

헌법재판소
헌법재판소결정해설집 2020

(표지면지)

발 간 사

작년에 이어 올해도 전 세계는 코로나19의 확산으로 큰 어려움을 겪고 있습니다. 예기치 못한 감염병의 확산과 더불어 인공지능의 발달, 기후변화 등과 같은 새로운 도전과 변화들은 새로운 헌법적 쟁점을 제기하고 있습니다. 이렇듯 불확실성이 커지고 어려운 때일수록 국민의 기본권을 보장하는 최후의 보루로서 헌법재판소에 부과된 시대적 소명은 그 어느 때보다도 막중하다 하겠습니다.

1988년 설립된 헌법재판소는 2020년에도 3천여 건이 넘는 사건들에 대한 결정을 통하여 헌법의 기본정신과 가치를 지키고 공권력으로부터 국민의 기본권을 보호하는 책무를 다하고자 노력하였습니다.

헌법재판소의 결정은, 입법·행정 등 국가작용 전반에 방향을 제시함으로써 국민생활에 직접적이고도 광범위하게 영향을 미치고 있다는 점에서 결정주문 그 자체 뿐 아니라 그 내용과 의미의 올바른 이해가 중요하다 하겠습니다. 이에 헌법재판소는 전년도에 선고한 결정 중 중요하고 의미있는 결정들을 선정하여 매년 《헌법재판소결정해설집》을 발간하고 있습니다.

《헌법재판소결정해설집(2020)》은 2020년에 선고한 결정 중에서 “공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2 위헌제청” 사건 등 22개 주요 결정을 선정하여 각 사안의 쟁점, 해외의 입법례, 해당 결정에 이르게 된 논리적인 과정과 이유 등을 해설하고 있습니다. 참고로 해설집에 포함된 내용은 헌법재판소의 공식적인 입장이 아니라 헌법재판소 결정에 대한 이해

를 돕기 위한 각 필자의 개인적 견해라는 점을 말씀드립니다.

아무쪼록 헌법연구관들의 전문적 분석과 평가를 담은 이해설집이 헌법재판소 결정의 이해와 학문적 연구에 도움이 될 수 있기를 바라며, 바쁜 업무 중에도 원고작성에 최선을 다해주신 집필자들과 국내외 자료를 조사해주신 헌법연구원 및 이 책 발간을 위해 애써 주신 발간위원들께 감사의 말씀을 드립니다.

2021. 9.

헌법재판소 사무처장 박종문

목 차

1. 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2 위헌 제청	민선홍	1
2. 민법 제1000조 제1항 제4호 위헌제청	정유진	98
3. 안전확인대상생활용품의 안전기준 제2조 제2항 제32호 위헌확인	김지현(金智賢)	35
4. 변호사시험법 제11조 위헌확인	이재강	17
5. 직사살수행위 위헌확인 등	민선홍	98
6. 정당법 제22조 제1항 단서 제1호 등 위헌확인	민선홍	8
7. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의	민선홍	16
8. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 등	김 참	20
9. 공직선거법 제157조 제6항 후단 위헌확인 등	이문주	5
10. 구 도로교통법 제93조 제1항 제8호 위헌제청	임효준	8
11. 신용협동조합법 제27조의2 제2항 등 위헌소원	이 진	3
12. 충청남도 등과 행정자치부장관 등 간의 권한쟁의	류지현	7
13. 제19대 대통령선거 후보자토론회 시청금지행위 위헌확인 등	민선홍	387

14. 입법부작위 위헌확인	곽원석	431
15. 군인사법 제57조 제2항 제2호 위헌소원 등	박세영	5
16. 국적법 제12조 제2항 본문 등 위헌확인	이재강	5
17. 군인보수법 제2조 제1항 위헌확인	서경미	51
18. 구 관습법 위헌소원	이진철	55
19. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조 제1항 위헌소원	김진하	55
20. 변호사시험법 제7조 제1항 위헌확인 등	김광욱	63
21. 특정 문화예술인 지원사업 배제행위 등 위헌확인	이진	64
22. 장애인활동 지원에 관한 법률 제5조 제2호 본문 위헌제청	성왕	683

1. 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2 위헌제청

－ 제3차 재산에 대한 추징판결 집행이 헌법에 위반되는지 여부 －
(헌재 2020. 2. 27. 2015헌가4, 판례집 32-1상, 1)

민 선 홍*

【판시사항】

1. 특정공무원범죄의 범인에 대한 추징판결을 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여 그 범인 외의 자를 상대로 집행할 수 있도록 규정한 ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’(2013. 7. 12. 법률 제11883호로 개정된 것) 제9조의2(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 적법절차 원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’(2013. 7. 12. 법률 제11883호로 개정된 것) 제9조의2가 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 전직 대통령 전두환은 1996. 12. 16. 반란수괴, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 등의 범죄사실로 무기징역형과 2,205억 원의 추징 판결을 선고받았고(서울고등법원 96노1892, 이하 위 판결 중 추징 부분을 ‘이 사건 추징판결’이라 한다), 위 판결은 1997. 4. 17. 그대로 확정되었다(대법원 96도3376).

나. 서울 용산구 ○○동 ○○ 대 578㎡ 및 같은 동 □□ 대 155㎡에 관하여 1991. 6. 8. 이○○(전두환의 조카), 강○○(이○○의 장인), 김○○ 3인 앞으로 지분소유권이전등기가 마쳐졌고, 2002. 4. 19. 위 각 토지 중 김○○의 공유지분 전부에 관하여 이○○ 앞으로 지분소유권이전등기가 마쳐졌다. 위 각 토지는 2002. 11. 22. 서울 용산구 ○○동 ○○ 대 733㎡로 합병되었는데, 합병된 토지 중 이○○ 명의의 공유지분에 관하여는 2011. 4. 29., 강○○ 명의의 공유 지분에 관하여는 2011. 5. 27. 각 제청신청인 앞으로 지분소유권이전등기가 마쳐졌다. 위 합병된 토지는 2012. 8. 16. 다시 서울 용산구 ○○동 ○○ 대 546㎡와 같은 동 △△ 대 187㎡로 분할되었다.

다. 서울중앙지방검찰청 검사는, 위 나.항 기재의 토지가 전○○(전두환의 아들)이 전두환으로부터 관리를 위임받은 무기명채권으로 이○○, 강○○, 김○○ 명의로 매수한 것으로서 ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’에서 정한 불법재산에 해당하고, 제청신청인이 그러한 정황을 알면서 이를 취득하였음을 이유로, 2013. 8. 19. ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’ 제9조의2, 형사소송법 제477조 제4항을 근거로 이 사건 추징판결의 미납 추징금 167,226,515,560원을 체납액으로 하여 그 중 서울 용산구 ○○동 ○○ 대 546㎡를

압류하였다.

라. 제청신청인은 위 압류 처분에 불복하여 2013. 12. 11. 형사소송법 제489조에 따라 재판의 집행에 관한 이의신청을 하였고(서울고등법원 2013초기409), 그 재판 계속 중 ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’(2013. 7. 12. 법률 제11883호로 개정된 것) 제9조의2 및 같은 법 부칙 제2조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(서울고등법원 2014초기382). 이에 제청법원은 2015. 1. 20. ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’ 제9조의2에 대하여 위헌법률심판을 제청하고, 같은 법 부칙 제2조에 대한 위헌법률심판제청신청은 기각하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 심판대상조항은 특정공무원범죄를 범한 범인 외의 자(이하 ‘제3자’라 한다)에게 의견 진술의 기회를 보장하지 아니한 채 곧바로 제3자에게 귀속된 불법재산 및 그로부터 유래한 재산(이하 ‘불법재산 등’이라 한다)에 대하여 특정공무원범죄의 범인에 대한 추정판결을 집행할 수 있도록 규정하여 적법절차원칙에 위배된다.

나. 제3자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득하는 행위는 ‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘범죄수익은닉규제법’이라 한다)상 범죄수익등의 은닉·가장죄(제3조) 또는 범죄수익등의 수수죄(제4조) 등에 해당하고, 제3자는 위 범죄사실로 기소된 사건에서 몰수 또는 추징의 부가형을 선고받게 된다. 그런데 심판대상조항은 제3자가 위와 같은 범죄사실로 기소되기 전에도 제3자에 대하여 추징의 집행을 할 수 있도록 규정함으로써 무죄추정원칙에 위배된다. 또한 불법재산을 몰수하는 것이 타당하지 아니하다고 인정하여 추징하는 것은 법관의 양형결정권에

관한 사항임에도, 심판대상조항은 그 권한을 검사에게 부여하여 법관의 양형결정권을 제한함으로써 형사법상 책임원칙에 위배된다.

다. 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산은 ‘공무원범죄에 관한 몰수 특례법’(이하 ‘공무원범죄몰수법’이라 한다) 제5조에 따라 몰수되어야 할 것임에도, 심판대상조항은 이를 추징의 집행 대상으로 삼고 있으므로 체계정당성에 위반된다.

라. 특정공무원범죄의 범인에 대한 재판에서 제3자에게 귀속된 불법재산을 몰수할 수 없는 경우, 제3자를 범죄수익은닉규제법 위반 공소사실로 기소하여 제3자로부터 몰수 또는 추징을 할 수 있고 그 전에 몰수보전명령 또는 추정보전명령을 할 수 있다. 그럼에도 심판대상조항이 법관에 의한 재판 없이 제3자의 귀속재산에 대하여 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 규정한 것은 과잉금지원칙에 위배되어 제3자의 재산권을 침해한다.

마. 심판대상조항에 의해 추징 집행을 받는 제3자는 형사소송법 제489조에 따라 이의신청을 할 수 있으나, 이의신청제도는 효과적인 권리구제수단으로 충분하다고 보기 어렵고, 그밖에 제3자의 권리보호를 위한 실효성 있는 제도가 보완되지 아니한 이상 심판대상조항은 재판청구권을 침해한다.

【결정요지】

1. 심판대상조항의 입법목적은 국가형벌권의 실현을 보장하고 불법재산의 철저한 환수를 통해 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하는 것이다. 심판대상조항은 제3자에게 범죄가 인정됨을 전제로 제3자에 대하여 형사적 제재를 가하는 것이 아니라, 특정공무원범죄를 범한 범인에 대한 추징판결의 집행 대상을 제3자가 취득한 불법재산 등에까지 확대하여 제3자에게 물적 유

한 책임을 부과하는 것이다. 확정된 형사판결의 집행에 관한 절차를 어떻게 정할 것인지는 입법자의 입법형성권에 속하는 사항이므로, 심판대상조항에 따라 추징판결을 집행함에 있어서 형사소송절차와 같은 엄격한 절차가 요구된다고 보기는 어렵다.

심판대상조항에 따른 추징판결의 집행은 그 성질상 신속성과 밀행성을 요구하는데, 제3자에게 추징판결의 집행사실을 사전에 통지하거나 의견 제출의 기회를 주게 되면 제3자가 또다시 불법재산 등을 처분하는 등으로 인하여 집행의 목적을 달성할 수 없게 될 가능성이 높다. 따라서 심판대상조항이 제3자에 대하여 특정공무원범죄를 범한 범인에 대한 추징판결을 집행하기에 앞서 제3자에게 통지하거나 의견을 진술할 기회를 부여하지 않은 데에는 합리적인 이유가 있다.

나아가 제3자는 심판대상조항에 의한 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 재판의 집행에 관하여 이의신청을 할 수 있다(형사소송법 제489조). 또한 제3자는 각 집행절차에서 소송을 통해 불복하는 등 사후적으로 심판대상조항에 의한 집행에 대하여 다툴 수 있다.

따라서 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

2. 특정공무원범죄의 범인에 대한 공소를 제기할 때 제3자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 사실이 밝혀진 경우에는 공무원범죄몰수법에서 정한 바에 따라 제3자에 대한 몰수판결로써 해당 불법재산을 몰수할 수 있으나, 위와 같은 사실을 알 수 없는 경우에는 제3자로부터 불법재산을 몰수하는 것이 불가능하다. 검사는 제3자를 상대로 채권자취소권에 기한 사해행위취소소송을 제기하여 불법재산을 범인의 책임재산으로 회복한 후 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있을 것이나, 채권자취소권을 행사하기

위한 요건을 구비하지 못하여 불법재산을 원상회복할 수 없는 경우가 존재한다. 제3자를 범죄수익은닉규제법위반으로 기소하여 해당 형사소송절차에서 제3자로부터 직접 불법재산을 몰수하거나 그 가액을 추징할 수 있으나, 제3자에 대한 처분이 은밀하게 이루어지는 경우에는 처분사실 자체가 드러나지 아니한 채 제3자에 대한 공소시효가 완성되어 제3자로부터 불법재산을 몰수하거나 추징할 수 없는 상황도 충분히 발생할 수 있다. 결국 현행법상의 다른 절차만으로는 범인이 특정공무원범죄로 취득한 불법재산을 그 정황을 아는 제3자에게 처분함으로써 사실상 불법재산을 그대로 보유하게 되는 위법상태를 시정할 수 없는 부당한 결과가 발생하게 된다.

또한 심판대상조항은 그 집행 대상을 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산과 그로부터 비롯된 부분으로 한정함으로써 입법 목적을 달성하기 위해 필요한 범위 내에서만 제3자의 재산권을 제한하고 있다.

앞서 본 바와 같이 집행의 신속성·밀행성으로 인하여 사전 통지 등의 절차를 마련하기 어려운 부득이한 사유가 존재하는 점, 제3자가 사후적으로 심판대상조항에 의한 집행을 다룰 수 있는 절차가 보장되어 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 법원의 사전 관여 없이 제3자 귀속재산에 대하여 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 규정한 점만으로 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다.

특정공무원범죄로 취득한 불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가형벌권의 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고자 하는 심판대상조항의 입법목적은 우리 사회에서 매우 중대한 의미를 지닌다. 반면, 심판대상조항으로 인하여 제3

자는 그 정황을 알고 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여 집행은 받게 되는데, 그 범위는 범인이 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산과 그 재산에서 비롯된 부분으로 한정되고, 제3자는 사후적으로 집행에 관한 법원의 판단을 받을 수 있다. 그렇다면 심판대상조항으로 인하여 제3자가 받는 불이익이 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익보다 중대하다고 보기 어려우므로, 심판대상조항은 범익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다.

따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견

심판대상조항에 의하여 집행을 받는 제3자는 범인에 대한 형사 재판에 관하여 고지 받거나 그 재판절차에 참가할 기회를 가지지 못하는 물론, 제3자의 재산에 추징이 집행되는 단계에 이르러서도 사전에 이를 고지 받거나 청문절차에서 의견을 진술할 수 있는 기회조차 부여받지 못한다. 범인 외의 제3자가 범죄 후 그 정황을 알면서도 불법재산을 취득한 경우에 있어서 추징이 몰수에 비해 신속한 절차나 밀행성의 요구가 특별히 더 절실하거나, 추징집행의 대상이 된 제3자의 불법성이 몰수의 경우보다 더 크다고 볼 근거를 발견할 수 없음에도 불구하고, 공무원범죄몰수법에 따라 제3자에 대하여 몰수할 경우 제3자에게 인정되는 범인에 대한 형사 재판에 관하여 고지 받을 기회 내지 그 재판절차에 참가하여 진술할 수 있는 기회 등도 심판대상조항에 의한 추징집행에는 전혀 마련되어 있지 않다.

입법자가 제3자의 재산에 대한 추징집행에 맞는 추정보전절차를 따로 마련하면, 사전고지나 청문 등을 보장하면서도 제3자가

집행을 면탈하는 것을 사전에 방지할 수 있다. 따라서 집행의 용이함이나 밀행성의 요구가 사전고지나 청문절차의 부재를 정당화하는 방패가 될 수는 없다.

추징은 몰수에 대신하는 처분이므로 형에 준하여 평가하여야 함에도 불구하고, 제3자는 심판대상조항에 의하여 자신의 재산에 추징집행을 당하기 전에 ‘추징집행이 공무원범죄몰수법의 소정요건을 충족하여 적법한지 여부’에 대하여 법관으로부터 판단받을 기회를 전혀 가지지 못하므로, 심판대상조항은 제3자의 재판청구권을 제한한다. 또한 심판대상조항은 제3자에게 범인의 몰수·추징 면탈이나 불법재산 은닉을 용이하게 하고자 하는 고의가 없는 경우에도 추징의 집행을 허용하고, 불법재산으로부터 유래한 재산도 그 집행 대상으로 삼음으로써 제3자의 재산권을 제한한다.

나아가 심판대상조항은 검사에게 광범위한 재량을 부여하고 있어, 검사는 범인이 아닌 제3자에게 먼저 추징을 집행할 수 있고, 복수의 제3자가 범인으로부터 불법재산을 취득한 경우에는 그 제3자들 중 누구에게 먼저 추징집행을 할 것인지도 임의로 정할 수 있다.

재판집행에 대한 이의신청(형사소송법 제489조)은 통상의 재판절차와는 달리 법원이 제3자의 출석을 요구함이 없이 서면으로만 결정할 수 있어 추징의 집행을 당한 제3자에게 의견진술의 기회를 충분하게 보장하지 못한다. 또한 추징의 집행이 종료된 후에는 이의신청이 허용되지 않는데다가, 이의신청에는 집행정지의 효력도 없어, 집행이 신속하게 종결되는 경우에는 구제에 한계가 있다.

결국 ‘범죄 후 그 정황을 알지 못한 채 불법재산 등을 취득한

경우에 불과하여 제3자 추징을 당할 경우가 아님에도 검사가 공무원범죄몰수법 소정의 제3자 추징 요건을 갖춘 경우라고 자의적으로 판단하여 추징집행을 한 경우'에는 불측의 피해를 입는 선의의 제3자가 발생할 수 있다.

따라서 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

제청법원은 제3자가 유죄판결을 받지 않았음에도 불구하고 제3자에 대하여 추징의 집행을 하는 것은 무죄추정원칙 및 형사법상 책임원칙에 위배된다고 보았다. 이는 심판대상조항에 의한 집행이 형사적 제재에 해당하는 경우에만 성립할 수 있는 주장이므로, 먼저 심판대상조항에 의한 집행의 법적 성격을 살펴본다.

본안 판단과 관련하여, 심판대상조항은 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 규정하면서 제3자에게 사전 통지하거나 의견 진술의 기회를 부여하는 등의 규정을 두고 있지 않은바, 사전 통지 등의 절차를 두지 아니한 것이 적법절차원칙에 위배되는지 여부가 문제되고, 제3자의 재산을 범인에 대한 추징판결의 집행 대상으로 한 것이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하는지 여부가 문제된다.

제청법원은 심판대상조항이 무죄추정원칙 및 형사법상 책임원칙에 위배된다고 주장하였으나, 뒤에서 보는 것처럼 심판대상조항은 제3자에 대하여 유죄가 인정됨을 전제로 한 형사적 제재로서의 성질을 가지지 아니하므로 무죄추정원칙 위배 여부 및 형사

상 책임원칙 위배 여부는 별도로 판단하지 않았다.

제청법원은 심판대상조항이 제3자의 재판청구권을 침해하고 체계정당성에 위반된다고 주장하였으나, 이는 심판대상조항의 적법절차원칙 위배 및 재산권 침해 여부를 판단할 때 함께 다루어질 수 있는 것이고, 체계정당성에 위반한다고 해서 곧 위헌이 되는 것은 아니어서(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40등; 헌재 2018. 1. 25. 2016헌바315 등 참조), 이에 관하여 별도로 판단하지 않았다.

2. 심판대상조항에 의한 추정 집행 제도

가. 심판대상조항의 입법경과

(1) 법무부는 2013. 6. 25. 법제사법위원회 법안심사제1소위원회에서, 공무원범죄몰수법 제9조의2(불법재산 등에 대한 추정)를 신설하여 ‘제6조의 추정은 범인 외의 자가 그 정황을 알면서도 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대해서 그 범인 외의 자를 상대로 집행할 수 있다.’고 규정하는 의견을 제시하였다. 그 취지는 다음과 같다.¹⁾

－ 공무원범죄몰수법 제5조 제1항 단서는 ‘범인 외의 자가 범죄 후에 그 정황을 알면서 취득한 불법재산’에 대한 ‘몰수’를 허용하고 있으나, 위와 같은 사실이 재판 단계에서 드러나 몰수의 선고를 하는 경우에만 적용됨.

－ 피고인에 대한 판결이 확정된 후 위와 같은 사실이 드러나는 경우 해당 불법재산을 추정할 수 있는 근거가 없음. 미납 추징금 문제 해결을 위해서는 이미 확정된 추정 판결을 토대로 하여 제

1) 제316회국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회) 제2호(2013. 6. 25.), 20-25면 참조.

3자 명의의 재산에 대해서 집행할 수 있는 장치가 필요함.

- ① 공무원범죄몰수법의 입법 취지, ② 재판 단계에서 드러났으면 몰수 판결을 할 수 있는 불법재산에 대하여 집행을 허용하는 것이므로 공무원범죄몰수법 제5조 제1항 단서의 미비한 점을 보충하는 내용에 불과한 점, ③ 제3자가 불법재산임을 알면서 취득한 경우 범죄수익은닉죄에 해당하여 그 취득이 무효이므로 해당 재산은 실질적으로 범인에게 귀속되는 것이어서, 제3자의 일반재산이 아니라 그 정황을 알면서 취득한 불법재산에 한하여 범인에 대한 판결로써 추징할 수 있도록 하는 것은 범인의 재산을 추징한다는 추징의 본래 취지에 부합하는 점, ④ 형사소송법 제478조는 ‘몰수 또는 조세, 전매 기타 공과에 관한 법령에 의하여 재판한 벌금 또는 추징은 그 재판을 받은 자가 재판확정 후 사망한 경우에는 그 상속재산에 대하여 집행할 수 있다.’고 규정하고 있는 점, ⑤ 제3자는 형사소송법 제489조에 따라 이익을 제기할 수 있는 점 등을 고려할 때 문제없음.

- 공익상 필요에 의하여 현재 진행 중인 추징금의 집행 방법을 규율하는 것이므로 소급효 문제도 없음.

(2) 제316회국회(임시회) 법제사법위원회 법안심사제1소위원회(2013. 6. 25.)는 심판대상조항과 동일한 내용으로 문구를 정리하여 소위원회 대안으로 가결하였다. 그 후 제316회국회(임시회) 제4차 법제사법위원회(2013. 6. 26.)에서 그대로 위원회 대안(의안번호 5704)으로 제안하기로 의결되었으며, 제316회국회(임시회) 국회본회의(2013. 6. 27.)에서 원안 가결되었다. 이에 따라 2013. 7. 12. 법률 제11883호로 개정된 공무원범죄몰수법에 심판대상조항이 신설되었다.

심판대상조항의 개정이유에는 ‘최근 전직 대통령이 거액의 추

징금을 미납하고 있고 이들이 그 친족에게 이전한 불법재산, 혼합재산에 대하여는 몰수·추징도 곤란한 실정이므로 대한민국의 최고위층의 도덕성을 제고하고 불법재산 형성을 방지하기 위하여 공무원범죄의 몰수·추징제도를 개선할 필요가 있음. 이에 특정공무원범죄와 관련한 불법재산을 환수하고 그 세습을 방지하며 추징제도를 강화하기 위하여 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여도 추징할 수 있도록 함'이라고 기재되어 있다.²⁾

나. 심판대상조항의 입법취지

(1) 공무원범죄몰수법은 공무원 등의 뇌물죄와 국고손실죄 등 전형적인 부패범죄에 해당하는 특정공무원범죄를 대상으로 하고 있다(제2조 제1호). 이와 같은 범죄는 경제적인 이익이 주된 동기가 되므로, 범죄로 취득한 재산과 그로부터 유래한 재산인 불법재산을 철저히 추적·환수하는 것이 특정공무원범죄를 예방하는 효과적인 방법이 된다.

공무원범죄몰수법의 입법목적은 특정공무원범죄를 범한 사람이 그 범죄행위를 통하여 취득한 불법수익 등을 철저히 추적·환수하는 제도적 장치를 마련함으로써 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고 깨끗한 공직풍토를 조성하려는 데에 있다.

그런데 특정공무원범죄를 범한 자는 불법재산의 추적 및 환수를 피하기 위해 불법재산을 직접 보유하기보다는 가족 등 친·인척 내지 측근 등 제3자의 명의로 위장하여 보유하거나, 그 정황을 아는 제3자에게 재산을 처분할 가능성이 높다.

2) 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 일부개정법률안(대안, 의안번호:5704, 제안자: 법제사법위원회) 참조.

특정공무원범죄를 범한 범인이 그 정황을 아는 제3자에게 불법 재산을 처분하여 범인에 대한 판결의 현실적 집행이 곤란하게 된다면, 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거할 수 없을 뿐만 아니라 국민들에게 심각한 박탈감을 주고 형사사법에 대한 신뢰마저 훼손될 우려가 있다.

(2) 공무원범죄몰수법은 특정공무원범죄의 범인이 그 범죄행위로 얻은 재산인 불법수익뿐만 아니라 불법수익에서 유래한 재산도 몰수 대상으로 하여(불법수익과 불법수익에서 유래한 재산을 합하여 ‘불법재산’이라 한다) 범인으로부터 필요적으로 몰수하거나 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 제3자로부터 몰수할 수 있도록 하고(제2조 제2호 내지 제4호, 제3조 제1항, 제5조 제1항), 불법재산을 몰수할 수 없거나 불법재산의 성질 등 여러 사정을 고려하여 몰수하지 아니하는 경우에는 범인으로부터 불법재산의 가액을 필요적으로 추징하도록 규정하고 있다(제6조).

따라서 특정공무원범죄의 범인에 대한 공소를 제기할 때 제3자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 사실이 밝혀진 경우에는 공무원범죄몰수법에서 정한 바에 따라 제3자에게 범인에 대한 형사소송절차에 참가하도록 하고 제3자에 대한 몰수판결로써 해당 불법재산을 몰수할 수 있으나(제13조 내지 제22조), 위와 같은 사실을 알 수 없는 경우에는 제3자로부터 불법재산을 몰수하는 것이 불가능하다. 특히 범인이 특정공무원범죄를 범한 때로부터 오랜 기간이 경과한 경우에는 불법재산의 형성 및 처분 과정을 정확하게 밝히는 것이 매우 어려우므로, 범인에 대한 재판이 있은 후에야 제3자의 취득사실이 밝혀지는 경우도 상당할 것으로 보인다.

위와 같은 경우 검사는 제3자를 상대로 채권자취소권에 기한

사해행위취소소송을 제기하여 불법재산을 범인의 책임재산으로 회복한 후 범인에 대한 추징판결을 집행할 수도 있을 것이나, 채권자취소권에 의하여 보호되는 채권은 원칙적으로 사해행위 이전에 발생하여야 하고, 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년 또는 법률행위가 있는 날로부터 5년의 제척기간을 준수하여야 하는 등의 요건을 구비하지 못하여 불법재산을 원상회복할 수 없는 경우가 존재한다.

한편 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 제3자에 대해서는 범죄수익은닉규제법 위반 공소사실로 기소하여 해당 형사소송절차에서 제3자로부터 직접 불법재산을 몰수하거나 그 가액을 추징할 수 있으나, 제3자에 대한 처분이 은밀하게 이루어지는 경우에는 처분사실 자체가 드러나지 아니한 채 제3자에 대한 공소시효가 완성되어 제3자로부터 불법재산을 몰수하거나 추징할 수 없는 상황도 충분히 발생할 수 있다.

(3) 위와 같이 현행법상의 다른 절차만으로는 불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가형벌권의 적정한 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거해야 하는 공익이 상당히 중대한 사안의 경우에도 범인이 특정공무원범죄로 취득한 불법재산을 그 정황을 아는 제3자에게 처분함으로써 사실상 불법재산을 그대로 보유하게 되는 위법상태를 시정할 수 없는 부당한 결과가 발생하게 된다.

이에 심판대상조항은 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여도 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 규정하고 있다. 심판대상조항은 제3자에 대하여 집행할 것인지 여부 및 집행범위를 정함에 있어 검사의 재량을 인정함으로써, 불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가형벌권

의 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고자 하는 공익과 제3자의 불이익을 비교형량하여 집행 여부 및 그 범위를 결정할 수 있도록 하고 있다.

결국 제3자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 사실이 확인된 때에는 제3자에게 귀속된 불법재산 및 그로부터 유래한 재산을 대상으로 범인에 대한 추정판결을 집행할 수 있도록 함으로써 국가형벌권의 실현을 보장하여 형사사법의 정의를 구현함과 동시에 불법재산을 철저하게 추적·환수하여 공무원범죄몰수법의 입법목적을 달성하고자 하는 것이 심판대상조항을 둔 취지라고 할 것이다.

다. 심판대상조항에 의한 추정 집행의 법적 성격

심판대상조항의 입법취지와 규정내용 등에 비추어 보면 심판대상조항은 특정공무원범죄의 범인에 대한 추정판결의 집행 대상을 확대하여 제3자에게 물적 유한책임을 부과하는 것이지, 제3자에게 형사책임이 인정됨을 근거로 제3자에 대하여 형사적 제재를 가하는 것이 아니다. 즉, 제3자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 경우 범죄수익은닉규제법상 범죄수익등의 은닉·가장죄(제3조) 또는 범죄수익등의 수수죄(제4조)가 성립할 수 있으나, 심판대상조항은 제3자에 대하여 위와 같은 범죄가 인정됨을 전제로 그 범죄로 인하여 얻은 이익을 박탈하기 위하여 제3자로부터 추정할 수 있도록 규정한 것이 아니라, 특정공무원범죄로 범인이 취득한 이익을 철저히 추적·환수하기 위하여 범인에 대한 추정판결의 집행 대상을 제3자가 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에까지 확대함으로써 제3자에게 물적 유한책임을 부과한 것으로 보아야 한다.

라. 심판대상조항에 의한 집행 대상

(1) 공무원범죄몰수법상 범인 및 제3자에 대한 ‘몰수’의 대상은 ‘불법재산’인데 반하여(제3조 제1항, 제5조 제1항 단서), 심판대상조항은 집행 대상을 ‘범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산’으로 규정하고 있다.

(2) ‘불법재산’이란 ‘불법수익’과 ‘불법수익에서 유래한 재산’을 말한다(제2조 제4호). ‘불법수익’은 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산이다(제2조 제2호). ‘불법수익에서 유래한 재산’은 불법수익의 과실(果實)로서 얻은 재산, 불법수익의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법수익이 변형되거나 증식되어 형성된 재산인데, 불법수익이 불법수익과 관련 없는 재산과 합하여져 변형되거나 증식된 경우에는 불법수익에서 비롯된 부분으로 한정된다(제2조 제3호).

범죄수익은닉규제법상 ‘범죄수익등’은 범죄수익이나 범죄수익에서 유래한 재산이 그 외의 재산과 합쳐진 경우, 범죄수익에서 비롯된 부분이 아니라 합쳐진 재산 전부가 ‘범죄수익등’에 포함된다는 점에서(범죄수익은닉규제법 제2조 제4호), 공무원범죄몰수법상 ‘불법재산’과 차이가 있다.

(3) 공무원범죄몰수법은 심판대상조항이 규정한 ‘그로부터 유래한 재산’의 의미를 특별히 정의하고 있지 않으나, 문언상 ‘불법재산으로부터 유래한 재산’을 가리키는 것이 명백하다.

‘범인’이 불법수익을 변형·증식하여 형성한 재산은 ‘불법수익에서 유래한 재산’으로서 불법재산에 포함되므로(제2조 제3호, 제4호), 심판대상조항이 ‘불법재산’ 외에 ‘그로부터 유래한 재산’을 별도의 집행 대상으로 규정한 취지는 ‘제3자’가 범인으로부터 불법재산을 취득한 후에 이를 변형·증식하여 형성한 재산을 집행

대상에 포함시키기 위한 것으로 보인다. 이에 더하여 ‘불법수익에서 유래한 재산’의 정의를 규정한 공무원범죄몰수법 제2조 제3호를 고려하면, ‘불법재산으로부터 유래한 재산’이란 제3자가 불법재산을 취득한 후 그 과실로서 얻은 재산, 불법재산의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법재산이 변형되거나 증식되어 형성된 재산을 말하고, 제3자가 취득한 불법재산이 불법재산과 관련 없는 재산과 합하여져 변형되거나 증식된 경우에는 불법재산에서 비롯된 부분으로 한정된다.

(4) 이상을 종합하면, 결국 심판대상조항에 의한 집행 대상은 불법수익과 불법수익에서 비롯된 부분으로 한정된다.

마. 불법재산의 증명

(1) 범죄수익은닉규제법상 범죄수익등 수수죄에 있어서 ‘범죄수익등’이라는 점, ‘수수’하였다는 점, ‘그 정황을 알았다’는 점 등은 구성요건으로서 엄격한 증명을 요하고, 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다(형사소송법 제307조).

『범죄수익은닉규제법 제4조의 ‘정을 알면서 범죄수익 등을 수수’하는 행위에 있어서 주관적 요건인 ‘범죄수익 등이라는 정’의 인식은 반드시 확정적인 것을 요하지 않고, 범죄수익 등일지도 모른다는 의심을 가지는 정도의 미필적 인식으로도 족하다 할 것이다.

그러나 범죄수익 등을 수수하였다고 공소가 제기된 피고인이 그 범의를 부인하는 경우에는 교부자 및 교부를 받은 사람의 신분과 서로의 관계, 수수의 경위, 시간과 장소, 수수되는 재물의 성질과 형태, 대가성의 유무 등 범죄수익 등이 수수될 당시의 모든 객관적인 상황을 참작하여 이를 인정하여야 할 것이고, 한편

형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다고 할 것이다.』 (대법원 2007.

2. 9. 선고 2005도2709 판결)

(2) 반면, 심판대상조항에 의한 추정 집행의 요건인 ‘범인 외의 자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득할 것’, ‘집행 대상이 불법재산 및 그로부터 유래한 재산일 것’ 등은 범죄구성요건사실에 관한 것이 아니어서 엄격한 증명을 요하지 않는다. 범죄수익은닉규제법상 범죄수익등 수수죄로 몰수·추징하는 경우에도 몰수·추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정 등(범죄수익등 수수행위에 관계된 범죄수익등인지 여부 등, 제8조 내지 제10조의2 참조)은 마찬가지로 엄격한 증명을 요하지 않는다.

『몰수·추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정 등은 범죄구성요건사실에 관한 것이 아니어서 엄격한 증명은 필요 없지만 역시 증거에 의하여 인정되어야 함은 당연하고, 그 대상이 되는 범죄수익을 특정할 수 없는 경우에는 추징할 수 없다.』 (대법원 2014. 7. 10. 선고 2014도4708 판결)

(3) 공무원범죄몰수법 제7조는 “특정공무원범죄 후 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득 당시의 범인의 재산 운용 상황 또는 법령에 따른 지급금의 수령 상황 등에 비추어 현저하게 고액(高額)이고, 그 취득한 재산이 불법수익 금액 및 재산 취득시기 등 모든 사정에 비추어 특정공무원범죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할

수 있다.”라고 규정하여, 명시적으로 입증책임을 완화하는 규정을 두고 있다.³⁾ 범죄수익은닉규제법에는 이와 같은 명시적인 입증책임 완화 규정이 없다.

바. 심판대상조항에 의한 추징 집행에 대한 제3자의 불복 방법

(1) 검사의 압류처분

검사가 국세징수법에 따른 국세 체납처분의 예에 따라 집행하는 경우(재산형 등에 관한 검찰 집행사무규칙 제17조의2), 별도의 처분 없이 바로 압류처분(벌과금등 체납처분에 의한 압류 등기 촉탁 신청)을 하게 된다(국세징수법 제24조, 제38조, 제41조, 제45조 등 참조).

심판대상조항에 의하여 재산이 압류된 제3자가 형사소송법 제489조에 따라 재판의 집행에 관한 이의신청을 한 사건들이 법원에 계속 중이다(대법원 2020모4001; 대법원 2020모4058; 서울고등법원 2016초기36).⁴⁾

심판대상조항에 의하여 재산이 압류된 제3자가 압류처분에 대하여 항고소송을 제기한 사건들도 법원에 계속 중이다(대법원 2019두63447; 서울고등법원 2021누34666).

(2) 한국자산관리공사의 공매처분

법원은 검사의 압류에 기한 것이더라도 한국자산관리공사의 공매처분을 항고소송으로 다룰 수 있다고 보고 있다(서울고등법원

3) 법무부, 공무원범죄에 관한 몰수특례법 해설, 35-41면 참조.

4) 형사소송법

제489조(이의신청) 재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다.

2017. 5. 11. 선고 2016누1051 판결).

심판대상조항에 의하여 집행을 받은 제3자가 공매처분에 대하여 항고소송을 제기한 사건들이 법원에 계속 중이다(서울고등법원 2021누45086; 서울행정법원 2019구합55880). 위 제3자들의 집행정지 신청은 인용되었다(서울고등법원 2019. 12. 24.자 2019루1171 결정; 서울고등법원 2020. 7. 22.자 2019루1165 결정).

3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 적법절차원칙 위배 여부

(1) 적법절차원칙의 의의

헌법 제12조 제1항은 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 하여 적법절차원칙을 규정하고 있는바, 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8; 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 등 참조).

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청 중의 하나로 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있다. 그러나 적법절차원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2007. 10. 4. 2006헌바91 참조).

(2) 판단

(가) 법정의견은 다음과 같이 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『심판대상조항은 국가형벌권의 실현을 보장하고 불법재산의 철저한 환수를 통해 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하기 위하여 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여도 특정공무원범죄를 범한 범인에 대한 추정판결을 집행할 수 있도록 규정하고 있으며, 심판대상조항에 따른 추정판결의 집행은 제3자에게 범죄가 인정됨을 전제로 제3자에 대하여 형사적 제재를 가하는 것이 아니라, 범인에 대한 추정판결의 집행 대상을 제3자가 취득한 불법재산 등에까지 확대하여 제3자에게 물적 유한책임을 부과한 것임은 앞서 본 바와 같다.

확정된 형사판결의 집행에 관한 절차를 어떻게 정할 것인지는 입법자의 입법형성권에 속하는 사항으로, 입법자는 국가형벌권 실현의 중요성, 집행에 의하여 기본권이 제한되는 정도, 우리 사회의 법 현실 등 제반사정을 고려하여 국가형벌권의 적정한 실현을 담보할 수 있는 절차를 구체적으로 형성할 수 있다. 그러므로 심판대상조항에 의하여 제3자에게 귀속된 불법재산 등을 대상으로 범인에 대한 추정판결의 집행을 함에 있어 반드시 형사소송절차와 같은 엄격한 절차가 요구된다고 보기는 어렵다.

심판대상조항에 따른 추정판결의 집행은 그 성질상 신속성과 밀행성을 요구하는데, 제3자에게 추정판결의 집행사실을 사전에 통지하거나 의견 제출의 기회를 주게 되면 제3자가 또다시 불법재산 등을 은닉하거나 처분하는 등으로 인하여 집행의 목적을 달성할 수 없게 될 가능성이 높다. 따라서 제3자가 취득한 불법재

산 등에 대하여 추징판결을 집행함에 있어서 사전 통지 등의 절차를 마련하지 않는 것에는 부득이한 사유가 있다고 인정된다.

한편 공무원범죄몰수법은 특정공무원범죄의 범인에 대한 형사사건에서 범인으로부터 추징을 하여야 할 경우에 해당한다고 판단할 만한 상당한 이유가 있고 그 추징판결을 집행할 수 없거나 집행이 현저히 곤란할 염려가 있다고 인정되는 때에는 추징보전명령을 하여 피고인 또는 피의자에 대하여 재산의 처분을 금지할 수 있다고 규정하고 있다(제42조, 제43조). 추징보전명령은 추징의 실효성을 확보하기 위하여 형사재판이 확정되기 전 범인의 재산 처분을 일시적으로 금지하는 보전처분으로서, 추징보전명령을 발하여 처분을 금지할 수 있는 재산은 실질적으로 범인에게 귀속하는 재산을 의미한다. 그런데 심판대상조항은 제3자로부터 불법재산 등의 가액을 추징하는 것이 아니라 범인에 대한 추징판결이 확정된 후 그 집행 대상을 제3자에게 귀속된 불법재산 등으로 확대한 것이어서 집행에 앞서 제3자에 대하여 추징보전명령을 발할 수도 없다.

그렇다면 심판대상조항이 제3자에 대하여 범인에 대한 추징판결을 집행하기에 앞서 제3자에게 통지하거나 의견을 진술할 기회를 부여하지 않은 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

다른 한편으로 제3자는 심판대상조항에 의한 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 재판의 집행에 관한 이의신청을 할 수 있다(형사소송법 제489조). 또한 검사는 추징판결을 집행함에 있어 민사집행법의 집행에 관한 규정을 준용하거나 국세징수법에 따른 국세채납처분의 예에 따를 수 있는데(형사소송법 제477조 제3항, 제4항), 제3자는 각 집행절차에서 소송을 통해 불복하는 등 사후적으로 심판대상조항에 의한 집행

에 대하여 다룰 수 있는 절차가 보장되어 있다.

공무원범죄몰수법은 특정공무원범죄의 범인에 대한 형사소송에서 제3자로부터 직접 불법재산을 몰수하는 경우, 제3자로 하여금 그 형사소송절차에 참가할 기회를 부여하여 몰수에 관하여 피고인과 동일한 소송상의 권리를 행사하고 진술할 수 있도록 규정하고 있다(제13조 내지 제22조). 이는 특정공무원범죄의 범인에 대한 형사소송에서 이루어지는 제3자에 대한 몰수판결의 효력을 직접 제3자에게 미치게 하기 위한 것으로, 해당 형사사건의 피고인이 아닌 제3자에게 판결의 효력을 미치게 하기 위해서는 제3자를 형사소송절차에 참가시키는 것이 필수적이라 할 것이다.

반면 심판대상조항은 제3자로부터 직접 불법재산 등을 몰수하는 것이 아니라 범인에 대한 추정판결의 집행 재산을 제3자에게 귀속된 불법재산 등으로 확대한 것에 불과할 뿐만 아니라 제3자가 심판대상조항에 의하여 범인에 대한 추정판결의 집행을 당하는 경우에는 앞서 본 바와 같이 사후에 다룰 수 있는 절차가 보장되어 있으므로, 제3자에 대한 몰수의 경우와 달리 특정공무원범죄의 범인에 대한 형사소송절차에 참가할 수 있는 권리를 보장하고 있지 않다는 이유만으로 심판대상조항이 제3자에 대하여 적정한 절차를 보장하지 않은 것이라고 단정할 수 없다.

이상과 같이 특정공무원범죄로 얻은 불법재산의 철저한 환수를 통하여 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고 형사사법의 정의를 구현한다는 공익이 우리 사회에서 가지는 가치, 제3자에게 사전에 통지하거나 의견을 진술할 기회를 부여하지 않은 데에는 합리적인 이유가 인정되는 점, 제3자는 사후적 구제수단을 통해서 집행에 관한 법원의 판단을 받을 수 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배된다고

볼 수 없다.』

(나) 이와 달리, 재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 심판대상조항이 다음과 같은 이유로 적법절차원칙에 위배된다는 반대의견을 개진하였다.

『가. 헌법상 적법절차원칙

헌법상 적법절차의 보장은 광의로는 실체적 적법절차의 보장을 포함하는 것이지만 그 본래적 의미는 기본권을 제한하는 내용의 공권력 행사는 그 절차가 합리적이고 공정하여야만 한다는 절차적 적법절차의 보장에 있다. 이러한 절차적 적법절차의 원칙을 충족하기 위한 여러 절차적 요소 중에는 당사자에 대한 사전고지, 공정하고 충분하며 합리적으로 행하여지는 청문 등이 포함된다. 개인의 기본권 등을 제한하는 불이익한 조치 등이 가해지기 전에 사전고지와 청문 등을 통한 정당한 방어와 변명의 기회가 주어져야 하는 것이다. 다만 절차적 적법절차의 구체적 내용은 상황과 무관하게 고정된 것이 아니고 공권력으로 기본권을 제한하는 구체적인 경우에 나타나는 개별적인 사정들을 고려하여 이에 적합한 절차적 보장이 주어질 것을 요청한다는 의미에서 유연성을 가진다. 따라서 구체적인 경우에 적법절차의 원칙상 어떠한 절차가 제공되어야 할 것인지는 규율되는 사항의 성질, 문제된 기본권 내지 관계된 권리의 중요성, 사전고지나 청문 등의 절차가 보장되지 아니할 경우 개인의 기본권 등이 제한되는 위험의 정도, 절차 마련에 수반될 재정적·행정적 부담 내지 공익 희생의 규모, 불복의 기회 등 여러 요소들을 종합적으로 형량하여 결정하여야 하는데, 대체로 보아 기본권의 제한이 증대하면 할수록 적법절차의 요구도 비례하여 커진다고 할 것이다(헌재 2003. 7.

24. 2001헌가25; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바280 참조).

나. 심판대상조항에 대한 검토

(1) 범인의 형사 재판에 대한 사전고지와 재판절차 참가절차 부존재 그리고 제3자 추징 집행 전에 사전고지와 청문절차 부존재 심판대상조항에 의하여 추징 집행의 대상이 된 재산의 소유자인 제3자는 범인에 대한 형사 재판에 관하여 고지 받거나 그 재판절차에 참가할 기회를 가지지 못함은 물론 제3자의 재산에 추징이 집행되는 단계에 이르러서도 사전에 이를 고지 받거나 청문절차에서 의견을 진술할 수 있는 기회조차 부여받지 못한다. 심판대상조항은 제3자가 그 정황을 알았어야 한다는 주관적 요건 및 집행대상 재산이 제3자가 취득한 불법재산 등이어야 한다는 물적 요건을 제3자를 상대로 한 추징 집행의 요건으로 정하고 있다. 그런데, 위와 같은 주관적·물적 요건의 충족 여부에 대한 판단은 전적으로 검사에게 맡겨져 있을 뿐 제3자에게 불이익한 추징 집행이 가해지기 전 사전고지와 청문 등을 통한 정당한 방어와 변명의 기회를 전혀 부여하지 아니하고 있다.

추징의 집행이 미리 고지될 경우 제3자가 재산을 은닉하거나 처분하는 등 집행을 곤란하게 할 가능성을 차단할 수 있는 장치의 마련은 얼마든지 가능하다. 제3자의 재산에 대한 추징 집행의 경우에도 입법자가 그에 맞는 적절한 추징보전절차를 따로 마련하여, 제3자에게 추징대상 재산 및 추징의 이유 등에 대하여 사전에 고지함과 동시에 추징보전절차를 통해 해당 재산의 처분을 금지한다면, 제3자가 재산을 은닉하거나 처분하여 집행을 면탈하는 것을 사전에 방지할 수 있다. 제3자의 재산에 대하여 추징의 집행이 가해지기 전에 사전고지나 청문 등을 보장하면서도 그와 함께 재산을 은닉하거나 처분하는 등 집행을 곤란하게 하는 것을

막는 방법이 입법자에 의해 충분히 마련될 수 있으므로 집행의 용이함이나 밀행성의 요구가 사전고지나 청문절차의 부재를 정당화하는 방패가 될 수는 없다.

특히 공무원범죄몰수법 부칙(2013. 7. 12. 법률 제11883호) 제2조는 “제9조의2부터 제9조의4까지의 개정규정은 이 법 시행 당시 몰수 또는 추징의 절차가 진행 중인 경우에도 적용된다.”고 정하고 있어 이로 인해 공무원범죄몰수법 시행 전에 범인에 대한 추징판결이 확정되어 검사가 범인에 대해 추징판결 집행을 진행할 당시까지는 추징 집행의 대상이 아니었던 제3자가 심판대상조항의 시행으로 인해 추징 집행의 대상에 포함되는 경우도 발생할 수 있다.

그럼에도 불구하고 심판대상조항은 추징판결 집행의 용이함이나 신속함만을 내세워 사전고지와 청문절차 없이 범인에 대한 추징판결의 집행 대상을 확대하여 제3자에 대한 별도의 재판 없이 그 재산에 대하여 추징의 집행을 허용하고 있다.

(2) 법관에 의해 재판을 받을 권리의 제한

추징은 엄격한 의미의 형벌은 아니지만 몰수에 대신하는 처분이므로 몰수와 마찬가지로 형에 준하여 평가하여야 하고 그에 관하여도 형사소송법상 원칙들이 적용되어야 한다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006도4888 판결 참조).

형법상 추징이나 다른 특별법에 의한 추징의 경우 특정인에 대한 재판을 거쳐 법관이 추징판결을 선고하면 검사가 그 판결에 따라 판결의 대상이 된 특정인을 상대로 그의 재산에 대해 추징을 집행한다. 이처럼 일반적인 추징의 경우에는 추징판결을 받은 자와 추징 집행의 대상이 된 재산의 소유자가 일치한다. 그러나 심판대상조항에 의한 제3자에 대한 추징은 일반적인 추징과는 다

르다. 심판대상조항에 의한 추징은 범인에 대한 추징판결에 근거하여 제3자의 재산에 대하여 추징을 집행하는 것으로서 추징판결을 받은 자와 그 추징판결의 집행 대상인 재산의 소유자가 불일치한다.

몰수와 마찬가지로 형에 준하여 평가되는 추징인데도 심판대상조항에 의하면 제3자는 자신의 재산에 추징 집행을 당하기 전에 ‘추징 집행이 공무원범죄몰수범의 소정 요건을 충족하여 적법한지 여부’에 대하여 법관으로부터 판단 받을 기회를 전혀 가지지 못하므로, 이러한 측면에서 심판대상조항은 제3자에 대하여 헌법 제27조 제1항 소정의 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리’를 제한한다.

(3) 제3자 추징과 제3자 몰수를 다르게 규율함

몰수는 범죄행위와 관련된 재산권을 보상 없이 박탈하여 국고에 귀속시키는 독자적인 형사제재이고, 추징은 몰수대상물의 전부나 일부가 몰수하기 불가능한 때에 몰수에 갈음하여 그 가액 상당의 납부를 명하는 부수처분이지만 실질적으로 볼 때 몰수와 차이가 없고, 처분을 받는 자의 입장에서는 추징당하는 것이 몰수보다 더 큰 불이익이 되는 경우가 적지 않다.

그런데 공무원범죄몰수법은 범인 외의 제3자가 범죄 후 그 정황을 알면서도 불법재산을 취득한 경우 제3자를 상대로 몰수하기 위해서는 범인에 대한 공소제기 시 제3자에 대하여 ‘범인에 대한 형사사건이 계속 중인 법원, 그 형사사건명 및 범인의 성명, 몰수하여야 할 재산의 품명·수량 등, 몰수의 이유가 되는 사실의 요지, 범인에 대한 형사사건 절차에 참가신청을 할 수 있다는 취지 등’을 서면으로 고지해야 할 의무를 검사에게 부과하고 있고(제13조), 제3자에게는 제1심 재판이 있기까지 범인에 대한 형사

사건 절차에 참가신청을 할 수 있는 권리를 보장하고 있으며(제 14조), 법원은 제3자가 참가신청을 하고 공판기일에 출석한 경우 몰수의 이유가 되는 사실의 요지 등을 고지하고 몰수에 관하여 진술할 기회를 주어야 하는 것으로 정하고 있다(제16조). 그러나, 심판대상조항에 의하여 추징 집행의 대상이 된 재산의 소유자인 제3자에 대하여는 범인에 대한 형사 재판에 관하여 고지 받을 기회 내지 그 재판절차에 참가하여 진술할 수 있는 기회 부여와 같은 절차를 전혀 마련하고 있지 않다.

또한 공무원범죄몰수법은 범인 외의 제3자가 범죄 후 그 정황을 알면서도 불법재산을 취득한 경우 제3자를 상대로 몰수함에 있어서 ① 법령상의 의무 이행으로서 제공된 것을 취득한 경우나 ② 채권자에게 상당한 재산상의 이익을 제공하는 계약을 할 당시에 그 계약에 관련된 채무 이행이 불법재산 또는 혼합재산에 의한다는 사실을 알지 못하고 그 계약에 관련된 채무의 이행으로 제공된 것을 취득한 경우를 제외하고 있는 반면(제5조 제1항 단서), 심판대상조항에 의한 제3자 추징 집행에 있어서는 어떠한 예외도 마련하지 않고 있다.

범인 외의 제3자가 범죄 후 그 정황을 알면서도 불법재산을 취득한 경우에 있어서 추징이 몰수에 비해 신속한 절차나 밀행성의 요구가 특별히 더 절실하거나, 추징 집행의 대상이 된 제3자의 불법성이 몰수의 경우보다 더 크다고 볼 근거를 발견할 수 없음에도 불구하고 공무원범죄몰수법은 제3자에 대한 추징과 몰수에 대한 규율을 달리 정하고 있다.

(4) 제3자의 재산권에 대한 제한

심판대상조항은 범인 외의 제3자가 범죄 후 그 정황을 알고 불법재산을 취득하기만 하면 비록 제3자에게 범인의 몰수·추징

면탈이나 불법재산 은닉을 용이하게 하고자 하는 고의가 없는 경우에도 추징의 집행을 허용함으로써 제3자의 재산권을 제한한다. 또한 심판대상조항은 불법재산으로부터 유래한 재산에 대해서도 추징판결의 집행이 가능하도록 정하였으므로, 불법재산 취득 후 불법수익이 변형되거나 증식되어 형성된 재산까지도 추징 집행 대상에 포함된다. 공무원범죄몰수법상 추징의 시효는 10년으로서(제9조의4) 형법상 추징의 시효인 5년(형법 제78조 제6호)에 비해 상당히 장기간이므로 제3자는 10년 동안이나 자신이 취득한 불법재산 뿐만 아니라 이를 증식시켜 형성한 재산 전체에 대하여 추징 집행을 당할 위험성을 안고 살아야 한다.

재산을 증식하는 과정에서 불법재산이 불법재산과 관련 없는 재산과 합쳐져 수차례 변형될 수도 있는데 추징의 대상을 불법재산에서 유래한 부분으로 한정한다고 할지라도, 10년이나 되는 장기간 동안의 재산형성과정을 추적하여 불법재산에서 유래한 부분과 그렇지 않은 부분을 정확하게 구분하는 것이 과연 가능할 것인지도 의문이다.

(5) 제3자 추징 집행에 있어서 검사에게 광범위한 재량 부여 심판대상조항은 제3자에 대한 추징 집행의 순서나 방법 등에 대해서도 정하고 있지 않으므로, 검사가 임의로 그 순서와 방법을 정할 수 있다. 검사는 범인이 아닌 제3자에게 먼저 추징을 집행할 수 있고, 복수의 제3자가 범인으로부터 불법재산을 취득한 경우에는 그 제3자들 중 누구에게 먼저 추징 집행을 할 것인지도 임의로 정할 수 있다. 사회 정의의 관념이나 국민의 법 감정 및 추징을 통해 달성하고자 하는 형사정책적인 목적 등에 비추어 볼 때, 제3자보다는 행위의 불법성이 더 큰 범인으로부터 먼저 추징을 하는 것이 타당할 것이나, 검사는 집행의 용이성이나 신

속성 등을 고려하여 누구에게 먼저 추징 집행을 할 것인지를 결정할 수 있고 이는 전적으로 검사의 재량에 맡겨져 있다. 검사의 이러한 재량권 행사는 어떠한 사법적 절차에 의해서도 통제되고 있지 아니하며 제3자가 범인에게 먼저 추징할 것을 항변할 수 있는 명시적인 법적 절차도 마련되어 있지 아니하다.

(6) 사전고지 및 청문절차의 보장 없이 사후적 구제절차만으로는 권리구제의 실효성이 적음

심판대상조항에 의하여 추징의 집행을 받은 제3자는 추징의 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판집행에 대한 이의신청을 할 수 있기는 하다(형사소송법 제489조). 그러나 이 절차는 통상의 재판절차와는 달리 법원이 제3자의 출석을 요구함이 없이 서면으로만 결정할 수 있어 추징의 집행을 당한 제3자에게 의견진술의 기회를 충분하게 보장하지 못한다. 또한 추징의 집행이 종료된 후에는 이의신청이 허용되지 않는데다가(대법원 2001. 8. 23.자 2001모91 결정 참조), 이의신청에는 집행정지의 효력도 없어, 집행이 신속하게 종결되는 경우에는 구제에 한계가 있다.

제3자에게 범인에 대한 형사재판에 관한 고지 및 그 재판절차에 참가할 기회를 부여하지 않음은 물론이고 제3자의 재산에 추징이 집행되는 단계에 이르러서까지도 최소한의 사전고지 및 청문절차의 기회를 부여하지 않고 있는 절차의 공백을 메우기에 재판집행에 대한 이의신청절차는 그 실효성이 부족하다고 평가할 수 있다.

(7) 선의의 제3자에게 불측의 피해를 줄 수 있는 위험성이 내재함

‘범죄 후 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 제3자’에 대한 추징 집행의 필요성과 당위성만이 강조되고 사전고지 및 청문절

차 등 적법절차의 보장 없이 제도를 운영함으로써 인하여 결국 ‘범죄 후 그 정황을 알지 못한 채 불법재산을 취득한 경우에 불과하여 제3자 추징을 당할 경우가 아님에도 검사가 공무원범죄몰수법 소정의 제3자 추징 요건을 갖춘 경우라고 자의적으로 판단하여 추징 집행을 한 경우’에는 불측의 피해를 입는 선의의 제3자가 발생할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다.』

나. 과잉금지원칙 위배 여부

심판대상조항이 적법절차원칙에 위배된다는 반대의견을 개진한 재판관들은 과잉금지원칙 위배 여부에 관하여는 별도로 실시하지 않았다. 법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 공식사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고 형사사법의 정의를 구현하기 위하여 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여도 특정 공무원범죄를 범한 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 규정한 것이므로, 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 공무원범죄몰수법은 공무원 등의 뇌물죄와 국고손실죄 등 전형적인 부패범죄에 해당하는 특정공무원범죄를 대상으로 하고 있다. 이와 같은 범죄는 경제적인 이익이 주된 동기가 되므로, 범죄로 취득한 재산과 그로부터 유래한 재산인 불법재산을 철저히 추적·환수하는 것이 특정공무원범죄를 예방하는 효과적인 방법이 된다.

그런데 특정공무원범죄를 범한 자는 불법재산의 추적 및 환수를 피하기 위해 불법재산을 직접 보유하기보다는 가족 등 친·인척 내지 측근 등 제3자의 명의로 위장하여 보유하거나, 그 정황을 아는 제3자에게 재산을 처분할 가능성이 높다.

특정공무원범죄의 범인에 대한 공소를 제기할 때 제3자가 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 사실이 밝혀진 경우에는 공무원범죄몰수법에서 정한 바에 따라 제3자에게 범인에 대한 형사소송절차에 참가하도록 하고 제3자에 대한 몰수판결로써 해당 불법재산을 몰수할 수 있으나, 위와 같은 사실을 알 수 없는 경우에는 제3자로부터 불법재산을 몰수하는 것이 불가능하다. 특히 범인이 특정공무원범죄를 범한 때로부터 오랜 기간이 경과한 경우에는 불법재산의 형성 및 처분 과정을 정확하게 밝히는 것이 매우 어려우므로, 범인에 대한 재판이 있는 후에야 제3자의 취득사실이 밝혀지는 경우도 상당할 것으로 보인다.

위와 같은 경우 검사는 제3자를 상대로 채권자취소권에 기한 사해행위취소소송을 제기하여 불법재산을 범인의 책임재산으로 회복한 후 범인에 대한 추정판결을 집행할 수도 있을 것이나, 채권자취소권에 의하여 보호되는 채권은 원칙적으로 사해행위 이전에 발생하여야 하고, 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년 또는 법률행위가 있는 날로부터 5년의 제척기간을 준수하여야 하는 등의 요건을 구비하지 못하여 불법재산을 원상회복할 수 없는 경우가 존재한다.

한편 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 제3자에 대해서는 범죄수익은닉규제법 위반 공소사실로 기소하여 해당 형사소송절차에서 제3자로부터 직접 불법재산을 몰수하거나 그 가액을 추징할 수 있으나, 제3자에 대한 처분이 은밀하게 이루어지는 경우에

는 처분사실 자체가 드러나지 아니한 채 제3자에 대한 공소시효가 완성되어 제3자로부터 불법재산을 몰수하거나 추징할 수 없는 상황도 충분히 발생할 수 있다.

불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가형벌권의 적정한 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거해야 하는 공익이 상당히 중대한 사안의 경우에도 위와 같이 현행법상의 다른 절차만으로는 범인이 특정공무원범죄로 취득한 불법재산을 그 정황을 아는 제3자에게 처분함으로써 사실상 불법재산을 그대로 보유하게 되는 위법상태를 시정할 수 없는 부당한 결과가 발생하게 된다. 이에 심판대상조항은 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여도 범인에 대한 추징판결을 집행할 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

나아가 심판대상조항은 제3자를 상대로 집행할 수 있다고 규정하여 제3자에 대하여 집행할 것인지 여부 및 집행범위를 정함에 있어 검사의 재량을 인정하고 있는데, 이로써 불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가형벌권의 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고자 하는 공익과 제3자의 불이익을 비교형량하여 집행 여부 및 그 범위를 결정할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 검사의 재량권 행사는 다른 재량행위와 마찬가지로 사법심사의 대상이 된다고 할 것이다.

(나) 심판대상조항은 그 집행 대상을 제3자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산으로 한정하고 있다.

먼저 ‘불법재산’에 관하여 보면, 불법재산이란 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산인 ‘불법수익’과 불법수익의 과실(果實)로서 얻은 재산, 불법수익의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법수익이 변형되거나 증식되어 형성된

재산인 ‘불법수익에서 유래한 재산’을 말한다(공무원범죄몰수법 제2조 제2호 내지 제4호). 다만 불법수익이 불법수익과 관련 없는 재산과 합하여져 변형되거나 증식된 경우, ‘불법수익에서 유래한 재산’은 불법수익에서 비롯된 부분으로 한정된다(공무원범죄몰수법 제2조 제3호).

다음으로 ‘그로부터 유래한 재산’에 관하여 본다. 공무원범죄몰수법은 ‘그로부터 유래한 재산’의 의미를 특별히 정의하고 있지 않으나, 문언상 ‘불법재산으로부터 유래한 재산’을 가리키는 것이 명백하다. 그리고 심판대상조항 및 관련 조문들의 내용과 체계 등에 비추어 보면, ‘불법재산으로부터 유래한 재산’이란 제3자가 불법재산을 취득한 후 그 과실로서 얻은 재산, 불법재산의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법재산이 변형되거나 증식되어 형성된 재산을 말하고, 제3자가 취득한 불법재산이 불법재산과 관련 없는 재산과 합하여져 변형되거나 증식된 경우에는 불법재산에서 비롯된 부분으로 한정된다고 할 것이다.

이상을 종합하면 결국 심판대상조항에 의한 집행 대상은 불법수익과 불법수익에서 비롯된 부분으로 한정된다. 이와 같이 심판대상조항은 그 집행 대상을 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산과 그로부터 비롯된 부분으로 한정함으로써 입법목적을 달성하기 위해 필요한 범위 내에서만 제3자의 재산권을 제한하고 있다.

(다) 앞서 적법절차원칙 위반 여부에서 살펴 본 바와 같이 집행의 신속성·밀행성으로 인하여 사전 통지 등의 절차를 마련하기 어려운 부득이한 사유가 존재하는 점, 제3자가 사후적으로 심판대상조항에 의한 집행을 다룰 수 있는 절차가 보장되어 있는 점, 공무원범죄몰수법 제5조 제1항 단서 및 범죄수익은닉규제법에

따라 제3자로부터 직접 불법재산을 몰수하는 것이 불가능한 상황도 발생할 수 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 법원의 사전 관여 없이 제3자 귀속재산에 대하여 범인에 대한 추정판결을 집행하도록 한 점을 들어 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다.

(라) 한편 일반 형사범의 경우 추정의 시효기간이 5년인 데 비해 공무원범죄몰수법 제9조의4는 특정공무원범죄에 관한 추정의 시효기간을 10년으로 정하고 있다. 또한 형법 제80조에 의하면 추정의 시효는 강제처분을 개시함으로써 인하여 중단된다. 이처럼 특정공무원범죄에 관한 추정의 시효기간이 장기인데다 시효중단 제도로 말미암아 제3자는 범인에 대한 추정판결이 확정된 때로부터 장기간 심판대상조항에 의하여 집행을 당할 지위에 놓이게 된다.

그러나 이와 같은 제3자의 불이익은 특정공무원범죄의 추정 시효기간을 장기로 정한 공무원범죄몰수법 제9조의4와 시효중단 제도를 정한 형법 제80조에서 비롯되는 것이지, 심판대상조항에서 비롯되는 것이 아니다. 따라서 제3자가 장기간 동안 불안정한 지위에 놓일 우려가 있다는 점은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 판단함에 있어서 고려하여야 할 사항이라고 보기 어렵다.

(마) 그렇다면 심판대상조항은 그 입법목적의 달성을 위하여 필요한 범위 내에서 제3자의 재산권을 제한하고 있고, 다른 대체 수단으로 심판대상조항과 동등한 정도로 입법 목적을 달성할 수 있다고 보기도 어려우므로, 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다.

(3) 범익의 균형성

특정공무원범죄로 얻은 불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가 형벌권의 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로

로 제거하고자 하는 심판대상조항의 입법목적은 우리 사회에서 매우 중대한 의미를 지닌다.

반면, 심판대상조항으로 인하여 제3자는 그 정황을 알고 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여 집행은 받게 되는데, 그 범위는 범인이 특정공무원범죄의 범죄행위로 얻은 재산과 그 재산에서 비롯된 부분으로 한정되고, 제3자는 사후적으로 집행에 관한 법원의 판단을 받을 수 있다.

그렇다면 심판대상조항으로 인하여 제3자가 받는 불이익이 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익보다 중대하다고 보기 어려우므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다.』

다. 해설

(1) 심판대상조항은 제3자에 대한 사전통지, 청문 등의 절차 없이 집행이 이루어질 수 있도록 규정하고 있으나, 집행이 이루어진 후에 제3자가 사후적으로 다툴 수 있는 절차는 마련되어 있다.

(2) 법정의견은 심판대상조항이 제3자에게 물적 유한책임을 부과하는 것이지, 제3자에게 형사책임이 인정됨을 근거로 제3자에 대하여 형사적 제재를 가하는 것은 아닌 점, 확정된 형사판결의 집행에 관한 절차를 어떻게 정할 것인지는 입법자의 입법형성권에 속하는 사항이므로 심판대상조항에 의한 추징 집행에 반드시 형사소송절차와 같은 엄격한 절차가 요구된다고 보기 어려운 점, 제3자의 재산권에 대한 제한이 중대하지 않은 반면, 신속성과 밀행성의 요청이 큰 점 등을 고려하여, 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

(3) 반대의견은 추징은 몰수에 대신하는 처분이므로 형에 준하

여 평가하여야 하고 형사소송법상 원칙들이 적용되어야 하는 점, 제3자의 재판을 받을 권리 및 재산권이 제한되는 점 등을 고려할 때, 사전에 추정 집행이 적법한지 여부에 대하여 법관으로부터 판단을 받을 기회를 제공하지 아니한 채, 사후적 구제절차를 마련한 것만으로는 심판대상조항이 적법절차원칙이 요구하는 절차적 요청에 부합한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

4. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 범인이 범죄행위로 얻은 재산을 환수하기 위하여 범인이 아닌 제3자가 소유하고 있는 재산에 대하여 집행하는 것이 적법절차원칙 및 과잉금지원칙에 위배되는지에 관하여 최초로 판단한 점에 그 의의가 있다.

나. 법정의견은 위와 같은 집행이 제3자에게 형사책임을 인정하는 것이 아니라, 물적 유한책임을 부과하는 것에 불과하고, 형사판결의 집행에 관한 절차를 어떻게 정할 것인지는 입법자의 입법형성권에 속하는 사항이라고 보았다. 반면 반대의견은 제3자의 재산에 대한 집행이 형에 준하여 평가될 수 있으므로, 그에 상응하는 절차들이 마련되어야 한다고 보았다.

다. 법정의견에 의하더라도, 심판대상조항에 따라 집행하는 경우 불법재산의 철저한 환수를 통하여 국가형벌권의 실현을 보장하고 공직사회의 부정부패 요인을 근원적으로 제거하고자 하는 공익과 제3자의 불이익을 비교형량하여 집행 여부 및 그 범위를 결정하여야 하므로, 제3자 재산에 대한 집행이 일반적으로 허용된다고 판단한 것으로는 볼 수 없다.

2. 민법 제1000조 제1항 제4호 위헌제청

- 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정하고 있는 민법 제1000조 제1항 제4호가 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2020. 2. 27. 2018헌가11, 판례집 32-1상, 23)

정 유 진*

【판시사항】

피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정하고 있는 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 것) 제1000조 제1항 제4호가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 및 사적 자치권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 것) 제1000조 제1항 제4호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 위헌제청에 이르게 된 경위

가. 당해 사건 원고는 제청법원에 망 고○○(2017. 1. 10. 사망,

* 헌법연구관

이하 ‘망인’이라고 한다)를 상대로 구상금청구의 소를 제기하였는데, 소 제기 전에 망인이 사망하고 1순위 법정상속인인 망인의 배우자와 직계비속이 상속을 포기하였으며, 2순위 법정상속인인 망인의 부모가 사망한 사실을 알게 되자, 당사자표시정정신청을 통해 3순위 법정상속인인 망인의 형제 고□□로 피고를 정정하였다.

나. 이후 고□□ 또한 소 제기 전에 상속을 포기하였고, 4순위 법정상속인인 망인의 4촌 이내의 방계혈족 중 3촌 이내의 혈족은 모두 사망하였다는 사실이 밝혀졌다. 이에 당해 사건 원고는 제청법원에 망인의 4촌 9인으로 피고를 정정해 달라는 당사자표시정정신청을 하였다.

다. 제청법원은 2018. 5. 16. 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정하고 있는 민법 제1000조 제1항 제4호에 대하여 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 심판대상조항은 상속의 효과에 관한 민법 제1005조 및 상속 포기에 관한 민법 제1019조 내지 제1021조와 결합하여, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족에 대하여 사실상 피상속인의 적극재산보다 소극재산이 많은 경우에만 상속인이 되도록 강제하므로 평등원칙에 위배된다.

나. 오늘날 국민들이 4촌 이내의 방계혈족 모두와 왕래하며 교류하는 비율이 낮고, 6·25 전쟁으로 인한 이산가족 등 당사자가 모르고 있는 친족들이 존재하는 경우도 있는 점을 고려하면, 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 상속인에 포함시켜 상속채무를 승계하도록 강제하는 것은 재산권을 침해한다.

다. 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 상속인이 될 경우 상속을 포기할 수 있으나, 심판대상조항으로 인하여 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 예기치 않게 민사소송의 피고 등 지위에 서게 될 수 있고 이러한 경우 그 사실을 안 날로부터 3개월 이내에 상속포기 절차를 진행하여야 하며 관련 법률비용을 부담하여야 하는 점을 고려하면, 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 행복추구권을 침해한다.

라. 법원의 실무상 생사불명 등의 이유로 그 소재가 파악되지 않는 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족 또는 정신장애·구금 기타 궁박한 처지에 놓여 있어 사실상 3개월 이내에 상속포기 등의 절차를 밟을 수 없는 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족만이 상속포기를 하지 않았다는 이유로 상속인이 되어 망인의 채무를 변제하게 되는바, 이는 지극히 불합리하고 국가의 사회적 약자 보호 의무에도 정면으로 위배된다.

【결정요지】

심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 4순위 법정상속인으로 규정함으로써, 경우에 따라서는 피상속인의 채무를 승계하도록 하거나 상속 포기, 소송 대응 등 상속에 관한 법률관계를 형성하도록 강제한다. 그러나 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족 자신의 개인적 사정이나 피상속인과의 친소(親疏)관계 등 주관적 요소를 일일이 고려하여 상속인의 기준을 법률에 규정하기 어렵고, 이러한 요소를 고려하여 상속인의 기준을 정할 경우 상속을 둘러싼 법적 분쟁을 사전에 예방한다는 입법취지를 달성하기 어렵게 될 우려가 있다. 또한, 상속인이 없는 재산의 경우 법정의 절차를 거쳐 최종적으로는 국가에 귀속된다는

점을 고려하면(민법 제1058조 제1항 참조), 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 상속인에 포함시켜 혈족 상속을 최대한 보장하고 상속에 대한 국가의 개입을 최소화하기 위한 것으로도 볼 수 있다.

심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 상속인의 범위에 포함시키되 그 순위를 피상속인의 직계비속·직계존속 및 형제자매에 이어 4순위로 정하고 있을 뿐, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족에게 상속의 효과를 확정적으로 귀속시키지는 아니한다. 민법은 제1019조 내지 제1021조에서 상속인으로 하여금 법정의 고려기간 내에 상속을 단순승인 또는 한정승인하거나 상속을 포기할 수 있도록 하는 한편 상속인의 구체적 상황에 따라 고려기간의 기산점을 달리 하거나 특별한정승인을 할 수 있도록 규정함으로써, 상속의 효과를 귀속 받을지 여부에 관한 상속인의 선택권을 보장하고 상속인에게 불측의 부담이 부과되는 것을 막는 법적 장치를 마련하고 있다.

그렇다면 입법자가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 4순위 법정상속인으로 규정한 것이 자의적인 입법형성권의 행사라고 보기 어렵고, 구체적 사안에서 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 개인적 사정으로 고려기간 내에 상속포기를 하지 못하여 피상속인의 채무를 변제하게 되는 경우가 발생할 수 있다는 이유만으로 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 볼 수도 없다.

따라서 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 및 사적 자치권을 침해하지 아니한다.

【해 설】

1. 심판대상의 확정

제청법원은 민법 제1000조 제1항 제4호에 대하여서만 위헌제청을 하였는데, 위 조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 위 조항을 포함하는 민법 제1000조 제1항은 어떠한 집단을 피상속인의 법정상속인에 포함시킬 것인지, 포함시킨다면 다른 집단과의 관계에서 해당 집단의 순위를 어떻게 정할 것인지에 관한 조항이다. 한편, 상속인으로 하여금 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하도록 함으로써 피상속인의 채무까지 승계하도록 하는 조항은 민법 제1005조 본문이고, 상속인이 제1019조 제1항의 기간(이하 '고려기간'이라 한다) 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때에는 상속을 단순승인한 것으로 간주함으로써 결과적으로 상속인이 피상속인의 채무 승계를 원하지 아니할 경우 상속포기의 의사표시를 하도록 하는 조항은 민법 제1026조 제2호이다.

그러므로 이 사건에서 민법 제1000조 제1항 제4호만을 심판대상조항으로 삼을 경우 당해 사건에서 문제되는 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 법적 지위를 확정할 수 없거나 제청이유에서 지적하는 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족에 대한 기본권 침해의 양상과 정도를 온전히 파악하기 어렵다고 보고, 직권으로 심판대상조항에 민법 제1005조 본문 및/또는 제1026조 제2호를 추가할 필요가 있다는 견해가 있을 수 있다.

그러나 앞서 살펴본 제청이유 중 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 피상속인의 채무를 변제하게 되어 불합리하다는 취지의 내용은 피상속인의 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에도 민법 제1005조 본문에 따라 상속인이 피상속인의 권리의무를 포괄

적으로 승계하게 되는 것 자체가 위헌이라거나, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 상속인이 된 경우에는 피상속인의 적극재산만을 승계하도록 하고 소극재산은 승계하지 않도록 하여야 한다는 것이 아니라, 민법 제1000조 제1항 제4호가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 법정상속인에 포함시킨 것의 위헌성을 부각시키기 위하여 위 조항이 민법 제1005조 본문과 결합하여 적용되는 경우 구체적 사안에서 불합리한 결과를 초래할 수 있음을 지적한 것으로 볼 수 있다.

그리고 제청이유 중 민법 제1000조 제1항 제4호가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족으로 하여금 상속 포기 절차를 진행하도록 강제하여 불합리하다는 취지의 내용은 상속인이 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 경우 민법 제1026조 제2호에 의하여 ‘단순승인’을 한 것으로 간주되는 것 내지 고려기간 자체가 위헌이라는 것이 아니라, 민법 제1000조 제1항 제4호가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족으로 하여금 상속과 관련한 법률관계를 형성하도록 하는 것의 위헌성을 부각시키기 위하여, 위 조항이 제1026조 제2호와 결합함으로써 결과적으로 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 피상속인의 채무 승계를 원하지 아니할 경우에는 상속포기의 의사표시를 하도록 강제하는 법률효과를 발생시킨다는 점을 지적한 것으로 볼 수 있다.

나아가, 상속의 효과에 관한 민법 제1005조 본문 또는 상속의 단순승인 간주에 관한 제1026조 제2호의 위헌 여부가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정하고 있는 민법 제1000조 제1항 제4호의 위헌 여부와 불가분의 관계에 있거나 동일한 심사척도의 적용 대상이 된다고 보기 어렵다.¹⁾

1) 헌법재판소는 위헌제청되지 않은 법률조항이라 하더라도 체계적으로 밀접불가분의

이에 이 사건 결정에서는 위헌제청의 대상이 된 민법 제1000조 제1항 제4호만을 심판대상조항으로 삼고 그 위헌 여부를 판단하였다.

2. 심판대상조항의 입법연혁

1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 민법은 제1000조 제1항에서 피상속인의 직계비속을 1순위(제1호), 직계존속을 2순위(제2호), 형제자매를 3순위(제3호), 8촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정하였다.

이후 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 민법 개정 시 제1000조 제4호를 개정하여(심판대상조항), 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 4순위 법정상속인으로 규정함으로써 상속인의 범위를 축소하였고, 현재까지 그대로 유지되고 있다.

3. 4순위 상속인인 ‘4촌 이내의 방계혈족’의 범위

민법상 직계혈족이란 자기의 직계존속과 직계비속을 의미하고, 방계혈족이란 자기의 형제자매와 형제자매의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제자매의 직계비속을 의미한다(제768조 참조). 방계혈족의 촌수는 자기로부터 동원의 직계존속에 이르는 세수와 그 동원의 직계존속으로부터 그 직계비속에 이르는 세수를 통산하여 정한다(제770조 제2항 참조). 성별, 기혼·미혼 여부, 부계(父系)·모계(母系) 여부는 불문한다.

구체적으로, 피상속인의 형제자매의 자녀(3촌), 형제자매의 손

관계에 있거나 동일한 심사척도가 적용되는 등의 경우에는 그 법률조항도 심판대상에 포함시켜 위헌제청된 법률조항과 함께 그 위헌 여부를 판단할 수 있다[(헌재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14; 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 8-9 등 참조).

자녀(4촌), 부모의 형제자매(3촌), 부모의 형제자매의 자녀(4촌), 조부모의 형제자매(4촌)가 심판대상조항에 의한 4순위 상속인이 될 수 있다. 촌수가 다른 4촌 이내의 방계혈족이 있는 때에는 촌수가 가까운 사람이 선순위로 상속인이 되며, 촌수가 같으면 공동상속인이 된다(제1000조 제2항 참조). 다만, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족 중 피상속인의 형제자매의 자녀(3촌) 또는 형제자매의 손자녀(4촌)는 3순위 상속인인 피상속인의 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우 그 형제자매의 순위와 같음하여 3순위 상속인이 될 수 있다(제1001조 참조).

4. 사안의 쟁점

가. 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 4순위 법정상속인으로 규정함으로써, 상속인이 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외하고 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다고 규정한 민법 제1005조와 결합하여 경우에 따라서는 피상속인의 채무를 승계하도록 하고,²⁾ 상속인이 법정의 기간 내에 상속의 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때에는 단순승인을 한 것으로 본다고 규정한 민법 제1026조 제2호 등과 결합하여 경우에 따라서는 상속에 관한 법률관계를 형성하도록 강제한다. 그러므로 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 및 사적 자치권을 제한한다.

나. 제청법원은 심판대상조항이 민법의 다른 조항과 결합하여

2) 피상속인의 소극재산이 적극재산을 초과하고, 민법 제1000조 제1항 제1호 내지 제3호에 규정된 선순위 상속인 전원이 사망하였거나, 제1004조의 결격사유에 해당하거나, 민법 제1019조 내지 제1021조에 따라 상속을 포기한 경우에는 심판대상조항에 따라 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족만이 상속인이 되고, 이들이 개인적 사정으로 상속 포기를 하지 못한 경우 민법 제1005조 본문에 따라 피상속인의 채무를 승계하게 된다.

피상속인의 4촌 이내의 방계혈족으로 하여금 사실상 상속재산 중 적극재산보다 소극재산이 많은 경우에만 상속인이 되도록 강제함으로써 평등원칙에 위배된다고 한다. 제청법원은 비교대상이 되는 집단을 구체적으로 밝히지 아니하였으나, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 선순위 상속인에 비하여 불합리한 차별취급을 받고 있다는 취지로 보인다.

그러나 상속의 효과와 관련하여 심판대상조항이 독자적으로 또는 다른 민법조항들과 결합하여 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 선순위 상속인에 비하여 차별취급하고 있다고 볼 수 없고, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 피상속인의 적극재산만을 상속하는 경우도 있을 수 있다. 결국 위와 같은 제청이유는 구체적인 사안에 상속에 관한 민법의 여러 조항들이 적용된 결과가 중첩되어 발생한 결과의 불합리를 지적하는 것에 불과하다. 또한, 제청이유에 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 피상속인의 직계비속, 직계존속 또는 형제자매보다 후순위의 상속인으로 규정한 것이 평등원칙에 위배된다는 취지가 포함된 것도 아니다. 이에 이 사건 결정에서는 심판대상조항의 평등원칙 위반 여부에 대하여는 별도로 판단하지 아니하였다.

다. 제청법원은 심판대상조항으로 인하여 법원의 실무상 생사 불명 등의 이유로 그 소재가 파악되지 않거나 정신장애·구금 기타 궁박한 처지에 놓여 사실상 3개월 이내에 상속포기 등의 절차를 밟을 수 없는 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족만이 피고의 지위에 서게 되고 망인의 채무를 변제하게 되어 불합리하며, 이는 국가의 사회적 약자 보호 의무에도 정면으로 위반된다고 한다. 그러나 위와 같은 제청이유 또한 실질적으로는 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 4순위 법정상

속인으로 규정한 것이 재산권 및 사적 자치권을 침해한다는 것과 다르지 아니하고, 상속 제도에 관한 입법이 인간다운 생활을 할 권리를 구체화할 국가의 의무와 과제로서 생활능력 없는 국민에 대한 국가의 경제적·물질적 보호를 규정한 헌법 제34조 제5항의 보장영역에 해당한다고 보기도 어렵다.

라. 그러므로 이 사건 결정에서는 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 및 사적 자치권을 침해하는지 여부만이 쟁점이 되었다.

5. 재산권 및 사적 자치권의 침해 여부

가. 관련 선례- 민법 제1000조 제1항 제4호 위헌소원

(헌재 2018. 5. 31. 2015헌바78, 판례집 30-1하, 114)

헌법재판소는 위 2015헌바78 결정에서, 재판관 전원 일치 의견으로 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 최후순위 법정상속인으로 규정한 것이 피상속인의 특별연고자로서 상속인이 없는 경우 상속재산분여청구로 나아갈 수 있는 자의 재산권을 침해하지 않는다고 판단하고 합헌 결정하였다.

나. 심사기준

상속제도의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 입법자는 상속제도의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 일반적으로 광범위한 입법형성권을 가진다. 심판대상조항은 상속순위에 관한 것으로서 상속제도의 내용을 구체적으로 형성하는 규정이므로, 심판대상조항의 위헌 여부를 심사함에 있어서는 입법자가 이러한 입법형성권을 자의적으로 행사하여 입법형성권의 한계를 일탈하였는지가 여부가 기준이 된다(헌재 2009. 11. 26.

2007헌마1424, 판례집 21-2하, 618, 626; 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바119; 헌재 2018. 5. 31. 2015헌바78, 판례집 30-1하, 114, 119 참조).

이 사건 결정에서도 심판대상조항의 위헌 여부를 판단함에 있어 입법자가 상속제도의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 가지는 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부가 심사기준이 된다고 하였다.

다. 판단

헌법재판소는 이 사건 결정에서 입법자가 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 4순위 법정상속인으로 규정한 것이 자의적인 입법형성권의 행사라고 보기 어렵고, 구체적 사안에서 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 개인적 사정으로 고려기간 내에 상속포기를 하지 못하여 피상속인의 채무를 변제하게 되는 경우가 발생할 수 있다는 이유만으로 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 볼 수도 없으므로, 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 및 사적 자치권을 침해하지 아니한다고 판단하였다. 구체적인 결정이유는 다음과 같다.

(1) 심판대상조항은 상속 순위에 관한 법률적 분쟁을 사전에 예방하고자 하는 규정인 동시에, 우리 민법이 취하고 있는 혈족상속의 원칙을 입법한 것으로 볼 수 있다. 혈족상속의 전통은 혈족들이 경제적으로 상호부조하고 깊은 정서적 유대감을 공유하던 과거의 혈족사회에서 유래한 상속법제의 한 원칙이기는 하나, 오늘날 변화된 사회상을 고려하더라도 현대에 이르러 그 의미를 현저히 상실하여 상속권 부여의 기준이 되지 못할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다(헌재 2018. 5. 31. 2015헌바78, 판례집 30-1

하, 114, 119 참조).

(2) 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족 자신의 개인적 사정이나 피상속인과의 교류 여부, 정서적 친밀감의 유무 등 주관적 요소를 일일이 고려하여 상속인의 기준을 법률에 규정하기 어렵고, 이러한 요소를 고려하여 상속인의 기준을 정할 경우 상속을 둘러싼 법적 분쟁을 사전에 예방한다는 입법취지를 달성하기 어렵게 될 우려가 있다. 오늘날 과거에 비하여 4촌 이내의 방계혈족과의 교류가 적은 것이 현실이라 하더라도, 1인 가구가 늘어나는 등 가족 형태가 다양화됨에 따라 피상속인이 자녀나 배우자, 형제자매 없이 사망하는 경우도 있을 수 있는데, 상속인이 없는 재산의 경우 법정의 절차를 거쳐 최종적으로는 국가에 귀속된다는 점을 고려하면(민법 제1058조 제1항 참조), 심판대상조항은 혈족 상속을 최대한 보장하고 상속에 대한 국가의 개입을 최소화하기 위한 것으로도 볼 수 있다.

(3) 심판대상조항은 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 상속인의 범위에 포함시키되 그 순위를 4순위로 정하고 있을 뿐, 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족에게 상속의 효과를 확정적으로 귀속시키지는 아니한다. 민법은 다음과 같이 상속의 효과를 귀속받는지 여부에 관한 상속인의 선택권을 보장하고, 상속인에게 불측의 부담이 부과되는 것을 막는 법적 장치를 마련하고 있다.

민법 제1019조 제1항 전문은 상속인이 상속개시있음을 안 날로부터 3월내(이하 ‘고려기간’이라 한다)에 상속을 단순승인 또는 한정승인하거나 상속을 포기할 수 있다고 규정하고, 후문은 가정법원이 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 위 기간을 연장할 수 있도록 하고 있으며, 제2항은 상속인이 상속을 승인하거나 포기하기 전에 상속재산을 조사할 수 있도록 규정하여 상속인이 자

신의 의사에 따라 상속의 효과를 자신에게 귀속시키거나 이를 거부할 수 있도록 하고 있다. 또한, 민법 제1019조 제3항은 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 상속개시있음을 안 날로부터 3월내에 알지 못하고 단순승인을 하거나 단순승인을 한 것으로 간주된 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있다고 규정하고, 제1020조는 상속인이 제한능력자인 경우 그의 친권자 또는 후견인이 상속이 개시된 것을 안 날부터 고려기간을 기산하도록 하며, 제1021조는 상속인이 승인이나 포기를 하지 아니하고 고려기간 내에 사망한 때에는 그의 상속인이 그 자기의 상속개시있음을 안 날로부터 고려기간을 기산하도록 하여 상속인을 두텁게 보호하고 있다.

또한, 민법 제1019조 제1항은 상속인이 ‘상속개시있음을 안 날’부터 고려기간을 기산하도록 규정하고 있는바, ‘상속개시있음을 안 날’이란 상속개시의 원인이 되는 사실의 발생을 알고 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 의미하므로(대법원 1969. 4. 22. 선고 69다232 판결, 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003다43681 판결 등 참조), 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이 이러한 사정을 모르고 있는 경우에는 고려기간이 진행되지 않는다.

6. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 2018. 5. 31. 2015헌바78 결정에서 심판대상조항에 대하여 합헌 결정을 한 바 있다. 다만, 위 선례는 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 피상속인의 계자(繼子)로서 민법 제1057조의2에 따라 일정한 기간 내에 상속권을 주장하는 자가 없는 경우 상속재산의 분여를 청구할 수 있는 지위에 있었던 청구인들이 피상속인의 4촌이 존재하여 상속재산의 분여를 청구할 수

없게 되자 자신들의 재산권 침해를 다투며 심판대상조항에 대한 위헌소원을 청구한 사안에 대한 것으로, 제청법원이 상속인에 포함된 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 침해 등을 지적하며 위헌법률심판을 제청한 이 사건 결정의 사안과는 차이가 있다.

이 사건 결정에서 헌법재판소는 상속 제도의 구체적 형성에 관한 입법자의 입법형성권을 존중하여, 오늘날 변화된 사회상을 고려하더라도 혈족상속의 전통이 그 의미를 현저히 상실하여 상속권 부여의 기준이 되지 못할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다는 위 선례의 판시를 유지하는 한편, 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족에게 상속의 효과를 확정시키는 것은 아니고, 민법의 다른 조항들에서 상속의 효과를 귀속받을지 여부에 관한 상속인의 선택권을 보장하고 상속인에게 불측의 부담이 부과되는 것을 막는 법적 장치를 마련하고 있다는 이유로, 심판대상조항이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족을 일률적으로 4순위 법정상속인으로 규정한 것이 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족의 재산권 및 사적 자치권을 침해하지 아니한다고 판단하고 합헌 결정하였다.

3. 안전확인대상생활용품의 안전기준

제2조 제2항 제32호 위헌확인

- － 전동킥보드의 최고속도를 시속 25km로 제한한 사건 －
(헌재 2020. 2. 27. 2017헌마1339, 판례집 32-1상, 85)

김 지 현(金智賢)*

【판시사항】

1. 전동킥보드의 최고속도는 25km/h를 넘지 않아야 한다고 규정한 구 ‘안전확인대상생활용품의 안전기준’(2017. 1. 31. 국가기술표준원 고시 제2017-20호로 개정되고, 2019. 11. 15. 국가기술표준원 고시 제2019-387호로 개정되기 전의 것) 부속서 32 제2부 5.3.2.(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 전동킥보드를 구입하고자 하는 청구인의 신체의 자유를 제한하는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 전동킥보드에 대해서만 최고속도 제한기준을 둠으로써 그와는 제한기준이 30km/h로 다른 전기자전거, 또는 그러한 제한기준이 없는 배기량 125cc 이하의 이륜자동차나 새로운 개인형 이동수단(스마트 모빌리티) 및 해외제조 전동킥보드와 비교하여 평등권을 제한하는지 여부(소극)
3. 심판대상조항이 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)

* 헌법연구원

【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 ‘안전확인대상생활용품의 안전기준’(2017. 1. 31. 국가기술표준원 고시 제2017-20호로 개정되고, 2019. 11. 15. 국가기술표준원 고시 제2019-387호로 개정되기 전의 것) 부속서 32 제2부 5.3.2.(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

청구인은 기존에 사용하던 전동킥보드가 고장나 새로운 제품을 구매하고자 하는 자이다. 청구인이 기존에 사용하던 전동킥보드는 최고속도 제한기준이 없던 시기에 제조된 것이어서 시속 45km 까지도 주행 가능하였다. 그러다가 2017. 8. 1.부터 시행된 ‘안전확인대상생활용품의 안전기준’(국가기술표준원 고시 제2017-20호, 이하 ‘이 사건 고시’라 한다) 부속서 32(스케이트보드) 제2부 전동킥보드 5.3. 성능 중 “5.3.2. 전동킥보드는 최고속도가 25km/h를 넘지 않아야 한다.”라는 부분이 신설되어, 청구인은 이제 전동기가 최고속도 시속 25km 이하로 작동하는 전동킥보드만 구입할 수 있게 되었다.

청구인은 10분 이상 걸을 경우 무릎관절이 불편하여 집, 학교나 병원 등에 갈 때 전동킥보드를 이용하던 자로, 이 사건 고시 때문에 제한속도 없이 전동킥보드를 사용할 수 있는 권리인 일반적 행동자유권이 침해되고, 차도에서 다른 차량보다 느린 속도로 주행함에 따른 위험성 증대로 인하여 신체의 자유가 침해되며, 최고속도 제한기준이 다르거나 존재하지 않는 오토바이나 전기자전거, 전동모터보드, 해외제조 전동킥보드와 달리 취급되어 평등

권이 침해된다고 주장하며 이 사건 고시 중 전동킥보드의 최고속도 제한을 규정한 부속서 32 제2부 5.3.2.에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 심판대상조항은 청구인의 신체의 자유를 제한하는 것은 아니다. 심판대상조항은 위험성을 가진 재화의 제조·판매조건을 제약함으로써 최고속도 제한이 없는 전동킥보드를 구입하여 사용하고자 하는 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 제한할 뿐이다.

2. 2018. 3. 19. 개정고시 이후에는 전기자전거의 최고속도 제한 기준이 전동킥보드와 동일해짐에 따라 전기자전거와의 차별 취급 문제는 더 이상 존재하지 않는다. 전동킥보드는 배기량 125cc 이하의 이륜자동차와 성능이나 이용행태가 전혀 다르므로 제품 제조·수입상의 안전기준 수립 문제에 관한 한, 둘은 동일하게 취급되어야 하는 비교집단이라 볼 수 없다. 전동모터보드와 같은 새로운 개인형 이동수단(스마트 모빌리티)과 전동킥보드는 이 사건 고시 부속서 32에서 각각 동일한 최고속도 제한기준을 두고 있으므로, 차별취급이 존재하지 않는다. 심판대상조항이 해외제조 전동킥보드에 대하여 최고속도 제한을 적용하지 않는 것으로 인해 국내 전동킥보드 제조자의 평등권이 문제될 수는 있을지언정, 소비자인 청구인의 입장에서 최고속도 제한이 없거나 더 빠른 전동킥보드를 구입하려면 해외에서 제조되어 정식 수입이 아닌 구매대행 경로만을 이용하여야 하는 불편을 이유로 그의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.

3. 전동킥보드의 자전거도로 통행을 허용하는 조치를 실시하기

위해서는 제조·수입되는 전동킥보드가 일정 속도 이상으로는 동작하지 않도록 제한하는 것이 선행되어야 한다. 소비자가 아직 전동킥보드의 자전거도로 통행이 가능하지 않음에도 불구하고 최고속도 제한기준을 준수한 제품만을 구입하여 이용할 수밖에 없는 불편함이 있다고 하여 전동킥보드의 최고속도를 제한하는 안전기준의 도입이 입법목적 달성을 위한 수단으로서의 적합성을 잃었다고 볼 수는 없다.

최고속도 제한을 두지 않는 방식이 이를 두는 방식에 비해 확실히 더 안전한 조치라고 볼 근거가 희박하고, 최고속도가 시속 25km라는 것은 자전거도로에서 통행하는 다른 자전거보다 속도가 더 높아질수록 사고위험이 증가할 수 있는 측면을 고려한 기준 설정으로서, 전동킥보드 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 박탈할 정도로 지나치게 느린 정도라고 보기 어렵다.

심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 침해하지 아니한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

전동킥보드에 관한 제조·수입 시 준수해야 할 안전기준이 개정되어 전동킥보드의 주행가능한 최고속도가 제한되면서 청구인은 소비자로서 자유로운 재화 구입 및 이용가능성에 직접 제한을 받게 되었다.¹⁾ 먼저 전동킥보드의 제조·판매·수입에 관한 기존 법

1) 이처럼 청구인은 규범의 직접적 수범자인 전동킥보드 제조판매수입업자는 아니지만 그가 제기한 이 사건 헌법소원심판 청구는 적법하다. 헌법재판소는 심판대상조항의 입법목적, 실질적인 규율대상, 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도를 종합적으로 고려할 때, 수범자 아닌 제3자라도 기본권 침해가능성이 있어 헌법소원심판 청구가 적법하다고 보기 때문이다(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌

제와 개정된 내용, 그리고 관련된 다른 법 상 전동킥보드의 법적 지위를 살펴본다.

그 다음 청구인이 신체의 자유·평등권이라는 기본권의 침해를 주장하였는데, 그 중에서 제한되는 기본권이 무엇인지 확정하고, 이어서 제한가능성이 인정된 기본권인 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권이 침해되었는지 살펴보기로 한다.

2. 전동킥보드에 관한 규제²⁾

「전기안전 및 생활용품 안전관리법」(이하 ‘전기생활용품안전법’)은 2017. 8. 1.부터 심판대상조항으로 전동킥보드는 시속 25km 이내의 주행속도를 가진 것만 제조·수입 가능하도록 하는 안전기준을 도입하였다. 안전확인대상제품의 제조업자 또는 수입업자는 안전확인시험기관의 안전기준 적합여부를 확인받아 그 사실을 산업통상자원부장관에게 신고할 의무(전기생활용품안전법 제15조 제1항)가 있고, 안전확인표시등이 없는 안전확인대상제품을 판매·대여하거나 판매·대여할 목적으로 수입·진열 또는 보관하는 행위를 할 경우(같은 법 제19조 제1항) 판매중지 명령(같은 법 제40조 제2항) 및 3년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금(같은 법 제49조 제1항 제24호)이라는 제재가 부과된다. 결국 심판대상조항 신설 이후에는 전동킥보드는 어느 모델이든지 간에 최고주행속도가 제한³⁾되는 제품만이 제조·판매·수입될 수 있다.

마47등; 헌재 2015. 6. 25. 2014헌마463 참조).

2) 이 사건 결정시점인 2020. 2. 27. 당시의 규제를 서술한 것이다. 이 사건 심판이 종료된 후인 2020. 6. 9. 도로교통법이 개정된 결과, 전동킥보드는 원동기장치자전거에서 분리되어 운전면허 불요, 자전거도로 통행 원칙, 각종 안전상 주의의무 위반시 벌칙금에 의한 제재 등 별도의 독자적인 규율체계가 갖추어졌다(법률 제17371호로 개정된 도로교통법 제2조 19의2 등 참조).

3) 이때 최고속도를 제한한다는 의미는 시속 25km 이상으로 움직일 시 전동킥보드의 전동기가 작동하지 않는다는 뜻이다.

다른 법령상 전동킥보드의 법적 지위는 다음과 같다. 전동킥보드는 배기량 50cc 미만(전기를 동력으로 하는 경우에는 정격출력 0.59킬로와트 미만)의 원동기를 단 차로서 도로교통법상 원동기장치자전거이다(제2조 제19호 나목). 즉, 전동킥보드는 도로교통법상 자전거가 아닌 차로 분류된다. 그렇기 때문에 전동킥보드는 차도로만 주행해야 하고 자전거도로는 통행할 수 없고, 16세 이상·원동기장치자전거 운전면허 보유자⁴⁾만 운행가능하다. 한편 도로교통법에는 도로별로 최고속도 제한이 있을 뿐 해당 도로에서 주행하는 교통수단이 무엇이나에 따른 최고속도 제한을 두고 있지 않으므로, 도로교통법상으로는 전동킥보드와 원동기장치자전거에 대한 최고속도 제한규정이 없다.

3. 제한되는 기본권의 확정

가. 신체의 자유

청구인은 전동킥보드가 최대 시속 25km 이내로만 움직일 수 있다면 차도에서 그보다 빨리 달리는 자동차 등 교통의 흐름을 방해하고, 뒷 차량이 늘 추월할 수 있는 불안정한 상태에 놓이므로, 이 사건 고시에 의하여 신체의 자유가 침해된다고 주장하였다. 청구인이 주장하는 ‘신체가 위협에 처할 가능성 증대’라는 불이익이 심판대상조항에 의하여 실제로 발생하는지, 그리고 청구인이 입었다고 주장하는 법적 불이익을 신체의 자유와 일반적 행동자유권이라는 기본권 중 어느 기본권의 제한으로 포섭할지가 문제된다.

신체의 자유와 일반적 행동자유권이라는 두 기본권은 발달 역

4) 제2종 보통 자동차운전면허는 원동기장치자전거 면허를 포함한다(도로교통법 시행규칙 제53조 별표 18). 제2종 보통 면허 소지자는 원동기장치자전거 면허를 별도로 취득하지 않아도 된다.

사를 달리하며, 보호영역이 구분된다. 신체의 자유는 역사적으로 불법적 체포에 대하여 개인을 보호하려는 목적에 그 뿌리를 두고 있다. 신체의 자유가 불법적 체포 등을 방지함으로써 보호하려는 것은 ‘신체와 생명상의 위험으로부터 침해당하지 않을 자유’이다. 따라서 신체의 자유가 보호하고자 하는 고유한 보장내용은 개인의 신체적 이동의 자유이다. 반면 동일하게 ‘신체’와 관련성은 있지만, ‘자유로운 신체적 활동’은 일반적 활동의 자유로서 일반적 행동자유권(헌법 제10조에서 도출)의 보호대상이다.⁵⁾ 이처럼 두 기본권은 모두 신체를 보호법익으로 삼는 것에서 출발하기는 하지만, 모든 신체적 활동을 제한하는 국가행위가 신체의 자유를 제한하는 것은 아니고, 체포·구속 등과 같이 신체이동의 자유를 억압하는 직접적 강제가 존재하는 경우에 비로소 신체의 자유 제한 문제가 발생하는 등 엄밀히는 보호영역을 달리하므로, 이를 구별할 필요가 있다.

다음으로, 전동킥보드 주행은 기계의 작동을 이용하고 제어하는 것일 뿐 ‘신체활동’은 아니며, 이를 넓은 범위에서 신체활동이라 보더라도, 심판대상조항은 장소의 임의적 이동가능성이 제한당하는 것과는 무관하기 때문에 신체의 자유를 제한당하는 것은 아니고, 위험성을 가진 재화의 제조·판매조건을 제약함으로써 소비자의 자유로운 재화 구입 및 이용가능성을 제한할 뿐이다.

결국 이 사건 고시에 의하여 청구인의 신체가 위험에 처할 가능성이 증대되는 등의 법적 불이익이 발생한다 볼 수 없고, 대신 자유로운 재화 구입 및 이용가능성의 제한이라는 법적 불이익을 입는 것은 맞지만, 이는 신체의 자유가 아닌 일반적 행동자유권의 제한으로 보는 것이 타당하다.

5) 한수웅, 헌법학 제5판(2015), 617면

나. 평등권

전기자전거는 최고속도 시속 30km라는 제한이 있어서 전동킥보드보다 약간 더 빨리 주행할 수 있고, 배기량 125cc 이하 이륜자동차는 최고속도 제한이 없고, 스마트 모빌리티(개인형 이동수단)⁶⁾ 중에는 최고속도 제한이 없던 시절 제조된 모델이 있으며, 이 사건 고시의 적용을 받지 않는 해외제조 전동킥보드 제품에 대해서는 어느 법령에서도 최고속도 제한 규제를 두고 있지 않다.

청구인은 위와 같은 사실을 들며 최고속도 제한기준에 관한 한 전동킥보드는 전기자전거, 배기량 125cc 이하 이륜자동차, 스마트 모빌리티(개인형 이동수단), 이 사건 고시의 적용을 받지 않는 해외제조 전동킥보드와 같은 취급을 받아야 하는데, 그렇지 않아 평등권이 침해된다고 주장하였다.

이러한 이유⁷⁾로 평등권의 침해가능성이 인정되기 위해서는, 심판대상조항이 같은 것을 달리 취급하였다는 점이 인정되어야 한다. 즉, 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급하였는지 여부가 문제된다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13 참조). 이하에서는 각 이동수단별로 어떠한 법적 규제를 받고 있는지 살펴본다.

(1) 전기자전거

전기자전거는 도로교통법과 ‘자전거 이용 활성화에 관한 법률’

6) 청구인이 주장하는 모터보드 등이 이에 해당한다.

7) 청구인은 ‘다른 것을 같게 취급하였다’가 아니라, ‘같은 것을 달리 취급하였다’는 이유로 평등권 침해를 주장하였다.

(이하 ‘자전거법’이라 한다)의 개정으로 2018. 3. 22. 부터는 중량, 최고속도, 주행방식 3요건을 충족하는 경우 도로교통법상 자전거에 해당한다(도로교통법 제2조 제20호). 따라서 전기자전거는 차도뿐 아니라 자전거도로로도 주행할 수 있고, 운전면허를 필요로 하지 않는다는 특성을 지닌 개인형 이동수단으로, 전동킥보드와 달리 규율되고 있다.

전기자전거의 최고속도 제한에 관한 규율 역시 전동킥보드와 양상이 다른데, 전기자전거는 2009. 12. 30. 안전기준으로 30km/h의 최고속도 제한기준을 신설하였다(제2009-978호 국가기술표준원 고시), 2018. 3. 19. 제2018-69호로 개정된 고시 부터는 최고속도 제한기준을 25km/h로 낮추었다(안전확인대상 생활용품의 안전기준, 부속서 40 이륜자전거, 제3부 전기자전거 4. 안전요구사항, 4.2. 전기자전거 부가적 요구사항, 4.2.1. 최고속도). 전동킥보드는 최고속도 제한기준을 두지 않았다가 심판대상조항의 신설로 2017. 8. 1.부터 최고속도 25km/h 제한이 시행되었다(이 사건 고시 부칙 제2조).

따라서 2017. 8. 1. 전까지 전동킥보드는 아무런 최고속도 제한이 없었던 반면 전기자전거는 30km/h 이내라는 제한이 있었고, 2017. 8. 1.부터 2018. 3. 19. 전까지 약 7개월 남짓 전동킥보드는 25km/h, 전기자전거는 30km/h 라는 최고속도 제한 기준의 차이가 존재했었다. 그러나 그 후 2018. 3. 19.부터 현재까지 전동킥보드와 전기자전거는 모두 최고속도 제한기준이 25km/h으로 동일하다.

이렇게 전동킥보드와 전기자전거는 최고속도 제한이라는 측면에서 법적으로 상이한 취급을 받다가 그 후에 같은 취급을 받게 된다. 말하자면 청구인이 주장하는 차별이 있었다가 심판청구 후

에 없어지게 된 것이다. 헌법재판소는 전동킥보드와 전기자전거 간에는 더 이상 차별취급이 존재하지 않기 때문에 그 다음으로 나아가 이들 간의 차별취급에 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하지 않았다.

(2) 배기량 125cc 이하 이륜자동차

전동킥보드가 배기량 125cc 이하의 이륜자동차, 즉 오토바이나 스쿠터와 같은 교통수단과 도로교통법상 같은 원동기장치자전거로 분류됨에 따라 운전자가 원동기장치자전거 운전면허를 필요로 하고 차도에서만 주행하여야 하는 의무를 부담하는 점에 있어서는 같다. 그런데 ‘자동차 및 자동차부품의 성능과 기준에 관한 규칙’(국토교통부령)은 자동차 및 이륜자동차의 속도와 관련해서는 조향장치, 속도계 등의 부품이 갖추어야 할 기준을 규정하고 있을 뿐, 최고속도 제한에 관한 규정을 두고 있지 않다. 청구인은 이에 주안점을 두고 같은 차도에서 주행한다면 같은 최고속도 제한을 두어야 한다는 취지로 주장하였다.

그러나 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적을 살펴보아야 한다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13 참조).

배기량 125cc 이하의 이륜자동차는 안전확인시험을 거치는 제품이 아니라, 자동차관리법 및 ‘자동차 및 자동차부품의 성능과 기준에 관한 규칙’에 따른 자동차자기인증을 거쳐야 하는 제품으로서 전동킥보드와는 필요한 부품과 성능이 전혀 다르다. 도로교

통법상 둘이 같이 원동기장치자전거로 취급되는 것은, 기계의 동력으로 움직인다는 이동수단의 특성상 부과되는 운전자가 준수해야 할 행위의무가 동일하다는 의미이지, 이를 이유로 성능이나 이용행태가 전혀 다른 전동킥보드와 배기량 125cc 이하의 이륜자동차가 소비자의 생명·신체상 위해 방지를 위하여 갖추어야 할 제품 제조·수입상의 안전기준 수립 문제에서도 동일하게 취급되어야 한다고 볼 수 없다.

헌법재판소는 제품 제조·수입상의 안전기준 수립에 관한 조항인 심판대상조항의 의미와 목적 면에서 전동킥보드가 배기량 125cc 이하의 이륜자동차와는 같게 취급될 비교집단이 아니라는 이유로, 최고속도 제한이 없는 배기량 125cc 이하의 이륜자동차와의 관계에서 평등권 침해 가능성을 부정하였다.

하지만 장기적인 관점에서는 전기생활용품안전법과 도로교통법 등 각 법률마다 전동킥보드에 대한 법적 취급을 각기 달리하는 것보다는 이를 통일하는 것이 보다 바람직할 것인바, 이 사건 심판이 종료된 후인 2020. 6. 9. 도로교통법이 개정된 결과, 전동킥보드는 원동기장치자전거에서 분리되어 운전면허 불요, 자전거도로 통행 원칙, 각종 안전상 주의의무 위반시 범칙금에 의한 제재 등 별도의 독자적인 규율체계가 갖추어져(도로교통법 제2조 19의2 등 참조), 전동킥보드는 배기량 125cc 이하의 이륜자동차와는 제품 제조·수입상의 안전기준 뿐 아니라 도로교통법 상으로도 완전히 다르게 취급된다.

(3) 전동킥보드와 유사한 개인형 이동수단(스마트 모빌리티)

청구인은 시중에 판매되고 있는 모터보드를 예로 들면서 외관이나 구조가 전동킥보드와 유사한데 현재 최대 시속 65km의 속

도를 낼 수 있는 등 최고속도 제한이 없는 개인형 이동수단(스마트 모빌리티 제품)이 있다고 주장하였다.

그러나 실제로는 이러한 모터보드 역시 전기에너지를 동력으로 하고 전기모터로 구동된다는 점에서 이 사건 고시 부속서 32의 제3부 전동이륜평행차 내지 제4부 전동보드류의 적용대상이 되므로, 제조·수입 통과를 위해서는 안전확인시험을 거쳐야 하고, 시속 25km 이내로 최고속도가 제한된다는 점에서 동일하다. 헌법재판소는 청구인이 주장한 것과는 달리 이러한 개인형 이동수단(스마트 모빌리티)과 전동킥보드는 이 사건 고시 부속서 32에서 각각 동일한 최고속도 제한기준을 두고 있다는 점을 확인하고, 평등권 침해가 문제되는 어떠한 차별취급이 존재하지 않는다고 보았다.

(4) 해외 제조 전동킥보드

해외에서 제조된 전동킥보드에 대해서는 이 사건 고시가 적용되지 않으므로, 실제로 소비자는 스스로의 위험부담 하에 시속 25km를 초과하여도 전동기가 작동하는 해외제조 전동킥보드를 구매대행 등을 통하여 구입하여 이용할 수 있다. 이 점에서 해외에서 제조되었으나 국내로 정식 수입되는 전동킥보드는 최고속도 제한을 적용받는 것과 차이가 있다.

그러나 해외에서 제조되고 최고속도 시속 25km를 넘는 전동킥보드를 구입하지 못하여 입는 제약은 청구인 스스로가 선택한 결과이지 심판대상조항에 기인한 차별이 아니다. 헌법재판소는 소비자인 청구인의 입장에서 최고속도 제한이 없거나 더 빠른 전동킥보드를 구입하려면 해외에서 제조되어 정식 수입이 아닌 구매대행 경로만을 이용하여야 하는 불편을 이유로 해서는 그의 평

등권이 침해되었다고 볼 수 없다고 보았다.

다. 소결

헌법재판소는 심판대상조항은 시중에 판매될 수 있는 전동킥보드의 성능을 최고속도 제한이 있는 제품군으로 제약함으로써 청구인의 소비자로서의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 제한할 뿐, 그 외에 신체의 자유와 평등권을 침해할 여지는 없다고 보고, 이 사건에서 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부만을 실질적으로 심사하였다.

4. 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부가. 제한되는 기본권

심판대상조항은 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 제품을 선택하는 것을 제약함으로써 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 소비자의 자기결정권을 제한하고(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18; 헌재 1999. 7. 22. 98헌가5; 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마865 참조), 나아가 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권도 함께 제한한다(헌재 2015. 9. 24. 2014헌바291 참조).

나. 과잉금지원칙 위반 여부

소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부를 과잉금지원칙(비례의 원칙)에 따라 심사하였는데, 그 주된 내용은 다음과 같다.

(1) 목적의 정당성

심판대상조항이 전동킥보드의 안전기준으로 시속 25km 이내의 최고속도 제한기준을 둔 취지는 소비자의 생명·신체에 대한 위해를 방지함과 동시에 도로교통상의 안전을 확보하기 위함이므로, 그러한 입법목적은 정당하다고 보았다.

(2) 수단의 적합성

아직 전동킥보드를 자전거류로 포함시키는 내용의 도로교통법과 자전거법이 개정되지 않아, 소비자가 아직 전동킥보드의 자전거도로 통행이 가능하지 않음에도 불구하고 최고속도 제한기준을 준수한 제품만을 구입하여 이용할 수밖에 없는 불편함이 있는 상황이었다. 그러나 헌법재판소는 전기에너지를 동력으로 하는 개인형 이동수단은 대부분 최고속도를 시속 25km 이내로 제한하는 대신 원동기장치자전거 면허 없이, 그리고 자전거도로로 통행할 수 있도록 하는 방향으로 법령을 정비하는 방안이 추진되고 있는 상황에서 심판대상조항이 전동킥보드도 전기자전거와 같이 자전거도로 통행이 가능하도록 하기 위한 준비로서 최고속도 제한을 신설한 측면이 있으므로, 전동킥보드의 최고속도를 제한하는 안전기준의 도입이 입법목적 달성을 위한 수단으로서의 적합성은 인정된다고 보았다.

이는 헌법재판소가 수단의 적합성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다(헌재 2007. 1. 17. 2006헌바3; 헌재 2006. 6. 29. 2002헌바80등; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바77등 참조)는 점이 크게 작용하였다. 전동킥보드가 주행할 수 있는 최고속도를 규제하는 것과, 전

동킵보드가 전기자전거와 마찬가지로 자전거도로 통행을 가능하게 하는 것은 국민의 생명·신체 보호, 도로교통상 안전 도모라는 입법목적 달성을 위해 입법자가 택할 수 있는 각기 별개의 수단이며, 또한 전동킵보드의 자전거도로 통행을 허용하는 조치를 실시하기 위해서는 제조·수입되는 전동킵보드가 일정 속도 이상으로는 동작하지 않도록 제한하는 것이 선행되어야 하기 때문임을 고려한 것이다.

(3) 침해의 최소성

전동킵보드에 최고속도 제한을 두는 것 자체와, 그 최고속도의 기준을 설정하는 문제는 전동킵보드의 안정성, 이용 실태 등을 종합적으로 고려하여 입법자의 재량으로 정할 영역이므로, 헌법재판소는 전동킵보드가 낼 수 있는 최고속도가 시속 25km 이내 일 때와 시속 25km보다 빨라졌을 때를 비교하면, 최고속도 제한을 두지 않는 방식이 이를 두는 방식에 비해 확실히 더 안전한 조치라고 볼 근거가 있는지 여부에 심사를 집중하였다.

헌법재판소는 전동킵보드의 주행구조, 차체의 무게와 크기에 비추어 본 이용자의 낙상가능성, 이용자의 운전미숙에 의한 사고 발생 가능성, 전동킵보드의 소음이 작은 특성상 다른 보행자가 전동킵보드의 접근 사실을 알아차리기 어려우며 사고 발생시 그 결과의 중대성을 고려해볼 때, 전동킵보드에 최고속도 제한을 두는 것 자체의 합리성을 긍정하였다.

다음으로 헌법재판소는 전동킵보드가 낼 수 있는 최고속도가 시속 25km라는 것은, 자전거보다 빨라 출근통행의 수요를 일정 부분 흡수할 수 있는 반면, 자전거도로에서 통행하는 다른 자전거보다 속도가 더 높아질수록 사고위험이 증가할 수 있는 측면을

고려한 기준 설정으로서, 전동킥보드 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권을 박탈할 정도로 지나치게 느린 정도라고 보기 어렵다고 보았다.

이러한 점을 고려하면, 심판대상조항이 제조·수입 가능한 전동킥보드의 최고속도를 시속 25km 이내로 제한한 것은 소비자의 자기결정권 및 일반적 행동자유권에 대한 필요 최소한의 제약을 가하는 것이므로 침해의 최소성을 위반하지 않는다고 보았다.

(4) 법익의 균형성

제조·수입 가능한 전동킥보드의 최고속도를 시속 25km 이내로 제한함으로써 그보다 빠른 제품을 구매하지 못하여 소비자가 겪는 자기결정권 및 일반적 행동자유권의 제약과 소비자의 생명·신체에 대한 위해 및 도로교통상의 위험을 방지하고 향후 자전거도로로 통행이 가능해질 경우를 대비하여 소비자의 편의를 도모한다는 공익을 비교형량하여 심판대상조항이 법익의 균형성을 충족한다고 보았다.

다. 소결

이 사건으로 인하여 도로에서 주행하는 여러 교통수단 중 전동킥보드와 같은 개인형 이동수단만 최고속도에 제한을 받게 되는 결과가 유지되게 되었다. 이렇게 최고속도가 제한된 전동킥보드만을 구입하여 타야 하는 데서 오는 불편함은 청구인과 같이 일상생활에 지장을 받을 정도로 큰 경우도 있을 수 있지만, 전동킥보드 이용자 스스로의 생명·신체상 안전과 도로에서 맞닥뜨리는 다른 교통수단 이용자나 보행자 등 교통상의 안전이라는 더 큰 법익을 감안하여 과잉금지원칙을 위반하지 않는다고 판단하였다.

5. 이 사건 결정의 의의

기존 교통법제에서 예정하지 않았던 새로운 교통수단인 전동킥보드, 전기자전거 등 개인형 이동수단(퍼스널 모빌리티, Personal Mobility)이 출현하였지만, 개인형 이동수단마다 적용되는 법령상 기준이 동일하지 않았고, 한 개인형 이동수단 내에서도 제조자가 준수해야 하는 기준과 이용자가 도로에서 이용할 경우의 행위기준, 자전거도로에서의 통행 가능 여부 등 법령마다 서로 일관되지 않았다. 따라서 도로교통법, 전기생활용품안전법, 자전거법 등 여러 개별법들이 함께 개정될 필요가 발생하였다. 이때 여러 개별법이 일거에 개정되지 않고 전기생활용품안전법 내에서도 전기자전거가 전동킥보드보다 먼저 개정되었고, 자전거법이 개정되었음에도 도로교통법은 그대로인 등 제각각 다른 시기에 법들이 개정됨에 따라 전동킥보드에 관한 규율의 통일성이 저해되었다.

이처럼 이 사건에서 기본권 침해 심사를 함에 있어 제일 문제가 된 것은 입법자가 추진하고자 하는 법 개정방향은 일관성을 갖추었지만 실제 입법 실현 과정에서 관련 법률들을 적시에 함께 개정하지 못하여 규율이 의도 내지 전제하였던 상황이 서로 불일치하는 상황에서⁸⁾ 과도기적으로 나타난 법규상의 통일성 저해로 인해 모순이나 불편함이 발생하였을 경우, 일관성을 갖출 때까지 도입된 일부 규제도 전부 제거하여 국가의 부담으로 돌려야 할지 여부였다.⁹⁾

위 문제에 대한 헌법재판소의 고민은 과잉금지원칙 심사 중 수

8) 만약 전동킥보드의 제조·판매 시 최고속도 제한을 도입함과 동시에 도로교통법도 함께 개정되어 원동기장치자전거 면허를 요구하지 않고 자전거도로 통행이 가능해졌다면 전동킥보드를 둘러싼 이용자들의 혼란이 더 적었을 것이다.

9) 우리나라와 달리 독일은 관련 법률들을 하나의 패키지로 일괄하여(‘일괄적 개정법률’, Mantelgesetz 또는 Artikelgesetz) 한번에 본회의를 통과하는 방식의 입법실무가 있어 이러한 불일치 현상이 발생할 확률이 적다.

단의 적합성 부분에서 찾아볼 수 있다. 그래도 이 사건에서 수단의 적합성이 인정된 것은 법률 간의 개정이 이루어진 시차가 비교적 짧았고,¹⁰⁾ 개정된 법(전기생활용품안전법)과 아직 개정되지 않은 법(도로교통법, 자전거법)이 성격상 단계적 선후관계에 있었기 때문에 전자의 개정이 선행되어야 함이 고려되었기 때문이다.

그러나 이러한 문제를 전부 일반화하여 이 사건 판단과 같게 볼 수는 없고, 사건에 따라서는 만약 개별법들 사이의 개정 시차의 간극이 너무 벌어져 장기간 법규의 통일성이 저해된 상태에 놓여 있으며, 그러한 간극을 오랜 시일 방치할 정당화할 사유가 발견되지 않고 이러한 불이익이 어떤 방식으로든 합리화될 수 없다면, 그 규제를 도입한 국가의 부담으로 돌려야 하는 등, 달리 판단할 여지도 있을 것이다.

10) 2017. 8. 1.부터 2018. 3. 19.까지의 약 7개월 남짓 전기자전거는 시속 30km, 진동킥보드는 시속 25km라는 최고속도 제한기준의 차이가 존재했다.

4. 변호사시험법 제11조 위헌확인

- 변호사시험 합격자 명단 공고 사건 -

(헌재 2020. 3. 26. 2018헌마77등, 판례집 32-1상, 268)

이 재 강*

【판시사항】

법무부장관은 변호사시험 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하여야 한다고 규정한 변호사시험법(2017. 12. 12. 법률 제 15154호로 개정된 것) 제11조 중 ‘명단 공고’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 변호사시험법(2017. 12. 12. 법률 제15154호로 개정된 것) 제11조 중 ‘명단 공고’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건개요】

1. 2018헌마77

청구인 노○○은 2018. 1. 9.부터 같은 달 13일까지 시행된 제7회 변호사시험에 응시하였으나 불합격하였고, 2019. 1. 8.부터 같은 달 12일까지 시행된 제8회 변호사시험에 응시하지 않았

* 헌법연구관

으며, 2020. 1. 7.부터 같은 달 11일까지 시행된 제9회 변호사 시험에 응시하였다. 청구인 김○○, 청구인 이○○은 제9회 변호사 시험에 응시하였다.

위 청구인들은 2017. 12. 12. 법률 제15154호로 변호사시험법 제11조가 개정되어 법무부장관은 합격자가 결정되면 즉시 ‘명단’을 공고하여야 하는바, 합격자 명단이 공개될 경우 타인이 자신들의 변호사시험 합격 여부 등을 알 수 있게 되어 자신들의 기본권이 침해된다고 주장하면서 2018. 1. 22. 국선대리인 선임 신청을 하였고(2018헌사113), 2018. 1. 23. 스스로 헌법소원심판청구서를 제출하였다. 그 후 선정된 국선대리인은 2018. 3. 6. 헌법소원심판청구 보충이유서를 제출하여, 위 청구인들이 제출한 청구서에 기재된 내용을 추인하였다.

2. 2018헌마283

청구인 김□□은 제7회 변호사시험에 응시하여 불합격하였으나, 제8회 변호사시험에 응시하여 합격하였다. 청구인 우○○은 제8회 변호사시험에 응시하여 합격하였다.

청구인 우○○은 2018. 2. 20., 청구인 김□□은 2018. 3. 10. 각 국선대리인 선임 신청을 하면서(2018헌사186, 2018헌사233), 변호사시험법 제11조에 따라 합격자 명단이 공개될 경우 자신들의 기본권이 침해된다고 주장하였고, 2018. 3. 17. 스스로 헌법소원심판청구서를 제출하였다. 그 후 선정된 국선대리인은 2018. 4. 12. 헌법소원심판청구 보충이유서를 제출하여, 위 청구인들이 제출한 청구서에 기재된 내용을 추인하였다.

3. 2018헌마1024

청구인 성○○은 2015년 시행된 제4회 변호사시험부터 2019년 시행된 제8회 변호사시험까지 총 5회에 걸쳐 응시하였으나 모두 불합격하였다.

위 청구인은 스스로 대리인을 선임하였고, 변호사시험법 제11조에 따라 합격자 명단이 공개될 경우 타인이 자신의 변호사시험 합격 여부 등을 알 수 있게 되어 자신의 기본권이 침해된다고 주장하면서 2018. 10. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

심판대상조항의 입법목적은 공공성을 지닌 전문직인 변호사에 관한 정보를 널리 공개하여 법률서비스 수요자가 필요한 정보를 얻는 데 도움을 주고, 변호사시험 관리 업무의 공정성과 투명성을 간접적으로 담보하는 데 있다.

심판대상조항은 법무부장관이 시험 관리 업무를 위하여 수집한 응시자의 개인정보 중 합격자의 성명을 공개하도록 하는 데 그치므로, 청구인들의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적이다. 합격자 명단이 공고되면 누구나, 언제든지 이를 검색할 수 있으므로, 심판대상조항은 공공성을 지닌 전문직인 변호사의 자격 소지에 대한 일반 국민의 신뢰를 형성하는 데 기여하며, 변호사에 대한 정보를 얻는 수단이 확보되어 법률서비스 수요자의 편의가 증진된다. 합격자 명단을 공고하는 경우, 시험 관리 당국이 더 엄정한 기준과 절차를 통해 합격자를 선정할 것이 기대되므로 시험 관리 업무의 공정성과 투명성이 강화될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이종석, 재판관 김기영의 위헌의견

변호사시험은 법학전문대학원 졸업자 또는 졸업예정자라는 한정된 집단에 속한 사람이 응시하는 시험이므로, 심판대상조항에 따라 변호사시험 합격자 명단이 공고되면, 특정인의 재학 사실을 아는 사람은 그의 성명과 합격자 명단을 대조하는 방법으로 그의 불합격 사실을 확인할 수 있는바, 이처럼 변호사시험 응시 및 합격 여부에 관한 사실이 널리 공개되는 것은 청구인들의 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한이라 할 수 있다.

시험 관리 업무의 공정성과 투명성은 전체 합격자의 응시번호만을 공고하는 등의 방법으로도 충분히 확보될 수 있고, 법률서비스 수요자는 대한변호사협회 홈페이지 등을 통해 변호사에 대한 더 상세하고 정확한 정보를 얻을 수 있으므로, 청구인들의 개인정보자기결정권을 덜 침해하면서 입법목적은 달성할 수 있는 다른 수단이 존재한다.

실무상 합격자 공고는 법무부 홈페이지에 응시번호 등이 기재된 합격자 명단 파일을 기한 없이 게시하는 방법으로 하고 있는데, 공고 후에는 누구나, 언제든지 이를 검색, 확인할 수 있고, 합격자 명단이 언론기사나 인터넷 게시물 등에 인용되어 널리 전파될 수도 있는바, 이러한 사익 침해 상황은 시간이 흘러도 해소되지 않는다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

청구인들은 변호사시험의 경우 ‘법학전문대학원을 졸업하였거

나 졸업할 예정인 사람'으로 응시대상자가 한정되어 있는바, 타인이 합격자 명단을 열람하여 특정 응시자의 변호사시험 합격 여부 및 시기 등을 추정할 수 있으므로 심판대상조항에 의하여 청구인들과 같은 응시자의 개인정보자기결정권, 명예권, 사생활의 비밀과 자유가 침해되고, 주요 공무원채용 시험, 전문자격 시험은 합격자 성명을 공개하지 않는데 변호사시험은 이를 공개하므로 평등권도 침해된다고 주장하였다.

심판대상조항은 법무부장관으로 하여금 변호사시험 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고하도록 하는 규정으로, 청구인들의 주장은 합격자 명단이 공개되는 그 자체를 문제 삼는 것이라기보다는, '법학전문대학원을 졸업하였거나 졸업할 예정인 사람'이라는 한정된 집단에 속한 사람들만 응시하는 변호사시험 특성상 합격자 명단이 공개되면 특정인의 불합격 사실이 공개될 수 있다는 데 중점이 있다. 이 사건에서는 청구인들의 이러한 주장을 어떠한 기본권 침해에 대한 주장으로 볼 수 있는지가 쟁점이 되었는바, 헌법재판소는 이를 개인정보자기결정권 제한의 문제로 보고 그 침해 여부를 판단하였다.

2. 심판대상조항의 입법배경 및 다른 자격시험과 비교 가. 연혁

심판대상조항은 '법무부장관은 합격자가 결정되면 즉시 명단을 공고'하도록 규정한다. 여기서 '합격자 명단의 공고'는 합격자의 성명을 나열하여 이를 일반에 널리 공개하는 것을 의미한다.

구 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정되고, 2017. 12. 12. 법률 제15154호로 개정되기 전의 것) 제11조는 단지 '합격자를 공고'하도록 하였을 뿐, '합격자의 명단을 공고'

하도록 규정하지는 않았으므로, 법무부장관이 합격자들을 특정하여 일반에 널리 공개하여야 하였지만, 합격자의 개별 성명 공개가 강제되지는 않았다. 이에 따라 법무부장관은 제1회, 제2회 변호사시험 합격자를 공고할 때는 응시번호와 성명을 병기하였지만, 그 후 제3회부터 제6회 변호사시험 합격자를 공고할 때는 응시번호만을 기재하였다. 그러나 심판대상조항과 같이 법률이 개정됨에 따라, 법무부장관은 제7회 변호사시험부터는 합격자가 결정되면 즉시 합격자들의 성명을 나열한 것, 즉 명단을 일반에 널리 공개하여야 한다.

나. 입법배경

심판대상조항과 같은 개정법률안이 제안된 당시 입법목적으로는 ‘변호사시험 합격자 명단을 공개하여 시험 결과의 투명성 및 합격자 채용의 공정성을 담보한다’는 것이 제시되었다.¹⁾ 국회 논의 과정에서 변호사시험 합격자 명단 공고와 관련해서는 개인정보 보호 필요성과 변호사 업무 공공성을 신중하게 비교 검토하여야 한다는 의견 등이 제시된 바 있으나,²⁾ 더 구체적인 논의로 심

1) 변호사시험법 일부개정법률안(2016. 5. 31. 오신환의원 대표발의, 의안번호 57). 동 의안은 대안반영폐기되었고, 같은 내용으로 대안(법제사법위원장, 의안번호 378)이 제안되어, 2017. 11. 24. 제354회 제13차 본회의에서 가결되었다.

2) 변호사시험법 일부개정법률안(오신환의원 대표발의, 제57호)에 대한 법제사법위원회 전문위원(박종희) 검토보고서(2016. 11.), 10면: “개정안에 대해서는 합격자 명단 공개에 관한 찬반 입장이 대립하고 있는 상황과 변호사시험 이외의 다른 시험에서의 합격자 명단 공개 현황을 감안하여 신중한 검토가 필요한 것으로 보임” 제346회 국회 법제사법위원회 제1소위원회 제4차회의(2016. 11. 28.) 회의록 23면, 법무부차관 이창재 발언: “명단 자체를 포함시킬지 여부는 행정부의 재량으로 주시는 것이 더 합리적이지 않을까 하는 생각은 듭니다. 왜냐하면, 제3자에게 불합격 여부가 노출되는 개인정보 보호 측면과 또 변호사 업무의 공공성에 따른 공개의 필요성 간에 신중한 검토가 필요하기 때문”

제354회 국회 법제사법위원회 제1소위원회 제3차회의(2017. 11. 20.) 회의록 24면, 법무부차관 이금로 발언: “기본적으로 진향적으로 검토를 하고 있습니다마는 합격자결정 공고 내용에 명단 자체를 포함시키느냐의 여부 이 부분에 대해서는 시

화되지는 않은 것으로 보이며, 심판대상조항과 같이 개정되었다.

다. 국내 다른 자격시험과 비교

변호사시험과 동일하게 최종적으로 변호사 자격이 부여되는 시험인 사법시험 합격자 발표 사례와 비교하여 살펴보면, 법무부가 시행한 제59회 사법시험(최종합격자, 2017. 11. 7. 공고)의 경우 법무부 사법시험 홈페이지에 응시번호와 성명을 함께 공개하였으며, 합격자의 성명 공개는 사법시험 시행 이후 일관되게 유지된 관행으로 보인다.³⁾ 사법시험의 경우 합격자 발표 시 성명을 공개하지 않고 응시번호만을 공개하라는 내용의 사법시험법 개정법률안이 국회에서 제안된 바 있으나 임기만으로 폐기되었다.⁴⁾⁵⁾

험마다 종류가 다른 것 같습니다. 그래서 이런 부분에 대해서도 조금 더 신중한 검토가 필요하지 않은가 생각”; 동 회의록 26면, 위 법무부차관 발언: “에초에 로스쿨을 도입했을 때 합격자명단을 공개 안 하도록 하는 그런 취지가 있는데 갑작스럽게 바뀌어 버리면…….”

- 3) 사법시험 관계 법령은 ‘명단’의 공고를 명시적으로 요구하지 않는다. 즉 구 변호사시험법 제11조와 비슷하다.

구 사법시험법(2006. 3. 24. 법률 제7893호로 개정되고, 2009. 5. 28. 법률 제9747호로 폐지된 것)

제12조 (합격자 공고 및 합격증서 교부) 법무부장관은 제3차시험 합격자가 결정된 때에는 지체없이 이를 공고하고, 합격자에게 합격증서를 교부하여야 한다.

- 4) 사법시험법 일부개정법률안(2014. 1. 29. 민병두의원 대표발의, 의안번호 9191): “제안이유 및 주요내용: 현행법은 사법시험 제3차시험의 합격자가 결정되면 지체없이 이를 공고하도록 하고 있는데 사법시험 제3차시험 합격자의 성명이 포함된 합격자 명단을 공고하는 방식으로 이루어지고 있으며, 관례적으로 제1차시험 및 제2차시험에 있어서도 합격자 명단의 공고가 이루어지고 있음. 그러나 이 같은 합격자 명단의 공고는 특정인의 합격 여부에 관한 사항을 노출시켜 응시자 개개인의 헌법상 기본권인 개인정보자기결정권과 인격권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해의 소지가 크다고 할 것이므로 사법시험 합격자를 공고하는 경우 합격자의 응시번호만을 게시 또는 게재하도록 명시하려는 것임(안 제12조제1항 및 제2항).” 한편, 제329회 국회 법제사법위원회 제1소위원회 제2차회의(2014. 11. 18.) 회의록 16-17면에는 이 의안이 심사보류된 사정 및 사법시험과 변호사시험의 차이점이 강조되고 있다.

“법무부차관 김현용: 사법시험은 변호사시험과는 달리 응시 자격에 아무런 제한이 없고 또 합격자 명단, 이름을 공표하더라도 불합격자들의 익명성이 보장됩니다. 그래서 불합격자들의 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권이 제한될 소지가 없

그러나 사법시험을 제외한 나머지 자격시험 합격자 공고는 양상이 다른 것으로 보인다. 2019년 시행 제54회 공인회계사시험 최종합격자 및 과목별 부분합격자 공고, 제25회 법무사시험 제2차시험 합격자 공고, 제56회 세무사자격시험 제2차시험 합격자 공고 등의 경우 합격자 성명을 공개하지 않고 응시번호만 공개하는 방법을 택하였고, 2020년 시행 제84회 의사국가시험의 경우는 합격자 공고를 하지 않고 응시자가 홈페이지를 통하여 개별적으로만 확인하도록 하는 것으로 파악되었다. 또한, 전문자격을 부여하는 시험은 아니지만, 2019년에 시행된 제35회 입법고시 최종합격자 공고, 제37회 법원행정고등고시 최종합격자 공고, 5급(행정) 공개경쟁채용시험 최종합격자 공고, 외교관후보자 선발시험 최종합격자 공고 등도 합격자의 성명을 공개하지 않고 응시번호만 공개한 것으로 확인되었다. 이들 시험의 합격자 공고와 관련한 법령을 살펴볼 때, ‘합격자의 명단을 공고’하도록 한 것은 발견되지 않았다.

한편, 국가인권위원회는 손해사정사 시험 합격자 명단을 발표하면서 수험번호와 함께 성명을 공개하는 것은 헌법 제17조가 보장하는 진정한 사생활의 자유를 침해한다는 이유로, 합격자

고 또 사법시험의 응시 인원이 감소 추세에 있기는 하지만 아직까지는 변호사시험 응시인원의 2배 이상으로 합격자의 응시번호만으로 공고할 경우 오류 가능성도 배제할 수 없어서 이 부분은 더 신중하게 검토할 필요가 있다고 봅니다.”

“소위원장 홍일표: 제가 보니까 사법시험은 사실은 지금 말씀하신 대로 그동안 이름을 발표해도 합격되는 사람만 나오고 떨어진 사람은 누가 응시했는지 알 수가 없잖아요. 그러니까 굳이 거기에서 개인정보 보호 얘기는 큰 의미가 없고, 로스쿨은 누가 다닌다는 게 딱 있으니까 그 사람 중에 변호사시험 합격자, 불합격자가 드러나니까 그것은 그럴 우려가 있을 법할 것 같아요. 그래서 변호사시험과 관련된 거는 사실 이름을 발표하지 않는 배려가 필요하겠지만 사법시험은 굳이 그렇게, 지금 또 없어지는 마당에 이거를…….”

- 5) 변호사시험의 응시자수 및 합격률과, 주요 전문자격 취득 시험 또는 공무원 임용 시험 중 합격자 명단을 공개하는 유일한 사례로 보이는 사법시험의 응시자수 및 합격률을 구체적으로 비교하여 살펴보면 [별지3]과 같다.

발표 시 특정인의 합격 여부에 관한 사항이 노출되지 않도록 합격자 명단 공개 방식을 개선할 것을 권고한 바 있다(2014. 7. 23. 결정 13진정0348000).

3. 제한되는 기본권

헌법재판소는 아래와 같이 심판대상조항에 따라 개인정보자기결정권이 제한된다고 보고, 그 침해 여부를 중심으로 이 사건을 살펴보았다.

「개인정보자기결정권은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 것으로, ‘자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리’를 말한다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092 참조).

특정시험에 대한 응시 및 합격 여부, 합격연도 등도 개인정보에 포함되고, 그러한 사실이 알려지는 시기, 범위 등을 응시자가 스스로 결정할 권리는 개인정보자기결정권의 보장 범위에 속한다고 할 수 있다. 심판대상조항에 따라 합격자 명단이 공고되면, 법학전문대학원 졸업자 또는 졸업예정자라는 한정된 집단에 속한 사람이 응시하는 변호사시험 특성에 비추어, 특정인의 법학전문대학원 재학 또는 졸업 사실을 이미 알고 있는 그 주변 사람들은 성명이 공개된 사람의 합격 사실 뿐만 아니라 위 정보를 결합하여 특정인의 불합격 사실도 알 수 있으므로, 결국 응시자들의 개인정보자기결정권에 대한 제한이 발생한다.」

이와 같이 헌법재판소는 한정된 집단에 속한 사람만 응시할 수 있는 변호사시험의 특성을 고려할 때, 심판대상조항에 따라 합격

자 명단이 공고되면 특정인의 합격 사실 뿐만 아니라 불합격 사실도 알려질 수 있으므로 응시자들의 개인정보자기결정권이 제한된다고 판단하였는바, 이는 시험의 합격 여부가 타인에게 알려졌을 때 불합격자의 명예가 훼손될 수 있는지 여부와는 별개로, ‘특정시험에 대한 응시 및 합격 여부’, ‘합격연도 또는 자격취득 시기’와 같은 정보의 통제 측면에서 쟁점을 파악한 것으로 볼 수 있다.

청구인들은 ‘심판대상조항을 통하여 타인의 불합격 사실을 알 수 있는 것’을 특히 문제 삼은 것으로 보이나, 헌법재판소는 그로 인한 인격권 또는 명예권의 제한은 심판대상조항이 합격자 명단이라는 정보를 공개하는 데 따라 부수적으로 초래되는 문제에 불과하다고 보고, 이에 대하여 더 나아가 살펴보지 않았다.

4. 심판대상조항의 위헌 여부 및 헌법재판소 결정에 대한 해설 가. 심판청구의 기각

심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부에 대하여, 재판관 4인의 기각의견과 재판관 5인의 위헌의견이 있었다. 비록 위헌의견이 다수이지만 헌법 제 113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원심판 인용 결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하여 심판청구는 기각되었다.

심판대상조항의 입법목적이 변호사시험 합격자의 명단 전체를 널리 공개함으로써, 법률서비스 수요자가 공공성을 지닌 전문직인 변호사에 관하여 필요한 정보를 얻는 데 도움을 주고 변호사 시험 관리 업무의 공정성과 투명성을 간접적으로 담보하는 데 있으며 이러한 입법목적이 정당하다는 점, 변호사시험 합격자 명단

을 공고하면 누구나 이를 열람 또는 검색할 수 있으므로 심판대상조항은 입법목적은 달성하는 데 적합한 수단이 된다는 점에 대해서는 재판관의 의견이 일치하였으나, 과잉금지원칙의 피해의 최소성 및 법익의 균형성에 대해서는 의견이 나뉘었다.

나. 기각의견의 요지 및 해설

재판관 이은애, 재판관 이영진, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 기각의견의 주요 내용은 다음과 같다.

「심판대상조항은 변호사시험 합격자 공고 시 위와 같이 수집한 응시자 개인정보 중 성명만을 공개하도록 하는 데 그친다. 즉, 심판대상조항에 따라 응시자의 ‘응시 및 합격 여부’라는 정보가 불특정 다수인에게 직접 공표되는 것이 아니므로, 법무부장관이 재량으로 합격자의 성명 외 다른 개인정보를 추가로 공개하지 않는 이상, 타인이 합격자 명단만으로 특정 응시자의 변호사시험 응시 및 합격 여부를 파악하는 데는 한계가 있다. 단지 특정인의 법학전문대학원 재학 사실 또는 변호사시험 응시 사실 등을 알고 있는 주변 사람이 합격자 명단에서 특정인의 성명을 찾아 그의 변호사시험 합격 사실을 추정하거나, 명단에 특정인의 성명이 없는 점을 확인하여 그의 ‘변호사시험 미응시 또는 불합격 사실’, 즉 그가 ‘변호사자격을 취득하지 못한 사실’을 추정할 수 있을 뿐이다. 게다가 합격자 성명을 공개하지 않는다고 하더라도 응시자 주변 사람에게는 그의 합격 여부가 자연스럽게 알려지는 경우가 많다. 그러므로 심판대상조항으로 인하여 변호사시험 응시자의 개인정보자기결정권이 제한되는 범위와 정도는 매우 제한적이라 할 수 있다.

특정인을 식별하는 데 있어 성명은 매우 직접적이고 유용한 정

보이다. 심판대상조항에 따라 변호사시험 합격자 명단이 공고되면 특별한 사정이 없는 한 인터넷 등을 통하여 누구나, 언제든지 이를 검색할 수 있으므로, 변호사 자격이 없는 사람이 마치 자격이 있는 것처럼 법률사무를 수행하기 어려울 것이다. 법률서비스 수요자로서는 변호사 등록증서 등을 변호사에게 직접 요구하거나 대한변호사협회 홈페이지 등에 접속하여 검색하지 않고도, 평소 자주 사용하는 인터넷 포털이나 검색 서비스를 통하여 손쉽게 그의 자격 취득 여부, 자격시험 종류 및 합격 시기 등을 어느 정도 확인할 수 있어, 상담 또는 선임 여부를 결정하는 데 하나의 자료로 삼을 수 있게 된다. 이처럼 심판대상조항에 따라 공고된 합격자 명단은 법률서비스 수요자가 변호사와 업무를 하려 할 때 그에 관한 정보를 얻는 편리한 수단이 될 수 있다. 더욱이 변호사에게 직접 등록증서를 보여주도록 요청하거나 대한변호사협회 홈페이지를 통하여 검색하는 것은 자격시험에 합격한 법률전문가가 변호사등록을 한 경우에만 유용한 방법인데, 실무상 변호사 자격이 있는 사람이 법령에 의하여 변호사등록을 하지 않고도 법률서비스를 제공할 수 있는 경우도 있으므로, 일반 국민의 입장에서 볼 때는 매회 변호사시험 합격자 명단이 널리 공개되는 것이 변호사 자격 소지에 대한 신뢰를 형성하는 데 기여하는 바가 적지 않다.

심판대상조항은 변호사 자격 소지에 대한 일반 국민의 신뢰를 형성하고 법률서비스 수요자의 편의를 확보하는 데 도움이 되며, 달리 이를 대체할 만한 수단이 발견되지 않는다.]

기각의견은 심판대상조항이 합격자의 명단을 공고하는 것만으로는 응시자의 개인정보가 제한되는 범위가 좁은 반면, 공개된 정보를 바탕으로 법률서비스의 수요자가 변호사의 시험 합격 여

부 등을 손쉽게 찾아볼 수 있으므로 그 편의성이 크게 증진될 수 있다고 보았다. 이에 더하여, 기각의견은 심판대상조항이 시험관리의 투명성 강화에 기여하며, 합격자 선정과 관련한 부당한 특혜 시비의 발생 가능성을 낮출 수 있다는 점을 지적하였다. 앞서 본 바와 같이 심판대상조항으로 개정법률안이 제안될 당시에는 ‘시험 결과의 투명성 및 합격자 채용 공정성 담보’라는 측면이 강조되었는데, 기각의견은 심판대상조항이 이에 기여할 수 있다는 점을 긍정적인 것이다.

다. 위헌의견의 요지 및 해설

재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이종석, 재판관 김기영의 위헌의견의 주요 내용은 다음과 같다.

「실무상 변호사시험 합격자 공고는 법무부 홈페이지에 합격자의 응시번호 등이 기재된 컴퓨터 파일을 기한 없이 게시하는 방법으로 하고 있으므로, 공고 후에는 누구나, 언제든지 이를 검색, 확인할 수 있으며, 언론기사나 인터넷 게시물 등에 인용되어 널리 전파될 수 있다. 일반적으로 합격자는 자신의 응시 및 합격 사실을 숨길 이유가 없고 오히려 널리 그 사실이 알려지기를 원한다고 생각할 수도 있으나, 응시자 집단의 특성과 합격률 등을 고려하면 반드시 그렇다고 단정할 수 없으며, 개인이 처한 상황에 따라서는 불특정 다수인이 자신의 합격 사실을 자유롭게 열람할 수 있는 상황을 원하지 않을 수 있다. 변호사시험은 법학전문대학원 졸업자 또는 졸업예정자라는 한정된 집단에 속한 사람만 응시하는 시험이므로, 특정인의 법학전문대학원 재학 사실 등을 아는 사람은 그러한 정보를 기초로 특정인의 성명과 합격자 명단을 대조하여 그의 불합격 사실을 확인할 수 있으며, 나아가 불합

격 횡수 등을 추정할 수도 있다. 만약 합격자 성명을 공개하지 않는다면 특정인의 변호사시험 합격 여부는 당사자가 직접 밝히지 않는 한 확인하기 어려운 것과 비교된다.

심판대상조항에 따라 합격자의 명단이 공고됨으로써 변호사시험 응시 및 합격 여부에 관한 사실이 널리 공개되는 것은 변호사시험에 응시한 청구인들의 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한이라 할 수 있다.

기각의견은 변호사시험 합격자 명단이 공고되면 누구나 인터넷 포털이나 검색서비스를 통하여 특정인의 성명을 검색해 보는 것만으로도 자격시험 합격 사실 및 합격연도 등 정보를 얻을 수 있어 법률서비스 수요자 입장에서 정보수집이 용이해진다고 본다. 그러나 동명이인의 존재 등을 고려하면 합격자 명단만으로는 법률서비스 수요자가 변호사와 업무를 하는 데 있어 유용하고 정확한 정보를 얻는 데 한계가 있다. 대한변호사협회는 홈페이지를 통하여 변호사에 대한 상세 정보를 공개하고 있는바, 누구나 여기에 접속하여 변호사 성명을 입력하면 대다수 개업 변호사의 사진, 전문분야, 출생연도, 소속 지방변호사회, 사무소명과 연락처, 해당 변호사가 합격한 자격시험의 종류와 횡수 등 상세 정보의 전부 또는 일부를 확인할 수 있어, 설사 같은 이름을 가진 변호사가 많더라도 이미 알고 있는 정보를 토대로 자신이 확인하고자 하는 변호사를 특정할 수 있고, 그에 관한 상세 정보를 열람하여 상담이나 사건 의뢰 여부 등을 결정하는 데 참고할 수 있다.

그러나 변호사시험은 응시자격이 한정되어 있고 응시 기간 및 횡수가 제한되어 있으므로, 특정인의 법학전문대학원 재학 또는 졸업 사실을 이미 알고 있는 그 주변 사람들은 합격자 명단에 특정인의 성명이 없다는 사실로부터 그가 응시하지 않았거나 불합

격하였다는 사실을 확인할 수 있는바, 변호사시험이 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 평가하기 위한 자격시험인 점을 고려하면 (변호사시험법 제1조), 변호사자격을 취득하여 법률사무를 수행하려는 청구인들에게 발생하는 사익 침해의 정도를 결코 가볍게 볼 수 없다. 또한, 법무부 홈페이지에 올려진 합격자 명단이 기한 없이 계속 공고되는 실무상 관행에 비추어볼 때, 위와 같은 사익 침해는 지속적으로 발생하게 되고, 설사 일정 기간 경과 후 법무부 홈페이지에서 공고된 합격자 명단을 삭제한다고 하더라도 언론기사나 다른 인터넷 게시물을 통하여 이미 전파된 명단을 빠짐 없이 삭제할 것을 기대하기 어려우므로 사익 침해 상황을 해소할 수 없다.」

위헌의견은 합격자 명단이 공고되는 것만으로는 법률서비스 수요자가 확인할 수 있는 정보가 매우 제한적이고, 법률서비스 수요자는 합격자 명단이 공고되지 않더라도 대한변호사협회 홈페이지를 통하여 공개되는 정보 등을 통하여 필요한 정보를 충분히 확보할 수 있다고 보았다. 반면, 합격자 명단이 공고됨으로써 특정인이 변호사시험에 응시하지 않았거나 불합격하였다는 사실까지 간접적으로 확인될 수 있는데, 그에 따른 사익의 침해를 가볍게 볼 수 없다고 판단하였다. 나아가 위헌의견은 변호사시험 관리 업무의 공정성과 투명성은 합격자 성명을 공개하는 것으로 보장되는 것으로 보기 어려우며, 설사 심판대상조항이 이에 기여하는 측면이 있다 하더라도 전체 합격자의 명단이 아닌 응시번호만을 공고하는 것만으로도 이는 충분히 달성될 수 있다고 지적하였다. 즉, 위헌의견은 심판대상조항이 ‘시험 결과의 투명성 및 합격자 채용 공정성 담보’에 기여하는 것이 없거나, 기여하는 측면이 있더라도 응시자들의 사익 침해를 정당화하기에 부족하다고 본 것이다.

5. 결정의 의의

시험관리 당국이 합격자 명단을 공고하면, 그 명단을 열람하는 사람은 특정인의 합격 사실을 확인할 수 있을 뿐만 아니라, 특정인의 미응시 또는 불합격 사실도 추측할 수 있다. 물론 시험관리 당국이 합격자의 응시번호와 성명만을 공개할 경우, 동명이인의 존재 가능성 등 때문에 응시 및 합격 여부라는 정보가 정확하지 않을 수는 있으나, 특정인에 대하여 알고 있는 다른 정보들을 보태어 이를 추측해 볼 수 있다.

예컨대 사법시험이나 과거 행정고등고시와 같이, 응시자격 제한이 없거나 응시자격을 갖추는 데 큰 어려움이 없어 응시자 수가 많고 이로 인하여 합격률이 매우 낮았던 경우, 합격자 명단 공고는 응시자에게 명예로운 ‘합격’이라는 사실이 널리 공개되는 측면이 더 부각되었다. 그러나 이러한 시험의 경우에도, 합격자 명단이 공고되면 특정인의 미응시 내지 불합격의 확인이 가능할 뿐더러, 시험관리 당국이 시험 결과가 나왔음을 알리고 응시자에게 합격 여부를 고지하려는 목적은 응시번호의 공고만으로도 충분히 달성 가능한 점 등을 고려하여, 최근에 시행된 여러 자격시험 또는 임용시험은 대체로 합격자의 성명을 공고하지 않고 있다. 더욱이 ‘법학전문대학원 졸업예정자 또는 졸업자’라는 한정된 집단만 응시할 수 있는 변호사시험의 경우 합격자의 명단을 공고하면 특정인의 미응시 또는 불합격이 연상되는 문제점이 더 두드러지는 측면이 있다. 이는 미응시자 또는 불합격자에게 상당한 심적 고통을 초래할 수 있을 뿐만 아니라, 합격자도 자신의 합격 여부나 합격 시기를 공개하고 싶지 않은 경우가 있을 수 있으므로, 합격자 명단 공고가 가져오는 공익적 측면이 무엇인지 숙고되어야 할 것이다.

입법자는 이러한 논란에도 불구하고, 합격자 명단의 공고를 통하여 ‘변호사시험 결과의 투명성 및 합격자 채용의 공정성 담보’라는 입법목적이 달성될 수 있다고 보았으며, 기각의견은 심판대상조항이 시험관리 업무의 투명성 강화에 기여한다고 보아 그러한 입법자의 고려를 일부 긍정하였다. 반면 위헌의견은 합격자 명단 공고는 시험관리 업무의 공정성 및 투명성 제고에 별다른 기여를 하지 못한다고 보았다.

위헌의견이 다수였으나 헌법소원심판 인용 결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하였으므로 이 사건 심판청구는 기각되었다. 법무부장관은 심판대상조항에 따라 변호사시험 합격자 공고 시 합격자의 성명을 포함하여야 한다. 합격자 명단 공고가 변호사에 대한 정보를 확인하려는 법률서비스 수요자의 편익 증진과 시험관리 업무의 투명성 확보에 기여할 수 있기를 기대한다.

5. 직사살수행위 위헌확인 등

- 직사살수행위가 생명권 및 집회의 자유를 침해하는지 여부 -
(헌재 2020. 4. 23. 2015헌마1149, 판례집 32-1상, 376)

민 선 홍*

【판시사항】

1. 청구인 백▽▽의 청구인추가신청을 공동심판참가신청으로 선제한 사례
2. 피청구인들이 2015. 11. 14. 19:00경 종로구청입구 사거리에서 살수차를 이용하여 물줄기가 일직선 형태로 청구인 백▽▽에게 도달되도록 살수한 행위(이하 ‘이 사건 직사살수행위’라 한다)에 대한, 청구인 백▽▽의 배우자와 자녀들인 기존 청구인들의 심판청구에 관하여 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 있는지 여부(소극)
3. ‘경찰관 직무집행법’(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정된 것) 제10조 제4항, 제6항, 구 ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(1999. 11. 27. 대통령령 제16601호로 제정되고, 2020. 1. 7. 대통령령 제30328호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1항, 경찰장비관리규칙(2014. 4. 28. 경찰청훈령 제732호로 개정된 것) 제97조 제2항, ‘살수차 운용지침’(2014. 4. 3.) 제2장 중 직사살수에 관한 부분(이하 위 조항들을 합하여 ‘이 사건 근거조항들’이라 한다)에 대한 심판청구에 관하여 기본권 침

* 헌법연구원

해의 직접성을 인정할 수 있는지 여부(소극)

4. 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구에 관하여 심판의 이익이 인정되고, 청구인 백▽▽의 사망에도 불구하고 예외적으로 심판절차가 종료된 것으로 볼 수 없다고 판단한 사례

5. 피청구인들이 2015. 11. 14. 19:00경 종로구청입구 사거리에서 살수차를 이용하여 물줄기가 일직선 형태로 청구인 백▽▽에게 도달되도록 살수한 행위(이하 ‘이 사건 직사살수행위’라 한다)가 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 피청구인들이 2015. 11. 14. 19:00경 종로구청입구 사거리에서 살수차를 이용하여 물줄기가 일직선 형태로 청구인 백▽▽에게 도달되도록 살수한 행위(이하 ‘이 사건 직사살수행위’라 한다) 및 ‘경찰관 직무집행법’(2014. 5. 20. 법률 제12600호로 개정된 것) 제10조 제4항, 제6항, 구 ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(1999. 11. 27. 대통령령 제16601호로 제정되고, 2020. 1. 7. 대통령령 제30328호로 개정되기 전의 것) 제13조 제1항, 경찰장비관리규칙(2014. 4. 28. 경찰청훈령 제732호로 개정된 것) 제97조 제2항, ‘살수차 운용 지침’(2014. 4. 3.) 제2장 중 직사살수에 관한 부분(이하 위 조항들을 합하여 ‘이 사건 근거조항들’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 백▽▽는 2015. 11. 14. 민중총궐기 집회(이하 ‘이 사건 집회’라 한다)에 참여하였다가, 종로구청입구 사거리에서 경찰관들이 직사살수한 물줄기에 머리 등 가슴 윗부분을 맞아 넘어지면서 상해를 입고 약 10개월 동안 의식불명 상태로 치료받다가 2016. 9. 25. 사망하였다. 피청구인들은 이 사건 집회 당시 위 경찰관들을 지휘한 서울지방경찰청장 및 서울지방경찰청 기동본부 제4기동단장이다.

