까지 효력을 상실함으로써 인하여 발생한 입법의 공백을 보충한 데에 불과한 것으로 보아야 할 것이다. 더욱이 퇴직 공무원들로서는 공무원연금공단으로부터 퇴직연금 등을 전액 지급받으면서 향후 법률 개정에 따라 퇴직연금 등의 일부가 환수될 수 있음을 통지받았으므로, 장차 위 법률조항이 개정되게 되면 그에 따라 퇴직연금 등이 소급적으로 감액·환수될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 할 것이고, 위와 같은 입법의 공백상태는 그 법적상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우에 해당한다. 뿐만 아니라, 국회에서 입법이 지연되었다는 우연한 사정만으로 퇴직연금 등을 전액 지급하는 것은 공무원에 대한 일반 국민의 신뢰 제고, 제재방안의 실효성 확보, 사회 정의와 형평 실현 등의 공익에 반하므로, 이를 제한하는 이 사건 부칙조항은 이러한 중대한 공익에 이바지한다 할 것이다.

또한 공무원연금은 만성적인 적자로 국고에 부담이 되고 있으므로, 공무원연금재정의 보전이라는 공익 또한 중대하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항은 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에도 해당한다.

그렇다면 이 사건 부칙조항은 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우에 해당하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

【해 설】

1. 이 사건 감액조항과 헌법재판소 결정의 기속력 문제

가. 이 사건 감액조항의 개정 경위

(1) 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호는 공무원 또는 공무원이었던 자가 ‘재직 중의 사유’로 금고 이상의 형을 받은 경우 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하되, 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없도록 규정하고 있었다. 이 규정의 취지는 공무원 범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하기 위하여, 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 선고받은 자에 대하여 그 행위가 직무와 관련된 것인지 여부 및 고의·과실에 의한 것인지 여부를 묻지 아니하고 퇴직급여 등을 감액하고자 하는 것이었다.

(2) 헌법재판소는 2007. 3. 29. 구법조항에 대하여 재판관 1인의 일부 단순 위헌·일부 헌법불합치 의견에, 재판관 5인의 전부 헌법불합치 의견을 더하여 헌법불합치결정을 내렸다. 위 결정의 요지는 구법조항이 ① 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 일률적으로 퇴직급여 등의 감액 사유로 규정하고 있어 비례의 원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해하고, ② 국민연금법상 사업장가입자 및 근로기준법상 근로자에 비하여 청구인들을 자의적으로 차별하여 평등원칙에 위배된다는 것이었다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 220-226 참조).¹⁾

1) 재판관 주선회, 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 의견 요지

『공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 그리고 특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난 가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상의 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다. 공무원이 범법행위를 한 경우 그 제재방법은 일차적으로 과면을 포함한 징계가 원칙이고, 더 나아가 그 행위가 범죄행위에까지 이른 경우라면 형사처벌을 받게 하던 되고, 일정한 경우에는 공무원의 지위를 박탈하는 것으로써 그 공익목적을 충분히 달성할 수가 있는바, 그럼에도 불구하고 금고 이상의 죄를 지었다고 하여 위와 같

(3) 구법조항은 2008. 12. 31. 위 헌법불합치결정에서 정한 잠정적용기한이 도과함에 따라 그 효력이 상실되었고, 이후 2009. 12. 31. 개정된 이 사건 감액조항은 “재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우”에 괄호로 “(직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 및 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우는 제외한다)”는 규정을 삽입하는 방법으로 개정되었다.

은 제재에 덧붙여 퇴직과 동시에 생활안정을 위해 당연히 지급될 것으로 기대되는 퇴직급여 등까지도 필요적으로 감액해야 한다면 거기에는 다른 수단으로는 입법목적 달성이 불가능한 특별한 사정이 있어야 할 것이다. 그러므로 입법자로서는 퇴직급여 및 퇴직수당의 감액사유로서 금고 이상의 형의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정할 것이 아니라, 위와 같은 입법목적 달성에 반드시 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한의 적절한 방식이라고 할 것이다.

특히 구법조항은 반국가적 범죄 여부, 직무관련 범죄 여부, 고의 또는 과실별 여부, 과렴치 범죄 여부 등을 묻지 아니하고 일률적으로 퇴직급여 등의 감액 사유로 규정하고 있어 이 중에는 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하고자 하는 공익에 기여하는 바는 미미함에도 불구하고 그 침해되는 사익은 중대한 경우가 포함될 수 있어 법익균형성의 요건도 충족시키지 못한다.

또한 구법조항은 공무원을 국민연금법상의 사업장가입자 및 근로기준법상의 근로자에 비하여 각각 차별대우를 하고 있다. 이러한 차별은 공무원의 국민전체에 대한 봉사자로서의 성실근무의 유도라는 입법목적 및 공무원연금제도의 공무원의 성실한 복무에 대한 보상이라는 부수적 성격을 감안한다고 하더라도 일반국민이나 근로자에 대한 지나친 차별을 했다고 판단되고, 그 차별에는 합리적인 근거를 인정하기 어려워 결국 자의적인 차별에 해당한다 할 것이다.

따라서 구법조항은 청구인들의 재산권을 침해하고 평등의 원칙에 위배된다.』 재판관 조대현의 의견 요지

『공무원이 재직기간 중에 공무원의 신분이나 직무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 공무원의 사명과 책임을 온전히 수행하지 못하였다고 볼 수 있을 것이므로 퇴직급여와 퇴직수당을 감액한다고 하더라도 불합리한 차별이라고 보기 어려우나, 공무원이 재직기간 중에 공무원의 신분이나 공무와 전혀 관련 없는 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 공무원이 재직기간 중에 공무원의 사명과 책임을 다하지 못했다거나 불성실하게 근무했다고 추정하기 어렵고, 퇴직급여제도를 마련한 취지에 비추어 보아도 퇴직급여를 삭감하여야 할 사유라고 보기 어렵다. 따라서 구법조항이 “재직중의 사유”에 공무원의 신분이나 직무와 전혀 관련 없는 사유까지 포함시킨 부분은 공무원의 신분이나 공무와 전혀 관련 없는 사유로 금고 이상의 형을 받은 공무원 퇴직자와 그렇지 않은 공무원 퇴직자를 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

그리고 구법조항은 공무원으로서의 의무위반의 내용이나 정도, 고의·과실의 유무, 국가에 끼친 손해의 유무, 퇴직급여제도의 취지에 어긋나는 정도 등 여러 사정을 고려하지 아니한 채 금고 이상 형벌의 유무만을 기준으로 삼아 퇴직급여와 퇴직수당을 동일한 비율로 필요적으로 삭감하도록 하고 있으므로 차별의 필요성·최소성의 원칙에 부합된다고 보기 어렵다.』

나. 헌법불합치결정의 기속력 저축 여부

헌법재판소는 선행사건인 2005헌바33 결정의 이유를 공무원의 직무와 관련이 없는 모든 범죄의 경우에 위헌성이 있다고 본 것이 아니라, 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에만 위헌성을 지적한 것으로 해석하고, 그에 따라 이 사건 감액조항은 2005헌바33 결정의 기속력에 반하지 아니한다고 보았다.

『위 2005헌바33 사건의 헌법불합치결정의 이유를 살펴보면, 헌법재판소는 공무원의 직무와 관련이 없는 모든 범죄의 경우에 퇴직급여의 감액사유로 삼는 것이 퇴직공무원들의 재산권과 평등권을 침해한다는 것이 아니라, 공무원의 ‘신분이나 직무상 의무’와 관련이 없는 범죄의 경우에 퇴직급여의 감액사유로 삼는 것이 퇴직공무원들의 기본권을 침해한다고 판시하였음을 알 수 있다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 221-224 참조). 공무원은 그 신분이나 직무상 법령준수의무, 성실의무, 명령복종의무, 비밀엄수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등(국가공무원법 제56조 내지 제61조, 제63조, 지방공무원법 제48조 내지 제53조, 제55조)을 부담하고 있는바, 공무원의 직무와 관련이 없는 범죄라 할지라도 고의범의 경우에는 공무원의 법령준수의무, 청렴의무, 품위유지의무 등을 위반하는 것으로 볼 수 있으므로 이를 퇴직급여의 감액사유에서 제외하지 아니하더라도 위 헌법불합치결정의 취지에 반한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 감액조항은 위 2005헌바33 헌법불합치결정의 기속력에 저축된다고 할 수 없다.』

다. 해설

청구인들은 2005헌바33 사건에서 헌법재판소가 공무원이 재직 중 직무와 관련이 없는 범죄로 금고 이상의 형을 받은 경우에도 퇴직급여 등을 감액하도록 하는 것은 위헌이라는 취지로 헌법불합치결정을 내렸음에도 이 사건 감액조항은 직무와 관련이 없는 범죄 중 과실범만을 감액사유에서 제외하는 것으로 개정되어 위 헌법불합치결정의 기속력에 반한다고 주장하였다.

그러나 헌법재판소는 2005헌바33 결정의 취지를 ‘직무’와 관련이 없는 범죄를 감액사유로 삼는 부분이 전부 위헌이라는 것이 아니라 ‘공무원의 신분

이나 직무'와 관련이 없는 범죄를 감액사유로 삼는 부분이 위헌이라는 취지로 헌법불합치결정을 내린 것으로 보았다. 그렇다면 비록 공무원의 '직무'와 관련이 없는 범죄를 저지른 경우라도 고의범의 경우에는 국가공무원법상 공무원의 품위의무, 법령준수의무, 성실의무 등에 반하는 것으로 볼 수 있고, 이 부분을 여전히 연금 등의 감액사유로 규정한 이 사건 감액조항은 2005헌바33 헌법불합치결정의 취지에 반한다고 볼 수는 없다.

2. 이 사건 감액조항의 위헌 여부

가. 재산권 침해 여부

(1) 공무원 퇴직급여수급권의 성질

이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들은 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급받게 되므로 공무원연금법상의 퇴직급여수급권을 제한받게 된다.

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(공무원연금법 제1조) 연금제도 본래의 기능인 퇴직연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무상 재해보상급여 기타 일반재해에 대한 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며 아울러 전·현직 공무원을 위한 다양한 후생복지프로그램도 마련하고 있다. 즉, 공무원연금제도는 공무원이라는 특수직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 9-10).

따라서 공무원연금법상의 각종 급여는 기본적으로 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 근로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이다(헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 2000. 3. 30. 99헌바53등, 판례집 12-1, 344, 352; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 참조).

특히 공무원연금법상 퇴직연금수급권은 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다고 할 수 있는데²⁾

다만, 그 구체적인 급여의 내용, 기여금의 액수 등을 형성하는 데에 있어서는 직업공무원제도나 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격으로 인하여 일반적인 재산권에 비하여 입법자에게 상대적으로 보다 폭넓은 재량이 헌법상 허용된다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42, 판례집 17-1, 973, 981).

(2) 재산권 침해 여부

이 사건 감액조항에 의하여 재산권으로서의 급여수급권이 제한된다고 볼 수 있는바, 이 사건 법률조항에 의한 청구인들의 재산권을 침해하는지 문제된다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 221 참조).

(가) 법정의견 요지(합헌론)

1) 공직제도에 있어 공무원은 일반 직장인과는 달리 근본적으로 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 가지고 그러한 지위에 기하여 재직 중 직무전념 의무, 법령준수의무, 명령복종의무, 비밀엄수의무, 품위유지의무 등을 진다. 이 사건 감액조항은 공무원의 퇴직 후 그 재직 중의 근무에 대한 보상을 함에 있어 공무원으로서의 신분이나 직무상 의무를 다하지 못한 공무원과 성실히 근무한 공무원을 동일하게 취급하는 것은 오히려 불합리하다는 측면과 아울러 위와 같이 보상액에 차이를 둬으로써 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하는 효과를 고려한 것이라 할 수 있고, 위와 같은 이 사건 감액조항의 입법목적은 정당하다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 221 참조). 또한 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련된 범죄로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받은 자에 대하여 퇴직 급여 등을 감액하는 것은 재직 중 공무원으로서의 신분이나 직무상 의무를 이행하도록 유도하는 입법목적의 달성에 상당한 수단이다.

2) 한편 공무원의 직무와는 관련이 없는 사유라 하더라도 그에 대한 법률적 혹은 사회적 비난가능성, 공직에 대한 신뢰를 실추시킬 가능성은 직무와

2) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543, 550; 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 1999. 4. 29. 97헌바333, 판례집 11-1, 503, 513; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 13 각 참조

관련이 있는 사유보다 더욱 큰 경우를 충분히 예상할 수 있다. 예컨대 살인죄·강간죄·성폭행범죄는 물론, 그 외 공무원 범죄로서의 비난가능성이 상대적으로 적은 범죄의 유형에서도(예를 들어 사기죄, 횡령죄, 폭행죄 등) 경우에 따라서는 그 범죄의 태양이 상당히 반사회적이거나 다수의 피해자가 존재하는 등 비난가능성이 매우 큰 경우가 존재할 수 있다. 그런데 ‘공무원의 신분이나 직무와 관련 없는 범죄’의 범주에 어떠한 범죄들은 포함할 것이고, 어떠한 범죄들은 제외할 것인지를 입법적으로 규율하는데 기술적인 어려움이 있다.

특히 구법조항에서는 재직 중의 저지른 범죄이기만 하면 그 사유를 묻지 아니하고 모두 감액사유로 삼았으나, 이 사건 감액조항은 ‘직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’는 제외하여 퇴직급여 등의 감액사유를 한정하고 있다. 나아가 이 사건 감액조항은 급여의 감액사유를 위와 같은 범죄행위로 인하여 그 결과 금고 이상의 형을 받은 경우로 한정하고, 감액의 대상이 되는 경우에도 본인의 기여금과 그에 대한 이자의 합산액 부분만큼은 감액하지 못하도록 규정하여(공무원연금법 제64조 제1항 후문). 공무원연금법상 퇴직급여의 재원은 공무원의 기여금과 국가 또는 지방자치단체의 부담금으로 형성되는데(공무원연금법 제65조) 그 침해를 최소화하고 있다.

3) 이 사건 감액조항으로 인해 청구인들은 퇴직급여의 일부가 감액되는 사익의 침해를 받게 되나, 공무원으로 하여금 재직 중 법령을 준수하고, 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하고 공무원에 대한 국민의 신뢰를 유지하고자 하는 공익의 중요성도 결코 적지 않다. 공무원의 원활한 직무수행을 위해서는 공무원 개개인이거나 공직에 대한 국민의 신뢰가 전제되어야 한다는 점, 이 사건 감액조항에서 규정한 퇴직급여 감액사유는 결국 공무원 자신이 저지른 범죄에서 비롯된 것인 점, 특히 이 사건 감액조항은 구법조항과 달리 퇴직급여 등의 감액 사유를 더욱 제한하여 침해되는 사익을 최소화하고자 하였다는 점에서 이 사건 감액조항으로 인하여 퇴직공무원들이 침해받는 사익에 비하여 달성하고자 하는 공익은 더욱 크다고 볼 수 있다.

4) 따라서 이 사건 감액조항은 청구인들의 재산권을 침해하지 아니한다.

(나) 반대의견 요지(위헌론)

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556).

국민전체에 대한 봉사자로서 성실복무의무가 있는 공무원이 범법행위를 했다면 공익실현을 위해 그에 대한 제재와 기본권의 제한은 피할 수 없다. 그러나 그 제재방법은 일차적으로 파면을 포함한 징계가 원칙이고, 더 나아가 그 행위가 범죄행위에까지 이른 경우라면 형사처벌을 받게 하면 되고, 일정한 경우에는 공무원의 지위를 박탈하는 것으로써 그 공익목적은 충분히 달성할 수가 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 금고 이상의 죄를 지었다고 하여 위와 같은 제재에 덧붙여 퇴직과 동시에 생활안정을 위해 당연히 지급될 것으로 기대되는 퇴직급여 등까지도 필요적으로 감액해야 한다면 거기에는 다른 수단으로는 입법목적은 달성할 수 없다는 특별한 사정이 있어야 할 것이다.

그러므로 입법자로서는 앞서 본 입법목적의 달성에 반드시 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한의 적절한 방식이라고 할 것이다.

우선 직무와 관련 없는 범죄의 경우는 고의범이라 하더라도 전부 퇴직급여 등의 감액사유에서 제외하는 것이 타당하다. 공무원의 직무와 관련 없는 범죄의 경우에는 그 공무원이 재직기간 중에 공무원의 사명과 책임을 다하지 못했다거나 불성실하게 근무했다고 추정하기 어렵고, 또한 공무원이 직무상 의무를 성실히 이행하도록 유도한다는 입법목적의 달성에 반드시 필요한 기본권 제한이라고 할 수도 없기 때문이다.

나아가 직무와 관련 있는 범죄라 할지라도 과실범의 경우 퇴직급여 등의 감액이 적절치 않은 경우가 있을 수 있다. 과실범의 경우 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지

않도록 유도 또는 강제하는 수단으로 작용하기 어렵기 때문이다. 예컨대 공용자동차의 운전을 업무로 하는 공무원이 과실로 사고를 내어 금고 이상의 형을 받은 경우 등이 그러하다. 이러한 경우 이를 일률적으로 감액사유로 포함시키기 보다는 과실의 경중을 고려하여 어떤 경우에는 직무와 관련 있는 범죄이기는 하지만 퇴직급여를 제한하지 아니하는 것이 상당한 경우도 있을 수 있다.

공직의 구조 및 사회인식의 변화로 일반직장인과 공직자는 같은 직업인이라는 인식이 보편화 되는 추세이고 특히 오늘날 급여에 관한 한, 공익과 사익의 질적 구분은 어려워졌다. 이러한 상황 속에서 단지 금고 이상의 형을 받았다는 이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 그 법률조항은 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다.

따라서 이 사건 감액조항은 공무원이 직무와 관련 없는 범죄의 고의범과 직무와 관련 있는 범죄의 과실범에 대해서 범죄의 죄질, 과실의 경중 등을 고려하지 아니하고, 공무원의 당연퇴직에 더하여 퇴직급여 등을 감액시키는 것인바, 최소침해성의 원칙, 법익균형성의 원칙을 위배하여 청구인들의 재산권을 침해한다.

나. 평등 원칙 위배 여부

한편, 청구인들은 국민연금법 및 근로기준법에는 이 사건 법률조항과 같이 재직 중의 사유로 인하여 퇴직급여를 감액하는 조항이 규정되어 있지 아니하므로, 공무원인 청구인들이 공무원연금법상의 사업장가입자 및 근로기준법상의 근로자와의 관계에서 평등권도 문제된다.

(1) 법정의견 요지(합헌론)

국민연금이 순수한 사회정책적 차원에서 가입자의 노령보호를 주된 목적으로 하는데 비하여, 공무원연금은 근무관계의 한 당사자인 국가가 다른 당사자인 공무원의 사회보장을 직접 담당함으로써 피보험자(공무원)에 대한

사회정책적 보호 외에 공무원근무관계의 기능유지라는 측면도 함께 도모하고 있는 점, 공무원은 일정한 법령준수 및 충실의무 등을 지고 있는 점, 이 사건 감액조항은 구법조항과 달리 공무원 신분이나 직무와 관련 없는 과실범의 경우에는 감액 사유에서 제외하고, 감액의 수준도 국가부담분만큼의 급여에 불과하고, 공무원범죄를 사전에 예방하고 공직사회의 질서를 유지하는데에 목적이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이를 가리켜 공무원을 국민연금법상 사업장가입자에 비하여 혹은 근로기준법상 근로자에 비하여 합리적 이유 없이 차별적 취급을 하고 있다고 단정할 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27 등, 판례집 7-2, 82, 92 참조).

(2) 반대의견 요지(위헌론)

공무원의 신분으로서는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 성실의무, 품위유지의무, 청렴의무 등을 부담하지만 사생활의 영역은 보호되고 존중되어야 함은 일반국민과 마찬가지로이다. 그런데 이 사건 감액조항은 공무원의 신분이나 직무와 관련 있는 범죄뿐만 아니라 직무와 관련 없는 고의범을 저지른 경우에도 퇴직급여 지급권을 제한하고 있다. 이러한 차별은 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 성실근무의 유도라는 입법목적 및 공무원연금제도의 공무원의 성실한 복무에 대한 보상이라는 부수적 성격을 감안한다고 하더라도 일반국민이나 근로자에 대한 지나친 차별을 했다고 판단되고, 그 차별에는 합리적인 근거를 인정하기 어려워 결국 자의적인 차별에 해당한다.

다. 해설

공무원의 퇴직연금을 단순히 일반 근로자의 퇴직금에 비교한다면 재직중 그 직무와 관련이 없는 범죄를 저지른 경우까지 퇴직연금의 감액사유로 삼는 것은 납득하기 어려울 것이다. 그러나 직무와 관련이 없는 범죄 중에서도 살인, 강도, 성폭력범죄와 같은 강력범죄, 파렴치범죄 등과 같은 일부 범죄의 경우에는 그 죄를 저질러 당연퇴직된 공무원이 국가의 재정이 투입되는 공무원퇴직연금을 아무런 제한없이 지급한다는 것 역시 정서상 받아들이기 힘

들다. 이는 공무원의 2중적 성격 즉 일반 근로자로서의 성격과 국민전체의 봉사자라는 성격에서 비롯된 것이다. 공무원의 이러한 특수성을 어느 정도 반영할 것인지, 어떠한 범죄까지 퇴직연금의 감액사유로 볼 것인지 구체적인 기준이나 범위를 마련하기는 참으로 어렵다.

법정의견은 국가공무원법상 공무원의 여러 신분상 의무(법령준수의무, 품위유지의무, 청렴의무 등)에 착안하여 공무원의 직무와 더불어 신분상 의무와 관련이 있는 범죄의 경우에는 퇴직연금의 감액사유로 삼는 것이 정당하다고 보고, 이러한 기준에 따라 이 사건 감액조항이 헌법에 반하지 않는다고 판단하였다.

3. 이 사건 부칙조항에 대한 판단

가. 쟁점

한편, 현재 2005헌바33 결정에 따라 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 2009. 1. 1.부터 효력이 상실되자 공무원연금관리공단은 청구인들에게 2009. 1.부터 퇴직급여 등을 감액없이 전부 지급하면서, “현재 국회에 계류 중인 공무원연금법률 개정(안)의 시행에 따라 환수 등이 다시 결정될 수 있다”는 취지를 같이 통보하였다.

이후 개정된 공무원연금법은 이 사건 부칙조항을 두어 2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31. 사이에 지급된 공무원 퇴직연금의 일부를 다시 환수토록 하였다.

이에 이 사건 부칙조항이 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙을 위반하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부가 문제되었다.

나. 소급입법금지원칙

(1) 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 하는 재산권 보장에 대한 일반적인 원칙을 규정하고 있고, 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 아니한다.”고 규정하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다.

소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케

하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있다. 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이고, 다만 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용된다(헌재 1999. 7. 22. 97헌바76, 판례집 11-2, 175, 175-176).

(2) 한편 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 경우 소급적용을 오히려 적극적으로 인정하여야 한다는 견해도 있다. 헌법불합치결정에 따른 개선입법은 위헌적 상태를 합헌적 상태로 회복하는 법률이라는 점 때문이다.³⁾ 그러나 이러한 견해는 적용중지 헌법불합치결정의 경우에 국한된 논의로 보이며, 이 사건과 같이 계속적용 헌법불합치결정의 경우에도 그대로 적용되기는 어렵다고 생각된다. 왜냐하면 적용중지 헌법불합치결정의 경우, 입법자의 개선입법시까지 법률의 공백이 예정되어 있고, 적용중지를 명한 취지 자체가 개선입법을 기다려 적용하라는 것으로 볼 수 있으나, 계속적용 헌법불합치결정의 경우에는 (입법시한 내에 입법자가 개선입법을 할 경우) 법률의 공백상태가 예정되어 있지 않고 소급적용의 문제는 애초에 발생하지 않기 때문이다.

이 사건의 경우는 계속적용의 헌법불합치결정을 하면서 정한 입법시한을 경과하였고, 그로 말미암아 법적공백이 발생하였는데 이후 개선입법을 하면서

3) 특히 적용중지 헌법불합치결정의 경우, 개선입법을 하면서 소급적용의 경과규정을 두지 않은 경우에도 소급적용된다는 견해(방승주, 헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응(2006년 6월 이후의 위헌법률심판사건을 중심으로), 헌법학연구 제17권 제4호, 2011. 12. 386면, 이인호·오수정, 헌법불합치결정에 따른 입법개선 의무의 이행현황 분석과 비판, 중앙법학 제12집, 제1호, 2010, 78면, 이명용, 헌법불합치결정의 사유 및 효력, 헌법논총 제20집, 388면, / 반면 경과규정이 없으면 소급적용할 수 없다는 견해(윤진수, 헌법재판소 위헌결정의 소급효, 재판자료 제75집, 1997, 218면).

소급적용의 경과규정을 둔 것이다. 즉, 법적공백이 발생하였다는 점에서 적용 중지결정에서와 같이 헌법불합치결정의 특성상 당연히 개선입법의 소급효가 인정될 수 있다는 주장이 여기에서도 동일하게 나타날 수 있다고 생각된다.

그러나 일단 입법시한을 경과하여 입법개선이 이루어지지 않은 경우에, 불합치결정이 내려진 그 법률은 효력을 상실하게 되고,⁴⁾ 이는 단순위헌결정이 내려진 경우와 마찬가지로 볼 수 있다. 따라서 그 이후 새로 이루어지는 법률개정은 기존 법률이 전혀 없는 상태에서 제정되는 것과 같고, 그렇다면 개선입법의 소급적용 문제는 일반적인 소급입법금지 법리로 돌아가 판단하여야 할 것이다.

(3) 진정소급입법인지 부진정소급입법인지

헌법재판소는 일정기간 계속하여 이행기가 도래하는 퇴직연금수급권의 특성상, 청구인들이 요건사실을 모두 갖추어 퇴직연금수급권이 이미 발생한 이후라도 아직 이행기가 도래하지 아니한 부분의 내용만을 변경하는 경우에는 진정소급입법에 해당하지 아니한다고 여러 차례 판시한 바 있다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42, 판례집 17-1, 973, 982-983; 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마 194, 판례집 15-2상, 391, 406-407)⁵⁾.

이 사건 부칙조항의 경우는 이미 이행기가 도래하여 청구인들이 퇴직연금

4) 그 효력상실은 장래를 향하여 이루어지며, 효력상실로 인하여 법적 혼란이나 법적 공백이 초래될 수 있지만 이는 입법이 제 때 이루어지지 못했기 때문이다. 다만 이는 헌법불합치결정을 한 원래의 취지에 부합되지 않는다는 문제점이 있다(이명용, 헌법불합치결정의 사유 및 효력, 헌법논총 제20집, 394면).

5) 공무원연금급여를 전국소비자물가변동률에 따라 조정하도록 하면서(공무원연금법 제43조의2 제1항) 이러한 조정규정을 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 적용하도록 하는 공무원연금법 부칙(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42, 판례집 17-1, 973, 982-983)

『그러나 이와 같이 이미 퇴직연금수급권의 기초가 되는 요건사실이 충족되어 성립된 퇴직연금수급권의 내용은 급부의무자의 일회성 이행행위에 의하여 만족되는 것이 아니고 일정기간 계속적으로 이행기가 도래하는 계속적 급부를 목적으로 하는 것인데 이 사건 조정규정 및 이 사건 경과규정은 개정법이 발효되기 이전의 법률관계 즉, 이미 발생하여 이행기에 도달한 퇴직연금수급권의 내용을 변경함이 없이 단지 개정법이 발효된 이후의 법률관계 즉, 장래 이행기가 도래하는 (일정 범위의) 퇴직연금수급권의 내용을 변경함에 불과하므로 이를 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는, 진정소급효를 가지는 법률에 해당한다고 할 수 없다.』

을 모두 수령한 부분(2009. 1.부터 2009. 12.까지)에 대하여 사후적으로 소급 적용하도록 규정하여, 이미 완성된 사실의 내용을 변경하게 하는 경우에 해당하므로 진정소급입법에 해당한다고 봄이 상당하다.

다. 법정의견 요지(위헌론)

소급입법이 예외적으로 허용되기 위해서는 ‘그럼에도 불구하고 소급입법을 허용할 수밖에 없는 공익상의 이유’가 인정되어야 할 것인데, 이러한 필요성도 없이 단지 소급입법을 예상할 수 있었다는 사유만으로 소급입법을 허용하는 것은 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙을 형해화시킬 수 있으므로 예외사유에 해당하는지 여부는 매우 엄격히 판단하여야 할 것이다.

퇴직공무원들이 2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31.까지 퇴직연금을 감액 없이 전부 지급받은 것은 전적으로 또는 상당부분 국회가 개선입법을 하지 않은 것에 기인하는 것인데도 그 기간 동안 지급받은 퇴직연금 등을 다시 환수하는 것은 국가기관의 잘못으로 인한 법집행의 책임을 퇴직공무원들에게 전가시키는 것에 다름 아니다.

퇴직공무원들은 뒤늦게 개정된 공무원연금법에서 이 사건 부칙조항을 두어 소급적으로 환수할 것까지는 예상하지 못하였다고 볼 수 있고, 소급적으로 환수당하지 않을 것에 대한 퇴직 공무원들의 신뢰이익이 적다고만도 할 수 없다.

이 사건 부칙조항으로 달성하려는 공익은 공무원범죄의 예방, 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하는 효과, 더불어 공무원에 대한 일반 국민의 신뢰제고, 제재방안의 실효성 확보 등이다. 그러나 이러한 공익은 범죄를 저지른 공무원을 당연퇴직시키거나(국가공무원법 제69조), 장래 지급될 퇴직연금을 감액하는 방법(공무원연금법 제64조 제1항)에 의하여 충분히 달성할 수 있다.

따라서 이 사건 부칙조항에 의하여 이룰 수 있는 공익은 공무원연금공단의 재정 보전이라는 금전적·재정적인 이익으로 한정된다 할 것인데, 이 사건 부칙조항으로 인하여 보전되는 공무원연금의 재정규모도 그리 크지 않을 것으로 판단된다.

오히려 헌법재판소가 잠정적용의 시한을 정하여 내린 헌법불합치결정에

대한 입법자의 입법개선의무의 준수, 신속한 입법절차를 통한 법률관계의 안정 등 역시 또 하나의 공익상의 사유라고 볼 수 있을 것이고, 이에 대한 신뢰는 단지 개인적이고 주관적인 것이 아닌, 사법기관과 입법기관 전체에 대한 객관적인 신뢰의 면도 있으므로, 이 사건에서는 신뢰보호의 요청이 공익상의 사유에 우선한다고 볼 여지가 있다.

따라서 이 사건 부칙조항에 소급입법을 예외적으로 허용할 정도로 '신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유'가 있다고 볼 수 없다.

라. 반대의견 요지(합헌)

헌법불합치결정이 선고된 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대하여는 그 개선입법이 당연히 소급적용되는 것으로 예정되어 있었음에도, 국회의 입법지연으로 잠정적용 시한이 경과한 2009. 1. 1.부터 위 법률조항이 개정된 2009. 12. 31.까지 퇴직급여 등 제한의 근거규정이 효력을 상실함으로써 인하여 일시적으로 입법 공백상태가 발생하여 퇴직 공무원들에게 퇴직연금 등이 전액 지급되다가, 이후 개정된 법률조항이 이 사건 부칙조항에 의하여 소급 적용됨에 따라 위 기간 동안 지급된 퇴직연금 등의 일부가 감액·환수되게 되었는데, 이는 이미 법적 평가가 내려진 사태에 대하여 새로운 법적 평가를 행하여 개인의 신뢰와 법적 안정성을 침해한 것으로 보기는 어렵고, 단지 입법의 공백을 보충한 데에 불과한 것으로 보아야 한다.

더욱이 퇴직 공무원들로서는 공무원연금공단으로부터 향후 법률 개정에 따라 퇴직연금 등의 일부가 환수될 수 있음을 통지받았으므로, 장차 위 법률조항이 개정되게 되면 그에 따라 퇴직연금 등이 소급적으로 감액·환수될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 할 것이고, 설사 퇴직 공무원들이 퇴직연금이 소급적으로 감액·환수되지 않을 것이라고 신뢰하였다 하더라도, 이와 같은 입법의 공백상태는 그 법적 상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우에 해당한다.

뿐만 아니라, 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 있는 범죄를 범하여 금고 이상의 형이 확정된 퇴직 공무원들에 대하여 국회에서 입법이 지연되었다는 우연한 사정만으로 퇴직연금 등을 전액 지급하는 것은 공무원에 대한 일반 국민의 신뢰 제고, 제재방안의 실효성 확보, 사회 정의와 형평 실

현 등의 공익에 반한다.

또한 이 사건 부칙조항은 그 이외에 순수하게 일반 국민의 조세 부담을 기초로 한 국가재정 부담 부분에 관한 것인데, 공무원연금은 일반 국민들이 지급받는 퇴직금 및 국민연금에 비하여 유리한 조건으로 형성되어 있는 반면, 만성적인 적자로 국고에 부담이 되고 있으므로, 공무원연금제정의 보전이라는 공익 또한 중대하다고 하지 않을 수 없다.

결국 재직 중 신분이나 직무상 의무와 관련이 있는 범죄로 금고 이상의 형을 선고받고 퇴직한 공무원의 신뢰는 앞서 본 바와 같이 그 보호가치가 적은 반면, 이 사건 부칙조항에 의하여 보호되는 공익은 매우 중대하다 할 것이므로, 이 사건 부칙조항은 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에도 해당한다.

그렇다면 이 사건 부칙조항은 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우에 해당하므로, 헌법 제13조 제2항 또는 소급입법금지원칙에 위반하여 재산권을 침해한다고 볼 수는 없어 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 해설

선행 헌법불합치결정에 따른 개선입법이 개선입법시한 내에 마련되었다면 불합치결정에 따른 법적 공백 상태가 발생하지 않았을 것인 점, 이 사건 청구인들은 개선입법에 따르더라도 퇴직연금 감액 대상에 해당되는 사람들인 점을 고려하면 청구인들에게 개선입법을 소급적용하여 연금을 환수하는 것이 정의와 형평에 부합하는 것이라고 볼 수 있다. 반대의견은 이 점을 주목하고 있다.

그러나 청구인들에게 지급된 연금이 정의와 형평에 맞지 않더라도, 법적 근거가 없는 부당이득이라고는 볼 수 없는 만큼 이를 환수하는 것은 소급입법에 해당하며 특히 완성된 사실을 변경하는 진정소급입법에 해당한다는 점은 부정하기 힘들다.

일반적으로 소급입법이 금지되는 주된 이유는 문제된 사안이 발생하기 전에 그 사안을 일반적으로 규율할 수 있는 입법을 통하여 행위시법으로 충분히 처리할 수 있었음에도 불구하고, 권력자에 의해 사후에 제정된 법을 통해 과거의 일들이 자의적으로 규율됨으로써 법적 신뢰가 깨뜨려지고 국민의 권

리가 침해되는 것을 방지하기 위함이다. 그러나 과거사 청산에 관한 입법들은 그 사안이 발생하기 이전에 일반적인 규율 체계를 갖출 수 없었던 경우가 대다수였다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 판례집 23-1상, 276, 307). 우리 헌법재판소가 진정소급입법이 허용된다고 본 사안 역시 모두 과거사 청산에 관한 입법이었다.

즉 친일재산 환수 문제와 같은 ‘역사적으로 매우 특수하고 이례적인 공동체적 과업’에 이르는 정도의 공익이 아니고서는 진정소급입법을 정당화시키기 어렵다고 볼 수 있다.⁶⁾

이 사건 부칙조항의 입법목적인 공무원에 대한 일반 국민의 신뢰 제고, 체제방안의 실효성 확보, 사회 정의와 형평 실현과 같은 공익은 앞선 과거사 청산과 같은 중대한 공익에 비견될 정도로 볼 수 없고, 애초에 청구인들에게 연금이 전부 지급된 원인조차 입법지연에서 비롯된 것인 만큼 이 사안에서 형평의 실현이 절실한 공익이라고 보기도 힘들다. 법정의견은 이러한 시각에서 이 사건 부칙조항을 진정소급입법으로 보면서, 소급입법이 허용되는 예외적인 경우에도 해당되지 아니하므로 헌법에 위배된다고 판단하였다.

4. 결정의 의의

본 결정은 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호에 대한 2005헌바33 헌법 불합치결정의 취지를 대체로 유지하면서, 그 의미를 더욱 구체적으로 확인했다. 즉, 공무원이 재직 중 ‘신분이나 직무상 의무’와 관련이 없는 범죄를 저지른 경우까지 퇴직연금의 감액사유로 삼는 것은 공무원의 재산권을 침해하고 평등원칙을 위배한다고 판단하고, 이 사건 감액조항은 구법조항과 달리 ‘직무와 관련이 없는 과실로 인한 경우 및 소속 상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’는 감액사유에서 제외하고 있어 헌법에 위반되지 아니한다고 보았다.

6) 친일재산 국가귀속 특별법사건에서도 헌법재판소는 이러한 문제점을 인식하고 있다. 『일제 과거사 청산으로서의 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 특수하고 이례적인 공동체적 과업이라 할 것이므로, 설령 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생해 그로 인한 폐해가 만연될 것이라는 일부의 우려는 충분히 불식될 수 있다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 판례집 23-1상, 276, 307-308).』

또한 헌법 제13조 제2항에 따라 소급입법은 원칙적으로 금지되며, 예외적으로 소급입법이 허용되는 경우는 엄격히 해석하여야 한다는 점을 명확히 하였다. 특히 이 사건의 경우 국가기관의 잘못으로 인한 입법공백의 책임을 국민들에게 전가시키는 것은 부당하다는 점을 고려한 것이다.

한편, 이 사건 감액조항은 사립학교교직원 연금법, 군인연금법에서 그대로 준용되고, 이 사건 부칙조항과 동일한 내용의 부칙이 위 법률들에 규정되어 있어, 본 결정의 취지는 후속 사립학교교직원 연금법 및 군인연금법 사건의 결정에서 그대로 원용되었다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조 등 위헌확인

- 수용자가 접촉차단시설이 설치된 장소에서 변호사와
접견하도록 함이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494)

신 진 화*

【판시사항】

1. 변호사가 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제58조 제4항이 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하고, 잠정 적용을 명한 사례

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 형집행법(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제41조 제2항, 제3항, 형집행법 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제62조(이하 위 조항들을 함께 ‘이 사건 녹음·녹화조항’이라 한다) 및 형집행법 시행령 제58조 제4항(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 접견조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이고, 그 조항의 내용은 다음과 같다.

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

* 서울중앙지방법원 판사, 전 헌법연구관

개정된 것)

제41조(접견) ② 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

1. 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때
3. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때

③ 제2항에 따라 녹음·녹화하는 경우에는 사전에 수용자 및 그 상대방에게 그 사실을 알려 주어야 한다.

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

제58조(접견) ④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다. 다만, 미결수용자가 변호인과 접견하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화) ① 소장은 법 제41조 제2항의 청취·기록을 위하여 교도관에게 변호인과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견에 참여하게 할 수 있다.

② 소장은 특별한 사정이 없으면 교도관으로 하여금 법 제41조 제3항에 따라 수용자와 그 상대방에게 접견내용의 녹음·녹화 사실을 수용자와 그 상대방이 접견실에 들어가기 전에 미리 말이나 서면 등 적절한 방법으로 알려 주게 하여야 한다.

③ 소장은 법 제41조 제2항에 따라 청취·녹음·녹화한 경우의 접견기록물에 대한 보호·관리를 위하여 접견정보 취급자를 지정하여야 하고, 접견정보 취급자는 직무상 알게 된 접견정보를 누설하거나 권한 없이 처리하거나 다른 사람이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용해서는 아니 된다.

④ 소장은 관계기관으로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 제3항의 접견기록물의 제출을 요청받은 경우에는 기록물을 제공할 수 있다.

1. 법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 때

2. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 때

⑤ 소장은 제4항에 따라 녹음·녹화 기록물을 제공할 경우에는 제3항의 접견정보 취급자로 하여금 녹음·녹화기록물을 요청한 기관의 명칭, 제공받는 목적, 제공 근거, 제공을 요청한 범위, 그 밖에 필요한 사항을 녹음·녹화 기록물 관리프로그램에 입력하게 하고, 따로 이동식 저장매체에 옮겨 담아 제공한다.

【사건의 개요】

수형자인 청구인은 교도소에 수용 중 교도소 측 신체검사의 위헌확인을 구하는 헌법소원의 국선대리인 변호사와 접견하면서 접촉차단시설이 설치된 녹음녹화접견실이 아닌 변호인접견실에서 접견을 요청하였으나 받아들여지지 않았다. 이에 청구인은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 한 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 ‘형집행법’) 시행령 제58조 제4항 및 녹음녹화에 관련된 형집행법 제41조 제2항, 제3항, 시행령 제62조가 청구인의 재판청구권 등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 형집행법 시행령 제58조 제4항에 따르면 수용자가 형사사건이 아닌 민사, 행정, 헌법소송 등 법률적 분쟁과 관련하여 변호사의 도움을 받는 경우에는 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견을 해야 한다. 그 결과 수용자는 효율적인 재판준비를 하는 것이 곤란하게 되고, 특히 교정시설 내에서의 처우에 대하여 국가 등을 상대로 소송을 하는 경우에는 소송의 상대방에게 소송자료를 그대로 노출하게 되어 무기대응의 원칙을 훼손할 수 있다. 변호사 직무의 공공성, 윤리성 및 사회적 책임성은 변호사 접견권을 이용한 증거인멸, 도주 및 마약 등 금지물품 반입 시도 등의 우려를 최소화시킬 수 있으며, 변호사접견이라 하더라도 교정시설의 질서 등을 해할 우려가 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외를 두도록 한다면 악용될 가능성도 방지할 수 있다. 따라서 형집행법 시행령 제58조 제4항은 과잉금지원칙

에 위반하여 청구인의 재판청구권을 지나치게 제한하고 있으므로, 헌법에 위반된다.

2. 다만, 위 조항의 효력을 즉시 상실시킬 경우 수용자 일반을 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하게 하는 장소 제한의 일반적 근거조항 및 미결수용자가 변호인을 접견하는 경우의 예외 근거조항마저 없어지게 되어 법적 안정성에서 문제가 있을 수 있으므로, 행정입법자가 합헌적인 내용으로 위 조항을 개정할 때까지 계속 조속하게 할 필요가 있다. 행정입법자는 늦어도 2014. 7. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 위 조항은 2014. 8. 1.부터 그 효력을 상실한다.

재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견

형집행법은 교정성적이 우수한 수형자 등에 대하여 접촉차단시설이 없는 장소에 접견하게 할 수 있도록 폭 넓게 예외를 인정하고 있고, 차단시설이 된 장소에서 접견하더라도 직접적인 신체접촉을 통한 물건 수수가 어려울 뿐이지 마이크 콘솔 장치를 통한 의사전달 및 서류, 증거물의 시각적 확인에는 전혀 제한이 없다. 또 수형자는 서신 교환과 법정 출석 후 변론하는 기회를 통해 변호사와 충분한 의견교환을 할 수도 있다. 그럼에도 수형자의 변호사와의 접견만을 특별하게 취급할 경우 수형자가 변호사 아닌 소송대리인들(법정대리인, 가족, 변리사 등)과 접견하는 경우와 비교하여 합리적 이유 없는 차별취급의 문제를 발생시킬 수 있으며, 변호사 접견권을 악용하는 수형자들로 인한 부작용의 발생도 배제할 수 없다. 나아가 위 조항으로 수형자가 받는 불이익보다 교정시설의 질서와 안전 유지 등 달성되는 공익은 훨씬 크다. 결국 형집행법 시행령 제58조 제4항은 청구인의 재판청구권을 과도하게 제한하지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건 녹음·녹화조항과 이 사건 접견조항이 심판대상이었다.

그러나 이 사건 녹음·녹화조항은 그 적법성이 먼저 검토되었고, 각하되

었다. 판시 내용은 다음과 같다.

『헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 현재 직접적으로 침해받는 자만이 청구할 수 있는 것이고, 위 규정에 의하여 법령에 대한 헌법소원심판청구를 하려면 별도의 구체적인 집행행위의 매개 없이 법령 그 자체로 인하여 직접적으로 자기의 기본권을 침해당한 경우라야 한다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203 등 참조). 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마713, 판례집 13-2, 739, 745).

그런데 형집행법 제41조 제2항은 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’, ‘수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때’ 또는 ‘시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때’에는 교도소장이 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화할 수 있도록 하고, 같은 조 제3항은 사전에 수용자 및 그 상대방에게 그 사실을 알려주도록 하고 있으며, 형집행법 시행령 제62조는 형집행법 제41조 제2항에 의한 청취·기록·녹음 또는 녹화가 이루어질 때의 구체적인 방법 등을 규정하고 있다. 즉 이 사건 녹음·녹화조항은 일정한 요건에 해당한다고 판단되는 경우에 청취·기록·녹음 또는 녹화를 할 수 있도록 하는 규정으로서 구체적으로 교도소장의 접견내용 청취·기록·녹음 또는 녹화라고 하는 집행행위의 매개를 예정하고 있다.

그렇다면 이 사건 녹음·녹화조항에 의하여 청구인이 다투는 자유의 제한, 권리 또는 법적 지위 박탈의 법적 효과가 생긴다고 하기보다는 이 사건 녹음·녹화조항에 근거한 교도소장의 접견내용 청취·기록·녹음 또는 녹화라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 청구인의 기본권 침해 문제가 발생한다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 녹음·녹화조항에 대한 심판청구 부분은 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.』

이하에서는 나머지 심판대상, 즉 이 사건 접견조항¹⁾에 한정하여 본안에 관하여 보도록 한다.

2. 수용자의 접견 실태

가. 수용자와 수형자의 구분

수용자란 수형자, 미결수용자, 사형확정자, 그밖에 법률과 적법한 절차에 따라 교도소, 구치소 및 그 지소에 수용된 사람을 말하고(형집행법 제2조 제4호), 그 중 수형자란 징역형, 금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말하며(같은 조 제1호), 미결수용자란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 말한다(같은 조 제2호). 즉 일정한 사유로 교정시설에 수용된 자를 통틀어 수용자란 개념을 사용하는 반면, 수형자란 그 중 형의 집행으로서 교정시설에 수용되어 있는 자

-
- 1) 이 사건 접견조항 역시 직접성과 관련하여 적법성이 문제된다. 결정에서는 적법 요건을 통과한 것으로 보았으므로 결과적으로 직접성은 인정된 경우가 될 것이다. 헌법재판소는 그 이전 2004. 12. 16. 2002헌마478 접견불허처분 등 위헌확인 사건에서 위와 같은 구조로 되어 있는 경우 직접성을 인정하였다. 당시 구 행형법 제145조 제2항은 본문에서 금지 처분 받은 자의 접견, 서신수발 등을 금지하면서 단서에서 미결수용자의 소송서류 작성, 변호인과의 접견 및 서신수발을 예외로 하고 동시에 그렇지 않은 경우에도 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에 이를 허가할 수 있도록 규정하고 있었다. 직접성을 인정한 근거는 다음과 같다. “다만 위 제145조 제2항 단서에 의할 때 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있으며, 피청구인이 접견 신청에 대한 허부의 의사표시를 함에 있어서 재량권이 있음이 인정되나, 위와 같은 접견·서신수발 금지의 통지를 받은 가족이나 금지처분을 받은 수형자 본인, 혹은 제3자가 접견신청을 하는 것은 예외적인 경우이고, 그 외에는 금지처분을 받은 수형자에게 접견·서신수발이 금지된다고 보는 것이 일반적이므로, 제도적으로 금지 처분을 받은 자에 대해서는 별도의 집행행위 없이 집행법 시행령 제145조 제2항에 의하여 접견·서신수발이 금지되는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항 중 접견·서신수발 부분은 기본권침해의 직접성이 인정된다.” 수용자처우법 시행령 제59조 제3항 및 이를 구체화한 시행규칙 제88조에 따라 소장에게 접촉차단시설이 없는 장소에서의 접견을 허가할 수 있도록 하는 재량권이 인정되기는 하지만 이는 매우 예외적인 경우이고, 그 외에는 일반적으로 접촉차단시설이 없는 장소에서의 접견은 금지된다고 해석되므로, 별도의 집행행위 없이 위 제58조 제4항에 의하여 수형자의 경우에는 접촉차단시설에서의 접견이 강제되고 있다고 보는 것이 타당하다.

를 가리키는 용어로서 양자는 구별된다.

헌법재판소가 미결수용자의 형사사건 변호인 접견에는 교도관 등이 참여하여 대화 내용을 듣거나 기록하는 것, 변호인과의 서신을 검열하는 것 등이 위헌이라고 선언(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 58-62; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 103-109 등 참조)함에 따라, 형집행법은 미결수용자가 형사사건 변호인을 접견할 때 교도관의 참여 금지, 청취 또는 녹취 금지, 접견 시간과 횟수 제한 금지, 서신 검열 금지, 징벌집행 중 인 경우의 보장 등을 규정하고 있고(제84조, 제85조), 이는 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에게도 준용되어 변호인과의 접견교통권 등이 보장된다(제88조).

나. 법무부의 수형자 변호인 접견 지침

법무부는 2009. 4. 16. 기결수형자에 대한 변호인 접견 관련 업무기준 시달(수용기획팀-3530)을 각 교도소로 내려보낸 바 있다.

그 내용을 요약하면, ① 기결수형자가 징벌 등 행정처분에 대해 행정소송, 헌법소원을 제기한 경우 변호인 접견교통권은 인정되지 아니함, ② 기결수형자가 국가를 상대로 국가배상소송을 제기한 경우 변호인 접견교통권은 인정되지 아니함, ③ 기결수형자가 형사 판결에 대해 재심 청구를 한 경우 변호인 접견교통권이 인정되지 아니함, ④ 기결수형자가 추가 형사 사건으로 수사 또는 재판을 받는 경우 변호인 접견교통권이 인정된다. 즉 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없고²⁾, 징벌에 대해 행정소송, 헌법소원을 한 경우³⁾나 국가를 상대로 국가배상소송을 제기한 경우⁴⁾는 모두 형사 절차가 아니므로 수형자에게 변호인 접견교통권이 인정되지 않으며, 재심사유의 존부를 검토하여 재심 개시 여부만을 결정짓는 단계만으로는 안 되고⁵⁾, 재심개시결정이

2) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 1998. 8. 27. 96헌마398 등이 근거로 기재됨.

3) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다50184 판결이 근거로 기재됨.

4) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 서울중앙지방법원 2004. 6. 1. 선고 2003나5930 판결이 근거로 기재됨.

5) 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결이 근거로 기

확정되어 재심대상사건에 대하여 재심리에 들어간 단계가 되어야 변호인 접견교통권이 인정된다는 취지다. 또한 위 지침에는 ‘수형자에 대한 변호인 접견시 일반접견과 동일하게 수용자처우법 제41조 및 시행령 제58조 등에 의거 처리’하고, ‘따라서 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 접견실에서 매월 4회, 회당 30분의 범위 내에서 접견을 진행하면 되고, 수용자처우법 제41조 제1항 각 호의 사유가 있을 경우 접견 불허 처분도 가능’하며, 다만 ‘예외적으로 시행령 제59조에 의거 소장의 결정으로 접견장소, 시간 및 횟수를 변경·증가할 수 있으므로 변호인접견실에서의 접견도 가능’하다고 되어 있다. 특히 ‘현재 일선 기관에서는 위와 같은 예외적인 접견이 일상적으로 이뤄지고 있으나 원칙과 예외를 구분할 필요가 있음’을 고지하고 있다.

다. 녹음녹화접견실의 설치

종래 수용자 접견을 위한 일반적인 접견실은 접촉 방지를 위해 수용자와 접견자 사이에 두 장의 유리wa 그 사이 철망이 설치된 채 대화를 위해 작은 구멍이 여러 개 뚫려 있었으며, 수용자 뒤쪽으로 교도관이 배석하여 대화 요지를 수기로 기재하는 방식이었다. 그런데 접견실마다 교도관이 일일이 배석하여 대화 내용을 기재하는 방식의 비효율성 및 작은 구멍을 통한 쪽지, 뽐족한 기구 등의 교환 위험성 등이 문제제기 되었고, 형집행법이 2007. 12. 21. 법률 제8728호로 전부 개정되면서 일정한 경우 소장의 허가 아래 교도관이 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화할 수 있게 됨으로써(제41조 제2항) 접견내용의 녹음, 녹화 등을 위한 시설이 필요하게 되었다.

그러나 현실적으로는 별도의 녹음녹화용 접견실을 설치하기 어려울 뿐만

재됨. 그러나 현재 96헌마398 결정에는 ‘수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 일반적인 교통·통신이 보장될 수도 있겠으나’라고 판시한 후 재심절차와는 별개의 사실관계를 인정하였을 뿐이어서(판례집 10-2, 416, 430), 과연 위 결정이 ‘재심개시 절차’만으로는 변호인 접견권을 인정할 수 없다는 취지로 해석되는지는 의문이 있다. 반면 대법원 96다48831 판결은 ‘형이 확정되어 집행 중에 있는 수형자에 대한 재심개시의 여부를 결정하는 재심청구절차에는 그속을 당한 피고인 또는 피의자의 접견, 서류·물건 수수, 의사 진료 규정이 그대로 적용될 수 없다’고 하여 ‘재심개시 여부 재심청구절차’에는 미결 형사피고인 등에게 인정되는 규정이 적용될 수 없다고 했고, 이에 ‘접견’이 포함되어 있다. 이 사건의 원고들은 변호사였다.

아니라 교도관 인력 절감, 접견의 효율적 관리 등을 위해 기계화의 필요성이 대두되자 대부분의 교정시설에서는 기존의 일반접견실을 녹음녹화가 가능한 이른바 ‘무인접견실’로 개조하였다.

무인접견실은 스테인리스 창살을 사이에 두고 양면에 투명강화유리를 설치하여 수용자와 접견자쪽 접견실이 완전히 분리되도록 하였고, 수용자와 접견자쪽 접견실에 마이크콘솔을 각각 설치하여 이를 통해 대화를 나누도록 하였으며, 접견시간이 끝나면 마이크와 스피커 작동이 자동으로 중지되도록 하며, 수용자의 접견상황을 영상으로 모니터링하기 위하여 접견자쪽 접견실 내벽에 영상카메라를 설치하도록 되어 있다[법무부예규 제952호(2010. 8. 1. 시행) 수용관리 업무지침 제146조(녹음녹화접견실 방음시설 설치 등) 제1항 내지 제3항]. 그리고 위 ‘무인접견’이란 명칭은 2010. 8. 1. 시행된 위 수용관리 업무지침에서 ‘녹음녹화접견’으로 변경되었다. 따라서 이 사건 접견조항의 ‘접촉차단시설이 설치된 장소’란 현실적으로 위와 같은 ‘녹음녹화접견실’을 가리킨다.

한편, 녹음녹화접견실에서 실제 녹음이 이루어지는 경우에는 미리 당사자들에게 알려 주어야 하고(형집행법 제41조 제3항, 시행령 제62조 제2항), 접견정보 취급자는 직무상 알게 된 접견정보를 누설하는 등 부당한 목적을 위해 사용하는 것이 금지되어 있다(시행령 제62조 제3항).

라. 입법례

일본의 경우 모든 수용자의 접견은 분리실에서의 접견이 원칙이고, 수형자가 병실에 수용되어 있는 경우 등에는 예외가 인정된다.

즉 형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 규칙⁶⁾ 제70조 제2항은 접견장소에 관하여 “원칙적으로 피수용자와 면회 상대방 사이를 분리하는 설비를 가지는 방으로 한다. 다만 수형자가 병실에 수용되어 있는 경우(단서 1호), 친족과 면회하는 경우 기타 분리실 이외의 장소에서 면회하는 것이 적당하다고 할 사정이 있는 경우(단서 2호)에 형사시설의 규율 및 질서유지에 지장을 발생시킬 우려가 없는 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

6) 2006. 5. 23. 법무성령 제57호

한편 형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률⁷⁾ 제112조 단서는 “수형자가 자기에 대한 형사시설의 장의 조치 기타 자기가 받은 처우에 관한 조사를 하는 국가 또는 지방공공단체 기관의 직원(1호), 자기에 대한 형사시설의 장의 조치 기타 자기가 받은 처우에 관하여 변호사법 제3조 제1항에서 규정하는 직무를 수행하는 변호사(2호)와 면회하는 경우에는 형사시설의 규율 및 질서를 해하는 결과를 발생시킬 우려가 있다고 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 직원을 수형자의 면회에 입회시키거나 또는 그 상황을 녹음시키거나 녹화시킬 수 없다.”고 규정하고 있다. 즉 이 사건과 같이 교도소장의 처우에 관하여 직무를 수행하는 변호사와의 접견의 경우에는 일반적인 접견과달리 직원 입회 금지나 녹음 등 금지로써 특별히 보호하고 있는 것이다.

하지만 위 조항 역시 접견장소에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지는 않다. 위 법률의 제정 무렵 일본변호사협회 내 행정개혁위원회는 변호인과의 비밀접견교통권에는 서류 및 물품의 수수도 포함되나(일본 형소법 제39조 제1항), 현실적으로 면회실에 차폐시설이 있어 서류의 수수를 위해서는 차입의 절차를 밟아야 하므로, 변호인과의 접견교통권의 중요성 및 변호인이 갖는 고도의 전문성과 윤리성을 감안하여 차폐시설이 없는 변호인용 면회실을 마련하고 접견교통권의 내용으로서 서류 및 물품의 수수를 허용하여야 한다고 주장한 바 있으나⁸⁾, 처우법의 내용에는 반영되지 않았다고 한다.

독일의 경우 연방 차원에서는 접견장소에 관한 일반적인 규정이 없고, 개별 주들마다 별도의 조건에서 운영하고 있는 것으로 보인다. 즉 연방형행법은 수형자가 외부인을 접견하는 장소가 개방형 접견실인지 칸막이 등 차폐시설이 설치된 곳인지 여부를 규율하지 않고 있지만, 바이에른주에서는 개별 사안에서 금지된 물건의 교부를 막기 위하여 차단시설이 있는 접견장소에서 접견할 것을 명할 수 있도록 되어 있고(바이에른주 행형법 제30조 제2항), 함부르크와 니더작센에서는 시설의 안전 또는 질서에 대한 위협이 있는 경우에는 유리창 사용명령이 필수적으로 이루어져야 한다고 규정하고 있다(함

7) 2005. 5. 25. 법률 제50호로 제정

8) 行刑改革委員會「未決等拘禁制度の抜本的改革のための日弁連の提言」日本弁護士連合會(2005年9月16日), 24.

부르크 행형법 제28조 제4항, 니더작센주 사법집행법 제28조 제2항).

미국의 경우 연방관할 교정시설 내 수용자(형이 확정된 수형자 포함)의 외부인 접견에 관한 사항은 행정규칙⁹⁾에 규정되어 있다. 방문자와 수용자 사이에 ‘제한적인 신체접촉’(악수, 안기, 키스 등)이 허용되는데, 이런 접촉이 시설의 안전과 보안을 해할 것이라는 명백하고 확신할 수 있는 증거가 있지 않는 한 교도관은 이를 반드시 허락해야 하며, 이 때 악수, 안기, 키스의 경우는 접견의 시작과 끝에만, 품위가 유지되는 내에서 허용된다. 하지만 접견 장소의 질서 유지와 금지물품의 반입기회를 최소화하려는 목적으로 교도관이 신체적 접촉을 제한하는 것은 허용된다¹⁰⁾. 변호사와의 접견시 교정시설에서는 사적 면접이 가능한 공간을 별도로 마련하거나, 일반접견장소를 이용하는 경우라면 일정 정도의 프라이버시가 허용되는 장소와 시간을 지정하여야 하는데¹¹⁾, 이 때 음성에 대한 감독은 할 수 없도록 되어 있다¹²⁾. 다만 위 규칙상 ‘변호사¹³⁾’는 형사와 민사 등을 구분하지 않은 개념으로 보인다.

3. 제한되는 기본권

청구인은 이 사건 접견조항에 의해 인격권과 행복추구권(헌법 제10조), 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조), 재판청구권(헌법 제27조)이 침해되었다고 주장했다.

그러나 인격권과 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로(헌재 2012. 5. 31. 2009헌마553, 판례집 24-1하, 529, 539 등 참조), 뒤에서 보는 바와 같이 주된 기본권인 재판청구권 등의 침해 여부를 판단하는 이상 별도로 판단하지는 않았다. 재판청구권에 관한 판시는 다음과 같다.

9) Department of Justice Bureau of Prisons, 28 C.F.R. 540.40~540.52

10) 위 28 C.F.R. 540.51(h)(2)

11) 위 28 C.F.R. 543.13(b)

12) 위 28 C.F.R. 543.13(e)

13) attorney

『변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어 보면, ‘형사사건에서 변호인의 조력을 받을 권리’를 의미한다고 보아야 할 것이므로 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자나 미결수용자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 430; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 564 참조). 따라서 이 사건 접견조항에 의하여 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다고 볼 수는 없다.

헌법 제27조는 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있고(헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105, 판례집 16-2하, 505, 512) 이 때 재판을 받을 권리에에는 민사재판, 형사재판, 행정재판뿐 아니라 헌법재판도 포함된다. 헌법 제27조 제1항이 규정하는 ‘법률에 의한’ 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적인 형성이 필요하지만, 이는 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372; 헌재 2010. 7. 29. 2005헌바89, 판례집 22-2상, 212, 222). 따라서 현대 사회의 복잡다단한 소송에서의 법률전문가의 증대되는 역할, 민사법상 무기 대등의 원칙 실현, 헌법소송의 변호사 강제주의 적용 등을 감안할 때 교정시설 내 수용자와 변호사 사이의 접견교통권의 보장은 헌법상 보장되는 재판청구권의 한 내용 또는 그로부터 파생되는 권리로 볼 수 있다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 564-567).

결국 이 사건 접견조항에 따라 접촉차단시설에서 수용자와 변호사가 접견하도록 하는 것은 재판청구권의 한 내용으로서 법률전문가인 변호사의 도움을 받을 권리에 대한 제한이라고 할 것이다.』

4. 본안 판단

가. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 심사기준 등

반대의견은 수형자 접견권의 내용과 제한의 한계를 논하면서 완화된 심사 기준이 적용되어야 함을 설시했다. 다음과 같다.

『수형자는 자유형의 집행을 위하여 구금되어 있기 때문에 신체의 자유, 거주이전의 자유를 비롯한 많은 기본권이 불가피하게 제한되며, 외부접촉을 전제로 하거나 교정시설의 적극적인 조력을 요하는 기본권들도 형집행의 목적을 달성하기 위하여 상당한 정도로 제한될 수밖에 없다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 561 참조). 따라서 수형자의 교정·교화 및 건전한 사회복귀를 위하여 접견을 허용하는 것이 필요하다고 하더라도, 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있다고 하여야 한다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738, 판례집 21-2상, 725, 735 참조).

수형자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계도 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 될 것이지만(헌재 2011. 10. 25. 2009헌마691, 판례집 23-2하, 82, 89 참조), 자유형 집행의 본질상 수형자에게는 외부와의 자유로운 교통·통신에 대한 제한이 당연히 수반되므로 수형자에게 외부와의 교통·통신을 구체적으로 어느 정도까지 인정할 것인가의 기준은 기본적으로 입법권자의 입법정책에 맡겨져 있다고 할 것이다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 561 참조).

그리고 수형자는 형이 확정되어 자유형의 집행을 받고 있다는 점에서 무죄추정을 받고 있는 미결수용자의 지위와는 구별되므로, 수형자에 대한 접견 제한의 정도는 일반적 접견권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교도소장 등 관계 행정청의 재량에 속한다고 볼 것이다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738, 판례집 21-2상, 725, 735; 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결 참조).

그리하여 형집행법에서는 수형자에게 원칙적으로 외부인과의 접견권을 인정하면서도, 많은 예외를 두어 ‘형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’, ‘시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때’ 등과 같은 사유가 있을 때에는 접견 자체를 금지할 수 있고(제41조 제1항 단서, 금지처분을 받은 수형자에 대하여 금지기간 중 접견을 금지한 구 행형법시행령 제145조 제2항이 헌법에 위반되지 아니한다는 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 561 참조), 접견 중인 수형자나 그 상대방이 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 인멸하려고 하는 때’ 등 법에 정한 사유가 있을 때에는 시행 중인 접견을 중지할 수도 있도록 하고 있다(제42조). 또한 소장은 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’ 등의 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수형자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다(제41조 제2항). 그리고 접견의 횟수·시간·장소·방법 및 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령에서 정하도록 위임하고 있는데(제41조 제4항), 형집행법 시행령에는 원칙적으로 수형자의 접견 횟수를 월 4회로, 접견시간을 회당 30분 이내로 제한하고 있고(58조 제2항, 제3항), 공휴일을 제외한 매일 공무원 근무시간 내에만 접견을 할 수 있도록 하고 있으며(제58조 제1항), 접견도 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있다(제58조 제4항 본문). ……

이 사건의 주된 쟁점은 수형자인 청구인과 그가 제기한 헌법소원 사건의 국선대리인 변호사 사이의 접견 자체를 금지한 것이 아니라, 접견은 허용하면서 이 사건 접견조항에 따라 변호인접견실이 아닌 접촉차단시설이 설치된 녹음녹화접견실에서 접견하도록 한 것이 과연 변호사로부터 충분한 도움을 받은 권리를 제한하여 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부이다.

먼저 수형자는 신체의 자유와 관련하여 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없으므로 수형자의 변호사 접견권 제한에 대한 위헌성 심사기준은 엄격한 심사를 필요로 하는 미결수용자의 변호인 접견권 제한과는 차이가 있을 수밖에 없다.

또한 앞에서 본 것처럼 자유형의 본질상 형집행의 목적을 달성하기 위하여 외부접촉을 전제로 하는 기본권이 상당한 정도로 제한될 수밖에 없고, 수

형자의 접견권을 인정하더라도 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있다고 보아야 한다.

그리고 재판청구권은 절차적 기본권의 하나로서 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정된다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바128, 판례집 24-1하, 391, 400 참조).

그러므로 이 사건 접견조항이 수형자인 청구인의 재판청구권을 침해하였는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 의미의 비례원칙을 적용하기 보다는 침해의 최소성 등을 판단할 때 앞에서 본 바와 같은 여러 사정을 참작하여 완화된 심사를 함이 타당하다.』

법정의견은 별도로 심사기준을 논하지는 않았다. 다만 ‘피해의 최소성’을 판단하면서 위 ‘입법권자의 입법정책에 맡겨져 있’는 영역이란 선례를 인용하면서 『그러나 이때의 제한 역시 교정시설의 목적과 특성, 즉 신체적 구속의 확보, 교도소 내의 수용질서 및 규율을 위해 필요한 최소한도에 그쳐야 함은 당연하다.』고 덧붙이고 있다.

(2) 목적의 정당성 및 수단의 상당성

법정의견과 반대의견 모두 목적의 정당성과 수단의 상당성을 인정하는 데 일치한다.

법정의견은 다음과 같다.

『교정시설은 다수의 수용자를 집단으로 관리하는 시설로서 구금의 목적을 달성하기 위해서는 수용자의 신체적 구속을 확보하여야 하고 교도소 내의 수용질서 및 규율을 유지하여야 할 필요가 있다. 특히 수형자의 경우에는 교화·갱생을 위하여 접견을 허용하는 것이 필요하더라도, 접견의 자유에는 교정시설의 목적과 특성에 비추어 내재적 한계가 있다고 하지 않을 수 없다(헌재 2004. 12. 29. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 565 참조).

미결수용자의 형사사건에서 변호인 접견권 보장이라는 예외를 제외하고는 일반 수용자를 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 하는 이 사건 접견조항은 교정시설의 기본적 역할인 수용자의 신체적 구속 확보와 교도소 내의 수용질서 및 규율 유지를 위한 목적으로 도입된 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 상당성이 인정된다.』

반대의견은 입법목적을 보다 구체화하고 있다.

『수형자의 교정·교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 효율적인 소송수행을 위하여 변호사와 가능한 한 자유로운 접견을 허용하는 것이 필요하다고 하더라도, 교정시설은 다수의 수형자가 공동생활을 하는 곳이므로 규율과 질서유지가 반드시 요구된다. 이를 위하여 수형자가 ① 마약·총기 등 범죄의 도구로 이용될 우려가 있는 물품, ② 주류·담배·현금 등 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 물품, ③ 음란물, 사행행위에 사용되는 물품 등 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 물품을 교정시설 내로 반입하거나 소지하는 것을 철저히 막아야 한다(형집행법 제92조 참조).』

접견차단시설이 설치된 장소에서 접견하게 되면 수형자가 변호사 등과 접견하는 때에 신체접촉이나 직접 물품 등을 수수할 수 없게 되지만, 이는 수형자의 소지가 금지된 물품이 교정시설 내로 반입되는 것을 예방하고 교정시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 것이므로 그 목적이 정당할 뿐만 아니라 수단 역시 적합하다.』

(3) 침해의 최소성

법정의견은 먼저 이 사건 접견조항이 수용자의 재판청구권을 침해하고 있는 근거를 제시한다.

『수용자가 형사사건이 아닌 민사, 행정, 헌법소송 등 법률적 분쟁과 관련하여 변호사의 도움을 받는 경우, 특히 그 교정시설의 장의 조치 기타 자기

가 받은 처우에 관하여 국가 또는 교정시설을 상대로 한 소송에서 변호사의 도움을 받는 경우에도 위와 같이 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 하는 것이 수용자의 재판청구권을 침해하는 것은 아닌지 문제된다. ……

수용자의 입장에서 변호사의 도움을 받을 권리의 핵심은 필요한 시기에 즉시 도움을 구할 수 있는지, 충분한 도움을 받을 수 있는 물적 조건이 갖춰져 있는지, 소송의 상대방 또는 제3자로부터 대화 내용의 비밀이 유지될 수 있는지 등이 될 것이다. 그 중 이 사건 접견조항으로 인하여 제한되는 것은 변호사의 법률적 도움을 받을 수 있는 물적 조건과 비밀 유지라고 할 수 있다.

접촉차단시설로 인해서 수용자와 변호사는 복잡한 서류 등을 함께 확인하며 효율적인 재판준비를 하는 것이 지극히 곤란하다. 접촉차단시설은 스테인리스 창살을 사이에 두고 양면에 투명강화유리가 설치되어 있는 구조이므로 마이크를 이용한 의사전달 자체가 방해받지는 않지만, 숫자나 도표, 법전문 등 구체적인 해당 부분까지 일일이 맞춰가며 충분한 의사소통을 하기는 매우 힘들다. 더구나 현대 사회의 복잡한 문서의 의미와 내용에 대하여 구두로 전달하기는 쉽지 않고, 법률적 쟁점이 될 사항을 바로 파악하기 힘든 것들이 대부분이다.

또한 변호사가 관련 자료를 가져와 수용자와 직접 확인을 하게 되면 그 내용이 제3자에게 유출될 염려가 없지만, 수용자의 검토를 위해 관련 자료를 문서 송부나 반입을 하게 될 경우 교정시설의 검열을 의식하지 않을 수 없다. 특히 교정시설의 장의 조치 기타 자기가 받은 처우에 대하여 국가 또는 교정시설을 상대로 소송을 하는 경우 소송의 상대방인 검열자에게 수용자의 소송자료를 그대로 노출하는 것과 동일한 결과가 되고 이는 재판청구권 중 무기대응의 원칙까지 훼손할 수 있다.』

반면 반대의견은 실질적으로는 재판청구권의 실현에 큰 불편이 없다는 입장이다.

『접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하더라도 직접적인 신체접촉을 통한 서류 등 물건을 수수할 수 없을 뿐이지, 마이크 콘솔 장치를 통한 의사전

달에 아무런 불편이 없고, 서류나 증거물 등을 시각적으로 확인하는 데 전혀 제한을 받지 않는다.

다수의견은 접촉차단시설인 투명강화유리 때문에 수형자는 변호사와 복잡한 서류나 숫자, 도표 등을 직접 옆에서 일일이 맞춰가며 충분히 의사소통을 하기 매우 힘들다고 한다.

그러나 설사 접촉차단시설 때문에 충분한 의사소통에 어느 정도 불편함이 따른다 하더라도, 수형자가 수송수행이나 준비를 위하여 변호사의 도움을 받는 방법이 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하면서 의견교환하는 방법 밖에 없다면 모를까 뒤에서 보는 것처럼 수형자는 이러한 접견 이외에도 여러 가지 방법으로 변호사의 도움을 받을 수 있는 길이 있고, 또 모든 소송사건이 예외 없이 변호사에게 직접 옆에서 일일이 설명하여야 의사소통이 될 만큼 복잡하지도 않을 터이므로 다수의견에는 찬성하기 어렵다.

수용자는 문서 등을 집필할 수도 있고(형집행법 제49조 제1항), 같은 교정시설의 수용자 아닌 다른 외부 사람과는 소장의 허가 없이도 원칙적으로 서신을 주고받을 수 있으며(형집행법 제43조 제1항, 제2항), 수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 않는 한 횟수를 제한하지 않고 있을 뿐 아니라(형집행법 시행령 제64조), 수용자가 밖으로 내보내는 서신은 원칙적으로 봉합한 상태로 교정시설에 제출하도록 하고 있으며(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마333, 판례집 24-1상, 280, 288; 형집행법 시행령(2013. 2. 5. 대통령령 제24348호로 개정된 것) 제65조 제1항 본문), 수용자가 주고받는 서신의 내용도 ‘서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때’ 등 특별한 경우 외에는 원칙적으로 검열받지 아니한다(형집행법 제43조 제4항). 그러므로 변호사는 소송수행이나 준비를 위하여 필요한 서류 등을 접견 전후에 제한 없이 서신의 형식으로 수형자에게 전달하여 미리 검토하게 할 수 있고, 수형자 역시 자신의 변호사와 제한 없이 서신을 주고받는 방법을 통하여 상호간에 충분한 의견교환이 가능하다.

나아가 수형자도 형의 집행과 도망의 방지를 구금의 목적을 반하지 않는 범위에서는 자신의 재판에 직접 출석하여 변론할 권리를 가지고(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마475, 판례집 24-1상, 615, 622), 수형자가 민사·행정·

가사 소송 출석을 위하여 출정을 신청하면 교도소장은 선고기일이 아닌 한 이를 허가하여야 하므로(민사재판 등 소송 수용자 출정비용 징수에 관한 지침(2012. 9. 6. 법무부훈령 제866호로 개정된 것) 제3조), 수형자는 법정에 직접 출석하여 변론하는 기회에 자신의 변호사와 충분한 의견교환을 할 수 있으며, 그 밖에 교도소장의 허가를 받아 변호사와 전화통화를 하는 것도 가능하다(형집행법 제44조 제1항).

이와 같이 수형자는 소송준비를 위하여 접견차단시설이 설치된 장소에서 변호사와 접견하는 방법 이외에도 다른 여러 가지 제도적 장치를 통하여 충분히 변호사와 의견교환을 하거나 변호사의 도움을 받을 수 있는 길이 열려 있기 때문에 이 사건 접견조항으로 인하여 수형자의 재판청구권이 침해당한다고 보기 어렵다.

다수의견은 수형자로 하여금 미리 검토하도록 하기 위하여 교도소로 소송 관련자료를 송부하거나 반입할 경우 교정시설의 검열을 의식할 수밖에 없고, 특히 국가나 교정시설을 상대로 하는 소송에서는 소송의 상대방에게 소송자료를 그대로 노출하는 결과가 된다고 우려한다.

그러나 수형자가 외부인과 주고받는 서신의 내용은 원칙적으로 검열받지 아니하고, 다만 ‘서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때’, ‘형사소송법이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때’ 등과 같은 사유가 있을 때에만 예외적으로 검열할 수 있을 뿐이므로(형집행법 제43조 제4항 참조), 변호사가 자신의 의뢰인인 수형자에게 소송자료를 송부하면서 검열을 의식할 필요는 없을 것으로 보인다.

실사 다수의견과 같은 우려가 있더라도 그것은 서신검열에 관한 규정인 형집행법 제43조 제4항의 자의적인 적용 내지 그로 인한 재판청구권 침해여부의 문제일 뿐이지 이 사건 접견조항과는 직접적인 관련이 없는 것이고, ……」

또한 반대의견은 이미 형집행법이 폭넓은 예외를 인정하고 있으므로 재판청구권의 침해가 있더라도 이로써 최소화된다고 보고 있다.

『이 사건 접견조항이 수형자로부터 소송대리 위임을 받은 변호사의 경우도 그가 형사사건의 변호인(형집행법 제88조)이 아닌 한 일반인과 마찬가지로 접견차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 규정하고 있지만, 한편으로 폭 넓은 예외를 인정함으로써 그로 인한 피해를 최소화할 수 있는 장치를 마련해 두고 있다.

즉, 형집행법 시행령 제59조 제3항은 교도소장으로 하여금 ‘수형자의 교정성적이 우수한 때’와 ‘교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때’에는 접촉차단시설이 없는 장소에서 접견하게 할 수 있도록 규정하고 있고, 형집행법 시행규칙(2010. 5. 31. 법무부령 제700호로 개정된 것) 제88조에는 개방처우급 수형자에 대하여는 법무부장관이 정하는 바에 따라 접촉차단시설이 설치된 장소 외의 적당한 곳에서 접견을 실시할 수 있고, 처우상 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 그 밖의 수형자에 대하여도 접견차단시설이 설치되지 않은 장소에서의 접견을 허용할 수 있다고 규정하는 등 폭 넓게 예외를 인정하고 있다.

그러므로 평소에 교정성적이 양호하여 교정시설의 안전과 질서를 해칠 염려가 없거나 교도소 내에서 소지가 금지된 물품의 반입을 시도할 위험성이 없는 수형자 등에 대하여는 교도소장의 재량 판단에 따라 얼마든지 접촉차단시설이 설치되지 않은 변호인접견실과 같은 장소에서 변호사와 접견할 수 있도록 하고 있다.』

법정의견은 위 예외조항들은 취지와 요건이 상이한 것일 뿐이라고 설시한다.

『수용자 중 수형자의 경우에는 형집행법 시행령 제59조 제3항 및 시행규칙 제88조가 위 접촉차단시설을 갖춘 접견실로의 제한에 대한 예외를 두고 있으므로 수형자로서는 위와 같은 예외적 장치들을 통해 변호사의 도움을 받을 권리를 실현할 수 있다는 반론이 있을 수 있다.

그러나 위 예외적 조항들은 그 취지 및 요건이 상이하여 이 사건과 같이 소송 상담을 위하여 변호사와 접견하는 경우를 실효적으로 보장하고 있지 않다. 즉 수형자의 변호사 접견이 ‘교정성적이 우수한 때’(형집행법 시행령 제

59조 제3항, 제2항 제2호), ‘교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때’(형집행법 시행령 제59조 제3항, 제2항 제3호) 또는 ‘처우상 특히 필요하다고 인정하는 경우’(형집행법 시행규칙 제88조 단서)에는 접촉차단시설이 없는 장소에서 이루어질 수 있게 되어 있지만, 이 사건과 같은 경우에 수형자에게 곧바로 그의 ‘교정성적이 우수’하거나 또는 그의 접촉차단시설 없는 접견실에서의 접견이 ‘교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요’하다거나 ‘처우상 특히 필요’한 요건이 발생한다고 볼 수는 없기 때문이다.』

이에 대해서는 반대의견이 다시, 법정의견이 주장하는 예외 사유 인정 여부에 대한 판단 역시 교도소장의 재량에 맡겨지게 되므로, 결국은 현재의 이 사건 접견조항과 마찬가지로 옳다고 반박한다.

『다수의견은 변호사와 접견 시 원칙적으로 접촉차단시설이 없는 장소에서 자유로운 접견을 보장하되, 다만 ‘교정시설의 규율 및 질서 유지를 해하는 결과를 발생시킬 우려가 있다고 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우’ 등에는 예외적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 입법하면 충분하다고 한다. 이는 결국 다수의견도 원칙적으로 변호인접견실에서의 변호사 접견을 자유롭게 허용하였을 때 발생할 수 있는 위험성 등을 예상하고 이를 막기 위한 예외를 둘 필요성을 인정한 것이다. 그런데 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 하는 예외 사유에 해당하는지 여부에 대한 판단 역시 교도소장 등의 재량에 맡길 수밖에 없을 것이므로, 이는 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 하면서 예외를 폭 넓게 인정하는 현행 시행령 조항들과 실질적으로 그 운용 결과에 있어서는 별로 다르지 아니할 것으로 보인다. 오히려 다수의견이 위와 같은 개선입법의 방향을 제시하고 있는 것이야말로 근본적으로 변호사의 도움을 받을 권리의 실현이나 그와 관련된 접견장소의 제한 문제가 입법형성권의 광범위한 영역에 속함을 방증하는 것이고, 앞에서 본 것처럼 이 사건 접견조항은 입법권자의 입법형성권 재량의 범위 내에 있다고 하여야 한다.』

법정의견은 변호사 접견권을 이용한 증거인멸, 도주 및 마약·담배 등 금지물품(형집행법 제92조) 반입 시도 등이 예상됨에도 변호사와의 직접 접촉을 무제한 허용하게 되는 것은 이 사건 접견조항의 입법목적을 몰각시키게 된다는 반론에 대해 반박하면서, 그 근거를 변호사의 공공성, 윤리성, 사회적 책임성에서 찾는다.

『변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의 실현함을 사명으로 하며(변호사법 제1조 제1항) 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 하는(같은 조 제2항) 공공성을 지닌 법률전문직으로서(같은 법 제2조), 다른 전문직에 비하여도 더욱 엄격한 직무의 공공성과 고양된 윤리성, 사회적 책임성이 강조되고 있다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586, 594; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마432, 판례집 21-2하, 390, 401; 헌재 2013. 5. 30. 2011헌마131, 공보 200, 676, 678 등 참조). 따라서 만약 일정한 형을 선고받거나 변호사법에 따라 징계, 제명 등을 당하면 변호사자격 결격사유에 해당하게 되고(변호사법 제5조), 업무에 관하여 거짓된 내용을 표시하는 광고가 금지되며(변호사법 제23조 제2항), 그밖에도 품위유지, 공익활동, 독직금지행위 등의 각종 의무가 부과된다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586, 598; 헌재 2013. 2. 28. 2012헌바62, 공보 197, 390, 394 등 참조). 이에 따라 변호사윤리장전 제14조 제1항은 “변호사는 의뢰인의 범죄행위 기타 위법행위에 협조하여서는 아니 된다. 직무수행 중 의뢰인의 행위가 범죄행위 기타 위법행위에 해당된다고 판단된 때에는 즉시 그 협조를 중단하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 혹시 발생할지 모르는 금지물품 반입 등에 대한 우려보다는 위와 같은 공공성, 윤리성, 사회적 책임성이 더욱 강조되는 변호사를 신뢰하고, 그 기반 위에서 수용자의 재판청구권 실현을 보장하는 방향이 바람직하다.』

그러나 반대의견은 다른 소송대리인에 비해 변호사만을 특별하게 대우할 합리적 근거가 없다고 본다.

『물론 변호사가 자신에게 부과된 여러 가지 직무상의 의무를 위반하는 행위를 할 위험성이 다른 일반인에 비하여 특별히 크다고 할 수는 없을 것이다. 그러나 수형자와 특별한 위임관계를 가지는 변호사라는 이유만으로 그 밖의 일반인과 비교하여 법률상 반입이 금지되는 물품을 수형자에게 전달할 위험이 없다거나 수형자의 다른 불법행위에 동조하지 않을 것이라고 속단하기는 어렵다.

비록 흔한 일은 아니지만 미결수용자의 변호인이 접견차단시설이 되어 있지 않은 변호인접견실에서 자유롭게 접견하는 것을 악용하여 미결수용자에게 마약이나 담배 등을 전달하거나 휴대폰을 빌려 주어 외부와 멋대로 통화하도록 하다가 적발되어 형사처벌 또는 징계를 받는 사례가 종종 발생하고 있다.

따라서 변호사와의 접견 시에만 일반적인 접견의 경우와 달리 접촉차단시설의 설치가 불필요하다고 단정할 수 없다.

또한 수형자의 변호사와의 접견만을 특별하게 취급하는 것은 수형자가 변호사 아닌 소송대리인들과 접견하는 경우와 비교할 때 합리적 이유 없이 차별 취급하는 문제를 발생시킨다.

변호사가 비록 법률전문가이기는 하지만 수형자가 제기한 민사·가사·행정·헌법소송 사건 등에 관하여 당사자인 수형자를 위하여 각종 소송행위를 대리할 수 있는 권한을 위임받은 소송대리인의 지위에 있을 뿐이라는 점을 간과하여서는 아니 된다.

그런데 변호사가 아닌 사람도 소송대리를 할 수 있는 경우가 얼마든지 있다. 예컨대, 친권자, 후견인 등과 같은 법정대리인, 소액사건의 경우 당사자의 배우자, 직계혈족, 형제자매(소액사건심판법 제8조)는 법원의 허가 없이도 소송대리인이 될 수 있고, 단독사건의 경우 법원의 허가를 받으면 변호사가 아닌 사람도 소송대리인이 될 수 있다(민사소송법 제88조 제1항, 제2항, 민사소송규칙 제15조). 특히 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 특허법원에서의 심결 등 취소소송 절차에서 소송대리인이 될 수 있다(변리사법 제8조). 지적재산권에 관한 법률전문가라고 할 수 있는 변리사의 경우도 그 공공성, 윤리성 등에 관하여는 변호사와 별다른 차이가 없다고 보

여 진다.

수형자가 변호사와 접견 시에 충분한 소송준비와 의사소통을 위하여 접촉 차단시설이 없는 장소에서 접견할 필요가 있다고 한다면 변호사 아닌 다른 소송대리인들의 경우도 동일하게 취급하는 것이 마땅하고, 변호사만을 특별하게 대우하여야 할 어떠한 합리적 근거를 찾기 어렵다.

그러므로 수형자의 변호사와의 접견을 접견차단시설이 없는 장소에서 하도록 허용하게 되면 변호사가 아닌 소송대리인과의 접견도 마찬가지로 접견 차단시설이 없는 장소에서 하는 것을 전면적으로 허용할 수밖에 없을 터인데, 그렇게 되면 교정시설의 안전과 질서 유지 및 수형자에게 소지가 금지된 물품의 반입 등을 예방하는 데 상당한 지장을 초래할 수 있을 것이다.』

나아가 반대의견은 이른바 ‘집사변호사’의 등장을 우려한다.

『그 밖에 변호사와의 접견에 대하여만 특별한 취급을 인정할 경우, 경제적으로 여유가 있거나 국선대리인 제도를 악용하려는 수형자가 불필요한 소송제기를 남발하고 자유롭게 외부인과 교류하는 등 접견권을 남용하는 방편으로 변호사와의 접견을 활용할 가능성을 배제할 수 없다는 점, 특히 접견을 핑계 삼아 일부 유력한 수형자들의 옥중수발이나 자질구레한 심부름을 해주는 이른바 ‘집사(執事)변호사’가 교도소 내 반입이 금지된 물품을 수형자에게 전달하는 등 접견 질서를 크게 훼손할 가능성도 없지 않다는 점 역시 문제로 지적할 수 있을 것이다.』

법정의견은 변호사 접견에도 다시 예외를 두는 입법기술이 가능하므로 이와 같은 우려는 불식시킬 수 있는 것이라고 설시한다.

『변호사와의 접견시 원칙적으로 접촉차단시설이 없는 장소에서 접견하도록 보장하되, ‘교정시설의 규율 및 질서 유지를 해하는 결과를 발생시킬 우려가 있다고 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우’ 등에는 예외적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견이 이루어지도록 규정하는 것은 입법기

술상 가능하고, 이를 통하여 이른바 부유층을 위한 집사(執事)변호사와 같이 변호사접견이 악용될 가능성을 충분히 방지할 수 있다.』

결국 법정의견과 반대의견은 각각 다음과 같이 요약된다.

『원칙적으로 수용자가 접촉차단시설이 없는 장소에서 변호사와 접견을 하도록 하고 특별한 사정이 있는 경우에는 예외를 둬으로써 수용자의 재판청구권을 충분히 보장할 수 있음에도, 일률적으로 수용자로 하여금 접촉차단 시설이 설치된 장소에서 변호사와 접견하도록 한 이 사건 접견조항은 피해 최소성의 원칙에 위배된다.』(법정의견)

『이 사건 접견조항에서 수형자와 변호사 사이의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정한 것이 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 수형자와 변호사 사이의 접견권을 과도하게 제한하여 수형자의 재판청구권을 침해하는 것이 아니므로, 침해의 최소성 요건도 갖추었다.』(반대의견)

(4) 법익균형성

법정의견은 이 사건 접견조항이 법익균형성도 상실했다고 본다.

『이 사건 접견조항은 수용자가 그의 재판청구권을 행사하기 위하여 다른 전문직에 비하여 직무의 공공성, 고양된 윤리성 및 사회적 책임성이 강조되는 변호사와 접견하는 경우에도 접촉차단시설이 설치된 접견실에서의 접견만을 일률적으로 강제함으로써 수용자의 재판청구권을 지나치게 제한한다고 할 것이다. 반면에 이 사건 접견조항에 의하여 추구되는 공익은 교도소 내의 수용질서 및 규율 유지이나, 이는 앞서 본 바와 같이 변호사의 지위에 비추어 침해될 가능성이 거의 없거나 특별한 사정이 있는 경우 변호사와의 접견을 제한함으로써 충분히 보장될 수 있다. 따라서 수용자와 변호사와의 접견을 접촉차단시설에서 접견하도록 하는 이 사건 접견조항은 법익의 균형을

갖추지 못하였다.』

반면 반대의견은 이 사건 접견조항이 법익균형성도 갖추었다고 설시한다.

『접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 함으로써 청구인과 같은 수형자가 입는 불이익은 접촉차단시설로 말미암아 변호사와 접견 시 복잡한 서면이나 증거 등을 변호사 옆에서 일일이 확인하면서 구체적으로 함께 공유하는 것이 어려워 의사소통이나 소송수행 준비에 다소 불편을 겪을 가능성이 있다는 것에 불과하고, 앞에서 본 것처럼 서신교환 등 접견 이외의 여러 가지 방법을 통하여 얼마든지 변호사의 도움을 받을 수 있는 길이 있는 점에 비추어 보면 수형자가 입게 되는 불이익의 정도는 그리 크지 않다고 할 수 있다. 그 반면에 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 함으로써 달성하려는 목적인 교정시설의 안전과 질서를 유지하고 소지가 금지된 물품의 반입을 예방하려는 공익은 수형자가 입게 되는 불이익 보다 훨씬 크다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 접견조항의 수형자에 대한 기본권 제한과 공익목적의 달성 사이에 법익균형성도 갖추었다.』

나. 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령

법정의견은 이 사건 접견조항을 위헌으로 판단하면서도, 행정입법자의 입법적 재량이 인정되고 법적 안정성이 유지되어야 하는 경우라는 점을 들어 헌법불합치 결정을 하고, 잠정조치를 명했다.

『이 사건 접견조항은 재판청구권의 한 내용인 변호사의 도움을 받을 권리를 과도하게 제한하여 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나 위 조항의 위헌성은 조항 자체에 있는 것이 아니라, 그 조항이 ‘수용자가 소송을 위하여 변호사와 접견하는 경우’를 단서의 적용대상으로 규정하지 아니한 불충분한 행정입법(부진정입법부작위)에 있다. 따라서 행정입법자는 이러한 위헌성을 제거하기 위하여 위 조항을 개정하여 수용자가 변호사와 접견하는 경우도 단서의 적용대상이 되도록 추가하여야 할 것이다.

그런데 그런 경우에도 단서의 형식, 추가되는 내용의 범위, 다시 이에 대한 예외를 둘 것인지, 그 범위는 어떠한지 등에 관하여는 일정한 입법적 재량이 인정된다.

한편, 위헌결정으로 위 조항의 효력을 즉시 상실시키거나 그 적용을 중지할 경우에는 수용자 일반을 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하게 하는 장소 제한의 일반적 근거조항 및 미결수용자가 변호인을 접견하는 경우의 예외 근거조항마저 없어지게 되어 법적 안정성의 관점에서 문제가 될 수 있다(헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17, 31 참조). 따라서 행정입법자가 합헌적인 내용으로 위 조항을 개정할 때까지 위 조항을 계속 존속하게 하여 적용되도록 할 필요가 있다.

행정입법자는 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 늦어도 2014. 7. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 위 시행령 조항은 2014. 8. 1.부터 그 효력을 상실한다. 다만 이 사건 접견조항의 개정 이전이더라도 민사재판, 행정재판, 헌법재판 등 재판청구권의 행사와 관련하여 변호사와 접견할 경우, 교정시설의 규율 및 질서 유지를 해하는 결과를 발생시킬 우려가 있다고 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우 등 접촉차단시설이 있는 장소에서 접견하도록 할 특별한 사정이 없는 한 헌법 불합치의 취지에 맞게 접촉차단시설 없는 장소에서의 접견이 시행되어야 할 것이다.』

5. 결정의 의의

이 사건 결정이 잠정조치의 종기로 정한 2014. 7. 31.이 되기 전인 2014. 6. 25. 이 사건 접견조항은 대통령령 제25397호로 다음과 같이 개정되었다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령

제58조 ④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형 확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우

2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우

행정입법이었으므로 국무회의 결의로 즉각적인 개정이 가능했고, 그 내용 또한 이 사건 결정의 취지가 정확히 반영된 것이었다. 이 사건 결정과 관련하여서는 학계, 법조계, 인권단체 등 그 어느 곳도 모두 환영 일색이었다고 할 수 있다.¹⁴⁾

교도행정에 관한 헌법적인 통제는 사실 헌법재판소 출범 이래 눈에 띄는 성과로 발전시켜온 분야라고 할 수 있고, 이 사건 결정 역시 그러한 맥락에 있다. 이 사건 결정에 이어 헌법재판소는 2013. 9. 26. 선고한 2011헌마398 결정¹⁵⁾에서 수형자인 청구인이 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사를 접견함에 있어서 그 접견내용을 녹음, 기록한 교도소장의 행위가 청구인의 재판받을 권리를 침해한다는 이유로 또 다시 위헌결정을 내렸고, 2014. 1. 28. 선고한 2012헌마409 결정¹⁶⁾에서도 집행유예기간 중인 자와 수형자의 선거권을 제한하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 제2호 중 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 관한 부분과 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행유예기간 중인 자’에 관한 부분 및 형법 제43조 제2항 중 수형자와 집행유예자의 ‘공법상의 선거권’에 관한 부분이 모두 헌법 제37조 제2항에 위반하여 청구인들의 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 평등원칙에도 어긋난다는 이유로 위헌결정을 내렸다.¹⁷⁾ 특히 후자는 교도행정 내에서만이 아니라 수형자의 선거권, 평등권까지 나아갔다는 점에서 큰 의미를 갖는다고 할 수 있다. 헌법재판소가 교도소 내 수용자의 인권을 어떤 기준으로, 어느 수준에까지 진전시킬 수 있을 것인지 주목된다.

14) 법률신문 2014. 6. 17.자 등

15) 접견교통권방해 등 위헌확인, 헌공 제206호, 1734

16) 공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인 등, 헌공 제208호, 337

17) 다만 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분은 헌법불합치결정을 함.

민법 제908조의2 제1항 제1호 위헌제청

- 친양자 입양에 있어 양친의 요건 -

(헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42, 판례집 25-2상, 610)

남 상 규*

【판시사항】

1. 원칙적으로 3년 이상 혼인 중인 부부만이 친양자 입양을 할 수 있도록 규정하여 독신자는 친양자 입양을 할 수 없도록 한 구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11300호로 개정되기 전의 것) 제908조의2 제1항 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 독신자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 독신자가 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유(이하 ‘가족생활의 자유’라 한다)를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11300호로 개정되기 전의 것) 제908조의2 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부이다.

○ 구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11300호로 개정되기 전의 것)

제908조의2(친양자 입양의 요건 등) ① 친양자(親養子)를 하려는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 가정법원에 친양자 입양의 청구를 하여야 한다.

1. 3년 이상 혼인중인 부부로서 공동으로 입양할 것. 다만, 1년 이상 혼인중인 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

미혼 여성으로 의사인 제청신청인은 가족처럼 가깝게 지내던 박○식이 2005년 사망하자, 그의 처인 유○동과 자녀인 유○엽(성을 변경하고 개명하기 전의 이름은 박○진) 등에게 생활비를 지급하는 등 그 자녀들의 양육에 적극적으로 참여하며 가족 같은 관계를 유지하였다. 제청신청인은 유○동 및 그 자녀들과 상의하여 자녀들의 복리를 위해서 제청신청인이 자녀들을 양육하는 것이 바람직하다고 결정하고 유○엽 등에 대하여 친양자 입양 청구를 하였다. 그러나 제청신청인이 미혼이라는 이유로 2009. 11. 13. 그 청구가 각하되었다.

제청신청인은 다시 2010. 11. 11. 유○엽에 대하여 친양자 입양 청구를 하고, 그 사건 계속 중 구 민법 제908조의2 제1항 제1호가 독신자는 친양자 입양을 할 수 없도록 규정하여 독신자의 평등권 및 행복추구권을 침해한다고 주장하면서 2010. 12. 31. 위헌법률심판제청신청을 하였다. 제청법원은 이 신청을 받아들여 2011. 12. 5. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

심판대상조항은 혼인 중인 부부만이 공동으로 친양자 입양을 할 수 있도록 함으로써, 미혼, 이혼 또는 사별 등으로 인해 배우자가 없는 독신자를 차별한다. 18세 미만의 요보호아동에 대한 입양에 관하여 규정하고 있는 입양특례법에 따르면, 독신자도 법원의 허가를 받아 요보호아동을 입양할 수 있고, 입양된 요보호아동은 민법상 친양자와 동일한 지위를 가지는데, 민법상 친양자 입양의 요건을 입양특례법상의 요건과 달리 규정해야 할 합리적인 이유가 없다. 친양자 입양은 당사자의 협의만으로 가능한 것이 아니고 법원의 허가를 받아야 하는데 친양자 입양을 할 사람이 독신자라서 아동의 복리 측면에 문제가 있다면 법원이 친양자 입양을 허가하지 않을 수 있으므로, 독신이라는 이유만으로 친양자 입양의 가능성을 원천적으로 봉쇄하는 것은 독신자를 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

독신자가 입양 여부 등에 관해 스스로 선택할 수 있는 권리는 인간답게

살 권리와 행복추구권의 내용으로 보장되어야 할 것인데, 심판대상조항은 경제적, 사회적, 정서적으로 양부모가 될 자격과 의지를 갖추었음에도 독신이라는 이유만으로 친양자 입양을 할 수 없도록 하여 독신자의 행복추구권을 침해한다.

【결정요지】

1. 심판대상조항은 친양자가 안정된 양육환경을 제공할 수 있는 가정에 입양되도록 하여 양자의 복리를 증진시키기 위해, 친양자의 양친을 기혼자로 한정하였다. 독신자 가정은 기혼자 가정과 달리 기본적으로 양부 또는 양모 혼자서 양육을 담당해야 하며, 독신자를 친양자의 양친으로 하면 처음부터 편친가정을 이루게 하고 사실상 혼인 외의 자를 만드는 결과가 발생하므로, 독신자 가정은 기혼자 가정에 비하여 양자의 양육에 있어 불리할 가능성이 높다. 나아가 독신자가 친양자를 입양하게 되면 그 친양자는 아버지 또는 어머니가 없는 자녀로 가족관계등록부에 공시되어, 친양자의 친생자로서의 공시가 사실상 의미를 잃게 될 수 있다. 한편, 입양특례법에서는 독신자도 일정한 요건을 갖추면 양친이 될 수 있도록 규정하고 있으나, 입양의 대상, 요건, 절차 등에서 민법상의 친양자 입양과 다른 점이 있으므로, 입양특례법과 달리 민법에서 독신자의 친양자 입양을 허용하지 않는 것에는 합리적인 이유가 있다. 따라서 심판대상조항은 독신자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 심판대상조항은 친양자가 안정된 양육환경을 제공할 수 있는 가정에 입양되도록 하여 양자의 복리를 증진하는 것을 목적으로 한다. 독신자 가정은 기혼자 가정에 비하여 양자의 양육에 있어 불리할 가능성이 높으므로, 독신자를 친양자의 양친에서 제외하는 것은 위 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다. 아울러 성년의 독신자는 비록 친양자 입양을 할 수는 없지만 일반입양에 의하여 가족을 형성할 수 있고, 민법 제781조에 따라 법원의 허가를 얻어 양자의 성·본을 양친의 것과 동일하게 변경할 수 있을 뿐만 아니라, 일반입양 사실은 가족관계증명서만으로는 외부에 드러나지 않는다. 비록 일반입양의 경우 양자의 입양 전 친족관계가 유지되지만, 일반입양을 통해서도 양자가 가족구성원으로서 동질감과 소속감을 느낄 수 있는 가정환경

의 외관을 조성하는 것이 가능하다. 심판대상조항으로 인하여 양자가 혼인 관계를 바탕으로 한 안정된 가정에 입양되어 더 나은 양육조건에서 성장할 수 있게 되므로 양자의 복리가 증진되는 반면, 독신자는 친양자 입양을 할 수 없게 되어 가족생활의 자유가 다소 제한되지만 여전히 일반입양은 할 수 있으므로 제한되는 사익이 위 공익보다 결코 크다고 할 수 없다. 결국 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 독신자의 가족생활의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견

기혼자 중 친양자의 양친에 적합하지 아니한 사람이 있을 수 있듯이, 독신자 중에서도 양자의 복리에 도움을 주는 양육환경을 제공할 수 있는 사람이 있을 수 있으며, 친양자 입양 당시의 혼인관계는 입양 후 이혼 등으로 인하여 변경될 수 있으므로, 친양자 입양 당시 기혼이라는 점이 양자의 복리증진에 적합한 양육환경을 절대적으로 담보해 주는 것은 아니다. 현행 친양자 제도는 아동의 복리를 확보할 수 있도록 법원의 허가 절차를 두고 있으므로, 독신자가 친양자 입양을 신청하더라도 법원이 여러 가지 사정을 고려하여 친양자 입양의 허가 여부를 결정할 수 있다. 편친가정에 대한 사회적 편견은 타파되어야 할 대상인바, 이를 이유로 독신자의 친양자 입양을 봉쇄하는 것은 오히려 이러한 사회적 편견을 강화시키는 것이어서 타당하지 않다. 가족관계등록부에 아버지 또는 어머니만 기재하는 것 또한 친생자 관계를 공시하는 방법이므로, 독신자에게 친양자 입양을 허용한다고 하여 가족관계등록부에 입양사실이 공시되는 것은 아니다. 입양특례법상의 입양과 민법상의 친양자 입양은 법원이 양친이 될 사람의 입양 동기와 양육능력 등을 고려하여 허가 여부를 결정한다는 점에서 동일하므로, 민법상의 친양자 입양에서만 독신자를 양친에서 제외하여야 할 만큼 입양특례법과 민법 사이에 본질적인 차이가 있다고 할 수 없다. 이러한 사정을 종합하면 독신자라는 이유만으로 친양자 입양을 원천적으로 봉쇄하는 것은 양자의 복리실현에 적절한 수단이라고 볼 수 없다.

독신자가 일반입양을 할 수 있다 하더라도, 친양자 입양이 일반입양보다 양자와 양친 사이에 보다 견고하고 안정된 친자관계를 발생시킬 수 있고, 일반입양의 경우 양자의 성과 본의 변경이 이루어지지 않을 수 있으며, 일반입양이 친양자 입양보다 가족관계등록법상의 증명서를 통해 외부에 드러날 가능성이 더 크므로, 입양가정에 완전히 동화되어 양친과 양자 사이에 친부모, 자녀와 다름없는 관계가 형성될 수 있는 최상의 양육환경을 만들어 주고자 하는 독신자에게, 일반입양이 친양자 입양을 대신할 수 있다고 할 수 없다.

따라서 심판대상조항은 독신자의 평등권 및 가족생활의 자유를 침해한다.

【해 설】

1. 친양자제도 개관

가. 양자제도의 추세¹⁾

양자제도의 최고이념은 자녀의 복리실현으로, 우리나라를 포함하여 세계 각국의 양자 관련 법률은 종래의 가(家) 본위 또는 친(親) 본위로부터 자(子) 본위로 바뀌어 왔다. 양자제도의 최우선 목표는 친생부모가 자녀의 양육과 감호를 해 줄 수 없는 아이들을 위하여 영속적으로 안정된 가정을 제공하는 것이다. 이를 실현하기 위해 양자제도는 성립과 관련하여서는 계약형에서 허가형으로, 효과와 관련하여서는 불완전양자제도에서 완전양자제도로 변화하고 있다.

기존 계약형 양자제도와 달리 허가형 양자제도에서는 국가기관의 허가에 의하여 양자가 되므로, 국가가 양자의 복리를 위하여 입양에 개입하게 된다. 또한 완전양자제도에서는 양자는 친생부모 및 그 혈족과의 친족관계가 소멸되고 양친의 친생자와 똑같이 취급되므로, 기존의 불완전양자제도에서보다 입양가족의 구성원으로 완전히 편입, 동화되는 것이 쉬워진다.

나. 민법상 친양자제도의 연혁 및 입법배경

우리나라에도 민법이 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되면서 양자의 복리실현을 최적화하기 위해 허가형 완전양자제도인 친양자제도가 도입되었다.

1) 김주수·김상용, 친족·상속법(제10판), 2011, 320-324면 참조.

친양자제도 신설 이전에 시행되던 기존의 양자(다음부터 ‘일반양자’라 한다) 제도에 의하면, 양자는 호적에 양자로 표시되고 입양된 뒤에도 호적에 친생 부모의 성명이 기재될 뿐만 아니라 친생의 부 또는 모의 성과 본을 그대로 따랐다. 이로 인해 입양당사자들은 양자의 신분을 공시하는 기존의 입양제도를 기피하는 것이 보통이었고, 입양사실을 숨기거나 양자가 친생자처럼 취급되기를 위하여 입양신고가 아니라 양친이 양자를 친생자로 낳은 것처럼 가장하여 친생자출생신고의 방법을 취하는 경우가 많았다. 대법원은 이러한 현실을 고려하여 이 경우의 친생자출생신고에 대해 입양의 실질적 요건이 구비되어 있는 경우에는 입양의 효력을 인정하였다. 이처럼 법률에 정해진 입양제도를 이용하지 않고 비밀입양의 풍토가 뿌리내리면서 탈법적·불법적 입양이 이루어짐에 따라, 입양아동의 복리실현이 어렵게 되고 입양제도가 제대로 이용되지 못하는 폐해가 있었다.

