

목 차

이 곳에 게재된 판시사항, 결정요지, 심판대상조문, 참조조문 및 참조판례 등은 독자의 편의를 위하여 작성한 것으로서 헌법재판소 결정 원문의 일부가 아님을 밝힙니다. 【자료편찬과】

(판례집 9-1, 611 헌법재판소판례집 제9권1집 611쪽)
 (판례집 9-1, 90, 96~98 헌법재판소판례집 제9권1집 90쪽
 부터 시작되는 판례의 96~98쪽)
 (공보 23, 602 헌법재판소공보 제23호 602쪽)

◆ 소리로 읽는 판례집 : 시각장애인 등을 위한 음성변환 바코드가 실려 있습니다(우측 상단)

제25권2집(상)

판례목록

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 7. 25. 2011헌가26, 2013헌가14(병합) 수질 및 수생태 계 보전에 관한 법률 제 78조 제4호 등 위헌 제청	1. 공공수역에 다량의 토사를 유출하거나 버려 상수원 또는 하천·호소를 현저 히 오염되게 한 자 를 처벌하는 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7459호로 개정된 것) 제78조 제4호(이하 ‘이 사건 벌칙규정’이라 한다)가	헌법 제10조, 제13조 제1항 수질 및 수생태 계 보전에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제7459호로 개정된 것) 제15 조 제1항 제4호	위헌	1

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>명확성원칙에 위배되는지 여부(적극)</p> <p>2. 법인이 고용한 종업원 등의 일정한 범 죄행위에 대하여 법인을 종업원 등과 같이 처벌하도록 하고 있는 수질 및 수 생태계 보전에 관한 법률(2005. 3. 31. 법률 제 7459호로 개정된 것) 제81조 중 ‘법인의 대리인, 사용인 그 밖에 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제78조 제4호의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다.’는 부분(이하 ‘이 사건 양벌규정’이라 한다)이 책임주의 원칙에 위배되는지 여부(적극)</p>			
<p>2013. 7. 25. 2011헌가32 학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제</p>	<p>1. 학교용지 확보 등에 관한 특례법(2007. 12. 14. 법률 제8679호로 개정된 것) 제5조 제1항 단서 제5호 중 ‘도시 및 주거환경정</p>	<p>헌법 제 11 조 제1항 도시 및 주거환경정비법(2012. 2. 1. 법률 제11293호로 개정된 것)제2조 제2호</p>	<p>헌법 불합치</p>	<p>9</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
1항 제5호 위헌 제청	비법' 제2조 제2호 “다목”의 규정에 따 른 “주택재건축사업” 에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이 라 한다)이 매도나 현금청산의 대상이 되어 제3자에게 분 양됨으로써 기존에 비하여 가구 수가 증 가하지 아니하는 개 발사업분을 학교용 지부담금 부과 대상 에서 제외하는 규정 을 두지 아니한 것 이 평등원칙에 위배 되는지 여부(적극) 2. 헌법불합치결정을 하고, 잠정적용을 명한 사례	학교용지 확보 등에 관한 특별법 (2009. 5. 28. 법률 제9743호로 개정된 것) 제2조, 제5조 제1항, 제5조의2 제1항, 제2항, 제 6조 제1항, 제2항		
2013. 7. 25. 2012헌가1 친일반민족행위 자 재산의 국가 귀속에 관한 특 별법 제2조 제1 호 나목 등 위 헌제청	1. 종전의 친일반민족 행위자 재산의 국가 귀속에 관한 특별법 (이하 '친일재산귀속 법'이라 한다)에 따라 이루어진 친일반민 족행위자재산조사위 원회(이하 '재산조사위 원회'라 한다)의 친일	헌법 제13조 제2항, 제23조 제 1항 친일반민족행 위자 재산의 국 가귀속에 관한 특별법(2011. 5. 19. 법률 제10646 호로 개정된 것)	각하, 합헌 (반대 의견 있음)	21

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>반민족행위자 결정을 개정된 친일재산귀속법에 의하여 이루어진 것으로 보도된 친일재산귀속법(2011. 5. 19. 법률 제10646호) 부칙 제2항(이하 '이 사건 부칙조항'이라 한다)의 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)</p> <p>2. 재산이 국가에 귀속되는 대상이 되는 친일반민족행위자 가운데 '한일합병의 공으로 작위를 받거나 계승한 자'를 '일제로부터 작위를 받거나 계승한 자'로 개정된 친일재산귀속법(2011. 5. 19. 법률 제10646호로 개정된 것) 제2조 제1호 나목(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항이 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부(소극)</p>	<p>제2조 제1호 가목, 다목, 제2호 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2011. 5. 19. 법률 제10646호) 부칙 제1항 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법(2012. 10. 22. 법률 제11494호로 개정된 것) 제2조 제7호</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	4. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 재산권을 침해하는지 여부(소극)			
2013. 7. 25. 2010헌바51 국민건강보험법 제5조 제1항 등 위헌소원	1. 건강보험 강제가입에 관하여 규정한 구 국민건강보험법(2006. 10. 4. 법률 제 8034호로 개정되고, 2011. 12. 31. 법률 제 11141호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 및 구 국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제 5854호로 제정되고, 2011. 12. 31. 법률 제 11141호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항(이하 '이 사건 강제가입조항'이라 한다)이 청구인의 행복추구권, 재산권을 침해하는지 여부(소극) 2. 지역가입자에 대하여 직장가입자와 다른 방식으로 보험료를 산정하도록 정한 구 국민건강보험법(2006. 12. 30. 법률 제8153호로 개정되고, 2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정	헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제75조 구 국민건강보험법(2006. 12. 30. 법률 제8153호로 개정되고, 2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제62조 제4항, 제63조 제1항	합헌	40

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>되기 전의 것) 제62조 제5항, 제64조 제1항 및 구 노인장기요양보험법(2007. 4. 27. 법률 제8403호로 제정되고, 2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항(이하 ‘이 사건 보험료산정조항’이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 보험료부과점수와 보험료부과점수당 금액, 장기요양보험료를 대통령령에 위임한 구 국민건강보험법(2006. 12. 30. 법률 제8153호로 개정되고, 2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제64조 제3항, 제65조 제3항 및 노인장기요양보험법(2007. 4. 27. 법률 제8403호로 제정된 것) 제9조 제2항(이하 ‘이 사건 위임조항’이라 한다)이 포괄위임법 금지원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 7. 25. 2011헌바39 산업기술의 유출 방지 및 보호에 관한 법률 제2조 등 위헌소원	1. 다른 법령에 근거한 ‘지정 또는 고시·공 고’를 범죄구성요건 의 일부로 차용하고 있는 법률조항이 위 임입법에 해당하는지 여부(소극) 2. ‘관계 중앙행정기관 의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고를 위하여 법령에 따라 지정 또는 고시·공 고한 기술’을 범죄구 성요건인 ‘산업기술’ 의 요건으로 하고 있 는 구 산업기술의 유 출방지 및 보호에 관 한 법률(2006. 10. 27. 법률 제8062호로 제정 되고, 2011. 7. 25. 법률 제10962호로 개정되기 전의 것) 제36조 제2 항 중 제14조 제1호 가운데 ‘부정한 방법 에 의한 산업기술 취 득행위’에 관한 부분 (이하 ‘이 사건 법률조 항’이라 한다)이 죄형 법정주의의 명확성원 칙에 위배되는지 여 부(적극)	헌 법 제 12 조 제1항 군사기밀 보호법 (2011. 6. 9. 법률 제10792호로 개정된 것) 제2조 부정경쟁방지 및 영업비밀보호 에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제 8767호로 개정된 것) 제2조 제2호 산업기술의 유 출방지 및 보호에 관한 법률(2006. 10. 27. 법률 제 8062호로 제정된 것) 제14조 제1호 구 산업기술의 유출방지 및 보 호에 관한 법률 (2006. 10. 27. 법률 제8062호로 제정되 고, 2011. 7. 25. 법 률 제10962호로 개 정되기 전의 것) 제 2 조 제 1 호 , 제2호 산업기술의 유 출방지 및 보호에 관한 법률(2011.	위헌	65

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		7. 25. 법률 제10962호로 개정된 것) 제2조 제1호 구 산업발전법(2009. 4. 1. 법률 제9584호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제5조		
2013. 7. 25. 2011헌바267 형법 제250조 제2항 위헌소원	자기의 직계존속을 살해한 자를 일반 살인죄를 저지른 자에 비하여 가중처벌하는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제250조 제2항 중 ‘자기의 직계존속을 살해한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제11조 제1항, 제2항 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제250조 제1항	합헌	82
2013. 7. 25. 2011헌바274 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제29조 제3항 등 위헌소원	1. 구 택지개발촉진법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10764호로 개정되기 전의 것) 제12조 제4항 중 공증을 받아 협의성립의 확인 신청을 하는 경우 절	구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제29조, 제31조, 제32조	합헌	91

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>차를 간소화하도록 한 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '공익사업법'이라 한다) 제29조 제3항을 준용하는 부분이 적법절차원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 구 택지개발촉진법 제12조 제4항 중 확인된 협의의 성립이나 내용을 다룰 수 없도록 규정한 공익사업법 제29조 제4항을 준용하는 부분이 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>공증인법(1961. 9. 23. 법률 제723호로 제정된 것) 제31조, 제59조 구 택지개발촉진법(2011. 5. 30. 법률 제10764호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항, 제2항, 제3항 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령(2012. 11. 27. 대통령령 제24209호로 개정되기 전의 것) 제13조</p>		
<p>2013. 7. 25. 2011헌바395 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제43조 제1호 등 위헌소원</p>	<p>1. 법에서 정한 근로자 파견대상업무 외에 근로자 파견사업을 행한 자를 형사처벌하도록 규정한 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(1998. 2. 20. 법률 제5512호로 제정되고, 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제</p>	<p>구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(1998. 2. 20. 법률 제5512호로 제정되고, 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제5조 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법</p>	합헌	106

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>43조 제1호 중 제5조 제4항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자 부분 및 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 것) 제43조 제1호 중 제5조 제5항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자 부분(이하 이들 조항을 통틀어 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항들이 근로자파견 사업자의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>률 제8076호로 개정되고, 2007. 8. 3. 법률 제8617호로 개정되기 전의 것) 제5조</p> <p>파견근로자보호 등에 관한 법률 시행령(2007. 6. 18. 대통령령 제20094호로 개정된 것) 제2조</p>		
<p>2013. 7. 25. 2011헌바397, 2012헌바407 (병합) 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률</p>	<p>1. 금융기관 임·직원의 직무와 관련된 수재행위에 대하여 수재액이 1억 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역으로 처벌하도록 규정한 구 특정</p>	<p>구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고, 2006. 4. 27. 위헌결정된 것) 제5조 제4항</p>	합헌	122

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
제5조 제4항 제1호 위헌소원	경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2007. 5. 17. 법률 제8444호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 제5조 제4항 제1호 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정된 것) 제5조 제4항 제1호 (이하 위 조항들을 함께 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부 (소극) 2. 이 사건 법률조항이 형벌체계의 균형성에 위배되는지 여부 (소극)	구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 다목 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제2조 제1항, 제2항 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정된 것) 제2조 제1호 가목 형법(2013. 4. 5. 법률 제11731호로 개정된 것) 제51조		
2013. 7. 25. 2012헌바54 직업안정법 제19조 제6항 위헌소원	직업안정법에 따른 등록을 마친 유료직업 소개사업자가 지켜야 할 준수사항의 내용을 대통령령에 위임한 직업안정법(2009. 10. 9. 법률 제9795호로 개정된	헌법 제37조 제2항, 제75조 직업안정법(2010. 6. 4. 법률 제10339호로 개정된 것) 제19조 제1항, 제3항, 제5항, 제36조	합헌	140

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	것) 제19조 제6항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)	직업안정법 시행령(2010. 7. 12. 대통령령 제22269호로 개정된 것) 제25조 제6호		
2013. 7. 25. 2012헌바63 형의 집행 및 수용자의 처우 에 관한 법률 제44조 등 위 헌소원	1. 당해 사건 중 부적법하여 각하되는 부분에 적용되는 법률 조항에 대하여 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(소극) 2. 법률의 시행규칙에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부(소극) 3. '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률'(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제104조 제1항 중 마약류사범에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 대하여, 심판청구 이후 재판의 전제성이 소멸하였음에도 헌법적 해명	형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제27조, 제104조 제2항 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2008. 12. 19. 법무부령 제655호로 제정된 것) 제205조, 제206조, 제208조, 제209조	각하, 합헌	150

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>의 필요성을 인정하여 본안 판단에 나아간 사례</p> <p>4. 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>5. 이 사건 법률조항이 무죄추정원칙 및 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
2013. 7. 25. 2012헌바67 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 제9조 제2항 등 위헌소원	<p>대부업자가 대부조건 등에 관하여 광고하는 경우 명칭, 대부이자율 등의 사항을 포함하지 않으면 과태료를 부과하도록 규정한 ‘대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률’(2009. 1. 21. 법률 제 9344호로 개정된 것, 이하 ‘대부업법’이라 한다) 제21조 제1항 제8호 중 ‘제9조 제2항’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>구 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률(2009. 1. 21. 법률 제9344호로 개정되고, 2012. 12. 11. 법률 제11544호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항</p>	합헌	165
2013. 7. 25. 2012헌바71	<p>구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2008.</p>	<p>헌법 제23조 제3항</p>	합헌	171

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제78조 위 헌소원	2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법 률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제78조 제6항 (이하 ‘이 사건 법률조항’ 이라 한다)이 공익사업 의 시행으로 인하여 농 업 등을 계속할 수 없 게 된 농민 등에 대한 생활대책 수립의무를 규정하지 아니한 것이 청구인의 재산권을 침 해하는지 여부(소극)			
2013. 7. 25. 2012헌바92 구 특별소비세법 제1조 제2항 제3 호 등 위헌소원	1. 지프형 승용자동차 를 특별소비세 과세 물품으로 정하고 있 는 구 특별소비세법 (2007. 12. 31. 법률 제 8829호로 개정되기 전 의 것, 이하 ‘구 특별 소비세법’이라 한다) 제1조 제2항 제3호 중 ‘지프형의 것’ 부 분이 과세요건명확 주의 내지 명확성원 칙에 위배되는지 여 부(소극) 2. 구 특별소비세법 제 1조 제2항 제3호 중 ‘지프형의 것’ 부분	헌법 제38조, 제40조, 제59조, 제75조 구 자동차관리법 (2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되 기 전의 것) 제3조 구 특별소비세 법 시행령(2002. 12. 11. 대통령령 제17795호로 개정 되고, 2007. 12. 31. 대통령령 제20516호 로 개정되기 전의 것) 제1조 별표1 구 자동차관리 법 시행규칙(1996. 12. 9. 건설교통부	합헌	178

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>및 같은 조 제5항 중 ‘과세물품’에 관한 부분(이하 통칭하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 포괄위임금 지원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>령 제83호로 개정되기 전의 것) 제2조 별표1 구 자동차관리법 시행규칙(1996. 12. 9. 건설교통부령 제83호로 개정되고, 2011. 12. 15. 국토해양부령 제414호로 개정되기 전의 것) 제2조 별표1 자동차관리법 시행규칙(2011. 12. 15. 국토해양부령 제414호로 개정된 것) 제2조 별표1</p>		
<p>2013. 7. 25. 2012헌바112 구 농업협동조합법 제50조 제3항 등 위헌 소원</p>	<p>1. 지역농협 임원 선거와 관련하여 거짓의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하기만 하면 범죄가 성립하도록 규정하고 있는 구 농업협동조합법(2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되고, 2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정되기 전의 것) 제172조 제3항 중 ‘지역농협의 임원 선거와</p>	<p>공직선거법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정된 것) 제250조, 제251조 구 농업협동조합법(2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되고, 2011. 3. 31. 법률 제10522호로 개정되기 전의 것) 제50조 제3항</p>	<p>합헌 (반대 의견 있음)</p>	<p>189</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>관련하여 거짓의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시(摘示)하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자'에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 사실적시에 의한 후보자비방행위와 허위 사실공표행위에 대해 동일하게 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 것이 책임원칙 내지 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 7. 25. 2012헌바116 노동조합 및 노동관계조정법 제96조 제1항 제2호 등 위헌소원</p>	<p>노동조합 및 노동관계조정법(1998. 2. 20. 법률 제5511호로 개정된 것) 제96조 제1항 제2호 중 '제27조의 규정에 의한 보고를 하지 아니한 자'에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 과잉금</p>	<p>헌법 제33조 제1항 노동조합 및 노동관계조정법(2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정된 것) 제27조 노동조합 및 노동관계조정법 시행령(1998. 4.</p>	<p>합헌</p>	<p>203</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	지원칙에 반하여 노동조합의 단결권을 침해하는지 여부(소극)	27. 대통령령 제 15780호로 개정된 것) 제12조		
2013. 7. 25. 2012헌바320 성폭력범죄의 처벌 등에 관 한 특례법 제3 조 제1항 위헌 소원	1. 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것, 이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제3조 제1항 중 "형법 제319조 제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다."는 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 책임과 형벌간의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것) 제14조 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정된 것, 2013. 6. 19. 시행) 제3조 제1항 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제25조 제2항 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제298조, 제319조 제1항	합헌 (반대의견 있음)	212

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 것) 제297조의2		
2013. 7. 25. 2012헌바409 국가공무원법 제69조 위헌소원	<ol style="list-style-type: none"> 1. 수뢰죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고 유예를 받은 국가공무원은 당연퇴직하도록 한 국가공무원법(2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정된 것) 제69조 단서 중 ‘형법 제129조 제1항’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 과잉금지 원칙에 반하여 청구인의 공무원임권을 침해하는지 여부(소극) 2. 심판대상조항이 경찰공무원이나 군인에 비하여 일반공무원을 불합리하게 차별하여 평등원칙에 위반되는지 여부(소극) 3. 별도의 징계절차를 거치지 아니하고 당연퇴직하도록 규정한 심판대상조항이 적법절차원칙에 위반되는지 여부(소극) 	<p>국가공무원법(2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정된 것) 제33조</p> <p>구 경찰공무원법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10743호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항, 제21조</p> <p>구 군인사법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 개정되고, 2011. 5. 24. 법률 제10703호로 개정되기 전의 것) 제10조 제2항, 제40조 제1항 제4호</p> <p>형법(1954. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조</p>	합헌	230

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 7. 25. 2011헌마63· 468(병합) 이동전화 식별 번호 통합추진 위헌확인	1. 번호통합과 번호이 동에 관한 구 통신위 원회와 방송통신위원 회 의결 및 방송통신 위원회의 번호통합정 책 추진경과 등에 관 한 홈페이지 게시의 공권력 행사성 인정 여부(소극) 2. 한시적 번호이동을 허용하도록 한 방송 통신위원회의 2010. 10. 15.자 이행명령(이 하 '이 사건 이행명령' 이라 한다)이 010번호 이외의 식별번호를 사용하는 청구인들의 인격권, 개인정보자기 결정권, 재산권을 제 한하는지 여부(소극) 3. 이 사건 이행명령이 청구인들의 행복추 구권을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제10조 헌법재판소법 제68조 제1항 구 전기통신사 업법(2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690 호로 개정되기 전 의 것) 제58조 제 1항, 제3항	각하, 기각 (반대 의견 있음)	244
2013. 7. 25. 2011헌마364 주민등록법 제 29조 제1항 등 위헌확인	1. 주민등록표를 열람 하거나 그 등·초본 을 교부받는 경우 소정의 수수료를 부 과하도록 하고 있는 구 주민등록법(2008.	헌법 제10조, 제11조, 제17조, 제23조	기각	259

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항 및 주민등록법 시행규칙(2009. 9. 10. 행정안전부령 제104호로 개정된 것) 제17조 제1항 본문 중 자신의 주민등록표 열람 및 그 등·초본 교부에 따른 수수료 부분(이하 위 법률조항과 위 규칙조항을 합하여 '이 사건 심판대상조항'이라 한다)이 개인정보 자기결정권 및 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 7. 25. 2011헌마676 주민투표법 제6조 제1항 위헌확인</p>	<p>주민투표를 실시함에 있어서 투표인명부 작성기준일을 투표일 전 19일로 정한 주민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9468호로 개정된 것) 제6조 제1항 중 '투표인명부 작성기준일(투표</p>	<p>헌법 제11조 구 공직선거법 (2011. 7. 28. 법률 제10981호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제37조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항,</p>	<p>기각</p>	<p>266</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	일 전 19일을 말한다’ 부분(이하 ‘심판대상조항’ 이라 한다)이 작성기준 일 이후에 전입신고를 한 청구인으로 하여금 주거지역에서 주민투 표를 할 수 없도록 하 여 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)	제156조 제1항 주민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9468 호로 개정된 것) 제5조 제1항 제1 호, 제6조 제2항, 제3항, 제19조 공직선거관리 규칙(2009. 2. 19. 중앙선거관리위원 회규칙 제305호로 개정된 것) 제10조 제1항, 제2항		
2013. 7. 25. 2011헌마781 특정범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 에 관한 법률 시행령 제8조 제1항 등 위헌 확인	1. ‘특정범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장 치 부착 등에 관한 법률 시행령’(2010. 7. 12. 대통령령 제22270 호로 개정된 것) 제8 조 제1항, 제3항(이하 ‘심판대상 시행령조항’ 이라 한다)이 기본권 침해의 직접성이 인 정되는지 여부(소극) 2. ‘특정 범죄자에 대 한 보호관찰 및 전 자장치 부착 등에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10257호로 개정된 것, 이하 ‘전자 장치부착법’이라 한다)	보호관찰 등에 관한 법률(2009. 5. 28. 법률 제9748 호로 개정된 것) 제53조 제1항 성폭력범죄자의 성충동 약물치료 에 관한 법률(2010. 7. 23. 법률 제10371 호로 제정된 것) 제14조 제4항	각하, 기각	274

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>에 의한 전자장치 부착기간 동안 다른 범죄를 저질러 구금된 경우, 그 구금기간이 부착기간에 포함되지 않는 것으로 규정한 위 법 제13조 제4항 제1호, 제2호 및 제5항 제2호(이하 '심판대상 법률조항'이라 한다)가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>3. 심판대상 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 7. 25. 2012헌마72 도시 및 주거환경정비법 제23조 제1항 제5호 위헌확인</p>	<p>1. 도시정비법을 위반하여 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받고 5년이 지나지 아니한 자를 조합임원의 결격사유로 규정한 도시 및 주거환경정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 것, 이하 '도시정비법'이라 한다) 제23조 제1항 제5호 중 주택개발정비사업조합에 관한 부분(이하</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항 구 도시 및 주거환경정비법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11293호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호 나목 도시 및 주거환경정비법(2002. 12. 30. 법률 제6852</p>	기각	286

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>‘심판대상조항’이라 한다)이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>호로 제정된 것) 제21조 제1항, 제23조 제1항 제3호, 제4호, 제24조 제3항 제5호, 제85조 제5호</p>		
<p>2013. 7. 25. 2012헌마167 불기소이유서 발급수수료 신 청인부담 위헌 확인</p>	<p>1. 형사사건의 피의자에 대한 기소유예처분의 불기소이유발급신청에 대하여 수수료를 부과하도록 규정한 행정안전부고시인 민원사무처리기준표(2010. 7. 12. 행정안전부고시 제2010-46호, 이하 ‘이 사건 고시’라 한다) 중 불기소이유 고지청구 수수료 규정(이하 ‘이 사건 수수료 규정’이라 한다)이 법률유보원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 수수료 규정이 과잉금지원칙에 위반하여 알 권리를 침해하였는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항 민원사무 처리에 관한 법률(2010. 2. 4. 법률 제10012호로 개정되고, 2012. 10. 22. 법률 제11492호로 개정되기 전의 것) 제16조, 제20조, 제21조</p>	기각	296

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 7. 25. 2012헌마174 공직선거법 제 15조 위헌확인	선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정하고 있는 공직선거법(2011. 11. 7. 법률 제11071호로 개정된 것) 제15조 제1 항(이하 '이 사건 법률조 항'이라 한다)이 19세 미만인 사람의 선거권 및 평등권을 침해하는 지 여부(소극)	헌법 제24조, 제11조 공 직 선 거 법 (1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제17조	기각 (반대 의견 있음)	306
2013. 7. 25. 2012헌마656 재판취소 등	항소심 기일에 2회 불출석한 경우 항소취 하 간주를 규정한 민 사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제268조 제4항 중 같은 조 제2항을 준용 하는 부분(이하 '이 사 건 법률조항'이라 한다) 이 청구인의 재판청구 권을 침해하는지 여부	헌법 제27조 제1항 민 사 소 송 법 (2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제268조 제1 항, 제2항, 제3항	각하, 기각	318
2013. 7. 25. 2012헌마815· 905(병합) 공직선거법 제 155조 제1항 위헌확인 등	1. 헌법상 선거일을 유 급휴일로 정하여야 할 입법의무가 인정 되는지 여부(소극) 2. 투표소를 선거일 오 후 6시에 단도록 한 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제155조	헌법 제24조, 제37조 제2항 공 직 선 거 법 (2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제6조 제1항, 제3항, 제158조의3 근로기준법(2012. 2. 1. 법률 제11270	기각	324

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	제1항 중 ‘오후 6시에’ 부분(이하 ‘심판대상 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 선거권을 침해하는지 여부(소극)	호로 개정된 것) 제10조, 제110조 제1호		
2013. 7. 25. 2012헌마934 의료법 제65조 제1항 등 위헌 확인	의료인 면허의 필요적 취소사유와 면허취소 후 재교부 금지기간을 규정하고 있는 의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것) 제65조 제1항 단서 제1호 및 제65조 제2항 단서 가운데 제8조 제4호 중 형법 제347조 위반 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)에 대한 헌법소원심판청구가 기본권 침해의 직접성을 결여하여 부적법하다고 본 사례	의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정된 것) 제8조 제4호 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제347조	각하	339
2013. 8. 29. 2011헌가19, 2012헌가12, 2012헌바98, 2013헌가11 (병합) 약사법 제95조	보건복지부령으로 정하는 바에 따른 의약품 등의 유통 체계 확립과 판매 질서 유지에 필요한 사항을 위반한 약국 개설자 등을 형사처벌하는 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로	헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제75조, 제95조 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로	합헌 (반대 의견 있음)	345

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
제1항 제8호 위헌제청 등	개정되고, 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되기 전의 것과 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되고, 2011. 6. 7. 법률 제10788호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 제8호 및 구 약사법(2011. 6. 7. 법률 제10788호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11251호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 제8호 중 ‘제47조 제1항을 위반한 자’ 부분(이하 이를 합하여 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 죄형법정주의나 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)	개정된 것) 제23조 제1항 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되고, 2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되기 전의 것) 제21조, 제23조, 제24조, 제47조, 제50조, 제53조, 제60조, 제61조, 제62조, 제68조 구 약사법(2010. 5. 27. 법률 제10324호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제47조 구 약사법 시행규칙(2008. 12. 1. 보건복지가족부령 제77호로 개정되고, 2010. 12. 13. 보건복지부령 제27호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항 제5호, 제8호 구 약사법 시행규칙(2012. 5. 9. 보건복지부령 제123호로 개정되고,		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		2013. 4. 17. 보건복지부령 제193호로 개정되기 전의 것) 제62조 제4항 제3호 라목		
2013. 8. 29. 2011헌가27 구 소득세법 제81조 제3항 위헌제청	1. 종합소득세의 납부 의무 위반에 대하여 미납기간을 고려하지 않고 일률적으로 미납세액의 100분의 10에 해당하는 가산세를 부과하도록 한 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되기 전의 것) 제81조 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 비례원칙에 반하여 납세의무자의 재산권을 침해하는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6292호로 개정되기 전의 것) 제76조	합헌	369
2013. 8. 29. 2010헌바241 공무원연금법	헌법불합치결정에서 정한 잠정적용기간 동안 헌법불합치결정을 받은 법률조항에 따라		각하	377

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
제64조 제1항 제1호 위헌소원	퇴직연금 환수처분이 이루어졌고, 환수처분의 후행처분으로 압류처분이 내려진 경우에, 압류처분의 무효확인을 구하는 당해 소송에서, 헌법불합치결정에 따라 개정된 법률조항이 당해 소송의 재판의 전제가 되는지 여부(소극)			
2013. 8. 29. 2010헌바354, 2011헌바36· 44, 2012헌바48 (병합) 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 등 위헌 소원	1. 공무원이 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’를 제외하고 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정한 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 감액조항’이라 한다)가 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부(소극)	공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제31조, 제64조 제2항, 제3항 공무원연금법시행령(2010. 5. 31. 대통령령 제22175호로 개정된 것) 제55조 제1항	위헌 (반대 의견 있음), 합헌 (반대 의견 있음)	382

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>2. 이 사건 감액조항이 청구인들의 재산권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 감액조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>4. 2009. 12. 31. 개정된 이 사건 감액조항을 2009. 1. 1.까지 소급하여 적용하도록 규정한 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제 9905호) 부칙 제1조 단서, 제7조 제1항 단서 후단(이하 이를 합하여 '이 사건 부칙 조항'이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부(적극)</p>			
<p>2013. 8. 29. 2011헌바176 형법 제243조 등 위헌소원</p>	<p>1. 형법(1995. 12. 29. 법률 제 5057호로 개정된 것) 제243조 중 '음란한 물건을 판매한 자'에 관한 부분 및 제244조 중 '판매할 목적으로 음란한 물건을 소지한 자'에 관한 부분(이하 '이</p>		<p>합헌 (보충 의견 있음)</p>	<p>413</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>사건 법률조항'이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 성기구 판매자의 직업수행의 자유 및 소비자의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 8. 29. 2011헌바253, 2012헌바470 (병합) 형사소송법 제 295조 등 위헌 소원</p>	<p>1. 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제56조의2 제1항의 위헌 여부가 당해 사건 재판의 결론 등에 영향을 미친다고 할 수 없어 재판의 전제성을 부정한 사례</p> <p>2. 재판장의 녹음불허가에 대하여 이의신청을 하더라도 이에 대한 재판절차가 개시되는 것은 아니므로 법원조직법(1987. 12. 4. 법률 제3992호로 개정된 것) 제59조 중 '소송당사자의 녹음행위'에 관한 부분에 대하여 재판의 전제성을 부정한 사례</p>	<p>법원조직법(1987. 12. 4. 법률 제3992호로 개정된 것) 제58조</p> <p>형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제296조 제1항, 제304조</p> <p>형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제294조</p>	<p>각하, 합헌</p>	<p>424</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>3. 법원조직법(1987. 12. 4. 법률 제3992호로 개정된 것) 제61조 제1항에 대한 헌법소원 심판청구와 관련된 당해 사건의 재판이 존재하지 아니하여 재판의 전제성을 부정한 사례</p> <p>4. 공판조서의 절대적 증명력을 인정하는 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제56조가 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하거나 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>5. 증거신청의 채택 등에 대하여 법원의 재량을 인정하고 있는 형사소송법(1987. 11. 28. 법률 제3955호로 개정된 것) 제295조 및 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제296조 제2항이 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)</p>			

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	6. 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제156조가 죄형법정주의의 명확성원칙, 과잉금지원칙에 위반되어 고소인의 신체의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)			
2013. 8. 29. 2011헌바390 구 고용보험법 제35조 제1항 위헌소원	“노동부장관은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 장의 규정에 따른 고용안정·직업능력개발 사업의 지원을 받은 자 또는 받으려는 자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 지원을 제한하거나 이미 지원된 것의 반환을 명할 수 있다.”라고 규정한 구 고용보험법(2007. 5. 11. 법률 제8429호로 개정되고, 2008. 12. 31. 법률 제9315호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(적극)	구 고용보험법(2007. 5. 11. 법률 제8429호로 개정되고, 2008. 12. 31. 법률 제9315호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항, 제2항, 제35조 제2항, 제3항 구 고용보험법(2007. 5. 11. 법률 제8429호로 개정되고, 2010. 5. 31. 법률 제10338호로 개정되기 전의 것) 제31조 제1항, 제32조 제1항 구 고용보험법(2007. 5. 11. 법률 제8429호로 개정되고, 2010. 6. 4. 법률 제10339호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항, 제	위헌	443

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		20조, 제21조 제1항, 제25조 제1항, 제26조, 제27조, 제30조 구 고용보험법 시행령(2007. 10. 17. 대통령령 제20330호로 개정되고, 2008. 9. 18. 대통령령 제21015호로 개정되기 전의 것) 제56조 제1항, 제2항		
2013. 8. 29. 2011헌바391, 2012헌바49 (병합) 공무원연금법 부칙 제7조 제1항 위헌소원 등	2009. 12. 31. 개정된 공무원연금법 제64조 제1항 제1호를 2009. 1. 1.까지 소급하여 적용하도록 규정한 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호) 부칙 제1조 단서, 제7조 제1항 단서 후단(이하 이를 합하여 '이 사건 부칙조항'이라 한다)이 소급입법 금지원칙에 위배되는지 여부(적극)	공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조 제1항	위헌 (반대 의견 있음)	454
2013. 8. 29. 2012헌바168 형사소송법 제194조의4 제1항 위헌소원	무죄판결이 확정된 형사피고인에게 국선 변호인의 보수에 준하여 변호사 보수를 보상하여 주도록 규정한	헌법 제27조 제1항 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것)	합헌	469

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제194조의4 제1항 후문의 ‘변호인이었던 자에 대하여는 국선변호인에 관한 규정을 준용한다.’는 부분 중 보수에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)	제194조의2 제1항, 제2항 구 형사소송비용 등에 관한 법률(1999. 12. 31. 법률 제6082호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11306호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 제2항 형사소송비용 등에 관한 규칙(2008. 6. 5. 대법원규칙 제2180호로 개정된 것) 제6조 제1항, 제2항 국선변호에 관한 예규(2008. 6. 9. 대법원 재판예규 제1223호로 개정된 것) 제14조 제1항		
2013. 8. 29. 2010헌마562· 574·774, 2013 헌마469(병합) 농업협동조합 법 제46조 제4 항 제3호 위헌 확인	1. 농협·축협 조합장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우에도 이사가 그 직무를 대행하도록 규정한 농업협동조합법(2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정된 것)	헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항, 헌법 제123조 제5항 농업협동조합법(2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정된 것) 제46조 제4항	위헌	477

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>제46조 제4항 제3호 중 ‘조합장’에 관한 부분 및 제107조 제1항 중 제46조 제4항 제3호의 ‘조합장’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 조합장인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(적극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항들이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(적극)</p>			
<p>2013. 8. 29. 2011헌마122 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조 등 위헌확인</p>	<p>1. 변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제58조 제4항(이하 ‘이 사건 접견조항’이라 한다)이 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)</p>	<p>형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제41조 제1항, 제4항</p> <p>형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제58조, 제59조 제2항, 제3항</p>	<p>헌법 불합치 (반대 의견 있음), 각하</p>	<p>494</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	2. 헌법불합치결정을 하 고, 잠정적용을 명한 사례	구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관 한 시 행 규 칙 (2010. 5. 31. 법무 부령 제700호로 개 정 되고, 2013. 4. 16. 법무부령 제 788호로 개정되기 전의 것) 제87조 형의 집행 및 수 용자의 처우에 관 한 시행규칙(2010. 5. 31. 법무부령 제 700호로 개정된 것) 제88조		
2013. 8. 29. 2011헌마270· 331(병합) 교정시설 경비 등급별 수형자 의 처우 등에 관한 지침 제 17조 등 위헌 확인	경비등급별 수형자의 처우기준을 정한 재량 준칙인 ‘교정시설 경비 등급별 수형자의 처우 등에 관한 지침’(2011. 1. 20. 법무부예규 제968 호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 지침’이라 한다) 제 17조 등에 대한 헌법 소원심판청구가 헌법 소원의 직접성 요건을 충족하는지 여부(소극)		각하	520
2013. 8. 29. 2011헌마408 형법 부칙 제2 항 위헌확인	무기징역의 집행 중 에 있는 자의 가석방 요건을 종전의 ‘10년 이상’에서 ‘20년 이상’	구 형법(1953. 9. 18. 법률 제293 호로 제정 되고, 2010. 4. 15. 법률	기각 (반대 의견 있음)	534

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	형 집행 경과로 강화한 개정 형법(2010. 4. 15. 법률 제10259호로 개정된 것, 이하 '개정 형법'이라 한다) 제72조 제1항을, 형법 개정 당시 이미 수용 중인 사람에게도 적용하는 형법(2010. 4. 15. 법률 제10259호) 부칙 제2항(이하 '이 사건 부칙조항'이라 한다)이 신퇴보호 원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극)	제10259호로 개정되기 전의 것) 제42조, 제72조 제1항 형법(2010. 4. 15. 법률 제10259호로 개정된 것) 제42조, 제72조 제1항		
2013. 8. 29. 2012헌마288 공직선거법 제16조 제2항 등 위헌확인	국회의원 선거 및 지방의회의원 선거에 있어서 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제16조 제2항 및 공직선거법(2009. 2. 12. 법률 제9466호로 개정된 것) 제16조 제3항 중 '지방의회의원 피선거권' 부분(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 25세 미만인 사람의 공무담임권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제25조, 제118조 제2항 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제17조, 제19조	기각	545

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 8. 29. 2012헌마326 동시계표 투표 합 수 무제한 허용 위헌확인	1. 개표절차에 관한 공 직선거법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개 정된 것) 제178조 제 1항(이하 ‘이 사건 법 률조항’이라 한다)이 유권자들의 선거권을 제한할 수 있는지 여 부(적극) 2. 동시계표 투표합 수 를 제한하지 아니하 는 이 사건 법률조항 이 개표참관인들의 실질적 개표참관을 불가능하게 하고 선 거의 공정성을 현저 히 해함으로써 청구 인들의 선거권을 침 해하는지 여부(소극)	헌법 제 24 조, 제41조 제1항, 제 67조 제1항 공직선거법(2011. 12. 2. 법률 제11116 호로 개정된 것) 제177조 제1항, 제2 항, 제181조 제1 항 내지 제9항	기각	553
2013. 8. 29. 2012헌마840 투표소 내 수화 통역인 배치 부 작위 위헌확인	국회의원선거 당일 투표소에 수화통역인 을 배치하도록 하는 내용의 법률을 제정할 헌법상 작위의무가 인 정되는지 여부(소극)	헌법 제 24 조, 제34조 제5항 공 직 선 거 법 (2012. 2. 29. 법률 제 11374호로 개정 된 것) 제6조 제2 항, 제38조, 제149 조, 제149조의2, 제151조 제7항, 제153조 제1항, 제157조 제6항	각하	561

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		<p>장애인복지법 (2007. 4. 11. 법률 제8367호로 개정된 것) 제26조</p> <p>장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(2007. 4. 10. 법률 제8341호 로 제정된 것) 제 27조</p>		
<p>2013. 8. 29. 2012헌마886 변호인의 조력 을 받을 권리 침해 등 위헌 확인</p>	<p>1. 청구인의 변호사 선임조치 요구에 대한 구치소장의 부작위가 존재하지 아니한다고 인정한 사례</p> <p>2. 청구인의 독거수용 신청에 대한 교도소장의 거부가 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사인지 여부(소극)</p> <p>3. 청구인의 법률서적 대여 신청에 대한 교도소장의 부작위가 수용자의 재판 준비에 도움을 주어야 할 교도소장의 헌법상 작위의무를 해태한 것이 아니라고 인정한 사례</p>	<p>헌법 제 27 조 제1항</p> <p>형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제15조, 제46조</p> <p>형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제72조</p> <p>수용자 열람도서 관리규정(2001. 2. 4. 법무부훈령 제440호로 제정된 것) 제3조, 제11조</p> <p>수용자 교육교</p>	<p>각하</p>	<p>571</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		화 운영지침(2011. 7. 27. 법무부예규 제983호로 개정된 것) 제43조 2항, 제44조 1항		
2013. 8. 29. 2013헌마165 기소유예처분 취소	영유아의 보육을 위한 시설에 불과한 어린이집에 헌법소원심판의 당사자능력이 있는지 여부(소극)		각하	583
2013. 9. 26. 2010헌가89·91, 2011헌가23, 2013헌마160 (병합) 사립학교교직원 연금법 제42조 제1항 위헌제청 등	1. 사립학교 교원이 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’를 제외하고 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정한 구 사립학교교직원 연금법(2009. 12. 31. 법률 제9908호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제42조 제1항 전문 중 공무원연금법 제64조	공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정된 것) 제64조 제1항 제1호 사립학교법(2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정된 것) 제55조 제1항 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정된 것) 제1조, 제53조 제5항 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제56조 내지 제61조, 제63조	합헌 (일부 위헌, 일부 헌법 불합치의견 있음)	586

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>제1항 제1호 준용 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 제청신청인들의 재산권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 9. 26. 2011헌가42 민법 제908조 의2 제1항 제1 호 위헌제청</p>	<p>1. 원칙적으로 3년 이상 혼인 중인 부부만이 친양자 입양을 할 수 있도록 규정하여 독신자는 친양자 입양을 할 수 없도록 한 구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11300호로 개정되기 전의 것) 제908조의2 제1항 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 독신자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>구 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11300호로 개정되기 전의 것) 제908조의2 제1항 제2호, 제3호, 제4호, 제2항 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제908조의3</p>	<p>합헌 (위헌 의견 있음)</p>	<p>610</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	2. 심판대상조항이 독 신자가 가족생활을 스스로 결정하고 형 성할 수 있는 자유 (이하 '가족생활의 자 유'라 한다)를 침해하 는지 여부(소극)			
2013. 9. 26. 2012헌가16 산업재해보상 보험법 제37조 제1항 제1호 다목 위헌제청	1. 산업재해보상보험법 (2007. 12. 14. 법률 제 8694호로 개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목(이하 '심판대상조 항'이라 한다)이 사업 주가 제공하거나 그 에 준하는 교통수단 을 이용하여 출·퇴 근을 하는 산재보험 가입 근로자(이하 '혜 택 근로자'라 한다)와 그 이외의 방법으로 출·퇴근을 하는 산 재보험 가입 근로자 (이하 '비혜택 근로자' 라 한다)를 불합리하 게 차별취급하여 평 등원칙에 위배되는지 여부(소극) 2. 심판대상조항이 공 무원과는 달리 산재 보험에 가입한 근로자	헌 법 제 11 조 제1항 산 업 재 해 보 상 보 험 법(2007. 12. 14. 법률 제8694호 로 개정된 것) 제 1조, 제5조 제1호 산 업 재 해 보 상 보 험 법(2010. 1. 27. 법률 제9988호 로 개정된 것) 제 37조 제1항, 제2 항, 제3항 산 업 재 해 보 상 보 험 법(2010. 5. 20. 법률 제10305호로 개정된 것) 제36조 제1항, 제2항 산 업 재 해 보 상 보 험 법 시행령(2008. 6. 25. 대통령령 제 20875호로 개정된 것) 제29조	합헌 (헌법 불합치 의견 있음)	630

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>에 대하여 통상적인 경로와 방법으로 출·퇴근을 하던 중 발생한 재해(이하 '통상의 출·퇴근 재해'라 한다)를 업무상 재해로 인정하지 아니하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>3. 헌법불합치의견이 다수이나 법률의 위헌 선언에 필요한 정족수에 미달하여 합헌 결정을 한 사례</p>	<p>공무원연금법 시행규칙(2012. 3. 9. 안전행정부령 제 287호로 개정된 것) 제14조</p> <p>전공사상자 처리 훈령(국방부 훈령 제 107호) 제3조 [별표 1] 전공사상분류기준표</p>		
<p>2013. 9. 26. 2012헌라1 교육과학기술 부장관과 서울 특별시교육감 간의 권한쟁의</p>	<p>1. 교육·학예에 관한 시·도회의의 의결 사항에 대하여 서울특별시교육감이 재의요구를 하였다가 철회한 것이, 교육부장관의 재의요구 요청권한을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 서울특별시교육감이 조례안 재의요구를 철회하자, 조례안을 이송받고 20일이 경과한 이후 교육부장관이 조례안 재의요</p>	<p>구 지방교육자치에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제28조 지방자치법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제107조 제1항, 제172조 제1항</p>	기각	652

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	구 요청을 한 경우, 서울특별시교육감이 재의요구를 하지 않은 부작위, 서울특별시교육감이 조례를 공포한 행위가 교육부 장관의 재의요구 요청권한을 침해하는지 여부(소극)			
2013. 9. 26. 2011헌바100 군인연금법 제33조 제1항 제1호 등 위헌소원	1. 군인이 '직무와 관련 없는 과실로 인한 경우' 및 '소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우'를 제외하고 복무 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정한 군인연금법(2009. 12. 31. 법률 제990호로 개정되고, 2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부(소극)	공무원연금법(2012. 10. 22. 법률 제11488호로 개정된 것) 제64조 제1항 제1호 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제56조 군인사법(2011. 5. 24. 법률 제10703호로 개정된 것) 제47조 군인복무규율(2009. 9. 29. 대통령령 제21750호로 개정된 것) 제6조 내지 제18조	각하, 합헌 (일부 반대 의견 있음)	661

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>2. 이 사건 법률조항이 청구인의 재산권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 9. 26. 2011헌바272 공무원연금법 제33조 제1항 위헌소원</p>	<p>1. 다른 법령에 의하여 같은 종류의 급여를 받는 경우 공무원연금법상 급여에서 그 상당 금액을 공제하여 지급하도록 규정한 구 공무원연금법(1982. 12. 28. 법률 제3586호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 중 ‘장해급여’에 관한 부분 및 구 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제10984호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 본문 중 ‘장해급여’에 관한 부분(이를 합하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)</p>	<p>공무원연금법(2011. 8. 4. 법률 제10984호로 개정된 것) 제45조 제1항 군인연금법(2013. 3. 22. 법률 제11632호로 개정된 것) 제19조 제1항, 제2항, 제41조 제1항</p>	합헌	683

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	이 청구인의 사회보장 수급권 및 재산권을 침해하는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되 는지 여부(소극)			
2013. 9. 26. 2012헌바16 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 제13조 제 1항 위헌소원	공유수면의 점용·사 용허가를 받은 자로부 터 매년 공유수면 점 용료 또는 사용료를 징수할 것을 규정하면 서, 그 징수방법 등을 대통령령으로 정하는 바에 의하도록 한 공유 수면 관리 및 매립에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10272호로 제정된 것, 이하 ‘공유수면법’이 라 한다) 제13조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률 조항’이라 한다)이 포괄 위임금지원칙에 위반되 는지 여부(소극)	공유수면 관리 및 매립에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10272호로 제정된 것) 제8조 제1항, 부칙 제8 조 제1항 지역특화발전 특구에 대한 규 제특례법(2009. 4. 1. 법률 제9588호 로 개정되고, 2010. 4. 15. 법률 제10272 호로 개정되기 전의 것) 제40조 제1항 제7호 공유수면 관리 및 매립에 관한 법 률 시행령(2010. 10. 14. 대통령령 제 22449호로 제정된 것) 제13조 제1항 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 시행규칙	합헌	697

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		(2010. 10. 15. 국토 해양부령 제300호로 제정된 것) 제11조 제1항·제2항		
2013. 9. 26. 2012헌바23 공익사업을 위 한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85 조 제2항 위헌 소원	1. 보상금증감의 소에서 당사자적격을 규정하 고 있는 구 공익사업 을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제 11017호로 개정되기 전 의 것) 제85조 제2항 중 ‘제1항의 규정에 따 라 제기하고자 하는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 경우 당해 소송을 제기 하는 자가 토지소유자 인 때에는 사업시행자 를 피고로 한다’는 부 분(이하 ‘이 사건 법률 조항’이라 한다)이 청구 인의 재산권을 침해 하는지 여부 2. 이 사건 법률조항이 청구인의 공정한 재 판을 받을 권리를 침 해하는지 여부(소극)	헌법 제23조, 제27조 제1항	합헌	708

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 9. 26. 2012헌바186 근로자퇴직급여 보장법 제8조 제1항 등 위헌소원	계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하도록 하는 퇴직금제도를 모든 사업장에 동일하게 적용하는 구 근로자퇴직급여 보장법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 제정되고, 2011. 7. 25. 법률 제10967호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 근로자 10인 미만의 영세사업장에 대하여 특별한 배려를 하지 않아 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제32조 제1항, 제3항 구 근로자퇴직급여 보장법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 제정되고, 2011. 7. 25. 법률 제10967호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제4조, 제5조 근로자퇴직급여 보장법(2005. 1. 27. 법률 제7379호) 부칙 제3조 구 근로자퇴직급여 보장법(2010. 6. 4. 법률 제10339호로 개정되고, 2011. 7. 25. 법률 제10967호로 개정되기 전의 것) 제12조, 제13조 구 근로자퇴직급여 보장법 시행령(2010. 9. 29. 대통령령 제22409호로 개정되고, 2012. 7. 24. 대통령령 제23987호로 개정되기 전의 것) 제8조의2	합헌	715

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 9. 26. 2012헌바259 구 상속세 및 증여세법 제45 조의2 제1항 등 위헌소원	<p>1. 명의신탁이 조세회피의 목적으로 이용되는 경우 증여세를 부과하는 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8828호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘상증세법’이라 한다) 제45조의2 제1항 본문, 단서 제1호, 제2항 본문 중 “타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우 조세회피 목적이 있는 것으로 추정한다.” 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 과잉금지 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 구 상증세법 제45조의2 제2항 본문 중 “타인의 명의로 재산의 등기등을 한 경우 조세 회피 목적이 있는 것으로 추정한다.” 부분(이하 ‘조세회피목적추정조항’이라 한다)이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제11조, 제23조 제1항, 제37조 제2항</p> <p>구 국세기본법(1974. 12. 21. 법률 제2679호로 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8830호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항, 제2항</p> <p>구 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(2002. 3. 30. 법률 제6683호로 개정되고, 2010. 3. 31. 법률 제10203호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제4조 제1항, 제2항, 제5조 제1항 제1호, 제6조 제1항, 제2항, 제7조 제1항 제1호, 제2항, 제3항, 제8조 제2호</p> <p>구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되고, 2007. 12. 31. 법률 제8828호로</p>	합헌	727

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		개정되기 전의 것) 제45조의2 제1항, 제2항, 제6항		
2013. 9. 26. 2012헌바262· 374(병합) 형법 제35조 등 위헌소원	1. 누범을 가중처벌하 도록 규정한 형법 (1953. 9. 18. 법률 제 293호로 제정된 것) 제35조(이하 ‘누범조 항’이라 한다)가 일사 부재리원칙, 평등원 칙, 책임과 형벌 간 의 비례원칙에 위배 되는지 여부(소극) 2. 형법(2005. 7. 29. 법 률 제7623호로 개정된 것) 제62조 제1항 단 서(이하 ‘집행유예 결 격조항’이라 한다)가 평등원칙, 책임주의 원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제12조, 제37조 제2항	합헌	740
2013. 9. 26. 2012헌바275 형법 제62조 제1항 등 위헌소원	1. 형법(2005. 7. 29. 법 률 제7623호로 개정된 것) 제62조 제1항 단 서(이하 ‘이 사건 집행 유예 결격조항’이라 한 다)가 평등원칙, 책 임주의원칙에 위배 되는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제37조 제2항	합헌	752

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	2. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제214조 제2항의 ‘위조’에 관한 부분 및 제217조의 ‘위조된 유가증권의 행사’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 유가증권 위조·행사조항’이라 한다)이 형벌체계상의 균형성을 상실하여 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)			
2013. 9. 26. 2013헌바170 사립학교교직원 연금법 제42조 제1항 등 위헌소원	1. 사립학교 교원이 ‘직무와 관련 없는 과실로 인한 경우’ 및 ‘소속상관의 정당한 직무상의 명령에 따르다가 과실로 인한 경우’를 제외하고 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우, 퇴직급여 등을 감액하도록 규정한 구 사립학교교직원 연금법(2009. 12. 31. 법률 제990호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제42조 제1항 전문 중 공무원연금	공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제990호로 개정된 것) 제64조 제1항 제1호 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정된 것) 제1조, 제53조 제5항 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제56조 내지 제61조, 제63조 사립학교법(2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정된 것) 제55조 제1항	위헌 (반대의견 있음), 합헌 (반대의견 있음)	761

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>법 제64조 제1항 제1호 준용 부분(이하 '이 사건 감액조항'이라 한다)이 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 감액조항이 청구인들의 재산권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 감액조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>4. 2009. 12. 31. 개정된 이 사건 감액조항을 2009. 1. 1.까지 소급하여 적용하도록 규정한 사립학교교직원 연금법(2009. 12. 31. 법률 제9908호) 부칙 제1조 단서 중 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 부분(이하 이를 '이 사건 부칙조항'이라 한다)이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부(적극)</p>			

부 록

수룩사건색인	791
헌법재판소의 위헌여부심판 법령조항	796
사항색인	801
법령색인	805

목 차

이 곳에 게재된 판시사항, 결정요지, 심판대상조문, 참조조문 및 참조판례 등은 독자의 편의를 위하여 작성한 것으로서 헌법재판소 결정 원문의 일부가 아님을 밝힙니다.		【자료편찬과】
(판례집 9-1, 611	헌법재판소판례집 제9권1집 611쪽)	
(판례집 9-1, 90, 96~98	헌법재판소판례집 제9권1집 90쪽 부터 시작되는 판례의 96~98쪽)	
(공보 23, 602	헌법재판소공보 제23호 602쪽)	

◆ 소리로 읽는 판례집 : 시각장애인 등을 위한 음성변환 바코드가 실려 있습니다(우측 상단)

제25권2집(하)

판례 목록

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 9. 26. 2010헌마204· 679, 2012헌마 187(병합) 보건복지가족부 고시 위헌확인 등	1. 건강보험심사평가원 의 2008. 11. 27.자 심사지침 ‘방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법’을 공권 력의 행사로 볼 수 있는지 여부(소극) 2. 보건복지가족부 고시 (2007. 1. 23. 제2007-3 호) 중 인조테이프를 이용한 요실금수술을	헌법 제34조 제 1항, 제36조 제3항 구 국민건강보 험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제39조 제2항, 제 40조 제4항, 제43 조 제8항, 제55 조, 제56조 제2항 국민건강보험법	각하, 기각 (위헌 의견 있음)	1

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>하는 경우 요류역학검사를 실시하도록 하는 부분(이하 '이 사건 고시조항'이라 한다)의 시행일 이전부터 의사의 업무를 수행하던 청구인에 대하여 그 시행일에 이 사건 고시조항으로 인한 기본권 침해 사유가 있었다고 볼 수 있는지 여부(적극)</p> <p>3. 이 사건 고시조항과, 이 사건 고시조항을 개정하면서 일부 요건을 삭제하였으나 이 사건 고시조항과 같이 요류역학검사를 받드시 실시하도록 하는 보건복지부 고시(2011. 11. 23. 제 2011-144호)의 해당 부분(이 부분과 이 사건 고시조항을 묶어 '이 사건 심판대상조항'이라 한다)이 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 이 사건 심판대상조항이 환자인 청구인</p>	<p>(2013. 5. 22. 법률 제11787호로 개정된 것) 제1조, 제41조 제2항, 제42조 제5항</p> <p>사회보장기본법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정된 것) 제3조 제2호, 제9조</p> <p>구 국민건강보험법 시행규칙(2012. 8. 31. 보건복지부령 제157호로 개정되기 전의 것) 제13조 제5항</p> <p>요양급여비용심사·지급업무처리기준(2000. 7. 18. 보건복지부 고시 제2000-41호로 제정된 것) 제4조 제1항 제4호</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>들의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. 이 사건 심판대상조항이 환자인 청구인들의 보건권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 9. 26. 2011헌마398 접견교통권방해 등 위헌확인</p>	<p>1. 주관적 권리보호의 이익이 없고, 예외적으로 심판의 이익을 인정할 사안도 아니라고 보아 헌법소원 심판청구를 각하한 사례</p> <p>2. 법률에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간이 도과되었다는 이유로 각하된 사례</p> <p>3. 수형자인 청구인이 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사를 접견함에 있어서 그 접견내용을 녹음, 기록한 피청구인의 행위(이하 '이 사건 녹취행위'라 한다)가 청구인의 재판받을 권리를 침해하는지 여부(적극)</p>	<p>헌법 제27조 제1항</p> <p>헌법재판소법 제68조 제1항, 제69조 제1항</p> <p>형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제41조 제2항, 제84조 제1항</p>	<p>각하, 인용 (위헌 확인) (반대 의견 있음)</p>	26

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 9. 26. 2011헌마782, 2012헌마1017 (병합) 변호사시험 시 험장 선정행위 위헌확인 등	1. 헌법소원심판 청구 후 그 결정 이전에 종료된 변호사시험에 관한 피청구인의 시험장 선정행위에 대하여 위헌확인을 구할 권리보호이익이 인정되는지 여부(적극) 2. 변호사시험의 시험장으로 서울 소재 4개 대학교를 선정한 피청구인의 공고가 서울 응시자에 비하여 지방 응시자를 자의적으로 차별하여 지방 응시자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)	변 호 사 시 험 법 (2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제1조, 제2조, 제3조, 제4조, 제8조, 제19조 변 호 사 시 험 법 시행령(2011. 9. 29. 대통령령 제23159호로 개정된 것) 제2조	기각	54
2013. 9. 26. 2012헌마271 방송광고판매 대행 등에 관 한 법률 제5조 제2항 위헌확인	1. 공법상 재단법인이 최다출자자인 방송사업자에게 기본권 주체성이 인정되는지 여부(적극) 2. 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경우 한국방송광고공사의 후신인 한국방송광고	공 직 선 거 법 (2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제8조의7 제2항, 제82조의2 제10항, 제137조의2 제4항 방 송 광 고 판 매 대 행 등 에 관 한 법 률 (2012. 2. 22. 법률	기각	68

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>진흥공사가 위탁하는 방송광고에 한하여 방송광고를 할 수 있도록 한 방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제5조 제2항 중 ‘방송문화진흥회법에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자’ 부분(이하 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 구 방송법령에 대한 헌법불합치결정(2006헌마352)의 기속력에 반하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)</p>	<p>제11373호로 제정된 것) 제3조, 제6조, 제13조, 제15조 제1항, 제16조, 제17조, 제19조, 제20조, 제22조</p> <p>방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제1조, 제5조 제2호, 제6조 제4항, 제5항, 제7조, 제10조</p> <p>방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제8조 제2항, 제6항, 제8항, 제44조 제1항, 제69조 제6항</p>		
<p>2013. 9. 26. 2012헌마365 변호사법 제5조 제2호 등 위헌확인</p>	<p>1. 변호사 자격을 갖추지 못한 청구인이, 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 사람이</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제15조</p> <p>변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제4조</p> <p>변호사시험법</p>	<p>각하, 기각 (반대의견 있음)</p>	<p>94</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>변호사가 될 수 없도록 규정한 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제 8991호로 개정된 것) 제5조 제2호(이하 ‘변호사 결격조항’이라 한다)에 대한 심판청구를 할 자기관련성을 갖고 있는지 여부(소극)</p> <p>2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 사람에 대하여 변호사시험에 응시할 수 없도록 규정한 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제 9747호로 제정된 것) 제6조 제3호(이하 ‘응시 결격조항’이라 한다)가 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 응시 결격조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 법학전문대학원의 석사학위 취득 후 5년 이내로 변호사시험 응시기간을 제한</p>	<p>(2009. 5. 28. 법률 제 9747호로 제정된 것) 제5조 제1항 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제 10923호로 개정된 것) 제5조 제2항, 제7조 제1항</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>하고, 병역의무를 이행한 기간만을 응시기간에 포함하지 아니한다고 규정한 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제 9747호로 제정된 것) 제7조 제2항(이하 '응시기간산입 예외조항'이라 한다)이 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. 응시기간산입 예외조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 9. 26. 2012헌마806 재판취소</p>	<p>1. 위헌으로 선언한 법률조항의 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정의 기속력</p> <p>2. 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정 당시 그 대상과 동일한 법률조항의 위헌여부가 재판의 전제가 되어 법원에 위헌여부심판의 제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 재판에서</p>	<p>구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제 6655호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제 11579호로 개정되기 전의 것) 제2조 제6호 라목</p>	<p>각하</p>	<p>111</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	헌법불합치결정의 취지에 따라 해당 법률조항을 그대로 적용한 경우, 헌법재판소 결정의 기속력에 반하여 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 재판에 해당하는지 여부(소극)			
2013. 9. 26. 2012헌마1005 비송사건절차법 제36조 등 위헌 확인	민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 할 수 없도록 규정한 구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11827호로 개정되기 전의 것) 제36조 중 제119조 전문의 청산인 해임 재판에 관한 부분을 준용하는 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 청산인 해임 재판에 의하여 해임된 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)	헌법 제27조 제1항, 제37조 제2항 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제449조	기각	118
2013. 9. 26. 2012헌마562	1. 검사의 기소유예처분에 대한 피의자의	검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호로	인용 (취소),	126

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
기소유예처분 취소	불복 재판절차를 마 련하지 않은 입법부 작위에 대하여 헌법 상 입법 의무가 인정 되는지 여부(소극) 2. 피청구인의 기소유 예처분이 자의적인 검찰권의 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해 하는지 여부(적극)	개정된 것) 제10조 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제 정된 것) 제51조 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호 로 개정된 것) 제 247조 검찰사건사무규 칙(2008. 1. 7. 법무 부령 제625호로 개 정된 것) 제69조	각하	
2013. 10. 24. 2011헌바79 형사소송법 제 315조 제3호 위헌소원 등	1. ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’를 당연 히 증거능력 있는 서류로 규정하고 있 는 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 명확성원칙에 위배 되는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 규정한 문서에 공범 이 다른 사건에서 피 고인으로서 한 진술 을 기재한 공판조서 가 포함된다고 보는	헌 법 제 2 7 조 제1항 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호 로 개정된 것) 제 310조의2 형사소송법(2007. 5. 17. 법률 제8435 호로 개정된 것) 제 315조 제1호, 제2호	합헌 (보충 의견 있음)	141

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	것이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)			
2013. 10. 24. 2011헌바106·107(병합) 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 제38조 제1항 제1호 위헌소원	1. 아동·청소년 대상 성폭력 범죄를 저지른 사람에 대하여 신상정보를 공개하도록 한 구 ‘아동·청소년의 정보보호에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 본문 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인들의 인격권 및 개인정보 자기결정권을 침해하는지 여부(소극) 2. 심판대상조항이 평등원칙에 반하는지 여부(소극) 3. 심판대상조항이 적법절차원칙 및 이중처벌금지원칙에 반하거나 청구인들의 재판받을 권리를 침해하는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제12조 제1항 후문, 제13조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항	합헌 (반대의견 있음)	156

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 10. 24. 2011헌바138 인터넷주소자원 에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌소원	부정한 목적으로 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여 정당한 권원이 있는 자가 법원에 그 도메인이름 등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있도록 규정한 인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분과 제2항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)	부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정된 것) 제2조 제1항 아목 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10810호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제2항 제3호 인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제18조의2 제1항, 제2항	합헌	174
2013. 10. 24. 2012헌바85 구 관세법 제 269조 제2항 제1 호 등 위헌소원	무신고수입행위에 대한 처벌규정인 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제269조 제2항 제1호 중 ‘제241조 제1	헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항	합헌	184

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자' 부분과, 필요적 몰수·추징을 규정하고 있는 구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제2항 본문 가운데 '제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자' 및 구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제3항 본문 가운데 '제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자'에 대하여 적용되는 부분(이하 이들을 합하여 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 책임과 형벌과의 비례원칙, 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)</p>			

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 10. 24. 2012헌바278 형법 제52조 제 1항 위헌소원	1. 자수를 형의 임의적 감면사유로 규정한 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제52조 제1항(이하 '심판대상조항'이라 한 다)의 평등원칙 위반 여부를 판단함에 있 어서 자수하지 않은 사람과 자수감면을 받은 사람을 비교집 단으로 볼 수 있는지 여부(소극) 2. 자수를 필요적 형감 면사유로 규정한 형 법 각칙이나 특별법 과 달리 임의적 형감 면사유로 규정한 심 판대상조항이 평등원 칙에 위반되는지 여 부(소극)	헌 법 제 11 조 제1항 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제 정된 것) 제55조 제1항 제3호	합헌	196
2013. 10. 24. 2012헌바368 구 대도시권 광 역교통관리에 관한 특별법 제 11조의3 제1항 제1호 등 위헌 소원	광역교통시설부담금의 액수 산정을 위한 계산 요소의 기준을 대통령 령에 위임하고 있는 구 '대도시권 광역교통관리 에 관한 특별법'(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개 정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기	헌 법 제 75 조 구 대도시권 광 역교통관리에 관 한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402 호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정 되기 전의 것) 제	합헌	203

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	전의 것, 이하 ‘특별법’이라 한다) 제11조의3 제5항 중 “개발면적” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)	1조, 제11조, 제11조의3 제1항 제1호, 제2항, 제3항, 제4항, 제11조의4 제1항, 제11조의6, 제11조의7		
2013. 10. 24. 2012헌바376 도로법 제3조 위헌소원	1. 도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것) 제3조 본문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법 제23조 제1항 및 제2항의 재산권의 내용과 한계 규정에 해당하는지 여부(적극) 2. 도로부지 소유자의 토지인도 청구 등 사권의 행사를 제한한 심판대상조항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제23조 제1항, 제2항 도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제17조, 제18조, 제92조 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제741조	합헌	216
2013. 10. 24. 2012헌바428 형사소송법 제453조 제1항 위헌소원	1. 정식재판 청구기간을 ‘약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내’로 정하고 있는 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조	헌법 제27조 제1항 형사소송법(1963. 12. 13. 법률 제1500호로 개정된 것) 제343조 제1항, 제358조	합헌	224

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	제1항 중 피고인에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 약식명령 피고인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)	민 사 소 송 법 (2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제396조 제1항 행정소송법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정된 것) 제8조		
2013. 10. 24. 2012헌바431 야생동·식물보호법 제16조 제3항 위헌소원	1. 동물에 대한 재산권 행사 제한에 관하여 심사기준을 완화하여 적용한 사례 2. 수입·반입된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종에 대하여 원칙적으로 수입·반입 목적 외 다른 용도의 사용을 금지한 구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 개정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조 제3항 본문 중 같은 조 제5항의 '국제적멸종위기종으로부터 증식된 종'에	헌법 제15조, 헌법 제23조 제1항, 제2항, 제35조 제1항, 제37조 제2항 구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 가목, 제16조 제3항, 제5항 구 야생동·식물보호법(2007. 5. 17 법률 제8467호로 개정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항	합헌	236

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	적용되는 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극) 3. 이 사건 법률조항이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)	구 야생동·식물보호법 시행규칙(2005. 2. 7. 환경부령 제171호로 제정되고, 2012. 7. 27. 환경부령 제469호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항 제4호		
2013. 10. 24. 2010헌마219· 265(병합) 기간제 및 단 시간근로자 보 호 등에 관한 법률 제4조 위 헌확인	사용자로 하여금 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 한 '기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률'(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제4조 제1항 본문(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 기간제근로자의 계약의 자유를 침해하는지 여부(소극)	기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제1조, 제2조, 제4조 제1항 단서, 제2항, 제5조, 제8조	기각 (반대 의견 있음)	248
2013. 10. 24. 2011헌마724 독립유공자예우 에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌확인	1. 독립유공자의 손자녀 중 1명에게만 보상금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에 나이가 많은 손자녀를 우선하도록	헌법 제11조 제1항 독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제4항 제1호 단서, 제2호, 제15조, 제16	헌법 불합치	263

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>록 규정한 독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제 9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’(이하 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)</p> <p>2. 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 함께 명한 사례</p>	<p>조, 제16조의2, 제17조, 제20조, 제23조</p>		
<p>2013. 10. 24. 2012헌마311 공직선거법 제 79조 제1항 등 위헌확인</p>	<p>1. 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제1항 및 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제101조 중 선거운동기간 중 공개장소에서 비례대표국회의원 후보자의 연설·대담을 금지하는 부분(이하 ‘이 사</p>	<p>헌법 제8조, 제11조, 제116조 제1항 공 직 선 거 법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제71조 제1항 제2호, 제3호 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제67조 제1항, 제82조의7 제1항</p>	<p>기각</p>	<p>276</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>건 법률조항'이라 한다)이 과잉금지원칙에 반하여 비례대표 국회의원후보자인 청구인의 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>공직선거법(2009. 7. 31. 법률 제9785호로 개정된 것) 제69조 제1항 제2호</p> <p>공 직 선 거 법 (2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의2 제1항, 제70조 제1항 제2호, 제82조의2 제1항 제2호</p> <p>공 직 선 거 법 (2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제64조 제2항, 제65조 제1항</p>		
2013. 10. 24. 2012헌마480 변호사법 제31조의2 제1항 위헌확인	<p>1. 법학전문대학원 출신 변호사들에게 6개월간의 법률사무종사 또는 연수의무를 부과한 변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제31조의2 제1항(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제7조 제1항, 제50조 제1항, 제58조의16, 제58조의30</p> <p>변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제4조 제3호, 제21조의2, 제113조</p> <p>변호사법 시행령(2011. 10. 26.</p>	기각	294

결정연월일, 사건번호, 사건명	판시사항	관련조문	결과	면수
	2. 심판대상조항이 법률사무종사기관의 취업자와 미취업자, 또는 사법연수생과 법학전문대학원 출신 변호사를 차별하여 평등권을 침해하는지 여부(소극)	대통령령 제23265호로 개정된 것) 제5조의2		
2013. 10. 24. 2012헌마832 학교폭력예방 및 대책에 관 한 법률 제17조 제7항 등 위헌 확인	1. 가해학생에 대한 학교장의 긴급조치를 거부하는 경우 징계하도록 한 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것, 이하 '학교폭력예방법'이라 한다) 제17조 제7항의 가해학생에 대한 기본권 침해의 자기관련성 여부(소극) 2. 가해학생에 대해 자치위원회가 추가 조치를 요구할 수 있도록 한 학교폭력예방법 제17조 제11항(이하 '추가조치요구규정'이라 한다)의 기본권 침해에 대한 직접성 여부(소극)	학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조 제1항, 제3항, 제4항, 제5항, 제6항, 제17조의2 제1항, 제6항 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정된 것) 제18조 제1항, 제18조의2, 제25조	각하, 기각 (반대 의견 있음)	309

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>3. 학교폭력과 관련하여 가해학생에 대한 조치 중 전학과 퇴학을 제외한 나머지 조치에 대해 재심을 제한하는 학교폭력예방법 제17조의2 제2항(이하 '재심규정'이라 한다)이 가해학생 보호자의 자녀교육권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. 재심규정의 재심 제한이 가해학생과 그 보호자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. 가해학생이 특별교육을 이수할 경우 그 보호자도 함께 특별교육을 이수하도록 하는 학교폭력예방법 제17조 제9항(이하 '특별교육이수규정'이라 한다)이 가해학생 보호자의 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
2013. 10. 24. 2012헌마906 국민연금법	1. 조기노령연금의 수급개시연령을 59세에서 60세로 상향조	헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항	기각	327

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
부칙 제8조 위헌확인	<p>정한 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 중 ‘법률 제5623호 국민연금법 중개정법률 제56조 제4항’에 관하여 ‘1969년 이후 출생자는 5세를 더한 연령을 적용한다.’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 신뢰보호 원칙에 반하여 국민연금가입자인 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 1969년 이후에 태어난 가입자의 조기노령연금 수급개시연령을 그 이전에 태어난 가입자보다 더 높게 규정한 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>구 국민연금법(1998. 12. 31. 법률 제5623호로 개정되고, 2007. 7. 23. 법률 제8541호로 개정되기 전의 것) 제56조 제4항, 제5항</p> <p>구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정되기 전의 것) 제8조</p> <p>국민연금법(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 제61조 제2항</p>		
2013. 11. 28. 2012헌가10 군사법원법 제	‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 군인 또는 군무원이 아닌 국민(이하 ‘일반 국민’이라	구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률	위헌 (별개의견 있음)	338

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2조 제1항 제1호 등 위헌제청	한다)이 군사법원에서 재판받도록 하는, 구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 군형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)	제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호, 제66조 제1항, 제69조		
2013. 11. 28. 2009헌바206, 2010헌바101 (병합) 사립학교법 제24조의2 제1항 등 위헌소원	1. 사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제25조 제2항, 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제25조의3 제2항, 사립학교법(2005. 12. 29. 법률	헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조, 제31조 제1항, 제4항 사립학교법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제24조의2 제1항	각하, 합헌 (반대의견 있음)	352

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>제7802호) 부칙 제1조 본문이 정식이사 선임처분의 취소를 구하는 당해 사건에 대하여 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)</p> <p>2. 학교법인의 정상화를 위한 이사 선임에 관하여 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2 제2항 제3호, 제25조의3 제1항(이하 이들 조항을 통틀어 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>4. 이 사건 법률조항들이 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. 사학분쟁조정위원회의 설치와 기능에 관한</p>	<p>사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2 제2항, 제3항, 제4항, 제24조의3, 제24조의4</p> <p>사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것) 제9조의6</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>사립학교법 제24조의2를 공포한 날부터 시행하도록 한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조(이하 '이 사건 부칙조항'이라 한다)가 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 11. 28. 2012헌바22 국세징수법 제30조 위헌소원</p>	<p>1. 구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제30조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 조세채권의 성립시기와 사해행위 전후 관계에 대한 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 민법상 채권자취소권에 관한 법리에 따라 사해행위 이후에 성립한 조세채권도 이 사건 법률조항이 정하는 사해행위 취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 해석, 적용하</p>	<p>헌법 제59조 구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제35조 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제406조 제1항, 제407조</p>	<p>합헌</p>	<p>376</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>는 것이 조세법률주 의에 반하는지 여부 (소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 재산권보장원칙에 반하는지 여부(소극)</p>			
2013. 11. 28. 2012헌바69 상표법 제7조 제5항 제3호 위헌소원	<p>1. 불사용 취소심판에 의하여 소멸된 상표 와 동일하거나 유사 한 상표의 재출원을 3년 간 금지하는 구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정 되고, 2011. 6. 30. 법 률 제10811호로 개정 되기 전의 것) 제7조 제5항 제3호 중 제73 조 제1항 제3호에 관 한 부분(이하 '심판대 상조항'이라 한다)이 직업수행의 자유를 침 해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 심판대상조항이 평 등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제 7290호로 개정되 고, 2011. 6. 30. 법 률 제10811호로 개 정되기 전의 것) 제7조 제5항 제1 호, 제2호</p> <p>구 상표법(2007. 1. 3. 법률 제8190 호로 개정되고, 2011. 12. 2. 법률 제11113호로 개정 되기 전의 것) 제 23조 제1항 제1호 상표법(2010. 1. 27. 법률 제9987호 로 개정된 것) 제 7조 제1항 제7호, 제8호</p>	합헌	386
2013. 11. 28. 2007헌마118 9·1190(병합) 사립학교법 제	<p>1. (1) 개방이사제에 관 한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호 로 개정된 것, 이하 '사립학교법'이라 한다)</p>	<p>헌법 제10조, 제11조 제1항, 제 15조, 제31조 제1 항, 제4항</p>	각하, 기각 (반대 의견 있음)	398

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
14조 제3항 등 위헌확인	<p>제14조 제3항, 제4항이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>(2) 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 개방감사제에 관한 사립학교법 제21조 제5항이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 임시이사의 임기에 관한 사립학교법 제25조 제3항이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>4. (1) 학교법인의 정상화에 관한 사립학교법 제25조의3 제1항이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>(2) 위 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부</p> <p>5. 대학평의원회에 관한 사립학교법 제26조의2 제1항이 학교</p>	<p>사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제14조 제1항, 제2항</p> <p>사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의4 제1항</p> <p>사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것) 제7조의2, 제9조의6</p> <p>사립학교법 시행령(2006. 6. 23. 대통령령 제19546호로 개정된 것) 제10조의6</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극) 6. (1) 초·중등학교장의 중임회수를 1회로 제한한 사립학교법 제53조 제3항 단서가 학교법인의 사학의 자유나 초·중등학교장의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극) (2) 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극) 7. 학교법인의 이사장과 특정관계에 있는 사람의 학교장 임명을 제한하는 사립학교법 제54조의3 제3항이 이사장과 특정관계에 있는 사람의 직업의 자유나 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)			
2013. 11. 28. 2011헌마267 공직선거법 제60조의3 제2항	1. 주관적 권리보호의 이익이 없고, 예외적으로 심판의 이익을 인정할 사안도 아니	헌법 제1조 제1항, 제116조 제1항 공 직 선 거 법 (2010. 1. 25. 법률	각하, 위헌 (반대 의견 있음)	473

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
제1호 등 위헌 확인	<p>라고 보아 법령에 대한 헌법소원심판청구를 각하한 사례</p> <p>2. 예비후보자의 배우자가 함께 다니는 사람 중에서 지정한 자도 선거운동을 위하여 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 한 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제60조의3 제2항 제3호 중 ‘배우자’ 관련 부분(이하 ‘이 사건 3호 법률조항’이라 한다)이 배우자가 없는 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)</p>	<p>제9974호로 개정된 것) 제60조의2 제1항, 제60조의3 제2항, 제93조</p> <p>공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제60조의3 제1항</p> <p>공직선거관리규칙(2012. 1. 17. 중앙선거관리위원회 규칙 제350호로 개정된 것) 제26조의2 제1항</p>		
2013. 11. 28. 2011헌마269 입법부작위 위헌확인	<p>1. 헌법소원심판청구가 제기된 이후 심판대상인 법률조항의 개정으로 권리보호이익이 소멸한 사례</p> <p>2. 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제37조 제3호(이</p>	<p>헌법 제11조 제1항</p> <p>병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정된 것) 제2조 제1항 제16호, 제37조 제1호, 제2호</p>	각하, 기각	487

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>하 '이 사건 편입대상 조항'이라 한다)가 의사자격이 있는 사람으로서 인턴과 레지던트 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람은 전문연구요원으로 편입하는 것을 허용하면서, 의사자격이 있는 사람으로서 인턴과정만 마치고 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람은 전문연구요원으로 편입할 수 없도록 한 것이 병역의무의 이행과 관련하여 후자를 합리적 이유 없이 차별하는지 여부(소극)</p>	<p>병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제39조 제1항, 제58조 제2항 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정된 것) 제36조 제5항</p>		
<p>2013. 11. 28. 2011헌마282· 763(병합) 공무원보수규정 제39조의2 위 헌확인</p>	<p>1. 국립대학 교원의 성과연봉 지급에 대하여 규정한 공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호로 개정된 것) 제39조의2 제1항, 제3항, 제4항 (이하 '이 사건 조항'이</p>	<p>헌법 제22조 제1항, 제31조 제6항, 제37조 제2항 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정된 것) 제34조 제2항, 제35조</p>	기각	501

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>라 한다)이 교원지위 법정주의에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p>	국가공무원법 (2008. 12. 31. 법률 제9296호로 개정된 것) 제46조 제1항, 제47조 제1항		
2013. 11. 28. 2011헌마372 연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석지침 등 위헌확인	<p>1. 소형선망어업의 경우 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 사용하거나 적재하면 수산자원관리법 제65조 제4호, 제6호에 의하여 처벌된다고 규정한 ‘연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석지침’ 제2조 제2항 [별표 2] 제9호 나목 및 다목(이하 ‘이 사건 해석지침조항’이라 한다)이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)</p> <p>2. 법령 적용의 유예기간이 있는 경우 기</p>	헌법재판소법 제69조 제1항 수산자원관리법 (2009. 4. 22. 법률 제9627호) 부칙 제1조 구 수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정되고, 2010. 11. 10. 대통령령 제22476호로 개정되기 전의 것) 부칙 제1조	각하 (반대의견 있음)	521

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	본권 제한이 발생한 시기를 유예기간경과 후가 아닌 법 시행일로 본 사례			
2013. 11. 28. 2011헌마520 출입국관리법 시행규칙 제9조의4 제2항 위헌 확인	외국인의 결혼동거목적 사증발급 신청 시 한국인 배우자인 초청인이 국제결혼 안내프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 국제결혼 안내프로그램 이수번호를 기재하여야 한다는 출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호로 개정된 것) 제9조의4 제2항 및 국제결혼 안내프로그램(이하 '이 사건 프로그램'이라 한다) 이수대상자를 구체적으로 정하고 있는 '국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항'(2011. 3. 7. 법무부고시 제2011-88호, 이하 '운영사항'이라 한다) 중 이수대상자에 관한 부분(이하 이들을 통칭하여 '이 사건 심판대상조항'이라 한다)에 대해	헌 법 제 3 6 조 제1항 국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항(2011. 3. 7. 법무부고시 제2011-88호) 국제결혼 안내 프로그램 이수 면제대상	각하 (반대 의견 있음)	532

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	기본권침해의 직접성이 인정되는지 여부(소극)			
2013. 11. 28. 2011헌마565 지방공무원 임 용령 부칙 제4 조 제 1 항 등 위헌확인	1. 지방공무원 중 사무 직렬 기능직공무원 의 정원 감축에 따 라 증원되는 일반직 공무원에 사무직렬 기능직공무원을 임 용할 수 있도록 규 정한 지방공무원 임 용령(2011. 8. 22. 대통 령령 제23093호) 부칙 제4조 제1항(2012. 9. 21. 대통령령 제24109 호로 개정되기 전의 것) 및 제2항(이하 '심 판대상조항'이라 한다) 이 조무직렬 기능직 공무원인 청구인들 의 공무담임권을 제 한하는지 여부(소극) 2. 심판대상조항이 청구 인들의 평등권을 침 해하는지 여부(소극)	지방공무원 임 용령(2009. 2. 6. 대통령령 제21311 호로 개정되고, 2011 8. 22. 대통령 령 제23093호로 개 정되기 전의 것) 제3조 제3항 지방공무원 임 용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093 호로 개정된 것) 제3조 제3항, 제 17조 제1항 공무원임용령 (2009. 9. 8. 대통 령령 제21717호) 부칙 제2조 공무원임용령 (2011. 7. 4. 대통 령령 제23014호로 개정된 것) 제3조	기각	542
2013. 11. 28. 2012헌마166 대한민국과 미합중국 간의	1. 대한민국과 미합중 국 간의 자유무역협 정(이하 '한미무역협 정'이라 한다)으로 인 하여 헌법 제72조의	헌법 제72조, 제130조 제2항	각하	559

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
자유무역협정 위헌확인	국민투표권이 침해 될 가능성이 인정되 는지 여부(소극) 2. 한미무역협정으로 인 하여 헌법 제130조 제 2항의 국민투표권이 침해될 가능성이 인정 되는지 여부(소극)			
2013. 11. 28. 2012헌마568 공직선거법 제 57조 제1항 제 1호 다목 위헌 확인	1. 예비후보자의 기탁금 반환 사유를 예비후보 자의 사망, 당내경선 탈락으로 한정하고 있 는 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호 로 개정된 것) 제57조 제1항 제1호 다목 중 지역구국회의원선거와 관련된 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한 다)이 청구인의 재산 권을 침해하는지 여부 (소극) 2. 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침 해하는지 여부(소극)	헌법 제11조, 제23조, 제37조 제2항 공 직 선 거 법 (2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제56조, 제57 조, 제57조의2, 제 60조의2	기각	570
2013. 11. 28. 2012헌마770 저작권법 부칙 제4조 위헌확인	1. 과거에 소멸한 저작 인접권을 회복시키는 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제4조 제2항(이하 ‘심	헌법 제13조 제2 항, 제23조 제1항 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제3조, 제4조	기각	583

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>판대상조항'이라 한다) 이 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당하는지 여부(소극)</p> <p>2. 저작인접권을 회복시키는 심판대상조항이 음반 제작자의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되고, 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것) 제70조</p> <p>저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 것) 제86조</p>		
<p>2013. 12. 26. 2010헌가90 공직선거법 제103조 제2항 등 위헌제청</p>	<p>선거기간 중 국민운동단체인 바르게살기운동협의회 모임을 개최한 자를 처벌하는 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제256조 제1항 중 제103조 제2항 가운데 '바르게살기운동협의회' 관련 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 책임주의 원칙, 과잉금지 원칙, 평등 원칙에 위반되는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제10조, 제21조 제1항, 제37조 제2항, 제116조 제1항</p> <p>구 공직선거법 및 선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제103조 제2항</p> <p>구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조 제1항 제8호, 제87조 제1항 제4호, 제103조 제3항, 제256조 제2항 제1호 바목</p> <p>공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것)</p>	<p>합헌</p>	<p>595</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		제86조 제1항 공 직 선 거 법 (2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되 고 2010. 1. 25. 법 률 제9974호로 개 정되기 전의 것) 제103조 제1항 바르게살기운동 조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728 호로 개정된 것) 제1조, 제3조, 제4 조, 제7조, 제8조		
2013. 12. 26. 2012헌라3, 2013헌라1(병합) 전라북도교육감 과 교육과학기술 부장관 간의 권한쟁의 등	피청구인(교육부장관) 이 교육감 소속 교육 장 등에 대하여 특별 징계위원회에 징계의 결을 요구한 행위(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다) 가 소속 교육공무원 징계에 관한 청구인들 (전라북도 및 경기도)의 권한을 침해하거나 침 해할 현저한 위험이 있는지 여부(소극)	헌법재판소법 제 61조 제1항, 제2항 지방자치법 (2013. 7. 16. 법률 제11899호로 개정 된 것) 제169조, 제170조 구 교육공무원 법(2011. 9. 30. 법 률 제11066호로 개 정되고, 2012. 12. 11. 법률 제11527 호로 개정되기 전 의 것) 제2조, 제 29조, 제30조, 제 33조 제1항 구 교육공무원 임용령(2012. 12.	각하	609

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		4. 대통령령 제 24215호로 개정되고, 2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제5항, 제3조의2 제4항		
2013. 12. 26. 2011헌바108 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 제3조 등 위헌소원	1. 당해 법률의 해석·적용상의 주의사항을 규정한 ‘아동·청소년의 정보보호에 관한 법률’(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조(이하 ‘목적조항’이라 한다)에 대해 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극) 2. 동석한 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 성폭력 피해 아동의 진술이 수록된 영상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 구 ‘아동·청소년의 정보보호에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로	헌법 제 27 조 제1항 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제161조의2, 제310조의2, 제312조 제4항, 제5항 구 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제1항, 제2항, 제3항, 제4항, 제6항 구 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11002호	각하, 합헌 (반대의견 있음)	621

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>개정되기 전의 것) 제 18조의2 제5항 중 “제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”는 부분(이하 ‘증거능력 특례조항’이라 한다)이 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제2호 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제 10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항, 제3항, 제4항</p>		
<p>2013. 12. 26. 2011헌바162 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제1항 등 위헌소원</p>	<p>1. 공익사업을 위한 토지수용의 경우 ‘부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률’이 정한 공시지가를 기준으로 보상하도록 하는 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2007. 10.</p>	<p>헌법 제 23 조 제1항, 제3항 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정된 것) 제67조 제1항</p>	<p>합헌, 각하</p>	<p>640</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항(이하 ‘이 사건 토지보상조항’이라 한다)이 정당보상의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조 제1항(이하 ‘이 사건 영업손실보상조항’이라 한다)에 대한 헌법소원 심판의 청구가 실제로는 법원의 재판결과를 다투는 것에 불과하다고 인정한 사례</p>	<p>구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조 제4항</p> <p>부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2007. 4. 27. 법률 제8409호로 개정되고, 2013. 8. 6. 법률 제12018호로 개정되기 전의 것) 제9조</p> <p>공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2002. 12. 31. 건설교통부령 제344호로 제정된 것) 제57조</p> <p>공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호로</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		개정된 것) 제64조 제1항, 제2항 구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호로 개정되고, 2009. 11. 13. 국토해양부령 제180호로 개정되기 전의 것) 제45조		
2013. 12. 26. 2011헌바234 민법 제651조 제1항 위헌소원	임대차존속기간을 20년으로 제한한 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 계약의 자유를 침해하는지 여부(적극)	헌법 제10조, 제23조, 제37조 제2항 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제2항	위헌 (반대의견 있음)	649
2013. 12. 26. 2012헌바35, 2013헌바36 (병합) 변호사법 제112조 제1호 위헌소원	1. 타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자를 형벌에 처하도록 규정한 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제112조 제1호 중	헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제15조, 제37조 제2항	합헌	662

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>‘타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 12. 26. 2012헌바217·253, 2013헌바268·278(병합) 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조의2 제1항 제1호 등 위헌소원</p>	<p>1. 재화 또는 용역을 공급하거나 공급받지 아니하고 ‘영리의 목적’으로 일정한 ‘공급가액 등 합계액’ 이상의 세금계산서를 발급하거나 발급받은 행위 등을 처벌하는 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항 구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1.</p>	합헌	673

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>되기 전의 것) 제8조의2 제1항 중 구조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항에 관한 부분, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 중 구조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항에 관한 부분(이하 위 조항들을 통틀어 ‘이 사건 처벌조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 처벌조항 및 이 사건 처벌조항 위반의 경우 공급가액 등 합계액에 부가가치세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이상 5배 이</p>	<p>26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>하의 벌금을 필요적으로 병과하도록 하는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제 7767호로 개정된 것) 제8조의2 제2항(이하 '이 사건 벌금병과조항'이라 하고, 이 사건 처벌조항과 이 사건 벌금병과조항을 통틀어 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2013. 12. 26. 2012헌바467 민법 제1113조 제1항 등 위헌 소원</p>	<p>1. 유류분산정의 기초 재산에 증여가액을 가산하도록 규정한 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1113조 제1항 중 '증여재산의 가액을 가산하고' 부분(이하 '이 사건 가산조항'이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제11조, 제23조, 제37조 제2항 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1008조, 제1112조, 제1114조, 제1115조</p>	<p>합헌</p>	<p>691</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	2. 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1118조 중 ‘제1008조의 규정은 유류분에 이를 준용한다’ 부분(이하 ‘이 사건 준용조항’이라 한다)에 대하여 합헌결정을 한 선례의 견해를 원용하여 이 사건 준용조항이 재산권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판단한 사례			
2013. 12. 26. 2013헌바24 집회 및 시위에 관한 법률 제16 조 제4항 제3호 위헌소원	집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조 제3항의 제16조 제4항 제3호 중 “뚜렛이” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)	헌법 제12조 제1항 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제6조	합헌	699
2013. 12. 26. 2010헌마789 향토예비군 설치법 시행규칙 제17조 제3항 위헌확인	1. 수혜적 법령에 대하여 수혜범위에서 제외된 자가 평등권 침해를 이유로 헌법소원심판을 제기하는 경우 기본권 침해	구 향토예비군 설치법 시행규칙(1981. 12. 23. 국방부령 제335호로 개정되고, 2011. 7. 7. 국방부령 제742호로 개정되기 전	각하	707

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>해의 자기관련성을 인정하기 위한 요건</p> <p>2. 각급학교 학생에게 예비군 교육훈련의 일부를 보류하는 내용의 국방부장관 지침(이하 '이 사건 재학생 방침보류'라 한다)에 대하여 학생이 아닌 청구인이 단순히 학생에 대한 부당한 혜택이라며 평등권 침해를 주장하는 경우 헌법소원심판을 구할 자기관련성이 인정되는지 여부(소극)</p>	의 것) 제17조 제3항		
2013. 12. 26. 2011헌마499 고등법원 설치 관련 입법부작 위 위헌확인 등	<p>1. 이미 제기된 헌법소원심판 사건에 제3자가 청구인 추가신청을 한 것을 공동심판 참가신청으로 본 사례</p> <p>2. 수원지방법원 및 그 지원에서 관할하는 민사, 형사, 가사, 행정 합의사건의 항소심을 관할하는 별도의 고등법원(이하 '경기 고등법원'이라 한다)</p>	<p>헌법 제27조 제1항, 제117조, 제118조</p> <p>각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정된 것) 제1조</p> <p>법원조직법(2001. 1. 29. 법률 제6408호로 개정된 것) 제3조 제1항, 제3항, 제28조</p>	각하	716

결정연월일, 사건번호, 사건명	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	을 설치하는 내용의 법률을 제정하지 아 니한 입법부작위(이하 '이 사건 부작위'라 한다)에 대한 헌법소 원심판청구의 적법 여부(소극) 3. 법률에 대한 헌법소 원심판청구가 청구 기간의 도과를 이유로 각하된 사례	법원조직법(2010. 1. 25. 법률 제9940 호로 개정된 것) 제27조 제1항, 제4항		
2013. 12. 26. 2013헌마269· 273·355(병합) 유통산업발전법 제12조의2 위헌 확인	지방자치단체의 장이 대형마트 및 준대규모 점포에 대하여 일정한 범위의 영업시간 제한 및 의무휴업을 명할 수 있도록 규정한 유통 산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개 정된 것, 이하 '유통법'이 라 한다) 제12조의2 제 1항, 제2항, 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 대하여 기본권 침해의 직접성이 인정 되는지 여부(소극)	헌법 재판소 법 제68조 제1항 구 유통산업발전 법(2012. 1. 17. 법 률 제11175호로 개 정되고, 2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것) 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항 유통산업발전법 (2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정 된 것) 제12조의2 제4항	각하	732
2013. 12. 26. 2009헌마747 기소유예처분 취소	1. 공적 인물의 공적 관 심 사안에 대한 표현 의 자유와 명예의 보 호의 헌법적 평가기준	헌법 제10조, 제11조, 제21조 구 정보통신망 이용촉진 및 정보	인용 (취소)	745

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>2. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고, 이에 대한 문제제기 내지 비판이 허용되어야 한다고 본 사례</p> <p>3. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 경우 명예훼손의 책임을 인정하는 기준</p> <p>4. 대통령의 전과와 토지소유에 관하여 명예훼손적 표현을 담고 있는 동영상 개인블로그에 게시한 청구인에 대하여 ‘구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항에 규정된 명예훼손 혐의를 인정 한 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례</p>	<p>보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항</p>		

결정연월일, 사건번호, 사건명	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2013. 12. 26. 2012헌마551· 561(병합) 기소유예처분 취소	1. 의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정 된 것, 이하 '의료법'이 라 한다) 제27조 제1 항 본문 후단에서 정한 '면허된 것 이 외의 의료행위'의 해 석기준 2. 한의사가 안압측정 기 등 의료기기를 사용하여 진료행위 를 한 것이 의료법 위반이라는 피청구 인의 각 기소유예처 분이 청구인들의 평 등권과 행복추구권 을 침해하였다고 본 사례	의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호 로 개정된 것) 제 27조 제1항, 제87 조	인용 (취소)	761

부 록

수록사건색인	775
헌법재판소의 위헌여부심판 법령조항	780
사항색인	783
법령색인	788

보건복지가족부고시 위헌확인 등

(2013. 9. 26. 2010헌마204·679, 2012헌마187(병합))

【판시사항】

1. 건강보험심사평가원의 2008. 11. 27.자 심사지침 ‘방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법’을 공권력의 행사로 볼 수 있는지 여부(소극)
2. 보건복지가족부 고시(2007. 1. 23. 제2007-3호) 중 인조테이프를 이용한 요실금수술을 하는 경우 요류역학검사를 실시하도록 하는 부분(이하 ‘이 사건 고시조항’이라 한다)의 시행일 이전부터 의사의 업무를 수행하던 청구인에 대하여 그 시행일에 이 사건 고시조항으로 인한 기본권 침해 사유가 있었다고 볼 수 있는지 여부(적극)
3. 이 사건 고시조항과, 이 사건 고시조항을 개정하면서 일부 요건을 삭제하였으나 이 사건 고시조항과 같이 요류역학검사를 반드시 실시하도록 하는 보건복지부 고시(2011. 11. 23. 제2011-144호)의 해당 부분(이 부분과 이 사건 고시조항을 묶어 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
4. 이 사건 심판대상조항이 환자인 청구인들의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)
5. 이 사건 심판대상조항이 환자인 청구인들의 보건권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 건강보험심사평가원의 2008. 11. 27.자 심사지침 ‘방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법’은 상위 법령에 근거하여 인조테이프를 이용한 요실금수술의 요양급여비용 청구에 대한 위 평가원의 내부 심사업무 처리기준을 정한 것으로, 의사에게 새로운 의무를 부과하는 것이 아니어서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해

당하지 아니한다.

2. 의료기관의 의사는 전문의 자격을 취득하였는지 여부와 무관하게 이 사건 고시조항의 시행과 동시에 인조테이프를 이용한 요실금 수술을 하는 경우 요류역학검사를 하여야 할 의무를 부담하게 되어 직업수행의 자유를 제한받게 되므로, 이 사건 고시조항의 시행일인 2007. 2. 1. 이전부터 의료기관의 의사로 있었던 청구인들은 이 사건 고시조항의 시행일부터 기본권 침해의 사유가 있었다고 할 것이다.

3. 이 사건 심판대상조항의 입법목적은 불필요한 요실금수술을 억제함으로써 국민건강의 위해를 예방하고 요양급여의 적정한 운영을 기하여 한정된 건강보험재정으로 국민에게 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자 하는 것이므로 그 정당성이 인정된다. 요실금 치료가 필요한지 여부를 판단함에 있어서는 객관적이고 정확한 근거를 요구할 필요가 있는데, 요류역학검사는 복잡성 요실금인지 여부 및 그 정도를 기계적 장치에 의한 객관적 수치로 확인할 수 있는 거의 유일하며 신뢰할 수 있는 방법인 반면, 요류역학검사와 동일한 효과를 가지면서도 기본권을 덜 침해하는 다른 객관적인 수단은 찾아보기 어렵고, 이 사건 심판대상조항으로 인하여 의사가 입는, 검사 과정의 불편과 검사장비를 갖추는 데 따른 비용의 증가 등의 불이익은 그다지 크지 않으나, 이 사건 심판대상조항으로 불필요한 요실금수술 및 그에 대한 비용지출을 억제하여 국민건강을 증진시킬 수 있는 공익은 매우 중요하므로, 이 사건 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 의사의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

4. 요류역학검사는 객관적이고 신뢰할 만한 검사로서 비용효과적인 요실금수술의 실시 및 불필요한 요실금수술 억제에 적절한 방법이고, 요류역학검사를 받지 않더라도 본인이 비용을 부담하고 요실금수술을 받을 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 심판대상조항이 정한 요양급여 인정기준은 국민건강 보호에 필요한 최소한도의 내용마저 보장하지 않고 있다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어난 경우라고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판대상조항은 요실금 환자의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다.

5. 이 사건 심판대상조항이 정한 요양급여 인정기준이 요실금 환

자의 건강 보호에 필요한 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어났다고 보기는 어려우므로, 국민보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하여 요실금 환자인 청구인들의 보건권을 침해한다고 볼 수도 없다.

재판관 이정미, 재판관 김창종의 위헌의견

이 사건 심판대상조항은 허위 또는 불필요한 요실금수술이 얼마나 되는지에 대한 명확한 자료도 없는 상태에서, 검사의 시행 및 결과 판독과정에 의사의 주관적 요소가 개입될 수 있는 요류역학검사를 강제하고 있다. 복잡성 요실금의 진단은 요류역학검사뿐만 아니라 환자의 증상에 대한 세심한 관찰과 충분한 상담 및 여러 검사들을 통하여 이루어질 수 있고, 허위 요실금수술의 억제와 보험재정의 건전화는 환자에 대한 허위 요실금수술에 의하여 발생할 수 있는 부작용의 명확한 사전 고지·설명과, 건강보험심사평가원 심사업무의 강화와 형사제재 또는 행정처분 부과 등 엄격한 법률집행 및 요양급여기준 재조정, 요실금 환자 발생 실태에 대한 연구 및 계측을 바탕으로 한 요실금 예방 홍보 등을 통한 질환 발생의 억제 등의 장단기적인 방안에 의하여 달성될 수 있다. 이 사건 심판대상조항은 의사의 진료방법 및 치료의 필요성에 관한 판단 권한을 사실상 박탈하고, 불필요한 검사의 시행에 시간과 비용을 소요하도록 하며, 검사를 원하지 아니하는 환자들에 대해, 효과적인 치료방법 대신 효율이 떨어지는 치료방법을 선택하도록 하거나, 극단적인 경우 치료의 포기도 감수하게 하는 등 침해되는 사익이 매우 중대하므로, 과잉금지원칙에 위배하여 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

인조테이프를 이용한 요실금수술을 통하여 치료가 가능한 복잡성 요실금의 진단에 요류역학검사가 반드시 필요한 것이 아님에도, 환자에게 육체적으로 고통스럽고 수치심이나 모멸감을 일으켜 인격적으로 감당하기 어려운 요류역학검사를 받는 경우에만 요양급여를 적용하는 것은 환자의 수, 치료의 필요성이나 절박성, 치료에 소요되는 전체비용 등과 무

관한 것으로서 합리성을 인정하기 어려운바, 이는 환자들에게 일정한 고통을 감수하고 불필요한 검사를 받을 것인지, 요양급여를 받을 것인지 택일하도록 하는 것일 뿐 질병의 치료와 국민 건강증진을 위한 보험재원의 적절한 운용이라 볼 수 없으며, 요류역학검사를 받았는지 여부가 질병치료의 필요성이나 절박성을 드러내는 지표가 될 수 없다는 점에서 차별취급의 합리적 기준이 될 수도 없으므로, 이 사건 심판대상조항은 국가의 보호의무에 위반하여 환자인 청구인들의 인간다운 생활을 할 권리 및 보건권을 침해한다.

【심판대상조문】

구 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항(2007. 1. 23. 보건복지가족부 고시 제 2007-3호로 개정되고, 2011. 11. 25. 보건복지부 고시 제2011-144호로 개정되기 전의 것)

I. 행위

제9장 처치 및 수술료 등

항 목	제 목	세부인정사항
자356 요실금수술	인조테이프를 이용한 요실금 수술 인정기준	인조테이프를 이용한 요실금수술은 요류역학검사(방광내압 측정 및 요누출압검사)로 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인되고 요누출압이 120cmHO 미만인 경우에 인정하며, 동 인정기준 이외에는 비용효과성이 떨어지고 치료보다 예방적 목적이 크다고 간주하여 시술료 및 치료재료 비용 전액은 환자가 부담토록 함(비급여).

요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항(2011. 11. 25. 보건복지부 고시 제 2011-144호로 개정된 것)

I. 행위

제9장 처치 및 수술료 등

항 목	제 목	세부인정사항
자356 요실금수술	인조테이프를 이용한 요실금수술 인정기준	1. 인조테이프를 이용한 요실금수술은 요류역학검사로 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인되어 수술적 치료가 필요한 경우에 인정함. 다만, 진료담당의사의 요류역학검사 판독소견서는 다음 항목을 포함하여 작성하고, 요양급여비용 청구시 관련 검사결과지를 첨부하여 제출토록 함

		<p style="text-align: center;">-다 음-</p> <p>가. 총 방광용적(Maximal Cystometric Capacity) 나. 감각(Sensation)의 증감 혹은 정상 여부 다. 유순도(Compliance)의 증감 혹은 정상 여부 라. 비억제성배뇨근수축(Uninhibited Detrusor Contraction)의 유무 - 복압(Pabd), 배뇨근압(Pdet) 포함 마. 요류검사 시(Uroflometry) 최고요속 및 배뇨량, 배뇨 후 잔뇨량 바. 요누출압(Valsalva Leak Point Pressure, VLPP 또는 Coughing Leak Point Pressure, CLPP) 측정 시 (1) 충전 방광용적(Bladder filling Volume) (2) 요누출(Urine Leakage) 유무 (3) 방광내압(Pves) 사. 최대요도폐쇄압(Maximal Urethral Pressure)</p> <p>2. 동 인정기준 이외에는 비용효과성이 떨어지고 치료보다 예방적 목적이 크다고 간주하여 제반 진료비용(입원료, 마취료 및 치료재료 비용 등)은 요양급여하지 아니함(비급여).</p>
--	--	--

방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법(2008. 11. 27. 건강보험심사평가원)

방광내압 또는 요누출압 측정검사는 방광을 비웠을 때부터 시작하여 방광의 충만과 배뇨 시 압력을 측정하는 방법으로 검사시작 및 도중에 방광내압(Pves), 복강내압력(Pabd)이 음압이 나타날 때는 즉시 “0(zero)” 이상으로 보정하여야 한다. 또한 요누출압 측정검사는 생리식염수 주입 용량이 300ml 이하에서 시작하는 것을 원칙으로 한다. 2009년 1월 1일 진료분부터 적용

【참조조문】

헌법 제34조 제1항, 제36조 제3항

구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제39조(요양급여)

- ① 생략
- ② 제1항의 규정에 의한 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정한다.
- ③ 생략

구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제40조(요양기관)

- ①~③ 생략
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 의한 요양기관은 정당한 이유없이 요양급여를 거부하지 못한다.

헌재 2013. 9. 26. 2010헌마204·679, 2012헌마187(병합)

구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제43조(요양급여 비용의 청구와 지급 등) ①~⑦ 생략

⑧ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 요양급여비용의 청구·심사·지급 등의 방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제55조(설립) 요양급여비용을 심사하고 요양급여의 적정성을 평가하기 위하여 건강보험심사평가원(이하 “심사평가원”이라 한다)을 설립한다.

구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제56조(업무 등) ① 생략

② 제1항 제2호·제5호 및 제7호의 규정에 의한 요양급여 등의 적정성 평가에 관한 기준·절차·방법 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

국민건강보험법(2013. 5. 22. 법률 제11787호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

국민건강보험법(2013. 5. 22. 법률 제11787호로 개정된 것) 제41조(요양급여) ① 생략
② 제1항에 따른 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등의 기준은 보건복지부령으로 정한다.

③ 생략

국민건강보험법(2013. 5. 22. 법률 제11787호로 개정된 것) 제42조(요양기관) ①~④ 생략
⑤ 제1항·제2항 및 제4항에 따른 요양기관은 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못한다.

사회보장기본법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정된 것) 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. 생략

2. “사회보험”이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다.

3.~5. 생략

사회보장기본법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정된 것) 제9조(사회보장을 받을 권리) 모든 국민은 사회보장 관계 법령에서 정하는 바에 따라 사회보장급여를 받을 권리(이하 “사회보장수급권”이라 한다)를 가진다.

구 국민건강보험법 시행규칙(2012. 8. 31. 보건복지부령 제157호로 개정되기 전의 것) 제13조(요양급여비용의 심사·지급) ①~④ 생략

⑤ 요양급여비용심사결과통보서 및 요양급여비용지급통보서의 서식과 요양급여비용의 심사·지급에 관하여 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

요양급여비용 심사·지급업무 처리기준(2000. 7. 18. 보건복지부 고시 제2000-41호로 제정된 것) 제4조(요양급여비용의 심사) ① 심사평가원은 요양급여비용의 심사청구를 받은 때에는 그 심사청구 내역이 다음 각 호에 적합한지를 심사하여야 한다. 이 경우 제4호

판례집 25-2(하)

에 해당하는 심사기준은 공개하여야 한다.

1.~3. 생략

4. 기타 심사평가원의 원장이 법 제59조의 규정에 의하여 설치된 진료심사평가위원회의 심의를 거쳐 정한 요양급여비용의 심사기준 등

②~④ 생략

【참조판례】

2. 헌재 2007. 7. 26. 2006헌마1164, 판례집 19-2, 194, 199-200

4. 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 449

헌재 2012. 2. 23. 2011헌마123, 판례집 24-1상, 365, 372

5. 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576, 597

【당 사 자】

청 구 인 [2010헌마204]

1. 원○석

2. 김○화

청구인 1., 2. 대리인 법무법인 상록 (담당변호사 민경한 외 2인)

[2010헌마679]

3. 김○옥

4. 노○희

5. 김○영

6. 박○정

7. 이○정

청구인 3. 내지 7. 대리인 법무법인 세승 (담당변호사 현두륜 외 4인)

[2012헌마187]

8. 한○철

9. 신○숙

청구인 8., 9. 대리인 법무법인 샘
(담당변호사 박복환)

【주 문】

1. 청구인 원○석, 박○정, 이○정의 심판청구와 청구인 김○화, 김○옥, 노○희, 김○영의 심판청구 중 건강보험심사평가원의 2008. 11. 27.자 심사지침 ‘방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법’에 대한 청구를 모두 각하한다.
2. 청구인 김○화, 김○옥, 노○희, 김○영의 나머지 심판청구와 청구인 한○철, 신○숙의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들의 지위

(가) 2010헌마204

청구인 원○석은 2002년 5월부터 ○○시에서 산부인과 의원을 개설하여 운영하고 있는 산부인과 전문의이다. 청구인 김○화는 2006. 4. 28.경 요류역학검사 없이 요실금수술을 받았다가 재발하여 2010. 3. 18. 요류역학검사를 받고 2010. 3. 22. 요실금수술을 받았다.

(나) 2010헌마679

청구인 김○옥은 2010. 9. 29. 요류역학검사를 받고 2010. 10. 2. 요실금수술을 받았고, 청구인 노○희는 2010. 8. 12. 요류역학검사를 받고 2010. 9. 15. 요실금수술을 받았다. 청구인 김○영은 2010. 3. 4. 의사면허를 취득한 뒤 종합병원에서 근무하고 있고, 청구인 박○정은 2007. 2. 1. 이전에 의사면허를 취득하고 종합병원에서 근무하고 있으며, 청구인 이○정은 2000. 3. 28. 의사면허를 취득한 뒤 2009. 11. 17. 산부인과 의원을 개설하였다.

(다) 2012헌마187

청구인 한○철은 2001. 3. 24. 산부인과 전문의 자격을 취득한 뒤 병원을 운영하고 있다. 청구인 신○숙은 2011. 12. 15. 2회, 2011. 12. 20. 1회에 걸쳐 요류역학검사를 받은 다음 2011. 12. 20. 요실금수술을 받았다.

(2) 요실금수술 인정기준 및 심사지침의 시행

보건복지가족부장관은 2007. 1. 23. 보건복지가족부 고시 제2007-3호(다음부터 ‘이 사건 고시’라고 한다)로 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’ 가운데 요실금수술 부분을 개정하였다. 그 구체적인 내용은 인조테이프를 이

용한 요실금수술은 요류역학검사(방광내압 측정 및 요누출압 검사) 결과 복잡성 요실금 혹은 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인되고 요누출압이 120cmH₂O 미만인 경우에만 요양급여 적용대상으로 인정하고 그 이외에는 비급여로 한다는 것이다.

그 뒤 요류역학검사의 신뢰성을 확보하기 위하여 건강보험심사평가원은 2008. 11. 27. 심사지침으로 ‘방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법’(다음부터 ‘이 사건 심사지침’이라 한다)을 신설하였다. 그 내용은 요류역학검사를 할 때 방광내압 또는 요누출압 측정검사는 방광을 비웠을 때부터 시작하여 방광의 충만과 배뇨 시 압력을 측정하는 방법으로 하고, 검사 시작 및 도중에 방광내압, 복강 내 압력이 음압이 나타날 때는 즉시 “0(zero)” 이상으로 보정하여야 하며, 요누출압 측정검사는 생리 식염수 주입용량이 300ml 이하에서 시작하는 것을 원칙으로 한다는 것이다.

보건복지부장관은 2011. 11. 25. 이 사건 고시를 개정하였다(보건복지부 고시 제2011-144호, 다음부터 ‘이 사건 개정고시’라 한다). 주된 개정내용은 인조테이프를 이용한 요실금수술의 요양급여 적용대상 인정을 위하여 요류역학검사를 하도록 한 부분은 존치하면서 ‘요누출압 120cmH₂O 미만’이라는 기준을 삭제하는 대신에 진료담당의사로 하여금 요류역학검사 판독소견서와 관련 검사결과지를 제출하도록 한 것이다.

(3) 헌법소원심판 청구

청구인 원○석, 김○화, 김○옥, 노○희, 김○영, 박○정, 이○정은 이 사건 고시 중 인조테이프를 이용한 요실금수술 인정기준 부분과 이 사건 심사지침이 의사 또는 요실금 환자인 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2010. 4. 1. 및 2010. 11. 8. 이 사건 헌법소원심판(2010헌마204, 2010헌마679)을 청구하였다. 한편, 청구인 한○철, 신○숙은 이 사건 개정고시 중 인조테이프를 이용한 요실금수술 인정기준 부분에 대하여 같은 주장을 하면서 2012. 2. 27. 이 사건 헌법소원심판(2012헌마187)을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’(2007. 1. 23. 보건복지가족부 고시 제2007-3호로 개정되고, 2011. 11. 25. 보건복지부 고시 제2011-144호로 개정되기 전의 것) 가운데 “I. 행위 제9장 ‘처치 및 수술료 등’ 중 자356 요실금수술항목” 부분(다음부터 ‘이 사건 고시조항’이라 한다), ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’(2011. 11. 25. 보건복

지부 고시 제2011-144호로 개정된 것) “I. 행위 제9장 ‘처치 및 수술료 등’ 중 자356 요실금수술항목” 부분(다음부터 ‘이 사건 개정 고시조항’이라 하고, 이 사건 고시조항과 이 사건 개정 고시조항을 묶어 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다) 및 건강보험심사평가원의 2008. 11. 27.자 ‘방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법’(이 사건 심사지침)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 심판대상조항과 심사지침의 내용은 [별지 1]과 같고 관련조항의 내용은 [별지 2]와 같다.

2. 청구인들의 주장요지

일반적으로 요실금은 환자의 병력·과거력을 알기 위한 문진, 요검사, 신체검사, 배뇨일지, 배뇨 후 잔뇨량 측정, 패드검사 등으로 진단하여 수술 여부를 결정할 수 있다. 요류역학검사는 위와 같은 진단방법으로 복잡성 요실금을 명확히 진단할 수 없는 경우나 요실금의 치료를 받은 경험이 있는 경우, 신경학적 질환이 있는 경우 등에 예외적으로 실시하는 것이다. 그런데도 이 사건 심판대상조항은 건강보험의 급여대상이 되는 요실금수술 인정기준으로 의학적 근거가 없고 환자에게 인격모욕적이고 큰 고통을 주는 요류역학검사를 요구하고 있고, 이 사건 심사지침은 요류역학검사를 함에 있어서 검사의 방법을 일정한 조건에 따르도록 제한하고 있다. 이에 위반한 경우 의사는 검사비나 시술비 및 재료대를 국민건강보험공단에 청구하지 못하고 환자에게 청구할 수밖에 없어 결국 위 비용은 환자가 부담하여야 한다.

따라서 이 사건 심판대상조항 및 심사지침은 의사인 청구인 원○석, 김○영, 박○정, 이○정, 한○철의 직업수행의 자유 등을 침해하고, 환자인 청구인 김○화, 김○옥, 노○희, 신○숙의 인간다운 생활을 할 권리, 보건권을 침해한다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 심사지침을 공권력 행사로 볼 수 있는지 여부

이 사건 심사지침은 건강보험심사평가원이 요양급여비용 심사업무를 함에 있어서 구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것, 다음부터 ‘구 국민건강보험법’이라 한다) 제43조 제8항, 제55조, 제56조 제2항, 구 국민건강보험법 시행규칙(2012. 8. 31. 보건복지부령 제157호로 개정되기 전의 것, 다음부터 ‘구 국민건강보험법 시행규칙’이라 한다) 제13조 제5항, ‘요양급여비용 심사·지급업무처리기준’(2000. 7. 18. 보건복지가족부 고시 제2000-41호로 제정된 것) 제4조 제1항 제4호에 근거하여 인조테이프를 이용한 요실금수술의 요양급여비용 청구에 대한 내부의 심사업무 처리기준을 정한 심

사지침이다. 이 사건 심사지침에서 정한 요류역학검사의 방법은 의사가 의료 전문가로서 당연히 준수하여야 할 것을 확인하는 의미를 가질 뿐이고 의사에게 어떠한 새로운 의무를 부과하는 것은 아니다. 의사는 요양급여를 실시함에 있어 '정확한 진단을 토대로 의학적으로 인정되는 범위' 안에서 최적의 방법으로 실시할 의무(국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항 별표 1의 제1호 가목 참조)가 있고, 이에 따라 요류역학검사를 하는 의사는 가장 신뢰성 있는 검사결과를 얻기 위하여 적절한 검사방법을 취하여야 한다. 이 사건 심사지침은 단지 '정확한 진단을 토대로 의학적으로 인정되는 범위'를 준수하였는지 여부를 심사하는 기준을 정한 것에 불과하다. 따라서 이 사건 심사지침은 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당하지 아니한다.

나. 청구인 원○석, 박○정, 이○정의 청구기간 준수 여부

법령에 대한 헌법소원은, 법령의 시행과 동시에 기본권 침해 받은 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 그 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌재 2007. 7. 26. 2006헌마1164, 판례집 19-2, 194, 199-200 등 참조).

의료기관의 의사는 전문의 자격을 취득하였는지 여부와 무관하게 이 사건 고시조항의 시행과 동시에 인조테이프를 이용한 요실금수술을 할 때 요류역학검사를 하여야 할 의무를 부담하게 되어 직업수행의 자유를 제한받게 된다. 따라서 이 사건 고시조항의 시행일인 2007. 2. 1. 이전부터 의료기관의 의사로 있었던 청구인 원○석, 박○정, 이○정은 이 사건 고시조항의 시행일부터 기본권의 침해를 받았다고 할 것이므로, 그로부터 1년이 지난 뒤에 제기된 위 청구인들의 심판청구는 청구기간을 초과하여 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 요실금과 요류역학검사

요실금이란 본인의 의지와 관계없는 자율적인 소변의 누출로 일상생활 및 사회생활에 지장을 주는 질환이다. 그 종류에는 복압의 상승으로 발생하는 복압성 요실금, 갑작스럽고 강한 배뇨감과 함께 발생하는 절박성 요실금, 복압성 요실금과 절박성 요실금이 함께 나타나는 혼합성 요실금이 있다. 요실금의 진단방법으로는 주관적 자료로 병력청취, 문진 등이 있고, 객관적 자료로 요검사, 신체검사, 방광요도경검사, 패드검사, 배뇨일지, 요류역학검사 등이 있다.

요실금 중 가장 많이 발생하는 복잡성 요실금의 치료방법으로는 약물치료, 방광훈련, 골반근육훈련, 전기자극치료, 체외자기장치료 등 비수술적 치료방법과 방광경부현수술, 슬링수술, 인공괄약근 삽입술 등 수술적 치료방법이 있다. 수술적 치료 중에는 슬링수술의 일종으로서 인체를 개복할 필요가 없어 시술이 간편하고 효과가 우수한 인조테이프를 이용한 요실금수술이 주로 이용되고 있다.

요류역학검사는 환자의 요실금 증상에 대해 정확한 특성 내지 원인을 확인하기 위하여 수술 전에 시행되는 검사로서, 소변이 방광에 저장되었다가 요도를 통하여 배출되는 과정까지 방광 및 요도의 기능검사들을 총칭한다. 근전도검사, 방광내압측정검사, 요도내압측정검사, 요류측정검사, 요누출압검사, 압력-요속검사 등이 여기에 포함되는데, 이 사건 고시조항에서 요구하는 검사는 그 중 방광내압측정검사와 요누출압검사이다.

요류역학검사의 목적은 환자의 증상이 복잡성 요실금에 따른 것인지 여부를 확인하고, 복잡성 요실금인 경우 그 원인이 무엇인지를 확인하며, 배뇨장애 가능성에 대해 예측하는 것이다. 요실금이 재발한 경우, 과거 광범위 자궁적출술을 받은 경우, 신경학적 이상이 의심되는 경우, 혼합성 요실금이 의심되어 주된 증상의 규명을 필요로 하는 경우, 복잡성 요실금 이외의 하부요로 증상이 동반되는 경우에는 수술 전에 반드시 요류역학검사를 받을 필요가 있다.

요류역학검사 방법은 요실금 진단기기와 연결된 도관 2개를 환자의 항문(직장)과 요도(방광)에 10-15cm 가량 삽입하고, 도관을 통하여 방광에 생리식염수를 주입한 상태에서 기침을 하게 하거나 배에 힘을 주게 하는 등 여러 가지 상황에서 소변이 새는지 여부를 확인하고, 방광내압, 소변이 새는 순간의 복압 등 여러 요소들을 측정하는 것이다. 검사의 정확성을 위해 검사시작 및 검사도중에 방광내압과 복강내압력이 음압을 나타낼 때는 즉시 이 기준 높이를 같게 하여 “0(zero)”이상으로 보정하여야 하고, 요누출압 측정검사는 방광에 생리식염수를 환자의 방광용적의 1/2 가량인 150-250ml까지 채운 후 시행하고, 150-200ml에서 요누출이 일어나지 않으면 생리식염수의 양을 늘려 250ml 나 300ml에서 다시 시행한다.

나. 이 사건 심판대상조항의 연혁

요실금 치료방법 중 인조테이프를 이용한 요실금수술은 2001년부터 건강보험 수가상 ‘질강을 통한 수술’ 항목으로 분류되었고, 2006년부터 보험급여가 확대되어 요실금수술에 사용되는 치료재료가 전액 본인부담항목에서 일부 본인부담항목으로 변경되었다. 이에 따라 요실금수술을 받는 환자의 부담이 크게

경감되었다.

한편, 일부 민간 보험회사들은 1998년부터 2000년까지 요실금수술 시 정액의 보험금을 지급하는 보험상품을 판매하였는데, 당시에는 요실금수술을 하려면 전신마취와 개복술을 하여야 했다. 그러나 2000년 초반에 인조테이프를 이용한 요실금수술이 도입되면서 개복 없이 낮은 비용으로 수술이 가능하게 되었고, 많은 보험가입자가 큰 부담 없이 요실금수술을 받고 비용을 초과하는 보험금을 받을 수 있게 되었다.

이러한 건강보험급여 확대와 일부 민간 의료보험의 과도한 보상제도로 인하여 요실금수술 건수가 폭증함에 따라 그에 지출된 건강보험재정이 2002년 35억 원, 2003년 48억 원, 2004년 72억 원, 2005년 132억 원, 2006년 478억 원으로 크게 증가하였다. 또 요실금수술을 보험금 및 진료비 편취의 목적으로 악용하는 사례도 발생하였다.

이에 보건복지부는 무분별한 요실금수술의 시행 확산으로 인한 국민건강의 위해와 건강보험재정의 불필요한 낭비를 방지하기 위하여 이 사건 고시조항으로 인조테이프를 이용한 요실금수술 인정기준을 신설하였다. 그런데 이 사건 고시조항 시행 이후 상당수 의료기관들이 그 결과를 신뢰할 수 없는 방식으로 요류역학검사를 실시하고 요실금수술을 시행한 뒤 요양급여비용을 청구하는 사례가 발생하자, 요류역학검사 결과의 심사기준을 마련하기 위하여 이 사건 심사지침을 제정하였다. 이후 이 사건 고시조항의 인정기준에 대한 의료계의 문제제기가 계속되자 보건복지부 장관은 앞서 본 바와 같이 이 사건 고시를 개정하였다.

다. 이 사건 심판대상조항의 기본권 침해 여부

(1) 제한되는 기본권

이 사건 심판대상조항은 인조테이프를 이용한 요실금수술을 요양급여의 대상으로 인정하기 위한 기준으로 의료기관의 의사에게 요류역학검사를 실시하여 환자의 요실금이 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금 인지를 확인할 것을 요구하고, 이러한 인정기준을 충족하지 아니한 경우에는 비급여 대상으로 정하여 그 비용 전액을 환자가 부담하도록 하고 있다. 환자가 요양급여를 받기를 원하는 경우에 의료기관의 의사는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하고(구 국민건강보험법 제40조 제4항 및 국민건강보험법 제42조 제5항), 요양급여는 관계법령에서 정한 요양급여의 적용기준 및 방법에 따라 실시하여야 하므로(구 국민건강보험법 제39조 제2항 및 국민건강보험법 제41조

제2항, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항), 의사가 환자의 요구에 따라 요양급여 대상인 인조테이프를 이용한 요실금수술을 하는 경우에는 다른 진료방법이 있다 하더라도 이 사건 심판대상조항에서 정한 바에 따라 요류역학검사를 실시하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 의사가 적절한 진료방법을 선택할 자유 즉 의사의 직업수행의 자유를 제한하고 있다.

한편, 이 사건 심판대상조항에서 정한 인정기준 이외에는 비급여 대상이 되어 그 비용을 환자가 전액 부담하도록 함으로써 환자의 건강보험 수급범위를 제한하고 있다. 이에 따라 요실금 환자가 건강보험의 혜택을 받고 인조테이프를 이용한 요실금수술을 받기 위해서는 인격모욕적이고 고통이 따르는 요류역학검사를 받아야만 하므로, 요실금 환자의 인간다운 생활을 할 권리와 보건권이 제한된다.

(2) 의사의 직업수행의 자유 침해 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 심판대상조항의 입법목적은 불필요한 요실금수술을 억제함으로써 국민건강의 위해를 예방하고 요양급여의 적절한 운영을 기하여 한정된 건강보험재정으로 국민에게 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자 하는 것이므로 그 정당성을 인정할 수 있다. 한편, 이와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 이 사건 심판대상조항은 인조테이프를 이용한 요실금수술의 요양급여 인정기준으로 요류역학검사 결과 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인될 것을 요구하고 이에 해당하지 않으면 요실금수술 비용 전액을 환자가 부담하도록 정하고 있는데, 이는 불필요한 요실금수술을 억제하여 건강보험재정의 건전성을 확보하는 데 효과적인 수단이므로 수단의 적합성도 인정할 수 있다.

(나) 피해의 최소성

한정된 자원으로 운영되고 있는 국민건강보험제도에 있어 재정의 건전성을 확보하여 국민의 부담을 경감시키기 위해서는 가장 경제적이고 비용효과성이 높은 적절한 진료방법이 선택되어야 한다. 이 사건 심판대상조항은 단순히 요실금의 진단에 요류역학검사를 요구하는 것이 아니라, 요실금의 치료방법으로 인조테이프를 이용한 요실금수술을 선택하고 그 비용을 요양급여 대상으로 인정받기 위한 조건으로 요류역학검사를 요구하고 있는 것이다. 요실금의 진단과 달리 요실금의 치료에는 많은 비용이 소요되어 건강보험의 재정과 밀접한 관계가 있으므로 치료가 필요한지 여부를 판단함에 있어서는 객관적이고 정확

한 근거를 요구할 필요가 있다.

요류역학검사는 다른 요실금 진단방법에 비하여 비용이 많이 들고 환자에게 많은 고통과 불편감을 주는 방법이기도 하다. 그러나 환자의 요실금이 복잡성 요실금인지 여부 및 그 정도를 기계적 장치에 의한 객관적 수치로 확인할 수 있는 거의 유일한 방법이고, 인조테이프를 이용한 요실금수술이 필요한지 여부를 판단함에 있어서 다른 방법에 비하여 보다 객관적이고 결과를 신뢰할 수 있는 방법이다. 한편, 요실금수술의 필요성 여부를 판단함에 있어서 요류역학검사와 동일한 효과를 가지면서도 기본권을 덜 침해하는 다른 객관적인 수단은 찾아보기 어렵다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 피해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 심판대상조항으로 인하여 의사가 입게 되는 불이익은, 요류역학검사가 다른 진단방법에 비하여 더 복잡하고 어려워 의사가 검사 과정에서 겪을 수 있는 불편함과 검사장비를 갖추는 데 따른 비용의 증가이다. 그런데 검사 과정에서 발생하는 불편함은 일시적인 것에 불과한 점, 이 사건 심판대상조항이 아니더라도 요실금수술을 시행함에 있어서 요류역학검사가 필요한 경우가 있으므로 요실금 치료를 업으로 하는 의사는 이 사건 심판대상조항과 관계없이 검사장비를 갖추는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 심판대상조항에 의하여 침해되는 사익은 그다지 크다고 할 수 없다.

반면에 이 사건 심판대상조항으로 불필요한 요실금수술 및 그에 대한 비용 지출을 억제하여 건강보험제정의 건전성을 확보함으로써 더 많은 국민들의 질병 치료가 가능해지고, 불필요한 요실금수술로 인한 환자의 건강 훼손을 막아 국민건강을 증진시킬 수 있는 공익은 매우 중요하다. 따라서 침해되는 사익보다 달성할 수 있는 공익이 훨씬 중대하므로, 이 사건 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추고 있다.

(라) 소결

그러므로 이 사건 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 의사의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 환자의 인간다운 생활을 할 권리 침해 여부

(가) 건강보험수급권의 성질

헌법 제34조 제1항은 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리 보장을, 제2항은 국가의 사회보장 및 사회복지 증진에 노력할 의무를 규정하고 있다. 사회보장

수급권은 헌법 제34조 제1항에 따른 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권 중의 핵심인데, 건강보험수급권은 사회보장수급권의 하나로서 바로 이러한 사회적 기본권에 속하므로, 건강보험수급권의 보장은 인간다운 생활을 할 권리의 보장을 의미한다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 449 참조). 이 사건 심판대상조항은 인조테이프를 이용한 요실금수술의 요양급여 인정기준을 요류역학검사로 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인될 것으로 정하고 그 이외에는 비급여 대상으로 함으로써 건강보험의 수급범위를 제한하고 있는데, 이러한 건강보험 수급범위의 제한이 요실금 환자의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부가 문제된다.

(나) 심사기준

건강보험제도는 피보험자인 국민이 납부하는 기여금 형태의 보험료와 국고 부담을 재원으로 하여, 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진하기 위한 제도로써(국민건강보험법 제1조) 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처하는 일종의 사회보험제도이다. 그러므로 이 제도에 따른 건강보험수급권은 이른바 사회보장수급권의 하나에 속한다(사회보장기본법 제3조 제2호, 제9조).

헌법의 규정에 의거하여 국민에게 주어지게 되는 사회보장에 따른 국민의 수급권은 국가에게 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하기 때문에, 국가가 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위하여 한정된 가용자원을 분배하는 사회보장수급권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정부담 능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 상충하는 국민 각 계층의 갖가지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려해야 하는 것이어서, 이 부분은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있다고 보아야 한다.

그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어난 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2012. 2. 23. 2011헌마123, 판례집 24-1상, 365, 372 참조).

(다) 이 사건 심판대상조항에 대한 판단

인조테이프를 이용한 요실금수술의 건강보험 대상은 행위급여인 수술료와

치료용 재료비로 나뉘는데, 이 사건 고시 시행 전까지는 인조테이프를 이용한 요실금수술은 별도의 인정기준 없이 요실금수술 중 질강을 통한 수술로 분류되었고, 요실금 치료용 재료인 인조테이프 비용은 2006. 1. 1. 이전에는 전액 본인부담으로 하다가 2006. 1. 1. 이후부터 일부 본인부담으로 하였다. 이에 따라 인조테이프를 이용한 요실금수술을 한 경우에 2006. 1. 1. 이전까지는 요실금수술료(약 26만 원)만 청구되다가 2006. 1. 1. 이후부터 수술료(약 26만 원) 및 치료재료비(약 100만 원)가 청구되었고, 이에 대하여 국민건강보험공단은 별도 급여기준 없이 청구내역을 비교하여 사례별로 인정하여 왔다. 그런데 앞서 본 바와 같이 치료재료비에 대한 보험급여 확대에 따라 요실금 수술건수가 폭증하고, 요실금수술을 보험금 및 진료비 편취의 목적으로 악용하는 사례가 발생함에 따라 이 사건 고시조항을 신설하여 인조테이프를 이용한 요실금수술의 요양급여 인정기준을 명확하게 설정하게 된 것이다.

그런데 한정된 가용자원으로 더 많은 국민에게 보험급여를 실시하기 위하여 ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’ 제5조 별표 1의 제1호 다목은 요양급여가 경제적으로 비용효과적인 방법으로 행하도록 정하고 있는바, 이 사건 심판대상조항은 인조테이프를 이용한 요실금수술을 비용효과적으로 하도록 하기 위해 요류역학검사를 실시할 것을 요구하고 있는 점, 인조테이프를 이용한 요실금수술은 복잡성 요실금의 치료방법이고 요류역학검사가 복잡성 요실금인지 여부를 판별하는 데 가장 적절한 검사방법인 점, 요류역학검사가 다른 진단방법에 비하여 보다 객관적이고 결과를 신뢰할 수 있는 점, 요실금수술에 대한 보험급여 확대와 민간 의료보험의 과도한 보상제도로 인하여 불필요한 요실금수술이 행하여질 가능성이 있는 상황에서 요류역학검사가 이를 억제하는 데 유용한 방법인 점, 요류역학검사를 받지 않더라도 본인이 비용을 부담하고 요실금수술을 받을 수는 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 심판대상조항이 정한 위와 같은 요양급여 인정기준은 국민건강 보호에 필요한 최소한도의 내용마저 보장하지 않고 있다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어난 경우라고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 요실금 환자의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다.

(4) 환자의 보건권 침해 여부

청구인들은 이 사건 심판대상조항으로 인하여 요실금 환자들이 요실금수술을 기피하게 되었으므로 이 사건 심판대상조항이 요실금 환자의 보건권을

침해한다고 주장한다.

헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576, 597 참조).

이 사건 심판대상조항은 국민의 보건을 위하여 질병인 요실금의 치료방법인 인조테이프를 이용한 요실금수술에 대한 보험급여를 실시함에 있어서 요양급여 대상 인정기준을 정한 것이므로, 국민의 보건권을 제한하는 것이라고 보기는 어렵다. 다만 그 내용이 보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하였는지가 문제된다.

그러나 이미 앞서 본 것처럼 이 사건 심판대상조항이 정한 요양급여 인정기준이 요실금 환자의 건강 보호에 필요한 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어났다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사건 심판대상조항이 국민 보건에 관한 국가의 보호의무를 위반하여 요실금 환자인 청구인들의 보건권을 침해한다고 볼 수도 없다.

5. 결 론

그렇다면, 청구인 원○석, 박○정, 이○정의 심판청구와 청구인 김○화, 김○옥, 노○희, 김○영의 이 사건 심사지침에 대한 심판청구를 모두 각하하고, 청구인 김○화, 김○옥, 노○희, 김○영의 나머지 심판청구와 청구인 한○철, 신○숙의 심판청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 6. 재판관 이정미, 재판관 김창종의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 의견이 일치되었다.

6. 재판관 이정미, 재판관 김창종의 위헌의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 심판대상조항이 아래와 같은 이유에서 의사의 직업수행의 자유 및 환자의 인간다운 생활을 할 권리 또는 보건권을 침해한다고 본다.

가. 의사의 직업수행의 자유 침해

(1) 이 사건 심판대상조항은 인조테이프를 이용한 요실금수술이 적정한 치료방법으로 인정되는 경우에만 위와 같은 수술이 이루어질 수 있도록 함으로써 불필요한 요실금수술로 인하여 발생할 수 있는 국민 건강에 대한 위해를 방

지하고, 건강보험제정의 건전성을 확보하여 국민에게 최대한의 건강보험 혜택을 부여하고자 하는 것이므로 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

(2) 그리고 요류역학검사는 환자의 증상이 복잡성 요실금인지, 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금인지, 요실금의 원인이 요도의 과운동성 때문인지 아니면 내인성 괄약근의 기능부전 때문인지 등을 객관적인 지표를 통해 감별하는 유용한 검사방법이라는 점에서 요류역학검사를 거쳐 인조테이프를 이용한 요실금수술을 시행하도록 하는 것은 목적 달성에 일정 부분 기여한다고 볼 여지가 있다.

(3) 그러나 인조테이프를 이용한 요실금수술을 통한 치료가 가능한 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금의 진단에 요류역학검사, 특히 이 사건 고시조항에서 요구하는 방광내압측정검사와 요누출압검사가 반드시 필요한 것은 아니고, 요류역학검사의 결과만으로 복잡성 요실금을 확진할 수 있는 것도 아니다. 일반적으로 복잡성 요실금의 진단은, 병력청취, 소변 검사, 신체검사, 기침을 하게 하거나 배에 힘을 주게 하여 요실금 발생을 확인하는 스트레스 테스트, 일정 기간의 배뇨양상을 기재하는 배뇨일지 작성, 일정한 시간 동안 여러 활동을 하게 한 후 패드에 새어나오는 소변을 측정하는 패드 검사, 초음파검사 등을 통하여 충분히 가능하고, 요류역학검사의 시행 및 결과 판독에는 의사의 주관적 요소가 개입될 수 있으므로 그 결과만으로 복잡성 요실금 여부가 확진될 수는 없는 것이다.

복잡성 요실금은 성인 여성에게 흔히 발생하는 질환으로서, 일상생활에 불편함을 가져올 뿐만 아니라 삶의 질을 현저히 감소시키며, 심한 경우 우울증, 고립감, 당혹감 등 정신적인 문제를 야기할 수 있는 병이므로, 치료가 반드시 필요하다. 그러나 가장 효과적인 치료방법인 수술적 치료의 경우 불과 10여 년 전까지만 해도 회복을 요하는 등의 문제로 그 치료가 제대로 이루어지지 아니하는 경우가 많았지만, 최근에는 비교적 간이한 수술로 큰 효과를 볼 수 있게 되었다. 그리하여 요실금수술이 증가하였는데, 허위 또는 불필요한 요실금수술이 얼마나 되는지에 대한 명확한 자료는 없다. 그럼에도 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금의 수술적 치료비용에 관한 요양급여를 적용함에 있어, 의학적으로 반드시 필요하지 않을 뿐만 아니라, 검사 방법이 육체적으로 고통스러우며, 환자가 수치심이나 모멸감을 느끼는 등 인격적으로 감당하기 어려운 요류역학검사를 반드시 거칠 것을 요구하는 것은 수술비용을 전적으로 부담하는 것이 어려운 환자에 대하여 실질적으로 요류역학검사를 강

제하거나 치료를 포기하도록 하는 것이다. 또한 이는 위와 같은 환자들을 진료하는 의사들에게 고가의 부가적인 검사 장비를 갖추어 불필요한 검사를 하도록 하는 것이기도 하다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘는 과도한 제한에 해당한다.

복합성 요실금 또는 복합성 요실금이 주된 혼합성 요실금의 진단은 환자의 증상에 대한 세심한 관찰과 충분한 상담 및 앞서 살핀 여러 검사들의 선별적 또는 종합적 시행을 통하여 이루어질 수 있고, 의사가 환자에게 증상에 맞지 않는 수술적 치료를 통하여 발생할 수 있는 부작용에 대하여 명확하게 사전 고지, 설명하도록 함으로써 불필요한 요실금수술의 시행 방지의 입법목적은 충분히 달성될 수 있다. 또한 보험제정의 건전성 확보는, 단기적으로는 건강보험심사평가원의 심사업무를 강화하고 보험급여의 과다 청구 등에 대하여 형사 제재 또는 행정처분을 과하는 등 관련 법률을 엄격하게 집행해 나감으로써, 보다 장기적인 관점에서는 재원을 확충하고, 요양급여기준 등을 합리적으로 재조정하며, 요실금 환자 발생 실태에 대한 연구 및 계측을 바탕으로 요실금 예방을 위한 식습관 개선을 유도하고, 운동요법을 보급·홍보하는 등 질환의 발생 자체를 억제할 수 있도록 함으로써 달성될 수 있다.

이와 같은 점들을 종합하면, 이 사건 심판대상조항은 목적 달성을 위하여 덜 침해적인 수단의 존재에도 불구하고 이를 채택하지 아니한 채 불필요한 제한을 부과하는 것으로 침해의 최소성을 충족하지 못한다.

(4) 나아가 이 사건 심판대상조항으로 인하여 달성되는 공익은 수술적 치료가 필요한 요실금 환자들 가운데 요류역학검사를 받은 환자에게만 요양급여를 적용하여 요류역학검사를 받은 환자의 치료비용 부담을 경감시키고, 전체적인 요양급여 지출을 줄이는 것이다. 반면 이 사건 심판대상조항은 의사가 다른 여러 가지 방법을 통하여 환자를 진료한 결과 요류역학검사가 반드시 필요하지 아니하다고 판단한 경우에도 환자가 요양급여를 받을 수 있도록 하기 위하여 환자의 신체적·정신적 고통이 수반되는 요류역학검사를 시행하도록 함으로써 의사의 진료방법의 결정 및 치료의 필요성에 관한 판단 권한을 사실상 박탈하고, 불필요한 검사의 시행에 시간과 비용을 소요하도록 한다. 또한 의사로 하여금 검사를 원하지 아니하는 환자들에 대해, 효과적인 치료방법 대신 효율이 떨어지는 치료방법을 선택하도록 하거나, 전적으로 환자 개인의 비용부담 하에 수술적 치료를 받도록 하거나, 극단적인 경우 치료의 포기 에 이르게 할 여지도 있는바, 이 사건 심판대상조항으로 인하여 침해되는 사

익은 매우 중대하다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 법익균형성의 원칙에도 위반된다.

(5) 결국 이 사건 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

나. 환자의 인간다운 생활을 할 권리 또는 보건권 침해

(1) 헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정하면서, 제34조 제2항에서 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정함과 아울러 제34조 제5항에서 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있는바, 이러한 헌법규정들은 생활능력 없는 질환자에게 인간다운 생활을 할 권리가 있고, 이에 대응하여 국가에게 생활능력 없는 질환자를 보호할 헌법적 의무가 있음을 보여주고 있는 것이다. 또한 헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하는바, 국가는 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 한다.

다만 한정된 가용자원으로 국민의 질병에 대한 예방, 진단, 치료 및 건강증진에 대한 보험급여를 실시하기 위하여 요양급여의 방법, 절차, 범위 등을 정하고 일상생활에 지장이 없는 질환을 급여의 대상에서 제외하거나 환자 본인의 부담금, 급여비용 등에 관한 지급 기준을 세우고, 급여를 점진적으로 확대해 나감에 있어 입법부 또는 입법에 의하여 위임을 받은 행정부의 판단이 우선 존중되어야 할 것이나, 입법부 또는 행정부의 판단이 재량범위를 일탈하여 자의적으로 급여의 기준 등을 정하거나 합리적 이유없는 차별을 야기하는 때에는 헌법에 위반된다고 할 것이다.

(2) 앞서 살핀 바와 같이 인조테이프를 이용한 요실금수술을 통하여 치료가 가능한 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금의 진단에 요류역학검사가 반드시 필요한 것은 아님에도, 환자 본인에게 신체적·정신적 고통을 수반하는 요류역학검사를 받는 경우에만 요양급여를 적용하는 것은 환자의 수, 치료의 필요성이나 절박성, 치료에 소요되는 전체비용 등과 무관한 것으로서 요실금의 과잉치료를 방지한다는 이유로 요실금 진단을 위한 과잉검사를 요구하는 것과 다름없으므로 합리성을 인정하기 어렵다.

이는 환자들에게 일정한 고통을 감수하고 반드시 필요하지 않은 검사를 받을 것인지, 요양급여를 받을 것인지 택일하도록 하는 것일 뿐 질병의 치료와 국민 건강증진을 위한 보험재원의 적정한 운용이라 볼 수 없으며, 요류역학검

사를 받았는지 여부가 질병치료의 필요성이나 절박성을 드러내는 지표가 될 수 없다는 점에서 차별취급의 합리적 기준이 될 수도 없다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 국가의 보호의무에 위반하여 환자인 청구인들의 인간다운 생활을 할 권리 및 보건권을 침해한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지 1] 심판대상조항

구 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항(2007. 1. 23. 보건복지가족부 고시 제2007-3호로 개정되고, 2011. 11. 25. 보건복지부 고시 제2011-144호로 개정되기 전의 것)

I. 행위

제9장 처치 및 수술료 등

항 목	제 목	세부인정사항
자356 요실금수술	인조테이프를 이용한 요실금 수술 인정기준	인조테이프를 이용한 요실금수술은 요류역학검사(방광내압 측정 및 요누출압검사)로 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인되고 요누출압이 120cmHO 미만인 경우에 인정하며, 동 인정기준 이외에는 비용효과성이 떨어지고 치료보다 예방적 목적이 크다고 간주하여 시술료 및 치료재료 비용 전액은 환자가 부담토록 함(비급여).

요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항(2011. 11. 25. 보건복지부 고시 제2011-144호로 개정된 것)

I. 행위

제9장 처치 및 수술료 등

항 목	제 목	세부인정사항
자356 요실금수술	인조테이프를 이용한 요실금수술 인정기준	1. 인조테이프를 이용한 요실금수술은 요류역학검사로 복잡성 요실금 또는 복잡성 요실금이 주된 혼합성 요실금이 확인되어 수술적 치료가 필요한 경우에 인정함. 다만, 진료담당의사의 요류역학검사 판독소견서는 다음 항목을 포함하여 작성하고, 요양급여비용 청구시 관련 검사결과지를 첨부하여 제출토록 함

		<p style="text-align: center;">-다 음-</p> <p>가. 총 방광용적(Maximal Cystometric Capacity) 나. 감각(Sensation)의 증감 혹은 정상 여부 다. 유순도(Compliance)의 증감 혹은 정상 여부 라. 비억제성배뇨근수축(Uninhibited Detrusor Contraction)의 유무 - 복압(Pabd), 배뇨근압(Pdet) 포함 마. 요류검사 시(Uroflometry) 최고요속 및 배뇨량, 배뇨 후 잔뇨량 바. 요누출압(Valsalva Leak Point Pressure, VLPP 또는 Coughing Leak Point Pressure, CLPP) 측정 시 (1) 충전 방광용적(Bladder filling Volume) (2) 요누출(Urine Leakage) 유무 (3) 방광내압(Pves) 사. 최대요도폐쇄압(Maximal Urethral Pressure)</p> <p>2. 동 인정기준 이외에는 비용효과성이 떨어지고 치료보다 예방적 목적이 크다고 간주하여 제반 진료비용(입원료, 마취료 및 치료재료 비용 등)은 요양급여하지 아니함(비급여).</p>
--	--	--

방광내압 및 요누출압 측정 시 검사방법(2008. 11. 27. 건강보험심사평가원)
방광내압 또는 요누출압 측정검사는 방광을 비웠을 때부터 시작하여 방광의 충만과 배뇨 시 압력을 측정하는 방법으로 검사시작 및 도중에 방광내압(Pves), 복강내압력(Pabd)이 음압이 나타날 때는 즉시 “0(zero)” 이상으로 보정하여야 한다.

또한 요누출압 측정검사는 생리식염수 주입 용량이 300ml 이하에서 시작하는 것을 원칙으로 한다.

2009년 1월 1일 진료분부터 적용

[별지 2] 관련조항

구 국민건강보험법(2009. 5. 21. 법률 제9690호로 개정되고, 2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것)

제39조(요양급여) ① 가입자 및 피부양자의 질병·부상·출산 등에 대하여 다음 각 호의 요양급여를 실시한다.

1. 진찰·검사
2. 약제·치료재료의 지급

3. 처치·수술 기타의 치료
4. 예방·재활
5. 입원
6. 간호
7. 이송

② 제1항의 규정에 의한 요양급여(이하 “요양급여”라 한다)의 방법·절차·범위·상한 등 요양급여의 기준은 보건복지부령으로 정한다.

③ 보건복지부장관은 제2항의 규정에 의하여 요양급여의 기준을 정함에 있어 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 기타 보건복지부령이 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다.

제43조(요양급여비용의 청구와 지급 등) ⑧ 제1항 내지 제6항의 규정에 의한 요양급여비용의 청구·심사·지급 등의 방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

구 국민건강보험법 시행규칙(2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정되고, 2012. 8. 31. 보건복지부령 제157호로 개정되기 전의 것)

제13조(요양급여비용의 심사·지급) ① 심사평가원은 요양급여비용의 심사청구를 받은 때에는 그 심사청구내용이 법 제39조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 요양급여의 기준과 법 제42조의 규정에 의하여 정하여진 요양급여비용의 내역에 적합한지를 심사한다. 이 경우 심사평가원의 원장은 제12조 또는 법 제83조의 규정에 의하여 제출받은 자료에 대한 사실 여부를 확인할 필요가 있다고 인정하는 때에는 소속직원으로서 하여금 당해 사항에 관하여 현지 출장하여 확인을 하게 할 수 있다.

⑤ 요양급여비용심사결과통보서 및 요양급여비용지급통보서의 서식과 요양급여비용의 심사·지급에 관하여 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2008. 3. 3. 보건복지가족부령 제1호로 개정되고, 2010. 3. 19. 보건복지부령 제1호로 개정되기 전의 것)

제5조(요양급여의 적용기준 및 방법) ① 요양기관은 가입자등에 대한 요양급여를 별표 1의 요양급여의 적용기준 및 방법에 의하여 실시하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항은 의약계·공단 및 건강보험심사평가원의 의견을 들어 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2001. 12. 31. 보건복지부령 제207호로 개정되고, 2012. 8. 31. 보건복지부령 제157호로 개정되기 전의 것) 제9조(비급여대상) ① 법 제39조 제3항의 규정에 의하여 요양급여의 대상에서 제외되는 사항(이하 “비급여대상”이라 한다)은 별표 2와 같다.

[별표 1] 요양급여의 적용기준 및 방법(제5조 제1항 관련)

1. 요양급여의 일반원칙

가. 요양급여는 가입자 등의 연령·성별·직업 및 심신상태 등의 특성을 고려하여 진료의 필요가 있다고 인정되는 경우에 정확한 진단을 토대로 하여 환자의 건강증진을 위하여 의학적으로 인정되는 범위 안에서 최적의 방법으로 실시하여야 한다.

다. 요양급여는 경제적으로 비용효과적인 방법으로 행하여야 한다.

[별표 2] 비급여대상(제9조 제1항 관련)

4. 보험급여시책상 요양급여로 인정하기 어려운 경우 및 그 밖에 건강보험급여 원리에 부합하지 아니하는 경우로서 다음 각 목에서 정하는 비용·행위·약제 및 치료재료

거. 그 밖에 요양급여를 함에 있어서 비용효과성 등 진료상의 경제성이 불분명하여 보건복지부장관이 정하여 고시하는 검사·치료·수술 기타의 치료 또는 치료재료

요양급여비용 심사·지급업무 처리기준(2000. 7. 18. 보건복지부 고시 제2000-41호로 제정된 것)

제4조(요양급여비용의 심사) ① 심사평가원은 요양급여비용의 심사청구를 받은 때에는 그 심사청구 내역이 다음 각 호에 적합한지를 심사하여야 한다. 이 경우 제4호에 해당하는 심사기준은 공개하여야 한다.