나. 청구인 백▽▽의 배우자와 자녀들인 청구인 박○○, 백○○, 백□□, 백△△(이하 ‘기존 청구인들’이라 한다)은 2015. 12. 10. ‘위 직사살수행위는 청구인 백▽▽ 및 기존 청구인들의 생명권, 신체의 자유, 표현의 자유, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반되고, ‘경찰관 직무집행법’ 제10조 제4항, 제6항, ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’ 제13조 제1항, 경찰장비관리규칙 제97조 제2항, ‘살수차 운용지침’ 제2장 중 직사살수에 관한 부분은 헌법에 위반된다.’고 주장하면서, 위 직사살수행위 및 그 근거법령의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 기존 청구인들은 2015. 12. 18. 청구인 백▽▽를 청구인으로 추가해 달라는 취지의 청구인추가신청서를 제출하였다. 청구인들은 2016. 1. 7. 위 청구인추가신청이 민사소송법 제70조를 준용하여 청구인 백▽▽를 주위적 청구인으로, 기존 청구인들을 예비적 청구인으로 한 공동심판추가신청임을 밝히면서, ‘1. 위 직사살수행위는 주위적으로 청구인 백▽▽의 생명권 등을 침해하고, 예비적으로 기존 청구인들의 인격권 등을 침해한다. 2. ‘경찰

관 직무집행법' 제10조 제4항, 제6항, '위해성 경찰장비의 사용 기준 등에 관한 규정' 제13조 제1항, 경찰장비관리규칙 제97조 제2항, '살수차 운용지침' 제2장 중 직사살수에 관한 부분은 헌법에 위반된다.'로 청구취지를 변경하는 내용의 보정서를 제출하였다. 그 후 청구인 백○○는 2016. 4. 18. 청구인 백▽▽의 성년후견인으로 선임되었고(광주가정법원 순천지원 2016느단10002), 2016. 8. 2. 청구인 백▽▽의 소송행위를 추인하는 취지의 준비서면을 제출하였다.

2. 청구인들의 주장 요지

이 사건 직사살수행위 및 이 사건 근거조항들은 청구인 백▽▽의 생명권, 신체의 자유, 표현의 자유, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유 및 기존 청구인들의 신체의 자유, 표현의 자유, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유를 침해한다.

【결정요지】

1. 청구인 백▽▽의 신청취지 중 이 사건 근거조항들에 대한 헌법소원심판청구 부분은 기존 청구인들의 청구와 동일한 법령에 대한 헌법소원심판으로서 이 사건 근거조항들이 위헌으로 결정될 경우 그 효력이 상실되어 그 위헌결정의 효력이 청구인들 모두에게 미치게 되므로, 그 목적이 기존 청구인들과 청구인 백▽▽에게 합일적으로 확정되어야 할 경우에 해당한다. 청구인 백▽▽의 신청취지 중 이 사건 직사살수행위에 대한 헌법소원심판청구 부분은, ① 헌법소원심판청구서에서 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 청구

하고 있었던 점, ② 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위의 직접 상대방으로서 법적 관련성이 인정되는 점, ③ 참가신청의 적법 여부는 참가신청 당시를 기준으로 판단하는 점 등을 종합하면, 기존 청구인들의 청구와 동일한 공권력의 행사로 인하여 동일한 기본권을 침해받아 위헌임의 확인을 구하는 헌법소원심판으로서, 그 위헌확인결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하므로 그 목적이 기존 청구인들과 청구인 백▽▽에게 합일적으로 확정되어야 할 경우에 해당한다. 그렇다면 청구인 백▽▽는 당초에 기존 청구인들이 그 침해를 주장한 기본권의 주체로서 계속 중인 심판에 공동청구인으로 참가할 것을 신청하였다고 볼 수 있고, 합일확정의 필요가 인정되므로, 청구인 백▽▽의 신청은 헌법재판소법 제40조 제1항 및 민사소송법 제83조 제1항에 의한 적법한 공동심판참가신청으로 선해한다.

2. 청구인 백▽▽의 배우자와 자녀들인 기존 청구인들은 이 사건 직사살수행위의 직접 상대방이 아닌 제3자에 해당한다. 따라서 기존 청구인들의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

3. 청구인들이 주장하는 기본권의 침해는 이 사건 근거조항들이 아니라 구체적 집행행위인 ‘직사살수행위’에 의하여 비로소 발생하는 것이다. 따라서 청구인들의 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.

4. 이 사건 직사살수행위는 이미 종료되었고, 청구인 백▽▽는 2016. 9. 25. 사망하였으므로, 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 주관적 권리보호이익이 소멸하였다. 그러나 직사살수행위는 사람의 생명이나 신체에 중대한 위험을 초래할 수 있는 공권력 행사에 해당하고, 헌법재판소는 직사살수

행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 한 바 없으므로, 심판의 이익을 인정할 수 있다.

청구인 백▽▽가 침해받았다고 주장하는 기본권인 생명권, 집회의 자유 등은 일신전속적인 성질을 가지므로 승계되거나 상속될 수 없어, 기본권의 주체가 사망한 경우 그 심판절차가 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 이 부분 심판청구의 심판의 이익이 인정되고, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위로 인하여 이 사건 심판절차의 계속 중 사망에 이르렀으므로, 이 부분 심판청구는 예외적으로 심판의 이익이 인정되어 종료된 것으로 볼 수 없다.

5. 이 사건 직사살수행위는 불법 집회로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위험을 억제하기 위하여 이루어진 것이므로 그 목적이 정당하다.

이 사건 직사살수행위 당시 청구인 백▽▽는 살수를 피해 뒤로 물러난 시위대와 떨어져 홀로 경찰 기동버스에 매여 있는 밧줄을 잡아당기고 있었다. 따라서 이 사건 직사살수행위 당시 억제할 필요성이 있는 생명·신체의 위해 또는 재산·공공시설의 위험 자체가 발생하였다고 보기 어려우므로, 수단의 적합성을 인정할 수 없다.

피청구인 서울지방경찰청장은 이 사건 집회 당시 경찰 인력, 장비 운용, 안전 관리 등을 총괄 지휘하였고, 피청구인 서울지방경찰청 기동본부 제4기동단장은 이 사건 집회 당시 종로구청입구 사거리의 경찰 인력, 장비 운용, 안전 관리를 총괄 지휘하였다. 살수차의 사용을 명령하는 지위에 있는 피청구인들로서는 우선 시위대의 규모, 시위 방법, 위험한 물건을 소지하고 있는지 여부, 경찰관과 물리적 충돌이 있는지 여부, 살수차의 위치 및 시위대와와의 거리, 시위대에 이루어진 살수의 정도와 그로 인하여 부상

자가 발생하였는지 여부 등 구체적인 현장 상황을 정확하게 파악하여야 한다. 다음으로, 위와 같은 사실관계를 기초로 하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백히 초래되었고, 다른 방법으로는 그 위험을 제거할 수 없는지 여부를 신중히 판단하여야 한다. 위와 같은 직사살수의 필요성이 인정된다면, 그 위험을 제거하기 위하여 필요한 최소한의 직사살수의 시기, 범위, 거리, 방향, 수압, 주의사항 등을 구체적으로 지시하여야 한다. 또한 현장 상황의 변경을 예의주시하여 직사살수의 필요성이 소멸하였거나 과잉 살수가 이루어지는 경우에는 즉시 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경, 안전 요원의 추가 배치 등을 지시할 의무가 있다. 앞서 본 바와 같이 청구인 백▽▽의 행위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백하게 초래되었다고 볼 수 없어 이 사건 직사살수행위의 필요성을 인정할 수 없다. 오히려 이 사건 집회 현장에서는 시위대의 가슴 윗부분을 겨냥한 직사살수가 지속적으로 이루어져 인명 피해의 발생이 우려되는 상황이었으므로, 피청구인들로서는 과잉 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경, 안전 요원의 추가 배치 등을 지시할 필요가 있었다. 한편 이 사건 당시 야간에 비가 오고 있었고, 이 사건 직사살수행위를 한 살수차는 추가로 긴급 투입되었기 때문에 살수요원들이 현장 상황을 제대로 파악할 겨를이 없었으며, 살수구 노즐을 조작하는 조이스틱의 고장으로 물줄기 이동을 위한 미세 조정이 어려웠고, 살수압 제한 장치의 고장으로 물살세기 조절도 쉽지 않은 상황이었다. 그럼에도 불구하고 피청구인들은 현장 상황을 제대로 확인하지 않은 채, 위 살수차를 배치한 후 단순히 시위대를 향하여 살수하도록 지시하였다. 그 결과 청구인 백▽▽의 머리와 가슴 윗부분

을 향해 약 13초 동안 강한 물살세기로 직사살수가 계속되었다. 이로 인하여 청구인 백▽▽는 상해를 입고 약 10개월 동안 의식 불명 상태로 치료받다가 2016. 9. 25. 사망하였다. 그러므로 이 사건 직사살수행위는 침해의 최소성에 반한다.

이 사건 직사살수행위를 통하여 청구인 백▽▽가 홀로 경찰 기동버스에 매여 있는 밧줄을 잡아당기는 행위를 억제함으로써 얻을 수 있는 공익은 거의 없거나 미약하였던 반면, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위로 인하여 사망에 이르렀으므로, 이 사건 직사살수행위는 법익의 균형성도 충족하지 못하였다.

그러므로 이 사건 직사살수행위는 과잉금지원칙에 반하여 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하였다.

재판관 이종석의 청구인 백▽▽의 심판청구 부분에 관한 반대의견

이 사건 심판청구서에 따른 심판대상에 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부가 포함되어 있다고 볼 수 없다. 이 사건 심판청구서의 청구취지 제1항의 괄호 안에 ‘사건의 백▽▽의 생명권을 비롯하여’라는 문구가 있으나, 이는 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부가 기존 청구인들의 심판청구에서 선결문제가 됨을 표시하기 위한 것으로 이해되고, 기존 청구인들은 청구이유에서 자신들의 기본권 침해만을 주장하였으며, 2015. 12. 18.자 청구인추가신청서에서 ‘청구인들의 착오로 백▽▽를 청구인에 포함하지 않았다.’라고 기재하였기 때문이다.

또한 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가를 위한 청구인 백▽▽의 신청행위 자체가 존재하지 않는다. 2015. 12. 18.자 청구인추가신청서에 첨부된 청구인 백▽▽ 명의의 동의서는 기존 청구인들의 추가허가신청에 동의한다는 소극적 의사를 표시한 것

에 불과하고, 2016. 1. 7.자 보정서는 법적 근거를 민사소송법 제70조로 명시하고 있으며, 2016. 8. 2.자 준비서면에서도 청구인 백▽▽가 청구인이 되는 법적 근거에 관하여 달리 주장하지 않았기 때문이다.

법정의견과 같이 청구인 백▽▽가 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가를 신청한 것으로 선해한다고 하더라도, 그 공동심판참가신청은 참가요건을 갖추지 못하여 부적법하다. 먼저, 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다. 다음으로, 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 기존 청구인들과 다른 기본권의 침해를 주장하는 것이어서 심판대상(소송물)이 동일하지 않고, 기존 청구인들에 대한 인용결정의 효력이 청구인 백▽▽에게 직접 미치지 않으므로, 합일확정의 필요를 인정할 수 없다.

따라서 이 사건 직사살수행위와 근거조항들에 대한 청구인 백▽▽의 공동심판참가신청은 존재하지 않거나 부적법하다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

먼저 청구인 백▽▽와 관련하여, 청구인 백▽▽는 기존 청구인들과 함께 이 사건 헌법소원심판을 청구하지 아니하고 사후에 청구인추가신청을 하였으므로, 청구인 백▽▽의 신청이 적법한지 여부가 문제된다.

적법요건과 관련하여, ① 기존 청구인들의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구가 기본권 침해의 자기관련성이 인정되는지 여부, ② 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구가 기본권 침해의 직접성이 인정되는지 여부, ③ 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살

수행위에 대한 심판청구에 심판의 이익이 인정되는지 여부, ④ 청구인 백▽▽의 사망으로 심판절차가 종료되는지 여부가 문제된다.

본안 판단과 관련하여, 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

2. 청구인 백▽▽의 신청에 대한 판단

법정의견은 청구인 백▽▽의 신청을 헌법재판소법 제40조 제1항 및 민사소송법 제83조 제1항에 의한 적법한 공동심판참가신청으로 선해한 반면, 재판관 이종석은 청구인 백▽▽의 공동심판참가신청은 존재하지 않거나 부적법하다는 반대의견을 개진하였다.

가. 청구인 백▽▽의 청구인추가 신청의 효력

먼저, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위 이후부터 2016. 9. 25. 사망할 때까지 의식이 없었으므로, 2015. 12. 18.자 청구인추가 신청이 소송무능력자에 의한 것으로 무효인지 문제된다.

청구인 백○○는 2016. 4. 18. 백▽▽의 성년후견인으로 선임되었고(광주가정법원 순천지원 2016느단10002), 2016. 8. 2. 청구인 백▽▽가 청구인임을 전제로 하는 내용의 준비서면을 제출하였으므로, 2015. 12. 18.자 청구인추가 신청을 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있다. 따라서 위 신청은 소급하여 효력이 있다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제60조).

나. 민사소송법 제70조에 의한 청구인추가신청의 적법 여부

청구인들은 2016. 1. 7.자 보정서에서 청구인 백▽▽의 추가신청이 민사소송법 제70조에 의한 공동심판추가신청이라고 밝혔으

나, 청구인 백▽▽의 청구가 기존 청구인들의 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에 해당하지 않으므로, 민사소송법 제70조에 의한 공동심판참가신청은 부적법하다. 이 점에 있어서는 법정의견과 반대의견의 판단이 일치하였다.

다. 민사소송법 제83조 제1항에 의한 공동심판참가신청으로 선해할 수 있는지 여부

(1) 청구인추가신청을 공동심판참가신청으로 볼 수 있는지 여부

(가) 법정의견은 다음과 같이 선례들에 따라 청구인 백▽▽의 청구인추가신청을 공동심판참가신청으로 선해할 수 있다고 보았다.

『청구인의 추가는 당사자표시정정의 범위를 넘을 뿐만 아니라, 이를 허용할 법률적 근거가 없고, 오히려 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법에 의하면 그러한 형태의 임의적 당사자변경은 허용되지 아니한다.

그러나 헌법소원심판에서 그 목적이 청구인과 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우, 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 제83조 제1항에 따라 그 제3자는 공동청구인으로서 심판에 참가할 수 있고, 선례는 청구인추가신청이 공동심판참가의 요건을 구비한 경우 적법한 공동심판참가신청으로 선해해 왔다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106; 헌재 2013. 12. 26. 2011헌마499 참조).』

(나) 재판관 이종석은 다음과 같이 청구인 백▽▽의 공동심판참가신청 자체가 존재하지 않는다고 보았다.

『(3) 공동심판참가신청의 부존재

(가) 헌법소송 특히 헌법소원제도의 가장 중요한 기능이자 궁극적 목적이 기본권 보장에 있음은 누구도 부정할 수 없고 헌법

소송은 민사소송이나 행정소송과는 달리 직권주의적 요소가 강하지만, 심판절차의 개시에 있어서는 처분권주의의 한 표현인 신청주의가 적용되므로 원칙적으로 신청권자의 신청이 있는 경우에만 심판절차가 개시되는바, 공동심판참가신청은 새로운 심판청구와 같으므로, 반드시 참가신청에 관한 서면이 제출되어야 비로소 공동심판참가인에 대한 심판절차가 개시될 수 있는 것이다.

(나) 그런데 청구인 백▽▽가 사망하기 전에 청구인 백▽▽ 명의로 제출하였다고 볼 여지가 있는 서면으로는, 이 사건 동의서와 보정서 및 준비서면이 전부이고, 다음의 점에서 보는 바와 같이 그 중 청구인 백▽▽가 기존 청구인들의 심판청구로 계속 중인 심판절차에 공동심판참가인으로서 적극적으로 참가하려는 의사를 밝힌 서면은 없다.

① 먼저 이 사건 동의서에 관하여 보건대, 청구인 백▽▽를 제외하고 기존 청구인들만이 이 사건 추가허가신청서를 제출한 점, 이 사건 동의서는 민사소송법 제68조 또는 민사소송법 제70조에서 원고 추가신청의 경우 받도록 한 ‘추가될 사람의 동의’에 관한 서면이고, 그 내용 또한 위 추가허가신청에 동의한다는 소극적 의사를 표시한 것에 불과한 점(이 사건 동의서 제출 당시 청구인 백▽▽는 의식불명상태였으므로 이 사건 동의서가 청구인 백▽▽의 진정한 의사에 기하여 작성되지 않았음은 명백하고, 나중에 선임된 성년후견인이 이를 적법하게 추인한 것으로 볼 것인지 여부는 별론으로 한다) 등에 비추어 이 사건 동의서를 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가신청서로 볼 수는 없다.

② 다음으로 이 사건 보정서는, 이 사건 추가허가신청의 법적 근거가 기존 원고에게만 신청권이 있고 제3자에게는 신청권이 없는 공동소송인 추가를 규정한 민사소송법 제70조임을 분명히 하

고 있으므로, 이 사건 보정서가 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가신청서에 해당하지 않음은 명백하다.

③ 마지막으로 이 사건 준비서면은 청구인 백▽▽ 명의로 이루어진 기존 소송행위를 성년후견인이 법정대리인으로서 추진하는 내용이 기재되어 있고, 그 외에는 청구인 백▽▽가 청구인이 되는 법적 근거에 관하여 달리 주장하지 않은 채 단지 이 사건 추가허가신청이 허용됨을 전제로 이 사건 직사살수행위와 근거조항들의 위헌성을 다투는 내용이 기재되어 있을 뿐이므로, 이 사건 준비서면을 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가신청서로 볼 수도 없다.

(다) 그렇다면 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가를 위한 청구인 백▽▽의 신청행위 자체가 존재하지 아니하므로, 신청주의 원칙상 청구인 백▽▽에 대한 심판절차는 개시될 수가 없고, 이 사건 직사살수행위와 근거조항들이 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부는 심판대상이 될 수 없다.

라. 청구인 백▽▽가 공동심판참가를 신청한 것으로 선해할 수 있는지 여부 및 그 적법 여부

(1) 청구인 백▽▽가 공동심판참가를 신청한 것으로 선해할 수 있는지 여부

법정의견은, 종전 선례들(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106; 헌재 2013. 12. 26. 2011헌마499)을 원용하면서, 기존 청구인들이 이 사건 심판청구서에서 이미 청구인 백▽▽의 기본권 침해에 대한 심판청구를 행하였고, 이 사건 직사살수행위와 근거조항들에 대한 기존 청구인들의 심판청구와 청구인 백▽▽의 심판청구는 합일적으로 확정되어야 할

경우에 해당하므로, 이 사건 추가허가신청서와 동의서 및 보정서에 따른 청구인 백▽▽의 신청을 민사소송법 제83조에 의한 공동심판참가신청으로 선해할 수 있다고 판단하고 있다.

그러나 위 선례들은 참가요건, 당사자적격, 청구기간 준수 등이 문제되지 않는다면 이미 제기된 헌법소원심판 사건에 제3자가 청구인 추가신청을 한 것을 적법한 공동심판참가신청으로 볼 수 있다는 취지로서, 청구인 백▽▽가 적극적인 참가의사를 밝힌 바 없는 이 사건에 원용하는 것은 적절하지 아니하며, 아래 (2)항에서 보는 바와 같이 청구인 백▽▽의 심판청구 중 이 사건 근거조항들에 대한 부분과 이 사건 직사살수행위에 대한 부분이 모두 부적법한 이상 이 사건 추가허가신청서와 동의서 및 보정서의 제출로써 청구인 백▽▽가 공동심판참가신청을 한 것으로 선해할 수는 없다.』

(2) 공동심판참가 요건 구비 여부

법정의견은 청구인 백▽▽의 청구인추가신청이 공동심판참가신청의 요건을 구비하였다고 보았다. 반면 재판관 이종석은 청구인 백▽▽의 공동심판참가신청이 존재한다고 보더라도 부적법하다고 보았다.

(가) 합일확정의 필요의 의미 및 선례

법원은 민사소송법 제83조 제1항이 규정한 ‘소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우’를 ‘타인간의 소송의 판결의 효력이 제3자에게도 미치게 되는 경우’로 해석하고 있다(대법원 2001. 7. 13 선고 2001다13013 판결).

‘합일확정의 필요’의 의미에 관하여 명시적으로 판단한 헌법재

판소의 선례는 없다. 합일확정의 필요를 인정한 선례로는 ① 참가인도 심판대상조항에 대하여 헌법소원심판을 청구할 당사자적격을 갖추고 있어서 심판대상조항이 위헌으로 결정되면 심판대상조항에 의한 기본권의 제한을 받지 않게 되는 경우(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 290-291; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089, 1099; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966, 972; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마408, 판례집 22-2하, 150, 163; 헌재 2019. 2. 28. 2017헌마374등, 공보 269, 304 참조), ② 입법부작위가 위헌으로 확인되어 입법자가 위헌결정의 취지에 따라 입법의무를 이행하면 참가인도 그 입법의 적용을 받게 되는 경우(헌재 2013. 12. 26. 2011헌마499, 판례집 25-2하, 716, 729-730 참조)가 있다.

(나) 참가요건과 적법요건의 관계

1) 합일확정의 필요는 인정되나 헌법소원심판청구의 적법요건을 갖추지 못한 경우, 참가신청 자체를 부적법하다고 볼 것인지, 참가를 허가한 후 심판청구를 각하할 것인지 문제된다.

2) 선례는 다음과 같이 ‘합일확정의 필요’ 및 ‘청구기간’ 요건이 인정되면 참가신청이 적법한 것으로 보아왔다.

『법령에 대한 헌법소원심판에서 그 목적이 청구인과 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우, 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 제83조 제1항에 따라 그 제3자는 공동 청구인으로서 심판에 참가할 수 있다. 다만 공동심판참가인은 별도의 헌법소원을 제기하는 대신에 계속 중인 심판에 공동 청구인으로서 참가하는 것이므로 그 참가신청은 헌법소원 청구기

간 내에 이루어져야 한다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 290; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966, 972; 헌재 2013. 12. 26. 2011헌마499, 판례집 25-2하, 716, 729 참조).』

따라서 합일확정의 필요는 인정되나 청구기간 외의 적법요건을 구비하지 못한 경우, 선례는 공동심판참가를 허가하되 공동심판참가인의 심판청구를 각하하였다[헌재 2013. 12. 26. 2011헌마 499, 판례집 25-2하, 716, 729-730(‘공권력의 불행사’로서 대상성 부정), 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966(직접성, 권리보호이익 부정)].¹⁾

3) 법정의견은 뒤에서 보는 것처럼 위 선례들에 따라 ‘합일확정의 필요’와 ‘청구기간’ 요건이 인정되는지 여부를 따져 참가신청의 적법 여부를 판단하였다. 또한 청구인 백▽▽가 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구에 참가하는 것을 허용한 후 이 부분 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다는 이유로 각하하였다.

4) 재판관 이종석은 뒤에서 보는 것처럼 헌법소원심판의 적법요건을 구비하지 못한 경우 참가신청 자체가 부적법하다고 보고, 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않아 부적법하므로, 이에 대한 참가신청 자체가 부적법하다고 보았다.

(다) 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구 관련 공동심판참가 요건

1) 법원의 판결 중에는 참가신청을 받아들이고 참가인의 소를 각하한 것이 있다[서울고등법원 2019. 7. 24. 선고 2018나2058753등 판결(권리보호이익 부정); 서울중앙지방법원 2017. 12. 1. 선고 2016나25637등 판결(확인의 이익, 당사자적격 부정)].

구비 여부

1) 법정의견은 이 사건 근거조항들이 위헌으로 결정될 경우 그 효력이 상실되어(헌법재판소법 제47조 제2항) 위헌결정의 효력이 청구인들 모두에게 미치게 되므로, 그 목적이 기존 청구인들과 청구인 백▽▽에게 합일적으로 확정되어야 할 경우에 해당한다고 보았다. 또한 청구인 백▽▽의 위 신청은 헌법소원심판 청구기간 내에 이루어졌으므로, 청구인 백▽▽는 헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제83조 제1항에 따라 별도의 헌법소원심판을 청구하는 대신에 계속 중인 심판에 공동청구인으로서 참가하는 것이 허용된다고 판단하였다.

2) 재판관 이종석은 공동심판참가인은 별도의 헌법소원을 제기하는 대신에 계속 중인 심판절차에 공동 청구인으로서 참가하는 것이므로, 그 참가신청은 일반적인 헌법소원심판의 적법요건을 갖추어야 하는데(독립당사자참가에 관한 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다12517, 94다12524 판결 참조), 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없으므로, 이 부분 공동심판참가신청은 부적법하다고 보았다.

(라) 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구 관련 공동심판참가
요건 구비 여부

1) 기존 청구인들의 헌법소원심판청구의 심판대상

가) 법정의견은 기존 청구인들이 헌법소원심판청구서에서 이 사건 직사살수행위가 청구인들 외에 ‘청구인 백▽▽의 기본권’을 침해하여 헌법에 위반된다는 결정도 구하였으므로, 기존 청구인들의 헌법소원심판청구의 심판대상에는 ‘이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부’가 포함되어 있다고

보았다.²⁾

나) 재판관 이종석은 다음과 같이 기존 청구인들의 헌법소원심판청구의 심판대상에는 ‘이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부’가 포함되어 있지 않다고 보았다.

『(1) 기존 청구인들은 이 사건 심판청구서의 청구취지 제1항에 ‘이 사건 직사살수행위는 (사건 외 백▽▽의 생명권을 비롯하여) 청구인들의 생명권, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반된다.’고 기재하고, 제2항에 ‘이 사건 근거조항들은 헌법에 위반된다.’고 기재하였으므로, 이 사건 직사살수행위와 근거조항들이 기존 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부가 이 사건 심판청구서에 따른 심판대상에 포함됨은 분명하다.

(2) 법정의견은, 기존 청구인들이 최초 제출한 이 사건 심판청구서에 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다는 결정도 함께 청구하는 것으로 기재되어 있으므로, 이 사건 심판청구서 제출 당시부터 청구인 백▽▽의 기본권 침해가 심판대상에 포함된다고 판단하고 있다. 그런데 법정의견은 제3자에 불과한 기존 청구인들이 청구인 백▽▽의 기본권 침해를 주장하는 심판청구를 행할 수 있는 법적 근거가 무엇인지에 대하여는 명확히 밝히고 있지 않지만, 이는 기존 청구인들이 청구인 백▽▽를 대신하여 이른바 임의적 소송담당 방식으로 심판청구를 하였다고 판단하는 취지라고 볼 수밖에 없다. 그러나 다음과 같은 점에서 이 사건 심판청구서에 따른 심판대상에 이

2) 심판대상이 법령이 아닌 경우, 헌법소원심판의 심판대상은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었는지 여부’라는 점에 관하여 허완중, 헌법재판소결정의 확정력, 헌법학연구 제14권 제4호, 2008. 12, 438면; 김지형, 헌법재판결정의 기관력, 헌법논집, 1999, 20면 참조.

사건 직사살수행위와 근거조항들이 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부가 포함되어 있다고 볼 수는 없다.

(가) 임의적 소송담당은 권리관계의 주체가 제3자에게 자기의 권리에 대해 소송수행권을 부여하는 것을 말하는데, 기존 청구인들은 이 사건 심판청구서의 청구이유에서 청구인 백▽▽로부터 심판청구의 권한을 위임받았다는 주장은 하지 않았고, 오히려 청구인 백▽▽가 심판청구 권한을 위임할 수 없는 의식불명 상태에 있음을 전제로 그로 인해 정신적 고통을 입은 것이 기존 청구인들의 기본권 침해에 해당한다고 주장하였을 뿐이다.

(나) 이 사건 심판청구서 청구취지 제1항의 괄호 안에 ‘사건 외 백▽▽의 생명권을 비롯하여’라는 문구가 있으나, 위 심판청구서 전체의 내용을 살펴보면, 이는 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부가 그로 인한 기본권 침해를 주장하는 기존 청구인들의 심판청구에서 선결문제가 됨을 표시하기 위한 것으로 이해된다.

(다) 기존 청구인들은 이 사건 추가허가신청서의 신청이유에 ‘백▽▽가 이 사건 직사살수행위의 위헌성에 직접 관련성을 가지는 자임에도 청구인들의 착오로 백▽▽를 청구인에 포함하지 않았다.’라고 기재하였는데, 이에 의하면 이 사건 심판청구서 제출 당시 기존 청구인들은 청구인 백▽▽를 대신하여 기존 청구인들 이름으로 청구인 백▽▽의 기본권 침해를 주장하는 것이 아니었고, 이 사건 추가허가신청서의 제출로써 비로소 청구인 백▽▽를 청구인으로 추가하려고 하였음이 분명하다.

(라) 기존 청구인들은 이 사건 보정서와 준비서면에 청구인 백▽▽를 주위적 청구인으로, 청구인들을 예비적 청구인으로 기재함으로써 청구인 백▽▽와 기존 청구인들이 각기 자신의 기본권

침해를 주장하는 심판청구를 하는 취지임을 밝히고 있다.』

2) 공동심판참가신청 요건 구비 여부

가) 법정의견은 청구인 백▽▽의 공동심판참가에서 이 부분 심판대상은 ‘이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부’이므로, 기존 청구인들의 헌법소원심판청구의 심판대상과 동일하다고 보았다. 또한 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해한다고 결정되면 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하므로(헌법재판소법 제75조 제1항), 그 목적이 기존 청구인들과 청구인 백▽▽에게 합일적으로 확정되어야 할 경우에 해당한다고 보았다. 나아가 앞서 본 바와 같이 청구인 백▽▽의 위 신청이 헌법소원심판 청구기간 내에 이루어졌으므로, 청구인 백▽▽는 헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제83조 제1항에 따라 별도의 헌법소원심판을 청구하는 대신에 계속 중인 심판에 공동청구인으로서 참가하는 것이 허용된다고 판단하였다.

나) 재판관 이종석은 다음과 같이 합일확정의 필요를 부정하였다.

『민사소송법 제83조에 의한 공동소송참가 절차는 ‘소송목적이 피참가인과 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 경우’에 허용되는바, 이는 피참가인과 참가인 사이에 소송의 승패가 일률적으로 결정되어야 하고, 본안판결의 결과가 구구하게 되는 것이 법률상 허용되지 않는 경우를 의미하므로, 원칙적으로 피참가인의 청구와 청구인의 청구의 소송물이 동일하고 피참가인에 대한 판결의 효력이 참가인에게 미치는 경우가 여기에 해당한다고 할 수 있다(대법원 1986. 7. 22. 선고 85다620 판결, 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301, 30325 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구의 심판목적이 피참가인인 기존 청구인들과 참가인인 청구인 백▽▽에게 합일적

으로 확정되어야 할 경우'에 해당하는지 여부에 관하여 살펴본다.

먼저 기존 청구인들과 청구인 백▽▽가 각기 위헌확인을 구하는 공권력의 행사는 이 사건 직사살수행위로서 동일하지만, 공권력 행사의 직접 상대방인 청구인 백▽▽는 '이 사건 직사살수행위로 인하여 자신의 생명권, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반된다'고 주장하고, 기존 청구인들은 '이 사건 직사살수행위로 인하여 청구인 백▽▽가 의식불명상태에 빠졌다가 사망함으로써 극심한 정신적 고통이라는 법률상 불이익을 입었고, 이로 인하여 기존 청구인들의 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반된다.'고 주장하고 있으므로, 기존 청구인들의 심판청구와 청구인 백▽▽의 심판청구는 심판대상(소송물)이 동일하지 아니하고, 심판결과가 일률적으로 결정되어야 하는 경우라고 볼 수도 없다.

다음으로 이 사건 직사살수행위에 대한 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속할 뿐(헌법재판소법 제75조 제1항), 기존 청구인들에 대한 인용결정의 효력이 청구인 백▽▽에게 직접 미치지 아니한다.

따라서 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 '심판목적이 피참가인인 기존 청구인들과 참가인인 청구인 백▽▽에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하지 않는바, 이 부분 공동심판 참가신청은 참가요건을 갖추지 못하여 부적법하다.』

3. 적법요건에 대한 판단

가. 기존 청구인들의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구 법정의견은 다음과 같이 기존 청구인들의 이 사건 직사살수행위

에 대한 심판청구가 기본권 침해의 자기관련성이 인정되지 않는다고 보았다. 이 점에 있어서는 재판관 이종석의 반대의견도 같다.

『헌법소원에 있어서는 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 자기관련성이 인정되고, 공권력 작용에 단지 간접적이나 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자의 경우에는 자기관련성이 인정되지 않는다(헌재 2014. 3. 27. 2012헌마404 참조).

이 사건 직사살수행위의 상대방은 청구인 백▽▽이고, 그 배우자와 자녀들인 기존 청구인들은 이 사건 직사살수행위의 직접 상대방이 아닌 제3자에 해당한다. 또한 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해함으로써 기존 청구인들이 받은 정신적 고통 등은 간접적, 사실적 이해관계에 불과하다.

따라서 기존 청구인들의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성이 인정되지 아니하여 부적법하다.』

나. 청구인들의 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구

법정의견은 청구인 백▽▽를 포함한 청구인들 모두의 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구에 대하여 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다는 이유로 각하하였다. 이와 달리, 반대의견은 앞서 본 바와 같이 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는 이상 청구인 백▽▽의 참가신청 자체가 부적법하다고 보았다.

『법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해당하여야 하고, 여기서 말하는 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다

(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638 참조).

또한 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에 법령은 집행기관에게 기본권 침해의 가능성만 부여할 뿐, 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마988등 참조).

이 사건 근거조항들은 살수차의 사용요건 등을 정한 것으로서 집회·시위 현장에서 경찰의 살수행위라는 구체적 집행행위를 예정하고 있다. 경찰관은 이 사건 근거조항들에 의하여 직사살수를 할 것인지 여부를 개별적·구체적 집회 또는 시위 현장에서 재량적 판단에 따라 결정하므로, 기본권에 대한 침해는 이 사건 근거조항들이 아니라 구체적 집행행위인 ‘직사살수행위’에 의하여 비로소 발생하는 것이다(헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476 참조).

따라서 청구인들의 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없으므로 부적법하다.』

다. 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구
(1) 심판의 이익 인정 여부

이 사건 직사살수행위는 이미 종료되었고, 청구인 백▽▽는 2016. 9. 25. 사망하였으므로, 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구가 인용된다고 하더라도 청구인 백▽▽의 권리구제에는 도움이 되지 않는다. 그러나 법정의견은 다음과 같

이 예외적으로 심판의 이익을 인정하였다.

『기본권 침해행위가 장차 반복될 위험이 있거나 그 심판대상에 대한 위헌 여부의 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 중요한 의미를 가지고 있는 경우에는 예외적으로 심판의 이익을 인정할 수 있다(헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285 등 참조).

이 사건 근거조항들은 살수차를 경찰장비의 하나로 규정하고 있고, 직사살수행위는 사람의 생명이나 신체에 중대한 위험을 초래할 수 있는 공권력 행사에 해당하며, 헌법재판소는 직사살수행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 한 바 없다(헌재 2018. 5. 31. 2015헌마476 참조).

그렇다면 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판 청구는 주관적 권리보호이익은 소멸하였으나, 기본권 침해행위의 반복가능성과 헌법적 해명의 필요성이 있으므로 심판의 이익을 인정할 수 있다.』

(2) 청구인 백▽▽의 사망과 심판절차의 종료 여부

(가) 쟁점 및 선례

청구인 백▽▽는 이 사건 심판절차가 계속 중이던 2016. 9. 25. 사망하였다. 선례는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판 사건에서 청구인이 사망한 경우, 청구인이 침해당하였다고 주장하는 권리·법적 지위가 승계되거나 상속될 성질의 것인지를 고려하여 그 심판절차의 종료 내지 수계 여부를 결정해 왔다(헌재 2002. 5. 30. 2001헌마849; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38; 헌재 2016. 2. 25. 2011헌마165; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌마341 참조)

청구인 백▽▽가 침해받았다고 주장하는 기본권인 생명권, 신체의 자유, 표현의 자유, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치, 집회의 자유 등은 일신전속적인 성질을 가지므로 기본권의 주체가 사망한 경우 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니다. 따라서 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 청구인 백▽▽의 상속인들이 수계할 성질의 것이 아니므로, 청구인 백▽▽의 사망으로 그 심판절차가 종료되는 것이 원칙이다.

(나) 판단

법정의견은 청구인이 침해당하였다고 주장하는 기본권이 승계되거나 상속될 성질의 것이 아닌 경우에도, ① 기본권 침해행위가 장차 반복될 위험이 있거나 그 심판대상에 대한 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 가지고 있고, ② 헌법소원심판 청구인이 심판대상인 기본권 침해행위로 인하여 사망한 경우에는 예외적으로 심판의 이익이 인정되어 심판절차가 종료되지 않는다고 판단하였다. 이는 헌법소원제도가 개인의 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장기능도 가진다는 점을 고려한 것으로 보인다.

이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 직사살수행위의 반복가능성과 그 위헌 여부에 대한 헌법적 해명의 필요성이 인정되고, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위로 인하여 이 사건 심판절차의 계속 중 사망에 이르렀으므로, 청구인 백▽▽의 이 사건 직사살수행위에 대한 심판청구는 예외적으로 심판의 이익이 인정되어 종료되지 않았다고 판단하였다.

라. 소결

기존 청구인들의 이 사건 직사살수행위 및 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구, 청구인 백▽▽의 이 사건 근거조항들에 대한 심판청구는 모두 부적법하여, 본안에서는 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부에 대하여만 판단하였다.

4. 살수행위 관련 선례

가. 헌법재판소는 2018. 5. 31. 2015헌마476 결정에서, 최루액을 물에 혼합한 용액을 살수차를 이용하여 청구인들에게 살수한 행위(이하 ‘혼합살수행위’라 한다)의 근거 규정인 ‘살수차 운용지침’(2014. 4. 3.) 제2장 중 최루액 혼합살수에 관한 부분은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다는 이유로 각하하고, 혼합살수행위는 법률유보원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유 및 집회의 자유를 침해하였다는 이유로 위헌임을 확인하였다. 그 요지는 다음과 같다.

『1. 청구인들에 대한 기본권 침해 상황은 이 사건 지침으로 인한 것이 아니라 행정기관의 구체적 집행행위인 ‘혼합살수행위’로 인하여 발생한 것이다. 따라서 이 사건 지침은 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없어 이에 대한 헌법소원심판은 부적법하다.

2. 이 사건 혼합살수행위로 인한 청구인들의 기본권 침해상황은 이미 종료되었으나, 관련 법규에 따르면 각종 집회나 시위 현장에서 혼합살수행위가 반복될 가능성이 있고, 혼합살수행위는 사람의 생명이나 신체에 위협을 초래할 수 있는 중대한 법익 침해가 예견되는 공권력 행사로서, 그동안 헌법재판소가 혼합살수행위가 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 한 바 없으므로, 심판의 이익이 인정된다.

3. 집회·시위의 해산 또는 저지를 위한 최루액 혼합살수행위는 집회의 자유 뿐만 아니라 신체의 자유로부터 도출되는 신체를 훼손당하지 아니할 권리에 대한 직접적인 제한을 초래하므로, 그 제한의 본질적 사항에 관한 한 입법자가 법률로 규율하여야 한다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 참조).

살수차는 사용방법에 따라서는 경찰장구나 무기 등 다른 위해성 경찰장비 못지않게 국민의 생명이나 신체에 중대한 위해를 가할 수 있는 장비에 해당하므로, 살수차 사용요건이나 기준은 법률에 근거를 두어야 한다.

살수차와 같은 위해성 경찰장비 사용의 위험성과 기본권 보호 필요성에 비추어 볼 때, ‘경찰관 직무집행법’과 ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정(이하 ‘이 사건 대통령령’이라 한다)’에 규정된 위해성 경찰장비의 사용방법은 법률유보원칙에 따라 엄격하게 제한적으로 해석하여야 하고, 위해성 경찰장비는 본래의 사용방법에 따라 지정된 용도로 사용되어야 하며 다른 용도나 방법으로 사용하기 위해서는 반드시 법령에 근거가 있어야 한다.

살수차는 물줄기의 압력을 이용하여 균중을 제압하는 장비이므로, 그 용도로만 사용되어야 하고, 살수차로 최루액을 분사하여 살상능력을 증가시키는 혼합살수방법은 ‘새로운 위해성 경찰장비’로서 법령에 근거가 있어야 함에도, 현행 법률 및 대통령령에 근거가 없고, 이 사건 지침에 혼합살수의 근거 규정을 둘 수 있도록 위임하고 있는 법령은 없다.

이와 같이 살수차의 구체적 사용기준을 법령에서 구체적으로 정하지 않고 경찰청 내부 지침에 맡겨둔 결과, 부적절한 살수차의 운용으로 시위 참가자가 사망하거나 다치는 사고가 계속 발생하고 있다. 다른 위해성 경찰장비와 마찬가지로 살수차의 구체적

운용방법과 절차 등에 관한 기본적 사항은 법률이나 대통령령에 규정하여 살수차 운용을 엄격하게 제한함으로써 국민의 생명과 안전을 도모하여야 한다.

따라서 ‘경찰관 직무집행법’이나 이 사건 대통령령 등 법령의 구체적 위임 없이 혼합살수방법을 규정하고 있는 이 사건 지침은 법률유보원칙에 위배되고, 이 사건 지침만을 근거로 한 이 사건 혼합살수행위는 청구인들의 신체의 자유와 집회의 자유를 침해한 공권력 행사로 헌법에 위반된다.』

나. 이에 대하여, 재판관 김창중, 재판관 조용호는 혼합살수행위가 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 반대의견을 개진하였다.

『1. ‘경찰관 직무집행법’ 제10조에서 위해성 경찰장비와 이와 관련하여 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항을 구체적으로 규정하고, ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’ 제2조, 제13조에서 그 위임받은 범위 내에서 위해성 경찰장비의 종류로 살수차, 최루탄(그 발사장치를 포함), 분사기 등을 열거하면서 각 경찰장비의 사용 요건과 구체적 기준을 다시 정하고 있다. 살수차, 최루제와 그 발사장치 등을 사용할 수 있다는 내용과 그 사용에 관한 일반적 요건과 기준이 법률 및 대통령령에 명시적으로 규정되어 있는 이상, 최루제를 이중 어떠한 발사장치를 이용하여 분사할 것인지, 최루제와 물을 혼합하여 살수차로 분사할 수 있는 것인지 등 그 구체적인 최루제의 사용방법이나 기준까지 법률로써 규율하여야만 하는 사항이라고 할 수는 없다.

혼합살수방법은 이미 법률 및 대통령령에 위해성 경찰장비의 하나로 규정되어 있는 최루제와 그 발사장치, 살수차 등을 실제

사용할 때 그 운용하는 형태의 하나를 말하는 것으로서 새로운 위해성 경찰장비의 하나로 볼 수 없고, 관련 법령의 근거에 따라 이루어진 것으로서 법률유보원칙에 위배되지 않는다.

2. 이 사건 집회는 당초의 추모문화제 범위를 벗어나 다중이 차량을 이용하여 통행하는 도로를 모두 점거한 불법집회로 변질되었고, 집회 참가자들 중 일부가 차단 버스 바퀴에 밧줄을 걸고 잡아당기는 등 저항하는 과정에서 집회 참가자들과 경찰 모두 사상자가 발생하는 불법폭력 시위로 변질되었다. 혼합살수행위는 이러한 상황에서 급박한 위험을 억제하고 사회공공 질서를 유지하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다.

청구인들은 경찰의 사전계고, 시간적 간격을 둔 살수, 최루액 혼합살수 등을 스스로 인식하면서 해산할 수 있는 충분한 가능성이 있었음에도 불법폭력 시위를 이어가 피청구인이 마지막 수단으로 혼합살수방법을 통한 해산을 시도하였고, 경찰병력이 직접 물리력을 사용하여 시위대를 도로에서 끌어내려고 하는 경우 더 큰 피해를 발생시킬 개연성이 높아 적절한 대안으로 보기 어려우며, 경찰은 기존에 사용하던 CS최루액 대신 인체에 안전한 것으로 알려진 PAVA를 사용하는 등 최루액에 대한 인체 위해성 문제를 최소화하려고 하였다. 또한, 불법집회·시위의 해산을 통한 공공의 안녕과 질서유지라는 공익이 침해된 사익보다 덜 중요하다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 혼합살수행위는 급박한 위험을 억제하고 사회공공의 질서 유지라는 공익 달성을 위한 적절한 수단이고, 침해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배되지 않아 과잉금지원칙에 반한다고 보기 어렵다.』

5. 이 사건 직사살수행위가 청구인 백▽▽의 기본권을 침해하는지 여부

법정의견은 다음과 같이 이 사건 직사살수행위가 과잉금지원칙에 위배되어 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하였다고 판단하였다.³⁾

『(1) 목적의 정당성

이 사건 직사살수행위는 불법 집회로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명·신체의 위해와 재산·공공시설의 위협을 억제하기 위하여 이루어진 것이므로 그 목적이 정당하다.

(2) 수단의 적합성

이 사건 직사살수행위 당시 청구인 백▽▽는 살수를 피해 뒤로 물러난 시위대와 떨어져 홀로 41기동대 1제대 경찰 기동버스에 매여 있는 밧줄을 잡아당기고 있었다. 청구인 백▽▽가 홀로 밧줄을 잡아당긴다고 하여 경찰 기동버스가 손상될 위험이 있다고 보기 어렵고, 달리 청구인 백▽▽가 위험한 물건을 소지하였거나 경찰관과 몸싸움을 하는 등 물리적 충돌이 있었다는 사정도 발견할 수 없다.

그렇다면 이 사건 직사살수행위 당시 억제할 필요성이 있는 생명·신체의 위해 또는 재산·공공시설의 위험 자체가 발생하였다고 보기 어려우므로, 이 사건 직사살수행위가 위와 같은 입법목적에 기여할 수 있는 수단이었다고 볼 수 없다.

(3) 침해의 최소성

(가) 살수차란 기동장비 중 특수용 차량으로서 군중의 해산을

3) 이 사건과 관련하여, 피청구인 서울지방경찰청 기동본부 제4기동단장은 업무상과실치사죄로 벌금 1천만 원을 선고받고 그 판결이 확정되었다(서울고등법원 2019. 8. 9. 선고 2018노1671 판결). 피청구인 서울지방경찰청장은 항소심에서 업무상과실치사죄로 벌금 1천만 원을 선고받고(서울고등법원 2019. 8. 9. 선고 2018노1671 판결), 상고하여 상고심 계속 중이다(대법원 2019도12195).

목적으로 고압의 물줄기를 분사하는 장비를 말한다. 살수차의 살수 방법에는 분사각도를 45° 이상으로 하여 물줄기가 소낙비 형태로 시위대에게 떨어지도록 좌우로 반복하여 살수하는 ‘분산살수’, 물줄기가 포물선 형태로 시위대에게 떨어지도록 공중을 향해 살수하는 ‘곡사살수’, 물줄기가 일직선 형태로 시위대에게 도달되도록 살수하는 ‘직사살수’, 최루액 혹은 염료를 물에 혼합하여 살수하는 ‘최루액 혼합살수’와 ‘염료 혼합살수’ 등이 있다(살수차 운용지침 제1장 개요 2. 정의 가.목 내지 마.목, 제2장 살수차의 사용 3. 집회시위현장 살수차 운용방법 나. 살수 방법 참조).

살수차는 위와 같은 살수 방법, 살수차와 시위대 사이의 거리 및 수압 등에 따라 국민의 생명이나 신체에 발생하는 위험의 정도 및 시위대를 해산시킬 수 있는 강제력이 달라진다. 직사살수의 경우 물줄기가 일직선 형태가 되도록 시위대에 직접 발사하는 것이므로, 살수차와 시위대 사이의 거리가 가깝거나, 수압이 높거나, 가슴 윗부분에 맞게 되면 생명과 신체에 치명적인 결과를 가져올 수 있다. 가슴 아래 부분을 겨냥하더라도 직사살수를 맞고 자세가 흐트러지거나 넘어지는 과정에서 머리카락에 맞는 상황이 발생할 수도 있다.

따라서 직사살수는 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백히 초래되었고, 다른 방법으로는 그 위험을 제거할 수 없는 경우에 한하여 이루어져야 한다. 부득이 직사살수를 하는 경우에도, 구체적인 현장 상황을 면밀히 살펴보고 거리, 수압 및 물줄기의 방향 등을 필요한 최소한의 범위 내로 조절하여야 하고, 혹시라도 시위대의 가슴 윗부분을 맞추는 일이 없도록 세심한 주의를 기울여야 한다.

(나) 피청구인 서울지방경찰청장은 이 사건 집회 당시 경찰 인

력, 장비 운용, 안전 관리 등을 총괄 지휘하였고, 피청구인 서울 지방경찰청 기동본부 제4기동단장은 이 사건 집회 당시 종로구청 입구 사거리의 경찰 인력, 장비 운용, 안전 관리를 총괄 지휘하였다.

살수차의 사용을 명령하는 지위에 있는 피청구인들로서는 우선 시위대의 규모, 시위 방법, 위험한 물건을 소지하고 있는지 여부, 경찰관과 물리적 충돌이 있는지 여부, 살수차의 위치 및 시위대와의 거리, 시위대에 이루어진 살수의 정도와 그로 인하여 부상자가 발생하였는지 여부 등 구체적인 현장 상황을 정확하게 파악하여야 한다.

다음으로, 위와 같은 사실관계를 기초로 하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위험이 명백히 초래되었고, 다른 방법으로는 그 위험을 제거할 수 없는지 여부를 신중히 판단하여야 한다. 위와 같은 직사살수의 필요성이 인정된다면, 그 위험을 제거하기 위하여 필요한 최소한의 직사살수의 시기, 범위, 거리, 방향, 수압, 주의사항 등을 구체적으로 지시하여야 한다.

또한 현장 상황의 변경을 예의주시하여 직사살수의 필요성이 소멸하였거나 과잉 살수가 이루어지고 있는 경우에는 즉시 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경, 안전 요원의 추가 배치 등을 지시할 의무가 있다.

(다) 앞서 본 바와 같이 이 사건 직사살수행위 당시 청구인 백▽▽는 시위대와 떨어져 홀로 경찰 기동버스에 매여 있는 밧줄을 잡아당기고 있었다. 이러한 상황에서 경찰 기동버스가 손상될 위험이 있다고 보기 어렵고, 달리 청구인 백▽▽가 위험한 물건을 소지하였거나 경찰관과 몸싸움을 하는 등 물리적 충돌이 있었다는 사정도 발견할 수 없다.

그렇다면 청구인 백▽▽의 행위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 초래되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 직사살수행위의 필요성을 인정할 수 없다.

오히려 이 사건 집회 현장에서는 이 사건 직사살수행위 이전부터 시위대의 가슴 윗부분을 겨냥한 직사살수가 지속적으로 이루어져 인명 피해의 발생이 당연히 우려되는 상황이었으므로, 피청구인들로서는 과잉 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경, 안전 요원의 추가 배치 등을 지시할 필요가 있었다.

(라) 한편 이 사건 직사살수행위를 한 살수차는 추가로 긴급 투입되었기 때문에 살수요원들이 현장 상황을 제대로 파악할 겨를이 없었다. 또한 이 사건 당시 야간에 비가 오고 있었고, 위 살수차는 추가로 긴급 투입되면서 기존에 배치된 살수차와는 달리 시위대를 조망하면서 용이하게 살수할 수 있는 위치가 아닌 곳에 주차되었으므로 살수요원들이 현장 상황을 명확히 파악하기 어려웠다.

더구나 위 살수차는 살수구 노즐을 조작하는 조이스틱의 고장으로 인해 붐대를 이동하는 버튼을 누르는 방법으로 붐포의 좌우 이동을 조작할 수밖에 없어 물줄기 이동을 위한 미세 조정이 어려웠고, 살수압 제한 장치의 고장으로 물살세기 조절도 쉽지 않은 상황이었다.

이와 같은 이 사건 직사살수행위 당시의 사정을 종합적으로 고려하면, 위 살수차를 사용하여 직사살수를 하는 경우에는 강한 물살세기로 시위대의 가슴 윗부분을 겨냥하여 살수할 가능성이 상당히 높았던 것으로 보인다.

(마) 그럼에도 불구하고 피청구인들은 시위대와 차벽 간의 거리가 근접한 상황이었는지 여부, 시위대의 이격 또는 해산을 위

하여 살수가 필요한 상황이었는지 여부, 특히 청구인 백▽▽가 시위대와 떨어져 홀로 밧줄을 끌어당기고 있는 상황에서 청구인 백▽▽에 대한 살수가 반드시 필요하였는지 여부, 경찰 버스와 가로수 등으로 시야가 제한된 곳에 살수차를 배치하는 것이 적정한지 여부, 살수요원들의 전방 시야 확보가 제대로 되었는지 여부, 그렇지 않다면 살수차 밖에서 현장 상황을 지켜볼 수 있는 병력 등으로 이를 보완할 수 있는지 여부, 가슴 윗부분을 겨냥한 직사살수의 위험이 있는지 여부, 살수차 장비에 이상이 있는지 여부 등을 제대로 확인하지 않았다.

또한 위 살수차를 배치한 후 단순히 시위대를 향하여 살수하도록 지시하였을 뿐, 살수의 시기, 범위, 거리, 방향, 수압, 주의사항 등을 구체적으로 지시하지 않았고, 위 살수차의 과잉 살수에도 불구하고 살수의 중단, 물줄기의 방향 및 수압 변경 등을 지시하지 않았다.

그 결과 청구인 백▽▽의 머리와 가슴 윗부분을 향해 약 13초 동안 강한 물살세기로 직사살수가 계속되어 청구인 백▽▽가 넘어지면서 머리 부위가 도로 바닥에 부딪혔고, 도로에 넘어진 청구인 백▽▽와 그를 구조하던 주변의 시위대 등 5명을 상대로도 계속하여 약 17초 동안 직사살수가 이루어졌다. 이로 인하여 청구인 백▽▽는 우측 두정엽, 측두엽, 후두엽에 걸친 두개골 골절과 급성 외상성 경막하 출혈 등의 상해를 입었고, 약 10개월 동안 의식불명 상태로 치료받다가 2016. 9. 25. 외상성 경막하 출혈에 의한 급성신부전으로 사망하였다.

(바) 그러므로 이 사건 직사살수행위는 침해의 최소성에 반한다.

(4) 법익의 균형성

앞서 본 바와 같이 이 사건 직사살수행위를 통하여 청구인 백

▽▽가 홀로 경찰 기동버스에 매여 있는 밧줄을 잡아당기는 행위를 억제함으로써 얻을 수 있는 공익은 거의 없거나 미약하였던 반면, 청구인 백▽▽는 이 사건 직사살수행위로 인하여 사망에 이르렀으므로, 이 사건 직사살수행위는 법익의 균형성도 충족하지 못하였다.

(5) 소결

이 사건 직사살수행위는 과잉금지원칙에 반하여 청구인 백▽▽의 생명권 및 집회의 자유를 침해하였다.』

6. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법소송법적으로, 이 사건은 ① 법령이 아닌 공권력의 행사를 다투는 헌법소원심판사건에서, 기속력(헌법재판소법 제75조 제1항)을 근거로 공동심판참가 요건인 ‘합일확정의 필요’를 인정한 최초의 결정인 점, ② 헌법소원심판 계속 중 청구인이 사망한 경우, 청구인이 침해당하였다고 주장하는 기본권이 승계되거나 상속될 성질의 것이 아님에도 예외적으로 심판절차가 종료되지 않는다고 판단한 최초의 결정인 점에서 의의가 있다.

나. 헌법재판소는 2018. 5. 31. 2015헌마476 결정에서, 최루액을 물에 혼합한 용액을 살수차를 이용하여 청구인들에게 살수한 행위(혼합살수행위)가 법률유보원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유 및 집회의 자유를 침해하였다고 판단하였다. 이 사건에서는 위 결정과 마찬가지로 근거조항들에 대한 심판청구의 직접성을 부정하고, 살수행위에 대한 심판청구의 심판의 이익을 인정하였으나, 살수행위에 관하여 과잉금지원칙 위배 여부를 검토하였다는 점에서 차이가 있다.

다. 이 사건은 직사살수가 ‘타인의 법익이나 공공의 안녕질서

에 대한 직접적인 위험이 명백히 초래되었고, 다른 방법으로는 그 위험을 제거할 수 없는 경우'에 한하여 이루어져야 한다고 판단함으로써 직사살수의 헌법적 한계를 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

6. 정당법 제22조 제1항 단서 제1호 등 위헌확인

－ 초·중등학교 교육공무원의 정당·정치단체 결성·가입 금지의
위헌 여부 －

(헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489)

민 선 홍*

【판시사항】

1. 일부 청구인들의 심판청구는 청구기간을 도과하였다고 본 사례

2. 초·중등학교의 교육공무원이 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 규정한 정당법(2013. 12. 30. 법률 제12150호로 개정된 것) 제22조 제1항 단서 제1호 본문 중 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원에 관한 부분 및 초·중등학교의 교육공무원이 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지한 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제1항 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원은 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.’ 부분이 나머지 청구인들의 정당가입의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

3. 초·중등학교의 교육공무원이 정치단체의 결성에 관여하거나

* 헌법연구관

이에 가입하는 행위를 금지한 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제1항 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원은 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.’ 부분이 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 정당법(2013. 12. 30. 법률 제12150호로 개정된 것) 제22조 제1항 단서 제1호 본문 중 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원에 관한 부분(이하 ‘정당법조항’이라 한다) 및 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제65조 제1항 중 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원에 관한 부분(이하 ‘국가공무원법조항’이라 하고, 위 두 조항을 합하여 ‘교육공무원조항’이라 한다)이 청구인 권○○을 제외한 나머지 청구인들의, 정당법(2013. 12. 30. 법률 제12150호로 개정된 것) 제22조 제1항 단서 제2호 중 ‘사립학교의 교원’에 관한 부분(이하 ‘사립학교교원조항’이라 하고, 교육공무원조항과 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인 권○○의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 신○○, 박○○, 허○○, 이○○, 홍○○, 김○○은

2018. 3. 1. 중고등학교 교사로 임용되어 공립학교에서 근무하고 있고, 청구인 이□□은 1990. 3. 1. 초등학교 교사로 임용되어 공립학교에서 근무하고 있으며, 청구인 강○○은 1990. 3. 1. 중고등학교 교사로 임용되어 공립학교에서 근무하고 있고, 청구인 권○○은 1996. 3. 1. 중고등학교 교사로 임용되어 사립학교에서 근무하고 있다.

나. 청구인들은 정당법 제22조 제1항 단서 제1호 본문 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호에 규정된 교육공무원’에 관한 부분 및 제22조 제1항 단서 제2호 중 ‘사립학교의 교원’에 관한 부분, 국가공무원법 제65조 제1항 중 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호에 규정된 교육공무원’에 관한 부분이 청구인들의 정당 설립 및 가입의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 2018. 5. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 요지

가. 심판대상조항은 교원의 정당가입 등을 전면적으로 금지하고 있으므로 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 정당가입의 자유 등 정치적 기본권을 침해한다.

나. 심판대상조항은 대학 교원과 달리 초·중등학교 교원인 청구인들의 정당가입 등을 금지하고 있으므로, 청구인들의 평등권을 침해한다.

【결정요지】

1. 청구인들 중 일부는 각 교사 임용일에 비추어 볼 때 심판대상조항의 적용을 받게 된 날로부터 1년이 경과한 후 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으므로, 이들의 심판청구는 청구기간을 준

수하지 못하여 부적법하다.

2. 헌법재판소는 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정 및 2014. 3. 27. 2011헌바42 결정에서, 국가공무원이 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 규정한 구 정당법 및 구 국가공무원법 조항들이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다. 그 요지는 ‘이 사건 정당가입 금지조항은 국가공무원이 정당에 가입하는 것을 금지함으로써 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고, 초·중등학교 교원이 당파적 이해관계의 영향을 받지 않도록 교육의 중립성을 확보하기 위한 것이므로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미치므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로는 입법목적 달성을 어렵다. 또한 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당관련 활동은 공무원에게도 허용되므로 이 사건 정당가입 금지조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원들이 제한받는 사익에 비해 중대하므로 법익의 균형성 또한 인정된다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다. 이 사건 정당가입 금지조항이 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입의 자유를 금지하면서 대학의 교원에게 이를 허용한다 하더라도, 이는 기초적인 지식전달, 연구기능 등 양자 간 직무의 본질과 내용, 근무 태양이 다른 점을 고려한 합리적인 차별이므로 평등원칙에 위배되지 않는다.’는 것이다. 위 선례의 판단을 변경할 만한

사정 변경이나 필요성이 인정되지 않고 위 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하므로, 위 선례의 견해를 그대로 유지하기로 한다.

3. 재판관 유남석, 재판관 이영진, 재판관 문형배의 위헌의견
국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은, ‘그 밖의 정치단체’라는 불명확한 개념을 사용하고 있어, 표현의 자유를 규제하는 법률조항, 형벌의 구성요건을 규정하는 법률조항에 대하여 헌법이 요구하는 명확성원칙의 엄격한 기준을 충족하지 못하였다. 이에 대하여는, 아래 재판관 3인의 위헌의견 중 ‘명확성원칙 위배 여부’ 부분과 의견을 모두 같이 한다. 위 조항이 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유, 결사의 자유를 침해하여 헌법에 위반되는 점이 분명한 이상, 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 대하여는 더 나아가 판단하지 않는다.

재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 위헌의견
국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 형벌의 구성요건을 규정하는 법률조항이고, 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 제한하므로, 엄격한 기준의 명확성원칙에 부합하여야 한다. 민주주의 국가에서 국가 구성원의 모든 사회적 활동은 ‘정치’와 관련된다. 특히 단체는 국가 정책에 찬성·반대하거나, 특정 정당이나 후보자의 주장과 우연히 일치하기만 하여도 정치적인 성격을 가진다고 볼 여지가 있다. 국가공무원법조항은 가입 등이 금지되는 대상을 ‘정당이나 그 밖의 정치단체’로 규정하고 있으므로, 문언상 ‘정당’에 준하는 정치단체만을 의미하는 것이라고 해석하기도 어렵다. 단체의 목적이나 활

동에 관한 어떠한 제한도 없는 상태에서는 ‘정치단체’와 ‘비정치단체’를 구별할 수 있는 기준을 도출할 수 없다. 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성의 보장이라는 위 조항의 입법목적을 고려하더라도, ‘정치적 중립성’ 자체가 다원적인 해석이 가능한 추상적인 개념이기 때문에, 이에 대하여 우리 사회의 구성원들이 일치된 이해를 가지고 있다고 보기 어렵다. 그렇다면 위 조항은 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성의 보장이라는 입법 목적과 아무런 관련이 없는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위까지 금지한다는 점에서 수단의 적합성 및 침해의 최소성이 인정되지 않는다. 또한 위 조항은 국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등교육법 제19조 제1항의 교원(이하 ‘교원’이라 한다)의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위까지 전면적으로 금지한다는 점에서도 수단의 적합성 및 침해의 최소성을 인정할 수 없다. 공무원의 정치적 중립성은 국민 전체에 대한 봉사자의 지위에서 공직을 수행하는 영역에 한하여 요구되는 것이고, 교원으로부터 정치적으로 중립적인 교육을 받을 기회가 보장되는 이상, 교원이 기본권 주체로서 정치적 자유권을 행사한다고 하여 교육을 받을 권리가 침해된다거나 교육의 정치적 중립성이 훼손된다고 볼 수 없다. 교원이 사인의 지위에서 정치적 자유권을 행사하게 되면 직무수행에 있어서도 정치적 중립성을 훼손하게 된다는 논리적 혹은 경험적 근거는 존재하지 않는다. 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰

는 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정치적 중립성을 훼손하는 행위를 방지하기 위한 감시와 통제 장치를 마련함으로써 충분히 담보될 수 있다. 위 조항이 교원에 대하여 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 전면적으로 금지함으로써 달성할 수 있는 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 그로 인하여 교원이 받게 되는 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유에 대한 제약과 민주적 의사형성과정의 개방성과 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익에 발생하는 피해는 매우 크므로, 위 조항은 법익의 균형성도 갖추지 못하였다. 위 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분에 대한 반대의견

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에서 살펴본 것과 같은 이유에서, 교원의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위를 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정당설립의 자유 및 정당가입의 자유를 침해한다.

정당법 제22조 제1항 단서 제1호 단서는 고등교육법 제14조 제1항·제2항에 따른 교원(이하 ‘대학 교원’이라 한다)의 경우 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있도록 규정하고 있다. 교원이 사인으로서 정치적 자유권을 행사하게 되면 직무수행에 있어서도 정치적 중립성을 훼손하게 된다고 볼 수 없는 점은 대학 교원과 동일하다. 학생들을 민주시민으로 양성하기 위한 교육과 훈련은 초·중등학교에서부터 이루어지는 것이므로, 직무의 본질이나 내

용을 고려하더라도 정당의 설립·가입과 관련하여 대학 교원과 교원을 달리 취급할 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다. 따라서 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분은 나머지 청구인들의 평등권을 침해한다.

재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에 대한 반대이견

입법자가 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에 의하여 규율하려는 대상은 ‘정치단체’이고, 그 전형적·구체적인 사례가 바로 앞서 열거된 ‘정당’이다. 오늘날 정치활동은 정당 또는 당파적 기반 아래 활동하는 사람을 중심으로 이루어지므로, 특정 사회 문제에 대한 의견을 공표하는 것을 넘어, 특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체는 정치성을 뚜렷하게 지닌 것으로 볼 수 있다. 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법의 취지, 국가공무원법조항의 입법목적 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려하면, 국가공무원법조항에서 가입 등을 금지하는 ‘정치단체’는 ‘특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체로서 그 결성에 관여하거나 가입하는 경우 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 단체’로 한정할 수 있다. 그러므로 위 조항은 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

정당은 정치적 결사의 한 종류이므로, 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분에서 살펴본 논거는 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에도 그대로 적용될 수 있다. ‘정치단체’를 ‘특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대

하는 단체로서 그 결성에 관여하거나 가입하는 경우 공무원 및 교육의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 단체'라고 해석하는 이상, 위 조항의 규율 범위가 지나치게 광범위하여 과잉금지 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다. 그러므로 위 조항은 과잉금지 원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건에서 헌법재판소는 교육공무원 및 사립학교 교원 임용일을 법령에 해당하는 사유가 발생한 날로 보고, 청구기간이 도과하였다는 이유로 일부 청구인들의 청구를 각하하였다. 청구인들 중에는 사립학교 교원인 사람도 있었으나, 청구기간을 준수하지 못하여 교육공무원인 나머지 청구인들에게 적용되는 교육공무원조항만 본안 판단이 이루어졌다.

이하에서는 교원이 정당의 발기인 및 당원이 되는 것을 금지하는 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 '정당'에 관한 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 정당가입의 자유 등을 침해하는지 여부, 교원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지하는 국가공무원법조항 중 '그 밖의 정치단체'에 관한 부분이 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 위배되어 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하는지 여부를 살펴본다.

2. 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 '정당'에 관한 부분 가. 선례

(1) 헌법재판소는 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정에서 구 정당법(2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되기 전의 것) 제6조 단서 제1호에 대하여 전원 일치 합헌결정을 하였다.¹⁾

(2) 헌법재판소는 2014. 3. 27. 2011헌바42 결정에서 구 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되고, 2011. 7. 21. 법률 제10866호로 개정되기 전의 것) 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원’ 부분 및 구 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정되기 전의 것) 제84조 중 ‘제65조 제1항의 정당가입에 관한 부분을 위반한 자’ 부분에 대하여 합헌결정을 하였다. 이에 대하여 위 조항들이 과잉금지원칙 및 평등원칙에 반하여 헌법에 위반된다는 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 반대의견과 재판관 안창호의 법정의견에 대한 보충의견이 있었다.²⁾

(가) 법정의견의 요지는 다음과 같다.

『(가) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 입법목적의 정당성

이 사건 정당가입 금지조항은 국가공무원이 정당에 가입하는 것을 금지함으로써, 공무원의 정치적 중립성을 확보하여 공무원

1) 위 결정의 심판대상에는 정당의 ‘발기인’이 되는 행위를 금지하는 부분도 포함되나, 결정 이유는 아래 현재 2014. 3. 27. 2011헌바42 결정의 법정의견과 거의 동일하다.

2) 현재 2014. 3. 27. 2011헌바43 결정은 지방공무원에 대한 같은 취지의 규정인 구 정당법 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원’ 부분 및 구 지방공무원법 제82조 중 ‘제57조 제1항을 위반한 자’ 부분이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였고, 그 이유는 위 2011헌바42 결정과 동일하다.

의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 근무기강을 확립하고, 나아가 정치와 행정의 분리를 통하여 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하여 헌법상 직업공무원제도를 수호하려는 목적을 가진다.

공무원은 공직자인 동시에 국민의 한 사람이기도 하므로, 공무원은 공인의 지위와 사인의 지위, 국민 전체에 대한 봉사자의 지위와 기본권을 누리는 기본권주체의 지위라는 이중적 지위를 가진다. 따라서 공무원이라고 하여 기본권이 무시되거나 경시되어서도 아니 되지만, 공무원의 신분과 지위의 특수성에 비추어 공무원에 대해서는 일반 국민보다 더욱 넓고 강한 기본권제한이 가능하게 된다. 그런 측면에서 우리 헌법은 공무원이 국민 전체의 봉사자라는 지위에 있음을 확인하면서 공무원에 대하여 정치적 중립성을 지킬 것을 요구하고 있다.

이와 같은 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청은 교육 분야에서 종사하는 교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다. 즉 헌법 제31조 제4항은 “교육의 ... 정치적 중립성 ... 은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 이를 강력히 보장하고 있다. 이는 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 뜻한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적이기 때문에 서로 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직한 까닭이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조). 즉, 교육은 국가 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서 교육방법이나 교육내용이 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치 중립적인 진리교육

이 보장되어야 하고, 인간의 내면적 가치증진에 관련되는 교육 분야에 있어서는 당파적인 정치적 관념이나 이해관계가 그대로 적용되는 것은 바람직하지 않다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 참조). 초·중등학교 교원이 정당의 당원이 되는 것을 이 사건 정당가입 금지조항으로 허용하지 않는 것은 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위한 것이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

따라서 이 사건 정당가입 금지조항의 입법목적은 정당하다.

2) 수단의 적합성

개인적 정치활동과 달리 단체를 통한 정치활동은 국민의 정치적 의사형성에 미치는 영향력이 크게 차이 나고, 특히 헌법상 특별한 보호를 받고 있는 정당의 경우 국가작용에 영향을 미치는 각종 헌법적 권한을 보유·행사하고 있는 점에 비추어, 이에 대한 공무원의 가입을 금지하는 것은 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위해서도 반드시 필요하고 유효적절한 것이라 할 수 있다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 앞서 본 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적합한 수단이다.

3) 침해의 최소성

이 사건 정당가입 금지조항은 공무원의 정당가입의 자유를 원천적으로 금지하고 있다. 그러나 공무원의 정당가입이 허용된다면, 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 설사 공무원이 근무시간 외에 혹은 직무와 관련 없이 정당과 관련한 정치적 표현행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰는 유

지되기 어렵다. 나아가 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수 없다.

한편, 이 사건 정당가입 금지조항은 공무원이 ‘정당의 당원이 된다’는 정치적 행위를 금지하고 있을 뿐이므로, 정당에 대한 지지의사를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 선거에서 지지 정당에 대해 투표를 하는 등 일정한 범위 내의 정당 관련 활동은 공무원에게도 허용되고 있다. 이러한 점에서 볼 때 이 사건 정당가입 금지조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니한다.

4) 법익의 균형성

만약 공무원의 정당가입 행위가 일반적으로 허용된다면, 국가 정책의 수립과 집행에 대한 국민적 신뢰 확보가 어렵고, 공무원이 그 소속 당파적 이익을 대변하여 이를 관철할 수도 있으며, 편향적 공무 집행을 통해 간접적으로 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대를 표현하게 됨으로써 정치적 중립성을 훼손할 수도 있다. 나아가 국가 정책의 집행을 위해 화합하고 협력하여야 할 공무원 사이에 정치적 이념에 따른 상호 대립과 분열을 조장할 수도 있다.

한편, 이 사건 정당가입 금지조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 큰 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인

학생으로서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마 710 참조).

이러한 점을 두루 고려할 때, 이 사건 정당가입 금지조항이 달성하려는 공익은 그로 말미암아 제한받는 사익에 비해 결코 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 또한 인정된다.

5) 소결

따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(나) 평등원칙 위배 여부

이 사건 정당가입 금지조항이 대학의 교원인 공무원에 대하여는 정당가입의 자유를 허용하면서도 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지하여 양자를 차별 취급하고 있음은 문언상 명백하다.

헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하나, 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별은 평등원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 6. 28. 99헌마516 참조). 초·중등학교의 교원, 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제14조 제3항, 초·중등교육법 제20조 제4항), 반면에 대학의 교원, 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있는 자이다(고등교육법 제15조 제2항). 이처럼 현행 교육법령은 양자의 직

무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원보다 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다(헌재 1993. 7. 29. 91헌마69 참조). 그뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등 참조).

그렇다면 이 사건 정당가입 금지조항이 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입의 자유를 금지하면서 대학의 교원에게 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자 간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무 태양이 다른 점을 고려한 합리적인 차별이라고 할 것이므로 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).』

(나) 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 반대의견의 요지는 다음과 같다.

『가. 과잉금지원칙 위배

(1) 입법목적의 정당성

이 사건 정당가입 금지조항은, 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자(헌법 제7조 제1항)로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고, 초·중등학교 교원이 당파적 이해관계의 영향을 받지 않도록 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 그 목적 자체의 정당성은 인정된다.

(2) 수단의 적합성

공무원의 정치적 중립성을 보장하기 위해 공직에서의 정치활동을 제한하는 것으로 충분한데도, 이 사건 정당가입 금지조항이 획일적이고 전면적으로 정당 가입을 금지하는 것은 공무원의 기본권 주체로서의 지위를 부인하는 것이다.

또한 공무원의 정당 가입을 인정한다고 하여 곧바로 정치적 중립성이 훼손되거나 교육의 중립성이 보장된다고 볼 수도 없다. 공무원은 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 하는데, 고위 공무원 직군을 이루고 있는 선출직 공무원의 정당 가입 및 정당 관련 활동을 허용하면서, 그 아래 직군 공무원들의 정당 가입을 금지함으로써 공무원의 정치적 중립을 유지하는 데 큰 역할을 하리라고 기대하는 것은 무리이다.

헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 정치적 중립성은 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 것이지, 교원의 정치활동을 금지하기 위한 것이 아니다. 교육방법이나 교육내용이 종교적 중과성이나 정치적 당파성에 의하여 부당하게 간섭받지 않고 가치 중립적인 진리교육이 보장되어야 한다는 점(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88)에는 의문의 여지가 없다. 그러나 그렇다고 하여 교원의 종교의 자유를 제한하거나 종교단체 가입을 금지할 수는 없는 것과 마찬가지로, 교원인 공무원의 정당 가입을 전면적으로 금지하는 등 사적 생활에서의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것은 불합리하고 부적절한 수단이다.

결국, 이 사건 정당가입 금지조항은 수단의 적합성이 인정되지 않는다.

(3) 침해의 최소성

헌법재판소는 “선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거에 대한

부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면, 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 하는 선거운동의 기획행위를 막는 것으로 충분하며, 그 지위를 이용함이 없이 하는 선거운동의 준비행위를 허용한다고 해서 그것이 선거에 영향을 미친다고는 보이지 않는다(헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096).”고 판시한 바 있다. 그런데 이 사건 정당가입 금지조항은, 선거에서의 공무원의 중립의무에 요구되는 것 이상으로, 준비행위의 단계에 이른다거나 선거 관련 활동으로 평가하기 어려운 정당에의 가입 자체를 일상적으로 금지하고 있으므로, 헌법 제37조 제2항의 최소 침해의 원칙에 위반된다.

이 사건 정당가입 금지조항과 같은 별도의 규정을 두지 않더라도 이미 국가공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 충분히 마련되어 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 정당가입 금지조항이 공무원의 정당 가입을 일반적으로 그리고 사전적으로 금지하고 있다는 점에서도 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

(4) 법익의 균형성

공무원의 정당가입의 자유를 금지함으로써 실현되는 공익은 그 효과에 있어서 매우 불확실하고 추상적이다. 반면 헌법이 보호하는 정당가입의 자유를 박탈당함으로써 발생하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크다. 따라서 법익의 균형성도 인정하기 어렵다.

(5) 결론

그러므로 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 공무원의 정당가입의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

나. 평등원칙 위배

정당가입 등 정치활동의 자유가 대학에서의 연구나 교육의 질을 높이는 데 유익하다면, 초·중등교육의 경우에도 교원의 정치활동의 자유가 교육의 질을 높이는 데 도움이 된다고 보는 것이 합리적이다. 정치적 자유가 교육에 당파적 영향을 미칠 수 있다면, 기초지식 전달의 비중이 높고 교과과정이 정형화되어 있는 초·중등교육보다는 교육내용에 재량이 많은 대학교육에서 그러한 가능성이 더 크다고 보아야 한다.

교원이 시민이면 누구나 가지는 정치적 자유를 보장받겠다고 하여 학생들에게 당파적 편향성을 가지고 교육에 임할 것이라고 추정하는 것은 적절하지 않다. 그러므로 초·중등학교 교원이 대학교원에 비하여 학생들과 함께 하는 수업시간이 길고 지도의 기회가 많다는 사정만으로, 대학교원과 달리 초·중등학교 교원의 정치적 자유를 더 넓게 제한할 수는 없다.

결국, 대학교원에게는 정당 가입을 일반적으로 허용하면서 초·중등학교 교원에 대해서는 정당 가입을 전면적으로 금지하는 것은 입법재량을 벗어난 현저히 불합리한 차별에 해당하므로, 이 사건 정당가입 금지조항은 평등원칙에도 위배된다.』

나. 판단

(1) 이 사건에서 법정의견은 다음과 같이 정당가입 행위에 관한 위 결정의 논거가 정당의 발기인이 되거나 정당의 결성에 관여하는 행위에도 그대로 적용될 수 있다고 판단하고, 위 선례의 견해를 그대로 유지하였다.

『정당의 발기인이 되거나 정당의 결성에 관여하는 행위는 정당에 가입하는 행위보다 적극적인 정치활동에 속한다. 발기인은 발

기인대회를 개최하여 발기의 취지, 정당의 명칭 등을 정하고 대표자를 선임한 후 창당준비위원회를 결성하고, 창당준비위원회의 구성원으로서 창당집회 개최, 강령과 당헌 제정, 대표자·간부 선임, 당원모집 등 정당등록을 위한 창당활동을 하게 된다(정당법 제5조 내지 제13조, 제28조, 정당사무관리규칙 제2조 내지 제5조 참조).

따라서 2011헌바42 결정의 정당가입 행위에 관한 판단은 그보다 적극적인 정치활동에 속하는 정당의 발기인이 되거나 정당의 결성에 관여하는 행위에도 그대로 적용될 수 있다. 정당의 발기인이 되는 행위가 심판대상에 포함된 현재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정도 2011헌바42 결정과 같은 논거로 심판청구를 기각하였다.』

(2) 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선은 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분이 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정당설립의 자유 및 정당가입의 자유를 침해하고, 합리적인 이유 없이 대학 교원과 차별하여 나머지 청구인들의 평등권을 침해한다는 반대의견을 개진하였다.

(가) 위 반대의견의 정당설립의 자유 및 정당가입의 자유 침해여부에 관한 판단은 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에 관한 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 위헌의견과 유사하므로 그 요지만 살펴보면 다음과 같다.

『교원의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위를 금지하는 것은 입법목적의 달성에 기여한다고 볼 수 없으므로, 수단의 적합성을 인정할 수 없다.

또한 교원이 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정당의 결성에 관여하는 행위만을 금지하더라도 공무원의 정치적 중립성

및 교육의 정치적 중립성을 보장할 수 있으므로, 이를 넘어서 교원이 정당의 결성에 관여하는 행위를 전면적으로 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 교원이 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정당에 가입하는 경우는 상정하기 어려우므로, 이를 금지하는 것 역시 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

나아가 교원에 대하여 정당의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 전면적으로 금지함으로써 얻어지는 공무원의 정치적 중립성 또는 교육의 정치적 중립성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 그로 인하여 교원이 받게 되는 정당설립의 자유, 정당가입의 자유에 대한 제약과 민주적 의사형성과정의 개방성과 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익에 발생하는 피해는 매우 크므로, 법익의 균형성도 인정할 수 없다.

그러므로 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분은 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정당설립의 자유 및 정당가입의 자유를 침해한다.』

(나) 위 반대의견의 평등권 침해 여부에 관한 요지는 다음과 같다.

『정당법 제22조 제1항 단서 제1호 단서는 고등교육법 제14조 제1항·제2항에 따른 교원(이하 ‘대학 교원’이라 한다)의 경우 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있도록 규정하고 있다.

교원이 사인으로서 정치적 자유권을 행사하게 되면 직무수행에 있어서도 정치적 중립성을 훼손하게 된다고 볼 수 없는 점은 대학 교원과 동일하다. 나아가 교원이 사인으로서 정치적 자유권을 행사한다고 하여 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰를 유지할 수 없는 것도 아니며, 학생들에게 중대한 영향을 미치는 것도 아니다.

우리 헌법의 인간상은 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 형성하는 민주시민이고(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518 참조), 교육은 국민으로 하여금 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 민주주의가 원활히 기능하기 위한 정치문화의 기반을 조성하기 위한 기본적 수단이다(교육기본법 제2조, 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 참조).

따라서 교육에는 사회공동체 구성원들이 추구하는 다양한 가치들과 이들 사이의 갈등을 인식할 수 있는 능력의 함양, 갈등과 분쟁을 해결하는 절차, 다원주의 사회에서 관용의 필요성 및 민주시민으로서 가지는 정치적 기본권의 중요성에 대한 이해와 이를 기초로 한 실천 등이 포함되어야 한다. 교육의 정치적 중립성은 교육을 정치로부터 분리시킴으로써 달성할 수 있는 것이 아니라, 교원이 교육과정에서 자신의 정치적 입장을 자제하면서 대립하는 견해를 공정하게 제시하고, 학생들에게 반대되는 견해를 말할 수 있는 기회를 충분히 보장하며, 다원주의의 가치를 이해시킴으로써 형성해야 하는 것이다.

이와 같은 학생들을 민주시민으로 양성하기 위한 교육과 훈련은 초·중등학교에서부터 이루어지는 것이므로, 직무의 본질이나 내용을 고려하더라도 정당의 설립·가입과 관련하여 대학 교원과 교원을 달리 취급할 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.』

3. 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분 가. 법정의견

법정의견은 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한

부분이 명확성원칙에 위배된다는 3인의 의견과 명확성원칙뿐만 아니라 과잉금지원칙에도 위배된다는 3인의 의견으로 구성되어 있다.

(1) 재판관 유남석, 재판관 이영진, 재판관 문형배의 위헌의견
재판관 유남석, 재판관 이영진, 재판관 문형배는 국가공무원법 조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분이 명확성원칙에 위배된다고 판단하고, 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 대하여는 더 나아가 판단하지 않았다.

『(가) 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은, ‘그 밖의 정치단체’가 무엇인가에 대하여 규범 내용을 확정할 수 없는 불명확한 개념을 사용하고 있어, 표현의 자유를 규제하는 법률조항, 형벌의 구성요건을 규정하는 법률에 대하여 헌법이 요구하는 명확성원칙의 엄격한 기준을 충족하지 못하였다. 이에 대하여는, (2) 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 위헌의견 중 ‘(가) 명확성원칙 위배 여부’ 부분과 의견을 모두 같이 한다.

(나) 이에 덧붙여 살펴보면, 정치단체의 가입 등은 헌법이 보장하는 표현의 자유를 집단적 형태로 구현하는 것이다. 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 규정하여, 타인과의 의견교환을 위한 기본권인 표현의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유를 함께 국민의 기본권으로 보장하고 있다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가3등). 국가공무원법 조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 이러한 정치적 표현의 자유, 결사의 자유를 제한한다.

또한 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은

형벌의 구성요건 조항이기도 하다. 형벌의 구성요건을 정한 법률의 내용이 불명확하거나 그 적용범위가 지나치게 광범위하면, 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는지 법 집행자에게도 불확실하고 모호하게 되어, 어떠한 것이 범죄인가를 법제정기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 법 운영 당국이 재량으로 정하는 결과가 되어, 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 위반된다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113; 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104 참조).

(다) 표현의 자유는 헌법에서 기본권으로 보장하는 것 이상으로, 민주적이고 열린 정치체제의 보존에 필수불가결하게 기여한다. 특히 정치적 표현의 자유의 행사의 보장은 매우 중요하다. 표현의 자유는 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본원리의 하나이다(헌재 1992. 6. 26. 90헌가23; 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265). 표현의 자유가 다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 갖는다고 일컬어지는 것도 그것이 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 1992. 2. 25. 89헌가104).

이처럼 표현의 자유의 우선적 가치와 자유민주주의 정치체제에서 가지는 위치를 고려할 때, 표현의 자유를 제한하는 법률은 그 수범자가 무엇이 허용되고 무엇이 허용되지 않는지 명확하게 알 수 있어야만 한다. 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높아지기 때문에, 표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제에 의해 보호되는 다른 표현에 대해 위축효

과가 미치지 않도록, 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480; 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4 참조).

또한 표현의 자유를 제한하는 불명확한 법률은, 표현을 허가하거나 불허하는 결정을 하는 법 집행 공무원에게 지나치게 넓은 재량을 부여하여, 공무원이 표현의 내용에 따라 선호하거나 비선호하는 결정을 내릴 위험이 있다. 따라서 표현을 제한하는 불명확한 법률은 특정한 견해와 사상을 억압하는 수단이 될 위험도 있다.

(라) 따라서 표현의 자유를 규제하는 경우에 헌법이 요청하는 명확성의 기준이 일반적으로 강화된다고 할 것이고, 특히 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분과 같이, 어떤 단체에 가입하는가에 관한 집단적 형태의 ‘표현의 내용’에 근거한 규제인 경우에는, 더욱 더 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요구된다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 참조).

표현의 자유를 제한하는 규제 대상이 다양·다기하다 하더라도, 개별화·유형화를 통한 명확성의 추구를 포기하여서는 아니 되고, 부득이한 경우 국가는 표현에 대한 규제의 과잉보다는 오히려 규제의 부족을 선택하여야 할 것이다. 해악이 명백히 검증된 것이 아닌 표현을 규제하는 것은 득보다 실이 크다고 보는 것이 표현의 자유의 본질이기 때문이다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480).

(마) (2) 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 위헌의견 중 ‘(가) 명확성원칙 위배 여부’ 부분에서 판단하는 바와 같이, 나머지 청구인들이 그 결정에 관여하거나 가입하는 것을 금지하고 있는 ‘정치단체’가 무엇인지, 결정에 관여하거나 가입을

해도 되는 ‘비정치단체’와 어떻게 구별할 것인지에 대한, 구체적이고 유용한 기준을 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분으로부터 도출해낼 수 없다.

‘정치단체’를 ‘특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체로서 그 결성에 관여하거나 가입하는 경우 공무원 및 교육의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 단체’ 등으로 한정하여 해석할 근거도 없다.

어떠한 행위자가 가입 등을 할 수 있는 단체와 가입 등을 할 수 없는 단체를 법률조항으로부터 명확하게 구별할 수 없다면, 이 법률조항의 불명확한 적용대상의 경계 부근에 있는 단체에 가입 등을 하려는 위협을 감수할 사람은 매우 적다. 이러한 불명확한 규정은 그 자체로 매우 효과적인 위협 기제가 되어 정치적 표현의 자유, 결사의 자유에 심대한 위축효과를 초래한다.

(바) 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 가입 등이 금지되는 ‘정치단체’가 무엇인지 그 규범 내용이 확정될 수 없을 정도로 불분명하여, 헌법상 그 가입 등이 마땅히 보호받아야 할 단체까지도 수범자인 나머지 청구인들이 가입 등의 행위를 하지 못하게 위축시키고 있고, 법 집행 공무원이 지나치게 넓은 재량을 행사하여 금지되는 ‘정치단체’와 금지되지 않는 단체를 자의적으로 판단할 위험이 있다.

따라서 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유, 결사의 자유를 침해한다.』

(2) 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선의 위헌의견
재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 이미선은 다음과 같이

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분이 명확성 원칙 및 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다고 판단하였다.

『(가) 명확성원칙 위배 여부

1) 쟁점 및 심사기준

가) 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미한다. 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 규정할 것을 요구한다.

한편, 현대 민주사회에서 표현의 자유는 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인바, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 불명확한 규범에 의한 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 통한 상호 검증이라는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실하게 한다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37 참조).

나) 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 ‘국가공무원법 제2조 제2항 제2호의 교육공무원 가운데 초·중등 교육법 제19조 제1항의 교원(이하 ‘교원’이라 한다)은 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.’라고 규정하고 있다. 이를 위반한 자는 국가공무원법 제84조 제1항에 의하여 처벌되므로, 위 조항은 형벌의 구성요건을 규정하는 법률조

항에 해당한다. 또한 위 조항은 교원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지함으로써 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 제한하고 있다(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마97 참조).

그렇다면 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 죄형법정주의원칙에서 파생되는 명확성원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서의 명확성원칙에 부합하여야 하며, 그 정도는 엄격한 의미에서의 명확성이라 할 것이다.

2) 판단

가) 민주주의 국가에 있어 국가 구성원의 모든 행위는 직접적이든 간접적이든, 공식적이든 비공식적이든 정치에 연결되기 마련이므로, 그 정도와 강약의 차이는 있을지언정 모든 사회적 활동은 ‘정치’와 관련된다(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마97 참조).

특히 단체는 국가 정책에 찬성하거나 반대하기만 하여도 정치적인 성격을 가진다고 볼 경우도 상정할 수 있다. 어떠한 단체의 주장이 특정 정당이나 후보자의 주장과 우연히 일치할 수도 있는데, 이 경우 특정 정당이나 후보자의 정책을 지지하는 정치단체로 해석될 수 있다. 당초 국가 정책이나 사회적 문제에 대하여 지지·반대하기 위한 목적으로 결성된 단체가 아니라고 하더라도, 단체의 활동을 제한하거나 구성원의 이익을 저해하는 정책이 시행될 경우 그에 대하여 반대할 수 있고, 이와 같은 경우에도 해당 단체는 ‘정치적’ 성격을 갖게 된다.

나아가 국가공무원법조항이 규정한 ‘단체’라는 개념은 ‘다수인의 지속적 모임’이라는 통상의 이해를 조금도 구체화시키지 못한다. 국가공무원법조항은 가입 등이 금지되는 대상을 ‘정당이나 그 밖의 정치단체’로 규정하고 있으므로, 그 문언상 ‘정당’에 준하는

정치단체만을 의미하는 것이라 해석하기도 어렵다. 단체의 목적이나 활동에 관한 어떠한 제한도 없는 상태에서는 ‘정치단체’와 ‘비정치단체’를 어떻게 구별할 것인지에 관한 구체적이고 유용한 기준을 도출해낼 수 없다.

나) 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성의 보장이라는 국가공무원법조항의 입법목적을 고려하더라도, ‘정치적 중립성’ 자체가 다원적인 해석이 가능한 매우 추상적인 개념이기 때문에, 어떠한 단체가 정치적 중립성에 반하는지에 관하여 우리 사회의 구성원들이 일치된 이해를 가지고 있다고 보기도 어렵다.

이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이며, 법관의 보충적 해석에 의하여 그 의미가 밝혀질 수 있는 성질의 것이 아니다. 이와 같이 불명확한 형벌조항은 그 집행의 자의성을 초래하기 마련이고, 수사기관이나 재판기관은 객관적이고 구속적인 해석 및 집행의 기준을 제공받지 못하므로 자의적·선별적인 법집행에로 이끌리기 쉽다.

다) 그렇다면 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 법적용기관인 법관의 보충적 법해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용하고 있으므로 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

(나) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 입법목적의 정당성

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 교원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 금지함으로써 국민 전체에 대한 봉사자(헌법 제7조 제1항)로서 그 임무를 충실히 수행할 수 있도록 정치적 중립성을 보장하고(헌법 제7조

제2항), 교육의 정치적 중립성(헌법 제31조 제4항)을 확보하기 위한 것이므로, 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

2) 수단의 적합성

가) 앞서 본 바와 같이 ‘정치단체’의 의미가 불명확하므로, 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성 보장과 아무런 관련이 없는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위까지 금지하게 된다. 예를 들어, 교원이 결성에 관여하거나 가입한 단체가 당초 국가 정책이나 사회적 문제에 대하여 지지·반대하기 위한 목적으로 결성된 것이 아니라고 하더라도, 단체의 활동을 제한하거나 구성원의 이익을 저해하는 정책에 대하여 반대하게 될 수 있는데, 이와 같은 경우에도 ‘정치단체’에 해당한다는 이유로 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에 의하여 규제될 수 있다.

이처럼 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성 보장과 관련이 없는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지하는 것은 국가공무원법조항의 입법목적 달성에 기여한다고 볼 수 없으므로, 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 수단의 적합성이 인정되지 않는다.

나) 공무원은 공직자인 동시에 국민의 한 사람이기도 하므로, 국민 전체에 대한 봉사자의 지위와 기본권을 누리는 기본권 주체의 지위라는 이중적 지위를 가진다(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42 참조). 공무원의 정치적 중립성은 공무원의 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것이므로(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710; 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42 참조), 국민 전체에 대한 봉사자의 지위에서 공직을 수행하는 영역에 한하여 요

구되는 것이다. 기본권 주체인 국민으로서 정치적 자유권을 행사함에 있어서 정치적 중립성을 지키라는 것은 정치적 자유권을 부정하는 것이나 다름이 없다.

또한 헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 정치적 중립성은 교육을 받을 권리를 실효적으로 보장하기 위한 규정이다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88; 헌재 2007. 12. 27. 2005헌가11; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바220 참조). 교원으로부터 정치적으로 중립적인 교육을 받을 기회가 보장되는 이상, 교원이 기본권 주체로서 정치적 자유권을 행사한다고 하여 교육을 받을 권리가 침해된다거나 교육의 정치적 중립성이 훼손된다고 볼 수 없다.

나아가 교원이 사인의 지위에서 정치적 자유권을 행사하게 되면 직무수행에 있어서도 정치적 중립성을 훼손하게 된다는 논리적 혹은 경험적 근거는 존재하지 않는다. 교원에게 사인으로서의 종교의 자유가 보장된다고 하여 학생들에게 종교적으로 편향된 교육을 실시하는 것은 아니듯이, 교원이 사인으로서 정치적 자유를 보장받겠다고 하여 학생들에게 당파적 편향성을 가지고 교육에 임할 것이라고 추정하는 것은 적절하지 않다.

그렇다면 교원의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위를 금지하는 것은 국가공무원법조항의 입법목적 달성에 기여한다고 볼 수 없다. 따라서 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 ‘결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위’를 전면적으로 금지한다는 점에서 수단의 적합성을 인정할 수 없다.

3) 침해의 최소성

가) ‘정치단체’의 광범성으로 인한 침해의 최소성 원칙 위배
 ‘2) 수단의 적합성 가)’ 부분에서 살펴본 것처럼, 국가공무원법

조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 ‘정치단체’라는 불명확한 개념을 사용함으로써 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성 보장과 관련이 없는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위까지 금지하고 있다. 이는 입법목적 달성에 필요한 범위를 벗어나 교원의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 과도하게 제한하는 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

나) ‘결성에 관여하는 행위’의 전면적 금지로 인한 침해의 최소성 원칙 위배

교원이 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정치단체의 결성에 관여하는 행위만을 금지하더라도 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 보장할 수 있으므로, 이를 넘어서 교원이 정치단체의 결성에 관여하는 행위를 전면적으로 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

먼저, 교원이 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 결성에 관여하는 행위와 그 외의 행위를 구분하기 어려워 위와 같은 대체수단만으로는 국가공무원법조항의 입법목적은 달성할 수 없는 것인지 살펴본다.

직무와 관련되거나 지위를 이용한 정치적 행위만을 금지하는 조항은 이미 다른 법령에 도입되어 있다. 예를 들어 공직선거법 제85조 제1항은 “공무원 등 법령에 따라 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 선거에 부당한 영향력을 행사하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

또한 헌법재판소는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.’라고

규정한 공직선거법 제9조 제1항에 대하여, 공무원의 직무집행과 관련된 공적인 행위만을 규제하는 것이고 공무원의 순수한 개인적인 영역까지 규제하는 것은 아닌 점을 근거로 하여 정치적 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700 참조).

그리고 대통령이 위 조항을 위반하였는지 여부를 판단하면서, 대통령의 절대적인 지명도 및 그 지위와 업무의 성질로 말미암아 그의 ‘사인으로서의 기본권 행사’와 ‘직무범위 내에서의 활동’의 구분이 불명확하다고 하면서도, 지위가 부여하는 정치적 비중과 영향력을 이용하였다면 공직자의 신분으로서 직무수행의 범위 내에서 또는 직무수행과 관련하여 이루어진 것이므로 ‘그 직무집행에 있어서’ 한 행위에 해당한다고 판단하였다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 참조).

대통령은 통상 선출된 후에도 정당의 당원으로 남아 정당활동을 하고(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 참조), 그 업무의 성격상 정치활동이 국정수행과 연결되는 경우가 많음에도 불구하고, 그 직무집행에 있어서 한 행위와 사인으로서의 기본권 행사를 구분할 수 있다면, 교원의 정치적 행위도 직무집행과 관련된 행위와 사인으로서 한 행위를 구분할 수 있다고 보아야 한다.

다음으로, 교원이 직무와 관련 없이 그리고 그 지위를 이용하지 아니하고 정치단체의 결성에 관여하더라도, 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰를 유지할 수 없게 되므로 불가피하게 이를 금지하여야 하는 것인지를 살펴본다.

공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰는 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정치적 중

립성을 훼손하는 행위를 방지하기 위한 감시와 통제 장치를 마련함으로써 충분히 담보될 수 있다. 직무수행에 있어서의 정치적 중립성을 보장하기 위한 제도적 장치가 마련되어 있는 이상, 사인으로서의 정치적 자유에 대한 제한은 불필요한 것이다.

이미 국가공무원법에는 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하기 위한 방안이 충분히 마련되어 있다. 국가공무원법은 공무원에 대하여 법령 준수와 성실한 직무수행의 의무(제56조), 직무 내외를 불문하고 품위를 유지할 의무(제63조) 등을 부과하고 있고, 이를 위반할 경우 징계사유가 된다(제78조). 위 국가공무원법 조항들은 교육공무원에게도 그대로 적용된다(교육공무원법 제53조).

그 외에도 특히 교원과 관련하여, 교육기본법 제6조 제1항은 ‘교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.’라고 규정하고 있고, 제14조 제4항은 ‘교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다.’라고 규정하고 있으며, 이를 위반할 경우 징계사유가 된다(교육공무원법 제51조 제1항, 국가공무원법 제78조).

나아가 교육을 받을 권리를 보장하기 위해서 확보되어야 하는 교원 및 교육에 대한 국민의 신뢰에 교원이 개별 국민 또는 정부와 정치적 견해를 같이 하거나 혹은 아무런 정치적 견해를 가지지 않거나, 사인으로서도 정치적 견해를 표현하지 않을 것이라는 신뢰까지 포함되는 것은 아니다. 위와 같은 신뢰를 이유로 교원의 사인으로서의 정치적 자유권 행사를 제한하는 것은 교원에 대해서는 나와 다르다는 이유로 정치적 자유권의 행사를 금지하는

것을 허용할 수 있다는 것과 다름이 없다.

민주주의원리는 사회가 본질적으로 복수의 개인들로 구성되고 각 개인들의 생각은 서로 상이할 수밖에 없음을 인정하는 다원주의적 가치관을 전제로 한다. 이 체제는 누구나 다양한 정치적 견해를 가질 수 있고 자유로이 표현할 수 있으며, 이를 기초로 한 공적 의사결정이 궁극적으로 올바른 방향으로 전개될 것이라는 신뢰를 바탕으로 하고 있다.

교원이 사인으로서 표명한 정치적 입장이 국가가 현재 추구하고 있는 정책의 방향 혹은 어떤 국민의 정치적 견해와 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있지만, 이는 민주주의 사회에서 본질적으로 자연스러운 현상이다. 모든 국민들은 주권자로서의 충분한 능력과 자격을 동등하게 가지므로, 국민 각자는 서로를 공동체의 대등한 동료로 존중해야 하고, 자신의 의견이 옳다고 믿는 만큼 타인의 의견에도 동등한 가치가 부여될 수 있음을 인정해야 한다 (헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 참조).

마지막으로, 교원이 직무와 관련 없이 그리고 그 지위를 이용하지 아니하고 정치단체의 결성에 관여하더라도, 학생들에게 미치는 영향이 중대하므로, 이러한 행위까지 불가피하게 금지하여야 하는 것인지 살펴본다.

교원이 사인인 기본권주체로서 하는 정치적 행위들은 직접 학생들을 대상으로 하거나 학생들이 일방적으로 수용해야 하는 상황에서 이루어지는 것이 아니다. 학생들이 미성숙하고, 감수성·모방성·수용성이 큰 특성을 갖는 것이 사실이라고 하더라도, 가족, 이웃, 또래집단, 대중매체 등 다양한 주체들이 학생들에게 정치적 영향력을 미칠 수 있다. 교원이 사인인 기본권주체로서 정치적 행위를 할 경우에는 위와 같은 다양한 주체들 중에 하나에

불과할 뿐이므로, 교원이 학생들에 대하여 갖는 영향력이 크다고 단정할 수 없다.

이상의 내용을 종합하여 보면, 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분이 직무와 관련되거나 그 지위를 이용하는 것을 넘어서 교원이 정치단체의 결성에 관여하는 행위를 전면적으로 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

다) ‘가입 행위’의 금지로 인한 침해의 최소성 원칙 위배

‘3) 침해의 최소성 나) ‘결성에 관여하는 행위’의 전면적 금지로 인한 침해의 최소성 원칙 위배’ 부분에서 살펴본 것처럼, 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 보장하기 위해서 제한할 필요가 있는 교원의 행위는 ‘직무와 관련된 행위’ 또는 ‘그 지위를 이용한 행위’에 한정된다.

그런데 ‘가입 행위’는 단순히 구성원이 되는 것을 의미하므로, 교원이 직무와 관련하여 또는 그 지위를 이용하여 정치단체에 가입하는 경우를 상정하기는 어렵다. 또한 정치단체에 가입하는 행위와 정치활동에 참여하는 행위는 별개의 행위이고, 정치단체에 가입한 모든 사람이 곧바로 정치활동에 참여하게 되는 것도 아니다.

그렇다면 교원이 정치단체에 ‘가입’하는 행위를 금지하는 것은 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 보장하기 위해서 필요하다고 볼 수 없으므로, 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 이러한 점에서도 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

4) 법익의 균형성

정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주 국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한

객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

대의민주주의 하에서 정당과 정치단체는 국민이 선거를 통하여 대표를 선출하는 방법 외에도 정치에 참여하는 것을 가능하게 해주는 역할을 담당하고 있다. 정당과 정치단체가 국가와 국민을 매개하는 기능을 충실하게 수행할 수 있도록 하려면, 사회 여러 분야에서 활동하고 있는 국민들이 정당·정치단체를 통한 정치에 폭넓게 참여함으로써 정치적 의사를 형성해 나가는 것을 가능하게 하는 제도를 마련하는 것이 중요하다.

따라서 국가공무원법조항에 대한 법익의 균형성 판단에는 이로써 달성하고자하는 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성이라는 공익과 그로 인한 기본권 제한 간의 법익균형성뿐만 아니라, 민주적 의사형성과정의 개방성과 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익 또한 감안하여야 할 것이다.

앞서 본 바와 같이 국가공무원법조항이 교원에 대하여 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 것을 전면적으로 금지함으로써 달성할 수 있는 공무원의 정치적 중립성 또는 교육의 정치적 중립성은 명백하거나 구체적이지 못하다. 반면, 그로 인하여 교원이 받게 되는 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유에 대한 제약과 민주적 의사형성과정의 개방성과 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익에 발생하는 피해는 매우 크다.

따라서 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 법익의 균형성도 갖추지 못하였다.

5) 소결

국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 과잉금지원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및

결사의 자유를 침해한다.』

나. 반대의견

(1) 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석은 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분이 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 위배되지 않아 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하지 않는다는 반대의견을 제시하였다.

(2) 과잉금지원칙 위배 여부에 관하여, 정당은 정치적 결사의 한 종류이므로(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42 참조), 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분에서 살펴본 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42 결정 중 과잉금지원칙 위배 여부 부분의 논거가 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에도 그대로 적용될 수 있다고 보았다. 2011헌바42 결정의 가입 행위에 관한 판단은 그보다 적극적인 정치활동에 속하는 결성에 관여하는 행위에도 그대로 적용될 수 있음은 앞서 본 바와 같다.

또한 아래와 같이 ‘정치단체’를 ‘특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체로서 그 결성에 관여하거나 가입하는 경우 공무원 및 교육의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 단체’라고 해석하는 이상, 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분의 규율 범위가 지나치게 광범위하여 과잉금지원칙에 위배된다고 보기도 어렵다고 설시하였다.

(3) 명확성원칙 위배 여부에 관하여는 다음과 같이 반대의견을 개진하였다.

『(1) 특정 법률이 해당 규정을 통해 규율하려는 내용이 어느 범위까지인지를 파악함에 있어서는 해당 법령의 문언 내용뿐만 아니라 해당 규정의 입법목적, 다른 유사 법규범의 체계적 구조

등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

특히 오늘날에는 국가와 사회의 상호작용이 활발하여 기존에 정치 영역으로 취급되던 것뿐만이 아니라 사회·경제·문화와 같은 사회 전반의 모든 문제들이 언제든지 정치 문제로 전환될 가능성이 있다. 현대국가에 있어 표현되는 모든 의견은 그 정치성의 강약에 차이가 있을 뿐 일정 부분 정치적 주장이 될 수밖에 없다. 따라서 국가공무원법조항이 규정하는 ‘정치단체’를 해석할 때 단순히 문언 자체에만 얽매일 경우 그 의미 내용을 제대로 파악할 수 없게 된다.

그러므로 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법의 취지, 국가공무원법조항의 입법목적 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 체계적이고 모순 없는 해석을 통해 그 규범 내용을 한정적으로 파악하는 것이 가능하다면, 해당 규정의 문언이 다소 폭넓게 규율 영역을 정하고 있다는 사정만으로 이를 지나치게 포괄적인 입법이라고 단언할 수는 없다(헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705등; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌바139 참조).

(2) 국가공무원법조항은 가입 등이 금지되는 대상을 ‘정당이나 그 밖의 정치단체’로 규정하고 있다. 즉, 입법자가 국가공무원법조항에 의하여 규율하려는 대상은 ‘정치단체’이고, 그 전형적·구체적인 사례가 바로 앞서 열거된 ‘정당’이다.

여기에 ‘단체’ 개념의 관용적인 용례를 보태어 살펴보면, 국가공무원법조항이 지칭하는 ‘단체’란 ‘공동의 목적 내지 이해관계를 가지고 조직적인 의사형성 및 결정이 가능한 다수인의 지속성 있는(1회적이지 않은) 모임’을 의미하는 것임을 추론할 수 있다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89 참조).

나아가 복잡·다기하게 변화하는 사회에서, 특히 부단히 변화하는 정치환경에서 자율적인 형성과 운영을 본질로 하는 정치조직의 유동성을 고려할 때, 입법자가 위와 같은 입법목적 달성을 위해서 규율이 필요한 ‘정치단체’를 일일이 구체적이고 확정적으로 미리 열거한다는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 입법자는 법규범의 흠결을 보완하고 부단히 변화하는 정치환경에 대한 법규범의 적응력을 확보하기 위하여 ‘정치단체’라는 보편적이고 일반적인 개념을 사용함으로써 규율대상을 모두 일일이 열거하지 않고 법관의 보충적 해석에 맡긴 것이다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌바169 참조).

(3) 현대 민주주의는 종래의 순수한 대의제 민주주의에서 정당 국가적 민주주의로 변화하였는바, 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써, 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 보다 구체적으로는 정당은 각종 선거에서의 입후보자 추천과 선거활동, 의회에서의 입법활동, 정부의 정치적 중요결정에의 영향력 행사, 대중운동의 지도 등의 과정에 실질적으로 주도권을 행사함으로써, 정치과정은 물론 선거과정에서도 실질적인 주체로서의 역할을 담당하고 있다.

이처럼 오늘날 정치활동은 정당 또는 당파적 기반 아래 활동하는 사람을 중심으로 이루어지므로, 특정 사회 문제에 대한 의견을 공표하는 것을 넘어, 특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체는 정치성을 뚜렷하게 지닌 것으로 볼 수 있다. 교원이 특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 경우, 교육현장에 혼란을 초래할 수 있고,

공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰가 흔들릴 수 있으므로, 이는 제한되어야 한다.

이에 국가공무원법 제65조 제2항도 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 일정한 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(헌재 2018. 7. 26. 2016헌바139 참조).

(4) 헌법 제7조는 공무원이 국민 전체의 봉사자라는 지위에 있음을 확인하면서 공무원에 대하여 정치적 중립성을 지킬 것을 요구하고 있다. 이와 같은 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청은 헌법 제31조 제4항에 의하여 교육 분야에서 종사하는 교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다. 공무원의 신분과 지위의 특수성을 고려할 때, 공무원에 대해서는 일반 국민보다 더욱 넓고 강한 기본권제한이 가능하다.

또한 국가공무원법조항의 입법목적은 공무원의 정치적 중립성을 확보하여 국민 전체에 대한 봉사자로서의 근무기강을 확립하고, 정치와 교육의 분리를 통하여 교육현장에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하여 헌법상 직업공무원제도 및 교육제도를 수호하려는 것이다.

공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법의 취지, 국가공무원법조항의 입법목적 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려하면, 국가공무원법조항에서 가입 등을 금지하는 ‘정치단체’는 ‘특정 정당이나 특정 정치인을 지지·반대하는 단체로서 그 결성에 관여하거나 가입하는 경우 공무원의 정치적 중립성 및 교육의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 높은 단체’로 한정할 수 있다. 따라서 ‘정치단체’의 의미 내지 범위가 지나치게 광범위하다거나 법관의 해석에 의하여 무한히 확

대될 위험이 있다고 보기 어렵다.

(5) 더욱이 국가공무원법조항의 수범자는 일반 국민이 아니라 교원이므로, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 교원이라면 국가공무원법조항 중 ‘정치단체’의 의미내용을 충분히 이해할 수 있고, 그 문언에 다소 불명확한 측면이 있다고 하더라도 위와 같이 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있다. 그렇다면 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은 명확성원칙에 위배되어 나머지 청구인들의 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.』

4. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건에서 헌법재판소는 국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분에 대하여 최초로 판단하면서, 명확성원칙에 위배된다는 재판관 3인의 의견, 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 위배된다는 재판관 3인의 의견에 따라 위헌결정을 하였다.

나. 반면, 정당법조항 및 국가공무원법조항 중 ‘정당’에 관한 부분은 국가공무원이 정당의 발기인 및 당원이 되는 것을 금지하는 것이 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정 및 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42 결정을 그대로 유지하였다.

7. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의

－ 국회 위원회 위원의 개선이 자유위임원칙 및
국회법에 위반되는지 여부 －

(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라1, 판례집 32-1하, 1)

민 선 홍*

【판시사항】

피청구인 국회의장이 2019. 4. 25. 사법개혁 특별위원회의 바른미래당 소속 위원을 청구인 국회의원 오신환에서 국회의원 채이배로 개선한 행위(이하 ‘이 사건 개선행위’라 한다)가 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해하는지 여부 및 이 사건 개선행위가 무효인지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 이 사건 개선행위가 청구인의 권한을 침해하는지 여부 및 이 사건 개선행위가 무효인지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2018. 7. 26. 제362회 국회(임시회)에서 법원·법조 개혁, 검찰·경찰 인사 독립성 및 수사 중립성 강화 등 사법 전반에 걸

* 헌법연구원

친 개혁방안의 마련 및 검찰청법, 경찰법, 형사소송법 등 관련 법안의 심사·처리를 위하여 위원장 포함 18인의 위원으로 구성되고, 2018. 12. 31.을 활동기한으로 하는 사법개혁 특별위원회(이하 ‘사개특위’라 한다)가 구성되었다. 청구인은 바른미래당 소속 국회의원으로 2018. 10. 18. 제364회 국회(정기회)에서 사개특위 위원으로 선임되었다. 2018. 12. 27. 제365회 국회(임시회)에서 사개특위의 활동기한은 2019. 6. 30.로 연장되었고, 2019. 6. 28. 제369회 국회(임시회)에서 다시 2019. 8. 31.로 연장되었다.

나. 더불어민주당의 교섭단체 대표의원인 홍영표 의원, 바른미래당의 교섭단체 대표의원인 김관영 의원, 민주평화당의 원내대표인 장병완 의원, 정의당의 원내대표인 윤소하 의원은 2019. 4. 22. ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안’ 및 ‘검경수사권 조정에 관한 형사소송법·검찰청법 개정안’(이하 ‘이 사건 법안’이라 한다)을 국회법 제85조의2에 따라 신속처리대상안건으로 지정하여 처리하기로 하는 내용의 합의안(이하 ‘이 사건 합의안’이라 한다)을 발표하였다.

신속처리대상안건으로 지정되기 위해서는 안건의 소관 위원회 재적위원 과반수가 서명한 신속처리대상안건 지정요구 동의를 소관 위원회 위원장에게 제출하고, 소관 위원회 재적위원 5분의 3 이상의 찬성으로 이를 의결하여야 한다(국회법 제85조의2 제1항 참조).

이 사건 법안의 소관 위원회인 사개특위는 2019. 4. 22. 현재 더불어민주당 소속 위원 8명, 자유한국당 소속 위원 7명, 바른미래당 소속 위원 2명, 어느 교섭단체에도 속하지 아니하는 위원 1명, 총 18명으로 구성되어 있었다.

다. 바른미래당은 2019. 4. 23. 의원총회를 개최하고 찬성 12명, 반대 11명으로 이 사건 합의안을 추인하였다. 사개특위의 바른미래당 소속 위원인 청구인은 2019. 4. 24. 이 사건 법안의 신속처리대상안건 지정에 반대하겠다는 의사를 표명하였다.

라. 바른미래당의 교섭단체 대표의원인 김관영 의원은 제368회 국회(임시회) 회기 중이었던 2019. 4. 25. 피청구인에게 사개특위의 바른미래당 소속 위원을 청구인에서 국회의원 채이배로 개선할 것을 요청하였고, 피청구인은 같은 날 사개특위의 바른미래당 소속 위원을 청구인에서 국회의원 채이배로 개선하였다.

마. 이에 청구인은 2019. 4. 25. 위 피청구인의 개선행위로 인하여 법률안 심의·표결권 등을 침해받았다고 주장하면서 그 권한의 침해확인과 위 개선행위의 무효확인을 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

가. 이 사건 개선행위는 국회의원이 국민의 대표자로서 갖는 지위보다 특정 정당의 당원으로서 갖는 지위를 우선순위에 둠으로써 의회주의와 대의제라는 헌법원리를 위반하였다.

나. 이 사건 개선행위는 임시회의 회기 중에 청구인에 대하여 질병 등 부득이한 사유가 인정되지 않음에도 불구하고 청구인의 의사에 반하여 이루어졌으므로 국회법 제48조 제6항에 위배된다.

다. 이 사건 개선행위는 위와 같이 헌법 및 국회법을 위배하여 청구인의 사개특위 위원 권한 및 법률안 심의·표결권을 침해하였으므로 무효이다.

【결정요지】

국회의장이 위원회의 위원을 선임·개선하는 행위는 국회의 자율권에 근거하여 내부적으로 회의체 기관을 구성·조직하는 것으로서 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고 광범위한 재량에 의하여 자율적으로 정할 수 있는 고유한 영역에 속한다. 따라서 이 사건 개선행위의 권한 침해 여부를 판단할 때 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는지를 심사하는 것으로 충분하다.

자유위임원칙은 헌법이 추구하는 가치를 보장하고 실현하기 위한 통치구조의 구성원리 중 하나이므로, 다른 헌법적 이익에 언제나 우선하는 것은 아니고, 국회의 기능 수행을 위해서 필요한 범위 내에서 제한될 수 있다. 이 사건 개선행위의 자유위임원칙 위배 여부는 국회의 기능 수행을 위하여 필요한 정도와 자유위임원칙을 제한하는 정도를 비교형량하여 판단하여야 한다.

위원회 위원의 선임 또는 개선은 위원회가 그 기능을 수행하기 위한 전제로서 신속성과 효율성을 고려할 필요성이 큰 국회의 운영에 관한 사항이다. 특히 특별위원회는 정해진 활동기한 내에 안건을 효율적으로 심사하기 위해서 다른 상임위원을 겸임하는 위원들로 구성되므로, 위원, 교섭단체, 특별위원회의 여러 가지 사정을 탄력적으로 반영하여 효율적으로 운영될 필요가 있다. 국회법은 효율적인 국회 운영을 위해서, 교섭단체로 하여금 개별 국회의원의 의사를 수렴·조정하도록 하고, 그 과정에서 자율적으로 형성된 교섭단체의 의사를 그 대표의원이나 간사를 통하여 국회 운영에 반영하도록 의사절차를 정하고 있다. 교섭단체는 소속 국회의원의 전문성, 소속 국회의원 사이의 형평성, 의원총회의 결정 등 소속 국회의원이나 교섭단체의 사정을 가장 잘 파악할 수 있고, 내부적으로 위원 선임·개선의 요건과 절차를 자유롭게

정할 수 있으므로, 위원회 위원의 선임·개선에서도 국회의원의 의사를 수렴·조정하기에 가장 적합한 조직이다. 반면 국회의장이 구체적인 사안마다 국회의원의 의사와 개선의 필요성 등 개별적인 사정을 고려하여 특별위원회 위원을 선임·개선하게 되면, 특별위원회 구성이 지연되고, 개별 국회의원의 의사를 조정하기 위한 기준을 국회의장이 단독으로 정하게 되어 국회의원이나 교섭단체의 권한을 제약하고 국회가 비민주적으로 운영되는 결과를 초래할 우려도 있다.

사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위한 측면에서도 사개특위 위원의 선임·개선에서 교섭단체의 의사를 반영할 필요성이 인정된다. 사개특위는 사법개혁과 관련된 안건을 집중적으로 심사하여 본회의에서 의결할 법률안을 도출하기 위하여 구성되었는데, 사개특위에서 각 정당의 의사가 균형있게 반영되지 못하면 사개특위의 심사 내용이 본회의에서 통과되기 어렵다.

결국 이 사건 개선행위는 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 각 정당의 의사를 반영한 사법개혁안을 도출함으로써 궁극적으로는 사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있다.

위원의 의사에 반하는 개선을 허용하더라도, 직접 국회의원이 자유위임원칙에 따라 정당이나 교섭단체의 의사와 달리 표결하거나 독자적으로 의안을 발의하거나 발언하는 것까지 금지하게 되는 것은 아니다. 다만 정당 또는 교섭단체가 정당의 정책을 의안심의에서 최대한으로 반영하기 위하여 차기선거의 공천, 당직의 배분 등의 수단을 사용하는 것과 마찬가지로, 국회의원의 권한 행사에 간접적인 영향력을 행사하는 것에 불과하다.

이 사건 개선행위 전 바른미래당 의원총회의 의결이 있었던 점,

이 사건 개선행위 후 바른미래당의 교섭단체 대표의원이 그 직을 사퇴하고 후임으로 선출된 청구인의 개선 요청에 따라 사개특위 위원회의 개선이 이루어진 점 등을 고려할 때, 교섭단체의 의사에 따라 위원을 개선하더라도, 곧바로 국회의원이 일방적으로 정당의 결정에 기속되는 결과를 초래하게 된다고 단정하기 어렵다.

청구인은 2018. 10. 18. 바른미래당의 교섭단체 대표의원의 요청으로 사개특위 위원으로 선임된 후 처음 정해진 사개특위의 활동기한인 2018. 12. 31.을 넘어서 이 사건 개선행위가 이루어지기 전까지 위원으로서 활동하였고, 이 사건 개선행위 후에도 의원으로서 사개특위 심사절차에 참여할 수 있었다.

그렇다면 이 사건 개선행위로 인하여 청구인의 자유위임에 기한 권한이 제한되는 정도가 크다고 볼 수 없다.

이 사건 개선행위는 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위하여 국가가 자율권을 행사한 것으로서, 이 사건 개선행위로 인하여 자유위임 원칙이 제한되는 정도가 위와 같은 헌법적 이익을 명백히 넘어서는다고 단정하기 어렵다. 따라서 이 사건 개선행위는 자유위임원칙에 위배되지 않는다.

국회법 제48조 제6항 본문 중 “위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고” 부분은 개선의 대상이 되는 해당 위원이 ‘위원이 된(선임 또는 보임된) 임시회의 회기 중’에 개선되는 것을 금지하는 것이다.

청구인은 제364회 국회(정기회) 회기 중이었던 2018. 10. 18. 사개특위 위원으로 선임되었으므로, 그로부터 30일이 지난 2018. 11. 17. 이후에는 국회법 제48조 제6항 본문 중 ‘정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다.’

부분이 적용되지 않아 개선될 수 있었다. 제368회 국회(임시회) 회기 중인 2019. 4. 25. 이 사건 개선행위가 이루어졌으나, 그 이전의 정기회에서 선임된 청구인에 대하여는 국회법 제48조 제6항 본문 중 임시회 부분이 적용되지 않는다.

그렇다면 국회법 제48조 제6항 단서에 해당하는지 여부를 살펴볼 필요 없이, 이 사건 개선행위는 국회법 제48조 제6항에 위배되지 않는다.

재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 이 사건 개선행위의 권한침해확인청구에 대한 반대의견

1. 대의기관은 임기 중 국민의 의사에 구속을 받지 않고 독자적인 판단에 따라 책임정치를 할 수 있으며, 이러한 의미에서 대표자의 ‘자유위임’은 대의제 민주주의의 본질적 개념요소 중 하나이다. 헌법 제46조 제2항은 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”고 규정하여 자유위임관계를 보장한다.

정당국가현상이 대의제 민주주의의 실현과정에 현실적 변화를 가져왔지만 대의제 민주주의의 본질이 변화한 것은 아니다. 비록 국회 의사 진행의 효율성에 기여하는 측면이 있다고 해도 정당기속성이 대의제 민주주의를 보충하는 현실의 한 모습에 그치는 정도를 넘어서서 국회의원의 자유위임적 지위를 압도한다면, 대의제 민주주의의 원리를 부정하고 대의제 민주주의의 틀을 뛰어넘는 원칙의 변화를 의미하여 이것은 받아들일 수 없다.

이 사건 개선행위의 전후 경위를 살펴보면, ① 사개특위에서 자유한국당 소속 위원을 제외한 나머지 위원 11명 전원이 모두 찬성해야만 고위공직자비리수사처 설치법안의 신속처리대상안건 지정이 가능한 상황이었다는 사정, ② 바른미래당의 교섭단체의 의

원총회에서는 위 법안을 국회법 제85조의2에 따라 신속처리대상안건으로 지정하여 처리하기로 하는 내용의 합의안에 대하여 12명이 찬성하고 11명이 반대하여 추인하였는데, 이것은 바른미래당의 당헌에서 정한 당론 요건을 충족하지 못하여 ‘당론’이 될 수 없었고, 바른미래당의 당헌은 가중된 정족수로 정해진 당론이 있는 경우에도 의원 개인의 양심을 존중하는 방식으로 규정되어 있었던 사정, ③ 청구인은 이 사건 개선행위 하루 전날 신속처리대상안건 지정안에 반대하는 자신의 소신을 발표했고, 국회사무처에도 ‘본 의원의 의사에 반하여 사·보임을 강제적으로 진행하는 것은 명백한 국회법 위반이고, 국회의원의 독립성과 자율성을 침해하는 것이다’라는 내용의 공문을 발송했던 사정, ④ 그런데 바른미래당의 교섭단체 대표의원은 신속처리대상안건 지정을 관철하기 위한 목적으로 이에 반대하는 청구인을 사개특위에서 배제하기 위해 피청구인에게 이 사건 개선행위를 요청하였고, 피청구인은 그 요청에 응하여 위원 개선을 하였으며, 그 결과 청구인은 사개특위 위원에서 강제로 사임되었던 사정, ⑤ 이후 개최된 사개특위 전체회의에서 고위공직자비리수사처 설치 법안에 대한 신속처리대상안건 지정동의안이 나머지 위원 11명 전원 찬성으로 가결됨으로써 결국 이 사건 개선행위를 요청한 교섭단체 대표의원의 목적은 관철되었던 사정 등이 모두 인정된다. 이러한 사정들을 종합해볼 때, 이 사건 개선행위는 사개특위에서 특정 법률안에 대한 신속처리대상안건지정동의안을 가결시키기 위한 목적으로 이에 반대하는 청구인을 사개특위의 해당 법률안 관련 심의·표결 절차에서 배제시키기 위해 요청됨으로써 청구인의 의사에 반하여 강제로 이루어진 것으로서 청구인의 사개특위에서의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이고, 이는 자의적인 강제사임에

해당하여 자유위임에 기초한 국회의원의 자율성과 독립성을 침해한 것이다.

따라서 피청구인의 청구인에 대한 이 사건 개선행위는 헌법상 보장되는 자유위임의 원칙을 명백하게 위반하여 국회의원인 청구인이 헌법과 국회법으로 보장받는 법률안에 대한 심의·표결권을 침해하였다고 할 것이다.

2. 헌법상 자유위임원칙의 의의와 내용을 고려하면, 국회의원 본인이 계속 해당 위원회에서 위원으로 활동하기를 원하고 있다면 국회법 제48조 제7항과 같이 위원회 위원으로서 계속 활동하는 것이 공정을 기할 수 없는 뚜렷한 사유가 인정되는 경우가 아닌 한, 본인의 의사에 반하여 자의적으로 위원회 위원에서 강제로 사임시킬 수 없는 ‘내재적 개선 제한 사유’가 있는 것으로 국회법 제48조 제1항, 제4항, 제6항(이하 ‘국회법 제48조 조항들’이라 한다)을 해석하는 것이 헌법 제46조 제2항의 자유위임원칙에 합치되는 해석이라고 할 것이다. 이 사건 개선행위는 헌법 제46조 제2항에서 규정한 ‘자유위임원칙’에 위반되는 것이므로, 위 조항들의 내재적 개선 제한 사유인 헌법상 자유위임원칙을 침해하거나 훼손할 수 없다는 한계를 넘은 것으로서 위 조항들을 위반했다는 평가를 면할 수 없다.

국회법 제48조 제6항 본문 중 “...위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고...” 부분은 국회 내 상임위원회 위원 또는 특별위원회 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 그 회기 중에 개선될 수 없다고 규정하고 있음이 명백하다.

국회법 제48조 제6항 단서에 따른 국회의장의 개선허가를 교섭단체 대표의원이 요청할 수 있다고 하여도, 이는 어디까지나 그러한 허가 신청에 대한 해당 위원의 명시적 또는 묵시적 동의

가 있는 경우 등 예외적인 사안에 한정된다고 할 것이다. 아울러 ‘질병 등 부득이한 사유’는 적어도 위원의 질병과 유사한 사유이어야 할 것인데, 여기에 피청구인이 주장하는 ‘교섭단체의 원활한 운영을 위하여 필요한 사유’가 포함된다고 볼 수는 없다.

피청구인의 이 사건 개선행위는 헌법 제46조 제2항에 따른 자유위임원칙 및 위원회 위원의 개선을 제한하는 국회법 제48조 제1항, 제4항, 제6항을 명백히 위반하여 헌법이 보장하는 청구인의 법률안 심의·표결 권한을 침해하였다고 할 것이다.

재판관 이은애, 재판관 이영진의 이 사건 개선행위의 무효확인청구에 대한 별개의견

이 사건 개선행위로 인하여 청구인의 권한이 침해된 사유는 헌법적으로 중대하지만, 침해된 권한과 그 원인이 된 피청구인의 처분은 그 내용적 성격상 권력분립원리에 따라 국회의 정치적 자율을 존중하여 사법적 개입을 자제하여야 할 영역에 있고, 이 사건의 경우 권한쟁의심판을 통하여 청구인의 침해된 권한이 회복될 가능성이 없는 사정 하에 있으며, 권한침해를 확인하는 결정만으로도 피청구인의 행위의 위헌성을 해명하고 향후 유사한 행위의 반복을 억제하는 데에는 충분하다고 할 것이므로, 이 사건 개선행위에 대해서는 그 무효를 확인하지 않는 것이 타당하다.

재판관 이선애의 이 사건 개선행위의 무효확인청구에 대한 별개의견

이 사건 개선행위는 법률안을 신속처리대상안건으로 지정하여 처리하기 위한 것으로서 청구인의 법률안 심의·표결권 행사에 영향을 주는 ‘입법관련 행위’에 해당하므로 헌법재판소는 이에 대한 위헌·위법 여부 및 권한의 침해여부를 확인하는 것을 넘어서

그 무효 확인과 같은 형성적 결정을 내리는 것은 자제해야 한다. 따라서 이 사건 개선행위에 대한 무효확인청구는 이유 없어 기각하여야 한다.

재판관 이종석의 이 사건 개선행위의 무효확인청구에 대한 반대의견
이 사건 개선행위는 자유위임원칙 위반의 정도가 중대하고, 정당의 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다는 헌법 제8조 제2항의 취지에도 어긋나며, 법률을 위반한 정도도 크다. 이 사건에서 청구인이 행사할 표결권은 단순한 1표가 아니라 사개특위에서 신속처리안건 지정동의안이 의결될 것인지 여부를 결정할 수 있는 이른바 ‘캐스팅보트’에 해당하였으므로, 이 사건 개선행위로 침해된 청구인의 심의·표결권의 가치는 가볍다고 볼 수 없다. 한편, 이 사건 개선행위는 다수 의원들의 의사가 모여서 이루어지는 의결행위가 아니라 국회의장이 단독으로 행하는 행위이고, 개별 국회의원의 입장에서 개선행위의 효력을 다투는 것은 권한쟁의심판이 가지는 주관적 쟁송의 성격에 더 부합한다. 피청구인의 행위로 인한 청구인의 권한 침해만을 확인하는 것보다 그 행위의 위헌성이 무효에 이를 정도로 중대함을 확인하는 것이 보다 충실한 헌법적 해명이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 개선행위가 무효임을 밝히는 것이 필요하다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

가. 청구인의 권한 - 법률안 심의·표결권

국회의원의 법률안 심의·표결권은 의회민주주의의 원리, 입법권

을 국회에 귀속시키고 있는 헌법 제40조, 국민에 의하여 선출되는 국회의원으로 국회를 구성한다고 규정한 헌법 제41조 제1항 및 국회의결에 관하여 규정한 헌법 제49조로부터 당연히 도출되는 헌법상의 권한이다(헌재 2012. 2. 23. 2010헌라6등 참조).

이 사건 개선행위로 인하여 청구인은 사개특위 위원으로서 사개특위에 상정된 법률안들에 대하여 심의·표결할 수 없게 되었으므로(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 참조), 이 사건 개선행위가 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해하였는지 여부를 살펴본다.

나. 자유위임원칙 위배 여부

자유위임원칙은 대의민주주의의 기본적 요소이다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등; 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843 참조). “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”라고 규정한 헌법 제7조 제1항, “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다.”라고 규정한 제45조 및 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”라고 규정한 제46조 제2항을 종합하여 볼 때, 헌법은 국회의원을 자유위임원칙 하에 두었다고 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 92헌마153 참조).

자유위임원칙 하에서 국회의원은 일단 국민에 의하여 선출된 후에는 개별 유권자 혹은 집단으로서의 국민의 의사를 그대로 대리하는 것이 아니라, 독자적인 양심에 기초한 스스로의 판단에 따라 국가 전체이익을 추구하여야 한다(헌재 1998. 10. 29. 96헌마186; 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843 참조).

청구인은 이 사건 법안에 대한 신속처리대상안건 지정에 반대하겠다는 의사를 표명하였다는 이유로 이루어진 이 사건 개선행위가 국회의원이 국민의 대표자로서 갖는 지위보다 특정 정당의 당원으로서 갖는 지위를 우선순위에 둠으로써 의회주의와 대의제라는 헌법원리를 위반하였다고 주장하므로, 이 사건 개선행위가 자유위임원칙에 위배되어 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해하였는지 여부를 살펴본다.

다. 국회법 제48조 제6항 위배 여부

국회법 제48조 제6항은 “제1항부터 제4항까지에 따라 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만, 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 이 사건 개선행위 당시 제368회 국회(임시회)의 회기 중이었으므로, 이 사건 개선행위가 국회법 제48조 제6항에 위배되어 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해하였는지 여부를 살펴본다.

라. 사개특위 위원 유지권

(1) 청구인은 이 사건 개선행위로 인하여 사개특위 위원 유지권도 침해받았다고 주장한다.

(2) 이에 대하여 법정의견은 다음과 같이 헌법 및 국회법상 청구인의 사개특위 위원 유지권을 인정할 수 없다고 보았다.

『헌법은 위원회에 관하여 제62조에서 국무총리·국무위원 또는 정부위원의 위원회 출석·보고·답변 등만을 규정하고 있을 뿐, 국회의원의 ‘특정한 위원회 위원으로서 활동할 권한’은 명시적으로

인정하고 있지 않다. 또한 국회는 국회의 내부조직인 특정한 위원회를 구성하는 것에 관하여 광범위한 재량을 가지므로(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 참조), 헌법이 직접 국회의원에 대하여 ‘특정한 위원회 위원으로서 활동할 권한’을 부여하고 있다고 해석하기도 어렵다. 국회의 자율권을 보장하는 취지에 비추어 볼 때, 국회의원이 특정한 위원회의 위원으로서 활동할 권한은 헌법에서 곧바로 도출되는 것이 아니라, 국회의 자율권 행사 결과 구체화되는 것으로 보는 것이 타당하다.

한편 국회법 제48조 제4항, 제1항은 국회의장이 각 교섭단체 대표의원의 요청으로 상임위원 중에서 특별위원회 위원을 선임·개선하도록 규정하고 있다. 위 규정에 의하면, 국회의원이 특별위원회 위원이 될 권한을 갖는 것이 아니라, 국회의장 및 교섭단체 대표의원에게 특별위원회 위원 선임 및 개선에 관한 권한이 있다고 해석된다. 또한 특별위원회 위원의 경우 상임위원과 달리 국회법상 임기가 규정되어 있지 않다. 이와 같은 국회법 규정을 종합하여 보면, ‘임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다.’라고 규정한 국회법 제48조 제6항 역시 국회의장 및 교섭단체 대표의원의 특별위원회 위원 개선에 관한 권한을 제한하는 것이지, 특별위원회 위원에게 임시회 회기 또는 선임·개선 후 30일 동안 그 지위를 유지할 권한을 보장하는 취지라고 보기 어렵다.

그렇다면 헌법 및 국회법상 청구인의 사개특위 위원 유지권을 인정할 수 없으므로, 청구인의 이 부분 주장은 더 나아가 판단하지 않았다.』

(3) 이와 달리 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석,

재판관 이영진은 다음과 같이 국회법 제48조 제6항이 규정한 개선 제한 기간 동안 위원회 위원으로서 심의·표결할 권한이 인정된다고 보았다.

『국회는 둘 이상의 상임위원회와 관련된 안건이거나 특히 필요하다고 인정한 안건을 효율적으로 심사하기 위하여 본회의의 의결로 특별위원회를 둘 수 있는데(국회법 제44조 제1항), 특별위원회 구성 시에는 그 활동기간을 정해야 한다(국회법 제44조 제2항). 사개특위는 위와 같은 국회법에 근거하여 설치된 특별위원회로서 그 활동기한이 본회의 의결로 2019. 8. 31.까지로 정해져 있었으므로, 사개특위 위원으로 선임된 국회의원은 헌법상 자유위임의 원칙에 합치되게 해석된 국회법에 따라 적법하게 개선되는 등 특별한 사정이 없는 한 사개특위 활동기한 동안 사개특위에 참여하여 안건을 심사하고 표결할 권한을 가진다. 한편, 국회법 제48조 제6항은 특별위원회 위원의 개선이 이루어질 수 있음을 전제로 하면서도 ‘임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다.’고 하여 개선에 제한을 두고 있는데, 이는 ‘위원회의 전문성을 강화하고, 정치적 사유에 따라 위원의 잦은 사·보임이 이루어지는 것을 방지’하기 위한 것이며, 이 조항에 따라 원칙적으로 회기 중 위원회 위원의 개선이 일정기간 동안 제한되므로 적어도 그 기간 동안 위원의 지위 및 업무의 연속성이 보장된다.

이러한 사정들을 종합할 때, 청구인이 사개특위 위원으로서 일정한 법률안에 대하여 이것을 신속처리대상안건으로 지정할지 여부 등에 관하여 자유로운 토론을 통해 심의하고 표결하는 권한은 헌법과 국회법이 국회의원인 청구인에게 보장한 법률안에 대한 심의·표결권에 포함된다.

법정의견은 국회법 제48조 제6항의 입법목적을 ‘위원이 일정 기간 재임하도록 함으로써 위원회의 전문성을 강화’하는 것이라고 보며, 이 사건 개선행위로 인하여 청구인이 사개특위 위원으로서 사개특위에 상정된 법률안들에 대하여 심의·표결할 수 없게 되어 그 권한이 침해되었는지 여부를 살펴본다고 하면서도, 국회법 제48조 제6항이 특별위원회 위원에게 임시회 회기 또는 선임·개선 후 30일 동안 그 지위를 유지할 권한을 보장하는 취지가 아니라고 한다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같은 이유로 이러한 해석에는 동의할 수 없다.』

2. 국회의 자율권의 의의 및 이 사건 개선행위의 법적 성격

가. 헌법 제64조는 국회가 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있고, 국회의원의 자격심사·징계·제명에 관하여 자율적 결정을 할 수 있음을 규정하여 국회의 자율권을 보장하고 있다. 이에 따라 국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 의사와 내부규율 등 국회운영에 관하여 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고 스스로의 문제를 자주적으로 처리할 수 있는 폭넓은 자율권을 가진다. 국회의 자율권은 의회주의사상에 그 뿌리를 두고 권력분립의 원칙에 입각한 것으로, 현대국가의 의회에서는 국회가 갖는 입법·재정·견제·인사기능의 실효성을 높이기 위해서 필요불가결한 국회기능의 하나로 간주되고 있다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2; 헌재 1998. 7. 14. 98헌라3; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1; 헌재 2006. 2. 23. 2005헌라6; 헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7 참조).

국회의 자율권에는 집회 등에 관한 자율권, 내부조직에 관한 자율권, 국회규칙의 자율적 제정권(헌법 제64조 제1항), 의사에

관한 자율권, 국회의원신분에 관한 자율권(헌법 제64조 제2항), 질서유지권 등이 포함된다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌라7 참조). 국회는 어떠한 사항에 대하여 언제, 어떻게 입법할지 여부를 스스로 판단하여 결정할 입법형성의 자유를 가지므로, 국회가 법률에 의하여 그 자율권에 속하는 사항을 스스로 정하는 것 역시 국회의 자율권의 내용에 속한다(헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1 참조).

나. 헌법은 국회 내에 위원회가 존재함을 전제로 하여 제62조에서 국무총리·국무위원 또는 정부위원의 위원회 출석·보고·답변 등에 관하여 규정하고 있으나, 그 외에는 국회의 내부조직에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않다. ‘국회의 내부조직에 관한 자율권’이란 국회가 외부의 간섭 없이 스스로 내부조직을 구성할 수 있는 자율권을 의미하고, 교섭단체와 위원회를 구성하는 것도 이에 포함된다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 참조).

피청구인은 국회의장으로서 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독할 지위에 있고(국회법 제10조), 위원회 위원의 선임 및 개선은 이와 같은 국회의장의 직무 중 의사 정리권한(議事整理權限)에 속하는 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 참조).

그렇다면 국회의장이 위원회의 위원을 선임·개선하는 행위는 국회가 그 자율권에 근거하여 내부적으로 회의체 기관을 구성·조직하는 행위로서, 국회가 그 기능을 민주적이고 효율적으로 수행하기 위해서 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고 광범위한 재량에 의하여 자율적으로 정할 수 있는 고유한 영역에 속한다. 그러므로 이 사건 개선행위가 청구인의 권한을 침해하는지 여부를 판단할 때 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있는지를 심사하는

것으로 충분하다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1; 헌재 2006. 2. 23. 2005헌라6; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌라2; 헌재 2011. 8. 30. 2009헌라7 참조).

3. 이 사건 개선행위로 인한 청구인 권한 침해 여부

가. 자유위임원칙 위배 여부

(1) 이 사건 개선행위의 본질

(가) 법정의견은 이 사건 개선행위의 본질이 ‘국회의장인 피청구인이 바른미래당에 할당된 위원을 개선해 달라는 바른미래당의 교섭단체 대표의원의 요청에 따른 것’이라고 보았다.

현대사회에서 국회는 그 기능을 수행하기 위해서 정당 또는 교섭단체가 국회 운영에 일정한 역할을 담당하도록 국회운영에 관한 제도를 마련해왔는데, 이 사건 개선행위도 같은 맥락에서 국회가 효율적으로 그 기능을 수행할 수 있도록 하려는 목적에서 이루어진 것이라고 판단한 것으로 해석된다.

(나) 이에 반하여 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 이 사건 개선행위가 ‘사개특위에서 특정 법률안에 대한 신속처리대상안건 지정동의안을 가결시키기 위한 목적으로 이에 반대하는 청구인을 사개특위의 해당 법률안 관련 심의·표결 절차에서 배제시키기 위해 바른미래당 교섭단체 대표의원이 한 요청에 따라 청구인의 의사에 반하여 강제로 이루어진 것’이기 때문에, 그 본질이 정당기속에 있다고 보았다.

(2) 심사방법

(가) 법정의견은 이 사건 개선행위의 자유위임원칙 위배 여부는 국회의 기능 수행을 위하여 필요한 정도와 자유위임원칙을 제

한하는 정도를 비교형량하여 판단하여야 한다고 보았다.

『1) 헌법 규정을 종합하여 보면, 헌법은 국회가 200인 이상의 국회의원 중 다수의 의사에 따라 헌법상 권한을 행사하는 것을 예정하고 있다. 따라서 의결을 할 수 있는 다수를 형성하는 것은 국회가 그 기능을 수행하기 위해서 반드시 필요한 전제조건이다.

국회 내에서 의결을 할 수 있는 다수를 형성하기 위해서는 다양한 국회의원들의 의사를 몇 가지의 교집합으로 묶어내고, 이에 대해 다시 토의를 거치면서 점차 하나의 공적 견해로 수렴해 가는 과정이 필요하다. 그러므로 다수형성의 가능성을 높이고 국회의사결정의 능률성을 확보하기 위해서 필요한 의사절차와 내부조직을 정하는 것은 앞서 살펴본 국회에 관한 헌법 규정들에서 도출되는 중대한 헌법적 이익이다.

2) 헌법 제46조 제2항은 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”라고 규정하고 있다. 국회의원은 단독으로 국회의 의사를 결정하여 국회의 권한을 행사하는 것이 아니라 국회의 구성원으로서 국회의 의사절차에 참여하는 것이므로, 국회의원의 직무는 국회의 기능 수행을 위해서 정해진 의사절차와 그에 필요한 내부조직의 구성방법에 의하여 구체화될 수밖에 없다.

이와 같은 의사절차와 내부조직을 정할 때에도 국회의원의 자유위임에 기한 권한을 충분히 보장하여야 하는 것이나, 국회 내 다수형성의 가능성을 높이고 의사결정의 능률성을 확보하는 것 역시 중대한 헌법적 요청이므로 자유위임원칙이 언제나 최우선적으로 고려되어야 하는 것은 아니다. 나아가 자유위임원칙이 개별 국회의원이 국회 내부에서 구체적으로 어떠한 직무를 담당하는 것까지 보장하는 원리는 아니다.

통치구조의 구성원리는 자기목적적인 것이 아니라 국민의 기본권과 헌법이 추구하는 가치를 보장하고 실현하기 위한 수단의 성격을 가지는 것이다. 따라서 자유위임원칙 역시 무제한적으로 보장되는 것은 아니며, 국회의 기능을 수행하기 위해서 필요한 범위 내에서 불가피하게 제한될 수밖에 없는 것이다.

3) 따라서 자유위임원칙 위배 여부는 국회의 자율권 행사 결과 정해진 의사절차 및 내부조직의 구성이 국회의 기능 수행을 위하여 필요한 정도와 자유위임원칙을 제한하는 정도를 비교형량하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.』

(나) 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 자유위임원칙이 언제나 정당기속성에 우선한다고 보았다.

『자유위임의 원칙과 정당기속성의 관계는 ‘헌법규범 상호간의 문제’가 아니라 ‘헌법규범과 정치현실 간의 문제’이므로 적절한 조화를 통해 해결될 수 있는 긴장관계에 있을 수 있지만, 조화로운 긴장관계를 넘어서서 자유위임의 원칙과 정당기속성이 상충하는 예외적인 사안에서는 헌법규범인 자유위임의 원칙이 정치현실에 불과한 정당기속성보다 우선함이 마땅하다.

비록 국회 의사 진행의 효율성에 기여하는 측면이 있다고 해도 정당기속성이 대의제 민주주의를 보충하는 현실의 한 모습에 그치는 정도를 넘어서서 국회의원의 자유위임적 지위를 압도한다면, 대의제 민주주의의 원리를 부정하고 대의제 민주주의의 틀을 뛰어넘는 원칙의 변화를 의미하여 이것은 받아들일 수 없다.』

(2) 판단

(가) 법정의견은 이 사건 개선행위로 인하여 자유위임원칙이 제한되는 정도가 국회의 기능 수행이라는 헌법적 이익, 즉 사개

특위의 의사를 원활하게 운영하고, 사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이는 이익을 명백히 넘어선다고 단정하기 어려우므로, 자유위임원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 그 요지는 다음과 같다.

『(나) 교섭단체 의사에 따른 위원 개선의 필요성

4) 교섭단체의 의사에 따른 위원회 구성의 필요성

가) 위원회 위원의 선임 또는 개선은 위원회가 그 기능을 수행하기 위한 전제로서 신속성과 효율성을 고려할 필요성이 큰 국회의 운영에 관한 사항에 해당한다.

특히 특별위원회는 둘 이상의 상임위원회와 관련된 안건이거나 특히 필요하다고 인정한 안건을 ‘효율적으로’ 심사하기 위하여 본회의의 의결로 구성되는 것으로(국회법 제44조 제1항 참조), 활동기한이 정해져 있고(같은 조 제2항 참조), 특별위원회 위원이 다른 상임위원을 겸임하는 특성이 있다(국회법 제48조 제4항 참조). 따라서 특별위원회는 가급적 위원 개인, 교섭단체 또는 특별위원회의 여러 가지 사정을 탄력적으로 반영하여 효율적으로 운영될 필요가 있다.

나) 교섭단체는 위원회 위원의 선임·개선에서도 소속 국회의원의 의사를 수렴하여 하나의 의사로 조정하기에 가장 적합한 조직이다. 교섭단체는 소속 국회의원의 전문성, 소속 국회의원 사이의 형평성, 의원총회의 결정 등 소속 국회의원이나 교섭단체의 사정을 가장 잘 파악할 수 있고, 내부적으로 위원 선임·개선의 요건과 절차를 자유롭게 정할 수 있기 때문이다.

반면 국회의장이 구체적인 사안마다 국회의원의 의사와 개선의 필요성 등 개별적인 사정을 고려하여 특별위원회 위원을 선임·개선하게 되면, 특별위원회 구성이 지연되고, 개별 국회의원의 의

사를 조정하기 위한 기준을 국회의장이 단독으로 정하게 되어 국회의원이나 교섭단체의 권한을 제약하고 국회가 비민주적으로 운영되는 결과를 초래할 우려도 있다.

5) 정당의 의사를 반영한 법률안 도출의 필요성

가) 국회는 사개특위를 구성하면서 18명의 위원을 여·야 동수로 구성하기로 의결하였다. 이는 법원·법조 개혁, 검찰·경찰 인사 독립성 및 수사 중립성 강화 등 사법 전반에 걸친 개혁방안을 마련하고, 검찰청법, 경찰법, 형사소송법 등 관련 법안을 심사·처리할 때 여당과 야당의 의사를 균형있게 반영하기 위한 취지로 보인다.

사개특위는 사법개혁과 관련된 안건을 집중적으로 심사하여 최종적인 법률안을 도출함으로써 본회의에 판단자료를 제공하는 것에 그 의의가 있다. 그런데 사개특위에서 각 정당의 의사가 균형있게 반영되지 못할 경우 사개특위의 심사 내용이 본회의에서 통과되기 어려워져 궁극적으로 사개특위의 구성 목적을 달성할 수 없게 된다.

따라서 사개특위의 구성 취지를 실질적으로 구현하기 위해서는 각 정당의 의사를 대변할 수 있는 국회의원이 사개특위 위원으로 선임되어야 하므로, 국회의사결정의 가능성을 높이기 위한 측면에서도 사개특위 위원의 선임·개선에서 교섭단체의 의사를 반영할 필요성이 인정된다.

나) 청구인은 이 사건 합의안의 추인 여부에 대하여 바른미래당의 당헌 제54조 제1항에 따라 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 당론으로 정하여야 함에도 불구하고, 2019. 4. 23. 바른미래당의 의원총회에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결하였으므로, 이 사건 합의안을 추인하기로 한

바른미래당 의원총회의 결정이 바른미래당의 의사를 대변한 것이라고 보기 어렵다는 취지로 주장한다.

그러나 교섭단체의 의사는 다양한 방식과 절차에 의하여 결정될 수 있고, 사개특위 위원의 선임·개선에서 특정한 방식과 절차에 따라 결정된 교섭단체의 의사만이 고려되어야 하는 것은 아니다. 또한 ‘각 정당의 당헌이 규정한 당론’에 해당하는 경우에만 자유위임원칙에 위배되지 않는다고 볼 경우, 각 정당의 당헌 내용에 따라 헌법상 자유위임원칙의 위배 여부가 달라지게 되어 부당하다.

현재 2003. 10. 30. 2002헌라1 선례 역시 “국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 ‘당론’)에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원의 신분을 상실하게 할 수는 없으나 ‘정당내부의 사실상의 강제’ 또는 소속 ‘정당으로부터의 제명’은 가능하다고 보고 있다. 그렇다면 당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로의 전임(사·보임)하는 조치는 특별한 사정이 없는 한 헌법상 용인될 수 있는 ‘정당내부의 사실상의 강제’의 범위내에 해당한다고 할 것이다.”라고 판단하여, 당론이 정당기속의 한 예시에 불과함을 명시하고 있다.

6) 소결

가) 국회의 의사는 타협과 조정을 통한 원만한 운영이 요체이므로, 국회의장이 그 권한에 속하는 사항에 관하여 교섭단체 대표의원과 협의하고 교섭단체의 의사를 존중하는 것은 국회운영에서 본질적인 요소이다(현재 2003. 10. 30. 2002헌라1 참조).

이 사건 개선행위는 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 각 정당의 의사를 반영한 사법개혁안을 도출함으로써 궁극적으로는

사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있다.

나) 권한침해확인청구에 대한 반대의견은 바른미래당의 교섭단체 대표의원이 사개특위에서 특정 법률안에 대한 신속처리대상안건지정동의안을 가결시키기 위한 목적으로 이에 반대하는 청구인을 사개특위의 해당 법률안 관련 심의·표결 절차에서 배제시키기 위해서 청구인의 개선을 요청하였고, 피청구인은 이 사건 개선행위를 통하여 교섭단체의 추인의결에 반대하는 청구인의 사개특위 위원 지위를 강제로 박탈하였으므로, 이 사건 개선행위가 자유위임원칙에 위배된다고 한다.

그러나 이 사건 개선행위의 본질은 국회의장인 피청구인이 바른미래당에 할당된 위원을 개선해 달라는 바른미래당의 교섭단체 대표의원의 요청에 따른 것에 있다. 국회는 사개특위를 구성하면서 18명의 위원을 여·야 동수로 구성하기로 의결하였고, 이에 따라 각 교섭단체 별로 사개특위 위원이 할당되어 있었다. 바른미래당의 교섭단체 대표의원은 사개특위의 바른미래당 소속 위원에 대한 개선을 요청하고, 바른미래당 소속 사개특위 위원인 청구인은 개선에 반대하는 상황에서, 피청구인은 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 사법 전반에 걸친 개혁방안을 도출할 수 있는 가능성을 높이기 위하여 바른미래당의 교섭단체 대표의원의 요청에 따른 것에 불과하다. 국회의장인 피청구인이 사개특위에서 특정 법률안에 대한 신속처리대상안건지정동의안을 가결시키기 위한 목적으로 이에 반대하는 청구인을 사개특위의 해당 법률안 관련 심의·표결 절차에서 배제시키기 위해 이 사건 개선행위를 한 것은 아니다.

다) 또한 권한침해확인청구에 대한 반대의견은 이 사건과 같이

자유위임원칙과 정당기속성이 상충하는 사안에서는 헌법규범인 자유위임원칙이 정치현실에 불과한 정당기속성에 우선한다고 한다.

그러나 이 사건 개선행위는 바른미래당의 정당기속을 강화하기 위해서 이루어진 것이 아니다. 이 사건 개선행위의 궁극적인 목적은 국회가 헌법이 예정한 의사결정 방식, 즉 다수결의 원리에 따라 헌법상 권한을 행사하는 것을 가능하게 하는 것이고, 앞서 본 바와 같이 국회 내 다수형성의 가능성을 높이고 의사결정의 능률성을 확보하는 것은 헌법의 요청이다. 그러므로 이 사건을 단순히 자유위임원칙과 정당기속성이 상충하는 사안으로만 보는 것은 국회 전체의 운영 원리라는 다른 헌법적 가치를 간과한 것이다.

특히 권한침해확인청구에 대한 반대의견은 국회법 제48조 제6항에 따라 폐회 중이거나 정기회의 경우 선임 또는 개선 후 30일이 지나면 위원 개선이 가능하다고 보고 있다. 권한침해확인청구에 대한 반대의견과 같이 이 사건을 자유위임원칙과 정당기속성이 상충하는 문제로 본다면, 국회법 제48조 제6항에 의하여 허용되는 위원 개선이 개선되는 위원의 의사에 반할 경우 이를 어떻게 정당화할 수 있을지 의문이다.