이러한 기존의 입양현실을 극복하기 위해, 입양 시 법원의 허가를 받도록 하고 양친과 양자를 친생자 관계로 보도록 함으로써 양자의 복리를 증진하며, 나아가 친부모 또는 제3자의 부당한 간섭을 배제하고 입양사실을 비밀로 하여 양자를 친자로 양육하고자 하는 양친의 요구를 만족시켜 줌으로써 사회적으로 입양을 더욱 활성화할 수 있도록 친양자제도가 도입되었다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바87 참조).

다. 입양특례법상의 입양제도

민법상의 일반양자 및 친양자제도 외에도, 입양특례법에 요보호아동에 대한 입양제도가 마련되어 있다. 입양특례법에 따른 입양의 요건과 효력은 다음과 같다.

입양특례법상의 입양대상인 요보호아동이란, ① 보호자로부터 이탈된 사람으로서 특별시장·광역시장·도지사 및 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 ‘시·도지사 등’이라 한다)이 부양의무자를 확인할 수 없어 보장시설에 보호 의뢰한 사람, ② 부모, 다른 직계존속 또는 후견인이 입양에 동의하여 보장시설 또는 입양기관에 보호 의뢰한 사람, ③ 법원에 의하여 친권상실의 선고를 받은 사람의 자녀로서 시·도지사 등이 보장시설에 보호

의뢰한 사람, ④ 그 밖에 부양의무자를 알 수 없는 경우로서 시·도지사 등이 보장시설에 보호 의뢰한 사람 중 어느 하나에 해당하는 18세 미만의 사람을 의미한다(입양특례법 제2조, 제9조).

한편, 양친이 될 사람은 원칙적으로 25세 이상이고 양자될 사람과 연령차이가 60세 미만인 사람으로서, ① 양자를 부양하기에 충분한 재산이 있고, ② 양자에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 양육과 교육을 할 수 있으며, ③ 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄나 알코올 등 약물중독의 경력이 없어야 한다. 이에 더하여 양친이 되려는 사람은 입양 성립 전에 입양기관으로부터 입양과 관련한 소정의 교육을 받아야 한다(입양특례법 제10조, 동법 시행규칙 제4조, 제5조). 친생부모의 친권이 상실되거나 사망 기타 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우를 제외하고는 친생부모의 동의가 있어야 하며, 13세 이상의 아동을 입양하고자 할 때에는 입양될 아동의 동의도 받아야 한다(입양특례법 제12조).

입양을 하려는 사람이 입양 청구를 하면, 가정법원은 입양특례법상의 입양에 필요한 모든 요건들이 갖추어져 있는지 심리하며, 친양자로 될 자의 복리를 위해 양친의 입양 동기, 양육능력 등 여러 가지 사정을 고려하여 입양이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우에는 허가를 하지 아니할 수 있다(입양특례법 제11조). 입양특례법에 따라 입양된 아동은 민법상 친양자와 동일한 지위를 가진다(입양특례법 제14조).

2. 혼인 중인 부부만이 친양자의 양친이 될 수 있는지 여부에 관한 외국의 입법례

가. 프랑스²⁾

프랑스 민법은 완전입양과 일반입양이라는 두 가지 형태의 입양을 인정하면서, 우리나라의 친양자 입양에 대응하는 완전입양을 입양의 원칙적인 형태로 규정하고 있다. 혼인 중인 부부뿐만 아니라 28세 이상의 자는 누구든지 단독으로 완전입양의 양친이 될 수 있다.

2) 김미경, “프랑스의 완전양자제도”, 비교사법 제17-2호, 한국비교사법학회, 2010, 4-19면 참조.

나. 독일

독일 민법은 우리나라의 친양자 입양에 대응하는 것으로서 미성년자입양 제도를 두고 있다. 미성년자입양에 있어 양친이 되려는 자는 25세 이상이어야 하며, 25세 이상이면 독신자도 단독으로 입양할 수 있다.

다. 미국

미국의 경우 모든 주에서 독신자의 입양이 가능하다. 입양 결과 생부모와 자녀의 법적 관계가 완전히 소멸되고 대신 양부·모가 그 지위를 대체한다. 다만 ‘공개입양’을 허용하는 주에서는 양부모가 생부모의 접촉을 허락하는 계약상 합의를 맺을 수 있다.

라. 일본

일본 민법은 우리나라의 친양자 입양에 대응하는 것으로서 특별양자제도를 두고 있다. 양부모는 배우자가 있는 자이고 부부가 함께 양부모가 되어야 한다. 다만 부부의 일방이 타방의 친생자를 특별양자로 하는 경우에는 단독 양자가 된다.

3. 이 사건 법률조항의 위헌여부

가. 이 사건의 쟁점

심판대상조항에 따르면 기혼자는 원칙적으로 혼인기간이 3년 이상이면 나머지 친양자 요건을 구비하여 가정법원에 친양자 입양청구를 할 수 있고 친양자 입양이 적당한지 여부에 대하여 법원의 심리를 받게 된다. 그러나 독신자는 다른 친양자 요건을 구비하여 가정법원에 친양자 입양 청구를 하더라도 친양자 입양이 적당한지 여부에 대한 심리를 받지 못한 채 독신이라는 이유만으로 청구가 각하된다. 따라서 심판대상조항은 독신자를 기혼자에 비해 차별취급하고 있다 할 것이므로, 청구인과 같은 독신자의 평등권을 침해하는지 문제된다.

한편, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장한다(헌재 2011. 2. 24. 2009헌바89등). 친양자 입양의 경우에도 친양자로 될 사람이 그의 의사에 따라 스스로 입양의 대상이 될 것인지 여부를 결정할 수 있는 자유가 보장되므로, 친양자로 될

사람은 자신의 양육에 보다 적합한 가정환경에서 양육받을 것을 선택할 권리를 가진다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바87 참조). 친양자 입양을 하려는 사람도 친양자 입양 여부에 대한 의사결정의 주체이자 친양자 입양으로 새롭게 형성될 가족의 구성원이므로 친양자가 될 사람과 마찬가지로 그의 의사에 따라 친양자 입양을 할지 여부를 결정할 수 있는 자유를 갖고, 양자의 양육에 보다 적합한 가정환경에서 양자를 양육할 것을 선택할 권리를 가진다. 그런데 심판대상조항은 독신자의 친양자 입양을 봉쇄하여 독신자가 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유(다음부터 ‘가족생활의 자유’라 한다)를 제한하고 있으므로, 청구인의 가족생활의 자유를 침해하는지 여부도 문제된다.

나. 판단

(1) 재판관 4인의 기각의견(법정의견)

(가) 법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

① 심판대상조항은 친양자가 안정된 양육환경을 제공할 수 있는 가정에 입양되도록 함으로써 양자의 복리를 증진시키기 위해, 친양자의 양친을 기혼자로 한정하였다. 혼인관계를 바탕으로 부와 모가 함께 양육을 담당하는 기혼자 가정에 비하여, 독신자 가정은 기본적으로 양부 또는 양모 혼자서 양육을 담당해야 한다. 실제로 양자를 양육함에 있어 조부모, 외조부모 등 친족의 도움을 받는다 하더라도 독신자 가정은 여전히 조부모 또는 외조부모 등 한 쪽 친족의 도움만 받을 수 있게 되므로, 확률적으로 볼 때 독신자 가정이 기혼자 가정보다 양육에 있어 불리할 가능성이 높다.

② 독신자를 친양자의 양친으로 하면 처음부터 편친가정이 이루어지고 사실상 혼인 외의 자를 만드는 결과가 발생한다. 친양자제도는 부모가 되고자 하는 사람보다는 양자의 복리를 증진하기 위해 도입된 제도이다. 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다고 선언하고 있다. 그런데 청구인과 같은 미혼 여성이 친양자를 입양하게 되면 그 친양자는 아버지가 없는 자녀로 가족관계등록부에

공시되어 양자에게 친생자와 같은 양육환경을 만들어주려는 친양자제도의 근본 목적이 출발부터 어긋나게 된다. 만약 미혼 남성이 친양자를 입양하면 그 자녀는 어머니 없는 사람으로 공시된다.

친양자제도의 주된 기능의 하나가 가족관계등록부에 양자가 아닌 친생자로 공시하고 친생부모와의 친족관계도 단절시켜 양자에게 친생자와 동일한 법적 환경을 만들어 주는 데 있다. 그런데 미혼 남성이나 여성이 친생자를 입양할 수 있게 되면 가족관계등록부의 친생자 공시 기능은 사실상 의미를 잃게 될 수 있다. 이 공시기능이 의미를 잃게 되면 친양자로 입양되는 자녀의 입장에서는 일반양자에 비하여 현저히 우월한 법적 환경이 없어지는 셈이다. 친생부모와의 친족관계가 단절된다는 것은 친양자로 입양되는 자녀의 입장에서는 반드시 일반양자에 비해 유리한 법적 환경이라고 단정할 수 없다. 따라서 친양자의 양친을 기혼자로 한정하고 있는 심판대상조항은 양자에게 보다 나은 양육환경을 제공하여 양자의 복리를 보다 확실하게 도모하기 위한 것으로 독신자를 기혼자에 비하여 차별취급하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 인정된다.

③ 현실적인 측면에서 보더라도, 편친 가정에 대한 사회적 편견 내지 불안감 때문에 독신자 가정에서 양육되는 자녀는 성장 과정에서 사회적으로 어려움을 겪게 될 가능성이 높으며 이로 인해 양육에 부정적인 영향이 미칠 수 있다. 기혼자 가정은 이러한 사회적 편견에서 벗어나 있고 부모가 모두 존재하여 양자에게 보다 균형감 있는 가정환경을 제공해 준다는 점에서 양자 복리의 증진에 보다 유리함은 부인할 수 없다.

④ 한편, 입양특례법에서는 독신자도 일정한 요건을 갖추면 양친이 될 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 입양특례법에서 입양의 대상으로 삼고 있는 사람은 보호자가 없거나 보호자로부터 이탈되어 보장시설 또는 입양기관에 보호 의뢰된 요보호아동으로서 건강하게 자랄 수 있는 환경을 마련해 주어야 할 필요성이 절실한 아동이다. 또한 양친이 되려는 사람은 양자를 부양하기에 충분한 재산이 있고, 양자에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 양육과 교육을 할 수 있으며, 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄나 알코올 등 약물중독의 경력이 없어야 하고,

입양 성립 전에 입양기관 등으로부터 소정의 교육을 받아야 한다. 나아가 입양 청구 시에는 양친의 자격을 구비하였다는 서류로 범죄경력 조회 회신서, 양친 가정조사서 및 양친교육 이수증명서를 법원에 제출하여야 하는 등 입양특례법상의 입양은 민법상 친양자 제도와 내용과 절차 면에서 다른 점이 있다. 따라서 구체적 규율 내용이 다른 민법에서 입양특례법과 달리 독신자를 친양자의 양친에서 제외하였다 하여, 이를 두고 합리적 이유 없는 불평등이라고 할 수 없다.

(나) 나아가 법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 가족생활의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.

① 양자제도의 최고이념은 자의 복리로서, 무엇보다도 친생부모로부터 양육과 감호를 제공받을 수 없는 아이들을 위하여 영속적으로 안정된 가정을 제공한다는 데 양자제도의 목적이 있다. 친양자제도 역시 양자에게 친생자와 같은 양육환경을 만들어 주는 데 근본적인 목적이 있다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바87, 판례집 24-1하, 364, 369 참조). 심판대상조항이 기혼자만 친양자 입양을 할 수 있도록 한 것은 친양자가 안정된 양육환경을 제공할 수 있는 가정에 입양되도록 하여 양자의 복리를 증진하기 위한 것이므로 그 입법 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

② 이미 위에서 본 것처럼 독신자 가정은 기혼자 가정에 비하여 양자의 양육에 있어 불리할 가능성이 높다. 또한 독신자를 양친으로 하면 처음부터 편친가정을 이루게 하고 사실상 혼인 외 자를 만드는 결과가 발생하므로, 편친가정에 대한 사회적 편견 내지 불안감으로 인하여 양자의 양육에 부정적인 영향이 미칠 수 있다. 이처럼 친양자의 양친을 기혼자로 한정하면 양자가 사회적 편견으로부터 벗어나 더 나은 양육환경에서 성장할 수 있게 되므로 양자의 복리가 증진될 가능성이 높아진다. 따라서 독신자를 친양자의 양친에서 제외하는 것은 친양자제도의 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라 할 것이다.

③ 성년이라면 혼인 여부와 상관없이 일반입양을 할 수 있으므로(민법 제 866조), 독신자는 비록 친양자 입양을 할 수는 없지만 일반입양에 의하여 가족을 형성할 수 있다. 일반양자는 친양자와 달리 기존의 성과 본을 그대로

사용하지만, 자의 복리를 위하여 필요가 있을 때에는 법원의 허가를 얻어 자의 성·본을 변경할 수 있으므로(제781조 제6항), 일반입양을 한 양친이 양자의 성·본을 양친의 것과 동일하게 변경할 수 있다. 또 가족관계등록법에 따르면 일반입양의 경우에도 가족관계증명서에 양부모만이 부모로 기재되고 양부모의 자녀란에는 친생자와 양자가 구별없이 모두 자녀로 기재되므로³⁾ 가족관계증명서만으로 입양사실을 쉽게 판별할 수 없다.

비록 일반입양의 경우 양자의 입양 전 친족관계가 여전히 유지되지만, 위와 같이 성·본 변경 등을 통해 양자가 가족구성원으로서 동질감과 소속감을 느낄 수 있는 가정환경의 외관을 조성하는 것이 가능하게 되었다. 그렇다면 독신자로서는 친양자제도는 이용할 수 없지만 일반양자제도를 통해서 충분히 친양자제도와 본질적으로 다르지 않은 가족을 구성할 수 있으므로, 심판대상조항이 독신자의 가족생활의 자유를 지나치게 제한한다고 할 수 없다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 요건도 충족한다.

④ 법익의 균형성 측면을 보더라도, 심판대상조항이 친양자의 양친을 기혼자로 한정함으로써 양자는 혼인관계를 바탕으로 한 안정된 가정에 입양되어 더 나은 양육조건하에서 성장할 수 있게 되므로 결국 양자의 복리가 증진된다. 친양자제도의 근본 목적이 양자의 복리 증진이라는 점을 고려하면 이로 인하여 얻을 수 있는 공익은 상당하다. 이에 반하여 독신자가 받게 되는 불이익은 친양자 입양을 하지 못하여 양자와의 사이에 친생자와 같은 관계를 형성하지 못하게 되는 것이다. 그러나 독신자가 일반입양을 통해 자를 입양하여 가정을 형성하는 것이 여전히 가능하다는 점을 고려하면, 심판대상

3) 가족관계의 등록 등에 관한 법률

제15조 (증명서의 종류 및 기록사항) ① 등록부등의 기록사항에 관하여 발급할 수 있는 증명서의 종류와 그 기록사항은 다음 각 호와 같다. 다만, 외국인의 기록사항에 관하여는 성명·성별·출생연월일·국적 및 외국인등록번호를 기재하여 증명서를 발급하여야 한다.

1. 가족관계증명서

- 가. 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호
- 나. 부모의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호(입양의 경우 양부모를 부모로 기록한다. 다만, 단독입양한 양부가 친생모와 혼인관계에 있는 때에는 양부와 친생모를, 단독입양한 양모가 친생부와 혼인관계에 있는 때에는 양모와 친생부를 각각 부모로 기록한다)
- 다. 배우자, 자녀의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호

조항으로 인하여 독신자가 친양자 입양을 할 수 없게 되어 가족생활의 자유가 다소 제한된다 하더라도, 심판대상조항에 의하여 제한되는 사익이 위와 같은 공익보다 결코 크다고 할 수 없다. 따라서 독신자에 대한 이와 같은 기본권 제한과 그로 인한 공익의 달성 사이에는 합리적인 비례관계가 유지된다고 보이므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건 또한 충족한다.

(2) 재판관 5인의 위헌의견(반대의견)

(가) 재판관 5인은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 평등권 및 가족생활의 자유를 침해한다고 판단하였다.

① 평등권 침해 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지는바, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되고 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다.

② 현대 양자제도의 최고이념은 자녀의 복리실현이고, 양자제도의 목적은 무엇보다도 친생부모로부터 양육과 감호를 제공받을 수 없는 아이들을 위하여 영속적으로 안정된 가정을 제공하는 것이어야 한다. 친양자제도 또한 양자에게 친생자와 같은 양육환경을 만들어 주는 데 근본적인 목적이 있다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바87, 판례집 24-1하, 364, 369 참조). 심판대상조항이 기혼자만 친양자 입양을 할 수 있도록 한 것은 친양자가 안정된 양육환경을 제공할 수 있는 가정에 입양되도록 하여 양자의 복리를 증진하기 위한 것이므로 그 목적의 정당성을 일단 수긍할 수 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 심판대상조항이 편친가정에 대한 사회적 편견에 기초한 것이라면 그 입법목적의 정당성조차 긍정할 수 없다.

③ 친양자 입양 허가 여부를 결정함에 있어 중요한 것은, 양자의 복리를 고려할 때 친양자 입양이 적당한지 여부이지 단순히 양친이 혼인을 하였는지 여부가 아니다. 기혼자 중 친양자의 양친에 적합하지 아니한 사람이 있을 수 있듯이, 독신자 중에서도 양자의 복리에 도움을 주는 양육환경을 제공할 수 있는 사람이 있을 수 있다. 법원은 해당 독신자의 경제적·사회적 능력,

정서적 안정성, 양육경험, 양친의 부재 또는 비상상황 시 양육을 대신할 사람의 존재 여부, 양자에게 맺어 줄 수 있는 친족관계의 범위 등 여러 가지 사정을 고려하여 친양자 입양 허가 여부를 결정한다. 이처럼 법원의 개입을 통하여 아동의 복리를 확보할 수 있는 제도적 장치가 완비되어 있음에도 불구하고, 친양자 입양을 하려는 사람이 단지 독신자라는 이유만으로 친양자 입양을 원천적으로 봉쇄하는 것이 양자 복리의 측면에서 적절한 것인지 의심스럽다. 당해 사건과 같이 양친이 될 사람과 양자가 될 사람 사이에 견고한 신뢰관계가 형성된 경우에도 양친이 될 사람이 독신자라는 이유만으로 친양자 청구를 각하한다면, 당사자들은 입양을 포기하거나 일반입양 또는 제3자와의 친양자 입양을 시도하게 될 것인데, 이들 중 어느 것도 강한 신뢰관계가 형성된 양친이 친양자 입양하는 것보다 양자의 복리실현에 적합하다고 할 수 없다.

법정의견은 독신자에게 친양자 입양을 허용하면 그 친양자는 아버지 또는 어머니가 없는 자녀로 가족관계등록부에 공시되므로, 가족관계등록부의 친생자 공시기능은 그 의미를 상실하게 된다는 점을 심판대상조항의 합헌 근거로 삼고 있다. 그러나 가족관계를 나타내는 증명서에 부 또는 모만을 표시하는 것은 친생자 관계를 공시하는 방법으로 사용되어 왔고, 현행 가족관계증명서에도 이러한 공시방법이 현출되고 있으므로, 가족관계증명서상에 부 또는 모만이 표시된다고 해서 이를 두고 바로 입양 사실이 외부에 드러난다고 보는 것은 부적절하다. 독신자가 친양자 입양을 하더라도 가족관계증명서와 입양관계증명서상에 입양 사실이 드러나지 않는다. 독신자에게 친양자 입양된 사람은 양친의 친생자라고 공시될 뿐이다. 따라서 법정의견이 들고 있는 위와 같은 근거는 독신자를 친양자의 양친에서 배제하는 것을 정당화하는 적절한 근거라고 볼 수 없다.

④ 독신자는 일반입양을 할 수 있지만, 일반입양의 경우 입양 전 부모 등과의 친족관계가 존속한다는 점에서 친양자 입양과 큰 차이가 있다. 친양자 입양은 양자의 친생부모 및 그 혈족과의 친족관계를 소멸시키고 양자를 양친의 친생자로 기재함으로써 양자가 양친의 친생자와 같이 입양가족의 구성원으로 완전히 편입, 동화되게 한다. 일반입양된 양자는 친생부모와의 법률

관계가 그대로 남아 있어서 심리적·정서적으로 불안하고, 양친도 친생부모의 존재로 인하여 양자에 대한 불안감을 갖게 될 수 있다. 양친만을 양자의 법률상 부모로 하면 친생부모 측으로부터의 부당한 간섭의 여지를 없애고 양부모와의 사이에 친부모와 같은 강고하고 안정된 친자관계를 발생시킬 수 있다. 따라서 일반입양을 할 수 있다는 사실이 친양자 관계 형성의 필요성을 해소해 주는 것은 아니다. 한편, 친양자 입양과 달리 일반입양을 하는 경우 양자는 기존의 성과 본을 그대로 사용해야 하므로, 양친과 성·본이 다른 경우 성·본만으로도 입양사실이 외부에 드러난다. 비록 민법 제781조 제6항에 따라 법원의 허가를 얻어 자의 성과 본을 변경하는 것이 가능하기는 하지만, 경우에 따라서는 양자의 성과 본의 변경이 이루어지지 않을 수도 있다. 가사 양자의 성과 본을 양친의 것과 동일하게 변경할 수 있고, 가족관계증명서에 입양사실이 드러나지 않는다 하더라도, 여전히 일반양자는 친양자에 비해 입양사실이 외부에 드러날 가능성이 크다. 친양자는 가족관계증명서에 양친의 친생자로 기재될 뿐만 아니라 입양관계증명서에도 양자라는 사실이 나타나지 않으므로 외부에 양자라는 사실이 공시되지 않는다. 친양자 입양사실은 친양자입양관계증명서를 통해서만 알 수 있으나, 친양자입양관계증명서의 교부를 청구할 수 있는 경우는 매우 제한되어 있다(가족관계등록법 제14조 제2항).⁴⁾ 반면에 일반양자의 입양사실은 입양관계증명서를 통해서 알 수 있는데, 입양관계증명서의 교부 청구는 가족관계증명서와 동일하게 본인, 배우자, 직계혈족, 형제자매 등이 할 수 있다(가족관계등록법 제14조 제1항). 이와 같이 일반입양의 경우 친양자 입양에 비해 가족관계등록법상의 증명서를 통하여 입양 사실이 외부에 알려질 가능성이 더 높다. 사정이 이와 같다면, 가족구성원으로서의 동질감과 소속감을 느끼고 입양가정에 완전히 동화되어 양친과 양자 사이에 친부모, 자녀 사이와 다른 없는 관계가 형성,

4) 가족관계의 등록 등에 관한 법률

제14조(증명서의 교부 등) ② 제15조 제1항 제5호의 친양자입양관계증명서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 교부를 청구할 수 있다.

1. 친양자가 성년이 되어 신청하는 경우
2. 혼인당사자가 「민법」 제809조의 친족관계를 파악하고자 하는 경우
3. 법원의 사실조회촉탁이 있거나 수사기관이 수사상 필요에 따라 문서로 신청하는 경우
4. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 경우

발전될 수 있는 최상의 양육환경을 양자에게 만들어 주고자 하는 독신자에게, 일반입양이 친양자 입양을 대신할 수 있다고 할 수 없다.

독신자에게 친양자 입양청구를 허용한다고 하더라도 독신자가 친양자 입양을 하려면 법원의 허가를 받아야 하므로, 여전히 양자의 복리를 확보할 수 있다. 심판대상조항이 목적으로 하고 있는 양자의 복리 증진이라는 공익이 과연 독신자를 친양자의 양친에서 제외하는 차별취급으로써 달성되는 것인지 그 인과관계가 모호하고, 오히려 경제적, 사회적, 정서적으로 양부모가 될 만한 충분한 자격과 의지를 갖춘 독신자까지도 양친에서 제외시킴으로써, 적절한 부양 및 보호를 받지 못하는 사람들이 친양자 입양을 통하여 더 나은 가정환경에서 양육될 기회를 제한하므로 이는 결국 양자의 복리 증진에 오히려 방해가 된다고 할 수 있다.

4. 이 사건 결정의 의의

가. 이 결정은 민법상 친양자 입양의 요건 중 양친이 되려는 자가 혼인 중인 부부일 것을 요하는 것이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여 판단한 최초의 헌법재판소 결정이다. 이 결정에서 독신자 또한 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 향유한다는 점을 인정함으로써, 헌법 제36조 제1항이 기본권으로서 보장하는 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유는 반드시 혼인을 전제로 하는 것이 아님을 확인하였다.

나. 이 사건의 쟁점 중 하나는 독신자에게 친양자 입양을 허용하는 경우 가족관계증명서상에 양자임이 드러남으로써 친양자에게 친생자와 동일한 법적 환경을 만들어 주지 못하는지 여부였다. 과거 호적선례와 달리 가족관계등록선례에 의하면 부가 혼인외의 자에 대하여 모를 성명불상으로 하여 출생신고하는 것이 더 이상 허용되지 아니하므로, 미혼 남성이 친양자 입양을 하는 경우 입양 사실이 가족관계등록부상에 드러나는 것으로 볼 수 있다는 점이 법정의견의 합헌 결론에 적지 않은 영향을 미친 것으로 보인다.

다만 위와 같은 문제점은 독신자의 입양을 허용하고 입양된 아동에 민법상 친양자의 지위를 부여하는 입양특례법에서도 동일하게 나타날 수 있다. 추후 가족관계등록선례가 과거 호적선례와 같이 변경된다면 독신자에게 친

양자 입양을 허용하더라도 가족관계증명서상에 입양사실이 드러난다고 할 수 없을 것이다.

다. 결정문에 나타나지 않았지만, 반대의견이 주장한 주문형태는 헌법불합치 결정이었다.

산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목 위헌제청

- 사업주의 지배관리하에 출·퇴근 중 발생한 사고에 한하여
업무상 재해로 인정하는 부분이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 9. 26. 2012헌가16, 판례집 25-2상, 630)

곽 원 석*

【판시사항】

1. 산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출·퇴근을 하는 산재보험 가입 근로자와 그 이외의 방법으로 출·퇴근을 하는 산재보험 가입 근로자를 불합리하게 차별취급하여 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 공무원과는 달리 산재보험에 가입한 근로자에 대하여 통상적인 경로와 방법으로 출·퇴근을 하던 중 발생한 재해(이하 ‘통상의 출·퇴근 재해’라 한다)를 업무상 재해로 인정하지 아니하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 헌법불합치의견이 다수이나 법률의 위헌선언에 필요한 정족수에 미달하여 합헌결정을 한 사례

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인은 ○○텔레비전 주식회사에서 기술국장으로 근무하고 있었는데, 2011. 7. 27. 수일간의 집중호우로 위 회사의 일부가 침수되어 사업주의 비상소집 지시를 받고 08:25경 자신의 승용차를 운전하여 회사로 출근하던 중 서울 서초구 방배 3동 ○○빌라 앞길에서 우면산 일대의 산사태로 인하여 토사에 매몰되는 사고를 당하여 사지마비, 경부척수의 압박 등의 진단을 받았다.

나. 제청신청인은 2011. 9. 2. 근로복지공단에 산업재해보상보험법상의 요양급여 신청을 하였으나, 위 공단은 2011. 9. 21. 위 사고가 업무상 재해에 해당하지 않는다는 이유로 요양불승인처분을 하였다. 이에 제청신청인은 2011. 12. 16. 근로복지공단을 상대로 서울행정법원에 요양불승인처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(2011구단30741호), 소송 계속 중이던 2012. 1. 30. 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 2012. 7. 27. 법원이 이를 받아들여 산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목에 관하여 헌법재판소에 위헌여부 심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

출·퇴근 행위의 업무 종속성 내지 업무와의 밀접불가분성을 고려할 때, 합리적인 방법과 경로에 따른 출·퇴근 행위를 산재보험법의 보호범위에서 제외시킬 수 없다. 또한, 출장행위 전반에 관하여 업무관련성을 인정하는 것이 확립된 법해석론이자 관례인데, 심판대상조항이 유독 출·퇴근에 대해서만 지나치게 한정하여 규정하고 있는 것은 부당하다. 그리고 사업주가 출·퇴근 차량을 지원하여 그 편익을 누리는 근로자집단과 이러한 지원을 제공받지 못하는 근로자 집단을 차별하고 있으며, 출·퇴근 중에 발생한 사고에 대하여 제한 없이 공무상 재해로 인정되고 있는 공무원·사립학교 교직원·군인 등에 비하여도 근로자를 차별하여 평등원칙에 위배된다고 볼 여지가 있다.

【결정요지】

1. 산업재해보상보험제도(이하 ‘산재보험제도’라 한다)는 원칙적으로 보험 원리를 도입하여 근로자의 업무상 재해에 관한 사업주의 무과실손해배상책임을 전보하기 위한 제도이므로, 사업주의 지배관리가 미치지 아니하는 통상의 출·퇴근 행위 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하지 아니하는 것은 당연하다. 그리고 산재보험수급권은 법률에 의해서 형성되는 구체적 권리로서 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정되고, 대법원에서도 업무상 재해로 인정되는 출·퇴근 재해의 범위를 탄력적으로 해석하여 권리를 구체해 주고 있는 점, 출장의 경우는 사업주의 구체적인 지시·명령에 따라 이루어지므로 양자를 구별하여 보상하는 것이 타당한 점, 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하는 외국 입법례의 경우 보험료 일부를 근로자가 부담하는 국가가 있는 점 등을 고려하면, 심판대상조항이 비혜택 근로자의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하지 아니하는 것이 불합리하고 자의적인 차별로서 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

2. 근로자의 업무상 재해에 대한 사업주의 무과실책임을 전보하기 위한 산재보험제도의 법적 성질, 공무원과 근로자의 신분 및 지위 등의 차이, 공무원연금제도와 산재보험제도의 근거법령, 목적 및 성격 그리고 급여의 종류·내용 등의 차이(특히 산재보험법상의 급여의 종류와 내용이 더 다양하고 풍부한 점), 재원 형성 주체의 차이, 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정함으로써 초래될 산재보험 재정지출의 증가 및 산재보험에 관한 광범위한 입법형성권 등을 고려하면, 심판대상조항이 공무원과는 달리 산재보험에 가입한 근로자의 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하고 있지 아니하더라도 그것이 현저히 불합리하여 입법자의 입법형성의 한계를 벗어난 자의적인 차별이라고 볼 수 없다.

3. 심판대상조항에 대하여 재판관 4인이 합헌의견을 표시하고 재판관 5인이 헌법불합치의견을 표시하여 위헌의견이 다수이기는 하지만, 법률의 위헌 선언에 필요한 정족수 6인에 미달하므로, 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 헌법불합치 의견

업무상 재해로 인정되는 출장행위와 다를 바가 없는 통상의 출·퇴근 행위 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호해 주는 것이 산재보험의 생활보장적 성격에 부합함에도, 심판대상조항이 똑같이 산재보험에 가입하였더라도 혜택 근로자만을 보호하고 비혜택 근로자를 제외하는 것은 합리적 근거를 찾을 수 없다. 독일, 프랑스, 일본 등에서는 오래전부터 근로자의 통상의 출·퇴근 재해를 보상해 주고 있음에 비하여 우리나라는 이에 대한 무수한 논의만 있었을 뿐 입법과정에서는 반영되지 아니하여 여전히 비혜택 근로자를 보호 대상에서 제외하고 있고, 산재보험의 재정 악화 문제는 국가가 가해자를 상대로 적극적으로 구상하는 방안 등으로 어느 정도 해결이 가능한 반면, 출·퇴근 재해를 입은 비혜택 근로자의 정신적·신체적·경제적 불이익은 매우 중대한 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 합리적 이유 없이 비혜택 근로자를 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.

심판대상조항을 단순위헌으로 선고하는 경우 법적 공백상태가 발생할 우려가 있으므로, 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 잠정적용의 헌법불합치결정을 하여 입법자로 하여금 심판대상조항을 평등원칙에 맞게 개정하도록 촉구함이 바람직하다.

【해 설】

1. 산재보험제도의 의의와 업무상 재해의 개념

가. 산재보험제도의 의의

산업화 이후 산업재해가 빈번하게 발생하고 그 재해의 정도가 심각해지면서 산업재해는 근로자의 생명·신체는 물론 가족 전체의 생존권까지 위협하는 전형적인 위험으로 부상하였다. 이러한 위험을 구제하기 위한 법제도로써 민법상의 불법행위책임이 있으나, 이는 피해자가 가해자의 고의·과실 및 인과관계까지 입증하여야 하기 때문에 피해근로자 보호에 매우 미흡하다. 이에 따라 근로기준법에서는 산업재해로부터 근로자를 보호하기 위하여 근

로자에게 발생한 산업재해를 개별 사업주가 보상하는 무과실손해배상책임제도를 도입하게 되었고,¹⁾ 이후 개별 사업주가 부담해야 하는 근로기준법상의 재해보상책임은 효과적으로 담보하기 위하여 책임보험의 원리를 도입하여 사업주 전체가 공동으로 부담하게 하는 산재보험제도가 도입되었다.

그런데 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라 한다)은 수차의 개정을 통하여 장해·유족보상의 연금화, 사회복귀 촉진을 위한 재할급여의 신설, 피재근로자에 대한 간병급여와 상병보상연금의 도입, 중소기업사업주·특수형태근로종사자·국민기초생활수급자에 대한 특례제도 등을 통한 산재복지급여의 확충 등으로 근로기준법상의 재해보상책임과는 구별되는 독자적인 생활보장적 성격을 강하게 나타내게 됨에 따라, 현행 산재보험제도의 법적 성격에 관하여 손해보상설과 생활보장설이 전개되고 있다.

나. 업무상 재해의 개념

산재보험법은 업무상 재해를 당한 근로자를 보호하기 위한 법이다(법 제1조 참조). 업무상 재해란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말하고(제5조 제1호), 구체적 기준으로는 근로자가 법 제37조 제1항 각 호에 해당하는 업무상 사고나 제2호 각 호에 해당하는 업무상 질병에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하고, 아울러 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 인정되면 업무상 재해로 본다(법 제37조 제1항²⁾).

1) 근로기준법 제8장 재해보상 참조.

2) 산재보험법 제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 업무상 사고

- 가. 근로자가 근로계약에 따른 업무나 그에 따르는 행위를 하던 중 발생한 사고
- 나. 사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물 등의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고
- 다. 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출·퇴근 중 발생한 사고
- 라. 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고

학설과 판례는 대체로 업무상 재해의 인정요건으로 (i) 당해 근로자가 사업주의 지배·관리 하에서 이루어지는 당해 근로자의 업무수행 및 그에 수반되는 통상적인 활동과정에서 재해의 발생이 요구되는 업무수행성과 (ii) 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 인정되는 업무기인성을 들고 있다.³⁾

2. 출·퇴근 재해에 관한 고찰

가. 문제의 소재

출·퇴근 재해는 근로자가 출·퇴근 도중에 입은 부상·질병·사망 또는 장애와 출·퇴근에 기인하여 발생한 부상·질병·사망 또는 장애를 말한다. 출·퇴근행위는 (i) 업무의 전단계로서 사적 행위와는 구별되고, 업무행위 그 자체로는 볼 수 없는 중간 영역에 위치하는 행위로서 중립성(사업장외성)을 가지고, (ii) 본래 업무는 아니지만 업무에 밀접하게 수반하는 행위라는 부수성을 가지며, (iii) 출근부나 Time Record 등에 의한 규제·감시 등 출·퇴근 시각 및 장소를 사업주가 일방적으로 결정하여 근로자를 구속한다는 점에서 구속성을 가진다. 따라서 이와 같은 성격을 가지는 출·퇴근 재해 중 특히 사업주의 지배관리하에 있지 아니한 통상의 출·퇴근 재해도 업무상 재해로 인정할 수 있는지 여부가 문제된다.

나. 심판대상조항이 도입되기 이전

심판대상조항이 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 산재보험법이 전부 개정되

마. 휴게시간 중 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고

바. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고

2. 업무상 질병

가. 업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장애를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병

나. 업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병

다. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병

3) ‘업무상 재해’란 근로자와 사업주의 근로계약에 터잡아 사업주의 지배·관리하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 판결 등).

면서 도입되기 이전에는 산재보험법 제4조 제1호에서 업무상 재해의 정의를 규정하고 있었을 뿐,⁴⁾ 출·퇴근 재해에 관한 산재보험법상의 규정은 없었고, 노동부령인 구 산재보험법 시행규칙(2008. 7. 1. 노동부령 제304호로 개정되기 전의 것) 제3장 제3절에서 업무상 재해로서의 출·퇴근 재해 인정에 관한 기본원칙을 제시하고 있었다.

그런데 대법원은 이러한 구 산재보험법 시행규칙의 성격에 관하여 그 성질과 내용에 비추어 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로 보고 있었기 때문에,⁵⁾ 결국 출·퇴근 재해의 업무상 재해 인정 여부는 ‘업무상 재해’의 정의 규정인 산재보험법 제4조 제1호에 관한 학설·판례의 해석에 맡겨져 있었다.

다. 대법원의 태도

(1) 대법원은 출·퇴근 재해와 관련하여 “비록 근로자의 출·퇴근이 노무의 제공이라는 업무와 밀접·불가분의 관계에 있다 하더라도, 일반적으로 출·퇴근의 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없고, 산재보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생하는 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두지 않는 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수 없다. 따라서 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상 재해로 되기 위하여는 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출·퇴

4) 산재보험법 제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “업무상의 재해”라 함은 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·신체장해 또는 사망을 말한다. 이 경우 업무상의 재해의 인정기준에 관하여는 노동부령으로 정한다.

5) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004두6549 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005두6423 판결 등. 다만, 어떠한 시행규칙이 행정청의 내부적 사무처리준칙에 해당한다고 하더라도 그 객관적으로 보아 합리적이 아니든가 부당하지 아니한 이상 행정청의 의사는 가급한 존중되어야 하는 것이고, 시행규칙의 규정내용이 상위법령의 위임한계를 벗어나거나 포괄재위임에 해당하는 경우, 또는 상위법령의 목적이나 취지에 반한다고 보이는 경우 등에 한하여 무효를 선언하는 것이 대법원 판례의 태도이다.

근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우라야 한다.”고 수차례 판시하여, 원칙적으로 통상적인 출·퇴근 재해의 업무상 재해성을 부인하면서, 예외적으로 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 출·퇴근 재해의 경우에만 업무상 재해로 인정하는 태도를 취하고 있다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두6991 판결; 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누15523 판결 등).⁶⁾

(2) 한편, 대법원은 위와 같은 입장을 견지하면서도 “사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 경우를 비롯하여, 외형상으로는 출·퇴근의 방법과 그 경로의 선택이 근로자에게 맡겨진 것처럼 보이거나 출·퇴근 도중에 업무를 행하였다거나 통상적인 출·퇴근시간 이전 혹은 이후의 업무와 관련한 긴급한 사무 처리나 그 밖에 업무의 특성이나 근무지의 특수성 등으로 출·퇴근의 방법 등에 선택의 여지가 없어 실체로는 그것이 근로자에게 유보된 것이라고 볼 수 없고 사회통념상 아주 긴밀한 정도로 업무와 밀접·불가분한 관계에 있다고 판단되는 경우에는, 그러한 출·퇴근 중에 발생한 재해와 업무사이에는 직접적이고 밀접한 내적 관련성이 존재하여 그 재해는 사업주의 지배·관리 아래 업무상의 사유로 발생한 것이라고 볼 수 있다.”라고 판시하여(대법원 2010. 4. 29. 선고 2010두184; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007두2784 판결 등), 구체적 사안에 따라 사업주의 지배·관리 가능성을 탄력적으로 해석하여 업무상 재해로 인정되는 출·퇴근 재해의 범위를 조금씩 확대하고 있는 것으로 보인다.⁷⁾

6) 다만, 대법원 2005두12572 판결에서 소수의견은 (i) 근무지나 출·퇴근 시각은 사업주의 결정과 방침에 구속되는 점, (ii) 출·퇴근 행위 역시 업무와 밀접한 불가분의 관계에 있는 행위로서 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 점 등을 이유로 출·퇴근 재해가 업무상 재해로 인정될 수 있음을 밝히고 있다.

7) 지금까지 대법원이 예외적으로 출·퇴근 재해를 업무상의 재해로 인정한 사례들의 유형을 대략적으로 분류하여 보면 (i) 업무시간 또는 업무장소의 제약으로 근로자가 출·퇴근 경로와 방법을 선택하는 것이 거의 불가능할 뿐만 아니라 그러한 출·퇴근 상황에 대한 사업주의 묵인, 지시 등이 있는 경우, (ii) 근로자가 일단 사업장 시설에 도착하여 사업장 범위내로 들어온 경우, (iii) 사업주가 명시적 또는 묵시적으로 제공한 교통수단을 이용한 경우, (iv) 업무과중 등 업무와 관련한 사항

라. 학설의 입장

(1) 소극설

산재보험이 가지는 근로자의 업무상 재해에 대한 사업주의 손해배상책임을 대체하고 있는 성격을 중시하는 입장(손해보상설)에서는 통상의 출·퇴근행위는 업무를 위한 준비행위로서 업무와 밀접한 관련이 있지만, 일반적인 생활 위험일 뿐 시간적·공간적으로 업무에 속하지 않을 뿐 아니라 그것이 직접 사업목적에 기여하는 성격을 갖고 있지 않고, 나아가 출·퇴근의 방법과 경로도 근로자에게 전적으로 유보되어 있기 때문에 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 없다고 한다. 다만 예외적으로 출·퇴근이 사업주가 제공하는 교통수단으로 이루어진 경우에는 사업주의 지배·관리하에 있는 것으로 볼 수 있으므로 산재보험법상의 보호의 대상이 될 수 있고, 결국 통상의 출·퇴근 재해를 산재보험법에서 보호하기 위해서는 이를 독자적인 보호의 내용으로 형성하는 법률개정이 있어야 한다고 한다.

(2) 적극설

산재보험의 생활보장적 성격을 중시하는 입장(생활보장설)에서는 통상의 출·퇴근행위도 업무의 사전준비행위로서 업무와 밀접·불가분의 관계에 있고, 출·퇴근 시각과 장소가 사업주에 의하여 일방적으로 정해지고 근로자는 이에 구속되므로 사업주의 지배·관리 가능성도 인정할 수 있다고 한다. 또한, 우리나라의 통설·판례는 출장 및 출장에 준하는 출·퇴근에 대하여는 원칙적으로 업무수행성을 인정하고 있는데(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두5185 판결 참조), 통상의 출·퇴근의 경우에도 사업주의 지배·관리 유무에서 출장행위와 크게 다를 바가 없고, 오히려 출·퇴근의 구속성이 출장보다 강한 경우가 대부분이라는 점을 고려하면 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정할 수 있다고 한다.

의 특수성으로 근로자가 출·퇴근 경로와 방법을 선택하는 것이 거의 불가능한 경우, (v) 사업주의 지시 등으로 유류비 등 일정한 대가를 받고 근로자의 차량을 동료 근로자와의 동반 출·퇴근용으로 제공한 경우 등이 있다. 그러나 유사한 사안의 경우에도 그 결론을 달리하는 등 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 확립된 기준을 가지고 있는 것으로 보기는 어렵다.

마. 심판대상조항의 입법연혁 및 내용

(1) 입법연혁

산재보험제도의 개선방안을 모색하기 위하여 정부는 2006. 5. 23. 발족된 ‘경제사회발전 노사정위원회’ 산하에 노사정 각 3인과 공익위원 등 총 17인의 위원으로 구성된 산재보험상해보험발전위원회(이하 ‘산재발전위원회’)를 설치·운영하였다. 산재발전위원회는 산재보험에 관한 5개 분야, 80개 항목에 이르는 제도개선 방안에 대한 합의를 도출하여 2007. 6.경 정부안으로 국회에 제출하였다. 2007. 6. 21. 제268회 국회(임시회)의 환경노동위원회에서 정부안과 국회의원 5인 각 대표 발의한 법률안을 병합 심사한 끝에 그 내용을 통합·보완한 전부 개정 법률안으로 위원회 대안을 제안하고, 2007. 11. 19. 제269회 국회(정기회) 법안심사 제2 소위원회에서 자구 수정을 거친 뒤, 2007. 11. 23. 제269회 국회 본회의에서 위원회안 대로 산재보험법 전부 개정 법률안을 의결하였다. 정부는 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 산재보험법을 공포하였고, 개정 산재보험법은 2008. 7. 1부터 시행되었다.⁸⁾

(2) 내용

심판대상조항은 “사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출·퇴근 중 발생한 사고”를 업무상 재해에 해당하는 업무상 사고로 규정하고 있고, 산재보험법 제37조 제3항의 위임에 따른 산재보험법 시행령(2008. 6. 25. 대통령령 제20875호로 개정된 것) 제29조에서는 이 사건 법률조항의 구체적 인정기준으로 (i) 사업주가 출·퇴근용으로 제공한 교통수단이나 사업주가 제공하였다고 볼 수 있는 교통수단을 이용하던 중에 사고가 발생하였을 것과 (ii) 출·퇴근용으로 이용한 교통수단의 관리 또는 이용권이 근로자측의 전속적 권한에 속하지 아니하였을 것을 요건으로 하고 있다.

8) 장승혁, “판례의 출퇴근 재해에 관한 보호범위 분석과 그 확장 가능성”, 노동법실무연구 제1권 참조.

바. 특수직역종사자의 경우

공무원의 경우, 공무원연금법 제25조에서는 “공무원의 공무로 인한 질병·부상과 재해에 대하여는 제34조에 따른 단기급여를 지급하고, 공무원의 퇴직·장애 및 사망에 대하여는 제42조에 따른 장기급여를 지급한다.”고 규정하여 공무원의 공무상 재해에 대한 보호를 하고 있으며, 이와 관련하여 공무상 재해범위에 대한 구체적 기준이 공무원연금법 시행규칙 제11조 내지 제14조에 규정이 되어 있다. 특히 출·퇴근 재해와 관련하여 공무원연금법 시행규칙(2012. 3. 9. 행정안전부령 제287호로 개정된 것) 제14조에서는 “공무원이 통상적인 경로와 방법으로 출근·퇴근하거나 근무지에 부임(赴任) 또는 귀임(歸任)하는 중 발생한 교통사고·추락사고 또는 그 밖의 사고로 부상을 입거나 사망한 경우에는 공무상 부상 또는 사망으로 본다.”고 규정하여 통상적인 경로와 방법으로 출·퇴근 중에 발생한 출·퇴근 재해를 공무상의 재해로 인정하고 있다.

그리고 ‘사립학교교직원 연금법’에서도 직무상 재해에 관하여 공무원연금법상의 대부분의 규정을 준용하는 규정을 두어 사립학교 교직원도 공무원과 마찬가지로 출·퇴근 재해를 직무상 재해로 인정받고 있다.⁹⁾

또한 군인의 경우에도 군인연금법 제31조 제1항 및 전공사상자처리 훈령(국방부훈령 제1077호) [별표 1] 「전공사상자분류기준표」에서 “출·퇴근 중 사고 및 재해로 발생한 사망 또는 상이자”를 공상자로 인정하여 출·퇴근 재해의 공무상 재해를 인정하고 있다.

사. 출·퇴근 재해에 관한 외국의 입법례

(1) 독일

독일의 산재보험은 직접적인 산업재해(협의의 산업재해)와 출·퇴근 재해를 포함한 광의의 산업재해를 분리하여 규정하고 있다. 독일 의회는 일찍이 1925년 사회정책적 이유로 업무상 재해의 사고범위를 출·퇴근 재해로 확대하여, 사회법전 7권(산재보험법) 제8조 제2항 1호 내지 4호에 출·퇴근 재해와 관련된 규정을 삽입하였다. 보상받을 수 있는 ‘길 위에서의 사고’의 범위

9) ‘사립학교교직원 연금법’ 제33조 및 제42조 참조.

를 규정하고 있는 동 규정의 내용을 살펴보면, (i) 피보험 근무를 위해 근무 장소를 향하거나 근무 장소로부터의 직접적인 통행로에서 발생한 사고, (ii) 피보험자나 배우자의 근로활동을 위해 피보험자와 생계를 같이하는 아동의 양육을 위탁하기 위하여, 혹은 다른 근로활동자나 피보험자와 공동으로 차량을 이용하기 위하여 피보험 근로를 행하는 장소로 향하거나 또는 근무지로부터의 직접적 출·퇴근길을 벗어난 (우회)길에서 발생한 사고, (iii) 가계(家計)를 함께하는 사람이나 그 배우자의 근로활동을 위하여 그의 아동을 타인에게 위탁하기 위해 직접적 출·퇴근길을 벗어난 (우회)길에서 발생한 사고, (iv) 피보험자가 그의 가족이 사는 집이 멀리 떨어져 있어 근무지 근처에 숙소를 마련하고, 피보험 근로와 관련하여 멀리 떨어져 있는 가족이 사는 집으로 또는 집에서 이동하기 위한 길에서 발생한 사고 등을 출·퇴근 재해의 유형으로 규정하고 있다. 나아가 출·퇴근 재해로서 산재보험의 급여를 받기 위해서는 그 재해가 근로행위와 연관이 있어야 하고, 노상을 다니는 목적이 ‘근로활동의 수행 도중 또는 근로활동과 연관된 활동시의 사고’를 보상하고자 하는 산재보험의 보장목적과 일치하여야 한다.

(2) 프랑스

프랑스에서 산재보상에 대한 최초의 입법은 1898년에 이루어졌고, 1946년에 이르러 출·퇴근 재해가 산재보험의 범위에 포섭되었다. 프랑스 사회보장법전(Code de la Sécurité Sociale)에서 출·퇴근 재해에 관한 규정을 명시하고 있는데, L.452-2조에서는 “사고의 희생자 혹은 사고와 관련하여 권리를 가진 자로서의 근로자는 그가 당한 사고가 다음의 조건을 충족할 경우 산업재해의 경우와 동등한 보호와 보상을 받을 권리를 가진다. 즉 근로자가 근로활동을 위하여 첫째, 근로자의 주된 주거지, 안정적인 거주지로서의 의미를 갖는 부차적 주거지 및 근로자가 가정생활의 특정 이유에 의해서 일상적으로 왕래하는 기타의 모든 장소와 근로 장소와의 사이, 둘째, 일반식당, 종업원 식당 또는 일반적으로 근로자가 통상적으로 식사하는 장소와 근로 장소와의 사이를 가거나 오는 과정에서 발생하는 재해를 출·퇴근 재해로 간주되어 산재보험법에 의하여 보호·보상되어 진다.”고 규정하고 있다. 그러나

일상생활의 본질적인 필요와 무관한 개인적인 이해를 위한 동기에서 또는 직업적 이유와는 관계없는 이유에서 출·퇴근이 중단되거나 출·퇴근이탈이 있다면 출·퇴근 재해로 인정되지 않는다.

(3) 일본

일본에서는 1973년의 노재보험법 개정시에 출·퇴근 재해가 노재보험의 보호대상에 추가되었다. 노재보험법 제7조 제1항 제2호는 출·퇴근 재해란 ‘근로자의 출·퇴근에 의한 부상·질병·장해 또는 사망’이라고 정의하면서 동조 제2항에서 ‘출·퇴근이란 근로자가 취업에 관하여 주거와 취업장소와의 사이를 합리적인 경로 및 방법에 따라 왕복하는 것을 말한다. 업무의 성질을 갖는 것은 제외한다.’라고 하고, 제3항에서 ‘근로자가 전항의 왕복경로를 이탈하거나 또는 동항의 왕복을 중단한 경우에는 당해 일탈 또는 중단의 사이 및 그 후의 동항의 왕복은 제1항 제2호의 출·퇴근으로 하지 아니한다. 단, 당해 일탈 또는 중단이 일상생활상 필요한 행위로서 노동성령으로 정하는 행위를 부득이한 사유에 의거 행하기 위한 최소한도의 것인 경우에는 당해 일탈 또는 중단의 사이를 제외하고는 예외로 한다.’고 규정하고 있다.

한편, 일본은 출·퇴근 재해의 보호제도를 노재보험법에서 규정하고 있지만, 여전히 업무재해로서의 일부가 아니라 업무재해와 관련된 보호와는 별개의 제도로 구성되어 있는 점에 주목할 필요가 있다.

사 항	업무재해	출·퇴근 재해
1. 사업주의 보상책임	있 음	없 음
2. 근로자의 비용부담	없 음	요양급부 근로자 200엔 부담 (건강보험일고특례 피보험자 100엔 부담)
3. 특별가입자	적 용	부분적용
4. 중대과실 등의 재해 발생 시 사업주로부터의 비용 징수	있 음	없 음
5. 보험료율	사업종류마다 재해율 등에 따라 차등 적용 (5/1000-148/1000)	사업종류에 불구하고 일률적용 (1/1000)
6. 메리트 제도의 적용	있 음	없 음

사 항	업무재해	출·퇴근 재해
7. 노동기준법상의 취급		
(1) 노동기준법상의 재해 보상 책임 유무	있 음	없 음
(2) 휴업후 최초 3일간에 대한 사업주 보상의무	있 음	없 음
(3) 해고제한의 적용	있 음	없 음
(4) 휴업기간의 연차유급휴가 요건인 연간 8할 이상 출근 취급 여부	출근취급	출근취급하지 아니함

(4) 영국

영국 사회보장법에서 출·퇴근 재해의 업무상 재해 인정 범위를 규정한 내용은 1898년부터 1945년까지 있었던 산재보상법(Workwer’s Compensation Act)과 보통법(Common Law)의 출·퇴근 재해 원칙을 완화된 것이었다.

출·퇴근 재해에 관한 적용 역사를 보면 1880년 사업주책임법(Employers Liability Act)까지 거슬러 올라가는데, 사업주책임법은 장소적 지배영역과 사업주의 지휘·명령이라는 두 가지 요소를 요구하였고, 이를 바탕으로 1897년 산재보상법은 업무상 재해의 인정기준을 업무수행성과 업무기인성으로 정하였다. 이후 사업주가 제공한 교통수단을 사용하는 경우 근무가 개시되는 장소가 어디에서부터인가에 대한 소송이 늘기 시작하였고, 1946년에 제정된 사회보장(산업재해)법에서는 입법적으로 해결하고자 근로자가 사업주가 제공한 차량을 타는 것을 의무화하지 않은 경우라도 법에 정해진 일정요건만 충족시키면 출·퇴근 재해도 업무상으로 간주한다는 규정을 삽입하였다. 오늘날 출·퇴근 재해의 인정기준은 1999년 제정된 사회보장각출·급여법 제99조에 정리되어 있다.¹⁰⁾

(5) 미국

미국에서 출·퇴근 재해에 대한 일반원칙은 근로자가 자택을 나와서 사업장에 도달하기 전(출근도상)과 사업장을 떠난 후 자택으로 돌아갈 때까지(퇴

10) 출·퇴근 재해인정범위

근 도상)에 입은 재해는 산재보상법의 적용을 받는 업무수행 중에 업무에 기인한 재해로 간주하지 않는다는 것이다. 그러나 다음과 같은 예외가 인정되어 있다. 즉, (i) 사업주가 노동계약의 일부로서 공급하고 있는 교통수단을 이용하고 있는 경우, (ii) 사업주의 명에 의거한 업무를 출·퇴근시 행하고 있던, 즉 사업주의 승인하에 고용에 부수적인 행위를 하고 있던 경우, (iii) 노동계약에 근거하여 사업주가 근로자의 출·퇴근비용의 일부 혹은 전액을 부담하고 있는 경우, (iv) 근로자가 자신의 교통수단을 사업장에 가지고 와서 업무에 사용하도록 명령을 받았을 경우, (v) 사업주의 특명에 의하여 휴일·휴가 또는 시간 외에 출근한 경우, (vi) 업무의 성질상 끊임없이 이동하며, 일정한 직장을 가지고 있지 않은 근로자인 경우 등에는 예외적으로 출·퇴근에 대한 업무수행성이 인정되고 있다.

3. 심판대상조항이 평등원칙에 위반되는지 여부

가. 쟁점정리

(1) 헌법재판소는 심판대상조항이 사업주가 제공한 교통수단 또는 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출·퇴근을 하는 등 사업주의 지배관리하에서 출·퇴근 중 발생한 사고를 업무상 재해로 인정하고 있으므로, 이 사건에서 문제되는 것은 심판대상조항이 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 없는 통상적인 경로와 방법으로 출·퇴근하던 중에 발생한 재해(‘통상의 출·퇴근 재해’)를 업무상 재해로 인정하지 아니하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여

(1) 산재보험에 가입하고 있는 자가 사업주의 명시적 혹은 암묵적 승인 아래 근무 장소로의 왕복 중에 그 탈것을 이용하는 것이 의무로 되지 않아도, 탈 것의 승객으로서 이동하고 있을 때에 입은 재해는 다음의 두 가지 요건을 충족시키면 업무기인성과 업무수행성이 있는 것으로 간주함.

(a) 그 탈 것에 타는 것이 의무인 경우

(b) ① 재해발생시 탈 것을 사업주가 운전하거나, 혹은 사업주를 대신하는 자가 사업주를 위해 운전하거나, 사업주와의 사이에 그 운전에 대한 약속이 있어서 그 약속의 이행으로서 그 탈것이 제공된 사람이 운전하고 있을 경우

② 그 탈 것이 운행되는 구간이 공공운수서비스로 운행되는 일반노선 구간이 아닐 것

(2) 여기서 탈 것이란 선박, 비행기 등을 포함함

부라고 판시하였다.

(2) 또한, 헌법재판소는 통상의 출·퇴근 재해에 대하여 보상받는 특수직 역종사자로서 공무원 이외에 사립학교교직원과 군인 등이 있으나, 평등원칙 위반 여부에 관한 논의의 편의와 집중을 위하여 가장 대표적으로 통상의 출·퇴근 재해를 공무상 재해로 인정해 주는 공무원과 그렇지 못한 산재보험 가입 근로자와의 차별 문제로 다루어 판단하였다.

나. 차별취급의 존재

헌법재판소는 심판대상조항으로 인하여 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출·퇴근을 하는 산재보험 가입 근로자(이하 ‘혜택 근로자’라 한다)와 사업주로부터 그러한 편익을 지원받지 못하여 도보나 본인 소유의 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 통상의 출·퇴근을 하는 산재보험 가입 근로자(이하 ‘비혜택 근로자’라 한다)는 동일한 근로자임에도 후자는 통상의 출·퇴근 재해에 대하여 업무상 재해로 인정받지 못한다는 점에서 이들 사이에 차별취급이 존재하고, 아울러 공무원과 산재보험에 가입한 근로자 역시 모두 공무상 혹은 업무상 사유로 인한 질병·부상·장해 또는 사망에 대하여 보상을 받고 있음에도, 심판대상조항이 공무원과는 달리 산재보험에 가입한 근로자에 대하여는 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하지 아니하므로 차별취급이 존재한다고 판시하였다..

다. 판단 및 해설

(1) 차별취급의 합리성

헌법재판소는 산재보험수급권은 이른바 ‘사회보장수급권’의 하나로서 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이지만, 재정부담능력과 전체적인 사회보장 수준 등을 고려하여 그 내용과 범위를 정하는 것이므로 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다고 전제하면서(헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20·22, 2009헌바30(병합), 판례집 21-1하, 446, 454 참조), ‘자의금지원칙’에 따라 평등원칙의 위반 여부를 판단하였다.

(2) 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호는 심판대상조항이 평등원칙에 위반되지 않는다고 보았는데 그 이유는 아래와 같다.

(가) 혜택 근로자와 비혜택 근로자 사이의 차별취급이 평등원칙에 위배되는지 여부

① 산재보험제도는 원칙적으로 사업주와 근로자를 보험가입자로 하고 사업주가 보험료를 전액 부담하는 대신 사업주의 근로자의 업무상 재해에 대한 무과실손해배상책임을 전보하기 위한 제도이다. 이에 따라 산재보험법 제37조 제1항에서는 업무 수행 중 발생한 것으로서 상당인과관계가 인정되는 사고나 질병을 업무상 재해로 규정하고 있다. 따라서 심판대상조항이 ‘사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출·퇴근 중 발생한 사고’만을 업무상 재해로 인정하고, 사업주의 지배관리가 미치지 않고 업무 그 자체로도 볼 수 없는 통상의 출·퇴근 중 발생한 재해를 업무상 재해의 범위에서 제외한 것은 산재보험의 목적 및 성격, 그리고 업무상 재해의 법리에 비추어 볼 때 당연하다.

② 산재보험법상의 산재보험수급권은 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리로서 국가가 재정부담능력과 전체적인 사회보장 수준 등을 고려하여 그 내용과 범위를 정하는 광범위한 입법형성권이 인정되고, 나아가 헌법상의 평등원칙은 국가가 언제 어디서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하는 것은 아니고, 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적인 구현을 위한 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있다 (헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 834; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바32, 판례집 13-1, 1242, 1251 등). 따라서 비혜택 근로자의 보호를 위하여 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해에 포함시키는 것이 바람직하다고 하더라도 이것은 국가가 앞으로 산재보험의 재정상황, 사업주와 근로자의 사회적 합의, 전체적인 사회보장의 수준 등을 고려하여 단계적으로 입법을 통하여 해결하는 것이 합리적이고 타당한 방안이다.

③ 출·퇴근행위의 경우 출·퇴근 방법과 경로 선택이 근로자에게 유보되어 있기 때문에 사업주의 지배·관리하에 있다고 보기 어려운 반면, 출장의

경우는 사업주의 구체적인 지시·명령에 따라 이루어지는 것이므로 업무관련성을 인정하는 데 무리가 없고, 출장의 경우에도 사업주의 지시위반, 사적 행위, 정상경로 이탈 등의 사유가 있으면 업무상 재해로 인정되지 않는 것이므로, 양자를 구별하여 보상하는 것은 타당하다.

④ 한편 헌법불합치의견에서는 그 논거의 하나로 출·퇴근 재해를 인정하고 있는 외국의 입법례를 들고 있으나, 산재보험료 납입 주체(재원 마련 방법)와 관련하여 업무 재해의 경우 사용자가 보험료를 전액 부담하고 출·퇴근 재해의 경우 보험료 일부를 근로자가 부담하는 국가(일본), 사용자와 근로자가 보험료를 공동으로 부담하는 국가(영국), 사용자가 대부분을 부담하나 일부 주에서는 보험료의 일부를 근로자가 부담하는 국가(미국)도 있음을 간과하고 있다.

(나) 공무원과 근로자 사이의 차별취급이 평등원칙에 위배되는지 여부

① 산재보험제도는 보험원리를 도입하여 근로자의 업무상 재해에 대한 사업주의 책임을 전보하기 위한 제도이므로 심판대상조항이 사업주의 지배관리하에 있는 출·퇴근 재해만을 업무상 재해로 인정하는 것은 산재보험의 법리에 비추어 볼 때 정당하다(산재보험제도의 법적 성질).

② 공무원은 국민 전체의 봉사자로서 정치적 중립의무를 지고 신분이 보장되는 등 그 지위·권한·책임 등이 헌법과 법률에 정해져 있고, 고도의 공공적 업무를 수행하는 반면에, 근로자는 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등에 따라서 근로조건이 정해지고, 사업주의 이익을 위하여 자신의 근로를 제공하는 점에서 차이가 있다. 따라서 공무원의 공무로 인한 재해와 근로자의 업무상 재해를 보호하는 정도가 서로 다르다고 하더라도 그것만으로 현저히 불합리하다고 볼 수 없다(공무원과 근로자의 차이).

③ 공무원연금제도는 국가가 공무원의 퇴직·사망·공무로 인한 부상 및 폐질 등과 같은 사회적 위험으로부터 공무원과 그 유족의 생활을 보호하기 위하여 만든 종합적 사회보장제도인 반면, 산재보험제도는 업무상 재해에 대한 근로자 보호와 사업주의 책임을 전보하기 위한 사회보험제도로서, 양자는 각 제도의 목적과 성격 등이 서로 다르다. 또한, 공무원연금의 재원은 공무원이 납부하는 기여금과 국가의 부담금으로 이루어지지만, 산재보험의 경우

에는 그 재원이 사업주가 납부하는 보험료로 이루어진다. 그리고 공무원연금법상의 급여는 장해급여 이외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 각종 퇴직급여 및 퇴직수당과 유족급여 등으로 구성되어 있는 반면에, 산재보험법상의 급여는 업무상 재해와 관련하여 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 유족급여, 직업재활급여 등으로 구성되어 있어 각 제도상의 급여의 종류와 내용이 서로 다르다(공무원연금제도와 산재보험제도의 차이).

④ 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하게 되면 산재보험의 재정지출의 증가에 따른 보험재정의 위기, 보험료율 인상에 따른 사업주의 반발, 산재보험대상자의 증가로 인한 행정관리비용 및 소송비용의 증가가 예상되는 등 국가적·사회적으로 상당한 혼란을 불러일으킬 우려가 있어서 심판대상조항에 의하여 달성되는 공익이 매우 중대한 반면에, 비록 산재보험에 가입된 근로자가 출·퇴근을 하는 도중에 사고를 당한 경우 산재보험법상의 혜택을 받을 수 없다고 하여도, 예컨대 자동차손해배상보장법에 의한 자동차보험 등에 의하여 가해자인 상대방으로부터 보상을 받을 수 있는 길이 있기 때문에 근로자의 보호가 반드시 미흡하다고 볼 수 없어 침해되는 사익이 상대적으로 크다고 볼 수 없다(이익의 형량).

⑤ 출·퇴근 재해를 업무상 재해에 포함시킬 것인지 여부를 결정하는 것은 입법자가 산재보험의 재정상황, 사업주와 근로자의 사회적 합의, 전체적인 사회보장의 수준 등을 고려하여 점진적으로 결정할 문제로서 광범위한 입법형성권의 범위 내에 있고, 따라서 비록 심판대상조항이 공무원과는 달리 근로자에게 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하지 않고 있다고 하더라도 이를 합리적인 이유 없는 차별이라고 할 수 없다(광범위한 입법형성권).

(3) 이에 대하여 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원은 심판대상조항이 평등원칙에 위배되어 위헌이나, 다만 부당한 법적 공백상태를 방지하기 위해 헌법불합치를 해야 한다는 의견을 제시하였는데, 그 이유는 아래와 같다.

(가) 혜택 근로자와 비혜택 근로자 사이의 차별취급이 평등원칙에 위배되

는지 여부

① 산재보험제도는 사업주의 무과실배상책임을 전보하는 기능도 있지만, 오늘날 산업재해는 이미 개별 기업차원의 안전위생시설의 기술적 개량만으로는 방지할 수 없는 경우가 적지 않고 재해의 위험을 모두 개별 사업주에 귀속시키는 것도 불가능하게 됨에 따라, 산업재해로부터 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 기능의 중요성이 커지고 있다. 출·퇴근 행위는 업무의 전 단계로서 업무와 밀접·불가분의 관계에 있는 것이고, 사실상 사업주가 정한 출·퇴근 시각 및 근무지에 기속된다. 대법원은 출장행위 중 발생한 재해를 사업주의 지배관리하에 발생한 업무상 재해로 인정하고 있는데(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두5185 판결 참조), 이러한 출장행위도 이동방법이나 경로 선택이 근로자에게 유보되어 있다는 점에서 통상의 출·퇴근 행위와 다를 바가 없다. 따라서 통상의 출·퇴근 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호해 주는 것이 산재보험의 생활보장적 성격에 부합한다.

② 심판대상조항은 '사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출·퇴근 중 발생한 사고'만을 업무상 재해로 본다고 명시적으로 규정하여, 혜택 근로자만을 한정하여 보호하는 것을 명백히 밝히고 있다. 그 결과 사업장의 규모나 재정여건의 부족 또는 사업주의 일방적인 의사나 개인 사정 등으로 인하여 출·퇴근용 차량을 제공받지 못하거나 그에 준하는 교통수단을 지원받지 못하는 비혜택 근로자는 비록 산재보험에 가입되어 있다고 하더라도 출·퇴근 재해에 대하여 보상을 받을 수 없게 되는데, 이러한 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 근거를 찾을 수 없다.

③ 국제노동기구(ILO)는 1964년 제121호 '업무상 재해에 대한 급여조약 및 동권고'에서 통상의 출·퇴근 재해를 산업재해에 포함하도록 권고하였다. 독일이나 프랑스 등에서는 오래전부터 통상의 출·퇴근 재해를 산업재해의 한 유형으로 인정하여 근로자를 보호하고 있으며, 일본도 노해보험법에서 통상의 출·퇴근 재해에 대하여 보상하는 별도의 규정을 두고 있다. 이에 비하여 우리나라의 경우, 산재보험법이 1963. 11. 5. 제정된 이래 통상의 출·퇴

근 재해를 업무상 재해로 인정하는 것에 대하여 무수한 논의만 있었을 뿐, 정작 입법과정에서는 제대로 반영되지 아니하여 여전히 비혜택 근로자의 출·퇴근 재해는 보호의 대상에서 제외되고 있다.

④ 산재보험의 재정악화 및 사업주에 대한 보험료 인상 문제는 (i) 국가가 산재보험법 제87조 제1항에 따라 가해자를 상대로 적극적으로 손해배상청구권을 대위하여 구상하는 방법, (ii) 보상이 가능한 출·퇴근 재해의 범위를 사적인 목적으로 벗어난 경우 등은 배제하고, 순리적인 경로와 방법에 의한 출·퇴근행위 중 발생한 재해로 한정하는 방법, (iii) 출·퇴근의 업무 전 단계로서의 성격 및 산재보험의 사회보장적 성격에 근거하여 근로자에게도 해당 보험료의 일정 부분을 부담시키는 방법 등에 의하여 어느 정도 해결이 가능하다. 반면에 통상의 출·퇴근 중 재해를 입은 비혜택 근로자가 가해자를 상대로 불법행위 책임을 물어도 대부분 고의·과실 등의 입증책임의 어려움, 엄격한 인과관계의 요구, 손해배상액의 제한, 구제기간의 장기화 등으로 충분한 구제를 받지 못하는 것이 현실이다. 특히 가해자의 경제적 능력이나 보험가입 여부 및 가입보험의 보장정도 등과 같은 우연한 상황에 의하여 보상의 정도가 크게 좌우되는 것을 고려하면, 심판대상조항으로 인하여 초래되는 비혜택 근로자와 그 가족의 정신적·신체적 혹은 경제적인 불이익은 매우 중대하다.

(나) 공무원과 근로자 사이의 차별취급 문제

공무원의 공무로 인한 재해와 근로자의 업무상 재해를 모든 면에서 동일하게 취급할 수는 없다. 그러나 공무원과 근로자의 출·퇴근행위는 사실적 측면에서 차이가 있다고 볼 수 없다. 또한 공무상 재해보상이나 업무상 재해보상 모두 업무상 재해로부터 근로자를 보호하기 위한 제도이고, 그 보험의 운영구조나 재원 마련 방법도 같다. 그런데도 심판대상조항이 공무원과는 달리 산재보험에 가입한 근로자에 대하여 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하지 아니한 것은 문제가 있다. 하지만 이미 심판대상조항이 비혜택 근로자를 차별하여 평등원칙에 위반된다고 판단한 이상 이 부분은 더 나아가 살피지 아니한다.

(4) 해설

이 사건 법정의견은 산재보험제도의 법적 성격을 보험원리를 통하여 근로자의 업무상 재해에 대한 사업주의 무과실손해배상책임을 전보하여주는 제도라고 전제하면서, 이러한 산재보험의 성격상 사업주의 지배관리가 미치는 업무상 재해의 경우에만 산재보험이 적용되는 것이 산재보험제도의 원리상 불가피한 것으로 보고 있다. 따라서 법정의견은 비록 심판대상조항이 사업주의 지배관리가 미치지 아니하는 비혜택 근로자의 출·퇴근 재해를 업무상 재해에서 배제하는 것이 비혜택 근로자에게 불리한 측면이 있음을 부인하지는 않지만, 이러한 불이익은 산재보험의 법적 성격, 이익형량과 입법자의 광범위한 입법형성권 등에 비추어 볼 때 자의적인 차별로 볼 수 없고, 중국적으로는 입법으로 해결해야 하는 문제라고 판단하였다. 그리고 공무원과의 차별 문제도 위와 같은 입장을 전제로, 공무원과 근로자의 법적 지위의 차이, 공무원연금제도와 산재보험제도의 차이, 그리고 광범한 입법형성권을 이유로 역시 불합리한 자의적인 차별로 볼 수 없다고 판시하였다.

반면에, 반대의견은 산재보험 제도의 법적 성격을 사업주의 무과실손해배상책임을 전보해주는 것 이외에 업무상 재해를 입은 피재근로자와 그 가족의 생계를 보장해주는 생활보장적 성격도 함께 강조하고 있다. 따라서 산재보험제도 상의 업무상 재해의 범위를 넓게 보아서 업무의 전 단계로서 업무와 밀접한 관계를 가지는 ‘통상의 출·퇴근 재해’도 업무상 재해의 범위에 포함시켜야 한다고 보고 있다. 이러한 전제에서 반대의견은 심판대상조항이 산재보험에 가입한 같은 근로자임에도 사업주가 출·퇴근용 차량을 지원하거나 그 비용을 지원해주는 혜택 근로자와 그렇지 아니한 비혜택 근로자를 차별취급 하는 것은 합리적 이유가 없는 자의적 차별이라고 본다. 또한, 공무원과의 차별취급도 출·퇴근 재해라는 사실적 측면은 같은데도 불구하고 공무원과는 달리 근로자에 대해서는 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정해주지 않는 것은 역시 문제가 있다고 판단하였으나, 이에 대한 자세한 이유는 이미 혜택 근로자와 비혜택 근로자의 차별취급에 대하여 평등원칙에 위배된다고 판단하였으므로 생략하였다.

4. 이 사건 결정의 의의

근로자 단체에서는 근로자의 보호를 위해 통상의 출·퇴근 재해를 산재보험법상의 업무상 재해로 인정하여 근로자가 보상을 받을 수 있도록 해달라고 요구하고 있으나, 사업자단체에서는 사업주가 부담하는 산재보험료의 인상 등의 부담을 이유로 반대하고 있다. 이처럼 근로자의 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하는 문제는 사회적으로 참여한 이해관계가 대립하는 문제이고, 그 외에도 산재보험제도의 법적 성격, 산재보험의 재정문제 등을 함께 고려하여야 하므로 결국 사회적 합의에 따라 해결되어야 할 문제이다. 이와 관련하여 법원은 산재보험법상 업무상 재해로 인정되는 출·퇴근 재해의 범위를 탄력적으로 확대적용하여 피재근로자를 보호하고 있고(대법원 2010. 4. 29. 선고 2010두184 판결 등 참조), 국회도 현재 근로자의 통상의 출·퇴근 재해를 산재보험법상의 업무상 재해로 인정하는 법안을 발의해 놓은 상태이며,¹¹⁾ 행정부(고용노동부)에서도 출·퇴근 중 발생한 교통사고를 산재보험의 대상으로 하는 방안을 검토하겠다고 발표하는 등¹²⁾ 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 사회적 합의가 진행되고 있다.

이러한 상황에서 헌법재판소는 일단 입법자의 입법형성권을 존중하여 일단 심판대상조항을 위헌으로 판단하지는 아니하였지만, 헌법재판소 재판관 다수가 반대의견에서 근로자의 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하는 것이 바람직하다는 취지의 헌법불합치 의견을 표명하여 입법을 촉구하였다는 점에서 그 의의가 있다고 할 것이다.

11) 문대성 국회의원 등의 발의로 ‘통상적인 경로와 방법으로 출·퇴근 중 발생한 사고’를 업무상 재해로 인정하는 산재보험법 개정안이 현 19대 국회 환경노동위원회에 발의된 상태이다(의안번호: 1901520).

12) 2012. 11. 28.자 동아일보 기사 참조.

교육과학기술부장관과 서울특별시교육감 간의 권한쟁의

- 교육·학예에 관한 시·도의회 의결사항에 대하여, 서울특별시교육감이 재의요구를 하였다가 철회한 것과, 교육부장관이 20일 경과 후에 한 조례안 재의요구 요청을 서울특별시교육감이 따르지 않은 부작위가, 교육부장관의 재의요구 요청 권한을 침해하는지 여부 -
(헌재 2013. 9. 26. 2012헌라1, 판례집 25-2상, 652)

이 승 환*

【판시사항】

1. 교육·학예에 관한 시·도의회 의결사항에 대하여 서울특별시교육감이 재의요구를 하였다가 철회한 것이, 교육부장관의 재의요구 요청권한을 침해하는지 여부(소극)
2. 서울특별시교육감이 조례안 재의요구를 철회하자, 조례안을 이송받고 20일이 경과한 이후 교육부장관이 조례안 재의요구 요청을 한 경우, 서울특별시교육감이 재의요구를 하지 않은 부작위, 서울특별시교육감이 조례를 공포한 행위가 교육부장관의 재의요구 요청권한을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

“피청구인 서울특별시가 2012. 1. 20. 서울특별시의회에 ‘서울특별시 학생인권 조례안’ 재의요구를 철회한 행위”, “서울특별시 학생인권 조례안’에 대한 청구인 교육부장관의 재의요구 요청을 받고도 피청구인이 서울특별시의

* 헌법연구관

회에 재의요구를 하지 아니한 부작위”, “피청구인이 2012. 1. 26. ‘서울특별시 학생인권 조례’를 공포한 행위”가, 교육·학예에 관한 시·도의회 의결에 대한 청구인의 재의요구 요청 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 서울특별시의회는 2011. 12. 19. 서울특별시 학생인권 조례안(다음부터 ‘이 사건 조례안’이라고 한다)을 의결하고 다음날 서울특별시교육감 권한대행에게 이송하였다. 청구인 교육부장관은 서울특별시교육감 권한대행에게 이 사건 조례안에 대해 재의요구를 하도록 요청하지 않았다. 하지만 서울특별시교육감 권한대행이 2012. 1. 9. ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항, 지방자치법 제107조 제1항에 따라 이 사건 조례안에 대하여 서울특별시의회에 재의를 요구하였다.

나. 그런데 서울특별시교육감이 업무에 복귀한 뒤 2012. 1. 20. 16:45 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 철회하였고, 청구인은 2012. 1. 20. 17:08 서울특별시교육감에게 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 하도록 요청하였다. 그러나 서울특별시교육감은 청구인의 재의요구 요청을 따르지 아니하고, 2012. 1. 26. 서울시보 제3090호에 ‘서울특별시 학생인권 조례’(서울특별시조례 제5247호)를 공포하였다.

다. 이에 청구인은, 피청구인이 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 철회하고 ‘서울특별시 학생인권 조례’를 공포한 행위와 피청구인이 청구인의 재의요구 요청을 받고도 서울특별시의회에 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 하지 아니한 부작위가 청구인의 조례안에 대한 재의요구 요청 권한을 침해하였다고 주장하며, 피청구인을 상대로 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항 제2문에 따라, 청구인에게는 교육·학예에 관한 시·도의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저

해한다고 판단될 때 교육감에게 재의요구를 하도록 요청할 권한이 있고, 이 경우 교육감은 반드시 재의요구를 하여야만 한다. 한편, ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조는 교육감에게 교육·학예에 관한 시·도의회 의결에 대하여 재의를 요구할 권한만을 부여하였을 뿐 이를 철회할 권한은 부여하지 아니하였다.

청구인은 피청구인이 2012. 1. 9. 서울특별시의회에 이 사건 조례안에 대하여 재의요구를 하였기 때문에 별도로 피청구인에게 재의요구 요청을 하지 않았다. 이러한 경우에는 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항이 정한 20일의 기간은 피청구인이 재의요구를 철회한 날인 2012. 1. 20.부터 기산하여야 한다.

【결정요지】

1. 지방교육자치에 관한 법률 제28조 제1항 제1문이 규정한 교육·학예에 관한 시·도의회 의결사항에 대한 교육감의 재의요구 권한과, 같은 항 제2문이 규정한 교육부장관의 재의요구 요청 권한은 중복하여 행사될 수 있는 별개의 독립된 권한이다. 지방의회의 조례안 의결에 대하여 재의요구를 한 교육감은 지방의회가 재의결을 하기 전까지 재의요구를 철회할 수 있다. 그렇다면, 서울특별시교육감의 재의요구 철회가 교육부장관의 재의요구 요청권을 침해하지 아니한다.

2. 지방교육자치에 관한 법률 제28조 제1항과 헌법이 지방자치를 보장하는 취지 등을 종합하여 보면, 교육부장관의 재의요구 요청과 관계없이 교육감이 재의요구를 할 수 있는 기간은 ‘시·도의회 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내’이다. 이 기간이 지난 뒤의 재의요구 요청은 부적법하므로, 부적법한 재의요구 요청이 있다고 하여 서울특별시교육감이 조례안에 대하여 재의요구를 하여야 할 헌법이나 법률상의 작위의무가 있다고 볼 수 없다. 또한 재의요구가 철회된 이상, 처음부터 재의요구가 없었던 것과 같게 되므로, 서울특별시교육감은 조례안을 공포할 권한이 있다. 그렇다면 서울특별시교육감이 조례안 재의요구를 하지 않은 부작위 및 서울특별시교육감이 조례를 공포한 행위는 교육부장관의 재의요구 요청권한을 침해하지 아니한다.

【해 설】

1. 청구인 교육부장관의 재의요구 요청 권한

가. 취지

‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조¹⁾ 제1항 제1문은 교육·학예에 관한 시·도의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항에 대하여 교육감에게 재의요구 권한이 있음을, 제2문은 청구인에게 재의요구 요청 권한이 있음을 각각 규정하고 있다.

지방자치단체의 장의 재의요구 제도는 지방자치법이 지방의회와 지방자치단체장 상호간의 관계를 대통령제와 유사한 기관대립형으로 채택함에 따라, 대통령제 정부형태에서 국회와 정부 사이의 권력분립과 권한행사에 관한 견제와 균형을 투영한 것이며²⁾, 대통령제에서의 법률안 거부권에서 유

1) 구 지방교육자치에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제28조(시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소) ① 교육감은 제11조 제2항의 규정에 따른 교육위원회의 의결 또는 교육·학예에 관한 시·도의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육과학기술부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 교육위원회 또는 시·도의회에 재의를 요구하여야 한다.

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

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

④ 교육과학기술부장관은 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 해당 교육감이 소를 제기하지 않은 때에는 해당교육감에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 따른 제소의 지시는 제3항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 하고, 해당교육감은 제소 지시를 받은 날부터 7일 이내에 제소하여야 한다.

⑥ 교육과학기술부장관은 제5항의 기간이 경과한 날부터 7일 이내에 직접 제소할 수 있다.

⑦ 제3항 및 제4항의 규정에 따라 재의결된 사항을 대법원에 제소한 경우 제소당한 교육과학기술부장관 또는 교육감은 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

2) 김병기, 조례에 관한 재의요구사유와 대법원제소, 행정법연구 제5호, 1991. 11. 244-245면.

대한 제도이다³⁾.

청구인이 교육감에게 재의요구를 요청하는 권한은, 이에 더하여 지방자치에 대한 국가감독수단이다.⁴⁾ 대응하는 지방자치법 제172조는 지방자치법 제9장 ‘국가의 지도·감독’에 규정되어 이를 명확히 하고 있다.

나. 대상

조례안의 의결을 포함한 교육·학예에 관한 시·도의회의 의결이 대상이다. 지방자치법 제26조 제3항, 지방자치법 시행령 제71조 제2항과 같은 명문의 규정은 없지만, 지방의회의 조례재의결의 무효확인을 구하는 소송에서 조례안 중 일부가 위법하면 조례안에 대한 재의결은 전부 효력이 부인된다는 대법원의 판례(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결; 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결 등 다수)에 비추어 볼 때, 조례안의 일부에 대한 재의요구 또는 조례안을 수정하는 재의요구를 요청할 수는 없다고 해석하여야 할 것이다.⁵⁾

다. 사유

법령위반이나 공익을 현저히 저해한다고 판단하는 경우이다. 이에 대해서 공익 위반은 곧 법령위반을 뜻하는 것으로 불필요한 반복이라는 비판이 있다. 만약 위법에 이르지 않은 부당함을 공익침해라고 해석한다면, 지방의회의 의결에 대한 타당성 통제까지 수행하는 것이므로 단체위임사무에만 적용된다는 견해가 있다⁶⁾.

라. 형식

재의요구 요청은 분명하여야 하고, 행정절차법상 행정처분의 일종이므로 원칙적으로 문서로 이루어져야 한다(행정절차법 제24조 제1항).

-
- 3) 한국지방자치법학회 편, 지방자치법 주해, 763면.
 - 4) 한국지방자치법학회 편, 지방자치법 주해, 763면.
 - 5) 대통령이 국회에 대하여 법률안의 일부재의 또는 수정재의요구를 할 수 없다고 규정한 헌법 제53조 제3항 참조.
 - 6) 홍정선, 지방자치법학 제2판(2002.), 513-514면.

마. 효과

재의요구를 받은 교육감은 지방의회에 이유를 붙여 반드시 재의를 요구하여야 한다.

바. 지방자치제의 보장에 위반되는지 여부

재의결을 통해 의결사항을 확정할지 여부의 결정권한이 시·도의회에 있으므로 지방자치제도의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니다⁷⁾. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체의 자치입법권이 ‘법령의 범위 안’에 있음을 규정하고 있기도 하다.

사. 재의요구에 따른 지방의회의 처리

(1) 시·도의회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의2 이상의 찬성으로 재의결하면 의결사항은 확정된다.

(2) 시·도의회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의2 이상의 찬성이 있지 않으면, 조례안은 부결된다.

(3) 시·도의회가 ‘재의요구된 조례안’을 폐기하고, 재의요구된 안건 중 문제가 있는 부분을 변경하여 새로운 조례안을 제안하고 의결하는 것도 가능하다. 지방의회가 간과한 법령위반 등의 사유를 확인하였다고 하더라도, 조례안 전체를 폐기하는 것보다는 문제점만을 고쳐 의원발의하거나 위원회 제안 등을 통해 대체 조례안을 의결하는 것이 바람직할 수 있다.

다만 의사일정은 재의요구된 조례안의 재확정 여부를 먼저 논의해서 처리하여야 한다. 즉 일단 재의요구된 조례안은 부결되는 절차를 거쳐야 한다.⁸⁾ 물론 이 새로운 조례안에 대해서는, 다시 재의요구를 할 수 있다.⁹⁾

(4) 지방자치법 제67조¹⁰⁾는 회기계속의 원칙을 규정하고 있으나, 지방의회

7) 홍정선, 지방자치법학 제2판(2002.), 514-515면.

8) 한국지방자치법학회 편, 지방자치법 주해, 765면.

9) 최민수, 지방의회 “재의요구의 건” 처리와 관련된 질의·답변(Ⅰ), 자치행정 216호, 2006. 3. 63면의 ‘문의 6’; 최민수, 지방의회 “재의요구의 건” 처리와 관련된 질의·답변(Ⅱ), 자치행정 217호, 2006. 4. 53-54면.

10) 제67조(회기계속의 원칙) 지방의회에 제출된 의안은 회기 중에 의결되지 못한 것

의원의 임기가 끝나는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 따라서 재의요구된 조례안에 대한 의결이 이루어지지 아니하고 지방의회의원의 임기가 끝나는 경우에는 재의요구된 조례안은 폐기된다.

2. 교육감의 재의요구 권한과 청구인의 재의요구 요청 권한의 관계

가. ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항에 대응하는 지방자치법은 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되는 지방의회의 의결사항에 대한 지방자치단체의 장의 재의요구 권한을 제107조에서, 주무부장관의 재의요구 지시를 제172조에서 별개로 규정하고 있다.

대법원은 지방자치단체장의 재의요구와 주무부장관의 재의요구는 별개의 것이라고 판시한 바 있으며(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결 참조)¹¹⁾, 실제로 92추17 판결의 사실관계를 보면 1991. 12. 13. 청주시장이 재의요구를 하고, 이후 충청북도지사의 재의요구 지시에 따라 1991. 12. 24. 별도의 재의요구를 청주시장이 다시 한 바 있다.

나. 그 취지에 있어서도, 교육감의 재의요구 권한은 교육·학예에 관한 지방자치단체의 장인 교육감과 지방의회 사이의 상호 견제와 균형을 위한 것이며, 청구인의 재의요구 요청 권한은 국가와 지방자치단체 사이의 권한 통제 또는 국가의 지도·감독을 위한 권한으로 다르다.

다. 대법원 판결, 실제 별개로 재의요구를 한 실무례, 권한의 목적, 지방자치법의 권한 분배, 지방의회의 의결사항에 대한 재의요구 또는 재의요구 요청의 법적 성격이 ‘교육·학예’에 관한 사항인지 여부에 따라 다르다고 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항이 규정하고 있는, 교육·학예에 관한 시·도의회 의결사항에 대한 교육감의 재의요구 권한과 청구인의 재의요구 요청 권한 역시 별개의 독립된 권한이다.

라. 이와 달리 양자의 권한이 어느 한 쪽에 종속되는 것으로 해석한다면,

때문에 폐기되지 아니한다. 다만, 지방의회의원의 임기가 끝나는 경우에는 그러하지 아니하다.

11) 최민수, 지방의회 “재의요구의 건” 처리와 관련된 질의·답변(Ⅰ), 자치행정 216호, 2006. 3. 63면의 ‘문의 5’에 대한 실시도 단체장의 재의요구제도와 주무부장관의 재의요구를 별개의 제도로 파악하고 있음.

교육감이나 청구인 중 한 쪽이 먼저 특정한 사유를 들어 재의요구나 재의요구 요청을 하면, 다른 한 쪽은 별개의 재의요구를 할 수 없다는 부당한 결과가 도출된다.

조례안의결의 취소를 구하는 소송의 심판대상은 지방자치단체의 장이 조례안의 재의요구시에 이의사항으로 지적하여 지방의회에 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한된다는 점에서(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결), 지방자치단체 내부의 권한 통제와 국가와 지방자치단체 사이의 권한 통제는 별개로 행사되어야 할 필요가 있다.

3. 청구인 교육부장관이 재의요구 요청을 할 수 있는 기간

가. ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항은 제1문에서 ‘교육·학예’에 관한 시·도의회 의결이 ‘법령 위반이나 공익을 현저히 저해한다고 판단’되는 경우라는 교육감의 재의요구 ‘대상’과 ‘사유’에 관한 요건을 규정하고, 교육감의 재의요구 권한의 행사기간을 ‘시·도의회 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내’로 규정하고 있다. 그런데 그 제2문에서는 별도의 요건을 규정하지 아니하고, 청구인의 재의요구 요청 권한의 행사에 관하여만 규정하고 있다.

그런데 국가와 지방자치단체 사이의 권한 통제라는 중요한 사항에 관하여, 그 ‘대상’과 ‘사유’에 관한 요건도 규정되지 아니한 불명확한 재의요구 요청 권한을 청구인이 행사하도록 입법자가 의도하였다고 볼 수는 없다. 즉 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항은 교육감의 재의요구와 청구인의 재의요구 요청의 대상과 사유 및 행사기간 등 요건을 동일하게 규정하고 있는 것으로 해석하는 것이 합리적이다. ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조에 대응하는 지방자치법 제172조 제1항도 지방의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되는 경우, 지방자치단체의 장에 대한 주무부장관의 재의요구 요청 기간을 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내로 규정하고 있다.

조례안의 효력을 장기간 미확정 상태에 두는 것은 지방자치단체의 자치입법권을 침해할 우려가 있다. 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서

그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체의 포괄적인 자치권을 보장하는 취지에 비추어 볼 때 지방자치단체의 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌바76, 판례집 16-2상, 501, 507; 헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1387, 판례집 20-2하, 882, 900-901; 헌재 2011. 4. 28. 2009헌바167, 판례집 23-1하, 28, 36 등 참조).

‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항과 헌법이 지방자치를 보장하는 취지 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 청구인의 재의요구 요청과 관계없이 교육감이 재의요구를 할 수 있는 기간은 ‘시·도의회의 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내’이다. 교육감이 재의요구를 할 수 없다면 교육감에 대한 청구인의 재의요구 요청도 무의미하므로, 청구인도 교육감이 재의요구를 할 수 있는 기간 내에만 교육감에게 재의요구 요청을 할 수 있다고 해석하여야 한다.

나. 교육감이 재의요구를 하였다고 하여, 청구인이 자신의 독립된 권한인 재의요구 요청권한을 행사하지 못할 법률상 장애가 있지 아니하고, 실제로 지방자치단체장 고유의 재의요구 이후에 재의요구 지시에 따른 별도의 재의요구를 지방자치단체의 장이 한 사례가 있는 점(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결 참조)에 비추어 볼 때, 별개의 권한에 근거한 피청구인의 재의요구와 철회가 청구인의 재의요구 요청기간을 중단시킨다고 볼 수 없다.

지방자치단체의 장의 재의요구가 청구인의 재의요구 요청 권한 행사기간을 중단시킨다는 해석은, ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항과 같은 구조를 가진 지방자치법 제107조 제1항과 제172조 제1항에 비추어 보아도 받아들이기 어렵다. 지방자치법 제172조 제1항은 주무부장관의 재의요구 지시에 따른 지방자치단체의 장의 재의요구 기간을 조례안 이송일로부터 20일로 규정하고 있다. 행사기간이 중단된다면 지방자치단체의 장이 지방자치법 제107조 제1항의 재의요구를 하였다가 철회한 경우에도 그 기간은 지방자치법 제172조 제1항이 명문으로 규정한 20일의 기간에서 공제하여야 할 것인데, 이는 지방자치법 제172조 제1항 법문의 가능한 해석 범위를 벗어나는 것이다.

참고로 헌법재판소는 법률상 명문의 근거가 없이는 재정신청으로 인한 공소시효의 정지를 불기소처분에 대한 헌법소원 청구시에 유추적용하는 것은 헌법재판소가 입법행위를 하는 결과가 된다고 판시하였고(헌재 1993. 9. 27. 92헌마284, 판례집 5-2, 340, 347-348), 헌법 제84조의 규정취지와 함께 공소시효제도나 공소시효정지제도의 본질에 비추어 보면, 비록 헌법이나 형사소송법 등의 법률에 대통령의 재직중 공소시효의 진행이 정지된다고 명백히 규정되어 있지는 않다고 하더라도, 위 헌법규정은 바로 공소시효진행의 소극적 사유가 되는 국가의 소추권행사의 법률상 장애사유에 해당하므로, 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있다(헌재 1995. 1. 20. 94헌마246, 판례집 7-1, 15, 49; 헌재 1998. 6. 25. 95헌마100, 판례집 10-1, 836, 843).

4. 피청구인(대표자 교육감)이 조례안 재의요구를 철회할 권한과 철회의 효과

가. 논의의 준거법리

일반적인 자치입법인 조례안에 대한 재의요구는 구체적·개별적인 당사자에 대한 행정처분과는 그 성격이 다르고, 재의요구가 주민이나 지방의회에 대하여 수익적이라거나 침익적이라는 논의를 일률적으로 할 수 없다.

오히려, 지방자치단체의 장의 조례안에 대한 재의요구는 우리의 지방자치법이 지방의회와 지방자치단체장 상호간의 관계를 대통령제와 유사한 기관 대립형으로 채택함에 따른 것으로, 대통령제 정부형태에서 국회와 정부 사이의 권력분립과 권한행사에 관한 견제와 균형의 원리를 투영한 제도이며¹²⁾, 대통령제에서의 법률안 재의요구권에서 유래한 것이다.¹³⁾

그렇다면 지방자치단체의 장이 조례안에 대한 재의요구를 철회할 수 있는지 여부에 대한 판단을 대통령이 법률안에 대하여 한 재의요구를 철회할 수 있는가에 대한 헌법해석을 통하여 도출하는 것이, 우리 헌법이 규정하고 있는 통치구조에 대한 체계적이고 일관된 헌법해석 방법이다.

12) 김병기, 조례에 관한 재의요구사유와 대법원제소, 행정법연구 제5호, 1991. 11. 244-245면.

13) 한국지방자치법학회 편, 지방자치법 주해, 763면.

나. 대통령이 법률안에 대한 재의요구를 철회할 수 있는지 여부-적극

(1) 법률안 재의요구

우리 헌법은 제헌헌법에서 현재까지 의원내각제였던 제2공화국 시절을 제외하고는 대통령의 법률안 재의요구 제도를 인정하고 있다. 현행 헌법은 제53조 제2항 이하에서 대통령의 법률안 재의요구 제도를 두고 있다.

법률안 재의요구 권한 행사의 기준에 관하여 헌법 제53조 제2항은 ‘이의가 있을 때’라고만 하여 뚜렷한 기준이 없이 대통령의 자유판단에 맡기고 있다. 그러나 일반적으로는 법률안의 내용이 헌법에 위반되는 때, 집행이 불가능한 때, 국가적 이익에 반하는 경우, 정부에 대한 국회의 부당한 정치적 공세에 대응할 때 행사된다.¹⁴⁾ 미국 헌법의 기초자들은 법안이 위헌인 경우, 대통령의 독립성을 침해하는 경우, 현명하지 않은 공공정책인 경우, 집행이 불가능한 경우, 비용이 과다하게 드는 경우 등을 들고 있다¹⁵⁾.

(2) 법률안 재의요구의 연원과 취지

(가) 법률안 거부권제도는 고대 로마에서부터 유래한다. 고대 로마의 호민관은 원로원을 통과한 법령에 대하여 절대적 거부권을 가졌다.

유럽의 입헌군주제 하에서 국왕에게 인정되던 거부권도 절대적인 것이었다. 전통적으로 의회는 국왕의 주권 하에 존재하는 국가기관으로서, 의회를 통과한 법률안은 국왕의 재가(Royal Assent)에 의하여 법률로 성립되었다. 의회의 입법권이 원래 군주에 대하여 특정한 법을 제정하여 시행하여 줄 것을 의회가 청원하는 청원권에서 유래하였기 때문에, 군주의 재가 없이는 법으로 성립할 수 없었다. 이 때문에 법률안 거부권은 비판의 대상이 되었고, 아직까지도 유럽 여러 나라에서 법률안 거부권을 인정하고 있지만 실제로 행사되는 예는 드물다. 영국에서는 국왕의 거부권을 아직도 유효한 것으로 보는 주장이 있지만, 1707. 3. 11.을 마지막으로 국왕의 거부권이 행사된 적

14) 강준호, 법률안 거부권에 관한 고찰, 국회보 1989. 2.; 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 132면.

15) Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, 『Federalist Paper』 73.

은 없다.¹⁶⁾

(나) 우리 헌법이 규정한, 국회를 통과한 법률안이 확정적인 법률로 되는데 필요한 대통령의 법률안 서명· 공포권과 법률안 재의요구권은 1789년 제정된 미국 헌법 제1조 제7항에서 유래한다. 이는 전통적인 국왕의 법률안에 대한 재가권이 아니라 국회 의결의 법률안에 대하여 이의를 제기하고 의회에 대하여 그 재의를 요구하는 권한이다.

미국헌법제정회의에서 해밀턴(Alexander Hamilton)과 윌슨(James Wilson)은 영국국왕과 식민지행정부가 보유하였던 절대적 거부권을 주장하였으나, 헌법제정회의가 진행되면서 조건부 거부권을 부여하는 방향으로 논의가 진행되었다. 처음에는 의회의 법률안재의결의 요건으로 양원의원 3/4의 동의를 요구하는 안이 논의되었으나 결국 양원의원 2/3의 동의를 요구하는 안이 채택되었다. 법률안재의결의 정족수가 완화된 것은 대통령의 법률안거부권이 지나치게 강력해진다는 미국헌법제정자들의 우려에서 비롯된 것이다.¹⁷⁾

(다) 법률안에 대한 재의요구는 국회의 입법권에 대한 견제권으로서 행정부의 수반인 대통령에게 부여된 권한이다. 위헌적인 법률안이나 잘못된 법률에 대하여 사전적으로 그 효력을 정지시키는 제도로, 국가를 대표하고 국민 전체의 이익을 수호하여야 할 대통령이 잘못된 법률안에 대하여 이의를 제기할 수 있는 기회를 가지는 것은 진정한 국민주권주의의 관철을 위한 것이다.¹⁸⁾

그러나 대통령이 자제하지 않고 법률안 재의요구를 남용하는 경우에는 국회의 본질적인 입법권에 대한 중대한 제한이 될 수 있다¹⁹⁾.

16) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 134면; 헌법주석서Ⅲ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제53조(이성환 집필), 207면.

17) 강승식, 미국헌법상 대통령의 법률집행의 의미, 미국헌법연구 제18권 제2호, 2007. 9. 451면.

18) 헌법주석서Ⅲ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제53조(이성환 집필), 213면.

19) 김철수, 헌법학개론, 2002. 1108면; 권영성, 헌법학원론, 2010. 1005-1006면.

(3) 대통령의 법률안 재의요구에 대한 헌정사

(가) 제헌국회 이래 2014년 현재까지 대통령은 모두 64건의 법률안 재의요구를 하였다.²⁰⁾

대통령의 법률안 재의요구는 헌법상으로는 무제한 행사가 인정되어 국회의 입법권에 대한 견제 기능을 가지고 있지만, 실제 행사에는 여러 가지 정치적 부담이 있다. 법률안 재의요구의 행사변수로는 대통령의 지도력, 정치성향, 국회와의 관계, 특히 국회의 구성, 정치적 상황 기타 대통령에 대한 국민의 지지도 등이 고려된다. 대통령이 국회에서 지지 기반을 확보하지 못한 이른바 여소야대 상황에서 주로 행사되어, 제1대, 2대, 13대 국회에서 많은 재의요구가 있었다.²¹⁾

(나) 재의요구된 법률안의 처리경과²²⁾

재의요구된 법률안 중 20건은 국회에서 재의결되어 법률로 확정되었고, 재의결되지 않아 폐기된 법률안이 30건²³⁾이다(회기불계속으로 인한 폐기 5건, 국회의원의 임기만료로 인한 폐기 8건²⁴⁾ 포함).

한편 국무총리 명의의 재의요구, 정부에 이송되고 15일을 경과한 다음 한 재의요구 등재의요구가 요건을 갖추지 못한 것이어서, 법률안이 확정된 것으로 간주된 것이 5건이다.²⁵⁾ 법률안이 수정통과된 것이 6건이다.

20) 제5대 국회에서 참의원에 의한 재의 요구 8건이 별도로 있음.(대한민국국회 60년사, 국회사무처, 2008. 1003면 참조)

21) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 142-143면.

22) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 141-142면.

23) 형식상 2014년 현재 계류 중이지만 실질적으로 폐기예상되는 제19대 국회의 사안 1건을 포함하면 31건이다.(다음 각주 참조)

24) 현재 19대 국회에서 2013. 1. 1. 의결한 ‘대중교통의 육성 및 이용촉진에 관한 법률 일부개정법률안’에 대하여 정부가 2013. 1. 23. 재의요구한 사안이 있는데, 이후 이 법에 대한 대안으로 ‘택시운송사업의 발전에 관한 법률’(법률 제12378호)이 2013. 12. 31. 국회 본회의에서 의결되었다.

하지만 의결된 법률은 별도의 법률안을 정부가 제출한 형식을 취했고, 재의요구된 ‘대중교통의 육성 및 이용촉진에 관한 법률 일부개정법률안’은 이후 심의가 이루어지지 않고 있다(국회 의안 정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_Z1Y2Q1B1R1E4U1Y7A5V9H0W9C2U5W4 참조). 2016년에 제19대 국회 임기만료로 폐기될 것으로 예상된다. 이를 포함하면 2014년 현재 9건이 된다.

25) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 144면.

마지막으로 대통령이 재의요구를 철회한 2건이 있다. 귀속재산처리특별회계법 중 개정법률안은 1956. 2. 18. 국회에서 의결되었는데, 대통령은 1956. 3. 6. 재의요구를 하였다가 1956. 10. 15. 재의요구안의 철회를 요청하고 1956. 11. 1. 국회의결안 대로 법률을 공포하였다(법률 제404호). 또한 탄핵심판법안은 1964. 12. 15. 국회에서 의결되었는데, 대통령은 1964. 12. 16. 재의요구를 하였다가 1964. 12. 31. 재의요구안의 철회를 요청하고 1964. 12. 31. 국회의결안 대로 법률을 공포하였다(법률 제1683호).²⁶⁾

(4) 헌정사에서 재의요구에 관하여 논란이 되었던 다른 사항에 대한 대응과 비교

(가) 국회 폐회 중 재의요구와 관련된 사안- 현행헌법 제53조 제2항 제2문²⁷⁾
1949. 4. 27. 국회에서 의결된 농지개혁법안에 대하여 국회가 바로 폐회되어 환부할 수 없다는 이유로 정부는 이를 공포하지 않고 폐기된 것으로 보고 국회에 그 폐기를 통고하였으나, 국회는 정부의 재의요구가 없으므로 이는 법률로 확정된 것으로 간주하고 그 공포를 촉구하였다. 이는 보류거부의 인정여부가 문제된 경우이다.

이로 말미암아 국회법을 개정하여 국회폐회 중 국회에 환부된 법률안은 그 법률안을 의결한 의원의 임기 중에 한하여 차기국회에 계속된다고 규정하여 국회폐회 중에도 법률안의 국회환부를 인정하는 취지를 명시하였고, 제5차 개헌에서 대통령이 법률안 거부권을 행사하고자 할 경우 국회 폐회 중에도 이의서를 붙여 국회에 환부하도록 하여 보류거부가 인정되지 않음을 명시하였다. 이 내용은 현행헌법 제53조 제2항 제2문에 규정되어 있다.

(나) 대통령이 공포하지 않는 경우 국회의장이 법률안을 공포하는 권한과 관련된 사안- 현행헌법 제53조 제6항 제2문²⁸⁾

1951년 정부가 국회에 재의 요구한 ‘지방자치법 중 개정법률안’에 대하여

26) 하지만 1965. 1. 14. 재의요구 내용에 따른 정부 개정안을 제안하여 1965. 3. 17. 법률 제1686호로 공포하였다.

27) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 141-142면.

28) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 144-145면.

재의결로 확정된 법률안을 대통령이 공포하지 아니하였다. 이에 따라 5차 개헌에서 확정된 법률을 대통령이 공포하지 않을 경우 국회의장이 공포하도록 하는 규정을 명시하게 되었다.

(다) 수정 재의요구에 관한 사안- 현행 헌법 제53조 제3항²⁹⁾

군정법령폐지에관한법률안이 1950. 4. 8. 정부의 재의요구 내용대로 수정 가결되어, 1950. 4. 21. 법률 제130호로 공포되는 등의 사안이 발생한 바 있다. 이에 법률안의 일부 재의나 수정 재의를 할 수 있는지 여부에 대하여 명문의 규정이 없어 논란이 있었다. 이에 따라 제5차 개정헌법(1962. 12. 26.)에서 일부거부 또는 수정거부를 할 수 없음을 명시하였다.