1. 내지 3. (생략)

4. 기타 심사평가원의 원장이 법 제59조의 규정에 의하여 설치된 진료심사평가위원회의 심의를 거쳐 정한 요양급여비용의 심사기준 등

접견교통권방해 등 위헌확인

(2013. 9. 26. 2011헌마398)

【판시사항】

1. 주관적 권리보호의 이익이 없고, 예외적으로 심판의 이익을 인정할 사안도 아니라고 보아 헌법소원심판청구를 각하한 사례
2. 법률에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간이 도과되었다는 이유로 각하된 사례
3. 수형자인 청구인이 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사를 접견함에 있어서 그 접견내용을 녹음, 기록한 피청구인의 행위(이하 '이 사건 녹취행위'라 한다)가 청구인의 재판받을 권리를 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 피청구인이 2011. 4. 20. 및 2011. 7. 19. 청구인과 변호사와의 접견을 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한 행위에 대한 심판청구는, 이미 종료된 행위에 대한 것으로서 주관적 권리보호의 이익이 없고, 달리 예외적으로 심판의 이익을 인정할 사안도 아니어서 부적법하다.
2. '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률'(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것, 이하 '형집행법'이라 한다) 제88조 중 '형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에 대하여 제84조 제1항을 준용하는 부분'에 대한 심판청구는, 위 법률조항으로 인한 청구인에 대한 기본권 침해가 2011. 4. 20.경 발생하였고, 청구인이 그 무렵 기본권 침해사실을 알았다 할 것인데, 그로부터 90일이 경과한 2012. 6. 25.에 이르러 위 법률조항을 심판대상으로 하는 청구취지변경신청서가 제출되었으므로, 이 부분 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하다.
3. 수형자와 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화하게 되면 그로 인

해 제3자인 교도소 측에 접견내용이 그대로 노출되므로 수형자와 변호사는 상담과정에서 상당히 위축될 수밖에 없고, 특히 소송의 상대방이 국가나 교도소 등의 구금시설로서 그 내용이 구금시설 등의 부당처우를 다투는 내용일 경우에 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 실질적으로 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등을 무력화시킬 수 있다.

변호사는 다른 전문직에 비하여도 더욱 엄격한 직무의 공공성 등이 강조되고 있는 지위에 있으므로, 소송사건의 변호사가 접견을 통하여 수형자와 모의하는 등으로 법령에 저촉되는 행위를 하거나 이에 가담하는 등의 행위를 할 우려는 거의 없다. 또한, 접견의 내용이 소송준비를 위한 상담내용일 수밖에 없는 변호사와의 접견에 있어서 수형자의 교화나 건전한 사회복귀를 위해 접견내용을 녹음, 녹화할 필요성을 생각하는 것도 어렵다.

이 사건에 있어서 청구인과 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사의 접견내용에 대해서는 접견의 목적이나 접견의 상대방 등을 고려할 때 녹음, 기록이 허용되어서는 아니 될 것임에도, 이를 녹음, 기록한 행위는 청구인의 재판받을 권리를 침해한다.

재판관 박한철, 재판관 김창종의 반대의견

수형자의 외부인과의 접견권을 인정하더라도, 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로, 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있어, 수형자의 접견권을 어느 정도까지 인정할 것인가는 기본적으로 입법권자의 입법정책에 맡겨져 있다고 할 것이다.

청구인이 교도관을 폭행하여 상해를 가한 범죄로 엄중관리대상자 중의 하나인 ‘관심대상수용자’로 지정되었고, 여러 차례 규율위반행위로 징벌처분을 받은 전력이 있는 사람인 점 등을 감안하면, 이 사건 녹취행위는 증거인멸이나 추가 범행을 예방하고 교정시설의 안전과 질서유지를 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단 역시 적합하다.

형집행법은 수형자의 외부인과의 접견내용을 청취·기록·녹음·녹화를 하지 않는 것을 원칙으로 하면서, 제41조 제2항에서 정한 특별한

사유가 있을 때에만 교도소장의 재량판단에 따라 예외적으로 녹음·녹화할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 예외적으로 녹음·녹화하는 경우에도 사전에 그 사실을 알려주고, 녹음·녹화한 접견기록물의 비밀보장이나 사후관리를 철저히 하여, 녹음·녹화로 인한 수형자의 기본권 침해 가능성을 최소화하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련해 두고 있다. 또한 수형자는 서신을 교환하는 방법을 통하여 변호사와 얼마든지 비밀스런 의견교환을 할 수 있고, 법정에 직접 출석하여 변론하는 기회에 변호사와 비밀스러운 내용에 대하여 충분한 의견교환을 할 수도 있다. 그럼에도 수형자의 변호사와의 접견만을 특별히 취급할 경우 변호사가 아닌 다른 소송대리인(법정대리인, 가족, 변리사)과 접견하는 경우와 비교하여 합리적 이유 없는 차별의 문제를 발생시킬 수 있다.

그러므로 이 사건 녹취행위는 청구인의 재판청구권을 과도하게 제한하거나 침해한 경우에 해당하지 아니한다.

【심판대상조문】

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것) 제 88조(준용규정) 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자에 대하여는 제84조 및 제85조를 준용한다.

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항, 제69조 제1항

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제 41조(접견) ① 생략

② 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

- 1. 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
- 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때
- 3. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때

③~④ 생략

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호로 개정된 것) 제 84조(변호인과의 접견 및 서신수수) ① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인

(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

②~③ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236, 247
- 2. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마870, 판례집 21-2상, 348, 355
- 3. 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 564-565
헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586, 594
헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137, 판례집 20-1하, 187, 196
헌재 2009. 10. 29. 2008헌마432, 판례집 21-2하, 390, 401

【당 사 자】

청 구 인 전○주
대리인 법무법인 빛고을종합법률사무소
담당변호사 김상훈
피청구인 ○○교도소장

【주 문】

- 1. ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것) 제88조 중 ‘형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에 대하여 제84조 제1항을 준용하는 부분’과 피청구인이 2011. 4. 20. 및 2011. 7. 19. 청구인과 변호사 김상훈과의 접견을 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한 행위에 대한 심판청구를 각하한다.
- 2. 피청구인이 2011. 4. 20. 및 2011. 7. 19. 청구인과 변호사 김상훈과의 접견에 있어서 그 접견내용을 녹음, 기록한 행위는 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요
(1) 청구인은 2003. 12. 31. 대구고등법원에서 성폭력범죄의 처벌 및 피해자

보호 등에 관한 법률위반(특수강도강간등)죄 등으로 징역 8년을 선고받고 위 형이 확정된 후 ○○교도소에 수용 중이었던바, 헌법재판소에 교도소 내 두발 규제에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판(헌재 2010헌마751)을 청구하면서 위 사건에 대한 국선대리인선임신청을 하여 2011. 2. 1. 변호사 김상훈이 국선대리인으로 선정되었다.

(2) 변호사 김상훈은 위 헌법소원사건과 관련하여 청구인을 접견하기 위해 2011. 4. 20. 및 2011. 7. 19. 광주교도소에 접견신청을 하였으나, 피청구인은 변호인 접견실이 아닌 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용하였고, 청구인과 변호사 김상훈의 접견내용을 녹음, 기록하였다.

(3) 이에 청구인은, 2011. 7. 19. ① 피청구인이 변호인 접견실에서의 변호사 접견을 불허하고 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용한 행위 및 접견과정에서 변호사와의 접견내용을 녹음, 기록한 행위에 대하여 위헌확인을 구함과 동시에, ② ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제41조 및 위 법률 시행령 제62조를 청구인에게 적용하는 한 헌법에 위반된다는 내용의 헌법소원심판청구서를 제출하였다가, 2012. 6. 25. 위 ②의 청구를 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제88조가 헌법에 위반된다는 내용으로 변경하는 청구취지변경신청서를 제출하였다.

나. 심판의 대상

(1) 피청구인이 청구인과 변호사 김상훈의 접견에 있어서, 2011. 4. 20. 및 같은 해 7. 19. 각 변호인 접견실에서의 접견을 불허하고, 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용한 행위(이하 ‘이 사건 접견제한행위’라 한다) 및 위 각 접견 당시 접견내용을 녹음하고 기록한 행위(이하 ‘이 사건 녹취행위’라 한다)가 이 사건 심판의 대상이 됨은 명백하다.

(2) 청구인은 수형자 중에서 ‘형사사건’으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에 대해서 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것, 이하 ‘형집행법’이라 한다) 제84조와 제85조를 준용하고 있는 형집행법 제88조를 또 다른 심판대상으로 삼았다. 청구인의 주장취지는 청구인과 같이 헌법소원심판을 청구하는 수형자가 헌법소원사건에서 선임된 변호사와 접견을 하는 경우에도 접촉차단시설이 없는 장소에서 교도관의 입회나 접견내용에 대한 청취, 기록, 녹음, 녹화 없는 자유로운 접견이 이루어져야 한다는 것이다. 그런데 청구인의 주장과 관련하여 접촉차단시설이 없는 장소에서의 접견에 대해서는 형집행법 제84조 및 제85조 어디에도 규정된 바

가 없고, 다만 형집행법 제84조 제1항에서 교도관의 입회나 청취 또는 녹취 없는 접견에 대해서만 규정하고 있을 뿐이므로, 결국 형집행법 제88조에 의하여 준용되는 조항 중 청구인과 관련 있는 조항은 형집행법 제84조 제1항이다.

(3) 그렇다면 이 사건 심판대상은 ① 이 사건 접견제한행위, ② 이 사건 녹취행위, ③ 형집행법 제88조 중 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에 대하여 형집행법 제84조 제1항을 준용하는 부분(아래 밑줄 친 부분으로 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것)

제88조(준용규정) 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형 확정자에 대하여는 제84조 및 제85조를 준용한다.

[관련조항]

별지 기재와 같다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변 요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 단지 수형자의 지위에서만 변호사를 접견하는 것이 아니다. 청구인은 헌법소원을 제기한 당사자로서 공정한 헌법재판을 받을 권리와 변호사강제주의를 취하고 있는 헌법재판에 있어서 변호인의 조력을 받을 권리의 주체로서 변호사를 접견하고자 하는 것이다. 그런데 청구인으로 하여금 접촉 차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용하게 하면 소송서류 수수 등의 제한으로 제대로 된 공격·방어방법을 수립할 수 없어 결과적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심영역을 침해받게 될 뿐만 아니라, 나아가 변론준비 과정에 대한 녹음, 녹화 등으로 인해 공격·방어계획이 그대로 노출되고, 특히 이 사건처럼 교도소 내 두발규제 행위에 대한 헌법소원심판청구와 같이 교도소 내에서의 부당한 처분에 대해 다투고자 하는 경우에는 무기평등의 원칙이 제대로 이루어질 수 없어서 공정한 재판을 받을 권리의 본질적인 부분을 침해받게 된다.

(2) 이 사건 법률조항 등은 청구인과 같이 수용된 수형자와 수용되지 아니한 자 사이, 수형자와 미결수용자 사이의 변호사 접견을 차별하고 있다.

나. 피청구인의 답변요지

청구인은 수용 중 수차례에 걸쳐 교도소 직원을 폭행하는 사건으로 형사처벌을 받았고, 관계망상증으로 한때 사회적 이슈가 되었던 텔런트 장○연 사건에 자신이 관련되어 있다는 등의 물의를 일으켜 엄중관리대상자로 지정되었다. 이에 따라 청구인에 대해서는 시설의 안전과 질서유지를 위해서 다른 수용자 등과의 접촉을 차단하거나 계호를 엄중히 할 필요성이 있어서 외부인 접견시 접촉차단시설이 설치된 장소에서 녹음, 녹화를 원칙으로 한 접견을 실시하고 있다. 따라서 이 사건 접견제한행위 등은 그 목적이 정당할 뿐만 아니라 피해의 최소성의 원칙에도 반하지 아니하므로, 청구인의 재판을 받을 권리 등을 침해하지 않는다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 접견제한행위에 대한 심판청구

헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하려면 심판청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 있어야 함이 원칙이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236, 247). 그런데 이 사건 접견제한행위는 이미 종료하였고, 청구인이 제기한 헌법소원심판청구 사건(2010헌마751)이 2012. 4. 24. 각하되었으므로, 이 사건 접견제한행위에 대한 심판청구가 인용된다고 하더라도 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 않는다.

그러나 헌법소원은 주관적 권리구제 뿐만 아니라 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호 유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정하여야 할 것인바(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 55-56 참조), 접촉차단시설이 설치된 장소에서 헌법소원사건의 대리인인 변호사와의 접견을 제한하는 행위는 청구인의 변호사의 도움을 받을 권리를 포함한 재판을 받을 권리와 관계에서 그 위험 여부가 해명되어야 할 중요한 문제이고, 이러한 접견제한행위는 형집행법 시행령 제58조 제4항의 규정에 의하여 앞으로도 계속 반복될 것으로 보이므로, 그에 대한 헌법적 정당성 여부의 해명은 헌법질서의 수호를 위하여 긴요한 사항으로 중요한 의미를 지니고 있다 할 것이다.

그런데 우리 재판소는, 이 사건 접견제한행위의 근거조항인 형집행법 시행령 제58조 제4항에 대한 헌법소원사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 결정)에

서, 형집행법 시행령 제58조 제4항은 변호사로부터 효율적인 재판준비 도움을 받는 것을 방해하여 수용자의 재판청구권을 침해하므로 헌법에 위반됨을 선언하고, 다만 법적 안정성을 위하여 2014. 7. 31.까지 개선입법을 명함으로써 간접적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서의 변호사 접견행위에 대한 헌법적 해명을 이미 한 바가 있다.

따라서 이 부분 심판청구는 주관적 권리보호의 이익이 없고 예외적으로 심판의 이익을 인정할 사안도 아니라고 할 것이므로 부적법하다.

나. 이 사건 법률조항에 대한 심판청구

헌법소원심판청구의 청구취지변경이 이루어진 경우 청구기간의 준수 여부는 헌법재판소법 제40조 제1항 및 민사소송법 제265조에 의하여 변경된 청구서가 제출된 시점을 기준으로 판단하여야 하는바(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마 870, 판례집 21-2상, 348, 355 등 참조), 이 사건 법률조항으로 인한 청구인에 대한 기본권 침해는 2011. 4. 20.경에 발생하였고, 청구인은 그 무렵 또는 아무리 늦어도 이 사건 헌법소원 심판청구를 한 2011. 7. 19. 경에는 기본권 침해 사실을 알았다 할 것인데, 그로부터 90일이 경과한 2012. 6. 25.에 이르러 이 사건 법률조항을 심판대상으로 하는 청구취지변경신청서가 제출되었으므로, 이 부분 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하다.

4. 이 사건 녹취행위의 위헌 여부

가. 이 사건 녹취행위의 법적 근거

(1) 형집행법 제41조 제2항은 ‘시설의 안전과 질서유지를 위해 필요한 때’ 등 일정한 사유가 있는 경우 소장이 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취, 기록, 녹음 또는 녹화하게 할 수 있도록 하고 있고, 이에 따라 형집행법 시행령 제62조 제1항은 소장은 형집행법 제41조 제2항의 청취, 기록을 위하여 교도관에게 변호인과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견에 참여하게 할 수 있다고 규정하고 있으며, 수용관리업무지침(2010. 8. 1. 법무부예규 제952호로 개정된 것)은 녹음녹화접견관리시스템에 의해 접견이 운용되는 구금시설의 경우 엄중관리대상자, 자살 또는 자해의 우려가 있는 수형자 등에 대해서는 원칙적으로 접견내용을 녹음, 녹화하도록 규정하고 있다(위 지침 제141조 제2항).

(2) 청구인은 수용 중이던 교도소에서 교도관을 폭행하는 등의 사건으로 2006. 9. 18. 엄중관리대상자로 지정되었다가, 2008. 12. 31. 구 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙’(2008. 12. 19. 법무부령 제655호로 제정되

고, 2013. 4. 16. 법무부령 제788호로 개정되기 전의 것) 제210조 제2호의 사유로, 2011. 3. 8. 위 시행규칙 제210조 제9호의 사유로 각 관심대상수용자(엄중관리대상자)로 재지정되었다. 이에 따라 청구인은 수용관리업무지침 제141조 제2항에 의해 원칙적인 녹음, 녹화의 대상자가 되었다.

나. 변호인의 조력을 받을 권리의 침해 여부

헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리가 수형자의 경우에도 그대로 보장되는지에 대하여, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어 보면 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다고 선언한 바 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 430; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 564).

즉, 변호인의 조력을 받을 권리는 ‘형사사건’에서의 변호인의 조력을 받을 권리를 의미한다. 따라서 수형자가 형사사건의 변호인이 아닌 민사사건, 행정사건, 헌법소원사건 등에서 변호사와 접견할 경우에는 원칙적으로 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다 할 것이므로, 이 사건 녹취행위에 의하여 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 할 수는 없다.

다. 재판받을 권리의 침해 여부

(1) 재판받을 권리의 제한

교도소장이 접견과정에서 소송사건의 대리인인 변호사와의 접견내용을 녹취하게 되면 그 접견내용에 대한 비밀을 보장받기 어려우므로, 수형자인 청구인의 입장에서는 변호사와의 자유로운 접견을 방해받게 되고, 그로 인하여 민사소송, 행정소송, 헌법소송 등에서 충분하고도 효과적인 소송수행이 어려울 수 있다.

따라서 수형자의 민사사건 등에 있어서의 변호사와의 접견교통권은 헌법상 재판받을 권리의 한 내용 또는 그로부터 파생되는 권리로서 보장될 필요가 있다 할 것이므로(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 564-565 참조), 이 사건 녹취행위는 결국 청구인의 재판받을 권리를 제한한다고 할 수 있다.

(2) 수형자의 법적 지위와 그 기본권 제한

수형자는 형벌의 집행을 위하여 격리된 구금시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체활동의 자유 등 기본권이 제한되기 마련이다. 그러나 수형자라 하여 모든 기본권을 제한하는 것은 허용되지 아니하며,

제한되는 기본권은 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 기본권(신체의 자유, 거주이전의 자유, 통신의 자유 등)에 한정되어야 하고, 그 역시 형벌의 집행을 위하여 필요한 한도를 벗어날 수 없다(헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137, 판례집 20-1하, 187, 196).

즉, 징역형의 집행은 수형자를 일정한 장소에 구금하여 사회로부터 격리하고 그 자유를 박탈하여 이에 정역을 가함으로써 범죄에 대한 응보를 하는 것을 목적 중의 하나로 하므로 신체적 자유가 속박되는 것은 이를 당연시할 수 있어도, 그 이외의 권리, 자유에 대해서는 징역형 집행의 또 다른 목적인 수형자의 교화, 갱생을 도모하는 것과, 구금시설이 다수의 수형자를 구금하여 집단으로 관리하는 시설이므로 내부의 규율질서를 유지하여야 한다는 두 가지 요청으로부터 필요한 경우에, 그 목적을 달성하기 위하여 합리적인 범위 내에서 제약을 가하는 것이 허용되는 데 불과하다 할 것이다.

(3) 이 사건 녹취행위가 재판받을 권리를 침해하는지 여부

(가) 변호사 접견에 있어서 녹음, 녹화의 필요성 여부

1) 이 사건 녹취행위는 형집행법 제41조 제2항에 근거하고 있다. 위 조항이 일정한 사유가 있는 경우 수용자의 접견내용을 청취, 기록, 녹음 또는 녹화하게 할 수 있도록 한 것은 구금시설의 기본적 역할인 수용자의 신체적 구속 확보 및 수형자의 교화와 교도소 내의 수용질서 및 규율 유지를 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다.

2) 그런데 문제는 수형자가 헌법소원이나 행정소송 등의 쟁송을 위해 변호사의 도움을 구하는 경우 그 변호사와의 접견에 있어서도 접견내용을 녹음, 녹화(이하에서는 특별한 언급이 없는 한 ‘녹음, 녹화’는 청취, 기록을 포함하는 개념으로 사용한다)하는 것이 타당한지 여부이다. 그러나 다음과 같은 점에 비추어 볼 때, 접견의 상대방이 헌법소원 등 소송사건의 대리인으로서 변호사인 경우에는 그 접견내용을 녹음, 녹화하여서는 아니 될 것이다.

첫째, 교도관 참여 하의 청취, 기록 또는 기계에 의한 녹음, 녹화 상태에서의 변호사 접견은 그로 인해 제3자인 교도소 측에 접견내용이 그대로 노출되므로 수형자와 변호사는 상담과정에서 상당히 위축될 수밖에 없다. 물론 소송의 상대방이 교도소나 국가가 아닌 사인인 경우 접견내용을 교도소 측이 청취한다고 하여 그 소송에는 아무런 영향을 미치지 않을 것이라고 생각할 수도 있겠으나, 소송은 다양한 형태로 전개되고 그 내용 또한 복잡, 다양하므로 이처럼 쉽게 단정지를 수만은 없다. 소송의 내용이 교도소 외에서의 사생활의 비밀과

매우 밀접한 관련이 있는 경우에 수행자로서는 제3자가 청취하고 있다는 염려 때문에 제대로 된 상담을 할 수 없게 될 수도 있기 때문이다.

소송의 상대방이 국가나 교도소 등의 구금시설로서 그 내용이 구금시설 등의 부당처우를 다루는 내용일 경우에 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 실질적으로 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등을 무력화시킬 수 있게 된다. 소송의 내용이 당해 교도소 또는 이감 전의 교도소의 부당한 처우에 관한 것일 때에는 소송계기 결심 등을 교도소장에게 미리 알리고, 교도소장에 대한 소송의 준비 및 공격방어계획을 그 앞에 드러내도록 하는 것과 같고, 이는 결국 재판절차에서 침예하게 이해가 대립하고 있는 반대당사자에게 자신의 소송계획, 공격방어방법을 그대로 실토할 것을 강요당하는 것에 다름없다. 형집행법 시행령은 접견기록물은 법원의 재판업무 수행을 위해 필요할 경우 등 엄격한 제한 하에서 타인에게 제공될 뿐, 원칙적으로 접견정보를 누설하거나 다른 사람이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위해서 사용할 수 없도록 함으로써 접견내용의 비밀보호를 위한 조치를 취하고 있기는 하나(제62조 제3항, 제4항 참조), 위와 같은 의무내용이 국가나 구금시설이 당해 소송사건의 반대편 이해당사자인 경우에도 제대로 준수될지는 장담하기 어렵다.

이러한 우려는 구금시설의 부당처우에 대한 헌법소원사건에서 더욱 현실화될 수 있다. 헌법소원사건에서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못하도록 하고 있는바(헌법재판소법 제25조 제3항), 수행자는 소송내용이나 계획 등을 노출시키지 않고 효과적인 공격방어방법을 준비하려고 해도 이와 같은 변호사강제주의로 말미암아 필연적으로 헌법소원 제기과정에서 변호사와 소송내용에 대하여 면담하여야 하고 그 과정에서 교도관의 청취 또는 녹음 등으로 인하여 소송내용이나 계획 등이 그대로 노출될 우려가 있어 효과적인 공격방어를 할 수 없게 된다. 이와 같이 소송의 실질적 상대방이라고 하여야 할 구금시설 직원의 청각적 감시 하에서 변호사와의 상담이 이루어지도록 하는 것은 너무나 불공평하고, 이를 용인한다면 공정한 재판을 받도록 한다는 이념은 완전히 몰각될 수 있다.

둘째, 형집행법 제41조 제2항은 접견내용을 녹음, 녹화할 수 있는 사유로서 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때(제1호)’, ‘시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때(제3호)’를 규정하고 있으나, 접견의 상대방이 소송사건을 수입하여 그 직무를 수행하는 법률전문가

라는 점을 고려할 때 변호사 접견을 통한 위와 같은 법령에 저촉되는 행위나 교정 질서를 어지럽히는 행위의 발생을 예상하기는 어렵다.

물론 소송사건의 변호사가 사선일 경우 수행자와의 관계에 따라서는 간혹 그 우려 등이 현실화될 가능성이 있다. 그러나 변호사는 일정한 자격시험을 통과한 자 중에서만 되고(변호사법 제4조), 기본적으로 인권을 옹호하고 사회정의 실현함을 사명으로 하며(변호사법 제1조 제1항), 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 하는(같은 조 제2항) 공공성을 지닌 법률전문직으로서(같은 법 제2조), 다른 전문직에 비하여도 더욱 엄격한 직무의 공공성과 고양된 윤리성, 사회적 책임성이 강조되고 있다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586, 594; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마432, 판례집 21-2하, 390, 401; 헌재 2013. 5. 30. 2011헌마131, 공보 200, 676, 678 등 참조). 그에 따라 변호사윤리장전은 변호사의 사명을 구체화 하면서 그 내용의 하나로, 변호사는 의뢰인의 범죄행위 기타 위법행위에 협조 하여서는 아니 되며, 직무수행 중 의뢰인의 행위가 범죄행위 기타 위법행위에 해당된다고 판단된 때에는 즉시 그 협조를 중단하여야 한다고 규정하고 있다(변호사윤리장전 제14조 제1항). 그리고 변호사법은 변호사의 직업윤리의 이행을 담보할 수 있는 제도를 마련하고 있다. 즉, 변호사는 그 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 되고, 직무를 수행함에 있어 진실을 은폐하거나 거짓진술을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있고(같은 법 제24조), 대한변호사협회 및 각 지방변호사협회의 회칙준수의무를 규정하고 있으며(같은 법 제25조), 이러한 의무를 위반한 때에는 징계처분을 받게 하고 있다(같은 법 제90조, 제91조). 그리고 경우에 따라서는 위와 같은 위법행위로 인하여 형사처벌까지 받을 수도 있다.

위와 같은 변호사로서의 지위에서 나오는 고도의 공익적 성격과 그 직무수행에 있어서의 의무위반으로 인한 제재효과 등에 비추어 볼 때, 소송사건의 변호사가 접견을 통하여 수행자와 모의하는 등으로 법령에 저촉되는 행위 또는 시설이나 수용질서를 어지럽히는 행위를 하거나 이에 가담하는 등의 행위를 할 우려는 거의 없다.

특히 청구인처럼 헌법소원사건에 있어서 대다수의 수행자가 국선대리인에게 의존하고 있는 현실에서는 그러한 문제가 발생할 가능성을 더더욱 생각하기 어렵다.

뿐만 아니라, 변호사와의 접견에 대해서는 시각적 감시까지 부인되는 것은

아니므로, 구금시설은 모니터링 등을 통한 감시를 통하여 어느 정도 목적을 달성할 수도 있을 것이다.

따라서 극히 예외적으로 일어날지 모를 상황을 염려하여 소송대리인인 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화하는 것은 타당하지 않다.

셋째, 형집행법은 위와 같이 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있거나, 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때 외에도 '수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때'에 접견내용을 녹음, 녹화할 수 있도록 규정하고 있으나(제41조 제2항 제2호), 그 접견의 상대방이 소송사건 때문에 법률자문을 위해 일시적으로 수형자와 관계를 맺게 된 법률가이고, 그에 따라 접견의 내용 또한 소송준비를 위한 상담내용일 수밖에 없는 변호사와의 접견에 있어서 수형자의 교화나 건전한 사회복귀를 위해 접견내용을 녹음, 녹화할 필요성을 생각하기란 쉽지 않다.

3) 따라서 수형자가 민사소송 등 소송사건으로 인하여 변호사를 접견하는 경우에는 그 접견내용의 비밀이 보장되어야 할 것이고, 특히 국가 또는 구금시설의 장을 상대로 한 소송절차가 진행 중인 경우에는 그러한 요구가 더욱더 절실히 요청된다 할 것이므로, 수형자와 변호사와의 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 허용되어서는 안 될 것이다.

이에 대해서는 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화할 수 없게 되면, 수형자가 소송을 빙자하여 변호사와 모의하여 마약류나 담배 등 금지품의 반입이나 탈주를 기도하는 등의 위법행위나 교정 질서를 어지럽히는 행위를 도모하는 것을 통제할 수 없어 교정목적 달성을 심히 해할 수 있게 된다는 반론이 있을 수 있으나, 만일 위와 같이 수형자가 변호사와 모의하여 법령에 저촉되는 행위를 하거나 교정 질서를 어지럽힐 행위를 할 것이라는 점이 객관적이고도 구체적으로 의심되는 특별한 사정이 있는 때에는 형집행법 제41조 제1항 단서에 의해 접견 자체를 제한함으로써 교정 목적을 달성할 수 있으므로 크게 문제될 것이 없다.

(나) 이 사건 녹취행위의 경우

이 사건에서 청구인과 변호사 김상훈의 접견은, 그 접견의 목적이 헌법소원 사건(2010헌마751)의 수행을 위한 상담일 수밖에 없고, 접견의 상대방은 위 소송 사건의 국선대리인이자 변호사의 직분을 가진 사람이라는 점, 특히 청구인은 헌법소원을 통하여 이감 전 교도소장이 자신에게 부당하게 머리를 자를 것을 지시하였다며 그 부당처우에 대한 위헌성을 다투었는바, 위 헌법소원의 내

용에 비추어 청구인과 변호사 김상훈의 접견내용은 그 비밀이 보장될 필요성도 컸다고 보이는 점 등을 고려할 때 위 접견내용에 대한 녹음, 녹취는 허용되어서는 아니 될 것임에도, 단지 청구인이 수용 생활 중 물의를 일으켜 엄중관리대상자로 지정되었다는 이유만으로 변호사와의 접견내용을 녹음, 기록한 이 사건 녹취행위는 청구인과 청구인이 제기한 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사와의 접견권을 지나치게 제한한 것으로서, 청구인의 재판받을 권리를 침해하였다.

라. 청구인의 기타 주장에 대한 판단

(1) 수형자와 미결수용자를 차별하고 있는지 여부

청구인은 이 사건 녹취행위가 미결수용자와 수형자를 자의적으로 차별한 것이라는 취지의 주장을 한다. 그러나 미결수용자도 형사사건이 아닌 민사나 행정, 헌법소원 등의 소송사건에서는 수형자와 마찬가지로의 지위에 있고, 반대로 수형자의 경우에도 형사사건으로 수사 또는 재판을 받는 경우에는 자유로운 변호인 접견이 인정되고 있으므로(형집행법 제88조, 제84조 제1항), 이 사건 녹취행위로 인하여 수형자인 청구인이 미결수용자와 달리 차별취급을 받았다고 볼 수 없으므로, 청구인의 위 주장은 이유 없다.

(2) 수형자와 일반인을 차별하고 있는지 여부

나아가 청구인은 이 사건 녹취행위가 수형자인 청구인과 일반 국민을 자의적으로 차별한 것이라는 취지의 주장을 하나, 수형자의 접견에 대한 녹음, 녹취는 수형자에 대한 신체적 구속을 확보하고 교도소 내의 수용질서 및 규율 등을 유지하기 위한 것으로, 위와 같이 구금시설에 수용되어 있는 수형자와 수용되어 있지 아니한 일반 국민들 간에는 평등권침해를 논할 비교집단이 설정되지 않는다고 할 것이므로, 이 부분 평등권 침해 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 접견제한행위 및 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 녹취행위는 청구인의 재판받을 권리를 침해한 것이므로 선언적 의미에서 위헌임을 확인하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 이 사건 녹취행위 부분에 대하여 아래 6.과 같은 재판관 박한철, 재판관 김창종의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 박한철, 재판관 김창중의 이 사건 녹취행위에 대한 반대의견
우리는 다수의견과 달리 이 사건 녹취행위가 청구인의 재판청구권을 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다고 생각하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 수형자의 접견권과 그 제한의 한계

(1) 접견권의 법적 성질

형벌의 집행을 위하여 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하는 수형자도 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다(형집행법 제41조 제1항 본문).

수형자가 갖는 이러한 접견권은 타인과 교류하는 인간으로서의 기본적인 생활관계가 인신의 구속으로 완전히 단절되어 정신적으로 황폐하게 되는 것을 방지하기 위하여 보장되어야 하는 인간으로서의 기본적인 권리이고, 이는 비록 헌법에 열거되지는 아니하였지만 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 기본권의 하나로서의 일반적 행동자유권으로부터 나온다고 할 것이다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738, 판례집 21-2상, 725, 733-734 참조).

그리고 수형자는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에게 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)의 주체가 될 수는 없으므로, 수형자가 변호사와 접견하여 법률적인 도움을 받을 권리는 변호인의 조력을 받을 권리로서가 아니라 헌법 제27조의 재판청구권의 실질적 내용으로서 보장되는 것이다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 564 참조).

(2) 접견권의 내용과 제한의 한계

(가) 수형자는 자유형의 집행을 위하여 구금되어 있기 때문에 신체의 자유, 거주이전의 자유를 비롯한 많은 기본권이 불가피하게 제한되며, 외부접촉을 전제로 하거나 교정시설의 적극적인 조력을 요하는 기본권들도 형집행의 목적을 달성하기 위하여 상당한 정도로 제한될 수밖에 없다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 561 참조). 따라서 수형자의 교정·교화 및 건전한 사회복귀를 위하여 접견을 허용하는 것이 필요하다고 하더라도, 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있다고 하여야 한다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738, 판례집 21-2상, 725, 735 참조).

수형자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계도 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 될 것이지만(헌재 2011. 10. 25. 2009헌마691, 판례집 23-2하, 82, 89 참조), 자유형 집행의 본질상 수형자에게는 외부와의 자유로운 교통·통신에 대

한 제한이 당연히 수반되므로 수형자에게 외부와의 교통·통신을 구체적으로 어느 정도까지 인정할 것인가의 기준은 기본적으로 입법권자의 입법정책에 맡겨져 있다고 할 것이다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 561 참조).

그리고 수형자는 형이 확정되어 자유형의 집행을 받고 있다는 점에서 무죄 추정을 받고 있는 미결수용자의 지위와는 구별되므로, 수형자에 대한 접견 제한의 정도는 일반적 접견권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교도소장 등 관계 행정청의 재량에 속한다고 볼 것이다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738, 판례집 21-2상, 725, 735; 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결 참조).

(나) 그리하여 형집행법에서는 수형자에게 원칙적으로 외부인과의 접견권을 인정하면서도, 많은 예외를 두어 ‘형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’, ‘시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때’ 등과 같은 사유가 있을 때에는 접견 자체를 금지할 수 있고(제41조 제1항 단서, 금지처분을 받은 수형자에 대하여 금지기간 중 접견을 금지한 구 형행법시행령 제145조 제2항이 헌법에 위반되지 아니한다는 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 561 참조), 접견 중인 수형자나 그 상대방이 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 인멸하려고 하는 때’ 등 법에 정한 사유가 있을 때에는 시행 중인 접견을 중지할 수도 있도록 하고 있다(제42조). 또한 소장은 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’ 등의 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수형자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다(제41조 제2항). 그리고 접견의 횟수·시간·장소·방법 및 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령에서 정하도록 위임하고 있다(제41조 제4항).

한편, 형집행법은 수형자와 미결수용자 사이의 법적 지위의 차이를 고려하여 미결수용자의 처우에 관하여 여러 특칙을 두고 있는데, 특히 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)를 철저히 보장하기 위하여 변호인과의 접견을 접촉차단시설이 설치되어 있지 않은 변호인접견실에서 하도록 하면서(형집행법 시행령 제58조 제4항 단서) 교도관의 접견 참여 및 접견 내용의 청취·녹취를 금지하며, 접견시간과 횟수를 제한하지 아니하고, 변호인과 주고받은 서신의 검열도 예외 없이 금지하고 있다(형집행법 제84조). 물론 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자의 경우에는 변호인 접견과 관련하여 미결

수용자와 같은 처우를 받는다(형집행법 제88조).

나. 이 사건 녹취행위가 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부

(1) 심사기준

이 사건 녹취행위가 과연 변호사로부터 충분한 도움을 받은 권리를 제한하여 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어서는 다음과 같은 사정을 참작하여야 한다.

먼저 청구인과 같은 수형자는 신체의 자유와 관련하여 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조)의 주체가 될 수 없으므로 수형자의 변호사 접견권 제한에 대한 위헌성 심사기준은 엄격한 심사를 필요로 하는 미결수용자의 변호인 접견권 제한과는 차이가 있을 수밖에 없다.

또한 앞에서 본 것처럼 자유형의 본질상 형집행의 목적을 달성하기 위하여 외부접촉을 전제로 하는 기본권이 상당한 정도로 제한될 수밖에 없고, 수형자의 접견권을 인정하더라도 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있다고 보아야 한다.

그리고 재판청구권은 절차적 기본권의 하나로서 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정된다고 본다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마128, 판례집 24-1하, 391, 400 참조).

그러므로 이 사건 녹취행위가 수형자인 청구인의 재판청구권을 침해하였는지 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 의미의 비례원칙을 적용하는 것보다는 침해의 최소성 등을 판단할 때 위에서 본 바와 같은 여러 사정을 참작하여 완화된 심사를 함이 타당하다.

(2) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

수형자의 교정·교화 및 건전한 사회복귀를 도모하기 위하여는 추가 범행 등을 예방하여야 하고, 교정시설은 다수의 수형자가 공동생활을 하는 곳이므로 그곳의 안전과 질서유지가 반드시 요구된다. 이를 위해서 수형자가 외부인과 접견 시에 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’ 등 법 제41조 제2항에 정한 사유가 있으면 예외적으로 교도소장의 재량판단에 따라 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화할 수 있도록 하고 있는바, 특히 청구인은 뒤에서 보는 것처럼 교도관 등을 폭행하여 상해를 가한 범죄로 추가 징역형을 3번이나 선고받아 엄중관리대상자 중의 하나인

‘관심대상수용자’로 지정된 상태이고, 여러 차례 규율위반행위로 징벌처분을 받은 전력이 있는 사람인 점 등을 감안할 때 이 사건 녹취행위는 증거인멸이나 추가 범행을 예방하고 교정시설의 안전과 질서유지를 위한 것으로서 그 목적이 정당할 뿐 아니라 수단 역시 적합하다.

(3) 침해의 최소성

(가) 먼저 형집행법 제41조 제2항은 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’, ‘수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때’, ‘시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때’ 중 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때 교도소장은 교도관으로 하여금 수형자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

그러므로 형집행법은 수형자가 변호사를 포함한 모든 외부인과 접견 시 청취·기록·녹음·녹화를 하지 않는 것을 원칙으로 하면서, 다만 예외적으로 수형자에게 형집행법 제41조 제2항에 정한 특별한 사유가 있을 때에만 비로소 교도소장의 재량판단에 따라 청취·기록·녹음·녹화를 실시할 수 있도록 규정하고 있다고 해석된다.

또한 예외적으로 접견내용을 녹음·녹화하는 경우에는 수형자와 그 상대방이 접견실에 들어가기 전에 미리 말이나 서면으로 그 사실을 알려 주어야 하고(형집행법 제41조 제3항, 형집행법 시행령 제62조 제2항), 녹음녹화접견실 및 접견대기실 등에는 “녹음녹화접견 시 유의사항”을 게시하고, 수시로 안내방송을 실시하여야 한다(수용관리업무지침 제144조). 그리고 청취·녹음·녹화한 접견기록물에 대한 보호·관리를 위하여 접견정보 취급자를 지정하여야 하고, 접견정보 취급자는 직무상 알게 된 접견정보를 누설하거나 권한 없이 처리하거나 다른 사람이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용할 수 없다(형집행법 시행령 제62조 제3항). 특히 관계기관으로부터 ‘법원의 재판업무 수행을 위하여 필요하다거나 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요하다.’는 사유로 접견기록물의 제출을 요청받은 경우에만 그 기록물을 제공할 수 있다(형집행법 시행령 제62조 제4항).

이처럼 형집행법은 수형자의 외부인과의 접견내용을 청취·기록·녹음·녹화를 하지 않는 것을 원칙으로 하면서, 수형자에게 형집행법 제41조 제2항에 정한 특별한 사유가 있어서 예외적으로 녹음·녹화하는 경우에도 그로 인한 수형자의 기본권 침해 가능성을 최소화하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있다.

(나) 다수의견은 교정시설 측이 녹음·녹화한 접견기록물의 관리나 비밀보호 조치 의무를 제대로 준수할지를 우려하면서, 변호사와의 접견 시에도 녹음하도록 하면 접견내용이 제3자인 교도소 측에 그대로 노출되므로 변호사와 제대로 된 상담을 할 수 없다거나 반대 당사자에게 자신의 소송계획, 공격방어방법을 그대로 실토하는 것을 강요당하여 부당하다고 한다.

그러나 앞서 본 것처럼 접견내용을 녹음·녹화하는 경우에는 수행자와 상대방에게 미리 그 사실을 알려 주어야 하고, 접견기록물에 대한 보호·관리를 위하여 접견정보 취급자를 지정하며, 접견정보 취급자는 직무상 알게 된 접견정보를 누설하거나 권한 없이 처리하거나 다른 사람이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용할 수 없도록 금지하고 있을 뿐 아니라 접견기록물의 관계기관에의 제출도 엄격하게 제한하고 있는 등 형집행법령에서는 녹음·녹화에 따른 접견내용의 비밀보호를 위한 장치를 마련해 놓고 있다.

설사 다수의견이 우려하는 바와 같이 교정시설 측에서 접견내용의 비밀보호를 소홀히 하거나 이를 악용하는 경우가 간혹 있다고 하더라도, 이는 교정시설 측이 행한 '위법한 법집행'의 문제일 뿐이므로(이 경우 수행자의 국가에 대한 손해배상청구 또는 관계 공무원의 징계나 형사처벌의 문제가 발생할 수는 있을 것이다), 이러한 위법한 법집행의 문제를 형집행법 제41조 제2항에 따른 접견내용 녹음·녹화행위 그 자체의 위헌성 여부를 판단하는데 있어서 중요한 일반적 기준으로 삼는 것은 타당하지 않다.

또한 무죄의 입증이나 최대한 가벼운 형을 선고받기 위하여 비밀스러운 소송전략이 필요할 수도 있는 형사사건과는 달리, 민사·가사·행정소송이나 헌법소원 사건에 있어서는 당사자주의나 구술변론주의 원칙상, 소장이나 심판청구서, 준비서면 및 증거서류 등의 부분이 상대방 당사자 등에게 미리 송달될 뿐 아니라, 각종 주장이나 증거방법이 공개변론과정이나 소송기록을 통하여 상대방에게 모두 공개될 수밖에 없는 점에 비추어 보면, 설사 소송내용과 관련한 변호사와의 접견내용이 상대방에게 공개되더라도 그러한 사정만으로 곧바로 현실적인 소송에서 불리하게 작용한다고 단정하기도 어렵다. 더구나 헌법소원 사건의 경우는 통상 구체적인 사실관계 확정과 관련한 다툼은 거의 없고, 단지 헌법적 관점에서 위헌 여부를 판단하는 문제만이 쟁점으로 부각되는 경우가 대부분이므로, 수행자가 헌법소원 사건의 대리인인 변호사와 접견할 때 그 접견내용 중에 교도소 등 상대방이 알게 되면 아니 될 특별히 비밀스러운 내용이 포함될 여지도 적어 보인다.

한편, 수용자는 문서 등을 집필할 수도 있고(형집행법 제49조 제1항), 외부 사람과는 소장의 허가 없이도 원칙적으로 서신을 주고받을 수 있으며(형집행법 제43조 제1항, 제2항), 수용자가 밖으로 내보내는 서신은 원칙적으로 봉합한 상태로 교정시설에 제출하도록 하고 있으며[헌재 2012. 2. 23. 2009헌마333, 판례집 24-1상, 280, 288; 형집행법 시행령(2013. 2. 5. 대통령령 제24348호로 개정된 것) 제65조 제1항 본문], 수용자가 주고받는 서신의 내용도 원칙적으로 검열받지 아니하므로(형집행법 제43조 제4항), 특별하게 교도소 측이 알아서는 아니 될 비밀스러운 내용이라면 수형자는 이러한 서신교환의 방법을 통하여 자신의 변호사와 얼마든지 비밀을 유지한 채 의견교환을 할 수 있다.

나아가 수형자도 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적을 반하지 않는 범위에서는 자신의 재판에 직접 출석하여 변론할 권리를 가지고(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마475, 판례집 24-1상, 615, 622), 수형자가 민사·행정·가사 소송 출석을 위하여 출정을 신청하면 교도소장은 선고기일이 아닌 한 이를 허가하여야 하므로[민사재판 등 소송 수용자 출정비용 징수에 관한 지침(2012. 9. 6. 법무부훈령 제866호로 개정된 것) 제3조], 수형자는 법정에 직접 출석하여 변론하는 기회를 이용하여 자신의 변호사와 비밀스러운 내용에 대하여 충분한 의견교환을 할 수도 있을 것이다.

이와 같이 형집행법령에서는 접견내용을 녹음·녹화하는 경우에도 그 비밀을 보호하기 위한 제도적 장치를 마련해 두고 있을 뿐 아니라, 수형자는 교정시설 내에서 변호사와 접견하는 방법 이외에도 다른 여러 가지 방법을 통하여 충분히 변호사와 비밀스러운 의견교환을 할 수 있는 길이 열려 있기 때문에 이 사건 녹취행위로 인하여 곧바로 수형자인 청구인의 재판청구권이 침해당한다고 보기 어렵다.

(다) 다수의견은 법률전문가인 변호사의 공공성, 윤리성 및 사회적 책임을 강조하면서 변호사가 수형자와 모의하여 위법행위를 할 우려가 거의 없다는 이유로 수형자가 변호사와 접견할 때 그 접견내용을 일반적으로 녹음·녹화하는 것은 타당하지 않다고 판단하고 있다.

그러나 앞서 본 것처럼 형집행법에 의하더라도 수형자가 변호사와 접견할 때 그 접견내용을 일반적으로 녹음·녹화하지는 않으며, 다만 수형자가 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 등 형집행법 제41조 제2항에 정한 사유가 있다고 판단될 때에만 예외적으로 그 접견내용을 녹음·녹화할 수 있을 뿐이다.

물론 변호사가 자신에게 부과된 여러 가지 직무상의 의무를 위반하는 행위를 할 위험성이 다른 일반인에 비하여 특별히 크다고 할 수는 없을 것이다. 하지만 수행자와 특별한 위임관계를 가지는 변호사라는 이유만으로 그 밖의 일반인과 비교하여 법률상 반입이 금지되는 물품을 수행자에게 전달할 위험이 없다거나 수행자의 다른 불법행위에 동조하지 않을 것이라고 속단하기는 어렵다.

비록 흔한 일은 아니지만 미결수용자의 변호인이 접촉차단시설이 되어 있지 않은 변호인접견실에서 자유롭게 접견할 수 있고 그 접견내용을 녹음·녹화하지 못하게 하는 점을 악용하여 미결수용자에게 마약이나 담배 등을 전달하고, 휴대폰을 빌려 주어 외부와 멋대로 통화하도록 하거나 수행자의 불법행위에 도움을 주다가 적발되어 형사처벌 또는 징계를 받는 사례가 종종 발생하고 있다.

따라서 수행자에게 ‘범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때’ 등 형집행법 제41조 제2항에 정한 사유가 있는 경우임에도 불구하고, 그 접견 상대방이 단지 변호사라는 이유만으로 접견내용의 녹음·녹화가 불필요하다고 단정할 수 없다.

또한 수행자의 변호사와의 접견만을 특별하게 취급하는 것은 수행자가 변호사 아닌 소송대리인들과 접견하는 경우와 비교할 때 합리적 이유 없이 차별 취급하는 문제를 발생시킨다.

변호사가 비록 법률전문가이기는 하지만 수행자가 제기한 민사·가사·행정·헌법소송 사건 등에 관하여 당사자인 수행자를 위하여 각종 소송행위를 대리할 수 있는 권한을 위임받은 소송대리인의 지위에 있을 뿐이라는 점을 간과하여서는 아니 된다.

그런데 변호사가 아닌 사람도 소송 당사자의 재판청구권 행사를 도와주기 위하여 소송대리를 할 수 있는 경우가 얼마든지 있다. 예컨대, 친권자, 후견인 등과 같은 법정대리인과 소액사건에서 당사자의 배우자, 직계혈족, 형제자매(소액사건심판법 제8조)는 법원의 허가 없이도 소송대리인이 될 수 있고, 단독사건의 경우 법원의 허가를 받으면 변호사가 아닌 사람도 소송대리인이 될 수 있으며(민사소송법 제88조 제1항, 제2항, 민사소송규칙 제15조), 특히 변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 특허법원에서의 심결 등 취소소송 절차에서 소송대리인이 될 수 있다(변리사법 제8조). 지적재산권에 관한 법률전문가라고 할 수 있는 변리사의 경우도 그 공공성, 윤리성 등에 관하여는 변호사와 별다른 차이가 없다고 보여 진다.

수행자가 변호사와 접견 시에 비밀유지와 자유롭고 충분한 상담을 위하여

접견내용을 녹음·녹화하여서는 안 된다고 한다면 변호사 아닌 다른 소송대리인들의 경우도 동일하게 취급하는 것이 마땅하고, 변호사만을 특별하게 대우하여야 할 어떠한 합리적 근거를 찾기 어렵다.

그러므로 수형자의 변호사와의 접견을 녹음·녹화하지 못하게 한다면 변호사가 아닌 소송대리인과의 접견에서도 마찬가지로 녹음·녹화하는 것을 금지할 수밖에 없을 터인데, 그렇게 되면 교정시설의 안전과 질서 유지 등을 위하여 예외적으로 접견내용을 녹음·녹화할 수 있도록 규정한 형집행법 제41조 제2항의 입법목적을 달성하는 데 상당한 지장을 초래할 수밖에 없을 것이다.

그 밖에 변호사와의 접견에 대하여만 접촉차단시설이 되어 있지 않은 장소에서 접견하게 하고 더 나아가 그 접견 내용도 녹음·녹화하지 못하도록 특별한 취급을 할 경우, 경제적으로 여유가 있거나 국선대리인제도를 악용하려는 수형자가 불필요한 소송제기를 남발하고 자유롭게 외부인과 교류하는 등 접견권을 남용하는 방편으로 변호사와의 접견을 활용할 가능성을 배제할 수 없다는 점, 특히 접견을 핑계 삼아 일부 유력한 수형자들의 옥중수발이나 자질구레한 심부름을 해주는 이른바 ‘집사(執事)변호사’가 교도소 내 반입이 금지된 물품을 수형자에게 전달하거나 수형자의 범법행위를 도와주는 등 접견 질서를 크게 훼손할 가능성도 없지 않다는 점 역시 문제로 지적할 수 있을 것이다.

(라) 특히 청구인은 2003. 12. 31. 대구고등법원에서 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 위반(특수강도강간등)으로 징역 8년을 선고받고 교도소에서 수형생활을 하던 중, 2004. 4. 17. □□교도소 동료 수용자들을, 2006. 9. 1. △△교도소 교도관을, 2008. 9. 3. 및 2008. 12. 15. XX교도소의 교도관들을 각각 폭행하여 상해를 가하는 등의 범죄사실로 기소되어 징역 3월, 징역 4월, 징역 8월의 추가형을 각 선고받았고, 그러자 교도소 측은 2008. 12. 31. 형집행법 시행규칙 제194조 제3호, 제210조 제2호(교도관 등을 폭행하거나 협박하여 징벌을 받은 전력이 있는 사람으로서 같은 종류의 징벌대상행위를 할 우려가 큰 수용자)에 따라 청구인을 ‘관심대상수용자’로 지정하였고, 뒤에서 보는 것처럼 청구인이 자신과 아무런 관련이 없는 텔런트 고 장○연 사건에 관하여 물의를 일으키자 교도소 측은 2011. 3. 8. 형집행법 시행규칙 제194조 제3호, 제210조 제9호(사회적 물의를 일으킨 사람으로서 죄책감 등으로 인하여 자살 등 교정사고를 일으킬 우려가 큰 수용자)에 따라 청구인을 ‘관심대상수용자’로 추가 지정하였다.

관심대상수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 다른 수용자와 접

축을 차단하거나 계호를 엄중히 하여야 하는, 이른바 ‘엄중관리대상자’ 중의 하나로서(형집행법 시행규칙 제194조 제3호), 수용자 중에서 교도관이나 동료 수용자를 폭행하거나 도주 또는 자살을 시도하는 등 교정사고의 위험성이 높은 사람 중에서 분류처우위원회의 의결을 거쳐 지정되므로(형집행법 시행규칙 제211조 제1항), 관심대상수용자로 지정된 청구인에 대해서는 교정사고를 예방하고 다른 수용자 및 교도관의 생명·신체를 보호하기 위하여 평소 일반 수용자보다 높은 수준의 관찰과 계호를 엄중히 할 필요가 있었다.

더구나 청구인은 2003. 5. 27. 교도소에 수용된 이후로 약 27회에 걸쳐 규율 위반으로 징벌집행을 받은 전력이 있고, 수용 중에 ‘환청, 피해망상’ 등의 증상으로 3차례에 걸쳐 정신과 치료를 받았는데, 정신과 전문의 또는 심리학자들은 청구인의 증상을 이른바 ‘관계망상증’으로 의심된다고 진단하고 있었다.

특히 청구인은 그가 제기한 위 2010헌마751 헌법소원 사건과 아무런 상관없는 텔런트 고 장○연 사건과 관련하여 언론사나 외부기관에 허위사실을 진실인 양 전파하려는 시도를 끊임없이 해왔으며, 실제로 2011. 4. 18. 위 헌법소원 사건의 국선대리인 변호사와 처음 접견할 때 텔런트 고 장○연 사건의 기록과 사진 등을 가지고 있다고 말하면서 이에 관한 논의를 시도하기도 하였고, 더 나아가 2009. 12.경 텔런트 고 장○연이 생전에 작성하여 자신에게 보낸 편지인 것처럼 여자글씨체로 이전부터 잘 알고 지내던 오빠인 청구인을 사랑한다는 내용과 소속사 대표가 강요하여 술 접대 및 성상납을 하여 괴롭다는 내용으로 장○연 명의의 편지 248장을 작성한 다음 그 복사본과 함께 탄원서라는 이름으로 2010. 2. 소속사 대표를 재판하고 있는 법원에 우편으로 제출하였다가 증거위조 및 위조증거사용죄로 기소되어 2013. 1. 30. 광주지방법원에서 징역 8월에 집행유예 2년, 보호관찰 및 120 시간의 사회봉사를 명하는 판결(광주지방법원 2011고단5155)을 선고받았고, 항소하여 현재 항소심(광주지방법원 2013노301) 계류 중에 있다.

이와 같은 청구인의 평소 성향이나 그 때까지의 수용생활 태도 등에 비추어 볼 때, 청구인은 수용 중 다시 돌발적인 행동이나 교정사고를 일으킬 우려가 많았고, 접견 중에도 그러한 심리상태나 속내를 내비칠 가능성이 많아 보였으므로, 청구인에 대해서는 수용관리에 있어서 특별한 관심을 가져야 할 필요가 있었다.

따라서 청구인의 평소 동정을 파악하여 청구인을 교정·교화하는데 도움을 얻고 건전한 사회복귀를 도모하기 위해서 그 접견의 상대방이 아무리 변호사

라 하더라도 접견내용을 녹취할 필요성이 컸다고 보이고, 이러한 피청구인의 판단에 청구인의 재판청구권 행사나 효과적인 변호사의 도움을 받을 권리를 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 등의 구체적인 재량행사의 잘못이 있다고 할 수 없다.

(마) 또한 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원은 공권력의 행사나 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자만이 청구할 수 있는 것인데, 청구인이 위 2010헌마751 헌법소원 사건의 국선대리인 변호사와 접견할 때 피청구인이 그 접견내용을 녹음·녹화를 하였다고 하더라도 그 사실만으로 곧바로 청구인의 재판청구권이 침해되었다고 단정할 수 없는 것이고, 재판청구권이 침해되었다고 하기 위하여는 이 사건 녹취행위로 인하여 청구인이 제기한 헌법소원 사건의 재판 준비나 방어권행사에 어느 정도 불이익이 초래된 사실을 인정할 수 있어야만 할 것이다(같은 취지의 헌재 2011. 5. 26. 2009헌마341, 판례집 23-1하, 201, 210 참조).

그러나 청구인은 이 사건 녹취행위로 인하여 자신의 헌법소원과 관련한 재판청구권을 행사하는 데 어떤 지장을 받았는지 어느 정도 불이익을 입게 되었는지에 대하여 아무런 구체적인 주장도 하고 있지 않을 뿐 아니라, 위 헌법소원 사건은 ©©교도소장이 2010. 7.경부터 2010. 11. 17.경까지 청구인에게 생활지도의 명목으로 이발할 것을 지속적으로 요구한 행위와 2010. 11. 17.경 청구인의 머리카락을 약 10cm 자른 이발행위 및 그 이발행위의 근거규정인 형집행법 제32조 제2항, 교도관 직무규칙(2008. 12. 19. 법무부령 제654호로 개정된 것) 제33조 제1항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부가 심판대상인 사건이었으므로, 청구인과 국선대리인 변호사와의 접견내용에 교도소 측이 알아서는 아니 될 비밀스러운 내용이 포함될 여지가 별로 없고, 헌법적 판단만 남은 것으로 보이는 점에 비추어 보면 이 사건 녹취행위로 인하여 청구인이 위 헌법소원과 관련한 재판청구권을 침해당하였다고 볼 수도 없다.

(바) 이러한 점을 종합하면 이 사건 녹취행위는 침해의 최소성 요건도 갖추었다.

(4) 법익균형성

이 사건 녹취행위로 인하여 청구인이 입게 될 불이익은 교정시설을 상대방으로 한 헌법소원 사건의 국선대리인 변호사와 접견할 때 녹취당하고 있다는 심리적 부담감으로 인하여 자유로운 의사소통에 다소 불편할 가능성이 있다는 것에 불과하고, 특히 청구인이 제기한 위 2010헌마751 헌법소원 사건은 그 내

용에 비추어 변호사와 접견 시 특별히 비밀스러운 내용이 포함될 여지가 없어 보이고, 서신 교환 등의 방법으로 비밀 유지가 가능한 점, 녹음·녹화 사실을 미리 고지하는 점 등에 비추어 보면 그 불이익은 그리 크지 않다. 그 반면에 이 사건 녹취행위로 인하여 달성하려는 목적인 증거인멸이나 형사법령 저촉행위를 예방하고, 교정시설의 안전과 질서를 유지하려는 공익은 청구인이 입는 불이익 보다 훨씬 크다고 하여야 한다. 따라서 이 사건 녹취행위는 청구인에 대한 기본권 제한과 공익목적의 달성 사이에 법익균형성도 갖추었다고 할 것이다.

(5) 소결

따라서 이 사건 녹취행위는 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 청구인과 변호사 사이의 접견권을 과도하게 제한하여 청구인의 재판청구권을 침해하였다고 할 수 없다.

다. 결론

이 사건 녹취행위는 청구인의 재판청구권을 침해하는 경우에 해당하지 아니하여 헌법에 위반되지 아니한다. 그러므로 청구인의 이 사건 녹취행위에 대한 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지] 관련조항

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

제41조(접견) ② 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

1. 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때
2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때
3. 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때

③ 제2항에 따라 녹음·녹화하는 경우에는 사전에 수용자 및 그 상대방에게 그 사실을 알려 주어야 한다.

④ 접견의 횟수·시간·장소·방법 및 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제84조(변호인과의 접견 및 서신수수) ① 제41조 제2항에도 불구하고 미결 수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제 21095호로 개정된 것)

제58조(접견) ④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다. 다만, 미결수용자가 변호인과 접견하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제59조(접견의 예외) ③ 소장은 제58조 제4항에도 불구하고 수형자가 제2항 제2호 또는 제3호에 해당하는 경우에는 접촉차단시설이 없는 장소에서 접견하게 할 수 있다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화) ① 소장은 법 제41조 제2항의 청취·기록을 위하여 교도관에게 변호인과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견에 참여하게 할 수 있다.

② 소장은 특별한 사정이 없으면 교도관으로 하여금 법 제41조 제3항에 따라 수용자와 그 상대방에게 접견내용의 녹음·녹화 사실을 수용자와 그 상대방이 접견실에 들어가기 전에 미리 말이나 서면 등 적절한 방법으로 알려 주게 하여야 한다.

③ 소장은 법 제41조 제2항에 따라 청취·녹음·녹화한 경우의 접견기록물에 대한 보호·관리를 위하여 접견정보 취급자를 지정하여야 하고, 접견정보 취급자는 직무상 알게 된 접견정보를 누설하거나 권한 없이 처리하거나 다른 사람이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용해서는 아니 된다.

④ 소장은 관계기관으로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 제3항의 접견기록물의 제출을 요청받은 경우에는 기록물을 제공할 수 있다.

1. 법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 때
2. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 때

구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2008. 12. 19. 법무부령 제655호로 제정되고, 2013. 4. 16. 법무부령 제788호로 개정되기 전의 것)

제194조(엄중관리대상자의 구분) 법 제104조에 따라 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 다른 수용자와의 접촉을 차단하거나 계호를 엄중히 하여야

하는 수용자(이하 이 장에서 “엄중관리대상자”라 한다)는 다음 각 호와 같이 구분한다.

3. 관심대상수용자(제211조제1항에 따라 지정된 수용자를 말한다. 이하 같다)

제210조(지정기준) 관심대상수용자의 지정기준은 다음 각 호와 같다.

2. 교도관 등을 폭행하거나 협박하여 징벌을 받은 전력(前歷)이 있는 사람으로서 같은 종류의 징벌대상행위를 할 우려가 큰 수용자
9. 사회적 물의를 일으킨 사람으로서 죄책감 등으로 인하여 자살 등 교정사고를 일으킬 우려가 큰 수용자

제211조(지정 및 해제) ① 소장은 제210조 각 호의 어느 하나에 해당하는 수용자에 대하여는 분류처우위원회의 의결을 거쳐 관심대상수용자로 지정한다. 다만, 분류처우위원회의 의결 전이라도 관심대상수용자로 지정할 필요가 있다고 인정되는 수용자에 대하여는 교도관회의의 심의를 거쳐 관심대상수용자로 지정할 수 있다.

② 소장은 관심대상수용자의 수용생활태도 등이 양호하여 지정사유가 해소되었다고 인정하는 경우에는 제1항 본문의 절차에 따라 그 지정을 해제한다. 수용관리업무지침(2010. 8. 1. 법무부예규 제952호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 지침에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “녹음녹화접견관리시스템”이란 교도관의 참여 없이 기계적 장치에 의하여 접견과정을 영상모니터링·청취·녹음 또는 녹화하는 접견운영체계를 말한다.
7. “녹음녹화접견”이란 녹음녹화접견관리시스템에 의하여 수용자와 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견하는 것을 말한다.

제141조(녹음녹화접견 대상자) ① 소장은 미결수용자의 접견시 변호인과 접견하는 경우를 제외하고 녹음녹화접견을 실시하여야 한다.

② 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 수형자 등에 대하여는 녹음녹화접견을 실시하여야 한다.

1. 사형확정자
2. 엄중관리대상자
3. 시행규칙 제74조의 중(重)경비처우급 수형자
4. 조사 또는 징벌집행중인 수형자
5. 추가사건으로 수사 또는 재판 중인 수형자
6. 자살 또는 자해의 우려가 있는 수형자

7. 그 밖에 소장이 법 제41조 제2항 각 호에 해당한다고 인정하는 수형자

③ 제1항에도 불구하고 형확정 대기중인 미결수용자의 녹음녹화접견에 대하여는 제2항을 준용한다.

제142조(녹음녹화접견 시 교도관의 참여) ① 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 녹음녹화접견 시 교도관을 참여하게 하여야 한다.

4. 소장이 녹음녹화접견 시 교도관의 참여가 필요하다고 인정하는 수용자

제144조(녹음녹화접견 안내 및 고지) 녹음녹화접견실 및 접견대기실 등에는 별표 9의 “녹음녹화접견 시 유의사항”을 게시하고, 수시로 안내방송을 실시하여야 한다.

제149조(접견과정 모니터링 등) ① 소장은 제141조에 따른 녹음녹화접견을 실시하지 아니하는 경우에도 녹음녹화접견관리시스템을 통하여 접견과정을 모니터링 할 수 있다. 다만, 이 경우에도 접견내용을 청취·기록·녹음·녹화하여서는 아니 된다.

변호사시험 시험장 선정행위 위헌확인 등

(2013. 9. 26. 2011헌마782, 2012헌마1017(병합))

【판시사항】

1. 헌법소원심판 청구 후 그 결정 이전에 종료된 변호사시험에 관한 피청구인의 시험장 선정행위에 대하여 위헌확인을 구할 권리보호 이익이 인정되는지 여부(적극)
2. 변호사시험의 시험장으로 서울 소재 4개 대학교를 선정한 피청구인의 공고가 서울 응시자에 비하여 지방 응시자를 자의적으로 차별하여 지방 응시자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인들이 응시하려는 제1회 및 제2회 변호사시험이 이미 종료되어 이 사건 시험장 선정행위와 관련된 주관적 권리보호의 이익은 소멸되었으나, 변호사시험은 매년 1회 이상 반복하여 시행될 것을 예정하고 있고, 앞으로도 유사한 시험장 선정행위는 반복될 위험이 있으므로, 예외적으로 심판청구의 이익을 인정함이 상당하다.
2. 이 사건 시험장 선정행위는 서울응시자에 비하여 지방응시자를 차별하는 것인데, 변호사시험은 선택형·사례형·기록형의 문제유형으로 구성되므로 업무처리절차가 복잡하다는 점, 변호사시험은 휴일을 포함하여 총 5일에 걸쳐 실시되는데, 이처럼 수일간 실시되는 사법시험·공인회계사시험·변리사시험·법무사시험·5급공채의 각 2차 시험들도 모두 하나의 지역에서 실시되고 있는 점, 수일간 시행되는 시험의 특성상 출제·인쇄·시험시행·답안보관의 각 시설들은 지리적 근접연결성이 강하게 요구되는 점, 그럼에도 불구하고 변호사시험을 분산실시한다면 시험사고의 위험이 증대하여 변호사시험의 공정성과 통일성을 해할 우려가 있다는 점을 종합적으로 고려할 때, '변호사시험을 하나의 지역에서 집중실시한 것'은 합리적 이유가 있다.
법학전문대학원 정원 2,000명 중 과반수 이상이 서울 권역 법학전

문대학원 소속인 점, 지방 권역별 법학전문대학원 소속 응시자들의 접근성 측면에서 볼 때 항공·육상 교통의 중심지인 서울이 다른 지역에 비하여 상대적으로 접근에 더 용이한 점, 다수 응시자의 편의, 시험사고의 위험성, 가용한 인적·물적 자원 등을 전문적으로 판단하여 시험장을 선정하는 시험주관청의 재량 등을 고려할 때, 피청구인이 '변호사시험이 집중 실시될 지역으로 서울을 선택한 것'은 합리적 이유가 있다.

따라서 이 사건 시험장 선정행위는 합리적 이유 있는 공권력 행사로서 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

【심판대상조문】

법무부장관의 2011. 12. 1.자 제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고(법무부공고 제2011-194호)

공 고 문

법무부공고 제2011-194호

제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고

2012년도 제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항을 다음과 같이 공고합니다.

2011년 12월 1일

법 무 부 장 관

3. 시험장소

응시표 좌석번호	시험장소	소재지
고려대00001~ 고려대00465	고려 대학교	법학관 서울시 성북구 안암로 145 ※ 지하철 6호선 안암역 하차, 도보 10분 거리
연세대00001~ 연세대00367	연세 대학교	백양관 서울시 서대문구 연세로 50 ※ 지하철 2호선 신촌역 하차, 도보 20분 거리
중앙대00001~ 중앙대00386	중앙 대학교	법학관 서울시 동작구 흑석로 84 ※ 지하철 9호선 흑석역 하차, 도보 20분 거리
한양대00001~ 한양대00480	한양 대학교	제1 공학관 서울시 성동구 왕십리로 222 ※ 지하철 2호선 한양대역 하차, 도보 15분 거리

헌재 2013. 9. 26. 2011헌마782, 2012헌마1017(병합)

법무부장관의 2012. 11. 30.자 제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고
(법무부공고 제2012-259호)

공 고 문

법무부공고 제2012-259호

제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자준수사항 공고

2013년도 제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자준수사항을 다음과 같이 공고합니다.

2012년 11월 30일

법 무 부 장 관

3. 시험장소

응시료 좌석번호	시험장소		소재지
건국대001~건국대645	건국대학교	상허 연구관	서울시 광진구 능동로 120 ※ 지하철 2호선·7호선 건대입구역
고려대001~고려대417	고려대학교	법학관	서울시 성북구 안암로 145 ※ 지하철 6호선 안암역
연세대001~연세대383	연세대학교	백양관	서울시 서대문구 연세로 50 ※ 지하철 2호선 신촌역
한양대001~한양대650	한양대학교	제1 공학관	서울시 성동구 왕십리로 222 ※ 지하철 2호선 한양대역

【참조조문】

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 변호사시험에 관하여 규정함을 목적으로 한다.

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제2조(변호사시험 시행의 기본 원칙) 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」에 따른 법학전문대학원(이하 “법학전문대학원”이라 한다)의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다.

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제3조(시험실시기관) 시험은 법무부장관이 관장·실시한다.

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제4조(시험의 실시 및 공고)

- ① 법무부장관은 매년 1회 이상 시험을 실시하되, 그 실시계획을 미리 공고하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 공고에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제8조(시험의 방법) ① 시험은 선택형(기입형을 포함한다. 이하 같다) 및 논술형(실무능력 평가를 포함한다. 이하 같다) 필기시험과 별도의 법조윤리시험으로 실시한다.

- ② 선택형 필기시험과 논술형 필기시험은 혼합하여 출제한다.
- ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 제9조 제1항 제4호의 전문적 법률분야에 관한 과목에 대하여는 논술형 필기시험만 실시한다.
- ④ 법무부장관은 법조윤리시험의 시행에 필요한 조직과 인력을 갖춘 외부기관을 지정하여 법조윤리시험을 시행하게 할 수 있다.
- ⑤ 제4항에 따른 외부기관의 지정기준, 지정절차 및 지정취소, 외부기관에 대한 감독, 그 밖에 법조윤리시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제19조(다른 기관 등에 대한 협조요청) ① 법무부장관은 시험관리업무의 원활한 수행을 위하여 필요하면 중앙행정기관, 지방자치단체, 관계 기관 또는 국공립학교의 장 등에게 시험장소의 제공, 시험관리 인력의 파견, 문제 출제 또는 시험장소의 질서 유지, 그 밖에 필요한 협조를 요청할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 협조요청을 받은 중앙행정기관, 지방자치단체, 관계 기관 또는 국공립학교의 장 등은 특별한 사정이 없으면 법무부장관의 요청에 따라야 한다.

변호사시험법 시행령(2011. 9. 29. 대통령령 제23159호로 개정된 것) 제2조(시험의 공고) ① 법무부장관은 「변호사시험법」(이하 “법”이라 한다) 제4조에 따라 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)을 실시하려는 경우에는 그 시험일시, 시험장소, 시험방법, 시험과목, 응시자격, 출원절차, 합격자 발표의 일시 및 방법 등을 시험 실시 3개월 전까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.

- ② 법무부장관은 제1항에 따른 공고 후 법 제8조 제1항에 따라 시험을 실시하려는 경우에는 그 일시, 장소 및 시험응시자에게 필요한 준비사항 등을 시험일 10일 전까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다. 다만, 불가피한 사유로 공고내용을 변경하는 경우에는 시험일 5일 전까지 그 변경사항을 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.
- ③ 법무부장관이 법 제8조 제4항에 따라 법조윤리시험을 시행하는 외부기관을 지정하는 경우 그 기관은 매년 시험 실시 직전 연도의 12월 31일까지 제1항과 같은 방법으로 법조윤리시험 실시계획을 공고하여야 한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 60
- 2. 헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947, 판례집 19-1, 514, 535

헌재 2013. 9. 26. 2011헌마782, 2012헌마1017(병합)

헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 733

【당 사 자】

- 청 구 인 1. [별지 1] 청구인 목록 기재와 같음(2011헌마782)
국선대리인 변호사 심봉섭
2. [별지 2] 청구인 목록 기재와 같음(2012헌마1017)
대리인 변호사 김문경
피청구인 법무부장관

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2011헌마782 사건

청구인들은 ○○대학교 법학전문대학원 1기 재학생으로, 2012년도 제1회 변호사시험의 응시자격(2012년 2월 졸업예정자)을 취득하여 이에 응시한 자이다.

피청구인은 2011. 9. 30.자 ‘2012년도 제1회 변호사시험 실시계획 공고(법무부공고 제2011-159호)’에서 응시자들의 시험장소를 2011. 12. 1. 피청구인이 개설한 변호사시험 홈페이지에 공고하겠다는 내용을 공고하였다.

피청구인은 시험장소 물색 및 사용협의 등의 절차를 거쳐 2011. 10.경 내부적으로 서울 소재 4개 대학교(고려대학교, 연세대학교, 중앙대학교, 한양대학교)를 시험장소로 선정하였고, 2011. 11. 2.부터 같은달 7.까지 진행된 인터넷 응시원서 접수기간 동안 응시자들이 위 4개 대학교 중 1순위 및 2순위로 선호하는 시험장을 선택하도록 하였다.

이후 피청구인은 2011. 12. 1.자 ‘제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자준수 사항 공고(법무부공고 제2011-194호)’에서 서울 소재 4개 대학교가 시험장으로 선정되었고 응시자들이 각 대학교에 배정되었다는 내용을 최종 공고하였다.

이에 위 청구인들은, 피청구인의 2011. 9. 30.자 공고 중 시험장소에 관한 부분 및 피청구인의 2011. 10.경 위 시험장 선정행위가 지방 소재 법학전문대학

원 재학생 응시자와 시험장으로 선정되지 못한 법학전문대학원 재학생 응시자의 평등권 및 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하며, 2011. 12. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2012헌마1017 사건

청구인들은 각 ○○·□□·△△·▽▽·XX대학교 법학전문대학원 2기 재학생으로, 2013년도 제2회 변호사시험의 응시자격(2013년 2월 졸업예정자)을 취득하여 이에 응시한 자이다.

피청구인은 2012. 9. 28.자 ‘2013년도 제2회 변호사시험 실시계획 공고(법무부공고 제2012-206호)’에서 응시자들의 시험장소를 2012. 11. 30. 피청구인이 개설한 변호사시험 홈페이지에 공고하겠다는 내용을 공고하였다.

피청구인은 시험장소 물색 및 사용협의 등의 절차를 거쳐 2012. 10.경 내부적으로 서울 소재 4개 대학교(건국대학교, 고려대학교, 연세대학교, 한양대학교)를 시험장소로 선정하였고, 그 후 2012. 11. 1.부터 같은달 7.까지 진행된 인터넷 응시원서 접수기간 동안 응시자들이 위 4개 대학교 중 1순위 및 2순위로 선호하는 시험장을 선택하도록 하였다.

이후 피청구인은 2012. 11. 30.자 ‘제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자준수사항 공고(법무부공고 제2012-259호)’에서 서울 소재 4개 대학교가 시험장으로 선정되어 응시자들이 각 대학교에 배정되었다는 내용을 최종 공고하였다.

이에 위 청구인들은, 피청구인의 2012. 9. 28.자 공고 중 시험장소에 관한 부분, 피청구인의 2012. 10.경 위 시험장 선정행위, 피청구인의 2012. 11. 30.자 공고 중 시험장소에 관한 부분이 청구인들의 평등권 및 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하며, 2012. 12. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 2011헌마782 사건

청구인들은 피청구인의 2011. 9. 30.자 ‘2012년도 제1회 변호사시험 실시계획 공고(법무부공고 제2011-159호)’ 중 시험장소에 관한 부분 및 피청구인이 2011. 10.경 서울 소재 4개 대학교를 시험장으로 선정한 행위를 심판대상으로 청구하고 있다.

그런데 피청구인의 2011. 9. 30.자 ‘2012년도 제1회 변호사시험 실시계획 공고(법무부공고 제2011-159호)’ 중 시험장소에 관한 부분은, 그 자체로는 시험장 선정에 관하여 어떠한 구체적 내용을 포함하지 아니한 채 앞으로 변호사시험의 장소를 “변호사시험 홈페이지에 공고”하겠다는 내용의 단순한 사전 안내에

헌재 2013. 9. 26. 2011헌마782, 2012헌마1017(병합)

불과하고, 피청구인이 2011. 10.경 서울 소재 4개 대학교로 시험장을 선정한 행위는 아직 대외적으로 공표되지 않은 행정기관의 내부적 의사결정에 불과하다.

한편, 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여야 한다. 살피건대, 이 사건에서 청구인들이 다투고자 하는 것은 변호사시험 장소를 서울 소재 4개 대학교로 정한 것이며, 피청구인의 시험장 선정행위는 결국 2011. 12. 1.자 법무부 공고를 통하여 최종적으로 확정·공고되었으므로, 이 사건 헌법소원의 심판대상을 피청구인의 2011. 12. 1.자 '제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고(법무부공고 제 2011-194호)' 중 3.항 시험장소에 관한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부로 직권 변경한다.

(2) 2012헌마1017 사건

청구인들은 피청구인의 2012. 9. 28.자 '2013년도 제2회 변호사시험 실시계획 공고(법무부공고 제2012-206호)' 중 시험장소에 관한 부분, 피청구인이 2012. 10.경 서울 소재 4개 대학교를 시험장으로 선정한 행위, 피청구인의 2012. 11. 30.자 '제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고(법무부공고 제 2012-259호)' 중 시험장소에 관한 부분을 심판대상으로 청구하고 있다.

그런데 위 2011헌마782 사건에서와 같은 이유에서, 이 사건 헌법소원의 심판대상을 피청구인의 2012. 11. 30.자 '제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고(법무부공고 제2012-259호)' 중 3.항 시험장소에 관한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부로 한정한다.

(이하에서는 2011헌마782 사건과 2012헌마1017 사건의 심판대상을 합하여 '이 사건 시험장 선정행위'라 한다)

[심판대상]

공 고 문

법무부공고 제2011-194호

제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고

2012년도 제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항을 다음과 같이 공고합니다.

2011년 12월 1일

법무부장관

3. 시험장소

응시표 좌석번호	시험장소		소재지
고려대00001~ 고려대00465	고려 대학교	법학관	서울시 성북구 안암로 145 ※ 지하철 6호선 안암역 하차, 도보 10분 거리
연세대00001~ 연세대00367	연세 대학교	백양관	서울시 서대문구 연세로 50 ※ 지하철 2호선 신촌역 하차, 도보 20분 거리
중앙대00001~ 중앙대00386	중앙 대학교	법학관	서울시 동작구 흑석로 84 ※ 지하철 9호선 흑석역 하차, 도보 20분 거리
한양대00001~ 한양대00480	한양 대학교	제1 공학관	서울시 성동구 왕십리로 222 ※ 지하철 2호선 한양대역 하차, 도보 15분 거리

공 고 문

법무부공고 제2012-259호

제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시지준수사항 공고

2013년도 제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시지준수사항을 다음과 같이 공고합니다.

2012년 11월 30일

법무부장관

3. 시험장소

응시표 좌석번호	시험장소		소재지
건국대001~건국대645	건국 대학교	상허 연구관	서울시 광진구 능동로 120 ※ 지하철 2호선·7호선 건대입구역
고려대001~고려대417	고려 대학교	법학관	서울시 성북구 안암로 145 ※ 지하철 6호선 안암역
연세대001~연세대383	연세 대학교	백양관	서울시 서대문구 연세로 50 ※ 지하철 2호선 신촌역
한양대001~한양대650	한양 대학교	제1 공학관	서울시 성동구 왕십리로 222 ※ 지하철 2호선 한양대역

[관련조항]

[별지 3] 관련조항 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장요지

피청구인의 이 사건 시험장 선정행위는 교통·통신이 불편하던 과거의 부당한 관행을 사정이 명백히 다른 변호사시험에 그대로 적용하는 행정편의적 발상에서 비롯된 것으로서, 서울에 소재한 법학전문대학원 재학생 응시자(이하 '서울 응시자'라 한다)에 비하여 지방에 소재한 법학전문대학원 재학생 응시자(이하 '지방 응시자'라 한다)를 자의적으로 차별하고, 시험장으로 선정된 대학의 법학전문대학원 재학생 응시자(이하 '자대학 응시자'라 한다)에 비하여 시험장으로 선정되지 못한 대학의 법학전문대학원 재학생 응시자(이하 '타대학 응시자'라 한다)를 자의적으로 차별하여 청구인들의 평등권을 침해하며, 그로 인해 지방 응시자 및 타대학 응시자에게 전가된 부담과 불이익은 그 자체로 시험의 당락을 결정할 만큼 큰 부담이라 할 것이므로 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.

3. 적법요건에 관한 판단

헌법소원심판은 국민의 침해된 기본권의 구제를 목적으로 하는 제도이므로, 헌법소원 심판청구가 적법하려면 그 제도의 목적상 권리보호이익이 있어야 한다. 그런데 제1회 변호사시험은 2012. 1. 3.부터 같은 달 7.까지 실시되었고, 제2회 변호사시험은 2013. 1. 4.부터 같은 달 8.까지 실시되었으므로, 이 사건 시험장 선정행위로 인한 청구인들에 대한 기본권 제한은 종료되어 주관적 권리보호이익은 이미 소멸하였다.

그러나 헌법소원이 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 아니한다고 하더라도, 같은 유형의 침해행위가 앞으로 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있는바(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 60 참조), 변호사시험법에 의하면 변호사시험은 매년 1회 이상 반복하여 시행될 것을 예정하고 있고, 앞으로도 유사한 시험장 선정행위는 반복될 위험이 있으므로, 예외적으로 심판청구의 이익을 인정함이 상당하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 쟁점의 정리

청구인들은, 이 사건 시험장 선정행위가 서울 응시자에 비하여 지방 응시자

를 자의적으로 차별하고 자대학 응시자에 비하여 타대학 응시자를 자의적으로 차별하므로 평등권을 침해하며, 그로 인한 지방 응시자 및 타대학 응시자의 부담과 불이익은 시험의 당락을 결정할 만큼 큰 부담이므로 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한다.

살피건대 이 사건의 쟁점은, 피청구인의 시험장 선정행위로 인하여 지방 응시자들이 서울 응시자에 비하여 불이익을 받게 된 것이 지방 응시자에 대한 불합리한 차별로서 평등권을 침해하는지 여부이다.

한편, 지방 응시자의 불이익이 시험의 당락을 결정할 만큼 큰 부담이므로 직업선택의 자유를 침해한다는 청구인들의 주장은 서울 응시자와 비교하여 지방 응시자들의 불이익이 그만큼 크다는 것에 다름 아니므로, 지방 응시자들의 평등권 침해 여부를 판단하는 이상 직업선택의 자유 침해 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

또한 청구인들은 모두 지방 응시자이자 동시에 타대학 응시자인바, 피청구인이 서울 소재 4개 대학교를 시험장으로 선정하는 것이 지방 응시자인 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하는 것인지 여부를 판단함에 있어 고려하여야 할 지방 응시자의 불이익에는 타대학 응시자로서의 불이익도 포함되어 있으므로, 이하에서는 이 사건 시험장 선정행위가 지방 응시자의 평등권을 침해하는지 여부를 중심으로 살펴보도록 한다.

나. 심사기준

헌법재판소에서 평등권 침해여부를 심사함에 있어서는, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우 이외에는 완화된 심사척도인 자의금지원칙에 의하여 심사하면 족하다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 733).

살피건대, 시험장 선정행위로 인한 지방 응시자의 불이익을 해소하기 위하여는 변호사시험을 전국에 위치한 각 법학전문대학원 소재지로 분산 실시하거나, 적어도 각 고등법원 소재지(서울·대전·대구·부산·광주)로 분산 실시하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 이 사건 시험장 선정행위는 변호사시험의 시험방법에 관한 것으로서 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 영역이 아니고, 변호사시험의 시험방법을 어떻게 정할 것인가는 입법부 내지 입법부로부터 위임을 받은 행정부에게 광범위한 형성의 자유가 인정된다 할 것이어서 그 내용이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 한 입법부 내지 행정부의 판단은 존중되어야 하므로(헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947, 판례집 19-1, 514, 535 참

조), 결국 이 사건 시험장 선정행위로 인한 평등권 침해여부는 자의금지원칙에 따라 심사함이 상당하다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 먼저, 변호사시험을 하나의 지역에서 집중 실시할 합리적 이유가 있는지에 대하여 본다.

변호사시험은 선택형·사례형·기록형 등 다양한 문제유형의 시험이 동시에 시행되므로, 과목과 문제유형에 따른 문제출제, 문제지 인쇄·포장·배송, 시험용품 준비, 시험시행 방식 등 시험업무 전반에 걸쳐 세부적인 내용이 달라질 수 밖에 없어 업무처리 절차가 복잡하다.

또한 변호사시험은 중간의 휴식일을 포함하여 총 5일에 걸쳐 실시된다. 그런데 시험기간이 수일에 걸쳐 진행되는 시험은 시험기간 동안 매일 문제지를 인쇄해서 정해진 시간 내에 시험 시행장소에 배송을 완료해야 하므로, 그 과정에서 어느 한 장소에 문제지 배송이 늦어지거나 보안사고가 발생하면 시험 전체의 공정성과 효력이 문제될 수 있다. 특히 지방 분산 실시는 문제지 배송의 거리 및 시간이 증가될 뿐만 아니라, 훈련된 시험관리 인력을 집약적으로 배치·활용할 수 없게 되어 시험사고의 위험이 증대되는 문제점이 있다.

이러한 이유에서 하루 일정으로 시행되는 시험(사법시험 중 제1차시험, 변호사시험 중 법조윤리시험 등)과 달리, 사법시험·공인회계사시험·변리사시험·법무사시험·5급공채의 각 제2차시험 등 하루를 초과한 기간 동안 시행되는 시험들은 모두 하나의 지역(서울·경기)에서 실시되고 있다.

이처럼 수일간 시행되는 복잡한 시험절차를 공정하고 안정적으로 운영하기 위해서는, 문제의 출제장소, 문제지의 인쇄장소, 시험 시행장소, 답안지의 회수 및 보관장소가 그 업무의 원활한 수행에 적합한 규모와 시설을 갖추고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 시설들이 지리적으로 근접하고 단시간에 왕복 가능한 교통 시설로 연결되어 있어야 한다.

우선 시험을 위한 시설 중, 문제의 출제장소는 각 과목의 선택형·사례형·기록형 시험위원 및 출제관리요원 등 대략 100명 이상의 인원이 길게는 18일 동안 합숙하면서 문제를 출제할 수 있는 시설이어야 하므로, 충분한 규모의 객실, 식당, 회의실, 휴게공간, 운동시설이 구비되어 있어야 하고, 대물적·대인적 보안조치가 가능한 구조 및 시설 등을 갖추어야 한다. 또한 문제지의 인쇄장소는 선택형·사례형·기록형 등 각각의 문제 형식에 적합한 인쇄설비와 대략 40만장에 달하는 문제지의 인쇄능력을 필요로 하고, 시험 시행장소는 시험

실의 개수, 규모 및 구조, 난방시설, 방송시설, 채광, 교통편의성, 시설관리주체의 사용승락, 과거 유사시험의 실시경험 등이 고려되어야 하며, 답안지 회수 및 보관장소는 그에 적절한 보안조치가 가능해야 한다.

또한 이러한 시설들은 불측의 사고가 발생하더라도 시험을 안정적으로 시행할 수 있기 위하여 출제장소, 인쇄장소, 시험 시행장소, 답안지 보관장소가 모두 상호간에 지리적으로 근접해야 하고, 교통수단을 통해 신속하게 접근 가능해야 한다. 왜냐하면, 예정된 출제시한 후에 문제의 오류가 뒤늦게 발견되는 경우에도 이를 즉시 수정·보완하여 보안조치 하에 인쇄장소에서 이송·인계할 수 있어야 하고, 인쇄과정에서 문제가 발생하더라도 정해진 시험일정에 차질을 주지 않는 시간 내에 문제지가 모든 시험장에 도달할 수 있어야 하기 때문이다. 또한 매일의 시험일정이 종료된 후에는 그날 시행된 시험의 답안지가 안전하게 회수되어 보안시설에 보관되어야 하므로, 시험장과 답안지 보관시설은 시험관리 인원이 답안지 이송작업을 신속히 마무리하고 뒷날의 시험시행을 준비하는 데에 과도한 부담을 주지 않을 정도로 상호 지리적으로 근접해야 할 필요성이 있다.

그런데 '제1회 변호사시험'의 경우 장소적으로 집약된 각 시험시설을 관리하는 데에도 연인원을 기준으로 시험장 책임관 및 보좌관 77명, 시험관리관 352명, 시험관리원 800명, 문제지 배송책임관 25명, 기타 경찰관 및 교직원 88명 등 1,300여명의 시험관리요원이 투입되었으며, '제2회 변호사시험'의 경우 시험장 책임관 및 보좌관 90명, 시험관리관 400명, 시험관리원 945명, 문제지 배송책임관 25명, 기타 경찰관 및 교직원 88명 등 1,500여명의 시험관리요원이 투입되었다.

이러한 현실에도 불구하고 만약 변호사시험을 지방 분산 실시한다면, 시험관리자의 입장에서는 훈련된 한정된 관리인력만으로 시험을 안전하게 실시하기 어렵고 불가피하게 미숙련의 인력으로 분산 실시할 경우에는 시험사고의 위험이 증대되어 변호사시험제도의 공정성과 통일성을 해할 우려가 있다.

결국, 선택형·사례형·기록형의 다양한 문제유형의 시험이 동시에 시행되는 변호사시험 업무처리 절차의 복잡성, 안전한 시험관리를 위하여 수일에 걸쳐 시행되는 시험들이 동일 지역에서 실시되어야 할 필요성, 시험장 선정의 고려요소인 각 시설의 업무적합성 및 근접연결성, 지방 분산실시될 경우 시험사고의 위험성 증가 등을 고려할 때, 5일의 기간 동안 실시되는 변호사시험을 하나의 지역에서 집중 실시하는 것은 합리적 이유가 있다.

헌재 2013. 9. 26. 2011헌마782, 2012헌마1017(병합)

(2) 다음으로, 피청구인이 하나의 지역에서 집중 실시될 필요성 있는 변호사시험의 시험장을 다른 지역이 아닌 서울로 선택한 것에 합리적 이유가 있는지에 대하여 본다.

살피건대, 법학전문대학원 최종인가대학 25개교 정원 2,000명 중 과반수 이상이 서울 권역 법학전문대학원 소속 정원(1,140명)이고, 대전(170명)·광주(300명)·대구(190명)·부산(200명) 권역별 법학전문대학원 소속 응시자들의 접근성 측면에서 볼 때 다른 지역에 비하여 항공 및 육상 교통의 중심지인 서울 권역이 상대적으로 접근에 더 용이하다는 점, 다수 응시자의 편의, 시험사고의 위험성, 가용한 인적·물적 자원 등을 전문적·기술적으로 판단하여 시험장을 선정하는 시험주관청의 재량 등을 고려할 때, 피청구인이 변호사시험이 집중 실시될 지역으로 서울을 선택한 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

(3) 소결

따라서 피청구인의 이 사건 시험장 선정행위는 합리적 이유 있는 공권력 행사로서 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 조용호

[별지 1] 청구인 목록(2011헌마782) 생략

1. 안○익 외 2인

[별지 2] 청구인 목록(2012헌마1017) 생략

1. 김○은 외 4인

[별지 3] 관련조항

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 변호사시험에 관하여 규정함을 목적으로

한다.

제2조(변호사시험 시행의 기본원칙) 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」에 따른 법학전문대학원(이하 “법학전문대학원”이라 한다)의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다.

제3조(시험실시기관) 시험은 법무부장관이 관장·실시한다.

제4조(시험의 실시 및 공고) ① 법무부장관은 매년 1회 이상 시험을 실시하되, 그 실시계획을 미리 공고하여야 한다.

② 제1항에 따른 공고에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제8조(시험의 방법) ① 시험은 선택형(기입형을 포함한다. 이하 같다) 및 논술형(실무능력 평가를 포함한다. 이하 같다) 필기시험과 별도의 법조윤리시험으로 실시한다.

② 선택형 필기시험과 논술형 필기시험은 혼합하여 출제한다.

제19조(다른 기관 등에 대한 협조요청) ① 법무부장관은 시험관리업무의 원활한 수행을 위하여 필요하면 중앙행정기관, 지방자치단체, 관계 기관 또는 국립학교의 장 등에게 시험장소의 제공, 시험관리 인력의 파견, 문제 출제 또는 시험장소의 질서 유지, 그 밖에 필요한 협조를 요청할 수 있다.

변호사시험법 시행령(2011. 9. 29. 대통령령 제23159호로 개정된 것)

제2조(시험의 공고) ① 법무부장관은 「변호사시험법」(이하 “법”이라 한다) 제4조에 따라 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)을 실시하려는 경우에는 그 시험일시, 시험장소, 시험방법, 시험과목, 응시자격, 출원절차, 합격자 발표의 일시 및 방법 등을 시험 실시 3개월 전까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.

② 법무부장관은 제1항에 따른 공고 후 법 제8조 제1항에 따라 시험을 실시하려는 경우에는 그 일시, 장소 및 시험응시자에게 필요한 준비사항 등을 시험 일 10일 전까지 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다. 다만, 불가피한 사유로 공고내용을 변경하는 경우에는 시험일 5일 전까지 그 변경사항을 관보와 인터넷 홈페이지 또는 일간지 등에 공고하여야 한다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률 제5조 제2항 위헌확인

(2013. 9. 26. 2012헌마271)

【판시사항】

1. 공법상 재단법인이 최다출자자인 방송사업자에게 기본권 주체성이 인정되는지 여부(적극)
2. 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경우 한국방송광고공사의 후신인 한국방송광고진흥공사가 위탁하는 방송광고에 한하여 방송광고를 할 수 있도록 한 방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제5조 제2항 중 '방송문화진흥회법에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자' 부분(이하 '이 사건 심판대상조항'이라 한다)이 구 방송법령에 대한 헌법불합치결정(2006헌마352)의 기속력에 반하는지 여부(소극)
3. 이 사건 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인은 공법상 재단법인인 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자로서 방송법 등 관련 규정에 의하여 공법상의 의무를 부담하고 있지만, 그 설립목적이 언론의 자유의 핵심 영역인 방송 사업이므로 이러한 업무 수행과 관련해서는 기본권 주체가 될 수 있고, 그 운영을 광고수익에 전적으로 의존하고 있는 만큼 이를 위해 사경제 주체로서 활동하는 경우에도 기본권 주체가 될 수 있다. 이 사건 심판청구는 청구인이 그 운영을 위한 영업활동의 일환으로 방송광고를 판매하는 지위에서 그 제한과 관련하여 이루어진 것이므로 그 기본권 주체성이 인정된다.
2. 구 방송법령에 대한 종전 헌법불합치결정의 취지는 한국방송광고공사가 독점하던 방송광고판매대행업에 제한적이거나 실질적인 경쟁체제가 이루어질 수 있도록 하여야 한다는 것이었고, 이 결정에

따라 새로 제정된 방송광고판매대행 등에 관한 법률에서는 공영미디어법인인 한국방송광고진흥공사 이외에 민영미디어법도 방송광고판매대행업을 할 수 있도록 제한 경쟁체제를 도입하고 있으므로, 이 사건 심판대상조항이 구 방송법령에 대한 헌법불합치결정의 기속력에 반한다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 심판대상조항이 공영방송사의 경우 공영미디어법인인 한국방송광고진흥공사만을 통해 방송광고 판매를 하도록 한 것은 미디어 경쟁 체제에서 나타날 수 있는 방송의 상업화 등 부작용을 방지하고, 공영방송사에 대한 광고주나 특정인의 부당한 영향력 행사를 차단하여 방송의 공공성, 공정성, 다양성을 확보하기 위한 것으로, 방송문화진흥회가 최다출자자인 청구인과 같은 공영방송사는 그 존립근거나 운영주체의 특성상 상대적으로 더 높은 수준의 공공성을 요구받는 것이 당연하다. 방송광고의 가격이나 광고총량을 통제하여 방송이 시청률 위주의 지나친 상업적 방송이 되는 것을 막고, 시청률은 낮더라도 공익성이 높은 프로그램의 경우에는 적절한 가격에 방송광고를 판매할 수 있도록 그 규제가 가능한 공영미디어법을 통해 방송광고를 판매하도록 하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제5조 (방송광고의 판매대행) ① 생략
② 제1항 본문에도 불구하고 「방송법」에 따른 한국방송공사, 「방송문화진흥회법」에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자 및 「한국교육방송공사법」에 따른 한국교육방송공사는 제24조에 따른 한국방송광고진흥공사가 위탁하는 방송광고에 한정하여 방송광고를 할 수 있다.

【참조조문】

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제8조의7(선거방송토론위원회)
① 생략
② 각급선거방송토론위원회는 다음 각 호에 따라 구성하며, 위원의 임기는 제2호 후단의 경우를 제외하고는 3년으로 한다. 이 경우 위원정수에 관하여는 제8조의2 제2항 후단을 준용한다.

1. 중앙선거관리위원회에 설치하는 중앙선거방송토론위원회(이하 “중앙선거방송토론위원회”라 한다) 및 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)선거관리위원회에 설치하는 시·도선거방송토론위원회(이하 “시·도선거방송토론위원회”라 한다)

국회에 교섭단체를 구성한 정당과 공영방송사(한국방송공사와 「방송문화진흥회법」에 따른 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자를 말한다. 이하 같다)가 추천하는 각 1명, 방송통신심의위원회·학계·법조계·시민단체가 추천하는 사람 등 학식과 덕망이 있는 사람 중에서 중앙선거관리위원회 또는 시·도선거관리위원회가 각각 위촉하는 사람을 포함하여 중앙선거방송토론위원회는 11명 이내, 시·도선거방송토론위원회는 9명 이내의 위원

2. 구·시·군선거방송토론위원회

해당 구·시·군선거관리위원회의 위원장 및 정당추천위원을 포함한 위원 3명(정당추천위원의 수가 3명 이상인 경우에는 그 위원을 모두 포함한 수를 말한다), 학계·법조계·시민단체·전문인론인 중에서 해당 구·시·군선거관리위원회가 위촉하는 사람을 포함하여 9명 이내의 위원. 이 경우 구·시·군선거관리위원회 위원을 겸하는 위원의 임기는 「선거관리위원회법」 제8조에 따른 제임기간으로 한다.

③~⑩ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회) ①~⑨ 생략

⑩ 공영방송사는 그의 부담으로 대담·토론회를 텔레비전방송을 통하여 중계방송하여야 하되, 대통령선거에 있어서 중앙선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회는 오후 8시부터 당일 오후 11시까지의 사이에 중계방송하여야 한다. 다만, 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서 전국을 방송권역으로 하는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑪~⑭ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제137조의2(정당·정책의 방송연설의 제한) ①~③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 방송연설의 비용은 당해 정당이 부담하되, 국회에 교섭단체를 구성한 정당이 공영방송사를 이용하여 방송연설을 하는 때에는 각 공영방송사마다 텔레비전 및 라디오 방송별로 행하는 월 1회의 방송연설비용(제작비용을 제외한다)은 당해 공영방송사가 이를 부담하여야 한다.

⑤~⑦ 생략

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제3조(광고판매대행자의 공적 책임 등) ① 광고판매대행자는 방송광고를 판매대행할 때에는 방송의 공공성과 공익성에 이바지하여야 하며 방송광고산업 발전을 위하여 노력하여야 한다.

② 광고판매대행자는 방송광고의 거래질서를 문란하게 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제6조

(광고판매대행자의 허가) ① 광고판매대행사업을 하려는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 방송통신위원회의 허가를 받아야 한다.

1. 방송광고판매계획의 공익성·공정성 및 실현가능성
2. 방송광고 결합판매 지원, 광고매출 배분 등이 포함된 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자 지원방안의 적절성 및 실현가능성
3. 조직 및 인력운영 등 경영계획의 적정성
4. 재정능력 및 재정건전성
5. 방송 및 광고산업 발전을 위한 지원계획의 적절성
6. 그 밖에 사업수행에 필요한 사항

② 제24조에 따른 한국방송광고진흥공사는 제1항에 따른 허가를 받은 것으로 본다. 이 경우 제24조에 따른 한국방송광고진흥공사는 「방송문화진흥회법」에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 네트워크 지원방안을 방송통신위원회에 제출하고 승인을 받아야 한다.

③ 방송통신위원회가 제1항에 따른 허가를 할 때에는 방송 및 광고산업 발전, 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자 지원, 광고시장 공정경쟁, 방송의 공익성·다양성 실현 등을 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다.

④ 제1항에 따른 허가의 세부요건 및 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제13조(광고판매대행자의 소유제한 등) ① 광고판매대행자가 주식을 발행하는 경우에는 기명식으로 하여야 한다.

② 누구든지 대통령령으로 정하는 특수한 관계가 있는 자(이하 “특수관계자”라 한다)가 소유하는 주식 또는 지분을 포함하여 제6조 제1항에 따라 허가를 받은 광고판매대행자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 40을 초과하여 소유할 수 없다.

③ 제2항에도 불구하고 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 기업집단 중 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사와 그 계열회사(특수관계자를 포함한다), 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따른 일반일간신문을 경영하는 법인(방송사업자를 제외한 특수관계자를 포함한다)과 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」에 따른 뉴스통신을 경영하는 법인(특수관계자를 포함한다)은 광고판매대행자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 10을 초과하여 소유할 수 없다.

④ 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 광고판매대행자의 주식 또는 지분을 소유할 수 없다.

1. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제1호의2에 따른 지주회사
2. 「정당법」 제2조에 따른 정당
3. 광고대행자 및 광고판매대행자(각 특수관계자를 포함한다)

⑤ 제2항부터 제4항까지의 규정을 위반하여 주식 또는 지분을 소유하게 된 경우 위반의 원인을 제공한 주식 또는 지분의 소유자는 그 소유분 또는 초과분에 대한 의결권을 행사할 수 없다.

⑥ 방송통신위원회는 제2항부터 제4항까지의 규정을 위반하여 광고판매대행자의 주식 또는 지분을 소유하고 있는 자에 대하여 6개월 이내의 기간을 정하여 해당 사항을 시정할 것을 명할 수 있다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제15조(광고판매대행자 등의 금지행위) ① 광고판매대행자는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 정당한 사유 없이 방송사업자의 방송프로그램 기획, 제작, 편성 등에 영향을 미치는 행위
2. 정당한 사유 없이 특정 방송사업자 또는 광고대행자에 대하여 광고판매를 거부, 중단 또는 해태하거나 거래조건을 차별하는 행위
3. 「방송법」과 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 방송광고 외의 광고를 판매하는 행위
4. 정당한 사유 없이 제16조 제2항에 따른 광고대행수수료를 지급하지 아니하는 행위
5. 제17조 제1항에 따른 광고판매대행사업의 회계를 다른 사업과 구분하지 아니하는 행위
6. 우월적 지위를 이용하여 방송사업자 또는 광고대행자에게 부당한 계약을 강요하는 행위

②~③ 생략

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제16조(방송광고 수수료) ① 광고판매대행자가 위탁한 방송광고를 방송한 방송사업자는 방송광고판매액의 100분의 20 이내에서 방송광고의 수탁수수료를 지급하여야 한다.

② 광고판매대행자는 방송광고의 판매로 지급받은 수탁수수료의 100분의 70 이상을 해당 광고를 의뢰한 광고대행자에게 광고대행수수료로 지급하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 수수료의 구체적인 기준과 범위는 대통령령으로 정한다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제17조(회계정리 등) ① 광고판매대행자는 방송통신위원회가 정하여 고시하는 바에 따라 광고판매대행사업의 회계를 다른 사업과 구분하여 정리하고, 매 회계연도 종료 후 3개월 이내에 영업보고서를 작성하여 방송통신위원회에 제출하며, 관련되는 장부와 근거자료를 비치하여야 한다.

② 방송통신위원회는 제1항에 따른 광고판매대행자의 영업보고서 내용을 검증할 수 있다.

③ 방송통신위원회는 제2항에 따른 검증을 위하여 필요한 경우에는 광고판매대행자에 대하여 관련 자료의 제출을 명하거나 사실확인에 필요한 검사를 할 수 있다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제19조(광고판매대행자 지정) ① 방송통신위원회는 중소기업과 방송사업자가 방송통신위원회에 광고판매대행자를 지정하여 줄 것을 요청하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 광고판매대행자를 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 방송통신위원회로부터 광고판매대행을 지정받은 광고판매대행자는 해당 중소기업과 방송사업자의 방송광고를 판매하여야 한다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제20조 (방송광고 결합판매 지원) ① 지상파방송광고를 대행하는 광고판매대행자는 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자의 방송광고를 다른 지상파방송사업자의 방송광고와 결합하여 판매하여야 한다.

② 제1항에 따른 광고판매대행자의 방송광고 결합판매는 직전 회계연도 5년간의 지상파 방송광고 매출액 중 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자에게 결합판매된 평균 비율 이상으로 하여야 한다.

③ 방송광고 결합판매 지원을 위하여 방송통신위원회는 다음 각 호의 사항을 매년 고시 하여야 한다.

1. 직전 회계연도 5년간의 지상파방송광고 매출액 중 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자에게 결합판매된 평균 비율
2. 해당 연도 광고판매대행자별로 지원하여야 하는 네트워크 지역지상파방송사업자와 중소지상파방송사업자 및 각 사별 결합판매 지원규모

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제22조 (공익적 프로그램 제작 지원 등) ① 방송통신위원회는 네트워크 지역지상파방송사업자와 중소지상파방송사업자에 대하여 방송의 다양성·지역성 구현과 관련된 공익적 프로그램 제작 등에 국가보조금 또는 「방송통신발전 기본법」에 따른 방송통신발전기금을 지원할 수 있다.

② 방송통신위원회는 제1항의 지원을 위하여 「방송통신발전 기본법」 제25조에 따른 분담금 비율을 상향할 수 있다. 이 경우 분담금 상향으로 조성된 재원은 제1항의 지원에 활용하여야 한다.

③ 방송통신위원회는 광고매출 등을 고려하여 네트워크 지역지상파방송사업자와 중소지상파방송사업자에 대하여 「방송통신발전 기본법」 제25조에 따른 분담금을 감면할 수 있다.

방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 방송문화진흥회를 설립하여 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 공적 책임을 실현하고 민주적이며 공정하고 건전한 방송문화의 진흥과 공공복지향상에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제5조(업무) 진흥회는 다음 각 호의 업무를 행한다.

1. 생략
2. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경영에 대한 관리 및 감독
- 3.~5. 생략

방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제6조(임원) ①~③ 생략

④ 이사는 방송에 관한 전문성 및 사회 각 분야의 대표성을 고려하여 방송통신위원회가 임명한다.

⑤ 감사는 방송통신위원회에서 임명한다.

⑥ 생략

방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제7조(임원의 직무) ① 이 사장은 진흥회를 대표하고 그 업무를 총괄한다.

② 이사장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없을 때에는 정관이 정하는 순서에 의하여 이사가 그 직무를 대행한다.

③ 감사는 진흥회의 업무 및 회계에 관한 사항을 감사한다.

④ 이사장은 국회에 출석하여 진흥회의 소관 사무에 관하여 의견을 진술할 수 있으며, 국회의 요구가 있을 때에는 출석하여 보고하거나 답변하여야 한다.

방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것) 제10조(이사회의 기능) 이사회는 다음 각호의 사항을 심의·의결한다.

1. 예산·자금계획과 결산
2. 기본재산의 취득 및 처분
3. 정관이 정하는 규정의 제정 및 개폐
4. 정관의 변경
5. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 공적 책임에 관한 사항
6. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 기본운영계획에 관한 사항
7. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 결산 승인에 관한 사항
8. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경영평가 및 공표에 관한 사항
9. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 정관변경 승인에 관한 사항
10. 기타 이사회가 필요하다고 인정하는 사항

방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제8조(소유제한등) ① 생략

② 누구든지 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 “특수관계자”라 한다)가 소유하는 주식 또는 지분을 포함하여 지상파방송사업자 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 40을 초과하여 소유할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가 또는 지방자치단체가 방송사업자의 주식 또는 지분을 소유하는 경우
2. 「방송문화진흥회법」에 의하여 설립된 방송문화진흥회가 방송사업자의 주식 또는 지분을 소유하는 경우
3. 종교의 선교를 목적으로 하는 방송사업자에 출자하는 경우

③~⑤ 생략

⑥ 지상파방송사업자·종합유선방송사업자 및 위성방송사업자는 시장점유율 또는 사업자수등을 고려하여 대통령령이 정하는 범위를 초과하여 상호 겸영하거나 그 주식 또는 지분을 소유할 수 없다.

⑦ 생략

⑧ 지상파방송사업자·종합유선방송사업자 또는 위성방송사업자는 시장점유율 또는 사업자수 등을 고려하여 대통령령이 정하는 범위를 초과하여 지상파방송사업자는 다른 지상파방송사업, 종합유선방송사업자는 다른 종합유선방송사업, 위성방송사업자는 다른 위성방

판례집 25-2(하)

송사업을 경영하거나 그 주식 또는 지분을 소유할 수 없다. 다만, 「방송문화진흥회법」에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최대출자자인 지상파방송사업자가 이 법 시행 당시 계열회사 관계에 있는 다른 지상파방송사업자의 주식 또는 지분을 소유하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑨~⑮ 생략

방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제44조(공사의 공적 책임) ① 공사는 방송의 목적과 공적 책임, 방송의 공정성과 공익성을 실현하여야 한다.

②~④ 생략

방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정된 것) 제69조(방송프로그램의 편성등) ①~

⑤ 생략

⑥ 한국방송공사 및 특별법에 의한 방송사업자, 방송문화진흥회법에 의한 방송문화진흥회가 출자한 방송사업자 및 그 방송사업자가 출자한 방송사업자를 제외한 지상파방송사업자는 다른 한 방송사업자의 제작물을 대통령령이 정하는 비율 이상 편성하여서는 아니된다.

⑦~⑨ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477
헌재 1995. 9. 28. 92헌마23등, 판례집 7-2, 343
헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170
2. 헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367
3. 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1345, 판례집 21-2상, 792
헌재 2012. 6. 27. 2011헌마288, 판례집 24-1하, 773

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○방송
대표이사 김○국
대리인 법무법인 지평지성
담당변호사 이공현 외 6인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 공익재단인 방송문화진흥회가 대주주이며, 경영은 광고수익에 의존하는 주식회사 형태의 공영방송사이다.

(2) 헌법재판소는 2008. 11. 27. 2006헌마352 사건에서, 지상파방송사업자는 한국방송광고공사(이하 '구 공사'라 한다)와 구 공사가 출자한 회사가 위탁한 방송광고에 한해서만 방송광고를 할 수 있도록 규정한 구 방송법 제73조 제5항(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정되기 전의 것), 구 방송법시행령 제59조 제3항(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것) 및 당시 시행 중이던 방송법 제73조 제5항(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정된 것)과 방송법시행령 제59조 제5항(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정된 것)에 대해 2009. 12. 31.을 시한으로 하여 계속적용 헌법불합치결정을 선고하였다(헌법불합치결정을 받은 위 방송법령 전체에 대해 이하에서는 '구 방송법령'이라 한다).

(3) 국회는 입법시한을 넘긴 2012. 2. 22. 위 헌법불합치결정에 대한 개선입법으로 '방송광고판매대행 등에 관한 법률'을 제정하였는바(2012. 5. 23. 시행), 이 법률 제5조 제1항에서는 구 공사가 독점하던 방송광고 판매 대행업에 허가제를 도입함으로써 복수의 방송광고 판매 대행업체가 존재할 수 있도록 하였다. 다만 위 법률 제5조 제2항에서는 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자 등의 경우 구 공사의 후신인 한국방송광고진흥공사(이하 '신 공사'라 한다)가 위탁하는 방송광고에 한하여 방송광고를 할 수 있도록 하여 청구인은 신 공사만을 통해 방송광고를 판매할 수 있게 되었다.

(4) 이에 청구인은 2012. 3. 16. 위 '방송광고판매대행 등에 관한 법률' 제5조 제2항에 대해 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 '방송광고판매대행 등에 관한 법률' 제5조 제2항 전부를 심판의 대상으로 삼고 있으나, 청구인은 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자에 해당하여 위 규정의 적용을 받게 된 것이므로 심판의 대상은 위 규정 중 '방송문화진흥회법에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자' 부분으로 한정한다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 '방송광고판매대행 등에 관한 법률'(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것, 이하 '방송광고판매법'이라 한다) 제5조 제

2항 중 ‘방송문화진흥회법에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사업자’ 부분(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부인데, 그 내용은 아래와 같고, 관련조항들의 내용은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것) 제5조(방송광고의 판매대행) ② 제1항 본문에도 불구하고 방송법에 따른 한국방송공사, 방송문화진흥회법에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사업자 및 한국교육방송공사법에 따른 한국교육방송공사는 제24조에 따른 한국방송광고진흥공사가 위탁하는 방송광고에 한정하여 방송광고를 할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인은 상법상의 주식회사로 설립목적, 소유구조, 수익구조, 방송통신발전기금 분담금의 면에서 공법인인 한국방송공사(이하 ‘KBS’라 한다)나 한국교육방송공사(이하 ‘EBS’라 한다)보다는 민영방송사인 서울방송(이하 ‘SBS’라 한다)이나 종합편성방송채널사용사업자(이하 ‘중편사업자’라 한다)와 유사하므로 기본권 주체성이 인정된다.

(2) 이 사건 규정은 청구인과의 관계에서는 여전히 헌법불합치결정이 선고된 구 방송법령과 동일하게 공영미디어법인인 신 공사에 의한 방송광고 판매만을 허용하고 있으므로 이는 헌법불합치결정의 기속력에 반한다.

(3) 이 사건 규정은 청구인으로 하여금 신 공사 이외의 대행사를 통해서도 방송광고를 판매하지 못하도록 하여 청구인이 자신의 선택에 따라 자유롭게 직업을 수행할 자유 및 계약 상대방을 선택할 자유를 침해하고 있고, 민영방송사업자 등에는 제한적 경쟁체제 도입에 따른 혜택을 부여하면서 그 수입구조나 설립근거가 유사한 청구인에 대해서는 이를 제한하여 평등권을 침해한다.

나. 방송통신위원회의 의견

(1) 방송문화진흥회법, 방송법, 공직선거법 등에 따르면 청구인은 공영방송으로서 공법인에 해당하므로 직업의 자유와 같은 기본권의 주체가 될 수 없다.

(2) 기존의 헌법불합치결정은 제한적 경쟁체제를 전혀 도입하지 않은 것이 위헌이라는 것이므로 제한적 경쟁체제를 도입하면서 청구인의 경우 공영방송으로서의 특수성을 고려하여 신 공사에 의한 방송광고 판매만을 허용한 이 사건 규정은 종전결정의 기속력에 반하는 것이라 볼 수 없다.

(3) 이 사건 규정은 방송의 지나친 상업화를 방지하기 위해 공영방송사의 경우 신 공사에만 방송광고를 판매할 수 있도록 한 것이므로 직업의 자유 등을 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 청구인은 SBS와 같은 민영 방송사업자와는 성격이 전혀 다른 공영방송사업자로서 그 공적 책임을 충실히 이행하여야 하는바, 이를 위해 공영미디어랩인 신 공사를 통해서만 방송광고를 판매할 수 있도록 한 것이 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 한국방송광고진흥공사의 의견

(1) 청구인은 KBS, EBS 등과 같이 공영방송으로서의 지위가 부여되어 있으므로 기본권의 수범자이지 기본권의 주체라고 볼 수 없다.

(2) 이 사건 규정은 2006헌마352 결정의 취지에 따라 공영미디어랩인 신 공사 이외에 민영미디어랩이 방송광고 판매대행업에 진입하여 사업을 영위할 수 있도록 하였으므로 이 사건 규정이 헌법불합치결정의 기속력에 반한다고 볼 수 없고, 직업의 자유를 침해한다고도 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 청구인의 기본권 주체성 인정 여부

(1) 기본권 보장 규정인 헌법 제2장은 그 제목을 ‘국민의 권리와 의무’로 하고 있고, 제10조 내지 제39조는 “모든 국민은 …… 권리를 가진다.”고 규정하고 있으므로 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지는 주체로서 헌법소원을 청구할 수 없다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480; 헌재 1995. 9. 28. 92헌마23등, 판례집 7-2, 343, 351; 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170, 179).

(2) 다만 공법인이나 이에 준하는 지위를 가진 자라 하더라도 공무를 수행하거나 고권적 행위를 하는 경우가 아닌 사경제 주체로서 활동하는 경우나 조직법상 국가로부터 독립한 고유 업무를 수행하는 경우, 그리고 다른 공권력 주체와의 관계에서 지배복종관계가 성립되어 일반 사인처럼 그 지배하에 있는 경우 등에는 기본권 주체가 될 수 있다. 이러한 경우에는 이들이 기본권을 보호해야 하는 국가적 기능을 담당하고 있다고 볼 수 없기 때문이다.

(3) 청구인의 경우 공법상 재단법인인 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사업자로서 방송법 등 관련규정에 의하여 공법상의 의무를 부담하고 있지만, 상법에 의하여 설립된 주식회사로 설립목적은 언론의 자유의 핵심 영역인

방송사업이므로 이러한 업무 수행과 관련하여 당연히 기본권 주체가 될 수 있고, 그 운영을 광고수익에 전적으로 의존하고 있는 만큼 이를 위해 사경제 주체로서 활동하는 경우에도 기본권 주체가 될 수 있는바, 이 사건 심판청구는 청구인이 그 운영을 위한 영업활동의 일환으로 방송광고를 판매하는 지위에서 그 제한과 관련하여 이루어진 것이므로 그 기본권 주체성을 인정할 수 있다.

(4) 따라서 이 사건 심판청구에서 청구인에게는 기본권 주체성이 인정된다.

나. 기본권침해의 법적 관련성 등 충족 여부

이 사건 규정은 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자에 대해 신 공사가 위탁하는 방송광고에 한정하여 방송광고를 할 수 있도록 하고 있지만, 규정 자체가 청구인을 특정하여 규율대상으로 삼고 있지는 아니하다. 그런데 청구인의 경우 방송문화진흥회가 70%의 주식을 소유하고 있기 때문에 이 사건 규정의 적용을 받아 신 공사가 위탁하는 방송광고에 한하여 방송광고를 할 수밖에 없고, 그 결과 신 공사에 의하지 않고는 방송광고를 판매할 수 없게 된 것이므로 청구인은 이 사건 규정에 대해 기본권침해의 자기관련성, 직접성, 현재성이 모두 인정된다.

다. 소결

이 사건 심판청구와 관련하여 그 밖에 다른 적법요건의 흠결은 찾아볼 수 없으므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 청구인의 법적 지위 및 미디어랩 제도

가. 청구인의 법적 지위

(1) 설립 연혁과 지배구조

청구인은 상법에 의해 설립된 주식회사로 전국 18개 지방 계열사를 통해 전국 네트워크를 구성하고, 10개의 자회사를 보유하고 있으며, 정부의 재정지원 없이 운영에 필요한 대부분의 재원을 광고수익으로 조달하고 있다.

청구인은 1961년 김○태가 출자하여 설립한 국내 최초의 민간 상업방송으로 1979년경에는 그 주식을 ○○장학회가 주식의 30%, 소액주주들이 70% 소유하고 있었지만, 1981년 소액주주들의 주식 모두가 국가에 헌납되고, 다시 KBS에 그 주식이 현물 출자되었다가 이후 국가에 반환되는 과정을 거쳐 1988. 12. 31. 방송문화진흥회법에 의해 발족된 방송문화진흥회에 정부가 이를 출연함으로써 방송문화진흥회가 청구인의 주식의 70%를 소유한 대주주가 되었다. 현재 청구인의 주식은 방송문화진흥회가 70%, ○○장학회의 후신인 □□장학회가 30%를 소유하고 있다.

(2) 청구인에 대한 방송문화진흥회의 관리 감독

청구인은 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자로서 방송문화진흥회법 제5조 제2호에 따라 그 경영에 관하여 방송문화진흥회의 관리 감독을 받는다. 방송문화진흥회는 자신이 최다출자자인 방송사업자의 공적 책임 등을 실현하기 위해 설립된 공익재단으로 청구인의 공적 책임, 기본운영계획, 결산승인, 경영평가, 정관변경 승인 등에 관한 사항을 심의 의결함으로써(방송문화진흥회법 제10조) 청구인을 실질적으로 지배하고 있다.

이러한 방송문화진흥회의 이사 및 감사는 정부기관인 방송통신위원회에 의하여 임명되며(방송문화진흥회법 제6조 제4항, 제5항), 이사장은 국회에 출석하여 청구인에 대한 관리, 감독을 포함한 방송문화진흥회 소관 사무에 관하여 의견을 진술하고, 국회가 요구하는 경우 출석하여 보고하거나 답변하여야 하는바(방송문화진흥회법 제7조), 결국 청구인은 방송문화진흥회를 매개로 국가의 관리 감독을 받고 있다고 볼 수 있다.

(3) 공영방송사업자로서의 공적 책임과 방송법상의 특별한 취급

방송법 제44조 제1항이 ‘(한국방송)공사는 방송의 목적과 공적 책임, 방송의 공정성과 공익성을 실현하여야 한다’고 규정하고, 한국교육방송공사법 제1조가 ‘이 법은 한국교육방송공사를 설립하여 교육방송을 효율적으로 실시함으로써 학교교육을 보완하고 국민의 평생교육과 민주적 교육발전에 이바지함을 목적으로 한다’고 규정하고 있는 것과 같이 방송문화진흥회법 제1조는 ‘이 법은 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 공적 책임을 실현하고 …’ 라고 규정하여 청구인에게도 KBS나 EBS와 같은 특별한 공적 책임을 부여하고 있다.

또한 방송법 제8조 제2항 본문은 ‘누구든지 대통령이 정하는 특수한 관계에 있는 자가 소유하는 주식 또는 지분을 포함하여 지상파방송사업자 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 40을 초과하여 소유할 수 없다’고 하여 민영방송사 등에는 지분 소유 제한을 두면서도, 단서 제2호에서 방송문화진흥회가 방송사업자의 주식 또는 지분을 소유하는 경우에는 KBS, EBS와 마찬가지로 지분 소유 제한을 두지 않고 있다.

그리고 방송법 제8조 제6항 및 동법 시행령 제4조 제5항 제1호 본문은 지상파방송사업자·종합유선방송사업자 및 위성방송사업자는 매출액 점유율 33%를 초과하여 상호간 겸영하거나 주식 또는 지분을 소유하지 못하도록 하여 방송시간 상호겸영을 제한하고 있지만, 위 시행령 규정 단서에서 방송문화진흥

회가 최대출자자인 청구인의 경우는 이러한 제한을 받지 않도록 하고 있으며, 방송법 제8조 제8항은 지상파방송사업자의 경우 다른 지상파 방송사업을 겸영하거나 그 주식 또는 지분을 소유하는 것을 제한하고 있으나 청구인의 경우는 예외로 하고 있다.

나아가 방송법 제69조 제6항은 지상파방송사업자의 경우 다른 방송사업자의 제작물을 대통령이 정하는 비율 이상 편성하지 못한다고 규정하여 지상파방송사업자의 제작물 편성에 제한을 가하면서도 KBS, EBS와 마찬가지로 청구인은 그 제한에서 예외를 인정하고 있다.

이상과 같이 청구인은 KBS, EBS와 함께 공영방송사로서 방송법상 특별한 취급을 받는다.

(4) 공직선거법과 정당법상 청구인의 특별한 권한과 의무

공직선거법 제8조의7 제2항 제1호는 각급 선거방송토론위원회의 구성에 있어 청구인처럼 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사에게도 다른 공영방송사와 동일하게 그 위원 추천권을 인정하고 있다.

또한 공직선거법 제82조의2 제10항은 청구인을 포함한 공영방송사의 경우 자신의 비용으로 대통령선거 등의 대담·토론회를 텔레비전방송을 통하여 중계방송을 하도록 하고 있고, 제137조의2 제4항은 교섭단체를 구성한 정당이 공영방송사를 이용해 정강 정책을 알리기 위한 방송연설을 하는 경우 월 1회의 방송연설비용은 공영방송사가 부담하도록 하고 있다.

정당법 제39조 제2항도 청구인을 포함한 공영방송사에게 정책토론회를 중계 방송할 의무를 부과하면서 비용을 공영방송사가 부담하도록 하고 있다.

이상과 같이 청구인은 선거 등과 관련해서도 공영방송으로서 특별한 권한과 책임을 부여받고 있다.

나. 우리나라의 미디어랩(방송광고 판매 대행) 제도

(1) 지상파 방송광고의 특성과 규제 및 헌법불합치결정

방송광고는 판매자와 구매자 사이에 거래되는 사적 재화이지만, 방송광고를 거래하는 매개 수단인 방송의 공공제적 성격 때문에 시장적 접근을 배제하고 정부의 개입이나 규제를 정당화한다. 방송광고는 다른 언론매체와 달리 전통적으로 엄격한 법적 규제를 받아 왔는데, 종래 그 규제의 일환으로 판매자와 구매자 사이의 직접 거래를 금지하고 그 거래를 중간에서 제3자가 중개하도록 하는 제도, 다시 말해 미디어랩 제도를 도입하여 지상파 방송광고의 경우 여기를 통해서만 판매가 가능하도록 하였다. 즉 입법자는 1980. 12. 31. 법률 제

3317호로 한국방송광고공사법을 제정하여 한국방송광고공사, 즉 공영미디어랩인 구 공사에게만 지상파 방송광고 판매대행의 독점적 영업권을 부여하였던 것이다.

위와 같은 독점적 미디어랩 제도에 대해 비판이 끊이질 않자 방송개혁위원회가 민영미디어랩의 시장 진출 허용을 통한 제한 경쟁의 도입을 골자로 하는 개혁안을 제안하게 되었고, 마침내 2000. 1. 12. 방송법과 한국방송광고공사법을 제·개정하기에 이르러 구 공사의 방송광고 판매대행 독점 조항을 삭제하고, 지상파방송사업자는 구 공사와 구 공사가 출자한 대행업체를 통해 방송광고를 판매할 수 있도록 하였다. 그러나 위와 같은 법률 개정에도 불구하고 구 공사의 출자는 이루어지지 않아 여전히 구 공사의 독점체제가 유지되었다.

이러한 지상파 방송광고 판매제도에 대해서는 헌법재판소가 2008. 11. 27. 2006헌마352 사건에서 헌법불합치결정을 선고하였고, 그 결과 2012. 2. 22. '방송광고판매대행 등에 관한 법률'이 제정되었으며, 이 법률에서는 방송광고 판매대행업에 허가제를 도입하여 제한 경쟁체제를 도입하고, 다만 KBS, EBS 및 청구인처럼 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사업자의 경우에는 구 공사의 후신인 신 공사가 위탁하는 방송광고에 한정하여 방송광고를 할 수 있도록 하는 공영체제를 그대로 유지하였다.

(2) 현행 미디어랩 제도와 공적 기능의 부여

우리나라는 원칙적으로 미디어랩을 통하지 않고서는 방송사업자가 방송광고를 판매할 수 없도록 하여 방송사와 광고주 사이에 방송광고 직접 거래를 금지하고 있다.

미디어랩에는 공영미디어랩과 민영미디어랩이 있고, 공영미디어랩은 정부가 전액을 출자한 공기업 형태의 신 공사가 있으며, 공영방송사의 방송광고 판매대행을 독점하고 있다. 민영미디어랩으로는 민영방송사인 SBS가 주식의 40%를 소유한 주식회사 미디어크리에이트가 있는데, 주로 모회사적인 SBS의 방송광고 판매를 대행한다.

우리나라의 미디어랩 제도는 기본적으로 공영이든 민영이든 미디어랩이 공적 기능을 수행해야 한다는 것을 전제로 한다. 방송광고판매법 제3조는 미디어랩의 공적 책임으로 방송의 공공성과 공익성을 명시하고 있다. 그 예로 방송광고판매법은 민영미디어랩의 경우 그 공공성 등의 실현을 위해 허가요건을 엄격하게 하고(제6조), 개인이나 법인이 소유할 수 있는 지분을 40%로 제한하고 있으며(제13조), 미디어랩이 그 지위를 남용하지 못하도록 그 우월적 지위를

이용해 방송사업자 등에 부당한 계약을 강요하는 행위와 같은 특정 행위를 금지하고 있고(제15조 제1항), 수수료를 법정하여 과도한 수수료 책정을 막고, 방송통신위원회가 미디어랩의 회계 등을 감사할 수 있는 근거도 마련하고 있다(제16조, 제17조).

특히 군소매체보호라는 미디어랩의 기능을 민영미디어랩에서도 수행하도록 하기 위해 중소지상파방송사의 신청을 통해 방송통신위원회가 특정 미디어랩을 지정하여 그 지상파방송사업자의 광고를 판매하도록 강제할 수 있는 규정을 두고(제19조), 기존 공영미디어랩 독점체제에서 군소매체 보호방안으로 이용되던 결합판매(패키지판매) 방식을 새로운 제한 경쟁체제에서도 유지하여 미디어랩으로 하여금 중소지상파방송사업자의 방송광고를 일정비율 이상 전국 네트워크 지역지상파방송사업자의 방송광고와 함께 강제로 결합판매하도록 하고 있다(제20조).

나아가 방송사업자의 방송통신발전기금 분담과 관련하여 방송통신발전기금법 제25조, 동법 시행령 제12조 제1항, 제5항에 따라 2013 회계연도 방송광고 매출액에 대한 분담금 징수부터는 KBS, EBS의 경우는 방송광고매출액의 2.94/100, 청구인과 SBS의 경우는 4.4/100의 금액을 분담하도록 하고 있는데, 이렇게 마련된 재원 등으로 공익적 프로그램의 제작을 지원하도록 하는 규정을 두고 있다(제22조).

5. 본안에 대한 판단

가. 쟁점의 정리

이 사건 규정은 구 공사와 이로부터 출자를 받은 회사가 아니면 지상파방송사업자에 대해 방송광고 판매대행을 할 수 없도록 하던 구 방송법령 규정이 2008. 11. 27. 헌법재판소로부터 헌법불합치결정을 받은 후, 이에 대한 개선입법으로 탄생되었다.

이에 대해 청구인은 이 사건 규정이 종전 헌법불합치결정의 기속력에 반한다고 주장하므로 이에 대해 살펴본다.

한편, 청구인은 이 사건 규정이 직업의 자유와 계약의 자유를 침해하고 있다고 주장한다. 그런데 이 사건 규정이 결과적으로 청구인의 경우 신 공사만을 통해 방송광고 판매를 하도록 강제한다는 점에서 계약의 자유를 제한하는 측면이 없는 것은 아니나, 이 사건 규정은 개별 방송광고 판매에 대한 제한에 초점이 있다기보다 청구인 사업 목적의 하나인 방송광고 판매를 신 공사라는 공영미디어랩을 통해서만 할 수 있도록 하여 그 방송광고 판매업무 전체의 수행

방식을 제한한다는 점에서 직업수행의 자유 제한과 더 밀접하게 관련이 있다고 할 것이므로 이 문제와 관련해서는 직업수행의 자유를 중심으로 살펴본다.

나아가 청구인은 이 사건 규정이 방송문화진흥회가 최다출자자인 청구인과 다른 방송사업자를 합리적 이유 없이 차별하고 있다고 주장한다. 그런데 이 사건 규정의 직업수행의 자유에 대한 제한의 내용에는 이미 청구인을 다른 민영 방송사업자 등과 달리 취급하는 문제가 내포되어 있다고 할 것이므로 직업수행의 자유에 대한 제한 문제를 다루는 이상 평등 문제에 대해서는 별도로 살피지 않는다.

나. 이 사건 규정이 헌법불합치결정의 기속력에 반하는지 여부

헌법재판소가 2008. 11. 27. 2006헌마352 결정에서 구 공사와 구 공사가 출자한 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 허용하던 구 방송법령 규정에 대해 헌법불합치결정을 한 이유는 이러한 제도가 방송광고 판매대행 시장에 있어 외관상으로만 제한적 경쟁체제를 도입한 것일 뿐 그 실질에 있어서는 구 공사에게 방송광고 판매대행의 독점권을 부여한 것으로서 전혀 경쟁체제를 도입한 것이라 볼 수 없다는 것이었다. 즉, 구 방송법령 규정은 지상파 방송광고 판매대행 시장에 제한적 경쟁체제를 도입함과 동시에 방송의 공정성과 공익성, 다양성 확보를 위해 구 공사와 이로부터 출자를 받은 미디어렐에서 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하였으나, 구 공사의 재량적 판단에 방송광고 판매대행 시장의 경쟁체제 실현 여부를 맡겨 놓음으로써 구 공사가 방송광고 판매대행을 독점하도록 한 것이 헌법에 위반된다는 것이었다.

그런데 위 헌법불합치결정에 따라 제정된 방송광고판매법에서는 기존의 공영미디어렐 이외에 민영미디어렐도 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 하는 제한 경쟁체제를 도입하고 있다. 방송광고판매법은 지상파방송사업자, 지상파 방송채널사용사업자 또는 종편사업자와 같은 방송사업자의 경우 민영미디어렐이 위탁하는 방송광고를 할 수 있도록 하고 있는 것이다. 그렇다면 이 사건 규정이 독점의 위헌성을 지적하였던 종전 헌법불합치결정의 기속력에 반한다고는 볼 수 없다.

이에 대하여 청구인은 이 사건 규정이 제한적 경쟁체제를 도입하고 있다고 하더라도 청구인의 경우에는 여전히 공영미디어렐인 신 공사를 통해서만 방송광고 판매를 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 위 헌법불합치결정에서 지적한 위헌성을 완전히 제거한 것은 아니라고 주장한다. 그런데 구 방송법령에 대한 종전 결정의 취지는 방송사업자가 자신이 판매할 방송광고 판매 대행업체를

자유롭게 선택할 수 있도록 하여야 한다는 것이 아니라 기존의 구 공사 독점 체제를 제거하여 방송광고 판매대행 시장에 제한적이거나 실질적인 경쟁체제가 이루어질 수 있도록 하여야 한다는 것이었는바, 방송광고판매법이 공영과 민영 복수의 미디어랩 설립을 허용하여 실질적으로 제한적 경쟁체제를 도입하고, 다만 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경우에는 그 특수성을 고려해 국가의 관리 감독이 엄격하게 미치는 공영미디어랩에서 위탁한 방송광고에 한정하여 방송광고를 할 수 있도록 한 결과, 이에 해당하는 청구인의 경우 공영미디어랩인 신 공사만을 통해 방송광고 판매를 할 수 있게 된 것이므로 이 사건 규정이 구 방송법령에 대한 중전 헌법불합치결정의 취지에 반하는 입법이라고 볼 수 없다.

다. 이 사건 규정이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부

(1) 심사기준

위에서 본 바와 같이 이 사건 규정이 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경우에는 신 공사가 위탁한 방송광고에 한정하여 방송광고를 할 수 있도록 한 결과, 청구인의 경우 방송광고 판매를 신 공사를 통해서만 할 수 있게 되었다는 점에서 직업수행의 자유를 제한한다. 직업수행의 자유란 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 자유로서 헌법 제15조에 의해 보장된다. 그런데 직업수행의 자유가 보장된다 하더라도 기본권 제한 입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있고, 이 경우 직업선택의 자유에 비하여 상대적으로 폭넓은 입법적 규제가 가능하다. 물론 이러한 경우 그 수단은 목적달성에 적절한 것이어야 하고, 또한 필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1345, 판례집 21-2상, 792, 801; 헌재 2012. 6. 27. 2011헌마288, 판례집 24-1하, 773, 785 등 참조).

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 이 사건 규정이 공영방송사의 경우 신 공사만을 통해 방송광고 판매를 하도록 한 것은 미디어랩 경쟁 체제에서 나타날 수 있는 방송의 상업화 등 부작용을 방지하고, 공영방송사에 대한 광고주나 특정인의 부당한 영향력 행사를 차단하여 방송의 공공성, 공정성, 다양성을 확보하기 위한 것으로서 이러한 입법목적은 정당하다. 그리고 청구인에 대해 공영미디어랩인 신 공사를 통해서만 방송광고를 판매하도록 하면 공영미디어랩에 대한 적절한 규제를 통해

방송의 상업화 방지는 물론, 공공성, 다양성 등을 확보할 수 있다는 점에서 이러한 방송광고 판매제도는 입법목적 달성에 기여하는 적절한 수단이 된다.

(나) 방송사업자가 방송광고를 어떤 방법으로 누구에게 판매할 것인가의 문제는 프로그램을 제작, 편성하여 내보내는 좁은 의미에서의 방송에는 포함되지 않지만, 방송내용과 시청률은 방송광고를 매수하는 광고주에게 지대한 영향을 미친다는 점에서 방송광고 판매는 좁은 의미의 방송과도 불가분의 관계에 있으므로 방송광고 판매에 대한 규제는 방송의 공공성 측면에서 불가피하다. 특히 투입된 재원의 원천이 국민의 재산인 공영방송사의 경우 그 존립근거나 운영주체의 특성상 상대적으로 더 높은 수준의 공공성을 요구받을 것이므로 방송광고의 가격이나 광고총량을 통제함으로써 방송이 시청률 위주의 지나친 상업적 방송이 되는 것을 막고, 시청률은 낮더라도 공익성이 높은 프로그램의 경우에는 적절한 가격에 방송광고를 판매할 수 있도록 그 규제가 가능한 공영미디어랩을 통해 방송광고를 판매하도록 하는 것은 지나친 제한이라고 볼 수 없다.

청구인은 비록 민영방송사로 출발하였으나, 위에서 본 바와 같이 5. 16 장학회라는 재단법인을 거쳐 국가에 반납된 주식 70%가 1988년 방송문화진흥회에 출연된 것이 계기가 되어 공영방송사로서 국가의 관리 감독을 받게 된 것으로, 방송문화진흥회법은 2000년 개정에서 방송문화진흥회가 최대출자자인 방송사업자의 공적 책임과 이에 대한 방송문화진흥회의 관리 감독권을 명시하여 청구인에 대한 공영성과 경영의 투명성을 확보할 수 있도록 하였는바, 국가 재정 투입을 계기로 보다 높은 공영성을 요구받게 된 청구인에 대해 그 규제가 비교적 덜한 독자적 미디어랩이나 민영미디어랩이 아닌 공영미디어랩을 통해 방송광고를 판매하도록 하였다 하여 이것이 과도한 것이라 할 수 없다.

위와 같은 사정이 아니더라도 국가의 재원이 70%나 투입되어 국가의 관리 감독을 받는 청구인의 대주주인 방송문화진흥회는 국민 전체의 이익을 대변하여 주주권을 행사하여야 할 것이므로 그 주주권 행사는 공익적 관점을 떠나서는 상정할 수 없을 것인바, 그럼에도 불구하고 민영미디어랩을 통해 경제적 이익 창출을 극대화하는 방법으로 방송광고를 판매할 수 있도록 하면 그 공익성을 해할 수 있다는 점에서 이를 방지하기 위해서라도 공영미디어랩을 이용하도록 하여 그 규제를 강화시킬 수밖에 없을 것이다.

물론 현행법은 민영미디어랩에 대해서도 미디어랩허가제도, 결합판매 의무제도, 허가취소제도, 겸영금지제도 등을 통해 일정 수준의 공공성을 담보하는 제도적 장치를 마련하고 있지만, 민영미디어랩은 기본적으로 민간의 출자에

의해 설립되는 회사이므로 방송의 공공성 보장을 위한 최소한의 조치 이외에 더 높은 수준의 부담을 기대하기 어렵고, 더구나 민영미디어랩에 대한 소유 지분 상한 40%는 특정 방송사 또는 특정인이 미디어랩을 충분히 지배할 수 있도록 하는 지분 구조라는 점에서 청구인과 같은 공영방송사가 그 방송광고 판매와 관련하여 공적 책임을 다하도록 하려면 공영미디어랩을 이용하게 하는 것이 불가피하다.

더욱이 공영미디어랩인 신 공사는 민영미디어랩으로는 달성하기 어려운 공익적 기능, 즉 네트워크 지역지상파방송사업자와 중소지상파방송사업자에 대한 지원, 방송광고제작 산업 육성, 광고 표준화, 광고효과 측정, 광고 유통기반 구축·운영, 광고 관련 조사·연구·교육, 공익광고 등 방송 통신의 광고 산업 진흥과 관련된 공익적 기능을 수행하고 있으므로, 신 공사의 위와 같은 사업을 위한 재원 마련의 기초로서 국가 재정에 기반을 둔 청구인이 신 공사를 통해 방송광고를 판매하도록 함으로써 그 공적 책임을 다하도록 하는 것은 당연한 요청일 것이다.

이상과 같이 이 사건 규정에서 청구인과 같은 공영방송사의 경우 더 강한 규제가 가능한 공영미디어랩을 통해 방송광고 판매를 하도록 한다고 하여 이것이 과도한 입법이라고는 볼 수 없다.

청구인은 상법에 설립 근거를 둔 주식회사로서 그 운영 재원을 방송광고 판매에 의존하고 있고, SBS와 마찬가지로 그 목적사업에 광고사업을 명시하고 있으므로 SBS처럼 민영미디어랩을 통한 방송광고 판매가 허용되어야 한다고 주장한다. 그러나 목적사업에 광고사업이 명시되어 있다고 하여 언제나 민영미디어랩을 통한 방송광고 판매를 허용하여야 하는 것은 아니며, 공영방송사라 하더라도 수신료와 같은 국가 재정이 아닌 방송광고 판매와 같은 영업 수익에 의한 재원으로 운영 자금을 마련하도록 하는 것이 얼마든지 가능하고, 이 경우 입법자에게는 공영미디어랩을 통해 방송광고를 판매하도록 하는 것과 같이 공공성 확보를 위한 제도 마련이 요구될 뿐이다. 또한 청구인은 KBS나 EBS가 아닌 SBS와 동일한 방송통신발전기금을 분담한다는 이유를 들어 방송광고 판매에 민영미디어랩을 이용할 수 있어야 한다고 주장하나, 청구인은 공영방송사이면서도 대부분의 수익을 방송광고를 통해 창출하고 있다는 점에서 동일한 수익구조를 가진 민영방송사와 동일하게 분담하도록 하는 것이 지나치다고 볼 수는 없다.

(다) 한편, 이 사건 규정을 통해 달성하고자 하는 공익은 방송의 공공성, 공

익성 및 다양성 확보로서 매우 중대한 반면, 청구인이 제한받는 것은 방송광고 판매 자체가 아니라 신 공사를 통해서만 방송광고를 판매하도록 하는 영업방식에 대한 제한에 불과하므로 그 제한이 공익이 비해 중대하다고 할 수 없다.

(3) 소결

이상에서 본 바와 같이 이 사건 규정이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 지나치게 침해한다고는 볼 수 없다.

6. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지] 관련조항

구 방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 폐지·제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정되기 전의 것)

제73조(방송광고 등) ⑤ 지상파방송사업자는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

구 방송법(2007. 1. 26. 법률 제8301호로 개정되고, 입법시한까지 개정하지 아니하여 2010. 1. 1. 그 효력을 상실한 것)

제73조(방송광고 등) ⑤ 지상파방송사업자(지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하고 그 채널을 사용하여 지상파방송을 하는 방송채널사용사업자를 포함한다)는 한국방송광고공사 또는 대통령이 정하는 방송광고판매대행사가 위탁하는 방송광고물 이외에는 방송광고를 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 방송광고에 대하여는 그러하지 아니하다.

구 방송법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16751호로 폐지·제정되고, 2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되기 전의 것)

제59조(방송광고) ③ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한

국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

구 방송법시행령(2007. 8. 7. 대통령령 제20219호로 개정되고, 입법시한까지 개정하지 아니하여 2010. 1. 1. 그 효력을 상실한 것)

제59조(방송광고) ⑤ 법 제73조 제5항 본문에서 “대통령령이 정하는 방송광고 판매대행사”라 함은 방송광고 판매대행을 위하여 설립된 주식회사로서 한국방송광고공사가 출자한 회사를 말한다.

방송광고판매대행 등에 관한 법률(2012. 2. 22. 법률 제11373호로 제정된 것)

제1조(목적) 이 법은 방송광고의 판매대행 등 방송광고에 관한 사항과 한국방송광고진흥공사의 설립에 필요한 사항을 규정함으로써 방송광고 판매시장의 경쟁을 촉진하고, 공정한 거래질서를 확립하여 방송광고시장 활성화와 방송의 공공성, 공익성 및 다양성 구현에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “방송광고”란 방송법 제2조 제21호에 따른 방송광고(인터넷 멀티미디어 방송사업법의 광고를 포함한다)를 말한다.
2. “지상파방송사업자”란 방송법 제2조 제3호 가목에 따른 지상파방송사업자를 말한다.
3. “지상파방송채널사용사업자”란 방송법 제2조 제3호 라목에 따른 방송채널사용사업자 중에서 지상파방송사업자와 방송채널사용계약을 체결하여 그 채널을 사용하여 지상파방송을 행하는 방송채널사용사업자를 말한다.
4. “네트워크 지역지상파방송사업자”란 지상파방송사업자로부터 방송(방송광고를 포함한다)을 수신받아 중계하고 이에 따라 방송광고매출을 배분받는 지역지상파방송사업자를 말한다.
5. “중소지상파방송사업자”란 종교의 선교를 목적으로 하는 지상파방송사업자, 특별시 외의 지역 또는 특별시 일부와 특별시 외의 지역을 방송구역으로 하는 지상파방송사업자, 보도를 전문으로 편성하는 지상파방송사업자 등을 말한다. 다만, 제4호에 따른 네트워크 지역지상파방송사업자는 제외한다.
6. “종합편성방송채널사용사업자”란 방송법 제9조 제5항에 따라 종합편성을 행하는 방송채널 사업을 하기 위하여 방송통신위원회의 승인을 받은 방송채널사용사업자 및 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제18조 제2항 단서에 따라 보도·교양·오락 등 다양한 분야를 종합적으로 편성한 콘텐츠를 제공하기 위하여 방송통신위원회의 승인을 받은 사

업자를 말한다.

7. “방송광고판매대행사업”(이하 “광고판매대행사업”이라 한다)이란 지상파방송사업자, 지상파방송채널사용사업자 또는 종합편성방송채널사용사업자로부터 방송광고의 판매를 위탁받아 광고주 등에게 판매하는 사업을 말한다.
8. “방송광고판매대행사업자”(이하 “광고판매대행자”라 한다)란 제7호의 광고판매대행사업을 하기 위하여 제6조 제1항에 따라 허가를 받거나 같은 조 제2항에 따라 허가를 받은 것으로 의제된 자를 말한다.
11. “방송광고 결합판매”란 네트워크 지역지상파방송사업자와 중소지상파방송사업자의 방송광고를 다른 지상파방송사업자의 방송광고와 결합판매하는 행위를 말한다.

제3조(광고판매대행자의 공적 책임 등) ① 광고판매대행자는 방송광고를 판매대행할 때에는 방송의 공공성과 공익성에 이바지하여야 하며 방송광고산업 발전을 위하여 노력하여야 한다.

② 광고판매대행자는 방송광고의 거래질서를 문란하게 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

제5조(방송광고의 판매대행) ① 지상파방송사업자, 지상파방송채널사용사업자 또는 종합편성방송채널사용사업자(이하 “방송사업자”라 한다)는 광고판매대행자가 위탁하는 방송광고 외에는 방송광고를 할 수 없다. 단서 생략

제6조(광고판매대행자의 허가) ① 광고판매대행사업을 하려는 자는 다음 각 호의 요건을 갖추어 방송통신위원회의 허가를 받아야 한다.

1. 방송광고판매계획의 공익성·공정성 및 실현가능성
2. 방송광고 결합판매 지원, 광고매출 배분 등이 포함된 네트워크 지역 지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자 지원방안의 적절성 및 실현가능성
3. 조직 및 인력운영 등 경영계획의 적정성
4. 재정능력 및 재정건전성
5. 방송 및 광고산업 발전을 위한 지원계획의 적절성
6. 그 밖에 사업수행에 필요한 사항

② 제24조에 따른 한국방송광고진흥공사는 제1항에 따른 허가를 받은 것으로 본다. 이 경우 제24조에 따른 한국방송광고진흥공사는 방송문화진흥회법에 따라 설립된 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 네트워크 지원방안을 방송통신위원회에 제출하고 승인을 받아야 한다.

③ 방송통신위원회가 제1항에 따른 허가를 할 때에는 방송 및 광고산업 발전, 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소지상파방송사업자 지원, 광고시장 공정 경쟁, 방송의 공익성·다양성 실현 등을 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다.

제7조(허가 유효기간) 제6조 제1항에 따라 허가를 받은 광고판매대행사업의 허가 유효기간은 5년으로 한다. 다만, 이 법 시행 후 최초 허가의 경우 3년으로 한다.

제10조(재허가) ① 제6조 제1항에 따라 허가를 받은 광고판매대행자가 허가 유효기간의 만료 후 계속 광고판매대행사업을 하려는 경우에는 방송통신위원회의 재허가를 받아야 하며, 재허가의 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제11조(허가의 취소 등) ① 방송통신위원회는 광고판매대행자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제4호의 경우 3개월 이내에 그 대표자를 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가·변경허가·재허가를 받은 경우
2. 제6조 제3항에 따른 허가조건을 이행하지 아니한 경우
3. 제8조 제1항 및 제2항에 따른 변경허가 또는 승인을 받지 아니한 경우
4. 제12조의 결격사유에 해당하게 된 경우
5. 제13조를 위반하여 주식 또는 지분을 소유한 경우
6. 이 법에 따른 허가를 받은 날부터 6개월 이내에 광고판매대행사업을 개시하지 아니한 경우
7. 제37조에 따른 시정명령을 이행하지 아니한 경우

제13조(광고판매대행자의 소유제한 등) ① 광고판매대행자가 주식을 발행하는 경우에는 기명식으로 하여야 한다.