(다) 자유위임에 기한 권한의 제한 정도

1) 위원의 의사에 반하는 개선을 허용하게 되면, 위원은 소속 교섭단체의 의사에 반하는 위원회 활동을 할 수 없게 되어 위원이 정당에 기속되는 결과를 초래하게 된다는 우려도 존재한다.

그러나 위원의 의사에 반하는 개선을 허용하더라도, 직접 국회의원이 자유위임원칙에 따라 정당이나 교섭단체의 의사와 달리 표결하거나 독자적으로 의안을 발의하거나 발언하는 것까지 금지하게 되는 것은 아니다. 청구인이나 이 사건 개선행위에 의하여

사개특위 위원으로 선임된 채이배 위원은 모두 사개특위 심사절차에서 독자적인 양심에 기초한 스스로의 판단에 따라 국가 전체 이익을 추구할 수 있었고, 교섭단체의 의사에 반하여 직무를 수행할 수도 있었다. 따라서 이 사건 개선행위가 바른미래당 소속 사개특위 위원으로 하여금 교섭단체의 의사에 따르도록 강제한 것이라고 볼 수 없다. 다만 정당 또는 교섭단체가 원내 행동통일을 기하여 정당의 정책을 의안심의에서 최대한으로 반영하기 위하여 차기선거의 공천, 당직의 배분 등의 수단을 사용하는 것과 마찬가지로, 위원의 개선을 통해 국회의원의 권한 행사에 간접적인 영향력을 행사한 것에 불과하다.

또한 교섭단체는 내부적으로 위원 선임·개선의 요건과 절차를 자유롭게 정하고 정치적 상황을 반영하여 이를 변경할 수 있는 조직이다. 2019. 4. 23. 바른미래당의 의원총회에서는 먼저 이 사건 합의안의 추인을 바른미래당의 당헌 제54조 제1항에 따라 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 당론으로 정하여야 하는지, 아니면 같은 당헌 제53조에 따라 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결하여야 하는지에 관하여 토론이 이루어졌고, 투표를 통하여 이 사건 합의안의 추인 방식을 결정하기로 하였다. 투표 결과, 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 이 사건 합의안을 추인하기로 결정되었고, 이에 따라 이 사건 합의안의 추인 여부에 대하여 재차 투표하여 이 사건 합의안을 추인하기로 의결하였다.

나아가 이 사건 개선행위 당시 바른미래당의 교섭단체 대표의원이었던 김관영 의원은 이 사건 개선행위와 관련된 당내 갈등과 비판에 책임을 지고 2019. 5. 8. 교섭단체 대표의원직을 사퇴하였고, 후임으로 청구인이 바른미래당의 교섭단체 대표의원으로

선출되었다. 그 후 청구인은 교섭단체 대표의원으로서 바른미래당 소속 사개특위 위원에 대한 개선 요청 권한을 행사하였고, 그에 따라 위원의 개선이 이루어졌다.

이와 같은 교섭단체 내부에서 이루어진 일련의 정치적 의사의 형성 과정을 고려할 때, 교섭단체 내부적으로 소속 국회의원들의 의사를 수렴하고 의견이 대립되는 경우 이를 민주적으로 해결하기 위한 절차가 마련되어 있고, 교섭단체 내부의 민주성이 실질적으로 구현되고 있는 것으로 평가할 수 있다.

앞서 살펴본 사정을 종합적으로 고려하면, 교섭단체의 의사에 따라 위원을 개선하더라도, 곧바로 국회의원이 일방적으로 정당의 결정에 기속되는 결과를 초래하게 된다고 단정하기 어렵다.

2) 이 사건 개선행위로 인하여 청구인은 위원으로서의 사개특위의 심사 절차에 참여하지 못하게 되었으나, 사개특위 심사 절차에 전혀 참여할 수 없게 된 것은 아니다. 위원이 아닌 경우에도 그 위원회 소관 법률안을 제출하여 발의자로서 해당 위원회에서 그 취지를 설명할 수 있고(헌법 제52조, 국회법 제58조, 제79조 내지 제79조의3 참조), 위원이나 발의자가 아니더라도 위원회 소관 법률안을 배부받아(국회법 제81조, 제82조 참조), 위원회에서 발언할 수 있다(국회법 제61조 참조).

더욱이 청구인은 2018. 10. 18. 바른미래당의 교섭단체 대표의원의 요청으로 사개특위 위원으로 선임된 후 처음 정해진 사개특위의 활동기한인 2018. 12. 31.을 넘어서 이 사건 개선행위가 이루어지기 전까지 사개특위 위원으로서 활동하였으므로, 다른 국회의원에 비하여 사개특위 심사 절차에 적게 참여한 것으로 보기도 어렵다.

3) 그렇다면 이 사건 개선행위로 인하여 청구인의 자유위임에

기한 권한이 제한되는 정도가 크다고 볼 수 없다.

(라) 소결

이 사건 개선행위는 사개특위의 의사를 원활하게 운영하고, 사법개혁에 관한 국가정책결정의 가능성을 높이기 위하여 국회가 자율권을 행사한 것으로서, 앞서 살펴본 제반 사정을 종합적으로 고려하면, 이 사건 개선행위로 인하여 자유위임원칙이 제한되는 정도가 위와 같은 헌법적 이익을 명백히 넘어선다고 단정하기 어렵다. 따라서 이 사건 개선행위는 자유위임원칙에 위배되지 않는다.』

(나) 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 이 사건 개선행위가 자유위임원칙에 위배된다는 반대의견을 개진하였다. 그 요지는 다음과 같다.

『이 사건 개선행위는 사개특위에서 특정 법률안에 대한 신속처리대상안건 지정동의안을 가결시키기 위한 목적으로 이에 반대하는 청구인을 사개특위의 해당 법률안 관련 심의·표결 절차에서 배제시키기 위해 요청되어 청구인의 의사에 반하여 강제로 이루어진 것으로서 청구인의 사개특위에서의 법률안 심의·표결권을 침해한 것이고, 이는 자의적인 강제사임에 해당하여 자유위임적 지위에 기초한 국회의원의 자율성과 독립성을 침해한 것이다.

헌법상 자유위임의 원칙은 청구인이 국회 산하 위원회 활동을 함에 있어서 특정 정당을 대표하는 지위에서 교섭단체의 위와 같은 추인의결에 스스로 복종할 수 있는 정당기속성을 부인하지 않지만, 여기에서 더 나아가 청구인이 국민의 대표자인 국회의원으로서는 자신의 양심과 독자적인 판단에 근거하여 그 추인의결 중 일부인 특정 법률안에 대한 신속처리대상안건 지정에 반대했다는 이유로 사개특위에서의 법률안 심의·표결권을 침해받는 법적 불이익을 받는 것을 용납하지 않을 것을 요청한다.

이 사건 개선행위는 교섭단체의 추인의결에 반하는 소속 국회의원의 사개특위 위원 지위를 강제로 박탈함으로써 사개특위에서의 특정 법률안에 대한 심의·표결권의 행사를 사전에 전면적으로 금지하는 결과를 초래하였는데, 이는 정당의 기속성이 자유위임의 원칙을 압도하는 것이다. 정당기속성이라는 정치현실의 이름으로 이것을 허용하는 것은 자유위임에 따른 국가대표성의 구현이라는 대의제 민주주의의 원리를 부정하고 대의제 민주주의의 틀을 뛰어넘는 원칙의 변화를 의미하는 것으로 받아들일 수 없다.

법정의견은 국회의원의 의사에 반하는 개선을 허용하더라도 직접 국회의원이 정당이나 교섭단체의 의사와 달리 표결하는 것을 금지하게 되는 것은 아니며, 아울러 위원회 위원이 아니더라도 그 소관 법안을 제출할 수 있고 위원회에서 발언할 수 있으므로 위원회 심사 절차에 전혀 참여할 수 없는 것은 아니므로 청구인의 자유위임에 기한 권한이 제한되는 정도가 크다고 볼 수 없다고 한다. 하지만, 위원회의 참여는 본회의 참여와 비견될 수 있는 중요한 의미를 가지며, 국회의원이 자신의 정치적 견해를 국회의 의사형성과정에 반영할 수 있는 ‘국회의원의 헌법적 지위의 본질적 부분’이라는 점, 국회 본래의 사명인 입법을 위한 심의·표결에 관한 한 본회의에 있어서든 위원회에 있어서든 국회의원이 양심에 따라 독립하여 심사하고 표결하는 권한은 불가침, 불가양의 권한이라는 점(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 반대의견 참조), 이 사건 개선행위는 교섭단체의 추인의결에 반대하는 소속 국회의원의 사개특위 위원 지위를 강제로 박탈함으로써 사개특위에서의 심의·표결권의 행사를 사전에 전면적으로 금지하는 결과를 초래한 점을 고려할 때, 국회의원이 자유위임적 지위에서 갖는 위원회에서의 법률안 심의·표결권이 침해된 상황을 법정의

견의 입장과 같이 가볍게 보는 것은 동의할 수 없다.

따라서 피청구인의 청구인에 대한 이 사건 개선행위는 헌법상 보장되는 자유위임의 원칙을 명백하게 위반하여 국회의원인 청구인이 헌법과 국회법으로 보장받는 법률안에 대한 심의·표결권을 침해하였다고 할 것이다.』

나. 국회법 제48조 제6항 위배 여부

(1) 국회법 제48조 제6항의 입법경과

(가) 국회법 제48조 제6항은 2003. 2. 4. 법률 제6855호로 신설된 것으로, 2018. 4. 17. 법률 제15620호로 개정되면서 일부 자구가 수정된 것 외에는 동일한 내용으로 유지되고 있다.

(나) 입법 당시 논의를 살펴보면, 2002. 11. 11. 김택기 의원이 대표발의한 국회법중개정법률안(의안번호 162004)은 ‘위원의 사·보임을 동일 회기중에는 다시 할 수 없도록 하여 위원회의 전문성을 강화하고 교섭단체간의 정치적 사유에 따라 잦은 사·보임이 이루어지는 것을 방지’하기 위하여 “제5항의 규정에 의하여 개선된 위원은 개선된 다음날부터 보임된 위원회의 위원이 되며, 동일 회기내에는 다시 개선할 수 없다.”라는 국회법 제48조 제6항을 신설하는 내용을 포함하고 있었다. 위 법안에는 ‘개선된 동일’ 회기 내에는 ‘다시’ 개선할 수 없다는 취지가 분명히 나타나 있다.

이 사건 기록에 의하면 2002. 11. 11., 2002. 11. 12. 정치개혁특별위원회 국회관계법심사소위원회에서도 ‘동일 회기내에는 다시 개선하지 못함’이라는 취지로 국회법 제48조 제6항을 도입하기로 합의한 것으로 보인다.

2003. 1. 20. 제235회 국회(임시회) 제2차 정치개혁특별위원

회를 거쳐 정치개혁특별위원장이 2003. 1. 제안한 국회법중개정법률안(의안번호 162056) 제48조 제6항은 “제1항 내지 제4항의 규정에 의하여 위원을 개선할 때 임시회의 경우는 동일 회기중 개선될 수 없고, 정기회의 경우는 매 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만, 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있었다. 위 법률안은 그 입법취지에 관하여 “위원회의 전문성 강화를 위하여 위원회 위원은 임시회의 경우 동일회기중에, 정기회의 경우 매 30일 이내에는 개선될 수 없도록 함.”이라고 기재하고 있었다.

김택기 의원 대표발의안부터 위 정치개혁특별위원회까지의 입법 경과를 종합하여 보면, 당초 김택기 의원 대표발의안은 개선된 회기가 임시회인지 아니면 정기회인지에 관계없이 개선된 동일 회기 중에는 다시 개선할 수 없도록 하였다가, 이후 정기회의 회기는 100일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없는 점을 고려하여(헌법 제47조 제2항), 개선된 회기가 정기회인 경우에는 30일이 지나면 다시 개선할 수 있도록 규정함으로써 임시회의 경우와 균형을 맞춘 것이라고 해석된다. 즉, 임시회에서 선임 또는 개선된 위원은 최장 30일(회기가 30일인 임시회에서 개회일에 위원으로 선임된 경우)까지 재임할 수 있으므로, 정기회의 경우에도 선임 또는 개선 후 30일이 경과하면 개선될 수 있도록 규정함으로써, 위원 개선의 제한 기간을 임시회의 경우에는 선임 또는 개선된 동일 회기 내로, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내로 정한 것이다.

이후 위 조항은 법제사법위원회의 체계·자구 심사 과정에서 “제1항 내지 제4항의 규정에 의하여 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 동일 회기중 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임

또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만, 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 수정되었다.

위 조항은 법제사법위원회에서 수정된 내용으로 2003. 1. 22. 본회의에 부의되었고, 본회의에서 허태열 의원은 정치개혁특별위원장을 대리하여 “위원회의 전문성 강화를 위하여 위원의 사·보임은 임시회의 경우는 동일 회기 중에 개선될 수 없도록 하고 정기회의 경우는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없도록 하되 다만 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 얻은 경우에는 개선될 수 있도록 하였습니다.”라고 그 취지를 설명하였다.

위 조항은 본회의에서 원안대로 가결되었고, 국회의장의 법률안 정리 과정에서 “제1항 내지 제4항의 규정에 의하여 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기중 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다. 다만, 위원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 수정되었다.

(2) 법정의견

법정의견은 국회법 제48조 제6항 본문 중 “임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고”라는 문언에서 개선될 수 없는 ‘회기’는 ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기’라고 해석하고, 이 사건 개선행위가 국회법 제48조 제6항에 위배되지 않는다고 판단하였다. 그 요지는 다음과 같다.

『(나) 국회법 제48조 제6항 본문 중 임시회 부분의 내용

1) ‘임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고’의 의미

가) 국회법 제48조 제6항의 입법목적은 ‘위원이 일정 기간 재

임하도록 함으로써 위원회의 전문성을 강화'하는 것이므로, 국회법 제48조 제6항은 '위원이 된(선임 또는 보임된) 때'로부터 일정 기간 동안 '위원이 아니게 되는(사임되는) 것'을 금지하는 형태로 규정되어야 한다. 따라서 국회법 제48조 제6항 본문 중 "위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고" 부분은 개선의 대상이 되는 해당 위원이 '위원이 된(선임 또는 보임된) 임시회의 회기 중'에 개선을 금지하는 것이다. 이는 국회법 제48조 제6항 본문 중 "정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다." 부분이 '선임 또는 개선된 때로부터' '30일' 동안 개선을 금지하는 것과 마찬가지로이다.

그러므로 국회법 제48조 제6항 본문 중 "임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고"라는 문언에서 개선될 수 없는 '회기'는 '개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기'를 의미하는 것으로 해석된다.

나) 본회의에서 의결된 "위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 '동일' 회기중 개선될 수 없고"라는 문언을 기준으로 해석하면 그 의미가 더욱 명백해진다. 여기에서 '동일'은 어떠한 회기와 같다는 것을 의미하고, 위원은 선임 또는 개선됨으로써 위원이 되는 것이므로, '동일 회기'는 '해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회와 같은 임시회'를 의미하는 것으로 해석된다.

다) 국회법 제48조 제6항의 입법경과 및 입법취지를 고려할 때에도 위와 같이 해석하는 것이 타당하다.

앞서 본 바와 같이 2002. 11. 11. 김택기 의원이 대표발의한 국회법중개정법률안(의안번호 162004) 및 2002. 11. 11., 2002. 11. 12. 정치개혁특별위원회 국회관계법심사소위원회에서의 심사내용은 '개선된 동일' 회기 내에는 '다시' 개선할 수 없도록 하는

것이였다.

이후 정치개혁특별위원장이 2003. 1. 제안한 국회법중개정법률안(의안번호 162056), 법제사법위원회의 체계·자구 심사 결과 및 본회의 상정·가결 법률안 모두 ‘회기’ 앞에 ‘동일’이라는 문구를 두고 있었으므로, 위와 같은 입법취지를 그대로 유지한 것으로 볼 수 있다.

나아가 국회의장은 법률안 정리 과정에서 ‘동일’ 부분이 없더라도 위원이 개선될 수 없는 ‘회기’를 ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기’로 해석할 수 있기 때문에 ‘동일’ 부분을 삭제한 것으로 볼 수 있다.

권한침해확인청구에 대한 반대의견은 ‘회기’를 ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기’로 해석하는 경우, 국회의장이 법률안 정리 과정에서 ‘동일’ 부분을 삭제함으로써 그 실질적 내용에 변경을 초래한 것이 되어 헌법 및 국회법상의 입법절차를 위반하였다고 볼 수밖에 없다고 하나, 이는 권한침해확인청구에 대한 반대의견과 같이 ‘동일’ 부분이 없는 경우 위 조항의 ‘회기’를 ‘모든 임시회의 회기’로만 해석할 수 있다고 전제하는 경우에만 성립할 수 있는 논리이다. 앞서 본 바와 같이 ‘동일’이라는 문구 없이도 위원이 개선될 수 없는 ‘회기’는 ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기’를 의미하는 것으로 해석되므로, 국회의장은 본회의에서 의결된 내용 및 취지를 변경하지 않는 범위 안에서 법률안을 정리한 것으로 볼 수 있다.

2) 위원의 재임기간에 관한 구체적인 검토

가) 국회법 제48조 제6항 본문은 “위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고, 정기회의 경우에는 선임 또는

개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다.”라고 규정하여 ‘회기 중의 개선’을 금지하고 있으므로, ‘폐회 중’에는 개선이 가능하다.

2019년 국회 일정을 살펴보면, 폐회 없이 임시회 또는 정기회가 이어진 경우는 없었다. 회기 사이에 폐회일이 존재한다는 전제 하에 선임 또는 개선된 위원이 최초로 개선될 수 있는 날까지의 기간을 구체적으로 살펴보면, 국회법 제48조 제6항 본문 중 “위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고” 부분이 ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기 중에 개선하는 것’을 금지한다고 해석하는지 아니면 ‘모든 임시회의 회기 중에 개선하는 것’을 금지한다고 해석하는지에 관계없이, 위 기간이 동일함을 알 수 있다.

먼저, 회기 중 위원으로 선임 또는 개선되었다가 폐회된 경우를 살펴본다. 이 경우 어느 해석에 의하더라도, 선임 또는 개선된 위원이 최초로 개선될 수 있는 날까지의 기간은 1일(임시회·정기회 말일에 선임 또는 개선된 경우)부터 30일(회기가 30일인 임시회에서 임시회 초일에 선임 또는 개선된 경우, 정기회가 30일 이상 남은 때에 선임 또는 개선된 경우)까지로 동일하다.

다음으로, 위원이 폐회 중 선임 또는 개선된 경우를 살펴본다. 이 경우 어느 해석에 의하더라도, 위원은 다음 회기가 개시되기 전까지 언제든지 개선될 수 있으므로, 선임 또는 개선된 바로 그 날에도 개선될 수 있다.

나) 두 가지 해석의 차이는 폐회 기간이 끝나고 다시 후속 임시회의 회기가 개시되었을 때 개선이 가능한지 여부에 있다. 국회법 제48조 제6항 본문 중 임시회 부분이 ‘모든 임시회의 회기 중에 개선하는 것’을 금지한다고 해석하는 견해에 따르면, ‘선임 또는 개선된 임시회의 회기 중’에는 개선이 금지되었다가, 폐회

중에는 개선이 가능해지고, ‘후속 임시회’의 회기가 개시되면 다시 개선이 금지된다. 반면, ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기 중에 개선하는 것’만을 금지한다고 해석하는 견해에 따르면, ‘선임 또는 개선된 임시회의 회기 중’에는 개선이 금지되었다가, 해당 회기가 종료되면 그 이후에는 폐회 중에는 물론 다시 임시회가 개시되더라도 개선이 가능해진다.

국회 운영의 실체를 고려할 때, 본회의의 폐회 중에는 개선이 될 수 있었던 위원에 대하여 다시 임시회가 개회되면 개선을 금지해야 할 이유를 발견하기는 어렵다. 회기 계속의 원칙에 따라(헌법 제51조), 모든 의안은 의원의 임기 중 폐기되지 아니하므로 폐회 중에도 위원회의 심사가 가능하고, 국회가 상시화되는 경향에 따라 본회의의 개회·폐회 여부와 관계없이 위원회는 상시적으로 활동하고 있다. 국회법은 본회의의 개회 여부에 관계없이 위원회를 개회할 수 있도록 규정하고 있고(제52조), 상임위원회(소위원회를 포함한다)는 폐회 중인 3월·5월의 세 번째 월요일부터 한 주간 정례적으로 개회하도록 규정하고 있다(제53조).

(다) 이 사건 개선행위의 국회법 제48조 제6항 위배 여부 청구인은 제364회 국회(정기회) 회기 중이었던 2018. 10. 18. 사개특위 위원으로 선임되었으므로, 그로부터 30일이 지난 2018. 11. 17. 이후에는 국회법 제48조 제6항 본문 중 ‘정기회의 경우에는 선임 또는 개선 후 30일 이내에는 개선될 수 없다.’ 부분이 적용되지 않아 개선될 수 있었다.

2019. 4. 8.을 집회일로 하는 제368회 국회(임시회) 소집요구가 있는 후 본회의에서 회기가 결정되지 않은 상태에서 2019. 4. 25. 이 사건 개선행위가 이루어졌다. 앞서 본 바와 같이 국회

법 제48조 제6항 본문 중 ‘위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고’ 부분은 ‘개선의 대상이 되는 해당 위원이 선임 또는 개선된 임시회의 회기 중에 개선하는 것’만을 금지하므로, 위 조항이 제368회 국회(임시회)의 회기 중에 개선될 수 없도록 제한하는 위원은 제368회 국회(임시회)에서 선임 또는 개선된 위원에 한정된다. 따라서 그 이전의 정기회에서 선임된 청구인에 대하여는 제368회 국회(임시회)의 회기 중이더라도 위 조항이 적용되지 않는다.

그렇다면 국회법 제48조 제6항 단서가 규정한 예외 사유에 해당하는지 여부를 살펴볼 필요 없이, 이 사건 개선행위는 국회법 제48조 제6항에 위배되지 않는다.』

(3) 반대의견

(가) 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 우선, 국회법 제48조가 자유위임원칙에 위배되지 않도록 합헌적 법률해석을 하면, 내재적 개선 제한 사유가 존재하고, 이 사건 개선행위는 내재적 개선 제한 사유에 해당하여 국회법 제48조를 위반하였다는 반대의견을 개진하였다.

『국회법 제48조 조항들을 해석함에 있어서는 헌법에서 정한 자유위임의 원칙에 합치되도록 해석하여야 하고, 이에 따라 이 조항들 속에는 위원회 위원을 개선함에 있어서 헌법상 자유위임의 원칙을 침해하거나 훼손할 수 없다는 내재적인 한계가 법률해석상 당연히 존재한다고 보아야 한다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 반대의견 참조).

따라서 국회의원 본인이 계속 해당 위원회에서 위원으로 활동하기를 원하고 있다면 국회법 제48조 제7항과 같은 정당한 사유

가 있는 경우, 예를 들어 ‘의원이 기업체 또는 단체의 임·직원 등 다른 직을 겸하게 되어 그 소속된 위원회의 활동이 그 직과 직접적인 이해관계를 가지게 된 경우’나 ‘위원회와 관련하여 위법하거나 부당한 행위를 한 사실이 인정되는 경우’ 등과 같이 위원회 위원으로서 계속 활동하는 것이 공정을 기할 수 없는 뚜렷한 사유가 인정되는 경우가 아닌 한, 본인의 의사에 반하여 자의적으로 위원회 위원에서 강제로 사임시킬 수 없는 ‘내재적 개선 제한 사유’가 있는 것으로 국회법 제48조 조항들을 해석하는 것이 헌법 제46조 제2항의 자유위임의 원칙에 합치되는 해석이라고 할 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 반대의견 및 국회법 제48조 제7항 참조).

앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 개선행위는 헌법 제46조 제2항에서 규정한 ‘자유위임의 원칙’에 위반되는 것이므로, 국회법 제48조 조항들에 대한 합헌적 법률해석에 따르면 이 사건 개선행위는 위 조항들의 내재적 개선 제한 사유인 헌법상 자유위임의 원칙을 침해하거나 훼손할 수 없다는 한계를 넘은 것에 해당하여 국회법 제48조 조항들을 위반했다는 평가를 면할 수 없다.』

(나) 다음으로, 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진은 이 사건 개선행위가 국회법 제48조 제6항이 규정한 명시적 개선 제한 사유에도 해당하여 위 조항을 위반하였다고 보았다. 그 요지는 다음과 같다.

『(2) 국회법 제48조 제6항 본문의 해석

국회법 제48조 제6항 본문 중 “...위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 회기 중에 개선될 수 없고...” 부분은 법률의 문언 자체가 명확한 개념으로 구성되어 있어 더 이상 다른 해석방법을 활용할 필요가 없다. 위 법률규정에 사용된 문언의 통상적인 의미

에 충실하게 해석하면, 국회 내 상임위원회 위원 또는 특별위원회 위원을 개선할 때 임시회의 경우에는 그 회기 중에 개선될 수 없다고 규정하고 있음이 명백하다.

“동일”의 사전적 의미 중에는 ‘어떤 것과 똑같다’는 의미 외에도, ‘바로 그’라는 의미도 있고, 이러한 의미로 “...임시회의 경우에는 동일 회기 중에 개선될 수 없고...”를 “...임시회의 경우에는 바로 그 임시회 회기 중에 개선될 수 없고...”라는 뜻으로 새길 수 있다. 이처럼 본회의에서 의결된 국회법 제48조 제6항 본문의 “동일 회기”를 “바로 그 임시회 회기”로 해석하면 “동일” 문구의 존재 여부와는 상관없이 국회법 제48조 제6항 본문을 일관되게 해석할 수 있게 되므로, 당시 국회의장이 본회의 의결 후 국회법 제48조 제6항 본문의 자구 등을 정리하면서 “동일” 문구를 삭제한 이유를 합리적·합법적으로 설명할 수 있게 된다.

만약, ‘개선의 대상이 되는 위원이 선임 또는 개선된 때’가 ‘임시회의 경우’인지, ‘정기회의 경우’인지에 따라 개선이 원칙적으로 금지되는 기간 내인지 여부를 판단하면서 ‘임시회의 경우 선임 또는 개선된 회기 중에만 개선이 금지되는 것’으로 본다면, 임시회 회기 중 위원이 선임되거나 개선된 경우에는 그 ‘임시회 회기의 잔여기간’ 동안만 개선할 수 없게 되어, 대부분의 경우 정기회 회기 중 선임되거나 개선된 경우의 ‘30일’보다 짧은 기간 동안만 위원의 재임이 보장되므로, 위원의 재임이 원칙적으로 보장되는 기간에 관하여 불균형을 초래하게 된다.

이 사건에서 ‘청구인을 개선할 때’는 ‘임시회 회기 중’이었고 이 기간에는 위원이 개선될 수 없으므로, 이 사건 개선행위는 국회법 제48조 제6항 본문을 위반하였다고 보는 것이 타당하다.

(다) 국회법 제48조 제6항 단서의 해석

국회법 제48조 제6항 단서에 따른 국회의장의 개선허가를 교섭단체 대표의원이 신청할 수 있다고 하여도, 이는 어디까지나 그러한 허가 신청에 대한 해당 위원의 명시적 또는 묵시적 동의가 있는 경우 등 예외적인 사안에 한정된다고 할 것이다. 아울러 ‘질병 등 부득이한 사유’에서의 ‘등’은 사전적 의미로 ‘그 밖에 같은 종류의 것이 더 있음’을 의미하므로, ‘부득이한 사유’는 적어도 위원의 질병과 유사한 사유이어야 할 것인데, 위원회의 전문성을 강화하고 정치적 사유에 따라 잦은 사·보임이 이루어지는 것을 방지하고자 한 국회법 제48조 제6항의 입법목적을 고려할 때, 그러한 ‘부득이한 사유’에 피청구인이 주장하는 ‘교섭단체의 원활한 운영을 위하여 필요한 사유’가 포함된다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 개선행위는 국회법 제48조 제6항 단서에 의하여 ‘의원이 질병 등 부득이한 사유로 의장의 허가를 받은 경우’로 볼 수 없다.』

4. 무효확인청구에 대한 판단

가. 법정의견

법정의견은 이 사건 개선행위가 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해하지 않으므로, 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이 사건 개선행위를 무효로 볼 수 없다고 판단하였다.

나. 반대의견

(1) 권한침해확인청구에 대한 반대의견은 무효확인청구를 기각하여야 한다는 재판관 이은애, 재판관 이영진의 별개의견, 재판관 이선애의 별개의견과, 무효확인청구를 인용하여야 한다는 재판관 이종석의 반대의견으로 나뉘었다.

(2) 재판관 이선애의 별개의견은 현재 2011. 8. 30. 2009헌라7 중 재판관 이강국, 김종대의 각 별개의견과 같이, 국회의 입법관련 행위를 대상으로 한 권한쟁의심판에 있어서 취소 내지 그 무효 확인과 같은 형성적 결정을 내리는 것은 자제해야 한다는 이유로 무효확인청구를 기각하여야 한다고 설시하였다.

(3) 재판관 이은애, 재판관 이영진의 별개의견과 재판관 이종석의 반대의견은 권한 침해 사유의 내용 및 헌법적 중대성, 침해된 청구인의 권한과 그 원인이 된 피청구인의 처분이 헌법적 권한질서 내에서 가지는 의미, 권한쟁의심판의 결정을 통하여 달성될 수 있는 헌법적 권한질서 회복의 이익 등을 종합적으로 고려하여 무효 확인 여부를 판단하는 것이 타당하다는 점에서 의견을 같이 하였으나, 위 고려요소들에 관한 평가를 달리하였다.

재판관 이은애, 재판관 이영진의 별개의견은 이 사건 개선행위는 헌법상 자유위임원칙 및 국회법 제48조 제6항을 위반하여 위헌성이 중대하나, ① 침해된 청구인의 권한은 법률안의 내용을 직접 심의·표결하는 권한이 아니라, 국회 내부 의사절차의 결정에 관여하는 권한인 국회의 특별위원회 위원으로서 안건을 심의·표결할 권한인 점, ② 이를 무효라고 보면 개선행위로 청구인 대신 위원의 지위를 갖게 된 국회의원이 한 다양한 행위들의 효력에도 모두 영향을 미칠 수 있는 등 국회의 정치적 자율을 존중하여 사법적 개입을 자제하여야 할 영역에 해당하는 점, ④ 이 사건 이후 사개특위 활동기간이 종료되는 등으로 인하여 무효확인청구가 인용되더라도 청구인의 침해된 권한이 실질적으로 회복될 가능성은 없게 된 점, ⑤ 이 사건 개선행위의 위헌성은 권한 침해를 확인하는 것만으로도 충분히 해명되고, 기속력이 인정되어

향후 유사한 행위의 반복을 억제하는 데에는 충분한 점 등을 고려하여, 무효확인청구를 기각하여야 한다고 실시하였다.

이와 달리, 재판관 이종석의 반대의견은 ① 이 사건 개선행위로 인한 권한 침해 사유는 헌법적으로 매우 중대한 점, ② 이 사건에서 청구인이 행사할 표결권은 단순한 1표가 아니라 사개특위에서 신속처리안건 지정동의안이 의결될 것인지 여부를 결정할 수 있는 이른바 ‘캐스팅보트(casting vote)’에 해당하였으므로, 이 사건 개선행위로 침해된 청구인의 심의·표결권의 가치는 가볍다고 볼 수 없는 점, ③ 이 사건 개선행위는 의결행위가 아니라 국회의장이 단독으로 행하는 행위인 점, ④ 권한침해확인 결정만으로는 실질적으로 동일한 유형의 행위가 반복되는 것을 억제하는 데에 한계가 있는 점 등을 고려하여, 무효확인청구도 인용하여야 한다고 실시하였다.

5. 이 사건 결정의 의의

가. 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1 결정은 국회의장인 피청구인이 국회의원인 청구인을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위가 헌법이나 법률의 규정을 위배하여 청구인의 법률안 심의·표결권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판단하였는데, 위 사·보임행위에는 2003. 2. 4. 법률 제6855호로 신설된 국회법 제48조 제6항이 적용되지 않았다.

나. 이 사건에서 헌법재판소는 위 2002헌라1 결정과는 다른 기준을 적용하여 위원 개선행위가 자유위임원칙에 위배되는지 여부를 판단하였다. 또한 국회의장의 위원 개선행위가 국회법 제48조 제6항에 위배되는지 여부를 처음으로 판단하였다.

8. 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 등

— 국회의장이 ‘회기결정의 건’에 관한 무제한토론을 거부하고, ‘준연동형 비례대표제’를 골자로 한 공직선거법 개정안에 대한 수정동의의 가결을 선포한 사건 —

(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라6등, 판례집 32-1하, 214)

김 참*

【판시사항】

1. 정당이 권한쟁의심판의 당사자능력이 있는지 여부(소극)
2. 피청구인 국회가 선거제도에 관한 공직선거법을 개정해 행위가 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
3. 피청구인 국회의장이 ‘제372회 국회(임시회) 회기결정의 건’(이하 ‘이 사건 회기결정의 건’이라 한다)과 관련하여 회기를 2019. 12. 11.부터 12. 25.까지 15일간으로 정하자는 윤후덕 의원 외 155인이 제출한 수정안(이하 ‘이 사건 회기 수정안’이라 한다)을 가결선포한 행위(이하 ‘이 사건 회기 수정안 가결선포 행위’라 한다)가 자유한국당을 제외한 나머지 청구인들(이하 ‘청구인 국회의원들’이라 한다)의 심의·표결권을 침해하였는지 여부 및 그 무효 여부(소극)
4. 피청구인 국회의장이 2019. 12. 27. ‘공직선거법 일부개정 법률안(심상정 의원 등 17인 발의, 의안번호 제2019985호, 이하

* 헌법연구관

‘이 사건 원안’이라 한다)에 대한 수정안'[김관영 의원 외 155인, 의안번호 원안과 동일(제2019985호), 이하 ‘이 사건 수정안’이라 한다]을 가결선포한 행위(이하 ‘이 사건 수정안 가결선포행위’라 한다)가 청구인 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해하였는지 여부 및 그 무효 여부(소극)

【심판대상】

1. 피청구인 국회의장의 이 사건 회기 수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하였는지 여부 및 그 무효 여부

2. 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 법률안 제출권, 법률안 심의·표결권을 침해하는지 여부, 자유한국당의 기획균등의 입법절차 참여권을 침해하였는지 여부 및 그 무효 여부

3. 피청구인 국회가 위 2항의 이 사건 수정안 가결선포행위를 통하여 공직선거법(2020. 1. 14. 법률 제16864호로 개정된 것)을 개정한 행위(이하 ‘이 사건 공직선거법 개정행위’라 한다)가 청구인 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해하였는지 여부, 자유한국당의 입법절차 참여권을 침해하였는지 여부 및 그 무효 여부

【사건의 개요】

1. 2019헌라6 사건 청구인들은 이 사건 심판청구 당시 자유한국당 소속 제20대 국회의원(이하 ‘청구인 국회의원들’이라 한다)이고, 피청구인은 국회의장이다. 2020헌라1 사건 청구인들은 위 ‘청구인 국회의원들’과 2020. 2. 18. 신설 합당된 자유한국당의

승계인 미래통합당이고, 피청구인은 국회의장과 국회이다.

2. 더불어민주당, 바른미래당, 민주평화당, 정의당의 원내대표는 2019. 4. 22. ‘지역구 225석(현행 253석에서 28석 감축), 권역별 비례 75석, 연동률 50% 적용의 연동형 비례대표제’를 담은 ‘공직선거법 일부개정법률안’(심상정 의원 등 17인 발의, 의안번호 제2019985호, 이하 ‘이 사건 원안’이라 한다)을 정치개혁특별위원회에서 국회법 제85조의2 소정의 신속처리대상안건으로 지정하기로 합의하고, 이 합의에 대해서는 각 당의 추인을 거쳤다. 이후, 이 사건 원안은 정치개혁특별위원회에서 신속처리대상안건 지정동의안으로 가결되었고, 이에 피청구인 국회의장은 2019. 4. 30. 이 사건 원안을 신속처리대상안건으로 지정하였다. 이 사건 원안은 정기개혁특별위원회에서 가결되고, 국회 법제사법위원회를 거쳐 2019. 11. 27. 본회의에 부의되었다.

3. 이후 피청구인 국회의장은 2019. 12. 23. 제372회 국회(임시회) 제1차 본회의에서 의사일정 제1항 제372회 국회(임시회) 회기결정의 건을 상정하였다. 피청구인 국회의장은 회기를 2019. 12. 11.부터 2020. 1. 9.까지 30일간으로 제의하였고, 윤후덕 의원 외 155인이 회기를 2019. 12. 11.부터 12. 25.까지 15일간으로 하자는 수정안을 제출하였다. 청구인 국회의원들은 이 안건에 대하여 국회법 제106조의2 제1항에 따른 무제한토론을 피청구인 국회의장에게 요구하였으나, 피청구인 국회의장은 ‘회기결정의 건’이 무제한토론에 적합하지 않다고 판단하여 이를 실시하지 않고, 국회법 제93조, 제106조에 따른 찬반토론은 허용한 다음, 회기를 15일간으로 하자는 위 수정안에 대하여 표결을 선포하고, 재석 157인 중 찬성 150인으로 위 수정안이 가결되었음을 선포하였다.

4. 이어서 피청구인 국회의장은 이 사건 원안을 본회의에 상정하고, 이에 대해서는 국회법 제95조 제1항 소정의 수정동의로 1건의 수정안[김관영 의원 외 155인, 의안번호 원안과 동일(제2019985호)-이하 ‘이 사건 수정안’이라 한다]이 제출되어 있는 점을 알린 다음, 국회법 제106조의2 제1항에 따라 위 법률안에 대한 무제한토론을 실시하였다.

5. 이에 청구인 국회의원들은 2019. 12. 26. 피청구인 국회의장이 2019. 12. 23. 제372회 국회(임시회) 제1차 본회의 과정에서 의사일정 제1항 ‘제372회국회(임시회) 회기결정의 건’과 관련하여 청구인 국회의원들의 무제한토론 요구를 임의로 거부하고 의사일정 제1항을 상정한 행위와 2019. 4. 24. 접수되어 신속처리대상안건으로 지정된 이 사건 원안의 내용과는 다른 이 사건 수정안을 신속처리 절차에 따라 본회의에 상정한 행위가 청구인 국회의원들의 해당 안건에 대한 심의·표결권을 침해하고, 자유한국당의 국회내 협의권을 침해한다고 주장하며, 위 각 상정행위의 심의·표결권 침해의 확인 등을 구하는 권한쟁의심판을 청구하였다(2019헌라6).

6. 한편, 피청구인 국회의장은 2019. 12. 27. 제373회 국회(임시회) 제1차 본회의에서 의사일정 제1항 ‘공직선거법 일부개정법률안’에 대한 의결을 진행하였다. 피청구인 국회의장은 국회법 제96조에 따라 이 사건 수정안에 대한 표결을 실시하여, 이 사건 수정안이 가결되었음을 선포하였다.

7. 이에 청구인들은 2020. 1. 7. 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 법률안 제출권, 법률안 심의·표결권을 침해하고, 자유한국당의 입법절차 참여권을 침해하였다고 주장하며, 그 침해의 확인 등을 구하는 권한쟁

의심판을 청구하였다(2020헌라1).

【결정요지】

1. 정당은 국민의 자발적 조직으로, 그 법적 성격은 일반적으로 사적·정치적 결사 내지는 법인격 없는 사단으로서 공권력의 행사 주체로서 국가기관의 지위를 갖는다고 볼 수 없다. 정당이 국회 내에서 교섭단체를 구성하고 있다고 하더라도, 헌법은 권한쟁의심판청구의 당사자로서 국회의원들의 모임인 교섭단체에 대해서 규정하고 있지 않고, 교섭단체의 권한 침해는 교섭단체에 속한 국회의원 개개인의 심의·표결권 등 권한 침해로 이어질 가능성이 높아 그 분쟁을 해결할 적당한 기관이나 방법이 없다고 할 수 없다. 따라서 정당은 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법 재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국가기관’에 해당한다고 볼 수 없으므로, 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정되지 아니한다.

2. 국회의 입법에 대한 권한쟁의심판이 적법하기 위해서는 이것이 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험성이 있어야 한다. 그런데 피청구인 국회의 이 사건 공직선거법 개정행위로 개정된 공직선거법의 내용은 국회의원선거와 관련하여 준연동형 비례대표제를 도입하는 등 선거와 관련된 내용만을 담고 있어, 청구인 국회의원들의 법률안 심의·표결권과는 아무런 관련이 없다. 따라서 피청구인 국회의 이 사건 공직선거법 개정행위로 인하여 청구인 국회의원들의 법률안 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다고 할 것이다.

3. 국회의장의 의사진행에 관한 폭넓은 재량권은 국회의 자율권의 일종이므로, 다른 국가기관은 헌법이나 법률에 명백히 위배되지 않는 한 국회의장의 의사절차 진행 행위를 존중하여야 한다.

무제한토론제도의 입법취지는 ‘소수 의견이 개선될 수 있는 기회’를 보장하면서도, 의사절차가 지나치게 지연되거나 안전에 대한 처리 자체가 불가능하게 되는 것을 방지하여 ‘안전에 대한 효율적인 심의’가 이루어지도록 하는 것이다.

국회법 제7조에 따라 집회 후 즉시 의결로 국회의 회기를 정하는 것이 국회법이 예정하고 있는 국회의 정상적인 운영 방식이다. 무제한토론 역시 국회가 집회 후 즉시 의결로 국회의 회기를 정하여 해당 회기의 종기가 정해져 있는 상태에서 실시되는 것을 전제로 하여, 해당 회기의 종기까지만 보장되도록 규정되어 있다(국회법 제106조의2 제8항).

‘회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 실시되는 경우, 무제한토론을 할 의원이 더 이상 없거나 무제한토론의 종결동의가 가결되지 않으면, 국회가 해당 회기를 정하지 못하게 된다. 국회법 제106조의2 제8항은 무제한토론을 실시하는 중에 해당 회기가 끝나는 경우 해당 안전은 바로 다음 회기에서 지체 없이 표결하도록 규정하고 있으나, 이미 헌법 제47조 제2항에 의하여 종료된 해당 회기를 그 다음 회기에 이르러 결정할 여지는 없다. 결국 ‘회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 실시되면, 무제한토론이 ‘회기결정의 건’의 처리 자체를 봉쇄하는 결과가 초래된다. 이는 당초 특정 안전에 대한 처리 자체를 불가능하게 하는 것이 아니라 처리를 지연시키는 수단으로 도입된 무제한토론제도의 취지에 반할 뿐만 아니라, 국회법 제7조에도 정면으로 위반된다.

국회가 집회할 때마다 ‘해당 회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 개시되어 헌법 제47조 제2항에 따라 폐회될 때까지 무제한토론이 실시되면, 국회는 다른 안전은 전혀 심의·표결할 수 없게 되므로, 의정활동이 사실상 마비된다. 이와 같은 결과를 피하

기 위해서는 국회가 매 회기에 회기를 정하는 것을 포기할 수밖에 없다. 회기를 정하지 못한 채 국회가 비정상적으로 운영되도록 하는 것이 의회정치의 정상화를 도모하고자 도입된 무제한토론제도가 의도한 바라고 볼 수는 없다.

국민의 안전이나 경제정책과 관련된 주요 법안 등 국가적으로 반드시 긴급하게 처리해야 하는 안건의 처리가 지연되면 국회가 국민의 대의기관으로서의 역할을 제대로 수행하지 못할 우려가 있다. 그런데 ‘회기결정의 건’이 무제한토론의 대상이라고 보면, 앞서 본 바와 같이 의정활동이 사실상 마비될 가능성이 있다. 이를 피하기 위하여 국회가 매 회기에 회기를 정하는 것을 포기하고 쟁점 안건을 먼저 상정하더라도, 정기회의 경우 100일, 임시회의 경우 30일이 넘는 기간 동안 단 한 건의 안건만을 처리할 수 있게 된다.

국회법 제106조의2 제8항은 무제한토론의 대상이 다음 회기에서 표결될 수 있는 안건임을 전제하고 있다. 그런데 ‘회기결정의 건’은 해당 회기가 종료된 후 소집된 다음 회기에서 표결될 수 없으므로, ‘회기결정의 건’이 무제한토론의 대상이 된다고 해석하는 것은 국회법 제106조의2 제8항에도 반한다.

그렇다면, ‘회기결정의 건’은 그 본질상 국회법 제106조의2에 따른 무제한토론의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

따라서 피청구인 국회의장의 이 사건 회기 수정안 가결선포행위는 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하지 않는다.

4. 국회법 제95조가 본회의에서 수정동의를 제출할 수 있도록 한 취지는 일정한 범위 내에서 국회의원이 본회의에 상정된 의안에 대한 수정의 의사를 위원회의 심사절차를 거치지 아니하고 곧바로 본회의의 심의과정에서 표시할 수 있도록 허용함으로써 의

안 심의의 효율성을 제고하기 위한 것이다. 그런데 수정동의를 지나치게 넓은 범위에서 인정할 경우 국회가 의안 심의에 관한 국회운영의 원리로 채택하고 있는 위원회 중심주의를 저해할 우려가 있다. 국회법 제95조 제5항의 입법취지는 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 심사가 이루어질 여지가 없는 경우에는 수정동의의 제출을 제한함으로써 위원회 중심주의를 공고히 하는 것이다.

국회법 제95조 제5항 본문의 문언, 입법취지, 입법경과를 종합적으로 고려하면, 위원회의 심사를 거쳐 본회의에 부의된 법률안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있는지 여부는 ‘원안에서 개정하고자 하는 조문에 관한 추가, 삭제 또는 변경으로서, 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 수정안의 내용까지 심사할 수 있었는지 여부’를 기준으로 판단하는 것이 타당하다.

이 사건 원안과 이 사건 수정안의 개정취지는 ‘사표를 줄이고, 정당득표율과 의석점유율 사이의 불일치를 줄이며, 지역주의 정당체제를 극복’하는 것으로 동일하다.

이 사건 수정안 제21조 제1항은 국회의 의원정수를 변경하는 내용의 이 사건 원안 제21조 제1항을 당시 공직선거법 그대로 두는 내용으로 수정한 것이다. 이 사건 원안에 대한 위원회 심사절차에서 국회의 의원정수를 당시 공직선거법 그대로 둘 것인지, 변경할 것인지에 관하여 심사가 이루어질 수 있었다.

이 사건 수정안 중 석패율제·권역별 비례대표제 삭제 관련 조항들은 석패율제·권역별 비례대표제를 도입하기 위하여 이 사건 원안이 개정·신설한 조항들을 당시 공직선거법 그대로 두는 내용으로 수정한 것이다. 이는 실질적으로 이 사건 원안 중 일부인 석패율제·권역별 비례대표제에 대한 반대의 의사를 표시한 것인

데, 원안에 대한 위원회의 심사 절차에 찬반토론이 포함되어 있으므로, 이 사건 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 심사가 이루어질 수 있었다.

이 사건 수정안 부칙 제3조는 이 사건 원안 부칙 제3조가 정한 당헌 등의 제출 기간을 수정한 것으로, 위 제출 기간을 어떻게 정하는 것이 적절한지에 관하여 이 사건 원안에 대한 위원회 심사절차에서 심사가 이루어질 수 있었다.

이 사건 수정안 부칙 제4조는 이 사건 원안 제189조 제2항(준연동형 비례대표제)에 관하여 2020. 4. 15. 실시하는 비례대표 국회의원선거에 한하여 적용되는 특례를 정한 것이다. 이 사건 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 준연동형 비례대표제를 적용하는 범위에 관하여 심사가 이루어질 수 있었다.

앞서 살펴본 내용을 종합하여 보면, 이 사건 수정안은 이 사건 원안의 개정취지에 변화를 초래한 것이 아니고 이 사건 원안이 개정취지 달성을 위해 제시한 여러 입법수단 중 일부만 채택한 것에 불과한 것으로서, 이 사건 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 이 사건 수정안의 내용까지 심사할 수도 있었으므로, 이 사건 원안의 취지 및 내용과 직접 관련성이 인정된다. 따라서 이 사건 수정안 가결선포행위는 국회법 제95조 제5항 본문에 위배되지 않는다.

결국 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위는 국회법 제95조 제5항 본문에 위배되지 아니하므로, 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하지 않고, 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위는 무효로 볼 수 없다.

재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 청구인 국회의원들의 피청구인 국회의장의 이 사건 회기 수정안 가결선포행위 및 이 사건 수정안 가결선포행위에 대한 각 권한침해확인 청구에 관한 반대의견

1. 무제한토론은 국회 소수파가 특정 안건의 본회의 통과를 막기 위해 제한된 시간을 넘어 토론을 지속할 수 있게 하는 합법적 의사진행방해(filibuster) 수단의 하나이다. 그러나 무제한토론은 회기를 넘어서 지속될 수는 없으므로, 특정 안건에 대한 의사진행을 봉쇄하는 것이 아니라 최대한으로 잡아도 다음 회기까지 의결을 지연시키는 작용을 할 뿐이다. 또한, 무제한토론제도의 사용이 안건과 관련 없이 단순히 의사진행방해 목적으로 활용된다면 자칫 무책임한 정당으로 여론의 심판을 받을 수 있기 때문에 소수파로서는 무제한토론제도를 활용하는 것에 신중을 기하게 될 것이다. 따라서 이 제도가 갖는 의의는 국회의 의사를 일시적으로 지연하면서 소수파의 견해를 듣고, 다수파와 소수파가 합의를 통하여 법안을 처리할 수 있도록 동기를 부여하여 극단적인 대치 상황을 피하게 한다는 점에서 찾을 수 있다.

오늘날의 변화된 정치현실 속에서 권력분립원리는 의회 소수파에게 집권당 및 정부를 통제할 가능성을 보장할 것을 요청한다. 소수파의 보호가 가능할 수 있도록 의사형성과정에 영향력을 행사하는 소수파의 절차적 권리가 보장되어야 한다. 헌법은 이에 따라 국회소집 요구(제47조 제1항), 국정조사 요구(제61조), 정부의 출석과 답변 요구(제62조) 등의 기회를 국회 소수파에게 보장하고 있다. 무제한토론은 헌법에 규정된 제도는 아니지만 국회의 소수파가 합법적으로 의사진행을 지연할 수 있는 수단으로 도입된 이상, 국회 소수파 보호의 정신에 비추어 소수파의 무제한토

론권을 최대한 보장하는 방향으로 해석하여야 한다.

국회 소수파에게 의견 제시의 기회를 보장하여 의사의 진행을 지연할 수 있도록 기회를 부여하는 무제한토론의 취지를 고려할 때, 무제한토론은 특별한 사정이 없는 한 모든 의안에 대해서 인정되어야 한다. 만일 무제한토론을 배제하기 위해서는 명문의 규정 또는 무제한토론을 배제할 만한 합리적인 이유가 있어야 한다.

그런데 현행 국회법상으로는 ‘회기결정의 건’과 관련하여 무제한토론 또는 찬반토론을 배제하는 명문의 규정이 없고, 국회에서 ‘회기결정의 건’에 대해서 토론을 실시하지 아니하였던 관행이 존재한다고 볼 만한 자료도 없다.

‘회기결정의 건’은 성격상 해당 회기에만 적용되므로, ‘무제한토론을 실시한 해당 안건은 바로 다음 회기에 지체 없이 표결하여야 한다’는 국회법 제106조의2 제8항 제2문이 적용될 수 없다. 그러나 국회법 제106조의2 제8항은 제7항, 제9항과 연결하여 해석해야 하고, 그 취지는 무제한토론이 종결된 경우에는 그 의안에 대해서 더 이상 무제한토론으로 다투지 말고 표결을 하여 분쟁을 종결하자는 것이다. 해당 회기 중에 무제한토론이 종결된 경우에는 ‘회기결정의 건’에 대하여 지체 없이 표결을 해야 분쟁이 해결된다는 점은 일반적인 의안과 차이가 없고, 다만, 안건의 성격상 회기 종료로 분쟁이 자연적으로 해결되므로, 제106조의2 제8항 제2문이 적용될 여지가 없는 것뿐이다. 따라서 국회법 제106조의2 제8항 제2문이 적용될 수 없다고 하여 ‘회기결정의 건’이 무제한토론에 성격상 부적합하다고 볼 수 없다.

결국 ‘회기결정의 건’을 무제한토론에서 배제하는 조항 및 관행이 존재하지 아니하고, ‘회기결정의 건’의 성격도 무제한토론에 부적합하다고 볼 만한 것이 없는 이상, 이 사건 회기결정의 건에

대해서 청구인 국회의원들의 무제한토론 요구를 거부한 피청구인 국회의장의 행위는 국회법 제106조의2 제1항을 위반하였다고 할 것이다.

위와 같이 국회법을 위반한 피청구인 국회의장의 행위는 결국 ‘회기결정의 건’에 대해서 표결을 실시하여 가결을 선포한 피청구인 국회의장의 행위에 직접적으로 영향을 미친다. 따라서 이 사건 회기 수정안 가결선포행위는 국회법 제106조의2 제1항을 위반하여 청구인 국회의원들의 이 사건 회기 수정안에 관한 심의·표결권을 침해하였다.

2. 국회는 의안 심의에 관한 국회운영의 원리로 ‘위원회 중심주의’를 채택하고 있어 위원회의 심사는 법률 제정 등 국회의 의사결정에 있어서 무엇보다 중요한 과정이다. 그런데 본회의 심의 단계에서 수정안의 제출이 제한 없이 허용된다면, 소관 위원회의 심사와 법제사법위원회를 거쳐 본회의에 회부되는 국회법상의 입법심의 구조가 형해화되고, 졸속입법의 폐해를 불러 오게 되므로, 이러한 부작용을 막기 위하여, 국회법 제95조 제5항은 수정동의를 통해 발의되는 수정안의 범위를 제한하고 있다.

본회의에서 수정동의로 법률개정안의 수정안을 발의하는 것을 제한하는 국회법 제95조 제5항 소정의 ‘원안의 취지 및 내용과의 직접 관련성’의 의미를 해석하기 위해서는 문언 자체의 개념상 의미에 더하여 법률개정안의 구조적 본질 및 법률개정안 수정의 내재적 한계, 국회법 제95조 제5항의 입법과정과 입법취지, 국회법의 다른 조항과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 해석하여야 한다. ‘원안의 취지 및 내용과의 직접 관련성’은 원안과 수정안의 근본 목적이 동일하여야 한다는 ‘원안의 취지와 수정안 취지 사이의 직접 관련성’, 수정안의 내용인 개정법률 조항이 원

안이 법률개정을 통해 실현하고자 하는 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단이 되는 관계에 있어야 한다는 ‘원안의 취지와 수정안의 내용 사이의 직접 관련성’, 원안과 수정안의 각 개정법률 조항이 동일한 주제(主題)를 다루어야 한다는 ‘원안의 내용과 수정안의 내용 사이의 직접 관련성’으로 나누어 볼 수 있다. 국회법 제95조 제5항 소정의 수정안은 위 3가지의 직접 관련성을 모두 갖추어야 할 것이고, 만일 그 중 단 하나의 직접 관련성이라도 흠결할 경우에는 수정동의를 통해 발의할 수 있는 적법한 수정안이 될 수 없다.

본회의에서 심의 중인 이 사건 원안이 공직선거법 일부개정법률안에 해당하므로 ‘원안의 취지와 수정안의 내용 사이의 직접 관련성’은 ‘이 사건 원안이 공직선거법 개정을 통해 실현하고자 하는 근본 목적과 이 사건 수정안의 개정법률 조항이 직접 관련이 있어야 한다.’는 것이고, 이것은 이 사건 수정안의 내용인 개정법률 조항이 이 사건 원안에서 공직선거법 개정을 통해 실현하고자 하는 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단이 되는 관계에 있어야 함을 의미한다.

이 사건 원안이 실현하고자 한 근본 목적 중의 하나는 ‘국회의원 정수를 유지하면서도 비례대표비율을 높여 비례대표국회의원의 의석수를 증가시킴으로써 투표에서의 사표를 줄이고 이를 통해 선거제도의 국민대표성을 제고하는 것’에 있다. 그런데, 이 사건 수정안의 내용인 개정법률조항은 이 사건 원안이 국회의원 정수 300명의 구성을 지역구 225명, 비례대표 75명으로 정하여 비례대표국회의원의 의석수를 증가시켰던 것을 구 공직선거법과 같이 지역구 253명, 비례대표 47명의 구성으로 되돌려 놓았는데, 이것은 비례대표제 확대를 통한 국민대표성의 제고라는 이

사건 원안의 근본 목적의 실현과 반대되는 방향으로 작성된 것으로서 이 사건 원안의 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단이 될 수 없다. 따라서 이 부분에 있어서 이 사건 원안의 취지와 이 사건 수정안의 내용 사이의 직접 관련성은 인정되지 않는다.

이 사건 원안의 근본 목적 중의 또 다른 하나는 ‘지역구 선거에서 근소한 차이로 낙선한 후보자를 비례대표제를 통해서 구제하면서 이를 권역별 비례대표제와 연결하여 지역주의 정당체제를 완화하는 것’이었는데, 이 사건 수정안의 내용에서 석패율제와 권역별 비례대표제를 완전히 삭제한 것은 이 사건 원안의 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단을 전부 소멸시킨 것으로서 그 근본 목적의 실현에 역행하는 것이다. 따라서 이 부분에 있어서도 이 사건 원안의 취지와 이 사건 수정안의 내용 사이의 직접 관련성은 인정되지 않는다.

결국 이 사건 수정안은 본회의 심의단계에서 수정동의를 통해 발의될 수 있는 적법한 수정안으로서 갖추어야 할 국회법 제95조 제5항 본문의 요건을 구비하지 못하였으므로, 이 사건 수정안을 이 사건 원안과 함께 본회의에 상정한 피청구인 국회의장의 행위는 국회법 제95조 제5항을 위반하였다고 할 것이다.

위와 같이 이 사건 수정안은 국회법 제95조 제5항 소정의 수정안으로서의 요건을 갖추지 못하여 이 사건 원안과 함께 본회의에 상정할 것이 아니라 별도의 안건으로서 위원회에 회부되어 심사되었어야 했는데(국회법 제81조 제1항), 피청구인 국회의장은 이러한 절차를 거치지 않고 부적법하게 본회의에 상정된 이 사건 수정안에 대하여 토론을 거치고, 표결을 실시하여 가결을 선포한 것이므로, 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위는 국회법 제95조 제5항을 위반하여 청구인 국회의원들의 이 사건

수정안에 관한 심의·표결권을 침해한 것이다.

재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 이 사건 회기 수정안 가결선포행위 및 이 사건 수정안 가결선포행위에 관한 각 무효확인 청구에 대한 별개의견

권한쟁의심판에서 청구인의 권한이 침해되었다고 확인될 경우, 헌법재판소법 제66조 제2항에서 그 원인이 되는 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 것인지 여부에 대하여 헌법재판소에 재량을 부여한 취지는, 권한쟁의심판이 헌법적 권한질서의 객관적 확인이라는 객관적 쟁송의 성격과 침해된 청구인의 권한을 구제하는 주관적 쟁송의 성격을 동시에 지니고 있음을 반영하여, 헌법재판소로 하여금 권한쟁의심판제도의 기초가 되는 권력분립원리의 실질적 실현에 가장 적합한 결정을 하도록 하기 위함이라고 할 것이다. 따라서 권한쟁의심판에서 피청구인의 처분으로 인하여 청구인의 권한이 침해된 것으로 확인하는 경우 그러한 처분의 무효를 확인할 것인지 여부는, 권한 침해 사유의 헌법적 중대성, 침해된 청구인의 권한과 그 원인이 된 피청구인의 처분이 헌법적 권한질서 내에서 가지는 의미, 권한쟁의심판의 결정을 통하여 달성될 수 있는 헌법적 권한질서 회복의 이익 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

이 사건 회기 수정안 가결선포행위로 인하여 청구인 국회의원들의 권한이 침해된 사유는 국회법 제106조의2 제1항을 위반하였을 뿐이므로 헌법적으로 중대하다고 보기는 어렵다. 침해된 권한은 본회의에서 구체적으로 법률안 등 의안의 내용을 심사하거나 그에 대해서 표결하는 권한은 아니며, 피청구인의 이 사건 회기 수정안 가결선포행위로 회기가 정해졌다고 하더라도 합의를

통한 의결로 회기를 연장하여 분쟁을 자율적으로 해결할 가능성이 있다. 또한 이 사건의 경우 권한쟁의심판을 통하여 청구인 국회의원들의 침해된 권한이 회복될 가능성이 없고, 오히려 이 사건 회기 수정안 가결선포행위에 대하여 그 무효를 확인할 경우에는 법적 안정성이 크게 훼손될 것이다. 그렇다면, 권한침해 확인 결정만으로도 피청구인 국회의장의 행위의 위헌성을 해명하고 유사한 행위의 반복을 억제하는 데에는 충분하다고 할 것이므로, 이 사건 회기 수정안 가결선포행위에 대해서는 그 무효를 확인하지 않는 것이 타당하다.

이 사건 수정안 가결선포행위로 인하여 청구인 국회의원들의 권한이 침해된 사유는 국회법 제95조 제5항을 위반하였다는 것인바, 위원회 중심주의는 헌법상 원칙으로 볼 수는 없고, 본회의에서 제출된 수정안이 원안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있는지에 대해서는 원안의 취지 및 내용과 수정안의 취지 및 내용, 수정의 효과 등을 상호 비교하여야 비로소 알 수 있으므로, 이러한 위반이 헌법적으로 중대하다고 보기는 어렵다. 또한, 문제된 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 본회의 상정행위는 절차적인 의미만을 가질 뿐, 그 실체를 결정하는 의미를 갖는 것은 아니고, 이 사건 수정안이 이 사건 원안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있는지 여부에 대한 국회의장의 판단이 잘못되었는지 여부는 본회의 토론과 표결과정에서 검토되어야 할 부분인데, 실제 이 사건 수정안에 관한 무제한토론과 표결을 거쳤으므로, 권력분립원리상 국회의 정치적 자율을 존중하여 피청구인 국회의장의 행위의 효력을 직접 판단하는 사법적 개입을 자제하여야 할 영역에 속한다. 한편, 이 사건 수정안 가결선포행위로 효력이 발생한 개정 공직선거법에 따라 이미 국회의원이 선출되어 제21대 국회

의 개원을 앞두고 있다. 이러한 사정을 모두 고려할 때, 권한침해 확인 결정만으로도 피청구인 국회의장의 행위의 위헌성을 해명하고 유사한 행위의 반복을 억제하는 데에는 충분하다고 할 것이므로, 이 사건 수정안 가결선포행위에 대해서는 그 무효를 확인하지 않는 것이 타당하다.

재판관 이선애의 이 사건 회기 수정안 가결선포행위 및 이 사건 수정안 가결선포행위에 관한 각 무효확인청구에 대한 별개의견

헌법재판소법 제66조 제2항이 권한침해의 원인이 된 처분을 취소하거나 그 무효를 확인하는 것을 헌법재판소의 재량으로 하도록 정한 것은 ‘국가기관 상호간’, ‘국가기관과 지방자치단체간’, ‘지방자치단체 상호간’의 3가지 서로 다른 성격의 권한쟁의 심판의 본질과 기능에 상응하여 결정주문이 달라져야 함을 고려할 것을 요청하고 있는 것으로 해석된다. 이러한 취지를 고려할 때 국회의 입법관련 행위를 대상으로 한 국가기관 상호간의 권한쟁의심판에 있어서, 헌법재판소는 심판대상 행위의 위헌·위법 여부 및 권한의 침해여부를 확인하는 것에 그쳐야 하고 이를 넘어 입법관련 행위에 대한 취소 내지 그 무효 확인과 같은 형성적 결정을 내리는 것은 자제해야 한다. 국회는 스스로 다양한 절차와 방법을 통하여 합헌적 상태를 회복할 수 있는 광범위한 정치적 형성권을 가지고 있고, 국회의 정치적 형성권의 행사로서 회복된 합헌적 상태는 다양한 모습일 수 있기 때문에 국가기관 스스로 권한침해확인 결정에 따라 합헌적인 상태를 구현하도록 함으로써 손상된 헌법상의 권한질서는 회복될 수 있다고 보기 때문이다.

이 사건 회기 수정안 가결선포행위는 법률안에 직접 관련된 것은 아니나, 법률안 심의·표결을 위한 전제로서 본회의가 열릴 수

있는 회기를 결정한다는 의미가 있으므로, 청구인 국회의원들의 법률안 심의·표결권 행사에 영향을 주는 넓게 볼 경우 ‘입법관련 행위’에 해당하고, 이 사건 수정안 가결선포행위는 입법행위에 해당하므로 헌법재판소는 이에 대한 위법 여부 및 권한의 침해여부를 확인하는 것을 넘어서 그 무효 확인과 같은 형성적 결정을 내리는 것은 자제해야 한다. 따라서 이 사건 회기 수정안 가결선포행위와 이 사건 수정안 가결선포행위에 대한 무효확인 청구는 이유 없어 기각하여야 한다.

【해 설】

1. 들어가며

이 사건은 소위 정치개혁의 일환으로 선거제도를 개편하기 위한 ‘공직선거법 개정안’과 관련하여, 신속처리대상안건 지정 등 일련의 입법과정에서 마지막에 해당하는 이 사건 수정안을 본회의 수정동의로 상정한 것이 국회법 제95조 제5항에 위배되는지와 그와 관련이 있는 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론 배제여부가 문제된 사건이다.

이 사건에서는 최종적인 행위인 국회의장의 이 사건 회기수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하는지 여부와 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하는지 여부가 심판대상이었지만, 가결선포행위 전에 있었던 위법성이 국회의장의 최종적인 행위인 가결선포행위의 위법사유를 구성하는 것으로 보아 가장 중요한 쟁점 이외에도 절차진행 과정에서 여러 부분 위법성에 관한 주장에 대해서도 간략하게 판단한 바 있다. 또한 절차법적으로 정당의 권한쟁의심판 청구인능력과 관련하여서도 판단되었고, 국

회의 부분기관인 국회의원이 국회를 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부에 대해서도 판단된 바 있다. 뿐만 아니라, 이 사건 회기 수정안 가결선포행위 및 이 사건 수정안 가결선포행위에 관한 각 무효확인청구에 대해서는 권한쟁의 심판의 의미와 무효확인의 필요성과 관련한 여러 재판관들의 별개의견도 설시되었다.

그 중에서도 쟁점이 된 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론 배제 여부와 관련하여서는 국회의 자율성과 국회 내 소수자 보호에 관한 견해가 충돌하였고, ‘본회의에서의 수정동의의 범위’와 관련하여서는 위원회 중심주의의 예외를 허용하는 ‘본회의에서의 수정동의’를 다시 제한하는 법률조항을 어떻게 해석하여야 하는지 견해가 대립하였다.

본 해설에서는 지면 관계상, 쟁점이 된 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론 배제 여부와 ‘본회의에서의 수정동의의 범위’에 대해서 판단의 배경과 결정 이유를 간단히 살펴보기로 한다.

2. 피청구인 국회의장의 이 사건 회기수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하는지 여부 가. 무제한토론 일반론

(1) 입법연혁 및 입법취지

제헌국회의 국회법은 “의원의 질의, 토론, 기타 발언에 대하여 국회의 결의가 있는 때 외에는 시간을 제한할 수 없다.”라는 규정을 두어 무제한토론을 허용하였다. 그러나 1973. 2. 7. 법률 제2496호로 전부개정된 국회법 제97조에 발언시간 제한 제도를 도입하면서 무제한토론은 불가능해졌다. 그렇지만 입법과정에서 국회 다수파와 소수파가 잦은 물리적 충돌에 대한 반성으로, 2012. 5. 25. 법률 제11453호로 개정된 국회법 제106조의2에

서는 소수파에게 자신들의 의견을 충분히 개진할 수 있는 기회를 보장하여 궁극적으로 정파 간의 타협을 촉진함으로써 물리적 충돌을 방지하고 합의를 통하여 안건을 처리하고자 본회의의 무제한토론제도를 다시 도입하였다.

(2) 의의 및 내용

(가) 무제한토론은 본회의에 부의된 안건에 대하여 재적의원 3분의 1 이상의 요구에 의하여 안건마다 1인 1회에 한하여 의원이 시간의 제한을 받지 않고 토론을 할 수 있는 제도이다(국회법 제106조의2 제1항, 제3항). 의장은 무제한토론을 할 의원이 없거나 재적의원 5분의 3 이상의 찬성으로 의결된 경우, 해당 회기가 끝나는 경우에만 이를 종결할 수 있다(국회법 제106조의2 제6항 내지 제8항). 이는 특정 안건의 본회의 통과를 막기 위해 제한된 시간을 넘어 토론을 지속할 수 있게 하는 합법적 의사진행방해(filibuster)제도로 활용될 수 있다.

무제한토론을 실시하는 본회의는 1일 1차 회의 원칙에도 불구하고 산회 없이 회의를 계속할 수 있고, 국회법 제73조가 적용되지 아니하므로 회의 중 재적의원 5분의 1 이상이 출석하지 아니한 때에도 회의를 계속할 수 있다(국회법 제106조의2 제4항). 무제한토론이 종결된 경우에는 해당 안건은 지체 없이 표결하여야 한다(국회법 제106조의2 제7항). 무제한토론을 실시하는 중에 해당 회기가 종료되는 때에는 해당 안건은 바로 다음 회기에서 지체 없이 표결하여야 한다(국회법 제106조의2 제8항). 즉 무제한토론은 무기한 지속되는 것은 아니고 다음 회기¹⁾까지 의결을

1) 정기회의 회기는 100일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다(국회법 제5조의2 제2항 제2호).

지연시키는 작용을 할 뿐이다.

(나) 본회의 단계에서 소수의 참여를 보장하는 무제한토론제도는 그것이 실제로 실행되었을 때의 효과보다 그 실행가능성으로 인해 각 정당들에게 합의를 강제하는 효과가 더 큰 제도라고 할 수 있다. 무제한토론제도의 사용이 안전과 관련 없이 단순히 의사진행방해 목적으로 활용된다면 자칫 아집과 독선에 빠진 무책임한 정당으로 낙인찍힐 수 있기 때문에 소수당의 입장에서는 무제한토론제도를 활용하는 것에 신중을 기하게 될 것이며, 거의 매월 월 단위로 임시회가 개최되고 폐회되는 회기 규정 또한 무제한토론의 남발을 억제하는 요인으로 작용하기 때문이다. 결국 이 제도는 극단적인 대처 상황을 피하고 다수당과 소수당이 합의할 수 있는 계기를 마련한다는 점에서 의미를 갖는다.

(다) 위와 같은 필리버스터(의사진행방해)로서 무제한토론의 기능보다는 쟁점법안에 대해서 진정한 찬반토론으로서 기능할 수 있다는 견해도 주장된다. 이 견해는 미국 연방상원의 필리버스터가 의사진행방해에만 중점을 둔 것과 달리²⁾ 국회법의 무제한토론은 의회 소수파의 권리를 보호하면서도 다수파에 의한 법안처리를 보장하기 위하여, 쟁점이 되는 사안에 대한 무제한토론이 가능하지만 궁극적으로 무산되지는 않도록 정교하게 설계된 제도로서, 오히려 의제 외 발언이 금지되어 있는 등, 진정한 토론을 위한 제도로 활용될 수 있다고 본다.³⁾

2) 미국 연방상원의 경우 필리버스터는 의원 1인의 신청으로 이루어지며, 토론종결 규정(Clature rule)에 따라 '상원의원 재적 5분의3의 찬성'을 요구한다(상원 의사규칙 제22조). 또한 필리버스터가 시도될만한 사안은 상원에서 우호적인 60표가 모아지기 전까지 논의 자체를 아예 진행하지 않는 이른바 '보류(hold)'의 관행이 있어, 1명의 상원의원의 반대만으로도 상원에서 의안이 심의되는 것을 방지할 수 있다. 그리고 의제 외의 발언이 허용된다.

3) 노동일, 미국 상원의 필리버스터 규칙과 우리 국회법상 무제한토론 제도의 비교, 법학연구 제51집, 전북대학교 법학연구소, 2017. 2. 14-16쪽 및 21쪽 참조.

(라) 국회법에 다시 들어온 무제한토론은 이 사건 진행 당시까지는 테러방지법과 관련하여 2016. 2. 23.부터 2016. 3. 2.까지, 공직선거법(이 사건 관련)과 관련하여 2019. 12. 23.부터 2019. 12. 26. 0시까지, ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’과 관련하여 2019. 12. 27.부터 2019. 12. 29. 0시까지 세 차례 실시되었다. 그 중 테러방지법과 관련된 무제한토론에서는 반대의견만이 토론되었으나, 최근 두 건의 경우 반대의원과 찬성의원이 교대로 무제한토론에 참여하였다.⁴⁾ 그러나 실제 법률안 가결을 저지하지는 못하였다.

(3) 무제한토론의 배제 가능성

(가) 국회법 제106조의2에서 무제한토론을 명시적으로 배제하는 사안을 규정하고 있는지 여부

1) 제106조의2 제1항과 제2항은 무제한토론의 실시 요건에 대해서 규정하고 있다. 즉, 재적의원 3분의 1 이상이 서명한 요구서를(제1항), 그 안건이 의사일정에 기재된 본회의가 개의되기 전에 제출하여야 한다(제2항). 제1항에서 ‘이 법의 다른 규정에도 불구하고 시간의 제한을 받지 아니하는 토론을 하려는 경우에는’ 이라고 규정하고 있는데, 이를 ① 특별히 무제한토론을 배제하는 규정이 없는 한 ‘회기결정의 건’을 포함하여 모든 안건에 대해서 무제한토론이 가능하다고 해석하는 견해가 있을 수 있다. 이와 반대로 ② ‘이 법의 다른 규정에도 불구하고’는 ‘시간의 제한을

4) 2020. 12. 9.부터 2020. 12. 10. 0시까지 공수처법 개정안과 관련하여, 2020. 12. 10.부터 2020. 12. 13. 20:10까지 국정원법 개정안과 관련하여, 2020. 12. 13.부터 2020. 12. 14. 21:36까지 남북교류협력법 개정안과 관련하여 무제한토론이 추가로 실시되었다. 그 중 국정원법 개정안과 남북교류협력법 개정안에 관한 무제한토론에서는 반대의원과 찬성의원이 교대로 무제한토론에 참여하였고, 종결동의서가 제출되어 표결로 무제한 토론이 종결되었다.

받지 아니하려는 토론'을 수식한다고 보아, 제1항은 단순히 무제한토론이 가능함을 의미할 뿐, 무제한토론의 범위를 제한할 가능성을 배제한다고 볼 수는 없다는 해석도 가능하다.

2) 제106조의2 제10항은 예산안과 세입예산안 부수 법률안에 대해서는 12월 1일까지만 무제한토론이 가능하도록 규정하고 있다.

① 이 조항이 무제한토론의 대상을 제한하는 예외를 규정하고 있다고 해석하는 견해와 ② 무제한토론 대상의 예외가 아니라 무제한토론 기간의 예외를 인정하는 조항이라고 보는 견해로 그 해석이 나뉠 수 있다.

제106조의2 제10항은 '예산안과 세입예산안 부수 법률안'에 대해서 12월 1일 24시 전까지는 무제한토론을 허용한다는 점에서 무제한토론의 '기간'뿐만 아니라 대상을 동시에 제한하는 조항이라고 해석함이 상당하다.

3) 다만, 무제한토론을 규정하고 있는 제106조의2를 포함한 국회법 규정에서 제10항을 제외하고 무제한토론을 제한하는 대상이나 시적 범위에 대해서 규정하고 있지 아니하다.

(나) 국회법상 토론을 하지 않는 경우

1) 국회법상 '토론을 하지 않는다'고 규정된 경우에는 무제한토론도 배제된다고 보아야 한다. 무제한토론도 토론의 일종이므로, 토론을 배제하는 안전에 대해서는 그 취지가 같이 적용될 수밖에 없기 때문이다.

2) 국회법에서는 ① 회의의 비공개에 관한 제의나 동의는 토론을 할 수 없는데(국회법 제75조 제2항), 이는 토론을 함으로써 의사내용이 언급되어 회의를 비공개로 진행하는 의의가 상실될 수 있기 때문이다.⁵⁾ ② 의사일정변경 동의에 대해서도 토론이 배

제된다(국회법 제77조). 이는 토론을 하는 경우 의제로 하려는 안건의 내용이 언급될 우려가 있는 등 회의의 능률성이 저하될 수 있기 때문이다.⁶⁾ ③ 무제한토론의 종결동의에 대해서는 토론을 하지 아니하고 표결한다(국회법 제106조의2 제6항). ④ 질의 또는 토론의 종결동의는 이에 대해서 토론을 하게 되면 다시 의제의 토론에 들어가는 결과를 초래하기 때문에 토론없이 표결한다(국회법 제108조 제3항).⁷⁾ ⑤ 회의록에 기재한 사항과 회의록의 정정에 관하여 이의를 신청한 때에도 토론을 하지 아니하고 본회의의 의결로 이를 결정한다(국회법 제117조 제4항). 또한 ⑥ 의원 사직 허가 여부는 토론을 하지 아니하고 표결한다(국회법 제135조 제3항).⁸⁾

(다) 국회의 관행상 토론을 하지 않는 경우

인사에 관한 안건의 경우는 토론 없이 표결에 임한다는 관례가 형성되었다고 보는 견해도 있다. 2013. 11. 28. 국회에서 국회의장이 직권으로 상정한 황찬현 감사원장에 대한 임명동의안에 대해서 당시 야당인 민주당 의원들이 무제한토론을 요구하였으나, 국회의장은 ‘인사 관련 안건에 대해서는 토론을 허용하지 않는 것이 국회의 오랜 관례’라는 이유로 이를 거부하였다.⁹⁾¹⁰⁾ 이

5) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 348쪽.

6) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 358쪽.

7) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 509쪽.

8) 의원은 그 사직 이유를 설명하기 위하여 본회의에서 진술할 수 있다(국회사무처, 국회법해설, 2016, 617쪽).

9) 제320회 국회 제15차(2013. 11. 28) 회의록, 2-4쪽 참조.

10) 민주당은 당시 “국회법 제106조의2는 본회의에 부의된 안건에 대해 이 법의 다른 규정에도 불구하고 재적의원 3분의 1 이상이 요구하는 경우 무제한 토론을 실시해야 한다고 규정하고 있다”며 “이는 본회의에 부의된 안건은 어떤 안건이라도 무제한 토론이 가능하다는 것을 말한다. 강 의장은 이 조항을 위반했다”고 지적했다. 민주당은 또한 “1998년 3월과 8월 2번에 걸친 김종필 국무총리 임명동

후 2016. 9. 23. 새누리당 의원들이 김재수 농림축산식품부 장관의 해임건의안 표결을 막기 위하여 무제한토론 가능성을 고려했으나 실패하였고¹¹⁾, 2016. 12. 9. 국회의장이 대통령(박근혜) 탄핵소추안과 관련하여 무제한토론을 허용하지 않을 것을 언론에 발표하였다.¹²⁾ 위 견해는 이러한 점에 비추어 인사에 관한 안건의 경우에는 국회에서 무제한토론의 대상이 되지 않는다는 관행이 성립되었다고 평가한다.¹³⁾¹⁴⁾ 2019. 12. 10. 제371회 국회(정기회)에서 국가인권위원회 위원 선출안에 관하여 청구인 국회의원들이 무제한토론을 요구하였으나, 피청구인 국회의장이 국회관행을 이유로 무제한토론 요구를 거부하였다. 그 밖에 관례상 토론을 하지 않는 안건으로는 보류동의, 회의중지 또는 산회의동의 등이 있다.¹⁵⁾

의안과 같은 해 6월 한승헌 감사원장의 임명동의안 표결에 앞서 여야의 5분 자유발언과 의사진행발언 등을 보장했다”며 강 의장이 관례라고 말한 것은 거짓이라고 주장하였다. 하지만 강 의장의 황 감사원장 임명동의안 상정 당시 무제한토론 거부가 관례를 깬 것이 아니라 주장도 제기되었다. 1998년 당시 국회의장이 여야에 5분 자유발언과 의사진행발언 기회를 부여하긴 하였지만, 엄밀히 따지면 자유발언과 의사진행발언은 안건에 관한 토론에 해당하지 않으므로 무제한토론을 허용하지 않은 것과 직접 비교해서는 안 된다는 것이다. [‘감사원장 임명동의안 본회의의 통과’ 2013. 11. 28.자 세계일보; ‘민주당·강창희, 임명동의안 토론 선례 유무 공방’, 2013. 11. 29.자 뉴시스 기사(노동일, 미국 상원의 필리버스터 규칙과 우리 국회법상 무제한토론 제도의 비교, 법학연구 제51집, 전북대학교 법학연구소, 2017. 2., 19-20쪽에서 재인용)]

- 11) “김재수 해임안 표결 막아라”...새누리, 필리버스터까지 검토, 2016. 9. 23. 자 서울신문(노동일, 미국 상원의 필리버스터 규칙과 우리 국회법상 무제한토론 제도의 비교, 법학연구 제51집, 전북대학교 법학연구소, 2017. 2., 20쪽에서 재인용).
- 12) 정 의장 “탄핵 지연 필리버스터 허용 안할 것”, 2016. 12. 9.자 뉴시스 기사(노동일, 미국 상원의 필리버스터 규칙과 우리 국회법상 무제한토론 제도의 비교, 법학연구 제51집, 전북대학교 법학연구소, 2017. 2., 20쪽에서 재인용).
- 13) 노동일, 미국 상원의 필리버스터 규칙과 우리 국회법상 무제한토론 제도의 비교, 법학연구 제51집, 전북대학교 법학연구소, 2017. 2., 19-20쪽 참조.
- 14) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 450쪽도 인사에 관한 안건은 관례에 따라 토론을 하지 아니하는 것으로 보고 있다.
- 15) 국회사무처, 국회법해설, 2016, 450쪽.

(라) 소결

이처럼 명문의 규정, 성질상 무제한토론이 배제되는 경우나 국회의 자율성을 인정하여 국회의 관행에 따라 토론이 배제되는 경우에는 무제한토론이 배제될 수 있다.

(4) 무제한토론에 관한 각국의 관행

(가) 미국

미국 연방헌법은 물론, 양원의 의사규칙 어디에도 무제한 토론, 즉 필리버스터를 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 초기 미국의회에서는 상원은 물론 하원에서도 필리버스터가 가능하였으나, 1842년 하원 의사규칙 제17조 제2항, 제18조 제5항에서 토론시간에 대한 제한을 두어¹⁶⁾ 현재는 상원에서는 불분법상 필리버스터가 인정된다.

미국 상원의 필리버스터는 원칙적으로 본회의에 상정될 수 있는 모든 의안에 대하여 가능하나,¹⁷⁾ 예외적으로 법률 자체에서 토론의 제한을 명시한 경우에는 허용되지 아니한다. 대표적으로 1974년 예산법(the 1974 Budget Act)의 경우, 예산에 대한 합동결의안의 수정과 관련된 토론은 2시간 이내로, 양원협의회 보고서 토론은 10시간 이내로 마치도록 규정하고 있다.

미국 상원의원의 필리버스터를 중단하기 위한 가장 실효적인 수단은 의사규칙 제22조 제2항에 따른 토론종결(cloture) 제도이다. 토론종결은 16인 이상의 의원이 서명하여 상원에 요청(motion)함으로써 발의한다. 이때 상원은 발의가 있는 날로부터

16) 하원의사규칙 제17조 제2항 본회의 일반토론 시간을 1시간으로 제한하고 있으며, 제18조 제5항에 따라 전원위원회 수정 시 5분 규칙을 두고 있다.

17) 김준석, 필리버스터의 제도화 과정과 논란: 미국 상원의 사례를 중심으로, 『OUGHTOPIA』 Vol. 25 No. 1, 2010, 162쪽.

2일 후 개의하고, 의장은 개의 1시간 후에 토론종결을 위한 찬반투표를 상정한다. 정당하게 선출되고 선서한 상원의원 5분의 3 이상이 찬성하면 토론종결 대상이 되며, 상원은 이 안건을 우선적으로 처리한다. 다만 상원의 의사규칙을 개정하기 위한 안건은 재적의원 3분의 2 이상의 동의가 필요하다.

(나) 영국

영국 하원 의사규칙(Standing Orders of the House of Commons)에는 의원의 발언 시간이나 토론 시간제한에 관한 내용이 구체적으로 규정되어 있지 않기 때문에 미국과 마찬가지로 불문법에 의하여 무제한토론이 가능하다.

영국 하원의 무제한토론에 관하여는 그 안건에 성격에 따른 제한은 없고, 발언의 내용만이 제한되는데, 이는 영국 하원의사규칙 제42조에서 의원이 발언 시 의제와 무관한 발언을 하는 것을 인정하지 않고, 의제 이외의 발언을 할 경우 의장이 발언정지를 명령할 수 있기 때문이다.

영국 하원에서는 의회가 논의해야 할 법안이나 안건이 불필요한 무제한토론으로 방해를 받는 경우, 의원 100인의 찬성을 얻어 해당 무제한토론을 중단시키는 ‘토론종결’을 제안(Closure Motion)할 수 있다(하원 의사규칙 제36조, 제37조). 또한 정부 입법의 경우, 시간제한 안건(Allocation of Time Motions) 및 계획안(Programme Motion)의 제안을 통해 의원의 발언 시간을 제한할 수도 있다.

(다) 캐나다

캐나다의 경우도 연방 상하원의 규칙에서 무제한토론 제도를

규정하고 있지는 않지만, 무제한토론의 가능성이 배제되는 것은 아니다. 그러나 하원 의사규칙 제43조는 수상 및 야당 당수(또는 정부안건을 발의한 각료 및 이 각료에 대해 즉각 응답을 하는 의원)를 제외하면, 20분을 초과하여 발언할 수 없다고 규정하고 있고, 제44조는 원칙적으로 같은 안건에 관하여 2회 이상 발언할 수 없다고 규정하고 있다. 그렇다고 하더라도 총 발언시간의 제한은 없으므로, 의원들이 발언을 이어가는 릴레이식 합법적 의사 진행방해(필리버스터)는 가능하다.

캐나다의 필리버스터의 종료방법은 의사규칙 제57조에서 규정하고 있는 토론종결(Closure)과 법률안에 대해서 적용되는 시간 할당규칙(Time Allocation Rule)을 통해 입법을 위한 단계의 시간을 지정하는 방법이 있다.

캐나다의 필리버스터는 별도의 규정이 없으므로, 의사규칙 제67조에 규정된 토론할 수 있는 안건이라면 필리버스터가 가능하다. 하원 의사규칙 해설서에 따르면, 하원 또는 위원회의 절차 또는 의정활동에 관한 안건, 하원 의사일정 변경, 회의 시간 또는 회의일의 변경, 의사규칙 변경, 의사규칙 적용중지, 위원회 보고서에 대한 동의, 특별위원회 설치, 위원회의 위원 변경 등도 토론할 수 있는 안건에 해당된다고 한다. 그러나 산회, 의사일정 진행 요청, 다음 안건 진행, 토론 중단, 토론 연기, 발언기회 부여, 회의시간 연장의 건 등에는 토론을 하지 않고 결정한다.

나. 피청구인 국회의장이 ‘회기결정의 건’과 관련하여 무제한토론을 거부한 행위의 국회법 제106조의2 제1항 위반 여부
(1) 국회법 제7조 제1항은 “국회의 회기는 의결로 정하되, 의결로 연장할 수 있다.”라고 하여 국회의 회기는 의결사항으로 정하

고 있다. 이는 회기결정은 본회의의 안건이 된다는 것이다. 안건을 심의할 때는 질의·토론을 거쳐 표결하는 것이 원칙이다(국회법 제93조). 그런데 무제한토론에 대해서 규정하고 있는 국회법 제106조의2는 ‘회기결정의 건’과 관련하여 무제한토론을 배제하는 조항을 규정하고 있지 아니하다. 또한, 앞서 본 바와 같이 회기를 의결로 정하도록 한 국회법 제7조도 이에 대해서 토론을 생략하고 표결을 하도록 규정하고 있지 아니하다. 또한, 이 사건 ‘회기결정의 건’과 관련하여 국회의장은 찬반토론을 허용하였다. 그러한 점에서 ‘회기결정의 건’에 대해서 토론을 하지 아니한다는 국회의 관행도 있다고 할 수 없다.¹⁸⁾

결국 ‘회기결정의 건’이 성질상 ‘무제한토론’이 배제되는 경우에 해당하는지 문제된다.

(2) ‘회기결정의 건’의 성질상 무제한토론에 부적합하다는 견해 - 법정 의견

이 견해는 먼저 국회의장의 의사진행에 관한 폭넓은 재량권은 국회의 자율권의 일종이므로, 다른 국가기관은 헌법이나 법률에 명백히 위배되지 않는 한 국회의장의 의사절차 진행 행위를 존중하여야 한다는 점을 전제로 한다.

그러면서 무제한토론의 입법취지는 ‘소수 의견이 개진될 수 있는 기회’를 보장하면서도, 의사절차가 지나치게 지연되거나 안건에 대한 처리 자체가 불가능하게 되는 것을 방지하여 ‘안건에 대한 효율적인 심의’가 이루어지도록 하는 것으로, 무제한토론을 할 수 있는 의안은 ‘소수 의견이 개진될 수 있는 기회의 보장’과

18) 국회는 이 사건의 경우와 2019. 12. 27. 제373회국회(임시회)의 ‘회기결정의 건’에 대해서 무제한토론 요구서가 제출되었으나 피청구인 국회의장이 무제한토론이 적합하지 않다는 이유로 무제한토론 요구를 거부한 바 있다.

‘안전에 대한 효율적인 심의’가 가능한 사안이어야 한다고 본다.

그런데 회기는 국회법 제7조에 따라 집회 후 즉시 의결로 국회의 회기를 정하여야 한다. ‘회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 실시되는 경우, 무제한토론을 할 의원이 더 이상 없거나 무제한토론의 종결동의가 가결되지 않으면, 국회가 해당 회기를 정하지 못하게 되고, 이미 헌법 제47조 제2항에 의하여 종료된 해당 회기를 국회법 제106조의2 제8항에 따라 바로 다음 회기에서 지체 없이 표결할 여지가 없어져서, 무제한토론이 ‘회기결정의 건’의 처리 자체를 봉쇄하는 결과가 초래된다. 이러한 결과는 당초 특정 안전에 대한 처리를 지연시키는 수단으로 도입된 무제한토론제도의 취지에 반할 뿐만 아니라, 국회법 제7조에도 정면으로 위반된다는 것이다. 또한 이러한 결과는 국회법 제106조의2 제8항에도 위반된다고 본다.

또한, 국회가 집회할 때마다 ‘해당 회기결정의 건’에 대하여 무제한토론이 개시되어 헌법 제47조 제2항에 따라 폐회될 때까지 무제한토론이 실시되면, 국회는 다른 안전은 전혀 심의·표결할 수 없게 되므로, 의정활동이 사실상 마비된다. 이와 같은 결과를 피하기 위해서는 국회가 매 회기에 회기를 정하는 것을 포기할 수밖에 없다. 회기를 정하지 못한 채 국회가 비정상적으로 운영 되도록 하는 것이 의회정치의 정상화를 도모하고자 도입된 무제한토론제도가 의도한 바라고 볼 수 없다는 것이다. 또한 이러한 의정활동의 마비를 막기위해서 국회가 매 회기에 회기를 정하는 것을 포기하고 쟁점 안전을 먼저 상정하더라도, 정기회의 경우 100일, 임시회의 경우 30일이 넘는 기간 동안 단 한 건의 안전만을 처리할 수 있는데, 이는 국민의 안전이나 경제정책과 관련된 주요 법안 등 국가적으로 반드시 긴급하게 처리해야 하는 안

건의 처리가 지연되면 국회가 국민의 대의기관으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하게 한다는 것이다.

결국, 이 견해는 ‘회기결정의 건’은 그 본질상 국회법 제106조의2에 따른 무제한토론의 대상이 되지 않는다고 보아, 피청구인 국회의장이 ‘회기결정의 건’과 관련하여 무제한토론을 거부한 행위가 국회법 제106조의2 제1항 위반하지 않는다고 본다.

따라서 청구인 국회의원들의 ‘회기결정의 건’에 대한 심의·표결권도 침해된다고 볼 수 없다는 결론에 이르게 된다.

(3) ‘회기결정의 건’의 성질상 무제한토론이 가능하다는 견해 - 반대 의견

이 견해는 현행 국회법상 무제한토론제도는 국회의 의사를 일시적으로 지연하면서 소수파의 견해를 듣고, 다수파와 소수파가 합의를 통하여 법안을 처리할 수 있도록 동기를 부여하여 극단적인 대치 상황을 피하게 한다는 점에 있다는 점을 전제한다. 그렇지만 그 중심에는 국회 내의 소수파에 대한 절차적 권리의 보장에 있다고 보면서, 오늘날의 변화된 정치현실 속에서 권력분립원리는 의회 소수파에게 집권당 및 정부를 통제할 가능성을 보장할 것을 요청하므로, 국회 소수파 보호의 정신에 비추어 소수파의 무제한토론권을 최대한 보장하는 방향으로 해석하여야 한다고 보았다. 따라서 무제한토론을 배제하기 위해서는 명문의 규정 또는 무제한토론을 배제할 만한 합리적인 이유가 있어야 한다고 본다. 그런데 ‘회기결정의 건’이 무제한토론이 배제된다는 명문의 규정이나 관행은 없으므로, 결국 성질상 무제한토론이 배제되어야 하는 경우에 해당하는가의 문제로 귀결된다.

이 견해는 ‘회기결정의 건’은 성격상 해당 회기에만 적용되므

로, ‘무제한토론을 실시한 해당 안건은 바로 다음 회기에 지체 없이 표결하여야 한다’는 국회법 제106조의2 제8항 제2문이 적용될 수 없다는 점을 인정하면서도, 국회법 제106조의2 제8항을 제7항, 제9항과 연결하여 해석하여, 그 취지는 무제한토론이 종결된 경우에는 그 의안에 대해서 더 이상 무제한토론으로 다루지 말고 표결을 하여 분쟁을 종결하자는 것으로 본다. 해당 회기 중에 무제한토론이 종결된 경우에는 ‘회기결정의 건’에 대하여 지체 없이 표결을 해야 분쟁이 해결된다는 점은 일반적인 의안과 차이가 없고, 다만, 안건의 성격상 회기 종료로 분쟁이 자연적으로 해결되므로, 제106조의2 제8항 제2문이 적용될 여지가 없는 것뿐이라는 것이다. 따라서 국회법 제106조의2 제8항 제2문이 적용될 수 없다고 하여 ‘회기결정의 건’이 무제한토론에 성격상 부적합하다고 볼 수 없다고 본다. 또한, ‘회기결정의 건’은 의결시한이 정해진 안건이 아니고, 성격상 회기를 규정한 헌법 제47조 제2항의 기간의 적용을 받을 뿐이라는 점에서, 의결시한이 정해져 있어 토론을 허용하지 않아야 할 경우는 아니라고 본다.

또한 이 견해는 “국회의 회기는 집회 후 즉시 정하여야 한다.”라고 규정한 국회법 제7조 제2항은 이미 헌법에서 회기의 상한이 정해져 있으므로 강행규정으로 해석할 필요는 없고 실무도 정치적 상황에 따라 유연하게 적용될 수 있다고 보는바, 국회의장이 의사일정을 적절히 조정하여 작성할 경우에는 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론으로 인하여 의사가 마비되지 않는다는 점을 강조한다. 이는 국회의 다수가 국회의장을 선출하였으므로, 국회의장이 국회가 마비되지 않도록 의사일정을 작성할 것이라는 점을 전제한다. 결국 이 견해에 의하면 특별한 사정이 없는 한, ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론은 국회 다수파와 소수파가

대립하는 첫 번째 사안에서 한 차례만 이루어지므로, 이로 인한 지연은 의사를 마비시킬 정도는 아니라는 것이다. 그리고 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론이 배제된다면, 다수파가 회기를 짧게 정하여 다른 쟁점 의안에 대한 무제한토론을 제대로 실시할 수 없게 되는바, 이러한 결과는 무제한토론제도를 인정하고 있는 국회법 제106조의2의 입법취지에 배치된다고 본다.

결국 이 견해는 ‘회기결정의 건’을 무제한토론에서 배제하는 조항 및 관행이 존재하지 아니하고, ‘회기결정의 건’의 성격도 무제한토론에 부적합하다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 이 사건 회기결정의 건에 대해서 청구인 국회의원들의 무제한토론 요구를 거부한 피청구인 국회의장의 행위는 국회법 제106조의2 제1항을 위반하였다고 본다.

(4) 해설

법정의견과 반대의견은 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론이 배제된다는 명문의 규정이나 관행 등이 없다는 점에 대해서는 의견을 함께 한다. 국회의장이 ‘회기결정의 건’이 무제한토론에 부적합하다고 하면서 무제한토론을 배제한 것을 두고, 법정의견은 국회의장의 의사진행에 대한 재량권을 강조하면서, 무제한토론이 국회 소수파보호와 동등한 가치로 안건의 효율적인 심의를 돕으로써, ‘회기결정의 건’이 특히 안건의 효율적인 심의를 방해하는 측면에서 성격상 무제한토론이 배제되어야 한다고 본다. 이에 반하여 반대의견은 무제한토론을 전적으로 국회 소수파보호를 위한 제도로 보고, 단지 ‘회기’의 제한을 받는다고 보면서, 무제한토론이 이루어진다고 하더라도 국회의 의사가 마비에 이르는 경우는 없고, 오히려 ‘회기결정의 건’에 대하여 무제한토론을 실시할 수

있도록 하여야, 다른 쟁점에서 소수파가 무제한토론권을 제대로 실시할 수 있다는 점을 강조한다.

3. 피청구인 국회의장의 이 사건 수정안 가결선포행위가 청구인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하는지 여부

가. 수정안 일반론¹⁹⁾

(1) 개념

위원회 심사 또는 본회의 심의 단계에서 법률안은 그 내용이 추가·삭제·변경되기도 하는데 이를 ‘수정’이라고 하고, 그 수정을 위하여 일정한 형식을 갖추어 서면으로 발의하는 것을 ‘수정안’이라고 한다.

(2) 수정의 범위

수정안은 원안에 새로운 내용을 추가하거나 원안의 내용을 삭제 또는 변경하는 등 원안을 손질하여 고치는 것이다. 종전 국회법 제95조는 수정안의 범위에 대하여 어떠한 제한도 규정하지 않아 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에 이르지 않는 한 수정안으로 폭넓게 해석하여 처리하는 것이 종전의 일반적인 의사운영 관례였고, 헌법재판소도 이에 대한 적법성을 인정한 바 있다. 그러나 2010. 3. 12. 시행된 개정 국회법 제95조 제5항은 위원회의 심사권한을 존중하는 차원에서 의원이 제출하는 본회의 수정안은 의장이 각 교섭단체대표의원과의 합의를 한 경우가 아닌 한 원안 또는 위원회에서 심사보고한 안의 취지 및 내용과 직접 관련성이 있는 범위에서 제출하도록 하

19) 국회 법제실, 법제이론과 실제, 2016 증보판, 190, 191, 219, 221쪽; 국회사무처, 국회법해설, 2016, 456~461쪽 참조.

였다. 따라서 원안의 취지 및 내용과 직접 관련성이 인정되는 범위를 넘어서 원안의 내용을 변경하고자 하는 경우에는 수정동의의 형식이 아니라 새로운 안을 제안하여야 한다.

일반적으로 수정안의 범위는 다음과 같이 요약된다.

- 문안의 내용과 체계·자구의 변경
- 문안의 추가 또는 삭제
- 제명의 변경
- 조·항 등을 분할하여 수 개의 조·항 등으로 하거나 그 반대로의 통합 등 형식 변경
- 원안의 목적이거나 성격이 바뀌지 아니하는 범위 안에서 현행 조문의 일부개정이나 개정안에 포함되지 아니한 사항의 추가

(3) 본회의 수정안의 제출

본회의 심사과정에서의 수정동의는 소관 위원회에서 심사보고한 수정안 또는 의원이 30인 이상의 찬성자와 연서하여 그 안을 갖추고 이유를 붙여 미리 의장에게 수정안을 제출하는 경우에 의제가 될 수 있다(국회법 제95조 제1항). 수정안의 제출시기에 대하여는 명문의 규정이 없으나, 논리적으로 위원회 심사보고서를 의장에게 제출한 후 의안에 대한 본회의 토론종결 전까지 언제든지 제출할 수 있다.

(4) 수정안의 심의절차

수정안은 의제가 된 원안에 부수하기 때문에 의사일정을 변경할 필요 없이 원안과 동시에 의제로 된다. 심의절차는 일반적으로 원안에 대한 위원장의 심사보고 또는 제안자의 취지설명이 있는 다음 수정안에 대한 제안자의 취지설명을 듣고 원안과 일괄하

여 질의와 토론을 한 후 표결에 들어가게 된다.

(5) 대안 - 비교개념

대안은 원안과 일반적으로 취지는 같으나 내용을 전면적으로 수정하거나 체계를 다르게 하여 원안을 대신할 만한 내용으로 새로운 안을 입안하여 제출하는 것으로서 일종의 수정안의 성격을 가진다. 그러나 원안을 폐기하고 새로운 안을 제출한다는 점에서 수정안과는 다르다.

대안의 범위는 일반적으로 다음과 같다.

- 원안의 목적 또는 성격이 바뀔 만한 정도의 대폭적인 수정에 속하는 경우
- 원안에 포함되지 아니한 다른 조문 내용까지 이를 개정하기 위하여 수정하는 경우. 다만, 원안에 없는 내용이라도 그 목적·성격이 바뀔 만한 정도에 미치지 아니하는 경우에는 일반적으로 수정안으로 처리하고 있다.
- 동일한 법률에 대하여 둘 이상의 법률안이 위원회에 회부되어 이를 통합하여 단일안으로 하는 경우
- 한 건의 법률안을 분할하여 수 건의 법률안으로 하거나 수 건의 법률안을 합하여 한 건의 법률안으로 하는 경우. 예를 들면, 하나의 폐지법률안에서 수 건의 법률을 폐지하도록 되어 있는 것을 각각의 법률마다 폐지법률안을 따로 만드는 경우

나. 수정안과 관련된 헌법재판소 선례

(1) 현재 2006. 2. 23. 2005헌라6 - 국회의장이 방위사업청 신설을 내용으로 하는 의안을 복수차관제와 일부청의 차관급 격

상을 내용으로 하는 정부조직법 개정안의 수정안으로 보고 처리한 것이 국회법에 위반되지 않는다고 본 사례

- 법정의견 요지: 국회법상 수정안의 범위에 대한 어떠한 제한도 규정되어 있지 않은 점과 국회법 규정에 따른 문언의 의미상 수정이란 원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것으로 새로 추가, 삭제, 또는 변경하는 것을 모두 포함하는 개념이라는 점에 비추어, 어떠한 의안으로 인하여 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에까지 이르지 않는다면 이를 국회법상의 수정안에 해당하는 것으로 보아 의안을 처리할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 물론 이미 이루어진 것의 잘못된 점을 바로잡는다는 수정의 사전적 의미를 감안하여 원안의 목적 또는 성격을 변경하지 않는 범위 내에서 고치는 것을 전제로 하고 수정안은 원안과 동일성이 인정되는 범위 내에서만 인정될 수 있다는 해석도 가능하기는 하다. 그러나 원안의 목적과 성격을 보는 관점에 따라서는 동일성의 인정범위가 달라질 수 있고 또한 너무 좁게 해석하면 국회법 규정에 따른 수정의 의미를 상실할 수도 있다.²⁰⁾
- 재판관 3인 반대의견 요지: 국회법상 ‘수정안’은 원안과 동일성이 인정되는 범위 안에서 제출된 경우에만 수정안으로 볼 수 있다. 국회법 제95조 제1항의 수정안은 본질적으로 이미 위원회에서 심사를 마친 원안의 존재를 전제로 하고 당해 원

20) 추가적으로 “게다가 국회속기록에 의하면 피청구인은 국회의 의사절차가 명문의 규정이 없는 경우 과거의 관례에 따르게 되어 있는 점을 전제로 국회사무처로부터 제17대 국회에서 2005. 6. 29.까지의 수정안 12개 중 10개가 원안에 포함되어 있지 않은 새로운 사항을 규정한 것이라는 자료를 보고받고 이에 근거하여 이 사건 수정안을 표결처리하였고, 당해 국회사무처의 보고자료에서 언급한 의안을 살펴보면 실제로 이와 같이 새로운 사항을 규정한 의안들이 아무런 문제없이 수정안으로 처리되어왔음을 확인할 수 있다. 따라서 피청구인이 아무런 근거 없이 일방적으로 국회법을 해석하여 수정안의 범위에 대한 입장을 정한 것으로 볼 수도 없다.”(헌재 2006. 2. 23. 2005헌라6, 공보 제113호, 287, 291)

안과 동시에 본회의에서 심의되는 종속적이고 부수적인 성격을 가진다. 개념적으로 보아도 수정은 추가, 삭제, 변경 등 원안을 손질하여 고치는 것이므로 원안의 기본적인 내용을 변경하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다. 따라서 원안과는 전혀 다른 내용이 포함되어 있어 결과적으로 원안이 다른 의미로 변질되는 경우는 수정안으로 볼 수 없고 ‘별개의 의안’을 제안하는 것으로 보아야 한다.

(2) 헌재 2008. 4. 24. 2006헌라2 - 국회의장이 사립학교법 개정안과 관련하여 원안에 존재하지 않았던 재산이전의 보고, 임원의 겸직금지 조항을 추가하는 내용의 법안을 사립학교법 개정안의 수정안으로 보고 처리한 것이 국회법에 위반되지 않는다고 본 사례. 헌재 2005헌라6 결정과 동일 취지.

(3) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등 - ‘은행지주회사 주식보유규제 완화’에 관한 내용이 다른 의원 발의안과 겹친다는 이유로 삭제하는 ‘금융지주회사법 일부개정법률안 수정안’이 정무위원회에서 가결되었는데, 다른 의원 발의안이 본회의에서 부결되자, 위 국회의장이 ‘금융지주회사법 일부개정법률안 수정안’을 본회의에 상정하면서 위원회에서 삭제되었던 ‘은행지주회사 주식보유규제 완화’에 관한 내용 등을 일부 수정하여 추가한 안을 본회의 수정안으로 보고 표결을 거쳐 가결선포한 것이 국회법에 위반되지 아니한다고 본 사례. 헌재 2005헌라6 결정과 동일 취지.

(4) 다만, 앞서 살펴본 바와 같이 위 선례가 있는 후 국회법에서는 수정안의 범위를 제한하는 국회법 제95조 제5항을 신설하

였으므로, 선례를 그대로 원용할 수 없다. 다만, 국회법 제95조 제5항에서 ‘원안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있어야 한다’는 것을 해석하여 그 기준을 도출하는 데에 참고자료가 될 수는 있을 것이다.

다. 이 사건 수정안의 국회법 제95조 제5항 위반 여부

(1) 수정안의 주요 내용

- 국회의원 정수 구성 변경(원안: 지역구 225명, 비례대표 75명 → 수정안: 지역구국회의원 253명, 비례대표국회의원 47명으로 함)
- 원안의 석패율 제도, 권역별 비례대표제도 삭제
- 원안의 연동형 비례대표제를 축소하여, 2020. 4. 15. 실시하는 비례대표국회의원선거에서는 30석만 준연동형 비례대표제로 변경하고, 17석은 종전과 같은 비례대표 의석 배분 방식을 채택
- 원안에서 규정한 정당의 비례대표국회의원 추천절차 제출 내용을 2020. 4. 15. 실시하는 비례대표국회의원선거에서는 간소화 부칙 조항 추가

(2) 이 사건 수정안이 국회법 제95조 제5항에 위배되지 않는다는 견해 - 법정의견

(가) 국회법 제95조가 본회의에서 수정동의를 제출할 수 있도록 한 취지

법정의견은 먼저 국회법 제95조의 취지는 ‘의안 심의의 효율성을 제고’하기 위한 것으로 본다. 그런데 우리 국회는 의안 심의에 관한 국회운영의 원리로 위원회 중심주의를 채택하고 있어,

수정동의를 제한 없이 할 경우, 위원회 중심주의를 저해할 수 있어, 국회법 제95조 제5항은 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 심사가 이루어질 여지가 없는 경우에는 수정동의를 제출을 제한함으로써 위원회 중심주의를 공고히 하는 것으로 본다.

(나) 국회법 제95조 제5항의 수정동의를 범위

법정의견은 국회법 제95조 제5항의 위원회의 심사를 거쳐 본회의에 부의된 법률안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있는지 여부는 ‘원안에서 개정하고자 하는 조문에 관한 추가, 삭제 또는 변경으로서, 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 수정안의 내용까지 심사할 수 있었는지 여부’를 기준으로 판단하여야 한다고 본다.

(다) 이 사건 수정안이 국회법 제95조 제5항의 수정동시에 해당 하는지 여부

법정의견은 이 사건 원안과 이 사건 수정안의 개정취지는 ‘사표를 줄이고, 정당득표율과 의석점유율 사이의 불일치를 줄이며, 지역주의 정당체제를 극복’하는 것으로 개정취지가 동일하다고 본다.

다음으로, 구체적으로 이 사건 수정안을 원안과 비교하여 판단하였다. 이 사건 수정안 제21조 제1항은 국회의 의원정수를 변경하는 내용의 이 사건 원안 제21조 제1항을 당시 공직선거법 그대로 두는 내용으로 수정한 것이다. 이 사건 원안에 대한 위원회 심사절차에서 국회의 의원정수를 당시 공직선거법 그대로 둘 것인지, 변경할 것인지에 관하여 심사가 이루어질 수 있었다.

이 사건 수정안 중 석패율제·권역별 비례대표제 삭제 관련 조

항들은 석패율제·권역별 비례대표제를 도입하기 위하여 이 사건 원안이 개정·신설한 조항들을 당시 공직선거법 그대로 두는 내용으로 수정한 것이다. 이는 실질적으로 이 사건 원안 중 일부인 석패율제·권역별 비례대표제에 대한 반대의 의사를 표시한 것인데, 원안에 대한 위원회의 심사 절차에 찬반토론이 포함되어 있으므로, 이 사건 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 심사가 이루어질 수 있었다.

이 사건 수정안 부칙 제3조는 이 사건 원안 부칙 제3조가 정한 당헌 등의 제출 기간을 수정한 것으로, 위 제출 기간을 어떻게 정하는 것이 적정한지에 관하여 이 사건 원안에 대한 위원회 심사절차에서 심사가 이루어질 수 있었다.

이 사건 수정안 부칙 제4조는 이 사건 원안 제189조 제2항(준연동형 비례대표제)에 관하여 2020. 4. 15. 실시하는 비례대표 국회의원선거에 한하여 적용되는 특례를 정한 것이다. 이 사건 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 준연동형 비례대표제를 적용하는 범위에 관하여 심사가 이루어질 수 있었다.

결국 법정의견이 제시한 제95조 제5항의 해석 기준에 따르면, 이 사건 수정안은 이 사건 원안의 개정취지에 변화를 초래한 것이 아니고 이 사건 원안이 개정취지 달성을 위해 제시한 여러 입법수단 중 일부만 채택한 것에 불과한 것으로서, 이 사건 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 이 사건 수정안의 내용까지 심사할 수도 있었으므로, 이 사건 원안의 취지 및 내용과 직접 관련성이 인정된다는 것이다. 따라서 이 사건 수정안 가결선포행위는 국회법 제95조 제5항 본문에 위배되지 않는다는 결론에 이르게 된다.

(3) 이 사건 수정안이 국회법 제95조 제5항에 위배된다는 견해 - 반대 의견

(가) 국회법 제95조 제5항의 입법취지

반대의견도 법정의견과 같이 제95조 제5항의 입법취지가 위원회 중심주의의 형해화 방지 및 졸속입법의 방지라는 점에서 함께 한다.

(나) 국회법 제95조 제5항의 수정동의의 범위

반대의견은 수정동의의 범위와 관련하여 문언 자체의 개념상의 의미에 더하여 법률개정안의 구조적 본질 및 법률개정안 수정의 내재적 한계, 국회법 제95조 제5항의 입법과정과 입법취지, 국회법의 다른 조항과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 해석하여야 하면서, 세밀한 심사기준을 제시한다. 즉, ‘원안의 취지 및 내용과의 직접 관련성’은 원안과 수정안의 근본 목적이 동일하여야 한다는 ‘원안의 취지와 수정안 취지 사이의 직접 관련성’, 수정안의 내용인 개정법률 조항이 원안이 법률개정을 통해 실현하고자 하는 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단이 되는 관계에 있어야 한다는 ‘원안의 취지와 수정안의 내용 사이의 직접 관련성’, 원안과 수정안의 각 개정법률 조항이 동일한 주제(主題)를 다루어야 한다는 ‘원안의 내용과 수정안의 내용 사이의 직접 관련성’으로 나누어 볼 수 있다는 것이다. 국회법 제95조 제5항 소정의 수정안은 위 3가지의 직접 관련성을 모두 갖추어야 할 것이고, 만일 그 중 단 하나의 직접 관련성이라도 흠결할 경우에는 수정동의를 통해 발의할 수 있는 적법한 수정안이 될 수 없다고 본다.

(다) 이 사건 수정안이 국회법 제95조 제5항의 수정동의에 해당 하는지 여부

반대의견은 ‘원안의 취지와 수정안의 내용 사이의 직접 관련성’에 대해서만 판단한다. 이 사건 수정안의 내용인 개정법률 조항이 이 사건 원안에서 공직선거법 개정을 통해 실현하고자 하는 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단이 되는 관계에 있는지에 대한 판단을 살펴보면, 이 사건 원안이 실현하고자 한 근본 목적 중의 하나는 ‘국회의원 정수를 유지하면서도 비례대표비율을 높여 비례대표국회의원의 의석수를 증가시킴으로써 투표에서의 사표를 줄이고 이를 통해 선거제도의 국민대표성을 제고하는 것’이지만, 이 사건 수정안의 내용인 개정법률조항은 이 사건 원안이 국회의원 정수 300명의 구성을 지역구 225명, 비례대표 75명으로 정하여 비례대표국회의원의 의석수를 증가시켰던 것을 구 공직선거법과 같이 지역구 253명, 비례대표 47명의 구성으로 되돌려 놓았는데, 이것은 비례대표제 확대를 통한 국민대표성의 제고라는 이 사건 원안의 근본 목적의 실현과 반대되는 방향으로 작성된 것으로서 이 사건 원안의 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단이 될 수 없다는 것이다. 따라서 이 부분에 있어서 이 사건 원안의 취지와 이 사건 수정안의 내용 사이의 직접 관련성은 인정되지 않는다고 본다.

또한, 이 사건 원안의 근본 목적 중의 또 다른 하나는 ‘지역구 선거에서 근소한 차이로 낙선한 후보자를 비례대표제를 통해서 구제하면서 이를 권역별 비례대표제와 연결하여 지역주의 정당체제를 완화하는 것’이었는데, 이 사건 수정안의 내용에서 석패율제와 권역별 비례대표제를 완전히 삭제한 것은 이 사건 원안의 근본 목적을 이루기 위한 적절한 수단을 전부 소멸시킨 것으로서 그 근본 목적의 실현에 역행하는 것으로, 이 부분에 있어서도 이 사건 원안의 취지와 이 사건 수정안의 내용 사이의 직접 관련성

은 인정되지 않는다고 판단한다.

결국 이 사건 수정안은 본회의 심의단계에서 수정동의를 통해 발의될 수 있는 적법한 수정안으로서 갖추어야 할 국회법 제95조 제5항 본문의 요건을 구비하지 못하였으므로, 이 사건 수정안을 이 사건 원안과 함께 본회의에 상정한 피청구인 국회의장의 행위는 국회법 제95조 제5항을 위반하였다고 보았다.

(4) 해설

2010. 3. 12. 시행된 개정 국회법 제95조 제5항은 본회의의 수정동의를 원안 또는 위원회에서 심사보고한 안의 취지 및 내용과 직접 관련성이 있는 범위에서만 가능하도록 하였다. 명문으로 수정동의를 제한하는 요건이 신설되었으므로, 이 부분에 대한 해석이 필요하다.

먼저 법정외견과 반대의견은 모두 우리 국회법의 원칙이 위원회 중심주의이고, 국회법 제95조 제5항의 취지가 위원회 중심주의의 형해화 방지에 있다는 점을 확인한다. 그럼에도 법정외견은 주로 ‘원안에 대한 위원회의 심사절차에서 수정안의 내용까지 심사할 수 있었는지 여부’를 평가함에 반하여, 반대의견은 원안과 수정안의 내용적인 관련성을 구체적으로 살펴보게 된다. 이는 국회법 제95조의 수정동의제도는 ‘위원회 중심주의’의 예외를 규정한 것인데, 그 원칙의 예외를 다시 제한하는 국회법 제95조 제5항을 어떻게 평가할지와 관련하여 차이가 생기는 것이다.

4. 이 사건 결정의 의의

먼저 2012년 국회법에서 도입된 무제한토론이 배제될 수 있는지 여부에 대하여 국회법 제106조의2 제1항에서 명확히 규정하

고 있지 않았다. 이번 결정에서 무제한토론이 국회의 입법기능을 마비시킬 정도에 이르러서는 안된다는 한계를 확인하였다. 이에 따라 ‘회기결정의 건’에 대한 무제한토론을 인정한다면 국회의 입법기능이 마비될 수 있으므로, ‘회기결정의 건’에 대하여는 무제한토론이 실시될 수 없음을 확인하였다.

다음으로 헌재 2006. 2. 23. 2005헌라6에서 법정의견이 본회의에서 수정동의로 제출된 수정안의 범위와 관련하여, “어떠한 의안으로 인하여 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에까지 이르지 않는다면 이를 국회법상의 수정안에 해당하는 것으로 보아 의안을 처리할 수 있는 것으로 볼 수 있다.”라고 결정한 이후, 2010년 국회법 제95조 제5항이 신설되었는바, 이번 결정은 국회법 제95조 제5항의 해석에 관한 최초의 결정이다. 이 결정에서는 위원회의 심사를 거쳐 본회의에 부의된 법률안의 취지 및 내용과 직접 관련이 있는지 여부에 대해서 ‘원안에서 개정하고자 하는 조문에 관한 추가, 삭제 또는 변경으로서, 원안에 대한 위원회의 심사절차에서 수정안의 내용까지 심사할 수 있었는지 여부’를 기준으로 판단한다는 점을 명확히 하였다.

지면 관계로 해설을 하지 못하였지만, 이 결정에서 헌법재판소는 정당이 권한쟁의심판의 당사자능력이 있는 헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호의 ‘국가기관’에 해당하는지 여부에 대하여 최초로 판단하였는바, 정당의 권한쟁의심판 당사자능력을 부정하였다.

9. 공직선거법 제157조 제6항 후단 위헌확인 등

－ 신체장애인을 위한 투표보조인 사건 －
(헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867, 판례집 32-1하, 364)

이 문 주*

【판시사항】

1. 피청구인 중앙선거관리위원회와 피청구인 인천광역시 선거관리위원회가 2017. 5. 9. 제19대 대통령선거에서 청구인이 투표보조인으로 지명한 가족이 아닌 활동보조인 1인을 동반하여 기표소에 들어가려고 하는 것을 제지한 행위(이하 ‘이 사건 제지행위’라고 한다)에 대한 심판청구가 권리보호이익 또는 심판청구의 이익을 갖추고 있는지 여부(소극)

2. 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 대해 투표보조인이 가족이 아닌 경우 반드시 2인을 동반하여서만 투표를 보조하게 할 수 있도록 정하고 있는 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제157조 제6항 중 ‘신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인은 본인이 지명한 2인을 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있다’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 선거권을 침해하는지 여부(소극)

* 헌법연구관

【심판대상】

이 사건 심판대상은 이 사건 제지행위와 심판대상조항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

청구인은 뇌병변 1급 장애인으로서 활동보조인의 활동보조를 받고 있다. 청구인은 제19대 대통령선거일인 2017. 5. 9. 인천 계양구 ○○동 ○○투표소에서 활동보조인의 도움을 받아 투표를 하고자 하였다. 청구인은 활동보조인 1인만을 동반하여 기표소에 들어가려고 하였으나, 공직선거법 제157조 제6항 후단에 따라 반드시 투표보조인 2인을 동반하여야 한다는 이유로 위 투표소에 있던 투표관리관에 의해 제지되었다.

이에 청구인은 공직선거법 제157조 제6항 후단과 피청구인 중앙선거관리위원회와 피청구인 인천광역시 선거관리위원회가 활동보조인 1인만을 동반하여 기표소에 들어가려고 하는 청구인을 제지한 행위가 청구인의 선거권, 사생활의 비밀과 자유, 평등권을 침해한다고 주장하면서, 2017. 8. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 이 사건 제지행위에 대한 심판청구가 인용된다고 하더라도 제19대 대통령선거의 절차가 모두 끝나 청구인이 주장하는 이 사건 제지행위로 인한 기본권침해의 상태가 이미 종료되어 청구인의 권리구제에 도움이 되지 못하고, 심판대상조항 등이 남아있는 한 이 사건 제지행위와 유사한 기본권 침해가 반복되는 것을

막을 수 없으므로, 이 사건 제지행위에 대한 심판청구는 더 나아가 살필 필요 없이 권리보호이익이 없고 심판청구의 이익도 인정되지 않는다.

2. 투표의 결과가 공개되는 범위를 최소화하기 위해 심판대상조항 대신 투표보조인을 1인만 동반하게 하면서도 투표보조의 요건과 절차를 엄격히 하는 방법을 고려해볼 수 있지만, 이러한 방법을 사용하더라도 선거의 공정성을 해칠 가능성을 완전히 차단할 수는 없고, 오히려 투표보조 제도를 활용하는 것을 어렵게 만들어 중증장애인들이 선거권 행사를 포기하게 될 수 있으므로, 이를 심판대상조항과 동일한 수준으로 입법목적을 달성할 수 있는 대안이라고 볼 수 없다. 또한 근본적으로 신체에 장애가 있는 선거인이 투표보조인의 도움 없이 스스로 기표행위를 할 수 있도록 선거용 보조기구를 마련하도록 할 수도 있으나, 중증장애인들의 장애의 유형이나 정도에 따라 이들이 이용할 수 있는 선거용 보조기구를 모두 마련하는 것은 쉽지 않고, 새로운 보조기구를 도입하는 데에는 종합적인 고려가 필요하며, 이를 도입하더라도 여전히 보조인이 필요할 수 있으므로, 투표보조인의 보조를 통한 투표가 현재로서는 더 현실적인 방안이다. 나아가 심판대상조항은 선거인이 투표보조 제도를 쉽게 활용하면서 투표의 비밀이 보다 유지되도록 투표보조인을 상호 견제가 가능한 최소한의 인원인 2인으로 한정하고 있고, 중앙선거관리위원회는 실무상 선거인이 투표보조인 2인을 동반하지 않은 경우 투표사무원 중에 추가로 투표보조인으로 선정하여 투표를 보조할 수 있도록 함으로써 선거권 행사를 지원하고 있으며, 공직선거법은 처벌규정을 통해 투표보조인이 비밀유지의무를 준수하도록 강제하고 있다. 따라서 심판대상조항은 비밀선거의 원칙에 대한 예외를 두고 있지만 필

요하고 불가피한 예외적인 경우에 한하고 있으므로, 과잉금지 원칙에 반하여 청구인의 선거권을 침해하지 않는다.

재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 문형배의 심판대상조항에 대한 반대의견

투표를 통한 정치적 의사표현은 가장 내밀한 영역에 해당하므로, 무엇보다 선거인은 자신이 신뢰할 수 있는 사람을 스스로 투표보조인으로 선정할 수 있어야 하지만, 심판대상조항은 선거인이 자신에게 필요한 투표보조인의 수를 스스로 결정할 수 없게 하고, 2인의 투표보조인에게 투표의 내용을 공개하도록 하여 선거권 행사를 위축시킨다. 또한 실무상 선거인이 투표보조인 2인을 동반하지 않은 경우 투표사무원 중에 추가로 투표보조인으로 선정하는 것은 선거인의 의사에 상관없이 신뢰관계가 형성된 적 없는 낯선 제3자에 대해서까지 자신의 내밀한 정치적 의사를 공개하도록 한다. 공직선거법이 처벌규정을 두어 투표보조인이 투표 내용을 공개하는 것을 방지하더라도 선거의 자유가 위축되는 것 자체를 막지 못한다. 따라서 심판대상조항은 선거의 공정성을 확보하는 데 치우친 나머지 비밀선거의 중요성을 간과하고 있으므로 선거권 제한을 최소화하고 있다고 보기 어렵다. 또한 투표보조의 구체적 방법에 대하여 보다 명확한 절차를 마련한다면 투표보조인 1인을 동반하도록 하더라도 선거의 공정성을 확보하면서 투표 내용이 공개되는 범위를 축소할 수 있으므로 심판대상조항에 대한 대안이 없다고 볼 수 없다. 나아가 단번에 모든 장애인들을 만족시키기 어렵더라도 장애의 유형과 정도에 맞게 신체에 장애가 있는 선거인이 투표보조인의 도움 없이 스스로 기표행위를 할 수 있는 선거용 보조기구나 새로운 기술을 이용한 기표

방법을 마련하여 투표보조를 받는 경우를 최소화하는 것이 필요하다. 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 선거권을 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

먼저 적법요건과 관련하여, 이 사건 제지행위와 심판대상조항이 집행행위와 근거법률의 관계에 있다는 점에서 양자의 적법요건 충족 여부를 어떻게 판단할 것인지 문제된다. 다음으로 본안 판단과 관련하여, 심판대상조항이 비밀선거의 원칙에 대한 예외를 두어 청구인의 선거권을 침해하는지 여부가 문제된다.

아래에서는 이 사건 심판청구의 적법요건 충족 여부를 살펴보고, 투표보조 제도에 관한 개관과 심판대상조항이 청구인의 선거권을 침해하는지 여부를 차례로 살펴본다.

2. 적법요건에 관한 판단

가. 문제점

헌법재판소는 권력적 사실행위와 근거규범에 대해 동시에 헌법소원심판을 청구한 경우 주로 권력적 사실행위에 대한 심판청구는 적법한 것으로, 근거규범에 대한 심판청구는 직접성이 인정되지 않아 부적법한 것으로 판단해왔다.¹⁾ 그런데 이 사건 제지행위는 심판대상조항의 해석에 따른 사무집행에 해당하고, 심판대상조항 자체에서 그러한 집행행위를 직접 정하고 있는 것은 아니

1) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마368(국민건강보험공단이 서울용산경찰서장에게 청구인들의 요양급여내역 등을 제공한 행위와 그 근거법령인 구 '개인정보 보호법' 조항에 대해 헌법소원심판을 청구한 사례) 등 다수의 선례가 있다.

다. 따라서 심판대상조항에 대해 직접성을 인정할 수 있는지, 이 사건 제지행위에 대한 심판청구는 적법요건을 충족하고 있는지 문제된다.

나. 심판대상조항에 대해 직접성을 인정할 수 있는지 여부
 이 사건 제지행위는 단순히 심판대상조항만을 근거로 한 집행행위로 볼 수 없고, 투표관리관이 관련규정에 따라 행하는 포괄적인 투표관리사무의 일부로서 이루어진 것이다. 투표구에는 투표에 관한 사무를 관리하는 투표관리관을 두고(공직선거법 제146조의2 제1항), 투표사무를 보조하게 하기 위해 투표사무원을 위촉한다(공직선거법 제147조 제9항). 투표관리관은 해당 투표구의 투표사무원에 대하여 투표관리사무의 처리에 있어 필요한 지시·감독을 할 수 있다(공직선거관리규칙 제67조 제3항). 이에 따라 투표관리관과 투표사무원은 관련 법령이 정하고 있는 바에 따라 투표가 이루어지도록 투표에 관한 포괄적인 투표관리 권한을 가지고 있다.

이 사건 제지행위의 근거 법령은, 신체의 장애로 인하여 스스로 기표할 수 없는 선거인에 대해 자신이 지명한 2인을 동반하여 투표를 보조할 수 있도록 하고 이러한 경우를 제외하고는 같은 기표소 안에 2인 이상이 동시에 들어갈 수 없다고 정하고 있는 심판대상조항 및 공직선거법 제157조 제7항과 함께, 앞에서 살펴본 투표관리관에게 투표관리 권한을 부여한 관련 법령이 모두 포함된다.

또한 이 사건 제지행위의 효과는 청구인이 투표보조인 1인만 동반하여 기표소에 입장하려는 것이 제지된 것인 반면, 심판대상조항의 효과는 청구인이 가족이 아닌 투표보조인을 동반하려는

경우 2인을 동반하도록 하는 것이어서 양자의 법적 효과가 완전히 동일하다고 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 제지행위가 심판대상조항의 직접적인 집행행위라고 볼 수 없으므로, 권력적 사실행위에 해당하는 이 사건 제지행위가 존재한다고 하더라도 심판대상조항에 대해 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.

다. 이 사건 제지행위에 대한 심판청구가 권리보호이익이 있는지 여부

이 사건 결정에서는 헌법재판소가 이 사건 제지행위에 대한 심판청구를 인용하더라도, 심판대상조항과 공직선거법 제157조 제7항 등 관련조항이 그대로 남아있는 한 이 사건 제지행위와 유사한 기본권 침해가 반복되는 것을 막을 수 없고, 청구인도 종국적인 분쟁의 해결을 위해 심판대상조항에 대해서도 헌법소원심판을 청구하였다는 점에서 권리보호이익과 심판청구의 이익을 모두 부인하였다.

이 사건 결정은 이와 같은 판단을 하면서 ‘통신제한조치 허가 위헌확인 등’ 결정(헌재 2018. 8. 30. 2016헌마263)을 인용하고 있다. 위 결정도 권력적 사실행위와 근거규범 모두에 대해 헌법소원심판을 청구한 사건이라는 점에서 이 사건 결정과 유사하다.

3. 투표보조 제도 개관

가. 입법연혁과 입법취지

(1) 심판대상조항은 오랜 역사를 지니고 있는데, 별개의 선거법 체계로 되어 있던 대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의장선거법을 하나의 단일법으로 통합한 구

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고, 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘통합공선법’이라 한다) 제157조 제6항에 명시된 이래 현재까지 동일한 내용으로 존속하고 있다. 다만, 통합선거법 이전의 개별 법률 중에는 1인의 투표보조인을 동반하도록 규정한 경우도 있었다[구 대통령·부통령선거법(1952. 7. 18. 법률 제247호로 제정되고, 1963. 2. 1. 법률 제1262호로 폐지되기 전의 것) 제39조, 구 국회의원선거법(1950. 4. 12. 법률 제121호로 폐지제정되고, 1958. 1. 25. 법률 제470호로 폐지되기 전의 것) 제52조 제3항, 구 국회의원선거법(1948. 3. 17. 군정법령 제175호로 제정되고, 1950. 4. 12. 법률 제121호로 폐지제정되기 전의 것) 제34조 제5항].

(2) 심판대상조항의 입법취지를 확인할 수 있는 입법자료는 없으나, 판례는 “시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인으로 하여금 투표보조인의 보조를 받도록 한 것은 투표보조인을 통하여 본인의 의사에 따른 기표행위를 대신할 수 있도록 한 것으로서 선거인이 투표에 관한 의사를 표시함에 있어서 가장 중요하고도 핵심적인 부분이 위 기표행위이므로, 가족 외의 자를 보조인으로 동반할 경우에는 본인의 기표행위를 공정하게 대신하여 주도록 담보하기 위하여 반드시 보조인 2명을 지정하도록 하고 있지만, 가족을 투표보조인으로 동반할 경우에는 가족관계에 의하여 본인의 의사에 따른 기표행위가 담보된다고 보아 보조인의 수에 제한을 두고 있지 아니하므로 1명의 보조인으로도 무방하다고 봄이 상당하다.”(대법원 1999. 7. 13. 선고 99우48 판결)라고 판시하여 그 입법취지를 설명한 적이 있다.

나. 투표보조 제도의 내용과 절차

(1) 이용 대상

심판대상조항은 투표보조 제도의 이용 대상을 ‘신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인’이라고 규정하고 있다. 중앙선거관리위원회의 ‘공직선거 절차사무편람’에 따르면, ① 손 떨림 등이 심하여 다른 사람의 도움 없이는 투표할 수 없는 자, ② 시지각 협응능력(눈의 시각정보와 손의 운동정보가 유기적으로 맞물려 작용하는 능력) 저하 등으로 다른 사람의 도움 없이는 투표할 수 없는 자, ③ 그 밖에 신체에 중대한 장애가 있는 선거인으로서 다른 사람의 도움 없이는 투표할 수 없는 자를 투표보조 제도 이용 대상으로 보고 있다.²⁾

(2) 투표보조 제도의 안내 및 대상 여부의 확인

투표관리관 및 투표사무원(이하 ‘투표관리관 등’이라 한다)은 시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 대해 투표보조 제도를 이용할 수 있다는 것을 안내하고 있다. 투표관리관 등은 그 밖에도 시각장애인을 위한 점자형 투표보조 용구, 신체장애인을 위한 특수형 기표용구 등을 사용할 수 있다는 것도 함께 안내한다.

투표관리관 등이 투표보조 제도를 이용할 수 있는 대상자인지 여부, 즉 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 해당하는지 여부를 판단할 권한을 가지고 있는지에 관하여서는

2) 공직선거법령과 대법원 판결(대법원 1999. 7. 13. 선고 99우48 판결)에 따르면 발달장애인 등 지적장애인은 투표보조 제도 이용 대상이 아니라고 해석되나, 중앙선거관리위원회는 관련 법령이 개정되지 않았지만 행정지도를 통해 각급 선거관리 위원회에 발달장애인이라도 필요한 경우 투표보조 제도를 허용하도록 하였다(김진우, 지적장애인 투표권 부여 및 행사 관련 쟁점 연구, 사회과학연구 제31집 제1호, 2015, 360면 참조).

관련 법령 등에서 정하고 있지 않다. 이에 따라 이를 확인하는 절차나 구체적인 판단 기준 등도 관련 법령 등에 정해진 것이 없다.³⁾ 다만 투표보조 제도가 장애인의 원활한 선거권 행사를 지원하기 위해 마련된 점을 고려하여, 여기에 해당하는지 여부를 엄격히 판단하지는 않고 폭넓게 허용하고 있는 것으로 보인다.

(3) 투표보조 제도의 선택

장애가 있는 선거인이 투표보조 제도나 특수형 기표용구⁴⁾ 등을 이용할 것인지는 본인의 선택에 달려있다. 또한 해당 선거인이 무효표가 되는 것을 감수하고 일반적인 방식에 따라 기표하기를 원한다면 그것도 본인의 선택에 따라 가능한 방법일 것이다.

다만, 투표관리 매뉴얼에 따르면, 투표관리관 등은 시각장애인의 경우 점자를 읽을 수 있는지 확인하여 점자를 읽을 수 있는 시각장애인에게는 점자형 투표보조용구를 교부하고, 점자를 읽을 수 없어 혼자서 기표할 수 없는 선거인에 대해서는 투표보조 제도를 이용할 수 있다는 것을 안내한다고 기재되어 있다. 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 대해서는 투표보조 제도를 이용할 수 있다는 것을 안내하고 특수형 기표용구도 교부할 수 있다고 기재되어 있다.

3) 예를 들어, 선거인에게 장애인등록증 등을 제시하도록 하는 방법이 있을 것이다. 그러나 현재 실무에서는 외관상 장애인이라는 것을 판단할 수 있는 경우에 주로 투표보조 제도를 활용하고 있고, 외관상 이를 확인할 수 없는 경우 이를 확인하는 방법이나 절차를 마련하고 있지 않아 개별 투표관리관 등의 제량에 맡겨져 있는 것으로 보인다.

4) 공직선거법에는 특수형 기표용구에 대한 근거규정이 없다. 이는 장애인복지법 제 26조에서 국가와 지방자치단체로 하여금 선거용 보조기구를 개발·보급하는 등 필요한 조치를 강구하여야 한다는 규정과 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제 27조 제 2항에서 국가와 지방자치단체로 하여금 장애의 유형 및 정도에 적합한 기표방법 등 선거용 보조기구의 개발 및 보급 등 정당한 편의를 제공하여야 한다고 규정한 것에 근거하고 있다.

(4) 투표보조인의 선정

투표보조인은 본인이 지명한 사람이어야 한다. 따라서 선거인 본인이 아닌 타인으로부터 투표보조를 요청받거나, 본인이 지명할 정도의 의사능력이 없는 경우에는 여기에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 투표보조인은 본인의 의사에 따라 기표행위를 보조하도록 요청받은 자이면 충분하고, 본인과 특별한 관계에 있거나 신뢰관계가 입증되어야 하는 것은 아니다. 또한 이 경우 투표보조인은 가족이 아니어야 한다. 다만, 관련 법령 등에는 이와 같은 투표보조인의 자격에 대해 판단하는 절차나 방법 등에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다.

투표보조인은 2인에 달하여야 한다. 대법원 판례도 투표보조인은 반드시 2인이어야 한다고 보고 있다(대법원 1999. 7. 13. 선고 99우48 판결). 따라서 1인 또는 2인 초과인 투표보조인을 동반하여 기표행위를 보조받는 것은 허용될 수 없다.

중앙선거관리위원회는 선거인이 투표보조인을 데리고 오지 않거나 가족이 아닌 투표보조인 1인만을 동반한 경우 투표참관인의 입회 아래 투표사무원 중에서 2인이 되도록 선정하여 투표를 보조할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 투표관리관은 위와 같은 투표보조 사실을 투표록에 기재한다.

한편, 국가인권위원회의 시설거주 장애인의 선거권보장에 관한 실태조사에 따르면, 기표소에 혼자 들어간 경우가 80.9%, 다른 사람이 같이 들어간 경우가 10.6%로 나타나고, 같이 들어간 사람은 시설 직원 54.5%, 모르는 사람 27.3%이며, 기표소에 같이 들어간 사람 수는 2명이 20%에 불과한 것으로 조사되었다. 또한 혼자서 기표한 경우가 89.3%, 다른 사람의 도움을 받은 경우가 4.3%, 다른 사람이 직접 기표한 경우가 0.7%이고, 내가 원하지

않는 사람에게 투표하였다는 경우도 8명 중 1명이 있었다. 투표용지를 투표함에 넣은 사람은 스스로 넣은 경우가 89.3%, 다른 사람의 도움을 받아 직접 넣은 경우가 2.9%였다.⁵⁾ 투표보조와 관련하여 장애인 거주시설의 종사자가 투표보조를 하는 경우 선거를 유도할 가능성을 우려하여 직원들이 보조하기를 꺼리게 되었다보니 이를 담당할 인력이 없는 문제도 있다고 한다.⁶⁾

(5) 투표보조인에 의한 기표보조

투표보조인은 기표소에 동반하여 선거인과 출입할 수 있고 기표행위 자체를 보조할 수 있다. 공직선거법 제157조 제7항은 심판대상조항이 규율하고 있는 경우에는 같은 기표소 안에 2인 이상이 동시에 들어갈 수 있다고 규정하고 있다. 투표보조인이 선거인과 같이 기표소에 들어가더라도 반드시 기표행위를 투표보조인이 하여야 하는 것은 아니다. ‘공직선거 절차사무편람’은 가급적 선거인 본인이 직접 기표할 수 있도록 권장하고 있다. 가족이 아닌 투표보조인은 기표행위의 공정성을 담보하기 위해 2인으로 정하고 있는 만큼, 기표행위시 상호 감독이 가능한 거리에 있어야 할 것이다.

5) 박경수 외 5명, 시설 거주 장애인 선거권 실태조사, 국가인권위원회, 2014, 95면 이하 참조. 위 조사는 시설 거주 장애인을 대상으로 한 설문이다. 반면, 시설 종사자에 대한 설문에서는 기표소에 들어간 사람을 기준으로 장애인 혼자 63.1%, 가족 1.3%, 투표사무원 등 19.4%, 시설 직원 16.3%로 조사되었다. 반면, 기표소에 같이 들어간 사람 수는 2명이 동반한 경우가 30%로 조사되어 상당수 투표소가 심판대상조항을 준수하지 않고 있는 것으로 보인다. 기표행위를 한 사람은 장애인 혼자 80.7%, 타인의 도움으로 16.6%, 투표함에 투표용지를 넣은 사람은 장애인 혼자 75.4%, 타인의 도움을 받아 23.9%, 다른 사람이 대신 투입 0.7%로 조사되었다(128면 이하 참조).

6) 박경수 외 5명, 시설 거주 장애인 선거권 실태조사, 국가인권위원회, 2014, 149면 참조.

(6) 기표보조 이후의 절차

‘공직선거 절차사무편람’은 기표내용이 보이지 않도록 본인이 직접 투표지를 접은 후 투표보조인의 도움을 받아 투표함에 투표하도록 한다고 기재되어 있다. 그렇지만 신체의 장애로 인하여 투표지를 접는 행위 등이 불가능한 선거인인 경우도 있으므로 위와 같은 행위도 투표보조인의 도움에 따라 이루어질 수 있다고 할 것이다. 관련 법령상 기표행위 이후 또는 투표함에 투표한 이후 선거인의 의사대로 투표가 이루어졌는지 여부를 확인하는 절차는 없다.

(7) 투표의 비밀보장과 투표보조인의 부정행위에 대한 제재
공직선거법 제167조는 투표의 비밀을 보장하고 있으며(제1항), 선거인이 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 누구에게도 또한 어떠한 경우에도 진술할 의무가 없으며, 누구든지 선거일의 투표 마감시각까지 이를 질문하거나 그 진술을 요구할 수 없다고 규정하고 있다(제2항 전문).⁷⁾ 또한 공직선거법 제167조를 위반하여 투표의 비밀을 침해하거나 선거일의 투표마감시각 종료 이전에 선거인에 대하여 그 투표하고자 하는 정당이나 후보자 또는 투표한 정당이나 후보자의 표시를 요구한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처하며(공직선거법 제241조 제1항), 선거관리위원회의 위원·직원, 선거사무에 관계있는 공무원이 위와 같은 행위를 하거나 하게 한 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다(공직선거법 제241조제2항). 따라서 투표보조인이나 투표사

7) 다만, 텔레비전방송국·라디오방송국·「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 가목 및 나목에 따른 일간신문사가 선거의 결과를 예상하기 위하여 선거일에 투표소로부터 50미터 밖에서 투표의 비밀이 침해되지 않는 방법으로 질문하는 경우에는 그러하지 아니하며 이 경우 투표마감시각까지 그 경위와 결과를 공표할 수 없다(공직선거법 제167조 제2항 후문).

무원 중 투표보조를 하게 된 사람이 해당 선거인의 투표 내용을 공개할 경우 위의 규정에 따라 형사처벌될 수 있다.

또한 투표보조인이 해당 선거인의 의사와 달리 다른 후보자에게 투표하거나 무효투표를 하는 등 해당 선거인의 의사와 다른 투표를 한 경우에는 사위투표죄에 해당하여 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하고(공직선거법 제248조 제1항), 선거관리위원회의 위원·직원, 선거사무에 관계있는 공무원이 투표보조인으로서 그와 같은 행위를 한 경우에는 7년 이하의 징역에 처한다(공직선거법 제248조 제2항).⁸⁾ 또한 이를 교사한 사람이나 미수범도 처벌하고 있다.⁹⁾

다. 신체에 장애가 있는 선거인의 기표행위 지원에 관한 규범적·정책적 검토

(1) 현행 법제상 지원 규정

공직선거법상 신체에 장애가 있는 선거인의 기표행위를 지원하는 근거조항으로는 심판대상조항이 유일하다. 보다 자세한 내용은 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’(이하 ‘장애인 차별금지법’이라 한다), 장애인복지법, ‘장애인의 권리에 관한 협약’(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)(이하 ‘장애인권리협약’이라 한다)에 있다.

(가) 장애인 차별금지법과 장애인복지법

장애인 차별금지법은 먼저 국가 및 지방자치단체와 공직선거후보자 및 정당에 장애인 선거권 등을 행사하는 데에 있어서 차

8) 대전지방법원 서산지원 1995. 8. 31. 선고 95고합52 판결은 시각장애인의 의사에 반하여 다른 후보자에게 투표한 경우 본조의 범죄가 성립한다고 보았다.

9) 대검찰청, 공직선거법 벌칙해설(제8개정판), 2016, 412면 이하 참조.

별하여서는 안 된다는 원칙을 규정하고 있다(제27조 제1항). 또한 국가 및 지방자치단체는 장애인의 참정권을 보장하기 위하여 필요한 시설 및 설비, 참정권 행사에 관한 홍보 및 정보 전달, 장애의 유형 및 정도에 적합한 기표방법 등 선거용 보조기구의 개발 및 보급, 보조원의 배치 등 정당한 편의를 제공하여야 하고(장애인 차별금지법 제27조 제2항), 공직선거후보자 및 정당은 장애인에게 후보자 및 정당에 관한 정보를 장애인 아닌 사람과 동등한 정도의 수준으로 전달하여야 한다(장애인 차별금지법 제27조 제3항)고 규정하고 있다. 한편 장애인 차별금지법은 장애인에 대한 차별을 금지하면서 장애인을 돕기 위한 목적에서 장애인을 대리·동행하는 사람(장애아동의 보호자 또는 후견인 그 밖에 장애인을 돕기 위한 사람임이 통상적으로 인정되는 자를 포함함)에 대한 차별도 장애인에 대한 차별로 보고 금지한다(장애인 차별금지법 제4조 제1항 제5호).¹⁰⁾

장애인복지법도 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 않고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 안 된다는 원칙을 규정한다(제8조 제1항). 국가와 지방자치단체는 장애인이 공공시설 등을 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 편의시설의 설치와 운영에 필요한 정책을 강구하여야 하고, 공공시설 등 이용편의를 위하여 안내보조 등 인적서비스 제공에 관하여 필요한 시책을 강구하여야 한다(장애인복지법 제23조).

10) 이 규정을 적극적으로 해석할 경우, 심판대상조항의 투표보조인도 여기에 해당하므로 투표보조인을 장애인과 동일인으로 취급하여야 하며 투표보조인이 1인인 경우에도 해당 투표보조인을 장애인 그 자신으로 보고 동반하여 투표보조를 하는 것이 가능하여야 한다고 볼 여지도 있다. 활동보조인의 행위를 어느 범위까지 장애인에게 귀속시킬 수 있는지에 관하여서는, 차성안, 중증장애인 입후보자의 선거운동, 사회보장법연구 제2권 제1호, 2013, 90면 이하 참조.

장애인복지법은 국가와 지방자치단체가 장애인이 선거권을 행사하는 데에 불편함이 없도록 편의시설·설비를 설치하고, 선거권 행사에 관하여 홍보하며, 선거용 보조기구를 개발·보급하는 등 필요한 조치를 강구하여야 한다고 규정하고 있다(제26조). 이와 같은 장애인복지법의 내용은 앞서 장애인 차별금지법에서 규정하고 있는 내용과 거의 같으나, 국가와 지방자치단체에 이에 필요한 정책이나 시책을 강구하도록 하여 장애인 차별금지법보다도 더 구체적인 의무를 부과하고 있지 않는 것으로 보인다.¹¹⁾

한편, 국가인권위원회는 장애인 차별금지법에서 금지하는 차별행위로 인하여 피해를 입은 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체가 진정한 경우 또는 위와 같은 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 경우에 대해 조사하고 구제조치를 권고할 수 있다(장애인 차별금지법 제38조, 제39조, 제41조, 국가인권위원회법 제44조).

(나) 장애인권리협약

장애인권리협약은 장애인이 모든 인권과 기본적인 자유를 완전하고 동등하게 향유하도록(제1조) 정치 및 공적 생활에 대한 참여에 있어서도 당사국이 준수하여야 할 사항에 대해 아래와 같이 규정하고 있다(제29조).

장애인권리협약(2009. 1. 9. 다자조약 제1928호)

제29조 정치 및 공적 생활에 대한 참여

당사국은 장애인이 다른 사람과 동등하게 정치적 권리와 기회를 향유할 수 있도록 보장하며, 다음의 사항을 약속한다.

11) 장애인복지법은 그 밖에도 국가와 지방자치단체가 장애인이 정보에 접근할 수 있도록 전기통신·방송시설 등의 개선이나 한국수어 또는 폐쇄자막이나 화면해설 또는 자막해설 등을 관련 기관에 요청하여야 한다고 규정하고 있다(제22조).

가. 장애인이 투표하고 선출될 수 있는 권리와 기회를 포함하여, 다른 사람과 동등하게, 직접 또는 자유롭게 선택한 대표를 통한 정치 및 공적생활에 효과적이고 완전하게 참여할 수 있도록 특히 다음의 사항을 통하여 보장할 것

- 1) 투표절차, 시설 및 용구가 적절하고, 접근가능하며, 그 이해와 사용이 용이하도록 보장할 것
- 2) 적절한 경우 보조기술 및 새로운 기술의 사용을 촉진하여, 장애인이 위협당하지 아니하고 선거 및 국민투표에서 비밀투표를 할 권리와, 선거에 출마하고 효과적으로 취임하여 정부의 모든 단계에서 모든 공적 기능을 수행할 장애인의 권리를 보호할 것
- 3) 유권자로서 장애인의 자유로운 의사 표현을 보장하고, 이를 위하여 필요한 경우, 투표에 있어 장애인의 요청에 따라 그가 선택한 사람에 의하여 도움을 받도록 인정할 것

나. 장애인이 차별 없이 다른 사람과 동등하게 공적 활동 수행에 효과적이고 완전하게 참여할 수 있는 환경을 적극적으로 조성하고, 다음을 포함한 장애인의 공적 활동에의 참여를 장려할 것

- 1) 국가의 공적·정치적 활동과 관련된 비정부기구 및 비정부단체와 정당 활동 및 운영에의 참여
- 2) 국제적, 국내적, 지역적 및 지방적 차원에서 장애인을 대표하는 장애인 단체의 결성과 가입

장애인권리협약은 장애가 있는 선거인의 기표행위와 관련하여 보다 구체적이고 진전된 내용을 규정하고 있다. 당사국은 장애인이 비밀투표를 할 권리를 보호하기 위해 현존하는 기술 수준에서 장애인의 선거권 행사에 대해 지원할 의무가 있다. 장애인권리협약은 특별히 장애인에 대해 비밀투표의 권리를 보장할 것을 명시하였다. 또한 장애인이 투표에 있어서 다른 사람의 도움을 받을 수 있는데, 여기에는 장애인 당사자의 요청과 선택이라는 장애인의 자기결정권을 중요한 요소로 규정하고 있다. 이 경우에도 그 보조자들은 장애인 당사자가 선거권을 행사하여 정치적 선택을

하는 것을 제한하거나 악용하여서는 안 된다.¹²⁾

한편, 유엔 장애인권리위원회는 대한민국에 대해 장애와 상관 없이 모든 사람이 투표를 할 수 있고, 선거 정보가 모든 접근 가능한 형식으로 제공되도록 더욱 노력할 것을 권고하였다.¹³⁾ 국가인권위원회는 대한민국 정부의 장애인권리협약 제1차 국가보고서 심의에 대한 의견서에서 장애인의 장애유형 및 정도 등을 고려하여 선거에서 정당한 편의가 제공될 수 있도록 관련 법령을 개정할 것을 정부에 권고하였다.¹⁴⁾

(2) 국가와 지방자치단체의 정책적 지원

중앙선거관리위원회는 장애가 있는 선거인들의 투표편의를 위하여 투표안내도우미를 투표소에 배치하고 있으며, 투표사무원에 대한 교육을 강화하여 적절한 안내가 이루어질 수 있도록 하고 있다.¹⁵⁾

중앙선거관리위원회는 모든 투표소에 높이 조절 기표판이 부착된 폭 120cm로서 휠체어가 들어갈 수 있는 대형기표대를 1개 이상 설치하고 있다.¹⁶⁾ 제19대 대통령선거에서 후보자 칸 사이에 0.5cm의

12) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No.5(2017) on living independently and being included in the community, 2017, 17면 참조.

13) 유엔 장애인권리위원회, 유엔 장애인권리협약 제1차 국가보고서에 대한 장애인권리위원회의 최종견해, 2014, 15면 참조(국가인권위원회 홈페이지에 개시된 국문 번역본 참조).

14) 국가인권위원회, 장애인권리협약 제1차 국가보고서 심의 관련 국가인권위원회 의견서, 2014, 36면 참조.

15) 중앙선거관리위원회는 장애가 있는 선거인에 대한 체계적인 지원을 위하여 기존의 투표안내도우미가 봉사자에 불과하기 때문에 그 수를 줄이는 대신 투표사무원의 수를 늘렸다. 이에 따라 제19대 대선에서는 투표안내도우미는 391명에 불과하였으나, 투표사무원은 제18대 대선 93,075명에서 26,377명이 늘어난 119,452명에 달하였다(중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017, 161면 참조).

16) 중앙선거관리위원회가 홈페이지에 게시하고 있는 기표대 표준에 따르면 소형은

여백을 두어 유·무효 효력의 판단이 어려운 사례를 방지하고자 하였다.¹⁷⁾ 또한 모든 투표소에 장애인을 위한 특수형 기표용구¹⁸⁾를 비치하고 있다.¹⁹⁾²⁰⁾

(3) 국가인권위원회의 권고 결정 등

2014. 6. 4. 예정된 제6회 전국동시지방선거를 앞두고 중앙선거관리위원회위원장에 대해 장애가 있는 선거인의 평등권을 보장하지 않는다는 내용의 진정에 대해, 국가인권위원회는 위 위원장에 대해 몇 가지 권고를 하였다[국가인권위원회 2014. 4. 22.자 14-진정-0160100 외 7건(병합) 결정].²¹⁾

63.5(L)cm×77(W)cm×175(H)cm이고, 대형은 76(L)cm×120(W)cm×175(H)cm이다. 대형은 전동휠체어 출입이 가능한 최소 너비를 적용하되, 투표보조인이 함께 출입 가능한 크기여야 한다고 정하고 있다.

- 17) 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017, 163면 참조. 그럼에도 이 정도도 장애인의 선거권 행사에는 부족하다는 주장이 있다.
- 18) 특수형 기표용구는 마우스피스형과 손목형 두 가지가 제공되고 있다.



다만, 이러한 방식이 고정된 것은 아니다. 중앙선거관리위원회는 특수형 기표용구의 모양, 규격 등을 지정하지 않고 적절하다고 생각되는 방식으로 제조된 것을 납품받는 형태로 운영하고 있다.

- 19) 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017, 169면 참조. 다만, 장애를 가진 선거인이 이러한 특수형 기표용구를 사용하여 기표할 수 있는 비율이 높다고 할 수 있는지는 의문이다. 정확한 기표를 위하여 투표용지가 고정되어 있고 특수형 기표용구를 정확한 위치에 눌러 기표하여야 하는데, 특수형 기표용구들이와 같이 정확히 사용하기 위해서는 어느 정도 신체능력이 갖춰져 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 단지 이 두 종류의 특수형 기표용구만으로는 장애가 있는 선거인이 전적으로 타인의 도움 없이 스스로 기표할 수 있도록 보장하고 있다고 보기는 어려운 측면이 있다.
- 20) 그러나 이와 같은 제도적·정책적 지원이 현실에서는 아직 원활하게 작동하지 않고 있다는 다수의 사례들이 보고되고 있다(장애인 유권자 참정권 보장방안 모색을 위한 토론회 자료집, 국가인권위원회, 2014, 3면 이하 참조).
- 21) 해당 결정은 국가인권위원회 장애인차별시정위원회(위원장 장명숙, 위원 이선애,

국가인권위원회는 중앙선거관리위원회위원장에게 ① 장애인 선거인이 혼자서 투표할 수 있도록 장애유형 및 특성에 맞는 기표 방안을 마련할 것, ② 기표대 내에 투표보조인이 함께 들어가 보조할 수 있도록 기표대의 규격을 개선하고, 이와 관련하여 투표보조의 구체적 방법에 대한 명확한 규정을 마련하여 시행할 것, ③ 시각장애인이 본인의 기표 사실을 확인할 수 있는 방안을 마련할 것을 권고하였다.