(라) 이처럼 대통령의 법률안 재의요구에 대해서 논란이 되었던 다른 사항은 헌법개정을 통하여 명시적으로 절차를 형성하거나 금지하여 헌법적 해결을 도모³⁰⁾한 것과 대비하여 보면, 대통령의 법률안 재의요구 철회권에 대해서는 국회나 대통령 모두 이의가 없는 헌법관행으로 성립하여, 별도로 헌법 개정으로 명문화하지 않은 것으로 볼 수 있다.

(5) 소결론

법률안을 적극적으로 확정하는 군주의 재가권과는 달리, 우리 헌법상 대통령의 법률안에 대한 재의요구 권한은 법률안의 완성에 대한 조건부의 지지적인 권한에 지나지 않으므로, 국회의 의결 전에는 언제나 철회할 수 있다.³¹⁾

따라서 대통령은 법률안에 대한 재의를 요구하였다라도 다시 판단하여 법률로서 공포하여 효력을 발생하게 할 필요성이 있다고 결정한 때에는 국회가 재의결을 하기 전까지 재의요구를 철회할 수 있다.³²⁾ 우리 헌정사를 살펴해보더라도, 대통령이 법률안에 대한 재의요구를 철회한 헌법관행이 있다고

29) 김승열, 대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰, 법제, 603호, 2008. 3. 162면; 법제, 604호, 2008. 4. 122면.

30) 윤장근, 대통령의 법률안재의요구제도, 법제연구 제8호, 1995. 316면.

31) 김철수, 헌법학개론, 2002. 1108면; 권영성, 헌법학원론, 2010. 1006면.

32) 정종섭, 헌법학원론, 2011. 1212면.

인정하는 것이 상당하다.

법률안에 대한 재의요구가 국회입법원칙에 있어서 예외적인 조치이므로, 원칙으로 돌아가 대통령은 재의요구를 철회하고 법률안을 공포할 수 있다.³³⁾

다. 교육감이 조례안에 대한 재의요구를 철회할 수 있는지 여부-적극

(1) 우리 지방자치제도가 중앙정부가 채택하고 있는 대통령제의 구조에 따라 지방자치단체의 장과 지방의회 등 기관을 분리하고 있는 점, 지방자치단체의 장의 재의요구 권한이 대통령의 법률안 재의요구 권한과 같은 성격을 지니고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 조례안에 대한 교육감의 재의요구 권한에 관한 법률 해석도 대통령의 법률안 재의요구 권한에 대한 헌법해석과 통일적으로 할 필요가 있다.

(2) 대통령이 법률안에 대해 재의를 요구하였다라도 다시 판단하여 법률로서 공포하여 효력을 발생하게 할 필요성이 있다고 결정한 때에는 국회가 재의결을 하기 전까지 재의요구를 철회할 수 있다고 보는 것에 이견이 없고, 우리 헌정사에서 실제로 재의요구를 철회한 바 있다. 이를 감안할 때, 지방자치단체의 장도 지방의회의 조례안 의결에 대하여 재의요구를 했다고 하더라도, 지방의회가 재의결을 하기 전까지 재의요구를 철회할 수 있다.

(3) 다만, 지방자치법 제107조 제1항 및 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항은 재의요구 사유의 하나로 ‘법령 위반’을 들고 있는바, 법령위반을 사유로 하는 재의요구는 지방자치단체의 장의 재량이 없는 사항인지 문제된다.

(가) 위 두 규정은 지방자치단체의 장이 ‘재의를 요구할 수 있다’라고 규정하고 있어서 재량권을 부여하는 형식을 취하고 있다. 지방자치법 제172조 제1항, ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조 제1항 제2문이 주무부장관이나 청구인의 재의요구 요청이 있는 경우에는 ‘재의를 요구하여야 한다’라고 규정하고 있는 것과 대비하여 보면³⁴⁾, ‘재의를 요구할 수 있다’라고 규정하고 있는 현행 지방자치법 제107조 제1항 및 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조

33) 헌법주석서Ⅲ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제53조(이성환 집필), 215면.

34) 청구인의 적법한 재의요구 요청에 따른 교육감의 재의요구는 의무적인 것이므로, 이러한 경우 교육감이 재의요구를 철회하는 것은 청구인의 권한을 침해한다고 볼 것이다.

제1항 제1문의 해석상 이를 의무적인 사항으로 보기는 어렵다.

(나) 이에 대해서는 지방자치단체의 장은 위법한 의결에 대한 재의요구를 통하여 법치행정을 구현해야 할 의무가 있으므로 위법한 의결에 대한 재의요구는 의무적인 사항이 되어야 한다는 입법론³⁵⁾이 있으나, 지방자치단체의 장이 재의요구 단계에서 조례의 법령 위반 여부를 판단하는 것은 최종적인 것이 아니다. 지방의회와의 정치적 해결이 되지 않는 경우 중국적으로는 지방자치법이 규정하고 있는 소송의 형태로 대법원의 판단을 받거나, 재의요구 등을 하지 않고 확정되어 효력이 발생한 조례에 대해서도 사후적으로 법원과 헌법재판소에 의한 조례의 위헌·위법성 심사절차가 있다.

(다) 청구인도 이 사건 ‘서울특별시 학생인권 조례’와 유사한 내용을 규정하고 있는 ‘경기도 학생인권 조례’, ‘광주광역시 학생인권 조례’에 대해서 교육감에게 재의요구 요청을 하지 아니하여 형평성 논란이 제기된 바 있는 등³⁶⁾, 이를 기속행위로 보기 어렵다.

외교통상부는 국제연합의 우리나라의 인권개선 권고사항에 대하여 2012. 8. 유엔인권이사회에 제출한 ‘국가별 인권상황 정기검토를 위한 보고서’³⁷⁾ 중 9쪽 IV. 종전의 권고사항의 이행과 진전 항목³⁸⁾ 중 권고사항 6, 9와 관련한 학생의 집회결사의 자유와 학생의 집회와 표현의 자유에 대한 항목³⁹⁾에서 “다수의 지방교육청⁴⁰⁾에서 학생인권조례를 제정했으며, 해당 조례들은 모두 학생들의 표현의 자유 보장을 규정하고 있다. 어떤 조례는 집회의 자유도 보장하고 있다.”⁴¹⁾라고 인권 개선사항으로 긍정적인 평가를 하고 있는

35) 지방자치법주해, 한국지방자치법학회 편, 441면(김남철 집필).

36) 이덕난, 서울시 학생인권조례의 주요 내용 및 쟁점 분석, 국회 입법조사처 발행, 이슈와 논점, 제379호(2012. 2. 9.).

37) National Report submitted by the Republic of Korea for the Second Cycle of the Universal Periodic Review.

38) IV. Implementation of and Progress on the Recommendations of the Previous UPR.

39) Freedom of Association and Assembly and Freedom of Expression and Assembly of Students (Recommendation 6 and 9) 중 38항.

40) 같은 보고서 19면 미주 11.에서 서울, 경기도, 광주교육청을 명시하고 있다.

41) A number of local offices of education have formulated students' rights ordinances, all of which stipulate that the freedom of expression of students shall be

등⁴²⁾ 이 사건 조례가 법령에 위반되었다는 것이 판단의 여지없이 확인되었다고 보기도 어렵다.

(라) 따라서 지방의회의 조례안 의결에 대한 법령위반을 사유로 하는 재의요구가 지방자치단체의 장의 재량이 없는 기속행위라고 보기 어려우므로, 조례안의 법령위반 여부에 대한 지방자치단체의 장의 판단이 변경된 경우에는 조례안에 대한 재의요구를 철회할 수 있다.

라. 재의요구의 철회와 조례안의 확정

(1) 따라서 교육·학예에 관한 지방자치단체의 장인 서울특별시교육감은 이 사건 ‘서울특별시 학생인권 조례안’에 대한 재의요구를 철회할 권한이 있다.

(2) 교육감은 조례안을 이송받으면 20일 안에 공포하여야 하는데(지방교육자치에 관한 법률 제14조 제3항), 20일 이내에 공포하거나 재의요구를 하지 아니할 때에도 조례안은 조례로서 확정된다(지방교육자치에 관한 법률 제14조 제4항, 지방자치법 제26조 제5항).

조례안의 확정에 대한 조건부의 정지적인 권한이었던 재의요구가 철회되면, 처음부터 재의요구가 없었던 것과 같게 된다. 따라서 이 사건과 같이 조례안 이송일로부터 20일이 경과한 후 철회한 경우라면, ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제14조 제4항, 지방자치법 제26조 제5항에 해당하는 경우가 된다고 해석할 수 있으므로, 철회시에 곧 조례안이 재의요구를 할 수 없는 상태로 확정된다.⁴³⁾

조례안 이송일로부터 20일이 경과하기 전에 철회한 경우라면, 공포하거나 이후 재의요구 없이 20일이 경과할 때 조례안이 확정된다.

guaranteed. Some ordinances also ensure freedom of assembly as well.

42) 경향신문, 2012. 8. 23. 12면. “정부, 학생인권조례 막고는 UN엔 조례 자랑”

43) 대외적으로 주민에게 효력을 발생하기 위한 공포절차는 별론으로 함.

5. 사안의 해결

가. “피청구인이 2012. 1. 20. 서울특별시의회에 ‘서울특별시 학생 인권 조례안’ 재의요구를 철회한 행위”에 대한 청구 부분에 대한 판단

교육·학예에 관한 서울특별시의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에, 청구인이 서울특별시교육감에게 재의요구를 요청할 일반적인 권한은 인정된다.

다만 이 사건 ‘서울특별시 학생인권 조례안’에 대하여 청구인이 서울특별시교육감에게 재의요구를 요청한 바 없고, 피청구인이 2012. 1. 9. 한 재의요구는 청구인의 재의요구 요청에 따른 것이 아니고 피청구인의 독자적인 재의요구 권한에 근거한 것이다.

따라서 청구인은 위 조례안에 대한 재의요구 요청 권한을 행사한 바 없으므로, 서울특별시교육감의 위 조례안에 대한 재의요구 철회는 청구인의 재의요구 요청 권한과 무관하다.

나아가 피청구인은 이 사건 ‘서울특별시 학생인권 조례안’에 대한 재의요구를 철회할 권한이 있다.

따라서 피청구인이 2012. 1. 20. 이 사건 조례안 재의요구를 철회한 행위가 헌법과 ‘지방교육자치에 관한 법률’에 따른 청구인의 재의요구 요청 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있다고 볼 수 없다.

나. 청구인의 재의요구 요청에도 불구하고 피청구인이 재의요구를 하지 않은 부작위 및 조례를 공포한 행위에 대한 청구 부분에 대한 판단

사안에서 서울특별시교육감 권한대행이 이 사건 조례안을 2011. 12. 20. 서울특별시의회로부터 이송받았으므로, 청구인은 그로부터 20일 이내인 2012. 1. 9.까지만 서울특별시교육감 권한대행에게 재의요구를 요청할 수 있었다.

그렇다면 청구인이 권한행사 기간이 지난 뒤인 2012. 1. 20. 서울특별시교육감에게 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 요청한 것은 이미 소멸한 권한을 행사한 것으로 부적법하다. 따라서 서울특별시교육감이 이 사건 조례안

에 대하여 재의요구를 하여야 할 헌법이나 법률상의 작위의무가 있다고 볼 수 없다.

또한 피청구인은 이 사건 ‘서울특별시 학생인권 조례안’에 대한 재의요구를 철회하여 조례안이 확정된 이상 조례안을 공포할 권한이 있다(지방교육자치에 관한 법률 제14조 제3항, 제4항).

따라서 피청구인의 재의요구 부작위 및 조례 공포가 헌법과 ‘지방교육자치에 관한 법률’에 따른 청구인의 재의요구 요청 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있다고 볼 수 없다.

6. 이 결정의 의의

이 결정은 지방의회의 의결에 대한 지방자치단체의 장의 재의요구 권한과 중앙정부의 주무부 장관의 재의요구 요청 권한이 별도의 독립적인 것임을 처음으로 헌법적으로 명확히 해명하였다. 또한 지방의회의 의결에 대하여 지방자치단체의 장이 재의요구를 하였다고 하더라도, 지방의회가 재의결을 하기 전까지 재의요구를 철회할 수 있음을 명확히 하였다.

이 결정은 지방의회의 의결에 대한 재의요구에 관한 법률관계가 교육·학예에 관한 것과 그렇지 않은 의결에 있어서 공통된다는 점을 분명하게 정리하고, 조례안을 장기간 미확정 상태로 두는 것은 지역적인 민주적인 정당성을 가지고 있는 지방자치단체의 조례 제정권을 지나치게 제약한다는 점을 확인하여, 장래 지방자치의 제도적 발전에 기여할 것으로 기대된다.

이후 대법원도 제정조례안 의결 무효확인을 구하는 관련 사건에서 이 결정의 취지와 같이, 교육·학예에 관한 시·도의회의 의결사항에 대한 교육감의 재의요구 권한과 교육부 장관의 재의요구 요청 권한은 별개의 독립된 권한이고, 교육부 장관의 재의요구 요청이 있는 경우 교육감이 그 요청에 따라 재의요구를 할 수 있어야 하므로, 교육부 장관의 재의요구 요청기간은 교육감의 재의요구기간과 마찬가지로 시·도의회의 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내라고 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012추15 판결).

이 결정과 대법원의 판결로 조례안 등 지방의회의 의결에 대한 재의요구

요청권한의 행사기간은 지방의회의 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내로 한정되고, 그 이후에는 재의요구 요청권한이 소멸하며, 일반적인 권한이 있다 하더라도 행사기간의 경과 등으로 권한이 소멸한 경우에는 권한의 침해나 침해의 현저한 위험이 없다는 점이 분명하게 되었으므로, 앞으로는 유사한 사례가 청구된다면 부적법한 권한쟁의로 각하될 수도 있다.

접견교통권방해 등 위헌확인

- 수형자와 소송대리인인 변호사와의 접견내용을 녹음·기록한 행위가 수형자의 재판받을 권리를 침해하는지 여부 -
(헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398, 판례집 25-2하, 26)

우 관 제*

【판시사항】

- 가. 수형자인 청구인이 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사를 접견함에 있어서 그 접견내용을 녹음·기록한 교도소장의 행위(이하 ‘이 사건 녹취행위’라 한다)가 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)
- 나. 이 사건 녹취행위가 청구인의 재판받을 권리를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

교도소장이 2회에 걸쳐 수형자인 청구인이 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사를 접견할 때에 그 접견내용을 녹음·기록한 행위

【사건의 개요】

청구인은 2003. 12. 31. 대구고등법원에서 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(특수강도강간등)죄 등으로 징역 8년을 선고받아 위 형이 확정된 후 교도소에 수용 중, 교도관을 수차례 폭행하여 상해를 가하는 등의 범죄사실로 추가 실형을 선고받는 등의 물의를 일으켜 엄중관리대상자로 지정되었다. 그러던 중 청구인은 헌법재판소에 교도소 내 두발규제에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하면서 위 사건에 대한 국선대리

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

인선임신청을 하여 2011. 2. 1. 변호사 김상훈이 국선대리인으로 선정되었다.

변호사 김상훈은 청구인을 접견하기 위해 2011. 4. 20. 및 2011. 7. 19. 교도소에 접견신청을 하였으나, 피청구인은 변호인 접견실이 아닌 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용하였고, 청구인과 변호사 김상훈의 접견내용을 녹음, 기록하였다.

이에 청구인은 이 사건 녹취행위가 청구인의 재판받을 권리 등을 침해하였다며 그에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였다.

【결정요지】

수형자와 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화하게 되면 그로 인해 제3자인 교도소 측에 접견내용이 그대로 노출되므로 수형자와 변호사는 상담과정에서 상당히 위축될 수밖에 없고, 특히 소송의 상대방이 국가나 교도소 등의 구금시설로서 그 내용이 구금시설 등의 부당처우를 다투는 내용일 경우에 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 실질적으로 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등을 무력화시킬 수 있다.

변호사는 다른 전문직에 비하여도 더욱 엄격한 직무의 공공성 등이 강조되고 있는 지위에 있으므로, 소송사건의 변호사가 접견을 통하여 수형자와 모의하는 등으로 법령에 저촉되는 행위를 하거나 이에 가담하는 등의 행위를 할 우려는 거의 없다. 또한, 접견의 내용이 소송준비를 위한 상담내용일 수밖에 없는 변호사와의 접견에 있어서 수형자의 교화나 건전한 사회복귀를 위해 접견내용을 녹음, 녹화할 필요성을 생각하는 것도 어렵다.

이 사건에 있어서 청구인과 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사의 접견내용에 대해서는 접견의 목적이나 접견의 상대방 등을 고려할 때 녹음, 기록이 허용되어서는 아니 될 것임에도, 이를 녹음, 기록한 행위는 청구인의 재판받을 권리를 침해한다.

재판관 박한철, 김창종의 반대의견

수형자의 외부인과의 접견권을 인정하더라도, 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로, 수형자의 접

견의 자유에는 내재적 한계가 있어, 수행자의 접견권을 어느 정도까지 인정할 것인가는 기본적으로 입법권자의 입법정책에 맡겨져 있다고 할 것이다.

청구인이 교도관을 폭행하여 상해를 가한 범죄로 엄중관리대상자 중의 하나인 ‘관심대상수용자’로 지정되었고, 여러 차례 규율위반행위로 징벌처분을 받은 전력이 있는 사람인 점 등을 감안하면, 이 사건 녹취행위는 증거인멸이나 추가 범행을 예방하고 교정시설의 안전과 질서유지를 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단 역시 적합하다.

형집행법은 수행자의 외부인과의 접견내용을 청취·기록·녹음·녹화를 하지 않는 것을 원칙으로 하면서, 제41조 제2항에서 정한 특별한 사유가 있을 때에만 교도소장의 재량판단에 따라 예외적으로 녹음·녹화할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 예외적으로 녹음·녹화하는 경우에도 사전에 그 사실을 알려주고, 녹음·녹화한 접견기록물의 비밀보장이나 사후관리를 철저히 하여, 녹음·녹화로 인한 수행자의 기본권 침해 가능성을 최소화하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련해 두고 있다. 또한 수행자는 서신을 교환하는 방법을 통하여 변호사와 얼마든지 비밀스런 의견교환을 할 수 있고, 법정에서 직접 출석하여 변론하는 기회에 변호사와 비밀스러운 내용에 대하여 충분한 의견교환을 할 수도 있다. 그럼에도 수행자의 변호사와의 접견만을 특별히 취급할 경우 변호사가 아닌 다른 소송대리인(법정대리인, 가족, 변리사)과 접견하는 경우와 비교하여 합리적 이유 없는 차별의 문제를 발생시킬 수 있다.

그러므로 이 사건 녹취행위는 청구인의 재판청구권을 과도하게 제한하거나 침해한 경우에 해당하지 아니한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 ‘형집행법’이라고만 한다) 제41조 제2항은 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때(제1호)’, ‘수행자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때(제2호)’, ‘시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때(제3호)’ 중 어

는 하나에 해당하는 사유가 있을 때 교도소장은 교도관으로 하여금 수형자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 수형자에 대하여 녹음, 녹취 등의 제한 없는 무감시 접견을 허용하게 될 경우 접견을 병자하여 제3자와의 모의를 통해 외부세력과 연결하여 탈주를 기도하거나, 피해자 등에 대한 보복범죄를 교사하거나, 수용자끼리 연락하여 범죄행위를 준비하는 등 수용질서를 어지럽힐 우려가 있으므로, 이를 예방하고 구금의 목적을 달성하기 위해서는 접견내용에 대한 녹음, 녹화가 필요하다고 할 수 있다.

그런데 문제는 접견의 상대방이 수형자가 당사자로 되어 있는 민사, 가사, 행정, 헌법소원 등의 사건에서 소송대리인으로 선임된 변호사인 경우에도 그 접견내용을 녹음, 녹화하게 하는 것이 필요한 가에 있다. 미결수용자의 경우 변호인과의 접견은 절대적으로 그 내용을 녹음, 녹화할 수 없도록 하고 있다(형집행법 제84조 제1항). 형사사건 이외의 소송사건에서의 변호사는 소송의 당사자인 수형자의 방어권이나 변론권을 도와주는 조력자라는 입장에서 형사사건에서의 변호인과 그 지위가 매우 흡사하다. 따라서 수형자와 민사사건 등에 있어서 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화하는 행위에 대해서는 먼저 수형자의 변호인의 조력을 받을 권리의 침해의 측면에서 검토가 필요하다. 다음으로 교도소장이 접견과정에서 소송사건의 대리인인 변호사와의 접견내용을 녹취하게 되면 수형자의 입장에서는 변호사와의 자유로운 접견을 방해받을 수 있다는 점에서 재판받을 권리에 대한 침해 여부가 문제될 수 있다.

이하에서는 수형자의 교소 내에서의 접견실태를 살펴보고, 위 쟁점에 대한 판단을 하고자 한다.

2. 수형자의 접견실태

가. 수용자와 수형자의 구분

수용자란 수형자, 미결수용자, 사형확정자, 그밖에 법률과 적법한 절차에 따라 교도소, 구치소 및 그 지소에 수용된 사람을 말하고(법 제2조 제4호), 그 중 수형자란 징역형, 금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된

사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람(같은 조 제1호)을 말하며, 미결수용자란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 말한다(같은 조 제2호).

나. 미결수용자의 변호인 접견¹⁾과 수형자의 변호사 접견의 차이점

(1) 접견장소

미결수용자는 접촉차단시설이 없는 개방형 접견실에서 접견이 이루어지나, 수형자는 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 접견실에서 접견이 이루어진다(법 시행령 제58조 제4항).

(2) 접견횟수 및 시간

미결수용자는 접견횟수 및 시간에 제한이 없으나(법 제84조 제2항), 수형자는 원칙적으로 월 4회, 1회당 30분 이내의 범위 내에서 접견이 허용된다(법 시행령 제58조 제2, 3항).

(3) 청취, 기록, 녹음, 녹화

미결수용자와 변호인의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다(법 제84조 제1항). 법문 상에는 기록, 녹화가 누락되어 있으나, 기록, 녹화도 하지 못하는 것으로 해석된다. 이에 반하여 수형자와 변호사와의 접견에는 교도관의 참여하에 접견내용을 청취, 기록, 녹음, 녹화할 수 있다(법 제41조 제2항, 시행령 제62조).

(4) 서신검열

수형자의 경우 일정한 사유가 있는 경우 주고받는 서신의 내용을 검열할 수 있으나(법 제43조 제4항 단서), 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다(법 제84조 제3항).

1) 미결수용자도 형사사건의 변호인을 제외한 나머지 사람들이나 민사소송, 행정소송, 헌법소원 등의 소송에 있어서 선임된 변호사와의 접견은 그 장소, 횟수, 시간, 녹취 등에 있어서 수형자의 접견과 다를 바 없다(조성용, 교정연구(한국교정학회, 2011), 99면).

다. 수형자의 접견 실태²⁾

(1) 교도관 참여하의 일반접견

종래 수형자 접견을 위한 일반적인 접견실은 접촉 방지를 위해 수형자와 접견자 사이에 두 장의 유리wa 그 사이 철망이 설치된 채 대화를 위해 작은 구멍이 여러 개 뚫려 있었으며, 수형자 뒤쪽으로 교도관이 배석하여 대화 요지를 수기로 기재하는 방식이었다. 이처럼 종래에는 교도관이 참여하여 접견내용을 청취 및 기록하는 형태였고 녹음, 녹화는 행해지지 아니하였다.

(2) 무인접견관리시스템(녹음녹화접견실)에 의한 일반접견의 도입

그러나 교도관이 접견실마다 일일이 배석하여 대화 내용을 기재하는 방식의 비효율성, 작은 구멍을 통한 쪽지, 뽀족한 기구 등의 교환 위험성 등이 문제되어 개선이 필요하게 되었고, 한편 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’이 2007. 12. 21. 법률 제8728호로 전부개정 되면서 제41조 제2항에 일정한 경우 소장의 허가 아래 교도관이 접견내용을 청취, 기록뿐만 아니라 녹음 또는 녹화할 수 있게 되었으므로³⁾ 녹음, 녹화 등을 위한 시설도 필요하게 되었다. 그런데 현실적으로는 일반접견실 외에 법 제41조 제2항에 의한 별도의 녹음녹화용 접견실을 설치하기도 힘들 뿐만 아니라 교도관 인력 절감, 접견의 효율적 관리 등을 위해 기계화의 필요성이 대두되자 법 개정을 전후하여 전국 대부분의 교도소에는 기존의 일반접견실이 녹음녹화가 가능한 이른바 무인접견실로 개조되었다.

무인접견실은 스테인리스 창살을 사이에 두고 양면에 투명강화유리를 설치하여 수용자와 민원인 쪽 접견실이 완전 분리되도록 하였으며, 마이크콘솔을 통하지 않고는 대화를 할 수 없도록 방음시설 등이 설치되고, 접견시간이 끝나면 마이크와 스피커 작동이 자동으로 중지되도록 하였으며, 수용자의 접견상황을 영상으로 모니터링하기 위해 접견민원인 내벽에 영상카메라를 설치하도록 하고 있다⁴⁾. 그리고 수용관리 업무지침 개정안(법무부예규 제952

2) 헌법재판소 신진화 연구관이 작성한 2011헌마122 사건의 연구보고서를 참조하였다.

3) 구 행형법은 ‘접견시 교도관이 참여할 수 있다, 접견참여 및 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다’라고만 규정하고 있었고(제18조 제3, 4항), 이에 따라 구 행형법 시행령은 접견 참여 교도관의 기록에 대한 내용을 규정하였는데, 녹음, 녹화 등에 관한 규정은 없었다(구행형법 시행령 제58조 참조).

4) 2009. 9. 23. 수용관리 업무지침(법무부예규 제886호) 제146조(녹음녹화접견실 방음

호)에 의하면 위 ‘무인접견’이란 명칭은 ‘녹음녹화접견’으로 변경될 예정이다.

중전의 일반접견실에서의 접견과 비교하여 녹음녹화접견실에서의 접견은 교도관이 바로 옆에 배석해 있지 않고 다만 그 행동 등만이 모니터로 관찰됨으로써 수행자와 접견자는 보다 자유롭게 대화를 나눌 수 있는 장점이 있다. 그러나 장비를 통한 청취, 기록, 녹음, 녹화의 가능으로 중전에는 교도관 개인이 뒤에서 듣게 된 내용의 요지를 간단히 기재하는 데 그쳤던 반면, 녹음녹화접견실에서의 접견은 음성이 그대로 생생하게 녹음되고 또 사안에 따라 재생될 수 있으므로 대화 내용의 비밀은 철저히 위면되는 단점이 있다.

한편, 녹음녹화접견의 경우에도 일정한 경우 소장은 교도관을 참여케 할 수 있다⁵⁾.

그리고 법무부에서 운영하고 있는 위 녹음녹화접견관리시스템의 대상자 중 이 사건과 관련된 부분을 살펴보면 다음과 같다.

소장은 미결수용자의 접견시 변호인과 접견하는 경우를 제외하고는 녹음 녹화접견을 실시하도록 규정하고 있다(수용관리 업무지침 제141조 제1항). 다만, 형확정 대기 중인 미결수용자의 경우에는 변호인과 접견하는 경우에도 녹음녹화접견을 실시한다(수용관리 업무지침 제141조 제3항). 이에 반하여 수형자의 경우 소장은 수행자가 사형확정자, 엄중관리대상자 등 일정한 요건에 해당하는 경우에 한하여 녹음녹화접견을 실시하도록 규정하고 있는데(수용관리 업무지침 제141조 제2항 제1호 내지 7호), 이 사건 청구인은 수용 중 수차례에 걸쳐 교도소 직원을 폭행하는 사건 등으로 법 시행규칙 제194조의 엄중관리대상자(관심대상수용자)로 지정되었고, 이에 따라 녹음녹화접견의 대상자에 포함되었다.

시설 설치 등) 제1항 내지 제3항

5) 수용관리 업무지침 개정안(법무부예규 제952호)

제142조(녹음녹화접견시 교도관의 참여) ① 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 녹음녹화접견시 교도관을 참여하게 하여야 한다.

1. 법원 또는 검찰로부터 교도관의 참여를 요청받은 수용자
2. 조사 또는 징벌집행중인 수용자
3. 농아자 및 청각장애인인 수용자
4. 소장이 녹음녹화접견 시 교도관이 참여가 필요하다고 인정하는 수용자

(3) 예외적 ‘장소변경접견’ 또는 변호인접견의 허용

수형자의 교정성적이 우수한 때, 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때에는 소장의 재량으로 접촉차단시설이 없는 장소에서의 접견을 허용하고 있다(법 시행령 제59조 제3항). 이를 통상 ‘장소변경접견’이라고 한다. 위 장소변경접견에는 교도관을 참여하도록 하고 있다(수용관리 업무지침 제121조 제1항).

이외에도 다음에서 살펴볼 ‘법무부의 수형자 변호인 접견 지침’의 내용으로부터 추단하건대, 관행적(재량)으로 위 장소변경접견 대상 사유 등이 있는 수형자가 변호사와 접견을 하는 경우 미결수용자의 변호인 접견과 마찬가지로 접촉차단시설이 없는 장소에서 교도관의 참여나 기록 등이 없는 변호사 접견이 널리 인정되어 온 것으로 보인다.

라. 법무부의 수형자 변호인 접견 지침

법무부는 2009. 4. 16. 미결수용자의 변호인 접견과는 달리 수형자의 변호인 접견을 규율하는 명시적 규정 및 지침이 없어 전국 교정기관에서 통일적으로 적용할 지침이 필요하다는 이유로 수형자에 대한 변호인 접견 관련 업무기준(수용기획탐-3530)을 각 교도소로 시달한 바 있다.

그 내용을 요약하면, ① 수형자가 징벌 등 행정처분에 대해 행정소송, 헌법소원을 제기한 경우 변호인 접견교통권은 인정되지 아니하고, ② 수형자가 국가를 상대로 국가배상소송을 제기한 경우 변호인 접견교통권은 인정되지 아니하며, ③ 수형자가 형사 판결에 대해 재심 청구를 한 경우 변호인 접견교통권이 인정되지 아니하고, ④ 수형자가 추가 형사 사건으로 수사 또는 재판관을 받는 경우 변호인 접견교통권이 인정된다는 것이다. 즉 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없고⁶⁾, 징벌에 대해 행정소송, 헌법소원을 한 경우⁷⁾나 국가를 상대로 국가배상소송을 제기한 경우⁸⁾는 모두 형사 절차가 아니므로

6) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 1998. 8. 27. 96헌마398 등이 근거로 기재됨.

7) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다50184 판결이 근거로 기재됨.

8) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 서울중앙지방법원 2004. 6. 1. 선고 2003나5930 판

수형자에게 변호인 접견교통권이 인정되지 않으며, 재심 개시 여부를 결정하는 ‘재심 개시 절차’만으로는 안 되고⁹⁾, 재심개시결정이 내려져야만 변호인 접견교통권이 인정된다는 취지다. 또한 위 지침에는 ‘수형자에 대한 변호사 접견시 일반접견과 동일하게 법 제41조 및 시행령 제58조 등에 의거 처리’하고, ‘따라서 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 접견실에서 매월 4회, 회당 30분의 범위 내에서 접견을 진행하면 되고, 법 제41조 제1항 각호의 사유가 있을 경우 접견 불허 처분도 가능’하며, 다만 ‘예외적으로 시행령 제59조에 의거 소장의 결정으로 접견장소, 시간 및 횟수를 변경·증가할 수 있으므로 변호인 접견실에서의 접견도 가능하다’고 되어 있다. 특히 ‘현재 일선 기관에서는 위와 같은 예외적인 접견이 일상적으로 이뤄지고 있으나 원칙과 예외를 구분할 필요가 있음’을 고지하고 있다.

3. 변호인의 조력을 받을 권리의 침해 여부

가. 이 사건 결정의 내용

이 사건 결정은 변호인의 조력을 받을 권리가 수형자의 경우에도 그대로 보장되는지에 대하여, 『변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어 보면 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다고 선언한 바 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 430; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 564). 즉, 변호인의 조력을 받을 권리는 ‘형사사건’에서의 변호인의 조력을 받을 권리를 의미한다. 따라서 수형자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사사건, 행정사건, 헌법소원사건 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다 할 것이므로, 이 사건 녹취행위에 의하여 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 할 수는 없다.』 고 판시하였다.

결이 근거로 기재됨.

9) 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결이 근거로 기재됨.

나. 해설

(1) 변호인의 조력을 받을 권리의 내용¹⁰⁾

변호인의 조력을 받을 권리란 국가권력의 일방적인 형벌권 행사에 대하여 자신에게 부여된 헌법상·소송법상 권리를 효율적이고 독립적으로 행사하기 위하여 변호인의 도움을 얻을 피의자 및 피고인의 권리를 말한다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138, 판례집 16-2상, 543, 555).

헌법 제12조 제4항 본문은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’라고 규정하여 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상의 권리로서 보장하고 있고, 이에 근거하여 형사소송법 제30조 제1항은 ‘피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다’라고 규정하고 있다. 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 59).

(2) 수형자의 변호인¹¹⁾의 조력을 받을 권리의 인정 여부

(가) 부정론(헌법재판소 선례의 입장)

헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리가 수형자의 경우에도 그대로 보장되는지에 대하여, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어 보면 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는

10) 헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용인 접견교통권과 관련하여, “피의자·피고인의 변호인 접견교통권은 체포 또는 구속 당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체의 자유에 관한 기본권이고, 변호인 자신의 구속된 피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임에 그친다.”라고 판시한 바 있다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 368 참조).

11) ‘변호인’이란 피의자 또는 피고인의 방어력을 보충함을 임무로 하는 조력자(이재상, 형사소송법 제5판, 박영사, 122면) 형사사건을 엄두에 둔 개념으로, 민사사건이나 헌법소원사건에서는 변호인이라는 개념이 사용될 수 없다고 본다. 수형자가 형사사건으로 수사 또는 재판을 받는 경우에는 당연히 변호인의 조력을 받을 권리가 있으므로, 여기에서 논의하는 수형자의 변호인의 조력을 받을 권리 여부는 엄격히 말하면 수형자의 형사사건 이외의 사건에 있어서 변호사의 도움을 받을 권리를 의미한다.

원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다고 선언한 바 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 430; 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 564).

대법원도 구 행형법상 수형자에 대한 변호사 접견 제한에 대하여 “수형자는 자유형의 처벌을 받고 있는 자의 본질적 지위상 미결수용자에 비하여 접견 등의 빈도가 대폭 제한되어야 하고 그 제한의 정도는 일반적 접견권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교도소장 등 관계행정청의 재량에 속한다”고 판시함으로써 같은 입장을 취하고 있다(대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결 참조).

또한 헌법재판소는 형의 집행 중에 있는 수형자에게 구 행형법 제18조¹²⁾에 의하여 변호사와의¹³⁾ 접견교통권이 인정된다고 하더라도, 이는 헌법상의 권리는 아니므로, 청구인에 대한 접견의 제한은 헌법 제12조의 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 제한이 아니라 헌법 제27조의 재판청구권의 내용으로서 변호사의 도움을 받을 권리에 대한 제한으로 보아야 한다고 판시한 바 있다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 564-565).

(나) 인정론

헌법 제12조 제4항에서 ‘체포, 구속을 당한 때’를 미결구금의 경우로만 해석하는 것은 문언의 의미를 지나치게 좁게 해석하는 것이다. 즉 형이 확정된 수형자라 하더라도 자유가 박탈당한 상태이고 ‘구속’이라는 용어가 반드시 형사소송법상의 ‘구속’ 절차를 의미하는 것이 아니며, 구금상태에서 민사소송 등을 진행하게 되면 정상적인 공격과 방어활동을 수행할 수 없기 때문에 수형자에게도 변호사의 조력을 받을 권리가 보장되어야 하기 때문이다¹⁴⁾.

특히 국가 또는 구금시설을 상대로 하여 행정소송, 헌법소송 등을 제기하는 경우 수형자로서는 체포 또는 구속된 피의자 또는 피고인과 마찬가지로 절대적으로 열악한 증거수집능력, 방어능력, 법률적 조언의 차단이란 상황에 놓이게 되므로, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리는 이와 같은 경우에까지

12) 현행 법 제41조

13) 위 결정 원문에는 ‘변호사와의’가 아니라 ‘변호인과의’로 기재되어 있으나, 오키로 보인다.

14) 배종대·정승환, 행형학, 211-212, 한영수, 행형과 형사사법(2000), 278

확장, 적용되어야 할 필요성이 있다.

(다) 소결

이 사건과 같이 국가 또는 구금시설을 상대로 한 헌법소송, 그리고 기타 국가를 상대로 한 행정소송 또는 국가배상 등의 민사소송에서는 그 한쪽 당사자인 수행자의 지위가 증거를 확보하거나 효과적인 공격방어방법을 수립하는 등의 변론준비를 하기에는 상당한 제약이 뒤따른다. 따라서 이와 같은 소송사건에서 수행자의 소송대리인으로 선임된 변호사는 수행자의 방어권이 나 변론권을 도와주는 조력자라는 입장에서 형사사건에서의 변호인과 그 지위가 매우 흡사하므로, 체포 또는 구속된 상태하의 피의자·피고인에 준하여 그 권리가 보장될 필요가 있다는 논리가 충분히 가능할 수 있다. 그러나 위와 같은 소송 구조적인 불리함이 곧바로 국가기관의 형벌권의 엄중함과 동일시되기는 어렵고, 무엇보다도 헌법 문언상 형사 절차를 엄두에 두고 채용된 ‘변호인’이라는 문구를 일반 소송대리인의 신분을 나타내는 단어인 ‘변호사’에까지 확대하는 것은 해석의 한계를 넘어선다. 따라서 구금시설 수행자의 위와 같은 원천적 불리함은 오히려 헌법상 다른 기본권 항목으로 보장되어 있는 ‘재판청구권’에 문의하여 할 것이다.

따라서 종전의 헌법재판소의 선례는 지극히 타당하며, 이 사건은 위와 같은 선례의 입장을 재확인한 것이다.

4. 재판을 받을 권리의 침해 여부

가. 법정의견

(1) 법정의견은 다음과 같은 이유로, 수행자가 민사소송 등 소송사건으로 인하여 변호사를 접견하는 경우에는 그 접견내용의 비밀이 보장되어야 할 것이고, 특히 국가 또는 구금시설의 장을 상대로 한 소송절차가 진행 중인 경우에는 그러한 요구가 더욱더 절실히 요청된다 할 것이므로, 수행자와 변호사와의 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 허용되어서는 안 된다고 보았다.

첫째, 교도관 참여 하의 청취, 기록 또는 기계에 의한 녹음, 녹화 상태에서의 변호사 접견은 그로 인해 제3자인 교도소 측에 접견내용이 그대로 노출되므로 수행자와 변호사는 상담과정에서 상당히 위축될 수밖에 없다.

소송의 상대방이 국가나 교도소 등의 구금시설로서 그 내용이 구금시설 등의 부당처우를 다루는 내용일 경우에 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 실질적으로 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등을 무력화시킬 수 있게 된다. 소송의 내용이 교도소의 부당한 처우에 관한 것일 때에는 교도소장에 대한 소송의 준비 및 공격방어계획을 그 앞에 드러내도록 하는 것과 같고, 이는 결국 재판절차에서 첨예하게 이해가 대립하고 있는 반대당사자에게 자신의 소송계획, 공격방어방법을 그대로 실토할 것을 강요당하는 것에 다름없다. 그리고 접견내용에 대해서는 국가가 그 비밀을 보호하여야 할 의무가 있다는 취지의 형집행법 시행령의 규정((제62조 제3항, 제4항)은, 국가나 구금시설이 당해 소송사건의 반대편 이해당사자인 경우에도 제대로 준수될지는 장담하기 어렵다.

특히 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못하도록 하고 있는 현행 헌법소원제도 하에서(헌법재판소법 제25조 제3항), 수행자는 소송내용이나 계획 등을 노출시키지 않고 효과적인 공격방어방법을 준비하려고 해도 이와 같은 변호사강제주의로 말미암아 필연적으로 헌법소원 제기과정에서 변호사와 소송내용에 대하여 면담하여야 하고 그 과정에서 교도관의 청취 또는 녹음 등으로 인하여 소송내용이나 계획 등이 그대로 노출될 우려가 있어 효과적인 공격방어를 할 수 없게 된다. 이와 같이 소송의 실질적 상대방이라고 하여야 할 구금시설 직원의 청각적 감시 하에서 변호사와의 상담이 이루어지도록 하는 것은 너무나 불공평하고, 이를 용인한다면 공정한 재판을 받도록 한다는 이념은 완전히 몰각될 수 있다.

둘째, 접견의 상대방이 소송사건을 수임하여 그 직무를 수행하는 법률전문가라는 점을 고려할 때 변호사 접견을 통한 위와 같은 법령에 저촉되는 행위나 교정 질서를 어지럽히는 행위의 발생을 예상하기는 어렵다.

물론 소송사건의 변호사가 사선일 경우 수행자와의 관계에 따라서는 간혹 그 우려 등이 현실화될 가능성이 있으나, 변호사는 변호사법과 변호사윤리장전 등을 통하여 직무수행 중의 여러 가지 의무를 부담하고 있고, 이러한 의무를 위반한 때에는 징계처분을 받게 하고 있으며, 경우에 따라서는 위법행위로 인하여 형사처벌까지 받을 수 있는 등, 변호사로서의 지위에서 나오는

고도의 공익적 성격과 그 직무수행에 있어서의 의무위반으로 인한 제재효과 등에 비추어 볼 때, 소송사건의 변호사가 접견을 통하여 수형자와 모의하는 등으로 법령에 저촉되는 행위 또는 시설이나 수용질서를 어지럽히는 행위를 하거나 이에 가담하는 등의 행위를 할 우려는 거의 없다.

셋째, 그 접견의 상대방이 소송사건 때문에 법률자문을 위해 일시적으로 수형자와 관계를 맺게 된 법률가이고, 그에 따라 접견의 내용 또한 소송준비를 위한 상담내용일 수밖에 없는 변호사와의 접견에 있어서 수형자의 교화나 건전한 사회복귀를 위해 접견내용을 녹음, 녹화할 필요성을 생각하기란 쉽지 않다.

(2) 그러면서 법정의견은, 이 사건에 있어서 청구인과 변호사 김상훈의 접견은, 그 접견의 목적이 헌법소원 사건(2010헌마751)의 수행을 위한 상담일 수밖에 없고, 접견의 상대방은 위 소송 사건의 국선대리인이자 변호사의 직분을 가진 사람이라는 점, 특히 청구인은 헌법소원을 통하여 이감 전 교도소장이 자신에게 부당하게 머리를 자를 것을 지시하였다며 그 부당처우에 대한 위헌성을 다투었는바, 위 헌법소원의 내용에 비추어 청구인과 변호사 김상훈의 접견내용은 그 비밀이 보장될 필요성도 컸다고 보이는 점 등을 고려하여 이 사건 녹취행위는 청구인과 청구인이 제기한 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사와의 접견권을 지나치게 제한한 것으로서, 청구인의 재판받을 권리를 침해하였다고 판단하였다.

나. 반대의견

(1) 반대의견은 다음과 같은 이유로 수형자와 변호사와의 접견내용에 대한 녹음, 녹화행위가 수형자의 재판받을 권리를 침해하지 않는다고 보았다.

(가) 수형자의 교정·교화 및 건전한 사회복귀를 도모하기 위하여는 추가 범행 등을 예방하여야 하고, 교정시설은 다수의 수형자가 공동생활을 하는 곳이므로 그곳의 안전과 질서유지가 반드시 요구되는데, 청구인은 뒤에서 보는 것처럼 교도관 등을 폭행하여 상해를 가한 범죄로 추가 징역형을 3번이나 선고받아 엄중관리대상자 중의 하나인 ‘관심대상수용자’로 지정된 상태이고, 여러 차례 규율위반행위로 징벌처분을 받은 전력이 있는 사람인 점 등을

감안할 때 이 사건 녹취행위는 증거인멸이나 추가 범행을 예방하고 교정시설의 안전과 질서유지를 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단 역시 적합하다.

(나) 형집행법은 수형자가 변호사를 포함한 모든 외부인과 접견 시 청취·기록·녹음·녹화를 하지 않는 것을 원칙으로 하면서, 다만 예외적으로 수형자에게 형집행법 제41조 제2항에 정한 특별한 사유가 있을 때에만 비로소 교도소장의 재량판단에 따라 청취·기록·녹음·녹화를 실시할 수 있도록 규정하고 있다고 해석된다.

또한 형집행법은 예외적으로 접견내용을 녹음·녹화하는 경우에도 그로 인한 수형자의 기본권 침해 가능성을 최소화하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있다. 즉, 접견내용을 녹음·녹화하는 경우에는 수형자와 그 상대방이 접견실에 들어가기 전에 미리 말이나 서면으로 그 사실을 알려 주어야 하고(형집행법 제41조 제3항, 형집행법 시행령 제62조 제2항), 청취·녹음·녹화한 접견기록물에 대한 보호·관리를 위하여 접견정보 취급자를 지정하여야 하며, 접견정보 취급자는 직무상 알게 된 접견정보를 누설하거나 권한 없이 처리하거나 다른 사람이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용할 수 없다(형집행법 시행령 제62조 제3항). 특히 관계기관으로부터 ‘법원의 재판업무 수행을 위하여 필요하다거나 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요하다.’는 사유로 접견기록물의 제출을 요청받은 경우에만 그 기록물을 제공할 수 있다(형집행법 시행령 제62조 제4항).

(다) 무죄의 입증이나 최대한 가벼운 형을 선고받기 위하여 비밀스러운 소송전략이 필요할 수도 있는 형사사건과는 달리, 민사·가사·행정소송이나 헌법소원 사건에 있어서는 당사자주의나 구술변론주의 원칙상, 소장이나 심판청구서, 준비서면 및 증거서류 등의 부분이 상대방 당사자 등에게 미리 송달될 뿐 아니라, 각종 주장이나 증거방법이 공개변론과정이나 소송기록을 통하여 상대방에게 모두 공개될 수밖에 없는 점에 비추어 보면, 설사 소송내용과 관련한 변호사와의 접견내용이 상대방에게 공개되더라도 그러한 사정만으로 곧바로 현실적인 소송에서 불리하게 작용한다고 단정하기도 어렵다.

한편, 수용자는 문서 등을 집필할 수도 있고(형집행법 제49조 제1항), 외

부 사람과는 소장의 허가 없이도 원칙적으로 서신을 주고받을 수 있으며(형집행법 제43조 제1항, 제2항), 수용자가 주고받는 서신의 내용도 원칙적으로 검열받지 아니하므로(형집행법 제43조 제4항), 특별하게 교도소 측이 알아서는 아니 될 비밀스러운 내용이라면 수형자는 이러한 서신교환의 방법을 통하여 자신의 변호사와 얼마든지 비밀을 유지한 채 의견교환을 할 수 있다. 나아가 수형자도 형의 집행과 도망의 방지를 구금의 목적을 반하지 않는 범위에서는 자신의 재판에 직접 출석하여 변론할 권리를 가지고 있으므로(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마475, 판례집 24-1상, 615, 622), 수형자는 법정에서 직접 출석하여 변론하는 기회를 이용하여 자신의 변호사와 비밀스러운 내용에 대하여 충분한 의견교환을 할 수도 있을 것이다.

(라) 물론 변호사가 자신에게 부과된 여러 가지 직무상의 의무를 위반하는 행위를 할 위험성이 다른 일반인에 비하여 특별히 크다고 할 수는 없을 것이다. 하지만 수형자와 특별한 위임관계를 가지는 변호사라는 이유만으로 그 밖의 일반인과 비교하여 법률상 반입이 금지되는 물품을 수형자에게 전달할 위험이 없다거나 수형자의 다른 불법행위에 동조하지 않을 것이라고 속단하기는 어렵다. 비록 흔한 일은 아니지만 미결수용자의 변호인이 접촉 차단시설이 되어 있지 않은 변호인접견실에서 자유롭게 접견할 수 있고 그 접견내용을 녹음·녹화하지 못하게 하는 점을 악용하여 미결수용자에게 마약이나 담배 등을 전달하고, 휴대폰을 빌려 주어 외부와 멋대로 통화하도록 하거나 수형자의 범법행위에 도움을 주다가 적발되어 형사처벌 또는 징계를 받는 사례가 종종 발생하고 있다.

또한 수형자의 변호사와의 접견만을 특별하게 취급하는 것은 수형자가 변호사 아닌 소송대리인들과 접견하는 경우와 비교할 때 합리적 이유 없이 차별 취급하는 문제를 발생시킨다. 변호사가 아닌 사람도 일정한 요건 하에 소송 당사자의 재판청구권 행사를 도와주기 위하여 소송대리를 할 수 있다. 특히 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 특허법원에서의 심결 등 취소소송 절차에서 소송대리인이 될 수 있다(변리사법 제8조). 지적재산권에 관한 법률전문가라고 할 수 있는 변리사의 경우도 그 공공성, 윤리성 등에 관하여는 변호사와 별다른 차이가 없다고 보여 진다. 그 밖에 변호사와

의 접견 내용을 녹음·녹화하지 못하도록 특별한 취급을 할 경우, 수형자가 불필요한 소송제기를 남발하고 접견권을 남용하는 방편으로 변호사와의 접견을 활용할 가능성을 배제할 수 없다는 점, 특히 접견을 핑계 삼아 일부 유력한 수형자들의 옥중수발이나 자질구레한 심부름을 해주는 이른바 ‘집사(執事)변호사’가 교도소 내 반입이 금지된 물품을 수형자에게 전달하거나 수형자의 범법행위를 도와주는 등 접견 질서를 크게 훼손할 가능성도 없지 않다는 점 역시 문제로 지적할 수 있을 것이다.

(2) 그러면서 반대의견은 이 사건에 있어서 청구인이 수형생활 중 수차례 교도관들을 폭행하여 상해를 가하는 등의 범죄사실로 기소되어 추가형을 각 선고받은 사실 등으로 ‘관심대상수용자’로 지정된 점, 자신과 아무런 관련이 없는 텔런트 고 장○연 사건에 관하여 물의를 일으켜 ‘관심대상수용자’로 추가 지정된 점, 교도소에 수용된 이후로 약 27회에 걸쳐 규율위반으로 징벌집행을 받은 전력이 있고, 수용 중에 ‘환청, 피해망상’ 등의 증상으로 3차례에 걸쳐 정신과 치료를 받았는데, 정신과 전문의 또는 심리학자들은 청구인의 증상을 이른바 ‘관계망상증’으로 의심된다고 진단한 점, 자신과 아무런 관련이 없는 형사사건에서 허위의 자료를 법원에 우편으로 제출하였다가 증거위조 및 위조증거사용죄로 기소되어 처벌받은 점 등에 비추어 볼 때, 청구인은 수용 중 다시 돌발적인 행동이나 교정사고를 일으킬 우려가 많았고, 접견 중에도 그러한 심리상태나 속내를 내비칠 가능성이 많아 보였으므로, 청구인에 대해서는 수용관리에 있어서 특별한 관심을 가져야 할 필요가 있었고, 청구인이 제기한 헌법소원의 내용은 교도소장이 청구인에게 생활지도의 명목으로 이발할 것을 지속적으로 요구한 행위와 청구인의 머리카락을 약 10cm 자른 이발행위 및 그 이발행위의 근거규정인 형집행법 제32조 제2항, 교도관 직무규칙(2008. 12. 19. 법무부령 제654호로 개정된 것) 제33조 제1항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부가 심판대상인 사건이었으므로, 청구인과 국선대리인 변호사와의 접견내용에 교도소 측이 알아서는 아니 될 비밀스러운 내용이 포함될 여지가 별로 없고, 헌법적 판단만 남은 것으로 보인다는 이유 등으로, 이 사건 녹취행위로 인하여 청구인이 위 헌법소원과 관련한 재판청구권을 침해당하였다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

다. 해설

(1) 재판을 받을 권리의 제한

교도소장이 접견과정에서 소송사건의 대리인인 변호사와의 접견내용을 녹취하게 되면 그 접견내용에 대한 비밀을 보장받기 어려우므로, 수형자인 청구인의 입장에서는 변호사와의 자유로운 접견을 방해받게 되고, 그로 인하여 민사소송, 행정소송, 헌법소송 등에서 충분하고도 효과적인 소송수행이 어려울 수 있다. 따라서 수형자가 민사소송 등의 당사자의 지위에서 행하는 변호사와의 접견교통권이 보장되어야 함은 두말할 나위가 없다.

그런데 현재는 수형자의 변호사와의 접견교통권에 대하여 이를 ‘헌법상 재판을 받을 권리의 한 내용 또는 그로부터 파생되는 권리’로 파악하고 있다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478 참조). 따라서 이 사건 녹취행위는 결국 청구인의 재판을 받을 권리를 제한한다고 할 수 있다.

(2) 수형자의 법적 지위와 기본권 제한

자유형 수형자는 구금에 의하여 신체의 자유를 비롯한 기본권이 불가피하게 제한되며, 외부접촉을 전제로 하거나 행형 시설의 적극적인 조력을 요하는 기본권들도 행형 목적을 달성하기 위하여 상당 정도 제한된다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478 등). 따라서 수형자의 교화·갱생을 위하여 접견을 허용하는 것이 필요하다고 하더라도, 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있다고 하지 않을 수 없다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738).

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 2008. 5. 29. 2005헌마137, 판례집 20-1하, 187, 196).

(3) 재판을 받을 권리의 침해 여부

징역형의 집행은 수형자를 일정한 장소에 구금하여 사회로부터 격리하고 그 자유를 박탈하여 이에 징역을 가함으로써 범죄에 대한 응보를 하는 것을 목적 중의 하나로 하므로 신체적 자유가 속박되는 것은 이를 당연시할 수

있어도, 그 이외의 권리, 자유에 대해서는 징역형 집행의 또 다른 목적인 수형자의 교화, 갱생을 도모하는 것과, 구금시설이 다수의 수형자를 구금하여 집단으로 관리하는 시설이므로 내부의 규율질서를 유지하여야 한다는 두 가지 요청으로부터 필요한 경우에, 그 목적을 달성하기 위하여 합리적인 범위 내에서 제약을 가하는 것이 허용되는 데 불과하다 할 것이다.

수형자라고 하더라도 소송의 당사자로서 소송을 수행하는 것은 법률상 중대한 이해와 관련되어 있으므로 부정되어서는 아니 될 것이며, 이를 위해 외부와 의 교통이 중요한 수단이 됨은 명백하다. 특히 수형자와 소송대리인인 변호사와의 접견은 공정한 재판을 받을 권리의 측면에서 매우 중요한 의미를 가지고 있으므로, 이를 침해할 우려가 발생하지 않도록 충분히 배려할 필요가 있다. 따라서 수형자와 변호사와의 접견과 관련하여 구금시설 내부의 규율질서유지나 갱생을 위해 그 접견내용을 녹음, 녹화할 필요성이 있는지에 대한 판단에는 일정한 엄격함이 요구된다 할 것이다.

이러한 견지에서 법정의견은, 수형자와 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화하게 되면 그로 인해 제3자인 교도소 측에 접견내용이 그대로 노출되므로 수형자와 변호사는 상담과정에서 상당히 위축될 수밖에 없고, 특히 소송의 상대방이 국가나 교도소 등의 구금시설로서 그 내용이 구금시설 등의 부당처우를 다루는 내용일 경우에 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 실질적으로 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등을 무력화시킬 수 있음을 주지시키면서 여기에 변호사로서의 공익적 지위, 상담 내용 등에 비추어 볼 때 수형자와 소송대리인인 변호사와의 접견내용은 이를 녹음, 녹화할 필요성이 거의 없다는 점을 덧붙인 후, 이 사건 녹취행위는 결국 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하였다고 판단하였다. 그러면서 법정의견은 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화할 수 없게 되면, 수형자가 소송을 빙자하여 변호사와 모의하여 마약류나 담배 등 금지품의 반입이나 탈주를 기도하는 등의 위법행위나 교정 질서를 어지럽히는 행위를 도모하는 것을 통제할 수 없어 교정목적 달성을 심히 해할 수 있지 않겠느냐는 우려에 대해, 만일 위와 같이 수형자가 변호사와 모의하여 법령에 저촉되는 행위를 하거나 교정 질서를 어지럽힐 행위를 할 것이라는 점이 객관적이고도 구체적으로 의심되는 특별한 사정이 있는 때에

는 형집행법 제41조 제1항 단서에 의해 접견 자체를 제한함으로써 교정목적
을 달성할 수 있으므로 크게 문제될 것이 없다는 점도 아울러 덧붙였다.

이에 대하여 반대의견은, 수형자의 외부인과의 접견권을 인정하더라도, 구
금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가
필요하므로, 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있어, 수형자의 접견
교통권을 어느 정도까지 인정할 것인가는 기본적으로 입법권자의 입법정책
에 맡겨져 있다는 점을 전제한 후, 청구인이 교도관을 폭행하여 상해를 가한
범죄로 엄중관리대상자 중의 하나인 ‘관심대상수용자’로 지정되었고, 여러 차
례 규율위반행위로 징벌처분을 받은 전력이 있는 사람인 점 등을 감안하면,
이 사건 녹취행위는 증거인멸이나 추가 범행을 예방하고 교정시설의 안전과
질서유지를 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단 역시 적합하고,
형집행법에서는 접견내용의 녹음·녹화로 인한 수형자의 기본권 침해 가능
성을 최소화하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련해 두고 있다는 점과
형집행법이나 관련 법령에서 수형자에게도 인정되고 있는 다른 여러 가지
대체수단을 통하여 얼마든지 변호사와 비밀스러운 내용에 대하여 충분한 의
견교환을 할 수도 있다는 점, 그리고 수형자의 변호사와의 접견만을 특별히
취급할 경우 변호사가 아닌 다른 소송대리인(법정대리인, 가족, 변리사)과
접견하는 경우와 비교하여 합리적 이유 없는 차별의 문제를 발생시킬 수 있
다는 점 등을 이유로 이 사건 녹취행위는 청구인의 재판청구권을 과도하게
제한하거나 침해한 경우에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

5. 이 사건 결정의 의의

여러 사법 상황에서 수형자에게도 공정한 사법절차 참여의 기회가 주어져
야 함은 법치주의의 당연한 요청이다. 자유형을 부과하여 이를 집행한다는
것은 유죄가 선고된 사건에 대한 형벌로 신체의 자유와 거주이전의 자유를
제한하는 것일 뿐, 거기에서 더 나아가 수형자로 있는 기간 동안에는 사법절
차 참여에 있어서도 불이익을 감수하여야만 한다는 것은 아니다. 즉, 수형자
에게 헌법상 공정한 재판을 받을 권리를 제한할 어떠한 수용목적도 발견할
수 없다.

수행자가 당사자로 되어 있는 소송사건의 접견에 있어서 실제 접견의 경험을 가지고 있는 상당수의 변호사가 교도소 측의 많은 제약으로 충분한 상담을 하지 못하고 있다는 문제점을 지적해 왔다. 특히 소송사건이 당해 교도소 내에서의 처우 내지는 사건을 문제 삼는 경우에는, 교도소 직원이 입회하여 접견시의 상담내용을 알 수 있는 상태에서는 충분한 대화를 할 수 없고 상담의 목적을 달성할 수 없는 경우가 있을 수 있음은 쉽게 이해할 수 있다. 만일 그러한 상태에서 소송을 진행하여야 한다면, 단지 수행자라는 이유 때문에 소송에서 불리한 입장에 놓여지게 되고 소송에서의 ‘무기평등의 원칙’에 반하며, 재판의 공정성이 방해받게 된다. 또한 접견의 상대방이 변호사라는 공익적 지위에 있는 사람이라는 점에 비추어 변호사가 수행자와 공모하는 등으로 위법행위를 하거나 수용질서를 어지럽히는 행위를 할 가능성은 거의 없다. 이 사건 결정은 이와 같은 사정을 고려하여 수행자인 청구인과 그가 제기한 헌법소원 소송사건의 대리인인 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화한 이 사건 녹취행위가 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하였다는 점을 명백히 하였다.

재판취소

- 당해사건에 대한 계속 적용 헌법불합치 결정의 효력 -
(헌재 2013. 9. 26. 2012헌마806, 판례집 25-2하, 111)

정 인 경*

【판시사항】

1. 위헌으로 선언한 법률조항의 계속 적용을 명하는 헌법불합치 결정의 기속력
2. 계속 적용을 명하는 헌법불합치 결정 당시 그 대상과 동일한 법률조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어 법원에 위헌여부심판의 제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 재판에서 헌법불합치 결정의 취지에 따라 해당 법률조항을 그대로 적용한 경우, 헌법재판소 결정의 기속력에 반하여 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판에 해당하는지 여부(소극)

【심판대상】

- (1) 수원지방법원 2011. 10. 19. 선고 2010구합15811, 2011구합861(병합) 판결, (2) 서울고등법원 2012. 4. 17. 선고 2011누40273, 2011누10280(병합) 판결, (3) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두11638, 2012두11645(병합)(이하 ‘이 사건 판결들’이라 한다) 판결이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률조항을 적용함으로써 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부

* 헌법연구관

【사건개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 안산시장이 인가·고시한 도시계획시설(골프장) 사업 부지에 포함된 토지를 소유하고 있던 사람들로, 청구인들의 토지가 2010. 10. 11. 수용재결되자, 위 수용재결의 취소를 구하는 소송을 제기하고(수원지방법원 2010구합15811, 2011구합861(병합)) 위 소송 계속 중 공공필요성이 있는 사업인지 여부를 불문하고 민간기업에게 토지수용권을 부여하고 있는 구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘구 국토계획법’이라 한다)’ 제2조 제6호 라목 중 체육시설 부분 및 같은 법 제95조 제1항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였다(수원지방법원 2011아221, 2011아222).

나. 한편, 헌법재판소는 2011. 6. 30. 민간 사업시행자에게 토지수용권을 부여한 구 국토계획법 제95조 제1항은 헌법에 위반되지 않으나, 구 국토계획법 제2조 제6호 라목 중 체육시설 부분은 헌법상 포괄위임금지원칙에 위배된다는 이유로 헌법불합치결정을 하면서, 2012. 12. 31.을 시한으로 계속 적용을 명하였다(헌재 2008헌바166·2011헌바35(병합), 이하 ‘이 사건 불합치결정’이라 한다).

다. 위 헌법재판소 결정 이후 수원지방법원은 청구인들이 제기한 위 수용재결의 취소 청구를 기각하였고, 위헌법률심판 제청신청에 대하여는 이 사건 불합치결정으로 더 이상 위 조항들이 심판대상이 될 수 없다는 이유로 각하하였다. 이후 청구인들은 위 기각 판결에 대하여 항소, 상고하였으나 모두 기각되어 패소판결이 확정되었다(서울고등법원 2011누40273, 2011누10280(병합), 대법원 2012두11638, 2012두11645(병합)).

라. 이에 청구인들은 위 각 판결이 헌법재판소가 실질적으로 위헌으로 판단한 법률을 그대로 적용함으로써 청구인들의 기본권을 침해하였다며 2012. 10. 4. 위 각 판결의 취소를 구하는 헌법소원을 제기하였다.

2. 관련 조항

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고 2012. 12. 18. 법률 제11579호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

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

라. 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설 제95조(토지 등의 수용 및 사용) ① 도시계획시설사업의 시행자는 도시계획시설사업에 필요한 다음 각호의 물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있다.

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

【결정요지】

1. 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다. 다만 헌법재판소는 위헌결정을 통하여 위헌법률을 법질서에서 제거하는 것이 오히려 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 헌법불합치 결정을 하면서 위헌법률을 일정 기간 동안 계속 적용을 명하는 경우가 있는데 모든 국가기관은 이에 기속되고, 법원은 이러한 예외적인 경우에 위헌법률을 계속 적용하여 재판할 수 있다.

2. 헌법재판소는 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류를 정한 구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제2조 제6호 라목 중 체육시설 부분(이하 ‘이 사건 체육시설조항’이라 한다)에 대하여, 헌법불합치결정을 하면서 “2012. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다”고 명하였는바(헌재 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166등 참조), 청구인들이 취소를 구하는 이 사건 판결들이 위 헌법불합치 결정 당시 이 사건 체육시설조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어 법원에 그 위헌여부심판의 제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 판결들이라 하더라도, 모두 헌법재판소가 정한 개정

시한 이전에 선고되었고 위 헌법불합치 결정에 취지에 따라 재판한 것이므로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 재판이라 할 수 없고, 따라서 이 사건 판결들은 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판에 해당하지 아니한다.

【해설】

1. 쟁점

이 사건 헌법소원은 이른바 ‘재판소원’에 해당하는데, 재판소원은 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에 해당하지 않는 한 부적법하다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 859 참조). 그런데 헌법재판소가 이 사건 불합치결정에서 이 사건 체육시설조항에 대하여 입법시한까지 계속 적용을 명하였고, 이 사건 판결들은 일응 위 결정에 따라 재판한 것이므로, 일응 이 사건 판결들은 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판에 해당한다고 보기 어렵다.

그러나 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정은 이미 헌법에 위반된다고 확인된 법률조항의 계속 적용을 명하는 것이므로 법치주의의 원리상 가능한 그 정당성이 인정되는 범위에서 제한적으로 해석하여야 한다는 측면에서 볼 때, 계속 적용을 명한 헌법불합치결정에서 위헌으로 판단된 부분이 구분 가능할 경우 그 부분에도 계속 적용 명령의 효력이 인정되는지 의문이 제기된다.

또한 적용 중지를 명하는 헌법불합치결정과 달리, 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정의 경우 위헌결정의 계기를 부여한 당해사건이나 병행사건에도 불합치로 선언된 법률조항을 그대로 적용하게 됨으로써 당해사건이나 병행사건조차 구제받지 못하게 되는 결과가 초래되므로, 위헌결정의 장래효 원칙에 대한 예외적 소급효 인정과 마찬가지로 계속적용 헌법불합치 결정의 경우에도 위헌결정의 계기를 부여한 당해사건 또는 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 있거나 법원에 위헌여부심판제청이 되어 있는 경우의 당해사건에 한하여는 계속 적용을 거부함이 타당한 것이 아닌가 하는 문제 제기도 가능하다.

먼저 이 사건 불합치결정의 내용을 살펴본 후, 위와 같은 문제 의식을 가지고 이 사건 헌법소원 심판청구를 다른 각도에서 접근할 수 있는지 살펴보기로 한다.

2. 이 사건 불합치결정의 내용

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

가. 헌법재판소는 위 사건에서 심판대상 중 체육시설을 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류인 국토계획법 제2조 제6호 라목 중 “체육시설” 부분(이 사건 체육시설조항)에 대하여는 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을, 민간기업이 도시계획시설사업의 시행자로서 도시계획시설사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있도록 규정한 국토계획법 제95조 제1항의 “도시계획시설사업의 시행자” 중 “제86조 제7항”의 적용을 받는 부분¹⁾(이 사건 수용조항)에 대하여는 합헌 결정을 하였다.

이에 대하여, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서는 하위법령에서 비로소 규정된 사항을 위헌의 사유로 보아서는 안 된다는 재판관 목영준의 일부별개의견, 민간기업이 수용을 할 경우 그 수익을 공적으로 귀속시키는 조치와 같이 국가가 수용을 하는 경우보다 더 엄격한 요건이 수반되어야 하는바 국토계획법상 수용 부분은 그러한 요건을 갖추지 못하므로 헌법상 평등권, 재산권을 침해하여 위헌이라는 재판관 김종대의 일부반대의견, 회원제 골프장은 공공필요성이 부족하므로 그 건설사업을 위하여 토지수용권을 부여한 것은 헌법 제23조 제3항에 위반되고, 국토계획법상의 ‘체육시설’ 부분은 위헌성이 있다고 보기 어렵다는 재판관 조대현의 반대의견이 있었다.

나. 위 결정의 요지는 다음과 같다.

(1) 이 사건 체육시설조항에 대한 판단

기반시설의 종류로서 체육시설을 규정한 이 사건 체육시설조항은 이 사건

1) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정된 것) 제95조 (토지 등의 수용 및 사용) ① 도시계획시설사업의 시행자는 도시계획시설사업에 필요한 다음 각호의 물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있다.

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

수용조항과 결합한 전반적인 규범체계 속에서 도시계획시설사업의 시행을 위해 수용권이 행사될 수 있는 대상의 범위를 확정하는 역할을 하므로 재산권 제한과 밀접하게 관련된 조항이라 할 것이다. 그런데 특히 재산권 수용에 있어 요구되는 공공필요성과 관련하여 살펴본다면 체육시설은 시민들이 손쉽게 이용할 수 있는 시설에서부터 그 시설 이용에 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설, 시설이용비용의 다과와는 관계없이 그 자체 공익목적에 위하여 설치된 시설 등에 이르기까지 상당히 넓은 범위에 걸쳐 있다. 따라서 그 자체로 공공필요성이 인정되는 교통시설이나 수도·전기·가스공급설비 등 국토계획법상의 다른 기반시설과는 달리, 기반시설로서의 체육시설의 종류와 범위를 대통령령에 위임하기 위해서는, 체육시설 중 공공필요성이 인정되는 범위로 한정해 두어야 한다. 그러나 이 사건 체육시설조항은 체육시설의 구체적인 내용을 아무런 제한 없이 대통령령에 위임하고 있으므로, 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸고, 이로 인해 시행령에서 공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설까지도 체육시설의 종류에 속하는 것으로 규정되는 경우에는 그러한 시설을 설치하기 위해서까지 수용권이 과잉행사될 우려가 발생하게 된다. 그렇다면, 이 사건 체육시설조항은 개별 체육시설의 성격과 공익성을 고려하지 않은 채 구체적인 범위를 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하여 포괄위임금지원칙에 위배된다.

(2) 이 사건 수용조항에 대한 판단

도시계획시설사업은 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족된다. 또한 이 사건 수용조항은 도시계획시설사업의 원활한 진행을 위한 것이므로 정당한 입법 목적을 가진다. 민간기업도 일정한 조건하에서는 헌법상 공용수용권을 행사할 수 있고, 위 수용조항을 통하여 사업시행자는 사업을 원활하게 진행할 수 있으므로, 위 조항은 위 입법 목적을 위한 효과적인 수단이 된다. 만약 사업시행자에게 수용권한이 부여되지 않는다면 협의에 응하지 않는 사람들의 일방적인 의사에 의해 도시계획시설사업을 통한 공익의 실현이 저지되거나 연기될 수 있고, 수용에 이르기까지의 과정이 국토계획법상 적법한 절차

에 의해 진행되며, 사업시행자는 피수용권자에게 정당한 보상을 지급해야 하고, 우리 법제는 구체적인 수용처분에 하자가 있을 경우 행정소송 등을 통한 실효적인 권리구제의 방안들을 마련하고 있는 점 등에 비추어 이 사건 수용조항이 피해의 최소화 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 우리 국가공동체에서 도시계획시설이 수행하는 역할 등을 감안한다면 위 수용조항이 공익과 사익간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 수용조항은 헌법 제23조 제3항 소정의 공공필요성 요건을 결여하거나 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하지 않는다.

(3) 이 사건 체육시설조항에 대하여 불합치결정을 하면서 계속적용을 명하는 이유

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

□ 일부별개의견(재판관 목영준)의 요지

다수의견은 위헌 이유로서 하위법규에서 비로소 규정된 “골프장”을 예시하고 있는바, 이는 이 사건 헌법소원이 “법률”의 위헌성만을 판단하는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원인 점에서 위헌 이유의 혼동을 초래하는 것이다. 또한 다수의견은 헌법불합치결정을 하면서 “공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설”이라는 모호한 예시를 함으로써 위헌인 사유가 무엇인지, 위헌적 부분이 어디까지인지에 대하여 입법자로 하여금 판단하기 곤란하게 하고 있다. 이는 결국 헌법불합치 결정의 기속력과 실효성을 떨어뜨리는 결과를 초래한다.

3. 계속 적용 불합치결정의 기속력 및 효력범위 제한 가능성

가. 헌법불합치결정의 기속력 및 문제점

(1) 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다. 헌법재판소의 또 다른 변형결정의 하나인 헌법불합치결정의 경우에도 개정입법시까지 심판의 대상인 법률조항은 법률문언의 변화 없이 계속 존속하나, 헌법재판소에 의한 위헌성 확인의 효력은 그 기속력을 가지는 것이다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 860 참조).

또한 헌법재판소가 적용 중지 헌법불합치결정을 하는 경우에는 위헌적 법률은 효력을 상실하여 법질서에서 소멸하는 것이 아니라 형식적으로 존속하게 되나, 원칙적으로 위헌적 법률의 적용이 금지되고, 헌법심판의 계기를 부여한 당해사건은 물론 심판대상 법률이 적용되어 법원에 계속 중인 모든 사건의 재판절차가 정지된다. 이는 입법자가 위헌법률을 합헌적인 상태로 개정할 때까지 법원의 판단이 보류되어야 하며, 법원이 개정된 법률에 의하여 판단을 함으로써 사건의 당사자가 개정법률의 결과에 따른 혜택을 받을 수 있는 기회를 그 때까지 열어 놓아야 한다는 것을 뜻한다(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-1, 461, 469 참조).

다만 헌법불합치결정을 하면서 예외적으로 위헌으로 판단한 법률을 계속 적용할 것을 명하는 경우가 있는데, 위헌결정을 통하여 위헌법률을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 즉 위헌법률을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가 오히려 위헌결정으로 인하여 초래되는 법적 공백 또는 혼란이라는 합헌적인 상태보다 예외적으로 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정한 기간 동안 위헌법률을 잠정적으로 적용할 것을 명할 수 있고(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-1, 461, 469; 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 판례집 20-2하, 1, 75; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473, 491-492 각 참조), 법원은 이러한 예외적인 경우에 한하여 위헌법률을 계속

적용하여 재판을 할 수 있다(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-1, 461, 469, 472 참조).

따라서 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정의 기속력은 헌법재판소법 제 75조 제6항 및 제47조에 의한 위헌결정의 기속력 또는 헌법불합치결정의 원칙적인 모습이라 할 수 있는 적용중지 불합치결정의 기속력과 같은 의미라 할 수 없다.

(2) 이와 같이 계속 적용 헌법불합치결정의 경우 헌법재판소의 위헌 판단에도 불구하고 법원은 입법 시한까지 해당 법률조항을 그대로 적용하여야 하는데, 계속 적용 헌법불합치결정도 본질적으로 위헌결정에 해당한다는 점에서, 그 결정의 이유를 살펴볼 때 합헌으로 판단한 부분과 위헌으로 판단한 부분을 가려낼 수 있고 만약 계속 적용을 명한 이유가 합헌으로 판단한 부분의 유지를 위한 것이라면 위와 같은 효력을 제한할 수 있는 것은 아닌지, 즉 헌법불합치결정의 이유를 실질적으로 살펴 계속 적용 명령이 미치는 범위를 제한할 수 있는 가능성은 없는지 살펴볼 필요가 있다.

나. 헌법재판소 결정례 및 법원의 판례

(1) 헌법재판소는 위 문제에 대하여 입장을 명확한 밝힌 바 없으나, 계속 적용을 명한 헌법불합치결정 중, 주문에서 계속 적용을 명하였으나 이유에서 그 효력 범위를 합헌적인 부분에 한정한다는 취지를 밝힌 예가 상당수 있다(헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 판례집 13-1, 941, 950²⁾; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 63³⁾; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 판례집

2) 제조담배의 재반입시 담배소비세의 환급사유를 ‘제조장 또는 보세구역에서 반출된 제조담배가 포장 또는 품질의 불량 등의 사유로 제조장 또는 수입판매업자의 제조담배의 보관 장소로 반입된 경우’로 한정하고 있는 지방세법 조항이 특별한 사정 없이 그 밖의 사유로 재반입한 경우를 합리적 이유 없이 차별하여 조세평등주의에 위배된다고 판단하고 계속적용 불합치결정을 한 사례, 이유에서 담배소비세의 공제 및 환급의 근거규정이 되는 범위 내에서 잠정적으로 존속한다고 판시

3) 전통사찰의 경내지 등에 대한 모든 유형의 소유권 변동이 전통사찰을 훼손할 수 있음에도 불구하고, 다른 소유권 변동 원인과 달리 ‘공용수용’으로 인한 소유권 변동에 대해서는 아무런 규제를 아니한 것이 평등원칙에 위반된다고 판단하고, 계속 적용 불합치결정을 한 사례 - 제한된 범위 내에서 민족문화유산인 전통사찰을 보존하고 있는 근거규정이 효력을 잃게 됨으로써 상당한 법적 공백이 생기게 되므로 기존의 규제 유형에 대하여 잠정적으로 적용해야 한다고 판시

15-2하, 466, 479⁴⁾⁵⁾).

(2) 대법원 또한 이 문제에 대하여 명확한 입장을 밝힌 바는 없으나, 헌법재판소의 계속 적용 명령에도 불구하고 결정의 전취지를 고려할 때 위헌적인 판단 부분을 가려낼 수 있다면 그 부분에는 계속 적용의 효력이 미치지 않는다고 판단한 예가 있다.

□ 대법원 2011. 9. 29. 2008두18885 판결

- 해병대 부사관으로 복무하다가 만기 전역한 후 외상후성 정신장애가 발생한 甲이 관할관청에 상이연금 지급청구를 하였으나 구 군인연금법 제23조 제1항에서 정한 ‘공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 되어 퇴직할 때’에 해당하지 않는다는 이유로 거부되자 법원에 거부처분 취소를 구하는 소송을 제기하는 한편, 취소 소송 계속 중 위 조항에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하여 헌법불합치결정(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128)⁶⁾을 받은 사안에서, 헌법재판소가 구법 조항의 위헌성을 확인하였음에도 일정 시한까지 구법 조항의 계속 적용을 명한 것은 구법 조항에 근거한 기존 상이연금 지급대상자에 대한 상이연금 지급을 계속 유지할 필요성 때문이고 구

- 4) 임용기간이 만료된 대학교원에 대한 재임용거부를 재심청구의 대상으로 명시하지 않은 교원지위향상을위한특별법 조항에 대하여 계속적용 불합치결정을 하면서, 「교원지위법조항은 이 사건과 같이 임용기간이 만료되어 재임용거부된 대학교원의 경우 이외에 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우 이에 대한 불복규정의 범위 안에서는 합헌적으로 적용되어 온 것이므로, 입법자가 위와 같이 재임용이 거부된 대학교원에 대한 불복규정을 보완하는 방향으로 법률을 개정할 때까지 동 조항을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다고 판단된다. 따라서, 교원지위법조항의 효력은 임용기간이 만료되어 재임용거부된 대학교원의 경우 이외에 교원이 징계처분 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우 이에 대한 불복의 근거가 되는 범위내에서 잠정적으로 존속한다」고 판시
- 5) 이에 대하여 입법부작위에 대한 위헌선언은 권력분립에 반하지 아니하므로 불합치결정을 하되, ‘기간을 정하여 임용된 대학교원이 임용기간이 만료되어 재임용이 거부된 경우에 그 불복을 위한 사후구제절차에 관한 규정을 두지 아니한 것은 헌법에 위반됨을 확인한다.’는 주문을 별도의 항으로 밝혀야 한다는 재판관 김영일의 반대의견도 있었다(위 판례집, 481-482 참조).
- 6) 헌법재판소 판례집 22-1하, 473: 위 결정에서 헌법재판소는 주문에서 단지 입법시한까지 계속적용을 명하였고, 이유에서 그 효력범위를 명시적으로 제한하지 아니하였으나, 재판관 조대현은 ‘군인이 공무상 질병 또는 부상으로 퇴직한 후에 폐질상태로 된 경우에 상이연금을 지급하도록 규정하지 아니한 입법부작위에 대해서만 위헌을 선언하여야 한다.’고 별개의견을 밝힌 바 있다.

법 조항에 의한 불합리한 차별을 개선입법 시행 시까지 계속 유지할 근거로는 보이지 않으므로, 위 헌법불합치결정에서 구법 조항의 계속적용을 명한 부분의 효력은 기존 상이연금 지급대상자에게 상이연금을 계속 지급할 수 있는 근거규정이라는 점에 미치는 데 그치고, ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우’에 대하여 상이연금 지급을 배제하는 근거규정이라는 점까지는 미치지 않는다고 보는 것이 타당하다고 보고, 구법 조항 가운데 해석상 ‘군인이 퇴직 후 공무상 질병 등으로 인하여 폐질상태로 된 경우’를 상이연금 지급대상에서 제외한 부분은 여전히 적용 중지상태에 있다고 보아야 한다고 판단한 바 있다.

(3) 위와 같이 헌법불합치결정 중 비록 이유 부분에서지만 계속 적용의 효력이 미치는 범위를 명시한 예가 있고, 대법원 판례 중에도 결정의 이유를 살펴 위헌으로 판단한 부분에 계속 적용을 거부한 예가 있다. 그런데 위 사건들은 모두 과도한 규율이 문제된 것이 아니라 수혜적 조치 등으로 인한 평등원칙 위반이 문제되었던 사건들로, 계속 적용을 명한 부분은 모두 수혜적 조치의 기존 대상 또는 법령의 기존 규율 대상에 대한 것이었다. 따라서 일정 부분까지 포함하여 규율함이 과도한지 또는 일정 부분까지 규율대상으로 포함될 수 있도록 하위 법규에 포괄적으로 위임한 법률조항의 포괄위임 금지 등이 문제된 이 사건 불합치결정과는 논의의 국면이 다른 측면이 있다.

따라서 위 사례들은 계속 적용 헌법불합치결정의 이유를 살펴볼 때 위헌으로 판단한 부분을 가려낼 수 있다면, 합헌적인 부분에 한하여 계속 적용의 효력을 인정할 수 있다는 근거로 삼을 만한 직접적 사례가 되기는 어렵다.

다. 이 사건 불합치결정에서 계속 적용 명령의 일부 제한 가능성⁷⁾

헌법재판소는 이 사건 불합치결정에서 이 사건 체육시설조항이 헌법상 포괄위임금지원칙에 위배된다는 이유로 헌법에 위반된다고 판단한 것이므로, 심판대상 자체에서 위헌으로 판단한 부분을 명확히 구분할 수 있는 경우에는 해당하지 않는다.

7) 계속 적용 헌법불합치결정의 효력 제한에 관한 일반적 논의에 대하여는 김정중, ‘비형벌조항에 대한 잠정적용 유형의 헌법불합치결정의 효력’, 대법원판례해설 89호 (2011. 9. 29.), 7면 이하 참조

그러나 ① 이유에서 ‘체육시설’은 시민들이 손쉽게 이용할 수 있는 시설에서부터 그 시설 이용에 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설 또는 시설의 이용비용 초과와는 관계없이 그 자체 공익목적에 위하여 설치된 시설 등에 이르기까지 상당히 넓은 범위에 걸쳐 있는데, 이 사건 체육시설조항에서 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과 대통령령에서 공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설까지도 체육시설의 종류에 속하는 것으로 규정되는 경우가 발생하였고 그로 인해 수용권이 과잉행사될 우려를 발생시켰음을 지적한 것에 비추어볼 때, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서 심판대상은 법률조항에 한정되기 때문에 이 사건 체육시설조항에 대한 위헌 여부를 판단하면서 위와 같이 골프장 부분만을 떼어내어 판단할 수 없는 사정이 있었다고 봄이 상당하고, 실질적으로는 체육시설 중 골프장 시설에 대한 판단 또는 적어도 일반인들이 과도한 경제적 부담을 하여야 하는 소위 회원제 골프장이나 그러한 회원제를 중심으로 운영되는 골프장 시설(다음부터 이를 통틀어 ‘회원제 골프장’이라 한다)에 대해서 공공필요성이 인정되지 않는 시설이라고 판단한 것으로 볼 수도 있다.

나아가 회원제 골프장이 ‘국민의 건강 증진과 여가 선용을 위해’ 반드시 필요한 도시계획시설로서의 체육시설에 해당한다고 보기는 어려우므로 이 부분에 대해서 적용을 중지하더라도 법적 공백과 혼란이 예상된다 할 수 없는 점 등을 고려할 때, 이 사건 불합치결정의 계속 적용 명령에도 불구하고 민간 사업자가 시행하는 골프장 사업을 위해 토지를 수용당한 청구인들의 사안에는 이 사건 체육시설조항의 계속 적용을 거부하는 것이 구체적 타당성의 실현에 더욱 부합한다고 볼 수 있는 여지가 있다.

4. 계속적용 헌법불합치결정과 소급효

가. 문제점

(1) 헌법재판소법 제47조 제2항 본문에서 위헌결정의 원칙적 장래효를 규정하고 있음에도 헌법재판소 및 대법원 모두 예외적으로 당해사건 등에 위헌결정의 소급효를 인정하고 있다.

대법원은 헌법재판소의 위헌결정의 효력과 관련하여, 법률의 위헌결정의 계기를 부여한 당해사건, 위헌결정 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 있거나 법원에 위헌여부심판제청이 되어 있는 경우의 당해사건과 별도의 위헌제청신청은 하지 아니하였으나 위헌여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 모든 일반사건(이하 ‘병행사건’이라 한다)에 대하여 각 소급효가 인정될 뿐만 아니라 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 보고, 다만 위헌결정의 효력은 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니어서, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효가 제한된다는 입장이다(대법원 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결 등 참조). 헌법재판소는 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에 대하여 원칙적으로 소급효를 인정하고 있지 않다는 점에서 대법원과 차이가 있다.

(2) 헌법불합치결정의 경우에도 위헌결정과 마찬가지로 소급효가 인정된다. 다만 헌법불합치결정의 소급효의 의미는 위헌결정의 그것과 다르다.

적용 중지 불합치결정의 경우 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적 결정은 입법자에게 있으므로, 적용 중지 불합치결정에서 당해사건 등에 소급효가 미친다는 의미는 개선입법의 적용을 소급하여 받는다는 것을 의미하고,⁸⁾ 적용 중지 불합치결정이 불합치결정의 일반적인 모습이므로 일반적으로 불합치결정에서 소급효가 미치는지 여부의 논의는 개선입법에서 경과규정을 마련하

8) 헌법불합치결정이 선고된 경우 법원은 구체적인 사건에 대한 판단을 입법자의 새로운 결정이 있을 때까지 보류하고 있다가 개정법률에 따라 이를 판단함으로써 위헌적 요소가 배제된 개정법률을 적용하여야 한다. 이는 위헌적인 법률이 더 이상 적용되어서는 아니된다는 법치국가의 요청에 따른 당연한 귀결로서, 개정된 법률의 당해사건 또는 병행사건에 대한 소급효는 헌법불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소이다. 그리고 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종으로서 당연히 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하며(헌법재판소법 제47조 제1항, 제75조 제6항), 헌법불합치결정의 효력은 당해사건은 물론 당해 법률이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 모든 병행사건에도 미침으로 그러한 당해사건과 병행사건에 관하여는 헌법불합치결정 이후 입법자에 의하여 개정된 법률이 적용되어야 한다(헌재 1995. 7. 27. 93헌바1등, 판례집 7-2, 221, 246-247; 헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-1, 461, 472 참조).

기타 한수웅, ‘위헌법률의 잠정적용을 명한 헌법불합치결정의 효력’, 재판의 한길(김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집 간행위원회), 323-328면 참조.

지 않았음에도 당해사건 등에 개정된 법률을 적용할 수 있는지에 관한 것이다.⁹⁾

이와 달리 계속 적용 불합치결정의 경우에는 법원이 헌법재판소 결정에 따라 계속적용을 하여야 한다는 점에서 소급효가 크게 논해지지 않고 있다. 그러나 바로 이러한 이유 때문에 계속적용 불합치결정의 경우에는 불합치결정의 계기를 부여한 당해사건이나 병행사건의 경우에도 구제를 받을 수 없기 때문에 적어도 불합치결정의 당해사건 또는 당해사건과 병행사건에 한해서는 그 적용을 중지하고 개선입법을 소급적용하여야 하는 것은 아닌지 논의될 수 있다.¹⁰⁾

나. 계속 적용 헌법불합치결정의 소급효 관련 가능한 논의들

계속 적용 헌법불합치결정의 경우에 적어도 헌법불합치결정의 계기를 부여한 당해사건이나 병행사건의 경우에 한해서는, 그 적용을 중지하고 개선입법을 소급적용하여야 하는 것은 아닌지 논의될 수 있다.

(1) 긍정설

계속 적용 헌법불합치결정도 실질적으로 위헌결정에 해당하나 특별한 사정으로 인하여 위헌으로 결정한 법률조항의 효력상실시기만을 일정기간 뒤

9) 적용중지 불합치결정의 경우 그 취지에 따라 법률이 개정될 때까지 해당 법률조항을 적용하지 않고 기다리면 되고, 개정법률에서도 대체로 경과규정을 두는 것이 보통이므로 크게 문제되지 않는다. 따라서 적용중지 불합치결정에서 불합치결정의 소급효 논의는 개선입법에서 경과규정을 두지 않은 경우 개선입법을 적용할 수 있을 것인가에 방점이 있다.

10) 계속적용 불합치결정의 경우에는 개선입법이 이루어질 때까지 계속해서 불합치 선언된 법률을 적용하여 재판할 수 있으므로 별 문제가 없고, 적용중지 불합치결정의 경우 일단 불합치 선언된 법률 자체를 적용하여 재판할 수 없다는 점에서 단순위헌결정과 유사하기 때문에 불합치결정의 소급효 문제는 적용중지 불합치결정과 관련하여 논의되는 문제라고 볼 수도 있다(지성수, ‘헌법불합치결정에 관한 연구:그 사유와 효력을 중심으로’, 이화여자대학교 대학원 박사논문, 143면 참조). 그러나 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 위헌결정의 장래효 및 예외적 소급효 문제와 같은 맥락에서, 당해사건의 구제를 위한 소급효 논의는 오히려 헌법에 위반된다고 선언된 법률을 그대로 적용해야 하는 계속적용 불합치결정에서 문제된다 할 수 있다. 다만 계속적용 불합치결정의 경우 원래 효력이 계속적용이므로 위헌결정에서와 마찬가지로 “소급효”라는 용어를 사용하는 것은 적절한 것 같지 않다.

로 미루고 있는 것이기 때문에, 불합치결정의 계기를 부여한 당해사건의 경우 구체적 규범통제의 실효성 보장, 법원의 위헌법률심판제청에 관한 헌법 제107조 제1항, 재판의 전제성에 관한 헌법재판소법 제41조, 위헌소원 이후 재심을 보장한 제75조 제7항에 근거하여 계속적용 명령에도 불구하고, 계속적용을 배제할 수 있다는 견해가 가능하다.

또한 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 있거나 법원에 위헌여부심판제청이 되어 있는 경우의 당해사건(동종사건), 동일한 쟁점으로 법원에 계속 중이었던 사건(병행사건)의 경우[다음부터 이를 통틀어 ‘당해사건등’이라고 한다], 위헌결정이 있기 전에 헌법재판소에 위헌결정을 위한 계기를 부여할 수 있었던 것인데도 헌법재판소의 위헌결정을 미리 받지 못한 우연한 사정 때문에 여전히 위헌법률의 적용을 받게 되어 권리구제의 측면에서 매우 불공평하고 불합리하기 때문에 위헌결정의 경우 예외적 소급효를 인정하고 있는바, 이는 법원이 위헌법률심판제청권에 따라 직권으로 위헌제청할 수도 있었고 헌제가 병합심리할 수도 있었기 때문에 국가기관의 업무처리 장애로 인하여 형평에 반하는 결과를 초래해서는 아니된다는 것에 기초하고 있다

계속적용 불합치결정의 경우에도 당해사건등에 한하여 위헌결정의 소급효 인정과 마찬가지로 이유로 그 적용을 거부할 수 있다는 논리가 가능하다.

(2) 제한적 긍정설

① 헌법재판소가 계속 적용 헌법불합치결정을 하면서 주문 또는 이유에서 당해사건등에까지 적용할 것을 명시적으로 밝히지 않았고, ② 헌법불합치로 선언된 법률조항 중 합헌인 부분과 위헌인 부분이 적용영역상 어느 정도 구분될 수 있어 당해사건등에 적용을 중지하고 개정된 법률을 소급적용한다 하여도 계속 적용을 명한 취지가 훼손되지 않고, ③ 당해사건등에 개정법률의 소급효를 인정하더라도 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 불안정 상태가 초래된다고 볼 만한 자료가 없는 경우, 비록 헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 하더라도 당해사건등에 개정법률을 소급적용하는 것을 인정할 수 있다.¹¹⁾

11) 위 논의는 아래 ① 부분과 관련된 것임

(3) 부정실

계속 적용 헌법불합치결정의 경우 헌법재판소가 계속 적용을 명한 이상 당해사건등의 경우에도 헌법불합치결정의 취지에 따라 당해 법률조항이 적용되어야 한다.¹²⁾

다. 관련 헌법재판소 결정 및 대법원 판례

(1) 헌법재판소 결정

헌법재판소 결정 중에는 주문에서 당해사건에도 계속적용되어야 함을 직접 밝힌 예(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11, 판례집 7-2, 264),¹³⁾ 주문에서 직접 밝히지는 않았으나 이유에서 계속적용을 명함으로써 청구인들이 구제받을 수 없는 결과가 생기더라도 헌법소원의 객관적 측면을 고려할 때 불합리하지 않다는 취지로 판시하여 당해사건에도 계속적용됨을 밝힌 사례(헌재 2001. 6.

①	②	③
불합치결정의 당해·병행사건	불합치결정 이후 개선입법 전	개선입법 마련 후
불합치결정 계기 부여한 당해 사건임에도 계속적용명령으로 구제받지 못하는 결과 초래	계속적용 (계속적용 불합치결정 경우 개선입법에서도 경과규정 두지 않는 경우가 대부분)	개선입법에 따라 처리

12) 이 경우 당사자의 권리구제와도 모순되지 않는다. 헌법재판은 헌법질서의 유지와 관철을 목적으로 하는 객관적 절차이기도 하므로 개인의 권리구제가 되지 않는다고 하여 실질적 정의에 반한다고 볼 수 없고, 위헌제청 또는 위헌소원 심판청구 당시 계속적용 불합치결정이 내려질 것인지에 대하여 예측할 수 없으므로 당해사건에 불합치결정된 조항을 계속적용을 하더라도 재판의 전제성 요건이나 권리보호의 이익 요건에도 반하지 않는다; 한수용, ‘위헌법률의 잠정적용을 명한 헌법불합치결정의 효력’, 재판의 한길(김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집 간행위원회), 323-328면 참조

13) 「특허법(1995.1.5. 법률 제4892호로 개정되기 전의 것) 제186조 제1항 및 의장법(1995.1.5. 법률 제4894호로 개정되기 전의 것) 제75조 중 특허법 제186조 제1항을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

다만, 위 두 법률조항은 특허법 중 개정법률(1995.1.5. 개정. 법률 제4892호) 및 의장법 중 개정법률(1995.1.5. 개정. 법률 제4894호)이 시행되는 1998.3.1.의 전일까지 이 사건 위헌여부심판제정의 각 당해 사건을 포함한 모든 특허 및 의장 재송사건에 대하여 그대로 적용된다.」

다만 그 이유에서, 이 사건의 경우 심판대상 조항이 절차법적 규정에 불과하여 당해사건에 법 적용 배제의 효과를 인정하지 않더라도 당사자가 가지는 실제법상의 권리를 침해하는 결과로는 되지 아니한다고 판단된다는 설시도 함께 하였다.

28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271)가 있으나, 그 외에 계속 적용 헌법불합치결정을 하면서 당해사건의 처리에 관하여 별도로 밝힌 결정례는 없다.

□ 현재 1995. 9. 28. 92헌가11, 판례집 7-2, 264, 286¹⁴⁾ : 주문에서 당해사건에도 계속 적용되어야 함을 직접 밝힌 예

- 「이 사건의 당해사건과 이 사건 결정이 선고되는 시점에 법원에 계속 중인 모든 특허 및 의장쟁송사건에 대하여 심판대상 법률조항의 적용이 배제되고 행정소송법의 규정에 따른 절차가 진행되어야 한다면 현실적으로 재판을 담당할 준비를 갖추지 못한 일반법원에 대하여 재판의 담당을 강제하는 결과로 되어 버릴 우려가 있다. 그러므로 헌법재판소는, 심판대상 법률조항이 헌법에 불합치함을 선언하면서도, 합헌적인 개정법률이 시행될 때까지는 이를 잠정적으로 그대로 계속 적용할 것을 명함과 동시에, 헌법불합치선언이 당해사건 등에 미칠 효과로 인한 법률적 혼란과 충격을 막기 위하여 이 사건 위헌여부심판제청의 당해사건을 포함한 모든 특허 및 의장쟁송사건에 대하여 위 심판대상 법률조항의 적용을 명한다.」

□ 현재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271 : 주문에서 직접 밝히지는 않았으나, 이유에서 계속적용을 명함으로써 청구인들이 구제받을 수 없는 결과가 생기더라도 헌법소원의 객관적 측면을 고려할 때 불합리하지 않다는 취지로 판시하여 당해사건에도 계속적용됨을 밝힌 사례¹⁵⁾

- 「이 사건 법률조항은 헌법상 조세법률주의 및 재산권보장의 원칙에 반하여 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 만일 헌법위반을 이유로 단순위헌을 선고하여 당장 이 사건 법률조항의 효력을 상

14) 「특허법(1995.1.5. 법률 제4892호로 개정되기 전의 것) 제186조 제1항 및 의장법(1995.1.5. 법률 제4894호로 개정되기 전의 것) 제75조 중 특허법 제186조 제1항을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

다만, 위 두 법률조항은 특허법 중 개정법률(1995.1.5. 개정. 법률 제4892호) 및 의장법 중 개정법률(1995.1.5. 개정. 법률 제4894호)이 시행되는 1998.3.1.의 전일까지 이 사건 위헌여부심판제청의 각 당해 사건을 포함한 모든 특허 및 의장 쟁송사건에 대하여 그대로 적용된다.」

다만 그 이유에서, 이 사건의 경우 심판대상 조항이 절차법적 규정에 불과하여 당해사건에 법 적용 배제의 효과를 인정하지 않더라도 당사자가 가지는 실제법상의 권리를 침해하는 결과로는 되지 아니한다고 판단된다는 설시도 함께 하였다.

15) 위헌결정을 해야 한다는 재판관 한대현, 송인준의 반대 의견이 있었다.

실시될 경우에는, 이 사건 구 상속세법에 의한 상속세를 부과할 수 없게 되는 등 법적 공백 상태를 야기하게 되고, 이에 따라 조세수입을 감소시키고 국가재정에 상당한 영향을 주며, 이미 이 사건 법률조항에 따른 상속세를 납부한 납세의무자들과 사이에 형평에 어긋나는 결과를 초래함으로써, 위헌적인 이 사건 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있다. 따라서, 위와 같은 위헌 판단의 근거 및 단순위헌으로 선고할 경우 발생할 수 있는 부정적인 결과, 그리고, 위헌적인 규정을 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하고, 비록 1994. 12. 22. 법률 제4805호와 1996. 12. 30. 법률 제5193호에 의한 헌법합치적 개정이 행하여져 이미 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있기는 하나, 이들 개정법률이 시행되기 이전에 상속이 개시된 본건 등에까지 이를 적용할 근거가 없는 점 등을 참작하면, 결국 이 사건 법률조항의 적용을 그대로 유지하는 것이 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법적 공백의 합헌적인 상태보다 오히려 여러 가지 충격과 혼란을 방지하는 등 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되고, 비록 이로 인하여 청구인들이 위헌법률의 적용금지를 통한 권리구제의 목적은 달성할 수 없게 되지만, 헌법소원의 기능은 권리구제라는 주관적 측면 이외에 헌법질서의 유지라는 객관적 측면도 있다는 점에서 이를 반드시 불합리한 결과라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항의 계속 적용을 명한다고 하여 위헌 판단의 의미 및 효력이 없어지게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 결국, 입법자가 위 헌법합치적 개정법률이 시행되기 이전에 적용되는 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있는 것이다.

(2) 법원 판례

헌법재판소의 계속 적용 헌법불합치결정(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정)에도 불구하고 법원은 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결에서 최초로 당해사건에 소급효가 미침을 밝히면서 계속 적용을 거부하고 불합치결정된 조항의 적용을 배제하고 판단한 바 있으나, 그 이후 대법원 판례의 주류적 태도가 이와 같다고 보기는 어렵다. 오히려 법원은 계속 적용 헌법불합치결정

의 경우 당해사건 및 병행사건의 경우에도 달리 볼 여지가 없다는 전제 하에, 다만 헌법재판소 결정의 취지에 따른 판례도 상당수 있어(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두15596 및 2009. 5. 14. 선고 2008두18045 판결), 법원이 계속 적용 헌법불합치결정에 있어서 당해사건등에 대한 소급효 인정 여부에 관하여 특정한 입장을 가지고 있다고 보기는 어렵다.¹⁶⁾

□ 소급효 긍정례 : 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결

- 대법원은 계속 적용을 명한 헌법불합치결정인 현재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정에 대한 당해사건에서 최초로 당해사건에 대하여 헌법불합치결정을 포함한 위헌결정의 예외적 소급효를 인정함으로써 계속 적용 헌법불합치결정의 경우 구체적 타당성의 실현을 위해 소급효가 인정될 수 있음을 밝힌 바 있다.

- 헌법재판소가 국회의원 선거에 있어 유효투표 총수의 3분의 1을 넘지 못하면 기탁금을 국고에 귀속시키도록 한 국회의원선거법 규정에 대하여 계속적용 불합치결정을 하였는데, 계속적용 불합치결정도 헌법재판소법 소정의 위헌결정임에 틀림없고 다만 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 예외로서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력 상실 시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있음에 지나지 아니하므로 “구체적 규범통제의 실효성 보장을 위하여 적어도 당해사건에 한하여는” 불합치 선언된 법률의 적용이 배제된다고 하여 국회의 원출마 기탁금 중 국고귀속분에 대하여 부당이득금 반환을 인정하였다.¹⁷⁾¹⁸⁾

□ 소급효 부정례 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두15596¹⁹⁾ 및 대법원

16) 대법원은 위헌결정의 소급효에 대하여는 어느 정도 일관된 입장을 가지고 있으나 이 또한 전원합의체 판결을 통해 그 견해를 밝힌 것은 아니어서 대법원의 명확한 입장이라고 보기 어렵다. 더욱이 계속적용 불합치결정의 소급효 인정 여부에 대하여는 위헌결정의 소급효 인정에 있어서 나타나는 일관된 입장의 흐름조차 아직 형성되어 있다고 보기 어렵다.

17) 위 대법원 판결 선고시 이미 계속적용을 명한 입법시한을 넘겼을 뿐만 아니라, 계속적용을 명한 이유가 재선거나 보궐선거가 실시될 것을 고려한 것이었으므로, 기탁금의 부당이득반환청구 사건에 대하여까지 불합치결정된 법률조항을 계속 적용할 이유는 적었다고 볼 수 있다(보고자 사건).

18) 당시 당해사건에 대하여서만은 소급효를 인정하여야 한다는 재판관 변정수의 반대 의견이 있었다.

19) 원고들은 이 사건 제1심 소송 계속중이던 2005. 7. 12. 이 사건 개정 전 규정이 위

2009. 5. 14. 선고 2008두18045 판결²⁰⁾

- 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 개정된 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제31조 제1항, 제2항 등의 적용시기인 2007. 7. 1. 전에 실시한 공립 중등학교 교사 임용후보자 선정 경쟁시험에서, 위 법률 등의 개정규정을 소급 적용하지 않고 개정 전 규정에 따른 가산점 제도를 적용하여 한 불합격처분은 적법하다고 한 사례

- 「국가유공자 및 독립유공자 가족 등에게 공무원 임용시험에서 만점의 10%의 가산점을 부여한 조항에 대한 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2004헌마675, 981, 1022(병합) 헌법불합치결정의 내용 및 그 주된 이유, 헌법불합치결정에 따라 개정된 각 법률 규정의 내용 및 그 시행시기 등에 비추어 보면, 헌법재판소가 위 개정 전 규정이 위헌임에도 굳이 헌법불합치결정을 한 것은, 단순위헌결정을 하는 경우 그 결정의 효력이 당해 사건 등에 광범위하게 미치는 결과 위 개정 전 규정에 근거하여 위 가산점 제도와 동일 또는 유사한 내용이 적용되어 합격자사정이 이루어진 종전의 각종 공무원 임용시험의 합격자결정 결과가 재검토되어야 하고, 이미 합격처분을 받은 가산점 수혜대상자들과의 관계에서 법적 혼란 내지 불합리를 초래하게 되는 등 많은 부작

헌이라고 주장하면서 제1심법원에 이 사건 개정 전 규정에 대한 위헌법률심판제청 신청을 제기

- 헌법재판소는 위 소송 계속 중이던 2006. 2. 23. 2004헌마675등 결정에서 “국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10%를 가산하도록 규정하고 있는 개정 전 규정이 기타 응시자들의 평등권과 공무담임권을 침해한다”는 이유로 헌법불합치결정을 하면서, 개정 전 규정은 2007. 6. 30.을 시한으로 입법자에 의하여 개정될 때까지 계속 적용된다고 결정하였다.
- 이유에서, 「개정 전 규정의 위헌성은 국가유공자 등과 그 가족에 대한 가산점 제도 자체가 입법정책상 전혀 허용될 수 없다는 것이 아니고, 그 차별의 효과가 지나치다는 것에 기인한다. 그렇다면 입법자는 가산점의 수치 및 가산점 수혜 대상자의 범위를 재조정하는 등의 방법으로 그 위헌성을 치유하는 방법을 택할 수 있을 것, 따라서 헌법불합치결정을 하기로 한다. 한편, 입법자가 개정할 때까지 가산점 수혜대상자가 겪을 법적 혼란을 방지할 필요가 있으므로, 그 때까지 개정 전 규정의 2007. 6. 30. 까지 잠정적용을 명한다.»는 취지로 판시
- 위 불합치결정에 따라 2007. 3. 29. 개정된 규정에 의하면, 취업보호(지원)대상자 중 전상군경 자신 등에 대하여는 만점의 10%를 가점하고 그 외의 자에게는 만점의 5%를 가산하도록 되어 있고, 그 부칙에 의하면 위 개정 규정은 2007. 7. 1. 이후에 실시하는 시험부터 적용하도록 되어 있다.