② 누구든지 대통령령으로 정하는 특수한 관계가 있는 자(이하 “특수관계자”라 한다)가 소유하는 주식 또는 지분을 포함하여 제6조 제1항에 따라 허가를 받은 광고판매대행자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 40을 초과하여 소유할 수 없다.

③ 제2항에도 불구하고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 2호에 따른 기업집단 중 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사와 그 계열회사(특수관계자를 포함한다), 신문 등의 진흥에 관

한 법률에 따른 일반일간신문을 경영하는 법인(방송사업자를 제외한 특수관계자를 포함한다)과 뉴스통신 진흥에 관한 법률에 따른 뉴스통신을 경영하는 법인(특수관계자를 포함한다)은 광고판매대행자의 주식 또는 지분 총수의 100분의 10을 초과하여 소유할 수 없다.

④ 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 광고판매대행자의 주식 또는 지분을 소유할 수 없다.

1. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제1호의2에 따른 지주회사
2. 정당법 제2조에 따른 정당
3. 광고대행사 및 광고판매대행자(각 특수관계자를 포함한다)

제19조(광고판매대행자 지정) ① 방송통신위원회는 중소기업과 방송사업자가 방송통신위원회에 광고판매대행자를 지정하여 줄 것을 요청하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 광고판매대행자를 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 방송통신위원회로부터 광고판매대행을 지정받은 광고판매대행자는 해당 중소기업과 방송사업자의 방송광고를 판매하여야 한다.

제20조(방송광고 결합판매 지원) ① 지상파방송광고를 대행하는 광고판매대행자는 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소기업과 방송사업자의 방송광고를 다른 지상파방송사업자의 방송광고와 결합하여 판매하여야 한다.

② 제1항에 따른 광고판매대행자의 방송광고 결합판매는 직전 회계연도 5년간의 지상파방송광고 매출액 중 네트워크 지역지상파방송사업자 및 중소기업과 방송사업자에게 결합판매된 평균 비율 이상으로 하여야 한다.

제24조(한국방송광고진흥공사의 설립) 광고판매대행, 방송광고 균형발전 및 방송광고산업 활성화 등을 위하여 한국방송광고진흥공사(이하 “공사”라 한다)를 설립한다.

제25조(법인격) 공사는 법인으로 한다.

제27조(자본금 및 주식) ① 공사의 자본금은 3천억원으로 하고 정부가 전액 출자한다.

제29조(사업) 공사는 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 방송광고를 판매대행
2. 네트워크 지역지상파방송사업자와 중소기업과 방송사업자에 대한 지원 등 방송광고 균형발전을 위한 지원 사업
3. 방송광고제작산업 육성, 광고 표준화, 광고효과 측정, 광고 유통기반 구축·운영, 광고 관련 조사·연구·교육, 공익광고 등 방송통신광고

산업 진흥 관련 사업

4. 시청점유율 조사·검증·산정 관련 방송통신위원회가 위탁하는 업무
5. 그 밖에 방송통신위원회가 방송광고산업 육성을 위하여 위탁하는 업무
6. 제1호부터 제5호까지의 사업에 부대되는 사업

방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 방송문화진흥회를 설립하여 방송문화진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 공적 책임을 실현하고 민주적이며 공정하고 건전한 방송문화의 진흥과 공공복지향상에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

제2조(법인격) 방송문화진흥회(이하 “진흥회”라 한다)는 법인으로 한다.

제5조(업무) 진흥회는 다음 각 호의 업무를 행한다.

1. 방송문화의 발전과 향상을 위한 연구 및 학술사업
2. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경영에 대한 관리 및 감독
3. 방송문화진흥회자금의 운용·관리
4. 기타 공익목적의 사업
5. 제1호 내지 제4호 업무에 부대되는 업무

제6조(임원) ④ 이사는 방송에 관한 전문성 및 사회 각 분야의 대표성을 고려하여 방송통신위원회가 임명한다.

⑤ 감사는 방송통신위원회에서 임명한다.

제10조(이사회의 기능) 이사회는 다음 각호의 사항을 심의·의결한다.

1. 예산·자금계획과 결산
2. 기본재산의 취득 및 처분
3. 정관이 정하는 규정의 제정 및 개폐
4. 정관의 변경
5. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 공적 책임에 관한 사항
6. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 기본운영계획에 관한 사항
7. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 결산 승인에 관한 사항
8. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 경영평가 및 공표에 관한 사항
9. 진흥회가 최다출자자인 방송사업자의 정관변경 승인에 관한 사항
10. 기타 이사회가 필요하다고 인정하는 사항

변호사법 제5조 제2호 등 위헌확인

(2013. 9. 26. 2012헌마365)

【판시사항】

1. 변호사 자격을 갖추지 못한 청구인이, 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 사람이 변호사가 될 수 없도록 규정한 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제5조 제2호(이하 ‘변호사 결격조항’이라 한다)에 대한 심판청구를 할 자기관련성을 갖고 있는지 여부(소극)
2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 사람에 대하여 변호사시험에 응시할 수 없도록 규정한 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것) 제6조 제3호(이하 ‘응시 결격조항’이라 한다)가 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 응시 결격조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 법학전문대학원의 석사학위 취득 후 5년 이내로 변호사시험 응시기간을 제한하고, 병역의무를 이행한 기간만을 위 응시기간에 포함하지 아니한다고 규정한 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것) 제7조 제2항(이하 ‘응시기간산입 예외조항’이라 한다)이 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
5. 응시기간산입 예외조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인은 변호사 자격요건을 갖추지 못하여 변호사 결격조항의 규율대상에 포함되지 아니하고, 변호사 결격조항과 응시 결격조항은 그 입법취지 및 구체적인 규율 내용이 서로 다르므로, 청구인은 변호사 결격조항에 대하여 자기관련성을 가지지 아니한다.
2. 응시 결격조항은 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받아 변호

사로서의 공정성과 신뢰성을 확보하기 어려운 자들을 변호사의 업무에서 배제시켜야 할 중요한 공익상의 필요성을 확보하고 유지하기 위한 것이므로, 범죄행위의 종류를 한정하지 않고 집행유예기간이 지난 후에도 2년간 변호사시험 응시 자체를 제한하였다고 하더라도, 입법재량의 범위를 벗어나 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 변리사, 공인중개사, 공인노무사와 변호사는 수행하는 업무, 사회적 지위 등에 있어서 본질적으로 서로 같지 아니하므로, 자격시험에서 시험응시의 결격사유를 두지 않거나 결격기간 및 그 기준일시를 다르게 규정하고 있다고 할지라도 이를 본질적으로 동일한 집단에 대한 차별취급이라고 볼 수는 없어 응시결격 조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

4. 응시기간산입 예외조항은 법학전문대학원의 교육효과가 소멸하는 것을 방지하고 변호사시험 응시자 간의 형평성을 보장하기 위한 것으로, 형사제재라는 본인의 귀책사유로 야기된 상황에 관하여 불이익이 없도록 응시기간산입의 예외사유를 마련하지 않았다고 하여 입법재량을 벗어났다고 볼 수는 없다. 특히, 응시 결격사유가 발생하여 몇 차례 응시기회가 줄어들었다고 할지라도 여전히 변호사시험에 응시하여 합격할 가능성이 보장되며, 법원은 양형재량의 범위 내에서 응시 결격기간을 고려할 수 있으므로 집행유예의 선고로 인하여 변호사시험 응시기회를 한 차례도 부여받지 못하게 되는 경우는 극히 드물다. 응시기간산입 예외조항은 법학전문대학원의 교육효과가 소멸하기 전에 변호사자격을 취득할 것을 요구하는 것으로서 전문직으로서의 변호사가 갖추어야 할 적극적 자격요건 자체와 밀접하게 관련되므로, 변호사시험 응시기회를 한 차례도 부여받지 못하게 되는 경우가 발생할 수 있다고 하더라도 입법재량을 벗어나 직업선택의 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

5. 병역의무를 이행하는 자들은 헌법상 국방의 의무를 이행한 것임에 반하여, 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받아 응시 결격사유가 발생한 청구인은 사회적 비난가능성이 있는 본인의 귀책사유에 의하여 형사제재를 받게 된 것이다. 따라서 병역의무의 이행기간만을 변호사시험 응시기간에 포함하지 않도록 특별히 규정하고 있는

것은 합리적인 이유가 있으므로, 응시기간산입 예외조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 응시기간산입 예외조항에 대한 반대의견

변호사시험법 제7조 제1항이 이미 변호사시험 응시기간 및 응시횟수를 제한하고 있으므로, 변호사시험 응시결격사유의 발생으로 인해 다시 응시기간과 응시횟수가 단축된다는 것은 결코 가볍지 않은 기본권 제한에 해당한다. 또한 변호사시험 응시횟수의 감소여부 및 감소되는 응시횟수는 판결의 확정시기와 같이 본인의 귀책사유와 직접적으로 관련이 없는 우연한 사정에 의하여 좌우된다. 특히, 경우에 따라서는 법학전문대학원의 석사학위를 취득하고도 변호사시험 응시기회를 전혀 부여받지 못할 수도 있다. 이 경우 우연한 사정에 의하여 변호사가 될 수 있는 기회를 사실상 영구히 박탈하는 결과를 초래하는바, 이는 변호사시험에 응시하고자 하는 사람들의 기본권을 지나치게 제한하는 것이다.

이미 변호사 자격을 취득하여 변호사 업무를 하던 중에 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 사람이 변호사 결격조항이 정하고 있는 기간이 지난 후에 다시 변호사의 업에 종사할 수 있다는 것과 비교하여 보면, 응시기간산입 예외조항은 변호사시험을 응시하고자 하는 사람에게 이미 변호사자격을 취득하여 변호사로서 활동하는 사람보다 더 높은 수준의 윤리의식을 요구하게 되는 것이다. 이는 체계적 균형을 상실한 것으로서 변호사 자격제도 형성에 관한 입법재량의 범위를 현저하게 벗어난 것임이 명백하므로, 응시기간산입 예외조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다.

【심판대상조문】

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제5조(변호사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.

1. 생략
2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자

3.~7. 생략

변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것) 제6조(응시 결격사유) 제4조에 따라 공고된 시험기간 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 시험에 응시할 수 없다.

1.~2. 생략

3. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 사람

4.~8. 생략

변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것) 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.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제4조(변호사의 자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.

- 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 과정을 마친 자
- 2. 판사나 검사의 자격이 있는 자
- 3. 변호사시험에 합격한 자

변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것) 제5조(응시자격) ① 시험에 응시하려는 사람은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득하여야 한다. 다만, 제8조 제1항의 법조윤리시험은 대통령령으로 정하는 바에 따라 법학전문대학원의 석사학위를 취득하기 전이라도 응시할 수 있다.

②~③ 생략

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제5조(응시자격) ① 생략

② 3개월 이내에 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득할 것으로 예정된 사람은 제1항 본문의 응시자격을 가진 것으로 본다. 다만, 그 예정시기에 석사학위를 취득하지 못하는 경우에는 불합격으로 하거나 합격 결정을 취소한다.

③~④ 생략

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ① 시험(제8조 제1항의 법조윤리시험은 제외한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 달의 말일부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다. 다만, 제5조 제2항에 따라 시험에 응시한 석사학위취득

헌재 2013. 9. 26. 2012헌마365

예정자의 경우 그 예정기간 내 시행된 시험일부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다.

② 생략

【참조판례】

- 2. 헌재 2002. 8. 29. 2002헌마160, 판례집 14-2, 252, 258
헌재 2008. 9. 25. 2007헌마419, 판례집 20-2상, 616, 623
헌재 2009. 10. 29. 2008헌마432, 판례집 21-2하, 390, 399
헌재 2011. 5. 26. 2009헌바63등, 판례집 23-1하, 160, 168
헌재 2011. 6. 30. 2010헌바478, 공보 177, 953, 955
헌재 2012. 11. 29. 2011헌마801, 판례집 24-2하, 231, 236
- 3. 헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947등, 판례집 19-1, 514, 542-543
헌재 2009. 3. 26. 2008헌바63, 판례집 21-1상, 445, 454
- 5. 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마821, 판례집 18-2, 305, 310

【당 사 자】

청 구 인 성○화
국선대리인 변호사 박성철

【주 문】

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제5조 제2호에 대한 심판청구를 각하하고, 나머지 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2012. 2. 3. 제주지방법원(2011노576)에서 교통사고처리특례법 위반죄로 금고 1년, 집행유예 1년을 선고받았고, 2012. 2. 11. 그 판결이 확정되었다.

(2) 청구인은 2010. 3. ○○대학교 법학전문대학원에 입학하여 2013. 2. 석사 학위를 취득하고 2013. 1.에 실시된 제2회 변호사시험에 응시하고자 하였으나, 변호사시험법 제6조 제3호가 공고된 시험기간 중 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 사람의 응시자격을

제한하고 있어, 위 2011노576 판결의 집행유예 기간이 종료된 2013. 2. 10.부터 2년이 지나는 2015. 2. 10.까지 변호사시험에 응시하지 못하게 되자, 변호사법 제5조 제2호, 변호사시험법 제6조 제3호, 제7조가 청구인의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한다며, 2012. 4. 11. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 주위적으로 변호사법 제5조 제2호, 변호사시험법 제6조 제3호, 제7조의 위헌확인을 구하고, 예비적으로 변호사시험법 제6조 중 “공고된 시험기간 중” 부분, 제7조의 위헌확인을 구하고 있으나, 위 예비적 청구는 주위적 청구와 법률조항이 같거나 그 양적 일부분을 심판대상으로 하고 있어 적법한 예비적 청구라고 할 수 없으므로, 이에 대해 따로 판단하지 아니한다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 판례집 16-1, 574, 580 참조).

변호사시험법 제7조와 관련한 청구인의 주장은 변호사시험법 제7조 제2항이 응시기간 산정에 있어 예외사유를 규정하면서 병역의무 이행만을 포함시키고 변호사시험법 제6조 제3호가 규정한 응시 결격사유에 해당되는 기간을 포함시키지 아니한 것, 즉 부진정 입법부작위의 위헌확인을 구하는 것이라고 할 것이므로, 심판의 대상을 변호사시험법 제7조 제2항으로 한정함이 타당하다.

따라서 이 사건 심판대상은 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제5조 제2호(이하 ‘변호사 결격조항’이라 한다), 변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것) 제6조 제3호(이하 ‘응시 결격조항’이라 한다), 제7조 제2항(이하 ‘응시기간산입 예외조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것)

제5조(변호사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.

- 2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자

변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것)

제6조(응시 결격사유) 제4조에 따라 공고된 시험기간 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 시험에 응시할 수 없다.

3. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년 이 지나지 아니한 사람

제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ② 「법학전문대학원의 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.

[관련조항]

변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제9747호로 제정된 것)

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

변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것)

제5조(응시자격) ② 3개월 이내에 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득할 것으로 예정된 사람은 제1항 본문의 응시자격을 가진 것으로 본다. 다만, 그 예정시기에 석사학위를 취득하지 못하는 경우에는 불합격으로 하거나 합격 결정을 취소한다.

제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ① 시험(제8조 제1항의 법조윤리시험은 제외한다)은 「법학전문대학원의 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 달의 말일부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다. 다만, 제5조 제2항에 따라 시험에 응시한 석사학위취득 예정자의 경우 그 예정기간 내 시행된 시험일로부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다.

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것)

제4조(변호사의 자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.

1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 과정을 마친 자
2. 판사나 검사의 자격이 있는 자
3. 변호사시험에 합격한 자

2. 청구인의 주장요지

가. 현재 변호사시험 합격률을 고려하면, 청구인이 장래 변호사시험에 응시하여 합격할 가능성이 높으므로, 청구인은 응시 결격조항 및 응시기간산입 예외조항 뿐만 아니라 변호사 결격조항에 대해서도 자기관련성을 가진다.

나. 변호사 결격조항 및 응시 결격조항이 고의범인지 또는 직무와 관련된 범죄인지를 구분하지 아니한 채 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 모든 사람에게 집행유예기간이 지난 후 별도로 2년의 기간이 추가로 경과한 이후에야 비로소 변호사시험에 응시하고 변호사로 등록하여 활동할 수 있도록 정한 것은 청구인의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한다.

다. 병역의무의 이행 기간 이외에 질병이나 응시 결격사유 등 객관적 사유로 인하여 시험에 응시할 수 없는 사람에 대한 일체의 예외사유를 규정하지 아니한 응시기간산입 예외조항은 청구인의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 변호사 결격조항에 대한 판단

청구인은 변호사법 제4조에서 정한 변호사 자격요건을 갖추지 못하여 변호사 결격조항의 규율대상에 포함되지 아니하고, 변호사 결격조항과 응시 결격조항은 그 입법취지 및 구체적인 규율 내용이 서로 다르므로, 청구인은 변호사 시험의 합격을 전제로 변호사 등록이나 활동의 결격사유를 규정하고 있는 변호사 결격조항에 대하여 자기관련성을 가지지 아니한다.

따라서 이 사건 심판청구 중 변호사 결격조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 응시 결격조항에 대한 판단

(1) 직업선택의 자유 침해 여부

(가) 직업선택의 자유의 제한과 그 심사기준

변호사시험에 응시하여 합격하여야만 변호사의 자격을 취득할 수 있으므로, 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자의 변호사시험 응시자격을 제한하고 있는 응시 결격조항은 변호사 자격을 취득하고자 하는 청구인의 직업선택의 자유를 제한한다.

위와 같은 직업선택의 자유에 대한 제한이 헌법상 용인되기 위해서는 기본권 제한의 한계 원리인 과잉금지원칙에 따라 변호사 자격제도가 추구하는 공익의 달성을 위하여 적합하고, 기본권 제약에 비추어 볼 때 필요하며, 또 제한의 목적과 적정한 비례관계를 유지하여야 한다.

다만 응시 결격조항은 변호사의 자격을 부여하기 위한 자격시험에 관한 내용을 구성하는 것으로 결국 변호사 자격제도의 한 부분을 차지하는 것인데, 어떠한 직업분야에 관하여 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가에 관하여는 국가에게 폭넓은 입법재량권이 부여되어 있으므로, 다른 방법으로 직업의 자유를 제한하는 경우에 비하여 유연하고 탄력적인 심사가

필요하다(헌재 2008. 9. 25. 2007헌마419, 판례집 20-2상, 616, 623; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마801, 판례집 24-2하, 231, 236 참조).

(나) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서(변호사법 제2조), 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무를 하는 것을 그 직무로 한다(변호사법 제3조). 이와 같은 변호사의 직무는 당사자 및 이해관계인의 생명, 신체, 명예 및 재산 등과 밀접한 관련을 가지고 있으므로, 변호사에게는 고도의 법률지식뿐만 아니라 공정성과 신뢰성, 윤리의식이 함께 요구된다(헌재 2009. 10. 29. 2008헌마432, 판례집 21-2하, 390, 398 참조).

따라서 변호사로서의 공정성과 신뢰성을 확보하기 어려운 자들을 변호사의 업무에서 배제시켜야 할 공익상의 필요성이 인정되고, 형사제재를 받은 자의 변호사시험 응시자격을 일정기간 제한하는 것은 이와 같은 공익상의 필요성을 확보하고 이를 유지하기 위하여 적절한 수단이므로, 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

2) 침해의 최소성

우리의 형사소송 체계에 따르면 검사는 범죄의 혐의가 인정되더라도 범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범죄 후의 정황 등을 고려하여 공소를 제기하지 않을 수 있고, 공소가 제기되더라도 법원은 그와 같은 양형의 조건을 고려하여 형의 종류 및 형량을 선택하게 되는데, 법원이 범죄의 모든 정황을 고려한 후 금고 이상의 형의 집행유예를 선택하였다면 이는 사회적 비난 가능성이 결코 적지 아니함을 뜻한다 할 것이고, 이러한 사정은 당해 범죄행위가 변호사로서의 직무와 직접 관련이 없는 경우에도 마찬가지이다(헌재 2008. 9. 25. 2007헌마419, 판례집 20-2상, 616, 624 참조). 또한 과실범은 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반함으로써 구성요건적 결과가 발생하였을 때 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 형벌이 과해지는 범죄로서 사회적 비난가능성이 인정된다는 점에서 고의범과 다르다 할 수 없다(헌재 2011. 5. 26. 2009헌마63등, 판례집 23-1하, 160, 168 참조). 결국 범죄행위가 변호사로서의 직무와 관련성을 가지는지 혹은 고의에 의한 것인지와 무관하게 금고 이상의 형에 대한 집행유예 판결에는 사회적 비난가능성이 내포되어 있으므로, 범죄행위의 종류를 직무관련 범죄나 고의범으로 한정하는 것만으로는 직무의 성질상 고도의 윤리성이 요구되는 변호사 전체에 대한 국민의 신뢰확

보와 공공성 확보라는 입법목적은 달성하는 데 충분하지 아니하다(헌재 2011. 6. 30. 2010헌바478, 공보 177, 953, 955 참조).

또한 형사제재를 받은 자가 반성의 기회를 가짐으로써 변호사의 자격을 취득하기에 충분한 윤리의식을 고취하고, 변호사의 업무를 수행함에 있어서 요구되는 공공성을 확보하며, 국민으로부터 신뢰를 회복하기에 충분한 기간을 정함에 있어 입법자는 형법과는 별도의 기준을 마련할 수 있는바, 응시 결격조항이 변호사 업무의 높은 공공성과 윤리성, 이에 대한 국민 신뢰의 중요성에 비추어 집행유예기간보다 더 강화된 결격기간을 정한 것을 입법재량의 범위를 넘어서었다고 볼 수는 없다(헌재 2009. 10. 29. 2008헌마432, 판례집 21-2하, 390, 399 참조).

다만 이러한 공공성은 범죄 행위에 대한 형의 집행유예의 판결을 변호사의 결격사유로 규정하는 것으로 충분히 달성할 수 있을 것인데, 굳이 시험응시까지 제한하여야 할 필요가 있는가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 변호사시험 응시에서부터 합격자 발표, 변호사 등록 및 활동에 이르기까지 일련의 과정은 서로 유기적으로 연결되어 있고, 변호사가 일반 국민으로부터 신뢰를 획득하기 위해서는 시험에 응시하는 단계에서부터 고도의 윤리성 및 엄격성을 확보할 필요가 있다. 또한 변호사시험에 합격하였으나 변호사로서 등록하고 활동할 수 없는 자들이 변호사를 사칭하거나 등록을 하지 아니한 채 영업활동을 하는 등 위법한 행위를 하게 될 가능성이 있고, 이는 결국 법률서비스를 이용하는 국민들의 피해로 이어진다는 점에서, 변호사 결격사유에 해당하는 사람의 변호사시험의 응시자격을 제한하는 것이 침해의 최소성에 반한다고 할 수는 없다(헌재 2002. 8. 29. 2002헌마160, 판례집 14-2, 252, 258 참조).

변호사시험 단계에서부터 결격사유에 해당하는 자의 변호사시험의 응시 자격을 제한하면서 그 기준일을 시험일로 할 것인지, 합격자 발표일을 기준으로 할 것인지 여부는 자격시험의 구체적인 내용을 형성하는 입법자가 광범위한 재량의 범위 내에서 결정할 수 있는 부분이므로, 응시 결격조항이 합격자 발표일이 아닌 공고된 시험일을 기준으로 결격사유의 유무를 판단하도록 정하고 있다는 이유만으로 이를 입법재량을 일탈한 것이라고 볼 수는 없다.

3) 법익의 균형성

응시 결격조항은 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 자의 시험 응시자격을 영구적으로 박탈하는 것이 아니고 그 유예기간이 지난 후 2년이 경과하면 다시 변호사시험에 응시할 수 있도록 규정하고 있어, 범죄행위로 인하여 금

고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 사람이라고 할지라도 충분한 반성의 기회를 가짐으로써 변호사 자격 취득을 위한 윤리성을 회복한 이후에 변호사시험에 응시할 수 있다.

따라서 응시 결격조항으로 인하여 제한되는 직업선택의 자유가 변호사 개개인의 윤리의식 고취, 전체 변호사 집단에 대한 국민의 신뢰 획득, 변호사 업무의 공공성 확보라는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없으므로, 응시 결격조항은 법익의 균형성 요건 또한 갖추었다.

(다) 소결

그러므로 응시 결격조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

(2) 평등권 침해 여부

청구인은 응시 결격조항이 변리사시험, 공인중개사시험, 공인노무사시험에 응시하려는 자에 비하여 변호사시험에 응시하려는 자를 차별하는 것이라고 주장한다.

변리사는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관하여 특허청 또는 법원에 대하여 하여야 할 사항의 대리 및 그 사항에 관한 감정 기타의 사무를(변리사법 제2조), 공인중개사는 토지나 건축물 등의 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 중개의 업무를(‘공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률’ 제2조 제1호, 제2호, 제3조 참조), 공인노무사는 노동 관계 법령에 따라 관계 기관에 대하여 행하는 신고·신청·보고·진술·청구 및 권리 구제 등의 대행 또는 대리, 모든 서류의 작성과 확인, 노동 관계 법령과 노무관리에 관한 상담·지도의 업무를(공인노무사법 제2조 제1항) 각각 수행하는 사람들이다. 이들 업무는 법률사무 전반을 직무 영역으로 하는 변호사의 경우에 비하여 그 영역 범위가 한정적이고 기술적이다. 이처럼 변리사, 공인중개사, 공인노무사와 변호사는 수행하는 업무, 사회적 지위 등에 있어서 본질적으로 서로 같지 아니하므로, 자격시험에서 시험응시의 결격사유를 두지 않거나 결격기간 및 그 기준일을 다르게 규정하고 있다고 할지라도 이를 본질적으로 동일한 집단에 대한 차별취급이라고 볼 수는 없다(헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947등, 판례집 19-1, 514, 542-543; 헌재 2009. 3. 26. 2008헌바63, 판례집 21-1상, 445, 454 참조).

따라서 응시 결격조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

다. 응시기간산입 예외조항에 대한 판단

(1) 직업선택의 자유 침해 여부

(가) 직업선택의 자유의 제한과 그 심사기준

변호사시험법 제7조 제1항은 변호사시험의 응시기간을 5년으로, 응시횟수를 5회로 제한하고, 응시기간산입 예외조항은 병역의무를 이행한 기간을 5년의 응시기간에서 제외하도록 하고 있다. 따라서 응시기간산입 예외조항이 오로지 병역의무의 이행기간만을 변호사시험 응시기간 산정의 예외사유로 규정하고, 다른 일체의 예외사유를 규정하지 아니하고 있는 것은 금고 이상의 형의 집행 유예로 인하여 일정기간 변호사시험에 응시할 수 없는 청구인의 직업선택의 자유를 제한한다.

위와 같은 직업선택의 자유에 대한 제한이 헌법상 용인되기 위해서는 과잉 금지원칙에 따라 변호사 자격제도가 추구하는 공익의 달성을 위하여 적합하고, 기본권 제약에 비추어 볼 때 필요하며, 또 제한의 목적과 적절한 비례관계를 유지하여야 한다.

다만 입법자가 변호사의 자격을 부여하기 위한 자격시험의 응시기간 및 응시횟수를 제한하면서, 어떠한 경우에 기간산입 및 횟수산입에 있어 예외를 둘 것인가 하는 것은 결국 변호사 자격제도의 한 부분을 차지하는 것인데, 앞서 본 바와 같이 이에 관하여는 국가에게 폭넓은 입법재량권이 부여되어 있으므로, 다른 방법으로 직업의 자유를 제한하는 경우에 비하여 유연하고 탄력적인 심사가 필요하다.

(나) 과잉금지원칙 위배 여부

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

변호사시험법 제7조 제1항은 변호사 시험에 무제한 응시함으로 인하여 발생하는 국가인력의 낭비, 응시인원의 누적으로 인한 시험합격률의 저하 및 법학전문대학원의 전문적인 교육효과 소멸 등을 방지하고자 하는 목적으로 마련된 조항이다. 응시기간산입 예외조항은 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받아서는 안 된다는 헌법상 요청을 실현함과 동시에, 응시기간 산입 및 응시횟수 산입에 있어 가급적 예외를 허용하지 아니함으로써 법학전문대학원에서 석사학위를 취득한 자들 사이의 응시기회의 형평성을 보장하고 국가인력의 낭비 방지라는 변호사시험법 제7조 제1항의 목적을 보다 효과적으로 달성함에 그 입법목적이 있는 것으로, 이러한 입법목적에는 정당성이 인정된다.

또한 응시기간을 5년, 응시횟수를 5회로 제한하면서 병역의무의 이행 이외

의 일체의 사유에 의한 예외를 허용하지 아니하는 것은 이러한 입법목적을 달성하기 위한 효과적인 수단이다.

2) 침해의 최소성

청구인은, 응시기간산업 예외조항이 병역의무의 이행으로 인한 예외만을 인정하고, 질병이나 시험응시 결격사유 존재와 같은 불가피한 사유에 의한 예외를 전혀 인정하지 않는 것이 침해의 최소성에 반한다고 주장한다.

응시기간 및 응시횟수에 대한 병역 이외의 예외사유를 인정할 경우, 시험기회 또는 합격률과 관련된 형평성에 대한 문제가 제기되어 자격취득시험으로서 충실한 검정기능을 수행함에 그 목적이 있는 변호사시험에 대한 신뢰가 손상되고, 더 나아가 법학전문대학원 제도의 근간 자체가 흔들리게 될 우려가 있다.

또한 앞서 본 바와 같이 응시기간산업 예외조항과 응시 결격조항의 입법목적은 서로 구별되므로, 구체적인 사안에서 위 조항들이 결합하여 응시기회가 줄어들거나 박탈되는 불이익이 발생한다는 이유만으로 응시기간산업 예외조항이 기본권을 과도하게 제한한다고 보기는 어렵고, 입법자가 형사제재라는 본인의 귀책사유로 야기된 상황에 관하여 불이익이 없도록 응시기간산업의 예외사유를 마련하지 아니하였다고 하여 이를 입법재량을 벗어난 것이라고 할 수 없다.

특히 변호사시험의 합격률은 응시인원 대비 75%에 달하여, 응시기회가 몇 차례 줄어든다고 할지라도 여전히 변호사시험에 응시하여 합격하게 될 가능성이 보장되어 있다. 응시기간산업 예외조항과 응시 결격조항이 결합된 결과 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 시기, 집행유예 기간 등에 따라 법학전문대학원의 석사학위를 취득하고도 변호사시험 응시기회를 단 한 차례도 부여받지 못하는 결과가 야기될 가능성이 없는 것은 아니나, 응시기간산업 예외조항이 정하고 있는 ‘금고 이상의 형의 집행유예’는 법정형이나 처단형이 아닌 선고형으로, 법원은 변호사시험에 응시할 기회 자체를 박탈하는 것이 지나치게 과도하다고 판단되는 경우에는 양형재량의 범위 내에서 이러한 점을 충분히 고려할 수 있어, 범죄의 내용이나 죄질이 변호사의 엄결성을 해할 수 있을 만큼 현저하게 중한 경우를 제외하고는 집행유예의 선고로 인하여 변호사시험 응시기회를 한 차례도 부여받지 못하게 되는 경우는 극히 드물다.

이미 변호사 자격을 취득하여 변호사 업무를 하던 중에 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 사람은 변호사 결격조항이 정하는 기간이 지나면 다시 변호사의 업무 종사할 수 있다는 점을 고려하면, 응시기간산업 예외조항이 드물게나마 변호사시험 응시기회를 전혀 부여하지 않을 수 있도록 한 것이 침해

의 최소성원칙에 반하는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 변호사 결격조항은 이미 변호사자격을 취득한 사람에 대하여 사후적으로 발생한 윤리적 사유를 문제 삼는 데 그치는 반면, 응시기간산입 예외조항은 병역의무의 이행이라는 특별한 사유가 없는 한 법학전문대학원의 교육효과가 소멸하기 전에 변호사자격을 취득할 것을 요구하는 것으로서 전문직으로서의 변호사가 갖추어야 할 적극적 자격요건 자체와 밀접하게 관련되므로, 위 두 조항은 규율대상, 입법목적, 입법형성권의 범위에 있어 서로 구별되는 것이다.

이러한 점을 고려할 때, 응시기간산입 예외조항이 응시기간 및 응시횟수 산입에 있어 병역의무의 이행으로 인한 예외만을 인정하고, 질병이나 시험응시 결격사유 존재와 같은 불가피한 사유에 의한 예외를 마련하지 아니하였다고 할지라도, 이것이 침해의 최소성에 반하는 것은 아니다.

3) 법익의 균형성

일률적인 변호사시험 응시기간 및 응시횟수 제한을 통해, 국가인력의 낭비를 막고, 시험합격률이나 응시기회에 있어서 응시생 사이의 형평성을 보장하고 법학전문대학원 제도의 취지를 살리며 국가인력 운용의 효율성을 달성하고 자격시험의 신뢰성을 확보하고자 하는 공익은 매우 중대한 데 비하여, 이로 인하여 제한되는 사익은 결코 크다고 할 수 없으므로 응시기간산입 예외조항은 법익의 균형성 요건 또한 갖추었다.

(다) 소결

따라서 응시기간산입 예외조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

(2) 평등권 침해 여부

청구인은 응시기간산입 예외조항이 병역의무 이행으로 인하여 변호사시험에 응시하지 못하는 자와 청구인과 같이 응시 결격사유 존재로 인하여 변호사시험에 응시하지 못하는 자들을 달리 취급하므로 평등권을 침해한다고 주장한다.

병역법에 의하여 징집 또는 소집되어 병역의무를 이행하는 자들은 헌법상 국방의 의무를 이행하는 자들이다. 만일 변호사시험법 제5조 제1항이 규정하고 있는 요건을 이미 취득한 사람의 변호사시험 응시기간이 병역의무의 이행으로 인하여 단축된다면 이는 병역의무의 이행으로 인한 실질적인 불이익에 해당한다. 그런데 헌법 제39조 제2항은 '병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니하도록' 규정하여 병역의무 이행을 직접적 이유로 차별적 불

이익을 가하거나 병역의무를 이행한 것이 결과적, 간접적으로 그렇지 아니한 경우보다 오히려 불이익을 받는 결과를 초래하지 아니하도록 요구하고 있다 (헌재 2006. 7. 27. 2005헌마821, 판례집 18-2, 305, 310 참조). 응시기간산업 예외조항도 위 헌법조항에 기초하여 병역의무 이행으로 인해 변호사시험의 응시 기회에 있어 불이익을 받지 않도록 병역의무 이행기간을 변호사시험 응시기간에서 제외하고 있다. 이에 반하여 범죄행위로 인한 금고 이상의 형의 집행유예의 선고라는 형사제재로 인하여 응시 결격사유가 발생한 청구인은 범죄가 고의에 의한 것이든 과실에 의한 것이든, 결과적으로 본인의 귀책사유에 의하여 형사제재를 받게 된 사람으로, 그 행위 자체에 변호사에게 요구되는 고도의 윤리성이나 엄결성을 해할 수 있는 사회적 비난가능성이 내포되어 있다.

이처럼 입법자가 응시기간 및 응시횟수를 산정함에 있어, 병역의무의 이행으로 인하여 변호사시험에 응시할 수 없는 자에 대해서만 병역의무의 이행기간을 응시기간에 포함하지 않도록 특별히 규정하고 있는 것은 합리적인 이유가 있는 것으로, 자의적인 차별취급이라고 볼 수 없다.

따라서 응시기간산업 예외조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 변호사 결격조항에 대한 심판청구는 부적법하므로 각하하고, 응시 결격조항과 응시기간산업 예외조항에 대한 심판청구는 이유 없으므로 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 아래 5.와 같은 반대의견이 있다.

5. 재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 응시기간산업 예외조항에 대한 반대의견

우리는 다수의견과 달리 응시기간산업 예외조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다고 생각하므로 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 앞서 살펴본 바와 같이, 법학전문대학원에서 석사학위를 취득한 사람들 사이의 응시기회의 형평성을 보장하고 국가인력의 낭비를 방지하고자 하는 입법목적에는 정당성이 인정되고, 응시기간과 응시횟수를 제한하면서 병역의무 이행 이외의 일체의 예외사유를 인정하지 않는 것은 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 된다.

나. 어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위해 선택한 수

단이 어느 정도 적합하다고 하더라도 입법자가 덜 침익적인 방법으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 방식으로 법의 목적을 실현하려 한다면 이는 최소침해성의 원칙에 위배된다(헌재 2000. 6. 1. 99헌가11등, 판례집 12-1, 575, 585; 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 388-389 참조).

변호사시험법 제6조 제3호에 의하면 변호사시험을 준비하던 중 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 사람은 그 유예기간이 지난 후 2년간 변호사시험에 응시할 수 없게 된다.

그런데 변호사시험법 제7조 제1항에서 변호사시험 응시기간 및 응시횟수를 5년과 5회로 제한하는 것 자체로 이미 변호사시험을 응시하고자 하는 사람들의 직업선택의 자유가 일정 부분 제한되고 있다는 점을 고려하면, 결격사유의 발생으로 인해 위 기간과 횟수가 다시 단축된다는 것은 그 기간의 장단(長短)이나 횟수의 다과(多寡)를 불문하고 결코 가볍지 않은 기본권 제한에 해당한다.

또한 변호사시험 응시 결격사유는 집행유예 판결이 선고되고 그 판결 확정 후부터 발생하므로 변호사시험 응시기회의 감소 여부 및 감소되는 변호사시험 응시기회는 판결의 확정시기 등과 같이 변호사시험 응시자 본인의 귀책사유와 직접적으로 관련이 없는 우연한 사정에 의하여 좌우된다.

특히 판결의 확정시기 및 집행유예 기간에 따라서는 법학전문대학원의 석사 학위를 취득하고도 변호사시험 응시기회를 단 한 차례도 부여받지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 우연한 사정에 의하여 변호사가 될 수 있는 기회를 사실상 영구히 박탈하는 결과를 초래하는바, 이는 변호사시험을 응시하고자 하는 사람들의 기본권을 지나치게 제한하는 것이다.

뿐만 아니라 이미 변호사 자격을 취득하여 변호사 업무를 하던 중에 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 사람이 변호사 결격조항이 정하고 있는 기간이 지난 후에 다시 변호사의 업에 종사할 수 있는 것과 비교하여 보면, 응시기간산업 예외조항은 변호사시험을 응시하고자 하는 사람에게 이미 변호사자격을 취득하여 변호사로서 활동하는 사람보다 더 높은 수준의 윤리의식을 요구하는 것이다. 이는 체계적 균형을 상실한 것으로서 변호사 자격제도 형성에 관한 입법재량의 범위를 현저하게 벗어난 것임이 명백하다.

따라서 응시기간산업 예외조항에서 위와 같이 우연한 사정에 의하여 변호사가 될 수 있는 기회를 중대하게 제한받게 된 사람들을 구제하기 위한 최소한의 입법적 조치마저 마련하지 아니한 것은 최소침해성의 원칙에 위배된다.

다. 인재의 효율적 배분이나 응시기회에 있어서의 형평성 확보라는 공익은 응시기간 및 응시횟수를 제한하는 것만으로 충분히 달성될 수 있으며, 응시 결격사유와 같이 변호사시험에 응시하지 못할 법률상 장애가 있는 경우 그 응시기간이나 응수횟수 산입에 있어 예외를 규정한다고 하여 이러한 공익의 달성이 어려워진다고 볼 수는 없다. 이에 반하여, 이미 5년으로 제한된 변호사시험의 응시기간이 다시 제한되고, 형의 종류 및 판결의 확정시기 등 우연적 요소에 따라 응시기회를 사실상 영구히 박탈당하게 될 가능성까지 존재하는 이상, 응시기간산입 예외조항으로 인하여 제한되는 사익은 현저히 중대하다고 할 것이다. 따라서 응시기간산입 예외조항은 법익의 균형성 요건도 갖추지 못한 것이다.

라. 그렇다면 응시기간산입 예외조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

재판취소

(2013. 9. 26. 2012헌마806)

【판시사항】

1. 위헌으로 선언한 법률조항의 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정의 기속력
2. 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정 당시 그 대상과 동일한 법률조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어 법원에 위헌여부심판의 제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 재판에서 헌법불합치결정의 취지에 따라 해당 법률조항을 그대로 적용한 경우, 헌법재판소 결정의 기속력에 반하여 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 재판에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 헌법불합치결정도 포함되고, 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다. 다만 헌법재판소는 위헌결정을 통하여 위헌법률을 법질서에서 제거하는 것이 오히려 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 헌법불합치결정을 하면서 위헌 법률을 일정 기간 동안 계속 적용을 명하는 경우가 있는데, 모든 국가기관은 이에 기속되고, 법원은 이러한 예외적인 경우에 위헌법률을 계속 적용하여 재판할 수 있다.
2. 헌법재판소는 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류를 정한 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11579호로 개정되기 전의 것) 제2조 제6호 라목 중 체육시설 부분(이하 ‘이 사건 체육시설 조항’이라 한다)에 대하여 헌법불합치결정을 하면서, “2012. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다”고 결정하였는바(헌재 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166등 참조), 청구인들이 취소를 구하는 이 사건 심판대상판결들이 위 헌법불합치결정 당시 이 사건 체

육시설조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어 법원에 그 위헌여부 심판의 제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 판결들이라 하더라도, 모두 헌법재판소가 정한 개정 시한 이전에 선고되었고 위 헌법불합치결정의 취지에 따라 재판한 것이므로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 재판이라 할 수 없고, 따라서 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 재판에 해당하지 않는다.

【참조조문】

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11579호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1.~5. 생략
- 6. “기반시설”이라 함은 다음 각 목의 시설로서 대통령이 정하는 시설을 말한다.
 - 가.~다. 생략
 - 라. 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설
 - 마.~사. 생략
- 7.~20. 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 860
헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461, 481
- 2. 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 859

【당 사 자】

청 구 인 별지 청구인 목록과 같음
대리인 법무법인 신지평
담당변호사 최재홍

【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 안산시 단원구 ○○동 산 159 일원의 토지를 소유하고 있었다. 2009. 1. 21. 안산시장은 위 토지를 포함하여 ○○동 산 159 일원에 대하여 도시계획시설(골프장) 사업을 인가·고시하였는데, 사업시행자인 ○○ 주식회사와 청구인들과의 토지보상협약이 결렬되어, 2010. 10. 11. 위 토지에 대하여 수용재결이 이루어졌다(이하 ‘이 사건 수용재결’이라 한다).

(2) 이에 청구인들은 수원지방법원에 경기도지방토지위원회를 상대로 위 수용재결의 취소를 구하는 소를 제기하고[수원지방법원 2010구합15811, 2011구합861(병합)], 위 소송 계속 중 공공필요성이 없는 사업을 위해 민간기업에게 토지수용권을 부여하고 있는 구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11579호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국토계획법’이라 한다) 제2조 제6호 라목 등이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판 제청신청을 하였다(수원지방법원 2011아221, 222).

(3) 한편, 헌법재판소는 2011. 6. 30. 민간 사업시행자에 대하여 수용권을 부여한 구 국토계획법 제95조 제1항은 헌법에 위반되지 않으나, 구 국토계획법 제2조 제6호 라목 중 체육시설 부분(이하 ‘이 사건 체육시설조항’이라 한다)에 대해서는 도시계획시설사업의 시행을 위한 수용권의 행사와 밀접하게 관련되어 있음에도 체육시설의 구체적인 범위를 법에서 한정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어 헌법상 포괄위임금지원칙에 위배된다는 이유로 헌법불합치결정을 하면서, 다만 도시계획시설사업에 꼭 포함되어야 할 체육시설과 관련된 법적 공백과 혼란을 고려하여 2012. 12. 31. 개선입법이 마련될 때까지 계속적용을 명하였다(헌재 2008헌바166등, 이하 ‘이 사건 불합치결정’이라 한다).

(4) 이 사건 불합치결정 이후 2011. 10. 19. 위 수원지방법원은 이 사건 수용재결의 취소 청구를 기각하고, 청구인들의 위헌제청신청에 대하여는 이 사건 불합치결정으로 이 사건 체육시설조항이 더 이상 심판대상이 될 수 없다며 각하하였다. 청구인들이 항소하였으나 2012. 4. 17. 항소기각되었고[서울고등법원 2011누40273, 2011누40280(병합)], 대법원에 상고하였으나 2012. 8. 30. 상고기각되자[대법원 2012두11638, 2012두11645(병합) 판결], 2012. 10. 4. 위 각 판결의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 (1) 수원지방법원 2011. 10. 19. 선고 2010구합15811, 2011구합861(병합) 판결, (2) 서울고등법원 2012. 4. 17. 선고 2011누40273, 2011누40280(병합) 판결, (3) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두11638, 2012두11645(병합) 판결(이하 ‘이 사건 판결들’이라 한다)이 헌법재판소가 위헌으로 판단한 법률조항을 적용함으로써 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이다.

[관련조항]

구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11579호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

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

라. 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설

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

1. 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건

2. 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건에 관한 소유권 외의 권리
국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11579호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “기반시설”이란 다음 각 목의 시설로서 대통령령으로 정하는 시설을 말한다.

라. 학교·운동장·공공청사·문화시설 및 공공필요성이 인정되는 체육시설 등 공공·문화체육시설

헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것)

제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

③ 제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

제75조(인용결정) ⑦ 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

2. 청구인들의 주장요지

가. 헌법불합치결정도 위헌결정과 마찬가지로 모든 국가기관에 대하여 기속력을 가진다. 그런데 이 사건 불합치결정에서 위헌으로 판단한 부분(골프장)과 합헌으로 판단한 부분(골프장 이외의 체육시설)이 양적으로 구분이 가능하고, 위 결정에서 계속적용을 명한 이유가 골프장을 제외한 공공필요성이 인정되는 체육시설의 설치 근거법률까지 효력을 상실함으로써 사회적 혼란 등이 발생할 것을 방지하기 위함이므로, 계속 적용의 효력은 합헌으로 판단한 부분에 한정되어야 한다.

또한 이 사건 판결들은 이 사건 불합치결정이 있기 전에 그 심판 대상과 동일한 이 사건 체육시설조항의 위헌여부에 관하여 법원에 위헌심판제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 판결들이므로 적어도 이러한 사건에 한하여는 예외적으로 헌법불합치결정의 소급효를 인정하여야 한다.

나. 위와 같은 이유로 법적 근거가 없는 수용권에 기한 이 사건 수용재결 처분은 위헌·위법한 것으로 취소되어야 함에도, 이 사건 판결들은 이 사건 체육시설조항이 계속 적용됨을 전제로 이 사건 수용재결 처분이 위법하지 않다고 판단함으로써 청구인들의 재산권 및 재판청구권 등의 기본권을 침해하였다. 따라서 이 사건 판결들은 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해 사실상 위헌으로 판단한 법률조항들을 그대로 적용하여 판단한 것으로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판에 해당하므로 모두 취소되어야 한다.

3. 이 사건 판결들이 헌법소원의 대상에 해당하는지 여부

가. 헌법소원의 대상이 되는 법원의 재판

법원의 재판은 원칙적으로 헌법소원의 심판대상에 해당하지 아니하나(헌법재판소법 제68조 제1항), 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에는 예외적으로 헌법소원의 심판대상이 될 수 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 859 참조). 이러한 법원의 재판은 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하고 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법(헌법 제107조 및 제111조)에 정면으로 위배되기 때문이다.

나. 헌법불합치결정의 기속력

법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌,

한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842, 860 참조).

헌법재판소가 위헌으로 판단한 법률의 적용을 중지하는 헌법불합치결정을 하는 경우, 위헌적 법률은 효력을 상실하여 법질서에서 소멸하는 것이 아니라 형식적으로 존속하게 되나 원칙적으로 위헌적 법률의 적용이 금지되고, 헌법심판의 계기를 부여한 당해 사건은 물론 심판대상 법률이 적용되어 법원에 계속 중인 모든 사건의 재판절차가 정지된다. 이는 입법자가 위헌법률을 합헌적인 상태로 개정할 때까지 법원의 판단이 보류되어야 하며 법원이 개정된 법률에 의하여 판단을 함으로써 사건의 당사자가 개정 법률의 결과에 따른 혜택을 받을 수 있는 기회를 그 때까지 열어 놓아야 한다는 것을 뜻한다(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461, 469 참조).

그러나 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서 예외적으로 위헌으로 판단한 법률을 계속 적용할 것을 명하는 경우가 있다. 헌법재판소는 위헌결정을 통하여 위헌법률을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, 즉 위헌법률을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가 오히려 위헌결정으로 인하여 초래되는 법적 공백 또는 혼란이라는 합헌적인 상태보다 예외적으로 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에, 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 기간 동안 위헌법률을 잠정적으로 적용할 것을 명할 수 있고(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461, 480-481; 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 판례집 20-2하, 1, 75; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 22-1하, 473, 491-492 각 참조), 이와 같이 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명하는 경우 모든 국가기관은 그에 기속되고, 법원은 이러한 예외적인 경우에 위헌법률을 계속 적용하여 재판을 할 수 있다(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461, 481 참조).

다. 이 사건의 경우

헌법재판소는 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류를 정한 이 사건 체육시설조항에 대하여, 만약 헌법재판소가 이 사건 체육시설조항에 대해 위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 위 조항은 그 효력을 상실하게 되어 국민의 건강 증진과 여가 선용을 위해 도시계획시설사업에 꼭 포함되어야 할 체육시설까지 그 대상에서 제외되는 법적 공백과 혼란이

예상된다는 이유로, 헌법불합치결정을 하면서 “2012. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”고 명하였다(헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166등, 판례집 23-1하, 288, 301, 310-311 참조).

이 사건 판결들은 이 사건 불합치결정 당시 이 사건 불합치결정의 대상과 동일한 이 사건 체육시설조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어 법원에 그 위헌여부심판의 제청신청이 되어 있었던 사건에 대한 판결들이나, 모두 이 사건 불합치결정 이후 그리고 헌법재판소가 정한 개정 시한인 2012. 12. 31. 이전에 선고되었고, 이 사건 불합치결정에 따라 이 사건 체육시설조항을 적용하여 재판한 것이므로 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 재판이라고 할 수 없다.

라. 소결

따라서 이 사건 판결들은 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률조항을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판에 해당한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 헌법소원의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대한 것으로 모두 부적법하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지] 청구인 목록 생략

1. 김○문 외 32인

비송사건절차법 제36조 등 위헌확인

(2013. 9. 26. 2012헌마1005)

【판시사항】

민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 할 수 없도록 규정한 구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제 4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11827호로 개정되기 전의 것) 제36조 중 제119조 전문의 청산인 해임 재판에 관한 부분을 준용하는 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 청산인 해임 재판에 의하여 해임된 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 허용하는 경우에는, 청산절차에서 법인의 신속하고 완전한 법적 소멸과 채권자 등 이해관계인의 이익의 공평한 보호를 통하여 달성하려는 법적 안정성의 실현에 지장이 초래될 수 있으므로, 그 재판에 대하여 불복신청을 허용하지 않을 필요성이 인정된다. 민법상 비영리법인의 청산인이 법원의 해임 재판에 의하여 청산인 지위에서 해임됨으로써 입게 되는 불이익은 그 해임 재판에 대한 불복신청의 허용을 통하여 보호되어야 할 정도로 법적 이익이 침해된 것이라고 보기 어렵고, 그 해임 재판에 대하여는 민사소송법 제449조에 따라 대법원에 특별항고를 제기할 수 있어 대법원에 불복할 수 있는 기회가 근본적으로 박탈된 것도 아니다. 따라서 심판대상조항은 청산인 해임 재판에 의하여 해임된 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

【심판대상조문】

구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11827호로 개정되기 전의 것) 제36조(청산인) 제117조 제1항, 제119조와 제121조의 규정은 법인의 청산인에게 이를 준용한다.

【참조조문】

헌법 제27조 제1항, 제37조 제2항

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제449조(특별항고) ① 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고(特別抗告)를 할 수 있다.

② 제1항의 항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 한다.

③ 제2항의 기간은 불변기간으로 한다.

【참조판례】

헌재 1993. 11. 25. 91헌바8, 판례집 5-2, 396, 404-405

헌재 2011. 10. 25. 2010헌바486등, 판례집 23-2하, 26, 35

【당 사 자】

청 구 인 조○상

대리인 법무법인 우송

담당변호사 정재봉 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 사단법인 ○○선교원(이하 ‘이 사건 법인’이라 한다)은 1984. 11. 8. 문화공보부장관으로부터 사단법인 □□선교원이라는 명칭으로 민법 제32조에 의한 설립허가를 받은 후, 1987. 12. 15. 사단법인 ○○훈련원으로 명칭을 변경하면서 주무관청이 통일부장관이 되고, 1994. 3. 14. 사단법인 ○○선교통일교원으로, 1999. 4. 26. 사단법인 ○○선교원으로 명칭을 변경하였다.

(2) 통일부장관은 2007. 11. 21. 이 사건 법인에 대하여 목적 외의 사업수행, 공익을 해하는 행위, 편법적인 예산집행 및 사실상의 법인 사유화 등을 사유로 민법 제38조에 의한 설립허가취소처분을 하였고, 이 사건 법인은 해산되어 청

산절차로 이행되고 청구인을 비롯한 이 사건 법인의 이사들이 그대로 이 사건 법인의 청산인이 되었다.

(3) 이 사건 법인은 통일부장관을 상대로 설립허가취소처분의 취소를 구하는 소(서울행정법원 2007구합43891)를 제기하여 2009. 9. 2. 승소판결을 받았다가, 항소심(서울고등법원 2009누31016)에서 2011. 9. 20. 패소판결을 받았고, 현재 상고심(대법원 2011두25012) 계속 중이다.

(4) 의정부지방법검찰청 검사는 의정부지방법원에 이 사건 법인의 청산인 전원에 대하여 민법 제84조에 의한 해임청구를 하였다. 의정부지방법원 2012비합29 사건에서 청구인을 비롯한 청산인 전원은 설립허가취소처분의 사유가 된 사정을 야기하거나 방관하고 또 청산절차 진행 중에 이 사건 법인의 소유인 부동산에 관하여 청구인이 대표자로 있는 대한예수교장로회 선교교회 명의의 근저당권을 설정하는 등 청구인의 사적 이익 추구에 동조하면서 청산의 목적 범위를 벗어난 직무를 행하여 청산인으로서 부적당한 사유가 있음이 인정된다는 이유로 2012. 9. 24. 청산인에서 해임되는 결정을 받았으며, 새로운 청산인이 선임되었다.

(5) 청구인은 2012. 12. 18. 구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11827호로 개정되기 전의 것) 제36조, 제119조가 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 할 수 없도록 규정함으로써 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 법원의 재판에 대하여 불복신청을 할 수 없는 것은 구 비송사건절차법 제36조가 상법상 회사의 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 허용하지 않는 내용의 구 비송사건절차법 제119조 전문을 민법상 비영리법인의 청산인 해임 재판에 관하여 준용하도록 함에 따른 것이므로, 심판대상을 구 비송사건절차법 제36조 중 제119조 전문의 청산인 해임 재판에 관한 부분을 준용하는 부분으로 한정한다.

따라서 심판의 대상은 구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11827호로 개정되기 전의 것) 제36조 중 제119조 전문의 청산인 해임 재판에 관한 부분을 준용하는 부분이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법

를 제11827호로 개정되기 전의 것)

제36조(청산인) 제117조 제1항, 제119조와 제121조의 규정은 법인의 청산인에게 이를 준용한다.

[관련조항]

구 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11827호로 개정되기 전의 것)

제20조(항고) ① 재판으로 인하여 권리를 침해당한 자는 그 재판에 대하여 항고를 할 수 있다.

② 신청에 의하여서만 재판을 하여야 할 경우에 신청을 각하한 재판에 대하여는 신청인에 한하여 항고할 수 있다.

제119조(청산인의 선임·해임 등의 재판) 청산인의 선임 또는 해임의 재판에 대하여는 불복의 신청을 할 수 없다. 법원이 은행 또는 무진업이나 무진관리업을 경영하는 회사의 청산의 감독에 관하여 한 명령에 대하여도 또한 같다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것)

제449조(특별항고) ① 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고를 할 수 있다.

② 제1항의 항고는 재판이 고지된 날부터 1주 이내에 하여야 한다.

③ 제2항의 기간은 불변기간으로 한다.

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제38조(법인의 설립허가의 취소) 법인이 목적이외의 사업을 하거나 설립허가의 조건에 위반하거나 기타 공익을 해하는 행위를 한 때에는 주무관청은 그 허가를 취소할 수 있다.

제77조(해산사유) ① 법인은 존립기간의 만료, 법인의 목적의 달성 또는 달성의 불능 기타 정관에 정한 해산사유의 발생, 파산 또는 설립허가의 취소로 해산한다.

② 사단법인은 사원이 없게 되거나 총회의 결의로도 해산한다.

제82조(청산인) 법인이 해산한 때에는 파산의 경우를 제하고는 이사가 청산인이 된다. 그러나 정관 또는 총회의 결의로 달리 정한 바가 있으면 그에 의한다.

제83조(법원에 의한 청산인의 선임) 전조의 규정에 의하여 청산인이 될 자가 없거나 청산인의 결원으로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때에는 법원은

직권 또는 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 청산인을 선임할 수 있다.

제84조(법원에 의한 청산인의 해임) 중요한 사유가 있는 때에는 법원은 직권 또는 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 청산인을 해임할 수 있다.

제87조(청산인의 직무) ① 청산인의 직무는 다음과 같다.

1. 현존사무의 종결
2. 채권의 추심 및 채무의 변제
3. 잔여재산의 인도

② 청산인은 전항의 직무를 행하기 위하여 필요한 모든 행위를 할 수 있다.

제95조(해산, 청산의 검사, 감독) 법인의 해산 및 청산은 법원이 검사, 감독한다.

제96조(준용규정) 제58조 제2항, 제59조 내지 제62조, 제64조, 제65조 및 제70조의 규정은 청산인에 이를 준용한다.

2. 청구인의 주장

심판대상조항은 민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 할 수 없도록 규정하고 있는데, 이는 헌법 제27조 제1항의 재판을 받을 권리의 내용인 상급심에서의 재판을 받을 권리, 특히 대법원에 의한 재판을 받을 권리의 행사를 봉쇄하는 것으로 청산인 해임 재판에 의하여 해임된 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한다.

3. 판 단

가. 민법상 비영리법인의 청산인에 대한 해임 재판

민법상 비영리법인의 청산절차는 청산인에 의한 청산사무의 집행을 통하여 해산된 법인의 법적 소멸에 이르기 위한 것으로 채권자 등 이해관계인의 이해와 직접적인 관계가 있다. 청산절차의 기능은 해산된 법인의 신속하고 완전한 소멸을 통하여 그 법인의 장기간의 존속에 따른 법적 불안정성을 제거하고 채권자 등 이해관계인의 개별적인 이익이 부당하게 침해되지 없이 공정하게 보호되도록 하여 궁극적으로 민법상 비영리법인의 청산과 관련하여 법적 안정성을 적절하게 실현하는 것이다. 이를 위해서 청산인의 청산사무 집행의 효율성과 적정성에 관한 감독이 이루어질 필요가 있다.

이에 따라 민법상 비영리법인의 청산에 관한 검사·감독권한이 법원에 부여되고(민법 제95조), 법원은 법인 청산절차에서의 청산사무 집행기관인 청산인에게 중요한 사유가 있는 때에는 직권 또는 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 청산인을 해임할 수 있다(민법 제84조). 민법상 비영리법인의 청산인을

해임하는 법원의 재판은 청산인의 청산사무 집행의 효율성과 적정성을 확보하기 위하여 사법절차 내에서 청산절차에 관한 감독권에 근거하여 청산인으로서 부적당한 사유가 있는지 사실을 확정하고 법을 해석·적용한 결과 이루어지는 것으로 청산절차의 감독권자인 법원에 부여된 합목적적인 재량에 터 잡은 비송사건 재판으로서의 성격을 갖는다.

민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여는 그 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있다거나 그 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하여 대법원에 특별항고를 제기할 수 있고(민사소송법 제449조 제1항), 청산인 해임 청구를 배척하는 재판에 대하여는 그 청구인이 항고를 제기할 수 있다(비송사건절차법 제20조 제2항).

나. 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 상급심에서의 재판을 받을 권리와 입법형성권

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있을 뿐이고, 상소심에서 재판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 규정이 없다. 상소문제가 일반 법률에 맡겨진 우리 법제에서 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대하여 상소법원의 구성 법관에 의한, 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 단정할 수 없다. 모든 사건에 대하여 확립적으로 상소할 수 있게 하느냐 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제로서 입법부에 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 사항이다(헌재 1993. 11. 25. 91헌바8, 판례집 5-2, 396, 404-405; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바486등, 판례집 23-2하, 26, 35 참조).

(2) 재판을 받을 권리 침해 여부

민법상 비영리법인의 청산절차에서는 해산된 법인의 신속하고 완전한 법적 소멸과 그 과정에서 채권자 등 이해관계인의 이익의 공평한 보호를 통하여 민법상 비영리법인의 청산과 관련한 법적 안정성의 적절한 실현이라는 공익이 달성될 수 있도록 청산인의 청산사무 집행의 효율성과 적정성을 확보하는 것이 필요하다.

민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 허용하는 경우에는 해임된 청산인과 새로 선임된 청산인 사이에 사실상의 권한 분쟁이 발생하거나 새로 선임된 청산인의 지위가 안정적이지 못하게 되는 등으로

청산절차에서 청산사무 집행이라는 핵심적인 직무를 수행하는 청산인의 지위가 장기간 불안정한 상태에 놓이게 되어 청산인에 의한 청산사무의 효율적이고 적정한 집행이 저해될 수 있고, 청산절차에서 적시에 합목적적인 고려를 통하여 이루어져야 하는 법원의 적극적인 감독이 그 실효성을 잃게 될 수 있다. 그 결과 청산절차에서의 법인의 신속하고 완전한 법적 소멸과 채권자 등 이해관계인의 이익의 공평한 보호를 통하여 달성하려는 법적 안정성의 적정한 실현에 지장이 초래될 수 있으므로, 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 허용하지 않을 필요성이 인정된다.

법원의 재판에 의하여 어떤 지위에서 해임된 사람에게 그 재판에 대한 불복신청을 허용할 것인지의 문제는 그 사람의 해임 이전의 지위가 가지는 법적 보호가치의 정도와도 관련된다. 민법상 비영리법인의 청산인은 해산된 법인의 청산이라는 목적의 범위 내에서 선량한 관리자의 주의로 청산사무를 집행하고 법인을 대표하는 등의 직무를 수행할 의무를 부담하는 법인의 기관으로서 그 법인과 사이에 청산사무의 집행에 관하여 기간을 정하지 않은 위임과 같은 법률관계에 있다. 민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 법원의 재판은 청산절차에 관한 감독권에 근거하여 부적당한 사유가 있는 청산인과 법인 사이의 법률관계에 개입하여 법인의 청산인에 대한 권한 위임관계를 해소하는 성격을 갖는 것으로 효율적이고 적정한 청산사무 집행을 확보하기 위하여 부적당한 사유가 있는 청산인에게 부여되었던 권한을 회수하는 것일 뿐, 청산인 개인의 본래적인 권리를 박탈하는 것은 아니다. 민법상 비영리법인의 청산인이 법원의 해임 재판에 의하여 청산인 지위에서 해임됨으로써 입게 되는 불이익은 법인 청산절차의 효율적이고 적정한 진행을 통한 법적 안정성의 실현이라는 공익의 달성에 지장이 초래되는 것을 감수하면서까지 그 해임 재판에 대한 불복신청의 허용을 통하여 보호되어야 할 정도로 법적 이익이 침해된 것이라고 보기도 어렵다.

민법상 비영리법인의 청산인을 해임하는 재판에 대하여는 그 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있거나 그 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률 위반 여부에 대한 판단이 부당한 경우에 대법원에 특별항고를 제기할 수 있으므로, 심판대상조항이 청산인을 해임하는 재판에 대하여 불복신청을 할 수 없도록 규정하고 있다고 하더라도 그 재판에 대하여 대법원에 불복할 수 있는 기회를 근본적으로 박탈하고 있는 것도 아니다.

따라서 심판대상조항이 입법재량권을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로

판례집 25-2(하)

행사한 것으로서 청구인의 헌법 제27조 제1항이 정하는 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 조용호

기소유예처분취소

(2013. 9. 26. 2012헌마562)

【판시사항】

1. 검사의 기소유예처분에 대한 피의자의 불복 재판절차를 마련하지 않은 입법부작위에 대하여 헌법상 입법의무가 인정되는지 여부(소극)
2. 피청구인의 기소유예처분이 자의적인 검찰권의 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 입법자가 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 법원의 재판을 받을 수 있는 절차를 전혀 마련하지 아니한 것은 ‘진정입법부작위’에 해당하되, 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법이 명시적인 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없다. 또한, 기소유예처분은 공소제기에 대한 형사정책적 고려와 함께 소송경제 및 구체적 정의의 실현이 가능하도록 피의자에게는 전과자라는 낙인 대신 기회를 주고, 검찰과 법원에게는 다른 중요한 사건에 그 힘을 쓸 수 있도록 하기 위한 것으로 원칙적으로 피의자에게 불이익한 처분이 아니다. 다만, 피의자가 범죄혐의를 다투고 있고, 공소제기에 충분한 범죄혐의가 없음에도 기소유예처분을 한 경우에는 예외적으로 불이익한 처분이 될 수 있으나, 이러한 예외적인 상황에 대응하여 기소유예처분에 관한 법원의 일반적인 재판절차를 마련할 것인지 여부는 입법자의 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제로서 헌법해석상으로도 입법의무가 도출된다고 보기 어렵다.
2. 택시운전사인 청구인이 택시운행과 관련된 시비과정에서 자신

의 먹살을 잡은 피해자의 손을 뿌리친 사실은 인정되나, 청구인의 행위로 인하여 피해자가 땅에 넘어져 어깨 탈골상을 입었다고 인정할 증거가 부족하다. 또한, 피청구인으로서 피해자가 심하게 욕설을 하면서 청구인의 먹살을 잡아당기는 상황이었으므로, 청구인이 이를 뿌리친 행위가 사회적 상당성이 있는 정당방위나 정당행위에 해당하는지 여부를 검토하여야 할 것임에도 불구하고, 피청구인은 청구인에게 상해 혐의가 인정됨을 전제로 하여 이 사건 기소유예처분을 함으로써 수사미진, 증거취사 선택의 오류 또는 법리오해의 잘못으로 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해하였다.

【참조조문】

검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호로 개정된 것) 제10조(항고 및 재항고) ① 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정(更正)하여야 한다.

② 고등검찰청 검사장은 제1항의 항고가 이유 있다고 인정하면 소속 검사로 하여금 지방검찰청 또는 지청 검사의 불기소처분을 직접 경정하게 할 수 있다. 이 경우 고등검찰청 검사는 지방검찰청 또는 지청의 검사로서 직무를 수행하는 것으로 본다.

③ 제1항에 따라 항고를 한 자 「형사소송법」 제260조에 따라 재정신청(裁定申請)을 할 수 있는 자는 제외한다. 이하 이 조에서 같디는 그 항고를 기각하는 처분에 불복하거나 항고를 한 날부터 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지났을 때에는 그 검사가 속한 고등검찰청을 거쳐 서면으로 검찰총장에게 재항고할 수 있다. 이 경우 해당 고등검찰청의 검사는 재항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.

④ 제1항의 항고는 「형사소송법」 제258조 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

⑤ 제3항의 재항고는 항고기각 결정을 통지받은 날 또는 항고 후 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지난 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

⑥ 제4항과 제5항의 경우 항고 또는 재항고를 한 자가 자신에게 책임이 없는 사유로 정하여진 기간 이내에 항고 또는 재항고를 하지 못한 것을 소명하면 그 항고 또는 재항고 기간은 그 사유가 해소된 때부터 기산한다.

⑦ 제4항 및 제5항의 기간이 지난 후 접수된 항고 또는 재항고는 기각하여야 한다. 다만, 중요한 증거가 새로 발견된 경우 고소인이나 고발인이 그 사유를 소명하였을 때에는 그러하지 아니하다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다.

1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
2. 피해자에 대한 관계
3. 범행의 동기, 수단과 결과
4. 범행후의 정황

형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제247조(기소편의주의) 검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

검찰사건사무규칙(2008. 1. 7. 법무부령 제625호로 개정된 것) 제69조(불기소처분)

① 검사가 사건을 불기소처분하는 경우에는 별지 제124호서식에 의한 불기소·기소중지·참고인증지 사건기록에 피의사실의 요지와 수사의 결과 및 공소를 제기하지 아니하는 이유를 기재하여야 한다. 다만, 별지 제125호서식에 의한 기소유예사건기록에 의하는 경우에는 해당이유란에 표시함으로써 이유의 기재에 갈음할 수 있고, 별지 제126호서식에 의한 고소·고발각하사건기록에 의하는 경우에는 피의사실의 요지와 수사의 결과를 기재하지 아니하고 해당이유란에 표시함으로써 이유의 기재에 갈음할 수 있다.

② 제1항의 불기소·기소중지·참고인증지 사건기록 또는 기소유예사건기록의 작성에 있어서는 피의자는 1, 2, 3의 순으로, 죄명은 가·나·다의 순으로 표시하되, 법정형이 중한 순으로 표시하여야 한다.

③ 불기소결정의 주문은 다음과 같이 한다.

1. 기소유예 : 피의사실이 인정되나 「형법」 제51조 각 호의 사항을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 경우

2. 혐의없음

가. 혐의없음(범죄인정안됨) : 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하거나 인정되지 아니하는 경우

나. 혐의없음(증거불충분) : 피의사실을 인정할 만한 충분한 증거가 없는 경우

3. 죄가안됨 : 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우

4. 공소권없음 : 확정판결이 있는 경우, 통고처분이 이행된 경우, 「소년법」, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 또는 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」에 의한 보호처분이 확정된 경우(보호처분이 취소되어 검찰에 송치된 경우를 제외한다), 사면이 있는 경우, 공소의 시효가 완성된 경우, 범죄후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우, 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우, 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우, 동일사건에 관하여 이미 공소가 제기된 경우(공소를 취소한 경우를 포함한다. 다만, 다른 중요한 증거를 발견한 경우에는 그러하지 아니하다), 친고죄 및 공무원의 고발이 있어야 논하는 죄의 경우에 고소 또는 고발이 없거나 그 고소 또는 고발이 무효 또는 취소된 때, 반의사불벌죄의 경우 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 경우, 피의자가 사망하거나 피의자인 법인이 존속하지 아니하게 된 경우

5. 각하 : 고소 또는 고발이 있는 사건에 관하여 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소

장 또는 고발장에 의하여 제2호 내지 제4호의 사유에 해당함이 명백한 경우, 고소·고발이 「형사소송법」 제224조, 제232조 제2항 또는 제235조에 위반한 경우, 동일사건에 관하여 검사의 불기소처분이 있는 경우(다만, 새로이 중요한 증거가 발견된 경우에 고소인 또는 고발인이 그 사유를 소명한 때에는 그러하지 아니하다), 「형사소송법」 제223조, 제225조 내지 제228조에 의한 고소권자가 아닌 자가 고소한 경우, 고소·고발장 제출후 고소인 또는 고발인이 출석요구에 불응하거나 소재불명되어 고소·고발사실에 대한 진술을 청취할 수 없는 경우, 고소·고발 사건에 대하여 사안의 경중 및 경위, 고소·고발인과 피고소·피고발인의 관계 등에 비추어 피고소·피고발인의 책임이 경미하고 수사 및 소추할 공공의 이익이 없거나 극히 적어 수사의 필요성이 인정되지 아니하는 경우

【참조판례】

1. 헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 36
헌재 1989. 9. 29. 89헌마13, 판례집 1, 294, 296
헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 405
헌재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636, 643
헌재 1997. 8. 21. 94헌마2, 판례집 9-2, 223, 232-233
헌재 1997. 8. 21. 94헌마2, 판례집 9-2, 223, 232-234
헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 299
헌재 2000. 4. 27. 99헌마76, 판례집 12-1, 556, 565
헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1437
헌재 2007. 5. 31. 2006헌마1000, 공보 128, 674, 675
헌재 2009. 12. 29. 2008헌마414, 판례집 21-2하, 895, 903
헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1하, 900, 907
2. 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마733, 공보 69, 506, 508

【당 사 자】

청 구 인 오○섭
국선대리인 변호사 조대현
피청구인 수원지방검찰청 안양지청 검사

【주 문】

1. 피청구인이 2012. 3. 20. 수원지방검찰청 안양지청 2011형제24369호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권 및 행복추구권을

침해한 것이므로 이를 취소한다.

2. 청구인의 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 「2010. 10. 16. 22:30경 안양시 동안구 ○○동 1506 앞길에서 김○남과 택시 운행 문제로 시비되어 다투다 김○남을 밀어 넘어뜨려 약 8주간의 치료를 요하는 우견 봉쇄골 관절 탈구의 상해를 가하였다」는 피의사실에 대하여 상해 혐의가 인정됨을 전제로 2012. 3. 20. 기소유예처분(수원지법검찰청 안양지청 2011형제24369호)을 받았다(이하 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다).

(2) 이에 청구인은 자신이 김○남을 밀거나 넘어뜨린 적이 없음에도 기소유예결정을 한 것은 부당하다고 주장하면서 진정(수원지법검찰청 안양지청 2012진정118호)하였으나 2012. 4. 12. 공람종결되었다(이하 ‘이 사건 공람종결처분’이라 한다).

(3) 청구인은 이 사건 기소유예처분에 대한 위헌확인을 구하기 위하여 2012. 4. 23. 국선대리인선임신청을 하였고, 위 신청이 인용되자 2012. 6. 21. 고소인의 항고권만 규정하고 기소유예처분을 받은 피의자의 항고권에 대하여는 규정하지 아니한 검찰청법 제10조 및 혐의사실이 유죄인 경우 기소하지 아니할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐 유죄를 인정받은 피의자가 무죄를 주장하여 법원에 재판을 청구할 수 있도록 규정하지 아니한 형사소송법 제247조에 대하여 위헌확인을 구함과 동시에 이 사건 기소유예처분 및 공람종결처분의 취소를 구하는 취지의 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 검사의 기소유예처분에 대한 불복절차를 두지 않은 것이 진정 입법부작위인지 여부

넓은 의미의 입법부작위에는 첫째, 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 경우(즉, 입법권의 불행사)와 둘째, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법을 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등의 당해 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경우(즉, 결함이 있는 입법권의 행

사)가 있는데, 일반적으로 전자를 '진정입법부작위', 후자를 '부진정입법부작위'라고 부르고 있다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 299; 헌재 2000. 4. 27. 99헌마76, 판례집 12-1, 556, 565; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1437 참조). 이 사건에서 청구인이 주장하는 입법부작위가 그 중 어떠한 입법부작위에 해당하는지 문제된다. 진정입법부작위에 해당한다면 심판대상이 '입법부작위'가 되고, 부진정입법부작위에 해당한다면 '검찰청법 제10조, 형사소송법 제247조'가 심판대상이 될 수 있기 때문이다.

청구인은 검찰청법 제10조 및 형사소송법 제247조에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인이 다투고자 하는 입법부작위가 어떠한 입법부작위인지는 결국 청구취지 및 청구이유 등에 나타난 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 확정하여야 할 것이다.

청구인의 심판청구 취지 및 이유를 살펴보면, 결국 '기소유예처분에 대하여 무죄를 주장하는 피의자가 불복하여 법원의 재판을 받을 수 있는 절차를 마련하지 않은 것'이 위헌이라는 것인바, 현행법상 기소유예처분을 받은 피의자가 무죄를 주장하여 법원에 재판을 청구할 수 있는 절차에 관하여는 입법이 이루어진 바가 없다. 청구인이 불충분한 입법으로 주장하는 검찰청법 제10조의 검찰항고제도는 검찰 자체적으로 검사의 불기소처분의 적정성을 통제하기 위해 마련된 고소인 또는 고발인의 불복절차라는 점에서 기소유예처분의 '피의자'가 무죄를 받고자 법원에 재판을 청구할 수 있는 불복수단과는 그 성격이나 목적이 다르다. 또한 형사소송법 제247조는 양형의 조건인 형법 제51조를 참작하여 공소를 제기하지 않을 수 있다는 기소편의주의를 나타내주는 조항일 뿐, 기소유예처분에 관한 법률적 성질은 물론 그 불복여부에 관한 어떠한 내용도 담겨져 있지 않다.

따라서 청구인이 주장하는 입법부작위는 '법률조항의 불완전·불충분한 입법부작위'에 관한 것이라고 볼 수 없고, '입법자가 검사의 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 재판을 받을 수 있는 절차를 마련하여야 함에도 불구하고 그러한 절차를 전혀 마련하지 않은 것', 즉 진정입법부작위로 봄이 타당하다.

(2) 이 사건 심판의 대상

그렇다면 이 사건 심판대상은 ① 검사의 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 법원의 재판을 받을 수 있는 절차를 마련하지 아니한 입법부작위(이하 '이 사건 입법부작위'라 한다), ② 이 사건 공람종결처분, ③ 이 사건 기소유

예처분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[관련규정]

검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호로 개정된 것)

제10조(항고 및 재항고) ① 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정(更正)하여야 한다.

② 고등검찰청 검사장은 제1항의 항고가 이유 있다고 인정하면 소속 검사로 하여금 지방검찰청 또는 지청 검사의 불기소처분을 직접 경정하게 할 수 있다. 이 경우 고등검찰청 검사는 지방검찰청 또는 지청의 검사로서 직무를 수행하는 것으로 본다.

③ 제1항에 따라 항고를 한 자[「형사소송법」 제260조에 따라 재정신청(裁定申請)을 할 수 있는 자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다]는 그 항고를 기각하는 처분에 불복하거나 항고를 한 날부터 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지났을 때에는 그 검사가 속한 고등검찰청을 거쳐 서면으로 검찰총장에게 재항고할 수 있다. 이 경우 해당 고등검찰청의 검사는 재항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.

④ 제1항의 항고는 「형사소송법」 제258조 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

⑤ 제3항의 재항고는 항고기각 결정을 통지받은 날 또는 항고 후 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지난 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

⑥ 제4항과 제5항의 경우 항고 또는 재항고를 한 자가 자신에게 책임이 없는 사유로 정하여진 기간 이내에 항고 또는 재항고를 하지 못한 것을 소명하면 그 항고 또는 재항고 기간은 그 사유가 해소된 때부터 기산한다.

⑦ 제4항 및 제5항의 기간이 지난 후 접수된 항고 또는 재항고는 기각하여야 한다. 다만, 중요한 증거가 새로 발견된 경우 고소인이나 고발인이 그 사유를 소명하였을 때에는 그러하지 아니하다.

형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것)

제247조(기소편의주의) 검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다.

- 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
- 2. 피해자에 대한 관계
- 3. 범행의 동기, 수단과 결과
- 4. 범행 후의 정황

검찰사건사무규칙(2008. 1. 7. 법무부령 제625호로 개정된 것)

제69조(불기소처분) ③ 불기소결정의 주문은 다음과 같이 한다.

- 1. 기소유예 : 피의사실이 인정되나 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 경우

2. 청구인의 주장과 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장요지

(1) 기소유예처분은 피의자의 범죄혐의사실에 대하여 유죄를 인정하는 처분으로서 피의자의 명예와 사회생활에 불리한 영향을 준다. 그런데도 기소유예 결정에 대하여 피의자가 무죄임을 주장하여 불복할 수 있는 절차가 없기 때문에 특별한 사정이 없는 한 검사의 단심판단에 의하여 유죄로 결정되고 마는 것으로 헌법 제27조 제1항에 규정된 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하고, 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에도 위반된다.

(2) 이 사건 공판종결처분은 청구인의 불복청구권, 재판청구권을 침해하고, 적법절차에 위배된다.

(3) 청구인은 김○남을 밀쳐 넘어뜨려 상해를 가한 사실이 없다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 김○남 등의 신빙성 없는 진술을 근거로 자의적으로 상해 혐의를 인정하고 이 사건 기소유예처분을 함으로써 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

나. 피청구인의 답변요지

청구인에 대한 상해 피의사실은 김○남, 목격자 박○관, 장○현의 신빙성 있는 진술에 의해 모두 인정되지만, 김○남이 먼저 도발하여 청구인에게 중상을 입힌 점을 감안하여 기소유예처분을 한 것으로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하지 않는다.

3. 이 사건 입법부작위에 대한 판단

가. 이 사건 입법부작위와 같은 진정입법부작위에 대한 헌법소원은, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이

를 이행하지 아니한 경우이거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 허용된다(헌재 1989. 9. 29. 89헌마13, 판례집 1, 294, 296; 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 405; 헌재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636, 643; 헌재 2007. 5. 31. 2006헌마1000, 공보 128, 674, 675).

나. 헌법상 입법의무의 인정 여부

(1) 헌법상 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 재판을 받을 수 있는 절차를 마련하여야 할 입법의무를 명시한 규정이 있는지 살펴본다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정함으로써 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 2002. 2. 28. 2001헌가18, 판례집 14-1, 98, 103 참조). 여기서 ‘재판’이라 함은 구체적 사건에 관하여 사실의 확정과 그에 대한 법률의 해석적용을 그 본질적인 내용으로 하는 일련의 과정이다. 따라서 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장한다고 함은 결국 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용하는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고, 헌법상의 재판을 받을 권리란 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 적어도 한 차례의 심리검토의 기회는 보장되어야 한다는 것을 의미한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349-350; 헌재 2000. 6. 9. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 867).

우리 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법이 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 재판을 받을 수 있는 절차를 마련하여야 할 명시적인 입법의무를 부여하였다고 볼 수 없다.

(2) 헌법해석상 그러한 입법의무를 인정할 수 있는지 살펴본다.

(가) 기소유예처분의 의의 및 취지

형법 제246조는 “공소는 검사가 제기하여 수행한다”라고 규정하여 국가소추주의와 함께 기소독점주의를 채택하는 한편, 형사소송법 제247조는 “검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.”고 규정하여 기소편의주의를 아울러 채택하고 있다. 우리 형사소송법이 이와 같이 국

가기관으로서 공익의 대표자인 검사에 의한 기소독점주의를 채택한 것은 공소제기를 개인적 감정에 좌우되지 아니하고 전국적으로 통일되게 행사함으로써 확실적이며 공평한 소추를 담보하도록 하기 위한 것이고, 한편, 기소편의주의를 채택한 것은 형사정책적인 고려와 소송경제 및 구체적 정의의 실현이 가능하도록 특별히 고려한 것이다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 36; 헌재 1997. 8. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 232-233 참조).

이처럼 검사의 기소유예처분은 기소편의주의에 따라 피의사실은 인정되나, 형법 제51조 각 호의 사항 즉 피의자의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 때에 이루어지는 불기소처분이다(형사소송법 제247조, 검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제1호).

이러한 기소유예처분제도를 둔 취지는 공소제기에 대한 형사정책적 고려와 함께 소송경제 및 구체적 정의의 실현이 가능하도록 피의자에게는 전과자라는 낙인 대신 기회를 주고, 검찰과 법원에게는 다른 중요한 사건에 그 힘을 쓸 수 있도록 하기 위함이다.

특히, 소년사범이나 가정폭력사범과 같이 형사정책상 기소유예처분을 적극적으로 활용할 필요가 있는 경우에는 ‘조건부 기소유예처분 제도’를 도입하고 있다. 예컨대, 가정폭력사건에서는 가정폭력행위자의 성행 교정을 위하여 필요한 경우 상담받을 것을 조건으로 하여 기소유예를 할 수 있도록 하고 있고(가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제9조의2), 소년범에 대하여는 범죄예방자원봉사위원의 선도 또는 소년의 선도·교육과 관련된 단체·시설에서의 상담·교육·활동 등을 조건으로 하여 기소유예를 할 수 있도록 하고 있다(소년법 제49조의3).

(나) 피의자에게 불이익한 기소유예처분과 이에 대한 불복절차

기소유예처분은 공소제기를 하지 않고 수사절차를 종결한다는 점에서는 피의자에게 불이익한 처분이라고 보기는 어렵다.

그러나 피의자가 범죄혐의를 다투고 있고 공소를 제기하기에 충분한 범죄혐의가 없거나, 소송조건이 구비되어 있지 아니하여 혐의의 불기소처분(혐의없음, 죄가 안됨, 공소권없음 등)으로 수사절차를 종결해야 하는 사안임에도 검사가 자의적으로 기소유예처분을 한 경우에는 예외적으로 피의자에게 불이익한 처분이 될 수 있음은 물론, 피의자로서는 실제적 진실의 발견이나 명예회복, 체포·구속된 경우 형사보상권의 행사 등을 위하여 기소유예처분에 불복

할 법률상 이익이 있다고 볼 수는 있다.

헌법재판소는 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 놓고 자의적이고 타협적으로 기소유예처분을 했다면 헌법이 금하고 있는 차별적인 공권력의 행사가 되어 그 처분을 받은 자는 헌법 제11조의 평등권 및 헌법 제10조의 행복추구권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 취지의 판시를 한 이래(헌재 1989. 10. 27. 89헌마56, 판례집 1, 309, 316-317 참조), 피의자로 하여금 기소유예처분에 대하여 헌법소원 심판청구를 통하여 불복할 수 있도록 하고 있다.

(다) 헌법해석상 입법의무의 인정 여부

우리 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제 등에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하며, 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여도 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에, 어떠한 방법으로 어느 범위에서 그 남용을 통제할 것인가 하는 문제 역시 기본적으로 입법자의 재량에 속하는 입법정책의 문제로서 검사의 불기소처분에 대한 법원에 의한 사법적 통제가 헌법상 반드시 요구되는 것은 아니다(헌재 1997. 8. 21. 94헌마2, 판례집 9-2, 223, 232-234; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1하, 900, 907; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마414, 판례집 21-2하, 895, 903 참조).

대법원도 “검사의 불기소처분에 대하여는 검찰청법에 의한 항고와 재항고 및 형사소송법에 의한 준기소절차에 의해서만 불복할 수 있는 것이므로 검사의 불기소처분이나 그에 대한 항고 또는 재항고결정에 대하여는 행정소송을 제기할 수 없다.”(대법원 1989. 10. 10. 선고 89누2271 판결; 대법원 1990. 1. 23. 선고 89누3014 판결)라고 판시하여 검사의 불기소처분에 대한 행정소송의 가능성을 배제하고 있다.

이처럼 검사의 불기소처분의 하나인 기소유예처분에 대하여 불복절차를 마련하여 법원의 재판을 받도록 할 것인지는 입법자의 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이지 헌법의 해석상 기소유예처분에 대한 불복방법으로서 법원의 재판을 받을 권리가 도출된다고 보기 어렵다.

청구인은 기소유예처분이 유죄확정판결을 받는 것과 다름없는 취급을 받게 되므로 법원의 재판에 의한 불복절차가 필요하다고 주장하나, 유죄확정판결에 인정되는 효력, 즉 재심에 의하지 않고는 불복할 수 없고, 동일 범죄사실에 대하여 다시 재판받지 아니하며, 판결내용이 다른 소송에서 유력한 증거자료가 되어 특별한 사정이 없는 한 이에 배치되는 사실을 인정할 수 없게 되고, 유죄

확정판결에 의하여 형벌이 집행되는 효력 중 어느 하나도 기소유예처분에는 인정되지 않으므로 청구인의 이러한 주장은 이유가 없다.

다. 소결

그렇다면 기소유예처분에 대하여 피의자가 불복하여 재판을 받을 수 있는 절차를 마련하는 법률을 제정할 것을 입법자에게 위임하는 명시적인 헌법의 규정이 없을 뿐만 아니라, 헌법해석상으로도 이러한 입법의무가 도출된다고 보기 어려우므로 이 사건 입법부작위에 대한 심판청구는 부적법하다.

4. 이 사건 공람종결처분에 대한 판단

진정은 그 자체가 법률의 규정에 의하여 법률상의 권리행사로 인정되는 것이 아니고, 진정을 기초로 하여 수사소추기관의 적의 처리를 요망하는 의사 표시에 지나지 아니한 것인 만큼, 진정에 대하여 이루어진 공람종결처분이라는 것은 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하는 것이므로 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 따라서 이 사건 공람종결처분은 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다(헌재 1998. 2. 27. 94헌마77, 판례집 10-1, 163, 170 참조).

5. 이 사건 기소유예처분에 대한 판단

가. 쟁점

청구인은 술에 취하여 택시 운행과 관련하여 떡살을 잡으며 시비를 걸어온 김○남의 떡살을 떼어내었을 뿐, 밀쳐 넘어뜨리지 않았다고 주장하고 있는 반면, 김○남과 그 일행 장○현은 청구인이 김○남을 밀쳐 넘어뜨리는 바람에 오른쪽 어깨부위 봉쇄골 관절 탈구상을 입었다고 주장하고 있다.

따라서 이 사건의 쟁점은 (1) 청구인이 김○남에게 상해를 가한 사실이 있는지(2) 폭행이나 상해를 가한 사실이 있다면 이를 정당방위나 정당행위로 보아 위법성이 조각될 수 있는지 여부이다.

나. 이 사건의 경위

청구인, 김○남, 박○관의 진술 및 블랙박스 촬영영상 등에 의하면, 다음과 같은 사실관계가 인정된다.

(1) 택시 기사인 청구인은 사건 당시인 2010. 10. 16. 22:30경 안양시 동안구 ○○동 1506 앞 길에서 택시를 세우고, 동료 택시기사 박○관과 얘기를 나누고 있던 중, 만취한 상태로 택시를 타려던 김○남에게 다른 택시를 알아봐준다고 하자 김○남이 욕설을 하면서 오른손으로 위 박○관의 떡살을, 왼손으로 청구인의 떡살을 잡아 흔들고, 청구인은 김○남의 손을 잡아 뿌리치고, 자신의 택

시 쪽으로 갔다.

(2) 이에 김○남은 청구인을 쫓아가 발로 청구인의 다리를 걸어 청구인을 바닥에 넘어뜨리고 계속하여 손으로 청구인의 머리채를 잡아 흔들며 청구인에게 약 8주간의 치료를 요하는 좌측 슬관절의 전방 십자인대 건열 골절상을 가하였고, 주먹과 발로 청구인 소유의 경기 ○○호 택시의 조수석쪽 사이드미러와 휠더부분을 내리쳐 손괴하였다. 김○남은 이러한 범죄사실로 2011. 8. 16. 수원지방법원 안양지원에서 벌금 400만 원을 선고받고 그 판결이 2011. 8. 24. 확정되었다.

(3) 청구인이 김○남을 상대로 4,000만 원의 손해배상청구 소송을 제기하자 김○남은 2011. 12. 5. 청구인을 상해죄로 고소하여 이 사건 기소유예처분에 이르렀다.

다. 청구인이 상해를 가한 사실이 있는지 여부

(1) 청구인 등의 진술내용

청구인은 자신의 턱살을 잡은 김○남을 뿌리친 사실이 있을 뿐이라고 진술하고 있는 반면, 김○남은 청구인이 밀어 넘어지면서 오른쪽 어깨가 탈골되어 8주간의 치료를 요하는 우견 봉쇄골 관절탈구상을 입게 되었다고 주장하고 있고, 김○남의 일행인 장○현은 청구인이 김○남을 밀어 넘어뜨리는 것을 목격하였다고 진술하고 있다.

(2) 청구인의 행위로 인하여 위 김○남이 상해를 입었는지 여부

먼저, 청구인이 턱살을 잡은 김○남의 왼손을 뿌리친 사실은 인정되므로 이로 인하여 김○남이 넘어져 오른쪽 어깨 탈골상을 입었는지 살펴본다. 청구인과 김○남 및 박○관의 진술, 당시 상황이 촬영된 블랙박스 영상자료에 따르면, 김○남은 청구인의 발을 걸어 바닥에 넘어뜨린 이후 주먹으로 박○관을 폭행하고, 다시 바닥에 앉아있는 청구인의 머리채를 잡아 흔들다가 주먹을 크게 휘둘러 청구인의 택시 오른쪽 사이드미러를 손괴하였는바[청구인의 택시 블랙박스영상(수사기록 제2권 44-50쪽), 택시 손괴사진(수사기록 제2권 11쪽)], 어깨부위에 8주간의 치료를 요하는 증상을 입은 상태에서 위와 같이 청구인과 박○관에게 폭력을 행사하고, 주먹을 휘둘러 택시 사이드미러를 손괴하였다고 보기는 어렵고, 오히려 술에 만취한 상태로 무리하게 유형력을 행사하던 중, 특히 택시 사이드미러를 손괴하는 과정에서 어깨 탈골상을 입었다고 보는 것이 경험칙에 부합된다.

김○남도 피의자로서 이 사건에 관하여 조사받을 당시 술에 만취하여 기억이 잘 나지 않는다고 하면서 “택시 사이드미러를 주먹으로 쳐서 그런지 오○섭

(청구인)을 넘어뜨리면서 다친 것인지는 모르겠다.”고 진술하였다(수사기록 제2권 37쪽).

그렇다면 청구인이 김○남을 밀어 바닥에 넘어진 사실이 있었는지는 별론으로 하고, 청구인의 행위로 인하여 김○남이 상해를 입었다고 볼 만한 아무런 자료가 없다. 김○남의 일행 장○현의 진술도 청구인이 김○남을 밀어 바닥에 넘어졌다는 것일 뿐 이때 상해를 입었다는 자료가 될 수는 없다.

더 나아가, 청구인이 김○남을 밀어 바닥에 넘어진 사실이 있는지에 관하여 살펴보면, 김○남은 애초 자신이 피의자였던 사건에서는 전혀 그러한 진술을 하지 않다가 청구인으로부터 고액의 손해배상요구를 받은 이후인 2011. 5. 26. 자신에 대한 형사재판에서 비로소 그와 같은 주장을 하고 있다. 또한 장○현은 초기 수사과정에서 전혀 나타나지 않다가 김○남이 청구인을 고소하면서 목격자로 등장하여 김○남의 진술에 부합하는 진술을 하고 있는 점, 차량 블랙박스 영상에 김○남의 일행들이 등장하는 시점은 김○남이 청구인의 다리를 걸어 바닥에 넘어뜨리고 이를 제지하는 박○관을 폭행한 뒤 다시 청구인에게 폭행을 가하기 시작할 때였던 점에 비추어 보더라도, 청구인이 김○남을 밀어 넘어지는 것을 목격하였다는 장○현의 진술은 신빙성이 없다.

(3) 소결

결국 청구인으로서 김○남이 목살을 잡는 것에 대항하여 이를 뿌리친 사실이 인정될 뿐, 이로 인하여 김○남이 바닥에 넘어진 사실이나, 바닥에 넘어져 어깨 탈골상을 입었다는 사실을 인정할 만한 자료가 없다.

이처럼 피청구인으로서 청구인이 김○남을 뿌리친 행위로 인해 김○남이 바닥에 넘어졌는지 여부, 이로 인하여 어깨 탈골상을 입은 사실이 있는지 여부, 김○남이 8주의 어깨부위 증상을 입은 상태에서 그와 같은 폭력을 지속할 수 있었는지, 주먹으로 택시의 사이드미러를 손괴하는 과정에서 어깨부위 상해를 입었을 가능성은 없는지, 청구인이 김○남을 바닥에 밀어 넘어뜨렸다는 장○현의 진술을 믿을 수 있는지 등에 대하여 면밀히 검토하여야 함에도 만연히 이 사건 기소유예처분을 하였는바, 이는 증거가치의 판단을 잘못하거나 수사 미진으로 그 결정에 영향을 미친 경우라 할 것이다.

라. 청구인의 행위가 정당방위 또는 정당행위에 해당하는지 여부

청구인이 김○남을 뿌리친 행위는 인정되나, 그러한 행위에 이르게 된 경위, 목적, 그 수단 및 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 그 행위가 상대방의 부당한 공격에서 벗어나거나 이를 방어하기 위한 것으로 사회적으로 상당

한 것이라면 위법성이 결여된 행위로 정당방위 또는 정당행위의 성립을 인정할 수 있는 것이므로(헌재 2002. 5. 30. 2001헌마733, 공보 69, 506, 508 참조) 피청구인으로서는 청구인의 김○남에 대한 유형력 행사가 정당방위나 정당행위의 요건에 해당하는지에 관한 고려를 하고 수사 및 처분을 하였어야 할 것이다.

즉, 이 사건에서 청구인이 김○남을 뿌리치는 과정에서 어느 정도 유형력을 행사한 사실이 인정되는 경우에도, 피청구인으로서는 김○남이 심하게 욕설을 하면서 청구인의 목살을 잡아당기는 상황이었으므로, 청구인이 이를 뿌리친 행위가 김○남으로부터 벗어나고자 하는 과정에서의 소극적인 저항행위로서 사회적 상당성이 있는 정당방위나 정당행위에 해당하는지 여부를 검토하였어야 함에도 피청구인은 정당방위나 정당행위에 대한 법리를 오해하여 만연히 청구인이 김○남을 뿌리친 행위로 인하여 상해를 입었다는 피의사실을 인정하였다.

마. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 피청구인으로서는 청구인이 김○남에게 상해를 가하였는지 여부 및 청구인의 행위 중 폭행행위가 사회적 상당성이 있어 정당방위나 정당행위로 인정될 여지가 없는지 여부 등을 검토하여 판단하였어야 함에도 이를 다하지 아니한 채 만연히 청구인에게 상해죄가 성립함을 전제로 기소유예처분을 하였는바, 여기에는 수사미진, 증거 취사선택의 오류 또는 법리오해의 잘못이 있다고 할 것이고, 이로써 청구인의 평등권 및 행복추구권이 침해되었다 할 것이다.

6. 결 론

따라서 피청구인의 이 사건 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하는 것이므로 이를 취소하고, 청구인의 나머지 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

형사소송법 제315조 제3호 위헌소원 등

(2013. 10. 24. 2011헌바79)

【판시사항】

1. ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’를 당연히 증거능력 있는 서류로 규정하고 있는 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 규정한 문서에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 보는 것이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계와 규정취지, 여기에 더하여 ‘기타’라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 이 사건 법률조항의 규정형식을 종합해 보면, 이 사건 법률조항에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’란 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미하는 것으로 해석할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

2. 공판조서는 그 서면 자체의 성질과 작성과정에서 법정된 엄격한 절차적 보장에 의하여 고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보되어 있고, 우리 형사소송법이 채택하고 있는 대심적 구조 하에서 피고인의 진술은 공개된 법정에서 반대당사자의 지위에 있는 검사에 의하여 검증되고 탄핵되는 지위에 있어 이를 제3자가 일방적으로 한 진술과 같다고 평가할 수 없으므로, 법정진술에 해당

하는 공판조서상의 진술과 다른 전문증거와 사이에는 문서의 신용성과 관련된 외부적 정황에 뚜렷한 차이가 있다. 또한 공판조서의 증거능력을 일률적으로 부정한다면, 공판조서보다 낮은 신용성의 보장을 가진 수사기관 작성의 조서에 관하여는 일정한 요건 하에 그 증거능력을 인정하면서도 그보다 우위의 임의성과 신용성의 보장을 가진 공판조서에 대하여는 증거능력을 부정하는 법체계상의 모순이 발생하게 되며, 공범의 진술을 기재한 공판조서가 증명력 있는 경우에도 이를 당해 사건의 심리과정에서 고려할 수조차 없게 되어 실제적 진실 발견에 중대한 지장을 초래하게 된다. 나아가 공판조서상의 진술이 피고인의 유무죄를 가르는 중요한 증거이고 피고인이 그 진술을 다투고 있음에도 불구하고 법원이 원진술자인 공범에 대한 증인 신청을 거부할 이유가 없으므로, 실제 재판과정에서 이 사건 법률조항에 의하여 피고인의 방어권에 대한 현실적인 침해가 발생할 가능성도 거의 없다. 따라서 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에 포함되는 것으로 해석한다고 하여 피고인의 방어권에 지나친 제약을 가져와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 보충의견

공범의 진술이 기재된 공판조서는 그 진술이 공개된 법정에서 법관의 면전 하에 이루어진 것이어서 고도의 '임의성'과 '절차적 적법성'이 담보되는 것에 해당할지는 몰라도, 그 내용에 관하여는 원진술자인 공범이 당해 사건의 피고인에게 책임을 전가하는 허위의 진술을 할 가능성이 얼마든지 있으므로, 과연 그것이 '굳이 반대신문을 거칠 필요가 없을 만큼' 고도의 신용성이 정황적으로 보장되어 있는 경우에 해당하는지에 관하여 정당한 의문이 제기될 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 적용 범위에 공범의 공판조서를 포함시키는 것은 그 문언과 체계적 해석에 비추어 의문이 없지 않고, 공범이 증인으로 출석하여 다른 진술을 한 때 한하여 증거능력을 부여하는 등 공정한 재판을 받을 권리의 침해 소지를 없앨 수 있는 명확한 입법을 하는 것이 국민의 기본권 보장과 법치국가원리에 입각한 형사소송제도의 형성을 위해서 바람직하다고 할 것

이므로, 그러한 내용으로 입법을 개선할 필요가 있다.

【심판대상조문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 계기한 서류는 증거로 할 수 있다.

- 1.~2. 생략
- 3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

형사소송법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정된 것) 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 계기한 서류는 증거로 할 수 있다.

- 1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
- 2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
- 3. 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79
헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 359
헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 827-829
헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342
- 2. 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348
헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820
헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226
헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 549-550
헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 852
헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200
헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387, 394
헌재 2012. 7. 26. 2010헌바62, 판례집 24-2상, 93, 99
대법원 1964. 4. 28. 선고 64도135 판결

【당 사 자】

청 구 인 김○운

국선대리인 변호사 김영수

당해사건 대전지방법원 2010노2600 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등상해)교사 등

【주 문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조 제3호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 ‘임○영, 조○구가 공동하여 위험한 물건인 쇠뿔등이로 피해자에게 상해를 가하도록 교사하였다’는 등의 범죄사실로 2010. 10. 14. 대전지방법원에서 징역 3년 6월 등을 선고받았다[대전지방법원 2010고단1752, 2403(병합)]. 위 사건에서 이미 형이 확정된 임○영, 조○구가 형사재판[대전지방법원 2009고단3648, 3672(병합)]에서 피고인으로서 한 진술이 기재된 공판조서가 증거로 채택·조사되었고, 그 공판조서상에는 청구인이 자신들에게 상해를 교사하였다는 취지의 진술이 기재되어 있었다. 그 후 임○영, 조○구는 청구인에 대한 위 형사사건의 증인으로 출석하여 청구인의 교사사실을 부인하는 취지의 증언을 하였으나, 1심 법원은 임○영, 조○구의 법정 진술보다 위 공판조서상의 진술에 더 신빙성이 있다고 판단하여 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 청구인은 위 판결에 불복하여 항소한 뒤(대전지방법원 2010노2600), 1심 판결에서 유죄의 증거가 된 공판조서가 청구인에게 반대신문권이 보장되지 않은 전문증거에 해당하므로 증거능력이 없다고 주장하는 한편, 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술이 기재된 공판조서에 증거능력을 부여하는 근거가 되는 형사소송법 제315조 제3호가 위헌이라고 주장하며, 위헌법률심판제청신청을 하였다(대전지방법원 2010초기998). 그리고 위 법원이 2011. 4. 8. 위헌법률심판제청신청을 기각하자, 청구인은 2011. 4. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은, 주위적으로 형사소송법 제315조 제3호 자체에 대한 위헌 선언을 구하고, 예비적으로 위 조항에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 해석하는 한 위헌이라는 결정을 구하고 있다. 그런데 위 예비적 한정위헌청구는 동일한 심판대상에 관한 주위적 청구의 양적 일부분에 불과하여 진정한 의미의 예비적 청구라고 볼 수 없으므로 이를 별도의 심판대상으로 삼을 필요가 없고, 다만 그 예비적 청구에 관한 주장을 위 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단의 이유 중에서 판단하는 것으로 족하다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 351-352; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바24, 판례집 21-1하, 484, 490 참조). 따라서 이 사건 심판의 대상은 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부이고, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것)

제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 기재한 서류는 증거로 할 수 있다.

3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

[관련조항]

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것)

제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

형사소송법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정된 것)

제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 기재한 서류는 증거로 할 수 있다.

1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
 2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
2. 청구인의 주장요지
- (1) 이 사건 법률조항이 당연히 증거능력 있는 서류로 규정하고 있는 ‘특히

신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'라는 문언은 지나치게 추상적이고 모호하여 그 의의와 대상, 범위를 가늠할 수 없으므로 명확성원칙에 위배된다. 또한 이 사건 법률조항은 단순히 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성되었다는 사정만으로 그 문서에 절대적인 증거능력을 인정함으로써, 전문증거의 증거능력을 제한한 형사소송법 제310조의2의 규정을 형해화하고 그 진술에 관한 피고인의 반대신문의 기회를 원천적으로 막고 있어 적법절차의 원칙에 위배되고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

(2) 법원은 다른 사건에서 공범이 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에서 정한 '당연히 증거능력이 있는 서류'에 해당하는 것으로 보고 있다. 그러나 공범의 진술은 자신의 책임을 다른 공범에게 전가하려는 동기에 의해 왜곡되기 쉬우므로 당해 사건에서 반대신문에 의한 탄핵을 거쳐 그 진술내용의 모순과 불합리가 드러날 때에만 법원의 심증형성의 기초가 되는 진정한 증거가치를 가질 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항에 다른 사건에서 공범이 피고인으로서 한 진술이 기재된 공판조서가 포함되는 것으로 해석하는 것은 헌법상 적법절차의 원칙에 어긋나고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

3. 적법요건에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위배되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 여기서 '재판'이라고 함은 원칙적으로 그 형식 여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 것이거나를 불문하며, 심급을 종국적으로 종결시키는 종국재판뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함된다. 형사소송법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정은 당해 소송사건을 종국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도, 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항에 규정된 재판에 해당한다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 817-818 참조).

이 사건 법률조항은 당해 사건에서 청구인의 유·무죄를 결정하는 데 직접 적용되는 것은 아니지만, 당해 사건에서 청구인의 유죄입증을 위한 주요 증거인 공범의 진술이 기재된 공판조서의 증거능력에 직접 영향을 미치는 조항으로서, 만일 이 사건 법률조항이 위헌으로 되면 법원이 위 공판조서를 증거로 채택할 수 없게 되거나 그 증거능력 인정의 요건 및 근거가 달라지게 되므로, 재판의 전제성이 인정된다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 법률조항의 의의

형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하여 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 이는 공개된 법정에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 배척함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하고, 직접심리주의와 공판중심주의를 철저히 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 359 참조). 그러나 직접주의와 전문법칙을 모든 경우에 예외 없이 관철하게 되면 신속한 재판을 저해하고 실체적 진실발견에 지장을 초래할 수 있으므로, 형사소송법은 제311조 내지 제316조에서 전문법칙의 예외 규정들을 두고 있다.

이 사건 법률조항이 속한 형사소송법 제315조는 이러한 예외 규정들 중 하나로, 제1호의 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서(공권적 증명문서)와 제2호의 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서(업무상 통상문서)와 함께 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’를 당연히 증거능력이 있는 문서로 규정하고 있다.

한편, 법원은, 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서(대법원 1964. 4. 28. 선고 64도135 판결)와 이와 유사한 다른 피고인에 대한 형사사건의 공판조서 중 일부인 증인신문조서(대법원 2005. 4. 28. 선고 2004도4428 판결), 구속적부심사절차에서 피의자를 심문하고 그 진술을 기재한 구속적부심문조서(대법원 2004. 1. 16. 선고 2003도5693 판결) 등을 이 사건 법률조항에 해당하는 문서로 해석하고 있다.

나. 명확성원칙 위배 여부

(1) 명확성원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적 법해석과 집행이 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다. 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라, 그리고 각 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 차이가

있을 수 있다. 그런데 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 또한 당해 법률조항의 입법취지, 같은 법률의 다른 규정들과의 상호관계를 고려하거나 이미 확립된 판례를 통한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어서 법률조항의 취지를 예측할 수 있는 정도의 내용이라면 그 범위 내에서 명확성원칙은 유지되고 있다고 보아야 할 것이고, 법관의 보충적인 가치판단을 통한 법문의 해석으로 그 의미내용을 확인해 낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없을 것이다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342 등 참조).

(2) 이 사건 법률조항의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 의미에 관하여 형사소송법은 명확한 정의규정을 두고 있지 않다. 그러나 전문법칙의 예외를 정한 다른 형사소송법의 관련 조항들과 이 사건 법률조항이 포함된 제315조 각 호의 규정 취지 및 그 연관관계를 고찰함으로써 위 문언에 대한 합리적인 해석기준을 찾을 수 있다.

형사소송법 제310조의2는 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 제한하여, 원진술자의 진술을 기재한 서류가 공판기일 등에서의 진술을 대신하지 못하도록 규정하면서, 형사소송법 제311조 내지 제316조에서 그 예외규정들을 두고 있다. 이와 같이 원칙적으로 피고인 아닌 자의 법정외 진술을 내용으로 하는 전문증거의 증거능력을 제한하는 이유는 피고인에게 반대신문의 기회가 부여되지 않은 전문증거의 증거능력을 배제함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하고자 하는 것인바(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 359; 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 827-829 참조), 그 예외규정들은 이미 피고인에게 반대신문권 내지 참여권이 보장된 경우이거나(제311조), 그 기재 및 진술에 대하여 피고인의 반대신문의 기회가 부여될 것을 요건으로 하는 것이거나(제312조, 제313조, 제316조), 반대신문권의 행사를 위한 원진술자의 출석이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우들(제314조)임을 알 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항이 속한 형사소송법 제315조 중 제1호와 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 서류는 업무의 기계적 반복성으로 인해 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요

가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 문서들에 해당한다. 이러한 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계와 규정취지, 여기에 더하여 ‘기타’ 라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 이 사건 법률조항의 규정형식을 종합해서 고찰해 보면, 이 사건 법률조항에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’란 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서’를 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

또한 전문증거인 문서의 태양은 그 형태와 내용에 있어 극히 다양하여 그에 해당하는 모든 종류의 문서를 일률적으로 나열하는 것은 가능하지도 않고, 수사와 재판 과정에서 다양하게 나타날 수 있는 증거 현상에 비추어 바람직하지도 않으므로, 그 규정에 다소 추상적이고 포괄적인 문언을 사용할 수밖에 없는 불가피성이 있다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항은 보통의 상식을 가진 일반인이라면 그 의미를 충분히 알 수 있고, 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있을 뿐만 아니라 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다고 할 것이므로, 명확성원칙에 위배되지 않는다.

다. 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부

(1) 공정한 재판을 받을 권리와 반대신문권의 보장

(가) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820). 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 356-357; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226; 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200).

헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로

까지 규정하지는 않았으나, 형사소송법은 제161조의2에서 상대 당사자의 반대신문을 전제로 한 교호신문제도를 규정하고 있고, 제312조 제4항, 제5항에서 ‘공판준비 및 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여’ 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정하도록 규정함으로써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 명문으로 인정하고 있다. 이는 위와 같은 공정한 재판을 받을 권리를 형사소송절차에서 구현하고자 한 것이다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 363; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 549-550; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 852 등 참조).

이에 형사소송법은 이러한 반대신문권을 실질적·적극적으로 보장하기 위하여 제310조의2 이하에서 증거능력 부여과정에서도 전문증거의 증거능력을 제한하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 전문증거인 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 관하여 당연히 증거능력을 부여함으로써 피고인의 반대신문권의 행사를 제한하는 규정으로서 헌법 제27조가 정한 재판청구권, 그 중에서도 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 제한하고 있는 것이므로, 그 제한이 헌법적 한계를 이탈한 것인지 여부가 문제된다.

(나) 한편, 청구인은 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위반된다고 주장하나, 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서, 이 사건 법률조항과 관련해서는 사실상 반대신문권을 보장하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 문제에 귀착된다고 할 것이므로, 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부에 대한 판단 속에 적법절차의 원칙 위반 여부에 대한 판단까지 포함된다고 할 것이다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387, 394; 헌재 2012. 7. 26. 2010헌바62, 판례집 24-2상, 93, 99).

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항은 전문증거 중 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 대하여 당연히 증거능력을 인정하는 전문법칙의 예외규정이다. 이는 전문법칙을 모든 경우에 예외 없이 철저히 관철하는 경우, 재판의 지연을 초래하여 신속한 재판을 저해하게 되거나, 증명력 있는 증거들을 이용하지 못하여 실체적 진실발견을 저해하여 형사소송의 최대과제인 공정한 재판과 사법정의 실현에 지장을 초래할 수 있으므로(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1,

348, 360 참조), 이러한 폐단을 방지하기 위한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

(나) 피해의 최소성 및 법익균형성

1) 이 사건 법률조항은 형사소송법 제315조 제1호, 제2호에 준할 정도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서에 한하여 전문법칙의 예외를 인정하고 있고, 그 의미가 앞서 본 바와 같이 피고인에게 굳이 반대신문의 기회를 부여할 필요가 없을 정도로 신용성의 정황이 있는 문서로 해석되는 이상, 이미 피고인의 방어권 제한이 최소한의 범위로 축소되어 있다.

그리고 이 사건 법률조항에 따라 문제된 문서의 증거능력이 인정되는 경우라도, 피고인은 그 문서의 작성자 또는 원진술자를 증인으로 신청하여 반대신문권을 행사할 수 있으므로 위 조항이 피고인의 반대신문의 기회를 완전히 박탈하고 있다고 볼 수도 없다. 나아가 문서 작성자 또는 원진술자가 증인으로 출석하여 문서의 내용과 상반되는 진술을 하는 경우 그 법정 진술과 문서상의 진술 중 어느 하나가 반드시 우월한 증명력을 갖는다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 의해 우선 그 문서의 증거능력을 인정하되 법관으로 하여금 재판사정을 고려하여 어느 증거가 보다 신빙성이 있는지 판단하도록 하는 것이 실제적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이의 균형과 조화를 위한 합리적인 방법이라고 할 것이다. 이와 달리 위 조항에 정한 신용성의 정황적 보장이 강력한 문서까지 전문법칙을 예외 없이 적용하는 방식을 채택하게 되면, 신속한 재판실현이라는 소송경제와 실제적 진실에 합치하는 또 다른 면의 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청에 반하는 결과가 초래될 수 있다.

2) 한편, 이 사건 법률조항에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 보는 것이 전문법칙의 예외를 지나치게 넓게 인정함으로써 피고인의 방어권을 부당하게 제한하는 것인지가 문제된다.

공판조서에 기재된 진술은 공개된 법정에서 법관의 면전 아래 이루어지는 것일 뿐 아니라, 형사소송법은 공판조서의 작성자, 작성방식, 기재요건 등을 엄격하게 규정하고(제48조 제1항, 제2항, 제50조, 제51조, 제53조), 진술자의 청구가 있는 때에는 그 진술에 관한 부분을 읽어주고 증감변경의 청구가 있는 때에는 그 진술을 기재하도록 규정하고 있으며(제52조 단서), 다음 회의 공판기일에 있어서는 전회의 공판심리에 관한 주요사항의 요지를 조서에 의하여 고지하고, 검사, 피고인 또는 변호인이 그 변경을 청구하거나 이의를 진술한 때에는 그 취지를 공판조서에 기재하며, 그 경우 재판장이 그 청구 또는 이의

에 대한 의견을 기재할 수 있도록 규정하고 있고(제54조), 또한 피고인은 공판조서의 열람 또는 등사를 청구할 수 있고 그 청구에 응하지 아니한 때에는 그 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없도록 규정하고 있는(제55조) 등 공판조서는 그 서면 자체의 성질과 작성과정에서 법정된 엄격한 절차적 보장에 의하여 고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보되어 있다. 또한 우리 형사소송법이 채택하고 있는 대심적 구조 하에서 공소사실을 부인하거나 양형상 유리한 진술을 하는 피고인의 진술은 공개된 법정에서 반대당사자의 지위에 있는 검사에 의하여 검증되고 탄핵되는 지위에 있으므로, 이를 제3자가 일방적으로 한 진술과 같다고 평가할 수 없다.

이와 같은 사정에 비추어 볼 때, 법정진술에 해당하는 공판조서상의 진술과 다른 전문증거와 사이에는 문서의 신용성과 관련된 외부적 정황에 뚜렷한 차이가 있으므로, 그 증거능력의 인정요건에 차등을 두는 것이 피고인의 방어권을 지나치게 제약한다고 보기는 어렵다.

법원은 일찍이 1964년경부터 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서를 이 사건 법률조항에서 규정한 당연히 증거능력 있는 서류의 하나로 해석해 오고 있다. 이는 ‘피고인 이외의 자에 대한 재판관 면전조서’의 증거능력을 명시적으로 규정하고 있는 일본 형사소송법(제321조 제1항 제1호)과 달리 우리 형사소송법은 이러한 조서에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 아니한 관계로 전문법칙의 예외와 관련하여 이 사건 법률조항 외에 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서에 적용할 마땅한 규정이 없기 때문으로 이해된다. 그런데 만일 명문의 규정이 없다고 하여 이 사건과 같은 공판조서의 증거능력을 일률적으로 부정한다면, 공판조서보다 낮은 신용성의 보장을 가진 수사기관 작성의 조서에 관하여는 일정한 요건 하에 그 증거능력을 인정하면서도 그보다 우위의 임의성과 신용성의 보장을 가진 공판조서에 대하여는 증거능력을 부정하는 법체계상의 모순이 발생하게 된다. 더욱이 청구인의 주장처럼 공범은 자신에 대한 재판과정에서 다른 공범에게 책임을 전가하는 허위의 진술을 할 염려도 있지만, 반면 자신에 대한 사건이 이미 종국되어 형이 확정된 공범은 당해 사건에서 종전 진술을 반복하고 피고인에게 유리한 진술을 하여 주더라도 불이익을 입을 위험이 없어 당해 사건 피고인에게 협조적인 허위의 진술을 할 가능성 역시 얼마든지 있으므로, 종전의 공판조서상의 진술이 오히려 진실한 것일 수도 있다. 그런데 이 사건 법률조항을 적용하지 않고 공범의 진술을 기재한 공판조서의 증거능력을 무조건 부정

해 버린다면, 이러한 증명력 있는 증거를 당해 사건의 심리과정에서 고려할 수조차 없게 되어, 우리 형사소송법의 또 다른 중대한 이념인 실체적 진실 발견에 중대한 지장을 초래하게 될 것이 명백하다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서의 증거능력을 인정하여 이를 일단 유무죄 판단을 위한 고려의 대상으로 들여놓되, 그 공판조서상의 진술 당시 당해 사건 피고인의 반대신문의 기회가 보장되어 있지 않았던 사정이나, 공범이 자신의 사건에서 자신의 책임을 회피하는 진술을 하였을 가능성이 있는 사정 등을 종합적으로 살펴 범원으로 하여금 그 신빙성을 자유심증에 의하여 판단하도록 하는 것이 더 합리적이라고 할 것이다.

청구인은 공범의 진술을 기재한 공판조서에 대한 증거능력을 완전히 부정하지는 않더라도 적어도 형사소송법 제313조 제1항에 따라 원진술자의 성립인정의 진술이 있을 것을 증거능력 인정요건으로 하여야 한다는 취지로도 주장한다.

그러나 공범의 진술이 기재된 다른 사건의 공판조서에 관하여 형사소송법 제313조 제1항을 적용하더라도, 원진술자인 공범이 법원의 소환에 불응하거나, 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 등으로 법정에 출석할 수 없을 때에는 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 부여받게 되므로, 이 사건 법률조항에 의하여 공범의 공판조서에 당연히 증거능력을 인정하는 경우와 형사소송법 제313조 제1항을 적용하는 경우의 실질적인 차이는, 법관이 검사 또는 피고인의 신청에도 불구하고 다른 사건 공판조서의 원진술자인 공범을 증인으로 채택하지 아니하는 결정을 하는 때에 한하여 있게 된다. 그런데 당해 사건에서 공범인 임○영 등이 증인으로 채택되어 조사된 것처럼, 공판조서상의 진술이 피고인의 유무죄를 가르는 중요한 증거이고 피고인이 그 진술을 다투고 있음에도 불구하고 법원이 원진술자인 공범에 대한 증인신청을 거부할 이유가 없으므로, 실제 재판과정에서 이 사건 법률조항에 의하여 피고인의 방어권에 대한 현실적인 침해가 발생할 가능성이 거의 없다.

이와 같은 사정들을 종합해 볼 때, 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에 포함되는 것으로 해석한다고 하여 피고인의 방어권에 지나친 제약을 가져온다거나 전문법칙의 예외 인정범위를 합리적 이유 없이 확대하였다고 보기는 어렵다.

3) 이처럼 이 사건 법률조항이 굳이 반대신문의 기회를 부여할 필요가 없을 정도로 신용성의 정황이 있는 문서에 국한하여 전문법칙의 예외를 인정하고

있는 이상, 이로 인한 피고인의 방어권에 대한 현실적 침해가능성은 거의 없는 반면, 실제적 진실발견과 신속한 재판을 통하여 사법정의를 실현하려는 공익이 크다고 하지 않을 수 없고, 결국 이 사건 법률조항을 통하여 실체법상의 정의와 절차법상의 정의의 조화를 도모한다는 점에서 피해의 최소성 및 법익의 균형성 또한 인정되므로 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 6.과 같은 재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 보충의견이 있다.

6. 재판관 이정미, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 보충의견

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 판단하지는 않지만, 피고인 아닌 사람의 진술이 기재된 다른 사건의 공판조서의 증거능력 인정요건을 명확하게 규정하는 것으로 입법을 개선할 필요가 있다고 생각하므로, 아래와 같이 견해를 밝힌다.

반대신문권의 보장은, 피고인에게 단순한 처벌의 객체가 아니라 형사소송절차를 형성·유지하는 당사자의 지위에서 공격과 방어의 기회가 충분히 보장되고, 실질적인 ‘무기평등’이 이루어진 재판을 받을 권리를 의미하는 기본권인 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용으로서(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 693-694 참조), 이에 대한 제한은 그 예외를 인정할 수 있는 부득이한 사유가 있는 사유가 있을 때에 한하여 필요 최소한으로 그쳐야 한다. 법원에서도 이와 같이 전문법칙의 예외를 인정할 수 있는 부득이한 사유가, 단순한 진술의 임의성과 적법성을 넘어 반대신문의 검증을 굳이 거치지 않아야 할 정도의 신용성이 담보되는 것을 의미함을 분명히 하고 있다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010도12 판결 참조).

그런데 공범의 진술이 기재된 공판조서는 어디까지나 타인의 진술을 문자의 형태로 기록한 진문증거의 하나로서 일반 진술증거가 갖는 오류 가능성을 그대로 가지고 있을 뿐 아니라, 그 진술이 공개된 법정에서 법관의 면전 하에 이루어진 것이어서 고도의 ‘임의성’과 ‘절차적 적법성’이 담보되는 것에 해당할지는 몰라도, 그 내용에 관하여는 원진술자인 공범이 당해 사건의 피고인에게 책임을 전가하는 허위의 진술을 할 가능성이 얼마든지 있고, 따라서 과연 그것이

‘굳이 반대신문을 거칠 필요가 없을 만큼’ 고도의 신용성이 정황적으로 보장되어 있는 경우에 해당하는지에 관하여 정당한 의문이 제기될 수 있다.

우리는 일본 형사소송법 등과 달리 공범이 다른 사건에서 한 진술을 기재한 공판조서의 증거능력을 규율하는 명시적인 조항을 갖고 있지 않은 상황에서 법원에서 수십 년간 형사재판에 적용하여 온 이 사건 법률조항에 관한 해석이, 위헌의 선언을 요구할 정도에 이를 만큼 명백하게 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다고 보기 어렵다는 점에서는 다수의견의 결론에 따르기로 한다.

그러나 이 사건 법률조항의 적용범위에 공범의 다른 사건에서 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서를 포함시키는 것이 그 문언과 체계적 해석에 비추어 다소의 의문이 없지 아니하고, 또 다른 사건에서 공범이 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서에 대하여, 공범이 증인으로 출석할 수 없거나 증인으로 출석하여 다른 진술을 한 때 한하여 증거능력을 부여하는 등 공정한 재판을 받을 권리 침해의 소지를 없앨 수 있는 명확한 입법을 하는 것이 국민의 기본권 보장과 법치국가원리에 입각한 형사소송제도의 형성을 위해서 더욱 바람직하다고 할 것이므로, 그러한 내용으로 입법을 개선할 필요가 있다고 생각한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 제1호 위헌소원

(2013. 10. 24. 2011헌바106·107(병합))

【판시사항】

1. 아동·청소년 대상 성폭력 범죄를 저지른 사람에 대하여 신상 정보를 공개하도록 한 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 본문 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인들의 인격권 및 개인정보 자기결정권을 침해하는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 평등원칙에 반하는지 여부(소극)
3. 심판대상조항이 적법절차원칙 및 이중처벌금지원칙에 반하거나 청구인들의 재판받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 심판대상조항은 아동·청소년의 성을 보호하고 사회방위를 도모하기 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 한편, 심판대상조항에 따른 신상정보 공개제도는, 그 공개대상이나 공개기간이 제한적이고, 법관이 ‘특별한 사정’ 등을 고려하여 공개 여부를 판단하도록 되어 있으며, 공개로 인한 피해를 최소화하는 장치도 마련되어 있으므로 침해의 최소성이 인정되고, 이를 통하여 달성하고자 하는 ‘아동·청소년의 성보호’라는 목적이 침해되는 사익에 비하여 매우 중요한 공익에 해당하므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 인격권, 개인정보 자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.
2. 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 사람과 달리 아동·청소년 대상 일반범죄를 저지른 사람은 신상정보 공개대상자가 아니지만, 아동·청소년 대상 일반범죄는 성폭력범죄와 달리 청소년의 생

명이나 신체의 완전성, 재산권을 보호하는 데 목적이 있으므로, 양자를 본질적으로 동일한 비교집단으로 보기 어렵다. 또한, 아동·청소년을 대상으로 성폭력범죄가 아닌 성범죄를 저지른 사람도 신상정보 공개대상자가 아니지만, 이는 행위불법성의 차이와 입법 당시의 사회적 상황, 일반 국민의 법감정 등을 종합적으로 고려한 결과이므로 이를 자의적이고 비합리적인 차별이라고도 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 평등원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다.

3. 법관이 유죄판결을 선고하는 경우에만 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신상정보 공개명령을 할 수 있으므로, 심판대상조항이 적법절차원칙에 반하거나 청구인들의 재판받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

또한, 이중처벌은 동일한 행위를 대상으로 처벌이 거듭 행해질 때 발생하는 문제이고, 이 사건과 같이 특정한 범죄행위에 대하여 동일한 재판절차를 거쳐 형벌과 신상정보 공개명령을 함께 선고하는 것은 이중처벌금지원칙과 관련이 없다.

재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견

심판대상조항의 입법목적은 정당하나, 아동·청소년 대상 성폭력범죄에 대한 연구결과에 따르면 신상정보 공개제도가 범죄 억지 효과가 있다고 단정하기 어려우므로, 심판대상조항은 수단의 적합성을 갖추지 못하였다. 심판대상조항에 따른 신상정보 공개제도는, 정보통신망을 통한 공개라는 측면에서 볼 때, ‘현대판 주홍글씨’에 비견될 정도로 수치형과 흡사한 것으로서, 단순히 성폭력범죄 전과자에 대한 낙인이나 배타의식을 넘어 공개대상자의 정상적인 사회복귀 자체를 원천봉쇄할 위험이 크고, 죄 없는 가족들까지 함께 정신적 고통을 겪게 하거나 그 생활기반을 상실시키는 결과가 초래될 수도 있으며, ‘재범의 위험성’ 등 공개 여부의 심사기준을 세분하지 않고 법관으로 하여금 원칙적으로 신상정보를 공개하도록 하고 있어 공개대상자의 범위 또한 지나치게 넓으므로, 심판대상조항은 침해의 최소성을 갖추었다고 보기 어렵다. 그리고 공개대상자의 기본권이 심각하게 훼손되는 데 비해 그 범죄억지의 효과는 너무

나 불확실하다는 점에서 법익의 균형성도 갖추지 못하였다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 인격권 및 개인정보 자기결정권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제38조(등록정보의 공개) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “공개대상자”라 한다)에 대하여 판결로 제3항의 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 아동·청소년대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 아동·청소년대상 성범죄 사건에 대하여 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. 아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자
- 2.~5. 생략
- ②~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제12조 제1항 후문, 제13조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항

【참조판례】

- 1. 대법원 2012. 1. 27. 선고 2011도14676 판결
- 3. 헌재 2005. 7. 21. 2003헌바98, 판례집 17-2, 34, 41
헌재 2010. 7. 29. 2008헌바88, 판례집 22-2상, 270, 283

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○현(2011헌바106)
 대리인 법무법인 덕수
 담당변호사 이민중
- 2. 한○빈(2011헌바107)
 대리인 변호사 손기호 외 1인
- 당 해 사 건 서울고등법원 2011노426 미성년자의제강간 등

【주 문】

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 본문 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 13세 미만의 미성년자를 간음한 혐의 등으로 기소되어 2011. 1. 28. 의정부지방법원 고양지원에서 청구인 김○현은 징역 3년 및 위 청구인에 대한 등록정보를 5년간 공개할 것을 선고받았고, 청구인 한○빈은 징역 3년에 집행유예 5년과 보호관찰 2년 및 160시간의 사회봉사와 40시간의 성폭력치료강의 수강명령과 함께 위 청구인에 대한 등록정보를 5년간 공개할 것을 선고받았다(2010고합249). 청구인들은 이 판결에 불복 항소하였으나, 서울고등법원은 2011. 4. 29. 청구인 한○빈의 항소를 기각하고, 청구인 김○현에 대해서만 1심판결을 취소한 뒤 징역 3년에 집행유예 5년과 보호관찰 3년 및 200시간의 사회봉사와 40시간의 성폭력치료강의 수강명령과 함께 위 청구인에 대한 등록정보를 5년간 공개할 것을 선고하였다(2011노426).

청구인 김○현은 2011. 3. 16. 아동이나 청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 사람에 대하여 신상정보를 공개하도록 한 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제38조 제1항 제1호가 위헌이라고 주장하며 서울고등법원에 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각되자, 2011. 5. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인 한○빈도 2011. 3. 29. 서울고등법원에 같은 내용의 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각되자, 2011. 5. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것, 다음부터 ‘아동성보호법’이라 한다) 제38조 제1항 본문 제1호의 위헌 여부로 그 내용은 다음과 같고, 관련조항의 내용은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정

되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것)

제38조(등록정보의 공개) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “공개대상자”라 한다)에 대하여 판결로 제3항의 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 아동·청소년 대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 아동·청소년 대상 성범죄 사건에 대하여 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자
- 2. 청구인들의 주장과 법원의 위헌제청신청기각결정의 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 범죄를 저지른 사람에 대한 신상정보를 공개하는 것은 일종의 수치형으로서 인격권에 대한 중대한 침해이다. 공개명령이 실질적으로 범죄의 예방에 실효성이 있다고 보기 어렵고, 이미 형사처벌을 받은 사람을 대상으로 이중 처벌하는 폐해를 가져올 뿐이다. 그러므로 심판대상조항은 청구인들의 인격권을 과도하게 침해하여 위헌이다.

(2) 아동·청소년 대상 성폭력범죄는 살인 등 강력범죄에 비하여 죄질이나 범정형이 낮을 뿐만 아니라 상습강도 등 상습범과 같은 재범의 위험성이 인정되지도 않는다. 그럼에도 불구하고 아동·청소년 대상 성폭력범죄자에 대하여만 신상정보 공개명령을 하도록 규정하고 있는 심판대상조항은 아동·청소년 대상 성폭력범죄자를 합리적인 이유나 근거 없이 다른 범죄자와 차별하고 있으므로 평등원칙에 위반된다.

(3) 심판대상조항은 재범의 위험성이 있는지 여부를 묻지 않고 반드시 공개명령을 하도록 규정하여, 적법한 절차에 의하지 아니하고는 보안처분을 받지 않도록 한 헌법 제12조 제1항 후문에 위반되고, 법관의 재량을 과도하게 제한하여 헌법 제27조 제1항에 따른 청구인들의 재판청구권을 침해한다.

(4) 공개명령이 보안처분이 아니라 형벌에 해당한다면 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌하지 아니하도록 규정한 헌법 제13조 제1항에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정의 요지

아동·청소년 대상 성폭력범죄는 1회의 범행 자체로 재범의 위험성이 노출된 것으로 볼 수 있고, 피고인에게 재범의 위험성이 인정되지 않는다면 아동성보호법 제38조 제1항 단서의 ‘특별한 사정’으로 인정하여 공개명령을 선고하지

않을 수도 있다. 공개명령은 특별예방을 목적으로 하는 보안처분으로서의 성질뿐만 아니라 징벌적 기능과 일반인에 대한 계도적 기능도 갖기 때문에 보안처분의 요건인 '재범의 위험성'이 순수한 보안처분만큼 엄격히 요구되지 않는다. 따라서 비록 심판대상조항에서 법문에 '재범의 위험성'을 요구하지 않는다 하더라도 이를 위헌이라 볼 수는 없다.

3. 판 단

가. 신상정보 공개명령 제도의 입법과정

청소년을 대상으로 하는 성범죄가 심각한 사회적 문제로 등장하자, 국회는 2000. 2. 3. '청소년의 성보호에 관한 법률'(법률 제6261호)을 제정하여 청소년의 성을 사는 행위를 하는 등 위 법에 정한 범죄행위를 저지르고 형이 확정된 사람에 대하여는 청소년보호위원회가 범죄자의 신상을 공개할 수 있도록 하는 제도를 도입하였다. 그 뒤 2005. 12. 29. 법률 개정(법률 제7801호)을 통하여, 청소년에 대한 성폭력범죄를 저질러 2회 이상 금고 이상의 실형을 받은 사람 중 재범의 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 국가청소년위원회의 결정으로 성명·생년월일·현 직장 및 실제 거주지의 주소·사진 등 신상정보를 등록하고, 범죄사실과 관련된 피해자 및 피해자의 법정대리인·후견인 또는 그 위임을 받은 변호사·청소년 관련 교육기관 등의 장으로 하여금 열람하도록 하였다. 다시 2007. 8. 3. 법률이 개정되어(법률 제8634호) 신상정보 등록대상자와 등록정보가 확대되고 등록기간이 연장되었으며 열람권자도 늘어났다.

그런데 '청소년의 성보호에 관한 법률'이 2009. 6. 9. '아동·청소년의 성보호에 관한 법률'로 개정(법률 제9765호)되면서, 등록정보도 확대되고 이를 정보통신망에 공개하도록 하는 한편, 실명인증 절차를 거친 성년이면 누구나 열람할 수 있도록 하는 등 공개명령 제도가 대폭 확대되었다. 그 뒤 2010. 4. 15. 법률 개정(법률 제10260호)을 통하여, 13세 미만의 아동·청소년에 대하여 성폭력범죄를 저지른 경우에만 재범의 위험성을 불문하고 신상정보를 공개하도록 하던 것을, 범죄대상의 나이 제한 규정을 삭제하여 모든 아동·청소년에 대하여 성폭력범죄를 저지른 경우 재범의 위험성을 불문하고 신상정보를 공개하도록 하였다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 제한되는 기본권

심판대상조항에 따라 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 신상정보가 공개되면, 공개대상자의 사회적 평가가 침해되어 헌법 제10조에서 유래하는 일반적

인격권이 제한된다고 할 수 있다. 또 본인의 동의 없이 신상정보를 대중에게 공개하도록 규정하고 있는 심판대상조항은 공개대상자의 개인정보 자기결정권도 제한한다.

(2) 목적의 정당성과 수단의 적합성

아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 신상정보를 공개하는 것은 이를 통하여 아동·청소년 대상 성폭력범죄행위에 대하여 일반 국민에게 경각심을 주어 유사한 범죄를 예방하고, 성폭력범죄자로부터 잠재적인 피해자와 지역사회를 보호하기 위해 정보를 제공하며, 궁극적으로 아동·청소년의 성을 보호하고 사회방위를 도모하기 위한 것이다. 즉, 성범죄자들이 관계 당국 또는 사회의 감시나 일반 대중에 대한 아무런 경고 없이 사회에 복귀함으로써 아동·청소년의 안전을 위태롭게 하는 것을 막자는 데 그 입법목적이 있다. 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 질서유지를 위하여 필요한 것이므로 그 정당성이 인정된다.

한편, 입법자는 법률을 제정하는 시점에서 제반사항을 고려하여 입법목적달성에 적절한 수단을 결정하므로, 입법자의 사전판단에 대해서는 폭넓은 입법형성권이 인정된다. 그런데 아동·청소년 대상 성폭력범죄로 처벌받은 사람에 대한 정보를 국가에서 체계적으로 관리·감독하고 이를 지역 주민에게 제공하는 것은, 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력범죄의 억제를 위한 예방적 효과뿐만 아니라 주민 스스로 조심하게 하는 효과도 있는 점, 그리고 이러한 입법자의 예측이 명백히 잘못되었다고 할 수 없는 점 등에 비추어 볼 때 수단의 적합성도 인정된다.

(3) 피해의 최소성

성폭력범죄는 일단 발생하면 그 피해회복이 어렵다. 특히 피해자가 아동이나 청소년인 경우에는 육체적·정신적으로 평생 지울 수 없는 상처가 남게 된다. 따라서 아동·청소년 대상 성폭력범죄에 대해서는 사후처벌보다 사전예방이 더 중요하다. 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 예방하려면 당해 범죄를 저지른 사람을 적절하게 치료하고 효율적으로 감시하는 제도를 갖추는 것이 바람직하다. 그러나 전문적인 교정 인력과 시설이 부족한 것이 현실이고, 왜곡된 성의식 개선 등 사회문화적 부문에서의 근본적인 제도 개선에는 많은 시간과 노력이 필요하다. 그러므로 아동·청소년 대상 성폭력범죄로 처벌받은 사람에 대한 정보를 국가에서 체계적으로 관리·감독하고 그 정보를 지역 주민에게 제공함으로써 주민 스스로 조심하도록 하는 것이 재범에 의한 범죄를 예방하

는 유효하고 현실적인 방법이 될 수 있다.

심판대상조항은 모든 성범죄자를 정보공개대상자로 정한 것이 아니라 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄자 중에서도 강간이나 강제추행 등 성폭력범죄를 저지른 사람만을 그 대상으로 하고 있다. 또 벌금형을 선고하거나, 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 공개를 하지 않도록 하는 등 신상정보를 공개하지 아니하는 예외를 두어 공개대상을 한정하고 있다. 한편, 정보통신망을 통하여 공개되는 신상정보도 주민등록번호 대신 나이만 공개하고, 주소 및 실제거주지도 읍·면·동까지로 하는 등 등록정보보다 적은 양의 정보로 제한하고 있다. 아울러 공개기간도 3년을 초과하는 징역의 경우에는 10년, 3년 이하의 징역의 경우에는 5년을 초과하지 못하도록 제한하고 있다.

무엇보다도 심판대상조항은 ‘신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우’를 공개명령의 소극적 요건으로 삼고 있다. ‘신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정’이 있는지 여부는 피고인의 연령·직업·재범의 위험성 등 행위자의 특성, 당해 범행의 종류·동기·범행과정·결과 및 죄의 경중 등 범행의 특성, 공개명령으로 인하여 피고인 또는 피청구인이 입는 불이익의 정도와 예상되는 부작용, 그로 인해 달성할 수 있는 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 예방 효과 및 성폭력범죄로부터의 아동·청소년 보호 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011도14676 판결). 결국, 심판대상조항에 따라 신상정보 공개명령을 하려면, 당해 사건을 담당하는 법관이 재범의 위험성뿐만 아니라 그 외에 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하여 구체적 타당성 있는 결론을 이끌어내야 한다.

한편, 정보통신망을 통한 공개는 그 범위가 광범위하지만, 다른 매체에 의한 정보제공에 비하여 오히려 공개대상자의 인격권 보호에 보다 적합한 측면이 있다. 즉, 인터넷에 수록된 정보에 접근하기 위하여 이용자는 실명인증 절차 등을 거쳐야 하므로, 일정한 범위에서 정보제공 상대방이 제한될 수 있다. 또 인터넷보다 더욱 대중적이고 접근이 쉬운 텔레비전이나 라디오와 같은 매체나, 가독 능력만 있으면 정보를 확인할 수 있는 관보나 신문 등의 활자매체를 통한 공개가, 반드시 컴퓨터를 이용하여야 하는 정보통신망에 비하여 오히려 일반 대중의 접근이 쉽다고도 볼 수 있다. 나아가 직접 주민을 방문하여 구두로 전달하는 방식도 그 영향력이 오히려 인터넷보다 클 수 있다. 따라서 정보통신망이 갖는 간접적 전달매체로서의 성격과, 정보획득과정이 보다 까다롭다

는 점을 고려할 때, 정보통신망을 통한 공개가 공개대상자의 인격권 보호에 더욱 적합하다.

아울러 아동성보호법은 신상정보의 등록·공개·보존 및 관리업무에 종사하거나 종사하였던 사람의 직무상 알게 된 등록정보 누설 금지(제42조), 공개정보 사용 목적의 제한 및 공개정보를 확인한 사람의 신문 등을 이용한 공개 또는 공개정보 수정 등 금지(제43조 제1항, 제2항), 공개정보의 목적 외 사용금지(제43조 제3항) 등 공개대상자의 기본권 침해를 최소화하기 위한 규정을 두고 있다. 또 이러한 규정을 위반하여 등록정보를 누설하거나 목적 외의 용도로 이용한 경우 등에는 형사처벌하도록 함으로써(제52조) 공개대상자의 인격권 등을 제한하는 데 따른 피해를 최소화하는 장치도 마련하고 있다.

위와 같은 사정을 종합하여 볼 때, 심판대상조항은 침해의 최소성 요건도 갖추었다.

(4) 법익의 균형성

신상정보 공개제도는 현존하는 성폭력의 위험으로부터 사회 공동체를 지키려는 인식을 제고함과 동시에 일반인들이 아동·청소년에 대한 성폭력범죄의 충동으로부터 자신을 제어하도록 하기 위하여 도입된 것으로서, 이를 통하여 달성하고자 하는 ‘아동·청소년의 성보호’라는 목적은 매우 중요한 공익이다. 이에 비하여 심판대상조항으로 인하여 공개되는 정보는 대부분 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부로, 이를 정보통신망에 공개한다고 하여 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 인격권 등이 과도하게 제한되는 것이라고 보기는 어렵다.

그렇다면 심판대상조항으로 의하여 침해되는 사익, 침해의 정도 및 방법과 이 조항을 통하여 실현하고자 하는 공익을 종합적으로 비교하면, 심판대상조항으로 인하여 아동·청소년 대상 성폭력범죄자가 입게 되는 불이익이 아동·청소년의 성보호라는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

(5) 소결

그렇다면 심판대상조항은 헌법상의 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 인격권, 개인정보 자기결정권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

다. 평등원칙 위반 여부

아동·청소년을 대상으로 한 일반 범죄들, 예컨대 미성년자 살인이나 강도, 폭행 등의 경우에는 범죄자의 신상을 공개하지 않고, 아동·청소년대상 성범

죄 가운데서도 성폭력범죄의 경우에만 재범의 위험성을 불문하고 범죄자의 신상을 공개한다는 점에서 심판대상조항의 평등원칙 위반 여부가 문제된다.

이러한 차별의 문제는 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니다. 또한, 입법자에게는 특정 사회 현상에 대처하기 위해 범죄예방 조치를 택할 수 있는 입법형성의 자유가 허용된다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 641 참조). 그러므로 심판대상조항이 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있는지에 관한 차별취급의 존재 여부와 차별취급이 존재한다면 이를 자의적이라고 볼 수 있는지 여부에 따라, 심판대상조항이 평등원칙을 위반한 것인지 여부를 판단하여야 한다.

심판대상조항은 성인의 성폭력범죄로부터 아동과 청소년의 성을 보호하려는 데 목적이 있는데, 이와 달리 아동과 청소년의 생명이나 신체의 완전성 또는 재산권을 보호하는 데 목적이 있는 일반 범죄를 저지른 사람은 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 사람과 '본질적으로 동일함' 비교집단이라고 볼 수 없다. 나아가 아동과 청소년의 성을 보호하기 위한 구분기준이 특별히 자의적이라고 보기도 어렵다.

한편, 아동·청소년 대상 성범죄자 가운데 13세 이상 청소년을 대상으로 하여 성폭력범죄 아닌 성범죄를 저지른 사람, 즉 13세 이상의 청소년을 대상으로 하여 음란물을 제작·배포하거나(아동성보호법 제8조), 청소년을 매매 또는 국외나 국내에 이송한 사람(제9조), 성매수행위자(제10조), 성매수행위의 상대방이 되게 한 사람(제11조), 알선영업행위자(제12조) 등의 경우에는 공개대상에서 제외된다. 그런데 이는 행위불법성의 차이뿐만 아니라 입법 당시의 사회적 상황, 일반 국민의 법감정, 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려한 결과이다. 또 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 경우에도 법관이 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 신상을 공개하지 않을 수 있다. 따라서 아동·청소년 대상 성범죄자 중 일부 범죄자의 신상이 공개되지 않는 것으로 되어 있다 하더라도 그러한 차별이 자의적인 것이라거나 합리성이 없는 것이라고 보기 어렵다.

이와 같이 다른 범죄자와 달리 아동·청소년 대상 성폭력범죄자에 대하여 신상정보를 공개하는 것은 합리적인 이유가 있으므로, 심판대상조항은 평등원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다.

라. 나머지 주장에 대한 판단

(1) 청구인들은, 심판대상조항이 재범의 위험성을 불문하고 신상정보를 공개하도록 함으로써 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 보안처분을 받지 아니하도록 규정한 헌법 제12조 제1항 후문에 반하고, 청구인들의 재판받을 권리를 침해한다고 주장한다. 그러나 공개명령은 공판절차를 거쳐 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 것으로 인정되어 유죄판결을 선고하는 경우에만 할 수 있다. 또 법관이 재범의 위험성뿐만 아니라 그 외에 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하여 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 공개명령을 하지 않을 수 있다. 여기에 더하여 과잉금지원칙 위반 여부에 대한 판단 부분에서 본 것처럼 아동성보호법이 신상정보 공개 대상자의 인격권 등을 보호하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 두고 있는 점 등을 종합하여 보면, 심판대상조항이 헌법 제12조 제1항 후문이나 제27조 제1항에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 헌법 제13조 제1항은 '모든 국민은 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.'고 하여 이중처벌금지원칙을 규정하고 있고, 청구인들은 심판대상조항이 이 원칙에 위반된다는 취지의 주장도 하고 있다. 이중처벌금지원칙은 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 일사부재리원칙을 선언한 것으로 국민의 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 그런데 이러한 이중처벌은 처벌 또는 제재가 동일한 행위를 대상으로 거듭 행해질 때 발생하는 문제이다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌바98, 판례집 17-2, 34, 41). 그러므로 이 사건과 같이 특정한 범죄행위에 대하여 동일한 재판절차를 거쳐 형벌과 신상정보 공개명령을 함께 선고하는 것은, 징역형과 벌금형을 병과하는 것이 이중처벌금지원칙과 관련이 없는 것과 마찬가지로(헌재 2010. 7. 29. 2008헌바88, 판례집 22-2상, 270, 283 참조), 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 5. 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 심판대상조항이 아래와 같은 이유에서 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 인격권 및 개인정보 자기결정권을 침해한다고 본다.

가. 목적의 정당성

아동·청소년 대상 성폭력범죄자에 대하여 신상정보를 공개함으로써 이러한 범죄를 예방하려는 심판대상조항의 입법목적 자체는 정당하다.

나. 수단의 적합성

기본권침해가 적절하다고 인정되기 위해서는 당초의 목적을 달성하기 위하여 동원된 수단이 그 목적을 달성하는 데 적합한 방법이어야 한다. 그런데 형벌과 별도로 신상정보를 공개한다고 해서 과연 얼마나 범죄 억지의 효과를 거둘 수 있을지는 미지수다.

우선 신상정보 공개제도가 특별예방이나 일반예방의 효과가 거의 없고 오히려 해당 범죄인으로 하여금 더욱 파괴적인 행위로 나아가게 할 우려가 있다는 연구결과가 있다. 위 연구결과에 따르면, 아동·청소년 대상 성폭력범죄자에 대한 신상정보 공개제도는 공개 당사자의 스트레스를 가중시키거나 반사회성을 강화시켜 그로 하여금 또다시 범죄로 나아가도록 하는 등 특별예방효과를 전혀 가지지 않거나 오히려 역효과를 창출하여 재범을 촉발하게 될 가능성이 있다고 하고, 일반예방효과 역시 평상시에 비교적 정상적인 생활을 영위하는 잠재적인 퇴행성 성범죄자들에게는 범죄를 억제하는 효과가 있을 것으로 예상되지만, 그 외에 공격적이고 반사회적인 가학성 성범죄자나 아동·청소년에 대하여 지속적인 성적 선호를 갖고 있는 고착성 성범죄자, 정신지체나 치매 등의 정신적·심리적 문제를 갖고 있는 미숙성 성범죄자 등 다른 유형의 잠재적 성범죄자들에 대해서는 일반예방효과를 기대하기 어렵다고 한다.

미국에서도 신상정보 공개제도의 효과에 대해 의문을 제기하는 연구결과들이 이어지고 있다. 미국의 경우 우리보다 훨씬 더 강력한 신상정보 공개제도를 채택하고 있음에도 불구하고 범죄예방의 효과가 적다는 점이 가장 큰 문제점으로 부각되고 있다. 최초로 신상정보 공개제도를 시행한 워싱턴주의 경우 정보공개가 성범죄의 발생을 줄이는 데 별다른 영향력을 갖지 못한 것으로 보고되었다고 하고, 미국 법무부 사법통계국(Bureau of Justice Statistics)의 보고서에 따르면, 아동성폭행의 대다수는 피해자 아동을 알고 있는 사람에 의해 저질러지므로 피해자가 알지 못하는 성범죄자를 지역사회에 통지한다고 해서 큰 효과를 나타낼 것으로 보기 어렵다고 한다.