중앙선거관리위원회는 위 권고 중 ①에 대해서, 여러 가지 형태의 특수투표용지 및 기표용구를 제작할 수 있는 기술과 시설이 미비하고 선거관리여건 등을 고려하여 현실적으로 어려운 부분이 있으나, 외국의 선진사례를 연구하고 관련기관·단체 등의 의견을 적극적으로 수렴하여 정책에 반영하겠다는 이행계획을 국가인권위원회에 제출하였다. 또한 위 권고 중 ②에 대해서는 향후 선거에 기표대 규격과 재질 등을 조정하여 투표 편의성과 안전성을 강화하겠으며, 투표보조인 활동의 공정성과 통일성, 비밀선거의 원칙이 확보될 수 있도록 투표보조인의 보조범위 및 활동요령 등에 대한 세부지침을 마련하겠다는 이행계획을 제출하였다. 그리고 중앙선거관리위원회는 대형기표대 규격을 폭 120cm로 확대하고 플라스틱 재질로 제작하는 등 위 이행계획을 일부 이행하였으나, 투표보조인과 관련하여서는 앞서 본 내용 외에 더 구체적인 지침은 마련하지 않았다.²²⁾²³⁾

한위수)가 권고한 것이다.

22) 나아가 중앙선거관리위원회는 위 권고 중 ③에 대해서, 중앙선거관리위원회가 개발한 터치스크린 투표기는 국회 교섭단체 구성 정당간 협의가 이루어지지 않아 도입이 불가능한 상황이고, 특수투표용지 또는 천공식 기표방법은 투표용지 및 기표용구 제작기술, 투표·개표 등 선거관리여건 등을 감안할 때 사실상 도입이 어려워 시각장애인이 자신의 기표내용을 스스로 확인하도록 하는 것을 단기에 해결하기 쉽지 않으나, 대안 마련을 위해 지속적으로 연구할 예정이라는 이행계획을 국가인권위원회에 제출하였다.

(4) 장애인의 선거에 대한 전자투표 방식의 활용

현재 전자투표 제도 도입을 위한 규범적·기술적 기반은 상당 수준 마련되어 있는 상태이다. 공직선거법 제278조는 선거사무의 전산화를 추진하기 위한 방안을 규정하고 있고, 공직선거관리규칙 제148조 내지 제159조에는 전자투표 시행 시 특례에 관한 규정을 자세히 두고 있다. 또한 전자선거사업의 추진을 위해 중앙선거관리위원회에 국회에 교섭단체를 구성한 정당이 참여하는 전자선거추진협의회를 설치·운영하고 있다(공직선거법 제278조 제5항, 제6항, 전자선거추진협의회 설치 및 운영에 관한 규칙). 또한 중앙선거관리위원회는 2006년부터 각종 조합장 선거, 대학교 학생회장 선거, 총장선거, 정당 당내경선 등 민간선거 등에 터치스크린 투표시스템을 지원하고 이를 홍보해왔다.²⁴⁾

그러나 전자투표에 대한 국민들의 관심 부족, 전자투표의 기술적 안정성 및 보안성에 대한 부정적 인식, 정당의 이해득실에 따른 상반된 입장 등으로 인해 현재는 전자투표 제도 도입에 관한 논의가 중단된 상태이다.²⁵⁾ 특히 공직선거법 제278조 제4항에 따라 전자투표 제도의 도입은 사실상 국회의 합의를 필요로 하는 사안이어서 현실적으로 어려운 상황이다.

다만 이러한 전자투표 방식은 장애인에 대한 투표방식의 개선이라는 차원에서 논의된 것은 아니었다. 따라서 현재 개발된 전자투표의 기술적 방식이 물리적으로 기표행위를 할 수 없는 장애

23) 그 외에도 국가인권위원회는 정부에 대한 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안에서 장애인의 접근성을 보장하기 위하여 투표소를 1층에 설치할 것과 투표보조기구 및 투표보조인 이용절차를 간소화할 것을 권고했으나, 제3차 국가인권정책기본계획(2018-2022)에는 받아들여지지 않았다.

24) 민병오 외 2명, 전자투표의 사회적 합의기반 실행사업에 관한 연구, 한국정치학회, 2009, 15면 이하 참조.

25) 민병오 외 2명, 전자투표의 사회적 합의기반 실행사업에 관한 연구, 한국정치학회, 2009, 25면 이하 참조.

인 모두를 만족시키기는 어렵겠지만 어느 정도 유용성이 있을 것으로 보인다.

한편, 호주에서는 연방선거에 예외적으로 시각장애인들의 경우에 한하여 전자투표를 시행하고 있다. 시각장애인이 투표보조인을 통해 투표하는 경우 비밀선거의 권리를 제한받는 문제가 있었기 때문이다. 이에 따라 이어폰과 음성 안내를 통해 독자적으로 투표할 수 있게 되었다.²⁶⁾

라. 투표보조 제도의 문제점

(1) 국내 장애인 인권 담론은 생존권 차원을 넘어 오늘날 장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통한 사회통합 및 장애인의 자립생활의 실현을 주요 이념으로 하는 것으로 발전되었다.²⁷⁾ 이러한 장애인 인권 담론의 주요 이념은 장애인복지법, ‘장애인활동지원에 관한 법률’, 장애인 차별금지법, 장애인복지법, 나아가 장애인권리협약에까지 이미 규범화되어 보편적으로 받아들여지는 것이라고 할 수 있다.²⁸⁾

한편 선거권은 국민이 선거를 통해 정치적 의사를 표현함으로써 국가의 정치적 의사결정에 참여하게 되고, 이를 통해 자기통치를 실현하는 수단이라는 점에서 민주적 기본질서의 주요한 구성요소를 이룬다. 선거권 행사는 그 자체가 정치적 영역에서의

26) 민병오 외 2인, 전자투표의 사회적 합의기반 실행사업에 관한 연구, 한국정치학회, 2009, 83면 참조.

27) 유동철, 인권 관점에서 보는 장애인복지, 집문당, 2009, 406면 이하; 우주형 외 2인, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」에 대한 입법평가, 한국법제연구원, 2009, 125면 이하 참조.

28) 이채식 외 4명, 장애인복지론(제3판), 창지사, 2017, 294면 이하 참조. 다만, 자립생활주의는 이성중심주의적 사고로서 발달장애나 정신장애인의 자립을 설명할 수 없는 딜레마에 빠진다는 비판을 제기하는 견해로는, 김도현, 장애학의 도전, 오월의 봄, 2019, 311면 이하 참조.

자기결정권의 행사라는 의미를 지닌다. 따라서 장애인의 완전한 사회통합과 자립은 정치적 영역에서도 마찬가지로 관철되어야 하고, 이는 선거권 행사에 있어서 장애를 이유로 한 차별을 제거하고 스스로 투표할 수 있는 조건을 형성하는 데 있다고 할 것이다.²⁹⁾ 특히 선거권은 보통·평등·직접·비밀선거라는 선거의 기본 원칙에 의해 구체화되므로, 이러한 선거의 기본원칙은 장애인에 대해서도 동일하게 관철되어야 한다.

(2) 투표보조 제도는 일차적으로 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인이 선거권을 실질적으로 행사할 수 있도록 지원하는 제도이지만, 타인에게 의존하여 기표행위를 하게 되므로 그 과정에서 자유의사가 억압되거나 선거인의 의사와 다르게 선거권이 행사될 가능성이 있다. 따라서 심판대상조항은 가족이 아닌 경우에는 투표보조인이 반드시 2인이 되도록 정하고 있다. 그런데 이 경우 필연적으로 투표보조인 2인에게 투표 내용이 알려질 수밖에 없어 비밀선거의 권리를 제한받는 문제가 발생한다.

결국 투표보조 제도는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인에 대해 보통선거의 원칙이 구현되도록 하는 동시에, 그 방식을 타인의 기표행위 보조로 한정하고 있는 결과 비밀선거의 원칙에 대한 예외이자 정치적 자기결정권에 대한 제한으로 작동하고 있다. 또한 투표보조인의 수를 2인으로 정하여 선거의 공정과 해당 선거인의 정치적 의사표시의 정확성을 담보하지만, 비밀선거의 원칙에 대한 예외를 확대시키고 있다.

따라서 심판대상조항의 위헌 여부는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인의 선거권 행사의 보장과 선거의 공정성,

29) 선거과정에서 장애가 고려되어야 하고, 국가는 장애인에게 우호적인 선거 환경을 조성해야 한다(윤수정, 선거운동에 있어서 장애인평등의 실현, 헌법학연구 제21권 제4호, 2015, 242면 이하 참조).

비밀선거와 자유선거의 제한 사이의 형량이 필요한 문제이다.

(3) 앞서 본 바와 같이 현재의 투표보조 제도는 심판대상조항 외에 아무런 법적 근거가 없어서, 그 대상, 절차, 내용 및 다른 제도와의 관계 등이 명확하지 않다. 그 결과 심판대상조항에 위헌성이 있다고 하더라도 그것이 그 자체의 위헌성인지 관련 규정이 미비해서 생기는 문제인지, 관련 규정이 없더라도 해석이나 집행으로 그 위헌성을 보완할 수 있는지 여부도 명확하게 구별하기 어려운 측면이 있다. 심판대상조항의 위헌 여부를 떠나 향후 관련 제도의 명확한 정비가 필요하다.³⁰⁾

또한 투표보조 제도와 얽혀있는 현실적 여건도 고려될 필요가 있다. 장애인의 자기결정권을 보장한다는 측면에서 선거권은 장애인 스스로 직접 행사할 수 있도록 하는 것이 가장 바람직하다. 이를 도입하기 위해서는 예산이나 정책적 지원이 필요하고 경우에 따라 정치적 합의가 필요한 경우도 있다.

투표보조 제도는 일차적으로 위와 같은 기구로도 선거권 행사가 어려운 장애인을 위해 필요하고, 이차적으로 위와 같은 기구의 도입이 현실적으로 어려울 경우를 대비한 최후의 수단이라는 점에서 필요하다. 따라서 장애인 안에서도 장애의 유형과 정도에 따라 신체능력 및 의사능력에 있어서 상당한 격차가 존재하기 때문에, 현재의 투표보조 제도가 모든 장애인에 대해서 무용하거나 위헌성을 지녔다고 평가하기 어려운 측면이 있다. 다만 현재는 거의 유일한 수단으로 활용되고 있기 때문에 문제가 있다.

30) 박경수 외 5명, 시설 거주 장애인 선거권 실태조사, 국가인권위원회, 2014, 172면 이하 참조.

4. 심판대상조항에 대한 판단

가. 심사기준

이 사건의 쟁점은 심판대상조항이 비밀선거의 원칙에 대한 예외를 두어 청구인의 선거권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 결정은 과잉금지원칙을 심사기준으로 사용하였다.

한편, 선거권 침해 여부의 심사기준은 과잉금지원칙이 아니라 선거원칙과 공익 사이의 법익교량이라는 유력한 견해가 있다. 이에 따르면 선거권은 선거원칙과 결합되어 주관적 권리가 되는 것이고, 선거권 제한은 선거권 박탈과 다르지 않기 때문에 법익형량이 불가능하다고 한다.³¹⁾

다만, 이 사건은 비밀선거의 원칙에 대한 예외를 설정하면서 동시에 선거권 보장이라는 보통선거의 원칙을 실현하는 측면도 있다는 점에서 이를 선거권 박탈에 준한다고 단정하기 어려우므로, 기본권제한이론을 적용할 수 있는 경우라고 할 것이다. 또한 헌법에는 독일 기본법과 달리 일반적 법률유보조항이 있기 때문에 선거권 박탈에 이르지 않는 제한이라는 개념도 충분히 존재할 수 있다.

한편 위와 같은 견해는 선거권의 본질을 정확히 한다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다. 선거권의 주관적 공권성은 선거원칙과 떨어져서는 생각할 수 없기 때문에, 선거권 침해 여부에 대한 형량요소는 선거권에 대한 주관적 유·불리 여부가 아니라 선거원칙과 공익이라는 객관적 요소가 될 수밖에 없다. 따라서 헌법상 선거원칙은 선거권 형성과 제한에 대한 입법재량을 제약한다.

31) 한수용, 헌법학(제6판), 2016, 151면 이하 참조.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성과 수단의 적합성

법정의견과 반대의견 모두 심판대상조항의 입법목적이 선거용 보조기구를 이용하여 기표할 수 없는 정도의 신체장애를 지닌 선거인의 선거권을 실질적으로 보장한다는 보통선거의 원칙 실현과 투표보조인이 선거인의 의사에 반하여 기표행위를 하거나 선거인에게 부당한 영향력을 행사하는 것을 방지한다는 자유선거의 원칙 실현 및 선거의 공정성 확보로 보았다. 심판대상조항의 목적의 정당성과 수단의 적합성 모두 인정되었다.

(2) 침해의 최소성

법정의견은 무엇보다 선거의 공정성 확보를 심판대상조항의 주된 입법목적으로 보고 그 필요성을 강조하고 있다. 이는 독립적으로 신체 거동을 하기 어려운 중증장애인이 주로 심판대상조항을 활용할 것이라고 전제하고 있기 때문이다. 따라서 중증장애인의 선거권 보장을 위한 보통선거의 원칙 실현이라는 가치도 더불어 강조된다. 투표의 비밀 보장도 선거권 행사가 이루어진 뒤에야 문제될 수 있다는 점에서 중증장애인의 보통선거의 권리 보장이 투표의 비밀 보장보다 더 본질적이라고 보는 것이다. 이러한 판단에는 중증장애인의 선거권 행사에 있어서 문제될 수 있는 현실상황에 대한 고민도 포함되어 있다. 중증장애인에 대한 선거동원 내지 대리투표의 문제, 시설거주 장애인들의 선거권 보장과 거소투표의 문제, 예산과 제도 마련의 어려움 등을 고려할 때, 현재로서는 중증장애인의 선거권 보장과 선거의 공정성 확보를 높은 수준으로 확보할 필요성이 있다고 보았다. 이는 중앙선거관리위원회의 실무상 투표보조인 지원 정책도 실질적 선거권 보장

의 측면에서 봐야한다는 관점으로 이어진다. 그리고 투표의 비밀 보장은 공직선거법상 규범적으로 보장되는 수준에서 상당히 이루어진다고 본다. 그 결과 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 반하지 않는다고 본다.

반면 반대의견은 심판대상조항이 중증장애인만이 아니라 선거용 보조기구의 도움을 통해서도 기표하기 어려운 정도의 신체장애를 지닌 장애인 모두에게 문제된다고 본다. 이에 따라 심판대상조항은 보통선거의 권리 보장이라는 측면보다 비밀선거의 권리 제한이라는 측면이 더 문제된다. 비밀선거의 원칙에 대한 예외는 선거인의 의사에 따른 경우에 한하여 인정될 수 있는데, 심판대상조항이나 중앙선거관리위원회의 실무 모두 장애가 있는 선거인의 의사를 존중하지 않고 있다고 본다. 이는 근본적으로 장애인 유권자가 스스로 투표할 수 있는 제도적 뒷받침이 없기 때문에 발생하는 문제라고 본다. 따라서 반대의견은 심판대상조항이 침해의 최소성원칙에 반한다고 본다.

(3) 법익의 균형성

법정의견은 ‘(2) 침해의 최소성’에서 논증한 것처럼 심판대상조항이 추구하는 공익은 매우 중요하고 현실적인 반면, 이로 인한 청구인의 불이익은 관련 규정과 정책적 지원에 의해 완화될 수준이라고 본다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성원칙에 반하지 않는다고 본다.

반면, 반대의견은 비밀선거의 원칙이 자유선거의 원칙의 전제가 되기 때문에, 심판대상조항은 그 입법목적 달성을 취약하게 한다고 한다. 그에 비해 청구인이 받는 불이익은 장애인 유권자의 정치적 자기결정권을 불완전하게 하는 것으로서 중대하다고 본다.

따라서 심판대상조항은 법익의 균형성원칙에 반한다고 본다.

5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 비밀선거의 원칙의 헌법적 의미에 대해 직접 판단한 최초의 사례라는 점에서 중요한 의미가 있다. 이 사건 결정은 비밀선거의 원칙이 자유선거의 원칙을 보장하는 전제조건으로 기능하고 있고, 민주주의 아래에서 선거권이 지니는 중요한 의미를 고려하여, 심판대상조항과 같이 비밀선거의 원칙에 대한 예외를 정하는 것은 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 허용될 수 있다고 판단하였다.

또한 이 사건 결정은 장애가 있는 유권자의 선거권 행사를 둘러싼 헌법적 쟁점에 대한 비교형량을 한 결과, 현재로서는 장애가 있는 유권자가 선거권 자체를 행사할 수 있도록 보장하는 것과 부정선거에 악용하는 사례를 차단할 필요성을 더 높게 보았다. 이는 아직까지 장애인의 정치적 기본권의 보장 수준이 높지 않다는 반증이라는 점에서 사회적 각성이 필요한 대목이라고 할 것이다.

이 사건 결정은 장애인의 정치적 자기결정권 문제에 대해서도 간접적으로 판단하고 있다. 법정의견과 반대의견은 이 부분에 대해 다른 태도로 접근하고 있다. 반대의견은 장애인의 선거권 보장을 넘어 장애인의 정치적 자기결정권의 문제로 나아가야 한다고 지적했다는 점에서 향후 관련사건에 대해서도 중요한 시사점을 준다고 할 수 있다.

10. 구 도로교통법 제93조 제1항 제8호 위헌제청

- 운전면허 부정 취득 시 모든 운전면허를 필요적으로
취소하도록 한 도로교통법 조항이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2020. 6. 25. 2019헌가9등, 판례집 32-1하, 406)

임 효 준*

【판시사항】

거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우 모든 범위의 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 단서, 구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 단서, 도로교통법(2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정된 것) 제93조 제1항 단서 중 각 제8호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 관한 부분(이하 위 세 조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 일반적 행동의 자유 또는 직업의 자유를 침해하는지 여부(일부 적극)

* 헌법연구관

【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 단서, 구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 단서, 도로교통법(2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정된 것) 제93조 제1항 단서 중 각 제8호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판에 이르게 된 경위

가. 2019헌가9

제청신청인 남○○는 운전면허 중 제1종 보통면허 및 제1종 대형면허를 보유한 상태에서, 자동차운전 전문학원에 학원생으로 등록만 하고 교육 및 기능검정을 받지 않았음에도 학원 학감을 통하여 학사관리프로그램에 허위 정보를 입력함으로써 2016. 8. 9. 전라남도지방경찰청장으로부터 제1종 특수면허(대형견인차)를 취득하였다.

전라남도지방경찰청장이 2017. 12. 5. 위 사실을 이유로 제1종 특수면허(대형견인차)뿐만 아니라 제1종 보통면허, 제1종 대형면허까지 취소하는 처분을 하자, 위 제청신청인은 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 당해 사건 계속 중 구 도로교통법 제93조 제1항 제8호 가운데 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을

하였다. 제청법원은 2019. 3. 14. 이를 받아들여 위헌법률심판 제청을 하였다.

나. 2019헌가10

제청신청인 조○○은 운전면허 중 제1종 보통면허, 제1종 대형면허, 제1종 특수면허(구난차)를 보유한 상태에서, 자동차운전 전문학원에 학원생으로 등록만 하고 교육 및 기능검정을 받지 않았음에도 학원 학감을 통하여 학사관리프로그램에 허위 정보를 입력함으로써 2016. 8. 30. 전라남도지방경찰청장으로부터 제1종 특수면허(대형견인차)를 취득하였다.

전라남도지방경찰청장이 2017. 12. 5. 위 사실을 이유로 제1종 특수면허(대형견인차)뿐만 아니라 제1종 보통면허, 제1종 대형면허, 제1종 특수면허(구난차)까지 취소하는 처분을 하자, 위 제청신청인은 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 당해 사건 계속 중 구 도로교통법 제93조 제1항 제8호 가운데 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 제청법원은 2019. 3. 14. 이를 받아들여 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

심판대상조항은 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받으면 구체적 사안의 개별성과 특수성 등을 고려할 여지없이 보유하고 있는 모든 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하고 있다. 이는 임의적 또는 부분적 취소·정지만으로도 입법목적은 효과적으로 달성할 수 있다는 점에서, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 반하여 직업의 자유 또는 일반적 행동의 자유를 침해한다.

【결정요지】

심판대상조항은 운전면허제도의 근간을 유지하고 국민의 생명과 재산을 보호하는 한편, 운전면허를 부정 취득한 자가 자동차를 운행하는 과정에서 야기할 수 있는 교통상의 위험과 장해를 방지하여 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것이므로, 그 입법목적이 정당하다. 이러한 목적을 달성하기 위해 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받는 행위’(이하 ‘운전면허 부정 취득’이라 한다)를 한 경우 모든 범위의 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은, 수단의 적합성도 인정된다.

심판대상조항은 특정한 운전면허를 부정 취득하면, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허’(이하 ‘부정 취득한 운전면허’라 한다)뿐만 아니라, 적법하게 취득해 보유하고 있는 다른 운전면허, 즉 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허를 제외한 운전면허’(이하 ‘부정 취득하지 않은 운전면허’라 한다)까지 필요적으로 취소하도록 하고 있다. 먼저 심판대상조항이 ‘부정 취득한 운전면허’를 필요적으로 취소하도록 한 것은, 이를 임의적 취소·정지의 대상으로 전환할 경우 면허제도의 근간이 흔들리게 되고, 형사처벌 등 다른 제재수단만으로는 여전히 부정 취득한 운전면허로 자동차 운행이 가능하다는 점에서, 피해의 최소화 원칙에 위배되지 않는다. 또한 운전면허 제도는 자동차 운전으로 인한 위험의 현실화를 방지하기 위한 사전적 예방조치 중 가장 본질적인 부분인바, 이를 회피하여 취득한 해당 운전면허를 필요적으로 취소함으로써 달성될 수 있는 공익은 중대한 반면, 부정 취득한 운전면허는 그 요건이 처음부터 갖추어지지 못한 것으로서 해당 면허를 박탈하더라도 기본권이 추가적으로 제한된다고 보기 어려워, 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다.

반면, 심판대상조항이 ‘부정 취득하지 않은 운전면허’까지 필요적으로 취소하도록 한 것은, 임의적 취소·정지 사유로 하는 등 기본권을 덜 제한하는 완화된 수단에 의해서도 입법목적에 같은 정도로 달성하기에 충분하므로, 피해의 최소성 원칙에 위배된다. 특정한 운전면허를 부정 취득하였다고 하여 이미 그 요건을 갖추어 적법하게 취득한 다른 운전면허에 대해서까지 취소 사유가 항상 존재한다고 볼 수는 없으므로, 부정 취득하지 않은 운전면허에 대해서는 운전면허를 부정 취득하게 된 경위, 행위의 태양, 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택하도록 하는 것으로도 충분히 입법목적에 달성할 수 있기 때문이다. 이미 부정 취득한 운전면허에 대한 결격기간 조항과 형사처벌 조항에 의해서, 운전면허 부정 취득을 방지하기 위한 일정한 위하 효과도 존재한다. 나아가, 심판대상조항이 위법의 정도나 비난의 정도가 미약한 사안 등을 포함한 모든 경우에 부정 취득하지 않은 운전면허까지 필요적으로 취소하도록 하고 이로 인해 취소된 날부터 2년 동안 해당 운전면허 역시 다시 받을 수 없게 하는 것은, 달성하려는 공익의 중대성을 감안하더라도 지나치게 운전면허 소지자의 기본권을 제한하는 것이므로, 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

이상과 같이, 심판대상조항 중 각 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허를 제외한 운전면허’를 필요적으로 취소하도록 한 부분은, 과잉금지원칙에 반하여 일반적 행동의 자유 또는 직업의 자유를 침해한다.

재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견

심판대상조항은 운전면허를 부정 취득한 사람이 계속하여 교통에 관여하는 것을 금지함으로써 국민의 생명·신체를 보호하고 도로교통에 관련된 공공의 안전을 확보함과 동시에, 운전면허 부정 취득을 예방하기 위해 운전면허를 취소하도록 한 것인데 그 목적이 정당하고, 이를 통해 금지행위의 재발을 방지하고 자동차를 운전하는 일반 국민에게 그 불이익을 사전에 경고할 수 있을 것이므로, 수단의 적합성도 인정된다.

입법자에게는 행정법규 위반을 방지하는 실질적 위하력이 있도록 불이익 처분의 방법과 정도를 형성할 재량이 있고, 그러한 입법자의 재량은 존중될 필요가 있다. 행정법규 위반을 방지하기 위한 위하력을 가지려면 그 위반이 적발되었을 때 행위자가 받는 불이익이 그 위반을 통하여 얻은 이익보다는 상당한 정도로 무거워야 한다. 제재 수준이 단지 행정법규 위반 행위가 없었던 상황으로 되돌리는 것에 불과하다면 행정법규 위반을 방지할 위하 효과가 충분하지 않다.

부정 취득한 당해 운전면허만을 취소한다면, 2년간 부정 취득한 운전면허를 취득할 수 없는 결격 기간이 존재한다고 해도, 이것은 당연히 효력이 부정되어야 할 ‘부정 취득한 운전면허 부분’이 취소되어 행정법규 위반 행위가 없었던 상황으로 되돌려진 상태가 일정기간 계속되는 제재에 불과하다. 또한 운전면허를 부정 취득한 자는 형사처벌인 벌금형보다 운전면허에 대한 행정처분으로 인한 불이익을 더 불편해 한다. 나아가, 운전면허 부정 취득은 특정한 운전면허에 관한 것임과 동시에, 행위자가 주관적으로 부정한 수단임을 인식하면서 그 부정한 수단을 행한다는 점에서, 교통관련법규에 대한 준법의식을 갖추지 못하여 장차 자동차 운

전으로 인하여 인적, 물적 침해를 가할 위험성이 있다고 여겨질 정도로 행위자에게 적성 흠결이 나타난 경우라고 볼 수 있다. 심판대상조항은 이를 모두 고려하여 금지행위에 대한 실질적 위하력이 있도록 ‘부정 취득한 해당 운전면허와 함께 해당 운전자가 보유하고 있는 나머지 운전면허도 필요적으로 취소함으로써 금지행위자를 교통 관여에서 배제하는 방법’을 형성한 것이고, 이보다 완화된 수단으로는 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적을 달성할 수 없으므로, 피해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다.

운전면허를 불가결의 요소로 하는 직업을 수행하는 사람에게는 운전면허 취소가 직업을 박탈하는 것과 다름없으므로, 제한되는 사익의 정도가 크다고 할 수 있다. 그러나 상시 자동차의 운전을 담당하는 직업은 도로교통과 관련한 공공의 안전에 미치는 효과가 다른 직업보다 더 크므로, 이들이 운전면허 부정 취득을 한 경우 교통 관여에서 배제하여 국민의 생명·신체를 보호할 필요성은 더욱 크다. 그렇다면 제한되는 사익에 상응하는 정도 이상의 중대한 공익이 존재한다고 할 것이므로, 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다.

결국 운전면허 부정 취득에 대한 불이익 처분으로 부정 취득한 해당 운전면허와 함께 해당 운전자가 보유하고 있는 나머지 운전면허도 필요적으로 취소하도록 규정한 심판대상조항은, 과잉금지 원칙에 반하여 일반적 행동의 자유 또는 직업의 자유를 침해하지 않는다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건에서는, 특정한 운전면허를 부정 취득하면 해당 운전자

가 보유하는 모든 범위의 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 심판대상조항이, 과잉금지원칙에 반하여 일반적 행동의 자유 또는 직업의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다. 심판대상조항은 ‘부정 취득한 운전면허’뿐만 아니라 ‘부정 취득하지 않은 운전면허’까지 필요적으로 취소하도록 하고 있는데, 양자 간에 과잉금지원칙 위반 여부를 판단함에 있어서 고려되어야 할 요소들이 서로 다를 수 있고 이에 따라 그 결론 역시 달라질 여지가 있다. 따라서 심판대상조항은 ‘부정 취득한 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분’과 ‘부정 취득하지 않은 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분’으로 나누어 판단될 필요가 있을 것이다.

다만 위와 같은 구조로 판단이 이루어지기 위해서는, 여러 종류의 운전면허가 서로 구분되는 별개의 운전면허라는 점이 전제되어야 하므로, 운전면허 체계를 이와 같이 해석할 수 있는지 먼저 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여서는 법원과 경찰청 간에 오랜 해석 차이가 있어 왔고, 이러한 배경 하에 2016. 1. 27. 도로교통법이 개정되면서 운전면허 취소 사유 발생 시 그 취소 범위를 해당 운전자가 보유하는 모든 범위의 운전면허로 규정하게 된바, 이와 같은 개정과정에서의 논의도 함께 살펴보기로 한다. 덧붙여, 운전면허 부정 취득 관련 현황과 외국의 입법례 역시 간략하게 소개하고자 한다.

한편, 당해 사건에 적용되었던 구 도로교통법 조항은 임의적 취소·정지사유를 규정한 본문 부분과 필요적 취소사유를 규정한 단서 부분으로 구성되어 있는바 심판대상을 한정할 필요는 없는지 여부 및 구 도로교통법 조항은 이 사건 결정 이전까지 두 차례 개정되었으나 규율내용이 실질적으로 동일한바 심판대상을 확장할 필요는 없는지 여부, 그리고 위와 같은 사항들을 고려하여

심판대상조항을 확정된 결과 심판대상조항이 위헌으로 판단되더라도 운전면허 부정 취득은 여전히 운전면허의 임의적 취소 사유로서는 기능할 수 있게 되는데 그럼에도 불구하고 재판의 전제성이 인정되는지 여부 등도 부수적인 쟁점이 될 수 있다. 마지막으로, 이 사건 결정 이전에도 운전면허 취소 사유와 관련된 선례들이 다수 존재해왔는바 이들 선례와 이 사건 결정이 구분되는 지점은 무엇인지, 또 이 사건 결정 이후 심판대상조항의 개정이 이루어진바 이 사건 결정이 기여한 바는 무엇인지 등을 중심으로 하여, 이 사건 결정의 의의를 찾아보기로 한다.

2. 심판대상의 확정

가. 심판대상의 한정 여부

제청법원은 구 도로교통법 제93조 제1항 제8호 가운데 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’ 부분의 위헌 여부에 관한 심판을 제청하였으나, 이 사건 결정은 구 도로교통법 제93조 제1항 단서 중 제8호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 관한 부분으로 심판대상을 한정하였다.

『당해 사건들에 적용되는 법률조항은 구 도로교통법(2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되고, 2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 단서 중 제8호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 구법조항’이라 한다)이다.』 (판례집 32-1하, 406, 410)

구 도로교통법 제93조 제1항의 구조를 살펴보면, 본문에서 제1호~제20호에 해당하는 경우 운전면허를 임의적으로 취소 또는

정지할 수 있도록 규정한 뒤, 단서에서 제8호를 포함한 몇 가지 호에 대해서만 운전면허를 필요적으로 취소하도록 규정하고 있다. 따라서 제8호의 경우 본문과 단서 모두에 포함되어 있으나, 특별규정인 단서가 일반규정인 본문보다 우선 적용되는 결과 필요적 취소사유에 해당하게 되는 것으로 해석된다. 이러한 구조하에서 단순히 ‘구 도로교통법 제93조 제1항 제8호’라고 하면 ‘본문 중 제8호’와 ‘단서 중 제8호’를 모두 아우르는 것이 되므로, 제8호를 필요적 취소 사유로 하는 것의 위헌성뿐만 아니라 임의적 취소·정지사유로 하는 것의 위헌성 역시 심판대상에 포함되게 된다. 그러나 제청법원은 제8호를 ‘운전면허 취소 사유로 하는 것 자체’가 위헌이라는 취지가 아니라 ‘필요적 취소 사유로 하는 것’이 위헌이라는 취지이므로, 이 사건 결정은 심판대상을 ‘단서 중 제8호’로 한정하는 것이라 볼 수 있다.

또한 이 사건 결정은 심판대상을 ‘단서 제8호’가 아닌 ‘단서 중 제8호’로 파악하고 있는바, 이는 위헌심사의 방점이 제8호에 존재하는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 있는 것이 아니라 단서에 존재하는 ‘제8호의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다’는 것에 있는 점, 위헌결정이 선고될 경우 효력이 상실되어야 하는 부분도 단서의 일부인 점 등을 고려한 것이라 할 수 있다.

나. 심판대상의 확장 여부

한편 이 사건 결정은, 당해 사건들에 적용되는 구 도로교통법 조항뿐만 아니라 두 차례 개정된 조항까지 포함하도록 심판대상을 확장하기도 하였다.

『도로교통법 제93조 제1항 본문 및 단서는 2017. 7. 26. 법

를 제14839호로, 다시 2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정되었으나, 이 사건에서 문제되는 같은 항 단서 중 각 제8호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 관한 부분은 이 사건 구법조항의 내용과 실질적 차이가 없다. 그렇다면 구 도로교통법(2017. 7. 26. 법률 제14839호로 개정되고, 2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 단서 및 도로교통법(2018. 3. 27. 법률 제15530호로 개정된 것) 제93조 제1항 단서 중 각 제8호의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에 관한 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘이 사건 신법조항’이라 한다) 역시 그 위헌여부에 관해서 이 사건 구법조항과 결론을 같이 할 것이 명백하므로, 이 사건 신법조항도 이 사건 심판대상에 포함시키기로 한다.』 (판례집 32-1하, 406, 410-411)

이는 일부위헌 주문이 선고된 사건이라는 점에서, 위헌성이 동일하게 존재하고 있는 현행법¹⁾에 대해서까지 결정의 효력을 미치게 함으로써 실효성을 확보하기 위한 것이라고 볼 수 있다.

3. 이 사건 심판의 적법 여부

이 사건 결정은 적법요건에 관한 판단을 생략하고 있으나, 본안 판단을 행하고 있으므로 그 전제로서 이 사건 심판이 적법하다는 판단을 묵시적으로 한 것이라고도 볼 수 있다. 다만, 이 사건 구법조항이 당해 사건과의 관계에서 재판의 전제성을 갖추었는지, 특히 이 사건 구법조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 제청법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우인지와 관련하여,

1) 이하, 이 글에서 ‘현행’이라 함은 이 사건 결정이 선고된 2020. 6. 25. 기준으로 시행 중인 것을 의미한다.

다음과 같은 사항이 문제될 수 있다.

전라남도지방경찰청장은 제청신청인들에 대한 각 처분의 근거 조항으로 ‘구 도로교통법 제93조 제1항 제8호’만을 처분서에 기재하고 있을 뿐, 이 사건 결정에서 심판대상으로 파악한 ‘구 도로교통법 제93조 제1항 단서 중 제8호’로 한정하여 기재하고 있지 않다. 따라서 이 사건 구법조항에 대해 위헌결정이 내려진다고 하더라도 위 각 처분은 ‘구 도로교통법 제93조 제1항 본문 중 제8호’에 의하여 여전히 그 법적 효력이 유지될 여지가 있으므로, 위헌결정으로 인하여 곧바로 위법한 처분이 된다고 할 수는 없다.²⁾ 특히 구 도로교통법 제93조 제1항 본문의 위임을 받은 ‘구 도로교통법 시행규칙(2016. 7. 28. 행정자치부령 제78호로 개정되고, 2017. 6. 2. 행정자치부령 제121호로 개정되기 전의 것)’ 제91조 제1항 [별표 28] 운전면허 취소·정지처분 기준 2. 개별기준 제11호에 따르면, 구 도로교통법 제93조 제1항 본문 중 제8호에 의해서도 ‘허위 또는 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’에는 운전면허를 취소하도록 규정하고 있다.

그러나 대법원은 도로교통법 시행규칙상 운전면허 취소·정지처

2) 대법원은 “구 여객자동차운수사업법(2000. 12. 30. 법률 제6335호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제76조 제1항 본문은 여객자동차운수사업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 면허를 취소할 수 있다고 규정하고 있고 그 단서에서는 명의이용금지를 위반한 때에 해당하는 제8호 등 일부의 경우에는 면허를 취소하여야 한다고 규정하고 있는바, 헌법재판소는 2000. 6. 1. ‘법 제76조 제1항 단서 중 제8호 부분’에 대하여 비례원칙의 한 요소인 최소침해성의 원칙 등에 위반된다는 이유로 위헌결정(헌재 2000. 6. 1. 99헌가11등, 판례집 12-1, 575 참조)을 하였지만, 이러한 위헌결정으로 인하여 효력이 상실되는 조항은 ‘법 제76조 제1항 단서 중 제8호 부분’에 한정되고 ‘법 제76조 제1항 본문 및 제8호의 규정’까지 그 효력이 상실되는 것은 아니다. 피고는 이 사건 처분의 근거법률로서 본문과 단서를 구분함이 없이 법 제76조 제1항 제8호를 처분서에 기재하고 있으므로 비록 ‘법 제76조 제1항 단서 중 제8호 부분’에 관한 위헌결정이 있었다고 하더라도 이 사건 처분은 ‘법 제76조 제1항 본문 및 제8호의 규정’에 의하여 여전히 법적 효력이 유지된다고 할 것이고, 위 위헌결정으로 인하여 곧바로 이 사건 처분이 법률상 근거가 없는 위법한 처분이 된 것으로 볼 수는 없다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두1264 판결).

분 기준은 행정기관 내부의 처리지침에 불과한 것으로 파악하고 있어(대법원 1997. 5. 30. 선고 96누5773 판결, 대법원 1998. 3. 27. 선고 97누20236 판결 등 참조), 이 사건 구법조항에 대하여 위헌결정이 내려질 경우 제청법원은 위 각 처분이 ‘구 도로교통법 제93조 제1항 본문 중 제8호’에 근거하여 효력이 유지될 수 있는지, 즉 재량을 일탈·남용한 위법이 있는지를 추가적으로 판단하게 될 것이므로, 이 사건 구법조항의 위헌여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문에 영향을 미치는 경우 또는 재판의 이유를 달리함으로써 재판의 내용에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다. 따라서 이 사건 구법조항은 재판의 전제성이 인정된다고 할 것이다.

4. 운전면허 체계 및 부정취득 현황, 입법례

가. 운전면허 체계에 관한 경찰청과 법원의 해석 차이

(1) 운전면허 체계

현행 도로교통법(이하 ‘법’이라 한다)상 운전면허는 운전을 할 수 있는 차의 종류를 기준으로 제1종 운전면허, 제2종 운전면허, 연습운전면허로 구분되어 있고, 그 중 제1종 운전면허는 대형면허·보통면허·소형면허·특수면허(대형견인차면허, 소형견인차면허, 구난차면허)로, 제2종 운전면허는 보통면허·소형면허·원동기장치자전거면허로, 연습운전면허는 제1종 보통연습면허·제2종 보통연습면허로 나뉘어져 있다(법 제80조 제2항). 이 운전면허의 구분에 따라 운전면허시험이 실시되며(법 제83조 제1항), 이미 일정한 운전면허를 받은 사람에 대해서는 다른 운전면허시험의 일부가 면제된다(법 제84조 제1항 제6호). 각각의 운전면허를 받은 사람이 운전할 수 있는 자동차의 종류는 법 시행규칙 제53조

[별표 18]에서 정하고 있다.

그런데 이러한 운전면허의 체계에 대해, 하나의 운전면허 내에서 운전할 수 있는 자동차의 범위가 달라진다고 해석할 것인지, 아니면 각각 별개의 운전면허로 해석할 것인지 여부를 두고 그동안 경찰청과 법원의 입장이 대립되어 왔다. 이하에서는 법 제93조 제1항에 “운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)”라는 문구가 추가된 2016. 1. 27. 도로교통법 개정 전후로 시기를 나누어 그 해석 차이에 대해 살펴본다.

(2) 2016. 1. 27. 도로교통법 개정 전

(가) 경찰청의 해석 : 하나의 운전면허

경찰청은 운전면허가 대인적 허가의 성격을 갖는 데 주목하여 ‘1인 1면허’로 발급·관리하면서, 법 제80조 제2항에서 정하는 각각의 운전면허를 ‘종류’가 아닌 ‘범위’로 해석하여 왔다.³⁾ 즉, 한 사람이 여러 운전면허를 취득하였다 하더라도 이는 하나의 면허 안에서 운전할 수 있는 차의 범위를 확장시키는 것에 불과하다고 보고 있었다.

이는 운전면허 취소에 있어서도 동일한데, 경찰청은 “운전면허는 대인적 경찰허가라는 점에서 면허행정처분의 분리집행이 불가능하며, 사회적으로 비난받아 마땅한 자에 대해 개별 면허만 취소할 경우 다른 면허로 운전할 수 있는 결과를 초래할 수 있기 때문에 운전면허 모두를 취소해야 한다.”라는 입장을 견지해 오고 있었다.⁴⁾

3) 국회 안전행정위원회 전문위원, 도로교통법 일부개정법률안(노용래의원 대표발의, 의안번호 1903796 등 10건) 검토보고서, 2013, 30면 참조.

4) 국회 안전행정위원회 전문위원, 도로교통법 일부개정법률안(윤재욱의원 대표발의, 의안번호 1910703 등 22건) 검토보고서, 2014, 92-93면 참조.

(나) 법원의 해석 : 별개의 운전면허

이와 달리 법원에서는, ‘도로교통법과 그 시행령 및 시행규칙이 각 면허의 종류에 따라 운전가능한 차종, 면허의 취득자격이나 요건 시험의 내용 등을 다르게 규정하고 있고, 한 사람이 여러 종류의 면허를 취득하는 것도 가능하게 규정하고 있으므로, 한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우뿐 아니라 이를 취소함에 있어서도 서로 별개의 것으로 취급하는 것이 원칙’이라는 입장을 견지해 왔다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누8289 판결 참조). “한 사람이 여러 종류의 자동차운전면허를 취득하는 경우 1개의 운전면허증을 발급하고 그 운전면허증의 면허번호는 최초로 부여한 면허번호로 하여 이를 통합관리하고 있다고 하더라도, 이는 자동차 운전면허증 및 그 면허번호 관리상의 편의를 위한 것에 불과할 뿐 그렇다고 하여 여러 종류의 면허를 서로 별개의 것으로 취급할 수 없다거나 각 면허의 개별적인 취소 또는 정지를 분리하여 집행할 수 없는 것은 아니”라는 것이다(대법원 1995. 11. 16. 선고 95누8850 전원합의체 판결). 다만, “그 취소나 정지의 사유가 특정의 면허에 관한 것이 아니고 다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 경우에는 여러 운전면허 전부를 취소 또는 정지할 수도 있다.”라고 한다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누8289 판결). 이는 2016. 1. 27. 도로교통법 개정 전까지 다수의 판결에서 확고히 취해져 온 설시이다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2012두1891 판결 등 참조).

특히 이 사건에서 문제되는 운전면허 부정 취득 사유의 경우, 이에 관한 대법원 판결은 존재하지 않지만, 하급심에서는 ‘다른 면허와 공통된 것이거나 운전면허를 받은 사람에 관한 경우’에 해당한다고 보기 어려워 다른 면허까지 취소한 부분은 위법하다

는 판단이 행해져왔다(부산고등법원 1995. 3. 10. 선고 94구 7843 판결, 부산고등법원 1995. 4. 6. 선고 94구8334 판결, 부산고등법원 1995. 6. 28. 선고 95구1064 판결,⁵⁾ 광주지방법원 2012. 11. 29. 선고 2012구합3408 판결 등 참조).

(3) 2016. 1. 27. 도로교통법 개정 후

(가) 2016. 1. 27. 도로교통법 개정

2016. 1. 27. 법률 제13829호로의 개정은 2015년 소관 상임위원회 대안⁶⁾이 가결된 결과로, 법 제93조 제1항에 “(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다)”라는 문구를 추가하는 내용은 대안반영폐기된 2013년 개정안⁷⁾에 있었던 것이었다. 2013년 개정안의 내용을 살펴보면 “현행법에서는 복수의 운전면허를 소지한 운전자에 대해 운전면허 취소나 정지의 행정처분을 하는 경우 그가 가진 복수면허 전부에 대하여 행정처분을 할 것인지 아니면 일부 면허에 대하여만 할 것인지에 대한 명확한 기준이 없어 논란이 있어 왔”다면서, “일부 운전면허만을 취소할 경우 복수면허 운전자는 취소 또는 정지되지 않은 다른 운전면허로 계속 운전할 수 있게 되어 행정처분의 실효성 확보가 곤란”하며 “운전면허는 도로에서의 운전을 허용하는 대인적 허가의 성격이 있고 음주운전이나 상습 법규위반 등과 같이 운전자의 운전

5) “피고가 원고의 제1종 대형면허 부정발급을 이유로 위 제1종 대형면허는 물론 원고가 기허 적법하게 취득하여 소지하고 있던 제1종 보통면허까지 함께 취소하였음은 앞서 본 바와 같은바, 그 취소 사유는 부정한 수단으로 면허를 취득하였다는 것이므로 이는 어디까지나 그 부정발급받은 특정 면허에 관한 것일 뿐 다른 면허와 공통되거나 운전면허를 받은 사람에 관한 일반적인 처분사유로 보기는 어렵고, 따라서 피고가 그 제1종 대형면허 이외에 그와 아무런 관련성도 없는 기존의 제1종 보통면허까지 함께 취소한 것은 위법하다.”

6) 국회 안전행정위원회, 도로교통법 일부개정법률안(대안)(의안번호 1918321), 2015. 11. 27.

7) 노웅래의원 대표발의, 도로교통법 일부개정법률안(의안번호 1903796), 2013. 2. 20.

부적합으로 운전면허가 취소 또는 정지되는 경우에는 그가 가진 모든 범위의 운전면허를 취소하는 것이 교통안전차원에서 타당한 측면이 있음”을 지적하고 있다.

그런데 해당 개정안은 현행법처럼 모든 취소 사유에 대해서 모든 운전면허를 취소하려는 것은 아니었다. 해당 개정안의 제안이유는 “운전면허 취소·정지제도의 합리적 운영을 도모”하고자 “적성검사를 받지 않거나 불합격한 경우 또는 등록되지 아니한 자동차를 운전한 경우 등과 같이 행정목적이 주된 처분사유인 경우를 제외하고는 운전자가 받은 모든 종류의 운전면허가 처분대상에 포함되도록 명시”한다는 것이었기 때문이다. 이에 따라 “제93조 제1항 각 호 외의 부분 본문 중 “운전면허를”을 “운전면허(제9호, 제16호 또는 제18호의 경우를 제외하고는 운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를”로 한다.”라는 것이 해당 개정안의 내용이였다.

그러나 소관 상임위원회 심의 과정에서 ‘선진 외국의 경우에도 하나의 면허 안에서 운전면허를 운전할 수 있는 차종에 따라 A, B, C, D 등의 범위로 구분하고 있는데, 행정처분 시에는 운전면허 전체를 대상으로 처분하고 있다’는 사실이 주목됨과 동시에, ‘적성검사 미수검 등의 사유도 면허 취소·정지 사유로 유지되는 한 이를 개정 대상에서 제외할 필요성은 크지 않다’는 의견이 제시되어,⁸⁾ 모든 취소 사유에 대해 모든 범위의 운전면허가 취소되는 것으로 수정안이 제안되고 해당 내용대로 대안에 반영되었다 (“제93조 제1항 각 호 외의 부분 본문 중 “운전면허를”을 “운전

8) 국회 안전행정위원회 전문위원, 도로교통법 일부개정법률안(노동래의원 대표발의, 의안번호 1903796 등 10건) 검토보고서, 2013, 31면; 국회 제337회 안전행정위원회 법안심사소위원회 제1차회의 회의록, 2015. 11. 24., 55면 중 전문위원 송병철의 발언내용 참조.

면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를”로 [한다.]”). 이러한 내용의 대안은 그대로 가결되었는데, 대안에 해당 조항의 개정이유는 “복수운전면허소지자에 대한 면허취소·정지 시 그 소지면허 전부를 대상으로 한다는 점을 보다 명확하게 규정하고”라고 기재되었고, 이는 기존의 해석을 확인하는 차원에서 입법한 것이라는 경찰청의 입장이 반영된 것이었다.

(나) 2016. 1. 27. 도로교통법 개정 후 법원의 해석

2016. 1. 27. 개정 이후에도 법원은 각각의 운전면허가 별개의 운전면허라는 입장에 변함이 없다. 가령, 하급심 판결 중에는 개정안에 기재된 개정이유와 달리, “2016. 1. 27. 법률 제13829호로 일부개정된 도로교통법은 제93조 제1항 본문에 취소 대상인 면허를 ‘운전자가 받은 모든 범위의 운전면허’로 확대하는 취지의 명문의 규정을 신설하였다.”(제주지방법원 2017. 6. 28. 선고 2016구합586 판결)라고 파악한 것이 있다.

다만, 법 제93조 제1항 단서에 해당하는 필요적 취소 사유의 경우 취소 여부에 재량의 여지가 없으므로, 2016. 1. 27. 개정된 법률이 적용되는 사안에서는 일부 면허에 대한 취소 사유가 인정되는 한 모든 면허를 취소한 처분도 적법하다고 판단할 수밖에 없게 되었다(서울행정법원 2016. 11. 25. 선고 2016구단23564 판결; 제주지방법원 2017. 6. 28. 선고 2016구합586 판결; 광주지방법원 2018. 5. 31. 선고 2018구단10227 판결 등 참조).

나. 운전면허 부정 취득 관련 현황

(1) 운전면허 부정 취득이란 ‘주관적으로 허위 또는 부정한 수

단임을 인식하면서 그 방법으로 운전면허를 받는 경우'를 말한다(대법원 1991. 11. 8. 선고 91누4584 판결 참조). 이러한 행위에 대해서는 심판대상조항에 의해 해당 운전자가 보유하는 모든 범위의 운전면허를 포함하여 운전면허가 필요적으로 취소되고, 취소된 날부터 2년 간 운전면허를 취득할 수 없으며(법 제82조 제2항 제6호), 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다(법 제152조 제3호).

(2) 운전면허 부정 취득의 구체적인 사례는 매우 다양한데, 그동안 특히 문제되어 온 것들을 위주로 대표적인 유형을 나누어 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 이 사건과 유사하게 자동차운전학원에서 수강생과의 합의로 출석이나 교육시간 등을 거짓으로 기재하거나 기능검정에 합격하지 않았음에도 수료증을 발급하는 사안이다. 이러한 사안의 경우 학원 역시 등록 취소나 영업 정지 처분에 처해질 수 있다(법 제113조 제1항 제7호, 같은 조 제2항 제6호 및 제9호). 국민권익위원회가 2008년 이러한 문제점을 적시하고 제도개선을 권고한 바 있다.⁹⁾

둘째, 적성검사나 운전면허시험(학과, 기능, 도로주행 시험 등)에서 부정행위를 하는 사안이다. 국정감사¹⁰⁾와 언론보도¹¹⁾에서

9) 국민권익위원회, 자동차 운전면허 발급 및 면허학원 관리 제도개선 권고, 2008. 9. 22. 중 “2. 운전면허 학원 관리감독 제도 개선” 부분 참조. 해당 부분에서는 다음과 같은 사례를 제시하고 있다.

“o □□경찰서는 '06.9월부터 11월까지 도로주행 연습시간을 허위로 기재해 면허를 취득케 한 운전학원 강사 4명을 불구속 입건 ('07.10.17, 뉴스시)
o □□경찰서는 실리콘으로 만든 가짜 지문으로 규정연습시간을 채운 것처럼 속여 운전면허를 부정 발급해 준 혐의로 모 학원장을 구속 ('05.11.4, 한겨레)
o 서류를 조작해서 도로주행연습을 한 것처럼 속여 면허를 따게 해주는 운전학원이 있음 ('04.12.25, KBS 현장추적)”

10) 국회의원 소병훈, [보도자료] 운전면허 부정발급자 118명 적발, 2017. 10. 29. 참조.

여러 차례 언급된 내용으로, 대리응시는 물론 시험감독관이 학과 시험의 답을 알려주거나 기능 시험 및 도로주행 시험에서 감점사유가 있음에도 감점을 하지 않는 등의 사례들이 존재한다.

셋째, 타인의 신분증이나 위조된 신분증을 이용하여 운전면허를 발급받는 사안이다. 이는 운전면허증이 신분확인 수단인다는 측면에서 2차 범죄가 예상되는 행위 유형이라고도 할 수 있으며, 국정감사¹²⁾에서도 지속적으로 지적되어 온 유형이다. 이에 따라 2016년에는 도로교통법에 지문정보 등을 이용한 운전면허증 발급 대상자 본인 확인 규정이 신설되고(법 제87조의2, 제137조의2 제2항¹³⁾), 2017년에는 도로교통공단에 의해 ‘면허증 발급 시 지문조회시스템 도입 및 사진비교분석시스템 확대’ 조치도 취해진 바 있다.¹⁴⁾

넷째, 외국면허증을 위조하여 운전면허를 발급받는 사안이다.

-
- 11) 연합뉴스, 운전면허 감독관이 돈받고 부정발급 가담...브로커와 함께 구속, 2018. 11. 8.; 내일신문, 운전면허시험 부정행위 ‘여전’, 2019. 9. 24. 참조.
- 12) 국회의원 소병훈 [보도자료] 정신질환자 등 운전면허 5년간 800여건 부정발급, 2016. 10. 1.; 국회의원 소병훈, [보도자료] 운전면허 부정발급자 118명 적발, 2017. 10. 29. 참조.
- 13) 제87조의2(운전면허증 발급 대상자 본인 확인) ① 지방경찰청장은 제85조 제2항부터 제4항까지, 제86조 또는 제87조 제1항에 따라 운전면허증을 발급(이하 이 조 및 제137조의2 제2항에서 “운전면허증 발급”이라 한다)하려는 경우에는 운전면허증 발급을 받으려는 사람의 주민등록증이나 여권, 그 밖에 행정안전부령으로 정하는 신분증명서의 사진 등을 통하여 본인인지를 확인할 수 있다.
 ② 지방경찰청장은 제1항에 따른 방법으로 본인인지를 확인하기 어려운 경우에는 운전면허증 발급을 받으려는 사람의 동의를 받아 전자적 방법으로 지문정보를 대조하여 확인할 수 있다.
 ③ 지방경찰청장은 운전면허증 발급을 받으려는 사람이 제2항에 따른 본인 확인 절차를 따르지 아니하는 경우에는 운전면허증 발급을 거부할 수 있다.
 제137조의2(자료의 요청 등) ② 지방경찰청장은 운전면허증 발급을 받으려는 등록외국인이나 외국국적동포가 본인인지를 확인하기 위하여 필요한 경우에는 경찰청장을 거쳐 법무부장관에게 해당 등록외국인이나 외국국적동포의 지문정보의 제공을 요청할 수 있다.
- 14) 도로교통공단, [보도자료] 도로교통공단, 신분확인시스템 강화로 운전면허 부정신청 근절, 2017. 6. 5. 참조.

일정 국가의 운전면허증을 가진 사람에 대해서는 제2종 보통면허 시험을 면제해 주는 규정(법 제84조 제1항 제3호 및 같은 조 제2항, 법 시행령 제52조 제1항 [별표 3])을 악용한 것으로서, 조직적으로 이러한 행위를 한 자들이 적발되었다는 언론보도도 있었다.¹⁵⁾

(3) 2010년-2018년 동안 운전면허 부정 취득 사유로 운전면허가 취소된 자의 수는 다음 표와 같다.¹⁶⁾ 연도마다 다소 차이는 있으나, 대체로 연간 30-60명 정도이며 9년간 총 수를 기준으로 하면 전체 운전면허 취소자 대비 0.05% 정도를 차지하고 있다.

(단위 : 명)

연도	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	'15년	'16년	'17년	'18년	계
전체 운전면허 취소자	286,704	240,962	185,922	193,721	199,281	203,769	210,267	199,238	182,692	1,902,556
부정 취득 사유 운전면허 취소자	53	200	98	357	56	53	32	30	32	911

다. 외국의 입법례

(1) 앞서 살펴본 바와 같이 2016. 1. 27. 도로교통법 개정 과정에서 작성된 국회 소관 상임위원회 검토보고서에서는, 외국의 경우 일부 운전면허에 대한 취소 사유만 존재하더라도 모든 운전면허를 취소하고 있다고 소개된 바 있다. 그러나 운전면허 부정 취득에 해당하는 사유로 한정하여 본다면, 오히려 해당 운전면허

15) 연합뉴스, 경찰, 면허증 위조·한국 면허 부정 발급 베트남인 31명 검거, 2019. 5. 29. 참조.

16) 공공데이터포털, 경찰청·운전면허 행정처분 현황, https://www.data.go.kr/dataset/fileDownload.do?atchFileId=FILE_000000001549441&fileDetailSn=1 (접속일: 2021. 5. 25.) 참조.

또는 이와 관계된 운전면허로 취소 범위를 제한하고 있는 경우가 대부분이다.

(2) 일본의 경우 운전면허의 취소에 관한 도로교통법 제103조와 구별되는 조항인 제97조의3에서, 부정한 수단에 의하여 운전면허시험을 본 자에 대해 합격 결정을 취소할 수 있도록 규정하면서 합격 결정이 취소되면 ‘당해 운전면허 시험에 관계된 면허’의 효력이 상실되는 것으로 규정하고 있다.¹⁷⁾

(3) 영국은 면허가 실수 또는 부정한 행위에 의해 교부된 경우를 비롯하여 면허자격기준에 미달하는 것이 밝혀진 경우에 그 면허를 취소하도록 규정하면서,¹⁸⁾ 그 외의 법규위반 행위에 대해서는 면허를 취소하는 것이 아니라 면허를 무효화시키는 ‘박탈’과

17) 일본 도로교통법(道路交通法)

제97조의3 ①公安위원회는 부정한 수단에 의하여 운전면허시험을 보거나 받으려고 하는 자에 대해서는 그 운전면허시험을 정지하거나 합격의 결정을 취소할 수 있다. ② 전항의 규정에 의하여 합격의 결정을 취소하는 때는 公安위원회는 그 취지를 곧 그 자에게 통지하여야 한다. 이 경우에 당해 운전면허 시험에 관계된 면허는 그 통지를 받은 날에 효력을 잃는 것으로 한다.

위 조항의 번역은, 박균성·김재광, 프랑스와 일본의 도로교통법, 한국법제연구원, 2002, 174면 참조. 2019. 6. 14. 개정된 도로교통법까지 해당 조항은 위 내용 그대로 규정되어 있다. http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchText=%25EB%258F%2584%25EB%25A1%259C&searchPageRowCnt=10&searchNtnlCls=1&searchNtnl=JP&pageIndex=1&CTS_SEQ=42469&AST_SEQ=2601&ETC=1(접속일: 2021. 5. 25.)

18) 일례로 운전기능교습에 대한 면허에 관한 다음 조항 참조.

영국 도로교통법(Road Traffic Act 1988)

제129조 운전기능교습에 대한 면허

(1) 교습능력 및 적합성에 대한 실기시험으로 구성된 본법 제125조 (3)항 (a)에 따른 시험의 일부분에 응시하기 위하여 차량운전교습의 실제적인 경험을 얻게 할 목적으로 본법에 의하여 면허를 교부할 수 있다.

제130조 면허의 취소

(1) (c) 면허가 실수 또는 사사(부정한 행위)에 의하여 교부된 경우, 등록계는 본법 제129조에 의하여 교부된 면허를 취소할 수 있다.

위 조항의 번역은, 경찰청, 외국 도로교통법령 번역집 II : 영국, 2010, 86-87면 참조. 2018. 10. 22. 개정된 도로교통법까지 해당 조항은 위 내용 그대로 규정되어 있다. http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=50&pageIndex=1&CTS_SEQ=18625&AST_SEQ=305&ETC=69(접속일: 2021. 5. 25.)

형사처벌을 하도록 규정하고 있다.¹⁹⁾

(4) 프랑스의 경우 허위신고에 의해 운전면허를 획득한 자에 관한 벌칙 조항에서 형사처벌의 일종으로 ‘3년 이내에서의 운전면허 정지’를 병과하도록 규정하고 있는데, 이때 정지의 범위를 직업활동 외에서의 운전으로 한정할 수도 있다.²⁰⁾

(5) 미국의 경우 운전면허 체계가 A, B, C, D, E 등급으로 이루어져 있는데 이 중 영업용운전면허(CLP)에 해당하는 A, B, C 등급의 경우 연방법에서 먼저 규율한 뒤 그 범위 내에서 주법이 규율하고 있고, 일반운전면허에 해당하는 D, E 등급의 경우 주법에서 규율하고 있다. 연방법에서는 영업용운전면허 취득 과정에서 거짓 정보를 제공하거나 사기죄를 범한 경우 영업용운전면허에 한정하여 그 자격을 박탈하도록 규정하고 있다(49 CFR §383.73(k)). 나아가 이러한 경우 오직 영업용운전면허만을 취소할 수 있다고 명시적으로 규정한 일리노이주법(625 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/6-201(a)-16)이나, 영업용운전면허가 박탈된 자도 일반운전면허는 발급받을 수 있다고 규정한 플로리다주법(DHSMV §322.61(7); §322.251(4)), 영업용운전면허를 박탈당한 경우라도

19) 김원중·이영우, 한국과 영국의 운전면허 행정처분에 관한 비교 고찰, 유럽헌법연구 제12호, 2012, 209면 참조.

20) 프랑스 도로법(Code de la route)

제224-18조 ① 허위신고에 의해 운전면허를 획득하였거나 획득하고자 하는 행위는 2년의 징역 및 4,500유로의 벌금에 처한다.

② 이 경죄를 범한 자는 다음의 벌을 병과받는다.

1. 3년 이내에서의 운전면허의 정지. 이 정지는 직업활동 외에서의 운전에만 한정될 수 있다.

위 조항의 번역은, 박균성·김재광, 프랑스와 일본의 도로교통법, 한국법제연구원, 2002, 27-28면 참조. 2018. 9. 19. 개정된 도로법까지 해당 조항은 위 내용 그대로 규정되어 있다. http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=50&searchNtnlCls=4&searchNtnl=FR&pageIndex=1&CTS_SEQ=39843&AST_SEQ=105&ETC=22(접속일: 2021. 5. 25.)

일반운전면허를 발급받을 자격이 있고 실질적으로 교통안전에 위협을 초래한다고 판단되지 않을 경우 일반운전면허를 즉시 발급해야 한다고 규정한 뉴욕주법(VAT §510-a(5))처럼, 위 연방법의 내용을 다시 확인하면서 그 절차를 보다 구체화한 주법 조항들도 다수 존재한다. 뉴욕주의 경우 일반운전면허에 관하여, 철회 사유 중 하나로 운전면허 신청과 관련된 허위진술, 기록변조 등의 행위를 하여 형이 확정된 경우를 규정하고 있는데, 이때 이에 해당하는 면허만 철회되도록 규정하고 있다(VAT §510(2)(a)).

5. 심판대상조항의 위헌 여부

가. 제한되는 기본권 및 심사기준

이 사건 결정은 심판대상조항으로 인해 제한되는 기본권을 일반적 행동의 자유와 직업의 자유로 파악하고, 심사기준은 과잉금지원칙에 따름을 명시하였다. 이는 운전면허의 필요적 취소 사유를 규정한 조항에 관한 그동안의 선례들과 마찬가지로의 태도를 취한 것이다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌바91, 판례집 18-1하, 98, 105-106; 헌재 2019. 8. 29. 2018헌바4, 공보 275, 966, 970 등 참조).

『심판대상조항은 운전면허를 취소함으로써 자유롭게 자동차를 운전할 수 없게 하므로, 일반적 행동의 자유를 제한한다. 또한 심판대상조항의 수범자 가운데 자동차의 운전을 필수불가결한 요소로 하는 일정한 직업군의 사람들에 대하여는 종래의 직업을 계속 유지하는 것을 불가능하게 하고, 자동차 운행으로도 수행 가능한 직업을 가진 사람들에 대하여는 직업을 수행하는 방법에 제한을 가하게 되므로, 좁은 의미의 직업선택의 자유와 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유 역시 제한한다. 직업의 자유 또는 일반적 행동의 자유 침해 여부를 판단함에 있어서는 헌법 제37조

제2항의 과잉금지원칙 준수 여부가 그 기준이 된다.』 (판례집 32-1하, 406, 414-415)

나. 판단의 구조

(1) 이 사건 결정은, 심판대상조항을 ‘부정 취득한 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분’과 ‘부정 취득하지 않은 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분’으로 나누어 판단하는 구조를 취하고 있다.

『한편 심판대상조항은 특정한 운전면허를 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받으면, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허’(이하 ‘부정 취득한 운전면허’라 한다)뿐만 아니라, 적법하게 취득하여 보유하고 있는 다른 운전면허, 즉 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허를 제외한 운전면허’(이하 ‘부정 취득하지 않은 운전면허’라 한다)까지 필요적으로 취소하도록 하고 있다. 이와 같이, 심판대상조항은 ‘부정 취득한 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분’(이하 ‘부정 취득한 운전면허 부분’이라 한다)과 ‘부정 취득하지 않은 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분’(이하 ‘부정 취득하지 않은 운전면허 부분’이라 한다)을 모두 포함하고 있다. 따라서 이하에서는 필요한 경우 (특히 피해의 최소성과 법익의 균형성) 두 부분을 나누어 판단하기로 한다.』 (판례집 32-1하, 406, 415)

(2) 그 결과, 법정의견에서는 ‘부정 취득한 운전면허 부분’은 합헌, ‘부정 취득하지 않은 운전면허 부분’은 위헌이라는 결론을 도출해 내었다. 그동안의 선례 중에도 이처럼 심판대상은 하나의 조항으로 제시한 뒤, 본안 판단 과정에서 법문에 명시되어 있지 않은 내용으로 심판대상조항을 두 부분으로 구분하고, 각각의 부

분에 대해 서로 다른 결론을 내린 경우들이 존재한다.

사건 번호	심판대상조항	심판대상	본안 판단	주문
헌재 2009. 2. 26. 2005 헌마 764등	교통사고처리특례법 제4조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 자가 보험업법 제4조 및 제126조 내지 제128조, 육운진흥법 제8조 또는 화물자동차운수사업법 제36조의 규정에 의하여 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조 제2항 본문에 규정된 죄를 범한 당해 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다.	교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문 중 교통사고로 인하여 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없도록 한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부	① 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 <u>중상해</u> 를 입은 경우 : 위헌 ② 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 <u>중상해가 아닌 상해</u> 를 입은 경우 : 합헌	교통사고처리특례법 제4조 제1항 본문 중 교통사고로 인하여 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분 가운데 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분은 헌법에 위반된다.
헌재 2018. 8. 30. 2014 헌마 148등	민법 제166조(소멸시효의 기산점) ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.	민법 제166조 제1항, 제766조 국가재정법 제96조 제2항, 구 예산회계법 제96조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부 '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법' 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건에 관한 예외적 위헌성	① 심판대상조항들의 <u>원칙적 합헌성</u> ② 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의	1. 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항 중 '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법' 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건에 적용되는 부분은 헌법에 위반된다.

사건 번호	심판대상조항	심판대상	본안 판단	주문
헌재 2018. 8. 30. 2014 헌바 180등	민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제18조(다른 법률에 의한 보상 등과의 관계 등) ② 이 법에 의한 보상금 등의 지급 결정은 신청인 이동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.	‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’ 제18조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부	① 심판대상조항 중 <u>적극적·소극적 손해에 관한 부분</u> : 합헌 ② 심판대상조항 중 <u>정신적 손해에 관한 부분</u> : 위헌	1. 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제18조 제2항의 <u>‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다.</u>

(3) 한편 위와 같은 판단의 구조는 여러 종류의 운전면허를 별개의 운전면허로 보는 해석을 전제로 한 것으로서, 앞서 살펴본 법원의 입장과 동일하다고 할 수 있다. 이와 관련하여 법정의견은 본안 판단 과정에서, 여러 종류의 운전면허를 하나의 운전면허로 보는 경찰청의 해석에 의하더라도 운전면허 중 일부에 대해서만 취소하는 것이 여전히 실현 가능성을 덧붙이고 있다.

『운전면허는 대인적 허가로서 그 효력이 일신전속적이고 발급과 관리도 ‘1인 1면허’로 행해지고 있으므로, 운전자가 받은 모든 범위의 운전면허 중 일부에 대해서만 취소하는 것이 실무적으로 불가능하다는 견해도 존재한다. 그러나 현재 운전면허 제도의 운영에서도 운전면허 소지자의 의사에 의하여 일부 운전면허의 범위를 삭제하는 것이 가능하므로(법 제85조 제4항), 지방경찰청장이 운전면허를 취소함에 있어서도 이러한 방식은 얼마든지 실

현 가능하다고 할 것이다.』 (판례집 32-1하, 406, 417)

다. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 부정 취득한 운전면허 부분

심판대상조항 중 부정 취득한 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분에 관하여는, 재판관 전원이 일치된 의견으로 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

먼저 심판대상조항의 입법목적은, ‘운전면허제도의 근간을 유지하고 국민의 생명과 재산을 보호’하는 것과, ‘운전면허를 부정 취득한 자가 자동차를 운행하는 과정에서 야기할 수 있는 교통상의 위험과 장애를 방지하여 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것’으로서, 정당성이 인정된다고 판단되었다. 두 가지 입법목적 중 전자는 심판대상조항이 일정한 면허를 ‘부정 취득’한 사안을 규율하고 있다는 측면에, 후자는 심판대상조항이 ‘운전면허’에 관한 취소 사유를 규정하고 있다는 측면에, 각각 중점을 두고 파악된 것이라고 할 수 있다.

이어서 심판대상조항은 ‘운전면허의 요건 충족 여부를 검증받지 않은 자가 자동차를 운행하는 것을 방지’함과 동시에, ‘일반 국민에게 운전면허 부정 취득에 따른 불이익을 사전에 경고함으로써 상당한 억제효과를 발생’시킨다는 점에서, 수단의 적합성도 인정되었다. 전자는 운전면허를 부정 취득하기 이전 상태로 ‘원상회복’시킨다는 측면을, 후자는 더 나아가 운전면허 부정 취득에 대한 일정한 ‘제재’를 가한다는 측면을, 각각 나타낸 것이라 할 수 있다.

(나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

심판대상조항 중 부정 취득한 운전면허 부분에 관하여는, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 갖추었다고 판단되었다. 구체적인 판단내용은 앞서 결정요지에서 살펴본 바와 같다. 특히, 다음과 같은 사유들이 중요하게 고려되었다고 할 수 있다.

『부정 취득한 운전면허를 임의적 취소·정지의 대상으로 전환할 경우, 면허요건이 개별 사정에 따라 달리 적용됨으로써 유명무실해지는 결과를 초래하므로 면허제도의 근간이 흔들리게 된다.』 (판례집 32-1하, 406, 416)

『운전면허를 부정 취득한 자는 부정 취득한 운전면허의 요건을 처음부터 갖추지 못한 것이므로, 무자격자의 면허를 사후적으로 박탈하더라도 이는 사실상 원래의 법적 지위를 확인하는 조치에 지나지 않는다. 결국 면허제도 자체에 의한 것을 제외하고 기본권이 추가적으로 제한된다고 보기 어렵다.』 (판례집 32-1하, 406, 418)

위와 같은 판단은, 등록 제도와 관련하여 부정 등록 시 해당 등록을 필요적으로 취소하도록 하는 조항에 관한 선례의 태도와 상통하는 것이라고 할 수 있다(헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35 등, 판례집 16-2상, 77, 91; 헌재 2006. 12. 28. 2005헌바87, 판례집 18-2, 635, 641 등 참조). 이 사건 결정 이전에, 부정 취득 ‘면허’를 필요적으로 취소하도록 하는 조항에 관한 선례는 존재하지 않았으나, 부정 ‘등록’ 시 해당 등록을 필요적으로 취소하도록 하는 조항에 관한 선례는 건설업, 주택관리업, 자동차대여업과 관련하여 총 5건이 존재하였고(2001헌바31, 2003헌바35 등, 2005헌바87, 2007헌바3, 2015헌바429), 모두 합헌 결정이 선고되어 왔다.

(2) 부정 취득하지 않은 운전면허 부분

심판대상조항 중 부정 취득하지 않은 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 부분의 경우, 법정의견은 위헌 판단을, 재판관 3인의 반대의견은 합헌 판단을 하였다. 법정의견과 반대의견 모두 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정하였으나, 피해의 최소성과 법익의 균형성에 관하여 판단을 달리하였다. 법정의견과 반대의견이 다른 관점을 취하는 부분은 다음과 같이 크게 4가지 측면으로 정리해 볼 수 있다.

(가) 심사강도

1) 법정의견

법정의견은 피해의 최소성을 판단함에 있어서, 임의적 취소·정지 사유로 규정하는 등 필요적 취소 사유로 규정하는 것보다 기본권 제한이 덜한 수단으로 입법 목적을 실현할 수 있는지 여부를 검토하여야 한다고 보았다.

『어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위하여 선택한 수단이 적합하다고 하더라도, 입법자가 임의적 규정이나 기본권 제한이 덜한 다른 수단으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일절 배제하는 필요적 규정으로 법의 목적을 실현하려 한다면, 이는 피해의 최소성 원칙에 위배된다.』 (판례집 32-1하, 406, 416)

2) 반대의견

반면, 반대의견은 ‘행정법규 위반행위에 대하여 행정질서벌을 과할 것인지 행정형벌을 과할 것인지, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 종류와 형량을 어떻게 정할 것인가는, 기본적

으로 입법자가 제반 사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제'라는 선례를 인용함으로써(헌재 2014. 1. 28. 2011헌바 174등, 판례집 26-1상, 34, 48; 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바 294, 판례집 27-2하, 568, 577 등 참조), 심판대상조항에서 규정하는 불이익 처분에 관하여도 입법재량을 일탈한 것인지 여부를 검토하여야 한다고 보았다.

『기본권 침해의 정도가 큰 행정형벌, 행정질서벌에 관하여 이러한 입법재량이 인정된다면, 행정법규 위반행위에 대하여 도덕률, 행정질서벌, 행정형벌이 아닌 불이익 처분을 하는 경우에도 불이익 처분 부과 여부와 그 기준 설정에 입법재량을 인정할 수 있다. 입법자는 행정법규 위반을 방지하는 실질적 위하력이 있도록 불이익 처분의 방법으로 정지·취소와 같은 행정처분, 과태료와 같은 행정질서벌, 행정형벌 등의 수단 사이의 선택과 그 정도를 형성할 입법재량이 기본적으로 있다.』(판례집 32-1하, 406, 420)

(나) 운전면허 부정 취득의 성격

1) 법정의견

법정의견은, 운전면허 부정 취득은 원칙적으로 부정 취득한 운전면허에만 존재하는 취소 사유이고, 이미 그 요건을 갖추어 적법하게 취득하여 보유하고 있던 다른 운전면허에 대한 취소 사유까지 될 수는 없다고 판단하였다. 다만, 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 불법의 정도가 큰 경우라면 그에 상응하는 제재를 가한다는 측면에서 다른 운전면허까지 취소·정지할 필요가 있을 수 있으므로, 이러한 점을 감안하여 부정 취득하지 않은 운전면허에 관하여는 임의적 취소·정지 사유로 규정하는 것만으로

도 입법목적 달성에 문제가 없다고 판단하였다.

『심판대상조항은 운전면허 부정 취득 시 부정 취득한 운전면허뿐만 아니라 보유하고 있는 다른 운전면허까지 모두 취소하도록 하고 있다. 그런데 특정한 운전면허를 부정 취득하였다고 하여 이미 그 요건을 갖추어 적법하게 취득한 운전면허에 대해서까지 취소 사유가 항상 존재한다고 볼 수는 없다.

부정 취득하지 않은 운전면허에 대해서는 운전면허를 부정 취득하게 된 경위, 행위의 태양, 그 위법성의 정도, 운전자의 형사 처벌 여부 등 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택하도록 하는 것으로도 충분히 입법목적 달성을 할 수 있다. 운전면허 부정 취득으로 인한 운전면허 취소는 전체 운전면허 취소 중 극히 낮은 비율을 차지하여 왔으므로, 처분권자로 하여금 이처럼 개별 사안을 면밀히 검토하도록 하는 것이 엄격한 법집행에 현저한 곤란을 초래한다고 볼 수도 없다. 따라서 이를 임의적 취소·정지 사유로 하여도 입법목적 달성에 문제가 없다.』 (판례집 32-1하, 406, 416-417)

2) 반대의견

반면 반대의견은, 운전면허 부정 취득을 한 자는 고의를 가지고 이러한 행위를 하였다는 점에서 해당 운전면허에 관한 부분에 대해서 뿐만 아니라 전반적으로 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있다고 충분히 인정될 수 있으므로, 이미 다른 운전면허를 적법하게 취득하여 보유하고 있는 자가 해당 운전면허를 새롭게 취득함에 있어 부정 취득한 것을 두고, 해당 운전면허에만 국한된 취소 사유라고 할 수는 없다고 판단하였다.

『심판대상조항이 ‘부정 취득한 해당 운전면허와 함께 해당 운전자가 보유하고 있는 나머지 운전면허도 필요적으로 취소’ 해야

할 금지행위로 규정하고 있는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우’는 운전면허를 취득한 사람이 주관적으로 허위 또는 부정한 수단임을 인식하면서 그 방법으로 운전면허를 받은 행위를 한 경우이다. 부정 취득한 해당 운전면허에 주목하면 ‘특정한 운전면허에 관한 것’임과 동시에, 운전면허를 부정 취득한 사람이 주관적으로 허위 또는 부정한 수단임을 인식하면서 그 방법으로 운전면허를 부정 취득한 것에 주목하면 ‘운전면허를 받은 사람에 관한 것’으로서 일정 수준 이상의 교통관련법규에 대한 준법의식을 갖추지 못하여 장차 자동차 운전으로 인하여 인적, 물적 피해를 가할 위험성이 있다고 여겨질 정도로 행위자에게 적성 흠결이 나타난 경우라고 볼 수 있다. 심판대상조항은 이러한 양면을 모두 고려하여 금지행위에 대한 실질적 위하력이 있도록 ‘부정 취득한 해당 운전면허와 함께 해당 운전자가 보유하고 있는 나머지 운전면허도 필요적으로 취소함으로써 금지행위자를 교통 관여에서 배제하는 방법’을 형성한 것이다.』 (판례집 32-1하, 406, 421-422)

(다) 위하력 확보에 필요한 제재의 정도

1) 법정의견

법정의견은, 이미 부정 취득한 운전면허에 대한 결격기간 조항이나 형사처벌 조항 등이 존재하고 있으므로, 부정 취득하지 않은 운전면허까지 필요적으로 취소하지 않더라도, 운전면허 부정 취득을 방지할 위하 효과는 충분히 달성될 수 있다고 판단하였다.

『이에 대해서는 운전면허 부정 취득에 대한 제재가 단지 부정 취득한 운전면허만을 취소하는 것에 그친다면, 교통법규 위반 행위를 방지할 위하 효과가 충분하지 않다는 견해도 있을 수 있다.

그러나 이미 부정 취득한 운전면허에 대한 결격기간 조항(법 제 82조 제2항 제6호)과 형사처벌 조항(법 제152조 제3호)에 의해서 일정한 위하 효과는 있으므로, 구체적 사정에 대한 고려 없이 부정 취득하지 않은 운전면허까지 필요적으로 취소하여야 한다고 보기는 어렵다. 운전면허 부정 취득의 대표적인 사유 중 하나인 ‘운전면허시험 부정행위’가 시험 도중 발각된 경우에도, 해당 시험만 무효로 처리되고 2년 간 해당 시험에 응시하지 못할 뿐(법 제84조의2) 다른 운전면허의 필요적 취소 사유가 되지는 않는다.』(판례집 32-1하, 406, 417)

2) 반대의견

반면 반대의견은, 부정 취득한 운전면허를 취소하거나 이에 대한 결격기간을 설정하고 형사처벌을 하는 것만으로는 실질적 위하력 확보가 어려운 실정이므로, 부정 취득하지 않은 운전면허까지 필요적으로 취소하는 것도 가능하다고 판단하였다.

『부정 취득한 당해 운전면허만을 취소한다면, 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 운전자가 2년 간 부정 취득한 운전면허를 취득할 수 없는 결격 기간이 존재한다고 해도, 이것은 당연히 효력이 부정되어야 할 ‘부정 취득한 운전면허 부분’이 취소되어 행정법규 위반 행위가 없었던 상황으로 되돌려진 상태가 일정기간 계속되는 제재에 불과하다. 앞에서 본 것처럼 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 운전자는 형사처벌인 벌금형보다 운전면허에 대한 행정처분으로 인한 불이익을 더 불편해 한다. 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받는 것을 방지하는 데 있어서 면허의 취소가 실질적 위하력이 있다면, 입법자는 행정법규 위반을 방지하는 실질적 위하력이 있도록 불이익 처분의 정도를 형성할 수 있고, 이러한 입법재량

은 존중될 필요가 있다.』(판례집 32-1하, 406, 421)

(라) 운전을 직업으로 하는 자들과 관련한 법익 형량

1) 법정의견

법정의견은 운전을 직업으로 하는 자들의 경우, 심판대상조항에 의해 생계에 지장을 초래할 만큼 직업의 자유를 제한받을 수 있다고 판단하였다.

『취소된 날부터 2년 동안은 부정 취득하지 않은 운전면허도 다시 받을 수 없게 되는바(법 제82조 제2항 제6호), 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 직업의 자유를 제약하고, 운전을 생업으로 하지 않는 자에 대하여도 일상생활에 심대한 불편을 야기할 정도로 일반적 행동의 자유를 제약한다. 이는 달성하려는 공익의 중대성을 감안하더라도 지나치게 운전면허 소지자의 기본권을 제한하는 것이다.』(판례집 32-1하, 406, 418)

2) 반대의견

반면 반대의견은, 운전을 불가결의 요건으로 하는 직업을 수행하는 자들의 경우 도로교통과 관련한 공공의 안전에 미치는 효과가 크다는 점에서, 이들이 운전면허 부정 취득을 한 경우 교통관여에서 배제할 필요성이 더욱 크다고 판단하였다.

『운전면허를 불가결의 요소로 하는 직업은 상시 자동차의 운전을 담당하는 직업이므로, 도로교통과 관련한 공공의 안전에 미치는 효과가 다른 직업의 경우에 비하여 더 크다. 따라서 자동차 운전을 불가결의 요건으로 하는 직업을 수행하는 자들이 운전면허 부정 취득 행위를 통해 일정 수준 이상의 교통관련법규에 대한 준법의식을 갖추지 못하고 있어 장차 자동차 운전으로 인하여

인적, 물적 침해를 가할 위험성이 있다고 여겨질 정도의 적성 혐결을 나타낸 경우 심판대상조항이 달성하고자 하는 목적을 위해 이들을 교통 관여에서 배제할 필요성은 다른 운전자의 경우에 비하여 더욱 크다. 그렇다면 직업 활동 등에서 제한되는 사익에 상응하는 정도 이상의 중대한 공익이 존재한다고 인정된다.』 (판례집 32-1하, 406, 422-423)

6. 이 사건 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 도로교통법 제93조 제1항 본문이 2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되면서 취소·정지의 대상이 되는 “운전면허”가 “운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)”로 변경된 후, 헌법재판소에서 처음 판단한 사건이다.

이 사건 결정 이전에, 헌법재판소가 도로교통법상 규정된 운전면허 취소 사유와 관련하여 본안 판단을 한 것은 총 12건이 있었다. 사유별로 구분해 보자면 2회 이상 음주운전 경력자의 음주운전에 관한 것이 5건(2005헌바97, 2009헌바83, 2013헌바197, 2015헌바204, 2017헌바132), 음주측정 거부에 관한 것이 2건(2003헌바87, 2005헌바95), 교통사고 후 미조치에 관한 것이 2건(2001헌가19등, 2018헌바4), 자동차를 이용한 범죄행위에 관한 것이 3건(2004헌가28, 2013헌가6, 2016헌가6)이었다. 이 중 교통사고 후 미조치 1건(2018헌바4)만 임의적 취소 사유에 관한 것이었고, 나머지는 필요적 취소 사유에 관한 것이었다. 헌법재판소는 위 사건들 중 자동차를 이용한 범죄행위에 관한 3건에서만 위헌 결정을 하고, 나머지 사건에서는 모두 합헌 결정을 하였다. 다만, 위 선례들은 모두 2016. 1. 27. 개정 이전 법률이 심

판대상조항이었기 때문에, 운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함하여 필요적으로 취소하도록 한 부분에 관하여는 다루어지지 않았다.

나. 이 사건 결정은, 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우, 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 해당 운전면허를 필요적으로 취소하는 것은 헌법에 위반되지 아니하나, 이를 제외한 운전면허까지 필요적으로 취소하는 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다. 다만, 운전면허 취소·정지 사유 중 도로교통법 제93조 제1항 단서에서 규정하는 ‘필요적 취소사유’에 해당하지 않는 사유들은 같은 항 본문에 따라 ‘임의적 취소·정지 사유’가 되므로, 이 사건 결정에 의하더라도 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 운전면허를 제외한 운전면허’를 임의적으로 취소·정지하는 것은 여전히 가능하다.

다. 이 사건 결정 이후, 심판대상조항은 2021. 1. 12. 법률 제 17891호로 다음과 같이 개정되었다. 이 사건 결정의 취지에 따라, 운전면허 부정 취득 시 필요적으로 취소하여야 하는 운전면허의 범위를 부정 취득한 운전면허로 한정하는 것이 그 골자라고 하겠다.

<p style="text-align: center;">구 도로교통법</p> <p>[2020. 12. 22. 법률 제17689호로 개정되고, 2021. 1. 12. 법률 제17891호로 개정되기 전의 것]</p>	<p style="text-align: center;">도로교통법</p> <p>[2021. 1. 12. 법률 제17891호로 개정된 것]</p>
<p>제93조(운전면허의 취소·정지) ① 시·도경찰청장은 운전면허(연습운전면허는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호부터 제9호까지(정기 적성검사 기간이 지난 경우는 제외한다), 제14호, 제16호부터 제18호까지, 제20호의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다.</p>	<p>제93조(운전면허의 취소·정지) ① 시·도경찰청장은 운전면허(연습운전면허는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호, 제8호, 제8호의2, 제9호(정기 적성검사 기간이 지난 경우는 제외한다), 제14호, 제16호, 제17호, 제20호의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 하고(제8호의2에 해당하는 경우 취소하여야 하는 운전면허의 범위는 운전자가 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 받은 그 운전면허로 한정한다), 제18호의 규정에 해당하는 경우에는 정당한 사유가 없으면 관계 행정기관의 장의 요청에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 정지하여야 한다.</p>
<p>8. 제82조에 따라 운전면허를 받을 수 없는 사람이 운전면허를 받거나 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우 또는 운전면허효력의 정지기간 중 운전면허증 또는 운전면허증을 갈음하는 증명서를 발급받은 사실이 드러난 경우</p>	<p>8. 제82조에 따라 운전면허를 받을 수 없는 사람이 운전면허를 받거나 운전면허효력의 정지기간 중 운전면허증 또는 운전면허증을 갈음하는 증명서를 발급받은 사실이 드러난 경우</p>
<p><신 설></p>	<p>8의2. 거짓이나 그 밖의 부정한 수단으로 운전면허를 받은 경우</p>

11. 신용협동조합법 제27조의2 제2항 등 위헌소원

－ 임원의 선거운동 기간 및 방법에 관한 규제를 정관에 위임한
조항이 헌법에 위반되는지 여부 －

(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427)

이 진*

【판시사항】

1. 임원의 선거운동 기간과 방법에 관하여 정하는 신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제13067호로 개정된 것) 제27조의2 제2항 내지 제4항의 내용이 불가분적으로 결합되어 있어 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(적극)

2. 임원의 선거운동 기간 및 선거운동에 필요한 사항을 정관에서 정할 수 있도록 규정한 신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제13067호로 개정된 것) 제27조의2 제2항 내지 제4항이 죄형법정주의 원칙에 위반되는지 여부(적극)

3. 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여 선고유예를 할 수 없도록 규정한 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제59조 제1항 단서가 평등권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

* 헌법연구원

【심판대상】

이 사건 심판대상은 신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제 13067호로 개정된 것) 제27조의2 제2항 내지 제4항과 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제59조 제1항 단서가 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

청구인은 2016. 2. 27. 실시한 대전 ○○ 신용협동조합 이사장 선거에 출마하여 당선된 사람이다. 청구인은 2016. 1. 21. 13:30경 조합원 3명이 모인 대전 ○○ 신용협동조합 건물 2층 하모니카 강습장에서 이사장 선거에 대한 지지를 호소하여 선거 운동을 할 수 없는 기간에 신용협동조합법에서 규정하고 있지 아니한 방법으로 선거운동을 하였다는 이유로 2017. 1. 11. 벌금 30만 원을 선고받았다(대전지방법원 2016고단2636).

청구인은 항소하였고(대전지방법원 2017노165, 이하 ‘당해사건’이라 한다), 당해사건 계속 중에 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항은 헌법에 위반되고, 형법 제59조 제1항 단서의 ‘전과’에 ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조에 따라 실효된 전과를 포함하여 해석하는 한 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였다. 법원은 2018. 6. 21. 당해사건을 기각하고, 형법 제59조 제1항 단서에 대한 위헌법률심판제청신청을 각하하였으며, 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항에 대한 위헌법률심판제청신청을 기각하였다(대전지방법원 2018초기303). 이에 청구인은 2018. 7. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편, 청구인은 당해사건을 상고하였으나 대법원은 2018. 11.

29. 상고를 기각하여(2018도10814) 벌금형이 확정되었다.

【결정요지】

1. 신용협동조합법 제27조의2 제2항은 허용되는 선거운동 방법에 관하여 정하면서 제3항에서는 선거운동의 기간에 관하여, 제4항에서는 선거운동의 구체적인 방법 등에 관하여 각 정관에 위임하고 있다. 위 조항들은 모두 선거운동에 관한 기간과 방법 등에 있어 불가분적으로 결합되어 있다고 볼 수 있으므로, 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해사건 판결의 주문이 달라질 가능성이 있다.

2. 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항은 구체적으로 허용되는 선거운동의 기간 및 방법을 시행령이나 시행규칙이 아닌 정관에 맡기고 있어 정관으로 정하기만 하면 임원 선거운동의 기간 및 방법에 관한 추가적인 규제를 설정할 수 있도록 열어 두고 있다. 이는 범죄와 형벌은 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 정하여야 한다는 죄형법정주의를 위반한 것이므로 헌법에 위반된다.

3. 형의 실효제도는 형의 선고에 기한 법적 효과를 장래에 향하여 소멸시키는 것에 불과하고 초범자와 동일한 취급을 보장하기 위한 것은 아니므로 자격정지 이상의 전과의 실효 여부를 불문하고 이를 선고유예 결정사유로 정한 것은 불합리한 차별이라고 볼 수 없다. 법질서 경시풍조를 방지하기 위하여 자격정지 이상의 형을 받은 전과자에 한하여 선고유예의 결정자로 정한 것은 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수도 없다.

재판관 유남석, 재판관 이은애의 신용협동조합법 제27조의2 제2항 및 제4항에 대한 반대의견

신용협동조합법 제27조의2 제2항의 문언상 구성요건의 실질에 해당하는, 허용되거나 금지되는 선거운동 방법의 범위가 완결적으로 규정되어 있으므로 제4항의 위임에 따른 정관의 내용에 의해 제2항의 내용이 달라진다고 볼 수 없다. 당해사건에서 청구인은 신용협동조합법 제27조의2 제2항을 위반하였으므로 제4항에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

법상 허용되는 선거운동의 방법을 규율영역으로 하는 신용협동조합법 제27조의2 제2항은 구성요건의 실질 내지 중요한 부분에 해당하는, 허용되거나 금지되는 선거운동 방법의 범위를 정관에 위임하고 있지 않으므로, 위 조항이 정관에 구성요건을 위임함으로써 사실상 정관 작성권자에게 형사처벌에 관련되는 주요사항을 형성할 권한을 주었다고 볼 수 없다. 따라서 법 제27조의2 제2항은 죄형법정주의에 위배되지 않고, 정관에의 위임으로 인한 해석의 불명확성 여부도 문제되지 않는다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

가. 적법요건 관련하여 심판대상조항 중 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항이 불가분적으로 결합되어 함께 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부가 문제된다.

나. 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항 관련하여 형사처벌의 구성요건 중 일부를 정관으로 정하도록 하는 것이 죄형법정주의에 위배되어 위헌인지 여부가 문제된다.

다. 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여 선고 유예를 할 수 없도록 규정한 형법 제59조 제1항 단서가 평등권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부가 문제된다.

2. 적법요건

이 사건 결정에서 심판대상조항 중 신용협동조합법 제27조의2 제4항의¹⁾ 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부에 대하여 법정외의견과 반대의견이 나뉘었다. 이는 위 심판대상조항의 해석에 관한 견해의 차이로 인한 것이다. 당해사건 법원은 청구인에 대한 적용법조로 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제3항만을 기재하였기 때문에, 원칙적으로는 해당조항만의 위헌여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는지 여부에 따라 재판의 전제성 충족 여부를 판단하는데, 제4항도 위 제2항 및 제3항과 불가분적 규정으로서 함께 고려되어야 하는지 여부가 문제되었다.

반대의견은 신용협동조합법 제27조의2 제2항은 선거운동의 방법을, 제3항은 선거운동의 기간을 각 규율 영역으로 하는 별개의 규정이라고 해석될 뿐, 선거운동 방법에 관한 제27조의2 제2항

1) 신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제13067호로 개정된 것)

제27조의2(임원의 선거운동 제한) ② 누구든지 임원 선거와 관련하여 다음 각 호의 방법 외의 선거운동을 할 수 없다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견개진, 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 업무행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선전 벽보의 부착
2. 선거 공보의 배부
3. 합동 연설회 또는 공개 토론회의 개최
4. 전화(문자메시지를 포함한다) 또는 컴퓨터 통신(전자우편을 포함한다)을 이용한 지지 호소
5. 도로·시장 등 금융위원회가 정하여 고시하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서의 지지 호소 및 명함 배부

③ 제2항에 따른 선거운동은 정관에서 정하는 경우를 제외하고는 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지만 할 수 있다.

④ 제2항에 따른 선거운동 방법 등에 필요한 사항은 정관으로 정한다.

의 내용이 선거운동 기간에 관한 제3항에 의해 비로소 확정되는 관계에 있다고 볼 수 없다고 보고, 제27조의2 제2항은 선거운동의 방법을, 제3항은 선거운동의 기간을 각 규율 영역으로 하는 별개의 규정이라고 해석될 뿐, 선거운동 방법에 관한 제27조의2 제2항의 내용이 선거운동 기간에 관한 제3항에 의해 비로소 확정되는 관계에 있다고 볼 수 없다고 보았다. 또한 청구인의 행위는 신용협동조합법 제27조의2 제2항 단서에서 정한 경우나 각 호에서 허용하는 선거운동 방법에 해당하지 않으므로, 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제4항의 관계 및 해석상 위 제4항의 위임에 따른 정관의 내용과는 무관하게 청구인에게 신용협동조합법 제27조의2 제2항 위반죄가 성립하고, 따라서 제4항이 위헌으로 결정되더라도 재판의 내용에 변화가 없으므로 신용협동조합법 제27조의2 제4항에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 충족되지 않아 부적법하다고 보았다(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 437-440).

이에 반해 법정의견은, 법 제27조의2 제3항은 ‘정관에서 정하는 경우’ 선거운동 기간에 관한 예외를 인정할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐 정관으로 선거운동 기간이 단축 혹은 연장되는 것인지, 이와 같은 선거운동 기간의 단축 또는 연장이 모든 선거운동 방법에 가능한 것인지 혹은 일부에 대해서만 가능한 것인지 등에 관한 정함이 없어 신용협동조합은 정관으로 정하기만 하면 아무런 제한 없이 법에 의하여 처벌되는 행위의 범위를 조정할 수 있도록 하고 있다는 점에서 제2항의 내용 확정에 영향을 미치고, 같은 조 제4항은 단순히 ‘제2항에 따른 선거운동 방법 등에 필요한 사항’은 정관으로 정한다고 규정하고 있어, 제2항에서 법상 허용되는 선거운동 방법을 열거하고 있음에도 불구하고, 이

러한 법정 선거운동의 구체적인 방법 등을 정관이 아무런 제한 없이 추가적으로 규제할 수 있도록 열어두고 있다고 보았다. 결국 위 조항들은 모두 선거운동에 관한 기간과 방법 등에 있어 불가분적으로 결합되어 있다는 이유로 법 제27조의2 제2항 내지 제4항 전부에 대하여 재판의 전제성을 인정하였다(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 432, 438).

3. 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항

가. 신용협동조합 개관 및 심판대상조항의 연혁

신용협동조합법은 공동유대를 바탕으로 하는 신용협동조직의 건전한 육성을 통하여 그 구성원의 경제적·사회적 지위를 향상시키고, 지역주민에게 금융편의를 제공함으로써 지역경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다(제1조). 신용협동조합은 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 신용협동조합법에 따라 설립된 비영리법인인바(제2조 제1호), 조합의 공동유대에 소속된 30인 이상의 발기인이 정관을 작성하여 창립총회의 결의를 받아 대통령령으로 정하는 바에 따라 중앙회의 회장을 거쳐 금융위원회의 인가를 받아 설립할 수 있다(제7조 제1항).

조합에 임원으로 이사장 1명, 부이사장 1명을 포함하여 5명 이상 9명 이하의 이사와 감사 2명 또는 3명을 둔다(제27조 제1항). 임원은 정관에서 정하는 바에 따라 총회에서 선출하되, 이사장을 포함한 임원의 3분의 2 이상은 조합원이어야 한다(제27조 제2항).

조합 임원의 선거운동 제한에 관한 신용협동조합법 제27조의2는 2003. 7. 30. 신설되었는데(법률 제6957호), 신설 당시 선거운동과 관련된 금지행위만 규정하였고(선거인에게 재산상 이익

제공·약속 금지 등 현행법 제27조의2 제1항 관련 내용) 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하는 형사처벌조항을 두었다(제99조 제3항).

그 후 신용협동조합법은 2015. 1. 20. 법률 제13067호 개정 시 현행 규정과 같이 제27조의2 제2항 내지 제4항을 신설하여 선거 운동방법 및 선거운동기간 관련 규정을 도입하였다. 제27조의2 위반행위에 관한 벌칙규정인 제99조 제3항은 제27조의2의 개정 내용에 불구하고 그대로 유지되어 결과적으로 새로 추가된 선거 운동방법 제한 및 선거운동기간 제한 규정 위반시에도 동일한 벌칙이 적용된다. 아래 [표] 참조.

[표] 심판대상조항 관련 조항 연혁

신용협동조합법(2003. 7. 30. 법률 제6957호로 개정된 것)	신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제13067호로 개정된 것)
<p>제27조의2(임원의 선거운동 제한) 누구든지 조합의 임원으로 당선되거나 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 수 없다.</p> <p>1. 선거인에게 금전·물품·향응 그 밖의 재산상의 이익이나 공·사의 직을 제공 또는 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속하는 행위</p> <p>2. 후보자가 되지 아니하게 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 후보자가 되고자 하는 자나 후보자에게 제1호에 규정된 행위를 하는 경우</p> <p>3. 제1호 또는 제2호에 규정된 이익이나 직을 제공받거나 그 제공의 의사표시를 승낙하는 행위</p>	<p>제27조의2(임원의 선거운동 제한) ① 누구든지 <u>자기 또는 특정인을 조합의 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다.</u></p> <p>1. <u>조합원(공동유대에 소속된 자로서 선거인이 될 수 있는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)이나 그 가족(조합원의 배우자, 조합원 또는 그 배우자의 직계존속·비속과 형제자매, 조합원의 직계존속·비속 및 형제자매의 배우자를 말한다. 이하 같다) 또는 조합원이나 그 가족이 설립·운영하고 있는 기관·단체·시설에 대하여 금전·물품·향응, 그 밖의 재산상의 이익이나 공사(公私)의 직(職)을 제공 또는 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속하는 행위</u></p>

신용협동조합법(2003. 7. 30. 법률 제6957호로 개정된 것)	신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제13067호로 개정된 것)
	<p>2. 후보자가 되지 못하게 하거나 후보자를 사퇴하게 할 목적으로 후보자가 되려는 사람이나 후보자에게 제1호에 규정된 행위를 하는 경우</p> <p>3. 제1호 또는 제2호에 규정된 이익이나 직을 제공받거나 그 제공의 의사표시를 승낙하는 행위</p> <p>② 누구든지 임원 선거와 관련하여 다음 각 호의 방법 외의 선거운동을 할 수 없다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견개진, 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 업무행위는 선거운동으로 보지 아니한다.</p> <p>1. 선전 벽보의 부착</p> <p>2. 선거 공보의 배부</p> <p>3. 합동 연설회 또는 공개 토론회의 개최</p> <p>4. 전화(문자메시지를 포함한다) 또는 컴퓨터 통신(전자우편을 포함한다)을 이용한 지지 호소</p> <p>5. 도로·시장 등 금융위원회가 정하여 고시하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서의 지지 호소 및 명함 배부</p> <p>③ 제2항에 따른 선거운동은 정관에서 정하는 경우를 제외하고는 후보자등록 마감일의 다음날부터 선거일 전일까지만 할 수 있다.</p> <p>④ 제2항에 따른 선거운동 방법 등에 필요한 사항은 정관으로 정한다.</p>
<p>제99조(벌칙) ③ 제3조제2항, 제27조의2(제72조제8항에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 또는 제93조를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>	<p>제99조(벌칙) ③ 제3조제2항, 제27조의2(제72조제8항에 따라 준용되는 경우를 포함한다) 또는 제93조를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>

나. 신용협동조합법 제27조의2 개정경위

심판대상조항인 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항의 입법경위를 살펴보면, 당초 2014. 6. 27. 정부가 제출한 신용협동조합법 일부개정법률안(의안번호 11011)에는, 신용협동조합법 제27조의2 제2항 본문만 있었고, 제3항 및 제4항은 개정안에 포함되어 있지 않았다.

이러한 정부제출 개정법률안에 대한 2014. 11. 검토보고서²⁾에서는 선거운동과 관련하여 농협·수협 등 입법례를 참고하여 금지행위 유형을 법률에 구체적으로 규정할 필요가 있다고 지적³⁾하였으나, 해당 내용은 개정법률안의 수정안에 반영되지 않았고, 신용협동조합법 제27조의2 제2항 본문만 신설하는 내용으로 소관위인 정무위원회가 가결하였다.

그 후 법사위 체계자구심사 과정에서, 개정안 제27조의2 제2항은 조합의 임원 선거운동 방법을 선전벽보 부착, 선거공보 배부, 합동연설회 개최 등으로 제한하고 있으나, 선거운동의 개념이 명확하지 않고 선거운동 기간을 규정하지 않고 있어 선거운동위반행위의 요건이 명확하지 않은 측면이 있다는 이유로, 선거운동의 개념을 한정하는 제27조의2 제2항 단서를 신설하고, 선거운동 기간을 명시하는 한편, 그 밖에 선거운동에 관하여 필요한 사항은 정관에 규정하도록 위임하는 제3항 및 제4항을 추가하는 수정의견을 내었다.⁴⁾ 이러한 수정의견 대로 법사위 및 본회의에서 법률개정안이 가결되어 현재와 같은 형태로 개정되었다.

2) 2014. 11. 정무위원회 수석전문위원 진정구, 신용협동조합법 일부개정법률안(의안번호 11011, 정부제출), 검토보고서, 21면-24면

3) 다만, 해당 검토보고서에서 참고자료로 제시한 입법례 중 농협법만 선거운동기간 및 구체적인 선거운동방법을 법률 및 농림축산식품부령에서 정하는 형식이었고, 수협법과 새마을금고법은 선거운동기간 및 방법을 정관에 위임하고 있었다.

4) 신용협동조합법 일부개정법률안(정부제출) 검토보고, 2면-3면

다. 선거운동 관련 정관 규정의 내용

신용협동조합법 제27조의2 제2항은 다섯 가지 허용되는 선거운동방법을 나열하고, 제3항은 이러한 선거운동은 정관에서 정하는 경우를 제외하고는 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지 할 수 있는 것으로 정하며, 제4항은 선거운동방법 등에 필요한 사항은 정관으로 정하도록 규정하고 있다.

이러한 법률의 위임에 따라, 신용협동조합 표준정관⁵⁾ 및 정관부속서임원선거규약은 선거운동 기간 및 방법에 관한 구체적인 규정을 두고 있다. 즉, 후보자 등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지를 선거운동기간으로 정하면서, 다만 후보자등이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동 하는 경우는 그러하지 아니하다고 정하고⁶⁾, 선거운동을 할 수 없는 자⁷⁾, 명함배부·정보통신망 이용 정보전송·어깨띠 착용·연설·대담 등 선거운동의 구체적인 방법⁸⁾, 단체의 선거운동 금지⁹⁾, 시설물 설치 금지¹⁰⁾, 타 연

-
- 5) 표준정관 제50조(임원의 선출) ③ 임원의 선출에 관하여 필요한 사항은 이 정관의 부속서 임원선거규약이 정하는 바에 의한다.
- 6) 정관부속서임원선거규약 제28조(사전선거운동의 금지) ① 선거운동은 후보자 등록마감일의 다음날부터 선거일전일까지(이하 “선거운동기간”이라 한다) 이를 할 수 있다. 다만 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 7) 제29조(선거운동을 할 수 없는 자) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 하여서는 아니된다.
1. 선관위원 및 전형위원
 2. 조합의 임직원(임원입후보자를 제외한다)
 3. 정관 제14조의 규정에 의하여 선거권이 없는 자(후보자의 배우자 및 직계존비속은 제외한다)
- 8) 정관부속서임원선거규약 제30조(후보자등의 선거운동) 후보자 및 선거운동원은 다음 각호의 1에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.
1. 후보자의 성명·사진·전화번호·학력·경력 기타 홍보에 필요한 사항을 게재한 명함 등을 직접 주면서 지지를 호소하는 행위
 2. 전자우편·정보통신망을 이용하여 문자, 음성, 화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위
 3. 후보자 및 선거운동원의 어깨띠 착용
 4. 후보자의 소견 기타 필요한 사항을 홍보하기 위한 공개 장소에서의 연설·대담

설회·야간 연설회 금지, 11) 선거운동을 위한 집회¹²⁾·행렬¹³⁾·호별 방문¹⁴⁾의 제한, 후보자들의 비방금지¹⁵⁾, 소견발표회 개최¹⁶⁾, 선

- 9) 정관부속서임원선거규약 제32조(단체등의 선거운동 금지) ① 향우회·종친회·동창회·산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인 간의 사적인 모임을 포함한 기관·단체는 그 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.
 ② 후보자들은 다른 후보자를 위한 선거운동을 할 수 없다.
- 10) 정관부속서임원선거규약 제33조(시설물 설치등의 금지) 누구든지 선거일전 60일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 화환·풍선·간판·현수막·애드벌룬·기구류 또는 선전탑 기타의 광고물이나 광고시설을 설치·진열·게시·배부할 수 없으며 표찰 기타 표시물을 착용 또는 배부할 수 없고 후보자를 상징하는 인형·마스코트 등 상징물을 제작·배포할 수 없다. 이 경우 후보자를 유추할 수 있는 내용을 명시한 것은 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 본다.
- 11) 정관부속서임원선거규약 제34조(타연설회 등의 금지) ① 누구든지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 규약에 의한 공개장소에서의 연설·대담을 제외하고는 다수인을 특정장소에 모이게 하여 개인소견발표회 기타 연설회를 개최할 수 없다.
 ② 이 규약에 의한 공개장소에서의 연설·대담은 야간(오후 10시부터 다음날 오전 6시까지를 말한다)에는 이를 할 수 없다.
- 12) 정관부속서임원선거규약 제35조(각종집회등의 제한) ① 누구든지 선거운동을 위하여 향우회·종친회 또는 동창회 모임을 개최할 수 없다.
 ② 누구든지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 단합대회, 야유회 기타의 집회를 개최할 수 없다.
 ③ 누구든지 선거일전 60일부터 선거일까지 후보자와 관련 있는 저서의 출판기념회를 개최할 수 없다.
- 13) 정관부속서임원선거규약 제36조(행렬등의 금지) 누구든지 선거운동을 위하여 2인을 초과하여 무리를 지어 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다. 다만, 후보자와 함께 있는 경우에는 그러하지 아니한다.
 1. 거리를 행진하는 행위
 2. 다수의 선거권자에게 인사하는 행위
 3. 연달아 소리지르는 행위
- 14) 정관부속서임원선거규약 제37조(호별방문의 제한) ① 누구든지 선거운동을 위하여 선거인을 호별로 방문할 수 없다.
 ② 선거운동을 할 수 있는 자는 전항에 불구하고 관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소에서 후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.
 ③ 누구든지 선거운동 기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지를 위하여 선거인을 호별로 방문할 수 없다.
- 15) 정관부속서임원선거규약 제38조(후보자등의 비방금지) 누구든지 임원선거와 관련하여 연설·벽보·정보통신망 기타의 방법으로 허위의 사실을 공표하거나 후보자(배우자, 직계존비속, 형제자매를 포함한다)의 출생지, 신분, 직업, 경력, 재산, 인격, 행위, 소속단체 등에 관하여 공연히 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 그러하지 아니하다.
- 16) 정관부속서임원선거규약 제39조(소견발표회) ① 선관위는 후보자 등록마감일의

거공보 및 후보자 홍보물의 제작 및 공고 절차에 관한 내용¹⁷⁾을 정하고 있다.

라. 헌법재판소의 관련 결정례

심판대상조항 중 신용협동조합법 제27조의2 제3항에 관한 직접적인 결정례는 없으나, 선거운동 관련 기간 및 방법을 정관에 위임한 규정에 관하여 다음과 같은 유사 결정례가 있다.¹⁸⁾

(1) 2016. 11. 24. 2015헌가29 중소기업협동조합법 제137조 제2항 위헌제청

(가) 심판대상¹⁹⁾

다음날부터 선거일까지 적당한 장소와 일시를 정하여 소견발표회를 개최할 수 있다. 다만, 소견발표회는 이사장 후보자에 한한다.

② 제1항의 세부적인 사항은 선관위에서 정하는 방법에 의한다.

17) 정관부속서임원선거규약 제41조(선거공보공고 및 통지) ① 선관위는 선거일전 8일까지 후보자의 자격을 심사, 확정하고 중앙회장이 정하는 바에 따라 임원선거공보 및 후보자 홍보물(이하 “홍보물”이라 하며, 분량은 A4 1장으로 제한한다)을 제작하여 선거일전 5일부터 선거일까지 정관 제6조에 정하는 방법에 의하여 이를 공고하여야 한다.

18) 그밖에 2010. 7. 29. 2008헌바106 농업협동조합법 제50조 제4항등 위헌소원에 서도 농업협동조합의 임원선거에 있어 ‘정관이 정하는 행위 외의 선거운동’을 한 경우 이를 형사처벌하는 규정(제172조 제2항 제2호 관련)을 위헌결정하였다.

19) [심판대상조항]

구 중소기업협동조합법(2008. 6. 13. 법률 제9120호로 개정되고, 2015. 2. 3. 법률 제13159호로 개정되기 전의 것) 제137조(벌칙) ② 제53조 제3항부터 제5항까지의 규정(제85조, 제96조 또는 제125조에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

[관련조항]

구 중소기업협동조합법(2007. 4. 11. 법률 제8363호로 전부 개정되고, 2015. 2. 3. 법률 제13159호로 개정되기 전의 것) 제53조(선거운동의 제한) ⑤ 누구든지 임원 선거와 관련하여 정관으로 정하는 선전 벽보의 부착, 선거 공보와 인쇄물의 배부 및 합동 연설회 또는 공개 토론회 개최 외의 행위를 할 수 없다. 중소기업협동조합법(2007. 4. 11. 법률 제8363호로 전부개정된 것) 제53조(선거운동의 제한) ③ 임원이 되려는 자는 정관으로 정하는 기간에는 선거운동을 위하여 조합원을 호별로 방문하거나 특정 장소에 모이게 할 수 없다.

- [호별방문금지조항] 중소기업중앙회 임원 선거와 관련하여 ‘정관으로 정하는 기간에는’ 선거운동을 위하여 정회원에 대한 호별방문 등의 행위를 한 경우 이를 처벌하는 규정(제125조, 제53조 제3항 부분)
- [구 선거운동제한조항] 중소기업중앙회 임원 선거와 관련하여 누구든지 ‘정관으로 정하는’ 선전 벽보의 부착, 선거 공보와 인쇄물의 배부 및 합동 연설회 또는 공개 토론회 개최 등의 행위를 한 경우 이를 처벌하는 규정(제125조, 제53조 제5항 부분)

(나) 결정요지 (전원일치 위헌)

호별방문금지조항은 중소기업중앙회 임원 선거와 관련하여 ‘정관으로 정하는 기간에는’ 선거운동을 위한 호별방문 등의 행위를 형사처벌하므로 ‘정관으로 정하는 기간’은 구성요건의 중요부분에 해당한다. 정관은 대내적으로만 효력을 가질 뿐 대외적으로 제3자를 구속하지는 않는 것이 원칙이고, 그 생성과정 및 효력발생요건에 있어 법규명령과 성질상 차이가 크다. 형사처벌과 관련한 주요사항을 헌법이 위임입법의 형식으로 예정하고 있지도 않은 특수법인의 정관에 위임하는 것은 정관 작성권자에게 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 준 것으로 죄형법정주의에 반한다.

구 선거운동제한조항은 모든 국민을 수범자로 하며 형벌부과를 목적으로 하는 형벌조항임에도 범죄 구성요건의 가장 중요한 부분인 금지되고 허용되는 선거운동의 범위를 법률에서 직접 규정하지 아니하고 중앙회의 정관으로 정하도록 위임하는바, 죄형법정주의에 위배된다. 또한 구 선거운동제한조항의 문언만으로 선거운동이 어느 범위에서 금지되는지에 관하여 구체적으로 알 수

없을 뿐만 아니라, 그 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 관련 법규범의 체계적 구조 등을 모두 종합하여도 합리적인 해석기준을 얻기 어렵다. 구 선거운동제한조항만으로는 수범자인 일반 국민이 허용되거나 금지되는 선거운동이 구체적으로 무엇인지를 예측하기 어려우므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

(다) 관련 법령의 개정

호별방문금지조항 관련하여 2018. 3. 13. 법 개정으로 선거운동을 위한 호별방문은 기간에 상관없이 항상 금지하는 것으로 개정되었다.²⁰⁾ 구 선거운동제한조항은 2015. 2. 3. 법개정으로 법률에 선거운동방법으로 규정하고, 세부사항은 시행규칙에서 정하도록 위임하는 것으로 개정되었다.²¹⁾

(2) 2019. 5. 30. 2018헌가12 새마을금고법 제85조 제3항 위헌제청

(가) 심판대상

자기 또는 특정인을 금고의 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로, ‘금고의 정관으로 정하는 기간 중에’ 회원의 호별방문 행위 등을 한 자를 처벌하는 규정(제22조 제2항

20) 중소기업협동조합법(2018. 3. 13. 법률 제15467호로 개정된 것)

제53조(선거운동의 제한) ④ 임원이 되려는 자는 제1항의 규정에도 불구하고 같은 항에서 정하는 기간에 관계없이 선거운동을 위하여 조합원을 호별로 방문하거나 특정 장소에 모이게 할 수 없다.

21) 중소기업협동조합법(2015. 2. 3. 법률 제13159호로 개정된 것)

제53조(선거운동의 제한) ⑥ 누구든지 임원 선거와 관련하여 다음 각 호의 방법 외의 선거운동을 할 수 없다.

1. 선전 벽보의 부착
2. 선거 공보와 인쇄물의 배부
3. 합동 연설회 또는 공개 토론회 개최
4. 전화(문자메시지를 포함한다)·컴퓨터통신(전자우편을 포함한다)의 이용

⑦ 제6항에 따른 선거운동 방법에 관한 세부적인 사항은 중소벤처기업부령으로 정한다.

제5호 부분)22)

(나) 결정요지(전원일치 위헌)

심판대상조항에 따르면 누구든지 자기 또는 특정인을 새마을금고의 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 회원을 호별로 방문하는 등의 행위를 한 경우에, ‘정관으로 정하는 기간’ 내라면 형사처벌의 대상이 되고 그렇지 않다면 형사처벌을 할 수 없게 되므로 ‘정관으로 정하는 기간’은 범죄구성요건의 중요부분에 해당한다.

정관은 대내적으로만 효력을 가질 뿐 대외적으로 제3자를 구속하지는 않는 것이 원칙이고, 그 생성과정 및 효력발생요건에 있어 법규명령과 성질상 차이가 크다. 형사처벌과 관련되는 주요사항을 헌법이 위임입법의 형식으로 예정하고 있지도 않은 특수법인의 정관에 위임하는 것은 정관 작성권자에게 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 준 것이나 다름없고, 수범자는 호별방문 등이 금지되는 기간이 구체적으로 언제인지 예측할 수 없으므로 죄형법정주의에 위배된다.

22) [심판대상조항]

새마을금고법(2014. 6. 11. 법률 제12749호로 개정된 것)
제85조(벌칙) ③ 제22조 제2항 및 제3항(제64조의2 제6항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
[관련조항]

새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제10437호로 개정된 것)
제22조(임원의 선거운동 제한) ② 누구든지 자기 또는 특정인을 금고의 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다.

5. 정관으로 정하는 기간 중에 회원의 호별(사업장을 포함한다)로 방문하거나 특정장소에 모이게 하는 행위

마. 이 사건 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항에 대한
판단

(1) 범죄구성요건의 정관위임 문제

정관은 법인의 조직과 활동에 관하여 단체 내부에서 자율적으로 정한 자치규범으로서, 대내적으로만 효력을 가질 뿐 대외적으로 제3자를 구속하지는 않는 것이 원칙이고, 그 성립 및 효력발생요건에 있어 법규명령과 성질상 차이가 크다. 국회의 의결 및 대통령의 공포절차를 거치는 법률의 제정·개정 절차와는 달리, 신용협동조합의 정관은 조합원으로 구성된 총회의 결의를 거쳐 신용협동조합중앙회 회장의 승인으로 제정 및 변경이 가능한 것이다(신용협동조합법 제7조, 제24조)(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 434).

그럼에도 불구하고 형사처벌에 관련되는 주요사항을 헌법이 위임입법의 형식으로 예정하고 있지도 않은 특수법인의 정관에 위임하는 것은 사실상 그 정관 작성권자에게 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 준 것이나 다름없다. 따라서 정관에 구성요건을 위임하는 것은 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로써 정하여야 한다는 죄형법정주의에 비추어 허용되기 어렵다는 것이 헌법재판소의 확립된 입장이다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌바106; 헌재 2016. 11. 24. 2015헌가29; 헌재 2019. 5. 30. 2018헌가12; 헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 433).

(2) 결정내용

신용협동조합법 제27조의2 제2항은 허용되는 임원의 선거운동 방법으로 ① 선전 벽보의 부착, ② 선거 공보의 배부, ③ 합동

연설회 또는 공개 토론회의 개최, ④ 전화(문자메시지를 포함한다) 또는 컴퓨터 통신(전자우편을 포함한다)을 이용한 지지 호소, ⑤ 도로·시장 등 금융위원회가 정하여 고시하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서의 지지 호소 및 명함 배부 다섯가지를 한정적으로 열거하고 있다. 그런데 동조 제3항은 나아가 위 제2항에 따른 선거운동을 정관에서 정하는 경우를 제외하고는 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지만 할 수 있는 것으로 정하고, 제4항은 위 제2항에 따른 선거운동 방법 등에 필요한 사항은 정관으로 정한다고 규정한다(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 434)

(가) 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제3항의 내용

법정의견은 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제3항의 해석에 관하여 다음과 같이 판단하였다(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 434)

「신용협동조합법 제27조의2 제3항의 문언에 따르면, 원칙적으로 제2항에서 정하고 있는 임원 선거 관련 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지만 할 수 있으나, 신용협동조합 정관에서 달리 정하는 경우에는 법에서 허용하고 있는 선거운동 기간 내의 선거운동도 금지될 수 있고, 반대로 법에서 금지하고 있는 기간에 선거운동이 허용될 수도 있다.

위 조항은, ‘정관에서 정하는 경우’ 선거운동 기간에 관한 예외를 인정할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐, 정관으로 선거운동 기간이 단축 혹은 연장되는 것인지, 이와 같은 선거운동 기간의 단축 또는 연장이 모든 선거운동 방법에 가능한 것인지 혹은 일부에 대해서만 가능한 것인지 등에 관한 정함이 없어 신용협동조합

은 정관으로 정하기만 하면 아무런 제한 없이 법에 의하여 처벌되는 행위의 범위를 조정할 수 있도록 하고 있다.

실제로, 신용협동조합 정관부속서임원선거규약 제28조는, 예외적으로 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 할 경우에는 선거운동기간의 제약을 받지 않는다고 정하여 허용되는 선거운동의 방법 및 기간을 정관에서 임의로 확정하고 있다.」

(나) 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제4항의 내용

법정의견은 또한 신용협동조합법 제27조의2 제2항과 제4항의 해석에 관하여 다음과 같이 판단하였다.(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 434-435)

「신용협동조합법 제27조의2 제4항은 단순히 ‘제2항에 따른 선거운동 방법 등에 필요한 사항’은 정관으로 정한다고 규정하고 있어, 제2항에서 법상 허용되는 선거운동 방법을 열거하고 있음에도 불구하고, 이러한 법정 선거운동의 구체적인 방법 등을 정관이 아무런 제한 없이 추가적으로 규제할 수 있도록 열어두고 있다.

실제로, 신용협동조합 정관부속서임원선거규약은 위 신용협동조합법 제27조의2 제4항에 근거하여, 명함배부 및 지지호소, 문자·음성·화상·동영상의 전송, 어깨띠 착용, 공개장소에서의 연설·대담 등의 선거운동 방법(제30조)과 소견발표회(제39조), 선거공보와 후보자 홍보물의 제작 및 광고 절차(제41조) 등에 관한 내용을 구체화함으로써 법률상 허용된 선거운동 방법의 범위를 더 축소하고, 더 나아가 선거운동을 할 수 없는 자(제29조), 단체의 선거운동 금지(제32조), 시설물 설치 금지(제33조), 타 연설

회·야간 연설회 금지(제34조), 집회·행렬·호별방문의 제한(제35조 내지 제37조), 후보자등의 비방금지(제38조)를 정관에서 비로소 정하고 있다.」

(다) 소결

위와 같은 법해석을 토대로 법정의견은 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항이 아래와 같이 위헌이라고 판단하였다(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 435).

「신용협동조합법 제27조의2를 위반할 경우 신용협동조합법 제99조에 의하여 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 처벌이 가능함에도, 위에서 살핀 바와 같이, 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항은 구체적으로 허용되는 선거운동의 기간 및 방법을 시행령이나 시행규칙이 아닌 정관에 맡기고 있어 정관으로 정하기만 하면 임원 선거운동의 기간 및 방법에 관한 추가적인 규제를 설정할 수 있도록 열어 두고 있다.

이는 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로써 정하여야 한다는 죄형법정주의를 위반한 것이다(헌재 2016. 11. 24. 2015헌가29; 헌재 2019. 5. 30. 2018헌가12 참조).」

(3) 해설

법정의견과 같이 신용협동조합법 제27조의2 제2항이 동조 제3항과 결합되어 정관에서 선거운동의 방법 및 기간을 정관에서 임의로 확정한다고 해석하고, 신용협동조합법 제27조의2 제2항이 동조 제4항과 결합하여 선거운동의 구체적인 방법을 정관이 규제할 수 있다고 해석하는 이상 형사처벌의 구성요건이 신용협동조

합의 정관에 의하여 좌우될 수 있으므로 위헌이라고 보는 것이 타당하다.

반대의견은, 신용협동조합법 제27조의2 제2항이 동조 제4항과 불가분의 관계에 있다고 해석하기 어렵다는 전제 하에(위 2. 적법요건 참조) 신용협동조합법 제27조의2 제2항이 죄형법정주의에 위배되는지 여부에 대하여 판단하였다. 반대의견의 해석에 따르면 신용협동조합법 제27조의2 제2항은 구성요건의 실질 내지 중요한 부분에 해당하는 허용되거나 금지되는 선거운동 방법의 범위를 정관에 위임하고 있지 않으므로 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

4. 형법 제59조 제1항 단서

가. 선고유예의 의의와 요건

자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없는 사람에 대하여 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우 양형의 조건(형법 제51조)을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 형의 선고를 유예할 수 있고(형법 제59조), 선고유예를 받은 날부터 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다(형법 제60조). 선고유예는 형법상 가장 가벼운 제재로서, 유죄판결을 받은 사람이 형 선고에 따르는 불이익을 입지 않고 조속히 사회에 복귀할 수 있도록 하는 특별예방 목적을 가진 제도이다.²³⁾

집행유예가 형 집행의 변형으로서의 성질을 가지고 있음에 비하여, 선고유예는 형의 선고를 유예함으로써 형벌을 피하기 위한 제도이므로 형 집행의 변형이라고 할 수 없다. 그러나 선고유예

23) 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011, 609; 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017, 829 참조.

의 경우에도 선고할 형을 정하여 둔다는 점에서 그것은 순수한 보안처분도 아니다. 이와 같이 선고유예는 책임과 형벌을 확정하여 두고 그 선고를 유예하는 제도라는 의미에서 형법이 규정하고 있는 고유한 종류의 제재로서의 성질을 가진다.²⁴⁾

형법 제59조 제1항은 선고유예의 요건으로 ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우일 것, ② 형법 제51조의 사함을 참작하여 개선의 정상이 현저할 것, ③ 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없을 것을 규정하고 있다.

나. 헌법재판소의 관련 결정례

선고유예의 요건으로 ‘자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없을 것’이라고 정한 형법 제59조 제1항 단서에 관하여 두 차례 헌법재판소 합헌 결정이 있었다.

(1) 헌법재판소 1998. 12. 24. 97헌바62등 결정(판례집 10-2, 899, 908)

이 사건에서 헌법재판소는 전원일치 의견으로 합헌 결정을 하였는데, 그 결정 요지는 다음과 같다.

「이 법률규정은 선고유예의 결격자로 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자로 규정함으로써 전과가 없는 그 이외의 자들과 차별하고 있다. 이것은 단기자유형의 폐단을 막고 범죄인의 자발적 개선을 통하여 재범을 방지할 목적으로 초범자에 한하여 선고유예를 할 수 있게 한 것으로서, 이 법률규정의 입법목적이 정당하고 차별취급의 수단은 합리적인 근거가 있으므로 헌법 제

24) 이재상, 앞의 책, 610; 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 720-721; 정성근·박광민, 형법총론 전정판, 2012, 715

11조 제1항 소정의 평등권 침해로 인정되지 아니한다. 이 법률 규정의 입법목적과 수단 간에는 그 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성의 측면에서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되거나 기본권의 본질적 내용을 제한한다고 볼 수 없다. 그리고 법관의 독립과 양형재량권을 보장한 헌법 제103조와 법률에 의한 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법 제27조 제1항을 침해하는 것도 아니다.」

(2) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바428 결정(판례집 23-1하, 368)

형법 제59조 제1항 단서에 관하여, 형이 실효된 전과인지 여부를 살피지 아니하고 자격정지 이상의 전과가 있다는 사실만으로 무조건 선고유예 대상에서 제외하고 있는 점에 대하여 재차 검토하였으나, 헌법에 위반되지 않는다는 전원일치 합헌 결정을 하였다. 결정요지는 아래 ‘다. 형법 제59조 제1항 단서의 검토’ 부분 참조.

다. 이 사건 형법 제59조 제1항 단서에 대한 판단

이 사건에서 헌법재판소는 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바428 선례 결정의 입장을 그대로 유지하였다. 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바428은 형법 제59조 제1항 단서에 관하여, 형이 실효된 전과인지 여부를 불문하고 선고유예 대상에서 제외하는 것이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였는바, 그 이유의 요지는 아래와 같다(헌재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427, 437)

「형사처분이 범죄행위자에 대하여 지나치게 관대하면 전과자는 물론 전과가 없는 일반시민의 법질서에 대한 경시풍조를 조장할

우려가 있어 선고유예는 아주 예외적으로 채택되지 않으면 안 되기 때문에, 이 사건 법률규정은 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없는 자에 대해서만 예외적으로 선고유예를 할 수 있도록 하고 있는 것이다.

형의 실효제도를 두어 형이 실효되었을 때 수형인명부의 해당란을 삭제하고 수형인명표를 폐기하도록 규정한 것은 전과자의 정상적인 사회복귀를 보장하기 위하여 형의 선고에 기한 법적 효과를 장래에 향하여 소멸시키는 것에 불과하고, 이 제도를 채택하고 있는 것이 전과자가 다시 범죄를 저지르는 경우 초범자와 동일한 취급을 보장하기 위함이 아니다. 따라서 입법자가 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자를 그 형의 실효 여부 등을 불문하고 선고유예의 결격자로 정한 것이 불합리한 차별이라고 볼 수 없다.

한편, 형의 선고유예는 단기자유형의 집행으로 인한 범죄자의 사회복귀장애를 해소하고 범죄자의 자발적 개선과 갱생을 촉진하고자 하는 제도이다. 그러나 형사처분이 범죄행위자에 대하여 지나치게 관대하면 전과자는 물론 전과가 없는 일반시민의 법질서 경시풍조를 조장할 우려가 있으므로, 이 사건 법률규정은 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자를 형이 실효된 전과인지 여부를 불문하고 선고유예의 결격자로 한 것인바, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.

그리고 이 사건 법률규정은 선고유예의 결격자를 모든 전과자로 하지 않고 전과의 경중을 고려하여 자격정지 이상의 형을 받은 전과자로 한정하고 있으므로 피해의 최소성에 위배된다고 볼 수 없고, 이 사건 법률규정이 도모하고자 하는 공익이 위와 같은 전과를 가진 사람의 불이익에 비하여 더 크다고 할 것이므로 법

익의 균형성도 갖추고 있다.

따라서 이 사건 법률규정이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.」

5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정에서 법정의견은 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항이 불가분적으로 해석될 수 있음을 전제로, 해당 조항이 신용협동조합 임원의 선거운동 기간과 방법을 신용협동조합 정관에서 정할 수 있도록 규정한 것이 죄형법정주의에 위반된다는 점을 확인하였다.

이는 위반시 형사처벌이 가능한 선거운동 관련 규제의 내용은, 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 정하여야 하는 것이고, 법률과는 그 성립 및 효력발생요건이 상이한 단체 내부 자치규범인 정관으로 이를 규정할 수 없다는 점을 재확인한 결정으로서, 현재 2016. 11. 24. 2015헌가29 중소기업협동조합법 제137조 제2항 위헌제청 사건 및 현재 2019. 5. 30. 2018헌가12 새마을금고법 제85조 제3항 사건과 궤를 같이 한다.

또한 이 사건은 형이 실효된 전과인지 여부를 불문하고 선고유예 대상에서 제외하는 것이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하여, 현재 2011. 6. 30. 2009헌바428 사건의 결정을 유지하였다.

12. 충청남도 등과 행정자치부장관 등 간의 권한쟁의

－ 공유수면 매립지의 관할을 둘러싼 권한쟁의심판청구가
적법한지 여부 －

(헌재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 판례집 32-2, 1)

류 지 현*

【판시사항】

매립 전 공유수면에 대하여 관할권을 가졌던 청구인들이 새로이 형성된 공유수면 매립지의 관할과 관련하여 청구한 권한쟁의심판에서 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 인정되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 당진시 신평면 매산리 976-11 잡종지 52,140㎡와 976-12 제방 2,289.2㎡, 976-13 도로 68,454.4㎡, 976-14 제방 31,949.7㎡, 976-16 잡종지 161,459㎡, 976-18 잡종지 316,711㎡(이하 ‘이 사건 등록 매립지’라 한다)에 관한 자치권한이 청구인 충청남도와 청구인 당진시에 속하고, 미등록 토지로서 해상경계선에 따를 경우 관할 지방자치단체가 청구인 아산시인 도로 및 제방 14,783.9㎡(이하 ‘이 사건 미등록 매립

* 선임헌법연구관

지'라 하고, 이 사건 등록 매립지와 합하여 '이 사건 매립지'라 한다)에 관한 자치권한이 청구인 충청남도과 청구인 아산시에 속하는지 여부, ② 피청구인 행정안전부장관의 2015. 5. 4.자 '매립지 등이 속할 지방자치단체 결정(이하 '이 사건 결정'이라 한다)'이 청구인들의 자치권한을 침해한 것으로서 무효인지 여부, ③ 피청구인 평택시가 이 사건 매립지에서 행사할 장래처분(이하 '이 사건 장래처분'이라 한다)이 청구인들의 자치권한을 침해하거나 침해할 위험성이 있는지 여부, ④ 피청구인 국토교통부장관의 이 사건 매립지에 대한 2015. 5. 8.자 토지대장 변경등록(이하 '이 사건 변경등록'이라 한다)이 청구인들의 자치권한을 침해한 것으로서 무효인지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 평택지방해양항만청은 2003. 12. 12.부터 2009. 10. 1.까지 평택시 포승읍 신영리 일원 앞 공유수면에 평택·당진항 외항 및 내항 매립지 축조사업을 시행하여, 총면적 902,350.5㎡의 매립지가 조성되었다. 위 매립 준공 후 청구인 당진시는 신규 매립지 일부를 자신의 관할 구역으로 지적등록하였다.

나. 2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정된 지방자치법(이하 '개정 지방자치법'이라 한다)에서는, 공유수면매립법에 따른 매립지나 지적법 제2조 제1호의 지적공부에 등록이 누락되어 있는 토지의 관할이 문제된 경우, 행정안전부장관이 면허관청이나 관련 지방자치단체의 장 등의 신청에 의하여 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 심의·의결에 따라 관할 지방자치단체를 결정하도록 하였다(제4조 제3항, 제4항, 제6항). 이에 평택시장은 2010. 8.

24. 행정안전부장관에게 ‘청구인 당진시가 등록한 평택·당진항 매립지의 일부와 미등록 매립지가 속할 지방자치단체를 평택시로 결정해 달라’는 취지의 신청을 하였다.

다. 지방자치단체중앙분쟁조정위원회는 2015. 4. 13. 지리적 연결관계, 주민 편의성, 국토의 효율적 이용, 행정 효율성 및 경계구분의 명확성과 용이성 등을 종합적으로 고려할 때 평택·당진항 매립지의 서부두의 제방선 위쪽은 당진시로, 아래쪽은 평택시로 나누어 귀속시키는 것이 타당하다면서, 이 사건 매립지에 대하여 피청구인 평택시의 관할 구역으로 의결하였고, 피청구인 행정안전부장관은 2015. 5. 4. 위 의결과 같은 내용의 이 사건 결정을 경기도지사, 충청남도지사, 당진시장, 평택시장, 아산시장, 평택지방해양수산청장에게 통보하였다.

라. 피청구인 국토교통부장관은 위 결정에 따라 2015. 5. 8. 이 사건 매립지에 대하여 ‘평택시 포승읍 신영리’의 지번을 부여하여 이 사건 변경등록을 하였다.

마. 이에 청구인들은 2015. 6. 30. 이 사건 등록 매립지에 대한 관할권한이 청구인 충청남도 및 청구인 당진시에, 이 사건 미등록 매립지에 대한 관할권한이 청구인 충청남도 및 청구인 아산시에 있다는 확인을 구하고, 피청구인 행정안전부장관의 이 사건 결정의 취소와, 피청구인 국토교통부장관의 이 사건 변경등록의 취소를 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

2. 당사자들의 주장 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 개정 지방자치법 제4조 제8항에서는 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체에 대한 행정안전부장관의 결정에 이의가 있으면

대법원에 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 이 사건 결정이 청구인들의 자치권한이라는 헌법상 및 법률상의 권한을 침해하는 이상 대법원에 제기하는 소송과는 별도로 헌법재판소에 권한쟁의심판도 청구할 수 있다.

(2) 이 사건 매립지는 기존의 해상경계선이라는 불문법상의 경계에 따를 경우 청구인들의 관할이다. 설령 형평의 원칙에 따르더라도 효율적인 신규토지의 이용, 행정의 효율성, 거주 주민의 주거생활 및 생업의 편리성 등을 고려할 때 이 사건 매립지는 청구인들의 관할로 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 결정 및 이에 터잡은 이 사건 변경등록은 모두 청구인들의 자치권한을 침해한다. 또한, 피청구인 평택시도 앞으로 이 사건 매립지에 대한 자치권한을 언제든지 행사할 수 있으므로 피청구인 평택시의 이 사건 장래처분도 청구인들의 자치권한을 침해할 것이 확실하다.

나. 피청구인 행정안전부장관, 피청구인 평택시의 주장

(1) 개정 지방자치법이 지방자치단체중앙분쟁조정위원회의 의결을 거쳐 행정안전부장관이 공유수면 매립지 등의 관할구역 귀속을 결정하는 내용의 절차를 마련한 이상, 새로운 경계를 창설·확정하거나 기존의 경계를 변경하는 내용의 권한쟁의심판청구는 허용될 수 없다. 또한 청구인들은 신생토지인 이 사건 매립지에 대한 자치권한을 갖고 있지 아니하고, 이 사건 결정으로 정당한 자치권한을 갖는 피청구인 평택시가 장래 자치권을 행사하더라도 그로 인하여 청구인들의 권한이 침해되거나 현저한 침해위험의 가능성이 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 모두 부적법하다.

(2) 이 사건 매립지는 항만의 조성을 위한 것으로 항만이 평택시와 인접한 반면, 바다 건너편에 당진시와 아산시가 있다. 비록

매립된 공유수면 중 일부가 당진시와 아산시에 속한다고 하더라도, 매립지의 효율적인 이용, 행정의 효율성 및 주민의 편의성 등을 고려할 때, 피청구인 평택시에 이 사건 매립지를 귀속시킨 이 사건 결정은 타당하고, 재량의 일탈남용이나 절차적인 하자도 존재하지 않는다. 따라서 이 사건 결정은 청구인들의 자치권한을 침해하지 아니하고, 이 사건 결정에 터잡은 이 사건 변경등록이나 피청구인 평택시의 이 사건 장래처분 등도 모두 청구인들의 자치권한을 침해하지 않는다.

【결정요지】

개정 지방자치법에서는 제4조 제3항을 신설하여 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 행정안전부장관이 결정하도록 하고, 이러한 결정을 위한 신청을 의무로 규정하며, 개정 지방자치법 시행 전에 이미 준공검사를 받은 매립지라 하더라도 법 시행 후에 지적공부에 등록하려면 그 전에 행정안전부장관에의 신청 및 결정 절차를 반드시 거치도록 하였다.

한편, 공유수면의 매립은 막대한 사업비와 장기간의 시간 등이 투입될 뿐 아니라 해당 해안지역의 갯벌 등 가치 있는 자연자원의 상실 내지 환경의 파괴를 동반하는 등 국가 전체적으로 중대한 영향을 미치는 사업이고, 일반적으로 공유수면은 인근 어민의 어업활동에 이용되는 반면, 매립지는 주체와 목적이 명확하게 정해져 있어 매립지의 이용은 그 구체적인 내용에 있어서도 상당히 다르다. 따라서 공유수면의 경계를 그대로 매립지의 ‘종전’ 경계로 인정하기는 어렵다.

이와 같이 개정 지방자치법의 취지와 공유수면과 매립지의 실질상 차이 등을 종합하여 볼 때, 신생 매립지는 개정 지방자치법

제4조 제3항에 따라 같은 조 제1항이 처음부터 배제되어 종전의 관할구역과의 연관성이 단절되고, 행정안전부장관의 결정이 확정됨으로써 비로소 관할 지방자치단체가 정해지며, 그 전까지 해당 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않는다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 매립지의 매립 전 공유수면에 대한 관할권을 가졌을 뿐인 청구인들이, 그 후 새로이 형성된 이 사건 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건에서 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기는 어렵다.

재판관 이종석의 별개의견

공유수면 매립지의 관할과 관련하여 권한쟁의심판이 청구된 경우, 매립지가 어느 편의 관할구역에 속하는지 여부는 본안판단에서 확정될 문제이므로, 적법요건 단계에서는 그 매립지에 대한 자치권한이 어느 일방에 부여될 가능성이 존재하기만 하면 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 볼 수 있다. 이 사건 청구인들은 매립 이전 공유수면을 관할하던 지방자치단체로서, 새로운 관할 획정으로 인하여 기존의 공유수면에 대한 자치권한을 상실하면서도 새 매립지에 대한 자치권한을 얻지 못하게 될 가능성이 있으므로, 행정안전부장관의 결정 등으로 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다.

한편, 개정 지방자치법 제4조 제8항이 행정안전부장관의 결정에 대하여 대법원에 소송을 제기할 수 있도록 규정하여 매립지 경계 획정에 관한 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권을 배제한다 하더라도, 이는 권한쟁의심판에 대한 헌법재판소의 원칙적 관할권을 부정하는 것이 아니어서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 매립지가 청구인들에게 속하는지 여부, 피청구인 행정안전부장관의 결정, 피청구인 평택시의 장래처분에 대한 심판청구는, 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 속하지 않으므로 부적법하다.

재판관 이선애, 재판관 이영진의 반대의견

이 사건에서 공유수면 매립지의 전부 또는 일부가 청구인들 또는 피청구인 평택시 중 어느 편의 관할구역에 속하는지는 본안판단 단계에서 확정되어야 할 것이고, 이 사건 심판청구의 적법요건 충족 여부를 판단하는 단계에서는 이 사건 매립지에 대한 자치권한이 어느 일방에 부여될 수 있는 가능성이 존재하면 족하다. 청구인들이 기존의 공유수면에 연접한 지방자치단체들로서 매립 전 공유수면에 관하여 자치권한을 가지고 있었던 이상 청구인들이 이 사건 매립지의 전부 또는 일부에 대한 헌법상 및 법률상 자치권한을 가질 수 있는 가능성은 충분히 인정된다고 할 것이므로 매립 전 공유수면에 관하여 관할권을 가진 청구인들의 이 사건 매립지에 대한 관할권한 확인 청구, 이 사건 미등록 매립지에 대한 관할권한 확인 청구 및 피청구인 행정안전부장관의 이 사건 결정을 다투는 심판청구는 모두 권한침해의 가능성이 인정되는 경우로서 적법하다.

피청구인 평택시의 장래처분에 관한 청구는 장래처분이 확실하게 예정된 경우로서 적법하고, 피청구인 국토교통부장관에 대한 청구는 등록권한이 국가의 권한인 것에 대하여 다투는 것이 아니라, 이 사건 매립지에 대한 등록권한 행사의 선결문제로서 청구인들에게 자치권한이 있음을 주장하면서, 토지대장 변경등록이 자치권한을 침해한다고 주장하는 것이어서 적법하다.

지방자치법 제4조 제8항의 소송과 이 사건 권한쟁의심판은 소송물이 다를 뿐 아니라 결정의 기속력에 있어서도 차이가 있으므로 지방자치법 제4조 제8항에 의하여 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권이 배제된다고 볼 수 없다. 따라서 헌법재판소는 본안 판단으로 나아가 이 사건 매립지에 대한 청구인들의 자치권한의 유무 및 범위에 관하여 판단하여야 한다.

재판관 이은애, 재판관 김기영의 법정의견에 대한 보충의견
개정 지방자치법은 구 지방자치법 제4조 제1항과 같은 취지의 조항을 그대로 둔 채, 제4조 제3항을 개정하여 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 위 ‘제1항에도 불구하고’ 행정안전부장관이 결정하도록 하였다. 관련규정을 종합하여 보면, 제4조 제3항은 제1항 전부를 배제하고 향후 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체는 행정안전부장관의 결정에 의해서만 비로소 정해진다는 의미로 해석된다. 따라서 행정안전부장관의 결정이 확정되기 전까지 공유수면의 신생 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않게 된다.

한편, 법정의견에서 실시한 것처럼, 공유수면과 공유수면 매립지는 성질상 차이가 있어서 공유수면의 해상경계선을 그대로 신생 매립지의 관할경계선으로 삼아 그 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하기는 어렵다. 헌법재판소가 종래 공유수면 매립지를 둘러싼 권한쟁의사건에서 ‘지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것을 상정할 수 없다’, ‘매립지에 대한 자치권한이 어느 일방에 부여될 수 있는 가능성이 존재하기만 하면 적법요건은 충족된다’고 한 법리는 행정안전부장관의 결정이 효력을 갖기 전에는 어느 지방자치단체도 신생 매립지의 관할권을 가

질 수 없도록 지방자치법이 개정됨으로써 더 이상 적용될 수 없게 되었다.

결국 이 사건의 경우, 매립 전 공유수면에 대한 관할권을 가졌던 청구인들이 새로 형성된 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기는 어렵다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건에서의 쟁점은 ① 공유수면 매립지와 관련한 권한쟁의 심판 사건에서 매립 전의 공유수면에 대하여 관할권을 가졌던 지방자치단체의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 인정되는지 여부, ② 개정 지방자치법에도 불구하고 공유수면 매립지와 관련한 권한쟁의심판이 여전히 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 속하는지 여부이다.

이에 대하여 법정의견은 ②에 대하여는 명시적으로 판단하지 않고 ①이 부정되어 이 사건 심판청구가 부적법하다고 보았고, 재판관 이종석의 별개의견은 ①은 인정되나 ②가 부정되어 이 사건 심판청구가 부적법하다고 보았으며, 재판관 이선애, 재판관 이영진의 반대의견은 ①, ② 모두 인정되므로 헌법재판소로서는 본안판단으로 나아가 이 사건 매립지에 대한 청구인들의 자치권한의 유무 및 범위에 관하여 판단하여야 한다고 보았다. 법정의견에 대하여는 재판관 이은애, 재판관 김기영의 보충의견이 있었다.

2. 공유수면 매립지에 대한 관할 분쟁의 해결 방법

가. 권한쟁의심판에 의한 해결

2009. 4. 1. 법률 제9577호로 지방자치법이 개정되기 전에는 공유수면 매립지의 행정구역 관할결정과 관련하여 그 절차나 결정기준에 대한 명확한 법규정이 없었고, 그 결과 행정구역에 대한 분쟁이 발생한 경우 대법원에 기관소송을 제기하거나 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구함으로써 해결하여 왔다.

다만, 1980년대 이전까지는 여러 자치단체에 걸치는 대규모 간척공사는 물론이고 그 매립지의 귀속을 둘러싼 다툼도 거의 없었기 때문에 그에 대한 대법원 판결은 거의 찾아보기 힘들고, 헌법재판소가 설치된 1988년 이후에는 공유수면 매립지의 관할권 관련 분쟁은 종래의 지형도상의 해상경계선을 기준으로 주로 헌법재판소의 최종적인 권한쟁의심판에 의해 해결되어 왔다.¹⁾ 그리고 당시에는 이 사건 결정과 같은 행정자치부장관의 결정이 존재하지 않았으므로, 공유수면 매립지 관할구역 결정에 관한 분쟁은 ‘지방자치단체 상호간의 권한의 유무 또는 범위에 관한 다툼’으로 보아, 주로 ‘자치권한의 확인(계쟁지역의 자치권한이 청구인에게 속하는지 여부 및 피청구인의 장래처분이 청구인의 자치권한을 위 침해할 위험성이 있는지 여부)’ 및 ‘토지대장 등록말소 부작위 내지 거부처분의 취소’가 심판의 대상이었다.

나. 지방자치법의 개정에 따른 해결

(1) 이처럼 공유수면 매립지에 대하여 지적 등록과정에서 지방자치단체 간의 분쟁이 자주 발생하자 이를 예방할 수 있는 제도

1) 김희곤, ‘새만금 방조제의 행정관할 관련 대법원판결의 의의와 과제’, 공법연구 제 42집 제3호(2014. 2.), 265-266면

적 장치가 필요하게 되었다. 이에 정부 발의로 2009. 4. 1. 지방자치법이 개정(법률 제9577호)되면서 공유수면 매립으로 조성된 토지 등의 관할에 관한 분쟁을 해소하고자 이들 토지가 속할 지방자치단체의 결정에 관한 절차가 제도화되었다.

개정 지방자치법에 따르면, 공유수면매립법에 따른 매립지나 지적법 제2조 제1호의 지적공부에 등록이 누락되어 있는 토지가 속할 지방자치단체는, 행정안전부장관이 매립관청이나 관련 지방자치단체 등의 신청에 따라 지방자치단체 중앙분쟁조정위원회²⁾의 심의를 거쳐 결정하고(제4조 제3항, 제4항, 제6항), 그 결정에 이의가 있으면 관련 지방자치단체의 장은 결과를 통보받은 날로부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있으며(동조 제8항), 대법원의 인용결정이 있으면 행정안전부장관은 그 취지에 따라 다시 결정하여야 한다(동조 제9항). 위 소송은 행정소송의 특수한 형태로서 대법원에서 단심으로 처리하게 된다.

그 후 정부조직법이 개정되어 ‘행정안전부장관’이 ‘안전행정부 장관’으로 변경되었다가(2013. 3. 23. 법률 제11690호), ‘행정자치부장관’으로 변경되었고(2014. 11. 19. 법률 제12844호), 다시 ‘행정안전부장관’으로 변경되었다(2017. 7. 26. 법률 14839호).

(2) 이와 같이 지방자치법을 개정한 취지에 대하여는, ‘매립지나 지적공부 미등록지 등의 경우 지적 등록과정에서 지방자치단체 간 분쟁이 자주 발생함에 따라 이를 예방할 수 있는 제도적 장치가 필요한데, 종전에 헌법재판소가 해상경계선을 따라 경계를 설정함으로써 매립목적은 달성하기 어려운 경우가 발생하고,

2) 이 위원회는 단순한 자문기관이 아니라 일종의 의결기관의 성질을 가지며, 공유수면 매립지와 지적공부 누락토지의 소속 지방자치단체를 결정하고 이를 둘러싼 분쟁을 해결하므로 준사법적 기관의 성질을 가진다고 한다[남복현, ‘공유수면 매립지의 경계획정을 둘러싼 법적 분쟁 - 절차법적 사항을 중심으로 -’, 헌법학연구 제16권 제3호(2010. 9.), 746면].

동일한 토지이용계획상의 구역이 2개 이상의 지방자치단체의 관할구역으로 나누어지는 문제점이 발생하게 되므로, 이를 조정·해결하기 위한 것'으로서, '개정된 지방자치법에 따라, 공유수면 매립지 등 신규토지에 대한 관할구역은 해상경계선이 아닌 중앙분쟁조정위원회의 심의와 대법원의 판단을 통해 결정됨으로써, 매립지의 토지 이용계획에 맞는 구역 결정을 통한 효율적인 신규토지의 이용이 가능할 것'이라고 보았다.³⁾

(3) 한편, 개정 지방자치법에 따라 안전행정부장관(현재 행정안전부장관)이 새만금방조제 일부구간이 속할 지방자치단체를 군산시로 정하자, 김제시장과 부안군수가 대법원에 취소소송을 제기하여 기각판결이 선고된 바 있는데(대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결), 위 대법원 판결은 개정 지방자치법 조항이 적용된 최초의 판결이다.

3. 청구인들의 자치권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험의 인정 여부

가. 권한쟁의심판의 적법요건

헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 심판청구가 적법하려면

3) 2009. 3. 국회 행정안전위원회 심사보고서 5-6면 참조

실제로 청구인들에게 권한침해가 발생하였거나 적어도 권한 침해의 현저한 위험이 인정되어야 한다(헌재 2019. 4. 11. 2016헌라3 참조).

나. 법정의견

법정의견은 다음과 같이, 매립 전 공유수면에 대하여 관할권을 가졌을 뿐인 청구인들은, 그 후 새로이 형성된 이 사건 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건 권한쟁의심판사건에서 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기 어렵다고 하였다.

『(1) 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하여 지방자치제도의 보장과 지방자치단체의 자치권을 규정하고 있다. 지방자치단체의 관할구역은 인적요건으로서의 주민 및 자치를 위한 권능으로서 자치권한과 더불어 지방자치의 3요소를 이루는 것으로, ‘지방자치단체가 자치권한을 행사할 수 있는 장소적 범위’를 뜻한다(헌재 2006. 8. 31. 2004헌라2). 헌법 제118조 제2항은 ‘지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항’을 법률로 정하도록 하고 있는 바, 이에 는 지방자치단체의 관할구역이 포함된다.

(2) 구 지방자치법(2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항에서는 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정하되, 시·군 및 자치구의 관할 구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.”고 규정하였고, 이에 공유수면 매립지의 경계 획정이 문제된 경우 종래에는 헌법

재판소가 위 ‘중전’이 무엇인지 살펴본 후 공유수면 해상경계선을 기준으로 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하여 왔다.

그런데 개정 지방자치법에서는 제4조 제1항을 “지방자치단체의 명칭과 구역은 중전과 같이 하고, 명칭과 구역을 바꾸거나 지방자치단체를 폐지하거나 설치하거나 나누거나 합칠 때에는 법률로 정한다. 다만, 지방자치단체의 관할 구역 경계변경과 한자 명칭의 변경은 대통령령으로 정한다.”고 개정하고, 같은 조 제3항도 개정하여 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체는 위 제1항에도 불구하고 행정안전부장관이 결정하는 것으로 정하였다(제1호). 나아가 개정 지방자치법 제4조 제4항에서는 ‘같은 조 제3항 제1호의 경우 매립면허관청 또는 관련 지방자치단체의 장이 매립공사의 준공검사 전에 행정안전부장관에게 해당 지역이 속할 지방자치단체의 결정을 신청하여야 한다.’고 규정하여 신청 자체를 의무로 규정하였고, 부칙 제2조 제1항에서는 “제4조 제4항의 개정규정은 이 법 시행 전에 「공유수면매립법」 제25조에 따른 준공검사를 받은 매립지에 대하여 시장·군수·구청장이 이 법 시행 후에 지적공부에 등록하는 경우에도 적용한다.”고 규정함으로써, 개정 지방자치법 시행 전에 이미 준공검사를 받은 매립지라 하더라도 법 시행 후에 지적공부에 등록하려면 그 전에 행정안전부장관의 신청 및 결정 절차를 반드시 거치도록 하였다.

그렇다면 개정 지방자치법 제4조 제3항은, 매립지의 관할에 대하여는 앞으로 같은 조 제1항이 처음부터 배제되고, 행정안전부장관의 결정에 의하여 비로소 관할 지방자치단체가 정해지며, 그 전까지 해당 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않는다는 의미로 해석함이 타당하다.

(3) 한편, 공유수면의 관할 귀속과 매립지의 관할 귀속은 그

성질상 달리 보아야 한다. 매립공사를 거쳐 종전에 존재하지 않았던 토지가 새로이 생겨난 경우 동일성을 유지하면서 단순히 바다에서 토지로 그 형상이 변경된 것에 불과하다고 보기는 어렵다. 일반적으로 공유수면 상의 해상경계선은, 연안 해역을 중심으로 오랜 기간에 걸쳐 형성되고 인근 어민들의 생활터전이 되어 온 연안 어장 등을 중심으로 바다에 인접한 지방자치단체 간의 공평하고 합리적인 어업활동을 규율하기 위한 목적으로 이용되었던 것인데, 공유수면 상의 어장 부분뿐만 아니라 그에 접한 다른 공유수면까지 함께 매립된 경우 위 해상경계선은 목적상 및 기능상의 한계로 인하여 매립지에 대한 행정관할구역을 획정하는 기준으로는 적합하지 않게 된다. 바다를 매립하여 육지를 조성하는 경우 매립의 주체와 목적이 명확하게 정해져 있고 매립을 위하여 막대한 비용과 노력이 투입되는 것이 불가피한데, 종전 공유수면에 대한 해상경계선만을 기준으로 매립지에 대한 관할 지방자치단체를 정하여 매립지를 조성한 주체와 목적, 비용부담관계, 매립지의 이용 상황, 인접지와 연결관계, 행정관할의 효율성 등의 사정이 고려될 여지를 막아버리는 것은, 매립 목적을 달성하기 어렵게 하거나 동일한 토지이용계획 구역을 2개 이상의 지방자치단체 관할구역으로 분리하여 토지이용의 비효율을 초래할 수 있다(헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 참조).