20) 위 대법원 2008두15596 판결과 마찬가지로

용이 발생할 우려가 있고, 이러한 부작용을 회피하기 위하여 개정 규정의 시행일 전에 위 개정 전 규정을 적용하여 한 합격자결정 처분의 효력을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것임이 분명하다. 따라서 위 헌법불합치결정은 위 개정 전 규정의 위헌성이 제거된 개정 규정이 시행되기 전까지는 위 개정 전 규정을 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해사건이나 이른바 병행사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유는 없다.»²¹⁾

라. 검토

계속 적용 헌법불합치결정은 해당 조항의 적용 중지로 말미암아 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 혼란을 초래할 우려가 크고, 또 위헌적인 법률 조항을 잠정적으로 적용하는 것이 위헌결정으로 인한 법적 공백 및 혼란의 상태보다 오히려 더 바람직하다고 할 특별한 사유가 있는 경우에만

21) 그 외에 대법원 2011. 9. 29. 2008두18885 판결에서 불합치결정의 취지에 따라 개정된 군인연금법 부칙에 소급적용에 관한 경과규정이 없더라도 당해사건에 한해서는 법 개정을 통해 위헌성이 제거된 현행 군인연금법의 상이연금 관련 규정이 적용되어야 한다고 판단한 바 있다.

(이 판결은 계속적용의 범위를 제한한 후, 「어떤 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡긴 이상, 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 구법 조항에 대한 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 해야 하므로, 비록 현행 군인연금법 부칙(2011. 5. 19.)에 소급 적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 구법 조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 군인연금법 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다.»고 판시)

그러나 90다5450 판결은 위 대법원 판결 선고시 이미 계속적용을 명한 입법시한을 넘겼을 뿐만 아니라 계속적용을 명한 이유가 재선거나 보궐선거가 실시될 것을 고려한 것이었으므로, 기각금의 부당이득반환청구 사건에 대하여까지 불합치결정된 법률조항을 계속 적용할 이유는 적었다고 볼 수 있고, 2008두18885 판결은 계속적용 명령의 이유가 기존에 상이연금지급대상자에 대한 계속적용의 필요성 때문이었고, 「군인이 퇴직 후 공무원 질병 또는 부상으로 인하여 폐질상태로 된 경우」에 대하여 상이연금지급을 하는 것은 계속적용을 명한 법률조항에서 규율하고 있었던 바가 아니므로 헌법재판소의 계속적용명령에 반한 법원의 판결이라고 보기 어려운 측면이 있다.

제한적으로 허용된다. 따라서 이러한 고려 끝에 계속 적용 헌법불합치결정이 이루어진 경우 원칙적으로 당해사건등의 경우에도 불합치로 선언된 법률 조항을 계속 적용하여야 한다고 봄이 타당하다.

이 사건의 당해사건은 이 사건 불합치결정 당시 법원에 동일한 조항의 위헌여부에 관하여 위헌법률심판 제청신청을 한 당해사건(병행사건)으로, 이 사건 불합치결정에서 일반인이 이용하기에 비용부담이 큰 일부 골프장을 공공필요성이 인정되지 않는 시설의 대표적 예로 들면서 차후 공공필요성이 인정되는 시설로 한정하는 개선입법이 이루어져야 한다는 취지로 판시하였고, 이러한 시설에 대하여 이 사건 체육시설조항의 적용을 거부하더라도 법적 안정성을 크게 해칠 염려가 없다고 보여지므로, 법원이 이 사건에서 문제된 골프장 시설이 공공필요성이 인정되는 체육시설에 해당하는지 여부를 심리하였다면 구체적 타당성의 실현에 더욱 부합하였을지 모른다는 시각도 가능하다.

그러나 이 사건 판결들에서 이 사건 체육시설조항을 적용하지 않고 입법의 개정을 기다려 개정 법률을 소급적용한다고 하더라도, 사업인정과 토지수용절차를 이분화하여 수용재결을 다투는 단계에서 도시계획시설의 공공필요성 요건을 더 이상 다툴 수 없다는 것이 법원의 입장이기 때문에, 이 사건에서는 설령 계속 적용을 따르지 않고 개정 법률을 소급적용한다 하더라도 결론이 달라질 가능성이 적다.²²⁾

5. 결론

앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 위헌으로 판단한 법률조항의 계속 적용을 명하였다 하더라도 그 결정 이유를 살펴 실질적으로 위헌으로 판단한 부분을 가려낼 수 있고, 특히 문제된 사건이 헌법불합치결정의 당해사건 또는 병행사건으로서 헌법재판소가 실질적으로 위헌

22) 법원은 도시계획시설사업 절차 개관 및 토지수용절차를 2분화하여 수용재결을 다투는 단계에서 도시계획시설의 공공필요성 요건 등을 다툴 수 없도록 하고 있다.

- “토지수용위원회는 행정쟁송에 의하여 사업인정이 취소되지 않는 한 그 기능상 사업인정 자체를 무의미하게 하는, 즉 사업의 시행이 불가능하게 되는 것과 같은 재결을 행할 수는 없다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두8538 판결, 대법원 1994. 11. 11. 선고 93누19375 판결 등 참조)” -

으로 판단한 부분에 해당하는 사안인 경우에는, 계속 적용 헌법불합치결정에도 불구하고 당해사건등을 담당하는 법원이 그 법률조항의 적용을 중단하고 개선 입법을 기다려 판단하는 것이 당사자 구제 차원에서 구체적 타당성에 부합하는 결론을 도출해낼 수도 있다.

그러나 이러한 사정에도 불구하고, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 주문에서 그 범위를 제한함이 없이 계속 적용을 명한 이상 모든 국가기관은 그에 기속된다고 보아야 하고, 헌법재판소가 이에 관하여 명확한 입장을 밝힌 바 없는 이상, 그 결정의 이유를 해석하여 효력 범위를 제한할 수는 없다고 보인다. 결정 주문이 아닌 결정 이유를 기초로 계속 적용의 효력 범위를 제한하여 해석·적용하는 것은 법률조항의 시적 적용범위를 불명확하게 하여 법적 안정성을 저해할 수 있기 때문이다.

나아가 헌법재판소가 계속 적용 헌법불합치결정의 경우 불합치결정의 실질적 이유에 따라 기속력이 달라질 수 있다는 취지의 판시를 한 바 없다(헌재 1991. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-1, 461, 480-483 참조).

따라서 헌법재판소 결정에 따라 당해사건등에조차 이 사건 체육시설조항의 계속 적용을 행한 이 사건 판결들이 구체적 타당성의 측면에서 부적당한 측면이 있다 하더라도, 이들이 헌법재판소 결정에 반하는 법원의 재판에 해당한다고 할 수는 없다고 보인다.

6. 이 사건 결정의 의의

계속 적용을 명하는 헌법불합치결정은 이미 헌법에 위반된다고 확인된 법률조항의 계속적용을 명하는 것이므로 법치주의의 원리상 가능한 한 그 정당성이 인정되는 범위에서 제한적으로 해석하여야 한다는 측면에서 볼 때, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 주문에서 직접 계속 적용의 적용 범위를 제한하지 않았다 하더라도 그 결정 이유를 따져 위헌으로 판단된 부분이 구분 가능할 경우에는 그 부분에만 계속 적용 명령의 효력을 인정할 수 있는지 논의의 필요가 있음을 보았다.

또한 계속 적용 헌법불합치결정의 경우 위헌결정의 계기를 부여한 당해사건이나 병행사건에도 불합치로 선언된 법률조항을 그대로 적용하게 됨으로

써 사실상 위헌결정을 받았음에도 불구하고 당해사건등이 구체받지 못하게 되는 결과가 초래되므로, 위헌결정의 장래효 원칙에 대한 예외적 소급효 인정과 마찬가지로 계속 적용 헌법불합치 결정의 경우에도 적어도 불합치결정의 계기를 부여한 당해사건 또는 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청이 있거나 법원에 위헌여부심판제청이 되어 있는 경우의 당해사건에 한하여는 그 불합치결정의 실질적 이유를 따져 계속 적용을 거부하는 것이 구체적 타당성에 부합하는 경우가 있을 수 있다.

그러나 헌법재판소는 헌법재판소법등 관계 법령에서 이에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않고 헌법재판소도 계속 적용 헌법불합치결정의 기속력의 제한 가능성에 대하여 명확하게 입장을 밝히지 않은 이상, 헌법재판소가 내린 헌법불합치 결정의 취지에 따라 위헌으로 판단된 법률조항을 계속 적용한 이 사건 판결들이 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판에 해당한다고 보기는 어렵다고 본 것이다.

형사소송법 제315조 제3호 위헌소원 등

- 공범 공판조서 사건 -

(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바79, 판례집 25-2하, 141)

이 종 업*

【판시사항】

1. ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’를 당연히 증거능력 있는 서류로 규정하고 있는 형사소송법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정된 것) 제315조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 규정이 명확성 원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 규정한 문서에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 보는 것이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 ‘임○영, 조○구를 교사하여, 임○영, 조○구가 공동하여 위협한 물건인 쇠몽둥이로 피해자에게 상해를 가하였다’는 등의 범죄사실로 2010. 10. 14. 1심에서 징역 3년 6월 등을 선고받았다[대전지방법원 2010고단 1752, 2403(병합)]. 위 사건에서 청구인에 앞서 기소되어 형이 확정된 임○영,

* 대법원 재판연구관, 전 헌법연구관

조○구가 선형 형사재판[대전지방법원 2009고단3648, 3672(병합)]에서 피고인으로서 한 진술이 기재된 공판조서가 증거로 채택·조사되었는데, 거기에는 청구인이 자신들에게 상해를 교사하였다는 취지의 진술이 기재되어 있었다. 그 후 임○영, 조○구는 청구인에 대한 위 형사사건의 증인으로 출석하여 증언하면서는 청구인의 교사사실을 부인하였으나, 1심 법원은 임○영, 조○구의 법정 진술보다 위 공판조서상의 진술에 보다 신빙성이 있다고 판단하여 공소사실을 유죄로 인정하였다.

나. 청구인은 위 판결에 불복하여 항소한 뒤(대전지방법원 2010노2600), 1심 판결에서 유죄의 증거가 된 공판조서가 청구인에게 반대신문권이 보장되지 않은 전문증거에 해당하므로 증거능력이 없다고 주장하는 한편, 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술이 기재된 공판조서의 증거능력 인정 근거가 되는 형사소송법 제315조 제3호가 위헌이라고 주장하며, 위 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였다(대전지방법원 2010초기998). 그리고 위 법원이 2011. 4. 8. 위헌법률심판제청신청을 기각하자, 청구인은 2011. 4. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 주위적 주장

증거능력은 형사재판에 있어 유죄인정의 자료가 될 수 있는 법률상 자격을 의미하므로 형사처벌법규에 준하여 명확성원칙의 엄격한 적용이 요구된다. 그런데 이 사건 법률조항이 당연히 증거능력 있는 서류로 규정하고 있는 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’라는 문언은 지나치게 추상적이고 모호하여 도무지 그 의의와 대상, 범위를 가늠할 수 없으므로 명확성원칙에 위배된다. 또한 이 사건 법률조항은 단순히 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성되었다는 사정만으로 그 문서에 절대적인 증거능력을 인정함으로써, 전문증거의 증거능력을 제한한 형사소송법 제310조의2의 규정을 형해화하고 그 진술에 관한 피고인의 반대신문의 기회를 원천적으로 막고 있으므로, 적법절차의 원칙에 위배되고 형사 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

나. 예비적 주장

법원은 다른 사건에서 공범이 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에서 정한 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’에 해당하는 것으로 보고 있다. 이는 이 사건 법률조항에 정한 문서가 그의 예시에 해당하는 같은 조 제1호, 제2호의 문서에 준하여 문서 작성자의 의사가 반영될 여지가 없고 굳이 반대신문을 거칠 필요가 없을 정도로 고도의 신용성 보장이 있는 문서만을 의미하는 것으로 해석되는 점, 그리고 공범의 진술은 자신의 책임을 다른 공범에게 전가하려는 동기에 의해 왜곡되기 쉬우므로 당해사건에서 반대신문에 의한 탄핵을 거쳐 그 진술내용의 모순과 불합리가 드러날 때에만 법원의 심증형성의 기초가 되는 진정한 증거가치를 가질 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 헌법상 적법절차의 원칙에 어긋나고 형사 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 다른 사건에서 공범이 피고인으로서 한 진술이 기재된 공판조서가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

3. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

가. 이 사건 법률조항이 정하고 있는 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”의 “기타 특히 신용할 만한 정황”이라는 기준은 같은 조 제1호, 제2호에 열거된 내용들에 비추어 볼 때, 지나치게 추상적이고 모호하여 피고인의 공격·방어권, 반대신문권의 본질적인 부분을 침해하는 등 헌법상 적법절차의 원칙 및 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌적인 법률조항이라고 보기 어렵다.

나. 이 사건 법률조항에서 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”의 증거능력을 인정하는 것은 문서의 진술내용이 진실하기 때문이 아니라 그 문서의 작성과정에 있어 진술의 진실성을 담보할 만한 구체적이고 외부적인 정황이 있기 때문이므로, 비록 다른 사건의 공판조서가 작성될 당시 당해사건 피고인의 반대신문권이 보장되어 있지 않았다 하더라도, 그와 같은 사정은 증명력의 판단에 있어 반영해야 할 것이고 당해 공판조서의 증거능력을 배척할 것은 아니다. 그러므로 다른 사건의 공판조서를 형사소송

법 제315조 제3호 소정의 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서로서 당연히 증거능력이 있는 서류로 해석한다고 하여 형사소송법 제315조 제3호가 헌법상 적법절차의 원칙 및 재판을 받을 권리를 침해하는 위헌적인 법률조항이라고 보기 어렵다.

【결정요지】

가. 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계와 규정취지, 여기에 더하여 ‘기타’ 라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 이 사건 법률조항의 규정형식을 종합해서 고찰해 보면, 이 사건 법률조항에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’란 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 보통의 상식을 가진 일반인이라면 그 의미를 충분히 알 수 있고, 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있을 뿐만 아니라 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다고 할 것이므로, 명확성원칙에 위배되지 않는다.

나. 공판조서는 그 서면 자체의 성질과 작성과정에서 법정된 엄격한 절차적 보장에 의하여 고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보되어 있고, 우리 형사소송법이 채택하고 있는 대심적 구조 하에서 피고인의 진술은 공개된 법정에서 반대당사자의 지위에 있는 검사에 의하여 검증되고 탄핵되는 지위에 있어 이를 제3자가 일방적으로 한 진술과 같다고 평가할 수 없으므로, 법정진술에 해당하는 공판조서상의 진술과 다른 전문증거와 사이에는 문서의 신용성과 관련된 외부적 정황에 뚜렷한 차이가 있다. 또한 이 사건과 같은 공판조서의 증거능력을 일률적으로 부정한다면, 공판조서보다 낮은 신용성의 보장을 가진 수사기관 작성의 조서에 관하여는 일정한 요건 하에 그 증거능력을 인정하면서도 그보다 우위의 임의성과 신용성의 보장을 가진 공판조서에 대하여는 증거능력을 부정하는 법체계상의 모순이 발생하

게 되며, 공범의 진술을 기재한 공판조서가 증명력 있는 경우에도 이를 당해 사건의 심리과정에서 고려할 수조차 없게 되어 실체적 진실 발견에 중대한 지장을 초래하게 된다. 나아가 공판조서상의 진술이 피고인의 유무죄를 가르는 중요한 증거이고 피고인이 그 진술을 다투고 있음에도 불구하고 법원이 원진술자인 공범에 대한 증인신청을 거부할 이유가 없으므로, 실제 재판 과정에서 이 사건 법률조항에 의하여 피고인의 방어권에 대한 현실적인 침해가 발생할 가능성도 거의 없다. 이와 같은 사정들을 종합해 볼 때, 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에 포함되는 것으로 해석한다고 하여 피고인의 방어권에 지나친 제약을 가져와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 보충의견

공범의 진술이 기재된 공판조서는 그 진술이 공개된 법정에서 법관의 면전 하에 이루어진 것이어서 고도의 '임의성'과 '절차적 적법성'이 담보되는 것에 해당할지는 몰라도, 그 내용에 관하여는 원진술자인 공범이 당해사건의 피고인에게 책임을 전가하는 허위의 진술을 할 가능성이 얼마든지 있으므로, 과연 그것이 '굳이 반대신문을 거칠 필요가 없을 만큼' 고도의 신용성이 정황적으로 보장되어 있는 경우에 해당하는지에 관하여 정당한 의문이 제기될 수 있다. 위와 같이 이 사건 법률조항의 적용범위에 공범의 공판조서를 포함시키는 것에 그 문언과 체계적 해석에 비추어 의문이 없지 않고, 공범이 증인으로 출석하여 다른 진술을 한 때 한하여 증거능력을 부여하는 등 공정한 재판을 받을 권리 침해의 소지를 없앨 수 있는 명확한 입법을 하는 것이 국민의 기본권 보장과 법치국가원리에 입각한 형사소송제도의 형성을 위해서 바람직하다고 할 것이므로, 그러한 내용으로 입법을 개선할 필요가 있다.

【해 설】

1. 당연히 증거능력 있는 서류 개관

가. 이 사건 법률조항의 의의

형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다”고 규정하여 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 이는 공개법정의 법관의 면전에서 진술되지 아니하고, 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 배척함으로써 피고인의 반대신문기회를 보장하고, 직접심리주의에서 공판중심주의를 철저히 함으로써, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다(헌재 1995. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 359 참조).¹⁾

그러나 직접주의와 전문법칙을 모든 경우에 예외 없이 너무 철저하게 관철한다면, 도리어 법관의 면전에서 진술할 수 없는 자의 진술을 기다리다가 공연히 재판의 지연을 초래하여 신속한 재판을 저해하고, 증명력 있는 증거들을 이용하지 못하여 실질적 진실발견을 저해하여 재판의 최대과제인 공정

1) 형사소송법 제310조의2가 영미법상의 전문법칙을 도입한 규정이라는 점 및 형사소송법이 전문법칙을 규정하고 있는 주된 근거가 영미법의 전문법칙에 대한 이론적 근거를 기초로 한다는 점에 대하여는 별다른 이론이 없는 것으로 보인다. 그러나 영미법의 어떤 이론을 우리 형사소송법상의 전문법칙의 근거로 볼 것인가에 대하여는, 반대신문의 결여 내지 반대신문권의 보장에서 찾아야 한다는 견해와 신용성의 결여에서 찾아야 한다는 견해의 대립이 있다. 반대신문권의 보장에서 찾는 견해는, 피고인의 진술을 원진술로 하는 전문증거에 대하여는 반대신문이라는 것을 생각하기 어려우므로 이러한 전문증거에 대하여도 원칙적으로 증거능력을 부인하는 법 제310조의2의 해석을 위하여는 새로운 이론적 근거를 찾아야 하는데, 그것은 바로 직접주의, 그중에서도 법원이 사실의 증명 여부를 판단함에 있어서 요증사실과 가장 가까운 원본증거를 사용하고 그의 대체물을 사용하지 못하도록 하는 실질적 직접주의이고, 법 제310조의2는 전문법칙과 함께 실질적 직접주의의 취지를 밝히고 있는 것(이원설)이라고 주장한다(배종대, 이상돈, 신동운, 정영석, 이형국). 이에 대하여 신용성의 결여에서 찾는 견해는 대륙법의 직접주의와 영미법의 전문법칙은 그 연혁과 원리를 달리하는 것으로서 대륙의 직접주의가 전문법칙의 근거로 된다는 것은 타당하다고 할 수 없고, 이른바 이원설은 전문법칙의 근거를 반대신문권의 보장으로 제한하는 데서 오는 난점을 회피하기 위한 이론에 불과하다고 하면서, 형사소송법 제310조의2는 오로지 전문법칙을 규정한 것(일원설)이라고 주장한다(이재상, 형사증거법, 2002, 사법연수원 113-114쪽).

한 재판과 사법정의실현에 지장을 초래할 수 있다(헌재 1995. 4. 28. 93헌바 26, 판례집 6-1, 348, 360 참조). 이런 점에서 전문증거도 일정한 제한 하에 증거능력을 예외적으로 부여할 필요가 있으므로, 형사소송법 제311조 내지 제316조는 법원 또는 법관의 조서, 검사 또는 사법경찰관의 조서 등, 진술서 등, 증거능력에 대한 예외, 당연히 증거능력이 있는 서류, 전문의 진술에 대하여 규정하고 있다.²⁾

이 사건 법률조항은 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서 즉, 형사소송법 제315조 제1호(가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서), 제2호(상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서)에 준할 정도의 신용성의 정황적 보장이 강력한 문서에 대하여 전문증거의 증거능력을 예외적으로 인정하는 규정으로서, 형사소송법 제정 이래 한차례의 개정도 없이 내용이 그대로 유지되고 있다.³⁾

나. 형사소송법 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 개관⁴⁾

(1) 총설

전문법칙의 적용과 제한은 법률에서 정하고 있는 것이므로 특히 신용할 수 있는 정황 하에 작성되어 증인의 신문을 통한 반대신문을 거칠 필요 없이 증거로 사용하여도 무방한 서면 등은 전문법칙의 적용이 없다고 본다.

(2) 공무원 등이 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서

가족관계증명서(종전의 호적등·초본), 공정증서원본 기타 공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서 등이 이에 해당하고, 주민등록등·초본, 인감증명, 전과조회회보서, 신원증명, 세관공무원의 범칙물자에 대한 시가감정서(대법원 1985. 4. 9 선고 85도225 판결) 등도 이에 해당한다고 볼 것이다. 외국 공무원이 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한

2) 헌법재판소는 형사소송법 제314조를 직접주의와 전문법칙에 대한 예외규정으로 파악하였다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 359-360).

3) 형사소송법 제315조 제1호 및 제2호도 일부 자구 수정만 있었을 뿐 제정 당시의 내용을 유지하고 있다.

4) 법원행정처, 법원실무제요 형사(Ⅱ), 121-123쪽 참조

문서도 포함되는지 여부에 관하여 판례는 일본국 세관원 작성의 히로뵈에 대한 범칙물건감정서 등본과 분석의뢰서 및 분석회답서도 이에 해당한다고 보았다(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3145 판결).

(3) 업무상 필요로 작성한 통상문서

업무의 담당자가 일상적, 무작위적, 계속적으로 기술하는 문서는 일반적인 경험칙상 진술의 태도와 내용의 자연성, 진술자의 양심성, 진술자의 기재내용 진실보유의 의무성, 내부의 결재, 사건과의 무관련성 등의 담보 등으로 허위가 개입될 여지가 적고, 작성자를 소환하더라도 서면을 제출하는 것 이상의 의미가 없기 때문이다. 업무상 필요로 작성한 통상의 문서라고 하더라도 위와 같은 사유에 해당하지 않는다면 본조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 것은 아니다. 상업장부, 항해일지, 금전출납부, 전표, 통계자료 등이 여기에 해당하나, 사인인 의사가 작성한 진단서는 당연히 증거능력이 있는 문서에 해당하지 않지만 진료부는 여기에 해당한다고 본다.

(4) 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

형사소송법 제315조 제1호, 제2호에 준할 정도의 신용성의 정황적 보장이 강력한 문서에 대하여 증거능력을 부여하기 위함이다. 공공기록, 역서, 정기간행물의 시장가격표, 스포츠기록, 공무소 작성의 각종 통계와 연감, 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서(대법원 1964. 4. 28. 선고 64도135 판결), 다른 피고인에 대한 형사사건의 공판조서 중 일부인 증인신문조서(대법원 2005. 4. 28. 선고 2004도4428 판결), 군사법원의 판결문 사본(대법원 1981. 11. 24. 선고 81도2591 판결), 구속적부심사절차에서 피의자를 심문하고 그 진술을 기재한 구속적부심문조서(대법원 2004. 1. 16. 선고 2003도5693 판결. 다만, 구속적부심문조서의 증명력은 다른 증거와 마찬가지로 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나, 피의자는 구속적부심에서의 자백의 의미나 자백이 수사절차나 공판절차에서 가지는 중요성을 제대로 헤아리지 못한 나머지 허위자백을 하고라도 자유를 얻으려는 유혹을 받을 수가 있으므로, 법관은 구속적부심문조서의 자백의 기재에 관한 증명력을 평가함에 있어 이러한 점에 각별히 유의를 하여야 한다는 점도 아울러 지적하고 있다.) 등이 이에 해당한다.

2. 명확성원칙 위배여부

가. 관련 법리

명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 범규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다. 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라, 그리고 각 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 차이가 있을 수 있다. 그런데, 모든 범규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 또한 당해 법률조항의 입법취지, 같은 법률의 다른 규정들과의 상호관계를 고려하거나 이미 확립된 판례를 통한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어서 법률조항의 취지를 예측할 수 있는 정도의 내용이라면 그 범위 내에서 명확성의 원칙은 유지되고 있다고 보아야 할 것이고, 법관의 보충적인 가치판단을 통한 법문의 해석으로 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없을 것이다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바31, 공보 58, 621, 623 등 참조).

나. 헌법재판소의 판단

(1) 헌법재판소는 이 사건 법률조항의 명확성원칙 위배 여부를 판단하면서 그 논거로서 ‘전문법칙의 예외를 정한 다른 형사소송법의 관련 조항들과 이 사건 법률조항이 포함된 제315조 각 호의 규정 취지 및 그 연관관계를 고찰함으로써 위 문언에 대한 합리적인 해석기준을 찾을 수 있다’고 판시하였다.

즉 형사소송법 제310조의2는 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 제한하여, 원진술자의 진술을 기재한 서류가 공판기일 등에서의 진술을 대신하지

못하도록 규정하면서, 형사소송법 제311조 내지 제316조에서 그 예외규정들을 두고 있는데, 그 예외규정들은 이미 피고인에게 반대신문권 내지 참여권이 보장된 경우이거나(제311조), 그 기재 및 진술에 대하여 피고인의 반대신문의 기회가 부여될 것을 요건으로 하는 것이거나(제312조, 제313조, 제316조), 반대신문권의 행사를 위한 원진술자의 출석이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우들(제314조)이고, 나아가 이 사건 법률조항이 속한 형사소송법 제315조 중 제1호와 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 서류는 업무의 기계적 반복성으로 인해 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 문서들에 해당한다.

(2) 헌법재판소는 이러한 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계와 규정취지, 여기에 더하여 ‘기타’ 라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 이 사건 법률조항의 규정형식을 종합해서 고찰해 보면, 이 사건 법률조항에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’란 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미하는 것으로 해석할 수 있다고 판단하였다.

이는 명확성원칙의 판단에 있어 문제된 법률조항의 문언뿐 아니라 관련 법률조항의 체계적·유기적 해석이 중요한 판단기준이 됨을 다시 한 번 확인한 것으로 평가할 수 있다.

3. 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부

가. 공정한 재판을 받을 권리

(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820). 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신

속하고 공개된 법정 의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355; 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 14; 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226; 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200).

(2) 헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하지는 않았으나 형사소송법 제312조 제4항, 제5항⁵⁾에서 공판준비 및 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정함으로써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 이는 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제3항 및 제4항에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 구현한 것이다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 362; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 549; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 851).

특히, 진술증거는 진술자의 기억이나 표현에 오류가 개입할 가능성이 크고 또 신문자의 신문방식이나 기술에 따라서 진술자의 의사와 다른 내용이 전달될 가능성도 큰 것인데, 이를 바로 잡기 위한 기본적 제어장치가 상대방사자의 반대신문권이다. 공소사실에 부합하는 진술증거는 그것이 불리한 자의 면전에서 이루어지고 또 반대신문에 의한 탄핵을 거침으로써 진술내용의 모순이나 불합리가 드러나 비로소 진정한 증거가치를 가질 수 있는 것이며, 이러한 검증을 거치지 않았거나 그러한 기회가 부여되지 아니한 진술증거에 대하여 당연한 증거능력을 부여하는 것은 범인필벌의 기능에만 치중함으로써 실제적 진실발견에 중대한 지장을 초래할 수도 있다. 이에 형사소

5) 종래 반대신문권의 형사소송법적 근거로 위 교호신문제도에 관한 형사소송법 제161조의2를 들었으나(“즉 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문권을 명문으로 규정함으로써”), 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법 제312조 제4, 5항에서는 피고인의 반대신문권을 직접적으로 규정하고 있으므로, 기존 설시를 위와 같이 수정함.

송법은 반대신문권의 행사를 실질적·적극적으로 보장하기 위하여 제310조의2 이하에서 증거능력 부여과정에서도 전문증거의 증거능력을 제한하기에 이르고 있는 것이다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2 808, 827-829 참조)

나. 심사기준의 문제

(1) 재판청구권과 관련한 심사기준

재판청구권과 관련한 사건에서 선례의 심사기준은 통일되어 있지 않다. 재판청구권에 관하여 비례심사를 한 선례들이 다수 있는 반면에(헌재 2002. 7. 18. 2001헌바53, 판례집 14-2, 20; 헌재 2008. 6. 26. 2007헌바28, 공보 141, 899; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌바124, 판례집 21-2하, 791; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387; 2012. 7. 26. 2010헌바62), 재판청구권과 같은 절차적 기본권의 경우 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌성 심사 기준은 합리성 원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다고 보아야 한다는 설시한 사례들도 있다(헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 550; 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558, 567; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바25, 판례집 21-2 하, 510, 517). 또 헌법재판소는 “헌법 제27조 제1항이 규정하는 “법률에 의한” 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정되기는 하나, 그러한 입법을 함에 있어서는 비록 완화된 의미에서일지언정 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙은 준수되어야 한다”고 판시한 한 바도 있다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372).⁶⁾

6) ◎ **합리성심사를 한 결정례** : 헌재 1994. 12. 29. 92헌바31(미결구금일수 중 일부 불산입); 헌재 1995. 3. 23. 92헌바1(재판선고일부부터 상소제기기간 진행); 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14(구속기간 제한); 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468(재판기간 단축 - 이명박 특검법) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등(미결수용자의 수사·재판시 수의 적용); 헌재 1994. 12. 29. 92헌바31(소송기록이나 증거물 등에 대한 일반적인 열람·등사권의 불인정); 헌재 1995. 12. 28. 91헌마114(법원의 허가에 의하여만 속기나 녹취할 수 있도록 한 규정); 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478(기결수형자의 접견 제한); 헌재 1997. 8. 21. 94헌바2(재정신청 대상의 제한); 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바

한편 전문법칙의 예외를 규정한 형사소송법 제314조에 대한 사안에서 헌법재판소는 합리성 심사기준을 택하였다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45. 판례집 17-2, 712). 다만, 반대신문권의 행사방법의 제한이 문제된 가장 최근의 선례(헌재 2012. 7. 26, 2010헌바62(공보미게재), 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2 하, 387)에서는 명백한 비례심사가 이루어졌다.

정리하면, 헌법재판소는 관련 기본권의 성격과 내용 등에 따라 구체적, 개별적으로 심사기준을 적용하여 온 것으로 보이는데, 일응의 기준을 보면 입법형성권의 범위가 넓을수록 위헌심사의 기준은 완화되고 좁을수록 엄격한 기준이 적용된다고 할 수 있다.⁷⁾

(2) 반대신문권 제한으로 인한 재판청구권 침해의 경우 심사기준

반대신문권의 제한으로 공정한 재판을 받을 권리의 침해에 관하여는 비례심사에 의하는 것이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

① 반대신문권의 보장은 형사절차에서, 피고인이 단순한 처벌대항이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하고, 검사에 대한 “무기대등의 원칙”을 보장 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820)의 실현을 위한 요체로서, 이는 피고인의 주관적 절차적 권리에 그치는 것이 아니라 당사자주의와 공판중심

45(전문증거); 헌재 1996. 10. 31. 93헌바25(군사법원) ◎ **합리성과 정당성 심사를 한 결정례** : 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51(직접주의와 전문주의의 예외); 헌재 1995. 6. 29. 93헌바45; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7(특신상태)

◎ **입법수단의 명백한 불합리성**(내용상 비례심사를 한 것으로 볼 수도 있음) 헌재 1993. 7. 29. 90헌바35(상소권의 본질적 박탈); 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5(의무적 필석재판); 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1(피고인의 반대신문권을 제한한 제1회 공판기일 전 증인신문) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22(피고인의 진술없이 재판할 수 있도록 한 제1심 공판의 특례) ◎ **비례원칙에 의한 심사를 한 결정례** : 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46(증인신문시항의 서면제출을 명하는 소송지휘권); 헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28(국가정보원 직원의 직무상 비밀 진술시 국가정보원장의 허가를 받도록 한 규정); 헌재 2007. 11. 29. 2004헌바39(항소제기기간의 제한); 헌재 1992. 4. 14. 90헌바82(국가보안법상 일부 죄에 대한 구속기간연장 규정); 헌재 1997. 6. 26. 96헌가8등(국가보안법상 일부 죄에 대한 구속기간연장 규정); 헌재 1997. 11. 27. 94헌바60(검사 보관 기록에 대한 변호인의 열람·등사 제한); 헌재 1995. 11. 30. 92헌바44(항소법원에 기록송부시 검사를 거치도록 한 규정); 헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28(국가정보원 직원의 직무상 비밀 진술시 국가정보원장의 허가를 받도록 한 규정)

7) 노회범, ‘기본권의 제한과 형성-합헌성 심사기준을 중심으로,’ 헌법은총 제18집, 헌법재판소, 154-159면 참조

주의의 구현을 위한 핵심적인 제도적 보장이다.⁸⁾ 헌법재판소의 선택도 반대신문권의 보장이 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적 내용이라고 하고 있으므로(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829), 반대신문권의 제한은 공정한 재판을 받을 권리의 부분적 침해가 아니라 위 기본권 자체에 대한 핵심적·근본적 침해를 가져오게 된다고 하여야 한다.

일반적으로 재판청구권에 관하여는 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되는 것은 사실이나, 그와 같은 광범위한 입법행위의 결과로 형성된 구체적인 권리와 제도의 기본권적 중요성 역시 다양하여 어떠한 권리는 기본권의 핵심적인 영역에 닿아 있을 수 있고, 어떠한 권리는 기본권의 주변적인 영역에 불과할 수도 있다. 이와 같이 단계적으로 다른 기본권적 중요성을 가진 다양한 권리들에 대한 심사기준을 단일한 합리성 기준에 의하는 것은 불합리하며, 재판청구권의 실현을 위한 개개의 권리와 제도들 중 공정한 재판을 받을 권리를 실현하는 데 필요불가결한 요소로서 그 핵심적 영역에 속하는 권리들은 그에 대한 제한이 곧 기본권 자체의 침해와 마찬가지로 의미를 갖기 때문에, 일반적인(자유권적) 기본권의 제한과 마찬가지로 수준의 헌법상 보호를 받을 필요가 있다. 그리고 이와 같이 재판청구권에 있어 관련된 권리의 성질과 중요성에 따라 개별적, 구체적으로 심사기준을 달리할 수 있다 면,⁹⁾ 반대신문권은 그 보호강도에 따라 서열화된 권리 중에서 가장 앞선 권리에 속한다.

② 또한 국가형벌권의 실현을 내용으로 하는 형사소송절차에서 반대신문권의 보장은 헌법상 적법절차의 원칙과 직접적으로 연관되어 있다. 이에 헌법재판소는 ‘적법절차의 원칙은 재판청구권의 보호영역과 사실상 중복되는 것이어서 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부에 대한 판단 속에는 적법절차의 원칙 위반 여부에 대한 판단까지 포함되어 있다’고 판시하여 왔다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2 하, 387, 394; 헌재 2011. 3. 31. 2009헌바351, 판례집 23-1상, 347, 353 등 참조).

8) 반대신문권의 보장이 없다는 것은 수사기관의 조서가 그대로 증거능력을 부여받게 된다는 것을 의미하고, 이는 다시 일제강압기로부터 장기간 이어져온 조서제판의 폐해로의 영구적 구속을 의미한다.

9) 이는 앞서 본 바와 같이 헌법재판소가 지금까지 하여 온 바이다.

따라서 반대신문권의 제한의 합헌성 여부는 관점을 바꾸어 적법절차의 원칙에 의해서도 심사할 수 있다. 그런데 헌법재판소는 ‘적법절차의 원칙이 (이와 같이) 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로 작용하는 경우 특히 형사소송절차에서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법 금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정된다는 의미를 가진다’고 판시하고 있는바(헌재 2004. 9. 23. 2002헌가17, 판례집 16-2상, 379, 389-390), 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙과 실제적 적법절차가 구현하고자 하는 목적과 동일하게 헌법재판소가 채택하고 있는 법률의 실제적 내용에 관한 여러 가지 심사기준들을 함께 고려할 때, 기본권 제한의 헌법적 정당성을 심사하는 데 있어서 실제적 적법절차를 원용하더라도 그 구체적인 내용은 과잉금지원칙 위배 여부 판단과 다르지 않다고 할 것이다.

이와 같이 특히 형사소송절차를 규율하는 법률의 위헌심사 기준이 되는 실제적 적법절차의 원칙이 과잉금지원칙의 심사와 다르지 않다면, 적법절차 원칙과 보호영역이 중복되어 있는 공정한 재판을 받을 권리의 심사는 과잉금지원칙에 의하는 것이 논리적으로 타당하다.

③ 형사소송절차에서 반대신문권의 보장과 같은 절차적 보장은 적법절차의 원칙에 의하여 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 신체의 자유를 비롯한 국민의 자유권적 기본권을 방어하고자 하는 데 궁극적인 목적이 있는 것이므로, 이러한 절차적 권리의 보장이 미흡하면 위 절차가 보호하고자 하는 실제적 기본권이 침해되게 된다. 이러한 점에서 형사소송절차에서의 재판청구권에 관한 법률이 언제나 기본권 형성적 법률로서의 성격만을 갖는다고 볼 수 없고, 그 중에서도 특히 적법절차의 원칙과 관계된 법률은 자유권적 기본권의 보장적 성격도 동시에 갖는다고 할 것이며, 여기에는 자의금지원칙(합리성 기준)에 더 나아가서 보다 강화된 심사기준이 적용되어야 한다.¹⁰⁾

10) 노회범, ‘기본권의 제한과 형성-합헌성 심사기준을 중심으로,’ 헌법논총 제18집, 헌법재판소, 158면 참조

④ 마지막으로, 많은 국가들이 반대신문권을 헌법적 차원에서 보호하고 반대신문권의 보장을 공고화하는 것이 세계적인 추세인바,¹¹⁾ 이는 ‘형사소송 절차에 있어 자신에게 불리한 증인을 탄핵할 수 있는 기회를 보장하는 것’이 곧 근본적인 절차적 공정성에 연관되어 있음을 보여주는 것이다.¹²⁾ 따라서 이에 대한 보호수준을 자의금지를 의미하는 합리성 심사에 머무르게 하는 것은 이러한 국제적 보호 수준에 부합하지 않는다.

(3) 이 사건 결정의 심사기준

이 사건 결정은 엄격한 비례심사를 하면서도 그 심사기준에 관하여 구체적인 논증을 하지는 않았다. 그러나 앞서 본 바와 같은 관점에서 볼 때, 헌법재판소가 반대신문권의 제한으로 인한 공정한 재판받을 권리의 침해가 문제되는 사안에서 대체로 일관되게 엄격한 비례심사를 하고 있음은 주목할 만한 부분이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

이 사건 법률조항이 공정한 재판받을 권리를 침해하는지 여부는 ① ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 대하여 당연히 증거능력을 인정하고 있는 이 사건 법률조항의 일반의 위헌성의 문제와 ② 이 사건에서 문제된 바와 같이 이 사건 법률조항에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 해석하는 것의 위헌성의 문제로 나누어 생각할 수 있다. 그리고 이 사건에서 고유하게 헌법적 쟁점이 된 것은 ②부분의 위헌성으로 이에 대한 헌법재판소의 판단은 다음과 같다.

11) 당사자주의가 발달한 영미법계는 물론 전후 미국의 영향을 받은 일본 그리고 각국 회원국의 판결에 대해서까지 구속력을 갖는 유럽인권규약에서 모두 반대신문권의 보장이 헌법적 차원에서 규정됨으로써 전 세계적으로 반대신문권의 보장을 상대적으로 공고화하는 것으로 그 내용이 수렴되고 있다고 할 수 있다. 설민수, ‘형사재판에서 증언적 전문진술에 대한 반대신문권의 보장과 그 한계,’ 사법논집 52권(2011), 417-418면 참조

12) 미연방대법원의 판례를 인용하자면, ‘인간의 본성 안에는, 형사소추절차에 있어 고발당한 자와 고발한 자를 직접 대면하도록 하는 것이 공정한 재판의 핵심으로 여기는 뿌리 깊은 무언가가 있다.’(“There is something deep in human nature that regards face-to-face confrontation between accused and accuser as ‘essential to a fair trial in a criminal prosecution,’” Pointer v. Texas, 380 U.S. 400, 404, 85 S.Ct. 1065, 1068, 13 L.Ed. 2d 923(1965))

(1) 헌법재판소의 판단

(가) 이 사건 법률조항에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 해석하는 것은 신속한 재판과 실체적 진실발견을 위한 것으로서 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 다만 실질적 직접심리주의와 전문법칙이 형사소송절차 진행 및 심리 과정에서 원칙적이고 실질적인 지배원리로서 충실히 기능할 수 있도록 하여야 하고, 그에 대한 예외는 직접주의와 공판중심주의에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리를 침해하거나 형해화하는 결과가 초래되지 않도록 형사소송법이 정한 필요한 최소한도에 그칠 때에만 침해최소성의 원칙 및 법익균형성의 원칙에 위배되지 않게 된다. 이러한 관점에서 이 사건에서는, 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서에까지 이 사건 법률조항을 적용하여 거기에 당연히 증거능력을 인정하는 것이, 전문법칙의 예외를 지나치게 넓게 인정함으로써 피고인의 방어권을 부당하게 제한하는 것인지가 위헌 여부 판단의 관건이 된다.

(나) 이 사건 법률조항이 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 당연히 증거능력을 인정하는 것은 문서의 진술내용 자체가 진실하기 때문이 아니라, 그 작성과정에서의 진술의 진실성을 담보할 만한 구체적이고 외부적인 정황에 의하여 그 문서에 형사소송법 제315조 제1호, 제2호의 서면에 준할 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 인정되기 때문이다.

그런데 공판조서에 기재된 진술은 공개된 법정에서 법관의 면전 아래 이루어지는 것일 뿐 아니라, 형사소송법은 공판조서의 작성자, 작성방식, 기재요건 등을 엄격하게 규정하고(제48조 제1항, 제2항, 제50조, 제51조, 제53조), 진술자의 청구가 있는 때에는 그 진술에 관한 부분을 읽어주고 증감변경의 청구가 있는 때에는 그 진술을 기재하도록 규정하고 있으며(제52조 단서), 다음 회의 공판기일에 있어서는 전회의 공판심리에 관한 주요사항의 요지를 조서에 의하여 고지하고, 검사, 피고인 또는 변호인이 그 변경을 청구하거나 이의를 진술한 때에는 그 취지를 공판조서에 기재하며, 그 경우 재판장이 그 청구 또는 이의에 대한 의견을 기재할 수 있도록 규정하고 있고(제54조), 또한 피고인은 공판조서의 열람 또는 등사를 청구할 수 있고 그 청구에 응하

지 아니한 때에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없도록 규정하고 있는(제55조) 등 공판조서는 그 서면 자체의 성질과 작성과정에서 법정된 엄격한 절차적 보장에 의하여 고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보되어 있다. 또한 우리 형사소송법이 채택하고 있는 대심적 구조 하에서 공소사실을 부인하거나 양형상 유리한 진술을 하는 피고인의 진술은 공개된 법정에서 반대당사자의 지위에 있는 검사에 의하여 검증되고 탄핵되는 지위에 있으므로, 이를 제3자가 일방적으로 한 진술과 같다고 평가할 수 없다.

이와 같은 사정에 비추어 볼 때, 법정진술에 해당하는 공판조서상의 진술과 다른 전문증거와 사이에는 문서의 신용성과 관련된 외부적 정황에 뚜렷한 차이가 있으므로, 그 증거능력의 인정요건에 차등을 두는 것이 피고인의 방어권을 지나치게 제약한다고 보기 어렵다.

(다) 공판조서상의 진술이 이루어질 당시 당해사건의 피고인인 청구인에게 반대신문의 기회가 부여되지는 않았으나, 공정한 재판을 받을 권리의 한 내용으로서의 반대신문권의 보장이 반드시 그 진술이 이루어질 당시에 반대신문의 기회가 부여될 것을 의미하는 것이 아니고, 진술의 성립 당시에 반대신문의 기회가 부여되지 않은 사정은 우리 형사소송법상의 다른 전문법칙의 예외 규정들(제312조, 제313조)도 마찬가지이다.

(라) 법원은 일찍이 1964년경부터 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서를 이 사건 법률조항에서 규정한 당연히 증거능력 있는 서류의 하나로 해석해 오고 있다. 이는 ‘피고인 이외의 자에 대한 재판관 면전조서’의 증거능력을 명시적으로 규정하고 있는 일본 형사소송법(제321조 제1항 제1호)과 달리 우리 형사소송법은 이러한 조서에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 아니한 관계로 전문법칙의 예외와 관련하여 이 사건 법률조항 외에 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서에 적용할 마땅한 규정이 없기 때문으로 이해된다. 그런데 만일 명문의 규정이 없다고 하여 이 사건과 같은 공판조서의 증거능력을 일률적으로 부정한다면, 공판조서보다 낮은 신용성의 보장을 가진 수사기관 작성의 조서에 관하여는 일정한 요건 하에 그 증거능력을 인정하면서도 그보다 우위의 임

의성과 신용성의 보장을 가진 공판조서에 대하여는 증거능력을 부정하는 법체계상의 모순이 발생하게 된다. 더욱이 청구인의 주장처럼 공범은 자신에 대한 재판과정에서 다른 공범에게 책임을 전가하는 허위의 진술을 할 염려도 있지만, 반면 자신에 대한 사건이 이미 종국되어 형이 확정된 공범은 당해사건에서 종전 진술을 번복하고 피고인에게 유리한 진술을 하여 주더라도 불이익을 입을 위험이 없어 당해사건 피고인에게 협조적인 허위의 진술을 할 가능성 역시 얼마든지 있으므로, 종전의 공판조서상의 진술이 오히려 진실한 것일 수도 있다. 그런데 이 사건 법률조항을 적용하지 않고 공범의 진술을 기재한 공판조서의 증거능력을 무조건 부정해 버린다면, 이러한 증명력 있는 증거를 당해사건의 심리과정에서 고려할 수조차 없게 되어, 우리 형사소송법의 또 다른 중대한 이념인 실체적 진실 발견에 중대한 지장을 초래하게 될 것이 명백하다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서의 증거능력을 인정하여 이를 일단 유무죄 판단을 위한 고려의 대상으로 들여놓되, 그 공판조서상의 진술 당시 당해사건 피고인의 반대신문의 기회가 보장되어 있지 않았던 사정이나, 공범이 자신의 사건에서 자신의 책임을 회피하는 진술을 하였을 가능성이 있는 사정 등을 종합적으로 살펴 법원으로 하여금 그 신빙성을 자유심증에 의하여 판단하도록 하는 것이 보다 합리적이라고 할 것이다.

(마) 이와 같은 사정들을 종합해 볼 때, 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에 포함되는 것으로 해석한다고 하여 피고인의 방어권에 지나친 제약을 가져온다거나 전문법칙의 예외 인정범위를 합리적 이유 없이 확대하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 보충의견

한편 이 사건 결정에서 보충의견은, 다수의견의 결론에 동의하면서도 피고인 아닌 사람의 진술이 기재된 다른 사건의 공판조서의 증거능력 인정요건을 명확하게 규정하는 것으로 입법을 개선하여야 한다는 입법개선건의를

제시하였다. 특히 보충의견은 다수의견이 명확성원칙의 위배 여부에서 든 논거와 재판청구권의 침해 여부에서 든 논거가 서로 충돌하는 면이 있음을 지적하고 있다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

다수의견과 같이 이 사건 법률조항의 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’가 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에 준하여 굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서만을 의미하는 것으로 합리적인 해석기준을 찾을 수 있기 때문에 위 조항이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 하면서도, 그와 동시에 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서가 여기에 포함된다면 해석이 피고인의 방어권을 침해하지 않는 합헌적인 범위 내에 있다고 보는 것은 모순적인 면이 없지 않다. 왜냐하면, 공범의 진술이 기재된 공판조서는 어디까지나 타인의 진술을 문자의 형태로 기록한 전문증거의 하나로서 일반 진술증거가 갖는 오류 가능성을 그대로 가지고 있을 뿐 아니라, 그 진술이 공개된 법정에서 법관의 면전 하에 이루어진 것이어서 고도의 ‘임의성’과 ‘절차적 적법성’이 담보되는 것에 해당할지는 몰라도, 그 내용에 관하여는 원진술자인 공범이 당해사건의 피고인에게 책임을 전가하는 허위의 진술을 할 가능성이 얼마든지 있고, 따라서 과연 그것이 ‘굳이 반대신문을 거칠 필요가 없을 만큼’ 고도의 신용성이 정황적으로 보장되어 있는 경우에 해당하느냐에 관하여 정당한 의문이 제기되기 때문이다.

더욱이 이러한 반대신문권의 보장은, 형사피고인에게 단순한 처벌의 객체가 아니라 형사소송절차를 형성·유지하는 당사자의 지위에서 공격과 방어의 기회가 충분히 보장되고, 실질적인 ‘무기평등’이 이루어진 재판을 받을 권리를 의미하는 기본권인 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용으로서(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 693-694 참조), 실질적 직접주의와 전문법칙이 형사소송절차에서 실질적인 지배원리로 기능할 수 있도록 이에 대한 제한은, 그 예외를 인정할 수 있는 부득이한 사유가 있는 사유가 있을 때에 한하여 필요 최소한으로 그쳐야 한다는 점에서 볼 때 더욱 그러하다. 그리고 법원에서도 이와 같이 전문법칙의 예외를 인정할 수 있는 부득이한 사유가, 단순한

진술의 임의성과 적법성을 넘어 반대신문의 검증을 굳이 거치지 않아야 할 정도의 신용성이 담보되는 것을 의미함을 분명히 하고 있다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도12 판결 참조).

이러한 논거 하에 보충의견은, 이미 법원에서 수십 년간 형사재판에 적용하여 온 이 사건 법률조항에 관한 위와 같은 해석이 위헌의 선언을 요구할 정도에 이를 만큼 명백하게 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다고 보기 어렵다는 점을 감안하여 다수의견의 결론에 따르기로 하면서, 다른 사건에서 공범이 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서의 증거능력에 관하여 위와 같은 반대신문권 보장의 취지를 감안한 보다 명확한 입법을 하는 것이, 국민의 기본권 보장과 법치국가원리에 입각한 형사소송제도의 형성을 위해서 더욱 바람직하다고 하다는 의견을 제시하고 있다.

이러한 보충의견의 견해는 입법적으로나 법리적으로나 경청하여야 할 가치가 있다고 판단된다.

4. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 반대신문권 보장의 헌법적 의의가 재조명된 의미 있는 사건이라고 할 수 있다. 헌법재판소는 이 사건 결정이 갖는 이러한 중요성을 감안하여 공개변론을 거쳐 사건을 심리하였다.

그리고 거기서 도출된 다수의견과 보충의견은 견해들은 반대신문권 보장이 공정한 재판을 받을 권리에서 차지하는 헌법적 가치를 다시 한 번 확인하고, 그에 대한 심사기준으로 엄격한 과잉금지심사를 채택하였다.

반대신문권의 보장은 미국, 일본, 유럽인권규약 등에서 공통적으로 이를 헌법적 차원에서 규정하고 있는 점에서 알 수 있듯이 단순한 형사소송법적 권리가 아니라 근원적인 정의의 요청에서 나오는 적법절차원칙의 핵심에 속한다고 할 것이다. 이러한 점에서 이 사건 결정은 반대신문권의 의의를 심도 있게 다룬 매우 중요한 선례가 될 것으로 보인다.

인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌소원

- 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1, 2항 각 항 중
‘정당한 권원이 있는 자’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바138, 판례집 25-2하, 174)

윤 옹 기*

【판시사항】

부정한 목적으로 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여 정당한 권원이 있는 자가 법원에 그 도메인 이름 등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있도록 규정한 인터넷주소 자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분과 제2항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분, 제2항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 수원지방법원 판사, 전 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 2000. 5. 10. 국제인터넷주소관리기구(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)로부터 도메인이름 등록기관으로 인가받은 국내 업체인 주식회사 ○○(www.○○.com)에 “○○.com”이라는 도메인 이름(이하 ‘이 사건 도메인이름’이라 한다)을 등록한 후, 이를 사용한 웹사이트를 개설하여 NCA Cheerleading, Cheerleading, Cheerleading Music, Cheerleading Outfits, Cheerleading Shoes 등의 단어를 포함한 각종 검색어를 나열하고, 성인용품 등의 서비스가 포함된 제3자의 웹사이트와 응원 의류·용품 등을 파는 업체들의 웹사이트로 연결되는 링크를 설정해 두고 있었다.

나. 미국 법인 ○○ 코퍼레이션(○○ Corporation, 이하 ‘○○사’라 한다)은 전국치어리더연합회(National Cheerleaders Association)가 응원 의상·용품 판매를 위해 1952년부터 상표로 사용하고 1997년에 미국 특허상표청에 등록된 ‘NCA’라는 표장에 관한 미국 내 상표권을 2008. 7. 21. 양도등록한 후, 같은 해 8. 12. 미국의 국가중재위원회(National Arbitration Forum)에 청구인을 상대로 이 사건 도메인이름을 자기에게 이전등록하도록 명하여 달라는 분쟁처리신청(청구번호: FA0906001269368)을 하였고, 위 위원회는 2008. 10. 13. 통일도메인이름분쟁해결방침(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)제4조 제a항에 따라, 청구인에게는 그 도메인이름에 관한 정당한 권리나 이익이 없고 부정한 목적도 인정된다는 이유로 청구인에 대하여 이 사건 도메인이름을 ○○사에게 이전하라는 내용의 결정을 하였다. 청구인은 이에 불복하여 같은 조 제k항에 따라 ○○사를 상대로 ‘이 사건 도메인이름에 관하여 ○○사의 청구인에 대한 등록이전 또는 사용금지 청구권이 존재하지 아니한다’는 내용의 도메인이름 이전·사용금지권리부존재확인 소를 우리나라 법원에 제기하였으나(대구지방법원 2009가합11550) 2010. 8. 17. 기각되었다.

다. 그러자 청구인은 위 판결에 대한 항소를 제기하면서(대구고등법원 2010나6759) 항소심 계속 중 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조가 헌법상 명확성원칙에 반한다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2011. 6. 10. 기각되자, 2011. 7. 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항에서 도메인이름의 등록말소 내지 등록이전 청구권자를 단지 ‘정당한 권원이 있는 자’라고만 문언상 표현하고 있을 뿐 그 밖에 아무런 구체적 규정을 두고 있지 아니하여 그 범위가 어디까지 확장될 수 있는지 예측하기 어려우므로 헌법상 명확성원칙에 반한다.

【결정요지】

이 사건 법률조항의 문언적 의미, 관련규정, 법원의 해석 등을 종합적으로 고려할 때, 위 조항의 수규자로서는 ‘정당한 권원이 있는 자’의 의미를 충분히 예측할 수 있고, 개별 사안에서 ‘정당한 권원이 있는 자’의 구체적 범위는 이 사건 법률조항의 입법 취지, 도메인이름 등과 그 대상표지의 관계, 도메인이름 등의 등록말소·이전 필요성 등을 고려한 법관의 법 보충작용에 의하여 합리적으로 결정될 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

【해설】

1. 사안의 쟁점

이 사건 법률조항은 도메인이름에 대한 등록, 보유, 사용권이라는 재산권을 일정한 경우에 제한하고 있는바, 국민의 기본권을 제한하는 법률로써 지켜야 할 헌법상 명확성원칙에 위반되는지 여부가 그 쟁점이다. 이하에서는 이 사건 법률조항의 입법연혁과 관련 법률의 내용을 먼저 소개하고, 이어 본안에 대한 판단 부분을 살펴보고자 한다.

2. 이 사건 법률조항의 입법연혁, 관련 법률의 내용

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

(1) 인터넷 주소자원의 안정적인 관리체계를 정부 주도로 확립하기 위한 목적으로 인터넷주소법이 제정되었는데 그 주요 내용의 하나가 도메인이름에 대한 악의의 무단점유(사이버스쿼팅; Cybersquatting)를 금지하여 정당한

권원이 있는 자의 인터넷 주소의 사용을 보장하기 위한 인터넷주소법 제12조이다. 원래 정부안에 의하면 등록말소청구권자가 ‘이해관계인’으로 되어 있었고, 1,000만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있게 되어 있었으나, 국회 심의 과정에서 ① 법원에 대한 등록말소청구권자가 ‘이해관계인’으로 규정될 경우 청구권자가 지나치게 넓게 확장될 소지가 있어 ‘정당한 권원이 있는 자’로 수정될 필요가 있고, ② 상표권 등으로 보호되는 국내 주지 상표 등과는 달리 일반적인 도메인이름등록행위의 위법 여부에 있어서 ‘정당한 권원이 있는 자’가 누구인지는 사전에 판단하기 곤란하고 중국적으로 법원에 의하여 결정될 수밖에 없는 민사적 성격이 강하여 삭제하는 것이 타당하다는 지적을 받아 각 수정, 삭제되었다.

(2) 제정 이후 현재까지 한 차례 개정되었는데, 그 내용은 아래 표와 같다.

인터넷주소자원관련법률 [법률 제7142호, 2004. 1. 29. 제정]	인터넷주소자원에 관한 법률 [법률 제9782호, 2009. 6. 9. 개정]
제12조 (부정한 목적의 도메인이름등의 등록금지) ① 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 목적으로 도메인이름등을 등록하여서는 아니된다. ② 정당한 권원이 있는 자는 제1항의 규정을 위반하여 도메인이름등을 등록한 자에 대하여 법원에 그 도메인이름등의 등록말소를 청구할 수 있다.	제12조 (부정한 목적의 도메인이름등의 등록 등의 금지) ① 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용하여서는 아니 된다. ② 정당한 권원이 있는 자는 제1항을 위반하여 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용한 자가 있으면 법원에 그 도메인이름등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있다.

국회 심의 자료 등에서 동조의 개정이유는 나오지 아니하나, 문제된 도메인이름등록의 말소 청구만 가능하도록 규정되어 있어, 등록말소 결정을 받은 신청인이 그 결정의 집행을 신청하더라도 그 도메인이름이 말소되는 시점을 정확히 알 수 없는 관계로 신청인이 그 도메인이름을 자신이 등록하지 못할 가능성이 크고, 만일 종전 등록인이나 제3자가 그 도메인이름을 선신청 선등록 원칙¹⁾에 따라 먼저 등록하게 되면, 같은 성격의 도메인이름분쟁이 반복

1) 도메인이름준칙(한국인터넷진흥원고시 2009. 1. 12. 개정) 제9조(등록) ① 진흥원은

되는 문제점이 드러나, 당해 도메인이름등록의 이전을 인정하여 실질적인 분쟁해결이 가능하게 하기 위함이라고 여겨진다.)²⁾

(3) 한편 같은 인터넷주소법 개정 법률에서 이 사건 법률조항의 적용범위에 관한 조항이 개정되고, 이 사건 법률조항의 해석에 참조가 될 조항이 신설되었는데 그 내용은 아래 표와 같다.

인터넷주소자원에관한법률 [법률 제7142호, 2004. 1. 29, 제정]	인터넷주소자원에 관한 법률 [법률 제9782호, 2009. 6. 9, 개정]
제4조 (적용범위) 이 법은 국제표준에 따라 대한민국에서 할당되는 인터넷 프로토콜 주소와 대한민국의 국가코드(code)에 따르는 도메인이름등의 인터넷주소자원에 대하여 적용한다.	제4조 (적용범위) 이 법은 대한민국에서 할당되는 인터넷 프로토콜 주소와 대한민국에서 등록·보유 또는 사용되는 도메인이름등의 인터넷주소자원에 대하여 적용한다.
	제18조의2 (판단기준) ① 피신청인이 등록한 인터넷주소의 사용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조정부는 피신청인의 인터넷주소를 신청인에게 이전하도록 하거나 말소하는 조정결정을 할 수 있다. 1. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표, 서비스표 등 「상표법」에서 보호되는 표장(이하 "표장"이라 한다)에 대한 권리를 침해하는 경우 2. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 널리 인식된 신청인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하는 경우 3. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에서 저명한 신청인의 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 경우 ② 피신청인의 인터넷주소의 등록·보유

제8조의 규정에 따른 신청서가 진흥원에 도달한 순서대로 도메인이름을 데이터베이스에 등록하여야 한다. 단, 대량의 신청서가 동시에 도달될 것이 예상되는 경우에는 추첨 등 사전에 공지한 별도의 방법으로 등록할 수 있다.

2) ‘인터넷주소법’ 개정내용 소개, 김종윤 인터넷주소분쟁조정위원회 위원장, 인터넷주소분쟁조정위원회·한국정보법학회 공동 국제세미나 ‘국내외 인터넷주소분쟁해결제도 최근 경향과 국제재판관할문제 고찰,’ 5~9쪽.

인터넷주소자원에관한법률 [법률 제7142호, 2004. 1. 29. 제정]	인터넷주소자원에 관한 법률 [법률 제9782호, 2009. 6. 9. 개정]
	<p>또는 사용이 정당한 권원이 있는 자의 인터넷주소의 등록 또는 사용을 방해하거나 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대하여 정당한 권한이 있는 자에게 판매·대여하려는 등 부당한 이득을 얻으려는 목적으로 행하여진 경우에도 조정부는 제1항과 같은 결정을 할 수 있다.</p> <p>③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 피신청인의 인터넷주소가 피신청인이 정당한 권원을 가지고 있는 성명, 명칭, 표장 또는 상호와 동일하거나 그 밖에 피신청인이 인터넷주소의 등록이나 사용에 정당한 권리나 이익을 가지고 있는 경우에는 조정부는 신청을 기각할 수 있다.</p>

즉, 인터넷주소법 제4조 적용범위의 개정³⁾으로 종래 .co.kr 과 같은 국가 최상위도메인(ccTLD)에서 .com과 같은 일반최상위도메인(gTLD)에 대한 사이버쿼팅행위도 동법 제12조에 의하여 규제되게 되었고, 인터넷주소분쟁 조정위원회의 활성화를 위한 강제조정절차를 마련하면서(제18조 및 제20조), 조정결과에 대한 예측가능성을 높이기 위하여 분쟁 조정 시 적용되는 판단 기준을 명시하였다.

3) 제4조 개정 내용 중 종전의 ‘국제표준에 따라.’ 부분의 개정 취지는 최근 인터넷주소가 기존의 인터넷 프로토콜 주소나 도메인이름뿐만 아니라 인터넷에서 정보의 위치를 식별할 수 있는 다양한 기술을 포괄하는 개념으로 확장되어 사용되고 있고, 국내에서 개발 중인 모바일 인터넷주소와 같이 아직 국제표준으로 인정받지 아니한 경우까지 포괄하여 관리할 필요성이 대두하므로 인터넷주소의 정의를 현실적 기술상황에 적합하도록 확대하기 위함이라고 되어 있으나(국회 심사보고서 참조), 대한민국의 국가코드(code)에 따르는 도메인이름등을 대한민국에서 등록·보유 또는 사용되는 도메인이름등으로 확장한 이유에 대한 국회 자료는 찾아지지 않는다. 참고로 원래의 정부안은 제4조를 삭제하는 것이었고, 방송통신위원회가 법제처에 제출한 조문별제개정이유서에 의하면 제4조 삭제 이유는 ‘국민이 사용하는 모든 도메인이름(예: .com/.net 등)으로 법 적용범위 확대를 통한 법 적용 사각지대 해소’라고 되어 있다.

나. 부정경쟁방지법의 사이버스쿼팅 규제

(1) 2000년대에 들어와 사이버스쿼팅이 급증, 정당한 표지에 관한 권리를 가진 자에 대한 상거래상의 신뢰를 해치고 소비자로서 하여금 혼동을 일으키게 하여 거래질서를 문란하게 하며, 일반인의 인터넷 검색에 있어서 사회적 총비용을 증가시키는 등의 폐해가 쌓여감에 따라 2004년 개정법(2004. 1. 20, 법률 7095호) 제2조(정의) 제1호 아목에 다음과 같은 내용의 사이버스쿼팅을 규정함으로써 동법이 규제하는 부정경쟁행위의 유형에 추가되었다.

- 아. 정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위
- (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적
 - (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적
 - (3) 그 밖에 상업적 이익을 얻을 목적

(2) 그전까지 법원은 도메인이름에 대한 분쟁을 상표법, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률, 상법에 따라 해결했으나 이러한 법률에 사이버스쿼팅을 방지하는 명확한 실정법적 근거는 없었고, 특히 투기를 위한 목적으로 등록만 하여 둔 경우, 상표법상의 상표적 사용, 부정경쟁방지법상의 상업적 사용, 상법상의 상호 사용이라 보기 어려워 규제의 공백이 생길 수 있는 상태였다. 따라서 사이버스쿼팅방지를 위한 실정법적 근거를 마련 차원에서 2004년 인터넷주소법의 제정과 부정경쟁방지법의 개정이 동시적으로 긴밀한 연계⁴⁾ 속에 추진되어 성사되었다.

(3) 부정경쟁방지법상 사이버스쿼팅 행위주체는 도메인이름에 대하여 「정당한 권원이 없는 자」이다. 따라서 성명, 상호, 상표 또는 그 밖의 표지에 대한 정당한 권원이 있는 자와 도메인이름 등록인이 비록 상표권 등을

4) 실례로는 부정경쟁방지법 2004. 1. 개정법률 정부안 제안이유 중 아래 내용 참조.
참고사항: 이 법률안 제2조 제4호는 이 법률안과 같이 국회에 제출되는 인터넷주소법안의 의결을 전제로 하는 것이므로 동법률안이 의결되지 아니하거나 수정의결되는 경우에는 이에 맞추어 조정하여야 할 것임.

갖고 있지 않더라도 당해 도메인 이름으로 일반에게 널리 인식되고 있었던 경우와 같이 도메인이름에 대하여 정당한 이익을 가진 자는 보호받을 수 있다. 보호대상은 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖에 표지이며, 국내에서 주지성을 획득한 표지로서 「도메인이름」의 정의에 적합한 표지만 보호대상에 해당되므로 2004. 1. 29. 제정된 ‘인터넷주소자원에 관한 법률’이 정당한 권원이 있는 자의 모든 도메인이름을 보호하는 것과 다르다. 보호대상의 범위를 「국내에 널리 알려진 상표 등」으로 한정하는 이유는 사이버스쿼팅의 주된 목적의 하나가 바로 상표 등 표지가 갖는 경제적 가치에 편승하고자 하는 것이고 따라서 그 주된 대상은 널리 알려진 상표 등 표지에 한정되기 때문이다. 또한, 보호대상의 범위를 「널리 알려지지 아니한 상표 등」으로 확대하는 것은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 목적규정의 범위를 벗어난다는 인터넷업계 및 전문가 등의 의견이 동법 개정 시에 반영되었다고 볼 수 있다.

부정경쟁방지법상 사이버스쿼팅행위의 구성요건 중 가장 중요한 것은 부정한 목적(in bad faith)이다. 미국의 ACPA(1999년 사이버스쿼팅을 방지하기 위하여 미국 연방상표법을 개정한 반사이버스쿼팅소비자보호법 : Anticybersquatting Consumer Protection Act), 일본의 부정경쟁방지법(사이버스쿼팅을 방지하기 위하여 2001년에 부정경쟁방지법을 개정)도 사이버스쿼팅행위의 성립요건으로 부정한 목적을 규정하고 있다. 미국의 ACPA는 부정한 목적을 열거하고 있으며 이러한 부정한 목적은 열거된 것에 한정되지 않는다고 규정하고 있고, 일본의 부정경쟁방지법은 부정한 목적을 「부정의 이익을 얻을 목적으로 또는 타인에게 손해를 가할 목적으로」로 포괄적으로 규정하고 있다.

부정경쟁방지법은 사이버스쿼팅의 구성요건인 부정한 목적을 아래와 같이 구체적으로 규정하였다.

- ① 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적⁵⁾
- ② 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적⁶⁾

5) 이 행위는 사이버스쿼팅의 대표적 유형이라 할 수 있는바 사이버스쿼터들이 도메인이름을 선점하고 도메인이름 취득비용보다 높은 가격에 상표권자등 정당한 권리자 또는 제3자에게 되팔려는 행위를 부정한 목적으로 규정한 것이다.

③ 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적⁷⁾

부정경쟁방지법은 제4조 제1항에서 부정경쟁행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 규정하면서, 동조 제2항 제3호로 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소를 함께 청구할 수 있도록 하였다.

3. 이 사건 법률조항의 명확성원칙 위반 여부

가. 명확성원칙의 내용과 판단기준

(1) 법치국가 원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구되지만(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341), 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 있을 뿐만 아니라, 이러한 명확성원칙을 산술적으로 엄격히 관철하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어 사용은 부득이하다고 할 수밖에 없으며, 당해 법률이 제정된 목적과 타 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비 여부가 가려져야 한다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79 참조).

(2) 특히 민사법규는 행위규범의 측면이 강조되는 형벌법규와는 달리 기본적으로는 재판규범의 측면이 훨씬 강조되므로, 사회현실에 나타나는 여러 가지 현상에 관하여 일반적으로 흠결 없이 적용될 수 있도록 보다 추상적인 표현을 사용하는 것이 상대적으로 더 가능하다고 볼 것이다(헌재 2007. 10.

6) 이 행위는 도메인이름 등록원칙인 선신청 선등록(first-come, first-served)원칙을 악용하여 경쟁업자의 도메인이름 등록을 방해하거나 사용을 방해하는 행위를 부정한 목적으로 규정한 것이다.

7) 이는 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 것을 도메인이름으로 등록, 보유하고 이를 이전, 질권설정, 전용사용권 또는 통상사용권을 허여하거나 대여 또는 직접 사용을 통한 상업적 이익을 추구하려는 목적의 행위를 말한다.

25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 478).

나. 판단 및 해설

(1) 판단

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 다음과 같이 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항은 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여 정당한 권원이 있는 자는 법원에 그 도메인이름등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이 사건 법률조항의 문언 중 ‘정당한’은 ‘이치에 맞아 올바르고 마땅한’이라는, ‘권원’은 ‘어떤 행위를 정당화하는 법률적인 원인’이라는 사전적 의미가 있는바, 그렇다면 이 사건 법률조항의 전체 맥락상 ‘정당한 권원이 있는 자’라 함은 ‘부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용한 자를 상대로 법원에 그 도메인이름등의 등록말소를 청구하거나 자신에게 등록이전을 청구하는 것이 이치에 맞아 올바르고 마땅하게끔 하는 법률적인 원인을 가진 자’라는 문언적 의미가 있다고 할 것이다. 이렇듯 ‘정당한 권원’은 어디까지나 법률적인 원인이나 근거를 가리키는 것이므로, 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용하는 행위와 단지 간접적이나 사실적 이해관계가 있을 뿐인 경우에까지 확장된다고 해석될 수는 없을 것이다.

그리고 관련조항인 인터넷주소자원법 제18조의2 제1항은 도메인이름등의 등록 등과 관련된 분쟁의 조정을 담당하는인터넷주소분쟁조정위원회의판단 기준으로 도메인이름등의 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표, 서비스표 등 상표법에서 보호되는 표장에 대한 권리를 침해하거나 국내에서 저명한 신청인의 성명, 상호에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 등의 경우 그 도메인이름등을 신청인에게 이전하도록 하거나 말소하는 조정결정을 할 수 있다고 규정하고 있고, 부정경쟁 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 아목은 정당한 권원이 없는 자가 상표 등 표지에

대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적 등으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하여, 그러한 부정경쟁행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 같은 법 제4조 제2항 제3호에 따라 법원에 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소를 청구할 수 있게 하고 있는바, 이러한 점에 비추어 볼 때 도메인이름과 동일 또는 유사한 성명, 상호, 상표, 서비스표 그 밖의 표지(이하 ‘대상표지’라 한다)에 관하여 상표법이나 부정경쟁방지법에 따라 보호되는 권리나 이익이 여기의 ‘정당한 권원’에 포함됨은 분명하다.

나아가 인터넷주소자원법 제18조의2 제2항은 대상표지가 국내에 등록되었는지, 국내에서 널리 인식되었는지와 상관없이 이에 관하여 정당한 권한이 있는 자를 상대로 도메인이름등의 등록·보유 또는 사용자가 도메인이름등을 판매·대여하려는 등 부당한 이득을 얻으려는 목적을 가진 경우 등에도 인터넷주소분쟁조정위원회는 같은 조 제1항과 같은 결정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 부정경쟁방지법이 ‘국내에 널리 알려진’ 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 부정경쟁행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하고 있음과 달리, 인터넷주소자원법은 ‘인터넷에서 사용되는’ 도메인이름등의 인터넷주소자원의 개발·이용을 촉진하고 인터넷주소자원의 안정적인 관리체계를 구축함으로써 전 세계를 망라하는 컴퓨터 통신망의 집합체인 인터넷을 이용하는 사람들의 편익을 증진함을 목적으로 제정된 점, 같은 법 제3조 제1항이 인터넷주소가 공정하고 적절하게 사용될 수 있도록 노력할 것을 국가의 책무로 규정한 점, 그리고 위와 같은 목적과 책무를 달성하기 위한 주요 수단으로 이른바 사이버스쿼팅에 대한 일반적이고 포괄적인 규제를 위하여 인터넷주소자원법에 이 사건 법률조항과 위 조항이 함께 마련된 점 등 제반 사정이 고려된 것이라 보이는데, 이러한 사정은 이 사건 법률조항에 있어서도 마찬가지라고 할 것이므로 ‘정당한 권원’을 인정함에 있어 그 대상표지가 국내에서 등록되거나 널리 인식되어 있을 것은 요구되지 않는다고 할 것이다.

한편, 대법원은 도메인이름의 등록말소 또는 등록이전을 청구하는 이에게 ‘정당한 권원’이 있다고 하려면, 그 도메인이름과 동일 또는 유사한 성명, 상호, 상표, 서비스표 그 밖의 표지를 타인이 도메인이름으로 등록하기 전에 국내 또는 국외에서 이미 등록하였거나 상당 기간 사용해 오고 있는 등으로 그 도메인이름과 사이에 밀접한 연관관계를 형성하는 한편, 그 도메인이름을 대가의 지불 없이 말소하게 하거나 이전을 받는 것이 정의 관념에 비추어 합당하다고 인정할 수 있을 만큼 직접적 관련성이 있고 그에 대한 보호의 필요성도 충분하다는 사정이 존재하여야 한다고 판시하여(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57661 판결 참조), 위에서 살펴본 문언적 의미를 기초로 한 객관적 해석기준을 마련하고 있다.

따라서 인터넷주소자원법 제12조에 규정된 ‘정당한 권원이 있는 자’의 개념이 다소 추상적일 수 있지만, 그 문언적 의미, 관련규정, 법원의 해석 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 법률조항의 수급자로서는 ‘정당한 권원이 있는 자’의 의미를 충분히 예측할 수 있다 할 것이고, 개별적인 사안에서 ‘정당한 권원이 있는 자’의 구체적인 범위는 인터넷주소자원법의 목적 및 위 조항의 취지, 도메인이름등과 그 대상표지의 관계, 도메인이름등의 등록말소·이전 필요성 및 그 당위성 등을 고려하여 법관의 법 보충작용을 통한 판례에 의하여 합리적으로 결정될 수 있을 것이기에 법을 해석·집행하는 기관으로 하여금 그 의미를 개개의 사안에서 자의적으로 해석하거나 집행하게 할 염려가 있다고 하기 어려우므로 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.』

(2) 해설

명확성원칙 위반 여부를 판단함에 있어서는 앞서 본 바와 같이 당해 법률이 제정된 목적과 타 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능하지의 여부에 따라 가려져야 하는바, 이 사건에 있어서는 사이버스쿼팅 규제에 관한 인터넷주소자원법과 부정경쟁방지법 관련 조항의 내용과 양 법률간의 대조가 그 출발점이자 종착지로 이끄는 길이라 할 것이다. 아래에서 다룬다.

(가) 입법 목적상 부정경쟁방지법과 인터넷주소자원법은 차별점이 있다.

즉, 전자는 “국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함”을 그 목적으로 하여 국내 주지 상표 등의 보호와 소비자 보호를 그 취지로 하고 있지만, 후자는 “인터넷주소자원의 개발·이용을 촉진하고 인터넷주소자원의 안정적인 관리체계를 구축함으로써 인터넷 이용자의 편익을 증진하고 국가사회의 정보화에 이바지함”을 목적으로 하고 있다.⁸⁾

(나) 부정경쟁방지법이 피해자측 보호법익을 중점으로 이를 침해하는 다양한 유형의 부정경쟁행위를 정의하는 와중에 그 하나로 사이버스쿼팅을 규제하고 있다면, 인터넷주소자원법은 사이버스쿼팅이라는 인터넷주소에 특유한 악의적인 선점행위 자체에 초점을 두고 동 행위를 일반적인 인터넷주소관리 차원에서 규제하고 있다. 따라서 전자의 경우 법률을 만들에 있어 그 보호법익이 무엇인가를 명확히 특정할 필요성이 강하지만, 후자의 경우는 가해행위 측면의 요건 규정이 더욱 긴요하여서 피해 입는 측의 보호법익 특성은 전자의 정도에 이를 것이 요구되지 않는다.

(다) 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 따른 규제는 사이버스쿼팅이라는 가해행위 자체에 대한 일반적 응징을 주안으로 하여 마련된 것⁹⁾이라는 점에서 그 피해자가 내국 권리자인가 외국 권리자인가 여부에 의해 그 규정의 적용이 좌우될 것은 아닌데, 이는 인터넷주소자원법 개정으로 이 사건 법률조항의 적용이 일반최상위도메인이름(.com)에까지 확장된 점에 의해서 한층 분명해졌다.

8) 이런 맥락에서 도메인이름 자체가 아닌 다른 실정법 상의 권리보호 중심인 부정경쟁방지법상의 사이버스쿼팅 규제는 문제된 도메인이름의 말소로 그 목적을 충족하고 그치게 되나, 도메인이름 자체의 질서관리자적인 인터넷주소자원법상의 규제는 도메인이름 등록원칙인 선신청 선등록(first-come, first-served)원칙의 실질적 준수를 보장하기 위하여 도메인이름의 이전까지 그 내용으로 포함하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

9) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다64836 도메인주소보유권 확인 등 판결은 인터넷주소법 제12조 제1항, 제2항 취지에 관하여 ‘도메인이름은 선착순으로 자유롭게 등록할 수 있는 것이 원칙이나 그 중복 등록이 불가능함을 악용하여 부정한 목적으로 도메인이름을 선점하는 이른바 사이버스쿼팅(cybersquatting) 행위를 규제함으로써 정당한 권원이 있는 이의 도메인이름 등록 및 사용을 보장하고 도메인이름에 관한 인터넷 사용자들의 혼동 등을 방지하려는 데에 있다.’고 판시함.

(라) 인터넷주소자원법 제18조의2에서 제1항은 부정경쟁방지법의 내용과 유사하게 조정 신청인이 국내에 등록된 상표 등의 권리를 가지고 있거나 신청인의 상품, 성명 등이 국내에 널리 인식될 것을 요구하는 반면, 이 사건 법률조항과 마찬가지로 ‘정당한 권원이 있는 자’라는 표현을 사용한 같은 조 제2항에서는 국내에 상표 등의 등록, 상품이나 성명 등의 국내주지성을 요구하고 있지 않다는 점을 고려하면 이 사건 법률조항의 ‘정당한 권원’의 의미 또한 비단 국내에 등록되거나 널리 인식되는 것에 한정되지 않는다고 보는 것이 상당하다.

이상의 점을 종합하면, 인터넷주소자원의 이용촉진과 안정적 관리 차원에서 사이버스쿼팅의 전면적이고도 온전한 규제를 달성하기 위하여 이 사건 법률조항과 같은 일반적, 추상적 개념이 사용된 것에 그 합리적인 면이 충분히 있다는 점이 드러나는바, 이 사건 법률조항이 헌법상 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 한 헌법재판소의 판단은 무엇보다 이 토대 위에 구축된 것이라고 이해될 수 있다.

4. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은, 부정한 목적으로 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여 정당한 권원이 있는 자가 법원에 그 도메인이름 등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있도록 규정한 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1, 2항 중 각 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분이 헌법상 명확성원칙에 위반되지 아니한다는 입장을 최초로 밝힌 것에 그 의미를 찾을 수 있다.

형사소송법 제453조 제1항 위헌소원

- 정식재판 청구기간을 정한 형사소송법 조항이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2013. 10. 24. 2012헌바428, 판례집 25-2하, 224)

이 중 업*

【판시사항】

1. 정식재판 청구기간을 ‘약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내’로 정하고 있는 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조 제1항 중 피고인에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 약식명령 피고인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조 제1항 본문 중 피고인에 관한 부분 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인에 대하여 2012. 8. 17. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(명예훼손)죄 등으로 벌금 100만 원의 약식명령이 발령되었다(서울중앙지방법원 2012고약19209). 위 약식명령 등본은 2012. 9. 7. 수사기록상 청구인의 주소지로 기재된 장소로 송달되어 청구인의 어머니가 이를

* 대법원 재판연구관, 전 헌법연구관

수령하였다. 그리고 위 약식명령 등본은 이튿날인 2012. 9. 9. 청구인에게 전달되었다.

나. 청구인은 청구인의 어머니가 약식명령 등본을 수령한 날로부터 정식 재판 청구기간인 7일이 지난 2012. 9. 17. 위 약식명령에 대하여 정식재판을 청구함과 아울러 정식재판청구권 회복청구를 하였다. 위 정식재판회복청구가 2012. 9. 21. 기각되자(서울중앙지방법원 2012초기3196), 청구인은 위 기각결정에 대하여 즉시항고한 뒤(서울중앙지방법원 2012로136, 당해사건) 2012. 9. 23. 정식재판 청구기간을 ‘약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내’로 규정한 형사소송법 제453조 제1항 본문에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 청구인은 2012. 11. 22. 위 법원으로부터 항고기각결정과 아울러 위 제청신청 기각결정을 받게 되자(서울중앙지방법원 2012초기3265) 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인의 정식재판 청구기간을 그 고지 일로부터 7일로 규정하고 있다. 그런데 약식명령은 통상의 공판절차와 달리 약식기소 여부의 통지 없이 서면심리만으로 일방적으로 발령되어 피고인이 방어 기회를 가질 수 없을 뿐 아니라, 재판서의 송달에 의하여 고지되며 그 송달에 관하여 보충송달이 허용되는 결과 피고인이 이를 직접 수령하지 않아도 송달의 효력이 발생하게 된다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항이 정한 정식재판 청구기간 7일은 지나치게 짧아 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해한다.

나. 또한 이 사건 법률조항은, 약식절차와 통상의 공판절차가 재판절차에 대한 참여권이 보장되는지 여부와 그 고지방법에서 명백한 차이가 있는데도 그 불복기간을 일반 형사사건과 동일하게 7일로 규정함으로써 본질적으로 다른 것을 같게, 또 약식명령은 재판서의 송달에 의하여 불복기간이 시작된다는 점에서 민사·행정사건과 다를 바가 없는데도 청구기간을 민사·행정사건의 항소기간인 14일보다 짧게 규정함으로써 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있으므로, 약식명령 피고인의 평등권을 침해한다.

3. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

약식절차는 소송경제의 이념에 근거하여 벌금 또는 과료에 처할 경미한 사건만을 대상으로 하고 있고, 피고인이 약식명령을 송달받기 전에 사건의 내용을 알 수 있는 기회가 없다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 재판 청구권의 본질적인 내용을 침해하거나, 약식명령 피고인의 방어권을 지나치게 제약하여 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

또한 약식명령은 재판의 신속을 기할 필요성이 큰 경미한 사건만을 대상으로 한다는 점에서 일반 형사판결과 달리 그 기산점을 약식명령의 송달시로 하면서도 그 불복기간을 같게 정한 데에 합리적인 이유가 있다. 나아가 경미한 사건에 대한 신속하고 간이한 재판처리의 필요성과 약식사건과 민사·행정사건의 경중의 차이를 고려할 때 약식명령의 불복기간을 민사·행정사건의 불복기간보다 짧게 정한 것 역시 합리적인 이유가 있으므로, 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인의 평등권을 침해하지 않는다.

【결정요지】

1. 약식명령에 대하여 단기의 불복기간을 설정한 것은, 경미하고 간이한 사건들을 신속하게 처리하게 함으로써 사법자원의 효율적인 배분을 통하여 국민의 재판청구권을 충실하게 보장하고자 하는 것으로서 그 합리성이 인정된다. 형사 입건된 피의자로서는 수사 및 재판에 관한 서류를 정확하게 송달받을 수 있도록 스스로 조치하여야 하여야 하므로, 입법자가 그러한 전제 하에 불복기간을 정하였더라도 입법제량을 현저하게 일탈한 자의가 있다고 할 없고, 약식명령 피고인이 주소변동 등의 사정으로 약식명령을 제대로 송달받지 못하였다고 하더라도 정식재판청구권 회복청구를 통하여 충분히 구제받을 수 있다. 또한 정식재판청구서에는 불복의 이유를 따로 기재할 필요가 없으므로 약식명령에 대한 불복 여부의 결정에 많은 시간과 노력이 소요된다고 보기도 어렵다. 이러한 점들을 종합해 보면, 이 사건 법률조항이 합리적인 입법제량의 범위를 벗어나 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 민사소송 등은 분쟁의 본질이 사적 영역에 속하거나 개인의 주관적 권

리구제와 관련된 것이어서 형사소송에 비하여 재판을 신속하게 확정시켜야 할 필요성은 상대적으로 적은 반면, 국가형벌권의 행사 작용에 속하는 형사 재판절차는 실제적 진실발견을 위한 증거의 멸실이나 왜곡 방지, 일반예방 및 특별예방의 목적달성을 위한 형벌권의 조기실현 등을 위하여 보다 신속하게 법률관계를 확정지을 필요가 매우 강하다. 또 약식절차는 벌금, 과료만이 부과되는 비교적 가벼운 범죄를 대상으로 하는 것으로서 일반 형사재판과 달리 생명 또는 신체의 자유에 대한 제한을 가져오지 않는 경미한 사건만을 대상으로 하고 있고, 이러한 경미 사건에 대하여 효율성 및 신속성을 보다 강조하는 것이 전체적으로 사법자원의 효율적인 배분을 가져와 헌법상의 재판청구권을 더욱 충실하게 보장하는 방법이 될 수 있다. 이러한 점에서 약식명령에 대한 불복기간을 민사·행정재판과 다르게 정한 것이나, 일반 형사판결과 같게 정한 것은 모두 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인의 평등권을 침해하지 않는다.

재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 헌법불합치 의견

검사가 일방적으로 제출한 자료에만 기초하여 공개재판에 의하지 않고 서면심리로 이루어지는 약식절차는 어디까지나 헌법상 보장된 재판청구권의 내용과 어긋나는 예외적인 절차로서의 성격을 갖는다. 약식명령을 받은 피고인은 정식재판청구에 의하여 비로소 예외적 절차에 의하여 제한되었던 헌법상의 재판청구권을 회복할 수 있게 되므로, 입법자는 약식명령을 받은 피고인의 기본권이 함부로 침해되지 않도록 약식절차에 관한 불복제도를 합리적으로 형성할 의무가 있다. 그런데 약식명령의 송달에 관하여 민사소송법상의 보충송달에 관한 규정이 준용되는 결과 이 사건 법률조항에 따라 피고인이 약식명령 발령 사실을 현실적으로 알게 되는 시점이 그 재판청구권 행사가 사실상 불가능할 정도로 지체되거나, 경우에 따라 아예 그 발령 사실을 모른 채 유효하게 정식재판 청구기간이 지나가게 되는 경우도 있을 수 있다. 이와 같이 송달의 불가피한 불완전성을 고려하지 않은 채 고지일로부터 7일이라는 지나치게 짧은 기간을 불복기간으로 정하고 있는 이 사건 법률조항

은 약식명령 피고인으로 하여금 정식재판청구권을 그 의도에 반하여 상실당할 수 있게 함으로써 헌법상 보장된 기본권인 ‘공개된 법정에서 공정한 재판을 받을 권리’를 침해한다. 다만 이 조항을 위헌으로 하게 되면 약식명령의 불복기간에 관한 입법의 공백이 발생하게 되므로 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니한다고 선언하여야 한다.

【해 설】

1. 이 사건 법률조항의 의의

가. 약식절차와 정식재판청구

정식재판의 청구는 약식명령이 발하여지는 경우 그 재판에 불복이 있는 자가 통상의 공판절차에 의한 심판을 청구하는 소송행위를 말한다. 약식절차란 지방법원의 관할에 속하는 사건으로 벌금·과료 또는 몰수에 처할 수 있는 사건에 대하여 공판절차를 거치지 아니하고 서면심리만으로 벌금·과료를 가하는 간이한 형사절차로서, 형사재판의 신속을 기하는 동시에 경미사건에 있어 공개재판에 따르는 피고인의 사회적, 심리적 부담을 덜어 준다는 데 그 존재의의가 있다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마345 공보 미게재).

약식명령의 청구는 검사가 공소제기와 동시에 서면으로 하여야 하며[형사소송법(이하 괄호 안에서 ‘법’이라고만 한다) 제449조], 서면심리만에 의한다. 따라서 공소장일본주의의 적용이 없고(즉 검사는 약식명령청구를 하면서 필요한 증거서류 및 증거물을 청구서와 함께 법원에 제출하여야 한다), 약식명령청구서를 피고인에게 송달할 필요도 없으며, 피고인신문, 증인신문, 검증, 감정과 같은 증거조사는 원칙적으로 허용되지 않고, 공판절차를 전제로 한 증거능력에 관한 규정들(법 제311조 내지 318조) 역시 적용이 없다.

이와 같이 간략한 서면심리에 의하여 생길 수 있는 부당함은 법원의 공판절차에 의한 심리(법 제450조)¹⁾ 혹은 이 사건 법률조항에 의한 피고인의 정식재판청구(법 제453조)에 의하여 제거될 수 있게 된다.

1) “법원은 약식명령의 청구가 있는 경우 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 한다.”

나. 약식명령의 송달 및 정식재판청구기간, 정식재판청구권회복청구 등

검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 약식명령을 한 법원에 서면으로 정식재판을 청구할 수 있다. 정식재판청구에 관하여는 법정기간의 연장에 관한 형사소송법 제67조가 적용된다.²⁾ 정식재판의 청구가 법령상의 방식에 위배되거나 청구기간의 도과 등으로 청구권이 소멸한 후인 것이 명백한 때에는 결정으로 기각하여야 하고(법 제455조 제1항), 그 청구가 적법한 것인 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 한다(법 제455조 제3항).

정식재판청구의 기산점이 되는 약식명령의 고지는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의한다(법 제452조). 한편 형사소송법 제65조는 서류의 송달에 관하여 법률에 다른 규정이 없는 때에는 민사소송법을 준용한다고 규정하고 있으므로, 우편송달, 공시송달 등에 관하여 따로 규정한 형사소송법 제60조 내지 제64조가³⁾ 적용되는 것 외에는 약식명령의 송달에 관하여는 민사소송법의 규정이 준용된다. 따라서 그 송달의 방법은 민사소송법 제178조 제1항에 따라 원칙적으로 교부송달에 의하여야 하나, 근무장소 이외의 송달할 장소에서 피고인을 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별한 지능이 있는 사람(수령대리인)에게 약식명령 등본을 교부할 수 있다(보충송달)(민사소송법 제186조 제1항). 그리고 보충송달이 적법한 경우 수령대리인에게 약식명령 등본을 교부한 때에 송달의 효력이 발생하고, 약식명령 등본이 본인에게 실제 전달되었는지 여부는 문제되지 않는다.

정식재판청구는 상소와 달리 상급법원이 아니라 원법원에 대하여 하는 것이고 이로써 1심 절차가 진행되는 것이지만, 원재판의 변경을 구하는 사법적 구제수단인 점에서는 상소와 유사하므로 상소에 관한 규정이 일부 준용된다(법 제458조 제1항). 상소권회복에 관한 제345조 및 제346조 역시 준용되어

2) “법정기간은 소송행위를 할 자의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 또는 검찰청 소재지와 의 거리 및 교통통신의 불편정도에 따라 대법원규칙으로 이를 연장할 수 있다.”

3) 제60조(송달받기 위한 신고), 제61조(우체에 부치는 송달), 제62조(검사에 대한 송달), 제63조(공시송달의 원인), 제64조(공시송달의 방식)

자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 정식재판청구기간 내에 정식재판청구를 하지 못한 때에는 정식재판청구권 회복청구를 할 수 있다.

정식재판회복청구의 기간은 약식명령이 고지된 사실을 안 날로부터 7일이며, 반드시 정식재판청구권 회복청구와 동시에 정식재판을 청구하여야 한다(법 제458조 제1항, 제346조 제3항).

다. 약식절차 및 정식재판청구 현황

2007년 기준으로 검찰 기소인원의 88.8%가 약식사건으로 처리되고 있고(전체 형사입건자를 기준으로 약 47%가 약식기소되며, 7%만이 정식기소되고, 나머지는 즉결심판절차에 의해 처리된다), 약식명령청구사건 중 정식재판청구사건의 비율(2008년, 인원수 기준)은 7.5%이다.

외국의 처리례도 이와 비슷하여 일본의 경우 기소인원의 90.8%(1998년 기준)가 약식절차에 의하여 처리되었다. 독일 역시 전체 형사사건의 6%만이 공판절차에 의하여 처리되며,⁴⁾ 전체 기소사건의 56%가 약식절차에 의하여 기소된다. 미국 역시 경미사건을 다루는 다양한 형태의 간이법원에서⁵⁾ 전체 형사사건의 90% 이상을 관할한다.

한편 약식명령 중 30~40%가 1회 송달에서 송달불능이 되어 공시송달로 송달된다.⁶⁾ 이에 따라 정식재판회복 청구사건의 인용률은 70%를 상회하고 있다.⁷⁾

라. 외국의 입법례

오늘날 대부분의 국가는 형사사건에 관하여 경미사건과 중한 사건의 처리

4) 박미숙, '형사사건의 신속처리방안에 관한 연구,' 연구총서(1998), 한국형사정책연구원, 99면

5) Municipal Court, Justice Court, County Court, Justice of the Peace Court, City Court, Parish Court, Magistrate Court, District Justice Court 등

6) 장윤석, '이른바 제정약식 시범 시행기,' 법조(통권 497호). 법조협회, 162면; 1998년 울산지청에서 확정된 약식명령을 무작위로 추출하여 표본조사한 결과이다.

7) 이용구, '경미사건의 효율적인 처리방안,' 재판자료 104집 : 바람직한 민·형사소송 실무운영방안, 법원도서관, 2004., 760면

절차를 이원화하고, 전자에 대하여는 절차의 신속과 효율적인 사건처리에, 후자에 대하여는 적법절차의 보장을 통한 신중한 사건처리에 중점을 두고 있다. 이는 선택과 집중을 통하여 한정된 사법자원을 효율적으로 배분하고자 하는 입법적 선택의 결과라고 할 수 있다.⁸⁾

(1) 독일

독일 형사소송법은, 형사단독판사 또는 배심법원 관할의 경죄(Vergehen, 법정형이 1년 미만인 자유형 또는 벌금형이 부과되는 범죄를 말한다) 사건에 대하여 공판 없이 서면심리에 의하여 벌금, 선고유예, 운전금지, 추징, 몰수, 과기 등을 할 수 있는 약식절차를 두고 있다(제407조).

일반 형사사건의 항소기간이 판결선고일로부터 1주일(제314조 제1항, 제2항)인 것과 달리 약식명령은 그 송달일로부터 2주 이내에 이의신청을 할 수 있다(제410조).

이는 1975년 형사소송법의 개정으로 단기자유형이 벌금형으로 대체됨에 따라 약식명령에 의해서는 자유형이 선고될 가능성이 없게 되었다가, 1987년 형사소송법의 개정(형사사법업무경감법률)으로 변호인이 선임된 피고인의 경우 집행유예가 선고되는 1년 이하의 자유형에 대하여도 약식절차가 허용되면서(제407조 제2항), 신중한 이의제기를 가능하게 하기 위해 이의기간을 2주로 연장한 것이다.⁹⁾

(2) 일본

현행 일본 형사소송법은 간이재판소의 관할에 속하는 사건에 관하여 벌금 100만 엔 이하의 벌금 또는 과료에 처하는 사건에 대하여 약식절차에 의하여 약식명령을 할 수 있다(제461조)고 규정하고 있다.

다만 일본 형사소송법 제461조의2는 검찰관은 피고인에게 약식명령 청구

8) 김재봉, 한영수, 조기영, '약식절차의 개선방안에 관한 연구,' 형사법연구 제21권 제3호(2009), 한국형사법학회, 23-24면; 이용구, '경미사건의 효율적인 처리방안,' 재판자료 104집 : 바람직한 민·형사소송실무운영방안, 법원도서관, 693-697면 참조

9) 박미숙, '형사사건의 신속처리방안에 관한 연구,' 연구총서(1998), 한국형사정책연구원, 54면

에 관하여 이의가 있는지 여부를 사전에 확인하여 이의가 없는 때에는 이를 서면으로 분명히 하여야 한다고 규정하여 약식절차에 앞서 피고인의 동의를 구하는 사전절차를 두고 있다. 원래 1924. 1. 1. 시행된 구 형사소송법(이른바 ‘대정 형사소송법’)은 약식절차에 관한 사전절차를 두지 않았다.¹⁰⁾ 그러나 폐전 후 1948년 신 형사소송법 개정 당시 약식절차의 적용범위를 벌금형으로 한정하고 피고인의 동의를 구하는 사전이의절차를 규정하였는데, 이는 당시 미군정의 영향으로 약식절차의 위헌 여부와 그 존재가 문제되면서 그 위헌성에 대한 시비를 최소화하기 위한 것이다.¹¹⁾

약식명령을 받은 자는 내용에 불복이 있는 경우는 물론이고 특별히 불복이 없다 하더라도 그 통지를 받은 날로부터 14일 이내에 서면으로 정식재판을 청구할 수 있다(제465조). 한편 일반 형사판결에 대한 항소기간은 판결선고일로부터 14일이다(제373조).

10) 1913년 제정되어 약식절차를 처음 규정한 刑事略式手續法에는 사전절차로서 예고제도가 규정되어 있다가 약식절차에 관한 규정이 대정 형사소송법에 편입되면서 사전 예고제도가 폐지되었다. 이는 우리 형사소송법의 태도와 같은데 주지하다시피 대정 형사소송법은 일제강점기 조선형사령에 의해 우리나라에 의용되어 제정 형사소송법에 영향을 미친 것으로 보인다. 그러나 입법자들은 형사소송법 제정 당시 일본의 신 형사소송법의 내용을 알고 있었고 이를 보다 많이 참조하였으므로, 약식절차에 있어 대정 형사소송법의 규정을 그대로 둔 것은 나름대로의 입법적 의도에 따른 것이라고 할 것이다.

11) 일본에서 약식절차의 위헌성은 약식절차가 신설된 刑事略式手續法 제정 당시에도 입법과정에서 논쟁이 되었으나, 폐전 후 헌법 개정으로 약식절차가 신 일본 헌법에 규정된 공개재판을 받을 권리, 피고인의 증인신문권과 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라는 주장이 강하게 대두하게 되었다. 위헌론은 전후 ‘최고재판소임시형사위원회’의 공식 의견이 되기도 하였으나 1948. 7. 29. 최고재판소가 위헌적 요소가 상대적으로 더 강하였던 대정 형사소송법상의 약식절차에 대하여 합헌판결을 내림으로써 실무적인 논란은 일단락되었다. 그러나 그럼에도 약식절차가 일본 헌법상 적법절차원리 등에 합치하는지에 관하여 학계에서 논란이 계속되어 왔다. 福島至, 略式手續の研究, 成文堂, 1992, 156-180.

우리 헌법재판소 선례로는, 형사피해자가 약식절차에 의하여 자신의 재판절차진술권이 침해당하였다고 주장한 헌법소원 사건에서 합헌결정을 한 사례(헌재 1999. 12. 23. 98헌마345, 공보미계제)와 피고인이 제기한 약식절차에 대한 헌법소원에 대하여 정식재판청구에 의하여 재판청구권이 보장되므로 ‘약식절차에 의한 기본권 침해가능성은 없다’는 이유로 각하결정을 내린 지정부선례(헌재 2012. 2. 21. 2012헌마105)가 있다.

(3) 미국

경죄 사건(misdemeanor, 법정형이 1년 이하의 자유형이나 벌금형에 해당하는 범죄를 말한다)¹²⁾ magistrate judge에 의하여 재판이 이루어지며, 배심재판이 배제된다. 모든 경죄에 대한 재판은 피고인의 동의와 법원의 허가에 의하여 피고인이 법정에 출석하지 않아도 공판절차가 진행되며, 각 지방법원의 규칙에 의하여 출석통지서에 일정한 대체금(fixed sum)을 특정하여 불출석재판이 이루어질 수 있음을 통고할 수 있고 피고인이 이를 납부하면 당해사건은 종결된다(미연방형사소송규칙 제57조).

magistrate judge에 의한 판결에 대한 불복은 일반 형사사건의 항소기간과 마찬가지로 판결 등록일로부터 10일 이내에 관할 지방법원판사에게 하여야 하며, 이러한 상소는 권리로 인정된다(18 U.S.C.A. §3402).

이 경우 지방법원판사는 magistrate judge에 의한 공판절차의 진행이나 판결이 없었던 것으로 간주하고 완전히 새로운 재판을 하는 것이 아니며, magistrate judge의 판결의 적법 여부만을 심사하게 된다. 즉 우리의 약식절차와는 달리 magistrate judge에 의한 판결은 정식의 제1심 판결로 취급된다.

(4) 프랑스

프랑스 형사소송법은 일정한 경죄는¹³⁾ 간이소송절차에 의할 수 있고, 간이소송절차에서는 변론 없이 무죄 또는 벌금형 그리고 그 부가형이 선고될 수 있다(제495-1조). 약식명령에 대하여 피고인은 송달을 받은 날로부터 45

12) 미연방법률(18 U.S.C.A. § 19, 3559, 3571)에 의하면 경죄는 다시 1년 이하 6월 초과 징역형 또는 10만 달러 이하(단체는 20만 달러 이하)의 벌금형에 처하는 A급, 6월 이하 30일 초과 징역에 처하는 B급 그리고 30일 이하 6월 이상 징역에 처하는 C급 경죄로 구분된다. 5일 이하의 구금에 처하거나 구금형이 없는 경우 범칙사건(infraction)에 해당한다[B, C급, 범칙사건 모두 벌금의 경우 5천 달러 이하(단체는 1만 달러 이하)에 처할 수 있음]. 특히 이들 중 B, C급 경죄와 범칙사건을 경미범죄(petty offense)라 하여 특별한 간이절차를 마련하고 있다.

13) 즉 경죄(délit)에 해당하는 장기 10년 이하의 징역형 또는 3,750유로 이상의 벌금형에 처하는 범죄로서 경죄법원에서 재판하는 사건 가운데 1. 도로교통법상 경죄와 그와 관련된 도로교통법상 위경죄, 2. 육상교통 관련 법령 위반 경죄, 3. 징역형이 규정되어 있지 않은 상법 제4권 제4편의 경죄, 4. 공중보건법 제3421-1조 제1항에 규정된 환각제의 사용에 관한 경죄, 5. 건축 및 주거법 제126-3조에 정한 죄가 여기에 해당한다.

일 이내에 이의신청을 할 수 있다(제495-3조). 이의신청이 있는 사건은 경죄 법원에서 대심 형태의 공개재판으로 심리한다.

그 이외의 경죄 및 중죄사건은 판결선고일에 피고인이 출석한 경우에는 판결선고일로부터 10일, 불출석한 경우에는 판결송달일로부터 10일 이내에 상소하여야 한다(제380-9조, 제498조).

2. 재판청구권 침해 여부

이 사건 결정에서 법정의견과 소수의견은 이 사건 법률조항에 의하여 침해되는 기본권을 재판청구권으로 보았다.

가. 재판청구권과 입법형성권

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. ‘법률에 의한’ 재판청구권은 원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 현행 소송법의 범주 안에서 권리구제절차를 보장하며, 그 실현은 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있다. 입법자는 청구기간이나 제소기간과 같은 일정한 기간의 준수, 소송대리, 변호사 강제제도, 소송수수료규정 등을 통하여 원칙적으로 소송법에 규정된 형식적 요건을 충족시켜야 비로소 법원에 제소할 수 있도록, 소송의 주체, 방식, 절차, 시기, 비용 등에 관하여 규율할 수 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481)

따라서 재판을 청구할 수 있는 기간 또는 재판에 불복할 수 있는 기간을 정하는 것 역시 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제라고 할 것이고 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 할 수 없다(헌재 2006. 11. 30. 2003헌바 66, 판례집 18-2, 429, 437; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1하, 900, 908 참조).

다만, 이러한 입법재량도 제소기간 또는 불복기간을 너무 짧게 정하여 재판을 제기하거나 불복하는 것을 사실상 불가능하게 하거나 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 이를 어렵게 한다면 재판청구권은 사실상 형해

화될 수 있으므로, 이러한 점에서 입법형성권의 한계가 있다(헌재 2002. 10. 31, 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481; 헌재 1996. 8. 29. 93헌바63등, 판례집 8-2, 63, 70 참조).

나. 심사기준의 문제

재판청구기간 내지 불복기간에 관한 선례들은 입법자에게 광범위한 입법재량권이 있다는 점에서는 차이가 없으나¹⁴⁾ 구체적인 심사의 방법으로 단계적 비례심사를 한 것과 합리성심사를 한 것이 있다.

이와 같은 심사기준 적용의 차이는 ‘국민의 모든 자유와 권리는...필요한 때에 한하여 제한할 수 있다’고 규정한 헌법 제37조 제2항에 대한 이해의 차이 또는 문제되는 기본권 영역에 따른 심사강도의 차이를 인정하면서도 그 논증방법에서 차이를 두고 있는 데서 기인한 것으로 보인다.