실제로 정보통신망을 통하여 신상정보를 공개하기 시작한 2010년 및 2011년에도 그 전년도에 비하여 아동·청소년대상 성폭력범죄 발생 건수가 절대적으로 증가하였다. 또 강간죄의 경우 2010년 발생 건수를 보면, 동종전과만 있는

사람의 비율이 2009년에 비하여 오히려 늘어났고, 2011년에는 2010년에 비하여 동종전과만 있는 사람의 비율은 줄어들었지만 동종전과 및 이종전과가 있는 사람의 비율은 늘어났다. 따라서 정보통신망을 통한 신상정보 공개제도로 인하여 성범죄율이 실제로 감소하고 있다고 단정하기도 어렵다.

그렇다면 신상정보 공개제도는 범죄예방을 통한 청소년보호라는 중국적인 목적 달성에 크게 기여하지 못한다고 할 것이므로, 심판대상조항은 수단의 적합성을 갖추지 못하였다고 보아야 한다.

다. 피해의 최소화

현대사회에서 정보통신망을 통한 정보의 공개와 유통이 가지는 위력과 영향력을 고려할 때 심판대상조항에 의한 신상정보 공개제도는 그 파급 효과가 너무나 크다.

신상정보 공개제도는 ‘현대판 주홍글씨’에 비견할 정도로 수치형과 흡사한 특성을 지닌다. 공개적으로 범죄인의 체면을 깎아내려 그에 대한 대중의 혐오를 유발하고 그 결과 세인의 경멸과 사회적 배척이 가해지도록 하는 수치형은, 범죄행위의 반가치와 범죄인 인격의 무가치를 혼동한다는 심각한 문제점을 안고 있다. 비록 범죄인이라도 윤리적 책임능력을 갖춘 인격체로 보는 것이 오늘날 형벌권 행사의 기본 전제이자 궁극적 한계이다. 그럼에도 불구하고 수치형은 범죄인을 하나의 인격체로서가 아니라 범죄퇴치의 수단으로 취급하고 그를 대중의 조롱거리나 경멸의 대상으로 만들어 사회적으로 매장하려는 의도가 짙다. 이는 단지 범죄인의 인격을 황폐화시키는 것에서 끝나는 것이 아니라, 사회 전체에 인간존엄성에 대한 불감증을 만연시킬 수 있다.

더군다나 정보통신망을 통한 신상정보 공개제도는 단순히 성폭력범죄 전과자에 대한 낙인이나 배타의식을 넘어 공개대상자의 정상적인 사회복귀 자체를 원천봉쇄할 수 있다는 점에서 ‘형벌을 통한 교화’라는 근대 형법의 기본정신마저 훼손한다. 공개대상자는 직장 또는 삶의 근거지를 옮기거나 이혼 기타 가정파탄을 겪는 등 오랫동안 가꿔온 사회적 지위와 환경을 하루아침에 박탈당할 수 있고 죄 없는 가족들까지 함께 정신적 고통을 겪게 하거나 그 생활기반을 상실시키는 결과가 초래될 수도 있다. 이는 비록 범죄인이라도 그가 지니는 인간으로서의 기본적인 존엄과 가치를 보장하는 것이 국가적 의무임을 천명한 우리 헌법의 이념에 배치되는 것이다.

또한 심판대상조항은 법관으로 하여금 재범의 위험성 등에 대한 아무런 고려 없이 원칙적으로 신상정보를 공개하도록 하고 있어 신상정보 공개제도가

남용될 여지가 크다. 미국에서는 성범죄자를 등록할 때 위험성을 기준으로 등급을 매기고 있다. 즉, 위험성의 평가기준을 크게 4개의 군으로 나누고, 다시 15개의 세부사항으로 구분한 뒤 각 사항마다 점수를 부여하여 각 평가기준에 따른 점수를 합산한 뒤 등급을 나누어 공개 여부를 결정한다. 그 중 1단계는 신상정보의 등록만이 강제되어 경찰 등 형사사법기관 내부에서 정보 활용의 차원에서만 이용되고, 2단계는 지역사회, 특히 학교, 각종 공사단체, 청소년단체 등에 대하여 제한적 공개가 이루어지며, 3단계가 되어야 비로소 일반공개가 가능해진다. 그런데 심판대상조항은 공개 여부의 심사기준을 세분하지 않고 아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 경우에는 원칙적으로 신상정보를 일반에 공개하도록 하고 있어 공개대상자의 범위가 지나치게 넓다. 신상정보 공개제도의 취지를 살리면서 침해되는 정도를 최소화하기 위하여는 세밀한 기준과 엄격한 분류과정을 거쳐 범죄의 불법성과 재범의 위험성이 높다고 인정되는 성범죄자에 한하여 신상정보를 공개하여야 한다.

한편, 정보통신망을 통해 일반 국민에게 공개되는 청구인들의 정보가 성명, 나이, 주소 및 실제거주지, 신체정보, 사진, 성범죄 요지로 한정되므로 공개대상자를 모르는 사람에게는 별 효용이 없는 반면 공개대상자를 이미 알고 있던 사람들에게만 유용한 정보가 되고, 이 경우 수치형의 성격을 더욱 강하게 갖게 되어 공개대상자의 기본권이 과도하게 침해된다.

아동·청소년 대상 성폭력범죄가 매년 증가하는 것은 어른들의 왜곡된 성의식이나 성 충동 억제력의 부족, 그리고 남성우월주의에 기초하여 여성을 지배의 대상으로 보는 논리 등이 한 데 맞물려 나타난 병폐현상이라 할 것이다. 따라서 이에 대한 근원적 치유는 위와 같은 각 요인에 대처하는 다각적 접근을 통해서만 가능하다. 즉, 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 폐습을 치유함에 있어서는, 형벌이나 정보통신망 신상공개와 같은 처벌 일변도가 아니라, 성폭력범죄자에 대한 보다 적극적인 치료와 교육 또는 재활프로그램의 실시 및 효율적 감시, 성폭력범죄가 발생할 수 있는 장소에 대한 집중적인 감시, 유해환경을 개선하기 위한 정책 추진 등과 같은 다양한 수단을 종합적으로 활용하는 것이 얼마든지 가능하고, 이와 같은 근본적인 예방책에 치중하는 것이 더 바람직하다. 그럼에도 불구하고 국가가 이러한 노력을 다하기도 전에 개인정보 자기결정권에 중대한 침해를 가져올 수 있는 정보통신망을 통한 신상공개라는 방법을 동원하는 것은 올바른 형사정책이 아니다.

따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 요건도 갖추었다고 볼 수 없다.

라. 법익의 균형성

이처럼 정보통신망을 통한 신상정보 공개로 인하여 공개대상자의 기본권이 심각하게 훼손되는 데 비해 그 범죄억지의 효과는 너무도 불확실하다는 점에서 심판대상조항은 법익의 균형성도 현저히 잃고 있다.

마. 소결

그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 인격권 및 개인정보 자기결정권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되기 전의 것)

제38조(등록정보의 공개) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “공개대상자”라 한다)에 대하여 판결로 제3항의 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 아동·청소년 대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 아동·청소년 대상 성범죄 사건에 대하여 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 13세 미만의 아동·청소년에 대하여 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “아동·청소년”은 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.
2. “아동·청소년 대상 성범죄”는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.

가. 제7조부터 제12조까지의 죄(제8조 제5항의 죄는 제외한다)

나. 아동·청소년에 대한 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제3조부터 제14조까지의 죄

다. 아동·청소년에 대한 ‘형법’ 제297조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조, 제305조 및 제339조의 죄

라. 아동·청소년에 대한 ‘아동복지법’ 제17조 제2호 및 제4호의 죄

3. “아동·청소년 대상 성폭력범죄”는 아동·청소년 대상 성범죄에서 제8조부터 제12조까지의 죄를 제외한 죄를 말한다.

제38조(등록정보의 공개) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “공개대상자”라 한다)에 대하여 판결로 제3항의 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 아동·청소년 대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 아동·청소년 대상 성범죄 사건에 대하여 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 이 법에 따른 신상공개 결정 또는 열람명령·공개명령을 선고받고 다시 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자

3. 13세 미만의 아동·청소년을 대상으로 아동·청소년 대상 성범죄를 저지른 자로서 13세 미만의 아동·청소년을 대상으로 아동·청소년 대상 성범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자

4. 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자로서 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자

5. 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 범하였으나 ‘형법’ 제10조 제1항에 따라 처벌할 수 없는 자로서 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자

② 제1항에 따른 등록정보의 공개기간(‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조에 따른 기간을 초과하지 못한다)은 판결이 확정된 때부터 기산한다. 다만, 공개명령을 받은 자가 실행 또는 치료감호를 선고받은 경우에는 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 때부터 기산한다.

③ 제1항에 따라 공개하도록 제공되는 등록정보(이하 “공개정보”라 한다)는 다음 각 호와 같다.

1. 성명

2. 나이

3. 주소 및 실제거주지(읍·면·동까지로 한다)

4. 신체정보(키와 몸무게)

5. 사진

6. 아동·청소년 대상 성범죄 요지

④ 공개정보의 구체적인 형태와 내용에 관하여는 대통령령으로 정한다.

⑤ 제3항의 공개정보를 정보통신망을 이용하여 열람하고자 하는 자는 실명 인증 절차를 거쳐야 한다.

⑥ 실명인증, 공개정보 유출 방지를 위한 기술 및 관리에 관한 구체적인 방법과 절차는 대통령령으로 정한다.

제39조(공개명령의 집행) ① 공개명령은 여성가족부 장관이 정보통신망을 이용하여 집행한다.

② 법원은 제38조의 판결이 확정되면 판결문 등본을 지체 없이 여성가족부 장관에게 송달하여야 한다.

③ 공개명령의 집행·공개절차·관리 등에 관한 세부사항은 대통령령으로 정한다.

제42조(비밀준수) 아동·청소년 대상 성범죄자의 신상정보의 등록·공개·보존 및 관리업무에 종사하거나 종사하였던 자는 직무상 알게 된 등록정보를 누설하여서는 아니 된다.

제43조(공개정보의 악용금지) ① 공개정보는 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하기 위하여 성범죄 우려가 있는 자를 확인할 목적으로만 사용되어야 한다.

② 공개정보를 확인한 자는 공개정보를 활용하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 신문·잡지 등 출판물, 방송 또는 정보통신망을 이용한 공개

2. 공개정보의 수정 또는 삭제

③ 공개정보를 확인한 자는 공개정보를 아동·청소년을 성범죄로부터 보호할 목적 외에 다음 각 호와 관련된 목적으로 사용하여 공개대상자를 차별하여서는 아니 된다.

1. 고용(다만, 제44조 제1항의 아동·청소년 관련 교육기관 등에서의 고용은 제외한다)

2. 주택 또는 사회복지시설의 이용

3. 교육기관의 교육 및 직업훈련

제52조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제42조를 위반하여 직무상 알게 된 등록정보를 누설한 자

2. 제43조 제1항 또는 같은 조 제2항을 위반한 자

⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제43조 제3항을 위반한 자

형의 실효 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10211호로 개정된 것)

제7조(형의 실효) ① 수형인이 자격정지 이상의 형을 받지 아니하고 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 경과한 때에 그 형은 실효된다. 다만, 구류(拘留)와 과료(科料)는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에 그 형이 실효된다.

1. 3년을 초과하는 징역·금고 : 10년

2. 3년 이하의 징역·금고 : 5년

3. 벌금: 2년

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 시행령(2013. 5. 31. 대통령령 제24567호로 개정되기 전의 것)

제16조(공개정보 전용 웹사이트 운영 등) ① 여성가족부장관은 법 제38조 제1항 및 제39조 제1항에 따라 공개명령의 집행을 위하여 법 제38조 제3항의 공개정보를 등록 및 열람할 수 있는 전용 웹사이트(이하 “전용 웹사이트”라 한다)를 구축·운영하여야 한다.

② 여성가족부장관은 전용 웹사이트에 등록된 공개정보의 유출 방지하기 위하여 공개정보의 단계적 접근, 공개정보 이용자에 의한 입력 및 출력 금지, 보안 등 기술적 조치를 하고, 이를 상시 감시하여야 한다.

제17조(실명인증 및 열람정보 관리) ① 법 제38조 제5항에 따라 전용 웹사이트를 이용하여 공개정보를 열람하려는 사람은 성명과 주민등록번호 또는 인터넷상 개인식별번호로 실명인증을 받고, 공인인증서, 주민등록증 발급일, 휴대전화 번호 중 어느 하나를 활용하여 본인 확인을 받아야 한다.

② 여성가족부장관은 제1항에 따라 공개정보를 열람한 사람의 신상정보와 접속정보를 일정 기간 보관·관리 등의 조치를 하여야 한다.

인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌소원

(2013. 10. 24. 2011헌바138)

【판시사항】

부정한 목적으로 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여 정당한 권원이 있는 자가 법원에 그 도메인이름 등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있도록 규정한 인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분과 제2항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

이 사건 법률조항의 문언적 의미, 관련규정, 법원의 해석 등을 종합적으로 고려할 때, 위 조항의 수급자로서는 ‘정당한 권원이 있는 자’의 의미를 충분히 예측할 수 있고, 개별 사안에서 ‘정당한 권원이 있는 자’의 구체적 범위는 이 사건 법률조항의 입법 취지, 도메인이름 등과 그 대상표지의 관계, 도메인이름 등의 등록말소·이전 필요성 등을 고려한 법관의 법 보충작용에 의하여 합리적으로 결정될 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

【심판대상조문】

인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조(부정한 목적의 도메인이름등의 등록 등의 금지) ① 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름 등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이익을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용하여서는 아니 된다.

② 생략

【참조조문】

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가.~사. 생략

아. 정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위

- (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적
- (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적
- (3) 그 밖에 상업적 이익을 얻을 목적

자. 생략

2.~4. 생략

구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10810호로 개정되기 전의 것) 제4조(부정경쟁행위의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다.

1.~2. 생략

3. 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소

4. 생략

인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제18조의2(판단기준) ① 피신청인이 등록한 인터넷주소의 사용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조정부는 피신청인의 인터넷주소를 신청인에게 이전하도록 하거나 말소하는 조정결정을 할 수 있다.

- 1. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표, 서비스표 등 「상표법」에서 보호되는 표장(이하 “표장”이라 한다)에 대한 권리를 침해하는 경우
- 2. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 널리 인식된 신청인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하는 경우
- 3. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에서 저명한 신청인의 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 경우

② 피신청인의 인터넷주소의 등록·보유 또는 사용이 정당한 권원이 있는 자의 인터넷주소의 등록 또는 사용을 방해하거나 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대하여 정당한 권한이 있는 자에게 판매·대여하려는 등 부당한 이익을 얻으려는 목적으로 행하여진 경우에

헌재 2013. 10. 24. 2011헌바138

도 조정부는 제1항과 같은 결정을 할 수 있다.

③ 생략

【참조판례】

헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79
헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341
헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 478

【당 사 자】

청 구 인 고○진
대리인 법무법인 비전인터내셔널
담당변호사 박명환 외 1인
당해사건 대구고등법원 2010나6759 도메인이름 이전·사용금지권리 부
존재확인

【주 문】

인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분과 제2항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
 - 가. 사건의 개요
 - (1) 청구인은 2000. 5. 10. 국제인터넷주소관리기구(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)로부터 도메인이름 등록기관으로 인가받은 국내 업체인 주식회사 ○○(www.○○.com)에 “○○.com”이라는 도메인이름(이하 ‘이 사건 도메인이름’이라 한다)을 등록한 후, 이를 사용한 웹사이트를 개설하여 NCA Cheerleading, Cheerleading, Cheerleading Music, Cheerleading Outfits, Cheerleading Shoes 등의 단어를 포함한 각종 검색어를 나열하고, 성인용품 등의 서비스가 포함된 제3자의 웹사이트와 응원 의류·용품 등을 파는 업체들의 웹사이트로 연결되는 링크를 설정해 두고 있었다.
 - (2) 미국 법인 ○○ 코퍼레이션(○○ Corporation, 이하 ‘○○사’라 한다)은

전국치어리더연합회(National Cheerleaders Association)가 응원 의상·용품 판매를 위해 1952년부터 상표로 사용하고 1997년에 미국 특허상표청에 등록된 'NCA'라는 표장에 관한 미국 내 상표권을 2008. 7. 21. 양도등록한 후, 같은 해 8. 12. 미국의 국가중재위원회(National Arbitration Forum)에 청구인을 상대로 이 사건 도메인이름을 자기에게 이전등록하도록 명하여 달라는 분쟁처리신청(청구번호: FA0906001269368)을 하였고, 위 위원회는 2008. 10. 13. 통일도메인이름분쟁해결방침(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) 제4조 제a항에 따라, 청구인에게는 그 도메인이름에 관한 정당한 권리나 이익이 없고 부정한 목적도 인정된다는 이유로 청구인에 대하여 이 사건 도메인이름을 ○○사에게 이전하라는 내용의 결정을 하였다. 청구인은 이에 불복하여 같은 조 제k항에 따라 ○○사를 상대로 '이 사건 도메인이름에 관하여 ○○사의 청구인에 대한 등록이전 또는 사용금지 청구권이 존재하지 아니한다'는 내용의 도메인이름 이전·사용금지권리부존재확인 소를 우리나라 법원에 제기하였으나(대구지방법원 2009가합11550) 2010. 8. 17. 기각되었다.

(3) 그러자 청구인은 위 판결에 대한 항소를 제기하면서(대구고등법원 2010나6759) 항소심 계속 중 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조가 헌법상 명확성 원칙에 반한다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2011. 6. 10. 기각되자, 2011. 7. 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 전부를 심판의 대상으로 삼았으나, 청구인이 헌법에 위반된다고 주장하는 부분은 위 조항 중 '정당한 권원이 있는 자' 부분에만 해당될 따름이므로, 심판의 대상을 그 부분으로 한정하기로 한다. 따라서 이 사건 심판의 대상은 인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 '정당한 권원이 있는 자' 부분과 제2항 중 '정당한 권원이 있는 자' 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법에 위배되는지 여부이다. 심판대상조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것)

제12조(부정한 목적의 도메인이름등의 등록 등의 금지) ① 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이익을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유

또는 사용하여서는 아니 된다.

② 정당한 권원이 있는 자는 제1항을 위반하여 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용한 자가 있으면 법원에 그 도메인이름등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있다.

[관련조항]

인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것)

제18조의2(판단기준) ① 피신청인이 등록한 인터넷주소의 사용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조정부는 피신청인의 인터넷주소를 신청인에게 이전하도록 하거나 말소하는 조정결정을 할 수 있다.

1. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표, 서비스표 등 「상표법」에서 보호되는 표장(이하 “표장”이라 한다)에 대한 권리를 침해하는 경우
2. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에 널리 인식된 신청인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하는 경우
3. 피신청인의 인터넷주소의 사용이 국내에서 저명한 신청인의 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 경우

② 피신청인의 인터넷주소의 등록·보유 또는 사용이 정당한 권원이 있는 자의 인터넷주소의 등록 또는 사용을 방해하거나 성명, 명칭, 표장 또는 상호 등에 대하여 정당한 권원이 있는 자에게 판매·대여하려는 등 부당한 이득을 얻으려는 목적으로 행하여진 경우에도 조정부는 제1항과 같은 결정을 할 수 있다.

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

아. 정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위

- (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적
- (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적

(3) 그 밖에 상업적 이익을 얻을 목적

구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10810호로 개정되기 전의 것)

제4조(부정경쟁행위의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다.

3. 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소

2. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항에서 도메인이름의 등록말소 내지 등록이전 청구권자를 단지 '정당한 권원이 있는 자'라고만 문언상 표현하고 있을 뿐 그 밖에 아무런 구체적 규정을 두고 있지 아니하여 그 범위가 어디까지 확장될 수 있는지 예측하기 어려우므로 헌법상 명확성원칙에 반한다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 입법취지

먼저, 이 사건 법률조항의 입법연혁을 살펴본다. 인터넷주소자원의 안정적인 관리체계를 정립하기 위하여 2004. 1. 29. 법률 제7142호로 인터넷주소자원에 관한 법률(이하 '인터넷주소자원법'이라 한다)이 제정되면서 제12조(부정한 목적의 도메인이름등의 등록금지)가 규정되었는데, 이에 따르면 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이익을 얻을 목적으로 도메인이름등을 등록하여서는 아니 되고(제1항), 정당한 권원이 있는 자는 제1항의 규정을 위반하여 도메인이름등을 등록한 자에 대하여 법원에 그 도메인이름등의 등록말소를 청구할 수 있게 하였다(제2항). 그 후 2009. 6. 9. 법률 제9782호로 인터넷주소자원법이 개정되면서 이 사건 법률조항이 금지하는 행위가 부정한 목적의 도메인이름등의 '등록'뿐만 아니라 그 '보유 또는 사용'에까지 확대되고, 이를 위반한 자를 상대로 정당한 권원이 있는 자는 법원에 그 도메인이름등의 등록말소 외에 등록이전도 청구할 수 있게 되었다. 한편, 같은 법 제4조(적용범위)가 위 2009. 6. 9. 개정 당시 함께 변경됨에 따라 인터넷주소자원법의 적용범위가 종전에 '대한민국의 국가코드에 따르는 도메인이름등의 인터넷주소자원'에 국한되던 것에서 '대한민국에서 등록, 보유 또는 사용되는 도메인이름등의 인터넷주소자원'에까지 확대되어 현재에 이르고 있다.

다음으로 이 사건 법률조항의 취지는, 인터넷에서 사용되는 도메인이름은 선착순으로 자유롭게 등록할 수 있는 것이 원칙이나, 그 중복 등록이 불가능함을 악용하여 부정한 목적으로 도메인이름을 선점하는 이른바 사이버스쿼팅(cybersquatting) 행위를 규제함으로써 정당한 권원이 있는 이의 도메인이름 등록 및 사용을 보장하고 도메인이름에 관한 인터넷 사용자들의 혼동 등을 방지하려는 데에 있다고 할 것이다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다64836 판결 참조).

나. 이 사건 법률조항의 명확성원칙 위배 여부

(1) 법치국가 원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구되지만(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341), 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있을 뿐만 아니라, 이러한 명확성원칙을 산술적으로 엄격히 관철하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어 사용은 부득이하다고 할 수밖에 없으며, 당해 법률이 제정된 목적과 타 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비 여부가 가려져야 한다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가 104, 판례집 4, 64, 78-79 참조).

특히 민사법규는 행위규범의 측면이 강조되는 형벌법규와는 달리 기본적으로는 재판규범의 측면이 훨씬 강조되므로, 사회현실에 나타나는 여러 가지 현상에 관하여 일반적으로 흠결 없이 적용될 수 있도록 보다 추상적인 표현을 사용하는 것이 상대적으로 더 가능하다고 볼 것이다(헌재 2007. 10. 25. 2005헌 바96, 판례집 19-2, 467, 478).

(2) 이 사건 법률조항은 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 자에 대하여 정당한 권원이 있는 자는 법원에 그 도메인이름등의 등록말소 또는 등록이전을 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이 사건 법률조항의 문언 중 ‘정당한’은 ‘이치에 맞아 올바르고 마땅한’이라는, ‘권원’은 ‘어떤 행위를 정당화하는 법률적인 원인’이라는 사전적 의미가 있는바, 그렇다면 이 사건 법률조항의 전체 맥락상 ‘정당한 권원이 있는 자’라 함은 ‘부정한 목적으로 도메인

이름등을 등록·보유 또는 사용한 자를 상대로 법원에 그 도메인이름등의 등록말소를 청구하거나 자신에게 등록이전을 청구하는 것이 이치에 맞아 옳바르고 마땅하게끔 하는 법률적인 원인을 가진 자'라는 문언적 의미가 있다고 할 것이다. 이렇듯 '정당한 권원'은 어디까지나 법률적인 원인이나 근거를 가리키는 것이므로, 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유 또는 사용하는 행위와 단지 간접적이나 사실적 이해관계가 있을 뿐인 경우에까지 확장된다고 해석될 수는 없을 것이다.

그리고 관련조항인 인터넷주소자원법 제18조의2 제1항은 도메인이름등의 등록 등과 관련된 분쟁의 조정을 담당하는 인터넷주소분쟁조정위원회의 판단 기준으로 도메인이름등의 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표, 서비스표 등 상표법에서 보호되는 표장에 대한 권리를 침해하거나 국내에서 저명한 신청인의 성명, 상호에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 등의 경우 그 도메인이름등을 신청인에게 이전하도록 하거나 말소하는 조정결정을 할 수 있다고 규정하고 있고, 부정경쟁 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호 아목은 정당한 권원이 없는 자가 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적 등으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하여, 그러한 부정경쟁행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 같은 법 제4조 제2항 제3호에 따라 법원에 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소를 청구할 수 있게 하고 있는바, 이러한 점에 비추어 볼 때 도메인이름과 동일 또는 유사한 성명, 상호, 상표, 서비스표 그 밖의 표지(이하 '대상표지'라 한다)에 관하여 상표법이나 부정경쟁방지법에 따라 보호되는 권리나 이익이 여기의 '정당한 권원'에 포함됨은 분명하다.

나아가 인터넷주소자원법 제18조의2 제2항은 대상표지가 국내에 등록되었는지, 국내에서 널리 인식되었는지와 상관없이 이에 관하여 정당한 권한이 있는 자를 상대로 도메인이름등의 등록·보유 또는 사용자가 도메인이름등을 판매·대여하려는 등 부당한 이득을 얻으려는 목적을 가진 경우 등에도 인터넷주소분쟁조정위원회는 같은 조 제1항과 같은 결정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 부정경쟁방지법이 '국내에 널리 알려진' 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 부정경쟁행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하고 있음과 달리, 인터넷주소자원법은 '인터넷에서 사용되는' 도메인

이름등의 인터넷주소자원의 개발·이용을 촉진하고 인터넷주소자원의 안정적인 관리체계를 구축함으로써 전 세계를 망라하는 컴퓨터 통신망의 집합체인 인터넷을 이용하는 사람들의 편익을 증진함을 목적으로 제정된 점, 같은 법 제3조 제1항이 인터넷주소가 공정하고 적절하게 사용될 수 있도록 노력할 것을 국가의 책무로 규정한 점, 그리고 위와 같은 목적과 책무를 달성하기 위한 주요 수단으로 이른바 사이버스쿼팅에 대한 일반적이고 포괄적인 규제를 위하여 인터넷주소자원법에 이 사건 법률조항과 위 조항이 함께 마련된 점 등 제반 사정이 고려된 것이라 보이는데, 이러한 사정은 이 사건 법률조항에 있어서도 마찬가지라고 할 것이므로 ‘정당한 권원’을 인정함에 있어 그 대상표지가 국내에서 등록되거나 널리 인식되어 있을 것은 요구되지 않는다고 할 것이다.

한편, 대법원은 도메인이름의 등록말소 또는 등록이전을 청구하는 이에게 ‘정당한 권원’이 있다고 하려면, 그 도메인이름과 동일 또는 유사한 성명, 상호, 상표, 서비스표 그 밖의 표지를 타인이 도메인이름으로 등록하기 전에 국내 또는 국외에서 이미 등록하였거나 상당 기간 사용해 오고 있는 등으로 그 도메인이름과 사이에 밀접한 연관관계를 형성하는 한편, 그 도메인이름을 대가의 지불 없이 말소하게 하거나 이전을 받는 것이 정의 관념에 비추어 합당하다고 인정할 수 있을 만큼 직접적 관련성이 있고 그에 대한 보호의 필요성도 충분하다는 사정이 존재하여야 한다고 판시하여(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57661 판결 참조), 위에서 살펴본 문언적 의미를 기초로 한 객관적 해석기준을 마련하고 있다.

따라서 인터넷주소자원법 제12조에 규정된 ‘정당한 권원이 있는 자’의 개념이 다소 추상적일 수 있지만, 그 문언적 의미, 관련규정, 법원의 해석 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 법률조항의 수급자로서는 ‘정당한 권원이 있는 자’의 의미를 충분히 예측할 수 있다 할 것이고, 개별적인 사안에서 ‘정당한 권원이 있는 자’의 구체적인 범위는 인터넷주소자원법의 목적 및 위 조항의 취지, 도메인이름등과 그 대상표지의 관계, 도메인이름등의 등록말소·이전 필요성 및 그 당위성 등을 고려하여 법관의 법 보충작용을 통한 판례에 의하여 합리적으로 결정될 수 있을 것이기에 법을 해석·집행하는 기관으로 하여금 그 의미를 개개의 사안에서 자의적으로 해석하거나 집행하게 할 염려가 있다고 하기 어려우므로 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전

판례집 25-2(하)

원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

구 관세법 제269조 제2항 제1호 등 위헌소원

(2013. 10. 24. 2012헌바85)

【판시사항】

무신고수입행위에 대한 처벌규정인 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제269조 제2항 제1호 중 ‘제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’ 부분과, 필요적 몰수·추징을 규정하고 있는 구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제2항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’ 및 구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제3항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분(이하 이들을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 책임과 형벌과의 비례원칙, 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

무신고수입죄의 주된 보호법익은 통관질서의 적정에 있는데 적절한 통관절차의 이행을 확보하기 위해서는 수입신고가 핵심적 요소인 점, 통관질서의 적정을 해하였다는 점에서 무세품에 대한 무신고수입행위나 유세품에 대한 무신고수입행위는 죄질과 비난가능성의 정도가 다르지 아니한 점, 무신고수입행위가 관세포탈로 이어지지 아니한 경우에는 법관의 양형재량을 통하여 적정을 기하는 등 행위의 개별성에 따라 책임에 알맞은 형을 선고할 수 있는 점, 무신고수입죄는 관세법 제276조 제1항 제4호의 허위신고죄 및 제270조 제1항

제1호의 관세포탈죄와는 주된 보호법의 및 죄질을 달리하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항들은 책임과 형벌과의 비례원칙, 평등원칙에 위반되지 않는다.

【심판대상조문】

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제269조(밀수출입죄) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

- 1. 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자. 다만, 제253조 제1항의 규정에 의한 반출신고를 한 자를 제외한다.

2. 생략

③ 생략

구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조(몰수·추징) ① 생략

② 제269조 제2항 및 제3항 또는 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다. 다만, 제269조 제2항의 경우로서 다음 각 호의 1에 해당하는 물품은 이를 제외한다.

- 1. 제154조의 보세구역에 제157조의 규정에 따라 신고를 한 후 반입한 외국물품
- 2. 제156조의 규정에 따라 세관장의 허가를 받아 보세구역이 아닌 장소에 장치한 외국물품

③~④ 생략

구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조(몰수·추징) ①~② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다. 다만, 제274조 제1항 제1호 중 제269조 제2항의 물품을 감정한 자를 제외한다.

④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항

【참조판례】

헌재 1998. 2. 5. 96헌바96, 판례집 10-1, 4, 12

헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 710-711

헌재 2013. 10. 24. 2012헌바85

헌재 2010. 7. 29. 2008헌바145, 판례집 22-2상, 316, 323-324

헌재 2011. 4. 28. 2009헌바56, 판례집 23-1하, 1, 9-10

대법원 1978. 4. 25. 선고 76도2262 판결

대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도6484 판결

【당 사 자】

청 구 인 1. 이○용
2. 주식회사 ○○월드
대표이사 이○용
청구인들 대리인 변호사 백창은
당해사건 대법원 2011도5013 관세범위반

【주 문】

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제269조 제2항 제1호 중 ‘제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’ 부분, 구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제2항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분, 구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제3항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인 이○용은 미국 등으로부터 컴퓨터 소프트웨어 프로그램을 수입하여 판매하는 청구인 주식회사 ○○월드(이하 ‘○○월드’라 한다)의 대표이사이고, 청구인 ○○월드는 소프트웨어 사업 등을 목적으로 하는 법인으로, 청구인 이○용은 “관세가 무세인 물품인 컴퓨터 소프트웨어 프로그램을 우편물로 수입하여 판매하는 데 있어 판매를 목적으로 반입하는 물품 또는 대가를 지급

하였거나 지급하여야 할 물품은 정식 수입신고를 하여야 함에도 불구하고, 2007. 1. 13.부터 2010. 4. 19.까지 총 30회에 걸쳐 미화 43,329달러(한화 47,007,508원) 상당의 물품을 수입신고 없이 반입하였다.”는 범죄사실로, 청구인 ○○월드는 “○○월드의 대표이사 이○용이 ○○월드의 업무에 관하여 위와 같은 행위를 하였다.”는 범죄사실로 2011. 1. 11. 각 벌금 및 추징을 선고받았고(서울중앙지방법원 2010고정6186), 각 이에 항소하였으나 2011. 4. 6. 항소가 기각되었다(서울중앙지방법원 2011노270).

(2) 청구인들은 위 항소심 판결에 대하여 상고하였고(대법원 2011도5013), 상고심 계속 중 수입신고를 하지 않고 물품을 수입한 행위에 대해서 그로 인해 관세포탈이 있는지 여부를 묻지 않고 일률적으로 처벌하는 것은 형벌과 책임의 비례원칙 등에 반한다고 주장하며 관세법 제269조 제2항 제1호 본문, 제279조 제1항 본문, 제282조 제2항 본문, 제3항 본문, 제4항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(대법원 2011초기263), 2012. 2. 9. 상고 및 위헌법률심판제청신청이 각 기각되자 2012. 3. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 관세법 제269조 제2항 제1호 본문, 제279조 제1항 본문, 제282조 제2항 본문, 제3항 본문, 제4항 전부에 대하여 헌법소원심판청구를 하였으나, 당해 사건은 수입신고를 하지 않고 물품을 수입한 행위로 인하여 관세법을 위반한 사안이므로, 이 사건 심판의 대상은 위 사안과 관련된 부분으로 한정한다.

그리고 관세법 제279조 제1항 본문과 제282조 제4항은 법인에 대한 양벌규정으로, 청구인들은 위 각 조항이 규율하는 부분에 대하여 독자적이고도 구체적인 위헌 주장은 하지 아니하고, 아래 심판대상조항이 위헌이므로 위 각 조항 또한 위헌이라는 취지의 주장만 하고 있을 뿐이고, 아래 심판대상조항의 위헌성이 드러날 경우 위 조항들 또한 그 적용이 배제될 것이므로, 위 각 조항은 심판대상에서 제외함이 상당하다.

따라서 이 사건 심판의 대상은, ① 구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제269조 제2항 제1호 중 ‘제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’ 부분, ② 구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제2항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분, ③ 구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되

고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제3항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항의 내용은 다음과 같고, 관련조항의 내용은 별지 기재와 같다.

[심판대상조항]

구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것)

제269조(밀수출입죄) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자.

구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것)

제282조(몰수·추징) ② 제269조 제2항 및 제3항 또는 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다.

구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것)

제282조(몰수·추징) ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

2. 청구인들의 주장요지

이 사건 법률조항들은 무신고수입행위에 대해서 그로 인해 관세포탈이 있는지 여부 등을 묻지 않고 동일한 형으로 처벌하고 있을 뿐만 아니라, 그 법정형도 지나치게 무겁다. 즉, 관세법의 제1차적 목적은 관세수입의 확보에 있는 것이고, 그 밖의 다른 국가정책적인 필요는 부차적인 것에 불과함에도, 이 사건 법률조항들은 수입물품이 유세품인지 무세품인지, 관세를 포탈하였는지 여부를 묻지 않고 단순히 수입신고를 하지 않았다는 절차적 의무위반 행위에 대하여 지나치게 높은 법정형으로 처벌하고, 필요적 몰수·추징을 규정하고 있다. 또한 이 사건 법률조항들은 수입신고를 부실 또는 허위로 한 행위와 그로 인하여 관세포탈까지 나아간 행위에 대한 처벌조항인 관세법 제276조 제1항 제4호와 관세법 제270조 제1항 제1호와의 체계상 구조를 비교할 때 형평성을 잃

고 있는바, 결국 이 사건 법률조항들은 책임과 형벌과의 비례원칙, 평등원칙 등에 반한다.

3. 판 단

가. 통관절차에 있어서 수출입신고의 의의

관세행정에 있어 법이 정한 통관절차는 수출입 물품에 대한 관세뿐만 아니라 내국세 등 제세의 적정한 부과·징수를 통하여 재정수입을 확보하고, 국가 정책상 필요한 각종의 규제사항에 대한 실효성을 확보하는 데 유용하다.

특히 세관은 수입신고를 통하여 관세법 기타 수출입 관련 법령에 규정된 허가·승인·표시 또는 그 밖의 조건의 구비 여부를 확인할 수 있고(관세법 제 226조 제1항, 제2항), 수입관련 무역통계는 정치·경제·행정적인 각종 정책수립에 중요한 자료가 되며, 국제기구나 외국과의 통상에도 중요한 기초자료로 활용되므로(헌재 2008. 12. 26. 2005헌바30, 판례집 20-2하, 580, 587), 수입신고는 통관의 핵심적 요소라 할 것이고, 따라서 유세품뿐만 아니라 관세가 부과되지 않는 무세품이라 하더라도 적법한 수입신고절차를 거칠 것이 요청된다.

나. 무신고수입죄와 관세포탈죄와의 관계

1996. 12. 30. 관세법이 법률 제5194호로 개정되기 전에는 수입신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자를 처벌하는 무신고수입죄의 법정형이 관세포탈죄의 법정형보다 낮게 규정되어 있었다. 이에 따라 수입신고를 하지 아니하고 유세품을 수입한 경우의 상당 부분에 대하여 무신고수입죄를 적용하기 보다는 관세포탈죄를 적용하여 처벌하였고, 이에 반하여 수입신고를 하지 아니하고 무세품을 수입한 경우에는 무신고수입죄를 적용하여 처벌하였다.

그러나 관세법이 수출입면허제에서 수출입신고제로 변경되면서 수출입물품에 대한 성실한 신고를 확보하기 위해 1996. 12. 30. 관세법을 개정하여 유세품, 무세품을 불문하고 무신고수입행위에 대하여 관세포탈죄보다 높은 법정형을 규정하고, 관세포탈죄의 필요적 몰수·추징규정은 삭제하였다. 또한 관세포탈죄의 구성요건으로 '수입신고를 한 자'가 관세를 포탈할 것을 요구하여 수입신고를 하지 않은 자가 관세를 포탈하였다더라도 무신고수입죄만 성립하고 관세포탈죄는 성립하지 않게 되었다.

다. 책임과 형벌과의 비례원칙 위반 여부

(1) 관세 형벌은 그 시대의 국가경제 및 수출입 정책, 국민들의 수출입에 관한 질서의식 등을 고려하여 그 시대의 경제적·사회적 상황에 맞추어 국가 재정권과 통관질서의 유지를 보호하기 위한 적절한 형벌의 종류와 범위를 정할

수박에 없는 제재이므로, 그 제재의 정도는 기본적으로 입법자의 입법형성의 자유의 범위 내에 속한다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 710-711).

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

(2) 관세법은 관세의 부과·징수를 통한 관세수입의 확보와 수출입 물품의 적정한 통관을 통하여 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(관세법 제1조). 그러나 관세법상의 개별적인 규제에 있어서 위 양자의 입법목적 중 어떤 것을 우선할 것인지 여부는 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 할 것이다.

통관절차는 신고를 토대로 하여 이루어지고, 수입신고는 관세의 징수를 확보하고 통관절차를 확립하기 위하여 마련된 제도로서 통관의 핵심적인 요소이므로, 수입신고를 하지 않은 행위는 단순한 행정절차상 신고의무의 해태 또는 지연에 불과한 것이라고 할 수 없고, 법적 강제력을 통해 수입신고를 확보하는 것이 필요하다. 수입신고가 이루어지지 않으면 해당 물품의 국내반입을 파악할 방법이 없고 통관절차의 진행도 불가능하기 때문에, 수입신고 자체를 하지 않는 밀수행위는 관세행정의 기본적인 체계를 무너뜨리는 범죄라 할 것이므로, 이를 엄정히 처벌할 필요가 있다.

이처럼 무신고수입행위는 관세법상의 가장 기본적이고도 핵심적인 요소를 결하여 통관절서의 적정이라는 보호법익을 침해한다는 점에서 죄질이 무겁고 비난가능성이 크다는 점을 고려하여, 입법자는 무신고수입행위에 대하여 관세 포탈죄보다 중한 형으로 처벌하도록 규정한 것이므로 그 합리성을 인정할 수 있다.

그리고 무신고수입행위에 대한 처벌조항은 5년 이하의 징역 또는 일정 금액 이하의 벌금에 처할 수 있도록 그 폭을 넓게 규정하여, 법관이 구체적인 사안에 따라, 특히 관세포탈까지 나아가지 아니한 경우 등에는 양형재량을 통하여 적정을 기하는 등 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형을 선고할 수 있으므로, 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 할 수 없다.

(3) 한편, 관세법에서 일정한 경우 필요적 몰수·추징을 부과하는 것은 관

세법위반으로 인하여 생긴 물품의 사회적 유통을 억제하고, 일반예방적인 차원에서 이를 엄하게 징벌하려는 데에 그 목적이 있다. 즉, 관세법상의 몰수·추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 주목적으로 하는 형법상의 몰수·추징과는 달리 그 범죄공용물의 회기 또는 징벌적 목적의 달성을 주목적으로 하는 징벌적 성질의 처분인 것이다(헌재 1998. 2. 5. 96헌바96, 판례집 10-1, 4, 12). 그런데 만약 무신고수입 행위에 대하여 임의적인 몰수·추징만이 가능하다고 한다면, 관세법을 위반한 물품의 유통을 억제하고 일반 예방적 차원에서 이를 엄하게 징벌하려고 하는 관세법의 입법 목적 자체를 달성하기 어려워질 수 있다. 재정범으로서의 성격이 강한 관세법의 성격에 비추어 볼 때, 수입신고의무의 이행을 확보하기 위해서는, 자유형 등을 강화하기보다는 필요적 몰수·추징 절차와 같은 재정적인 규제 수단을 통하여 강제력을 확보하는 것이 정책적으로도 바람직하고, 재정범으로서의 성격에도 부합하는 것이라 할 수 있다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌바145, 판례집 22-2상, 316, 323-324 참조).

또한, 행위자의 책임과 형벌의 비례관계는 주형과 부가형을 통산하여 인정되는 것이므로, 주형의 구체적인 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 구체적 형평성을 기할 수 있고, 법관은 주형에 대하여 선고를 유예하는 경우에는 부가형인 필요적 몰수나 추징에 대하여 선고를 유예할 수 있으므로(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도584 판결, 대법원 1978. 4. 25. 선고 76도2262 판결), 무신고수입행위에 대하여 일률적으로 필요적 몰수·추징을 규정하고 있다고 하여 책임과 형벌과의 비례원칙에 반한다고 단정하기는 어렵다.

라. 평등원칙 위반 여부

(1) 청구인들은, 유세품의 경우에는 주로 관세포탈을 목적으로 신고를 회피하는 경우가 대부분이지만 무세품의 경우에는 그러한 목적이 없는 단순한 신고절차의 불이행에 불과함에도, 유세품, 무세품의 구별 없이 모든 수입품에 대한 무신고수입행위를 동일하게 처벌하고 있는 이 사건 법률조항들은 평등원칙에 반한다는 취지의 주장을 한다.

그러나 무신고수입행위를 처벌하는 주된 입법목적은 수입물품에 대한 적절한 통관절차의 이행을 확보하는 데에 있는 것이고, 관세수입의 확보는 그 부수적인 목적에 불과하다(대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도6484판결 참조). 수입물품에 대한 신고가 이루어지지 않으면 해당 물품의 국내반입을 파악할 방법이 없고 그로 인하여 국내의 유통질서를 왜곡시키는 등 통관질서 및 국민경제질서의 적정을 심히 해할 수 있는데, 이러한 결과는 수입물품이 유세품인지 무

제품인지 여부에 따라 달라지는 것이 아니다. 통관질서의 적정을 해하였다는 점에서 유세품에 대한 무신고수입행위나 무세품에 대한 무신고수입행위는 죄질과 비난가능성의 정도가 다르지 아니하므로, 유세품인지 무세품인지 여부를 따지지 아니하고 동일한 법정형으로 규정해 놓은 데에는 합리적인 이유가 있다 할 것이다. 그리고 앞서 본 바와 같이 관세포탈이 없는 단순한 무신고수입행위에 대해서는 법관의 양형재량을 통하여 적정을 기할 수도 있다.

(2) 청구인들은 또, 단순한 부실 또는 허위의 수입신고가 있는 경우와 그로 인하여 관세포탈로까지 이어진 경우에 있어서 법정형을 달리 규정하고 있는 관세법 제276조 제1항 4호(허위신고죄)와 관세법 제270조 제1항 제1호(관세포탈죄)와의 체계상 구조를 비교해 볼 때, 무신고수입행위로 인한 관세포탈이 있는지 없는지 여부를 구별하지 아니한 채 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 이 사건 법률조항들은 형벌체계의 균형성을 잃었거나 평등원칙에 반한다는 주장을 한다.

살피건대, 관세법 제276조 제1항 제4호의 허위신고죄와 관세법 제270조 제1항 제1호의 관세포탈죄는 각 수입신고의 이행을 전제로 하는 범죄로서, 일단 수입신고가 이루어진 이상 통관절차의 이행확보라는 법익침해의 불법성 면에서 무신고수입행위보다 그 정도가 훨씬 경미하므로 이러한 점을 참작하여 무신고수입죄보다는 경하게 처벌하면서, 다만 이 경우에는 모두 수입신고 자체는 이행되었으므로 관세포탈 여부가 불법의 정도를 가늠하는 중요한 인자가 될 수 있음을 고려하여 두 범죄의 법정형에 차이를 둔 것으로 보아야 할 것이다. 그에 반하여 무신고수입죄는 그 입법목적이 적정한 통관절차의 이행확보에 있는 것이고, 그에 따라 여기서는 수입신고 자체의 중요성이 강조될 수밖에 없으며, 무신고행위로 인해 이미 핵심적인 보호법익에 대한 침해가 발생한 이상 관세수입확보에 대한 침해는 부차적인 것에 불과하므로, 관세포탈 여부는 무신고수입죄의 법정형을 정함에 있어서 크게 고려할 사항이 아니라는 입법자의 의지가 반영된 것이라 할 수 있다.

이처럼 무신고수입죄는 허위신고죄 및 관세포탈죄와는 주된 보호법익 및 죄질을 달리하고 있으므로, 무신고수입행위로 인하여 관세를 포탈하였는지 여부에 따라 법정형을 구별하여 규정하지 않았다고 하여 허위신고죄 및 관세포탈죄와의 관계에서 이 사건 법률조항들이 형벌체계의 균형성을 상실하였다거나 평등원칙에 반한다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

구 관세법(2010. 12. 30. 법률 제10242호로 개정되기 전의 것)

제241조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입 또는 반송하려는 해당 물품의 품명·규격·수량 및 가격과 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물품은 대통령령으로 정하는 바에 따라 제1항에 따른 신고를 생략하게 하거나 관세청장이 정하는 간소한 방법으로 신고하게 할 수 있다.

1. 휴대품·탁송품 또는 별송품
2. 우편물
3. 제91조부터 제94조까지, 제96조 및 제97조 제1항에 따라 관세가 면제되는 물품
4. 국제운송을 위한 컨테이너(별표 관세율표 중 기본세율이 무세인 것으로 한정한다)

제258조(우편물통관에 대한 결정) ② 우편물이 대외무역법 제14조의 규정에 의한 수출입의 승인을 얻은 것이거나 기타 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 것인 때에는 당해 우편물의 수취인 또는 발송인은 제241조의 규정에 의한 신고를 하여야 한다.

제269조(밀수출입죄) ① 제234조 각 호의 물품을 수출하거나 수입한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

2. 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수입물품과 다른 물품으로 신고하여 수입한 자

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제241조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출하거나 반송한 자

2. 제241조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수출 물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자
제270조(관세포탈죄 등) ① 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 수입신고를 한 자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액의 5배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 제1호의 물품원가는 전체물품 중 포탈한 세액의 전체세액에 대한 비율에 해당하는 물품만의 원가로 한다.

1. 세액결정에 영향을 미치기 위하여 과세가격 또는 관세율 등을 허위로 신고하거나 신고하지 아니하고 수입한 자

제276조(허위신고죄 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 물품원가 또는 2천만 원 중 높은 금액 이하의 벌금에 처한다.

4. 제241조 또는 제244조의 규정에 의한 신고를 함에 있어서 제241조 제1항에 규정된 사항을 신고하지 아니하거나 허위신고를 한 자

구 관세법(1995. 12. 6. 법률 제4982호로 개정되고, 1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것)

제180조(관세포탈죄) ① 사위 기타 부정한 방법으로 관세의 전부 또는 일부를 포탈한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 그 포탈한 세액의 2배 이상 10배 이하에 상당한 벌금에 처한다. 다만, 제186조의3의 규정에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 허위 기타 부정한 방법으로 관세의 감면을 받거나 관세의 감면을 받은 물품에 대한 관세의 징수를 면탈한 자도 또한 제1항과 같다.

③ 사위 기타 부정한 방법으로 관세의 환급을 받은 자도 제1항과 같다. 이 경우 세관장은 사위 기타 부정한 방법으로 환급받은 세액을 즉시 징수한다.

제181조(무신고수출입죄) 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출 수입 또는 반송한 자(제186조의3에 해당하는 자를 제외한다)는 10년 이하의 징역 또는 그 물품원가의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

구 관세법 시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17833호로 개정되고, 2011. 4. 1.

대통령령 제22816호로 개정되기 전의 것)

제246조(수출·수입 또는 반송의 신고) ③ 법 제241조 제2항의 규정에 의하여 신고를 생략하게 하는 물품은 다음 각 호의 1과 같다. 다만, 법 제226조의 규정에 해당하는 물품을 제외한다.

3. 우편물(법 제258조 제2항에 해당하는 것을 제외한다)

제261조(수출입신고대상 우편물) 법 제258조 제2항에서 “기타 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 것”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 우편물을 말한다.

3. 판매를 목적으로 반입하는 물품 또는 대가를 지급하였거나 지급하여야 할 물품(통관허용여부 및 과세대상여부에 관하여 관세청장이 정한 기준에 해당하는 것에 한한다)

형법 제52조 제1항 위헌소원

(2013. 10. 24. 2012헌바278)

【판시사항】

1. 자수를 형의 임의적 감면사유로 규정한 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제52조 제1항(이하 '심판대상조항'이라 한다)의 평등원칙 위반 여부를 판단함에 있어서 자수하지 않은 사람과 자수 감면을 받은 사람을 비교집단으로 볼 수 있는지 여부(소극)

2. 자수를 필요적 형감면사유로 규정한 형법 각칙이나 특별법과 달리 임의적 형감면사유로 규정한 심판대상조항이 평등원칙에 위반 되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 자수하지 않은 사람과, 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람은 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 달라 '본질적으로 동일한 비교집단'이라고 할 수 없다. 나아가 자수한 사람들 중에 자수 감면을 받은 사람과 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람은 모두 심판대상조항의 적용을 받는 집단이므로 상호 배타적인 '두 개의 비교집단'이라고 할 수 없고, 단지 심판대상조항의 적용 여부에 따라 결과적으로 다른 효과를 받은 것에 불과하다. 따라서 위와 같은 경우 본질적으로 동일한 두 개의 비교집단이 존재한다고 볼 수 없다.

2. 자수를 필요적 형감면사유로 규정한 형법의 개별 조항이나 공직선거법 및 국가보안법 해당 조항은 해당 범죄의 성질상 자수자에 대한 비난가능성의 감소 또는 오판방지 내지 국가형벌권의 적절한 행사라는 정책적 목적을 보다 중요하게 고려하여 자수를 필요적 감면사유로 규정한 것으로서, 이러한 범죄와는 성질이 다른 일반 범죄를 저지를 자에 적용되는 심판대상조항이 합리적인 이유 없이 자의적으로 차별하는 규정이라고 할 수 없으므로, 심판대상조항이 형벌 체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제52조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사 책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다.

1.~2. 생략

3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.

4.~8. 생략

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 652

【당 사 자】

청 구 인 손○석

대리인 법무법인(유한) 로고스

담당변호사 유석환

당 해 사 건 대법원 2012도5182 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률위반(횡령) 등

【주 문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제52조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 ‘○○자산운용 주식회사의 경영지원팀 차장으로 위 회사의 자

금관리업무에 종사하던 중 청구인이 개인적으로 모집한 투자자들에게 이자와 원금을 지급할 수 없게 되자, 2008년 4월경부터 2010년 11월경까지 사이에 위 회사의 자금 85억여 원을 횡령하고 잔고증명서 등을 위조하는' 등의 범죄를 저지른 것과 관련하여, 2011. 12. 23. 제1심에서 특정경제범죄가중처벌등에관한 법률위반(횡령)죄 등으로 징역 5년을 선고받았다[서울중앙지방법원 2011고합369, 2011고합1248(병합)]. 청구인은 항소심(서울고등법원 2012노19)을 거쳐 상고를 제기하였다(대법원 2012도5182).

(2) 청구인은 상고심 계속 중 '수사기관에 자진 출석한 사실이 인정됨에도 형을 필요적으로 감면받지 못한 것은 형법 제52조 제1항이 자수를 형의 임의적 감면사유로 규정하였기 때문인데, 실제 자수감면을 받은 사람에 비해 불평등한 결과가 초래되므로, 위 조항은 평등원칙에 위반된다'며 위헌법률심판제청 신청을 하였으나(대법원 2012초기251), 2012. 6. 28. 위 신청이 기각되자 2012. 7. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제52조 제1항의 위헌 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 아래와 같다.

[심판대상조항]

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제52조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

[관련조항]

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다.

3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.

2. 청구인의 주장요지

가. 심판대상조항은 자수감면을 임의적인 것으로 규정함으로써 자수한 사람도 자수감면을 받지 못하여, 자수하지 않은 사람과 동일하게 처벌받을 수 있게 되거나 같은 사안에서 함께 자수한 사람들 중에 자수감면을 받는 사람과 그렇지 못한 사람이 있을 수 있게 되는 등 불평등한 결과를 초래할 수 있다.

나. 심판대상조항은 자수감면을 필요적인 것으로 규정한 공직선거법 제262조 제1항, 국가보안법 제16조 제1호, 형법 제90조 제1항 등과 비교해 볼 때 합리적인 이유 없이 청구인과 같이 위 조항에 해당하지 않는 범죄를 저지른 사

람을 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반된다.

3. 판 단

가. 심판대상조항의 연혁과 의의

(1) 1953년 형법 제정 이전의 의용 형법 제42조 제1항은 '죄를 범하여 아직 판에 발각되기 전에 자수한 자는 그 형을 감경할 수 있다.'고 규정하여 발각 전의 자수에 한하여 형의 감경사유로 삼았음에 비하여, 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 심판대상조항은 '발각되기 전'이라는 표지를 삭제하고 감경만이 아니라 면제까지 할 수 있도록 규정하고 있다.

심판대상조항은 범죄자가 형사법질차 속으로 스스로 들어왔다는 것에서 비난가능성 내지 양형책임이 감소된다는 점과 오판을 방지하고 국가형벌권을 적정하게 행사하는 것을 그 입법목적으로 하고 있다.

(2) 자수란 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하여 그 처분(소추)을 구하는 의사표시를 말한다. 자수는 범인이 수사기관에 의사표시를 함으로써 성립하기 때문에 내심적 의사만으로는 부족하고, 외부로 표시되어야 자수로 인정할 수 있다.

범인이 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 자발적으로 수사관서에 신고하여 그 처분에 맡기는 것으로 족하고, 더 나아가 법적으로 그 요건을 완전히 갖춘 범죄행위라고 적극적으로 인식하고 있을 필요까지는 없다.

(3) 피고인이 자수하였다고 하더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과하고, 자수감경을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다. 또한 형사소송법 제323조 제2항에 규정된 법률상 형의 가중감면의 이유가 되는 사실이라 함은 법률상 형의 필요적 가중감면의 이유가 되는 사실을 말하는 것으로서, 법원의 임의적 감면사유에 해당하는 형법 제52조 제1항 소정의 자수에 관한 주장은 여기에 해당하지 않는다(대법원 1985. 3. 12. 선고 84도3042 판결).

나. 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 심사기준

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 된다. 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거

로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

심판대상조항의 경우, 헌법에서 특별히 평등을 요구하거나, 차별적 취급으로 인하여 신체의 자유 등 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우라고 할 수 없다. 심판대상조항에 대한 평등원칙 위반 여부에 대한 심사는 자의금지라는 완화된 기준을 따라야 할 것이다.

(2) 구체적 검토

(가) 형벌법규가 자수한 자에게 어떠한 요건 아래, 형에 있어서 어느 정도의 혜택을 줄 것인지를 문제는 우리의 역사와 문화, 시대적 상황, 자수한 자에게 선처하는 것에 대한 국민 일반의 가치관과 법감정, 국가형벌권의 적정한 행사를 위한 형사정책의 측면 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 입법정책의 문제이다. 자수에 관한 각 국의 입법례를 살펴더라도, 심판대상조항과 같은 일반적인 형법총칙상의 자수 규정을 두지 않는 입법례(독일)에서부터, 자수의 시기를 제한하고 그 효과 역시 감경으로 제한하는 입법례(일본), 다른 여러 양형감경사유와 같이 규정하는 입법례(오스트리아)까지 다양하다.

그런데 심판대상조항에서는 자수의 요건, 시기 및 방법 등에 관하여 아무런 제한을 두지 않고 있어, 범죄사실과 범인이 누구인가가 발각된 후라 하더라도 자발적으로 자기의 범죄사실을 신고하면 자수로 보고 있고(대법원 1965. 10. 5. 선고 65도597 판결), 제3자를 통하여서도 자수를 할 수 있다(대법원 1964. 8. 31. 선고 64도252 판결). 이처럼 자수가 폭넓게 인정되는 상황에서 청구인의 주장과 같이 필요적으로 자수감면을 하도록 규정한다면 구체적인 사정에 따라 부당한 결과가 발생할 가능성을 배제할 수 없으므로, 법원이 피고인이 자수에 이르게 된 경위 등을 구체적으로 살펴 이를 형의 감면사유로 삼을 것인지 재량에 의하여 판단하는 것이 보다 합리적이라 할 것이다.

(나) 심판대상조항으로 말미암아 자수한 사람과 자수하지 않은 사람, 자수한 사람 중에서 자수감면을 받은 사람과 그렇지 못한 사람 사이에 불평등한 결과가 초래되는지 살펴본다.

평등원칙 위반의 특수성은 대상 법률이 정하는 ‘법률효과’ 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속되어 ‘다른 집단과 사이에 차별’이 발생한다는 점에 있기 때문에, 평등원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우

선 법적용과 관련하여 상호 배타적인 '두 개의 비교집단'을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 652).

청구인이 주장하는 비교집단으로서 자수하지 않은 사람의 경우, 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람과는 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 달라 '본질적으로 동일한 비교집단'이라고 할 수 없으므로 차별 취급 여부를 논할 수 없다.

나아가 자수한 사람들 중에 자수감면을 받는 사람의 경우, 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람과 같이 모두 심판대상조항의 적용을 받아 형을 감면 받을 수 있는 집단에 포함되기 때문에 상호 배타적인 '두 개의 비교집단'이라고 할 수 없고, 단지 심판대상조항의 적용 여부에 따라 결과적으로 다른 효과를 받은 것에 불과하다.

따라서 위와 같은 경우 평등원칙 위반을 인정하기 위한 전제조건인 본질적으로 동일한 두 개의 비교집단이 존재한다고 보기 어렵다.

(다) 심판대상조항과 형법 각칙이나 특별법에 개별적으로 규정된 자수 관련 조항을 비교해 보기로 한다.

입법자는 자수를 임의적 형감면사유로 정하고 있는 심판대상조항을 일반 규정으로서 두고, 자수자에 대한 비난가능성 내지 양형책임이 감소된다는 점 또는 중대한 범죄를 미연에 방지하려는 정책적 목적을 중요하게 고려하거나(형법 제90조 제1항 단서, 제101조 제1항 단서, 제111조 제3항 단서, 제120조 제1항 단서, 제175조 단서, 제213조 단서 등), 오판을 방지하고 국가형벌권을 적정하게 행사할 수 있다는 점을 중요하게 고려하여(형법 제153조, 제154조, 제157조 등) 일정한 요건하에 형을 필요적으로 감면하는 형법의 개별 조항을 두고 있다.

입법자는 형법 이외에 특별법상 자수의 효과로서 형의 필요적 감면을 규정하기도 한다. 국가의 안전 및 국민의 생존·자유 확보나 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의한 공직후보자의 선출과 같이 그 법익이 중대하고 발각이 어려운 범죄의 자수를 권유하거나 오판을 방지하기 위하여 공직선거법상 선거부정관련 범죄에 대한 자수(공직선거법 제262조 제1항) 및 국가보안법상 자수(국가보안법 제16조 제1호)에 대하여 형의 필요적 감면을 규정한 것이 그 예이다.

이와 같이 자수를 필요적 형감면사유로 정한 형법의 개별 조항이나 공직선거법 및 국가보안법 해당 조항은 자수자에 대한 비난가능성의 감소 또는 오판

방지 내지 국가형벌권의 적정한 행사라는 정책적 목적을 보다 중요하게 고려한 입법이다. 이를 두고 청구인과 같이 심판대상조항의 적용을 받는 사람을 합리적인 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고 할 수는 없다.

(라) 따라서 심판대상조항이 형벌체계상의 균형을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

구 대도시권 광역교통관리에 관한
특별법 제11조의3 제1항 제1호 등
위헌소원

(2013. 10. 24. 2012헌바368)

【판시사항】

광역교통시설부담금의 액수 산정을 위한 계산요소의 기준을 대통령령에 위임하고 있는 구 ‘대도시권 광역교통관리에 관한 특별법’(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘특별법’이라 한다) 제11조의3 제5항 중 “개발면적” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

광역교통시설부담금은 이미 승인 또는 인가된 사업에 부과되는 점을 고려할 때(특별법 제11조의4 참조) 구체적인 당해 사업의 ‘전체’ 면적은 사업의 개시단계에서부터 이미 당해 사업자가 알고 있는 내용이며, 이를 상한으로 구체적인 부담금의 부과 기준인 “개발면적”이 어느 범위에서 정해지는지만 문제된다. 따라서 이 사건 법률조항 중 “개발면적”에 관한 산정 방법의 대강 및 그 상한은 특별법의 유기적·체계적 해석을 통하여 예측할 수 있다.

특별법 제11조의3 제1항 제1호의 계산식을 따르고 있는 사업은 모두 토지를 개발하는 사업으로, “개발면적”의 의미는 이러한 사업을 통하여 “유용하게 만들고자 하는 토지의 넓이”를 뜻한다 할 것이고, 광역교통시설부담금의 부과 목적, 관계법령을 고려한 법원의 합리적 해석을 통해 “개발면적”의 구체적 의미와 적용범위를 확정할 수 있다.

또한 특별법의 입법목적 및 재정조달목적 부담금으로서의 광역교통시설부담금의 성격, 특별법에서의 구체적 자원조달 체계 등을 고려할 때, 구체적인 자원 마련의 규모와 회계 구성, 필요한 징수 규모

등은 행정기관에서 다양한 사회적·경제적 여건의 변화 및 건설교통 정책의 변화를 고려하여 합리적으로 규율할 필요가 있는 사항이다. 이에 따라 개별 사업자에게 징수할 광역교통시설부담금의 산정 기준 중 “개발면적” 부분도 그 상한이 이미 전체 면적으로 정해져 있다면, 그 중 어느 범위까지를 포함시킬지는 규율대상의 성격상 지극히 다양하고 수시로 변화되어 행정기관의 전문적인 판단이 필요한 사항으로서 하위법규에 위임할 필요성이 인정된다.

따라서 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위반되었다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의3(부담금의 산정기준) ①~④ 생략

⑤ 제1항의 규정에 의한 개발면적·용적률·건축연면적·공제액 등에 대한 기준은 대통령령으로 정한다.

【참조조문】

헌법 제75조

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 대도시권의 교통 문제를 광역적인 차원에서 효율적으로 해결하기 위하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조(광역교통시설부담금의 부과·징수) 대도시권중 대통령령으로 정하는 대도시권에서 다음 각 호의 1에 해당하는 사업을 시행하는 자는 광역교통시설 등의 건설 및 개량을 위한 광역교통시설부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 납부하여야 한다.

1. 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업
2. 도시개발법에 의한 도시개발사업
3. 주택건설촉진법에 의한 아파트지구개발사업·대지조성사업
4. 주택건설촉진법에 의한 주택건설사업(다만, 제1호 내지 제3호의 사업이 시행되는 지구, 구역 또는 사업지역안에서 시행되는 경우는 제외한다)
5. 도시재개발법에 의한 주택재개발사업

6. 기타 제1호 내지 제5호의 사업과 유사한 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012.

1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의3(부담금의 산정기준) ① 제11조 제1호 내지 제5호의 사업에 대한 부담금은 다음 각 호의 산식에 의하여 계산한 금액으로 한다.

1. 제11조 제1호 내지 제3호의 사업에 해당하는 부담금 = {1㎡당 표준개발비×부과율× 개발면적×(용적률÷200)}-공제액

2. 생략

② 제11조 제6호의 사업에 대한 부담금은 대통령령으로 정하는 바에 따른다.

③ 제1항 제1호의 규정에 의한 부과율은 100분의 50의 범위안에서, 제1항 제2호의 규정에 의한 부과율은 100분의 10의 범위안에서 각각 대통령령으로 정하되, 시·도지사는 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 의하여 제11조의 규정에 의한 사업이 시행되는 지구, 구역 또는 사업지역의 위치, 규모, 특성 등에 따라 100분의 50의 범위안에서 부과율을 조정할 수 있다.

④ 제1항 제1호의 규정에 의한 표준개발비는 순공사비·조사비·설계비 및 일반관리비 등을 감안하여 건설교통부장관이 매년 고시하는 금액을 기준으로 산정하며, 제1항 제2호의 규정에 의한 표준건축비는 임대주택법 제12조의 규정에 의하여 임대주택을 매각할 때 매각가격의 산정기준이 되는 건설교통부장관이 고시하는 표준건축비를 기준으로 산정한다.

⑤ 생략

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의4(부담금의 부과·징수 및 납부기한 등) ① 부담금은 제11조의 규정에 의한 사업이 시행되는 지역의 시·도지사가 부과·징수하되, 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 사업의 승인 또는 인가 등을 받은 날부터 60일 이내에 제11조의3의 규정에 의하여 산정한 부담금을 부과한다.

②~⑥ 생략

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의6(부담금의 배분 및 사용)

① 징수된 부담금의 100분의 40은 교통시설특별회계법에 의한 교통시설특별회계중 광역교통시설계정에 귀속한다.

② 징수된 부담금의 나머지 100분의 60은 제11조의7의 규정에 따라 부담금을 징수한 시·도에 설치된 지방광역교통시설특별회계에 귀속한다.

③ 징수된 부담금은 다음 각 호의 1에 해당하는 용도로 사용하여야 한다.

1. 광역교통시설의 건설 또는 개량

2. 광역교통계획 및 추진계획·제7조의 규정에 의한 광역교통개선대책의 이행을 위한 교통시설로서 위원회에서 구간 또는 위치를 지정한 교통시설의 건설 또는 개량

3. 도로법에 의한 특별시·광역시도, 지방도 및 시·군·구도중 시·도지사가 광역교통에 영향을 미친다고 인정한 도로로서 위원회에서 구간 또는 위치를 지정한 도로의 건설 또는 개량. 이 경우 시·도지사는 제2항의 규정에 의하여 시·도에 설치된 지

헌재 2013. 10. 24. 2012헌바368

방광역교통시설특별회계에 귀속되는 부담금의 100분의 10의 범위안에서 사용할 수 있다.

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의7(지방광역교통시설특별회계의 설치 및 조성 등) ① 제11조의 규정에 의한 부담금을 납부받는 대도시권에 해당되는 시·도는 광역교통시설의 확충 등 광역교통문제의 해결에 소요되는 재원을 확보하기 위하여 지방광역교통시설특별회계를 설치할 수 있다.

② 지방광역교통시설특별회계는 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 제11조의 규정에 의한 부담금
2. 제10조 제1항의 규정에 의한 국고보조금 및 동조 제2항의 규정에 의한 지방자치단체의 분담사업비
3. 일반회계로부터의 전입금과 기타 수입

③ 기타 지방광역교통시설특별회계의 운용 및 관리에 관하여 필요한 사항은 시·도의 조례로 정한다.

【참조판례】

- 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591
- 헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 196-197
- 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8-9
- 헌재 2004. 6. 24. 2004헌바23, 판례집 16-1, 770, 780-781
- 헌재 2007. 12. 27. 2006헌가8, 판례집 19-2, 710, 719
- 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바26, 판례집 21-1하, 623, 632-633

【당 사 자】

청 구 인 ○○도시개발사업조합
 대표자 조합장 김○혁
 대리인 법무법인 바른
 담당변호사 박인호 외 2인

당 해 사 건 수원지방법원 2011구합16392 광역교통시설부담금부과처분취소

【주 문】

구 ‘대도시권 광역교통관리에 관한 특별법’(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의3 제5항 중 “개발면적” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 평택시장은 2010. 1. 29. 평택시 ○○동 234 일원 575,606㎡(이후 574,963㎡로 변경, 이하 ‘이 사건 사업면적’이라 한다)를 개발구역으로 하는 도시개발사업(이하 ‘이 사건 개발사업’이라 한다)의 시행자로 청구인을 지정하고, 2010. 9. 17. 이 사건 개발사업 실시계획을 인가하였다.

(2) 이 사건 사업면적에는 기존 ○○대학교 부지 128,953㎡가 포함되어 있는데, 이 사건 개발사업으로 ○○대학교의 경계가 정형화되면서 ○○대학교 부지에서 제외되는 19,894㎡ 지상의 건물들은 철거되고, 신규 부지로 편입되는 21,973㎡ 지상에는 교육시설 등이 신축될 예정이다. 이 사건 개발사업으로 ○○대학교 부지 면적은 2,078.2㎡가 증가한 총 131,031.2㎡가 되고, 그 중 109,058.2㎡는 개발사업과 관계없는 부분이다.

(3) 경기도지사는 2011. 1. 19. 청구인에 대하여 ‘대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법’ 제11조의3 제1항 제1호의 산식에 따라 광역교통시설부담금을 계산하면서, 대학교부지의 경우 같은 법 시행령 제16조의2가 개발면적에서 제외하도록 규정하고 있지 않다는 이유로 기존 ○○대학교 부지 전부를 개발면적에 포함시켜 광역교통시설부담금 15,516,910,000원을 부과하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

(4) 청구인은 이 사건 처분의 취소를 구하는 소(수원지방법원 2011구합 16392)를 제기하고, 그 소송 계속 중 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법 제11조의3 제1항 제1호, 제5항이 포괄위임입법금지원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청신청(수원지방법원 2012아733)을 하였으나 기각되자, 2012. 10. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 ‘대도시권 광역교통관리에 관한 특별법’(2001. 1. 29. 법률 제 6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘특별법’이라 한다) 제11조의3 제1항 제1호에 대하여도 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 개발면적을 부담금 부과처분의 근거로 하는 것에 대하여는 다투고 있지 않고, 개발면적의 기준을 하위법령에 위임하는 부분의 위헌성만을 주장하고 있으므로, 이 사건 심판대상을 특별법 제11조의3 제5항 중 “개발면적” 부분(밑줄 친 부분, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 한정

한다.

심판대상조항 및 주요 관련조항의 내용은 다음과 같고, 나머지 관련조항은 [별지] 기재와 같다.

[심판대상조항]

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것)

제11조의3(부담금의 산정기준) ⑤ 제1항의 규정에 의한 개발면적·용적률·건축연면적·공제액 등에 대한 기준은 대통령령으로 정한다.

[관련조항]

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것)

제11조(광역교통시설부담금의 부과대상) 대도시권중 대통령령으로 정하는 대도시권에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 시행하는 자는 광역교통시설 등의 건설 및 개량을 위한 광역교통시설부담금을 납부하여야 한다.

1. 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업
2. 도시개발법에 의한 도시개발사업
3. 주택법에 의한 대지조성사업 및 주택법 부칙 제9조의 규정에 의하여 종전의 규정에 의하도록 한 아파트지구개발사업

제11조의3(부담금의 산정기준) ① 제11조 제1호 내지 제5호의 사업에 대한 부담금은 다음 각 호의 산식에 의하여 계산한 금액으로 한다.

1. 제11조 제1호 내지 제3호의 사업에 해당하는 부담금 = {1㎡당 표준 개발비 × 부과율 × 개발면적 × (용적률 ÷ 200)} - 공제액
2. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 광역교통시설부담금의 액수를 결정하는 가장 중요한 요소인 개발면적에 대해 구체적으로 범위를 한정하지 않고 대통령령에서 정하도록 백지위임을 하고 있어 이는 포괄위임법금지원칙에 위배된다.

3. 판 단

가. 광역교통시설부담금의 법적 성격과 이 사건의 쟁점

(1) 광역교통시설부담금의 법적 성격

특별법의 입법목적은 대도시권의 교통문제를 광역적인 차원에서 효율적으로 해결하기 위하여 필요한 사항을 정함에 있고(특별법 제1조), 특별법 제11조에서 도시개발법에 의한 도시개발사업 등을 시행하는 자에게 광역교통시설부

담금을 부과하는 취지는 대도시권의 도시개발사업 등으로 급증하는 교통수요에 대비하여 원인제공자 내지 수익자에게 교통시설 설치비의 일부를 부담시킴으로써 대도시권의 교통난을 완화하기 위한 광역교통시설의 건설 및 개량에 소요되는 재원을 확보하고자 함에 있다.

광역교통시설부담금은 부담금관리기본법의 적용을 받고(부담금관리기본법 제3조, 별표 제55호), 교통시설의 건설 및 개량 사업을 위한 특별회계로 귀속되어 관리되며(특별법 제11조의6, 제11조의7), 광역교통시설의 개선이라는 특정한 공익적 과제의 필요에 충당하기 위하여 교통에 부담을 유발하는 사업을 하는 일부 사람들에게만 강제적으로 부과·징수되므로(특별법 제11조) 성질상으로도 부담금에 해당한다. 특히 부과대상과 사용용도 사이의 관계를 기준으로 보면 원인자부담금에 해당하며, 기능적 측면에서는 교통시설의 개선에 필요한 재원 확보를 목적으로 하는 재정조달목적 부담금에 해당한다.

(2) 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 광역교통시설부담금의 부과요건으로서 그 금액의 계산요소인 “개발면적” 부분의 기준을 대통령령에 위임한 이 사건 법률조항이 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부이다.

나. 포괄위임입법금지원칙

(1) 의 의

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 …… 에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에, 입법상 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 함으로써 그 한계를 제시하고 있다. 즉, 헌법 제75조는 법률이 대통령령에 입법사항의 규정을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 것이다.

이러한 취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 다만 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법

률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.

그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 196-197; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바26, 판례집 21-1하, 623, 632-633 참조).

(2) 이 사건 규율대상의 성격에 따른 위임의 구체성·명확성의 요구 정도

이 사건 광역교통시설부담금의 구체적인 금액은 특별법 제11조 제2호 및 제11조의3 제1항 제1호에 따른 계산식[$\{1\text{m}^2\text{당 표준개발비} \times \text{부과율} \times \text{개발면적} \times (\text{용적률} \div 200)\} - \text{공제액}$]과 이에 포함된 계산요소의 내역을 확정함으로써 산출된다. 그리고 이 사건에서는 위 계산요소 중 “개발면적”의 기준 내용을 아무런 수식 문구 없이 대통령령에 위임하고 있는 것이 포괄위임법금지원칙에 위반되는지가 문제된다.

이 사건 법률조항이 대통령령에 위임하고 있는 규율대상은 광역교통시설부담금의 부과요건에 관한 것으로서, 그 성격상 부담금 납부의무자의 재산권을 직접적으로 제한할 소지가 있으므로 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다는 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다. 특히 법률이 부담금의 구체적 액수를 산정하는 방법과 기준을 대통령령에 위임할 경우에는 수권(授權) 법률의 단계에서 그 액수를 정하는 대강의 방법과 기준 및 액수의 상한을 알 수 있는 정도의 구체성과 명확성이 요구된다(헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8-9; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바26, 판례집 21-1하, 623, 633-634 참조).

다. 이 사건 법률조항의 포괄위임법금지원칙 위반 여부

(1) 위임의 구체성·명확성 및 예측가능성

(가) 특별법 제11조의3 제1항 제1호는 광역교통시설부담금의 구체적 금액을 산출하기 위한 계산식을 미리 명확하게 정하고 있으므로, 이 점에서는 액수 산정을 위한 대강의 방법과 기준이 이미 수권 법률의 단계에서 정해져 있는 것으로 볼 수 있다. 다만, 계산식 중 양(+의) 계산요소에 해당하는 “개발면적” 부

분의 경우 특별법의 해석을 통하여 그 상한을 알 수 있는지가 예측가능성 판단의 중요한 기준이 된다.

한편, 이 사건 법률조항은 부담금의 액수를 산정하는 기준에 관한 것이고 부담금은 성질상 일정한 납부의무자 집단을 예정하고 있으므로 위임 내용의 예측가능성 판단에 있어서도 수범자인 납부의무자 집단의 성격을 고려할 수 있다(헌재 2004. 6. 24. 2004헌바23, 판례집 16-1, 770, 780-781; 헌재 2007. 12. 27. 2006헌가8, 판례집 19-2, 710, 719; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바26, 판례집 21-1 하, 623, 634 참조).

(나) 광역교통시설부담금의 납부의무자는 특별법 제11조 각 호의 사업시행자로서 광역교통시설부담금 부과 대상 사업의 대강은 이미 특별법에 정해져 있다. 청구인은 같은 조 제2호의 도시개발법에 의한 도시개발사업의 시행자인데, 청구인에게 적용되는 도시개발법을 살펴보면, 도시개발구역의 개발계획에는 도시개발구역의 명칭·위치 및 ‘면적’이 포함되어야 하고(도시개발법 제5조 제1항 제1호), 시행자는 이러한 개발계획에 맞게 개발사업에 관한 실시계획을 작성하여야 하며(도시개발법 제17조 제1항, 같은 법 시행령 제38조 제1항), 실시계획을 작성하거나 인가한 경우 지정권자는 도시개발구역의 위치 및 ‘면적’을 관보나 공보에 고시하도록 규정하고 있다(도시개발법 제18조 제1항, 같은 법 시행령 제40조 제1항 제3호). 여기에 더하여 광역교통시설부담금은 이미 승인 또는 인가된 사업에 관하여 부과되는 점을 고려할 때(특별법 제11조의4 참조) 구체적인 당해 사업의 ‘전체’ 면적은 사업의 개시단계에서부터 이미 당해 사업자가 알고 있는 내용이며, 이를 상한으로 구체적인 부담금의 부과 기준인 “개발면적”이 어느 범위에서 정해지는지만 문제된다. 따라서 이 사건 법률조항 중 “개발면적” 부분에 관한 산정 방법의 대강 및 그 상한은 특별법의 유기적·체계적 해석을 통하여 예측할 수 있다.

이에 따라 구 특별법 시행령 제16조의2 제1항(2005. 6. 30. 대통령령 제18915 호로 개정되고, 2012. 4. 27. 대통령령 23755로 개정되기 전의 것)은 “개발면적”의 기준을 정함에 있어 당해 사업이 시행되는 지구·구역 또는 사업지역의 전체면적에서 일정 용지의 면적을 제외하는 형식으로 규정하고 있다.

(다) 청구인은 이 사건 개발사업에서 보듯이 개발의 내용과 태양, 실제 개발 여부 등이 각기 달라 광역교통시설부담금의 부과대상에 해당하는지 여부가 불분명함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 “개발면적”과 관련하여 아무런 기준도 제시하지 아니한 채 그대로 대통령령에 위임하고 있으므로 포괄위임입법

금지원칙에 위반된다고 주장한다.

청구인의 이 부분 주장은 이 사건 법률조항의 “개발면적”의 개념이 불명확하다는데 기인한 것으로 보인다. 특별법 제11조의2 제1항 제1호 및 이 사건 법률조항 모두 “개발면적”의 개념에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하고, 이에 관하여 확립된 법원의 판례도 없다.

살피건대 문언적 의미에서 개발면적이란 “자원 따위를 개척하여 유용한 것으로 만드는 것”을 뜻하는 “개발”이라는 단어와 “넓이의 크기”를 뜻하는 “면적”이라는 단어의 합성어이다. 특별법 제11조의3 제1항 제1호의 계산식을 따르고 있는 택지개발사업, 도시개발사업, 대지조성사업, 아파트지구개발사업은 모두 토지를 개발하는 사업으로, “개발면적”의 의미는 이러한 사업을 통하여 “유용하게 만들고자 하는 토지의 넓이”를 뜻한다 할 것이므로 비교적 용이하게 그 의미 내용을 확인할 수 있다. 또한 광역교통시설부담금의 부과 목적이 대도시권의 교통난을 완화하기 위한 광역교통시설의 건설 및 개량 등을 위한 재원마련에 있다는 점, 그 액수는 당해 개발사업의 규모에 비례하여 산정될 것이라는 점, 부담금은 설치목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 한다는 부담금관리기본법 상의 부담금 부과 원칙(부담금관리기본법 제5조 제1항) 등을 고려한 법원의 합리적 해석을 통해 “개발면적”의 구체적 의미와 적용범위를 확정할 수 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항 중 “개발면적” 부분의 개념이 불분명함에도 별다른 기준을 마련하지 아니한 채 대통령령에 위임하고 있다는 주장은 이유가 없다.

(2) 위임의 필요성

(가) 광역교통시설부담금 제도의 목적은 대도시권의 교통난을 완화하기 위한 광역교통시설의 건설 및 개량에 소요되는 재원을 확보하고자 하는 것인바(특별법 제1조), 이와 관련하여 특별법에서 정하고 있는 재원 조달의 모습을 살펴보면 다음과 같다.

우선 징수된 부담금의 배분에 관하여 그 100분의 40은 국가균형발전 특별법에 따른 광역·지역발전특별회계 중 광역발전계정에, 나머지 100분의 60은 부담금을 징수한 시·도에 설치된 지방광역교통시설특별회계에 귀속되고(특별법 제11조의6 제1항, 제2항), 이는 광역교통시설의 건설 또는 개량, 광역교통개선대책의 이행을 위한 교통시설로서 대도시권광역교통위원회에서 구간 또는 위치를 지정한 교통시설의 건설 또는 개량, 도로법에 의한 특별시·광역시도, 지방도 및 시·군·구도 중 시·도지사가 광역교통에 영향을 미친다고 인정

도로로서 위 위원회에서 구간 또는 위치를 지정한 도로의 건설 또는 개량 등에 사용된다(특별법 제11조의6 제3항). 또한, 지방광역교통시설특별회계의 재원은 광역교통시설부담금, 국고보조금 및 지방자치단체의 부담사업비, 일반회계로부터의 전입금과 기타 수입 등으로 이루어진다(특별법 제11조의7).

(나) 위와 같은 규정 내용에 비추어 볼 때 구체적인 광역교통시설의 건설 및 개량을 위한 재원 마련의 규모와 회계 구성, 필요한 징수 규모 등은 행정기관에서 다양한 사회적·경제적 여건의 변화 및 건설교통정책의 변화 등을 고려하여 합리적으로 규율할 필요가 있는 사항이다. 이에 따라 개별 사업자에게 징수할 광역교통시설부담금의 산정 기준 중 양(+)의 요소가 되는 “개발면적” 부분도 그 상한이 이미 전체 면적으로 정해져 있다면, 그 중 어느 범위까지를 포함시킬지는 규율대상의 성격상 지극히 다양하고 수시로 변화되어 행정기관의 전문적인 판단이 필요한 사항으로서 하위법규에 위임할 필요성이 인정된다.

(3) 소결

요컨대 광역교통시설부담금의 계산요소인 “개발면적”의 기준은 관련조항 및 특별법 전체의 유기적·체계적 해석을 통하여 하위법령에 위임할 내용의 대강을 예측할 수 있고 위임의 필요성도 인정되므로, 이 사건 법률조항은 포괄 위임입법금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창중 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것)

제1조(목적) 이 법은 대도시권의 교통문제를 광역적인 차원에서 효율적으로 해결하기 위하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제11조의3(부담금의 산정기준) ② 제11조 제6호의 사업에 대한 부담금은 대통령령으로 정하는 바에 따른다.

③ 제1항 제1호의 규정에 의한 부과율은 100분의 50의 범위 안에서, 제1항 제2호의 규정에 의한 부과율은 100분의 10의 범위 안에서 각각 대통령령으로 정하되, 시·도지사는 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 의하여 제11조의 규정에 의한 사업이 시행되는 지구, 구역 또는 사업지역의 위치, 규모, 특성 등에 따라 100분의 50의 범위 안에서 부과율을 조정할 수 있다.

④ 제1항 제1호의 규정에 의한 표준개발비는 순공사비·조사비·설계비 및 일반관리비 등을 감안하여 국토해양부장관이 매년 고시하는 금액을 기준으로 산정하며, 제1항 제2호의 규정에 의한 표준건축비는 「임대주택법」 제16조의 규정에 의하여 임대주택을 매각할 때 매각가격의 산정기준이 되는 국토해양부장관이 고시하는 표준건축비를 기준으로 산정한다.

제11조의4(부담금의 부과·징수 및 납부기한 등) ① 부담금은 제11조의 규정에 의한 사업이 시행되는 지역의 시·도지사가 부과·징수하되, 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 사업의 승인 또는 인가 등을 받은 날부터 60일 이내에 제11조의3의 규정에 의하여 산정한 부담금을 부과한다.

제11조의6(부담금의 배분 및 사용) ① 징수된 부담금의 100분의 40은 국가균형발전 특별법에 따른 광역·지역발전특별회계 중 광역발전계정에 귀속한다.

② 징수된 부담금의 나머지 100분의 60은 제11조의7의 규정에 따라 부담금을 징수한 시·도에 설치된 지방광역교통시설특별회계에 귀속한다.

③ 징수된 부담금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도로 사용하여야 한다.

1. 광역교통시설의 건설 또는 개량
2. 제7조의2의 규정에 의한 광역교통개선대책의 이행을 위한 교통시설로서 위원회에서 구간 또는 위치를 지정한 교통시설의 건설 또는 개량
3. 「도로법」에 의한 특별시·광역시도, 지방도 및 시·군·구도중 시·도지사가 광역교통에 영향을 미친다고 인정한 도로로서 위원회에서 구간 또는 위치를 지정한 도로의 건설 또는 개량. 이 경우 시·도지사는 제2항의 규정에 의하여 시·도에 설치된 지방광역교통시설특별회계에 귀속되는 부담금의 100분의 10의 범위 안에서 사용할 수 있다.

제11조의7(지방광역교통시설특별회계의 설치 및 조성 등) ① 제11조의 규정에 의한 부담금을 납부받는 대도시권에 해당되는 시·도는 광역교통시설의 확충 등 광역교통문제의 해결에 소요되는 재원을 확보하기 위하여 지방광역교

통시설특별회계를 설치할 수 있다.

② 지방광역교통시설특별회계는 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 제11조의 규정에 의한 부담금
2. 제10조 제1항의 규정에 의한 국고보조금 및 동조 제2항의 규정에 의한 지방자치단체의 분담사업비
3. 일반회계로부터의 전입금과 기타 수입

③ 기타 지방광역교통시설특별회계의 운용 및 관리에 관하여 필요한 사항은 시·도의 조례로 정한다.

구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법 시행령(2005. 6. 30. 대통령령 제 18915호로 개정되고, 2012. 4. 27. 대통령령 제23755호로 개정되기 전의 것)

제16조의2(부담금의 산정기준) ① 법 제11조의3 제1항 제1호의 규정에 의한 개발면적은 당해 사업이 시행되는 지구·구역 또는 사업지역의 전체면적에서 다음 각 호의 용지의 면적을 제외한 면적으로 한다.

1. 관계 법령의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되거나 법 제11조 각 호의 규정에 의한 사업을 시행하는 자가 국가 또는 지방자치단체에 기부채납하는 용지
2. 제16조의 규정에 의한 임대주택의 건설을 위한 용지
3. 법 제11조의2 제1항 제3호의 규정에 의한 이주대책의 실시에 따른 주택지의 조성 및 주택의 건설을 위한 용지
4. 공용의 청사용지와 「학교용지 확보에 관한 특별법」 제1조의 규정에 의한 각급학교 용지

도로법 제3조 위헌소원

(2013. 10. 24. 2012헌바376)

【판시사항】

1. 도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것) 제3조 본문(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법 제23조 제1항 및 제2항의 재산권의 내용과 한계 규정에 해당하는지 여부(적극)

2. 도로부지 소유자의 토지인도 청구 등 사권의 행사를 제한한 심판대상조항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 심판대상조항은 토지 소유자의 도로부지 인도청구 등의 사권 행사를 제한함으로써 도로개설행위에 의하여 제한된 재산권의 내용을 규정하는 조항이므로, 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 규정한 재산권의 내용과 한계 조항에 해당한다.

2. 심판대상조항은 도로를 개발한 목적을 달성하기 위하여 도로부지 소유자의 사권 행사를 제한하는 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 도로관리청이 도로를 개설함에 있어 토지 소유자와 사용협의를 마쳤는지를 불문하고 도로를 구성하는 부지와 옹벽, 기타 물건에 대한 토지 소유자의 인도청구 등의 사권 행사를 제한하는 것은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다. 도로부지의 소유자는 토지를 처분할 수 있을 뿐 아니라 사용·수익하지 못한 손해에 대하여 도로관리청을 상대로 부당이득 반환 청구를 할 수 있으므로 심판대상조항은 재산권을 최소한도로 제한하고 있으며, 도로의 개설 및 유지를 통한 국토의 효율적인 이용과 공중의 원활한 통행이라는 공익이 도로부지의 점유·사용권능이라는 사익에 비해 중대한 점은 사법상 권원 없이 개설된 도로의 경우에도 동일하다 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것) 제3조(사권의 제한) 도로를 구성하는 부지, 옹벽, 그 밖의 물건에 대하여는 사권(私權)을 행사할 수 없다. (단서 생략)

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제2항

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제17조(노선 인정의 공고) 행정청은 제11조부터 제16조까지의 규정에 따라 노선을 인정하면 그 노선명, 기점과 종점, 주요 구간, 그 밖에 필요한 사항을 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 공고하여야 한다.

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제18조(노선의 폐지와 변경) ① 제11조부터 제16조까지의 규정에 따라 노선을 인정한 행정청은 그가 인정한 노선의 전부 또는 일부를 폐지하거나 변경할 수 있다. ② 행정청이 제1항에 따라 노선을 폐지하거나 변경하면 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 이를 공고하여야 한다.

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제92조(공용부담으로 인한 손실보상) ① 이 법에 따른 처분이나 제한으로 손실을 입은 자가 있으면 국토해양부장관이 한 처분이나 제한으로 인한 손실은 국고에서 보상하고, 그 밖의 행정청이 한 처분이나 제한으로 인한 손실은 그 행정청이 속하여 있는 지방자치단체에서 보상하여야 한다.

② 제1항에 따른 손실의 보상에 관하여는 국토해양부장관이나 그 밖의 행정청이 그 손실을 입은 자와 협의하여야 한다.

③ 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

【참조판례】

- 2. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110, 판례집 21-2상, 197, 211
헌재 2012. 7. 26. 2011헌마169, 판례집 24-2상, 285, 301

【당 사 자】

청 구 인 권○경
대리인 변호사 이홍렬

당해 사건 춘천지방법원 2011나2740 토지인도 등

【주 문】

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것) 제3조 본문은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 강원 화천읍 ○○리 295-2 입야 1,407㎡는 사유지(私有地)인바, 화천군이 협의취득 절차를 진행하다가 절차를 마치지 아니한 채 위 입야를 1996. 10. 16. 군도 15호선으로 노선인정변경공고하고 도로구역결정을 거쳐 현재까지 도로부지로 이용·관리하고 있다. 청구인은 2004. 1. 28. 위 입야 1,407㎡(이하 '이 사건 도로부지'라고 한다)에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.

(2) 청구인은 2010. 3. 12. 화천군을 상대로 이 사건 도로부지의 인도 및 이 사건 도로부지의 점유·사용으로 인한 부당이득반환을 구하는 소를 제기하였는데, 춘천지방법원은 2011. 6. 14. 토지인도청구 부분은 청구 인용, 부당이득반환청구 부분은 청구 일부 인용 판결을 선고하였다(2010가단2490).

(3) 이에 화천군이 항소하였고(춘천지방법원 2011나2740), 청구인은 항소심 계속 중 도로법 제3조가 사법상 권원을 취득하는 절차를 거치지 않은 도로 개설의 경우에도 적용되어 토지인도청구를 불허하는 것이 청구인의 재산권을 침해한다는 이유로 위헌법률심판제청을 신청하였으나 2012. 9. 7. 그 신청이 기각되었고(춘천지방법원 2012카기11), 같은 날 토지인도청구 부분은 청구 기각, 부당이득반환청구 부분은 청구 일부 인용 판결을 선고받았다. 이에 청구인은 2012. 10. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 도로법 제3조 전체의 위헌확인을 구하고 있으나, 제3조의 단서는 지당권의 설정과 소유권의 이전은 허용된다는 내용으로 사권의 제한에 대한 예외를 규정하고 있다. 따라서 사권의 제한을 다투는 이 사건에서는 심판의 대상을 도로법 제3조 본문으로 한정함이 타당하다.

이 사건 심판의 대상은 도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것) 제3

조 본문이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항(밑줄 친 부분) 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것)

제3조(사권의 제한) 도로를 구성하는 부지, 옹벽, 그 밖의 물건에 대하여는 사권(私權)을 행사할 수 없다. 다만, 소유권을 이전하거나 지당권을 설정하는 것은 그러하지 아니하다.

[관련조항]

도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제17조(노선 인정의 공고) 행정청은 제11조부터 제16조까지의 규정에 따라 노선을 인정하면 그 노선명, 기점과 종점, 주요 구간, 그 밖에 필요한 사항을 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 공고하여야 한다.

제18조(노선의 폐지와 변경) ① 제11조부터 제16조까지의 규정에 따라 노선을 인정한 행정청은 그가 인정한 노선의 전부 또는 일부를 폐지하거나 변경할 수 있다.

② 행정청이 제1항에 따라 노선을 폐지하거나 변경하면 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 이를 공고하여야 한다.

제92조(공용부담으로 인한 손실보상) ① 이 법에 따른 처분이나 제한으로 손실을 입은 자가 있으면 국토교통부장관이 한 처분이나 제한으로 인한 손실은 국고에서 보상하고, 그 밖의 행정청이 한 처분이나 제한으로 인한 손실은 그 행정청이 속하여 있는 지방자치단체에서 보상하여야 한다.

② 제1항에 따른 손실의 보상에 관하여는 국토교통부장관이나 그 밖의 행정청이 그 손실을 입은 자와 협의하여야 한다.

③ 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

2. 청구인의 주장요지

심판대상조항이 국가 또는 지방자치단체가 토지의 소유권 등 사법상 권원을

취득하지 않고 개설한 도로의 경우에도 도로부지 소유자의 토지인도청구 등을 제한되는 사권행사라 하여 불허하는 것은 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항을 위반한 것이다.

또한 심판대상조항이 이 사건 도로처럼 협의취득 절차를 거치지 않고 개설한 도로까지 토지인도청구를 불허함으로써 도로로서 기능을 유지하게 하는 것은 적법절차에 의한 재산권 제한이 아니며 재산권을 제한함에 있어 보상을 전혀 하지 않는 것이므로, 적법절차에 따라 재산권을 수용·사용 또는 제한할 것과 상당한 보상을 하도록 정한 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

3. 본안에 대한 판단

가. 심판대상조항의 입법취지 및 입법연혁

도로는 교통 및 운송의 물적 기반을 제공하는 기간시설로서, 사회 및 경제의 발전, 주민의 일상생활의 편의를 도모하기 위해서는 필수불가결한 시설이다. 도로법은 도로가 수행하는 목적과 기능을 위하여 일정한 범위의 사권의 행사를 제한하고 도로에 토석, 죽목, 그 밖의 장애물을 쌓아놓는 행위를 금지하며(제45조), 도로 유지를 위하여 타인의 토지에 출입하거나 임시도로로 사용하고(제46조), 도로공사를 위하여 도로의 통행을 금지·제한할 수 있는 등(제58조) 일반적인 사유재산에 비하여 특수한 공법적 규율을 하고 있다.

도로법상 심판대상조항을 두어 사권을 제한하는 취지는 공공용물로서의 도로의 기능을 보전하기 위해서이다. 만약 도로의 경우에도 사권의 행사를 전면 허용한다면 도로의 기능이 제대로 수행될 수 없게 되어 공중의 통행 및 물건의 운송에 큰 불편을 초래하게 될 것이기 때문이다. 다만, 도로법 제3조 단서는 소유자가 교체되거나 도로에 저당권을 설정하는 것을 예외적으로 허용하고 있다. 도로 부지를 처분하는 것은 도로의 공익적 목적에 위반되지 않기 때문이다.

심판대상조항은 1961. 12. 27. 법률 제871호로 제정된 도로법 제5조에서 신설된 이후 일부 자구가 수정되고 2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 법에서 조문의 위치만 제5조에서 제3조로 바뀌었을 뿐 그 내용은 그대로 유지되었다.

나. 재산권 침해 여부

(1) 심판대상조항의 법적 성격

도로의 노선 지정·인정·변경, 도로구역결정 및 그에 따른 도로공사 시행이라는 일련의 도로개설행위에 의하여 청구인의 도로부지에 대한 재산권이 직접 제한된다. 심판대상조항은 도로관리청이 도로법 또는 구 도시계획법 등 근거 법률이 정하는 절차에 따라 개설한 도로의 경우 토지의 소유권 등 사법상

권원을 취득하였는지를 불문하고 소유자의 도로부지 인도청구 등을 불허하여 (대법원 1999. 11. 26. 선고 99다40807 판결; 대법원 1999. 12. 28. 선고 99다39227, 39234 판결 참조) 도로개설행위에 의하여 제한된 재산권의 상태를 유지하는 규정이다.

따라서 심판대상조항은 이미 형성된 구체적인 재산권을 공익을 위하여 개별적·구체적으로 박탈하거나 제한하는 것으로서 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항의 수용·사용 또는 제한을 규정한 것이라고 할 수는 없고, 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따라 도로부지 등에 관한 재산권의 내용과 한계를 규정한 것이라고 보아야 한다.

(2) 재산권 보장과 사회적 기속성

헌법은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”, “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”(제23조 제1항, 제2항)고 규정함으로써 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다. 재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위해서는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이므로 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상의 재산권 보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 기속성(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다(헌재 2012. 7. 26. 2011헌마169, 판례집 24-2상, 285, 301).

우리 헌법은 재산권 행사의 사회적 의무성을 강조하는 것에 더하여 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”(제122조)고 함으로써, 토지재산권에 대한 한층 더 강한 규제의 필요성과 그에 관한 입법부의 광범위한 형성권을 규정하고 있다(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마110, 판례집 21-2상, 197, 211).

(3) 재산권에 대한 사회적 제약과 비례의 원칙

위와 같이 입법자에게 재산권의 사회적 제약에 관한 사항에 관하여 넓은 입법재량이 인정된다고 할지라도, 재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 재

산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니 되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다 (헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110, 판례집 21-2상, 197, 211).

(4) 비례의 원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

심판대상조항은 도로를 구성하는 부지와 옹벽·기타의 물건에 대한 사인의 소유권을 보장하되, 도로구역의 결정을 거쳐 도로법상 도로가 개설된 경우 도로의 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서 사인의 소유권을 제한하는 내용이다. 이는 헌법 제120조 제2항 및 제122조의 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발을 위해 필요한 제한에 해당할 뿐 아니라, 도로를 통한 물자 수송, 공중의 원활한 통행이라는 공공복리의 달성에 기여하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성은 인정된다.

그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여 수용·협의취득의 절차나 토지 소유자와 사용의 협의를 거쳤는지, 즉 사법상 권원을 취득하였는지를 불문하고 도로를 구성하는 부지와 옹벽, 기타 물건에 대한 인도청구 등의 사권 행사를 제한하는 것은 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이다.

(나) 침해의 최소성

심판대상조항은 토지의 소유권을 전면적으로 제한하는 것이 아니라 도로로서의 기능을 달성하는 데 필요한 범위 내에서만 제한하고 있다. 도로법 제3조는 단서를 두어 토지를 처분하는 것을 허용하고 있는데, 이에 따르면 토지소유자는 도로부지에 저장권을 설정하거나 타인에게 토지를 매도하는 방법으로 소유권을 행사할 수 있다.

국가 또는 지방자치단체가 사법상 권원을 취득하지 않고 도로를 개설한 행위는 도로 개설의 근거 법률에 따른 절차를 완료하지 않은 경우이므로 도로법 제92조 소정의 적법한 공용제한을 전제로 하는 손실보상이 적용될 영역이 아니다(대법원 2006. 9. 28. 선고 2004두13639 판결 등). 그러나 토지 소유자는 손실보상을 받지 못한다고 해도 법원에 부당이득반환을 구하여 그 동안의 손해를 배상받을 수 있고(대법원 1995. 6. 29. 선고 94다58216 판결 등) 이로써 자기의 소유권을 보장받을 수 있다. 개설한 도로에 대해 지방자치단체의 규칙으로서 미불용지보상지침을 두는 지방자치단체도 있어 도로법에 보상규정을 두지 않았다고 하여 토지 소유자가 보상을 전혀 받지 못하는 것도 아니다.

만약 도로관리청이 사법상 권원을 취득하지 않고 도로를 개설하였다고 하여

토지 소유자에게 도로부지의 인도청구를 인정한다면, 실질적으로 도로폐쇄가 되는 것과 마찬가지로의 결과가 되어 도로로서 기능하는 것이 불가능해지므로 심판대상조항의 입법목적은 달성할 수 없게 된다.

따라서 심판대상조항은 입법 목적을 달성하기 위한 범위 내에서 청구인의 재산권을 최소한도로 제한하고 있어 침해의 최소성 원칙에도 부합한다.

(다) 법익의 균형성

도로의 개설 및 유지를 통한 국토의 효율적인 이용과 공중의 원활한 통행이라는 공익이 토지 소유자로서 누리는 재산권인 도로부지의 점유·사용권능이라는 사익에 비해 중대한 점은 사법상 권원 없이 개설된 도로의 경우에도 동일하다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다고 할 것이다.

(5) 소결

심판대상조항은 재산권의 내용과 한계를 정함에 있어 비례의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

형사소송법 제453조 제1항 위헌소원

(2013. 10. 24. 2012헌바428)

【판시사항】

1. 정식재판 청구기간을 ‘약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내’로 정하고 있는 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조 제1항 중 피고인에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 약식명령 피고인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 약식명령에 대하여 단기의 불복기간을 설정한 것은, 경미하고 간이한 사건들을 신속하게 처리하게 함으로써 사법자원의 효율적인 배분을 통하여 국민의 재판청구권을 충실하게 보장하고자 하는 것으로서 그 합리성이 인정된다. 형사 입건된 피의자로서는 수사 및 재판에 관한 서류를 정확하게 송달받을 수 있도록 스스로 조치하여야 하므로, 입법자가 그러한 전제 하에 불복기간을 정하였더라도 입법 재량을 현저하게 일탈하였다고 할 수 없다. 또한 정식재판청구서에는 불복의 이유를 따로 기재할 필요가 없으므로 약식명령에 대한 불복 여부의 결정에 많은 시간과 노력이 소요된다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 합리적인 입법재량의 범위를 벗어나 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.
2. 민사소송이나 행정소송은 분쟁의 본질이 사적 영역에 속하거나 개인의 주관적 권리구제와 관련된 것이어서 형사소송에 비하여 재판을 신속하게 확정시켜야 할 필요성은 상대적으로 적은 반면, 국가형벌권의 행사 작용에 속하는 형사재판절차는 실체적 진실발견을 위한 증거의 멸실이나 왜곡 방지, 일반예방 및 특별예방의 목적달성을 위

한 형벌권의 조기실현 등을 위하여 보다 신속하게 법률관계를 확정 지을 필요가 있다. 또한 약식절차는 일반 형사재판과 달리 생명 또는 신체의 자유에 대한 제한을 가져오지 않는 경미한 사건만을 대상으로 하고 있으므로, 이러한 사건에 대하여는 효율성 및 신속성을 보다 강조하는 것이 전체적으로 사법자원의 효율적인 배분을 가져와 헌법상의 재판청구권을 더욱 충실하게 보장하는 방법이 될 수 있다. 따라서 약식명령에 대한 불복기간을 민사·행정재판보다 짧은 기간으로 하고 일반 형사판결과 같게 정한 것은 모두 합리적인 이유가 있는 것이므로, 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인의 평등권을 침해하지 않는다.

재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 헌법불합치 의견

검사가 일방적으로 제출한 자료에만 기초하여 공개재판에 의하지 않고 서면심리로 이루어지는 약식절차는 어디까지나 헌법상 보장된 재판청구권의 내용과 어긋나는 예외적인 절차로서의 성격을 갖는다. 약식명령을 받은 피고인은 정식재판청구에 의하여 비로소 예외적 절차에 의하여 제한되었던 헌법상의 재판청구권을 회복할 수 있게 되므로, 입법자는 약식명령을 받은 피고인의 기본권이 함부로 침해되지 않도록 약식절차에 관한 불복제도를 합리적으로 형성할 의무가 있다. 그런데 약식명령의 송달에 관하여 민사소송법상의 보충송달에 관한 규정이 준용되는 결과 이 사건 법률조항에 따라 피고인이 약식명령 발령 사실을 현실적으로 알게 되는 시점이 그 재판청구권 행사가 사실상 불가능할 정도로 지체되거나, 경우에 따라 아예 그 발령 사실을 모른 채 정식재판 청구기간이 지나가게 되는 경우도 있을 수 있다. 이와 같이 송달의 불가피한 불완전성을 고려하지 않은 채 고지일로부터 7일이라는 지나치게 짧은 기간을 불복기간으로 정하고 있는 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인으로 하여금 정식재판청구권을 그 의도에 반하여 상실당할 수 있게 함으로써 헌법상 보장된 기본권인 ‘공개된 법정에서 공정한 재판을 받을 권리’를 침해한다. 다만 이 조항을 위헌으로 하게 되면 약식명령의 불복

헌재 2013. 10. 24. 2012헌바428

기간에 관한 입법의 공백이 발생하게 되므로 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니한다고 선언하여야 한다.

【심판대상조문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조(정식재판의 청구) ① 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판의 청구를 할 수 있다. 단, 피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 없다.

②~③ 생략

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

형사소송법(1963. 12. 13. 법률 제1500호로 개정된 것) 제343조(상소 제기기간) ① 상소의 제기는 그 기간 내에 서면으로 한다.

② 생략

형사소송법(1963. 12. 13. 법률 제1500호로 개정된 것) 제358조(항소제기기간) 항소의 제기기간은 7일로 한다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제396조(항소기간) ① 항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 이내에 하여야 한다. 다만, 판결서 송달전에도 할 수 있다.

② 생략

행정소송법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정된 것) 제8조(법적용예) ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 8. 29. 93헌바63등, 판례집 8-2, 63, 70
헌재 2002. 10. 31, 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481
헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66, 판례집 18-2, 429, 437
헌재 2009. 6. 25. 2008헌바259, 판례집 21-1하, 900, 908

【당 사 자】

청 구 인 최○범

대리인 변호사 최영동 외 2인

당해 사건 서울중앙지방법원 2012로136 정식재판청구권회복 기각결정에
대한 즉시항고

【주 문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조 제1항 본문 중
피고인에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인에 대하여 2012. 8. 17. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에
관한 법률위반(명예훼손)죄 등으로 벌금 100만 원의 약식명령이 발령되었다
(서울중앙지방법원 2012고약19209). 위 약식명령 등본은 2012. 9. 7. 수사기
록상 청구인의 주소지로 기재된 장소로 송달되어 청구인의 어머니가 이를 수
령하였다. 그리고 위 약식명령 등본은 이튿날인 2012. 9. 9. 청구인에게 전달
되었다.

(2) 청구인은 청구인의 어머니가 약식명령 등본을 수령한 날로부터 정식재
판 청구기간인 7일이 지난 2012. 9. 17. 위 약식명령에 대하여 정식재판을 청구
함과 아울러 정식재판청구권 회복청구를 하였다. 위 정식재판회복청구가
2012. 9. 21. 기각되자(서울중앙지방법원 2012초기3196), 청구인은 위 기각결정
에 대하여 즉시항고한 뒤(서울중앙지방법원 2012로136, 당해 사건) 2012. 9.
23. 정식재판 청구기간을 ‘약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내’로 규정
한 형사소송법 제453조 제1항 본문에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다.
청구인은 2012. 11. 22. 위 법원으로부터 항고기각결정과 아울러 위 제청신청
기각결정을 받게 되자(서울중앙지방법원 2012초기3265) 위 조항의 위헌확인을
구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인이 이 사건 심판의 대상으로 삼은 형사소송법 제453조 제1항 본문은
검사 및 피고인에 관한 정식재판 청구기간을 정하고 있으나, 당해 사건에서 청
구인에게 적용되고 청구인이 위헌사유를 주장하고 있는 것은 그 중 ‘피고인에
관한 부분’이므로 이 사건 심판의 대상을 이 부분으로 한정하는 것이 타당하
다. 따라서 이 사건 심판의 대상은 형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제

정된 것) 제453조 제1항 본문 중 피고인에 관한 부분(아래 밑줄 그은 부분, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이다.

[심판대상조항]

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것)

제453조(정식재판의 청구) ① 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판의 청구를 할 수 있다. 단, 피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 없다.

2. 청구인의 주장요지

가. 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인의 정식재판 청구기간을 그 고지일로부터 7일로 규정하고 있다. 그런데 약식명령은 통상의 공판절차와 달리 약식기소 여부의 통지 없이 서면심리만으로 일방적으로 발령되어 피고인이 방어의 기회를 가질 수 없을 뿐 아니라, 재판서의 송달에 의하여 고지되며 그 송달에 관하여 보충송달이 허용되는 결과 피고인이 이를 직접 수령하지 않아도 송달의 효력이 발생하게 된다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항이 정한 정식재판 청구기간 7일은 지나치게 짧아 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해한다.

나. 또한 이 사건 법률조항은, 약식절차와 통상의 공판절차가 재판절차에 대한 참여권이 보장되는지 여부와 그 고지방법에서 명백한 차이가 있는데도 그 불복기간을 일반 형사사건과 동일하게 7일로 규정함으로써 본질적으로 다른 것을 같게, 또 약식명령은 재판서의 송달에 의하여 불복기간이 시작된다는 점에서 민사·행정사건과 다를 바가 없는데도 청구기간을 민사·행정사건의 항소기간인 14일보다 짧게 규정함으로써 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있으므로, 약식명령 피고인의 평등권을 침해한다.

3. 이 사건 법률조항의 의의

가. 약식절차와 정식재판청구

정식재판의 청구는 약식명령이 발하여지는 경우 그 재판에 불복이 있는 자가 통상의 공판절차에 의한 심판을 청구하는 소송행위를 말한다. 약식절차란 지방법원의 관할에 속하는 사건으로 벌금·과료에 처할 수 있는 사건에 대하여 공판절차를 거치지 아니하고 서면심리만으로 벌금·과료를 과하는 간이한 형사절차로서, 형사재판의 신속을 기하는 동시에 경미 사건에 있어 공개재판에 따르는 피고인의 사회적, 심리적 부담을 덜어 준다는 데 그 존재의의가 있다.

약식명령의 청구는 검사가 공소제기와 동시에 서면으로 하여야 하며[형사소송법(이하 괄호 안에서 ‘법’이라고만 한다) 제449조], 서면심리만에 의한다. 공

소장일본주의의 적용이 없고, 약식명령청구서를 피고인에게 송달할 필요도 없으며, 피고인신문, 증인신문, 검증, 감정과 같은 증거조사는 원칙적으로 허용되지 않고, 공판절차를 전제로 한 증거능력에 관한 규정들(법 제311조 내지 318조) 역시 적용되지 않는다. 이와 같이 간략한 서면심리에 의하여 생길 수 있는 부당함은 법원의 공판절차에 의한 심리(법 제450조) 혹은 이 사건 법률조항에 의한 피고인의 정식재판청구(법 제453조)에 의하여 제거될 수 있다.

나. 약식명령의 송달 및 정식재판 청구기간, 정식재판청구권 회복청구 등 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 약식명령을 발령한 법원에 서면으로 정식재판을 청구할 수 있다.

정식재판청구의 기산점이 되는 ‘약식명령의 고지’는 검사와 피고인에 대한 재판서의 송달에 의한다(법 제452조). 한편, 형사소송법 제65조는 서류의 송달에 관하여 법률에 다른 규정이 없는 때에는 민사소송법을 준용한다고 규정하고 있으므로, 우편송달, 공시송달 등에 관하여 따로 규정한 형사소송법 제60조 내지 제64조가 적용되는 것 외에는 약식명령의 송달에 관하여는 민사소송법의 규정이 준용된다. 따라서 그 송달의 방법은 민사소송법 제178조 제1항에 따라 원칙적으로 교부송달에 의하여야 하나, 근무장소 이외의 송달할 장소에서 피고인을 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별한 지능이 있는 사람(수령대리인)에게 약식명령 등본을 교부하는 보충송달의 방법에 의하여도 할 수 있다(민사소송법 제186조 제1항). 보충송달이 적법한 경우 수령대리인에게 약식명령 등본을 교부한 때에 송달의 효력이 발생하고, 약식명령 등본이 본인에게 실제 전달되었는지 여부는 문제되지 않는다.

정식재판청구는 상소와 달리 상급법원이 아니라 원법원에 대하여 하는 것이고 이로써 1심 절차가 진행되는 것이지만, 원재판의 변경을 구하는 사법적 구제 수단인 점에서는 상소와 유사하므로 상소에 관한 규정이 일부 준용된다(법 제458조 제1항). 상소권회복에 관한 형사소송법 제345조 및 제346조 역시 준용되어 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 정식재판 청구기간 내에 정식재판청구를 하지 못한 때에는 정식재판청구권 회복청구를 할 수 있다.

4. 재판청구권 침해 여부에 관한 판단

가. 재판청구권과 입법형성권

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. ‘법률에 의한’ 재판청구권은 원칙적으로 입법자에 의하여 형성된 현행 소송법의 범주 안에서 권

리구제절차를 보장하며, 그 실현은 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있다. 입법자는 청구기간이나 제소기간과 같은 일정한 기간의 준수, 소송대리, 변호사 강제제도, 소송수수료규정 등을 통하여 원칙적으로 소송법에 규정된 형식적 요건을 충족시켜야 비로소 법원에 제소할 수 있도록, 소송의 주제, 방식, 절차, 시기, 비용 등에 관하여 규율할 수 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481). 따라서 재판을 청구할 수 있는 기간 또는 재판에 불복할 수 있는 기간을 정하는 것 역시 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제라고 할 것이고 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 할 수 없다(헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66, 판례집 18-2, 429, 437; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1하, 900, 908 참조).

다만, 이러한 입법재량도 제소기간 또는 불복기간을 너무 짧게 정하여 재판을 제기하거나 불복하는 것을 사실상 불가능하게 하거나 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 이를 어렵게 한다면 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로, 이러한 점에서 입법형성권의 한계가 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481; 헌재 1996. 8. 29. 93헌바63등, 판례집 8-2, 63, 70 참조).

나. 재판청구권 침해 여부

이 사건 법률조항은 약식명령에 대한 정식재판 청구기간의 기산점을 약식명령의 고지일로 하면서도 불복기간을 일반 형사판결에 대한 항소기간과 같게 정함으로써, 그 약식명령이 보충송달에 의하여 피고인 이외의 사람에게 송달되는 경우, 실질적인 불복기간이 일반 형사사건에 비하여 단축되는 결과를 가져올 수 있게끔 하고 있다. 그러나 약식명령은 피고인에게 벌금·과료만이 부과되는 경미한 사건을 대상으로 하는 것으로서, 약식명령에 대하여 이와 같이 단기의 불복기간을 설정한 것은 경미 사건에 관하여 절차의 신속에 보다 중점을 둔 다른 형사소송법의 규정들과 궤를 같이 하는 것이다. 예컨대 통상의 공판절차에 있어서도, 다액 500만 원 이하의 벌금이나 과료에 해당하는 경미 사건은 피고인의 출석 없이 개정할 수 있고, 판결 선고도 가능하며(법 제277조 제1호), 피고인만이 청구한 정식재판청구사건에서도 피고인의 출석 없이 판결 선고가 가능하다(법 제277조 제4호). 그리고 위 각 경우 항소기간은 피고인이 판결의 내용을 알았는지 여부와 관계없이 선고일로부터 기산된다.

이와 같이 형사절차를 경미 사건과 일반 사건을 구분하여 그 처리절차를 달

리하거나 일반 사건에 대한 특례를 두는 것은, 경미하고 간이한 사건들을 신속하게 처리하게 함으로써 사법자원의 효율적인 배분을 통하여 국민의 재판청구권을 충실하게 보장하고자 하는 것으로, 그 합리성이 인정된다.

또한 우리 형사소송법상 약식절차에 대한 사전 동의나 통지 절차가 따로 마련되어 있지는 않지만, 형사 입건된 피의자로서는 사건에 관한 종국적인 처분이나 재판이 예정되어 있으므로, 수사기관 등에 자신의 소재를 분명하게 하고 수사 및 재판에 관한 서류를 정확하게 송달받을 수 있도록 스스로 조치하여야 한다. 따라서 자신에게 개시된 형사절차의 종국적 처분의 한 형태인 약식명령이 피고인에 대하여 예기치 않게 발하여지는 것이라고 말할 수 없고, 입법자가 형사피의자가 그러한 조치를 취하리라는 전제 하에 약식명령에 대한 송달가능성을 가늠하여 불복기간을 정하였더라도 거기에 입법재량을 현저하게 일탈한 자의가 있다고 할 수 없다.

나아가 정식재판 청구기간에 대하여는 법정기간의 연장에 관한 규정(법 제 67조)이 준용될 뿐 아니라, 약식명령 피고인이 정식재판 청구기간을 지키지 못한 것이 책임질 수 없는 사유로 인한 것인 때에는 정식재판청구권이 회복될 수 있으므로(법 제458조 제1항, 제345조), 피고인이 주소변동 등의 사정으로 약식명령을 제대로 송달받지 못하였다고 하더라도 충분히 구제받을 수 있다.

마지막으로 약식명령은 경미 사건만을 대상으로 하는데다가, 그 내용 역시 약식기소된 공소사실의 존재와 그에 대한 과형만을 담고 있을 뿐이어서 그 불복의 대상과 범위가 비교적 단순하다. 또 정식재판청구서에는 약식명령에 불복한다는 기재만 있으면 족하고, 불복의 이유를 따로 기재할 필요가 없으므로 약식명령에 대한 불복 여부의 결정에 많은 시간과 노력이 소요된다고 보기도 어렵다. 그러므로 이 사건 법률조항이 정하고 있는 고지일로부터 7일의 불복기간이 약식명령에 대한 불복기회를 실질적으로 박탈할 만큼의 단기라고 할 수 없다.

이러한 점들을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항이 합리적인 입법재량의 범위를 벗어나 약식명령 피고인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

5. 평등권 침해 여부에 대한 판단

가. 민사·행정소송 당사자와의 차별

민사·행정소송에서는 원칙적으로 처분권주의와 변론주의가 적용되어 당사자의 적극적인 주장과 입증활동에 의하여 소송의 내용이 형성되게 되므로 당사자는 그 책임 하에 1심 판결에 대한 불복의 범위와 그와 관련한 사실적·법률적 주장을 스스로 정리하여야 할 뿐 아니라, 항소장에 관하여도 준비서면에

관한 규정이 준용되는 결과 거기에도 공격 또는 방어의 방법에 관한 진술을 기재하는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 공격과 방어에는 통상적으로 형사재판에 비하여 보다 더 복잡한 사실적·법률적 쟁점이 관련된다. 다른 한편, 민사소송 등은 분쟁의 본질이 사적 영역에 속하거나 개인의 주관적 권리구제와 관련된 것이어서 형사소송에 비하여 재판을 신속하게 확정시켜야 할 필요성은 상대적으로 적다. 이러한 점에서 1심 판결에 대한 불복기간의 기산점을 판결의 내용을 정확하고 구체적으로 알 수 있게 되는 판결서의 송달일로 하고, 그 기간도 형사소송보다 더 길게 부여한 것에는 수긍할 수 있는 합리적인 이유가 있다.

반면에, 국가형벌권의 행사 작용에 속하는 형사재판절차는 실체적 진실발견을 위한 증거의 멸실이나 왜곡 방지, 일반예방 및 특별예방의 목적달성을 위한 형벌권의 조기실현 등을 위하여 보다 신속하게 법률관계를 확정지를 필요가 매우 강하다. 또한 형사재판은 공소사실의 존부에 대한 판단과 양형을 내용으로 하는 것으로서 그 불복의 범위와 사유가 비교적 명확할 뿐 아니라, 공소사실에 관한 입증책임이 오로지 검사에게 있으므로 원칙적으로 피고인은 이를 방어하는 것으로 족하고 주도적으로 주장과 증거를 준비하여야 하는 것이 아니다. 이러한 이유에서 정식재판청구서에는 약식명령에 불복한다는 기재만 있으면 족하고, 불복의 이유를 따로 기재할 필요도 없다.

나아가 정식재판 청구기간의 기산점을 민사·행정소송과 같이 재판서의 송달일로 삼는 것은, 약식절차가 피고인의 법정출석을 요하지 않는 데 기인하는 것으로, 민사·행정소송과 같이 그 불복을 위하여 판결의 내용을 정확하게 고지하려는 데 목적이 있는 것도 아니다. 따라서 재판서의 송달에 의하여 불복기간이 기산된다는 형식적인 유사점만으로 동일하게 다루어야 할 사정이 있다고 할 수도 없다.

나. 일반 형사소송 피고인과의 차별

약식절차의 피고인이나 일반 형사소송의 피고인은 모두 검사의 기소에 의하여 형사재판의 대상이 되었고, 정식재판청구와 상소는 원재판의 변경을 구하는 불복수단이라는 점에서 공통되므로 양자는 본질적으로 동일한 집단에 속한다. 다만, 형사소송법은 정식재판 청구기간과 항소기간을 동일하게 정하고 있으나, 약식명령은 재판서의 송달에 의하여 고지된다는 점에서 피고인 본인에게 직접 송달이 이루어지지 않는 경우 일반 형사소송과 비교하여 차별이 발생하게 된다.

그러나 약식절차는 벌금, 과료만이 부과되는 비교적 가벼운 범죄를 대상으로 하는 것으로서 일반 형사재판과 달리 생명 또는 신체의 자유에 대한 제한을 가져오지 않는 경미한 사건만을 대상으로 하는 점, 이러한 경미 사건에 대하여 효율성 및 신속성을 보다 강조하는 것이 전체적으로 사법자원의 효율적인 배분을 가져와 헌법상의 재판청구권을 더욱 충실하게 보장하는 방법이 될 수 있는 점, 정식재판청구에 의하여 불복하는 대상과 범위가 명확하고 정식재판청구서에 별다른 이유 기재도 필요하지 않으므로, 보충송달이 이루어지는 경우 일반 형사사건에 비하여 약식명령에 대한 실질적인 불복기간이 다소 줄어든다고 해서 약식명령 피고인의 정식재판청구권을 실질적으로 침해하는 결과를 가져온다고 보기 어려운 점, 약식명령 피고인 이외의 자에 대한 송달 즉 보충송달의 효력은 그 수령인이 피고인의 지배범위 내에 있는 사람으로서 그에게 책임을 지을 수 있는 사유에 의한 경우에만 인정되고, 피고인의 책임 없는 사유에 의하여 기간이 도과하는 경우 정식재판청구권의 회복이 인정되는 점 등을 종합적으로 고려해 보면, 약식명령의 불복기간을 통상의 형사사건과 마찬가지로 7일로 정하였다고 하여서 이를 자의적인 것이라고 볼 수 없다.

다. 소결론

이와 같이 약식명령에 대한 불복기간을 민사·행정재판과 다르게 정한 것이나, 일반 형사판결과 같게 정한 것은 모두 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 약식명령 피고인의 평등권을 침해하지 않는다.

6. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 7.과 같은 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 헌법불합치 의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

7. 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 헌법 불합치 의견

이 사건 법률조항은 다음과 같은 이유로 약식명령을 받은 피고인의 재판청구권을 침해하여 헌법에 합치하지 않는다.

가. 헌법 제27조 제3항은 공개재판을 받을 권리를 형사피고인의 기본권으로 보장하고 있다. 또 헌법 제27조 제1항에서 규정한 법률에 의한 재판을 받을 권리 안에는 모든 증거자료가 법관의 면전에서 조사·진술되고, 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주

의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 공정한 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226; 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200 참조). 그런데 검사가 일방적으로 제출한 자료에만 기초하여 공개 재판에 의하지 않고 서면심리로 이루어지는 약식절차는 어디까지나 헌법상 보장된 재판청구권의 내용과 어긋나는 예외적인 절차로서의 성격을 갖는다. 약식명령을 받은 피고인은 정식재판청구에 의하여 비로소 예외적 절차에 의하여 제한되었던 헌법상의 재판청구권을 회복할 수 있다. 정식재판청구가 헌법상의 재판청구권과 관련하여 갖는 이와 같은 의미에 유념하여, 입법자는 약식명령을 받은 피고인의 기본권이 함부로 침해되지 않도록 약식절차에 관한 불복제도를 합리적으로 형성할 의무가 있다. 여기에는 그 기산점이 되는 '송달의 불확실성'이 상쇄될 수 있을 만큼의 충분한 기간을 부여하는 것이 최소한의 전제가 된다.

나. 이 사건 법률조항은 정식재판 청구기간으로 약식명령을 고지받은 날로부터 7일의 기간을 부여하고 있다. 정상적인 송달을 전제로 할 때 위 7일의 기간 자체가 약식명령 피고인의 정식재판청구권을 형해화할 만큼 극단적인 단기라고 하기는 어렵다. 그러나 약식명령의 송달에 관하여 민사소송법상의 보충송달에 관한 규정이 준용되므로 피고인의 지배범위 안에서 피고인 이외의 사람, 이른바 '수령대리인'이 약식명령 등본을 받더라도 송달이 유효하게 된다. 그런데 피고인이 수사기관에서 진술한 주소지 또는 주민등록지로부터 일시적으로 떠나 있는 등으로 피고인 이외의 사람이 이를 수령하거나, 약식명령을 실제 교부받은 수령대리인의 착오나 부주의로 약식명령이 전달되지 못하게 되는 일이 일상생활에서 드물다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항에 따라 피고인이 약식명령 발령 사실을 현실적으로 알게 되는 시점이 그 재판청구권 행사가 사실상 불가능할 정도로 지체되거나, 경우에 따라 아예 그 발령 사실을 모른 채 유효하게 정식재판 청구기간이 지나가게 되는 경우도 있을 수 있다.

더욱이 서면심리만으로 이루어지고 약식기소에 대한 사전 동의 또는 고지제도가 존재하지 않는 우리 형사소송법상 약식사건의 피고인은 자신에게 약식명령이 발령될지 여부를 미리 알 수 없다. 그러므로 그에게 혹시 있을지 모를 약식명령의 발령에 대비하여 자신의 주소 또는 송달장소를 정확하게 수사기관 또는 법원에 신고하거나 그 약식명령을 틀림없이 전달받을 수 있도록 하는 조

치를 취하여야 할 의무가 있었다고 보기도 어렵다.

다. 약식절차가 피고인의 출석을 요하지 않는 간이한 심판 제도로서 의미를 갖는다는 점에서 그 불복기간의 기산점을 재판서의 송달일로 삼는 것이 불가피하다고 하더라도, 그 기산점이 되는 송달의 불확실성이 상쇄될 수 있을 정도의 충분한 불복기간을 부여하지 않으면, 약식명령 피고인이 그에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 헌법상의 재판청구권을 침해당하게 되는 경우가 생기는 것을 막을 수 없다. 그리고 이러한 점을 고려하여 정식재판 청구기간을 현행 민사·행정사건이나 일본, 독일 등의 입법례들에 준하여 가령 2주 정도로 연장한다고 해서 재판의 신속에 구체적인 장애가 초래될 것이라고 볼 수도 없다.

법정에서의 공판절차를 통하여 충분한 공방과 증거조사절차를 거친 뒤 법정에서 선고되는 판결에 대한 항소기간도 7일인 점에 비추어 보면, 자신에게 어떤 내용의 약식명령이 고지되리라는 사실을 미리 알 수 없는 피고인에게 약식명령등본이 송달된 뒤로부터 정식재판의 경우와 같이 7일 안에 정식재판 청구 여부를 결정하라고 강요하는 것은 형평에도 어긋난다.

라. 결국 이와 같이 고지의 방법인 송달의 불가피한 불완전성을 고려하지 않은 채 고지일로부터 7일이라는 지나치게 짧은 기간을 불복기간으로 정하고 있는 이 사건 법률조항은, 약식명령 피고인으로 하여금 정식재판청구권을 그 의도에 반하여 상실당할 수 있게 함으로써 헌법상 보장된 기본권인 '공개된 법정에서 공정한 재판을 받을 권리'를 침해한다.

따라서 이 사건 법률조항은 약식절차에 관한 불복기간을 형성함에 있어 현저하게 입법재량을 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이나, 만일 이 조항을 위헌으로 하게 되면 약식명령의 불복기간에 관한 입법의 공백이 발생하게 되므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니한다고 선언하여야 한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

야생동·식물보호법 제16조 제3항 위헌소원

(2013. 10. 24. 2012헌바431)

【판시사항】

1. 동물에 대한 재산권 행사 제한에 관하여 심사기준을 완화하여 적용한 사례
2. 수입·반입된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종에 대하여 원칙적으로 수입·반입 목적 외 다른 용도의 사용을 금지한 구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조 제3항 본문 중 같은 조 제5항의 ‘국제적멸종위기종으로부터 증식된 종’에 적용되는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 일반적인 물건에 대한 재산권 행사에 비하여 동물에 대한 재산권 행사는 사회적 연관성과 사회적 기능이 매우 크다 할 것이므로 이를 제한하는 경우 입법재량의 범위를 폭넓게 인정함이 타당하다. 그러므로 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부를 살펴보면 심사기준을 완화하여 적용함이 상당하다.
2. 국제적멸종위기종의 멸종예방과 서식환경보호라는 이 사건 법률조항의 입법목적은 인간이 공존하는 자연환경을 보존하기 위한 것으로서 정당하다. 동·식물이 멸종하고 자연생태계가 파괴되는 다양한 원인 중 상업적 이득을 취하려는 인간의 무분별한 행동이 한 가지 주요한 원인이 되고 있으므로, 증식된 종을 포함하여 국제적멸종위기종에 대한 사인의 자의적 용도변경을 원천적으로 봉쇄함으로써 그 이용범위를 엄격히 국가의 통제 아래 둔 것은 위 입법 목적을 이루기 위한 적절한 수단이다. 이 사건 법률조항은 국제적멸종위기종

에 대한 이용 및 처분을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 이미 허가된 용도로는 계속 보유 및 사용토록 하고, 수입 또는 반입 목적 이외의 다른 용도로의 변경만을 원칙적으로 금지하고 있으며, 용도변경이 불가피한 경우 환경부장관의 승인을 받아 부분적으로 용도변경을 할 수 있도록 하고 있으므로 침해의 최소성도 충족한다. 또한 이 사건 법률조항을 통하여 국제적멸종위기종의 멸종을 예방하고, 인간의 무분별한 이용으로 인한 자연파괴를 방지하며, 인류가 세대에 걸쳐 공존할 수 있는 지속가능한 자연생태계를 보존하려는 공익의 비중에 비하여 그 침해의 정도가 크다고 보기 어려우므로 법익의 균형성도 갖추었다. 그러므로 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해하지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항은 청구인의 직업수행의 자유를 제한하지만, 이러한 제한은 멸종위기종의 보호와 자연환경의 보전이라는 공익을 위하여 국제적멸종위기종의 사적 이용을 규제한 것으로서 과잉금지원칙에 반하지 않으므로, 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조(국제적멸종위기종의 국제거래 등의 규제) ①~② 생략
③ 제1항 본문의 규정에 의하여 허가를 받아 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종 및 그 가공품은 그 수입 또는 반입 목적외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 용도변경이 불가피한 경우로서 환경부령이 정하는 바에 따라 환경부장관의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.
④~⑦ 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제23조 제1항, 제2항, 제35조 제1항, 제37조 제2항
구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1.~2. 생략
3. “국제적멸종위기종”이라 함은 멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약(이하

“멸종위기종국제거래협약”이라 한다)에 의하여 국제거래가 규제되는 다음 각 목의 1에 해당하는 동·식물로서 환경부장관이 고시하는 종을 말한다.

가. 멸종위기에 처한 중증 국제거래로 그 영향을 받거나 받을 수 있는 종으로서 멸종위기종국제거래협약의 부속서 I에서 정한 것

나.~다. 생략

4.~7. 생략

구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조(국제적멸종위기종의 국제거래 등의 규제) ①~② 생략

③ 제1항 본문의 규정에 의하여 허가를 받아 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종 및 그 가공품은 그 수입 또는 반입 목적외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 용도변경이 불가피한 경우로서 환경부령이 정하는 바에 따라 환경부장관의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 생략

⑤ 제1항 본문의 규정에 의하여 허가를 받아 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종은 제1항 본문의 규정에 의하여 수입 또는 반입허가를 받은 것으로 보며, 처음에 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종의 용도와 동일한 것으로 본다. 이 경우 제3항 단서의 규정에 의하여 용도가 변경된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종의 용도는 변경된 용도와 동일한 것으로 본다.

⑥~⑦ 생략

구 야생동·식물보호법(2007. 5. 17 법률 제8467호로 개정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조(국제적멸종위기종의 국제거래 등의 규제) ① 국제적멸종위기종 및 그 가공품을 수출·수입·반출 또는 반입하려는 자는 다음 각 호의 구분에 따른 허가기준에 따라 환경부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 국제적멸종위기종을 이용한 가공품으로서 「약사법」에 의한 수출·수입 또는 반입의 허가를 받은 의약품과 대통령령이 정하는 국제적멸종위기종 및 그 가공품의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 멸종위기종국제거래협약의 부속서(I, II, III)에 포함되어 있는 종에 따른 거래의 규제에 적합할 것
2. 동·식물의 수출·수입·반출 또는 반입이 그 종의 생존에 위협을 주지 아니할 것
3. 그 밖에 대통령령이 정하는 멸종위기종국제거래협약 부속서별 세부허가조건에 적합할 것

② 삭제

③~⑦ 생략

구 야생동·식물보호법 시행규칙(2005. 2. 7. 환경부령 제171호로 제정되고, 2012. 7. 27. 환경부령 제469호로 개정되기 전의 것) 제22조(국제적멸종위기종의 용도변경승인)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제16조 제3항 단서의 규정에 의하여 국제적멸종위기종 및 그 가공품에 대한 용도변경의 승인을 얻고자 하는 자는 지방환경관서의 장에게 용도변경의 승인신청을 하여야 한다.

판례집 25-2(하)

- 1.~3. 생략
 4. 재수출을 하기 위하여 수입 또는 반입하여 인공사육중인 곰(수입 또는 반입한 것으로부터 증식한 개체를 포함한다)을 가공품의 재료로 사용하고자 하는 경우로서 별표 5의 처리기준에 적합한 경우
 5. 생략
- ②~③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18, 판례집 18-1상, 1, 15-16
3. 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374
헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 382-383

【당 사 자】

청 구 인 이○자
 대리인 법무법인 세계
 담당변호사 김종명 외 2인

당 해 사 건 대전지방법원 2012구합1374 국제적멸종위기종(사육곰)용도변
 경제승인처분취소

【주 문】

구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조 제3항 본문 중 같은 조 제5항의 ‘국제적멸종위기종으로부터 증식된 종’에 적용되는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
- 가. 사건의 개요
- (1) 청구인은 1990년경부터 충북 ○○읍에 있는 곰 사육장에서 국제적멸종 위기종인 반달가슴곰 등을 사육하는 자로서, 1985년 이전에 ‘재수출’을 목적으로 수입된 반달가슴곰으로부터 증식된 2001년생 반달가슴곰 수컷 2마리(이하 ‘이 사건 곰’이라고 한다)를 소유하고 있다.

(2) 청구인은 ○○유역환경청장에게 이 사건 곰의 용도를 ‘응답, 응지(곰기름), 가공용품 재료’로 사용할 수 있도록 변경해달라는 내용의 신청을 하였으나, 2011. 12. 28. ‘약용(응답)’으로 용도변경을 승인하되, 나머지 신청에 대하여는 불허하는 내용의 용도변경 재승인 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

(3) 청구인은 2012. 3. 23. 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(대전지방법원 2012구합1374), 그 소송 계속 중 위 용도 변경 불허가의 근거가 된 구 야생동·식물보호법 제16조 제3항 본문에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(대전지방법원 2012아205), 2012. 11. 7. 취소청구 및 제청신청이 모두 기각되자 2012. 12. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 야생동·식물보호법 제16조 제3항 본문에 대하여 위헌확인을 구하고 있다. 그러나 청구인은 수입·반입된 국제적멸종위기종에 대하여 원칙적으로 용도변경을 금지하는 규정 전반에 대하여 다투는 것이 아니라, 수입·반입 후 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종에 대하여 구 야생동·식물보호법 제16조 제3항 본문에 의한 규제를 예외 없이 적용하는 것의 위헌성을 다투고 있으므로, 심판의 대상을 이 부분으로 한정한다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제 7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 야생동물보호법’이라 한다) 제16조 제3항 본문 중 같은 조 제5항의 ‘국제적멸종위기종으로부터 증식된 종’에 적용되는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항 및 주요 관련조항의 내용은 다음과 같고 나머지 관련조항의 내용은 별지와 같다.

[심판대상조항]

구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것)

제16조(국제적멸종위기종의 국제거래 등의 규제) ③ 제1항 본문의 규정에 의하여 허가를 받아 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종 및 그 가공품은 그 수입 또는 반입 목적외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 용도변경이 불가피한 경우로서 환경부령이 정하는 바에 따라 환경부장관의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

[관련조항]

구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28.

법률 제10977호로 개정되기 전의 것)

제16조(국제적멸종위기종의 국제거래 등의 규제) ⑤ 제1항 본문의 규정에 의하여 허가를 받아 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종은 제1항 본문의 규정에 의하여 수입 또는 반입 허가를 받은 것으로 보며, 처음에 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종의 용도와 동일한 것으로 본다. 이 경우 제3항 단서의 규정에 의하여 용도가 변경된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종의 용도는 변경된 용도와 동일한 것으로 본다.

2. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항의 입법목적은 국제적멸종위기종을 보호하려고 하는 것으로 정당하나, 증식된 곰의 경우 번식률이 높아 멸종위기종으로서의 보호의 필요성은 그다지 크지 않은 반면 증식된 곰을 키우는 데 드는 비용과 노력이 크다. 또한 멸종위기종의 보호는 용도변경을 원칙적으로 금지하는 방법이 아니라 수입·반입된 곰에 대한 용도의 사용금지 혹은 증식된 곰의 용도변경에 연령 제한을 두거나 전체 사육곰의 용도변경비율 제한을 두는 등의 방법으로 충분히 달성할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 재산권 및 직업수행의 자유를 침해한다.

3. 판 단

가. 국제적멸종위기종 용도규제 관련 연혁

(1) 야생동식물이 인간의 사용을 위하여 국제적으로 거래됨으로 인하여 생존에 위협을 받는 것을 방지하고, 자연의 야생상태를 보존하고 미래를 위하여 자원을 보호할 목적으로 ‘멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약’(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES, 이하 ‘멸종위기종국제거래협약’이라 한다)이 1973. 3. 3. 채택되고 1975. 7. 1. 발효되었으며, 우리나라는 1993. 7. 9. 위 협약에 가입하였다. 이 사건 곰인 반달가슴곰(학명: *Ursus thibetanus*)은 멸종위기종국제거래협약 부속서 I에 등재되어 있는 국제적멸종위기종인데, 위 협약에 의하면 부속서 I에 포함된 동물은 멸종위기가 가장 심각한 종들로서 연구 등 비상업적인 목적의 수입을 제외하고 국제거래가 금지되어 있다.

(2) 야생조수를 보호·번식시키고 자연생태계의 균형을 유지하도록 하여 국민의 쾌적한 자연환경과 생활환경을 확보하고, 수렵으로 인한 국민의 생명·신체와 재산에 대한 위협의 발생을 방지하기 위하여 1967. 3. 30. 법률 제

1931호로 구 ‘조수보호및수렵에관한법률’(이하 구 ‘조수보호법’이라 한다)이 제정, 시행되었는데, 1983. 12. 30. 개정된 법에서 수입된 조수에 대하여 수입목적 외의 용도로 사용할 수 없도록 규정하다가(제25조 제4항), 멸종위기종국제거래협약 가입 후 위 법률이 1997. 8. 22. 개정되면서 수입·반입된 멸종위기종 및 그로부터 번식된 조수에 대하여 용도변경을 규제하였다(제25조의2 제4항 본문 및 제5항). 그 후 2004. 2. 9. 구 조수보호법이 폐지됨과 아울러 구 야생동물보호법이 제정되었는데, 위 법률은 멸종위기종국제거래협약 부속서에서 정한 동식물을 ‘국제적멸종위기종’이라 정의하고(제2조 제3호), 구 조수보호법과 마찬가지로 수입·반입된 국제적멸종위기종 및 그로부터 증식된 종에 대하여 용도변경을 규제하고 있다(제16조).

(3) 한편, 정부가 1981년 농가의 소득증대를 위한 장려책으로 ‘재수출’ 목적의 곰 수입·사육을 허용하면서 곰들이 수입되었다가, 반대여론이 불거지자 1985년 곰의 수입을 금지하였고, 이후 1993년 멸종위기종국제거래협약에 가입하면서 곰의 수출도 금지되었다. 이에 따라 ‘재수출’ 목적으로 수입된 곰을 원래의 수입 또는 반입목적으로 사용하는 것이 불가능해지자, 구 야생동물보호법 시행규칙(2005. 2. 7. 환경부령 제171호로 제정되고, 2012. 7. 27. 환경부령 제469호로 개정되기 전의 것)에서는 ‘재수출을 하기 위하여 수입 또는 반입하여 인공사육 중인 곰(증식된 개체 포함)을 가공품의 재료로 사용하고자 하는 경우’ 일정한 연령이 지난 곰에 대하여 용도변경 승인신청을 할 수 있도록 규정하고, 증식된 곰의 경우 10년 이상으로 연령기준을 정하였다(제22조 제1항 제4호). 다만, 환경부는 2005. 2. 7. 구 야생동물보호법 시행규칙을 제정하면서 ‘응답 등을 약재로 사용하는 경우’를 제외하고 그 밖의 용도변경에 대해서는 불허하는 내부지침을 정하였고, 이 사건 처분은 이 사건 법률조항 및 위 시행규칙, 내부지침에 따라 이루어졌다.

나. 재산권 침해 여부

(1) 심사기준

(가) 수입 또는 반입된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종에 대한 용도변경금지를 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 사적 소유권의 객체인 국제적멸종위기종인 동물에 대한 자유로운 사용 및 처분을 금지함으로써 청구인의 재산권을 제한하고 있다. 따라서 이 경우에도 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 재산권의 제한이 필요한 정도를 넘어 과도하여서는 아니 된다는 과잉금지원칙에 위반되는지 여부가 문제이다.

(나) 그런데 헌법상 재산권에 대한 제한의 허용 정도는 재산권 객체의 사회적 기능, 즉 재산권의 행사가 기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미에 달려 있다고 할 것인데, 재산권의 행사가 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지면 가질수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다(헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18, 판례집 18-1상, 1, 15-16 참조).

(다) 우리 헌법은 환경에 대한 보호 의무를 규정하고 있다. 헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여, 동·식물계를 비롯하여, 공기, 물, 토양, 기후, 경관 등 자연적 생활근거, 즉 자연환경에 대한 권리로서 환경권을 기본권의 하나로 명시하고 국가와 국민 모두에게 환경보전의무를 부과하고 있다. 동물은 자연환경을 구성하는 생명체로서 인류가 지속가능한 환경을 유지하기 위하여 동물생태계와 그 서식환경을 보존해야 할 공동의 필요성이 있다. 동물이 생명체로서 인간이 마음대로 지배할 수 있는 객체가 아니라 인간과 공존하도록 보호해야 할 대상으로 보아야 한다는 인식은 외국의 경우에도 법적으로 인정되는 추세이며, 일부 국가에서는 동물에게 사람과 물건 사이의 제3의 법적 지위를 부여하거나 동물을 보호해야 할 의무를 헌법에 명문화함으로써 동물보호에 대한 인간의 책임성을 강조하고 있기도 하다.

(라) 그렇다면 일반적인 물건에 대한 재산권 행사에 비하여 동물에 대한 재산권 행사는 사회적 연관성과 사회적 기능이 매우 크다 할 것이므로 이를 제한하는 경우 입법재량의 범위를 폭넓게 인정함이 타당하다. 그러므로 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부를 살펴보면, 입법재량의 범위를 넓게 인정하여 심사기준을 완화하여 적용함이 상당하다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

구 야생동물보호법은 ‘야생동·식물과 그 서식환경을 체계적으로 보호·관리함으로써 야생동·식물의 멸종을 예방하고, 생물의 다양성을 증진시켜 생태계의 균형을 유지함과 아울러 사람과 야생동·식물이 공존하는 건전한 자연환경을 확보함을 목적으로’ 제정되었고(제1조), 그 중 이 사건 법률조항은 멸종위기종국제거래협약에 의하여 국제적멸종위기종으로 지정된 개체와 그 서식환경을 보호하기 위하여 수입·반입된 국제적멸종위기종 및 그로부터 증식된 종의 용도변경을 규제한 것이다. 이와 같이 국제적멸종위기종의 멸종예방과 서식환경보호라는 이 사건 법률조항의 입법목적은 인간이 공존하는 자연환경

을 보존하기 위한 것으로서 정당하다.

위 입법목적을 달성하는 수단으로서 이 사건 법률조항에서는 증식된 종을 포함하여 국제적멸종위기종의 용도변경을 규제하는 방법을 채택하고 있다. 청구인은 증식된 곰은 사적 소유의 사육 대상으로서 이에 대하여 용도변경을 금지하는 것은 멸종위기종의 보호와 관련성이 떨어진다고 주장하나, 이러한 주장은 국제적멸종위기종의 멸종예방과 서식환경보호라는 입법목적이 단순한 종의 번식이 아닌 자연 상태에서의 생존과 생태계의 보호를 추구하는 것임을 간과한 것이다. 인공적 증식 및 사육을 통한 동물의 이용 및 처분 등의 행위는 멸종위기종의 보호라는 목적을 위하여 오히려 더욱 엄격한 감독과 관리가 필요하다고 할 수 있을지언정, 규제대상에서 제외할 타당한 이유가 된다고 보기 어렵다. 반면, 동식물이 멸종하고 자연생태계가 파괴되는 다양한 원인 중 상업적 이득을 취하려는 인간의 무분별한 행동이 한 가지 주요한 원인이 되고 있으므로, 증식된 종을 포함하여 국제적멸종위기종에 대한 사인의 자의적 용도변경을 원천적으로 봉쇄함으로써 그 이용범위를 엄격히 국가의 통제 아래 둔 것은 위 입법목적의 이르기 위한 적절한 수단이라 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

(나) 침해의 최소성

이 사건 법률조항은 국제적멸종위기종에 대한 이용 및 처분을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 이미 허가된 용도로는 계속 보유 및 사용토록 하고 수입 또는 반입 목적 이외의 다른 용도로의 변경만을 원칙적으로 금지하고 있다.

국제적멸종위기종은 자연 상태에서 그 생존과 보존의 필요성이 매우 높다고 국제적으로 인정된 개체들로서, 인류 공동의 이익을 보호하기 위하여 자유로운 이용 및 처분의 제한이 특히 폭넓게 허용될 수 있다. 이 사건 법률조항은 국제적멸종위기종에 대한 특정인의 소유가 허용되는 예외적이고 이례적인 상황에 적용되는 것으로서, 증식된 종에 대한 개인의 재산권을 인정하되 그 범위를 일정한 용도로 제한하여 엄격히 규율하겠다는 입법자의 판단이 멸종위기종을 보호하려는 입법목적의 달성에 필요한 범위를 넘은 것이라고 보기 어렵다.

청구인 주장과 같이 증식된 종에 대하여 용도를 규제하는 대신, 수입·반입된 원래의 국제적멸종위기종에 대하여만 용도의 사용을 금지하거나 증식된 종의 용도변경에 연령제한을 두는 등의 방법을 취한다면 국제적멸종위기종에 대하여 사적 이용범위를 규제하여 보호하려는 이 사건 법률조항의 입법목적의 달성이 어렵다. 즉, 증식된 종을 포함한 국제적멸종위기종 자체의 용도를 규

제하지 않고서는 멸종위기종의 무분별한 상품화나 이윤추구를 위하여 국제적 멸종위기종을 소비하고 처분하는 것을 막기 어려워, 결국 자연생태계의 보존이라는 목적을 달성하기 어렵고, 이 사건 법률조항과 동일하게 입법목적을 달성할 수 있는 다른 수단을 찾기도 어렵다.