또한, 공유수면이 매립됨으로써 상실되는 어업권 등은 보상 등을 통해 보전되었으므로, 공유수면의 관할권을 가지고 있던 지방자치단체이든 그 외의 경쟁 지방자치단체이든 새로 생긴 매립지에 대하여는 중립적이고 동등한 지위에 있다 할 것이다.

공유수면의 매립은 막대한 사업비와 장기간의 시간 등이 투입될 뿐 아니라 해당 해안지역의 갯벌 등 가치 있는 자연자원의 상

실 내지 환경의 파괴를 동반하는 등 국가 전체적으로 중대한 영향을 미치는 사업이고(헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2), 공유수면의 이용과 매립지의 이용은 그 구체적인 내용에 있어서도 상당히 다르므로, 공유수면의 경계를 그대로 매립지의 ‘중전’ 경계로 인정하기는 어렵다.

헌법재판소 역시 2015. 7. 30. 2010헌라2 결정을 통하여 국가기본도상의 해상경계선을 공유수면의 불문법상 해상경계선으로 인정해 온 헌법재판소의 기존법리(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정)를 변경하고, 2019. 4. 11. 2015헌라2 결정을 통하여는 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할경계선으로 인정해 온 헌법재판소의 기존법리(헌재 2011. 9. 29. 2009헌라3 결정)를 변경하여, 기존의 해상경계선에 따른 공유수면의 경계기준을 매립지에게까지 그대로 적용할 수는 없고, 여러 가지 요소를 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 매립지의 경계를 확정하여야 한다고 보았다.

(4) 이와 같이 개정 지방자치법의 취지와 공유수면과 매립지의 성질상 차이 등을 종합하여 볼 때, 신생 매립지는 개정 지방자치법 제4조 제3항에 따라 같은 조 제1항이 처음부터 배제되어 중전의 관할구역과의 연관성이 단절되고, 행정안전부장관의 결정이 확정됨으로써 비로소 관할 지방자치단체가 정해지며, 그 전까지 해당 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않는다 할 것이다.』

다. 재판관 이종석의 별개의견

별개의견은 다음과 같이 심판대상 ①, ②, ③과 심판대상 ④를 나누어 살폈다.

(1) 심판대상 ①, ②, ③이 청구인들의 자치권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 인정되는지 여부

별개의건은 다음과 같이 심판대상 ①, ②, ③은 청구인들의 자치권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 인정된다고 보았다.

『(가) 권한쟁의심판청구의 적법요건 단계에서 요구되는 권한침해의 요건은, 청구인의 권한이 구체적으로 관련되어 이에 대한 침해가능성이 존재할 경우 충족된다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4 참조). 따라서 공유수면 매립지의 관할과 관련하여 권한쟁의 심판이 청구된 경우, 그 공유수면 매립지가 어느 편의 관할구역에 속하는지 여부는 본안판단 단계에서 확정될 것이므로 적법요건 단계에서는 그 공유수면 매립지에 대한 자치권한이 어느 일방에 부여될 수 있는 가능성이 존재하기만 하면 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험을 인정할 수 있다(헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등 참조).

(나) 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 지방자치단체의 지방자치권에는 자신의 구역 내에서 자치권을 행사할 수 있는 권한이 포함된다. 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 지방자치단체의 구성요소이며, 자치권을 행사할 수 있는 장소적 범위를 말한다. 지방자치단체의 자치권한이 미치는 관할구역에는 공유수면, 공유수면 매립지 등 바다, 육지가 모두 포함된다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2; 헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 참조). 지방자치단체의 자치권한이 공유수면에도 미치지만, 공유수면에 매립지가 형성되면 기존 공유수면의 관할경계가 그대로 공유수면 매립지의 관할경계가 되는 것은 아니다. 공유수면 매립지의 관할 경계는 공유수면의 매립 목적, 그 사업목적의 효과적 달성, 매립지와 인근 지방자치단체의 교통관계나 외부로부터의 접

근성 등 지리상의 조건, 행정권한의 행사 내용, 사무 처리의 실상, 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사 연혁이나, 주민들의 사회적·경제적 편익 등을 모두 종합하여 정한다(헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 참조). 따라서 매립 이전에 공유수면을 관할 하던 지방자치단체, 매립공사를 시행한 지방자치단체 등 매립지에 인접한 일정 범위 내의 지방자치단체로서는, 새로운 관할 획정으로 인하여 기존의 공유수면에 대한 자치권한을 상실하면서도 공유수면에 형성된 매립지에 대한 자치권한은 얻지 못하게 되거나, 기존의 공유수면에 자치권한을 갖지 못하였더라도 그 매립지에 대해서는 자치권한을 얻게 될 가능성이 있다.

이 사건에서 청구인들의 자치권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 있는지 여부에 관하여 살펴보면, 청구인들은 매립 이전에 공유수면의 일정 부분에 대하여 자치권한을 가지고 있었다는 점에서 매립 후 관할 획정에 의하여 이 사건 매립지에 대한 자치권한을 얻지 못할 경우 매립 이전과 비교하여 그 자치권한이 미치는 공간적 범위가 축소될 가능성이 있으므로 청구인들의 자치권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 발생하였다고 평가할 수 있다.

그렇다면 심판대상 ①, ②, ③으로 인해 이 사건 매립지에 대한 청구인들의 자치권한이 침해되었거나 침해될 현저한 위험이 존재한다.』

(2) 심판대상 ④에 관한 심판청구의 적법 여부

별개의견은 심판대상 ④에 대하여는, 토지대장 등 지적공부에의 등록은 국토교통부장관이 해야 하는 국가사무이므로(공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 제64조 제1항), 이 사건 변경

등록으로 인하여 지방자치단체인 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기 어렵다고 하였다.

라. 재판관 이선애, 재판관 이영진의 반대의견

반대의견은 다음과 같이, 심판대상 ①, ②, ③, ④ 모두 청구인들의 자치권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 인정된다고 보았다.

(1) 헌법상 지방자치의 제도적 보장

우선 반대의견은 다음과 같이 지방자치의 헌법적 의의를 강조하였다.

『지방자치제도는 지방시정에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 ‘풀뿌리 민주주의’를 그 이념적 배경으로 한다. 이는 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 주민의 복리에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21 참조).』

(2) 지방자치단체의 관할구역과 그 경계확정의 실체법적 결정기준 내지 원칙

다음으로 반대의견은 다음과 같이 관할구역 결정의 기준 내지 원칙을 밝혔다.

『헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 지방자치단체의 지방

자치권에는 자신의 구역 내에서 자신의 자치권을 행사할 수 있는 권한이 포함된다. 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 지방자치단체의 구성요소로서 자치권을 행사할 수 있는 장소적 범위를 말하므로, 관할범위의 면에서 다른 지방자치단체와의 구별을 명확하게 해 준다. 지방자치단체는 자신의 관할구역 내에서 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제9조 및 기타 개별 법령에서 부여한 자치권한 내지 관할권한을 가진다.

... 지방자치법 제4조 제1항을 비롯한 관할구역에 관한 규정들은 대한민국 법률이 제정되기 이전부터 지방자치단체의 관할구역 경계에 대하여 법적 효력을 부여하고 있는 것이고, 이러한 지방자치단체의 관할구역 경계는 각 법령이 관할구역을 정하는 기준으로 삼고 있는 법률 또는 대통령령에 의하여 달리 정하여지지 않은 이상 현재까지 유지되고 있음이 원칙이다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2 참조). 공유수면 매립지에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 역시 위와 같은 기준에 따르며, 명시적인 법령상의 규정이나 불문법마저 존재하지 않는 경우에는, 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 그 경계를 확정할 수밖에 없다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2; 헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 참조).

... 주민, 구역과 자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없으므로(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2; 헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 참조), 공유수면이나 공유수면 매립지에는 지방자치단체의 관할구역 경계가 존재하며, 그 경계가 불분명하여 분쟁이 발생한 때에는 지방자치법 제4조 제1항의 실체법적 기준에 의한 확인이 요청된다.』

(3) 법정의견에 대한 반론

나아가 반대의견은 법정의견에 대하여 다음과 같이 구체적으로 반론을 제기한다.

(가) 개정 지방자치법 제4조의 취지에 대한 반론

법정의견은 개정 지방자치법 제4조의 취지를 그 논거로 삼고 있다. 이에 대하여 반대의견은, 지방자치법일부개정법률안(의안번호 1804014호)에서 확인할 수 있는 개정 지방자치법 제4조의 최종적 개정취지에는 ‘매립지나 지적공부 미등록지의 지적 등록 과정에서 자치단체 간 분쟁이 자주 발생함에 따라 이를 예방할 수 있는 제도적 장치가 필요하여 이를 마련한 것’이라는 점만 나타나 있을 뿐이라면서, 지방자치법 제4조의 개정취지는 법정의견의 논거가 될 수 없다고 하였다.

(나) 개정 지방자치법 제4조 제3항의 해석론에 대한 반론

법정의견은 법문에 표현된 ‘제1항에도 불구하고’에 주목하여 ‘신생 매립지는 개정 지방자치법 제4조 제3항에 따라 동조 제1항의 적용이 처음부터 배제되고 종전의 관할구역과의 연관성이 단절된다’고 해석하고 있다. 이에 대하여 반대의견의 반론은 다음과 같다.

『개정 지방자치법 제4조 제3항은 공유수면 매립지의 경우 중분위의 의결에 따라 행정안전부장관이 결정으로 그 소속 지방자치단체를 정하도록 하고 있다. 이는 같은 조 제1항에서 지방자치단체의 경계변경은 대통령령으로 정하도록 한 원칙에 대하여, ‘기존의 공유수면에 연접하여 위치한 여러 지방자치단체들의 관할구역으로서 경계가 존재하는 공유수면을 가로질러 걸쳐서 조성

된 매립지’(이하 ‘공유수면 관할 경계상 매립지’라 한다)의 전부 또는 일부에 대하여 소속 지방자치단체를 결정하는 것은 지방자치단체 관할구역의 경계변경에 해당하지만, 그 형식을 대통령령이 아닌 행정안전부장관의 결정으로 해야 한다는 예외를 정한 것에 불과하다. 개정 지방자치법 제4조 제3항이 지방자치법 제4조 제1항에 의한 경계가 존재하는 공유수면과 바로 그 공유수면의 매립지를 전혀 별개의 것으로 단절시키기 위한 전제로 관할구역 경계확정의 실제법적 기준인 지방자치법 제4조 제1항 소정의 ‘지방자치단체의 구역은 종전과 같이 한다’ 부분을 처음부터 배제한 것으로까지 볼 수는 없다.

오히려 입법자는 개정 지방자치법 제4조 제3항 내지 제7항에서 공유수면 관할 경계상 매립지에 대해 중분위의 의결과 행정안전부장관의 결정으로 소속 지방자치단체를 기존의 공유수면을 관할하던 지방자치단체와 다르게 정할 수 있도록 하면서 어떤 실제법적 근거나 원칙을 제시하고 있지 않으므로, 이것은 기존부터 존재했던 지방자치단체의 관할구역 경계확정의 실제법적 기준 내지 원칙인 지방자치법 제4조 제1항 소정의 ‘지방자치단체의 구역은 종전과 같이 한다’를 공유수면 매립지의 경우에도 적용한다는 것을 전제하고 있다고 해석해야 한다.』

(다) 헌법재판소 2010헌라2결정 및 2015헌라2결정을 보는 입장에 대한 반론

법정의견은, 헌법재판소 2010헌라2결정 및 2015헌라2결정이 ‘신생 매립지와 종전의 관할구역과의 연관성이 단절되었다.’는 점을 뒷받침하고 있다고 한다.

이에 대하여 반대의견은, ① 2010헌라2결정은 공유수면이 지

방자치단체의 관할구역에 해당하여 이에 대한 지방자치단체의 자치권한이 이미 존재한다는 점을 인정하는 전제하에서, 단지 공유수면 관할구역 경계의 존재와 형태를 구체적으로 어떻게 확인할 것인가에 대해 지방자치법 제4조 제1항의 해석과 적용에 관한 법적 견해를 변경한 것일 뿐이므로 지방자치법 제4조 제3항의 해석과는 무관하고, ② 2015헌라2결정 역시 공유수면 매립지가 지방자치단체의 관할구역에 해당하여 이에 대한 지방자치단체의 자치권한이 이미 존재한다는 점을 인정하는 전제하에, 단지 공유수면 관할 경계상 매립지의 관할구역 경계의 존재와 형태를 구체적으로 어떻게 확인할 것인가에 대한 입장을 변경한 것에 불과하다면서, 위 결정들이 신생 매립지의 경우 개정 지방자치법 제4조 제3항에 따라 동조 제1항이 처음부터 배제되어 종전의 관할구역과의 연관성이 단절된다는 점을 뒷받침한다고 볼 수 없다고 하였다.

(라) 공유수면 매립지에 대한 지방자치단체의 자치권이 행정안전부장관의 결정에 의하여 비로소 창설된다고 보는 입장에 대한 반론

법정의견은 개정 지방자치법 제4조 제3항 소정의 행정안전부장관의 결정이 확정됨으로써 비로소 관할 지방자치단체가 정해지고, 그 전까지 해당 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않으며, 그 결과 이 사건 매립지의 매립 전 공유수면에 대한 관할권을 가졌을 뿐인 청구인들이 그 후 새로이 형성된 이 사건 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없다고 한다. 이에 대하여 반대의견의 반론은 다음과 같다.

『지방자치단체 관할구역의 경계변경은 지방자치단체의 존폐와 관계없이 단순히 경계만 달라지는 구역변경으로서 지방자치단체

의 자치권이 미치는 지리적 범위를 변경하는 것이다. 개정 지방자치법 제4조 제3항 소정의 행정안전부장관의 결정은 공유수면 관할 경계상 매립지에 대하여 관할구역 경계의 존재 및 그 구체적인 형태에 대한 확인을 통해 매립지의 전부 또는 일부가 연접하여 위치한 지방자치단체들 중 어느 지방자치단체에는 속하고, 어느 지방자치단체에는 속하지 않는지를 확인하는 처분이다.

그런데 ... 법정의견처럼 행정안전부장관의 결정 전까지 공유수면 매립지를 어떤 지방자치단체의 관할구역에도 속하지 않는 자치권의 진공상태에 있다고 보는 것은 공유수면 매립지가 지방자치단체의 관할권이 인정되는 기존의 공유수면이 존재하던 바로 그 공간에 조성된 것이라는 점을 도외시한 것이다. 공유수면 매립이라는 사실적 행위로 인해 특정한 공간에 이미 존재했던 지방자치단체의 자치권이 당연히 소멸한다고 볼 어떠한 근거도 찾을 수 없다. 공유수면 매립사업은 매립부터 준공까지 장기간에 걸쳐 일련의 과정이 연속되는데 지방자치단체의 자치권이 소멸한다고 하면 어느 시점, 어느 단계에 소멸하는 것인지도 알 수 없고, 행정안전부장관이 매립지에 대한 자치권을 창설한다고 하는데 그 실체법적 기준이나 원칙에 대한 법적 근거를 찾을 수 없다. 공유수면 매립 시작부터 행정안전부장관의 결정 전까지 장기간에 걸쳐서 지방자치단체의 자치권이 소멸한 진공상태에 놓인 공간을 인정하는 것은 그 기간 동안 그 공간에 연접한 지방자치단체들의 관할구역에 경계가 없는 부분이 존재한다고 보는 것인데, 이러한 입장이 헌법 제117조 제1항이 보장하는 지방자치제도의 본질에 부합하는지 의문이다. 헌법재판소는 주민, 구역과 자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없다는 점을

분명히 하고 있는데(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2; 헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 참조), 법정의견은 이에 상충한다.』

(마) 공유수면 매립의 실제와 개정 지방자치법 제4조 제4항, 제7항, 제8항에 근거한 반론

나아가 반대의견에서는 관할 지방자치단체 결정의 현실적인 문제를 들어 다음과 같이 주장한다.

『인구에 비하여 상대적으로 국토면적이 협소하고 산지와 같은 경사가 급한 토지가 많은 우리나라는 인구증가와 토지자원에 대한 수요 증가에 따라 공유수면 매립을 지속적으로 추진하여 왔다. 공유수면 매립은 국토의 효율적 이용을 통하여 공공의 이익을 증진하고 국민생활을 향상시키기 위한 것이지만, 동시에 인구 유입, 연안접근권의 변화, 수산자원·관광자원의 변화, 환경훼손을 포함하는 농·어촌 생활환경의 질적 변화를 발생시켜 지역 주민의 삶에 지대한 영향을 미치는 것이므로 그 과정에서 중앙 정부와 지방자치단체의 상호작용이 매우 중요하다.

한편 공유수면 매립이 완료되면, 매립의 목적, 매립으로 발생하는 지형의 변화 및 그로 인하여 발생하는 인근 주민의 삶과 해당 지역의 연계성의 변화를 고려하여 기존의 관할구역의 경계선이 새로 조성된 공유수면 매립지의 목적·기능을 고려한 경계선으로 구체화되어 확인되어야 한다. 다만, 공유수면 매립이 곧 역사적·경제적·사회적 단절을 의미하는 것은 아니므로, 공유수면 매립 이전부터 해당 지역에서 오랜 기간 일상생활을 영위해 온 지역 주민의 이해관계에 기초하여 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 지역 균형발전을 도모하는 등 자치권을 행사해 온 지방자치단체는 개정 지방자치법 제4조 제3항 소정의 행정안전부장관의

결정과 관련하여 공유수면 매립지의 전부 또는 일부에 대하여 자치권을 보유한 지방자치단체로 확인받기를 기대하는 중대한 이해를 가진 당사자에 해당한다.

... 만약 개정 지방자치법 제4조 제3항 소정의 행정안전부장관의 결정에 의하여 관할 지방자치단체가 정해지기 전까지 해당 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않는다고 본다면, 개정 지방자치법에 위와 같은 절차적 규정, 특히 행정안전부장관의 결정에 대한 불복 절차를 둘 이유가 없다. 법정의견과 같이 본다면, 관계 지방자치단체는 행정안전부장관의 매립지 귀속 결정으로 인하여 법적 지위에 전혀 영향을 받지 않는 제3자에 불과하게 된다. 이렇게 된다면, 관계 지방자치단체는 관할구역이 공유수면의 매립과 관련하여 국가나 다른 지방자치단체의 지방자치권 침해에 대해 효과적으로 방어할 수 있는 수단을 갖지 못하게 됨으로써 헌법이 보장하고 입법자가 의도하는 지방자치의 가치를 현실적으로 구현할 수 없게 된다.』

(바) 이 사건 권한쟁의심판의 적법요건 판단에 대한 반론 결론적으로, 법정의견은 이 사건 매립지의 매립 전 공유수면에 대한 관할권을 가졌을 뿐인 청구인들이 그 후 새로이 형성된 이 사건 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건에서 청구인들의 권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기 어려워 이 사건 권한쟁의심판청구 모두가 부적법하다고 보았다.

이에 대하여 반대의견은 우선 행정안전부장관의 공유수면 매립지 귀속결정은 지방자치단체의 관할구역, 즉 자치권의 공간적 범위에 관한 것이므로, 헌법과 법률이 정한 권한의 유무와 범위의

문제에 해당하고, 그 결정으로 인하여 지방자치단체의 자치권을 침해할 수 있으므로, 이로 인하여 발생하는 분쟁은 전형적인 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의에 해당한다고 보았다. 즉, 헌법상 지방자치단체의 자치권의 범위 내지 내용은 법령에 의하여 형성되고 제한될 수 있으며, 지방자치법에 따라 지방자치단체의 경계변경은 당연히 가능하다 할 것이지만, 만약 피청구인 행정안전부장관의 결정이 위법한 것이라면, 이는 권한 없이 청구인들의 자치권을 침해하는 결과가 되므로, 행정안전부장관의 결정에 관한 다툼은 결국 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관한 다툼에 해당하게 된다는 것이다. 이러한 전제 하에 반대의견은 심판대상별로 다음과 같이 판단하였는데, 결론적으로 이 사건 심판청구는 일응 모두 적법하다고 보았다.

1) 심판대상 ①, ② 부분에 대한 반론

『이 사건 매립지의 전부 또는 일부가 청구인들 또는 피청구인 평택시 중 어느 편의 관할구역에 속하는지는 본안판단 단계에서 확정되어야 할 것이고, 이 사건 심판청구의 적법요건 충족 여부를 판단하는 단계에서는 이 사건 매립지에 대한 자치권한이 어느 일방에 부여될 수 있는 가능성이 존재하는지 여부를 심사하면 족하다. 청구인들은 기존의 공유수면에 연접한 지방자치단체들로서 매립 전 공유수면에 관하여 자치권한을 가지고 있었으므로, 이 사건 매립지의 전부 또는 일부에 대하여 자치권을 보유한 지방자치단체로 확인받기를 기대하는 중대한 이해를 가진 당사자로서 이 사건에서 청구인들이 이 사건 매립지에 대한 헌법상 및 법률상 자치권한을 가질 수 있는 가능성은 충분히 인정된다고 할 것이다.

따라서 청구인 충청남도 및 청구인 당진시의 이 사건 등록 매립지에 대한 관할권한 확인 청구, 청구인 충청남도 및 청구인 아

산시의 이 사건 미등록 매립지에 대한 관할권한 확인 청구 및 청구인들의 행정안전부장관의 이 사건 결정을 다투는 심판청구는 모두 적법하다.』

2) 심판대상 ③ 부분에 대한 반론

『이 사건의 경우 피청구인 행정안전부장관의 결정에 따라 피청구인 평택시는 이 사건 매립지에 대한 자치권한을 행사할 가능성이 높는데, 앞서 본 바와 같이 청구인들은 이 사건 매립지에 대한 헌법상 및 법률상 자치권한을 부여받을 수 있는 가능성이 인정되므로, 앞으로 피청구인 평택시가 행사할 장래처분으로 인하여 이 사건 매립지에 대한 청구인들의 자치권한이 침해될 현저한 위험성이 존재한다고 할 수 있으므로, 피청구인 평택시의 이 사건 장래처분에 대한 심판청구는 적법하다.』

3) 심판대상 ④ 부분에 대한 반론

『피청구인 국토교통부장관의 토지대장 변경등록과 관련하여 다툼이 있는 권한은 청구인들의 자치권이다. 청구인들은 이 사건 매립지에 대한 피청구인 국토교통부장관의 공간정보 구축 및 관리 등에 관한 법률 제64조 제1항 따른 등록권한이 기본적으로 국가의 권한인 것에 대하여 다투는 것이 아니다. 청구인들은 다만 이 사건 매립지에 대한 등록권한 행사의 선결적 문제로서 이 사건 매립지가 청구인들의 관할권한 하에 있다고 주장하면서 이를 다투고 있는 것이다.

토지대장상의 행정구역기재는 비록 관할권한을 창설하는 효력은 없지만 관할권한을 대외적으로 공시하고 관할권한을 사실상 추정케 하는 중요한 기능을 수행하므로, 잘못된 외관이 형성된다면 청구인들의 관할권한 행사에 중대한 장애가 되고, 이러한 침해는 그것이 제거되기까지는 계속 존재하므로, 그 자체로 청구인

들의 관할권한에 대한 현재의 침해를 구성한다. 따라서 피청구인 국토교통부장관의 이 사건 변경등록에 대한 심판청구 역시 적법하다.』

마. 재판관 이은애, 재판관 김기영의 법정의견에 대한 보충의견
보충의견은 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기 어렵다는 점에 관한 법정의견의 이유를 다음과 같이 보충하였다.

『(1) 2009. 4. 1. 개정된 지방자치법은 개정 전의 구 지방자치법 제4조 제1항과 같은 취지의 조항을 그대로 둔 채, 제4조 제3항을 개정하여 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 위 ‘제1항에도 불구하고’ 행정안전부장관이 결정하도록 하고, 행정안전부장관의 결정과 관련된 절차를 제4항 이하에서 규정하고 있다. 관련규정을 종합하여 보면, 제4조 제3항은 제1항 전부를 배제하고 향후 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체는 행정안전부장관의 결정에 의해서만 비로소 정해진다는 의미로 해석된다. 따라서 행정안전부장관의 결정이 확정되기 전까지 공유수면의 신생 매립지는 어느 지방자치단체에도 속하지 않게 된다.

(2) 헌법 제118조 제2항은 ‘지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항’을 법률로 정하도록 하고 있는데, 이에 는 지방자치단체의 관할구역이 포함되고, 이러한 사항에는 구역의 확정, 구역과 관련된 분쟁의 해결 기준 및 절차 등도 포함된다고 할 것이다. 개정 지방자치법은 이러한 헌법의 취지에 따라 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체의 결정 주체, 절차 및 그로 인한 분쟁의 해결방법 등을 규정하고 있다.

(3) 한편, 법정의견이 실시한 바와 같은 공유수면과 공유수면

매립지 사이의 성질상 차이 등으로 인하여 매립 전 공유수면의 해상경계선을 그대로 신생 매립지의 관할경계선으로 삼아 그 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하기는 어렵다. 헌법재판소가 2019. 4. 11. 2015헌라2 결정에서 이미 소멸되어 사라진 종전 공유수면의 해상경계선을 매립지의 관할경계선으로 인정하던 기존법리(헌재 2011. 9. 29. 2009헌라3 결정 등)를 변경한 것도 양자 사이의 성질상 차이 등을 고려한 것이다.

(4) 헌법재판소는 종래 공유수면 매립지를 둘러싼 권한쟁의사건에서 ‘지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것을 상정할 수 없다’(헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2), ‘매립지에 대한 자치권한이 어느 일방에 부여될 수 있는 가능성이 존재하기만 하면 적법요건은 충족된다’(헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9등)고 하였다. 이는 권한쟁의사건에 대한 심판권을 가진 헌법재판소가, 지방자치법 제4조 제3항이 개정되기 전 구 지방자치법 제4조 제1항에서 정한 기준에 따라 공유수면 매립지에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계를 획정할 수밖에 없었던 상황에서, 분쟁의 대상이 된 공유수면 매립지에 대한 청구인 또는 피청구인의 자치권한은 존재하는 것을 전제로 그 매립지가 어느 지방자치단체에 속하느냐를 결정한 것이었다. 그러나 2009. 4. 1. 지방자치법의 개정으로 같은 법 제4조 제3항이 적용되는 공유수면 매립지에 대해서 행정안전부장관의 결정이 확정되기 전에는 어느 지방자치단체도 관할권을 가질 수 없고, 헌법재판소의 위와 같은 법리 또한 개정 지방자치법이 적용되는 공유수면 매립지에는 더 이상 적용될 수 없게 되었다.

(5) 결국 개정 지방자치법 제4조 제3항이 적용되는 이 사건 매립지의 경우, 이미 소멸되어 사라진 매립 전 공유수면에 대한 관

할권을 가졌던 청구인들이, 그 후 새로이 형성된 이 사건 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없으므로, 이 사건에서 청구인들의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기는 어렵다.』

4. 헌법재판소의 관할권 인정 여부

가. 재판관 이종석의 별개의견

별개의견은 다음과 같이 더 이상 헌법재판소는 심판대상 ①, ②, ③에 대하여 관할권을 갖지 않는다고 보았다.

『(1) 헌법 제111조 제1항 제4호의 의미

헌법은 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”라고 하여 법원에 포괄적으로 사법권을 부여하고, 제111조 제1항에서 “헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.”라고 하여 그 조항에 명시적으로 열거된 다섯 가지 심판유형만을 헌법재판소의 관장사항으로 하고 있다. 헌법은 제111조 제1항 제4호에서 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하면서도, 그 외에 권한쟁의심판절차를 구체화하는 어떠한 조항도 두고 있지 않다. 헌법은 단지 권한쟁의의 당사자만을 규정할 뿐, 그 심판대상을 개방적인 상태로 남겨두고 있다. 이처럼 권한쟁의심판의 내용이 확정되지 않고 개방적인 형태로 규정되어 있다는 점을 고려하면, 헌법 제111조 제1항 제4호가 헌법재판소에 권한쟁의심판사건에 대해 배타적으로 관할권을 부여하였다고 보기보다는, 권한쟁의심판의 원칙적인 관할권을 부여하였다고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 권한쟁의심판권은 원칙적으로 헌법재판소에 속하나, 입법자는 예외적으로 권한쟁의심판제도의 본

질과 목적 등을 고려하여 권한쟁의심판의 일부를 다른 기관의 관할에 속하도록 규정할 수 있다. 다만, 권한쟁의심판제도를 형해화시킬 우려가 있는 부분까지 다른 기관이 관장하도록 한다면 권한쟁의심판권을 원칙적으로 헌법재판소에 부여한 헌법 제111조 제1항 제4호의 취지에 반하여 헌법이 정한 권한쟁의심판제도 자체를 무력화시킬 수 있으므로, 입법자는 권한쟁의심판의 본질과 목적, 문제되는 권한분쟁의 특성 등을 종합적으로 고려하여 헌법재판소에 원칙적인 권한쟁의심판권을 부여한 헌법의 취지를 몰각시키지 않는 범위 내에서 권한쟁의심판의 일부를 법원 등 다른 기관의 관할로 정할 수 있다.

(2) 지방자치법 제4조 제8항의 의미

지방자치법 제4조 제3항에 의하여 행정안전부장은 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하는데, 지방자치법 제4조 제8항은 관계 지방자치단체의 장이 위와 같은 행정안전부장의 결정에 이의가 있으면 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.

종래 공유수면 매립지의 경계는 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통해 확정하였으나(헌재 2011. 9. 29. 2009헌라3; 헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2 등), 지방자치법이 2009. 4. 1. 개정되면서 공유수면 매립지의 경계는 행정안전부장이 우선 정하고 그 불복에 대해서는 최종적으로 대법원이 판단하게 되었다.

지방자치법 제4조 제8항에 따르면 대법원의 판단 범위는 행정안전부장의 결정이 위법한지 여부로 한정되는 데 반하여, 헌법재판소의 권한쟁의심판에서는 공유수면 매립지의 자치권한이 어떤 지방자치단체에 속하는지 또는 피청구인 지방자치단체의 매립지에 관련된 구체적인 처분이 청구인 지방자치단체의 자치권한을

침해하는지 여부를 판단하므로, 지방자치법 제4조 제8항의 소송과 헌법재판소의 권한쟁의심판은 그 소송물을 달리 한다. 그러나 두 소송 모두 공유수면 매립지의 경계를 확정하는 것을 목적으로 하고, 공유수면의 매립 목적, 사업목적의 효과적 달성, 매립지와 인근 지방자치단체의 교통관계나 외부로부터의 접근성 등 지리상의 조건, 행정권한의 행사 내용, 사무 처리의 실상, 매립 전 공유수면에 대한 행정권한의 행사 연혁이나 주민들의 사회적·경제적 편익 등을 고려하여 판단하므로(헌재 2019. 4. 11. 2015헌라2; 대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결 참조), 실질적인 판단 내용은 동일하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 두 소송이 병존한다고 해석하면 하나의 분쟁에 대하여 양 기관이 서로 다른 판단을 함으로써 분쟁을 종식시키는 것이 아니라 혼란을 야기할 우려가 있고, 최고 헌법기관들이 동일한 사건에 관여하게 됨으로써 발생하는 사법자원의 손실도 상당히 커지게 된다.

이상에서 살핀 바와 같이 지방자치법의 개정 취지, 관할권 중첩에 따라 발생할 우려가 있는 문제점 등을 고려하면, 지방자치법 제4조 제8항은 공유수면 매립지 경계확정에 관한 종래 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권을 배제하고 대법원에 그 판단권한을 부여한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.』

덧붙여 별개의견은 지방자치법 제4조 제8항이 위헌인지 여부를 살펴, 다음과 같이 위 조항 자체는 합헌이라고 판단하였다.

『권한쟁의심판은 국가기관이나 지방자치단체에게 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 제도이므로(헌재

2013. 12. 26. 2012헌라3등), 국가기관과 지방자치단체 또는 지방자치단체 간에 헌법상 지방자치권한의 범위를 확정하는 문제에 대하여는 헌법재판소의 원칙적 관할권을 부정할 수 없다. 그러나 실질적으로 권한의 유무 또는 범위를 확정해야 하는 문제가 아니라, 사실관계에 대한 다툼이나 권한쟁의심판사건 당사자들 사이에 특정 권한 행사와 관련하여 구체적인 행위가 있었는지에 관한 분쟁은 위와 같은 권한쟁의에 관한 헌법적 쟁점이 문제되는 사안이라고 보기 어려워 반드시 헌법재판소가 관장하는 권한쟁의심판에 포섭되어야 하는 것은 아니다.

공유수면 매립지에 지방자치권한이 미치는지 여부에 관한 분쟁은 자치권한의 범위를 확정하는 문제로서 헌법재판소가 관할해야 할 문제이지만, 특정 공유수면 매립지를 어느 지방자치단체에 속하게 할 것인가의 문제는 해상경계나 육상경계, 지리상의 자연적 조건, 연혁적인 상황, 쟁송 지역의 사무처리 실상, 주민의 편의 등 다양한 사실에 관한 평가와 판단이 주된 쟁점이 되므로 반드시 헌법재판소가 관여해야 할 권한쟁의 분쟁이라고 보기 어렵다. 공유수면 매립지 관할을 결정하는 데 있어 위에서 언급한 다양한 사실관계 이외에 어떤 중요한 헌법적 쟁점이 개입된다고 볼 수 없고, 헌법상 지방자치제도의 보장은 특정 지방자치단체를 보존하도록 보장하는 것이 아니라 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것이므로(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1190 참조) 이로부터 어느 지방자치단체가 특정 공유수면 매립지의 관할을 가져야 하는지와 관련한 헌법적 당위성이 도출된다고 보기도 어렵다. 따라서 이러한 분쟁의 특성을 고려하여 입법자가 대법원에 공유수면 매립지 경계확정에 관한 관할권을 부여하였다 하더라도, 이로써 헌법 제111조 제1항 제4호에 반하여 헌법재판소의 권한쟁의심판에

대한 원칙적 관할권을 침해하는 것이라고 볼 수는 없다. 결국 지방자치법 제4조 제8항은 헌법에 위반되지 않는다.』

나. 재판관 이선애, 재판관 이영진의 반대의견

반대의견은 ‘헌법재판소의 권한쟁의심판’과 ‘개정 지방자치법 제4조 제8항의 소송’ 간의 관계를 다음과 같이 보고, 지방자치법이 개정되었다 하더라도 공유수면 매립지 관할 분쟁은 여전히 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상이 된다고 보았다.

(1) 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권

우선 반대의견은 헌법상 헌법재판소에게 ‘원칙적 관할권’이 인정된다고 보았다.

『(가) 헌법 제111조 제1항은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하고 있다. 헌법재판소의 관장사항에 속하는 위헌법률심판이나 탄핵심판, 정당해산심판의 경우 그 범위가 명확하고, 헌법소원심판의 경우 그 범위에 관하여 법률로 정하도록 헌법이 명시하고 있으나, 권한쟁의심판의 경우 헌법상 당사자의 대강만이 정해져 있을 뿐 아니라 그 기능과 목적, 성격을 어떻게 보는가에 따라 다양한 유형의 소송을 포괄할 수 있음에도 유보조항이 없어 관할권의 범위를 둘러싼 논쟁이 있어 왔다.

... 우리는, 헌법 규정만으로 권한쟁의심판의 내용과 범위가 명확히 파악될 수 없음에도 이에 관하여 헌법재판소의 배타적·전속적 관할권이 인정된다고 보기는 어렵다고 생각하며, 개방적 헌법 규정을 구체화하여 권한쟁의심판절차를 형성할 입법자의 권한과

책임이 인정될 수 있다고 본다. 다만 헌법의 포괄적 규정형식, 1987년 헌법 개정시 헌법재판소를 만들고 헌법재판소에 권한쟁의심판권을 부여한 주권자의 의지를 고려할 때, 법률을 통한 권한쟁의심판 관할권의 구체화에는 헌법재판소의 원칙적 관할을 존중하여야 하는 한계가 있다.

공권력을 행사하는 헌법기관 사이의 권한 배분질서를 유지하는 것은 국가기능의 수행을 원활히 하고 국가권력 상호간의 견제와 균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하는 것을 의미하며, 이는 국민의 기본권 보장과 함께 우리 헌법의 주요한 내용을 형성하고 있다. 지방자치단체의 독립성과 권한을 보장하고 지방자치단체 상호간 법적 평화를 유지하는 것을 국가공동체 전체에 대하여 헌법적 중요성을 가지는 것으로 보아, 우리 헌법이 지방자치제도를 헌법적으로 보장하는 한편 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간 권한분쟁을 헌법재판소의 관장사항으로 삼았으므로, 입법자는 위와 같은 권한분쟁에 관한 헌법재판소의 원칙적 관할을 부정할 수 없다.』

(2) 지방자치법 제4조 제8항의 소송

그러고 나서 반대의견은 지방자치법 제4조 제8항의 소송의 의미에 대하여 다음과 같이 설명한다.

『개정 지방자치법 제4조 제8항에 따라, 관계 지방자치단체의 장은 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 정하는 행정안전부장관의 결정에 이의가 있으면 그 결과를 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소송을 제기할 수 있다.

위 조항은 지방자치단체의 기관인 지방자치단체의 장이 국가기관인 행정안전부장관의 처분에 대해 제소하도록 하는 형식을 취

하고 있으나, 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 이익을 위하여 다투는 것이므로, 위 소송이 지방자치단체와 국가기관 사이의 권한분쟁의 성격을 가지고 있음은 분명하고, 이로부터 지방자치법 제4조 제8항의 소송과 공유수면 매립지 상의 경계확정을 위한 권한쟁의심판의 관할권에 관한 논쟁이 비롯된다.

그러나 위 소송은 지방자치법상 공유수면 매립지가 속할 지방자치단체를 결정할 수 있는 행정안전부장관의 우월적 지위의 존재를 전제로, 행정청의 공권력 행사에 의하여 생긴 행정법상의 위법한 상태를 제거하여 지방자치단체의 권한을 보호하는 것을 목적으로 하며, 중국적으로는 행정안전부장관의 결정의 취소 여부를 판단하는 것이라는 점에서 특수한 유형의 항고소송에 해당한다고 본다. 개정 지방자치법 제4조 제9항은 대법원의 인용결정이 있으면 행정안전부장관이 그 취지에 따라 다시 결정하도록 규정하고 있는데, 이 점 역시 항고소송의 취소판결의 기속력의 특성에 의한 것이다.

공유수면 매립지 상의 경계 확정에 관한 권한쟁의심판과 지방자치법 제4조 제8항의 소송은 권한분쟁으로서의 유사성이 있고, 행정안전부장관의 결정의 위법 여부를 판단할 수 있다는 공통점이 있으나, 개정 지방자치법 제4조 제8항의 소송이 행정안전부장관의 결정의 위법 여부에 따라 결정을 취소할 수 있을 뿐임에 비하여, 권한쟁의심판은 결정의 취소 외에 매립지에 대한 지방자치단체의 관할권의 존부 및 범위에 관하여 포괄적으로 판단할 수 있다는 점에서 소송물이 다르다. 이는 단지 형식적 차이에 머무르지 않는다. 헌법재판소의 결정은 처분의 위법성 판단 및 구체적 조치의 시정보다 ‘권한 배분’, 즉 헌법상 지방자치단체의 권한

의 지역적 한계를 확정하는 데 중점이 있기 때문이다. 기속력에 있어서도 대법원의 판결은, 개정 지방자치법 제4조 제8항에 의한 행정안전부 장관의 재결정 의무가 인정되는 외에 취소판결의 일반적 기속력으로서 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청에 대한 기속력이 인정되는 반면(행정소송법 제30조 제1항), 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 결정의 주문에 관계없이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제67조 제1항)는 점에서 큰 차이가 있다.

공유수면 매립으로 조성된 토지 등의 관할에 관한 분쟁을 해소하기 위한 개정 지방자치법 제4조 제3항 내지 제9항의 입법과정에서 위와 같은 소송제도를 마련한 것은 상대적으로 짧은 제소기간을 두고 행정안전부장관의 결정의 위법 여부를 판단함으로써 분쟁의 신속한 종결을 도모하려 하였던 것으로 보이나, 위와 같이 권한쟁의심판과의 소송물 및 기속력의 차이가 존재하고, 개정 지방자치법 제4조 제8항의 소송만으로는 지방자치단체의 권한의 유무와 범위가 종국적으로 확정되지 않는 점을 고려할 때, 명문의 규정 없이 위 조항에 의하여 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권이 배제된다고 볼 수 없다.』

(3) 권한쟁의심판과 지방자치법 제4조 제8항의 소송의 관계
결론적으로 반대의견은 지방자치법 제4조 제8항에도 불구하고 공유수면 매립지 관련 분쟁에 대하여 여전히 헌법재판소는 권한쟁의심판 관할권을 보유한다고 보았다.

『개정 지방자치법 제4조 제8항이 공유수면 매립지 상의 경계 확정에 관한 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권을 배제하는 취지로 볼 수 없으므로, 국가기관과 지방자치단체간 권한쟁의심판의

특수한 유형에 대하여 한정된 범위에서 관할의 중첩 여지가 존재한다는 이유로 지방자치법 제4조 제8항이 헌법에 위반된다고 볼 것은 아니다.

다만, 관할권 병존으로 인하여 동일한 분쟁 관계에서 상이한 결론이 내려질 가능성을 배제할 수 없고, 한정된 사법자원의 합리적이고 효율적인 분배 및 분쟁의 신속한 해결이라는 이상에 부합하지 않는 문제가 생길 수 있다는 점에 충분히 공감한다. 그러나 이러한 문제는 헌법이나 관련 법률의 개정을 통해 입법적으로 해결되어야 하는 성질의 것이다. 현재와 같은 규범체계 하에서는 유사한 쟁송에 관하여 헌법재판소와 법원의 판단이 모두 가능함에 따라 발생할 수 있는 문제는 헌법재판소의 결정과 법원의 판결의 기속력에 의하여 해결하여야 한다. 예컨대, 법원의 취소판결이 확정되면 취소된 행정안전부장관의 결정을 이유로 하는 권한쟁의심판에 있어 심판의 이익이 없다고 볼 수 있다. 헌법재판소가 먼저 권한쟁의심판의 결정을 하는 경우, 인용결정은 물론 기각결정, 권한의 침해가능성이 없음을 이유로 하는 각하결정에도 기속력이 있으므로 법원은 이를 존중하여야 한다.

한편 법원이 먼저 청구를 기각하는 경우 또는 법원의 취소판결에 따른 행정안전부장관의 재결정에 관한 권한쟁의심판 청구가 있는 경우, 개정 지방자치법 제4조 제8항의 소송과 헌법재판소의 권한쟁의심판은 소송물이 다를 뿐 아니라 법원과 헌법재판소의 관계상 헌법재판소가 법원 판결의 기판력의 구속을 받는 것은 아니다. 그러나 양 기관이 상호신뢰에 바탕하여 헌법상 권한배분질서가 유지될 수 있도록 운용의 묘를 발휘하여야 할 것이다.』

5. 결정의 의의

이 결정은 행정안전부장관으로 하여금 매립지가 속할 지방자치단체를 결정하도록 지방자치법이 개정(2009. 4. 1. 법률 제9577호)된 후 헌법재판소에서 처음으로 선고한 결정이다.

결론적으로 헌법재판소는, 신생 매립지의 경우, 매립 전 공유수면에 대한 관할권을 가진 지방자치단체는 그 후 새로이 형성된 매립지에 대해서까지 어떠한 권한을 보유하고 있다고 볼 수 없으므로, 그 지방자치단체의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 보기 어려워, 이와 관련된 권한쟁의심판이 부적법하다는 점을 확인하였다. 이에 대하여는 해당 지방자치단체의 자치권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 인정된다는 의견(재판관 3인)이 있었고, 다만 개정 지방자치법으로 인하여 헌법재판소의 권한쟁의심판 관할권이 부정되어 부적법하다는 의견(재판관 1인), 여전히 헌법재판소의 관할권이 인정되어 심판청구가 적법하다는 의견(재판관 2인)이 있었다.

한편, 개정 지방자치법 제4조 제8항은 관계 지방자치단체의 장은 행정안전부장관이 한 매립지가 속할 지방자치단체의 결정에 이의가 있으면 대법원에 소송을 제기할 수 있도록 하고 있으므로, 매립 전 공유수면에 대한 관할권을 가진 지방자치단체의 장은 행정안전부장관의 결정에 대해서 대법원에 제소하여 다툴 수 있다. 이 사건에서도 청구인들의 단체장인 충청남도지사, 당진시장, 아산시장이 이 사건 권한쟁의심판과 별개로 2015. 5. 18. 행정안전부장관을 상대로 이 사건 결정의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(평택시장, 평택시, 경기도지사가 피고 보조참가인으로 참가함), 2021. 2. 4. 원고들의 청구가 모두 기각되었다(대법원 2015추528).

13. 제19대 대통령선거 후보자토론회 시청금지행위 위헌확인 등

－ 점자형 선거공보의 면수 제한조항, 선거방송의 한국수어·자막
재량 방영조항의 위헌 여부 －

(헌재 2020. 8. 28. 2017헌마813, 판례집 32-2, 151)

민 선 홍*

【판시사항】

1. 투표소를 투표구 안의 선거인이 투표하기 편리한 곳에 설치한다고 규정한 공직선거법 제147조 제2항에 대한 심판청구가 기본권 침해의 직접성이 인정되는지 여부(소극)

2. 피청구인들이 육군훈련소에서 군사교육을 받고 있었던 청구인 윤○○에 대하여 제19대 대통령선거 대담·토론회의 시청을 금지한 행위가 청구인 윤○○의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

3. 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한한 공직선거법 제65조 제4항 본문 중 ‘제2항에 따른 책자형 선거공보의 면수 이내에서’ 부분이 청구인 김○○의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

4. 방송광고, 후보자 등의 방송연설, 방송시설주관 후보자연설의 방송, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회의 방송(이하 ‘이 사건 선거방송’이라 한다)에서 한국수화언어(이하 ‘한국수어’라 한다)

* 헌법연구관

또는 자막의 방영을 재량사항으로 규정한 공직선거법 제70조 제6항, 제71조 제3항 중 제70조 제6항에 관한 부분, 제72조 제2항, 공직선거법 제82조의2 제12항이 청구인 김□□, 함○○의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 이 사건 시청금지행위(『**【사건의 개요】**』, 1. 심판청구에 이르게 된 경위’ 부분 참조)가 청구인 윤○○의, ② 공직선거법(2018. 4. 6. 법률 제15551호로 개정된 것) 제65조 제4항 본문 중 ‘제2항에 따른 책자형 선거공보의 면수 이내에서’ 부분(이하 ‘이 사건 선거공보조항’이라 한다)이 청구인 김○○의, ③ 공직선거법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제70조 제6항, 제71조 제3항 중 제70조 제6항에 관한 부분, 제72조 제2항, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제82조의2 제12항(이하 위 조항들을 합하여 ‘이 사건 한국수어·자막조항’이라 한다)이 청구인 김□□, 함○○의, ④ 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제147조 제2항(이하 ‘이 사건 투표소설치조항’이라 한다)이 청구인 최○○의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 윤○○은 2016. 2. 3.부터 전문연구요원으로 의무복무를 한 자로서 2017. 4. 20.부터 2017. 5. 18.까지 육군훈련소 ○○연대 ○○중대 ○○소대에서 군사교육을 받았다(병역법

제39조 제1항 제1호, 제55조 제1항).

중앙선거방송토론위원회는 제19대 대통령선거 대담·토론회를 2017. 4. 23.(일) 20:00부터 22:00까지, 2017. 4. 24.(월) 23:00부터 2017. 4. 25.(화) 01:00까지, 2017. 4. 28.(금) 20:00부터 22:00까지, 2017. 5. 2.(화) 20:00부터 22:00까지 총 4회 개최하였고, 위 대담·토론회는 공영방송사의 텔레비전방송 등을 통하여 중계방송되었다(공직선거법 제82조의2 제1항 제1호, 제4항 제1호, 제5항).

청구인 윤○○은 2017. 4. 23. 피청구인 육군훈련소 ○○연대 ○○중대 ○○소대장(이하 ‘피청구인 소대장’이라 한다)에게 위 대담·토론회의 시청을 요청하였으나 피청구인 소대장은 이를 금지하였고, 2017. 4. 27. 피청구인 육군훈련소 ○○연대 ○○중대장(이하 ‘피청구인 중대장’이라 한다)에게 위 대담·토론회의 시청을 재차 요청하였으나 피청구인 중대장은 이를 금지하였다(이하 위 두 행위를 합하여 ‘이 사건 시청금지행위’라 한다). 이 사건 시청금지행위로 인하여 청구인 윤○○은 위 대담·토론회를 모두 시청하지 못한 채 2017. 5. 5. 사전투표를 하였다. 이에 청구인 윤○○은 이 사건 시청금지행위로 인하여 선거권 및 평등권을 침해받았다고 주장하며 2017. 7. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 청구인 김○○은 시각장애인으로서 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한하는 공직선거법 제65조 제4항으로 인하여 선거권 및 평등권을 침해받았다고 주장하며 2017. 7. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 청구인 김□□, 함○○은 청각장애인으로서 이 사건 선거방송에서 한국수어 또는 자막의 방영을 의무사항으로 규정하지 아

니한 공직선거법 제70조 제6항, 제71조 제3항, 제72조 제2항, 제82조의2 제12항으로 인하여 선거권 및 평등권을 침해받았다고 주장하며 2017. 7. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 청구인 최○○은 뇌병변장애인으로서는 투표소를 투표구 안의 학교, 읍·면·동사무소 등 관공서, 공공기관·단체의 사무소, 주민회관 기타 선거인이 투표하기 편리한 곳에 설치한다고 규정한 공직선거법 제147조 제2항으로 인하여 선거권 및 평등권을 침해받았다고 주장하며 2017. 7. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 요지

가. 이 사건 시청금지행위는 육군훈련소에서 조교 등으로 복무하는 병과 달리, 청구인 윤○○이 중앙선거방송토론위원회 주관 제19대 대통령선거 대담·토론회를 시청하지 못하게 함으로써 위 청구인의 선거권과 평등권을 침해하였다.

나. 이 사건 선거공보조항은 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한함으로써 청구인 김○○이 비시각장애인과 동일한 수준의 선거정보를 제공받지 못하도록 규정하고 있으므로, 위 청구인의 선거권과 평등권을 침해한다.

다. 이 사건 한국어·자막조항은 이 사건 선거방송에서 한국어 또는 자막의 방영을 재량사항으로 하여 청구인 김□□, 함○○이 비청각장애인과 동일한 수준의 선거정보를 제공받지 못하도록 규정하고 있으므로, 위 청구인들의 선거권과 평등권을 침해한다.

라. 이 사건 투표소설치조항은 승강기·경사로 등 거동이 불편한 장애인을 위한 편의시설이 설치되어 있지 않은 곳에도 투표소

가 설치될 수 있도록 하여 청구인 최○○이 접근할 수 없는 장소에 투표소가 설치될 경우 위 청구인이 투표 기회를 상실하도록 규정하고 있으므로 위 청구인의 선거권과 평등권을 침해한다.

【결정요지】

1. 뇌병변장애인인 청구인 최○○이 주장하는 기본권 침해는 선거관리위원회가 승강기 등의 편의시설이 없는 곳에 투표소를 설치하는 행위에 의하여 발생하는 것이므로, 청구인 최○○의 이 사건 투표소설치조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

2. 이 사건 시청금지행위는 보충역을 병력자원으로 육성하고 병영생활에 적응시키기 위한 군사교육의 일환으로 이루어졌다. 육군훈련소에서 군사교육을 받고 있는 청구인 윤○○이 대담·토론회를 시청할 경우 교육훈련에 지장을 초래할 가능성이 높은 점, 육군훈련소 내 훈련병 생활관에는 텔레비전이 설치되어 있지 않았던 점, 청구인 윤○○은 다른 수단들을 통해서 선거정보를 취득할 수 있었던 점 등을 고려하면, 이 사건 시청금지행위가 청구인 윤○○의 선거권 및 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 현재 점자출판시설로 기능하고 있는 점자도서관의 수는 전국적으로 약 40개에 불과하고, 그 중 약 20개가 수도권에 위치하고 있다. 또한 책자형 선거공보와 달리, 점자형 선거공보의 경우 국가 또는 지방자치단체가 작성비용까지 부담한다. 이 사건 선거공보조항은 점자형 선거공보의 면수를 제한하지 않을 경우 점자출판시설 및 점역·교정사 등의 부족으로 현실적인 어려움이 발생할 수 있고, 과도한 비용을 부담하게 될 수 있음을 고려한 것이다.

입법자는 2015. 8. 13. 공직선거법 제65조 제4항 단서를 개정하여 대통령선거 등에서 후보자·정당이 의무적으로 점자형 선거공보를 작성하거나 인쇄물 접근성 바코드를 표시하도록 규정하였다. 이는 시각장애인의 선거정보 획득의 기회를 확대하는 방향으로 상당히 개선된 입법으로 볼 수 있고, 입법자가 점자형 선거공보의 면수를 늘리는 대신 위와 같이 점자형 선거공보 작성 등의 의무를 부과한 것이 입법재량의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

또한 공직선거법 제65조 제8항은 점자형 선거공보에 핵심적인 내용을 반드시 포함하도록 규정하고 있는 점, 시각장애인이 선거정보를 획득할 수 있는 다양한 수단들이 존재하는 점 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 선거공보조항이 청구인 김○○의 선거권 및 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

4. 이 사건 한국수어·자막조항은 실제로 방송사업자 등이 한국수어·자막방송을 할 수 있는 인력, 장비 및 기술수준 등을 갖추 수 있는지 여부에 따라 한국수어·자막방송 여부가 결정되는 점, 이를 의무사항으로 규정할 경우 선거비용이 과다하게 소요될 수 있고, 방송사업자의 보도·편성의 자유와 후보자·정당의 선거운동의 자유를 제한할 여지가 있는 점을 고려하여, 한국수어 또는 자막의 방영을 재량사항으로 규정한 것이다.

방송법, 장애인복지법, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다) 및 그 하위규범을 통하여, 청각장애인에 대한 선거정보의 제공 의무화가 특히 자막방송의 경우에는 규범적으로 상당 부분 구현되어 있는 점, 한국수어·자막방송은 청각장애인의 선거정보 획득의 기회를 확대하는 방향으로 지속적·단계적으로 개선되고 있는 점, 청각장애인이 선거정보를 획득할 수 있는 다양한 수단들이 존재하는 점 등을 종합적

으로 고려하면, 이 사건 한국수어·자막조항이 청구인 김□□, 함○○의 선거권 및 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 김기영의 이 사건 선거공보조항 및 이 사건 한국수어·자막조항에 대한 반대 의견

시각장애인은 평소 정치 전반에 관한 배경지식을 다양하고 깊이 있게 접하는 데 상대적으로 더 많은 어려움을 느낄 가능성이 크다. 따라서 점자형 선거공보는 다른 선거정보에 접근하기 어려운 시각장애인이 선거정보를 종합적이고 체계적으로 수집할 수 있도록 도와주는 핵심적 수단이다.

점자는 일반 활자와 동일한 내용을 전달하기 위해서 약 2.5배 내지 3배 정도의 면수를 필요로 한다. 따라서 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보와 동일한 면수 이내로 제한할 경우 불가피하게 책자형 선거공보의 내용을 모두 담을 수 없는 경우가 발생하게 된다.

책자형 선거공보보다 더 많은 면수의 범위 내에서 점자형 선거공보를 작성할 수 있도록 규정하면 면수 제한으로 인하여 책자형 선거공보의 내용이 점자형 선거공보에 포함되지 못하게 되는 것을 방지할 수 있다. 점자형 선거공보 면수의 상한을 늘린다고 하여 후보자에게 더 많은 면수의 점자형 선거공보를 제작하도록 강제하는 것은 아니므로, 점자출판시설 및 점역·교정사 등 현실적인 여건에 비추어 불가능한 의무를 부과하게 되는 것은 아니다. 점자형 선거공보의 작성·발송 비용이 시각장애인의 선거정보 취득을 희생해야 할 만큼 국가적 차원에서 감당하기 어려운 정도라고 보기도 어렵다.

이 사건 선거공보조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인 김○○

의 선거권을 침해한다.

청각장애인 중에는 한국수어를 제1언어로 사용하여 국어를 이해하기 어려운 사람, 한국수어를 사용하지 못하지만 국어를 이해할 수 있는 사람 등이 다양하게 존재한다. 한국수어는 국어와 동등한 자격을 가진 대한민국 농인의 공용어이다(한국수화언어법 제1조, 제2조, 제3조 제1호). 국어를 모어로 습득한 사람이 외국어를 새롭게 공부해야 하는 것처럼, 한국수어를 제1언어로 사용하는 사람들에게는 국어가 외국어와 같은 위치에 있다.

청각장애인은 청각적 방법으로 선거정보를 취득하기 어려우므로, 보편적 매체인 텔레비전을 통하여 이루어지는 이 사건 선거방송에서는 한국수어·자막을 제공할 필요성이 크고, 모든 청각장애인이 선거정보를 얻을 수 있도록 하려면 한국수어방송과 자막방송을 모두 제공하여야 한다. 특히 한국수어를 제1언어로 사용하는 청각장애인에게 선거방송은 선거정보를 취득할 수 있는 거의 유일한 수단임을 고려해야 한다.

다른 법령을 고려하더라도, 이 사건 선거방송에서 의무적으로 이루어지고 있는 한국수어·자막방송은 지상파방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자가 방송광고를 제외한 이 사건 선거방송에서 방영하는 자막뿐이다(장애인방송고시). 그런데 이 사건 선거방송은 종합유선방송 등을 통하여 이루어질 수도 있고, 한국수어방송도 반드시 필요하므로, 위 자막방송만으로 청각장애인에게 충분한 선거정보가 제공될 수 있다고 보기 어렵다.

장애인방송고시상 장애인방송 편성비율 준수의무를 부담하고 있는 방송사업자들은 한국수어·자막방송을 할 수 있는 인력, 설비나 기술수준을 이미 확보하고 있으므로, 이들에게 이 사건 선거방송에서 한국수어·자막방송을 할 의무를 부과하더라도, 과다

한 비용을 지출하거나 보도·편성의 자유 및 선거운동의 자유를 크게 제한하게 된다고 보기 어렵다.

이 사건 한국수어·자막조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인 김□□, 함○○의 선거권을 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건에서는 이 사건 시청금지행위가 청구인 윤○○의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부, 이 사건 선거공보조항이 청구인 김○○의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부, 이 사건 한국수어·자막조항이 청구인 김□□, 함○○의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다.

법정의견은 위 세 조항이 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였으나 그 논거가 선거권 침해 여부에서 실시한 내용과 유사하고, 반대의견은 이 사건 선거공보조항 및 이 사건 한국수어·자막조항이 선거권을 침해하는 이상 별도로 평등권 침해 여부를 살펴보지 않는다고 실시하였다. 이하에서는 선거권 침해 여부를 중심으로 살펴본다.

2. 이 사건 시청금지행위

이 사건에서 헌법재판소는 이 사건 시청금지행위가 과잉금지원칙에 반하여 선거권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 이 부분에 관하여는 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성』

국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을

사명으로 하고(헌법 제5조 제2항), 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다(헌법 제39조 제1항). 국가의 안전보장과 국토방위를 위해서는 개인적·조직적 전투력을 갖춘 병력자원이 필요하므로, 국방의 의무를 부담하는 국민이 그 의무에 대한 사명감과 전투력을 갖추어 수 있도록 교육·훈련시킬 필요가 있다(헌재 2010. 10. 28. 2007헌마890 참조).

전문연구요원은 보충역의 일종으로서[병역법 제5조 제1항 제3호 나목 9)], 현역과 달리 군이 아닌 민간에서 근무하지만 국가의 안전보장과 국토방위를 위한 병력자원으로서 역할을 하는 것이다(헌재 2016. 10. 27. 2016헌마252 참조). 이에 병역법은 보충역으로 하여금 일정 기간 동안 군부대에 입영하여 병영생활을 하면서 군사교육을 받도록 규정하고 있다(병역법 제55조 제1항 본문).

보충역에 대한 군사교육은 전시 전투원의 임무를 수행하기 위하여 필요한 기본지식과 기술 및 체력을 구비하게 하여 병력자원으로 육성하는 교육훈련임과 동시에 민간인을 군대 규율에 익숙하게 하고 군인의 기본자세 및 책임의식과 협동정신을 갖추도록 함으로써 일반사회생활과 현저하게 다른 병영생활에 적응시키는 교육훈련이므로[병역법 제56조 제3항, 국방교육훈련 훈령(2016. 2. 2. 국방부 훈령 제1875호) 제9조 제1항, 제14조, 제34조, 별표 6 신병 양성교육 지침 등], 위와 같은 목적을 달성하기 위해서 필요한 범위 내에서 병영생활에 대하여 통제를 가하는 것은 불가피하다. 특히 보충역에 대한 군사훈련이 30일 이내의 짧은 기간 동안 이루어지는 점을 고려하면(병역법 제55조 제1항 본문, 같은 법 시행령 제108조), 군사교육소집 기간 동안에는 교육훈련에만 집중할 수 있는 환경을 조성할 필요가 있다.

이 사건 시청금지행위는 보충역을 병력자원으로 육성하고 병영생활에 적응시키기 위한 군사교육의 일환으로 텔레비전의 시청을 금지한 것이므로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 30일 이내의 짧은 기간 동안 보충역을 전시 전투원의 임무를 수행하기 위하여 필요한 기본지식과 기술 및 체력을 구비한 병력자원으로 육성하고 병영생활에 적응시키기 위하여, 육군훈련소는 보충역에 대하여 월요일부터 금요일까지 기상 시간인 06:00부터 취침 시간인 22:10까지 주간 9개 교시, 야간 1개 교시의 교육훈련을 받도록 교육일정을 마련하고 있다.

제19대 대통령선거에서 중앙선거방송토론위원회는 2017. 4. 23. 일요일 20:00부터 22:00까지, 2017. 4. 24. 월요일 23:00부터 2017. 4. 25. 화요일 01:00까지, 2017. 4. 28. 금요일 20:00부터 22:00까지, 2017. 5. 2. 화요일 20:00부터 22:00까지 대담·토론회를 개최하였다. 그런데 화요일, 금요일 20:10부터 22:00까지는 야간교육, 병영일기 작성 및 점호가 이루어지는 시간이어서 텔레비전을 시청하기 어렵고, 월요일 23:00부터 화요일 01:00까지는 취침시간이어서 텔레비전을 시청할 경우 화요일 06:00부터 이루어지는 교육훈련에 지장을 초래할 가능성이 높다. 또한 훈련병들이 교육훈련에만 집중할 수 있는 환경을 조성하기 위해서는 일과시간 외의 시간에는 병영생활에서 오는 심신의 피로를 충분히 회복하도록 할 필요가 있다(군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령 제23조 제1항).

따라서 이 사건 시청금지행위가 보충역을 병력자원으로 육성하고 병영생활에 적응시키기 위한 목적을 달성하기 위해서 필요한 범위를 넘은 것이라고 볼 수 없다.

(나) 한편 위와 같이 강도 높은 교육훈련을 시행하기 위해서 육군훈련소 내 훈련병 생활관에는 텔레비전이 설치되어 있지 않다. 따라서 피청구인들이 청구인 윤○○에게 위 대담·토론회의 시청을 허용하기 위해서는, 신병 양성교육을 마치고 육군훈련소에 배치되어 복무하는 기간병의 생활관에 설치된 텔레비전을 이용하여야 한다.

그런데 이 사건 기록에 의하면, 당시 육군훈련소 내 텔레비전이 설치되지 않은 생활관에서 교육훈련을 받고 있었던 훈련병의 수는 11,814명이었고, 텔레비전이 설치된 기간병 생활관의 수용가능인원은 최대 2,251명에 불과하였으므로, 피청구인들이 훈련병들로 하여금 기간병 생활관에서 텔레비전을 시청하도록 하는 것은 현실적으로 어려웠다.

이에 피청구인들은 위 대담·토론회를 시청하게 하는 대신 책자형 선거공보를 각 훈련병 생활관에 지급하고, 2017. 5. 3. 훈련병들의 신청을 받아 사이버지식정보방에서 선거정보를 검색하는 것을 허용하였으므로, 군사교육의 목적 달성을 저해하지 않으면서도 선거정보를 제공하기 위해서 필요한 조치를 취한 것으로 볼 수 있다.

(다) 언론기관은 대통령선거에서 선거일 전 1년부터 후보자가 되고자 하는 자 등을 초청하여 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 그 밖의 사항을 알아보기 위한 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다(공직선거법 제82조 제1항). 제19대 대통령 선거에서도 주식회사 문화방송이 2017. 2. 6.부터 2017. 2. 15. 까지 8명의 후보자가 되고자 하는 자 등을 초청하여 개최한 대담·토론회를 중계방송하고, 한국방송공사가 2017. 4. 19. 후보자 5명을 초청하여 개최한 대담·토론회를 중계방송하는 등 청구

인 윤○○이 입영하기 전까지 총 8개의 언론기관이 대담·토론회를 개최하여 방송매체 또는 인터넷을 통하여 중계방송하였다.

또한 중앙선거방송토론위원회는 정당이 방송을 통하여 정강·정책을 알릴 수 있도록 더불어민주당, 자유한국당, 국민의당, 바른정당, 정의당의 대표자가 지정하는 자를 초청하여 청구인 윤○○이 입영하기 전인 2017. 4. 10. 정책토론회를 개최하였고, 위 정책토론회는 공영방송사의 텔레비전방송 등을 통하여 중계방송되었다(공직선거법 제82조의3).

따라서 청구인 윤○○이 제19대 대통령선거에서 대담·토론회 방송을 전혀 시청할 수 없었던 것은 아니다.

(라) 제19대 대통령선거의 선거운동기간은 2017. 4. 17.부터 2017. 5. 8.까지였는데, 청구인 윤○○은 2017. 4. 20.부터 2017. 5. 18.까지 육군훈련소에서 군사교육을 받았으므로, 대부분의 선거운동기간 동안 선거정보를 얻기 어려웠던 것으로 보인다.

그러나 지방병무청장은 보충역에게 군사교육소집 통지서를 입영일 30일 전까지 송달하여야 하고(병역법 시행령 제109조 제1항), 대전충남지방병무청장은 2017. 3. 20. 청구인 윤○○에게 군사교육소집 기간을 통지하였으므로, 청구인 윤○○은 군사교육을 예상하고 2017. 4. 17.부터 2017. 4. 19.까지 선거권을 행사하기 위해 필요한 선거정보를 얻을 수 있었다.

또한 문자메시지 전송 및 인터넷을 이용한 선거운동은 기간의 제한 없이 허용되고(공직선거법 제59조 제2호, 제3호), 2017. 3. 10.부터 예비후보자로 등록한 자 등은 선거사무소 설치, 명함 교부 및 지지 호소, 예비후보자홍보물 발송, 전화를 이용한 지지호소 등의 선거운동을 할 수 있었으므로(공직선거법 제59조 제1호, 제60조의2 제1항 제1호, 제60조의3 등), 청구인 윤○○은 선거

운동기간 전에도 선거정보를 얻을 수 있었다.

나아가 사전투표소에서 투표할 수 있는 선거인 중 법령에 따라 영내에 장기 기거하는 군인은 2017. 4. 11.부터 2017. 4. 15. 까지 관할 구·시·군선거관리위원회에 자신의 거주지로 책자형 선거공보를 발송해 줄 것을 서면이나 중앙선거관리위원회 홈페이지를 통하여 신청할 수 있었으므로(공직선거법 제65조 제5항), 청구인 윤○○은 입영 전 책자형 선거공보 발송신청을 하여 육군훈련소에서 책자형 선거공보를 받을 수 있었다.

이와 같은 점을 종합적으로 고려하면, 이 사건 시청금지행위로 인하여 중앙선거방송토론위원회 주관 대담·토론회를 통하여 제공되는 선거정보를 얻을 수 없게 됨으로써 청구인 윤○○이 받은 선거권에 대한 제한이 과도하다고 보기 어렵다.

(마) 그렇다면 이 사건 시청금지행위는 침해의 최소성에 위배되지 않는다.

(3) 법익의 균형성

군사교육에 소집된 보충역을 병력자원으로 육성하고 군대의 병영생활에 적응시켜 국가의 안전보장과 국토방위의 의무를 수행하도록 하는 공익은 매우 중대하다. 반면, 청구인 윤○○은 중앙선거방송토론위원회 주관 대담·토론회를 시청하는 것 외에 다른 방법으로 충분히 선거정보를 얻을 수 있었으므로, 청구인 윤○○의 선거권에 대한 제한이 위와 같은 공익에 비하여 중대하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 시청금지행위가 법익의 균형성에 위배된다고 보기도 어렵다.』

3. 이 사건 선거공보조항

가. 선례

(1) 대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에서 점자형 선거공보 작성·제출 또는 전자적 표시가 의무화되기 이전에 현재 2014. 5. 29. 2012헌마913 결정(판례집 26-1하, 448)은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제65조 제4항 중 대통령선거에 관한 부분이 시각장애선거인인 청구인의 선거권과 평등권을 침해하지 않고, 헌법 제34조 제5항에 위반되지 않는다고 판단하였다. 이에 대하여 위 조항이 시각장애선거인인 청구인의 선거권과 평등권을 침해한다는 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대의견이 있었다.

(2) 현재 2016. 12. 29. 2016헌마548 결정(판례집 28-2하, 743)은 대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에서 점자형 선거공보를 책자형 선거공보의 면수 이내에서 의무적으로 작성하도록 하면서 책자형 선거공보에 내용이 음성으로 출력되는 전자적 표시가 있는 경우에는 점자형 선거공보의 작성을 생략할 수 있도록 규정한 공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 것) 제65조 제4항 중 ‘대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거’ 부분이 시각장애선거인의 선거권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 이에 대하여 위 조항이 선거권을 침해하는지 여부에 대하여 과잉금지원칙에 의한 심사를 하여야 한다는 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 별개의견이 있었다.

나. 심사기준

(1) 이 사건에서 법정의견은 다음과 같이 입법재량 일탈 여부를 심사 기준으로 삼았다.

『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 인정된다. 이 사건 선거공보조항은 선거운동방법의 하나인 선거공보의 작성방식을 규정한 조항일 뿐 선거권 자체를 직접 제한하는 조항은 아니므로, 입법자는 선거권 보장을 위하여 선거공보의 작성방식을 어떻게 규정할 것인지에 관한 입법형성의 자유를 가진다.

그러나 선거권이 제대로 행사되기 위해서는 후보자 등에 대한 정보의 자유교환이 필연적으로 요청되고(헌재 2006. 7. 27. 2004헌마215 등 참조), 선거공보제도가 유권자에게 후보자 등에 대한 정치적 정보를 제공하여 선거에 있어 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하기 위한 것임을 고려하여 볼 때, 선거공보의 작성방식에 관하여 입법자의 재량이 인정된다고 하더라도, 헌법에 명시된 선거제도의 원칙을 존중하고 국민의 선거권이 부당하게 제한되지 않도록 하여야 한다는 헌법적 한계가 존재한다(헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548 참조).』

(2) 이와 달리 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 김기영은 엄격한 비례심사를 하여야 한다는 의견을 개진하였다.

『(1) 헌법 제1조가 천명하고 있는 국민주권의 원리는 국민의 합의로 국가권력을 조직한다는 것이다. 이를 위해서는 주권자인 국민이 정치과정에 참여하는 기회가 되도록 폭넓게 보장될 것이 요구된다. 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서 국민의 참여는 기본적으로 선거를 통하여 이루어지므로 선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 통로라고 할 수 있다.

이러한 국민주권의 원리와 선거를 통한 국민의 참여를 위하여 헌법 제24조는 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 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. 헌법이 선거권과 선거원칙을 이같이 명문으로 보장하고 있는 것은 국민주권주의와 대의제 민주주의 아래에서는 국민의 선거권 행사를 통해 국가권력이 창설되고 구성되며 그 민주적 정당성이 부여되기 때문이다.

한편, 헌법 제24조는 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 선거권을 가진다고 규정함으로써 법률유보의 형식을 취하고 있지만, 이것은 선거권을 제한하기 위한 것이라기보다 이를 실현하고 보장하기 위한 것이다. 그러므로 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정하는 경우에도 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조, 평등권에 관한 헌법 제11조, 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거를 보장하는 헌법 제41조 및 제67조의 취지에 부합하도록 하여야 한다. 그리고 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 중요한 의미를 갖기 때문에, 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심

사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하게 하여야 한다. 따라서 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제37조 제2항에 따라 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있다(헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867 참조).

(2) 선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 데에 있다. 그런데 유권자가 정치적 의사를 형성하기 위해서는 후보자가 누구인지, 후보자나 소속 정당의 정책 및 공약은 무엇인지에 대한 충분한 정보를 제공받는 것이 필수적이다. 헌법 제24조는 형식적으로 선거권을 부여하는 것에 그치는 것이 아니라, ‘후보자나 정당에 관한 정치적 정보 및 의견’의 취득이 가능한 상태에서 자신의 정치적 의사를 형성할 수 있도록 하는 실질적인 선거권 행사의 가능성까지 보장하는 것이다. 따라서 입법자는 ‘후보자나 정당에 관한 정치적 정보 및 의견’에 대한 알 권리를 내포하는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법하여야 한다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285 반대 의견; 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548 별개의견 참조).

(3) 그러므로 이 사건 선거공보조항이 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보와 동일하게 제한함으로써 시각장애선거인인 청구인 김○○의 선거권을 침해하는지 여부 및 이 사건 한국수어·자막조항이 이 사건 선거방송에서 한국수어·자막의 방송 여부를 재량사항으로 규정함으로써 청각장애선거인인 청구인 김□□, 함○○의 선거권을 침해하는지 여부를 판단할 때에는 엄격한 비례심사를 하여야 한다.』

다. 판단

(1) 법정의견은 이 사건 선거공보조항이 입법재량을 일탈하지 않았

다고 판단하였다.

『(2) 현재 점자출판시설로 기능하고 있는 점자도서관의 수는 전국적으로 약 40개에 불과하고, 그 중 약 20개가 수도권에 위치하고 있으며, 다른 광역지방자치단체의 관할구역에는 한 개 또는 두 개의 점자도서관만 위치하고 있다. 이처럼 점자는 일반 활자에 비하여 출판시설이 부족하고 점역·교정사의 수도 충분하지 않기 때문에 한정된 기간 내에 제작할 수 있는 출판물의 양이 현저히 적다.

이 사건 선거공보조항이 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한한 취지는 점자형 선거공보의 면수를 제한하지 않을 경우 점자형 선거공보의 부피·중량 확대와 점자출판시설 및 점역·교정사 등의 부족으로 인하여 점자형 선거공보의 작성·관리·발송에 있어서 현실적인 어려움이 발생할 수 있고, 국가 또는 지방자치단체가 점자형 선거공보 작성 및 발송에 과다한 비용을 부담하게 될 수 있음(공직선거법 제122조의2 제3항 제2호)을 고려한 것이다(헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548 참조).

(3) 일반 활자에 비하여 많은 지면을 필요로 하는 점자의 특성을 감안하여, 점자형 선거공보의 면수 제한을 없애거나 책자형 선거공보의 면수보다 더 많은 면수의 범위 내에서 점자형 선거공보를 작성하도록 하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

그러나 2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 공직선거법 제65조 제4항 단서는 점자형 선거공보의 작성을 후보자·정당의 재량사항으로 규정함으로써 점자형 선거공보를 제작하는 후보자·정당이 적어 시각장애선거인들이 선거정보를 파악하기 어려웠다는 비판을 수용하여, 대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에서는 후보자·정당이 의무적으로 점자형 선거공보를

작성·제출하여야 하되, 책자형 선거공보에 그 내용이 음성으로 출력되는 전자적 표시를 하는 것으로 갈음할 수 있도록 규정하였다. 또한 2018. 4. 6. 법률 제15551호로 개정된 공직선거법 제65조 제4항 단서는 기술의 발전에 따라 새롭게 등장하는 다양한 형태의 서비스를 제공할 수 있도록 점자형 선거공보를 대신할 수 있는 것을 ‘책자형 선거공보에 그 내용이 음성·점자 등으로 출력되는 인쇄물 접근성 바코드를 표시하는 것’으로 개정하였다. 현행 공직선거법상 책자형 선거공보의 작성이 여전히 후보자의 재량사항인 점을 고려할 때, 이는 시각장애선거인의 선거정보 획득의 기회를 확대하고자 상당히 개선된 입법으로 볼 수 있다.

위와 같은 점자형 선거공보의 작성·제출 또는 전자적 표시 의무가 부과되기 전과 후의 점자형 선거공보의 제출률을 비교하여 보면, 제18대 대통령선거(2012)에서는 71.4%였던 제출률이 제19대 대통령선거(2017)에서는 100%로, 제19대 국회의원선거(2012)에서는 68.9%였던 제출률이 제20대 국회의원선거(2016)에서는 99.6%로(지역구 국회의원 기준), 제6회 전국동시지방선거(2014)에서는 53.2%였던 제출률이 제7회 전국동시지방선거(2018)에서는 98.7%로 각 증가하였다.

이 사건 선거공보조항은 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 이래 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한하고 있으나, 점자형 선거공보의 작성·관리·발송에 있어서 발생할 수 있는 현실적인 어려움과 비용을 고려하여 점자형 선거공보의 면수 제한을 유지한 입법자의 판단은 그 합리성을 인정할 수 있다. 입법자는 입법 개선의 과정에서 발생할 수 있는 문제들, 예컨대 점자형 선거공보의 대량제작으로 인한 인쇄기술상·비용상의 어려움 등을 고려하여 시각장애선거인의 선거정보

접근권을 보장하기 위한 조화롭고 다양한 방법을 모색할 수 있는 입법형성의 자유를 가지고, 입법자가 후보자·정당이 작성할 수 있는 점자형 선거공보의 면수를 늘리는 대신 위와 같은 내용으로 점자형 선거공보의 작성·제출 의무를 부과한 것이 입법재량의 한계를 벗어났다고 보기는 어렵다(헌재 2016. 12. 29. 2016헌마 548 참조).

(4) 한편, 공직선거법 제65조 제8항은 점자형 선거공보의 둘째면에 후보자의 재산상황, 병역사항, 최근 5년간 소득세 등 납부 및 체납실적, 전과기록, 직업·경력·학력 등 인적사항을 포함한 후보자정보공개자료를 게재하여야 하고, 점자형 선거공보에 게재하는 후보자정보공개자료의 내용은 책자형 선거공보에 게재하는 내용과 똑같아야 한다고 규정함으로써, 후보자의 준법의식과 공직자로서의 자질 평가에 핵심적 요소가 되는 사항이 점자형 선거공보에 포함되어 제공되는 것이 보장되어 있다(헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548 별개의견 참조). 선거공보의 내용을 결정하는 것은 원칙적으로 후보자의 몫인데, 위와 같이 공직선거법이 핵심적인 내용은 반드시 포함하도록 규정하고 있는 이상 면수를 제한하고 있다는 것만으로 선거권을 과도하게 제한한다고 보기 어렵다.

또한 시각장애선거인은 점자형 선거공보 외에 인터넷을 이용한 음성정보전송 방식의 선거운동(공직선거법 제59조 단서 제3호), 점자형 선거공약서(제66조 제8항), 방송광고(제70조), 방송연설(제71조, 제72조), 경력방송(제73조, 제74조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조), 대담·토론회(제81조 내지 제82조의2), 정책토론회(제82조의3), 전화를 이용한 선거운동(제60조의3 제1항 제6호, 제82조의4 제1항) 등을 통하여 선거정보를 취득할 수 있다.

나아가 음성을 이용한 인터넷 정보검색, 인터넷을 통해 검색된

문자정보를 음성으로 전환하는 기술 등을 이용하여 선거공보 등이 게시되어 있는 중앙선거관리위원회의 정책·공약알리미 사이트, 후보자가 운영하는 웹사이트, 인터넷언론 등에 접근하는 방법으로 시각장애선거인이 선거정보를 습득할 수 있는 다른 다양한 수단들도 존재한다.

독일 및 미국 대부분의 주에는 우리나라와 유사한 선거공보제도가 없고, 공직선거법상 선거공보의 발행이 의무화되어 있는 일본의 경우 선거공보의 점자판, 음성판에 관하여는 아무런 규정이 없는 점을 보더라도, 점자형 선거공보가 시각장애선거인이 선거정보를 취득하기 위한 유일한 매체 내지 핵심적인 수단이라고 단정하기 어렵다.

(5) 앞서 살펴본 이 사건 선거공보조항의 입법취지, 공직선거법 제65조 제4항이 시각장애선거인의 선거정보 획득의 기회를 확대하는 방향으로 지속적·단계적으로 개선되고 있는 상황인 점, 시각장애선거인이 선거정보를 획득할 수 있는 다양한 수단들이 존재하는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보조항이 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한하였다고 하여, 청구인 김○○의 선거권을 침해하였다고 보기는 어렵다.』

(2) 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 김기영은 이 사건 선거공보조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인 김○○의 선거권을 침해한다는 반대의견을 개진하였다.

『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 선거공보조항은 점자형 선거공보의 면수를 제한하지 않을 경우 점자형 선거공보의 부피·중량 확대와 점자출판시설 및 점역·교정사 등의 부족으로 인하여 점자형 선거공보의 작성·판

리·발송에 있어서 현실적인 어려움이 발생할 수 있고, 국가 또는 지방자치단체가 점자형 선거공보 작성 및 발송에 과도한 비용을 부담하게 될 가능성이 있는 점(공직선거법 제122조의2 제3항 제2호 참조)을 고려하여 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한한 것이므로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 시각장애선거인은 인쇄매체의 보도나 선거사무소의 간판 등(공직선거법 제60조의3 제1항 제1호, 제61조 제6항, 제61조의2 제4항), 명함(제60조의3 제1항 제2호, 같은 조 제2항, 제93조 제1항 단서 제1호), 예비후보자홍보물·공약집(제60조의3 제1항 제4호, 제60조의4), 선거벽보(제64조), 현수막(제67조), 어깨띠 등 소품(제60조의3 제1항 제5호, 제68조), 신문광고(제69조) 등 시각적 방법을 이용한 선거운동을 통하여 정보를 습득하기 어렵다.

또한 공직선거법은 선거에 영향을 미치게 하기 위한 광고, 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것의 배부 등(제93조, 제94조), 선거운동을 위한 방송(제98조, 제99조), 녹음기·녹화기를 사용한 선거운동(제100조), 선거에 영향을 미치게 하기 위한 연설회 또는 대담·토론회의 개최(제101조) 등 청각적 방법을 이용한 선거운동을 포괄적으로 금지하고 있어 시각장애선거인이 정보를 습득할 수 있는 선거운동방법 자체가 매우 제한적이다.

공직선거법은 지지 호소(제60조의3 제1항 제2호, 제106조 제2항 등), 방송광고(제70조), 방송연설(제71조, 제72조), 경력방송(제73조, 제74조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조), 대담·토론회(제81조 내지 제82조의2), 정책토론회(제82조의3), 전화를 이용한 선거운동(제60조의3 제1항 제6호, 제82조의4 제1항) 등을

허용하고 있으나, 위와 같은 선거운동의 경우 시각장애선거인이 선거정보를 취득할 수 있는 시간을 임의로 선택할 수 없고, 정보 취득을 위해서 특정한 매체 또는 특정한 장소로의 이동이 반드시 필요하며, 방송과 구술언어의 일과성으로 인해 다수의 후보자·정당에 대한 정보를 충분히 지득하여 비교하는 데에는 한계가 있다. 공직선거법은 위와 같은 선거운동이 여러 차례 이루어질 수 있도록 규정하고 있으나, 이 점을 고려하더라도 방송과 구술언어의 특성에 따른 한계가 완전히 극복되어 시각장애선거인이 문서화된 점자형 선거공보를 통하여 정보를 취득하는 것과 동일시할 수 있다고 보기는 어렵다.

한편, 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’을 금지하고 처벌하는 구 공직선거법 제93조 제1항 및 그 처벌조항에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등) 및 그에 따라 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 공직선거법에 의하여 허용된 인터넷을 이용한 선거운동방법의 경우 시각장애선거인이 제공되는 정보를 계속적·반복적으로 청취할 수 있으므로 구술언어의 특성에 따른 한계가 상당부분 극복된다고 볼 수 있다. 그러나 2019년 디지털 정보격차 실태조사에 따르면, 일반 국민의 93.3%가 가구 내 컴퓨터, 노트북, 스마트폰 등을 사용하여 인터넷 이용이 가능한 반면, 시각장애인의 80.7%만이 인터넷 이용이 가능한 상태였고, 일반 국민의 91.8%는 최근 1개월 이내에 인터넷을 이용하였으나, 시각장애인의 74.1%만이 최근 1개월 이내에 인터넷을 이용한 것으로 조사되는 등 시각장애인의 인터넷 장비 보유율, 이용

능력, 이용률 등이 일반 국민에 비하여 상당히 낮았다. 또한 위 조사에 따르면 인터넷을 이용하지 않는 시각장애인 중 55.9%가 신체적 제약으로 이용이 어렵거나 이용할 기기가 없는 등의 비자발적인 이유로 인터넷을 이용하지 않는다고 응답하였다. 이처럼 인터넷을 통한 정보 취득에서 소외되고 있는 시각장애인이 상당수를 차지하고 있는 현실을 고려하면, 인터넷을 이용한 선거운동을 통하여 모든 시각장애선거인에게 충분한 선거정보가 제공될 수 있다고 보기 어렵다(헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913 반대의견 참조).

이와 같이 시각장애선거인이 선거정보를 제공받을 수 있는 대체수단이 충분히 갖추어지지 못한 상태에서 시각장애선거인은 평소 정당의 정강·정책, 후보자의 정치철학 및 이념, 정치 현실 등 정치 전반에 관한 배경지식을 다양하고 깊이 있게 접하는 데 상대적으로 더 많은 어려움을 느낄 가능성이 크다. 따라서 시각장애선거인은 평소 여러 수단을 통해 제약 없이 많은 양의 정보를 접할 수 있었던 비장애선거인에 비하여 선거공보 등의 공식적인 경로를 통해 당해 공직선거에 대한 직접적인 정보를 체계적으로 전달받는 것에 대해 더욱 큰 이해관계를 가진다(헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548 별개의견 참조).

(나) 유권자가 원하는 시간에 다양한 관점에서 후보자의 정견·공약, 소속정당의 정강·정책 등을 비교·분석하는 것은 후보자·정당에 대한 지지·반대의 의사를 형성함에 있어 중요한 역할을 한다. 공직선거법상 허용되는 선거운동방법 중 시각장애선거인이 타인의 도움이나 보조 기기 없이 시간과 장소에 구애받지 않고 선거정보를 얻을 수 있는 방법은 점자형 선거공보와 점자형 선거공약서 뿐이다.

그런데 점자형 선거공보는 모든 공직선거에서 작성될 수 있는 것인 반면, 점자형 선거공약서는 대통령선거 및 지방자치단체의 장 선거에서만 작성될 수 있는 것이고, 후보자의 준법의식과 공직자로서의 자질 평가에 핵심적 요소가 되는 후보자정보공개자료는 점자형 선거공보에만 기재된다(공직선거법 제65조 제1항, 제8항, 제66조 제1항). 또한 선거공보는 선거운동방법 중 유일하게 모든 세대에 발송되는 선거정보라는 중요성을 가지고 있고, 후보자는 이를 감안하여 선거공보에 후보자의 정견·공약, 소속정당의 정강·정책 등 홍보에 필요한 사항을 종합적이고 체계적으로 게재하기 위해서 많은 노력을 기울이고 있다.

이러한 점을 고려하면, 점자형 선거공보는 다른 선거정보에 접근하기 어려운 시각장애선거인이 후보자·정당에 대한 정치적 정보를 종합적이고 체계적으로 수집할 수 있도록 도와주는 유일한 매체 내지 핵심적 수단이라고 할 수 있다.

(다) 점자는 일반 활자에 비하여 글씨 크기의 조절이 불가능하고, 자음과 모음 하나하나를 독립적인 글자로 표시해야 하는 등의 특성을 갖기 때문에 일반 활자와 동일한 내용을 전달하기 위해서 약 2.5배 내지 3배 정도의 면수를 필요로 한다. 따라서 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보와 동일한 면수 이내로 제한할 경우 불가피하게 책자형 선거공보의 내용을 모두 담을 수 없는 경우가 발생하게 된다.

제19대 대통령선거에서 책자형 선거공보를 법정 상한인 16면으로 작성한 후보자는 4명이었는데, 이들 중 3명은 점자형 선거공보도 법정 상한인 16면으로 작성하였고, 1명은 10면으로 작성하였다. 이는 이 사건 선거공보조항으로 인하여 점자형 선거공보의 작성 면수가 실제로 제한되고 있음을 보여준다.

또한 공직선거법 제65조 제8항은 책자형 선거공보의 둘째 면에 후보자정보공개자료를 게재하도록 하면서 똑같은 내용을 점자형 선거공보에 게재하도록 규정하고 있다. 이로 인하여 점자형 선거공보에서 후보자정보공개자료가 약 3~4면 정도를 차지하게 되므로, 후보자의 정견·공약, 소속 정당의 정강·정책 등에 관한 책자형 선거공보의 나머지 내용은 축약될 수밖에 없는 실정이다 (헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913 반대의견 참조).

한편 공직선거법 제65조 제4항은 점자형 선거공보를 작성하는 대신 책자형 선거공보의 내용이 음성·점자 등으로 출력되는 인쇄물 접근성 바코드를 표시할 수 있다고 규정하고 있고, 인쇄물 접근성 바코드를 표시하는 경우 책자형 선거공보의 내용이 동일하게 제공될 수 있다. 그러나 이를 이용하여 정보를 습득하기 위해서는 반드시 바코드를 읽을 수 있는 별도의 기기를 가지고 있어야 하므로, 시각장애선거인이 보편적으로 접근할 수 있는 수단이라고 보기 어렵다. 2019년 디지털정보격차 실태조사에 따르면 일반 국민의 91.4%가 모바일 스마트기기를 보유하고 있는 반면, 시각장애인의 73.0%만이 모바일 스마트기기를 보유하고 있는 점을 고려하면, 인쇄물 접근성 바코드가 표시될 수 있다는 사정만으로 시각장애선거인이 충분한 선거정보를 얻을 수 있다고 단정할 수 없다.

이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 이 사건 선거공보조항이 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한함으로써 점자형 선거공보에 충분한 선거정보를 게재할 수 없도록 규정한 것은 시각장애선거인의 선거권을 중대하게 제한하는 것이다.

(라) 일반 활자에 비하여 많은 지면을 필요로 하는 점자의 특

성을 감안하여 책자형 선거공보보다 더 많은 면수의 범위 내에서 점자형 선거공보를 작성할 수 있도록 규정하면 면수 제한으로 인하여 책자형 선거공보의 내용이 점자형 선거공보에 포함되지 못하게 되는 것을 방지할 수 있다.

점자형 선거공보 면수의 상한을 늘린다고 하여 후보자·정당에게 더 많은 면수의 점자형 선거공보를 제작하도록 강제하는 것은 아니므로, 점자출판시설 및 점역·교정사 등 현실적인 여건에 비추어 불가능한 의무를 부과하는 것도 아니다.

또한 장애인차별금지법 제27조 제3항은 공직선거후보자 및 정당에 대하여 장애인에게 후보자 및 정당에 관한 정보를 장애인 아닌 사람과 동등한 수준으로 전달할 의무를 부과하고 있다. 점자법은 공공기관 등에 대하여 시각장애인이 요구하는 경우 일반 활자 문서를 동일한 내용의 점자(전자점자를 포함한다) 문서로 제공하여야 할 의무를 부과하고 있고(제5조 제3항), 문화체육관광부장관에 대하여 점자를 통하여 지식과 정보를 생산하고 활용할 수 있도록 점자정보화를 위한 각종 사업을 적극적으로 시행할 의무 및 기본계획에 따라 시각장애인이 점자를 편리하게 사용할 수 있도록 점자의 사용·점역·교정에 필요한 소프트웨어, 기기, 서비스 등의 개발 및 보급을 지원하여야 할 의무를 부과하고 있다(제17조). 이와 같은 관련 규정들을 고려하면, 점자형 선거공보 면수의 상한을 늘림으로써 추가적으로 발생하게 되는 점자형 선거공보의 작성·발송 비용이 시각장애선거인의 선거정보 취득에 있어서의 균등한 기회보장을 희생해야 할 만큼 국가적 차원에서 감당하기 어려운 정도라고 보기도 어렵다.

나아가 시각장애선거인에게 점자형 선거공보 우편 발송, 선거공보 전자파일 다운로드 등 다양한 선거공보의 수령방법을 제공

하고, 시각장애선거인이 그 중 자신에게 용이한 방법을 선택하도록 하면 점자형 선거공보의 작성·발송에 필요한 제반 시설·인력 및 비용 부족의 문제를 해결하면서도 점자형 선거공보를 원하는 시각장애선거인에게 충분한 점자형 선거공보를 제공할 수 있을 것이다.

(마) 그렇다면 이 사건 선거공보조항은 침해의 최소성에 반한다.

(3) 법익의 균형성

헌법 제34조 제5항은 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 장애인이 우리 사회에서 소수자이자 약자로 지내왔음은 부정할 수 없고 이러한 불평등과 차별은 그들이 정치적 의사결정과정에서 소외됨으로써 더욱 공고해져 왔다. 즉, 정치적 의사결정과정에서의 소외는 교육, 직업, 교통 등 다양한 생활영역에서 차별을 시정할 수 있는 통로를 차단하였으며, 그러한 차별은 다시 그들이 비장애인과 동등하게 정치적 의사결정에 적극적으로 참여할 수 있는 길을 막는 악순환으로 이어졌다(헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 의견 참조).

대의민주주의에서의 선거권의 의의, 시각장애선거인에 대하여 ‘후보자나 정당에 관한 정치적 정보 및 의견’에 대한 알 권리를 내포하는 선거권을 실질적으로 보장하는 것의 헌법적 의의 그리고 민주정치의 발전이라는 공익에 비추어 볼 때, 이 사건 선거공보조항에 의해 침해되는 공익과 시각장애선거인이 입는 불이익은 현저한 반면, 점자형 선거공보의 작성·발송 비용 등은 국가적 차원에서 감당하기 어렵다 할 수 없으므로, 이 사건 선거공보조항

은 법익의 균형성에 반한다(헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913 반대의견 참조).』

4. 이 사건 한국수어·자막조항에 대한 판단

가. 선례

헌법재판소는 2011년 방송법의 개정으로 선거방송에서 장애인 방송이 의무화되기 이전에, 이 사건 한국수어·자막조항 가운데 ‘공직선거법 제71조 제3항 중 제70조 제6항에 관한 부분’을 제외한 나머지 조항들이 청각장애선거인인 청구인들의 참정권 등을 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285 결정, 판례집 21-1하, 726). 이에 대하여 위 조항들이 청각장애인들에 대한 차별방지의무에 위배되고 평등원칙에 위배된다는 재판관 김종대의 반대의견이 있었다.

나. 심사기준

이 사건 선거공보조항과 마찬가지로 법정의견은 입법재량을 일탈하였는지 여부를 기준으로, 반대의견은 엄격한 비례원칙을 준수하였는지 여부를 기준으로 심사하였다.

다. 판단

(1) 법정의견은 이 사건 한국수어·자막조항이 입법재량을 일탈한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

『(2) 2011. 7. 14. 법률 제10856호로 개정된 방송법은, 방송사업자는 장애인의 시청을 도울 수 있도록 한국수어·폐쇄자막·화면해설 등을 이용한 방송을 하여야 한다고 규정하면서(제69조 제

8항), 장애인방송을 하여야 하는 방송사업자의 범위, 장애인방송의 대상이 되는 방송프로그램의 종류와 그 이행에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하였다(제69조 제9항).

이에 따라 방송법 시행령은 장애인방송을 하여야 하는 방송사업자를 지상파방송사업자, 위성방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자, 그리고 종합유선방송사업자·방송채널사용사업자로서 해당 사업자의 매출액, 시청점유율 등을 고려하여 방송통신위원회가 고시하는 사업자(이하 ‘고시의무사업자’라 한다)로 규정하고 있고(제52조 제2항), 공직선거법 제70조부터 제74조까지, 제82조 및 제82조의2에 따른 선거에 관한 방송프로그램의 경우 장애인방송을 하여야 한다고 규정하고 있다(제52조 제1항 제2호, 장애인복지법 시행령 제14조 제2호).

따라서 지상파방송사업자, 위성방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자, 고시의무사업자는 위 규정들에 따라 이 사건 선거방송에서 한국수어·폐쇄자막·화면해설 등을 이용한 방송을 할 의무를 부담한다.

또한 방송법 시행령 제52조 제1항 단서는 같은 항 각 호의 방송프로그램을 제외한 방송프로그램의 경우 방송통신위원회가 방송사업자의 제작여건과 시청자의 수요를 고려하여 장애인방송을 하여야 하는 비율을 정하여 고시할 수 있다고 규정하고 있고, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다)과 같은 법 시행령 역시 폐쇄자막, 한국수어 통역, 화면해설 등 장애인 시청 편의 서비스를 제공하여야 하는 방송사업자 등의 단계적 범위와 제공하여야 하는 편의의 구체적 내용 및 그 이행 등에 필요한 사항에 관하여 고시하도록 규정하고 있다(장애인차별금지법 제21조 제3항, 제6항, 같은 법 시행령 제

14조 제5항, 제6항).

이에 따라 제정된 ‘장애인방송 편성 및 제공 등 장애인 방송접근권 보장에 관한 고시’(이하 ‘장애인방송고시’라 한다)는 지상파 방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자는 광고방송을 제외한 텔레비전방송에서 폐쇄자막방송 100%에 해당하는 장애인방송물을 제작·편성하여야 한다고 규정하고 있다(제3조 제2항, 제5조 제2항 제1호, 제3호, 제6조 제1항 제1호 내지 제3호, 제5호). 방송사업자의 경영 상황 등이 장애인방송고시 [별표 2]와 같은 경우, 천재지변 등에 준하는 불가항력적 사유가 있는 경우, 외부적 원인에 의한 시스템 장애 발생 등 기술적 사유로 방송이 불가능한 경우, 장애인방송시청보장위원회에서 인정하는 경우 방송통신위원회에 장애인방송 의무 편성비율의 경감 또는 유예를 신청할 수 있으나, 이 사건 선거방송은 장애인방송 편성의무를 경감 또는 유예할 수 없다(제7조의2 제1항, 제4항).

또한 장애인방송시청보장위원회는 위 장애인방송물 편성의무에 대한 실적평가를 연 2회 실시하여야 하고(장애인방송고시 제11조), 그 평가 결과는 방송평가 및 장애인방송 제작지원금 산정에 반영되고 있다(2019년도 방송평가 세부기준, 시청자미디어재단 2020년도 장애인방송 제작지원 사업 설명자료 참조).

따라서 지상파방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자는 위 장애인방송고시 규정들에 따라 이 사건 선거방송 중 후보자 등의 방송연설(공직선거법 제71조), 방송시설주관 후보자연설의 방송(공직선거법 제72조), 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회(공직선거법 제82조의2)에서 반드시 폐쇄자막방송을 하여야 한다.

나아가 장애인복지법 및 같은 법 시행령은 국가와 지방자치단

체가 방송국의 장 등 민간 사업자에게 이 사건 선거방송에 청각 장애인을 위한 한국수어 또는 폐쇄자막 등을 방영하도록 요청하여야 하고, 그 요청을 받은 방송국의 장 등 민간 사업자는 정당한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다고 규정하고 있다(장애인복지법 제22조 제2항, 제4항, 같은 법 시행령 제14조 제2호).

(3) 한국수어·자막방송을 위해서는 방송사업자, 광고제작사, 자막제작사 등이 보유하고 있는 한국수어 통역사, 속기사 등 인력, 설비나 기술수준의 확보가 전제되어야 한다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285 참조).

따라서 방송법 시행령은 방송통신위원회가 사업자의 매출액, 시청접유율 등을 고려하여 고시의무사업자를 정하도록 규정하고 있고(제52조 제2항 제3호), 방송통신위원회는 방송매출액에서 장애인방송물 제작비가 차지하는 비중이 100분의 1을 초과하지 않는 사업자 중에서 고시의무사업자를 지정하고 있다(장애인방송고시 제5조 제4항 제2호).

또한 장애인방송고시는 방송사업자의 종류, 규모, 장애인방송 제작여건, 시청자의 수요, 채널의 성격, 장애인방송의 종류와 소요 비용 등에 따라 장애인방송 편성비율 목표치 및 목표달성시점을 달리 정하여 2012년부터 2016년까지 장애인방송 편성비율을 꾸준히 높여왔다(제6조).

한편 장애인방송고시에서 한국수어방송의 편성비율을 낮게 정한 것은 대부분 방송영상과 한국수어영상이 합성되어 송출되는 형태로 한국수어방송이 이루어지고 있기 때문에 한국수어방송이 모든 시청자에게 보이게 되어 방송영상의 중요한 부분을 가리는 점 등을 고려한 것이다. 이에 폐쇄자막방송과 같이 수어영상의 크기, 위치 조정 및 삭제가 가능한 한국스마트수어방송을 2014

년 개발하여 2019년부터 실시하고 있다(장애인방송고시 제2조 제5호의2).

(4) 이처럼 방송법, 장애인복지법, 장애인차별금지법 및 그 하위규범을 통하여 청각장애인에 대한 선거정보의 제공 의무화가 특히 자막방송의 경우에는 규범적으로 상당 부분 구현되어 있다. 장애인방송고시에 의하여 자막방송이 의무화되어 있지 않은 방송광고의 경우 공직선거의 후보자 또는 정당이 한국수어 또는 자막방송의 비용을 부담하여야 한다는 사정이 있고, 고시의무사업자가 아닌 종합유선방송사업자 등의 경우 한국수어 또는 자막방송의 비용을 전부 부담할 능력에 차이가 있을 수 있는 점을 감안하여 단계적으로 제도개선을 하는 과정으로 평가할 수 있다. 또한 장애인방송고시에서 일정 비율 한국수어방송을 편성하도록 하고 있고, 적어도 최근 전국단위 주요 선거에서 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회 방송은 100% 한국수어 방송을 하고 있다.

그렇다면 임의규정으로 있는 이 사건 한국수어·자막조항으로 인하여 청각장애선거인이 선거에 관한 정보를 제대로 얻을 수 없는 정도에 이르렀다고 단정하기 어렵다.

(5) 실제로 이 사건 선거방송을 제작하는 방송사업자 등이 한국수어·자막방송을 할 수 있는 인력, 장비 및 기술수준 등을 갖추었거나 갖추 수 있는지 여부에 따라 한국수어·자막방송을 할 수 있는지 여부가 결정되는 것이어서, 한국수어·자막방송의 실시 여부가 반드시 이 사건 한국수어·자막조항의 수범자의 의사에 따라서만 결정될 수 있는 것이라고 보기 어렵다. 이를 의무사항으로 규정할 경우 선거비용이 과다하게 소요될 수 있고, 방송사업자의 보도·편성의 자유와 후보자·정당의 선거운동의 자유를 제한할 여지가 있다. 이 사건 한국수어·자막조항이 한국수어 또는 자

막의 방영을 재량사항으로 규정한 것은 이와 같은 사정을 종합적으로 고려한 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285 참조).

(6) 한편 청각장애선거인들은 공직선거법에 따른 문자메시지 전송(제59조 단서 제2호), 인터넷을 이용한 선거운동(제59조 단서 제3호), 예비후보자 홍보물, 공약집(제60조의3 제1항 제4호, 제60조의4), 명함(제60조의3 제1항 제2호, 제2항, 제93조 제1항 단서 제1호), 선거사무소의 간판 등(제60조의3 제1항 제1호, 제61조 제6항, 제61조의2 제4항), 선거벽보(제64조), 책자형 선거공보(제65조), 책자형 선거공약서(제66조), 현수막(제67조), 어깨띠 등 소품(제60조의3 제1항 제5호, 제68조), 신문광고(제69조), 인터넷광고(제82조의7) 등의 선거운동과 인쇄매체나 인터넷언론사의 보도 등을 통해서 선거정보를 취득할 수 있다.

(7) 그렇다면 이 사건 한국수어·자막조항이 청구인 김□□, 함○○의 선거권을 침해한다고 보기 어렵다.』

(2) 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 김기영은 이 사건 한국수어·자막조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인 김□□, 함○○의 선거권을 침해한다는 반대의견을 개진하였다.

『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 한국수어·자막조항은 한국수어·자막방송을 위해서는 방송사업자 등이 보유하고 있는 인력, 설비나 기술수준의 확보가 전제되어야 하므로, 이를 의무사항으로 규정할 경우 의무의 이행이 현실적으로 어려울 수 있고, 선거비용이 과다하게 소요될 수 있는 가능성, 방송사업자의 보도·편성의 자유 및 후보자·정당의 선거운동의 자유를 제한할 여지가 있다는 점을 고려하여 이 사건 선거방송에서 한국수어 또는 자막을 방송할 수 있도록 재량사항으로 규정한 것이므로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 이 사건 한국수어·자막조항으로 인하여 청각장애선거인이 불이익을 받게 되는 맥락과 그 불이익의 구체적인 내용을 이해하는 것은 이 사건 한국수어·자막조항이 청각장애선거인의 기본권을 침해하는 정도와 그 침해를 최소화할 수 있는 수단을 마련하고 있는지 여부를 판단함에 있어서 필수적이다.

청각장애선거인 중에는 한국수어를 제1언어로 사용하여 국어를 이해하기 어려운 사람, 한국수어를 사용하지 못하지만 입술의 움직임과 표정을 보고 상대방의 말을 이해할 수 있는 사람, 한국수어를 사용하지 못하지만 국어를 이해할 수 있는 사람 등이 다양하게 존재한다.

한국수어는 대한민국 농문화 속에서 시각·동작 체계를 바탕으로 생겨난 고유한 형식의 언어로서, 국어와 동등한 자격을 가진 대한민국 농인의 공용어이다(한국수화언어법 제1조, 제2조, 제3조 제1호). 국어를 모어로 습득한 사람이 외국어를 새롭게 공부해야 하는 것처럼, 청각장애인 중 한국수어를 제1언어로 사용하는 사람들에게는 국어가 외국어와 같은 위치에 있다.

한국농아인협회가 2017년 전국 500명의 1~3급 청각장애인을 대상으로 한국수어 사용 실태를 조사한 결과에 따르면, 59.4%는 한국수어를 모두 이해하거나 거의 이해한다고 답하였고, 23.5%는 어느 정도 이해한다고 답하였으며, 16.4%는 거의 이해하지 못하거나 전혀 이해하지 못한다고 답하였다. 30.2%는 필담을 모두 이해하거나 거의 이해한다고 답하였고, 42.6%는 어느 정도 이해한다고 답하였으며, 26.9%는 거의 이해하지 못하거나 전혀 이해하지 못한다고 답하였다.

(나) 공직선거에서 선거운동은 문서·도화 등의 시각적 방법이

나 인터넷을 통하여 이루어지기도 하고, 청각적 방법을 통하여 이루어지기도 하는데, 청각장애선거인은 청각적 방법을 이용한 선거운동을 통하여 정보를 얻기 어렵다. 또한 한국수어·자막방송이 이루어지지 않으면 방송의 보도를 통하여 선거정보를 얻기도 어렵다.

나아가 한국수어를 제1언어로 사용하여 국어를 읽고 이해하기 어려운 청각장애선거인이 상당수 존재하는데, 이들은 청각적 방법을 이용한 선거운동이나 방송보도를 통하여 선거정보를 얻기 어려울 뿐만 아니라 시각적 방법 또는 인터넷을 이용한 선거운동이나 인쇄매체·인터넷언론사의 보도를 통하여 선거정보를 얻기도 어렵다.

위 한국농아인협회의 조사결과에서 청각장애인이 새로운 정보를 얻는 방법 1순위로 가족, 농인친구, 농인단체, 종교단체를 선택한 비율이 36.5%에 이르는 점을 보더라도, 선거정보를 제공하는 여러 가지 수단들에서 소외된 청각장애선거인이 상당수에 이를 것이라는 점을 알 수 있다.

그러므로 청각장애선거인은 비장애선거인에 비하여 평소 정당의 정강·정책, 후보자의 정치철학 및 이념, 정치 현실 등 정치 전반에 관한 배경지식을 다양하고 깊이 있게 접하는 데에 상대적으로 더 많은 어려움을 느낄 가능성이 크다.

(다) 텔레비전은 다른 매체에 비하여 보급률이 높은 보편적인 정보 전달 수단이고, 이는 청각장애인에게도 마찬가지이다. 앞서 본 바와 같이 청각장애선거인이 선거정보를 제공받을 수 있는 수단이 비장애선거인에 비하여 제한적이므로, 청각장애선거인이 용이하게 접근할 수 있는 텔레비전방송에서는 청각장애선거인을 위한 한국수어·자막을 제공할 필요성이 크다.

특히 한국수어를 제1언어로 사용하여 국어를 읽고 이해하는 능력이 낮은 청각장애선거인들은 선거정보를 얻을 수 있는 수단이 극히 제한되어 있기 때문에, 이들에게 있어 한국수어방송이 제공되는 선거방송은 후보자 등에 대한 정치적 정보를 수집할 수 있도록 도와주는 유일한 매체 내지 핵심적 수단이다.

(라) 이와 같이 청각장애선거인에게 텔레비전방송을 통한 선거정보 취득이 매우 중요한 점을 고려하면, 청각장애선거인의 선거권을 실질적으로 보장하기 위해서는 청각장애선거인이 이 사건 선거방송을 통하여 선거정보를 취득할 수 있도록 정당한 편의를 제공하여야 한다. 청각장애선거인 중에는 한국수어를 이해할 수 있지만 국어를 이해하기 어려운 사람도 있고, 한국수어를 이해하기 어렵지만 국어를 이해할 수 있는 사람도 있으므로, 모든 청각장애선거인이 이 사건 선거방송을 통하여 선거정보를 얻을 수 있도록 하려면 한국수어방송과 자막방송을 모두 제공하여야 한다.

그럼에도 불구하고 이 사건 한국수어·자막조항이 이 사건 선거방송에서 한국수어방송 또는 자막방송을 임의로 제공할 수 있도록 규정한 것은 청각장애선거인의 선거권을 중대하게 제한하는 것이다.

(마) 지상파방송사업자, 위성방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자, 고시의무사업자는 이 사건 선거방송에서 한국수어·폐쇄자막·화면해설 등을 이용한 방송을 할 의무를 부담한다(방송법 제69조 제8항, 제9항, 같은 법 시행령 제52조 제1항 제2호, 제2항).

그러나 위 규정들은 시각장애인을 위한 화면해설방송 등을 포함한 장애인방송을 할 의무를 부과한 것일 뿐이지, 청각장애인을 위한 한국수어방송 또는 폐쇄자막방송이 이루어질 것을 담보하는

조항이 아니다. 또한 방송법령상 위 장애인방송의무를 위반한 방송사업자에 대한 제재규정이 없고, 장애인방송시청보장위원회는 전체 텔레비전 방송 시간 중 장애인방송이 이루어진 시간을 조사하는 방법으로 장애인방송고시에 의한 장애인방송 편성비율을 준수하고 있는지 여부만을 평가하고 있을 뿐, 이 사건 선거방송에서 장애인방송을 하는지 여부는 조사·평가하고 있지 않다(장애인방송고시 제6조, 제7조, 제11조). 방송평가 및 장애인방송 제작지원금 산정에도 장애인방송고시에 의한 장애인방송 편성비율의 준수 여부만이 반영될 뿐, 이 사건 선거방송에서 장애인방송의무를 준수하고 있는지 여부는 고려되고 있지 않다(시청자미디어재단 2020년도 장애인방송 제작지원 사업 설명자료 및 2019년도 방송평가 세부기준 참조).

장애인방송고시상 폐쇄자막방송 편성비율이 100%인 지상파방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자의 경우, 이 사건 선거방송 중 방송광고를 제외한 방송에서 폐쇄자막방송을 의무적으로 제공하여야 한다. 그러나 이는 이 사건 선거방송 중 일부에 대하여 폐쇄자막방송이 제공되도록 하는 것에 불과하고, 지상파방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자의 한국수어방송과 위 방송사업자들을 제외한 나머지 방송사업자들의 한국수어방송 및 폐쇄자막방송은 장애인방송고시에 의하여 의무적으로 제공되고 있지 않다.

한편 장애인복지법 및 같은 법 시행령은 국가와 지방자치단체가 방송국의 장 등 민간 사업자에게 이 사건 선거방송에 청각장애인을 위한 한국수어 또는 폐쇄자막 등을 방영하도록 요청하여야 하고, 그 요청을 받은 방송국의 장 등 민간 사업자는 정당한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다고 규정하고 있으나(장애인

복지법 제22조 제2항, 제4항, 같은 법 시행령 제14조 제2호), 위 규정들을 위반한 방송사업자에 대한 제재규정도 존재하지 않는다.

결론적으로 현재 이 사건 선거방송에서 의무적으로 이루어지고 있는 장애인방송은 지상파방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자의 후보자 등의 방송연설, 방송시설주관 후보자연설의 방송, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회에서의 폐쇄자막방송뿐이다(방송법 시행령 제52조 제1항 단서, 장애인차별금지법 제21조 제3항, 제6항, 같은 법 시행령 제14조 제5항, 제6항, 장애인방송고시 제3조 제2항, 제5조 제2항 제1호, 제3호, 제6조 제1항 제1호 내지 제3호, 제5호). 이 사건 기록에 의하면, 공영방송사인 한국방송공사조차 방송광고에서는 한국수어방송과 폐쇄자막방송을 모두 방영하지 않고 있는데, 이는 실제로 장애인방송고시에 의한 장애인방송 편성비율 준수의무만이 이행되고 있음을 보여준다.

그런데 이 사건 선거방송은 종합유선방송 등을 통하여 이루어질 수도 있고, 모든 청각장애선거인이 이 사건 선거방송을 통하여 선거정보를 얻을 수 있도록 하려면 한국수어방송과 자막방송이 모두 실시되어야 한다는 점에서 위와 같은 장애인방송고시에 의한 장애인방송 편성비율 준수만으로는 모든 청각장애선거인에게 충분한 선거정보가 제공될 수 있다고 보기 어렵다.

(바) 장애인방송고시는 지상파방송사업자, 종합편성·보도전문편성의 방송채널사용사업자, 위성방송사업자로서 방송채널을 직접 사용하는 사업자, 고시의무사업자(이하 위 방송사업자들을 합하여 ‘의무사업자들’이라 한다)에게 폐쇄자막방송 및 한국수어방송의 편성비율 준수의무를 부과하고 있으므로(제5조 제2항, 제3항, 제6조

제1항, 제7조 제1항), 위 사업자들은 한국수어방송과 폐쇄자막방송을 할 수 있는 인력, 설비나 기술수준을 이미 확보하고 있다.

그렇다면 적어도 의무사업자들에게는 이 사건 선거방송 중 장애인방송고시가 적용되는 후보자 등의 방송연설, 방송시설주관 후보자연설의 방송, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회에서 한국수어방송 및 자막방송을 할 의무를 부과하더라도, 위 장애인방송 편성비율 준수 의무를 이행할 방송프로그램을 지정해 주는 정도의 제약을 가하는 것에 불과하다. 이와 같은 제약은 그 이행이 담보되고 있지는 못하지만 이미 방송법 시행령 제52조 제1항 제2호에 의하여 부과되어 있는 것이기도 하다. 따라서 의무사업자들에게 위와 같은 한국수어방송 및 자막방송 의무를 부과하더라도, 그 의무의 이행이 어렵다거나 과도한 비용의 지출을 초래하게 된다고 보기 어렵고, 그로 인하여 의무사업자들의 보도·편성의 자유를 제한하는 정도도 크다고 볼 수 없다.

한편, 이 사건 선거방송 중 방송광고에는 장애인방송고시가 적용되지 않으므로, 의무사업자들도 방송광고에서는 위 장애인방송 편성비율 준수 의무를 부담하지 않고 있다. 그러나 방송광고의 광고시간은 1분 이내이고, 그 회수가 한정되어 있는 점(공직선거법 제70조 제1항), 폐쇄자막방송의 제작비는 분당 1,647원, 한국수어방송의 제작비는 분당 3,272원인 점(장애인방송시청보장위원회 2019. 10. 24.자 장애인방송물 산정기준 및 평균제작비 공고 참조)을 고려하면, 의무사업자들이 방영하는 방송광고에서 한국수어방송 및 자막방송을 할 의무를 부과하더라도 마찬가지로 그 의무의 이행이 어렵다거나 과도한 비용의 지출을 초래하게 된다고 보기 어렵고, 그로 인하여 의무사업자들의 보도·편성의 자유나 후보자·정당의 선거운동의 자유를 제한하는 정도도 크다고 볼 수 없다.

(사) 그렇다면 이 사건 한국수어·자막조항은 침해의 최소성에 위배된다.

(3) 법익의 균형성

민주주의의 중요한 성과 가운데 하나는 공적 토론을 통해 서로의 곤경에 관심을 갖게 하고 타인의 삶을 더 잘 이해하게 만드는 것이다. 특정 그룹을 다른 그룹이 이해할 수 있게 만드는 데에는 텔레비전과 같은 보편적인 매체가 중요한 역할을 하고, 특히 이 사건 선거방송에서 다루어지는 주제는 공적 토론의 대상이 되어 일반 대중의 인식에 중대한 영향을 미칠 수 있다.

이 사건 한국수어·자막조항은 한국수어·자막의 방송 여부를 재량사항으로 규정함으로써 청각장애선거인이 이 사건 선거방송을 통하여 제공되는 선거정보를 취득할 수 없는 경우가 발생하도록 규정하고 있다. 나아가 청각장애선거인이 이 사건 선거방송을 이해할 수 있다는 것이 전제되지 않는 경우 이 사건 선거방송에서 청각장애선거인에 대한 차별 문제가 다루어질 가능성은 매우 낮다. 따라서 이 사건 한국수어·자막조항은 정치적 의사결정과정에서 청각장애선거인을 소외시키고 있다.

대의민주주의에서의 선거권의 의의, 청각장애선거인에 대하여 ‘후보자나 정당에 관한 정치적 정보 및 의견’에 대한 알 권리를 내포하는 선거권을 실질적으로 보장하는 것의 헌법적 의의 그리고 민주정치의 발전이라는 공익에 비추어 볼 때, 이 사건 한국수어·자막조항에 의해 침해되는 공익과 청각장애선거인이 입는 불이익은 현저하다. 반면 장애인방송고시에 의한 장애인방송 편성 비율 준수 의무를 부담하고 있는 방송사업자가 방영하는 이 사건 선거방송에서 한국수어방송 및 자막방송을 하도록 의무를 부과하더라도 그 의무의 이행이 어렵다거나 과도한 비용이 소요된다고

볼 수 없고, 방송사업자의 보도·편성의 자유나 후보자의 선거운동의 자유를 과도하게 제한한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 한국수어·자막조항은 법익의 균형성에도 위배된다.』

5. 이 사건 결정의 의의

가. 점자형 선거공보와 관련하여, 최초의 선례는 5:4로 기각 결정을 하였고(헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913 결정), 대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에서 점자형 선거공보를 책자형 선거공보의 면수 이내에서 의무적으로 작성하도록 규정한 후에는 전원일치 기각 결정을 하였다(헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548 결정). 이 사건에서 헌법재판소는 위 선례를 그대로 유지하였으나, 이 사건 선거공보조항이 선거권 및 평등권을 침해한다는 3인의 반대의견이 있었다.

나. 선거방송에서 한국수어·자막의 재량 방영과 관련하여, 선례는 2011년 방송법 등의 개정으로 선거방송에서 한국수어·폐쇄자막·화면해설 등을 이용한 방송을 할 의무 등이 부과되기 이전에, 8:1로 기각 결정을 하였다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285 결정). 이 사건에서 헌법재판소는 위 선례를 그대로 유지하였으나, 법정의견에서는 위 방송법 등의 개정을 적극적으로 고려하였고, 위 방송법 등의 개정을 고려하더라도 선거권 및 평등권을 침해한다는 3인의 반대의견이 있었다.

다. 국회는 장애인, 이동약자의 선거권 보장을 강화하기 위하여 2020. 12. 29. 법률 제17813호로 공직선거법을 개정하여, 이동약자에 대한 교통편의 제공대책 수립·시행을 의무화하고(제6조 제2항), 점자형 선거공보를 책자형 선거공보 면수의 두 배 이내에서 작성할 수 있도록 하고, 후보자가 책자형 선거공보의 내

용을 음성·점자 등으로 출력되는 디지털 파일로 전환하여 저장한 저장매체를 같이 제출할 수 있도록 하였으며(제65조, 제122조의2 제3항 제2호), 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회에서 자막방송 또는 한국수어통역을 의무화하였다(제82조의2 제12항).

14. 입법부작위 위헌확인

- 가정폭력 가해자가 피해자인 전 배우자에 대한 추가 가해에 이용할 목적을 가지고 자녀 명의의 가족관계증명서 등의 교부를 청구하는 것을 제한하는 구체적 입법을 마련하지 아니한

입법부작위를 다룬 사건 -

(헌재 2020. 8. 28. 2018헌마927, 판례집 32-2, 196)

곽 원 석*

【판시사항】

1. ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제1항 본문 중 ‘직계혈족이 제15조에 규정된 증명서 가운데 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구’하는 부분이 불완전·불충분하게 규정되어 있어 가정폭력 피해자의 개인정보를 보호하기 위한 구체적 방안을 마련하지 아니한 것이 청구인의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)

2. 위헌결정이 초래하는 법적 공백을 이유로 헌법불합치결정을 선고한 사례

【심판대상】

이 사건에서 청구인이 실질적으로 다투고자 하는 것은, ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’ 제14조 제1항 본문이 불완전·불충분하게 규정되어 있어 가정폭력 피해자의 개인정보를 보호하기

* 선임헌법연구관

위한 구체적 방안을 마련하지 아니한 부진정입법부작위를 다투는 취지로 볼 수 있다. 그러므로 이 사건 심판대상은 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(2017. 10. 31. 법률 제14963호로 개정된 것, 이하 ‘가족관계등록법’이라 한다) 제14조 제1항 본문 중 ‘직계혈족이 제15조에 규정된 증명서 가운데 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구’하는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 배우자 이□□의 가정폭력 때문에 이혼하고, 아들 이△△의 친권자 및 양육자로 지정되어 현재 이△△을 양육하고 있는 사람이다.

나. 이□□은 청구인의 아버지를 찾아가 폭행과 상해를 가하고, ○○법원으로부터 청구인에 대한 접근금지 및 전기통신을 이용한 접근금지처분을 연장하는 결정을 받았으며, 청구인에 대한 100미터 이내의 접근금지 및 통신수단을 이용한 일체의 접근을 금지하는 피해자보호명령을 받았다. 그럼에도 이□□은 계속해서 청구인의 휴대전화로 전화를 걸거나, 청구인을 협박하는 내용의 문자메시지를 수차례 보내는 등 법원의 피해자보호명령을 위반하였고, 이로 인하여 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법위반 등으로 징역 및 벌금에 처하는 판결을 받았다.

다. 청구인은, 가정폭력 가해자인 전 남편이 이혼 후에도 가정폭력 피해자인 청구인을 찾아가 추가 가해를 행사하려는 데 필요한 청구인의 개인정보를 무단으로 취득할 목적으로 그 자녀의 가

족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구하는 것이 분명한 경우에도 이를 제한하는 규정을 제정하지 아니한 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’의 입법부작위가 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다는 취지의 주장을 하면서, 2018. 9. 11. 입법부작위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지

청구인과 같은 가정폭력 피해자는 가정폭력 가해자인 전 남편의 추가 가해로부터 충분히 보호되어야 함에도, 가족관계등록법 제14조 제1항 본문 등에 의거하여 가정폭력 가해자인 전 남편이 직계혈족으로서 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구하여 거기에 기재되어 있는 청구인(모)의 성명, 주민등록번호 등의 개인정보를 무단으로 취득하여 청구인에게 추가적 가해를 끼칠 우려가 있다. 그럼에도 가정폭력 가해자인 전 남편이 이혼 후에도 청구인에게 폭행·협박 등의 추가가해를 행사하는 데 사용하기 위하여 청구인의 개인정보를 취득하려는 부당한 목적을 가지고 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구하는 것을 방지하는 구체적 입법을 마련하지 아니한 것이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 가정폭력 가해자에 대한 별도의 제한 없이 직계혈족이기만 하면 사실상 자유롭게 그 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서의 교부를 청구하여 발급받을 수 있도록 함으로써, 그로 인하여 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보가 가정폭력 가해자인 전 배우자에게 무단으로 유출될 수 있는 가능성

을 열어놓고 있다. 따라서 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다.

2. 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 즉시 효력을 상실시킨다면 법적 공백상태가 발생할 우려가 있으므로, 헌법불합치결정을 선고하고, 2021. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하기로 한다.

【해 설】

1. 가족관계등록법상 등록사항별 증명서 및 그 교부절차 개관
가. 가족관계등록법의 입법연혁 및 특징

(1) 대한민국 정부수립 후 민법의 제정과 동시에 1960. 1. 1. 호적법이 제정됨으로써 우리나라는 신분등록제도를 갖추게 되었다. 종래 호적법은 국민의 신분관계를 호주를 중심으로 가(家)별로 편성하는 것을 근간으로 하였다. 헌법재판소는 2005. 2. 3. 호주제를 규정한 민법조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였다(2005. 2. 3. 2001헌가9등 결정). 이에 따라 2008. 1. 1. 호주제를 폐지하는 개정 민법이 시행되었으며, 동시에 종전의 호적법을 대체하여 국민의 신분변동사항을 등록·공시하는 기능을 담당하는 신분등록법으로서 가족관계등록법이 2007. 5. 17. 제정되어 2008. 1. 1.부터 시행되고 있다.

(2) 가족관계등록법 시행 이후 각종 증명서를 통해 개인의 사적인 신분정보가 과도하게 노출된다는 비판이 있었다.¹⁾ 따라서 현행 가족관계등록법은 가족관계등록부 또는 폐쇄등록부(이하 ‘등록부등’이라 한다)의 기록사항에 관하여 발급할 수 있는 증명서

1) 문흥안, 가족관계등록법의 문제점 및 그 개선방안, 법학논총 제20집 제1호, 2013, 320쪽.

(이하 ‘등록사항별 증명서’라 한다)의 교부청구권자를 본인, 배우자, 직계혈족 및 그 대리인으로 한정하고, 친양자입양관계증명서 교부청구의 특례를 규정하고 있으며, 부당한 목적에 의한 교부청구인 경우 시·읍·면의 장이 이를 거부할 수 있도록 하는 등 개인의 신분사항에 관한 정보보호를 강화하였고(법 제14조 제1항, 제2항, 제4항 참조),²⁾ 등록사항별 증명서를 그 기록사항에 따라서 일반증명서와 상세증명서로 구분하고 있다(제15조 제1항, 제2항, 제3항).

(3) 가족관계등록법은, ① 개인의 존엄과 양성평등이라는 헌법이념에 부응하고 이를 구체화하기 위해 호주제에 따른 신분등록부 편제 방식을 폐지하고, 개인별로 가족관계등록부를 편제하고 있고(법 제9조), ② 전산시스템으로 개인별 인적사항을 입력하고, 본인 외의 관련 정보는 등록사항별 증명서 발급시 연결정보로 추출하여 현출되는 가족관계등록부 개념을 도입하였으며, ③ 필요사항만을 증명·열람케 하는 목적별 증명방식을 채택하여 증명목적에 따른 다양한 등록사항별 증명서(가족관계증명서, 기본증명서, 혼인관계증명서, 입양관계증명서, 친양자입양관계증명서) 발급제도를 도입하였다.

나. 등록사항별증명서의 종류 및 기록내용

(1) 가족관계등록부의 작성 및 등록사무처리

(가) 가족관계등록부란 전산정보처리조직에 의하여 입력·처리된 가족관계등록사항(이하 ‘등록사항’이라 한다)에 관한 전산정보자

2) 가족관계등록법 제정 당시에는 등록사항별 증명서 교부청구권자가 ‘본인 또는 배우자, 직계혈족, 형제자매’였으나(제14조 제1항), ‘형제자매’ 부분이 현재 2016. 6. 30. 2015헌마924 결정에서 위헌으로 선고됨에 따라서 가족관계등록법이 2017. 10. 31. 법률 제14963호로 개정되면서 ‘형제자매’는 청구권자에서 제외되었음.

료를 등록기준지에 따라 개인별로 구분·작성한 것을 말한다(법 제9조 제1항). 본인의 가족관계등록부에는 본인에 관한 일정한 사항만을 기록할 뿐이며, 다른 가족들의 특정등록사항은 원칙적으로 가족들 간의 연결정보로 추출하여 일정한 증명서형태로 발급한다.

(나) 가족관계등록부에는 다음 사항을 기록하여야 한다(법 제9조 제2항). ① 등록기준지, ② 성명·본·성별·출생연월일 및 주민등록번호, ③ 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동에 관한 사항, ④ 가족으로 기록할 자가 외국인인 경우에는 성명·성별·출생연월일·국적 및 외국인등록번호(외국인등록을 하지 아니한 외국인의 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따른 국내거소신고번호 등을 말한다.), ⑤ 그 밖에 가족관계에 관한 사항으로서 대법원규칙으로 정하는 사항.

(다) 한편 가족관계등록부의 기록사항은 크게 ① 등록기준지[출생 또는 그 밖의 사유로 처음으로 등록하는 경우에 정하는 것으로 가족관계등록부의 기준이 되는 장소(법 제10조, 규칙 제4조)], ② 가족관계등록부사항(등록기준지의 지정 또는 변경, 정정에 관한 사항, 가족관계등록부 작성 또는 폐쇄에 관한 기록사항), ③ 특정등록사항[본인·부모(양부모)·배우자·자녀(양자)란에 기록되는 성명, 출생연월일, 주민등록번호, 성별, 본에 관한 기록사항, 외국인의 경우 성명, 출생연월일, 국적, 외국인등록번호, 성별에 관한 기록사항], ④ 일반등록사항[출생에서 사망에 이르기까지 본인의 등록부에 기록하는 가족관계등록부사항 및 특정등록사항 외에 모든 신분변동에 관한 기록사항(규칙 제2조 제3호부터 제5호)] 등으로 구성되어 있다.

(2) 등록사항별 증명서의 종류와 기재사항

가족관계등록법상 등록부등의 기록사항에 관하여 발급할 수 있는 등록사항별 증명서³⁾의 종류(일반·상세 포함) 및 각 기재사항은 다음과 같다(법 제15조 제1항부터 제3항 참조).

종류	기재사항
가족관계 증명서	<ul style="list-style-type: none"> - 일반증명서: ㉠ 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉡ 부모의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호(입양의 경우 양부모, 단독입양의 경우 양부와 친생모 또는 양모와 친생부), ㉢ 배우자, 생존한 현재의 혼인 중의 자녀의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호 - 상세증명서: 일반증명서 기재사항 + 모든 자녀의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호
기본 증명서	<ul style="list-style-type: none"> - 일반증명서: ㉠ 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉡ 본인의 출생·사망·국적상실에 관한 사항 - 상세증명서: 일반증명서 기재사항 + 국적취득 및 회복 등에 관한 사항⁴⁾
혼인관계 증명서	<ul style="list-style-type: none"> - 일반증명서: ㉠ 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉡ 배우자의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉢ 현재의 혼인에 관한 사항 - 상세증명서: 일반증명서 기재사항 + 혼인 및 이혼에 관한 사항
입양관계 증명서	<ul style="list-style-type: none"> - 일반증명서: ㉠ 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉡ 친생부모·양부모 또는 양자의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉢ 현재의 입양에 관한 사항 - 상세증명서: 일반증명서 기재사항 + 입양 및 파양에 관한 사항
친양자 입양관계 증명서	<ul style="list-style-type: none"> - 일반증명서: ㉠ 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉡ 친생부모·양부모 또는 친양자의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ㉢ 현재의 친양자 입양에 관한 사항 - 상세증명서: 일반증명서 기재사항 + 친양자 입양 및 파양에 관한 사항

3) 등록부등의 기록사항 중 해당 전산정보자료를 끌어내어 일정한 서식에 따라 발급하는 증명서를 말함.

4) 기본증명서는 개인의 출생과 사망 등에 관한 기본적인 사실을 증명하는 것을 목적으로 함. 기본증명서(상세) 서식을 보면, 본인의 출생에 관한 사항 외에도 친권, 후견 등에 관한 사항들도 기재되어 있는 것을 알 수 있음. 이는 가족관계등록부의 기록사항 중 일반등록사항을 기재한 것으로 보이고, 그 근거는 가족관계등록법 제15조 제3항 제2호에서 기본증명서(상세)의 기재사항으로 “국적취득 및 회복 등에

다. 등록사항별 증명서의 교부절차

(1) 등록사항별 증명서의 교부청구권자(법 제14조 제1항)

(가) 본인등

1) 본인 또는 배우자, 직계혈족(이하 ‘본인등’이라 한다)은 등록사항별 증명서의 교부를 청구할 수 있다(법 제14조 제1항 참조). 참고로 가족관계등록법 제정 당시에는 등록사항별 증명서 교부청구권자가 ‘본인 또는 배우자, 직계혈족, 형제자매’였으나(제14조 제1항), 그 중 ‘형제자매’ 부분이 현재 2016. 6. 30. 2015헌마924 결정에서 위헌으로 선고됨에 따라서 가족관계등록법이 2017. 10. 31. 법률 제14963호로 개정되면서 ‘형제자매’는 교부청구권자에서 제외되었다.

2) 만약 본인이 미성년자라면 의사능력이 인정되는 경우에 한하여 등록사항별 증명서의 교부를 청구할 수 있다[특별한 사정이 없는 한, 실무상 14세 이상을 의사능력자로 보고 처리한다(구 선례 3-391호 및 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결⁵⁾ 참조)].

3) 배우자는 ‘법률상 배우자’를 의미한다. 따라서 ① 혼인무효, 혼인취소, 이혼 및 부부 일방의 사망(실종신고, 부재신고 포함)의 경우에 해당하는 당사자 또는 ② 사실혼 배우자는 상대방 배우자

관한 사항”으로 포괄적으로 규정하고 있기 때문으로 보임(참고로, 가족관계등록예규 제498호 제4조에 따르면 기본증명서(일반)는 ‘기아발견, 인지, 친권·후견, 미성년후견, 실종신고취소, 국적취득, 성·본 창설 및 변경, 개명, 가족관계등록창설, 기타 비현출 항목내용’ 등을 제외하고 작성하도록 규정하고 있음).

5) “의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다.”

(본인) 명의의 등록사항별 증명서의 교부청구권자가 될 수 없다.

4) ‘직계혈족’은 친권자인지 여부, 부계·모계 여부를 불문한다. 직계혈족은 부모, 친조부모, 외조부모 등 직계존속과 자녀, 친손자녀, 외손자녀 등 직계비속을 말하며, 입양에 의한 법정혈족(양부모, 양자 등)도 포함된다[다만 시부모와 며느리, 장인(장모)와 사위, 계부(계모)와 배우자의 자녀의 관계는 직계혈족이 아니다].

(나) 본인등의 대리인

본인등의 위임을 받은 대리인도 등록사항별 증명서의 교부청구권자가 될 수 있다. 다만, 반드시 본인등이 서명 또는 날인한 위임장 원본과 신분증명서 사본을 제출하여야 한다[규칙 제19조 제1항 단서, 대법원 가족관계등록예규(이하 ‘예규’라 한다) 제524호 제2조 제3항)].

다만, ① 국가 또는 지방자치단체가 직무상 필요에 따라 문서로 신청하는 경우, ② 소송·비송·민사집행의 각 절차에서 필요한 경우, ③ 다른 법령에서 본인등에 관한 증명서를 제출하도록 요구하는 경우, ④ 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 정당한 이해관계가 있는 사람⁶⁾이 신청하는 경우 등은 본인등의 위임이 없이 등록사항별 증명서의 교부를 청구할 수 있다(법 제14조 제1항 단서 각호, 규칙 제19조 제2항, 예규 제524호 제2조 제5항 참조).

(2) 친양자입양관계증명서 교부청구의 특례(법 제14조 제2항)

친양자입양관계증명서는 친양자의 복리와 사생활 비밀을 위해

6) ① 민법상의 법정대리인, ② 채권·채무의 상속과 관련하여 상속인의 범위를 확인하기 위해서 등록사항별 증명서의 교부가 필요한 사람, ③ 그 밖에 공익목적상 합리적 이유가 있는 경우로서 대법원예규가 정하는 사람 중 어느 하나에 해당하는 사람을 말함(규칙 제19조 제2항).

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 경우⁷⁾에만 그 교부를 청구할 수 있도록 한정하고 있다.

(3) 청구사유 등의 기재 및 소명자료 제출

(가) 본인등이 등록사항별 증명서의 교부를 청구하는 경우에도 신청서에 청구사유를 기재하여야 하나, 그 청구사유에 대한 소명자료는 첨부할 필요가 없다(규칙 제19조 제1항 본문, 예규 제524호 제2조 제2항 본문, 제5조 제3항 참조). 다만, 본인이 신청인겸 신청대상자로서 본인의 등록사항별 증명서 교부를 청구하는 경우에는 신청서를 작성·제출하지 않아도 된다[본인이 다른 신청대상자(직계혈족, 배우자)를 신청하는 경우는 제외한다].

(나) 본인·배우자·직계혈족 이외의 사람이 등록사항별 증명서 중 가족관계증명서를 교부받고자 하는 경우에는 가족관계증명서가 필요한 이유를 별도로 밝혀야 한다(규칙 제22조 제3항).

(다) 대리인이 청구하는 경우에도, 실제 출석하여 청구하는 그 대리인을 신청인으로 기재하고, 신청인의 자격란에는 ‘본인의 부’ 등으로 표시하며, 주소 등 나머지 신청인란도 대리인에 관한 사항을 기재한다(예규 제524호 제5조 제1항). 이때 청구사유는 위임인의 교부 청구 목적을 기재한다(예규 제524호 제5조 제2항).

(라) 가족관계등록법 제14조 제1항 단서 각 호에 따라서 본인

7) ① 「민법」 제908조의4 또는 「입양특례법」 제16조에 따라 입양취소를 하거나 「민법」 제908조의5 또는 「입양특례법」 제17조에 따라 과양을 할 경우, ② 친양자의 복리를 위하여 필요함을 구체적으로 소명하여 신청하는 경우, ③ 그 밖의 대법원 예규가 정하는 정당한 이유가 있는 경우를 말함(규칙 제23조 제3항).

등의 위임 없이 등록사항별 증명서의 교부를 청구할 수 있는 사람은 신청서에 청구사유를 기재하고 그 사유를 소명하는 자료를 제출하여야 한다(법 제14조 제1항 단서 각 호, 규칙 제19조 제2항, 제3항8), 예규 제524호 제2조 제5항, 제5조 제3항 참조).

(4) 청구목적의 부당성 판단기준(법 제14조 제4항)

(가) 시(구)·읍·면의 장은 제1항 및 제2항의 청구가 등록부에 기록된 사람에 대한 사생활의 비밀을 침해하는 등 부당한 목적에 의한 것이 분명하다고 인정되는 때에는 증명서의 교부를 거부할 수 있다.

(나) 여기서 부당한 목적의 청구란 혼인 외의 자인 사실 또는 이혼경력 등 일반적으로 타인에게 알리고 싶지 않다고 생각되는 사항을 정당한 사유 없이 단지 호기심에 알고자 하거나, 그 가족 관계등록부에 기록된 신분사항을 범죄에 이용하고자 하여 청구하는 경우 등을 말한다(예규 제524호 제6조 제1항).

(다) 부당한 목적인지의 판단은 신청인란과 청구사유란의 기재 및 소명자료의 내용으로 판단하되, ① 신청인란의 기재를 하지 않거나, ② 청구사유를 기재하여야 할 사람이 청구사유를 기재하지 않는 경우, ③ 신청인이나 청구사유를 허위로 기재한 경우에

8) 가족관계등록규칙 제19조 ③ 제1항의 신청서에는 대법원예규가 특별히 규정하고 있는 경우를 제외하고는 대상자의 성명과 등록기준지를 정확하게 반드시 기재하여야 하고 다음 각 호에 해당하는 서류를 제출하여야 한다.

1. 법 제14조 제1항 제1호의 경우에는 그 근거법령과 사유를 기재한 신청기관의 공문 및 관계공무원의 신분증명서
2. 법 제14조 제1항 제2호의 경우에는 법원의 보정명령서, 재판서, 촉탁서 등 이를 소명하는 자료
3. 법 제14조 제1항 제3호의 경우에는 이를 소명하는 자료 및 관계법령에 의한 정당한 권한이 있는 사람임을 확인할 수 있는 자료
4. 법 제14조 제1항 제4호의 경우에는 그 근거와 사유를 기재한 신청서 및 정당한 이해관계를 소명하는 자료와 신청인의 신분증명서

는 일단 부당한 목적이 있는 것으로 볼 수 있다(예규 제524호 제6조 제2항).

(5) 신청인의 신분확인 등

(가) 시(구)·읍·면의 장이 신청서를 접수할 때에는 신청인이 신청인란에 기재된 사람과 동일인인지 여부를 신분증명서를 통해 확인하여야 한다(예규 제524조 제7조 제1항).

(나) 대리인이 청구하는 경우에는 위임인 및 신청서의 신청인란에 기재된 신청인(대리인)의 신분을 확인하여야 한다(예규 제524호 제7조 제2항).

(6) 주민등록번호의 공시제한 등

(가) 원칙: 주민등록번호의 공시제한

시(구)·읍·면의 장은 등록사항별증명서를 교부할 때, 각 증명서의 본인 또는 가족의 주민등록번호란 및 일반등록사항란에 기록된 주민등록번호 중 그 일부를 공시하지 아니할 수 있다(규칙 제23조). 이는 등록사항별 증명서에는 본인뿐만 아니라 가족들의 주민등록번호도 공시되기 때문에 개인정보보호를 위하여 마련된 것이다.⁹⁾ 등록사항별 증명서의 주민등록번호 공시제한은 본인 또는 부모, 양부모, 배우자 및 자녀의 특정등록사항란 중 주민등록번호란 및 일반등록사항란에 기록된 주민등록번호의 뒷부분 6자리 숫자를 가리고 작성하여 교부한다(예: 080101-3*****)(예규 제524호 제10조).

9) 종전 호적에서는 주민등록번호란의 주민등록번호만 공시를 제한하였으나, 등록사항별 증명서에서는 특정등록사항란뿐만 아니라 일반등록사항란에 기재된 주민등록번호도 공시를 제한하도록 하여 공시제한의 실효성을 높였음.

(나) 예외: 주민등록번호의 공시

다음 각 호에 해당하는 경우에 신청인이 주민등록번호의 공시를 선택한 때에는, 주민등록번호를 공시한다. 다만, 신청인이 ‘신청대상자 본인’의 주민등록번호만 공시하도록 선택한 때에는 신청대상자 본인의 주민등록번호만을 공시한다(예규 제524호 제11조 제1항).

- ① 시(구)·읍·면·동의 사무소에 출석한 신청인이 신청대상자의 주민등록번호를 정확하게 기재하여 해당 등록사항별 증명서의 교부를 청구하는 경우
- ② 신청서의 신청인란에 기재된 신청인이 본인 또는 그 부모, 양부모, 배우자, 자녀인 경우
- ③ 시(구)·읍·면·동의 사무소에 출석한 신청인이 재판상의 필요를 소명하는 자료를 첨부하여 등록사항별 증명서의 교부를 청구하는 경우
- ④ 국가·지방자치단체의 공무원이 공용목적임을 소명하는 자료를 첨부하여 등록사항별 증명서의 교부를 청구하는 경우

라. 정리: 현행 가족관계등록법령상의 등록사항별 증명서 교부절차에서의 개인정보 보호 조치 및 한계

(1) 현행 가족관계등록법령은 등록사항별 증명서의 교부 청구와 관련하여 개인정보보호를 위하여 ① 등록사항별 증명서의 교부청구권자를 본인·배우자·직계혈족으로 한정하고, 친양자입양관계증명서 교부청구의 특례를 규정하고 있고, ② 신청서에 청구사유를 기재하게 하거나 청구사유를 기재하고 그 사유를 소명하는 자료를 제출하도록 하고 있으며, ③ 시(구)·읍·면의 장은 등록사항별 증명서의 교부 청구가 있는 경우 청구사유 등을 통하여 부

당한 목적에 의한 교부 청구임이 밝혀진 경우에는 그 교부를 거부할 수 있고, ④ 신청인이나 대리인의 신분을 확인하며, ⑤ 원칙적으로 주민등록번호의 공시를 제한하는(다만 본인등이 청구하는 경우에는 공시한다) 등의 각종 조치를 규정하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항에 근거하여 직계혈족이 그 자녀 명의의 가족관계증명서와 기본증명서의 교부를 청구하는 경우, 그것이 범죄에 이용할 목적 등과 같은 부당한 목적을 가진 청구라는 점이 분명히 인정되면 시·읍·면의 장은 교부를 거부할 수 있다. 그러나 그러한 부당한 목적에 의한 교부 청구인지 여부를 가려내기 위한 구체적 조치나 방안 등이 현실적으로 부족하여¹⁰⁾ 직계혈족이 자녀 명의의 등록사항별 증명서의 교부를 청구하는 경우에 신청서에 청구사유를 허위로 간단히 기재하고 신분을 확인 받은 뒤 교부 청구를 하면 발급받는데 큰 문제가 없다. 특히 직계혈족이 교부를 청구하는 가족관계증명서와 기본증명서에는 신청대상자인 자녀에 관한 개인정보뿐 아니라 자녀의 모(母)(배우자 또는 전 배우자)의 성명·주민등록번호·본 등과 같은 개인정보까지 모두 공시될 뿐 아니라, 기본증명서(상세)에서는 친권·후견·개명 등에 관한 사항도 함께 기재되어 있다.

마. 참고: 주민등록법상 가정폭력 피해자를 위한 보호조치

(1) 가정폭력 피해자의 주민등록번호 변경 조치(제7조의4 제1항 제3호 라목)¹¹⁾

10) 직계혈족이 교부 청구를 하는 경우에는 예규상 청구사유의 기재로만 부당한 목적 여부를 판단할 수밖에 없음.

11) 주민등록법 제7조의4(주민등록번호의 변경) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 대통령령으로 정하는 바에 따라 이를 입증할 수 있는 자료를 갖추어 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 주민등록번호의 변경을 신청할 수 있음.
3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 유출된 주민등록번호로 인하

가정폭력 피해자로서 유출된 주민등록번호로 인하여 피해를 입거나 입을 우려가 인정되면 이를 입증할 수 있는 자료를 갖추어 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 주민등록번호의 변경을 신청할 수 있다.

(2) 가정폭력 가해자에 대한 주민등록열람이나 등·초본 발급 제한 조치(제29조 제6항, 제7항)¹²⁾

(가) 현행 주민등록법에 따르면 가정폭력피해자는 가정폭력행위자가 본인과 주민등록지를 달리하는 경우 주민등록표 열람이나 등·초본의 교부를 신청할 수 있는 ① 세대주의 배우자, ② 세대

여 피해를 입거나 입을 우려가 있다고 인정되는 사람

가. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제6호에 따른 피해아동·청소년
나. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 성폭력 피해자

다. 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제2조 제1항 제4호에 따른 성매매피해자

라. 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제5호에 따른 피해자

12) 주민등록법이 2009. 4. 1. 법률 제9547호로 개정되면서 도입된 제도임.
주민등록법 제29조(열람 또는 등·초본의 교부) ② 제1항에 따른 주민등록표의 열람이나 등·초본의 교부신청은 본인이나 세대원이 할 수 있다. 다만, 본인이나 세대원의 위임이 있거나 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자가 신청하는 경우

가. 세대주의 배우자

나. 세대주의 직계혈족

다. 세대주의 배우자의 직계혈족

라. 세대주의 직계혈족의 배우자

마. 세대원의 배우자(주민등록표 초본에 한정한다)

바. 세대원의 직계혈족(주민등록표 초본에 한정한다)

⑥ 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제5호에 따른 피해자(이하 이 조에서 "가정폭력피해자"라 한다)는 같은 법 제2조 제4호에 따른 가정폭력행위자가 본인과 주민등록지를 달리하는 경우 제2항 제5호에 해당하는 사람 중에서 대상자를 지정하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장에게 본인과 세대원의 주민등록표의 열람 또는 등·초본의 교부를 제한하도록 신청할 수 있다.

⑦ 열람 또는 등·초본교부기관의 장은 제6항의 제한신청이 있는 경우 제한대상자에게 가정폭력피해자의 주민등록표 열람을 하지 못하게 하거나 등·초본을 발급하지 아니할 수 있다. 이 경우 그 사유를 제한대상자에게 서면으로 알려야 한다.

주의 직계혈족, ③ 세대주의 배우자의 직계혈족, ④ 세대주의 직계혈족의 배우자, ⑤ 세대원의 배우자(주민등록표 초본에 한정), ⑥ 세대원의 직계혈족(주민등록표 초본에 한정) 중에서 대상자를 지정하여 시장·군수 또는 구청장에게 본인과 세대원의 주민등록표의 열람 또는 등·초본의 교부를 제한하도록 신청할 수 있다(법제29조 제6항).

(나) 열람 또는 등·초본교부기관의 장은 가정폭력피해자의 제한신청이 있는 경우 제한대상자에게 가정폭력피해자의 주민등록표 열람을 하지 못하게 하거나 등·초본을 발급하지 아니할 수 있고, 이 경우 그 사유를 제한대상자에게 서면으로 알려야 한다(법제29조 제7항).

2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 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. 이와 같이 개인정보의 공개와 이용에 관하여 정보주체 스스로가 결정할 권리인 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있다. 또한, 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092).

이 사건 법률조항은 가족관계등록법 제15조에 규정된 증명서 중 가족관계증명서 및 기본증명서에 대한 교부청구권을 직계혈족에게 부여하는 규정으로, 이러한 증명서에는 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호와 함께, 부모의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 그리고 배우자, 생존한 현재의 혼인 중의 자녀의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 모든 자녀의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 본인의 출생·사망·국적상실에 관한 사항, 국적취득 및 회복 등에 관한 사항 등이 기록된다.

그러므로 이 사건 법률조항이 불완전·불충분하게 규정되어, 가정폭력 가해자인 직계혈족도 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서의 발급을 청구하고, 이를 통하여 전 배우자로서 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보를 본인의 동의 없이도 알아낼 수 있도록 하는 것은 청구인의 개인정보자기결정권을 제한하는 것이다.

나. 이 사건 법률조항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부
헌법재판소는 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 과잉금지 원칙에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해한다고 판단하였다.

『(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성』

이 사건 법률조항은 가족 간의 신뢰와 유대에 기초하여 직계혈족이 자신이나 그 자녀의 친족·상속 등과 관련된 권리의무관계를 증명하기 위한 기초자료로서 자녀 본인 및 부모 등의 신분정보가 기재되어 있는 가족관계증명서 및 기본증명서를 쉽고 편리하게 발급받을 수 있도록 하기 위한 것이다. 이처럼 직계혈족과 자녀 등의 편익 증진을 위해 직계혈족에게 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부청구권을 부여하고 있는 이 사건 법률조항의 입법목

적은 정당하다. 또한, 이 사건 법률조항이 특별한 제한 없이 직계혈족에게 가족관계등록법상 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부청구권을 부여하는 것은 그 목적 달성을 위하여 적합한 수단이 된다(헌재 2016. 6. 30. 2015헌마924 참조).

(2) 침해의 최소성

(가) 이 사건 법률조항이 가족관계에 관한 각종 신분증명이 필요한 경우에 직계혈족과 자녀의 편의를 도모하기 위해 가족 간의 신뢰와 유대에 기초하여 직계혈족에게도 가족관계증명서 및 기본증명서의 발급청구권을 부여하고 있는 점은 위에서 본 바와 같다.

그런데 가족관계등록제도는 우리나라 국민 개개인의 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동에 관한 사항을 가족관계등록부에 기록하여 그 등록사항을 증명서를 통하여 공시·공증하는 제도로서, 특히 가족관계증명서 및 기본증명서에 기재되는 정보는 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호와 함께 부모·배우자·모든 자녀의 각 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, 그리고 본인의 출생·사망·국적상실에 관한 사항과 친권·후견·개명 등과 같은 민감한 정보이다. 이러한 정보가 유출될 경우 범죄에 악용될 우려가 있고, 특히 민감한 정보의 경우는 의사에 반하여 타인에게 알려지는 것 자체가 개인의 인격에 대한 침해가 될 수 있으며, 유출된 경우 그 피해회복이 사실상 불가능한 경우도 발생한다. 이는 가족 구성원 사이의 유대감과 신뢰를 근거로 하여 가족 구성원 중 일방에게 타방의 신분정보가 기록된 가족관계등록법상의 가족관계증명서 및 기본증명서에 대한 교부청구권을 부여하는 경우에도 마찬가지이다.

오늘날 가족관계에 있어서는 구성원 간의 신뢰와 유대감에 기초한 공동체로서의 가족에 대한 존중도 중요하지만, 가족원 모두가

독립적 인격체인 개인으로서 존중되어야 한다는 점도 중요하다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등). 가족이라는 이유만으로 가족 개인의 정보를 알게 하거나 이용할 수 있도록 해서는 안 되고, 이들 사이에도 오남용이나 유출의 가능성을 차단할 수 있는 제도를 형성하여야 할 필요성이 있다. 즉, 개인정보를 정보주체의 동의 없이 제공할 수 있도록 하는 법률은 독립적 인격체인 개인에 대한 보호를 우선적으로 고려하여 엄격한 기준과 방법에 따라 상세하게 재단되어야 하며, 해당 정보에 관한 제공이 필요한 경우라 하더라도 그 허용은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다(헌재 2016. 6. 30. 2015헌마924).

(나) 일반적으로 결혼에 의한 부부 관계와 혈연으로 맺어진 부모·자녀 관계는 기본적인 가족구성원으로서 상호간에 깊은 신뢰와 유대로 연결되어 있다. 그런데 부부 및 부모·자녀의 가족 구성원으로서의 깊은 신뢰와 유대가 현실에서 언제나 일관되게 유지되는 것은 아니다. 대표적으로 배우자 일방의 상대배우자와 자녀를 향한 가정폭력은 그들에게 회복할 수 없는 중대한 정신적·육체적 피해를 초래하고, 가족구성원 상호간의 신뢰와 유대를 파괴하여 결국에는 한 가정을 해체하는 심각한 문제를 초래한다. 이와 같이 오늘날 가정폭력이 야기하는 가정과 사회의 문제가 날로 증대해져가고 있는 현실을 고려하면, 국가가 가정폭력 가해자를 엄하게 처벌하는 것 외에도 가해자의 추가적인 협박과 폭행 등으로부터 가정폭력 피해자를 두텁고 효과적으로 보호하기 위한 구체적 방안을 마련하는 것은 매우 중요하고 시급한 문제라고 할 것이다.

그럼에도 이 사건 법률조항은 직계혈족이기만 하면 가정폭력 가해자인지 여부를 불문하고 개인정보주체의 동의나 제한 없이

가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 청구하여 발급받을 수 있도록 하여, 그 결과 오히려 가정폭력 가해자인 직계혈족이 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서에 기재된 가정폭력 피해자인 (전) 배우자의 개인정보를 이용하여 이들에게 추가 가해를 끼칠 수 있는 상황을 방치하고 있다.