즉 헌법 제37조 제2항의 의미 특히 비례심사 내지 과잉금지심사와의 관계에 관하여, ① 헌법 제37조 제2항은 비례의 원칙(과잉금지원칙)으로서 비례의 원칙은 자유권적 기본권 외의 다른 기본권에도 적용된다는 설명, ② 헌법 제37조 제2항은 비례의 원칙이고 비례의 원칙은 자유권에만 적용된다는 설명,¹⁵⁾ ③ 헌법 제37조 제2항은 비례의 원칙과 동일한 것이 아니며, 여기에는 비례의 원칙 뿐 아니라 자유권적 기본권 외의 다른 기본권에 적용되는 다른 심사기준도 반영된다는 설명으로 나누어 볼 수 있다.¹⁶⁾

그러나 ①과 같이 비례심사가 자유권적 기본권의 제한에 관하여뿐 아니라 폭넓은 입법형성권이 인정되는 영역에 관한 입법재량의 통제기준을 포함하고 있다고 보더라도¹⁷⁾ 후자에 대하여 이미 ‘광범위한’ 입법형성권을 인정하

14) 예컨대 불복기간에 관하여 비례심사를 한 대표적 선례인 아래 2004헌바39 결정 역시 ‘항소제기기간을 얼마로 할지 등은...입법재량의 문제’라고 하고 있다(헌재 2007. 11. 29. 2004헌바39, 판례집 19-2, 548, 554).

15) 한수웅, 헌법학, 박영사, 2012., 482-487면

16) 김하열, ‘법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사-참정권과 청구권을 중심으로,’ 고려법학 제67호(2012. 12.), 고려대학교 법학연구원, 48-51면 참조

17) 다만, 재판청구권과 관련된 모든 문제가 폭넓은 입법형성권의 영역이라고 볼 수는 없고, 헌법재판소 선례들 역시 재판청구권과 관련하여 엄격한 과잉금지심사를 한 예, 완화된 과잉금지심사를 한 예, 과잉금지심사의 틀만을 차용하고 합리성심사를

는 결과 그 논리적 귀결로서 비록 논증의 도구로서 비례심사의 단계적 틀에 의하더라도 그 실질적인 내용은 입법재량의 현저한 일탈이 있는지 여부에 그치게 될 것이다(비례심사의 형식적 적용 또는 완화된 과잉금지심사).¹⁸⁾ 왜냐하면 폭넓은 입법형성권이 인정되는 영역에 좁은 의미의 과잉금지심사와 같은 수준으로 통제밀도를 좁히게 되면, 입법형성권은 더 이상 ‘폭넓은 것’이 될 수 없으므로 이때 과잉금지심사는 필연적으로 완화된 것일 수밖에 없게 될 것이기 때문이다. 그러므로 위 각 견해 사이에는 통제밀도에 있어 실질적인 차이가 있다고 보기 어렵다고 할 수도 있다.

그러나 위와 같이 입법형성권의 영역에 따라 통제밀도를 달리하는 것을 인정하면서도 좁은 의미의 과잉금지심사와 동일한 논증 틀을 택하는 것은, 심사기준의 구분을 모호하게 만들고, 비례원칙의 심사기준으로서의 의미와 유용성을 상실하게 하는 결과를 가져오게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부는 비례원칙에 의한 형식적인 단계별 심사에 의하기보다는 그 구체적인 형성에 관한 합리적인 입법재량을 일탈하였는지 여부를 기준으로 판단하는 것이 옳다고 생각된다.

이 사건 결정에서 명시적으로 심사기준을 밝히지는 않았지만, 결정이유에서 전형적인 과잉금지심사의 4단계 심사를 하지 않고 합리적인 입법재량의 일탈 여부를 기준으로 삼으로써 합리성 심사기준을 택한 것으로 볼 수 있다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 다수의견

이 사건 법률조항은 약식명령에 대한 정식재판 청구기간의 기산점을 약식명령의 고지일로 하면서도 불복기간을 일반 형사판결에 대한 항소기간과 같게 정함으로써, 그 약식명령이 보충송달에 의하여 피고인 이외의 사람에게 송달되는 경우, 실질적인 불복기간이 일반 형사사건에 비하여 단축되는 결과를 가져올 수 있게끔 하고 있다. 그러나 약식명령은 피고인에게 벌금·과료

한 예, 명시적인 합리성 심사를 한 예를 모두 찾아볼 수 있다.

18) 한수웅 교수는 이를 비례심사의 형식적 적용이라고 표현하고 있다. 한수웅, ‘헌법 제27조의 재판청구권,’ 헌법논총 제10집(1999), 363-365면.

만이 부과되는 경미한 사건을 대상으로 하는 것으로서, 약식명령에 대하여 이와 같이 단기의 불복기간을 설정한 것은 경미 사건에 관하여 절차의 신속에 보다 중점을 둔 다른 형사소송법의 규정들과 궤를 같이 하는 것이다. 예컨대 통상의 공판절차에 있어서도, 다액 500만 원 이하의 벌금이나 과료에 해당하는 경미 사건은 피고인의 출석 없이 개정할 수 있고, 판결 선고도 가능하며(법 제277조 제1호), 피고인만이 청구한 정식재판청구사건에서도 피고인의 출석 없이 판결 선고가 가능하다(법 제277조 제4호). 그리고 위 각 경우 항소기간은 피고인이 판결의 내용을 알았는지 여부와 관계없이 선고일로부터 기산된다.

이와 같이 형사절차를 경미 사건과 일반 사건을 구분하여 그 처리절차를 달리하거나 일반 사건에 대한 특례를 두는 것은, 경미하고 간이한 사건들을 신속하게 처리하게 함으로써 사법자원의 효율적인 배분을 통하여 국민의 재판청구권을 충실하게 보장하고자 하는 것으로, 그 합리성이 인정된다.

또한 우리 형사소송법상 약식절차에 대한 사전 동의나 통지 절차가 따로 마련되어 있지는 않지만, 형사 입건된 피의자로서는 사건에 관한 중국적인 처분이나 재판이 예정되어 있으므로, 수사기관 등에 자신의 소재를 분명하게 하고 수사 및 재판에 관한 서류를 정확하게 송달받을 수 있도록 스스로 조치하여야 하여야 한다. 따라서 자신에게 개시된 형사절차의 중국적 처분의 한 형태인 약식명령이 피고인에 대하여 예기치 않게 발하여지는 것이라고 말할 수 없고, 입법자가 형사피의자가 그러한 조치를 취하리라는 전제 하에 약식명령에 대한 송달가능성을 가늠하여 불복기간을 정하였더라도 거기에 입법재량을 현저하게 일탈한 자의가 있다고 할 수 없다.

나아가 정식재판 청구기간에 대하여는 법정기간의 연장에 관한 규정(법 제67조)이 준용될 뿐 아니라, 약식명령 피고인이 정식재판 청구기간을 지키지 못한 것이 책임질 수 없는 사유로 인한 것인 때에는 정식재판청구권이 회복될 수 있으므로(법 제458조 제1항, 제345조), 피고인이 주소변동 등의 사정으로 약식명령을 제대로 송달받지 못하였다고 하더라도 충분히 구제받을 수 있다.

마지막으로 약식명령은 경미 사건만을 대상으로 하는데다가, 그 내용 역

시 약식기소된 공소사실의 존재와 그에 대한 과형만을 담고 있을 뿐이어서 그 불복의 대상과 범위가 비교적 단순하다. 또 정식재판청구서에는 약식명령에 불복한다는 기재만 있으면 족하고, 불복의 이유를 따로 기재할 필요가 없으므로 약식명령에 대한 불복 여부의 결정에 많은 시간과 노력이 소요된다고 보기도 어렵다. 그러므로 이 사건 법률조항이 정하고 있는 고지일로부터 7일의 불복기간이 약식명령에 대한 불복기회를 실질적으로 박탈할 만큼의 단기라고 할 수 없다.

이러한 점들을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항이 합리적인 입법재량의 범위를 벗어나 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 소수의견(재판관 3인)

헌법 제27조 제3항은 형사피고인이 공개재판을 받을 권리를 기본권의 하나로 보장하고 있고, 헌법 제27조 제1항에서 규정한 법률에 의한 재판을 받을 권리 안에는 모든 증거자료가 법관의 면전에서 조사·진술되고, 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리를 포함하는 공정한 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226; 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200 참조). 그런데 검사가 일방적으로 제출한 자료에만 기초하여 공개재판에 의하지 않고 서면심리로 이루어지는 약식절차는 어디까지나 헌법상 보장된 재판청구권의 내용과 어긋나는 예외적인 절차로서의 성격을 갖는 것으로서, 약식명령 피고인은 정식재판청구에 의하여 비로소 예외적 절차에 의하여 제한되었던 헌법상의 재판청구권을 회복할 수 있게 된다. 정식재판청구가 헌법상의 재판청구권과 관련하여 갖는 이와 같은 의미에 유념하여, 입법자는 약식명령 피고인이 헌법상의 기본권을 함부로 침해당하지 않도록 약식절차에 관한 불복제도를 합리적으로 형성할 의무가 있고, 여기에는 그 기산점이 되는 ‘송달의 불확실성’이 상쇄될 수 있을 만큼의 충분한 기간을 부여하는 것이 최소한의 전제가

된다.

이 사건 법률조항은 정식재판 청구기간으로 약식명령을 고지받은 날로부터 7일의 기간을 부여하고 있다. 정상적인 송달을 전제로 할 때 위 7일의 기간 자체가 약식명령 피고인의 정식재판청구권을 형해화할 만큼 극단적인 단기라고 하기는 어렵다. 그러나 약식명령의 송달에 관하여 민사소송법상의 보충송달에 관한 규정이 준용되는 결과 피고인의 지배범위 내에서 피고인 이외의 사람 이른바 ‘수령대리인’이 약식명령 등본을 받더라도 송달이 유효하게 된다. 그런데 피고인이 수사기관에서 진술한 주소지 혹은 주민등록지로부터 일시적으로 떠나 있는 등으로 피고인 이외의 사람이 이를 수령하거나, 약식명령을 실제 교부받은 수령대리인의 착오나 부주의로 약식명령이 전달되지 못하게 되는 일이 일반 생활관계에서 드물다고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 피고인이 약식명령 발령 사실을 현실적으로 알게 되는 시점이 그 재판청구권 행사가 사실상 불가능할 정도로 상당기간 지체되거나, 경우에 따라 아예 그 발령 사실을 모른 채 유효하게 정식재판 청구기간이 도과하게 되는 경우도 있을 수 있다.

더욱이 서면심리만으로 이루어지고 일본과 달리 약식기소에 대한 사전적인 동의 또는 고지 제도가 존재하지 않는 우리 형사소송법상 약식사건의 피고인은 자신에게 약식명령이 발령될지 여부를 도무지 사전에 알 수 없으므로, 그에게 혹시 있을지 모를 약식명령의 발령에 대비하여 자신의 주소 또는 송달장소를 정확하게 수사기관 또는 법원에 신고하거나 그 약식명령을 틀림없이 전달받을 수 있도록 하는 조치를 취하여야 할 의무가 있었다고 말할 수도 없다.

그러므로 약식절차가 피고인의 출석을 요하지 않는 간이한 심판 제도로서의 의미를 갖는다는 점에서 그 불복기간의 기산점을 재판서의 송달일로 삼는 것이 불가피하다고 하더라도, 그 기산점이 되는 송달의 불확실성이 상쇄될 수 있을 정도의 충분한 불복기간을 부여하지 않으면, 약식명령 피고인이 그에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 헌법상의 재판청구권을 침해당하게 되는 경우가 생기는 것을 막을 수 없다. 그리고 이러한 점을 고려하여 정식재판 청구기간을 현행 민사·행정사건이나 일본, 독일 등의 입법례들에 준하여 가

령 2주 정도로 연장한다고 해서 재판의 신속에 무슨 구체적인 장애가 초래될 것이라고 생각하기도 어렵다.

결국 이와 같이 고지의 방법인 송달의 불가피한 불완전성을 고려하지 않은 채 고지일로부터 7일이라는 지나치게 짧은 기간을 불복기간으로 정하고 있는 이 사건 법률조항은, 약식명령 피고인으로 하여금 정식재판청구권을 그의도에 반하여 상실당할 수 있게 함으로써 헌법상 보장된 기본권인 ‘공개된 법정에서 공정한 재판을 받을 권리’를 침해한다.

따라서 이 사건 법률조항은 약식절차에 관한 불복기간을 형성함에 있어 현저하게 입법재량을 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이나, 만일 위 조항을 위헌으로 하게 되면 약식명령의 불복기간에 관한 입법의 공백이 발생하게 되므로, 위 조항은 헌법에 합치하지 아니한다고 선언하여야 한다.

3. 평등권 침해 여부

청구인은 약식명령은 재판서의 송달에 의하여 불복기간이 시작된다는 점에서 민사·행정사건과 다를 바가 없는데도 청구기간을 민사·행정사건의 항소기간인 14일보다 짧게 규정함으로써 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있다고 주장하였다.

그러나 이 사건 결정에서 다수의견과 소수의견은 재판청구권의 침해 여부에 대하여는 의견을 달리 하였으나, 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하지 않는다는 점에 대하여는 다음과 같은 이유로 의견을 같이 하였다.

즉 민사·행정소송에서는 원칙적으로 처분권주의와 변론주의가 적용되어 당사자의 적극적인 주장과 입증활동에 의하여 소송의 내용이 형성되게 되므로 당사자는 그 책임 하에 1심 판결에 대한 불복의 범위와 그와 관련한 사실적·법률적 주장을 스스로 정리하여야 할 뿐 아니라, 항소장에 관하여도 준비서면에 관한 규정이 준용되는 결과 거기에도 공격 또는 방어 방법에 관한 진술을 기재하는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 공격과 방어에는 통상적으로 형사재판에 비하여 보다 더 복잡한 사실적·법률적 쟁점이 관련된다. 다른 한편 민사소송 등은 분쟁의 본질이 사적 영역에 속하거나 개인의 주관적 권리구제와 관련된 것이어서 형사소송에 비하여 재판을 신속하게 확정시

켜야 할 필요성은 상대적으로 적다. 이러한 점에서 1심 판결에 대한 불복기간의 기산점을 판결의 내용을 정확하고 구체적으로 알 수 있게 되는 판결서의 송달일로 하고, 그 기간도 형사소송보다 더 길게 부여한 것에는 수긍할 수 있는 합리적인 이유가 있다.

반면에, 국가형벌권의 행사 작용에 속하는 형사재판절차는 실체적 진실발견을 위한 증거의 멸실이나 왜곡 방지, 일반예방 및 특별예방의 목적달성을 위한 형벌권의 조기실현 등을 위하여 보다 신속하게 법률관계를 확정지을 필요가 매우 강하다. 또한 형사재판은 공소사실의 존부에 대한 판단과 양형을 내용으로 하는 것으로서 그 불복의 범위와 사유가 비교적 명확할 뿐 아니라, 공소사실에 관한 입증책임이 오로지 검사에게 있으므로 원칙적으로 피고인은 이를 방어하는 것으로 족하고 주도적으로 주장과 증거를 준비하여야 하는 것이 아니다. 이러한 이유에서 정식재판청구서에는 약식명령에 불복한다는 기재만 있으면 족하고, 불복의 이유를 따로 기재할 필요도 없다.

나아가 정식재판 청구기간의 기산점을 민사·행정소송과 같이 재판서의 송달일로 삼는 것은, 약식절차가 피고인의 법정출석을 요하지 않는 데 기인하는 것으로, 민사·행정소송과 같이 그 불복을 위하여 판결의 내용을 정확하게 고지하려는 데 목적이 있는 것도 아니다. 따라서 재판서의 송달에 의하여 불복기간이 기산된다는 형식적인 유사점만으로 동일하게 다루어야 할 사정이 있다고 할 수도 없다.

4. 이 사건 결정의 의의

(1) 헌법재판소는 불복기간을 포함한 재판절차의 형성에 관하여는 입법자의 광범위한 재량이 인정된다고 판시하여 왔다. 같은 맥락에서 이 사건 법률조항에서 정한 정식재판 청구기간이 사법자원의 효율적 배분의 필요성과 정식재판청구권의 회복을 통해 이를 구제할 수 있는 길을 열어 두고 있는 점 등을 고려하였을 때 입법재량의 범위를 벗어나지 않았다고 판단한 것이다.

(2) 소수의견은, 약식절차 자체가 헌법상의 공개재판을 받을 권리 등을 제한하는 예외적 절차라는 점에 주목하여 그 예외적 절차로부터의 회복을 의미하는 정식재판청구권을 보다 충실하게 보장함으로써 약식명령 피고인의

재판청구권이 침해되지 않도록 하여야 한다는 점을 강조한 것이다.

(3) 이 사건 결정상의 다수의견과 소수의견의 공방에서 드러난 바와 같이, 정식재판 청구기간 도과로 인한 약식명령 피고인의 정식재판청구권의 소멸은 공개된 재판을 받을 권리 등의 포기 또는 제한이라는 가볍지 않은 헌법적 의미를 갖는 것이다. 따라서 약식명령 피고인이 그 의사에 반하여 정식재판청구권을 상실하지 않도록 하는 입법적 개선과 실무 운영이 요구된다고 할 것이다.

독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌확인

- 독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’, 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 10. 24. 2011헌마724, 판례집 25-2하, 263)

정 총 령*

【판시사항】

1. 독립유공자의 손자녀 중 1명에게만 보상금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에 나이가 많은 손자녀를 우선하도록 규정한 독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부 (적극)
2. 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 함께 명한 사례

【심판대상】

독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’, 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’이 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 광주지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은, 1943. 12. 8. 사망한 후 1962. 3. 1. 건국훈장(독립장)을 받았던 망 이○재의 외손녀로서, 2011. 3. 17. 청구인의 오빠인 이○호와 함께 독립유공자의 유족(손자녀)으로 등록되었다.

나. 망 이○재의 배우자인 망 정○성은 1962. 5.경부터 ‘독립유공자에우에 관한 법률’(이하 ‘독립유공자법’이라 한다)에 의해 독립유공자의 유족으로서 유족보상금을 수령하다가 1974. 2. 7.경 사망하였고, 그 후 유족 불명으로 유족보상금이 지급되지 않다가 망 이○재의 딸인 망 이○애가 1996. 7. 24. 권리부활로 유족보상금을 받기 시작해 2011. 8. 27. 사망 시까지 유족보상금을 수령하였으며, 이후 망 이○애의 장남인 이○호가 2011. 9. 15.부터 독립유공자의 손자녀 중 나이가 많은 사람으로서 매월 1,616,000원의 유족보상금을 수령하고 있다.

다. 이에 청구인은 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항, 제4항이 동일한 독립유공자의 손자녀임에도 불구하고 나이가 많은 손자녀 1명에게만 유족보상금을 지급하도록 규정함으로써 나이가 어린 독립유공자의 손자녀인 청구인을 유족보상금의 지급 대상에서 제외한 것이 청구인의 평등권과 사회보장수급권을 침해한 것이라고 주장하며, 2011. 11. 18. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항이 독립유공자의 유족에 대한 보상금 지급에 관하여 규정하면서, 독립유공자의 손자녀일 경우 1명에 한정하여 보상금을 지급하도록 하고, 독립유공자 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 여러 명인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 한 것은 장손 중심의 유교사상에 기인한 자의적인 차별에 해당할 뿐만 아니라, 유족보상금의 사회보장적 성격을 도외시한 것이므로 청구인의 평등권 및 사회보장수급권을 침해하여 헌법에 위반된다.

【결정요지】

1. 독립유공자의 유족보상금 지급에 있어서는 국가의 재정부담 능력이 허락하는 한도에서 보상금 총액을 일정액으로 제한하되 생활정도에 따라 보상금을 분할해서 지급하는 방법이 가능하며, 보상금 수급권자의 범위를 경제적으로 어려운 자에게 한정하는 방법도 가능함에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 일률적으로 1명의 손자녀에게만 보상금을 지급하도록 하여 나머지 손자녀들의 생활보호를 외면하는 것은 독립유공자 유족의 생활유지 및 보장을 위한 실질적 보상의 입법취지에 반한다. 수급권자의 경제적 능력은 재산과 소득을 고려해 등급으로 환산될 수 있으므로, 수급권자 수를 오로지 1명으로 한정함에 따른 사무처리의 편의성이 크다거나, 그것이 우월적 공익에 해당한다고 보기도 어렵다. 산업화에 따른 핵가족화, 직업이나 보유재산에 따라 연장자가 경제적으로 형편이 더 나은 경우도 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 나이를 기준으로 하여 연장자에게 우선하여 보상금을 지급하는 것 역시 보상금 수급권이 갖는 사회보장적 성격에 부합하지 아니한다. 비록 독립유공자를 주로 부양한 자나, 협의에 의해 지정된 자를 보상금 수급권자로 할 수 있도록 하는 일정한 예외조항을 마련해 놓고 있으나, 조부모에 대한 부양가능성이나 나이가 많은 손자녀가 협조하지 않는 경우 등을 고려하면 그 실효성을 인정하기도 어렵다. 비금전적 호훈혜택 역시 유족에 대한 보상금 지급과 동일한 정도로 유족들의 생활보호에 기여한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 합리적인 이유없이 상대적으로 나이가 적은 손자녀인 청구인을 차별하여 평등권을 침해한다.

2. 이 사건 법률조항은 독립유공자의 유족인 손자녀에 대한 보상금 지급의 근거 규정이므로 단순위헌결정 시 그 입법목적은 달성하기 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있으며, 보상금 수급권자 결정기준 및 요건, 범위를 어떻게 정할 것인지 등에 관하여 입법자에게 일정한 재량이 부여되므로 2015. 12. 31.을 개선입법의 시한으로 하여 그때까지 그 효력을 존속하게 하여 이를 계속 적용하도록 함이 상당하다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

앞서 심판청구에 이르게 된 경위 등에서 보듯이 이 사건 청구인은 독립유공자의 유족인 손자녀 중 나이가 어린 손자녀로서 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항, 제4항 중 ‘독립유공자의 유족인 손자녀의 경우 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 1인에게만 보상금을 지급하도록 규정한 부분’으로 인하여 유족보상금을 수급할 수 없게 되었음에도 위 법률조항들 전부를 심판대상으로 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있다.

이에 따라 이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 심판의 대상을 청구인이 구하는 것처럼 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항, 제4항 전부로 삼을 것인지 아니면 위 조항들 중 청구인이 실질적으로 위헌성을 다투고 있는 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’(이 사건 법률조항)만으로 한정할 것인지 여부가 문제된다. 따라서 본안 판단에 앞서 심판의 대상 한정여부가 먼저 검토되어야 한다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다.

그밖에 이 사건 법률조항이 위헌이라고 판단되는 경우 주문 형태와 관련하여 단순 위헌 결정을 할지 아니면 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정을 하는 것이 적절한지 여부가 문제된다.

이하에선, 심판대상의 한정 여부에 관한 검토를 한 다음 이 사건 법률조항의 연혁과 보훈제도에 관한 입법례를 살펴보고, 이어 본안 및 주문 형태에 대한 판단을 하고자 한다.

2. 심판대상의 한정 여부

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

『청구인은 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항, 제4항 전부를 심판의 대상으로 삼고 있으나, 독립유공자의 유족 중 손자녀의 경우에 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상인 경우에 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’의 위헌성만을 다투고 있으므로, 이 사건 심판의 대상도 그에 관한 부분으로 한정함이 상당하다.』

살피건대, 이 사건 청구인은 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항, 제4항이 독립유공자의 유족에 대한 보상금 지급을 규정하면서 손자녀의 경우 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 1인에게만 보상금을 지급하도록 규정한 것의 위헌성을 다투고 있고, 손자녀를 제외한 다른 유족 부분은 청구인의 기본권 침해 여부와는 법적 관련성이 없으므로, 이 사건 심판대상을 ‘독립유공자법’ 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’, 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’만으로 한정하는 것은 적절한 것으로 보여 진다.

3. 이 사건 법률조항의 연혁, 보훈제도에 관한 입법례

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

(1) 독립유공자에 대한 보상금 지급은 1962. 4. 16. 법률 제1053호로 제정된 국가유공자및월남귀순자특별원호법에서 최초로 규정되었다. 이 법률은 애국지사¹⁾ 및 그 유족을 적용대상자로 하면서 유족의 범위를 애국지사의 처, 자녀, 부모를 1순위로 하고, 1순위자가 없는 경우에만 손자녀 중 1인을 포함시켰으며²⁾³⁾ 애국지사의 유족이 처인 경우와 기타의 유족인 경우를 구별하여 연금을 지급하도록 규정하였다.⁴⁾⁵⁾

(2) 1963. 7. 26. 법률 제1370호로 개정된 국가유공자및월남귀순자특별원호법은 1순위자가 없어 손자녀가 유족에 포함된다 하더라도 출가한 손자녀는 여기서 제외되도록 규정하였고,⁶⁾ 1973. 3. 10. 법률 제2589호로 개정된 국가

-
- 1) 이 법에서 애국지사라 함은 ‘한일합병 전후로부터 1945년 8월 14일까지 국내외에서 한일합병을 반대하거나 독립운동을 하기 위하여 적극 항거한 사실이 있는 자와 그 항거로 인하여 사망 또는 신체적 장애를 입은 자 중 위원회에서 적용대상자로 결정된 자’를 말한다(제3조 제1항).
 - 2) 국가유공자및월남귀순자특별원호법(1962. 4. 16. 법률 제1053호로 제정된 것) 제3조 제2항
 - 1. 처, 자녀, 부모
 - 2. 전호의 자가 없는 경우에는 손자녀 중 1인
 - 3. 출가한 자녀 중 1인
 - 3) 따라서 이 법률에서 손자녀는 1순위자가 없는 경우에 한하여 이 법률의 혜택을 받을 수 있었으므로 우리 사건의 독립유공자법이 손자녀에 대해 기본적으로 유족의 범주에 포함시켜 다른 혜택을 보장하고 있는 것과 구별된다.
 - 4) 국가유공자및월남귀순자특별원호법(1962. 4. 16. 법률 제1053호로 제정된 것) 제6조(애국지사의 유족에 대한 연금 및 수당)
 - ① 애국지사의 유족이 처인 경우에는 월 3만원, 기타의 유족인 경우에는 월 2만원의 연금을 지급한다.
 - ② 애국지사의 유족이 처인 경우에는 가족 1인당 월 1만원의 가족수당을 지급한다.
 - 5) 1968. 7. 19. 법률 제2029호로 개정된 국가유공자및월남귀순자특별원호법은 제6조 제1항에서 “애국지사의 유족에게 연금을 지급한다.”고 규정하여 법률상으로는 유족간 차별이 없는 것으로 보이나 동법 시행령에서 유족이 처인 경우에는 월 4,000원, 기타의 유족인 경우에는 월 3,000원으로 규정(제13조의2)하여 처와 기타의 유족 사이에 연금액의 차이를 유지하였고 이는 현재에도 동일할 방식으로 규율되고 있다.
 - 6) 국가유공자및월남귀순자특별원호법(1963. 7. 26. 법률 제1370호로 개정된 것)

유공자및월남귀순자특별원호법은 그때까지 1순위자가 없는 경우에만 손자녀를 유족에 포함시키고 출가한 손자녀를 유족에서 제외하던 제한을 없애는 한편, 유족에 포함되는 손자녀의 범위를 1945. 8. 14. 이전에 사망한 애국지사의 호주상속자인 손자녀로 제한하였다.⁷⁾ 1973년 법률 개정에서 개정 전 법률에서 유족의 범위에 포함되었던 자녀를 호주상속자인 자녀로 제한하는 등 유족의 범위를 축소하고 순위를 조정한 것은 다른 법률과의 관계에 있어 유족의 범위를 맞추기 위했던 것으로 보인다.⁸⁾

(3) 1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정된 국가유공자에우등에관한법률은 국가유공자및월남귀순자특별원호법 등 원호 관련 7개 법률을 흡수·통합하여 체계적인 국가보훈제도의 기틀을 확립하기 위해 제정되었는데, 유족의 범위

제3조(정의)

② 이 법에서 “애국지사의 유족”이라 함은 애국지사로서 사망한 자와 친족관계에 있는 다음 각 호의 1에 해당하는 자 중 국가유공자원호심사위원회에서 이 법의 적용대상자로 결정된 자를 말한다. 다만, 손자녀(출가한 손자녀는 제외한다. 이하 같다)는 제1호에 해당하는 자가 없는 경우에, 출가한 자녀는 애국지사를 원조한 사실이 있는 자이어야 하되 제1호 및 제2호에 해당하는 자가 없는 경우에 한한다.

1. 처, 자녀, 부모
2. 손자녀 중 1인
3. 출가한 자녀 중 1인
4. 부모

7) 국가유공자및월남귀순자특별원호법(1973. 3. 10. 법률 제2589호로 개정된 것)

제3조(정의)

② 이 법에서 “애국지사의 유족”이라 함은 애국지사로서 사망한 자와 친족관계에 있는 다음 각 호의 1에 해당하는 자 중 다음의 순위에 따라 국가유공자원호심사위원회에서 이 법의 적용대상자로 결정된 자를 말한다. 다만, 다음 제2호의 규정 중 손자녀는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 애국지사의 경우에 한하여 적용한다.

1. 배우자(사실혼을 포함한다)
2. 호주상속자인 자녀 및 손자녀
3. 자녀(출가한 자를 제외한다)

8) 1973. 3. 10. 법률 제2589호 국가유공자및월남귀순자특별원호법 개정이유, “현행법상에 규정된 애국지사 유족의 범위가 군사원호법에 규정된 범위보다 현저하게 광범위하며 또한 동일한 원호목적에 가진 독립유공자사업기금법에 규정된 독립유공자의 유족과도 그 범위가 상이한 점이 있어 이를 시정하기 위하여 애국지사의 유족의 범위를 축소하고 그 순위를 조정하려는 것임.”

를 정함에 있어 다른 국가유공자들과는 달리 독립유공자의 손자녀(출가한 손자녀는 제외)를 유족의 범위에 포함시켰다.⁹⁾ 따라서 그 전까지 1945. 8. 14. 이전에 사망한 애국지사의 호주상속자인 손자녀만 유족의 범위에 포함되었던 것이 모든 독립유공자의 손자녀로 확대되었고, 이에 따라 1945. 8. 15. 이후에 사망한 독립유공자의 손자녀 역시 이 법률에 의한 유족으로서의 혜택을 받게 되었다. 다만 이 법률 역시 연금수급권자에 있어서는 1945. 8. 14. 이전에 사망한 독립유공자의 호주상속자인 손자녀로 제한하였다.¹⁰⁾

(4) 1995년 광복 50주년을 계기로 독립유공자를 위한 별도의 입법이 이루어졌는데, 1994. 12. 31. 법률 제4853호로 제정되어 1995. 1. 1. 시행된 독립유공자법은 독립유공자의 손자녀를 3순위 유족(단, 출가한 손녀는 6순위)으로 규정하는 한편, 연금수급권자에 있어서는 이전과 마찬가지로 1945. 8. 14. 이전에 사망한 독립유공자의 호주승계인인 손자녀로 제한하였다.¹¹⁾

9) 국가유공자에우등에관한법률(1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정된 것)

제5조 (유족 등의 범위)

이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다. 다만, 제2호 및 제5호의 자녀·손자녀 및 미성년제매 중 출가한 자는 제외한다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다)
2. 자녀, 순국선열 및 애국지사의 손자녀
3. 부모
4. 성년 남자인 직계비속이 없는 조부모
5. 60세 미만의 남자 및 55세 미만의 여자인 직계존속과 성년남자인 형이 없는 미성년제매

10) 국가유공자에우등에관한법률(1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정된 것)

제12조(연금)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다.

2. 순국선열·전몰군경·순직군경·4.19의거사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족(손자녀는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 순국선열 또는 애국지사의 호주상속자인 손자녀에 한한다)

11) 독립유공자법(1994. 12. 31. 법률 제4853호로 제정되어 1995. 1. 1. 시행된 것)

제5조

① 이 법에 의하여 보상을 받는 국가유공자의 유족 또는 가족의 범위는 다음과 같다. 다만, 제2호 및 제5호의 자녀·손자녀 및 미성년제매 중 출가한 자는 제외한다.

1. 배우자(사실상의 배우자를 포함한다. …후략)
2. 자녀(이중 딸은 출가하지 아니한 자를 말한다)
3. 손자녀(이중 손녀는 출가하지 아니한 자를 말한다)
4. 자부로서 1945년 8월 14일 이전에 입적된 자

이후 독립유공자법이 1995. 12. 30. 법률 제5146호로 개정되면서 독립유공자의 손자녀를 3순위 유족(단, 출가한 손녀는 6순위)으로 규정하는 등 일반적인 유족의 범위에 있어서 손자녀의 지위가 달라진 것이 없었지만 연금수급권자에 있어서는 손자녀의 경우 이전과 마찬가지로 1945. 8. 14. 이전에 사망한 독립유공자의 호주승계인인 손자녀로 한정하면서도 등록신청시에 호주승계인인 손자녀가 없는 경우에는 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자 1인에게 연금을 지급하되, 이 연금을 받을 권리는 제5조 제1항 제3호 및 제6호의 순위에 의하고 다른 손자녀에게 이전되지 않도록 변경되었다.¹²⁾¹³⁾¹⁴⁾

- 5. 출가한 딸
- 6. 출가한 손녀

제12조(연금)

① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 연금을 지급한다.

- 2. 순국선열·전몰군경·순직군경·4.19의거사망자 및 특별공로순직자의 유족과 제1호에 해당하는 자가 사망한 경우의 그 유족(손자녀는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 순국선열 또는 애국지사의 호주상속자인 손자녀에 한한다)

12) 독립유공자법(1995. 12. 30. 법률 제5146호로 개정된 것)

제12조(연금)

② 독립유공자와 그 유족 중 선순위자 1인에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 손자녀는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 호주승계인인 손자녀에 한하며, 등록신청시에 호주승계인인 손자녀가 없는 경우에는 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자 1인에게 연금을 지급하되, 이 연금을 받을 권리는 제5조 제1항 제3호 및 제6호의 순위에 의하고 다른 손자녀에게 이전되지 아니한다.

13) 이 부분 개정이유의 요지는, “기존의 규정은 독립유공자의 손자녀에 대한 연금의 지급은 광복 이전에 사망한 독립유공자의 호주승계인인 손자녀에 한하도록 규정되어 있는바, 독립유공자의 장남이 자녀가 없어 차남 이하의 자녀인 손자녀가 실질적으로 독립유공자를 계승하고 있는 경우에도 호주승계인이 아닌 경우 연금지급 대상에서 제외되는 문제점이 있으므로 이를 보완하기 위해 앞으로는 호주승계인이 없는 경우 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자 1인에게도 연금을 지급하도록 하려는데 있다.”는 것이다(국회의안정보시스템 중 의안번호 141420 독립유공자예우에관한법률중개정법률안(대안) 의안원문, 제안이유 및 주요 내용 등 참조).

14) 한편, 2000. 12. 30. 법률 제6338호로 독립유공자법이 개정되면서, 제12조 제2항이 기존의 “독립유공자와 그 유족 중 선순위자 1인에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 손자녀는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 호주승계인인 손자녀에 한하며, 등록신청시에 호주승계인인 손자녀가 없는 경우에는 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자 1인에게 연금을 지급하되, 이 연금을 받을 권리는 제5조 제1항 제3호 및 제6호의 순위에 의하고 다른 손자녀에게 이전되지 아니한다.”에서 “독립유공자와 그 유족 중 선순위자 1인에 대하여는 연금을 지급한다. 다만, 손자녀는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 호주승계인인 손자녀에 한하

그 후 2005. 12. 29. 법률 제7792호로 독립유공자법이 개정¹⁵⁾¹⁶⁾되면서 이 사건 법률조항들과 같이 호주승계인인 손자녀라는 기준을 대신해 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이 많은 자라는 기준으로 보상금수급권자를 결정하게 되었고¹⁷⁾(다만, 독립유공자를 주로 부양한 자가 있거나 또는 동순위 유족 간의 협의에 의하여 동순위 유족 중 1인을 보상금 수급권자로 지정한 경우에는 위와 같은 부양자 또는 지정자에게 보상금을 지급한다),¹⁸⁾¹⁹⁾

며, 등록신청시에 호주승계인인 손자녀가 없는 경우에는 선순위 자녀의 자녀 1인에게 연금을 지급하고, 이 연금을 받을 권리는 다른 손자녀에게 이전되지 아니한다.”로 개정되어 독립유공자의 손자녀의 경우 동순위자의 대한 처리 방안을 직접 규정하지 않음에 따라 기존에 독립유공자 유족의 연금수급권에 관해 동순위자가 있는 경우 처리 방안을 연장자 우선으로 규정하고 있던 제12조 제5항(연금을 받을 유족 중 동순위가 2인 이상인 경우에는 나이 많은 자가 나이 적은 자에 우선한다)이 여기에 적용되게 되었다.

- 15) 이 법률의 개정을 통해 연금이란 명칭이 보상금으로 바뀌게 되었다.
- 16) 개정이유는, 독립유공자의 공헌과 희생에 상응한 보상을 실현하기 위하여 독립유공자 등에 대한 보상체계를 정비하고, 보상금의 지급순위를 합리적으로 조정하는 등에 목적이 있다.
 보상금 지급순위의 조정에 관한 부분은 아래와 같다.
 “나. 보상금 지급순위 조정(안 제12조제3항 내지 제5항)
 (1) 타가(他家)로 입적한 독립유공자 유족의 보상금 지급순위를 다른 유족 등에 비하여 후순위로 규정하고 있는 현행 규정은 가족관계의 변화에 따라 합리성을 찾기 어려우므로 이를 개정하려는 것임.
 (2) 타가로 입적한 자의 보상금 지급순위를 후순위로 규정한 조항을 삭제하고, 동순위 유족이 2인 이상인 경우에는 나이 많은 자를 나이 적은 자에 우선하도록 하되, 유족간 협의에 의하여 보상금을 받을 자를 지정할 수 있도록 함.
 (3) 독립유공자 유족에 대한 보상금의 지급순위를 가족관계의 변화에 따라 조정하되, 유족간의 협의에 의하여 보상금을 지급받을 자를 지정할 수 있도록 함으로써 보상금 지급의 합리성을 높일 수 있을 것으로 기대됨.”
- 17) 헌법재판소는 현재 2005. 2. 3. 2001헌가9 사건(판례집 17-1, 1, 18, 호주제 사건, 법정의견)에서 호주제 관련 민법 규정들이 헌법에 합치되지 아니한다는 취지의 결정을 하였고, 이러한 결정의 영향을 받아 2005. 3. 31. 민법이 개정(제778조, 제780조, 제782조 내지 제796조 삭제, 제779조, 제781조 전면개정)되어 호주제가 폐지됨에 따라 독립유공자의 손자녀 관련 유족보상금 수급권자에서도 ‘호주승계인’이라는 기준이 삭제되고 ‘나이가 많은 자’라는 기준만이 남게 되었다(2005. 12. 29. 법률 제7792호로 개정된 독립유공자법 제12조 제2항, 제4항 제1호).
- 18) 독립유공자법(2005. 12. 29. 법률 제7792호로 개정된 것)
 제12조(보상금)
 ② 독립유공자와 그 유족 중 선순위자 1인에 대하여는 보상금을 지급한다. 다만, 손자녀의 경우에는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀 1인

그 후 일부 자구수정을 거쳐 현재까지 같은 내용으로 규정되고 있다.

나. 보훈제도에 관한 입법례

(1) 서론

손자녀도 보훈제도의 보상대상이 되는 경우는 일본 등의 경우를 제외하고 찾기가 어려우므로, 이하에서는 자녀들에게 지급할 경우에 그 지급방법을 중심으로 살펴보도록 한다.

(2) 주요 국가의 입법례

(가) 영국

제대군인청은 2005년 4월 6일 이후 군복무중 입은 상해, 질병, 사망 등에 대한 보상으로 새로운 국군보상계획(AFCS)을 도입하였는데, 그 중 순직한 군인의 유가족 혜택(Dependents' Benefits when a Service Person Dies)에 관하여 자녀지급(Children Payment, CP)²⁰ 부분을 살펴보면, 사망자의 배우

에 한하여 보상금을 지급하고, 이 보상금을 받을 권리는 다른 손자녀에게 이전되지 아니한다.

③ 보상금을 받을 유족의 순위는 제5조 제1항 각 호에 규정된 순위에 의한다.

④ 제3항의 규정에 의하여 보상금을 받을 유족 중 동순위자가 2인 이상인 경우에는 다음 각 호의 구분에 의하여 보상금을 지급한다.

1. 나이 많은 자를 나이 적은 자에 우선하되, 손자녀의 경우에는 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이 많은 자에게 지급한다. 다만, 독립유공자를 주로 부양한 자가 있는 경우에는 그 자를 우선한다.

2. 제1호의 규정에 불구하고 동순위 유족간의 협의에 의하여 동순위 유족 중 1인을 보상금을 받을 자로 지정한 경우에는 그 자에게 보상금을 지급한다. 이 경우 유족간 협의의 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

19) 위와 같은 개정 이전 즉, 독립유공자법 제정 당시 및 그 이전에도 보상금을 받을 유족 중 동순위자가 2인 이상인 경우에는 나이가 많은 자가 적은 자에 우선하여 연금(보상금)을 지급하도록 규정하고 있었으나, 기존에 독립유공자의 손자녀의 경우에는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 호주상속인 내지 호주승계인인 손자녀 등의 제한이 우선 적용되면서 위와 같은 연장자 우선 원칙의 의미가 별다 없었다가 호주상속인 내지 호주승계인인 손자녀 등의 제한이 위와 같은 독립유공자법의 개정 당시 삭제되면서 연장자 우선의 원칙이 실질적인 의미를 갖게 된 것이다.

20) 18세 미만이거나 교육훈련을 받고 있는 23세 이하

자와 성인 부양가족이 없이 자녀만 있는 경우에는, 네 명의 자녀까지는 사망자 GIP(소득보장지급)의 25%가 각 자녀에게 지급되고, 자녀가 네 명을 초과하는 경우에는, 사망자 GIP의 100%가 자녀들 사이에 균등 배분된다.²¹⁾

(나) 이스라엘

사망 군인 가족(연금 및 재할)법(1951) 및 이후의 개정안들에 의거, 전쟁 혹은 복무로 인한 상해 및 질병으로 사망한 군인 및 1949년 상이법 하 인정된 상이군인의 재혼하지 않은 미망인, 21세 이하의 미성년 자녀와 부모에게 연금을 지급한다. 유족급여는 미망인, 고아, 부모에게 지급될 뿐이고 자녀는 고아를 제외하고 그 어머니에게 지급되는 방식임.²²⁾

(다) 일본

은급법상 유족에 포함되는 자녀는 미성년이거나 중도장해를 가진 성년 자녀이어야 하고, 전상병자전몰자유족등원호법상 유족에 포함되는 자녀 또는 손자녀의 요건도 유사하다.²³⁾ 전상병자전몰자유족등원호법 제28조에 따르면 “동일한 지급사유에 의하여 유족연금 또는 유족급여금을 받을 권리를 갖는 자가 수 인 있는 경우에는, 이러한 자들은 전원을 위하여 그 중 1인을 선정하여 당해 유족연금 또는 유족급여금의 청구를 하여야 한다. 다만, 세대를 달리하는 등 어쩔 수 없는 사정이 있을 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정되어 있다.²⁴⁾ 은급법 제10조의3에는 “은급의 청구 및 지급청구를 하여야 하

21) 하태연, 영국 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2006, 82-83면

22) “21세 이하 자녀 1명을 부양하는 미망인에게는 중고위급 공무원 봉급의 157%에 해당하는 연금 지급. 자녀가 2명 이상인 경우 2번째 자녀부터는 1인당 기본연금의 11%씩 추가 지급.
성년 자녀가 있는 미망인에게는 21세 이하 자녀 1명을 둔 미망인 연금액의 89%를 지급.
친모와 떨어져 친척, 양부모 또는 후원자와 같이 사는 고아에게는 월별 특별 생활보조금 지급.”
이상은 이명남, 이스라엘의 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2006, 49-50면

23) 박환무, 일본 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2006, 33, 65-65면

24) 戦傷病者戦没者遺族等援護法(昭和二十七年四月三十日法律第二百二十七号) 第二十八條(遺族年金又は遺族給与金を受ける權利を有する者が數人ある場合の請求) 同一の支給事由により遺族年金又は遺族給与金を受ける權利を有する者が數人ある場合においては、これらの者は、全員のために、そのうち一人を選定して、当該遺族年金又は遺族給与金の請求を行わなければならない。ただし、世帯を異にする等やむを

는 동순위자가 2인 이상 있을 때에는 그 1인이 하는 청구는 전원을 위하여 그것의 전액에 관하여 한 것으로 간주한다. 그 1인에 대하여 하는 지급은 전원에 대하여 그것을 한 것으로 간주한다.”고 규정되어 있다.²⁵⁾

(라) 캐나다

「캐나다 군인연금 법안」(Canadian Forces Superannuation Act: CFSA)에 따른 유족수당에서 자녀수당은 18세 미만의 부양아동에게 지급된다. 18세에서 25세 사이의 부양아동은 풀타임 학생일 경우 자녀수당을 받을 수 있다. 자녀수당은 부양아동 일인당 사망군인의 퇴직연금급여액의 1/10이다. 만일 유족수당을 받을 배우자가 없다면 자녀수당은 퇴직연금급여액의 1/5이 된다. 자녀수당의 최고액은 유족수당의 4/5이며, 배우자가 없을 경우에는 퇴직연금급여액의 4/5이다.²⁶⁾

(마) 호주

‘(해외)참전용사 귀환 및 보상법(Repatriation Act)’ 등. 호주에서 유자녀로 인정되는 요건은 16세 이하의 자녀이다. 다만, 학생인 경우 25세까지로서 대상자가 사망이전에 대상자에 의하여 전적으로 또는 실질적으로 부양된 경우에만 인정된다.²⁷⁾

(바) 독일

1976년 제정된 ‘사회적 보호법’의 기본구조는 전쟁피해자에 대한 보상을 규정하고 있는 「연방원호법(정식 명칭은 전쟁피해자 원호에 관한 법률)」에 보상의 요건과 보상내용에 관한 상세한 법 규정을 두고, 여타의 보상 법률은 보상의 근거가 되는 사유를 규정할 뿐, 요건 및 보상내용은 연방원호법을 준용하도록 하는 체계를 구성하고 있다. 따라서 전체 사회적 보상법체계의 핵심은 전쟁피해자에 대한 보상을 규정하고 있는 연방원호법이다.

得ない事情があるときは、この限りでない。

25) 恩給法 第十條ノ三 前條ノ場合ニ於テ恩給ノ請求及支給ノ請求ヲ爲スベキ同順位者二人以上アルトキハ其ノ一人ガ爲シタル請求ハ全員ノ爲其ノ全額ニ付之ヲ爲シタルモノト看做シ其ノ一人ニ對シテ爲シタル支給ハ全員ニ對シテ之ヲ爲シタルモノト看做ス

26) 조영훈, 캐나다 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2006, 32면

27) 신기현, 호주의 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2005, 217면

연방원호법상 유자녀 기초연금은 만 18세까지 지급되는 것을 원칙으로 하지만, 유자녀가 학생 또는 직업교육생이거나 신체적, 정신적 질환으로 인하여 스스로 생계를 부담할 능력이 없을 때에는 최장 27세까지 연장될 수 있다.

각 자녀는 부모의 일방이 사망한 경우와 쌍방이 사망한 경우를 구별하여, 각각 매월 105 유로와 196 유로(구 동독지역은 각각 92 유로와 172 유로)를 지급받는다.

유자녀 부조금 역시 유자녀 연금과 마찬가지로 만 18세까지 지급되는 것을 원칙으로 한다. 다만 예외적인 경우 27세까지 연장이 가능한 기초연금 및 보상연금과는 달리 유자녀 부조금은 최장 만 25세까지만 연장될 수 있다.²⁸⁾

(사) 프랑스

전쟁희생자 및 상이군인연금법²⁹⁾ 등 연금권 승계자는 미망인, 미성년 고아, 부모 순으로 부여된다.³⁰⁾

(아) 미국

법령 38(제대군인 지원법)³¹⁾상 유족 보상은 유족인 배우자가 없는 경우에 미혼인 자로서 18세 미만이거나 혹은 18세 이상이라도 취학 중인 18세~23세 해당 자녀에게 지급된다. 단, 성년 자녀라도 18세 이전에 발생한 장애로 독립적인 생활능력이 없고 미혼자로 소득이 일정수준 이하이면서 장애상태가 계속될 경우 계속적으로 보상금 지급대상이 된다. 유족 자녀에게 매월 2006년 기준 \$1,033 보상금 지급.

사망연금은 참전기간 동안 복무경력이 있는 사망한 제대군인의 자격 있는 유족에게 지급하는 금전적 지원인데, 사망한 제대군인의 미성년 미혼자녀는 자격있는 부모가 없는 경우, 연간소득 한도액(2006년 기준 : \$1,806)에서 실제 합산소득의 차액을 12개월 균등 분할하여 지급받는다.³²⁾

28) 윤재왕, 독일의 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2005, 107-108면

29) CODE DES PENSIONS MILITAIRES D'INVALIDITE ET DES VICTIMES DE LA GUERRE.

30) 신오식, 프랑스의 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2005, 201면

31) USC 38 - US Code - Title 38: Veterans' Benefits

32) 안형주, 미국의 보훈제도, 국가보훈처 외국보훈제도, 2005, 70-74면

(3) 검토

이상을 종합하면, 손자녀까지 보상의 대상으로 취급하는 국가는 거의 없고 자녀의 경우에도 특별한 경우를 제외하고 미성년자 등 나이 제한을 하여 지급하는 경우가 일반적이다.³³⁾ 그러나 동순위자인 자녀들에게 연금 등의 보상을 할 경우에 있어서는 특정 1인에 한정하여 지급하는 경우는 일본을 제외하고 거의 찾아볼 수 없고, 각 자녀에게(액수가 감소하더라도) 균분하여 지급하는 경우가 대부분임을 알 수 있다. 일본의 경우에도 ‘전원을 위하여’ 1인을 선정하도록 되어 있어서 우리나라와 같은 나이에 따른 차별 지급은 드문 입법례로 보인다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 제한되는 기본권

(1) 이 사건 결정은 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 기본권에 관하여 다음과 같이 밝히고 있다.

『이 사건 법률조항은 독립유공자의 손자녀 중 1명에 한정하여 유족보상금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 하고 있는바, 이는 동일한 독립유공자의 손자녀간에 유족보상금의 지급 여부를 달리하는 것이므로 평등권의 침해 여부가 문제된다.

한편, 청구인은 유족보상금을 지급받지 못하는 나머지 손자녀들의 사회보장수급권을 침해한다는 취지의 주장도 하고 있으나, 이는 이 사건 법률조항이 손자녀에 대한 보상금 지급을 나이가 많은 1명에 한정함으로써 발생하는 나이 많은 손자녀와 그 이외의 손자녀 사이의 차별을 다른 측면에서 지적하는 것에 불과하다. 따라서 이 부분 주장은 평등권 침해 여부 심사에서 판단하면 족하므로, 별도로 판단하지 아니한다.』

(2) 이 사건 결정에서 적절히 지적하는 바와 같이, 이 사건 법률조항은 나이가 많고 적음에 따라 동일한 독립유공자의 손자녀간에 유족보상금의 지급

33) 우리나라도 독립유공자법을 제외하고 국가유공자법 등 여타 법령에서는 자녀들에 대한 연령을 미성년으로 제한하고 있다(국가유공자법 제12조 제2항 등 참조). 손자녀에 대한 보상금 지급은 우리나라 독립유공자법의 특수성이 반영된 부분이다.

여부를 달리하고 있으므로 평등권의 침해 여부가 주로 문제되고, 사회보장수급권 침해 여부는 위와 같은 나이에 따른 독립유공자 손자녀간의 차별에 따르는 부수적인 기본권 제한 문제에 불과하므로, 평등권 침해 여부의 심사로 족하다고 보인다(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473, 482-483 참조).

나. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

평등원칙의 위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도(비례의 원칙)에 의할 것인지, 아니면 완화된 심사척도(자의금지 원칙)에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 다르게 될 것으로서, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우이거나, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이지만, 그 이외에는 완화된 심사척도인 자의금지원칙에 의하여 심사하는 것으로 족하다 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787; 헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 565-566 등 참조).

그런데 사회적 기본권에 관한 사항은 우리 헌법상 입법자에게 매우 광범위한 입법형성권이 부여된 영역이므로(헌재 2010. 5. 27. 2009헌바49, 판례집 22-1하, 244, 253 참조), 사회보장적 성질을 가지고 있는 독립유공자에우제도에 관하여 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부는 그 차별에 현저한 불합리성이 있는지 여부, 즉 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하면 족하다 할 것이다(헌재 2005. 10. 27. 2004헌바37, 판례집 17-2, 274, 286-287 참조). 이 사건 결정에서 평등권 심사기준에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

『독립유공자법은 독립유공자의 희생과 공헌의 정도에 상응하여 독립유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상을 함을

에우의 기본이념으로 삼고 있다(독립유공자법 제2조). 이에 따라 독립유공자법에 의한 보상은 독립유공자의 희생과 공헌에 대한 보상이라는 측면에서 독립유공자 및 그 유족에 대한 국가보은적 성격을 띠고 있고, 아울러 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 지급된다는 측면에서 사회보장적 성격을 가지고 있다. 이 같은 보상금 수급권의 사회보장적 성격을 고려할 때, 국가가 독립유공자 및 그 유족에게 지급할 구체적인 보상의 내용 등에 관한 사항은 국가의 재정부담 능력과 전체적인 사회보장 수준, 독립유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정해질 수밖에 없다.

따라서 법률이 정하고 있는 보상수준이 독립유공자 및 그 유족에게 인간다운 생활에 필요한 최소한의 물질적인 수요를 충족시켜 주고, 헌법상의 사회보장, 사회복지의 이념과 독립유공자에 대한 우선적 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한, 입법자는 이를 정함에 있어 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다. 그러나 국가가 독립유공자와 그 유족에 대한 예우에 있어서 최소한의 합리적인 내용도 이행하지 않거나 현저히 자의적으로 의무를 이행한다면, 그러한 국가의 작위 또는 부작위는 헌법상 기본권을 침해하는 것이라고 볼 것이다.』

(2) 판단 및 해설

(가) 판단

이 사건 결정은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판시하였다.

『(2) 차별취급의 존부

이 사건 법률조항은 본질적으로 동일한 독립유공자의 손자녀에게 보상금을 지급함에 있어서 그 중 1명에게만 보상금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 하여 이에 해당하지 않는 나머지 손자녀를 유족보상금의 수급대상에서 제외하고 있다. 따라서 이러한 측면에서 이 사건 법률조항에 의한 차별취급이 존재한다고 할 것이다.

(3) 차별취급에 대한 합리적 이유의 존부

독립유공자법상 유족보상금을 지급함에 있어 유족이 여러 명 있을 경우에는 국가의 재정부담 능력 등이 허락하는 한 원칙적으로 모두 수급자로 정하되, 생활정도에 따라 보상금의 액수를 달리하여 지급하는 것이 보상금 수급권이 가지는 사회보장적 성격에 비추어 볼 때 바람직하다. 만약 이와 달리 불가피하게 유족 중 1명에게 한정하여 보상금을 지급함에 있어서는 국가의 재정부담 능력, 보상금 수급권의 실효성 보장 등 그 선정기준을 정당화할 만한 별도의 합리적 이유가 요구된다. 그런데 이 사건 법률조항은 독립유공자의 손자녀에게 보상금을 지급함에 있어 손자녀가 여러 명인 경우에 어떠한 예외도 두지 않고 1명에게만 한정하여 보상금을 지급하도록 하고 있으며(법 제12조 제2항), 동일한 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에는 나이가 많은 자를 우선하도록 하고 있는바(법 제12조 제4항 제1호 본문), 다음과 같은 이유에서 그 합리성을 인정하기 어렵다.

(가) 국가가 독립유공자 및 그 유족에게 지급할 구체적인 보상의 내용에 관한 사항은 국가의 재정부담 능력과 전체적인 사회보장 수준, 독립유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정해질 수밖에 없으므로, 독립유공자의 유족보상금 지급에 있어 유족의 생활보호 측면 외에도 국가의 재정부담 능력이 중요한 요소로 고려되어야 하는 것은 사실이다. 그러나 국가의 재정부담 능력 등이 허락하는 한도에서 보상금 총액을 일정액으로 제한하되, 그 범위 내에서 적어도 같은 순위의 유족들에게는 생활정도에 따라 보상금을 분할해서 지급하는 방법이 가능하며, 만약 다른 유족에 비하여 특별히 경제적으로 어려운 자가 있고, 그 이외의 유족에게는 생활보호의 필요성이 인정되지 않는다는 별도의 소명이 존재한다면 그 경우에는 보상금 수급권자의 범위를 경제적으로 어려운 자에게 한정하는 방법도 가능하다. 이처럼 국가의 재정부담을 늘리지 않으면서도 독립유공자 유족의 실질적인 생활보호에 충실할 수 있는 방안이 존재하는 상황에서, 손자녀에 대한 보상금 지급에 있어서 예외 없이 오로지 1명에게 한정하여 지급해야 할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 손자녀 중 1명에게만 보상금을 지급할 경우 보상금을 지급받게 되는 자의 입장에서는 경제적으로 유용하고 효과적일 수 있을지 몰라도, 소액의 보상금조차

전혀 지급받지 못하는 나머지 손자녀의 생활보호는 미흡하게 되며, 특히 보상금의 액수가 상당한 금액에 이르는 경우에 이를 어느 한 손자녀에게 독점 시킴으로써 나머지 손자녀의 생활보호를 외면하는 것은 독립유공자 유족의 생활유지 및 보장을 위한 실질적 보상이라는 독립유공자법의 입법취지에도 정면으로 배치된다. 이러한 점들을 고려하면, 이 사건 법률조항이 국가의 재정부담능력의 한계를 이유로 하여 손자녀의 경우 1명에 한정하여 보상금을 지급하도록 하면서 보상금 수급권자를 수적으로 확대할 수 있는 어떠한 예외도 두지 않은 것에는 수긍할 만한 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

(나) 물론 사무처리의 편의상 특별한 예외를 인정하지 않고 유족 1명에 한정하여 보상금을 지급해야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 사회보장수급권자의 경제적 능력은 재산과 소득을 고려해 등급으로 환산될 수 있고, 이러한 등급에 따라 보훈급여를 지급하는 것에 절차상 큰 어려움이 있다고 할 수 없으므로 사무처리의 편의성 자체가 크다고 볼 수 없다. 설령, 그와 같은 절차적인 편의성이 존재한다 하더라도, 이것이 독립유공자 유족의 생활보호에 있어 기본권 침해의 위험을 감수하면서까지 실현해야 할 우월적 공익에 해당한다고 보기 어렵다. 절차상의 편의를 이유로 사회보장수급자의 경제적인 능력에 대한 어떠한 고려도 없이 보상금 수급권자를 1명에 한정하게 되면, 오히려 앞에서 언급한 바와 같이 독립유공자 유족의 생활보호라는 입법목적에 배치되는 결과를 낳을 수 있기 때문이다.

(다) 이 사건 법률조항 중 법 제12조 제4항 제1호 본문이 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상일 경우 나이 많은 자를 우선하도록 한 것 역시 문제된다. 나이에 따른 차별은 연장자를 연소자에 비해 우대하는 전통적인 유교사상에 기초한 것으로 보이나, 산업화에 따른 핵가족화의 영향으로 오늘날 형제간에도 결혼 후에는 경제적으로 의존하는 경우가 많지 않아 연장자인 손자녀가 나이가 적은 다른 손자녀를 부양할 것을 기대하기 어렵다. 형제자매 관계에 있는 독립유공자의 손자녀간에 노동능력 감소 및 부양능력에 현저히 차이가 있을 정도의 나이 차이를 인정하기 어려운 경우도 많다. 오히려 직업이나 보유재산에 따라 연장자가 경제적으로 형편이 더 나은 경우에도 다른 유족을 배제하면서까지 연장자라는 이유로 보상금을 지

급하는 것은 보상금 수급권이 갖는 사회보장적 성격에 부합하지 아니한다.

(라) 독립유공자법에서는 나이를 기준으로 보상금 지급을 달리하는 것에 따른 문제점을 시정하기 위하여, 다른 손자녀가 독립유공자를 주로 부양한 경우나, 동순위 유족 간의 협의에 의해 동순위의 유족 중 1인을 보상금 수급권자로 지정한 경우에는 독립유공자를 주로 부양한 자나 협의에 의해 지정된 자를 보상금 수급권자로 할 수 있도록 하는 일정한 예외조항을 마련해 놓고 있다(법 제12조 제4항 제1호 단서 및 제2호). 그러나 보상금 지급대상이 되는 1945. 8. 14. 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀가 자신의 조부모를 직접 부양했을 가능성이 크지 않을 뿐 아니라, 유족보상금의 수급권자인 나이가 많은 손자녀가 협조하지 않는 경우 나머지 손자녀들만의 협의로는 유족보상금 수급권자를 변경할 수 없고, 이처럼 연장자와 협의가 되지 않을 경우 여전히 나이에 따른 차별 문제가 발생한다는 점에 비추어 보면, 위와 같은 예외조항의 실효성을 인정하기도 어렵다.

비록 독립유공자법에서는 유족보상금의 수급대상에서 제외된 유족들에 대하여 비금전적 보훈혜택, 즉 교육지원(제15조), 취업지원(제16조), 생업지원(제16조의2), 의료지원(제17조), 양육지원(제20조), 고궁 등의 이용지원(제23조) 등을 제공하고 있으나, 이러한 비금전적 보훈혜택 역시 유족에 대한 보상금 지급과 동일한 정도로 유족들의 생활보호에 기여한다고 볼 수 없으므로, 이를 이유로 보상금 지급에 있어서의 차별을 정당화할 수 없다.

(4) 소결

그렇다면 이 사건 법률조항은 국가가 독립유공자와 그 유족에 대한 예우의 일종인 유족보상금 지급에 있어서 자의적으로 의무를 이행함으로써 합리적인 이유 없이 보상금 수급권자의 수를 일률적으로 제한하고, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 여러 명인 경우에 그 중 나이가 많은 자와 그렇지 않은 자를 합리적인 이유 없이 차별하고 있으므로 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다.』

(나) 해설

이 사건 결정은, 이 사건 법률조항이 독립유공자의 유족인 손자녀에게 보상을 지급함에 있어서 그 중 1명에게만 보상을 지급하도록 하고 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 한 것은 본질적으로 동일한 비교집단인 독립유공자의 손자녀를 차별하는 것이어서 여기에는 국가의 재정부담 능력, 보상금 수급권의 실효성 보장 등 그 선정기준을 정당화할 만한 합리적 이유가 요구되는데, 이 사건 법률조항은 이러한 합리적 이유 없이 보상금 수급권자의 수를 일률적으로 제한하고, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 여러 명인 경우에 그 중 나이가 많은 자와 그렇지 않은 자를 합리적인 이유 없이 차별하고 있으므로, 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판시를 하였다.

다. 주문 형태

(1) 이 사건 결정은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정과 함께 2015. 12. 31.까지 잠정적용을 명하였다.

『법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대한 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다(헌재 2008. 9. 25. 2007헌가9, 판례집 20-2상, 424, 441-442).』

이 사건 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반되나, 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 독립유공자의 유족인 손자녀에 대한 보상금 지급의 근거 규정이 사라지게 되어 그 입법목적은 달성하기 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있다. 나아가 이 사건 심판대상조항의 위헌적 상태를 제거함에 있어서 어떠한 기준 및 요건에 의해 보상금 수급권자를 결정하고, 수급권자의 범위를 어떻게 정할 것인지 등에 관하여 헌법재판소의 결정취지의 한도 내에서 입법자에게 재량이 부여된다 할 것이다. 따라서 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 그 효력을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다.』

(2) 독립유공자의 유족인 손자녀에게 보상을 지급할 수 있는 근거조항 이면서 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 이 사건 법률조항에 대해 단순위헌 결정을 하게 되면, 현재 존재하는 손자녀에 대한 유족보상금 지급의 근거조항이 없어지게 된다. 아울러 나이가 많은 손자녀 1인에 한정하여 보상을 지급함으로써 발생하는 위헌적 상태를 제거함에 있어서는 어떤 식으로 보상을 분할하여 지급할 것인지, 어떠한 기준으로 우선순위를 설정할 것인지 등에 대해 입법자에게 헌법재판소의 결정취지의 한도 내에서 재량이 부여된다 할 것이므로, 이 사건 결정이 이 사건 법률조항에 대하여 잠정적용 헌법불합치 결정을 한 것은 타당하다고 판단된다.

5. 이 사건 결정의 의의

(1) 이 사건 결정은 국가의 재정부담 능력과 사무처리의 편의성을 고려하더라도 이 사건 법률조항이 독립유공자의 유족 중 손자녀의 경우 보상금 수급권자를 1인으로 일률적으로 제한한 것에는 합리적 이유가 있다고 보기 어렵고, 더구나 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 여러 명인 경우에 유족보상금 수급권자 1인을 선정함에 있어서 나이 많은 자를 우선하도록 규정한 것은 손자녀 사이의 경제적 상황을 고려함이 없이 연장자를 우대하는 전통적인 유교사상과 연장자가 연소자를 부양하던 산업화 이전의 경제적 상황만을 반영한 것으로서 현재의 경제, 사회상황에 맞지 아니하여 불합리하다고 본 것이다.

이는 국가보은적 성격과 사회보장적 성격을 함께 가지는 독립유공자법상의 보상금 중 독립유공자의 유족인 손자녀의 보상금에 관하여 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 입법재량의 한계를 평등권의 측면에서 심사하고 이를 헌법에 위반된다고 판단하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.³⁴⁾

(2) 이 사건 결정은 독립유공자의 유족에 대한 보상금 지급에 있어서 유족이 수인인 경우 국가의 재정부담 능력이 허용하는 한도 내에서 보상금 총액을 제한하는 한편 유족들에게 경제적 생활능력에 대한 소명을 요구하여

34) 이 사건 결정은 독립유공자법상 보상금 제도에 관한 결정 중에서 최초로 헌법불합치 결정을 내린 사례로 보인다.

그에 따른 차등지급을 하되 이러한 경제적 생활능력의 차이에 대한 소명이 이루어지지 않을 경우 균분지급을 하는 방안 등을 위헌성을 제거하는 대안으로 제시하고 있다. 이는 손자녀를 포함하여 독립유공자법상의 유족보상금 수급권자의 선정, 지급기준을 제시하는 것이지만 다른 사회보장 영역에 있어서도 동순위의 수급권자가 수인인 경우 참조할 만한 기준이라고 생각된다.

군사법원법 제2조 제1항 제1호 등 위헌제청

- ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 군인 또는 군무원이 아닌 국민이 군사법원에서 재판받도록 하는 군사법원법 조항이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부 -
(헌재 2013. 11. 28. 2012헌가10, 판례집 25-2하, 338)

이 승 환*

【판시사항】

‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 군인 또는 군무원이 아닌 국민(이하 ‘일반 국민’이라 한다)이 군사법원에서 재판받도록 하는, 구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 군형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 군형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 일반 국민인 제청신청인은 2009. 2. 28.부터 2009. 3. 1.까지 대전차방벽이 군사기지 및 군사시설 보호구역 내의 군사시설이자 전투용에 공하는 시설인 사실을 알면서도 대전차방벽 중 일부를 무단으로 철거하여 군용에 공하는 시설을 손괴하는 동시에 군사기지 및 군사시설 보호구역 안에서 군사시설을 손괴하였다는 등의 이유로 기소되었다.

나. 공소사실 중 일부인 전투용에 공하는 시설을 손괴한 부분은 군형법 제69조의 군용시설손괴죄에 해당되어 군사법원에 재판권이 있음에 따라, 제청신청인은 공소사실 전부에 대하여 보통군사법원 및 고등군사법원의 재판을 받았다.

다. 제청신청인은 대법원에 상고를 제기한 후 상고심 계속 중 군인 또는 군무원이 아닌 국민을 군사법원에서 재판받도록 하는 구 군사법원법 제2조 제1항 제1호 등이 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였고(대법원 2010초기274), 대법원은 이를 받아들여 2012. 3. 15. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

헌법 제27조 제1항, 제2항은 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고, 나아가 모든 국민에게 원칙적으로 일반법원에서 재판을 받을 권리가 있음을 적극적으로 선언하고 있다.

군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 재판권에 관한 규정은, 헌법상 재판청구권의 한 부분으로 규정된 일반 법원에서 재판을 받을 권리의 예외로서 엄격하게 해석하여야 한다. 1987. 10. 29. 개정되기 전의 구 헌법 제26조 제2항은 일반 국민의 ‘군사시설에 관한 죄’에 대하여 군법회의의 재판권을 인정하고 있었으나, 1987. 10. 29. 개정된 현행헌법 제27조 제2항은 일반 국민의 ‘군사시설에 관한 죄’를 군사법원의 재판권에서 제외하였다.

그런데 심판대상조항은 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민에 대하여 군사법원의 재판권을 인정하고 있으므로, 헌법 제27조 제2항에 위반된다.

【결정요지】

구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’은 ‘군사목적에 직접 공용되는 시설’로 항상 ‘군사시설’에 해당한다.

군용물·군사시설에 관한 죄를 병렬적으로 규정하고 있었던 구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정되고, 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항에서 ‘군용물’은 명백히 ‘군사시설’을 포함하지 않는 개념으로 사용된 점, 군사시설에 관한 죄를 범한 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 제외하는 것을 명백히 의도한 헌법 개정 경과 등을 종합하면, 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 예외적인 재판권을 정한 헌법 제27조 제2항에 규정된 군용물에는 군사시설이 포함되지 않는다.

그렇다면 ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 이 사건 법률조항은, 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니하도록 규정한 헌법 제27조 제2항에 위반되고, 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다.

재판관 김창중, 재판관 안창호의 별개의견

헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’은 ‘군사상의 용도로 사용되고 있거나 사용될 가능성이 있는 물건’을 통칭하므로, ‘군사시설’도 포함한다. 다만 헌법 제27조 제2항은 ‘중대한’ 군용물에 관한 죄 중 ‘법률이 정한 경우’에 한하여 평시 군사법원의 재판권을 인정한다. 이 사건 법률조항은 군사적인 중요성과 관계없이 ‘전투용에 공하는 시설’을 평시에 손괴한 일반인을 모두 군사법원에서 재판받도록 함으로써, 군사법원의 재판에 의하지 아니하면 군의 조직과 기능을 보존하기 어렵다는 특별한 사정이 있는 유형과 내용의 중대한 범죄로 그 범위를 한정하지 아니하므로, 국민이 일반법원에서 재판받을 권리를 침해한다.

【해 설】

1. 관련 헌법규정과 제한되는 기본권

가. 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써, 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 288 참조).

또한, 헌법 제27조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 일반 국민은 헌법 제27조 제2항이 규정한 경우 이외에는 군사법원의 재판을 받지 않을 권리가 있음을 선언하고 있다.

나. 헌법 제27조 제2항은 초병·초소·군용물 등에 관한 죄 중 법률이 정한 경우를 범한 일반 국민에 대하여 평시에도 군사법원에 재판권이 있음을 규정하고 있지만, 구 헌법 제26조 제2항에 규정된 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권에 대한 규정을 삭제하였다.

따라서 이 사건 법률조항이 헌법 제27조 제2항이 규정하고 있는 범위를 넘어서 일반 국민으로 하여금 평시에 군사법원에서 재판받도록 함으로써, 군사법원의 재판을 받지 아니하고 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 국민의 권리를 침해하는지 여부가 문제된다.

2. 헌법상 군사법원 제도

가. 군사법원의 근거 및 헌법적 한계

헌법 제110조는 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있고(제1항), 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다고(제3항) 규정하여 헌법에 직접 특별법원으로서 군사법원을 설치할 수 있는 근거를 두고 있다.

이에 따라 군사법원을 설치하고 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직·

권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정하는 것이 헌법상 허용되나, 이를 입법자의 자의에 맡길 수는 없고 사법권의 독립 등 헌법의 근본원리에 위반되거나 재판청구권, 평등권, 신체의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 안 될 헌법적 한계가 있다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443, 451-452; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 286-287).

나. 군사법원의 연혁

미군정 하에서 국방경비법에 군 사법절차 등을 규율하여 우리 군 사법제도의 근간이 형성되었다. 제헌헌법은 군법회의에 대한 규정을 두고 있지 않아 위헌론이 제기되었고¹⁾, 1949. 4. 21. 법무부장관 이인은 국방부장관에게 문서를 발송하여 1948년 제헌헌법 아래에서 군법회의의 위헌성을 지적하였다.²⁾ 군법회의에 대한 위헌논란을 해소하고자 1954년 2차 헌법개정 시 헌법 제83조의2에 군법회의에 대한 헌법적 근거를 부여하였으며, 1962. 1. 20. 법률 제1004호로 군법회의법을 제정하여 시행하였다. 그 이후 군법회의법은 1987년 헌법개정에 의하여 군법회의가 군사법원으로 바뀜에 따라 군사법원법으로 개정되었다.

다. 군인·군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 재판권의 연혁

(1) 1962년 헌법 이전

구 헌법에는 군인·군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 재판권에 대한

1) 예컨대 이종극, “헌법상으로 본 군법회의: 헌법 제83조의2를 중심으로,” 법정 12-2(1957), 2, 4-8. 그는 군법회의의 위헌론에 대하여 ‘순수 법해석론적 의미에서 다분히 합리성을 지니고 있는 매우 유력한 학설이며 지배적인 통설’로 평가한다. 그 배경으로서는 군법회의를 “정치적으로 위험시”하면서 “순수한 군사사법·국방상의 목적에 한정되어야 하는데, 그 남용의 예를 쉽게 찾을 수 있”음을 들고 있다(같은 글, 5-6). (헌법주석서IV, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제110조 (오동석 집필), 223면에서 재인용.)

2) “민간인의 특수범죄에 대한 군법회의의 재판권 확인에 관한 건(협의)”, 1949. 4. 21. 법무부장관→국방부장관, 대구지방검찰청 안동지청, 예규에 관한 기록(1948-1949), 국가기록원, BA0155312: 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법,” 민주법학 34(2007), 129-130. (헌법주석서IV, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제110조 (오동석 집필), 223면에서 재인용.)

규정이 없었다.³⁾

하지만 구 군법회의법(1962. 1. 20. 법률 제1004호로 제정된 것) 제2조 제1항 제1호는 ‘군형법 제1조에 규정된 자’에 대하여 군법회의가 재판권을 가진다고 규정하고, 구 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정된 것) 제1조 제4항에서는 ‘구 군형법 제13조 제3항, 제42조, 제54조 내지 제59조, 제78조, 제87조 내지 제91조의 죄를 범한 내외국인에 대하여도 전항과 같다’라고 규정하고 있었다.

이에 따라 일정한 간첩죄, 유해음식물공급죄, 초병에 대한 폭행·협박·살해, 초소침범, 포로도주원조, 포로탈취, 도주포로비호의 죄를 범한 군인·군무원이 아닌 국민에 대하여, 군법회의의 재판권이 있었다.

(2) 1962년 개정헌법

구 헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호로 개정된 것) 제24조 제2항은 “군인 또는 군속이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우, 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는, 군법회의의 재판을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 최초로 헌법에 일반 국민이 군사법원의 재판을 받지 않을 권리가 도입되었다.

구 군법회의법(1963. 12. 16. 법률 제1619호로 개정된 것) 제2조 제1항 제1호는 군형법 제1조 제4항에 규정된 자에 대하여 군법회의가 재판권을 가진다고 규정하고, 구 군형법(1963. 12. 16. 법률 제1620호로 개정된 것) 제1조 제4항에서는 ‘구 군형법 제13조 제3항, 제42조, 제54조 내지 제59조, 제78조, 제87조 내지 제91조의 죄를 범한 내외국인에 대하여도 전항과 같다’라고 규정하고 있다. 결국 실질적으로 군법회의가 재판권을 가지는 범위는 이전과 동일하였다.

구 헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호로 개정된 것) 제24조 제2항은 일반 국민이 군법회의의 재판을 받지 아니하는 경우를 소극적으로 규정하고 있지만,

3) 구 헌법(1960. 11. 29. 헌법 제5호로 개정된 것)

제22조 모든 국민은 법률의 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다.

헌법 개정 이전에 군법회의가 일반 국민의 범죄에 대해 가지고 있던 재판권의 헌법상 근거를 마련한 것이었다고 평가할 수도 있다.

(3) 1972년 개정헌법

구 헌법(1972. 12. 27. 헌법 제8호로 개정된 것) 제24조 제2항은 유신헌법에 따른 대통령의 긴급조치의 경우를 추가한 것 이외에는 위 구 헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호로 개정된 것) 제24조 제2항의 내용과 같다.

구 군법회의법 제1조 제4항, 구 군형법 제1조 제4항도 개정된 바 없다. 따라서 군법회의가 관할권을 가지는 범위는 동일하였다.

한편 구 군사시설보호법(1972. 12. 26. 법률 제2388호로 제정된 것)이 제정되었고, 동법 제2조 제1호는 “군사시설”이라 함은 진지방책장치 기타 군사목적에 직접 공용되는 시설을 말한다고 정의하였고, 동법에서는 군사시설의 손괴, 출입제한 위반 등의 행위를 처벌하였다.

(4) 1980년 개정헌법

일반 국민에 대한 군법회의의 재판권은 1980년 개정헌법에서 크게 확대되었다.

구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정된 것) 제26조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식물공급·포로·군용물·군사시설에 관한 죄 중 법률에 정한 경우와, 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.”라고 규정하였다.

구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정된 것) 제11장에 규정된 ‘군용물에 관한 죄’에 규정된 군용시설등에의 방화, 노적군용물에의 방화, 폭발물파열, 군용시설등손괴, 노획물훼손, 함선, 항공기의 복몰손괴, 총포·탄약 또는 폭발물인 군용물에 대하여 절도·강도·사기·공갈·횡령·배임·장물의 죄 및 국군과 공동작전에 종사하고 있는 외국군의 군용시설 또는 군용에 공하는 물건에 대하여 같은 죄를 범한 군인·군무원이 아닌 국민에 대하여,

군법회의의 재판권이 추가되었다.

이에 따라 이전의 헌법에서는 군법회의의 재판관할이 아니었던 ‘군용물, 군사시설에 관한 죄’를 범한 일반 국민도 군법회의에서 재판을 받게 되었다.

구 군사시설보호법(1981. 12. 31. 법률 제3497호로 개정된 것) 제2조 제1호는 「“군사시설”이라 함은 진지·장애물 기타 군사목적에 직접 공용되는 시설을 말한다.」라고 정의하고, 형사처벌하는 벌칙조항들을 개정하였다. 동법 제14조는 헌법에 규정된 절차에 따라 대한민국에 있는 외국군의 군사시설에 대하여도 동법을 적용한다고 규정하고 있었다.

헌법이 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민을 군법회의의 재판관할에 둘 수 있다는 근거규정을 마련하였지만 구 군법회의법은 구 군사시설보호법 위반의 죄를 범한 일반 국민을 군법회의가 신분적 재판권을 가지는 범위에 포함시키지 아니하였다.

(5) 현행 헌법

(가) 헌법 개정 경과

1) 민주정의당 헌법개정시안 제26조 제2항에서는 ‘군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·포로·군사시설에 관한 죄 중 법률에 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.’라고 규정하여, 오히려 일반 국민의 ‘군사시설에 관한 죄’를 여전히 군사법원의 관할에 두고 ‘군용물’에 관한 죄를 제외하고 있었다.⁴⁾

통일민주당의 헌법개정시안 제27조 제2항은 ‘군인 또는 군무원이 아닌 국민은 비상계엄이 선포된 때에, 법원이 권한을 정상적으로 행사할 수 없는 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.’라고 규정되어 있어서, 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권을 부인하고, 비상계엄이 선포된 경우에도 군사법원의 일반 국민에 대한 재판권을 예외적으로 인정하려는 것이었다.⁵⁾

4) 12대국회 제135회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제7호 (1987. 8. 31.) 부록 19면.

5) 12대국회 제135회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제7호 (1987. 8. 31.) 부록 34면.

신한민주당의 헌법개정시안 제25조 제2항은 ‘군인 또는 군무원이 아닌 국민은 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.’라고 규정되어 있어서, 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권을 부인하는 것이었다.⁶⁾

한국국민당의 헌법개정시안 제26조 제2항은 ‘군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병, 초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.’라고 규정되어 있어서, 군용품 및 군사시설에 관한 죄 모두에 대하여, 평시 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 부인하는 것이었으며⁷⁾, 군법재판의 범위 축소가 그 취지임을 명시하고 있다.⁸⁾

이처럼 모든 정당의 헌법개정시안들은 평시 일반 국민의 ‘군용품’에 관한 죄에 대한 군사법원의 재판관할권을 부인하였으며, 당시 야당이었던 통일민주당과 신한민주당의 개정시안은 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권을 전부 부인하였다.

2) 그러나 최종적으로 도출된 현행 헌법 제27조 제2항은 당시 여당이었던 민주정의당의 최초 헌법개정시안에 유독음식물공급죄가 추가되고, 평시 일반 국민의 ‘군사시설에 관한 죄’를 군사법원의 재판권에서 제외하고 ‘군용품’에 관한 죄를 군사법원의 재판권에 포함하는 것으로 정리되었다.

3) 각 정당의 최초 헌법개정시안보다 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권이 확대된 경위는 구체적으로 알 수 없으나, 통치구조에 관한 헌법개정이 시급히 요청되는 상황에서 심도깊은 논의없이 최종 개정안이 확정된 것은 아닌지 추정해 본다.⁹⁾

6) 12대국회 제135회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제7호 (1987. 8. 31.) 부록 65면.

7) 12대국회 제135회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제7호 (1987. 8. 31.) 부록 78면.

8) 12대국회 제135회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제7호 (1987. 8. 31.) 부록 92면.

9) <참고> 군인 군무원 등에 대한 이중배상금지를 규정한 헌법 제29조 제2항의 존치 경위를 실시한 하경철 재판관의 반대의견

1987년의 헌법개정때 여야 모두 이 사건 헌법조항의 문제점을 인식하고 여당은 이를 상당폭 완화하는 내용으로, 야당들은 동조항을 삭제하기로 하는 헌법개정안(제135회 국회, 헌법개정특별위원회회의록 제7호[부록], 7, 29, 63, 74면 각 참조)을 각

(나) 규정 내용

현행 헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것) 제27조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 제5공화국 헌법에서 확대되었던 군사법원의 일반 국민에 대한 재판권 중에서 ‘군사시설에 관한 죄’를 제외하였고, 유해음식물공급이 아닌 유독음식물공급죄를 범한 경우로 군사법원의 재판권을 축소하였다.¹⁰⁾

1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정된 군사법원법 제2조 제1항 제1호는 개정 이전과 동일하게 균형법 제1조 제4항에 규정된 자에 대하여 군사법원이 재판권을 가진다고 규정하고, 균형법 제1조 제4항은 개정되지 아니하였다.

따라서 헌법개정에도 불구하고 군사법원이 일반 국민에 대한 재판권을 가지는 범위는 법률상 헌법 개정 이전과 동일하게 유지되었다.

군사시설보호법은 헌법 개정 당시에 개정된 바 없으며, 이후 2007. 12. 21. 군사시설보호법·해군기지법·군용항공기지법이 폐지되고 법률 제8733호로 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’이 제정되어 군사시설을 규율하고 있다. 동법 제2조에서는 「2. “군사시설”이란 전투진지, 군사목적에 위한 장애물, 폭발물 관련 시설, 사격장, 훈련장, 군용전기통신설비, 그 밖에 군사목적에 직접 공용되는 시설을 말한다.」라고 규정하고 있다.

라. 현행 군사법원 제도에 대한 비판론

(1) 일반적 비판¹¹⁾

각 제출하였음에도 불구하고, 대 타협을 도출하는 과정에서 동조항의 개정필요성은 별다른 주목을 받지 못한 채 종전의 규정대로 존치되었던 사실을 안타깝게 생각하며 다음에 있을 헌법개정시에는 반드시 개정되기를 기대한다.(헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289, 300)

10) 그러나 균형법이 1962.에 제정된 이래로 계속 균형법 제42조가 규정한 죄명은 ‘유해음식물공급’이었으며, 균형법 제42조는 ‘유독성이 있는 음식물을 군에 공급한 자’를 처벌하는 것이었다. 따라서 헌법의 문구 변경에 불과할 뿐 실질적인 변화는 없다고 평가할 수 있다.

11) 헌법주석서Ⅱ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제27조(신평 집필), 956-957면.

군사법원의 제도적 형성근거는 관할의 특수성에 따른 ‘전문성 강화’이다.¹²⁾ 그러나 현행 군사법원법의 내용은 군의 자율성과 특수성을 강조하는 논리에 지배된 나머지 군 사법제도상의 인권보장과 사법정의실현을 확보하려는 노력이 상대적으로 부족하였고(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 323-324), ‘독립성’과 ‘민주성’의 관점에서 뿐만 아니라 전문성 또한 제대로 살리지 못했다는 비판이 제기되고 있다.¹³⁾

군사법원의 문제점을 헌법의 법원 구성원리의 관점에서 살펴보면, 첫째, 전문성의 문제로서 ‘심판관제도’와 ‘군판사의 잦은 보직변경’을 들 수 있다.¹⁴⁾ 군의 특수성을 반영하기 위한 제도적 장치가 반드시 심판관일 필요가 없으며, 일반법원의 경우와 마찬가지로 소송법상 감정의견을 통하여 해결하면 되는 것이므로, 심판관제도는 그 의의를 상실하였다.¹⁵⁾

둘째, 독립성의 문제로 가장 문제가 되는 것이 ‘군판사와 심판관의 임명방식’과 관할관의 ‘판결확인조치권’이다. 특히 판결확인조치권은 재판의 결과를 사후적으로 변형시키고, 원칙과 한계에 대한 기준 없이 전적으로 관할관의 재량에 따라 형을 감경할 수 있게 한다.¹⁶⁾

마지막으로 ‘민주성의 문제’로 언급되는 것이 ‘법원구성의 방식’, ‘판결확인조치에 따른 헌법과 법률에 따른 재판결과와 왜곡’, ‘지휘관 사법’ 문제이다.¹⁷⁾ 이는 재판부의 구성으로 심판관 임명, 판결확인조치권의 행사, 기타 전술한 제도에 따른 재판에 대한 지휘관의 개입으로 인해 발생하는 것이다.

군사법원의 활동은 사법작용에 틀림없고 헌법이 군사법원을 사법기관의 장에 규정하고 있음에도 불구하고, 하위 법률인 현행 군사법원법은 사실상

12) 송기춘, 헌법상 법원의 구성원리와 법원의 구성, 경남법학 제16집 (2000), 281.

13) 사법개혁위원회, 사법서비스 및 형사사법제도, 사법개혁위원회 제5차 회의보고자료, 2004. 1. 5, 223-224.

14) 송기춘, 헌법상 법원의 구성원리와 법원의 구성, 경남법학 제16집 (2000), 283.

15) 송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 형사법연구(2005. 12), 354.

16) 송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 형사법연구(2005. 12), 352.

대법원도 관할관의 확인조치로서 형의 감경함에는 반드시 형법 제55조의 법률상 감경에 따라야 하는 것은 아니라고 판시하였다(大判 1974. 9. 24. 74도1956).

17) 송기춘, 헌법상 법원의 구성원리와 법원의 구성, 경남법학 제16집 (2000), 286.

군 사법권을 지휘권에 복종시키고 있어서, 사법작용의 핵심인 공정성과 독립성 확보가 미진하다. 군판사와 심판관의 임기가 보장되지 아니하고 보직개념으로 운영되고, 법무참모에 의한 개입이 이루어지고 있으며, 관할관의 확인조치권을 통하여 군사법원의 재판결과를 변경할 수 있고, 군 검찰과 군사법원의 장소적 인접성, 인적 교류 등을 통하여 공정성에 영향을 미칠 수 있다.¹⁸⁾

군 지휘관이 군 수사기관, 군 검찰, 군사법원 조직에 모두 관여함에 따라, 실제로 군 수사기관과 군 지휘관이 진실을 은폐하거나 왜곡하고, 군사법원이 이를 제대로 밝혀내거나 통제하지 못하는 사례들이 드물지 않게 발생하고 있으며, 이에 따라 군사법원에 대한 국민들의 신뢰는 일반 법원에 비하여 현저하게 낮다.

이러한 문제들은 권력분립, 사법권독립, 재판청구권, 평등원칙, 신체의 자유 등과 같은 헌법원칙과 기본권 위반 여부의 문제를 낳는다.

(2) 평시 군사법원 설치의 합헌성 여부

(가) 특별법원으로서 군사법원은 군대의 존재 자체에서 헌법상 인정되는 것이 아니라 군대가 실질적으로 군사적 활동을 개시하는 시점, 즉 전시를 포함한 비상계엄 시에만 인정되는 것이고, 법관의 자격이 없는 현역 군인의 군사재판 참여는 이러한 상황에서만 그 존재의의가 있다는 견해가 있다.

군사법원의 설치는 항시 허용되기보다는 군대가 실전과 같은 활동을 하는 상황에서 제한적으로 이루어지는 것이 바람직하며, 평시 군사법원을 설치하고 있는 현행 군사법원법은 헌법을 최적으로 구체화하는 데는 실패하였다고 평가된다.¹⁹⁾

(나) 나아가 일반 국민의 평시 범죄를 군사법원에서 재판할 필요성에는 더 큰 의문이 제기된다.

18) 헌법주석서Ⅳ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제110조(오동석 집필), 239면; 송기춘, 군사재판에 관한 헌법학적 연구 = 군사법원의 구성과 군영의 개선방안을 중심으로, 공법연구 33집 3호, 한국공법학회, 2005. 284-285면.

19) 헌법주석서Ⅳ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제110조(오동석 집필), 237-238면.

군기의 유지와 군 지휘권 확립, 군복무관계의 특수성은 일반 국민의 평시 범죄에 대한 군사법원의 재판권 인정의 논거가 되기 어려운 측면이 있고, 비록 군의 임무수행에 큰 영향을 미칠 수 있는 범죄라고 하더라도 일반법원에서 충분히 재판할 수 있기 때문이다.

(다) 한편, 대법원은 피고인이 일반 국민임에도 불구하고 공소사실 중 군사법원이 재판권을 가지는 죄가 있다면, 군사법원에 재판권이 있는 죄와 결합범으로 기소된 다른 범죄에 대해서도 군사법원에 재판권이 있다고 판단하고 있다(대법원 1986. 6. 24. 선고 86도650 판결; 대법원 1980. 8. 12. 선고 80초28 전원합의체 판결). 군사법원법 제2조 제1항 제1호, 제2항에 의하면 군사법원은 군형법 제1조 제1항부터 제4항까지에 규정된 사람이 그 신분취득 전에 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다고 규정되어 있다.

이에 의하면 민간인(내외국인)이 군형법 제1조 제4항에 규정된 범죄를 저지른 경우 군사법원의 재판을 받을 수 있는 신분을 취득한 것이고, 신분적 재판권을 취득한 이상 모든 범죄행위에 대하여 군사법원에서 재판권을 행사할 수 있게 된다.²⁰⁾ 즉 민간인이 군형법상의 범죄를 저지른 경우 예외법원인 군사법원이 그 민간인의 일반 범죄에 대해서도 재판권을 확장하여 가지게 되는데, 헌법 제27조 제2항이 규정한 범위를 넘어서 평시에 일반 국민이 군사법원의 재판을 받는 문제가 발생한다.

(3) 신분에 따른 평등권 침해 문제²¹⁾

헌법은 헌법 제27조 제2항에 대한 무제한의 반대해석을 허용하지 않으며, 민주적인 헌법이라면 불가피하게 필요한 경우에만 군인 또는 군무원인 신분에 따른 차별을 허용할 것이라고 본다.

즉 군인·군무원에 대하여 신분에 의해 기본권을 제한하는 것도 국방상의 목적에 한정하여 필요최소한에 그쳐야 하고, 예외법원인 군사법원의 관할은 제한적으로 인정되어야만 한다. 따라서 현재 군사법원법이 군인·군무원의 신

20) 권순건, 평시 군사법원의 민간인에 대한 재판권 행사 한계, 법률신문 제3470호(2006. 6.) 참조.

21) 헌법주석서Ⅳ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제110조(오동석 집필), 238면.

분만으로 군사법원의 관할을 인정하는 것은 중대한 기본권 침해라는 것이다.

1948년 국방경비법 제3조는 군인의 일반형사범죄의 경우에는 일반법원에서 재판 받을 권리를 보장하고 있었다는 점에서 현행 군사법원법은 기본권 보장 측면에서, 헌법 제정 당시의 국방경비법보다 후퇴한 것으로 평가할 수 있다.

(4) 운용현실과 필요성의 문제²²⁾

헌법위반의 요소를 담고 있는 현행 군사법원제도를 운용하는 것이 군의 특성을 반영하기 위해 불가피하다고 주장되나, 연구결과는 순정군사범의 비율이 높지 않음을 보여준다. 전시를 대비한다는 명분이 인권침해와 헌법침해의 대가를 치러야 할 정도로 중요하다고 판단되지 않는다. 전시를 대비한 훈련은 법관 자격이 있는 인적 자원을 부대별로 동원하여 배치하는 정기적인 훈련과 전시 군사재판에 필요한 일정 군사지식을 습득하는 정기적인 훈련으로 충분할 것이다.

마. 헌법재판소의 결정례

(1) 다만 헌법재판소는 군기의 유지와 군 지휘권 확립의 필요성, 평시에도 항상 대기하고 집단적 병영생활을 하는 군 임무의 특성상 언제 어디서나 신속히 군사재판을 할 필요성, 군사범죄를 정확히 심리하고 판단할 필요성, 군사법원 체제가 전시에 제대로 기능하기 위해서 평시에 미리 조직·운영될 필요성 등을 들어, 평시에 군사법원을 설치하여 군인 또는 군무원에 대한 재판권을 행사하는 것을 합헌으로 판단한 바 있다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바 25, 판례집 8-2, 443, 452-453; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 289-290 참조).

(2) 이러한 헌법재판소의 평시 군사법원에 대한 합헌 결정 선례들은 모두 군인에 대한 군사법원의 신분적 재판권에 대한 것들이었고, 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 신분적 재판권에 대한 것은 아니었다.

22) 헌법주석서Ⅳ, 한국헌법학회 주관, 법제처 발간, 2008. 12. 헌법 제110조(오동석 집필), 239면.

바. 군사법원에 대한 헌법 개정 의견

(1) 제18대 국회 헌법연구 자문위원회의 개헌 의견

(가) 국회의장의 자문기구인 ‘헌법연구 자문위원회’는 전시에만 군사법원의 재판권을 인정하는 개헌의견을 정리한 바 있다.²³⁾

평시 군사법원에서 다루는 사건이 군의 특수성과 거리가 있어 전시에 대비하여 어떠한 효과가 있는지 의문이 있으며 전시에는 부대별로 가장 근거리에서 있는 일반법원에서 파견된 법관으로 군사법원을 구성함으로써 신속한 대응이 가능하다. 따라서 사법권 독립의 관점에서 볼 때 평시에 군사법원을 유지할 실익이 없다고 보아 평시에는 일반법원에서 재판을 담당하고 비상계엄이 선포된 경우와 전시에만 군사법원에서 재판을 담당하도록 한다는 것이다. 이는 방위상의 긴급사태나 외국파병, 군함에 승선한 군복무자에 대한 군사법원의 형사재판권만을 인정한 독일기본법 제96조 제2항의 입법례와 유사하다.

(나) 또한 헌법연구 자문위원회는 평시 군사법원을 두더라도, 실제로 군사법원에서 재판하는 사안들은 군대 내의 비밀이나 기밀을 유지하는 내용들이라기보다는 일반 법원에서도 충분히 다룰 수 있는 것들이 대부분이라는 점에서, 군인·군무원이 아닌 국민에 대하여 평시에 군사법원의 재판을 받을 수 있도록 하는 근거조항인 헌법 제27조 제2항은 국민의 공정하고 독립적인 재판을 받을 권리를 침해할 가능성이 있으므로 삭제하는 것이 필요하다는 의견을 개진하였다.²⁴⁾

군사법원을 전시나 비상계엄시에만 설치할 수 있도록 하는 개정의견에 따라서, 일반국민은 전시나 비상계엄시에만 군사법원의 재판을 받을 수 있도록 결론을 내렸다.²⁵⁾

(2) 제19대 국회 헌법개정 자문위원회의 개헌 의견

‘헌법개정 자문위원회’는 일반 국민은 평시에는 어떠한 경우에도 군사법원

23) 헌법연구 자문위원회, 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009. 8. 271면.

24) 헌법연구 자문위원회, 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009. 8. 84면.

25) 헌법연구 자문위원회, 헌법연구 자문위원회 결과보고서, 2009. 8. 95면.

의 재판을 받지 아니하고, 전시 또는 비상계엄에서도 내란, 외환, 일정한 군사상 중죄 외에는 군사재판을 받지 아니하도록 엄격히 제한(안 제49조 제4항²⁶⁾)하는 개헌의견을 정리한 바 있다.²⁷⁾

위원회는 현행 헌법은 일반 국민이 비상계엄이 아닐 때에도 군사법원의 재판을 받는 범위와 비상계엄 중 군사법원의 재판을 받는 죄의 범위가 넓은 측면이 있다고 평가하였다.²⁸⁾

3. 현행 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’의 해석

이러한 헌법과 관련 법률의 개정 경과와 군사법원의 재판에 대한 여러 평가를 살펴면서, 헌법과 법률에 규정된 ‘군용물’의 의미가 무엇인지, ‘군용시설’과 ‘군사시설’의 의미와 차이는 무엇인지 해석하는 것이 이 사건의 쟁점이 된다.

가. 균형법상 ‘군용물’은 구 균형법 제67조(노적군용물예외의 방화죄)가 그 객체를 ‘병기·탄약·차량·장구·기재·식량·피복 기타 군용에 공하는 물건’으로 정하고 있는 것처럼 협의로 ‘군용에 공하는 물건’의 의미로 사용되기도 하고, 균형법 제11장이 ‘군용에 공하는 물건’과 ‘군용시설’에 관한 죄를 규정하면서 그 제목을 ‘군용물에 관한 죄’로 정하고 있는 것처럼 협의의 군용물인 ‘군용에 공하는 물건’과 ‘군용시설’을 포괄하는 의미로 사용되기도 한다.

한편 ‘군사시설’의 사전적 의미는 ‘군사적인 목적으로 만든 모든 시설. 전쟁에 대비하기 위한 방공호나 요새 따위의 시설’인데, ‘군용시설’과 ‘군사시설’을 사전적으로 구분하기는 쉽지 아니하고, 실정법 상의 용례와 공물에 관한 행정법학의 분류 등을 참고하여 보아도 명확하게 ‘군용시설’과 ‘군사시설’이 구별되는 개념으로 파악되지는 아니한다.

균형법 등 법률상 사용례를 살펴보면, 일응 헌법 제27조 제2항에 규정된

26) ④ 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니한다. 다만, 전시 또는 비상계엄이 선포된 때 내란·외 환·중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률로 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

27) 국회 헌법개정 자문위원회, 헌법개정 자문위원회 헌법개정안, 2014. 5. 21. 53면.

28) 국회 헌법개정 자문위원회, 헌법개정 자문위원회 헌법개정안, 2014. 5. 21. 21면.

군용물에 군사시설에 해당하는 군용시설이 포함된다고 해석할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

나. 그러나 헌법은 법률보다 우위에 있고, 위헌 여부가 문제되는 법률의 규정을 헌법해석의 기준으로 사용할 수는 없다.

오히려 헌법 개정이 있는 경우 법률은 개정된 헌법에 부합하도록 개정되어야 한다. 헌법 개정에도 불구하고 법률이 그에 합치하도록 개정되지 않았다면, 헌법 위반의 문제가 발생할 뿐이다.

따라서 입법자가 균형법 제11장에서 ‘군용시설’이 광의의 ‘군용물’에 포함되는 것으로 해석할 수 있는 외관을 형성하고 유지하고 있는지 여부는 결정적인 것이 아니다.

다. 구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정된 것) 제26조 제2항이 군용물·군사시설에 관한 죄를 병렬적으로 규정하고 있었던 점에 비추어 구 헌법 제26조 제2항의 ‘군용물’은 명백히 ‘군사시설’을 포함하지 않은 것이다. 동일한 사항을 규율하는 현행 헌법 제27조 제2항에서도 ‘군용물’이라는 용어를 동일하게 사용하고 있는데, 구 헌법과 현행 헌법의 같은 내용의 조문에 사용된 ‘군용물’의 의미를 다르게 해석하기 어렵다. 따라서 현행 헌법 제27조 제2항에 규정된 ‘군용물’도 ‘군사시설’을 포함하지 않는 의미로 해석하여야 할 것이다.

라. 또한 군용물에 군사시설이 포함된다고 보는 헌법 해석은, 국민의 ‘재판청구권의 예외’에 관한 중요한 헌법개정을 무의미하게 하는 것이다.

헌법개정특별위원회 헌법개정안기초소위원회 위원장 현경대 위원은 현행 헌법개정안기초안 내용 보고에서, ‘헌법의 한 조문 한 조문이 죽어 있는 문자가 아니라 …… 역사적 사실이라고 하는 점을 깊이 인식하고 각 조문의 자구 하나 용어 하나하나에 한 점의 소홀함이 없이 세밀한 심혈을 기울여서 기초하였습니다.’라고 하고 있고²⁹⁾, 국회에 제출된 헌법개정안의 주요골자 중의 하나로 ‘군사시설에 관한 죄를 범한 민간인에 대하여는 군사법원의 재판관할에서 제외함’이 명시되어 있다.³⁰⁾

29) 12대국회 제136회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제8호 (1987. 9. 17.) 2면.

30) 12대국회 제136회국회 헌법개정특별위원회 회의록 제8호 (1987. 9. 17.) 15면.
12대국회 제136회국회 본회의 회의록 제1호(부록 1) (1987. 9. 18.) 3면.

그렇다면 군사법원의 재판관할에서 군사시설에 관한 죄를 범한 일반 국민을 제외한, 현행 헌법 제27조 제2항과 같은 헌법개정안을 의결한 국회는 군사법원의 재판관할을 축소하려는 의도를 가지고 있었다고 볼 수 있다.

마. 즉 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니할 것을 헌법개정권력자가 명백히 의도한 것이다. 따라서 ‘군용물’의 범위를 아무리 넓게 상정하더라도, 헌법 개정의 경과에서 명시적으로 제외된 ‘군사시설’을 포함할 수는 없다고 할 것이다.

4. 헌법 제27조 제2항의 엄격한 해석

가. 군사법원의 독립성과 전문성에 대한 비판론이 상당하고, 전시가 아닌 때에는 군인이나 군무원도 일반법원의 재판을 받도록 하고, 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대해서는 평시에 군사법원의 재판을 받지 않도록 하자는 논의가 상당함은 앞에서 살핀 바와 같다.

나. 비상계엄 시가 아닌 평시에 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 행사에 있어서 군의 특수성을 강조하기는 어렵다. 일반 국민에 대한 군사법원의 재판은 헌법 제27조 제1항이 보장하는 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의하여 재판을 받을 권리의 예외이며, 헌법 제27조 제2항의 취지는 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권을 제한하려는 것이므로, 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 범위를 규정한 헌법 제27조 제2항은 엄격하게 해석하여야 한다.

일반 법원에서 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’을 위반한 일반 국민을 재판하고 있는 예에서 볼 수 있듯이, 일반 법원이 재판한다고 해서 군기의 유지나 군 지휘권 확립 등에 지장을 가져 오는 것도 아니다.

군사법원의 재판권의 범위를 넓게 해석하여 군의 자율성과 특수성을 강조한다면, 자칫 국민의 인권보장과 사법정의 실현에 미흡한 결과를 초래할 우려가 있다.

다. 현행 헌법 제27조 제2항으로 헌법이 개정된 경과와 취지, 군사법원의 재판권 범위에 대한 엄격해석의 필요성 등을 종합하면, 현행 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’은 ‘군사시설’을 포함하지 아니하는 것으로 해석함이 상당하다.

따라서 사안의 경우와 같이 군사시설³¹⁾에 해당하는 객체에 대한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민이 군사법원의 재판을 받는 것은 헌법 제27조 제2항에 따라 허용되지 않는다.

라. 이 사건 법률조항은 헌법 제27조 제2항에 위반되어, 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민의 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다. 통상 헌법은 그 개방성을 특징으로 하지만, 이 사안의 심판대상 조항은 헌법의 명문 규정을 직접 위반하였다.

5. 이 결정의 의의

가. 이 결정은 국회 본회의 회의록 등을 검토하여 현행 헌법 제27조 제2항과 같은 헌법개정안을 의결한 국회와 이를 확정된 헌법개정권력자인 국민이, ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 평시에 군사법원의 재판을 받지 아니할 것을 의도하였음을 확인하였고, 헌법 제27조 제2항이 규정한 ‘군용물에 관한 죄’의 범위에 ‘군사시설에 관한 죄’가 포함되지 않음을 처음으로 분명하게 해명하였다. 이 결정의 취지에 따라 대법원은 당해사건에서 보통군사법원과 고등군사법원의 판결을 모두 파기하고, 사건을 제1심부터 다시 심리·판단하기 위하여 피고인의 주거지 관할법원인 의정부지방법원으로 이송하였다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도943 판결).

이 결정은 비상계엄시가 아닌 평시에 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 행사에 있어서 군의 특수성을 강조하기 어렵다는 점, 헌법 제27조 제2항은 엄격하게 해석하여야 한다는 점을 밝힘으로써, 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 국민의 권리를 보장하고 개헌 논의 과정에 기여할 것으로 기대된다.

나. 한편 현행 군사법원법(2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정된 것) 제2조 제1항 제1호, 군형법(2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정된 것) 제1조 제4항 제4호도 실질적인 내용 개정 없이 동일하게 규정하고 있어, 이 사건 법률조항의 위헌성은 현행 법률에도 동일하게 계속되고 있다.

31) ‘군사기지 및 군사시설 보호법’ 제2조는 군사시설을 ‘전투진지, 군사목적에 위한 장애물, 폭발물 관련 시설, 사격장, 훈련장, 군용전기통신설비, 그 밖에 군사목적에 직접 공용되는 시설’로 정의하고 있다.