그리고 구 야생동물보호법은 이 사건 법률조항에 의하여 용도변경을 원칙적으로 금지하면서 용도변경이 불가피한 경우에 환경부장관의 승인을 받아 부분적으로 용도변경을 할 수 있도록 길을 열어놓고 있어(제16조 제3항 단서, 같은 법 시행규칙 제22조 제1항 제4호), 종래에 허가된 용도대로의 계속 사용이 불가능하더라도 법적으로 허용된 이용방법이 전혀 없다고 할 수 없다.

그러므로 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 반하지 않는다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 법률조항을 통하여 국제적멸종위기종에 대한 사적 용도를 제한함으로써 그 멸종을 예방하고, 인간의 무분별한 이용으로 인한 자연파괴를 방지하고, 인류가 세대에 걸쳐 공존할 수 있는 지속가능한 자연생태계를 보존하려는 공익은 매우 중대하다. 반면 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 사익은, 국제적멸종위기종에 대한 이용 및 처분이 전면 금지되는 것이 아니라 이미 허가된 용도 이외의 용도변경을 원칙적으로 금지하는 것이나 불가피한 경우 부분적으로 용도변경도 허용되고 있어, 이 사건 법률조항이 재산권에 대한 제한을 통하여 실현하고자 하는 공익의 비중에 비하여 그 침해의 정도가 크다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

(라) 소결

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해하지 아니한다.

다. 직업수행의 자유 침해 여부

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는데, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업수행 내지 행사의 자유까지 포괄하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 382-383 참조). 여기서 “직업”이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 지속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 383 참조).

이 사건 법률조항은 수입·반입된 국제적멸종위기종으로부터 증식된 종에 대하여 원칙적으로 용도변경을 금지함으로써, 증식된 반달가슴곰의 사육을 통한 청구인의 직업수행의 자유를 제한한다. 그러나 앞서 재산권 침해 여부에 관한 논의에서 살핀 바와 같이, 이러한 제한은 멸종위기종의 보호와 자연환경의 보전이라는 공익을 위하여 국제적멸종위기종의 사적 이용을 규제한 것으로서 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 과잉금지원칙에 반하지 않으므로, 이 사건 법률조항은 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. “국제적멸종위기종”이라 함은 멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약(이하 “멸종위기종국제거래협약”이라 한다)에 의하여 국제거래가 규제되는 다음 각 목의 1에 해당하는 동·식물로서 환경부장관이 고시하는 종을 말한다.

가. 멸종위기에 처한 종 중 국제거래로 그 영향을 받거나 받을 수 있는 종으로서 멸종위기종국제거래협약의 부속서 I에서 정한 것

구 야생동·식물보호법(2007. 5. 17 법률 제8467호로 개정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것)

제16조(국제적멸종위기종의 국제거래 등의 규제) ① 국제적멸종위기종 및 그 가공품을 수출·수입·반출 또는 반입하려는 자는 다음 각 호의 구분에 따른 허가기준에 따라 환경부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 국제적멸종위기종을 이용한 가공품으로서 「약사법」에 의한 수출·수입 또는 반입의 허가를 받은 의약품과 대통령령이 정하는 국제적멸종위기종 및 그 가공품의 경우에는

그러하지 아니하다.

1. 멸종위기종국제거래협약의 부속서(Ⅰ,Ⅱ,Ⅲ)에 포함되어 있는 종에 따른 거래의 규제에 적합할 것
2. 동·식물의 수출·수입·반출 또는 반입이 그 종의 생존에 위협을 주지 아니할 것
3. 그 밖에 대통령이 정하는 멸종위기종국제거래협약 부속서별 세부 허가조건에 적합할 것

구 야생동·식물보호법 시행규칙(2005. 2. 7. 환경부령 제171호로 제정되고, 2012. 7. 27. 환경부령 제469호로 개정되기 전의 것)

제22조(국제적멸종위기종의 용도변경승인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제16조 제3항 단서의 규정에 의하여 국제적멸종위기종 및 그 가공품에 대한 용도변경의 승인을 얻고자 하는 자는 지방환경관서의 장에게 용도변경의 승인신청을 하여야 한다.

4. 재수출을 하기 위하여 수입 또는 반입하여 인공사육중인 곰(수입 또는 반입한 것으로부터 증식한 개체를 포함한다)을 가공품의 재료로 사용하고자 하는 경우로서 별표 5의 처리기준에 적합한 경우

[별표 5]

곰의 처리기준(제22조 제1항 제4호 관련)

종류	처리기준(나이)	
	85년 이전에 수입된 곰	85년 이전에 수입된 곰으로부터 증식된 곰
큰곰	25년 이상	10년 이상
반달가슴곰	24년 이상	10년 이상
늘보곰	40년 이상	10년 이상
말레이곰	24년 이상	10년 이상
아메리카흑곰	26년 이상	10년 이상

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 위헌확인

(2013. 10. 24. 2010헌마219·265(병합))

【판시사항】

사용자로 하여금 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 한 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제4조 제1항 본문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 기간제근로자의 계약의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

기간제 근로계약을 제한 없이 허용할 경우, 일반 근로자층은 단기의 근로계약 체결을 강요당하더라도 이를 거부할 수 없을 것이고, 이 경우 불안정 고용은 증가할 것이며, 정규직과의 격차는 심화될 것이므로 이러한 사태를 방지하기 위해서는 기간제근로자 사용기간을 제한하여 무기계약직으로의 전환을 유도할 수밖에 없다.

사용자로 하여금 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 한 심판대상조항으로 인해 경우에 따라서는 개별 근로자들에게 일시 실업이 발생할 수 있으나, 이는 기간제근로자의 무기계약직 전환 유도와 근로조건 개선을 위해 불가피한 것이고, 심판대상조항이 전반적으로는 고용불안 해소나 근로조건 개선에 긍정적으로 작용하고 있다는 것을 부인할 수 없으므로 기간제근로자의 계약의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이정미, 재판관 조용호의 반대의견

고용잠재력이 충분하지 않은 현재와 같은 상황에서 2년을 근무한 기간제근로자를 모두 무기계약직으로 전환시킨다는 것은 현실적으로 불가능하므로 사용자는 계약기간 2년이 지난 근로자를 대부분 다시 고용하지는 않을 것이고, 그 결과 기간제근로자는 심판대상조항이 시행되기

전에는 그 근로계약기간이 만료되더라도 다니고 있던 직장에서 기간제 근로자로나마 계속 일할 수 있는 기회가 있었으나, 심판대상조항의 시행으로 인해 그 의사에 반하여 실업이나 해고 상태로 내몰리게 되었다. 결국 기간제근로자 사용기간 제한은 고용불안의 해소나 근로조건 개선에 별 효과를 가져 오지 못하고, 오히려 기간제근로자가 2년을 초과하는 기간제근로계약을 체결할 수 있는 권리를 박탈함으로써 기간제근로자의 근로계약 체결의 자유를 침해하고 있다.

【심판대상조문】

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. (단서 및 각호 생략)
② 생략

【참조조문】

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제1조(목적) 이 법은 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1. “기간제근로자”라 함은 기간의 정함이 있는 근로계약(이하 “기간제 근로계약”이라 한다)을 체결한 근로자를 말한다.
- 2. “단시간근로자”라 함은 「근로기준법」 제21조의 단시간근로자를 말한다.
- 3. “차별적 처우”라 함은 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

- 1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
- 2. 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할

필요가 있는 경우

- 3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
- 4. 「고령자고용촉진법」 제2조 제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
- 5. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
- 6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제5조(기간의 정함이 없는 근로자로의 전환) 사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것) 제8조(차별적 처우의 금지) ① 사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

② 사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

【참조판례】

- 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668
- 헌재 2008. 9. 25. 2005헌바81, 판례집 20-2상, 462
- 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바86, 판례집 21-1하, 503
- 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마581, 판례집 22-2상, 404
- 헌재 2011. 4. 28. 2009헌바37, 공보 175, 690

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 우○태(2010헌마219)
- 2. 최○순(2010헌마265)
- 3. 손○순(2010헌마265)
- 청구인들 대리인 변호사 은창용 외 3인

【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2010헌마219 사건

청구인 우○태는 2008. 3. 1.부터 ○○테크에서 비정규직 생산직 사원(생산 주입)으로 업무에 종사하여 오던 중 2010. 2. 28. 계약갱신이 거절되자, 사용자가 기간제근로자를 사용하는 경우 최장 2년까지만 사용할 수 있도록 규정하고 있는 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 2010. 4. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2010헌마265 사건

청구인 최○순은 2002. 12. 3.부터 2010. 1. 31.까지 약 7년 2개월 동안, 청구인 손○순은 2000. 12. 20.부터 2010. 1. 31.까지 약 9년 2개월 동안 주식회사 ○○유통에서 비정규직 사원으로 근무하였으나 2010. 1. 31. 주식회사 ○○유통으로부터 계약갱신을 거절당하자, ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조가 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 2010. 4. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’ 제4조 전체에 대해 심판청구를 하고 있으나, 청구인들이 계약갱신을 거절당한 이유는 위 법률 규정 중 제4조 제1항 본문이 사용자로 하여금 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 규정하고 있기 때문이므로 이 사건 심판의 대상을 위 법률 제4조 제1항 본문으로 한정한다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것, 이하 ‘기간제법’이라 한다) 제4조 제1항 본문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로

제정된 것)

제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. (단서 생략)

[관련조항]

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정된 것)

제1조(목적) 이 법은 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “기간제근로자”라 함은 기간의 정함이 있는 근로계약(이하 “기간제 근로계약”이라 한다)을 체결한 근로자를 말한다.

제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
2. 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
4. 고령자고용촉진법 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
5. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

제5조(기간의 정함이 없는 근로자로의 전환) 사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.

제8조(차별적 처우의 금지) ① 사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 심판대상조항은 기간제근로자인 청구인들이 2년을 초과해서는 동일한 직장에서 기간제근로자로 근무할 수 없도록 하고 있는바, 이는 청구인들의 기본권을 직접 침해하는 것으로서 헌법소원심판청구 이외에 다른 구제 수단이 없는 경우에 해당한다.

(2) 근로자는 어떤 장소에서 어떤 내용으로 근로할 것인지에 관해 자유롭게 의사를 형성할 수 있어야 하는바, 보다 나은 근로조건을 가진 직장으로 옮겨가기 전까지 기간제근로자로 기존 직장에서 계속 일하겠다고 하는 당사자의 의사는 존중되어야 하고, 그런 기회를 박탈하는 심판대상조항은 기간제근로자들의 계약의 자유, 직업선택의 자유, 근로의 권리 등을 침해한다.

나. 고용노동부장관의 의견

(1) 기간제 근로관계는 그 계약기간의 만료로 사용자의 별도조치 없이 당연히 종료되므로 청구인들은 심판대상조항과 관계없이 갱신계약을 체결할 수 있는 지위에 있지 아니한바, 심판대상조항이 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없고, 사용자를 상대로 한 해고무효확인소송을 거치지도 않았으므로 보충성원칙에도 위배된다.

(2) 노동법체계는 기본적으로 계약 자유 원리에 대한 수정 원리에 기반하고 있는바, 기간제 근로기간을 최대 2년으로 한 것과 관련하여 고용기회에 대한 실질적인 보장의 관점에서 지나치게 짧다는 비판이 제기될 수 있으나, 이는 입법 개선의 필요성이 있다는 의미이지 심판대상조항이 위헌이라는 의미는 될 수 없다.

(3) 기간제근로자 보호를 어떻게 할 것인지는 입법자가 국가의 노동현실을 고려하여 합리적으로 판단할 수 있는 사항인바, 심판대상조항이 기간제근로자 사용기간을 2년으로 규정하였다고 하여 그것이 위헌이라고 단정할 수는 없다.

3. 적법요건 판단

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 규정에서 말하는 ‘공권력’에는 입법권도 당연히 포함되고, 다만 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 청구인이 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 2000. 11. 30. 2000헌마79, 판례집 12-2, 361, 367).

그런데 청구인들은 기간제근로자로 근무해 오다가 심판대상조항의 시행으로 인하여 기존의 직장에서는 기간제근로자로 더 이상 근로계약을 체결할 수 없게 되었다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 기본권을 직접 제한한다 할 것이므로 기본권 침해의 직접성이 인정되고, 그 밖에 다른 적법요건의 흠결은 찾아볼 수 없다.

따라서 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 기간제법의 제정과 기간제근로자 사용기간의 제한

가. 기간제법의 제정

기간제법이 제정되기 이전까지 근로계약 기간에 대해서는 구 근로기준법 제23조가 규율하였다. 이 규정은 “근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.”고 함으로써 원칙적으로 유기의 근로계약 기간을 1년으로 한정하였다. 이와 같이 한정된 이유는, 근로계약은 원칙적으로 무기계약으로 체결하여야 하고 예외적으로 유계약으로 체결하더라도 그 기간이 1년을 넘지 않도록 하여 근로자가 장기간의 근로를 강요당하는 것을 방지하기 위해서였다. 물론 반복갱신에 대한 제한 규정이 없었으므로 총 근로계약기간이 제한되지는 않았다.

다만, 위 구 근로기준법 규정에도 불구하고 현실에서는 1년을 초과하는 계약체결이 빈번히 이루어졌는데, 법원은 1년을 초과하는 근로계약의 효력을 적극적으로 인정하여, 근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐 근로기준법 제20조 소정의 근로조건에 해당하지 아니하므로 근로계약 당사자가 임의로 이를 정할 수 있다고 보았다. 그리하여 1년을 초과하는 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 계약기간의 정함 자체는 유효하며, 약정기간의 범위 내에서 사용자는 근로자에게 1년의 기간이 경과하였음을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고(근로자는 1년이 경과한 후에 언제든지 당해 근로계약

을 해지할 수 있다), 기간이 만료되면 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 종료되었다(대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 판결). 법원의 이러한 판결로 구 근로기준법 제23조는 사실상 그 효력을 잃었고, 1년 이상의 근로계약도 무효라고 할 수 없게 되었다.

한편, 사용자는 1년 이내의 기간제 근로계약을 반복 갱신하여 근로기준법상 해고제한 규정을 회피할 수 있었고, 1997년 외환위기를 거치는 동안 기간제 근로관계는 전 산업에 걸쳐 급속히 증가하였으며, 기간제근로자의 근속기간도 계속 늘어나 상시적인 업무에까지 기간제근로 사용이 남용됨으로써 기간제근로를 포함한 비정규직 근로 문제는 커다란 사회문제로 등장하였다. 이러한 상황에서 비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별 시정과 근로조건 보호를 위한 제도 정비의 필요성은 절실했는데, 2006. 12. 21. 법률 제8074호로 기간제법이 제정되어 2007. 7. 1. 시행되기에 이르렀다.

기간제법은 정부가 제출하여 제정된 법률로, 기본방향은 비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별처우를 금지하고 남용을 규제하되, 노동시장의 유연성과 조화를 도모하는 것이다. 이 법은 구 근로기준법이 근로계약을 1년으로 제한함으로써 발생한 1년 미만 계약의 반복적 갱신이라는 폐단을 없앴과 동시에, 계약기간을 1년 미만으로 정하여 임금, 퇴직금 등 근로기준법의 보호규정을 피해가는 사용자의 악용 사례를 막을 수 있는 보호법으로 기대를 모았다. 그리고 구 근로기준법 하에서는 기간제근로자가 기간의 정함이 있는 근로계약을 수년에 걸쳐 수차례 반복·갱신하더라도 이를 제한하지 못하였지만, 기간제근로자 사용기간을 최대 2년으로 제한함으로써 그 남용문제를 해결할 수 있는 가능성을 가지게 되었다.

나. 기간제근로자 사용기간 제한

기간제법 제4조는 제1항에서 ‘사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있다’고 정하여 최장 2년까지는 기간제근로자 사용에 대한 합리적 사유가 없이도 이들을 사용할 수 있도록 하고 있다. 이로써 사용자는 기간제근로자를 2년 내에서 제한 없이 사용할 수 있게 되었고, 동시에 구 근로기준법 하의 1년을 초과하는 근로계약의 효력 유무 문제는 자연스럽게 해결되었다.

다만, 기간제법 제4조 제1항 단서에서는 예외적으로 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우를 열거하고 있다. 먼저 ① 업무 자체가 한시적으로만 존속하는 경우로, 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필

요한 기간을 정한 경우와 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우, 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우, 그리고 ② 사용기간을 제한하지 않더라도 근로자의 지위가 열악해질 우려가 없는 경우로, 고령자와 근로계약을 체결하는 경우와 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우, 그 밖에 ③ 사용기간 제한이 적합하지 않은 경우로, 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령이 정하는 경우와 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령이 정하는 경우가 2년 초과 예외에 해당한다.

한편, 기간제법 제4조 제2항은 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”고 하여 2년을 초과하는 기간제 근로계약의 반복적 갱신을 금지하고 있다. 따라서 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하게 되면 무기계약을 체결한 것으로 간주되고, 2년 초과 사용시 사용자가 종전에 체결한 근로계약기간의 만료를 이유로 고용을 종료하면 해고에 해당하여 근로기준법 제23조상의 정당한 이유가 필요하다.

5. 이 사건 심판대상조항의 기본권 침해 여부

가. 쟁점

청구인들은 심판대상조항이 기존 직장에서 계속 근무하기를 원하는 기간제 근로자들에게 정규직으로 전환되지 않는 한 2년을 초과하여 계속적으로 근무할 수 없도록 함으로써 직업선택의 자유, 근로의 권리를 침해하고 있다고 주장한다. 이러한 청구인들의 주장은 기간제근로자라 하더라도 한 직장에서 계속해서 일할 자유를 보장해야(근로관계의 존속보장) 한다는 취지로 읽힌다. 그런데 헌법 제15조 직업의 자유와 제32조 근로의 권리는 국가에게 단지 사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공해 줄 의무를 지을 뿐이고, 여기에서 직장 상실로부터 근로자를 보호하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리가 나오지는 않는다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678). 따라서 직업의 자유, 근로의 권리 침해 문제는 이 사건에서 발생하지 않는다.

다만, 청구인들이 위와 같은 주장을 하는 것은 심판대상조항이 청구인들로 하여금 기간제근로자로서 2년을 근무하는 이상 동일한 직장에서 동일한 사용자와의 사이에 2년을 초과하여 기간제 근로계약을 체결할 수 없도록 하고 있는

것에 기인한 것인데, 일반적으로 사용자와 근로자 사이의 고용관계는 양자 사이의 근로계약을 통해 형성된다는 점에서 심판대상조항은 2년을 초과하여 기간제 근로계약을 체결할 자유, 즉 헌법 제10조로부터 파생되어 나오는 계약의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 있으므로 아래에서는 이에 대해 살펴본다.

나. 계약의 자유 침해 여부

(1) 심사기준

헌법 제10조에 의하여 보장되는 행복추구권 속에는 일반적 행동자유권이 포함되고, 이 일반적 행동자유권으로부터 계약 체결의 여부, 계약의 상대방, 계약의 방식과 내용 등을 당사자의 자유로운 의사로 결정할 수 있는 계약의 자유가 파생된다. 그러나 위와 같은 계약의 자유도 절대적인 것은 아니므로 사회적 약자의 보호, 독점 방지, 실질적 평등, 경제 정의 등의 관점에서 법률상 제한될 수 있고, 다만 이 경우 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한의 한계를 준수할 것이 요구된다(헌재 2008. 9. 25. 2005헌바81, 판례집 20-2상, 462, 475; 헌재 2011. 4. 28. 2009헌바37, 공보 175, 690, 694 등 참조).

한편, 심판대상조항이 2년을 초과하는 기간제 근로계약 체결을 금지하는 것은 불가분의 긴밀한 관계를 형성하고 있는 사용자와 근로자 사이의 상반되는 사적 이해를 조정하기 위한 것으로서, 개인의 본질적이고 핵심적인 자유 영역에 관한 것이라기보다 사회적 연관관계에 놓여 있는 경제 활동을 규제하는 사항에 해당한다고 볼 수 있으므로 그 위헌성 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용된다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바86, 판례집 21-1하, 503, 519; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마581, 판례집 22-2상, 404, 413-414 등 참조).

(2) 계약의 자유 침해 여부

(가) 심판대상조항이 기간제근로자의 경우 2년을 초과하여서는 원칙적으로 다시 기간제근로자로서 근로계약을 체결할 수 없도록 한 것은, 기간제근로자로 2년을 근무하면 무기계약으로 전환하도록 하여 2년을 초과하는 기간제근로자 사용을 억제함으로써 이들의 고용불안을 해소하고 그 근로조건을 개선하기 위한 것이므로 그 입법목적은 정당하다. 그리고 기간제근로자 사용을 2년으로 제한하게 되면 사용자가 동일 근로자를 계속 사용하기 위해서는 무기계약으로 전환해야 할 것이므로, 이는 기간제근로자의 고용불안 해소 및 근로조건 개선이라는 입법목적에 기여하는 적합한 수단이 된다.

(나) 기간제 근로계약을 제한 없이 허용할 경우, 전문기술직종 등 사실상 근로자와 사용자가 대등하게 근로조건을 결정할 수 있는 분야가 아닌, 단순노무

직과 같은 일반 근로자층은 단기의 근로계약 체결을 강요당하더라도 이를 거부할 수 없을 것이며, 이 경우 불안정 고용은 증가할 것이고, 정규직과의 격차는 심화될 것이다. 이러한 사태를 방지하기 위해서는 기간제근로자 사용기간을 제한하여 무기계약직으로의 전환을 유도할 수밖에 없고, 그 과정에서 불가피하게 취업 희망자의 고용을 막는 경우가 발생한다고 하더라도 기간제근로자 사용기간 제한이 전반적으로 무기계약직으로의 전환을 불리와 고용불안 해소나 근로조건 개선에 긍정적으로 작용한다면, 그러한 입법자의 선택은 존중되어야 한다.

기간제법 시행 이후 더 이상 기간제 근로계약을 체결하지 못하여 대량 해고 사태가 발생할 것이라는 노동시장의 우려와는 달리, 공기업이나 공공부문 또는 금융기관 등을 중심으로 무기계약직이나 정규직으로의 전환이 점차 확대되어 일부 고용안정을 이루었으며, 이 제도 시행 이후 기간제근로자의 고용이 불안정해졌다는 유의미한 증거는 발견되지 않는다. 오히려 통계청에서 나온 2003년에서 2012년까지의 비정규직 고용동향 분석에 의하면, 전체 임금근로자 중 기간제근로자가 차지하는 비율은 점차 낮아져 기간제법 시행 전에는 전체 임금근로자 중 17%대를 유지하던 비율이 시행 이후 14%대를 유지하고 있으며, 고용노동부가 2010년 4월경부터 2012년 10월경까지 9차례에 걸쳐 비정규직 근로자를 대상으로 패널 조사를 실시하여 분석한 자료에 의하더라도 기간제근로자로 2년 이상 근무한 경우에는 대부분 안정된 고용을 보장 받는 것으로(약 87.8%). 이 중 무기계약으로 간주되는 경우는 392,000명으로 79.3%, 정규직 전환은 42,000명으로 8.5%) 나타나고 있다. 결국 심판대상조항이 무기계약직으로의 전환을 유도하여 고용안정에 상당 부분 기여하고 있음을 알 수 있다.

다만, 심판대상조항의 시행으로 기간제근로자 최대 사용 기간 2년이 지나면 사용자의 입장에서는 무기계약직으로의 전환을 부담스러워 하여 동일 근로자를 계속 사용하는 대신에 다른 기간제근로자로 대체하거나 아예 외주화하는 방법을 택할 수 있고, 그것이 어느 정도 현실화되고 있는 것도 부인할 수는 없다. 그러나 법원이 구 근로기준법 하에서 근로계약기간 약정을 노사가 임의로 정하는 것도 유효하다고 판단한 이래, 기간제근로자 사용이 증가하여 고용불안이 심화되고 근로조건 격차도 벌어지게 된 것처럼, 현안이 되는 당장의 실업 상태를 구제하기 위해 기간제 근로계약의 반복 갱신과 같은 임시적 조치를 허용한다면 장기적으로 고용안정을 위한 근본적인 해결을 도모할 수는 없을 것이다. 물론 일각에서는 사용자에게 기간제근로자 사용에 대한 비용부담을

가중시켜 무기계약직으로의 전환을 보다 적극적으로 유도하는 것이 기간제근로자의 고용안정을 이루는 효과적인 방법이라고 주장하나, 이해 조정이 필요한 노사 관계에서 일방 당사자인 사용자에게만 그 부담을 지우는 것은 한계가 있을 수밖에 없다.

기본적으로 사적 관계인 노사관계에서 기간제근로자의 고용을 유지하기 위한 입법수단이 제한적인 상황에서 심판대상조항의 기간제근로자 사용기간 제한으로 인해 경우에 따라 개별 근로자들에게 일시 실업과 같은 불합리한 결과가 발생한다고 하더라도, 이러한 제한은 기간제근로자의 무기계약직 전환 유도를 통한 고용불안 해소와 근로조건 개선을 위한 부득이한 선택이라고 보아야 하므로 이것이 기간제근로자들의 계약의 자유에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다.

(다) 나아가 심판대상조항이 목적으로 하는 기간제근로자의 무기계약 전환 유도를 통한 고용안정이나 근로조건 개선은 중요한 공익인 반면, 기간제근로자가 심판대상조항으로 인해 제한받게 되는 계약의 자유는 그것이 수인할 수 없을 정도로 심각한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 제한이 중대하다고 볼 수 없다.

(라) 이상에서 본 바와 같이 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 계약의 자유를 지나치게 침해한다고는 볼 수 없다.

6. 결 론

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 7.과 같은 재판관 이정미, 재판관 조용호의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 이정미, 재판관 조용호의 반대의견

우리는 법정의견과 달리 심판대상조항이 청구인들의 계약의 자유를 중대하게 침해한다고 생각하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

(1) 심판대상조항의 입법목적에 관한 법정의견에 대하여는 우리도 일단 수긍을 한다. 그러나 “지옥으로 가는 길은 선의(善意)로 포장되어 있다.”(The road to hell is paved with good intentions)는 서양속담처럼, 법정의견이 제시하는 심판대상조항의 선의(입법목적)에도 불구하고 심판대상조항의 입법 이후가 그 이전보다 기간제근로자의 근로계약의 체결과 관련하여 더 나은 지위를 보장하기는커녕 오히려 더 열악한 지위(지옥)로 떨어뜨리고 있다는 점에서 그

위헌성을 지적하지 않을 수 없다.

심판대상조항은 사용자가 2년을 초과하여서는 기간제근로계약을 체결할 수 없도록 하고 있고, 이에 따라 기간제근로자들은 2년이 지난 후 무기계약직으로 전환되거나 다른 일자리를 찾는데 실패한다면 실업상태에 놓이게 된다. 그런데 고용잠재력이 충분하지 않은 현재와 같은 상황에서 2년을 근무한 기간제근로자를 모두 무기계약직으로 전환시킨다는 것은 현실적으로 불가능할 것이므로, 사용자는 그러한 부담에서 벗어나기 위해 계약기간 2년 종료와 함께 해당 근로자를 해고하고 다른 기간제근로자로 대체하거나 기간제근로자의 일자리를 파견근로자로 대체하거나 또는 기간제근로자가 담당하던 업무 자체를 통째로 외주화(外注化)하는 방법을 선택할 가능성이 높다(노동부가 2009. 8. 발간한 홍보책자 ‘비정규직법 바로 알기’ 참조). 따라서 심판대상조항의 입법목적의 선의(고용안정과 근로조건 개선)에도 불구하고 오히려 심판대상조항으로 인해 2년간 기간제근로자로 채용된 이후에는 무기계약직으로 전환되지 않는 한 일자리를 잃게 하여 고용불안을 심화시킴으로써 기간제근로자의 지위를 더욱 열악한 상황으로 몰아넣고 있는 것이다.

(2) 기간제근로자는 언제나 해고의 불안에 시달리고 근로조건도 열악하므로 이들의 지위를 개선하기 위한 실효성 있는 제도·방안의 마련이 필요하다.

① 예컨대, 기간제근로자들을 한꺼번에 무기계약직으로 강제 전환시키는 것이 현실적으로 불가능한 상태에서는 기간제 근로계약기간을 원칙적으로 2년으로 하면서 다만 반복 갱신의 횟수를 제한하지 아니하되, 기간제근로자를 무기계약직으로 전환시키는 사용자에게는 사회보험료나 세금의 일부를 감액하는 등의 인센티브를 부여하여 점진적으로 무기계약직에 편입될 수 있도록 하는 방안이 있을 수 있다. 이 경우 계약의 반복적 갱신이 일상화된다는 폐단이 있을 수 있지만, 근로자들이 실업보다는 기간제근로계약을 택하는 경우 적어도 고용안정이라는 입법목적은 달성할 수 있다. ② 기간제근로자의 퇴직은 고용보험법상의 실업급여 지급의 원인이 되므로 그 원인 제공자인 사용자에게 부담금을 증액하는 방안도 생각해 볼 수 있으며, 무기계약직 전환 의무비용을 도입하거나, 2년 경과 후 무기계약직으로 전환시키지 않을 경우 그 해고 수당을 상당한 정도로 부담시키는 등 해고비용을 포함한 기간제근로자 사용비용을 정규직근로자 사용비용보다 높게 하여 무기계약직 전환을 간접강제하는 방안도 생각해 볼 수 있다. ③ 나아가 현실을 반영하여 기간제근로자 사용을 현재와 같이 제한하면서도 다만 그 최대 기간을 지금보다 늘려 기간제근로자들이 동

일한 일에서 보다 숙련된 기술을 습득할 수 있도록 하는 방안도 있다(실제 제 18대 국회에서 정부는 기간제근로자 사용기간을 최대 4년으로 하는 개정안을 제출한 바 있다). 이 경우 근로자는 업무경험과 기술을 축적할 수 있고, 이것이 바탕이 되어 안정적인 직장을 구할 수 있을 것이며, 사용자 또한 고용의 탄력성을 유지하면서 업무에 능숙한 근로자들을 무기계약직으로 전환할 가능성이 높아질 것이다. ④ 한편, 상시적 업무의 경우에는 처음부터 기간제근로자를 사용할 수 없도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있는데, 그 실효성 담보를 위해 상시적 업무에 기간제근로계약을 체결하는 경우 이를 무기근로계약으로 의제하면 고용안정과 근로조건 개선이라는 두 가지 목적을 달성할 수 있을 것이다.

이상에서 본 바와 같이 기간제근로자의 고용안정이나 근로조건 개선을 담보할 수 있는 여러 가지 제도·방안이 있음에도 불구하고, 심판대상조항은 이러한 제도·방안들을 강구하지 아니한 채 2년을 근무한 기간제근로자들을 해고의 위협에 몰아넣음으로써 기간제근로자의 근로계약 체결의 자유를 지나치게 침해하고 있는 것이다.

(3) 기간제근로자는 심판대상조항이 시행되기 전에는 그 근로계약기간이 만료할 때 무기계약직으로 전환되든지 또는 다니고 있던 직장에서 기간제근로계약으로나마 계속 일을 하든지 또는 다른 일자리를 찾아 떠나든지 하는 세가지 선택지(選擇肢)가 있었으나, 심판대상조항의 시행으로 말미암아 두 번째 선택지는 노사 양쪽의 의사에도 반하여 사라지게 되었다. 결국 심판대상조항은 노사 당사자들의 개별적인 사정이나 사적 자치를 고려하지 아니하고 일률적으로 근로기간 2년이 지나고 나면 사용자의 일방적인 의사에 의해서 무기계약직으로 전환되든지, 아니면 그 직장을 떠나라는 양자택일만을 강요받고 있는 것이다. 그 결과 기간제로나마 계속 근로계약관계를 유지하고자 하는 많은 근로자들(변론에 나타난 자료에 의하면, 비정규직이라도 계속 근무하고 싶다는 근로자들이 한국노총 조사에서는 64%, 민주노총 조사에서는 46%로 나타나고 있다)로 하여금 그 선택사항마저 제한받은 채 실업이나 해고로 내몰리게 함으로써 그들과 그들의 가족의 생존을 위협하고 있다. 심판대상조항으로 정부가 노동시장에 직접 개입한 결과 노동시장의 경직화를 초래하였고, 이로 인해 무기계약직으로 전환된 일부 근로자들은 강력한 보호를 받지만 대부분의 기간제근로자들은 일자리를 박탈당하는 부당한 결과를 초래하게 되었다.

(4) 심판대상조항은 기간제근로자가 2년을 초과하는 기간제근로계약을 체결할 수 있는 권리를 완전히 박탈함으로써, 이로 인한 기간제근로자의 기본권

제한의 효과는 매우 중대하다. 반면에 심판대상조항이 목적으로 하는 고용불안의 해소나 근로조건 개선에는 별 효과가 없거나 있다고 하더라도 미미하다. 법정의견이 제시하는 기간제법 시행 이후의 일부 고용안정 현상이나 비정규직 고용동향분석에 관한 통계라는 것도 현실을 제대로 반영하고 있지 못하거나 일시적인 착시(錯視)현상에 불과한 것으로 보인다. 무기계약직으로의 전환은 일부 공기업, 공공부문이나 금융기관 등의 직역에서 이루어지고 있을 뿐, 청구인들이 근무하는 직장을 포함한 대부분의 중소기업에서는 상황이 전혀 다르다는 것이 변론에서 나타나고 있다(고용노동부에 따르면, 2009년 7월의 조사 결과 무기계약직으로 전환된 근로자가 36%, 기간이 종료되어 실직한 근로자가 37%인데, 2011년 1월의 조사 결과 오히려 무기계약직으로 전환된 근로자가 32%, 기간이 종료되어 실직한 근로자가 48%로 나타나고 있다). 결국 심판대상조항은 그 입법목적과는 달리 기간제근로자의 근로계약체결의 자유를 수인할 수 없을 정도로 지나치게 제한하고 있고, 이로 인해 달성하는 공익은 그다지 크지도 않다.

(5) 따라서 심판대상조항은 기간제근로자들의 근로계약의 자유를 침해한다. 고용노동부에서도 처음에는 우리가 지적한 바와 같은 취지에서 심판대상조항이 위헌의 소지가 있다는 의견을 제시하였던 것은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌확인

(2013. 10. 24. 2011헌마724)

【판시사항】

1. 독립유공자의 손자녀 중 1명에게만 보상금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에 나이가 많은 손자녀를 우선하도록 규정한 독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’(이하 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 함께 명한 사례

【결정요지】

1. 독립유공자의 유족보상금 지급에 있어서는 국가의 재정부담 능력이 허락하는 한도에서 보상금 총액을 일정액으로 제한하되 생활정도에 따라 보상금을 분할해서 지급하는 방법이 가능하며, 보상금 수급권자의 범위를 경제적으로 어려운 자에게 한정하는 방법도 가능함에도 불구하고, 이 사건 심판대상조항이 일률적으로 1명의 손자녀에게만 보상금을 지급하도록 하여 나머지 손자녀들의 생활보호를 외면하는 것은 독립유공자 유족의 생활유지 및 보장을 위한 실질적 보상의 입법취지에 반한다. 수급권자의 경제적 능력은 재산과 소득을 고려해 등급으로 환산될 수 있으므로, 수급권자 수를 오로지 1명으로 한정함에 따른 사무처리의 편의성이 크거나, 그것이 우월적 공익에 해당한다고 보기도 어렵다. 산업화에 따른 핵가족화, 직업이나 보유재산에 따라 연장자가 경제적으로 형편이 더 나은 경우도 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 심판대상조항이 나이를 기준으로 하여 연장자에게 우선하여 보상금을 지급하는 것 역시 보상금 수급권이 갖는

사회보장적 성격에 부합하지 아니한다. 비록 독립유공자를 주로 부양한 자나, 협의에 의해 지정된 자를 보상금 수급권자로 할 수 있도록 하는 일정한 예외조항을 마련해 놓고 있으나, 조부모에 대한 부양가능성이나 나이가 많은 손자녀가 협조하지 않는 경우 등을 고려하면 그 실효성을 인정하기도 어렵다. 비금전적 보훈혜택 역시 유족에 대한 보상금 지급과 동일한 정도로 유족들의 생활보호에 기여한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판대상조항은 합리적인 이유없이 상대적으로 나이가 적은 손자녀인 청구인을 차별하여 평등권을 침해한다.

2. 이 사건 심판대상조항은 독립유공자의 유족인 손자녀에 대한 보상금 지급의 근거 규정이므로 단순위헌결정 시 그 입법목적은 달성하기 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있으며, 보상금 수급권자 결정기준 및 요건, 범위를 어떻게 정할 것인지 등에 관하여 입법자에게 일정한 재량이 부여되므로 2015. 12. 31.을 개선입법의 시한으로 하여 그때까지 그 효력을 존속하게 하여 이를 계속 적용하도록 함이 상당하다.

【심판대상조문】

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조(보상금)

- ① 생략
- ② 독립유공자와 그 유족 중 선순위자(先順位者) 1명에게는 보상금을 지급한다. 다만, 손자녀일 경우에는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하고, 이 보상금을 받을 권리는 다른 손자녀에게 이전되지 아니한다.
- ③ 생략
- ④ 제3항에 따라 보상금을 받을 유족 중 같은 순위자가 2명 이상이면 다음 각 호의 구분에 따라 보상금을 지급한다.
 - 1. 나이가 많은 자를 우선하되, 손자녀일 경우에는 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자에게 지급한다. (단서 생략)
 - 2. 생략
- ⑤~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조(보상금)

①~③ 생략

④ 제3항에 따라 보상금을 받을 유족 중 같은 순위자가 2명 이상이면 다음 각 호의 구분에 따라 보상금을 지급한다.

1. 나이가 많은 자를 우선하되, 손자녀일 경우에는 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자에게 지급한다. 다만, 독립유공자를 주로 부양한 자가 있는 경우에는 그 자를 우선한다.
2. 제1호에도 불구하고 같은 순위 유족 간의 협의에 의하여 같은 순위 유족 중 1명을 보상금을 받을 자로 지정한 경우에는 그 자에게 보상금을 지급한다. 이 경우 유족간 협의의 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤~⑥ 생략

독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제15조(교육지원) ① 국가는 독립유공자, 그 유족 또는 가족이 교육기관에서 필요한 교육을 받을 수 있도록 교육지원을 한다.

② 교육지원을 받을 대상자는 다음 각 호와 같다.

1. 독립유공자 및 그의 배우자
2. 독립유공자의 자녀 및 손자녀

③ 교육지원 대상자에게 교육지원을 하는 교육기관은 다음 각 호와 같다.

1. 「초·중등교육법」에 따른 중학교, 고등학교, 그 밖에 이에 준하는 학교
2. 「고등교육법」에 따른 대학(산업대학·교육대학·전문대학·원격대학 및 기술대학을 포함한다. 이하 같다), 그 밖에 이에 준하는 학교
3. 「평생교육법」에 따라 학력이 인정되는 평생교육시설
4. 「학점인정 등에 관한 법률」에 따라 평가인정을 받은 학습 과정을 운영하는 교육훈련기관

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 교육지원에 관하여는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제23조부터 제27조까지의 규정을 준용한다.

독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제16조(취업지원) ① 국가는 독립유공자, 그 유족 또는 가족에 대하여 취업지원을 한다.

② 취업지원을 받을 취업지원 대상자는 다음 각 호와 같다.

1. 순국선열의 유족
2. 애국지사 및 그 가족 및 유족
3. 독립유공자의 유족 중 장손인 손자녀가 질병·장애 또는 고령으로 취업이 어려운 경우 그 손자녀의 자녀 1명. 이 경우 질병·장애 또는 고령 등의 기준과 취업지원에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제30조에 따른 취업지원 실시기관이 그 직원을 채용하기 위하여 채용시험을 실시하는 경우에는 그 채용시험에 응시한 취업지원 대상자의 점수에 다음 각 호의 구분에 따라 가점(加點)하여야 한다.

1. 만점의 10퍼센트를 가점하는 취업지원 대상자

가. 순국선열의 유족 및 애국지사

나. 애국지사가 제6조 제1항에 따른 등록신청일 전에 사망한 경우 그 유족

2. 만점의 5퍼센트를 가점하는 취업지원 대상자

가. 애국지사의 가족

나. 애국지사가 제6조 제1항에 따른 등록신청일 이후에 사망한 경우 그 유족

다. 제2항 제3호에 해당하는 자

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 취업지원을 할 때 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제31조 제2항부터 제5항까지, 제32조, 제33조, 제33조의2, 제33조의3, 제34조, 제34조의2, 제35조의2, 제36조, 제37조, 제37조의2 및 제38조 제2항·제3항을 준용한다.

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제16조의2(생업 지원) ① 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체 중 대통령령으로 정하는 기관은 소관 공공시설에 식료품·사무용품·신문 등 일상생활용품의 판매를 위한 매점 운영 또는 자동판매기 설치를 허가하거나 위탁할 때 제6조에 따라 등록·결정된 독립유공자, 그 유족 또는 가족의 신청이 있는 경우에는 우선적으로 반영하여야 한다.

② 제1항에 따른 허가나 위탁을 받은 자는 중대한 질병 등 특별한 사유가 없으면 직접 그 사업에 종사하여야 한다.

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제17조(의료 지원) ① 국가는 독립유공자, 그 유족 또는 가족에 대하여 의료지원을 한다.

② 독립유공자가 질병(부상을 포함한다)에 걸리면 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가의 의료시설(「한국보훈복지의료공단법」 제7조에 따른 보훈병원을 포함한다) 또는 지방자치단체의 의료시설에서 진료한다.

③ 국가는 제2항에 따른 진료를 국가나 지방자치단체 외의 의료시설에 위탁할 수 있다.

④ 제2항과 제3항에 따른 진료비용은 국가가 부담한다. 다만, 지방자치단체의 의료시설에서 진료한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체가 그 일부를 부담할 수 있다.

⑤ 독립유공자의 유족 또는 가족은 「한국보훈복지의료공단법」 제7조에 따른 보훈병원에서 진료하며, 필요하다고 인정되면 다른 의료시설에 위탁하여 진료하게 할 수 있다. 이 경우 그 진료비용은 대통령령으로 정하는 바에 따라 감면(減免)하며, 그 감면된 비용은 국가보훈처장이 예산의 범위에서 해당 보훈병원이나 다른 의료시설에 교부할 수 있다.

⑥ 제1항부터 제5항까지의 규정에 따른 의료지원에 관하여는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제43조와 제45조를 준용한다.

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제20조(양육 지원) 독립유공자의 미성년 자녀 및 손자녀 중 부양의무자가 없는 자(부양의무자가 있으나 대통령령으로 정하는 부양 능력이 없는 경우를 포함한다) 또는 부양의무자가 양육지원을 받고 있는 자에 대하여는 국가의 양육시설에서 지원할 수 있다. 다만, 양육지원을 받고

있는 자로서 20세가 된 자가 고등학교·대학 또는 이에 준하는 학교에 재학 중이거나 20세가 되는 해에 대학 또는 이에 준하는 학교에 입학하게 되면 그 학교를 졸업할 때까지 국가의 양육시설에서 계속 지원할 수 있다.

독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제23조(고궁 등의 이용지원) 독립유공자, 그 유족 또는 가족에게는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가나 지방자치단체가 관리하는 고궁과 공원 등의 시설이용료를 받지 아니하거나 할인할 수 있다.

【참조판례】

2. 헌재 2008. 9. 25. 2007헌가9, 판례집 20-2상, 424

【당 사 자】

청 구 인 이○희

대리인 변호사 박판근 외 2인, 공익법무관 권영필 외 4인

【주 문】

1. 독립유공자예우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률조항은 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은, 1943. 12. 8. 사망한 후 1962. 3. 1. 건국훈장(독립장)을 받았던 망 이○재의 외손녀로서, 2011. 3. 17. 청구인의 오빠인 이○호와 함께 독립유공자의 유족(손자녀)으로 등록되었다.

(2) 망 이○재의 배우자인 망 정○성은 1962. 5.경부터 ‘독립유공자예우에 관한 법률’에 의해 독립유공자의 유족으로서 유족보상금을 수령하다가 1974. 2. 7. 경 사망하였고, 그 후 유족 불명으로 유족보상금이 지급되지 않다가 망 이○재의 딸인 망 이○애가 1996. 7. 24. 권리부활로 유족보상금을 받기 시작해 2011. 8. 27. 사망 시까지 유족보상금을 수령하였으며, 이후 망 이○애의 장남인 이○호

가 2011. 9. 15.부터 독립유공자의 손자녀 중 나이가 많은 사람으로서 매월 1,616,000원의 유족보상금을 수령하고 있다.

(3) 이에 청구인은 ‘독립유공자에우에 관한 법률’ 제12조 제2항, 제4항이 동일한 독립유공자의 손자녀임에도 불구하고 나이가 많은 손자녀 1명에게만 유족보상금을 지급하도록 규정함으로써 나이가 어린 독립유공자의 손자녀인 청구인을 유족보상금의 지급 대상에서 제외한 것이 청구인의 평등권과 사회보장수급권을 침해한 것이라고 주장하며, 2011. 11. 18. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 ‘독립유공자에우에 관한 법률’ 제12조 제2항, 제4항 전부를 심판의 대상으로 삼고 있으나, 독립유공자의 유족 중 손자녀의 경우에 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상인 경우에 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’의 위헌성만을 다투고 있으므로, 이 사건 심판의 대상도 그에 관한 부분으로 한정함이 상당하다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 ‘독립유공자에우에 관한 법률’(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’(이하 합하여 ‘이 사건 심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것)

제12조(보상금) ② 독립유공자와 그 유족 중 선순위자(先順位者) 1명에게는 보상금을 지급한다. 다만, 손자녀일 경우에는 1945년 8월 14일 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하고, 이 보상금을 받을 권리는 다른 손자녀에게 이전되지 아니한다.

④ 제3항에 따라 보상금을 받을 유족 중 같은 순위자가 2명 이상이면 다음 각호의 구분에 따라 보상금을 지급한다.

1. 나이가 많은 자를 우선하되, 손자녀일 경우에는 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀 중 나이가 많은 자에게 지급한다. (단서 생략)

[관련조항]

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것)

제12조(보상금) ④ 제3항에 따라 보상금을 받을 유족 중 같은 순위자가 2명 이상이면 다음 각 호의 구분에 따라 보상금을 지급한다.

1. (본문 생략) 다만, 독립유공자를 주로 부양한 자가 있는 경우에는 그 자를 우선한다.
2. 제1호에도 불구하고 같은 순위 유족 간의 협의에 의하여 같은 순위 유족 중 1명을 보상금을 받을 자로 지정한 경우에는 그 자에게 보상금을 지급한다. 이 경우 유족간 협의의 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제15조(교육지원) ① 국가는 독립유공자, 그 유족 또는 가족이 교육기관에서 필요한 교육을 받을 수 있도록 교육지원을 한다.

② 교육지원을 받을 대상자는 다음 각 호와 같다.

2. 독립유공자의 자녀 및 손자녀

제16조(취업지원) ① 국가는 독립유공자, 그 유족 또는 가족에 대하여 취업지원을 한다.

② 취업지원을 받을 취업지원 대상자는 다음 각 호와 같다.

1. 순국선열의 유족
2. 애국지사 및 그 가족 및 유족
3. 독립유공자의 유족 중 장손인 손자녀가 질병·장애 또는 고령으로 취업이 어려운 경우 그 손자녀의 자녀 1명. 이 경우 질병·장애 또는 고령 등의 기준과 취업지원에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제16조의2(생업지원) ① 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체 중 대통령령으로 정하는 기관은 소관 공공시설에 식료품·사무용품·신문 등 일상생활용품의 판매를 위한 매점 운영 또는 자동판매기 설치를 허가하거나 위탁할 때 제6조에 따라 등록·결정된 독립유공자, 그 유족 또는 가족의 신청이 있는 경우에는 우선적으로 반영하여야 한다.

제17조(의료지원) ① 국가는 독립유공자, 그 유족 또는 가족에 대하여 의료지원을 한다.

제20조(양육지원) 독립유공자의 미성년 자녀 및 손자녀 중 부양의무자가 없는 자(부양의무자가 있으나 대통령령으로 정하는 부양 능력이 없는 경우를 포함한다) 또는 부양의무자가 양육지원을 받고 있는 자에 대하여는 국가의 양육

시설에서 지원할 수 있다. (단서 생략)

제23조(고궁 등의 이용지원) 독립유공자, 그 유족 또는 가족에게는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가나 지방자치단체가 관리하는 고궁과 공원 등의 시설이용료를 받지 아니하거나 할인할 수 있다.

2. 청구인의 주장요지 및 이해관계인의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

이 사건 심판대상조항이 독립유공자의 유족에 대한 보상금 지급에 관하여 규정하면서, 독립유공자의 손자녀일 경우 1명에 한정하여 보상금을 지급하도록 하고, 독립유공자 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 여러 명인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 한 것은 장손 중심의 유교사상에 기인한 자의적인 차별에 해당할 뿐만 아니라, 유족보상금의 사회보장적 성격을 도외시한 것이므로 청구인의 평등권 및 사회보장수급권을 침해하여 헌법에 위반된다.

나. 국가보훈처장의 의견요지

그동안의 보훈법률은 보상금을 수급할 수 있는 국가유공자의 유족 범위를 국가유공자의 배우자와 미성년인 자녀로만 한정해 왔는데, 이에 따라 독립유공자의 유족이라도 광복 이후에 사망한 독립유공자의 경우에는 일반적으로 본인, 배우자, 모든 자녀까지 보상금 수급권이 승계되었던 반면, 광복 이전에 사망한 사람들의 경우 배우자는 물론 자녀들도 사망한 경우가 대부분이어서 보상금 수급권자가 없게 되는 불평등이 나타나게 되었다. ‘독립유공자에우에 관한 법률’은 이러한 불평등을 해소하기 위하여 독립유공자가 광복 이전에 사망하였을 경우 손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하도록 하고, 동순위자가 여러 명인 경우에는 나이를 기준으로 지급하도록 하고 있다. 다만, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀 중 나이가 많은 1명에게만 보상금 수급권을 행사할 수 있도록 할 경우의 문제점을 보완하기 위하여 다른 손자녀가 독립유공자를 주로 부양한 경우나, 같은 순위 유족 간의 협의에 의하여 그 중 1명을 보상금 수급권자로 지정한 경우에는 이 사건 심판대상조항과 달리 위와 같은 사람들을 보상금 수급권자로 정할 수 있도록 하였다. 따라서 이 사건 심판대상조항이 독립유공자의 유족보상금 지급에 관한 사항을 규정한 것은 입법형성권의 헌법적 한계를 벗어났다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 제한되는 기본권

이 사건 심판대상조항은 독립유공자의 손자녀 중 1명에 한정하여 유족보상

금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 하고 있는바, 이는 동일한 독립유공자의 손자녀간에 유족보상금의 지급 여부를 달리하는 것이므로 평등권의 침해 여부가 문제된다.

한편, 청구인은 유족보상금을 지급받지 못하는 나머지 손자녀들의 사회보장수급권을 침해한다는 취지의 주장도 하고 있으나, 이는 이 사건 심판대상조항이 손자녀에 대한 보상금 지급을 나이가 많은 1명에 한정함으로써 발생하는 나이 많은 손자녀와 그 이외의 손자녀 사이의 차별을 다른 측면에서 지적하는 것에 불과하다. 따라서 이 부분 주장은 평등권 침해 여부 심사에서 판단하면 족하므로, 별도로 판단하지 아니한다.

나. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

‘독립유공자에우에 관한 법률’(이하 ‘독립유공자법’이라 한다)은 독립유공자의 희생과 공헌의 정도에 상응하여 독립유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상을 함을 예우의 기본이념으로 삼고 있다(독립유공자법 제2조). 이에 따라 독립유공자법에 의한 보상은 독립유공자의 희생과 공헌에 대한 보상이라는 측면에서 독립유공자 및 그 유족에 대한 국가보은적 성격을 띠고 있고, 아울러 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 지급된다는 측면에서 사회보장적 성격을 가지고 있다. 이 같은 보상금 수급권의 사회보장적 성격을 고려할 때, 국가가 독립유공자 및 그 유족에게 지급할 구체적인 보상의 내용 등에 관한 사항은 국가의 재정부담 능력과 전체적인 사회보장 수준, 독립유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정해질 수밖에 없다.

따라서 법률이 정하고 있는 보상수준이 독립유공자 및 그 유족에게 인간다운 생활에 필요한 최소한의 물질적인 수요를 충족시켜 주고, 헌법상의 사회보장, 사회복지의 이념과 독립유공자에 대한 우선적 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한, 입법자는 이를 정함에 있어 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다. 그러나 국가가 독립유공자와 그 유족에 대한 예우에 있어서 최소한의 합리적인 내용도 이행하지 않거나 현저히 자의적으로 의무를 이행한다면, 그러한 국가의 작위 또는 부작위는 헌법상 기본권을 침해하는 것이라고 볼 것이다.

(2) 차별취급의 존부

이 사건 심판대상조항은 본질적으로 동일한 독립유공자의 손자녀에게 보상

금을 지급함에 있어서 그 중 1명에게만 보상금을 지급하도록 하면서, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상인 경우에는 그 중 나이가 많은 자를 우선하도록 하여 이에 해당하지 않는 나머지 손자녀를 유족보상금의 수급대상에서 제외하고 있다. 따라서 이러한 측면에서 이 사건 심판대상조항에 의한 차별취급이 존재한다고 할 것이다.

(3) 차별취급에 대한 합리적 이유의 존부

독립유공자법상 유족보상금을 지급함에 있어 유족이 여러 명 있을 경우에는 국가의 재정부담 능력 등이 허락하는 한 원칙적으로 모두 수급자로 정하되, 생활정도에 따라 보상금의 액수를 달리하여 지급하는 것이 보상금 수급권이 가지는 사회보장적 성격에 비추어 볼 때 바람직하다. 만약 이와 달리 불가피하게 유족 중 1명에게 한정하여 보상금을 지급함에 있어서는 국가의 재정부담 능력, 보상금 수급권의 실효성 보장 등 그 선정기준을 정당화할 만한 별도의 합리적 이유가 요구된다. 그런데 이 사건 심판대상조항은 독립유공자의 손자녀에게 보상금을 지급함에 있어 손자녀가 여러 명인 경우에 어떠한 예외도 두지 않고 1명에게만 한정하여 보상금을 지급하도록 하고 있으며(법 제12조 제2항), 동일한 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀에 해당하는 손자녀가 2명 이상인 경우에는 나이가 많은 자를 우선하도록 하고 있는바(법 제12조 제4항 제1호 본문), 다음과 같은 이유에서 그 합리성을 인정하기 어렵다.

(가) 국가가 독립유공자 및 그 유족에게 지급할 구체적인 보상의 내용 등에 관한 사항은 국가의 재정부담 능력과 전체적인 사회보장 수준, 독립유공자에 대한 평가기준 등에 따라 정해질 수밖에 없으므로, 독립유공자의 유족보상금 지급에 있어 유족의 생활보호 측면 외에도 국가의 재정부담 능력이 중요한 요소로 고려되어야 하는 것은 사실이다. 그러나 국가의 재정부담 능력 등이 허락하는 한도에서 보상금 총액을 일정액으로 제한하되, 그 범위 내에서 적어도 같은 순위의 유족들에게는 생활정도에 따라 보상금을 분할해서 지급하는 방법이 가능하며, 만약 다른 유족에 비하여 특별히 경제적으로 어려운 자가 있고, 그 이외의 유족에게는 생활보호의 필요성이 인정되지 않는다는 별도의 소명이 존재한다면 그 경우에는 보상금 수급권자의 범위를 경제적으로 어려운 자에게 한정하는 방법도 가능하다. 이처럼 국가의 재정부담을 늘리지 않으면서도 독립유공자 유족의 실질적인 생활보호에 충실할 수 있는 방안이 존재하는 상황에서, 손자녀에 대한 보상금 지급에 있어서 예외 없이 오로지 1명에 한정하여 지급해야 할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 손자녀 중 1명에게만 보상금을 지급

할 경우 보상금을 지급받게 되는 자의 입장에서는 경제적으로 유용하고 효과적일 수 있을지 몰라도, 소액의 보상금조차 전혀 지급받지 못하는 나머지 손자녀의 생활보호는 미흡하게 되며, 특히 보상금의 액수가 상당한 금액에 이르는 경우에 이를 어느 한 손자녀에게 독점시킴으로써 나머지 손자녀의 생활보호를 외면하는 것은 독립유공자 유족의 생활유지 및 보장을 위한 실질적 보상이라는 독립유공자법의 입법취지에도 정면으로 배치된다. 이러한 점들을 고려하면, 이 사건 심판대상조항이 국가의 재정부담능력의 한계를 이유로 하여 손자녀의 경우 1명에 한정하여 보상금을 지급하도록 하면서 보상금 수급권자를 수적으로 확대할 수 있는 어떠한 예외도 두지 않은 것에는 수긍할 만한 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

(나) 물론 사무처리의 편의상 특별한 예외를 인정하지 않고 유족 1명에 한정하여 보상금을 지급해야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 사회보장수급권자의 경제적 능력은 재산과 소득을 고려해 등급으로 환산될 수 있고, 이러한 등급에 따라 보훈급여를 지급하는 것에 절차상 큰 어려움이 있다고 할 수 없으므로 사무처리의 편의성 자체가 크다고 볼 수 없다. 설령, 그와 같은 절차적인 편의성이 존재한다 하더라도, 이것이 독립유공자 유족의 생활보호에 있어 기본권 침해의 위험을 감수하면서까지 실현해야 할 우월적 공익에 해당한다고 보기 어렵다. 절차상의 편의를 이유로 사회보장수급자의 경제적인 능력에 대한 어떠한 고려도 없이 보상금 수급권자를 1명에 한정하게 되면, 오히려 앞에서 언급한 바와 같이 독립유공자 유족의 생활보호라는 입법목적에 배치되는 결과를 낳을 수 있기 때문이다.

(다) 이 사건 심판대상조항 중 법 제12조 제4항 제1호 본문이 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 2명 이상일 경우 나이 많은 자를 우선하도록 한 것 역시 문제된다. 나이에 따른 차별은 연장자를 연소자에 비해 우대하는 전통적인 유교사상에 기초한 것으로 보이나, 산업화에 따른 핵가족화의 영향으로 오늘날 형제간에도 결혼 후에는 경제적으로 의존하는 경우가 많지 않아 연장자인 손자녀가 나이가 적은 다른 손자녀를 부양할 것을 기대하기 어렵다. 형제자매 관계에 있는 독립유공자의 손자녀간에 노동능력 감소 및 부양능력에 현저히 차이가 있을 정도의 나이 차이를 인정하기 어려운 경우도 많다. 오히려 직업이나 보유재산에 따라 연장자가 경제적으로 형편이 더 나은 경우에도 다른 유족을 배제하면서까지 연장자라는 이유로 보상금을 지급하는 것은 보상금 수급권이 갖는 사회보장적 성격에 부합하지 아니한다.

(라) 독립유공자법에서는 나이를 기준으로 보상금 지급을 달리하는 것에 따른 문제점을 시정하기 위하여, 다른 손자녀가 독립유공자를 주로 부양한 경우나, 동순위 유족 간의 협의에 의해 동순위의 유족 중 1인을 보상금 수급권자로 지정한 경우에는 독립유공자를 주로 부양한 자나 협의에 의해 지정된 자를 보상금 수급권자로 할 수 있도록 하는 일정한 예외조항을 마련해 놓고 있다(법제12조 제4항 제1호 단서 및 제2호). 그러나 보상금 지급대상이 되는 1945. 8. 14. 이전에 사망한 독립유공자의 손자녀가 자신의 조부모를 직접 부양했을 가능성이 크지 않을 뿐 아니라, 유족보상금의 수급권자인 나이가 많은 손자녀가 협조하지 않는 경우 나머지 손자녀들만의 협의로는 유족보상금 수급권자를 변경할 수 없고, 이처럼 연장자와 협의가 되지 않을 경우 여전히 나이에 따른 차별 문제가 발생한다는 점에 비추어 보면, 위와 같은 예외조항의 실효성을 인정하기도 어렵다.

비록 독립유공자법에서는 유족보상금의 수급대상에서 제외된 유족들에 대하여 비금전적 보훈혜택, 즉 교육지원(제15조), 취업지원(제16조), 생업지원(제16조의2), 의료지원(제17조), 양육지원(제20조), 고궁 등의 이용지원(제23조) 등을 제공하고 있으나, 이러한 비금전적 보훈혜택 역시 유족에 대한 보상금 지급과 동일한 정도로 유족들의 생활보호에 기여한다고 볼 수 없으므로, 이를 이유로 보상금 지급에 있어서의 차별을 정당화할 수 없다.

(4) 소결

그렇다면 이 사건 심판대상조항은 국가가 독립유공자와 그 유족에 대한 예우의 일종인 유족보상금 지급에 있어서 자의적으로 의무를 이행함으로써 합리적인 이유 없이 보상금 수급권자의 수를 일률적으로 제한하고, 독립유공자의 선순위 자녀의 자녀인 손자녀가 여러 명인 경우에 그 중 나이가 많은 자와 그렇지 않은 자를 합리적인 이유 없이 차별하고 있으므로 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다.

다. 헌법불합치결정과 잠정적용 명령의 필요성

법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대한 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다(헌재 2008. 9. 25. 2007헌가9, 판례집 20-2상, 424, 441-442).

이 사건 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반되나, 단

순위결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 독립유공자의 유족인 손자녀에 대한 보상금 지급의 근거 규정이 사라지게 되어 그 입법목적 달성이 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있다. 나아가 이 사건 심판대상조항의 위헌적 상태를 제거함에 있어서 어떠한 기준 및 요건에 의해 보상금 수급권자를 결정하고, 수급권자의 범위를 어떻게 정할 것인지 등에 관하여 헌법재판소의 결정취지의 한도 내에서 입법자에게 재량이 부여된다 할 것이다. 따라서 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 그 효력을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상조항은 헌법에 합치되지 아니하나, 2015. 12. 31. 을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용되도록 함이 상당하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

공직선거법 제79조 제1항 등 위헌확인

(2013. 10. 24. 2012헌마311)

【판시사항】

1. 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제1항 및 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 7189호로 개정된 것) 제101조 중 선거운동기간 중 공개장소에서 비례대표국회의원후보자의 연설·대담을 금지하는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지 원칙에 반하여 비례대표국회의원후보자인 청구인의 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 전국을 하나의 선거구로 하는 정당선거로서의 성격을 가지는 비례대표국회의원선거의 취지를 살리고, 각 선거의 특성에 맞는 선거운동방법을 규정함으로써 선거에 소요되는 사회적 비용을 절감하고 효율적인 선거관리를 도모하여 선거의 공정성을 달성하고자 함에 그 목적이 있는바 그 입법목적은 정당하고, 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설·대담을 금지하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다. 공직선거법은 비례대표국회의원선거가 기본적으로 전국을 하나의 선거구로 하는 정당선거라는 점을 고려하여 그 특성에 맞추어 더 적합하고 효율적인 선거운동방법을 허용하고 있는 점, 만약 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설·대담을 허용한다면 각 정당은 정당의 정강이나 정책실현 의지보다는 후보자 개인의 지명도나 연설 및 홍보 능력 등에 기초하여 비례대표국회의원후보자를 지명할 가능성이 높아져 비례대표국회의원선거제도의 취지가 몰각될 우려가 있고, 연설·대담에 소요되는 비용과 노력으로 인한 경제적 부담이 가중되어 정당의 재정적 능력의 차이에 따라 선거운동기회가 차별적으로

부여되는 결과가 야기될 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항과 동일한 효과를 가지면서도 덜 침익적인 수단을 발견할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 위배되지 아니한다. 또한 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 선거의 공정성 확보 등의 공익은 매우 중대한 반면, 비례대표국회의원후보자로 하여금 공개장소에서 연설·대답을 하게 할 필요성이나 이를 금지함으로써 제한되는 비례대표국회의원후보자의 이익 내지 정당활동의 자유가 결코 크다고 볼 수 없어, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

2. 비례대표국회의원선거가 지역구국회의원선거와는 달리 정당에 대한 선거로서의 성격을 갖고 있기 때문에 지역구국회의원후보자에게 허용되는 모든 선거운동방법이 반드시 비례대표국회의원후보자에게 허용되어야 하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 공직선거법은 각 선거의 특성에 맞추어 더 적합하고 효율적인 수단을 허용하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자를 달리 취급하고 있다고 하여도, 그러한 차별 취급에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이어서 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

【심판대상조문】

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조(공개장소에서의 연설·대답) ① 후보자(비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회의원후보자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 선거운동기간 중에 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 그 밖에 필요한 사항을 홍보하기 위하여 공개장소에서의 연설·대답을 할 수 있다.

- ②~⑦ 생략
- ⑧~⑨ 삭제
- ⑩ 생략
- ⑪ 삭제
- ⑫ 생략

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 7189호로 개정된 것) 제101조(타연설회 등의 금지) 누구든지 선거기간중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 연설·대답 또

는 대담·토론회를 제외하고는 다수인을 모이게 하여 개인정견발표회·시국강연회·좌담회 또는 토론회 기타의 연설회나 대담·토론회를 개최할 수 없다.

【참조조문】

헌법 제8조, 제11조, 제116조 제1항

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제71조(후보자 등의 방송연설)

① 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 홍보에 필요한 사항을 발표하기 위하여 다음 각 호에 의하여 선거운동기간중 텔레비전 및 라디오 방송시설[제70조(放送廣告)제1항의 규정에 의한 방송시설을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 이용한 연설을 할 수 있다.

- 1. 생략
- 2. 비례대표국회의원선거
정당별로 비례대표국회의원후보자중에서 선임된 대표 2인이 각각 1회 10분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회
- 3. 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거
후보자가 1회 10분 이내에서 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별 각 2회 이내

4.~5. 생략

②~⑬ 생략

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제67조(현수막) ① 후보자(비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회의원후보자를 제외하며, 대통령선거에 있어서 정당추천후보자의 경우에는 그 추천정당을 말한다)는 선거운동을 위하여 당해 선거구안의 읍·면·동마다 1매의 현수막을 게시할 수 있다.

② 삭제

③ 생략

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제82조의7(인터넷광고) ① 후보자(대통령선거의 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 선거운동을 위한 광고(이하 “인터넷광고”라 한다)를 할 수 있다.

②~⑥ 생략

공직선거법(2009. 7. 31. 법률 제9785호로 개정된 것) 제69조(신문광고) ① 선거운동을 위한 신문광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각 호에 의하여 선거기간개시일부터 선거일전 2일까지 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 정치자금모금(대통령선거에 한한다) 기타 홍보에 필요한 사항을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의) 제1호 가목 및 나목에 따른 일간신문에 게재할 수 있다. 이 경우 일간신

판례집 25-2(하)

문예의 광고회수의 계산에 있어서는 하나의 일간신문에 1회 광고하는 것을 1회로 본다.

1. 생략
2. 비례대표국회의원선거
총 20회 이내
3. 생략
- ②~③ 생략
- ④ 삭제
- ⑤ 생략
- ⑥~⑦ 삭제
- ⑧~⑨ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

1. 대통령선거
선거일 전 240일
2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거
선거일 전 120일
3. 지역구시·도의회의원선거, 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 90일
4. 군의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 60일

②~⑨ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제70조(방송광고) ① 선거운동을 위한 방송광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각 호에 따라 선거운동기간중 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 그 밖의 홍보에 필요한 사항을 텔레비전 및 라디오 방송시설[「방송법」에 의한 방송사업자가 관리·운영하는 무선국 및 종합유선방송국(보도전문편성의 방송채널사용사업자의 채널을 포함한다)을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 이용하여 실시할 수 있되, 광고시간은 1회 1분을 초과할 수 없다. 이 경우 광고회수의 계산에 있어서는 재방송을 포함하되, 하나의 텔레비전 또는 라디오 방송시설을 선정하여 당해 방송망을 동시에 이용하는 것은 1회로 본다.

1. 생략
2. 비례대표국회의원선거
텔레비전 및 라디오 방송별로 각 15회 이내
3. 생략

- ② 삭제
- ③~⑥ 생략
- ⑦ 삭제
- ⑧ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회) ① 중앙선거방송토론위원회는 대통령선거 및 비례대표국회의원선거에 있어서 선거운동기간중 다음 각호에서 정하는 바에 따라 대담·토론회를 개최하여야 한다.

- 1. 생략
- 2. 비례대표국회의원선거

해당 정당의 대표자가 비례대표국회의원후보자 또는 선거운동을 할 수 있는 사람(지역구국회의원후보자는 제외한다) 중에서 지정하는 1명 또는 여러 명을 초청하여 2회 이상

- ②~⑭ 생략

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제64조(선거벽보) ① 생략

② 제1항에 따른 선거벽보는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표지방의회의원후보자를 제외하며, 대통령선거에 있어서 정당추천후보자의 경우에는 그 추천정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 작성하여 대통령선거는 후보자등록마감일 후 3일(제51조에 따른 추가등록의 경우에는 추가등록마감일 후 2일 이내를 말한다)까지, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 후보자등록마감일 후 5일까지 첩부할 지역을 관할하는 구·시·군선거관리위원회에 제출하고, 해당 구·시·군선거관리위원회가 이를 확인하여 선거벽보 제출마감일후 2일(대통령선거와 섬 및 산간오지지역의 경우는 3일)까지 첩부한다. 이 경우 선거벽보의 일부를 제출하지 아니할 때에는 선거벽보를 첩부하지 아니할 지역(투표구를 단위로 한다)을 지정하여 선거벽보의 제출시에 서면으로 신고하여야 하고, 선거벽보를 첩부하지 아니할 지역을 신고하지 아니한 때에는 해당 구·시·군선거관리위원회가 그 지역을 지정한다.

- ③~⑪ 생략

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제65조(선거공보) ① 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거의 경우에는 그 추천정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 선거운동을 위하여 책자형 선거공보 1종(대통령선거에서는 전단형 선거공보 1종을 포함한다)을 작성할 수 있다. 이 경우 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에서는 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 해당 정당이 추천한 후보자 모두의 사진·성명·학력·경력을 게재하여야 한다.

- ②~⑫ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212

【당 사 자】

청 구 인 홍○화
대리인 변호사 최성호

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2012. 3. 22. ○○당의 비례대표국회의원 후보자등록을 마친 사람으로서, 2012. 4. 11. 실시되는 제19대 국회의원선거에서 선거운동을 하려고 하였으나, 공직선거법에 규정한 것을 제외하고는 연설이나 대담회를 개최할 수 없도록 규정한 공직선거법 제101조와 비례대표국회의원후보자는 선거운동기간 중 공개장소에서 연설·대담을 할 수 없도록 규정한 공직선거법 제79조 제1항으로 인하여 공개장소에서 연설·대담을 할 수 없었다. 이에 청구인은 위 법률조항들로 인하여 청구인의 선거운동의 자유, 정당활동의 자유 및 평등권 등이 침해된다고 주장하면서 2012. 3. 27. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

비례대표국회의원후보자인 청구인은 선거기간 중 공직선거법에 규정한 것을 제외하고는 연설·대담회를 개최하는 것을 일반적으로 금지하고 있는 공직선거법 제101조 및 이에 대한 예외적 허용사유를 정하면서 비례대표국회의원 후보자를 제외하고 있는 공직선거법 제79조 제1항으로 인하여 선거운동기간 중 공개장소에서 연설·대담을 할 수 없는 것이므로, 청구인에 대한 기본권 제한은 공직선거법 제101조와 제79조 제1항이 결합하여 이루어지는 것이다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제1항 및 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 7189호로 개정된 것) 제101조 중 선거운동기간 중 공개장소에서 비례대표국회의원후보자의 연설·

대답을 금지하는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제79조(공개장소에서의 연설·대답) ① 후보자(비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회의원후보자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 선거운동기간 중에 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 그 밖에 필요한 사항을 홍보하기 위하여 공개장소에서의 연설·대답을 할 수 있다.

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 7189호로 개정된 것)

제101조(타연설회 등의 금지) 누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 연설·대답 또는 대담·토론회를 제외하고는 다수인을 모이게 하여 개인정견발표회·시국강연회·좌담회 또는 토론회기타의 연설회나 대담·토론회를 개최할 수 없다.

[관련조항]

별지 기재와 같다.

2. 청구인의 주장요지

가. 시간과 비용상의 제한이 있을 수밖에 없는 방송광고 및 방송연설이 허용된다는 이유로 이 사건 법률조항이 경제적인 부담을 최소화하는 선거운동 수단인 연설·대답을 금지하고 있는 것은, 군소정당이 자신의 정강이나 정책을 알릴 수 있는 기회를 차단하는 결과를 초래하는 것으로서 적절한 수단이 아니다. 또한 이 사건 법률조항은 비례대표국회의원후보자와 그가 속한 정당이 선거운동을 통해 얻을 수 있는 정치적 이익을 사전에 봉쇄하는 것으로 침해의 최소성 요건도 갖추지 못하고 있으며, 이 사건 법률조항을 통해 달성하고자 하는 공익이 이로 인해 제한되는 비례대표국회의원후보자의 권리에 비하여 결코 크다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성 또한 인정되지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항은 비례대표국회의원후보자를 추천한 정당과 청구인의 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유를 침해한다.

나. 이 사건 법률조항은 합리적인 이유 없이 연설·대답이라는 선거운동의 기회를 부여함에 있어 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자를 달리 취급하고 있으며, 충분한 재원을 가지지 못한 군소정당의 비례대표국회의원후보자들이 최소한의 비용으로 정당의 정강이나 정책을 홍보할 수 있는 기회를 막음으로써 경제력에 따라 비례대표국회의원후보자들을 달리 취급하고

있다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 선거운동의 기회균등원칙과 관련된 평등권을 침해한다.

다. 이 사건 법률조항은 유권자들이 직접 비례대표국회의원후보자와 대면하여 정당의 정강과 정책에 대하여 확인할 수 있는 기회를 차단하는 것으로 유권자들의 알 권리를 침해할 뿐만 아니라, 유권자가 투표권을 행사함에 있어 필요한 정보를 획득하는 것을 방해함으로써 유권자의 선거권과 정치적 의사표현의 자유도 침해한다.

3. 적법요건에 관한 판단

헌법소원은 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 그 청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 있어야 함이 원칙이다. 그런데 청구인이 출마했던 19대 국회의원선거는 2012. 4. 11. 이미 종료하였고 청구인은 낙선하였으므로, 이 사건 법률조항의 위헌확인을 구할 주관적 권리보호이익은 소멸되었다. 그러나 헌법재판은 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속 중 발생한 사정변경으로 인하여 청구인의 권리보호이익이 소멸된 경우라도, 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 693-694 참조).

비록 비례대표국회의원후보자의 연설·대담을 제한하고 있는 이 사건 법률조항의 위헌성에 관해서 헌법재판소가 이미 한 차례 판단한 바 있으나(헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212), 그로부터 상당한 시간이 흘렀을 뿐만 아니라 앞으로 반복적으로 실시될 국회의원선거에서 정당과 비례대표국회의원후보자들이 이 사건 법률조항에 대하여 동일한 기본권 침해를 주장하며 헌법적 의문을 제기할 가능성이 큰 점, 후보자등록 후 선거운동기간이 종료할 때까지의 기간이 20일도 채 되지 않아 청구인의 권리보호이익이 인정되는 기간 안에 헌법재판소가 심리를 종결한다는 것이 사실상 어렵다는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항의 위헌성에 관한 판단은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로 헌법적 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대한 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

4. 본안에 관한 판단

가. 현행법상 비례대표국회의원선거제도와 이 사건 법률조항의 의의

(1) 현행법상 비례대표국회의원선거제도

비례대표선거제란 정당이나 후보자에 대한 선거권자의 지지에 비례하여 의석을 배분하는 선거제도를 말한다. 비례대표제는 거대정당에게 일방적으로 유리하고 다양해진 국민의 목소리를 제대로 대표하지 못하며 사표를 양산하는 다수대표제의 문제점에 대한 보완책으로 고안·시행되었다. 비례대표제는 그것이 적절히 운용될 경우 사회세력에 상응한 대표를 형성하고 정당정치를 활성화하며 정당 간의 경쟁을 촉진하여 정치적 독점을 배제하는 장점을 가진다(헌재 2009. 6. 25. 2007헌마40, 판례집 21-1하, 850, 860 참조).

비례대표국회의원은 전국을 단위로 선거하고(공직선거법 제20조 제1항, 이하 공직선거법상의 조문은 근거 조문만을 표시하기로 한다), 비례대표국회의원선거에서의 후보자 추천과 등록은 정당에 의해서 이루어지며(제47조 제1항, 제49조 제2항), 정당은 후보자등록 후에는 후보자명부에 후보자를 추가하거나 그 순위를 변경할 수 없다(제50조 제1항). 또한 유권자들은 지역구국회의원선거 및 비례대표국회의원선거마다 1인 1표를 행사하고(제146조 제2항), 투표용지에는 후보자를 추천한 정당의 기호와 정당명을 표시한다(제150조 제1항). 비례대표국회의원선거에서 유효투표총수의 100분의3 이상을 득표하였거나 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지한 각 정당에 대하여 비례대표국회의원선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의석을 배분하며(제189조 제1항), 중앙선거관리위원회는 제출된 정당별 비례대표국회의원후보자명부에 기재된 당선인으로 될 순위에 따라 정당에 배분된 비례대표국회의원의 당선인을 결정한다(제189조 제4항).

이와 같이 공직선거법이 비례대표국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와는 별도로 정당에 대한 투표권을 인정하여 각 정당이 얻은 득표율에 따라 비례대표국회의원 의석을 배분하는 이른바 ‘정당명부식 비례대표제’와 정당의 비례대표국회의원후보자 명부상의 순위가 처음부터 정당에 의하여 고정적으로 결정되는 이른바 ‘고정명부식 비례대표제’를 채택하고 있다. 그러므로 선거에 참여한 선거권자들의 정치적 의사표명에 의하여 직접 결정되는 것은 어떠한 비례대표국회의원후보자가 비례대표국회의원으로 선출되는냐의 문제라기 보다는 비례대표국회의원을 할당받을 정당에 배분되는 비례대표국회의원의 의석수이며(헌재 2009. 6. 25. 2008헌마413, 판례집 21-1하, 928, 939 참조), 비례대표국회의원선거는 인물에 대한 선거가 아닌 정당에 대한 선거로서의 성격을 갖는다(헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212, 231 참조).

(2) 비례대표국회의원선거에 있어서의 선거운동방법

비례대표국회의원선거에서 경쟁하는 것은 후보자가 아니라 정당이며, 비례대표국회의원선거는 기본적으로 전국을 하나의 선거구로 하는 전국단위의 선거라는 점을 고려하여, 공직선거법은 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자에게 허용되는 선거운동의 방법에 차이를 두고 있다.

우선 비례대표국회의원선거의 경우에는 원칙적으로 선거운동의 주체를 후보자 개인이 아닌 후보자를 추천한 정당으로 정하면서, 정당이 선거공보를 작성함에 있어 해당 정당이 추천한 후보자 모두의 사진·성명·학력·경력을 게재하도록 하여(제65조 제1항), 각 정당이 유권자에게 비례대표국회의원후보자의 최소한의 신상정보를 알릴 수 있는 방법을 마련하고 있다. 또한 정당이 비례대표국회의원후보자 중에서 선임한 대표 2인이 방송시설을 이용하여 연설을 할 수 있도록 하고(제71조 제1항 제2호), 중앙선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회에는 정당이 선임 또는 지정한 비례대표국회의원후보자를 초청할 수 있도록 함으로써(제82조의2 제1항 제2호) 정당의 정강이나 정책을 홍보하기 위한 최소한의 범위 내에서만 비례대표국회의원후보자가 정당의 선임을 받아 직접 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있다.

그리고 전국에 걸쳐 효과적으로 영향력을 발휘할 수 있는 매체를 통한 선거운동, 즉 신문광고, 방송광고와 인터넷광고를 통한 선거운동은 비례대표국회의원선거에서 후보자를 추천한 정당에게만 허용하고, 지역구국회의원후보자 개인에게는 이를 허용하지 아니하고 있으며(제69조 제1항 제2호, 제70조 제1항 제2호, 제82조의7 제1항), 전국을 방송권역으로 하여 공영방송사를 통하여 중계방송되는 중앙선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회의 초청대상에서 지역구국회의원후보자를 제외하고 있다[제82조의2 제1항 제2호, 지역구국회의원후보자는 각급선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회에만 초청받을 수 있다(제82조의2 제4항 제3호)]. 반면, 비례대표국회의원후보자에게는 제한된 범위에서 사전 선거운동을 할 수 있는 예비후보자등록을 허용하지 않고(제60조의2), 현수막이나 선거벽보와 같이 특정 지역구에서 후보자 개인을 홍보하는 데에 효과적인 선거운동방법에 대해서는 지역구국회의원후보자만 이를 이용할 수 있도록 규정하고 있다(제67조 제1항, 제64조 제2항).

(3) 이 사건 법률조항의 의의

구 공직선거법선거부정방지법은 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정될 당시부터 선거운동기간 중에 공개장소에서의 연설·대담을 할 수 있는 후보자의

범위에서 전국구국회의원선거를 제외하였고, 선거기간 중 위 법에 의한 연설회 또는 대담·토론회 이외에는 일반인의 연설회나 대담·토론회를 개최할 수 없도록 규정하였다(구 공직선거및선거부정방지법 제79조 제1항, 제101조). 그리고 위 제79조 제1항은 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되면서 전국구국회의원선거가 비례대표국회의원선거로, 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되면서 비례대표국회의원선거가 비례대표국회의원후보자로 그 표현이 바뀌었을 뿐, 선거운동기간 중 비례대표국회의원후보자의 공개장소에서의 연설·대담을 허용하지 아니하는 내용은 변함없이 존속되어 왔다. 또한 위 제101조는 2004. 3. 13. 법률 제7189호로 개정되면서 ‘연설회’가 ‘연설·대담’으로 개정된 외에는 그 내용이 그대로 유지되고 있다.

이처럼 이 사건 법률조항이 비례대표국회의원후보자에게 선거운동기간 중 공개장소에서의 연설·대담을 허용하지 않는 것은, 비례대표국회의원선거는 정당에 대한 선거로서 비례대표국회의원후보자 개개인이 홍보를 위해 연설·대담을 할 필요성이 크지 아니한 점 및 다수의 사람에게 동시에 전파되는 방송이나 신문광고, 방송연설 등과는 달리 공개장소에서의 연설·대담의 경우 원칙적으로 현장에서 연설·대담회를 본 사람들만이 홍보대상이 되어, 특정 지역이 아닌 전국을 선거단위로 하는 비례대표국회의원선거에는 적합한 선거운동방법이 될 수 없다는 점 등을 고려한 것이다.

나. 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부

(1) 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 비례대표국회의원후보자인 청구인이 선거운동기간 중 후보자의 정견, 그 밖에 필요한 사항을 홍보하거나, 정당의 정강이나 정책, 정치적 입장을 표명하기 위하여 공개장소에서 연설·대담을 하는 것을 제한하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 비례대표국회의원후보자인 청구인의 선거운동의 자유를 제한함과 동시에 정당원으로서 선거운동기간 중 연설·대담을 통해 정당의 정강이나 정책을 알림으로써 정치적 의사형성을 하고자 하는 정당활동의 자유를 제한한다. 또한 이 사건 법률조항은 연설·대담이라는 선거운동의 기회를 부여함에 있어 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자를 달리 취급하고 있으므로 청구인의 평등권을 제한한다.

한편, 청구인은 이 사건 법률조항이 정당의 선거운동의 자유, 유권자의 알 권리, 선거권 및 정치적 의사표현의 자유도 침해한다고 주장하나, 이러한 주장은 청구인의 기본권이 침해되었다는 주장이 아니므로 별도로 판단하지 아니한다.

(2) 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유 침해 여부

(가) 목적의 정당성

정당선거로서의 성격을 가지는 비례대표국회의원선거에서 비례대표국회의원후보자는 유권자가 특정 정당에 대하여 투표하는 데 대한 간접적인 효과로 당락이 결정되는 것에 불과하다. 따라서 비례대표국회의원선거에서는 비례대표국회의원후보자 개개인이 자신의 인물, 정견, 신념 등을 알리는 것보다, 후보자를 추천한 각 정당이 정당의 정강이나 정책을 전국적으로 알리는 것이 요구된다.

이 사건 법률조항은 특정 선거구의 유권자에게 후보자 개인의 정견이나 신념 등을 알리는 데 보다 적합한 수단인 공개장소에서의 연설·대담을 지역구국회의원후보자에게만 허용하고, 비례대표국회의원후보자 개개인에게는 이러한 기회를 허용하지 아니함으로써, 전국을 하나의 선거구로 하는 정당선거로서의 성격을 가지는 비례대표국회의원선거의 취지를 살리고, 더 나아가 각 선거의 특성에 맞는 선거운동방법을 규정함으로써 선거에 소요되는 사회적 비용을 절감하고 효율적인 선거관리를 도모하여 선거의 공정성을 달성하고자 함에 그 목적이 있다 할 것이므로 그 입법목적은 정당하다.

(나) 수단의 적절성

공개장소에서의 연설·대담은 비교적 좁은 지역에서 유권자를 직접 만나 자신을 알릴 필요가 있는 지역구국회의원후보자에게는 상당히 효과적인 선거운동방법일 수 있으나, 광범위한 지역의 유권자에게 정당의 정강이나 정책을 알려야 하는 비례대표국회의원선거에서는 비용과 노력에 비하여 많은 효과를 기대할 수 있는 선거운동방법이 아니다.

그리고 현재 비례대표국회의원의 정수는 54명으로, 각 정당은 각각 54명의 비례대표국회의원후보자를 추천할 수 있다(제47조 제1항). 만일 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설·대담을 허용할 경우, 각 정당은 정강이나 정책의 홍보를 위하여 자신들이 추천할 수 있는 최대인원의 후보를 추천하고, 비례대표국회의원후보자가 최대한 많은 지역에서 여러 번 연설·대담을 하도록 지원할 것이며, 그 결과 선거비용이 증가하고 선거관리가 어려워져 결과적으로 선거의 공정성이 훼손될 우려가 있다.

따라서 비례대표국회의원후보자의 공개장소에서의 연설·대담을 금지하는 이 사건 법률조항은 비례대표국회의원선거의 취지를 살리고 선거의 공정성을 기한다는 입법 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다.

(다) 침해의 최소성

공직선거법은 지역구국회의원선거와 비례대표국회의원선거의 차이점을 반영하여, 양자에게 허용되는 선거운동방법을 달리 규정하고 있다. 우선 선거벽보나 현수막 같이 비교적 좁은 지역의 유권자들에게 후보자 개인에 대해 알리는 것이 용이한 선거운동방법에 대해서는 이를 지역구국회의원후보자에게만 허용하고 비례대표국회의원후보자에게는 허용하지 않고 있다(제64조 제2항, 제67조 제1항). 반면, 전국을 선거단위로 하고 정당이 선거운동의 주체가 되는 비례대표국회의원선거에서는 전국적인 영향력을 가지는 매체인 신문, 방송, 인터넷광고를 통한 선거운동을 허용함과 동시에(제69조 제1항 제2호, 제70조 제1항 제2호, 제82조의7 제1항), 필요한 경우 정당이 정강이나 정책을 가장 잘 설명하고 이해시킬 수 있는 비례대표국회의원후보자를 지정하여 방송연설이나 선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회에 참여시킬 수 있도록 하고 있다(제71조 제1항 제2호, 제82조의2 제1항 제2호).

또한, 공직선거법은 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자에게 모두 허용되는 선거운동의 경우에도 그 구체적인 내용을 달리 정함으로써, 양자의 특성을 구분하여 반영하고 있다. 즉, 방송연설은 비례대표국회의원후보자와 지역구국회의원후보자 모두를 대상으로 하면서도, 지역구국회의원후보자의 경우에는 이용할 수 있는 시설을 지역방송시설로 한정하고(제71조 제1항 제2호, 제3호), 각급선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회는 비례대표국회의원후보자와 지역구국회의원후보자 모두를 초청대상으로 하되, 중앙선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회의 경우 그 초청대상을 비례대표국회의원후보자로 한정하고 있다(제82조의2 제1항 제2호, 제4항 제2호, 제3호). 이와 같이 공직선거법은 일방적으로 비례대표국회의원선거를 위한 선거운동방법만을 제한하고 있는 것이 아니라, 각각의 선거의 특성에 맞추어 더 적합하고 효율적인 수단을 허용하고 있으며, 필요한 경우 비례대표국회의원선거에서 후보자를 추천한 정당이 스스로 지정한 비례대표국회의원후보자를 통하여 정강이나 정치적 견해 등을 홍보할 수 있는 기회 또한 마련하고 있는 것이다.

만약 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설·대담을 허용한다면, 각 정당은 후보자 개인의 신념, 역량, 정당의 정강이나 정책을 실현해 나가 고자 하는 의지보다는 지명도나 연설 및 홍보 능력 등에 기초하여 비례대표국회의원후보자를 지명할 가능성이 높아져 비례대표국회의원선거 제도 자체의 취지가 몰각될 우려가 있다. 뿐만 아니라, 연설·대담에 소요되는 비용과 노력

으로 인한 경제적 부담이 가중되어 정당의 재정적 능력의 차이에 따라 선거운동에 있어 기회를 차별적으로 부여받는 결과를 초래할 가능성도 배제할 수 없다. 즉, 최대 54명의 비례대표국회의원 후보자 모두의 기탁금을 낼 여력이 있는 정당은 54명의 비례대표국회의원후보자를 추천하고, 이들이 전국 각지에서 연설·대담을 하는 데에 소요되는 비용을 지원할 것이나, 재정적 능력이 부족한 정당은 54명의 후보자를 추천할 수 없을 뿐만 아니라 추천된 후보자들이 연설·대담을 하는 데 필요한 제반 비용을 지원할 수 없어 오히려 재정적 능력에 따른 정당 사이의 차별이 생길 수도 있다.

또한, 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설·대담을 허용할 경우, 공정한 선거를 위한 관리비용 역시 증가하게 된다. 만일 비례대표국회의원후보자가 소속정당의 정강·정책 등을 홍보하는 데 그치지 않고 동일한 추천정당 소속 지역구국회의원후보자의 선거운동을 함께 한다면, 비례대표국회의원후보자의 수가 많은 정당이 지역구국회의원후보자를 홍보하는 데 있어서도 유리한 지위를 차지하게 되는 부당한 결과가 초래되고(헌재 2011. 3. 31. 2010헌마314, 판례집 23-1상, 456, 473 참조), 이를 막기 위한 선거관리비용 역시 늘어나게 될 것이 자명하다. 중앙선거관리위원회와 각급 선거관리위원회가 비례대표국회의원후보자의 연설·대담을 지역구국회의원후보자를 위한 선거운동수단으로 악용하지 않도록 그 내용을 일일이 확인하는 것은 현실적으로 불가능하므로, 비례대표국회의원후보자 연설·대담의 횟수 제한 등의 방법만으로는 위와 같은 지역구국회의원 선거운동으로의 변질이 완전히 차단된다고 볼 수도 없다.

결국 공직선거법이 비례대표국회의원선거의 특성에 보다 적합한 신문, 방송, 인터넷 광고 등을 통한 선거운동을 비례대표국회의원후보자를 추천한 정당에 허용하고 있고, 이 사건 법률조항과 동일한 효과를 가지면서도 덜 침익적인 수단을 발견할 수 없는 이상, 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에도 위배되지 아니한다.

(라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 올바른 비례대표국회의원선거제도의 정착, 선거비용의 절감, 선거관리의 효율, 선거의 공정성 확보라는 공익은 매우 중대한 데 비하여, 정당에게 신문, 방송, 인터넷 광고 등을 통해 직접 정당의 정강이나 정책을 충분히 홍보하는 것 이외에 비례대표국회의원후보자로 하여금 공개장소에서 연설·대담을 하게 할 필요성이나 이를 금지함으로써

써 제한되는 비례대표국회의원후보자의 이익 내지 정당활동의 자유가 결코 크다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성 요건 역시 갖추었다.

(마) 소결

그러므로 비례대표국회의원후보자의 공개장소에서의 연설·대담을 금지하는 이 사건 법률조항은 청구인의 선거운동의 자유 및 정당활동의 자유를 침해하지 아니한다.

(3) 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항은 선거운동기간 중에 공개장소에서 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 그 밖에 필요한 사항을 홍보하기 위한 연설·대담을 할 수 있는 자의 범위를 지역구국회의원후보자로 제한함으로써, 지역구국회의원후보자와 비례대표국회의원후보자를 달리 취급하고 있다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 비례대표국회의원선거가 지역구국회의원선거와는 달리 정당에 대한 선거로서의 성격을 갖는 이상, 지역구국회의원후보자에게 허용되는 모든 선거운동방법이 반드시 비례대표국회의원후보자에게 허용되어야 하는 것은 아니고, 각 선거운동방법의 특성을 고려하여 각 선거별로 허용되는 선거운동방법이 다를 수 있다(헌재 2011. 3. 31. 2010헌마314, 판례집 23-1상, 456, 471-472 참조). 즉, 공직선거법이 일방적으로 비례대표국회의원선거를 위한 선거운동방법만을 제한하고 있는 것이 아니라 각각의 선거의 특성에 맞추어 더 적합하고 효율적인 수단을 허용하고 있는 점, 필요한 경우 비례대표국회의원선거에서 후보자를 추천한 정당이 스스로 지정한 비례대표국회의원후보자를 통하여 정강이나 정치적 견해 등을 홍보할 수 있는 기회 또한 마련하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 지역구국회의원선거와 비례대표국회의원선거의 특성을 고려하여 공개장소에서의 연설·대담을 허용할 것인지 여부를 달리 규정하고 있다고 하여도, 그러한 차별취급에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

청구인은 이 사건 법률조항이 최소한의 비용으로 정당의 정강이나 정책을 홍보할 수 있는 공개장소에서의 연설 및 대담을 금지하고, 신문·방송 광고 등 막대한 비용이 드는 선거운동 방법만을 허용함으로써, 경제력이 뒷받침되는 정당의 비례대표국회의원후보자와 재정이 부족한 정당의 비례대표국회의원후보자를 차별하고 있다고 주장한다. 그러나 앞서 살펴본 것처럼 비례대표국회의원후보자가 전국 각지에서 연설·대담을 하는 데 드는 비용과 노력으로 인한 경제적 부담이 적지 아니할 것으로 예상되므로, 공개장소에서의 연설·대

담으로 인한 비용이 신문·방송 광고에 드는 비용보다 부담이 훨씬 적다고 볼 아무런 근거가 없다. 뿐만 아니라 이 사건 법률조항은 정당의 경제력 능력의 유무와 상관없이 모든 비례대표국회의원후보자에게 적용되고, 경제적 능력에 따른 차별을 의도하거나 예정하고 있지 아니하므로, 이 사건 법률조항이 경제적 능력에 따라 정당의 비례대표국회의원후보자를 차별적으로 취급한다고 볼 수 없다.

5. 결 론

청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207로 개정된 것)

제64조(선거벽보) ② 제1항에 따른 선거벽보는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표지방의회의원후보자를 제외하며, 대통령선거에 있어서 정당추천후보자의 경우에는 그 추천정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 작성하여 대통령선거는 후보자등록마감일 후 3일(제51조에 따른 추가등록의 경우에는 추가등록마감일 후 2일 이내를 말한다)까지, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 후보자등록마감일 후 5일까지 첩부할 지역을 관할하는 구·시·군선거관리위원회에 제출하고, 해당 구·시·군선거관리위원회가 이를 확인하여 선거벽보 제출마감일후 2일(대통령선거와 섬 및 산간오지지역의 경우는 3일)까지 첩부한다. 이 경우 선거벽보의 일부를 제출하지 아니할 때에는 선거벽보를 첩부하지 아니할 지역(투표구를 단위로 한다)을 지정하

여 선거벽보의 제출시에 서면으로 신고하여야 하고, 선거벽보를 첩부하지 아니할 지역을 신고하지 아니한 때에는 해당 구·시·군선거관리위원회가 그 지역을 지정한다.

제65조(선거공보) ① 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거의 경우에는 그 추천정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 선거운동을 위하여 책자형 선거공보 1종(대통령선거에서는 전단형 선거공보 1종을 포함한다)을 작성할 수 있다. 이 경우 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에서는 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 해당 정당이 추천한 후보자 모두의 사진·성명·학력·경력 등을 게재하여야 한다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제67조(현수막) ① 후보자(비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회의원후보자를 제외하며, 대통령선거에 있어서 정당추천후보자의 경우에는 그 추천정당을 말한다)는 선거운동을 위하여 당해 선거구안의 읍·면·동마다 1매의 현수막을 게시할 수 있다.

공직선거법(2009. 7. 31. 법률 제9785호로 개정된 것)

제69조(신문광고) ① 선거운동을 위한 신문광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각 호에 의하여 선거기간개시일부터 선거일전 2일까지 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 정치자금 모금(대통령선거에 한한다) 기타 홍보에 필요한 사항을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의) 제1호 가목 및 나목에 따른 일간신문에 게재할 수 있다. 이 경우 일간신문에의 광고회수의 계산에 있어서는 하나의 일간신문에 1회 광고하는 것을 1회로 본다.

2. 비례대표국회의원선거

총 20회 이내

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제70조(방송광고) ① 선거운동을 위한 방송광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각 호에 따라 선거운동기간중 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 그 밖의 홍보에 필요한 사항을 텔레비전 및 라디오 방송시설〔「방송법」에 의한 방송사업자가 관리·운영하는 무

선국 및 종합유선방송국(보도전문편성의 방송채널사용사업자의 채널을 포함한다)을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 이용하여 실시할 수 있되, 광고시간은 1회 1분을 초과할 수 없다. 이 경우 광고회수의 계산에 있어서는 재방송을 포함하되, 하나의 텔레비전 또는 라디오 방송시설을 선정하여 당해 방송망을 동시에 이용하는 것은 1회로 본다.

2. 비례대표국회의원선거

텔레비전 및 라디오 방송별로 각 15회 이내

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것)

제71조(후보자 등의 방송연설) ① 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 홍보에 필요한 사항을 발표하기 위하여 다음 각 호에 의하여 선거운동기간 중 텔레비전 및 라디오 방송시설 [제70조(放送廣告)제1항의 규정에 의한 방송시설을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 이용한 연설을 할 수 있다.

2. 비례대표국회의원선거

정당별로 비례대표국회의원후보자중에서 선임된 대표 2인이 각각 1회 10분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 1회

3. 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거

후보자가 1회 10분 이내에서 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별 각 2회

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회) ① 중앙선거방송토론위원회는 대통령선거 및 비례대표국회의원선거에 있어서 선거운동기간 중 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 대담·토론회를 개최하여야 한다.

2. 비례대표국회의원선거

해당 정당의 대표자가 비례대표국회의원후보자 또는 선거운동을 할 수 있는 사람(지역구국회의원후보자는 제외한다) 중에서 지정하는 1명 또는 여러 명을 초청하여 2회 이상

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제82조의7(인터넷 광고) ① 후보자(대통령선거의 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 선거운동을 위한 광고(이하 “인터넷광고”라 한다)를 할 수 있다.

변호사법 제31조의2 제1항 위헌확인

(2013. 10. 24. 2012헌마480)

【판시사항】

1. 법학전문대학원 출신 변호사들에게 6개월간의 법률사무 종사 또는 연수 의무를 부과한 변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제31조의2 제1항(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 법률사무종사기관의 취업자와 미취업자, 또는 사법연수생과 법학전문대학원 출신 변호사를 차별하여 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 심판대상조항은 법학전문대학원 출신 변호사들에게 본격적이고 실질적인 실무수습의 기회를 갖도록 함으로써 사회적 신뢰를 쌓을 수 있도록 하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 2012년 처음 실시된 의무종사 또는 의무연수는 준비의 미비, 감독 기능의 소홀, 법조기관 간의 협조 미흡 등으로 시행착오가 많았으나, 대한변호사협회 연수에도 법무법인 위탁이 가능하고, 법무부장관이 법률사무종사기관을 지원하거나, 개선, 시정 명령을 하도록 하여 실무수습의 내용을 담보할 제도들도 마련되었다. 또한 의무연수 또는 의무종사의 선택권 보장, 대상기관의 확대, 기간통산제도 등을 통해 실무수습의 다양성을 보장하고 있으므로 피해 최소성원칙에 어긋나지 않는다. 실무교육 능력이 검증되지 않은 상황에서 소비자인 국민의 권익을 보호하고 법학전문대학원 출신 변호사들의 실무능력을 향상한다는 점에서 법익 균형성도 인정되므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

2. 법률사무종사기관 취업자와 미취업자 사이의 급여 여부나 실무

수습의 내용과 범위 등의 차이는 심판대상조항을 적용하는 과정에서 각자의 선택, 능력, 기회의 차이로 인하여 발생하는 경제적, 사실적 차이에 불과할 뿐이다. 사법연수생이 검찰청법과 형사소송규칙에 따라 검사직무대리와 국선변호인이 될 수는 있지만, 그 차이 역시 전문가 양성과정에서 교육의 일환으로 실시하는 데에서 비롯된 것일 뿐이어서 심판대상조항에 따른 차별이라고는 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제31조의2(변호사시험합격자의 수임제한) ① 제4조 제3호에 따른 변호사는 법률사무종사기관에서 통산하여 6개월 이상 법률사무에 종사하거나 연수를 마치지 아니하면 사건을 단독 또는 공동으로 수임[제50조 제1항, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 담당변호사로 지정하는 경우를 포함한다]할 수 없다.

② 생략

【참조조문】

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제7조(자격등록) ① 변호사로서 개업을 하려면 대한변호사협회에 등록을 하여야 한다.

②~④ 생략

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제50조(업무 집행 방법) ① 법무법인인 법인 명의로 업무를 수행하며 그 업무를 담당할 변호사를 지정하여야 한다. 다만, 구성원 아닌 소속 변호사에 대하여는 구성원과 공동으로 지정하여야 한다.

②~⑦ 생략

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제58조의16(준용규정) 법무법인(유한)에 관하여는 제22조, 제27조, 제28조, 제28조의2, 제29조, 제29조의2, 제30조, 제31조 제1항, 제32조부터 제37조까지, 제39조, 제44조, 제46조부터 제52조까지, 제53조 제2항 및 제10장을 준용한다.

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제58조의30(준용규정) 법무조합에 관하여는 제22조, 제27조, 제28조, 제28조의2, 제29조, 제29조의2, 제30조, 제31조 제1항, 제32조부터 제37조까지, 제39조, 제44조, 제46조부터 제52조까지, 제53조 제2항, 제58조의9 제1항, 제58조의12 및 제10장을 준용한다.

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제4조(변호사의 자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.

1.~2. 생략

3. 변호사시험에 합격한 자

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제21조의2(법률사무소 개설 요건 등) ① 제4조 제3호에 따른 변호사는 통산(通算)하여 6개월 이상 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관 등(이하 “법률사무종사기관”이라 한다)에서 법률사무에 종사하거나 연수(제6호에 한정한다)를 마치지 아니하면 단독으로 법률사무소를 개설하거나 법무법인, 법무법인(유한) 및 법무조합의 구성원이 될 수 없다. 다만, 제3호 및 제4호는 통산하여 5년 이상 「법원조직법」 제42조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 있었던 자 1명 이상이 재직하는 기관 중 법무부장관이 법률사무에 종사가 가능하다고 지정한 곳에 한정한다.

1. 국회, 법원, 헌법재판소, 검찰청
2. 「법률구조법」에 따른 대한법률구조공단, 「정부법무공단법」에 따른 정부법무공단
3. 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소
4. 국가기관, 지방자치단체와 그 밖의 법인, 기관 또는 단체
5. 국제기구, 국제법인, 국제기관 또는 국제단체 중에서 법무부장관이 법률사무에 종사가 가능하다고 지정한 곳
6. 대한변호사협회

② 대한변호사협회는 제1항 제3호에 따라 지정된 법률사무종사기관에 대하여 대한변호사협회 회칙으로 정하는 바에 따라 연수를 위탁하여 실시할 수 있다.

③ 제4조 제3호에 따른 변호사가 제1항에 따라 단독으로 법률사무소를 최초로 개설하거나 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되려면 법률사무종사기관에서 제1항의 요건에 해당한다는 사실을 증명하는 확인서(제1항 제6호의 연수는 제외한다)를 받아 지방변호사회를 거쳐 대한변호사협회에 제출하여야 한다.

④ 법률사무종사기관은 제1항에 따른 종사 또는 연수의 목적을 달성하기 위하여 종사하거나 연수를 받는 변호사의 숫자를 적정하게 하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

⑤ 법무부장관은 제1항 단서에 따라 지정된 법률사무종사기관에 대하여 필요하다고 인정하면 종사 현황 등에 대한 서면조사 또는 현장조사를 실시할 수 있고, 조사 결과 원활한 법률사무 종사를 위하여 필요하다고 인정하면 개선 또는 시정을 명령할 수 있다.

⑥ 법무부장관은 제5항에 따른 서면조사 또는 현장조사를 대한변호사협회에 위탁하여 실시할 수 있고, 대한변호사협회의 장은 그 조사 결과를 법무부장관에게 보고하고 같은 항에 따른 개선 또는 시정을 건의할 수 있다. 이 경우 수탁 사무의 처리에 관한 사항은 대한변호사협회의 회칙으로 정하고 법무부장관의 인가를 받아야 한다.

⑦ 법무부장관은 제1항 단서에 따라 지정된 법률사무종사기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 지정을 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정받은 경우
2. 제1항 단서의 지정 요건을 갖추지 못한 경우로서 3개월 이내에 보충하지 아니한 경우. 이 경우 제4조 제3호에 따른 변호사가 법률사무에 계속하여 종사한 경우 보충될 때까지의 기간은 법률사무종사기관에서 법률사무에 종사한 기간으로 본다.

3. 거짓으로 제3항의 확인서를 발급한 경우

4. 제5항의 개선 또는 시정 명령을 통산하여 3회 이상 받고 이에 따르지 아니한 경우

- ⑧ 법무부장관은 제7항에 따라 지정을 취소하려면 청문을 실시하여야 한다.
- ⑨ 제1항 제6호에 따른 연수의 방법, 절차, 비용과 그 밖에 필요한 사항은 대한변호사협회의 회칙으로 정하고 법무부장관의 인가를 받아야 한다.
- ⑩ 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 제1항 제6호에 따라 대한변호사협회가 실시하는 연수과정에 대한 지원을 할 수 있다.
- ⑪ 제1항 단서에 따라 지정된 같은 항 제3호의 법률사무종사기관은 같은 항 제6호에 따른 대한변호사협회의 연수에 필요한 요구에 협조하여야 한다.
- ⑫ 제1항부터 제11항까지의 규정 외에 법률사무종사기관의 지정 및 취소의 절차와 방법, 지도·감독 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제113조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 제21조의2 제1항을 위반하여 법률사무소를 개설하거나 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 된 자
- 2. 제21조의2 제3항(제31조의2 제2항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 확인서를 거짓으로 작성하거나 거짓으로 작성된 확인서를 제출한 자
- 3. 제23조 제2항 제1호 및 제2호를 위반하여 광고를 한 자
- 4. 제31조 제1항 제3호(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 사건을 수임한 변호사
- 5. 제31조의2 제1항을 위반하여 사건을 단독 또는 공동으로 수임한 자
- 6. 제37조 제1항(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반한 자

변호사법 시행령(2011. 10. 26. 대통령령 제23265호로 개정된 것) 제5조의2(법률사무종사 또는 연수 기간의 합산) 법 제21조의2 제1항에 따른 법률사무 종사 또는 연수 기간을 계산할 때 둘 이상의 법률사무종사기관에서 종사 또는 연수한 자에 대하여는 법률사무 종사 또는 연수 기간이 중첩되지 아니하는 범위에서 그 기간을 합산하여 계산한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 870
헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1264, 판례집 21-2상, 659, 676-677

【당 사 자】

청 구 인 이○환
국선대리인 변호사 이석화

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2012년 2월 법학전문대학원을 졸업하고 2012. 3. 23. 제1회 변호사 시험에 합격하였으며, 2012년 5월경부터 6개월간 법무법인에서 법률사무에 종사하였다. 청구인은 변호사법 제31조의2 제1항에 따라 연수기간 6개월 동안은 사건을 수입할 수 없어 평등권과 직업의 자유를 침해받는다 주장하면서 2012. 2. 9. 헌법소원심판을 청구하기 위한 국선대리인선임신청을 하였고, 그 뒤 선정된 국선대리인이 2012. 5. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것) 제31조의2 제1항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이며, 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항의 내용은 별지와 같다.

[심판대상조항]

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것)

제31조의2(변호사시험합격자의 수입제한) ① 제4조 제3호에 따른 변호사는 법률사무종사기관에서 통산하여 6개월 이상 법률사무에 종사하거나 연수를 마치지 아니하면 사건을 단독 또는 공동으로 수입[제50조 제1항, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 담당변호사로 지정하는 경우를 포함한다]할 수 없다.

2. 청구인의 주장요지

가. 심판대상조항은 법학전문대학원 출신 변호사들로 하여금 단독수입과 공동수입을 못하게 하는 것은 물론 법무법인 등에 취업하고도 6개월간 담당변호사로도 사건을 처리할 수 없도록 하여 변호사로서의 실무능력 향상 기회를 제한함으로써 과잉금지원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해한다.

나. 심판대상조항으로 인하여 법무법인, 법률사무소, 기타 법인 등에 취업하지 못한 법학전문대학원 출신 변호사들은 월 100만 원 안팎의 보수를 받거나 또는 거의 무급으로 제대로 된 계약도 없이 6개월간 일해야 한다. 반면 이미

법률사무종사기관에 취업을 마친 법학전문대학원 출신 변호사들은 사실상 의무종사가 면제되는 셈이어서, 심판대상조항은 법학전문대학원 출신 중 취업자와 미취업자를 불리하게 차등 대우하는 것이다. 또한, 사법연수원생의 경우 변호사 자격을 취득하지도 못한 2년차 때 검사 직무대리로서 피의자를 신문하고 조서를 작성하는 등 일정 부분 검사 역할을 수행할 뿐만 아니라 국선변호인으로서의 역할도 담당하고 있음에 반해, 변호사 자격을 취득한 법학전문대학원 출신 변호사에게 6개월간 사건 수입 및 처리를 못하게 하는 것은 평등권을 침해하는 것이다.

3. 판 단

가. 법학전문대학원 출신 변호사 등의 실태

(1) 심판대상조항의 도입 배경

심판대상조항의 입법취지는 “법학전문대학원 제도가 도입되었지만 법학전문대학원의 석사학위 취득자가 변호사시험에 합격하더라도 곧바로 양질의 법률서비스를 제공할 수 있을지에 대한 우려가 크므로, 변호사시험 합격자가 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 키우기 위해 6개월의 법률사무 종사 또는 연수를 받도록 하여 21세기 시대상황에 맞는 새로운 법조인 양성 제도를 구축함으로써 국가경쟁력의 제고와 국민편익의 증진을 도모하는”(2011. 4. 29. 국회 제출 사법제도개혁특별위원장의 의안원문) 것이었다. 이에 앞서 국회의 법조인력양성소위원회는 변호사시험 합격자에 대한 연수 여부에 관하여 검토한 뒤 법학전문대학원에서의 실무수습의 충실성 등을 우려하여 1년간의 연수 안을 제안했다. 하지만 사법제도개혁특별위원회에서 법학전문대학원 제도의 취지상 1년의 연수기간은 지나치다는 이유로 이를 6개월로 단축하여 심판대상조항을 의안하였다.

(2) 법학전문대학원 출신 변호사들의 의무종사 또는 의무연수 현황

심판대상조항에 의한 의무종사 또는 의무연수의 형태는 크게 변호사법 제21조의2 제1항 제1호부터 제5호까지의 법률사무종사기관에서 이루어지는 법률사무 종사와 같은 항 제6호의 대한변호사협회에서 이루어지는 연수로 나뉜다. 2013년 5월 기준으로 법무부에 의해 지정된 법률사무종사기관은 949개다.

이미 법무법인 등에 취업한 변호사들의 경우 해당 법무법인 등 법률사무종사기관에서 근무하는 것 자체가 ‘법률사무 종사’에 해당하므로 별도의 의무종사 내용이 문제되지 않는다. 법률사무종사기관으로 지정받지 못한 법률사무소 등에 취업한 변호사 또는 단독 개업을 계획하고 있는 변호사는 대부분 대한변

호사협회에서의 연수에 참여함으로써 의무연수를 이행하고 있다. 아직 취업을 확정하지 못한 변호사는 법률사무 종사와 대한변호사협회의 연수 사이에서 선택할 수 있다. 그런데 법률사무종사기관들이 미취업 변호사들까지 '법률사무에 종사'시킬 만한 여건이 되지 않을 뿐만 아니라 업무상 비밀 유지 필요성 등 때문에 법률사무 종사 운영에 적극적으로 나서지 않고 있다는 점이 문제로 지적되고 있다.

(3) 법학전문대학원에서의 실무교육 실태

법학전문대학원은 '국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의의 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성'을 교육이념으로 하고 있다(법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제2조). 법학전문대학원 석사학위과정의 이수에 필요한 학점은 90학점 이상으로 하되 학칙으로 정하게 되어 있고(같은 법 제19조 제1항, 시행령 제12조 제1항), 법학전문대학원은 학생에게 법조인으로서 가져야 할 가치, 법률지식 및 전문기술 등을 지도할 수 있도록 '1. 법조윤리, 2. 국내외 법령 및 관례 정보 등 법률정보의 조사, 3. 판결문, 소장, 변론문 등 법문서의 작성, 4. 모의재판, 5. 실습과정'의 내용을 포함하는 교과목을 개설하여야 하며(같은 법 제20조, 시행령 제13조 제1항), 이 때 위 '5. 실습과정'을 통하여 학생에게 사회에 봉사할 수 있는 기회를 제공하여야 한다(같은 법 제20조, 시행령 제13조 제2항).

다만, 사법연수원에서의 '실습과정'에 해당할 '2년차 연수'가 법원 2개월, 검찰 2개월, 변호사단체 등 2개월, 유관기관 연수 2개월 등으로 정형화되고 연수 처가 확보되어 있는 반면, 법학전문대학원생의 경우 위 '실습과정'은 대부분 대학원생들 각자가 자발적으로 적정한 시기에 소정의 학점을 수료하면 되는 것으로 되어 있다. 법학전문대학원들은 각각 법률사무종사기관과 사이에 협약 등을 맺어 대학원들의 실습기관을 확보하고 있는데, 대학원별로 실무수습기관의 수, 종류, 수용가능인원 및 실습의 실태 등에서 편차가 크다.

(4) 사법연수원생들의 검사 직무대리 및 국선변호인 활동

사법연수원의 연수원장은 사법연수생으로 하여금 여러 분야에서의 실무내용을 실제 업무수행기관에서 연마·체득하게 하기 위하여 각급 법원·검찰청·변호사회·기타 적절한 기관 및 단체의 장과 협의하여 연수생의 실무수습을 위탁할 수 있다[사법연수원 운영규칙(대법원규칙 제2082호, 2007. 5. 1. 타

법개정) 제37조 제1항]. 이에 따라 사법연수생들은 검찰 실무수습 과정에서 검사 직무대리로서 피의자신문 등을 직접 담당하게 되고(검찰청법 제32조 제1항), 법원 실무수습 과정에서 국선변호인 활동을 하게 된다(형사소송규칙 제16조의2 제1항).

나. 기본권 침해 여부에 관한 판단

(1) 직업수행의 자유

(가) 심사기준

법학전문대학원 졸업자는 변호사시험에 합격함과 동시에 변호사 자격을 취득하고 취업할 수 있다. 다만, 심판대상조항으로 인하여 6개월간 의무중사 또는 의무연수를 마치지 않으면 사건 수임을 할 수 없고, 법무법인 등에 소속되어 있더라도 담당변호사로 지정을 받지 못한다. 변호사의 직무는 ‘당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 하는 것’(변호사법 제3조)이므로, 6개월간 수임을 하지 못한다는 것은 누구로부터도 ‘위임’이나 ‘위촉’을 받지 못한다는 것을 의미한다. 그러나 한편, 직접적인 수임을 필요로 하지 않는 보조적 업무, 예를 들면 자료조사, 법리검토 및 연구, 각종 보고서나 소송서류 등 법률문서 작성 등의 업무 수행까지 금지되는 것은 아니며 법무법인이나 법률사무소의 경우 위와 같은 협동적 업무 형태는 일반적이다. 따라서 이 사건에서 청구인이 침해받는 기본권은 광의의 직업선택의 자유 중 직업수행의 자유이다.

직업선택의 자유와 직업수행의 자유는 기본권 주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업수행의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다(헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 870). 따라서 심판대상조항으로 인해 청구인이 제한받는 직업수행의 자유에 대한 위헌심사를 함에 있어서는 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한에서 요구되는 정도의 정당화 사유는 필요하지 않다(헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1264, 판례집 21-2상, 659, 676- 677).

(나) 과잉금지원칙 위반 여부

법학전문대학원제도를 도입하는 과정에서 법학전문대학원에서 현재의 사법연수원과 같은 수준의 실무교육을 할 수 있는지와 전문대학원 졸업생들이 곧

바로 양질의 법률서비스를 제공할 수 있을지에 대하여 상당한 우려와 논란이 있었다. 이에 변호사 자격 취득 후 6개월간 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 키우지 않으면 사건을 수임할 수 없도록 하여, 법학전문대학원 출신 변호사들에게 본격적이고 실질적인 실무수습의 기회를 갖도록 하고 이를 통하여 사회적 신뢰도 쌓을 수 있도록 하기 위한 목적에서 심판대상조항이 입법되었다. 심판대상조항은 이러한 목적을 달성하기 위하여 위 기간 동안 법률사무종사기관에서 법률사무에 종사하게 하거나 연수를 하게 하였는데, 그 입법목적이 정당하고 수단의 적합성 또한 인정된다.

물론 법률사무종사기관에 정식으로 취업하지 못한 사람은 심판대상조항에 의한 의무종사 또는 의무연수를 받는 기간 동안 변호사로서의 기대 수입 실현이 제한될 수 있다. 그러나 그와 같은 결과는 심판대상조항의 입법목적을 실현하기 위해서는 부득이한 것이다.

변호사로서의 실무능력을 향상시킬 방법은 여러 가지일 수 있다. 법률사무종사기관 등에서 직접 법률사무에 종사하는 것이 가장 직접적이고 효율적일 것이지만, 실무와 함께 해당 분야의 전문지식을 쌓는 연수도 유익한 방법이다. 2012년에 처음 실시된 심판대상조항에 따른 의무종사 또는 의무연수 과정에 준비의 미비, 감독 기능의 소홀, 법조기관 간의 협조 미흡 등의 현실적 문제점이 드러난 것은 사실이다. 하지만 이 문제는 운영을 거듭하면서 보완, 개선, 극복되어야 할 문제일 뿐 곧바로 제도 폐지의 근거가 될 수는 없다.

대한변호사협회 주최 연수에 참여하게 되더라도, 대한변호사협회는 변호사법 제21조의2 제1항 제3호의 법무법인 등에 연수를 위탁하여 실시할 수 있고, 이때 법무법인 등은 연수에 필요한 요구에 협조할 의무가 있다(제11항). 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 위 연수과정을 지원할 수도 있다(제10항). 또한 법무부장관은 필요하다고 인정하면 법률사무종사기관에 대하여 종사현황 등에 대한 서면조사 또는 현장조사를 실시할 수 있고, 조사 결과 원활한 법률사무 종사를 위하여 필요하다고 인정하면 개선 또는 시정을 명령할 수도 있다(제5항). 이와 같은 장치들만 실질적으로 운영해 나가더라도, 미취업자의 법률사무종사기관에서의 종사나 대한변호사협회 주최 연수는 법학전문대학원 과정에서는 경험할 수 없었던 실무수습의 기회를 실효성 있게 제공할 수 있는 제도로서 유력한 기능을 할 수 있다.

법학전문대학원 출신 변호사들이 시험 합격 후 또 다시 투입해야 하는 6개월이 짧은 기간은 아니다. 그러나 제대로 된 실무수습 여건이 갖추어진다는 전

제에서 본다면 위 기간은 그 후 단독 개업 등으로 업무를 시작하게 되면 얻기 어려울 유력한 실력향상의 기회가 될 수 있고, 법학전문대학원 출신 변호사들이 사회적 신뢰를 쌓을 수 있는 장치로서 필수적이다.

또한, 심판대상조항은 법률사무 종사와 연수라는 두 가지 실무수습의 방법을 선택적으로 열어 놓음으로써 취업 여부 등 자신의 여건에 따른 의무종사 또는 의무연수의 다양성을 보장하고 있다. 즉, 법률사무종사기관에 이미 취업한 사람은 별도의 연수 등 절차를 밟지 않더라도 해당 법률사무종사기관에서 정상적인 업무에 종사함으로써 의무종사를 이행할 수 있도록 함과 동시에, 그렇지 않은 사람은 법률사무종사기관에서의 법률사무 종사라는 방법과 대한변호사협회 주최 연수라는 방법 중 여건에 따라 선택할 수 있도록 함으로써 법학전문대학원 출신 변호사들의 부담을 덜어 주고 있다. 법률사무종사기관에 취업하지 않은 사람이라 할지라도 다른 기관 등에의 취업이 제한되지는 않으므로 구직 활동과 의무종사의 병행이 가능하며, 심판대상조항 및 변호사법 시행령 제5조의2가 둘 이상의 법률사무종사기관에서 종사 또는 연수한 사람에 대하여는 법률사무 종사 또는 연수 기간이 중첩되지 아니하는 범위에서 그 기간을 합산하여 계산하도록 하고 있으므로, 어느 한 형태의 의무종사 또는 의무연수를 진행하는 도중에라도 다른 법률사무종사기관에 취업을 하게 되는 등 사정이 변경되면 그 방법을 변경하여 통산할 수 있다. 또한 법률사무종사기관도 범법법인 등에 한정하지 않고 국가기관, 기관 또는 단체, 국제기구 등까지 확대하였고, 현재 그 대상 기관을 949개에 이르도록 함으로써 법률사무 종사의 기회를 넓히고 다양화하고 있다.

원칙적으로는 법학전문대학원 교육이 실무수습의 영역을 충분히 담보하도록 함으로써 심판대상조항에 따른 의무종사 또는 의무연수 등이 불필요하도록 해야 한다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 법학전문대학원에서의 현실은 그와 같은 실무수습 교육이 충분한 기간 동안 체계적·실질적으로 이루어지고 있다고 보기 어렵고, 범조계 전반적인 여건상 법학전문대학원생들에 대한 실무수습을 외국의 예에서와 같이 6개월이나 1년씩 담보할 수 있도록 강제하기도 어렵다. 법학전문대학원별로 실무수습기관의 확보와 관련한 편차가 커서 적절한 실무수습의 기회를 갖지 못할 수도 있다. 변호사들의 취업 구조, 교육과 수급 구조 등이 함께 해결되지 않은 상태에서는 법학전문대학원의 내실화라는 원칙적인 방향의 설정만으로 법학전문대학원 출신 변호사들에 대한 실무수습의 필요성을 부인하기는 힘들다. 따라서 심판대상조항은 피해 최소성 원칙에도 위

반되지 않는다.

아울러 심판대상조항이 추구하고자 하는 공익은 법학전문대학원 출신 변호사들의 실무능력 향상을 통한 법조인 양성, 국민의 편익 증진 도모인 반면, 제한되는 사익은 법학전문대학원 출신 변호사들이 6개월간 사건을 수임하지 못하거나 법무법인 등에서 담당변호사로 지정되지 못함으로써 소득이나 실무 경력의 기회가 제한될 수 있다는 점이다. 그러나 현대 사회에서의 이해충돌 상황의 증가, 법률 분쟁의 급증과 변호사와의 접촉 국면 확대, 그 속에서 국민 개개인이 자신의 사건을 위임해야만 하는 변호사 집단에 대한 사회적 신뢰 확보의 중요성 등을 고려하여 볼 때, 심판대상조항이 추구하는 공익은 제한되는 사익에 비해 중대하다고 볼 수밖에 없고, 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

결국 심판대상조항은 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

(2) 평등권

(가) 심사기준

헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우가 아니라면, 어떤 법률로 인하여 특정한 집단이 차별적으로 취급되는 결과가 생기더라도 이것이 입법자의 자의에 의한 것이 아니고 합리적인 이유가 있는 것이라면 평등권을 침해한 것으로 볼 수는 없다.

(나) 법학전문대학원 출신 변호사 중 법률사무종사기관 취업자들과의 비교

심판대상조항은 법문 자체로는 취업자와 미취업자를 구분하고 있지 않다. 또한 심판대상조항이 의무종사 또는 의무연수의 형태를 법률사무 종사와 연수로 나누고 있지만, 이때 '종사'는 취업을 전제로 하고 있는 개념은 아니다. 따라서 법률사무종사기관에 취업한 사람은 6개월 동안 정상적인 급여를 지급받지만, 그렇지 않은 사람은 매우 적은 급여만을 받거나 무급으로 법률사무종사기관에서 '종사'하든지 아니면 대한변호사협회 주최의 연수에 회비를 내고 참여해야 한다. 취업을 하지 못하여 변호사로서의 기대 수입을 얻지 못하거나, 법률사무 종사 또는 연수의 기회를 얻게 되더라도 실효적인 소송자료에의 접근 등이 제한되는 등 실무수습의 내용이 한정될 수 있다는 사정은 심판대상조항을 적용하는 과정에서 각자의 선택, 능력, 기회의 차이로 인하여 발생하는 경제적, 사실적 불이익에 불과할 뿐 심판대상조항이 취업자와 미취업자를 차별 취급함으로써 인해 발생한 불이익은 아니다.

따라서 법률사무총사기관에 취업한 사람과 그렇지 않은 사람 사이에서는 심판대상조항으로 인한 차별취급이 존재한다고 할 수 없다.

(다) 사법연수원생들과의 비교

청구인은 변호사 자격도 없는 사법연수원생은 피의자 신문조서를 작성하거나 국선변호인으로서 활동할 수 있음에 반해, 법학전문대학원 출신 변호사는 이러한 업무를 수행할 수 없어 차별을 받는 것이라고 주장한다. 그러나 심판대상조항은 ‘제4조 제3호에 따른 변호사’라고 규정함으로써, 변호사 자격이 있는 사람 중 변호사법 제4조 제1호 및 제2호에 따른 ‘사법시험에 합격하여 사법연수원의 과정을 마친 자’, ‘판사나 검사의 자격이 있는 자’를 그 대상에서 제외하고 있을 뿐이지, 사법연수원생에 대해서 어떠한 규정도 하고 있지 않다. 사법연수원생들이 이러한 업무를 수행할 수 있는 것은 검찰청법 제32조 제1항이나 형사소송규칙 제16조의2 제1항에 근거한 것인데, 이것은 사법연수원생들의 양성과정에서 교육의 일환으로 실시하는 것이지 소득을 얻기 위한 활동으로 인정하는 것이 아니다.

따라서 변호사 자격을 취득한 법학전문대학원 출신자들과 사법연수원생들은 심판대상조항과 관련하여 의미 있는 비교집단이 된다고 할 수 없으므로, 이를 전제로 한 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

(라) 소결

심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창중 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호로 개정된 것)

제4조(변호사의 자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.

3. 변호사시험에 합격한 자

제21조의2(법률사무소 개설 요건 등) ① 제4조 제3호에 따른 변호사는 통산(通算)하여 6개월 이상 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관 등(이하 “법률사무소종사기관”이라 한다)에서 법률사무에 종사하거나 연수(제6호에 한정한다)를 마치지 아니하면 단독으로 법률사무소를 개설하거나 법무법인, 법무법인(유한) 및 법무조합의 구성원이 될 수 없다. 다만, 제3호 및 제4호는 통산하여 5년 이상 「법원조직법」 제42조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 있었던 자 1명 이상이 재직하는 기관 중 법무부장관이 법률사무에 종사가 가능하다고 지정한 곳에 한정한다.

1. 국회, 법원, 헌법재판소, 검찰청
2. 「법률구조법」에 따른 대한법률구조공단, 「정부법무공단법」에 따른 정부법무공단
3. 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소
4. 국가기관, 지방자치단체와 그 밖의 법인, 기관 또는 단체
5. 국제기구, 국제법인, 국제기관 또는 국제단체 중에서 법무부장관이 법률사무에 종사가 가능하다고 지정한 곳
6. 대한변호사협회

② 대한변호사협회는 제1항 제3호에 따라 지정된 법률사무소종사기관에 대하여 대한변호사협회 회칙으로 정하는 바에 따라 연수를 위탁하여 실시할 수 있다.

③ 제4조 제3호에 따른 변호사가 제1항에 따라 단독으로 법률사무소를 최초로 개설하거나 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되려면 법률사무소종사기관에서 제1항의 요건에 해당한다는 사실을 증명하는 확인서(제1항 제6호의 연수는 제외한다)를 받아 지방변호사회를 거쳐 대한변호사협회에 제출하여야 한다.

④ 법률사무소종사기관은 제1항에 따른 종사 또는 연수의 목적을 달성하기 위하여 종사하거나 연수를 받는 변호사의 숫자를 적정하게 하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

⑤ 법무부장관은 제1항 단서에 따라 지정된 법률사무소종사기관에 대하여 필요하다고 인정하면 종사 현황 등에 대한 서면조사 또는 현장조사를 실시할 수 있고, 조사 결과 원활한 법률사무 종사를 위하여 필요하다고 인정하면 개선 또는 시정을 명령할 수 있다.

⑥ 법무부장관은 제5항에 따른 서면조사 또는 현장조사를 대한변호사협회에 위탁하여 실시할 수 있고, 대한변호사협회의 장은 그 조사 결과를 법무부장

관에게 보고하고 같은 항에 따른 개선 또는 시정을 건의할 수 있다. 이 경우 수탁 사무의 처리에 관한 사항은 대한변호사협회의 회칙으로 정하고 법무부장관의 인가를 받아야 한다.

⑦ 법무부장관은 제1항 단서에 따라 지정된 법률사무종사기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 지정을 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정받은 경우
2. 제1항 단서의 지정 요건을 갖추지 못한 경우로서 3개월 이내에 보충하지 아니한 경우. 이 경우 제4조 제3호에 따른 변호사가 법률사무에 계속하여 종사한 경우 보충될 때까지의 기간은 법률사무종사기관에서 법률사무에 종사한 기간으로 본다.
3. 거짓으로 제3항의 확인서를 발급한 경우
4. 제5항의 개선 또는 시정 명령을 통산하여 3회 이상 받고 이에 따르지 아니한 경우

⑧ 법무부장관은 제7항에 따라 지정을 취소하려면 청문을 실시하여야 한다.

⑨ 제1항 제6호에 따른 연수의 방법, 절차, 비용과 그 밖에 필요한 사항은 대한변호사협회의 회칙으로 정하고 법무부장관의 인가를 받아야 한다.

⑩ 법무부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 제1항 제6호에 따라 대한변호사협회가 실시하는 연수과정에 대한 지원을 할 수 있다.

⑪ 제1항 단서에 따라 지정된 같은 항 제3호의 법률사무종사기관은 같은 항 제6호에 따른 대한변호사협회의 연수에 필요한 요구에 협조하여야 한다.

⑫ 제1항부터 제11항까지의 규정 외에 법률사무종사기관의 지정 및 취소의 절차와 방법, 지도·감독 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제113조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제21조의2 제1항을 위반하여 법률사무소를 개설하거나 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 된 자
4. 제31조 제1항 제3호(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 사건을 수입한 변호사
5. 제31조의2 제1항을 위반하여 사건을 단독 또는 공동으로 수입한 자
변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것)

제7조(자격등록) ① 변호사로서 개업을 하려면 대한변호사협회에 등록을 하

여야 한다.

제50조(업무집행방법) ① 법무법인은 법인 명의로 업무를 수행하며 그 업무를 담당할 변호사를 지정하여야 한다. 다만, 구성원 아닌 소속 변호사에 대하여는 구성원과 공동으로 지정하여야 한다.

제58조의16(준용규정) 법무법인(유한)에 대하여는 제22조, 제27조, 제28조, 제28조의2, 제29조, 제29조의2, 제30조, 제31조 제항, 제32조부터 제37조까지, 제39조, 제44조, 제46조부터 제52조까지, 제53조 제2항 및 제10장을 준용한다.

제58조의30(준용규정) 법무조합에 관하여는 제22조, 제27조, 제28조, 제28조의2, 제29조, 제29조의2, 제30조, 제31조 제항, 제32조부터 제37조까지, 제39조, 제44조, 제46조부터 제52조까지, 제53조 제2항, 제58조의9 제1항, 제58조의12 및 제10장을 준용한다.

변호사법 시행령(2011. 10. 26. 대통령령 제23265호로 개정된 것)

제5조의2(법률사무종사 또는 연수 기간의 합산) 법 제21조의2 제1항에 따른 법률사무 종사 또는 연수 기간을 계산할 때 둘 이상의 법률사무종사기관에서 종사 또는 연수한 자에 대하여는 법률사무 종사 또는 연수 기간이 중첩되지 아니하는 범위에서 그 기간을 합산하여 계산한다.

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제7항 등 위헌확인

(2013. 10. 24. 2012헌마832)

【판시사항】

1. 가해학생에 대한 학교장의 긴급조치를 거부하는 경우 징계하도록 한 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것, 이하 ‘학교폭력예방법’이라 한다) 제17조 제7항의 가해학생에 대한 기본권 침해의 자기관련성 여부(소극)
2. 가해학생에 대해 자치위원회가 추가 조치를 요구할 수 있도록 한 학교폭력예방법 제17조 제11항(이하 ‘추가조치요구 규정’이라 한다)의 기본권 침해에 대한 직접성 여부(소극)
3. 학교폭력과 관련하여 가해학생에 대한 조치 중 전학과 퇴학을 제외한 나머지 조치에 대해 재심을 제한하는 학교폭력예방법 제17조의2 제2항(이하 ‘재심규정’이라 한다)이 가해학생 보호자의 자녀교육권을 침해하는지 여부(소극)
4. 재심규정의 재심 제한이 가해학생과 그 보호자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
5. 가해학생이 특별교육을 이수할 경우 그 보호자도 함께 특별교육을 이수하도록 하는 학교폭력예방법 제17조 제9항(이하 ‘특별교육 이수규정’이라 한다)이 가해학생 보호자의 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인 가해학생에 대한 학교장의 이 사건 조치는 학교장이 긴급성을 인정하여 우선적으로 행한 조치가 아니므로 학교장의 긴급조치와 관련한 징계조항은 자기관련성이 없다.
2. 가해학생에 대한 자치위원회의 추가조치 요구 규정은 가해학생이 해당 조치에 대해 거부하는 경우 자치위원회가 학교장에게 추가

조치를 요청할 수 있다는 규정으로, 이는 구체적인 집행행위를 필요로 하는 규정으로서 조항 자체가 직접 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 학교폭력예방법이 가해학생 측에 전학과 퇴학처럼 중한 조치에 대해서만 재심을 허용하는 것은 이에 대해 보다 신중한 판단을 할 수 있도록 하기 위함이고, 전학과 퇴학 이외의 조치들에 대해 재심을 불허하는 것은 학교폭력으로 인한 갈등 상황을 신속히 종결하여 관련 학생들의 보호와 치료·선도·교육을 조속히 시행함으로써 해당 학생 모두가 빨리 정상적인 학교생활에 복귀할 수 있도록 하기 위함인바, 재심에 보통 45일의 시간이 소요되는 것을 감안하면, 신중한 판단이 필요한 전학과 퇴학 이외의 가벼운 조치들에 대해서까지 모두 재심을 허용해서는 신속한 피해 구제와 빠른 학교생활로의 복귀를 어렵게 할 것이므로, 재심규정은 학부모의 자녀교육권을 지나치게 제한한다고 볼 수 없다.

4. 학교폭력에 대해 가해학생에게 내려진 조치는 피해학생에게도 중대한 영향을 미치는데, 가해학생은 자신에 대한 모든 조치에 해당사자로서 소송을 제기할 수 있지만, 피해학생은 그 조치의 당사자가 아니므로 결과에 불만이 있더라도 소송을 통한 권리 구제를 도모할 수 없다. 따라서 가해학생에 대한 모든 조치에 대해 피해학생 측에는 재심을 허용하면서, 소송으로 다룰 수 있는 가해학생 측에는 퇴학과 전학의 경우에만 재심을 허용하고 나머지 조치에 대해서는 재심을 허용하지 않더라도 가해학생과 그 보호자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

5. 학교폭력예방법에서 가해학생과 함께 그 보호자도 특별교육을 이수하도록 의무화한 것은 교육의 주체인 보호자의 참여를 통해 학교폭력 문제를 보다 근본적으로 해결하기 위한 것이다. 가해학생이 학교폭력에 이르게 된 원인을 발견하여 이를 근본적으로 치유하기 위해서는 가족 공동체의 일원으로서 가해학생과 밀접 불가분의 유기적 관계를 형성하고 있는 보호자의 교육 참여가 요구된다. 따라서 특별교육이수규정이 가해학생 보호자의 일반적 행동자유권을 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 재심규정에 대한
반대의견

학교폭력이 발생하면 피해학생에 대한 빠른 조치를 통해 그 피해를 구제하고 더 이상 학교폭력으로부터 피해를 당하지 않도록 하여야 한다는 점에 대해서는 의문이 없으나, 그에 못지않게 가해학생이 더 이상 폭력행위를 저지르지 않도록 선도하고 교육하여 신속히 교육현장으로 복귀하도록 하는 것 역시 중요하다. 따라서 학교폭력에 대한 바람직한 처리 방향은 피해학생을 보호하고 위로하며 가해학생에 대해서는 가해행위에 대한 책임을 지고 반성하게 하되, 피해학생과 가해학생이 화해하고 모두가 학교생활을 원만히 할 수 있도록 하는 것이어야 한다. 이를 위해서는 피해학생에 대한 신속한 피해의 구제뿐만 아니라 가해학생 측이 자신의 행위에 대해 별다른 어려움 없이 충분히 입장을 진술할 수 있도록 하여야 하는데, 이 사건 재심은 학교폭력 문제와 관련하여 비교적 어렵지 않게 이용할 수 있는 이의제도로써 교육기관의 틀 안에서 이루어지는 만큼 그 판단도 신속하고 심도 있게 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 퇴학과 전학 이외에는 재심을 허용하지 않는 것은 가해학생과 그 보호자의 기본권을 지나치게 제한하는 것이다.

【심판대상조문】

- 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조 (가해학생에 대한 조치) ①~⑥ 생략
- ⑦ 학교의 장이 제4항에 따른 조치를 한 때에는 가해학생과 그 보호자에게 이를 통지하여야 하며, 가해학생이 이를 거부하거나 회피하는 때에는 「초·중등교육법」 제18조에 따라 징계하여야 한다.
- ⑧ 생략
- ⑨ 자치위원회는 가해학생이 특별교육을 이수할 경우 해당 학생의 보호자도 함께 교육을 받게 하여야 한다.
- ⑩ 생략
- ⑪ 제1항 제2호부터 제9호까지의 처분을 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우 자치위원회는 제7항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다.

⑫ 생략

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조의2 (재심청구) ① 생략

② 자치위원회가 제17조 제1항 제8호와 제9호에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날로부터 10일 이내에 「초·중등교육법」 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다.

③~⑥ 생략

【참조조문】

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조 (가해학생에 대한 조치) ① 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정한다. 다만, 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 피해학생에 대한 서면사과
2. 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지
3. 학교에서의 봉사
4. 사회봉사
5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료
6. 출석정지
7. 학급교체
8. 전학
9. 퇴학처분

② 생략

③ 제1항 제2호부터 제4호까지 및 제6호부터 제8호까지의 처분을 받은 가해학생은 교육감이 정한 기관에서 특별교육을 이수하거나 심리치료를 받아야 하며, 그 기간은 자치위원회에서 정한다.

④ 학교의 장은 가해학생에 대한 선도가 긴급하다고 인정할 경우 우선 제1항 제1호부터 제3호까지, 제5호 및 제6호의 조치를 할 수 있으며, 제5호와 제6호는 병과조치할 수 있다. 이 경우 자치위원회에 즉시 보고하여 추인을 받아야 한다.

⑤ 자치위원회는 제1항 또는 제2항에 따른 조치를 요청하기 전에 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

⑥ 제1항에 따른 요청이 있는 때에는 학교의 장은 14일 이내에 해당 조치를 하여야 한다.

⑦~⑫ 생략

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조의2 (재심청구) ① 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조 제1항 및 제17조 제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다.

②~⑤ 생략

⑥ 제2항에 따른 재심청구, 심사절차, 결정통보 등은 「초·중등교육법」 제18조의2 제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.

초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정된 것) 제18조(학생의 징계) ① 학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육을 받고 있는 학생은 퇴학시킬 수 없다.

② 생략

초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정된 것) 제18조의2(재심청구) ① 제18조 제1항에 따른 징계처분 중 퇴학 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 퇴학 조치를 받은 날부터 15일 이내 또는 그 조치가 있음을 알게 된 날부터 10일 이내에 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다.

② 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회는 제1항에 따른 재심청구를 받으면 30일 이내에 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 심사결정에 이의가 있는 청구인은 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다.

④ 제1항에 따른 재심청구, 제2항에 따른 심사 절차와 결정 통보 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정된 것) 제25조(학교생활기록) ① 학교의 장은 학생의 학업성취도와 인성(人性) 등을 종합적으로 관찰·평가하여 학생지도 및 상급학교(「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교를 포함한다. 이하 같다)의 학생 선발에 활용할 수 있는 다음 각 호의 자료를 교육과학기술부령으로 정하는 기준에 따라 작성·관리하여야 한다.

1. 인적사항
2. 학적사항
3. 출결상황
4. 자격증 및 인증 취득상황
5. 교과학습 발달상황
6. 행동특성 및 종합의견
7. 그 밖에 교육목적에 필요한 범위에서 교육과학기술부령으로 정하는 사항

② 학교의 장은 제1항에 따른 자료를 제30조의4에 따른 교육정보시스템으로 작성·관리하여야 한다.

③ 학교의 장은 소속 학교의 학생이 전출하면 제1항에 따른 자료를 그 학생이 전입한 학교의 장에게 넘겨주어야 한다.

【참조판례】

- 3. 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427
헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335
헌재 2009. 4. 30. 2005헌마514, 판례집 21-1하, 185
- 4. 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393
헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91, 판례집 15-2하, 406
- 5. 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268
헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185
헌재 2011. 11. 24. 2011헌바51, 판례집 23-2하, 430

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○식
 법정대리인 친권자 모 박○옥
 2. 박○옥
 청구인들 대리인 변호사 임영화

【주 문】

- 1. 이 사건 심판청구 중 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조 제7항, 제11항에 대한 심판청구를 각하한다.
- 2. 나머지 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 김○식은 ○○중학교에 재학 중인 만 13세의 미성년자로, 학교폭력 가해학생으로 지목되어 2012. 9. 12. 학교폭력대책자치위원회(다음부터 ‘자치위원회’라고 한다)로부터 ‘피해학생에 대한 서면사과’, ‘피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉·협박 및 보복행위의 금지’, ‘학내외 전문가에 의한 특별교육 이수 또는 심리치료(학생 10일, 학부모 5시간 이상)’, ‘출석정지 10일’ 등의 조치(다음부터 ‘이 사건 조치’라 한다)를 받았다. 청구인 김○식과 그의 어머니인 청구인 박○옥은 이 사건 조치와 관련하여 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’ 제17조 제7항 및 제11항, 제17조의2 제2항, 제22조 제2항이 자신들의 기본

권을 침해한다고 주장하며 2012. 10. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ‘학교폭력예방 및 대책에 관한 법률’(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것, 다음부터 ‘학교폭력예방법’이라 한다) 제17조 제7항, 제9항(청구인들은 제22조 제2항에 대해 심판청구를 하였으나 가해학생 보호자에 대한 특별교육이수 명령을 규정하고 있는 조항은 제17조 제9항이므로 심판대상을 이 조항으로 변경한다), 제11항, 제17조의2 제2항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부인데, 그 내용은 아래와 같고 관련조항의 내용은 별지와 같다.

[심판대상조항]

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것) 제17조(가해학생에 대한 조치) ⑦ 학교의 장이 제4항에 따른 조치를 한 때에는 가해학생과 그 보호자에게 이를 통지하여야 하며, 가해학생이 이를 거부하거나 회피하는 때에는 초·중등교육법 제18조에 따라 징계하여야 한다.

⑨ 자치위원회는 가해학생이 특별교육을 이수할 경우 해당 학생의 보호자도 함께 교육을 받게 하여야 한다.

⑪ 제1항 제2호부터 제9호까지의 처분을 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우 자치위원회는 제7항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다.

제17조의2(재심청구) ② 자치위원회가 제17조 제1항 제8호와 제9호에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날로부터 10일 이내에 초·중등교육법 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다.

2. 청구인들의 주장

가. 심판대상조항은 가해학생에게 가해지는 조치 중 전학과 퇴학처분을 제외한 나머지 조치에 대해서는 가해학생과 그 학부모에게 불복절차를 두고 있지 아니한데, 이는 청구인들의 행복추구권과 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이고, 피해학생과 비교하여 청구인들을 불합리하게 차별하는 것이다.

나. 가해학생에 취해지는 조치가 특별교육일 경우 그 학생의 보호자도 함께 교육을 받도록 의무화하는 것은 가해학생 부모의 기본권을 침해하는 것이다.

3. 적법요건 판단

공권력의 행사 또는 불행사가 헌법소원을 청구하고자 하는 사람의 법적 지

위에 아무런 영향을 미치지 않는다면 기본권침해의 가능성이나 위험성은 없는 것이므로 이를 대상으로 한 헌법소원은 부적법하다. 그런데 학교폭력예방법 제17조 제7항은, 학교장이 가해학생에 대한 선도가 긴급하다고 인정하여 자치위원회의 결정 없이 우선적으로 일정한 조치를 한 경우 가해학생이 이를 거부하거나 회피하면 징계하여야 한다는 조항인데, 이 사건 조치는 학교장이 긴급성을 인정하여 우선적으로 행한 조치가 아니다. 따라서 위 조항이 청구인들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

한편, 법령 또는 법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 청구인의 기본권이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고, 그 법령 또는 법령조항에 의하여 직접 침해받아야 한다. 그런데 학교폭력예방법 제17조 제11항은 가해학생이 받은 조치에 대해 이를 거부하는 등의 경우 자치위원회가 학교장에게 추가로 다른 조치를 요청할 수 있다는 규정으로, 학교장의 추가조치라는 구체적인 집행행위가 있을 때 비로소 기본권침해 문제가 나타난다. 따라서 위 조항 자체는 직접 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

그렇다면 학교폭력예방법 제17조 제7항, 제11항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성 내지 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 제한되는 기본권

청구인들은 학교폭력예방법 제17조의2 제2항(다음부터 ‘재심규정’이라고 한다)이 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장한다. 그런데 여기에서의 재심은 자치위원회의 결정을 거쳐 학교장에 의해 내려진 조치들에 대하여 행정심판의 전심인 시·도학생징계조정위원회의 심사를 받는 것을 의미하는 것으로, 이는 사법절차에 해당하지 아니하므로 재판을 받을 권리의 침해 문제를 발생시킨다고 볼 수 없다.

한편, 청구인들은 재심규정이 행복추구권을 침해한다고 주장하는데, 가해학생에 내려진 불이익 조치에 대해 재심을 제한함으로써 가해학생 보호자의 의견 진술 기회가 제한되는 것은 행복추구권 등에 근거한 학부모의 자녀교육권 침해 문제를 발생시킨다. 또 피해학생측과 달리 가해학생측에는 진학과 퇴학의 경우에만 재심을 허용하고 있다는 점에서 평등권 침해 여부가 문제될 수 있다. 나아가 학교폭력예방법 제17조 제9항(다음부터 ‘특별교육이수규정’이라고 한다)은 가해학생에 취해지는 조치가 특별교육일 경우 그 학생의 보호자에게도 함께 교육을 받도록 의무화하는 규정으로, 이는 행복추구권에서 파생되

는 일반적 행동자유권 침해 문제를 발생시킨다.

나. 재심규정에 대한 판단

(1) 부모의 자녀교육권 침해 여부

(가) 자녀교육권의 내용과 심사기준

자녀의 양육과 교육은 가족생활의 핵심적 요소로서 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모의 자녀에 대한 교육권은 모든 인간이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 열거되지 아니한 자유와 권리의 보장에 관한 헌법 제37조 제1항에서 나온다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 446; 헌재 2009. 4. 30. 2005헌마514, 판례집 21-1하, 185, 190).

부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지고, 아직 성숙하지 못한 초·중·고등학생인 자녀의 교육과정에 참여할 권리를 가진다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 447; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 345). 따라서 학교가 학생에 대해 불이익 조치를 할 경우 해당 학생의 학부모가 의견을 제시할 권리는 자녀교육권의 일환으로 보호된다. 학교폭력예방법 제17조 제5항이 학교폭력 가해학생에 대한 조치 전에 자녀교육권의 일환으로 그 보호자에게 의견 진술의 기회를 부여하는 것처럼, 가해학생에 대해 일정한 조치가 내려졌을 경우 그 조치가 적절하였는지 여부에 대해 의견을 제시할 수 있는 권리 또한 그 연장선상에서 학부모의 자녀교육권의 내용에 포함된다.

다만, 공교육제도 틀 안에서는 국가의 교육과제 달성 및 학교에서 공동으로 이루어지는 집단교육의 특성상 학부모의 다양한 견해와 가치관을 완전하게 반영하여 수용할 수 없는 현실적 제약이 따르고, 학교교육에 관한 한 국가는 헌법 제31조에 따라 부모의 교육권으로부터 독립된 독자적인 교육권한을 부여받고 있다(헌재 2009. 4. 30. 2005헌마514, 판례집 21-1하, 185, 192 참조). 그러므로 학교의 학생교육이나 훈육방법과 관련하여 학부모의 관여를 제한하는 입법에는 광범위한 입법형성권이 부여된다.