(다) 가족관계등록법에서 등록사항별 증명서에 기재되어 있는 개인정보의 보호를 위하여 친양자입양관계증명서 교부 청구의 특례를 규정하고 있고(제14조 제2항 참조), 시·읍·면의 장은 등록사항별 증명서의 청구가 등록부에 기록된 사람에 대한 사생활의 비밀을 침해하는 등 부당한 목적에 의한 것이 분명하다고 인정되는 때에는 증명서의 교부를 거부할 수 있도록 하고 있다(제14조 제4항). 또한 하위법규에서는 부당한 목적에 의한 교부 청구인지 여부를 확인하기 위하여 신청서에 청구사유를 기재하게 하거나 그 사유를 소명하는 자료를 함께 제출하도록 요구하고 있고, 신청인이나 대리인의 신분을 확인하도록 하고 있으며(예규 제524호 제5조 및 제7조 참조), 주민등록번호의 공시를 원칙적으로 제한하고(규칙 제23조 제1항 참조), 주민등록법 제7조의4에 따라서 주민등록번호를 변경한 사람이 변경된 주민등록번호의 공시를 제한하는 신청을 하면 공시를 제한(예규 제530호 참조) 하도록 하는 등 개인정보보호를 위한 각종 조치를 규정하고 있다.

그러나 이와 같은 개인정보보호를 위한 각종 조치에도 불구하고, 이 사건 법률조항에 따라서 가정폭력의 혐의나 전과가 있음에도 직계혈족이기만 하면 별다른 심사 없이 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서를 청구하여 발급받을 수 있는 것이 현실이다. 결국 이 사건 법률조항의 불완전성·불충분성으로 인하여 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보가 무단으로 가정폭력 가해자

인 전 배우자에게 유출될 가능성은 여전히 상존하고, 이 사건 법률조항에서 이러한 가능성을 방지하는 구체적 방안을 별도로 마련하는 것 외에 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보자기결정권을 보호할 다른 합리적 대안이 존재하지 않는다.

(라) 현행 주민등록법은 가정폭력 가해자로부터 가정폭력 피해자의 개인정보를 특별히 보호하는 조치를 마련하고 있다. 즉 주민등록법에 따르면 가정폭력 피해자가 그 주민등록번호를 변경할 수 있도록 하고 있고(제7조의4 제1항 제3호 라목 참고), 가정폭력 피해자는 가정폭력 가해자가 본인과 주민등록지를 달리하는 경우 주민등록표 열람이나 등·초본의 발급을 신청할 수 있는 사람들 중에서 대상자를 지정하여 시장·군수 또는 구청장에게 본인과 세대원의 주민등록표의 열람 또는 등·초본의 교부를 제한하도록 신청할 수 있으며, 열람 또는 등·초본교부기관의 장은 가정폭력 피해자의 제한신청이 있는 경우 제한대상자에게 가정폭력 피해자의 주민등록표 열람을 하지 못하게 하거나 등·초본을 발급하지 아니할 수 있고, 이 경우 그 사유를 제한대상자에게 서면으로 알려야 한다(제29조 제6항 및 제7항 각 참조).

그런데 이 사건 법률조항은 위와 같은 가정폭력 피해자의 개인정보보호를 위한 별도의 조치를 마련하고 있지 않아서, 가정폭력 가해자는 언제든지 그 자녀 명의의 가족관계증명서 및 기본증명서를 교부받아서 이를 통하여 가정폭력 피해자의 개인정보를 획득할 수 있다.

(마) 물론 가정폭력 가해자라고 하더라도 범죄 등과 같은 부당한 목적이 아닌 자녀의 이익이나 정당한 알권리의 충족 등을 이유로 그 자녀 명의의 가족관계증명서와 기본증명서가 필요할 수도 있다. 그러나 이러한 문제는 자녀 본인의 사전 동의를 얻으면 가족관계

증명서와 기본증명서의 발급을 허용하거나, 가정폭력 가해자인 직계혈족이 그 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서를 청구할 때 가정폭력 피해자에 대하여 추가가해를 행사하려는 등의 부당한 목적이 없음을 구체적으로 소명한 경우에만 발급하도록 하고 그러한 경우에도 가정폭력 피해자의 개인정보를 삭제하도록 하는 등의 대안적 조치를 마련함으로써 그 해결이 충분히 가능하다.

결국, 이 사건 법률조항이 가정폭력 가해자인 직계혈족에 대하여 아무런 제한 없이 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서의 발급을 청구할 수 있도록 하여, 결과적으로 가정폭력 피해자인 청구인의 개인정보가 무단으로 가정폭력 가해자에게 유출될 수 있도록 한 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위를 넘어선 것이므로 침해의 최소성에 위배된다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항을 통해 달성하려는 것은 직계혈족과 그 자녀의 편익 증진인바, 이러한 공익의 중요성은 직계혈족이 가정폭력의 가해자인 경우에는 그다지 크다고 볼 수 없고, 이를 통해 달성되는 공익 실현의 효과 또한 크지 않다. 반면, 이 사건 법률조항으로 말미암아 가정폭력 가해자인 직계혈족이 그 자녀의 가족관계증명서 및 기본증명서를 청구하여 발급받음으로써 거기에 기재되어 있는 가정폭력 피해자인 (전) 배우자의 개인정보가 유출됨으로써 (전) 배우자가 입는 피해는 실로 중대하다고 볼 수 있으므로 이 사건 법률조항에 대해서는 법익의 균형성을 인정하기 어렵다.』

(4) 소결

따라서 이 사건 법률조항이 불완전·불충분하게 규정되어, 직계혈족이 가정폭력의 가해자로 판명된 경우 주민등록법 제29조 제

6항 및 제7항과 같이 가정폭력 피해자가 가정폭력 가해자를 지정하여 가족관계증명서 및 기본증명서의 교부를 제한하는 등의 가정폭력 피해자의 개인정보를 보호하기 위한 구체적 방안을 마련하지 아니한 부진정입법부작위가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 개인정보자기결정권을 침해한다.

다. 헌법불합치결정 및 잠정적용 명령

헌법재판소는 이 사건 법률조항의 위헌성을 확인하면서도, 다음과 같은 이유로 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정과 잠정적용명령을 하였다.

『법률이 헌법에 위반되는 경우 원칙적으로 위헌결정을 하여야 하지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 참조). 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 가정폭력 가해자가 아닌 직계혈족까지 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서의 교부를 청구할 수 있는 근거규정이 없어지게 되어 법적 공백의 상태가 발생한다. 이는 직계혈족이 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서의 교부를 청구하는 것 자체를 위헌으로 판단한 것이 아닌데도 이를 위헌으로 판단한 경우와 동일한 결과를 나타내게 된다. 이러한 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치결정을 선고하되, 2021년 12월 31일을 시한으로 입법자가 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하고 합리적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 이를 계속 적용하도록 할 필요가 있다.』

3. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 가정폭력의 개인적·사회적 심각성을 인식하는 전제에서, 가족관계등록법이 가정폭력 가해자가 그 자녀의 가족관계증명서와 기본증명서를 발급 받는 절차에서 가정폭력 피해자의 개인정보에 대한 보호조치를 불완전·불충분하게 규정하여 가정폭력 피해자 보호를 소홀히 하고 있는 부진정입법부작위의 헌법적 문제점을 지적하면서, 헌법불합치결정을 통하여 입법자에게 가정폭력 피해자를 더 두텁게 보호하도록 입법을 개선할 의무를 부여하였다는 점에서 결정의 의의가 있다.

특히 주민등록법상 가정폭력 피해자의 개인정보를 가정폭력 가해자로부터 보호하는 조치가 이미 마련되어 있는 것에 비하여, 가족관계등록부상 기재된 등록사항은 대부분 개인의 민감 정보로서 개인정보 보호의 중요성이 더욱 더 부각됨에도, 가족관계증명서와 기본증명서의 발급에 관한 요건과 절차를 규정한 가족관계등록법에서는 주민등록법과 같이 가정폭력 피해자를 적극적으로 보호하는 조치가 미흡한 사실이 헌법재판소가 이 사건 법률조항을 가정폭력 피해자인 청구인의 기본권(개인정보자기결정권)을 침해하여 위헌이라고 판단한 하나의 이유가 되었다.

15. 군인사법 제57조 제2항 제2호 위헌소원 등

- 병(兵)에 대한 징계처분으로 영창처분이 가능하도록 규정한
것이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2020. 9. 24. 2017헌바157, 2018헌가10(병합), 판례집 32-2, 213)

박 세 영*

【판시사항】

병(兵)에 대한 징계처분으로 일정기간 부대나 함정(艦艇) 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 영창처분이 가능하도록 규정한 구 군인사법 제57조 제2항 중 ‘영창’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 군인사법(2011. 5. 24. 법률 제10703호로 개정되고, 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 군인사법’이라 한다) 제57조 제2항 중 ‘영창’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위
가. 2017헌바157

* 헌법연구관

청구인은 육군에서 병포수로 근무하던 사람으로, 성실의무 위반 등을 이유로 영창 7일의 징계처분을 받고, 항고하였으나 기각되었다. 이에 청구인은 위 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 위 재판 계속 중 군인사법 제57조 제2항 본문 및 제2호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 모두 기각되자, 2017. 3. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2018헌가10

제청신청인은 해군에서 조리병으로 근무하던 사람으로, 근무지 이탈금지위반을 이유로 영창 15일의 징계처분을 받고, 항고하였으나 기각되었다. 이에 제청신청인은 위 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 기각되자, 항소하고 위 재판 계속 중 군인사법 제57조 제2항 본문 중 ‘영창’ 부분 및 제2호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으며, 제청법원은 위 신청을 받아들여 2018. 4. 18. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 국방부장관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

행정기관이 하는 영창처분의 경우에도 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 헌법 제12조 제3항 영장주의가 적용되므로, 심판대상조항에 의한 영창처분에는 영장주의가 적용된다. 그런데 심판대상조항은 실질적으로 형벌과 다른 점이 없으며, 영창기간은 의무복무기간에 산입되지 않아 수사절차상 구속에 비하여 실질적으로 보다 불이익한 효과를 가짐에도 불구하고 법관의 판단을 거쳐 발부된 영장에 의하지 않고 이루어지는바, 이는 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위반된다.

나. 국방부장관의 의견

(1) 심판대상조항은 독립적 신분이 보장되는 인권담당군법무관이 영창처분 및 항고심의 적법성을 심사하고, 영창집행이 있기 전에 행정소송을 통해 법관의 판단을 받을 수 있는 절차가 마련되어 있으며, 법관에 의한 영창처분의 적부에 대한 최종적인 판단을 할 때까지 그 집행이 정지될 수 있으므로, 적법절차의 원칙을 준수하였다.

(2) 심판대상조항은 비위행위자를 교화함으로써 특수조직인 군에서의 기강을 바로 세우고, 지휘권을 확립하는 것을 목적으로 하는바, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되는 점, 다른 종류의 징계가 중대한 비위에 대한 적합한 대처수단인지가 분명하지 않고, 영창처분으로 인한 피해를 최소화하기 위한 절차가 마련되어 있으며, 그 일수도 최대 15일로 제한하고 있어 침해의 최소성도 인정되는 점, 비록 신체의 자유에 대한 제한이 발생한다 하더라도 군 조직에서의 기강확립이나 군 조직 운영을 통한 국가방위라는 중대한 공익에 비해 중대한 제한이라 볼 수 없어 법익의 균형성 역시 인정되는 점을 종합할 때 과잉금지원칙을 준수하였다.

【결정요지】

심판대상조항은 병의 복무규율 준수를 강화하고, 복무기강을 엄정히 하기 위하여 제정된 것으로 군의 지휘명령체계의 확립과 전투력 제고를 목적으로 하는바, 그 입법목적은 정당하고, 심판대상조항은 병에 대하여 강력한 위하력을 발휘하므로 수단의 적합성도 인정된다.

심판대상조항에 의한 영창처분은 징계처분임에도 불구하고 신

분상 불이익 외에 신체의 자유를 박탈하는 것까지 그 내용으로 삼고 있어 징계의 한계를 초과한 점, 심판대상조항에 의한 영창 처분은 그 실질이 구류형의 집행과 유사하게 운영되므로 극히 제한된 범위에서 형사상 절차에 준하는 방식으로 이루어져야 하는데, 영창처분이 가능한 징계사유는 지나치게 포괄적이고 기준이 불명확하여 영창처분의 보충성이 담보되고 있지 아니한 점, 심판대상조항은 징계위원회의 심의·의결과 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 거치지만, 모두 징계권자의 부대 또는 기관에 설치되거나 소속된 것으로 형사절차에 견줄만한 중립적이고 객관적인 절차라고 보기 어려운 점, 심판대상조항으로 달성하고자 하는 목적은 인신구금과 같이 징계를 중하게 하는 것으로 달성되는 데 한계가 있고, 병의 비위행위를 개선하고 행동을 교정할 수 있도록 적절한 교육과 훈련을 제공하는 것 등으로 가능한 점, 이와 같은 점은 일본, 독일, 미국 등 외국의 입법례를 살펴보더라도 그러한 점 등에 비추어 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

군대 내 지휘명령체계를 확립하고 전투력을 제고한다는 공익은 매우 중요한 공익이나, 심판대상조항으로 과도하게 제한되는 병의 신체의 자유가 위 공익에 비하여 결코 가볍다고 볼 수 없어, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

이와 같은 점을 종합할 때, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의
법정의견에 대한 보충의견

심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배될 뿐만 아니라, 다음과

같은 이유에서 영장주의에도 위배되어 위헌이다.

헌법상 신체의 자유는 헌법 제12조 제1항의 문언과 자연권적 속성에 비추어 볼 때 형사절차에 한정하여 보호되는 기본권이 아니다. 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 수사기관에 의한 체포·구속을 전제하여 규정된 것은 형사절차의 경우 법관에 의한 사전적 통제 of 필요성이 강하게 요청되기 때문이지, 형사절차 이외의 국가권력작용에 대해 영장주의를 배제하는 것이 아니고, 오히려 그 본질은 인신구속과 같이 중대한 기본권 침해를 야기할 때는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야 한다는 것이다. 따라서 형사절차가 아니라 하더라도 실질적으로 수사기관에 의한 인신구속과 동일한 효과를 발생시키는 인신구금은 영장주의의 본질상 그 적용대상이 되어야 한다.

심판대상조항에 의한 영장처분은 그 내용과 집행의 실질, 효과에 비추어 볼 때, 그 본질이 사실상 형사절차에서 이루어지는 인신구금과 같이 기본권에 중대한 침해를 가져오는 것으로 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의 원칙이 적용된다.

그런데 심판대상조항에 의한 영장처분은 그 과정 어디에도 중립성과 독립성이 보장되는 제3자인 법관이 관여하도록 규정되어 있지 않은 채 인신구금이 이루어질 수 있도록 하고 있어 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의의 본질을 침해하고 있다.

따라서 심판대상조항은 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의에 위배된다.

심판관 이은애, 재판관 이종석의 반대의견

가. 헌법 제12조 제3항의 문언이나 성격상 영장주의는 징계절차에 그대로 적용된다고 볼 수 없다. 다만 영장주의의 이념을 고

려하여 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부는 보다 엄격하게 심사하여야 한다.

나. 심판대상조항에 의한 영창처분은 2006. 4. 28. 군인사법 개정으로 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 거치도록 정하고 있는데, 관련 법령의 내용과 운영 통계에 비추어 볼 때 이는 객관적·중립적 위치에서 영창처분의 타당성을 심사하는 제도로 운영되고 있다. 또한, 구 군인사법과 관련 법령은 징계권자가 단독으로 징계처분을 발령하거나 가중할 수 없도록 하여 징계권자에 의한 자의와 남용을 방지하고 있다. 영창처분이 내려진 뒤 군인사법상 항고, 행정소송법상 취소소송 및 인신보호법상 구제청구 등 영창처분에 대한 실효적 구제수단도 마련되어 있다. 따라서 심판대상조항은 적법절차원칙에 반하지 않는다.

다. 심판대상조항은 군 조직 내 복무규율 준수를 강화하고 병의 복무기강을 엄정히 하는 동시에 지휘권을 확립하기 위한 것으로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 우리나라의 병역 현실상 병 사이의 갈등과 사고가 발생할 위험이 큰 점, 영창처분이 다른 징계에 비하여 엄정하고 효과적인 징계로 기능하는 점, 미국과 독일 등 여러 나라에서도 신체를 감금하는 방식의 군 징계제도를 운영하고 있는 점, 영창처분이 광범위하게 이루어지지 않도록 관련 법령규칙에서 영창처분의 기준을 마련하고 있고 보충적으로만 처분되도록 명시하고 있으며, 영창처분에 대한 실효적 구제절차가 마련되어 있는 등 그 제한을 최소화하고 있는 점 등에 비추어 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니한다. 심판대상조항으로 군 조직 내 복무규율 준수를 강화하고 병의 복무기강을 엄정히 하며 지휘권을 확립하는 것은 매우 큰 공익인 반면, 병이 받게 되는 신체의 자유 제한은 단기간에 이루

어지는 것으로 그 사유도 한정되어 있으므로 공익에 비해 크다고 보기 어려워, 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에 반하지 않는다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 않는다.

【해 설】

1. 영창제도 개관

가. 영창처분의 의의 및 법적 성질

(1) 군인사법은 ① 현역에 복무하는 장교, 준사관(準士官), 부사관(副士官) 및 병(兵), ② 사관생도(士官生徒), 사관후보생, 준사관후보생 및 부사관후보생, ③ 소집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역을 그 적용대상으로 하고(제2조) 이들에 대한 징계를 규정하고 있는바, 군인사법의 징계처분은 일반적인 공무원과는 다른 특별한 지위에 있는 군인에 대한 규율을 정립하기 위하여 마련된 군대 내의 제도라고 할 것이다.¹⁾ 그 중 구 군인사법 제57조 제2항은 병(兵)에 대한 징계처분을 규정하고 있고, 그 중 제2호(심판대상조항)는 영창의 구체적 내용을 규정하고 있는바, 이는 ‘부대나 함정(艦艇) 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 것’을 말하며, 그 기간은 15일 이내로 제한되어 있다.

(2) 일반적으로 징계란 공무원의 의무위반에 대하여 공무원관계의 목적을 달성하기 위하여 국가 또는 지방자치단체가 사용자로서의 지위에서 과하는 제재를 말한다. 여기서 더 나아가 군 징계는 군인사법, 병역법 등에 의하여 군적에 편입된 군인 또는 군무원인사법에 의하여 임용된 군무원이 군율에 위반하여 군 풍기

1) 군인사법은 제1조에서 그 목적을 ‘군인의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건의 특수성을 고려하여 그 임용, 복무, 교육훈련, 사기 및 신분보장 등에 관하여 국가공무원법에 대한 특례를 규정함’이라고 하여 군인사법의 적용대상으로서의 군인을 일반적인 국가공무원과 구별하여 보고 있다.

를 문란케 하거나 그 본분에 배치되는 행위를 한 때에 군징계법 규에 의하여 과하는 제재행위를 의미한다.²⁾ 그러므로 영창처분은 병의 일정한 의무위반에 대하여 군대라는 특수한 사회의 규율 및 질서를 유지하기 위하여 소속 상관에 의하여 부과되는 행정징계벌의 하나로 볼 수 있다.³⁾

(3) 구 군인사법 제57조 제2항은 병에 대한 징계처분으로 영창처분 이외에도 강등, 휴가 제한, 근신을 규정하고 있는데, 강등이란 당해 계급에서 1계급 낮추는 것을 말하고, 휴가 제한은 휴가일수를 제한하는 것을 말하며, 근신은 훈련이나 교육의 경우를 제외하고는 평상 근무에 복무하는 것을 금하고 일정한 장소에서 비행을 반성하게 하는 것을 말한다.⁴⁾ 이에 반하여 영창은 병의

2) 정석영, 군 징계제도에 관한 소고, 군사법논문집, 1992, 85면

3) 최정학, 군 영창제도의 법적 문제점, 공익과 인권 제1권 제1호, 2004. 2., 65면; 징계벌이란 통상 특별행정법관계에서 그 내부질서를 유지하기 위하여 질서문란자에 대해 과하는 제재로 이해된다. 이런 점에서 일반적인 행정벌과도 처벌의 목적이나 처벌권력의 기초에 차이가 있다(김동희, 행정법 I, 박영사, 2001, 435면).

4) 근신의 집행은 일과시간의 범위에서 영내 도서관 등 징계권자가 지정하는 시간과 장소에서 반성문 작성 등의 방법으로 집행되고 있다. 근신과 영창은 모두 행정상 징계처분의 일종으로, 군인사법 제57조 제2항에 근거하고 있고, 동일한 징계사유에 의해 발해지며, 징계위원회의 구성과 징계의결절차가 동일하다.

그러나 근신은 그 기간이 10일 미만으로 영창의 기간이 15일인 점에 비하여 그 상한이 짧은 점, 근신은 '비행을 반성'하게 하는 것으로 일정한 장소에서 이루어지며 원칙적으로 평상 근무에 복무하는 것은 금지되나 훈련 또는 교육에는 참가 가능한 반면, 영창은 '인신을 구금'하는 것으로 장소적 제한의 정도가 근신에 비하여 크고, 훈련이나 교육에의 참가를 허용하는 규정이 없는 점, 근신은 복무기간에 산입되나, 영창은 복무기간에 산입되지 아니하는 점 등의 차이가 존재한다. 근신의 성격과 관련하여, 미국 군사법원교범(Manual for Courts-Marital) Part V (NONJUDICIAL PUNISHMENT PROCEDURE) 5. Punishments c. Nature of punishments (2) Restriction 에서 근신(Restriction)에 대하여 '근신은 신체적 제한이라기보다는 도덕적 제한을 포함한다(Restriction involves moral rather than physical restraint).'라고 설명하고 있는 것은 근신의 성격을 파악하는 하나의 자료가 될 수 있다. 즉 근신도 '일정한 장소'에서 비행을 반성한다는 측면에서는 신체의 자유에 대한 일종의 제한으로 볼 수도 있겠지만, 오히려 근신처분의 핵심은 신체에 대한 장소적 제한보다는 평상 근무에 복무하는 것을 금하고, 그 대신에 비행을 반성하게 하는 데 있다고 볼 수 있다(육군본부, 미국군사법원교범 V, 1988, V-16면 참조).

신체가 일정한 장소에 ‘감금’되는 것이 주된 내용이다. 즉 영창처분의 실질은 일종의 구류형으로 볼 수 있으나, 현행 군인사법상 규정에 의하여 사법적 절차가 아닌 지휘관에 의한 행정적 절차에 따라 부과된다.

(4) 한편, ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’에서도 군인사법과 유사하게 ‘영창’을 징계처분의 하나로 규정하고 있고, 그 내용으로 ‘15일 이내의 기간 동안 의무경찰대·함정(艦艇) 내 또는 그 밖의 구금장소(拘禁場所)에 구금하는 것’으로 규정하고 있으며(제5조 제1항 제3호),⁵⁾ ‘의무소방대설치법’에서도 유사한 내용의 영창처분을 규정하고 있다(제5조 제2항).⁶⁾

나. 영창제도 연혁

(1) 영창제도의 도입

근대 법령 중 최초로 병에 대한 영창처분을 규정하고 있는 것은 1886. 1. 24. 칙령 제11호로 제정, 공포된 육군징벌령이었다. 당시는 일본의 정치적 영향력이 강한 시기로, 일본에 ‘육군징벌령’이 존재했던 것으로 확인되고, 그보다 앞선 명치 18년(1885년) 일본의 다른 법령에서 영창이 존재했던 점에 비추어 볼 때, 우리의 영창처분은 갑오, 을미개혁 직후 일본을 통해 도입된 것으로 추정된다.⁷⁾

5) 의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률(2015. 7. 24. 법률 제13425호로 개정된 것) 제5조(징계) ① 의무경찰에 대한 징계는 강등, 정직, 영창, 휴가 제한 및 근신(謹慎)으로 하고, 그 구체적인 내용은 다음 각 호와 같다.

3. 영창: 15일 이내의 기간 동안 의무경찰대·함정(艦艇) 내 또는 그 밖의 구금장소(拘禁場所)에 구금하는 것

6) 의무소방대설치법(2001. 8. 14. 법률 제6505호로 제정된 것) 제5조(징계) ② 영창은 의무소방대 또는 그 밖의 구금장에 구금함을 말하며 그 기간은 15일 이내로 한다.

7) 최성보, “영창제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문, 21-26면 참조

이후 ‘국방경비법’이 1948. 7. 5. 공포되고, 같은 해 8. 4. 효력을 발생하면서 해방 이후 최초로 군대 내 징계처분의 하나로 영창처분을 규정하였는데, 이는 ‘미육군전시법(Articles of War)’을 그대로 번역하여 초안한 법임에도 불구하고, 당시 미육군전시법에서 징계처분의 내용에서 제외하고 있던 “confinement under guard”를 “영창감금”으로 번역하여 미국과 달리 징계처분의 하나로 규정하였다. 그 후 1962년 국방경비법이 폐지되고, 군형법, 군법회의법 및 군인사법이 제정되면서 현재의 징계제도는 미국의 그것과 사뭇 다르게 규정되었는데, 결국 사법적 통제를 받지 않는 영창처분의 유래는 미국이 아니라 구한말의 일본으로 추정되고 있다.⁸⁾

(2) 심판대상조항의 연혁

1949. 6. 25. 대통령령 제134호로 제정된 국군징계령에서는 영창을 경징계의 일종으로 규정하면서, 하사관 및 병에 한해 15일 이내에 한하여 부과하는 것으로 하되, 중영창과 경영창을 구분⁹⁾하였다(제11조 내지 제13조). 이후 1962. 1. 20. 법률 제1006호로 제정된 군인사법에서 중영창과 경영창의 구별을 없애고 영창처분을 규정하였으나 여전히 경징계로 분류하여 중대장 등이 영창처분을 과할 수 있도록 하였고, 하사관 또는 병에 한해 15일 이내에 한하여 부과하는 것으로 하였으며(제57조 제5호, 제58조 제1항 제4호), 1992. 12. 2. 법률 제4506호로 군인사법 개정시 ‘하사관의 사기 진작과 권위 향상을 위하여’¹⁰⁾ 하사관에 대한 영

8) 최성보, 앞의 논문, 27-49면; 윤성철, “전투경찰대원 징계영창제도에 관한 연구”, 경찰학연구 제8권 제3호, 2008, 64면 참조

9) 중영창은 고의범에 과하고, 경영창은 과실범에 과함을 원칙으로 하였으며, 중영창은 식사, 침구 등의 급여를 보통 이하로 하고 근무에 복함을 금하고, 경영창은 연습 및 교육을 제외한 근무에 복함을 금하였다.

10) 군인사법 개정법률(1992. 12. 2. 법률 제4506호) 제정·개정이유 참조

창제도는 폐지되어 병에 대한 영창제도만 남게 되었다.¹¹⁾ 그 후 1997. 1. 13. 법률 제5267호로 군인사법 개정 시 병에 대한 징계처분을 중징계 및 경징계로 나누던 것을 없애면서, 병에 대한 감봉, 견책을 폐지하고, 강등, 영창, 휴가제한, 근신 네 종류의 징계처분을 규정하여 심판대상조항과 동일한 형태로 개정되었다 (제57조 제2항).

그러나 영창처분에 대하여 병의 인권보장 등의 측면에서 위헌성 논란이 계속되자, 2005년 사법제도개혁위원회가 구성, 운영되어 영창제도의 유지를 전제로 개선 의견을 제시하였고, 이 의견을 수용하여 2006. 4. 28. 법률 제7932호의 군인사법 개정 시 징계사유의 구체화(제56조)¹²⁾, 영창처분의 보충성 강화(제59조의2 제1항)¹³⁾, 영창처분의 적법성을 심사하기 위한 인권담당 군법무관 제도 도입(제59조의2 제2항 내지 제5항)¹⁴⁾, 징계입창자의 친족 등에 대한 영창

11) 이로 인해 장교·준사관·부사관과 같은 간부와 병을 합리적인 이유 없이 차별하는 것이라는 비판이 촉발되었고, 역으로 영창처분이 그 부과대상자에 대하여 매우 불명예스러운 처분임을 반증하게 되었다는 지적이 있다(최성보, 앞의 논문, 47-48면).

12) 제56조(징계사유) 제58조의 규정에 의한 징계권자는 군인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 때에는 징계의결의 요구를 하고, 동 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 행하여야 한다.

1. 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때
2. 직무의 내의를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 한 때
3. 그 밖에 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 때

13) 제59조의2(영창의 절차 등) ① 영창은 휴가제한·근신 등으로 직무수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고 복무규율의 유지를 위하여 신체구금이 필요한 때에 한하여 처분하여야 한다.

14) 제59조의2(영창의 절차 등) ② 영창은 징계위원회의 의결을 거쳐 병의 인권보호를 담당하는 군법무관(이하 "인권담당군법무관"이라 한다)의 적법성심사를 거친 후에 징계권자가 이를 행한다. 다만, 해외순방 중인 합정 그 밖에 대통령령이 정하는 긴급한 사유로 인하여 인권담당군법무관의 적법성심사를 받을 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 인권담당군법무관은 징계사유, 징계절차 및 양정의 적정성 등 영창처분의 적법성에 관한 심사를 하고 그 의견을 징계권자에게 통보하여야 한다.

④ 인권담당군법무관은 국방부와 그 직할 부대 또는 기관의 경우에는 국방부장관이 그 소속 군법무관 중에서, 각군의 경우에는 참모총장이 그 소속 군법무관 중에서 임명한다.

처분 고지제도 도입(제59조의2 제6항)¹⁵⁾, 영창처분에 대한 항고시 집행정지의 효력 부여(제60조 제5항)¹⁶⁾ 등의 보완을 하였다. 그리고 위와 같이 개정된 군인사법 제56조부터 61조까지의 규정에 따라 군인의 징계에 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 ‘군인 징계령’(이하 ‘징계령’이라 한다)¹⁷⁾이 2007. 8. 22. 대통령령 제20232호로 제정되었고, 2007. 11. 22. 국방부령 제638호로 ‘군인 징계령 시행규칙’(이하 ‘징계규칙’이라 한다)이 제정되어 징계양정의 세부기준을 구체적으로 규정하는 등 군인사법과 징계령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있다. 또한, 위와 같이 개정된 군인사법 제10장(징계)의 규정에 따라 군인의 징계 등에 필요한 사항을 규정하기 위하여 ‘국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령’(이하 ‘징계훈령’이라 한다)이 제정, 시행되었고, 징계입찰자에 대한 처우 기준 및 절차를 규정함으로써 영창집행 과정에서의 적법성을 보장하고, 징계입찰자의 인권을 보장하기 위하여 ‘징계입찰자 영창집행 및 처우 기준에 관한 훈령’이 2011. 2. 14. 국방부훈령 제1309호로 제정, 시행되었다.

(3) 군인사법 개정

병에 대한 영창처분에 대하여 위와 같은 제도적 보완을 하였음

⑤ 제3항의 규정에 의한 심사의견을 통보받은 징계권자는 그 의견을 존중하여야 한다. 이 경우 징계위원회의 징계의결 사유가 제56조의 규정에 의한 징계사유에 해당되지 아니한다는 의견인 때에는 당해 영창처분을 하여서는 아니되고, 징계대상자에 대하여 진술기회를 부여하지 아니한 경우 등 중대한 절차상 하자가 있다고 인정할 의견인 때에는 다시 징계위원회에 회부할 수 있다.

15) 제59조의2(영창의 절차 등) ⑥ 징계권자는 영창을 집행한 때로부터 48시간 이내에 영창처분을 받은 자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 중 영창처분을 받은 자가 지정한 자에게 징계사건명, 집행일시, 장소, 징계 사실의 요지, 징계사유 및 징계처분의 효과를 통지하여야 한다. 다만, 영창처분을 받은 자가 이의 통지를 원하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니한다.

16) 제60조(항고) ⑤제1항 또는 제4항의 규정에 따라 영창처분에 대한 항고가 제기된 경우에는 그 집행을 정지하여야 한다.

에도 불구하고, 영창처분 자체에 대해 사실상의 구금조치로 실질적으로 신체의 자유를 구속함에도 법적 구속절차 없이 징계권자인 지휘관의 명령만으로 실시되고 있어 헌법상 영창주의 원칙에 위배되고, 간부를 제외한 병에게만 영창처분이 이루어지는 것이 헌법상 평등원칙에 위배된다는 등 위헌논의가 꾸준히 제기되자, 제17대 국회에서도 영창처분을 폐지하는 내용의 군인사법 일부개정법률안이 발의되었으나, 임기만료로 폐지된 바 있다.¹⁷⁾

이후 국회에서 병에 대한 징계로서 영창처분을 폐지하고 징계의 종류를 강등, 복무기간연장, 감봉, 휴가 단축, 군기교육, 근신, 견책으로 다양화하는 내용의 ‘군인사법 일부개정법률안’이 발의되었는데 (2017. 3. 15. 이철희 의원 외 21인, 의안번호 2006172), 2017. 9. 20. 국회 국방위원회 법률안심사소위원회에서 법률안심사소위원회가 마련한 대안을 위원회 대안으로 제안하기로 의결한 후, 이 대안이 가결되어 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 군인사법이 개정되었다. 개정법에 의하면, 병에 대한 징계는 강등, 군기교육, 감봉,

17) ① 임종인 의원 대표발의의 「군인사법 일부개정법률안」

- 제안이유 : 헌법상 사람을 가두는 형벌은 적법한 절차에 따라 법관의 결정에 의해서만 할 수 있음. 그러나 징계영창은 사법적 권한이 없는 군지휘관이 일방적으로 사람을 가둘 수 있도록 하고 있어 위헌임.
- 주요내용 : 병에 대한 징계처분의 종류를 강등·휴가제한 및 근신으로 구분하고 영창을 삭제함 등

② 진성준 의원의 대표발의 「군인사법 일부개정법률안」

- 제안이유 : 병사에 대한 영창처분은 사실상 구금조치로 매우 강한 징계처분으로서 실질적으로 신체의 자유를 구속하는 것이나, 법적 구속절차 없이 징계권자인 지휘관의 명령만으로 실시되고 있어, 「헌법」에 따른 영창주의의 원칙에 위배된다는 위헌성 문제가 지속적으로 제기되고 있는 실정임. 또한 영창처분의 적법성 심사를 위하여 인권담당 군법무관을 두도록 하고 있으나, 이들 대부분이 각군의 사단급·전단급 및 비행단급의 부대장의 지휘 및 감독을 받고 있어 현실적으로 병사에 대한 인권보호를 충실히 수행하기에는 지휘·감독 구조의 문제가 있음. 이에 영창처분이 실질적으로 신체의 자유를 구속하는 점을 감안하여 군 판사가 영창집행명령서 발부절차를 거치게 하는 영창주의의 보완을 통하여 영창처분 제도의 부당한 문제를 개선할 수 있도록 함
- 주요내용 : 영창 집행을 할 때에는 징계권자가 영창집행명령서를 신청하고 군판사가 발부하는 절차에 따라 하도록 함 등

휴가단축, 근신 및 견책으로 구분되고, 영창처분은 제외되었는바, 이로써 병에 대한 영창처분은 폐지되었다.

이처럼 개정법이 마련되는 과정에서 국방부 역시 인권 친화적 병영문화를 정착시키기 위해 ‘2019-2023 국방인권정책 종합계획’을 수립하였고, 그 중 한 내용으로 영창제도를 폐지하고 군기교육, 감봉, 견책 등 다른 종류의 징계를 도입하는 방안을 마련하여,¹⁸⁾ 군인사법 일부개정안(정부입법)을 발의 추진 중에 있었고, 이 개정안 역시 위 대안에 반영된 것이다.

한편, 국가인권위원회는 2019. 1. 16. ‘영창 폐지 관련 군인사법 개정안’에 대하여, 영창제도의 폐지를 위하여 국회에 발의된 군인사법 일부개정법률안에 대해 조속한 심사를 하고, 그 대안으로 논의 중인 군기교육은 그 기간을 복무기간에 산입하고 그 운용방식과 명칭이 인권친화적으로 되는 것이 바람직하다는 의견을 표명한 바 있다.

다. 영창처분의 절차 및 불복절차¹⁹⁾
 (1) 영창처분의 의결 및 집행

18) 병에 대한 징계종류를 다음과 같이 개선하고자 계획을 수립하였다고 한다.

현행	⇒	개선안	비 고
강등		강등	현행유지
영창		군기교육	영창 폐지/군기교육 신설
휴가제한		휴가제한	현행유지
		감봉	감봉 신설
근신		근신	현행유지
	견책	견책 신설	

19) 이하 내용은 당해사건에 적용된 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되기 전의 구 군인사법의 내용을 기준으로 하였다. 이하 ‘법’은 ‘구 군인사법’을 지칭한다.

I. 징계권자의 징계위원회에 대한 징계의결 요구(법 제56조)

- 징계권자: 중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장(법 제58조 제1항 제5호)
- 사유: i. 군인사법 또는 군인사법에 따른 명령을 위반한 경우,
 ii. 품위를 손상하는 행위를 한 경우,
 iii. 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우
 중 하나에 해당하는 경우²⁰⁾²¹⁾

20) 징계규칙 제2조 제1호 나목 [별표2]에 의하면, 징계심의대상자가 병인 경우 징계 양정에 관한 세부기준은 다음 표와 같다.

병에 대한 징계의 양정 기준

비행의 유형		비행의 정도 및 과실	비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우	비행의 정도가 중하고 중과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우	비행의 정도가 중하고 경과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 중과실인 경우	비행의 정도가 가볍고 경과실인 경우
		1. 성실의무 위반	가. 직무태만	강등 ~ 영창	영창	휴가제한
	나. 그 밖의 비행사실	강등 ~ 영창	휴가제한	휴가제한	휴가제한	근신
2. 복종의무 위반		강등	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신	
3. 근무지 이탈금지의무 위반		강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한	근신	
4. 공정성의무 위반		강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신	
5. 비밀엄수의무 위반		강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한	근신	
6. 청렴의무 위반		강등	영창	휴가제한	근신	
7. 집단행위금지의무 위반		강등	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	근신	
8. 품위유지의무 위반	가. 성희롱, 성폭력	비행의 정도가 중한 경우		비행의 정도가 가벼운 경우		
		강등 ~ 영창		휴가제한 ~ 근신		
	나. 그 밖의 비행사실	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신	

※ 비교

1. “성희롱”이란 「양성평등기본법」 제3조제2호에 따른 성희롱을 말한다.
2. “성폭력”이란 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조에 따른 성폭력범죄를 말한다.

II. 징계위원회 영창처분 의결(법 제59조 제1항)

- 구성: 장교·준사관 또는 부사관 중에서 3명 이상으로 구성하되, 장교가 1명 이상 포함되어야 함. 단, 심의대상자가 병인 경우 부사관만으로도 구성 가능(법 제58조의2 제2항)
- 요건: 영창은 ① 휴가 제한이나 근신 등으로 직무 수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고, ② 복무규율을 유지하기 위하여 신체 구금이 필요한 경우에만 보충적으로 처분하여야 함(법 제59조의2 제1항)
- 진술기회: 심의 대상자에게 서면이나 구술로 충분한 진술 기회를 주어야 함(법 제59조 제2항)
- 기한: 30일 이내(다만, 부득이한 사유가 있을 때는 징계위원회 결정으로 30일 범위에서 기간 연장 가능, 법 제59조 제3항)

III. 징계권자 관할 인권담당 군법무관에게 적법성심사 의뢰(군인사법 제59조의2 제2항)²¹⁾

- 인권담당 군법무관: 국방부와 그 직할 부대 또는 기관의 경우 국방부장관이 그 소속 군법무관 중에서 임명, 각군의 경우 참모총장이 그 소속 군법무관 중에서 임명(법 제59조의2 제4항)
- 방법: 징계의결서와 관련서류 첨부한 적법성심사요청서 제출(징계령 제18조 제1항)

21) 한편, 징계훈령 제10조 제2항은 영내 폭행·가혹행위 사건이 발생한 경우 다음 각 호의 사유에 해당하는 때에는 징계절차에 선행하여 군 수사기관의 수사가 진행되도록 규정하고 있다.

1. 2주 이상 상해발생. 단, 진단서 발급은 필수조건이 아님
2. 상습성(상당기간에 걸쳐 동종·유사 행위 반복)
3. 계획적 범행, 범행의 주도적 실행
4. 2인 이상 공동하여 범행
5. 다수의 피해자가 있는 경우
6. 흉기·기타 위험한 물건 사용
7. 잔혹한 범행 수법
8. 그 밖에 각 호에 준하는 사유

22) 다만, 해외 순방 중인 함정에 있거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 긴급한 사유로 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 받을 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(법 제59조의2 제2항 단서). 대통령령으로 정하는 긴급한 사유는 ① 국외 훈령 중인 함정(艦艇)에 승선한 경우, ② 전시, 사변, 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우이다(징계령 제18조 제5항).

IV. 인권담당 군법무관 적법성심사

- 적법성 심사: 징계 사유, 징계 절차 및 징계 정도의 적정성 등 영창처분의 적법성에 관한 심사(법 제59조의2 제3항, 징계훈령 제43조 제1항 별표11)²³⁾
- 심사방법: 징계심의대상자 신문 가능(징계령 제18조 제2항). 대면심사 원칙, 예외적 서면심사

23) 인권담당 군법무관은 적법성 심사를 함에 있어 휴가제한·근신 등으로 직무수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고 복무규율의 유지를 위하여 신체구급이 필요한지 여부를 징계훈령 제43조 제1항 별표 11의 적법성 심사 기준에 따라 심사하여야 한다. 그 내용은 이하 표와 같다. 이와 같은 심사기준은 인권담당 군법무관이 징계 사유, 징계 절차 및 징계 정도의 적정성 등을 심사함에 있어 권고적 기준으로 기능하되, 인권담당 군법무관은 적법성 심사기준을 벗어나는 의견을 제시하는 경우 의견서에 그 이유를 구체적으로 적시하도록 운영되고 있다 (2017헌바157 사건 사실조회 회신 참조).

【별표 11】 적법성 심사기준(제43조 제1항 관련)

징계사유		구체적 비행유형	중대한 위반		경미한 위반	
			계획적	우발적	계획적	우발적
복종 의무 위반	항명	상관면전에서 고의적으로 불복종하거나 의무이행을 게을리 한 행위를 한 경우	강등, 영창			휴가 제한
	상급자에 대한 불손한 행위	상급자에 대하여 신체적 접촉을 수반한 불손한 행위를 한 경우	강등, 영창		영창, 휴가제한	
		상급자에 대한 계속적이고 의도적으로 불손한 언행을 한 경우	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		상급자에 대한 우발적이고 일회적인 불손한 행위를 한 경우	강등, 영창	휴가제한, 근신		
	지시 불이행	상급자의 구체적·개별적 지시에 고의적으로 불복종	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		상관 또는 상급자의 지시를 받고 부주의로 인하여 임무수행을 하지 못하는 경우	강등, 영창	휴가제한, 근신		
기타		휴가제한		근신		
부대 이탈 금지 위반	영외 이탈	군무를 기피할 목적으로 영외이탈	강등, 영창		휴가제한	
		군무를 기피할 목적 없이 일시적으로 영외이탈	강등, 영창	휴가제한, 근신		
	지연 복귀	군무기피목적으로 정하여진 시간보가 늦게 복귀한 경우	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		교통편을 놓치는 등 부주의로 지연 복귀한 경우	휴가제한		근신	

징계사유		구체적 비행유형	중대한 위반		경미한 위반	
			계획적	우발적	계획적	우발적
비밀 업수 의무 위반	보안 규규	음어를 평문으로 통신하거나 음어를 분실하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		보안사항을 외부에 유출 또는 누설하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		고의적으로 비인가 전산장비 등 반입	영창	휴가제한, 근신		
품위 유지 의무 위반	명정 추태	술에 취해 간부·위병·동료병사 의 제지에 불응	강등, 영창	휴가제한, 근신		
		술을 마시고 난동·폭언·폭행을 하거나, 고성방가 등으로 영내 생활에 지장을 초래	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		상습 음주소란·추태	강등	영창, 휴가제한	근신	
	도박	상습도박	강등	영창, 휴가제한	근신	
		단순도박	영창, 휴가제한		근신	
	성폭력 등	성폭행, 계간 기타 성추행	강등, 영창			휴가제한, 근신
		성매매, 성희롱 기타 성군기 위반	강등, 영창			휴가제한, 근신
	군풍기 위반	상급자의 존재를 인식하였음에 도 경례를 하지 아니하는 행위	강등, 영창	휴가 제한	근신	
		복장불량 또는 자세불량	휴가제한		근신	
	폭행· 가혹행위	물리적 행위	강등, 영창	영창, 휴가제한		휴가 제한
비물리적 행위(언어폭력 등)		강등, 영창	휴가제한, 근신			
법령준수 의무위반	강등, 영창	영창, 휴가제한	휴가제한, 근신			
공정 의무 위반	허위 공문서 작성	공문서의 내용을 사실과 다르게 작성		강등, 영창		휴가제한, 근신
	문서 위·변조	휴가·외박 등에 필요한 증빙 서류의 위·변조		강등, 영창		휴가제한, 근신
청렴 의무 위반	군용물의 은닉· 반출	군용에 공하는 물건을 임의로 은닉, 반출한 경우		강등, 영창		휴가제한, 근신
	절도· 사기· 공갈 등	영내에서 다른 사람의 물건을 훔치거나, 사기·폭력 등의 수단 으로 빼앗는 행위		강등, 영창		휴가제한, 근신

V. 인권담당 군법무관 적법성심사 의견 통보

- 적법성심사 의견서 작성 후 징계권자에게 통보
- 심사의견의 종류:
 - 적법 의견: 명백히 징계사유에 해당하고 징계양정이 적정한 경우
 - 징계사유 불해당 의견: 징계사유에 해당하지 아니함이 명백하거나 증거가 없는 경우
 - 절차상 하자 의견: 중대한 절차상 하자가 있어 의결이 부적법한 경우 등
 - 양정의 부적정 의견: 징계양정이 징계양정기준 및 형평에 비추어 과도하거나 지나치게 경한 경우

VI. 징계권자 조치

- 인권담당군법무관의 의견 존중하여 조치(법 제59조의2 제2항, 제5항):
 - 징계사유 불해당 의견인 경우: 해당 영창처분 집행 불가, 동일한 사유로 징계처분 불가
 - 절차상 하자 의견인 경우: 다시 징계위원회 회부 가능
 - 양정의 부적정 의견인 경우: 인권담당군법무관의 의견 존중하여야 하고, 인권담당 군법무관의 의견과 달리 징계처분을 하는 경우 징계의결서에 그 사유를 명시하여 징계의결서 사본을 인권담당군법무관에게 송부하여야 함(징계령 제18조 제4항)

(2) 구제수단

(가) 영창처분에 불복하는 징계대상자는 인권담당 군법무관의 도움을 받아 그 처분을 통지받은 날부터 30일 이내에 장성급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관의 장에게 항고할 수 있다. 다만, 국방부장관이 징계권자이거나 장성급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관이 없는 경우에는 국방부장관에게 항고할 수 있다(구 군인사법 제60조 제1항). 영창처분에 대한 항고가 제기된 경우에는 그 집행을 정지하여야 한다(구 군인사법 제60조 제5항). 이는 일단 인신을 구속하는 영창처분의 집행이 이루어

어지고 난 후에는 사후에 그것이 취소되더라도 침해된 신체의 자유를 원상회복할 방법이 없다는 점을 고려한 것이다.²⁴⁾

(나) 항고를 받은 국방부장관과 부대 또는 기관의 장은 항고심사위원회의 심사를 거쳐 원래의 징계처분을 취소하거나 감경(減輕)할 수 있다. 다만, 원징계처분보다 무겁게 징계하는 결정을 하지 못한다(구 군인사법 제60조 제6항). 징계처분에 대한 항고를 심사하기 위하여 장성급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관에 항고심사위원회를 둔다. 다만, 국방부장관이 징계권자인 경우와 국방부장관에게 항고한 경우에 이를 심사하기 위한 항고심사위원회는 국방부에 둔다. 항고심사위원회는 장교 5명 이상 9명 이내의 위원으로 구성한다. 이 경우 위원 중 1명은 군법무관이나 법률에 소양(素養)이 있는 장교로 하여야 한다. 항고심사위원회는 항고인에게 서면이나 구술로 충분한 진술 기회를 주어야 한다(구 군인사법 제60조의2).

라. 영창제도 운용 현황²⁵⁾

(1) 영창처분 비율

2017. 6.기준 우리 군은 70개의 영창을 설치하여 운용하고 있으며,²⁶⁾ 2015년부터 2019. 6.까지 최근 5년간 병에 대한 징계

24) 2015. 7. 242 개정된 ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’ 제6조 제2항 단서에 의하면 ‘영창처분에 대한 소청 심사가 청구된 경우에는 이에 대한 결정이 있을 때까지 그 집행을 정지한다.’라고 규정하여, 기존의 법이 집행정지 효력이 없는 소청절차를 두어 실효성 없는 구제절차를 둔 것에 대한 반성적 고려를 한 바 있다.

25) 이하 현황조사는 심판대상조항을 기초로 한 영창제도의 운용현황을 살펴본 것이며, 2017헌바157 사건의 사실조회에 대한 국방부 회신자료; 형혁규/김선화/김성봉, “군 영창제도의 쟁점과 개선방안”, 현안보고서 제221호, 국회입법조사처, 2013. 12., 12면 이하; 국방위원회 수석전문위원 손충덕, 군인사법 일부개정법률안 검토보고서, 2017. 6.; 금태섭 더불어민주당 의원실의 2016. 10. 7.자 보도자료 등 참조하였다.

26) [각 군별 영창]

육군	해군	공군	해병	국직	총계
41	7	14	6	2	70

처분 현황을 보면 강등이 0.04%, 영창이 약 19.91%, 휴가제한이 약 67.75%, 근신이 약 12.29%를 차지하고 있다. 2003년부터 2012년까지 조사된 동일한 통계에 의할 경우 영창처분의 비율은 약 38.9%인데, 이는 2003년 69.4%이던 것이 지속적으로 감소된 결과임을 알 수 있다.

[2015-2019. 6.]

	2015	2016	2017	2018	2019. 6.	합계
강등	23 (0.04)	29 (0.06)	11 (0.02)	15 (0.03)	8 (0.06)	86 (0.04)
영창	11,910 (22.68)	10,185 (21.32)	8,468 (19.52)	6,993 (16.95)	1,965 (14.51)	39,521 (19.91)
휴가 제한	33,923 (64.61)	31,795 (66.56)	29,652 (68.34)	29,165 (70.68)	9,925 (73.31)	134,460 (67.75)
근신	6,644 (12.65)	5,763 (12.06)	5,259 (12.12)	5,090 (12.34)	1,640 (12.11)	24,396 (12.29)
합계	52,500	47,772	43,390	41,263	13,538	198,463

[2003-2012]

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	합계
강등	37 (0.19)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	5 (0.02)	3 (0.01)	5 (0.02)	9 (0.02)	19 (0.04)	14 (0.03)	92 (0.03)
영창	13,779 (69.4)	12,513 (62.0)	10,193 (47.8)	10,265 (42.3)	8,960 (35.9)	9,315 (31.6)	11,834 (33.3)	12,763 (33.1)	14,757 (33.0)	15,683 (31.3)	120,062 (38.9)
휴가 제한	5,463 (27.5)	6,680 (33.1)	8,269 (38.7)	10,505 (43.2)	12,377 (49.6)	16,175 (54.9)	19,292 (54.2)	21,416 (55.6)	25,376 (56.8)	29,078 (58.1)	154,631 (50.1)
근신	580 (2.9)	997 (4.9)	2,878 (13.5)	3,524 (14.5)	3,624 (14.5)	3,979 (13.5)	4,435 (12.5)	4,339 (11.3)	4,537 (10.2)	5,267 (10.5)	34,160 (11.1)
합계	19,859	20,190	21,340	24,294	24,966	29,472	35,566	38,527	44,689	50,042	308,945

2015년부터 2019. 6.까지 최근 5년간 병에 대한 영창처분의 징계사유별 현황은 다음 표와 같다.

유 형 별		신 분 별				
		2015	2016	2017	2018	2019. 6.
합 계		53,471	48,693	43,994	41,726	13,708
성실 의무 위반	소 계	14,416	12,162	10,613	9,638	2,911
	지휘감독소홀	227	156	130	91	16
	군수품·공금횡령 등	301	250	206	148	35
	직권남용	78	77	57	93	20
	직무태만·회계 질서문란 등	11,948	10,162	7,992	7,406	2,365
	기타	1,862	1,517	2,228	1,900	475
복종 의무 위반	소 계	14,670	13,505	12,348	11,338	4131
	항명	84	53	68	33	8
	상관 폭행, 협박 등		1,442	1,592	1,387	488
	상관 모욕·명예훼손	1,567				
	음해·무고·허위신고 등					
	중대한 지시불이행					
기타 지시불이행	13,019	12,010	0	9,918	3635	
근무지 이탈 금지 의무 위반	소 계	1,892	1,829	1,748	1,683	730
	집단행동 근무지 이탈					
	군무이탈	429	408	338	325	176
	무단이탈	1,463	1,421	1,410	1,358	554
공정 의무 위반	소 계	290	340	353	348	103
	인사청탁·부정인사					
	문서위·변조, 허위공문서작성	290	340	353	348	103
비밀 엄수 의무 위반	소 계	3,143	3,126	3,339	4,401	1,369
	군사비밀누설·유출	6	3	7	10	28
	실질적 비밀정보누설					
	개인정보 부정이용·유출					
	그밖의 보안위규	3,137	3,123	3,332	4,391	1,341

유 형 별		신 분 별				
		2015	2016	2017	2018	2019. 6.
품위 유지 의무 위반	소 계	17,583	16,392	14,236	12,741	4080
	성관련 규정위반	755	968	899	928	303
	음주운전		94	100	61	15
	명정추태	683	465	422	421	165
	도박	535	477	498	449	242
	상습 도박					
	폭행·협박·상해· 명예훼손·모욕	13,766	12,683	10,793	9,560	2930
	기타	1,844	1,704	1,524	1,322	425
법령 준수 의무 위반	소 계	1,113	938	1,005	918	238
	직무수행관련 의무위반	22				
	기타	1,091	938	1,005	918	238
영리업무 및 겸직금지의무위반		27	25	28	52	8
정치적 중립의무위반						
집단행위금지의무위반						
청렴의무위반		183	187	181	87	55
기 타		154	189	143	520	83

(2) 적법성심사 현황

2012년부터 2016. 5.까지 4년 5개월간 인권담당 군법무관은 영창처분 8만 2,593건을 심사하여 4만 5,958건(55.6%)만 적법한 것으로, 나머지 3만 6,635건(44.4%)은 부적법하다고 판단한 것으로 나타났다. 영창처분이 부적법하다는 판단사유는 ‘양정 부적정’이 3만 5,102건으로 가장 많았고, ‘중대한 절차상 하자’가 1,139건, ‘징계사유 불해당’이 394건이었다. 또한, 징계권자는 인권담당 군법무관의 심사의견을 존중해야 함에도 불구하고 군법무관이 심사하여 양정부적정의 의견을 낸 영창처분 3만 5,102건 중 4,254건(12.12%)에 대한 의견을 반영하지 않았다.

[영창 적법성심사 현황]

부대별	연도별	적법성 심사 요청	인권담당 군법무관 의견				징계권자 조치	
			적법	부적법			의견 존중	의견 부존중
				양정 부적정	징계 사유 불해당	중대한 절차상 하자		
총계		82,593	45,958	35,102	394	1,139	78,339	4,254
국방부	계	964	506	429	2	27	887	77
	2012	231	150	64	1	16	210	21
	2013	152	76	68	0	8	142	10
	2014	255	130	122	0	3	242	13
	2015	253	111	141	1	0	222	31
	2016.5.	73	39	34	0	0	71	2
육군	계	74,468	40,325	32,675	382	1,086	70,680	3,788
	2012	17,495	9,805	7,448	116	126	16,372	1,123
	2013	17,057	9,101	7,673	105	178	15,849	1,208
	2014	17,868	9,837	7,687	75	269	17,045	823
	2015	15,863	8,436	7,005	50	372	15,381	482
	2016.5.	6,185	3,146	2,862	36	141	6,033	152
해군	계	6,017	4,150	1,832	10	23	5,666	351
	2012	1,428	1,071	354	1	2	1,307	121
	2013	1,263	972	272	3	16	1,184	79
	2014	1,470	1,024	435	4	7	1,389	81
	2015	1,259	754	504	1	0	1,212	47
	2016.5.	597	329	267	1	0	574	23
공군	계	1,144	977	166	0	3	1,106	38
	2012	131	109	22	0	0	127	4
	2013	191	161	30	0	0	178	13
	2014	270	241	27	0	2	269	1
	2015	399	348	50	0	1	389	10
	2016.5.	153	118	37	0	0	143	10

(3) 항고 현황

또한, 같은 기간 영창처분에 불복하여 항고한 사례가 총 1,182건이 있었는데, 여기에서 최초의 영창처분이 부당하거나 과중하다고 인정되어 감경되거나 취소된 사례가 각각 392건(34.0%), 51건(4.4%)이었다.

[영창처분에 대한 항고 현황]

구 분	영창 항고 현황								
	계	항고 취하	항고 각하	항고 기각	감경	취소	진행	미결 (중지)	
총계	1,182	92	7	614	392	51	3	24	
육 군	계	982	56	7	507	338	48	3	24
	2012	138	7	2	56	63	5		5
	2013	199	8	1	92	83	6		9
	2014	247	22	1	138	62	20		4
	2015	267	11	3	150	85	14		5
	2016.5.	131	8		71	45	3	3	1
해 군	계	144	14		84	43	3		
	2012	23	1		18	4			
	2013	22			13	9			
	2014	29	2		12	14	1		
	2015	38	2		25	10	1		
	2016.5.	32	9		16	6	1		
공 군	계	56	22		23	11			
	2012	8	0		4	4			
	2013	6	1		4	1			
	2014	8	1		5	2			
	2015	33	20		9	4			
	2016.5.	1	0		1	0			

(4) 영창집행 현황

국방부장관은 군미결수용자를 수용하기 위하여 교도소와 대통령령으로 정하는 부대에 군미결수용실(이하 ‘미결수용실’이라 한다)을 설치·운영할 수 있고(‘군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률’ 제4조 제2항), 각급 헌병부대는 영창처분을 받은 병을 구금하는 영창시설을 설치·운영할 수 있는데(심판대상조항 및 ‘징계입창자 영창집행 및 처우 기준에 관한 훈령’ 제2조), 부대의 현실적 여건상 2개 시설을 별도로 설치하지 않은 채 미결수용자와 징계입창자를 한 시설에 수용하고 있다(2017헌바157 사건 사실조회 회신 참조).

2. 관련 선례

헌법재판소는 2016. 3. 31. 재판관 4(합헌) 대 5(위헌)의 의견으로, 전투경찰순경에 대한 징계로 영창처분이 가능하도록 규정한 구 전투경찰대 설치법(2011. 5. 30. 법률 제10749호로 개정되고, 2015. 7. 24. 법률 제13425호 ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항, 제2항 중 각 ‘전투경찰순경에 대한 영창’ 부분²⁷⁾에 대하여 합헌 결정을 하였

27) 구 전투경찰대 설치법(2011. 5. 30. 법률 제10749호로 개정되고, 2015. 7. 24. 법률 제13425호 ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’로 개정되기 전의 것)

제5조 (징계) ① 전투경찰대의 대원 중 경사·경장 또는 순경(전투경찰순경을 포함한다)에 대한 징계는 파면·해임·징직·감봉·견책·영창 및 근신(謹慎)으로 한다. ② 영창은 전투경찰대·함정(艦艇) 또는 그 밖의 장소의 구금장(拘禁場)에 구금하는 것을 말하며 그 기간은 15일 이내로 한다.

⇒ 군의 영창제도(심판대상조항)가 징계위원회 의결, 인권담당 군법무관 심사를 거쳐 처분이 내려지고(인권담당 군법무관 제도), 영창이 휴가 제한이나 근신 등으로 직무 수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고, 복무규율을 유지하기 위하여 신체 구금이 필요한 경우에만 처분하여야 하며(영창의 보충성), 영창처분에 대하여 항고가 제기된 경우 그 집행이 정지되는 것(집행정지)과 달리, 위 전경에 대한 영창제도는 징계위원회 의결에 의하여 가능하고, 영창의 보충성 요건이 없으며, 영창처분에 불복하는 징계대상자가 소청을 제기한

다(헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190, 판례집 28-1상, 345).

가. 재판관 4인(재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호)의 합헌의견 요지

※ 법정외의 영창처분에 대한 헌법 제12조 제3항 영장주의 적용 여부에 대하여, 헌법 제12조 제3항 영장주의는 형사절차와 관련된 원칙이므로 형사절차가 아닌 징계절차에는 그대로 적용된다고 볼 수 없다는 결론만 제시하고, 그 논거는 제시하지 아니하였다.²⁸⁾

(1) 적법절차원칙 위배 여부(소극): 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되므로, 전투경찰순경의 인신구금을 내용으로 하는 영창처분에 있어서도 적법절차원칙이 준수되어야 한다. 그런데 전투경찰순경에 대한 영창처분은 그 사유가 제한되어 있고, 징계위원회의 심의절차를 거쳐야 하며, 징계 심의 및 집행에 있어 징계대상자의 출석권과 진술권이 보장되고 있다. 또한 소청과 행정소송 등 별도의 불복절차가 마련되어 있고 소청에서 당사자 의견진술 기회 부여를 소청결정의 효력에 영향을 주는 중요한 절차적

경우 집행정지 제도가 없고, 다만 소청심사를 거쳐 법원에 징계처분 취소의 소를 제기한 경우 당사자의 신청이나 직권에 의하여 법원이 집행정지 결정을 할 수 있을 뿐이었다. 위 결정 이후 현재는 위 법령이 개정되어 군의 영창제도와 유사하게 규정되어 있다. 구체적인 내용은 [별지] 참조.

28) 법정외의 인신구금(헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302)는 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 법무부장관이 출국을 금지시킬 수 있다고 규정한 출입국관리법 조항의 위헌 여부를 다룬 것인데, 출국 금지된 사람은 출국의 자유를 제한당할 뿐 인신을 구금당하지 않으므로 영장주의가 적용될 여지가 없다는 점에서, 행정상 인신구금에 대한 영장주의의 적용 여부가 쟁점이 될 수 없었고, 따라서 그에 관한 판단도 전혀 없었던 사건이었다. 영장주의가 형사절차상의 강제처분에 적용된다는 일반론적 설시는 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등, 판례집 9-1, 313, 322; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 647에서 발견된다.

요건으로 규정하는바, 이러한 점들을 종합하면 이 사건 영창조항이 헌법에서 요구하는 수준의 절차적 보장 기준을 충족하지 못했다고 볼 수 없으므로 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 과잉금지원칙 위배 여부(소극): 전투경찰순경의 복무기장을 엄정히 하고, 단체적 전투력과 작전수행의 원활함 등을 위해서는 복무규율 위반에 대한 제재가 필요하며, 영창은 경찰조직 내의 지휘권을 확립하고 복무규율 준수를 강제하기 위해 그 위반자에 대하여 일정기간 제한된 장소에 인신을 구금하면서 그 기간을 의무복무기간에 산입하지 아니하는 징계처분으로 다른 징계에 비하여 복무규율 강제 및 위반에 대한 제재 효과가 크므로 목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다.

인신구금과 복무기간 불산입이라는 효과를 가지지 않는 다른 징계수단이 엄중한 복무위반 행위를 예방 및 제재함에 있어 영창과 동등하거나 유사한 효과가 있다고 단정할 수 없다. 전투경찰순경 등 관리규칙에서는 복무규율 위반정도에 따라 현지훈계나 경고, 기율교육대 입교, 징계로 나누어 조치하도록 하고 있으며, 구체적인 징계사유를 제한하고 있어 책임에 상응한 징계가 이루어지도록 하고 있다. 나아가 ‘경찰공무원 징계령’과 ‘경찰공무원 징계양정 등에 관한 규칙’을 준용하도록 하여 의무위반 행위의 유형·정도, 과실의 경중, 평소의 행실, 근무성적, 공적, 뉘우치는 정도 또는 그 밖의 정상을 참작하도록 하므로, 복무규율 위반의 정도와 책임에 상응하는 징계처분을 할 수 있는 기준이 마련되어 있어 영창처분의 남용 가능성이 크다고 볼 수도 없으므로, 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

대간첩작전 또는 치안유지와 같이 전투경찰대가 수행하는 국가

적 기능의 중요성과 일상불란한 지휘권 체제 확립의 필요성 등을 고려했을 때, 전투경찰순경의 복무기강을 엄정히 하고 단체적 전투력과 작전수행의 원활함 및 신속함을 달성하고자 하는 공익은 영창처분으로 인하여 전투경찰순경이 받게 되는 일정기간 동안의 신체의 자유 제한 정도에 비해 결코 작다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성 원칙도 충족하였다.

나. 재판관 5인(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원)의 위헌의견 요지

(1) 영장주의 위배 여부(적극): 공권력의 행사로 인하여 신체를 구속당하는 국민의 입장에서는, 그러한 구속이 형사절차에 의한 것이든, 행정절차에 의한 것이든 신체의 자유를 제한당하고 있다는 점에서는 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 행정기관이 체포·구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 경우에도 원칙적으로 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용된다고 보아야 하고, 다만 행정작용의 특성상 영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는 영장주의의 예외가 인정될 수 있다. 이 사건 영창조항에 의한 영창처분은 행정기관에 의한 구속에 해당하고, 그 본질상 급박성을 요건으로 하지 않음에도 불구하고 법관의 판단을 거쳐 발부된 영장에 의하지 않고 이루어지므로, 이 사건 영창조항은 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배되어 청구인의 신체의 자유를 침해한다.

(2) 과잉금지원칙 위배 여부(적극): 영창은 신체의 자유를 직접적, 전면적으로 박탈하는 것이므로, 징계로서 이와 같은 구금을 행하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 아니 된다. 가사 구금이 일부 허용될 수 있다고 보더라도, 예외적, 보충적으로 이루어져

야 한다. 그런데 전투경찰순경 등 관리규칙이 규정하는 징계사유들은 지나치게 포괄적이고, 징계양정기준에 준용되는 구 ‘경찰공무원 징계양정 등에 관한 규칙’은 어떠한 행위에 대하여 영창처분이 가능한지에 관하여 아무런 규율을 하지 않고 있으며, 영창의 보충적 적용에 관하여도 아무런 규정을 두지 않고 있다. 영창처분에 불복하는 사람은 소청을 제기할 수 있으나, 영창에 대한 집행정지의 효력이 인정되지 아니하여 실효성 있는 구제절차라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 영창조항은 전투경찰순경의 신체의 자유를 필요 이상으로 과도하게 제한하고 있으므로, 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 신체의 자유를 침해한다.

3. 사안의 쟁점

가. 헌법 제12조 제1항 전문은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하여 신체의 자유를 헌법상 기본권의 하나로 보장하고 있다. 신체의 자유는 신체의 안정성을 외부의 물리적 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유이다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874 참조). 심판대상조항은 병(兵)을 대상으로 한 영창처분을 “부대나 함정 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 것을 말하며, 그 기간은 15일 이내로 한다.”라고 규정하고 있으므로, 심판대상조항에 의한 영창처분은 신체의 자유를 제한하는 구금에 해당하고, 이로 인해 헌법 제12조가 보호하려는 신체의 자유가 제한된다. 따라서 심판대상조항이 신체의 자유 제한에 관한 헌법상 원칙을 준수하였는지 문제된다.

나. 우선, 심판대상조항이 영창처분에 의하여 신체의 자유를 직접 제한할 수 있도록 한 것이 기본권 제한의 한계원리인 과잉

금지원칙을 위배하였는지 문제된다.

다. 헌법상 신체의 자유를 보장하기 위한 절차적 조항 중 하나로 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속...을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하여 영장주의를 선언하고 있다. 그런데 심판대상조항에 의한 영창처분은 군대 내에서 중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장인 징계권자가 병의 일정한 의무위반을 이유로 병을 구금장소에 감금하는 것으로 행정기관에 의한 구속에 해당하느냐, 영창처분에 대해서도 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용되는 것인지, 나아가 영장주의에 위배되는 것인지 문제된다.

라. 나아가 헌법 제12조 제1항은 신체의 자유를 보장함(제1문)과 동시에 적법절차원칙을 선언하고(제2문), 같은 조 제3항에서 체포·구속 등에 있어서 ‘적법한 절차에 따라’ 영장에 의할 것을 규정하고 있다. 따라서 심판대상조항과 같이 인신에 대한 구속을 규정하고 있는 경우 헌법 제12조 제3항 영장주의 외에 헌법 제12조 제1항 적법절차원칙 위배 여부를 별도로 검토해야 하는 것인지도 문제된다.

마. 한편, 청구인은 심판대상조항이 영창처분의 대상을 종래 ‘하사관 및 병’이던 것에서 ‘병’으로 한정된 것이 평등원칙에 위배된다고 주장하였다. 그런데 현행 군인사법에 따르면 병과 하사관은 군인이라는 공통점을 제외하고는 그 복무의 내용과 보직, 진급, 전역체계, 보수와 연금 등의 지급에서 상당한 차이가 있으며, 그 징계의 종류도 달리 규율하고 있다. 따라서 병과 하사관은 영창처분의 차별취급을 논할 만한 비교집단이 된다고 보기 어려우므로, 평등원칙 위배 여부는 더 나아가 살피지 아니하였다.

4. 심판대상조항의 위헌 여부

가. 의견 분포

심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라는 의견이 7인, 이 가운데 영장주의에도 위배되어 위헌이라는 의견이 4인, 헌법상 영장주의는 심판대상조항에 적용되지 않고, 적법절차원칙, 과잉금지원칙에도 위배되지 않아 합헌이라는 의견이 2인으로서, 결과적으로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반한다는 이유로 위헌 결정이 선고되었다.

나. 재판관 7인의 과잉금지원칙 위반 의견

재판관 7인(재판관 유남석, 재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이영진, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선)은 다음과 같이 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반된다고 판단하였다.

『(1) 목적의 정당성과 수단의 적합성』

심판대상조항은 병의 복무규율 준수를 강화하고, 복무기강을 엄정히 하기 위하여 제정된 것으로서, 군의 지휘명령체계의 확립과 전투력 제고를 목적으로 하는바, 그 입법목적은 정당하다. 또한, 심판대상조항은 복무규율 위반자의 신체를 일정한 장소에 구금함으로써 병에 대하여 강력한 위하력을 발휘하고 있는바, 수단의 적합성도 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 우리 헌법은 제12조 제1항 전문에서 모든 국민이 신체의 자유를 가짐을 천명하고 있다. 이는 신체의 안전이 보장되지 아니한 상황에서는 어떠한 자유와 권리도 무의미해질 수 있기 때문에 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 최소한의 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 되기 때문이다. 이러한 이

유로 신체의 자유는 최대한 보장되어야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193). 그런데 징계란 공무원의 의무위반 또는 비행이 있는 경우에 공무원조직의 질서유지를 위해 임용권자에 의해 부과되는 제재로서 기본적으로 공무원의 신분적 이익의 전부 또는 일부를 박탈함을 그 내용으로 한다. 따라서 징계로서 신체의 자유를 직접적이고 전면적으로 박탈하는 구금을 행하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 아니된다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항에 의한 영창처분은 병에 대한 징계의 일종으로 부과되는 것으로 영창처분이 집행되는 경우 복무기간 불산입이라는 신분상의 불이익 외에 외부로부터 고립된 장소에 감금하는 것을 통한 신체의 자유 박탈까지 그 내용으로 삼고 있다. 이는 본래 징계로서 예정하고 있는 불이익을 넘는 제재로서 징계의 한계를 초과한 것이다.

(나) 특히, 구 군인사법은 영창의 시설기준이나 영창처분을 받은 병에 대한 처우 등의 사항을 정하고 있지 않아 영창처분의 집행에 관하여는 행정기관의 재량에 좌우되고 있는데, 실상 영창처분에 의한 징계입창자는 미결수와 동일한 시설에 구금되는 것이 대부분의 현실이며, 외부와 차폐된 구금시설에서 제한된 범위 내에서만 운동, 목욕, 면회, 전화통화 등이 허용되고 있는바(징계입창자 영창집행 및 처우 기준에 관한 훈령 제2조 제2호, 제10조 내지 제19조) 그 실질은 구류형의 집행과 유사하게 운영되고 있다. 그렇다면 심판대상조항에 의한 영창처분을 할 때는 극히 제한된 범위에서 형사상 절차에 준하는 방식으로 이루어져야 할 것이다.

그러나 구 군인사법은 영창처분을 발할 수 있는 징계사유에 관하여 군인사법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우, 품위를 손상하는 행위를 한 경우, 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우로 규정하고 있는바(제56조), 이와 같은 사유들은

형사절차상 인신구금이 허용되는 경우와 비교하여 볼 때 지나치게 포괄적이고 그 비위의 정도나 정상의 폭이 매우 넓어서, 비난 가능성이 그다지 크지 아니한 경미한 행위들에 대해서까지도 영창처분이 가능하도록 하고 있다. 물론 구 군인사법이 영창은 휴가 제한이나 근신 등으로 직무 수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고, 복무규율을 유지하기 위하여 인신 구금이 필요한 경우에만 처분하도록 규정하고 있으나(제59조의2 제1항), 어떤 경우가 이에 해당하는지에 관한 기준을 마련해놓고 있지 않아 영창처분의 보충성이 담보되고 있지 아니하다.

이에 관하여 국방부령으로 마련된 ‘군인 징계령 시행규칙’ 제2조 제1호 나목 별표 2는 병에 대한 징계의 양정기준을 규정하면서, 비행의 유형을 ‘성실의무 위반’, ‘복종의무 위반’, ‘근무지 이탈 금지의무 위반’, ‘공정의무 위반’, ‘비밀엄수의무 위반’, ‘청렴의무 위반’, ‘집단행위금지 의무 위반’, ‘품위유지의무 위반’의 8가지로 분류하고, 그 각각에 대하여 ‘비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우’, ‘비행의 정도가 중하고 중과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우’, ‘비행의 정도가 중하고 경과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 중과실인 경우’, ‘비행의 정도가 가볍고 경과실인 경우’ 등 4가지 경우를 나누어 각각에 대한 징계의 기준을 일응 마련하고 있다. 그러나 위 규칙조항에 의하더라도 대부분의 행위 유형에 대하여 ‘비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우’와 ‘비행의 정도가 중하고 중과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우’에 영창처분이 가능하다고 규정하고 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 행위에 대하여 영창처분이 가능한지, 가능하다면 그 영창일수의 범위는 어떻게 되는지 등에 관하여 정하고 있지 않다.

결국 심판대상조항에 의한 영창처분은 그 사유가 지나치게 포괄적으로 규정되어 있어 복무규율 유지를 위해 인신구금이 불가피하게 요구될만한 중대한 비위행위 뿐만 아니라 경미한 비위행위에 대해서도 제한 없이 적용될 수 있는바, 군 조직의 특수성을 고려한다 하더라도 이를 두고 최소한의 범위에서 제한적으로만 활용되는 제도라고 볼 수는 없다.

(다) 한편, 심판대상조항에 의한 영창처분은 중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장인 징계권자의 요구에 따라(구 군인사법 제58조 제1항 제5호) 해당 징계권자의 부대 또는 기관에 설치된 징계위원회의 심의·의결과(구 군인사법 제58조의2 제1항, 제59조 제1항) 각 군에 소속된 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 거쳐(구 군인사법 제59조의2 제2항) 처분되도록 규정되어 있다. 그런데 징계위원회는 장교, 준사관 또는 부사관 중에서 3명 이상으로 구성하되, 심의대상자가 병인 경우 부사관만으로도 구성될 수 있도록 규정되어 있고(구 군인사법 제59조의2 제2항), 인권담당 군법무관 역시 대부분 각 군의 사단급, 전단급 및 비행단급의 부대장의 지휘·감독을 받는 자 중에 임명되도록 규정되어 있을 뿐(구 군인사법 제59조의2 제4항), 형사절차에 견줄만한 절차가 전혀 마련되어 있지 아니하다. 게다가 구 군인사법은 인권담당 군법무관의 심사의견을 통보받은 징계권자로 하여금 그 의견을 존중하도록 규정하고 있을 뿐(제59조의2 제5항) 인권담당 군법무관의 적법성 심사 의견에 대하여 대부분 구속력을 인정하지 않고 있는바, 실제로 인권담당 군법무관이 징계 사유, 징계 절차 및 징계 정도의 적정성 등 영창처분의 적법성을 심사하여 양정의 부적정 의견을 통보하였다 하더라도 징계권자는 징계의결서에 그 사유를 명시하여 징계의결서 사본을 인권담당 군법무관

에게 송부하고 그 의견과 달리 징계처분을 할 수 있도록 운용되고 있다(군인 징계령 제18조 제4항).

(라) 병의 복무규율준수를 강화하고, 복무기강을 엄정히 하여 지휘명령체계를 확립하고 전투력을 제고하는 것은 징계를 중하게 하는 것으로 달성되는 데는 한계가 있고, 병의 비위행위를 개선하고 행동을 교정할 수 있도록 적절한 교육과 훈련을 제공하고, 비합리적인 병영 내 문화를 개선할 때 가능할 것이다. 또한, 영창제도가 갖고 있는 위하력이 인신구금보다는 병역법상 복무기간의 불산입에서 기인하는 바가 더 크다는 지적에 비추어 볼 때, 인신의 자유를 덜 제한하면서도 병의 비위행위를 효율적으로 억지할 수 있는 징계수단을 강구하는 것은 얼마든지 가능하다고 볼 수 있다.

(마) 이와 같은 점은 외국의 입법례를 살펴보더라도 그러하다. 군의 영창제도는 구한말 일본 육군의 ‘육군징벌령’에서 징벌의 한 종류로 규정하고 있던 영창제도를 도입한 것으로 추정되고 있는데, 위 ‘육군징벌령’은 1946년 폐지되었고, 현재 일본의 자위대법은 징계처분으로 신체를 구금하는 제도를 두고 있지 아니다. 또한, 독일의 군징계법은 단순 자유박탈에 해당하는 ‘징계구금(Disziplinararrest)’ 처분을 규정하고 있는데, 관할권이 있는 군대복무법원(Truppendienstgericht)의 법관이 동의하는 경우에만 부과될 수 있다. 한편, 미국 통일군사법전은 지휘관이 사소한 의무위반 행위에 대하여 행하는 비사법적 징계의 하나로 교정구금(correctional custody)을 규정하고 있다. 이는 물리적으로 구금되는 징계로서 우리나라의 영창제도와 유사한 면이 있지만, 처벌이 아닌 교정을 목적으로 부과되는 것으로서 교정구금 중 징계대상자는 사병의 지위를 모두 가지며, 복무 중임을 나타내는 적절한 군복을 입고, 교정 구금 중임을 나타내는 밴드 부착 등은

금지된다. 또한, 교정치료프로그램 등의 이수를 위한 충분한 수의 침실과 거실이 마련되고, 울타리, 가시철조망 등 물리적 장벽은 사용되어서는 안 되며, 교정구금시설의 문은 징계대상자의 사유물을 지키기 위하여 필요한 경우가 아니면 잠글 수 없는 등 교정목적에 부합하는 환경이 제공된다. 그리고 징계대상자는 비사법적 징계처분이 확정되기 전까지 언제든지 군사법원의 재판을 청구할 수 있고, 이 경우 비사법적 징계절차는 종료된다.

(바) 따라서 심판대상조항은 병의 신체의 자유를 필요 이상으로 과도하게 제한하므로, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

(3) 법익의 균형성

병의 복무기강을 엄정히 함으로써 군대 내 지휘명령체계를 확립하고 전투력을 제고한다는 공익은 국토방위와 직결된 것으로 매우 중요한 공익이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 심판대상조항은 병의 신체의 자유를 필요 이상으로 과도하게 제한할 수 있도록 규정되어 있으므로, 그로 인하여 제한되는 사익이 병의 복무기강을 엄정히 한다는 공익에 비하여 결코 가볍다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

(4) 이와 같은 점을 종합할 때, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.』

다. 재판관 4인의 영장주의 위반 의견

한편, 재판관 4인(재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선)은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배될 뿐만 아니라 헌법상 영장주의에도 위배된다고 보면서, 다음과 같이 판단하였다.

『(1) 헌법 제12조 제1항은 전문에서 “모든 국민은 신체의 자유

를 가진다.”고 규정하고, 후문에서 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정한다. 신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조 제1항은 문언상 형사절차만을 염두에 둔 것이 아님이 분명하다. 또한, 신체의 자유는 그에 대한 제한이 형사절차에서 가해졌든 행정절차에서 가해졌든 간에 보장되어야 하는 자연권적 속성의 기본권이므로, 신체의 자유가 제한된 절차가 형사절차인지 아닌지는 신체의 자유의 보장 범위와 방법을 정할 때 부차적인 요소에 불과하다.

우리 헌법은 신체의 자유를 명문으로 규정하여 보장하는 헌법 제12조 제1항 전문에 이어 제12조 제1항 후문, 제2항 내지 제7항에서 신체의 자유가 제한될 우려가 있는 특별한 상황들을 열거하면서, 각각의 상황별로 신체의 자유의 보장 방법을 구체적으로 정한다. 따라서 형사절차를 특히 염두에 둔 것이 아닌 헌법 제12조 제1항 전문과의 체계적 해석의 관점에서 볼 때, 헌법 제12조 제1항 후문, 제2항 내지 제7항은 당해 헌법조항의 문언상 혹은 당해 헌법조항에 규정된 구체적인 신체의 자유 보장 방법의 속성상 형사절차에만 적용됨이 분명한 경우가 아니라면, 형사절차에 한정되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다(헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346).

위와 같은 해석 원칙에 따라, “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”라고 규정한 헌법 제

12조 제3항이 심판대상조항에 의한 영장처분에도 적용되는지에 관하여 본다.

(2) 헌법 제12조 제3항 본문이 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하여 검사의 신청을 요하는 형사절차상의 체포·구속을 전제한 것으로 규정한 것은 수사기관에 의한 강제처분의 경우 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크고, 이에 따라 법관의 사전적 통제의 필요성이 강하게 요청되기 때문에 위 규정은 수사단계의 영장주의를 특히 강조한 것이다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등 참조). 따라서 위 문언만으로 헌법 제12조 제3항이 형사절차 이외의 국가권력작용에 대하여 영장주의를 배제하는 것으로 볼 수 없다.

신체의 자유를 보장하기 위하여 제12조 제1항 후문에서 이미 적법절차를 보장하고 있음에도 여기서 더 나아가 제12조 제3항에서 영장주의를 별도로 규정하여 법관유보라는 특별히 강화된 절차적 보호장치를 마련한 것은 형사절차의 인신구속과 같은 강제처분은 가장 대표적인 신체의 자유에 대한 중대한 기본권 침해로서 회복할 수 없는 피해를 초래한다는 점을 고려한 것이다. 결국 영장주의의 본질은 인신구속과 같이 중대한 기본권 침해를 야기할 때는 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데 있다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5 등 참조). 그런데 신체의 자유를 침해하는 강제처분은 형사절차 이외에 국가권력작용에서도 얼마든지 일어날 수 있고, 그것이 형사절차에 의한 것이 아니라 하더라도 사실상 형사절차에서 이루어진 것과 같이 기본권에 중대한 침

해를 초래한다면 이러한 경우에도 그 구속 사유의 충족 여부, 구속 절차의 하자 여부 등에 대하여 중립적인 법관의 판단을 받도록 하는 것이 영장주의의 본질인 것이다. 따라서 형사절차가 아니라 하더라도 실질적으로 수사기관에 의한 인신구속과 동일한 효과를 발생시키는 인신구금은 영장주의의 본질상 그 적용대상이 되어야 한다.

(3) 심판대상조항에 의한 영창처분은 병의 일정한 의무위반에 대하여 군대라는 특수한 사회의 규율 및 질서를 유지하기 위해 소속 상관이 부과하는 행정징계벌의 하나로 볼 수 있다. 그런데 심판대상조항은 영창처분이 부대나 함정 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 15일 이내의 기간 동안 감금하는 방식으로 집행된다고 규정하여 인신의 구금을 그 내용으로 규정하고 있을 뿐, 그 외에 징계대상자에 대한 교정치료 등을 통해 비위행위를 교정·개선한다거나 장래의 의무위반행위를 방지한다는 등의 내용을 전혀 포함하지 않고 있다. 또한, 구 군인사법은 영창의 시설기준이나 영창처분을 받은 병에 대한 처우 등의 사항을 정하고 있지 않아 영창처분의 집행에 관하여는 행정기관의 재량에 좌우되고 있다. 이에 영창처분에 의한 징계입창자는 미결수와 동일한 시설에 구금되는 것이 대부분의 현실이며, 외부와 차폐된 구금시설에서 제한된 범위 내에서만 운동, 목욕, 면회, 전화통화 등이 허용되고 있는바(징계입창자 영창집행 및 처우 기준에 관한 훈령 제2조 제2호, 제10조 내지 제19조) 그 실질은 구류형의 집행과 유사하게 운영된다. 또한, 현역병이 영창처분을 받은 경우 징역·금고·구류의 형을 받은 경우와 마찬가지로 영창처분일수가 현역복무기간에 산입되지 아니하여(병역법 제18조 제3항) 심판대상조항에 의한 영창처분은 징역·금고·구류의 형사처벌과 동일한 효과를 보이고

있다. 이와 같은 이유로 인해 영창처분의 집행기관이나 영창처분의 대상자인 병은 모두 심판대상조항에 의한 영창처분을 단기 구금형의 일종으로 받아들이고 있다.

그렇다면 심판대상조항에 의한 영창처분은 형식적으로는 형벌이 아니라 하더라도 실질적으로는 징역·금고·구류 등의 인신구금이 행하여지는 형사처벌과 다르다는 평가를 내리기 어렵다. 따라서 심판대상조항에 의한 영창처분은 그 본질이 사실상 형사절차에서 이루어지는 인신구금과 같이 기본권에 중대한 침해를 가져오는 것으로 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의 원칙이 적용된다.

(4) 그런데 심판대상조항에 의한 영창처분은 중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장인 징계권자의 요구에 따라(구 군인사법 제58조 제1항 제5호) 해당 징계권자의 부대 또는 기관에 설치된 징계위원회의 심의·의결과(구 군인사법 제58조의2 제1항, 제59조 제1항) 각 군에 소속된 인권담당 군법무관의 심사를 거쳐(구 군인사법 제59조의2 제2항) 처분되도록 규정되어 있을 뿐, 그 과정 어디에도 중립성과 독립성이 보장되는 제3자인 법관이 관여하도록 규정되어 있지 않다. 인권담당 군법무관은 군법무관 중에서 임명하므로(군인사법 제59조의2 제4항) 법률전문가라고 할 것이지만, 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판할 수 있도록 권한과 신분이 보장된 법관에 해당하지 않고, 오히려 소속 부대의 법무참모 등의 임무를 수행하면서 인권담당 군법무관을 겸임함에 따라 대부분 각 군의 사단급·전단급 및 비행단급의 부대장의 지휘·감독을 받는 지위에 있으므로 중립성과 독립성이 보장된다고 볼 수 없다. 나아가 인권담당 군법무관의 심사의견은 징계사유에 해당되지 않는다는 의견을 제외하고는 징계권자를 구속하지도 않는다(군인사법 제59조의2 제5항).

결국 심판대상조항에 의한 영창처분에는 법관에 의한 영장이 필요함에도 불구하고 법관의 판단 없이 인신구금이 이루어질 수 있도록 한 것으로, 이는 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의의 본질을 침해하는 것이다.

(5) 따라서 심판대상조항은 헌법 제12조 제1항, 제3항의 영장주의에 위배된다.』

라. 재판관 2인의 합헌의견

재판관 2인(재판관 이은애, 재판관 이종석)은 다음과 같이 심판대상조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『(1) 영장주의 적용 여부

(가) 청구인과 제청법원은 심판대상조항이 헌법상 영장주의에 반한다고 주장하므로, 먼저 헌법상 영장주의가 징계절차에도 그대로 적용될 수 있는지 여부에 관하여 살펴본다.

우리 헌법은 신체의 자유를 명문으로 규정하여 보장하는 헌법 제12조 제1항 제1문에 이어 제12조 제1항 제2문, 제2항 내지 제7항에서 신체의 자유가 제한될 우려가 있는 특별한 상황들을 열거하면서, 각각의 상황별로 신체의 자유의 보장 방법을 구체적으로 규정한다. 따라서 형사절차를 특히 염두에 둔 것이 아닌 헌법 제12조 제1항 제1문과의 체계적 해석의 관점에서 볼 때, 헌법 제12조 제1항 제2문, 제2항 내지 제7항은 당해 헌법조항의 문언상 혹은 당해 헌법조항에 규정된 구체적인 신체의 자유 보장 방법의 속성상 형사절차에만 적용됨이 분명한 경우가 아니라면, 형사절차에 한정되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다(헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346 참조).

그런데 헌법재판소는 영장주의가 형사절차와 관련하여 체포·구

속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 원칙이고, 영장주의의 본질이 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다고 판단하였다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5 참조).

따라서 헌법 제12조 제3항에서 정하고 있는 영장주의는 형사절차와 관련된 강제처분에 한하여 적용되는 것이고, 병에 대한 징계를 정하고 있는 심판대상조항에 대해서도 그대로 적용된다고 볼 수 없다(헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190 결정 중 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 합헌의견 참조).

(나) 헌법 제12조 제3항은 법관에 의한 사전영장원칙과 그 예외를 명문으로 규정하고 있다(헌재 2018. 4. 26. 2015헌바370 등 참조). 이와 같은 헌법상 영장주의는 형사절차에 적용되는 것을 전제로 형사절차상 용어로 구성되어 있으므로, 징계절차에 대해 문언 그대로 적용될 수 없다. 따라서 징계절차에 대해 헌법상 영장주의가 적용된다고 볼 경우 영장주의의 일부 요소만을 자의적으로 적용할 우려가 있고, 결국 이는 헌법상 영장주의가 그대로 적용되는 것도 아니라고 할 것이다.

신체의 자유를 중대하게 제한한다는 점에서 수사기관에 의한 인신구속에 준하는 모든 인신구금에 대해 헌법상 영장주의가 적용되어야 한다고 본다면, 다양한 행정목적 위해 이루어지는 행정상 구금 전반에 대한 지나친 제약이 될 수 있으므로 이를 일반화할 수 없다. 또한 심판대상조항에 의한 영창처분이 구금형과

유사하게 운영되고 있기 때문에 영장주의가 적용되어야 한다는 주장은 영창제도의 운영상 문제로 인해 신체의 자유를 과도하게 제한한다는 논거에 불과할 뿐 영장주의가 적용된다는 논거가 될 수 없다.

(다) 헌법상 영장주의는 적법절차원칙으로부터 도출되는 헌법상 원칙으로서 일정한 경우 법관의 심사를 거치도록 하여 신체의 자유에 대한 절차적 보장을 강화한 것이다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등 참조). 헌법 제12조 제1항에서 정하고 있는 적법절차원칙은 형사절차뿐만 아니라 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되기 때문에, 영창처분도 헌법상 적법절차원칙을 준수하여야 한다. 특히 병에 대한 영창처분은 인신구금이라는 방법을 통해 병의 신체의 자유를 제한하는 것이므로 절차적 보장이 보다 강하게 이루어져야 한다.

심판대상조항에 대해 헌법상 영장주의가 그대로 적용되지 않는다고 하더라도, 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부를 판단할 때에는 영장주의의 이념을 고려하여 보다 엄격하게 심사하여야 한다.

(2) 적법절차원칙 위배 여부

(가) 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청은 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2006. 5.

25. 2004헌바12 참조).

심판대상조항은 병의 신체의 자유를 중대하게 제한하는 것이므로 영장주의의 이념을 고려하여 절차적 보장이 보다 강하게 이루어졌는지가 엄격히 심사되어야 한다. 따라서 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부를 판단할 때에는 객관적이고 중립적 지위에 있는 사람이 사전에 그 인신구금의 타당성을 심사하는 절차를 어느 정도로 형성할 것인가가 가장 중요한 문제가 된다.

(나) 그런데 영창처분은 군의 징계벌로서 내부적 질서를 유지하고 지휘명령체계를 확립시키는 것을 목적으로 하므로, 군으로부터 독립된 기관의 심사를 거쳐 영창처분을 명하거나 집행하도록 할 경우 위와 같은 목적을 달성하는 데 미흡할 수 있다. 또한 대규모의 병력과 군부대의 지리적 위치 등을 고려하면 영창처분을 심사하는 독립적 기구를 만들기 위해서는 상당한 비용이 필요하고, 군사법원이 특별법원으로서 제한적으로만 운영되고 있다는 점에서 이를 군사법원이 담당하게 하는 것도 쉽게 결정할 수 있는 문제가 아니다. 따라서 이러한 사정을 종합적으로 형량하여 볼 때, 군 조직으로부터 독립된 지위에 있는 사람이 아니라고 하더라도 객관적이고 중립적인 위치에서 인신구금의 타당성을 심사할 수 있도록 보장되어 있고, 영창처분의 발령과 사후 구제절차에 있어서도 자의와 남용을 방지하며 실효적인 구제수단이 마련되어 있다면 심판대상조항이 적법절차원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(다) 구 군인사법은 사전에 인권담당 군법무관의 적법성심사를 거쳐 영창처분을 하도록 정하고 있는데, 이는 영창처분의 위헌성 논란을 해소하기 위해 2005년 구성된 사법제도개혁위원회 의견 수렴을 통하여 2006. 4. 28. 군인사법을 개정하면서 도입된 것이다. 인권담당 군법무관이 영창처분의 적법성에 관한 심사를 하

고 그 의견을 징계권자에게 통보하면, 심사의견을 통보받은 징계권자는 그 의견을 존중하여야 한다(구 군인사법 제59조의2). 구 군인 징계령(2014. 12. 9. 대통령령 제25823호로 개정되고, 2020. 7. 28. 대통령령 제3080호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 군인 징계령’이라 한다)은 이에 대해 보다 구체적인 절차를 마련하고 있는데, 인권담당 군법무관이 징계심의대상자를 신문할 수 있고, 징계권자가 인권담당 군법무관의 의견과 달리 징계처분을 하고자 하는 경우에는 징계의결서에 그 사유를 명시하여야 한다(제18조).

또한 국방부장관 또는 각 군 참모총장이 그 소속 군법무관 중에서 인권담당 군법무관을 임명하도록 정하여 징계권자로부터 일정한 독립성을 유지하도록 하고 있다(군인사법 제59조의2 제4항). 2015년부터 2019년 10월까지의 인권담당 군법무관 적법성 심사 통계에 따르면 약 73,000건의 심사 중 약 50%에 대해 부적법하다는 의견을 제시하여 그 중 약 98%가 그대로 수용되어, 유효한 통제수단으로 작동하고 있다는 것을 보여준다.

따라서 인권담당 군법무관의 적법성심사 제도는 사전에 영창처분의 타당성을 심사하는 장치로서 객관적이고 중립적인 위치에서 영창처분이 이루어지도록 하기 위하여 도입되었고, 실제 그 취지에 맞게 운영되었다.

(라) 영창처분의 발령 절차에 관하여 살펴보면, 병에 대한 징계권자는 중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장이지만, 별도로 각 부대 또는 기관에 징계위원회를 두고 징계위원회의 심의와 의결을 거쳐 징계하도록 정하고 있어 징계권자가 단독으로 자의적인 징계처분을 내리는 것을 방지하고 있다(군인사법 제58조 제1항 제5호, 제59조 제1항). 징계권자는 직권으로 징계위원회가

의결한 징계를 감경할 수 있지만 가중할 수는 없고, 법무장교가 배치된 징계권자의 차상급 부대 또는 기관에 설치된 징계위원회에 심사 또는 재심사를 청구할 수 있을 뿐이다(구 군인사법 제59조 제5항, 군인 징계령 제20조 제1항). 이와 같이 징계권자가 단독으로 징계처분을 발령하거나 가중할 수 없도록 하여 징계권자에 의한 자의와 남용을 방지하고 있다.

(마) 영창처분에 대한 사후 구제수단에 대해 살펴보면, 영창처분을 받은 사람은 인권담당 군법무관의 도움을 받아 그 처분을 통지받은 날부터 30일 이내에 장성급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관의 장에게 항고할 수 있고, 국방부장관이나 방위사업청장이 징계권자이거나 장성급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관이 없는 경우에는 국방부장관에게 항고할 수 있다. 영창처분에 대한 항고가 제기된 경우에는 그 집행을 정지하여야 한다(구 군인사법 제60조 제1항, 제3항, 제5항).

영창처분에 대한 항고를 거친 이후에는 행정소송법에 따라 징계처분 취소소송을 제기할 수 있고, 당사자는 처분의 집행으로 인해 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다는 점을 소명하면서 집행정지를 신청할 수 있다(행정소송법 제23조). 나아가 영창처분과 같은 행정상 구금에는 인신보호법에 의한 사법적 구제수단이 활용될 수도 있는데, 법원은 필요한 경우 수용을 임시로 해제하거나 적당하다고 인정되는 다른 수용시설로 이송할 것을 명할 수 있다(인신보호법 제9조, 제11조).

따라서 영창처분을 받은 사람에 대한 실효적인 구제수단도 마련되어 있다.

(바) 그 외에도 구 군인사법과 관련 법령에서는 징계처분의 심의대상자에게 서면이나 구술로 충분한 진술 기회를 부여하고, 이

를 통해 심의대상자가 자신에게 유리한 사실을 진술하거나 증거를 제출하고 증인의 신문을 신청할 수 있으며, 영창을 집행한 때부터 48시간 이내에 영창처분을 받은 사람의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 중 영창처분을 받은 사람이 지정한 사람에게 징계사건명, 집행 일시, 집행 장소, 징계 사실의 요지, 징계 사유 및 징계처분의 효과를 알리도록 정하고 있다(구 군인사법 제59조 제2항, 제59조의2 제6항, 구 군인 징계령 제9조 제5항 등 참조). 따라서 영창처분을 받은 사람에 대해 적법절차원칙에서 도출되는 일반적인 절차적 요청도 충족시키고 있다.

(사) 그러므로 심판대상조항은 적법절차원칙에 반하지 않는다.

(3) 과잉금지원칙 위배 여부

(가) 목적의 정당성과 수단의 적합성

심판대상조항은 군 조직 내 복무규율 준수를 강화하고 병의 복무기강을 엄정히 하는 동시에 지휘권을 확립하기 위한 것이다. 군의 복무기강을 엄정히 하고 단체적 전투력을 보존하며 원활하고 신속하게 작전을 수행하기 위해서는 복무규율 위반자에 대한 제재수단이 필요한데, 영창은 복무규율 위반자에 대하여 일정기간 제한된 장소에 인신을 구금하는 징계처분으로서 다른 징계에 비하여 효과가 크다. 따라서 병에 대한 징계처분의 한 종류로 영창을 규정하고 있는 심판대상조항은 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

(나) 침해의 최소성

1) 군이란 궁극적으로 무력에 의하여 국가를 수호하고 국토를 방위하여 국민의 생명과 재산을 보전함을 그 사명으로 하므로, 이러한 군 본연의 사명을 다하기 위해서는 그에 상응하는 특수한 조직과 고도의 질서 및 규율을 필요로 한다(헌재 2018. 7. 26.

2016헌바139 참조).

우리나라는 북한과의 6.25전쟁 이후 현재까지 휴전상태인 세계 유일의 분단국가로서 최근까지도 북한의 핵무기 개발과 미사일 발사 등으로 인하여 군사적 위기상황이 지속적으로 발생하고 있다. 2018년 국방백서에 따르면, 우리나라의 병력은 대략 육군 46만 4천여 명, 해군(해병대 포함) 7만여 명, 공군 6만 5천여 명으로 총 약 60만여 명에 이르고, 그 중 약 37만여 명이 병에 해당하여, 병이 병력의 중요한 부분을 구성하고 있다.

따라서 북한과의 군사적 대치가 지속되는 상황에서 군의 전투력을 유지하고 원활하고 신속하게 작전을 수행하기 위해 병의 복무기강을 엄정히 하고 지휘권을 확립하는 것은 매우 중요하다. 영창제도는 강한 위하력으로 병의 복무규율 위반을 억지하고 있으므로, 이러한 입법목적에 기여한다.

2) 영창이 인신구금의 방식을 택하고 있기 때문에 신체의 자유를 중대하게 제한하고 있는 것은 사실이다. 다만, 군은 국가 내의 가장 우월적인 무력집단이고, 병은 무기를 직접 운용하는 전력이므로, 병의 비행을 방관할 경우 자칫 중대한 사고로 이어질 위험이 있다. 따라서 병의 비행을 신속하고 효과적으로 억지하기 위하여 형사처벌과는 별개로 징계절차를 통하여 인신구금을 허용할 필요가 있다.

우리나라는 실효적인 국토방위를 위해 18세 이상의 남자에게 일반적인 병역의무를 부과하여 전투력을 형성하도록 하고 있다(병역법 제3조 제1항, 제8조). 이에 따라 다양한 가치관과 배경을 가진 청년들이 국방의 의무를 이행하기 위하여 젊은 나이에 같은 공간에서 집단생활을 할 수밖에 없게 되는데, 이로 인하여 적지 않은 갈등과 사고가 발생하고 군의 규율과 질서가 훼손될

위험이 있다. 특히 병은 직접 무기를 운용하는 전력이므로, 이들에 대한 엄격한 지휘명령체계를 확립하지 못한다면 자칫 큰 사고로 이어질 수 있으며 효율적인 작전수행이나 제대로 된 전투력 확보가 불가능해 질 수도 있다. 따라서 병의 비행행위를 억제하고 엄격한 지휘명령체계를 확립하기 위해서는 엄정하고도 효과적인 징계제도를 운용하는 것이 필요하다.

병에 대한 징계현황을 살펴보면, 전체 약 37만 명의 병에 대한 징계는 2015년 52,500건, 2016년 47,772건, 2017년 43,390건, 2018년 41,263건에 이른다. 위 징계현황에 따르면 병에 대한 징계가 감소하는 추세이기는 하나 병의 전체 인원수에 비하여 징계건수가 적지 않다는 것을 알 수 있는데, 이는 병의 비행행위를 억제하고 지휘명령체계를 확립하기 위해 엄정하고 효과적인 징계제도를 운영하는 것이 필요하다는 것을 실증적으로 보여준다.

병은 의무복무 중이기 때문에 신분상 불이익을 주는 일반적인 징계로는 병의 행동개선에 큰 효과를 기대하기 어렵다. 특히 병의 의무복무기간이 한정되어 있으므로 반복적으로 상관의 명령에 복종하지 않거나 군기를 흐리는 비행이나 소란을 일으키는 병을 일반적인 징계수단으로 통제하는 것은 쉽지 않다. 영창처분은 병을 단기간 구금하여 엄정한 징계를 할 수 있게 하고, 해당 병을 문제 상황과 격리함으로써 확대·반복될 수 있는 사고를 예방하며, 병에게 경고 및 반성의 시간을 제공할 수 있다.

따라서 우리나라의 병역 현실상 영창제도는 엄정하고 효과적인 징계제도의 한 축을 담당하면서 군의 지휘명령체계 확립과 전투력 제고에 기여하는 병에 대한 유효한 통제수단이라고 평가할 수 있다.

3) 병에 대한 징계제도는 병역제도의 역사와 궤를 같이 한다. 특히 근대국가가 형성되고 징병제가 보편화되면서 병력이 대규모

로 확대된 후에는 군기를 유지하고 지휘체계를 확립하기 위해 징계제도가 중요한 역할을 차지했다.

구체적인 제도의 운영방식에는 차이가 있지만, 서구의 여러 나라들도 현재까지 병의 신체를 감금하는 내용의 징계제도를 유지하고 있다. 예를 들어, 미국은 비사법적 징계의 하나로서 지휘관이 병의 의무위반에 대해 최대 30일 이내의 기간 동안 특정한 시설에 구금하는 내용의 ‘교정구금(correctional custody)’ 제도를 두고 있다. 독일도 군징계법(Wehrdisziplinarordnung)에서 최소 3일부터 최대 3주 동안 단순 자유박탈을 내용으로 하는 ‘징계구금(Disziplinararrest)’ 제도를 두고 있다.

이와 같이 신체를 감금하는 내용의 징계제도가 여러 나라에서 통용되고 있는 것은 이러한 징계가 군의 특수성을 반영한 고유한 징계제도로서 기능하고 있기 때문이다. 무엇보다 전시에 복무강제를 엄정히 하고 지휘명령체계가 확보될 필요성이 큰데, 이 경우 영창처분은 병력을 보존하면서 즉각적인 지휘권을 확립할 수 있으므로 가장 효과적인 징계로 기능할 수 있다. 또한 평시에도 병에 대해 영내거주가 강제되거나 제식이나 예식을 통해 신체 동작에 있어서도 엄격한 규율이 요구되는 등 신체의 자유가 제한되는 것을 본질적 요소로 받아들이고 있으므로, 영창제도와 같이 신체를 감금하는 방식의 징계도 병의 훈육을 위해 활용될 수 있다.

따라서 영창제도는 병에 대한 징계제도로서 현실적인 의미와 역할을 지니고 있다.

4) 구 군인사법은 군인에 대한 일반적인 징계사유를 규정하고 있을 뿐 영창처분에 해당하는 사유를 별도로 규정하고 있지 않아 영창처분이 광범위하게 이루어질 수 있다는 우려가 있다.

이에 구 군인사법은 징계의 양정에 관한 세부기준을 국방부령

으로 정하도록 위임하였고(제59조의4 제2항), 이에 따라 구 군인 징계령 시행규칙 제2조 제1호 나목 별표 2는 비행의 유형과 비행의 정도 및 과실을 세분화하여 대부분 비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우 또는 비행의 정도가 중하고 중과실이거나 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우에 한하여 영창처분을 할 수 있도록 제한하고 있다. 또한 징계위원회가 징계의결을 할 때에는 징계대상 행위의 경중, 심의대상자의 소행·근무성적·공적·뇌우치는 정도 그 밖의 정상을 참작하여야 한다(구 군인사법 제59조의4 제1항).

구 군인사법은 휴가 제한이나 근신 등으로 직무 수행의 의무를 이행하는 것이 불가능하고, 복무규율을 유지하기 위하여 신체 구급이 필요한 경우에만 영창처분을 할 수 있다고 규정하여 영창처분이 다른 징계수단에 대해 보충적으로 적용된다는 것을 명시하고 있다(제59조의2 제1항).

이와 같이 구 군인사법 등 관련 법령은 복무규율 위반의 정도와 책임에 상응한 경우에 한하여 영창처분이 이루어질 수 있도록 기준을 마련하여 경미한 비행에 대해서까지 영창처분이 이루어지지 않도록 제한하고 있고, 영창처분을 보충적으로 적용하도록 명시하여 영창처분이 남용되지 않도록 방지하고 있다.

5) 앞에서 살펴본 것처럼, 영창처분에 대해서는 인권담당 군법무관의 적법성 심사 등의 절차적 보호가 이루어지고 있고, 구 군인사법상 항고제도와 행정소송, 인신보호청구 등을 통한 실효적인 구제절차도 마련되어 있다. 따라서 영창처분을 받은 사람에 대한 절차적 보호가 미흡하다고 볼 수 없다.

6) 최근 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 군인사법이 개정되면서 영창이 폐지되고 ‘군기교육’이 새로 도입되었으나, 이러한 개

정이 영창제도 자체가 위헌이라는 것을 의미하는 것은 아니다. 입법자가 군인사법을 개정하여 영창제도를 폐지하고 군기교육제도를 도입하였다고 하여, 군기교육제도가 영창제도와 동등한 수준에서 입법목적은 달성할 수 있는 덜 제약적인 수단이라고 단정할 수는 없다. 영창제도가 폐지된 것은 시대와 병역환경의 변화에 따라 병에 대한 징계제도를 개선하여야 한다는 국민적 합의에 도달하였기 때문이지, 영창제도가 위헌이기 때문이라고 볼 수는 없다.

이는 앞에서 살펴본 것처럼 미국과 독일 등 여러 나라에서 신체를 감금하는 내용의 징계제도가 여전히 통용되고 있다는 점을 통해서도 알 수 있다. 만일 외국의 입법례에 비하여 영창제도의 운영상 문제가 있다면 이를 개선해 나갈 필요는 있겠지만, 영창을 병에 대한 징계의 한 종류로 정하고 있는 것에 불과한 심판대상조항 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.

7) 따라서 영창제도는 우리나라의 안보현실과 병역제도에 비추어 필요한 징계수단으로서 이와 동등한 수준에서 입법목적은 달성할 수 있는 덜 제약적인 수단이 존재한다고 단정할 수 없고, 영창처분이 제한된 경우에 보충적으로만 이루어지도록 그 남용을 방지하고 있으며, 영창의 기간도 15일 이내로 한정되어 있고, 영창처분에 대한 불복절차도 실질적으로 보장되고 있으므로, 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 반하지 않는다.

(다) 법익의 균형성

군은 국가를 수호하고 국토를 방위하여 국민의 생명과 재산을 보전하는 사명을 지니고 있는데, 이를 위해 군 조직 내 복무규율 준수를 강화하고 병의 복무기강을 엄정히 하며 지휘권을 확립하는 것은 매우 중요하다. 심판대상조항은 영창처분을 통해 위와

같은 목적을 가장 효과적으로 달성하고자 한 것으로서, 심판대상조항으로 인해 달성되는 공익은 매우 크다. 반면 심판대상조항으로 인해 영창처분을 받은 병이 받게 되는 일정기간 동안의 신체의 자유 제한은 단기간에 이루어지는 것으로서 그 사유도 한정되어 있으므로, 심판대상조항으로 인해 달성되는 공익에 비해 크다고 보기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성원칙에 반하지 않는다.

(라) 소결

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 병의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 결론

따라서 심판대상조항은 영창주의에 위배되거나 적법절차원칙과 과잉금지원칙에 반하여 병의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.』

5. 결정의 의의

가. 병(兵)에 대한 영창제도는 위헌 논의가 꾸준히 제기되었고, 이에 대상결정의 심판청구 및 위헌제청 이후에도 논의가 계속되어 이 사건 계속 중 군인사법이 2020. 2. 4. 법률 제16928호로 개정되어 병(兵)에 대한 징계처분을 강등, 군기교육, 감봉, 휴가 단축, 근신 및 견책으로 구분하여 규정(제57조 제2항)함으로써 영창제도는 폐지되었고, 이는 2020. 8. 5.부터 시행되고 있다. 대상결정은 위 개정 전 군인사법 조항을 심판대상으로 한 것으로, 병에 대한 영창제도가 헌법에 위반된다고 판단하면서 개정법의 방향과 궤를 함께 하고 있다.

나. 헌법재판소는 종전 유사 결정에서 전투경찰순경에 대한 영

창처분의 근거조항에 대하여 재판관 5인이 위헌의견, 재판관 4인이 합헌의견으로 위헌 결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다(헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190). 그런데 군의 영창제도는 전투경찰순경에 대한 영창제도와 달리 인권담당 군법무관 제도의 도입, 영창처분의 보충성 강화, 영창처분에 대한 항고 시 집행정지의 효력 부여 등의 제도적 보완을 하였음에도 불구하고, 대상결정에서 병에 대한 영창처분의 근거조항이 헌법에 위반된다는 의견이 재판관 7인에 이르게 되면서 위헌 결정을 하게 되었는바, 영창처분에 대한 헌법재판소의 견해를 사실상 변경한 것으로 볼 수 있다.

다. 다만, 종전 결정은 형사절차가 아닌 징계절차상의 인신구금에 대한 헌법상 영장주의 적용 여부에 관하여 그 의견이 나뉘었는데, 대상결정 역시 재판관 4인의 법정의견에 대한 보충의견은 징계절차상의 인신구금에 대해서도 영장주의가 적용된다고 본 반면, 재판관 2인의 합헌의견은 행정절차에는 영장주의가 적용되지 않는다고 보았으며, 나아가 법정의견에 선 재판관 7인 중 보충의견을 밝힌 재판관 4인을 제외한 나머지 재판관 3인은 징계구금에 대한 영장주의의 적용 여부에 대하여 그 의견을 밝히지 아니하였는바, 징계절차상의 인신구금에 대한 헌법상 영장주의의 적용 여부에 관하여는 여전히 의견이 나뉘어 있다.

라. 행정절차에 의한 인신구금은 사실상 신체의 자유를 침해하는 강제처분적 성격을 갖고 있고, 이러한 신체구속은 형사절차와 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다는 점으로 인해 지속적으로 헌법상 영장주의 적용 여부에 대한 문제가 제기되고 있다. 그러나 한편으로는 헌법 제12조 제3항의 법문이 형사절차를 전제로 규정되어 있는 점, 행정절차에 의한 인신구금이 다양하고 긴요한 행

정적 목적을 달성하기 위해 불가피하게 작동될 때 영장주의를 고집하는 것이 행정상 목적을 달성할 수 없게끔 만드는 경우가 있을 수 있다는 우려 등이 헌법상 영장주의를 형사절차와 마찬가지로 행정절차에도 적용하도록 하는 데 특별한 고려요소가 되고 있다.

마. 한편, 재판관 2인의 합헌의견은 징계절차상의 인신구금에 대하여 영장주의의 적용은 부정하였지만, 영장주의의 이념을 고려하여 강화된 적법절차원칙을 적용하였는바, 이 역시 종전 결정의 합헌의견과 구별되는 지점이다.

바. 결국 헌법재판소는 징계절차를 비롯한 행정상 인신구금에 대해서는 헌법상 영장주의 적용 여부, 적법절차원칙의 심사강도 등에 대하여 확립된 견해를 보여주지는 아니하였으나, 징계절차상의 인신구금이라 하더라도 형사절차상의 인신구금에 준하는 제도가 제대로 마련되어 있지 않으면 과잉금지심사에서 침해의 최소성에 반하여 헌법에 위반된다고 판단할 수 있다는 점을 보여주었다.

[별지]

군인사법과 타법상 영창제도 비교

영창제도의 영창주의 위반 논란이 지속되자, 2005년 사법제도 개혁위원회가 구성, 운영되었는데 그 다수 입장은 영창제도의 개선을 전제한 유지 의견이었고, 이후 개정된 군인사법 관련 법령에서는 위 의견을 수용하여 징계사유를 보다 구체화하고(제56조), 영창은 휴가 제한이나 근신 등으로 직무 수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고, 복무규율을 유지하기 위하여 신체 구금이 필요한 경우에만 처분하도록 규정하였으며(제59조의2 제1항, 영창의 보충성), 인권담당 군법무관 제도를 신설하고(제59조의2 제2항, 인권담당 군법무관), 영창처분에 대하여 항고가 제기된 경우에는 그 집행을 정지하도록 하였으며(제60조 제5항, 집행정지), 인권담당 군법무관의 조력을 받을 권리를 규정하였다(제60조 제1항).

한편, ‘전투경찰대 설치법’에 대해서는, 본인의 의사에 상관없이 차출되는 전투경찰순경제도를 폐지하고, 본인의 의사에 따라 지원하는 의무경찰 제도로 일원화하였고, 이에 따라 법안명을 ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’로 수정하고, 법안 내에서 명시된 전투경찰을 의무경찰로 용어를 변경하는 내용의 개정안이 통과되었다. 이에 따라 2015. 7. 24. 법률 제13425호로 개정된 ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’은 의무경찰로 일원화하는 내용 외에도 전투경찰대의 경사 이하 경찰공무원은 위 법이 아니라 국가공무원법에 따른 징계 및 소청 규정의 적용을 받도록 하였다. 이에 ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’의 적용대상은 의무경찰에 한정되었고, 징계의 종류를 강등, 정직, 영창, 휴가제한 및 근신으로 변경하였다. 또한, 다른 징계수단으로 그 징계처분을 하는 목적을 달성하기 어렵고, 복무규율을 유지하기 위

하여 신체구금이 필요한 경우에만 영창처분을 할 수 있도록 보충성 규정을 마련하였으며(제5조 제2항), 소청심사가 청구된 경우에는 그 영창처분의 집행을 정지하도록 하였다(제6조 제2항).

	군인사법	전투경찰대 설치법	의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률
징계 종류, 영창의 내용	제57조(징계의 종류) ② 병에 대한 징계처분은 강등, 영창(營倉), 휴가 제한 및 근신으로 구분하되 징계의 종류에 따른 구체적인 내용은 다음 각 호와 같다. 2. 영창은 부대나 함정(艦艇) 내의 영창, 그 밖의 구금장소(拘禁場所)에 감금하는 것을 말하며, 그 기간은 15일 이내로 한다.	제5조(징계) ① 전투경찰대의 대원 중 경사·경장 또는 순경(전투경찰순경을 포함한다)에 대한 징계는 파면·해임·징직·감봉·견책·영창 및 근신(謹慎)으로 한다. ② 영창은 전투경찰대·함정(艦艇) 또는 그 밖의 장소의 구금장(拘禁場)에 구금하는 것을 말하며 그 기간은 15일 이내로 한다.	제5조(징계) ① 의무경찰에 대한 징계는 강등, 징직, 영창, 휴가 제한 및 근신(謹慎)으로 하고, 그 구체적인 내용은 다음 각 호와 같다. 3. 영창: 15일 이내의 기간 동안 의무경찰대·함정(艦艇) 내 또는 그 밖의 구금장소(拘禁場所)에 구금하는 것
요건	제59조의2(영창의 절차 등) ① 영창은 휴가 제한이나 근신 등으로 직무 수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고, 복무규율을 유지하기 위하여 신체 구금이 필요한 경우에만 처분하여야 한다.	(보충성 규정 없음)	제5조(징계) ② 영창은 휴가 제한이나 근신으로 그 징계처분을 하는 목적을 달성하기 어렵고, 복무규율을 유지하기 위하여 신체 구금이 필요한 경우에만 처분하여야 한다.

	군인사법	전투경찰대 설치법	의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률
절차 규정	<p>제59조의2(영창의 절차 등) ② 영창은 징계위원회 의결을 거쳐 병의 인권보호를 담당하는 군법무관(이하 "인권담당 군법무관"이라 한다)의 적법성 심사를 거친 후에 징계권자가 처분한다. 다만, 해외 순방 중인 함정에 있거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 긴급한 사유로 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 받을 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>		
불복 수단, 집행 정지 여부	<p>제60조(항고) ⑤ 제1항이나 제4항에 따라 영창처분에 대한 항고가 제기된 경우에는 그 집행을 정지하여야 한다.</p>	<p>제6조(소청) ① 제5조의 징계처분을 받고 처분에 불복하는 사람의 소청(訴請)은 각기 소속에 따라 해당 전투경찰대가 소속된 기관에 설치된 경찰 공무원 징계위원회에서 심사한다.</p> <p>② 제1항에 따른 심사를 청구한 경우에도 이에 대한 결정이 있을 때까지는 해당 징계처분에 따라야 한다.(집행부정지)</p>	<p>제6조(소청) ① 제5조의 징계처분을 받고 처분에 불복하는 사람의 소청(訴請)은 각기 소속에 따라 해당 의무경찰대가 소속된 기관에 설치된 경찰 공무원 징계위원회에서 심사한다.</p> <p>② 제1항에 따른 심사를 청구한 경우에도 이에 대한 결정이 있을 때까지는 해당 징계처분에 따라야 한다. 다만, 영창처분에 대한 소청 심사가 청구된 경우에는 이에 대한 결정이 있을 때까지 그 집행을 정지한다.</p>

16. 국적법 제12조 제2항 본문 등 위헌확인

- 병역준비역에 편입된 복수국적자 국적이탈 제한 사건 -
(헌재 2020. 9. 24. 2016헌마889, 판례집 32-2, 280)

이 재 강*

【판시사항】

1. 국적법 제12조 제2항 본문, 국적법 제14조 제1항 단서 중 제12조 제2항 본문에 관한 부분(이하 이들 조항을 합하여 ‘심판대상 법률조항’이라 한다)이 청구인의 국적이탈의 자유를 침해하는지 여부(적극)
2. 국적법 시행규칙 제12조 제2항 제1호(이하 ‘심판대상 시행규칙조항’이라 하고, 위 심판대상 법률조항과 이를 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)가 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극) 및 청구인의 국적이탈의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 심판대상 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고한 사례
4. 심판대상 법률조항과 동일한 내용의 국적법 조항들이 헌법에 위반되지 않는다는 취지로 판시한 선례를 변경한 사례

【심판대상】

이 사건 심판대상은 국적법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것) 제12조 제2항 본문, 국적법(2010. 5. 4. 법률 제10275호로 개정된 것) 제14조 제1항 단서 중 제12조 제2항 본문에 관한 부분,

* 헌법연구관

국적법 시행규칙(2014. 6. 18. 법무부령 제817호로 개정된 것) 제12조 제2항 제1호가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건개요】

청구인은 1999. 5. 15. 미합중국(이하 ‘미국’이라 한다)에서 미국 국적의 부와 대한민국 국적의 모 사이에서 출생하였다. 청구인은 국적법 제2조 제1항 제1호의 ‘출생한 당시에 모가 대한민국의 국민인 자’로서 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득하고, 미국 영토 내에서 태어나 출생과 동시에 미국 국적도 취득하여, 출생 시부터 대한민국과 미국의 국적을 모두 가진 복수국적자(이하 ‘복수국적자’는 이와 같이 대한민국 국적과 대한민국 외 다른 국가의 국적을 모두 보유한 자를 말한다)이다.

국적법 제12조 제2항 본문은 ‘병역법 제8조에 따라 병역준비역에 편입된 자는 편입된 때부터 3개월 이내에 하나의 국적을 선택하거나 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 때부터 2년 이내에 하나의 국적을 선택하여야 한다.’라고 규정하여, 병역준비역에 편입된 자의 국적선택 기간을 제한하고 있다. 또한, 국적법 제14조 제1항 단서에 의하면, 제12조 제2항 본문에 해당하는 사람의 경우 위 국적을 선택할 수 있는 기간 이내에 법무부장관에게 대한민국 국적으로부터 이탈한다는 뜻을 신고할 수 있고, 그 기간을 경과하면 병역의무가 해소되기 전에는 국적이탈 신고를 할 수 없다. 청구인은 대한민국 국민인 남성으로서 병역법상 만 18세가 되는 해인 2017. 1. 1.로부터 3개월 이내인 2017. 3. 31.까지 원칙적으로 어느 하나의 국적을 선택할 의무가 있고, 이 기간이 지나면 병역의무가 해소되기 전에는 국적이탈 신고를 할 수 없다.

한편, 국적법 시행규칙 제12조 제2항 제1호는 국적이탈 신고자가 ‘국적이탈 신고서’를 제출하면서 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’를 첨부하도록 규정한다. 이와 관련하여 실무상 법무부장관은 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(이하 ‘가족관계등록법’이라 한다)에 따른 신고자 본인의 기본증명서와 가족관계증명서, 부와 모의 기본증명서 등을 제출하도록 하고 있다. 이들 서류는 출생신고 등을 통하여 가족관계등록부가 작성된 사람에 대하여 발급될 수 있으므로, 국적이탈 신고를 하려면 그에 앞서 출생신고 등을 하여 가족관계등록부가 작성되어 있어야 한다. 청구인의 경우 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득하였으나 대한민국에 출생신고는 되어 있지 않다.

청구인은 대한민국 국적에서 이탈하려 하는데, 국적이탈 신고를 하기 위해서는 위 국적법 시행규칙조항의 존재로 인하여 우선 출생신고를 할 필요가 있고, 2017. 3. 31.이 지나면 위 국적법 조항들에 따라 병역의무가 해소되지 않는 이상 국적이탈이 제한되는바, 이들 규정이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2016. 10. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 심판대상 법률조항의 입법목적은 병역준비역에 편입된 사람이 병역의무를 면탈하기 위한 수단으로 국적을 이탈하는 것을 제한하여 병역의무 이행의 공평을 확보하려는 것이다.

복수국적자의 주된 생활근거지나 대한민국에서의 체류 또는 거주 경험 등 구체적 사정에 따라서는 사회통념상 심판대상 법률조항이 정하는 기간 내에 국적이탈 신고를 할 것으로 기대하기 어려운 사유가 인정될 여지가 있다. 주무관청이 구체적 심사를 통

하여, 주된 생활근거를 국내에 두고 상당한 기간 대한민국 국적자로서의 혜택을 누리다가 병역의무를 이행하여야 할 시기에 근접하여 국적을 이탈하려는 복수국적자를 배제하고 병역의무 이행의 공정성이 훼손되지 않는다고 볼 수 있는 경우에만 예외적으로 국적선택 기간이 경과한 후에도 국적이탈을 허가하는 방식으로 제도를 운용한다면, 병역의무 이행의 공정성이 훼손될 수 있다는 우려는 불식될 수 있다.

병역준비역에 편입된 복수국적자의 국적선택 기간이 지났다고 하더라도, 그 기간 내에 국적이탈 신고를 하지 못한 데 대하여 사회통념상 그에게 책임을 묻기 어려운 사정 즉, 정당한 사유가 존재하고, 병역의무 이행의 공정성 확보라는 입법목적은 훼손하지 않음이 객관적으로 인정되는 경우라면, 병역준비역에 편입된 복수국적자에게 국적선택 기간이 경과하였다고 하여 일률적으로 국적이탈을 할 수 없다고 할 것이 아니라, 예외적으로 국적이탈을 허가하는 방안을 마련할 여지가 있다.

심판대상 법률조항의 존재로 인하여 복수국적을 유지하게 됨으로써 대상자가 겪어야 하는 실질적 불이익은 구체적 사정에 따라 상당히 클 수 있다. 국가에 따라서는 복수국적자가 공직 또는 국가안보와 직결되는 업무나 다른 국적국과 이익충돌 여지가 있는 업무를 담당하는 것이 제한될 가능성이 있다. 현실적으로 이러한 제한이 존재하는 경우, 특정 직업의 선택이나 업무 담당이 제한되는 데 따르는 사익 침해가 가볍게 볼 수 없다. 따라서 심판대상 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 국적이탈의 자유를 침해한다.

2. 심판대상 시행규칙조항은 국적이탈 신고자에게 신고서에 '가족관계기록사항에 관한 증명서'를 첨부하여 제출하도록 규정하

는바, 실무상 국적이탈 신고자는 가족관계등록법에 따른 국적이탈자 본인의 기본증명서와 가족관계증명서, 부와 모의 기본증명서, 대한민국 국적의 부와 외국국적의 모 사이에서 출생한 경우에는 부의 혼인관계증명서 등(이하 '기본증명서 등'이라 한다)을 제출해야 한다.

국적이탈 신고자의 대한민국 국적 및 다른 국적 취득 경위, 성별, 부모의 국적 등 그 신고 당시의 구체적 사정이 다양하므로 시행규칙에서 첨부서류의 명칭을 직접 규정하는 것이 적절하지 않을 수 있고, 첨부할 서류의 내용이나 증명 취지를 고려하여 지금과 같이 표현하는 것 외에 다른 방법을 상정하기 어려우므로, 심판대상 시행규칙조항은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

기본증명서 등은 신고자 본인을 특정하고 국적이탈의 전제가 되는 대한민국 국적보유 사실 등을 확인하는 데 필요한 자료이다. 법무부장관으로서 국적이탈 요건 충족 여부를 정확히 판단하기 위하여 신고자에게 정형화되고 신뢰성이 높은 문서를 제출하도록 할 수밖에 없는데, 가족관계등록법상 기본증명서 등은 그러한 정보가 기재된 대한민국의 공문서로서, 법무부장관이 요건 충족 여부를 판단하는 데 필요한 정보를 충분히 담고 있으면서 또한 신뢰성이 확보되는 다른 유형의 서류를 상정하기 어렵다. 출생신고는 출생자의 부 또는 모가 부담하는 가족관계등록법상의 의무이며, 국적이탈 신고 시에 비로소 출생신고를 하여야 하는 부담은 청구인의 부 또는 모가 가족관계등록법에 따른 출생신고 의무를 이행하지 않았기 때문에 발생하는 문제일 뿐이다. 따라서 심판대상 시행규칙조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다.

3. 헌법재판소가 심판대상 법률조항에 대한 단순위헌결정을 하

여 효력이 즉시 상실되면, 국적선택이나 국적이탈에 대한 기간 제한이 정당한 경우에도 그 제한이 즉시 사라지게 되어 병역의무의 공정성 확보에 어려움이 발생할 수 있으므로, 심판대상 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하기로 한다.

4. 종래 이와 견해를 달리하여 심판대상 법률조항과 동일한 내용의 국적법 조항들이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였던 헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739 결정 및 헌재 2015. 11. 26. 2013헌마805, 2014헌마788(병합) 결정은 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 이를 변경하기로 한다.

재판관 이선애, 재판관 이미선의 심판대상 법률조항 부분에 대한 반대의견

헌법재판소는 이미 두 차례에 걸쳐 심판대상 법률조항과 같거나 실질적으로 동일한 내용을 규정한 국적법 조항에 대하여, 그 입법취지, 병역자원 손실 및 병역부담평등의 원칙 훼손 방지 필요성, 복수국적자에 미치는 규제의 정도 등을 고려할 때 복수국적자의 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다고 결정하였는바, 그 판단을 변경해야 할 정도의 사정변경이나 필요성이 인정된다고 볼 수 없다.

국민개병주의를 규정한 헌법 제39조, 평등원칙을 규정한 헌법 제11조에서 나오는 병역부담평등의 원칙은 헌법적 요청일 뿐만 아니라, 우리나라에서 그것은 다른 어느 사회와도 비교할 수 없을 정도로 강력하고도 절대적인 사회적 요구이다. 심판대상 법률조항은 우리 헌법이 담고 있는 병역부담평등의 원칙을 실현하기 위한 것이다.

복수국적자는 18세가 되어 병역준비역에 편입된 때부터 3개월이 지나기 전이라면 자유롭게 국적을 이탈할 수 있고, 그 이후부터 병역의무가 해소되는 시점까지만 국적이탈이 금지된다. 심판대상 법률조항은 입법자가 국방과 병역형평이라는 헌법적 가치를 한 축으로, 국적이탈이라는 개인의 기본권적 가치를 다른 한 축으로 하여 어느 한쪽을 일방적으로 희생시키지 아니하고 나름의 조정과 형량을 한 결과라 할 수 있다.

복수국적자의 부모 중 어느 일방 또는 쌍방은 대한민국 국적자이거나 대한민국 국적자이었던 경우가 대부분이라는 점, 대한민국의 재외공관에서는 국적이탈 제도에 대하여 여러 방법을 통해 꾸준히 안내하고 있다는 점 등을 고려할 때 그의 법률의 부지를 정당화할 만한 사정이 있다고 하기 어렵다. 심판대상 법률조항은 헌법이 요청한 병역부담평등의 원칙을 실현하기 위한 것이므로, 사회적 합의에 따른 면밀한 기준 설정 없이 개개인에 불가피한 사정이 있을 수 있다는 등의 이유로 선불리 그 적용의 예외를 허용하여서는 안 된다.

재판관 이석태, 재판관 문형배의 심판대상 시행규칙조항 부분에 대한 반대의견

심판대상 시행규칙조항 및 그 실무에 의하면, 청구인과 같이 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한 후 출생신고를 한 사실이 없는 복수국적자가 대한민국 국적으로부터 이탈하기 위해서는 우선 출생신고 절차를 거친 후 기본증명서 등을 발급받아야 하는바, 그가 생애 대부분 기간을 외국에 머무르면서 생활해왔다면 이러한 절차를 이해하고 진행하는 데 상당한 어려움을 겪을 것으로 예측할 수 있다. 복수국적자가 자신의 의사와 관계없이 출생

을 원인으로 당연히 대한민국 국적을 취득하였다는 점을 고려하면 가혹한 측면이 있으며, 자신의 거주지, 재외공관 방문의 용이성, 대한민국 법령이나 국어에 대한 이해 정도 등 여건과 상황에 따라 국적이탈 신고를 결국 포기하는 데 이르도록 할 여지가 있다. 법무부장관은 다른 소명서류로 어떤 것을 인정할 것인지 기준을 확립하고, 국적이탈 신고를 처리하는 과정에서 제출한 서류로써 그것이 충분히 소명되는지 살펴보아야 하므로 업무상 부담이 초래될 수 있으나, 출생신고 절차를 반드시 거치지 않더라도 국적이탈 신고를 할 수 있도록 길을 열어줌으로써 청구인과 같은 복수국적자의 국적이탈의 자유를 충분히 보장할 필요가 있다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

가. 심판대상 법률조항

심판대상 법률조항은 대한민국 남성인 복수국적자에 대하여 국적선택 의무를 부과하면서 그 기간을 제한하여 ‘대한민국 국적으로부터 벗어날 수 있는 자유’라는 의미의 ‘국적이탈의 자유’를 제한하는바(헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌마805등 참조), 이 사건에서는 심판대상 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 국적이탈의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다.

나. 심판대상 시행규칙조항

심판대상 시행규칙조항에서는 국적이탈 신고 시 첨부하여야 할 서류로 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’라고만 규정하고 있는 바, 이 사건에서는 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’가 구체적으

로 어떠한 서류를 지칭하는지와 관련하여 명확성원칙 위배 여부가 문제되었다.

또한, 실무상 국적이탈을 희망하는 사람이 가족관계등록부가 작성되어 있지 않은 경우 국적이탈 신고 이전에 우선 출생신고 등을 통하여 가족관계등록법에 따른 가족관계등록부의 작성이 요구되는바, 이 사건에서는 이와 같이 심판대상 시행규칙조항이 위 서류 제출을 필요로 하는 것이 국적이탈의 자유에 대한 제한으로서 과잉금지원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이 되었다.

2. 대한민국 남성인 복수국적자에 대한 국적이탈 제한 가. 국적선택 기간의 제한

일반적으로 복수국적자는 만 20세 이전에 복수국적자가 된 경우 22세까지, 20세 이후 복수국적자가 된 경우 그때부터 2년 내 하나의 국적을 선택하여야 한다(국적법 제12조 제1항 본문).¹⁾

그런데 국적법은 병역법에 따라 병역의무를 부담하는 자, 즉 대한민국 국민인 남성에 대하여 위 국적선택 기간에 대한 제한을 가하고 있다. 즉, ‘병역법 제8조에 따라 병역준비역에 편입된 자’는 편입된 때부터 3개월 이내 또는 병역의무가 해소된 때부터 2년 이내에 하나의 국적을 선택하여야 한다(국적법 제12조 제2항 본문). 대한민국 국민인 남성은 18세부터 병역준비역에 편입되는 바, 만 18세가 되는 해의 1월 1일 이전에 대한민국 국적을 취득하여 병역준비역에 편입된 복수국적자의 경우에는 그 날부터 3개월 후인 3월 31일을 시한으로 하나의 국적을 선택하여야 한다(병역법 제2조 제2항, 제8조 참조).

1) 다만, 현행 국적법은 ‘대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 법무부장관에게 서약’하는 경우 복수국적을 허용하고 있다(제10조 제2항 참조).

나. 국적이탈 신고의 제한

일반적으로 복수국적자는 자진하여 대한민국 국적으로부터 이탈할 수 있다. 대한민국 국적에서 이탈하려 하는 복수국적자는 그 뜻을 법무부장관에게 신고하여야 하며, 국적이탈 신고가 수리되면 대한민국 국적을 상실한다(국적법 제14조 제1항 본문, 제2항).

그런데 위와 같이 병역의무를 부담하는 대한민국 남성은 대한민국 국적으로부터 이탈한다는 뜻을 위와 같이 국적을 선택할 수 있는 기간 이내에 신고할 수 있고, 이 기간을 경과하면 국적법 제12조 제3항 각 호에 기재된 바와 같이 병역의무가 해소된 경우에만 신고할 수 있다(국적법 제14조 제1항 단서 참조). 즉, 대한민국 남성인 복수국적자는 만 18세가 된 해의 1월 1일이 되기 전 국적을 취득한 경우 같은 해 3월 31일 이전에, 위 1월 1일 이후 국적을 취득한 경우 그 취득일부터 3개월 이내에 각 대한민국 국적으로부터 자진하여 이탈한다는 뜻을 신고하지 않으면 병역의무가 해소될 때까지 국적이탈 신고를 할 수 없으므로 대한민국 국적에서 자진하여 이탈할 수 없다.

이 사건 청구인은 복수국적자인 남성으로서 다른 국적을 보유한 상태에서 대한민국 국적으로부터 벗어나려는 사람이므로, 이 사건에서 대한민국 국적과 함께 다른 국적을 보유하는 문제, 즉 국적법상 복수국적의 허용 문제는 주된 쟁점이 아니다. 또한, 다른 국적을 포기하고 대한민국 국적만을 선택하려는 경우도 이 사건에서는 문제되지 않는다. 즉, 이 사건의 주된 쟁점은 복수국적자인 대한민국 남성에 대하여 국적선택 기간을 더 짧게 제한하고, 그 기간이 경과하면 병역의무가 해소되지 않는 한 대한민국 국적으로부터 이탈할 수 없도록 제약하는 데 있다.

다. 국적이탈 신고를 위한 서류 제출 의무와 출생신고 등의 필요 국적이탈 신고를 위해서는 국적이탈 신고서에 가족관계기록사항에 관한 증명서, 외국 국적을 취득하거나 보유 중인 사실을 증명하는 서류, 외국 국적을 취득한 사유 및 연월일을 증명하는 서류와 외국 여권의 사본을 첨부하여 제출하여야 한다. 이에 더하여, 대한민국 남성은 만 18세가 되는 해의 3월 31일 이전에 국적이탈 신고를 하는 경우 직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자가 아님을 증명하는 서류로서 법무부장관이 정하는 서류를, 그 이후에 국적이탈 신고를 하는 경우 병역의무에서 해소된 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 제출하여야 한다(국적법 시행규칙 제12조 제1항, 제2항).

심판대상 시행규칙조항이 '가족관계기록사항에 관한 증명서'를 요구함에 따라, 실무상 국적이탈 신고를 위하여 가족관계등록법에 따른 국적이탈자 본인의 기본증명서와 가족관계증명서, 부와 모의 기본증명서, 대한민국 국적의 부와 외국국적의 모 사이에서 출생한 경우에는 부의 혼인관계증명서 등을 제출하여야 한다. 그런데 이들 서류를 발급받으려면 가족관계등록부가 작성되어 있어야 하는데, 대한민국에 출생신고조차 되어 있지 않은 사람은 가족관계등록부가 작성되지 않으므로 이들 서류를 발급받을 수 없다. 결국, 출생신고가 되어 있지 않은 복수국적자는 국적이탈 신고를 위해 출생신고부터 하여야 한다. 특히 출생 후 대한민국과 별다른 접점 없이 살아온 복수국적자의 경우 대한민국 국적에서 이탈하기 위해 대한민국에 입국하거나 재외공관을 통하여 출생신고부터 하여야 하는 것이 적지 않은 부담으로 여겨질 수 있으며, 청구인도 그 점을 지적하고 있다.

라. 실무상 국적선택명령의 제한

법무부장관은 복수국적자로서 정해진 기간 안에 국적을 선택하지 않은 사람에게 1년 이내에 하나의 국적을 선택할 것을 명하여야 하나, 실무상 병역준비역에 편입된 복수국적자가 국적선택기간 내에 하나의 국적을 선택하지 않은 경우에는 원칙적으로 그에게 국적선택명령을 하지 않고 있는 것으로 보인다(국적법 제14조의2 참조). 즉, 대한민국 남성인 복수국적자의 경우 국가가 주도하여 그의 복수국적 상태를 해소하여 줄 것을 기대하기도 어렵다.

마. 소결

이상의 내용을 종합하면, 대한민국 남성인 복수국적자는 만 18세가 된 해의 1월 1일이 되기 전 국적을 취득한 경우 같은 해 3월 31일 이전에, 위 일자 이후 국적을 취득한 경우 그 취득일부부터 3개월 이내에 각 대한민국 국적으로부터 자진하여 이탈한다는 뜻을 신고하지 않는 이상, 병역의무가 해소되기 전에는 대한민국 국적에서 이탈할 수 없다.

3. 헌법재판소 선례

가. 헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739, 판례집 18-2, 528

헌법재판소는 복수국적자가 제1국민역에 편입된 날부터 3개월 이내에 하나의 국적을 선택하여야 하고 그때까지 대한민국 국적을 이탈하지 않으면 병역의무가 해소된 후에야 이탈할 수 있도록 한 국적법(2005. 5. 24. 법률 제7499호로 개정된 것) 제12조 제1항 단서, 제14조 제1항 단서 등이 청구인의 기본권을 침해하는지가 쟁점이 된 사건에서, 위 조항들이 청구인의 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다고 판단한 바 있다.

헌법재판소는 이 사건에서 “국적을 이탈하거나 변경하는 것은 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함되므로 법 제12조 제1항 단서 및 그에 관한 제14조 제1항 단서는 이중국적자의 국적선택(국적이탈)의 자유를 제한하는 것이라 할 것이고, 그것이 병역의무이행의 확보라는 공익을 위하여 정당화될 수 있는 것인지가 문제된다.”, “법 제12조 제1항 단서 및 그에 관한 제14조 제1항 단서는 이중국적자라 하더라도 대한민국 국민인 이상 병역의무를 이행하여야 한다는 것을 원칙적인 전제로 하여, 이중국적자로서 구체적인 병역의무 발생(제1국민역 편입) 시부터 일정기간(3월) 내에 한국 국적을 이탈함으로써 한국의 병역의무를 면하는 것은 허용하되, 위 기간 내에 국적이탈을 하지 않은 이중국적자는 병역문제를 해소하지 않는 한 한국 국적을 이탈하지 못하게 함으로써 국적선택제도를 통하여 병역의무를 면탈하지 못하게 하려는 데에 그 입법취지가 있다.”라고 실시하였다.

이 선례에서 헌법재판소는 ‘국적선택 또는 국적이탈의 자유’라는 기본권이 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함된다고 보았다. 또한, 심판대상 법률조항과 동일한 취지의 당시 심판대상조항의 입법목적을 ‘국적선택제도를 통하여 병역의무를 면탈하는 것을 방지하려는 것’에서 찾았다.

나. 헌재 2015. 11. 26. 2013헌마805, 2014헌마788(병합), 판례집 27-2하, 346

그 후 헌법재판소는 같은 내용의 국적법(2010. 5. 4. 법률 제10275호로 개정된 것) 제12조 제2항 본문 및 제14조 제1항 단서가 청구인들의 기본권을 침해하는지가 쟁점이 된 사건에서, 헌법재판소는 위 조항들이 청구인들의 국적이탈의 자유와 평등권을

침해하지 않는다고 판단한 바 있다.

이 사건에서도 헌법재판소는 국적을 이탈하거나 변경하는 것은 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함된다고 설시하였다. 다만, 재판관 강일원의 별개의견은 국적을 이탈하거나 변경하는 자유가 거주·이전의 자유에 포함된다는 다수의견의 논리에 찬성할 수 없으며, 복수국적자가 대한민국 국적을 버릴 수 있는 자유는 헌법 제10조에서 도출되는 것이라고 보았다. 한편, 헌법재판소는 심판대상 법률조항과 같은 취지의 당시 심판대상조항의 입법목적에 위 2005헌마739 선례 결정을 인용하여 동일하게 판단하였다.

4. 심판대상조항의 위헌 여부 및 헌법재판소 결정에 대한 해설 가. 심판대상 법률조항의 국적이탈의 자유 침해 여부

심판대상 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 국적이탈의 자유를 침해하는지 여부와 관련하여, 다수의견은 국적이탈의 자유를 침해한다고 판단하였는바, 그 판단을 인용하면 다음과 같다.

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

「심판대상 법률조항은 병역법 제8조에 따라 병역준비역에 편입된 복수국적자는 편입된 때부터 3개월 이내에 하나의 국적을 선택하도록 하고, 그 기간이 경과하면 국적이탈의 신고를 할 수 없도록 규정하여 병역의무의 해소 전에는 대한민국 국적에서 이탈할 수 없도록 한다.

심판대상 법률조항의 입법목적은 병역준비역에 편입된 사람이 병역의무를 면탈하기 위한 수단으로 국적을 이탈하는 것을 제한하여 병역의무 이행의 공평을 확보하려는 것이다. 헌법 제39조 제1항은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를

부담한다고 규정하고, 국민인 남성은 헌법과 병역법 등이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실하게 수행하여야 하는바(병역법 제3조 제1항 참조), 병역의무의 이행에 공평을 확보하려는 심판대상 법률조항의 입법목적은 정당하다.

또한, 심판대상 법률조항은 위와 같이 국적이탈이 가능한 기간을 제한함으로써 병역준비역에 편입된 사람이 그 이후 국적이탈이라는 방법을 통해서 병역의무에서 벗어날 수 없도록 하므로, 병역의무 이행의 공평성 확보라는 목적을 달성하는 데 적합한 수단이다.」

(2) 피해의 최소성

「심판대상 법률조항은 대한민국 남성인 복수국적자가 만 18세가 되는 해의 1월 1일이 되기 전 국적을 취득한 경우 같은 해 3월 31일 이전에, 위 일자 이후 국적을 취득한 경우 그 취득일부터 3개월 이내에 하나의 국적을 선택하도록 하고, 그때까지 대한민국 국적으로부터 이탈한다는 뜻을 신고하지 않는 이상, 병역의무가 해소되기 전에는 대한민국 국적에서 이탈할 수 있는 예외를 전혀 두지 않고 있다. 이와 같이 복수국적자인 남성에 대하여 국적이탈의 자유가 예외 없이 제한되는데도 불구하고, 복수국적자에게 국적선택 절차나 국적선택 기간이 경과되는 경우 발생하는 제한 등에 대하여 개별 통지가 이루어지지 않고 있다. 국적법은 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국 국민인 자는 신고 없이 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득하는 것으로 규정하는바(국적법 제2조 제1항 제1호), 이러한 사정을 보태어보면 대한민국 국적 취득 사실, 복수국적자의 국적선택 절차, 심판대상 법률조항에 따른 국적이탈 제한 등에 대한 이해가 부족한 복수국적자가 발생할 가능성은 상존한다.

복수국적자의 주된 생활근거지나 대한민국에서의 체류 또는 거주 경험 등 구체적 사정에 따라서는 사회통념상 심판대상 법률조항이 정하는 기간 내에 국적이탈 신고를 할 것으로 기대하기 어려운 사유가 인정될 여지가 있다. 예컨대 출생과 동시에 신고 없이 대한민국 국적을 취득한 복수국적자가 주된 생활근거를 외국에 두고 학업이나 경제활동 등의 생활을 하여 왔다면, 그에게 복수국적 취득과 국적이탈 등에 관한 대한민국의 법과 제도에 대한 이해를 기대하기 어려울 수 있다. 그럼에도 불구하고, 그가 복수국적자임을 인지하고 비로소 대한민국 국적에서 이탈하려 할 때 국적선택 기간이 경과하였다는 이유로 병역의무 해소 전에는 그의 국적이탈 신고를 일률적으로 허용하지 않는 것은 사회통념상 그에게 책임을 묻기 어려운 사유로 그의 국적이탈의 자유를 크게 제약하는 것이다.

심판대상 법률조항의 입법목적은 병역의무 이행의 공정성을 확보하는 것이고, 헌법재판소 선례도 심판대상 법률조항과 같은 제한을 두지 않을 경우 복수국적자가 생활근거를 대한민국에 두면서 대한민국 국적자로서의 혜택을 누리다가 정작 병역의무를 이행하는 시기가 오면 국적에서 이탈하는 것과 같은 기회주의적 행태가 빈발하여 병역의무 이행의 공정성이 훼손될 수 있음을 우려한 바 있다(헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌마805등). 그러나 주무관청이 구체적 심사를 통하여, 주된 생활근거를 국내에 두고 상당한 기간 대한민국 국적자로서의 혜택을 누리다가 병역의무를 이행하여야 할 시기에 근접하여 국적을 이탈하려는 복수국적자를 배제하고 병역의무 이행의 공정성이 훼손되지 않는다고 볼 수 있는 경우에만 예외적으로 국적선택 기간이 경과한 후에도 국적이탈을 허가하는 방식으로 제도를

운용한다면 위와 같은 우려는 불식될 수 있다.

따라서 병역준비역에 편입된 복수국적자의 국적선택 기간이 지났다고 하더라도, 그 기간 내에 국적이탈 신고를 하지 못한 데 대하여 사회통념상 그에게 책임을 묻기 어려운 사정 즉, 정당한 사유가 존재하고, 또한 병역의무 이행의 공평성 확보라는 입법목적에 훼손하지 않음이 객관적으로 인정되는 경우라면, 병역준비역에 편입된 복수국적자에게 국적선택 기간이 경과하였다고 하여 일률적으로 국적이탈을 할 수 없다고 할 것이 아니라, 예외적으로 국적이탈을 허가하는 방안을 마련할 여지가 있다.

이처럼 ‘병역의무의 공평성 확보’라는 입법 목적을 훼손하지 않으면서도 기본권을 덜 침해하는 방법이 있는데도 심판대상 법률조항은 그러한 예외를 전혀 두지 않고 일률적으로 병역의무 해소 전에는 국적이탈을 할 수 없도록 하는바, 이는 피해의 최소성 원칙에 위배된다.]

이와 같이 다수의견은 심판대상 법률조항이 국적선택 기간이 지난 경우 복수국적자의 국적이탈을 병역의무가 해소된 때 외에는 그 어떠한 경우에도 인정하지 않은 점을 피해의 최소성 원칙 위배의 주된 판단요소로 삼았다.

(3) 법익의 균형성

「심판대상 법률조항은 복수국적자가 대한민국 국적의 유지를 원하지 않는 경우에도 병역의무 해소 전에는 절대적으로 국적에서 이탈할 수 없도록 함으로써 병역의무의 공평한 이행이라는 공익을 확보하고자 한다.

그런데 복수국적자가 주로 외국에 거주하면서 대한민국에 출생 신고조차 되어 있지 않은 경우라면 대한민국 정부는 그를 국민으로 파악하기 어려워 실제 병역준비역에 편입하기 어렵고, 실사

어떠한 방법으로 그를 병역준비역에 편입한 경우라 하더라도 그가 대한민국에 입국하지 않으면 현실적으로 병역의무를 이행하도록 하기 어렵다. 즉, 복수국적자의 국적이탈을 제한하면서도 병역의무의 이행을 현실화할 수 없어 심판대상 법률조항이 추구하는 공익이 실질적으로 달성되지 않는 경우가 발생한다. 국경을 넘는 인적교류가 활발해지고 국적을 달리하는 사람들 간 혼인이 꾸준히 증가하면 현행 국적법의 태도 아래에서는 대한민국에 거주하지 않는 복수국적자도 계속 증가할 것인데, 이러한 규범 목적과 현실 사이의 괴리는 더 가중될 여지가 있다.

반면, 심판대상 법률조항의 존재로 인하여 복수국적을 유지하게 됨으로써 대상자가 겪어야 하는 실질적 불이익은 구체적 사정에 따라 상당히 클 수 있다. 국가에 따라서는 복수국적자가 공직 또는 국가안보와 직결되는 업무나 다른 국적국과 이익충돌 여지가 있는 업무를 담당하는 것이 제한될 가능성이 있다. 현실적으로 이러한 제한이 존재하는 경우, 특정 직업의 선택이나 업무 담당이 제한되는 데 따르는 사익 침해가 가볍게 볼 수 없다.

이상과 같이 심판대상 법률조항을 통하여 달성되는 공익에 비하여 침해되는 사익이 더 큰 경우가 있고, 이러한 경우 심판대상 법률조항은 법익의 균형성 원칙도 충족하지 못한다.」

이에 대하여, 심판대상 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다는 재판관 이선애, 재판관 이미선의 반대의견이 있었는바, 반대의견의 요지는 위 【결정요지】 부분에 기재된 바와 같다.

나. 심판대상 시행규칙조항에 대한 판단

(1) 명확성원칙 위배 여부

다수의견은 심판대상 시행규칙조항이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였는바, 그 판단을 인용하면 다음과 같다.

「심판대상 시행규칙조항은 국적이탈 신고자에게 신고서에 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’를 첨부하여 제출하도록 한다. 청구인은 심판대상 시행규칙조항만으로는 국적이탈 신고 시 어떠한 서류가 필요한지, 특히 그 서류는 반드시 대한민국 공문서를 말하는 것인지 등을 전혀 예측할 수 없으므로 심판대상 시행규칙조항은 명확성원칙에 위배된다고 주장한다.

현재 실무상 국적이탈 신고자는 가족관계등록법에 따른 국적이탈자 본인의 기본증명서와 가족관계증명서, 부와 모의 기본증명서, 대한민국 국적의 부와 외국국적의 모 사이에서 출생한 경우에는 부의 혼인관계증명서 등(이하 ‘기본증명서 등’이라 한다)을 제출하여야 한다. 심판대상 시행규칙조항이 이를 직접 명시하지 않아 국적이탈 신고자가 정확히 어떠한 서류를 지칭하는지 알기 어려울 수 있으나, 국적이탈 신고자의 대한민국 국적 및 다른 국적 취득 경위, 성별, 부모의 국적 등 그 신고 당시의 구체적 사정이 다양하므로 시행규칙에서 첨부서류의 명칭을 직접 규정하는 것이 적절하지 않을 수 있고, 첨부할 서류의 내용이나 증명 취지를 고려하여 지금과 같이 표현하는 것 외에 다른 방법을 상정하기 어렵다.

심판대상 시행규칙조항이 규정하는 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’가 어떠한 서류를 의미하는지 다른 법령에도 명시되어 있는 않으나, 대한민국 정부는 다양한 방법으로 이를 소개, 안내하고 있으며, 설사 신고자가 이를 이해하지 못하여 기본증명서

등을 제출하지 않았다고 하더라도, 실무상 신고서만 접수되면 일단 국적이탈의 신고가 된 것으로 보고, 첨부서류는 추후 다시 보완할 수 있도록 안내하므로, 이 과정에서 청구인은 이 서류가 무엇을 지칭하는지 알 수 있다.」

이와 같이 다수의견은 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’가 어떠한 서류를 지칭하는지 파악하기 어려울 수도 있으나, 시행규칙에서 이를 더 구체적으로 열거하는 것이 어렵고, 특히 정부가 다양한 방법으로 서류 목록을 안내하고 있으며, 무엇보다도 기본증명서 등이 제출되지 않았더라도 이를 곧바로 국적이탈 신고자의 불이익으로 돌리지 않고 추후 보완의 기회를 충분히 부여하고 있다는 점 등을 고려하여, 심판대상 시행규칙조항이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

한편, 후술하는 심판대상 시행규칙조항 부분에 대한 재판관 이석태, 재판관 문형배의 반대의견도 심판대상 시행규칙조항이 명확성원칙을 침해한다고 보지는 않았다.

(2) 과잉금지원칙 위배 여부

심판대상 시행규칙조항이 과잉금지원칙에 위배되어 국적이탈의 자유를 침해하는지 여부와 관련하여, 다수의견은 국적이탈의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였는바, 그 판단을 인용하면 다음과 같다.

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

「심판대상 시행규칙조항은 국적이탈 신고자에게 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’를 신고서에 첨부하여 제출하도록 한다. 이에 따라 실무상 제출이 요구되는 신고자 본인의 기본증명서와 가족관계증명서 등은 신고자 본인을 특정하고 국적이탈의 전제가

되는 대한민국 국적보유 사실 등을 확인하는 데 필요한 자료이다. 심판대상 시행규칙조항은 법무부장관이 국적이탈 신고 수리 업무를 적정하게 처리할 수 있도록 신고자에게 필요한 서류를 첨부하여 제출하게 하는 것으로서, 그 목적의 정당성이 인정된다. 법무부장관은 이를 통해 국적이탈 신고자가 그 요건을 갖추었는지 여부를 판단하는 데 필요한 정보를 얻을 수 있으므로 수단의 적합성도 인정된다.」

(나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

「법무부장관이 국적이탈 신고를 수리하기 위해서는 신고자 본인을 정확히 특정하고 국적이탈의 전제로서 그의 대한민국 국적 취득 및 보유 사실을 확인할 필요가 있다. 국적이탈 신고자의 거주지, 출생지와 출생일, 연령, 성별, 대한민국 국적 취득 경위, 부 또는 모의 국적 취득 및 상실 여부 등 국적이탈 신고를 둘러싼 사정이 다양하므로, 법무부장관으로서는 국적이탈 요건 충족 여부를 정확히 판단하기 위하여 신고자에게 정형화되고 신뢰성이 높은 문서를 제출하도록 할 수밖에 없다. 가족관계등록법상 기본증명서 등은 그러한 정보가 기재된 대한민국의 공문서인바, 법무부장관이 요건 충족 여부를 판단하는 데 필요한 정보를 충분히 담고 있으면서 또한 신뢰성이 확보되는 다른 유형의 서류를 상정하기 어렵다.