과거 헌법재판소는 위헌이나 헌법불합치 결정이 되는 구법과 내용이 동일한 현행 법률을 그대로 둔다면 위헌적인 상태를 방치하는 결과가 될 것이므로, 위헌결정의 실효성을 담보하고, 법질서의 정합성과 소송경제를 도모하기 위하여 새로 제정·개정된 법규정에 대하여도 확장하여 위헌임을 선언할 필요가 있다고 보고 함께 위헌결정을 해 왔다(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 402-403, 415; 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20, 43; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌가22, 판례집 21-1상, 337, 342; 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222, 239 등 다수).

그런데 이 결정은 구법만 위헌으로 결정하는데 그쳐서, 현행 군사법원법과 군형법에 따르면 여전히 이 결정의 사안과 동일한 죄를 범한 군인 또는 군무원이 아닌 국민이 평시에 군사법원의 재판을 받게 되고, 이러한 위헌적인 상태가 이 사건 결정 이후 9개월이 경과한 2014. 8. 현재까지 계속되고 있다. 종전의 판례들과 같이 심판대상을 현행법까지 확장했더라면 하는 아쉬움이 있다. 입법부가 헌법재판소 결정의 취지에 따라 신속한 개선입법을 하기를 기대한다.

사립학교법 제14조 제3항 등 위헌확인

- 개방이사제, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한
사립학교법 규정이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 11. 28. 2007헌마1189·1190(병합), 판례집 25-2하, 398)

김 소 언*

【판시사항】

1. 개방이사제에 관한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것, 이하 ‘사립학교법’이라 한다) 제14조 제3항, 제4항이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 학교법인의 정상화에 관한 사립학교법 제25조의3 제1항이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유, 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 초·중등학교장의 중임회수를 1회로 제한한 사립학교법 제53조 제3항 단서가 학교법인의 사학의 자유나 초·중등학교장의 직업의 자유, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

- 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것)
- 제14조(임원) ③ 학교법인은 제1항에 따른 이사정수의 4분의 1(단, 소수점 이하는 올림한다)에 해당하는 이사(이하 “개방이사”라 한다)를 제4항에 따른 개방이사추천위원회에서 2배수 추천한 인사 중에서 선임하여야 한다.
- ④ 개방이사추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)는 제26조의2에 따른 대학평의원회(이하 “대학평의원회”라 한다) 또는 ‘초·중등교육법’ 제31조에 따른 학교운영위원회(이하 “학교운영위원회”라 한다)에 두고 그 조직과 운영

* 헌법연구관

및 구성은 정관으로 정하되, 위원정수는 5인 이상 홀수로 하고 대학평의회 또는 학교운영위원회에서 추천위원회 위원의 2분의 1을 추천하도록 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다.

제25조의3(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화) ① 관할청은 제20조에 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다.

제53조(학교의 장의 임면) ③ 각급학교의 장의 임기는 학교법인 및 법인인 사립학교경영자는 정관으로, 사인인 사립학교경영자는 규칙으로 정하되, 4년을 초과할 수 없고, 중임할 수 있다. 다만, 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있다.

【사건의 개요】

청구인들은 사립학교를 설치·경영하는 학교법인, 학교법인의 이사 또는 종전이사, 학교장 등으로서, 2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 사립학교법과 2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 사립학교법의 주요 조항들이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 개방이사제에 관한 사립학교법 제14조 제3항, 제4항은 사립학교운영의 투명성과 공정성을 제고하고, 학교구성원에게 학교운영에 참여할 기회를 부여하기 위한 것으로서, 개방이사가 이사 정수에서 차지하는 비중, 대학평의회와 학교운영위원회가 추천하는 개방이사추천위원회 위원의 비율, 학교법인 운영의 투명성 확보를 위한 사전적·예방적 조치의 필요성 등을 고려할 때 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화를 위한 이사 선임에 관하여 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 한 사립학교법 제25조의3 제1항은, 사학분쟁조정위원회가 그 인적 구성과 기능에 있어 공정성 및 전문성을 갖추

고 있다는 점, 학교법인의 정체성은 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 설립 목적이 화체된 정관을 통하여 유지·계승된다는 점, 사학분쟁조정위원회는 정상화 심의과정에서 종전이사 등의 의견을 청취할 수 있다는 점 등을 고려할 때 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

설립자나 종전이사가 사립학교 운영에 대해 가지는 재산적 이해관계는 법률적인 것이 아니라 사실상의 것에 불과하므로 위 법률조항은 이들의 재산권을 침해하지 않는다.

3. 초·중등학교장의 중임회수를 1회로 제한한 사립학교법 제53조 제3항 단서는, 교장의 노령화·관료화를 방지하고 인사순환을 통하여 교단을 활성화하며, 학교경영과 교육을 분리하고 있는 교육법체에 충실하고자 한 것으로, 최장 8년간 재임이 보장되고 동일한 학교의 장 중임만 제한받을 뿐이므로 학교법인의 사학의 자유나 초·중등학교장의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

초·중등학교와 달리 대학은, 대학의 장이 임기에 구애됨이 없이 장기적인 학교발전의 전망을 가지고 이를 실현해 나가도록 보장해 주는 것이 필요하여 대학의 장 임면에 관하여 대학의 자율에 맡겨 둘 필요성이 크므로 이를 달리 취급하는 데는 합리적 이유가 있어 초·중등학교장의 평등권을 침해하지 않는다.

사립학교법 제14조 제3항, 제4항에 대한 재판관 조용호의 반대의견

학교법인의 이사는 학교법인 최고 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하여 사학 운영의 자유를 구현하는 주체이다. 학교법인의 이사선임권은 학교법인의 자주성과 자율성의 핵심요소이므로 이사의 선임과 구성은 전적으로 학교법인의 자율에 맡겨야 한다. 그런데 학교운영의 공공성과 투명성을 강화한다는 명목으로 정상적으로 운영되고 있는 절대 다수의 사학에 대하여까지 학교법인의 의사와 관계없이 일률적으로 이사 정수의 4분의 1을 개방이사라는 이름으로 선임하도록 강제하는 것은 학교법인 의사결정체계의 본질에 어긋나고, 학교법인 이사제도의 본질을 침해하는 것이다. 우리나라의

경우 학교 수나 학생 수에 있어서 특히 고등교육기관에 사립학교의 비중이 매우 높은 점, 삼국시대 이래로 우리 민족과 함께 연면히 이어져 내려온 사학의 역사성, 사학의 기능과 자주성 보장의 필요, 학교법인 이사제도의 본질, 개방이사제도의 문제점 등을 종합해 보면, 위 조항들은 과잉금지원칙에 반하여 학교법인의 사학의 자유를 침해한다.

사립학교법 제25조의3 제1항에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 반대의견

학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하는 이사들에 의해 실행되므로 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사를 순차적으로 선임함으로써 학교법인의 설립 목적을 영속성 있게 실현하는 것이 학교법인 이사제도의 본질이다. 사립학교법상 임시이사 제도는 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 파견하여 학교법인을 조속히 정상화함으로써 그 설립 목적을 달성할 수 있도록 하려는 데에 그 제도적 취지가 있는 것이지, 위기사태를 가져온 구 이사들에 대한 제재의 일환으로 그들로부터 학교법인 경영권을 박탈하거나 학교법인의 지배구조를 변경하는 것을 허용하는 제도가 아니다. 그러므로 학교법인이 임시이사 체제에서 정상화되는 단계에서 학교법인의 정체성이 유지되고 학교법인 설립목적의 영속성을 인적으로 보장하기 위한 최소한의 장치가 마련되어야 할 것인데, 이 단계에서 모든 정식이사 선임의 주도권을 사실상 사학분쟁조정위원회에 부여하면서 종전이사 등의 의견 청취를 법률적으로 전혀 보장하지 않은 것은 학교법인의 인적 연속성의 단절을 초래하여 그 설립 목적의 영속성 보장을 불투명하게 하는 것으로서, 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유의 본질적 내용을 침해한다.

사립학교법 제53조 제3항 단서 부분에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대의견

학교장의 장기 재임에 따른 학교법인과 의 유착 문제는 이미 이사장의 학교장 겸직금지 조항, 이사장의 배우자 등의 학교장 임명제한 조항 등을 통해 해

결되고 있고, 학교장의 중임을 제한하는 것과는 직접적인 관련성을 가진다고 보기 어렵다. 또한 국·공립학교와 달리 학교법인별·학교별로 교원인사가 이루어지는 데 그치는 사립학교의 경우에는 학교장의 중임 횟수 제한만으로 교단의 활성화에 어느 정도나 효과가 있을지 의문이다. 학교장은 행정과 교육활동을 통하여 학생의 발달 및 성장에 직·간접적으로 영향을 미치므로 유능한 교장은 학교법인이나 학교의 구성원이 원할 경우 그 직무를 장기간 계속해서 수행할 수 있도록 보장하는 것이 필요하고, 이는 학교장의 임기를 정관에서 자유롭게 정할 수 있도록 한 사립학교법 취지에도 부합하는 것이다. 따라서 초·중등학교장의 중임 횟수를 1회로 제한하는 것은 그들의 직업의 자유와 초·중등 사립학교를 운영하는 학교법인의 사학의 자유를 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 개방이사제, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화, 초·중등학교장의 중임회수 제한 등을 규정한 사립학교법(이하 ‘법’이라 한다) 조항들이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

이하에서는 우선 적법요건 중 문제되는 점에 대하여 살펴보고, 이어 심판대상조항들이 청구인들의 사학의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부를 검토하고자 한다.

2. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관한 법 제25조의3 제1항에 대하여 설립자나 종전이사의 자기관련성을 인정할 수 있는지 여부

법 제25조의3 제1항은 임시이사 선임사유가 종료되어 정식이사를 선임하는 단계에서 학교법인의 설립자나 종전이사 등이 관여할 권리를 보장하고 있지 않다.

위 조항으로 인하여, 학교법인은 스스로 선임한 이사로 구성된 이사회를 통하여 학교법인 또는 사립학교를 경영할 권리를 제한당하게 되므로 학교법인이 자기관련성을 가지는 점은 의문이 없다.

문제는 위 조항들로 인하여 학교법인 외에 임시이사가 선임되어 있는 학교법인의 설립자나 임시이사 선임 전에 이사로 재직하였던 사람들의 기본권도 침해되는지 여부이다. 설립자는 학교법인이 설립되고 난 다음에는 비록 사실상으로 학교법인의 운영에 영향력을 행사할 수 있다 하더라도 학교법인과는 현재 구체적인 권리 내지 법률관계가 성립될 수 없고, 이사장을 포함한 이사 역시 퇴임함으로써 학교법인과는 법률관계는 종료되는 것이 원칙이며, 이러한 법리는 학교법인에 임시이사가 선임되어 있다 하여 달라지는 것은 아니다.

그러나 법률조항에 대한 헌법소원심판에 있어서 당해 법률조항의 문언만으로는 법률상 이익이라는 자기관련성의 징표가 뚜렷하지 않은 경우에도 법의 목적, 실질적인 규율대상, 법률조항이 내포하는 불이익이 당해 청구인에게 미치는 영향이나 진지성의 정도, 직접적인 수범자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 자기관련성을 인정할 수 있다

이 사건의 경우, 법 제25조의3 제1항과 자기관련성이 인정되는 범위를 사립학교운영의 법적 주체인 학교법인으로만 한정한다면, 이미 이사 정수의 과반수에 대하여 임시이사가 선임되어 있는 학교법인의 경우에는 부당한 결과가 생기게 된다. 즉, 관할청이 학교법인의 이사 과반수에 대하여 취임승인을 취소하고 임시이사를 선임한 경우 이들로 구성되는 이사회는 임시이사 체제에 의하여 배제된 구 이사회와는 이해관계를 달리하는 것이 일반적일 것이므로, 임시이사들에게 임시이사 및 정상화 관련 조항들에 대한 헌법소원을 제기하기를 기대할 수는 없다.

또한, 임시이사가 선임되기 전, 즉 학교법인이 정상적으로 운영되는 상황에서 임시이사와 관련된 법률조항에 대하여 헌법소원을 제기한 경우에는 직접성 또는 현재성이 없다는 이유로 각하될 것이므로, 학교법인으로서는 임시이사 관련 법률조항에 대해 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 길이 사실상 봉쇄되어 있다.

설립자는 학교법인의 설립을 위하여 재산을 출연하고, 정관으로 설립 목적(건학이념)을 정립하는 한편, 최초 임원을 선임하여 이사회를 구성하고, 그 이사회에 의하여 설립 목적이 구체적으로 실현된다. 사립학교법이 사립학교의 원칙적인 설립·운영자로 학교법인만을 인정함으로써 설립자 개인의

사학의 자유는 사실상 학교법인의 설립단계에서 단절시키고 있으나, 이는 학교법인의 설립 목적이 지속적으로 구현될 수 있음이 전제가 되어야 정당화될 수 있다. 그런데 학교법인에 임시이사가 선임됨으로써 이사회인 인적 연속성이 단절되고 학교법인의 정체성의 유지·계승 여부에 관하여 의문이 제기되는 상황에서, 임시이사로 구성된 이사회가 학교법인의 정체성이나 설립 목적을 수호하기 위한 법적 쟁송을 제기할 것을 기대할 수 없다면 이러한 경우에는 예외적으로 설립자의 사학의 자유가 단절되지 않고 연장된다고 보아 학교법인의 정체성과 설립 목적을 수호할 기회가 주어져야 할 것이다. 이를 보장하지 않는다면 설립자의 사학의 자유의 본질적인 내용을 부정하는 것이 될 수 있다.

또한 임시이사가 선임되기 직전의 최종이사 중 적법하게 선임되었다가 퇴임한 최후의 정식이사(종전이사)는 학교법인의 이해관계인에 해당하므로 자기관련성을 인정하는 데 특별한 문제가 없고(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조), 나아가 임원취임승인이 취소됨으로써 적법하게 퇴임하지 못한 최종이사의 경우에도 법적 쟁송절차를 거칠 경우 긴급처리권을 행사하여 정식이사를 선임할 수 있는 지위를 회복할 여지가 있을 뿐만 아니라(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결 참조) 종래 법원이 이사취임승인 취소처분을 다투는 소송에서 소의 이익을 좁게 인정하여 재판 진행 중에 임기가 만료된 경우에도 권리보호의 이익이 없음을 들어 소 각하판결을 하는 등 취소처분의 적법성이 확인되지 못한 사례가 많았던 점에 비추어 보면, 이사취임승인처분의 취소가 있었다 하여 그 사유의 내용 및 경중을 가리지 아니한 채 무조건 학교법인과 사이에서 신뢰관계가 파괴되었다고 보아 학교법인의 정체성을 대변할 지위를 부정하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 나아가 주관적 기본권보장 외에 헌법보장기능을 함께 가지는 헌법소원에서 그 적법요건으로서의 자기관련성이란, 추상적인 수준에서 제3자가 아니라 자신이 스스로 법적으로 관련될 것을 요구하는 것이므로 이들에 대해서도 현실적으로 그와 같은 법적 쟁송절차를 거쳐 긴급처리권을 행사할 수 있는 지위를 획득하였는지 여부와 관계없이 임시이사 관련 조항에 대하여 자기관련성을 인정할 수 있다(이하 이들과 위에서 본 설립자, 종전이사를 통칭하여 ‘종전이사 등’이라 한다).

3. 개방이사제도

가. 의의

학교법인에는 필요적 상설기관으로 7인 이상의 이사를 두어야 하는데(법 제14조 제1항), 학교법인은 이사 정수의 4분의 1 이상은 개방이사추천위원회(이하 ‘추천위원회’라 한다)가 2배수 추천한 인사 중에서 선임하여야 한다(이하 ‘개방이사’라 한다, 법 제14조 제3항).

추천위원회는 대학평의위원회(대학교육기관의 경우) 또는 학교운영위원회(초·중등교육기관의 경우)에 설치되고, 그 조직과 운영 및 구성은 정관으로 정하되, 위원정수는 5인 이상 홀수로 하고 대학평의위원회 또는 학교운영위원회에서 추천위원회 위원의 2분의 1을 추천한다. 다만, 대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다(법 제14조 제4항).

이와 같이 추천위원 정수의 2분의 1에 대한 추천권이 대학평의위원회나 학교운영위원회에 부여되어 있으므로 이들 기구가 어떤 인사로 구성되는지가 중요한 의미를 가진다.

대학평의위원회는 사립대학에 의무적으로 설치되는 기구로(법 제26조의2), 교원·직원 및 학생 중에서 각각의 구성단위를 대표할 수 있는 자로 하여 11인 이상으로 구성하되, 동문 및 학교의 발전에 도움이 될 수 있는 자를 포함할 수 있다[사립학교법 시행령(이하 ‘시행령’이라 한다) 제10조의6].

학교운영위원회는 국·공립을 포함한 모든 초·중·고등학교에 의무적으로 설치되는 기구로(초·중등교육법 제31조 제1항), 학부모위원(100분의 40 내지 100분의 50), 교원위원(100분의 30 내지 100분의 40), 지역위원(100분의 10 내지 100분의 30)으로 구성되는데, 학교장은 당연직 교원위원이고, 나머지 교원위원은 정관이 정한 절차에 따라 교직원전체회의에서 추천한 자 중 학교의 장이 위촉하며, 학부모위원은 학부모전체회의에서 직접 선출하고, 지역위원은 학부모위원 또는 교원위원의 추천을 받아 학부모위원 및 교원위원이 무기명투표로 선출한다(초·중등교육법 제31조 제3항, 같은 법 시행령 제58조, 제59조, 제63조).

나. 유사제도 및 입법례

비영리재단법인 나아가 공익법인의 경우에도 이사회 외부에서 추천한 인사를 이사로 선임하도록 강제하고 있는 예는 보이지 아니하고, 사학 관련 외국의 입법례에서도 우리 개방이사 제도와 유사한 규정을 두고 있는 예는 찾기 어렵다.

다만 기업경영의 투명성을 제고하고 대주주 또는 대표이사의 전횡을 방지하려는 목적에서 도입된 사외이사 제도가 그 제도의 취지상 개방이사 제도와 유사한 면이 있다고 볼 여지가 있다. 그러나 사외이사는 상무(常務)에 종사하지 않는 자인 반면, 개방이사는 그러한 제약이 없는바, 상무에 종사하는지의 여부는 일반적으로 사외이사와 개방이사의 두 제도를 비교할 때 간과할 수 없는 기능상의 중요한 차이라 할 수 있고, 주식회사의 경우 이사회의 직무의 중점은 업무집행의 결정 그 자체보다 대표이사의 직무집행의 감독에 있는 반면 개방이사는 학교법인의 유일한 의사결정기관인 이사회 의결에 참여한다는 점에서도 큰 차이가 있다.

한편, 우리 사립학교법의 제정에 적지 않은 영향을 미친 일본 사립학교법상의 학교법인의 이사회 구성 원리 및 평의회 제도를 검토할 필요가 있다. 교육에 관한 일본헌법 규정은 제26조¹⁾인데, 우리 헌법 제31조 제1항 내지 제3항에 해당하는 규정만을 두고 있다. 일본 사립학교법은 그 목적(사립학교의 특수성, 자주성, 공공성; 제1조), 학교법인에 의한 사립학교의 설치(제2조 제3항, 제3조), 학교법인의 통칙과 설립(제3장 제1절, 제2절) 등 그 기본골격에서 우리 사립학교법과 대체로 유사하다. 학교법인 이사회는 이사로 구성되는데, ① 당해 학교법인이 설치한 사립학교의 교장, ② 학교법인의 평의원 중에서 기부행위(정관)로 정하는 바에 따라 선임된 자(기부행위로 정한 자 포함), ③ 그 밖에 기부행위가 정하는 바에 따라 선임된 자(제38조 제1항)가 이사로 된다. 위 ②, ③의 비율에 관한 규정은 없다. 이사 또는 감사에는 각각 그 선임의 때에 학교법인의 임원 또는 직원(당해 학교법인이 설치한 사

1) 제26조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 그 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리가 있다.

② 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 그 보호하는 자녀에게 보통교육을 받게 할 의무를 진다. 의무교육은 무상으로 한다.

립학교의 교장, 교원, 기타 직원을 포함한다)이 아닌 자가 포함되어야 한다(제38조 제5항). 감사는 평의원회의 동의를 얻어 이사장이 선임한다(제38조 제4항).

평의원회는 학교법인에 의무적으로 두는 기구로서(제41조 제1항), 예산, 사업계획, 정관 변경, 수익사업 등 학교법인의 주요 업무에 대하여 학교법인 이사장은 미리 반드시 평의원회의 의견을 들어야 한다(제42조). 여기서 평의원회의 구성과 기능이 관련임을 알 수 있는데, ㉠ 당해 학교법인의 직원 중에서 기부행위로 정하는 바에 따라 선임된 자, ㉡ 당해 학교법인이 설치한 사립학교를 졸업한 자로서 연령이 25세 이상인 자로서 기부행위로 정하는 바에 따라 선임된 자, ㉢ 그 밖에 기부행위로 정하는 바에 따라 선임된 자로 구성되며(제44조 제1항), 그 수는 이사 정수의 2배를 초과하여야 한다(제41조 제2항). 위 대상자 간의 비율에 관한 규정은 역시 없다. 평의원회에 관한 그 밖의 규정들(감사보고서를 제출받거나 감사로부터 학교법인의 위법행위에 대한 보고를 받는 것(제37조 제3항 제3호, 제4호), 감사의 평의원 겸직 금지(제39조), 학교법인의 업무에 관하여 임원으로부터 보고받을 권한(제43조), 결산에 대한 이사장으로부터의 보고(제46조)을 종합하면, 일본의 평의원회는 감사와는 별도로 학교법인의 업무의 투명성과 공정성을 감시하는 기구로서 사립학교를 둘러싼 이해관계자들(학교법인의 직원, 학교의 교원 및 직원, 학교 졸업생 등)을 학교법인의 운영에 관여시키는 제도라고 정리할 수 있다. 이러한 투명성 기구를 학교법인에 직접 두고 있을 뿐만 아니라, 평의원회를 매개로 하여 학교법인의 이사회 구성도 개방적이 되는 구조를 취하고 있다.

위 ②의 규정에 의한 자를 1명이라도 이사로 반드시 선임하여야 하는지, 또한 위 ㉠, ㉡의 규정에 의한 자를 반드시 평의원회에 포함시켜야 하는지 해석론상 의문이 있을 수 있으나, “이사(또는 평의원)로 되는 자는 다음 각 호에 열거하는 자 중에서 선임한다.”가 아니라 “.....다음 각 호에 열거하는 자로 한다.”고 규정한 법문의 취지나, 이를 부정한다면 위 ③, ㉢와 별도로 ②나 ㉠, ㉡를 둘 이유가 없는 점에 비추어 이를 긍정하여야 할 것이다.

제38조와 제44조의 규정을 종합하면 학교법인이 원하는 사람을 이사로 임

명하는 방법은 위 ①에 따라 교장으로 임명한 후 이사로 선임하거나(이는 1명에 불과하다), 위 ③에 따라 정관의 규정에 따라 선임하는 방법이 있다. 그런데 위 ②의 규정에 의하면 평의원 중에서 이사를 선임하여야 하고, ㉠, ㉡에 의하면 평의원 중에는 학교법인의 직원(여기에는 학교의 교원, 직원이 포함된다) 및 졸업생이 반드시 포함되므로 결국 학교법인의 직원, 학교의 교원이나 직원 또는 졸업생이 학교법인의 이사로 선임되는 길을 보장하고 있다고 보아야 할 것이다(물론 ②에 의거하여 학교법인의 정관으로, 평의원 중에서 위 ㉡에 해당하는 자만을 이사로 선임하도록 정한다면 학교법인의 직원, 학교의 교원이나 직원, 졸업생이 이사로 선임되는 길을 봉쇄할 수는 있을 것이다). 설령 그렇다 하더라도 제38조 제5항에 따라 학교법인의 임·직원이 아닌 완전한 외부인의 이사회 참여는 법적으로 강제되고 있는 것이다. 한편, 감사의 선임에 관한 한 투명성 기구인 평의원회의 동의가 반드시 필요하다.

결론적으로 일본 학교법인의 운영은 의결기관은 아니라 하더라도 평의원회의 존재, 그 구성 및 권한, 평의원회를 매개로 한 교원, 직원, 졸업생 등의 이사회 진출, 이사 또는 감사에 임직원 아닌 완전한 외부인의 의무 포함 등을 종합할 때, 비록 학교법인의 정관에 의하여 그 비율은 자율적으로 구성할 수 있는 가능성을 보장하고 있지만, 전체적인 구도는 우리 사립학교법과는 또 다른 방식으로 상당한 정도로 개방적이라고 평가할 수 있다.

다. 사학의 자유 침해 여부

학교법인이 자신의 의사를 결정할 기관을 스스로 구성할 권리는 사학의 자유에 당연히 내포되어 있는 내용이라 할 것인데, 법 제14조 제3항, 제4항은 학교법인의 이사의 선임을 정관이나 학교법인의 의사에 의하지 아니한 방법, 즉 추천위원회의 구성에 대학평의원회나 학교운영위원회를 참여시키고, 이사 정수의 4분의 1을 추천위원회가 2배수로 추천하는 인사 중에서 선임하도록 함으로써 학교법인의 사학의 자유의 한 내용인 이사선임권을 제한하고 있다. 따라서 위 조항들이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부가 주된 쟁점이다.

(1) 다수의견은 다음과 같은 이유로 개방이사제도가 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

(가) 입법취지

개방이사제도는 학교법인의 이사 정수 중 4분의 1 이상을 이사회 외부에서 추천한 인사 중에서 선임하도록 하여 사립학교운영의 투명성과 공정성을 제고하고, 추천위원회에 다양한 학교구성원들이 참여하도록 함으로써 이들에게 학교운영에 참여할 기회를 부여하는 데 그 입법취지가 있다고 할 수 있다.

입법자가 개방이사제도를 통하여 이사회외의 투명성과 공공성을 제고하고자 한 것은 사립학교가 전체 학교 교육에서 차지하는 비중이나 공교육체계에 편입되어 있는 정도가 유례가 없을 정도로 높은 우리나라 교육현실에서, 그동안 학교법인이 보여 온 사립학교운영의 양상이 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 방향으로 작동하지 않았다는 비판적인 현실인식에 근거하고 있는 것이다. 즉, 입법자는 설립자나 이사장 및 그 친족들에 의해 학교법인이 폐쇄적으로 운영되는 등 투명한 학교운영을 통한 학교의 건전한 발전이라는 이상적인 모습과는 거리를 보여 온 우리 사학의 현실을 개선하기 위하여 학교법인의 설립자나 이사장으로부터 독립한 인사를 이사회에 참여하게 하고, 이들이 다른 관점에서 학교법인의 운영을 평가, 감시, 조언함으로써 학교운영의 투명성을 제고하고자 한 것이다. 학교법인이 본질적으로 사법인이라 할지라도 학교운영이라는 공공적 기능을 수행하는 이상 그 이사회는 단순히 사법인의 내부사결정기관에 그치는 것이 아니라 공공성을 담보하는 역할과 기능도 수행해야 할 것이므로, 이를 위하여 독립적인 외부 인사의 이사회 참여가 필요하다고 본 입법자의 판단은 그 정당성을 수긍할 수 있다.

개방이사제도는 학교구성원들로 하여금 학교운영에 참여할 수 있도록 해준다는 점에서도 그 정당성을 찾을 수 있다. 헌법재판소는 학부모의 집단적인 교육참여권이나 교사의 수업권이 헌법상 도출되는 기본권은 아니라고 보면서도 법률로써 이들 권리를 인정하고 보장하는 것은 헌법상 당연히 허용된다고 하고, 지역주민이 학교운영에 참여하는 것 역시 주민자치라는 민주주의의 원리와 무관하지 않고 학교운영에 지역사회의 특성과 요구를 반영할 수

있는 장점이 있다는 점을 이유로 이들로 구성되는 학교운영위원회의 설치를 사립학교에도 의무화하는 것의 정당성을 인정한 바 있다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마278, 판례집 13-2, 762, 770 참조). 학교구성원들의 학교운영참여권은 헌법 제31조 제4항에서 규정하고 있는 교육의 자주성에서 그 근거를 찾을 수 있고, 교육제도와 그 운영에 관한 기본적 사항을 규정하고 있는 교육기본법은 이들이 학교운영에 참여할 수 있는 법률적 근거를 마련해 두고 있다. 즉 교육기본법 제5조 제1항은 국가 및 지방자치단체에 교육의 자주성 및 전문성을 보장할 의무를 부과하면서 그것이 지역의 실정에 맞게 구체화되도록 할 것을 주문하고 있고, 제2항은 제1항의 취지를 학교현장에서 구체적으로 살릴 수 있도록 학교운영의 자율성을 존중하겠다는 의사를 밝힘과 동시에 그러한 자율성을 구현하는 방법으로 교직원과 학생, 학부모 및 지역주민의 학교운영에 대한 참여가 필요하다는 점을 명시하고 있다. 위 교육기본법 조항은 초·중등교육기관 뿐만 아니라 고등교육기관에도 적용되지만, 나아가 대학의 경우에는 헌법에서 명시적으로 대학의 자율성을 기본권으로 보장하고 있기도 하다. 대학의 자율성은 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학구성원으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것으로 학문의 자유의 확실한 보장수단이자 대학에 부여된 헌법상의 기본권이고, 대학의 인사, 관리, 운영, 재정, 학사에서 외부의 간섭을 받지 않고 자율적으로 결정하는 것을 그 내용으로 한다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 670 참조). 대학의 자율성의 위와 같은 함의는 개념 내재적으로 대학의 자치를 그 본질로 하는데, 기본적으로 대학 자체가 그 주체가 될 것이나 침해가 발생하는 국면에 따라서는 대학의 전 구성원이 주체가 될 수도 있다.

따라서 교육당사자들로 구성되는 학교운영위원회나 대학평의위원회에서 개방이사를 추천하는 것은 헌법상 허용되고, 입법자가 사립학교운영의 투명성과 공공성을 제고하는 수단으로 국가가 직접 관여하는 것이 아니라 학교구성원을 참여시키는 방식을 택하였다는 것은 학교운영의 민주성까지 고려한

것으로 수단의 적절성도 갖추었다.

(나) 입법형성재량의 한계 이탈 여부

대학평의원회와 학교운영위원회가 추천하는 추천위원의 수는 위원 정수의 2분의 1에 한정되므로 나머지 추천위원의 구성권은 여전히 이사회에 유보되어 있고, 학교법인은 이사 정수의 4분의 1에 한하여 자율적 구성권의 제약을 받을 뿐 나머지 부분에 대하여는 여전히 자율적으로 이사회를 구성할 수 있다. 이사 정수의 4분의 1에 불과한 개방이사가 이사회 의사결정을 좌우할 수 없음을 명백하고, 나아가 학교법인에게는 2배수 추천 인사 중에서 선임할 수 있는 선택권도 유보되어 있다. 이는 입법자의 의도가 개방이사로 하여금 학교법인의 운영권을 장악하도록 하는 데에 있는 것이 아니라, 그야말로 법인 외부의 학교구성원의 관점에서 학교운영에 관하여 공정하게 사안을 평가하고 문제를 제기함으로써 이사회 운영의 투명성을 강화하는 데에 있음을 잘 보여준다.

개방이사의 추천, 선임방법 등에 관하여는 대통령령과 정관에서 정하도록 위임되어 있는데(법 제14조 제6항), 그 위임에 근거하여 사립학교법 시행령은 추천위원회가 해당 학교의 건학이념을 구현할 수 있는 자를 추천하여야 하고(시행령 제7조의2 제2항), 개방이사의 자격요건은 일반이사의 자격요건을 고려하여 정관으로 정하도록 하고 있다(시행령 제7조의2 제5항). 그 밖에 개방이사의 추천, 선임방법 및 기준에 관하여 필요한 사항에 관하여도 정관으로 이를 정하도록 하고 있어(시행령 제7조의2 제8항), 학교법인으로서 정관에서 개방이사의 자격요건을 구체적으로 규정함으로써 건학이념에 부합하지 않는 인사가 개방이사로 선임되는 것을 사전에 방지할 수 있다.

학교법인 운영의 투명성을 확보하는 데에는 사후적·제재적 방법과 예방적 방법이 있을 수 있는데, 국가기관의 감독활동을 통하여 비리 사학에 대한 사후제재를 엄격히 함으로써 목적하는 효과를 거둘 수도 있겠지만, 감독활동에는 한계가 있을 뿐만 아니라 위와 같은 사후제재 방식에는 행정비용, 선별적·일벌백계식 사후조치 등의 부작용이 따르기 쉽다. 무엇보다도, 사전적·예방적 조치를 등한시하여 교육현장인 학교가 정상적으로 운영되지 않는 상황이 일단 발생하게 되면, 원상회복이 용이하지 않을 뿐만 아니라 그로 인한

피해는 고스란히 교육을 받을 권리의 주체인 국민의 몫으로 돌아갈 수밖에 없다는 점에서 사전적·예방적 수단의 필요성을 수긍하지 않을 수 없다. 임시이사가 선임되는 학교법인의 수가 증가해 왔고, 임시이사 체제에 들어선 학교법인의 정상화가 쉽게 이루어지지 않았던 그동안의 경험 역시 임시이사 체제를 초래할 수 있는 원인을 사전에 예방하는 것이 필요하다는 점을 잘 대변해 주고 있다.

(다) 소결

이처럼 개방이사제도는 입법목적이 정당하고 적절한 수단에 의하여 목적달성에 필요한 한도 내에서의 제한에 그치고 있으므로, 청구인 학교법인들의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 이에 대하여 재판관 조용호는 개방이사제가 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 보았다. 다수의견은 개방이사제도가 입법형성제량의 한계를 일탈한 것인지 여부를 판단하였으나, 위 반대의견은 이에 대해 엄격한 심사 기준을 적용해야 한다고 전제한 후, 자문기관에 불과하고 그 구성의 대표성과 정당성에 의문이 있는 외부기구가 학교법인 의사결정기관 구성원의 선임에 개입하는 것이 학교운영의 공공성과 투명성 강화, 자율성 제고라는 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단인지에 대해 의문을 표하고, 나아가 학교법인의 임원선임권은 학교법인의 자주성과 자율성의 핵심 요소이자 기본권 주체로서의 학교법인에 부여된 모든 기본권 행사의 전제가 되는 것인데 이러한 의사결정기관 구성원의 일부를 학교법인의 의사와 관계없이 일률적으로 외부 인사 중에서 선임하도록 강제하는 것은 외국의 어느 입법례에서도 유래를 찾아볼 수 없는 것으로 학교법인의 설립·운영의 자유에 대한 심대한 제한을 초래하고 학교법인 이사 제도의 본질을 침해한다고 하였다.

4. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화

가. 임시이사제도의 취지

사립학교법상 임시이사는 이사의 결원이 보충되지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵거나 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임승인이 취소되는 등 법 소정의 선임사유가 발생한 경우에 그 선임사유가 해

소될 때까지 임시적으로 학교법인을 운영할 지위와 권한을 가지는 기관이다(법 제25조 제1항).

임시이사 제도는 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 선임하여 조속히 법인과 학교의 운영을 정상화함으로써 공교육기관으로서의 사립학교의 기능을 회복시키는 데 그 제도적 취지가 있다. 임시이사는 조속한 시일 내에 임시이사 선임사유가 해소될 수 있도록 노력하여야 하고(법 제25조 제2항), 또 그 사유가 해소되는 경우에도 정식이사로 선임되지 못하며(법 제25조 제4항), 그 지위의 한시적·임시적인 특성상 민법상의 임시이사와는 달리 그 권한에 내재적인 한계를 가지고 있어 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여 정식이사와 동일한 권한을 가진다고 해석되고 있다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

나. 임시이사 선임사유 해소시 정상화 절차(임시이사체제의 종료 방법)

2005년 개정 이전의 구 사립학교법은 교육부장관이 학교법인에 임시이사를 파견할 수 있다는 점과 그 임시이사의 임무, 재임기간에 관한 규정만 두었을 뿐 임시이사의 해임 및 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방법 등에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않았다.

2005년 개정법은 관할청이 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 지체없이 임시이사를 해임하고 정식이사를 선임하도록 하면서(제25조의3 제1항), 정식이사를 선임함에 있어 학교법인에 상당한 재산을 출연하거나 학교 발전에 기여한 자 및 학교운영위원회 또는 대학평의위원회의 의견을 듣도록 하였으며(제2항), 이사의 3분의 1 이상은 학교운영위원회, 대학평의위원회가 추천하는 자로 선임하도록 규정하였다(제3항).

한편, 2007년 개정법은 관할청이 정식이사를 선임하기 전에 필요적으로 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 하고(제25조의3 제1항), 그 심의결과에 결과에 관할청이 기속되도록(제24조의2 제4항) 하는 한편 2005년 개정법에서 신설하였던 이해관계인의 의견 청취, 개방이사의 의무적 선임 규정들을 삭제하였다.

다. 쟁점의 소재

2007년 개정법은 임시이사의 선임 및 해임, 임시이사 선임 사유 해소시의 정식이사 선임권을 관할청에 부여하고, 대통령, 국회의장, 대법원장이 추천하는 위원으로 구성되는 조정위원회라는 별도 기구를 설치하여 위 사항들에 관하여 관할청이 조정위원회의 심의결과에 기속되도록 함으로써 실질적으로는 조정위원회로 하여금 주도적인 역할을 수행하게 하면서, 종전이사 등이 정식이사 선임 과정에서 자신들의 의사를 반영할 권리는 법률상 보장하고 있지 않다.

임시이사의 선임에 의하여 학교법인 이사회의 인적 연속성은 일시적으로 단절되는데, 법 제25조의3 제1항은 임시이사 체제를 종료하고 정식이사 체제로 환원되는 단계에서도 종전이사 등에게 관여할 권리를 보장하지 않고 조정위원회라는 제3의 국가기관에게 주도권을 부여하는 것이 과연 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 핵심적인 쟁점이다.

라. 사학의 자유 침해 여부

(1) 다수의견은 이에 대해 합헌판단을 하였다. 합헌론의 논거는 다음과 같다.

(가) 심사기준

사립학교 운영의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권이기는 하나, 사립학교도 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교 제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다고 할 것이고, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로, 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 위 법률조항이 사립학교 운영의 자유를 제한하고 있다 하더라도 그 위헌 여부는 입법자가 기본권을 제한함에 있어 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적인 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.

(나) 학교법인 이사제도의 본질과 임시이사 체제 및 정상화의 의미

학교법인은 설립자가 재산을 출연하고 설립 목적이 명시된 정관을 작성함으로써 설립자와 별개의 법인격을 가지게 된다. 학교법인의 권리능력은 설립 목적을 정하고 있는 정관에 의하여 그 범위가 확정되며(법 제9조, 민법 제34조), 법인의 이사는 정관으로 화체된 설립 목적을 집행하고 실현한다. 법인의 의사를 형성하거나 그 업무를 집행하기 위하여 조직된 인위적 기관인 이사는 법에 의하여 그의 행위가 법인의 행위로 간주될 뿐이고, 법인이 갖는 권리능력의 정당성은 이사에 의해서가 아니라 설립 목적이 담겨 있는 정관에 의하여 담보된다. 학교법인의 이사는 설립자가 최초로 선임하고(법 제10조 제2항), 그 이사들로 구성된 이사회에서 후임이사를 순차 선임함으로써 설립자로부터 인적 연속성이 이어지는 것이 정상적인 모습이다.

그러나 이사에게 학교법인의 업무처리를 위임하는 주체는 설립자나 전임 이사가 아니라 학교법인이므로, 학교법인의 이사로서는 정관에 화체되어 있는 설립자의 설립 목적과 건학이념에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 업무를 수행하여야 하는 것이지 설립자를 위하여 업무를 처리하는 것은 아니다.

따라서 학교법인의 설립 목적의 연속성도 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 ‘위임관계의 본지(本旨)’라 할 수 있는 정관에 의하여 보장된다. 설립 목적을 구현하는 이사의 지위 역시 인적 연속성보다는 객관화된 설립 목적인 정관에 기속된다는 측면 즉, 기능적 연관성에서 그 정당성의 근거를 찾아야 할 것이다. 인적 연관성은 개인의 특성이나 시간의 경과에 따라 설립 목적과의 긴밀성이 희석될 개연성이 있는 반면, 정관을 매개로 한 기능적 연관성은 그에 구애받지 않고 면면히 이어질 수 있기 때문이다.

임시이사는 법 소정의 사유로 학교법인의 정상적 운영이 어려워진 경우에 선임되므로(법 제25조 제1항), 임시이사 체제가 유효하게 성립하였다는 것은 이미 당해 학교법인이 위기관리능력을 상실하여 스스로 위기사태를 해결할 수 없는 상황에 이르렀음을 의미하고, 그와 같은 상황을 방지하여 장기화할 경우 학교법인의 설립 목적 달성은 불가능해질 것이다. 사립학교가 수행하는 공교육 기능을 중시한 입법자는 임시이사 체제로 학교운영을 계속하면서

이를 통하여 위기를 수습하고 궁극적으로 학교법인을 정상화시키는 것이 국민의 교육을 받을 권리를 보장하는 데 적합할 뿐만 아니라 당해 학교법인의 정관이 정한 설립 목적의 실현에도 기여할 수 있다고 판단한 것이다.

한편, 임시이사의 선임사유가 해소되면 정식이사 선임을 위한 정상화 절차를 밟게 되는데, 여기서 정상화란 학교법인이 직면하였던 운영상의 위기상황이 수습되어 위기관리자로서의 소임을 다한 임시이사 체제가 통상적인 학교법인 이사회 체제로 전환되는 것을 말하나, 이는 위기관리자로서의 특성상 그 권한에 내재적인 한계가 있는 임시이사 대신 후임이사의 선임을 포함하여 이사로서의 모든 권한을 행사할 수 있는 정식이사가 선임된다는 것이지 학교법인의 지배구조나 이사회 구성이 학교법인 설립 당시나 임시이사 선임 전의 상태로 회귀하는 것을 의미하는 것은 아니다.

(다) 조정위원회의 기능과 정당성

임시이사 체제를 종료하고 정식이사를 선임하는 단계에서 정식이사 선임권을 누구에게 부여할 것인지에 관해서는, 임시이사로 구성된 이사회에서 선임하는 방법, 종전이사 등이 선임하는 방법, 관할청이나 법원 또는 제3의 중립기관이 선임하는 방법 등 다양한 방안이 있을 수 있다.

이 중 임시이사로 구성된 이사회에서 선임하도록 하는 것은 정상화 방법에 관하여 사립학교법에 아무런 규정을 두고 있지 않던 2005년 개정법 이전의 관행이었으나, 임시이사 선임사유가 존속하는지 여부에 관한 판단권이나 자신의 후임 임시이사를 선임할 권한도 부여되지 않은 사립학교법상의 임시이사에게 정식이사를 선임할 권한을 부여하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

또한 학교법인의 종전이사 등은 이사와 가족 간의 분쟁, 회계 부정, 이사회 운영 부실, 교비 유용, 교원 채용시 금품 수수 등 임시이사 체제라는 위기사태를 불러온 원인제공자이자 사학분쟁의 직접 당사자인 경우가 많다. 이러한 위기사태를 야기한 종전이사 등에게 정식이사 선임권을 부여하는 것은 학교법인의 정상화라는 취지에 배치될 우려가 있고, 다른 학교구성원들과 사이에 새로운 분쟁의 빌미를 제공할 수도 있다는 점에서 문제의 소지가 크다. 관할청이나 법원이 선임하는 방법 역시 전문성이나 공정성을 두루 갖추

었다고 보기는 어렵다 할 것이다.

사립학교법은 임시이사(가)가 선임된 학교법인의 정상화에 관하여, 관할청이 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 해임하고 정식이사를 선임하되(법 제 25조의3 제1항), 관할청으로 하여금 조정위원회의 심의결과에 기속되도록 함으로써(법 제24조의2) 실질적으로는 정식이사 선임에 있어서 조정위원회에 주도적인 역할을 부여하고 있다.

조정위원회는 행정·입법·사법부에서 추천한 인사들로 구성되고 임기제를 취함으로써(법 제24조의3) 고도의 정치적 중립성을 가진다 할 것이고, 위원의 자격을 법률과 회계, 그리고 교육에 전문적 지식을 갖추고 일정한 경력을 가진 자로 제한함으로써(법 제24조의4) 그 인적 구성의 면에서 공정성 및 전문성을 갖추고 있다고 볼 수 있다.

그러나 사립학교는 공공의 이익을 위한 설립자의 재산출연에 의하여 설립되었고, 이로써 국가의 공교육 실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 수행해 오고 있다는 점에서, 정상화 단계에서 종전이사 등의 의견이 반영되도록 제도를 설정할 필요성은 여전히 있다고 할 것인데, 관련이 되는 것은 이들의 의견을 어느 정도까지 보장해 주어야 하느냐의 문제일 것이다.

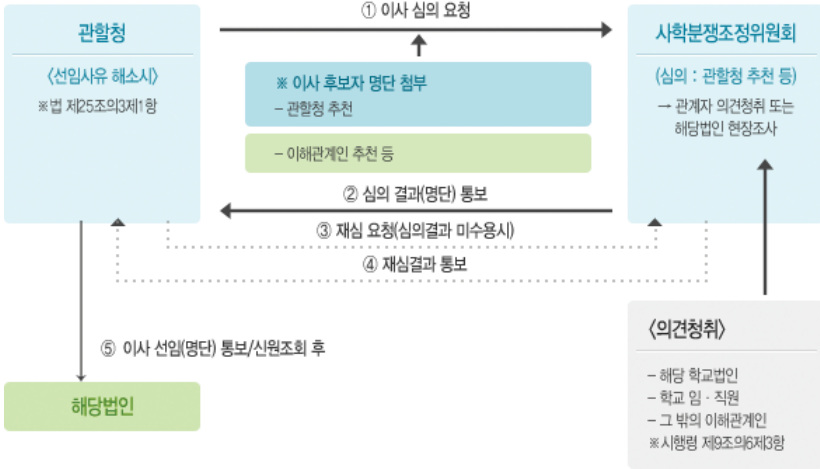
(라) 현행 법령상 정상화 절차 개관

사립학교법은 임시이사(가)가 선임된 학교법인이 정상화되는 유형으로 2가지 경우를 예정하고 있다. 첫째, 관할청이 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 경우이고(법 제25조의3 제1항), 둘째, 조정위원회가 정상화 추진실적을 평가한 결과 정상화가 가능하다고 판단하여 관할청에 통보한 경우이다(법 제25조의3 제3항). 후자의 경우에 그와 같은 심의결과는 관할청을 기속하므로(법 제24조의2 제4항, 제3항, 제2항 제3호), 관할청은 이 경우에도 조정위원회의 심의를 거쳐 정식이사를 선임하여야 한다.

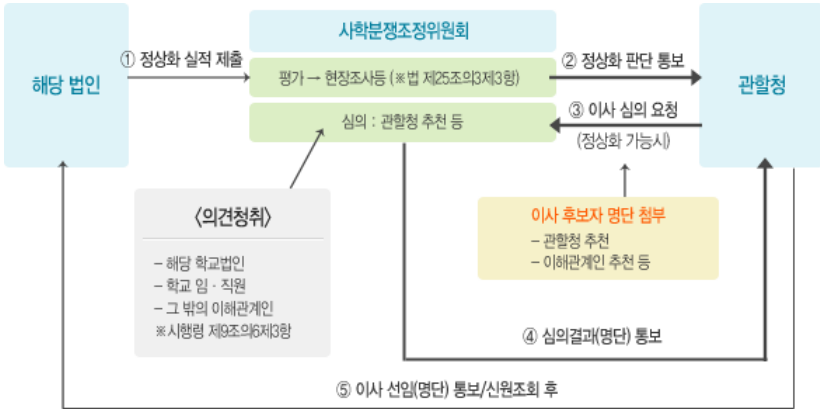
위 두 경우에 실제로 정이사 선임이 이루어지기까지 절차의 흐름은 아래 도표²⁾와 같다.

2) 사학분쟁조정위원회 홈페이지(<http://psdr.mest.go.kr>)에서 인용.

〈관할청이 임시이사 선임사유가 해소되었다고 인정한 경우〉



〈조정위원회에서 정상화가 가능하다고 판단한 경우〉



어느 경우에도 관할청은 조정위원회에 정식이사 심의 요청을 하여야 하는데, 조정위원회의 운영에 필요한 사항을 대통령령에 위임한 법 제24조의3에 따라 시행령과 조정위원회 운영규정은 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 심의에 관한 사항에 대하여 규정하고 있다. 즉, 조정위원회는 정식이사 적격 여부를 심의함에 있어서 해당 학교법인의 기본재산액의 3분의 1 이상

에 해당하는 재산을 출연하거나 기부한 자, 학교 발전에 기여한 자, 임시이사 선임되기 전에 적법하게 선임되었다가 퇴임한 정식이사(종전이사), 해당 학교법인의 임직원 및 학교의 교직원, 그 밖의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있다(시행령 제9조의6 제3항, 조정위원회 운영규정 제13조 제1항).

위 시행령 및 조정위원회 운영규정상 의견청취는 임의규정의 형식으로 되어 있고, 그 의견에 어떠한 구속력이 있는 것은 아니지만, 현재 조정위원회 실무상 의견청취는 예외 없이 이루어지고 있는 것으로 보이고, 실제로 최근에 정상화가 이루어지거나 정상화 절차가 진행 중인 학교법인들의 경우 종전이사 등 구 재단 측에 과반수의 정식이사 추천권을 부여함으로써 오히려 다른 학교구성원들로부터 반발이 제기되고 있는 실정이다.

(마) 입법형성재량의 한계 이탈 여부

사학의 설립 및 운영의 자유는, 설립자가 재산을 출연하여 설립 목적을 명시한 정관을 작성하고, 정관에 따라 최초의 이사회가 구성되며, 그 이사회에 의하여 학교법인 및 학교가 운영되는 법적 연쇄과정을 통하여 실현되는 것이 통상의 모습이다. 이러한 일련의 과정 중에서도 사학의 자유의 원천은 설립행위에서 구체적으로 확인되는 설립 목적에 있다 할 것이므로, 이러한 설립 목적이 유지·계승될 수 있도록 제도적으로 보장하는 것은 사학의 자유의 본질적 내용에 해당한다.

학교법인이 정상적으로 운영되는 상황에서는 이사회를 통하여 설립 목적이 지속적으로 구현될 것이나, 임시이사가 선임되거나 그 선임사유가 소멸하여 정상화 되는 단계에서는 설립 목적의 유지·계승 여부에 의문이 제기되는 상황이 초래될 수 있다. 이와 같이 임시이사들로 구성된 학교법인의 이사회가 학교법인의 설립 목적이나 정체성에 대한 수호자로서의 역할을 할 것을 기대할 수 없는 경우에는 예외적으로 종전이사 등에게도 사학의 자유에 대한 자기관련성을 확장하여 인정함으로써 이들로 하여금 학교법인의 설립 목적이나 정체성을 수호할 기회를 가질 수 있도록 하는 것이 필요하다.

그러나 이는 설립 목적의 수호를 위하여 예외적·보충적으로 인정되는 것이므로, 종전이사 등에게 부여되는 사학의 자유의 폭은 정식이사 선임권을

부여하거나 이사회 구성에 있어서 일정한 지분을 보장하여야 하는 정도로까지 확장될 수는 없고, 그 권리의 내용 역시 통상적인 경우에 학교법인이 행사하는 사학의 자유에 비해서는 축소되지 않을 수 없다. 사립학교법이 아닌 시행령과 조정위원회 운영규정에 조정위원회가 종전이사 등 학교법인의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있는 임의적 규정을 두고 있는 것은 이와 같은 까닭에서 비롯한 것이다.

조정위원회나 관할청은 정식이사를 선임함에 있어서 마땅히 정관의 규정을 준수하여야 할 것이므로, 정관에 나타나 있는 설립자의 설립 목적을 구현하는 데 합당한 인사를 선임하여야 하고, 정관에서 이사의 자격을 규정하고 있을 경우 당연히 여기에도 기속된다.

위 법률조항은 조정위원회가 주도하는 정상화 과정에 종전이사 등이 관여하는 것을 적극적으로 배제하는 조항이 아니다. 시행령과 조정위원회 운영규정이 종전이사 등 학교법인의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있도록 하는 근거규정을 두고 있으므로, 조정위원회는 이들로부터의 의견청취 등 정상화 심의과정에서 종전이사 중에 학교비리 등 임시이사 선임사유에 연루되지 않고 설립 목적 구현에 노력한 인사들이 있을 경우 이들의 참여를 배제할 이유가 없을 뿐만 아니라, 정식이사 선임에 관한 이들의 의견을 적극 수용하거나 나아가 이들을 정식이사로 선임할 수도 있을 것이고, 이렇게 하는 것이 조정위원회 본연의 임무라 할 것이다. 그렇다면 조정위원회와 관할청에 의한 정식이사 선임 제도가 현저하게 불합리하거나 자의적이어서 입법형성권의 재량의 범위를 일탈한 것이라고는 볼 수 없다.

따라서 법 제25조의3 제1항이 입법형성의 한계를 일탈하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 이에 대해 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호는 위헌의견을 밝혔는데, 그 논거는 다음과 같다.

(가) 심사기준

위기사태에 빠진 학교법인이 임시이사 체제를 거쳐 정상화되는 단계에서 누가 어떤 방법으로 정식이사를 선임할 것인가 하는 문제는, 학교법인의 지배구조와 관련된 핵심적 부분이므로, 이에 대한 제한은 사학의 자유 가운데

서도 보다 본질적인 영역에 대한 제한을 의미한다. 따라서 이러한 영역에 대한 기본권 제한의 과잉 여부를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 되어야 한다.

(나) 판단

학교법인은 사립학교를 설치·경영하기 위한 목적으로 설립된 재단법인의 일종으로서 그 운영시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립 목적을 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립 목적은 그 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로, 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사들을 순차적으로 선임함으로써 학교법인의 설립 목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사제도의 본질이라 할 수 있다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

한편, 사립학교법상 임시이사 제도는, 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 파견하여 학교법인을 조속히 정상화함으로써 그 설립 목적을 달성할 수 있도록 하려는 데에 그 제도적 취지가 있는 것이지, 위기사태를 가져온 구 이사들에 대한 제재의 일환으로 그들로부터 학교법인 경영권을 박탈하거나 학교법인의 지배구조를 변경하는 것을 허용하는 제도가 아니다. 임시이사의 선임에 의하여 설립자로부터 연유하는 학교법인의 정체성은 종전이사에게까지 승계된 후 정지된 상태로 있게 되는데, 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 된다는 것은 학교법인과 학교의 운영상 위기상태를 극복함으로써 임시이사 선임사유가 해소되어 통상적인 학교법인 체제로 복귀하는 것, 즉 학교법인의 정상화를 의미하는 것으로 이때 정식이사를 선임하는 행위는 정지된 상태로 남아 있던 학교법인의 정체성을 대변할 지위를 승계할 자를 정하는 행위이다.

임시이사는 그 선임사유가 해소될 때까지만 존속한다는 점에서 임시이사가 선임되는 단계에서는 학교법인의 사학의 자유가 한시적·잠정적으로 제한되는 것으로 볼 수 있음에 반하여, 임시이사 선임사유가 해소되어 정상화 절차로서의 정식이사를 선임하는 단계에서 건학이념이나 종전이사 등의 이해관계가 반영되지 않을 경우 임시이사가 선임됨으로써 한시적·잠정적으로

제한되었던 이들의 사학 운영의 자유가 영구적·확정적으로 제한되는 것을 의미하므로 그 제한의 정도가 훨씬 크다.

따라서 이 단계에서는 앞서 본 학교법인 이사제도의 본질 즉, 학교법인 설립 목적의 영속성이 인적으로 보장될 수 있도록 하기 위한 최소한의 장치가 마련되어야 하고, 그럼으로써 임시이사 선임에 의하여 강제적으로 정지되어 있던 학교법인의 정체성과 사학의 자유가 회복될 수 있는 것이다. 그렇지 않고 학교법인의 정체성을 고려하지 아니한 채 정식이사 선임이 이루어진다면 이로써 학교법인의 정체성이 단절되고, 학교법인이나 종전이사 등의 사학의 자유가 영구적으로 박탈되는 결과를 초래한다.

그런데 법 제25조의3 제1항은 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 전환되는 단계에서 모든 정식이사의 선임권한을 사실상 조정위원회에 부여하고 있을 뿐만 아니라, 2005년 개정법에 두고 있던 법 제25조의3 제2항과 같은 조항 즉, 상당한 재산을 출연하거나 학교발전에 기여한 자 등의 의견을 들어 이사를 선임하도록 한 규정조차 삭제함으로써 정식이사 선임에 있어 종전이사 등의 의사가 반영될 여지가 적어도 법률의 차원에서는 전혀 보장되지 않고 있다. 비록 시행령과 조정위원회 운영규정에서 이들의 의견을 들을 수 있도록 하는 조항을 두고는 있으나, 위 시행령 조항이나 조정위원회 규정은 그 내용이 임의규정으로 되어 있을 뿐이다. 이러한 점은 임시이사가 선임되었다가 정상화되는 단계에서 정식이사 전원이 학교법인의 인적 연속성이나 설립 목적의 영속성을 담보할 수 없는 인사들로 채워질 수도 있다는 점에서 사학의 자유에 대한 제한의 심각성이 크다고 할 것이다.

사립학교법은 임시이사의 선임사유 자체를 상당히 포괄적으로 규정하고 있어서(법 제25조 제1항) 임시이사 선임단계에서 이미 조정위원회나 관할청의 자의적 판단이 개입할 여지가 적지 아니한데, 나아가 임시이사 선임사유의 해소 여부를 판단하거나 정식이사를 선임하는 단계에서도 학교법인의 설립 목적이나 정체성을 대변할 위치에 있는 인사들의 참여가 법적으로 보장되어 있지 않다.

그 결과 설립자로부터 연원하여 순차 이어지던 이사회 구성에 본질적인 변화가 생기면 이로써 설립자가 정초(定礎)한 학교법인의 설립 목적

역시 그 영속성을 보장받을 수 없게 되고, 이는 학교법인의 정상화를 넘어서 실질적으로는 학교법인의 경영주체가 교체되는 것을 의미하므로, 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 심대하게 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

나아가 위 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익, 즉 제3의 기관이 정식이사를 선임하도록 하여 사학운영의 민주성·투명성을 제고할 필요성이 있다는 점을 고려하더라도 이러한 공익과 종전이사 등의 참여가 보장되지 않아 학교법인의 인적 연속성이 단절됨으로써 침해되는 사학의 자유 사이에는 법익의 균형이 적절하게 유지되고 있다고 볼 수 없다.

결국 법 제25조의3 제1항은 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 본질적인 내용까지 침해한다.

5. 초·중등학교장 중임 제한

가. 법률조항의 내용 및 연혁

법 제53조 제3항은 본문에서 각급학교의 장의 임기를 학교법인의 정관으로 정하도록 하되 4년을 초과할 수 없고, 중임할 수 있도록 하면서, 단서에서 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있는 것으로 정하고 있다. 위 조항에 의하여 초·중등 사립학교의 장의 재임기간은 정관에서 최대한 장기로 정하더라도 8년을 초과할 수 없다.

한편 국·공립학교의 장의 임기는 교육공무원법에서 정하고 있는데, 국·공립 대학의 장의 경우 임기만 4년으로 규정하고 있을 뿐 중임을 제한하고 있지 않고(제28조 제1호), 국·공립 초·중등학교 교장의 임기는 4년으로 하되, 1차에 한하여 중임할 수 있도록 규정되어 있다(제29조의2 제2항, 제3항).

1963. 6. 26. 법률 제1362호로 사립학교법이 제정된 이래 학교의 장의 임기나 중임가능 여부에 대해서 별다른 제한을 두지 않았으나, 2005년 개정법에서 임기는 4년을 초과할 수 없고 모든 사립학교의 장에 대하여 1회에 한하여 중임을 허용하는 것으로 규정되었다가 2007년 개정법에서 초·중등학교의 장에 대하여만 중임 횟수 제한을 유지하는 것으로 다시 개정되었다.

나. 쟁점

위 조항은 사립 초·중등학교장의 중임 횟수를 제한함으로써 이들의 직업의 자유를 제한하고, 초·중등학교를 경영하는 학교법인으로서도 특정인을 학교장으로 중임하는 데 제약을 당하게 되므로 사립학교운영의 자유의 한 내용인 자주적 인사권을 제한받게 되며, 초·중등학교의 장을 다른 학교의 장과 달리 취급한다는 점에서 평등권 침해 여부도 문제된다.

다. 합헌론

다수의견은 이에 대해 합헌판단을 하였다. 그 논거는 다음과 같다.

(1) 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 동질성

사립학교 중에서도 초·중등학교는 공교육체계에 더 철저히 편입되어 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립의 초·중등학교와 본질적인 차이가 없다 할 것이고, 우리의 교육법제는 교육의 내적 조건인 교육목적·교육과정과 교과서 등에 있어서는 물론 교육의 외적 조건인 인적·물적 기반에 있어서도 국·공립학교와 사립학교 사이에 별다른 차별을 두고 있지 않다.

국·공립학교 교원은 원칙적으로 국가공무원법의 적용을 받지만 그 직무의 특수성 즉, 전문성과 자주성을 존중하기 위하여 교육공무원법은 그 자격·임용·보수·연수 및 신분보장에 관하여 일반공무원과 다른 특례를 규정하고 있는데, 사립학교 교원도 교육공무원과 마찬가지로 법정근무조건을 누리고, 법률에 의하여 신분보장과 사회보장을 받고 있다. 사립학교법은 사립학교 교원에 대하여 교육공무원과는 그 임용절차만을 달리할 뿐, 그 밖의 자격요건, 복무, 연수의무, 신분보장 및 사회보장 등에 있어서 동일하게 처우하고 있다.

이와 같이 현행 교육법제는 교원의 소속 여부를 묻지 아니하고 교원을 일반국민에 대한 봉사자로 보고 있고, 교육의 전문성과 관련하여서도 국·공립학교 교원 또는 사립학교 교원을 가리지 아니하고 동등한 처우를 하도록 규율하고 있다.

학교의 장에 대해서 보더라도, 초·중등학교의 장은 공·사립을 불문하고 학교행정의 최고책임자로서 교무를 통할하고, 소속 교직원을 지도·감독하

며, 학생을 교육할 권한과 임무가 부여되어 있고(초·중등교육법 제20조 제1항), 그 자격기준은 법률에서 정하고 있다(초·중등교육법 제21조 제1항 별표 1).

(2) 직업의 자유 및 사립학교운영의 자유 침해 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

법 제53조 제3항 단서는 국·공립 초·중등학교의 장과 마찬가지로 사립 초·중등학교의 장에 대해서도 중임 횟수를 제한하고 있는데, 그 취지는 국·공립학교장과 마찬가지로 교장의 노령화·관료화를 방지하고 인사순환을 통하여 교단을 활성화하려는 것이다. 특히 사립학교의 장이 중임 횟수 제한 없이 장기간 재임할 경우 학교법인과의 유착으로 학교운영의 투명성이 저하될 수 있으며, 유임을 희망하는 학교장으로서는 임면권자인 학교법인의 의사에 종속될 개연성이 높아 학교경영과 교육을 분리하고 있는 우리 교육법제의 근본취지에 반하게 될 우려가 있으므로 이를 예방하고자 하는 데에도 그 입법취지가 있다고 할 수 있다.

이러한 입법목적은 그 정당성을 수긍할 수 있고, 사립학교장의 중임 횟수를 제한하는 것은 그와 같은 목적을 달성하기 위한 유용한 수단이 될 수 있다.

(나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

위 조항은 사립 초·중등학교장에 대하여 임기 4년에 1회의 중임을 허용하고 있어 학교장의 재임기간을 최장 8년간 보장하고 있으므로, 학교법인이나 학교장이 스스로의 교육관에 기초하여 학교운영 계획을 수립하고 일관되고 책임 있게 이를 수행하는 데 장애가 될 정도로 짧은 기간이라 단정할 수 없다.

또한 사립 초·중등학교의 장이 되려는 사람으로서는 동일한 학교의 장을 2회 이상 중임하려는 경우에만 제한을 받을 뿐 다른 학교법인이 운영하는 학교는 물론 같은 학교법인이 운영하더라도 학교가 다른 경우에는 학교장으로 취임하는 데 아무런 제한을 받지 않으므로 위 조항에 의한 제한의 정도는 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어서는 것으로 볼 수 없다.

나아가 위 조항에 의하여 달성하고자 하는 학교법인과의 유착방지나 교장의 노령화 방지라는 공익은 위 조항에 의하여 제한되는 학교법인이나 학교

장의 기본권에 비하여 결코 작다고 할 수 없으므로, 양 법의 사이에 균형이 유지되고 있다고 할 수 있다.

(3) 평등권 침해 여부

위 조항은 사립학교 중 초·중등학교의 장에 대해서만 중임 횟수를 제한하고 있어 그러한 제한을 두고 있지 아니한 사립대학의 장과 사이에 차별취급이 존재한다.

대학의 총장이나 학장도 교무를 통할하고, 소속 교직원을 감독하며 학생을 지도할 권한과 임무가 부여된다는 점(고등교육법 제15조 제1항)에서는 초·중등학교의 장과 다르지 않다.

그러나 대학은 교육 외에 학문연구도 그 본연의 임무로 하고(초·중등교육법 제20조 제3항, 고등교육법 제15조 제2항), 학문의 자유에서 연원하는 대학의 자유의 주체가 된다는 점에서 초·중등학교와는 차이가 있다.

우리 교육법제도 이러한 차이를 반영하여 초·중등교육과 고등교육을 달리 규율하고 있는데 학교의 장을 비교해 보면, 대학의 장은 학칙 제·개정권을 행사함에 있어서 관할청의 인가를 요건으로 하지 아니하고(고등교육법 제6조 제1항, 초·중등교육법 제8조 제1항), 학교법인으로부터 위임을 받아 교원에 대한 임면권을 행사할 수도 있으며(법 제53조의2 제2항), 학교법인이 대학의 장을 임기 중에 해임하고자 하는 경우 초·중등학교의 장과 달리 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성에 의한 이사회 의결을 거쳐야 하는 제한을 받는다(법 제53조 제2항)는 점에서 초·중등학교의 장과는 다르다.

또한 보편교육에 치중하는 초·중등학교와 달리 대학은 자유로운 연구·교육을 통한 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 고전적 기능에 더하여 국제적 경쟁력을 갖춘 유능한 인재를 사회에 공급하는 역할도 요청되는데, 대학이 이러한 역할을 수행하는 데 필요한 물질·인적 토대를 갖추기 위해서는 학교법인의 지속적인 재정적 지원이 뒷받침되어야 함은 물론 그에 못지않게 대학의 장의 역할도 중요하다 할 것이다.

따라서 대학의 경우 대학의 장이 임기에 구애됨이 없이 장기적인 학교발전의 전망을 가지고 이를 실현해 나가도록 보장해 주는 것이 필요하다 할 것이고, 이는 대학의 자율성이라는 관점에서 대학의 장의 임면에 관하여는

임면권자나 대학 구성원들의 자율에 맡겨 둘 필요성이 초·중등학교의 장의 경우에 비하여 한층 크다 할 것이므로, 입법자가 이를 달리 규율하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

(4) 소결

따라서 위 조항은 청구인 학교법인들의 사학의 자유나 사립 초·중등학교장인 청구인들의 직업의 자유 및 평등권을 침해하지 아니한다.

라. 위헌론

이에 대해 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호는 위헌의견을 밝혔는데, 그 논거는 다음과 같다.

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

위 조항의 입법취지로 우선, 학교장이 장기 재임할 경우 학교법인과 유착 관계에 빠질 수 있으므로 이를 예방함으로써 학교운영의 건전성을 제고할 수 있다는 점을 생각할 수 있다. 그러나 가족경영이나 학교법인과의 유착의 문제는 법인경영과 학교운영을 인적으로 분리하는 규정을 정당화하는 사유로 될 수 있을 뿐, 학교장의 중임을 제한하는 것과는 직접적인 관련성을 가진다고 보기 어렵다.

한편 또 다른 입법취지로 ‘초·중등학교장의 노령화·관료화를 방지하고 교단을 활성화할 필요성’을 생각할 수 있다. 그런데 교원인사가 전체 교단 차원에서 이루어지는 국·공립학교 교원의 경우에는 국·공립학교장의 연임을 제한함으로써 승진을 위한 과열경쟁을 막고 승진기회 축소에 따른 교원의 사기저하를 방지하는 효과를 가져올 수 있을 것이나, 국·공립학교와 달리 학교법인별·학교별로 교원인사가 이루어지는 데 그치는 사립학교의 경우에는 학교장의 중임 횟수 제한만으로 교단의 활성화에 어느 정도나 효과가 있을지 의문이다. 또한, 교육공무원의 정년을 규정하고 있는 교육공무원법(제47조 제1항)과 달리 사립학교법은 사립학교교원의 정년을 별도로 규정하고 있지 않은데, 정년조항은 두지 않으면서 학교장의 중임 횟수만 제한하여 노령화를 방지하겠다는 것은 체계적으로 합리적인 수단이라 할 수 없다.

(2) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

위 법률조항은 초·중등학교의 장의 임기를 원칙적으로 학교법인의 정관으로 정하도록 하면서도 4년을 초과할 수 없고, 1회에 한하여 중임할 수 있다고 규정함으로써, 어떠한 경우에도 동일인이 8년을 초과해서 같은 학교의 장에 재직할 수 없도록 하였다. 이는 연임의 제한에 그치는 것이 아니라 한번 학교장에 취임하면 연속해서 임명되든, 그렇지 않든 합산하여 8년을 초과하여 학교장에 재임할 수 없게 하는 것으로서 학교장의 임기를 정관에서 자유롭게 정할 수 있도록 맡겨둔 취지와 맞지 않을 뿐만 아니라, 그 제한으로 인한 피해의 정도가 심각하다. 또한 사립학교 학교장의 중임을 제한할 경우 국·공립학교장의 경우와 달리 오히려 일반 교원이나 직원에 대한 교무장악력이 약화되어 공교육을 실현하는 데 부정적인 영향을 미칠 소지도 있으므로, 이와 같이 중임 횟수를 제한하는 것이 반드시 공익에 기여할 것으로 보기도 어렵다는 점에서 법익의 균형을 갖추고 있다고 볼 수도 없다.

(3) 소결

따라서 법 제53조 제3항 단서 부분은 초·중등사립학교의 장의 직업의 자유와 초·중등 사립학교를 운영하는 학교법인의 사학의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.

6. 결정의 의의

이 사건은 사립학교법을 둘러싼 오랜 논쟁에서 주요 이슈로 제기되었던 개방이사제, 사학분쟁조정위원회에 의한 학교법인의 정상화 등에 대하여 합헌선언을 함으로써 사학의 공공성을 확인하고 사학비리근절을 위한 입법자의 결단이 정당하였음을 선언한 데에 그 의의가 있다. 사립학교의 운영에 있어서 자율성을 인정하면서도 국가가 감독과 통제의 제약을 부과하는 정도는 그 시대의 사정과 각급학교의 특성에 따라 다를 수밖에 없을 것이지만, 우리나라와 같은 공교육체제하에서의 사립학교는 태생적으로 그 공공성이 강조되는 양상이 뚜렷할 수밖에 없다는 점에서, 학교법인 운영의 투명성과 효율성을 제고하기 위한 규제는 사학의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않는 한 허용된다고 본 것이라 할 수 있다.

공직선거법 제60조의3 제2항 제1호 등 위헌확인

- 공직선거 예비후보자의 배우자 등의 선거운동에 관한 사건 -
(헌재 2013. 11. 28. 2011헌마267, 판례집 25-2하, 473)

김 용 찬*

【판시사항】

1. 선거절차가 종료하고, 당해 법령에 대한 헌법재판소의 결정이 있는 경우 선거운동관련 법령에 대한 헌법소원심판청구가 적법한지 여부(소극)
2. 예비후보자의 배우자가 함께 다니는 사람 중에서 지정한 자도 선거운동을 위하여 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 한 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제60조의3 제2항 제3호 중 ‘배우자’ 관련 부분이 배우자가 없는 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직선거 예비후보자의 배우자와 직계존·비속이 예비후보자의 선거운동을 위하여 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 한 공직선거법 제60조의3 제2항 제1호(이하 ‘이 사건 1호 법률조항’이라 한다) 및 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명이 예비후보자의 선거운동을 위하여 위와 같은 행위를 할 수 있도록 한 같은 항 제3호 중 ‘배우자’ 관련 부분(이하 ‘이 사건 3호 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 2011. 10. 26. 실시되는 재·보궐선거에 출마하기 위하여 서울특별시 ○○구의원(○○ 제2선거구) 선거의 예비후보자 등록을 준비하던 중, 2011. 6. 28. 이 사건 1호, 3호 법률조항이 예비후보자의 선거운동에서 독자적으로 명함을 직접 주거나 지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 제한하고, 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명도 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 함으로써 배우자와 직계비속이 없는 청구인의 평등권, 직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 청구인은 2011. 7. 26. 위 선거의 예비후보자로 등록하였으나, 후보자로 위 선거에 출마하지는 않았다.

2. 청구인의 주장요지

이 사건 1호 법률조항은 예비후보자의 선거운동에서 독자적으로 명함을 직접 주거나 지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 제한하고, 이 사건 3호 법률조항은 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명도 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 하면서도 배우자가 없는 예비후보자에게 명함을 배포할 수 있는 자를 추가로 지정하는 등의 규정을 마련하지 아니함으로써, 청구인을 배우자와 직계비속이 있는 예비후보자에 비하여 합리적 이유 없이 차별하여 청구인의 평등권을 침해할 뿐 아니라 청구인의 선거운동의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권을 침해한다.

【결정요지】

1. 예비후보자의 배우자와 직계존·비속이 예비후보자의 선거운동을 위하여 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 한 공직선거법 제60조의3 제2항 제1호(이하 ‘이 사건 1호 법률조항’

이라 한다)에 대한 심판청구는, 선거절차가 모두 끝나 주관적 권리보호의 이익이 없고, 헌법재판소는 위 조항이 평등권을 침해하지 아니한다고 결정한다. 바 있어 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 경우도 아니어서 부적법하다.

2. 이 사건 3호 법률조항은, 명함 고유의 특성이나 가족관계의 특수성을 반영하여 단독으로 명함교부 및 지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자나 직계존·비속 본인에게 한정하고 있는 이 사건 1호 법률조항에 더하여, 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명까지 보태어 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 하여 배우자 유무에 따른 차별효과를 크게 한다. 더욱이 배우자가 그와 함께 다니는 1명을 지정함에 있어 아무런 범위의 제한을 두지 아니하여, 배우자가 있는 예비후보자는 선거운동원 1명을 추가로 지정하게 된다.

이것은 명함 본래의 기능에 부합하지 아니할 뿐만 아니라, 선거운동 기회균등의 원칙에 반하고, 예비후보자의 선거운동의 강화에만 치우친 나머지, 배우자의 유무라는 우연적인 사정에 근거하여 합리적 이유 없이 배우자 없는 예비후보자를 차별 취급하는 것이므로, 이 사건 3호 법률조항은 청구인의 평등권을 침해한다.

재판관 김이수, 재판관 안창호의 이 사건 3호 법률조항에 대한 반대 의견

이 사건 3호 법률조항의 위헌여부는, 국민의 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정의 참여행위가 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다는 선거운동의 자유를 중심으로 판단해야 하는데, 다수의견은 선거운동의 원칙적 자유와 공익을 이유로 한 예외적 제한이라는 헌법적 의미를 도외시하고, 선거의 형식적 공정성만을 앞세운 것으로서, ‘자유와 권리의 하향평준화’로 귀결되어 기본권 보장을 추구하는 헌법재판의 본질과 맞지 않는다.

위 법률조항은 공직선거에서 선거운동 자유를 점차적으로 확대하는 과정에서 도입된 것이고, 선거운동의 기회를 차별적으로 부여하기 위한 것이 아

니므로, 배우자가 없는 예비후보자에게 결과적으로 다소 불리한 상황이 발생하였더라도, 이러한 상황을 보완할 입법이 마련되지 않았음을 다투어야 할 것이지, 선거운동의 자유를 보장하고 확인하는 위 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

먼저 적법요건과 관련하여, 청구인이 예비후보자로 등록하였던 선거는 이미 끝나 청구인이 주장하는 기본권침해의 상태는 이미 종료되었는데도 이 사건 1, 3호 법률조항에 대하여 위헌확인을 할 권리보호의 이익이 있는지 문제된다.

다음으로 이 사건 3호 법률조항은 명함교부·지지호소를 할 수 있는 자의 범위를 제한함으로써 그와 같은 행위를 할 자를 자유롭게 정하고 그를 통하여 명함교부·지지호소를 할 청구인의 선거운동의 자유를 제한한다는 측면도 가지고 있으므로 선거운동의 자유 침해 여부도 문제될 수는 있으나, 이 사건에서는 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명도 명함교부·지지호소를 할 수 있도록 정함으로써 배우자가 없는 예비후보자를 배우자가 있는 예비후보자에 비하여 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해하는지가 쟁점으로 다루어졌다.

따라서 이하에서는, 이 사건 1, 3호 법률조항에 대한 심판청구에 권리보호이익을 인정할 수 있는지를 검토한 후 이 사건 법률조항의 입법연혁을 살펴보고, 이어 위 쟁점에 대한 검토를 하고자 한다.

2. 심판청구에 대한 권리보호이익 인정 여부

가. 권리보호의 이익 인정 기준

청구인이 예비후보자로 등록하였던 선거는 이미 끝나 청구인이 주장하는 기본권침해의 상태는 이미 종료되었으므로, 이 사건 1, 3호 법률조항에 대하여 위헌확인을 받는다 하더라도 청구인의 주관적인 권리의 구제에는 도움이 되지 못한다.

그런데 헌법소원은 개인의 주관적인 권리구제 뿐 아니라 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로, 이 사건 헌법소원이 청구인의 주관적인 권리구제에는 별 도움이 되지 못한다 하더라도, 이 사건 각 법률조항에 의한 기본권침해의 행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 그 법률조항에 대한 위헌 여부의 판단이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수도 있다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176 참조).

나. 이 사건 1호 법률조항의 경우

이에 대하여는 헌법재판소가 2011. 8. 30. 선거운동의 자유나 평등권을 침해하지 아니한다고 결정하였고(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259, 2010헌마281(병합), 판례집 23-2상, 477), 다시 2012. 3. 29. 평등권을 침해하지 아니한다는 결정을 하였다(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마673, 공보 186, 706, 715). 위 2010헌마259 등 사건의 결정요지는 다음과 같다.

『1. 이 사건 법률조항은 명함 본래의 기능에 충실한 방법으로 명함교부 및 지지호소라는 선거운동의 자유를 보장하면서도 선거의 조기과열을 예방하고 예비후보자 간의 정치·경제력 차이에 따른 기회불균등을 방지하고자 예비후보자와 동일시할 수 있는 배우자와 직계존·비속으로 그 주체를 제한한 것으로 목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정되고, 달리 선거운동의 자유를 덜 제한하는 합리적 방안을 찾기 어려우므로 침해의 최소성도 인정되며, 이 사건 법률조항이 명함교부 또는 지지호소라는 선거운동 자체를 금지한 것은 아니고 예비후보자를 알릴 수 있는 다른 선거운동방법이 허용되고 있는 점 등을 고려하면 법익균형성도 충족하므로, 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해하는 것은 아니다.

2. 이 사건 법률조항이 배우자나 직계존·비속이 있는 예비후보자와 그렇지 않은 예비후보자를 달리 취급하고 있다고 할 수 있으나, 위에서 본 입법 목적 및 명함은 통상 상대방을 만난 자리에서 자신의 소개와 근황을 전하기 위하여 직접 주는 것이라는 속성 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 예비후보자의 정치적, 경제력과는 무관하게 존재가능하고 예비후보자와 동일시할

수 있는 배우자나 직계존·비속에 한정하여 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있도록 한 것에는 합리적 이유가 있다 할 것이고, 숫자만을 한정하여 예비후보자가 명함교부, 지지호소를 할 수 있는 사람을 지정하도록 하거나, 배우자나 직계존·비속이 없는 경우 이를 대체할 사람을 지정할 수 있도록 하는 방안은 오히려 예비후보자간의 기회불균등을 심화시킬 가능성이 있어 쉽게 채택하기 어려운 면이 있으므로, 선거운동을 할 배우자나 직계존·비속이 없는 예외적인 경우까지 고려하지 않았다고 하여 청구인들의 평등권을 침해한 것이라고 볼 수는 없다.』

이에 대하여는 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 이정미의 평등권 침해부분에 대한 아래와 같은 반대의견이 있었다.

『선거운동의 과열방지 및 공정성 유지라는 입법목적은 달성하기 위하여 예비후보자의 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있는 사람을 일정한 범위로 제한한다 하더라도, 그 기준은 모든 예비후보자가 추상적으로나마 상황을 지배할 가능성이 있어 균등하게 기회가 보장되었다고 볼 수 있는 것이어야만 최소한의 합리성을 획득한다 할 것인데, ‘배우자나 직계존·비속의 유무’라는 기준은 예비후보자의 능력이나 선택과는 무관한 우연적 사정에 기한 것이고, 입법자는 선거운동을 도와줄만한 배우자나 직계존·비속이 없는 예비후보자가 다른 이들과 어느 정도 대등한 경쟁을 할 수 있는 방안을 전혀 마련하고 있지 아니하므로, 이 사건 법률조항은 입법목적에 비추어 보더라도 합리성을 벗어난 것으로서, 청구인들의 평등권을 침해한다.』

따라서 이 사건 1호 법률조항의 경우 헌법적으로 해명할 필요가 없으므로, 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 경우에 해당하지 아니하여 권리보호의 이익이 인정되지 않는다.

다. 이 사건 3호 법률조항의 경우

이 사건 3호 법률조항에 대하여는 위 법률조항이 존속하는 한 앞으로 실시될 각종 공직선거에서 선거운동의 자유, 평등권과 같은 중요한 기본권에 대한 침해가 반복될 위험이 있어 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하고, 이 사건 3호 법률조항에 대한 판단은 아직까지 이루어진 바

없으므로, 청구인의 이 부분 심판청구는 권리보호의 이익이 인정되므로 이 부분에 대한 심판청구는 적법하다.

3. 이 사건 법률조항의 연혁

가. 명함교부·지지호소 관련 법률조항의 입법 연혁

(1) 명함형 소형인쇄물의 폐지

구 공직선거 및 선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되기 전의 것) 제66조 제1항 제2, 3호는 대통령선거를 제외한 국회의원선거 등에서 명함형 소형인쇄물을 허용하고 있었다. 그 후 구 공직선거 및 선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것)은 고비용 정치구조 개혁의 일환으로 모든 선거에 있어서 선거운동을 위한 현수막과 명함형 소형인쇄물을 폐지하였다.

(2) 선거기간 중 후보자의 명함교부 허용

이후 구 공직선거 및 선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되고 2004. 3. 12. 개정되기 전의 것)은 제93조 제1항에서 선거일 전 180일부터 선거일까지 문서·도화 등의 배부·게시 등을 금지하면서도 “선거기간 중 후보자의 성명·사진·주소·전화번호·학력·경력·현직을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 후보자가 직접 주는 경우”는 이를 허용하는 예외조항을 둬으로써 명함이 선거운동에 다시 도입되게 되었다.

(3) 예비후보자 제도의 도입과 예비후보자의 명함교부 허용

그러다가, 선거운동기회의 형평성 제고 차원에서 정치 신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 구 공직선거 및 선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것)은 예비후보자 제도를 도입하면서, 제60조의3 제2호에서 예비후보자가 할 수 있는 선거운동방법의 하나로 명함교부를 명시하여 선거기간 전 예비후보자에 한하여 명함교부를 통한 선거운동이 허용되게 되었다.

(4) 예비후보자의 배우자 또는 직계존·비속 중에서 신고한 1인으로 확대

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제60조의3 제2항에서는 예비후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자 혹은 예비후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인도 예비후보자의 선거운동을 위하여 명함을 직접 줄 수 있고, 이 경우 예비후보자의 배우자는 예비후보자의 지지를 호소할 수 있도록 하였다.

(5) 예비후보자의 배우자 및 직계존·비속 등으로 확대

예비후보자의 선거운동의 자유를 보다 넓게 보장하기 위하여, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 이 사건 3호 법률조항을 포함한 공직선거법 제60조의3 제2항에서는 배우자와 직계존·비속 모두 예비후보자를 수행하지 않은 상태에서 명함을 직접 주거나 명함을 주지 아니하더라도 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있는 것으로 하고(제1호), 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 활동보조인(제2호), 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명(제3호)도 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 범위를 확대하였다.

나. 예비후보자의 선거운동방법 및 명함교부의 허용범위

(1) 예비후보자의 선거운동방법

공직선거법 제60조의3 제1항은 예비후보자가 할 수 있는 선거운동을 ① 선거사무소 설치 및 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위 ② 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위 ③ 전자우편을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위 ④ 선거구 안에 있는 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내에서 홍보물 1종을 작성 발송하는 행위 ⑤ 선거운동을 위하여 어깨띠 또는 예비후보자임을 나타내는 표지물을 착용하는 행위 ⑥ 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 지지를 호소하는 행위 ⑦ 문자메시지를 이용하여 선거운동

정보를 전송하는 행위로 엄격하게 한정하고 있다.

명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위는 위와 같이 제한된 예비후보자의 선거운동방법 중 유일하게 유권자와 직접적 대면을 통하여 예비후보자를 소개할 수 있는 방법이다.

(2) 예비후보자 등에게 허용되는 명함교부·지지호소의 범위

공직선거법 제60조의3 제1항 제2호에는 예비후보자의 선거운동방법 중 하나로 “자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위. 다만, 지하철역구내 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주거나 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있고, 공직선거관리규칙 제26조의2 제1항 제1, 2호는 “다수인이 왕래하거나 집합하는 장소”라 함은 선박·여객자동차·열차·전동차·항공기의 안과 그 터미널구내(지하철역 구내를 포함한다) 및 병원·종교시설·극장의 안을 말한다고 하고 있다.

후보자의 경우에도 예비후보자와 동일하게 명함의 크기, 내용 등의 제한이 적용되나 장소적 제한은 없�는바, 예비후보자의 선거기간 전 명함교부의 경우에만 위와 같은 장소제한을 둔 것은 비교적 장기인 예비후보자의 선거운동기간에 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 명함을 대량으로 살포함으로써 예비후보자에게 경제적 부담을 주고 선거가 조기에 과열되는 것을 방지하기 위함이라 할 것이다.

4. 이 사건 3호 법률조항의 평등권 침해 여부

가. 차별취급과 평등권 심사기준

법정의견은 이 사건 법률조항의 차별취급 판단 기준에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

『이 사건 3호 법률조항은 예비후보자의 배우자가 그와 함께 다니는 사람

중에서 지정한 1명도 예비후보자의 명함을 교부하거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 허용하고, 그 외의 자에 대하여는 이를 금지하고 있으므로, 배우자가 없는 예비후보자와 배우자가 있는 예비후보자 사이에 이 사건 3호 법률조항에 따라 차별취급이 존재한다고 할 수 있다.

다만, 배우자가 있는 예비후보자와 배우자가 없는 예비후보자 간의 차별 취급은 헌법에서 특별히 차별을 금지하는 영역에 속하는 것이 아니고, 입법 형식적으로 볼 때에도 모든 예비후보자를 동등하게 취급하고 있어 특정 집단의 차별을 목적으로 한 규정이라고 볼 수 없으며, 이 사건 3호 법률조항은 피선거권 자체를 박탈하는 것이 아니라 예비후보자의 선거운동 방법 중 하나로 예비후보자의 배우자와 함께 다니면서 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있는 주체를 정하는 것이어서 이로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다고 볼 수도 없으므로, 이 사건에서의 평등심사는 입법자의 차별취급에 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하는 완화된 기준에 의하는 것이 상당하다.』

나. 평등권 침해 여부와 해설

(1) 법정의견은 이 사건 법률조항의 차별취급에 합리적인 이유가 있는지에 관하여 다음과 같은 이유로 이를 부정하였다.

『명함은 일상적으로 상대방을 만난 자리에서 자신을 소개하고 근황을 전하기 위하여 직접 주는 것이지만, 예비후보자의 선거운동과정에서는 예비후보자가 자신의 명함을 교부함으로써 자신에 대한 정보와 다가오는 선거에 출마예정이라는 사실을 가장 간명하면서도 정확하게 알릴 수 있으므로, 공직선거법 제60조의3 제1항 각 호에 규정된 극히 제한된 예비후보자의 선거운동방법 중에서도 유일하게 유권자와의 직접적 대면을 통하여 후보자를 소개하고 지지를 호소할 수 있어 그 중요성은 배가된다.

이 사건 1호 법률조항이 예비후보자를 수행하지 않은 상태에서 단독으로 명함교부·지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 한정된 것은 선거과정에서 예비후보자와 불가분의 선거운명공동체를 형성하여 활동하기 마련인 가족관계의 특수성을 반영함과 더불어 선거의

조기과열을 방지하고 예비후보자간의 정치·경제력 차이에 따른 기회불균등을 차단할 뿐만 아니라, 명함교부에 의한 선거운동에 있어 명함 본래의 기능에 충실한 방법으로 선거운동의 자유를 보장하려는 점에서, 선거운동을 할 배우자가 없는 예외적인 경우까지 고려하지 않았다고 하여 배우자 없는 예비후보자에 대한 차별취급이 자의적이어서 그의 평등권을 침해한다고 할 수는 없다(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477, 487-489 참조).

그러나 이 사건 1호 법률조항이 위헌이 아니라고 하더라도, 이 조항에 의하여 배우자 없는 예비후보자로서는 배우자 있는 예비후보자에 비하여 불리한 상황에서 선거운동을 할 수밖에 없는데, 이 사건 3호 법률조항은 이에 더하여 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명까지 보태어 명함을 교부하고 지지를 호소할 수 있도록 함으로써 배우자 유무에 따른 차별효과를 더욱 커지게 하고 있다. 더욱이 이 사건 3호 법률조항에서 배우자가 그와 함께 다니는 1명을 지정함에 있어 아무런 범위의 제한을 두지 아니하고 있는바, 이는 상대방을 만난 자리에서 자신을 소개하고 근황을 전하기 위해 직접 주는 명함 본래의 기능에 부합하지 아니하고, 이러한 명함 교부의 특성이나 가족관계의 특수성을 반영하여 명함교부의 주체를 배우자나 직계존·비속 본인에게만 한정하고 있는 이 사건 1호 법률조항의 입법취지에도 맞지 않는다. 뿐만 아니라 예비후보자가 현역 국회의원이거나 유력한 명망가인 경우, 예비후보자들 사이에 선거운동원을 영입함에 있어 경제력이나 정치적 영향력의 차이에 따른 불균형을 심화시킬 수 있으며, 이는 정치신인의 참여와 홍보기회를 확대하려는 예비후보자 제도의 취지에도 어긋난다(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477, 488-489 참조).

또한 이 사건 3호 법률조항에서 배우자가 아무런 범위의 제한 없이 함께 다닐 수 있는 사람을 지정할 수 있도록 함으로써, 결과적으로 배우자가 있는 예비후보자는 배우자 없는 예비후보자에 비하여 독자적으로 선거운동을 할 수 있는 선거운동원 1명을 추가로 지정하는 효과를 누릴 수 있게 되는바, 이는 헌법 제116조 제1항의 선거운동의 기회균등 원칙에도 반한다.

그러므로 이 사건 3호 법률조항은 예비후보자의 선거운동의 강화에만 치우친 나머지, 배우자의 유무라는 우연적인 사정에 근거하여 합리적 이유 없

이 배우자 없는 예비후보자와 배우자 있는 예비후보자를 차별취급함으로써 배우자 없는 청구인의 평등권을 침해한다.』

(2) 이러한 법정의견에 대하여, 재판관 김이수, 재판관 안창호는 선거운동의 자유의 보장이라는 측면에서 이 사건 3호 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다는 반대의견을 개진하였다.

『이 사건 3호 법률조항의 위헌여부는 선거운동의 자유가 가지는 헌법적 의미를 중심으로 하여 판단하여야 한다. 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다. 이처럼 민주적 의회정치의 기초인 선거는 본래 자유로와야 하는 것이지만 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 방지하고, 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하며, 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4 등, 판례집 6-2, 15, 28-29 참조).

그런데 이 사건 3호 법률조항의 도입은 이하에서 보는 바와 같이 공직선거에서의 선거운동의 자유를 점차적으로 확대하는 과정에서 이루어진 것일 뿐, 선거운동의 기회를 차별적으로 부여하기 위한 것이 아니다. 즉 금권, 관권 및 폭력에 의한 부정, 과열선거로 점철되어온 우리 선거풍토를 바로잡기 위해 선거운동기간을 정하고 사전선거운동 일반을 금지하였는데, 우리의 선거문화가 개선되어감에 따라 사전선거운동 금지가 정치 신인에게 자신을 알릴 수 있는 기회를 보장함으로써 현역 정치인과의 선거운동 기회의 형평성을 제고하는 차원에서 구 공직선거법이 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되어 예비후보자 제도가 도입되었고, 예비후보자가 할 수 있는 선거운동 방법의 하나로 명함교부를 통한 선거운동이 허용된 것이다. 이후 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정으로 예비후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자 혹은 예비후보자가 그의 직계존·비속 중에

서 신고한 1인도 예비후보자의 선거운동을 위하여 명함을 직접 줄 수 있고, 이 경우 예비후보자의 배우자는 예비후보자의 지지를 호소할 수 있도록 하였다. 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 다시 개정되면서, 배우자와 직계존·비속 모두 예비후보자를 수행하지 않은 상태에서 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있는 것으로 하고, 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 활동보조인, 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명도 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있도록 하여 그 범위가 점차적으로 확대되었다(제60조의3 제2항).

이처럼 이 사건 3호 법률조항은 국민주권주의를 실현하기 위해 원칙적으로 허용되어야 하는 선거운동의 자유를 선거과열 등 선거의 공정성을 해할 우려가 없는 범위에서 보장하기 위한 것이지, 시혜적 차원에서 배우자 있는 예비후보자에게 선거운동의 기회를 추가로 부여한 것이 아니다.』

『다수의견은 이 사건 3호 법률조항이 위헌이라는 근거로 배우자 있는 예비후보자에게 차별적으로 선거운동의 기회를 부여하고 있을 뿐 아니라 선거의 조기과열 및 유급 선거운동원의 고용에 따른 폐해를 피하기 어렵다고 하고 있다. 이러한 다수의견은 선거운동의 원칙적 자유와 공익을 이유로 한 예외적 제한이라고 하는 헌법적 의미를 도외시하고, 공직선거에 대한 국가의 후견주의적 개입이 정당하다는 전제하에 선거의 형식적 공정성을 앞세운 것이다. 또한 선거비용을 제한하고, 이를 일정한도 이상 초과하여 지출하는 경우 형사처벌과 함께 벌금 300만 원 이상 선고시에는 당선을 무효로 하는 등 강력한 통제방안을 마련하고 있는바, 단지 예비후보자의 배우자가 함께 다니는 선거운동 보조자 중 1인으로 하여금 예비후보자의 배우자를 보조하는 차원에서 직접 명함을 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 한 것이 선거의 조기과열이나 유급 선거운동원의 고용에 따른 폐해를 가져온다고 보기도 어렵다.

다수의견은 예비후보자의 배우자가 지정하는 1인이 예비후보자의 배우자를 보조하는 차원을 넘어서 독자적 유급 선거운동원을 허용하게 되는 것이나 마찬가지로 결국 배우자 없는 예비후보자를 합리적 이유없이 차별하는 것이라고 하나, 예비후보자의 배우자가 지정하는 1인은 예비후보자의 배우자

와 함께 다니는 경우에만 명함을 주거나 지지를 호소할 수 있을 뿐이라는 점에서 선거운동기회의 심각한 불균형을 가져온다고 보기도 어렵다.

만일 다수의견과 같이 선거운동의 자유를 확인하여 보장하는 이 사건 3호 법률조항의 위헌심사에 있어 배우자 없는 예비후보자와의 차별성을 이유로 평등권이 침해된다고 한다면, 이는 이른바 ‘자유와 권리의 하향평준화’로 귀결될 것인바, 이는 과잉금지 및 평등권 심사를 통한 기본권 보장을 추구하는 헌법재판의 본질과도 배치되는 것이다.

따라서 우리는 배우자가 없는 예비후보자에게 결과적으로 선거운동에 있어 다소 불리한 상황이 발생하였더라도 이를 평등권 침해라고 보기는 어렵다고 생각한다. 배우자 없는 예비후보자에게 발생하는 결과적 불평등의 문제는 입법자가 이러한 상황을 고려하여 - 예를 들면, 예비후보자의 직계존비속 중 1인이 그와 동행하는 선거운동원 1인을 지정할 수 있도록 하는 등 - 선거운동의 자유를 확대하는 입법을 함으로써 해결되어야 할 문제일 뿐이다. 굳이 헌법재판에서 이를 다룬다면 이러한 불평등을 보완할 입법이 마련되지 않았음을 이유로 한 입법부작위의 위헌성을 다투어야 할 것이지, 선거운동의 자유를 보장하고 확인하는 이 사건 3호 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없는 것이다.』

(3) 결국 법정의견은, 이 사건 1호 법률조항에서 짧지 않은 예비후보자의 선거운동 기간 동안 지속적으로 유권자와 직접적 대면을 통하여 후보자를 소개할 수 있는 유일한 선거운동방법인 명함교부·지지호소 행위를 예비후보자를 수행하지 않은 상태에서 독자적으로 할 수 있는 자를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 한정함으로써 배우자가 없고 따라서 직계비속도 없을 가능성이 높은 예비후보자로 하여금 배우자가 있는 예비후보자에 비하여 현저히 불리한 상황에서 선거운동을 하도록 하는데, 이에 더하여, 이 사건 3호 법률조항에서는 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명까지 보태어 명함교부·지지호소를 할 수 있도록 함으로써 배우자의 유무에 따른 차별효과를 더욱 극대화시키는 점과 이 사건 3호 법률조항에 의하여 허용되는 ‘배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정하는 1명’은 친족관계와는 무관한 사람으로, 배우자가 있는 사람은 선거운동원을 1명 추가로 지

정하는 효과를 가져와 아무런 합리적 이유 없이 배우자 없는 예비후보자와 배우자 있는 예비후보자를 차별취급하는 것이라고 보았다.

이에 반하여 반대의견은, 공직선거에서 선거운동자유 보장의 확대라는 점에 중점을 두어, 이 사건 3호 법률조항의 도입이 선거운동의 자유를 확대하는 과정에서 이루어진 것이고, 위 조항으로 인하여 배우자 없는 예비후보자에게 불리한 상황이 발생하는 것에 대하여 입법자가 이를 고려하여 배우자가 없는 예비후보자의 선거운동의 자유를 확대하는 입법을 하는 방법으로 해결되어야 함을 강조하면서 위 조항이 청구인의 평등권을 침해한 것으로 볼 수는 없다고 보았다.

5. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 공직선거 예비후보자 관련자의 선거운동범위에 관하여, 예비후보자의 배우자와 직계존·비속의 독자적인 명함교부 등을 규정한 1호 법률규정이 합헌인 점을 전제로 하여, 배우자가 있는 예비후보자에게 어느 정도의 선거운동범위를 허용할 수 있는지와 관련하여 배우자 없는 예비후보자와의 형평에 관한 헌법적 한계를 설정하였다고 볼 수 있다.

나. 이 사건 1호 법률조항에 대한 선례(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259, 2010헌마281(병합), 판례집 23-2상, 477)는 ‘예비후보자와 동행하지 않은 상태에서’ 독자적으로 명함교부·지지호소를 할 수 있는 자로서 ‘배우자 및 직계존비속 자신’을 포함시키는 것이 배우자 없는 예비후보자의 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다. 그런데 이 사건 3호 법률조항의 경우 ‘예비후보자의 배우자와 동행한 상태에서’ 독자적으로 명함교부·지지호소를 할 수 있는 자로서 ‘배우자가 지정한 제3자’를 포함시키는데, 이것이 배우자 없는 예비후보자의 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 된 것이다.

다. 반대의견의 경우 입법목적의 차원에서 본 선거운동 자유의 확대의 측면에서 논증하였다.

합헌론의 측면에서 보면, 입법자는 선거운동의 자유를 보다 확대하기 위하여 배우자가 지정한 제3자를 선거운동을 할 수 있도록 포함시킨 것인데, 이러한 수단이 선례에서 거론한 선거공동운명체가 아닌 제3자를 개입하게

함으로써, 예비후보자간의 정치적·경제적 능력 차이에 따른 기회균등을 방지하는 것과 명함의 본래의 기능에 충실하도록 하는 효과를 일부 제한하는 부작용이 있는 것은 사실이나, 그러나 입법자는 이 사건 1호 법률조항에서 독자적으로 명함교부·지지호소가 가능하도록 한 배우자와 직계존비속 모두에게 그가 지정한 제3자를 포함할 수 있도록 한 것이 아니라, 배우자에게만 그가 지정한 제3자를 포함할 수 있도록 함으로써 배우자가 없는 예비후보자에 대한 차별의 효과를 최소화하도록 하였다고 볼 수 있다. 특히 제3자는 배우자와 동행한 상태에서만 명함교부·지지호소가 가능한 것이지, 배우자와 함께 하지 않는 상태에서 독자적으로 명함교부·지지호소가 가능한 것은 아니다.

이렇게 제3자를 대동할 수 있는 자가 배우자에 한정되는 점, 제3자가 활동할 수 있는 범위에 시간적·공간적 제한이 있는 점을 고려하면, 3호 법률조항이 선거운동 자유의 확대 효과에 비하여 위에서 본 부작용을 더 크게 하는 조항이어서 비합리적이라고 단정하기는 어렵다고 볼 수 있다.

라. 그러나 법정의견은 선거과정에서 가족관계의 특수성 반영, 선거의 조기과열 예방과 예비후보자 간의 정치·경제력 차이에 따른 기회불균등 방지의 차원에서, 이 사건 3호 법률조항과 같이 추가로 선거운동원을 두도록 하는 것이 합리성을 벗어난 것인지를 중심으로 논증하였다.

이 사건 1호 법률조항이 선거과정에서 위와 같은 특성을 반영한 것으로서 합리성을 결여한 것은 아니지만 이에 의하여 배우자 없는 예비후보자가 불리한 상황에 있는 것은 사실이다. 이러한 상태에서 배우자가 지정한 1명이 추가로 선거운동을 할 수 있는 것은 불리한 상황을 더 가중할 뿐만 아니라, 지정대상자에 아무런 범위제한을 두지 않음으로써 가족관계의 특수성 반영, 정치·경제력 차이에서 오는 기회불균등 방지가 모두 불가능하게 된다. 이것은 합리적 이유를 결여하게 되어 배우자 없는 예비후보자의 평등권을 침해한다고 본 것이다.

마. 이 사건 위헌결정에 의하여 이 사건 3호 법률조항은 효력을 잃게 되었다. 다만, 입법자는 추후 그 입법적 개선 과정에서 반대의견이 지적인 선거운동의 자유의 확대라는 점을 충분히 반영하는 방향으로 배우자 유무에

따른 불평등을 해소할 필요가 있다. 즉, 반대의견이 지적인 예와 같이 예비 후보자의 배우자가 동행하는 선거운동원 1인을 지정할 수 있도록 하면서 동시에 배우자 없는 예비후보자의 직계존비속 중 1인이 그와 동행하는 선거운동원 1인을 지정할 수 있도록 하는 등의 방안이 고려될 수 있을 것이다.

전라북도교육감과 교육과학기술부장관 간의 권한쟁의 등

- 교육부장관이 교육감 소속 교육장 등에 대하여
특별징계위원회에 징계의결을 요구한 행위가 교육공무원
징계에 관한 전라북도 등의 권한을 침해하는지 여부 -
(헌재 2013. 12. 26. 2012헌라3, 2013헌라1(병합), 판례집 25-2하, 609)

오 환*

【판시사항】

교육부장관이 교육감 소속 교육장·장학관 등에 대하여 특별징계위원회에 징계의결을 요구한 행위가 소속 교육공무원 징계에 관한 전라북도 등의 권한을 침해하는지 여부에 관하여, 지방자치단체인 청구인 전라북도 등의 권한을 침해할 가능성이 있다고 할 수 없어 권한쟁의심판청구가 부적법하다고 한 사례

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘피청구인이 2012. 12. 5. 전라북도교육감과 경기도 교육감 소속 교육장, 시·도교육청 교육국장 및 그 하급자에 대하여 특별징계위원회에 징계의결을 요구한 행위’가 헌법과 법률에 따라 부여된 소속 교육공무원 징계에 관한 청구인들의 권한을 침해하는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 피청구인(2013. 3. 23. 개정된 정부조직법에 따라 원래 이 사건 피청구인이었던 교육과학기술부장관의 권한을 교육부장관이 포괄적으로 승계하였다)은 2012. 1. 27. 학교생활기록부에 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기재하도록 하는 내용으로 ‘학교생활기록 작성 및 관리지침’(교육부훈령 제 239호, 이하 ‘이 사건 훈령’이라 한다)을 개정하고 2012. 3. 1.부터 이를 시행하였다.

나. 그런데 전라북도교육감과 경기도교육감(이하 합하여 ‘전라북도교육감 등’이라 한다)은 관내 각급 학교에 이 사건 훈령과 다른 내용으로 학교생활기록부를 기재하도록 하거나,¹⁾ 이 사건 훈령의 시행을 보류하도록 명령하였다. 그러자 피청구인은 지방자치법 제169조 제1항에 따라²⁾ 전라북도교육감 등의 위 명령을 취소하도록 하는 시정명령을 한 뒤 위 명령을 직권취소하였다.

다. 그 후 피청구인은 ‘학교폭력 학교생활기록부 기재관련 특정감사’를 실시하여 이를 토대로 위 교육감 소속 ‘교육장, 시·도교육청 교육국장 및 그 하급자’(이하 ‘교육장·장학관 등’이라 한다)에 대하여 지방자치법 제170조에 따라³⁾ 교육공무원 특별징계위원회에 징계의결요구를 신청하도록 하는 내용

1) 전라북도교육감은 이 사건 훈령과 달리 법원에서 형사범죄 확정판결을 받은 학생만을 학교생활기록부에 기재하도록 지시하였다. 전라북도교육감의 구체적인 관내 지시내용은 아래와 같다.