(나) 과잉금지원칙 위반 여부

재심규정이 가해학생측에 전학과 퇴학처럼 중한 조치에 대해서만 재심을 허용하는 것은 보다 신중한 판단을 할 수 있도록 하기 위함이고, 전학과 퇴학 이

외의 조치들에 대해 재심을 불허하는 것은 학교폭력으로 인한 가해학생과 피해학생 사이의 갈등 상황을 신속히 종결하여 관련 학생들의 보호와 치료·선도·교육을 조속히 시행함으로써 빠른 시일 안에 해당 학생 모두가 정상적인 학교생활에 복귀할 수 있도록 하기 위함이다. 이와 같은 재심규정의 입법목적은 정당하고, 이러한 재심제도는 무거운 조치에 대해서는 신중한 판단을, 가벼운 조치에 대해서는 정상적인 학교생활로의 복귀를 빨리 꾀할 수 있도록 한다는 점에서 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단이 된다.

한편, 학교폭력 문제에 있어 신속한 해결과 신중한 판단의 문제를 어떻게 조화시킬 것인가는 입법자가 여러 가지 사정을 참작하여 정할 사안이지만, 어느 한쪽을 일방적으로 희생시키는 입법은 헌법상 용인될 수 없다. 신속한 문제 해결을 이유로 당사자에게 전혀 의견진술의 기회를 부여하지 않는다면, 그것이 아무리 가벼운 사안에 해당한다 하더라도 피해구제는 물론, 선도를 통한 교육현장으로서의 복귀라는 입법목적도 달성될 수 없을 것이기 때문이다.

그런데 학교폭력예방법 제17조 제5항은 관련자들의 의사가 충분히 반영될 수 있도록 자치위원회에서 가해학생에 대한 조치를 결정하기 전 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 보장하고 있다. 즉, 자치위원회는 해당 조치를 취하기 전 문제의 폭력 사건과 그 입장에 대해 의견을 말할 수 있는 기회를 관련자 양쪽에 모두 부여하여야 하는데, 가해학생의 보호자도 이 기회를 이용하여 그 입장과 의견을 충분히 자치위원회에 전달할 수 있다. 이와 같이 학교폭력 문제와 관련하여 가해학생에 대한 조치가 이루어지기 전 학부모에게 의견진술의 기회가 보장되어 있는 이상, 비록 퇴학과 전학을 제외한 다른 조치에 대해서 다시 그 적절성을 다룰 수 있는 재심이 제한된다고 하더라도 이것이 자녀교육권에 대한 지나친 제한이라고 보기는 어렵다.

학교폭력이 발생했을 때 먼저 고려하여야 할 것은 피해학생에 대한 구제로, 가해학생과의 분리나 치료·피해보상 등의 빠른 조치를 통해 조속히 정상적인 학교생활로 복귀할 수 있도록 조치하는 것이 필요하다. 재심에 보통 45일의 시간이 소요되는 것을 감안하면, 신중한 판단이 필요한 전학과 퇴학 이외의 가벼운 조치들에 대해서까지 모두 재심을 허용해서는 이러한 목적을 달성하기 어려울 것이다. 결국 학교폭력을 둘러싼 갈등 상황을 조기에 종결하여 신속하게 피해를 구제하고, 빠른 시일 안에 정상적인 학교생활로 복귀할 수 있도록 가벼운 사안의 경우에는 재심을 제한하는 것이 부득이하다.

한편, 재심규정을 통해 이루고자 하는 신속한 피해구제와 정상적인 학교생

활로의 복귀라는 이익은 매우 중요하다. 또 재심이 제한되는 조치들에 대해서는 행정소송이나 민사소송을 통해 사법적 구제를 받는 것이 가능하므로 재심의 제한이 가해학생측에 중대한 불이익을 초래하고 있다고 보기는 어렵다.

그렇다면 재심규정이 과잉금지원칙을 위반하여 학부모의 자녀교육권을 지나치게 제한한다고 볼 수는 없다.

(2) 평등권 침해 여부

일반적으로 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하는 것으로서 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406; 헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91, 판례집 15-2하, 406, 420 참조).

학교폭력예방법은 학교폭력과 관련하여 가해학생에 대한 조치에 대해 피해학생에게는 모두 재심을 허용하는 것과 달리, 재심규정은 조치의 당사자인 가해학생에게는 전학과 퇴학의 경우만 재심을 허용하고 있다. 학교폭력에 대해 가해학생에게 내려진 조치는 피해학생에게도 중대한 영향을 미치는데, 피해학생은 그 조치의 당사자가 아니므로 결과에 불만이 있더라도 직접 소송을 통한 권리 구제를 도모할 수 없다는 점에서 재심의 기회를 허용해야 할 필요성이 크다. 이에 반하여 가해학생은 자신에 대한 모든 조치에 대해 당사자로서 소송을 제기할 수 있으므로 상대적으로 재심의 필요성이 크지 않다. 다만, 가해학생에 대한 퇴학과 전학 조치는 그 불이익의 정도가 상당하여 신중한 판단을 요하고, 초·중등교육법 제18조의2가 학생에 대한 징계처분 중 퇴학에 대해 재심을 청구할 수 있도록 한 것과는 균형을 맞출 필요가 있다는 점에서 이들 조치에 대해서는 재심의 필요성을 인정할 수 있다. 이와 같이 재심규정이 가해학생에 대해 퇴학과 전학의 경우에만 재심을 허용하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 이를 자의적인 차별이라고 볼 수 없다.

그렇다면 재심규정은 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 특별교육이수규정에 대한 판단

헌법 제10조의 행복추구권으로부터 파생되어 나오는 일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동하는 것은 물론, 소극적으로 행동을 하지 않을 자유가 포함된다(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 276; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 199 등 참조). 다만, 이 기본권도 개인의 인격 발현 및 행복추구의 수단이 된다는 점에서 최대한 존중되어야 하지만, 현

법 제37조 제2항에 따라 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있다(헌재 2011. 11. 24. 2011헌바51, 판례집 23-2하, 430, 438).

특별교육이수규정에서 가해학생이 특별교육을 이수할 경우 그 보호자도 함께 특별교육을 이수하도록 강제하는 것은 교육의 주체인 보호자의 참여를 통해 학교폭력의 원인을 규명하여 문제를 보다 근본적으로 해결하기 위한 것으로서, 이러한 특별교육이수규정의 입법목적은 정당하다. 그리고 가해학생의 보호자가 문제 자녀의 심리 및 정서적 특징을 이해하고 자녀와의 사이에 친밀감과 신뢰감을 형성하여 문제를 해결할 수 있도록 학교폭력의 예방 및 대처방안, 가해학생의 심리상태 등을 교육하는 특별교육을 이수하도록 하는 것은 학교폭력 근절과 재발방지에 기여할 것이므로 입법목적 달성에 적합한 수단이 된다.

한편, 가해학생의 학교폭력 문제는 학생 주변을 둘러싸고 있는 여러 환경적 요인들이 결합된 총체적인 문제로서, 가해학생이 속한 가정은 중요한 환경적 요인에 포함된다. 그러므로 가해학생이 학교폭력에 이르게 된 원인을 발견하여 이를 근본적으로 치유하기 위해서는 가족 공동체의 일원으로서 가해학생과 밀접 불가분의 유기적 관계를 형성하고 있는 보호자의 교육 참여가 요구된다. 특히 청소년기는 극도의 불안, 갈등, 걱정의 시기인 동시에 자아의 형성과 사회적 존재로서 자신을 발견해 가는 시기이며, 이러한 특성을 가진 청소년기의 학생을 직접 양육하고 교육하는 보호자는 그들에게 절대적인 영향을 미칠 수밖에 없는 존재라는 점에서 가해학생의 학교폭력 문제를 근본적으로 해결하기 위해 특별교육에 보호자가 참여하도록 강제하는 것은 불가피하다. 더욱이 가해학생 자신이 특별교육이수를 거부하는 경우 그에 대한 선도와 교육은 아예 불가능할 것이므로 가해학생의 교육이수를 담보하기 위해서라도 보호자가 함께 특별교육을 이수하도록 하여야 할 필요성이 크다.

한편, 특별교육이수규정이 달성하고자 하는 가해학생의 선도와 학교폭력 재발방지는 중요한 공익임에 반해, 특별교육이수 의무화로 가해학생 보호자가 받게 되는 불이익은 크다고 볼 수 없어 그 기본권 침해가 중대하다고 볼 수 없다.

그렇다면 특별교육이수규정이 과잉금지원칙을 위반하여 가해학생 보호자의 일반적 행동자유권을 침해한다고 볼 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 청구인들의 학교폭력예방법 제17조 7항, 제11항에 대한 심판청구는 부적법하여 이를 각하하고, 나머지 심판청구는 기각하기로 하여 주문과 같

이 결정한다.

이 결정은 학교폭력예방법 제17조의2 제2항에 대한 아래 6.과 같은 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대의견

우리는, 이 사건 심판청구 중 학교폭력예방법 제17조 제7항, 제11항에 대한 심판청구가 부적법하고, 학교폭력예방법 제17조 제9항이 가해학생 보호자의 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 한다. 그러나 학교폭력예방법 제17조의2 제2항의 재심규정이 가해학생 측에 전학과 퇴학을 제외한 나머지 조치에 대해 재심을 허용하지 않는 것은 가해학생과 그 보호자의 기본권을 침해한다고 생각하므로 아래와 같은 반대의견을 밝힌다.

학교폭력이 발생하면 피해학생에 대한 빠른 조치를 통해 그 피해를 구제하고 더 이상 학교폭력으로부터 피해를 당하지 않도록 하여야 한다는 점에 대해서는 의문이 없다. 그러나 그에 못지않게 가해학생이 더 이상 폭력행위를 저지르지 않도록 선도하고 교육하여 신속히 교육현장으로 복귀하도록 하는 것 역시 중요하다. 사춘기의 학생은 아직 어리고 예민하며 많은 변화가능성이 있으므로 학교폭력의 가해자라 하더라도 적절한 훈육과 선도로써 모범적인 사회인으로 성장할 수 있도록 기회를 부여하고 교육하는 것은 학교와 우리 사회의 책임이다. 그러므로 학교폭력에 대한 바람직한 처리 방향은 피해학생을 보호하고 위로하며 가해학생에 대해서는 가해행위에 대한 책임을 지고 반성하게 하되, 피해학생과 가해학생이 화해하고 모두가 학교생활을 원만히 할 수 있도록 하는 것이어야 한다.

그런데 이 사건 재심 규정이 가해학생 측에게 전학과 퇴학 처분에 대해서만 재심청구를 인정하는 것은 경미한 조치에 대해서는 재심청구를 차단함으로써 학교폭력분쟁을 조속히 마무리 지으려는 것으로 보인다. 피해학생 측으로서는 폭력행위에 대한 가해학생의 책임을 분명히 하고, 가능하면 빨리 악몽과 같은 학교폭력에서 벗어나는 것이 절실한 문제일 것이다. 그러나 학교폭력예방법이 단순히 가해학생에게 책임을 묻고 처벌을 하기 위한 것이 아니라 가해학생을 선도하고 교육하기 위한 목적까지도 가진 이상, 가해학생 측이 자신의 행위에 대해 별다른 어려움 없이 충분히 입장을 진술할 수 있고, 조속하고 심도 있는 판단도 이루어질 수 있는 기회 역시 주어져야 한다. 그때서야 비로소 가해학생

은 자신의 잘못을 뉘우치고 자신의 행위에 대한 책임을 지게 될 것이며, 학교 생활로의 복귀도 가능하게 될 것이다.

특히 대개의 폭력행위가 우발적이고 충동적으로 발생하는 것과는 달리 학교 폭력은 생활공간을 공유하는 학생들 사이에 일어나는 경우가 많고, 피해자와 가해자의 구분이 모호한 경우도 종종 있다. 따라서 이들 사이에서 발생한 사건과 경위에 대해서는 더욱 심도 있는 조사가 필요하고, 내려진 조치에 대해서도 어렵지 않은 방법을 통해 의의할 수 있는 기회가 보장되어야 한다.

이 사건 재심은 학교폭력 문제와 관련하여 비교적 어렵지 않게 이용할 수 있는 의의제도로서 교육기관의 틀 안에서 이루어지는 만큼 그 판단도 조속하고 심도 있게 할 수 있는 장점이 있다. 반면에 행정심판이나 행정소송을 통한 권리구제는 일단 그 접근이 쉽지 않을 뿐만 아니라 장시간이 소요되고, 그 과정에서 피해학생 측과 가해학생 측은 감정의 골이 더욱 깊어지고 더 큰 고통에 시달릴 가능성이 높다.

따라서 이 사건 규정이 피해학생의 신속한 구제를 이유로, 나아가 가해학생 측에는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있는 방법이 있다는 이유로 재심을 허용하지 않는 것은 가해학생의 선도와 훈육이라는 학교폭력예방법의 입법 목적을 전혀 고려하지 않는 태도로서, 조사 자체가 불충분하고 해당 조치가 부당하다고 생각하는 가해학생 측을 납득시키지 못해 가해학생과 피해학생의 원활한 학교생활로의 복귀라는 학교폭력예방법의 입법목적을 달성할 수 없게 할 것이다.

다수의견에서는 학교폭력 관련 학생들에 대해 일정한 조치가 취해지기 전 자치위원회에서 가해학생 학부모가 의견을 진술할 기회가 있는 것을 이유로 경미한 조치들에 대해서까지 재심을 허용할 필요가 없다고 보고 있다. 그러나 조치가 취해지기 이전에 열리는 자치위원회에서 가해학생과 그 학부모가 입장을 밝히는 정도만으로는 발생한 사건과 경위를 충실히 밝히는데 충분하다고 할 수 없다. 가해학생 측은 일단 전학이나 퇴학 처분이 아닌 다른 조치가 내려지고 난 다음에는 재심청구를 할 수 없고 쉽지 않은 행정심판이나 행정소송만을 제기할 수 있으므로 사실상 그 조치를 감수할 수밖에 없는 상황에 처하게 된다. 그러나 사실 출석정지(제6호), 학급교체(제7호)와 같은 조치도 학교생활이 거의 생활의 전부라고 할 수 있는 사춘기의 학생에게는 상당히 중대한 것이라고 할 수 있고, 그러한 조치에 대해서도 재심청구를 하지 못하도록 한 것은 감내하기 힘든 어려움을 그대로 받아들이도록 강요하는 것이다.

더욱이 가해학생에 대한 조치는 모두 학교생활세부사항기록부에 기재되어 학생의 고교입시나 대학입시 등에 영향을 미치는데, 우리나라처럼 입시경쟁이 치열한 사회에서는 단 한번의 학교폭력 기재도 해당 학생에게 미치는 영향이 작지 않다고 할 것인바, 단지 피해학생 측의 신속한 피해구제를 이유로 해당 조치에 대하여 쉽게 할 수 있는 불복의 기회를 제한하는 것은 지나치게 가혹하다고 볼 수밖에 없다.

결국 이 사건 재심규정은 전학과 퇴학을 제외한 조치에 대해서는 재심청구를 인정하지 않고 행정심판 내지 행정소송을 하도록 함으로써 사실상 가해학생이 자신의 입장을 변명할 기회를 박탈하고 있으므로, 가해학생과 그 보호자의 기본권을 지나치게 제한한다고 할 것이다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

[별지] 관련조항

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호로 개정된 것)
제17조(가해학생에 대한 조치) ① 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정한다. 다만, 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다.

1. 피해학생에 대한 서면사과
 2. 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지
 3. 학교에서의 봉사
 4. 사회봉사
 5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료
 6. 출석정지
 7. 학급교체
 8. 전학
 9. 퇴학처분
- ③ 제1항 제2호부터 제4호까지 및 제6호부터 제8호까지의 처분을 받은 가

해학생은 교육감이 정한 기관에서 특별교육을 이수하거나 심리치료를 받아야 하며, 그 기간은 자치위원회에서 정한다.

④ 학교의 장은 가해학생에 대한 선도가 긴급하다고 인정할 경우 우선 제1항 제1호부터 제3호까지, 제5호 및 제6호의 조치를 할 수 있으며, 제5호와 제6호는 병과조치할 수 있다. 이 경우 자치위원회에 즉시 보고하여 추인을 받아야 한다.

⑤ 자치위원회는 제1항 또는 제2항에 따른 조치를 요청하기 전에 가해학생 및 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

⑥ 제1항에 따른 요청이 있는 때에는 학교의 장은 14일 이내에 해당 조치를 하여야 한다.

제17조의2(재심청구) ① 자치위원회 또는 학교의 장이 제16조 제1항 및 제17조 제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다.

⑥ 제2항에 따른 재심청구, 심사절차, 결정통보 등은 초·중등교육법 제18조의2 제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.

초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정된 것)

제18조(학생의 징계) ① 학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육을 받고 있는 학생은 퇴학시킬 수 없다.

제18조의2(재심청구) ① 제18조 제1항에 따른 징계처분 중 퇴학 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 퇴학 조치를 받은 날부터 15일 이내 또는 그 조치가 있음을 알게 된 날부터 10일 이내에 제18조의3에 따른 시·도 학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다.

② 제18조의3에 따른 시·도 학생징계조정위원회는 제1항에 따른 재심청구를 받으면 30일 이내에 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 심사결정에 이의가 있는 청구인은 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다.

제25조(학교생활기록) ① 학교의 장은 학생의 학업성취도와 인성(人性) 등을 종합적으로 관찰·평가하여 학생지도 및 상급학교(고등교육법 제2조 각 호에 따른 학교를 포함한다. 이하 같다)의 학생 선발에 활용할 수 있는 다음 각 호의 자료를 교육과학기술부령으로 정하는 기준에 따라 작성·관리하여야 한다.

1. 인적사항
2. 학적사항
3. 출결상황
4. 자격증 및 인증 취득상황
5. 교과학습 발달상황
6. 행동특성 및 종합의견
7. 그 밖에 교육목적에 필요한 범위에서 교육과학기술부령으로 정하는 사항

② 학교의 장은 제1항에 따른 자료를 제30조의4에 따른 교육정보시스템으로 작성·관리하여야 한다.

학교생활기록의 작성 및 관리에 관한 규칙(2013. 3. 23. 교육부령 제1호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 규칙은 초·중등교육법 제25조의 규정에 의한 학교생활기록의 작성 및 관리에 관하여 동법에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(학교생활기록의 작성기준) ① 법 제25조 제1항 제1호 내지 제6호의 규정에 의한 자료는 다음 각 호의 구분에 따라 작성한다.

1. 인적사항 : 학생의 성명·주민등록번호·주소와 부모의 성명·생년월일 및 가족의 변동사항 등
2. 학적사항 : 학생의 입학 전 학교명·졸업연월일, 재학 중 학적변동이 있는 경우 그 일자 및 내용 등
3. 출결상황 : 학생의 학년별 출결상황 등
6. 행동특성 및 종합의견 : 학교교육 이수중 학생의 행동특성과 학생의 학교교육이수 상황을 종합적으로 이해할 수 있는 의견 등

② 제1항의 규정에 의한 학교생활기록의 항목별 작성기준 외에 학교생활기록의 작성 등에 관하여 필요한 사항은 교육부장관이 정한다.

학교생활기록 작성 및 관리지침(2013. 2. 15. 교육과학기술부훈령 제282호로 개정되어 2013. 3. 1. 시행된 것)

제5조(자료입력항목 및 출력서식) ① 학교생활기록부(학교생활기록부Ⅰ)와 학교생활세부사항기록부(학교생활기록부Ⅱ)의 전산입력은 동일하게 한다.

⑥ 상급학교 입학전형을 위한 목적으로 별지 제1호 내지 제6호의 서식을 출력하는 경우에는 교육과학기술부, 시·도교육청 또는 입학전형을 실시하는 상급학교의 방침에 따라 입력된 내용의 일부를 제외하고 출력할 수 있다.

제7조(학적사항) ③ ‘특기사항’란에는 학적변동의 사유를 입력한다. 특기사항 중 학교폭력과 관련된 사항은 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제17조에 규정된 가해학생에 대한 조치사항을 입력한다.

제8조(출결상황) ④ ‘특기사항’란에는 결석사유 또는 개근 등 특기사항이 있는 경우 학급 담임교사가 입력한다. 특기사항 중 학교폭력과 관련된 사항은 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제17조에 규정된 가해학생에 대한 조치사항을 입력한다.

제16조(행동특성 및 종합의견) ② 행동특성 중 학교폭력과 관련된 사항은 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제17조에 규정된 가해학생에 대한 조치사항을 입력한다.

제18조(자료의 보존) ① 학교의 장은 공공기록물 관리에 관한 법률 및 동법 시행령에 의거 학교생활기록부(학교생활기록부Ⅰ)를 준영구 보존해야 한다. (단서 생략)

② 학교의 장은 학교생활세부사항기록부(학교생활기록부Ⅱ)의 전산자료와 종이출력물을 학생 졸업 후 5년 동안 보존하여야 하며, 보존기간이 종료된 후 폐기 처분하여야 한다.

③ 학교의 장은 학교생활세부사항기록부(학교생활기록부Ⅱ)의 행동특성으로 기록된 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 제17조의 조치사항(제1호, 제2호, 제3호, 제7호)은 해당학생의 졸업과 동시에 삭제한다.

국민연금법 부칙 제8조 위헌확인

(2013. 10. 24. 2012헌마906)

【판시사항】

1. 조기노령연금의 수급개시연령을 59세에서 60세로 상향조정된 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 중 '법률 제5623호 국민연금법중개정법률 제56조 제4항'에 관하여 '1969년 이후 출생자는 5세를 더한 연령을 적용한다.' 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 신뢰보호원칙에 반하여 국민연금가입자인 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
2. 1969년 이후에 태어난 가입자의 조기노령연금 수급개시연령을 그 이전에 태어난 가입자보다 더 높게 규정한 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 조기노령연금의 수급개시연령을 59세에서 60세로 상향조정된 심판대상조항은 국민연금재정의 고갈에 대처하여 국민연금재정의 장기적인 안정을 위한 것으로서 공익적 가치가 중대하고, 종전 제도가 노령연금 수급연령과 조기노령연금 수급연령을 동일하게 상향시키지 못하는 미비점이 있어 이를 개선한 것으로 그 필요성이 인정된다. 반면 연금수급권의 내용은 사회·경제적 상황을 고려한 입법자의 정책적 판단에 의하여 변경될 수 있어 조기노령연금의 수급개시연령에 대한 청구인의 신뢰는 보호가치가 크지 않고, 심판대상조항으로 인하여 청구인이 조기노령연금을 수급할 수 있는 연령이 59세에서 60세로 인상된 것에 불과하여 그 신뢰의 손상 정도가 중하다고 보기 어렵다. 그러므로 심판대상조항은 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.
2. 심판대상조항이 1969년 이후에 태어난 가입자의 조기노령연금 수급개시연령을 더 높게 규정하는 것은, 법 시행 후 곧 수급개시연

령이 도래하여 바로 노후설계 등의 대비를 하기 어려운 고령 가입자를 배려할 필요가 있고, 출생 연도가 늦은 가입자의 경우 노령화가 더 진행되고 출산을 저하가 심화된 사회경제적 여건 하에서 연금을 수급하게 되기 때문이다. 차별의 정도도 출생 연도 4년에 수급연령이 1년 상향되는 정도로 그리 크지 않다. 따라서 수급연령의 단계적인 조정이 입법자가 입법형성권을 자의적으로 행사한 것으로 볼 만큼 불합리한 차별은 아니므로 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 제8조(급여의 지급연령에 관한 적용례) 법률 제5623호 국민연금법중개정법률 제48조 제1항 제3호, 제56조 제1항, 제56조 제2항부터 제4항까지, 제57조 제3항 각 호·같은 조 제4항 각 호, 제57조의2 제1항 각 호, 제57조의4 제1항, 제58조 제2항, 제63조 제1항 제3호 단서·제5호 단서, 제66조 제1항 본문과 제67조 제1항 제1호·제2항 단서 및 제93조의2 중 급여에 관한 지급연령은 그 지급연령에 관한 각각의 규정에도 불구하고 그 지급연령에 1953년부터 1956년까지 출생자는 1세를, 1957년부터 1960년까지 출생자는 2세를, 1961년부터 1964년까지 출생자는 3세를, 1965년부터 1968년까지 출생자는 4세를, 1969년 이후 출생자는 5세를 각각 더한 연령을 적용한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항

구 국민연금법(1998. 12. 31. 법률 제5623호로 개정되고, 2007. 7. 23. 법률 제8541호로 개정되기 전의 것) 제56조(노령연금의 수급권자) ①~③ 생략

④ 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자이었던 자로서 55세 이상인 자가 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 60세에 달하지 아니 하더라도 본인의 희망에 의하여 그가 생존하는 동안 일정한 금액의 연금(이하 “조기노령 연금”이라 한다)을 지급받을 수 있다.

⑤ 제3항 및 제4항의 규정에 의한 소득이 있는 업무의 범위는 대통령령으로 정한다.

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정되기 전의 것) 제8조(급여의 지급연령에 관한 적용례) 법률 제5623호 국민연금법중개정법률 제48조 제1항 제3호, 제56조 제1항, 제56조 제2항부터 제4항까지, 제57조 제3항 각 호·같은 조 제4항 각 호, 제57조의2 제1항 각 호, 제57조의4 제1항, 제58조 제2항, 제63조 제1항 제3호 단서·제5호 단서, 제66조 제1항 본문과 제67조 제1항 제1호·제2항 단서 및

제93조의2 중 급여에 관한 지급연령은 그 지급연령에 관한 각각의 규정에도 불구하고 그 지급연령에 2013년부터 2017년까지는 1세를, 2018년부터 2022년까지는 2세를, 2023년부터 2027년까지는 3세를, 2028년부터 2032년까지는 4세를, 2033년 이후에는 5세를 각각 더한 연령을 적용한다.

국민연금법(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 제61조(노령연금 수급권자)

① 생략

② 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자였던 자로서 55세 이상인 자가 대통령령으로 정하는 소득이있는 업무에 종사하지 아니하는 경우 본인이 희망하면 제1항에도 불구하고 60세가 되기 전이라도 본인이 청구한 때부터 그가 생존하는 동안 일정한 금액의 연금(이하 “조기노령연금”이라 한다)을 받을 수 있다.

【참조판례】

1. 헌재 2000. 6. 1. 97헌마190, 공보 46, 466, 468
헌재 2004. 6. 24. 2002헌바15, 판례집 16-1, 719, 730
- 헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29등, 판례집 19-1, 349, 363
- 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바113, 판례집 21-2상, 225, 239
- 헌재 2010. 10. 28. 2009헌바67, 판례집 22-2하, 101, 118
- 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 판례집 24-2상, 420, 431

【당 사 자】

청 구 인 박○미

국선대리인 변호사 이공현

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1973년에 태어난 사람으로, 1991. 9.경 국민연금에 가입하여 10여 년간 연금보험료를 납부하여 왔다.

(2) 2007. 7. 23. 개정된 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조는 2028년부터 2032년에 조기노령연금을 신청하는 자에 대하여는 국민연금법

본문상 수급개시연령인 55세에 4세를 더하도록 규정하였다.

2011. 12. 31. 법률 제11143호로 국민연금법이 개정되면서 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조가 개정되었는데, 조기노령연금과 관련하여 수급신청년도에 따라 수급개시연령을 인상하는 방식 대신 수급권자의 출생 연도에 따라 수급개시연령을 인상하는 방식으로 변경되었고, 이에 따라 1969년 이후 출생자는 조기노령연금의 수급개시연령에 5세를 더하여 적용하도록 변경되었다.

(3) 청구인은 2012. 11. 12. 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것)가 조기노령연금 수급개시연령을 올린 것이 청구인의 재산권과 평등권을 침해한다며, 위 부칙조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것) 중 ‘법률 제5623호 국민연금법중개정법률 제56조 제4항’에 관하여 ‘1969년 이후 출생자는 5세를 더한 연령을 적용한다.’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것)

제8조(급여의 지급연령에 관한 적용례) 법률 제5623호 국민연금법중개정법률 제48조 제1항 제3호, 제56조 제1항, 제56조 제2항부터 제4항까지, 제57조 제3항 각 호·같은 조 제4항 각 호, 제57조의2 제1항 각 호, 제57조의4 제1항, 제58조 제2항, 제63조 제1항 제3호 단서·제5호 단서, 제66조 제1항 본문과 제67조 제1항 제1호·제2항 단서 및 제93조의2 중 급여에 관한 지급연령은 그 지급연령에 관한 각각의 규정에도 불구하고 그 지급연령에 1953년부터 1956년까지 출생자는 1세를, 1957년부터 1960년까지 출생자는 2세를, 1961년부터 1964년까지 출생자는 3세를, 1965년부터 1968년까지 출생자는 4세를, 1969년 이후 출생자는 5세를 각각 더한 연령을 적용한다.

[관련조항]

구 국민연금법(1998. 12. 31. 법률 제5623호로 개정되고, 2007. 7. 23. 법률

제8541호로 개정되기 전의 것)

제56조(노령연금의 수급권자) ④ 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자이었던 자로서 55세 이상인 자가 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 60세에 달하지 아니하더라도 본인의 희망에 의하여 그가 생존하는 동안 일정한 금액의 연금(이하 “조기노령연금”이라 한다)을 지급받을 수 있다.

⑤ 제3항 및 제4항의 규정에 의한 소득이 있는 업무의 범위는 대통령령으로 정한다.

국민연금법(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 것)

제61조(노령연금 수급권자) ② 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자이었던 자로서 55세 이상인 자가 대통령령으로 정하는 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하는 경우 본인이 희망하면 제1항에도 불구하고 60세가 되기 전이라도 본인이 청구한 때부터 그가 생존하는 동안 일정한 금액의 연금(이하 “조기노령연금”이라 한다)을 받을 수 있다.

구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정되기 전의 것)

제8조(급여의 지급연령에 관한 적용례) 법률 제5623호 국민연금법중개정법률 제48조 제1항 제3호, 제56조 제1항, 제56조 제2항부터 제4항까지, 제57조 제3항 각 호·같은 조 제4항 각 호, 제57조의2 제1항 각 호, 제57조의4 제1항, 제58조 제2항, 제63조 제1항 제3호 단서·제5호 단서, 제66조 제1항 본문과 제67조 제1항 제1호·제2항 단서 및 제93조의2 중 급여에 관한 지급연령은 그 지급연령에 관한 각각의 규정에도 불구하고 그 지급연령에 2013년부터 2017년까지는 1세를, 2018년부터 2022년까지는 2세를, 2023년부터 2027년까지는 3세를, 2028년부터 2032년까지는 4세를, 2033년 이후에는 5세를 각각 더한 연령을 적용한다.

2. 청구인의 주장

가. 청구인은 국민연금법에서 조기노령연금 수급개시연령을 55세로 규정한 것을 믿고 노후 대비 등 가정경제에 대한 계획을 세워 왔으므로, 이러한 청구인의 신뢰는 보호되어야 하며 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 결코 덜 중요하다고 할 수 없다. 그러므로 조기노령연금을 받을 수 있는 나이를 60세로 올린 심판대상조항은 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해한다.

나. 수급자 및 그 자녀의 경제력에 따라 수급액을 조절하거나, 수급할 수 있는 연금의 일정 비율만을 수급하도록 제한하면서 이러한 제한을 확대해 나가는 방식 등 국민연금재정의 건전화를 위한 다른 수단이 있음에도, 심판대상조항은 일률적으로 조기노령연금 수급 연령을 올리고 있어 침해의 최소성에 위배된다. 또한 연금 수급 연령을 상향조정하는 심판대상조항과 같은 방법으로는 연금재정 건전성의 제고라는 공익을 제대로 달성할 수 없는 반면 청구인의 기본권에 중대한 제한을 가하므로 법익의 균형성도 갖추지 못하였다. 그러므로 심판대상조항은 비례원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해한다.

다. 심판대상조항으로 인하여 출생 연도에 따라 조기노령연금의 지급개시연령이 달라지는 차별취급이 발생한다. 이러한 차별취급은 청구인의 재산권에 중대한 제한을 가하는 것이므로 평등권을 침해하는지 여부는 엄격한 비례원칙을 적용하여 판단하여야 한다. 특정 출생 연도의 구간을 정하여 지급연령을 차별하는 것은 그 목적이 불분명할 뿐 아니라, 출생 연도라는 우연적으로 정해지는 요소에 의해 지급연령을 정하는 것은 자의적인 입법권의 행사로서 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 국민연금제도의 목적과 연혁

(1) 국민연금제도의 목적

국민연금제도는 국민의 노령, 장애 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활 안정과 복지 증진에 이바지할 목적으로(국민연금법 제1조) 그 부담을 국가적인 보험기술을 통하여 대량적으로 분산시킴으로써 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다. 이는 가입 여부·보험관계의 내용 등을 계약자유의 원칙에 의하여 정할 수 있는 사보험(私保險)과는 달리 보험가입이 강제되고, 보험료를 강제징수할 수 있으며, 보험관계의 내용이 법률에 의하여 정하여지고, 사용자 또는 국가가 보험비용의 일부를 부담하는 등 보험원리에 부양원리가 결합된 공적보험제도로 사회보장에 관한 헌법규정인 제34조 제1항, 제2항, 제5항을 구체화하는 제도이다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌마15, 판례집 16-1, 719, 727; 헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29 등, 판례집 19-1, 349, 363 참조).

(2) 국민연금법의 개정 연혁

(가) 우리나라의 국민연금사업은, 1973. 12. 24. 법률 제2655호로 ‘국민복지연금법’이 제정되었으나 그 실시여건이 성숙되지 아니하여 계속 그 시행을 미루

어 오다가, 1986. 12. 31. 법률 제3902호로 법률의 명칭을 ‘국민연금법’으로 변경하고 전문 개정하여 1988. 1. 1.부터 시행되었다.

당시 국민연금법은 가입기간 20년 이상의 요건을 갖추고 60세에 이른 자에게 노령연금을 지급하고, 가입기간이 20년 이상인 자로서 보수 또는 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하는 55세 이상의 자에게 조기노령연금을 신청할 수 있도록 하였고(법 제56조 제1항 및 제2항), 노령연금액의 소득대체율은 70퍼센트에 이르렀다(법 제47조).

(나) 1997. 5.경 국민연금제도개선기획단이 국민연금 제정에 대하여 진단한 결과 2025년경 재정수지 적자가 시작되고 2033년경 적립금이 고갈될 것으로 예측되었다. 이에 따라 1998. 12. 31. 법률 제5623호로 개정된 국민연금법은 평균소득 근로자의 소득대체율을 70퍼센트에서 60퍼센트로 조정하는 한편(법 제47조), 조기노령연금을 포함한 급여의 수급연령을 2013년부터 5년 단위로 1세씩 연장하여 2033년에는 조기노령연금의 수급연령이 60세, 노령연금의 수급연령이 65세에 이르도록 하였다(부칙 제3조).

(다) 2007. 7. 23. 국민연금법은 법률 제8541호로 전면개정되었다. 국민연금의 장기재정 안정을 도모하고, 노령화에 대응하기 위하여 소득대체율을 종전 60퍼센트에서 2008년에는 50퍼센트로, 2009년부터 매년 단계적으로 낮춰 2028년에는 40퍼센트로 인하하도록 규정하였다(법 제51조 제1항, 부칙 제20조 및 제34조).

(라) 한편, 구 국민연금법은 제정시부터 조기노령연금의 수급연령과 노령연금의 수급연령의 차이가 5년이 되도록 하고 있었으나, 구 국민연금법(1998. 12. 31. 법률 제5623호) 부칙 제3조와 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조(2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정되기 전의 것)와 같이 연도별로 연금 급여의 수급개시연령을 상향조정토록 한 방식은 노령연금 수급연령과 조기노령연금 수급연령이 각각 연도별로 상향되기 때문에 조기노령연금 신청 가능 연령으로부터 노령연금 수급연령에 이르는 기간이 출생 연도에 따라 5년에서 7년까지 달라지는 미비점이 있었다.

이를 개선하여 노령연금 수급연령과 조기노령연금 신청가능 연령의 차이를 5년으로 통일하기 위하여 2011. 12. 31. 법률 제11143호로 개정된 국민연금법은 구 국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 부칙 제8조를 개정하여, 수급 연도별로 연금의 수급개시연령을 상향하는 방식을 출생 연도별로 연금의 수급개시연령을 상향하는 방식으로 변경하였다. 그 결과 1953년부터 1973년까지의

출생자는 조기노령연금 수급개시연령이 1년 또는 2년 상향되었다.

나. 심판대상조항의 재산권 침해 여부

(1) 국민연금법상의 연금수급권은 사회보장적 급여로서의 성격과 함께 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격도 가진다(헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 323; 헌재 2004. 6. 24. 2002헌바15, 판례집 16-1, 719, 730 참조).

청구인은 1991. 9.경 국민연금에 가입하여 10년 이상의 기간 동안 연금보험료를 납부해 왔으므로 장차 조기노령연금 수급연령에 도달하면 연금을 받을 수 있을 것이라는 구체적인 기대권을 가지며, 이러한 연금수급기대권은 헌법상 보호되는 재산권에 포함된다.

(2) 심판대상조항이 청구인의 조기노령연금 수급개시 연령을 59세에서 60세로 올린 것이 헌법 제13조 제2항에서 금지하는 소급입법에 의한 재산권 침해에 해당하는지에 대하여 살펴본다. 심판대상조항은 현재 국민연금가입자이나 아직 조기노령연금을 지급받고 있지 않은 청구인과 같은 가입자에 대하여 장래의 수급개시연령을 올리는 것을 내용으로 하고 있다. 이는 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하고 있어 이른바 부진정소급입법에 해당하고, 소급입법에 의하여 청구인의 재산권을 제한하는 경우에 해당하지 아니한다.

따라서 심판대상조항이 부진정소급입법으로서 신뢰보호원칙에 반하여 청구인의 재산권을 침해하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다. 청구인은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반하여 재산권을 침해한다고 주장하나, 이는 결국 신뢰보호원칙 위반 여부를 판단함에 있어서 검토해야 할 이익형량의 문제와 중복되므로 과잉금지원칙 위반 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

(3) 신뢰보호원칙 위반 여부

(가) 신뢰보호원칙은 헌법상의 법치국가원칙으로부터 파생되는 것으로서, 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 신뢰보호원칙 상 허용될 수 없다(헌재 2010. 10. 28. 2009헌바67, 판례집 22-2하, 101, 118 참조). 신뢰보호원칙의 위배 여부를 판단하기 위해서는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익

적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28, 판례집 24-2상, 420, 431 참조).

(나) 국민연금법이 1988년 시행될 당시에는 20년 이상 가입하고 55세에 이를 것을 조기노령연금의 수급요건으로 하였으나, 1998년 개정된 국민연금법은 조기노령연금의 수급요건을 10년간 가입하는 것으로 완화하면서 수급연령을 상향조정하여 청구인은 59세에 이르러야 조기노령연금을 받을 수 있게 되었고, 이후 2011년에 개정된 심판대상조항으로 인하여 조기노령연금 수급 연령이 59세에서 60세로 바뀌게 되었다.

이와 같이 개정됨에 따라 청구인이 가입 당시 55세에 조기노령연금을 받을 수 있다고 기대하였다고 하더라도, 그 가입기간 요건을 충족하기 전인 1998년 국민연금법 개정에 의해 조기노령연금 수급연령이 59세로 상향되면서 이미 그 신뢰를 상실하였으며, 심판대상조항으로 인해 침해되는 신뢰이익은 조기노령연금의 수급연령이 59세에서 60세로 상향조정된 것에 한정된다.

한편, 1998년과 2011년의 두 번에 걸친 법 개정을 통해 청구인의 조기노령연금 수급연령이 55세에서 59세, 59세에서 60세로 상향되어 불리하게 바뀐 부분도 있으나, 1998년 법 개정시에 조기노령연금의 수급요건으로서 가입기간이 20년에서 10년으로 변경되어 청구인에게 유리하게 변경된 부분도 있다.

연금수급권의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 연금의 재정, 다음세대의 부담정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것이고(헌재 2007. 10. 25. 2005헌바68, 판례집 19-2, 447, 462; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바113, 판례집 21-2상, 225, 239 참조), 위에서 본 바와 같이 조기노령연금의 수급개시연령을 포함한 조기노령연금의 수급요건도 사회정책적 상황에 따라 변화될 수 있는 것이므로, 조기노령연금의 수급개시연령에 대한 청구인의 신뢰는 보호가치가 크다고 보기 어렵다.

특히 심판대상조항으로 개정되기 전의 제도는 출생 연도에 따라 조기노령연금의 수급개시연령으로부터 노령연금의 수급연령에 이르는 기간이 달라지고, 본래 이 기간을 5년으로 설계하여 조기노령연금의 수급액을 산정하도록 한 국민연금법의 체계와 맞지 않는 등의 미비점이 있어 심판대상조항은 이러한 미비점을 개선하기 위하여 개정된 것이라는 점에서 구법 질서의 존속에 대한 기대는 그 보호의 가치가 크다고 볼 수 없다.

(다) 심판대상조항에 의하여 청구인이 60세에 조기노령연금을 받을 수 있게

되었더라도 다른 나라의 연금제도와 비교하여 특별히 불리하다고 볼 수 없다. 영국은 조기노령연금제도가 없어 노령연금 수급연령이 되어야만 연금을 받을 수 있고, 조기노령연금제도가 있는 미국의 경우 수급연령이 62세로 우리나라의 경우보다 더 높다. 이러한 입법례에 비추어 볼 때 심판대상조항에 의해 인상된 수급연령이 특별히 높거나 현저히 불합리하다고 보기 어렵다.

(라) 국민연금법상의 급여는 국민의 생활수준·물가 기타 경제사정에 맞추어 최저생활을 유지할 수 있도록 될 수 있으면 많은 급여를 지급하는 것이 바람직할 것이나, 한편 급여에 필요한 재원은 한정되어 있고, 인구의 노령화 등으로 급여대상자는 점점 증가하고 있어 급여수준은 국민연금재정의 장기적인 균형이 유지되도록 조정되어야 할 필요가 있다(헌재 2000. 6. 1. 97헌마190, 공보 46, 466, 468 참조).

심판대상조항이 추구하는 공익은 연금 수급의 전제라고 할 수 있는 국민연금재정의 고갈에 대처하여, 국민연금재정의 장기적인 안정을 위한 것으로서 그 가치가 중대하다. 심판대상조항의 개정 전의 제도가 노령연금 수급연령과 조기노령연금 수급연령을 동일하게 상향시키지 못하는 미비점이 있어 이를 개선한 것으로서, 기존의 가입자에 대하여 따로 경과조치 등을 마련하는 것이 성질상 곤란하다는 점을 고려할 때 그 필요성을 인정할 수 있다.

반면, 앞서 살펴본 바와 같이 연금수급권의 내용은 사회·경제적 상황을 고려한 입법자의 정책적 판단에 의하여 변경될 수 있어 조기노령연금의 수급개시연령에 대한 청구인의 신뢰는 보호가치가 크지 않으며, 심판대상조항으로 인하여 청구인이 조기노령연금을 수급할 수 있는 연령이 59세에서 60세로 인상된 것에 불과하여 그 신뢰의 손상 정도가 중하다고 보기 어렵다.

따라서 보호해야 할 청구인의 신뢰의 가치는 그리 크지 않은 반면, 국민연금재정의 파탄을 막고 제도의 미비점을 보완하기 위한 공익적 가치가 중대하므로 심판대상조항이 헌법상 신뢰보호원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

그러므로 심판대상조항은 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.

다. 심판대상조항의 평등권 침해 여부

(1) 심판대상조항은 1969년 이후인 1973년에 태어난 청구인의 조기노령연금의 수급개시연령 상향정도를 1969년이 되기 전에 태어난 가입자에 비하여 높게 규정하여 불리하게 취급하고 있다. 이와 같은 출생 연도에 따른 장래 연금수급시기의 차별은 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 영역에 해당하지

않으며, 차별 취급으로 인하여 청구인이 제한받는 조기노령연금 수급권에 대해서는 입법자의 광범위한 형성권이 인정되므로 수급개시연령을 상향 조정하는 것이 연금수급권에 중대한 제한을 초래한 것이라고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부는 자의금지원칙에 의하여 심사하기로 한다.

(2) 연금제정의 건전화를 위해 연금수급연령을 상향할 수밖에 없고, 법 시행 후 곧 수급개시연령이 도래하여 이에 대처하여 바로 노후설계 등의 대비를 하기 어려운 가입자를 배려하여 제도변화의 충격을 완화하기 위해서는 먼저 수급개시연령을 맞는 고령자를 배려할 필요가 있다. 출생 연도가 이른 가입자보다 출생 연도가 늦은 가입자의 경우 노령화가 더 진행되고 출산을 저하가 심화된 사회경제적 여건 하에서 연금을 수급하게 된다. 종전의 연도별 수급연령 상향방식은 미비점이 있어 출생 연도라는 동일한 기준에 따라 조기노령연금 및 노령연금의 수급연령을 상향시킬 필요성이 있다. 출생 연도 4년에 수급시기가 1년 상향되는 정도여서 심판대상조항에 의한 차별의 정도가 그리 크지 않다. 이러한 제반 사정을 고려할 때, 심판대상조항에 의한 수급연령의 단계적인 조정이 입법자가 입법형성권을 자의적으로 행사한 것으로 볼 만큼 불합리한 차별은 아니다.

그러므로 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호(해외출장으로 서명날인 불능)

군사법원법 제2조 제1항 제1호 등 위헌제청

(2013. 11. 28. 2012헌가10)

【판시사항】

‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 군인 또는 군무원이 아닌 국민(이하 ‘일반 국민’이라 한다)이 군사법원에서 재판받도록 하는, 구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 군형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’은 ‘군사목적에 직접 공용되는 시설’로 항상 ‘군사시설’에 해당한다.

군용물·군사시설에 관한 죄를 병렬적으로 규정하고 있었던 구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정되고, 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항에서 ‘군용물’은 명백히 ‘군사시설’을 포함하지 않는 개념으로 사용된 점, 군사시설에 관한 죄를 범한 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 제외하는 것을 명백히 의도한 헌법 개정 경과 등을 종합하면, 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 예외적인 재판권을 정한 헌법 제27조 제2항에 규정된 군용물에는 군사시설이 포함되지 않는다.

그렇다면 ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 이 사건 법률조항은, 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 군인

또는 군무원이 아닌 일반 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니하도록 규정한 헌법 제27조 제2항에 위반되고, 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다.

재판관 김창중, 재판관 안창호의 별개의견

헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’은 ‘군사상의 용도로 사용되고 있거나 사용될 가능성이 있는 물건’을 통칭하므로, ‘군사시설’도 포함한다. 다만 헌법 제27조 제2항은 ‘중대한’ 군용물에 관한 죄 중 ‘법률이 정한 경우’에 한하여 평시 군사법원의 재판권을 인정한다. 이 사건 법률조항은 군사적인 중요성과 관계없이 ‘전투용에 공하는 시설’을 평시에 손괴한 일반인을 모두 군사법원에서 재판받도록 함으로써, 군사법원의 재판에 의하지 아니하면 군의 조직과 기능을 보존하기 어렵다는 특별한 사정이 있는 유형과 내용의 중대한 범죄로 그 범위를 한정하지 아니하므로, 국민이 일반법원에서 재판받을 권리를 침해한다.

【심판대상조문】

구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조(신분적 재판권) ① 군사법원은 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다.

- 1. 군형법 제1조 제1항 내지 제4항에 규정된 자
- 2.~3. 생략
- ②~③ 생략

【참조조문】

구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조(피적용자) ①~③ 생략

- ④ 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 범한 내외국인에 대하여도 제3항과 같다.
 - 1.~3. 생략
 - 4. 제66조 내지 제71조의 죄
 - 5.~13. 생략
- ⑤ 생략

구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정

헌재 2013. 11. 28. 2012헌가10

되기 전의 것) 제66조(군용시설등에의 방화) ① 불을 놓아 군의 공장, 함선, 항공기 또는 전투용에 공하는 시설, 기거, 전거, 자동차, 교량을 소훼한 자는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

② 생략

구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제69조(군용시설등손괴) 제66조에 규정된 물건 또는 군용에 공하는 철도, 전선 기타의 시설이나 물건을 손괴하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다.

【참조판례】

헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 323-324
헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 288

【당 사 자】

제청법원 대법원
제청신청인 이○복
 대리인 법무법인(유한) 로고스
 담당변호사 최재석 외 1인
당해사건 대법원 2010도943 군용시설손괴 등

【주 문】

구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 군형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요
(1) 제청신청인은 2009. 2. 28.부터 2009. 3. 1.까지 경기 연천군 ○○면 ○○리 361-3 토지 등에 설치된 총 길이 80m, 폭 약 5m, 높이 약 2m의 대전차방벽

이 군사기지 및 군사시설 보호구역 내의 군사시설이자 전투용에 공하는 시설인 사실을 알면서도 위 대전차방벽 중 위 토지상에 있는 부분을 무단으로 철거하여 군용에 공하는 시설을 손괴하는 동시에 군사기지 및 군사시설 보호구역 안에서 군사시설을 손괴하였다는 등의 이유로 기소되었다.

(2) 위 공소사실 중 일부인 전투용에 공하는 시설을 손괴한 부분은 군형법 제69조의 군용시설손괴죄에 해당되어 군사법원에 재판권이 있음에 따라, 제청신청인은 공소사실 전부에 대하여 군사법원의 재판을 받게 되어, ○○사단 보통군사법원으로부터 징역 2년, 집행유예 4년을, 항소심인 고등군사법원으로부터 징역 1년 6월, 집행유예 2년을 각 선고받았다.

(3) 제청신청인은 상고를 제기한 후 상고심 계속 중 군인 또는 군무원이 아닌 국민을 군사법원에서 재판받도록 하는 구 군사법원법 제2조 제1항 제1호 등이 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였고(대법원 2010초기274), 제청법원은 이를 받아들여 2012. 3. 15. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 구 군사법원법 제2조 제1항 제1호, 구 군형법 제1조 제4항 제4호에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다. 그런데 구 군형법 제1조 제4항 제4호는 군형법의 피적용자를 정하고 있는 규정일 뿐이고, 군사법원의 재판권을 정하고 있는 법률조항은 구 군사법원법 제2조 제1항 제1호이다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 “구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 군사법원법’이라 한다) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 군형법’이라 한다) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 군형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것)

제2조(신분적 재판권) ① 군사법원은 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다.

1. 군형법 제1조 제1항 내지 제4항에 규정된 자

[관련조항]

구 군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것)

제1조(피적용자) ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자에게는 군인에 준하여 이 법을 적용한다. (각 호 생략)

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 죄를 범한 내외국인에 대하여도 제3항과 같다.

4. 제66조 내지 제71조의 죄

제66조(군용시설등에의 방화) ① 불을 놓아 군의 공장, 함선, 항공기 또는 전 투용에 공하는 시설, 기차, 전차, 자동차, 교량을 소훼한 자는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제69조(군용시설등손괴) 제66조에 규정된 물건 또는 군용에 공하는 철도, 전선 기타의 시설이나 물건을 손괴하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다.

헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것)

제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.

② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.

구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정되고, 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정되기 전의 것)

제26조 ① 모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.

② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식물공급·포로·군용물·군사시설에 관한 죄중 법률에 정한 경우와, 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.

2. 제정법원의 위헌제정이유

헌법 제27조 제1항, 제2항은 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고, 나아가 모든 국

민에게 원칙적으로 일반법원에서 재판을 받을 권리가 있음을 적극적으로 선언하고 있다.

군인 또는 군무원이 아닌 국민(이하 특별히 군인 또는 군무원이 아닌 국민이라 고 적시할 필요가 있는 경우 외에는 ‘일반 국민’이라 한다)에 대한 군사법원의 재판권에 관한 규정은 헌법상 재판청구권의 한 부분으로 규정된 일반 법원에서 재판을 받을 권리의 예외로서 엄격하게 해석하여야 한다. 1987. 10. 29. 개정되기 전의 구 헌법 제26조 제2항은 일반 국민의 ‘군사시설에 관한 죄’에 대하여 군법회의의 재판권을 인정하고 있었으나, 1987. 10. 29. 개정된 현행헌법 제27조 제2항은 일반 국민의 ‘군사시설에 관한 죄’를 군사법원의 재판권에서 제외하였다.

그런데 이 사건 법률조항은 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민에 대하여 군사법원의 재판권을 인정하고 있으므로, 헌법 제27조 제2항에 위반된다.

3. 판 단

가. 구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 내국인에 대한 재판권의 귀속

이 사건 법률조항에 의하면 구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 내국인에 대하여 군사법원의 신분적 재판권이 인정된다.

그런데 구 군형법 제69조의 객체 중 ‘전투용에 공하는 시설’이 ‘군사시설’에 해당하는지 여부를 살펴보면, ‘군사시설’의 사전적 의미는 ‘군사적인 목적으로 만든 모든 시설, 전쟁에 대비하기 위한 방공호나 요새 따위의 시설’이고, 구 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정되고, 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 헌법’이라 한다) 시행 당시의 구 군사시설보호법(1981. 12. 31. 법률 제3497호로 개정되고, 2007. 12. 21. 법률 제8733호로 폐지되기 전의 것) 제2조 제1호는 ‘군사시설’을 ‘진지·장애물 기타 군사목적에 직접 공용되는 시설’로, 현행 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’(2007. 12. 21. 법률 제8733호로 제정된 것) 제2조 제2호는 ‘군사시설’을 ‘전투진지, 군사목적에 위한 장애물, 폭발물 관련 시설, 사격장, 훈련장, 군용전기통신설비, 그 밖에 군사목적에 직접 공용되는 시설’로 정의하고 있다.

위와 같은 점을 종합하면, 구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’은 항상 ‘군사목적에 직접 공용되는 시설’로 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’이 정의하고 있는 ‘군사시설’에 해당한다. 제청신청인도 구 군형법 제69조 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴함과 동시에 대표적인 군사시설인 군사목적에 위한 장

애물을 손괴하였다는 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’ 위반죄의 상상적 경합범으로 기소되었다.

결국 이 사건 법률조항에 의하면 ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 대한민국의 영역 안에서 손괴한 일반 국민은 비상계엄이 선포되지 아니한 평시에도 군사법원의 재판을 받게 된다.

나. 관련 헌법규정과 제한되는 기본권

(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써, 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 288 참조).

또한, 헌법 제27조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 일반 국민은 헌법 제27조 제2항이 규정한 경우 이외에는 군사법원의 재판을 받지 않을 권리가 있음을 선언하고 있다.

(2) 헌법 제27조 제2항은 초병·초소·군용물 등에 관한 죄 중 법률이 정한 경우를 범한 일반 국민에 대하여 평시에도 군사법원에 재판권이 있음을 규정하고 있지만, 구 헌법 제26조 제2항에 규정된 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권에 대한 규정을 삭제함으로써 이 부분에 대해서는 규정하고 있지 않다.

따라서 이 사건 법률조항이 헌법 제27조 제2항이 규정하고 있는 범위를 넘어서 일반 국민으로 하여금 평시에 군사법원에서 재판받도록 함으로써, 군사법원의 재판을 받지 아니하고 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 국민의 권리를 침해하는지 여부가 문제된다.

다. 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’의 의미

(1) 군형법상 ‘군용물’은 구 군형법 제67조(노적군용물예의 방화죄)가 그 객체를 ‘병기·탄약·차량·장구·기재·식량·피복 기타 군용에 공하는 물건’으로 정하고 있는 것처럼 협의로 ‘군용에 공하는 물건’의 의미로 사용되기도 하고, 군형법 제11장이 ‘군용에 공하는 물건’과 ‘군용시설’에 관한 죄를 규정하면서 그 제목을 ‘군용물에 관한 죄’로 정하고 있는 것처럼 협의의 군용물인 ‘군용

에 공하는 물건'과 '군용시설'을 포괄하는 의미로 사용되기도 한다. 한편, 구 군형법 제66조(군용시설 등에의 방화죄), 제69조(군용시설 등 손괴죄)의 객체는 '군의 공장, 함선, 항공기 또는 전투용에 공하는 시설, 기차, 전차, 자동차, 교량, 군용에 공하는 물건을 저장하는 창고, 군용에 공하는 철도, 전선 기타의 시설이나 물건' 등으로 규정되어 있다.

이러한 군형법 등 법률상 사용례를 살펴보면, 일응 헌법 제27조 제2항에 규정된 군용물에 군사시설에 해당하는 군용시설이 포함된다고 해석할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

(2) 그러나 헌법 제27조 제2항의 의미를 더 명백하게 확정하기 위해서는 헌법의 개정 연혁과 개정 이유를 함께 살펴보아야 한다.

(가) 구 헌법 제26조 제2항은 "군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식물공급·포로·군용물·군사시설에 관한 죄 중 법률에 정한 경우와, 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다."라고 규정하고 있었다.

이에 따라 구 군법회의법(1987. 12. 4. 법률 제3993호에 의해 군사법원법으로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호에 의하여 구 군형법 제11장에 규정된 '군용물에 관한 죄'에 규정된 군용시설 등에의 방화죄, 노적군용물 등의 방화죄, 폭발물과열죄, 군용시설 등 손괴죄, 노획물훼손죄, 함선·항공기의 복물손괴죄, 총포·탄약 또는 폭발물인 군용물에 대한 절도·강도·사기·공갈·횡령·배임·장물의 죄 및 국군과 공동작전에 종사하고 있는 외국군의 군용시설 또는 군용에 공하는 물건에 대하여 같은 죄를 범한 일반 국민에 대하여, 군법회의의 재판권이 있었다.

(나) 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 현행 헌법 제27조 제2항은 군사법원의 평시 일반 국민에 대한 재판권 중에서 '군사시설에 관한 죄'를 삭제하였고, 유해음식물공급이 아닌 유독음식물공급죄를 범한 경우로 군사법원의 재판권을 축소하였다.

그 헌법 개정의 경과를 살펴보면, 헌법 개정 당시 민주정의당은 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권에 관한 규정에서 '군용물'에 관한 죄를 제외하는 내용의 헌법개정시안(1987. 8. 31.자 제12대 국회 제135회 국회 헌법개정특별위원회 회의록 제7호 부록 19면)을, 통일민주당과 신한민주당은 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권에 관한 규정 전부를 삭제하는 내용의 헌법개

정시안(위 부록 34면, 65면)을, 한국국민당은 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권에서 ‘군용물’ 및 ‘군사시설’에 관한 죄 모두를 제외하는 내용의 헌법 개정시안(위 부록 78, 92면)을 제출하는 등 군사법원의 재판권을 축소하고자 하는 다양한 논의들이 있었고, 위와 같은 논의가 있는 후에 국회에 제출된 현행 헌법개정안에도 그 주요골자 중의 하나로 ‘군사시설에 관한 죄를 범한 민간인에 대하여는 군사법원의 재판관할에서 제외’한다는 것이 명시되어 있다(1987. 9. 18.자 제12대 국회 제136회 국회 본회의 회의록 제1호 부록 1, 3면).

그러나 위와 같은 헌법 개정에도 불구하고 관련된 법률에 대하여는 실질적 개정이 이루어지지 않아, 평시에 군사법원의 일반 국민에 대한 재판권의 범위는 법률상 헌법 개정 이전과 동일하게 유지되어 왔다.

(3) 위에서 본 바와 같이 구 헌법 제26조 제2항이 군용물·군사시설에 관한 죄를 병렬적으로 규정하고 있었던 점에 비추어 위 조항의 ‘군용물’은 명백히 ‘군사시설’을 포함하지 않은 것이라 할 것이다. 여기에도 동일한 사항을 규율하는 현행 헌법 조문에서도 ‘군용물’이라는 용어가 구 헌법과 동일하게 사용된 점, 현행 헌법 개정 과정에서 헌법개정권력자들은 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민에 대하여 군사법원의 재판권을 제외하기로 명백히 의도한 점 등을 종합하면, 현행 헌법 제27조 제2항에 규정된 ‘군용물’에는 ‘군사시설’이 포함되지 않는다고 해석하는 것이 법문의 내용에도 합치되고 헌법 개정의 취지에도 부합한다.

(4) 헌법재판소는 군기의 유지와 군 지휘권 확립의 필요성, 평시에도 항상 대기하고 집단적 병영생활을 하는 군 임무의 특성상 언제 어디서나 신속히 군사재판을 할 필요성, 군사범죄를 정확히 심리하고 판단할 필요성, 군사법원 체제가 전시에 제대로 기능하기 위해서 평시에 미리 조직·운영될 필요성 등을 들어, 평시에 군사법원을 설치하여 군인 또는 군무원에 대한 재판권을 행사하는 것을 합헌으로 판단한 바 있다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443, 452-453; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 289-290 참조).

그러나 비상계엄 시가 아닌 평시에 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 행사에 있어서, 이러한 군의 특수성을 강조하기는 어렵다. 일반 국민에 대한 군사법원의 재판은 헌법 제27조 제1항이 보장하는 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의하여 재판을 받을 권리의 예외이며, 헌법 제27조 제2항의 취지는 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권을 제한하려는 것이므로, 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 범위를 규정한 헌법 제27조 제2항은 엄격하게 해석하여야 할

것이다.

실제로 일반 법원에서 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’을 위반한 일반 국민을 재판하고 있는 예에서 볼 수 있듯이, 일반 법원도 군용시설 중 전투용에 공하는 시설을 손괴한 군인 또는 군무원이 아닌 국민을 얼마든지 재판할 수 있고, 일반 법원이 재판한다고 해서 군기의 유지나 군 지휘권 확립 등에 지장을 가져 오는 것도 아니다.

그럼에도 불구하고 군사법원의 재판권의 범위를 넓게 해석한다면, 군의 자율성과 특수성을 강조한 나머지 일반 국민에 대한 인권보장과 사법정의실현에 미흡한 결과를 초래할 우려가 있다.

(5) 위와 같은 헌법 개정의 취지, 군사법원의 재판권 범위에 대한 엄격해석의 필요성 등을 종합하면, 현행 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’은 ‘군사시설’을 포함하지 아니하는 것으로 해석함이 상당하다.

라. 소결

이 사건 법률조항은 ‘군사시설’ 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판을 받도록 하고 있다. 이는 명시적으로 헌법 개정을 통하여 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 ‘군사시설’에 관한 죄를 범한 일반 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니하게 하여 군사법원의 신분적 재판권의 범위를 축소한 헌법개정권력자의 의도와 배치된다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제27조 제2항에 위반되어, 군인 또는 군무원이 아닌 일반 국민의 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로, 아래 5.와 같은 재판관 김창중, 재판관 안창호의 별개의견을 제외한 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김창중, 재판관 안창호의 별개의견

우리는, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다는 다수의견의 결론에는 동의하나, 그렇게 보는 근거에 대해서는 다음과 같이 견해를 달리한다.

가. 헌법 제27조 제2항의 입법취지

우리 헌법은 제27조 제1항에서 모든 국민에 대해 원칙적으로 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 구성되는 일반법원에서 재판을 받을 권리가 있음을 선언하는 한편, 제27조 제2항에서 군인 또는 군무원이 아닌 국민(이하 ‘일반인’이라

한다)이라도 일정한 범죄의 경우 비상계엄이 선포되지 않은 평시에 군사법원의 재판을 받을 수 있음을 규정하고 있다.

헌법 제27조 제2항에서 직접 군사법원의 재판권에 대한 이러한 특칙을 둔 취지는, 일반인이 평시에 저지른 범죄라고 하더라도 군의 조직과 기능에 현저한 지장을 줄 우려가 있는 경우에는 군사전문지식과 군의 기능에 대한 전문성을 갖춘 군사법원이 재판권을 행사하도록 하여 궁극적으로 국민의 안보를 책임지고 있는 군의 조직과 기능을 보존하려는 것이라고 할 것이다.

다만, 헌법 제27조 제2항은 헌법 제27조 제1항에서 정한 모든 국민의 일반법원에서 재판받을 권리를 최대한 보장하기 위하여, 군사법원에서 재판받는 경우를 ‘중대한’ 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중에서 ‘법률이 정한 경우’로 그 범위를 제한하고 있다.

나. 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’의 개념

(1) 헌법 제27조 제2항에서 말하는 ‘군용물’의 개념은 헌법이나 법률에서 직접 정의규정을 두고 있지 아니하므로, 용어의 사전적 의미, 헌법 제27조 제2항의 입법취지, 기타 법체계와 구조 등을 고려한 일반적 해석원칙에 따라 합리적으로 정하여야 한다.

(2) 군용물이란 사전적 의미로 ‘군사상의 용도로 사용되고 있거나 사용될 가능성이 있는 물건’을 통칭하고, 그것이 동산이든 부동산이든 묻지 않는다 할 것이므로, 군사시설도 역시 군용물에 포함된다 할 것이다. 현대전은 물량전 내지 과학전의 양상을 띠고 있어서 군용물의 확보와 보호가 전쟁의 승패와 직결된다는 점에 비추어 볼 때에도 군용물의 개념을 이처럼 폭넓게 보는 것이 필요하다.

헌법 제27조 제2항의 군용물의 개념을 이와 같이 해석하더라도 ‘모든’ 군용물에 관한 죄에 대하여 평시에 일반인이 군사법원의 재판을 받게 되는 것이 아니라, ‘중대한’ 군용물에 관한 죄 중 ‘법률이 정한 경우’에 한하여 군사법원이 재판을 하여야 한다는 헌법상 제한이 존재하므로, 국민의 일반법원에서 재판받을 권리가 군사법원의 일반인에 대한 재판권 때문에 심각하게 침해되는 일은 생기지 않게 된다.

구 군형법 역시 제11장에서 ‘군용물에 관한 죄’라는 제목 아래, 제66조(군용시설 등에 대한 방화)에서 불을 놓아 군의 공장, 함선, 항공기 또는 전투용에 공하는 시설, 기차, 전차, 자동차, 교량을 소훼하거나, 군용에 공하는 물건을 저장하는 창고를 소훼한 행위를, 제67조(노적 군용물에 대한 방화)에서 불을 놓

아 노적한 병기, 탄약, 차량, 장구, 기재, 식량, 피복 기타 군용에 공하는 물건을 소훼한 행위를, 제69조(군용시설 등 손괴)에서 제66조에 규정된 물건 또는 군용에 공하는 철도, 전선 기타의 시설이나 물건을 손괴하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 행위 등을 처벌하고 있는데, ‘병기, 탄약, 차량, 장구, 기재, 식량, 피복’ 등과 같이 동산에 해당하는 군용물 이외에 ‘군의 공장, 전투용에 공하는 시설, 교량, 군용에 공하는 철도, 전선 기타의 시설’ 역시 군용물로 파악하고 있다.

(3) 다수의견은 구 헌법 제26조 제2항에서 군법회의의 평시 일반인에 대한 재판대상범죄로 ‘군용물’과 ‘군사시설’에 관한 죄를 나란히 규정하고 있다가 현행 헌법에서 ‘군사시설’ 부분을 삭제하는 내용의 개정이 이루어졌으므로 현행 헌법 제27조 제2항의 군용물에 관한 죄에는 모든 군사시설에 대한 죄가 포함되지 아니한다고 한다.

그러나 이러한 현행 헌법의 개정은 앞서 본 것처럼 ‘군사시설’이 ‘군용물’에 당연히 포함되는 개념이기 때문에, 구 헌법 제26조 제2항에서 군사시설이 불필요하게 중복하여 규정되어 있는 것으로 보고 삭제하였다고 봄이 상당하다.

무엇보다 다수의견과 같이 군용물에 군사시설이 포함되지 않는다고 이해한다면, 구 군형법 제11장에 규정된 죄 중 군사시설에 해당하지 아니하는 군용물인 ‘군사장구, 기재, 식량, 피복 등’에 대한 상대적으로 경미한 범죄를 평시에 일반인이 저지른 경우에는 군사법원에서 재판하게 되는데 반하여, 그보다 군사적으로 훨씬 중요하지만 군사시설에 해당한다고 볼 수 있는 ‘군의 공장, 전투용에 공하는 시설, 교량, 군용에 공하는 철도, 전선 등’에 대한 범죄는 일반법원에서 재판하게 될 것이므로, 이는 헌법 제27조 제2항의 입법취지에 부합하지 않을 뿐 아니라 재판 당사자들 사이에 형평에 반하는 상황이 나타날 수도 있을 것이다.

(4) 따라서 ‘군용물’의 사전적 의미, 헌법 제27조 제1항과 제2항의 내용과 입법취지, 구 군형법의 내용과 구조 등을 종합적으로 고려하면, 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’은 널리 군사시설을 포함하여 군사상의 용도로 사용되거나 사용될 가능성이 있는 모든 물건을 포함하는 의미로 새기는 것이 타당하고, 이 사건 법률조항의 ‘전투용에 공하는 시설’ 역시 헌법 제27조 제2항의 군용물에 당연히 포함된다고 해석하여야 할 것이다.

(5) 그러므로 헌법 제27조 제2항의 ‘군용물’에는 ‘군사시설’이 포함되지 아니

한다는 전제 아래, 군사시설에 대하여 일반인이 평시에 저지른 범죄에 관하여 군사법원이 재판권을 행사할 수 있도록 한 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 보는 다수의견에는 찬성할 수 없다.

다. 이 사건 법률조항의 재판청구권 침해 여부

이 사건 법률조항이 그 중요성을 묻지 아니하고 모든 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반인에 대하여 평시에 군사법원의 재판을 받도록 하고 있는 것이 헌법 제27조 제2항이 규정하고 있는 범위를 넘어서 헌법 제27조 제1항에서 정한 국민의 일반법원에서 재판받을 권리를 침해하는지 여부를 본다.

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항의 입법목적은 일반인이 평시에 저지른 범죄라고 하더라도 군의 조직과 기능에 현저한 지장을 줄 우려가 있는 경우에는 군의 기능에 대한 전문성을 갖춘 군사법원이 재판권을 행사하도록 하여 궁극적으로 군의 조직과 기능을 보존하려는 것이라고 할 것이므로 그 정당성이 인정되고, ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반인에 대하여 평시에 군사법원의 재판을 미치게 하는 것은 위와 같은 목적을 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 있다.

(2) 침해의 최소성

입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법 목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하면서 이를 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556). 특히 헌법 제27조 제1항에서 정한 모든 국민의 일반법원에서 재판받을 권리를 최대한 보장하기 위하여 헌법 제27조 제2항은 일반인이 평시에 군사법원에서 재판받는 경우를 ‘중대한’ 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중에서 ‘법률이 정한 경우’로 한정하고 있으므로, 입법자는 헌법 제27조 제2항에 따른 법률을 제정함에 있어 이러한 헌법의 취지에 따라 중대한 군사범죄로서 군의 조직과 기능을 보존함에 구체적인 위험을 야기할 것이 명백히 예상되는 범죄에 한하여 일반인이 평시에 군사법원의 재판을 받도록 규정하여야 한다.

이 사건 법률조항은 일반인이 평시에 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴하기만 하면 그 시설의 군사적인 중요성과 관계없이 모두 군사법원에서 재판받도록 하고 있다. 그런데 ‘전투용에 공하는 시설’이라 함은 ‘전투에 직·간접적으로 제공되거나 제공될 가능성이 있는 등 전투를 대비하기 위하여 사용되는 모든 시설’을 의미한다고 볼 수밖에 없으므로 일반인이 이용하는 도로나 농지 주변

에 설치된 단순한 군사용 장애물로부터 첨단무기개발시설이나 통신첩보시설 등까지를 망라하여 결과적으로 모든 군사시설을 포괄하게 된다.

이와 같이 전투용에 공하는 시설 중에는 상대적으로 군사적인 중요성이 그리 크지 않아 그에 대한 손피해를 일반법원에서 재판하더라도 군의 조직과 기능을 보존하는데 특별한 지장을 주지 않는 것들도 포함되게 되므로, 입법자로서는 그 중에서 군사법원의 재판대상이 되는 범죄를 정함에 있어 군사법원의 재판에 의하지 아니하면 군의 조직과 기능을 보존하기 어렵다는 특별한 사정이 있는 유형과 내용의 중대한 범죄로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권 제한의 적절한 방식이라 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 군사법원의 재판권을 확대하고, 국민의 일반법원에서 재판받을 권리를 과도하게 제한하고 있으므로, 침해최소성 요건을 충족하지 못하였다.

(3) 법익의 균형성

국민의 일반법원에서 재판받을 권리는 재판청구권의 기본을 이루는 것으로서 그 제한을 통하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다. 그런데 상대적으로 군사적 가치가 중요하지 않은 전투용에 공하는 시설에 대한 일반인의 범죄까지도 군사법원에서 재판함으로써 얻는 공익은 그리 크다고 할 수 없는 반면, 국민이 일반법원이 아닌 군사법원에서 재판을 받음으로써 제한되는 기본권은 매우 중대하다. 따라서 이 사건 법률조항은 법익균형성의 요건을 충족하지 못하였다.

라. 결론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 국민의 일반법원에서 재판받을 권리를 침해하므로, 헌법에 위반된다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

사립학교법 제24조의2 제1항 등 위헌소원

(2013. 11. 28. 2009헌바206, 2010헌바101(병합))

【판시사항】

1. 사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제25조 제2항, 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제25조의3 제2항, 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문이 정식이사 선임처분의 취소를 구하는 당해 사건에 대하여 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)
2. 학교법인의 정상화를 위한 이사 선임에 관하여 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2 제2항 제3호, 제25조의3 제1항(이하 이들 조항을 통틀어 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항들이 재산권을 침해하는지 여부(소극)
5. 사학분쟁조정위원회의 설치와 기능에 관한 사립학교법 제24조의2를 공포한 날부터 시행하도록 한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)가 신뢰보호원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 사립학교법 제25조 제2항은 임시이사의 선임사유 해소 노력에 관하여, 사립학교법 제25조의3 제2항은 임시이사가 선임된 학교법인의 사학분쟁조정위원회에 대한 정상화 추진실적 보고에 관하여 규정하고 있으므로, 정식이사 선임처분의 취소를 구하는 당해 사건에 적용되지 않고, 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문은 당해 사건에 적용되는 법률조항의 시행일에 관하여는 규율하

고 있지 아니하므로, 위 조항들은 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

2. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화를 위한 이사 선임에 관하여 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 한 이 사건 법률조항들은, 사학분쟁조정위원회가 그 인적 구성과 기능에 있어 공정성 및 전문성을 갖추고 있다는 점, 학교법인의 정체성은 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 설립 목적이 화체된 정관을 통하여 유지·계승된다는 점, 사학분쟁조정위원회는 정상화 심의과정에서 종전이사 등의 의견을 청취할 수 있다는 점 등을 고려할 때 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 학교법인은 공익법인, 사회복지법인 등과 본질적으로 동일한 비교집단이라고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항들은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

4. 설립자나 종전이사가 사립학교 운영에 대해 가지는 재산적 이해관계는 법률적인 것이 아니라 사실상의 것에 불과하므로 이 사건 법률조항들은 이들의 재산권을 침해하지 않는다.

5. 학교법인의 정상화에 관하여 사립학교법이 개정되기 전의 규정을 적용받을 것이라는 청구인들의 신뢰는 보호가치 있는 신뢰라고 보기 어려운 반면, 사학을 공정하고 투명하게 운영하려는 공익적 가치는 긴급하고 중요한 것이므로, 사립학교법 시행일 이전부터 임시이사가 파견된 학교법인에 대하여 별도의 경과규정 없이 사학분쟁조정위원회의 설치와 기능에 관한 같은 법 제24조의2를 공포한 날부터 시행하도록 한 이 사건 부칙조항은 신뢰보호원칙에 위배되지 아니한다.

이 사건 법률조항들에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 반대의견

학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하는 이사들에 의해 실행되므로 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사를 순차적으로 선임함으로써 학교법인의 설립목적은 영속성 있게 실현하는 것이 학교법인 이사제도의 본질이다. 사립학교법상 임시이사제도는 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 파견하여 학교법인을 조속히 정상화함으로써 그 설립 목적을 달성할 수

있도록 하려는 데에 그 제도적 취지가 있는 것이지, 위기사태를 가져온 구 이사들에 대한 제재의 일환으로 그들로부터 학교법인 경영권을 박탈하거나 학교법인의 지배구조를 변경하는 것을 허용하는 제도가 아니다. 그러므로 학교법인이 임시이사 체제에서 정상화되는 단계에서 학교법인의 정체성이 유지되고 학교법인 설립목적의 영속성을 인적으로 보장하기 위한 최소한의 장치가 마련되어야 할 것인데, 이 단계에서 모든 정식이사 선임의 주도권을 사실상 사학분쟁조정위원회에 부여하면서 종전이사 등의 의견 청취를 법률적으로 전혀 보장하지 않은 것은 학교법인의 인적 연속성의 단절을 초래하여 그 설립 목적의 영속성 보장을 불투명하게 하는 것으로서, 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유의 본질적 내용을 침해한다.

【심판대상조문】

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 생략

② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

- 1.~2. 생략
3. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항
4. 생략

③~④ 생략

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제25조의3(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화) ① 관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다.

② 임시이사가 선임된 학교법인은 매년 1회 이상 조정위원회에 정상화 추진실적을 보고하여야 한다.

③ 생략

④ 삭제

사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제25조(임시이사의 선임) ① 생략

② 임시이사는 조속한 시일내에 제1항의 규정에 의한 사유가 해소될 수 있도록 노력하여야 한다.

③~④ 생략

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2006년 7월 1일

부터 시행한다. (단서 생략)

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조, 제31조 제1항, 제4항

사립학교법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 제25조에 따른 임시이사의 선임과 제25조의2에 따른 임시이사의 해임 및 제25조의3에 따른 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한 중요 사항을 심의 하기 위하여 교육과학기술부장관 소속으로 사학분쟁조정위원회(이하 “조정위원회”라 한다)를 둔다.

②~④ 생략

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 생략

② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 임시이사의 선임에 관한 사항
2. 임시이사의 해임에 관한 사항
3. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항
4. 그 밖에 관할청이 조정위원회에 심의를 요청한 사항

③ 조정위원회는 제2항 각 호의 사항에 대한 심의결과를 지체 없이 관할청에 통보하여야 한다.

④ 관할청은 제3항에 따른 심의결과에 따라야 한다. 다만, 심의결과에 이의가 있는 경우에는 조정위원회에 재심을 요청할 수 있고, 그 재심 결과를 수용하여야 한다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의3(조정위원회의 구성 등)

① 조정위원회는 대통령이 위촉하는 다음 각 호의 위원으로 구성하며, 위원장은 대법원장이 추천하는 인사 중에서 호선한다.

1. 대통령이 추천하는 자 3인
2. 국회의장이 추천하는 자 3인
3. 대법원장이 추천하는 자 5인

② 위원의 임기는 2년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있다.

③ 조정위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의4(조정위원회 위원의 자격 기준) ① 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자이어야 한다.

1. 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 직에 15년 이상 재직한 자
2. 대학의 총장·학장·또는 초·중등학교의 교장경력이 있는 자로서 교육경력 15년 이상인 자

헌재 2013. 11. 28. 2009헌바206, 2010헌바101(병합)

3. 대학에서 부교수 이상의 직에 종사하는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
 4. 회계사로서 회계업무경력 15년 이상인 자
 5. 교육행정기관에서 고위공무원의 경력이 있는 자로서 공무원경력 15년 이상인 자
- ② 제22조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 위원이 될 수 없다.
- 사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것) 제9조의6(조정위원회의 회의) ① 위원장은 조정위원회의 회의를 소집하고, 그 의장이 된다.
- ② 조정위원회의 회의는 매월 1회 소집하는 것을 원칙으로 하되, 재적위원 3분의 1 이상의 요구가 있는 때 또는 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 따로 소집한다.
- ③ 조정위원회는 심의에 필요하다고 인정하는 때에는 해당 학교법인 및 학교의 임직원, 그 밖의 이해관계인 등으로부터 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 조정위원회에 출석하는 위원에 대하여는 수당, 여비, 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다. 다만, 관계 공무원이 소관업무와 직접 관련하여 조정위원회에 출석하는 경우에는 그러하지 아니하다.

【참조판례】

1. 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58
2. 헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 70
헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 36-37
4. 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 39-40
5. 헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 295-297

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 박○자
2. 김○건
청구인들의 대리인 변호사 이윤철
- 당 해 사 건 서울북부지방법원 2009가합3733 이사회결의무효확인(2009헌바206)
서울행정법원 2009구합24511 이사선임처분취소(2010헌바101)

【주 문】

1. 이 사건 심판청구 중 사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제25조 제2항, 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제25조의3 제2항, 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문에 대한 심판청구를 모두 각하한다.

2. 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2 제2항 제3호, 제25조의3 제1항, 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 학교법인 ○○학원(2009. 6. 24. 학교법인 □□학원으로 명칭이 변경되었는데, 이하 ‘○○학원’이라 한다)은 망 김○형이 1973. 1. 5. 설립한 학교법인으로서 ○○중학교, ○○고등학교 등을 설치·경영하고 있고, 청구인 박○자는 김○형의 처, 청구인 김○건은 김○형의 아들로서 ○○학원의 이사장 또는 이사로 선임되어 있었다.

(2) 서울특별시 교육감은 1992. 12. 11. 청구인들을 포함한 ○○학원 이사들에 대한 취임승인을 취소한 후 임시이사들을 선임하였으며, 이후 2008. 6.경까지 8차에 걸쳐 임시이사가 선임되어 임시이사회 체제로 운영되었다.

(3) 서울특별시 교육감은 사학분쟁조정위원회(이하 ‘조정위원회’라 한다)의 심의를 거쳐 2008. 12. 23. 박○국 등 5인을 ○○학원의 정식이사로 선임하였고(이하 ‘2008. 12. 23.자 처분’이라 한다), 2008. 12. 26. ○○학원의 이사회에서 박○국을 이사장으로, 백○걸을 상임이사로 선임하는 결의를 하였다(이하 ‘2008. 12. 26.자 결의’라 한다).

(4) 2009헌바206 사건의 헌법소원심판청구 경위

청구인들은 박○국 등 5인이 ○○학원 이사의 지위에 있지 아니하다는 확인 및 2008. 12. 26.자 결의의 무효확인을 구하는 소(서울북부지방법원 2009가합3733호)를 제기하였고, 그 소송계속 중 사립학교법 제24조의2 제1항, 제2항 제3호, 제25조 제2항, 제25조의3 제1항, 제2항, 같은 법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문, 같은 법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조에 대하여 위헌법률심판제청신청(서울북부지방법원 2009카기879)을 하였으나 위 신청이 일부 각하, 일부 기각되자 2009. 8. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(5) 2010헌바101 사건의 헌법소원심판청구 경위

청구인들은 위와 같이 ○○학원의 이사회결의무효확인의 소를 제기함과 아울러 주위적으로 2008. 12. 23.자 처분의 무효 확인을 구하고, 예비적으로 그 처분의 취소를 구하는 소(서울행정법원 2009구합24511)를 제기하였고, 위 소

송계속 중 사립학교법 제24조의2 제1항, 제2항 제3호, 제25조 제2항, 제25조의3 제1항, 제2항, 같은 법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문, 같은 법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조에 대하여 위헌법률심판제청신청(서울행정법원 2009아2864)을 하였으나 위 신청이 기각되자 2010. 3. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 사립학교법 제24조의2 제1항에 대하여도 위헌확인을 구하고 있으나, 위 조항은 조정위원회의 설치근거에 관한 것으로, 위 조항 자체에 대하여는 청구인들이 고유한 위헌 주장을 하고 있지 아니하므로 심판의 대상에서 제외한다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2 제2항 제3호, 제25조의3 제1항, 제2항, 같은 법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제25조 제2항(이하 총칭하여 ‘이 사건 사립학교법 조항’이라 한다) 및 같은 법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문, 같은 법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조가 헌법에 위반되는지 여부이다.

심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것)

제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

3. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항

제25조의3(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화) ① 관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다.

② 임시이사가 선임된 학교법인은 매년 1회 이상 조정위원회에 정상화 추진실적을 보고하여야 한다.

사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것)

제25조(임시이사의 선임) ② 임시이사는 조속한 시일 내에 제1항의 규정에 의한 사유가 해소될 수 있도록 노력하여야 한다.

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙

제1조(시행일) 이 법은 2006년 7월 1일부터 시행한다. (단서 생략)

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

[관련조항]

[별지] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장요지

가. 이 사건 사립학교법 조항은 임시이사에게 학교법인의 정상화에 관한 의무를 부과하고, 조정위원회에 임시이사 체제의 학교법인에 대한 정상화 추진 사항을 심의하도록 하며, 관할청으로 하여금 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에 임시이사를 해임하고 이사를 선임하도록 규정하고 있어, 사전에 설립자 또는 임시이사 체제로 전환되기 직전의 이사장과 협의하는 절차를 거치지 않고도 정식이사를 선임할 수 있도록 하고 있는바, 이는 설립자에 의하여 선택된 인적 구성에 본질적인 변화를 가져오게 하고, 설립자의 학교법인 설립목적 및 취지가 변질되게 하는 것으로서 설립자와 학교법인이 가지는 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성, 학교운영의 자율성, 평등원칙, 재산권 등 헌법의 원칙과 기본권을 본질적으로 침해한다.

나. 사립학교법 제25조의3은 같은 법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문에 의해 2006. 7. 1.부터, 사립학교법 제24조의2는 같은 법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조에 의하여 공포된 날로부터 각 시행하도록 규정함으로써, ○○학원과 같이 시행일 이전부터 임시이사가 파견된 학교법인에 대하여도 별도의 경과규정 없이 일률적으로 적용하고 있어 소급입법에 의하여 재산권을 박탈하여 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 사립학교법 제25조 제2항, 제25조의3 제2항에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58 등 참조).

청구인들은 사립학교법 제25조 제2항, 제25조의3 제2항이 서울특별시 교육감의 ○○학원에 대한 2008. 12. 23.자 처분의 근거규정으로서 위헌이라고 주

장한다. 그러나 서울특별시 교육감은 사립학교법 제24조의2 제2항 제3호 및 제25조의3 제1항에 근거하여 2008. 12. 23.자 처분을 한 것이며, 사립학교법 제25조 제2항은 임시이사의 선임사유 해소 노력에 관한 규정, 사립학교법 제25조의3 제2항은 임시이사가 선임된 학교법인의 조정위원회에 대한 정상화 추진 실적 보고에 관한 규정에 불과하므로 당해 사건에 적용될 여지가 없어 재판의 전제성이 인정되지 않으므로 이 조항들에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문에 대한 판단
청구인들은 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문이 같은 법 제25조의3을 예외없이 2006. 7. 1.부터 시행하도록 규정한 것의 위헌성을 주장하고 있으나, 정식이사를 선임한 2008. 12. 23.자 처분을 다투는 당해 사건에 적용되는 사립학교법 제25조의3 제1항은 2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정되어 같은 법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조에 따라 같은 날부터 시행된 것이므로, 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문은 당해 사건에 적용되지 않아 재판의 전제성이 인정되지 않는다. 따라서 이 조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 사립학교법 제24조의2 제2항 제3호, 제25조의3 제1항에 대한 판단

(1) 쟁점의 소재

2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 사립학교법은 임시이사의 선임 및 해임, 임시이사 선임 사유 해소 시의 정식이사 선임권을 관할청에 부여하고, 대통령, 국회의장, 대법원장이 추천하는 위원으로 구성되는 조정위원회라는 별도 기구를 설치하여 위 사항들에 관하여 관할청이 조정위원회의 심의결과에 기속되도록 함으로써 실질적으로는 조정위원회로 하여금 주도적인 역할을 수행하게 하면서, 설립자 또는 임시이사가 선임되기 전의 이사(이하 '중전이사' 등)이라 한다)가 정식이사 선임 과정에서 자신들의 의사를 반영할 권리는 법률상 보장하고 있지 않다.

임시이사의 선임에 의하여 학교법인 이사회의 인적 연속성은 일시적으로 단절되는데, 사립학교법 제24조의2 제2항 제3호 및 제25조의3 제1항(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)은 임시이사 체제를 종료하고 정식이사 체제로 환원되는 단계에서도 중전이사 등에게 관여할 권리를 보장하지 아니하고 조정위원회라는 제3의 국가기관에게 주도권을 부여하고 있는바, 이것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 핵심적인 쟁점이다.

(2) 제한되는 기본권 및 심사기준

이 사건 법률조항들은 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 환원되는 시점, 즉 학교법인 정상화 단계에서의 이사선임권을 제한하는 규정으로서 사립학교 운영의 자유를 제한하고 있다.

사립학교 운영의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권이기는 하나, 사립학교도 공공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교 제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다고 할 것이고, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로, 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이라고 할 수 있다(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 70; 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 36-37 참조).

따라서 이 사건 법률조항들이 사립학교 운영의 자유를 제한하고 있다 하더라도 그 위헌 여부는 입법자가 기본권을 제한함에 있어 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적인 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.

(3) 사학의 자유 침해 여부

(가) 학교법인 이사제도의 본질과 임시이사 체제 및 정상화의 의미

1) 학교법인은 설립자가 재산을 출연하고 설립 목적이 명시된 정관을 작성함으로써 설립자와 별개의 법인격을 가지게 된다. 학교법인의 권리능력은 설립 목적을 정하고 있는 정관에 의하여 그 범위가 확정되며(사립학교법 제9조, 민법 제34조), 법인의 이사는 정관으로 화체된 설립 목적을 집행하고 실현한다. 법인의 의사를 형성하거나 그 업무를 집행하기 위하여 조직된 인위적 기관인 이사는 법에 의하여 그의 행위가 법인의 행위로 간주될 뿐이고, 법인이 갖는 권리능력의 정당성은 이사에 의해서가 아니라 설립 목적이 담겨 있는 정관에 의하여 담보된다.

학교법인의 이사는 설립자가 최초로 선임하고(사립학교법 제10조 제2항), 그 이사로 구성된 이사회에서 후임이사를 순차 선임함으로써 설립자로부터 인적 연속성이 이어지는 것이 정상적인 모습이다.

그러나 이사에게 학교법인의 업무처리를 위임하는 주체는 설립자나 전임이사가 아니라 학교법인이므로, 학교법인의 이사로서는 정관에 화체되어 있는

설립자의 설립 목적과 건학이념에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 업무를 수행하여야 하는 것이지 설립자를 위하여 업무를 처리하는 것은 아니다.

따라서 학교법인의 설립 목적의 영속성도 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 ‘위임관계의 본지(本旨)’라 할 수 있는 정관에 의하여 보장된다. 설립 목적을 구현하는 이사의 지위 역시 인적 연속성보다는 객관화된 설립 목적적인 정관에 기속된다는 측면 즉, 기능적 연관성에서 그 정당성의 근거를 찾아야 할 것이다. 인적 연관성은 개인의 특성이나 시간의 경과에 따라 설립 목적과의 긴밀성이 희석될 개연성이 있는 반면, 정관을 매개로 한 기능적 연관성은 그에 구애받지 않고 면면히 이어질 수 있기 때문이다.

2) 임시이사는 법 소정의 사유로 학교법인의 정상적 운영이 어려워진 경우에 선임되므로(사립학교법 제25조 제1항), 임시이사 체제가 유효하게 성립하였다는 것은 이미 당해 학교법인이 위기관리능력을 상실하여 스스로 위기상태를 해결할 수 없는 상황에 이르렀음을 의미하고, 그와 같은 상황을 방치하여 장기화할 경우 학교법인의 설립 목적 달성은 불가능해질 것이다.

사립학교가 수행하는 공교육 기능을 중시한 입법자는 임시이사 체제로 학교 운영을 계속하면서 이를 통하여 위기를 수습하고 궁극적으로 학교법인을 정상화시키는 것이 국민의 교육을 받을 권리를 보장하는 데 적합할 뿐만 아니라 당해 학교법인의 정관이 정한 설립 목적의 실현에도 기여할 수 있다고 판단한 것이다.

3) 한편, 임시이사의 선임사유가 해소되면 정식이사 선임을 위한 정상화 절차를 밟게 되는데, 여기서 정상화란 학교법인이 직면하였던 운영상의 위기상황이 수습되어 위기관리자로서의 소임을 다한 임시이사 체제가 통상적인 학교법인 이사회 체제로 전환되는 것을 말하나, 이는 위기관리자로서의 특성상 그 권한에 내재적인 한계가 있는 임시이사 대신 후임이사의 선임을 포함하여 이사로서의 모든 권한을 행사할 수 있는 정식이사가 선임된다는 것이지 학교법인의 지배구조나 이사회 구성이 학교법인 설립 당시나 임시이사 선임 전의 상태로 회귀하는 것을 의미하는 것은 아니다.

(나) 조정위원회의 기능과 정당성

1) 임시이사 체제를 종료하고 정식이사를 선임하는 단계에서 정식이사 선임권을 누구에게 부여할 것인지에 관해서는, 임시이사로 구성된 이사회에서 선임하는 방법, 종전이사 등이 선임하는 방법, 관할청이나 법원 또는 제3의 중립기관이 선임하는 방법 등 다양한 방안이 있을 수 있다.

이 중 임시이사로 구성된 이사회에서 선임하도록 하는 것은 정상화 방법에 관하여 사립학교법에 아무런 규정을 두고 있지 않던 2005년 개정법 이전의 관행이었으나, 임시이사 선임사유가 존속하는지 여부에 관한 판단권이나 자신의 후임 임시이사를 선임할 권한도 부여되지 않은 사립학교법상의 임시이사에게 정식이사를 선임할 권한을 부여하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

또한 학교법인의 종전이사 등은 이사와 가족 간의 분쟁, 회계 부정, 이사회 운영 부실, 교비 유용, 교원 채용시 금품 수수 등 임시이사 체제라는 위기사태를 불러온 원인제공자이자 사학분쟁의 직접 당사자인 경우가 많다. 이러한 위기사태를 야기한 종전이사 등에게 정식이사 선임권을 부여하는 것은 학교법인의 정상화라는 취지에 배치될 우려가 있고, 다른 학교구성원들과 사이에 새로운 분쟁의 빌미를 제공할 수도 있다는 점에서 문제의 소지가 크다. 관할청이나 법원이 선임하는 방법 역시 전문성이나 공정성을 두루 갖추었다고 보기는 어렵다 할 것이다.

2) 사립학교법은 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관하여, 관할청이 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 해임하고 정식이사를 선임하되(사립학교법 제25조의3 제1항), 관할청으로 하여금 조정위원회의 심의결과에 기속되도록 함으로써(사립학교법 제24조의2 제4항 본문) 실질적으로는 정식이사 선임에 있어서 조정위원회에 주도적인 역할을 부여하고 있다.

조정위원회는 행정·입법·사법부에서 추천한 인사들로 구성되고 임기제를 취함으로써(사립학교법 제24조의3) 고도의 정치적 중립성을 가진다 할 것이고, 위원의 자격을 법률과 회계, 그리고 교육에 전문적 지식을 갖추고 일정한 경력을 가진 자로 제한함으로써(사립학교법 제24조의4) 그 인적 구성의 면에서 공정성 및 전문성을 갖추고 있다고 볼 수 있다.

그러나 사립학교는 공공의 이익을 위한 설립자의 재산출연에 의하여 설립되었고, 이로써 국가의 공교육 실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 수행해 오고 있다는 점에서, 정상화 단계에서 종전이사 등의 의견이 반영되도록 제도를 설정할 필요성은 여전히 있다고 할 것인데, 관건이 되는 것은 이들의 의견을 어느 정도까지 보장해 주어야 하느냐의 문제일 것이다.

(다) 현행 법령상 정상화 절차 개관

사립학교법은 임시이사가 선임된 학교법인이 정상화되는 유형으로 2가지 경

우를 예정하고 있다. 첫째, 관할청이 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 경우이고(사립학교법 제25조의3 제1항), 둘째, 조정위원회가 정상화 추진 실적을 평가한 결과 정상화가 가능하다고 판단하여 관할청에 통보한 경우이다(사립학교법 제25조의3 제3항). 후자의 경우에 그와 같은 심의결과는 관할청을 기속하므로(사립학교법 제24조의2 제4항 본문, 제3항, 제2항 제3호), 관할청은 이 경우에도 조정위원회의 심의를 거쳐 정식이사를 선임하여야 한다.

어느 경우에나 관할청은 조정위원회에 정식이사 심의 요청을 하여야 하는데, 조정위원회의 운영에 필요한 사항을 대통령령에 위임한 사립학교법 제24조의3에 따라 사립학교법 시행령과 조정위원회 운영규정은 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 심의에 관한 사항에 대하여 규정하고 있다. 즉, 조정위원회는 정식이사 적격 여부를 심의함에 있어서 해당 학교법인의 기본재산액의 3분의 1 이상에 해당하는 재산을 출연하거나 기부한 자, 학교 발전에 기여한 자, 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임되었다가 퇴임한 정식이사(중전이사), 해당 학교법인의 임직원 및 학교의 교직원, 그 밖의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있다(사립학교법 시행령 제9조의6 제3항, 조정위원회 운영규정 제13조 제1항).

위 시행령 및 조정위원회 운영규정상 의견청취는 임의규정의 형식으로 되어 있고, 그 의견에 어떠한 구속력이 있는 것은 아니지만, 현재 조정위원회 실무상 의견청취는 예외없이 이루어지고 있는 것으로 보이고, 실제로 최근에 정상화가 이루어지거나 정상화 절차가 진행 중인 학교법인들의 경우 중전이사 등 구 재단측에 과반수의 정식이사 추천권을 부여함으로써 오히려 다른 학교구성원들로부터 반발이 제기되고 있는 실정이다.

(라) 입법형성재량의 한계 일탈 여부

1) 사학의 설립 및 운영의 자유는, 설립자가 재산을 출연하여 설립 목적을 명시한 정관을 작성하고, 정관에 따라 최초의 이사회가 구성되며, 그 이사회에 의하여 학교법인 및 학교가 운영되는 법적 연쇄과정을 통하여 실현되는 것이 통상의 모습이다. 이러한 일련의 과정 중에서도 사학의 자유의 원천은 설립행위에서 구체적으로 확인되는 설립 목적에 있다 할 것이므로, 이러한 설립 목적이 유지·계승될 수 있도록 제도적으로 보장하는 것은 사학의 자유의 본질적 내용에 해당한다.

학교법인이 정상적으로 운영되는 상황에서는 이사회를 통하여 설립 목적이 지속적으로 구현될 것이나, 임시이사가 선임되거나 그 선임사유가 소멸하여

정상화 되는 단계에서는 설립 목적의 유지·계승 여부에 의문이 제기되는 상황이 초래될 수 있다. 이와 같이 임시이사들로 구성된 학교법인의 이사회가 학교법인의 설립 목적이나 정체성에 대한 수호자로서의 역할을 할 것을 기대할 수 없는 경우에는 예외적으로 종전이사 등에게도 사학의 자유를 인정함으로써 이들로 하여금 학교법인의 설립 목적이나 정체성을 수호할 기회를 가질 수 있도록 하는 것이 필요하다.

그러나 이는 설립 목적의 수호를 위하여 예외적·보충적으로 인정되는 것이므로, 종전이사 등에게 부여되는 사학의 자유의 폭은 정식이사 선임권을 부여하거나 이사회 구성에 있어서 일정한 지분을 보장하여야 하는 정도로까지 확장될 수는 없고, 그 권리의 내용 역시 통상적인 경우에 학교법인이 행사하는 사학의 자유에 비해서는 축소되지 않을 수 없다. 사립학교법이 아닌 사립학교법 시행령과 조정위원회 운영규정에 조정위원회가 종전이사 등 학교법인의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있는 임의적 규정을 두고 있는 것은 이와 같은 까닭에서 비롯된 것이다.

2) 청구인들은 설립 목적의 수호라는 보충적 지위에서 더 나아가 종전이사 등의 경영권을 회복시켜 주거나 이들의 지분을 보장해 주어야 한다고 주장하나, 이는 학교 내지 학교경영권을 재산권의 대상으로 보는 사고의 산물이라 하지 않을 수 없다.

정상화 단계에서 반드시 종전이사 등이 이사회로 복귀하거나 이들에게 정식이사 선임의 주도권을 부여하지 않더라도 정관에 명시된 학교법인의 설립 목적이 유지되고 제대로 실현될 수 있다면 학교법인의 정체성은 의연히 유지·계승되는 것이다. 설립 목적의 영속성은 말 그대로 정관에 명시되어 있는 설립자의 의사인 학교법인의 설립 목적 그 자체가 유지·계승됨으로써 이루어지는 것이지 설립자나 종전이사 등의 종전 지위를 회복시켜 주어야만 달성될 수 있는 것은 아니기 때문이다.

설립자로부터 최초의 이사 그리고 후임 이사로 이어지는 인적 연속성에 학교법인의 이사 제도의 본질이 있다고 보는 견해는 이렇게 순차 선임된 이사들이 학교법인의 설립 목적을 가장 잘 실현할 수 있다는 점을 전제로 한 것이나, 그 인적 연속선상에 있던 종전이사 등이 회계부정이나 비리 등 이사취임승인 취소사유에 해당하는 행위를 하고 그로 인하여 학교법인의 정상적인 운영에 장애를 야기하였다면 이는 학교법인의 설립 목적을 위반하는 행위를 한 것이므로 이미 그와 같은 전제요건이 상실되었음을 의미한다.

한편, 임시이사가 선임된 학교법인을 정상화하는 것은 관할청이나 조정위원회가 적극적으로 설립 목적을 변경하여 새로운 학교법인을 설립하거나 사학을 공립화 하는 것이 아니라, 후견적인 입장에서 위기관리능력을 상실한 학교법인을 대신하여 설립 목적을 가장 잘 실현할 수 있는 인사를 정식이사로 선임함으로써 한때 그 실현이 불투명했던 설립 목적이 지속적으로 구현될 수 있도록 학교법인의 기능을 회복시켜 주는 것이다.

이와 같이 학교법인의 정체성은 설립 목적 및 그것이 화체된 정관을 통하여 기능적으로 유지·계승되는 것이지, 종전이사 등과의 인적·재산적 연관성의 확보가 전제되어야만 구현되는 것은 아니라 할 것이다.

3) 조정위원회나 관할청은 정식이사를 선임함에 있어서 마땅히 정관의 규정을 준수하여야 할 것이므로, 정관에 나타나 있는 설립자의 설립 목적을 구현하는 데 합당한 인사를 선임하여야 하고, 정관에서 이사의 자격을 규정하고 있을 경우 당연히 여기에도 기속된다.

이 사건 법률조항들은 조정위원회가 주도하는 정상화 과정에 종전이사 등이 관여하는 것을 적극적으로 배제하는 조항이 아니다. 사립학교법 시행령과 조정위원회 운영규정이 종전이사 등 학교법인의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있도록 하는 근거규정을 두고 있으므로, 조정위원회는 이들로부터의 의견청취 등 정상화 심의과정에서 종전이사 중에 학교비리 등 임시이사 선임 사유에 연루되지 않고 설립 목적 구현에 노력한 인사들이 있을 경우 이들의 참여를 배제할 이유가 없을 뿐만 아니라, 정식이사 선임에 관한 이들의 의견을 적극 수용하거나 나아가 이들을 정식이사로 선임할 수도 있을 것이고, 이렇게 하는 것이 조정위원회 본연의 임무라 할 것이다. 그렇다면 조정위원회와 관할청에 의한 정식이사 선임 제도가 현저하게 불합리하거나 자의적이어서 입법형성권의 재량의 범위를 일탈한 것이라고는 볼 수 없다.

(마) 소결

따라서 이 사건 법률조항들이 입법형성의 한계를 일탈하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 청구인들의 나머지 주장에 대한 판단

(가) 평등원칙 위반 주장에 대한 판단

1) 청구인들은 이 사건 법률조항들이 관할청 및 조정위원회가 임시이사 체제를 종료하면서 종전이사 등과 아무런 협의 없이 학교법인의 정식이사를 선임할 수 있도록 하여 합리적 이유 없이 ‘공익법인의 설립·운영에 관한 법률’

에 의한 공익법인, 사회복지사업법에 의한 사회복지법인 등 여타 비영리법인과 차별한다고 주장한다.

2) 공익법인, 사회복지법인 등의 경우, 그 수행하는 사업이 공공성을 띠는 점에서 학교법인과 유사한 점이 있으나, 사립학교는 ① 학교를 통한 이해관계인의 범위가 학생·학부모·교원·교직원, 나아가 학교의 졸업생에 이르기까지 그 인적 범위가 넓은 점, ② 공익법인과 사회복지법인은 목적 달성이 불가능하게 된 경우 또는 ‘공익법인의 설립·운영에 관한 법률’, 사회복지사업법의 규정이나 위 법률들에 따른 명령이나 정관을 위반한 경우 그 설립허가를 취소하는 등으로 당해 법인의 비리 등을 봉쇄하는 방법이 있으나, 사립학교는 다수의 이해관계인이 존재하고 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 학교법인의 설립허가를 취소하는 방법은 문제해결에 적당하지 않아, 학교법인 설립 당시의 건학이념은 계속적으로 유지하도록 하면서 학교법인 자체는 존속시키는 것이 바람직하다는 점 등으로 인해, 그 제공하는 용역의 성격이나 수요층의 범위, 특정 법인이 정상적으로 운영되지 못하여 사업수행에 차질이 생길 경우에 그 이용자들이 공백 없이 동질의 용역을 계속 제공받을 수 있는 가능성 즉, 대체수단에 대한 접근용이성의 정도 등에서 공익법인, 사회복지법인 등과는 다른 측면이 있다.

따라서 사립학교는 공익법인, 사회복지법인 등과 본질적으로 동일한 비교집단이라고 볼 수 없으므로 이를 전제로 한 청구인들의 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(나) 재산권 침해 주장에 대한 판단

청구인들은 종전이사 등이 배제된 채 관할청 내지 조정위원회의 임의대로 정직이사를 선임한다면, 이는 정당한 보상없이 재산권을 수용하는 것과 같은 결과를 초래하는 것으로서 재산권을 침해한다고 주장한다.

그러나 사립학교를 위하여 출연된 재산에 대한 소유권은 학교법인에 있고, 설립자는 학교법인이 설립됨으로써, 그리고 종전이사는 퇴임함으로써 학교운영의 주체인 학교법인과 사이에 더 이상 구체적인 법률관계가 지속되지 않는다 할 것이어서, 설립자나 종전이사가 사립학교 운영에 대해 가지는 재산적 이해관계는 법률적인 것이 아니라 사실상의 것에 불과하다 할 것이므로(헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 39-40 참조), 청구인들의 위 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

나. 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조에 대한 판단

(1) 소급입법에 의한 재산권 침해 여부

청구인들은 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)가 위 법 시행일 이전부터 임시이사가 파견된 학교법인에 대하여 별도의 경과규정 없이 조정위원회의 설치와 기능에 관한 규정인 같은 법 제24조의2를 공포한 날부터 시행하도록 한 것은 소급입법에 의한 재산권 침해에 해당하여 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 주장한다.

헌법 제13조 제2항은, “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 않는다.”고 규정하고 있다. ‘소급입법’은 신법이 이미 종료된 사실관계나 법률관계에 적용되는지, 아니면 현재 진행 중인 사실관계나 법률관계에 적용되는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되는데, 전자는 헌법상 원칙적으로 허용되지 않고 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용되는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호 요청 사이의 교량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 입법형성권에 일정한 제한을 가하게 된다는 데 차이가 있다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 297 참조).

그런데 ○○학원은 이 사건 부칙조항에 의해 사립학교법 제24조의2가 시행될 당시에도 임시이사 체제가 계속되는 상태였으므로, 이 사건 부칙조항은 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법에는 해당하지 아니한다.

따라서 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제될 여지가 없고, 다만 청구인들이 지니고 있는 기존의 법적인 상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 여부가 문제될 뿐이다.

(2) 신뢰보호원칙 위반 여부

신뢰보호원칙은 헌법상 법치국가 원리로부터 파생되는 것으로, 법률을 제정하거나 개정할 때 기존의 법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당한 반면, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성코자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰가 파괴되는 것을 정당화할 수 없는 경우 그러한 입법이 허용될 수 없다는 것이다. 이러한 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해되는 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰 침해의 방법 등과 또 다른 한편으로는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익적 목적 등을 종합적으로 형량하여 판단하여

야 한다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 295 참조).

이 사건 부칙조항에 의해 조정위원회의 설치와 기능에 관한 규정인 사립학교법 제24조의2를 공포한 날부터 시행함으로써 달성하려는 공익은 이미 임시이사가 선임된 학교법인이라도 그 정상화 절차를 중립적이고 전문적인 기관에 맡김으로써 정식이사 선임 문제를 공정하고 투명하게 해결하려는 데에 있고, 그와 같은 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다.

한편, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관한 구체적 절차와 방법은 불변적인 것이 아니라 사회적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것인 점, 사립학교법 개정에 관해 2000년대 초부터 많은 논의가 있었고, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방법에 관하여 구체적 규정을 두고 있지 않던 구 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정되기 전의 것) 하에서 사립학교의 정상화 방법에 관하여 많은 논란이 있었던 점, ○○학원에 대해서는 2007. 7. 27. 법률 제8545호로 사립학교법이 개정된 이후인 2008. 1. 8. 제8차로 임시이사가 선임된 바 있다는 점 등에 비추어 보면, 학교법인의 정상화에 관하여 사립학교법이 개정되기 전의 규정을 적용받을 것이라는 청구인들의 신뢰는 보호가치 있는 신뢰라고 보기 어렵거나, 보호해야 할 신뢰의 가치가 그리 크다고 볼 수 없다. 반면, 사학을 공정하고 투명하게 운영하려는 공익적 가치는 긴급하고 또한 중요한 것이므로, 이 사건 부칙조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위반된다고 할 수 없다.

5. 결 론

그렇다면, 이 사건 심판청구 중 사립학교법 제25조 제2항, 제25조의3 제2항 및 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호) 부칙 제1조 본문에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 법률조항들과 이 사건 부칙조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 이 사건 법률조항들에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 이 사건 법률조항들에 대한 반대의견

우리는 이 사건 법률조항들이 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 본질적인 내용까지 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 심사기준

위기사태에 빠진 학교법인이 임시이사 체제를 거쳐 정상화되는 단계에서 누가 어떤 방법으로 정식이사를 선임할 것인가 하는 문제는, 학교법인의 지배구조와 관련된 핵심적 부분이므로, 이에 대한 제한은 사학의 자유 가운데서도 보다 본질적인 영역에 대한 제한을 의미한다. 따라서 이러한 영역에 대한 기본권 제한의 과잉 여부를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 되어야 한다.

나. 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항들은 임시이사가 선임된 학교법인을 정상화함에 있어서 가장 중요한 절차라 할 수 있는 정식이사 선임을 행정청의 일방적 판단에 맡기는 대신 제3의 기관인 조정위원회에 실질적인 선임권을 부여하고 있는바, 이는 정식이사 선임 문제를 공정하게 처리하고자 하는 데 주된 입법목적이 있다고 할 것이므로, 그 정당성을 인정할 수 있다.

또한, 학교법인의 운영상 심각한 장애가 발생하여 임시이사가 선임되었다가 임시이사 선임사유가 해소되고 학교법인을 정상화하기 위하여 정식이사를 선임하는 단계에서는 학교법인, 학교구성원, 종전이사 등의 다양한 이해관계가 대립될 수 있으므로 더욱 그 절차 및 방법의 공정성이 요구된다 할 것인데, 조정위원회는 일응 공정성이나 전문성이 담보된 기구로 볼 수 있으므로 조정위원회에 정상화 절차의 주도권을 부여한 것이 위와 같은 입법목적의 달성에 유효한 수단이 될 수 있음은 부인할 수 없다.

다. 피해의 최소성

(1) 학교법인은 사립학교를 설치·경영하기 위한 목적으로 설립된 재단법인의 일종으로서 그 운영시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립 목적을 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립 목적은 그 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로, 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사들을 순차적으로 선임함으로써 학교법인의 설립 목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사제도의 본질이라 할 수 있다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

한편, 사립학교법상 임시이사제도는, 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 파견하여 학교법인을 조속히 정상화함으로써 그 설립 목적을 달성할 수 있도록 하려는 데에 그 제도적 취지가 있는 것이지, 위기사태를 가져온 구 이사

들에 대한 제재의 일환으로 그들로부터 학교법인 경영권을 박탈하거나 학교법인의 지배구조를 변경하는 것을 허용하는 제도가 아니다.

임시이사의 선임에 의하여 설립자로부터 연유하는 학교법인의 정체성은 종전 이사에까지 승계된 후 정지된 상태로 있게 되는데, 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 된다는 것은 학교법인과 학교의 운영상 위기상태를 극복함으로써 임시이사 선임사유가 해소되어 통상적인 학교법인 체제로 복귀하는 것, 즉 학교법인의 정상화를 의미하는 것으로 이때 정식이사를 선임하는 행위는 정지된 상태로 남아 있던 학교법인의 정체성을 대변할 지위를 승계할 자를 정하는 행위이다.

임시이사는 그 선임사유가 해소될 때까지만 존속한다는 점에서 임시이사가 선임되는 단계에서는 학교법인의 사학의 자유가 한시적·잠정적으로 제한되는 것으로 볼 수 있음에 반하여, 임시이사 선임사유가 해소되어 정상화 절차로서의 정식이사를 선임하는 단계에서 건학이념이나 종전이사 등의 이해관계가 반영되지 않을 경우 임시이사가 선임됨으로써 한시적·잠정적으로 제한되었던 사학 운영의 자유가 영구적·확정적으로 제한되는 것을 의미하므로 그 제한의 정도가 훨씬 크다.

따라서 이 단계에서는 앞서 본 학교법인 이사제도의 본질 즉, 학교법인 설립 목적의 영속성이 인적으로 보장될 수 있도록 하기 위한 최소한의 장치가 마련되어야 하고, 그럼으로써 임시이사 선임에 의하여 강제적으로 정지되어 있던 학교법인의 정체성과 사학의 자유가 회복될 수 있는 것이다.

그렇지 않고, 학교법인의 정체성을 고려하지 아니한 채 정식이사 선임이 이루어진다면 이로써 학교법인의 정체성이 단절되고, 학교법인이나 종전이사 등의 사학의 자유가 영구적으로 박탈되는 결과를 초래한다.

(2) 그런데 이 사건 법률조항들은 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 전환되는 단계에서 모든 정식이사의 선임권한을 사실상 조정위원회에 부여하고 있을 뿐만 아니라, 사립학교법이 2007. 7. 27. 개정되기 전에 두고 있던 제25조의 3 제2항과 같은 조항 즉, 상당한 재산을 출연하거나 학교발전에 기여한 자 등의 의견을 들어 이사를 선임하도록 한 규정조차 삭제함으로써 정식이사 선임에 있어 종전이사 등의 의사가 반영될 여지를 적어도 법률의 차원에서는 전혀 보장하지 않고 있다.

비록 사립학교법 시행령과 조정위원회 운영규정에서 이들의 의견을 들을 수 있도록 하는 조항을 두고는 있으나, 위 시행령 조항이나 조정위원회 규정은 그 내용이 임의규정으로 되어 있을 뿐이다.

이러한 점은 임시이사가 선임되었다가 정상화되는 단계에서 정식이사 전원이 학교법인의 인적 연속성이나 설립 목적의 영속성을 담보할 수 없는 인사들로 채워질 수도 있다는 점에서 사학의 자유에 대한 제한의 심각성이 크다고 할 것이다.

사립학교법은 임시이사의 선임사유 자체를 상당히 포괄적으로 규정하고 있어서(사립학교법 제25조 제1항) 임시이사 선임단계에서 이미 조정위원회나 관할청의 자의적 판단이 개입할 여지가 적지 아니한데, 나아가 임시이사 선임사유의 해소 여부를 판단하거나 정식이사를 선임하는 단계에서도 학교법인의 설립 목적이나 정체성을 대변할 위치에 있는 인사들의 참여가 법적으로 보장되어 있지 않다.

그 결과 설립자로부터 연원하여 순차 이어지던 이사회의 인적 구성에 본질적인 변화가 생기면 이로써 설립자가 정초(定礎)한 학교법인의 설립 목적 역시 그 영속성을 보장받을 수 없게 되고, 이는 학교법인의 정상화를 넘어서 실질적으로는 학교법인의 경영주체가 교체되는 것을 의미하므로, 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 심대하게 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

(3) 또한, 정상화 과정에서 종전이사 등을 배제하는 것은 국가가 사학의 설립자에게 부여한 신뢰에 반하는 것이고, 이는 궁극적으로 사학설립에 뜻을 둔 국민에게 필연적으로 위축효과를 초래할 것이라는 점에서도 헌법상 정당화될 수 없다.

우리나라의 공교육체제에서 사립학교가 차지하는 비중이 유례없이 높은 것은, 국가가 공교육을 표방하면서도 궁핍한 재정 탓에 국민의 교육열에 상응하는 공교육 주관자로서의 책임을 온전히 수행하지 못하였고, 그 공백을 사학이 감당해 왔기 때문이다. 국가가 사립학교의 설립을 권장하고 이에 부응한 설립자가 사유재산을 출연하여 학교법인을 설립한 것이라면, 그 과정에서 국가는 자발적으로 공교육의 책임을 떠맡은 사학의 설립자에게 사학의 자유를 보장하고 학교법인의 설립 목적에 따른 독립적인 경영을 보장한다는 신뢰를 부여한 것으로 보아야 할 것이므로, 설립자나 그에 의하여 순차적으로 선임된 학교법인의 이사들이 가지는 이러한 신뢰를 보호할 의무가 있다.

임시이사 체제를 거쳐 학교법인이 정상화되는 경우, 학교법인 설립 목적의 영속성이 인적으로 보장될 수 있도록 제도를 설정하는 것이 위와 같은 신뢰를 보호하는 최소한의 장치라 할 것이다.

종전이사 등이 정식이사 선임권을 전유하는 것이 반드시 바람직한 것은 아닐 것이므로 학교법인의 설립 목적이나 정체성의 유지·계승을 보장하기 위한

장치를 어느 수준에서 마련할지의 문제는 원칙적으로 입법자가 정책적으로 결정할 영역에 속한다고 할 것이다.

그러나 이 사건 법률조항들과 같이 정식이사 체제로 전환하는 단계에서 설립자나 종전이사 등의 참여를 법률 차원에서 보장하지 않는 것은 이들과 학교법인의 사학의 자유를 심대하게 침해하는 것일 뿐 아니라, 나아가 교육사업에 뜻을 두고 사립학교를 설립하려는 국민을 위축시키고, 궁극적으로는 다양한 교육을 제공함으로써 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 기능을 하는 사립학교의 존재의의를 유명무실하게 만들 것이다.

(4) 다수의견은 학교법인 설립 목적의 영속성은 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성에 있는 것이 아니라 위임관계의 본지, 즉 정관에 의하여 보장된다고 한다. 그러나 정관변경의 요건에 대하여 규정하고 있는 사립학교법 제45조는 2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정되면서 사립학교 운영의 자율성을 확대한다는 취지 하에 사전인가제로 운영되고 있던 정관변경 절차를 사후 보고제로 전환하여 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성으로 이사회 의결을 거치면 정관을 변경할 수 있도록 하고 있다. 이러한 정관변경 절차를 통해 정관에 기재된 설립자의 설립 목적, 출연자의 출연의사 등 위임관계의 본지가 변경될 가능성이 없다고 볼 수 있는지 의문이다. 정관변경에 의해 설립 목적 등 위임의 본지가 변경될 가능성을 배제할 수 없다면, 설립 목적이 정관에 화체되어 있다 하더라도 그 자체로 완전한 보장책이 되지 못하는 한계는 여전히 남는다.

라. 법익의 균형성

나아가 이 사건 법률조항들을 통하여 달성하고자 하는 공익, 즉 제3의 기관이 정식이사를 선임하도록 하여 사학운영의 민주성·투명성을 제고할 필요성이 있다는 점을 고려하더라도 이러한 공익과 종전이사 등의 참여가 보장되지 않아 학교법인의 인적 연속성이 단절됨으로써 침해되는 사학의 자유 사이에는 법익의 균형이 적절하게 유지되고 있다고 볼 수 없다.

마. 소결

결국 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 본질적인 내용까지 침해하는 규정이라 할 것이므로, 헌법에 위반된다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지] 관련조항

사립학교법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것)

제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 제25조에 따른 임시이사의 선임과 제25조의2에 따른 임시이사의 해임 및 제25조의3에 따른 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한 중요 사항을 심의하기 위하여 교육과학기술부장관 소속으로 사학분쟁조정위원회(이하 “조정위원회”라 한다)를 둔다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것)

제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 임시이사의 선임에 관한 사항
2. 임시이사의 해임에 관한 사항
3. 생략
4. 그 밖에 관할청이 조정위원회에 심의를 요청한 사항

③ 조정위원회는 제2항 각 호의 사항에 대한 심의결과를 지체 없이 관할청에 통보하여야 한다.

④ 관할청은 제3항에 따른 심의결과에 따라야 한다. 다만, 심의결과에 이의가 있는 경우에는 조정위원회에 재심을 요청할 수 있고, 그 재심 결과를 수용하여야 한다.

제24조의3(조정위원회의 구성 등) ① 조정위원회는 대통령이 위촉하는 다음 각 호의 위원으로 구성하며, 위원장은 대법원장이 추천하는 인사 중에서 호선한다.

1. 대통령이 추천하는 자 3인
2. 국회의장이 추천하는 자 3인
3. 대법원장이 추천하는 자 5인

② 위원의 임기는 2년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있다.

③ 조정위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제24조의4(조정위원회 위원의 자격 기준) ① 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자이어야 한다.

1. 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 직에 15년 이상 재직한 자
2. 대학의 총장·학장·또는 초·중등학교의 교장경력이 있는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
3. 대학에서 부교수 이상의 직에 종사하는 자로서 교육경력 15년 이상인 자

4. 회계사로서 회계업무경력 15년 이상인 자
5. 교육행정기관에서 고위공무원의 경력이 있는 자로서 공무원경력 15년 이상인 자

② 제22조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 위원이 될 수 없다.

사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것)

제9조의6(조정위원회의 회의) ③ 조정위원회는 심의에 필요하다고 인정하는 때에는 해당 학교법인 및 학교의 임직원, 그 밖의 이해관계인 등으로부터 의견을 청취할 수 있다.

사학분쟁조정위원회 운영규정(2008. 9. 4. 사학분쟁조정위원회 규정 제4호로 개정된 것)

제13조(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 심의) ① 위원회는 법 제24조의2 제2항 제3호에 따라 정상화를 심의하거나 이사 선임에 관한 심의를 위하여 필요한 때에는 다음 각 호에 해당하는 자의 의견을 청취하거나 해당 학교법인에 대한 현장 조사를 할 수 있다.

1. 해당 학교법인의 기본재산액의 3분의 1 이상에 해당하는 재산을 출연하거나 기부한 자
2. 학교 발전에 기여한 자
3. 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임 되었다가 퇴임한 정식이사
4. 해당 학교법인의 임직원 및 학교의 교직원, 그 밖의 이해관계인

② 제1항 제2호의 '학교발전에 기여한 자' 및 제4호의 '그 밖의 이해관계인'의 범위는 해당 학교법인의 상황 등을 고려하여 위원회에서 정한다.

국세징수법 제30조 위헌소원

(2013. 11. 28. 2012헌바22)

【판시사항】

1. 구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제30조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 조세채권의 성립시기와 사해행위 전후관계에 대한 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 민법상 채권자취소권에 관한 법리에 따라 사해행위 이후에 성립한 조세채권도 이 사건 법률조항이 정하는 사해행위 취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 해석, 적용하는 것이 조세법률주의에 반하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 재산권보장원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 과세실무상 극히 중요한 비중을 차지하는 세목인 소득세, 법인세 및 부가가치세는 과세기간이 종료한 때에 납세의무가 성립하는 이른바 ‘기간과세’ 세목인바, 이러한 경우 사해행위 이전에 조세채권이 성립하여야 함을 강조하게 되면 해당 과세기간 중에 납세의무자가 미리 납세의무를 면탈할 의도로 자산을 매각 내지 증여하는 행위에 대해 사해행위 취소청구를 할 수 없게 되는 매우 불합리한 결과가 발생한다. 특히 조세채권의 경우 계약 등 당사자의 의사에 따라 발생하는 것이 아니라 법률에 의해 그 성립 및 확정시점이 미리 확실하게 예정되어 있다는 점에서, 조세채권이 법적으로 성립하기 이전이라도 조세채권 성립의 원인이 되는 사건이 발생한 때 당사자는 이미 당해 조세채권의 성립을 확정적으로 예견할 수 있다는 특징이 있음이 고려되어야 하므로 사해행위 이후에 성립한 조세채권도 이 사건 법률조항이 정하는 사해행위 취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 해석, 적용하는 것은 조세법률주의에 반하지 아니한다. 나아가 이 사건 법률조항은 법관의 법보충적인 해석을 통하여 그 의미가 충분히

구체화되고 명확화될 수 있는 경우에 해당하므로 역시 조세법률주의에 반하지 아니한다.

2. 민법상 채권자취소제도는 채무자가 고의적으로 채권자의 공동담보가 되는 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우 정의와 형평의 관점에서 그 행위를 취소하고 당해 재산을 회복시킬 수 있는 권리를 채권자에게 부여한 것인데, 이 사건 법률조항도 같은 취지에서 국가에게 사해행위 취소권을 부여한 것이며, 국가의 조세채권 역시 민법상 금전채권과 본질적으로 다르지 않다는 점 등에 비추어 보면, 조세채권 행사의 주체가 일반 국민이 아니라 국가라는 이유만으로 채권자취소제도에 관한 민사 법리의 적용을 부인할 수는 없다. 따라서 민법 제406조의 법리를 이 사건 법률조항에 확장, 적용한다고 하여 재산권 보장의 원칙에 위반되는 것은 아니다.

【심판대상조문】

구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제30조(사해행위의 취소) 세무공무원은 체납처분을 집행함에 있어서 체납자가 국세의 징수를 면탈하려고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 경우에는 「민법」 제406조 및 407조의 규정을 준용하여 사해행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다.

【참조조문】

헌법 제59조

구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제35조(가압류·가처분재산에 대한 체납처분의 효력) 체납처분은 재판상의 가압류 또는 가처분으로 인하여 그 집행에 영향을 받지 아니한다.

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 생략

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2002. 5. 30. 2000헌바81, 판례집 14-1, 466, 474
헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 472-474
- 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다42957 판결
- 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다30616 판결
- 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다12004 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 강○보
대리인 변호사 신태길 외 2인
- 당해사건 대법원 2011다82391 사해행위취소 등

【주 문】

구 국제정수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제 10527호로 개정되기 전의 것) 제30조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 서○규는 서울 강남구 ○○동 소재 지하 1층, 지상 7층 집합건물(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)을 소유하고 있었는데, 이 사건 건물에 관하여 근저당권자인 주식회사 ○○은행의 신청에 따라 2004. 9. 9. 서울중앙지방법원 2004타경○○호로 경매절차가 개시되어, 이 사건 건물은 2007. 1. 17. 매각되었다. 위 경매절차에서 서○규는 2007. 3. 2. 채권자들에게 배당하고 남은 잉여금으로 11억 53,787,573원을 배당받았고, 그 중 강남구청이 압류한 21,166,830원을 제외한 나머지 11억 32,620,743원을 수령하였는데, 당시 서○규에게는 위 배당금 외에는 별다른 재산이 없었다.

(2) 서○규는 위 배당금이 입금된 자신의 계좌에서, 2007. 3. 5. 액면 30,000,000원의 자기앞수표 30매 합계 9억 원과 액면 24,069,503원의 자기앞수표 1매를 발행받아 그 중 자신의 동서(同壻)인 최○호에게 액면 30,000,000원의 자기앞수표 24매로 합계 7억 20,000,000원 상당을 교부하고, 자신의 처남인 청구인에게 액면 30,000,000원의 자기앞수표 6매로 합계 1억

80,000,000원 상당을 교부하였으며, 이후 2007. 3. 13. 액면 30,000,000원의 자기앞수표 1매와 액면 1억 70,101,997원(이를 다시 같은 날 액면 30,000,000원의 자기앞수표 등으로 교환하였다)의 자기앞수표 1매 등 합계 2억 120,547원을 발행받아 그 중 청구인에게 액면 30,000,000원의 자기앞수표 3매 합계 90,000,000원을 교부하였다(이상 서○규의 각 처분행위를 통틀어 ‘이 사건 처분행위’ 또는 ‘이 사건 사해행위’라 한다).

(3) 대한민국이 서○규에 대하여 보유하고 있는 부가가치세, 증여세, 종합부동산세 및 양도소득세 등의 조세채권은 2007. 3. 5.을 기준으로 3억 49,995,540원이었는데, 대한민국은 2010. 7. 19. 위 조세채권을 보전하기 위해 국세징수법 제30조에 기하여 청구인과 최○호를 상대로 이 사건 처분행위에 대한 사해행위 취소의 소를 제기하였고, 1심과 항소심에서 모두 패소한 청구인은 상고심(대법원 2011다82391) 계속 중 국세징수법 제30조에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였으나(2011카기519), 2011. 12. 22. 각하되자 2012. 1. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제30조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것)

제30조(사해행위의 취소) 세무공무원은 체납처분을 집행함에 있어서 체납자가 국세의 징수를 면탈하려고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 경우에는 「민법」 제406조 및 407조의 규정을 준용하여 사해행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다.

[관련조항]

구 국세기본법(2011. 12. 31. 법률 제11124호로 개정되기 전의 것)

제35조(국세의 우선) ④ 세무서장은 납세자가 제3자와 짜고 거짓으로 재산에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약을 하고 그 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산의 매각금액으로 국세나 가산금을 징수하기가 곤란하다고 인정할 때에는 그 행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다. 이 경우 납세자가 국세의 법정기일 전 1년 내에 대통령령으로 정하는 친족이나 그 밖의 특수관계인과 전

세권·질권 또는 저당권 설정계약, 가등기 설정계약 또는 양도담보 설정계약을 한 경우에는 짜고 한 거짓 계약으로 추정한다.

1. 제1항 제3호에 따른 전세권·질권 또는 저당권의 설정계약
2. 제2항에 따른 가등기 설정계약
3. 제42조 제2항에 따른 양도담보 설정계약

민법

제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

2. 청구인의 주장요지

(1) 과세요건은 법률로써 명확하게 규정하여야 함과 동시에 그 해석도 문리에 맞게 엄격하게 해석하여야 하는바, 심판대상조항은 조세사해행위 취소소송의 피보전채권의 내용이나 범위를 명확하게 규정하지 아니하여 사해행위 당시 아직 성립하지 아니한 조세채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있게 하고, 그 결과 이 사건에서 서○규가 청구인에게 일정한 처분행위를 한 2007. 3.경에는 서○규가 양도소득세의 체납자이기는커녕 국가의 양도소득세 채권이 성립하기도 전임에도 불구하고 심판대상조항의 해석, 적용에 의하여 위 양도소득세 채권이 조세사해행위 취소소송의 피보전채권이 된다고 하는 것은 헌법 제59조가 규정한 조세법률주의에 위반될 뿐만 아니라 기본권제한 입법이 갖추어야 할 명확성의 원칙을 구비하지 못하였고, (2) 민법 제406조의 채권자취소권은 국민의 재산권을 보장하기 위한 것이나, 국가의 조세채권은 오히려 국민의 재산권에 대한 제한으로 작용하고 있으므로, 민법 제406조의 법리를 심판대상조항에 확장하여 적용하는 것은 헌법 제23조 제1항이 규정하는 재산권 보장의 원칙에 위반된다.

3. 판 단

가. 심판대상조항의 개요와 이 사건의 쟁점

(1) 심판대상조항은 민법상 ‘채권자취소권’에 관한 규정을 조세법률관계에서 준용하는 규정이다. 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의

채산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임채산을 보전하기 위하여 인정되는 것으로서, 주로 형평의 이념에 그 근거가 있다고 설명되는데(헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 472-474 참조), 이러한 채권자취소권은 조세법률관계에서도 그 필요성이 인정되어 1949년 국세징수법 제정당시부터 도입되었고 몇 차례 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.

민법상 채권자취소권과 심판대상조항이 정하는 사해행위취소권의 관계에 대하여, 대법원은 국세징수법 제30조가 규정하는 사해행위의 취소의 소도 민법 제406조가 정하는 사해행위취소의 소의 일종이라고 보고 있고(대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다30616 판결 참조), 피보전채권의 성립시기와 사해행위의 관계에 대하여 대법원은 “채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다. 왜냐하면 위와 같은 경우에도 채권자를 위하여 책임채산을 보전할 필요가 있고, 채무자에게 채권자를 해한다는 점에 대한 인식이 있었다고 볼 수 있기 때문이다.”고 판시하여 오면서(대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결; 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다42957 판결 등 다수), 위 법리를 조세법률관계에도 그대로 적용하여 왔다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다37821 판결; 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다12004 판결 등).

(2) 그런데, 이 사건 사해행위는 2007. 3.에 있었는바, 국가의 조세채권 중 이 사건 건물의 매각으로 인한 양도소득세 부분은 2007. 12. 31. 종료 시 성립하므로(국세기본법 제21조 제1항 제1호 참조), 일단 이 부분 조세채권은 사해행위 이후에 성립된 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 사건의 쟁점은, 심판대상조항에는 조세채권의 성립시기와 사해행위 전후관계에 대한 명문의 규정이 없고, 그럼에도 불구하고 민법상 채권자취소권에 관한 법리에 따라 사해행위 이후에 성립한 조세채권도 심판대상조항이 규정하는 조세사해행위 취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 해석, 적용하는 것이 조세법률주의에 반하거나(‘기본권제한 입법의 명확성 원칙’에 반한다고 하는 청구인의 주장 부분은 결국 조세법률주의의 한 내용인 ‘과세요건명확주의’에 반한다는 내용이므로 조세법률주의 위반 주장으로 보아 함께 판단하기로 한다), 재산권 보장의 원칙에 반하여 위

헌인지 여부이다.

나. 조세법률주의 위배 여부

(1) 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”고 규정함으로써 조세법률주의를 천명하고 있다. 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이는 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 이를 규정하여야 한다는 ‘과세요건법정주의’와 아울러 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 ‘과세요건명확주의’를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 결국 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있다.

(2) 심판대상조항은 물론이고, 심판대상조항이 준용하고 있는 민법 제406조 역시 피보전채권의 성립시기에 대해 구체적인 규정을 두고 있지 않다. 다만 채무관계 발생 전의 행위에 의해 나중에 채권을 취득한 채권자를 해한다는 것은 통상적으로는 있을 수 없는 일이기 때문에 피보전채권은 원칙적으로 사해행위 이전에 성립 또는 발생한 것이어야 함이 원칙이다. 그러나 피보전채권인 조세채권이 사해행위 이후에 성립한 경우라도 구체적 사안에 따라 채권자를 위하여 책임재산을 보전할 필요가 있고, 채무자에게 채권자를 해한다는 점에 대한 인식이 있었다고 볼 수 있는 경우라면 역시 형평의 원칙에 비추어 채권자취소권을 부여하는 것이 타당하다.

조세채권은 각 세법이 정한 과세요건이 충족하는 때 법률상 당연히 성립하지만 각 세목의 구체적 성립시기는 국세기본법 제21조 제1항에서 규정하고 있는데, 과세실무상 극히 중요한 비중을 차지하는 세목인 소득세, 법인세 및 부가가치세는 과세기간이 종료한 때에 납세의무가 성립하는 이른바 ‘기간과세’ 세목인바, 이러한 경우 사해행위 이전에 조세채권이 성립하여야 함을 강조하게 되면 해당 과세기간 중에 납세의무자가 미리 납세의무를 면탈할 의도로 자산을 매각 내지 증여하는 행위에 대해 사해행위 취소청구를 할 수 없게 되는 매우 불합리한 결과가 발생한다. 특히 조세채권의 경우 계약 등 당사자의 의사

에 따라 발생하는 것이 아니라 법률에 의해 그 성립 및 확정 이 미리 확실하게 예정되어 있다는 점에서, 조세채권이 법적으로 성립하기 이전이라도 조세채권 성립의 원인이 되는 사건이 발생한 때 당사자는 이미 당해 조세채권의 성립을 확정적으로 예견할 수 있다는 특징이 있다. 즉, 피보전채권이 원칙적으로 사해 행위 이전에 이미 성립하여 있을 것을 요구하는 것은, 나중에 성립한 피보전채권에 의해 그 이전에 행해진 채무자의 자산처분행위의 효력을 부인하는 것은 불합리하다는 점에 근거한 것인바, 조세채권의 경우 과세기간이 종료하면 당연히 법에 의해 그것이 성립할 것을 쉽게 예상할 수 있다는 점에서 일반 민사채권과는 다른 특수성이 있음이 고려되어야 한다.

(3) 세법은 조세채권의 성립시기가 이르기 전에 이루어진 사해행위라 할지라도 사해행위취소의 대상이 될 수 있음을 다른 곳에서 이미 명백히 밝히고 있다. 즉, 구 국세기본법 제35조 제4항은 “세무서장은 납세자가 제3자와 짜고 거짓으로 재산에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약을 하고 그 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산의 매각금액으로 국세나 가산금을 징수하기가 곤란하다고 인정할 때에는 그 행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다. 이 경우 납세자가 국세의 법정기일 전 1년 내에 대통령령으로 정하는 친족이나 그 밖의 특수관계인과 전세권·질권 또는 저당권 설정계약, 가등기 설정계약 또는 양도담보 설정계약을 한 경우에는 짜고 한 거짓 계약으로 추정한다.”라고 규정하고 그 각 호에서 ‘저당권 설정계약’ 등을 정하고 있다. 그런데 ‘국세의 법정기일’에는 이른바 신고납세방식을 따르고 있는 세목(법인세, 소득세, 부가가치세 등)의 ‘과세표준 및 세액 신고일’이 포함되는바(국세기본법 제35조 제1항 제3호 가목 참조), 이는 당해 조세채권의 성립시점 이전에 이루어진 사해행위도 얼마든지 취소의 대상이 될 수 있음을 그 전제로 한 규정이다.

한편, 심판대상조항에 나오는 ‘채납처분을 집행함에 있어서’ 및 ‘채납자’라는 표현은, 세무공무원이 사해행위취소 청구권을 실제 행사하기 위해서는 그 당시 납세의무자가 채납자의 지위에 있고 나아가 적어도 채납처분의 요건이 충족된 상태여야 함을 의미하는 것이지, 채납처분 이후에 이루어진 사해행위라야 취소의 대상이 될 수 있다는 의미가 아니며, 오히려 그것이 심판대상조항의 문언 및 편제상 위치(심판대상조항은 국세징수법 “제3장 채납처분 제1절 채납처분의 절차” 내에 위치하고 있다)에 비추어 보다 자연스러운 해석이다.

(4) 어떠한 법률이 명확성원칙에 위반되는지를 심사함에 있어서 법률은 일반성, 추상성을 가지는 것으로서 법률규정에는 항상 법관의 법 보충작용으로

서의 해석을 통하여 그 의미가 구체화, 명확화 될 수 있다. 이는 조세법률주의가 적용되는 조세법 분야에 있어서도 다를 바 없으므로, 조세법 규정이 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 과세요건명확주의에 위반된다고 할 수는 없다. 또한 과세요건명확주의의 문제는 납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있을 것인가, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는가 등의 기준에 따른 종합적인 판단을 요한다(헌재 2002. 5. 30. 2000헌바81, 판례집 14-1, 466, 474; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌바76, 판례집 18-1하, 299, 310-311 참조).

그런데 심판대상조항 및 심판대상조항이 준용하고 있는 민법 제406조에는 피보전채권의 성립시기에 대한 명시적인 언급은 없으나, 대법원은 일정한 구체적 요건 하에(채권성립의 고도의 개연성 존재, 가까운 장래에 그러한 개연성의 현실화 등) 사해행위 이후에 성립한 채권도 피보전채권이 될 수 있음을 일관되게 인정하여 왔고, 그러한 해석론이 채권자취소권의 제도적 취지 및 형평의 이념에 보다 부합할 뿐만 아니라, 엄격해석의 원칙에 반하는 것도 아니다. 또한 납세의무자가 이를 예견하기 어렵다거나 과세관청이 이를 기화로 자의적으로 법률을 적용할 가능성을 부여한다고도 보기 어렵다.

(5) 결국, 심판대상조항은 법관의 범보충적인 해석을 통하여 그 의미가 충분히 구체화되고 명확화될 수 있는 경우에 해당하여 사해행위 취소소송의 피보전채권의 내용이나 범위를 예측할 수 없는 것도 아니고, 사해행위 이후에 성립한 조세채권이 심판대상조항의 피보전채권이 될 수 있다고 해석, 적용하는 것이 엄격해석의 원칙에 반하는 것도 아니므로, 심판대상조항은 조세법률주의에 반하지 아니한다.

다. 재산권 보장의 원칙 위배 여부

민법상 채권자취소 제도는 채무자가 고의적으로 채권자의 공동담보가 되는 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우 정의와 형평의 관점에서 그 행위를 취소하고 당해 재산을 회복시킬 수 있는 권리를 채권자에게 부여한 것인데, 심판대상조항도 같은 취지에서 국가에게 사해행위 취소권을 부여한 것이며, 국가의 조세채권 역시 민법상 금전채권과 본질적으로 다르지 않다는 점 등에 비추어 보면, 조세채권 행사의 주체가 일반 국민이 아니라 국가라는 이유만으로 채권자취소 제도에 관한 민사 법리의 적용을 부인할 수는 없다.

판례집 25-2(하)

따라서 민법 제406조의 법리를 심판대상조항에 확장, 적용한다고 하여 재산권 보장의 원칙에 위반되는 것은 아니다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
서기석 조용호

상표법 제7조 제5항 제3호 위헌소원

(2013. 11. 28. 2012헌바69)

【판시사항】

1. 불사용 취소심판에 의하여 소멸된 상표와 동일하거나 유사한 상표의 재출원을 3년 간 금지하는 구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제 7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10811호로 개정되기 전의 것) 제7조 제5항 제3호 중 제73조 제1항 제3호에 관한 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 심판대상조항은 불사용 취소심판제도의 실효성을 확보하고 등록상표의 사용을 촉진하려는 것으로서 그 입법목적이 정당하다. 상표법이 등록상표에 대한 상표권의 보호 범위를 동일 상표뿐만 아니라 유사 상표에까지 미치도록 하고 있는 점, 불사용 취소된 상표의 재출원 금지기간은 불사용 취소심판제도의 실효성 확보와 법적 안정성을 위해 필요한 기간으로서의 의미를 갖는 점, 심판대상조항은 재출원을 3년간 금지할 뿐 사용 자체를 제한하는 것도 아닌 점 등을 종합하면, 불사용 취소된 상표와 동일한 상표뿐만 아니라 유사한 상표까지 재출원 금지대상으로 한 것과 그 재출원 금지기간을 3년으로 정한 것이 합리적인 입법형성권의 한계를 벗어나 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.
2. 심판대상조항이 상표의 불사용 사유에 따라 차등적으로 재출원 금지기간을 설정하지 않고 일률적으로 3년간 재출원을 금지한다고 하더라도, 불사용 사유 심사과정에서의 법적 안정성 등을 고려할 때 합리적인 이유가 없다고 할 수 없다. 또한, 출처의 오인과 혼동을 방지하기 위하여 상표권의 소멸 후 '제3자'의 등록을 일정 기간 제한하는 상표법 제7조 제1항 제8호와, 등록상표의 사용 의무를 위반한 권

리남용적 행위에 대해 일정 기간 불이익을 가하고자 상표권의 소멸 후에도 '상표권이 소멸된 기존의 상표권자'의 등록을 일정 기간 제한하는 심판대상조항은 그 취지와 목적이 본질적으로 다르므로, 상표법 제7조 제1항 제8호가 등록 제한 기간을 1년으로 설정한 것과 달리 심판대상조항이 3년으로 설정하였다고 하여 평등권을 침해한다고 할 수 없다. 그리고 심판대상조항이 존속기간 만료로 상표권이 소멸한 경우와 상표권자가 상표권을 포기한 경우와 동일하게 재출원을 금지한 것 역시 심판대상조항이 도모하는 공익과 불사용 취소심판제도의 실효성 확보라는 측면에서 볼 때 합리적인 이유가 있다. 따라서 심판대상조항은 평등권을 침해하지 아니한다.

【심판대상조문】

구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10811호로 개정되기 전의 것) 제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ①~④ 생략
⑤ 제73조 제1항 제2호·제3호·제5호 내지 제12호의 규정에 해당한다는 것을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 상표권자 및 그 상표를 사용한 자는 그 해당하게 된 날부터 3년이 경과한 후에 상표등록 출원을 하지 아니하면 소멸된 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품(지리적 표시 단체표장의 경우에는 동일한 상품에 한한다)에 대하여 상표등록을 받을 수 없다.

- 1.~2. 생략
 - 3. 상표등록 취소의 심결이 확정된 경우
- ⑥ 생략

【참조조문】

구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10811호로 개정되기 전의 것) 제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ①~④ 생략
⑤ 제73조 제1항 제2호·제3호·제5호 내지 제12호의 규정에 해당한다는 것을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 상표권자 및 그 상표를 사용한 자는 그 해당하게 된 날부터 3년이 경과한 후에 상표등록 출원을 하지 아니하면 소멸된 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품(지리적 표시 단체표장의 경우에는 동일한 상품에 한한다)에 대하여 상표등록을 받을 수 없다.

- 1. 존속기간의 만료로 인하여 상표권이 소멸한 경우

헌재 2013. 11. 28. 2012헌바69

2. 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우

3. 생략

⑥ 생략

구 상표법(2007. 1. 3. 법률 제8190호로 개정되고, 2011. 12. 2. 법률 제11113호로 개정되기 전의 것) 제23조(상표등록거절결정 및 거절이유통지) ① 심사관은 상표등록출원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 상표등록출원에 대하여 상표등록거절결정을 하여야 한다.

1. 제3조 단서, 제6조 내지 제8조, 제10조 제1항, 제12조 제2항 후단·제5항·제7항 내지 제9항 또는 제5조의 규정에 의하여 준용되는 「특허법」 제25조의 규정에 의하여 상표등록을 할 수 없는 경우

2.~6. 생략

② 생략

상표법(2010. 1. 27. 법률 제9987호로 개정된 것) 제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조에도 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.

1.~6. 생략

7. 선출원에 의한 타인의 등록상표(지리적 표시 등록단체표장을 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

7의2. 생략

8. 상표권이 소멸한 날(상표등록을 무효로 한다는 심결이 있는 경우에는 심결확정일을 말한다)부터 1년을 경과하지 아니한 타인의 등록상표(지리적 표시 등록단체표장을 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

8의2.~15. 생략

②~⑥ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바31, 판례집 15-2상, 94, 99
- 2. 헌재 2009. 4. 30. 2006헌바113등, 판례집 21-1하, 91, 103

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○산업
 대표이사 장○옥
 대리인 법무법인 서울
 담당변호사 이석연

【주 문】

구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제 10811호로 개정되기 전의 것) 제7조 제5항 제3호 중 제73조 제1항 제3호에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2011. 1. 4. 별지 표시와 같이 구성되고 지정상품을 “상품류 구분 제20류의 침대, 돌침대, 전기침대”로 하는 상표(이하 ‘출원상표’라 한다)를 출원하였다. 특허청 심사관은 2011. 4. 12. 출원상표가 상표법 제73조 제1항 제3호에 따라 상표의 불사용으로 인하여 2008. 3. 17. 및 2008. 4. 18.에 각 등록취소결정이 확정되어 권리가 소멸된 별지 기재 비교대상상표 및 비교대상서비스표와 호칭, 관념이 유사하여 상표법 제7조 제5항 제3호에 해당한다는 이유로 출원상표의 등록을 거절하였다.

(2) 이에 청구인은 특허심판원에 위 거절 결정에 대한 불복심판을 청구하였으나 기각되었고, 특허법원에 위 심결의 취소를 구하는 소송(특허법원 2011허8822)을 제기하고, 그 소송 계속 중 상표법 제7조 제5항 제3호에 대하여 위헌법률심판제청신청(특허법원 2011카허2667)을 하였으나 기각되자, 2012. 2. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 상표법 제7조 제5항 제3호 전체에 대하여 심판을 청구하고 있으나, 당해 사건은 상표의 불사용으로 인한 등록취소가 문제된 사안이므로, 심판의 대상을 구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10811호로 개정되기 전의 것) 제7조 제5항 제3호 중 제73조 제1항 제3호에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부로 한정한다.

[심판대상조항]

구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제

10811호로 개정되기 전의 것)

제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ⑤ 제73조 제1항 제2호·제3호·제5호 내지 제12호의 규정에 해당한다는 것을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 상표권자 및 그 상표를 사용한 자는 그 해당하게 된 날부터 3년이 경과한 후에 상표등록출원을 하지 아니하면 소멸된 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품(지리적 표시 단체표장의 경우에는 동일한 상품에 한한다)에 대하여 상표등록을 받을 수 없다.

3. 상표등록 취소의 심결이 확정된 경우

[관련조항]

구 상표법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 개정되고, 2011. 12. 2. 법률 제11113호로 개정되기 전의 것)

제73조(상표등록의 취소심판) ① 등록상표가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 상표등록의 취소심판을 청구할 수 있다.

3. 상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자 중 어느 누구도 정당한 이유 없이 등록상표를 그 지정상품에 대하여 취소심판청구일 전 계속하여 3년 이상 국내에서 사용하고 있지 아니한 경우

구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10811호로 개정되기 전의 것)

제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ⑤ 제73조 제1항 제2호·제3호·제5호 내지 제12호의 규정에 해당한다는 것을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구되고 그 청구일 이후에 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 상표권자 및 그 상표를 사용한 자는 그 해당하게 된 날부터 3년이 경과한 후에 상표등록출원을 하지 아니하면 소멸된 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품(지리적 표시 단체표장의 경우에는 동일한 상품에 한한다)에 대하여 상표등록을 받을 수 없다.