청구인은 심판대상 시행규칙조항으로 인하여 출생신고를 하지 않은 복수국적자의 경우 기본증명서 등을 발급받기 위하여 우선 출생신고부터 하여야 하는 문제점이 있다고 주장한다. 물론 출생신고가 선행되어야 국적이탈 신고에 필요한 첨부서류를 발급받을 수 있는 것이 사실이나, 출생신고는 출생자의 부 또는 모가 부담하는 가족관계등록법상 의무이며(제44조 제1항, 제46조 제1항

참조), 국적이탈 신고 시에 비로소 출생신고를 하여야 하는 부담은 청구인의 부 또는 모가 가족관계등록법에 따른 출생신고 의무를 이행하지 않았기 때문에 발생하는 문제일 뿐, 심판대상 시행규칙조항이 직접 출생신고 의무를 부과하고 있는 것은 아니다.

실무상으로는 국적이탈 신고자가 심판대상 시행규칙조항에 따른 기본증명서 등 필수 서류를 첨부하지 않은 채 신고서를 제출하더라도 이를 접수하고 있으며, 미처 제출하지 못하였거나 잘못 제출한 서류는 담당자가 안내하여 추후 보완하도록 하고, 보완시 우편이나 이메일에 의한 제출, 재외공관을 통한 제출도 허용하는 등 법무부장관은 신고자의 편의를 충분히 고려하고 있는 것으로 보인다. 이러한 실무례를 고려하면, 심판대상 시행규칙조항이 국적이탈 신고자에게 기본증명서 등을 제출하도록 하는 것이 그에게 다소 불편함을 초래할 수는 있으나 그의 국적이탈을 사실상 불가능하게 하는 정도에 이른다고 볼 수 없다.]

이와 같이 다수의견은 국적이탈 신고에서 요건 판단을 위한 서류로 기본증명서 등의 제출이 불가피하고, 출생신고는 출생자의 부 또는 모가 부담하는 다른 법률에 의한 별개의 의무로서 국적이탈 절차에 앞서 출생신고가 우선 요구되는 것은 그 별개의 의무를 다하지 않은 데 따른 절차일 뿐이며, 위 명확성원칙 위배여부에서 고려한 것과 같이, 기본증명서 등이 제출되지 않았더라도 이를 곧바로 국적이탈 신고자의 불이익으로 돌리지 않고 추후 보완의 기회를 충분히 부여하고 있다는 점 등을 널리 고려하여, 심판대상 시행규칙조항이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

이에 대하여, 심판대상 시행규칙조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 국적이탈의 자유를 침해한다는 재판관 이석태, 재판

관 문형배의 반대의견이 있었는바, 반대의견의 요지는 위 【결정요지】 부분에 기재된 바와 같다.

5. 결정의 의의

심판대상 법률조항이 국적선택과 국적이탈 신고를 제한하는 대상을 ‘병역법 제8조에 따라 병역준비역에 편입된 자’로, 그 기간을 ‘병역준비역에 편입된 때부터 3개월 이내’로 제한하고 있으므로, 심판대상 법률조항의 입법목적이 병역의무의 이행과 관련이 있다는 점은 명백하다. 이 결정이 헌법재판소 선례와 같은 취지에서 심판대상 법률조항의 입법목적을 ‘병역의무의 공평성 확보’에서 찾고 있는 것은 적절하다.

병역의무 이행이 사회적 신분이나 재산, 학력 등에 관계없이 헌법과 법률에 따라 차별 없이 이행될 것이라는 국민들의 신뢰를 보호하기 위하여, 부당하게 병역의무 이행을 면할 수 있는 가능성은 최소화할 필요가 있으며, 심판대상 법률조항은 국적이탈이라는 방법을 통하여 복수국적자가 병역의무를 면탈하는 것을 방지하는 데 주된 목적이 있다.

현행 국적법은 대한민국 국적의 부 또는 모로부터 출생한 사람에 대하여 별다른 신고 등 절차를 요구하지 않고 당연히 대한민국 국적을 부여하고 있으며(소위 ‘속인주의’), 이에 따라 미국과 같이 출생지를 기준으로 자국 영역 내에서 출생한 사람에게 국적을 부여하는 국가(소위 ‘속지주의’), 대한민국 국민이 속인주의를 취하는 다른 국적의 국민과 결혼한 경우 그 국가 사이에서 복수국적이 발생할 수 있다. 앞으로 국민이 국외에서 생활하며 자녀를 얻는 경우가 많아지고, 다른 국적자와 혼인하는 사례도 더 증가할 가능성이 높은 상황에서, 복수국적자는 꾸준히 증가할 수

있는데, 그러한 복수국적자 중에는 대한민국과 별다른 접점 없이 국외에서만 생활하는 사람도 많을 것이다. 이들 중에서는 자신이 대한민국 국적을 가지고 있다는 사실조차 인식하지 못하는 경우가 적지 않을 것으로 보인다.

복수국적을 취득하게 된 경위 또는 복수국적자의 주된 생활근거지 등을 고려할 때 그 구체적 사정에 따라 심판대상 법률조항에 따른 국적선택 기간 및 국적이탈 신고의 제한을 이행하지 못하는 특별한 사정이 있을 수 있는데, 심판대상 법률조항은 그러한 예외를 전혀 인정하지 않고 일률적으로 국적이탈의 자유를 제한하고 있었다. 그런데 복수국적이 유지될 경우, 그가 주로 생활을 영위하는 국가에서 복수국적임을 이유로 특정 직업을 선택하는데 장애가 초래되는 등의 구체적 불이익이 언론 등을 통하여 확인되고 있다. 이들 중에서는 자신이 대한민국 국민임을 인식하고 입국하여 병역의무를 이행한 후 복수국적을 해소하는 등의 선택을 하는 사람도 있을 수 있으나, 지금껏 대한민국과 아무런 접점 없이 살았던 사람이라면 갑자기 입국하여 병역의무를 이행할 가능성이 현실적으로 높지 않다고 생각된다. 특히 후자의 경우라면, 심판대상 법률조항을 통하여 병역의무가 해소되지 않았음을 이유로 국적이탈을 허용하지 않는 것이 당사자에게 불이익만 초래할 뿐 입법목적의 달성에 별다른 기여를 할 수 없다. 다수의견이 심판대상 법률조항이 과잉금지원칙에 위배된다고 본 취지는 그러한 예외를 전혀 두지 않고 있는 점, 입법목적의 달성에 크게 기여하지 못하는 반면에 침해되는 사익이 크다는 점을 널리 고려한 것으로 볼 수 있다.

다만, 반대의견의 지적과 같이 심판대상 법률조항은 복수국적자의 병역의무 부담과 직결되는 내용을 담고 있으므로 신중한 접

근이 필요하다는 점은 향후 개선입법 과정에서 충분히 고려될 필요가 있으며, 다수의견 역시 이러한 점을 고려하여, ‘정해진 기간 내에 국적이탈 신고를 하지 못한 데 대하여 사회통념상 그에게 책임을 묻기 어려운 사정 즉, 정당한 사유가 존재하고, 또한 병역의무 이행의 공평성 확보라는 입법목적은 훼손하지 않음이 객관적으로 인정되는 경우’로 그 예외 인정의 범위를 좁게 인정할 필요가 있다고 보았다.

개선입법 과정에서 그러한 예외의 판단 주체, 고려 요소, 배제 사유 등이 구체적으로 논의될 것으로 보이며, 개선입법을 통하여 ‘병역의무의 공평성 확보’라는 중요한 가치를 훼손하지 않으면서 사인의 구체적 사정을 충분히 고려해 줄 수 있을 것이라 기대한다.

한편, 심판대상 시행규칙조항은 특히 대한민국과 별다른 접점 없이 살아 온 복수국적자에게 국적이탈 신고 과정에서 적지 않은 부담을 초래하는 것이 사실이다. 특히 그가 출생신고조차 되어 있지 않은 경우, 대한민국 국민이거나 국민이었던 부 또는 모의 도움을 받기 어렵고 국어에도 능숙하지 않다면, 출생신고를 거쳐 관련 서류를 갖춘 후 국적이탈 신고까지 하는 것이 매우 어렵게 느껴질 수 있을 것이다. 그러나 국적이탈의 요건 충족 여부를 정확히 판단하기 위해서는 대한민국의 공문서가 제출될 필요가 있고, 실무상 대한민국 정부가 재외공관 등을 통하여 관련 절차를 안내하고 조력하고 있는 점 등을 종합하면, 그러한 절차상의 불편함이 국적이탈 신고를 불가능하게 이른다고 보기는 어렵다고 생각된다.

헌법재판소가 선례와 달리 심판대상 법률조항이 헌법에 위배된다고 본 것은 ‘병역의무의 공평성 확보’라는 가치의 무게감을 달리 평가한 것이라기보다는 복수국적을 둘러싼 현실 변화를 반영

한 것으로 이해될 수 있다. 향후 개선입법 과정에서 병역의무의
공평성을 충분히 확보하면서도 복수국적자의 구체적 사정을 엄정
하게 판단할 수 있는 기준이 수립될 것으로 기대한다.

17. 군인보수법 제2조 제1항 위헌확인

- 공중보건 의사에 편입되어 군사교육에 소집된 사람에게 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 아니한 사건 -
(헌재 2020 9. 24. 2017헌마643, 판례집 32-2, 320)

서 경 미*

【판시사항】

공중보건 의사에 편입되어 군사교육에 소집된 사람을 군인보수법의 적용대상에서 제외하여 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 한 군인보수법 제2조 제1항 중 ‘군사교육소집된 자’ 가운데 ‘병역법 제5조 제1항 제3호 나목 4) 공중보건 의사’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 군인보수법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정된 것) 제2조 제1항 중 ‘군사교육소집된 자’ 가운데 ‘병역법 제5조 제1항 제3호 나목 4) 공중보건 의사’에 관한 부분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

* 선임헌법연구관

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2017. 3. 9.부터 2017. 4. 6.까지 군사교육에 소집되어 교육훈련을 마치고 2017. 4. 10.부터 공중보건의로사로 근무한 사람이다. 청구인은 현역병 및 사회복지무요원과 동일하게 군사교육 훈련을 받았음에도 군인보수법 제2조 제1항 등에 따라 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하여 평등권 등을 침해받았다고 주장하면서, 2017. 6. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

가. 공중보건의로사에 편입되어 군사교육에 소집된 사람은 현역병과 동일한 내용의 군사교육을 받는데도 심판대상조항에 따라 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하여 평등권을 침해받는다.

나. 사회복지무요원이나 공중보건의로사 모두 보충역으로서 동일한 내용의 군사교육을 받음에도, 사회복지무요원은 소집일부터 보수를 지급받고 있는 반면, 공중보건의로사는 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하여 평등권을 침해받는다.

다. 심판대상조항은 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 하여 공중보건의로사라는 직업을 선택할 수 없게 하거나 그 선택에 중대한 제약을 가하므로, 직업선택의 자유를 침해한다.

【결정요지】

공중보건의로사는 의사 등 전문자격 보유자를 대상으로 하고, 현역병보다 자유로운 환경에서 복무하며, 임기제 공무원으로 신분

이 보장되고, 자신의 전문지식과 능력을 그대로 활용할 수 있으며, 장교에 해당하는 보수를 지급받고 있어 그 복무의 내용이나 성격이 현역병이나 사회복무요원과 같다고 보기 어렵고, 공중보건 의사에 대한 군사교육은 복무기간 내내 비군사적인 복무에 종사하게 될 공중보건의사에게 단 1회 30일 이내의 기간에 한하여 이루어지고, 그 기간 동안 의식주에 필요한 기본물품이 제공된다는 점 등을 고려하면 공중보건의사가 받는 불이익이 심대하다고 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항이 공중보건의사에 편입되어 군사교육 소집된 자에게 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 규정하였다고 하더라도 이는 한정된 국방예산의 범위 내에서 효율적인 병역 제도의 형성을 위하여 공중보건의사의 신분, 복무 내용, 복무 환경, 전체 복무기간 동안의 보수 수준 및 처우, 군사교육의 내용 및 기간 등을 종합적으로 고려하여 결정한 것이므로, 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 이영진, 재판관 문형배의 위헌의견

현역병이 받는 기초군사훈련이나 공중보건의사가 받는 군사교육은 교육기간의 장단만 차이가 있을 뿐 교육과정에 차이가 없으며, 공중보건의사로 복무할 것인지 여부도 온전히 자율적인 의사에 따라 결정된다고 볼 수 없고, 군사교육 소집기간이 아닌 복무기간 중의 처우 차이가 군사교육 소집훈련 기간 동안의 보수지급을 달리 결정할 합리적인 이유가 된다고 보기도 어렵다. 사회복무요원은 공중보건의사와 같은 보충역으로서 대체복무를 한다는 점에서 더욱 달리 취급할 합리적인 이유를 발견하기 어렵다. 국가는 재정부담 능력 등을 고려하여 병역의무 이행자들의 군사교

육에 대한 보수의 지급 여부나 수준을 정할 수 있으나, 병역의무 이행자들에 대한 차별적인 보수 지급이 오로지 재정 절감의 필요성만을 이유로 허용될 수는 없다. 병역의무 이행자들 사이에서 발생하는 보수의 불합리한 차별은 병역의무 이행자들의 사기를 저하시키고 병역의무 이행에 전념하지 못하게 하므로, 보수 지급을 통하여 달성하고자 하는 정책적 목적에도 부합하지 않는다. 따라서 심판대상조항이 공중보건의사에 편입되어 군사교육에 소집된 사람을 현역병이나 사회복지무요원과 달리 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 한 것은 평등권을 침해한다.

【해 설】

1. 이 사건의 쟁점

심판대상조항은 공중보건의사에 편입되어 군사교육에 소집된 사람을 군인보수법의 적용대상에서 제외하여 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 규정하고 있다. 이에 대하여 청구인은 심판대상조항이 공중보건의사를 현역병 및 사회복지무요원과 합리적인 이유 없이 달리 취급하여 평등권을 침해하고, 공중보건의사라는 직업을 선택할 수 없게 하므로 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한다.

살피건대, 공중보건의사의 병적에 편입된 보충역은 현역병 및 사회복지무요원과 같은 군인의 신분으로 군사교육 훈련을 받음에도 심판대상조항에 따라 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하게 되므로, 평등권 침해 여부가 문제된다.

그러나 헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유에 있어서 ‘직업’이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하는바(헌재 2014. 5. 29. 2011헌마363, 판례집

26-1하, 378, 383), 청구인이 공중보건 의사에 편입되어 공중보건 의사로 복무하는 것은 병역의 종류의 하나인 보충역으로서 병역의무를 이행하기 위한 것이므로, 직업선택의 자유의 보호대상이 되는 ‘직업’ 개념에 포함된다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건에서도 직업의 자유 침해 여부는 판단하지 아니하고, 평등권 침해 여부를 중심으로 판단하였다.

2. 공중보건 의사 제도 개관

가. 개요

공중보건 의사란 의사·치과의사 또는 한의사(이하 ‘의사 등’이라 한다)의 자격을 가진 사람으로서 ‘농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법’에서 정하는 바에 따라 공중보건 업무에 복무하는 사람을 말한다(병역법 제2조 제1항 제11호).

공중보건 의사는 군의관의 수요에 충당하고 남은 의사를 실역복무에 대신하여 일정 기간 도서·벽지 등에서 보건의료 업무에 의무적으로 종사하게 함으로써 국민들 사이의 균등한 의료혜택과 국민들의 보건·의료 향상에 기여할 목적으로 도입된 보충역 제도이다(헌재 2014. 5. 29. 2012헌가4, 판례집 26-1하, 288, 291 참조).

공중보건 의사는 3년간의 복무를 마치면 사회복지요원의 복무를 마친 것으로 본다(병역법 제34조 제2항, 농어촌의료법 제7조).

나. 편입 절차

병무청장은 의사 등의 자격이 있는 사람 중 ① 현역입영 대상자로서 군의관의 병적에 편입을 지원하였으나 편입되지 아니한 사람, ② 의무사관후보생의¹⁾ 병적에 편입된 사람으로서 군의관

1) 의사 등의 자격이 있는 사람으로서 군전공의 수련기관에서 33세까지 과정을 마칠

병적에 편입되지 아니한 사람, ③ 사회복지무원 소집 대상인 보충역에 해당하는 사람이, 지원을 한 경우 공중보건의사로 편입시킬 수 있다(병역법 제34조 제1항). 공중보건의사로 편입을 원하는 의사 등은 공중보건의사 편입지원서를 편입되는 해의 2월 10일까지 병무청장에게 제출하여야 한다(병역법 시행령 제69조 제2항 제1호). 병무청장은 공중보건의사 편입에 있어서 ‘의무사관후보생의 병적에 편입된 사람으로서 군의관 병적에 편입되지 아니한 사람’을 우선적으로 편입시킨다(병역법 시행령 제69조 제3항).

다. 군사교육

공중보건의사의 병적에 편입된 사람은 복무기관에 배치되기 전에 군사교육을 받아야 한다(병역법 제34조 제1항, 제55조, 병역법 시행령 제107조). 보충역의 군사교육 소집기간은 30일 이내로 하도록 규정되어 있는데(병역법 시행령 제108조), 현재 4주로 운영되고 있다. 또한, 군사교육 소집기간은 의무복무 기간에 산입되지 아니한다(병역법 제34조 제3항, 농어촌의료법 제7조 제1항).

수 있는 사람은 의무사관후보생의 병적에 편입신청을 할 수 있고, 의무사관후보생으로 선발이 되면, 국방부장관이 지정한 군전공의 수련기관(2019. 1. 17. 기준 190개의 민간병원이 수련병원으로 지정되어 있음)에서 군복무를 이행하지 않고 의무사관후보생으로 병적이 관리되며 전문의 과정[의사(인턴1년, 레지던트 4년), 치과의사(인턴 1년, 레지던트 3년), 한의사(일반수련의 1년, 전문수련의 3년)]을 이수할 수 있다(전문의의 자격 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제5조, 치과의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제5조, 한의사전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제5조). 의무사관후보생들은 전문의 과정을 마치면 소정의 절차에 따라 먼저 군의관으로 선발되고, 군의관의 수요를 충족하고도 남은 인원이 있는 경우에 한하여 공중보건의사로 병역의무를 이행하게 된다. 의무사관후보생 제도는 의사 등의 입장에서는 병역의무 이행으로 인한 경력단절 없이 전문의 과정을 마칠 수 있다는 장점이 있고, 군의 입장에서는 전문의 자격 보유 군의관을 안정적으로 확보할 수 있다는 장점이 있다.

라. 신분

공중보건의사는 국가공무원법 제26조의5에 따른 임기제공무원의 신분을 가지는데(농어촌 의료법 제3조 제1항), 보건복지부장관의 종사명령을 받은 때 국가공무원법 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 임용된 것으로 본다(농어촌의료법 제3조 제2항). 따라서 공중보건의사에 편입된 사람은 군사교육 소집기간 동안에는 ‘소집되어 군에 복무하는 보충역’으로서 군인의 신분을 가지고(군인사법 제2조 제3호), 군사교육 훈련을 마친 후 보건복지부장관으로부터 종사명령을 받은 때부터 임기제공무원의 신분을 취득하고 복무를 개시하게 된다.

마. 복무

공중보건의사는 보건복지부장관이 지정하는 해당 기관에서 3년간 공중보건의업무에 복무하고(농어촌의료법 제5조 제1항), 관할지역 또는 해당 기관의 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장 또는 배치기관의 장의 지도·감독을 받는다(농어촌의료법 제14조). 또한, 해당 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장 또는 배치기관의 장의 허가 없이 근무시간에 직장을 이탈하여서는 안 되고(농어촌의료법 제8조 제1항), 해당 관할구역의 응급환자 진료를 위하여 필요한 경우나 도서 등의 지역으로 해당 관할구역에 의료기관이 없는 경우 등과 같이 일정한 사안의 경우에는 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 그 관할구역에 있는 공중보건의사에게 근무지역의 이탈 금지를 명할 수도 있다(농어촌의료법 제8조 제2항).

공중보건의사는 농어촌의료법에서 정한 것을 제외하고는 국가공무원법의 적용을 받아 국가공무원법상의 제반 의무 즉, 성실의무, 복종의무, 직장이탈금지 의무, 친절·공정 의무, 비밀엄수 의무, 청

럼의무, 품위유지 의무, 영리 업무 및 겸직 금지 의무, 정치운동금지 의무, 집단행위금지 의무 등을 부담한다.

공중보건의사의 1주 근무시간은 점심시간을 제외하고 40시간이고, 토요일은 휴무함을 원칙으로 한다(국가공무원복무규정 제9조 제1항). 1일 근무시간은 9시부터 18시까지이고, 점심시간은 12시부터 1시까지이며 근무시간에 포함되지 않는다(국가공무원복무규정 제9조 제2항).

바. 보수

공중보건의사는 군인보수의 한도에서 보수를 지급받고, 수당 및 직무수행에 필요한 여비 등은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 지급받는다(농어촌의료법 제11조 제1항). 공중보건의사는 보건복지부장관의 종사명령을 받은 때부터 임기제 공무원의 신분을 취득하게 되므로, 공중보건의사의 보수 또한 임기제 공무원의 신분을 취득한 때부터 지급된다.

공중보건의사의 보수기준(제8조 관련)

		근무기간		
		1년 미만	1년 이상 2년 미만	2년 이상
보수	공중보건의사의 구분			
봉급	전문의 수련경력이 없는 사람	중위 1호봉	중위 2호봉	중위 3호봉
	인턴 수련 1년 이수자	중위 1호봉	중위 2호봉	대위 1호봉
	레지던트 수련 1년 이수자	중위 2호봉	대위 1호봉	대위 2호봉
	레지던트 수련 2년 이수자	대위 1호봉	대위 2호봉	대위 3호봉
	레지던트 수련 3년 이수자	대위 2호봉	대위 3호봉	대위 4호봉
	레지던트 수련 4년 이수자	대위 3호봉	대위 4호봉	대위 5호봉
가족수당	「공무원 수당 등에 관한 규정」에 따라 예산의 범위에서 지급			
진료수당	예산의 범위에서 월 2만원 이하 지급			

공중보건직의사의 보수기준은 다음과 같다[농어촌의료법 시행령 (2013. 1. 22. 대통령령 제24327호로 개정된 것) 제8조].

[참고] 군인의 봉급표 일부(2017년~2019년)²⁾

		1호봉	2호봉	3호봉	4호봉	5호봉	6호봉
중위	2017	1,406,300	1,493,400	1,580,500	(이하 생략)		
	2018	1,777,500	1,878,300	1,979,100			
	2019	1,813,800	1,916,700	2,019,600			
대위	2017	1,829,400	1,933,000	2,036,600	2,140,200	2,243,800	(이하 생략)
	2018	2,291,200	2,411,500	2,531,800	2,652,100	2,772,400	
	2019	2,337,900	2,460,700	2,583,500	2,706,300	2,829,100	

※ [참고] 현역 및 사회복무요원의 봉급

- 2017년: 이등병(163,000원), 일등병(176,400원), 상등병(195,000원), 병장(216,000원)
- 2018년, 2019년: 이등병(306,100원), 일등병(331,300원), 상등병(366,200원), 병장(405,700원)

※ [참고] 군의관의 보수: 군의관은 군사교육 훈련기간(6주) 동안 사관후보생의 신분으로 보수를 지급받고, 군의관으로 임용된 이후에는 공중보건직의사와 같이 중위 1호봉에서 대위 5호봉 사이의 보수를 지급받는다. 사관후보생의 보수는 2017년 369,300원, 2018년·2019년 559,000원이다.

2) 구 공무원보수규정(2017. 1. 6. 대통령령 제27769호로 개정되고, 2018. 1. 18. 대통령령 제28594호로 개정되기 전의 것) 제5조 [별표13], 구 공무원보수규정(2018. 1. 18. 대통령령 제28594호로 개정되고, 2019. 1. 8. 대통령령 제29478호로 개정되기 전의 것) 제5조 [별표13], 공무원보수규정(2019. 1. 8. 대통령령 제29478호로 개정된 것) 제5조 [별표13] 참조. 위 공무원보수규정에 현역과 사관후보생의 보수도 함께 규정되어 있다.

3. 군사교육과 보수 지급

가. 군사교육

군사교육은 보충역, 승선근무예비역을 대상으로 실시된다(병역법 제55조 제1항).

보충역의 군사교육소집은 거주지·직장소재지 또는 소속기관별로 실시하되, 다음과 같은 구분에 따라 이루어진다(병역법 시행령 제107조).

보충역	실시시기
사회복무요원	소집과 동시에 실시하되, 부득이한 경우에는 사회복무요원 소집일로부터 1년 이내
예술·체육요원	예술·체육요원 편입일로부터 1년 이내
공중보건지사, 병역판정전담지사 공익법무관, 공중방역수의사 (이하 ‘공중보건지사 등’)	공중보건지사 등의 병적에 편입되어 복무기관에 배치되기 전
전문연구요원, 산업기능요원	의무복무기간 중에 실시

보충역의 군사교육 소집기간은 30일 이내에 하도록 규정되어 있는데(병역법 제55조 제1항, 병역법 시행령 제108조), 사회복무요원, 예술·체육요원, 공중보건지사 등, 전문연구요원 및 산업기능요원에 대한 군사교육은 4주간 실시[동화교육(1일), 군인기본자세 확립(2주), 기본전투기술 구비(2주)]되고 있다.

현역병과 보충역에 대한 군사교육은 분리 운영되고 있다. 현역병은 병역법 제55조에 따른 군사교육 소집 대상이 아니나, 입병과 동시에 신병교육의 일환으로 기초군사교육을 받고 있다. 현역병의 기초군사훈련은 ‘정신교육(26시간), 군사훈련(175시간), 군사지식(24시간), 기타(행정업무 등 45시간)’로 구성되어 있는데,

야전에서 꼭 필요한 전투기술이 훈련과목으로 구성되어 있고, 이러한 부분에 대한 교육이 보충역에 비해 더 많이 편성되어 있다. 또한, 정신교육과 군사지식도 보충역에 비해 각 군별 정체성 확립을 위한 핵심가치 및 특성화 교육 등을 중심으로 심화하는 내용이 추가되어 있다.

나. 보수지급

소집되어 군에 복무하는 보충역도 군인이므로 군사교육 소집기간 동안 보수에 관하여는 군인보수법의 적용을 받는다. 그런데 군인보수법 제2조는 ‘군사교육소집된 자’를 군인보수법의 적용대상에서 제외하여 군사교육에 소집된 자에게 그 기간 동안의 보수를 지급하지 못하도록 규정하고 있다. 따라서 병역법 제55조의 군사교육 소집대상자인 보충역은 위 조항에 따라 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하게 된다. 다만, 사회복무요원은 보충역이지만 병역법 제31조 제5항, 병역법 시행령 제62조 제1항에서 복무기관의 장이 ‘소집일부터’ 현역병의 봉급에 해당하는 보수를 지급하도록 규정하여 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받고 있다.

군인보수법이 1963. 5. 1. 법률 제1338호로 제정될 당시에는 교육소집된 자를 군인보수법의 적용대상에서 제외하는 조항을 두지 않았다. 교육소집된 자가 군인보수법의 적용대상에서 제외되기 시작한 것은 군인보수법이 1973. 10. 10 법률 제2628호로 개정되면서부터이고, 주요한 이유는 국방비 예산 절감이라고 한다. 이후 군인보수법 개정과정에서 자구 수정 등 경미한 내용의 변화가 있었으나, 교육소집된 자가 군인보수법의 적용대상에서 제외된다는 내용은 현재까지 그대로 유지되고 있다.

다. 보수의 성격

병역의무를 이행하는 사람이 받는 보수의 성격을 어떻게 보아야 하는지 문제된다.

헌법재판소는 최근 사회복지부요원에게 현역병의 봉급에 해당하는 보수를 지급하도록 규정한 병역법 시행령 조항에 대한 헌법소원사건(헌재 2019. 2. 28. 2017헌마374등)에서, “병역의무 이행자들에게 어느 정도의 보상을 지급할 것인지는 전체 병력규모 및 보충역 복무인원과 국가의 재정부담 능력, 물가수준의 변화 등에 따라 정하여질 수밖에 없어, 이를 정할 때에는 상당한 재량이 인정되므로, 그 내용이 현저히 불합리한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌마374등, 공보 269, 304, 307).”라고 판시하였는바, 명시적으로 병역의무 이행자들에 대한 보수의 성격을 밝힌 것은 아니지만, 사회복지부요원의 보수가 병역의무 이행과 교환적 대가관계에 있다기보다는 보상적 성격이 더 크다고 판단한 것으로 볼 수 있다.

이 사건에서는 “병역의무 이행자들에 대한 보수는 병역의무 이행과 교환적 대가관계에 있는 것이 아니라 병역의무 이행의 원활한 수행을 장려하고 병역의무 이행자들의 처우를 개선하여 병역의무 이행에 전념하게 하려는 정책적 목적으로 지급되는 수혜적인 성격의 보상이므로, 병역의무 이행자들에게 어느 정도의 보상을 지급할 것인지는 전체 병력규모와 보충역 복무인원, 복무환경과 처우, 국가의 재정부담 능력, 물가수준의 변화 등을 고려할 수밖에 없어 이를 정할 때에는 상당한 재량이 인정된다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌마374등 참조).”라고 판시하여 보수의 성격을 분명히 밝혔다.

병역의무를 이행하는 사람은 생활의 기본적 수요를 충족시키기

위한 직업활동으로서 병역에 종사하는 것이 아니라 병역의무를 이행하기 위한 방법으로 병역에 종사하고 있다는 점, 헌법에서 규정하고 있는 국방의 의무·납세의 의무와 같은 국민의 의무는 필연적으로 자연권의 제한을 수반하고 국민이 어느 정도 이를 수 인할 것을 요구한다는 점, 국방의 의무는 국가공동체의 존립과 안전을 위한 가장 기본적인 국민의 의무라는 점 등을 고려하면, 국가가 병역의무의 이행에 대하여 반드시 의무이행과 교환적 대가관계에 있는 반대급부를 지급할 의무가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건에서도 병역의무 이행자들에 대한 보수는 병역 제공에 대한 대가로서의 성질을 가지고 있다기보다는 병역의무 이행의 원활한 수행을 장려하고 병역의무 이행자들의 처우를 개선하여 병역의무 이행에 전념하게 하려는 정책적 목적으로 지급되는 수혜적인 성격의 보상이라고 본 것이다.

4. 심판대상조항의 위헌 여부

가. 재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 김기영, 재판관 이미선의
기각 의견

(1) 심사기준

헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 이유 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 이유 있는 차별 내지 불평등은 평등원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1. 72, 75 참조). 그리고 병역의무 이행자들에게 어느 정도의 보상을 지급할 것인지는 전체 병력규모 및 보충역 복무인원, 복무환경과 처우, 국가의 재정부담 능력, 물가수준의 변화 등

에 따라 정하여질 수밖에 없어, 이를 정할 때에는 상당한 재량이 인정되므로, 그 내용이 현저히 불합리한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2019. 2. 28. 2017헌마374 등, 공보 269, 304, 307 참조). 따라서 기각의견에서는 완화된 기준에 의하여 평등권 침해 여부를 심사하였다.

(2) 현역병과 공중보건의사 사이의 차별의 합리성 유무

현역병은 징집이나 지원에 의하여 입영한 날부터 군부대에 복무하고(병역법 제5조 제1항 제1호, 병역법 제18조 제1항), 복무기간 내내 영내에 거주하며 내무생활을 기본으로 한다(군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령 제23조). 또한, 현역병은 병역판정검사 결과 현역병입영 대상자로 처분된 사람에 대하여 지방병무청장이 징집순서를 결정하고(병역법 제15조 제1항), 징집순서의 결정 기준 또한 신체등급·학력·연령 등 자질을 고려하여 병무청장이 일방적으로 결정한다(병역법 제15조 제2항).

이에 반해, 공중보건의사는 의사 등의 자격이 있는 사람 중 군의관의 현역 소요에 충원하고 남는 자원을 보건의료 취약지역 등에 보내 공중보건의업무에 종사하도록 함으로써 국민들 사이의 균등한 의료혜택과 국민들의 보건·의료 향상에 기여할 목적으로 도입된 보충역 제도로서(농어촌의료법 제1조 참조), 의사 등의 전문자격 보유자를 대상으로 자율적인 의사에 기한 지원 절차를 거쳐 편입 여부가 결정되고(병역법 제34조 제1항), 임기제 공무원으로 신분이 보장되며(농어촌의료법 제3조 제1항), 출퇴근 근무, 주 40시간 근무, 토요일 휴무 등 현역보다 자유로운 복무환경에서 근무하고(국가공무원복무규정 제9조), 복무 기간 동안에도 자신의 전공과 전문능력을 활용할 수 있으며, 장교에 해당하는 보수를

지급받고 있다(농어촌의료법 제11조 제1항, 농어촌의료법 시행령 제8조).

현역병과 공중보건의사의 복무 초기 보수를 비교해 보면, 현역 이등병은 2017년 기준 163,000원, 2018년 및 2019년 기준 306,100원이고, 공중보건의사는 1년 미만의 복무기간 동안 전문의 수련 경력에 따라 2017년 기준 1,406,300원(중위 1호봉)에서 2,036,600원(대위 3호봉), 2018년 기준 1,777,500원(중위 1호봉)에서 2,531,800원(대위 3호봉), 2019년 기준 1,813,800원(중위 1호봉)에서 2,583,500원(대위 3호봉) 사이의 보수를 지급받고 있다.³⁾ 이러한 보수의 차이는 복무기간 후반기에는 더욱 늘어나게 되는데, 현역 병장은 2017년 기준 216,000원, 2018년 및 2019년 기준 405,700원인데 반해, 공중보건의사는 2년 이상 복무한 경우 전문의 수련 경력에 따라 2017년 기준 1,580,500원(중위 3호봉)에서 2,243,800원(대위 1호봉), 2018년 기준 1,979,100원(중위 3호봉)에서 2,772,400원(대위 5호봉), 2019년 기준 2,019,600원(중위 3호봉)에서 2,829,100원(대위 5호봉) 사이의 보수를 지급받게 된다.

현역병은 입영일부터 보수를 지급받는데 반해, 공중보건의사는 임용일부터 보수를 지급받기 때문에 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하고 있으나, 현역병과 공중보건의사의 복무기간 동안의 보수는 복무 초기를 기준으로 비교하여도 최소 4배 이상의 차이를 보이고 있고, 복무기간 전체로 보면 그 차이는 더욱 늘어난다.

3) 농어촌의료법 제11조 제1항, 농어촌의료법 시행령 제8조, 구 공무원보수규정(2017. 1. 6. 대통령령 제27769호로 개정되고, 2018. 1. 18. 대통령령 제28594호로 개정되기 전의 것) 제5조 [별표13], 구 공무원보수규정(2018. 1. 18. 대통령령 제28594호로 개정되고, 2019. 1. 8. 대통령령 제29478호로 개정되기 전의 것) 제5조 [별표13], 공무원보수규정(2019. 1. 8. 대통령령 제29478호로 개정된 것) 제5조 [별표13] 참조

더불어 현역병이 신병교육의 일환으로 받는 기초군사훈련과 공중보건의사가 받는 군사교육의 내용을 비교해보면, 육군의 경우에는 기간의 장단만 차이가 있을 뿐 거의 유사한 내용의 교육이 이루어지고 있다고 볼 여지가 있으나, 현역병에 대한 기초군사훈련은 전투력 향상을 목적으로 향후 현역병이 복무할 군과 병과의 특성에 따라 복무 기간 내내 이루어지는 훈련과정의 일부로서 행하여지는 것인데 반해, 공중보건의사에 대한 군사교육은 장차 복무기간 내내 비군사적인 복무에 종사하게 될 공중보건의사에게 군인으로서의 최소한의 자질과 소양을 함양시킬 목적으로 복무가 개시되기 전 단 1회에 한하여 30일 이내의 범위에서 단기로 이루어지는 군사교육이다.

또한, 공중보건의사가 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하고 있으나, 병역법이 군사교육소집으로 입영한 사람의 복무와 처우는 현역의 경우와 같이 하도록 규정하여 군사교육 소집기간 동안 기본적으로 의·식·주에 필요한 기본 물품이 제공되도록 하고 있고(병역법 제56조 제3항), 군사교육 소집으로 소요되는 여비 등도 지급하고 있는바(병역법 제79조), 공중보건의사가 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 않는다고 하여 그 불이익이 심대하다고 보기도 어렵다.

따라서 기각의견에서는 심판대상조항이 공중보건의사에 편입되어 군사교육소집된 자를 군인보수법의 적용대상에서 제외하여 공중보건의사가 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하게 되었다고 하더라도, 이는 현역병과 공중보건의사의 신분, 복무 내용 및 복무 환경, 복무 선택 가능성, 전공 및 전문능력 활용 가능성, 전체 복무기간 동안의 보수의 수준 및 처우, 군사교육의 내용과 기간 등을 종합적으로 고려하여 병역의 종류에 따라 군사

교육 기간 동안의 보수지급 여부를 달리 결정한 것이므로, 현역 병에 비하여 공중보건의사를 현저히 불합리하게 차별한 것이라고 보기 어렵다고 판단한 것이다.

(3) 사회복지요원과 공중보건의사 사이의 차별의 합리성 유무
 사회복지요원과 공중보건의사는 같은 보충역으로서 병역법 제55조의 군사교육 소집대상자이다. 그러나 사회복지요원과 공중보건의사는 서로 제도의 취지나 병역의무의 이행 방법이 다르다.

사회복지요원은 사회활동이 가능한 사람이 병역면제를 받는 것에 대한 논란을 해소하고 예외 없는 병역의무부과 체계를 정립하여 병역의무 이행의 형평성을 확보하고자 현역병 복무가 곤란한 보충역 자원을 국가기관, 지방자치단체, 공공단체 등의 공익 목적 수행에 필요한 분야에 복무하도록 하는 제도이다. 따라서 사회복지요원은 공중보건의사나 산업기능요원 등 타 보충역과 달리 현역 복무를 하지 않은 보충역에 대하여 국가가 현역과 동일하게 강제하는 병역의무의 형태로서, 징집순서와 소집순서는 지방병무청장에 의하여 일방적으로 결정되고, 소집 시 이미 복무기관이 정해진 상태로 소집이 이루어지며(병역법 제28조, 제29조), 복무 분야 또한 사회복지요원을 배정받은 기관의 장이 일방적으로 지정하며(병역법 제31조 제1항), 민간인 신분으로 현역병에 해당하는 보수를 지급받는다(병역법 제31조 제5항, 병역법 시행령 제62조 제1항). 또한, 사회복지요원의 복무기간은 2년 2개월이고,⁴⁾ 소집된 날부터 복무기간이 기산되어 군사교육 소집기간도 복무기간에 산입된다(병역법 제29조, 병역법 시행령 제56조 제1항).

4) 21개월로 단축 예정이다. 2018. 10. 1.일 소집해제자부터 2주단위로 1일씩 단축하고 있다고 한다(병무청 홈페이지: www.mma.go.kr/contents.do?mc=mma0000744); 병역법 제19조 제1항, 제42조, 사회복지요원 소집업무 규정 제47조 참조).

그에 반해, 공중보건직의사는 군의관의 수요에 충당하고 남은 의사를 실역복무에 대신하여 일정 기간 도서·벽지 등에서 보건의료 업무에 의무적으로 종사하도록 함으로써 국민들의 균등한 의료 혜택과 국민들의 보건·의료 향상에 기여할 목적으로 도입된 보충역 제도이다. 공중보건직의사는 의사 등 전문자격 보유자를 그 대상으로 하고, 징집이나 소집이 국가에 의하여 일방적으로 결정되는 것이 아니라 자율적인 의사에 기한 편입 지원 절차에 따라 결정되고(병역법 제34조 제1항), 임기제 공무원으로 신분이 보장되며(병역법 제34조 제3항, 병역법 시행령 제108조, 농어촌의료법 제3조), 3년간 공중보건업무에 종사하면서 자신의 전문지식과 전문능력을 그대로 활용할 수 있고(농어촌의료법 제5조 제1항), 장교에 해당하는 보수를 지급받는다(농어촌의료법 시행령 제8조). 또한, 공중보건직의사는 군사교육 소집훈련이 끝난 후 보건복지부장관의 종사명령을 받아야 비로소 임기제 공무원의 신분을 취득하고 복무기간이 기산되기 때문에 군사교육 소집기간은 복무기간에 산입되지 않는다(병역법 제34조 제3항, 농어촌의료법 제3조).

이처럼 사회복지복무요원과 공중보건직의사는 같은 보충역이나 그 제도의 취지와 목적이 서로 다르고, 그에 따라 전체적인 복무의 내용과 성격, 복무선택 및 전문능력의 활용 가능성, 복무환경 등에 있어서 차이를 보이고 있으며, 보수나 처우에 있어서도 사회복지복무요원은 현역병에 준하여, 공중보건직의사는 장교에 준하여 취급되는 등 서로 상이한 병역의무 이행의 모습을 보여주고 있다.

또한, 공중보건직의사가 사회복지복무요원과 달리 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급받지 못하고 있다고 하나, 군사교육이 단 1회에 한하여 30일 범위 내에서 단기로 이루어지고, 군사교육 소집기간 동안 의·식·주에 필요한 기본적인 물품이 제공되며, 군사교

육 소집으로 소요되는 경비도 지급되고 있다는 점 등을 고려하면, 공중보건의사가 지나치게 심대한 불이익을 받고 있다고 보기도 어렵다.

물론 사회복지요원도 단 1회에 한하여 30일 범위 내에서 단기로 군사교육을 받고, 군사교육 소집기간 동안 기본적인 물품과 여비 등을 지급받고 있지만, 공중보건의사를 사회복지요원과 달리 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 규정한 것은 위에서 살펴본 바와 같이 사회복지요원과 공중보건의사의 전체적인 복무의 성격과 내용, 복무 선택 및 전문능력의 활용 가능성, 근무환경 및 처우 등을 종합적으로 고려하여 달리 결정한 것이므로 이를 현저하게 불합리하다고 볼 수 없다.

(4) 결론

결국 각각의견은 위와 같은 사정을 고려하여, 심판대상조항이 한정된 재원의 범위 내에서 효율적인 병역 제도의 형성을 위하여 공중보건의사와 현역병 및 사회복지요원의 신분, 복무 내용 및 복무 환경, 복무 선택이나 전문능력의 활용가능성, 전체 복무기간 동안의 보수의 수준 및 처우, 군사교육의 내용과 기간 등을 종합적으로 고려하여 병역의 종류에 따라 보수 지급 여부를 달리 결정한 것이므로, 이를 현저하게 불합리한 차별로서 공중보건의사인 청구인의 평등권을 침해하였다고 보기 어렵다고 판단한 것이다.

나. 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 이영진,
재판관 문형배의 위헌의견

(1) 심사기준

위헌의견은 병역의무 이행자들에게 지급되는 보수가 정책적 목

적으로 지급되는 보상적 성격을 가지고 있음을 긍정하여 반드시 모든 병역의무 이행자들에게 충분한 수준의 보수가 지급되어야 하는 것은 아니라고 하면서도, 보수를 평등하게 지급하도록 하는 것은 위와 같은 정책적 목적을 달성하기 위하여 그 자체로 중요한 요소가 되므로, 병역의무의 평등하고 원활한 이행을 실현하기 위해서는 병역의무 이행에 대한 평등한 보상도 중요한 고려요소가 되어야 한다고 하였다.

(2) 현역병과 공중보건의사 사이의 차별의 합리성 유무

위헌의견은 공중보건의사와 현역병의 군사교육 내용, 지원 절차의 자율성, 복무기간의 산입 여부, 복무기간 중의 처우, 불이익의 정도 등을 살펴봄에 현역병과 공중보건의사 사이의 차별이 합리적이지 않다고 판단하였다. 자세한 내용은 다음과 같다.

(가) 교육 내용

위헌의견은 현역병과 공중보건의사가 현역과 보충역으로 이행하는 병역의 종류가 다르고 신분이나 복무 내용, 복무 환경, 복무 선택 가능성, 전공 및 전문능력 활용 가능성, 보수 및 처우 등이 다르지만, 현역병이 신병교육의 일환으로 받는 기초군사훈련이나 공중보건의사가 받는 병역법 제55조에 따른 군사교육이 그 내용에 있어서는 기간의 장단만 차이가 있을 뿐 실질적으로 동일하다고 보았다. 따라서 현역병의 기초군사훈련과 공중보건의사로 편입된 사람의 군사교육 소집훈련의 내용상 차이를 이유로 보수 지급 여부를 달리할 수는 없으며, 오히려 병역의무 이행에 대한 평등한 보상이라는 측면에서 접근하여 현역병과 유사한 훈련을 받는 공중보건의사에게도 일정한 보수를 지급하여 상대적

박탈감을 느끼지 않도록 할 필요가 있다고 하였다.

(나) 지원 절차의 자율성

위헌의견은 지원 절차에 있어서도 공중보건의사가 의무사관후보생 중에서 먼저 군의관 병적으로 편입되고 남은 인원에 대하여 편입이 이루어지는 것이기 때문에, 군의관으로 복무할 것인지 공중보건의사로 복무할 것인지 여부가 온전히 자율적인 의사에 따라 결정된다고 볼 수 없다고 하였다. 따라서 지원 절차의 자율성이라는 점을 근거로 공중보건의사와 현역병을 차별할 수 없다고 보았다.

(다) 복무기간 산입 여부

현역병은 기초군사훈련 기간도 복무기간에 포함되어 있는데, 공중보건의사는 복무기간에 포함되지 않는 차이가 있으나, 위헌의견은 이러한 복무기간의 산입 여부가 보수 지급을 달리할 수 있는 합리적인 이유가 될 수 없다고 보았다. 오히려 이러한 차별은 공중보건의사에게 복무에 산입되지 않는 기간 동안 보수까지 지급받지 못하도록 하는 것이므로 이중의 불이익을 가하는 것으로 불합리하다고 보았다.

(라) 복무기간 중의 처우

위헌의견은 공중보건의사의 복무환경이 자유로운 것은 특별한 혜택의 결과가 아니라 복무형태에 따른 결과일 뿐이고, 높은 보수 또한 그들이 전문적인 능력으로 국민들에게 균등한 의료 혜택을 제공함으로써 공중보건에 기여하는 점을 높이 평가하였기 때문이지 군사교육 소집기간 동안의 보수에 대한 보상적 성격이 고

려된 것은 아니라고 보았다. 복무기간 동안의 보수와 군사교육 소집 기간 동안의 보수는 전혀 무관한 것이므로, 복무기간 중의 처우를 근거로 군사교육 소집 기간 동안의 보수를 지급하지 않는 것이 정당화될 수 없다고 보았다.

(마) 불이익의 정도

또한, 위헌의견은 공중보건의사로 편입되는 사람의 수가 한정되어 있어 보수를 지급하더라도 재정상 부담이 크다고 보기 어렵고, 보수지급을 통하여 불평등한 처우에 대한 박탈감을 개선하고 사기를 진작시키는 더 큰 무형의 효과를 얻을 수 있다고 보았다.

(3) 사회복무요원과 공중보건의사 사이의 차별의 합리성 유무

또한, 위헌의견은 사회복무요원과 공중보건의사 사이의 차별도 합리적이지 않다고 판단하였다.

사회복무요원은 민간인이고 공중보건의사는 임기제 공무원이라는 점, 양자 사이에 신분이나 복무의 내용 및 복무 선택, 전문지식이나 전문능력의 활용 가능성, 근무환경 및 보수 등에 있어 서로 차이가 있다는 점에 대해서는 긍정하지만, 둘 다 모두 소집되어 군에 복무하는 보충역으로서 군인의 신분을 가지고 동일한 내용의 군사교육을 받는다는 점에서 이들을 달리 취급하는 것은 합리적이지 않다고 보았다.

사회복무요원과 공중보건의사 사이에 존재하는 차이는 보충역의 취지와 목적, 복무형태에 따른 결과일 뿐이므로, 이를 근거로 동일한 내용의 군사교육 소집훈련에 대해 보수지급을 달리하는 것은 정당한 합리적인 이유가 될 수 없다는 것이다.

(4) 결론

따라서 위헌의견은 공중보건의사에게 현역병이나 사회복무요원과 달리 군사교육 소집기간 동안의 보수를 지급하지 않도록 규정한 심판대상조항이 공중보건의사를 합리적인 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다고 보았다.

5. 결정의 의의

공중보건의사에 편입되어 군사교육에 소집된 사람은 군사교육 소집기간이 복무기간에 산입되지 않고 보수도 지급받지 못한다. 헌법재판소는 2020. 9. 24. 군사교육 소집기간을 공중보건의사의 복무기간에 산입하지 않도록 규정한 병역법 조항에 대하여 7:2로 합헌결정을 내리면서(헌재 2020. 9. 24. 2019헌마472등), 이 사건 심판대상조항에 대하여도 비록 5인의 재판관이 위헌의견으로 다수였음에도 인용결정을 위한 심판정족수인 6인에 이르지 못하여 기각결정을 내렸다.

이 사건은 병역의무 이행의 대가로 지급되는 보수의 성격을 밝히고, 병역의 종류에 따라 군사교육 소집기간 동안의 보수 지급 여부를 달리 결정할 수 있는지 여부를 판단한 결정으로서 의미가 있다.

18. 구 관습법 위헌소원

- 분묘기지권에 관한 관습법이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2020. 10. 29. 2017헌마208, 판례집 32-2, 374)

이 진 철*

【판시사항】

1. 분묘기지권에 관한 관습법 중 “타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있다.”는 부분 및 “분묘기지권의 존속기간에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다.”는 부분이 헌법소원심판의 대상에 해당하는지 여부(적극)

2. 위 관습법으로 인하여 제한되는 기본권 및 심사기준

3. 위 관습법이 과잉금지원칙에 위배되어 토지소유자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

분묘기지권에 관한 관습법 중 “타인 소유의 토지에 소유자의

* 헌법연구관

승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있다.”는 부분 및 “분묘기지권의 존속기간에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속한다.”는 부분(이하 통칭하여, ‘이 사건 관습법’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 1990. 4. 20. ○○시 (지번 생략) 임야 8,926㎡(이하 ‘이 사건 임야’라 한다)를 아버지 차□□으로부터 증여받아 1990. 4. 28. 이에 관한 소유권이전등기를 마쳤다. 이 사건 임야에는 조선 후기 황○○과 그의 부인 여산송씨의 합장묘(이하 ‘이 사건 분묘’라 한다)가 설치된 이래 황○○의 후손들에 의해 관리되다가 1957년경 황□□의 아버지가 이를 관리하기 시작하였고 이어 황□□이 관리해 왔는데, 이 사건 분묘는 ○○의 역사·문화유산으로 지정되기도 하였다.

나. 청구인은 이 사건 임야에 존재하는 이 사건 분묘를 포함한 11기의 분묘에 대해 ‘장사 등에 관한 법률’(이하 ‘장사법’이라 한다) 제27조에 의해 무연분묘 개장공고를 하고, 2014. 6. 25. 위 분묘들에 대한 연고자를 찾을 수 없다는 이유로 분묘개장 허가신청을 하여 그 허가를 받은 후, 2014. 7. 7. 이 사건 분묘를 굴이하여 화장하고 유골을 전북 무주에 있는 재단법인 □□에 봉안하여 두었다.

다. 이에 황□□은 2014. 9. 30. 청구인을 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하였고(서울중앙지방법원 2014가단5272181), 위 법원은 2015. 11. 13. 황□□이 이 사건 임야 중 254㎡ 부분에 관하여 분묘기지권을 취득하였고 청구인이 이 사건 분묘를 굴이한 것은 불법행위에 해당하므로 청구인은 황□□에게 원상회복 비용 1,080만 원과 위자료 500만 원 합계 1,580만 원의 손해를 배상하라는 판결을 선고하였다.

라. 청구인은 위 판결에 항소하였으나 2016. 6. 10. 항소가 기각되었고(서울중앙지방법원 2015나66600), 이에 상고하여 상고심 계속 중 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법 등에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 대법원은 2017. 3. 30. 이를 각하하고(대법원 2017카기1003) 같은 날 상고를 기각하였다(대법원 2016다231358). 이에 청구인은 2017. 5. 2. 위 관습법에 대한 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

이 사건 관습법은 토지 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유하였다는 사실만으로 지상권과 유사한 분묘기지권의 시효취득을 인정하고 분묘의 수호와 봉사를 계속하는 한 분묘기지권의 계속 존속을 인정하고 있어, 악의의 무단점유인 경우에도 아무런 보상 없이 사실상 영구·무상의 분묘기지권을 인정하는 것과 다름없다. 따라서 이러한 관습법은 토지 소유자의 재산권을 본질적으로 침해하여 헌법에 위배된다.

【결정요지】

1. 헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심판의 대상을 ‘법률’이라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘법률’이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함되므로, 법률과 같은 효력을 가지는 이 사건 관습법도 헌법소원심판의 대상이 되고, 단지 형식적 의미의 법률이 아니라는 이유로 그 예외가 될 수는 없다.

2. 이 사건 관습법에 따라 분묘기지권이 성립·존속하는 경우 해당 토지의 소유자는 분묘의 수호·관리에 필요한 상당한 범위 내에서 토지소유권의 행사를 제한받을 수밖에 없고, 이 사건 관습법이 과잉금지원칙을 위반하여 토지소유자의 재산권을 침해하는지를 심사함에 있어서는, 이 사건 관습법 성립 전후의 역사적 배경과 관습법으로서 수행해 왔던 역할, 재산권의 대상인 토지의 특성 및 헌법 제9조에 따른 전통문화의 보호 등을 고려하여 완화된 심사기준을 적용한다.

3. 비록 오늘날 전통적인 장묘문화에 일부 변화가 생겼다고 하더라도 우리 사회에는 분묘기지권의 기초가 된 매장문화가 여전히 자리 잡고 있고, 분묘를 모시는 자손들에게 분묘의 강제적 이장은 경제적 손실을 넘어 분묘를 매개로 형성된 정서적 애착관계 및 지역적 유대감의 상실로 이어질 수밖에 없으며, 이는 우리의 전통문화에도 배치되므로, 이 사건 관습법을 통해 분묘기지권을 보호해야 할 필요성은 여전히 존재한다.

이 사건 관습법은 평온·공연한 점유를 요건으로 하고 있어 법률상 도저히 용인할 수 없는 분묘기지권의 시효취득을 배제하고 있고, 분묘기지권을 시효취득한 경우에도 분묘의 수호·관리에 필

요한 상당한 범위 내에서만 인정되는 등 토지 소유자의 재산권 제한은 그 범위가 적절히 한정되어 있으며, 단지 원칙적으로 지료지급의무가 없다거나 분묘기지권의 존속기간에 제한이 없다는 사정만으로 이 사건 관습법이 필요한 정도를 넘어서는 과도한 재산권 제한이라고 보기는 어렵다.

분묘기지권은 조상숭배사상 및 부모에 대한 효사상을 기반으로 오랜 세월 우리의 관습으로 형성·유지되어 왔고 현행 민법 시행 이후에도 대법원 판결을 통해 일관되게 유지되어 왔는바, 이러한 전통문화의 보호 및 법률질서의 안정이라는 공익은 매우 중대하다.

따라서 이 사건 관습법은 과잉금지원칙에 위배되어 토지소유자의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대의견

관습법의 성립에는 국회의 관여가 전혀 없을 뿐만 아니라 관습법은 헌법의 규정에 의하여 국가가 제정한 법률과 동일한 효력을 부여받은 규범이라고 볼 수 없고, 관습법에 형식적 의미의 법률과 동일한 효력이 인정된다고 보기도 어렵다.

통상의 경우, 법원이 관습법을 발견하고 법적 규범으로 승인되었는지 여부를 결정할 뿐 아니라 관습법이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는지에 대하여도 판단하므로, 관습법이 이후 사회의 변화나 전체 법질서의 변화로 위헌적인 것으로 변한 경우 법원이 그 효력 상실을 확인할 권한이 있다고 보는 것이 자연스러우며, 이 사건 관습법이 오늘날에도 유지되고 있는 점은 대법원에 의하여 인정되어 현행 헌법에 따라 별도의 위헌심사가 필요한 경우로 보기 어렵다.

따라서 이 사건 관습법은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한

헌법소원심판의 대상이 되지 않으므로 이 사건 심판청구는 각하하여야 한다.

【해 설】

1. 이 사건의 쟁점

이 사건에서는 크게 세 가지 쟁점이 다루어졌다. 첫째, 관습법이 헌법소원의 대상이 되는지 여부이다. 둘째, 이 사건 관습법이 재산권을 침해하는지 여부를 판단하기 위해 어떤 심사기준을 채택할 것인지 여부이다. 셋째, 이 사건 관습법이 과잉금지원칙에 위배되어 토지 소유자의 재산권을 침해하는지 여부이다.

아래에서는 먼저 이 사건 관습법의 의의를 살펴본 후 이러한 쟁점들에 대하여 차례대로 해설한다.

2. 이 사건 관습법의 의의

분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사하는 목적을 달성하는 데 필요한 범위 내에서 타인 소유의 토지를 사용할 수 있고 토지 소유자나 제3자의 방해를 배제할 수 있는 관습상의 물권이다(대법원 1994. 12. 23. 선고 94다15530 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등 참조). 이는 일체 강점기의 조선고등법원에서 관습에 근거하여 인정한 것으로서, 최근 대법원 전원합의체 판결 역시 이를 인정하고 있다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결).

분묘기지권의 법적 성격에 대하여는 보통의 지상권으로 보는 견해,¹⁾ 지상권과 유사한 물권으로 보는 견해,²⁾ 제4의 용익물권

1) 전경운, 분묘기지권의 인정근거와 효력에 관한 약간의 고찰, 2015, 126-129

2) 박윤직·김제형, 물권법, 2014, 324-325

으로 보는 견해³⁾등이 있으나, 대법원은 타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권인 분묘기지권을 취득한다고 하여(대법원 1962. 4. 26. 선고 4294민상1451 판결, 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결, 대법원 2007. 6. 28. 선고 2007다16885 판결 등 참조), 이를 지상권에 유사한 일종의 물권이라고 본다. 그 물권적 성격으로 인해 분묘기지권이 성립한 경우 그 토지 소유자는 분묘의 수호·관리에 필요한, 상당한 범위 내에서는 분묘기지가 된 토지 부분에 대한 소유권의 행사가 제한될 수밖에 없고(대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결), 분묘기지권자는 그 분묘부분이 침해당할 때에는 그 침해의 배제를 청구할 수 있다(대법원 1962. 4. 26. 선고 4294민상1451 판결).

분묘기지권이 성립하는 경우는 3 가지가 있다. ① 대법원은 오랜 기간 동안 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙을 받아 분묘를 설치한 경우 분묘기지권을 취득하고(대법원 1958. 6. 12. 선고 4290민상771 판결, 대법원 2000. 9. 26. 선고 99다14006 판결 등 참조), ② 분묘를 설치한 사람이 토지를 양도한 경우에 분묘를 이장하겠다는 특약을 하지 않는 한 분묘기지권을 취득한다고 판시하여 왔다(대법원 1967. 10. 12. 선고 67다1920 판결 등 참조). 그리고 ③ 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에도 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득하고, 이를登記 없이 제3자에게 대항할 수 있는 것이 관습이라고 판시하여 왔다(대법원 1957. 10. 31. 선고 4290민상539 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결

3) 이은영, 물권법, 2006, 632

등 참조).

강학상 위 ① 유형은 승낙형 분묘기지권 위 ② 유형을 양도형 분묘기지권, 위 ③ 유형을 취득시효형 분묘기지권이라 하는데, 이 사건 관습법은 취득시효형 분묘기지권에 관한 것이다.

분묘기지권의 시효취득은 일제 강점기의 조선고등법원 1927. 3. 8. 판결에서 유래한 것으로서, 대법원은 현행 민법이 시행된 후에도 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법의 효력을 인정한 대법원판결을 폐기할 필요가 없다고 판시하였고(대법원 1963. 7. 25. 선고 63다157 판결 참조), 이후 50년 가까이 같은 취지의 판결을 거듭 내림으로써 2000. 1. 12. 법률 제6158호로 전부개정된 장사법 시행 전에 설치된 분묘에 대하여 분묘기지권의 시효취득에 관한 관습법을 적용해 왔으며(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다63017, 63024 판결 등 참조), 최근 대법원 전원합의체 판결 역시 이를 인정하였다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결).

3. 관습법의 헌법소원 대상성 인정 여부

가. 헌법재판소 선례

이 쟁점은 과거 헌법재판소 결정들에서 이미 문제가 된 바 있다. 헌법재판소는 2013. 2. 28. 2009헌바129 결정(판례집 25-1, 15, 18-19)에서, 호주가 사망한 경우 딸에게 분재청구권을 인정하지 아니한 구 관습법이 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 된다고 판단한 바 있다. 다만, 이 결정은 위 관습법이 재판의 전제성을 갖추지 못하여 각하된 사안에 관한 것이었다.

헌법재판소가 이 쟁점에 대하여 본격적으로 판단한 것은 2016. 4. 28. 2013헌바396등 결정이었다. 이 결정에서 다수의견은 관습법이 헌법소원심판의 대상이 된다고 보았고, 재판관 3인의 각하의견은 관습법은 헌법소원심판의 대상이 되지 않는다고 보았다. 다수의견은 아래와 같다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396등, 판례집 28-1상, 603, 608-609).

『관습법은 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 따라 법적 규범으로 승인되고 강행되기에 이르러 법원(法源)으로 기능하게 된 것이다. 법원(法院)은 여러 차례 심판대상인 분재청구권에 관한 관습이 우리 사회에서 관습법으로 성립하여 존재하고 있음을 확인하고 상속 등에 관한 재판규범으로 적용하여 왔다(대법원 1979. 2. 27. 선고 78다1979, 1980 판결; 대법원 1990. 8. 14. 선고 89다카25394 판결; 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010다53952 판결 등). 그런데 이 사건 관습법은 민법 시행 이전에 상속 등을 규율하는 법률이 없는 상황에서 절가된 가(家)의 재산분배에 관하여 적용된 규범으로서, 비록 형식적 의미의 법률은 아니지만 실질적으로는 법률과 같은 효력을 갖는다.

헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항에 따르면 위헌심판의 대상을 ‘법률’이라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘법률’이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함된다. 이처럼 법률과 동일한 효력을 갖는 조약 등을 위헌심판의 대상으로 삼음으로써 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 통일성과 법적 안정성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 헌법에 합치하는 법률에 의한 재판을 가능하게 하여 국민의 기본권 보장

에 기여할 수 있다. 그렇다면 법률과 같은 효력을 가지는 이 사건 관습법도 헌법소원심판의 대상이 되고, 단지 형식적 의미의 법률이 아니라는 이유로 그 예외가 될 수는 없다.』

재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견 요지는 다음과 같다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396등, 판례집 28-1상, 603, 609-610).

『관습법은 형식적 의미의 법률과 동일한 효력이 없으므로 헌법 재판소의 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다. 관습법의 승인, 소멸은 그것에 관한 사실인정이 전제되어야 하고, 법원(法院)이 관습법을 발견하고 법적 규범으로 승인되었는지 여부를 결정할 뿐 아니라 이미 승인된 관습법의 위헌, 위법 여부는 물론 그 소멸 여부에 대하여도 판단하고 있으므로 관습법에 대한 위헌심사는 법원이 담당하는 것이 타당하다. 이 사건에서 적용된 구 관습법은 민법의 시행으로 인하여 이미 폐지된 것으로서 청구인은 구 관습법의 위헌성을 다투는 형식을 취하고 있으나, 실제로는 폐지된 구 관습법에 의하여 이미 정리된 재산분배의 사실관계를 다투는 것에 불과하여 만약 헌법재판소가 이 사건에서 이미 폐지된 구 관습법을 위헌이라고 선언한다면 그것은 실제로는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 금지된 재판소원을 인용하는 것과 다를 것이 없다. 따라서 이 사건 관습법은 헌법소원심판의 대상이 되지 않아 이 사건 헌법소원심판청구를 모두 각하하여야 한다.』

재판관 조용호의 각하의견에 대한 보충의견 요지는 다음과 같다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396등, 판례집 28-1상, 603, 611-612).

『관습법은 헌법상 근거를 가진 것이 아닐 뿐만 아니라 국회가

관여한 바도 없기 때문에 관습법에 대한 위헌심사는 헌법이 예정하고 있는 것이 아니다. 관습법을 헌법재판소의 위헌심사의 대상으로 한다면, 나아가 ‘법의 일반 원칙’인 조리(條理)도 위헌심사의 대상이 된다고 보아야 할 것인데, 이러한 결과가 우리 헌법이 예정한 헌법재판소의 규범통제기능에 속하지 아니함은 분명하다. 민법 제1조는 민사관계를 규율하는 기준·원칙과 그 순서를 정하고 있는 것이지, 관습법에 대하여 법률과 같은 효력을 인정하는 취지가 아니다. 법의 존재형식 내지 인식근거로서 법원(法源)은 헌법에서 선언되어야 하나 우리 헌법은 관습법에 관하여 아무런 언급도 하고 있지 않다.』

나. 이 사건 관습법의 경우

이 사건 관습법에 대하여도, 반대의견을 택한 재판관의 수가 1명 줄어들기는 했지만, 재판관들의 견해는 위와 같이 나뉘었고, 다수의견은 이 사건 관습법의 헌법소원 대상성에 대하여 위 선례의 다수의견과 같은 입장을 취하였다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 379-380). 반대의견은 그 내용이 위 선례와 조금 달라졌는데, 재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대의견 요지는 아래와 같다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 384-388).

『관습법의 성립에는 국회의 관여가 전혀 없을 뿐만 아니라 관습법은 헌법의 규정에 의하여 국가가 제정한 법률과 동일한 효력을 부여받은 규범이라고 볼 수 없고, 관습법에 형식적 의미의 법률과 동일한 효력이 인정된다고 보기도 어렵다.

통상의 경우, 법원이 관습법을 발견하고 법적 규범으로 승인되었는지 여부를 결정할 뿐 아니라 관습법이 헌법을 최상위 규범으로

하는 전체 법질서에 반하지 아니하는지에 대하여도 판단하므로, 관습법이 이후 사회의 변화나 전체 법질서의 변화로 위헌적인 것으로 변한 경우 법원이 그 효력 상실을 확인할 권한이 있다고 보는 것이 자연스러우며, 이 사건 관습법이 오늘날에도 유지되고 있는 점은 대법원에 의하여 인정되어 현행 헌법에 따라 별도의 위헌심사가 필요한 경우로 보기 어렵다.

따라서 이 사건 관습법은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상이 되지 않으므로 이 사건 심판청구는 각하하여야 한다.』

이러한 견해 대립에서 눈여겨볼 것은 다수의견과 반대의견이 관습법을 바라보는 시각이 다르다는 점이다. 법정의견은 헌법 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항에 따르면 위헌심판의 대상을 ‘법률’이라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘법률’이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함되고, 관습법은 비록 형식적 의미의 법률은 아니지만 실질적으로는 법률과 같은 효력을 갖기 때문에 위헌심판의 대상으로 삼을 수 있다는 것이다.

반면, 반대의견은 관습법이 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 갖는다는 점에 반대한다. 그 이유는 무엇인가? 2013헌바396 등 결정에서 반대의견은 그 이유를 아래와 같이 설명하였다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396 등, 판례집 28-1상, 603, 610).

『이때 ‘형식적 의미의 법률과 동일한 효력’이 있느냐 여부는 그 규범의 명칭이나 형식에 구애받지 않고 법률적 효력의 유무에 따라 판단하여야 한다. 관습법은 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으

로 승인되고 강행되기에 이른 것을 말하는데, 그러한 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이다. 즉 성문법은 관습법을 폐지할 수 있지만 관습법은 성문법을 폐지할 수 없고, 민사에 관한 관습법은 법원(法院)에 의하여 발견되며 성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원(法源)이 되는 것에 불과하다(민법 제1조). 따라서 관습법은 형식적 의미의 법률과 동일한 효력이 없으므로 헌법재판소의 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 것이다.』

즉, 2013헌바396등 결정의 반대의견은 관습법이 갖는 보충적 법원(法源)이라는 성격 때문에 관습법이 법률과 동일한 효력을 갖는다는 점에 반대한 것이다. 그런데 이 사건 관습법에 대한 반대의견은 여기에 더하여 “관습법의 성립에는 국회의 관여가 전혀 없을 뿐만 아니라 관습법이 헌법의 규정에 의하여 국가가 제정한 법률과 동일한 효력을 부여받은 규범이라고 볼 수 없고,” 라고도 하였다. 원래 이 판시는 위에서 살펴본 바와 같이 2013헌바396등 결정에서 재판관 조용호의 재판관 3인의 각하의견에 대한 보충의견으로 나온 것인데, 이 사건에서 반대의견에 포함된 것이다.

위헌법률심판제도는 태생적으로 국가권력, 특히 의회권력에 대한 통제를 위해 탄생한 제도이고 그것이 곧 위헌법률심판제도의 기능이라고 본다면, 위헌법률심판제도의 대상이 되는 규범은 원칙적으로 국가가 제정한 법률에 한정되어야 하며, 그 범위를 좀더 확장하더라도 국가가 일정 부분 관여한 규범까지만 포함될 수 있을 것이다. 실로 영국의 의회주권론 등장과 그 폐단을 목격하고 탄생한 미국의 헌법재판제도는 의회권력에 대한 특별한 통제 필요성을 배경으로 하였다.

규범심사권한은 대상 규범의 제정 주체를 기준으로 나뉘어야 하므로, 국회가 제정한 법률에 대한 위헌심사권은 헌법재판소가, 그렇지 않은 행정입법에 대한 위헌·위법심사권은 법원이 갖는다는 견해도 있다.⁴⁾ 이러한 입장에 따르면, 조약이나 긴급명령에 대해서는 헌법이 직접 국내법과 동일한 효력을 인정하고 있고(헌법 제6조 제1항, 제76조 제1항), 이에 대하여는 국회의 동의나 승인을 요구하고 있으므로(헌법 제60조 제1항, 제76조 제3항) 국회에 대한 통제권한을 부여받은 헌법재판소가 규범통제를 할 수 있으나, 관습법은 국회가 전혀 관여한 바 없으므로 위헌법률심판의 대상이 아니라고 본다.

이 사건 관습법에 대한 재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대 의견은 위와 같은 취지에서 이해될 수 있을 것이다.

그러나 다수의견은 이러한 반대의견의 취지를 받아들이지 않았다. 먼저, 규범 체계가 복잡·다양해지고 그에 맞추어 헌법재판제도 역시 고도로 발달해가고 있는 오늘날 위헌법률심판제도를 미국 독립혁명 당시의 고전적 통제 필요성에만 국한시켜 놓을 이유가 없다. 다음으로, 조약이나 긴급명령의 효력에 대하여는 헌법이 직접 규정하고 있고 그에 대하여 국회가 동의 내지 승인을 통해 관여한다고는 하나, 그것이 관습법과 결정적인 차이를 가져온다고 보기는 어렵다. 헌법에 직접적인 규정이 있어야만 관습법에 법률과 동일한 효력이 부여되는 것은 아니고, 조약이나 긴급명령 역시 법률이 아닌 이상 모든 점에서 법률과 동일한 효력을 갖는 것도 아니다. 관습법이 어떠한 점에서 법률과 동일한 효력을 갖는지를 생각해 보자. 위헌법률심판제도가 원칙적으로 법률을 심

4) 윤진수, 관습상 분재청구권에 대한 역사적, 민법적 및 헌법적 고찰, 민사재판의 제문제 22권(2013), 271

판대상으로 하는 것은 법률이 국민의 기본권 제한의 근거가 되기 때문이지(헌법 제37조 제2항) 다른 국가권력과 달리 유독 국회를 더 통제해야 한다거나 국회의 관여 여부가 헌법재판소의 통제 필요성을 보여주는 표지이기 때문인 것은 아니다. 관습법은 법률의 위임 없이 그 자체로 기본권 제한의 근거가 된다는 점에서 법률과 동일한 효력을 갖는다.

아울러 이 사건 관습법에 국회의 관여가 전혀 없었다고 볼 수 있는지도 의문이다. 반대의견에서 지적하고 있듯이, 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한에서 법칙의 효력이 있는 것이고 국회는 언제든지 성문법으로 관습법을 폐지할 수 있다. 현재 장사(葬事)의 방법과 장사시설의 설치·조성 및 관리 등에 관한 사항을 정하기 위하여 장사법이 시행되고 있고(장사법 제1조), 장사법은 그에 관하여 분묘기지권과는 매우 다른 내용의 규정을 두고 있는데, 분묘의 설치기간은 30년으로 하고(제19조 제1항), 설치기간이 지난 분묘는 1회에 한하여 그 설치기간을 30년으로 하여 연장할 수 있도록 하고 있으며(제19조 제2항), 토지 소유자는 승낙 없이 해당 토지에 설치한 분묘의 경우 관할 시장등의 허가를 받아 분묘에 매장된 시신 또는 유골을 개장할 수 있고(제27조 제1항), 분묘의 연고자는 해당 토지 소유자에게 토지 사용권이나 그 밖에 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없다(제27조 제3항).

유사한 규정이 2000. 1. 12. 법률 제6158호로 전부개정된 장사법(법명이 ‘매장 및 묘지 등에 관한 법률’에서 ‘장사 등에 관한 법률’로 변경되었으나, 이하 구별하지 않고 ‘장사법’이라 한다)부터 도입되었던바, 분묘의 설치기간을 15년으로 제한하고 15년씩 3회에 한하여 설치기간의 연장을 허용하며(제17조 제1항, 제2

항), 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대하여 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 당해 토지 소유자에게 토지 사용권 기타 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없도록 규정하였다(제23조 제3항).

다시 말해, 국회는 이 사건 관습법에 전혀 관여한 바 없는 것이 아니라 명시적 입법으로 분묘기지권 문제를 의율하고 있다. 다만, 아래 대법원 전원합의체 판결에서 잘 지적하고 있듯이, 장사법의 새로운 규정들을 위 장사법 시행일인 2001. 1. 13. 이후에 최초로 설치된 분묘부터 적용하도록 함으로써 그 이전에 설치된 분묘에 한하여 이 사건 관습법을 존치시켜 놓았을 뿐이다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결).

『2000. 1. 12. 법률 제6158호로 ‘매장 및 묘지 등에 관한 법률’(이하 ‘매장법’이라 한다)을 전부개정하여 2001. 1. 13.부터 시행된 장사법[이하 ‘장사법(법률 제6158호)’이라 한다]은 분묘의 설치기간을 15년으로 제한하고 15년씩 3회에 한하여 설치기간의 연장을 허용하며(제17조 제1항, 제2항), 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대하여 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 당해 토지 소유자에게 토지 사용권 기타 분묘의 보존을 위한 권리를 주장할 수 없다고 규정하고 있지만(제23조 제3항), 위 조항들의 적용시기에 관하여 법 시행 후 최초로 설치되는 분묘부터 적용한다고 명시하고 있다(부칙 제2조).

2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부개정되고 2008. 5. 26.부터 시행된 장사법은 개정 전 장사법(법률 제6158호)과 마찬가지로 분묘의 설치기간을 제한하고 분묘 연고자가 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대한 토지 사용권 등을 주장할 수 없다는 내용의 규정을 두고 있으나(제19조, 제27조 제3항), 위 조항들

역시 개정 전 장사법(법률 제6158호) 시행일인 2001. 1. 13. 이후 최초로 설치된 분묘부터 적용한다고 명시하고 있다(부칙 제2조 제2항).

2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되고 2008. 5. 26. 부터 시행된 장사법은 개정 전 장사법(법률 제6158호)과 마찬가지로 분묘의 설치기간을 제한하고 분묘 연고자가 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대한 토지 사용권 등을 주장할 수 없다는 내용의 규정을 두고 있으나(제19조, 제27조 제3항), 위 조항들 역시 개정 전 장사법(법률 제6158호) 시행일인 2001. 1. 13. 이후 최초로 설치된 분묘부터 적용한다고 명시하고 있다(부칙 제2조 제2항).

나아가 2015. 12. 29. 법률 제13660호로 개정되고 같은 날 시행된 장사법은 분묘의 설치기간을 30년으로 제한하고 1회에 한하여 그 설치기간을 30년으로 하여 연장할 수 있도록 규정하면서(제19조 제1항, 제2항), 위와 같은 분묘의 설치기간 제한 역시 매장법을 전부 개정한 장사법(법률 제6158호)의 시행일인 2001. 1. 13. 이후 최초로 설치된 분묘부터 적용한다고 명시하고 있다(부칙 제2조).

위와 같은 장사법 부칙 규정들에 의하면, 분묘의 설치기간을 제한하고 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대하여 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 당해 토지 소유자에 대항할 수 없다는 내용의 규정들은 장사법(법률 제6158호) 시행 후 설치된 분묘에 관하여만 적용한다고 명시하고 있어서, 장사법(법률 제6158호)의 시행 전에 설치된 분묘에 대한 분묘기 지권의 존립 근거가 위 법률의 시행으로 상실되었다고 볼 수 없다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002다53377 판결 참조).

바꾸어 말하면, 위와 같은 장사법의 규정들은 장사법(법률 제 6158호)의 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 설치된 분묘에 대하여는 대법원이 인정해 온 분묘기지권에 관한 관습법의 적용을 여전히 허용하고 있는 것이다. 이는 장사법(법률 제6158호)의 개정 시점인 2000. 1. 12.이나 그 시행시점인 2001. 1. 13.에 법 시행 전에 설치된 분묘에 대하여 분묘기지권 내지 그 시효취득을 인정하는 관습에 관한 사회 구성원들의 법적 확신의 변화나 소멸이 없었다는 방증도 된다. 만약 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화가 뚜렷하여 분묘기지권에 관한 관습법을 폐지하거나 변경할 필요가 있었다면 그러한 관습법과 배치되는 법적 규율을 두지 않을 이유가 없다.』

4. 이 사건 관습법의 재산권 침해 여부에 대한 심사기준

이 사건 관습법에 따라 분묘기지권이 성립·존속하는 경우 해당 토지의 소유자는 분묘의 수호·관리에 필요한 상당한 범위 내에서 분묘기지가 된 토지 부분에 대한 소유권의 행사를 제한받을 수밖에 없으므로, 이 사건 관습법이 과잉금지원칙을 위반하여 토지소유자의 재산권을 침해하는지 여부를 심사하여야 한다.

그런데 관습법을 심판대상으로 하여 본안판단을 한 선례는 헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396등 결정(판례집 28-1상, 603) 하나 밖에 없었고, 위 선례는 관습법이 평등원칙에 위배되는지 여부만을 심사하였다. 따라서 관습법에 대하여 헌법 제37조 제2항 위배 여부를 심사하는 것은 이 사건이 처음이므로, 이를 위해 어떠한 심사기준을 채택할 것인지 문제된다.

직접적인 선례라고는 할 수 없으나, 헌법재판소는 민법 제245조 제1항의 점유취득시효, 제2항의 등기부취득시효 규정의 재산

권 침해 여부에 관해서 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부를 심사하였고(헌재 2013. 5. 30. 2012헌바387; 헌재 2016. 2. 25. 2015헌바257, 판례집 28-1상, 175, 180-182 참조), 자주 점유 추정에 관한 민법 제197조 제1항의 재산권 침해 여부에 관하여도 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부로 심사하였다(헌재 2019. 9. 26. 2016헌바314, 공보 276, 1058, 1060). 그러나 이러한 선례들도 이 사건 관습법에 대하여 적절한 시사점을 제공하지 못한다. 이 사건 관습법은 입법자의 입법을 통해 만들어진 것이 아니라 우리 사회에 널리 퍼져있던 매장 중심의 장묘 문화와 이를 바탕으로 인정된 분묘의 수호와 봉사를 위한 토지 사용권의 보호를 내용으로 하는 오랜 관습 또는 관행이 규범으로 승인된 것이므로, 입법자의 입법형성권 존중을 위해 고려되는 완화된 심사기준을 채택하기는 어렵다.

오히려 이 사건 관습법은 분묘의 수호와 봉사를 위한 토지의 사용관계를 규율하고 토지 소유자와 분묘기지권자 사이의 이해관계를 조정하는 것이므로, 헌법 제23조 제1항 제1문에 의한 사적 재산권의 보장과 함께 같은 조 제2항의 재산권의 사회적 제약의 양 법익이 균형을 이루어야 하므로, 그에 대한 심사기준은 원칙적으로 과잉금지원칙이 된다.

입법자가 제정한 법률이 아닌 관습법은 명문의 법문이 존재하지 아니하여 시간에 따라 계속 변화하며 법원의 확인이 있어야 비로소 인정되므로 일반인의 입장에서 그 내용을 예측하기가 어렵고, 헌법 이전부터 반복되어 온 관행 속에는 우리 헌법이 추구하는 가치와 상반된 요소들이 혼재되어 있을 우려가 있다는 점에서 과잉금지원칙에 따른 엄격한 심사를 고려해볼 수 있다.

그러나 헌법재판소는 이 사건 관습법에 대하여 보다 탄력적인

심사가 필요하다는 점을 인정하였다. 이 사건 관습법의 재산권 침해 여부를 판단함에 있어서는 관습법 성립 전후의 역사적 배경과 관습법으로서 수행해 왔던 역할 및 재산권의 대상인 토지의 특성 등을 고려하여야 한다는 것이다. 특히, 헌법재판소가 헌법 제9조에서 규정한 전통문화 계승의무를 심사기준에서 고려한 것은 이 사건이 처음이라는 점에서 주목할 만하다. 구체적인 판시 내용은 아래와 같다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 380-381).

『우선 이 사건 관습법은 임야에 대한 개인의 소유권이 인정되기 훨씬 전부터 임야에 분묘를 설치하는 것이 용인되었던 관습이 법적 지위를 획득하게 된 것으로, 역사적으로 먼저 존재하였던 관습에 따른 분묘 설치자와 근대적 의미의 임야소유제도가 형성되면서 생겨난 소유권에 따른 임야 소유자 사이의 상반된 이해관계를 조정하는 역할을 수행하여 왔다는 점을 고려할 필요가 있다.

다음으로 재산권 행사의 대상이 되는 토지(임야)가 지니는 사회적 연관성과 사회적 기능이 고려되어야 한다. 임야는 공급이 제한되어 있고 사적 소유권의 대상이 된 역사가 상대적으로 짧은 반면 분묘 설치를 위한 임야의 수요는 컸고 어느 임야에든 분묘를 설치하는 것에 대해 문제를 삼지 않던 역사가 상대적으로 길었다는 점, 매장 문화 및 분묘와 관련된 조상숭배의 정신이 많이 감소하였다고는 하나 여전히 존재하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 분묘가 설치되어 있는 임야는 그 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역을 넘어서서 상당한 정도의 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지는 재산임을 알 수 있다.

또한 헌법 제9조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정하고 있고 우리의 전통적인

효 사상 및 조상숭배사상은 헌법 제9조의 전통문화로서 보호를 받으므로, 이 사건 관습법의 위헌 여부를 심사함에 있어 이러한 전통문화를 통해 오랫동안 유지·보호되어 온 우리 공동체의 이익을 적절히 고려하는 것도 필요하다.

이상의 점들을 종합하면, 이 사건 관습법이 토지 소유자의 재산권을 침해하는지 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것이다.』

5. 이 사건 관습법이 토지 소유자의 재산권을 침해하는지 여부 가. 이 사건 관습법의 목적

사람이 죽으면 장례를 치르게 되는데 선사시대의 고인돌, 삼국시대의 고분, 통일신라시대의 불교식 화장 등 과거 한반도에도 다양한 묘제가 발달하였다.⁵⁾ 매장 중심의 장례문화가 널리 퍼진 것은 유교를 국가 이념으로 한 조선시대에 이르러서인데, 조상숭배사상이나 부모에 대한 효사상이 분묘에 대한 보호의 기초를 이루었고, 산림공유의 원칙에 따라 분묘가 주로 설치되던 산림에 대하여는 민간이나 개인의 소유권이 인정되지 않았으므로 산에 분묘가 설치되면 그 분묘가 존속하는 동안에는 이른바 ‘묘지 점권’ 또는 ‘분묘 점권’이라는 사적 점유권의 형태로 보호가 이루어졌다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 참조).

이처럼 매장 중심의 장례문화가 널리 퍼져있었던 시절 대부분의 사람들은 다른 사람의 임야에 조상의 시신을 매장할 수밖에 없었는데, 근대적인 의미의 임야소유제도가 형성되면서 타인의 토지 위에 설치된 분묘에 관하여 법률분쟁이 발생하기 시작하였

5) 박태호, 장례의 역사, 2006.; 정조근·송영민, 장묘법에의 한중일 연구, 2004.

다. 분묘를 설치하는 자는 토지 소유자로부터 명시적이거나 최소한 묵시적인 승낙을 받은 경우가 대부분이었지만, 타인 소유의 토지에 분묘를 설치할 때에 계약서 등 근거자료를 작성하거나 이를 남겨놓는 경우는 매우 드물었다. 이로 인해 토지 소유자가 바뀌는 등으로 분묘설치 당시의 사정을 알지 못하는 당사자 사이에 분묘굴이를 요구하는 등의 시비가 생기고 분묘기지권을 주장하는 자가 토지 소유자의 승낙을 받았다는 사실을 증명하는 것이 사실상 불가능한 경우가 빈발하였으므로, 이러한 애로를 해소해 주고 타인 소유의 토지에 설치된 분묘의 관리 및 수호를 둘러싼 법률질서의 안정을 도모하기 위해 오랜 세월 형성된 관습 또는 관행이 이 사건 관습법이라는 규범으로 승인되기에 이르렀다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 참조).

이처럼 분묘를 통해 발현되어 온 조상숭배사상이나 효사상을 존중하고 분묘의 설치 및 그 기지의 사용관계를 둘러싼 입증곤란의 구제 및 법적 안정성을 도모한다는 이 사건 관습법의 목적은 우리 헌법에 비추어 보더라도 정당성이 인정된다.

나. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 관습법은 매장문화에 관한 전통사상을 존중하고 분묘의 설치 및 그 기지의 사용관계를 둘러싼 입증곤란의 구제 및 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로서, 헌법재판소는 이러한 목적이 정당하다고 보았다. 그리고 타인 소유의 토지에 분묘를 설치하고 20년간 평온·공연하게 그 분묘의 기지를 점유한 경우 분묘기지권의 시효취득을 인정하고 분묘의 수호와 봉사가 계속되는 한 분묘기지권의 존속을 인정하는 것은 위

와 같은 목적을 달성하기에 적합한 수단이라고 보았다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 381).

(2) 피해의 최소화

(가) 매장문화의 존속 및 분묘에 대한 보호 필요성

오늘날 우리 장례문화는 매장문화에서 화장 후 봉안시설에 안치하는 방식으로 급격히 바뀌고 있다. 과거에는 장례가 마을 공동체의 상부상조라는 미풍양속과 함께 가족 및 가까운 혈족을 중심으로 이루어졌으므로 부득이 인근 임야에 분묘를 설치할 수밖에 없었다. 그러나 도시화 과정을 거치면서 핵가족 혹은 개인 단위의 새로운 주거형태가 확산되고 한 지역에 정착해 살던 과거와 달리 생업, 교육 등 다양한 요인으로 주거의 이동이 잦아지면서 더 이상 그러한 방식으로 장례를 치르기는 어렵게 되었다. 한편 장례 산업이 발달하면서 누구나 다양한 형태의 봉안시설을 이용할 수 있는 사회적 여건이 마련되었고 이미 분묘를 설치한 경우에도 그 이장이 어렵지 않으며, 교통의 발달로 꼭 주거지 인근이 아니더라도 언제든 쉽게 묘지를 참배할 수 있게 되었으므로, 타인의 임야에 분묘를 설치해야만 할 사정은 찾아보기 어렵게 되었다. 이에 따라 전통적인 장사방법이나 장묘문화에 대한 사회 구성원들의 의식에 변화가 생겼다는 점은 부인하기 어렵다.

헌법재판소 역시 이러한 변화가 일어나고 있다는 점은 인식하고 있으나, 그렇다고 하여 이 사건 관습법의 기초가 사라진 것은 아니라고 보고 있다. 이에 헌법재판소는 『여전히 우리 사회에 분묘기지권의 기초가 된 매장문화가 자리 잡고 있고 사설묘지의 설치 허용되고 있으며, 이 사건 관습법에 대한 사회 구성원들의 법적 확신도 남아 있다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다

17292 전원합의체 판결 참조). 현행 장사법도 이러한 점들을 반영하여 매장을 장사의 한 방법으로 보고 매장 및 분묘에 관한 규율을 하고 있다. 타인의 토지 위에 분묘를 설치하였다 하더라도 이 사건 관습법에 따라 그러한 분묘의 수호 및 봉사를 위해 필요한 토지 사용권을 보호해야 할 필요성은 여전히 존재한다.』 라고 판시하였다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 381).

임야의 가치 및 사회적 기능에도 커다란 변화가 있었다. 분묘 소유를 위한 토지사용에 관한 관습이 있었던 조선시대에는 분묘가 주로 설치되던 산림에 관하여 민간이나 개인의 소유권이 인정되지 않았고, 일제강점기를 거쳐 현행 민법이 시행될 무렵까지도 근대적인 의미의 임야소유제도가 형성되어 가는 과정에 있었던 탓에, 사회 구성원들의 임야 소유권에 대한 권리의식은 거의 없거나 매우 낮았고, 임야의 경제적 가치도 크지 않았다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 반대의견). 그러나 제헌헌법 제15조에서 재산권을 보장한 이래 우리는 재산권을 국민의 기본권으로 보호해 왔고, 임야를 비롯한 토지의 사유재산제도가 확립되면서, 임야라 하더라도 이는 개인의 재산이고 헌법상 기본권으로 보호를 받는다는 인식이 확대되었으며 개인의 재산으로서 임야의 가치 및 중요성은 계속 상승해 왔다. 그만큼 토지 소유자가 이를 사용·수익하지 못해 입게 되는 손실이 커진 것은 사실이다.

그러나 이 사건 관습법이 갖는 헌법적 의의를 경제적인 관점에 국한하여 살펴볼 수는 없다. 헌법재판소 역시 『국토개발 등으로 분묘가 설치된 토지의 경제적 가치가 상승하였다는 이유로 분묘 설치 기간을 제한하고 이장을 강제한다면 이는 분묘를 모시는 자

손들에게 그 비용의 부담이라는 경제적 손실 차원을 넘어 분묘를 매개로 형성된 정서적 애착관계 및 지역적 유대감의 상실로 이어질 수밖에 없고, 누구라도 타인의 분묘를 존엄한 장소로서 존중하고 함부로 훼손하여서는 안 된다는 우리의 전통문화에도 배치된다.

토지 소유자의 입장에서조차 자신의 토지에 임의로 분묘가 설치된 경우 시효기간이 진행되는 20년이라는 긴 세월 동안 언제든 지 소유권자로서의 권리를 행사할 수 있고, 민법 제247조 제2항에서 준용하는 민법 제168조 내지 제177조에 의하여 분묘 소유자에게 분묘의 굴이를 구하거나 그 점유 부분의 인도를 구하는 등의 방법으로 시효를 중단시킬 수 있기 때문에 이 사건 관습법으로 인해 토지 소유자에 대한 보호가 미흡하다고 볼 수도 없다(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결 참조).』 라고 판시하였다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 381-382).

(나) 분묘기지권의 특수성에 따른 시효취득 요건

이 사건 관습법은 ‘분묘기지권자로서의 점유’를 그 요건으로 삼지 아니함으로써 ‘지상권자로서의 점유’를 요건으로 하는 민법상 점유취득시효제도에 비하여 시효취득의 요건을 완화하고 있다. 그로 인해 민법상 지상권의 경우 시효취득이 인정되기 위해서는 시효취득을 주장하는 자가 지상권을 설정하려는 의사로 해당 토지를 점유하여 왔음을 입증하여야 하나(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다7984 판결 참조), 이 사건 관습법에 의하면 그러할 필요가 없으므로 결과적으로 분묘기지권에 대한 시효취득이 더 용이하게 인정되고 있는 것은 사실이다.

그러나 헌법재판소는 아래 판시에서 보는 바와 같이, 이는 분

묘기지권의 특수성에 맞게 시효취득 요건을 인정함에 따른 결과로서 그러한 사정만으로 이 사건 관습법이 피해의 최소성에 위배되는 것은 아니라고 보았다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 관례집 32-2, 374, 382-383).

『관습법을 법원(法源)으로 인정하는 이상 그 내용이 실정법 및 그에 대한 해석과 다른 경우가 생기는 것은 자연스러운 일이다. 분묘기지권은 토지를 분묘라는 특수한 용도로 점유·사용한 경우에만 성립하고 분묘의 존재 여부는 그 형태의 특수성으로 쉽게 알 수 있다는 점에서 다른 재산권 시효취득과 구별되기도 한다. 만약 분묘기지권자로서의 점유를 분묘기지권의 시효취득 요건으로 하고, 타인 소유의 토지에 소유자의 승낙이 없다는 사실을 잘 알면서 무단으로 분묘를 설치한 경우에는 분묘기지권자로서의 점유에 해당하지 않는다고 보아 분묘기지권의 시효취득을 허용하지 않는다면, 이는 사실상 분묘기지권의 시효취득을 허용하지 않는 것과 다르지 않다.

위와 같은 분묘기지권의 특성과 함께 분묘기지권을 시효취득하기 위해서는 법률상 용인될 수 없는 강포행위를 쓰지 아니하는 ‘평온’한 점유와 은비의 점유가 아닌 ‘공연’한 점유가 요구되어 법률상 도저히 용인할 수 없는 방법으로 분묘를 설치한 경우에는 분묘기지권의 시효취득이 배제될 수 있는 점을 고려하면, 분묘기지권의 시효취득에 ‘분묘기지권자로서의 점유’를 요건으로 하지 않는다는 이유만으로 형평에 반하거나 부당한 결과가 생긴다고 보기는 어렵다.』

(다) 재산권 제한 범위의 한정성

헌법재판소는 이 사건 관습법에 따른 재산권 제한의 범위가 한

정되어 있다는 점을 보더라도 이 사건 관습법이 피해의 최소성에 위배되지 않는다고 보았다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 383).

『분묘기지권을 시효취득 하더라도 분묘의 수호·관리에 필요한 상당한 범위 내에서만 분묘기지권이 인정되고, 분묘의 수호와 봉사가 중단되거나 분묘가 더 이상 존재하지 아니하는 경우에는 분묘기지권 역시 소멸한다. 뿐만 아니라 2000. 1. 12. 법률 제 6158호로 전부개정된 장사법에서 그 시행일인 2001. 1. 13. 이후에 설치된 분묘부터 분묘기지권의 시효취득을 부정한 이래(제 23조 제3항, 부칙 제2조) 장사법은 일관되게 같은 날 이후 설치된 분묘의 분묘기지권 시효취득을 인정하지 아니하고 있는 점에 비추어 보면, 분묘기지권 시효취득에 따른 토지 소유자의 재산권 제한은 그 범위가 적절히 한정되어 있다.

물론 분묘기지권을 시효취득하는 경우 분묘기지권자는 원칙적으로 지료지급의무가 없다고 해석되고(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결 참조), 이 사건 관습법은 시효취득된 분묘기지권의 존속기간은 민법의 지상권에 관한 규정에 따를 것이 아니라 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따르며, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권이 존속한다고 정하고 있으므로, 그 만큼 토지 소유자의 재산권이 더 제한될 수 있다.

그러나 만약 토지 소유자의 재산권이 제한된다고 하여 시효취득된 분묘기지권에 일정한 지료 및 존속기간을 인정한다면 지료연체를 이유로 분묘기지권의 소멸을 청구하거나 기간 만료를 이유로 분묘의 이장을 요구할 수 있게 되므로 분묘기지권 보장 수

준이 그만큼 후퇴할 수밖에 없고, 이는 분묘기지권을 둘러싼 법률관계를 복잡하게 하고 분묘기지권자의 경제적·정서적 이익에 중대한 침해가 가할 뿐 아니라 분묘를 존엄 시 해온 우리 사회의 미풍양속에도 어긋나는 결과를 초래한다.

따라서 분묘기지권을 시효취득한 경우에 원칙적으로 지료지급 의무가 없다거나 분묘기지권의 존속기간에 제한이 없다는 사정만으로, 이 사건 관습법이 필요한 정도를 넘어서는 과도한 제한이라고 보기 어렵다.』

(3) 법익의 균형성

헌법재판소는 아래와 같이 이 사건 관습법이 법익의 균형성에도 위배되지 아니한다고 판단하였다(헌재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374, 383-384).

『이 사건 관습법으로 인하여 토지 소유자가 자신이 소유하는 토지 일부에 대한 사용·수익권을 제한당하기는 하지만, 앞서 살펴본 바와 같이 그 범위는 제한적이다. 반면, 분묘기지권은 조상 숭배사상 및 부모에 대한 효사상을 기반으로 오랜 세월 우리의 관습으로 형성·유지되어 왔고 현행 민법 시행 이후에도 대법원 판결을 통해 일관되게 유지되어 왔는바, 이 사건 관습법을 통해 달성할 수 있는 전통문화의 보호 및 법률질서의 안정이라는 공익은 매우 중대하다.

따라서 이 사건 관습법은 법익의 균형성에 위배되지 아니한다.』

(4) 소결

헌법재판소는 위와 같은 점들을 종합하여, 이 사건 관습법이 과잉금지원칙에 위배되어 토지소유자의 재산권을 침해한다고 볼

수 없는 결론을 도출하였다.

6. 결정의 의의

첫째, 헌법재판소는 이 사건에서 관습법이 헌법소원의 대상이 되는지 여부를 쟁점으로 판단하였고, 관습법이 헌법소원심판의 대상이 된다고 본 선례(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396등 결정)를 그대로 유지하였다. 이처럼 관습법의 헌법소원 대상성을 긍정하는 헌법재판소 결정이 반복되고 있고 이를 반대하는 재판관의 의견도 줄어들고 있어, 관습법의 헌법소원 대상성을 긍정하는 헌법재판소의 입장은 앞으로도 유지될 것으로 보인다.

둘째, 헌법재판소는 이 사건에서 관습법이 재산권을 침해하는지 여부에 관한 심사기준을 처음으로 제시하였다. 관습법을 심판대상으로 하여 본안판단에 나아간 선례(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396등, 판례집 28-1상, 603)가 있기는 하였으나 위 선례는 관습법이 평등원칙에 위배되는지 여부만을 심사하였으므로 관습법에 대하여 재산권 침해 여부를 심사하는 것은 이 사건이 처음이다. 헌법재판소는 이 사건 관습법이 재산권을 침해하는지 여부에 대하여 과잉금지원칙에 따라 심사하되 이 사건 관습법 성립 전후의 역사적 배경과 관습법으로서 수행해 왔던 역할, 재산권의 대상인 토지의 특성 및 헌법 제9조에 따른 전통문화의 보호 등을 고려하여 과잉금지원칙 심사를 탄력적으로 수행하였다. 헌법재판소가 헌법 제9조에서 규정한 전통문화 계승의무를 심사기준에서 고려한 것도 이 사건이 처음이라는 점에서 주목할 만하다.

셋째, 헌법재판소는 이 사건 관습법이 과잉금지원칙에 위배되어 토지 소유자의 재산권을 침해하는지 여부를 판단하였다. 이 사건 관습법은 오랜 세월 우리의 관습으로 형성·유지되어 왔고

현행 민법 시행 이후에도 대법원 판결을 통해 일관되게 유지되어 온 것인바, 헌법재판소는 장묘문화의 변화, 임야의 경제적 가치 상승 등 그간 변화된 사정에도 불구하고 이 사건 관습법이 헌법에 위배되지 않는다고 판단하였다.

19. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제91조 제1항 위헌소원

－ 환매권 발생기간 제한 사건 －

(헌재 2020. 11. 26. 2019헌바131, 판례집 32-2, 469)

김진하*

【판시사항】

1. 환매권의 발생기간을 제한하고 있는 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정된 것, 이하 ‘토지보상법’이라 한다) 제91조 제1항 중 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 이 조에서 “취득일”이라 한다)부터 10년 이내에’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 선고하면서 적용중지를 명한 사례

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정된 것) 제91조 제1항 중 ‘토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 이 조에서 “취득일”이라 한다)부터 10년 이내에’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

* 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

창원시는 2005. 9.경 내지 2006. 1.경 청구인들로부터 해양관광도로 개설공사를 추진하기 위하여 토지보상법에 따라 창원시 ○○구 ○○동 ○○(지번생략) 등 6필지 토지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)에 관하여 공공용지 협의취득에 의한 소유권이전등기를 마쳤다.

창원시는 위 도로 개설공사가 부산-진해 경제자유구역청이 추진하는 다른 개발계획과 중복되는 부분이 있어 사업진행을 보류하다가, 2017. 5. 25. 이 사건 토지를 위 해양관광도로 사업부지에서 제외하는 내용의 창원도시관리계획 결정(변경) 고시를 하였다.

청구인들은 2018. 1. 8. 창원시를 상대로 주위적으로 환매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행을 구하고, 예비적으로 환매권 통지를 하지 않은 불법행위에 기한 손해배상을 구하는 소를 제기하였다(창원지방법원 2018가단100291).

청구인들은 위 소송 계속 중인 2019. 3. 14. 토지보상법 제91조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였고(창원지방법원 2019카기10054), 2019. 4. 5. 위 신청이 기각되자 같은 달 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장

사업시행자가 공익사업을 위해 토지를 취득한 후 10년이 지난 뒤에야 사업을 포기한 경우 이 사건 법률조항 때문에 종전 토지 소유자의 환매권이 배제된다. 이 사건 법률조항은 재산권을 과도

하게 제한하므로 과잉금지원칙에 위배된다.¹⁾

【결정요지】

1. 토지수용 등 절차를 종료하였다고 하더라도 공익사업에 해당 토지가 필요 없게 된 경우에는 토지수용 등의 헌법상 정당성이 장래를 향하여 소멸한 것이므로, 이러한 경우 종전 토지소유자가 소유권을 회복할 수 있는 권리인 환매권은 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리이다.

환매권의 발생기간을 제한한 것은 사업시행자의 지위나 이해관계인들의 토지이용에 관한 법률관계 안정, 토지의 사회경제적 이용 효율 제고, 사회일반에 돌아가야 할 개발이익이 원소유자에게 귀속되는 불합리 방지 등을 위한 것인데, 그 입법목적은 정당하고 이와 같은 제한은 입법목적 달성을 위한 유효적절한 방법이라 할 수 있다.

그러나 2000년대 이후 다양한 공익사업이 출현하면서 공익사업 간 중복·상충 사례가 발생하였고, 산업구조 변화, 비용 대비 편익에 대한 지속적 재검토, 인근 주민들의 반대 등에 직면하여 공익사업이 지연되다가 폐지되는 사례가 다수 발생하고 있다. 이와 같은 상황에서 이 사건 법률조항의 환매권 발생기간 ‘10년’을 예외 없이 유지하게 되면 토지수용 등의 원인이 된 공익사업의 폐지 등으로 공공필요가 소멸하였음에도 단지 10년이 경과하였다는 사정만으로 환매권이 배제되는 결과가 초래될 수 있다. 다른 나라의 입법례에 비추어 보아도 발생기간을 제한하지 않거나 더 길게 규정하면서 행사기간 제한 또는 토지에 현저한 변경이 있을 때 환매거절권을 부여하는 등 보다 덜 침해적인 방법으로

1) 청구인들은 평등권 침해 주장도 하였으나 이는 청구인들의 재산권이 다른 경우에 비하여 과도하게 제한된다는 것이어서 재산권 침해 여부를 심사하는 과정에서 함께 판단하므로 별도로 판단하지 아니하였다.

입법목적을 달성하고 있다. 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

이 사건 법률조항으로 제한되는 사익은 헌법상 재산권인 환매권의 발생 제한이고, 이 사건 법률조항으로 환매권이 발생하지 않는 경우에는 환매권 통지의무도 발생하지 않기 때문에 환매권 상실에 따른 손해배상도 받지 못하게 되므로, 사익 제한 정도가 상당히 크다. 그런데 10년 전후로 토지가 필요 없게 되는 것은 취득한 토지가 공익목적으로 실제 사용되지 못한 경우가 대부분이고, 토지보상법은 부동산등기부상 협의취득이나 토지수용의 등기원인 기재가 있는 경우 환매권의 대항력을 인정하고 있어 공익사업에 참여하는 이해관계인들은 환매권이 발생할 수 있음을 충분히 알 수 있다. 토지보상법은 이미 환매대금증감소송을 인정하여 당해 공익사업에 따른 개발이익이 원소유자에게 귀속되는 것을 차단하고 있다. 이 사건 법률조항이 추구하고자 하는 공익은 원소유자의 사익침해 정도를 정당화할 정도로 크다고 보기 어려우므로, 법익의 균형성을 충족하지 못한다.

결국 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 반하여 재산권을 침해한다.

2. 이 사건 법률조항의 위헌성은 환매권의 발생기간을 제한한 것 자체에 있다기보다는 그 기간을 10년 이내로 제한한 것에 있다. 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하는 다양한 방안이 있을 수 있고 이는 입법재량 영역에 속한다. 이 사건 법률조항의 적용을 중지하더라도 환매권 행사기간 등 제한이 있기 때문에 법적 혼란을 야기할 뚜렷한 사정이 있다고 보이지는 않는다. 이 사건 법률조항 적용을 중지하는 헌법불합치결정을 하고, 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정 취지에 맞게 개선입법을

하여야 한다.

재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이미선의 반대의견

환매권은 헌법상 재산권의 내용에 포함되는 권리이며, 그 구체적인 내용과 한계는 법률에 의하여 정해진다. 이 사건 법률조항은 환매권의 구체적인 모습을 형성하면서 환매권 행사를 제한하고 있으므로 이를 엄두에 두고 기본권 제한입법의 한계를 일탈한 것인지 살펴볼 필요가 있다. 대체로 10년이라는 기간은 토지를 둘러싼 사업시행자나 제3자의 이해관계가 두껍게 형성되고, 토지의 사회경제적 가치가 질적 변화를 일으키기에 상당한 기간으로 볼 수 있다. 우리나라의 경우 부동산 가치 변화가 상당히 심하고, 토지를 정주 공간보다는 투자의 대상으로 인식하는 사회적 경향이 상당히 존재하고, 원소유자가 환매권을 행사하는 주된 동기가 상승한 부동산의 가치회수인 경우가 있음을 고려하면, 이 사건 법률조항의 환매권 발생기간 제한이 환매권을 형해화하거나 그 본질을 훼손할 정도로 불합리하다고 볼 수 없다.

토지보상법은 5년 이내에 취득한 토지 전부를 공익사업에 이용하지 아니하였을 때 환매권을 인정하여 이 사건 법률조항에 따른 환매권 제한을 상당 부분 완화하고 있다. 환매권 발생기간을 합리적 범위 내로 제한하지 않는다면 해당 토지가 공익사업의 시행을 위하여 취득된 날로부터 상당한 기간이 지난 이후에도 언제든지 환매권이 발생할 수 있어 공익사업시행자의 지위나 해당 토지를 둘러싼 관계인들의 법률관계가 심히 불안정한 상태에 놓일 수 밖에 없게 된다. 부동산등기부의 기재로 환매권 발생을 예견할 수 있었다고 하더라도 이러한 사정이 공익사업 시행을 전제로 형성된 법률관계의 안정 도모라는 공익의 중요성을 가볍게 하는 요소라고 단정할 수 없다. 이 사건 법률조항의 환매권 발생기간 제

한은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위 내의 것이고 원소유자의 불이익이 달성하려는 공익보다 크다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하거나 환매권 행사를 형해화하여 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항이 환매권의 발생기간을 ‘취득일부터 10년 이내’로 제한하여 헌법상 보장되는 재산권을 침해하는지 여부이다.

토지보상법상 환매권의 기간제한, 환매대금 관련 부분 등에 대하여 여러 차례 헌법재판소가 재산권 침해여부를 판단하였는데, 사건에 따라 심사기준에 일정한 차이가 있었다. 이 사건에서도 어떤 심사기준에 의하여 재산권 침해 여부를 심사할 것인지 문제가 되었다.

헌법재판소는 1994. 2. 24. 92헌가15등 결정에서 이 사건 법률조항 이전 같은 내용의 환매권 발생기간 제한을 규정하고 있던 구 토지수용법과 구 ‘공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법’ 조항에 대하여 합헌결정을 하였는데, 그로부터 26년이 지난 현재 위 결정과 달리 판단할 사회경제적 변화가 있는지 여부도 문제가 되었다.

2. 심판대상의 한정

토지보상법 제91조 제1항(이하, 토지보상법 제91조 제1항 전체를 지칭할 때에는 ‘심판대상조항’이라고 한다)은 ‘토지의 취득

일부 10년 이내에 사업 폐지 등의 사유로 토지가 필요 없게 된 경우' 환매권이 발생하는 것으로 정함과 동시에 '필요 없게 된 때부터 1년 또는 취득일부 10년 이내에' 환매할 수 있다고 정하여 환매권의 발생기간과 행사기간을 별도로 규정하고 있다.

청구이유 등을 종합하면 청구인들에게 환매권이 인정되지 않은 것은 취득일로부터 10년이 지난 뒤에 이 사건 토지가 필요 없게 되었기 때문이므로, 환매권 발생기간에 관한 '토지의 취득일부 10년 이내에' 부분의 위헌 여부를 다투는 것으로 봄이 타당하다.²⁾

청구인들은 필요 없게 된 때부터 1년 이내에 환매권 행사를 하였기 때문에 발생기간 제한 부분에 관하여만 위헌으로 선언되면, 같은 항에 규정된 '필요 없게 된 때부터 1년'의 행사기간 내에 해당하게 되어 행사기간 10년 제한 부분의 위헌 여부와 상관없이 환매권이 인정된다. 따라서 이 사건에서는 심판대상조항 중 환매권 발생기간을 정한 부분만 심판대상으로 하고 행사기간을 정한 부분은 심판대상에 포함하지 아니하였다.

창원시는 협의취득에 의하여 이 사건 토지의 소유권을 획득하였으나 아래에서 살펴보는 바와 같이 협의취득과 공용수용은 비슷한 공법적 기능을 수행하고 있고 각 경우에 규정된 환매권 인정 요건도 동일하다. 따라서 공용수용 부분도 동일한 심사척도가 적용되는 경우에 해당하므로 심판대상에 포함하였다.

3. 토지보상법상 환매권

가. 환매권의 법적 성격

(1) 헌법상 재산권

2) 행사기간 제한이 문제되는 사례는 취득일로부터 10년이 지나기 전에 필요 없게 되었음에도 취득일부 10년 동안 환매권을 행사하지 않은 경우이다.

헌법재판소는 1994. 2. 24. 92헌가15등 결정 이래로 환매권이 헌법상 재산권의 내용에 포함되는 권리임을 여러 차례 명시하였고, 이 사건 결정에서도 이를 확인하면서 다음과 같이 실시하였다.

『우리 헌법은 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서도 다른 한편 공공필요에 의한 재산권의 수용을 헌법이 규정하는 요건이 갖춰진 경우에 예외적으로 인정하고 있다(헌법 제23조 제3항). 이러한 공공필요를 이유로 사업시행자가 토지수용 등의 절차를 진행하는 경우 원소유자는 강제적으로 재산권을 박탈당하게 되므로 헌법 제23조 제3항에 의한 재산권 박탈은 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 따라서 일단 공공필요성 등 공용수용의 요건을 갖추어 토지수용 등의 절차가 종료되었다고 하더라도, 그 후에 해당 공익사업의 폐지·변경 또는 그 밖의 사유로 사업시행자가 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우에는, 애당초 해당 토지의 강제적 취득에 대한 헌법상 정당성과 공익사업 시행자에 의한 재산권 취득근거는 장래를 향하여 소멸한다고 보아야 한다. 이렇게 보는 것이 공공필요에 의한 재산권 박탈을 예외적으로 인정하고 있는 우리 헌법상 재산권 보장의 원칙에 충실한 해석이고, 그렇다면 수용된 토지가 당해 공익사업에 필요 없게 되거나 이용되지 아니하였을 경우에 종전 토지소유자가 그 원래의 토지소유권을 회복할 수 있는 권리인 환매권은 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라 할 수 있다. 또한 협의취득의 경우에도 수용에 의한 강제취득방법이 사실상 후속조치로 남아있어 공용수용과 비슷한 공법적 기능을 수행하므로, 협의취득 후 인정되는 환매권도 헌법상 재산권으로 보아야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등 참조).』

(2) 사법상 권리 및 형성권

대법원은 환매권을 사법(私法)상 권리³⁾로 보기 때문에(대법원 1992. 4. 24. 선고 92다4673 판결) 법원실무는 환매권에 기한 소유권이전등기소송을 민사소송으로 처리하고 있다. 환매 요건을 갖춘 환매권자가 사업시행자에게 기준에 수령한 보상금 상당액을 지급하고 환매 의사표시를 하면 환매 효과가 발생하기 때문에 환매권은 일종의 형성권이다(대법원 2000. 11. 28. 선고 99두3416 판결).

나. 토지보상법상 환매제도의 입법연혁 및 내용

(1) 입법연혁

구 토지수용법은 일본의 토지수용법을 참고하여 1962. 1. 15. 법률 제959호로 제정되었는데, 당시 일본의 매수권을 모델로 하여 공용수용 토지에 대한 환매권제도를 도입하였다. 1975. 12. 31. 법률 제2847호로 구 ‘공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법’이 제정되면서 협의취득한 토지에 관한 환매권이 규정되었다. 그 후 2002. 2. 4. 법률 제6656호로 위 두 법령의 보상절차와 기준 등을 통합적으로 계승하는 토지보상법이 제정되면서 심판대상조항에서 공용수용 및 협의취득에 의한 환매권을 함께 규율하고 있다.

(2) 환매권 인정요건

(가) 토지보상법 제91조 제1항(심판대상조항)의 환매권
‘취득일부터 10년 이내’에 사업의 폐지 등으로 토지의 전부 또

3) 반면 학계에서는 행정청의 고권적 행정작용이 환매권의 원인을 이루고 있고, 공공 필요가 없는지 여부 등에 공익판단의 문제가 포함되어 있으므로, 공법상 권리로 보아야 한다는 견해가 다수의 입장이다(박균성, 행정법론 하, 박영사, 제10판, 472)

는 일부가 필요 없게 된 경우 취득일 당시 토지소유자 등은 그 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일로부터 10년 이내에 그 토지에 대하여 받은 보상금에 상당하는 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다. 환매권이 현실적으로 인정되기 위해서는 발생기간 및 행사기간 요건을 모두 충족하여야 한다. 다만 대법원은 필요 없게 된 때로부터 1년이 지났더라도 취득일로부터 10년이 지나지 않았다면 환매권을 행사할 수 있다고 판시하여(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다30782 판결), 행사기간 중 하나의 기간이 경과하였더라도 다른 기간이 경과하지 아니하였으면 환매권을 행사할 수 있는 것으로 해석하고 있다.

(나) 토지보상법 제91조 제2항의 환매권

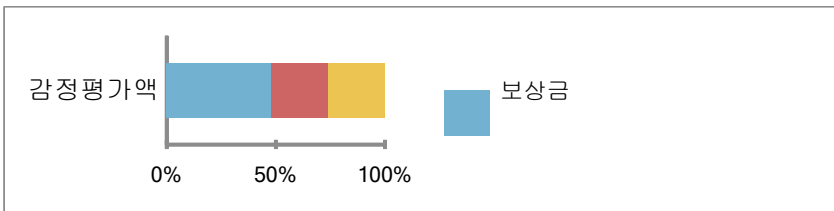
사업시행자가 취득일로부터 5년 이내에 ‘토지 전부’를 해당 사업에 이용하지 아니하였을 때에도 토지소유자 등은 환매할 수 있고, 이 경우 환매권은 취득일로부터 6년 이내에 행사하여야 한다. 토지보상법은 제91조 제1항과 별도의 요건에 따른 환매권을 인정하고 있다. 토지가 공익사업에 필요 없게 된 경우가 아니더라도 취득일로부터 5년 동안 토지 전부를 공익사업에 이용하지 아니한 경우 그로부터 1년간 환매권을 행사할 수 있다. 토지 전부를 이용하지 아니하였는지 여부는 당해 공익사업 목적으로 취득한 토지 전부를 기준으로 하는 것이지 필지별로 판단하는 것은 아니다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다31310 판결).

(3) 환매금액

원칙적으로 환매 시 환매권자가 사업시행자에게 지급하는 금액은

사업시행자가 취득할 당시 환매권자가 받았던 보상금 상당액이다(제91조 제1항). 그러나 토지의 가격이 취득일 당시에 비하여 현저히 변동된 경우 사업시행자와 환매권자는 환매금액에 대하여 서로 협의하되, 협의가 성립되지 아니하면 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다(같은 조 제4항). 여기서 ‘토지의 가격이 현저히 변동된 경우’란 환매권 행사 당시의 토지가격이 지급한 보상금에 환매 당시까지 해당사업과 관계없는 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액보다 높은 경우이다[당해 토지가격 > (보상금 × 유사 토지의 지가변동률)], 같은 법 시행령 제48조].

실무상 사업시행자가 환매권자를 상대로 환매대금 증액소송을 제기하는 경우가 있고, 이와 같은 소송은 공법상 당사자소송으로 처리되고 있다. 기준이 되는 ‘인근 유사토지’는 지리적으로 인접하고 공부상 지목과 토지의 이용 상황 등이 유사한 인근 토지 중 계속하여 기준지가 및 공시지가가 고시되어 온 표준지 중에서 정하고, 환매가격은 보상금에 ‘환매대상토지의 환매 당시 감정평가금액에서 위 보상금에 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액을 공제한 금액’을 더한 금액[보상금 + {환매 당시의 감정평가금액 - (보상금 × 지가변동률)}]으로 산정한다(대법원 2000. 11. 28. 선고 99두3416 판결). 결국 인근 유사토지의 지가상승분에 해당하는 부분은 환매권자에게 귀속되고 해당 공익사업에 따른 개발이익에 해당하는 환매토지의 지가상승분은 사업시행자에게 귀속된다.



(4) 사업시행자의 통지의무

환매사유가 발생하였는지 여부를 환매권자가 알기 어렵기 때문에 환매권 행사의 실효성을 보장하기 위하여 토지보상법은 환매할 토지가 생긴 때에는 지체 없이 이를 환매권자에게 통지하도록 하고 위 통지가 있는 경우에는 환매권 행사기간을 6개월로 정하고 있다(제92조). 환매권 발생요건이 갖추어졌음에도 사업시행자가 환매권자에게 환매통지를 하지 아니하여 환매권자가 환매권을 상실하게 된 경우, 사업시행자는 환매권자에 대하여 불법행위에 따른 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 1995. 6. 30. 선고 94다13435 판결).

다. 주요 국가의 입법례

(1) 독일

독일 연방건설법(BauG)은 수용된 토지가 공익사업에 사용되지 아니하거나 공익사업이 폐지된 경우 그로부터 2년간 환매권⁴⁾을 행사할 수 있는 것으로 하면서, 다만 토지가 현저히 변경된 경우 등의 사정이 있는 경우⁵⁾에는 수용청이 환매를 거부할 수 있는

4) 연방건설법 제102조는 재수용(Rückenteigung)이라는 용어를 사용한다. 이는 종전 토지소유자가 공용수용된 부동산이 목적인 공익사업에 사용되지 아니하거나 공익사업이 폐지된 경우에 토지 소유권 재취득을 위하여 행사할 수 있는 권리로써 환매권과 그 실질이 유사하기 때문에 우리나라에서는 이를 환매권이라고 번역하기도 하고, 재수용이라는 용어를 그대로 사용하기도 한다.

5) 연방건설법 제102조는 환매권(재수용) 배제 및 제한사유로 다음과 같은 내용을 정하고 있다.

- ② 다음 각호의 1의 경우에는 재수용을 요구할 수 없다.
 1. 피수용자가 토지를 본 법 또는 건축토지공급법의 규정에 따른 수용 방식으로 취득한 경우
 2. 새로운 수용절차가 제3의 건축희망자를 위하여 개시되어 있고, 종전 소유자가 자신이 토지를 상당한 기간 내에 예정된 목적을 위하여 사용할 것이라는 점을 소명하지 못한 경우

④ 토지가 현저히 변경되었거나 전부 또는 대부분이 토지로 보상된 경우에는 수용청이 신청을 거부할 수 있다.

것으로 정하고 있다(제102조). 심판대상조항과 같이 환매권의 발생기간 및 취득일부터 기산되는 행사기간 제한은 없다.

환매가격에 대해서는 환매신청 당시를 기준으로 산정한 거래가격이 수용 당시 가격보다 낮으면 그 가격으로, 수용당시 가격보다 높으면 수용 시 거래가격을 기준으로 하기 때문에(제103조 제4문) 지가상승분은 원소유자에게 귀속된다. 수용의 목적에 반하여 수용한 공익사업자가 수용토지로부터 아무런 이익을 얻지 못하도록 정하고 있다.

환매권에 관하여 원상회복에 가까운 모습으로 규율하여 재산권 존속보장에 충실한 입법례로 평가할 수 있다.

(2) 프랑스

프랑스 공용수용법전은 ① 수용된 부동산이 5년 내에 예정된 용도로 사용되지 않은 경우 또는 ② 용도 사용이 중지된 경우⁶⁾ 수용명령으로부터 30년 동안 환매를 요구할 수 있는 것으로 정하고 있다. 위 ① 요건은 우리나라의 토지보상법 제91조 제2항의 환매권과 유사한 것으로 볼 수 있고, 위 ② 요건이 토지보상법 제91조 제1항과 유사한 것으로 볼 수 있다. 결국 프랑스의 경우 환매권 행사기간을 수용명령일로부터 30년으로 정하고 있어 사실상 환매권의 발생기간을 30년으로 정하고 있는 것으로 볼 수 있고, 다만 ‘새로운 공익사업의 필요가 있는 경우’를 환매권 제한사유로 규정하고 있다.

환매가격은 환매 당시 재산가액을 기준으로 정하고 있어 지가상승분은 공익사업자에게 귀속된다. 환매에 의한 소유권 취득에

6) 위 조항의 해석에 관하여 프랑스 국유지 행정부는 ‘용도사용 중지’의 경우에는 5년 제한이 적용되지 않고, 뒷부분에서 정한 ‘수용명령일로부터 30년 이내’에 용도사용 중지가 되면 환매권이 발생하는 것으로 해석하고 있다.

대하여 취득세를 부과한다. 환매를 새로운 매매에 가깝게 규율하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

(3) 일본

일본의 토지수용법은 사업인정을 고시한 날로부터 20년 이내에 사업 폐지 등으로 수용한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 때에는, 매수권자가 당해 토지가 필요 없게 된 시기로부터 5년 또는 사업인정을 고시한 날로부터 20년 중 늦은 시기까지 토지를 매수할 수 있다고 규정하고 있다(제106조 제1항). 일본의 환매기간 제한은 심판대상조항과 규율구조가 동일하나, 그 기간을 사업인정 고시일부터 20년, 필요 없게 된 날부터 5년으로 정하여 심판대상조항(10년, 1년)에 비하여 환매권을 넓게 인정하고 있다.

라. 공익사업 현황

심판대상조항은 토지가 공익사업에 필요 없게 되었는지 여부를 환매권 요건으로 정하고 있는데, 사업시행자가 토지 취득 후 10년이 넘는 동안 공사를 완료하지 못한다면 토지가 필요 없게 되었는지 여부를 확정하기 어렵기 때문에 이 사건 법률조항에 의하여 환매권 발생이 배제될 우려가 발생한다. 헌법재판소는 전국 지방자치단체를 상대로 사실조회를 실시하였다. 대표적인 공익사업에 해당하는 도시계획시설사업을 대상으로 하여 토지취득절차에 돌입하는 실시계획인가 후 10년 6개월이 경과하였음에도 공사가 완료되지 아니한 사업 수, 해당 사업을 위해 사인으로부터 취득한 토지의 필지 수, 공사지연 원인을 파악하였다. 그 결과는 다음과 같다.

광역자치단체	장기(10년)미완료 실시계획인가 건수	사인으로부터 취득한 관련 토지 필지 수	지연사유
서울	11	6,239	사업변경, 민원
인천	3	512	예산부족
대전	-	-	-
광주	-	-	-
부산	미회신		
대구	2	129	예산미확보
울산	4	403	불법행위, 예산부족, 미분양
경기	52	1,965	소송, 예산부족, 사업간 간섭에 따른 변경
강원	2	73	사업비부족, 보상지연
경북	10	654	사업변경
경남	55	3,665	보상지연, 사업계획변경 등
전북	8	139	협의보상 지연, 예산부족
전남	미회신		
충북	6	127	자금부족, 보상협의 지연
충남	3	81	
제주	-	-	-
세종	미회신		
합계	156	13,987	

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 법정의견(위헌론)

(1) 심사기준

헌법재판소는 환매권 발생기간 등이 문제된 선례⁷⁾에서 과잉금지원칙에 의한 심사를 하였고, 행사기간 등이 문제된 선례⁸⁾에서는 입법형성의 합리적 재량 일탈 여부를 기준으로 심사한 바 있다. 이와 같은 차이는 헌법 제23조 제1항이 자유권과 유사한 재산권 보장(전문)과 함께 형성적 법률유보(후문)를 규정하고 있는데 따른 재산권의 특수성과 환매권의 독특한 위상 때문인 것으로 보인다. 과잉금지원칙을 적용한 선례는 환매권의 실질을 공공필요 소멸에 따른 재산권의 존속 보장으로 보아 이에 중점을 두고, 합리성 심사를 한 선례는 그 내용 형성에 광범위한 입법재량이 인정되므로 형성적 법률유보에 중점을 둔 것으로 보인다.

법정의견은 다음과 같은 이유로 과잉금지원칙을 적용하여 위헌 여부를 심사하였다.

『환매권은 헌법상 재산권의 존속보장과 밀접한 관련을 가지는 권리라 할 것인데, 이 사건 법률조항은 ‘취득일로부터 10년 이내’로 환매권의 발생기간을 제한함으로써, 원래 토지수용 등의 원인이 되었던 공공필요성이 소멸하더라도 그 토지취득일로부터 10년이 지나기만 하면 원소유자에게 환매권 자체가 발생하지 않도록 정하고 있다. 이러한 환매권의 발생기간 제한은 환매권이 인정됨을 전제로 환매권의 구체적 행사를 위한 행사기간, 방법,

7) 헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38; 헌재 2006. 11. 30. 2005헌가20, 판례집 18-2, 417; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌바49, 판례집 24-2하, 119

8) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바26, 판례집 23권 1집, 237; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가10, 판례집 17-1, 608; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바400, 판례집 28-2, 346

환매가격 등 환매권의 내용을 정한 것이라기보다는 환매권 발생 여부 자체를 정하는 것이어서 사실상 원소유자의 환매권을 배제하는 효과를 초래할 수 있으므로, 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권 제한 입법의 한계를 준수하고 있는지 살펴본다.』

(2) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항의 입법목적에 관하여는 1994년 선례 등과 같이 ① 사업시행자 및 이해관계인의 법률관계 안정, ② 토지의 사회경제적 이용 효율, ③ 개발이익의 원소유자 귀속 방지를 명시하였고 그 정당성과 수단의 적절성을 인정하였다.

『환매권의 발생기간을 제한하는 것은 공익사업을 수행하는 사업시행자의 지위나 토지를 둘러싼 이해관계인들의 토지이용 등에 관한 법률관계 안정, 토지의 사회경제적 이용의 효율성 제고, 사회일반의 이익이 되어야 할 개발이익이 원소유자 개인에게 귀속되는 불합리 방지 등을 위한 것으로 그 입법목적은 정당하고, 이를 위하여 토지취득일로부터 일정 기간이 지나면 환매권 자체가 발생하지 않도록 기간을 제한하는 것은 입법 목적을 달성하기에 유효적절한 방법이라 할 수 있다.』

(3) 침해의 최소성

법정의견은 1994년 선례 이후 아래와 같은 여러 사회변화로 사업시행자의 토지 취득 후 10년이 넘는 기간 동안 공익사업 공사가 완료되지 않아 토지가 해당 사업에 필요 없게 되었는지 여부를 알 수 없는 경우가 다수 발생하고 있는데, 이러한 경우에도 일률적으로 환매권 발생기간 10년 제한을 유지하게 되면 재산권의 존속보장과 관련하여 중요한 의미를 갖는 환매권이 사실상 배

제되는 결과가 될 수 있다고 보았다. 그리고 다른 주요국의 입법례에 의하더라도 이 사건 법률조항보다 덜 침해적인 방법으로 입법목적을 충분히 달성할 수 있음을 지적하고 있다.

『과거에는 국가 등이 주도하는 공익사업이 대체로 3년 내지 7년 이내에 완료되었기 때문에 이 사건 법률조항에 의하더라도 취득일로부터 10년 이내에 공익사업에 필요 없게 된 토지에 관하여 환매권이 발생하고 원소유자가 환매권 행사 여부를 결정하는데 무리가 없는 경우가 많았다. 그러나 2000년대 이후 지역 간 불균형 등을 해소하기 위해 국가, 지방자치단체, 공기업 등 여러 공법적 주체가 주도하는 크고 작은 단위의 다양한 공익사업이 출현하면서, 각기 다른 사업주체가 진행하는 공익사업 간 중복 또는 상충되는 사례가 다수 발생하였다. 공익사업의 중복이 발생하지 않더라도 중앙 및 지방정부의 정권교체, 사회 및 산업구조의 급속한 변화, 그에 따른 비용 대비 편익에 대한 지속적 검토, 인근 주민들의 강력한 반대 등에 직면하여 공익사업이 지연되거나 완공되지 않은 채 폐지되는 경우도 발생하고 있다.⁹⁾

2018년 도시계획현황 통계에 의하면, 도시계획시설로 결정된 면적은 총 1,601km²이고 그 중 집행(실시계획인가)된 면적은 487km²(미집행면적 1,114km²)에 불과하여 집행비율이 30.4%에 불과하고, 미집행 도시계획시설 면적 1,114km² 중 835km²(74.9%)는 도시계획결정 이후 10년 이상 장기미집행상태인 것으로 나타났다. 즉, 도시계획시설로 결정된 전체면적 중 52.15%가 10년 이상 장기 미집행 상태인 것이다. 그리고 2020년 6월 기준, 도시계획시설사업 실시계획인가가 고시되어 토지취득절차에 돌입한 후

9) 이 사건 역시 창원시가 추진하던 도로개설계획이 부산-진해 자유구역청이 추진하는 개발계획(재정경제부고시 제2007-12호)과 중복되는 부분이 있어 도로공사가 보류되다가 창원시가 도로노선을 축소하여 일부 폐지가 된 경우이다.

10년 6개월이 경과하였음에도 공사완료공고 내지 준공이 되지 않는 공익사업이 전국적으로 156건, 위 공익사업을 위하여 사인으로부터 취득한 토지가 약 14,000필지에 이른다.

이와 같은 공익사업의 불확실성과 소요기간의 장기화 등 사회적 변화에도 불구하고 이 사건 법률조항이 정한 환매권 발생기간인 ‘10년’을 예외 없이 유지하게 되면, 토지수용 등의 원인이 된 공익사업의 변경·폐지로 공공필요성이 소멸된 경우에도, 단지 10년이 경과하였다는 사정만으로 소유권을 박탈당했던 원소유자에 대하여 재산권의 존속을 보장할 기회를 부여하는 환매권이 배제되는 결과가 초래될 수 있다. 나아가 원소유자에 대한 환매권 보장은 공익사업의 성실한 수행을 담보하기 위한 보장책의 성격도 갖고 있는데, 앞서 살펴 본 공익사업의 집행 실태 등을 고려해 볼 때 환매권의 발생기간을 현실에 맞지 않게 짧게 제한하는 경우 사업시행자가 원소유자의 환매권 행사 기회를 회피할 우려도 있다.

토지보상법 제91조 제2항에서 취득일부터 5년 동안 토지 전부를 공익사업에 이용하지 아니한 경우 환매권을 인정하고 있기는 하나, ‘토지 전부’를 이용하였는지 여부를 필지별로 판단하는 것이 아니라 해당 공익사업을 위하여 취득한 토지 전부를 기준으로 판단하기 때문에 일부 토지에 대하여 공익사업을 위한 공사 등이 진행된 경우에는 위 조항 소정의 환매권이 인정되지 않는다. 그리고 실제로 위 조항에서 정한 환매권 요건이 충족되었다고 하더라도, 필지별로 원소유자가 다르기 때문에 원소유자 입장에서는 사업시행자의 통지가 없는 이상 위 조항 소정의 환매권 인정요건 충족 여부를 알기 어렵다. 따라서 토지보상법 제91조 제2항에서 정한 환매권 내용이 이 사건 법률조항으로 인한 제한의 정도를 충분히 완화한다고 보기는 어렵다.

입법례에 따라서는 환매권의 발생기간은 제한하지 아니하고 공익사업이 ‘필요 없게 된 때’부터 행사기간만을 비교적 짧게 제한하거나, 환매권의 발생기간을 취득일로부터 10년보다 더 긴 기간으로 규정하고, 토지에 현저한 변경이 있는 등 구체적 공익이 발생한 경우에 한하여 환매를 거부할 수 있는 권리를 사업시행자에게 인정하는 등의 방법으로 원소유자 재산권의 존속보장을 보호하면서도 공익사업 시행을 전제로 하여 형성된 법률관계의 안정 또는 토지의 효율적 이용을 도모하는 경우도 있다. 또한 환매권 발생범위를 현실에 맞게 정하여 운용하면서도 환매대금 산정 조항의 정비를 통해 환매대금을 합리적으로 책정하여 개발이익 등이 원소유자에게 과도하게 귀속되는 것을 차단할 수도 있다.

이와 같이 보다 덜 침해적인 방법으로 이 사건 법률조항의 입법목적을 충분히 달성할 수 있음에도, 이 사건 법률조항은 환매권 발생기간을 10년으로 일률적으로 제한하고 있으므로 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.』

(4) 법익의 균형성

법정의견은 이 사건 법률조항에 의한 환매권 발생 제한의 경우 사실상 환매권이 배제될 우려가 있고 사업시행자의 환매권 통지의무가 발생하지 않아 손해배상도 받지 못하기 때문에 사익의 침해정도가 크다고 보았다. 반면 공익사업 시설의 내구연한에 비추어 볼 때 10년 전후로 토지가 필요 없게 되는 경우가 대부분 해당 토지가 공익사업에 실제로 사용되지 않는 경우이고 부동산등기부상 등기원인 란 기재를 통해 환매권이 발생할 수 있음을 어느 정도 예상할 수 있으며, 토지보상법은 당해 공익사업에 따른 개발이익이 원소유자에게 귀속되는 것을 차단하고 있고 다른

공익사업에 따른 개발이익의 경우 환매권을 인정하면서도 환매대금 산정조항 정비를 통해 환매권자에게 과도하게 귀속되는 것을 방지할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 추구하는 공익이 사익 침해를 정당화할 정도에 이르지 못한다고 보았다.

『이 사건 법률조항으로 제한되는 사익은 헌법 제23조 제3항의 공공필요 소멸에 따른 환매권의 ‘발생’ 제한이다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의하면 당초 토지취득의 원인이 되었던 공익사업이 폐지·변경되어 해당 토지가 더 이상 공익사업에 이용되지 않는다 하더라도 취득일로부터 10년이 경과하기만 하면 원소유자에게 환매권이 인정되지 않는다. 나아가 사업시행자는 토지보상법이 정한 환매권 요건을 충족하는 경우 환매권자에게 그 사실을 통지하여야 할 의무가 있고(토지보상법 제92조 제1항) 사업시행자가 이를 이행하지 아니한 경우에는 손해배상책임도 인정되는데(대법원 1995. 6. 30. 선고 94다13435 판결), 취득일로부터 10년 이후에 토지가 필요 없게 되어 이 사건 법률조항에 의하여 환매권이 ‘발생’하지 아니한 경우에는 법해석상 사업시행자의 통지의무 역시 발생하지 아니하기 때문에, 원소유자는 환매권 상실에 따른 손해배상도 받지 못하게 된다. 이처럼 이 사건 법률조항은 원소유자의 사익을 심각하게 제한한다.

다음으로 이 사건 법률조항이 정한 환매권 발생기간 제한으로 달성할 수 있는 ‘해당 토지를 둘러싼 법률관계 안정 및 토지의 효율적 이용’이라는 공익에 관하여 본다.

토지보상법 제4조에서 정한 구체적 공익사업의 성격과 해당 시설의 일반적인 내구연한에 비추어 볼 때, 공익사업이 정상적으로 시행된다면 취득일로부터 10년 전후로 취득된 토지가 필요 없게 되는 경우를 쉽게 상정하기 어렵고, 환매권의 대상이 되는 토지

는 대부분 공익사업이 변경 또는 폐지되어 취득한 토지가 공익목적으로 실제 사용되지 아니하는 경우라고 보는 것이 타당하다. 사정이 이와 같다면 사업시행자의 지위나 토지를 둘러싼 이해관계인의 법률관계 안정 및 해당 토지의 효율적 이용이라는 공익이 중대하다거나, 공익사업의 실현을 위하여 소유권을 박탈당했던 원소유자에게 재산권의 존속을 보장할 기회를 부여하는 환매권의 발생을 취득일로부터 10년이 지나면 일률적으로 제한하는 것을 정당화할 정도로 보호가치 있는 공익이라고 보기 어렵다.

한편 공익사업 진행을 전제로 일정한 법률관계가 형성되었다 하더라도 토지보상법 제91조 제5항은 사업시행자가 취득한 토지에 관하여 협의취득 또는 수용의 등기가 되면 환매권자는 환매권으로 제3자에게 대항할 수 있다고 규정하고 있고, 실제로 부동산 등기부상 등기원인 란에 ‘공공용지의 협의취득’ 또는 ‘토지수용’으로 기재되고 있다. 따라서 사업시행자가 취득한 토지에 관한 공익사업에 참여하는 이해관계인들 및 승계취득자는 해당 토지가 공익사업에 필요 없게 될 경우 환매권이 발생할 수 있음을 충분히 예견할 수 있다.

토지 취득의 목적이었던 공익사업이 예정대로 진행되지 않고 새로운 다른 공익사업의 필요가 발생한 경우 토지보상법 제91조 제6항은 공익사업 변경을 인정하여 기산점을 연장하는 방법으로 환매권을 제한하고 있기 때문에 이 사건 법률조항으로 환매권 발생이 제한되는 경우는 대부분 공공필요 소멸시점에 구체적인 새로운 공공필요가 인정되지 않는 경우이다. 언제인지 알 수 없는 미래적 토지이용의 효율을 위해 토지취득일로부터 10년이 경과하였다는 이유로 환매권을 배제하는 것을 정당한 재산권 제한이라고 할 수는 없다.

다음으로 개발이익의 원소유자 귀속 방지라는 공익에 관하여 본다.

토지보상법은 환매할 토지의 가격이 해당 공익사업과 관계없는 인근 유사토지의 지가변동률보다 더 상승한 경우 그 초과하는 상승분에 해당하는 만큼 환매대금을 증액하도록 하여(제91조 제4항 및 같은 법 시행령 제48조), ‘당해 공익사업에 따른 개발이익’이 원소유자에게 귀속되는 것을 이미 차단하고 있다.

다만 인근 유사 토지 가격이 다른 지역개발사업에 의하여 함께 비슷한 정도로 상승한 경우 환매권 발생기간을 더 길게 인정하게 되면, 현행 법령해석상 ‘다른 공익사업에 따른 개발이익’ 등이 원소유자에게 귀속되는 범위가 넓어지는 상황이 발생할 수 있다. 그러나 이와 같은 부분은 환매대금 산정에 관한 조항을 정비하는 방법으로 지가상승분이 환매권자에게 과도하게 귀속되는 것을 막을 수 있으므로, 환매권 발생 제한에 의한 사익침해를 정당화할 정도의 공익으로 볼 수는 없다.

이상의 점을 종합하면, 이 사건 법률조항은 추구하는 공익과 침해되는 사익 사이에 비례관계를 갖추고 있다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 원칙을 충족하지 못한다.』

(5) 소결론

법정의견은 위와 같은 이유로 이 사건 법률조항이 환매권을 과도하게 제한하여 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 재산권을 침해한다고 판단하였다.

(6) 헌법불합치결정과 적용중지

『이 사건 법률조항의 위헌성은 환매권의 발생기간을 제한한 것 자체에 있다기보다는 그 기간을 10년 이내로 제한한 것이 환매권에 대한 과도한 제한이라는 데 있다. 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하기 위하여 발생기간을 제한하되 그 기간을 10년보다 장기로 정하는 방법, 발생기간을 장기로 변경하면서 10년을 초과한 경우 중 토지에 현저한 변경이 있는 등 구체적인 공익이 발생하였을 때에 사업시행자에게 환매거절권을 부여하는 방법, 환매권 발생기간을 따로 정하지 아니하고 공익사업이 ‘필요 없게 된 때’부터 행사기간만 제한하는 방법 등 다양한 방안이 있을 수 있고 이는 입법재량 영역에 속한다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고한다.

한편, 이 사건 법률조항의 적용을 중지하더라도 토지보상법 제 91조 제1항에서 ‘필요 없게 된 때로부터 1년’이라는 환매권 행사기간을 제한요건으로 두고 있기 때문에 법적 혼란을 야기할 정도로 환매권행사가 급증할 것으로 보이지 않는다. 따라서 입법자의 개선입법이 있을 때까지 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 이 사건 법률조항의 적용을 중지하고, 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 해야 할 의무가 있다.』

나. 반대의견(합헌론)

(1) 심사기준

반대의견은 법정의견과 달리 환매권의 내용과 한계 역시 법률에 의하여 정해지는 것이므로 이 사건 법률조항이 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하였거나 환매권 행사를 형해화하였는지 여부

를 기준으로 판단하였다.

『환매권은 헌법상 재산권 보장규정으로부터 도출되는 것으로서 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리이며(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등 참조), 그 구체적인 내용과 한계는 법률에 의하여 정하여진다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90 참조). 환매권의 발생기간을 설정한 이 사건 법률조항은 환매권의 구체적인 모습을 형성하면서 환매권의 행사를 제한하고 있으므로, 이를 염두에 두고 기본권 제한 입법의 한계를 일탈한 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

환매권의 발생기간을 제한하는 목적이 공익사업의 시행을 전제로 형성된 법률관계의 안정을 도모하고, 토지의 사회경제적 이용의 효율성을 제고하며, 사회일반의 이익이 되어야 할 개발이익이 원소유자 개인에게 귀속되는 것을 방지하려는 데에 있음은 법정의견에서 밝힌 바와 같다.

다만, 환매권의 발생기간을 제한할 필요가 있다고 하더라도 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하거나 환매권의 행사를 형해화하여서는 안 되는데, 이 사건 법률조항이 환매권 발생기간으로 설정한 ‘취득일로부터 10년 이내’ 부분이 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하거나 환매권의 행사를 형해화하였는지 여부를 살펴본다.』

(2) 판단

반대의견은 10년이라는 기간이 토지의 가치에 질적 변화를 일으킬 만한 상당한 기간이고, 우리나라의 경우 특수하게 토지를 투자의 대상으로 보는 사회적 경향이 존재하고 환매권 행사의 주된 동기가 상승한 부동산 가치회수인 경우가 있어 재산권 존속보장이라는 환매권 보장의 취지가 상당 부분 퇴색되는 면이 있음을

지적하면서, 이 사건 법률조항이 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하거나 환매권의 행사를 형해화할 정도로 불합리하다고 볼 수 없다고 하였다.

『법정의견은, 2000년대 이후 사회적, 경제적 상황의 변화 등으로 공익사업이 장기간 지연되어 토지의 취득일로부터 10년이 지나도 집행되지 않는 경우가 증가하였음에도 불구하고 환매권의 발생기간을 일률적으로 ‘취득일로부터 10년 이내’로 유지하게 되면 취득일로부터 10년이 지나 결국 해당 공익사업이 폐지 내지 변경되어 토지가 더 이상 필요 없게 된 경우에도 10년이 경과하였다는 사정만으로 환매권이 배제되는 결과가 초래될 수 있다고 한다.

대체로 10년이라는 기간은 그 동안 해당 토지를 둘러싼 사업 시행자나 제3자의 이해관계가 상당한 정도로 두껍게 형성되고, 토지의 현상이나 이용 상태 및 주변상황 등의 변화로 말미암아 해당 토지의 사회경제적 가치가 질적 변화를 일으키기에 상당한 기간으로 볼 수 있다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등 참조).

우리나라의 경우 부동산 개발 등에 따른 부동산 가치 변화가 상당히 심하고, 토지를 정주(定住) 공간이라기보다는 투자 또는 투기의 대상으로 인식하는 사회적 경향이 상당히 존재하며, 원소유자가 환매권을 행사하는 주된 동기가 토지재산권의 존속보장보다는 상승한 부동산의 가치회수인 경우가 있음을 부인할 수 없다.¹⁰⁾ 실제로 환매권을 행사하는 과정에서 재산권의 존속보장이라는 환매권 보장의 취지가 상당부분 퇴색될 수 있음을 부정하기 어렵다.

10) 실제로 이 사건 토지의 경우 2005년부터 2017년까지 사이에 지가가 2.5배 내지 3.7배 상승하였다.

이러한 사정들을 고려하면, 환매권의 발생기간을 ‘취득일로부터 10년 이내’로 제한하여 그 기간 내에 해당 사업의 폐지·변경 또는 그 밖의 사유로 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요 없게 된 경우가 아니면 환매권을 인정하지 않는 것이 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하거나 환매권의 행사를 형해화할 정도로 불합리하다고 볼 수 없다.

토지보상법 제91조 제2항은 사업시행자가 토지를 취득한 날부터 5년 이내에 취득한 토지 전부를 해당 공익사업에 이용하지 아니하였을 때에는 원소유자의 환매권을 인정하고 있는데, 이것은 해당 공익사업의 폐지 또는 변경 등의 사유로 취득한 토지가 전부 또는 일부 필요 없게 되는 경우에 해당하지 않더라도 원소유자의 환매권을 인정해 주는 경우를 마련한 것으로서 이 사건 법률조항에 따른 환매권의 제한을 상당 부분 완화하면서 공익사업의 성실한 시행을 담보하고 있는 것이다. 취득한 토지의 일부라도 해당 공익사업에 이용되고 있으면 위 제2항의 환매권은 인정되지 않는 것인데, 이러한 경우는 토지보상법에 의하여 토지를 취득할 것을 인정한 원래의 취지에 어긋난다고 볼 수 없으므로, 이 경우 환매권을 인정하지 않는 것이 불합리하다고 할 수 없다. 원소유자에게 이와 같이 위 제2항에 의한 환매권이 보장되어 있음을 감안하면 이 사건 법률조항에 따른 환매권의 제한은 상당 부분 완화되고 있음을 알 수 있다.

법정의견은, 토지보상법 제91조 제5항에 따라 사업시행자가 취득한 토지에 관하여 협의취득 또는 수용의 등기가 되면 제3자에 대하여 환매권으로 대항할 수 있고, 제3자도 부동산등기부상 등기원인란에 ‘공공용지의 협의취득’ 또는 ‘토지수용’으로 기재되어 있으면 해당 토지가 공익사업에 필요 없게 될 경우 환매권이 발

생활 수 있음을 충분히 예견할 수 있다고 하여, 이 사건 법률조항이 달성하려는 공익사업의 시행을 전제로 형성된 법률관계의 안정 도모라는 공익보다 환매권 발생의 제한으로 인한 사익 침해의 정도가 더 중한 것으로 보고 있다.

그러나 환매권의 발생기간을 합리적인 범위 내로 제한하지 않는다면 해당 토지가 공익사업의 시행을 위하여 취득된 날로부터 상당한 기간이 지난 이후에도 언제든지 환매권이 발생할 수 있어 공익사업시행자의 지위나 해당 토지를 둘러싼 관계인들의 법률관계가 심히 불안정한 상태에 놓일 수밖에 없게 된다. 부동산등기부의 기재로 환매권의 발생 가능성을 예견할 수 있었다고 하더라도 이러한 사정이 공익사업의 시행을 전제로 형성된 법률관계의 안정 도모라는 공익의 중요성을 가볍게 하는 요소라고 단정할 수 없다.

이상에서 살핀 바와 같이 이 사건 법률조항이 토지 취득일로부터 10년 이내로 환매권의 발생기간을 제한한 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것이고, 환매권의 제한으로 인하여 원소유자가 입는 불이익이 이 사건 법률조항으로 달성하려는 공익보다 크다고 할 수 없다.』

5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 공공필요가 있어 토지수용 등 절차가 이루어졌다 하더라도 그 후 토지가 공익사업에 필요 없게 된 경우에는 사업시행자가 토지를 강제적으로 취득한 헌법적 정당성과 근거가 장래를 향하여 소멸한 것이기 때문에, 이러한 경우 종전 토지소유자가 소유권을 회복할 수 있는 권리인 환매권이 헌법상 재산권임을 분명히 하였다.

이 사건 결정은 결정이유에 실시된 바와 같은 여러 사회적 변

화로 사업시행자가 토지를 취득한 후 10년 이내에 공사가 완료되지 않는 경우가 상당히 발생하고 있음에도 일률적으로 환매권 발생기간을 10년으로 제한하는 것은 재산권의 존속보장을 위한 환매권이 배제되는 결과가 초래될 수 있기 때문에 과잉금지원칙에 위배된다고 판시하였다.

종래 이와 견해를 달리하여 이 사건 법률조항과 같은 내용의 구 ‘공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법’ 조항(1975. 12. 31. 법률 제2847호로 제정되고, 1991. 12. 31. 법률 제4484호로 개정되기 전의 것)과 구 토지수용법(1981. 12. 31. 법률 제3534호로 개정되고, 2002. 2. 4. 법률 제6656호로 폐지되기 전의 것) 조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌법재판소 결정(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등)은 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 이를 변경하였다.

이 사건 결정은 이 사건 법률조항의 위헌성이 환매권 발생기간 제한 자체에 있는 것이라기보다는 10년 이내로 제한한 것이 과도하다는 데 있기 때문에 입법재량을 존중하여 헌법불합치결정을 선고하였다.

20. 변호사시험법 제7조 제1항 위헌확인 등

- 변호사시험 응시제한 제도 -

(헌재 2020. 11. 26. 2018헌마733·742, 2019헌마378·664·682·744·806, 2020헌마30·517·870·992·1010(병합), 판례집 32-2, 547)

김 광 욱*

【판시사항】

1. 변호사시험의 응시기간과 응시횟수를 법학전문대학원의 석사 학위를 취득한 달의 말일 또는 취득예정기간 내 시행된 시험일부터 5년 내에 5회로 제한한 변호사시험법 제7조 제1항(이하 ‘이 사건 한도조항’이라 한다)에 대하여, 2019년도 제8회 변호사시험에 접수하지 아니함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 된 청구인이 위 시험 접수일 마지막 날로부터 90일을 경과하여 제기한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(소극)

2. 2020년도 제9회 변호사시험에 응시하지 아니함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 된 청구인이 위 시험 시행일 마지막 날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 한도조항에 대한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(소극)

3. 병역의무의 이행만을 응시기회제한의 예외로 인정하는 변호사 시험법 제7조 제2항(이하 ‘이 사건 예외조항’이라 한다)에 대하여, 위 조항에 관한 기본권침해사유를 구체적으로 소명하지 않고 있는 청구인들의 심판청구가 자기관련성 요건을 갖추었는지 여부(소극)

* 헌법연구관

4. 2019년도 제8회 변호사시험에 응시하여 불합격한 청구인들이 위 변호사시험 시행일 첫날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 예외조항에 대한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(소극)

5. 2019년도 제8회 변호사시험에 접수하지 아니한 청구인이 위 시험 접수일 마지막 날로부터 90일이 경과하여 제기한 이 사건 예외조항에 대한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(소극)

6. 2020년도 제9회 변호사시험에 응시하여 불합격한 청구인들이 위 변호사시험 시행일 첫날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 예외조항에 대한 심판청구가 청구기간을 준수하였는지 여부(소극)

7. 이 사건 한도조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

8. 이 사건 예외조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제 10923호로 개정된 것) 제7조 제1항(이하 ‘이 사건 한도조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 및 ② 변호사시험법(2018. 12. 18. 법률 제15975호로 개정된 것) 제7조 제2항(이하 ‘이 사건 예외조항’이라 하고, 이 사건 한도조항과 묶어 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인 3 내지 5, 7 내지 18, 26 및 27의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 청구인 1, 2는 2014년 법학전문대학원을 각 졸업하여 석사학위를 취득한 사람들로, 2018년도 변호사시험에 응시하여 불합

격함으로써 변호사시험법 제7조 제1항에 따라 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험의 응시를 '5년 내 5회'로 제한한 변호사시험법 제7조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인 3, 4, 5는 2019년도 변호사시험에 응시하여 불합격함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험법 제7조 제1항 및 병역의무 이행기간만을 응시기간의 예외로 정한 같은 조 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

3. 청구인 6은 2019년도까지 변호사시험에 응시하여 불합격함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험법 제7조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

4. 청구인 7은 2019년도 변호사시험에 응시하지 아니함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험법 제7조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

5. 청구인 8은 2019년도 변호사시험에 접수하였으나 응시하지 아니함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험법 제7조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

6. 청구인 9 내지 14는 2019년도 변호사시험에 응시하여 불합격함으로써, 청구인 15는 2019년도 변호사시험에 응시하지 않음으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험법 제7조 제1항, 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

7. 청구인 16은 2020년도 변호사시험에 접수하였으나, 위 시험 시행일 전날 그 접수를 취소함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되었다. 위 청구인은 변호사시험법 제7조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였고, 이후 위 청구인의 국선대리인은 변호사시험법 제7조 제2항을 심판청구 대상으로 추가하였다.

8. 청구인 17은 2020년도 변호사시험에 응시하였으나 불합격함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되자, 변호사시험법 제7조 제1항, 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

9. 청구인 18 내지 23 및 청구인 25는 2020년도 변호사시험에 응시하였으나 불합격함으로써, 청구인 24는 위 시험에 접수하였으나 응시하지 아니함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되었다. 위 청구인들은 변호사시험법 제7조 제1항, 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

10. 청구인 26은 2020년도 변호사시험에 응시하였으나 불합격함으로써 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되었다. 위 청구인은 변호사시험법 제7조 제1항, 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

11. 청구인 27은 2020년도 변호사시험에 응시하였으나 불합격하여 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 되었다. 위 청구인은 변호사시험법 제7조 제1항, 제2항 및 변호사시험 응시기간 및 응시횟수를 초과하여 시험에 응시한 사람에 대하여는 그 답안을 채점하지 아니하고 불합격 결정을 할 수 있도록 한 변호사시험법 시행규칙 제7조의2 제2호가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

【결정요지】

1. 2019년도 제8회 변호사시험에 접수하지 아니하여 더 이상 변호사시험에 응시할 수 없게 된 청구인이 위 시험 접수일 마지막 날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 한도조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 부적법하다.

2. 2020년도 제9회 변호사시험에 응시하지 아니하여 더 이상

변호사시험에 응시할 수 없게 된 청구인이 위 시험 시행일 마지막 날부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 한도조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 부적법하다.

3. 이 사건 예외조항에 관한 기본권침해 사유를 구체적으로 소명하지 않고 있는 청구인들의 이 사건 예외조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 자기관련성 요건을 갖추었다고 볼 수 없어 부적법하다.

4. 2019년도 제8회 변호사시험에 응시하여 불합격한 청구인들이 위 변호사시험 시행일 첫날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 예외조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 제기된 것으로 부적법하다.

5. 2019년도 제8회 변호사시험에 접수하지 아니한 청구인이 위 변호사시험 접수일 마지막 날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 예외조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 제기된 것으로 부적법하다.