가. 기재대상 : 법원에서 형사범죄 확정판결을 받은 학생

나. 기재방법 : 학교생활기록부를 출력, 해당 내용을 수기(手記)

다. 관리 : 인성인권부장, 교감 또는 교장이 대외비로 관리하고 해당 학생이 졸업하면 폐기

라. 정보공개 : 원칙적으로 학부모와 학생 본인의 동의 없이 외부에 제공할 수 없음

2) 구 지방자치법(2012. 12. 11. 법률 제11531호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정) ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.

3) 구 지방자치법 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령) ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의

의 직무이행명령을 하였으나, 전라북도교육감 등이 이를 이행하지 아니하자, 피청구인은 직접 2012. 12. 5. 위 교육감 소속 교육장·장학관 등에 대하여 특별징계위원회에 징계의결요구를 하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

라. 이에 청구인들은, 피청구인의 위와 같은 징계의결요구가 지방교육자치에 관한 법률, 교육공무원법에 의하여 부여받은 교육감 소속 교육공무원에 대한 징계권한 등을 침해하였다고 주장하면서 피청구인을 상대로 각 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장요지

지방교육자치에 관한 법률 제20조 제16호,⁴⁾ 제27조,⁵⁾ 지방자치법 제9조 제1항 등에⁶⁾ 따르면 소속 공무원에 대한 지도·감독 또는 인사에 관한 사무

관리와 집행을 명백히 게을리 하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.

- ② 주무부장관이나 시·도지사는 해당 지방자치단체의 장이 제1항의 기간에 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있다. 이 경우 행정대집행에 관하여는 「행정대집행법」을 준용한다.
 - ③ 지방자치단체의 장은 제1항의 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 이행명령의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.
- 4) 구 지방교육자치에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제20조(관장사무) 교육감은 교육·학예에 관한 다음 각 호의 사항에 관한 사무를 관장한다.
16. 소속 국가공무원 및 지방공무원의 인사관리에 관한 사항
- 5) 구 지방교육자치에 관한 법률 제27조(직원의 임용 등) 교육감은 소속 공무원을 지휘·감독하고 법령과 조례·교육규칙이 정하는 바에 따라 그 임용·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다.
- 6) 구 지방자치법 제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 관할 구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.
- ② 제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다.
 - 1. 지방자치단체의 구역, 조직, 행정관리 등에 관한 사무
 - 라. 산하 행정기관 및 단체의 지도·감독
 - 마. 소속 공무원의 인사·후생복지 및 교육

는 자치사무이므로, 소속 공무원 징계에 관한 사무 또한 인사에 관한 사무의 주된 내용으로서 자치사무이다. 한편 교육공무원법 제51조 제1항은⁷⁾ 교육·학예의 대표자인 교육감에게 징계의무를 규정함과 동시에 징계사유 해당 여부에 대한 최종적인 판단권한을 전제로 징계의결요구권 및 징계의결요구 신청권을 부여하고 있다. 즉, 교육감의 징계의결요구 신청사무는 교육감에게 부여된 고유한 권한인 것이지 교육부장관으로부터 위임받은 사무라고 할 수 없다.

이처럼 소속 교육공무원의 징계에 관한 사무는 자치사무이고, 소속 교육공무원이 법령상 징계사유에 해당하는지 여부에 관한 최종적인 판단권한은 교육·학예의 대표자인 교육감에게 있음에도 불구하고, 피청구인은 기관위임 사무에 한하여 발령되는 위법한 직무이행명령을 하였고 이를 기초로 특별징계위원회에 징계의결요구를 하였다. 그러므로 이는 교육감의 소속 공무원 징계에 관한 최종적인 판단권한과 징계의결요구의 기초가 되는 신청권한을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변요지

교육공무원법 제51조 제1항에 의하면 교육행정기관의 장 등은 그 소속 교육공무원이 국가공무원법 내지 지방공무원법의 징계사유에 해당한다고 인정하는 경우 지체 없이 해당 징계사건을 관할하는 징계위원회에 징계의결을 요구하여야 하고, 만약 해당 징계사건을 관할하는 징계위원회가 상급기관에 설치되어 있는 경우에는 그 상급기관의 장에게 징계의결 요구를 신청하여야 한다. 그런데 특별징계위원회는 교육과학기술부에 설치되어 있으므로 특별징계위원회 관할 징계사건 대상자에 대한 징계·의결 권한은 교육과학기술

5. 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무

가. 유아원·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치·운영·지도

7) 구 교육공무원법(2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제51조(징계의결의 요구) ① 교육기관, 교육행정기관, 지방자치단체 또는 교육연구기관의 장은 그 소속 교육공무원이 「국가공무원법」 제78조 제1항 각 호의 징계사유 및 「지방공무원법」 제69조 제1항 각 호의 징계사유에 해당한다고 인정하는 경우에는 지체 없이 해당 징계사건을 관할하는 징계위원회에 징계의결을 요구하여야 한다. 다만, 해당 징계사건을 관할하는 징계위원회가 상급기관에 설치되어 있는 경우에는 그 상급기관의 장에게 징계의결의 요구를 신청하여야 한다.

부에 있다고 할 것이고, 따라서 특별징계위원회에 징계의결을 요구할 수 있는 권한 또한 피청구인에게 있는 것이다. 청구인들은 다만 피청구인의 징계의결요구권의 행사를 촉구하는 ‘신청’을 할 권한이 있을 뿐이다.

교육공무원법 제29조 내지 제30조에 의하면 교육공무원의 임용에 관한 권한은 대통령 또는 교육과학기술부장관인 피청구인에게 있으므로 징계권한 역시 그 임용권자인 대통령 또는 피청구인에게 있다 할 것이고, 징계에 관련된 청구인들의 업무는 모두 이를 위임받아 행하는 것일 뿐이다. 따라서 특별징계위원회에 대한 징계의결요구 신청권의 행사는 청구인들의 고유사무가 아니라 ‘위임사무’라 할 것이고, 특별징계위원회 관할 교육공무원 징계에 관한 최종적인 판단권한 역시 특별징계위원회에 있는 것이므로, 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인들의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 전혀 없다. 따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 부적법하다.

【결정요지】

교육부에 설치되어 있는 특별징계위원회의 징계 대상자는 교육장 및 교육청에 근무하는 국장 이상의 장학관 등이라 할 것인데, 교육감 소속 교육장·장학관 등은 모두 국가공무원이고, 그 임용권자는 대통령 내지 교육부장관인 점, 국가공무원의 임용 등 신분에 관한 사항이 지방공무원의 경우와 같이 해당 지방자치단체의 특성을 반영하여 각기 다르게 처리된다면 국가공무원이라는 본래의 신분적 의미는 상당 부분 몰각될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 국가공무원인 교육장·장학관 등에 대한 징계사무는 국가사무라고 보아야 한다.

또한 구 교육공무원법 제33조 제1항, 구 교육공무원 임용령 제3조 등에 따라 교육감 소속 장학관 및 교육연구관 중 시·도 교육청 과장급 이상의 직위에 해당하는 자 등의 임용은 대통령으로부터 교육부장관에게 위임된 다음 다시 교육부장관으로부터 교육감에게 재위임되어 있고, 이외의 교육감 소속 장학관 및 교육연구관은 교육부장관으로부터 교육감에게 위임되어 있는 점, 교육공무원법상 “임용”이란 신규채용, 승진, 승급뿐만 아니라 전직(轉職), 전보(轉補), 겸임, 파견, 강임(降任), 휴직, 직위해제, 정직(停職), 복직, 면직, 해임 및 파면까지 모두 포함하는 것으로서, 교육장·장학관 등 교육공무원의 임용권자는 응당 파면·해임·정직 등 일반적인 징계권한까지 포함하여 보

유하고 있는 것으로 해석되는 점 등을 종합하여 보면, 교육감 소속 국가공무원인 교육장·장학관 등에 대한 징계의결요구 내지 그 신청사무는 징계사무의 일부로서 대통령, 교육부장관으로부터 교육감에게 위임된 국가사무라고 보아야 한다.

그렇다면 국가사무인 교육장·장학관 등에 대한 징계사무에 관하여 지방자치단체가 청구한 이 사건 권한쟁의심판청구는, 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 심판청구로서 청구인들의 권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 볼 수 없으므로 부적법하다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

가. 권한쟁의심판은 국가기관 상호간 또는 국가기관과 지방자치단체 간 그리고 지방자치단체 상호간에 헌법과 법률에 따른 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 발생한 경우에 헌법소송을 통하여 이를 유권적으로 심판함으로써 각 기관에게 주어진 권한을 보호함과 동시에 객관적 권한질서의 유지를 통해서 국가기능의 수행을 원활히 하고, 국가기관 및 지방자치단체라는 수평적 및 수직적 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법이 정한 권능질서의 규범적 효력을 보호하기 위한 제도이다. 헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 청구인과 피청구인 상호간에 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 경우가 아니거나, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 따라 부여받은 청구인의 권한을 침해할 가능성이 없는 경우에 제기된 권한쟁의심판청구는 부적법하다고 판시해 오고 있다 (헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2, 판례집 22-2하, 612, 617-618; 헌재 2011. 8. 30. 2011헌라1,⁸⁾ 판례집 23-2상, 249, 260-261 참조).

따라서 이 사건 심판청구가 적법하기 위해서는, 교육감 소속 교육공무원의 징계의결요구를 둘러싼 청구인들과 피청구인 사이의 분쟁이 헌법과 법률에 따라 부여된 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼으로서, 피청구인의 이 사건 처분으로 말미암아 청구인들의 권한이 침해될 가능성이 있어야 한다.

나. 그런데 이 사건 처분은, 구 과학기술부장관(현 교육부장관, 이하 ‘교육부장관’이라 한다)이 교육감 소속 공무원에 대한 징계가 국가위임사무임을 전제로, 지방자치법 제170조 제2항의 필요한 조치의 일환으로 행하여진 것이므로⁹⁾ 위와 같은 징계사무가 국가위임사무인지 자치사무인지가 핵심 쟁점이 된다. 지방자치법 제170조상의 직무이행명령 및 행정상 필요한 조치의 발령은 국가위임사무(또는 시·도위임사무)에 한하여 가능할 뿐만 아니라, 만약 위와 같은 징계사무가 국가위임사무라면 지방자치단체인 청구인들은

8) 위 결정 중 관련 부분의 요지는 다음과 같다.

“경상남도지사가 시행권을 대행하고 있던 낙동강 사업은 국가하천의 ‘유지·보수’에만 한정되지 않고 단순한 유지·보수공사 차원을 넘어서는 ‘하천공사’와 ‘기타 부대공사’가 복합되어 있는 단일·불가분적 사업이라 할 것이어서, 그 중에서 청구인이 주장하는 ‘낙동강 유지·보수공사’ 부분만을 전체 사업으로부터 떼어내 독립적으로 그 존부를 평가할 수 있는 성질의 것이 아니므로, 위 주장은 청구인의 독립된 권한의 존부 또는 범위에 관한 주장이 될 수 없다. 낙동강의 유지·보수 범위에 해당하는 부분을 따로 떼어내서 그에 대한 권한의 존부를 독자적으로 따질 수 있다 하더라도, ‘국가하천의 유지·보수’ 역시 하천법 제27조 제5항 단서에 의거하면 국토해양부장관이 시행관리책임 맡고 있는 국가사무로서 각 시·도지사에게 기관위임되어 있는 사무에 불과하므로 청구인의 권한이라고 할 수 없어, 이 사건 처분으로 인하여 청구인의 낙동강 유지·보수에 관한 권한이 침해될 개연성이 없어 부적법하다. 그리고 청구인이 지방자치단체로서 주민의 복리에 관한 사무를 처리할 수 있는 자치권한을 갖고 있는 것은 사실이나, 낙동강 사업에 대한 시행권을 피청구인이 경상남도지사에게 대행시키는 위 대행계약을 체결하는 과정 및 위 계약을 해제하고 시행권을 회수해 가는 과정에서는 물론, 시행되는 낙동강 사업의 내용 자체에서도, 낙동강 유역을 포함한 경상남도 전역에 걸쳐 지역주민의 복리를 증진시키기 위하여 청구인이 행사하는 자치권한에 어떠한 제약도 가하거나 조건 내지 부담을 부과하지 않으므로, 피청구인의 이 사건 처분으로 말미암아 청구인의 일반적인 자치권한이 직접 제약받을 가능성은 없다. 따라서 청구인의 주민복리에 관한 자치권한 침해 주장 부분 역시 청구인의 권한이 침해될 가능성이 없어 부적법하다.”

9) 구 지방교육자치에 관한 법률 제3조 및 구 지방자치법 제170조에 의하면 교육감이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행에 명백히 게을리 하고 있다고 인정되면 교육부장관이 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있고, 교육부장관은 해당 교육감이 위 이행명령을 이행하지 아니하면 그 지방자치단체의 비용부담으로 대집행하거나 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있다.

자신의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관하여 심판청구를 한 것으로서, 권한침해의 가능성이 없어 부적법하기 때문이다.

다. 이 사건 징계사무의 법적 성격을 규명하기 위해서는 교육감 소속 교육공무원의 공무원법상 신분 및 지위에 관한 검토가 선행되어야 할 것이므로, 이하에서는 먼저 교육감 소속 교육공무원의 공무원법상의 신분 및 지위를 살펴보고, 이 사건 징계사무의 성격을 규명한 뒤 청구인들의 권한 침해 여부를 판단해 보기로 한다.

2. 교육공무원의 신분 및 지위

가. 교원·교육장·장학관·장학사는 국가공무원법이 제정된 1963년부터 법관, 검사 등과 함께 별정직 국가공무원으로 규정되어 있었다.¹⁰⁾ 이후 1973년 국가공무원법이 개정되면서 교원·교육장·장학관·장학사 등을 통칭하여 교육공무원으로 규정하였고,¹¹⁾¹²⁾ 1981년 경력직공무원과 비경력직공무원으로 대별하기 시작한 다음부터는 경력직공무원 중 특정직공무원에 속하게 되었으며(1981. 4. 20. 법률 제3447호로 개정된 국가공무원법 제2조 제2항 제2호¹³⁾ 참조), 이는 현재까지 변함이 없다.

10) 구 국가공무원법(1963. 4. 17. 법률 제1325호로 제정된 것) 제2조(별정직과 일반직)

① 공무원은 이를 별정직과 일반직으로 구분한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 별정직으로 한다.

4. 법관·검사·교원·교육장·장학관·장학사·군인·군속·비서관·비서

11) 구 국가공무원법(1973. 2. 5. 법률 제2460호로 개정된 것) 제2조(별정직과 일반직)

① 공무원은 이를 별정직과 일반직으로 구분한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 별정직으로 한다.

6. 법관·검사, 교육공무원·경찰공무원, 군인·군속

12) 한편, 교육공무원은 교육공무원법 제정당시부터 사용되던 용어이다.

구 교육공무원법(1953. 4. 18. 법률 제285호로 제정된 것) 제2조(교육공무원의 정의) 본법에서 교육공무원이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 교육법 제75조 제1호 내지 제4호에 규정한 교원으로서 국립 또는 공립 교육기관에 근무하는 자(이하 교원이라 칭한다)

2. 교육감, 장학관, 장학사

3. 국립 또는 공립의 학교, 교육구와 시교육위원회(특별시 교육위원회를 포함한다. 이하 같다)의 사무직원(이하 사무직원이라 칭한다)

13) 구 국가공무원법 제2조(공무원의 구분) ① 공무원은 이를 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다.

다만, 이 사건 처분 이후인 2012. 12. 11. 교육공무원법이 법률 제11527호로 개정되면서 교육공무원법 제58조에서 교육감 소속 장학관·장학사·교육연구관·교육연구사(이하 ‘교육전문직원’이라 한다)는 교육감이 임용하도록 하는 내용이 신설되었다.¹⁴⁾ 이에 맞추어 지방공무원법도 같은 날 개정되어 기존의 공립대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원¹⁵⁾ 외에 국가공무원이었던 교육감 소속의 교육전문직원을 지방공무원(지방 경력직공무원 중 특정직공무원)으로 규정하였다.¹⁶⁾ 따라서 위 법률 시행일인 2013. 6. 12.부터는 교육감 소속의 교육전문직원은 지방공무원으로 그 신분이 전환되었다. 그러나 이는 이 사건 처분 이후에 변경된 사정에 불과하고, 이 사건 처분 당시에는 교육감 소속 교육전문직원은 국가공무원이라 할 것이다.¹⁷⁾

나. 다음으로, 교육장·장학관 등 교육공무원 임용의 측면을 살펴본다. 이 사건 처분 당시 교육감 소속 장학관 및 교육연구관 중 시·도 교육청 과장

② “경력직공무원”이라 함은 실적과 자격에 의하여 임용되고 그 신분이 보장되며 평생토록 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말하며 그 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 일반직공무원: 기술·연구 또는 행정일반에 대한 업무를 담당하며 직군·직렬별로 분류되는 공무원
2. 특정직공무원: 법관·검사·외무공무원·경찰공무원·소방공무원·교육공무원·군인·군무원 및 국가안전기획부의 직원과 특수분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률이 특정직공무원으로 지정하는 공무원

14) 교육공무원법(2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정된 것) 제58조(교육감 소속 교육전문직원의 임용) 교육감 소속 교육전문직원은 교육감이 임용한다.

15) 이들은 1997. 1. 1. 지방공무원으로 전환되었다.

16) 지방공무원법(2012. 12. 11. 법률 제11531호로 개정된 것) 제2조(공무원의 구분) ① 지방자치단체의 공무원(지방자치단체가 경비를 부담하는 지방공무원을 말하며, 이하 “공무원”이라 한다)은 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다.

② “경력직공무원”이란 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되며 평생 동안(근무기간을 정하여 임용하는 공무원의 경우에는 그 기간 동안을 말한다) 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다.

2. 특정직공무원: 공립 대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원, 교육감 소속의 교육전문직원, 자치경찰공무원 및 지방소방공무원과 그 밖에 특수분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원

17) 여기서 교육전문직원은 교원(교장, 교감 포함)을 제외한 장학관, 장학사, 교육연구관 및 교육연구사를 의미하는 것이므로(교육공무원법 제2조 제2항), 교원은 위 교육공무원법의 개정에도 불구하고 여전히 국가공무원이다.

급 이상의 직위에 해당하는 자 등은 교육감의 추천을 받아 교육부장관의 제청으로 대통령이 임용하고(구 교육공무원법 제29조 제2항18), 이외의 교육감 소속 장학관 및 교육연구관은 교육감의 추천으로 교육부장관이 임용하도록 되어 있었다(구 교육공무원법 제29조 제3항19). 또한 장학사와 교육연구사는 교육부장관이 임용한다고 규정하고 있었다(구 교육공무원법 제30조20).²¹⁾

한편, 구 교육공무원법 제33조는²²⁾ 대통령령으로 정하는 바에 따라 대통령은 그 임용권의 일부를 교육부장관에게, 교육부장관은 그 임용권의 일부를 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관의 장에게 위임할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 구 교육공무원 임용령 제3조는²³⁾ 구 교육공무원법 제29조

18) 구 교육공무원법(2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조(장학관 등의 임용) ② 교육감 소속 장학관 및 교육연구관 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 해당 교육감의 추천을 받아 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

1. 교육행정기관에 근무하는 시·도 교육청 과장급 이상의 직위에 해당하는 사람
2. 시·도 교육연수기관의 장
3. 시·도 교육연구기관의 장
4. 시·도 교원연수기관의 장

19) 구 교육공무원법 제29조(장학관 등의 임용) ③ 제1항과 제2항에 따른 교육전문직원 외에 교육감 소속 장학관 및 교육연구관은 해당 교육감의 추천으로 교육과학기술부장관이 임용한다.

20) 구 교육공무원법 제30조(교감·교사·장학사 등의 임용) 다음 각 호의 교육공무원은 교육과학기술부장관이 임용한다.

1. 제24조, 제25조, 제26조, 제29조의2, 제29조의3 및 제55조에 규정된 사람을 제외한 교원
2. 장학사, 교육연구사

21) 참고로 교장은 교육부장관의 제청으로 대통령이, 수석교사 내지 기타 교원은 교육부장관이 임용한다(구 교육공무원법 제29조의4, 제30조).

22) 구 교육공무원법 제33조(임용권의 위임 등) ① 대통령령으로 정하는 바에 따라 대통령은 그 임용권의 일부를 교육과학기술부장관에게, 교육과학기술부장관은 그 임용권의 일부를 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관의 장에게 위임할 수 있다.

23) 구 교육공무원 임용령(2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조(임용권의 위임) ① 대통령은 「교육공무원법」(이하 “법”이라 한다) 제33조에 따라 다음 각 호의 임용권을 교육과학기술부장관에게 위임한다.

- 3의2. 법 제29조 제2항에 따른 장학관 및 교육연구관의 임용
- ⑤ 교육과학기술부장관은 법 제33조에 따라 다음 각 호의 임용권을 해당 교육감에게 위임한다.
7. 교육감소속의 장학사·교육연구사의 임용

제2항에 의한 교육감 소속 장학관 및 교육연구관의 임용을 교육부장관에게 위임하고 있고, 제29조 제3항에 의한 교육감 소속의 장학관 및 교육연구관의 임용 및 교육감 소속의 장학사·교육연구사의 임용을 교육감에게 위임하고 있었으며, 구 교육공무원 임용령 제3조의2 제4항 제1호에서²⁴⁾ 구 교육공무원법 제29조 제2항에 의한 교육감 소속 장학관 및 교육연구관의 임용을 다시 교육감에게 재위임하였다.

법령에 따른 임용권의 위임관계를 표로 정리하면 아래와 같다.

교육공무원 종류	구 교육공무원법 제29조 제2항에 따른 교육감 소속 장학관·교육연구관	구 교육공무원법 제29조 제3항에 따른 교육감 소속 장학관·교육연구관	장학사, 교육연구사
본래 임용권자	대통령	교육부장관	교육부장관
위임	교육부장관 (구 교육공무원 임용령 제3조 제1항 제3호의2)	교육감 (구 교육공무원 임용령 제3조 제5항 제8호)	교육감 (구 교육공무원 임용령 제3조 제5항 제7호)
재위임	교육감 (구 교육공무원 임용령 제3조의2 제4항 제1호)		

결국, 이 사건 처분 당시 교육감 소속 장학관 및 교육연구관 중 시·도 교육청 과장급 이상의 직위에 해당하는 자 등의 임용은 대통령으로부터 교육부장관에게 위임된 다음 다시 교육부장관에서 교육감에게 재위임 되어있고, 이 외의 교육감 소속 장학관 및 교육연구관은 교육부장관으로부터 교육감에게 위임되어 있었다.

8. 법 제29조 제3항의 규정에 의한 장학관 및 교육연구관의 임용

24) 구 교육공무원 임용령 제3조의2(임용권의 재위임) ④ 교육과학기술부장관은 「정부조직법」 제6조 제1항 후단에 따라 다음 각 호의 임용권을 해당 교육감에게 재위임한다.

1. 제3조 제1항 제3호의2에 따라 대통령으로부터 위임받은 장학관 및 교육연구관의 임용

3. 교육감 소속 교육장·장학관 등에 대한 징계사무의 법적 성격

가. 징계사무의 법적 성격

(1) 교육부에 설치되어 있는 특별징계위원회의 징계대상자는 교육장, 교육청에 근무하는 국장이상의 장학관(구 교육공무원 징계령 제2조 제3항²⁵⁾)이라 할 것인데, 앞서 살펴본 바와 같이 교육장, 장학관 등 교육공무원은 모두 국가공무원이고, 그 임용권자는 대통령 내지 교육부장관이다.²⁶⁾ 또한 구 교육공무원법 제33조 제1항은 대통령이나 교육부장관의 임용권의 일부를 교육감 등에게 일부 위임하고 있는바, 교육공무원법에서 “임용”이란 신규채용, 승진, 승급뿐만 아니라 전직(轉職), 전보(轉補), 겸임, 파견, 강임(降任), 휴직, 직위해제, 정직(停職), 복직, 면직, 해임 및 파면을 말하는 것으로서(구 교육공무원법 제2조 제5항²⁷⁾),²⁸⁾ 교육공무원의 임용권자는 응당 파면·해임·정직 등 일반적인 징계권한까지 포함하여 보유하고 있는 것으로 해석된다. 그렇다면 교육감은 대통령이나 교육부장관으로부터 징계권을 포함한 임용권을 위임받은 것이고, 위임받은 임용권의 범위 내에서 대통령이나 교육부장관의

25) 구 교육공무원 징계령(2013. 3. 23 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조(징계위원회의 종류 및 관할) ① 교육공무원(공립의 대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원을 제외한다)의 징계처분을 의결하게 하기 위하여 교육공무원징계위원회(이하 “징계위원회”라 한다)를 두되, 대학의장징계위원회·특별징계위원회와 일반징계위원회로 구분한다.

③ 특별징계위원회는 다음 각 호에 해당하는 교육공무원의 징계사건을 심의·의결한다.

3. 교육장

5. 교육부와 그 소속기관에 근무하는 교수·부교수·조교수·장학관·교육연구관 및 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다) 교육청에 근무하는 국장이상인 장학관

26) 본 사건의 징계대상자 중 본래 특별징계위원회 관할 징계대상이 아닌 장학사 내지 과장인 장학관 등이 포함되어 있으나, 이는 상위직위자와 하위직위자가 관련된 징계사건은 상위직위에 있는 자의 관할 징계위원회에서 심의·의결하도록 되어 있기 때문이다(구 교육공무원 징계령 제2조 제5항). 다만 특별징계위원회 관할 대상이 아닌 자도 교육공무원으로서 국가공무원임은 동일하다

27) 구 교육공무원법 제2조(정의) ⑤ 이 법에서 “임용”이란 신규채용, 승진, 승급, 전직(轉職), 전보(轉補), 겸임, 파견, 강임(降任), 휴직, 직위해제, 정직(停職), 복직, 면직, 해임 및 파면을 말한다.

28) 국가공무원법 제79조는 징계의 종류로서 파면·해임·강등·정직(停職)·감봉·견책(譴責)으로 구분하고 있다.

징계사무를 국가기관의 지위에서 집행·행사하는 것에 불과하다.

나아가 교육공무원법은 교육을 통하여 국민 전체에 봉사하는 교육공무원의 직무와 책임의 특수성에 비추어 그 자격·임용·보수 및 신분보장 등에 관하여 특례를 규정함을 목적으로 마련되었다는 점(구 교육공무원법 제1조) 등 교육공무원법의 입법목적과 그 구체적인 규정 내용을 종합해 보면, 교육공무원법령이 규율하는 교육공무원의 징계사무는 교육공무원의 자격, 임용방법이나 절차, 보수, 재교육이나 연수, 신분보장 등에 관한 사무와 더불어 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무이다. 만약 국가공무원의 임용 등 신분에 관한 사항이 지방자치단체별로 각기 다르게 처리된다면 이는 곧 지방공무원과 다름이 없어 국가공무원이라는 본래의 신분적 의미는 퇴색되고 말 것이기 때문이다. 따라서 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 교육장·장학관 등에 대하여 하는 징계의결요구사무는 국가위임사무라고 보는 것이 타당하다.

(2) 한편, 법령상 지방자치단체의 장이 처리하고 있는 사무가 자치사무인지 기관위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 사무에 소요되는 경비부담 및 책임귀속의 주체 등도 고려해야 한다는 전제에서, 교육공무원의 보수는 교육자치법 제37조,²⁹⁾ 지방교육재정교부금법 등에 따라 국가와 지방자치단체 등이 함께 부담하고, 교육공무원의 고의 또는 과실에 의한 손해배상에 대하여도 국가배상법 제6조³⁰⁾에 따라 지방자치단체가 손해를 배상하므로 교육공무원이 국가공무원이라는 이유만으로 국가사무로 볼 수 없다는 견해도 있을 수 있다.

29) 교육자치법 제37조(의무교육경비 등) ① 의무교육에 종사하는 교원의 보수와 그 밖의 의무교육에 관련되는 경비는 「지방교육재정교부금법」이 정하는 바에 따라 국가 및 지방자치단체가 부담한다.

② 제1항의 규정에 따른 의무교육 외의 교육에 관련되는 경비는 「지방교육재정교부금법」이 정하는 바에 따라 국가·지방자치단체 및 학부모 등이 부담한다.

30) 국가배상법 제6조(비용부담자 등의 책임) ① 제2조·제3조 및 제5조에 따라 국가나 지방자치단체가 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 공무원의 선임·감독 또는 영조물의 설치·관리를 맡은 자와 공무원의 봉급·급여, 그 밖의 비용 또는 영조물의 설치·관리 비용을 부담하는 자가 동일하지 아니하면 그 비용을 부담하는 자도 손해를 배상하여야 한다.

② 제1항의 경우에 손해를 배상한 자는 내부관계에서 그 손해를 배상할 책임이 있는 자에게 구상할 수 있다.

그러나 자치사무인지 기관위임사무인지는 관련 규정 형식과 취지가 우선 고려되어야 하는 것이므로, 만약 법령에 의하여 그 권한이 국가에 귀속하는 것으로 명시적으로 정해져 있다면 그 규정 자체에 의하여 그 사무가 국가사무임이 인정될 수 있다(헌재 2011. 9. 29. 2009헌라3, 판례집 23-2상, 513, 522-523; 헌재 1999. 7. 22. 98헌라4, 판례집 11-2, 51, 65-66 참조).³¹⁾ 국가와 지방자치단체 사이의 권한 배분은 헌법 제117조 등에 비추어 입법자의 몫이기 때문에 자치사무와 위임사무의 구분은 입법자가 법률에서 정한 바에 따르는 것이 타당하기 때문이다.

(3) 또한 교육자치법 제20조 제16호, 제27조에 의하면 교육감이 교육·학예에 관하여 소속 국가공무원의 인사관리에 관한 사항을 관장하고, 소속 공

31) 기타 법령의 명시적 규정에 의하여 국가사무임을 인정한 것으로는 아래 결정 및 판결 참조.

“이 사건 토지는 국유재산 중 행정재산 또는 보존재산이 아닌 일반재산에 속하고(국유재산법 제6조 제3항), 이 사건 공사는 국유재산인 이 사건 토지의 유지·보존을 위한 관리행위에 해당한다(국유재산법 제2조 제3호). 일반재산의 관리는 기획재정부장관이 총괄하나, 기획재정부장관은 이를 시장에게 위임할 수 있고(국유재산법 제8조 제1항 및 제42조 제1항, 국유재산법 시행령 제38조 제1항), 이렇게 위임된 기관위임사무는 위임기관의 장의 승인을 얻은 후 지방자치단체의 장이 제정한 규칙이 정하는 바에 따라 재위임할 수 있으며(‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제4조), 이에 따라 서울특별시는 소속 재무과 관련 사무 중 국유의 일반재산 및 보존재산 중 총괄청이 따로 지정하는 재산을 제외한 재산의 관리 등의 사무를 구청장에게 재위임하였다(‘서울특별시 사무위임 규칙’ 제3조 제1항 별표). 결국, 청구인이 시행한 이 사건 공사는 일반재산에 대한 관리사무로서 서울특별시시장에게 위임되었다가 다시 피청구인에게 위임된 것으로, 이는 기관위임사무에 해당된다. 그렇다면 이 사건 토지에 대한 관리권한이 수임관청인 청구인에게 있음이 법률상 명백하므로, 이 사건 심판청구는 청구인과 피청구인 간에 이 사건 토지에 대한 관리권한의 존부 및 범위 자체에 관한 다툼이라고 할 수 없다.”(헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2, 판례집 22-2하, 612, 618)

“산업입지법 제6조, 제7조의4의 각 규정에 의하면, 산업단지 중 국가산업단지의 지정, 국가산업단지 개발계획의 수립 및 사업시행자의 지정 등은 장관의 권한에 속하고, 경제자유구역법 제3조, 제4조, 제7조, 제9조, 제10조, 제12조, 제14조, 제29조의 각 규정에 의하면, 시·도지사가 제출한 경제자유구역 개발계획의 확정·변경, 경제자유구역의 지정·해제, 개발사업시행자가 작성한 실시계획의 승인·변경승인, 개발사업의 준공검사 및 퇴출업종 등의 고시와 이에 대한 영업정지 등의 권한이 장관에 속한다. 위 각 법률규정의 내용과 취지에 비추어 보면, 산업입지법에 의한 국가산업단지개발사업과 경제자유구역 내에서 시행되는 각 개발사업의 추진절차 및 사업자선정은 국가사무에 해당하고, 이와 관련한 시·도지사의 사무는 국가행정기관의 지위에서 하는 기관위임사무라고 보아야 할 것이다.”(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007추141 판결)

무원의 임용·징계 등에 관한 사항을 처리한다고 규정되어 있으나, 이는 앞서 본 것처럼 교육감이 교육공무원법령에 따라 위임받은 국가사무를 그의 관장 사무로서 확인하는 취지에 불과하다고 볼 것이므로, 위 규정을 근거로 해당 사무를 지방자치단체의 교육·학예에 관한 자치사무라고 볼 수는 없다.

나. 소결

이와 같이 공무원법상 교육공무원의 신분과 지위, 교육공무원 징계사무의 성격, 그 권한의 위임에 관한 교육공무원법령의 규정 형식과 취지 등에 비추어 보면, 교육감은 대통령이나 교육부장관의 임용징계권을 위임받은 것으로서 국가공무원인 교육장·장학관에 대한 징계는 국가사무이고, 그 일부인 징계의결요구 역시 국가사무에 해당한다고 봄이 타당하다.³²⁾

32) 이와 동일한 취지로는 대법원 2013. 6. 27. 선고 2009추206 판결 참조. 위 대법원 판결은 이 사건 심판청구와 달리 직무이행명령의 취소를 구하는 사건이기는 하나, 교육부장관의 징계의결요구 사무의 법적 성격 문제된 점에서 이 사건 심판청구와 상당히 유사하다. 간략한 사건 개요 및 판시 내용은 다음과 같다.

- i) 2009. 6.경 전교조 소속 초·중·고 교사들이 시국선언문 발표 등의 행위를 하자, 서울중앙지방검찰청 소속 검사 등은 이를 수사한 다음, ‘국가공무원법상 공무 이외의 일을 위한 집단행위금지의무’를 위반하였다는 내용의 국가공무원법위반죄로 기소하는 한편, 서울지방검찰청 검사장 등은 2009. 10.경 교육공무원징계령 제6조 제3항에 따라 위 교사들의 범죄결과통보서와 공소장을 경기도 교육청에 송부하였다. 그러나 경기도교육감은 위 통보에도 불구하고 위 시국선언은 표현의 자유로서 보호되어야 한다는 등의 이유로 징계의결요구를 보류하였다.
- ii) 그러자 교육부장관은 지방자치법 제170조 제1항에 따라 2009. 12. 2.을 기한으로 위 교사들에 대한 징계의결을 요구할 것을 내용으로 하는 직무이행명령을 하였고, 이에 경기도교육감은 위 직무이행명령의 취소를 구하는 소를 제기한 사건이다.
- iii) 위 사건에서도 경기도교육감은 교육부장관의 교사들에 대한 징계의결요구는 기관위임사무가 아니라 지방자치단체의 교육·학예에 관한 자치사무이므로 지방자치법 제170조의 직무이행명령의 대상사무가 아니라고 주장하였으나, 대법원은 국가공무원인 교사에 대한 징계는 국가사무이고, 교육감 담당 교육청 소속 국가공무원인 교사에 대하여 하는 징계의결요구는 국가위임사무라고 판시하였다.

4. 이 사건 심판청구의 적법 여부

교육감 소속 국가공무원인 교육장· 장학관 등에 대한 징계사무는 사무수행의 편의와 능률 그리고 해당 교육청이 담당하는 업무와의 연관성을 고려해 국가가 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무이다. 징계의결요구 내지 그 신청권한 역시 법령에 의할 때 기본적으로 ‘국가사무’일 뿐 지방자치단체인 청구인들의 권한이라고 할 수 없다. 이처럼 국가가 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무는 그 처리의 효과가 국가에 귀속되는 국가의 사무로서 지방자치단체의 사무라 할 수 없고, 지방자치단체의 장은 기관위임사무의 집행권한과 관련된 범위에서는 그 사무를 위임한 국가기관의 지위에 서게 될 뿐이다(헌재 2008. 12. 26. 2005헌라11,³³ 판례집 20-2하, 547, 552 참조).

따라서 국가위임사무의 집행을 명백히 게을리 하고 있다고 본 교육부장관의 판단재량의 위법성은 논외로 하고,³⁴ 교육부장관에게 특별징계위원회 관할 교육공무원에 대하여 지방자치법 제170조에 의하여 행정상 필요한 조치로서 교육공무원법 제51조상의 징계의결을 요구할 권한은 존재한다 할 것이다. 결국 교육감 소속 교육장 등에 대한 징계사무는 교육공무원법 등에 따라 교육감에게 위임된 기관위임사무로서 국가사무이고 지방자치단체의 사무가 아니므로, 그 징계사무에 관하여 행하여진 피청구인의 이 사건 처분이 헌법과 법률이 청구인들에게 부여한 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있다고 볼 수 없다. 이와 같이 헌법과 법률에 따라 지방자치단체에게 부여된 권한이 아닌 것을 자신의 권한인 자치사무라고 주장하면서 제기한 권한쟁의

33) 위 결정의 요지는 다음과 같다.

“청구인의 피청구인 완도군수에 대한 심판청구는 지방자치단체인 청구인이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 완도군수를 상대로 다투고 있는 것이 분명하므로, 이 부분 심판청구는 그 다툼의 본질을 지방자치권의 침해로 보기 어렵고, 따라서 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판 청구로서 부적법하다.”

34) 즉, 청구인들의 주장을 피청구인의 직무이행명령이 부당하다는 취지로 볼 경우에도, 이는 지방자치법 제170조 제3항에 따라 이의소송으로 다툼 사항이지, 헌법과 법률이 설정한 객관적 권한질서를 유지하기 위한 법적 수단으로서 권한쟁의심판이 대상으로 하는 ‘권한의 존부 또는 범위’에 관한 다툼으로 볼 수 없다.

심판청구는 ‘청구인들의 권한’이 침해될 개연성이 없어 부적법하다(헌재 2011. 9. 29. 2009헌라3, 판례집 23-2상, 513, 522; 헌재 2008. 3. 27. 2006헌라 1,³⁵⁾ 판례집 20-1상, 332, 352).³⁶⁾

5. 결론

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 그 권한의 침해 가능성이 없어 부적법한 심판청구이고, 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로, 헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제219조에 따라 변론 없이 이를 각하함이 상당하다.

6. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은, 교육감 소속 교육장·장학관 등은 대통령 내지 교육부장관이 임용하는 국가공무원으로서, 지방교육자치의 측면을 고려한다고 하여도 이들에 대한 징계사무는 대통령이나 교육부장관으로부터 위임된 국가사무이므로 지방자치단체인 청구인들의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 없어 부적법하다는 점을 분명히 한 것이다.

다만 이 사건 처분이 있는 이후인 2012. 12. 11. 교육공무원법 및 지방공무원법이 개정되어 교육감 소속 장학관 등 교육전문직원이 국가공무원에서 지방공무원으로 그 신분이 전환되었고 그 임용도 교육감이 행하게 되었는바, 이 사건 결정은 위와 같이 개정된 법률 하에서의 징계사무의 성격을 밝힌 것은 아니다.

35) 위 결정에서 관련 부분의 요지는 다음과 같다.

“지방자치법 제11조에 의하면 지정항만에 관한 사무는 국가사무이므로 국가가 신항만을 지정항만의 하위항만으로 결정한 이상, 그 항만구역의 명칭을 무엇이라 할 것인지 역시 국가에게 결정할 권한이 있다고 할 것이다. 이에 피청구인 해양수산부장관이 그 소속 중앙항만정책심의회 의 심의를 거친 후, 2005. 12. 19. 이 사건 신항만을 지정항만인 부산항의 하위항만으로 두되, 무역항인 ‘부산항’의 명칭은 그대로 유지하면서, 신항만의 공식명칭을 ‘신항’(영문명칭 : Busan New Port)으로 결정한 것은 청구인들의 권한을 침해하였다거나 침해할 현저한 위험이 있다고 볼 수 없어, 이 사건 권한쟁의심판청구는 부적법하다.”

36) 기타 기관위임사무로서 국가사무라 할 것이어서 지방자치단체가 청구한 권한쟁의 심판은 부적법하다고 본 결정으로는 헌재 1999. 7. 22. 98헌라4, 판례집 11-2, 51, 65-66; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 418 등 참조.

아동·청소년의 성보호에 관한 법률

제3조 등 위헌소원

- 성폭력범죄 피해아동 영상녹화물 사건 -
(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108, 판례집 25-2하, 621)

이 종 업*

【판시사항】

1. 당해 법률의 해석·적용상의 주의사항을 규정한 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조에 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)
2. 동석한 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 성폭력 피해아동의 진술이 수록된 영상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 25. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 “제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”는 부분이 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조 및 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있

* 대법원 재판연구관, 전 헌법연구관

는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 영상물에 수록된 피해자의 진술을 증거로 할 수 있도록 한 부분의 위헌 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 정신지체 2급의 지적 장애인으로, 2010년 5월 중순경부터 2010. 7. 2.까지 3회에 걸쳐 만 8세와 9세의 아동인 피해자들의 엉덩이를 툭 툭 치거나 가슴을 만지는 등 강제추행하였다는 혐의로 기소되었다. 이 사건 제1심(대전지방법원 공주지원 2010고합51) 공판에서 피해아동 어머니들의 진술에 따라 진정하게 성립되었음이 인정된 피해아동들에 대한 영상녹화물이 공소사실에 관한 증거로 채택·조사되었다. 그러나 그 원진술자인 피해아동들에 대한 증인신문은 이루어지지 않았고, 법원은 위 영상녹화물을 주요 증거로 공소사실 중 일부를 유죄로 인정하여 청구인에게 징역 1년에 집행유예 2년, 보호관찰 및 3년간의 정보공개를 명하는 판결을 선고하였다.

나. 청구인은 위 판결에 불복하여 항소한 뒤(대전고등법원 2010노573, 당해사건), 원진술자인 피해아동들의 법정에서의 진술 없이도 피해아동들에 대한 영상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제18조의2 제5항과 위 법의 해석적용상의 주의사항을 규정한 같은 법 제3조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그리고 위 신청이 2011. 5. 13. 기각되자 청구인은 같은 달 30일 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 한편 당해사건 재판부는 위 영상녹화물의 원진술자인 피해아동 중 1인에 대한 청구인의 증인신청을 받아들여 그 아동을 증인으로 신문한 다음, 위 제청신청 기각결정일과 같은 날 제1심 판결을 파기하고 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 청구인에게 징역 1년 6월에 집행유예 2년, 3년간의 신상정보공개를 명하는 판결을 선고하였다. 위 판결은 2012. 6. 14. 대법원의 상고기각으로 확정되었다.

2. 청구인의 주장 요지

심판대상조항은 피해아동의 법정증언 없이 그 진술이 수록된 영상녹화물의 증거능력을 인정하고 있다. 그런데 아동은 성인과 같은 분별력이 없어 그 진술이 사실과 다를 가능성이 적지 않다. 그럼에도 불구하고 단순히 아동이라는 이유만으로 피고인으로 하여금 원진술자인 아동에 대한 반대신문을 통하여 그 진술을 탄핵할 수 있는 기회를 주지 아니하는 것은, 적법한 절차에 의하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제11조의 평등원칙, 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위배된다.

3. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

심판대상조항들은 성폭력 피해아동의 진술이 녹화된 영상녹화물의 증거능력의 특례를 인정하고 있을 뿐 그 증명력에 관한 판단은 여전히 논리와 경험칙에 기초한 법관의 자유판단에 맡겨져 있다. 따라서 법원은 심판대상조항들에도 불구하고 증거조사의 필요가 있는 경우 피고인 및 변호인의 신청에 의하거나 또는 직권에 의하여 피해아동을 증인으로 조사할 수 있고, 이러한 절차를 통하여 청구인의 반대신문권이 보장될 수 있으므로, 위 법률조항들이 청구인의 형사절차상의 권리를 박탈한다거나 합리적 이유 없이 청구인을 차별취급하고 있다고 볼 수 없다

【결정요지】

가. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조는 위 법의 해석과 적용상의 일반적 주의사항을 추상적으로 규정하고 있을 뿐 당해사건에 직접 적용되는 법률이 아니고, 위 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해사건의 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고도 볼 수 없으므로 재판의 전제성을 인정할 수 없다.

나. 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항

의 입법목적은, 성폭력범죄 피해아동이 법정에서 반복하여 피해경험을 진술함으로써 입을 수 있는 심리적·정서적 외상과 충격으로부터 피해아동을 보호하려는 것으로서 그 정당성이 인정되고, 성폭력 피해아동의 영상녹화물에 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 증거능력이 부여하여 피해아동에 대한 법정에서의 조사와 신문을 최소화한 것은 이러한 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 된다. 법원은 실제적 진실 발견과 피해아동의 보호를 포함한 제반 사정을 고려하고 관련된 이익을 비교하여 피해아동을 피고인 및 변호인의 신청 또는 직권으로 증인으로 소환하여 신문할 수 있고, 이 경우 피고인 및 변호인은 참여권과 신문권 등이 보장된다. 또한 성폭력범죄 피해아동에 대하여는, 거칠고 날선 법정에서의 반대신문보다는 사건 초기의 생생한 기억 속에서 이루어진 진술을 영상녹화의 방법으로 왜곡 없이 온전하게 보존한 다음, 이를 아동진술전문가나 심리학자 등으로 하여금 전문적·과학적 방법으로 분석하게 하여 그 신빙성을 검증하는 것이 피고인의 무고함을 밝힌다는 의미에서 실제적 진실의 발견에 더욱 효과적일 수 있다. 이와 같이 성폭력범죄 피해아동의 진술의 경우에는 ‘피해아동의 보호’나 ‘실체적 진실발견’이라는 두 측면에서 모두 피고인의 반대신문권을 제한할 만한 합리적인 사유가 있다고 인정되고, 피고인으로 하여금 진술 당시 동석한 신뢰관계인에 대한 신문이나 진술 과정을 그대로 녹화한 영상녹화물에 대한 전문적, 과학적 방법에 의한 탄핵을 통하여 자신을 방어할 수 있게 하는 효과적인 대체수단이 존재하며, 구체적인 사건에서 피해아동의 보호와 실제적 진실발견 등 제반 요소를 고려한 법원의 개별적 판단에 따라 피해아동에 대한 반대신문권을 행사할 수 있는 기회도 여전히 부여받고 있으므로, 이 사건 법률조항이 침해최소성 및 법익균형성의 원칙에 위배된다거나, 피해아동의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하고 있다고 볼 수 없다.

재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 증거능력 특례조항 부분에 대한 반대의견

자신이 탄핵할 기회를 부여받지 못한 피해자의 일방적인 진술만을 근거로 유죄의 판결을 받을 수 있도록 하는 것은, 우리 헌법이 보장한 공정한 재판을 받을 권리와 적법절차의 원칙으로부터 요청되는 최소한의 공정성과 절차

적 정의를 갖추지 못한 것이므로 원칙적으로 허용될 수 없다. 반대신문권 보장의 의의가 실제적 진실의 발견을 위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고, 재판결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데에 있는 것인 이상, 이를 배제한 일방만의 보호는 실제적 진실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없고 그 재판 결과를 피고인에게 설득할 수도 없다. 따라서 위 증거능력 특례조항이 반대신문권을 제한하여 오로지 피해자의 일방적인 진술만을 기초로 피고인에 대한 유죄판결이 가능하도록 하고 있는 것은 입법목적의 중대성을 감안하더라도 그 제한을 정당화할 만한 부득이한 사정이 있다거나 입법목적의 달성을 위한 합리적이고 적절한 수단이 된다고 보기 어렵다. 또한 우리 법령에는 비디오중계장치에 의한 신문제도, 심리의 비공개, 신뢰관계인의 동석 제도 등 피고인의 반대신문권을 완전히 박탈하지 않으면서도 피해아동의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 가지 장치들을 이미 마련해 두고 있다. 결국 위 증거능력 특례조항은 피해아동의 보호만을 앞세워 공정한 재판을 받을 권리에서도 출되는 가장 중요한 형사절차상의 권리인 피고인의 반대신문권을 박탈하여 공정한 재판을 받을 권리로부터 요구되는 최소한의 절차적 정의를 갖추지 못한 것으로서, 헌법에 위반된다.

【해 설】

1. 들어가며

이 사건 결정의 심판대상조항은 ① 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조와 ② 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 영상물에 수록된 피해자의 진술을 증거로 할 수 있도록 한 부분의 두 조항이나, 이 사건에서 주된 쟁점이 된 부분은 아동진술을 수록한 영상녹화물의 증거능력 특례를 인정한 ②조항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이므로, 이하에서는 위 조항을 중심으로 검토를 진행하고자 한다.

2. 이 사건 법률조항의 의의

가. 이 사건 법률조항의 입법목적 등

(1) 입법취지와 입법연혁

이 사건 법률조항은, 성폭력 피해아동의 특성을 고려하여 피해아동이 재판에 출석하여 증언을 함에 따라 발생할 수 있는 심리적, 정서적 충격으로 인한 ‘2차 피해’를 최소화하고자 하는데 그 입법취지가 있다.

성폭력범죄를 당한 피해아동의 진술을 녹화한 영상녹화물의 증거능력에 대한 특례를 규정한 것은 2003. 12. 11. 개정되어 2004. 3. 12.부터 시행된 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’(법률 제6995호)에서부터이다(제21조의2 제3항). 위 법은 영상녹화물의 증거능력의 특례의 적용대상을 만 13세 미만의 피해아동과 신체·정신장애자를 대상으로 삼았다가 2006. 10. 27. 개정 법률에서부터는 만 16세 미만인 성폭력범죄 피해자로 그 적용범위를 확대하였다(제21조의3). 그 후 위 법이 2010. 4. 15. 폐지되어 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’과 ‘성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’로 분리·제정되면서, 새로 제정된 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 ‘성폭법’이라 한다) 제26조에서 구 법 제21조의3과 동일한 내용을 규정하게 되었다.

한편 성폭법 제26조와 같이 영상녹화물의 증거능력에 대한 특례를 규정한 이 사건 법률조항은, 2009. 6. 9. 법률 제9765호로 전부 개정되어 2010. 1. 1.부터 시행된 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 ‘아청법’이라 한다)에서 새로 입법된 후 2012. 2. 1. 법률 개정시 같은 조 제6항으로 조문위치가 이동된 것 외에는 내용상의 변경 없이 현재에 이르고 있다.

이와 같이 현재 성폭력 피해아동의 진술을 녹화한 영상녹화물의 증거능력에 관한 특례는 성폭법과 아청법에서 병존적으로 규정하고 있다. 대체로 성폭법상의 ‘성폭력범죄’는 아청법의 ‘아동·청소년대상 성범죄’에 비하여 적용범위가 넓은 반면, 영상능력에 대한 증거능력의 특례가 적용되는 대상이 만 16세 미만이거나 정신장애 등으로 인한 심신미약인 경우로 한정되어 만 19세 미만인 피해자에게 적용되는 아청법에 비하여 좁다.

(2) 이 사건 법률조항과 반대신문권의 제한

(가) 형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다”고 규정하여 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 이는 공개법정의 법관의 면전에서 진술되지 아니하고, 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 배척함으로써 피고인의 반대신문기회를 보장하고, 직접심리주의에서 공판중심주의를 철저히 함으로써, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다(헌재 1995. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 359 참조).¹⁾

그런데 이 사건 법률조항은 피해자 뿐 아니라 그와 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의해서도 영상녹화물의 진정성립을 인정하는 내용의 증거능력에 관한 예외를 규정하여 원진술자인 피해아동의 법정 진술 없이도 전문증거인 영상녹화물을 아동성범죄의 ‘본증’으로²⁾ 사용할 수 있도록 한 것인바, 그 실질적인 의의는, 성폭력 피해아동이 법정에서 출석하여 증언하여 반

1) 형사소송법 제310조의2가 영미법상의 전문법칙을 도입한 규정이라는 점 및 형사소송법이 전문법칙을 규정하고 있는 주된 근거가 영미법의 전문법칙에 대한 이론적 근거를 기초로 한다는 점에 대하여는 별다른 이론이 없는 것으로 보인다. 그러나 영미법의 어떤 이론을 우리 형사소송법상의 전문법칙의 근거로 볼 것인가에 대하여는, 반대신문의 결여 내지 반대신문권의 보장에서 찾아야 한다는 견해와 신용성의 결여에서 찾아야 한다는 견해의 대립이 있다. 반대신문권의 보장에서 찾는 견해는, 피고인의 진술을 원진술로 하는 전문증거에 대하여는 반대신문이라는 것을 생각하기 어려우므로 이러한 전문증거에 대하여도 원칙적으로 증거능력을 부인하는 법 제310조의2의 해석을 위해서는 새로운 이론적 근거를 찾아야 하는데, 그것은 바로 직접주의, 그중에서도 법원이 사실의 증명 여부를 판단함에 있어서 요증사실과 가장 가까운 원본증거를 사용하고 그의 대체물을 사용하지 못하도록 하는 실질적 직접주의이고, 법 제310조의2는 전문법칙과 함께 실질적 직접주의의 취지를 밝히고 있는 것(이원설)이라고 주장한다(배종대, 이상돈, 신동운, 정영석, 이형국). 이에 대하여 신용성의 결여에서 찾는 견해는 대륙법의 직접주의와 영미법의 전문법칙은 그 연혁과 원리를 달리하는 것으로서 대륙의 직접주의가 전문법칙의 근거로 된다는 것은 타당하다고 할 수 없고, 이른바 이원설은 전문법칙의 근거를 반대신문권의 보장으로 제한하는 데서 오는 난점을 회피하기 위한 이론에 불과하다고 하면서, 형사소송법 제310조의2는 오로지 전문법칙을 규정한 것(일원설)이라고 주장한다(형사증거법, 사법연수원, 2002., 113-114면).

2) 공소사실의 입증에 위한 ‘**본증으로**’ 사용할 수 있다는 점에서 진정성립의 입증에 위해서만 사용할 수 있는 형사소송법 제312조 제2항, 제4항의 영상녹화물과 다르다.

복적으로 피해경험을 회상하고 진술함으로써 입을 수 있는 2차 피해를 방지하기 위하여, 원진술자의 법정출석을 전제로 하여 가능한 피고인의 반대신문권을 실질적으로 제한하는 것이다.

(나) 이와 같이 원진술자에 대한 반대신문의 기회 부여 없이 전문증거의 증거능력을 인정하고 있는 다른 형사소송법 규정으로는, 형사소송법 제315조의 ‘당연히 증거능력 있는 서류’(제1호(가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서), 제2호(상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서) 제3호(기타 특히 신용할만한 정황에 의하여 작성된 문서))와 제314조의 원진술자의 사망, 질병, 외국거주 등으로 인한 ‘증거능력의 예외’ 규정이 있다.³⁾

그러나 ① 형사소송법 제315조는 그 서면이 특히 신용할 수 있는 정황 하에 작성된 것이어서 증인신문을 통한 반대신문을 거칠 필요가 없다는 점에서 ② 그리고 형사소송법 제314조는 반대신문권의 보장을 위한 증인 소환이 현실적으로 불가능하거나 상당한 곤란이 있어 부득이 반대신문을 할 수 없는 경우인 점에서 반대신문 없이 전문법칙의 예외를 규정하고 있는데 반하여, 이 사건 법률조항은 문제되는 증거(아동의 진술)가 증거의 성질상 신용성이 정황적으로 특히 보장되어 반대신문을 할 필요가 없거나 또는 증인 소환에 현실적, 물리적인 곤란이 있어 반대신문을 할 수 없는 경우에 해당한다고 할 수 없는 데도, 피해아동의 2차 피해 방지를 위한 적극적인 목적에서 그 예외를 인정하고 있다는 점에서 이들 조항과 근본적인 차이가 있다.⁴⁾

3) 제311조의 법관면전조서는 당해사건에서의 공판기일 또는 공판준비기일에서 작성된 것이므로 이미 피고인의 참여권이 보장되었다. 주석 형사소송법 III, 사법행정학회, 407면 참조

4) 다만 아동의 나이가 너무 어려워 공판정에서의 정상적인 의사소통이 어려운 경우 또는 감내하기 어려운 정신적 후유증으로 법정출석이 곤란한 경우 원진술의 제한이 물리적, 현실적으로 불가능하다는 점에서 다른 전문증거의 경우와 다를 바가 없으므로 이 사건 법률의 적용을 기다리지 않고 형사소송법 제314조에 의해 증거능력이 인정될 수 있다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결 참조). 이 사건 법률조항은 이러한 예외적 상황이 아닌 피해아동의 2차 피해의 발생 우려만을 이유로 전문법칙의 예외를 정한 것인바, 이러한 사유를 이유로 제314조의 ‘진술을 할

(3) 반대신문권 보장과 관련한 선례

○ 공판기일 전 증인신문에 관하여 수사에 지장이 없다고 인정되는 때에 한하여 피의자 등이 증인신문에 참여할 수 있게 함으로써 반대신문권의 행사를 제한한 구 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 : 위헌(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808)

○ 원진술자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우에 예외적으로 전문증거의 증거능력을 인정하는 형사소송법 제314조 : 합헌(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541; 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45, 판례집 17-2, 712 참조).

○ 소환된 증인 또는 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 증인의 인적사항이 증인신문의 모든 과정에서 공개되지 아니하도록 한 특정범죄신고자 등 보호법 제11조 제2항, 제3항 및 피고인을 퇴정시키고 증인신문을 행할 수 있도록 규정한 같은 법 제11조 제6항 중 ‘피고인을 퇴정시키고 증인신문을 행할 수 있다.’는 부분 : 합헌(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387)

○ 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있도록 규정한 형사소송법 제297조 제1항 전문 : 합헌(헌법재판소 2012. 7. 26, 2010헌바62, 공보 190, 1339)

○ 형사소송법 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 ‘다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판 조서’가 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 : 합헌(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바79, 공보 205, 1479) 2011헌바79 위헌소원 사건)

수 없는 때’에 해당한다고 본 판례는 없고, 판례의 기본적인 태도에 비추어 이를 제314조의 예외 사유로 인정하기는 어려워 보인다(예컨대, 만 5세 무렵에 당한 성추행으로 인하여 외상 후 스트레스증후군을 앓고 있다는 등의 이유로 공판정에 출석하지 아니한 약 10세 남짓의 성추행 피해자에 대한 진술조서가 제314조에 정한 예외요건을 갖추지 못하였다고 본 사례로 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결 참조)

사건	쟁점	결론	심사기준
94헌바1	전문증거의 원진술자가 아닌 당해사건 증인에 대한 반대신문권 제한	위헌	명확하지는 않으나 내용상 비례심사를 한 것으로 보임
93헌바26, 97헌바51, 2004헌바45	직접주의와 전문법칙의 일반적인 예외로서, 필요성(출석불능)과 신용성의 보장을 요건으로 한 경우	합헌	대체로 합리성 심사(반대의견은 비례심사)
2011헌바79	전문법칙의 일반적인 예외로서, 신용성의 보장만을 요구하고 필요성(출석불능)을 요건으로 하지 않은 경우	합헌	비례심사
2009헌바57, 2010헌바62	반대신문권의 행사방법에 대한 제한(인적사항 비공개, 피고인 퇴정)	합헌	비례심사

나. 성폭력 피해아동의 2차 피해

(1) 성폭력 피해아동의 2차 피해의 의미

범죄피해자의 2차 피해(secondary victimization)란 범죄행위로 인한 1차 피해를 입은 피해자가, 피해가 구제되어야 할 형사사법절차에서의 부적절한 대응 또는 피해발생에 대한 책임이 피해자에게 전가되거나, 피해발생을 입증하여야 할 책임을 지게 됨으로써 새롭게 입게 되는 피해를 말한다. 특히 성폭력 사건에서 피해자의 진술이 유일하거나 주된 증거로 되는 경우가 많아 피해자의 진술의 신빙성이 수사와 재판에서 핵심적인 쟁점이 되고 심리와 탄핵(검증)이 진술의 신빙성에 집중되는 결과, 2차 피해의 문제는 주로 성폭력 사건에서 중요하게 부각되게 된다.

특히 성에 관한 인식과 자아관념이 형성되는 과정에 있고 방어력이 취약한 아동은 성폭력으로 인하여 지적, 정서적, 사회적, 성적 발달에 보다 더 치명적이고 장기적인 영향을 받게 될 뿐 아니라, 형사사법절차상의 2차 피해에도 보다 쉽게 노출되고 더 큰 후유증을 초래한다.

일반적으로 성폭력 피해자가 수사 및 재판 과정에서 입게 되는 2차 피해는, 충격적인 기억에 관한 반복적인 회상 및 진술의 강요, 전문성 없는 수사관 등에 의한 수사 및 재판과정에서의 비인격적 대우, 범죄와 무관하거나 부적절한 사항에 대한 신문, 주변사람들의 반응과 호기심, 양비론적 비난, 피해 사실과 신상의 공개로 인한 사생활의 침해, 수사 및 재판 과정에서 가해자를

대면하고, 자신의 진술의 신빙성을 공격받게 됨으로써 오게 되는 심리적·정서적 스트레스 등의 요인에 의하여 초래될 수 있다.

(2) 반대신문권의 행사와 관련한 아동의 2차 피해

특히 아동의 법정증언의 경우에는 성인과 비교하여 보다 특수한 문제들이 있는데,⁵⁾ ① 법정에서의 증언은 통상 사건 발생일로부터 수개월 이후에 이루어지게 되는데 증언의 지연은 그 자체가 아동에게 스트레스 요인일 뿐 아니라 성폭력으로 인한 심리적, 정신적 외상(trauma)의 치유에 장애가 되며, 아동의 기억능력의 한계로 말미암아 진술의 정확도에도 부정적 영향을 주게 된다(증언의 지연과 반복). ② 또한 높은 곳에 위치한 법대, 격리된 증인석, 법복의 착용, 다수의 방청객 등 공식적이고 권위적으로 설계된 법정 환경은 그 자체가 아동에게 두려움을 주게 된다(법정환경). ③ 공판의 대심적 구조에 따라 요구되는 피고인과의 직접적인 대면은 아동에게 정서적, 심리적 충격을 가져오며, 그 때문에 오히려 실체적 진실의 발견에서도 전적으로 역효과를 가져올 수 있다(피고인과의 대면). ④ 특히 반대신문이 아동의 진술의 신빙성을 검증하는데 효과적인지는 많은 의문이 있다. 신문절차의 형식성(formality), 사용되는 어휘나 문법적 구조의 생소함, 공격적 성격의 반대신문은 아동에게는 그 이전에 경험해 보지 못한 낯설고 위협적인 것이다. 아동의 발달단계에 맞지 않는 언어에 의하여, 일련의 예비적인 선행질문을 통해 증언의 입장을 고정시킨 다음 예리한 질문으로 진술의 약점을 공격하는 등의 (이른바 노련한) 반대신문 기법은, 피고인에게 적대적인 성인의 증언에 대하여는 효과적일 수 있을지 모르나 아동진술의 신빙성을 검증하는 데는 적합하지 않다(반대신문의 공격적 성격).

(3) 2차 피해 방지를 위한 규정들

이 사건 법률조항은 위와 같이 피해아동에게 2차 피해를 가져올 수 있는 요인 중에서 특히 수사 및 재판 과정에서의 피해자의 반복된 진술과 회상을 방지하고자 하는데 그 목적이 있는 것이다.

그밖에 성폭법, 아동법 그리고 형사소송법은 위와 같은 요인에 따른 성폭

5) 이하, 정진수, 아동증언에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000., 19-30면 참조

력 피해자의 2차 피해를 방지하기 위하여 전담조사제, 심리의 비공개, 피해자의 신원 및 사생활비밀누설금지, 신문사항의 제한, 신뢰관계인 또는 피해자 변호사의 동석, 비디오중계장치에 의한 증인신문, 증거보전의 특례 등의 규정을 두고 있다.

다. 영상녹화물의 증거능력에 관한 외국의 입법례

(1) 외국의 입법례는, 대체적으로 성폭력 피해아동의 진술을 녹화한 영상 녹화물을 증거로 허용하되, 영상녹화물에 의한 진술의 취득 당시에 피고인 또는 변호인의 반대신문권의 행사 또는 참여권이 보장되었을 것을 요건으로 하는 경우(독일, 핀란드, 아일랜드, 미국), 법정에서 피해아동이 영상녹화물의 진술이 진실한 것이라고 진술할 것(캐나다, 영국)을 요구하는 경우로 대별할 수 있다. 적어도 조사된 주요 국가에서, 수사기관과 재판절차를 통틀어 피고인의 참여권 또는 반대신문권의 보장 없이도 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 입법례는 존재하지 않는다.⁶⁾

(2) 미국의 경우 피해아동의 심리적, 정서적 보호를 목적으로 일정 연령 이하의 성폭력 피해아동의 진술에 대하여 전문법칙의 예외규정을 두는 각 주의 입법(이를 ‘child hearsay statue’라 한다)이 있었다. 그 중 37개 주에서 이 사건 법률조항과 같이 피해아동의 영상녹화물에 관하여 전문법칙의 예외를 인정하고 있다.⁷⁾

미연방대법원은 기존에 수정헌법 제6조에 규정된 반대신문권(대면권)의 근거가 전문법칙과 마찬가지로 궁극적으로 증거의 정확성을 담보하는 데 있다는 전제 하에⁸⁾ 수정헌법 제6조의 예외를 인정하는 요건으로 ① 증인이 재

6) 그 이유는 당사자주의가 발달한 영미법계와 전후 미국의 영향을 받은 일본은 물론, 각국 회원국에 대하여 구속력을 갖는 유럽인권규약에서 모두 반대신문권의 보장이 헌법상(규약상) 규정됨으로써 전세계적으로 반대신문권의 보장을 상대적으로 공고화하는 것으로 그 내용이 수렴되고 있기 때문인 것으로 보인다. 설민수, ‘형사재판에서 증언적 전문진술에 대한 반대신문권의 보장과 그 한계,’ 사법논집 52권(2011), 417-418면 참조

7) Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 853(1990), 그 외에도 24개 주에서 일방 폐쇄회로 텔레비전에 의한 증인신문을 허용하고, 8개주에서 양방 폐쇄회로 텔레비전에 의한 증인신문을 허용한다.

8) "The central concern of the Confrontation Clause is to ensure the reliability of

판에서 진술할 수 없을 것(unavailability)과 ② 신용성의 정황적 보장(indicia of reliability)을 요구하고 있었다(Roberts 기준).

‘Roberts 기준’은 성폭력 피해아동의 법정외 진술에 관한 증거능력의 예외를 인정한 위 각 주의 입법 즉 child hearsay statue의 합헌적 근거가 되었다.⁹⁾ 아동증언에 관한 특례규정과 관련된 사안에서 연방대법원은 Roberts 기준을 적용하여, 피해아동의 나이가 어려서 배심원과의 의사소통능력이 없거나, 심리적 외상으로부터 아동을 보호하여야 할 필요성이 있는 경우 위 기준 중 ‘재판에서 증언할 수 없는 경우’에 해당한다고 인정한 다음, 그 진술이 신용성의 정황적 보장(indicia of reliability)이 있었는지 여부를 제반사정(totality of circumstances)을 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다[Idaho v. Wright, 497 U.S. 805(1990); Maryland v. Craig, 497 U.S. 836(1990)].

그런데 2004년 위 Roberts 기준을 폐기하고 모든 증언적 진술(testimonial evidence)에 관하여 예외 없는 대면권(right of confrontation)을 보장하도록 한 Crawford 판결¹⁰⁾이 선고됨으로써 그 위헌성이 다시 문제되는 상황에 이르렀다. Crawford 판결에 의하면 대면권 또는 반대신문권이 보장되어야 하는지 여부는 종전과 같이 그 진술에 신용성의 보장이 있는지 여부에 따라 결정되는 것이 아니라 오로지 그 진술이 증언적(testimonial)인지 여부에 따라 결정된다. 그러나 영상녹화물에 수록된 피해아동의 진술이 증언적 진술에 해당한다는 몇몇 주의 판결이 있으나,¹¹⁾ 현재까지는 위 Crawford 판결로 Wright 판결이 명시적으로 폐기되지는 않았다.

한편, 아동진술이 증언적 진술에 해당한다는 전제에서 Crawford 판결에 의하여 영상녹화물에 관하여 전문증거의 예외가 인정되기 위해서는, 피의자 또는 피고인에게 적절한 반대신문의 기회(prior opportunity of cross-examination)가 제공되어야 한다.

the evidence against a criminal defendant by subjecting it to rigorous testing in the context of an adversary proceeding before the trier of fact.” Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 845(1990)

9) 권창국, ‘성폭력범죄 피해아동 진술의 신뢰성 판단과 피고인의 반대신문권’, 형사정책 21권 2호(2009), 한국형사정책학회, 84면

10) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)

11) State v. Bentley, 739 N.W.2d 296, 300-1(Iowa 2007)

그런데 Crawford 판결이전부터도 미연방법¹²⁾은 아동진술에 대한 영상녹화를 선서녹취서(Videotaped deposition of child) 방식으로 실시하도록 하면서,¹³⁾ ① 법관이 피해아동이 법정 증언 또는 피고인과의 대면으로 심리적·정서적 외상을 입을 가능성이 있는지를 구체적 사건에서 개별적으로 판단하고, ② 피해아동의 진술 중에 피고인의 대변인(변호인)이 동석하여 마치 실제 재판을 진행하는 것과 같이 반대신문을 하도록 할 수 있으며, ③ 피의자가 아동이 진술하는 중에 이를 듣고 관찰할 수 있고, ④ 아동의 진술 중에 피의자는 전자회로 장치 등을 통하여 자신의 변호인과 제한 없이 의사소통하여 의논을 할 수 있도록 하는 방법으로 절차적 권리를 보장하고 있었다.¹⁴⁾

각 주에서도 구체적인 형태는 다르지만 대체로 ①~④와 같은 내용의 피의자의 절차적 권리를 보장하고 있다.

결론적으로 미국에서도 대부분 성폭력 피해아동의 진술을 녹화한 영상녹화물의 증거능력을 인정하고 있지만, 대체로 그 영상녹화물의 취득 과정에서 우리와 같이 수사기관에서 피의자의 참여 없이 일방적으로 작성한 영상녹화물의 증거능력을 인정하지는 않고 있다.¹⁵⁾

(3) 유럽인권재판소는 아동성폭력 사건에서 수사기관에서 재판절차에 이르기까지 피고인에게 피해아동에게 질문할 권리 즉 반대신문권의 보장이 없었던 경우 그러한 진술을 기초로 하여 내려진 핀란드의 판결이 규약에 위반한 것이라고 명시적으로 판시한 바 있다.

12) 18 USCS 3509

13) 선서녹취서(deposition)란 사건의 예외적인 특성으로 인하여 소송에서 사용할 목적으로 장래 증인이 될 수 있는 사람의 진술을 사전에 기록하여 보존하여 두는 것이 정의의 관념에 부합한다고 판단되는 경우 당사자의 신청에 의하여 작성되는 것으로서, 우리의 증인에 대한 증거보전절차와 유사하다.

14) deposition이나 preliminary hearing 단계에서의 반대신문을 행사하였거나 또는 반대신문의 기회에 참여하기를 포기한 경우 Crawford 판결에서 요구되는 반대신문의 기회가 제공된 것이라고 볼 수 있는지는 아직 명백한 판례가 없다. 왜냐하면 이 단계에서 피고인은 자신의 방어전략이 노출되지 않도록 하기 위해서 또는 반대신문을 위한 충분한 능력을 갖추어지지 않아서 반대신문이 충분히 행사되지 못할 가능성이 있기 때문이다. 반찬익, ‘미국법상의 증인대면권에 관하여,’ 재판자료 제119집, 법원도서관, 321면

15) 동지, 김현석, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 개정안에 대한 검토,’ 법원행정처(2003. 11.) 참조

3. 이 사건 법률조항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부

가. 침해 여부가 문제되는 기본권 및 심사기준

(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820). 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355; 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 14; 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226; 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200).

(2) 헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하지는 않았으나 형사소송법 제312조 제4항, 제5항¹⁶⁾에서 공판준비 및 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정함으로써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 이는 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제3항 및 제4항에 의한 공정한 재판을 받을 권리를 구현한 것이다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 362; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 549; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 851).

특히, 진술증거는 진술자의 기억이나 표현에 오류가 개입할 가능성이 크고 또 신문자의 신문방식이나 기술에 따라서 진술자의 의사와 다른 내용이

16) 종래 반대신문권의 형사소송법적 근거로 위 교호신문제도에 관한 형사소송법 제161조의2를 들었으나(“즉 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문권을 명문으로 규정함으로써”), 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법 제312조 제4, 5항에서는 피고인의 반대신문권을 직접적으로 규정하고 있으므로, 기존 설시를 위와 같이 수정함.

전달될 가능성도 큰 것인데, 이를 바로 잡기 위한 기본적 제어장치가 상대방사자의 반대신문권이다. 공소사실에 부합하는 진술증거는 그것이 불리한 자의 면전에서 이루어지고 또 반대신문에 의한 탄핵을 거침으로써 진술내용의 모순이나 불합리가 드러나 비로소 진정한 증거가치를 가질 수 있는 것이며, 이러한 검증을 거치지 않았거나 그러한 기회가 부여되지 아니한 진술증거에 대하여 당연한 증거능력을 부여하는 것은 범인필벌의 기능에만 치중한 것으로서 실제적 진실발견에 중대한 지장을 초래할 수도 있다. 이에 형사소송법은 반대신문권의 행사를 실질적·적극적으로 보장하기 위하여 제310조의2 이하에서 증거능력 부여과정에서도 전문증거의 증거능력을 제한하기에 이르고 있는 것이다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2 808, 827-829 참조).

원진술자인 피해자의 법정진술 없이도 전문증거인 영상녹화물의 증거능력을 인정함으로써 반대신문권의 행사를 통한 피고인의 방어권의 행사를 제한하는 이 사건 법률조항은 헌법 제27조가 정한 재판청구권 그 중에서도 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 제한하고 있는 것이므로, 그 제한이 헌법적 한계를 일탈한 것인지 여부가 문제된다.¹⁷⁾

(3) 심사기준

헌법재판소는 이 사건 직전에 선고된 헌재 2013. 10. 24. 선고 2011헌바79 결정에서 반대신문권 제한으로 인한 공정한 재판을 받을 권리에 대한 침해 여부에 대한 심사기준으로 엄격한 과잉금지심사를 채택한 바 있다. 헌법재판소는 이 사건에도 동일한 심사기준을 적용하였다.

나. 위헌 여부

(1) 다수의견

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항의 입법목적은, 성폭력범죄 피해아동이 법정에서 반복하

17) 직접주의와 전문법칙의 예외를 규정한 형사소송법 제312조 제1항, 제314조가 공정한 재판을 받을 권리를 제한한다고 보고 위헌심사를 한 선례가 다수 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558; 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45, 판례집 17-2, 712 참조).

여 피해경험을 진술함으로써 입을 수 있는 심리적·정서적 외상과 충격으로부터 피해아동을 보호하려는 것으로서 그 정당성이 인정된다. 그리고 영상녹화물에 대한 증거능력의 특례로 피해아동에 대한 법정에서의 조사와 신문을 최소화할 수 있도록 한 것은 목적을 달성하기 위해 적절한 수단이다.

(나) 피해최소성 및 법익균형성

이 사건의 쟁점인, 이 사건 법률조항이 피고인의 방어권을 지나치게 제한하여 기본권 제한 입법이 갖추어야 할 피해최소성 및 법익균형성의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 다수의견은 다음과 논거로 위 조항의 합헌성을 인정하였다. 한편 다수의견은 피해최소성과 법익균형성 위배 여부의 판단기준으로서 ① 이 사건 법률조항이 피고인의 반대신문권을 제한하는 정도와 ② 피고인에게 대체적인 방어수단이 존재하는지 여부, ③ 위 조항의 규율 대상인 영상녹화물이 증거방법으로서 갖는 성격과 ③ 그것이 피고인의 방어권에 미치는 실질적인 영향 그리고 ④ 피고인의 반대신문권을 보장하면서 입법목적 달성할 수 있는 다른 대체적인 수단이 있는지 여부를 제시하였다. 위 기준에 따른 이 사건 법률조항의 합헌성에 대한 구체적인 논거는 다음과 같다.

1) 이 사건 법률조항은 피고인의 형사절차상 권리의 보장과 성폭력범죄 피해아동의 보호 사이의 조화를 도모한 규정일 뿐, 피고인의 피해아동에 대한 반대신문을 금지하고자 하는 조항이 아니다. 즉 법원은 영상녹화물에 수록된 진술의 신빙성이나 구체성, 사건의 내용, 피해아동의 연령과 출석의지, 피고인 주장의 합리성 등 실체적 진실 발견과 피해아동의 보호를 포함한 제반 사정을 고려하고 관련된 이익을 비교하여, 형사소송법 제294조, 제295조에 따라 원진술자인 피해아동을 피고인 및 변호인의 신청 또는 직권으로 증인으로 소환하여 신문할 수 있다. 이 경우 피고인 및 변호인은 형사소송법 제161조의2, 제163조에 따라 증인신문에의 참여권과 신문권 등이 보장되므로 이 사건 법률조항이 피고인의 반대신문권을 본질적으로 제한하고 있다고 볼 수는 없다. 그리고 위와 같은 제반사정을 고려한 법원의 증인채택결정에도 불구하고 피해아동이 법정에서 출석하지 아니하여 반대신문권이 행사되지 못하였다면, 법원은 영상녹화물에 대한 증명력의 판단에서 그러한 사정을 적

절히 고려할 수 있다.

2) 또한 이 사건 법률조항에 따라 영상녹화물의 증거능력이 인정되기 위해서는 최소한 동석한 신뢰관계인이 성립인정에 관한 진술을 하도록 하고 있으므로, 피고인은 그 신뢰관계인을 통하여 영상 녹화 당시의 피해아동의 진술 태도, 진술의 경위와 내용 등 영상녹화물에 수록된 진술의 증거능력 및 증명력 판단에 필요한 사정들을 1차적으로 탄핵할 수 있는 대체적인 방법이 마련되어 있다. 그리고 이러한 대체적인 방법에 의하여 그 진실성이 쉽사리 판단되지 않을 때 비로소 피해아동에 대한 신문은 행하여도 늦지 않다.

3) 나아가 법정 신문에 대신한 영상녹화물을 통한 증거조사가 반드시 소극적 실체적 진실발견이라는 관점에서 피고인에게 불리한 것이라고 단정할 수 없다. 연령에 따라 정도의 차이는 있으나 아동과 청소년은 기억과 인지능력의 한계로 말미암아 유도신문과 암시적 질문 등 부적절한 신문방법에 의하여 그 기억과 진술이 왜곡될 가능성이 성인에 비하여 크고, 질문의 사회적·법적 의미를 이해하여 이를 표현해 내는 능력 또한 성인에 비하여 떨어지는 것이 일반적이다. 따라서 전문성 없는 피고인 또는 변호인에 의한 반대신문은 피해아동에게 2차 피해를 초래할 수 있을 뿐 아니라 그것이 종국적으로 목적하는 진술의 진실성을 밝혀내는 데에도 큰 한계가 있다. 그러므로 성폭력범죄 피해아동에 대하여는, 거칠고 날선 법정에서의 반대신문보다는 사건 초기의 생생한 기억 속에서 이루어진 진술을 영상녹화의 방법으로 왜곡 없이 온전하게 보전한 다음, 이를 아동진술전문가나 심리학자 등으로 하여금 전문적·과학적 방법으로 분석하게 하여 그 신빙성을 검증하는 것이 피고인의 무고함을 밝힌다는 의미에서 실체적 진실의 발견에 더욱 효과적일 수 있다. 한편 진술의 취득과정 자체가 고스란히 담긴 영상녹화물은 질문자의 부적절한 암시나 잘못된 정보제공·반복적인 질문을 통한 유도신문, 진술의 강요나 회유 등이 있었는지 여부 등 영상녹화가 아니고서는 쉽게 드러나지 않는 아동진술의 신빙성 판단에 필요한 요소들(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 참조)을 그대로 보여준다는 점에서, 피고인은 이를 통하여 피해아동 진술의 신빙성을 충분히 탄핵할 수 있다.

4) 또한 이 사건 법률조항에 의하여 전문법칙의 예외가 인정되는 것은 일

반적인 진술조서나 진술서가 아닌 ‘영상녹화물’에 한하는 것이다. 영상녹화물은 진술이 이루어지는 당시의 시각적 장면과 음성을 기술적으로 거의 완전하게 재생할 수 있고, 그 진술의 취득과정 자체와 이른바 ‘태도증거(demeanor evidence)’에 해당하는 진술자의 진술태도 및 언어의 미묘한 차이가 고스란히 드러나게 되므로, 그 성립과정에서의 왜곡이 없는 한 통상의 전문증거에 비하여 반대신문에 의한 검증의 필요성이 상대적으로 적다고 할 수 있다.

5) 다음으로 이 사건 법률조항 외에 성폭력범죄 피해아동의 2차 피해 방지를 위한 대안으로 생각할 수 있는 비디오 등 증거장치에 의한 신문이나 피고인의 퇴정 조치, 신뢰관계인의 동석 제도 등은 가해자와의 직접적인 대면으로 인한 피해아동의 충격과 공포감을 완화시키는 데 다소 도움이 될 수 있지만, 피해아동이 과거의 끔찍한 피해경험에 대한 반복적인 회상을 강요받게 되는 것을 막을 수는 없다. 또 피해아동이, 피고인의 이익을 위하여 자신의 진술이 거짓임을 탄핵하는 것을 본질적인 목적으로 하는 반대신문의 거친 공격 앞에 놓이게 되는 것 역시 피할 수 없게 되므로, 피해아동에 대한 2차 피해를 막는 대안으로서는 한계가 있다고 하지 않을 수 없다.

6) 마지막으로, 이 사건 법률조항은 그 적용대상을 만 19세 미만의 아동·청소년 대상 성폭력범죄로 함으로써 실질적으로 성인이 아닌 모든 미성년의 성폭력 피해자를 보호대상으로 삼고 있다. 그런데 청소년 역시 심리적·정서적으로 아직 미성숙하고, 특히 감수성이 예민한 시기에 있어 성폭력범죄 및 그에 따른 2차 피해로 인해 보다 장기적이고 심각한 영향을 받을 우려가 있는 점, 더욱이 이 연령대의 청소년이 대부분 학령기에 있으므로, 성폭력피해 후 반복적인 사법절차에의 관여는 학업에 대한 부적응, 또래들 사이의 부정적인 소문의 확산 등으로 인해 그 피해가 증폭될 위험이 있는 점, 그리고 위와 같은 증거능력 특례의 적용범위는 관련 법률의 수차 개정으로 만 13세 미만의 아동에서부터 16세 미만의 아동으로 확대되었다가 현재에 이르게 되었는데, 이는 아동·청소년 대상 성범죄로부터 기존 법률로 포섭되지 않던 연령의 청소년에 대한 보호 필요성이 경험적으로 강하게 대두된 데 따른 입법적 결단이었던 점 등을 감안해 볼 때, 위와 같은 적용범위의 확대가 보호

대상인 피해아동의 범위를 부당하게 확대한 것이라고 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 침해최소성 및 법익균형성의 원칙에 위배된다거나, 피해아동의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하고 있다고 볼 수 없다.

(2) 소수의견

이에 대하여 소수의견은, 반대신문권의 보장이 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용임을 강조하면서 “자신이 탄핵할 기회를 부여받지 못한 피해자의 일방적인 진술만을 근거로 유죄의 판결을 받을 수 있도록 하는 것은, 우리 헌법이 보장한 공정한 재판을 받을 권리와 적법절차의 원칙으로부터 요청되는 최소한의 공정성과 절차적 정의를 갖추지 못한 것이므로 원칙적으로 허용될 수 없다”고 선언한 다음, 아래와 같이 이유에서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 판단하였다.

(가) 반대신문권 보장의 헌법적 의의

반대신문권의 보장이 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용으로 이해되는 이유는, 전문증거의 내용이 되는 진술증거는 불완전한 인간의 지각과 기억에 기초한 것일 뿐 아니라 그 표현과 전달에 잘못이 있을 수 있고 또 신문자의 신문방식에 의해서도 진술자의 원래 의사나 기억과 다른 내용이 전달될 가능성도 커서 본질적으로 오류 가능성이 큰 증거방법이므로, 반대신문에 의한 탄핵을 거쳤을 때에만 비로소 진정한 증거로서의 가치를 가질 수 있고, 이러한 검증을 거치지 않은 증거는 실제적 진실발견에 중대한 지장을 초래할 수 있다는 점에 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2 808, 827-829 참조). 나아가 절차적 정의의 측면에서도, 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 자신에게 불리한 진술을 한 증인을 직접 대면하고 물어볼 기회를 가짐으로써 그 재판에 대한 형성과 참여가 보장되었을 때에만 비로소 그 불리한 증언을 기초로 한 형사처벌을 수용할 수 있는 절차적 정당성이 확보될 수 있는 것이다.

(나) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 아동은 질문자에 의한 암시에 취약하고, 상상과 현실을 혼동하거나 기

억내용의 출처를 제대로 인식하지 못할 가능성이 성인에 비하여 강하다는 점에서(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 등 참조), 아동진술은 증거의 성질상 반대신문에 의한 검증을 거쳐야만 할 강한 필요성이 있으며, 피고인에게 이를 보장하는 것이 불가능하지도 않음에도, 이 사건 법률조항은 피해아동의 보호라는 적극적인 목적을 위해 이를 제한하고 있다.

물론 성폭력범죄 피해아동이 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 이러한 범죄와 관련한 형사소송절차를 형성함에 있어 포기할 수 없는 중요한 가치이기는 하지만, 그것만이 고려되어야 할 유일한 목적일 수는 없고, 우리 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 피고인의 방어권과 조화와 균형을 이룰 때에만 그 합헌성을 인정받을 수 있는 것이다.

2) 이러한 관점에서 보건대, 우선 이 사건 법률조항이 피고인의 반대신문권을 제한하여 오로지 피해자의 일방적인 진술만을 기초로 피고인에 대한 유죄판결이 가능하도록 하고 있는 것은 성폭력범죄 피해아동의 보호라는 입법목적의 중대성을 감안하더라도 그 제한을 정당화할 만한 부득이한 사정이 있다거나 입법목적의 달성을 위한 합리적이고 적절한 수단이 된다고 보기 어렵다. 왜냐하면, 반대신문권 보장의 의의가 앞서 본 바와 같이 실제적 진실의 발견을 위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고, 재판결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데에 있는 것이라면 이를 배제한 일방만의 보호는, 실제적 진실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없으며, 그 재판 결과를 피고인에게 설득할 수도 없는 것이기 때문이다.

또한 피고인의 반대신문권을 완전히 박탈하지 않으면서도 피해아동의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에 비로소 기본권 제한입법에 요구되는 침해최소성의 요건이나 법익균형성의 요건에 부합할 수 있을 것인데, 우리 법령은 이미 그러한 방법으로, 심리의 비공개(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제31조), 피해자의 신원 및 사생활에 관한 비밀의 누설 금지(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제31조), 전담 재판부에 의한 심리(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제28조), 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문(형사소송법 제165조의2 제2호), 신뢰관계인의 동석(아동·청소년의

성보호에 관한 법률 제28조), 피해아동을 위한 변호사 선임(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제30조), 진술조력인의 재판과정 참여(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제37조), 피해아동에 대한 부적절한 신문사항의 제한(성폭력범죄 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제2조 제2항) 등 성폭력범죄 피해아동의 보호를 위한 여러 가지 장치를 마련해 두고 있다.

그리고 반복적인 피해상황의 진술로 인한 2차 피해를 방지하기 위해서라면, 영상녹화 대신 형사소송법 제184조 제1항의 증거보전절차를 사건 초기에 적극적으로 활용하는 방법으로 피고인의 반대신문권을 보장하면서도, 이 사건 법률조항의 입법목적은 달성할 수 있을 것이다.

나아가, 이 사건 법률조항은 만 19세 미만의 아동·청소년에 대하여 일률적으로 피고인의 반대신문권 행사를 제한하고 있는데, 나이 어린 아동과 성인에 가까운 청소년 사이에는 인지적, 정서적, 사회적, 성적 발달의 정도와 그에 따른 법정 신문 제한의 필요성에 현저한 차이가 있는데도, 성인과 거의 다를 바 없는 만 19세에 가까운 청소년에 대해서까지 일률적으로 반대신문권 행사를 제한한 것은 입법목적의 달성에 필요한 범위를 넘어선 과도한 제한이라고 하지 않을 수 없다.

결국 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 성폭력범죄 피해아동을 보호할 수 있는 조화적인 방법이 있는데도, 19세 미만의 모든 성폭력범죄 피해아동에 대하여 일률적으로 반대신문권을 배제하는 방법을 택한 이 사건 법률조항은 침해최소성이나 법익균형성의 요건을 갖추었다고 할 수 없다.

3) 한편 다수의견은 피고인은 여전히 피해아동을 증인으로 신청할 수 있고, 법원이 피고인의 방어권과 피해아동 보호의 이익을 형량하고 제반사정을 고려하여 위 신청에 따라 또는 직권으로 피해아동을 증인으로 채택할 수 있기 때문에, 이 사건 법률조항이 피고인의 방어권을 본질적으로 침해한다거나 과잉금지원칙에 위배되는 것이 아니라고 한다.

그러나 피해아동에 대한 피고인의 증인신청이 반드시 받아들여진다거나 이미 자신의 진술에 증거능력을 부여받은 피해아동이 법정에서 반드시 출석하리라는 보장이 없으므로, 피고인은 여전히 자신이 탄핵할 기회를 갖지 못한 피해자의 일방적인 진술에 의하여 유죄를 선고받을 수 있는 위협에 놓여 있

게 된다. 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 반대신문권의 보장은, 반대신문을 기대할 수 있는 단순한 가능성의 부여가 아니라 반대신문을 위한 충분하고도 적절한 기회의 부여를 의미하는 것이며, 여기에는 그 행사의 전제가 되는 원진술자의 법정 출석이 제도적으로 보장될 것이 전제되는 것이다. 법원의 재량에 의하여 비로소 부여되는 권리는 ‘보장’되고 있는 것이 아니다.

또한 다수의견은 동석한 신뢰관계인에 대한 반대신문을 통하여 영상녹화물의 증거가치를 탄핵할 수 있는 기회를 부여하고 있다고 하나, 피해아동과 동석한 신뢰관계인은 탄핵 또는 검증의 대상이 되는 진술의 원진술자가 아닐 뿐 아니라 그 신뢰관계인이 사건을 직접 경험하거나 목격한 사람도 아니므로, 신뢰관계인의 진술은 영상녹화물의 원진술자인 피해아동에 대한 반대신문을 대체하는 수단으로서 아무런 의미를 가질 수 없다.

나아가 영상녹화물이 진술 당시의 모습을 기계적으로 재현함으로써 소극적 실체적 진실의 발견이라는 측면에서 피고인에게 불리한 증거방법이라고 볼 수만은 없다는 다수의견의 견해에 관하여 본다.

진술의 자연스러운 최초의 발화 과정을 포착하는 것이 아니라 사후적인 수사 과정에서 피고인 또는 변호인의 참여와 감시 없이 만들어진 영상녹화물이 전체적인 진술의 형성 과정에 있어 왜곡의 가능성이 없다고 보기 어려울 뿐 아니라, 영상녹화물이 갖는 기계적·시각적 재현이라는 특성이 오히려 그와 같은 왜곡 가능성을 은폐할 수 있다는 점에서, 영상녹화물이 과연 반대신문에 의한 검증과 탄핵의 필요성이 상대적으로 적은 증거방법이라고 볼 수 있는지 의문이다. 그리고 바로 이러한 위험성 때문에 우리 형사소송법은 원칙적으로 영상녹화물을 조서의 성립인정에 관한 자료로 사용할 수 있도록 하고 있을 뿐 이를 공소사실의 입증을 위한 본증으로 사용할 수 있도록 규정하고 있지는 아니한 것이다.

4) 마지막으로 성폭력범죄 피해아동의 보호가 어느 나라에서나 예외 없는 중대한 관심사임에도 불구하고, 미국, 일본, 독일, 영국 등 주요 국가 가운데 수사와 재판 과정을 통틀어 반대신문의 기회를 전혀 부여받지 않은 영상녹화물에 증거능력을 인정하는 입법례가 존재하지 않음은, 피고인에 대한 반대신

문권의 보장이 포기할 수 없는 근본적인 공정성의 요소임을 보여주는 것이다.

5) 결론적으로 이 사건 법률조항은 피해아동의 보호만을 앞세워 공정한 재판을 받을 권리에서 도출되는 가장 중요한 형사절차상의 권리인 피고인의 반대신문권을 박탈하여 공정한 재판을 받을 권리로부터 요구되는 최소한의 절차적 정의를 갖추지 못한 것으로서, 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권 제한입법이 준수하여야 할 과잉금지원칙에 위배되므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

4. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 이 사건과 더불어 최근 반대신문권의 보장의 헌법적 의의에 관한 중요한 판례를 잇달아 선고하였다(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바79, 공보 205, 1479 참조).

헌법재판소는 위 2011헌바79 사건에 이어서 이 사건에서는 반대신문권의 보장이 공정한 재판을 받을 권리에서 차지하는 헌법적 가치를 다시 한 번 확인하면서 그와 동시에 성폭력 피해아동의 보호라는 중차대한 공익과의 형량을 두고 치열한 논쟁을 전개하였다.

반대신문권의 보장은 미국, 일본, 유럽인권규약 등에서 공통적으로 이를 헌법적 차원에서 규정하고 있는 점에서 알 수 있듯이 단순한 형사소송법적 권리가 아니라 근원적인 정의의 요청에서 나오는 적법절차원칙의 핵심에 속한다고 할 것이다. 그러나 그것 역시 다른 헌법상의 기본권과 마찬가지로 다른 한편에서 결코 포기될 수 없는 제3자의 기본권 또는 헌법적 가치와 갈등하기도 한다. 이 사건에서 보여준 이러한 갈등에 대한 헌법재판소의 해결방식과 반대신문권 보장에 관하여 다수의견과 소수의견 모두가 보여준 통찰은 형사절차에서의 적법절차와 국민의 기본권이 문제되는 사건들에서 중요한 선례로서 역할하게 될 것으로 보인다.

민법 제651조 제1항 위헌소원

- 임대차존속기간을 20년으로 제한한 민법 규정이
헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바234, 판례집 25-2하, 649)

김 소 연*

【판시사항】

임대차존속기간을 20년으로 제한한 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 계약의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제651조(임대차존속기간) ① 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차의 경우를 제한 외에는 임대차의 존속기간은 20년을 넘지 못한다. 당사자의 약정기간이 20년을 넘는 때에는 이를 20년으로 단축한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 ○○역사건물 4,420평에 관하여 기간 30년, 임대료 750억 원으로 정하여 임대하는 내용의 임대차계약을 체결하였는데, 임차인은 위 임대차계약 기간 중 20년이 넘는 부분은 강행법규인 민법 제651조 제1항에 위반되어

* 헌법연구관

무효라고 주장하며 임대료 중 20년이 넘는 기간에 해당하는 부분의 반환을 구하는 소를 제기하였고, 위 소송 계속 중 임대인인 청구인은 민법 제651조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

가. 임차물의 가치 훼손을 막기 위하여 무조건 임대차존속기간을 20년으로 제한하는 입법은 현대 건축기술의 발전을 전혀 반영하지 못하는 불합리한 수단이고, 임차물이 훼손될 가능성이 없는 경우에도 임대차존속기간의 예외를 인정하지 않는 것은 침해의 최소성과 법익균형성에 반하여 임대인의 재산권과 계약의 자유를 침해한다.

나. 동일한 건축물이라 하더라도 ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’ 또는 ‘장기공공임대주택 입주자 삶의 질 향상 지원법’에 따라 국가 또는 지방자치단체에, 또는 국가 또는 지방자치단체가 임대를 하는 경우에는 30년 이상을 임대할 수 있는데, 사인이 민법상 임대를 할 경우에는 20년 이하로밖에 할 수 없도록 하는 것은 불합리한 차별로 평등원칙에 반한다.

【결정요지】

임대차계약을 통하여 합리적이고 효과적인 임차물 관리 및 개량방식의 설정이 가능함에도 불구하고, 임대인 또는 소유자가 임차물의 가장 적절한 관리자라는 전제하에 임대차의 존속기간을 제한함으로써 임차물 관리 및 개량의 목적을 이루고자 하는 것은 임차물의 관리소홀 및 개량미비로 인한 가치 하락 방지라는 목적 달성을 위한 필요한 최소한의 수단이라고 볼 수 없다.

이 사건 법률조항은 제정 당시에 비해 현저히 변화된 현재의 사회경제적 현상을 제대로 반영하지 못하는 데 그치는 것이 아니라, 당사자가 20년이 넘는 임대차를 원할 경우 우회적인 방법을 취할 수밖에 없게 함으로써 사적 자치에 의한 자율적 거래관계 형성을 왜곡하고 있다. 토지임대차의 경우, 건고한 건물 소유 목적인지 여부에 따라 이 사건 법률조항의 적용 여부에 차이를 두는 것은, 소유건물이 건고한 건물에 해당하는지 여부가 불분명한 경

우도 있어 이에 대한 분쟁이 유발될 수 있을 뿐 아니라, 건축기술이 발달된 오늘날 견고한 건물에 해당하는지 여부가 임대차존속기간 제한의 적용 여부를 결정하는 기준이 되기에는 부적절하다. 또한 지하매설물 설치를 위한 토지임대차나 목조건물과 같은 소위 비건고건물의 소유를 위한 토지임대차의 경우 이 사건 법률조항으로 인해 임대차기간이 갱신되지 않는 한 20년이 경과한 후에는 이를 제거 또는 철거해야 하는데, 이는 사회경제적으로도 손실이 아닐 수 없다.

이 사건 법률조항은 입법취지가 불명확하고, 사회경제적 효율성 측면에서 일정한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 과잉금지원칙을 위반하여 계약의 자유를 침해한다.

재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대이견

이 사건 법률조항은 부동산 관리 소홀 및 개량 미비에 따른 사회경제적 손실을 방지하기 위한 것으로서, 사정 변경에 따라 계약의 재검토 기회를 당사자에게 부여한다는 의미도 가지고 있으므로, 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

국가가 그 영역 안에 있는 물건을 보전하고 개량하여 사회경제적 손실을 막기 위한 목적으로 임대차계약기간을 제한하는 경우, 그 상한을 어떻게 정할 것인지는 입법형성의 영역이다. 비록 당사자가 장기 임대차계약을 원하는 경우 우회적인 방법을 취해야 하는 불편함은 있으나 그러한 사정만으로도 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼 수 없고, 10년의 범위 안에서 횡수에 제한 없이 임대차계약을 갱신할 수 있으므로 침해의 최소성이나 법익균형성원칙을 위반한 것이라고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 어긋나 임대인의 계약의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

【해 설】

1. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 임대차의 존속기간을 20년으로 제한한 민법 제651조 제

1항이 계약의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다. 이 사건 법률조항은 1958. 2. 22. 법률 제471호로 민법이 제정된 이래 이 사건 심판당시까지 계속되고 있던 조항인바, 우선 이 사건 법률조항의 입법경위를 통해 입법취지를 도출하고 그 입법취지가 정당한지, 그것이 정당하다 하더라도 이 사건 법률조항에 의한 계약의 자유 제한이 헌법적 한계를 지키고 있는지 살펴보기로 한다.

2. 이 사건 법률조항의 입법경위

1954. 10. 26. 정부제출안으로 국회에 제출된 민법안은 제641조에서 “건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 토지임대차의 기간은 석조, 석회조, 연와조 및 이와 유사한 것에는 30년, 그 외의 건물에는 15년, 공작물에는 5년 미만으로 하지 못한다.”고 하고, 제642조에서 “식목, 채염을 목적으로 한 토지임대차의 기간은 30년, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간은 10년 미만으로 하지 못한다.”고 하면서, 제643조에서 “전이조(前二條)의 임대차기간을 정하지 아니하거나 그 기간보다 짧은 기간을 정한 때에는 그 기간은 전이조(前二條)의 제한기간의 최단기간으로 한다.”고 하여, 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 토지임대차 및 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차에 대하여 최단기를 제한하도록 입안되었다.

그런데 이에 대한 심의를 담당한 민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회는, 제641조 내지 제643조는 거의 지상권에 있어서의 존속기간에 관한 규정과 유사하여 지상권에 비하여 단기간성을 가진 임대차의 성질에 적합하지 아니할 뿐 아니라 이러한 규정을 창설하면 임대인에 대한 불이익과 구속이 과대하여 토지를 용이하게 타인에게 임대하지 않는 경향을 조성할 염려가 있으므로 특히 장기간을 요하는 경우에는 당사자가 지상권설정의 방법을 취할 것이라는 실정을 고려하여 이 사건 법률조항과 같은 내용으로 수정안을 제시하면서, 다만 이를 갱신할 때에 그 기간이 갱신한 날로부터 20년을 넘지 못하도록 하였다. 이후 국회의 의결을 통해 갱신기간을 10년으로 수정한 현행과 같은 조항이 제정되기에 이르렀다.

이상의 입법경위를 살펴볼 때, 이 사건 법률조항 제정 당시에는 주로 토

지임대차만을 염두에 두고, 당사자가 장기간 사용할 필요가 있을 경우 지상권을 설정할 것이고, 토지임대차의 최단기를 규정하는 것은 토지임대인에게 지나치게 불리하다는 고려하에 입법을 하게 된 것으로 보인다. 즉, 토지임대차에 대하여 최단기를 규정하지 않음으로써 최단기를 강제함에 따라 나타날 수 있는 토지임대인에 대한 지나친 불이익을 없애고자 한 것이다.

그런데 건물 기타 공작물 임대차나 동산 임대차(이하 ‘건물 등 임대차’라 한다) 및 견고하지 않은 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차와 관련하여 역시 임대차의 최단기 제한은 두지 않으면서 최장기간을 20년으로 제한한 취지에 대하여는 국회의 입법과정에서 토의되거나 검토된 사항을 확인할 수 없다.

한편, 민법안심의록에 의하면 참조한 외국입법례로 일본 차지법 제2조를 들고 있는데, 당시 일본 차지법 제2조는 석조, 토조, 연와조 또는 그와 유사한 견고한 건물의 소유를 목적으로 할 때는 60년, 기타 건물(비견고건물)의 소유를 목적으로 할 때는 30년으로 정하고(구 차지법 제2조 제1항 본문), 당사자가 존속기간에 관하여 특별한 합의를 하지 않은 경우에는 법정존속기간(30년 또는 60년)이 적용되나, 그 기간 내에 건물이 후폐된 경우에는 차지권은 그 시점에 소멸하는 것으로 규정하였고(동 조항 단서), 다만 당사자가 계약으로 견고건물에 관하여 30년 이상, 비견고건물에 관하여 20년 이상의 존속기간을 약정한 경우에는 그 약정기간을 차지권의 존속기간으로 하는 것으로 하였다(동법 제2조 제2항). 이러한 일본 입법례는 우리 민법 제651조 입법시 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차에 대하여 기간제한을 두지 않은 데 영향을 미친 것으로 보인다. 다만 주목할 점은 구 차지법에서 견고한 건물과 비견고 건물로 나누어 규정하던 것을 오늘날 건축기술의 발달로 구별의 합리적 이유가 없다는 이유로 현행 차지차기법에서는 차지권에 관하여 이러한 구분을 폐지하였다는 점이다.

3. 판례에 나타난 입법목적

이 사건 법률조항이 제정된 후 45년이 지난 2003. 8. 22. 선고된 대법원판

결(2003다19961)에 의하면, 이 사건 법률조항의 입법취지가 “너무 오랜 기간에 걸쳐 임차인에게 임차물의 이용을 맡겨 놓으면 임차물의 관리가 소홀하여지고 임차물의 개량이 잘 이루어지지 않아 발생할 수 있는 사회경제적인 손실을 방지하는 데에 있다”라 하고 있다.

그런데 2003년 이전에는 이 사건 법률조항의 입법취지를 밝힌 대법원 판례가 없었으므로, 제정 당시의 임대인 보호라는 입법취지가 사회경제적 사정의 변화에 따라 변한 것인지, 아니면 입법 당시에도 이러한 입법취지가 있었던 것이라고 볼 것인지 문제된다.

앞서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항 제정 당시에는 토지임대차에 대하여 너무 장기간의 임대차를 강제할 경우 임대인에게 과하다는 우려와 필요한 경우 지상권으로 대체할 수 있다는 고려 하에 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차, 식목, 채염 목적의 토지임대차에 대하여 기간의 제한을 두지 않기로 하고, 그 외에는 최단기가 아니라 최장기의 제한을 둔 것이므로, 제정 당시에는 건물임대차에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않았던 것으로 보인다.

이 사건 법률조항의 입법취지를 분석함에 있어 문제가 되는 부분은 ① 건물 기타 공작물, 동산 임대차와 ② 견고하지 않은 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차이다. 그런데 ①에 대하여는 제정 당시 입법취지를 분명히 밝힌 바가 없는데, 위 2003다19961 대법원판결은 부친역사백화점 상가의 임대차가 문제된 사안으로, 대법원이 밝힌 입법취지는 실질적으로 상가건물 임대차를 염두에 둔 것으로 봄이 타당하다.¹⁾ 사실 ②부분은 그 입법취지가 임대인 보호를 위한 것이든, 사회경제적 손실 방지를 위한 것이든 그다지 큰 문제가 되어 보이지 않는다.

그러므로 이 사건 법률조항의 입법취지가 사회경제적 사정의 변화에 따라

1) 참고로 위 대법원 판결의 원심판결인 서울고등법원 2003. 3. 26. 선고 2002나17656 판결을 보면 “위 규정의 입법취지는 너무 오랜 기간에 걸쳐 임차인에게 임차물의 이용을 맡겨 놓으면 관리가 소홀하여지고 임차물의 개량이 잘 이루어지지 않아 발생할 수 있는 사회경제적인 손실을 방지하는 데에 있다고 보여지는데……이 규정의 입법취지가 앞에서 본 바와 같이 사회경제적 손실을 방지하는데 있는 것으로 반드시 임대인의 이익만을 위한 것으로 볼 수 없고……”라고 판시하고 있고, 이러한 판단은 대법원에 의해 확인되었다.

변한 것이 아니라, 입법 당시에는 미처 생각하지 못했던 부분을 (주로 상가 건물 임대차와 관련하여) 대법원이 밝혀준 것이라고 보는 것이 타당하다. 문제는 이러한 입법목적 달성을 위하여 20년의 기간을 강제하는 것이 필요한 최소한의 수단인지 여부이다.