1. 존속기간의 만료로 인하여 상표권이 소멸한 경우
2. 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우

구 상표법(2007. 1. 3. 법률 제8190호로 개정되고, 2011. 12. 2. 법률 제11113호로 개정되기 전의 것)

제23조(상표등록거절결정 및 거절이유통지) ① 심사관은 상표등록출원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 상표등록출원에 대하여 상표등

특거절결정을 하여야 한다.

1. 제3조 단서, 제6조 내지 제8조, 제10조 제1항, 제12조 제2항 후단·제5항·제7항 내지 제9항 또는 제5조의 규정에 의하여 준용되는 「특허법」 제25조의 규정에 의하여 상표등록을 할 수 없는 경우
상표법(2010. 1. 27. 법률 제9987호로 개정된 것)

제7조(상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조에도 불구하고 상표등록을 받을 수 없다.

7. 선출원에 의한 타인의 등록상표(지리적 표시 등록단체표장을 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표
8. 상표권이 소멸한 날(상표등록을 무효로 한다는 심결이 있는 경우에는 심결확정일을 말한다)부터 1년을 경과하지 아니한 타인의 등록상표(지리적 표시 등록단체표장을 제외한다)와 동일 또는 유사한 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표

2. 청구인의 주장요지

심판대상조항은 불사용 취소심판에 의하여 소멸된 상표와 동일한 상표뿐만 아니라 유사한 상표까지도 3년의 기간 동안 재출원을 금지함으로써 불사용 취소심판이 확정된 상표와 유사한 상표를 등록하여 영업을 할 수 없게 하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하고, 심판대상조항으로 인하여 청구인이 원하는 상표가 등록이 거절되어 등록상표로서 사용되지 못함으로써 지적재산권으로서의 상표권(재산권)도 침해한다.

나아가 심판대상조항은 등록이 취소된 상표의 불사용 사유에 따른 비난가능성에 따라 재출원 금지기간을 설정하지 않고 일률적으로 3년 동안 상표등록을 불허함으로써 상표법 제7조 제1항 제8호 내지 상표법 제7조 제5항 제1호 및 제2호 등의 경우와 비교하여 청구인의 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 상표권의 취득에 관한 등록주의와 사용주의

상표권의 취득과 관련하여, 등록주의는 상표의 실제 사용 여부와 관계없이 등록에 의하여 상표권 취득을 인정하는 법제로서, 상표의 선사용에 의하여 상표권 취득을 인정하는 사용주의와 구별된다. 상표법 제3조는 “국내에서 상표를 사용하는 자 또는 사용하고자 하는 자는 자기의 상표를 등록받을 수 있다.”라고 규정함으로써 등록주의를 채택하고 있다.

등록주의 법제에서는 일정한 요건만 구비하면 상표의 사용 유무에 관계없이 등록이라는 행정처분에 의하여 높은 재산적 가치를 가진 독점적, 배타적인 상표권을 취득할 수 있기 때문에, 상표권 선점을 위하여 수많은 상표의 등록을 조장하고 제3자의 상표 선택의 자유를 침해하는 등의 문제가 초래되기도 한다. 이러한 등록주의 법제의 단점을 보완하기 위하여 상표법은 등록되지 않았더라도 타인의 상품을 표시하는 것이라고 수요자 간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상표에 대해서는 등록을 받을 수 없도록 하거나(제7조 제1항 제9호), 상표권자에게 등록상표를 지정상품에 사용할 의무를 부과하고, 일정 기간 등록상표를 사용하지 아니한 경우에는 상표권 남용에 대한 제재로서 불사용 취소심판을 청구할 수 있도록 하는(제73조 제1항 제3호) 등 사용주의적 요소도 가미하고 있다.

나. 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 직업수행의 자유 및 재산권 침해 여부

청구인과 같은 상품의 생산·판매자가 원하는 상표를 등록받아 이를 상품에 표시하여 판매하는 것은 직업을 수행하는 하나의 방법이므로(헌재 2009. 4. 30. 2006헌바113등, 판례집 21-2하, 91, 103 참조), 불사용 취소된 상표와 동일하거나 유사한 상표의 등록을 거절할 수 있도록 하는 심판대상조항이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부를 살펴본다. 한편, 청구인은 심판대상조항으로 인하여 청구인이 원하는 상표가 등록이 거절되어 등록상표로서 사용되지 못함으로써 재산권도 침해된다고 주장하나, 이러한 주장은 결국 심판대상조항이 직업수행의 자유를 침해한다는 주장에 포섭될 수 있는 내용이므로, 직업수행의 자유의 침해 여부를 판단하는 이상, 재산권 침해 여부에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

(가) 심판대상조항은 불사용으로 인하여 취소된 상표와 동일 또는 유사한 상표에 대한 등록거절사유를 규정하고 있다. 그런데 어떤 요건을 갖추고 어떤 절차를 거쳐야 상표등록을 허용하고 상표권으로 보호할 지는 입법자에게 형성의 여지가 주어진 영역이다. 상표권의 발생에 관하여 등록주의와 사용주의 중 어느 것을 택할 것인지, 등록거절사유를 어떻게 설정할 것인지 등은 각국의 사정에 따라 입법자가 합리적으로 선택할 수 있다. 다만, 그 경우에도 입법자의 선택이 현저히 합리성을 결여하여 입법형성의 한계를 벗어난 경우에는 헌법에 위반된다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바31, 판례집 15-2상, 94, 99; 헌재 2009. 4. 30. 2006헌바113등, 판례집 21-1하, 91, 103 참조).

(나) 등록에 의하여 상표권으로 보호되고 있는 상표가 전혀 사용되지 않는 경우 상표로서의 기능은 발휘되지 못하고, 제3자는 상표 사용의 기회를 방해 받는다. 상표를 등록만 해두고 정당한 이유 없이 사용하지 않은 자에 대한 일종의 제재로서 불사용 등록상표는 심판을 거쳐 등록이 취소되게 된다(상표법 제73조 제1항 제3호). 심판대상조항은 이와 같이 불사용을 이유로 취소된 상표와 동일 또는 유사한 상표의 재출원을 일정 기간 금지함으로써 불사용 취소심판제도의 실효성을 확보하고, 궁극적으로는 등록상표의 사용을 촉진하여 상표 기능의 활성화를 통한 건전한 상품 거래를 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(다) 상표법에서는 상품의 품질이나 출처에 대한 오인·혼동을 방지하기 위하여 선출원에 의한 타인의 등록상표와 ‘동일 또는 유사한’ 상표로서 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 상표는 상표등록을 받을 수 없고(제7조 제1항 제7호), 타인의 등록상표와 ‘동일한’ 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 타인의 등록상표와 ‘유사한’ 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위를 상표권을 침해하는 것으로 보는(제66조 제1항 제1호) 등으로 등록상표에 대한 상표권의 보호 범위를 동일 상표뿐만 아니라 유사 상표에까지 미치도록 하고 있다. 그런데 불사용 취소된 상표와 동일한 상표의 재출원만을 금지시키고 이와 유사한 상표의 재출원은 허용한다면, 취소심결의 확정에도 불구하고 기존의 상표권자는 다수의 유사 상표를 출원할 수 있게 됨으로써 상표권이 취소되기 이전과 거의 유사한 법적 지위를 향유할 수 있게 되어 불사용 취소심판제도가 형해화될 우려가 있다.

나아가, 불사용 취소된 상표의 재출원 금지기간은 불사용 취소심판제도의 실효성 확보와 법적 안정성을 위해 필요한 기간으로서의 의미를 갖는바, 상표법 제73조 제1항 제3호는 등록상표를 3년간 계속하여 불사용할 것을 등록취소의 요건으로 규정하고 있다는 점에서 볼 때, 불사용 취소된 상표의 재출원 금지기간을 불사용 기간과 동일하게 3년으로 정한 것을 지나치게 과도한 제한이라고 보기도 어렵다. 게다가 심판대상조항은 불사용 취소된 상표와 동일 또는 유사한 상표의 ‘재출원’을 3년 동안 금지하여 상표등록에 따른 일정한 보호를 받지 못하도록 할 뿐, 제3자가 불사용 취소된 상표를 선출원하여 등록받지 않는 한 그 ‘사용’ 자체를 제한하는 것이 아니고, 그러한 사용에 따라 얻을 수 있는 법적 지위에도 영향을 미치지 아니한다. 이러한 사정을 고려하면, 입법자가

재출원 금지기간을 3년으로 정한 것이 청구인의 직업수행의 자유를 침해할 정도로 장기간을 정한 것이라고 할 수 없다.

(라) 한편, 청구인은 자신과 같이 불사용 취소된 상표와 유사한 등록상표를 이미 다수 보유하고 있는 경우에는, 제3자가 불사용 취소된 상표와 동일 또는 유사한 상표를 등록받고 싶어도 상표법 제7조 제1항 제7호의 규정으로 인하여 등록받을 수 없을 것이기 때문에 심판대상조항이 제3자의 상표 선택의 자유를 보호하려는 입법취지는 달성될 수 없는 반면, 심판대상조항이 불사용 취소된 기존의 상표권자의 직업수행의 자유를 침해하는 정도가 과하다는 취지로 주장한다. 그러나 제3자가 불사용 취소된 상표와 동일 또는 유사한 상표를 등록받을 수 없을 것이 예상된다고 하더라도, 심판대상조항은 여전히 상표권 남용에 대한 제재 및 등록상표의 사용 촉진을 위한 불사용 취소심판제도의 실효성 확보 장치로서의 의미를 가지고 있고, 제3자에게 앞으로 불사용 취소된 상표와 동일 또는 유사한 상표를 등록받을 가능성이 전혀 없다고 할 수도 없으므로, 청구인의 위 주장은 이유 없다.

(마) 소결

그러므로 심판대상조항이 합리적인 입법형성권의 한계를 벗어나 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

(2) 평등권 침해 여부

청구인은 심판대상조항이 등록이 취소된 상표의 불사용 사유에 따른 비난가능성에 따라 재출원 금지기간을 설정하지 않고 일률적으로 3년의 기간 동안 상표등록을 불허하고 있는 점, 상표법 제7조 제1항 제8호가 상표권이 소멸한 날부터 1년간 상표등록을 거절하도록 하는데 반하여 심판대상조항은 상표권이 소멸한 날부터 3년간 상표등록을 거절하도록 하고 있는 점, 심판대상조항이 정하는 재출원 금지사유는 타의에 의하여 상표등록이 취소된 경우에 관한 것인 반면 상표법 제7조 제5항 제1호 및 제2호의 재출원 금지사유는 스스로 상표권을 소멸시킨 것이어서 그 성격이 다름에도 불구하고 모두 동일하게 3년의 재출원 금지기간을 두고 있는 점을 들어 평등권 침해를 주장하고 있으므로, 이에 대하여도 살펴본다.

(가) 심판대상조항의 차별 대상이나 영역은 헌법상 특별히 평등을 요구하는 영역이나 기준에 해당하는 등의 사정이 없고, 상표권의 취득 절차나 보호 범위에 대해서는 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되므로, 차별에 합리적 이유가 없어야 평등권을 침해하였다고 할 수 있다.

(나) 상표의 불사용에 따른 비난가능성은 객관적으로 계량화하기 어렵고, 실제 출원심사과정에서 구체적인 각 불사용 사유에 대한 비난가능성을 세분하여 판단하는 것은 이론적으로 가능할지 몰라도 오히려 법적 안정성이나 예견가능성을 저해할 우려가 크다. 그리고 불사용 사유가 경우마다 다양할 수는 있겠지만, 애초에 불사용을 이유로 등록상표가 취소되려면 '정당한 이유 없이' 계속해서 3년 이상 사용하지 않았어야 하고, 그렇다면 불사용에 대한 정당한 이유가 없다는 점에서는 어느 정도 동등한 비난가능성을 전제하고 있는 것이다. 따라서 심판대상조항이 상표의 불사용 사유에 따른 재출원 금지기간을 차등적으로 규율하지 않고 일률적으로 3년간 재출원을 금지한다고 하여 합리적인 이유가 없다고 할 수 없다.

(다) 상표법 제7조 제1항 제8호는 상표권이 소멸된 상표라도 소멸 후 일정 기간 동안은 그 상표가 부착된 상품이 시장에서 유통될 수 있고, 그 상표에 내재된 영업상의 신용이 일반 소비자에게 여전히 남아 있을 수 있기 때문에, 상표권의 소멸 후에도 일정 기간 '제3자'의 등록을 제한함으로써 출처의 오인·혼동을 피하기 위한 공익적 목적을 가지고 있다. 이에 반하여 심판대상조항은 등록상표의 사용의무를 위반한 권리남용적 행위에 대해 일정 기간 불이익을 가하고자 상표권의 소멸 후에도 일정 기간 '상표권이 소멸된 기존의 상표권자'의 등록을 제한하려는 것이다. 이와 같이 상표법 제7조 제1항 제8호와 심판대상조항은 그 취지와 목적이 본질적으로 다른 이상, 이 부분에 관한 청구인의 주장은 이유 없다.

(라) 존속기간의 만료로 인하여 상표권이 소멸한 경우(상표법 제7조 제5항 제1호)와 관련하여, 상표는 계속적으로 사용함으로써 상표권자의 업무상의 신용이 유지·강화되는 특성이 있어 존속기간갱신등록을 통하여 반영구적인 독점이 허용되는데, 그럼에도 불구하고 상표권자가 존속기간갱신등록신청을 하지 않았다면 상표권은 존속기간 만료로 소멸하게 된다(상표법 제42조 참조). 이처럼 존속기간 만료로 상표권이 소멸한 경우에도 상표권자의 재출원을 3년간 금지하는 취지는 결국 상표의 지속적인 사용 촉진을 통한 상표의 기능 확보 및 제3자에 대한 상표 사용 기회의 부여라고 할 것인데, 이는 결국 심판대상조항이 도모하고자 하는 공익과 다르지 않다.

그리고 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우(상표법 제7조 제5항 제2호)와 관련하여, 만일 불사용 취소심판이 확정된 경우와 상표권자가 상표권 등을 포기한 경우에 대하여 동일하게 3년의 재출원 금지기간을 규

정하지 않는다면, 불사용 취소심판이 청구된 후 상표권자가 재출원 금지 제한을 회피하기 위하여 자진하여 상표권을 포기한 후 신규로 출원하여 상표등록을 받음으로써 불사용 취소심판제도는 실효를 거두지 못하게 될 우려가 있고, 실제로도 이러한 폐단을 막기 위해 1990. 1. 13. 상표법을 개정하여 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우를 재출원 금지 사유로 추가하였다.

그렇다면 심판대상조항이 존속기간의 만료로 인하여 상표권이 소멸한 경우 및 상표권자가 상표권 또는 지정상품의 일부를 포기한 경우와 동일하게 재출원을 금지한 것을 두고 합리적인 이유가 없다고 할 수 없다.

(마) 소결

따라서 심판대상조항은 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지]

1. 이 사건 출원상표

가. 출원번호 / 출원일: 제40-2011-339호 / 2011. 1. 4.

나. 구성: **장수돌침대**

다. 지정상품: 상품류 구분 제20류의 침대, 돌침대, 전기침대

라. 출원인: 청구인

2. 비교대상상표

가. 등록번호 / 출원일 / 등록일 / 소멸일: 상표등록 제521718호 / 2001. 3. 2. / 2002. 5. 29. / 2008. 3. 17.

나. 구성:  (색채상표)

다. 지정상품: 상품류 구분 제20류의 돌침대

라. 등록권리자: 청구인

3. 비교대상서비스표

가. 등록번호 / 출원일 / 등록일 / 소멸일: 서비스표등록 제87283호 / 2001. 10. 23. / 2003. 6. 12. / 2008. 4. 18.

나. 구성: 장수★★★★★

다. 지정서비스업: 상품류 구분 제35류의 돌침대 판매대행업, 돌침대 판매알선업, 가구류 판매대행업, 가구류 판매알선업, 의료기기 판매대행업, 의료기기 판매알선업, 매트 판매대행업, 매트 판매알선업, 돌침대 전시업, 가구류 전시업

라. 등록권리자: 청구인

사립학교법 제14조 제3항 등 위헌확인

(2013. 11. 28. 2007헌마1189·1190(병합))

【판시사항】

1. (1) 개방이사제에 관한 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것, 이하 ‘사립학교법’이라 한다) 제14조 제3항, 제4항이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
 - (2) 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 개방감사제에 관한 사립학교법 제21조 제5항이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 임시이사의 임기에 관한 사립학교법 제25조 제3항이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
4. (1) 학교법인의 정상화에 관한 사립학교법 제25조의3 제1항이 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
 - (2) 위 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부
5. 대학평의원회에 관한 사립학교법 제26조의2 제1항이 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)
6. (1) 초·중등학교장의 중임회수를 1회로 제한한 사립학교법 제53조 제3항 단서가 학교법인의 사학의 자유나 초·중등학교장의 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
 - (2) 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
7. 학교법인의 이사장과 특정관계에 있는 사람의 학교장 임명을 제한하는 사립학교법 제54조의3 제3항이 이사장과 특정관계에 있는 사람의 직업의 자유나 학교법인의 사학의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. (1) 개방이사제에 관한 사립학교법 제14조 제3항, 제4항은 사립학교운영의 투명성과 공정성을 제고하고, 학교구성원에게 학교운영

에 참여할 기회를 부여하기 위한 것으로서, 개방이사가 이사 정수에서 차지하는 비중, 대학평의원회와 학교운영위원회가 추천하는 개방이사추천위원회 위원의 비율, 학교법인 운영의 투명성 확보를 위한 사전적·예방적 조치의 필요성 등을 고려할 때 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 학교법인은 일반 사법인과 달리 공공성이 요구되고, 공익법인이나 사회복지법인 등과는 그 용역의 성격이나 수요층의 범위, 대체수단에 대한 접근용이성의 정도 등에서 차이가 있으므로 개방이사 선임에 차이를 둔 것은 합리적 이유가 있고, 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원을 설치·경영하는 학교법인은 그 자율성을 보장해 줄 필요성이 큰 반면 외부인사를 학교운영에 개입하게 하여야 할 정도로 공공성의 요구가 크지 않으므로 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천하도록 한 것은 합리적 이유가 있어 평등권을 침해하지 않는다.

2. 개방감사제에 관한 사립학교법 제21조 제5항은, 학교법인에 대한 감사의 신뢰성을 확보하고 그 책무성을 강화함으로써 사립학교운영의 투명성과 공공성을 높이기 위한 것으로, 개방감사가 1인으로 제한되고, 감사의 존재목적이 학교법인 및 학교운영의 적정성을 감독하는 데 있는 점 등을 고려하면 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 임시이사의 임기에 관한 사립학교법 제25조 제3항은, 비록 임시이사 체제의 존속기한을 명시하고 있지는 않으나, 임시이사는 그 선임사유가 해소될 때까지 재임하는 것이고, 임시이사 체제가 부당히 장기화되는 것을 방지하기 위한 법적 수단들이 마련되어 있으므로 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

4. (1) 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화를 위한 이사 선임에 관하여 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 한 사립학교법 제25조의3 제1항은, 사학분쟁조정위원회가 그 인적 구성과 기능에 있어 공정성 및 전문성을 갖추고 있다는 점, 학교법인의 정체성은 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 설립 목적이 화체된 정관을 통하여 유지·계승된다는 점, 사학분쟁조정위원회는 정상화 심의과정에서 종전이사 등의 의견을 청취할 수 있다는 점 등을 고려할

때 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 설립자나 종전이사가 사립학교 운영에 대해 가지는 재산적 이해관계는 법률적인 것이 아니라 사실상의 것에 불과하므로 위 법률 조항은 이들의 재산권을 침해하지 않는다.

5. 대학평의원회에 관한 사립학교법 제26조의2 제1항은, 대학평의원회가 대학자치의 범위에 속하는 사항들 중 중요사항에 한하여 심의 또는 자문하는 데 불과해 이사회의 결정권한을 제약하지 않는 점, 학교법인에 정관을 통한 자율적 형성의 여지가 부여되어 있는 점 등을 고려하면, 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

6. (1) 초·중등학교장의 중임회수를 1회로 제한한 사립학교법 제53조 제3항 단서는, 교장의 노령화·관료화를 방지하고 인사순환을 통하여 교단을 활성화하며, 학교경영과 교육을 분리하고 있는 교육법제에 충실하고자 한 것으로, 최장 8년간 재임이 보장되고 동일한 학교의 장 중임만 제한받을 뿐이므로 학교법인의 사학의 자유나 초·중등학교장의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 초·중등학교와 달리 대학은, 대학의 장이 임기에 구애됨이 없이 장기적인 학교발전의 전망을 가지고 이를 실현해 나가도록 보장해 주는 것이 필요하여 대학의 장 임면에 관하여 대학의 자율에 맡겨 둘 필요성이 크므로 이를 달리 취급하는 데는 합리적 이유가 있어 초·중등학교장의 평등권을 침해하지 않는다.

7. 사립학교법 제54조의3 제3항은 학교법인의 이사장과 배우자, 직계존속 및 직계비속과 그 배우자의 관계에 있는 자가 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명되기 위해서는 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 얻도록 하고 있는데, 이는 학교법인의 경영과 학교행정을 인적으로 분리함으로써 학교의 자주성을 보호하고 사학운영의 공공성과 투명성을 제고하고자 하는 것으로 이사장의 배우자 등의 직업의 자유나 학교법인의 사립학교 운영의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

사립학교법 제14조 제3항, 제4항에 대한 재판관 조용호의 반대의견
학교법인의 이사는 학교법인 최고의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하여 사학 운영의 자유를 구현하는 주체이다. 학교법인의 이

사선임권은 학교법인의 자주성과 자율성의 핵심요소이므로 이사의 선임과 구성은 전적으로 학교법인의 자율에 맡겨야 한다. 그런데 학교운영의 공공성과 투명성을 강화한다는 명목으로 정상적으로 운영되고 있는 절대 다수의 사학에 대하여까지 학교법인의 의사와 관계없이 일률적으로 이사 정수의 4분의 1을 개방이사라는 이름으로 선임하도록 강제하는 것은 학교법인 의사결정체계의 본질에 어긋나고, 학교법인 이사제도의 본질을 침해하는 것이다. 우리나라의 경우 학교 수나 학생 수에 있어서 특히 고등교육기관에 사립학교의 비중이 매우 높은 점, 삼국시대 이래로 우리 민족과 함께 연면히 이어져 내려온 사학의 역사성, 사학의 기능과 자주성 보장의 필요, 학교법인 이사제도의 본질, 개방이사제도의 문제점 등을 종합해 보면, 위 조항들은 과잉금지원칙에 반하여 학교법인의 사학의 자유를 침해한다.

사립학교법 제25조의3 제1항에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 반대의견

학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하는 이사들에 의해 실행되므로 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사를 순차적으로 선임함으로써 학교법인의 설립목적은 영속성 있게 실현하는 것이 학교법인 이사제도의 본질이다. 사립학교법상 임시이사제도는 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 파견하여 학교법인을 조속히 정상화함으로써 그 설립목적은 달성할 수 있도록 하려는 데에 그 제도적 취지가 있는 것이지, 위기사태를 가져온 구 이사들에 대한 제재의 일환으로 그들로부터 학교법인 경영권을 박탈하거나 학교법인의 지배구조를 변경하는 것을 허용하는 제도가 아니다. 그러므로 학교법인이 임시이사 체제에서 정상화되는 단계에서 학교법인의 정체성이 유지되고 학교법인 설립목적의 영속성을 인적으로 보장하기 위한 최소한의 장치가 마련되어야 할 것인데, 이 단계에서 모든 정식이사 선임의 주도권을 사실상 사학분쟁조정위원회에 부여하면서 종전이사 등의 의견 청취를 법률적으로 전혀 보장하지 않은 것은 학교법인의

인적 연속성의 단절을 초래하여 그 설립 목적의 영속성 보장을 불투명하게 하는 것으로서, 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유의 본질적 내용을 침해한다.

사립학교법 제53조 제3항 단서 부분에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대이견

학교장의 장기 재임에 따른 학교법인과의 유착 문제는 이미 이사장의 학교장 겸직금지 조항, 이사장의 배우자 등의 학교장 임명제한 조항 등을 통해 해결되고 있고, 학교장의 중임을 제한하는 것과는 직접적인 관련성을 가진다고 보기 어렵다. 또한 국·공립학교와 달리 학교법인별·학교별로 교원인사가 이루어지는 데 그치는 사립학교의 경우에는 학교장의 중임 횟수 제한만으로 교단의 활성화에 어느 정도나 효과가 있을지 의문이다. 학교장은 행정과 교육활동을 통하여 학생의 발달 및 성장에 직·간접적으로 영향을 미치므로 유능한 교장은 학교법인이나 학교의 구성원이 원할 경우 그 직무를 장기간 계속해서 수행할 수 있도록 보장하는 것이 필요하고, 이는 학교장의 임기를 정관에서 자유롭게 정할 수 있도록 한 사립학교법 취지에도 부합하는 것이다. 따라서 초·중등학교장의 중임 횟수를 1회로 제한하는 것은 그들의 직업의 자유와 초·중등 사립학교를 운영하는 학교법인의 사학의 자유를 침해한다.

【심판대상조문】

- 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제14조(임원) ①~② 생략
- ③ 학교법인은 제1항에 따른 이사정수의 4분의 1(단, 소수점 이하는 올림한다)에 해당하는 이사(이하 “개방이사”라 한다)를 제4항에 따른 개방이사추천위원회에서 2배수 추천한 인사 중에서 선임하여야 한다.
- ④ 개방이사추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)는 제26조의2에 따른 대학평의위원회(이하 “대학평의위원회”라 한다) 또는 「초·중등교육법」 제31조에 따른 학교운영위원회(이하 “학교운영위원회”라 한다)에 두고 그 조직과 운영 및 구성은 정관으로 정하되, 위원정수는 5인 이상 홀수로 하고 대학평의위원회 또는 학교운영위원회에서 추천위원회 위원의 2분의 1을 추천하도록 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다.

⑤ 제3항에 따라 추천위원회가 개방이사를 추천하는 경우에는 30일 이내에 완료하여야 하며, 이 기간 내에 추천하지 못하는 때에는 관할청이 추천한다.

⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정에 따른 개방이사의 추천, 선임방법 및 자격요건과 기준에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제20조의2(임원취임의 승인취소)

① 임원이 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하였을 때에는 관할청은 그 취임승인을 취소할 수 있다.

1. 이 법, 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」의 규정을 위반하거나 이에 의한 명령을 이행하지 아니한 때
2. 임원간의 분쟁·회계부정 및 현저한 부당등으로 인하여 당해 학교운영에 중대한 장애를 야기한 때
3. 학사행정에 관하여 당해 학교의 장의 권한을 침해하였을 때
4. 삭제
5. 삭제
6. 관할청의 학교의 장에 대한 징계요구에 불응한 때
7. 삭제

② 생략

③ 삭제

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제21조(임원선임의 제한) ①~④

생략

⑤ 학교법인에 두는 감사 중 1인은 추천위원회에서 추천하는 자를 선임한다.

⑥~⑦ 생략

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제23조(임원의 겸직금지) ① 이사는 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장을 겸할 수 없다. (단서 생략)

②~③ 생략

④ 삭제

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 제25조에 따른 임시이사의 선임과 제25조의2에 따른 임시이사의 해임 및 제25조의3에 따른 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한 중요 사항을 심의하기 위하여 교육인적자원부장관 소속으로 사학분쟁조정위원회(이하 “조정위원회”라 한다)를 둔다.

② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 임시이사의 선임에 관한 사항
2. 임시이사의 해임에 관한 사항
3. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항
4. 그 밖에 관할청이 조정위원회에 심의를 요청한 사항

③ 조정위원회는 제2항 각 호의 사항에 대한 심의결과를 지체 없이 관할청에 통보하여야

한다.

④ 관할청은 제3항에 따른 심의결과에 따라야 한다. 다만, 심의결과에 이의가 있는 경우에는 조정위원회에 재심을 요청할 수 있고, 그 재심 결과를 수용하여야 한다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의3(조정위원회의 구성 등)

① 조정위원회는 대통령이 위촉하는 다음 각 호의 위원으로 구성하며, 위원장은 대법원장이 추천하는 인사 중에서 호선한다.

1. 대통령이 추천하는 자 3인
2. 국회의장이 추천하는 자 3인
3. 대법원장이 추천하는 자 5인

② 위원의 임기는 2년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있다.

③ 조정위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제25조(임시이사의 선임) ① 관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 이해관계인의 청구 또는 직권으로 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 선임하여야 한다.

1. 학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단될 때
2. 제20조의2에 따라 학교법인의 임원취임 승인을 취소한 때. 다만, 제18조에 따른 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 때에 한한다.
3. 제25조의2의 규정에 의하여 임시이사를 해임한 때

② 생략

③ 임시이사는 제1항에 따른 사유가 해소될 때까지 재임하되, 임시이사의 임기는 선임된 날부터 3년을 초과할 수 없다.

④~⑤ 생략

⑥ 임시이사가 선임된 학교법인 중 재정이 열악한 학교법인의 최소한의 이사회 운영경비 및 사무직원 인건비는 국가 또는 지방자치단체에서 지원할 수 있다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제25조의3(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화) ① 관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다.

②~③ 생략

④ 삭제

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제26조의2(대학평의원회) ① 대학교육기관에 다음 각 호의 사항을 심의하게 하기 위하여 대학평의원회를 둔다. 다만, 제3호 및 제4호는 자문사항으로 한다.

1. 대학의 발전계획에 관한 사항
2. 학칙의 제정 또는 개정에 관한 사항
3. 대학현장의 제정 또는 개정에 관한 사항

판례집 25-2(하)

- 4. 대학교육과정의 운영에 관한 사항
- 5. 추천위원회의 위원의 추천에 관한 사항
- 6. 그 밖에 교육에 관한 중요 사항으로서 정관으로 정하는 사항

② 대학평의원회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제53조(학교의 장의 임면) ①~② 생략

③ 각급학교의 장의 임기는 학교법인 및 법인인 사립학교경영자는 정관으로, 사인인 사립학교경영자는 규칙으로 정하되, 4년을 초과할 수 없고, 중임할 수 있다. 다만, 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제54조의3(임명의 제한) ①~② 생략

③ 학교법인의 이사장과 다음 각 호의 어느 하나의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없다. 다만, 이사정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다.

- 1. 배우자
- 2. 직계존속 및 직계비속과 그 배우자

④ 생략

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것) 제20조의2(임원취임의 승인취소)

① 생략

② 제1항의 규정에 의한 취임승인의 취소는 관할청이 당해 학교법인에게 그 사유를 들어 시정을 요구한 날로부터 15일이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 한한다. 다만, 시정을 요구하여도 시정할 수 없는 것이 명백하거나 회계부정, 횡령, 뇌물수수 등 비리의 정도가 중대한 경우에는 시정요구 없이 임원취임의 승인을 취소할 수 있으며, 그 세부적 기준은 대통령령으로 정한다.

③ 삭제

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것) 제20조의3(임원의 직무집행정지)

① 관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 60일의 범위 안에서 해당임원의 직무를 정지할 수 있으며, 부득이한 사유가 있을 때에는 60일의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.

- 1. 제20조의2 제1항의 규정에 의한 임원취임의 승인취소를 위한 조사 또는 감사가 진행 중일 때
- 2. 제20조의2 제2항의 규정에 의한 시정요구 기간중 해당임원이 계속 직무를 집행할 경우 법인 또는 학교운영상 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정되는 때

② 생략

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것) 제25조(임시이사 선임) ①~④ 생략

헌재 2013. 11. 28. 2007헌마1189·1190(병합)

⑤ 관할청은 임시이사가 선임된 법인에 대하여 이사회를 소집을 요구할 수 있다.

⑥ 생략

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것) 제53조의3(교원인사위원회)

① 각급학교(초등학교·고등기술학교·공민학교·고등공민학교·유치원과 이들에 준하는 각종학교를 제외한다)의 교원(학교의 장을 제외한다)의 임면 등 인사에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 당해 학교에 교원인사위원회를 둔다.

② 생략

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것) 제54조의2(해임요구) ① 각급학교의 장이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 관할청은 임면권자에게 당해 학교의 장의 해임을 요구할 수 있다. 이 경우 해임을 요구받은 임면권자는 특별한 사유가 없는 한 이에 따라야 한다.

1. 제58조 제1항 각 호의 1에 해당할 때
2. 학생의 입학(편입학을 포함한다)·수업 및 졸업에 관한 당해 학교의 장의 권한에 속하는 사항으로서 교육관계법률 또는 그 법률에 의한 명령에 위반할 때
3. 이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 다른 교육관계법령에 위반하였을 때
4. 학교에 속하는 회계의 집행에 관하여 부정 또는 현저히 부당한 일을 행하였을 때

② 생략

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것) 제58조(면직의 사유) ① 사립학교의 교원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 당해 교원의 임면권자는 이를 면직시킬 수 있다.

- 1.~3. 생략
4. 정치운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 또는 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선동한 때
5. 생략

② 생략

사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제25조(임시이사의 선임) ① 생략

② 임시이사는 조속한 시일내에 제1항의 규정에 의한 사유가 해소될 수 있도록 노력하여야 한다.

③ 생략

④ 임시이사는 제20조의 규정에 의한 임원으로 선임될 수 없다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제31조 제1항, 제4항

사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것) 제14조(임원) ① 학교법인에는 임원으로서는 7인 이상의 이사와 2인 이상의 감사를 두어야 한다. 다만, 유치원만을 설치·경영하는 학교법인에는 임원으로서는 5인 이상의 이사와 1인 이상의 감사를 둘 수 있다.

② 이사중 1인은 정관이 정하는 바에 의하여 이사장이 된다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의4(조정위원회 위원의 자격 기준) ① 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자이어야 한다.

1. 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 직에 15년 이상 재직한 자
2. 대학의 총장·학장·또는 초·중등학교의 교장경력에 있는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
3. 대학에서 부교수 이상의 직에 종사하는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
4. 회계사로서 회계업무경력 15년 이상인 자
5. 교육행정기관에서 고위공무원의 경력에 있는 자로서 공무원경력 15년 이상인 자

② 생략

사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것) 제7조의2(개방이사의 추천·선임 등) ① 법 제14조 제3항에 따라 개방이사를 학교법인이 선임하고자 하는 때에는 선임사유가 발생한 날부터 15일(재직이사의 경우 임기만료 전 3개월) 안에 이사장이 법 제14조 제4항에 따른 개방이사추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)에 추천을 요청하여야 한다.

② 제1항의 요청에 따라 추천위원회가 개방이사를 추천하는 때에는 해당 학교의 건학이념을 구현할 수 있는 자를 추천하여야 한다.

③ 추천위원회는 제1항에 따른 기간 안에 이사장이 개방이사의 추천을 요청하지 아니하는 경우에는 그 사실을 안 날부터 30일 안에 법 제14조 제3항에 따른 추천을 할 수 있다.

④ 2 이상의 학교를 설치·경영하고 있는 학교법인의 경우에는 대학평의회 또는 학교운영위원회가 협의하여 추천위원회를 공동으로 구성할 수 있다.

⑤ 개방이사의 자격요건은 일반이사의 자격요건을 고려하여 정관으로 정한다.

⑥ 법 제14조 제4항 단서에서 “종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인”이란 정관에서 그 설립목적과 해당 종교단체의 관계를 명확히 하고 있는 학교법인으로서 해당 종교단체에서 종교의식의 집행, 신도의 교육, 선교 활동, 종교단체의 운영 등을 지도·담당하는 자의 양성만을 위하여 설립된 대학 및 대학원을 설치·경영하는 학교법인을 말한다.

⑦ 교육인적자원부장관은 학교법인의 설립목적과 설치·경영하는 학교의 교육과정 등을 확인하여 제6항에 따른 학교법인을 고시한다.

⑧ 이 영에서 정하고 있는 사항 외에 개방이사의 추천, 선임방법 및 기준에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.

사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것) 제9조의6(조정위원회의 회의) ① 위원장은 조정위원회의 회의를 소집하고, 그 의장이 된다.

② 조정위원회의 회의는 매월 1회 소집하는 것을 원칙으로 하되, 재적위원 3분의 1 이상의 요구가 있는 때 또는 위원장이 필요하다고 인정하는 때에는 따로 소집한다.

③ 조정위원회는 심의에 필요하다고 인정하는 때에는 해당 학교법인 및 학교의 임직원, 그 밖의 이해관계인 등으로부터 의견을 청취할 수 있다.

④ 조정위원회에 출석하는 위원에 대하여는 수당, 여비, 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다. 다만, 관계 공무원이 소관업무와 직접 관련하여 조정위원회에 출석하는 경우에는 그러하지 아니하다.

사립학교법 시행령(2006. 6. 23. 대통령령 제19546호로 개정된 것) 제10조의6(평의원회의 구성) ① 평의원회는 교원·직원 및 학생 중에서 각각의 구성단위를 대표할 수 있는 자로 구성하되, 동문 및 학교의 발전에 도움이 될 수 있는 자를 포함할 수 있다. 다만, 평의원회의 구성단위 중 어느 하나의 구성단위에 속하는 평의원의 수가 전체 평의원 정수의 2분의 1을 초과하여서는 아니 된다.

② 평의원회는 11인 이상의 평의원으로 구성한다.

③ 이 영에서 규정한 것 외에 평의원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 670
헌재 2001. 11. 29. 2000헌마278, 판례집 13-2, 762, 770
3. 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 37-38
4. (1) 헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 70
헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 36-37
(2) 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 39-40
5. 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 670
7. 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792

【당 사 자】

청 구 인 별지 1 목록과 같음

【주 문】

1. 청구인 학교법인 ○○학원, 학교법인 □□학원의 사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제14조 제3항, 제4항, 제21조 제5항에 대한 심판청구, 청구인 학교법인 □□학원, 김○주, 박○국, 고○애, 손○국, 전○용, 조○성, 주○건의 같은 법 제25조 제3항, 제25조의3 제1항에 대한 심판청구, 청구인 학교법인 ○○학원의 같은 법 제26조의2 제1항에 대한 심판청구, 청구인 학교법인 ○○학원, 학교법인 □□학원, 김○수, 조○행의 같은 법 제53조 제3항 단서에 대한 심판청구, 청구인 학교법인 ○○학원, 학교법인 □□학원, 조○수의 같은 법 제54조의3 제3항에 대한 심판청구를 모두 기각한다.

2. 청구인 학교법인 ○○학원, 학교법인 □□학원, 김○주, 박○국, 김○수, 조○행, 조○수, 고○애, 손○국, 전○용, 조○성, 주○건의 나머지 심판청구와 청구인 이○희, 최○규, 강○락, 최○준, 임○란, 최○영의 심판청구를 모두 각 하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들의 지위

(가) 2007헌마1189 사건

청구인 학교법인 ○○학원(이하 ‘○○학원’이라 한다)은 ○○대학교, ○○과학대학 및 ○○고등학교를, 청구인 학교법인 □□학원(이하 ‘□□학원’이라 한다)은 □□초·중·고등학교를 각 설치·경영하고 있는 학교법인이고, 이 사건 심판청구 당시 청구인 이○희는 ○○학원의 이사장, 청구인 김○주는 □□학원의 이사장, 청구인 최○규는 기독교계통인 ○○대학원대학교의 총장, 청구인 강○락은 기독교계통인 ○○공과대학의 학장이었으며, 청구인 박○국은 학교법인 △△학원의 설립자이자 위 학교법인에 임시이사가 선임되기 전까지 이사장으로 재직했고, 청구인 김○수는 학교법인 ◇◇학원의 설립자로서 위 학교법인이 설치·경영하는 ○○중학교의 교장이었으며, 청구인 조○행은 학교법인 ▽▽학원이 설치·경영하는 ○○여자중학교의 교장이었고, 청구인 조○수는 청구인 이○희의 아들로서 ○○학원이 경영하는 ○○과학대학의 학장이었으며, 청구인 최○영은 2007. 8. 20. 당시 서울 소재 사립 외국어고등학교에 재학 중이었고, 청구인 최○준, 임○란은 청구인 최○영의 학부모이다.

(나) 2007헌마1190 사건

청구인 고○애는 학교법인 ◎◎학원 및 학교법인 ■■학원의 임시이사 선임 직전 이사 및 이사장, 청구인 손○국은 학교법인 ××학원의 임시이사 선임 직전 이사장 및 위 학교법인이 설치·경영하는 ××대학교의 직전 총장, 청구인 전○용은 학교법인 □□대학의 설립자 겸 임시이사 선임 직전 이사, 청구인 조○성은 학교법인 ◁◁학원의 임시이사 선임 직전 이사 및 총장, 청구인 주○건은 학교법인 ●●학원의 임시이사 선임 직전 이사장으로 각 재직하였다.

(2) 사립학교법의 개정·재개정 및 이 사건 헌법소원심판의 청구 경위
‘개방이사제’ 등의 도입을 골자로 하는 사립학교법 중 개정법률안이 2005.

12. 29. 법률 제7802호로 공포되고 2006. 7. 1.부터 시행되었으나(이하 ‘2005년 개정법’이라 한다), 개정법을 둘러싸고 사회적 갈등이 격화되는 양상을 보이자 국회는 개방이사의 추천 절차와 방식을 변경하고 사학분쟁조정위원회를 설치하여 임시이사의 선임·해임 및 학교법인의 정상화와 관련하여 기속력 있는 심의권한을 부여하는 것을 주요 내용으로 하는 개정법률안을 의결하여, 그 법률안이 2007. 7. 27. 법률 제8545호로 공포되고 같은 날부터 시행되었다(이하 ‘2007년 개정법’이라 한다).

청구인들은 2007. 10. 24. 2005년 개정법 및 2007년 개정법의 주요 조항들이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 2007헌마1189 사건의 청구인들이 청구취지에서 심판을 구하는 조항들은 사립학교법(이하 ‘법’이라 한다) 제14조 제3항 내지 제6항, 제20조의2, 제20조의3, 제21조 제5항, 제23조 제1항, 제24조의2, 제24조의3, 제25조, 제25조의3, 제26조의2, 제53조 제3항, 제53조의3 제1항, 제54조의2 제1항 후문, 제54조의3, 제58조 제1항 제4호이고, 2007헌마1190 사건의 청구인들은 이 중 법 제20조의2, 제24조의2, 제24조의3, 제25조, 제25조의3에 대하여 심판을 구하고 있다.

헌법재판에 있어서 심판청구서의 청구취지는 심판대상을 확정하기 위한 전제로서의 의미만 갖고 헌법재판소가 이에 전적으로 구속되는 것은 아니므로, 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 심판대상을 확정할 수 있다(헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 591; 헌재 2007. 5. 31. 2003헌마579 판례집 19-1, 662, 675 등 참조).

(2) 다음의 조항들은 아래와 같은 이유로 심판의 대상에서 제외함이 타당하다.

(가) 법 제20조의3 제2항

청구인들은 법 제20조의3 전체에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 청구이유를 살펴보면 임원의 직무집행정지 사유를 포괄적이고 불명확하게 규정하여 관할청에 과도한 재량을 부여하고 있는 점의 위헌성을 다투고 있다. 그런데 같은 조 제2항은 직무집행정지 사유가 종료된 때에 관할청에 이를 즉시 해제할 의무를 부과하고 있을 뿐이므로 이는 청구인들의 기본권 침해와 무관하고, 청구인들도 위 제2항에 관하여는 달리 아무런 위헌 주장을 하고 있지 아니하므로 이 부분은 심판의 대상에서 제외한다.

(나) 법 제23조 제1항 단서

청구인들은 법 제23조 제1항 전체에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 위 조항 중 단서 부분은 ‘이사장은 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장을 겸할 수 없다.’는 같은 항 본문의 제한을 유치원만을 설치·경영하는 학교법인의 이사장의 경우에 해제하는 내용일 뿐만 아니라 청구인들 중에는 유치원만을 설치·경영하는 학교법인이나 그 이사장에 해당하는 자가 포함되어 있지도 않다.

따라서 위 단서 부분은 청구인들의 기본권 침해와 무관하고, 청구인들도 달리 이 부분에 대한 위헌 주장을 하고 있지 아니하므로 이 부분도 심판의 대상에서 제외한다.

(다) 법 제25조의3 제2항, 제3항

청구인들은 법 제25조의3 전체에 대하여 위헌확인을 구하나, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 여부나 정식이사 선임에 관한 판단 및 결정이 관할청 및 사학분쟁조정위원회(이하 ‘조정위원회’라 한다)의 재량에 맡겨져 있는 점의 위헌성을 다투고 있을 뿐이다. 위와 같은 주장은 법 제25조의3 제1항에 관한 것이고, 달리 임시이사가 선임된 학교법인에 대하여 조정위원회에 정상화 추진실적을 보고할 의무를 부과하고 있는 같은 조 제2항이나 조정위원회로 하여금 위 추진실적을 평가하여 관할청에 통보하도록 정하고 있는 같은 조 제3항에 관하여는 아무런 위헌 주장을 하고 있지 않으므로 위 조항들도 심판의 대상에서 제외한다.

(라) 법 제53조 제3항 본문

청구인들이 위 조항에 관하여 주장하는 바는 고등교육기관과 초·중등교육기관을 구분하여 초·중등학교의 장의 경우에만 ‘1회에 한하여 중임할 수 있다.’고 규정하여 중임 횟수에 제한을 둔 것이 초·중등학교를 운영하는 학교법인 및 초·중등학교의 장의 기본권을 침해한다는 것이다.

따라서 각급학교의 장의 임기와 이들이 원칙적으로 중임할 수 있음을 규정하고 있는 위 조항 본문은 청구인들의 주장과 무관하고, 달리 위 본문 부분에 대한 위헌 주장을 하고 있지도 아니하므로 이 부분도 심판의 대상에서 제외한다.

(마) 법 제54조의3 제1항, 제2항, 제4항

청구인들은 법 제54조의3 전체에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 같은 조 제3항이 이사장 친·인척의 당해 학교장 임명을 금지하면서 예외적으로 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 때에만 허용하는 것이 위

헌이라고 다루고 있을 뿐이다. 따라서 학교장의 일반적 임명제한 사유에 관하여 규정하고 있는 같은 조 제1항, 제2항 및 교원의 임명제한 사유를 규정하고 있는 같은 조 제4항은 위 주장과 무관하고, 달리 청구인들이 이들 조항에 대한 위헌 주장을 하고 있지도 아니하므로 위 조항들도 심판의 대상에서 제외한다.

(3) 소결

따라서 이 사건 심판의 대상은 법 제14조 제3항 내지 제6항, 제20조의2, 제20조의3 제1항, 제21조 제5항, 제23조 제1항 본문, 제24조의2, 제24조의3, 제25조, 제25조의3 제1항, 제26조의2, 제53조 제3항 단서, 제53조의3 제1항, 제54조의2 제1항 후문, 제54조의3 제3항, 제58조 제1항 제4호가 관련 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다(이 중 법 제24조의2 제1항은 2008. 2. 29. 법률 제8852호 및 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되었으나, 그 개정내용은 정부조직법의 개정에 따라 장관의 명칭이 ‘교육인적자원부장관’에서 ‘교육과학기술부장관’으로, 다시 ‘교육부장관’으로 바뀐 것에 불과하고, 법 제25조 제1항은 2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정되었으나, 그 개정내용은 이사회 의결정족수를 정한 제18조에 제2항이 추가됨으로써 기존의 제18조가 제18조 제1항으로 바뀐 것에 불과하므로, 위 심판대상조항들은 위와 같이 개정된 것을 포함하는 것으로 본다).

심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항] (밑줄로 표시한 부분은 조항의 일부만 심판대상조항인 경우임)
사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것)

제14조(임원) ③ 학교법인은 제1항에 따른 이사정수의 4분의 1(단, 소수점 이하는 올림한다)에 해당하는 이사(이하 “개방이사”라 한다)를 제4항에 따른 개방이사추천위원회에서 2배수 추천한 인사 중에서 선임하여야 한다.

④ 개방이사추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)는 제26조의2에 따른 대학평의회(이하 “대학평의회”라 한다) 또는 ‘초·중등교육법’ 제31조에 따른 학교운영위원회(이하 “학교운영위원회”라 한다)에 두고 그 조직과 운영 및 구성은 정관으로 정하되, 위원정수는 5인 이상 홀수로 하고 대학평의회 또는 학교운영위원회에서 추천위원회 위원의 2분의 1을 추천하도록 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다.

⑤ 제3항에 따라 추천위원회가 개방이사를 추천하는 경우에는 30일 이내에 완료하여야 하며, 이 기간 내에 추천하지 못하는 때에는 관할청이 추천한다.

⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정에 따른 개방이사의 추천, 선임방법 및 자격요건과 기준에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.

제20조의2(임원취임의 승인취소) ① 임원이 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하였을 때에는 관할청은 그 취임승인을 취소할 수 있다.

1. 이 법과 ‘초·중등교육법’ 또는 ‘고등교육법’의 규정을 위반하거나 이에 의한 명령을 이행하지 아니한 때
2. 임원간의 분쟁·회계부정 및 현저한 부당 등으로 인하여 당해 학교 운영에 중대한 장애를 야기한 때
3. 학사행정에 관하여 당해 학교의 장의 권한을 침해하였을 때
6. 관할청의 학교의 장에 대한 징계요구에 불응한 때

제21조(임원선임의 제한) ⑤ 학교법인에 두는 감사 중 1인은 추천위원회에서 추천하는 자를 선임한다.

제23조(임원의 겸직금지) ① 이사장은 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장을 겸할 수 없다. (단서 생략)

제24조의2(사학분쟁조정위원회의 설치 및 기능) ① 제25조에 따른 임시이사의 선임과 제25조의2에 따른 임시이사의 해임 및 제25조의3에 따른 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한 중요 사항을 심의하기 위하여 교육인적자원부장관 소속으로 사학분쟁조정위원회(이하 “조정위원회”라 한다)를 둔다.

② 조정위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 임시이사의 선임에 관한 사항
2. 임시이사의 해임에 관한 사항
3. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항
4. 그 밖에 관할청이 조정위원회에 심의를 요청한 사항

③ 조정위원회는 제2항 각 호의 사항에 대한 심의결과를 지체없이 관할청에 통보하여야 한다.

④ 관할청은 제3항에 따른 심의결과에 따라야 한다. 다만, 심의결과에 이의가 있는 경우에는 조정위원회에 재심을 요청할 수 있고, 그 재심 결과를 수용하여야 한다.

제24조의3(조정위원회의 구성 등) ① 조정위원회는 대통령이 위촉하는 다음 각 호의 위원으로 구성하며, 위원장은 대법원장이 추천하는 인사 중에서 호선한다.

1. 대통령이 추천하는 자 3인
2. 국회의장이 추천하는 자 3인
3. 대법원장이 추천하는 자 5인

② 위원의 임기는 2년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있다.

③ 조정위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제25조(임시이사의 선임) ① 관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 이해관계인의 청구 또는 직권으로 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 선임하여야 한다.

1. 학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단될 때
2. 제20조의2에 따라 학교법인의 임원취임 승인을 취소한 때. 다만, 제18조에 따른 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 때에 한한다.
3. 제25조의2의 규정에 의하여 임시이사를 해임한 때

③ 임시이사는 제1항에 따른 사유가 해소될 때까지 재임하되, 임시이사의 임기는 선임된 날부터 3년을 초과할 수 없다.

⑥ 임시이사가 선임된 학교법인 중 재정이 열악한 학교법인의 최소한의 이사회 운영경비 및 사무직원 인건비는 국가 또는 지방자치단체에서 지원할 수 있다.

제25조의3(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화) ① 관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다.

제26조의2(대학평의원회) ① 대학교육기관에 다음 각 호의 사항을 심의하게 하기 위하여 대학평의원회를 둔다. 다만, 제3호 및 제4호는 자문사항으로 한다.

1. 대학의 발전계획에 관한 사항
2. 학칙의 제정 또는 개정에 관한 사항
3. 대학현장의 제정 또는 개정에 관한 사항
4. 대학교육과정의 운영에 관한 사항
5. 추천위원회의 위원의 추천에 관한 사항
6. 그 밖에 교육에 관한 중요 사항으로서 정관으로 정하는 사항

② 대학평의원회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.

제53조(학교의 장의 임면) ③ 각급학교의 장의 임기는 학교법인 및 법인인 사립학교경영자는 정관으로, 사인인 사립학교경영자는 규칙으로 정하되, 4년을 초과할 수 없고, 중임할 수 있다. 다만, 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있다.

제54조의3(임명의 제한) ③ 학교법인의 이사장과 다음 각 호의 어느 하나의 관계에 있는 자는 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없다. 다만, 이사장수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 자는 그러하지 아니하다.

1. 배우자
2. 직계존속 및 직계비속과 그 배우자

사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정된 것)

제20조의2(임원취임의 승인취소) ② 제1항의 규정에 의한 취임승인의 취소는 관할청이 당해 학교법인에게 그 사유를 들어 시정을 요구한 날로부터 15일이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 한한다. 다만, 시정을 요구하여도 시정할 수 없는 것이 명백하거나 회계부정, 횡령, 뇌물수수 등 비리의 정도가 중대한 경우에는 시정요구 없이 임원취임의 승인을 취소할 수 있으며, 그 세부적 기준은 대통령령으로 정한다.

제20조의3(임원의 직무집행정지) ① 관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 60일의 범위 안에서 해당임원의 직무를 정지할 수 있으며, 부득이한 사유가 있을 때에는 60일의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.

1. 제20조의2 제1항의 규정에 의한 임원취임의 승인취소를 위한 조사 또는 감사가 진행 중일 때
2. 제20조의2 제2항의 규정에 의한 시정요구 기간 중 해당 임원이 계속 직무를 집행할 경우 법인 또는 학교운영상 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정되는 때

제25조(임시이사의 선임) ⑤ 관할청은 임시이사가 선임된 법인에 대하여 이사회를 소집을 요구할 수 있다.

제53조의3(교원인사위원회) ① 각급학교(초등학교·고등기술학교·공민학교·고등공민학교·유치원과 이들에 준하는 각종학교를 제외한다)의 교원(학교의 장을 제외한다)의 임면 등 인사에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 당해 학교에 교원인사위원회를 둔다.

제54조의2(해임요구) ① 각급학교의 장이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는

관할청은 임면권자에게 당해 학교의 장의 해임을 요구할 수 있다. 이 경우 해임을 요구받은 임명권자는 특별한 사유가 없는 한 이에 따라야 한다.

1. 제58조 제1항 각 호의 1에 해당할 때
2. 학생의 입학(편입학을 포함한다)·수업 및 졸업에 관한 당해 학교의 장의 권한에 속하는 사항으로서 교육관계 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 위반할 때
3. 이 법 또는 이 법에 의한 명령 또는 다른 교육관계 법령에 위반하였을 때
4. 학교에 속하는 회계의 집행에 관하여 부정 또는 현저히 부당한 일을 행하였을 때

제58조(면직의 사유) ① 사립학교의 교원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 당해 교원의 임면권자는 이를 면직시킬 수 있다.

4. 정치운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 또는 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선동한 때

사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것)

제25조(임시이사의 선임) ② 임시이사는 조속한 시일 내에 제1항의 규정에 의한 사유가 해소될 수 있도록 노력하여야 한다.

- ④ 임시이사는 제20조의 규정에 의한 임원으로 선임될 수 없다.

[관련조항]

[별지 2] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장요지

[별지 3] 기재와 같다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 법률조항에 대한 헌법소원의 적법요건

법률조항에 대한 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판이 적법하기 위해서는 기본권의 침해가능성이 있어야 할 뿐만 아니라 당해 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 청구인 자신의 기본권이 직접 그리고 현재 침해당한 경우라야 하고, 그 밖에 청구기간 등 법령이 정하고 있는 요건을 충족하여야 한다.

아래에서는 이 사건 심판청구 중 적법요건을 갖추지 못하였거나, 그 흠결 여부가 문제되는 부분을 심판대상조항별로 살펴본다.

나. 심판대상조항별 판단

(1) 법 제14조 제3항, 제4항, 제21조 제5항

위 조항들은 학교법인에게 이사 정수의 4분의 1에 해당하는 이사를 개방이사추천위원회(이하 '추천위원회'라 한다)에서 2배수 추천하는 인사 중에서 선임하도록, 학교법인에 두는 감사 중 1인은 추천위원회에서 추천하는 자를 선임하도록 각 의무지우고 있으므로, 청구인들 중 청구인 ○○학원, □□학원(이하 '청구인 학교법인들'이라 한다)에 대하여는 자기관련성이 인정된다.

청구인 박○국, 김○수는 위 조항들로 인하여 학교법인 설립자인 자신들의 기본권도 침해된다고 주장하나, 학교법인은 설립자와는 별개의 인격체로서 독립된 권리·의무의 주체가 될 뿐만 아니라 법은 원칙적으로 학교법인만을 사립학교운영의 주체로 허용하고 있으므로(법 제3조 제1항), 설립자는 일단 학교법인이 설립되고 나면 원칙적으로 학교법인과 사이에 구체적인 권리 내지 법률관계가 성립될 여지가 없게 된다. 따라서 사립학교운영의 주체가 아닌 설립자의 자기관련성은 인정되지 아니한다.

(2) 법 제14조 제5항

위 조항은 추천위원회가 30일 이내에 개방이사 추천을 완료하지 못할 경우 관할청이 추천하도록 규정하고 있는데, 위 조항으로 인한 기본권 침해는 추천위원회가 30일 내에 추천하지 않을 것을 요건으로 하여 관할청이 실제로 추천이라는 집행행위를 한 때 비로소 문제될 것이므로 직접성을 인정하기 어렵고, '추천위원회가 30일 내에 추천권을 행사하지 않을 것'이라는 요건이 충족되기 전에는 관할청의 추천이라는 집행행위의 가능성이 잠복되어 있을 뿐이어서 장래에 침해가 발생하리라는 것이 현재 확실히 예측되는 경우로 볼 수 없다는 점에서 현재성도 인정되지 아니한다.

(3) 법 제14조 제6항

직접성 요건에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률의 직접성은 부인된다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 377 참조).

법 제14조 제6항은 개방이사의 추천 및 선임에 관한 구체적인 사항을 대통령령으로 정하도록 하는 위임규정으로서 하위규범의 시행을 예정하고 있으므로, 위 조항에 대해서는 직접성이 인정되지 아니한다.

(4) 법 제20조의2, 제20조의3 제1항

위 조항들은 관할청이 일정한 사유가 있을 경우 학교법인이 선임한 임원의 취임승인을 취소하거나 그 직무집행을 정지할 수 있도록 규정하고 있는데, 위 조항들에 의한 기본권 침해 문제는 위 조항들로 인해 직접 초래되는 것이 아니라 관할청의 임원취임의 승인취소처분이나 직무집행정지처분이라는 집행행위가 있을 경우에 비로소 현실화된다고 할 것이므로 위 조항들에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성을 갖추지 못하였다.

(5) 법 제23조 제1항 본문

위 조항은 이사장의 학교장 겸직을 금지하고 있으므로, 청구인들 중 학교법인이나 그 이사장은 학교장의 임명이나 취임에 관하여 직접적인 제한을 받는다.

그런데 이사장의 학교장 금지 조항은 1963. 6. 26. 법률 제1362호로 사립학교법이 제정될 당시부터 현행 사립학교법에 이르기까지 계속 존재해 온 규정으로서, 2005년 개정법에서 다른 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장이나 다른 학교법인의 이사장도 겸할 수 없도록 대상을 확대하였다가 2007년 개정법에서 '당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장'으로 겸직금지의 대상이 한정되었을 뿐이다.

기록상 청구인 이○희는 2001. 8. 1. 및 2005. 8. 1. ○○학원의 이사장에 각 중임되었고, 청구인 김○주는 2005. 9. 20. □□학원의 이사장에 취임하였으므로, 청구인 이○희, 김○주의 경우 이들이 이사장에 중임되거나 취임한 위 각 시점에는 위 조항으로 인한 기본권 침해 사유가 발생하였다고 할 것인데 이 사건 심판청구는 위 각 중임 내지 취임 시점으로부터 1년이 훨씬 지난 2007. 10. 24. 청구되었으므로 이 부분에 대한 위 청구인들의 심판청구는 청구기간을 준수하지 못하였다.

한편, 청구인 ○○학원은 1954. 4. 7. 설립되어 1990. 12. 9. ○○과학대학을, 1998. 11. 30.경 ○○대학교를 각 설치하여 경영해 오고 있고, 청구인 □□학원은 1965. 4. 21. 설립되어 1965. 8. 23.경 □□초등학교를, 1969. 1. 15.경 □□중학교를, 1972. 12. 29.경 □□고등학교를 각 설치하여 경영해 오고 있으므로, 위 학교법인들은 위 각 사립학교를 설치한 위 각 시점에 위 조항으로 인한 기본권 침해 사유가 발생했다고 할 것이다. 그런데 이 사건 심판청구는 위 각 사립학교의 설립 시점으로부터 1년이 훨씬 지난 2007. 10. 24. 비로소 제기되었으므로, 이 부분에 대한 청구인 학교법인들의 심판청구 역시 청구기간을 준수하지 못하였다.

(6) 법 제24조의2, 제24조의3

법 제24조의2는 조정위원회의 설치근거 조항으로 그 심의사항 등 권한을 규정하고 있고, 법 제24조의3은 조정위원회의 구성에 관한 사항을 규정하고 있다.

그런데 어떤 국가기관이나 기구의 기본조직 및 직무범위 등을 규정한 조직규범은 원칙으로 그 조직의 구성원이나 구성원이 되려는 자 등 외에 일반국민을 수범자로 하지 아니하므로 일반국민은 그러한 조직규범에 의하여 기본권이 직접적으로 침해된다고 할 수 없다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 676; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 377 등 참조).

위 조항들의 경우에도, 청구인들이 주장하는 기본권 침해는 위 조항들 자체에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 위 조항들에 의하여 설치된 조정위원회가 법률에서 부여한 심의권한을 현실적으로 행사하고 그 심의결과에 기속되는 관할청의 구체적인 집행행위, 즉 임시이사의 선임, 해임, 정식이사 선임 등의 처분이 있을 때 비로소 발생하는 것이므로, 직접성을 갖추지 못하였다.

청구인들은 조정위원회를 독립기관으로 하지 않고 교육부장관의 소속 하에 둔 것이 권력분립의 원칙이나 정부 구성체계의 원칙에 합치되지 않는다는 이유로 위 기구 자체의 위헌성을 주장하나, 어떠한 제도가 헌법의 기본원리에 부합하지 않는다는 점만으로 국민의 기본권이 직접 현실적으로 침해된 것이라고 할 수는 없다(헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238, 243; 헌재 1998. 10. 29. 96헌마186, 판례집 10-2, 600, 606 참조).

(7) 법 제25조 제1항

위 조항은 관할청이 학교법인의 임시이사를 선임할 수 있는 근거조항으로 각 호에서 임시이사의 선임사유를 규정하고 있는데, 각 호의 선임사유는 어느 경우나 관할청에 판단의 여지를 부여하고 있어 집행행위 이전에 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태에 있다고 볼 수 없고, 위 조항으로 인한 기본권 침해는 관할청의 임시이사선임처분이라는 집행행위가 있을 때 비로소 현실화된다고 할 것이므로, 위 조항에 대한 심판청구도 기본권 침해의 직접성을 갖추지 못하였다.

(8) 법 제25조 제2항, 제4항, 제6항

위 조항들은 임시이사에게 그 선임사유가 조속히 해결될 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부과하고(제25조 제2항), 임시이사는 정식이사로 선임될 수 없으며(제25조 제4항), 국가 또는 지방자치단체가 임시이사가 선임된 학교법인을 지원할 수 있다(제25조 제6항)고 규정할 뿐, 청구인들에 대하여 권리를 제

한하거나 의무를 부과하고 있지 않다.

따라서 위 조항들로 인하여 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향이 있다고 할 수 없으므로 기본권의 침해가능성이 존재하지 않는다.

(9) 법 제25조 제3항, 제25조의3 제1항

(가) 청구인 학교법인들의 경우

법 제25조 제3항은 개별 임시이사의 임기를 정하고 있을 뿐 관할청이 임시이사를 선임할 수 있는 기간 즉 임시이사 체제의 존속기한에 대하여는 아무런 제한을 두고 있지 않고, 법 제25조의3 제1항은 임시이사 선임사유가 종료되어 정식이사를 선임하는 단계에서 학교법인의 설립자나 종전이사 등이 관여할 권리를 보장하고 있지 않다.

위 조항들로 인하여, 관할청이나 조정위원회의 판단에 따라서는 임시이사 체제가 부당히 장기화될 가능성도 배제할 수 없고, 학교법인은 스스로 선임한 이사로 구성된 이사회를 통하여 학교법인 또는 사립학교를 경영할 권리를 제한당하게 되므로 청구인 학교법인들이 자기관련성을 가지는 점은 의문이 없다.

그러나 청구인 ○○학원의 경우 임시이사가 선임되어 있지 아니하고, 달리 위 학교법인들에 위 조항에서 정하고 있는 임시이사 선임사유가 발생하여 임시이사 선임이 확실히 예상된다고 볼 수 있는 특별한 사정도 찾을 수 없으며, 장차 위 학교법인들에 임시이사 선임사유가 발생할 경우 기본권 침해를 받을 우려가 있다 하더라도 이는 잠재적인 것에 불과하므로 이들의 심판청구는 기본권 침해의 현재성을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

반면 청구인 □□학원은 2013. 9. 17. 서울특별시 교육감이 □□학원의 임원전원에 대해 임원취임 승인을 취소하여 임시이사 선임절차가 진행 중에 있으므로 기본권 침해의 현재성이 인정된다.

(나) 설립자, 종전이사 등의 자기관련성 인정 여부

청구인들은 위 조항으로 인하여 학교법인 외에 임시이사가 선임되어 있는 학교법인의 설립자나 임시이사 선임 전에 이사 또는 이사장직에 있었던 사람들의 기본권도 침해된다고 주장한다.

살피건대, 앞에서 본 바와 같이 설립자는 학교법인이 설립되고 난 다음에는 비록 사실상으로 학교법인의 운영에 영향력을 행사할 수 있다 하더라도 학교법인과는 현재 구체적인 권리 내지 법률관계가 성립될 수 없고, 이사장을 포함한 이사 역시 퇴임함으로써 학교법인과의 법률관계는 종료되는 것이 원칙이며, 이러한 법리는 학교법인에 임시이사가 선임되어 있다 하여 달라지는 것은

아니다.

그러나 법률조항에 대한 헌법소원심판에 있어서 당해 법률조항의 문언만으로는 법률상 이익이라는 자기관련성의 징표가 뚜렷하지 않은 경우에도 법의 목적, 실질적인 규율대상, 법률조항이 내포하는 불이익이 당해 청구인에게 미치는 영향이나 진지성의 정도, 직접적인 수범자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 자기관련성을 인정할 수 있다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416-417; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 933-934 참조).

이 사건의 경우, 법 제25조 제3항 및 법 제25조의3 제1항과 자기관련성이 인정되는 범위를 사립학교운영의 법적 주체인 학교법인으로만 한정한다면, 이미 이사 정수의 과반수에 대하여 임시이사가 선임되어 있는 학교법인의 경우에는 부당한 결과가 생기게 된다. 즉, 관할청이 학교법인의 이사 과반수에 대하여 취임승인을 취소하고 임시이사를 선임한 경우 이들로 구성되는 이사회는 임시이사 체제에 의하여 배제된 구 이사회와는 이해관계를 달리하는 것이 일반적일 것이므로, 임시이사들에게 임시이사 및 정상화 관련 조항들에 대한 헌법소원을 제기하기를 기대할 수는 없다.

또한, 임시이사가 선임되기 전, 즉 학교법인이 정상적으로 운영되는 상황에서 임시이사와 관련된 법률조항에 대하여 헌법소원을 제기한 경우에는 위에서 본 것처럼 직접성 또는 현재성이 없다는 이유로 각하될 것이므로, 학교법인으로서의 임시이사 관련 법률조항에 대해 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 길이 사실상 봉쇄되어 있다.

이 사건에서 자기관련성의 인정 여부가 문제되는 청구인 박○국, 고○애, 손○국, 전○용, 조○성, 주○건은 이 사건 심판청구 당시 임시이사가 선임되어 있던 학교법인의 설립자이거나 임시이사 선임 전에 이사장 또는 이사로 재직했던 사람들이고, 청구인 김○주는 현재 임시이사 선임절차가 진행 중인 청구인 □□학원의 이사장으로 재직했던 사람이다.

이 중 설립자는 학교법인의 설립을 위하여 재산을 출연하고, 정관으로 설립 목적(건학이념)을 정립하는 한편, 최초 임원을 선임하여 이사회를 구성하고, 그 이사회에 의하여 설립 목적이 구체적으로 실현된다. 사립학교법이 사립학교의 원칙적인 설립·운영자로 학교법인만을 인정함으로써 설립자 개인의 사학의 자유는 사실상 학교법인의 설립단계에서 단절시키고 있으나, 이는 학교법인의 설립 목적이 지속적으로 구현될 수 있음이 전제가 되어야 정당화될 수 있다.

그런데 학교법인에 임시이사가 선임됨으로써 이사회의 인적 연속성이 단절되고 학교법인의 정체성의 유지·계승 여부에 관하여 의문이 제기되는 상황에서, 임시이사로 구성된 이사회가 학교법인의 정체성이나 설립 목적을 수호하기 위한 법적 쟁송을 제기할 것을 기대할 수 없다면 이러한 경우에는 예외적으로 설립자의 사학의 자유가 단절되지 않고 연장된다고 보아 학교법인의 정체성과 설립 목적을 수호할 기회가 주어져야 할 것이다. 이를 보장하지 않는다면 설립자의 사학의 자유의 본질적인 내용을 부정하는 것이 될 수 있다.

또한 임시이사가 선임되기 직전의 최종이사 중 적법하게 선임되었다가 퇴임한 최후의 정식이사(중전이사는 학교법인의 이해관계인에 해당하므로 자기관련성을 인정하는 데 특별한 문제가 없고(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조), 나아가 임원취임승인이 취소됨으로써 적법하게 퇴임하지 못한 최종이사의 경우에도 법적 쟁송절차를 거칠 경우 긴급처리권을 행사하여 정식이사를 선임할 수 있는 지위를 회복할 여지가 있을 뿐만 아니라(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결 참조) 종래 법원이 이사취임승인 취소처분을 다투는 소송에서 소의 이익을 좁게 인정하여 재판 진행 중에 임기가 만료된 경우에도 권리보호의 이익이 없음을 들어 소 각하판결을 하는 등 취소처분의 적법성이 확인되지 못한 사례가 많았던 점에 비추어 보면, 이사취임승인처분의 취소가 있었다 하여 그 사유의 내용 및 경중을 가리지 아니한 채 무조건 학교법인과 사이에서 신뢰관계가 파괴되었다고 보아 학교법인의 정체성을 대변할 지위를 부정하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 나아가 주관적 기본권보장 외에 헌법보장기능을 함께 가지는 헌법소원에서 그 적법요건으로서의 자기관련성이란, 추상적인 수준에서 제3자가 아니라 자신이 스스로 법적으로 관련될 것을 요구하는 것이므로 이들에 대해서도 현실적으로 그와 같은 법적 쟁송절차를 거쳐 긴급처리권을 행사할 수 있는 지위를 획득하였는지 여부와 관계없이 임시이사 관련 조항에 대하여 자기관련성을 인정할 수 있다 할 것이다(이하 이들과 위에서 본 설립자, 중전이사를 통칭하여 ‘중전이사 등’이라 한다).

(10) 법 제25조 제5항

위 조항은 임시이사가 선임된 학교법인에 대하여 관할청이 이사회의 소집을 요구할 수 있도록 규정하고 있는데, 위 조항으로 인한 기본권 침해 역시 관할청의 이사회 소집 요구라는 집행행위를 매개로 하여 비로소 현실화된다고 할 것이므로 직접성을 인정할 수 없다.

(11) 법 제26조의2 제1항

위 조항은 대학교육기관에게 대학평의위원회를 설치할 의무를 부과하고 있으므로, 대학교육기관인 ○○대학교 및 ○○과학대학을 설립·경영하고 있는 청구인 ○○학원에 대해서만 기본권 침해의 자기관련성, 직접성, 현재성이 인정된다.

(12) 법 제26조의2 제2항

위 조항은 대학평의위원회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있는데, 이는 법률조항이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에 해당하여 위 조항 자체로는 직접 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없으므로, 직접성이 인정되지 아니한다.

(13) 법 제53조 제3항 단서

위 조항 단서로 인하여 초·중등학교의 장은 중임 횟수에 제한을 받게 되고, 또한 초·중등학교를 경영하는 학교법인도 학교장 임명권에 제한을 받게 되므로 청구인들 중 초·중등학교의 장인 청구인 김○수, 조○행과 초·중등학교를 운영하는 청구인 학교법인들의 자기관련성이 인정되고, 이들에 대하여는 기본권 침해의 직접성·현재성도 인정할 수 있다.

(14) 법 제53조의3 제1항

위 조항은 각급학교에게 교원인사위원회를 설치할 의무를 부과하고 있는데, 사립학교 교원의 임면권자인 학교법인으로서는 위 조항에 의하여 교원인사위원회를 설치하여 교원의 임면에 관한 사항을 심의하게 할 의무를 직접 부담하게 되므로 청구인 학교법인들의 자기관련성, 직접성, 현재성을 인정할 수 있다.

그런데 위 조항은 사립학교법이 1981. 2. 28. 법률 제3373호로 개정되면서 “대학교육기관의 교원(학교의 장을 제외한다)의 인사에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 당해 대학교육기관에 교원인사위원회를 둔다.”는 내용으로 신설되었다가 1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되면서 설치범위가 ‘각급학교’로 확대되었으며, 이후 설치대상 학교의 범위 및 명칭 변경에 따른 두 차례 개정을 거쳐 2005년 개정법에서 현행 조항과 같이 규정되었다.

2005년 개정법의 시행일인 2006. 7. 1.(부칙 제1조)부터 기산하더라도 위 조항에 대한 심판청구는 그로부터 1년이 훨씬 지난 2007. 10. 24. 제기되었으므로, 청구인 학교법인들의 이 부분 심판청구는 청구기간을 준수하지 못하였다.

(15) 법 제54조의2 제1항 후문

위 조항은 관할청이 각급학교의 장의 해임을 요구할 경우 임면권자가 이에

기속되도록 정한 규정이다. 청구인들 중 각급학교의 장과 학교의 장의 임면권자인 학교법인들에 대하여 자기관련성이 인정되나, 위 조항으로 인한 기본권 침해 역시 실제로 관할청의 해임요구라는 집행행위가 있을 때에 비로소 현실화될 것이므로, 직접성을 갖추지 못하였다.

(16) 법 제54조의3 제3항

위 조항은 학교법인의 이사장과 특수관계에 있는 자들이 당해 학교법인이 경영하는 학교의 장에 임명될 수 없도록 하면서 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 요건으로 하여 예외적으로 그 임명을 허용하고 있다.

이 사건 청구인들 중 ○○학원 이사장(이○회)의 아들인 청구인 조○수와 사립학교장의 임면권자인 청구인 학교법인들의 자기관련성이 인정되고, 이사장과 특수관계에 있는 자들을 학교의 장으로 임명하려 할 경우 위와 같은 예외적 허용요건을 갖추어야 할 의무는 위 조항에 의하여 직접 그리고 위 조항이 시행됨으로써 바로 발생한다고 보아야 하므로 직접성과 현재성도 갖추었다.

(17) 법 제58조 제1항 제4호

청구인들은 위 조항이 정하고 있는 사립학교 교원의 면직사유에서 ‘노동운동’ 부분을 제외한 것이 학생인 청구인 최○영의 수확권, 학부모인 청구인 최○준, 임○란의 자녀교육권을 침해한다고 주장한다.

그러나 노동운동을 한 교원을 면직시킬 수 없다는 점으로부터 학생이나 학부모가 불이익을 입을 수 있다 하더라도 이는 이들의 법적 지위에 대한 직접적 침해가 아니라 이들이 학교재학이라고 하는 생활관계에 필연적으로 관련되는 데서 파생하는 간접적·사실적 불이익에 불과하다 할 것이므로, 위 조항에 대하여 위 청구인들이 자기관련성을 갖는다고 볼 수 없다.

다. 소결

이상 살펴본 바와 같이, 이 사건 심판대상조항 중 법 제14조 제5항, 제6항, 제20조의2, 제20조의3 제1항, 제23조 제1항 본문, 제24조의2, 제24조의3, 제25조 제1항, 제2항, 제4항 내지 제6항, 제26조의2 제2항, 제53조의3 제1항, 제54조의2 제1항 후문, 제58조 제1항 제4호에 대한 심판청구 부분은 적법요건을 갖추지 못하였다.

따라서 본안 판단의 대상이 되는 조항은 법 제14조 제3항, 제4항, 제21조 제5항, 제25조 제3항, 제25조의3 제1항, 제26조의2 제1항, 제53조 제3항 단서, 제54조의3 제3항이다.

4. 본안에 관한 판단

가. 사학의 자유와 공교육체계하의 사립학교에 대한 규제가능성

(1) 사립학교는 그 설립자의 특별한 설립이념을 구현하거나 독자적인 교육 방침에 따라 개성 있는 교육을 실시할 수 있을 뿐만 아니라, 공공의 이익을 위한 재산출연을 통하여 정부의 공교육 실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 담당한다.

헌법재판소는 사립학교에 대한 위와 같은 인식을 바탕으로, 비록 헌법에 명문의 규정은 없지만 학교법인을 설립하고 이를 통하여 사립학교를 설립·경영하는 것을 내용으로 하는 사학의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권임을 확인하는 한편, 학교 교육이 개인·사회·국가에 지대한 영향을 미친다는 점에서 사립학교도 국·공립학교와 본질적으로 다를 바 없음을 밝힌 바 있다(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 68 참조).

(2) 헌법 제31조는 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 국가나 공공단체가 적극적·능동적으로 주도하고 관여하는 교육체계, 즉 공교육체도를 전제하고 있음(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 751-752 참조)에 따라 학교 교육의 제도와 그 운영에 관해서 법률에 위임하고 있으며, 이러한 헌법의 위임에 따라 교육기본법, 초·중등교육법 등의 교육관련 법률들도 학교, 교원, 학생선발, 교육내용, 학교에 대한 공적 지도·감독 등 학교 및 교육의 거의 모든 영역에 걸쳐 사립학교를 공립학교와 동일하게 규율하고 있으므로, 법제상 우리나라 사립학교는 공교육체도의 체계에 철저히 편입되어 있다고 할 수 있다.

사립학교의 운영에 있어서 자율성을 인정하면서도 국가가 감독과 통제의 제약을 부과하는 정도는 그 시대의 사정과 각급학교의 특성에 따라 다를 수밖에 없을 것이지만, 우리나라와 같은 공교육체계하에서의 사립학교는 태생적으로 그 공공성이 강조되는 양상이 뚜렷할 수밖에 없다.

학교법인은 교육의 실시를 목적으로 설립되고 고도의 공공성을 지닌 사립학교를 설치·경영한다는 점에서 사법인이라는 그 법적 형식에도 불구하고 대단히 공익적인 역할을 수행한다. 학교법인 운영의 투명성, 효율성은 사립학교 및 그에 의해 수행되는 교육의 공공성과 직결되므로, 이를 제고하기 위하여 사적 자치를 넘어서는 새로운 제도를 형성하거나 학교법인의 자율적인 조직구성권 및 학교운영권에 공법적 규제를 가하는 것까지도 교육이나 사학의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는

것으로 허용된다 할 것이고, 이는 우리 헌법이 예정하고 있는 공교육의 주관자로서의 국가의 책무이기도 하다.

나. 법 제14조 제3항, 제4항에 관한 판단

(1) 개방이사제도 개관

학교법인에는 필요적 상설기관으로 7인 이상의 이사를 두어야 하는데(법 제14조 제1항), 학교법인은 이사 정수의 4분의 1 이상은 추천위원회가 2배수 추천한 인사 중에서 선임하여야 한다(이하 ‘개방이사’라 한다, 법 제14조 제3항).

2005년 개정법은 학교운영위원회 또는 대학평의위원회가 직접 개방이사를 추천하는 것으로 규정하고 있었으나, 2007년 개정법에서는 추천의 주체를 위 기구의 참여하에 구성되는 추천위원회로 변경하였다.

추천위원회는 대학평의위원회(대학교육기관의 경우) 또는 학교운영위원회(초·중등교육기관의 경우)에 설치되고, 그 조직과 운영 및 구성은 정관으로 정하되, 위원정수는 5인 이상 홀수로 하고 대학평의위원회 또는 학교운영위원회에서 추천위원회 위원의 2분의 1을 추천한다. 다만, 대통령령으로 정하는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천한다(법 제14조 제4항).

이와 같이 추천위원 정수의 2분의 1에 대한 추천권이 대학평의위원회나 학교운영위원회에 부여되어 있으므로 이들 기구가 어떤 인사로 구성되는지가 중요한 의미를 가진다.

대학평의위원회는 사립대학에 의무적으로 설치되는 기구로(법 제26조의2), 교원·직원 및 학생 중에서 각각의 구성단위를 대표할 수 있는 자로 하여 11인 이상으로 구성하되, 동문 및 학교의 발전에 도움이 될 수 있는 자를 포함할 수 있다[사립학교법 시행령(이하 ‘시행령’이라 한다) 제10조의6].

학교운영위원회는 국·공립을 포함한 모든 초·중·고등학교에 의무적으로 설치되는 기구로(초·중등교육법 제31조 제1항), 학부모위원(100분의 40 내지 100분의 50), 교원위원(100분의 30 내지 100분의 40), 지역위원(100분의 10 내지 100분의 30)으로 구성되는데, 학교장은 당연직 교원위원이고, 나머지 교원위원은 정관이 정한 절차에 따라 교직원전체회의에서 추천한 자 중 학교의 장이 위촉하며, 학부모위원은 학부모전체회의에서 직접 선출하고, 지역위원은 학부모위원 또는 교원위원의 추천을 받아 학부모위원 및 교원위원이 무기명투표로 선출한다(초·중등교육법 제31조 제3항, 같은 법 시행령 제58조, 제59조, 제63조).

(2) 제한되는 기본권

학교법인이 자신의 의사를 결정할 기관을 스스로 구성할 권리는 사학의 자유에 당연히 내포되어 있는 내용이라 할 것인데, 법 제14조 제3항, 제4항은 학교법인의 이사의 선임을 정관이나 학교법인의 의사에 의하지 아니한 방법, 즉 추천위원회의 구성에 대학평의원회나 학교운영위원회를 참여시키고, 이사 정수의 4분의 1을 추천위원회가 2배수로 추천하는 인사 중에서 선임하도록 함으로써 학교법인의 사학의 자유의 한 내용인 이사선임권을 제한하고 있다.

또한, 법 제14조 제3항은 다른 사법인과 달리 학교법인의 경우에만 개방이사 선임을 강제하고 있으므로 학교법인을 차별하고, 법 제14조 제4항 단서가 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원을 설치·경영하는 학교법인의 경우 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천하도록 한 것은 위 단서에 해당 하는 학교법인과 그렇지 아니한 학교법인을 차별하는 것으로 볼 수 있다.

(3) 사학의 자유 침해 여부

(가) 개방이사제도의 입법취지

개방이사제도는 학교법인의 이사 정수 중 4분의 1 이상을 이사회 외부에서 추천한 인사 중에서 선임하도록 하여 사립학교운영의 투명성과 공정성을 제고하고, 추천위원회에 다양한 학교구성원들이 참여하도록 함으로써 이들에게 학교운영에 참여할 기회를 부여하는 데 그 입법취지가 있다고 할 수 있다.

1) 입법자가 개방이사제도를 통하여 이사회의 투명성과 공공성을 제고하고자 한 것은 사립학교가 전체 학교 교육에서 차지하는 비중이나 공교육체계에 편입되어 있는 정도가 유례가 없을 정도로 높은 우리나라 교육현실에서, 그동안 학교법인이 보여 온 사립학교운영의 양상이 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 방향으로 작동하지 않았다는 비판적인 현실인식에 근거하고 있는 것이다.

즉, 입법자는 설립자나 이사장 및 그 친족들에 의해 학교법인이 폐쇄적으로 운영되는 등 투명한 학교운영을 통한 학교의 건전한 발전이라는 이상적인 모습과는 거리를 보여 온 우리 사학의 현실을 개선하기 위하여 학교법인의 설립자나 이사장으로부터 독립한 인사를 이사회에 참여하게 하고, 이들이 다른 관점에서 학교법인의 운영을 평가, 감시, 조언함으로써 학교운영의 투명성을 제고하고자 한 것이다.

학교법인이 본질적으로 사법인이라 할지라도 학교운영이라는 공공적 기능을 수행하는 이상 그 이사회는 단순히 사법인의 내부의사결정기관에 그치는

것이 아니라 공공성을 담보하는 역할과 기능도 수행해야 할 것이므로, 이를 위하여 독립적인 외부 인사의 이사회 참여가 필요하다고 본 입법자의 판단은 그 정당성을 수긍할 수 있다.

2) 개방이사제도는 학교구성원들로 하여금 학교운영에 참여할 수 있도록 해 준다는 점에서도 그 정당성을 찾을 수 있다.

헌법재판소는 학부모의 집단적인 교육참여권이나 교사의 수업권이 헌법상 도출되는 기본권은 아니라고 보면서도 법률로써 이들 권리를 인정하고 보장하는 것은 헌법상 당연히 허용된다고 하고, 지역주민이 학교운영에 참여하는 것 역시 주민자치라는 민주주의 원리와 무관하지 않고 학교운영에 지역사회의 특성과 요구를 반영할 수 있는 장점이 있다는 점을 이유로 이들로 구성되는 학교운영위원회의 설치를 사립학교에도 의무화하는 것의 정당성을 인정한 바 있다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마278, 판례집 13-2, 762, 770 참조).

학교구성원들의 학교운영참여권은 헌법 제31조 제4항에서 규정하고 있는 교육의 자주성에서 그 근거를 찾을 수 있고, 교육제도와 그 운영에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있는 교육기본법은 이들이 학교운영에 참여할 수 있는 법률적 근거를 마련해 두고 있다. 즉 교육기본법 제5조 제1항은 국가 및 지방자치단체에 교육의 자주성 및 전문성을 보장할 의무를 부과하면서 그것이 지역의 실정에 맞게 구체화되도록 할 것을 주문하고 있고, 제2항은 제1항의 취지를 학교현장에서 구체적으로 살릴 수 있도록 학교운영의 자율성을 존중하겠다는 의사를 밝힘과 동시에 그러한 자율성을 구현하는 방법으로 교직원과 학생, 학부모 및 지역주민의 학교운영에 대한 참여가 필요하다는 점을 명시하고 있다.

3) 위 교육기본법 조항은 초·중등교육기관 뿐만 아니라 고등교육기관에도 적용되지만, 나아가 대학의 경우에는 헌법에서 명시적으로 대학의 자율성을 기본권으로 보장하고 있기도 하다.

대학의 자율성은 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학구성원으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것으로 학문의 자유의 확실한 보장수단이자 대학에 부여된 헌법상의 기본권이고, 대학의 인사, 관리, 운영, 재정, 학사에서 외부의 간섭을 받지 않고 자율적으로 결정하는 것을 그 내용으로 한다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 670 참조).

대학의 자율성의 위와 같은 함의는 개념 내재적으로 대학의 자치를 그 본질

로 하는데, 기본적으로 대학 자체가 그 주체가 될 것이나 침해가 발생하는 국면에 따라서는 대학의 전 구성원이 주체가 될 수도 있다.

4) 따라서 교육당사자들로 구성되는 학교운영위원회나 대학평의원회에서 개방이사를 추천하는 것은 헌법상 허용되고, 입법자가 사립학교운영의 투명성과 공공성을 제고하는 수단으로 국가가 직접 관여하는 것이 아니라 학교구성원을 참여시키는 방식을 택하였다는 것은 학교운영의 민주성까지 고려한 것으로 수단의 적절성도 갖추었다고 할 것이다.

(나) 입법형성재량의 한계 일탈 여부

위에서 본 개방이사제도의 일반적 정당성에 더하여, 다음과 같은 점에 비추어 보면 개방이사제도가 헌법 제31조 제6항에 의하여 입법자에게 부여된 교육제도에 관한 입법형성재량을 벗어나 학교법인의 사학의 자유 등의 기본권을 과도하게 제한하는 것이라 할 수 없다.

1) 대학평의원회와 학교운영위원회가 추천하는 추천위원의 수는 위원 정수의 2분의 1에 한정되므로 나머지 추천위원의 구성권은 여전히 이사회에 유보되어 있고, 학교법인은 이사 정수의 4분의 1에 한하여 자율적 구성권의 제약을 받을 뿐 나머지 부분에 대하여는 여전히 자율적으로 이사회를 구성할 수 있다. 이사 정수의 4분의 1에 불과한 개방이사가 이사회 의사결정을 좌우할 수 없음은 명백하고, 나아가 학교법인에게는 2배수 추천 인사 중에서 선임할 수 있는 선택권도 유보되어 있다. 이는 입법자의 의도가 개방이사로 하여금 학교법인의 운영권을 장악하도록 하는 데에 있는 것이 아니라, 그야말로 법인 외부의 학교구성원의 관점에서 학교운영에 관하여 공정하게 사안을 평가하고 문제를 제기함으로써 이사회 운영의 투명성을 강화하는 데에 있음을 잘 보여준다.

2) 개방이사의 추천, 선임방법 등에 관하여는 대통령령과 정관에서 정하도록 위임되어 있는데(법 제14조 제6항), 그 위임에 근거하여 사립학교법 시행령은 추천위원회가 해당 학교의 건학이념을 구현할 수 있는 자를 추천하여야 하고(시행령 제7조의2 제2항), 개방이사의 자격요건은 일반이사의 자격요건을 고려하여 정관으로 정하도록 하고 있다(시행령 제7조의2 제5항). 그 밖에 개방이사의 추천, 선임방법 및 기준에 관하여 필요한 사항에 관하여도 정관으로 이를 정하도록 하고 있어(시행령 제7조의2 제8항), 학교법인으로서 정관에서 개방이사의 자격요건을 구체적으로 규정함으로써 건학이념에 부합하지 않는 인사가 개방이사로 선임되는 것을 사전에 방지할 수 있다.

3) 학교법인 운영의 투명성을 확보하는 데에는 사후적·제재적 방법과 예

방적 방법이 있을 수 있는데, 국가기관의 감독활동을 통하여 비리 사학에 대한 사후제재를 엄격히 함으로써 목적하는 효과를 거둘 수도 있겠지만, 감독활동에는 한계가 있을 뿐만 아니라 위와 같은 사후제재 방식에는 행정비용, 선별적·일벌백계식 사후조치 등의 부작용이 따르기 쉽다.

무엇보다도, 사전적·예방적 조치를 등한시하여 교육현장인 학교가 정상적으로 운영되지 않는 상황이 일단 발생하게 되면, 원상회복이 용이하지 않을 뿐만 아니라 그로 인한 피해는 고스란히 교육을 받을 권리의 주체인 국민의 몫으로 돌아갈 수밖에 없다는 점에서 사전적·예방적 수단의 필요성을 수긍하지 않을 수 없다.

임시이사 선임되는 학교법인의 수가 증가해 왔고, 임시이사 체제에 들어선 학교법인의 정상화가 쉽게 이루어지지 않았던 그동안의 경험 역시 임시이사 체제를 초래할 수 있는 원인을 사전에 예방하는 것이 필요하다는 점을 잘 대변해 주고 있다.

(다) 소결

이처럼 개방이사제도는 입법목적이 정당하고 적절한 수단에 의하여 목적 달성에 필요한 한도 내에서의 제한에 그치고 있으므로, 청구인 학교법인들의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 평등권 침해 여부

(가) 일반 사법인 및 공익법인과 차별

법 제14조 제3항, 제4항은 일반 비영리재단법인은 물론 공익목적으로 운영되더라도 개방이사의 선임이 강제되지 않는 공익법인, 사회복지법인, 의료법인 등과 비교할 때 학교법인을 차별하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 학교법인은 비록 그 본질이 재단법인이라고 하더라도 사립학교운동을 통하여 수행하는 공공성의 측면에서 보면 원칙적으로 그러한 공공성이 요구되지 않아 사적 자치의 영역에 맡겨 두는 것으로 족한 일반 사법인과 동렬에 놓고 비교할 수는 없다.

또한, 공익법인이나 사회복지법인, 의료법인 등의 경우, 그 수행하는 사업이 공공성을 띤다고 할 수는 있으나, 이들이 제공하는 용역의 성격이나 그 수요층의 범위, 법인 내부의 의사결정이 그 사업영역 내 관련 국민들에게 미치는 영향, 특정 법인이 정상적으로 운영되지 못하여 사업수행에 차질이 생길 경우에 그 이용자들이 공백 없이 동질의 용역을 계속 제공받을 수 있는 가능성 즉, 대체수단에 대한 접근용이성의 정도 등에서 학교법인과는 현격한 차이가 있다고

할 것이므로, 이들과 학교법인을 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

(나) 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학·대학원을 경영하는 학교법인과의 차별

법 제14조 제4항 단서는 개방이사추천위원의 추천과 관련하여, 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인의 경우에는 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천하도록 정하고 있는데, 위 단서에 해당하는 학교법인과 비교할 때 일반 학교법인은 물론 종립 학교법인 중에도 종교지도자 양성만을 목적으로 하지 않는 일반사립학교를 운영하는 학교법인을 차별 취급하는 것으로 볼 수 있다.

법 제14조 제4항 단서에서 규정하고 있는 “종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원 설치·경영 학교법인”이란 정관에서 그 설립 목적과 해당 종교단체의 관계를 명확히 하고 있는 학교법인으로서 해당 종교단체에서 종교의식의 집행, 신도의 교육, 선교 활동, 종교단체의 운영 등을 지도·담당하는 자의 양성만을 위하여 설립된 대학 및 대학원을 설치·경영하는 학교법인을 말하고(시행령 제7조의2 제6항), 교육부장관이 학교법인의 설치목적과 설치·경영하는 학교의 교육과정 등을 확인하여 위 단서 조항에 해당하는 학교법인을 고시하도록 하고 있다(시행령 제7조의2 제7항).

종립 학교법인이 운영하는 일반종교사학의 경우, 보편적인 교육이념을 벗어나지 않는 한 설립 목적에서 종교교육을 표방할 수 있고 교육과정에 이를 포함시킬 수도 있으나, 그러한 종교사학도 공교육체제에 편입되어 있는 이상 공교육의 주관자인 국가는 교육을 위한 인적·물적 시설의 기준이나 학력인정에 필요한 교과과정의 기준을 제시할 수 있고, 학교운영의 투명성과 학교구성원의 학교운영에 대한 참여를 제고하기 위하여 학교운영 영역에서 사적 자치의 원칙을 제한하거나 수정하는 등 사립학교 일반에 적용되는 공적 규율을 행할 수 있는 것이며, 이는 대부분의 초·중등학교에 있어서 학생이나 학부모의 학교선택권 및 학교의 학생선발권이 보장되어 있지 않은 우리 교육법제 하에서는 더욱 그러하다.

따라서 공립대체 사립학교인 일반종교사학에 대하여 일반 학교법인과 마찬가지로 개방이사의 선임을 의무화하고 추천위원회 구성방법 역시 동일하게 적용한다 하더라도 이를 두고 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 것이라 할 수 없다.

다만, 위 조항 단서에서 예외로 하고 있는 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원의 경우 그 설립 목적의 종교지향성이 뚜렷하고, 대부분의 학교구성원들 역시 이러한 설립 목적을 당연한 전제로 받아들인 상태에서 당해 학교를 선택할 것이며, 보편적인 교육이념이나 학력인정을 위하여 국가가 관여할 필요성도 상대적으로 낮으므로, 입법자는 이러한 점을 고려하여 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원을 운영하는 학교법인의 경우에는 개방이사의 추천방법을 달리 정하고 있는 것이다.

이와 같이 위 조항 단서에 해당하는 학교법인의 경우 그 자율성을 보장해 줄 필요성이 큰 반면 외부인사를 학교운영에 개입하게 하여야 할 정도로 공공성의 요구가 크지 않다는 점에서 다른 학교법인과 차이를 둔 것이므로, 그 차별취급에는 합리적인 이유가 있다.

(5) 청구인들의 기타 주장에 대한 판단

청구인들은 개방이사제도가 학교법인의 재산권, 종교의 자유, 일반적 행동의 자유, 직업의 자유를 침해하고, 정교분리원칙이나 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성·대학의 자율성, 자유민주주의, 자유시장경제질서에도 위배된다고 주장한다.

그러나 하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 경우에는 기본권 침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 먼저 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것인데(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337), 법 제14조 제3항, 제4항과 관련한 청구인들의 주장, 입법자의 입법동기 등을 고려하면 개방이사제도는 학교법인의 사립학교운영의 자유와 가장 밀접한 관계에 있고, 재산권이나 종교의 자유에 대한 제한은 학교법인에게 인정되는 포괄적 기본권인 사립학교 운영의 자유에 대한 제한에 부수하여 2차적으로 발생하는 것에 불과하므로, 사립학교 운영의 자유를 침해하지 않는 이상 위와 같은 부수적 제한 역시 과잉제한이라 볼 수 없다.

한편, 사립학교 운영의 자유는 국민의 교육을 받을 권리 외에 헌법 제10조에서 보장되는 행복추구권의 한 내용을 이루는 일반적인 행동의 자유권, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 규정하고 있는 헌법 제31조 제4항으로부터 도출되는 기본권이므로(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 67), 사립학교 운영의 자유에 대한 침해 여부를 판단한 이상 다시 그

도출 근거가 되는 기본권이나 헌법상 원칙을 중복하여 판단할 필요는 없다.

또한, 개방이사제도는 국가가 특정종교의 교육을 강제하거나 특정종교를 우대하도록 하는 규정이 아니므로 헌법 제20조 제2항이 정한 정교분리 원칙의 위반 여부는 문제되지 아니하고, 사립학교 운영의 자유는 자유민주주의나 시장경제질서와 같은 헌법의 기본질서를 당연한 전제로 하여 인정되는 기본권이 고, 위와 같은 헌법의 기본질서가 사립학교 운영의 자유라는 구체화된 기본권에 온전히 포섭되지 않는 독자적인 의미영역을 가지는 것으로 보기에 어려우므로 이에 대해서도 별도로 판단하지 아니한다.

다. 법 제21조 제5항에 관한 판단

(1) 법률조항의 내용

학교법인에는 2인 이상의 감사를 두어야 하고(법 제14조 제1항), 감사는 이사와 마찬가지로 학교법인 이사회가 선임하는데(법 제20조 제1항), 법 제21조 제5항은 감사 중 1인은 추천위원회에서 추천하는 자를 선임하도록 의무지우고 있으므로, 위 조항도 학교법인의 사학의 자유에 포함되는 내부기관 구성권을 제한하는 것이다.

개방이사는 추천위원회에서 2배수를 추천하게 되어 있으나, 감사의 경우에는 2배수의 제한이 없으므로 학교법인으로서는 선택의 여지없이 추천위원회에서 추천하는 인사 1인을 감사로 선임하여야 한다.

(2) 사학의 자유 침해 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

감사는 학교법인의 재산상황과 회계, 이사회의 운영과 그 업무에 관한 사항을 감사하고, 위 사항들에 대하여 이사장 또는 이사에게 의견을 진술할 수 있으며, 감사 결과 부정 또는 불비한 점이 있음을 발견한 때에는 이를 이사회와 관할청에 보고하고 이를 위해 이사회 소집을 요구할 수 있다(법 제19조 제4항).

그러나 학교법인의 이사회가 설립자나 이사장과 친분관계 있는 인사를 감사로 선임한다면, 이사회에서 선임되는 감사만으로는 그 본래의 목적인 내부감사기관으로서의 기능과 역할을 수행하는 데 한계가 있어 감사제도는 유명무실하게 된다.

위 조항이 학교법인에 두는 감사 중 1인을 이사회 외부의 기구인 추천위원회가 추천하는 자로 선임토록 한 것은 학교법인의 재무·회계에 대한 감사의 신뢰성을 확보하고 그 책무성을 강화함으로써 궁극적으로는 사립학교운영의

투명성과 공공성을 높이려는 데 그 입법목적이 있으므로 그 정당성을 인정할 수 있고, 법인 외부기구에 추천권을 부여하면서 이를 국가기관이 아니라 학교 구성원들이 참여하는 독립된 기구인 추천위원회에서 추천하도록 한 것은 필요하고도 적절한 수단이라고 할 것이다.

(나) 입법형성재량의 한계 일탈 여부

학교법인은 감사 1인에 대해서는 추천위원회가 추천하는 자를 선택의 여지 없이 그대로 감사로 선임하여야 하기 때문에, 학교법인으로서는 내부기관을 스스로 조직하는 데 중대한 제약을 받게 된다.

그러나 감사는 이사와 달리 학교법인의 의사결정과정에 참여하지 않을 뿐 아니라 그 본래의 존재목적이 학교법인 및 학교운영의 적정성을 감독하는 데 있는 점, 위 조항에 의한 감사 선임의 제한은 감사 중 1인에 불과하고, 나머지 감사에 대해서는 여전히 학교법인 이사회에서 자유롭게 선임할 수 있는 점을 종합해 보면, 위와 같은 제한은 입법목적에 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 제한이라고 할 것이다.

따라서 위 조항이 학교법인의 사학의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

라. 법 제25조 제3항에 관한 판단

(1) 임시이사제도의 취지와 임시이사의 임기

사립학교법상 임시이사는 이사의 결원이 보충되지 않아 학교법인의 정상적 운영이 어렵거나 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임승인이 취소되는 등 법 소정의 선임사유가 발생한 경우에 그 선임사유가 해소될 때까지 임시적으로 학교법인을 운영할 지위와 권한을 가지는 기관이다(법 제25조 제1항).

임시이사제도는 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 선임하여 조속히 법인과 학교의 운영을 정상화함으로써 공교육기관으로서의 사립학교의 기능을 회복시키는 데 그 제도적 취지가 있다.

임시이사는 조속한 시일 내에 임시이사 선임사유가 해소될 수 있도록 노력하여야 하고(법 제25조 제2항), 또 그 사유가 해소되는 경우에도 정식이사로 선임되지 못하며(법 제25조 제4항), 그 지위의 한시적·임시적인 특성상 민법상의 임시이사와는 달리 그 권한에 내재적인 한계를 가지고 있어 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여 정식이사와 동일한 권한을 가진다고 해석되고 있다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

임시이사의 임기조항은, 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 사립학교법이 개정되

면서 제25조 제3항에 “임시이사는 제1항의 규정에 의한 사유가 해소될 때까지 재임한다. 이 경우 그 사유가 장기간 지속되는 경우에도 그 재임기간은 2년 이내로 하되, 1차에 한하여 연임할 수 있다.”는 내용으로 신설되었다가, 2005년 개정법에서는 제2문 부분이 삭제되었고, 2007년 개정법에서는 개별 임시이사의 임기를 3년으로 제한하고 있는데, 이는 임기를 2년에서 3년으로 늘이고 연임가능조항을 없앤 외에는 2005년 개정 이전 상태와 차이가 없는 것이고, 종전 조항들과 마찬가지로 임시이사 체제의 존속기한에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

(2) 제한되는 기본권

위 조항은 임시이사 개인의 임기에 관하여만 규정하고 있을 뿐 임시이사 체제의 존속기간에 대해 명시적인 규정을 두고 있지 않아 임시이사가 선임되어 있는 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 제한하고 있다.

(3) 사학의 자유 침해 여부

헌법재판소는 2005년 개정 전 구 사립학교법 제25조 제3항에 대하여 교육인적자원부장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간 자체를 제한하고 있지 아니한 점의 위헌 여부가 다투어진 사건에서 합헌결정을 한 바 있다(헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101). 위 결정은 심판대상조항이 구법 조항이기는 하나, 임시이사 체제의 존속기한을 규정하지 아니한 점이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 핵심적 쟁점인 것은 현행 조항과 마찬가지로, 이 점에 관하여 위 결정의 견해를 변경하여야 할 필요성이나 특별한 사정변경이 있다고 볼 수 없으므로, 아래와 같이 위 결정의 판시요지를 원용한다.

『임시이사는 그 권한에 내재적인 한계가 있고, 학교법인의 이해관계인은 교육인적자원부장관에게 임시이사 해임신청을 하고 그 거부처분에 대하여 항고소송으로 다툴 수 있는 등 임시이사 체제가 부당히 장기화되는 것을 방지하기 위한 법적 수단들이 마련되어 있으며, 임시이사제도는 그 본질상 학교법인이 정상적으로 운영될 수 없는 경우 이를 정상화하기 위한 법적 장치이므로, 임기중이라도 그 임무를 완성하여 임시이사를 필요로 하는 비정상적 상황이 종료되면 즉시 퇴임하는 것이 당연하고, 반면 비정상적 상황이 해소되지 않고 있는 동안에는 그 역할과 기능을 계속 수행할 필요가 있는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 임시이사 체제의 존속기한을 따로 정하고 있지 않다 하더라도 이로써 학교법인의 사립학교운영의 자유를 과잉제한한다고 할 수 없다.』 (헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 37-38 참조)

(4) 청구인들의 기타 주장에 대한 판단

(가) 청구인들은 위 조항이 설립자나 종전이사 등으로 하여금 당해 사학을 타인에게 양도하거나 자진 해산하는 등 임시이사 체제를 자신의 의사로 종결시킬 수 있는 절차규정을 마련하고 있지 않은 점의 위헌성도 다투는데, 이는 사립학교 운영권 자체가 독립된 재산권의 대상이 되고, 설립자나 종전이사가 그러한 사립학교 운영권을 처분할 수 있는 지위에 있음을 전제로 그 처분권을 과도하게 제한하여 이들의 재산권을 침해한다는 주장으로 볼 수 있다.

그러나 앞서 적법요건 판단 항목에서 살펴본 것처럼 설립자는 학교법인이 설립됨으로써, 그리고 종전이사 등은 퇴임함으로써 학교운영의 주체인 학교법인과 사이에 더 이상 구체적인 법률관계가 지속되지 않고, 사립학교의 운영은 건학이념의 구현을 목적으로 하는 공익적 비영리활동으로서 사적 유용성을 본질적 요소로 하는 재산권의 보호대상이 된다고 보기도 어려우므로, 청구인들의 위 주장은 이유 없다.

(나) 청구인들은 또 위 조항이 설립자 등의 직업의 자유, 일반적 행동의 자유를 침해하고, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성과 자유민주주의원리 및 자유시장경제질서에도 위배된다고 주장한다.

그러나 설립자 등에게 임시이사 관련 조항에 대한 자기관련성을 인정하는 것은 이들과 관련된 학교법인들의 이사회가 임시이사들로 구성되어 있어 학교법인이 자신의 고유한 기본권 침해를 주장할 것을 기대하기 어렵고, 이들이 학교법인의 정체성을 대변할 지위에 있다는 점을 고려하여 보충적·예외적으로 그 인정대상을 확대하는 것이므로, 설립자 등인 청구인들이 임시이사 관련 조항에 대하여 할 수 있는 헌법적 문제제기 역시 자신들의 위와 같은 지위가 반영된 영역 즉, 학교법인의 정체성에 관한 보충적 대변자로서 가지는 사학의 자유에 한정된다 할 것이다.

따라서 청구인들의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

마. 법 제25조의3 제1항에 관한 판단

(1) 쟁점의 소재

2007년 개정법은 임시이사의 선임 및 해임, 임시이사 선임 사유 해소 시의 정식이사 선임권을 관할청에 부여하고, 대통령, 국회의장, 대법원장이 추천하는 위원으로 구성되는 조정위원회라는 별도 기구를 설치하여 위 사항들에 관하여 관할청이 조정위원회의 심의결과에 기속되도록 함으로써 실질적으로는 조정위원회로 하여금 주도적인 역할을 수행하게 하면서, 종전이사 등이 정식

이사 선임 과정에서 자신들의 의사를 반영할 권리는 법률상 보장하고 있지 않다.

임시이사의 선임에 의하여 학교법인 이사회의 인적 연속성은 일시적으로 단절되는데, 위 조항은 임시이사 체제를 종료하고 정식이사 체제로 환원되는 단계에서도 종전이사 등에게 관여할 권리를 보장하지 않고 조정위원회라는 제3의 국가기관에게 주도권을 부여하는 것이 과연 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 핵심적인 쟁점이다.

(2) 제한되는 기본권 및 심사기준

위 법률조항은 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 환원되는 시점, 즉 학교법인 정상화 단계에서의 이사선임권을 제한하는 규정으로서 사립학교 운영의 자유를 제한하고 있다.

사립학교 운영의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권이기는 하나, 사립학교도 공공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적인 차이가 있을 수 없기 때문에 공적인 학교 제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것 또한 당연하다고 할 것이고, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로, 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이라고 할 수 있다(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 70; 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 36-37 참조).

따라서 위 법률조항이 사립학교 운영의 자유를 제한하고 있다 하더라도 그 위헌 여부는 입법자가 기본권을 제한함에 있어 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적인 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.

(3) 사학의 자유 침해 여부

(가) 학교법인 이사제도의 본질과 임시이사 체제 및 정상화의 의미

1) 학교법인은 설립자가 재산을 출연하고 설립 목적이 명시된 정관을 작성함으로써 설립자와 별개의 법인격을 가지게 된다. 학교법인의 권리능력은 설립 목적을 정하고 있는 정관에 의하여 그 범위가 확정되며(법 제9조, 민법 제34조), 법인의 이사는 정관으로 화체된 설립 목적을 집행하고 실현한다. 법인의 의사를 형성하거나 그 업무를 집행하기 위하여 조직된 인위적 기관인 이사는 법에 의하여 그의 행위가 법인의 행위로 간주될 뿐이고, 법인이 갖는 권리

능력의 정당성은 이사에 의해서가 아니라 설립 목적이 담겨 있는 정관에 의하여 담보된다.

학교법인의 이사는 설립자가 최초로 선임하고(법 제10조 제2항), 그 이사들로 구성된 이사회에서 후임이사를 순차 선임함으로써 설립자로부터 인적 연속성이 이어지는 것이 정상적인 모습이다.

그러나 이사에게 학교법인의 업무처리를 위임하는 주체는 설립자나 전임이사가 아니라 학교법인이므로, 학교법인의 이사로서는 정관에 화체되어 있는 설립자의 설립 목적과 건학이념에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 업무를 수행하여야 하는 것이지 설립자를 위하여 업무를 처리하는 것은 아니다.

따라서 학교법인의 설립 목적의 영속성도 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성보다는 '위임관계의 본지(本旨)'라 할 수 있는 정관에 의하여 보장된다. 설립 목적을 구현하는 이사의 지위 역시 인적 연속성보다는 객관화된 설립 목적적인 정관에 기속된다는 측면 즉, 기능적 연관성에서 그 정당성의 근거를 찾아야 할 것이다. 인적 연관성은 개인의 특성이나 시간의 경과에 따라 설립 목적과의 긴밀성이 희석될 개연성이 있는 반면, 정관을 매개로 한 기능적 연관성은 그에 구애받지 않고 면면히 이어질 수 있기 때문이다.

2) 임시이사는 법 소정의 사유로 학교법인의 정상적 운영이 어려워진 경우에 선임되므로(법 제25조 제1항), 임시이사 체제가 유효하게 성립하였다는 것은 이미 당해 학교법인이 위기관리능력을 상실하여 스스로 위기사태를 해결할 수 없는 상황에 이르렀음을 의미하고, 그와 같은 상황을 방치하여 장기화할 경우 학교법인의 설립 목적 달성은 불가능해질 것이다.

사립학교가 수행하는 공교육 기능을 중시한 입법자는 임시이사 체제로 학교 운영을 계속하면서 이를 통하여 위기를 수습하고 궁극적으로 학교법인을 정상화시키는 것이 국민의 교육을 받을 권리를 보장하는 데 적합할 뿐만 아니라 당해 학교법인의 정관이 정한 설립 목적의 실현에도 기여할 수 있다고 판단한 것이다.

3) 한편, 임시이사의 선임사유가 해소되면 정식이사 선임을 위한 정상화 절차를 밟게 되는데, 여기서 정상화란 학교법인이 직면하였던 운영상의 위기상황이 수습되어 위기관리자로서의 소임을 다한 임시이사 체제가 통상적인 학교법인 이사회 체제로 전환되는 것을 말하나, 이는 위기관리자로서의 특성상 그 권한에 내재적인 한계가 있는 임시이사 대신 후임이사의 선임을 포함하여 이사로서의 모든 권한을 행사할 수 있는 정식이사가 선임된다는 것이지 학교법

인의 지배구조나 이사회 구성이 학교법인 설립 당시나 임시이사 선임 전의 상태로 회귀하는 것을 의미하는 것은 아니다.

(나) 조정위원회의 기능과 정당성

1) 임시이사 체제를 종료하고 정식이사를 선임하는 단계에서 정식이사 선임권을 누구에게 부여할 것인지에 관해서는, 임시이사로 구성된 이사회에서 선임하는 방법, 종전이사 등이 선임하는 방법, 관할청이나 법원 또는 제3의 중립기관이 선임하는 방법 등 다양한 방안이 있을 수 있다.

이 중 임시이사로 구성된 이사회에서 선임하도록 하는 것은 정상화 방법에 관하여 사립학교법에 아무런 규정을 두고 있지 않던 2005년 개정법 이전의 관행이었으나, 임시이사 선임사유가 존속하는지 여부에 관한 판단권이나 자신의 후임 임시이사를 선임할 권한도 부여되지 않은 사립학교법상의 임시이사에게 정식이사를 선임할 권한을 부여하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

또한 학교법인의 종전이사 등은 이사와 가족 간의 분쟁, 회계 부정, 이사회 운영 부실, 교비 유용, 교원 채용시 금품 수수 등 임시이사 체제라는 위기사태를 불러온 원인제공자이자 사학분쟁의 직접 당사자인 경우가 많다. 이러한 위기사태를 야기한 종전이사 등에게 정식이사 선임권을 부여하는 것은 학교법인의 정상화라는 취지에 배치될 우려가 있고, 다른 학교구성원들과 사이에 새로운 분쟁의 빌미를 제공할 수도 있다는 점에서 문제의 소지가 크다. 관할청이나 법원이 선임하는 방법 역시 전문성이나 공정성을 두루 갖추었다고 보기는 어렵다 할 것이다.

2) 사립학교법은 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관하여, 관할청이 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 해임하고 정식이사를 선임하되(법 제25조의3 제1항), 관할청으로 하여금 조정위원회의 심의결과에 기속되도록 함으로써(법 제24조의2) 실질적으로는 정식이사 선임에 있어서 조정위원회에 주도적인 역할을 부여하고 있다.

조정위원회는 행정·입법·사법부에서 추천한 인사들로 구성되고 임기제를 취함으로써(법 제24조의3) 고도의 정치적 중립성을 가진다 할 것이고, 위원의 자격을 법률과 회계, 그리고 교육에 전문적 지식을 갖추고 일정한 경력을 가진 자로 제한함으로써(법 제24조의4) 그 인적 구성의 면에서 공정성 및 전문성을 갖추고 있다고 볼 수 있다.

그러나 사립학교는 공공의 이익을 위한 설립자의 재산출연에 의하여 설립되었

고, 이로써 국가의 공교육 실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 수행해 오고 있다는 점에서, 정상화 단계에서 종전이사 등의 의견이 반영되도록 제도를 설정할 필요성은 여전히 있다고 할 것인데, 관건이 되는 것은 이들의 의견을 어느 정도까지 보장해 주어야 하느냐의 문제일 것이다.

(다) 현행 법령상 정상화 절차 개관

사립학교법은 임시이사가 선임된 학교법인이 정상화되는 유형으로 2가지 경우를 예정하고 있다. 첫째, 관할청이 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 경우이고(법 제25조의3 제1항), 둘째, 조정위원회가 정상화 추진실적을 평가한 결과 정상화가 가능하다고 판단하여 관할청에 통보한 경우이다(법 제25조의3 제3항). 후자의 경우에 그와 같은 심의결과는 관할청을 기속하므로(법 제24조의2 제4항, 제3항, 제2항 제3호), 관할청은 이 경우에도 조정위원회의 심의를 거쳐 정식이사를 선임하여야 한다.

어느 경우에도 관할청은 조정위원회에 정식이사 심의 요청을 하여야 하는데, 조정위원회의 운영에 필요한 사항을 대통령령에 위임한 법 제24조의3에 따라 시행령과 조정위원회 운영규정은 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 심의에 관한 사항에 대하여 규정하고 있다. 즉, 조정위원회는 정식이사 적격 여부를 심의함에 있어서 해당 학교법인의 기본재산액의 3분의 1 이상에 해당하는 재산을 출연하거나 기부한 자, 학교 발전에 기여한 자, 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임되었다가 퇴임한 정식이사(종전이사), 해당 학교법인의 임직원 및 학교의 교직원, 그 밖의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있다(시행령 제9조의6 제3항, 조정위원회 운영규정 제13조 제1항).

위 시행령 및 조정위원회 운영규정상 의견청취는 임의규정의 형식으로 되어 있고, 그 의견에 어떠한 구속력이 있는 것은 아니지만, 현재 조정위원회 실무상 의견청취는 예외 없이 이루어지고 있는 것으로 보이고, 실제로 최근에 정상화가 이루어지거나 정상화 절차가 진행 중인 학교법인들의 경우 종전이사 등 구 재단 측에 과반수의 정식이사 추천권을 부여함으로써 오히려 다른 학교구성원들로부터 반발이 제기되고 있는 실정이다.

(라) 입법형성재량의 한계 일탈 여부

1) 사학의 설립 및 운영의 자유는, 설립자가 재산을 출연하여 설립 목적을 명시한 정관을 작성하고, 정관에 따라 최초의 이사회가 구성되며, 그 이사회에 의하여 학교법인 및 학교가 운영되는 법적 연쇄과정을 통하여 실현되는 것이 통상의 모습이다. 이러한 일련의 과정 중에서도 사학의 자유의 원천은 설립행

위에서 구체적으로 확인되는 설립 목적에 있다 할 것이므로, 이러한 설립 목적이 유지·계승될 수 있도록 제도적으로 보장하는 것은 사학의 자유의 본질적 내용에 해당한다.

학교법인이 정상적으로 운영되는 상황에서는 이사회를 통하여 설립 목적이 지속적으로 구현될 것이나, 임시이사가 선임되거나 그 선임사유가 소멸하여 정상화 되는 단계에서는 설립 목적의 유지·계승 여부에 의문이 제기되는 상황이 초래될 수 있다. 이와 같이 임시이사들로 구성된 학교법인의 이사회가 학교법인의 설립 목적이나 정체성에 대한 수호자로서의 역할을 할 것을 기대할 수 없는 경우에는 예외적으로 종전이사 등에게도 사학의 자유에 대한 자기관련성을 확장하여 인정함으로써 이들로 하여금 학교법인의 설립 목적이나 정체성을 수호할 기회를 가질 수 있도록 하는 것이 필요하다.

그러나 이는 설립 목적의 수호를 위하여 예외적·보충적으로 인정되는 것이므로, 종전이사 등에게 부여되는 사학의 자유의 폭은 정식이사 선임권을 부여하거나 이사회 구성에 있어서 일정한 지분을 보장하여야 하는 정도로까지 확장될 수는 없고, 그 권리의 내용 역시 통상적인 경우에 학교법인이 행사하는 사학의 자유에 비해서는 축소되지 않을 수 없다. 사립학교법이 아닌 시행령과 조정위원회 운영규정에 조정위원회가 종전이사 등 학교법인의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있는 임의적 규정을 두고 있는 것은 이와 같은 까닭에서 비롯한 것이다.

2) 청구인들은 설립 목적의 수호라는 보충적 지위에서 더 나아가 종전이사 등의 경영권을 회복시켜주거나 이들의 지분을 보장해 주어야 한다고 주장하나, 이는 학교 내지 학교경영권을 재산권의 대상으로 보는 사고의 산물이라 하지 않을 수 없다.

정상화 단계에서 반드시 종전이사 등이 이사회로 복귀하거나 이들에게 정식이사 선임의 주도권을 부여하지 않더라도 정관에 명시된 학교법인의 설립 목적이 유지되고 제대로 실현될 수 있다면 학교법인의 정체성은 의연히 유지·계승되는 것이다. 설립 목적의 영속성은 말 그대로 정관에 명시되어 있는 설립자의 의사인 학교법인의 설립 목적 그 자체가 유지·계승됨으로써 이루어지는 것이지 설립자나 종전이사 등의 종전 지위를 회복시켜 주어야만 달성될 수 있는 것은 아니기 때문이다.

설립자로부터 최초의 이사 그리고 후임 이사로 이어지는 인적 연속성에 학교법인의 이사 제도의 본질이 있다고 보는 견해는 이렇게 순차 선임된 이사들

이 학교법인의 설립 목적을 가장 잘 실현할 수 있다는 점을 전제로 한 것이나, 그 인적 연속선상에 있던 종전이사 등이 회계부정이나 비리 등 이사취임승인 취소사유에 해당하는 행위를 하고 그로 인하여 학교법인의 정상적인 운영에 장애를 야기하였다면 이는 학교법인의 설립 목적을 위반하는 행위를 한 것이므로 이미 그와 같은 전제요건이 상실되었음을 의미한다.

한편, 임시이사가 선임된 학교법인을 정상화하는 것은 관할청이나 조정위원회가 적극적으로 설립 목적을 변경하여 새로운 학교법인을 설립하거나 사학을 공립화 하는 것이 아니라, 후견적인 입장에서 위기관리능력을 상실한 학교법인을 대신하여 설립 목적을 가장 잘 실현할 수 있는 인사를 정식으로 선임함으로써 한때 그 실현이 불투명했던 설립 목적이 지속적으로 구현될 수 있도록 학교법인의 기능을 회복시켜 주는 것이다.

이와 같이 학교법인의 정체성은 설립 목적 및 그것이 화체된 정관을 통하여 기능적으로 유지·계승되는 것이지, 종전이사 등과의 인적·재산적 연관성의 확보가 전제되어야만 구현되는 것은 아니라 할 것이다.

3) 조정위원회나 관할청은 정식으로 이사를 선임함에 있어서 마땅히 정관의 규정을 준수하여야 할 것이므로, 정관에 나타나 있는 설립자의 설립 목적을 구현하는 데 합당한 인사를 선임하여야 하고, 정관에서 이사의 자격을 규정하고 있을 경우 당연히 여기에도 기속된다.

위 법률조항은 조정위원회가 주도하는 정상화 과정에 종전이사 등이 관여하는 것을 적극적으로 배제하는 조항이 아니다. 시행령과 조정위원회 운영규정이 종전이사 등 학교법인의 이해관계인으로부터 의견을 청취할 수 있도록 하는 근거규정을 두고 있으므로, 조정위원회는 이들로부터의 의견청취 등 정상화 심의과정에서 종전이사 중에 학교비리 등 임시이사 선임사유에 연루되지 않고 설립 목적 구현에 노력한 인사들이 있을 경우 이들의 참여를 배제할 이유가 없을 뿐만 아니라, 정식으로 이사에 관한 이들의 의견을 적극 수용하거나 나아가 이들을 정식으로 선임할 수도 있을 것이고, 이렇게 하는 것이 조정위원회 본연의 임무라 할 것이다. 그렇다면 조정위원회와 관할청에 의한 정식으로 이사 선임 제도가 현저하게 불합리하거나 자의적이어서 입법형성권의 재량의 범위를 일탈한 것이라고는 볼 수 없다.

(마) 소결

따라서 법 제25조의3 제1항이 입법형성의 한계를 일탈하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 재산권 침해 여부

청구인들은 위 조항이 종전이사 등의 재산권을 침해한다고 주장하는데, 이러한 주장은 사립학교 운영권 자체가 독립된 재산권의 대상이 되고, 설립자나 종전이사가 그러한 사립학교 운영권을 처분할 수 있는 지위에 있음을 전제로 한 주장이다.

그러나 사립학교를 위하여 출연된 재산에 대한 소유권은 학교법인에 있고, 설립자는 학교법인이 설립됨으로써, 그리고 종전이사는 퇴임함으로써 학교운영의 주체인 학교법인과 사이에 더 이상 구체적인 법률관계가 지속되지 않는 것이어서 설립자나 종전이사가 사립학교 운영에 대해 가지는 재산적 이해관계는 법률적인 것이 아니라 사실상의 것에 불과하므로(헌재 2009. 4. 30. 2005헌바 101, 판례집 21-1하, 23, 39-40 참조), 청구인들의 위 주장은 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

바. 법 제26조의2 제1항에 관한 판단

(1) 대학평의회 제도의 개관

(가) 법률조항 및 관련 규정의 내용

법 제26조의2 제1항은 사립대학에 대학평의회를 두도록 하면서 그 권한 사항을 정하고 있는데, 위 조항에 규정된 대학평의회의 주요 권한은 대학의 발전계획(제1호), 학칙의 제·개정(제2호), 추천위원회 위원 추천(제5호), 그 밖에 정관으로 정한 교육에 관한 중요 사항(제6호)을 심의하고, 대학현장의 제·개정(제3호), 대학교육과정의 운영(제4호)에 관하여 자문하는 것이다.

대학평의회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 바에 따라 정관으로 정하도록 되어 있는데(법 제26조의2 제2항), 시행령은 교원·직원 및 학생 중에서 각각의 구성단위를 대표할 수 있는 11인 이상의 평의원으로 대학평의회를 구성하고, 동문 및 학교의 발전에 도움이 될 수 있는 자를 포함할 수 있되, 어느 하나의 구성단위에 속하는 평의원의 수가 전체 평의원 정수의 2분의 1을 초과할 수 없도록 정하고 있다(시행령 제10조의6).

(나) 입법취지 및 조항의 연혁

대학평의회는 이사, 감사, 이사회 등과 같은 학교법인의 고유기관이 아니라 교육에 관한 중요사항을 심의하는 사립대학의 자치기구로서, 대학구성원으로 하여금 학교운영에 참여할 수 있도록 함으로써 헌법이 보장하고 있는 대학의 자율성을 제고하기 위하여 마련된 제도라고 할 수 있다.

대학평의회 조항은 1990. 4. 7. 법률 제4226호로 사립학교법이 개정될 때

임의설치 조항으로 신설되었다가 2005년 개정법에서 그 설치가 의무화되었으며, 2007년 개정법에서는 구체적인 심의·자문 사항의 내역이 추가되었다.

(다) 대학평의원회의 성격

대학평의원회는 법 제26조의2 제1항에 규정된 사항에 대하여 심의·자문하는 외에 학교 회계의 예산 및 결산에 대하여 자문하고(법 제29조 제4항, 제31조 제3항), 개방이사추천위원회 위원의 2분의 1을 추천할 권한을 가진다(법 제14조 제4항).

사립학교법이나 그 시행령은 대학평의원회가 행사하는 ‘심의’ 및 ‘자문’의 개념이나 효력에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 교육관계법령에서의 용례를 비교해 보면, ‘자문’은 물론 ‘심의’의 경우에도 조정위원회의 심의 결과(법 제24조의2 제4항)와 같이 법률이 기속력을 부여하는 특별한 규정을 두고 있지 않는 한 그 결과가 결정권자를 기속하지는 않는 것으로 해석된다. 따라서 결정권자는 심의결과와 다른 결정을 할 수 있고, 이 점에서 ‘심의’와 ‘자문’은 다르지 않다 할 것이나, 국·공립학교운영위원회의 경우에서 보듯이 정당한 사유 없이 심의·의결결과와 다르게 시행하거나 이를 시행하지 아니하는 경우 또는 긴급한 사유 없이 심의사항을 심의를 거치지 아니하고 시행하는 경우 시정명령의 제재가 부과될 수 있고(초·중등교육법 제32조 제1항, 제3항, 제63조, 같은 법 시행령 제60조 제2항, 제61조), 법률이 심의기관과 결정기관을 분리하면서 심의절차를 필요적인 것으로 규정하고 있는 경우 그 심의절차를 거치지 않은 결정은 원칙적으로 그 적법성을 인정받기 어려울 것이라는 점에서는 ‘자문’과 다르다고 할 것이다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006두15806 판결 등 참조).

(2) 제한되는 기본권

사립대학을 운영하는 학교법인은 법 제26조의2 제1항에 의하여 대학평의원회를 의무적으로 설치하여야 하므로, 위 법률조항은 사립대학을 운영하는 청구인 ○○학원의 사학의 자유를 제한한다.

청구인들은 사립대학에 의무적으로 대학평의원회를 설치하도록 하는 것이 학교법인, 노동조합 등 기존의 사학기구와 사이에 새로운 갈등을 야기함으로써 종국적으로는 학생들에게 피해를 줄 것이므로, 학생의 교육을 받을 권리를 침해한다고 주장한다. 그러나 사립대학에 대학평의원회가 설치된다 하여 학생의 수확권이 침해된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 청구인들 중에는 사립대학의 재학생이 포함되어 있지 아니하므로, 청구인들의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(3) 학교법인의 사학의 자유 침해 여부

(가) 대학의 자율성과 교육제도 법정주의

헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있다. 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학구성원으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이자, 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서, 대학에 부여된 헌법상의 기본권이다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 670 참조).

헌법 제31조 제6항이 교육제도에 관하여 입법자에게 형성권을 부여하고 있으나, 입법자는 법률로써 교육제도를 구체화함에 있어 헌법 제31조 제4항이 명하고 있는 의무 즉, 대학의 자율성을 보장하여야 하는 제한을 받는다. 대학의 자율성을 보장하고 있는 헌법 제31조 제4항의 취지는 대학의 자율성 부여 여부를 입법자에게 맡겨 놓은 것이 아니라 자의적 행정규제를 차단하기 위하여 의회의 통제 하에 대학의 자율성을 구체화하는 입법을 하여 이를 보장하려는 것이므로, 입법자는 교육제도를 형성함에 있어서 대학의 자율성을 보장할 책무가 있다 할 것이고, 대학평의위원회는 이를 구현하는 하나의 방법으로 입법자가 형성한 제도라 할 수 있다.

(나) 대학의 자율성과 사립대학 운영의 자유

대학의 자율성 즉, 대학의 자치란 대학이 그 본연의 임무인 연구와 교수를 외부의 간섭 없이 수행하기 위하여 인사·학사·시설·재정 등의 사항을 자주적으로 결정하여 운영하는 것을 말한다. 따라서 연구·교수활동의 담당자인 교수가 그 핵심주체라 할 것이나, 연구·교수활동의 범위를 좁게 한정할 이유가 없으므로 학생, 직원 등도 포함될 수 있다.

한편, 학교법인도 사립대학의 운영 주체로서 학교운영에 관한 자율적 결정권을 가지고 있으므로, 학교법인의 대학운영의 영역과 대학구성원에 의한 대학자치의 영역이 서로 겹칠 수 있고, 이 경우 양자의 기본권 사이에 충돌이 발생할 여지도 있다. 이와 같이 양 기본권의 보호영역이 중첩되는 관계에 있을 경우 어느 일방의 기본권을 우선하기보다는 실제적 조화의 관점에서 양자를 조정하는 방법을 도모하여야 할 것이다.

대체로 보자면, 대학 본연의 기능인 학술의 연구나 교수, 학생선발·지도 등과 관련된 교무·학사행정의 영역에서는 대학구성원의 결정이 우선한다고 볼 수 있으나, 학교법인으로서도 설립 목적을 구현하는 차원에서 조정적 개입은 가능하다고 할 것이고, 우리 법제상 학교법인에게만 권리능력이 인정되므로 각종 법률관계의 형성이나 법적 분쟁의 해결에는 법인이 대학을 대표하게 될 것이다.

한편, 대학의 재정, 시설 및 인사 등의 영역에서는 학교법인이 기본적인 윤곽을 결정하되, 대학구성원에게는 이러한 영역에 대하여 일정 정도 참여권을 인정하는 것이 필요하다.

(다) 입법형성재량의 한계 일탈 여부

법 제26조의2 제1항에서 심의사항으로 규정하고 있는 항목들은 추천위원회 위원의 추천에 관한 사항(제5호)을 제외하면 대체로 학사·교육 영역에 해당하고, 대학재정과 관련된 사항은 자문사항으로 되어 있다.

이와 같이 교무·학사행정 등 대학자치의 범위에 속하는 사항들 중 중요사항에 한하여 대학자치기구인 대학평의위원회로 하여금 ‘심의’ 또는 ‘자문’하도록 하는데 그친다는 점에서 대학평의위원회의 목적과 지향이 사학의 자유의 본질적 영역을 침범한다고 보기 어렵다.

한편, 대학평의위원회의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 “대통령령이 정하는 바에 따라 정관으로 정한다.”(법 제26조의2 제2항)고 규정되어 있으므로, 학교법인으로서는 정관을 통해 대학평의위원회의 조직 및 운영에 관여할 길이 열려 있을 뿐만 아니라 대학평의위원회에는 총장, 교수들의 다수가 구성원으로 참여하는 것이 보통일 것인데, 총장이나 교수의 임면권한은 학교법인이 보유하고 있으므로 학교법인의 사립대학 운영권은 단절되지 아니한 채 대학평의위원회에 연결되는 것으로 볼 수 있다.

(라) 소결

이상 살펴본 대학평의위원회의 설치 목적, ‘심의’ 내지 ‘자문’ 권한만을 부여함으로써 학교법인 이사회의 결정권한을 제약하지 않는 점, 학교법인에 정관을 통한 자율적 형성의 여지가 부여되어 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 헌법의 명령인 대학의 자율성을 보장하는 일환으로 사립대학에 대학평의위원회를 설치하도록 한 법 제26조의2 제1항이 학교법인의 사학운영의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

사. 법 제53조 제3항 단서에 관한 판단

(1) 법률조항의 내용 및 연혁

법 제53조 제3항은 본문에서 각급학교의 장의 임기를 학교법인의 정관으로 정하도록 하되 4년을 초과할 수 없고, 중임할 수 있도록 하면서, 단서에서 초·중등학교의 장은 1회에 한하여 중임할 수 있는 것으로 정하고 있다. 위 조항에 의하여 초·중등 사립학교의 장의 재임기간은 정관에서 최대한 장기로 정하더라도 8년을 초과할 수 없다.

한편, 국·공립학교의 장의 임기는 교육공무원법에서 정하고 있는데, 국·공립 대학의 장의 경우 임기만 4년으로 규정하고 있을 뿐 중임을 제한하고 있지 않고(제28조 제1호), 국·공립 초·중등학교 교장의 임기는 4년으로 하되, 1차에 한하여 중임할 수 있도록 규정되어 있다(제29조의2 제2항, 제3항).

1963. 6. 26. 법률 제1362호로 사립학교법이 제정된 이래 학교의 장의 임기나 중임가능 여부에 대해서 별다른 제한을 두지 않았으나, 2005년 개정법에서 임기는 4년을 초과할 수 없고 모든 사립학교의 장에 대하여 1회에 한하여 중임을 허용하는 것으로 규정되었다가 2007년 개정법에서 초·중등학교의 장에 대하여만 중임 횟수 제한을 유지하는 것으로 다시 개정되었다.

(2) 제한되는 기본권

위 조항은 사립 초·중등학교장의 중임 횟수를 제한함으로써 이들의 직업의 자유를 제한하고, 초·중등학교를 경영하는 학교법인으로서도 특정인을 학교장으로 중임하는 데 제약을 당하게 되므로 사립학교운영의 자유의 한 내용인 자주적 인사권을 제한받게 되며, 초·중등학교의 장을 다른 학교의 장과 달리 취급한다는 점에서 평등권 침해 여부도 문제된다.

(3) 직업의 자유 및 사립학교운영의 자유 침해 여부

(가) 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 동질성

사립학교 중에서도 초·중등학교는 공교육체계에 더 철저히 편입되어 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립의 초·중등학교와 본질적인 차이가 없다 할 것이고, 우리의 교육법제는 교육의 내적 조건인 교육목적·교육과정과 교과서 등에 있어서는 물론 교육의 외적 조건인 인적·물적 기반에 있어서도 국·공립학교와 사립학교 사이에 별다른 차별을 두고 있지 않다.

국·공립학교 교원은 원칙적으로 국가공무원법의 적용을 받지만 그 직무의 특수성 즉, 전문성과 자주성을 존중하기 위하여 교육공무원법은 그 자격·임용·보수·연수 및 신분보장에 관하여 일반공무원과 다른 특례를 규정하고 있는

데, 사립학교 교원도 교육공무원과 마찬가지로 법정근무조건을 누리고, 법률에 의하여 신분보장과 사회보장을 받고 있다. 사립학교법은 사립학교 교원에 대하여 교육공무원과는 그 임용절차만을 달리할 뿐, 그 밖의 자격요건, 복무, 연수의무, 신분보장 및 사회보장 등에 있어서 동일하게 처우하고 있다.

이와 같이 현행 교육법제는 교원의 소속 여부를 묻지 아니하고 교원을 일반 국민에 대한 봉사자로 보고 있고, 교육의 전문성과 관련하여서도 국·공립학교 교원 또는 사립학교 교원을 가리지 아니하고 동등한 처우를 하도록 규율하고 있다.

학교의 장에 대해서 보더라도, 초·중등학교의 장은 공·사립을 불문하고 학교행정의 최고책임자로서 교무를 통할하고, 소속 교직원을 지도·감독하며, 학생을 교육할 권한과 임무가 부여되어 있고(초·중등교육법 제20조 제1항), 그 자격기준은 법률에서 정하고 있다(초·중등교육법 제21조 제1항 별표 1).

(나) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

법 제53조 제3항 단서는 국·공립 초·중등학교의 장과 마찬가지로 사립 초·중등학교의 장에 대해서도 중임 횟수를 제한하고 있는데, 그 취지는 국·공립 학교장과 마찬가지로 교장의 노령화·관료화를 방지하고 인사순환을 통하여 교단을 활성화하려는 것이다. 특히 사립학교의 장이 중임 횟수 제한 없이 장기간 재임할 경우 학교법인과의 유착으로 학교운영의 투명성이 저하될 수 있으며, 유임을 희망하는 학교장으로서는 임면권자인 학교법인의 의사에 종속될 개연성이 높아 학교경영과 교육을 분리하고 있는 우리 교육법제의 근본취지에 반하게 될 우려가 있으므로 이를 예방하고자 하는 데에도 그 입법취지가 있다고 할 수 있다.

이러한 입법목적은 그 정당성을 수궁할 수 있고, 사립학교장의 중임 횟수를 제한하는 것은 그와 같은 목적을 달성하기 위한 유용한 수단이 될 수 있다.

(다) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

위 조항은 사립 초·중등학교장에 대하여 임기 4년에 1회의 중임을 허용하고 있어 학교장의 재임기간을 최장 8년간 보장하고 있으므로, 학교법인이나 학교장이 스스로의 교육관에 기초하여 학교운영 계획을 수립하고 일관되고 책임 있게 이를 수행하는 데 장애가 될 정도로 짧은 기간이라 단정할 수 없다.

또한, 사립 초·중등학교의 장이 되려는 사람으로서는 동일한 학교의 장을 2회 이상 중임하려는 경우에만 제한을 받을 뿐 다른 학교법인이 운영하는 학교는 물론 같은 학교법인이 운영하더라도 학교가 다른 경우에는 학교장으로

취임하는 데 아무런 제한을 받지 않으므로 위 조항에 의한 제한의 정도는 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어서는 것으로 볼 수 없다.

나아가 위 조항에 의하여 달성하고자 하는 학교법인과의 유착방지나 교장의 노령화 방지라는 공익은 위 조항에 의하여 제한되는 학교법인이나 학교장의 기본권에 비하여 결코 작다고 할 수 없으므로, 양 범의 사이에 균형이 유지되고 있다고 할 수 있다.

(4) 평등권 침해 여부

위 조항은 사립학교 중 초·중등학교의 장에 대해서만 중임 횟수를 제한하고 있어 그러한 제한을 두고 있지 아니한 사립대학의 장과 사이에 차별취급이 존재한다.

대학의 총장이나 학장도 교무를 통할하고, 소속 교직원을 감독하며 학생을 지도할 권한과 임무가 부여된다는 점(고등교육법 제15조 제1항)에서는 초·중등학교의 장과 다르지 않다.

그러나 대학은 교육 외에 학문연구도 그 본연의 임무로 하고(초·중등교육법 제20조 제3항, 고등교육법 제15조 제2항), 학문의 자유에서 연원하는 대학의 자유의 주체가 된다는 점에서 초·중등학교와는 차이가 있다.

우리 교육법제도 이러한 차이를 반영하여 초·중등교육과 고등교육을 달리 규율하고 있는데 학교의 장을 비교해 보면, 대학의 장은 학칙 제·개정권을 행사함에 있어서 관할청의 인가를 요건으로 하지 아니하고(고등교육법 제6조 제1항, 초·중등교육법 제8조 제1항), 학교법인으로부터 위임을 받아 교원에 대한 임면권을 행사할 수도 있으며(법 제53조의2 제2항), 학교법인이 대학의 장을 임기 중에 해임하고자 하는 경우 초·중등학교의 장과 달리 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성에 의한 이사회 의결을 거쳐야 하는 제한을 받는다(법 제53조 제2항)는 점에서 초·중등학교의 장과는 다르다.

또한, 보편교육에 치중하는 초·중등학교와 달리 대학은 자유로운 연구·교육을 통한 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 고전적 기능에 더하여 국제적 경쟁력을 갖춘 유능한 인재를 사회에 공급하는 역할도 요청되는데, 대학이 이러한 역할을 수행하는 데 필요한 물질·인적 토대를 갖추기 위해서는 학교법인의 지속적인 재정적 지원이 뒷받침되어야 함은 물론 그에 못지않게 대학의 장의 역할도 중요하다 할 것이다.

따라서 대학의 경우 대학의 장이 임기에 구애됨이 없이 장기적인 학교발전의 전망을 가지고 이를 실현해 나가도록 보장해 주는 것이 필요하다 할 것이

고, 이는 대학의 자율성이라는 관점에서 대학의 장의 임면에 관하여는 임면권자나 대학 구성원들의 자율에 맡겨 둘 필요성이 초·중등학교의 장의 경우에 비하여 한층 크다 할 것이므로, 입법자가 이를 달리 규율하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

(5) 소결

따라서 위 조항은 청구인 학교법인들의 사학의 자유나 청구인 김○수, 조○행의 직업의 자유 및 이들의 평등권을 침해하지 아니한다.

아. 법 제54조의3 제3항에 관한 판단

(1) 법률조항의 내용 및 연혁

위 조항은 학교법인의 이사장과 배우자, 직계존속 및 직계비속과 그 배우자의 관계에 있는 자(이하 ‘이사장의 배우자 등’이라 한다)가 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명되기 위해서는 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 얻도록 하고 있다.

이는 이사장의 배우자 등이 학교의 장으로 임명될 수 있는 요건을 가중하고 있다는 점에서 이들의 직업의 자유와 학교법인의 사립학교 운영의 자유의 한 내용인 학교장 임명권을 제한하는 규정이다.

1981. 2. 28. 법률 제3373호로 개정된 구 사립학교법 제54조의3 제2항은 학교법인의 설립자나 경영권자의 배우자 등에 대하여 당해 학교법인이 경영하는 대학교육기관의 장에 임명될 수 없도록 규정하였고, 1986. 5. 9. 법률 제3812호에 의하여 이사장의 배우자 등에 대하여 동일한 임명 제한을 하는 것으로 개정되었다가 1990. 4. 7. 법률 제4226호 개정으로 삭제되었다.

그 후 2005년 개정법 제54조의3 제3항에 의하여 이사장의 배우자 등은 당해 학교법인이 경영하는 모든 학교의 장에 임명될 수 없게 되어 종전보다 제한의 범위가 넓어졌으나, 2007년 개정에서는 이사장의 배우자 등도 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받으면 학교의 장에 임명될 수 있게 되어 제한이 완화되었다.

(2) 헌법 제13조 제3항 위반 여부

청구인들은 위 조항이 헌법 제13조 제3항이 정하고 있는 ‘친족의 행위로 인해 불이익한 처우를 받지 아니할 권리’를 침해한다고 주장한다.

그런데 헌법 제13조 제3항은 친족 간의 신분이나 재산 그 밖의 법률관계에 관하여 일정한 자유를 제약하거나 책임을 부담시키는 모든 법적 규율을 금지하는 것이 아니라 ‘친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관

련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 경우'에만 적용된다. 그 밖의 경우에는 문제된 불이익을 보호하는 다른 헌법규범이나 기본권규범을 찾아 그 친족과의 관계에서 본인에게 그러한 불이익을 주는 것이 과연 합리적 근거가 있는지, 또는 입법목적 달성을 위해 필요한 한도 내의 수단인지를 살펴봄으로써 그러한 법적 규율의 정당성 여부를 충분히 판단할 수 있기 때문이다(헌재 2005. 12. 22. 2005헌마 19, 판례집 17-2, 785, 792 참조).

법 제54조의3 제3항은 그 제한이 이루어지는 영역이 공공성과 함께 학교법인으로부터의 자주성도 담보되어야 하는 사립학교의 장이라는 직책이라는 점에서, 가족 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 배우자 등의 관계에 있다는 사유 자체만으로 불이익을 주는 것이 아니라, 아래에서 보는 바와 같이 배우자나 직계가족이라는 인적 관계의 특성상 당연히 예상할 수 있는 일체성 내지 유착가능성을 근거로 일정한 제약을 가하는 것이다.

따라서 그와 같이 제한하고 있다는 것만으로 곧바로 헌법이 금지하고 있는 연좌제에 위배된다 할 수는 없고, 다만 위 조항이 학교법인이나 이사장의 배우자 등에게 가하고 있는 제한의 정도가 과잉하여 이들의 기본권을 침해하는지 여부만이 문제된다 할 것이다.

(3) 직업의 자유 및 사립학교 운영의 자유 침해 여부

(가) 목적의 정당성

법 제23조 제1항이 학교법인의 이사장으로 하여금 당해 사립학교의 장을 겸하지 못하도록 한 것에서 더 나아가 법 제54조의3 제3항 본문이 학교법인의 이사장과 긴밀한 친·인척관계에 있는 자를 학교의 장에 임명될 수 없도록 한 취지는 학교법인의 경영과 학교행정을 인적으로 분리함으로써 견제와 균형을 도모하는 데 있다 할 것이다. 즉, 이사장의 배우자 등이 학교의 장에 임명되는 것을 아무런 제한 없이 허용할 경우 이른바 '족벌경영'에 의하여 사실상 학교법인의 이사장이 학교의 장을 겸하는 것과 다를 바 없는 결과를 가져올 수 있고, 이는 학교의 장이 학교법인으로부터 독립적으로 수행하여야 할 학사·교무행정까지 학교법인에 종속되는 것을 의미하기 때문이다.

친족관계에 있는 임원의 수를 제한함으로써 가족의 학교법인 장악을 방지하는 규정이 법 제21조 제2항, 제4항이라면, 법 제54조의3 제3항은 가족을 매개로 하여 학교법인이 학교를 장악하는 것을 방지함으로써 학교의 자주성을 보

호하고자 하는 것이므로, 그와 같은 입법목적의 정당성은 수긍할 수 있다.

(나) 수단의 적절성

우리의 사립학교 역사는 실제로 비리나 분규가 발생한 사학들의 경우 일가족이 학교법인과 학교를 장악한 경우가 적지 않음을 보여주고 있다.

이러한 경험에서 확인할 수 있었던 가족경영의 폐해는, 일가족이 학교법인의 이사회를 장악함으로써 견제와 감시가 이루어지지 않아 학교운영의 투명성·합리성이 보장되지 않고, 이사장의 가족이 학교의 주요 보직까지 차지함으로써 가족에 의한 학교법인 장악을 넘어 학교 장악으로까지 이어진 결과 학교의 재정, 인사 등 제반 분야에 있어 비리와 불법이 발생할 개연성이 높아진다는 점이다.

가족 특유의 친화성, 유대를 강점으로 살려 학교법인이나 학교를 효율적으로 운영할 수 있는 여지도 있다는 점에서 가족경영 자체를 본질적으로 유해한 것이라고 할 수는 없겠지만, 그럼에도 불구하고 입법자가 위 조항 본문과 같은 제한을 둔 것은 배우자 등은 이사장의 직계 최근친들로서 이사장의 연장된 팔과 같이 실질적으로는 이사장 스스로 학교장을 겸직하는 것과 다를 바 없다고 보았기 때문이다.

학교법인의 학교운영의 자유와 학교 스스로의 자율적 운영은 공히 교육의 자주성에 의해 보장되어야 할 것이나, 입법자는 가족에 의한 학교 지배의 폐해와 위험성이라는 우리의 사학현실 특유의 문제점을 더 중시하였고, 그에 기초한 법익형량의 결과 학교법인과 학교를 인적 지배구조의 측면에서 일정하게 분리함으로써 학교의 자주성을 보호하고자 위 조항을 마련하였다고 볼 것이므로, 이는 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단으로 평가할 수 있다.

(다) 피해의 최소화

한편, 위 조항은 단서에서 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 경우에는 이사장의 배우자 등도 당해 학교의 장에 취임할 수 있는 길을 열어 두고 있다.

또한, 이사장의 배우자 등은 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장으로 임명되는 데 제한을 받을 뿐 학교장 아닌 교원이 되거나 다른 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명되는 데에는 아무런 장애가 없다는 점에서, 이들에게 가해지는 제한은 입법목적 달성에 필요한 한도를 벗어나지 않은 것으로 평가할 수 있다.

(라) 법익의 균형성

이사장의 배우자 등의 학교장 임명을 제한함으로써 이들의 직업의 자유나 학교법인의 학교운영의 자유가 제한된다 하더라도, 앞서 본 것처럼 이를 통하여 달성하려는 공익, 즉 사학의 가족경영에 따른 폐해를 방지하여 궁극적으로 사학운영의 공공성과 투명성을 제고한다는 공익이 더 크다고 할 것이므로, 법익의 균형성도 갖추었다고 할 것이다.