6. 2020년도 제9회 변호사시험에 응시하여 불합격한 청구인들이 위 변호사시험 시행일 첫날로부터 90일을 경과하여 제기한 이 사건 예외조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 제기된 것으로 부적법하다.

7. 헌법재판소는 2016. 9. 29. 2016헌마47 결정, 2018. 3. 29. 2017헌마387등 결정 및 2020. 9. 24. 2018헌마739등 결정에서, 변호사시험의 응시를 '5년 내 5회'로 제한한 이 사건 한도조항이 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 그와 같은 선택의 판시 이유는 여전히 타당하고, 이 사건에서 그와 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 볼 수 없다. 이 사건 한도조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다.

8. 이 사건 예외조항이 변호사시험 응시자격을 얻은 병역의무 이행자들에 대하여 그 병역의무 이행기간을 변호사시험 응시한도에서 제외하도록 한 것은 위와 같이 병역의무의 이행으로 인한 불이익한 처우를 받지 아니할 것을 규정한 헌법 제39조 제2항의 요청에 따른 것이므로, 합리성이 인정된다.

병역의무의 이행 외의 다른 사유에 대해서도 변호사시험 응시한도의 예외를 인정하는 방법을 고려할 수 있을 것이나, 인정되는 사유나 그 지속기간 등을 일률적으로 입법하기 어렵고, 예외를 인정할수록 시험기회·합격률에 관한 형평에 문제제기가 있을 수 있어 시험제도의 신뢰를 떨어뜨릴 위험이 있다. 또한, 변호사시험의 응시한도에 관한 입법경위를 살펴보면 입법자는 법학전문대학원 및 변호사시험 제도의 목적을 고려하여 변호사시험의 응시횟수뿐만 아니라 응시기간까지 제한하기로 하면서, 변호사시험 준비생에게 어떠한 사유가 발생하여 그가 변호사시험에 응시할 수 없었거나, 또는 그 사유로 불합격하는 경우가 있을 수 있다는 점을 입법당시에 고려하여 응시한도를 정하였던 것으로 보인다.

이러한 점들을 종합하면 이 사건 예외조항이 비합리적이라고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 예외조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

재판관 이선애, 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영의 이 사건 예외조항에 대한 반대의견

이 사건 예외조항이 변호사시험 응시자격이 있는 병역의무 이행자의 병역의무 이행기간을 시험 응시한도의 예외로 인정하는 것은, 병역의무 이행자에게 병역의무 이행 중에는 정상적인 변호사시험 준비·응시를 기대하기 어렵다는 점이 고려된 것이다.

그러나 위와 같은 병역의무 이행 외에도 변호사시험 준비생이 불측의 중한 사고, 질병 또는 그로 인한 일시적·영구적 장애를 입는 경우, 또는 변호사시험 준비생이 임신·출산 등을 하는 경우와 같이 사회통념상 이 사건 한도조항이 정한 기간 내에 정상적으로 변호사시험을 준비·응시할 것으로 기대하기 어려운 사유도 있다. 이러한 사유가 있는 변호사시험 준비생은 변호사시험 응시한도 기간 내에 정상적으로 변호사시험을 준비하여 응시할 것을 기대하기 어렵다는 점에서 위 병역의무 이행자와 다르지 않는데, 그럼에도 이 사건 예외조항은 오로지 병역의무 이행자에 대하여만 예외를 인정하고 있다.

이처럼 정상적인 변호사시험 준비·응시를 사실상 불가능하게 하는 다른 여러 사유들이나 변호사시험 응시기회의 실질적인 보장에 대한 고려 없이 오로지 병역의무 이행에 대하여만 응시한도의 예외를 인정하는 것은 결과적으로 위와 같이 사회통념상 정상적인 변호사시험 준비·응시를 기대하기 어려운 병역의무 이행 외의 다른 사유가 있는 변호사시험 준비생들을 일률적으로 배제하게 된다. 이는 이 사건 예외조항이 헌법 제39조 제2항의 요청에 따른 것이라고 하더라도 정당화되지 않는다.

입법자는 일정한 심사과정을 거쳐 추가적인 응시기회를 부여함으로써 변호사시험 응시기회를 어느 정도 실질적으로 보장할 수 있고, 또한 변호사시험 응시한도의 예외를 어느 정도 일반적·추상적으로 규정하되 변호사시험 실시기관 등으로 하여금 그 사유가 있는지를 심사하도록 하는 절차를 마련함으로써 예외사유의 자의적 적용을 배제할 수 있으므로, 예외사유를 법률로 정하는 것이 쉽지 않다거나, 변호사시험 준비생 간의 형평의 문제가 발생할 수 있다는 것만으로는 위와 같은 차별취급이 정당화될 수 없다.

따라서 이 사건 예외조항은 청구인들의 평등권을 침해한다.

【해설】

1. 변호사시험 응시한도 제도의 입법목적과 연혁

가. 입법목적

법학전문대학원을 도입한 취지는 교육을 통하여 다양한 학문적 배경을 가진 전문법조인을 양성하고, 응시생이 장기간 사법시험 준비에 빠져 있음으로 인한 인력의 극심한 낭비와 비효율성을 막는 데 있다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌마370등, 판례집 21-1상, 292, 304; 헌재 2012. 4. 24. 2009헌마608등, 판례집 24-1하, 160, 168; 헌재 2016. 9. 29. 2016헌마47등, 판례집 28-2상, 553, 563 등 참조).

변호사시험제도의 형성은 법학전문대학원제도의 도입 취지와 불가분의 관계로 연계되어 있는 것으로(헌재 2012. 4. 24. 2009헌마608등, 판례집 24-1하, 160, 168; 헌재 2016. 9. 29. 2016헌마47등, 판례집 28-2상, 553, 563 등 참조), 이 사건 제한조항이 변호사시험의 응시횟수를 5년 내 5회로 제한한 것은 변호사 시험에 무제한 응시함으로써 인하여 발생하는 국가인력의 낭비, 응시인원의 누적으로 인한 시험합격률의 저하 및 법학전문대학원의 전문적인 교육효과 소멸 등을 방지하고자 하는 데 목적이 있다(헌재 2013. 9. 26. 2012헌마365, 판례집 25-2하, 94, 105 참조).

나. 변호사시험 응시한도 제도의 입법경위

(1) 변호사시험법은 2009. 5. 28. 제정 당시부터 응시기간 5년

및 응시횟수 5회 제한을 두었다. 이에 관한 입법경위는 다음과 같다. 정부가 2008. 10. 20. 제출한 법률안(의안번호 1801559)은 변호사시험 응시한도를 5년 내 3회로 하는 내용이었으나 본회의에서 부결되었고, 응시한도를 5년에 5회로 정한 2009. 4. 23.자 법제사법위원회안(의안번호 1804675)이 본회의에서 가결되었다.

위 변호사시험법안이 마련되는 과정에서, “응시횟수만 제한할 경우, 3회로 제한하더라도 계속 시험을 보지 않고 유예하는 것이 가능해져 극단적으로는 10년 뒤에도 응시할 수 있다.”거나, “응시기간만 제한할 경우, 사법시험과 변호사시험의 병존 기간 동안 사법시험과 변호사시험을 모두 응시할 수 있는 자들과 사법시험 폐지 후 변호사시험만을 응시할 수 있는 자의 형평성 문제가 발생하며, 변호사시험이 1년에 2회 이상 실시되는 경우가 있을 수 있으므로 응시횟수를 제한할 필요가 있다.”는 의견 등이 제시되었다.¹⁾ 한편, “집안 형편이 어렵거나, 질병을 앓거나 하는 등의 사유로 시험에 미응시·불합격하는 경우도 있을 수 있는데, 이런 경우를 감안하면 5년은 너무 짧은 것이 아닌가”라는 의견도 있었는데, 이에 대하여 법무부측은 5년이라는 기간이 결코 짧은 기간은 아니고, 너무 오랫동안 변호사낭인이 되지 않도록 하자는 것이 취지이니만큼 다소 개인적인 사정까지 전부 고려해서 입법하기에는 어렵다는 취지로 답변하였다. 당시 법제사법위원회의 소 위원장도 모든 예외적인 경우를 다 감안해서 변호사시험법에 수

1) 법학전문대학원생이 교육과정 이수와 사법시험 응시를 병행할 가능성이 있다는 점이 고려되어, 제정 변호사시험법은 부칙에서 그에 관한 경과규정을 마련하였다. 즉, 법학전문대학원이 설치되어 변호사시험이 실시된 이후에도 2017년까지는 사법시험이 실시되도록 하면서(부칙 제2조, 제4조 제1항), 법학전문대학원 재학자, 휴학자 및 졸업자의 사법시험 응시를 금지하는 한편(위 부칙 제4조 제2항), 제정 변호사시험법이 시행되는 해(2009년)에 사법시험 제1차시험에 합격하거나 그 이전해(2008년)에 사법시험 제1차 또는 제2차시험에 합격한 경우에 한하여 사법시험에 응시할 수 있도록 하되, 다만 사법시험 응시를 심판대상조항에서 정한 변호사시험 응시한도에 포함하도록 하였다(같은 조 제3항).

용하기는 어렵다는 의견이 모아져서 그러한 예외를 두지 않기로 한 것이라고 답변하였다.

(2) 제정 변호사시험법 제7조 제1항은 2011. 7. 25. 개정되었는데, 이는 법학전문대학원 재학생이 졸업에 앞서 변호사시험법을 먼저 치를 수 있도록 법학전문대학원 석사학위 취득예정자는 그 예정기간 내 시행된 시험부터 치를 수 있도록 한 것이다(같은 법 제5조 제2항도 “3개월 이내에 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’ 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득할 것으로 예정된 사람은 제1항 본문의 응시자격을 가진 것으로 본다.”고 하여 졸업예정자의 응시자격을 명시하였다). 개정된 변호사시험법에 따라 2012년 1월에 제1회 변호사시험이 실시되었다.

2. 변호사시험제도 개선 논의

가. 임신·출산 등을 응시한도의 예외로 포함하는 개정 논의

2010년도에 변호사시험이 제정될 당시부터 ‘5년 내 5회’라는 변호사시험의 응시한도가 규정되어 있었고, 변호사시험 응시자격을 취득한 후 병역의무를 이행한 때에 한하여 그 예외를 인정하여 왔다. 다만, 임신·출산, 특히 ‘출산’에 관하여 일정한 예외를 인정할 것인지에 관한 논의가 계속되어 왔다. 이에 관한 여성가족부장관의 제도개선 건의, 국민권익위원회의 권고 등도 있었고, 변호사시험법 제7조 제2항을 수정하거나, 제3항을 신설하는 내용의 법률개정안도 발의되었다. 그러나 국회 법제사법위원회(법안심사제1소위원회)는 2019. 4. 1. 회의에서 이재정 의원 대표발의안 및 유승희 의원 대표발의안에 대하여 ‘심도 있는 논의를 위하여 계속 심사하도록’ 한 이후 더 의상 논의를 진행하지 않았고,²⁾ 결국 개정안들은 제20대 국회의 임기만료에 따라 모두 폐

기되었다. 당시 발의된 법률개정안들의 내용을 본다.

(1) 법률개정안

(가) 이재정 의원이 2017. 11. 17. 대표발의한 개정안(10220)과 김승희 의원이 2019. 4. 12. 대표발의한 개정안(19787)의 내용은 다음과 같이 변호사시험법 제7조 제3항을 신설하는 것을 내용으로 하였다.

이재정 의원안 (2017. 11. 17.)	김승희 의원안 (2019. 4. 12.)
제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ①·② (생략) ③ 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 후 임신이나 출산으로 시험에 응시하지 못한 경우 제1항의 기간이 도과한 이후라도 1회에 한하여 추가로 응시할 수 있다. 다만, 제1항의 기간개시일부터 6년 내에 시행되는 시험에 한한다.	제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ①·② (현행과 같음) ③ 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 후 또는 이 법 제5조 제2항에 따른 석사학위 취득 예정자로서 시험 응시원서를 제출한 후 임신 중인 경우 (임신 이후 출산한 경우 및 유산·사산(死産) 또는 「모자보건법」 제14조에 따라 허용되는 인공임신중절수술을 한 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에는 제1항의 기간 산정시 임신 1회당 1년의 기간을 공제한다. 다만, 임신 중인 사실을 알고도 시험 응시원서를 제출한 경우에는 그러하지 아니하다.

(나) 유승희 의원이 2018. 2. 19. 대표발의한 개정안(11986)은 변호사시험법 제7조 제2항을 다음과 같이 개정하는 것을 내용으로 하였다.

2) 제367회국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회) 제2호, 55-57쪽 참조

구 변호사시험법 ³⁾	유승희 의원안 (2018. 2. 19. 발의)
제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ① (생략) ② 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 후 「병역법, 또는 「군인사법」에 따른 병역의무를 이행하는 경우 그 이행기간은 제1항의 기간에 포함하지 아니한다.	제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ① (현행과 같음) ② 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 후 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 각 호의 구분에 따른 기간을 제1항의 기간에 포함하지 아니한다. 1. 「병역법, 또는 「군인사법」에 따른 병역의무를 이행하는 경우: <u>병역의무 이행기간</u> 2. 임신 및 출산을 하는 경우: <u>자녀 1명에 대하여 1년</u>

(2) 여성가족부장관의 제도개선 권고

(가) 여성가족부장관은 2018. 1. 11. 각 부처의 주요 정책과 법령을 검토하여 특정 성(性)에 불리한 사항 등에 대해 소관부처에 개선을 권고할 수 있도록 한 성별영향분석평가법(현행 성별영향평가법) 제10조, 제11조에 따라 법무부장관에게 여성 수험생의 출산 기간을 변호사시험 응시한도에 산입하지 않는 예외를 인정하라는 취지로 제도 개선을 권고하였다.⁴⁾

(나) 여성가족부의 특정성별영향분석평가 결과통보서는, 여성수험생이 임신 및 출산을 연기하거나 포기하게 만드는 것이 현실로, 법학전문대학원 재학생 대다수가 임신·출산과 직접적으로 관련된 연령층에 해당하여 학업과 가정 중 하나를 선택해야 하는 상황에 직면하고, 임신·출산은 여성 개인의 문제가 아니라 국가와 사회가 법·제도를 통해 특별히 배려해야 함에도 현행 변호사시험법이

3) 발의 당시 법률조항(2018. 12. 18. 개정되기 전의 구 변호사시험법 제7조 제2항)

4) “변호사시험 응시기회제한 규정에서 임신·출산을 예외사유로 인정해야”, 2018. 1. 10.자 여성가족부 보도자료 참조

임신·출산으로 인하여 수험준비가 단절될 수밖에 없는 여성의 생애주기를 고려하지 못하여 모성을 보호하지 못하고 있는 바, 헌법적 권리로서의 직업선택의 자유 보장과 모성보호를 위하여 변호사시험 응시기회 제한 규정에 여성의 생애주기를 고려할 필요가 있다고 하고 있다.

(다) 여성가족부장관이 제시한 개정안 예시는 다음과 같은데, 그 사유를 ‘임신 또는 출산’이 아니라 ‘출산’으로 하고 있다.

현행	개정안(예시)
제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ①·② (생략) <신설>	제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ①·② (현행과 같음) ③ 제5조에 따른 응시자격을 가진 사람이 출산하게 된 때에는 제1항의 기간을 1회의 출산에 대하여 1년 연장한다.

(3) 국민권익위원회의 고충처리 의결

(가) 국민권익위원회 소위원회는 임신과 출산 등의 경우에도 응시기간 제한 예외사유로 인정되어야 한다는 취지의 고충민원에 대하여, 2018. 7. 2. “피신청인(법무부장관)에게, 임신·출산 등이 변호사시험 응시기간 제한의 예외사유로 인정되도록 변호사시험법 제7조를 개정할 것을 의견표명한다.”라고 의결하였다.

(나) 국민권익위원회 결정의 이유 요지는 다음과 같다.

① 임신·출산은 여성 개인의 문제가 아니라 국가가 법·제도를 통해 특별히 배려해야 하고, 헌법도 제36조 제2항에서 국가의 모성보호를 규정하고 있는 점, ② 법무부 자료에 따르면 2018년 제7회 변호사시험 응시원서 접수자 3,490명 중 여성이 1,505명으로 43.12%를 차지하고 있는데, 이들 대다수가 임신·출산과 직접적으로 관련된 연령층에 해당하는 점, ③ 임신·출산을 예외사

유로 인정하지 않는 경우 시험미응시 또는 시험준비 단절 등의 직접적인 불이익을 감수하거나, 반대로 임신·출산을 포기할 수밖에 없는 점, ④ 국가의 저출산 문제 관련 정책기조에도 배치되는 점, ⑤ 여성가족부장관의 개선권고, 국회의 변호사시험법 개정법률안이 있었던 점 등을 고려하면, 변호사시험법 제7조를 개정하여 임신·출산 등도 응시기간 제한의 예외사유로 인정하는 것이 바람직하다.

(다) 법무부는 위 의결에 대하여 2018. 7.경 위 사안은 법률개정사안으로, 변호사시험 제도 개선을 위한 위원회를 구성하여 개선 논의 중에 있고, 이에 관한 법률개정안이 국회에 계류 중이므로, 적극적으로 검토 후 국회의 논의에 대응할 예정임을 회신하였다.

나. 법무부의 변호사시험 개선 추진

(1) 법무부의 2018. 11. 28. 변호사시험 개선방안 발표

법무부는 2018. 11. 28. 변호사시험 개선 위원회의 회의(2018. 3. - 10., 총 7회)를 거치고, 변호사시험 관리위원회의 회의(2018. 11. 28.)를 거친 변호사시험 개선방안을 발표하였다. 위 변호사시험 개선방안은 ① 변호사시험 전국 5개 지역 실시, ② 출산의 경우 응시기간 연장, ③ 시험일 전 6개월 내 형성된 판례 출제 제한, ④ 선택형 시험 과목 축소, ⑤ 전문적 법률분야에 관한 과목 시험 개선 검토, ⑥ 노트북 활용 답안 작성 방식 도입에 관한 검토, ⑦ 변호사 실무연수 제도 개선 검토 등을 내용으로 한다.

법무부는 그 중 ② 출산의 경우 응시기간을 연장하는 안은 같은 국회에 계류 중인 변호사시험법 개정안의 심사단계에서 법무부의 의견을 개진할 예정임을 밝혔다.

(2) 법무부 2019. 4. 26. 보도자료

법무부는 2019. 4. 26. 제8회 변호사시험 합격자 발표와 함께, 변호사시험제도의 개선을 추진하겠다는 입장을 발표하였다. 그 내용은 ① 변호사시험 선택형 시험 과목을 헌법, 민법, 형법 3과목으로 축소하기로 함에 따라, 선택형 시험의 배점 감소분만큼 사례형 시험의 배점을 증가시켜 총점을 유지하고, ② 5년 내 5회 응시제한 완화 및 전문적 법률분야에 관한 과목시험의 개선 방안을 적극 검토하겠다는 것이다.

(3) 법무부의 2019. 12. 23. 입법예고

법무부는 2019. 12. 23. 변호사시험법 일부개정법률안을 입법 예고하였다. 위 개정안에는 변호사시험 선택형 시험과목을 위와 같이 3과목으로 축소하는 내용이 담겨 있으나, 응시제한 완화, 응시한도의 예외사유 규정 및 선택과목시험 개선방안에 관한 사항은 포함되어 있지 않았다.

법무부는 위 입법예고에 따라 이 사건 결정 이후인 2020. 7. 24. 변호사시험법 일부개정법률안을 제출하였다(4549). 이 개정안은 변호사시험의 시험과목을 정하고 있는 법 제8조 제3항을 개정하여, 공법에서 행정법 분야, 민사법에서 상법 및 민사소송법 분야, 형사법에서 형사법 분야에 대하여는 논술형 필기시험만 실시하도록 하는 것을 내용으로 한다.⁵⁾

3. 이 사건 예외조항에 대한 심판청구의 적법성

가. 헌법재판소는 이 사건 예외조항의 구법조항인 구 변호사시

5) 이 개정안에는 변호사시험 성적공개에 관한 헌법재판소의 위헌 결정(2017헌마1329) 취지를 반영하는 내용도 포함되어 있으나, 여기에서는 이를 따로 소개하지 않는다.

헌법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 개정되고, 2018. 12. 18. 법률 제15975호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항에 대한 심판 청구에서, 청구인들이 주장하는 예외사유가 위 법률조항이 정한 응시한도의 예외사유에 해당하지 않는다는 사실은 적어도 청구인들이 마지막으로 응시할 수 있었던 변호사시험 접수일 마지막 날(미접수자) 또는 위 시험 시행일 첫날(응시자 또는 미응시자)에는 알았다고 할 것이어서, 그 날부터 청구기간을 기산하여야 한다는 입장을 취해왔다(헌재 2018. 3. 29. 2017헌마387등; 헌재 2020. 9. 24. 2018헌마739등, 공보 288, 1306, 1310-1311). 이러한 청구기간 기산법리에 대하여는 이 사건 한도조항과 마찬가지로 ‘5년 내 5회’ 시험에 불합격함으로써 기본권침해의 사유가 발생한 것으로 보아야 한다는 비판이 있어 왔다.⁶⁾ 응시한도의 예외를 규정한 이 사건 예외조항은 이 사건 한도조항이 정한 ‘5년 내 5회’에 변호사시험에 합격하지 못하게 된 때 비로소 의미를 가지게 되므로, 이 사건 한도조항과 이 사건 예외조항의 청구기간 기산점은 동일하다는 반론도 제기될 수 있을 것이다.

그러나 헌법재판소는 이 사건 결정에서도 기존의 청구기간 법리를 그대로 유지하였다. 이 사건 한도조항과 이 사건 예외조항은 모두 변호사시험 응시자격에 관한 규율이긴 하지만, 헌법재판소는 이 사건 한도조항 및 이 사건 예외조항의 규율대상 및 내용을 바탕으로 청구기간 기산점을 달리 파악하고 있는 것으로 이해된다.

나. 한편, 청구인들 중에는 이 사건 예외조항에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으면서도 자신이 어떠한 예외사유를 가지고 있었는지에 관하여는 아무런 주장·소명을 하지 않은 청구인들이

6) 정형근, “변호사시험법 제7조 ‘응시기간 및 응시횟수의 제한’에 관한 헌법재판소의 결정에 대한 비판적 검토 - 헌재 2016. 9. 29. 2016헌마47·361·443·584·588 (병합)-”, 원광법학 제35집 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2019, 11쪽

있었다. 이 사건 결정에서 헌법재판소는 이 사건 예외조항에 대한 심판청구가 적법하기 위해서는 청구인이 적어도 ‘자신에게 변호사시험 응시한도의 예외로 인정되어야 할 사유’가 있다는 점을 주장·소명하여야 한다고 보았다.

4. 이 사건 한도조항의 기본권 침해 여부

가. 헌법재판소는 변호사시험의 응시한도를 ‘5년 내 5회’로 정한 이 사건 한도조항이 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 이에 대하여는 재판관 전원의 의견이 일치하였다.⁷⁾

헌법재판소는 2016. 9. 29. 2016헌마47등 결정, 2018. 3. 29. 2017헌마378등 결정에서 이미 다음과 같이 이 사건 한도조항이 과잉금지원칙에 위반되어 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단한 바 있다.

『변호사시험에 무제한 응시함으로 인하여 발생하는 인력의 낭비, 응시인원의 누적으로 인한 시험합격률의 저하 및 법학전문대학원의 전문적인 교육효과 소멸 등을 방지하고자 하는 이 사건 한도조항의 입법목적은 정당하며, 그러한 목적을 달성하기 위하여 응시자가 자질과 능력이 있음을 입증할 기회를 5년 내에 5회로 제한한 것은 입법재량의 범위 내에 있는 적합한 수단이다.

응시기간이나 응시횟수를 제한하는 문제는 어떠한 절대적인 기준이 없으며 각국의 사정마다 이를 달리 정하고 있으므로, 변호사시험의 응시횟수를 제한하지 않고 있는 특정한 입법례를 근거로 들어 위 조항이 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다. 앞으로 현재의 합격인원 정원이 유지된다고 가정하면 장래에 변

7) 일부 청구인들의 이 사건 한도조항에 대한 심판청구는 청구기간을 경과하여 부적법하였다. 앞 결정요지 1. 및 2. 참조

호사시험의 누적합격률은 법학전문대학원 입학자 대비 75% 내외에 수렴할 것으로 예상된다는 점을 고려할 때, 위 조항이 변호사 자격을 취득할 수 있는 가능성을 과도하게 제약한다고 볼 수 없다.

변호사 자격을 취득하지 못한 결과가 발생하는 것은 법학전문대학원서의 교육 수료와 변호사시험 합격을 조건으로 변호사 자격을 취득하는 현행 제도에 내재되어 있다. 법학전문대학원 입학자를 모두 변호사시험에 합격하도록 한다면 법학교육의 충실성을 담보하기 어렵고, 변호사 자격제도에 대한 신뢰가 저하될 수 있다. 법학전문대학원에 입학하였어도 교육을 이수하지 못하거나 변호사시험에 합격하지 못한 경우 변호사 자격을 취득하지 못한다는 점은 제도적으로 전제되어 있고, 법학전문대학원 입학자들은 그러한 내용을 알고 입학한 것이다. 위 조항이 일정 시점에 최종적으로 불합격을 확정한다고 하여, 입법목적을 달성하기 위한 필요한 범위를 벗어나 청구인들의 직업선택의 자유를 과도하게 제약한다고 보기는 어렵다. 위 조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.』

헌법재판소는 이 사건 결정 두 달 전인 2020. 9. 24.에도 2018헌마739등 결정을 통하여 위 선례의 태도는 여전히 타당하고, 선례를 변경할만한 사정변경이 인정되지 않는다고 판단하였다. 이 사건 결정은 이와 같은 2018헌마739등 결정의 입장을 재확인하였다.

나. 한편, 위 2016헌마47등 사건의 청구인들부터 이 사건 심판청구의 청구인들에 이르기까지, 청구인들은 이 사건 한도조항에 관하여 공무담임권의 침해 주장을 해 왔다. 그러나 헌법재판소는 일관되게 이 사건 한도조항이 공무담임권을 직접 제한하지 않는다고 판단하고 있는데, 이는 변호사시험은 변호사 자격의 취

득을 위한 것일 뿐이고, 공무담임권의 제한은 변호사의 자격을 공직취임요건으로 하고 있는 법률조항으로 인하여 발생하는 것이기 때문이다.

5. 이 사건 예외조항의 기본권 침해 여부⁸⁾

가. 법정의견

(1) 법정의견은 이 사건 예외조항이 청구인들을 자의적으로 차별취급함으로써 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

(2) 법정의견은, 입법자가 변호사시험 응시한도를 '5년 내 5회', 즉 법학전문대학원 석사학위를 취득한 때로부터 '5년 내 5회' 또는 석사학위 취득예정자로서 변호사시험에 응시한 경우에는 그때부터 '5년 내 5회'로 정한 것은, 변호사시험 응시한도를 모든 변호사시험 준비생에게 균등하게 적용하고, 이에 관한 예외를 전혀 인정하지 않는 것을 원칙으로 한 것이라고 보았다.

헌법재판소는 병역의무의 이행기간을 위 '5년'에 포함하지 않도록 한 이 사건 예외조항은, 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니하도록 한 헌법 제39조 제2항의 요청에 따른 것이라고 보았다. 즉, 헌법 제39조 제2항은 병역의무 이행을 직접적 이유로 차별적 불이익을 가하거나 병역의무를 이행한 것이 결과적, 간접적으로 그렇지 아니한 경우보다 오히려 불이익을 받는 결과를 초래하지 아니하도록 요구하고 있는데(헌재 2006. 7. 27. 2005헌마821, 판례집 18-2, 305, 310 참조), 병역법에 의하여 징집 또는 소집되어 병역의무를 이행하는 자들은 헌법상 국방의 의무를 이행하는 사람들이므로, 변호사시험 응시자격을

8) 이 사건 예외조항에 대한 적법한 심판청구인에 대하여만 본안판단하였고, 이는 반대의견도 마찬가지이다.

갖춘 사람이 병역의무를 이행함으로써 당초 부여받은 변호사시험 응시한도가 단축되는 효과가 발생한다면, 이는 병역의무의 이행으로 인한 실질적인 불이익에 해당한다(헌재 2013. 9. 26. 2012헌마365, 판례집 25-2하, 94, 107-108 참조)는 것이다.

이러한 이해를 바탕으로, 헌법재판소는 이 사건 예외조항이 병역의무를 이행한 사람들에 대하여 응시한도에 관한 일정한 예외를 인정하여 주고 있는 이유가 헌법 제39조 제2항에 있다면, 그 자체로 합리적인 사유가 있다고 보았다.

(3) 법정의견은 입법자가 병역의무 이행 외의 사유에 대하여도 응시한도의 예외로 규정할 수 있다는 점을 부정하지 않았다. 다만, 구체적으로 어떠한 사유를 응시한도의 예외로 인정할 것인지, 그리고 그러한 사유가 얼마동안 지속되었다고 평가할 것인지는 일률적으로 입법하기 어렵고, 응시기간이나 응시횟수에 대하여 다양한 사유들을 예외로 인정할 경우 오히려 응시기회나 합격률에 관한 형평성 문제가 지적될 수 있다는 점, 변호사시험 입법 경위에 비추어 입법자는 변호사시험 준비생 개인에게 발생할 수 있는 여러 가지 상황 등을 고려하여 변호사시험의 응시기회를 1회나 2회 정도로 엄격히 제한하지 않고 응시자격 취득 후 '5년 내 5회'로 정한 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 변호사시험 응시한도를 '5년 내 5회'로 정하면서 그러한 응시한도의 예외사유를 추가적으로 인정하지 않는다는 것만으로 당연히 평등권을 침해하는 것은 아니라고 보았다.

나. 반대의견(위헌의견)

(1) 이 사건 예외조항이 평등권을 침해하지 않는다는 법정의견에 대하여, 이 사건 예외조항이 평등권을 침해한다는 재판관 이선애,

재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영의 반대의견이 있었다.

(2) 반대의견은 이 사건 예외조항이 병역의무 이행자에게 응시한도의 예외를 인정하는 것 그 자체의 정당성은 인정하였다. 반대의견은 병역의무 이행자가 병역의무 이행 중에도 이 사건 한도조항이 정한 '5년'의 시간은 계속 경과하는 반면 병역의무 이행기간 동안 그에게 정상적인 변호사시험의 준비·응시를 기대하기 어렵다는 점이 고려된 것이므로, 그 합리성이 인정된다고 본 것이다.

(3) 그러나 반대의견은 이 사건 예외조항이 응시한도의 예외를 병역의무의 이행으로만 한정하고 있는 것에 대해서는 합리성이 인정되지 않는다고 보았다. 반대의견은 변호사시험 준비생이 응시가능기간 중 사고를 당하거나, 질병을 앓게 되거나, 임신·출산 등을 하는 경우에는 정상적인 변호사시험의 준비·응시가 불가능하게 되고, 이는 병역의무 이행자와 마찬가지로 본 것이다. 이에 관한 반대의견의 내용은 다음과 같다.

『그러나 위와 같은 병역의무 이행 외에도 사회통념상 이 사건 한도조항이 정한 기간 내에 정상적으로 변호사시험을 준비·응시할 것으로 기대하기 어려운 사유가 인정될 여지가 있다. 예컨대 변호사시험 준비생이 불측의 중한 사고를 당하거나, 질병을 앓게 되거나, 또는 그러한 사유들로 인하여 일시적이거나 영구적인 장애를 입게 되는 경우나 변호사시험 준비생이 임신·출산 등을 하는 경우, 해당 변호사시험 준비생에게 정상적인 시험의 준비·응시를 기대하기는 어렵다. 이와 같이 변호사시험 준비생이 예측할 수 없거나 그에게만 책임을 지우기 어려운 경우 등 사회통념상 변호사시험 준비생에게 정상적인 시험의 준비·응시를 기대하기 어렵다고 평가될 수 있는 경우에 그는 위 기간 내에 정상적으로

변호사시험을 준비하여 응시할 것을 기대하기 어렵다는 점에서 병역의무 이행자와 다르지 않다. 그럼에도 이 사건 예외조항은 사회통념상 정상적으로 변호사시험을 준비하여 응시할 것을 기대하기 어려운 사유가 있는 변호사시험 준비생들 중 오로지 병역의무 이행자에 대하여만 예외를 인정하고 있다.

이처럼 정상적인 변호사시험 준비·응시를 사실상 불가능하게 하는 다른 여러 사유들이나 변호사시험 응시기회의 실질적인 보장에 대한 고려 없이 오로지 병역의무 이행에 대하여만 응시한도의 예외를 인정하는 것은 결과적으로 위와 같이 사회통념상 정상적인 변호사시험 준비·응시를 기대하기 어려운 병역의무 이행 외의 다른 사유가 있는 변호사시험 준비생들을 일률적으로 배제하게 된다. 따라서 이 사건 예외조항이 헌법 제39조 제2항의 요청에 따른 것이라고 하더라도 위와 같은 변호사시험 준비생들에 대하여 변호사시험 응시한도의 예외를 인정하지 않는 것까지는 정당화되지 않는다.』

(4) 반대의견은, 변호사시험 응시한도의 예외를 일률적으로 입법하기 어렵고, 응시한도의 예외를 인정할수록 오히려 응시기회·합격에 관한 형평성에 문제가 제기될 수 있다는 법정의견에 대해서도 반론을 제기하였다. 법정의견이 위와 같이 들고 있는 문제들은 예외사유를 어떻게 입법하고 운용하느냐의 문제이지 예외사유를 인정할 것인가 그 자체의 문제가 아니므로, 위와 같은 문제점들이 차별취급을 정당화하지는 못한다는 것이다.

반대의견은 또한, 법정의견이 위와 같이 들고 있는 문제점들에 대하여도 대안을 제시하였다. 반대의견은 예컨대 입법자는 변호사시험에 정상적으로 준비·응시할 수 없었던 준비생에게 일정한 심사를 거쳐 추가적인 응시기회를 부여함으로써 변호사시험 응시

기회를 어느 정도 실질적으로 보장할 수 있고, 또한 변호사시험 응시한도의 예외사유에 관하여 입법을 함에 있어 어느 정도 일반적·추상적 규정이 불가피하더라도 변호사시험 실시기관 등으로 하여금 변호사시험 준비생에게 사회통념상 용인될 수 있는 예외사유가 있는지를 심사하도록 하는 절차를 마련함으로써 예외사유의 자의적 적용을 배제할 수 있다고 보았다.

6. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법재판소는 이 사건 결정에서도 이 사건 한도조항이 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단함으로써, 헌재 2016. 9. 29. 2016헌마47등, 헌재 2018. 3. 29. 2017헌마387등 및 2020. 9. 24. 2018헌마739등의 입장을 재확인하였다.

나. 이 사건 결정은 병역의무 이행 외에도 임신, 출산, 질병과 같은 사유를 변호사시험 응시한도의 예외로 인정하지 않는 것이 기본권을 침해하는지에 대하여 정면으로 판단한 최초의 선례라고 할 수 있다. 헌법재판소는 변호사시험법 제7조 제2항에 관하여, 집행유예를 선고받아 변호사시험 응시결격이 발생한 청구인에 대하여 변호사시험 응시한도의 예외를 인정하지 않은 것이 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부를 판단한 바 있으나(헌재 2013. 9. 26. 2012헌마365, 합헌), 위 2012헌마365 결정은 청구인에게 변호사시험 응시결격이 발생하였던 점에 중점을 두어 기본권 침해여부를 판단하였을 뿐이었다. 이 사건 결정에서 재판관 5인의 법정 의견은 변호사시험법 제7조가 입법될 당시 응시가능기간 중 변호사시험 준비생에게 발생할 수 있는 여러 가지 사정들을 고려하여 ‘5년 내 5회’라는 변호사시험 응시한도를 정한 것이라고 본 반면, 재판관 4인의 반대의견은 정상적인 변호사시

험 준비·응시를 사실상 불가능하게 하는 다른 여러 사유들에 대한 고려 또는 변호사시험 응시기회의 실질적인 보장에 대한 고려 없이 오로지 병역의무 이행에 관하여만 응시한도의 예외를 인정하는 것은, 결과적으로 위와 같이 정상적으로 변호사시험 준비·응시할 것을 기대하기 어려운 다른 주관적·객관적 사유가 있는 변호사시험 준비생들을 배제하게 된다는 점에서 이 사건 예외조항이 평등권을 침해한다고 보았다.

다. 제21대 국회에서는 이 사건 결정 이전까지 변호사시험법 제7조에 관한 개정안이 제출되지 않고 있었는데, 이 사건 결정 이후 임신·출산을 변호사시험 응시한도에 관한 예외로 인정하는 내용의 변호사시험법 일부개정법률안이 2건 제출되었다. 김남국 의원이 2020. 12. 10. 대표발의한 개정안(6328)은 임신 및 출산을 하는 경우, 임신기간 및 그 종료 후 3개월의 기간을 이 사건 한도조항의 ‘5년’에 포함하지 않는 것을 내용으로 하고, 이재정 의원이 같은 날 대표발의한 개정안(6357)은 출산을 하는 경우 ‘자녀 1명에 대하여 1년’을 위 ‘5년’에 포함하지 않는 것을 내용으로 한다. 이 사건 결정의 반대의견은 변호사시험 응시한도의 예외를 임신·출산에 한정하지 않고 사고·질병의 경우에도 변호사시험 응시한도에 대한 예외가 인정될 수 있음을 시사하였는데, 국회에서 발의된 개정안들은 주로 임신·출산에 한정하여 논의되고 있는 것으로 보인다.

21. 특정 문화예술인 지원사업 배제행위 등 위헌확인

－ 문화예술계 블랙리스트의 작성 등과 지원사업 배제 지시가
헌법에 위반되는지 여부 －

(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684)

이 진*

【판시사항】

1. 비법인사단이 폐업한 경우 심판절차가 종료되는지 여부(적극)
2. 피청구인 대통령의 지시로 피청구인 대통령 비서실장, 정무수석비서관, 교육문화수석비서관, 문화체육관광부 장관이 야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인이나 단체를 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으로 개인의 정치적 견해에 관한 정보를 수집·보유·이용한 행위(이하 ‘이 사건 정보수집 등 행위’라 한다)가 법률유보원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)
3. 이 사건 정보수집 등 행위가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)
4. 피청구인 대통령의 지시로 피청구인 대통령 비서실장, 정무수석비서관, 교육문화수석비서관, 문화체육관광부 장관이 야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인이나 단체를 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으

* 헌법연구관

로, 한국문화예술위원회, 영화진흥위원회, 한국출판문화산업진흥원 소속 직원들로 하여금 특정 개인이나 단체를 문화예술인 지원사업에서 배제하도록 한 일련의 지시 행위(이하 '이 사건 지원배제 지시'라 한다)가 법률유보원칙을 위반하여 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)

5. 이 사건 지원배제지시가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)

6. 이 사건 지원배제지시가 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 피청구인 대통령의 지시로 피청구인 대통령 비서실장, 정무수석비서관, 교육문화수석비서관, 문화체육관광부장관이 야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인이나 단체를 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으로, (1) 청구인 윤○○, 정○○의 정치적 견해에 관한 정보를 수집·보유·이용한 행위(이하 '이 사건 정보수집 등 행위'라 한다)와, (2) 한국문화예술위원회, 영화진흥위원회, 한국출판문화산업진흥원 소속 직원들로 하여금 청구인들을 결정문 [별지 2] 기재와 같이 문화예술인 지원사업에서 배제하도록 한 일련의 지시 행위(이하 '이 사건 지원배제 지시'라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 문화예술계 블랙리스트 사건 관련 특별검사 기소 및 이 사건 헌법소원심판의 청구

‘박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률’에 따라 임명된 특별검사는 2017. 3. 6. 수사보고를 통하여 소위 ‘문화계 블랙리스트 사건’에 관한 수사 결과를 발표하였다. 이는 연간 약 2000억원에 이르는 문화예술분야 보조금을 배분함에 있어, 정부정책에 비판적이거나 견해를 달리하는 문화예술인이나 단체에 대해 그 지원을 배제한 것으로, 예술의 자유의 본질적 영역인 창작의 자유와 문화적 다양성을 침해하는 것이라고 평가되었다. 이에 위 특별검사는 김○○ 전 대통령 비서실장(이하 ‘비서실장’이라 한다), 조○○ 전 문화체육관광부(이하 ‘문체부’라 한다) 장관, 김□□ 전 문체부장관, 정□□ 전 문체부 1차관, 신○○ 전 청와대 국민소통비서관(이하 ‘소통비서관’이라 한다), 김△△ 전 청와대 교육문화수석비서관(이하 ‘교문수석’이라 한다), 김▽▽ 전 청와대 문화체육비서관(이하 ‘문체비서관’이라 한다)을 직권남용죄 등으로 기소하였다고 밝혔다.¹⁾

이 사건 청구인들은 위 기소내용에 따라 문화예술분야 보조금 지원에서 배제되었다고 확인된 문화예술인 및 단체 중 일부이다. 이들은 특별검사의 기소 내용을 토대로 (i) 피청구인들이 2014. 4.경부터 직접 또는 그 지시를 받는 공무원들을 통하여 지원배제를 목적으로 청구인 이○○²⁾, 윤○○, 정○○의 성명, 소속이나 경력, 특정 정치인 지지 선언 참여여부, 세월호 시행령 폐기 촉구 선언 참여여부 등에 관한 정보를 수집하여 보유하며 지원사업에서 배제하기 위한 목적으로 이용한 행위, (ii) 피청구인 대통령이 피청구인 비서실장에게, 피청구

1) 박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사 최종 수사결과 발표문 참조

2) 당초 청구인에 포함되었으나, 이 사건 계속 중에 청구를 취하하였다.

인 비서실장이 2013. 8.경부터 비서관들, 문체부장관에게 각 야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인을 지원대상에서 배제하라고 지시한 행위, (iii) 2014. 4.경부터 ‘피청구인 정무수석비서관과 소동비서관이 지원 배제를 위한 문화예술인 명단을 작성하여 교육문화수석비서관 및 문체비서관실을 통하여 문체부 공무원들에게 하달하고 지원배제를 지시한 행위, (iv) 문체부 예술정책과 소속 사무관이 한국문화예술위원회 소속 직원들에게, 문체부장관이 영화진흥위원회 소속 직원들에게, 문체부 출판인쇄산업과 소속 사무관이 한국출판문화산업진흥원 소속 직원들에게 청구인들을 지원사업에서 배제하라고 지시한 행위가 기본권을 침해한다고 주장하며 2017. 4. 19.에 헌법소원심판을 청구하였다.³⁾

2. 피청구인들에 대한 형사판결

이 사건 청구 이후 위 특별검사의 공소제기에 대하여 2017. 7. 27. 1심 판결(서울중앙지방법원 2017고합77, 2017고합102), 2018. 1. 23. 항소심 판결[서울고등법원 2017노2425·2017노2424(병합)], 2020. 1. 30. 상고심판결(대법원 2018도2236)이 있었고, 해당 판결은 피고인들의 유죄를 대부분 인정하였다. 다만 피청구인들이 직권남용권리행사방해죄에 포함된 행위 중 일부에 관한 추가 심리·판단이 필요하고 죄수 및 퇴임 후 범행에 대한 공범 인정에 관한 법리 오해가 있다는 이유로 대법원에서 파기환송되어 현재 서울고등법원 2020노230으로 계속 중이다.⁴⁾

이 사건 결정은, 위 법원 판결을 통하여 확정된 사실을 근거로 피청구

3) 2017. 4. 19. 헌법소원심판청구서 참조

4) 2021. 6. 30. 기준

인들의 행위의 위헌 여부를 판단하였다. 이 사건과 관련하여 위 형사판결 법원이 인정한 주요사실의 다음과 같다.⁵⁾

가. 청와대 ‘민간단체보조금 TF’ 운영과 ‘문제단체 조치내역 및 관리방안’

2013. 9. 30. 경 박근혜 대통령은 ‘국정지표가 문화융성인데 좌편향 문화예술계에 문제가 많다’는 취지의 발언을 하고, 김○○ 비서실장은, ‘대통령의 원활한 국정 수행을 방해하기 위하여 소위 국론분열의 획책을 목표로 국정 흔들기를 시도하는 세력들이 의도적으로 정부비판 여론을 조성하고 있으므로, 이에 찬동하는 문화예술인 등에 대한 정부지원을 보다 적극적으로 차단할 필요가 있다’고 인식하였으며, 김○○ 비서실장은 2013. 12. 20.경 수석비서관들이 참여하는 회의에서 수석비서관들에게 ‘공직자는 자유민주주의 헌법 가치를 수호해야 한다. 그런데 반정부·반국가적인 성향의 단체들이 좌파들의 온상이 되어서 중복세력을 지원하고 있다. 그러한 성향의 단체들에게 현 정부가 지원하는 실태를 전수조사하고, 그에 대한 조치를 마련하라’고 지시하였다.

그 후 박○○ 정무수석비서관(이하 ‘정무수석’이라 한다)과 신○○ 소통비서관 등은 2014. 4. 4.부터 2014. 5. 하순경까지 국민소통, 행정자치, 사회안전, 경제금융, 교육, 문화체육, 보건복지, 고용노동 등 관련 비서관들이 참여하는 ‘민간단체보조금 TF⁶⁾’를 운영하여 ‘야당 후보자 지지 선언 또는 정권반대운동 등에 참여

5) 이하 1.나. 항의 주요 사실 내용은 2017. 7. 27. 1심 판결(서울중앙지방법원 2017고합77, 2017고합102), 2018. 1. 23. 항소심 판결[서울고등법원 2017노2425·2017노2424(병합)], 2020. 1. 30. 상고심판결(대법원 2018도2236)의 판시 내용 중 이 사건과 관련된 부분을 요약한 것이다.

6) Taskforce를 일컫는다.

하거나 좌파성향의 개인·단체 등에게 지원된 정부예산을 선별하여 향후 이를 축소·배제하고, 좌파단체 및 좌편향인사에 대한 데이터베이스를 구축하여 지속적으로 보완하며, 좌편향인사를 정부 공모사업 심사위원 및 정부위원회에서 배제할 것' 등의 내용이 담긴 '문제단체 조치내역 및 관리방안'을 수립하였다.

위와 같은 이른바 좌편향 문화예술인사 등에 대한 지원배제 업무는 그 후 새로 부임한 조○○ 정부수석, 정□□ 소통비서관, 김△△ 교문수석에게도 인계되어 지속적으로 관리·수행되었다.

나. 문화예술계 지원배제 명단('블랙리스트') 하달

이러한 '민간단체보조금 TF'를 운영하면서, 청와대는 2013년부터 2014년까지 2년간 문체부와 한국문화예술위원회 등 산하기관이 정부예산, 기금 등을 지원한 개인·단체 중 야당 후보자에 대한 지지 선언, 정권반대운동 참여 등 전력이 있는 개인·단체의 명단을 작성하고 문체부에 전달하였다. 문체부 장관의 지휘 하에 문체부 공무원들은 각 소관부서별로 위 명단에 포함된 개인·단체를 비롯하여 그 후 문체비서관실 행정관들이 전화연락 등을 통해 수시로 문체부에 하달한 지원배제 대상 개인·단체, 국가정보원 정보보고 문건에서 정부의 기금지원 등을 문제 삼은 개인·단체, 문체부에서 국가정보원에 지원배제 여부를 검토 의뢰하여 받은 개인·단체 등을 취합하여 '문화예술계 지원배제 명단'(이른바 '블랙리스트')을 계속 보완하였고, 부서 상호간에 이를 상호 공유하고 후임자에게 인계하면서 문체부와 그 산하기관의 지원사업(기금·예산지원, 공연장·상영관 대관 등), 각종 인선(기관장, 임원, 심사위원 등), 각종 훈·포장 등의 수혜 대상자를 선정함에 있어 '문화예술계 지원배제 명단'을 기준삼아 위 명단에 포함된 개인·단체

가 최대한 정부지원 대상자로 선정되지 않도록 하였다.

다. 문체부 ‘건전 문화예술 생태계 진흥 및 지원 방안’

2014. 10.경 이른바 좌편향적 개인·단체에 대하여 정부예산이 지원되지 않도록 하라는 김○○ 비서실장, 김□□ 문체부장관의 순차 지시에 따라 문체부 송○○ 기획조정실장은 ‘문화예술(문화예술진흥기금 지원, 비엔날레 사업), 콘텐츠(영화발전기금 지원, 영화제 지원), 미디어(우수도서 선정) 등 3개 분야에서의 심사 강화, 의결단계 재검증 기능 강화, 예술감독 선정의 건전성이 확보된 경우에만 지원검토, 문제영화 상영 영화제의 사후 통제 강화, 심사위원 자격기준 강화’ 등을 주요 내용으로 하는 ‘건전 문화예술 생태계 진흥 및 지원 방안’을 수립하여 추진하였다.

라. 한국문화예술위원회 문화예술진흥기금 지원배제 지시

문체부는 이념적 성향이나 정치적 입장 등을 이유로 청와대로부터 하달된 지원·선정 배제 대상자를 한국문화예술위원회(이하 ‘예술위’라 한다)에 순차로 하달하여 그 지원을 배제하라고 지시하는 등 예술위로 하여금 결정문 [별지 2] 제1항부터 제5항까지에 기재된 방법으로 청구인 ○○패, ○○협회, ○○네트워크, 윤○○, □□를 문화예술진흥기금 지원 대상에서 배제하도록 하였다.

마. 영화진흥위원회 예술영화 지원사업 지원배제 지시

문체부 이○○ 사무관은 청와대 교문수석실의 지원배제 지시에 따라 2015년도 예술영화지원사업과 관련하여 영화진흥위원회(이하 ‘영진위’라 한다) 산업진흥본부장 이□□에게 지원배제 대상자에 대한

지원을 배제하라고 지시하는 등 영진위로 하여금 결정문 [별지 2] 제6항에 기재된 방법으로 청구인 주식회사 ○○에 대한 영화 관련 지원을 배제하도록 하였다.

바. 한국출판문화산업진흥원 세종도서 지원배제 지시

문체부 이△△ 사무관은 청와대 교문수석실의 지원배제 지시에 따라 2014년도 세종도서 선정사업과 관련하여 한국출판문화산업진흥원(이하 ‘출판진흥원’이라 한다) 민○○ 본부장과 유□□ 팀장에게 지원배제 대상자들이 세종도서로 선정되지 않도록 조치하라고 지시하는 등 출판진흥원으로 하여금 결정문 [별지 2] 제7항에 기재된 방법으로 청구인 정○○에 대한 도서 관련 지원을 배제하도록 하였다.

【결정요지】

1. 비법인사단은 그 해산 이후에도 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되나, 이 사건 헌법소원심판 청구는 청구인 ○○패의 청산 목적과 관련되어 있다고 보기 어려우므로, 그 당사자능력을 인정할 수 없어 심판절차가 종료되었다.

2. 이 사건 정보수집 등 행위의 대상인 정치적 견해에 관한 정보는 공개된 정보라 하더라도 개인의 인격주체성을 특징짓는 것으로, 개인정보자기결정권의 보호 범위 내에 속하며, 국가가 개인의 정치적 견해에 관한 정보를 수집·보유·이용하는 등의 행위는 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한이 되므로 이를 위해서는 법령상의 명확한 근거가 필요함에도 그러한 법령상 근거가 존재하지 않으므로 이 사건 정보수집 등 행위는 법률유보원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

3. 이 사건 정보수집 등 행위는 청구인들의 정치적 견해를 확인하여 야당 후보자를 지지한 이력이 있거나 현 정부에 대한 비판적 의사를 표현한 자에 대한 문화예술 지원을 차단하는 위헌적인 지시를 실행하기 위한 것으로, 그 목적의 정당성을 인정할 여지가 없어 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다.

4. 이 사건 지원배제 지시는 특정한 정치적 견해를 표현한 자에 대하여 문화예술 지원 공모사업에서의 공정한 심사 기회를 박탈하여 사후적으로 제재를 가한 것으로, 개인 및 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 제한조치에 해당하되, 그 법적 근거가 없으므로 법률유보원칙을 위반하여 표현의 자유를 침해한다.

5. 이 사건 지원배제 지시는 정부에 대한 비판적 견해를 가진 청구인들을 제재하기 위한 목적으로 행한 것인데, 이는 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 반하므로, 그 목적의 정당성을 인정할 수 없어 청구인들의 표현의 자유를 침해한다.

6. 이 사건 지원배제 지시는 특정한 정치적 견해를 표현한 청구인들을, 그러한 정치적 견해를 표현하지 않은 다른 신청자들과 구분하여 정부 지원사업에서 배제하여 차별적으로 취급한 것인데, 헌법상 문화국가원리에 따라 정부는 문화의 다양성·자율성·창조성이 조화롭게 실현될 수 있도록 중립성을 지키면서 문화를 육성하여야 함에도, 청구인들의 정치적 견해를 기준으로 이들을 문화예술계 지원사업에서 배제되도록 한 것은 자의적인 차별행위로서 청구인들의 평등권을 침해한다.

【해 설】

1. 사안의 쟁점

가. 이 사건 심리 계속 중에 청구인 ○○패는 이 사건과 무관한 이유로 2018. 6. 30.에 폐업신고를 하였다. 이에 청구인 ○○패의 심판절차가 종료되는지 여부가 쟁점이 된다.

나. 이 사건 청구의 적법요건 충족 여부와 관련하여 특히 권리보호이익 및 청구기간의 준수여부가 문제되며, 이 사건 지원배제 지시의 경우 공권력 행사성 및 법적 관련성의 인정 여부가 문제된다.

다. 이 사건 정보수집 등 행위의 위헌여부와 관련하여, 공개된 정보도 개인정보자기결정권의 보호 범위 내에 포함되는지 여부, 정치적 견해에 관한 정보의 보호정도 및 심사기준, 법률유보·과잉금지 원칙 준수 여부가 쟁점이 된다.

라. 이 사건 지원배제 지시의 위헌여부와 관련하여, 정부의 시혜적 지원 배제가 표현의 자유를 제한하는 행위에 해당하는지 여부, 정치적 표현행위의 내용(관점)을 기준으로 한 제한에 관한 심사기준, 법률유보·과잉금지 원칙 준수 여부가 쟁점이 된다.

마. 이 사건 지원배제 지시가 평등권을 침해하는지 여부와 관련하여, 헌법상 문화국가원리의 적용을 받는 문화예술계 지원사업의 특성을 고려한 평등권 심사가 쟁점이 된다.

2. 심판대상의 특정

이 사건 결정은 심판대상을 ① 이 사건 정보수집 등 행위와 ② 이 사건 지원배제 지시로 구분하고 있다. 이 사건 정보수집 등 행위는 결국 이 사건 지원배제 지시를 하기 위한 선행행위 내지 준비행위라고 평가될 여지도 있으나, 아래 몇 가지 측면에서 이 사건 정보수집 등 행위를 이 사건 지원배제 지시와 별개의 심판 대상으로 구분할 실익이 있다.

이 사건 정보수집 등 행위는 대통령비서실 및 문체부 내에서 지원배제 대상자를 파악하고 관리하기 위하여 행한 행위로서, 예술위, 영진위, 출판진흥원 직원에 대한 지원배제 지시 행위와는 양태적으로 구분되는 행위이다. 즉, 이 사건 지원배제 지시는 결정문 [별지2]에 열거된 각 개별적 사업에 관하여 대상자의 지원배제를 지시한 행위인 반면, 이 사건 정보수집 등 행위는 문제단체 및 좌편향 인사에 대한 데이터베이스를 구축하고 이를 지속적으로 관리하며 감시체제를 운영하기 위한 행위라고 평가할 수 있다. 따라서 이 사건 정보수집 등 행위는 이른바 문제단체 및 좌편향 인사가 정부의 지원에서 항상 배제되도록 지속적으로 관리하기 위한 독자적 의도가 있는 행위이며, 이는 나타난 개별적인 지원배제 지시와는 독립된 위헌성, 즉 명단의 지속적인 관리로 인한 잠재적 불이익의 지속을 초래한다.

따라서 이 사건 정보수집 등 행위가 그 자체로 위헌성을 평가할 수 있는 행위에 해당한다고 볼 수 있으며, 형사재판에 관한 법원의 판결문에서 나타나는 바와 같이 이 사건 정보 수집은 국정원에 의한 정치적 성향 사찰이라는 적극적 행위를 포함하고 있어 국민에 대한 심각한 감시행위에 해당하며 중대한 기본권 제한을 초래한다는 측면에서, 이 사건 지원배제 지시의 수단으로 흡수시키기보다는 별도로 그 위헌성을 검토할 실익이 있다.

개인정보자기결정권은 개인이 향유하는 기본권으로서 법인이나 단체에 대하여 인정되지 않으므로 청구인 중 개인에 대하여만 관련이 있어 기본권주체성 측면에서도 구분의 필요가 있다.

3. ○○패의 심판절차 종료

이 사건 심리 계속 중에 청구인 ○○패는 이 사건과 무관한 이

유로 2018. 6. 30.에 폐업신고를 하였다.⁷⁾ 이와 관련하여 헌법재판소는 청구인 ○○패의 심판절차가 종료되었다고 판단하였다.

가. 결정내용

청구인 ○○패는 비법인사단에 해당하여 그 해산 이후에도 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되나, 이 사건 지원배제 지시의 위헌 확인에 관한 헌법소원심판 청구는 위 청구인의 청산 목적과 관련되어 있다고 보기 어려우므로, 그 당사자능력을 인정할 수 없다. 따라서 청구인 ○○패의 이 사건 심판청구는 2018. 6. 30. 위 청구인의 폐업과 동시에 그 심판절차가 종료되었다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 693).

나. 해설

헌법재판소법 제40조에 따라 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 행정소송법과 민사소송에 관한 법령을 헌법소원심판절차에 준용한다. 민사소송법 제51조는 당사자능력에 관하여 민법을 준용하는바, 민법상 청산법인의 권리능력에 관한 규정들은 민사소송법상 당사자능력이 인정되는 근거가 된다(대법원 1980. 4. 8. 선고 79다2036 판결 등). 대법원은 나아가 비법인사단에 해산사유가 발생하였다고 하더라도 곧바로 당사자능력이 소멸하는 것이 아니라 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 된다고 해석한다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다32687 판결 등 참조).

민법 제87조에서 청산사무를(동조는 청산인의 직무권한을 규정한

7) 2020. 6. 30. 청구인들 대리인 제출 보정서 참조

것이나 이는 본질적으로 청산법인의 청산사무의 내용 내지 범위와 동일함) 현존사무의 종결, 채권의 추심, 채무의 변제, 잔여재산의 인도와 위 사무를 행하기 위하여 필요한 행위를 규정하는바, 청산법인이나 그 청산인이 청산법인의 목적범위 외의 행위를 한 때는 무효이다(대법원 1980. 4. 8. 선고 79다2036 판결 참조).

이 사건 지원배제지시의 위헌확인에 관한 헌법소원 신청 행위는 위와 같은 비법인사단의 청산의 목적과 관련이 있다고 보기 어려우며, ○○패의 청산인이 이 사건 소송 수행을 위한 적극적인 행위를 할 법적 근거도 찾을 수 없으므로, 위와 같은 민사소송법 법리를 준용하더라도 당사자능력을 인정하기 어렵다.

참고로, 헌법재판소는 권한쟁의 사건에서 피청구인인 특별위원회가 활동기간 종료로 더 이상 존속하지 않게 된 경우에 예외적으로 당사자능력을 인정한 경우가 있으나(헌재 2020. 5. 27. 2019헌라3등, 판례집 32-1하, 80), 이는 권한쟁의사건의 피청구인의 경우에 관한 것이었고, 국회법상 해당 안건에 관한 업무에 관한 한 특별위원회의 존속을 인정할 수 있는 법적 근거가 있었던 점에서 이 사건과 구별되며 이 사건에서 그대로 원용된다고 보기 어렵다.

4. 적법요건

가. 이 사건 정보수집 등 행위

이 사건 정보수집 등 행위는 이미 2014년 하순경에 종료되었다고 볼 수 있다는 점에서 그에 대한 청구의 권리보호이익 및 청구기간의 준수를 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 헌법재판소는 다음과 같이 예외적으로 적법한 청구라고 인정하였다.

(1) 권리보호이익

이 사건 정보수집 등 행위는 이미 종료되었으므로, 위헌 확인을 하더라도 청구인들의 권리구제가 불가능하여 주관적 권리보호이익은 이미 소멸되었다. 그러나 헌법재판소는 정부의 문화예술 분야에 대한 정책적 지원이 오랜 기간 지속되고 확대되고 있으며, 우리사회 문화예술분야에서 활동하고 있는 문화예술인, 단체, 그리고 관련 문화예술시설들이 국가지원에 크게 의존하고 있는 실정, 문화예술분야에 대한 직접적 통제를 목적으로 출발한 지원정책의 역사를 고려하여, 앞으로도 문화예술분야에 대한 국가 지원에 부수하여 정부의 통제 또는 개입 가능성이 있다고 보아 반복가능성을 인정하였다(문화예술계에 대한 정부 지원 현황 등에 관하여는 아래 5.항 참조). 또한, 정부의 지원사업에서 배제할 목적으로 문화예술인들의 정치적 견해에 관한 정보를 수집·보유·이용하는 행위의 위헌 여부에 대한 해명이 중대한 의미를 가진다는 점도 고려하여 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 693).

(2) 청구기간

이 사건 정보수집 등 행위는 늦어도 지원배제가 확정된 일자에 일어났다고 볼 수 있는바, 청구인 윤○○의 경우 늦어도 2015. 3. 31., 청구인 정○○의 경우 늦어도 2014. 11. 14.에 이 사건 정보수집 등 행위가 발생하였다고 볼 수 있고, 청구인들은 위 각 일자로부터 1년이 경과한 이후에 이 사건 헌법소원심판을 청구하여 원칙적으로 청구기간이 도과하였다.

그러나 이 사건의 경우 이 사건 정보수집 등 행위는 비밀리에 행해졌고, 특별검사의 수사를 통해 공소제기가 된 이후 비로소

그 사실관계의 일부가 공식적인 과정을 통해 일반에게 알려진 점을 고려하여, 헌법재판소는 청구인 윤○○, 정○○도 자신에 관한 개인정보가 수집되어 보유 및 이용되었을 가능성이 매우 높다는 것을 특별검사의 공소장 내용이 언론에 알려진 2017. 1. 30. 이후에야 알게 되었다고 볼 수 있고, 그 이전에 이러한 사실을 알지 못하는 것에 아무런 과실 내지 책임이 없는 점을 고려할 때, 청구기간의 예외를 인정하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마 416, 판례집 32-2, 684, 694).

나. 이 사건 지원배제 지시

이 사건 지원배제지시는 피청구인들의 순차 지시 등을 통하여 예술위, 영진위, 출판진흥원(이하 ‘예술위 등’이라 한다)으로 하여금 청구인들을 문화예술 지원에서 배제하도록 하는 것이었다. 문화예술계 지원에 관한 의사결정 자체는 형식상 예술위 등에서 하는 것이었으므로 피청구인들의 지시가 사실상 예술위 등을 조정한 ‘권력적 사실행위’에 해당하는지 여부와, 그로 인하여 지원배제 지시의 상대방(예술위 등)이 아닌 청구인들의 기본권이 제한되었다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 헌법재판소는 아래와 같이 이 사건 지원배제지시가 권력적 사실행위에 해당한다는 점을 인정하였고, 실질적인 피해자인 청구인들의 법적 관련성도 인정된다고 보았다.

(1) 헌법소원대상성(권력적 사실행위)

이 사건 지원배제 지시는 행정상의 사실행위로서, 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사에 해당하기 위하여는 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’에 해당하여야 한다.

이 사건에서 헌법재판소는 예술위 등이 문체부 산하기관 및 법인이고, 문체부장관이 인사권을 지니며 감독권을 보유하며, 이 사건 지원배제지시의 행위 태양 등을 고려할 때 이는 예술위 등의 임의적 협력을 기대한 단순한 행정지도라고 보기 어렵다고 보았다. 또한 이 사건 지원배제 지시는 예술위 등의 자율성을 배제하여 대통령 및 문체부의 지시를 관철하는 반복적, 조직적 실행행위이며, 예술위 등으로 하여금 피청구인들의 뜻대로 순응케 하여 그 이름으로 청구인들에 대한 지원을 배제하는 결과를 사실상 실현시킨 행위라고 보았다. 따라서 이 사건 지원배제 지시는 그 자체로 청구인들의 법적 지위를 결정짓는 구체화되고 특정된 지시로서, 청구인들에 대한 문화예술 지원배제라는 일정한 사실상의 결과발생을 목적으로 우월한 지위에서 개입한 권력적 사실행위임을 인정하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 696).

(2) 법적 관련성

이 사건 지원배제지시는 형식적으로는 예술위 등에 대하여 이루어진 것이었으나, 그 실질은 청구인들에 대한 문화예술 지원배제라는 일정한 목적을 관철하기 위하여 단지 예술위 등을 이용한 것에 불과하고 청구인들은 그에 따라 문화예술 지원 대상에서 제외되었다는 점을 고려하여 헌법재판소는 청구인들의 자기관련성을 인정하고, 기본권 침해의 직접성도 인정하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 696).

(3) 기타

그밖에 헌법재판소는 이 사건 지원배제 지시가 행정심판이나

행정소송의 대상이 되는지 여부가 객관적으로 불분명하고, 설령 행정소송이 인정된다고 하더라도 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 부정될 가능성도 많다는 점에서 보충성의 예외를 인정하고, 이 사건 정보수집 등 행위와 같은 이유로 권리보호이익 및 청구기간의 예외도 인정하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 696-670).

5. 우리나라 문화예술계 지원 정책 등 개관

가. 문화예술계 지원 정책의 연혁과 특징⁸⁾

해방이후 1960년대까지 정부의 문화예술분야에 대한 개입 방식은 직접적이고 강제적인 형태를 취했다. 영화의 허가(1946년), 극단의 등록(1947년), 공연허가제(1948년), 각본 검열(1949년), 공연물허가규준(1956년) 등은 정부가 공연예술분야에 대한 통제를 목적으로 마련한 시책들이다. 1961. 6. 정부는 모든 문화단체를 강제 해체하고 같은 해 12월 각종 문화예술단체의 통합, 정비와 재편성을 목적으로 문화예술분야에 대한 재편을 진행하였다. 이러한 재편과정에는 1962년 ‘제1회 대중상시상’이나, 반공영화 제작에 호응하는 영화사에 외화수입 쿼터에 있어 유리한 위치를 부여하는 것과 같은 지원이 따랐는데, 이러한 지원은 기본적으로 ‘통제를 목적으로 한 지원’이라고 평가된다.⁹⁾

1970년대 이후 국가는 직접적인 개입을 줄이면서 민간 기구에 의한 ‘지원’에 부수하여 통제를 실행하는 방식으로 바뀌었다. 1972년 문화예술진흥법 제정과 1973년 한국문화예술진흥원 설

8) 이하 5. 가. 나. 항목은 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 62면 이하를 참조하여 작성하였다.

9) 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 62면

립은, ‘민족문화 중흥’과 같은 민족중심적, 국가주의적 목표를 법제정 목적으로 제시하고 있기는 하였으나, 그 실질은 지원을 통한 자유주의적 통제로의 전환이라고 평가된다. 1970년대 정부의 문화예술분야에 대한 집중 투자는 매우 광범위하게 이루어졌으나, 이때에도 정부의 지원 자격 기준이나 지원 경향은 여전히 편향적으로 이루어졌다. 예컨대 1970년대 정부가 제시한 ‘우수영화 제작 및 수입에 관한 방침’은 우수한 국산 영화 18편을 선정하여 지원하는 것을 목적으로 하였지만, 지원 기준으로 10월 유신 구현, 민족 주체성 확립, 새마을 운동 참여 독려, 협동, 단결의 강조 등을 제시함으로써 이러한 기준을 충족하지 못하는 경우는 배제의 대상이 되었다. 연극계의 경우에도 1973년 국립극장을 건립하면서 문예진흥 시책의 일환으로 공연실적이 우수한 극단을 선정, 그 창작극을 국립극장에서 공연케 하는 지원 방안을 마련하였는데, 그 지원의 조건은 ‘국립극단과 함께 새마을을 주제로 한 연극으로 전국 순회공연을 실시’하는 것으로 당시 국가적 차원에서 추진되었던 새마을 운동을 연극이 지원하는 형태를 취하였다. 결국 국가적 지향과 만나는 지점에서 문화예술분야에 대한 국가 지원이 이루어졌다고 볼 수 있다.¹⁰⁾

1990년대와 2000년대를 거치면서 정치적 의미에서의 지원의 통제적 성격은 크게 약화되었고, 다만 문화예술을 활용하여 사회를 발전시킨다는 명목 아래 정책적 의미에서의 지원의 수단적 성격이 더 강화되었다. 과거 문화예술분야에 대한 국가의 개입이 정치적 성격에 따른 직접적 통제에 기반하였다면, 이 시기 국가의 개입은 평가의 강화라는 형태를 통하여 이루어졌다. 문화예술분

10) 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 63-64면

야에 대한 평가는 각 사업단위에서 자체적으로 실시되는 평가를 기본으로 하면서 이외에도 법률에 근거하여 중앙정부 차원에서 이루어지는 다양한 평가를 통하여 관리되었다. 예를 들어 문화예술분야에 대한 중앙정부 차원의 지원을 담당하고 있는 예술위 기금사업에 대해서는 문화예술진흥법 제35조에 기초하여 각종 사업에 대한 성과 평가가 이루어지고 있으며, 예술위 예산으로 편입되는 예산 중 큰 비중을 차지하는 복권기금 재정 사용과 관련하여서는 동일한 예술위 사업으로 이루어지고 있음에도 불구하고 ‘복권 및 복권기금법’에 따라 별도의 평가가 이루어지고 있다¹¹⁾.

이러한 다양한 평가 기제가 작동하고 있음에도 불구하고, 문화예술분야에서의 지원의 공정성 문제가 지속적으로 제기되었는데, 문화예술계 종사자 200명을 대상으로 2010년 실시된 한 조사에 따르면, 응답자의 46.0%가 타 분야와 비교하여 문화예술분야의 지원이 불공정하게 이루어지고 있다고 응답하였으며, 불공정 유형으로는 ‘문화예술계 내부 로비 관행’(3.72), 유명인사의 청탁(3.60), 학연/지연 등 연고에 따른 지원(3.58), 유명 예술인에 지원 편중(3.57), 이념에 따른 지원(3.32) 등을 제시하였다.¹²⁾

나. 문화예술분야 지원 실태

문화공보부 시기인 1969년 당시 전체 정부 예산의 0.13%에 불과했던 국가 차원의 문화 부문 지원 예산은 2016년 0.41%에 이를 정도로 크게 확대되었다(아래 [표] 참조). 아울러, 1995년 지방자치제가 본격화됨에 따라 지방자치단체 차원의 문화예술분야

11) 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 65-66면

12) 김세훈·서순복, 2012 “문화예술 공공지원정책의 공정성 인식에 관한 탐색적 연구”, 한국사회와 행정연구, 13(1), 65-66면

지원도 증가하여 광역자치단체 차원의 재정에서 평균적으로 2% 내외의 예산이 문화 분야에 투입되기에 이르렀다.¹³⁾

문화예술분야에 대한 중앙정부 및 지방정부의 지원이 지속적으로 확대된 가운데, 문화예술분야에서 활동하는 문화예술시설이나 단체들은 이와 같은 국가지원에 크게 의존하고 있다. 2017 공연예술실태조사에 따르면, 공연시설 재정구조 중 58.4%가 공공지원금에 의존하고 있으며, 자체 수입의 비중은 30.4%에 불과한 것으로 나타난다. 공연단체의 경우도 53.1%가 공공지원금에 의존하고 있다. 민간공연단체들의 경우에도 자체 수입을 통한 재정자립도는 43.7%에 불과하며 상당 부분을 공공지원에 의존하고 있는 실정이다.¹⁴⁾

[표] 문화부문 예산¹⁵⁾

단위: 백만원

연도	정부 예산 총계	문화체육관광부	예산 합계
1969	370,882	2,007	476(0.13)
1973	659735	3,143	877(0.13)
1977	2,869,956	15,866	5,681(0.20)
1982	9,313,725	37,199	17,463(0.19)
1987	16,059,629	68,838	47,423(0.30)
1995	49,987,915	36,367	263,766(0.53)
2012	325,407,600	3,719,400	1,622,600(0.43)
2016	386,400,000	5,494,800	2,256,100(0.41)

* 1990년 이전은 문화공보부 예산

13) 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 60면

14) 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 62면

15) 김세훈, 문화예술과 국가지원: 국가지원의 성격에 대한 연구, 사회과학연구 제31집 제1호 61면

- * 2012년부터는 재정(예산 기금) 기준, 1995년까지는 정부세출예산 기준.
- * 문화부문은 문화예술과 문화제를 포함한 부문임

다. 문체부 산하 기관

문화예술 진흥을 위한 사업과 활동을 지원하기 위하여 문체부 산하에 설립된 한국문화예술위원회(예술위)는 정부출연금 등으로 조성된 문화예술진흥기금(문예기금)을 독립된 회계로 별도 운용·관리하며, 소속 위원들은 임기 중 직무상 외부의 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니하면서 문예기금의 운용·관리 등 관련 사항을 심의·의결한다(문화예술진흥법 제16조, 제17조, 제20조, 제29조, 제30조). 예술위 위원회는 문체부장관이 위촉하는 15명 이내(위원장 1명 포함)의 위원으로 구성하며(제23조), 위원장의 임기는 3년, 위원의 임기는 2년으로 하되 1년을 단위로 연임될 수 있다(제25조). 문체부장관은 문예기금 지원의 성과를 측정·평가하며 그 결과에 따라 시정할 필요가 있는 사항이 있다고 인정하면 위원회에 시정을 요구할 수 있다(제35조).

영화의 질적 향상을 도모하고 한국영화 및 영화산업의 진흥을 위하여 문체부 산하에 설립된 영화진흥위원회(영진위)는 정부출연금 등으로 조성된 영화기금을 독립된 회계로 별도 운용·관리하며, 소속 위원들은 임기 중 직무상 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니하면서 영화기금의 관리·운용, 영화의 유통배급 지원, 한국영화의 해외진출 및 국제교류, 예술영화·지역영상문화 등의 진흥 관련 사항을 심의·의결한다(영화비디오법 제4조, 제13조, 제14조). 영진위는 위원장 1인과 부위원장 1인은 포함한 9인의 위원으로 구성하고, 영진위 위원은 문체부장관이 임명한다(제8조). 위원장의 임기는 3년이고 나머지 위원의 임기는 2년이며, 위원장과 위원은 1년을 단위로 연임할 수 있다(제10조). 문체부장관은 기금 사용의

성과를 측정·평가하고, 성과 평가결과 시정을 요하는 사항이 있다고 인정하는 때에는 영진위에 시정을 요구할 수 있다(제25조의3).

출판문화산업의 진흥·발전을 효율적으로 지원하기 위하여 문체부 장관의 인가를 받아 별도 법인으로 설립된 한국출판문화산업진흥원(출판진흥원)은 출판문화산업 발전을 위한 제작 활성화 및 유통 선진화 지원, 양서 권장 및 독서 진흥 등 출판수요 진작을 위한 사업, 출판문화산업의 국외진출 등 관련 사항을 이사회에서 심의·의결하며 정부는 예산의 범위에서 출판진흥원의 운영 또는 사업에 필요한 경비를 보조할 수 있다(출판문화산업진흥법 제16조, 제16조의4, 제21조). 출판진흥원에는 원장 1명을 포함한 9명 이내의 이사와 감사 1명을 두는데, 원장은 문체부장관이 임면하고 그 임기는 3년이며, 출판진흥원의 업무를 총괄한다(제16조의3). 문체부장관은 필요한 경우 출판진흥원의 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나 소속 공무원에게 검사하게 할 수 있다(제21조의2).

6. 이 사건 정보수집 등 행위의 위헌여부

가. 개인정보자기결정권의 보호 범위

이 사건 정보수집 등 행위는, 청구인 윤○○, 정○○이 과거 야당 후보를 지지하거나 세월호 참사에 대한 정부의 대응을 비판한 의사표시에 관한 정보를 대상으로 한다. 이러한 정보는 ① 청구인들의 정치적 견해에 관한 정보인 점과, ② 청구인들의 사적 생활이 아닌 공적 생활 영역에서 스스로 공개한 정보를 포함하고 있다는 점에서 특징적이다. 헌법재판소는 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인

의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인 정보까지 포함한다고 본 선례(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등; 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등 참조)의 판단 기준을 적용하여, 개인의 정치적 견해는 그 인격주체성을 특징짓는 정보로서 개인정보에 해당하며, 그것이 지지 선언 등의 형식으로 공개적으로 이루어진 것이라고 하더라도 여전히 개인정보자기결정권의 보호범위 내에 속하므로 이 사건 정보수집 등 행위가 청구인들의 개인정보자기결정권을 제한하는 행위에 해당한다고 판단하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 697-698)

나. 개인정보자기결정권의 침해여부

(1) 법률유보원칙 위반 여부

개인정보자기결정권을 제한하기 위하여 법적 근거가 필요하고, 헌법재판소는 개인정보의 종류와 성격, 정보처리의 방식과 내용 등에 따라 근거법률의 명시적 요구 정도는 달라지는바, 일반적으로 개인의 인격에 밀접히 연관된 민감한 정보일수록 근거 규정을 명확히 하여야 한다는 요청은 더 강해진다고 보고 있다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등 참조). 이러한 전제 하에 헌법재판소는 정치적 견해에 관한 정보의 경우, 이는 정치적 표현의 자유 보장과 직결되는 정보로서 최대한도로 보장되어야 한다는 점에서 엄격한 심사기준이 적용되는 점을 분명히 하였다. 즉, 헌법재판소는 정치적 견해를 표명할 수 있는 정치적 표현의 자유는 민주적 의사형성의 본질적 요소이며 표현의 자유는 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권인바 이를 최대한도

로 보장하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본원리의 하나임을 강조하고(헌재 1992. 6. 26. 90헌가23 참조), 정치적 표현의 자유를 최대한도로 보장하기 위해서는 정치적 견해를 표현한 내용에 관한 정보도 두텁게 보호되어야 하는데, 국가가 이러한 정보를 수집·보유·이용하는 등의 행위는 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한이 되므로 이를 위해서는 법령상의 명확한 근거가 필요하고, 실제 그러한 제한을 할 때에는 법령상 정해진 요건과 절차를 준수하여야 한다고 판단하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 699).

헌법재판소는 위와 같이 엄격한 심사기준을 전제로, 이 사건 정보수집 등 행위는 ‘개인정보 보호법’ 상 민감정보(정치적 견해)를 대상으로 하는바, 청구인들의 동의 없이 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으로 이러한 민감정보를 처리할 수 있는 법령상 근거가 없음이 명백하다고 판단하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 700).

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 정보수집 등 행위가 법률유보원칙에 위반하는 한 위헌임이 분명하나, 헌법재판소는 나아가 과잉금지원칙 위반 여부에 대하여도 판단하였다. 즉, 피청구인들이 청구인들의 정치적 견해 관련 정보를 수집·보유·이용한 목적은 위 청구인들의 정치적 견해를 확인하여 야당 후보자를 지지한 이력이 있거나 현 정부에 대한 비판적 의사를 표현한 자에 대한 문화예술 지원을 차단하려는 이 사건 지원배제 지시를 실행하기 위한 것인데, 이 사건 지원배제 지시는 (후술하는 바와 같이) 법률유보원칙, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 표현의 자유를 침해하고 평등권을 침해

하는 것이므로 이러한 위헌적인 지시를 위한 이 사건 정보수집 등 행위의 목적의 정당성을 인정할 여지가 없다고 판단하였다 (헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 700)

(3) 해설

헌법재판소는 이 사건 정보수집 등 행위는 ‘야당 소속 후보를 지지하였거나 정부에 비판적 활동을 한 문화예술인이나 단체를 정부의 문화예술 지원사업에서 배제할 목적으로’ 청구인들의 정치적 견해에 관한 정보를 수집·보유·이용한 행위이고, 피청구인들 몰래 이루어졌다는 점에서 개인정보보호법 등 법률상 근거가 있거나 법률에 따른 것이라고 볼 여지가 없는 점을 확인하였다.

나아가 헌법재판소는 설령 이 사건 정보수집 등 행위를 수권하는 법률이 있다고 하더라도 이는 과잉금지원칙상 목적의 정당성을 충족할 수 없는 점도 나아가 판시함으로써 향후 법률 제정을 통하더라도 이 사건 정보수집 등 행위가 허용될 수 없는 점을 확인하였다.

7. 이 사건 지원배제지시의 위헌여부

가. 제한되는 기본권

이 사건 지원배제지시는 표면적으로는 단순히 문화예술 지원 거절이라는 형태로 나타난다. 그러나 그 실질은 청구인들의 특정한 정치적 표현행위에 대한 반응으로서 청구인들의 정치적 표현의 자유에 대한 사후적인 제한 또는 제재에 해당하는 점에서, 헌법재판소는 이 사건 지원배제지시가 표현의 자유에 대한 제한이라고 판단하였다.

또한, 이 사건 지원배제 지시는 청구인들의 정치적 견해를 기

준으로 정부의 문화예술 지원 여부를 결정한 것이므로, 청구인들에 대하여 지원사업의 심사기준과 무관하게 일체 지원사업 선정에서 배제하는 것은 차별적 취급에 해당하여 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부도 문제된다고 보았다.

청구인들은 나아가 이 사건 지원배제 지시가 예술 창작 및 표현의 자유도 제한한다고 주장하였으나, 헌법재판소는 청구인들이 국가로부터 예술활동에 대한 재정적 지원을 받지 않아 예술 활동이 저해되거나 위축되는 것은 차별 취급에 따른 간접적인 효과로서 평등권 침해 여부에 대한 판단에 포함될 수 있으므로 독자적으로 위헌사유가 되지 않는다고 보았다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 700-701).

나. 표현의 자유 침해 여부

(1) 법률유보원칙 위반 여부

이 사건 지원배제 지시는 청구인들의 표현의 자유를 중대하게 제한하는 것으로서 이를 위해서는 법률상 근거를 필요로 하고 그 요건과 절차 또한 준수할 것이 요구된다. 헌법재판소는 청와대 및 문체부가 예술위 등의 개별적 문화예술계 지원사업 심의과정에 사전적으로 개입하여 신청자들의 정치적 견해를 기준으로 지원을 배제하도록 지시할 법적 근거는 존재하지 않는 점을 확인하여 법률상 근거 없는 기본권 침해라는 점을 확인하였다. 나아가 이 사건 지원배제 지시는 법률상 마련된 요건이나 절차를 적극적으로 배제하고자 하는 의도로, 법률에서 정한 요건이나 절차를 전혀 갖추지 않은 채 이루어진 행위라는 점에서도 법률유보원칙에 위반됨을 확인하였다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 702).

(2) 과잉금지원칙 위반여부

(가) 표현의 자유에 대한 제한

이 사건 지원배제 지시에 관하여 헌법재판소가 적용한 가장 중요한 심사기준은, 정부의 지원 사업을 운영함에 있어, 헌법상 보호되는 권리를 침해하는 방법과 기준으로 지원 대상자를 선정할 수 없다는 것이다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 702). 특정한 정치적 견해를 표현한 자에 대하여 문화예술 지원 공모사업에서의 공정한 심사 기회를 박탈하는 것은, 특정 정치적 표현행위를 한 자에 대하여 지원배제라는 형식으로 제재를 가한 것이므로 개인 및 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 제한조치에 해당한다.

이 사건 지원배제 지시는 위와 같이 정치적 표현의 자유에 대한 제한조치에 해당하는 점에서 정부가 합법적으로 특정 사업을 지원하는 경우와 명백히 구분된다. 위와 같은 쟁점을 명확하게 하기 위하여 헌법재판소는 청구인들이 특정 문화예술 활동을 함에 있어 정부의 지원을 적극적으로 요구할 당연한 권리가 있는 것은 아니라는 점을 분명히 하였고, 또한 정부가 지원할 수 있는 자원은 한정되어 있으므로 다양한 평가기준을 근거로 그 지원 대상자를 선정할 재량이 있으며, 이 점은 문화예술계 지원정책의 수립 및 추진에도 적용된다는 점을 강조하였다. 또한 헌법재판소는 정부가 국가적으로 지향하여야 할 목표 등을 정하여 이를 달성하기 위한 정책을 수립·시행하는 과정에서 해당 정책에 부합하는 특정 사업을 지원할 수 있는 점도 확인하면서, 이 사건 지원배제지시는 이와 같은 일반적인 정책과는 구분된다고 보았다.

(나) 정치적 표현의 자유 관련 심사기준

이 사건에서 헌법재판소는 정치적 표현의 자유에 대한 제한 중에서도, 특정 견해를 근거로 한 제한의 경우, 그 심사강도는 매우 엄격해진다는 점을 강조하였다.

즉, 헌법재판소는 모든 국민은 자신의 정치적 의견과 정치사상을 외부에 표현할 정치적 표현의 자유를 가지고, 이는 자유민주적 헌법의 근본가치이자 민주정치의 필수불가결한 요소이며, 집권세력의 정책 등에 대하여 정치적인 반대의를 표시하는 것은 헌법이 보장하는 정치적 자유의 가장 핵심적인 부분이라는 선례(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132등 참조)를 인용한 후, 표현행위자의 특정 견해, 이념, 관점에 근거한 제한은 표현의 내용에 대한 제한 중에서도 가장 심각하고 해로운 제한이며, 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안 된다’는 것(헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764 참조)이라는 내용을 강조하였다. 이에 정치적 표현의 내용, 그 중에서도 표현된 관점을 근거로 한 제한은 과잉금지원칙을 준수하여야 하며, 그 심사 강도는 더욱 엄격하다고 보았다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 702).

(다) 결정내용

헌법재판소는 국민이 정치 후보자에 대한 지지 선언에 참여하거나 특정 사회적 문제에 대한 정부의 대응을 비판하는 시국선언에 참여하는 등 정치적 표현행위를 하는 것은 우리 헌법의 근본이념인 자유민주적 기본질서의 핵심적인 보장 영역에 속하는 것

인데, 이 사건 지원배제 지시는 야당 후보 지지나 정부 비판적 정치 표현행위에 동참한 전력이 있는 청구인들에 대한 정부지원을 차단하는 것을 목적으로 한다는 점에서 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 판단하였다. 즉, 정부에 대한 반대 견해나 비판에 대하여 합리적인 홍보와 설득으로 대처하는 것이 아니라 비판적 견해를 가졌다는 이유만으로 국가의 지원에서 일방적으로 배제함으로써 정치적 표현의 자유를 제재하는 공권력의 행사는 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 반하는 것으로 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 보았다(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684, 703-704).

(3) 해설

헌법재판소는 청구인들이 정부의 지원을 요구할 권리를 인정한 것이 아니라는 점을 명시하면서, 이 사건 지원배제 지시는 헌법상 보호되는 기본권(표현의 자유)을 침해하는 방법과 기준으로 지원 대상자를 선정하였다는 점에서 위헌적인 것임을 밝혔다.

헌법재판소는 한편으로는 정부가 국가적으로 지향하여야 할 목표 등을 정하여 이를 달성하기 위한 정책을 수립·시행하는 과정에서 해당 정책에 부합하는 특정 사업을 지원할 수 있다고 인정하고 있는데, 예를 들어 금연정책, 출산장려 정책 등을 수립하여 관련 사업을 지원할 수 있다고 보았다. 이 사건은 이러한 정책적 장려 사업과는 달리, 특정한 정치적 견해를 표현한 자에 대하여 정부 지원을 배제함으로써 해당 견해나 의사표현에 대한 제재를 가한 것이므로 합법적인 정책 지원사업과는 구분되는 정치적 표현의 자유에 대한 제한조치라는 특성을 고려한 것이다.

또한, 이 사건은 표현의 관점을 기준으로 한 제한이면서, 정치

적 표현에 대한 제한이라는 점에서 가장 엄격한 기준으로 표현의 자유에 대한 심사가 이루어졌다. 헌법재판소는 표현의 견해, 이념, 관점에 근거한 제한의 경우 가장 심각하고 해로운 제한이므로 심사 강도가 엄격하다는 점을 확인하였고, 우리 헌법의 근본이념인 자유민주적 기본질서의 핵심적인 보장 영역에 속하는 정치적 표현행위, 즉 정치 후보자에 대한 지지 선언에 참여하거나 특정 사회적 문제에 대한 정부의 대응을 비판하는 시국선언에 참여하는 등의 표현행위를 침묵시키려는 목적의 행위는 정당성을 인정할 수 없음을 확인하였다.

참고로, 미국 연방대법원도 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 기준을 근거로 정부의 급부를 거절할 수 없다는 판례를 확립하고 있다. 즉, 개인이 정부의 급부를 요구할 권리가 없고 정부는 다양한 이유로 급부를 거절할 수 있다고 하더라도, 개인의 헌법상 기본권을 침해하는 방법으로 급부를 거절하는 것은 허용되지 않는다고 보았다. 특정 표현행위 또는 결사를 이유로 세금면제, 실업급여 또는 복지수당 지급, 공공기관 취업 등을 거절하는 것은 기본권 행사를 제재하고 억제하여, ‘직접적으로 명령할 수 없는 상황을 결과적으로 발생시킬 수 있도록’ 용인하는 것으로, 위헌적이라고 판시한 바 있다(Perry v. Sindermann, 92 S. Ct. 2694 (1972)).¹⁶⁾

16) 한편, 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 판결 대법관 박상욱 별개의견에서 인용하고 있는 미 연방대법원 Rust v. Sullivan 판결(정부 지원금을 받는 의료기관이 낙태 시술을 제공하지 못하도록 한 사건에서 합헌이라고 판단한 결정)은 정부가 특정 가치관단에 따라 합법적으로 이를 지원하는 사업에 관한 것으로 이 사건과 구별된다. 오히려, 위에서 살핀 바와 같이 미 연방대법원은 정부가 특정 관점을 징계할 목적으로 정부 지원에서 배제하는 것은 위헌적이라고 판단하는 입장이다(National Endowment for the Arts v. Finley 118 S.Ct. 2168 참조).; Mark P. Strasser, Rust in the First Amendment Scaffolding, Journal of Constitutional Law Vol.19:4, 876면 참조

다. 평등권 침해 여부

(1) 결정내용

이 사건 지원배제 지시는 특정한 정치적 견해를 표명한 자에 대하여 정부의 문화예술 지원사업에서 차별적으로 취급한 것인바, 헌법재판소는 평등권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어 헌법상 문화국가원리를 적용하였다.

헌법재판소는 우리 헌법상 문화국가원리는 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하며(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등 참조), 이를 실현하는 국가의 문화정책은 불편부당의 원칙에 따라야 하는바, 모든 국민은 정치적 견해 등에 관계없이 문화 표현과 활동에서 차별을 받지 않아야 한다고 보았다. 특히 아직까지 국가지원에 의존도가 높은 우리나라 문화예술계 환경을 고려할 때, 정부는 과거 문화간섭정책에서 벗어나 중립성을 지키면서 문화에 대한 지원 및 육성을 하도록 유의하여야 한다는 점을 강조하였다.

문화예술 지원사업은 수혜적 행정행위이자 재정의 한계로 인하여 일정한 기준에 따른 분배가 불가피하고 문화예술 심의에 내재된 전문성과 주관성으로 인하여 분배의 기준 설정이나 적용에 있어 상당한 재량이 인정될 수 있는 점을 고려하더라도 헌법재판소는 정부정책을 반대하거나 정부에 대하여 비판적인 견해를 가진 예술인들에 대한 지원을 단절할 목적으로 이루어진 이 사건 지원배제 지시는 정당화될 수 없는 자의적인 차별행위에 해당한다고 판단하였다.

(2) 해설

우리나라는 문화예술계가 국가지원에 의존하는 정도가 높은 만큼, 국가가 문화지원을 함에 있어 중립성을 보장하는 것이 매우

중요하다. 헌법재판소는 문화예술사업이 수혜적 행정행위이자 재정의 한계로 일정한 기준에 따른 분배가 불가피하며, 문화예술 심의의 특성상 그 분배 기준이나 적용에 상당한 재량을 인정하면서도, 기본권을 침해하는 방법으로 공정한 심사 기회를 박탈하는 것은 평등권을 침해하는 것임을 확인하였다.

독일의 경우에도 문화예술계의 국가 지원에 있어 국가의 중립의무를 실현하기 위하여 절차의 정당성이 강조된 바 있다. 독일 연방헌법재판소는 문화예술 지원 사업에 선정이 되지 않았다는 이유만으로 기본권 침해가 발생하지 않으나, 조직과 절차를 통한 기본권보장의 측면에서, 입법자가 조직이나 절차를 불충분하게 형성하였을 경우에는 직접적으로 예술의 자유에 대한 침해가 인정될 수 있다고 보았다. 즉, 선정과정의 절차, 위원회의 구성에서 흠결이 있다면 이는 예술의 자유에 대한 침해로 인정될 수 있으며, 그 밖에 평등권 또는 법률상 권리로서 다룰 수 있다고 본 바 있다.¹⁷⁾

8. 이 사건 결정의 의의

가. 정치적 표현의 자유의 중요성 재확인

이 사건 결정은 정치적 표현의 자유와 관련하여, 특히 표현의 관점을 근거로 한 제한의 경우 매우 엄격한 심사기준이 적용된다는 점을 분명히 명시하였다는 점에서 의미가 있다. 즉, 정치적 표현의 자유는 자유민주적 헌법의 근본가치이자 민주정치의 필수 불가결한 요소임을 다시 한번 확인하였고, 표현행위자의 특정 견해·이념·관점에 근거한 제한은 표현의 내용에 대한 제한 중에서

17) 연방헌법재판소 1990. 11. 27.자 요세피네 무첸바허 결정 BVerfGE 83, 130, Germelmann, Kultur und staatliches Handeln, 2013, S. 69., 차원일 헌법연구원 2019. 4. 25. '독일에서의 문화·예술에 대한 공적 지원' 입법례조사서에서 재인용

도 가장 심각하고 해로운 제한임을 밝히면서 정치적 표현의 내용, 그 중에서도 표현된 관점을 근거로 한 제한에 대하여 엄격한 심사를 적용한다는 점을 분명히 하였다.

이 사건 결정은 나아가 정치적 표현의 자유를 최대한도로 보장하기 위하여는 정치적 견해를 표현한 내용에 관한 정보도 두텁게 보호하여야 한다고 명시함으로써, 정치적 표현이나 견해에 관한 정보의 특별한 지위도 확인하였다. 그에 따라 정치적 견해에 관한 정보를 처리하는 행위는 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한이 되므로 위헌여부를 심사함에 있어 엄격한 기준을 적용한다는 점도 명시하고 있다.

나. 정부의 정책적 지원행위에 대한 위헌심사기준 제시

이 사건 결정은 정부가 시혜적인 지원 사업을 운영함에 있어, 헌법상 보호되는 권리를 침해하는 방법과 기준으로 지원 대상자를 선정할 수 없다는 위헌심사기준을 제시하였다. 즉, 시혜적인 지원을 받을 일반적인 권리가 인정되지 않고, 정부는 다양한 평가 기준을 근거로 지원 대상자를 선정할 재량이 있으며, 정부가 정책적 목적을 가지고 합법적으로 특정한 사업을 지원할 수도 있지만, 그 한계로서 정부는 위헌적인 기준을 적용하여 지원 대상자를 선정할 수 없다는 점을 분명히 하였다.

다. 문화예술계 지원시 정부의 중립의무 제시

이 사건 결정은 오래 전부터 정부가 다양한 이유로 문화예술 지원사업을 주도하였고, 그로 인하여 문화예술계는 지금까지도 국가지원에 의존하는 경향이 강한 점을 지적하면서, 정부는 헌법상 문화국가원리를 실현함에 있어 문화의 내용 자체에 개입하는

문화정책이 아닌, 오로지 문화공토를 조성하는 역할에 집중하여야 하며, 중립성을 지키면서 문화에 대한 지원 및 육성을 하도록 유의하여야 한다는 점을 다시 한번 강조하였다.

22. 장애인활동 지원에 관한 법률 제5조 제2호 본문 위헌제청

- ‘65세 미만의 일정한 노인성 질병이 있는 사람’의 장애인
활동지원급여 신청자격 제한이 헌법에 위반되는지 여부 -
(헌재 2020. 12. 23. 2017헌가22, 2019헌가8(병합), 판례집 32-2, 574)

성 왕*

【판시사항】

1. 65세 미만의 일정한 노인성 질병이 있는 사람의 장애인 활동
지원급여 신청자격을 제한하는 법률조항이 평등원칙에 위반되는지
여부(적극)
2. 헌법불합치 결정을 선고한 사례

【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘장애인활동 지원에 관한 법률’(이하 ‘장애
인활동법’이라 한다) 제5조 제2호 본문 중 ‘노인장기요양보험법
제2조 제1호에 따른 노인 등’ 가운데 ‘65세 미만의 자로서 치매·
뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 자’에
관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지
여부이다.

* 선임헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 각 사건의 제청신청인은 구 ‘장애인활동 지원에 관한 법률’ 제5조 제1호에 규정된 중증장애인이자, 노인장기요양보험법 제2조 제1호에 규정된 ‘65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정한 노인성 질병을 가진 자’에 해당한다.

나. 각 사건의 제청신청인은 장애인 활동지원급여 신청 내지 변경신청을 하였으나 반려내지 거부처분을 받아 그 취소를 구하는 소를 제기하고, 소송계속 중 근거 법률조항에 대한 위헌법률심판 제청 신청을 하였다.

다. 2017헌가22 사건의 제청법원은 2017. 7. 18., 2019헌가8 사건의 제청법원은 2019. 2. 27. 각 ‘장애인활동 지원에 관한 법률’ 제5조 제2호 본문에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 제청법원의 위헌제청이유

심판대상조항에 의하면, 65세 미만의 중증장애인으로서 장애인 활동법 상의 활동지원급여를 받을 수 있는 사람이 노인장기요양 보험법 상의 노인성 질병을 앓게 되어 노인 등에 해당하게 되는 경우 활동지원급여의 수급자격을 상실하게 된다. 이는 65세 미만의 중증장애인으로서 노인 등에 해당하는 사람과 그렇지 않은 사람을 합리적 이유없이 차별하여 평등원칙에 위반된다.

【결정요지】

1. 65세 미만의 비교적 젊은 나이인 경우, 일반적 생애주기에 비추어 자립 욕구나 자립지원의 필요성이 높고, 질병의 치료효과나

재활의 가능성이 높은 편이므로 노인성 질병이 발병하였다고 하여 곧 사회생활이 객관적으로 불가능하다거나, 가내에서의 장기요양의 욕구·필요성이 급격히 증가한다고 평가할 것은 아니다. 또한 활동지원급여와 장기요양급여는 급여량 편차가 크고, 사회활동 지원 여부 등에 있어 큰 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 65세 미만의 장애인 가운데 일정한 노인성 질병이 있는 사람의 경우 일률적으로 활동지원급여 신청자격을 제한한 데에 합리적 이유가 있다고 보기 어려우므로 심판대상조항은 평등원칙에 위반된다.

2. 심판대상조항을 단순위헌으로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 할 경우, 중복급여로 인한 문제가 발생할 가능성이 있고, 활동지원급여와 장기요양급여의 구분체계에 법적 공백이 초래될 우려가 있다. 또한 사회보장수급권의 특성상, 어떠한 방식으로 심판대상조항의 위헌성을 제거할 것인지는 원칙적으로 입법자의 입법재량에 속한다. 따라서 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하기로 한다.

【해 설】

1. 심판대상의 확장 여부

장애인활동법 제5조는 각 호의 자격을 모두 갖춘 경우 활동지원급여를 신청할 수 있다고 규정하고, 같은 조 제3호는 “활동지원급여와 비슷한 다른 급여를 받고 있거나 ‘국민기초생활 보장법’ 제32조에 따른 보장시설에 입소한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에 해당하지 아니하는 사람”일 것을 규정하고 있다. 2017헌가22 사건의 제청신청인은 장애인활동법 제5조 제3호에 대해서도 위헌법률심판제청 신청을 하였으나 제청법원이 위 신청

을 기각하였다. 2017헌가22 사건의 제청신청인은 위 조항에 대한 위헌법률심판제청 신청 기각결정 이후 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구를 할 수 있었음에도 하지 않았고, 청구기간이 도과하였다. 2017헌가22 사건의 제청신청인은 변론과정에서 위 조항에 관한 부분까지 심판대상을 확장할 것을 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 심판대상 확장 없이 위헌 여부 제청이 된 조항에 한하여 판단하였다. 제청신청인이 헌법소원심판을 청구하지 않은 사정 및 장애인활동법 제5조 제2호와 제3호는 규율대상 등이 서로 다른 점 등을 고려한 것으로 보인다.

2. 재판의 전제성

이해관계인 보건복지부장관은 변론과정에서, 제청신청인들은 장기요양급여를 수급중이어서 장애인활동법 제5조 제3호에 의하더라도 신청자격이 없으므로 심판대상조항이 위헌 선언된다고 하더라도 당해사건 재판의 주문이나 내용이 달라지지 않는다는 이유로 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 주장하였다.

그러나 헌법재판소는 심판대상조항은 제청신청인들에 대한 거부처분 또는 반려처분의 근거가 된 조항으로서 심판대상조항이 위헌으로 선언된다면 재판의 결과가 달라질 가능성을 배제하기 어렵다고 보았다. 또한 제청법원의 견해를 존중할 필요가 있다고 보아 재판의 전제성을 인정하였다.

장애인활동법 제5조 제3호 및 장애인활동법 시행령 제4조에 의하여 구체화된 중복급여에 ‘노인장기요양급여’가 명시된 것은 아니라는 점 역시 고려된 것으로 보인다.

3. 장애인활동지원제도의 도입과 현황

가. 자립생활 패러다임의 등장

20세기의 전통적인 장애 패러다임은 장애를 의학적인 결핍이나 문제로 인식하여 어떻게 장애인을 의료적으로 재활시킬 것인가에 중점을 두었다.¹⁾ 그러나 1960년대에 들어 장애를 신체적 결핍이나 이상으로 간주하여 치료 혹은 교정해야 한다는 의료적 관점의 문제점을 지적하고, 장애는 장애를 이해하고 수용하는 사회적 이해나 사회구성원들의 편견, 장애인을 둘러싼 환경 등에 의하여 규정되며 정도가 결정된다는 사회적 관점이 발전하게 되었다.

미국의 경우 1960년대 지역사회에서 생활하고자 하는 중증장애인들이 자신들의 네트워크를 만들기 위하여 자립생활운동을 시작하였다. 1972년 최초의 자립생활센터가 설립되었고, 이를 기반으로 조직적 활동이 지속적으로 진행되었으며, 1979년 10개의 자립생활센터가 정부보조금을 받기 시작하면서 자립생활운동은 서서히 공공서비스 영역에 편입되었다. 2008년 기준으로 650여 개에 이르는 자립생활센터가 설립되어 있다.²⁾

우리나라도 최근 장애에 대한 개념이 의료적인 접근에서 사회참여, 자립생활, 자기결정권 등을 중시하는 사회적 모델로 전환되어 가고 있으며,³⁾ 현재 장애인복지의 기본이념은 장애인의 완전한 사회 참

1) 의료모델이나 재활모델은 장애를 개인의 비극적 문제로 보고 그 해결 방안도 개인적 차원에서 접근하는 점에서 사회모델과 대비되는 개별모델로 분류될 수 있다.(윤두선, 장애인 활동보조서비스 이용이 중증장애인 삶의 질에 미치는 영향에 관한 연구, 서울시립대학교 도시과학대학원 석사논문, 2007, 13쪽 참조)

2) 윤재영, 장애인 자립생활의 의미와 측정: 자립생활센터 이용 장애인을 중심으로, 성균관대학교 사회복지대학원 박사논문, 2010, 8-11쪽 참조.

3) 국가인권위원회, 장애인활동지원제도 개선방안에 관한 연구, 2014. 12., 3쪽 참조. 현재 '장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률'이나 장애인복지법 등 법률적 차원의 장애 개념 정의들은 대체로 의학적 관점에 기초하고 있으나, 국가인권위원회법은 '장애'란 신체적·정신적·사회적 요인으로 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 상태를 말한다고 규정하여(제2조 제4호), 사회적 관

여와 평등을 통하여 사회통합을 이루는 데에 있다(장애인복지법 제3조).

한편 우리나라는 2008년 유엔(UN) 장애인의 권리에 관한 협약(Convention on the Right of Persons with Disabilities)을 비준하였으며, 위 협약 제19조⁴⁾는 장애인의 자립적 생활에 관한 권리를 규정하면서, 활동보조 등 서비스 보장을 규정하고 있다.

나. 활동지원서비스의 개념

학계에서 논의되는 활동지원서비스(Personal Assistance Services, PAS)는 자립을 달성하기 위하여 모든 연령층의 장애인에게 제공되는 것으로, 일상적인 생활과 건강유지 활동에 필요한 인간적(human)·기계적(mechanical) 도움을 말한다. 여기서 말하는 자립이란 어떠한 지원 없이 스스로를 돌볼 수 있는 신체적·정신적 능력과 관련된 것이 아니라, 오히려 지원을 통해 자기결정, 동등한 기회, 자기 존중을 달성하는 것이다. 활동보조서비스는 장애인의 사회통합에 중요한 동력이 되며, 장애인의 삶의 유지, 교육과 고용, 지역사회 내 접근 기회 등을 극대화하는 데 필수적이다.⁵⁾

점에서의 장애 개념을 포괄하는 장애 개념을 정하고 있다.

4) (외교부 홈페이지 국문본) 제19조 자립적 생활 및 지역사회에의 동참 이 협약의 당사국은 모든 장애인이 다른 사람과 동등한 선택을 통하여 지역 사회에서 살 수 있는 동등한 권리를 가짐을 인정하며, 장애인이 이러한 권리를 완전히 향유하고 지역사회로의 완전한 통합과 참여를 촉진하기 위하여 효과적이고 적절한 조치를 취한다. 여기에는 다음의 사항을 보장하는 것이 포함된다.

가. 장애인은 다른 사람과 동등하게 자신의 거주지 및 동거인을 선택할 기회를 가지며, 특정한 주거 형태를 취할 것을 강요받지 아니한다.

나. 장애인의 지역사회에서의 생활과 통합을 지원하고 지역사회로부터 소외되거나 분리되는 것을 방지하기 위하여 필요한 활동 보조를 포함하여, 장애인은 가정 내 지원서비스, 주거 지원서비스 및 그 밖의 지역사회 지원서비스에 접근할 수 있다.

다. 일반인을 위한 지역사회 서비스와 시설은 동등하게 장애인에게 제공되고, 그들의 욕구를 수용한다.

5) 김경미, 활동보조서비스의 제도화 방안: 미국의 활동보조서비스와 한국에서의 제

활동지원서비스의 기본원칙은 1989년 유럽의회가 개최한 제1회 유럽 자립생활 컨퍼런스에서 처음 결의되었다. 인권 및 시민권에 기초하여 사용자에게 다양한 선택권을 제공하고 가정·직장·학교·여가 및 정치활동 등의 삶의 전 영역에서 장애인의 참여를 촉진할 수 있도록 하루 24시간 주 7일까지 이용할 수 있는 신체수발·의사소통·가사·이동 및 기타 활동 원조 서비스가 제공될 필요가 있다고 보았다. 이러한 기본원칙은 대체로 장애인의 욕구에 부합하는 개별맞춤형 서비스가 장애의 유형이나 정도에 관계없이, 또한 시간의 제약 없이 제공될 수 있어야 하고, 그러한 서비스 이용의 주도권을 장애인이 가져야 한다는 데 초점이 있는 것으로 보인다.

특히 서비스 이용의 주도권과 관련하여 보면, 과거 장애인에 대한 지원은 가족이나 봉사자의 사적 지원이나 정부가 직접 관리하는 공적 지원을 중심으로 이루어졌다. 사적 지원에 대해서는, 가족에게 지나친 부담을 지우고 장애인에게 죄책감을 부여할 수 있으며, 시혜적·자선적 속성으로 장애인을 대상화시킬 가능성이 높다는 문제 제기가 계속되었다. 정부 주도의 공적 지원에 대해서는, 장애인을 수동적 수혜자이자 환자의 역할에 머무르게 하고 장애인의 자기관리를 허용하지 않는다는 비판이 있었다.⁶⁾ 위와 같은 문제점을 극복하기 위하여, 정부나 지방자치단체 등이 재원을 지원하되 장애인이 활동보조인을 직접 고용하게 함으로써 장애인이 최대한의 관리권을 획득할 수 있도록 하는 방향으로 이후 제도들이 마련되었다.

도화 모색, 사회복지정책 29권, 2007, 195-196쪽 참조

6) 윤두선, 전개논문, 15-16쪽 참조.

다. 활동보조서비스의 시작

(1) 활동보조서비스 지원사업

국내에서 장애인의 일상생활과 사회활동을 돕는 활동보조서비스가 등장한 것은 2001년 정립회관에서 사회복지공동모금회의 지원으로 설립한 ‘정립동료상담학교’가 자체 예산으로 활동보조서비스를 바우처(boucher) 형태로 제공하고부터이다. 2002년 서울 시에서 자립생활센터 5개소에 4,500만 원을 지원하면서 공적 지원이 시작되었고, 2003년 사회복지공동모금회에서 전국 자립생활센터 7개소에 활동보조서비스를 지원하기 시작하였다. 2005년부터 2007년 초까지 보건복지부는 전국 10개의 자립생활센터에 1억 5천만 원을 지원하였으며, 그 중 일정액을 활동보조사업비로 사용하도록 권고하였다.⁷⁾

(2) 장애인복지법 개정

위와 같은 시범사업의 실시와 장애인들의 강력한 요구에 영향을 받아 정부는 2007. 4. 11. 법률 제8367호로 장애인복지법을 개정하면서 활동보조서비스 제도를 도입하였다. 종래 장애인 정책이 장애인을 대상화하는 방향으로 전개되어 온 점, 과거의 사회적 맥락에 기초한 장애인복지법이 장애인의 유형과 정도에 따른 복지의 제공이나 자립생활 지원에 미흡한 실정인 점을 인정하고, 장애인자립생활 지원시책을 강화한 것이다.⁸⁾

위 장애인복지법은 제53조 내지 55조에서, 국가와 지방자치단체가 장애 정도가 심하여 자립하기가 매우 곤란한 장애인(중증장

7) 김경미, 전계논문, 196쪽 참조.

8) 장애인복지법 전부개정법률안(대안), 의안번호 176180, 2007. 3., 의안원문 중 대안의 제안이유 참조

애인)의 자립생활 실현을 위하여 중증장애인 자립생활지원센터를 통해 필요한 각종지원서비스를 제공하도록 하면서, 특히 중증장애인이 일상생활 또는 사회생활을 원활히 할 수 있도록 활동보조서비스를 지원할 수 있도록 규정하였다. 위 장애인복지법 시행령 제35조는, 활동보조서비스를 지원받을 수 있는 자의 선정기준을 매년 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 하였는데, 2008년 제정·시행된 장애인 활동보조서비스 대상자 선정기준(보건복지가족부고시 제2008-173호)은, 장애유형이나 소득수준과 관계없이 만 6세 이상 만 65세 미만인 등록 1급 장애인으로서 인정조사표에 의하여 일정 점수(220점) 이상인 자 중 선정하도록 규정하였다.

장애인활동법 제정 이후 활동보조서비스 수급자 선정기준에 관한 위임 규정은 삭제되었으나, 활동지원급여 지원 등 자립생활 지원에 관한 규정은 여전히 남아있다.

(3) 노인장기요양보험법 제정 및 부대결의

우리 사회의 급격한 고령화 속에 노인의 간병·장기요양 문제를 사회적 연대의 원리에 따라 정부와 사회가 공동으로 해결하기 위해 2007. 4. 27. 법률 제8403호로 노인장기요양보험제도 도입을 주요 내용으로 하는 노인장기요양보험법이 제정되었다.

입법 과정에서 비노인성 질병을 가진 중증장애인을 수급자에 포함시키지 않는 것에 대한 문제 제기가 이루어졌으나, 장기요양보험의 경우 사회보험의 성격이 있는데 장애인의 요양비용을 보험가입자의 보험료로 부담하게 할 것인지에 관하여 국민적 합의가 존재하지 않는다거나,⁹⁾ 요구되는 서비스의 성격과 관련하여 노인의 경우 일상생활 보조 위주의 서비스가 요구되는 것에 비하

9) 제265회 국회 보건복지위원회회의록 제2호, 42-52쪽 참조

여 장애인은 자립지원에 중점을 둔 서비스가 요구된다는 등의 이유로 비노인성 질병을 가진 65세 미만의 중증장애인은 장기요양보험급여대상에서 제외하였다(65세 미만으로서 치매·뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 사람은 포함함).

다만 추후 제도개선을 위해 국회 보건복지위원회는 7개의 부대결의를 하였는데, 특히 중증장애인에게 장기요양보험급여에 상응하는 복지서비스를 제공할 필요성을 인정하여 정부로 하여금 2009년 7월부터 1년간 장애인을 대상으로 시범사업을 실시하도록 하고, 장기요양급여가 개시된 날부터 2년 이내(2010. 6. 30.)까지 장기요양인정의 신청자격에 장애인을 포함할 것인지 여부를 담은 장애인 복지대책을 국회에 보고하도록 하였다.¹⁰⁾

이에 보건복지부는 2009. 7.부터 2010. 1.까지 전국 6개 시군구(지역별·권역별 안배) 539명을 대상으로 (1차) 시범사업을 실시하였는데, 이 가운데 5개 지역에서는 활동보조서비스 확대안을, 1개 지역에서는 노인장기요양보험제도에 장애인을 포함시키는 방안을 실시하였다. 그 결과 장애인과 노인의 욕구의 차이, 장애인 지원에 보험방식보다 조세 방식이 더 적합하다는 판단, 참여인원 중 다수가 활동보조서비스 선호한 점 등을 고려하여 활동보조서비스 확대안이 바람직하다는 평가를 내렸다.¹¹⁾ 나아가 65세가 되어 활동보조사업에서 노인장기요양보험제도로 전환될 때 서비스 연계 공백이 없도록 하되, 같은 재원을 효율적으로 분

10) 노인장기요양보험법안(대안), 의안번호 176322, 의안원문 1-13쪽 참조

11) 보건복지부, 2010. 7. 15.자 보도참고자료(장애인활동보조서비스 확대 방안 유력); 보건복지부 한국보건사회연구원, 장애인 장기요양보장제도 시범사업 실시 및 평가 연구, 2010. 7., 21-33, 98-99쪽 참조. 조세방식은 스웨덴, 캐나다, 영국, 호주, 일본 등이 채택하고 있으며, 국가 책임 하에 장애인의 권리성을 담보할 수 있으며, 제도 확대가 용이하고, 보험료 부과·징수의 행정력이 불필요하며, 체납자 급여제외 문제가 발생하지 않아 보편적 적용이 가능하다. 다만 국가재정에 부담이 되므로 현실적인 재원 확보에 어려움이 있을 수 있다.(위 정책보고서 457-458쪽 참조)

배하기 위해 65세 미만 장애인에게 보다 많은 혜택이 주어지도록 연령 제한을 엄격히 하고, 중장기적으로 64세 이전에 장애를 입어 장애인이 된 경우 65세 이후 어떤 제도를 통해 보호할 것인지에 대한 추가 검토가 필요하다고 보면서 65세 이후 장애인으로 등록한 경우와의 형평성 문제 역시 검토가 필요하다고 보았다.¹²⁾

라. 장애인활동법의 제정과 활동지원급여 수급

(1) 장애인복지법 개정을 통해 활동보조서비스 사업이 시작되었으나, 신청자격, 선정기준, 대상자선정절차, 서비스 내용 등 중요 사항이 지침으로 운영되는 문제점이 지적되었다. 이에 장애인의 자립생활 지원 및 그 가족의 부담 경감을 통해 장애인과 그 가족의 삶의 질을 향상시키기 위한 활동보조서비스 제공의 법적 근거 마련이 요청되었다. 또한 앞서 살핀 시범사업의 결과, 장애인장기요양 제도는 장애인활동보조사업을 바탕으로 방문간호, 방문목욕 등 노인요양에 준하는 서비스를 추가하는 쪽으로 마련한 것이 바람직하다고 정책방향이 결정되면서,¹³⁾ 2011. 1. 4. 법률 제10426호로 장애인활동법이 제정되었다.

(2) 장애인활동법상 활동지원급여를 신청하기 위해서는 다음과 같은 요건을 모두 갖추어야 한다(제5조, 시행령 제4조). 첫째, ‘혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 장애인’(구법에 따르면 ‘중증장애인으로 대통령령으로 정하는 장애 정도 이상인 사람’을 말하고, 이하 같다)이어야 하고, 둘째, 만 6세 이상으로서 노인장기요양보험법 제2조 제1호에 따른 ‘노인 등’에 해당하지 않아야 한다. 다만 장애인활동법에 따른 수급자였다가 65세 이후에 노인

12) 보건복지부 한국보건사회연구원, 위의 정책보고서, 450-451쪽 참조.

13) 국회 보건복지위원회 전문위원 김대현, 장애인 활동지원법안(박은수 의원 대표발의)·장애인활동 지원에 관한 법률안(정부) 검토보고, 2010. 12., 13-19쪽 참조

장기요양보험법에 따른 장기요양급여를 받지 못하게 된 사람으로서 보건복지부장관이 정하는 기준에 해당하는 사람은 ‘노인 등’에 해당하더라도 신청자격을 갖는다. 셋째, 활동지원급여와 비슷한 다른 급여 등을 받고 있거나 국민기초생활보장법에 따른 보장시설에 입소한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에 해당하지 않아야 한다.

(3) 활동지원급여에는 활동지원인력인 활동지원사가 수급자의 가정을 방문하여 신체활동, 가사활동 및 이동 보조 등을 지원하는 ‘활동보조’, 활동지원인력이 목욕설비를 갖춘 장비를 이용하여 수급자의 가정 등을 방문하여 목욕을 제공하는 ‘방문목욕’, 활동지원인력인 간호사 등이 의사, 한의사 또는 치과의사의 지시서에 따라 수급자의 가정 등을 방문하여 간호, 진료의 보조, 요양에 관한 상담 또는 구강 위생 등을 제공하는 ‘방문간호’, 야간보호 등 그 밖의 활동지원급여가 있다(제16조 제1항).

마. 장애인활동지원서비스 현황

(1) 장애인활동지원제도의 예산(지자체 예산을 제외한 보건복지부 예산)은 2007년 296억 원에서 2017년 6,061억 원으로 크게 증가하였으며, 이용자 및 월평균 급여량, 월평균 지원시간 모두 크게 증가하였다.¹⁴⁾ 한편 장애등급제의 개편으로 활동지원급여 신청자격이 확대됨에 따라(2019. 7. 1.시행) 2018년 예산[6,907억 원(활동지원급여 예산 6,744억 원)]에 비하여 2019년 예산[1조 35억 원(활동지원급여예산 9,267억 원)]은 큰 폭으로 증가하였다.¹⁵⁾

14) 조운화 외 4인, 2018 장애통계연보, 한국장애인개발원, 197쪽 참조. 한국장애인개발원은 장애인복지법 제29조의2에 의하여 설립되어 있으며, 장애인 관련 조사·연구 및 정책개발, 복지진흥 등을 위한 사업을 수행한다. 위 통계연보는 전년도까지의 통계를 내용으로 하여 연말에 발간되고 있다.

이 사건 변론과정에서 제출된 이해관계인 보건복지부측 참고인의 의견서에 따르면 장애인장애인활동 지원제도의 이용자는 2012년 3.8만 명 수준이던 것이 2015년 6만 명, 2019년 4월 기준 8만 명 수준으로 증가하였다.

2017년 장애인활동지원 수급자를 장애유형별로 분류하면, 지적장애인이 38.1%로 가장 많았고, 뒤를 이어 지체장애 15.2%, 뇌병변장애 14.7%, 자폐성 장애 14%, 시각장애 12.7%, 정신장애 및 신장장애 각 1.9%, 청각장애 0.5%, 언어장애 및 호흡기 장애 각 0.3%, 뇌전증 0.2%, 심장장애 0.1% 순이었다.¹⁶⁾ 연령별로는 10-19세가 25%, 20-29세가 20.5%, 50-59세가 15.1%, 40-49세 11.8%, 30-39세 10.7%, 60-64세 6.8%, 6-9세 6.1%, 65세 이상 3.9%였다.¹⁷⁾

(2) 장애인활동지원 급여비용 등에 관한 고시(보건복지부고시)에 따른 2020. 7. 기준 월한도액은, 장애인복지법 제32조의4 및 장애인 서비스 지원 종합조사의 내용 및 점수 산정 방법에 관한 고시(보건복지부 고시 제2020-237호)에 따른 서비스 지원 종합조사 결과 산출된 종합점수를 기준으로 1구간(종합점수 465점 이상) 6,480,000원에서부터 15구간(종합점수 42점 이상 75점 미만) 810,000원, 특례 635,000원으로 정해져 있다. 서비스 지원 종합조사는 일상생활, 수단적 일상생활, 인지행동특성 등 기능제한 영역, 직장이나 학교생활 등 사회활동 영역, 가구나 주거 특성 등 가구환경 영역에 대한 조사를 포괄한다.

15) 보건복지부, 2019년도 보건복지부 소관 예산 및 기금운용계획 개요, 10쪽 참조.

16) 위 통계연보, 198-199쪽 참조.

17) 위 통계연보, 200쪽 참조.

4. 장애인활동법상 활동지원급여와 노인장기요양보험법상 장기요양급여의 관계

가. 장기요양급여의 내용

65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등 일정한 노인성 질병¹⁸⁾을 가진 사람(노인 등)으로서, 장기요양보험가입자(국민건강보험 가입자와 동일) 또는 그 피부양자 및 의료급여수급권자인 사람의 신청이 있는 경우(노인장기요양보험법 제2조 제1호, 제12조)나 6개월 이상 동안 혼자서 일상생활을 수행하기 어렵다고 인정되는 경우에 장기요양등급에 따라 신체활동·가사활동의 지원 또는 간병 등의 서비스나 이에 갈음하여 현금을 제공하는데 이를 장기요양급여라 한다(노인장기요양보험법 제2조 제2호, 제15조 제2항). 구체적으로 장기요양급여에는 방문요양, 방문목욕, 방문간호, 주·야간보호, 단기보호 등의 ‘재가급여’, 장기요양기관에 입소한 수급자에게 제공하는 ‘시설급여’, 가족요양비·특례요양비·요양병원간병비와 같은 ‘특별현금급여’가 있다(노인장기요양보험법 제23조 제1항).

2020. 7. 기준으로 재가급여 월한도액은 1등급 1,498,300 원에서부터 5등급 1,007,200 원, 인지지원등급 566,600 원으로 정해져 있다(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제13조). 시설급여액의 경우 장기요양 등급 및 시설의 종류에 따라 1일당 70,990 원(1등급, 노인요양시설)에서 53,230

18) 알츠하이머병에서의 치매, 혈관성 치매, 달리 분류된 기타 질환에서의 치매, 상세 불명의 치매, 알츠하이머병, 지주막하 출혈, 뇌내출혈, 기타 비외상성 두개내출혈, 뇌경색증, 출혈 또는 경색증으로 명시되지 않은 뇌졸중, 뇌경색증을 유발하지 않은 뇌전동맥의 폐쇄 및 협착, 뇌경색증을 유발하지 않은 대뇌동맥의 폐쇄 및 협착, 기타 뇌혈관질환, 달리 분류된 질환에서의 뇌혈관장애, 뇌혈관질환의 후유증, 파킨슨병, 이차성 파킨슨증, 달리 분류된 질환에서의 파킨슨증, 기저핵의 기타 퇴행성 질환, 중풍후유증, 진전(震顫)(노인장기요양보험법 시행령 제2조, 별표1 참조).

원(3-5등급, 노인요양공동생활가정)까지로 정해져 있다(위 고시 제44조). 다만 3-5등급에 해당하는 사람은 동일 세대 가족 구성원의 수발이 곤란한 경우, 주거환경이 열악하여 시설입소가 불가피한 경우, 심신상태 수준이 재가급여를 이용할 수 없는 경우에 시설급여를 이용할 수 있다(위 고시 제2조 제2항). 국민건강보험공단은 일정한 수급자가 가족 등으로부터 방문요양에 상당한 장기요양급여를 받은 때에는 장기요양등급에 관계없이 월 15만 원의 가족요양비를 지급할 수 있고(노인장기요양보험법 제24조, 위 고시 제79조), 수급자가 장기요양기관이 아닌 시설 등에서 장기요양급여를 받은 경우에는 특례요양비를(노인장기요양보험법 제25조), 수급자가 요양병원에 입원한 때에는 요양병원간병비를 지급할 수 있다(노인장기요양보험법 제26조).

나. 장애인 활동지원급여와 장기요양급여의 관계

(1) 신청자격

심판대상조항은 노인장기요양보험법상의 ‘노인 등’에 해당하는 사람에게는 활동지원급여 신청자격을 인정하지 않고, 여기에 어떤 예외를 두고 있지 않으며, 노인장기요양보험법 상의 ‘노인 등’에 해당할 것은 장기요양인정신청을 위한 하나의 요건일 뿐 장기요양급여의 수급과 동일한 의미가 아니다. 즉 ‘노인 등’에 해당하면, 장기요양급여의 수령 여부와 무관하게 장애인 활동지원급여 신청이 제한된다. 제청법원 역시 법문언을 기준으로 위와 같이 심판대상조항을 해석하여, 장기요양급여의 수령 여부와 무관하게 활동지원급여를 신청할 수 없는 것으로 보았다.

다만 이 사건 변론과정에서 이해관계인 보건복지부는, 실무적으로 ‘노인장기요양보험법상 수급자격을 얻었으나 이를 포기한

사람’, ‘노인장기요양보험급여 신청을 하였으나 받지 못하게 된 사람(등급외)’에 해당하면 활동지원급여를 신청할 수 있다고 보고, 다만 최초의 활동지원급여 수급 전에 노인장기요양보험법상 장기요양급여를 신청하여 수급자가 되면 수급권을 포기하더라도 장애인활동법상 활동지원급여를 신청할 수 없다고 보고 있다고 주장하였다.

헌법재판소는 심판대상조항의 문언을 토대로 제청법원과 같이 법률 해석을 하여 평등원칙 위배 여부 심사를 위한 비교집단을 특정하면서도, 판단 중 이해관계인이 주장하는 실무 현황을 고려하였다.

(2) 급여 비교

(가) 급여내용

장기요양급여에는 장기요양요원이 수급자의 가정 등을 방문하여 제공하는 ‘재가급여’외에 장기요양기관 입소자에게 제공하는 시설 급여와 가족요양비 등 특별현금급여가 포함되어 있으나, 활동지원 급여에는 활동지원사가 수급자의 가정 등을 방문하여 제공하는 서비스 외에 그 밖의 활동지원급여로 야간보호만이 규정되어 있다. 방문목욕과 방문간호, 야간보호는 공통적으로 포함되어 있다. 장기요양급여 가운데 방문요양급여는 원칙적으로 수급자의 가정에서 제공되나, 수급자의 신체활동, 가사활동, 또는 일상생활 지원과 직접적인 관련이 있는 병원동행, 장보기, 관공서 방문 등의 경우에는 가정이 아닌 곳에서도 급여가 제공될 수 있다(장기요양급여 제공 기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제15조 1항). 이는 활동지원급여 가운데 ‘활동보조’ 서비스보다는 그 범위가 좁다.

(나) 급여액

장애인활동법상 활동지원등급, 활동지원급여 구간과 노인장기요양보험법 상의 인정등급은 그 심사·판정의 기준이 상이하어 직접적 비교대상이 된다고 보기 어렵다.¹⁹⁾ 다만 각 급여의 월 한도액은 앞서 살핀 것과 같이 큰 편차를 보이고 있다.

5. 장애인활동지원제도 개선 논의

가. 장애인활동지원제도는 장애인의 삶의 질과 건강한 삶에 가장 큰 영향을 미치는 장애인 관련 국가사업으로 평가된다. 이 제도는 장애인이 우리 사회에서 가장 갈망했던 자립생활을 이념적 바탕에 두고 있기 때문이다. 즉, 자신의 삶의 주인이자 주체가 부모를 비롯한 타인이 아니라 자신 자신이 될 수 있도록, 또 비장애인은 당연하게 누리지만 장애인에게 있어서는 불가능했던 많은 일을 할 수 있도록 지원해 준 제도가 활동지원제도이기 때문이다.²⁰⁾

다만 제도 시행 과정에서 신청자격 확대, 급여 내용의 확대(다양화), 급여량 확대, 인정조사표 개선, 활동보조서비스 단가 현실화 등 논의가 계속되었다.

나. 국가인권위원회는 2016. 10. 6. ① 급여량 확대 및 지자체별 편차 축소, ② 만 65세 이상 장애인이 노인장기요양급여와 장애인활동지원급여 중 필요한 것을 선택할 수 있도록 할 것, ③ 활동보조인(현 활동지원사)의 처우를 개선할 것을 내용으로 하는 권고 결정을 하였다. 그러나 보건복지부는 위 ②에 대해, 각 제

19) 2015년 기준 장애인활동법상 1등급 수급자 217명 중 54명만이 노인장기요양등급 1등급을 받았고, 101명은 등급외 판정을 받았다.(2016. 9. 26. 더불어민주당 권미혁 의원 보도자료 참조)

20) 김동기, 장애인활동지원제도 5년의 평가와 향후 과제, 공공정책연구 제32집 2호(2016), 41-42쪽 참조.

도에 따른 급여시간에 차이가 있다는 점은 인식하고 있으나, 양 제도의 서비스 대상, 목적 등이 다르며, 양 제도의 관계와 운영 방안에 대한 종합적 검토가 필요하고, 선택권 부여시 활동지원급여로 수급자가 편중되어 추가 재정확보의 문제가 발생할 수 있으며, 유사 건강상태를 가지고 있는 65세 이상 장애 노인과 장기요양서비스를 받는 노인 간 형평성의 문제를 고려하여야 한다는 이유로 불수용 입장을 표명하였고, 국가인권위원회는 이 내용을 공표하였다.²¹⁾

다. 국회에서는 신청자격 확대와 관련하여, ① 장기요양급여 수급자였던 65세 이상 장애인에 대한 활동지원급여 선택권을 부여하는 법률안(김명연 의원 대표발의안, 윤소하 의원 대표발의안, 정춘숙 의원 대표발의안)과 ② 65세 미만 장기요양급여 수급 장애인에게 활동지원급여 선택권을 부여하는 법률안(김명연 의원 대표발의안), ③ 65세 이상 일정한 수급자에게 선택권을 부여하는 법률안(장제원 의원 대표 발의안), ④ 노인장기요양보험법상 노인 등에게 선택권을 부여하는 법률안(최혜영 의원 대표발의안, 이종성 의원 대표 발의안) 등이 제출되었다.

라. 이 사건 헌법재판소 결정 직후 2020. 12. 29. 법률 제17793호로 장애인활동법 제5조 제2호 단서가 개정되었다. ‘장애인활동법에 따른 수급자였다가 65세 이후에 「노인장기요양보험법」에 따른 장기요양급여를 받지 못하게 된 사람으로서 보건복지부장관이 정하는 기준에 해당하는 사람은 신청자격을 갖는다.’는 중전 규정이 ‘장애인활동법에 따른 수급자였다가 65세 이후에 혼자서 사회생활을 하기 어려운 사람으로서 보건복지부장관이 정하는 기준에 해

21) 국가인권위원회 2017. 11. 24.자 보도자료, ‘만 65세 이상 장애인 활동지원과 노인장기요양 선택권 보장 인권위 권고...보건복지부 불수용’ 참조

당하는 사람은 신청자격을 갖는다.’는 내용으로 바뀌었다. 이는 기존에 장애인 활동지원급여 수급자가 노인장기요양급여 수급자로 전환됨에 따라 급여량이 감소하는 사례가 일부 발생하고 있어 고령 장애인의 자립생활에 어려움이 있다는 점을 감안한 것이다.²²⁾

6. 외국의 장기요양 내지 활동지원 제도

이 사건 변론과정에서 제출된 이해관계인측 참고인의 의견서에 따르면 외국의 장기요양 내지 활동지원 제도의 현황은 다음 표와 같다.

국가	구분	제도명	급여량	제도간 연계
일본	노인장기요양	개호보험	- 최종증장애인의 경우, 249시간	- 서비스 내용이나 기능에서 장애인활동지원제도(장애인종합지원제도 자립지원급부)에 해당하는 서비스가 노인장기요양(개호보험급부)에 있는 경우에는 기본적으로는 개호보험급부를 우선 적용
	장애인 활동보조	장애인종합지원제도 ²³⁾	- 최종증장애인의 경우, 604시간 - 시정촌에 따라 24시간 지원이 이루어지기도 함	- 그러나 장애인이 기존의 장애인복지서비스를 원할 경우에는 장애인의 심신의 상황이나 서비스 이용을 필요로 하는 이유는 다양하기 때문에 단순히 판단하기 어렵다는 점에서 선-개호보험급부, 후-자립지원급부의 원칙을 갖되, 장애인의 특성과 상황에 따라 계속적으로 자립지원급부 이용이 가능하도록 하고 있음

22) 2020. 12. 29. 법률 제17793호 개정이유, 법제처 국가법령정보센터 참조

23) 장애자종합지원법에서 서비스 이용자격을 종합적으로 총괄하여 판정

국가	구분	제도명	급여량	제도간 연계
프랑스	노인장기요양	Allocation Personnalisée Autonomie (APA) (1997)	<ul style="list-style-type: none"> - (개인자립수당 : APA) 60세 이상 노인에게 지급 - 1등급 최고의존성 등급의 경우 1713 유로 (한화 약218만원) 	<ul style="list-style-type: none"> - APA는 주로 재가돌봄과 관련이 있음. 약 75만명의 수급자가 자택에서 돌봄을 받음. 2040년 수급자는 200만명에 달할 것으로 예측 - APA의 본인부담금 수준은 소득수준에 따라 0%~90%까지 부여
	장애인 활동보조	Prestation de compensation du handicap (PCH)	<ul style="list-style-type: none"> - 현물서비스 - 이론적으로 60세 이하의 장애인은 하루 36시간까지 받을 수 있으나²⁴⁾ 현실적으로는 하루 24시간을 제공받는 장애인의 경우도 그렇게 받지 못함 - 정신장애인은 하루 6시간까지만 받을 수 있음 - 시각, 청각장애인의 서비스 시간은 좀 더 제약이 있음 - 장애아동의 경우에는 수당을 받거나 PCH를 받거나 선택해야 함 	<ul style="list-style-type: none"> - PCH 서비스의 대상은 적어도 장애를 일 년 이상은 가지고 있는 자이며, 연령 조건은 60세 이하 - 2005년 기준 약 165,000명이 PCH 서비스를 받고 있음 - 2008년 법 개정으로 장애아동도 대상이 되었음 - 장애인활동지원수급자가 60세 도래시 노인장기요양으로 전환되는 것이 원칙 - 다음의 예외사항이 있음: 60세 이전에 발생한 장애로 인해 활동보조서비스를 수급한 경우, 60세 이후 본인의 장애상태가 활동보조서비스의 수급 요건을 지속적으로 충족하는 경우 최대 75세까지 활동보조서비스 수급 가능 - 60세 이전에 발생한 장애로 인해 활동보조서비스를 수급한 자가 60세 이후에도 전문적인 활동을 지속하는 경우 별도의 조사 없이 최대 75세까지 활동보조서비스 수급 가능 - 75세 이후에는 무조건 노인장기요양으로 전환

24) 활동지원인이 2명이 요구되는 경우에 한함

국가	구분	제도명	급여량	제도간 연계
호주	노인장기 요양	Home Care Packages Program (HCPP)	-	- 장애인활동보조제도는 2013년에 보험제도의 성격으로 만들어짐. 2016년까지 약 3만 명이 본 제도를 이용할 것으로 예측 - 장애인활동지원서비스 수급자 가 65세 도래시, 활동지원서 비스를 계속 수급할지 또는 노인장기요양서비스로 전환할 지의 여부를 개인이 선택할 수 있음
	장애인 활동보조 (보험의 형태로 운용)	National Disability Insurance Scheme (NDIS)	-	

7. 이 사건의 쟁점

가. 제청신청인과 이해관계인의 주장

제청신청인들은 심판대상조항이 평등권, 인간다운 생활을 할 권리, 자기결정권을 침해하고 국가의 기본권 보호의무에 위반된다고 주장하였다. 반면 이해관계인 보건복지부장관은 사회보장수급권 형성의 문제일 뿐이고, 본질적으로 동일한 비교집단이 존재하지 않아 평등권 침해 여부는 문제되지 않으며, 그 밖의 자유권 등 침해도 문제되지 않는다고 주장하였다.

나. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 심판대상조항에 대해 제청법원과 같은 문언적 해석에 기초하여, 65세 미만의 혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 (중증)장애인 가운데 치매·뇌혈관성질환 등 노인장기요양보험법 시행령에서 규정한 노인성 질병을 가진 사람과 그렇지 않은 사람을 활동지원급여 신청자격에 있어 차별취급한다고 보고, 평등원칙 위반 여부를 판단하였다. 다만 헌법재판소는 심판대상

조항이 평등원칙에 위배하여 헌법에 위반된다고 보았으므로 그 밖의 쟁점의 유무나 판단 내용이 결정서에 표시되지 아니하였다.

사건으로는, 평등원칙 위반 여부 외에 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부는 쟁점이 된다고 보나, 제청법원이 그 밖의 쟁점에 대해 주장하지 아니한 점이나 이미 위헌 결론에 이른 점을 고려하여 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부의 판단에 나아가지 않은 것으로 생각한다. 자기결정권은 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리이고, 이를 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것은 아니므로(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바425, 판례집 24-2상, 490, 500 참조), 심판대상조항의 자기결정권 침해 여부는 문제되지 않는다고 본다. 또한 국가의 기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는 것이므로, 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손이 문제되는 사안이 아닌 이 사건에서는 이에 대해 판단할 필요가 없다고 본다(헌재 2015. 12. 23. 2011헌바139, 판례집 27-2하, 456, 464 참조). 만약 제청신청인들의 주장이 생명·신체의 안전을 포함하는 생존의 조건 보장을 요구하는 것이라면 이는 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부 주장과 동일하므로 별도의 판단을 요하지 않는다.

8. 심판대상조항의 평등원칙 위반 여부

가. 심사기준

헌법재판소는 이 사건에서, ‘활동지원급여 지급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 사회보장수급권의 하나로서,

국가가 재정부담 능력과 전체적인 사회보장 수준 등을 고려하여 그 내용과 범위를 정하는 것이므로 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다. 따라서 평등원칙 위반 여부를 판단함에 있어서 자의금지의 원칙에 따라 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지 여부를 심사의 기준으로 삼는 것이 타당하다.’고 판단하였다.

헌법 제34조 제5항을 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우에 해당한다고 볼 수 있는지 문제될 수 있으나, 헌법재판소의 선례 가운데 이를 인정한 사례를 찾기 어렵고, 헌법재판소는 사회보장수급권 제한과 관련한 차별에 자의금지원칙 위반 여부를 적용하여 온 점을 고려한 것으로 보인다.

이 사건 변론과정에서 제청신청인은 자유권과 불가분의 관계를 맺는 사회적 기본권 침해 여부와 관련되어 있음을 들어 엄격한 심사기준의 적용을 주장하고, 독일의 절차통제 기준도 참고할 수 있음을 주장하였으나, 이를 받아들이지 않은 것으로 보인다. 한편, 독일의 절차통제는 ‘입법자가 목적을 인간존엄에 적합한 방법으로 파악하고 기술하였는지 여부, 입법자가 최소생활 수준의 추정을 위해 유용한 산정방법을 선택했는지 여부, 입법자가 근본적으로 필수적인 사실을 전부 올바르게 조사하였는지 여부, 모든 측정과정에서 선택된 절차와 구조원리 내에서 납득할 수 있는(실패할 수 있는) 수치로 정당화될 수 있는 한계를 준수하였는지 여부’를 검토하는 것이다. 이 사건에서 절차통제기준을 도입하였다고 하더라도, 입법 당시 양제도의 관계에 관한 검토가 비교적 자세히 이루어졌으며, 심판대상조항의 문제점은 제도 발전과정에서 발생한 수급량 격차에 따른 후발적인 것인 점을 고려한다면, 절차통제기준에 반한다고 볼 수 있을지는 의문이 있다.

나. 판단 및 해설

(1) 심판대상조항은 65세 미만의 혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 장애인 가운데 치매·뇌혈관성질환 등 노인장기요양보험법 시행령에서 규정한 노인성 질병을 가진 사람과 그렇지 않은 사람을 활동지원급여 신청자격에 있어 차별취급하고 있다. 이러한 차별취급에 합리적 이유가 있는지 여부에 관한 헌법재판소의 판단 요지는 다음과 같다.

「노인성 질병은 주로 인지기능의 장애나 행동장애, 신체기능의 저하 등을 발생시키고, 이로 인하여 일상생활이나 사회생활에 어려움이 생길 수 있지만, 구체적 증상이나 경과는 질병의 종류와 발병시기, 각 개인의 건강상태 및 치료 상황에 따라 천차만별이다. 따라서 위와 같은 노인성 질병의 발병으로 인하여 곧바로 주관적 자립욕구와 의지를 인정할 수 없다거나, 지원을 통한 객관적 자립생활 가능성이 없다고 단정하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항은 위와 같은 노인성 질병이 있는 장애인의 경우 활동지원급여 신청자격을 제한하고 간병과 요양에 초점을 둔 장기요양급여를 신청할 수밖에 없도록 한다. 이는 활동지원급여 제도의 도입취지에 부합한다고 보기 어렵다. ... 활동지원급여의 경우 월한도액이 최고 6,480,000 원(1구간)에 이르고 15구간으로 세분화되어 있는 반면, 장기요양급여는 월한도액이 최고 1,498,300원(1등급)이고 5등급으로 구분되어 있어 급여량 편차가 매우 크다. ... 장기요양급여는 ... 활동지원급여를 대체하거나 일상에서 자립요구를 충족시키기 어려운 부분이 있다. 이를 종합하면, 심판대상조항이 65세 미만의 장애인 가운데 일정한 노인성 질병이 있다는 이유만으로 활동지원급여를 신청할 수 없도록 하는 것은 자립욕구나 재활가능성을 고려하지 않은 것으로서 합리적 이유가

있다고 보기 어렵다. ... 심판대상조항으로 인하여 발생하는 차별이 잠정적이라거나, 빠른 시일 내에 해소될 것으로 기대하기도 어렵다. 재정소요의 측면에서 보더라도, ... 최근 사회복지예산의 증가 추세나 우리나라의 경제규모에 비추어 과도한 부담이 된다고 보기 어렵다. ... 보건복지부는 실무적으로 ... 심판대상조항에 의하여 활동지원급여 신청자격이 제한되는 65세 미만의 노인성 질병이 있는 장애인의 범위를 축소시키고 있으나, 이와 같은 실무는 명확한 법률상 근거가 있는 것이 아닐 뿐만 아니라, 보건복지부 스스로 심판대상조항의 문제점을 인식하고 있다는 반증에 해당한다. ... 또한 위와 같은 실무에도 불구하고, 최초의 활동지원급여 수급 전에 노인장기요양보험법상 장기요양급여를 신청하여 수급자가 된 사람은 수급권을 포기하더라도 장애인활동법상 활동지원급여를 신청할 수 없는데, 이는 ... 전적으로 당사자에게 책임을 돌리기 어려운 사정에 의하여 활동지원급여 신청자격을 달리 정하게 되는 결과를 초래한다는 점에 더욱 합리성을 인정하기 어렵다. ... 심판대상조항(은) ... 불합리한 차별로서 평등원칙에 위배하여 헌법에 위반된다.」

(2) 재판소는 이 사건 결정에서 차별취급의 합리성을 다양한 각도에서 검토하였다. 우선 노인성 질병의 유무가 차별취급의 합리적 이유가 될 수 있는지 여부를 활동지원급여 제도의 취지를 고려하여 판단하였다. 의학적 측면에서 ‘노인성 질병’이라는 개념은 명확히 규정하기 어렵지만, 이 사건에서 문제되는 것은 노인장기요양보험법에서 정하고 있는 범위의 질병이다(노인장기요양보험법 시행령 [별표2]).²⁵⁾ 이는 결정서에 실시된 것과 같이 크게

25) 구체적 병명은 위 각주 18) 참조.

치매, 뇌졸중질환, 동맥경화성 질환, 파킨슨 관련 질환으로 분류할 수 있는데, 이러한 질병이 있다는 사실이 자립생활의 현저한 어려움과 직결되어, 예외 없이 장애인 자립생활 지원 여부를 달리 하여야 할 이유가 된다고 보기 어렵다고 본 것이다. 나아가, 노인성 질병의 증세는 일종의 장애로도 평가할 수 있는데, 특정 질병으로 인한 경우를 장애의 개념에서 제외하고 달리 취급하여야 할 이유를 찾기 어렵다. 예컨대, 뇌졸중으로 마비나 언어장애 등이 나타난 경우 이는 장애인복지법상 ‘뇌병변장애인’이나 ‘언어장애인’에 해당하는데, 이러한 장애로 일상생활이나 사회생활에 어려움을 겪는 경우를 사고나 노인장기요양보험법 상의 노인성 질병이 아닌 다른 질병으로 인한 증상 때문에 일상생활이나 사회생활에 어려움을 겪는 경우와 구분할 이유가 없다. 한편, 앞서 살핀 장애인활동법 제정 경과에 따르면, 장기요양급여 제도가 먼저 시행됨에 따라 심판대상조항은 실질적으로는 중복급여방지를 목적으로 했던 것으로 보인다. 그러나 중복급여의 방지는 당사자에 대한 선택권 부여나, 장애인활동법 제5조 제3호와 같은 중복급여 방지 조항을 둬으로써 충분히 가능한 것이었음에도 심판대상조항의 의미와 효과에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않았던 것으로 보이고, 중복급여방지를 위하여 노인성 질병 유무를 기준으로 급여를 구분하는 데 합리적 이유가 있다고 보기도 어렵다.

현행법상 위와 같은 질병이 있는 경우 장기요양급여를 신청할 수 있다는 점에서, 장기요양급여가 활동지원급여를 대체할 수 있는 것이라면 일견 납득이 어려운 기준에 의한 차별취급이 있다고 하더라도 실질적 차별 효과가 없다는 점에서 자의적 차별취급이라 보기 어려울 수 있다. 그러나 헌법재판소는 이 사건 결정을 통해 현재의 장기요양급여는 활동지원급여를 대체하지 못한다고

보았다.

그 밖에 현재의 합리적 이유 없는 차별취급이 제도 개선 과정에서 발생하는 잠정적 차별이라거나, 국가의 과도한 재정적 부담에 따른 불가피한 차별이라는 등의 고려할 만한 사정도 없다고 판단하였다.

이 사건 변론과정에서는 국가의 재정 부담의 정도에 관하여 크게 다투어졌는데, 제청신청인들이 장애인활동법 개선을 위해 발의된 법률안의 전문위원 검토보고서나 재정추계서를 기초로 연간 약 900억 원 정도의 예산 소요를 주장한 반면, 이해관계인 보건복지부장관은 연간 약 4,300억에서 6,300억 원의 소요를 주장하였다. 헌법재판소는 양자의 주장을 모두 고려하되, 보건복지부장관의 주장을 기초로 하더라도 제도 전반에 걸친 합리적 개선을 통한 예산 절감의 가능성이 있다는 점을 고려하여 과도한 재정적 부담을 피할 수 있을 것이라고 판단하였다.

9. 심판대상조항의 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부

가. 헌법재판소는 심판대상조항이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부에 대하여 판단하지 않았다.

활동지원급여는 혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 장애인의 자립생활을 지원하고 그 가족의 부담을 줄임으로써 장애인의 삶의 질을 높이기 위한 것으로 수급권자의 생활보호를 위하여 제공하는 조세지원방식에 의한 사회보장적 급여이다. 이러한 급여의 수급권은 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항) 및 이를 보장하기 위한 구체적 제도로서 사회보장과 사회복지에 관한 정책을 마련하고 실시할 국가의 의무(헌법 제34조 제2항)에 근거하여 법률에 의해 구체적으로 형성된 권리이다. 심판대상조

항은 활동지원급여 신청권자에서 일정한 노인성 질병을 가진 사람을 제외하여 수급권자의 범위를 제한하므로, 심판대상조항이 신청권자에서 제외된 사람의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부가 문제될 수 있다고 본다.

나. 가정적으로 심판대상조항이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부를 판단한다면, 우선 심사기준이 문제된다. 종래 헌법재판소의 선례에 따르면, 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 555; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092, 판례집 21-2상, 765, 784). 또한 국가가 행하는 최저생활보장수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적인 내용의 최소한을 보장하고 있는지 여부는 특정한 법률에 의한 생계급여만을 가지고 판단하여서는 안 되고, 다른 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단하여야 한다(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195, 207; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌바47, 판례집 24-1상, 95, 107 참조).

위와 같은 기준에 의하면, ① 장애인과 비장애인을 불문하고 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕기 위하여 제공되는 급여, ② 활동지원급여 이외에 장애인에게 제공되는 급여, ③ 65세 미만의 노인성 질병이 있는 사람에 제공되는 장기요양급여 등을 총괄하여 판단

하여야 한다.

활동지원급여를 받을 수 없다는 것만으로는 장애인의 인간다운 생활을 보장하기 위한 조치를 취함에 있어서 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵다는 결론에 이른다면 합헌론을 취할 수 있을 것이다.

위헌론의 경우 위와 같은 심사기준에 따를 때 구성하기 어려운 측면이 있을 수 있으나, 일상생활의 영위는 생존의 문제와 직결된 것으로 장애인의 사회참여의 필수적 전제가 된다는 점, 활동지원서비스의 경우 장애의 특성과 서비스 지역·시간 등 수요가 가지는 특성으로 인해 자유시장을 통해 수요에 맞는 공급이 이루어지기 힘든 사업으로서 경제력이 있는 장애인이라고 하더라도 쉽게 서비스 제공을 받기 어려운 특성을 가지고 있으며, 현금급여나 직업훈련 기회 제공 등 다른 종류의 서비스 제공으로 대체가 어렵다는 점에 대한 특별한 참작이 필요할 것으로 보인다. 또한 장애인주거시설 등 사회복지시설에 입소하는 경우 일상적 활동에 대한 지원을 받을 수 있으나, 이것이 만약 사실상 불가피한, 강요된 선택이라면, 이는 육체적 생존을 보장하는 물질적 최저생활 유지의 조건을 충족할 수는 있으나, 인간의 존엄에 상응하는 것이라고 보기 어렵다는 탈시설의 관점도 고려할 수 있다.

10. 헌법불합치 결정

헌법재판소는, 심판대상조항을 단순위헌으로 선언하여 즉시 효력을 상실하게 할 경우, 중복급여로 인한 문제가 발생할 가능성이 있고, 자립지원의 필요성과 간병·요양의 필요성을 기준으로 한 장애인활동법과 노인장기요양보험법의 급여의 구분체계에 법적

공백이 초래될 우려가 있다고 보아 헌법불합치 결정을 하면서 심판대상조항을 잠정 적용하도록 하였다.

장애인활동지원 제도가 장애인의 삶의 질과 건강한 삶에 가장 큰 영향을 미치는 장애인 관련 국가사업으로 평가받고 있는 만큼 입법자로서는 장애인의 자립의지와 가능성, 생애주기를 포함한 사회 일반의 생활양태, 국가 재정상황, 전체적인 사회보장의 상태와 균형을 종합적으로 고려하여 합리적인 범위에서 수급자 선정이 이루어지도록 제도와 정책을 형성할 책임이 있으나, 사회보장수급권의 특성상, 어떠한 방식으로 심판대상조항의 위헌성을 제거하고 합헌적으로 조정할 것인지는 원칙적으로 입법자의 입법재량에 속한다고 보았기 때문이다.

11. 이 사건 결정의 의의

장기요양급여 제도와 활동지원급여 제도가 각각 자리를 잡아감에 따라 발생한 수급량 편차 및 양 급여에 대한 선택권 부여를 둘러싸고 종래 여러 문제 제기가 있었다. 헌법재판소는 이 사건 결정을 통해, 장애인활동지원 제도가 장애인의 삶의 질과 건강한 삶에 가장 큰 영향을 미치는 장애인 관련 국가사업이라는 전제에서 입법자가 합리적으로 제도를 형성할 책임이 있다는 점을 인정하였다.

이에 관하여, 장애인의 욕구나 상황을 고려하지 않고 경직된 제도를 운용한 문제점을 지적하여 기본권의 상호의존성을 고려한 국가적 차원의 합리적 제도 개선의 필요성을 부여하였고, 개인의 선택권을 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 실질적 권리로 확인했다는 점에서 의미가 있다는 견해가 제시된 바 있다.²⁶⁾

26) 전병주, 장기요양급여대상자의 장애인 활동지원급여 신청 제한에 관한 소고: 헌재 2017헌가22, 2019헌가8(병합) 결정 중심으로, 인문사회21 12권 1호, 2021, 사단법인 아시아문화학술원, 34쪽 참조.

2021. 4. 22. 최종윤 의원이 대표발의한 장애인활동법 일부개정법률안에서는 노인장기요양보험법상 노인 등에 해당하더라도 활동지원급여를 신청할 수 있도록 심판대상조항을 개정하고, 활동지원급여의 기본원칙으로, 활동지원급여는 장애인의 심신상태, 생활환경 및 욕구 등을 종합적으로 고려하여 필요한 범위에서 적정하게 제공하여야 한다는 점, 활동지원급여는 장애인이 가족과 함께 지역 사회 안에서 사회구성원으로 살아갈 수 있도록 제공하여야 한다는 점을 명시하도록 하고 있다. 헌법재판소는 2022. 12. 31.까지 개선입법을 하도록 명하였으므로, 추후 더욱 활발한 논의가 있을 것으로 보인다.

결정색인(2020년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

현재 2020. 2. 27. 2015헌가4, 판례집 32-1상, 1	1
현재 2020. 2. 27. 2018헌가11, 판례집 32-1상, 23	9
현재 2020. 2. 27. 2017헌마1339, 판례집 32-1상, 85	5
현재 2020. 3. 26. 2018헌마77등, 판례집 32-1상, 268	17
현재 2020. 4. 23. 2015헌마1149, 판례집 32-1상, 376	9
현재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489	15
현재 2020. 5. 27. 2019헌라1, 판례집 32-1하, 1	17
현재 2020. 5. 27. 2019헌라6등, 판례집 32-1하, 214	20
현재 2020. 5. 27. 2017헌마867, 판례집 32-1하, 364	25
현재 2020. 6. 25. 2019헌가9등, 판례집 32-1하, 406	28
현재 2020. 6. 25. 2018헌바278, 판례집 32-1하, 427	31
현재 2020. 7. 16. 2015헌라3, 판례집 32-2, 1	37
현재 2020. 8. 28. 2017헌마813, 판례집 32-2, 151	37
현재 2020. 8. 28. 2018헌마927, 판례집 32-2, 196	41
현재 2020. 9. 24. 2017헌바157, 2018헌가10(병합), 판례집 32-2, 213	455
현재 2020. 9. 24. 2016헌마889, 판례집 32-2, 280	55
현재 2020. 9. 24. 2017헌마643, 판례집 32-2, 320	51
현재 2020. 10. 29. 2017헌바208, 판례집 32-2, 374	55
현재 2020. 11. 26. 2019헌바131, 판례집 32-2, 469	55

현재 2020. 11. 26. 2018헌마733·742, 2019헌마378·664· 682·744·806, 2020헌마30·517·870·992·1010(병합), 판례집 32-2, 547	625
현재 2020. 12. 23. 2017헌마416, 판례집 32-2, 684	69
현재 2020. 12. 23. 2017헌가22, 2019헌가8(병합), 판례집 32-2, 574	683

헌법재판소결정해설집 (2020년)

2021年 9月 印刷

2021年 9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)