4. 입법례

가. 일본

(1) 일본은 임대차의 법률관계를 이원적으로 규율하고 있다. 즉, 민법에 일반적인 임대차에 관한 규정이 있으나, 차지차가법²⁾이 건물소유를 목적으로 한 지상권 및 토지임차권(차지권)의 존속기간과 그 효력, 건물임대차(차가계약)의 계약갱신과 그 효력 등을 규율하는 특별법이기 때문에³⁾ 건물소유를 목적으로 하는 지상권 및 토지임차권(차지권)과 건물의 임차권(차가권)에 대해서는 일본 민법상의 지상권·임차권 규정이 적용되지 않고 특별법인 차지차가법에 의하여 규율된다.

차지차가법은 그 적용범위를 설정함에 있어서 차가(借家)의 개념정의에 포섭되는 판단기준을 명확하게 제시하지 않고 있다. 다만 판례는 건물의 일부라도 칸막이 등에 의하여 다른 부분과 구획되고, 독점적·배타적 지배가 가능한 구조와 규모를 가지는 경우에는 차지차가법상의 건물에 해당된다고 한다.⁴⁾ 일본의 학설 및 판례는 당해 건물의 범위에 주거용은 물론이고 영업용 건물도 그 대상이 되는 것으로 이해하고 있다.⁵⁾

(2) 일본 민법 제604조 제1항은 “임대차의 존속기간은 20년을 초과할 수 없다. 계약에 이보다 장기간을 정하였더라도 그 기간은 20년으로 한다.” 제2항은 “임대차 존속기간은 갱신할 수 있다. 단, 그 기간은 갱신시로부터 20년을 초과하지 못한다.”고 규정하여 우리나라와 유사하다. 당초 일본 민법전의

2) 1991년 제정된 차지차가법은 1909년에 제정된 ‘건물보호에 관한 특별법’, 1921년에 제정된 차지법과 차가법을 통합·계수한 것이다.

3) 차지차가법 제1조; 김성욱, “일본 차지차가법의 시사점과 도입가능성에 관한 고찰”, 동북아법연구 제5권 제1호(2011. 5.), 104면 참조

4) 最判 昭和42·6·2民集 21卷 6號 1433면.

5) 我妻榮, 채권각론, 岩波書店, 1978, 510면

입법자는 건물소유를 목적으로 하는 경우 지상권이 이용될 것이라고 예상하였다.⁶⁾ 그러나, 실제로는 지상권이 설정되는 예가 극히 적었고, 당시 임대인과 임차인의 빈부 차이가 현저한 상황에서 단기간의 임대차계약을 설정하는 경우가 많아 임차인의 법적 지위를 보호하는 것이 곤란하였으며, 단기임대차계약으로 인하여 내구연한이 긴 건물을 짓는 것을 꺼린다거나 그로 인한 도시발달의 기초를 저해한다는 비판이 제기되었다. 이에 1921년 임차권의 존속기간에 관한 민법의 원칙을 근본적으로 수정하여 건물소유를 목적으로 하는 지상권 및 토지임차권(차지권)의 존속기간을 장기화하는 차지법과 건물임차인(차가인)의 보호를 목적으로 하는 차가법을 제정하였고, 차지법과 차가법은 1991년 차지차가법으로 통합되었다.

(3) 차지차가법은 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임차권의 최장존속기간에 관하여 규정하지 않고, 50년 이상의 기간으로 약정한 때에는 임차인보호에 관한 몇몇 규정의 적용을 배제하고 있을 뿐이다(제22조). 한편 차지권의 최단존속기간은 30년(제3조), 건물임차권의 최단존속기간은 1년으로 하고 있다(제29조). 그리고 건물임대인에 의한 갱신거절(기한의 정함이 있는 건물임대차의 경우)이나 해지통지(기간의 정함이 없는 건물임대차의 경우)는 정당한 사유⁷⁾가 있다고 인정되는 경우가 아니면 원칙적으로 이를 하지 못한다(제28조).

나. 독일

민법은 임대차의 최장존속기간에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하다. 다만 30년 이상 약정한 때에는, 30년이 경과하면 양당사자는 해지통고를 할 수 있도록 규정하고 있다(\$544, S.1, BGB). 그러나 임대인 또는 임차인의 평생 동

6) 梅 『民法要義卷之三』、636頁. 심지어 민법의 입안자는 20년도 지나치게 장기라고 생각하여 10년을 원안으로 하였다(幾代通ほか 『新版注釋民法(15)債權(6)』 有斐閣(1992)、179頁).

7) 정당한 사유 여부를 판단함에 있어 고려할 사항은 ① 건물의 임대인 및 임차인(전차인 포함)이 건물의 사용을 필요로 하는 사정 ② 건물의 임대차에 관한 중전의 경과 ③ 건물의 이용상황 ④ 건물의 현황 ⑤ 건물의 임대인이 건물의 명도의 조건으로서 또는 건물의 명도와 상환하여 임차인에 대하여 재산상의 급부를 할 뜻의 신청을 한 경우에 있어서의 그 신청이다(차지차가법 제28조). ①이 주된 판단요소이고, 나머지는 보완적 요소로 구분하는 것이 보통이다.

안으로 약정한 때에는 30년이 경과해도 해지할 수 없다(\$544, S.2, BGB).

다. 프랑스

프랑스 역시 민법상 임대차의 최장존속기간에 대한 제한은 없다. 농경용 토지·건물 임대차의 경우 외에는 문서로 또는 구두로 임대차계약을 체결할 수 있다(Code civil 제1714조). 임대차기간을 문서에 명시한 임대차계약은 기간만으로 종료되고(제1737조), 임대차계약을 구두로 체결한 경우에는 통상적으로 인정되는 해지기간을 고려하여 해지할 수 있다(제1736조). 일방당사자의 계약위반의 경우 임대차계약을 해지할 수 있다(제1741조).

프랑스 민법은 임대인에게 임대차기간 존속 중 임대목적물을 사용하기에 적합한 상태로 유지하고 필요한 수리를 할 의무를 부과하고(제1720조) 아울러 임차인이 부담하는 수리·보전의무에 대해서도 구체적으로 규정하고 있다(제1754조). 이에 의하면 특별한 약정이 없는 한 깨진 창문유리의 교체, 일부 파손된 나무바닥의 교체 등은 임차인의 부담으로 한다.

5. 법원 판례상 나타난 민법 제651조 제1항 적용 사례 분석

지난 20년간 법원에서 처리된 20년을 초과한 임대차존속기간과 관련된 사건을 보면 다음과 같다.

가. 토지임대차

주로 계약기간을 영구 또는 20년 넘게 정한 경우 임대인이 임차인을 상대로 20년 기간을 주장하고, 법원이 민법 제651조 제1항에 따라 20년 초과부분을 무효라고 판단한 사례이다. 이 경우 법원은 임대기간을 20년으로 단축하여 인정하였다(대전지방법원 2007. 1. 11. 선고 2006가단323판결; 대전지방법원 공주지원 2007. 4. 25. 선고 2006가합353 판결; 전주지방법원 2011. 11. 10. 선고 2010가단22059 판결 등).

계약기간이 불명확한 경우 20년 존속기간 경과를 이유로 임대인의 해지권을 인정한 사례도 있다(수원지방법원 성남지원 1998. 5. 12. 선고 97가단 239371 판결; 의정부지원 2002. 11. 29. 선고 2002가단34666 판결).

나. 건물임대차

주로 상가건물 임대차에서 계약기간을 영구 또는 20년 넘게(주로 30년) 정한 경우 임차인이 임대인을 상대로 20년 계약기간을 주장하며 임대보증금 반환을 구한 사례이다(대법원 2003. 8. 22. 2003다19961 판결; 인천지방법원 2006. 12. 20. 선고 2005가합17620 판결; 서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고 2006나5092 판결; 부산고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010나2282 판결; 부산지방법원 2011. 8. 18. 선고 2011가합2510 판결 등).

다. 분석

이 사건 법률조항의 긍정적 역할로는 당사자 의사가 불분명할 때 이를 보완하는 기능을 들 수 있다. 그러나 20년 제한규정이 없더라도 당사자 의사가 불분명한 경우에는 기간의 정함이 없는 계약으로 보아 해지권을 인정할 수 있고(민법 제635조), 당사자 의사가 분명한 경우에는 당사자 의사에 따르면 족하다. 영구 또는 20년 이상 장기로 기간을 정하면서 그 기간 내에 해지하고 싶을 경우에는 임대차계약시 해지권을 보유하면 된다(민법 제636조).

법원에서 지금까지 다루어진 사례들에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 당사자간의 분쟁을 해결한다기보다는 20년 초과부분을 무효로 만듦으로써 오히려 당사자간의 분쟁을 유발하는 측면이 있음을 부인할 수 없다.

6. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 제한되는 기본권 및 심사기준

헌법 제10조에 의하여 보장되는 행복추구권 속에는 일반적 행동자유권이 포함되고, 이 일반적 행동자유권으로부터 계약 체결의 여부, 계약의 상대방, 계약의 방식과 내용 등을 당사자의 자유로운 의사로 결정할 수 있는 계약의 자유가 파생되는바(헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633; 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마349, 판례집 18-1상, 427, 434 참조), 임대인은 이 사건 법률조항으로 인하여 임대차기간에 관한 계약의 내용을 임차인과의 합의에 의하여 자유롭게 결정할 수 없으므로 계약의 자유를 제한받고 있다.

또한, 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권은 사유재산에 관한 임

의적인 이용, 수익, 처분권을 본질로 하는바, 이 사건 법률조항은 임대차 최장기간을 당사자 약정으로 달리 정할 가능성을 배제한 채 예외없이 20년으로 정함으로써 임대인 소유의 재산에 대한 수익·처분권을 제한하고 있으므로 소유자인 임대인의 재산권 역시 제한된다.⁸⁾

이처럼 하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 관례집 10-1, 327, 337 참조). 이 사건 법률조항에 대한 청구인의 주장, 입법자의 입법동기 등을 고려하면, 임대차존속기간의 제한은 계약의 자유와 가장 밀접한 관계에 있고, 재산권에 대한 제한은 계약의 자유에 대한 제한에 부수하여 2차적으로 발생하는 것에 불과하다.

한편 계약의 자유는 절대적인 것이 아니라 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리 등을 위하여 제한될 수 있으며, 다만 이와 같이 법률상 제한을 하더라도 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계를 준수하여야 한다.

나. 계약의 자유 침해 여부

(1) 다수의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항이 계약의 자유를 침해한다고 판단하였다.

『(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성』

이 사건 법률조항 제정 당시에 건고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차 및 식목, 채염 목적의 토지임대차에 대하여 최단기의 제한을 규정하지 않은 것은 토지임대인을 위한 것으로 그 입법취지를 확인할 수 있으나, 건고하지 않은 건물 기타 공작물 소유를 목적으로 하는 토지임대

8) 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리로서, 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니라는 것이 헌법재판소의 입장이나(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 관례집 12-2, 128, 152; 헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161등, 공보 146, 1758, 1770; 헌재 2009. 4. 30. 2006헌마1258; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마581등, 관례집 22-2상, 404, 412 등 참조), 이 사건 법률조항의 규율영역이 단순한 이익이나 재화 획득에 관한 기회, 기업활동의 사실적·법적 여건에 불과하다고 보이지는 않는다.

차 및 건물 등 임대차와 관련하여 임대차존속기간을 강행규정으로 제한한 이유에 대하여는 임대인을 위한 것인지, 임차인을 위한 것인지 또는 임대차와 관련된 사회경제적 효용성을 고려한 것인지 그 입법취지가 불명확하다.

이와 관련하여 대법원은 이 사건 법률조항의 입법취지가 너무 오랜 기간에 걸쳐 임차인에게 임차물의 이용을 맡겨 놓으면 임차물의 관리가 소홀하여지고 임차물의 개량이 잘 이루어지지 않아 발생할 수 있는 사회경제적인 손실을 방지하는 데에 있다고 밝힌 점은 앞서 본 바와 같다. 대법원은 임대차의 사회경제적 효용성에 주목하여 애초 입법취지가 명확하지 않은 이 사건 법률조항에 대하여 규범의 필요성 차원에서 입법취지를 해석한 것으로 보인다.

대법원이 밝힌 임차물 관리 소홀과 개량 태만으로 인한 사회경제적 손실을 방지하기 위한 것이라는 입법목적은 그 정당성이 인정될 수 있다.

또한 임대차존속기간을 20년으로 제한하는 것이 관리나 개량 소홀로 인한 임차물 가치훼손을 방지할 수 있는 하나의 수단이 될 수 있다는 점에서 입법목적 달성을 위한 수단으로서의 적절성을 배제할 수는 없다.

(2) 침해의 최소성 및 법익균형성

(가) 대법원이 밝힌 입법취지에 따르면, 이 사건 법률조항은 임차인에게 지나치게 장기간 동안 물건의 이용을 맡길 경우 물건에 대한 관리와 개량이 소홀해질 수 있다는 사회경제적 관점에서 규정한 강행규정이다. 그러나 당사자는 임대차계약을 하면서 임차물의 관리와 개량에 관한 사항, 즉 관리·개량의 주체와 그 방법 등을 구체적으로 정할 수 있다. 대법원의 판례는 임대인 또는 소유자를 임차물의 가장 적절한 관리자로 상정하고 있으나, 구체적·개별적 사정이나 사회·경제적 상황에 따라서는 임차인에게 임차물의 관리·개량을 맡기는 것이 임차물의 적절한 이용을 도모할 수 있는 경우도 있을 수 있고, 임대인이 임차물을 관리하기로 약정하여 장기간의 임대차로 인한 임차물의 관리 소홀이나 사회경제적 손실의 염려를 덜게 할 수도 있다.

이처럼 임대차계약을 통하여 합리적이고 효과적인 임차물의 관리 및 개량 방식의 설정이 가능함에도 불구하고, 임대인 또는 소유자가 임차물의 가장 적절한 관리자라는 전제하에 임대차의 존속기간을 강제함으로써 임차물 관

리·개량의 목적을 이루고자 하는 것은 임차물의 관리 소홀 및 개량 미비로 인한 가치하락 방지라는 목적 달성을 위한 필요한 최소한의 수단이라고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항은 당사자가 구체적 사안의 특수성을 고려하여 달리 약정할 여지를 남겨두지 아니한 강행규정으로 해석되고, 대법원도 이를 강행규정으로 보고 있다. 그런데 사회경제적 상황의 변화를 감안하여 임대차기간을 정하는 것은 기본적으로 계약당사자들의 경제적 득실을 고려한 자율적 판단에 맡겨야 할 것인바, 계약당사자가 사회경제적 상황이 변화할 것이라는 예상을 하지 못할 것을 상정하고, 이러한 계약당사자를 보호하기 위해 국가가 후견적으로 개입하여 사적 자치를 제한하는 것은 정당화되기 어렵다.

뿐만 아니라, 임대차의 존속기간을 제한하는 규정이 없더라도 당사자 의사가 불분명한 경우에는 기간의 정함이 없는 계약으로 보아 해지권을 인정할 수 있고(민법 제635조), 당사자 의사가 분명한 경우에는 그 의사에 따르면 족하다. 또한 영구 또는 20년 이상 장기로 기간을 정하더라도 임대차계약 시 해지권을 보유하면 임대차기간 내에 해지가 가능하고(민법 제636조), 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 차임증감청구권을 행사할 수 있는 등(민법 제628조) 현재의 법체계만으로도 임대차관계를 원활하게 운영할 수 있는 장치들이 충분히 마련되어 있다.

외국의 입법례를 보더라도 임대차의 존속기간을 제한하는 예는 거의 없으며, 일본 민법에 임대차의 존속기간을 20년으로 제한하는 규정이 있기는 하나, 이에 대한 특별법인 차지차가법(借地借家法)에서 건물소유를 목적으로 하는 토지임대차에 대하여는 최단기에 관한 규정만 두고 있고, 건물임대차에 대하여는 존속기간을 제한하지 않고 다만 임대인의 해약신청 및 갱신거절 제한에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다.

(다) 나아가 이 사건 법률조항은 구체적 적용에 있어서 다음과 같은 부작용을 초래하고 있다.

1) 건물 등 임대차의 경우, 당사자가 20년이 넘는 기간의 임대차를 원하더라도 이 사건 법률조항으로 인해 20년 초과 부분은 무효가 되므로 당사자는

일단 20년의 임대차계약을 체결한 후 이를 갱신하는 형태를 취하여야 한다. 그런데 오늘날 대형건축물 신축사업 등의 경우를 보면, 토지소유자인 건축주가 건축물의 규모 등에 따라 일정기간의 임대료를 받아 건축비 등에 충당하는 경우가 많다. ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’에 따라 정부가 추진하는 민간투자사업이 이에 관련한 경제현실을 확인할 수 있는 참고 자료가 될 수 있을 것인데, 기획재정부 발간의 ‘민간투자사업 운영현황 및 추진실적보고’에 따르면, 사업시행자에게 무상으로 부여되는 관리운영권의 부여기간이 통상 항만시설은 50년, 물류기지나 터널시설은 30년, 주차장시설은 20년으로 되어 있음을 알 수 있다.

이처럼 건축물의 규모와 사업의 성격에 따라 토지소유자인 건축주는 임차인으로부터 일정기간의 임대료를 일괄 선납받아 건축비 등에 충당하고, 건축주로부터 임차하는 임차인(통상은 법인의 형태일 것이다)은 상권분석 등 스스로의 사업수익 판단에 따라 일정한 임차기간을 안정적으로 확보하고 있다. 대형건물 신축에 따른 임대차에 관한 거래의 실정을 살펴보면, 당사자가 20년 이상, 예컨대 30년의 임대차기간을 원할 경우, 처음 계약할 때부터 계약기간을 20년으로 하되 특별한 사유가 없는 한 10년 연장이 가능하도록 하면서, 30년분의 임대료를 선납받는 형태로 임대차계약이 이루어지는 경우가 적지 않게 확인된다. 비록 이 사건 법률조항이 경제발전이 미미한 단계에 있던 입법 당시의 사회경제적 상황에서 별다른 문제점을 발생시키지 않았더라도, 현저히 변화된 현재의 사회경제적 현상을 제대로 반영하지 못하는 데 그치지 않고, 사적 자치에 의한 자율적 거래관계 형성을 심하게 왜곡하고 있음을 단적으로 보여준다.

뿐만 아니라, 계약 이후 제반 사정의 변화에 따라 당사자가 이 사건 법률조항을 악용할 여지가 있다는 점에서 문제가 있다. 20년 이상의 임대차는 주로 대형건물의 임대차에서 투자금 회수와 관련하여 문제가 되는데, 임차한 상가와 주변 상권의 영업 전망에 따라 임차인으로서 20년 이상의 임대차를 묵인하고 계속 임차하기를 원할 수도 있고, 아니면 20년 초과 부분의 무효를 주장하고 20년 초과기간에 해당하는 임대료 상당의 부당이득의 반환을 청구할 수도 있다. 역으로 임대인의 경우에도 영업 전망이 좋을 경우 20년

초과 임대차의 무효를 주장하거나 임대료의 대폭 인상을 요구할 수 있을 것인데 이러한 현상은 이 사건 법률조항이 의도하는 바가 전혀 아니다.

임대차존속기간에 관한 당사자의 의사가 불분명할 때 이 사건 법률조항이 이를 보완하는 기능을 넘어서 당사자의 의사가 명확할 때조차도 당사자의 의사를 배제하고 20년을 강제함으로써 경제사정의 변화에 따라 당사자가 이를 약용할 여지를 만들어 주는 것은, 이 사건 법률조항이 입법목적의 실현을 위해 필요한 범위를 벗어나는 과도한 제한을 가하고 있음으로 인한 결과이다.

비록 민법 제651조 제2항이 임대차기간의 갱신이 가능하도록 규정하고 있기는 하나, 위와 같은 사회경제적 현상에 비추어 볼 때 위 조항은 이 사건 법률조항으로 인한 문제점을 해결하는 데 아무런 도움이 되지 않는다는 것을 알 수 있다.

2) 토지임대차에 관하여, 이 사건 법률조항은 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차의 경우에는 임대차기간을 제한하지 않고, 그 외의 임대차에 대하여 기간을 제한하고 있는데, 토지임대차에 있어서 소유건물이 석조, 석회조, 연와조와 유사한 견고한 건물에 해당하는지 여부가 불분명한 경우도 있어 이에 대한 분쟁이 유발될 수 있을 뿐 아니라, 건축기술이 발달된 오늘날 이러한 견고한 건물에 해당하는지 여부가 임대차존속기간 제한의 적용 여부를 결정하는 기준이 되기에는 부적절하다.

또한 지하매설물 설치를 위한 토지임대차나 목조건물과 같은 소위 비견고 건물의 소유를 위한 토지임대차의 경우 이 사건 법률조항으로 인해 임대차기간이 갱신되지 않는 한 20년이 경과한 후에는 이를 제거 또는 철거해야 하는데, 이는 사회경제적으로도 손실이 아닐 수 없다.

(라) 입법을 통하여 달성하려는 공익은 기본권제한의 정도와 적정한 비례관계를 유지하여야 한다. 이 사건 법률조항에 의하여 실현하고자 하는 공익은 임차물의 관리와 개량 소홀로 인한 사회경제적 손실 방지라 할 것인데, 이러한 공익이 이 사건 법률조항으로 달성될 수 있는 부분은 극히 미미해보이는 반면, 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 초래하는 부작용 내지 불이익은 매우 크다 할 것이므로, 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 부정적인 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하였다.

(마) 그러므로 이 사건 법률조항이 임대차존속기간을 20년으로 제한하고 이를 강제하는 것은 침해의 최소성과 법익균형성 요건을 충족시키지 못한다.』

(2) 이에 대하여 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 강일원은 이 사건 법률조항이 계약의 자유를 침해하지 않는다는 반대의견을 개진하였다.

『가. 법정의견이 지적한 것처럼 이 사건 법률조항은 건축기술 등이 발전하기 전에 입법된 매우 낡은 규정임은 부인할 수 없다. 그러나 부동산 관리소홀 및 개량 미비에 따른 사회경제적 손실을 방지한다는 입법목적의 타당성조차 없어졌다고 볼 수는 없다. 경제사정의 변화에 따라 임대차계약을 장기변화 없이 유지하도록 하는 것이 계약 당사자 일방에게 지나치게 불리할 수도 있으므로, 이 사건 법률조항은 사정 변경에 따라 계약의 재검토 기회를 당사자에게 부여한다는 의미도 가지고 있다. 경제가 발전하고 사회가 급격하게 변화하고 있는 현대사회에서는 이와 같은 사정 변경에 따른 계약의 재검토 기회 부여가 입법 당시보다 더 중요하게 되었다고 볼 수 있다.

입법목적이 정당하다면 그 수단의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다(헌재 2006. 6. 29. 2002헌바80등, 판례집 18-1하, 196, 206). 그런데 임차인이 수선의무를 제대로 이행하지 않는 등 장기간 임차물에 대한 관리나 개량이 제때 이루어지지 않는 경우에는 아무리 건축기술이 발전하였다 하더라도 임차물의 가치 하락을 막을 수 없다. 따라서 임대차존속기간의 제한은 임차물 가치훼손으로 인한 사회경제적 손실 방지에 기여한다고 볼 수 있으므로, 수단의 적절성도 인정할 수 있다.

나. 그런데 법정의견이 지적한 것처럼 대형건물을 신축할 때 건축비용 마련 등을 위하여 임대인이 20년 이상의 장기 임대차계약을 원하는 경우가 있고, 이 사건 법률조항은 이 경우 걸림돌이 될 수 있다. 하지만 민법 제651조 제2항은 임대차기간을 10년의 범위 안에서 갱신할 수 있도록 하고 있고, 그 갱신의 횟수에는 아무런 제한이 없다. 이에 따라 장기 임대차계약을 원하는 당사자들은 계약기간을 20년으로 하되 계약 종료시점에 10년 연장하는 것으로 하고 30년분의 임대료를 선납받는 형태로 임대차계약을 체결하고 있다. 이러한 우회적인 방법이 당사자로서는 불편할 수 있으나, 위에서 본 입법목

적에 비추어 볼 때 이 정도의 불편으로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼 수 없다. ○○시, ○○공사, ○○ 주식회사 등에 대한 사실조회결과에 따르더라도, 대형건물을 신축하면서 20년 이상의 장기 임대차계약을 체결하는 경우 위에서 본 것과 같은 우회적인 방법으로 임대차계약을 체결하고 있다고 하며, 이 사건 법률조항으로 인하여 사업에 지장을 받았다는 답변은 없었다.

다. 이 사건 법률조항이 임대차기간을 제한하고 있으나 10년의 범위 안에서 횡수에 제한 없이 계약을 갱신할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 기본권침해의 최소성원칙을 위반한 것이라고 보기는 어렵다. 또 계약 당사자의 의사만 합치되면 계약기간을 계속 연장할 수 있고, 위에서 본 우회적인 방법으로 사실상 30년의 장기 임대차계약을 체결할 수도 있다. 이러한 사정을 종합하여 보면 이 사건 법률조항으로 인하여 임대인인 청구인이 부담하는 불이익이 이 사건 법률조항으로 인하여 달성되는 공익보다 크다고 볼 수도 없다.

라. 앞서 본 것처럼 이 사건 법률조항은 임대인의 임대차목적물에 대한 소유권을 보호하고 임대인과 임차인 사이의 계약기간 장기화에 따른 분쟁의 발생을 예방하는 규정으로 이해된다. 법정의견은 이 사건 법률조항의 입법 취지가 불명확하지만 입법목적의 정당성과 수단의 적절성은 인정된다고 하면서도, 여러 가지 현실적인 이유를 들어 이 사건 법률조항이 임대인의 계약의 자유를 침해한다고 한다. 법정의견이 침해의 최소성과 법익균형성 요건을 갖추지 못하고 있다고 판단한 취지는 결국 입법목적에 비추어 볼 때 20년이라는 임대차계약 기간 제한이 너무 짧다는 것으로 이해된다.

그러나 20년이라는 기간 제한이 비록 최적의 수단은 아니라고 할지라도 위에서 본 입법 목적을 달성하는 데 유용한 수단이라는 점은 부인할 수 없다. 국가가 그 영역 안에 있는 물건을 보전하고 개량하여 사회경제적 손실을 막기 위한 목적으로 임대차계약기간을 제한하는 경우, 그 상환을 어떻게 정할 것인지 하는 것은 입법자가 정해야 할 입법형성의 영역이다. 이러한 제한으로 인해 계약 당사자에게 불편이 초래된다는 사정만으로 입법형성의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다. 법정의견은 경제사정의 변화에 따라 당사자가 이 사건 법률조항을 악용할 여지도 있다고 하지만, 경제사정이 변화하여

계약내용을 변경하는 것이 부당하다고 할 수 없다. 또 법률을 악용하는 계약 당사자가 있다고 하더라도 권리남용 등 계약 상대방을 보호하는 다양한 법리에 따라 이를 방지할 수 있다.

마. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 어긋나 임대인의 계약의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.』

다. 해설

다수의견은 이 사건 법률조항은 그 입법취지가 불명확하고, 대법원이 해석하는 바와 같이 사회경제적 효율성 측면에서 일정한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 과잉금지원칙을 위반하여 계약의 자유를 침해한다는 것이다. 이에 반하여 반대의견은 이 사건 법률조항이 지금까지도 그 존재의의가 있으며 현실적으로 나타나는 불편함만을 이유로 위헌이라고 할 수는 없다는 것이다.

다수의견이 밝히지는 않았지만 이 사건 법률조항으로 인한 문제점은 지상권과의 비교를 통해서도 나타난다. 지상권의 경우 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물이나 수목의 소유를 목적으로 하는 지상권은 최단기간이 30년으로 제한된다(민법 제280조 제1호). 따라서 위와 같은 경우 지상권을 설정하면 최소한 30년의 기간이 보장되고, 임대차를 설정하면 이 사건 법률조항으로 인해 20년으로 제한된다. 30년 이상의 장기로 계약하려면 지상권을 설정하고, 20년보다 단기로 하려면 임대차를 설정하면 되지만, 20년에서 30년 사이의 기간으로 정하려면 지상권이나 임대차를 이용할 수 없는 문제점이 있다. 또한 이 사건 법률조항은 ‘석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물’과 다른 건물을 구분하고 있는데, 이 사건 법률조항 제정 당시에 비해 건축기술이 현저하게 발달된 오늘날에도 위와 같은 구분을 고수하는 것이 의미가 있을지에 대해서도 의구심이 제기된다.

다수의견은 이와 같이 이 사건 법률조항으로 야기될 수 있는 여러 가지 문제점과 불합리성을 고려하여 오늘날의 법현실에 부합하는 입법이 필요하다는 관점이 반영된 것으로 볼 수 있다.

7. 결정의 의의

이 사건은 기초법인 민법 중 채권법 조항에 대하여 위헌결정을 한 드문 예라고 볼 수 있는바, 당사자 간의 임대차계약을 통한 임차물 관리 및 개량이 가능함에도 불구하고, 임대차의 최장존속기간을 제한하고 이를 강제함으로써 여러 가지 사회경제적 부작용을 초래하는 것의 불합리성을 지적하고 이를 개선하도록 한 데에 그 의의가 있다. 아울러 채권자와 채무자 사이의 상대적인 관계를 규정하는 채권법 영역에 있어서는 대부분 제3자에게 직접 영향을 미치지 않고 계약 당사자 사이의 법률관계를 규정하는 데 그치게 되므로, 계약의 자유를 원칙으로 하여 사적 자치가 인정되는 범위를 넓게 인정하여야 할 것이고, 이에 따라 입법자는 강행규정으로 사적 자치를 제한함에 있어서는 신중하여야 함을 지적한 것이라 할 수 있다.

기소유예처분취소

- 대통령 명예훼손 사건 -

(헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747, 판례집 25-2하, 745)

원 유 민*

【판시사항】

1. 공적 인물의 공적 관심 사안에 대한 표현의 자유와 명예보호의 헌법적 평가기준
2. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고, 이에 대한 문제제기 내지 비판이 허용되어야 한다고 본 사례
3. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 경우 명예훼손의 책임을 인정하는 기준
4. 대통령의 전과와 토지소유에 관하여 명예훼손적 표현을 담고 있는 동영상상을 개인블로그에 게시한 청구인에 대하여 ‘구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항에 규정된 명예훼손 혐의를 인정할 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

【심판대상】

피청구인이 2009. 10. 19. 서울중앙지방검찰청 2009년 형제26869호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예처분이 청구인의 기본권을 침해한 것인지 여부

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2009. 10. 19. 피청구인으로부터 정보통신망이용촉진및정보보호 등에관한법률위반(명예훼손) 혐의로 기소유예처분을 받았는데(서울중앙지방법 검찰청 2009년 형제26869호, 이하 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다), 피의사실의 요지는 다음과 같다.

『청구인은 2008. 6. 18.경 대통령인 피해자를 비방할 목적으로 피해자에 대한 거짓의 사실이 포함되어 있는 동영상(이하 ‘이 사건 동영상’이라 한다)을 청구인이 개설한 인터넷 블로그에 게시함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손한 것이다.』

피청구인은 ‘피의사실은 인정되나, 청구인은 초범이고, 청구인이 위 동영상을 직접 제작한 것은 아닌 점, 소수의 지인들만 접속하던 청구인 자신의 개인블로그에 위 동영상을 게시한 것이었던 점, 현재 위 블로그를 폐쇄한 상태인 점’ 등을 참작하여 이 사건 기소유예처분을 하였다.

청구인은 이 사건 기소유예처분으로 인하여 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해받았다고 주장하면서, 2009. 12. 23. 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지 및 피청구인의 답변요지

가. 청구인의 주장요지

이 사건 동영상은 대통령의 정책에 대한 비판이라는 공익적 목적으로 제작된 것이므로 피해자를 비방할 목적이 있다고 보기 어렵고, 청구인 역시 피해자를 비방할 목적으로 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시한 것이 아니다. 이 사건 동영상의 내용에 일부 허위사실이 포함되어 있더라도, 청구인은 그 사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 적시된 사실은 공공의 이익에 관한 것으로서 위법성 조각사유가 있다.

나. 피청구인의 답변요지

이 사건 동영상에는 피해자의 전과가 수십여 개 있는 범죄자라는 취지,

피해자가 개인적인 이익을 위해 국가정책을 무리하게 결정하여 추구한다는 취지, 피해자가 역사상 우리나라를 사상 최악의 위험한 상황에 처하게 하였다는 취지, 피해자가 국영 기업을 매각하여 엄청난 돈을 벌었다는 취지 등이 적시되어 있고, 그 표현 방식에 있어서도 피해자를 조롱하고 일방적으로 힐난하는 것으로 일관되어 있는바, 이는 피해자를 비방하고자 하는 의도가 이 사건 동영상의 근저에 강하게 자리잡고 있음을 알 수 있게 한다.

이 사건 동영상에는 ‘피해자는 무려 30개의 전과를 가진 범죄자이다, 피해자가 대운하를 추진하는 이유는 그가 대운하 개발예정지에 엄청난 땅을 사둔 사람이기 때문이다, 피해자는 국영기업을 1개 당 수십억 불에 팔아서 돈을 벌어들이고 있다.’라는 등의 내용이 포함되어 있는바, 이는 객관적인 자료에 비추어 허위임을 쉽게 알 수 있고, 청구인 역시 허위라는 점에 대해서 적어도 미필적으로 인식하고 있었다.

【결정요지】

1. 표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 하고, 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다. 다만, 공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현이라 할지라도 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 제한될 수 있어야 한다.

2. 공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업

무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.

3. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 명예훼손의 책임을 인정하기 위해서는 헌법상 자기책임의 원리에 따라 게시자 자신의 행위에 대한 법적 평가가 있어야 할 것이다. 인터넷에 제3자의 표현물을 게시한 행위가 전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임이 부정되고, 제3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 한다.

4. 대통령인 피해자의 전과와 토지소유 현황은 공인에 관한 공적 관심 사안에 해당하느냐, 청구인이 피해자의 정책비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상상을 게시한 행위에 피해자를 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없다. 또한 청구인은 적시사실의 진위 여부에 대해서 별다른 관심을 가지지 아니하였고, 적시된 사실의 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다고 생각하였던 것으로 보이므로, 청구인에게 허위사실에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다. 따라서 청구인에 대한 이 사건 기소유예처분은 그 결정에 영향을 미친 중대한 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있으므로 이로 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다.

【해 설】

1. 전제 사실의 정리

헌법재판소는 이 사건과 관련하여 다음의 사실관계를 인정하였다.

(1) 청구인의 지위

청구인은 2005. 3. 8. ○○은행 관련 인력송출 전문업체인 ‘주식회사 ○○’ (이하 ‘○○’이라 한다)을 설립하고 대표이사로 취임하였다(2008. 9. 26. 청구인은 위 회사의 대표이사에서 사임하였고, 위 회사의 상호는 ‘주식회사 □□’로 변경되었다). 청구인은 정당에 가입한 적은 없고, 사단법인 ○○연구소에 운영위원으로 가입되어 있다.

(2) 청구인의 블로그 운영 및 글의 게시 경위

청구인은 2008. 5. 29. ○○의 대표이사로 일을 하면서 직원들과의 거리를 좁히고, 직원들과 소통할 목적으로 인터넷 사이트인 ○○에 블로그(<http://blog.○○.net/○○○○>)를 개설하였다. 청구인은 위 블로그에 책을 읽은 소감이나 고전 이야기 등을 하면서 자신의 생각을 직원들에게 표현하고 직원들로 하여금 자신의 생각을 이해할 수 있도록 하였다. 청구인의 블로그는 하루에 많아야 20명 정도가 방문할 뿐이었다.

청구인은 2008. 6. 18. 인터넷 검색 도중 ‘△△’라는 인터넷 사이트에 게시되어 있던 이 사건 동영상 본 뒤, 퍼가기 메뉴를 이용하여 자신의 블로그 중 ‘세상이야기’라는 카테고리에 이를 게시하였다. 청구인은 이 사건 동영상을 게시하면서 ‘제목’란에는 “지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나고 있는 걸까”, ‘본문’란에는 “이 동영상을 한번 보시라. 지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나고 있는지를 … 그리고 우리는 서로에게 물어야한다. 당신은 촛불을 켜셨나요.”라고 기재하였다.

(3) 이 사건 동영상의 내용

이 사건 동영상은 미국에 서버가 있는 ▽▽(www.○○.com)라는 인터넷 사이트에 ‘J, 그리고 나 - 연결된 우리’라는 표제로 블로그를 개설한 ○○김(○○ Kim)이 제작하여 게시한 것인데, 박○○이 ○○김의 양해 아래 위 동영상에 한글자막을 넣은 후 2008. 6. 16. ××(www.△△.com)라는 동영상 게시사이트에 최초로 게시한 것으로 보인다. 이 동영상은 원제가 “Secret of Koreans’ Protest Against US Mad Cow Beef”이지만, 한국 누리꾼들 사이에서 미국 내 의료현실을 비판한 마이클 무어 감독의 ‘식코’에 빗대어 ‘쥐코’라는 제목으로도 알려져 있다.

이 사건 동영상은 25분 32초 분량으로 영어 내레이션으로 진행되고, 이명박 대통령의 정책에 대한 비판을 주된 내용으로 하고 있다. 동영상은 서울에서 대규모 집회가 매일 열리고 있고, 대통령이 당선된 지 3개월째 되는 시점에 대국민 사과방송을 하게 된 이유를 알아보자는 것으로 시작된다. 이명박 후보자가 2007. 12. 말 대통령선거에서 당선된 것을 설명한 다음, 이명박 대통령의 한반도 대운하 정책, 영어몰입교육정책, ‘강부자 내각’과 땅투기 논란,

일본과의 관계와 역사인식, 50개 생필품 가격통제, 미국산 쇠고기 수입, 촛불 집회에 대한 폭력적인 진압방법, 외교문서상 번역오류, 복지예산 삭감, 공공 부문 민영화에 대하여 차례로 비판하고 있다.

(4) 청구인에 대한 수사 및 피청구인의 이 사건 기소유예처분 경위

국무총리실장은 2008. 11. 17. 서울지방경찰청 ○○경찰서장에게 “청구인이 인터넷 ○○ 블로그에 ‘△△’ 사이트를 개설하여 허위사실을 유포함으로써 대통령에 대한 명예를 훼손한 혐의가 있다”며 청구인에 대한 수사를 요청하였다. ○○경찰서 소속 담당 수사관은 청구인에 대한 업무상횡령 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분에 대하여 조사한 후 2009. 3. 11. 명예훼손 혐의에 대해 기소의견으로 서울중앙지방검찰청에 송치하였다. 피청구인은 청구인에 대한 조사를 마친 후 중앙선거관리위원회의 제17대 대통령선거총담 검토 및 동영상 시청 결과 등을 바탕으로 이 사건 기소유예처분을 하였다.

2. 관련조항

이 사건 피의사실에 적용되어 이 사건 기소유예처분의 근거가 되는 법률 조항은 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것, 다만 위 개정 법률의 시행일은 2008. 12. 14.이다. 이하 ‘이 사건 근거조항’이라 한다) 제70조 제2항이고, 그 내용은 다음과 같다.

○ 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것)

제70조(벌칙) ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 사안의 쟁점

피청구인은 피의사실의 요지를 기재함에 있어 ‘이명박 대통령을 비난하는 동영상을 게시하는 등 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손

하였다'고만 기재하고 있을 뿐이어서 이 사건 동영상에서 문제되는 '허위의 사실'이 무엇인지 불기소결정서의 피의사실만으로는 분명하지 않다. 헌법재판소는 수사기록상 이 사건 동영상 중 ① '피해자가 30개의 전과를 가진 범 죄자'라는 부분(이하 '전과 적시사실'이라 한다)과 ② '피해자가 개발예정지에 엄청난 땅을 사둔 사람'이라는 부분(이하 '토지소유 적시사실'이라 한다)에 대하여만 피의자신문이 행해진 점을 고려하여 볼 때 피청구인은 위 두 가지 적시사실이 허위라고 판단하여 이 사건 기소유예처분에 이른 것으로 보고, 이 사건 동영상에서 적시된 허위사실을 위 두 부분에 한정하여 판단하였다.

4. 공적 인물에 대한 명예훼손적 표현에 대한 형사처벌

가. 언론의 자유와 명예훼손의 관계에 대한 법리

헌법재판소는 현재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정에서 공적 인물의 공적 활동에 대한 신문보도가 명예훼손적 표현을 담고 있는 경우 언론의 자유와 명예보호의 이익조정의 기준에 대하여 다음과 같이 판시하였다. 『표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 역사적으로 보면, 개인의 명예를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련 실정법은 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 쓰여진 측면이 많았다. 따라서 개인의 명예훼손적 표현에 이 사건 근거조항과 같은 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 표현의 자유와 명예의 보호라는 상반되는 두 기본권의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉, 당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 표현의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물과 사인, 공

적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 777 참조).』

이에 따라 헌법재판소는 공적 인물의 공적 활동에 관한 명예훼손적 표현이 문제된 경우 형법상 명예훼손죄의 해석기준을 제시하였다. 『첫째, 명예훼손적 표현이 진실한 사실이라는 입증이 없어도 행위자가 진실한 것으로 오인하고 행위를 한 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄는 성립되지 않는 것으로 해석하여야 한다. 둘째, 형법 제310조 소정의 “오로지 공공의 이익에 관한 때에”라는 요건은 언론의 자유를 보장한다는 관점에서 그 적용범위를 넓혀야 한다. 셋째, 형법 제309조 소정의 “비방할 목적”은 그 폭을 좁히는 제한된 해석이 필요하다. 법관은 엄격한 증거로써 입증이 되는 경우에 한하여 행위자의 비방 목적을 인정하여야 한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 777 참조).』¹⁾²⁾

대법원도 이와 같은 심사기준을 고려하여 언론보도의 자유와 명예훼손 간의 이익을 형량하여 판단하고 있다. 『특히 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하는 것이고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때에 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기

1) 헌법재판소는 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정에서 검사의 불기소처분이 정당하다고 결정하였으나, 동일한 내용의 민사사건에 관하여 대법원은 명예훼손으로 인한 손해배상을 인정한 바 있다. 대법원 1998.10.27. 선고 98다24624 판결.

2) 헌법재판소는 “언론보도에 다소의 과장이 있을 뿐이거나 일부 진실하지 않는 부분이 있다 하여도 보도자가 그 내용이 진실하다고 믿은 데에 상당한 이유가 있다면, 명예훼손죄로 처벌할 수는 없을 것이나, 피의자가 청구인의 해명초차 듣지 아니한 상태에서 일방적으로 “청구인이 유명음악가들의 명의를 도용하여 어린이들을 상대로 음악경연대회를 개최하고 폭리를 취하였다”고 보도하였다면, 그 보도에서 거명된 유명음악가들의 음악경연대회와의 관계, 개최자가 얻은 이득의 정도 및 피의자가 청구인의 해명을 무시한 경위에 충분한 수사를 하여야 한다.”는 취지로 판시하며 언론보도의 진실 여부에 대한 수사미진을 이유로 검사의 불기소처분을 취소한 바 있다. 헌재 2000. 10. 25. 2000헌마483, 공보 제50호, 790 참조.

관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결; 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결 참조)』 라고 판시하고 있다.

나. 공적 인물에 대한 명예훼손에 관한 입법례

(1) 미국³⁾

미국의 명예훼손죄는 상당부분 법원의 위헌선고 또는 입법으로 폐기되고 현재 일부 주에 남아있다. 1960년대 표현의 자유와 관련된 일련의 연방대법원 판결이 있는 후에 많은 주에서 형사상 명예훼손죄를 폐기하거나 축소하였다. 연방대법원은 1964년 루이지애나주의 명예훼손죄 조항(제II장 참조)⁴⁾과 1966년 켄터키주의 보통법상 명예훼손죄⁵⁾에 대하여 위헌을 선고한 바 있다.⁶⁾ 주 대법원이 명예훼손죄에 대하여 위헌선고를 한 경우는, 펜실베이니아주(1972),⁷⁾ 알래스카주(1978),⁸⁾ 몬타나주(1996),⁹⁾ 유타주(2002)¹⁰⁾ 등이다. 다른 주에서는 입법을 통하여 명예훼손죄를 폐기하여, 최근에는 워싱턴주(2009)와

3) 김지혜 헌법연구원, 미국의 명예훼손죄와 인터넷 게시물, 2013. 9. 작성 참조.

4) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

5) Ashton v. Kentucky, 384 U.S. 195 (1966) (보통법상 명예훼손죄의 구성요건이 모호하여 행정부와 사법부가 개별 사건에 따라 판단하도록 지나치게 많은 재량을 주어 수정헌법 제1조(표현의 자유)에 위배됨.)

6) 루이지애나주의 경우, 위 연방대법원의 위헌판결 이후 명예훼손법을 개정하였고 1973년 루이지애나 대법원에서 개정된 규정에 대하여 합헌판결을 내린 바 있다. State v. Snyder, 277 So.2d 660 (La. 1973).

7) Com. v. Armao, 286 A.2d 626 (Pa. 1972).

8) Cottschalk v. State, 575 P.2d 289 (Alaska 1978).

9) State v. Helfrich, 922 P.2d 1159 (Mont. 1996).

10) I.M.L. v. State, 61 P.3d 1038 (Utah 2002).

콜로라도주(2012)가 관련 규정을 삭제하였다. 형사상 명예훼손죄가 존재하더라도 오늘날 미국의 명예훼손은 대부분 민사상 소송으로 다루어져 형사상 범죄로 집행되는 경우가 매우 적은 것으로 알려져 있다.¹¹⁾

미국 연방대법원은 1964. 3. 9. New York Times Co. v. Sullivan 사건¹²⁾에서, 공직에 있는 자가 자신의 공적 행위에 관해 제기된 비판에 대하여 명예훼손에 따른 손해배상을 청구하는 경우, ‘실제적 악의(actual malice)’가 있는 ‘허위’ 진술인 경우에 한하여 손해배상을 인정함이 헌법상 표현의 자유를 보호하기 위하여 요구된다는 판결을 내렸다. 이 때 ‘실제적 악의’라 함은, ‘그 진술이 허위임을 알았거나 허위인지 여부에 대하여 무모하게 부주의하였음(reckless disregard)’을 의미하였다. 이 법리는 3년 후 후속판결에서 공직자뿐만 아니라 공적 인물(public figures)에 대해서도 똑같이 적용되도록 확장되었다.¹³⁾ 위 원칙은 민사와 형사상 명예훼손에 모두 적용된다.

New York Times 및 후속판결의 주요 논거는, 시민은 공직자나 공적 인물의 행동에 대하여 정당하고 상당한 이익을 가지고 있으며, 공적 쟁점과 사건에 관한 공직자나 공적 인물의 행동에 대해 방해받지 않고 토론할 수 있도록 표현의 자유가 보장되는 것이 중요한데, 자유로운 토론을 할 때 오류가 있는 진술은 언제나 있기 마련이므로 시민들이 억압이나 자기검열 없이 자유로운 토론을 할 수 있으려면 실제적 악의를 가지고 거짓을 진술하지 않는 이상, 공직자나 공적 인물의 명예가 손상되었다는 이유만으로 그 비판에 대하여 불이익을 주어서는 안 된다는 것이었다.¹⁴⁾ 공직자에 관한 정보가 자유

11) A.Jay Wagner & Anthony L. Fargo, "Criminal Libel in the United States."

12) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

13) Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967).

14) 반면 사인에 대한 발언이지만 공적 관심사(public concern)가 문제가 되는 경우에는 위 New York Times의 요건과 같이 원고가 피고의 과실을 입증하여야 하되, ‘실제적 악의’를 입증해야 하는 높은 기준을 적용할 필요 없이 각 주에서 적당한 기준(부주의 또는 그 이상)을 정할 수 있다. 공직자나 공적 인물의 경우에는 반론을 제기할 효과적인 언론수단에 접근가능성이 높고 명예훼손의 피해가능성이 높은 상황에 자발적으로 스스로를 노출시킨 반면, 사인의 경우에는 그렇지 않다고 보았기 때문이다. Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 324(1974). 다만 이러한 완화된 기준은 실질적 피해에 대한 배상에만 적용되는 것으로, 추정적 혹은 징벌적 손해배상을 구할 경우에는 여전히 ‘실제적 악의’를 입증하도록 하여야 한다. 그

롭게 유통되어야 할 공공의 이익이 매우 중요하기 때문에, 부정직성, 위법행위, 부적절한 동기 등 공직에의 적합성을 판단하는데 밀접한 관련이 있는 개인적 특성에 관한 발언 역시 보호된다. 이러한 발언이 공직자 개인의 사적인 부분에도 영향을 미치는 특성에 관한 것이며 공적인 명예뿐만 아니라 공직자 개인의 명예까지도 손상된다고 하더라도 마찬가지이다.¹⁵⁾ 특히 공직자나 공직후보자의 범죄행위에 관한 내용은 그 발생시간이나 장소에 구애받지 않고 언제나 공직에의 적합성과 관련 있다고 보아 위 규칙을 적용한다.¹⁶⁾ 그러므로 미국 법리에서 공직자에 관한 거의 대부분의 발언이 이 New York Times 원칙에 의하여 보호된다.¹⁷⁾

New York Times 사건의 판결이 있던 같은 해인 1964. 11. 23. 연방대법원은 Garrison v. Louisiana 사건¹⁸⁾에서, 형사상 명예훼손죄에 대하여도 New York Times 사건에서 요구하는 진술의 ‘허위성’과 ‘실제적 악의’ 요건이 공직에 있는 자에 관하여 똑같이 적용된다고 루이지애나주 제정법상의 명예훼손죄에 대하여 위헌판결을 내렸다. 연방대법원은 이 사건에서 “루이지애나 명예훼손죄 법은, 거짓을 통하여 해를 끼칠 의도가 있었음을 요건으로 하는 것이 아니라, 단순히 해를 끼칠 의도가 있었던 것으로 ‘악의’를 입증하도록 하고 있다. 이런 법으로는 정치인에 대하여 솔직히 발언하는 것이 위험한 일이 되고, 결과적으로 부정직하고 무능한 사람들이 보호받는다. 게다가 인기 있는 정치인에 대한 발언으로 기소된 경우에는, 악의적인 정치적 동기가 없음을 보여주기가 거의 불가능하다. 공직 사안에 관한 발언은 자기표현 이상

이유는 추정적 혹은 징벌적 손해배상의 경우에는 실제로 발생한 피해에 대한 증거가 없는 상태에서 배심원들이 비인기 의견을 징벌하게 될 가능성이 많기 때문이다.

15) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

16) Monitor Patriot Co. v. Roy, 401 U.S. 265, 91 S.Ct. 621 (1971) (As a matter of constitutional law, a charge of criminal conduct, no matter how remote in time or place, can never be irrelevant to an official's or a candidate's fitness for purposes of applying the 'knowing falsehood or reckless disregard' rule of New York Times Co. v. Sullivan).

17) 50 Am.Jur.2d Libel and Slander 45.

18) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964).

의 것이며, 자치(self-government)의 핵심이다. New York Times 원칙과 같이, 그 발언의 허위(가능)성에 대하여 높은 수준의 인식을 갖고 허위진술을 한 경우에 한하여만 민사상이든 형사상이든 제재를 가할 수 있으며, 루이지애나 법은 이러한 기준을 충족하지 못하여 위헌이다.”는 취지로 선언하였다.

(2) 일본¹⁹⁾

일본 형법 제230조 제1항에서는 명예훼손에 관한 형사상의 일반원칙을 규정하고 있는데, 이에 따르면 공중에 널리 알려진 인물의 명예를 훼손하였다 라도, 그리고 적시된 사실이 공적인 관심사라도 처벌될 수 있고, 더욱이 적시된 내용이 진실한 것인 경우에도 처벌의 대상이 될 수 있다.²⁰⁾ 1947년 형법개정으로 명예보호와 표현의 자유(특히 보도의 자유)를 조화시킬 목적으로 형법 제230조의2를 마련하여, 여기서 정한 요건에 해당하는 경우에는 명예훼손죄로 처벌되지 아니한다.²¹⁾

일본 형법에서는 ‘공적 인물’이라는 표현을 사용하지 않고, 제230조의2 제3항에서 ‘공무원’ 또는 ‘공직선거로 선출되는 공무원 직의 후보자’에 대한 규정을 두고 있다. 즉, 이러한 자에 대하여 명예를 훼손하는 내용을 적시하였다 하더라도 ‘공공의 이해와 관련된 사실’이라는 점과 ‘그 목적이 오로지 공익을 위하는 것’이라는 점은 의제되고, 피고인(그 표현을 한 자)이 그 적시한

19) 소은영 헌법연구관, 일본형법상 공적 인물에 대한 명예훼손 및 블로그 게시·링크 등에 관한 명예훼손죄 성립 여부, 2013. 9. 작성 참조.

20) 형사처벌과 더불어 일본 민법 제709조의 불법행위에 의한 손해배상책임도 인정된다.

21) 일본 형법 제230조(명예훼손·사자의 명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 유무를 불문하고 3년 이하의 징역 내지 금고 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처한다.

② 사자의 명예를 훼손한 자는 허위의 사실을 적시함으로써 한 경우가 아니면 벌하지 아니한다.

제230조의2(공공의 이해에 관한 경우의 특례) ① 전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관련되고, 동시에 그 목적이 오로지 공익을 위한 것이라고 인정하는 경우에는 사실의 진부를 판단하여 진실이라는 증거가 있는 때에는 벌하지 아니한다.

② 전항의 규정의 적용에 있어서는, 공소가 제기되기에 이르지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 본다.

③ 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공직선거의 공무원 후보자에 관한 사실과 관련된 경우에는 사실의 진부를 판단하여 진실증명이 있는 때에는 벌하지 아니한다.

내용이 ‘진실’이라는 것만을 입증하면 형사처벌을 면하게 된다. 한편, 공적 인물이라도 공무원이 아닌 자에 대한 표현의 경우에는 피고인이 ‘공공의 이해 관련’, ‘공익 목적’, ‘진실성’을 모두 입증하여야 하고, 공소제기 전의 범죄 행위인 경우에는 피고인이 ‘공익 목적’과 ‘진실성’을 입증하여야 한다.

그런데, ‘진실성’의 입증을 어느 정도로 엄격하게 요구하는지 여부에 관하여, 학설과 판례는 적시사실이 진실이라고 증명할 수 없었던 경우라도 상당한 근거를 가지고 진실이라고 믿어 적시한 것이라면 행위자는 명예훼손죄로 처벌되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 최고재판소는 종래 진실성에 대한 오신에 상당한 이유가 있더라도 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없다고 판시하였으나, 1969년 6월 25일 대법정판결에서 입장을 바꾸어 이러한 경우에는 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.²²⁾ 또한 명예훼손이 문제된 민사상 손해배상책임에 관해서도 같은 취지의 판시를 하였다. 즉, 형법 제230조의2 제1항의 요건을 충족한 경우에는 민사상의 책임도 조각된다는 전제에서, 적시한 자가 진실이라고 믿기에 족한 상당한 이유가 있으면 불법행위가 성립하지 않는다고 하였다.²³⁾

(3) 독일²⁴⁾

독일 형법 제188조는 정치인에 대한 명예훼손을 별도로 규정하고 있다.²⁵⁾

22) 最判(大)昭和44(1969)年6月25日、集23卷7号975頁。

23) 最判(第一小)昭和41(1966)年6月23日、民集20卷5号1118頁。

24) 이은선 헌법연구원, 정치인에 대한 인터넷상 명예훼손- 독일의 경우, 2013. 9. 작성 참조.

25) 독일 형법 제185조(모욕) 모욕행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 모욕이 행동을 통한 방법으로 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

제186조(사실의 적시에 의한 명예훼손) 타인에 대한 관계에서 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 또는 유포한 자는 이러한 사실이 증명할만한 진실이 아닌 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 그 행위가 공언히 또는 문서(제11조 제3항)의 유포를 통해 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

제187조(허위 사실 적시에 의한 명예훼손) 타인에 대한 관계에서 확실한 인식에 반하여 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키거나 또는 그의 신용을 위해하기에 적합한 허위의 사실을 주장하거나 유포한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공언히, 집회에서 또는 문서(제11조 제3항)의 유포를 통해 이루어진 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

보호되는 인적 범위는, 일정 기간 동안 국가·헌법·입법 또는 행정에 직접적으로 간여하는 사무에 종사할 것 그리고 국민의 정치생활에 중대하게 영향을 미치는 자일 것을 전제로 한다.²⁶⁾ 국민의 정치생활과 중대하게 영향을 미치는지 여부는 반드시 정치적 활동을 요하는 것은 아니다. 따라서 연방헌법재판소 재판관과 같이 사법적 판단이 미치는 정치적 영향력이 큰 경우에는 정치적 활동을 하지 않더라도 이 규정의 보호범위에 포함된다.²⁷⁾ 그에 반하여 성직자, 언론이이나 예술가, 학자는 지배적인 견해에 따라 이 조항의 인적 보호범위에서 제외된다.²⁸⁾

제188조의 행위태양은 공공연히, 즉 집회나 문서의 유포를 통하여 제186조 내지 제187조의 명예훼손을 하였을 것을 요건으로 한다. 정치인에 대한 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 우선적으로 범죄행위가 피해자의 공적 영향력을 현저히 악화시키기에 적합한 것이어야 한다. 즉 사실의 적시가 당사자의 공적 영향력을 위해 필요한 신뢰의 완전무결성을 흔들어 놓을 정도여야 한다.²⁹⁾ 판례에 따르면 적합성을 판단하기 위해서는 오로지 진술의 내용

제188조(정치인에 대한 명예훼손) ① 정치인에 대하여 공연히, 집회에서 또는 문서(제11조 제3항)의 유포를 통하여 공적 생활에서 피해자의 지위와 연관시키려는 동기에 의하여 피해자에 대하여 명예를 훼손(제186조)하고, 그 행위가 피해자의 공적 활동을 현저히 저해하기에 적합한 경우에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. ① (제1항과) 동일한 조건 하에서 허위 사실의 적시에 의한 명예훼손을 한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

26) 이에 대해서는 Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele StGB § 188 Rn 2; MünchKommStGB/Regge/Pegel StGB § 188 Rn 5. 참조. 구체적으로 연방대통령, 연방회의회장, 연방수상, 각 주의 수상, 연방 및 각 주정부의 구성원들 그리고 연방의회 및 주의회 구성원들 그리고 유럽의회 내 독일대표 의원들과 각 정당의 대표들이 여기에 해당됨. 이에 관해서는 MünchKommStGB/Regge/Pegel StGB § 188 Rn 6; OLG Düsseldorf NJW 1983, 1211, 1212 참조. 전체 국가 내에서 국민의 정치생활에 제한적인 영향만 주기 때문에, 자치단체 수준의 정치가들은 포함되지 아니함. 이에 대해서는 Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele StGB § 188 Rn 3; MünchKommStGB/Regge/Pegel StGB § 188 Rn 9 참조.

27) BGHSt 4, 338, 339 참조.

28) Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele StGB § 188 Rn 2; MünchKommStGB/Regge/Pegel StGB § 188 Rn 8 참조.

29) BGHSt 3, 73, 74; BGH NJW 1954, 649; MDR 1980, 455; LK/Hilgendorf StGB § 188 Rn 4; NK/Zaczyk StGB § 188 Rn 6.

만이 문제되며, 선택된 문서유포의 유형이나 수령인집단의 규모 같은 그 밖의 정황은 적합성 판단 시에 고려대상이 되지 아니한다고 한다.³⁰⁾

독일 연방헌법재판소는 1954년 한 판결을 통해 “명예훼손의 성립여부는 언론자유와 여론형성이란 의미를 고려하여 판단해야 한다”고 판시하였다. 사이버스페이스에서의 명예훼손과 관련하여 최근 코블렌츠 고등법원은 2007. 7. 12. 일자 판결(OLG Koblenz am 12.07.2007 (AZ.: 2 U 862/06))에서, “XY 회사의 사기꾼”이라는 인터넷상의 표현에 대하여 연방헌법재판소의 판결을 인용하면서, “공공연한 토론장에서는 극단적이며 적대적인 형태로 진술된 비판도... 감수하여야 하며, 그렇지 아니한 경우에 의사형성과정을 마비시키거나 축소시킬 위험이 있기 때문”에 모욕죄가 성립하지 아니한다고 판시한 바 있다.³¹⁾

연방헌법재판소는 최근 한 결정(BVerfG, Beschluss vom 24. 7. 2013 - 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 = BeckRS 2013, 54173)을 통해 언론의 자유와 처벌가능한 명예훼손 간의 경계에 대하여 다룬 바 있다. 한 망명자단체의 구성원이 인터넷상에 법무 관련 공무원을 상대로 “구조적이고 체계적인 인종주의”라고 비난한 것과 관련하여 구법원과 주법원이 관련 공무원에 대한 명예훼손이 성립함을 인정하고 벌금형을 선고하였으나, 연방헌법재판소가 이러한 판결을 취소하는 결정을 한 것이다. 재판소에 따르면, 구법원과 주법원이 기본법 제5조에서 도출되는 언론의 자유의 본질을 무시하였다는 것이다. 우선 각 법원은 부당하게 전체 맥락에서 개별 진술을 분리하여 평가하였다는 점을 지적하고 있다. 어떤 진술에 동시에 가치평가적인 부분과 사실의 적시

30) BGH MDR/H 1980, 455

31) Ein interessanten Beschluß hat in diesem Zusammenhang das OLG Koblenz am 12.07.2007 (AZ.: 2 U 862/06) gefällt. Im konkreten Fall wurden von dem Gericht selbst so klare Worte wie "Betrüger von Firma XY" oder "Achtung Betrüger unterwegs! Firma XY" im Kontext eines Gesamtbetrages als zulässige Meinungsäußerung und nicht als Beleidigung gewertet. Unter Bezugnahme auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts stellte das OLG Koblenz fest, dass "in der öffentlichen Auseinandersetzung ... auch Kritik hingenommen werden (muss), die in überspitzter und polemischer Form geäußert wird, weil andernfalls die Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses droht." BVerfG Beschluss vom 26. juni 1990, - 1 BvR 1165/89= BVerfGE 82, 272 = NJW 1991, 95, 96.

를 포함하고 있고 이것이 의미를 조작하지 않고는 분리될 수 없는 것이라면, 그러한 진술은 전체적으로 가치평가적인 의사표명으로 보아야 한다는 것이다. 그리고 모두에게 설득력 있거나 주목할 만한 진술인 경우에 명예훼손은 성립하지 않는다는 것이다. 무엇보다도 연방헌법재판소는 관청의 처분에 대하여 국가적 제재를 두려워하지 않고 비판할 수 있는 권리는 언론의 자유의 본질적 부분에 해당한다고 판시하였다. 이것은 적대적으로 극단화된 주장에 대한 권리도 포함한다는 것이다. 따라서 이러한 진술에 대해서는 사실의 주장인지 비방적인 비판에 해당되는지 여부에 따라 경솔하게 구별하여 판단할 것이 아니라, 언론의 자유의 본질적인 부분으로서 보장되어야 한다는 것이다.

다. 이 사건 결정 해설

헌법재판소는 먼저 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 의미에 대해 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있다고 실시하였다. 『특히, 자유민주주의 체제하에서 표현의 자유는 자치정체의 이념을 근간으로 한다는 점을 다음과 같이 밝히고 있다. 통치권자와 피통치자가 이념상 자동적(自同的)인 자유민주주의 체제하에서는 정치지도자들이 내리는 결정이나 행동에 관해서 충분한 지식을 가지고 있는 국민을 필요로 하고, 자유스러운 표현체계의 유지에 개인의 자기실현을 확보하고 진리에 도달하는 수단이며 사회구성원의 정치적·사회적인 결단의 형성에 참가하는 것을 확보하는 수단일 뿐만 아니라 사회의 안정과 변혁 사이의 균형을 유지하는 수단이다. 또한 자유민주주의 사회는 전체주의 사회와 달라서 정부의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며 정부는 개인이나 일반 국민과 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 수렴함으로써 오류를 최소화할 수 있다는 사고방식을 보편적으로 수용하고 있다. 이와 같이 표현의 자유가 헌법상 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되는 것은 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고, 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로

지배기구에 참가한다고 하는 자치정체(自治政體)의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문이다(헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747, 공보 제207호, 161, 165).』

이 결정은 표현행위의 공적인 역할이 신문·방송 등 언론매체의 보도뿐만 아니라 개인의 표현에도 인정될 수 있다고 명시적으로 밝히며, 다음과 같이 설시하였다. 『신문·방송 등 언론매체의 보도는 국민에게 공공성·사회성을 갖춘 사실을 전달함으로써 국민의 알 권리에 기여하고, 언론보도를 통한 정보는 활발한 비판과 토론을 할 수 있게 하여 국민의 정치에 대한 높은 관심과 적극적인 참여라는 기능을 수행하여 왔다. 이러한 기능과 역할은 언론매체에만 국한된 것은 아니고, 개인의 표현행위도 공공성·사회성을 갖춘 사실을 전달하고, 그에 대한 자신의 의견을 개진함으로써 여론형성이나 공개토론에 기여할 수 있다. 특히 각종 홈페이지 게시판, 블로그, 소셜네트워크서비스(SNS) 등 인터넷상 의사표현의 매체가 다양해진 환경에서 개인은 적극적으로 글이나 동영상 등을 게시하여 자신의 의견을 개진하고 있고, 인터넷 공간에서 이에 대한 토론과 반론이 활발하게 이루어지고 있다. 이처럼 개인의 표현도 공공적·사회적·객관적인 의미를 지닌다면 개인의 인격형성과 자기실현은 물론 정치적 의사형성과정에 참여하여 자기통치를 실현하는 공적 성격을 아울러 가진다고 할 것이고, 이 또한 헌법적으로 평가하여야 한다(헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747, 공보 제207호, 161, 165).』

나아가 헌법재판소는 공직자의 특정정책에 대해 비판적인 언론보도와 같은 경우 표현의 자유가 폭넓게 보호된다고 설시하면서, 표현의 자유의 보호범위는 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항에 그치는 것이 아님을 분명히 하고 있다. 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하는 것에는 개인적인 사생활에 관한 사실도 포함될 수 있다고 밝히고 있다. 즉, 『공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 일정한 범위의 공직자 및 공직후보자는 재산과 병역사항 등을 공개하고 있고(공직자윤리법 제10조, 제10조의2, 공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률 제10조),

공직선거 후보자의 경우에는 재산, 병역사항, 소득세·재산세·종합부동산세의 납부 및 체납사실, 범죄경력, 정규학력에 관한 서류를 제출하도록 하고 있다(공직선거법 제49조 제4항). 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다(헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747, 공보 제207호, 161, 166).』

헌법재판소는 위의 법리를 이 사건 사실관계에 적용하여 다음과 같이 판단하였다. 피해자는 국정의 최고책임자인 대통령으로 공인에 해당하고, 피해자의 전과는 대통령의 자질 및 도덕성에 관련되므로 순수한 사적 영역이라고 보기 어렵기 때문에, 명백히 악의적이고 근거 없이 음해하는 내용이 아닌 한 그에 대한 공개적인 문제제기는 허용되어야 한다. 피해자의 부동산 소유 현황은 2007년 대선 당시 논의된 쟁점이었고, 피해자의 토지소유 현황은 부동산 정책과 관련이 있을 수 있어서 단순히 사적인 영역에 있다고 보기 어려우며, 피해자의 대운하와 부동산 관련 정책은 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사안으로 그에 대한 비판은 사회의 의견형성과 공개토론에도 기여한다. 이와 같이 대통령인 피해자의 전과와 토지소유 현황은 공인에 관한 공적 관심 사안에 해당하므로, 공적 관심 사안에 대한 비판은 표현의 자유가 보다 폭넓게 인정되어야 한다. 이를 고려하여 이 사건 사실관계를 고려할 때 이 사건에서 청구인이 피해자의 정책비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상 게시행위에 피해자를 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

5. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 경우 명예훼손책임의 기준

가. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위의 법적 평가

이 사건에서 청구인은 인터넷에서 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시하였는데, 이와 같이 다른 사이트에 있는 게시물을 퍼오거나 링크하는 행위의 법적 평가가 문제된다. 이에 대해 개인과 언론기관의 사회적 영향력이 다르다는 측면을 고려하면 명예훼손적 원문을 퍼오거나 링크하는 형태는 크게 개인이 다른 개인이 작성한 원문을 퍼오거나 링크하는 경우, 개인이 언론

기관이 작성한 원문을 퍼오거나 링크하는 경우, 언론기관이 개인이 작성한 원문을 퍼오거나 링크하는 경우, 언론기관이 다른 언론기관이 작성한 원문을 퍼오거나 링크하는 경우 등으로 나눌 수 있고, 그에 따라 출처를 밝힌 경우 원문의 존재를 알리고 인용하는 것인지 아니면 사실적시인지 여부가 달라질 수 있고, 출처를 밝히지 않은 경우는 명예훼손적 원문을 사실적시하였다고 보아야 한다는 견해가 있다.³²⁾

명예훼손적인 글에 단순히 링크를 설정한 것만으로는 명예훼손을 인정하기 어렵고 링크 이외에 다른 적극적 행위가 있어야 명예훼손이 인정할 수 있으며 더욱이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한법률 제70조에서는 ‘비방할 목적’을 요구하고 있는바, 이러한 요건이 충족되기 위해서도 단순한 링크만으로는 부족하고 이에 덧붙여 적극적 행위가 요구된다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면, 적극적 행위의 유형을 분류하여 결론을 내리기에는 링크의 사용의 태양이 너무 다양하고, 예측불가능하므로 다소 추상적인 기준을 설정하여 구체적 사안마다 법원에서 개별적으로 판단해야 한다고 한다. 객관적 제3자가 링크의 사용모습을 보고서 링크제공자가 명예훼손적 내용을 자신의 의사표현으로 하고자 하는 고의를 인정할 수 있는 정도인지를 기준으로 하는데, 예를 들어 링크를 설정하면서 그 제목을 악의적으로 기재하였거나, 링크된 글에 논평을 붙여서 명예훼손을 강화하거나, 단순히 링크만을 설정했지만 다수의 명예훼손적 글에 링크를 설정하여 명예훼손의 고의를 인정할 수 있거나, 아니면 링크가 설정된 페이지에 게시된 사진이나 그림이 링크된 글과 연결된다면 명예훼손적 내용이 강화되는 경우 등이 링크제공자의 명예훼손을 인정할 수 있는 적극적 행위의 예시가 될 것이라고 본다.³³⁾

이러한 행위에 대한 대법원의 명시적인 판결은 발견되지 아니한다. 참고가 될 만한 형사판결로, 대법원은 개인이 다른 개인으로부터 들은 내용을 적시하는 것이 명예훼손죄에 해당하는지 여부에 대하여 “명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시는 그 사실의 적시자가 스스로 실험한 것으로 적시하던 타인

32) 황인경, 인터넷상 ‘핍’이나 ‘링크’에 의한 명예훼손의 문제, 언론중재, 2006 여름호, 72, 72면 참조

33) 이현목, 인터넷 하이퍼링크에 의한 전시와 명예훼손, 한국정보법학회, 학회지 15-2, 162, 163면 참조

으로부터 전문한 것으로 적시하던 불문하는 것이므로 피해자가 처자식이 있는 남자와 살고 있다는데 아느냐고 한 피고인의 언동은 사실의 적시에 해당한다 할 것이고, 또 그 내용도 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있는 불륜관계를 유포한 것이어서 구체성 있는 사실적시에 해당한다.”고 판시(대법원 1985. 4. 23. 선고 85도431 판결)함으로써, 개인이 인용 형식의 방식으로 표현한 것도 명예훼손에 해당한다고 판시하고 있다. 이와 관련하여 대법원은 “적시된 사실이 이미 사회의 일부에서 다루어진 소문이라고 하더라도 이를 적시하여 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 행위를 한 때에는 (공연성이 인정되므로) 명예훼손에 해당한다.”고 판시하고 있다(대법원 1994. 4. 12. 선고 93도3535 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결 참조).

또한 민사사건에 관한 판결로는 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결이 있는데, 이 사건은 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체의 기사를 보관하면서 스스로 그 기사의 일부를 선별하여 게시한 경우, 그로 인하여 명예가 훼손된 자에게 불법행위책임을 지는지 여부에 대하여 “인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체가 작성·보관하는 기사에 대한 인터넷 이용자의 검색·접근에 관한 창구 역할을 넘어서서, 보도매체로부터 기사를 전송받아 자신의 자료저장 컴퓨터 설비에 보관하면서 스스로 그 기사 가운데 일부를 선별하여 자신이 직접 관리하는 뉴스 게시공간에 게재하였고 그 게재된 기사가 타인의 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다면, 이는 단순히 보도매체의 기사에 대한 검색·접근 기능을 제공하는 경우와는 달리 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체의 특정한 명예훼손적 기사 내용을 인식하고 이를 적극적으로 선택하여 전파한 행위에 해당하므로, 달리 특별한 사정이 없는 이상 위 사업자는 명예훼손적 기사를 보도한 보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.”고 판시하였다.³⁴⁾³⁵⁾

34) 하급심 판결 중에서는 “원문기사 등을 그대로 전재하거나 원문기사 등이 원래 게재된 웹사이트로 링크시켜 놓은 행위는 일응 이미 일반 대중에게 공표된 정보를 그대로 인용한 것이거나 그 정보가 소재한 웹사이트의 주소를 선전 또는 소개한 것에 불과하다고 여겨지므로, 설령 이 사건 원문기사 등이 원고들의 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다고 하더라도, 곧바로 위 각 게시물들도 원고들의 명예를 훼손한다고 단정하기는 어렵다 할 것이다. 다만, 피고의 위와 같은 전재 또는 링크 행

나. 각국의 사례 검토

(1) 일본³⁶⁾

위가 전체적으로 보아 이 사건 원문기사 등을 단순히 인용 내지 소개한 것에 그친 것이 아니라 이를 실질적으로 이용, 지배함으로써 이 사건 원문기사 등과 동일한 내용의 사실을 적시한 것과 다름없는 것으로 평가되는 경우에는 이 사건 원문 작성자와 동일한 내용의 불법행위책임을 진다고 봄이 상당하다고 할 것이고, 한편 피고의 위와 같이 전제 또는 링크 행위가 이 사건 원문 기사 등의 내용을 단순히 인용 내지 소개한 것에 불과한 경우에도, 앞서 본 인터넷 매체의 특성과 그 역기능 등을 고려해 볼 때, 피고가 이 사건 원문기사 등이 진실에 반하는 내용으로 원고들의 명예를 훼손하는 것임을 잘 알면서 원고들을 비방할 의도로 위와 같은 전제 또는 링크 행위를 하였고, 그로 인해 이 사건 원문기사 등이 급속하고 광범위하게 확산되어 원고들의 명예훼손의 정도가 당초보다 현저히 확대 또는 심화되었다면, 명예훼손물의 전파자로서 불법행위책임을 질 여지가 있다.”고 판시한 판결도 있다. 서울중앙지방법원 2005. 9. 23. 선고 2004가합61216 판결 참조.

- 35) 한편, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다80637 저작권 침해로 인한 손해배상 사건에서 “이른바 인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹 페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도, 이는 구 저작권법 제2조 제14호에 규정된 ‘유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것’에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지 언정 같은 조 제9의2호에 규정된 ‘송신하거나 이용에 제공하는 것’에 해당하지도 아니한다. 그러므로 위와 같은 링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 할 것이3고(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결 참조), 이러한 법리는 개정된 저작권법 제2조 제22호 소정의 ‘복제’ 및 개정된 저작권법에서 신설된 공중송신권의 내용을 이루는 같은 조 제10호 소정의 ‘전송’의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.”고 하여 하이퍼링크의 기능을 소극적으로 파악하고 있는 반면에, 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 전기통신기본법위반 사건에서 “음란한 부호 등으로 링크를 해 놓는 행위자의 의사의 내용, 그 행위자가 운영하는 웹사이트의 성격 및 사용된 링크기술의 구체적인 방식, 음란한 부호 등이 담겨져 있는 다른 웹사이트의 성격 및 다른 웹사이트 등이 음란한 부호 등을 실제로 전시한 방법 등 모든 사정을 종합하여 볼 때, 링크를 포함한 일련의 행위 및 범의가 다른 웹사이트 등을 단순히 소개·연결할 뿐이거나 또는 다른 웹사이트 운영자의 실행행위를 방조하는 정도를 넘어, 이미 음란한 부호 등이 불특정·다수인에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓여 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써 그 실질에 있어서 음란한 부호 등을 직접 전시하는 것과 다를 바 없다고 평가되고, 이에 따라 불특정·다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전체로 보아 음란한 부호 등을 공인히 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하며, 이러한 해석은 죄형법정주의에 반하는 것이 아니라, 오히려 링크기술의 활용과 효과를 극대화하는 초고속정보통신망 제도를 전제로 하여 신설된 위 처벌규정의 입법 취지에 부합하는 것이라고 보아야 한다.”며 링크가 직접적 정보전달 수단이라는 점을 인정하여 링크의 역할에 차이를 보이고 있다.

자신이 성희롱을 했다는 허위의 게시물이 인터넷 게시판에 링크됨으로써 명예를 훼손당하였다고 주장하며 프로바이더(접속업자)에게 발신자의 정보 게시를 청구한 사건에서, 1심 도쿄 지방재판소에서는 링크를 한 것만으로는 명예훼손에 해당하지 않는다고 하여 청구를 기각하였으나, 도쿄 고등재판소는 2012년 4월 18일 청구인에 대한 명예훼손을 긍정하여 프로바이더에게 발신자의 이름과 주소를 게시할 것을 명령하는 판결을 내렸다. 도쿄 고등재판소는 하이퍼링크 행위에 대해 다음과 같이 실시하였다. “하이퍼링크가 설정되어 있는 본건 각 기사를 보는 자가 하이퍼링크 주소의 기사를 볼 가능성이 있음은 쉽게 상상할 수 있고, 하이퍼링크 주소를 방문할 것인지 여부의 선택이 개인에 따라 다르다는 이유만으로 하이퍼링크 주소의 기사를 함께 읽는 것이 일반적이지 않다고 할 수는 없다. 또한, 본건 각 기사와 같이 투고를 하는 자나 이러한 투고기사에 흥미를 갖는 자가 컴퓨터 바이러스 등에 감염되는 것을 두려워하여 쉽게 클릭하지 않을 것이라고 할 수 없고, 오히려 하이퍼링크 주소로 이행하는 것이 통상적이라고 추측된다. 그렇다면 본건 기사는 본건 기사 3을 내용으로 하는 것이라고 인정된다.”

도쿄고등재판소는 해당 기사에 의하여 항소인의 명예가 훼손되었고, 그 권리가 침해되었음이 명백하다고 할 수 있고, 또한 본건 각 기사의 발신자에 대하여 손해배상청구권을 행사하는 것을 예정하고 있는 항소인에게는 발신자정보게시를 받아야 할 정당한 이유가 있다고 할 수 있으므로, 항소인의 피항소인에 대한 발신자정보 게시청구는 이유 있다고 보았다.³⁷⁾

(2) 영국³⁸⁾

영국에서 하이퍼링크에 의한 명예훼손에 대하여 Hird v Wood 사건³⁹⁾이 많이 인용된다. 이 사건에서 내용은 단순하다. 거리의 현수막에 작자를 알 수 없는 명예훼손적 글이 적혀 있었는데 도로가에 앉아 있는 사람이 하루

36) 소은영, 위의 주 19 참조.

37) 東京高裁平成24(2012)年4月18日、平成24年(ネ)第127号.

38) 이현목, 인터넷 하이퍼링크에 의한 전시와 명예훼손, 한국정보법학회, 학회지 15-2, 159면 참조.

39) Hird v Wood(1894), 38 S.J. 234 (CA).

중일 담배를 피우며 손가락으로 그 현수막을 가리키고 있었다. 이때 이 사람에게도 명예훼손이 성립되는지 여부가 문제가 되었는데, 재판부는 이러한 행위도 명예훼손에 해당한다고 보았다. 영국에서는 이 판례가 하이퍼링크에도 유추적용 되어 하이퍼링크에 의한 명예훼손이 가능하다는 것이 일반적인 견해라고 한다.

(3) 미국⁴⁰⁾

가) 단일발행의 원칙(Single Publication Rule)

일반적으로 명예훼손(민사 또는 형사)에서는 명예훼손적인 내용의 글을 “발행(publication)”하였음, 즉 누군가 제3자에게 전달하였음을 요건으로 하는데, 같은 진술을 여러 번 발행하였더라도 최초로 발행된 시점을 기준으로 단일 행위로 간주한다는 ‘단일발행의 원칙(Single Publication Rule)’을 채택하고 있다. 이에 따라 어떤 책이나 기사 등이 여러 부 복사되어 배포되더라도 단일 사건으로 취급한다. 단일발행의 원칙을 채택한 이유는, 피고에게 과도한 책임을 지우는 일을 방지하고, 원고가 한꺼번에 배상을 받도록 하며, 대중적인 의사소통에의 위축효과를 줄이고, 소멸시효가 계속하여 갱신되는 일을 방지하기 위한 것이다. 이 단일발행의 원칙이 온라인에도 적용된다고 본다.⁴¹⁾

예외적으로, ‘재발행(republishment)’을 하는 경우에는 단일 사건이 아니라 별개의 사건으로 본다. 그렇다면 제3자가 작성한 글이나 링크를 인터넷에 게시한 경우 이것이 ‘재발행’으로 인정되는지 여부가 문제된다. 이에 관한 사안을 직접 다룬 판례는 많이 발견되지는 않는데 재발행으로 인정하지 않는 것이 더 일반적인 견해라고 본다.⁴²⁾ 그 이유는, ‘재발행’이란 내용상 실질적인 변화가 있을 때 인정되므로, 단순히 기존의 문건을 언급하거나 하이퍼링크를 걸거나 복사본을 게시하는 것을 재발행이라고 볼 수 없기 때문이다. 이

40) 김지혜 헌법연구원, 위의 주 3 참조.

41) See *Churchill v. State of New Jersey*, 876 A.2d 311 (N.J.Super. 2005) (other jurisdictions are almost unanimous in holding that the single publication rule should be applied to Internet publications).

42) MLRC MediaLawLetter, “Defamation by Click: Hyperlinking and the Defense of the Single Publication Rule.” June 2010.

에 따르면 단순히 이를 게시한 자를 상대로 명예훼손성 글의 원저자처럼 취급하여 명예훼손 책임을 물을 수는 없다.⁴³⁾

나) ‘발행인’ 또는 ‘배포자’ 책임 면제

전통적인 명예훼손 법리에서는 명예훼손성 글의 원저자 이외에도 이를 신문, 책 등으로 발간한 ‘발행인(publisher)’과 이를 판매하는 ‘배포자(distributor)’에 대하여도 일부 책임을 물었다. 발행인은 신문사와 같이 ‘내용을 통제하는 편집’을 하기 때문에 명예훼손 책임이 있다고 본다. 반면 배포자의 경우에는 내용을 통제하지 않으므로, 배포자가 명예훼손성 내용에 대해 ‘실제로 알았거나 알았어야 할 합리적인 사유가 있는 경우’에 한하여 책임을 인정하였다.

그렇다면 제3자가 작성한 글이나 링크를 인터넷에 게시한 경우, 발행인 또는 배포자로서의 책임이 있는지가 문제된다. 위 전통적인 법리에 따르면 인터넷 토론 등의 장을 제공하는 운영자는 명예훼손법상 발행인으로서 간주될 수 있다. 그런데 ‘내용을 통제하는 편집’을 하는지 여부에 따라 발행인인지가 판단되므로, 내용에 대하여 통제하지 않고 방임하는 경우에는 책임을 회피할 수 있는 반면, 문제가 되는 내용이 있는지 적극적으로 감독하는 경우에는 오히려 명예훼손상 책임을 물게 되는 모순이 발생하게 되었다.⁴⁴⁾

이에 1996년 미국 연방의회는 Communications Decency Act (CDA)를 제정하여, 제3자가 만든 정보에 대하여 인터넷 서비스 제공자나 사용자가 ‘발행인(publisher)’ 또는 ‘발화자(speaker)’로 취급되지 않도록 규정하는 조항을 두었다(CDA 제230조).⁴⁵⁾ 그 입법목적은 인터넷을 통한 활발한 정보공유를

43) *Salyer v. The Southern Poverty Law Center*, 701 F.Supp.2d 912 (W.D.Ky. 2009); *Sundance Image Technology, Inc. v. Cone Editions Press, Ltd.*, 2007 WL 935703 (S.D.Cal.,2007.); *Churchill v. State of New Jersey*, 876 A.2d 311 (N.J.Super. 2005); 한편, 텍사스남부연방지방법원에서 익명인이 작성한 블로그 글에 대한 링크를 여러 사람에게 메일로 전송한 것이 명예훼손법상 ‘발행’행위라고 보아 원저자처럼 취급하여 명예훼손 적용한 판례도 있다. *In re Perry*, 423 B.R. 215, 269 (Bankr. S.D.Tex. 2010).

44) *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y.Sup.Ct. 1995) 판결 이후 이러한 문제가 지적되었다.

45) 원문은 다음과 같다: no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. 47 U.S.C. 230.

방해하는 위축효과를 막고 자체적인 규제활동을 촉진하기 위한 것이었다. 위 조항으로 인하여 제3자가 작성한 글에 대하여 인터넷 서비스 운영자나 개인 인터넷 사용자가 명예훼손법상 책임을 부담하지 않도록 하였다. 위 조항에서는 ‘배포자’에 대한 명시 규정이 없으므로 전통적인 법리에서 배포자로 인정되는 경우에도 위 조항에 의하여 면책이 되는지 여부가 쟁점이 되었는데, 지금까지 이 쟁점에 대하여 검토한 법원의 판결에 의하면 배포자도 위 조항에 의하여 책임을 면한다고 본다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

다. 이 사건 결정 해설

헌법재판소는 이 사건에서 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 경우 명예훼손의 책임을 지는지 판단하는 기준과 관련하여, 게시한 사람이 해당 표현물에서 문제되는 부분을 직접 적시한 것으로 볼 수 있는지에 따라 명예훼손의 책임을 진다고 보았다. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 명예훼손의 책임을 인정하기 위해서는 헌법상 자기책임의 원리에 따라 게시자 자신의 행위에 대한 법적 평가가 필요하다고 실시하였다.

다만 구체적인 기준에 대해서 헌법재판소는 인터넷에 제3자의 표현물을 게시하는 행위의 태양은 매우 다양하다는 점을 고려하고 있다. 『출처를 밝히고 원문의 존재를 밝히고 있는지, 제3자가 작성한 표현물을 인용하는 것에 불과한지, 제3자의 표현물에 대하여 적극적으로 자신의 표현을 추가하였는지, 제3자의 표현물의 내용에 대해 동조하거나 비판하는 의견을 개진하였는지, 제3자의 표현물을 그대로 게시하였는지 아니면 변형을 가하였는지, 제3자의 표현물을 게시한 공간의 성격은 어떠한지, 제3자의 표현물을 어떤 범위의 사람들에게 공개하였는지 등 구체적인 사정이 다를 수 있고, 현재에는 예측할 수 없는 방식으로 제3자의 표현물을 게시하게 될 수도 있을 것이다. 따라서 제3자의 표현물을 게시한 행위가 전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임이 부정되고, 제

46) Jennifer Meredith Leibman, "Defamed by a Blogger: Legal Protections, Self-Regulation and Other Failures," 2006 U.III.J.L.Tech & Pol'y 343 (2006).

47) Barrett v. Rosenthal, 40 Cal.4th 33 (2006).

3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 한다(헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747, 공보 제207호, 161, 167)』라고 밝혔다.

이 사건에서 청구인은 제3자의 표현물인 이 사건 동영상은 자신의 블로그에 게시하면서 피해자의 전과나 토지소유에 관한 어떠한 언급도 하지 않았고, 게재 당시 이 사건 동영상은 이미 35만 회 이상 조회되는 등 인터넷에 널리 유포되어 있었고, 많은 인터넷 매체에서 이 사건 동영상에 대한 기사를 작성하면서 링크를 걸어두기도 하였고, 청구인 외에도 수많은 사람들이 자신의 블로그에 게시하였다. 헌법재판소는 청구인의 게시행위에 대해 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과하다고 보아 명예훼손의 책임을 부정하였다.

6. 위법수집증거 배제원칙 위배 여부

가. 문제점

청구인이 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시한 행위에 대한 수사는 국무총리실 산하 공직윤리지원관실의 민간인 사찰행위로부터 비롯되었다. 청구인은 조사를 시작한 국무총리실 산하 공직윤리지원관실은 적법한 수사기관이 아니므로, 위 기관에서 수집한 이 사건 동영상을 캡처한 화면이나 동영상 CD는 적법한 절차에 의하여 수집된 증거로 볼 수 없어 위법수집증거 배제의 법칙이 적용되어야 한다고 주장하였다. 헌법재판소는 이 사건에서 위 쟁점에 대해 판단하지는 않았으나, 수사기관이 아닌 국가기관이 불법사찰을 통해 증거를 수집하는 행위가 청구인의 기본권을 침해하는지 쟁점이 될 수 있다고 본다.⁴⁸⁾

48) 독일헌법재판소는 정보기관의 “좌파”의원 사찰을 승인하는 2010년 7월 21일자 연방행정법원의 판결(BVerwGE 137, 275)이 튜링엔의 주의회의원인심판청구인에 대한 자유위임을 해한다는 이유에서 위 판결을 파기한 바 있다. 독일 연방헌법재판소 2013년 9월 17일자 사건번호 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08. 헌법재판소 헌법재판연구원, 세계헌법재판동향, 2014년 제2호, 3-6면 참조.

나. 위법수집증거 배제법칙의 의의

2007. 6. 1. 법률개정으로 신설된 형사소송법 제308조의2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”라고 규정함으로써 위법수집증거배제법칙을 선언하고 있다. 위 조항이 신설되기 이전에도 판례는 그동안 진술증거에 대해 위법수집증거배제법칙을 선언하여 왔다.⁴⁹⁾ 이에 반해 영장주의에 위반하여 압수한 증거물의 증거능력에 관해서는 “압수물은 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다할 것이므로 증거능력이 인정된다고 판시하여 물적 증거에 대해서는 위법수집증거라도 증거능력을 인정하는 태도를 보였었다.⁵⁰⁾ 그러나 최근 대법원은 기존 판례를 변경하여 위법한 압수물에 대해서도 원칙적으로 증거능력을 부인하는 판결을 선고하였다. 『기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실제적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결).』라고 판시하였다.⁵¹⁾

49) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결; 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4091 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도11400 판결.

50) 대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결; 대법원 1994. 2. 8. 선고93도3318 판결.

51) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결은 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 경우를 제시하고 있는바, 그 내용은 다음과 같다.
“다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실제적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만

사인이 위법하게 증거를 수집한 경우, 대법원은 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하고 있다. 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결은 『설령 그것이 제3자에 의하여 절취된 것으로서 위 소송사기 등의 피해자측이 이를 수사기관에 증거자료로 제출하기 위하여 대가를 지급하였다 하더라도, 공익의 실현을 위하여는 이 사건 업무일지를 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활 영역을 침해하는 결과가 초래된다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다.』라고 설시하였다.

위법수집증거배제법칙은 일반적으로 적법절차의 보장과 위법수사의 억지와 사생활의 보호를 위하여 존재한다. 형사소송법 제308조의2의 위법수집증거배제법칙은 진술증거와 비진술증거에 이르기까지 모든 증거에 적용되는 법칙이다. “적법절차의 실질적 내용”이라 함은 인간으로서의 기본적 권리에 해당하는 내용이고, 그것은 사법부를 포함한 전 국가기관을 기속하는 법칙이다.⁵²⁾ 이 사건 동영상은 공직윤리지원관실 소속직원이 수집한 증거로서, 권한 없는 국가기관이 위법하게 수집한 증거에 해당하는바, 사인이 위법하게 수집한 증거와 동일하게 평가될 수 있는지 의문이고, 오히려 수사기관이 위법하게 수집한 증거보다 더욱 불법성이 강하다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건에도 위법수집증거배제법칙이 적용되어야 한다.

을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다. 따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.”

52) 김태운, 위법수집증거배제법칙의 적용범위에 관한 재검토, 경북대학교 대학원 박사논문, 2009, 29쪽

다. 위법한 증거수집행위에 의해 제한되는 기본권

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다(헌재 2010. 9. 30. 2008헌바132, 판례집 22-2상, 597, 609; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092, 판례집 21-2상, 765, 786).

헌법재판소가 새로운 독자적 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인한 사건은 개인의 지문정보에 관한 사건이었던 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등 사건으로, 그 배경에는 현대의 정보통신기술의 발달과 그림자라는 사회적 상황의 변동이 있다. 『특히 컴퓨터를 통한 개인정보의 데이터베이스화가 진행되면서 개인정보의 처리와 이용이 시공에 구애됨이 없이 간편하고 신속하게 이루어질 수 있게 되었고, 정보처리의 자동화와 정보파일의 결합을 통하여 여러 기관간의 정보교환이 쉬워짐에 따라 한 기관이 보유하고 있는 개인정보를 모든 기관이 동시에 활용하는 것이 가능하게 되었다. 오늘날 현대사회는 개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 개인정보의 수집·처리에 있어서의 국가적 역량의 강화로 국가의 개인에 대한 감시능력이 현격히 증대되어 국가가 개인의 일상사를 낱낱이 파악할 수 있게 되었다. 이와 같은 사회적 상황 하에서 개인정보자기결정권을 헌법상 기본권으로 승인하는 것은 현대의 정보통신기술의 발달에 내재된 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하고, 나아가 자유민주제도의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 차단하기 위하여 필요한 최소한의 헌법적 보장장치라고 할 수 있다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 682-683 참조).』 개인의 존엄과 가치, 개인의 자유로운 인격의 발현이 명실상부하게 보장되려면 개인에게 국가로부터 불법부당하게 감시받지 않을 자유가 보장되어야 하는바, 현대적인 정보처리기술의 조건 아래서는 국가공권력에 의한 개인정보의 무제한적 수집, 저장, 이용 및 교부에 대하여

개인을 보호할 것이 요구된다.

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함하는바(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 682), 개인이 자신의 블로그에 어떠한 내용의 글 등을 게시하는지는 개인정보에 해당하고, 그 블로그가 누구나 볼 수 있도록 공개되어 있더라도 달리 볼 것은 아니다. 따라서 이 사건에서 국가기관이 이러한 개인정보를 수집하여 수사기관에 제출하는 것은 청구인의 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다고 생각한다.⁵³⁾

라. 개인정보자기결정권의 침해 여부

(1) 영상저작물을 복제할 권리와 원본이나 복제물을 배포할 권리는 저작자에게 속하지만(저작권법 제16조, 제18조), 재판절차를 위하여 필요한 경우에는 그 한도 안에서 저작물을 복제할 수 있는바(같은 법 제23조), 수사기관은 명예훼손 혐의를 입증하기 위해 영상저작물을 복제하는 방법으로 증거를 수집할 수 있을 것이다.

그러나 이 사건 동영상에 담긴 콤팩트디스크에서 문제되는 것은 단순히 인터넷에 유포되어 있는 동영상을 다운로드받거나 캡처한 행위가 아니다. 이 사건 동영상에 명예훼손 혐의가 있다면 동영상의 제작에 관여하거나 최초로 유포한 사람에 대해 수사를 하는 것이 일반적이고, 공직윤리지원관실이 경찰에 이첩할 당시 이 사건 동영상은 이미 170만 회 이상 조회되고 수많은 블로그와 게시판에 게시되어 있었는데, 공직윤리지원관실은 청구인에 대하여

53) 과거에도 민간인 불법사찰로 인한 국가배상 사건이 종종 문제되었는데, 대법원은 헌법 제10조, 헌법 제17조는 “개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석된다”고 실시하며, 손해배상을 청구한 원고들의 헌법상 기본권을 침해하는 불법행위라고 실시하였다. 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결(국군보안사령부 민간인 사찰 사건), 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012다45528 판결(국군기무사령부 민간인 사찰 사건) 참조. 이를 ‘자기정보통제권’으로 표현한 판례로는 서울고등법원 2010. 2. 10. 선고 2009나60819 판결(국가정보원의 다단계사업과 관련된 범죄행위 정보수집행위)이 있다.

만 증거를 수집하였다. 이는 단순한 증거수집행위를 넘어 민간인의 개인정보를 수집하는 사찰 행위라는 의심을 지울 수 없는바, 이 사건에서 개인정보 자기결정권 침해 여부를 판단함에 있어서도 국가기관의 개인정보 수집 권한 유무, 국가기관의 인식과 의도, 기본권침해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(2) 공직윤리지원관실은 2008. 7. 21. ‘국무총리실과 그 소속기관 직제(대통령령 제20922호)’ 개정에 의하여 신설되었고, 헌법 제86조 제2항에 규정된 국무총리의 행정각부 통할권 및 정부조직법 제16조에 규정된 국무총리의 중앙행정기관 지휘·감독권에 근거하여, ‘국무총리실과 그 소속기관 직제’ 제13조의2에 규정된 “1. 공직자 사기 진작 지원 등에 관한 사항, 2. 공직자 고충 처리 지원 등에 관한 사항, 3. 우수공무원 발굴에 관한 사항, 4. 공직사회 기강확립에 관한 사항, 5. 부조리 취약분야 점검 및 제도개선에 관한 사항, 6. 그 밖에 공직윤리 지원과 관련한 국무총리 지시사항 처리” 업무를 담당하는 부서이다. 공직윤리지원관실 직제 및 조직은 내각의 공직기강 확립업무를 지휘·조정·감독하여 대통령과 국무총리의 원활한 국정 수행을 뒷받침하기 위해 설치되었으므로, 정부 공무원 내지 공공기관 임직원 이외에 국회의원, 민선 자치단체장, 민간인 등에 대해서는 조사할 권한이 없고, 정부 공무원 내지 공공기관 임직원에 대해서도 대통령과 국무총리의 원활한 국정 수행을 뒷받침하기 위해 필요한 범위 내의 임무 수행을 위해서만 권한을 행사해야 하는 한편, 그 권한 행사도 정부 각 부처 및 공공기관의 감사·감찰 업무를 지휘·조정·감독함에 필요한 범위 내에서 이루어져야 한다.

그런데 청구인이 대표이사로 재직하고 있던 ○○은 ○○은행 관련 인력송출전문업체로서 공공기관에 해당하지 아니하므로 청구인을 공공기관 종사자라고 볼 수 없고, 공직윤리지원관실 소속 직원의 증거수집행위가 공무원이나 공공기관 종사자들의 비위 등과 관련된 사항에 대한 조사의 일환으로 행해졌다고 볼 만한 사정 또한 보이지 아니하므로, 공직윤리지원관실의 증거수집행위는 권한이 없는 것으로 법률상 근거가 전혀 없다.

(3) 공직윤리지원관실이 자료를 수집한 행위는 청구인으로부터 전혀 동의를 받지 않은 채 극히 비밀리에 이루어졌다. 공직윤리지원관실의 증거수집행

위는 이 사건 동영상으로 인한 명예훼손 혐의에만 이루어진 것이 아니라, 청구인이 ‘노사모 핵심멤버’라는 추정 하에 ○○○ 의원과의 관계, 촛불집회 참여 여부, 촛불집회 자금원인지 여부 등에 초점이 맞추어져 있었다. 공직윤리지원관실이 민간인의 정치적인 동향을 감시하기 위해 블로그를 관찰하는 방법으로 사상 신조 등을 포함한 개인의 사적 정보를 비밀리에 수집한 것이다.

(4) 더 나아가 공직윤리지원관실이 경찰에 이첩한 자료에 의하면, 공직윤리지원관실 직원은 서울지방경찰청 사이버수사대에 명예훼손 혐의에 대해 내사의뢰를 하기도 전에 2008. 9. 16. ○○은행 노무팀장을 만나 ○○의 경영상태를 확인하였고, 2008. 9. 19. ○○은행 인사담당 부행장에게 청구인이 블로그를 개설하여 명예를 훼손하는 등 불법행위를 하고 있다고 알려 청구인에 대하여 적절한 조치를 취하겠다고 약속을 받았다. 또한 공직윤리지원관실 직원은 2008. 9. 29. 청구인이 운영하고 있던 ○○으로부터 회계관련 자료 등을 임의제출받은 바 있다. 공직윤리지원관실 직원의 이러한 활동으로 청구인은 자신으로 인해 ○○은행과 ○○에 피해가 발생할 것이 두려워 ○○ 대표이사직을 사임하고 청구인이 보유한 지분을 모두 이전하였다.

(5) 위와 같은 사정을 고려하면, 국무총리실 산하 공직윤리지원관실 직원이 법령에 규정된 직무범위를 벗어나 민간인인 청구인을 대상으로 이 사건 동영상 게시 경위, 촛불집회의 자금원인지 여부를 내사하는 등 청구인의 생활에 관한 정보를 조사·수집하고 이를 수사기관에 제공하는 방법으로 정보를 이용·관리한 행위는 헌법에 의하여 보장된 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한 것이라고 볼 수 있다.

마. 소결

수사기관을 포함한 국가기관의 위법한 증거수집을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거의 증거능력을 부인하는 것이다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결). 이 사건 동영상이 담긴 콤팩트디스크는 국무총리실 산하 공직윤리지원관실 직원이 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하여 수집한 증거이므로, 증거능력이 부정되어야 한다. 다만 이에 대해 헌법재판소는 판단하지 않았는데, 이는 이

사건 기소유예처분에 표현의 자유와 명예보호 등에 대한 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있었음을 인정하였기 때문에 더 나아가 판단할 필요가 없고, 이 사건 심판대상도 공직윤리지원관실의 증거수집행위 자체가 아니었기 때문인 것으로 보이는데, 이에 대한 법리공방이 있었다면 흥미로운 쟁점이 되었을 것으로 생각한다.

7. 이 사건 결정의 의의

우리나라에서 대통령에 대한 명예훼손적 표현과 민간인 사찰은 끊임없이 문제되고 있다. 이 사건 결정은 우리 사회에서 표현의 자유가 가지는 의미를 강하게 시사하는 결정으로, ① 공적 인물의 공적 활동에 대한 비판은 폭넓게 허용되어야 하므로 공인에 대한 명예훼손적 표현은 제한이 완화되어야 하고, ② 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사행활동의 영역에 있지 않고 사회적 활동에 대한 비판이나 평가의 자료가 되므로 이에 대한 문제제기나 비판은 허용되어야 하며, ③ 제3자가 제작한 동영상상을 인터넷에 게시한 행위는 단순히 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임을 지지 않고, 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다른 경우 명예훼손의 책임을 진다는 점을 선언함으로써 헌법상 표현의 자유의 범위와 한계를 명확히 하였다.

이 사건 결정으로 청구인에 대한 기소유예처분은 취소되었고, 이후 서울중앙지방법검찰청은 청구인에 대해 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 명예훼손 혐의로 수사한 사건을 ‘혐의없음’으로 처분하였다.⁵⁴⁾ 다만, 이 사건 결정은 심판청구 당시 현직 대통령이 퇴임한 이후에 헌법소원심판이 청구된 때로부터 4년 만에 결정이 났고, 청구인은 최초의 기소유예처분이 있었던 때로부터 5년 가까이 지나서야 무혐의 처분을 받게 되었다. 이 결정이 나오기까지 상당히 지연된 점은 이 결정의 아쉬운 부분이다.

54) 연합뉴스, ‘민간인 사찰 폭로’ ○○○씨 무혐의 처분으로 매듭, 2014. 7. 1.자 인터넷 기사 참조.

결정색인(2013년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70·132·170(병합), 판례집 25-1, 180) ……	1
(헌재 2013. 5. 30. 2009헌마514, 판례집 25-1, 337) ……	33
(헌재 2013. 6. 27. 2011헌가39, 2012헌마608, 2013헌가3(병합), 판례집 25-1, 409) ……	57
(헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75, 판례집 25-1, 447) ……	83
(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506) ……	103
(헌재 2013. 6. 27. 2011헌마315·509, 2012헌마386(병합), 판례집 25-1, 570) ……	121
(헌재 2013. 7. 25. 2011헌가26, 2013헌가14(병합), 판례집 25-2상, 1) ……	139
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌가1, 판례집 25-2상, 21) ……	157
(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바39, 판례집 25-2상, 65) ……	181
(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바267, 판례집 25-2상, 82) ……	201
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌바320, 판례집 25-2상, 212) ……	219
(헌재 2013. 7. 25. 2011헌마63·468(병합), 판례집 25-5상, 244) ……	243
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174, 판례집 25-2상, 306) ……	265
(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마815·905(병합), 판례집 25-2상, 324) ……	279
(헌재 2013. 8. 29. 2011헌가19, 2012헌가12, 2012헌바98, 2013헌가11(병합), 판례집 25-2상, 345) ……	295
(헌재 2013. 8. 29. 2010헌바354, 2011헌바36·44, 2012헌바48(병합), 판례집 25-2상, 382) ……	317
(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494) ……	341

(현재 2013. 9. 26. 2011헌가42, 판례집 25-2상, 610)	369
(현재 2013. 9. 26. 2012헌가16, 판례집 25-2상, 630)	387
(현재 2013. 9. 26. 2012헌라1, 판례집 25-2상, 652)	411
(현재 2013. 9. 26. 2011헌마398, 판례집 25-2하, 26)	433
(현재 2013. 9. 26. 2012헌마806, 판례집 25-2하, 111)	455
(현재 2013. 10. 24. 2011헌바79, 판례집 25-2하, 141)	479
(현재 2013. 10. 24. 2011헌바138, 판례집 25-2하, 174)	501
(현재 2013. 10. 24. 2012헌바428, 판례집 25-2하, 224)	515
(현재 2013. 10. 24. 2011헌마724, 판례집 25-2하, 263)	535
(현재 2013. 11. 28. 2012헌가10, 판례집 25-2하, 338)	559
(현재 2013. 11. 28. 2007헌마1189·1190(병합), 판례집 25-2하, 398) ..	579
(현재 2013. 11. 28. 2011헌마267, 판례집 25-2하, 473)	611
(현재 2013. 12. 26. 2012헌라3, 2013헌라1(병합), 판례집 25-2하, 609)	629
(현재 2013. 12. 26. 2011헌바108, 판례집 25-2하, 621)	647
(현재 2013. 12. 26. 2011헌바234, 판례집 25-2하, 649)	671
(현재 2013. 12. 26. 2009헌마747, 판례집 25-2하, 745)	691

헌법재판소결정해설집 (2013년)

2014年 12月 印刷

2014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 : 경성문화사 02)786-2999

(非賣品)