(마) 소결

따라서 위 법률조항이 이사장의 배우자 등의 직업의 자유나 학교법인의 사립학교 운영의 자유를 과잉제한하여 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 청구인 ○○학원, □□학원의 법 제14조 제3항, 제4항, 제21조 제5항에 대한 심판청구, 청구인 □□학원, 김○주, 박○국, 고○애, 손○국, 전○용, 조○성, 주○건의 법 제25조 제3항, 제25조의3 제1항에 대한 심판청구, 청구인 ○○학원의 법 제26조의2 제1항에 대한 심판청구, 청구인 ○○학원, □□학원, 김○수, 조○행의 법 제53조 제3항 단서에 대한 심판청구, 청구인 ○○학원, □□학원, 조○수의 법 제54조의3 제3항에 대한 심판청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하고, 청구인 ○○학원, □□학원, 김○주, 박○국, 김○수, 조○행, 조○수, 고○애, 손○국, 전○용, 조○성, 주○건의 나머지 심판청구와 청구인 이○희, 최○규, 강○락, 최○준, 임○란, 최○영의 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 법 제14조 제3항, 제4항에 대하여 재판관 조용호의 아래 6.과 같은 반대의견, 법 제25조의3 제1항에 대하여 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 아래 7.과 같은 반대의견, 법 제53조 제3항 단서 부분에 대하여 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 아래 8.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 법 제14조 제3항, 제4항에 대한 재판관 조용호의 반대의견

나는 개방이사제도에 관하여 규정하고 있는 법 제14조 제3항, 제4항이 위헌이라고 판단하므로, 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 사립학교의 지위와 학교법인의 이사 제도

(1) 사립학교의 역사성과 현재의 위치

교육부가 간행한 ‘2013년 교육통계연보’에 의하면 사립학교의 비율은, 학교

수를 기준으로 할 때 초등학교의 경우 1.3%에 불과하지만 중학교는 20.3%, 고등학교는 40.8%, 전문대학은 93.6%, 대학교는 82.4%에 이르고, 학생 수를 기준으로 할 때 초등학교는 1.5%, 중학교는 17.7%, 고등학교는 43.6%, 전문대학은 97.9%, 대학교는 77.8%를 차지한다. 우리나라에서 특히 고등교육기관의 사립학교 비중이 높은 것은 국가의 공교육에 대한 투자를 대신하여 개인이 사립학교를 세워 교육 공백을 메우고 국가가 지원하는 방식을 취해왔기 때문이다. 이렇게 상당한 비중을 차지하는 사학은 국가 발전에 크게 기여하여왔다.

역사적으로 우리나라의 사립학교는 고구려의 경당, 신라의 화랑도, 고려의 사학12도와 조선의 서당·서원 등이 있었다. 우리 민족과 더불어 연면히 이어져 내려온 사학은, 조선 말엽에는 신문을 도입하면서 학생들에게 새로운 학문과 지식을 가르쳤고, 일제침략기에는 민족개화운동·구국항일운동의 산실이 되었으며, 해방 후에는 교육의 대중화를 통하여 경제발전과 민주화 진전에 큰 역할을 하였다. 획일적인 관립(국·공립)학교 체제가 아니라 제각기 다른 사학들의 건학정신에 따라 자유로운 교육 분위기가 주어졌을 때 우리의 교육은 풍성한 열매를 맺을 수 있었던 것이다.

(2) 사립학교의 기능과 범 현실

사립학교는 공교육의 질적 제고와 다양성을 보장하고, 다채로운 교육적 구상과 세계관을 펼칠 수 있으며, 학교의 개별화와 특성화를 통하여 학생과 학부모에게 폭넓은 선택의 기회를 주고, 사립학교 간의 경쟁을 통하여 창의적이고 자유로운 교육적 상상력을 실현함은 물론 제도의 발전과 교육혁신을 가져올 수 있다. 헌법 제31조는 교육을 받을 권리(제1항)와 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성(제4항)을 보장하고 있음에도 불구하고, 그 구체화법의 하나인 사립학교법은 사립학교의 자주성·특수성 및 창의성을 육성·보호하는 규정은 거의 두지 않고, 설립에서 운영·해산에 이르기까지 온갖 까다로운 규제와 간섭을 하기 때문에 위와 같은 사립학교의 기능을 실현하기가 매우 어렵다. 사립학교에 대하여는 국·공립학교에 대하여 가해지는 규제가 그대로 적용됨은 물론 사립학교법에 의한 규제가 추가되어 국·공립학교보다 오히려 더 많은 규제를 받고 있는 실정이다.

사립학교법은 사립학교의 자주성과 공공성의 조화를 그 입법목적으로 내세우고 있다(제1조 참조). 사학의 자주성은 특성 있는 건학이념과 교육목적에 근거한 자율적인 학교 운영 및 교육활동을 의미하고, 사학의 공공성은 비록 사립학교에서의 교육활동이라도 사회 공공의 복리를 위한 것이며 국가·사회 공동

체의 교육목적에 기여하여야 한다는 것을 의미한다. 따라서 사립학교가 공교육 제도의 체계에 철저히 편입되어 있는 우리나라의 교육제도라 하더라도, 사학의 자주성과 공공성은 배치되는 것이 아니라 상호보완적인 관계라야 한다. 우리 헌법재판소도 이미 사학의 특수성을 설립자의 특별한 설립이념 구현, 독자적인 교육방침에 의한 개성 있는 교육의 실시, 공익적 성격의 재산출연을 통한 공교육의 재정적 한계 보완 등으로 설명하여 왔다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 408-409; 헌재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233, 243 참조).

(3) 학교법인에 있어서 이사 제도의 의미

학교법인은 사립학교의 설립자이며 학교경영의 주체이다. 사립학교의 설립 및 운영의 자유는 학교법인이 자신의 정체성을 외부의 간섭 없이 자율적으로 결정할 자유를 포함한다. 학교법인의 정체성은 학교법인의 설립목적(정관)에서 나타나고, 그 설립목적을 실현하는 것은 학교법인의 최고 의사결정기관인 이사회이다. 이사회는 학교법인의 핵심 기관으로 학교법인의 권리를 실질적으로 행사하기 때문에 이사회의 조직과 기능 여하는 사학의 자주성과 자율성에 막대한 영향을 준다. 따라서 이사회를 조직, 구성하는 이사는 설립자 또는 학교법인의 교육이념과 건학정신을 이해하고 그 뜻을 같이 하여야 하며, 이사 상호간의 의사소통이 원활하여야 한다. 학교법인에게 인정되는 헌법상 사학의 자유는 순차적으로 선임되는 관계에 있다는 점에서 연결선상에 있는 이사들에 의하여 실질적으로 구현되는 것이고, 이사는 학교법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무가 있으며, 이를 대변할 지위에 있다. 그러므로 학교법인의 설립 목적을 구현하기 위한 목적에 적절한 이사를 선임하는 것이야말로 학교법인의 설립목적에 가장 잘 실현할 수 있는 것이고, 설립자에 의하여 선임된 이사 및 그 이사에 의하여 선임된 후임이사에 의하여 학교법인의 설립목적이 인적으로 보장되어 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 바로 학교법인 이사 제도의 본질인 것이다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조). 이와 같이 학교법인의 이사는 학교법인이 사립학교 운영의 자유를 구현하는 데 있어서 중추적 역할을 하는 실질적 주체이므로 학교법인의 이사선임권은 학교법인의 자주성과 자율성의 핵심 요소이자 기본권 주체로서의 학교법인에 부여된 모든 기본권 행사의 전제가 되는 것이다.

나. 개방이사제도의 위헌성

위와 같은 사립학교의 지위와 학교법인에 있어서 이사 제도의 본질에 대한 인식 아래 개방이사제도의 위헌성에 대하여 구체적으로 검토하여 본다.

(1) 심사기준

사립학교 교육에 대한 국가의 간섭은 사립학교가 담당하는 공교육, 즉 학력 인정에 필요한 교육의 충실을 확보하기 위하여 필요한 한도에 그쳐야 한다. 헌법 제31조 제6항이 사립학교를 포함한 교육제도의 내용 형성을 입법권에 위임하였다고 하더라도, 사립학교에 관한 법률이 학교법인이나 사립학교의 자율적 운영을 제한하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추어야 하고, 헌법 제31조 제1항이 보장하고 있는 교육받을 권리와 교육선택권을 충실하게 보장하기 위하여 필요한 경우에 최소한도의 제한에 그쳐야 한다.

개방이사제도는 학교법인의 기본조직의 구성, 즉 지배구조와 관련된 핵심적 부분에 대한 제한을 가하는 것으로서, 이는 사립학교 설립·운영의 자유 가운데서도 보다 본질적인 영역에 대한 제한을 의미한다. 따라서 이러한 영역에 대한 기본권 제한의 경우 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 되어야 한다.

(2) 목적의 정당성

법 제14조 제3항, 제4항은 법정의견이 밝힌 바와 같이 학교법인과는 독립적이고 객관적인 인사를 이사로 선임하여 사립학교 운영의 공공성과 투명성을 강화하고, 다양한 학교구성원에게 학교운영에 참여할 기회를 부여함으로써 학교운영의 자율성을 제고하고자 하는 데 취지가 있는 것으로서 그 목적의 정당성은 일단 수긍할 수 있다.

(3) 수단의 적절성

법 제14조 제4항은 추천위원회 위원의 2분의 1에 대한 추천권을 대학평의회나 학교운영위원회에 부여하고 있는데, 그 중 학교운영위원회는 그 구성과 성격의 한계상 위와 같은 입법목적 달성에 적절한 역할을 한다고 볼 수 있는지에 관하여 강한 의문이 제기된다. 사립학교의 학교운영위원회는 교원위원, 학부모위원, 지역위원으로 구성되고(초·중등교육법 제31조, 같은 법 시행령 제63조), 국·공립학교와 달리 학교장의 자문기관이다(초·중등교육법 제32조 제2항). 그런데 단순한 자문기관에 불과한 학교운영위원회가 학교법인의 의사결정기관인 이사선임에 관여하는 것은 자문기관으로서의 성격에 부합하지 않을 뿐 아니라, 실제 그 위원들 사이에서 어떻게 확정적인 의사를 정할 것인지 알 수 없고, 특히 학부모위원은 어떻게 의사를 수렴할 것인지, 회의체로서의 모습을 갖추고 있는지도 의문이며, 지역위원은 그 선정기준 자체가 모호하다.

법 제14조 제3항, 제4항이 추구하는 사립학교 운영의 공공성과 투명성 제고라는 입법목적은 일단 수긍한다 하더라도, 자문기관에 불과하고 그 구성의 대

표성과 정당성에 의문이 있는 외부기구가 학교법인 의사결정기관 구성원의 선임에 개입하는 것이 이러한 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단인지는 선뜻 수긍이 가지 않고, 특히 ‘학교운영의 자율성 제고’는 학교법인이 의사결정기관인 이사회를 구성하고, 그 이사회에서 이사를 선임하는 것 자체가 자율적 운영 일진대, 학교법인의 의사결정기관과 관계없는 외부기구가 일정 수의 이사선임에 개입하도록 하는 것은 입법 목적과 그 수단 사이에 합리적 연관성이 있다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 오히려 이러한 입법 취지를 몰각시킬 우려마저 있다.

(4) 피해의 최소성

(가) 학교법인의 이사는 학교법인이 사립학교 운영의 자유를 구현하는 데 있어서 중추적 역할을 하는 실질적 주체이므로 학교법인의 임원선임권은 학교법인의 자주성과 자율성의 핵심 요소이자 기본권 주체로서의 학교법인에 부여된 모든 기본권 행사의 전제가 되는 것이다. 그런데, 학교법인 스스로가 최고 의사결정기관인 이사회를 구성원으로, 교원 중에서 학교발전에 공로가 큰 사람, 학부모 중 학교설립 취지에 공감하여 적극적으로 후원하는 사람을 이사로 영입함은 모르되, 법으로 의사결정기관 구성원의 일부, 그것도 4분의 1을 학교법인의 의사와 관계없이 일률적으로 외부 인사 중에서 선임하도록 강제하는 것은 학교법인의 설립·운영의 자유에 대한 심대한 제한을 초래한다.

(나) 학교법인은 사립학교의 설립·운영의 주체로서 대내외적으로 법적·재정적 책임을 지고, 이사회는 학교법인 자체뿐만 아니라 사립학교 운영과 관련된 전반적이고 중요한 사항들을 심의·의결하는 최고의사결정기관이다. 따라서 사립학교의 학사, 인사, 재정, 조직 등 모든 분야에서 학교법인의 사학 설립·운영권의 본질적인 부분들이 기능적으로 유지될 수 있도록 하는 것이 절대적으로 필요하다. 그러나 개방이사제도는 학교법인과는 ‘직접적 관련성’을 갖지 못하는 인사들도 그 구성원이 되는 기구로 하여금 이사 정수의 4분의 1에 대한 추천권을 주도하도록 하고 있는바, 이는 사학운영에 대하여 법적·재정적 책임을 지지 않는 기구가 이사 추천권한만을 행사함으로써 권한과 책임이 분리되는 불합리한 결과를 초래한다.

이와 같은 것은 외국의 입법례 어디에도 그 유래를 찾아볼 수 없는 것이고, 비영리재단법인 나아가 공익법인의 경우에도 이사회 외부에서 추천한 인사를 이사로 선임하도록 강제하고 있는 예는 보이지 아니하는바, 사립학교 운영의 공공성과 투명성 확보를 위한 예방적 조치라는 명분으로 이사회가 아닌 외부에서 이사회에의 관여 없이 추천하는 자를 선임하도록 강제하는 것은 학교법인

의 의사결정 체계와 본질에 어긋나 학교법인 설립·운영의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이다.

(다) 나아가, 비록 법 제14조 제3항이 추천위원회에서 2배수 추천하는 인사 가운데 선임하는 방식을 취하고 있어 형식적으로는 학교법인의 이사선임권 자체를 박탈하는 것은 아니라고 볼 여지도 있지만, 실질적으로는 학교법인의 의도와는 전혀 다른 인사라도 이사로 선임할 수밖에 없는 제한을 받게 됨으로써 사실상 이사 정수의 4분의 1에 관한 한 학교법인의 이사선임권 자체가 형해화(形骸化)되는 결과를 초래할 수 있다. 또한, 학교구성원들로 하여금 학교운영에 참여할 수 있도록 하는 것이 헌법상 허용된다 하더라도, 이들이 참여할 수 있는 영역은 학교의 학사, 교무, 인사 등 특정영역에 한하여 제한된 범위에서 고려될 수 있을 뿐이고, 참여를 허용하는 정도에 있어서도 사립 초·중등학교와 사립대학은 차이를 둬야 마땅하다.

그런데 개방이사는 학교법인의 최고의사결정기관인 이사회에 구성원이 되어 이사회의 모든 관장사항의 심의에 참여하고 의결권을 행사할 수 있는바, 이는 학교구성원에게 허용될 수 있는 학교운영 참여의 범위를 넘어서는 것으로 학교법인의 내부기관구성권에 대한 과도한 제한이라 할 것이다. 이러한 점에서 개방이사의 비율이 이사 정수의 4분의 1로서 의결정족수에 미치지 않는다는 점만으로는 피해의 최소성을 충족한다고 보기 어렵다.

(라) 기본적으로 개방이사제도는 일부 사학의 비리라는 특수한 현상을 일반화한 잘못된 전제에서 출발한 것이다. 비리와 부정이 있는 일부 사학에 대하여는 사후적인 규제와 감독권 행사의 일환으로 그 정상화 과정에서 개방이사제도를 도입, 시행할 수 있음은 별론으로 하더라도, 아무런 문제도 없는 절대다수의 사학까지 범죄 집단시하여 사전적·예방적인 수단으로 전체 사학에 대하여 예외 없이 개방이사제도를 도입, 강제하는 것은 도저히 수긍할 수 없고, 그 피해의 최소성에도 반한다. 현실적으로 학교법인 또는 사학이 국가로부터 보조금을 받는다는지 관할청으로부터 일정한 지휘·감독을 받는다고 하더라도 이를 빌미로 하여 전체 사학에 대하여 개방이사제도를 도입, 강제하는 것은 학교법인의 이사제도의 본질을 침해하는 것이다.

(5) 법익의 균형성

개방이사제도를 통하여 달성하고자 하는 공익은 학교구성원이 학교운영에 참여하는 것을 보장함으로써 궁극적으로는 사학운영의 공정성, 투명성, 민주성을 높이는 데 있다 할 것이나, 이는 일부 사학의 비리라는 특수한 현상을 일

반화한 잘못된 전제에서 출발한 것이어서 그 추구하는 입법목적과 개방이사제 도라는 수단 사이의 연관성이 긴밀하지 않을 뿐만 아니라, 학교법인으로서는 개방이사제도로 인하여 사립학교 운영의 자유의 본질적인 부분을 침해받게 되므로, 위 법률조항은 보호하려는 공익과 기본권제한 사이에 현저한 불균형을 초래하여 법익의 균형성을 갖추고 있다고 볼 수 없다.

다. 소결

위에서 본 바와 같은 우리나라 교육에서 사학이 차지하는 중요성과 역사성, 사학의 기능과 자주성 보장의 필요, 학교법인 이사 제도의 본질, 개방이사제도의 문제점 등 여러 가지 사정에 비추어 보면, 법 제14조 제3항, 제4항은 청구인 학교법인들의 사학의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다. 나아가 국가와 민족의 미래를 위해서도 사학을 이런 식으로 대우해서는 안된다.

7. 법 제25조의3 제1항에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 반대의견

우리는 법 제25조의3 제1항이 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 본질적인 내용까지 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 심사기준

위기사태에 빠진 학교법인이 임시이사 체제를 거쳐 정상화되는 단계에서 누가 어떤 방법으로 정식이사를 선임할 것인가 하는 문제는, 학교법인의 지배구조와 관련된 핵심적 부분이므로, 이에 대한 제한은 사학의 자유 가운데서도 보다 본질적인 영역에 대한 제한을 의미한다. 따라서 이러한 영역에 대한 기본권 제한의 과잉 여부를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙이 그 심사척도가 되어야 한다.

나. 목적의 정당성 및 수단의 적절성

위 법률조항은 임시이사가 선임된 학교법인을 정상화함에 있어서 가장 중요한 절차라 할 수 있는 정식이사 선임을 행정청의 일방적 판단에 맡기는 대신 제3의 기관인 조정위원회에 실질적인 선임권을 부여하고 있는데, 이는 정식이사 선임 문제를 공정하게 처리하고자 하는 데 주된 입법목적이 있다고 할 것이므로, 그 정당성을 인정할 수 있다.

또한, 학교법인의 운영상 심각한 장애가 발생하여 임시이사가 선임되었다가 임시이사 선임사유가 해소되고 학교법인을 정상화하기 위하여 정식이사를 선임하는 단계에서는 학교법인, 학교구성원, 설립자나 종전이사 등의 다양한 이

해관계가 대립될 수 있으므로 더욱 그 절차 및 방법의 공정성이 요구된다 할 것인데, 조정위원회는 일응 공정성이나 전문성이 담보된 기구로 볼 수 있으므로 조정위원회에 정상화 절차의 주도권을 부여한 것이 위와 같은 입법목적의 달성에 유효한 수단이 될 수 있음은 부인할 수 없다.

다. 피해의 최소성

(1) 학교법인은 사립학교를 설치·경영하기 위한 목적으로 설립된 재단법인의 일종으로서 그 운영시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립 목적을 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립 목적은 그 의사결정기관이자 집행기관인 이사회를 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로, 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사들을 순차적으로 선임함으로써 학교법인의 설립 목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사제도의 본질이라 할 수 있다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

한편, 사립학교법상 임시이사제도는, 위기사태에 빠진 학교법인에 임시이사를 파견하여 학교법인을 조속히 정상화함으로써 그 설립 목적을 달성할 수 있도록 하려는 데에 그 제도적 취지가 있는 것이지, 위기사태를 가져온 구 이사들에 대한 제재의 일환으로 그들로부터 학교법인 경영권을 박탈하거나 학교법인의 지배구조를 변경하는 것을 허용하는 제도가 아니다.

임시이사의 선임에 의하여 설립자로부터 연유하는 학교법인의 정체성은 종전이사에게까지 승계된 후 정지된 상태로 있게 되는데, 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 된다는 것은 학교법인과 학교의 운영상 위기상태를 극복함으로써 임시이사 선임사유가 해소되어 통상적인 학교법인 체제로 복귀하는 것, 즉 학교법인의 정상화를 의미하는 것으로 이때 정식이사를 선임하는 행위는 정지된 상태로 남아 있던 학교법인의 정체성을 대변할 지위를 승계할 자를 정하는 행위이다.

임시이사는 그 선임사유가 해소될 때까지만 존속한다는 점에서 임시이사가 선임되는 단계에서는 학교법인의 사학의 자유가 한시적·잠정적으로 제한되는 것으로 볼 수 있음에 반하여, 임시이사 선임사유가 해소되어 정상화 절차로서의 정식이사를 선임하는 단계에서 건학이념이나 종전이사 등의 이해관계가 반영되지 않을 경우 임시이사가 선임됨으로써 한시적·잠정적으로 제한되었던 이들의 사학 운영의 자유가 영구적·확정적으로 제한되는 것을 의미하므로 그 제한의 정도가 훨씬 크다.

따라서 이 단계에서는 앞서 본 학교법인 이사제도의 본질 즉, 학교법인 설립 목적의 영속성이 인적으로 보장될 수 있도록 하기 위한 최소한의 장치가 마련 되어야 하고, 그럼으로써 임시이사 선임에 의하여 강제적으로 정지되어 있던 학교법인의 정체성과 사학의 자유가 회복될 수 있는 것이다.

그렇지 않고 학교법인의 정체성을 고려하지 아니한 채 정식이사 선임이 이루어진다면 이로써 학교법인의 정체성이 단절되고, 학교법인이나 종전이사 등의 사학의 자유가 영구적으로 박탈되는 결과를 초래한다.

(2) 그런데 법 제25조의3 제1항은 임시이사 체제에서 정식이사 체제로 전환 되는 단계에서 모든 정식이사의 선임권한을 사실상 조정위원회에 부여하고 있을 뿐만 아니라, 2005년 개정법에 두고 있던 법 제25조의3 제2항과 같은 조항 즉, 상당한 재산을 출연하거나 학교발전에 기여한 자 등의 의견을 들어 이사를 선임하도록 한 규정조차 삭제함으로써 정식이사 선임에 있어 종전이사 등의 의사가 반영될 여지가 적어도 법률의 차원에서는 전혀 보장되지 않고 있다.

비록 시행령과 조정위원회 운영규정에서 이들의 의견을 들을 수 있도록 하는 조항을 두고는 있으나, 위 시행령 조항이나 조정위원회 규정은 그 내용이 임의규정으로 되어 있을 뿐이다.

이러한 점은 임시이사가 선임되었다가 정상화되는 단계에서 정식이사 전원이 학교법인의 인적 연속성이나 설립 목적의 영속성을 담보할 수 없는 인사들로 채워질 수도 있다는 점에서 사학의 자유에 대한 제한의 심각성이 크다고 할 것이다.

사립학교법은 임시이사의 선임사유 자체를 상당히 포괄적으로 규정하고 있어서(법 제25조 제1항) 임시이사 선임단계에서 이미 조정위원회나 관할청의 자의적 판단이 개입할 여지가 적지 아니한데, 나아가 임시이사 선임사유의 해소 여부를 판단하거나 정식이사를 선임하는 단계에서도 학교법인의 설립 목적이나 정체성을 대변할 위치에 있는 인사들의 참여가 법적으로 보장되어 있지 않다.

그 결과 설립자로부터 연원하여 순차 이어지던 이사회 의 인적 구성에 본질적인 변화가 생기면 이로써 설립자가 정초(定礎)한 학교법인의 설립 목적 역시 그 영속성을 보장받을 수 없게 되고, 이는 학교법인의 정상화를 넘어서 실질적으로는 학교법인의 경영주체가 교체되는 것을 의미하므로, 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 심대하게 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

(3) 또한, 정상화 과정에서 종전이사 등을 배제하는 것은 국가가 사학의 설

립자에게 부여한 신뢰에 반하는 것이고, 이는 궁극적으로 사학설립에 뜻을 둔 국민에게 필연적으로 위축효과를 초래할 것이라는 점에서도 헌법상 정당화될 수 없다.

우리나라의 공교육체계에서 사립학교가 차지하는 비중이 유례없이 높은 것은, 국가가 공교육을 표방하면서도 궁핍한 재정 탓에 국민의 교육열에 상응하는 공교육 주관자로서의 책임을 온전히 수행하지 못하였고, 그 공백을 사학이 감당해 왔기 때문이다. 국가가 사립학교의 설립을 권장하고 이에 부응한 설립자가 사유재산을 출연하여 학교법인을 설립한 것이라면, 그 과정에서 국가는 자발적으로 공교육의 책임을 떠맡은 사학의 설립자에게 사학의 자유를 보장하고 학교법인의 설립 목적에 따른 독립적인 경영을 보장한다는 신뢰를 부여한 것으로 보아야 할 것이므로, 설립자나 그에 의하여 순차적으로 선임된 학교법인의 이사들이 가지는 이러한 신뢰를 보호할 의무가 있다.

임시이사 체제를 거쳐 학교법인이 정상화되는 경우, 학교법인 설립 목적의 영속성이 인적으로 보장될 수 있도록 제도를 설정하는 것이 위와 같은 신뢰를 보호하는 최소한의 장치라 할 것이다.

종전이사 등이 정식이사 선임권을 전유하는 것이 반드시 바람직한 것은 아닐 것이므로 학교법인의 설립 목적이나 정체성의 유지·계승을 보장하기 위한 장치를 어느 수준에서 마련할지의 문제는 원칙적으로 입법자가 정책적으로 결정할 영역에 속한다고 할 것이다.

그러나 법 제25조의3 제1항과 같이 정식이사 체제로 전환하는 단계에서 설립자나 종전이사 등의 참여를 법률 차원에서 보장하지 않는 것은 이들과 학교법인의 사학의 자유를 심대하게 침해하는 것일 뿐 아니라, 나아가 교육사업에 뜻을 두고 사립학교를 설립하려는 국민을 위축시키고, 궁극적으로는 다양한 교육을 제공함으로써 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 기능을 하는 사립학교의 존재의의를 유명무실하게 만들 것이다.

(4) 다수의견은 학교법인 설립 목적의 영속성은 설립자로부터 이어지는 이사의 인적 연속성에 있는 것이 아니라 위임관계의 본지, 즉 정관에 의하여 보장된다고 한다. 그러나 정관변경의 요건에 대하여 규정하고 있는 법 제45조는 2012. 1. 26. 법률 제11216호로 개정되면서 사립학교 운영의 자율성을 확대한다는 취지하에 사전인가제로 운영되고 있던 정관변경 절차를 사후보고제로 전환하여 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성으로 이사회 의결을 거치면 정관을 변경할 수 있도록 하고 있다. 이러한 정관변경 절차를 통해 정관에 기재된 설

립자의 설립 목적, 출연자의 출연의사 등 위임관계의 본지가 변경될 가능성이 없다고 볼 수 있는지 의문이다. 정관변경에 의해 설립 목적 등 위임의 본지가 변경될 가능성을 배제할 수 없다면, 설립 목적이 정관에 화체되어 있다 하더라도 그 자체로 완전한 보장책이 되지 못하는 한계는 여전히 남는다.

라. 법익의 균형성

나아가 위 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익, 즉 제3의 기관이 정식 이사를 선임하도록 하여 사학운영의 민주성·투명성을 제고할 필요성이 있다는 점을 고려하더라도 이러한 공익과 종전이사 등의 참여가 보장되지 않아 학교법인의 인적 연속성이 단절됨으로써 침해되는 사학의 자유 사이에는 법익의 균형이 적절하게 유지되고 있다고 볼 수 없다.

마. 소결

결국 법 제25조의3 제1항은 과잉금지원칙에 반하여 학교법인과 종전이사 등의 사학의 자유를 본질적인 내용까지 침해하는 규정이라 할 것이므로, 헌법에 위반된다.

8. 법 제53조 제3항 단서 부분에 대한 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대이견

우리는 법 제53조 제3항 단서 부분이 초·중등 사립학교장의 직업의 자유와 학교법인의 사학의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 목적의 정당성 및 수단의 적절성

(1) 다수의견은 위 조항의 입법목적으로, 먼저 학교장의 장기 재임에 따른 학교법인과의 유착을 방지하여 학교운영의 투명성을 제고하는 것을 들고 있다.

그러나 가족경영이나 학교법인과의 유착의 문제는 법인경영과 학교운영을 인적으로 분리하는 규정을 정당화하는 사유로 될 수 있을 뿐, 학교장의 중임을 제한하는 것과는 직접적인 관련성을 가진다고 보기 어렵다.

친족관계에 기반한 인적 유착은 이미 이사장의 학교장 겸직금지 조항(법 제23조 제1항 본문), 이사장의 배우자 등의 학교장 임명제한 조항(법 제54조의3 제3항)을 통하여 관철되고 있다. 이러한 유형의 인적 유착 외에도 장기 재임으로 인한 자연발생적 유착이 생길 가능성을 부정할 수는 없겠으나, 이러한 자연발생적 유착은 친족관계에 바탕한 인적 유착과 달리 당해 학교장과 학교법인의 개인적·구체적 특성과 상호관계에 따라 좌우되는 것이기 때문에 중임제한이라는 규제를 통하여 예방하기에 적합하지 않다.

학교장은 행정과 교육활동을 통하여 학생의 발달 및 성장에 직·간접적으로 영향을 미치므로, 수요자 중심의 교육을 실현한다는 차원에서도 유능한 교장은 학교법인이나 학교의 구성원이 원할 경우 그 직무를 장기간 계속해서 수행할 수 있도록 보장하는 것이 필요하다.

학교법인이 장기에 걸친 교육목표나 학교발전계획을 설정하고 유능한 학교장을 통하여 이를 추진하고자 하는 경우에도 위 조항으로 인하여 그러한 교육사업을 추진하는 데 제한을 받게 되고, 이러한 특별한 경우가 아니더라도 재임기간 동안의 업무수행과정에서 능력과 덕성이 검증된 학교장을 최장 8년 동안 재직하였다는 이유만으로 그 직에서 물러나게 할 특별한 공익은 생각하기 어렵다.

(2) 다수의견은 또한 국·공립학교장의 경우와 공통된 입법목적으로 교장의 노령화·관료화 방지 및 인사순환을 통한 교단의 활성화를 들고 있다.

그러나 교원인사가 전체 교단 차원에서 이루어지는 국·공립학교 교원의 경우에는 국·공립학교장의 연임을 제한함으로써 승진을 위한 과열경쟁을 막고 승진기회 축소에 따른 교원의 사기저하를 방지하는 효과를 가져올 수 있을 것이나, 국·공립학교와 달리 학교법인별·학교별로 교원인사가 이루어지는 데 그치는 사립학교의 경우에는 학교장의 중임 횟수 제한만으로 교단의 활성화에 어느 정도나 효과가 있을지 의문이다.

또한, 교육공무원의 정년을 규정하고 있는 교육공무원법(제47조 제1항)과 달리 사립학교법은 사립학교교원의 정년을 별도로 규정하고 있지 않은데, 정년조항은 두지 않으면서 학교장의 중임 횟수만 제한하여 노령화를 방지하겠다는 것은 체계적으로 합리적인 수단이라 할 수 없다.

세대교체를 통한 교단의 활성화라는 명분 역시 참신성보다는 경륜과 원숙한 지혜가 더 필요한 학교장이라는 직책의 특성에 대한 고려가 결여되어 있다는 점에서 선뜻 수긍하기 어렵다.

나. 피해의 최소성 및 법익의 균형성

위 법률조항은 초·중등학교의 장의 임기를 원칙적으로 학교법인의 정관으로 정하도록 하면서도 4년을 초과할 수 없고, 1회에 한하여 중임할 수 있다고 규정함으로써, 어떠한 경우에도 동일인이 8년을 초과해서 같은 학교의 장에 재직할 수 없도록 하였다. 이는 연임의 제한에 그치는 것이 아니라 한번 학교장에 취임하면 연속해서 임명되든, 그렇지 않든 합산하여 8년을 초과하여 학교장에 재임할 수 없게 하는 것으로서 학교장의 임기를 정관에서 자유롭게 정

할 수 있도록 맡겨둔 취지와 맞지 않을 뿐만 아니라, 그 제한으로 인한 피해의 정도가 심각하다고 할 것이다.

또한, 사립학교 학교장의 중임을 제한할 경우 국·공립학교장의 경우와 달리 오히려 일반 교원이나 직원에 대한 교무장악력이 약화되어 공교육을 실현하는 데 부정적인 영향을 미칠 소지도 있으므로, 이와 같이 중임 횟수를 제한하는 것이 반드시 공익에 기여할 것으로 보기도 어렵다는 점에서 법익의 균형을 갖추고 있다고 볼 수도 없다.

다. 소결

따라서 법 제53조 제3항 단서 부분은 초·중등사립학교의 장의 직업의 자유와 초·중등 사립학교를 운영하는 학교법인의 사학의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지 1] 청구인 목록 생략
(2007헌마1189)

1. 학교법인 ○○학원

대표자 이사장 이○희 외 12인

청구인 1 내지 13의 대리인

법무법인 바른 담당변호사 강훈

홍익 법무법인 담당변호사 이현

(2007헌마1190)

14. 고○애 외 4인

청구인 1 내지 18의 대리인

법무법인 서울 담당변호사 이석연

[별지 2] 관련조항

사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 것)

제14조(임원) ① 학교법인에는 임원으로서 7인 이상의 이사와 2인 이상의 감사를 두어야 한다. 다만, 유치원만을 설치·경영하는 학교법인에는 임원으

로서 5인 이상의 이사와 1인 이상의 감사를 둘 수 있다.

② 이사 중 1인은 정관이 정하는 바에 의하여 이사장이 된다.

사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것)

제24조의4(조정위원회 위원의 자격 기준) ① 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자이어야 한다.

1. 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 직에 15년 이상 재직한 자
2. 대학의 총장·학장·또는 초·중등학교의 교장경력이 있는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
3. 대학에서 부교수 이상의 직에 종사하는 자로서 교육경력 15년 이상인 자
4. 회계사로서 회계업무경력 15년 이상인 자
5. 교육행정기관에서 고위공무원의 경력이 있는 자로서 공무원경력 15년 이상인 자

사립학교법(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정된 것)

제53조(학교의 장의 임면) ① 각급학교의 장은 당해 학교를 설치·경영하는 학교법인 또는 사립학교경영자가 임면한다.

제53조의3(교원인사위원회) ② 교원인사위원회의 조직·기능과 운영에 관하여 필요한 사항은 학교법인 및 법인인 사립학교경영자의 경우에는 정관으로, 사인인 사립학교경영자의 경우에는 규칙으로 정한다.

제54조의2(해임요구) ② 제1항의 규정에 의한 해임의 요구는 관할청이 당해 학교법인 또는 사립학교경영자에게 그 사유를 밝혀 시정을 요구한 날로부터 15일이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 한한다.

사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호로 개정된 것)

제7조의2(개방이사의 추천·선임 등) ① 법 제14조 제3항에 따라 개방이사를 학교법인이 선임하고자 하는 때에는 선임사유가 발생한 날부터 15일(재직이사의 경우 임기만료 전 3개월) 안에 이사장이 법 제14조 제4항에 따른 개방이사추천위원회(이하 “추천위원회”라 한다)에 추천을 요청하여야 한다.

② 제1항의 요청에 따라 추천위원회가 개방이사를 추천하는 때에는 해당 학교의 건학이념을 구현할 수 있는 자를 추천하여야 한다.

③ 추천위원회는 제1항에 따른 기간 안에 이사장이 개방이사의 추천을 요청하지 아니하는 경우에는 그 사실을 안 날부터 30일 안에 법 제14조 제3항에 따른 추천을 할 수 있다.

④ 2 이상의 학교를 설치·경영하고 있는 학교법인의 경우에는 대학평의회 또는 학교운영위원회가 협의하여 추천위원회를 공동으로 구성할 수 있다.

⑤ 개방이사의 자격요건은 일반이사의 자격요건을 고려하여 정관으로 정한다.

⑧ 이 영에서 정하고 있는 사항 외에 개방이사의 추천, 선임방법 및 기준에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.

제9조의6(조정위원회의 회의) ③ 조정위원회는 심의에 필요하다고 인정하는 때에는 해당 학교법인 및 학교의 임직원, 그 밖의 이해관계인 등으로부터 의견을 청취할 수 있다.

사학분쟁조정위원회 운영규정(2008. 9. 4. 사학분쟁조정위원회 규정 제4호로 개정된 것)

제13조(임시이사사 선임된 학교법인의 정상화 심의) ① 위원회는 법 제24조의2 제2항 제3호에 따라 정상화를 심의하거나 이사 선임에 관한 심의를 위하여 필요한 때에는 다음 각 호에 해당하는 자의 의견을 청취하거나 해당 학교법인에 대한 현장 조사를 할 수 있다.

1. 해당 학교법인의 기본재산액의 3분의 1 이상에 해당하는 재산을 출연하거나 기부한 자
2. 학교 발전에 기여한 자
3. 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임 되었다가 퇴임한 정식이사
4. 해당 학교법인의 임직원 및 학교의 교직원, 그 밖의 이해관계인

② 제1항 제2호의 ‘학교발전에 기여한 자’ 및 제4호의 ‘그 밖의 이해관계인’의 범위는 해당 학교법인의 상황 등을 고려하여 위원회에서 정한다.

사립학교법 시행령(2006. 6. 23. 대통령령 제19546호로 개정된 것)

제10조의6(평의원의회의 구성) ① 평의원회는 교원·직원 및 학생 중에서 각각의 구성단위를 대표할 수 있는 자로 구성하되, 동문 및 학교의 발전에 도움이 될 수 있는 자를 포함할 수 있다. 다만, 평의원회의 구성단위 중 어느 하나의 구성단위에 속하는 평의원의 수가 전체 평의원 정수의 2분의 1을 초과하여서는 아니 된다.

② 평의원회는 11인 이상의 평의원으로 구성한다.

③ 이 영에서 규정한 것 외에 평의원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.

구 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정되기 전의 것)

제58조(면직의 사유) ① 사립학교의 교원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는

당해 교원의 임면권자는 이를 면직시킬 수 있다.

4. 정치운동 또는 노동운동을 하거나 집단적으로 수업을 거부하거나 또는 어느 정당을 지지 또는 반대하기 위하여 학생을 지도·선동한 때

[별지 3] 2. 청구인들의 주장요지

가. 개방이사·감사 제도 관련 조항(법 제14조 제3항 내지 제6항, 제21조 제5항)의 위헌성

(1) 학교법인의 최초 이사를 설립자가 직접 임명하고, 이들로 구성된 이사회에서 연속성을 가지고 후임 이사를 임명하는 것은 학교법인의 설립 목적 구현을 인적으로 보장하기 위한 최소한의 장치이다.

개방이사제도는 학교법인 내지 학교법인 설립자의 이사회 구성권을 박탈하는 것으로 학교법인 내지 설립자의 재산권, 일반적 행동자유권, 직업의 자유, 종교의 자유를 침해하는 동시에 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성, 자유민주주의, 자유시장경제 등 헌법의 기본원리에도 위배된다.

(2) 법 제14조 제3항

위 조항은 학교법인과 무관한 제3자에게 이사 추천권을 부여하고 그 추천된 인사 중에서 선임할 것을 강제하고 있는데, 이는 학교법인의 기본권인 사학의 자유를 침해하는 것이고, 다른 사법인과 달리 학교법인의 경우에만 개방이사를 강제하는 것은 합리적 근거 없이 학교법인을 차별하는 것이므로 평등권을 침해한다.

(3) 법 제14조 제4항

위 조항은 개방이사 추천위원회 위원 정수의 2분의 1을 대학평의원회나 학교운영위원회가 추천하도록 하고 있는데, 이는 학교법인의 피용자들을 필수적 구성원으로 하는 대학평의원회나 학교운영위원회가 학교법인의 이사 선임에 관여하도록 허용하는 것이어서 재단법인인 학교법인의 사회단체화 내지 사립학교의 국·공립학교화를 초래할 수 있고, 학교운영권을 내용으로 하는 학교법인의 재산권 내지 자율권의 본질적 내용을 침해한다.

또한, 위 조항 단서가 종교지도자 양성만을 목적으로 하는 대학 및 대학원을 설치·경영하는 학교법인의 경우 당해 종교단체에서 2분의 1을 추천하도록 한 것은 종교사학과 비종교사학을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해하고, 종교지도자 양성만을 목적으로 하지 않는 종교계 사립학교의 경우 그 설립 취지에 따른 종교교육이 제대로 이루어지지 않을 개연성이 크므로 종교의 자

유도 침해하며, 나아가 학교운영위원회 내지 대학평의위원회의 개방이사추천위원 제도를 통하여 국가가 건학이념인 종교교육에 관여할 수 있는 길을 터 줌으로써 특정 이데올로기에 의한 교육의 획일화 내지 평준화를 강요하여 헌법 제20조 제2항이 선언하고 있는 정교분리원칙에도 위배된다.

(4) 법 제14조 제5항, 제6항

추천위원회가 30일 이내에 개방이사를 추천하지 못하는 때에는 관할청이 추천하도록 한 것(제5항)이나, 개방이사의 추천, 선임방법 및 자격요건과 기준에 관한 구체적인 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 정관으로 정하도록 한 것(제6항)은 결국 개방이사가 학교법인에 의하여 임명되는 것이 아니라 사실상 행정청이 임명한다는 점을 명백히 한 것으로 사학의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

(5) 법 제21조 제5항

위 조항은 학교법인에 두는 감사 중 1인은 추천위원회에서 추천하는 자를 선임하도록 하고 있는바, 개방감사 역시 학교법인의 설립 목적이나 의사와 무관한 지위에 있는 개방이사 추천위원회에 의하여 강제적이고 타율적으로 감사 선임이 이루어진다는 점에서 사학의 자유를 침해하는 것이다.

나. 임시이사제도 관련 조항의 위헌성

(1) 임시이사 선임의 전제인 임원취임의 승인취소 조항(법 제20조의2) 및 임원직무집행정지 조항(법 제20조의3 제1항)의 위헌성

임시이사 선임은 임원취임의 승인취소를 매개로 하여 이루어지는데 법 제20조의2는 승인취소사유를 막연하고 광범위하게 정하고 있고, 관할청이 임원의 직무집행을 정지할 수 있도록 하는 근거조항인 제20조의3 제1항 역시 그 사유를 포괄적이고 불명확하게 규정함으로써 관할청의 재량을 과도하게 인정하여 명확성원칙에 반하며, 학교법인의 사학의 자유를 과잉제한하고 있다.

(2) 임시이사제도(법 제25조) 자체의 위헌성

사립학교법상 임시이사 관련 조항 중 법 제25조 제3항은 개별 임시이사의 임기만 제한하고 있을 뿐 임시이사 체제의 존속기한에 관하여는 아무런 제한을 두지 않고 있어 관선이사 체제가 영속될 수도 있는데, 이는 학교법인의 사립학교운영의 자유 및 재산권을 침해하고, 학교법인 설립자의 설립행위의 근간을 무너뜨리는 것으로 학교법인 설립자 및 운영자의 행복추구권을 침해하며, 학교법인이나 학교법인의 설립자, 운영자의 직업선택의 자유도 침해한다.

또한, 임시이사가 선임되기 직전의 정식이사 또는 당해 학교법인에 대하여

정당한 권리를 가지는 설립자 등이 당해 사학을 타인에 양도하거나 자진해산하는 등으로 임시이사 체제를 자신의 의사로 종결시킬 수 있는 절차규정이 마련되어 있지 않다는 점에도 위헌성이 있다.

나아가 임시이사제도는 실제에 있어서 임원취임의 승인취소 및 임원직무집행정지제도와 연계되어 시행됨으로써 학교법인을 운영할 권리가 손쉽게 제3자에게 넘어가게 되어 학교법인의 정체성에 본질적인 변화를 초래한다. 그리고 학교법인 및 학교법인 경영자의 직업의 자유, 행복추구권에 내포된 일반적 행동의 자유, 재산권에 대한 과잉제한일 뿐만 아니라 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성과 자유민주주의원리 및 자유시장경제질서에도 위배된다.

(3) 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 관련 조항(법 제25조의3 제1항)의 위헌성

위 조항은 관할청이 조정위원회의 심의를 거쳐 임시이사를 해임하고 정식이사를 선임하도록 규정하고 있는바, 조정위원회 역시 관할청의 산하기관이라는 점에서 정상화 여부를 국가기관의 판단에 맡기고 있으므로 사학의 자유를 과도하게 제한하는 것이고, 설립자나 종전이사는 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 위치에 있음에도 정상화 과정에서 이들의 의견을 듣는 절차도 거치지 않은 채 정식이사를 선임할 수 있도록 한 것은 학교법인, 설립자, 운영자(종전이사)의 사학의 자유, 재산권, 직업의 자유를 침해하는 것이며, 신뢰보호의 원칙에도 위배된다.

(4) 사학분쟁조정위원회 제도 자체의 위헌성(제24조의2, 제24조의3)

조정위원회를 교육인적자원부장관 소속하에 설치하여 사학의 분쟁에 국가기관이 관여하도록 한 것은 사학의 자유를 침해하고, 사학을 국·공립화 하는 것이다.

조정위원회는 헌법상 설치근거가 없을 뿐만 아니라 대통령, 국회의장, 대법원장이 추천하는 인사로 구성하도록 하면서 이를 독립한 위원회 조직으로 하지 않고 교육인적자원부장관의 소속하에 둔 것이나, 조정위원회를 심의기구로 하면서도 그 심의결과에 법적 구속력을 부여한 것은 헌법 제96조가 정하고 있는 행정기관법정주의에 합치하지 않고, 권력분립의 원칙에도 위배되므로 결국 조정위원회 관련 조항은 모두 헌법에 위배된다.

다. 학교법인과 학교의 구성원 등의 관계 설정에 있어서의 위헌성

(1) 임원의 겸직금지 조항(법 제23조 제1항 본문)의 위헌성

학교법인의 이사장으로 하여금 당해 학교법인이 설치·경영하는 사립학교

의 장을 겸할 수 없도록 한 것은 이사장의 직업의 자유를 침해한다.

(2) 대학평의원회 제도(법 제26조의2)의 위헌성

위 조항에 따라 대학평의원회가 사실상 기속력을 갖는 심의기구로서 학교운영의 중요 사항을 심의하는 것은 실질적으로 학교법인 및 학교의 장의 권한을 대학평의원회에 이양하는 것이고, 게다가 심의사항으로 규정하고 있는 ‘교육에 관한 중요사항’(제1항 제6호)은 그 개념이 모호하여 대학평의원회가 학교법인의 학교경영에 관한 거의 모든 사항을 심의할 수 있는 여지를 주고 있으므로, 이는 사학의 자유의 본질에 대한 중대한 침해이다.

국·공립대학의 경우 1997년 고등교육법의 시행으로 대학평의원회를 폐지하였음에도 위 조항이 사립대학에만 대학평의원회의 설치를 의무화하는 것은 대학의 자율성을 침해하는 것이고, 현실적으로 대학 내 구성원들 사이에 갈등을 유발하여 궁극적으로 그 피해가 학생들에게 돌아가게 될 것이므로 학생의 수락권도 침해하는 것이다.

(3) 교원인사위원회 제도(법 제53조의3 제1항)의 위헌성

2007년 개정에 의하여 종전에 ‘교원의 인사에 관한 중요사항’을 심의하는 것으로 되어 있던 규정이 ‘교원의 임면 등 인사에 관한 중요사항’으로 변경됨으로써 교원인사에 관한 기본원칙뿐만 아니라 교사의 신규채용, 면직·퇴직, 승진 등 교원의 임면에 관한 제반 사항을 교사들로 구성된 교원인사위원회가 심의하는 것으로 되었다.

교원인사위원회에서 심의·결정한 사항을 이사회에서 거부하거나 번복할 경우 교사들에 의한 학내분규로 이어지고 이는 임시이사 선임의 발미가 될 것이기 때문에 학교법인으로서 교원인사위원회의 심의결과를 그대로 따를 수밖에 없는 실정이다.

이와 같이 학교법인의 피고용자인 교원들로 하여금 자신들의 인사권을 관장케 하는 것은 학교법인의 재산권, 일반적 행동자유권, 직업의 자유 및 교육의 자주성을 침해한다.

또한, 국·공립학교에 대해서는 심의기구가 아닌 자문기구인 교원인사자문위원회를 두고 있을 뿐이면서 사립학교에 대하여만 심의기구를 두게 강제하는 것은 합리적 이유 없이 사립학교를 차별하는 것이므로 평등권을 침해하는 것이기도 하다.

(4) 학교의 장의 임면 제한(법 제53조 제3항, 제54조의2 제1항 후문, 제54조의3 제3항)의 위헌성

(가) 법 제53조 제3항은 고등교육기관의 장과 달리 초·중등교육기관의 장에 대해서만 '1회에 한하여 중임할 수 있다'고 규정하여 고등교육기관의 장에 비하여 초·중등교육기관의 장을 합리적인 이유 없이 차별함으로써 이들의 평등권 및 직업의 자유를 침해하고, 사학의 자유도 침해한다

(나) 법 제54조의2 제1항 후문은 관할청이 학교의 장에 대한 해임을 요구할 경우 임명권자의 이행의무를 정하고 있는데, 이는 사학을 국·공립학교와 동일하게 취급하는 것으로 사학의 자유를 침해한다.

(다) 법 제54조의3 제3항은 이사장의 배우자, 직계존속 및 직계비속과 그 배우자가 당해 학교법인이 설치·경영하는 학교의 장에 임명될 수 없도록 하면서 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성과 관할청의 승인을 받은 경우에만 예외적으로 허용하고 있는데, 이사 정수의 3분의 2 이상의 찬성 외에 관할청의 승인까지 요구하는 것은 사학의 자유와 함께 헌법 제13조 제3항이 정하고 있는 '친족의 행위로 인해 불이익한 처우를 받지 아니할 권리'를 침해하는 것이다.

(5) 교원의 면직 사유 조항(법 제58조)의 위헌성

법 제58조는 2005년 개정 당시 교원의 면직 사유 중 노동운동 부분을 삭제하였는데, 교원의 노동운동은 미성숙한 학생들의 교육에 큰 악영향을 미칠 수 있음에도 이를 면직 사유에서 제외한 것은 학생의 수험권, 학부모의 자녀교육권을 침해한다.

공직선거법 제60조의3 제2항 제1호 등 위헌확인

(2013. 11. 28. 2011헌마267)

【판시사항】

1. 주관적 권리보호의 이익이 없고, 예외적으로 심판의 이익을 인정할 사안도 아니라고 보아 법령에 대한 헌법소원심판청구를 각하한 사례
2. 예비후보자의 배우자가 함께 다니는 사람 중에서 지정한 자도 선거운동을 위하여 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 한 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제60조의3 제2항 제3호 중 ‘배우자’ 관련 부분(이하 ‘이 사건 3호 법률조항’이라 한다)이 배우자가 없는 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 예비후보자의 배우자와 직계존·비속이 예비후보자의 선거운동을 위하여 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 한 공직선거법 제60조의3 제2항 제1호(이하 ‘이 사건 1호 법률조항’이라 한다)에 대한 심판청구는, 선거절차가 모두 끝나 주관적 권리보호의 이익이 없고, 헌법재판소가 최근에 위조항이 평등권을 침해하지 아니한다고 결정한 바 있어 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 경우도 아니어서 부적법하다.
2. 이 사건 3호 법률조항은, 명함 고유의 특성이나 가족관계의 특수성을 반영하여 단독으로 명함교부 및 지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자나 직계존·비속 본인에게 한정하고 있는 이 사건 1호 법률조항에 더하여, 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명까지 보태어 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 하여 배우자 유무에 따른 차별효과를 크게 한다. 더욱이 배우자가 그

와 함께 다니는 1명을 지정함에 있어 아무런 범위의 제한을 두지 아니하여, 배우자가 있는 예비후보자는 독자적으로 선거운동을 할 수 있는 선거운동원 1명을 추가로 지정하는 효과를 누릴 수 있게 된다.

이것은 명함 본래의 기능에 부합하지 아니할 뿐만 아니라, 선거운동 기회균등의 원칙에 반하고, 예비후보자의 선거운동의 강화에만 치우친 나머지, 배우자의 유무라는 우연적인 사정에 근거하여 합리적 이유 없이 배우자 없는 예비후보자를 차별 취급하는 것이므로, 이 사건 3호 법률조항은 청구인의 평등권을 침해한다.

재판관 김이수, 재판관 안창호의 이 사건 3호 법률조항에 대한 반대 의견

이 사건 3호 법률조항의 위헌여부는, 국민의 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정의 참여행위가 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다는 선거운동의 자유를 중심으로 판단해야 하는데, 다수의견은 선거운동의 원칙적 자유와 공익을 이유로 한 예외적 제한이라는 헌법적 의미를 도외시하고, 선거의 형식적 공정성만을 앞세운 것으로서, ‘자유와 권리의 하향평준화’로 귀결되어 기본권 보장을 추구하는 헌법재판의 본질과 맞지 않는다.

위 법률조항은 공직선거에서 선거운동 자유를 점차적으로 확대하는 과정에서 도입된 것이고, 선거운동의 기회를 차별적으로 부여하기 위한 것이 아니므로, 배우자가 없는 예비후보자에게 결과적으로 다소 불리한 상황이 발생하였더라도, 이러한 상황을 보완할 입법이 마련되지 않았음을 다투어야 할 것이지, 선거운동의 자유를 보장하고 확인하는 위 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없다.

【심판대상조문】

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호에 따른 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.

1. 예비후보자의 배우자와 직계존비속

- 2. 생략
 - 3. 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명
- ③~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제1조 제1항, 제116조 제1항

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

- 1. 대통령선거
선거일 전 240일
- 2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거
선거일 전 120일
- 3. 지역구시·도의회의원선거, 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 90일
- 4. 군의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 60일

②~⑨ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호에 따른 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.

- 1. 예비후보자의 배우자와 직계존비속
- 2. 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 제62조 제4항에 따른 활동보조인
- 3. 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명

③~⑥ 생략

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이

와 유사한 것을 배부·칩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다.

1. 선거운동기간 중 후보자, 제60조의3 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(같은 항 제2호의 경우 선거연락소장을 포함하며, 이 경우 “예비후보자”는 “후보자”로 본다)이 제60조의3 제1항 제2호에 따른 후보자의 명함을 직접 주는 행위
2. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조 제2항에 따른 통상적인 정당활동
- ② 누구든지 선거일전 90일부터 선거일까지는 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없으며, 후보자는 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연할 수 없다. 다만, 선거기간이 아닌 때에 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 신문 또는 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조에 따른 정기간행물의 판매를 위하여 통상적인 방법으로 광고하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 누구든지 선거운동을 하도록 권유·약속하기 위하여 선거구민에 대하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 할 수 없다.

공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치)제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위
2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위. 다만, 지하철역구내 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주거나 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.
3. 삭제
4. 선거구안에 있는 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내에서 자신의 사진·성명·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 인쇄물(이하 “예비후보자홍보물”이라 한다)을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 선거기간개시일 전 3일까지 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 우편발송하는 행위. 이 경우 대통령선거 및 지방자치단체의 장선거의 예비후보자는 표지를 포함한 전체면수의 100분의 50 이상의 면수에 선거공약 및 이에 대한 추진계획으로 각 사업의 목표·우선순위·이행절차·이행기한·재원조달방안을 게재하여야 하며, 이를 게재한 면에는 다른 정당이나 후보자가 되려는 자에 관한 사항을 게재할 수 없다.
5. 선거운동을 위하여 어깨띠 또는 예비후보자임을 나타내는 표지물을 착용하는 행위
6. 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 지지를 호소하는 행위

7. 삭제

②~⑥ 생략

공직선거관리규칙(2012. 1. 17. 중앙선거관리위원회규칙 제350호로 개정된 것) 제26조의2(예비후보자 등의 선거운동) ① 법 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 제2호 단서에서 “다수인이 왕래하거나 집합하는 장소”라 함은 다음 각 호의 장소를 말한다.

1. 선박·여객자동차·열차·전동차·항공기의 안과 그 터미널구내(지하철역구내를 포함한다)
2. 병원·종교시설·극장의 안

②~⑩ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176
헌재 2010. 12. 28. 2009헌마265, 판례집 22-2하, 787, 799-800
헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477
2. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28-29
헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176
헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477, 487-489

【당 사 자】

청 구 인 최○연
국선대리인 변호사 전경능

【주 문】

1. 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의3 제2항 제1호에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의3 제2항 제3호 중 “예비후보자의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명” 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요
청구인은 2011. 10. 26. 실시되는 재·보궐선거에 출마하기 위하여 서울특별

시 ○○구의원 선거(○○ 제2선거구)의 예비후보자 등록을 준비하던 중(청구인은 2011. 7. 26. 위 선거의 예비후보자로 등록하였으나, 위 선거에 출마하지는 않았다), 공직선거법 제60조의3 제2항 제1호, 제3호가 예비후보자의 선거운동에서 독자적으로 명함을 직접 주거나 지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 제한하고, 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명도 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 함으로써, 배우자와 직계비속이 없는 청구인의 평등권, 직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하며 2011. 5. 17. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의3 제2항 제1호(이하 '이 사건 1호 법률조항'이라 한다) 및 같은 항 제3호 중 '배우자' 관련 부분(이하 '이 사건 3호 법률조항'이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이고, 심판대상조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호에 따른 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.

1. 예비후보자의 배우자와 직계존·비속
3. 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명

[관련조항]

[별지] 기재와 같다.

2. 청구인의 주장

이 사건 1호 법률조항은 예비후보자의 선거운동에서 독자적으로 예비후보자의 명함을 직접 주거나 지지를 호소할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 제한하고 있고, 이 사건 3호 법률조항은 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명도 명함교부 및 지지호소를 할 수 있도록 하면서도 배우자가 없는 예비후보자에게 명함을 배포할 수 있는 자를 추가로 지정하는 등의 규정을 마련하지 아니함으로써, 청구인을 배우자와 직계비속이 있는 예비후보자에 비하여 합리적 이유 없이 차별하여 청구인의 평등권을 침

해할 뿐 아니라 청구인의 선거운동의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권을 침해한다.

3. 권리보호의 이익에 대한 판단

청구인이 예비후보자로 등록하였던 서울특별시 ○○구의원 재·보궐선거의 절차가 모두 끝나 청구인이 주장하는 기본권침해의 상태는 이미 종료되었으므로, 이 사건 각 법률조항에 대하여 위헌확인을 받는다 하더라도 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 못한다.

그런데 헌법소원은 개인의 주관적인 권리를 구제하는 것뿐만 아니라 헌법질서를 보장하는 기능도 겸하고 있으므로, 이 사건 헌법소원이 청구인의 권리구제에는 별 도움이 되지 못한다 하더라도, 이 사건 각 법률조항에 의한 기본권침해가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 그 법률조항에 대한 위헌 여부의 판단이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수도 있다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176 참조).

따라서 이 사건 각 법률조항에 대한 헌법소원청구가 위와 같이 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 경우에 해당하는지 본다.

가. 이 사건 1호 법률조항에 대한 판단

이 사건 1호 법률조항에 대하여, 헌법재판소는 2011. 8. 30. 선거운동의 자유나 평등권을 침해하지 아니한다고 결정한 바 있고(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477), 다시 2012. 3. 29. 평등권을 침해하지 아니한다고 결정한 바 있어(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마673, 판례집 24-1상, 646, 666-668 참조), 이에 대하여는 헌법적으로 해명할 필요가 없으므로, 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 경우에 해당되지 아니한다(헌재 2010. 12. 28. 2009헌마265, 판례집 22-2하, 787, 799-800 참조).

나. 이 사건 3호 법률조항에 대한 판단

이 사건 3호 법률조항에 대하여는 위 법률조항이 존속하는 한 앞으로 실시될 각종 공직선거에서 평등권과 같은 중요한 기본권에 대한 침해가 반복될 위험이 있어 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있고, 또한 아직까지 그에 대한 헌법적인 판단이 이루어진 바 없으므로, 청구인의 이 부분 심판청구는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정된다.

다. 소결

따라서 이 사건 각 법률조항 중 이 사건 1호 법률조항에 대한 심판청구는 부

적법하고, 이 사건 3호 법률조항에 대한 심판청구는 적법하다.

4. 이 사건 3호 법률조항의 평등권 침해 여부

가. 심사기준

이 사건 3호 법률조항은 예비후보자의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명도 예비후보자의 명함을 교부하거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 허용하고, 그 외의 자에 대하여는 이를 금지하고 있으므로, 배우자가 없는 예비후보자와 배우자가 있는 예비후보자 사이에 이 사건 3호 법률조항에 따라 차별취급이 존재한다고 할 수 있다.

다만, 배우자가 있는 예비후보자와 배우자가 없는 예비후보자 간의 차별취급은 헌법에서 특별히 차별을 금지하는 영역에 속하는 것이 아니고, 입법 형식으로 볼 때에도 모든 예비후보자를 동등하게 취급하고 있어 특정 집단의 차별을 목적으로 한 규정이라고 볼 수 없으며, 이 사건 3호 법률조항은 피선거권 자체를 박탈하는 것이 아니라 예비후보자의 선거운동 방법 중 하나로 예비후보자의 배우자와 함께 다니면서 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있는 주체를 정하는 것이어서 이로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다고 볼 수도 없으므로, 이 사건에서의 평등심사는 입법자의 차별취급에 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하는 완화된 기준에 의하기로 한다.

나. 합리적 이유가 있는지 여부

명함은 일상적으로 상대방을 만난 자리에서 자신을 소개하고 근황을 전하기 위하여 직접 주는 것이지만, 예비후보자의 선거운동과정에서는 예비후보자가 자신의 명함을 교부함으로써 자신에 대한 정보와 다가오는 선거에 출마예정이라는 사실을 가장 간명하면서도 정확하게 알릴 수 있으므로, 공직선거법 제60조의3 제1항 각 호에 규정된 극히 제한된 예비후보자의 선거운동방법 중에서도 유일하게 유권자와의 직접적 대면을 통하여 후보자를 소개하고 지지를 호소할 수 있어 그 중요성은 배가된다.

이 사건 1호 법률조항이 예비후보자를 수행하지 않은 상태에서 단독으로 명함교부·지지호소를 할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 한정하는 것은 선거과정에서 예비후보자와 불가분의 선거운명공동체를 형성하여 활동하기 마련인 가족관계의 특수성을 반영함과 더불어 선거의 조기과열을 방지하고 예비후보자간의 정치·경제력 차이에 따른 기회불균등을 차단할 뿐만 아니라, 명함교부에 의한 선거운동에 있어 명함 본래의 기능에 충실한 방법으로 선거운동의 자유를 보장하려는 점에서, 선거운동을 할 배우자가 없

는 예외적인 경우까지 고려하지 않았다고 하여 배우자 없는 예비후보자에 대한 차별취급이 자의적이어서 그의 평등권을 침해한다고 할 수는 없다(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477, 487-489 참조).

그러나 이 사건 1호 법률조항이 위헌이 아니라고 하더라도, 이 조항에 의하여 배우자 없는 예비후보자로서는 배우자 있는 예비후보자에 비하여 불리한 상황에서 선거운동을 할 수밖에 없는데, 이 사건 3호 법률조항은 이에 더하여 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명까지 보태어 명함을 교부하고 지지를 호소할 수 있도록 함으로써 배우자 유무에 따른 차별효과를 더욱 커지게 하고 있다. 더욱이 이 사건 3호 법률조항에서 배우자가 그와 함께 다니는 1명을 지정함에 있어 아무런 범위의 제한을 두지 아니하고 있는바, 이는 상대방을 만난 자리에서 자신을 소개하고 근황을 전하기 위해 직접 주는 명함 본래의 기능에 부합하지 아니하고, 이러한 명함 고유의 특성이나 가족관계의 특수성을 반영하여 명함교부의 주체를 배우자나 직계존·비속 본인에게만 한정하고 있는 이 사건 1호 법률조항의 입법취지에도 맞지 않는다. 뿐만 아니라 예비후보자가 현역 국회의원이거나 유력한 명망가인 경우, 예비후보자들 사이에 선거운동원을 영입함에 있어 경제력이나 정치적 영향력의 차이에 따른 불균형을 심화시킬 수 있으며, 이는 정치신인의 참여와 홍보기회를 확대하려는 예비후보자제도의 취지에도 어긋난다(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477, 488-489 참조).

또한, 이 사건 3호 법률조항에서 배우자가 아무런 범위의 제한 없이 함께 다닐 수 있는 사람을 지정할 수 있도록 함으로써, 결과적으로 배우자가 있는 예비후보자는 배우자 없는 예비후보자에 비하여 독자적으로 선거운동을 할 수 있는 선거운동원 1명을 추가로 지정하는 효과를 누릴 수 있게 되는데, 이는 헌법 제116조 제1항의 선거운동의 기회균등 원칙에도 반한다.

그러므로 이 사건 3호 법률조항은 예비후보자의 선거운동의 강화에만 치우친 나머지, 배우자의 유무라는 우연적인 사정에 근거하여 합리적 이유 없이 배우자 없는 예비후보자와 배우자 있는 예비후보자를 차별취급함으로써 배우자 없는 청구인의 평등권을 침해한다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 이 사건 1호 법률조항에 대한 청구는 부적법하므로 각하하고, 이 사건 3호 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반되므로, 아래 6.과 같은 이 사건 3호 법률조항에 관한 재판관

김이수, 재판관 안창호의 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 예비후보자의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명이 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 규정한 이 사건 3호 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하지 않는다고 생각하므로 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

이 사건 3호 법률조항의 위헌 여부는 선거운동의 자유가 가지는 헌법적 의미를 중심으로 하여 판단하여야 한다. 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다. 이처럼 민주적 의회정치의 기초인 선거는 본래 자유로와야 하는 것이지만 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 방지하고, 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하며, 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28-29 참조).

그런데 이 사건 3호 법률조항의 도입은 이하에서 보는 바와 같이 공직선거에서의 선거운동의 자유를 점차적으로 확대하는 과정에서 이루어진 것일 뿐, 선거운동의 기회를 차별적으로 부여하기 위한 것이 아니다. 즉 금권, 관권 및 폭력에 의한 부정, 과열선거로 점철되어온 우리 선거풍토를 바로잡기 위해 선거운동기간을 정하고 사전선거운동 일반을 금지하였는데, 우리의 선거문화가 개선되어감에 따라 사전선거운동 금지가 정치 신인에게 자신을 알릴 수 있는 기회를 보장함으로써 현역 정치인과의 선거운동 기회의 형평성을 제고하는 차원에서 구 공직선거법이 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되어 예비후보자제도가 도입되었고, 예비후보자가 할 수 있는 선거운동 방법의 하나로 명함교부를 통한 선거운동이 허용된 것이다. 이후 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정으로 예비후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자 혹은 예비후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인도 예비후보자의 선거운동을 위하여 명함을 직접 줄 수 있고, 이 경우 예비후보자의 배우자

는 예비후보자의 지지를 호소할 수 있도록 하였다. 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 다시 개정되면서, 배우자와 직계존·비속 모두 예비후보자를 수행하지 않은 상태에서 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있는 것으로 하고, 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 활동보조인, 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명도 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있도록 하여 그 범위가 점차적으로 확대되었다(제60조의3 제2항).

이처럼 이 사건 3호 법률조항은 국민주권주의를 실현하기 위해 원칙적으로 허용되어야 하는 선거운동의 자유를 선거과열 등 선거의 공정성을 해할 우려가 없는 범위에서 보장하기 위한 것이지, 시혜적 차원에서 배우자 있는 예비후보자에게 선거운동의 기회를 추가로 부여한 것이 아니다.

다수의견은 이 사건 3호 법률조항이 위헌이라는 근거로 배우자 있는 예비후보자에게 차별적으로 선거운동의 기회를 부여하고 있을 뿐 아니라 선거의 조기과열 및 유급 선거운동원의 고용에 따른 폐해를 피하기 어렵다고 하고 있다. 이러한 다수의견은 선거운동의 원칙적 자유와 공익을 이유로 한 예외적 제한이라고 하는 헌법적 의미를 도외시하고, 공직선거에 대한 국가의 후견주의적 개입이 정당하다는 전제하에 선거의 형식적 공정성을 앞세운 것이다. 또한, 선거비용을 제한하고, 이를 일정한도 이상 초과하여 지출하는 경우 형사처벌과 함께 벌금 300만 원 이상 선고 시에는 당선을 무효로 하는 등 강력한 통제방안을 마련하고 있는바, 단지 예비후보자의 배우자가 함께 다니는 선거운동 보조자 중 1인으로 하여금 예비후보자의 배우자를 보조하는 차원에서 직접 명함을 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있도록 한 것이 선거의 조기과열이나 유급 선거운동원의 고용에 따른 폐해를 가져온다고 보기도 어렵다.

다수의견은 예비후보자의 배우자가 지정하는 1인이 예비후보자의 배우자를 보조하는 차원을 넘어서 독자적 유급 선거운동원을 허용하게 되는 것이나 마찬가지로 결국 배우자 없는 예비후보자를 합리적 이유없이 차별하는 것이라고 하나, 예비후보자의 배우자가 지정하는 1인은 예비후보자의 배우자와 함께 다니는 경우에만 명함을 주거나 지지를 호소할 수 있을 뿐이라는 점에서 선거운동기회의 심각한 불균형을 가져온다고 보기도 어렵다.

만일 다수의견과 같이 선거운동의 자유를 확인하여 보장하는 이 사건 3호 법률조항의 위헌심사에 있어 배우자 없는 예비후보자와의 차별성을 이유로 평등권이 침해된다고 한다면, 이는 이른바 ‘자유와 권리의 하향평준화’로 귀결될

것인바, 이는 과잉금지 및 평등권 심사를 통한 기본권 보장을 추구하는 헌법재판의 본질과도 배치되는 것이다.

따라서 우리는 배우자가 없는 예비후보자에게 결과적으로 선거운동에 있어 다소 불리한 상황이 발생하였더라도 이를 평등권 침해라고 보기는 어렵다고 생각한다. 배우자 없는 예비후보자에게 발생하는 결과적 불평등의 문제는 입법자가 이러한 상황을 고려하여 - 예를 들면, 예비후보자의 직계존비속 중 1인이 그와 동행하는 선거운동원 1인을 지정할 수 있도록 하는 등 - 선거운동의 자유를 확대하는 입법을 함으로써 해결되어야 할 문제일 뿐이다. 굳이 헌법재판에서 이를 다룬다면 이러한 불평등을 보완할 입법이 마련되지 않았음을 이유로 한 입법부작위의 위헌성을 다투어야 할 것이지, 선거운동의 자유를 보장하고 확인하는 이 사건 3호 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없는 것이다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지] 관련조항

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원 선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

1. 대통령선거
선거일 전 240일
2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거
선거일 전 120일
3. 지역구시·도의회의원선거, 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 90일
4. 군의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 60일

제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하

는 사람은 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호에 따른 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.

1. 예비후보자의 배우자와 직계존·비속
2. 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 제62조 제4항에 따른 활동보조인

제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다.

1. 선거운동기간 중 후보자, 제60조의3 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(같은 항 제2호의 경우 선거연락소장을 포함하며, 이 경우 “예비후보자”는 “후보자”로 본다)이 제60조의3 제1항 제2호에 따른 후보자의 명함을 직접 주는 행위

공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것)

제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치)제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위
2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위. 다만, 지하철역구내 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주거나 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.

3. 삭제

4. 선거구 안에 있는 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내에서 자신의 사진·성명·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 인쇄물(이하 “예비후보자홍보물”이라 한다)을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 선거기간개시일 전 3일까지 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 우편발송하는 행위. 이 경우 대통령선거 및 지방자치단체의 장선거의 예비후보자는 표지를 포함한 전체면수의 100분의 50 이상의 면수에 선거공약 및 이에 대한 추진계획으로 각 사업의 목표·우선순위·이행절차·이행기한·재원조달방안을 게재하여야 하며, 이를 게재한 면에는 다른 정당이나 후보자가 되려는 자에 관한 사항을 게재할 수 없다.
5. 선거운동을 위하여 어깨띠 또는 예비후보자임을 나타내는 표지물을 착용하는 행위
6. 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 지지를 호소하는 행위
7. 삭제

공직선거관리규칙(2012. 1. 17. 중앙선거관리위원회규칙 제350호로 개정된 것) 제26조의2(예비후보자 등의 선거운동) ① 법 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 제2호 단서에서 “다수인이 왕래하거나 집합하는 장소”라 함은 다음 각 호의 장소를 말한다.

1. 선박·정기여객자동차·열차·전동차·항공기의 안과 그 터미널구내(지하철역구내를 포함한다)
2. 병원·종교시설·극장의 안

입법부작위 위헌확인

(2013. 11. 28. 2011헌마269)

【판시사항】

1. 헌법소원심판청구가 제기된 이후 심판대상인 법률조항의 개정으로 권리보호이익이 소멸한 사례
2. 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제37조 제3호(이하 ‘이 사건 편입대상조항’이라 한다)가 의사자격이 있는 사람으로서 인턴과 레지던트 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람은 전문연구요원으로 편입하는 것을 허용하면서, 의사자격이 있는 사람으로서 인턴 과정만 마치고 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람은 전문연구요원으로 편입할 수 없도록 한 것이 병역의무의 이행과 관련하여 후자를 합리적 이유 없이 차별하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 의사자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관에서 정하여진 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위 과정을 수학 중인 사람이 35세까지 의무종사기간을 마칠 수 있는 경우에 한하여 전문연구요원으로 편입할 수 있도록 규정한 구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것) 제36조 제5항에 대하여 헌법소원심판을 청구한 이후, 2013. 6. 4. 법률 제11849호로 위 조항이 개정되어 ‘의사 등의 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관에서 정하여진 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위 과정을 수학 중인 사람’의 경우에는 ‘37세’까지 의무종사기간을 마칠 수 있는 사람은 전문연구요원으로 편입될 수 있도록 변경되어 청구인도 전문연구요원으로 편입할 수 있게 되었으므로, 위 조항에 대한 헌법소원심판청구는 권리보호이익이 없다.
2. 이 사건 편입대상조항에서 의사자격이 있는 사람으로서 군전공

의 수련과정을 마치고 박사학위 과정에 수학 중인 사람을 전문연구
요원 편입대상으로 규정하고 있는 것은 이들의 임상경험과 첨단 과
학기술을 접목시켜 의료기기 산업 등을 발전시키고 의과학자를 양성
하는 데 그 목적이 있다. 입법자는 이러한 목적을 달성함에 있어 1
년의 인턴 과정을 마친 것만으로는 풍부한 임상경험을 획득하였다고
보기 어렵다는 판단 하에 인턴 과정뿐만 아니라 레지던트 과정을 모
두 마친 사람이 자연계대학원에 진학하는 경우에 한하여 전문연구요
원으로의 편입을 허용하는 것이므로 이를 두고 합리적 근거 없는 자
의적인 입법형성권의 행사로 청구인의 평등권을 침해하였다고 보기
어렵다.

【심판대상조문】

구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것) 제36조(지정업체의 선정
등) ①~④ 생략

⑤ 관할 지방병무청장[지정업체 또는 「농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률」 제10조
에 따른 후계농업경영인 및 어업인후계자(이하 “후계농·어업인”이라 한다)의 사업장이
있는 행정구역을 관할하는 지방병무청장을 말한다. 이하 이 절에서 같다]은 다음 각 호의
어느 하나에 해당하는 사람으로서 제39조에 따른 의무종사기간(義務從事期間)을 35세까지
마칠 수 있는 사람에 대하여는 전문연구요원(제3호에 해당하는 사람은 제외한다) 또는 산
업기능요원으로 편입시킬 수 있다. 이 경우 현역병입영 대상자는 보충역에 편입한다.

- 1. 현역병입영 대상자
- 2.~3. 생략

⑥~⑦ 생략

구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것) 제41조(전문연구요원과 산
업기능요원의 편입취소 및 의무부과) ① 관할 지방병무청장은 전문연구요원이나 산업기능
요원으로 편입된 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 편입을 취소하여
야 한다. 다만, 종사하고 있는 지정업체에서 해고된 사람이 「근로기준법」 제28조 제1항에
따라 노동위원회에 구제신청을 하거나 법원에 해고의 효력을 다투는 소송을 제기하여 계
류 중일 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 결과가 확정될 때까지 편입의 취소를
유보할 수 있으며, 제40조 제2호에 해당하는 사람이 대통령령으로 정하는 사유에 해당하
는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 편입을 취소하지 아니하고 해당 분야에 종
사하지 아니한 기간만큼 의무종사기간을 연장하여 복무하게 할 수 있다.

- 1.~2. 생략
- 3. 제39조 제1항에 따른 의무종사기간을 35세까지 마칠 수 없는 경우
- 4.~8. 생략

②~④ 생략

병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제37조(전문연구요원 편입 대상) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 원할 경우 제36조에 따른 전문연구요원으로 편입할 수 있다.

- 1.~2. 생략
- 3. 의사, 치과의사 또는 한의사 자격이 있는 사람으로서 제58조 제2항 제1호에 따른 군 전공의수련기관(軍專攻醫修鍊機關)에서 정하여진 과정을 마치고, 제2호의 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정된 것) 제2조(정의 등) ① 이 법에서 사용되는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 1.~15. 생략
- 16. “전문연구요원”이란 학문과 기술의 연구를 위하여 제36조에 따라 전문연구요원(專門研究要員)으로 편입되어 해당 전문 분야의 연구업무에 종사하는 사람을 말한다.
- 17.~19. 생략

② 생략

병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정된 것) 제37조(전문연구요원 편입 대상) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 원할 경우 제36조에 따른 전문연구요원으로 편입할 수 있다.

- 1. 석사 이상의 학위를 취득한 사람(석사학위 및 박사학위 과정이 통합된 과정을 수료한 사람을 포함한다)으로서 지정업체로 선정된 연구기관에 종사하고 있는 사람(공익근무요원소집 대상 보충역으로서 자연계 학사학위를 취득하고 지정업체로 선정된 연구기관 중 중소기업부설 연구기관에 종사하고 있는 사람을 포함한다)
- 2. 지정업체로 선정된 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람(석사학위 및 박사학위 과정이 통합된 자연계대학원의 과정에서 「고등교육법」 제31조 제2항 제1호에 따른 석사학위과정의 수업 연한(年限) 이상을 마친 사람을 포함한다)
- 3. 생략

병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제39조(전문연구요원 및 산업기능요원의 복무) ① 전문연구요원과 산업기능요원은 해당 분야에서 다음 각 호의 구분에 따른 기간 동안 의무종사를 하여야 하며, 그 기간을 마치면 공익근무요원의 복무를 마친 것으로 본다. 이 경우 제37조 제2호와 제3호에 따른 전문연구요원의 경우 박사학위과정의 수학기간은 의무종사기간에 산입하지 아니한다.

- 1. 전문연구요원: 3년
- 2. 산업기능요원: 2년 10개월. 다만, 공익근무요원소집 대상 보충역에서 편입된 산업기

능요원은 2년 2개월로 하고, 공익근무요원으로 복무하다가 편입된 사람은 그 남은 기간으로 한다.

②~⑤ 생략

병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제58조(의무·법무·군종·수의장교 등의 병적 편입) ① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중 의무·법무·군종·수의사관후보생을 지원한 사람은 의무·법무·군종·수의사관후보생의 병적에 편입할 수 있으며, 그 편입 대상 및 제한연령 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 의사·치과 의사 또는 한의사 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관에서 정하여진 과정을 이수하고 있는 사람
2. 판사·검사 또는 변호사 자격을 얻기 위하여 해당 연수기관이나 법학전문대학원에서 정하여진 과정을 이수하고 있는 사람
3. 목사·신부·승려 또는 그 밖에 이와 동등한 직무를 수행하는 사람의 자격을 얻기 위하여 신학대학·불교대학 또는 그 밖에 성직자의 양성을 목적으로 하는 대학에 다니고 있는 사람
4. 수의사 자격을 얻기 위하여 수의과대학(수의학과가 설치된 대학의 수의학과를 포함한다)에 다니고 있는 사람

③~⑧ 생략

병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정된 것) 제36조(지정업체의 선정 등) ①~④ 생략

⑤ 관할 지방병무청장[지정업체 또는 「농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률」 제10조에 따른 후계농업경영인 및 후계어업경영인(이하 “후계농어업경영인”이라 한다)의 사업장이 있는 행정구역을 관할하는 지방병무청장을 말한다. 이하 이 절에서 같다]은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 제39조에 따른 의무종사기간을 35세(제37조 제1항 제3호에 해당하는 사람은 37세)까지 마칠 수 있는 사람에 대하여는 전문연구요원(제3호에 해당하는 사람은 제외한다) 또는 산업기능요원으로 편입시킬 수 있다. 이 경우 현역 병입영 대상자는 보충역에 편입한다.

1. 현역병입영 대상자
2. 사회복무요원 소집 대상인 보충역
3. 사회복무요원

⑥~⑦ 생략

【당 사 자】

청 구 인 차○진

국선대리인 변호사 김영호

【주 문】

1. 구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것) 제36조 제5항 제1호 중 전문연구요원 편입 연령에 관한 부분 및 같은 법 제41조 제1항 제3호에 대한 심판청구를 각하한다.

2. 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제37조 제3호에 대한 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1985. 10. 30.생(심판청구당시 만 25세)으로 ○○에서 공학사 학위를 취득하고 ○○대학교 의학전문대학원 3학년에 재학 중인 현역병 입영대상자로서, 장차 졸업과 함께 의사면허를 취득하고 임상수련과정을 거쳐 자연계열 대학원의 박사과정에 진학하고자 하는 사람이다.

병역법 제37조 제3호에 의하면 의사 자격이 있는 사람은 전공의 과정, 즉 인턴 및 레지던트 과정 모두를 마쳐야만 전문연구요원으로 편입될 수 있고, 구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것) 제36조 제5항에 의하면 현역병입영대상자로서 ‘의무종사기간을 35세까지 마칠 수 있는 사람’이라야 전문연구요원으로 편입될 수 있었다.

청구인은, 학부과정을 마치고 의학전문대학원에 진학하는 사람은 바로 의과대학에 들어간 사람과 달리 임상수련과정(인턴과 레지던트)까지 모두 거치면 2년이 더 소요되어 최소 32세에 해당하게 되고, 전문연구요원의 의무복무기간이 3년인 점을 고려하면 구 병역법 제36조 제5항의 전문연구요원 편입요건 중 ‘의무종사기간을 35세까지 마칠 수 있는 사람’에 해당하기 어려우므로, 병역법에서 의과대학과 의학전문대학원의 이수기간 차이를 고려하여 의학전문대학원을 졸업한 사람의 경우 전문연구요원 의무종사기간을 ‘37세’까지 마칠 수 있는 자로 규정하지 아니한 것과 인턴과정만을 마치고 자연계대학원 박사학위과정을 수학 중인 사람에게도 전문연구요원으로 편입할 수 있도록 규정하지 아니한 것이 청구인의 평등권, 직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 2011. 5. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의

것) 제36조 제5항 제1호 중 전문연구요원 편입 연령에 관한 부분(이하 ‘이 사건 편입연령제한조항’이라 한다), 같은 법 제41조 제1항 제3호(이하 ‘이 사건 편입취소조항’이라 한다) 및 병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것) 제37조 제3호(이하 ‘이 사건 편입대상조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다(청구인은 구 병역법 제36조 제5항 전부에 대하여 심판청구를 제기하였으나, 청구인이 다투고자 하는 것은 전문연구요원 편입연령을 제한하는 부분이므로 이 부분 심판청구를 위와 같이 한정함이 상당하다).

이 사건 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정되기 전의 것)

제36조(지정업체의 선정 등) ⑤ 관할 지방병무청장[지정업체 또는 「농어업 경영체 육성 및 지원에 관한 법률」 제10조에 따른 후계농업경영인 및 어업인 후계자(이하 “후계농·어업인”이라 한다)의 사업장이 있는 행정구역을 관할하는 지방병무청장을 말한다. 이하 이 절에서 같다]은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 제39조에 따른 의무종사기간(義務從事期間)을 35세까지 마칠 수 있는 사람에 대하여는 전문연구요원(제3호에 해당하는 사람은 제외한다) 또는 산업기능요원으로 편입시킬 수 있다. 이 경우 현역병입영 대상자는 보충역에 편입한다.

1. 현역병입영 대상자

제41조(전문연구요원과 산업기능요원의 편입취소 및 의무부과) ① 관할 지방병무청장은 전문연구요원이나 산업기능요원으로 편입된 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 편입을 취소하여야 한다. 다만, 종사하고 있는 지정업체에서 해고된 사람이 「근로기준법」 제28조 제1항에 따라 노동위원회에 구제신청을 하거나 법원에 해고의 효력을 다투는 소송을 제기하여 계류 중일 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 결과가 확정될 때까지 편입의 취소를 유보할 수 있으며, 제40조 제2호에 해당하는 사람이 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 편입을 취소하지 아니하고 해당 분야에 종사하지 아니한 기간만큼 의무종사기간을 연장하여 복무하게 할 수 있다.

3. 제39조 제1항에 따른 의무종사기간을 35세까지 마칠 수 없는 경우

병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것)

제37조(전문연구요원 편입 대상) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람

은 원할 경우 제36조에 따른 전문연구요원으로 편입할 수 있다.

- 3. 의사, 치과의사 또는 한의사 자격이 있는 사람으로서 제58조 제2항 제1호에 따른 군전공의수련기관(軍專攻醫修鍊機關)에서 정하여진 과정을 마치고, 제2호의 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람

[관련조항]

병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호로 개정된 것)

제2조(정의 등) ① 이 법에서 사용되는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 16. “전문연구요원”이란 학문과 기술의 연구를 위하여 제36조에 따라 전문연구요원(專門研究要員)으로 편입되어 해당 전문 분야의 연구 업무에 종사하는 사람을 말한다.

제37조(전문연구요원 편입 대상) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 원할 경우 제36조에 따른 전문연구요원으로 편입할 수 있다.

- 1. 석사 이상의 학위를 취득한 사람(석사학위 및 박사학위 과정이 통합된 과정을 수료한 사람을 포함한다)으로서 지정업체로 선정된 연구기관에 종사하고 있는 사람(공익근무요원소집 대상 보충역으로서 자연계 학사학위를 취득하고 지정업체로 선정된 연구기관 중 중소기업 부설 연구기관에 종사하고 있는 사람을 포함한다)
- 2. 지정업체로 선정된 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람{석사학위 및 박사학위 과정이 통합된 자연계대학원의 과정에서 「고등교육법」 제31조 제1항 제2호 및 제3호에 따른 석사학위과정의 수업 연한(年限) 이상을 마친 사람을 포함한다}

병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정된 것)

제39조(전문연구요원 및 산업기능요원의 복무) ① 전문연구요원과 산업기능요원은 해당 분야에서 다음 각 호의 구분에 따른 기간 동안 의무종사를 하여야 하며, 그 기간을 마치면 공익근무요원의 복무를 마친 것으로 본다. 이 경우 제37조 제2호와 제3호에 따른 전문연구요원의 경우 박사학위과정의 수학기간은 의무종사기간에 산입하지 아니한다.

- 1. 전문연구요원: 3년
- 2. 산업기능요원: 2년 10개월. 다만, 공익근무요원소집 대상 보충역에서 편입된 산업기능요원은 2년 2개월로 하고, 공익근무요원으로 복무하다가 편입된 사람은 그 남은 기간으로 한다.

제58조(의무·법무·군종·수의장교 등의 병적 편입)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중 의무·법무·군종·수의사 관후보생을 지원한 사람은 의무·법무·군종·수의사관후보생의 병적에 편입할 수 있으며, 그 편입 대상 및 제한연령 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 의사·치과의사 또는 한의사 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련 기관에서 정하여진 과정을 이수하고 있는 사람

병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호로 개정된 것)

제36조(지정업체의 선정 등) ⑤ 관할 지방병무청장[지정업체 또는 「농어업 경영체 육성 및 지원에 관한 법률」 제10조에 따른 후계농업경영인 및 후계어업경영인(이하 “후계농어업경영인”이라 한다)의 사업장이 있는 행정구역을 관할하는 지방병무청장을 말한다. 이하 이 절에서 같다]은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 제39조에 따른 의무종사기간을 35세(제37조 제1항 제3호에 해당하는 사람은 37세)까지 마칠 수 있는 사람에 대하여는 전문연구요원(제3호에 해당하는 사람은 제외한다) 또는 산업기능요원으로 편입시킬 수 있다. 이 경우 현역병입영 대상자는 보충역에 편입한다.

(각 호 생략)

2. 청구인의 주장요지

가. 병역의무자가 정상적으로 법정 학제에 따라 고등학교 졸업, 4년의 대학과정, 4년의 의학전문대학원 과정, 5년의 전공의과정(인턴 및 레지던트)을 마치면 최소 32세에 달하게 되어 자연계대학원 박사학위 과정에 진학하여 35세까지 의무종사기간을 마치는 것이 불가능하므로 이 사건 편입연령제한조항으로 인하여 의학전문대학원을 졸업한 현역입영대상자는 전문연구요원으로 병역의무를 이행하는 것이 원칙적으로 불가능하다. 6년제 의과대학을 졸업한 현역입영대상자에 비하여 4년의 대학과정과 4년의 의학전문대학원 과정을 거친 현역입영대상자는 2년의 과정이 추가로 필요하므로 이 사건 편입연령제한조항이 의학전문대학원 현역입영대상자에 대하여 35세가 아니라 37세까지 의무종사기간을 마칠 수 있는 경우 전문연구요원으로 편입할 수 있도록 규정하지 않고 있는 것은 비례의 원칙에 위반하여 능력에 따른 교육을 받을 권리를 침해한다.

나. 이 사건 편입대상조항은 인턴과 레지던트 과정을 모두 마친 전문의만이 전문연구요원으로 편입될 수 있도록 하고 있으나, 인턴 및 레지던트 과정은 각각 별개의 수련 체계와 지원, 선발 체계를 갖추고 있으므로 최소한의 임상능력

만을 갖추고 자연계대학원에 진학하여 의과학 분야의 연구에 종사하고자 하는 사람에게는 인턴 과정만을 마친 후 박사과정 전문연구요원으로 편입할 수 있도록 허용되어야 한다. 그렇지 않고 전공의과정을 모두 마친 사람에게만 전문연구요원의 복무를 허용하는 것은 전공의과정을 일부만 마친 사람을 불합리하게 차별하여 평등원칙에 위반된다.

그리고 인턴 과정만을 마친 후 자연계대학원 박사과정에 진학하여 전문연구요원으로 편입할 수 있는 것을 허용하지 않고 불필요한 4년간의 레지던트 과정까지 이수하도록 하는 것은 직업선택의 자유를 침해한다.

3. 적법요건 판단

가. 이 사건 편입연령제한조항

청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구한 이후인 2013. 6. 4. 법률 제11849호로 이 사건 편입연령제한조항이 개정되었다. 개정된 이 사건 편입연령제한조항에 따르면, 전문연구요원 편입대상자 중 구 병역법 제37조 제3호에 해당하는 ‘의사 등의 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관에서 정하여진 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위 과정을 수학 중인 사람’의 경우에는 ‘37세’까지 의무종사기간을 마칠 수 있는 사람은 전문연구요원으로 편입될 수 있도록 변경되었고, 그 개정조항은 공포일로부터 시행된다(부칙 제1조 단서).

이와 같이 개정한 이유는 현재 군전공의수련과정을 이수한 사람이 기초의학 박사과정에 수학 중인 경우 전문연구요원 편입을 35세까지 복무를 마칠 수 있는 사람으로 제한하고 있어 20세 이후 의과대학 입학자는 편입할 수 없기 때문에 군전공의수련자로서 박사과정 수학자에 한해 제한연령을 37세까지로 상향하여 의과학계 전문연구요원 양성이라는 제도취지에 부합토록하고자 한 것이라고 한다.

위와 같이 이 사건 편입연령제한조항이 개정됨으로써 청구인은 의학전문대학원과 전공의과정을 마친 후 자연계대학원 박사학위 과정에 수학 중 전문연구요원으로 편입할 수 있게 되어 더 이상 기본권 침해를 받지 아니 하므로 이 사건 편입연령제한조항에 대한 심판청구는 권리보호이익을 상실하였고, 달리 헌법적 해명의 필요성도 인정되지 아니 한다.

나. 이 사건 편입취소조항

이 사건 편입취소조항은 전문연구요원으로 편입된 사람이 의무종사기간을 35세까지 마칠 수 없는 경우 그 편입을 취소한다는 내용이다. 이 사건 편입취소조항이 적용되려면 일단 전문연구요원으로 편입된 사람이어야 하는데, 청구

인은 아직 전문연구요원으로 편입된 것이 아니므로 이 사건 편입취소조항이 청구인에게 적용될 여지가 없다. 따라서 이 사건 편입취소조항으로 인하여 청구인에게 기본권 침해가 발생할 가능성이 없다.

다. 소결론

그러므로 이 사건 편입연령제한조항 및 편입취소조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

4. 본안 판단(이 사건 편입대상조항)

가. 전문연구요원제도의 개관

(1) 전문연구요원제도의 취지

전문연구요원제도란 병역자원의 일부를 군에서 필요한 현역병 충원에 지장이 없는 범위 내에서 국가과학기술과 학문의 발전을 위하여 병무청장이 선정한 지정업체(연구기관)에서 일정기간 복무할 경우 병역을 마친 것으로 보는 병역대체복무제도이다. 병역법은 전문연구요원을 “학문과 기술의 연구를 위하여 제36조에 따라 전문연구요원으로 편입되어 해당 전문 분야의 연구업무에 종사하는 사람을 말한다.”라고 정의하고 있다(제2조 제1항 제16호).

이 제도는 이공계의 우수한 기능인력과 연구인력 개개인에게는 자신의 역량을 현역복무의 공백기간 없이 지속적으로 계발, 발휘할 기회를 부여하고 동시에 이들을 활용하는 기관에게는 우수한 인적자원을 안정적으로 확보하여 활용하도록 하기 위한 것이다. 이 제도를 통해 과학기술 전문인력의 활용도를 높이고 우수한 인적자원의 이공계열 진학을 유도함으로써 산업발전 및 국가 경쟁력 제고에 기여하려는 데에 본래의 의의가 있다.

(2) 전문연구요원제도의 변천

전문연구요원제도는 1973. 제정된 ‘병역의무의 특례규제에 관한 법률’에 의하여 도입되었는데, 이 때에는 복무기간이 5년이었다. 이후 1983. 12. 31. 법률 제3696호로 ‘병역의무의 특례규제에 관한 법률’이 폐지되고 병역법으로 흡수되면서 ‘특례보충역’으로 명칭이 변경되었다.

1993. 12. 31. 법률 제4685호 병역법 개정 시 특례보충역 대신 전문연구요원과 산업기능요원으로 명칭이 변경되었으며, 전문연구요원의 편입대상은 ① 석사 이상의 학위를 취득한 사람으로서 병무심의위원회가 선정한 연구기관에 종사하고 있는 사람(공익근무요원소집대상보충역으로서 자연계학사학위를 취득하고 병무심의위원회가 선정한 연구기관 중 중소기업부설연구기관에 종사하고 있는 사람을 포함한다), ② 병무심의위원회가 연구기관으로 선정한 자연계

대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람으로서 의무종사기간을 35세까지 마칠 수 있는 사람으로 한정되었다(제36조 제1항, 제37조).

2003. 9. 3.(법률 제6972호)과 2004. 12. 31.(법률 제7272호) 각 법 개정 시 전문연구요원의 의무종사기간이 5년에서 4년, 그리고 4년에서 3년으로 단축되었는데, 이때에도 전문연구요원의 편입대상은 의무종사기간을 35세까지 마칠 수 있는 사람으로 규정되어 있었다.

2007. 1. 19. 법 개정 시(법률 제8243호) 의사 등 자격이 있는 사람으로서 군전공의수련기관에서 정하여진 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위과정을 수학 중인 사람이 전문연구요원으로 편입될 수 있게 되었다.

2013. 6. 4. 개정된 병역법(법률 제11849호)에 의하여 군전공의수련자로서 자연계대학원 박사학위 과정 수학자에 한해 전문연구요원 편입 제한연령이 37세까지로 상향되었다.

(3) 이 사건 편입대상조항의 취지

우리나라는 임상의학에 관한 한 세계적 수준이라고 인정받고 있으나 기초의학 및 의료장비산업은 낙후되어 있어서, 다가오는 바이오 혁명에 대비하기 위해서는 바이오 신약·장기·의료기기 분야의 기술개발능력을 갖춘 고급 전문연구인력 양성이 필요하며, 이런 관점에서 임상의학과 이공학의 접목을 위하여 의사를 대상으로 이공학을 교육하는 의과학대학원 과정을 설치하는 추세인바, 의과대학·치과대학·한의과대학 등의 의학계열대학을 졸업하고 소정의 전공의수련을 마친 우수한 인력이 의과학대학원에 입학하도록 적극 유도할 필요가 있어 이를 위하여 전공의수련을 마친 사람도 자연계대학원 박사과정을 수학 중인 사람과 마찬가지로 의과학대학원에서 수학하면 전문연구요원에 편입되어 기술개발에 전념할 수 있게 하는 것이 필요하다.

그러나 병역의무를 진 대부분의 의학계열대학 졸업자는 의무사관후보생으로 편입되어 전공의수련을 마치면 군의관 또는 공중보건 의사 등으로만 복무하게 되어 있어 의과학대학원 과정을 수학할 수 있는 기회가 사실상 봉쇄되어 있어, 이에 차세대의료산업에 필요한 의료기술 및 의료기기기술 개발인력을 양성하기 위하여 이 사건 편입대상조항을 신설하여 의학계열대학을 졸업하고 소정의 전공의수련을 마친 사람 중에서 의과학대학원 과정을 수학하는 사람에 대하여 전문연구요원으로 편입할 수 있도록 한 것이다.

즉, 군전공의 수련을 마치고 박사학위 과정에 입학한 사람을 편입대상으로 하고 있는 의과학대학원 박사과정 전문연구요원은 이들의 임상경험과 첨단 과

학기술을 접목시켜 의료기기 산업 등의 발전과 의과학자 양성을 목적으로 신설된 제도로서 풍부한 임상경험을 획득하도록 하기 위하여 반드시 군전공의 수련과정을 마친 사람을 편입대상으로 하고 있으며, 도입 당시부터 의무사관 후보생들이 군의관을 회피하고 전문연구요원으로 대폭 유입되는 상황을 방지하기 위하여 극히 제한적으로 운영되고 있다.

의무사관후보생으로서 전문연구요원으로 편입하고자 하는 사람은 군전공의 수련과정을 마치고 자연계대학원 박사학위 과정에 입학한(입학예정자 포함) 후에 반드시 국방부장관의 승인을 받아야 하며, 국방부장관은 전문연구요원 편입을 희망하는 사람의 전공의 과목이 군의관 충원에 지장이 있는지를 확인하고 이상이 없을 때에 한하여 승인을 하며, 승인을 받은 사람은 임상(치료분야)이 아닌 기초의학분야에 연구를 위한 전문연구요원으로 편입이 된다고 한다.

나. 이 사건 편입대상조항의 위헌 여부

(1) 쟁점

청구인은 이 사건 편입대상조항이 인턴 과정만을 마친 후 자연계대학원 박사학위 과정에 진학하여 전문연구요원으로 편입될 수 있는 것을 허용하지 않고 불필요한 4년간의 레지던트 과정까지 이수하도록 하는 것은 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한다. 그러나 전문연구요원제도란 병역자원의 일부를 군에서 필요한 현역병 충원에 지장이 없는 범위 내에서 국가과학기술과 학문의 발전을 위하여 병무청장이 선정한 지정업체(연구기관)에서 일정기간 복무할 경우 병역을 마친 것으로 보는 병역대체복무제도이다. 이처럼 전문연구요원제도는 병역의무 이행의 한 방법에 불과하며, 의사자격을 취득한 사람이 전문연구요원으로 편입할 수 있는 요건으로 인턴 과정뿐만 아니라 레지던트 과정까지 이수할 것으로 요구함으로써 인턴 과정의 이수가 강제되었다고 하더라도 이로 인해 청구인의 직업선택의 자유가 침해될 여지는 없다.

이 사건 편입대상조항이 의사자격이 있는 사람으로서 인턴과 레지던트 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위 과정을 수학 중인 사람은 전문연구요원으로 편입하는 것을 허용하면서, 의사자격이 있는 사람으로서 인턴 과정만 마치고 자연계대학원에서 박사학위 과정을 수학 중인 사람은 전문연구요원으로 편입할 수 없도록 한 것이 병역의무의 이행과 관련하여 후자를 합리적 이유 없이 차별하는 것은 아닌지가 이 사건의 쟁점이다.

따라서 아래에서는 이 사건 편입대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부에 대해서만 살펴보기로 한다.

(2) 심사기준

이 사건 편입대상조항은 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려우며 이 사건 편입대상조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단하기로 한다.

(3) 이 사건 편입대상조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부

앞서 본 것처럼 이 사건 편입대상조항이 의사자격이 있는 사람으로서 군전공의 수련과정을 마치고 박사학위 과정에 수학 중인 사람을 전문연구요원 편입대상으로 규정하고 있는 것은 이들의 임상경험과 첨단 과학기술을 접목시켜 의료기기 산업 등을 발전시키고 의과학자를 양성하는 데 그 목적이 있다. 그리고 입법자는 이러한 목적을 달성함에 있어 1년의 인턴 과정을 마친 것만으로는 풍부한 임상경험을 획득하였다고 보기 어렵다는 판단 하에 인턴 과정뿐만 아니라 레지던트 과정(3~4년)을 모두 마친 사람이 자연계대학원에 진학하는 경우에 한하여 전문연구요원로서의 편입을 허용하는 것이다.

‘인턴’은 의사 면허를 받은 사람으로서 일정한 수련병원에 전속(專屬)되어 임상 각 과목의 실기를 수련하는 사람을 말하며, ‘레지던트’는 인턴과정을 이수한 사람(가정의학과외의 경우에는 의사 면허를 받은 사람)으로서 일정한 수련병원 또는 수련기관에 전속되어 전문과목 중 1과목을 전공으로 수련하는 사람을 말한다(인턴 및 레지던트를 ‘전공의’라고 한다). 전공의 수련기간은 인턴 1년, 레지던트 4년(가정의학과외의 경우 인턴과정 없이 레지던트 3년)이다(전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제5조 제1항). 인턴과 레지던트 과정을 이수한 사람은 전문의 자격시험을 통과하면 전문의로 인정받게 된다. 이처럼 인턴 과정만 마친 사람과 인턴 및 레지던트 과정을 모두 마친 사람은 수련기간의 차이뿐만 아니라 의사로서의 전문성에서도 차이가 있을 수밖에 없다.

그러므로 이 사건 편입대상조항의 입법목적을 달성하기 위하여 입법자가 의과대학 또는 의학전문대학원을 졸업하고 의무사관후보생으로 편입된 사람 중 인턴 및 레지던트 과정을 마치고 자연계대학원에서 박사학위 과정에 수학 중인 사람에 한하여 군의관이나 공중보건 의사 대신 전문연구요원으로 병역의무를 이행할 수 있도록 한 것을 두고 합리적 근거 없는 자의적인 입법형성권의 행사로 보기 어렵다. 따라서 이 사건 편입대상조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

5. 결 론

이 사건 편입연령제한조항 및 편입취소조항에 대한 심판청구는 부적법하여 이를 각하하고, 이 사건 편입대상조항에 대한 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

공무원보수규정 제39조의2 위헌확인

(2013. 11. 28. 2011헌마282·763(병합))

【판시사항】

1. 국립대학 교원의 성과연봉 지급에 대하여 규정한 공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호로 개정된 것) 제39조의2 제1항, 제3항, 제4항(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 교원지위 법정주의에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 조항은 교육공무원법 제34조 및 제35조, 국가공무원법 제46조, 제47조 등의 위임에 따라서 교원 보수의 결정 기준이 되는 '자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도'를 보다 구체화하여 정한 것이므로, 교원지위 법정주의에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 조항은 국립대학 교원의 연구의욕 고취 및 교육의 수월성 제고를 통한 대학경쟁력 강화를 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 또한, 이 사건 조항은 교원의 학문연구나 교육 등의 활동을 제약하거나 이를 일정한 방향으로 강요하고, 낮은 등급을 받은 교원에 대하여 직접적으로 어떤 제재를 가하는 것이 아니라, 평가결과에 따라 연봉에 상대적인 차등을 둬으로써 교원들의 자발적인 분발을 촉구할 뿐이고, 구체적인 평가기준이나 평가방법 등은 각 대학에서 합리적으로 설정하여 운영할 수 있으므로 침해의 최소성도 인정된다. 그리고 이 사건 조항으로 인하여 달성되는 공익이 그로 인하여 받게되는 불이익보다 크므로 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호로 개정된 것) 제39조의2(국립대학 교원의 성과연봉 지급) ① 연봉제 적용대상인 국립대학 교원의 성과연봉은 국립대학의 장이 정하는 바에 따라 일정 기간 동안의 교육·연구·봉사 등의 업적을 평가하여 그 결과에 따라 차등 지급한다.

② 생략

③ 성과연봉은 대학별로 실시하는 성과평가 결과 평가 대상인원의 20퍼센트에 해당하는 최상위의 교원에게는 성과연봉 기준액의 1.5배 이상에서 2배 미만, 평가 대상인원의 30퍼센트에 해당하는 그 다음 상위의 교원에게는 성과연봉 기준액의 1.2배 이상에서 1.5배 미만, 평가 대상인원의 40퍼센트에 해당하는 그 다음다음 상위의 교원에게는 성과연봉 기준액 이하로 하여 각각 국립대학의 장이 정하는 금액을 지급하고, 그 밖의 교원에게는 지급하지 아니한다. 다만, 국립대학의 장은 필요한 경우 최상위 교원은 평가 대상인원의 15퍼센트에서 25퍼센트까지, 그 다음 상위의 교원은 평가 대상인원의 25퍼센트에서 35퍼센트까지, 그 다음다음 상위의 교원은 평가 대상인원의 35퍼센트에서 45퍼센트까지, 그 밖의 교원은 평가 대상인원의 5퍼센트에서 15퍼센트의 범위에서 각각 조정할 수 있다.

④ 국립대학의 장은 성과연봉 기준액의 1.5배 이상에서 2배 미만의 금액을 지급받는 교원 중 해당 국립대학을 대표할 만한 탁월한 업적을 나타낸 교원을 선정하여 성과연봉 기준액의 2배 이상에 해당하는 금액을 지급할 수 있다.

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제22조 제1항, 제31조 제6항, 제37조 제2항

교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정된 것) 제34조(보수결정의 원칙)

① 생략

② 교육공무원의 보수는 자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 대통령령으로 정한다.

교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정된 것) 제35조(보수에 관한 규정) 제34조 제2항의 대통령령에는 「국가공무원법」 제47조 및 「지방공무원법」 제45조에 규정된 사항 외에 다음 각 호의 사항을 규정하여야 한다.

1. 대통령령으로 정하는 학교의 교원이나 학과를 담당하는 교원에 대한 특별수당에 관한 사항
2. 기간제교원의 보수에 관한 사항
3. 연구수당에 관한 사항
4. 교직수당에 관한 사항

국가공무원법(2008. 12. 31. 법률 제9296호로 개정된 것) 제46조(보수 결정의 원칙)

① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등

판례집 25-2(하)

급별로 정한다. 다만, 직무의 곤란성과 책임도가 매우 특수하거나 결원을 보충하는 것이 곤란한 직무에 종사하는 공무원과 제4조 제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분을 적용하지 아니하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

②~⑤ 생략

국가공무원법(2008. 12. 31. 법률 제9296호로 개정된 것) 제47조(보수에 관한 규정)

① 공무원의 보수에 관한 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
2. 수당에 관한 사항
3. 보수 지급 방법, 보수의 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항

②~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 27
헌재 2001. 4. 26. 2000헌가4, 판례집 13-1, 783, 793-794
헌재 2012. 11. 29. 2011헌마827, 판례집 24-2하, 250, 262

【당 사 자】

- 청 구 인 1. [별지 1] 청구인 목록과 같음(2011헌마282)
위 청구인들 대리인 법무법인(유한) 태평양
담당변호사 한위수 외 2인
2. [별지 2] 청구인 목록과 같음(2011헌마763)
위 청구인들 대리인 법무법인 미래로
담당변호사 이재철 외 5인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

- (1) 2011헌마282 사건

[별지 1] 청구인 목록 기재 청구인들은 현재 국내 국립대학 교원으로 재직 중인 자들로서, 위 목록 기재 1. 김○기 내지 28. 문○연은 2011. 1. 10. 이전부

터 국립대학 교원으로 재직하고 있던 자들이고, 같은 목록 기재 29. 김○운 내지 51. 황○철은 2011. 3. 1. 신규로 교원에 임용된 자들이다.

위 청구인들은, 2010. 9. 28. 발표된 교육과학기술부장관의 ‘국립대학 선진화 방안’에 따라 2011. 1. 10. 공무원보수규정 제39조의2가 신설되면서, 국립대학 교원의 보수체계가 기존의 호봉제에서 교육·연구·봉사 등의 성과에 연동하는 성과급적 연봉제로 전환되자, 2011. 5. 27. 위 조항이 기본권제한의 법률유보원칙, 교원지위 법정주의 및 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 학문의 자유 및 대학의 자율성 등을 침해한다고 주장하며 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2011헌마763 사건

[별지 2] 청구인 목록 기재 청구인들은 현재 국립 ○○대학교 교원으로 재직 중인 자들로서, 위 목록 기재 1. 신○식, 16. 임○태, 23. 권○설, 36. 류○관, 68. 박○준, 73. 임○은은 2011. 9. 1. 신규로 교원에 임용된 자들이고, 같은 목록 기재 나머지 청구인들은 2011. 1. 10. 이전부터 교원으로 재직하고 있던 자들이다.

위 청구인들도 2011. 11. 29. 앞의 사건과 같은 주장을 하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 당초 공무원보수규정 제39조의2 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 그 중 제2항과 제5항은 업적평가를 위하여 필요한 사항을 교육부장관이 정할 수 있도록 위임하거나 성과연봉의 지급에 필요한 사항(성과연봉 기준액, 지급방법 등)을 교육부장관이 기획재정부장관 및 안전행정부장관과 협의하여 정하도록 위임하고 있는 조항들로서 청구인들이 위 조항들 자체의 위헌성에 대하여는 별다른 주장을 하고 있지 않고, 청구인들이 이 사건에서 실질적으로 다투고자 하는 것도 성과급적 연봉제의 시행 및 상대평가 등의 평가 방식이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이므로, 위 제39조의2 제2항과 제5항은 심판대상에서 제외하기로 한다. 따라서 이 사건 심판의 대상은 국립대학 교원에게 성과급적 연봉제로 보수를 지급하도록 규정한 공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호로 개정된 것) 제39조의2 제1항, 제3항, 제4항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같고, 관련 조항의 내용은 [별지 3]과 같다.

[심판대상조항]

공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호로 개정된 것)

제39조의2(국립대학 교원의 성과연봉 지급) ① 연봉제 적용대상인 국립대학 교원의 성과연봉은 국립대학의 장이 정하는 바에 따라 일정 기간 동안의 교육·연구·봉사 등의 업적을 평가하여 그 결과에 따라 차등 지급한다.

③ 성과연봉은 대학별로 실시하는 성과평가 결과 평가 대상인원의 20퍼센트에 해당하는 최상위의 교원에게는 성과연봉 기준액의 1.5배 이상에서 2배 미만, 평가 대상인원의 30퍼센트에 해당하는 그 다음 상위의 교원에게는 성과연봉 기준액의 1.2배 이상에서 1.5배 미만, 평가 대상인원의 40퍼센트에 해당하는 그 다음다음 상위의 교원에게는 성과연봉 기준액 이하로 하여 각각 국립대학의 장이 정하는 금액을 지급하고, 그 밖의 교원에게는 지급하지 아니한다. 다만, 국립대학의 장은 필요한 경우 최상위 교원은 평가 대상인원의 15퍼센트에서 25퍼센트까지, 그 다음 상위의 교원은 평가 대상인원의 25퍼센트에서 35퍼센트까지, 그 다음다음 상위의 교원은 평가 대상인원의 35퍼센트에서 45퍼센트까지, 그 밖의 교원은 평가 대상인원의 5퍼센트에서 15퍼센트의 범위에서 각각 조정할 수 있다.

④ 국립대학의 장은 성과연봉 기준액의 1.5배 이상에서 2배 미만의 금액을 지급받는 교원 중 해당 국립대학을 대표할 만한 탁월한 업적을 나타낸 교원을 선정하여 성과연봉 기준액의 2배 이상에 해당하는 금액을 지급할 수 있다.

2. 청구인들의 주장요지

이 사건 조항은 국립대학 교원의 보수에 관한 사항을 아무런 법적 근거나 위임 없이 대통령령에 규정함으로써 기본권제한의 법률유보원칙 내지 교원지위 법정주의에 반한다. 또한, 이 사건 조항은 본질적으로 계량적인 측정과 평가가 불가능한 영역인 학문연구 분야에서 그 업적을 평가하고 평가결과에 따라 성과연봉을 차등지급하도록 함으로써 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 학문의 자유 및 대학의 자율성을 침해한다. 더욱이 전년도 성과연봉에 따라 다음연도 기본연봉이 달라지는 구조를 취하고 있기 때문에, 초기에 높은 등급을 받은 교원과 나중에 높은 등급을 받은 교원 간의 평등권도 침해된다.

3. 판 단

가. 국립대학 교원에 대한 성과급적 연봉제 개요

(1) 성과급적 연봉제의 의의

국립대학 교원에 대한 성과급적 연봉제란, 교원의 교육·연구·봉사 등의 업적을 일정 주기로 평가하여 연간 보수총액을 결정하는 제도로서, 업적에 대한 보상의 일부가 가산, 누적되어 업적에 따라 교원 간에 일정한 보수의 격차

가 발생하며, 책정된 연봉을 12개월로 균분하여 지급하는 제도이다.

이러한 성과급적 연봉제는 높은 보상체계를 통한 우수 인재의 유치와 기존 교원에 대한 동기 부여를 통하여 대학의 경쟁력을 강화하기 위하여 도입되었다. 특히 그동안 국립대학은 평균적인 여건이 사립대보다 부족하지만, 학생 만족도, 정규직 취업률, 전임교원당 ‘과학기술논문 인용색인’(Science Citation Index)에 등재되는 논문 수 등에서 상대적으로 우수하다는 평가를 받아왔는데, 이처럼 상대적으로 부족한 여건에서도 사립대학 이상의 교육·연구업적을 통해 우리나라 고등 교육의 발전을 선도한 국립대학의 지속적인 발전을 도모하기 위해 획일적인 공무원 보수체계의 경직성을 탈피하여야 한다는 필요성이 제기되었다. 이에 2011. 1. 10. 공무원보수규정을 개정하여 국립대학 교원의 보수체계를 연공서열에 기초하여 보수를 지급하던 기존 호봉제에서 교육·연구·봉사 등의 성과에 따라 연봉이 결정되고 누적되는 성과급적 연봉제로 전환하였다(공무원보수규정 제33조).

(2) 적용대상 및 적용시기

교육부에서는 48개 국립대학 소속 교원에 대해 성과급적 연봉제를 단계적으로 확대 시행할 계획인데, 2011년에 신입교원부터 우선 시행하고, 2013년에는 재직교원 중 비정년 교원에 대하여 성과급적 연봉제를 시행하며, 2015년에는 재직교원 중 2012. 12. 31. 현재 정년을 보장받은 정년보장 교원 등 모든 교원에 대하여 성과급적 연봉제를 시행하되, 한국예술종합학교와 한국전통문화학 교는 신입교원·비정년교원·정년보장 교원 모두 2015. 1. 1.부터 일괄하여 성과급적 연봉제를 시행할 예정이다[공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제 22617호) 부칙 제1조, 제8조 참조].

(3) 내용

국립대학 교원의 성과급적 연봉제는 (i) 기본연봉과 (ii) 성과연봉 그리고 (iii) 기본연봉에 포함되지 아니하는 수당과 실비변상 등으로서 보수 관련 법령에 따라 별도로 지급되는 급여인 연봉 외 급여(예: 가족수당, 자녀학비보조수당, 직급보조비, 정액급식비, 특수업무수당, 관리업무수당 등)로 구성된다.

그 중 기본연봉이란 개인의 경력, 누적성과와 계급 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도를 반영하여 지급되는 기본급여의 연간 금액을 말하고(공무원보수규정 제4조 제7호 가.목), 성과연봉이란 전년도 업무실적의 평가 결과를 반영하여 지급되는 급여의 연간 금액을 말한다(동 조 제7호 나.목).

성과연봉은, 국립대학의 장이 정하는 바에 따라 교원의 교육·연구·봉사

등의 업적을 평가한 다음 그 평가결과에 따라 성과연봉 기준액에 업적평가등급별 지급비율을 곱한 금액이 차등 지급되는데, 성과연봉금액의 기준이 되는 ‘성과연봉 기준액’은 한국예술종합학교 및 한국전통문화학교를 제외한 국립대학 전체 성과연봉채원을 국립대학 전체 교원 배정정원으로 나눈 금액으로서 매년 교육부장관이 기획재정부장관 및 안전행정부장관과 협의하여 정한다(공무원보수규정 제39조의2 제5항). 성과평가에 따른 성과등급 및 성과등급별 인원비율과 성과연봉 지급비율에 대하여 구체적으로 살펴보면, 성과평가 결과 평가 대상인원의 20퍼센트에 해당하는 최상위의 교원(S등급)에게는 성과연봉 기준액의 1.5배 이상에서 2배 미만, 평가 대상인원의 30퍼센트에 해당하는 그 다음 상위의 교원(A등급)에게는 성과연봉 기준액의 1.2배 이상에서 1.5배 미만, 평가 대상인원의 40퍼센트에 해당하는 그 다음다음 상위의 교원(B등급)에게는 성과연봉 기준액 이하로 하여 각각 국립대학의 장이 정하는 금액을 지급하고, 그 밖의 교원(C등급)에게는 성과연봉을 지급하지 않는다. 다만, 국립대학의 장은 필요한 경우 각 등급의 인원 비율을 5퍼센트 이내의 범위에서 조정할 수 있고, 성과연봉 기준액의 1.5배 이상에서 2배 미만의 금액을 지급받는 교원(S등급) 중 해당 국립대학을 대표할 만한 탁월한 업적을 나타낸 교원을 선정하여 성과연봉 기준액의 2배 이상에 해당하는 금액을 지급할 수도 있다. 한편, 성과연봉의 일부는 ‘성과가산금’이라는 명목으로 다음해 기본연봉에 산입되어, 해마다 성과연봉의 일부가 기본연봉에 누적되게 된다.

나. 제한되는 기본권

(1) 이 사건 조항은 국립대학 교원에 대하여 국립대학의 장이 정하는 바에 따라 일정기간 동안의 교육·연구·봉사 등의 업적을 평가하고 그 평가 결과에 따라 성과연봉을 차등지급하도록 하면서, 평가 방식에 있어서 일정 비율의 교원은 반드시 최하위평가를 받을 수밖에 없는 상대평가 방식을 채택하고 있는바, 이로 인하여 청구인들이 자유롭게 학문 활동을 할 수 있는 자유가 제한된다 할 것이다.

(2) 한편, 청구인들은 이 사건 조항이 청구인들의 대학의 자율성(대학의 자치)도 제한한다고 주장하나, 국립대학 교원에 대한 보수를 산정할 때 해당 교원에게 그 과정에 참여할 권리가 있다고 보기 어렵고, 이 사건 조항이 규율하고 있는 공무원의 보수에 관한 사항이, ‘대학이 자유로운 연구와 교육을 위해 필요한 사항을 국가나 외부의 간섭 없이 자유롭게 결정할 수 있는 기본권’인 대학의 자율성의 범위에 속하는 사항이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건

조항으로 인하여 청구인들의 학문의 자유가 제한된다고 보는 이상 학문의 자유를 확실히 보장하기 위한 수단으로서의 기본권인 대학의 자율성이 별도로 제한된다고 볼 실익도 없다.

(3) 또한, 청구인들은, 전년도 성과연봉의 일부가 성과가산금으로서 다음연도의 기본연봉에 산입되는 방식으로 누적되므로, 전체적으로 동일한 평가를 받더라도 평가시점에 따라, 그리고 처음 시작하는 기본연봉의 수준에 따라 교원 간에 연봉 차가 크게 벌어져서 초반에 높은 등급을 받은 교원과 후반에 높은 등급을 받은 교원 간에 평등권을 침해한다고 주장한다.

그러나 이 사건 조항 자체는 성과연봉의 일부를 다음연도에 산입하도록 하고 있지 않고, 이는 이 사건 조항이 아니라 그에 따른 구체적인 운영지침에 의한 것[공무원보수규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정된 것) 제50조, 공무원보수 등의 업무지침(2013. 3. 25. 안전행정부예규 제1호로 개정된 것) 제4장 공무원 연봉업무 처리기준 VII. 연봉의 조정 3. 2013년 연봉의 정기조정 및 2013년도 운영지침 참조]이므로 이 사건 조항에 의하여 청구인들의 평등권이 침해될 여지는 없다.

(4) 따라서 아래에서는 이 사건 조항이 청구인들의 학문의 자유를 침해하는지 여부에 대하여만 살펴보기로 한다.

다. 교원지위 법정주의 위반 여부

(1) 법률유보원칙과 교육제도 법정주의의 관계

청구인들은 이 사건 조항이 교원의 보수에 관한 사항을 법률의 위임 없이 대통령령에 규정하였기 때문에 헌법 제37조 제2항의 법률유보원칙과 헌법 제31조 제6항의 교육제도(교원지위) 법정주의에 반한다고 주장한다.

헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있고, 법치주의는 법률유보원칙, 즉 행정작용에는 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 원칙을 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 나아가 오늘날의 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙까지 내포하는 것으로 이해되고 있다(헌재 2009. 10. 29. 2007헌바63, 판례집 21-2하, 103, 116-117; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마827, 판례집 24-2하, 250, 261-262 등 참조).

한편, 헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 하여 교육제도 법정주의를 규정하고 있다. 이 조항은, 교육 특히 학교교육의 중요성에 비추어 교육에 관한 기본정책 또는 기본방침 등 교육에 관한 기본적인 사항을 국민의 대표기관인 국회가 직접 입법절차를 거쳐 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하게 함으로써 국민의 교육을 받을 권리가 행정기관에 의하여 자의적으로 무시되거나 침해당하지 않도록 하고, 교육의 자주성과 중립성을 유지하고자 하는 데에 그 의의가 있다(헌재 2001. 4. 26. 2000헌가4, 판례집 13-1, 783, 793-794 등 참조).

그렇다면 교육제도 법정주의는 교육 영역에 있어서의 의회유보원칙이라 할 것이고(헌재 2012. 11. 29. 2011헌마827, 판례집 24-2하, 250, 262 참조), 이 사건 조항은 교원의 보수에 관한 것으로서 교육제도 중 교원의 지위와 밀접한 관련이 있으므로 이 사건에서는 이 사건 조항이 교원지위 법정주의를 위반한 것인지에 대하여만 판단하기로 한다.

(2) 판단

(가) 우선, 성과급적 연봉제를 포함하여 공무원인 국립대학 교원의 보수에 관한 구체적인 사항들을 법률이 아니라 대통령령인 공무원보수규정에 규정된 것이 교원지위 법정주의에 반하는지 여부에 대하여 살펴본다.

앞서 본 바와 같이 헌법 제31조 제6항 소정의 교육제도 법정주의는 교육에 관한 기본정책 또는 기본방침을 최소한 국회가 입법절차를 거쳐 제정한 형식적 의미의 법률로 규정함으로써 국민의 교육을 받을 권리가 행정기관에 의하여 자의적으로 무시되거나 침해당하지 않도록 하고, 교육의 자주성과 중립성도 유지하려는 것으로서, 교육제도에 관한 기본방침을 제외한 나머지 세부적인 사항까지 반드시 형식적 의미의 법률만으로 정하여야 하는 것은 아니다. 그러므로 입법자가 정한 기본방침을 구체화하거나 이를 집행하기 위한 세부시행 사항은 여기서의 기본적인 사항에는 해당하지 않는다고 할 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 27). 교원의 보수 자체는 교원의 경제적 지위에 관한 ‘기본적인 사항’이다. 그러나 교원의 보수는 본질적으로 급부적 성격이 강한 국가행정의 영역에 속하는 것으로서 해마다 국가의 재정상황 등에 따라 그 액수가 수시로 변화하고, 교원의 보수체계 역시 국가의 정치·사회·경제적 상황, 시대 변화에 따른 교원의 지위 및 역할의 변화, 민간 영역의 보수 체계의 변화 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요성이 있기 때문

에 이에 관한 모든 사항을 법률에 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다. 따라서 국립대학 교원의 보수에 관한 구체적인 내용(보수 체계, 보수 내용, 지급 방법 등)까지 반드시 법률의 형식으로만 정해야 하는 ‘기본적인 사항’이라고 보기는 어렵고, 이를 행정부의 하위법령에 위임하는 것은 불가피하다 할 것이다.

이에 교육공무원법 제34조 제2항, 제35조나 국가공무원법 제46조 제1항, 제47조 제1항 등에서는 교육공무원의 ‘보수’ 자체의 특수성으로 인하여 부득이하게 그에 관한 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하면서도 보수 결정의 원칙 등 기본적인 사항에 대하여는 법에서 직접 정하고 있으므로, 공무원의 보수에 대한 구체적인 사항들을 대통령령인 공무원보수규정에 규정한 것 자체가 교원지위 법정주의에 반한다고 보기는 어렵다.

(나) 다음으로 성과급적 연봉제를 규정한 이 사건 조항이 국가공무원법 제46조 제1항이나 교육공무원법 제34조 제2항의 위임에 의한 것인지 여부, 그리고 그 위임의 범위 내인지 여부에 대하여 살펴본다.

우선, 교육공무원법 제34조 제2항 소정의 ‘자격 및 경력’에 관하여 보건대, 교원의 ‘자격’과 관련하여 교육공무원법 제8조에서는 교수·부교수·조교수 및 조교의 자격을 고등교육법 제16조에 따른 자격이 있는 사람으로 규정하고 있고, 고등교육법 제16조에서는 이를 대통령령에 위임하고 있는데, 이러한 위임에 의하여 제정된 ‘대학교원 자격기준 등에 관한 규정’ 제2조 제1호 별표에서는 교원의 자격을 ‘연구실적과 교육경력’을 기준으로 정하고 있고, 같은 규정 제11조에서도 위 제2조 제1호 이외에 제2조 제2호에 따라 교수가 될 수 있는 자를 ‘연구실적과 교육경력, 연구업적’ 등을 기준으로 정하고 있는 등 교원의 자격기준을 연구와 교육 등의 실적에 바탕을 두고 있으므로, 교원의 ‘자격 및 경력’과 ‘연구실적 및 교육경력’이 서로 밀접하게 관련 있음을 알 수 있다.

그리고 국가공무원법 제46조 제1항이나 교육공무원법 제34조 제2항에서 ‘직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 보수가 정해진다’는 것도, 교원 각자가 담당한 구체적인 업무의 난이도나 업무수행의 정도를 보수책정에 반영하겠다는 의미로 볼 수 있고, 이에 이 사건 조항에서 논문·저서·학술대회 발표 실적 등의 연구업적, 교내외 각종 보직 담당 여부 등의 봉사업적, 학생들의 강의평가결과나 교육방법 개발 등의 교육업적에 따라 보수를 차등지급하도록 한 것이다. 그리고 연구, 교육, 봉사 등의 활동은 국립대학 교원 업무의 본질이라고 볼 수 있으므로, 교원의 보수를 결정할 때의 기준인 ‘자격, 경력, 직무의 곤란성, 책임의 정도’에는 당연히 ‘연구, 교육, 봉사’의 유무나 정도가 포함된다고도

볼 수 있다.

그렇다면 비록 국가공무원법이나 교육공무원법에서 직접적으로 성과급적 연봉제의 내용에 대하여 규정하지 않았다 하더라도, 관련 규정을 체계적·유기적으로 종합하여 볼 때, 국가공무원법 제46조 제1항이나 교육공무원법 제34조 제2항에서는 ‘연구 및 교육, 봉사의 업적에 바탕을 둔 자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도’를 기준으로 하여 교원의 보수를 정하도록 교원의 보수에 관한 기본적인 사항 내지 원칙을 규정하고 그 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 위임한 것으로 볼 수 있으므로, 교육·연구·봉사 등의 평가를 본질로 하는 성과급적 연봉제에 관한 사항도 충분히 위 위임 범위에 포함될 수 있다.

(3) 소결

그렇다면 이 사건 조항은 교육공무원법 제34조 및 제35조, 국가공무원법 제46조, 제47조 등의 전체적인 위임에 따라서 교원 보수의 결정 기준이 되는 ‘자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도’를 보다 구체화하여 정한 것이므로, 교원지위 법정주의에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

라. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 조항에 따라 교원의 보수에 관하여 성과급적 연봉제를 도입한 목적은 ‘국립대학 교원의 연구의욕 고취 및 교육의 수월성 제고를 통한 대학경쟁력의 강화’이므로, 이 사건 조항의 목적의 정당성은 인정된다. 또한, 교원들의 교육·연구·봉사 업적을 평가하고 그 결과에 따라 성과연봉을 차등지급하는 성과급적 연봉제 자체는 우수한 교원을 유치하고 교원들의 동기 유발을 통한 대학 경쟁력 강화에 적합한 수단이 될 수 있다.

(2) 침해의 최소성

기존의 호봉제는 근무기간에 따라 일률적으로 높은 호봉의 급여를 받도록 함으로써 국립대학 교원으로 하여금 학문연구 및 기타 교수로서의 임무를 성실히 수행하도록 하는 유인이 약하여 국립대학의 경쟁력을 저해할 우려가 있고, 근무기간에 관계없이 열심히 학문연구 등을 하는 교원을 오히려 홀대하게 되어 형평에 어긋난다. 또한, 기존의 수당제 역시 그동안 전체 교원의 급여를 높이는 수단으로 이용되어 온 측면이 있기 때문에 대학의 경쟁력 강화를 위한 효과적인 수단이 되지 않는 못한다. 따라서 교원들 간의 경쟁을 촉진하여 보다 많은 교원들이 학문연구 및 교육 등에 매진할 수 있도록 하기 위해서는 그들이 이루어낸 연구 등의 업적 평가에 따라 성과연봉을 차등지급하여 적절한 동기

를 부여하는 것이 효과적인 방안이 될 수 있다.

성과급적 연봉제는 각자가 노력한 만큼의 보수를 지급하겠다는 것이므로(노력에 따른 차별대우) 형평의 원칙에 보다 부합한다. 즉, 성과급은 맡은 직무의 실천을 대상으로 하는 보수이고, 조직에 대한 공헌의 가능성보다 실제적 공헌 내지 실현된 공헌을 기준으로 하는 보수이기 때문에 형평성 구현을 보다 실질화하는 것이며, 교원의 본분이 학문연구와 교육에 있다는 점을 고려할 때 객관적이고 공평한 방법이라고도 할 수 있다. 연공서열에 따라 획일적으로 보상한다면 우수한 사람에게나 그 반대의 사람에게나 적절한 동기를 부여하지 못한다.

더욱이 국가공무원법 제51조, 교육공무원법 제42조 및 ‘공무원수당 등에 관한 규정’ 제7조의2에서는 각 기관의 장으로 하여금 정기 또는 수시로 소속 공무원의 근무성적을 객관적이고 엄정하게 평정하여 인사관리에 반영하도록 하면서, 근무성적평정 결과 근무성적이 우수한 자에 대하여는 상여금을 지급하도록 규정하고 있고, ‘국공립대학연구보조비 지급규정’에서도 교원의 교육·연구 및 봉사활동 등의 실적 등에 따라 연구보조비를 차등지급할 수 있도록 규정하고 있는데, 그렇다면 이 사건 조항과 무관하게 이미 공무원의 업적에 대한 평가가 이루어지고 그 결과가 보수 등의 인사관리에 반영되고 있다 할 것이므로, 업적평가결과에 따른 보수의 차등지급이 성과급적 연봉제만의 특성이라고 보기도 어렵다.

그리고 성과급적 연봉제에서의 연구업적평가와 관련하여서도, 일반적으로 논문과 저서, 학술발표 등의 실적마다 점수가 배정되는데, 비록 연구내용이나 난이도 등 연구의 ‘질’에 대하여 직접적으로 평가하지는 않더라도 연구실적(연구의 ‘양’)이 많아지면 연구의 ‘질’에 대한 대내외적인 평가가 가능해지고, 결과적으로 양질의 연구가 이루어지는 토대가 마련된다고 할 수 있다. 또한, 등재지 수준에 따라 가중치를 다르게 부여한다면, 높은 수준의 학술지에 등재된다는 것은 그만큼 논문의 내용 등의 ‘질’이 우수하다는 반증이 될 수 있다. 그리고 각 대학에서 합리적이고 공정한 평가기준을 설정하여 이를 투명하게 운영한다면, 연구의 ‘질’ 자체에 대한 평가도 충분히 가능하다. 따라서 학문 분야라 하여 평가 자체가 불가능하거나 부적당한 것은 아니다.

한편, 평가방식에 있어서, 이 사건 조항에서 규정한 바와 같은 상대평가 방식이 아니라 절대평가 방식에 의한 평가도 가능하나, 절대평가 방식에 의할 경우 평가의 객관성에 의문이 제기될 수 있고, 결과적으로 소위 나눠먹기식으로 보수가 배분되거나 종래의 호봉제로 회귀할 가능성이 높다. 따라서 성과급적

연봉제의 실효성을 높이고 객관적인 업적평가를 하기 위해서는 상대평가를 따르는 것이 불가피하고, 상대평가의 본질상 최하위 등급을 받는 집단은 발생할 수밖에 없다. 그리고 이 사건 조항은 평가등급의 설정 및 평가등급에 따른 성과연봉의 차등지급, 평가등급별 인원할당비율, 각 등급에서 지급되는 성과연봉의 범위 등을 미리 정하고는 있으나, 대학의 장의 재량으로 최고등급을 배정하여 성과연봉기준액의 2배 이상의 연봉을 지급할 수 있고, 각 등급 간 평가대상 인원을 5퍼센트의 범위 내에서 자율적으로 조정할 수 있으며, 지급되는 성과연봉액의 비율도 고정되어 있는 것이 아니고 1.5배 이상에서 2배 미만, 1.2배 이상에서 1.5배 미만 등으로 그 한계만 정해져 있을 뿐이다. 따라서 구체적인 성과연봉액이나 등급별 인원비율 등은 각 대학이 대학별 특수성과 학문분야별 특수성을 고려하여 합리적으로 정할 수 있다.

성과급적 연봉제는 열심히 학문연구 등을 하고자 하는 교원에게 적절한 동기를 부여하고 그 결과에 따라 공평한 보상을 하기 위한 제도일 뿐, 교원의 학문연구나 교육 등의 활동을 제약하거나 일정한 방향으로 강요하기 위하여 만들어진 제도가 아니다. 그리고 성과급적 연봉제 하에서도 평가결과에 상관없이 교원들의 기본연봉은 보장되고, 낮은 평가를 받은 교원이라 하더라도 그 신분을 박탈당하는 것도 아니다. 즉, 성과급적 연봉제는 평가결과 낮은 등급을 받은 교원에 대하여 직접적으로 어떤 제재를 가하는 것이 아니라 단지 상대적인 차등을 두어서 자발적으로 분발을 촉구하는 제도일 뿐인 데다가, 성과연봉의 차이로 인하여 각 교원마다 전체 연봉이 달라지는 결과가 발생한다 하더라도 성과연봉이나 다음해 기본연봉에 가산되는 성과가산금 등이 전체 연봉에서 차지하는 비중이 아주 큰 것도 아니다. 따라서 설령 성과급적 연봉제의 도입으로 인하여 초기에 교원들이 단기간의 연구에 치중하거나 공동연구를 기피하게 되고 평가자의 눈치를 보게 되는 등의 부작용이 발생한다 하더라도, 이는 각 대학이 업적 평가를 할 때 장기연구나 공동연구에 가중치를 부여하거나 중간평가를 하는 등 평가기준이나 평가방법을 객관적이고 합리적으로 운영하고, 평가기준의 설정이나 평가 자체를 독립성과 공정성을 가진 위원회 등에서 하게 하는 방법 등을 통하여 얼마든지 개선할 수 있다. 이에 교육부에서도 성과급적 연봉제에 대한 운영지침에서, 대학의 자율성, 다양성과 교원 보수의 안정성 확보를 위해 중요사항의 최소 기준만 제시하고, 세부사항은 각 대학이 최소 기준 내에서 대학 및 학문 분야별 특수성을 반영하여 자율적으로 결정하도록 하고 있는 것이다.

따라서 이 사건 조항은 입법목적의 달성을 위하여 필요한 범위 안에서 성과급적 연봉제에 대하여 규정한 것으로 볼 수 있고, 업적 평가 방식 등 구체적인 세부사항은 각 대학이 자율적으로 정하도록 한 점 등을 고려하면 침해의 최소성도 충족한다고 할 것이다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 조항에 따른 성과급적 연봉제의 시행으로 인하여 청구인들이 받게 되는 불이익은 낮은 등급을 받게 될 경우의 '상대적 박탈감 및 사기저하'인 반면에 그로 인하여 달성되는 공익은 (i) 연구 및 교육 수행 정도에 따른 보수지급의 형평성 확립, (ii) 국립대학이 유능한 인재를 확보할 수 있는 기회 확대, (iii) 우수한 교원 확보를 통한 학생들의 학업 수준 향상, (iv) 교원들의 경쟁력 강화를 통한 국립대학의 선진화 등이므로 이 사건 조항이 공익에 비하여 사익을 현저하게 침해하고 있다고 볼 수 없다.

(4) 소결

따라서 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 학문의 자유를 침해하지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지 1] 청구인 목록(2011헌마282) 생략

1. 김○기 외 50명

[별지 2] 청구인 목록(2011헌마763) 생략

1. 신○식 외 81명

[별지 3] 관련 조항

국가공무원법(2008. 12. 31. 법률 제9296호로 개정된 것)

제46조(보수 결정의 원칙) ① 공무원의 보수는 직무의 곤란성과 책임의 정

도에 맞도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정한다. 다만, 직무의 곤란성과 책임도가 매우 특수하거나 결원을 보충하는 것이 곤란한 직무에 종사하는 공무원과 제4조 제2항에 따라 같은 조 제1항의 계급 구분을 적용하지 아니하는 공무원의 보수는 따로 정할 수 있다.

② 공무원의 보수는 일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야 한다.

④ 공무원의 보수 중 봉급에 관하여는 법률로 정한 것 외에는 대통령령으로 정한다.

제47조(보수에 관한 규정) ① 공무원의 보수에 관한 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.

1. 봉급·호봉 및 승급에 관한 사항
2. 수당에 관한 사항
3. 보수 지급 방법, 보수의 계산, 그 밖에 보수 지급에 관한 사항

② 제1항에도 불구하고 특수 수당과 제51조 제2항에 따른 상여금(賞與金)의 지급 또는 특별승급에 관한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

제51조(근무성적의 평정) ① 각 기관의 장은 정기 또는 수시로 소속 공무원의 근무성적을 객관적이고 엄정하게 평정하여 인사관리에 반영하여야 한다.

② 제1항에 따른 근무성적평정 결과 근무성적이 우수한 자에 대하여는 상여금을 지급하거나 특별승급시킬 수 있다.

③ 제1항의 근무성적평정에 관한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다

교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 교육을 통하여 국민 전체에게 봉사하는 교육공무원의 직무와 책임의 특수성에 비추어 그 자격·임용·보수·연수 및 신분보장 등에 관하여 교육공무원에게 적용할 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

제8조(교수 등의 자격) 교수, 부교수, 조교수 및 조교는 「고등교육법」 제16조에 따른 자격이 있는 사람이어야 한다.

제34조(보수결정의 원칙) ① 교육공무원의 보수는 우대되어야 한다.

② 교육공무원의 보수는 자격, 경력, 직무의 곤란성 및 책임의 정도에 따라 대통령령으로 정한다.

제35조(보수에 관한 규정) 제34조 제2항의 대통령령에는 「국가공무원법」 제47조 및 「지방공무원법」 제45조에 규정된 사항 외에 다음 각 호의 사항을 규정하여야 한다.

1. 대통령령으로 정하는 학교의 교원이나 학과를 담당하는 교원에 대한 특별수당에 관한 사항
2. 기간제교원의 보수에 관한 사항
3. 연구수당에 관한 사항
4. 교직수당에 관한 사항

제42조(연수 실적 및 근무성적의 평정) ① 교육기관, 교육행정기관 및 교육연구기관의 장은 정기적으로 또는 수시로 그 소속 교육공무원의 재교육 및 연수 실적과 근무성적을 평정하여 인사관리에 반영하여야 한다.

② 제1항의 재교육 및 연수 실적과 근무성적 평정에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

고등교육법(2011. 7. 21. 법률 제10866호로 개정된 것)

제16조(교원·조교의 자격기준 등) 교원이나 조교가 될 수 있는 사람의 자격기준과 자격인정에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

공무원보수규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 영은 「국가공무원법」, 「헌법재판소법」, 「외무공무원법」, 「경찰공무원법」, 「전투경찰대설치법」, 「소방공무원법」, 「교정시설경비교도대설치법」, 「의무소방대설치법」, 「교육공무원법」, 「군인보수법」, 「군무원인사법」, 「국가정보원직원법」 및 「군법무관 임용 등에 관한 법률」에 따라 국가공무원의 보수에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제4조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

7. “연봉”이란 매년 1월 1일부터 12월 31일까지 1년간 지급되는 다음 각 목의 기본연봉과 성과연봉을 합산한 금액을 말한다. 다만, 고정급적 연봉제 적용대상 공무원의 경우에는 해당 직책과 계급을 반영하여 일정액으로 지급되는 금액을 말한다.
 - 가. 기본연봉은 개인의 경력, 누적성과와 계급 또는 직무의 곤란성 및 책임의 정도를 반영하여 지급되는 기본급여의 연간 금액을 말한다.
 - 나. 성과연봉은 전년도 업무실적의 평가 결과를 반영하여 지급되는 급여의 연간 금액을 말한다.

제33조(연봉제의 구분 및 적용대상) 연봉제의 구분 및 그 적용대상 공무원
은 별표 31에 따른다.

[별표 31] 연봉제의 구분 및 적용대상 공무원 구분표(제33조 관련)

구 분	적용대상 공무원
고정급적 연봉제	정무직공무원
성과급적 연봉제	별표 1 공무원별 봉급표 구분표의 별표 3 및 별표 4의 봉급표를 적용받는 공무원(군무원, 국가정보원직원, 대통령경호처 직원은 제외한다) 중 1급부터 4급까지 또는 1급상당 공무원부터 4급상당 공무원까지[4급 또는 5급의 복수직급 정원에 해당하는 4급(상당) 공무원에 대해서는 과장급 직위에 임용된 경우만 해당한다]
	국립대학의 교원 (국립대학의 장은 제외한다)
	계약직공무원 (한시계약직공무원은 제외한다)
직무성과급적 연봉제	고위공무원단에 속하는 공무원(연구직공무원과 지도직공무원, 별표 1 공무원별 봉급표 구분표의 별표 12의 봉급표를 적용받는 별정직공무원 및 대통령경호처 직원 중 별정직공무원은 제외한다)

비고: 별표 3의 비교 2를 적용받는 4급(상당) 공무원은 제외한다.

제39조(성과연봉의 지급) ① 연봉제 적용대상 공무원(고정급적 연봉제 적용대상 공무원 및 국립대학의 교원은 제외한다)의 성과연봉은 전년도 업무실적 평가 결과에 따라 지급한다.

제39조의2(국립대학 교원의 성과연봉 지급) ② 제1항의 업적평가를 위하여 필요한 사항은 교육부장관이 따로 정할 수 있다.

⑤ 국립대학의 교원에 대한 성과연봉 기준액, 지급방법, 지급절차 및 그 밖에 성과연봉의 지급에 필요한 사항은 교육부장관이 기획재정부장관 및 안전행정부장관과 협의하여 정한다.

제40조(연봉의 조정) 성과급적 연봉제 적용대상 공무원의 연봉은 매년 1월 1일을 기준으로 전년도의 연봉, 봉급조정수당 지급률, 해당 연도의 성과연봉과 연봉한계액의 변동률 등을 고려하여 안전행정부장관이 정하는 조정액을 합산하여 조정한다. 다만, 연봉의 감액 또는 증액의 사유가 발생한 경우에는 수시로 조정할 수 있다.

제41조(연봉의 지급) 연봉은 연봉월액으로 지급한다. 다만, 연도 중 퇴직하

헌재 2013. 11. 28. 2011헌마282·763(병합)

는 연봉제 적용대상 공무원(고정급적 연봉제 적용대상 공무원은 제외한다)의 성과연봉의 지급방법 및 절차 등은 안전행정부장관이 정하는 바에 따른다.

제50조(연봉제 시행세칙) 이 장에서 규정한 사항 외에 연봉제의 운영에 필요한 사항은 안전행정부장관이 정한다.

공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호) 부칙

제1조(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행하되, 2011년 1월 1일부터 적용한다.

제8조(이 영 시행 당시 국립대학에 재직 중인 교원에 대한 경과조치) ① 이 영 시행 당시 국립대학에 재직 중인 교원에 대해서는 2012년 12월 31일까지는 제36조 제2항, 제36조의2, 제37조 제2항, 제39조 제1항, 제39조의2, 제49조 제2항, 별표 30의3, 별표 31 및 별표 33의 개정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다. 다만, 2012년 12월 31일 현재 「교육공무원임용령」 제5조의2 제1항에 따른 근무기간이 「교육공무원법」 제47조에 따른 정년까지의 기간에 해당하는 교원의 경우에는 2014년 12월 31일까지 종전의 규정에 따른다.

② 제1항에도 불구하고 이 영 시행 당시 「한국예술종합학교설치령」에 따른 한국예술종합학교와 「한국전통문화학교설치령」에 따른 한국전통문화학교에 재직 중인 교원(신규채용되는 교원을 포함한다)에 대해서는 2014년 12월 31일까지 종전의 규정에 따른다.

대학교원 자격기준 등에 관한 규정(2012. 2. 29. 대통령령 제23644호로 개정된 것)

제2조(교원 및 조교의 자격) 교수·부교수·조교수(이하 “교원”이라 한다) 또는 조교가 될 수 있는 사람은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 별표의 자격기준에 해당하는 사람
2. 「교육공무원법」 제5조에 따른 대학인사위원회 또는 「사립학교법」 제53조의3에 따른 교원인사위원회(이하 “각 위원회”라 한다)의 인정을 받은 사람(교원의 경우에 한한다)

[별표] 교원 및 조교의 자격기준(제2조, 제2조의2, 제3조, 제4조, 제4조의2 및 제11조 관련)

(단위: 년)

구분	대학졸업자·동등자격자			전문대학 졸업자·동등자격자		
	연구 실적	교육 경력	계	연구 실적	교육 경력	계
교수	4	6	10	5	8	13
부교수	3	4	7	4	6	10

조교수	2	2	4	3	4	7
전임강사	2	1	3	2	3	5
조교	근무하고자 하는 학교와 동등이상의 학교를 졸업한 학력이 있는 자					

제11조(자격인정의 대상) 제2조 제2호의 규정에 의하여 인정을 받아 교원이 될 수 있는 사람은 다음 각호와 같다.

1. 대학·전문대학졸업자 또는 이와 동등이상의 자격을 가진 자로서 그 졸업 또는 자격취득후 별표의 직명별 연구실적과 교육경력의 합계연도의 2분의 1이상의 경력을 가진 자
2. 대학·전문대학졸업자 또는 이와 동등이상의 자격을 가진 자로서 그 졸업 또는 자격취득후 별표의 연구실적 연수와 대학·전문대학 또는 이와 동등정도의 학교이외의 학교에서 별표의 교육경력 연수에 해당하는 연수의 교육경력을 가진 자. 이 경우에 교육학·윤리학등 학교장이 특히 인정하는 교과목의 교육경력 연수는 이를 연구실적 연수로 대체할 수 있다.
3. 국내의 학교교육으로는 이수할 수 없었거나 곤란하였던 교과목을 담당할 자로서 연구실적이 별표의 연구실적 연수에 해당하거나, 논문·저서 기타 연구업적이 현저하나 학력이 별표의 기준에 해당하지 아니한 자
4. 국가공무원법의 규정에 의하여 자연과학계의 연구관 또는 5급 이상의 농촌지도직공무원으로 근무하고 있는 자

공무원수당 등에 관한 규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정된 것) 제7조의2(성과상여금) ① 소속 장관은 별표 2의2에 따른 공무원 중 근무성적, 업무실적 등이 우수한 사람에게는 예산의 범위에서 성과상여금을 지급한다.

국공립대학연구보조비 지급규정(2010. 9. 6. 교육과학기술부훈령 제190호로 개정된 것)

제2조(교부) ① 연구보조비는 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송대학·통신대학 및 방송통신대학(이하 “대상학교”라 한다)의 기성회 회장에게 교부한다.

제3조(지급) ① 연구보조비는 지급대상학교 교원(재외한국인학자 유치계획에 의하여 유치한 교원을 포함한다)과 조교에게 기성회 회장이 예산의 범위 안에서 지급한다.

② 제1항의 연구보조비는 교원의 교육·연구 및 봉사활동 등의 실적과 조교의 근무실적 등 대상학교에서 정한 평가방법에 따라 지급하는 성과급(이하 “성과급”이라 한다)과 시간강사의 강의시수에 따라 지급하는 시간강사연구보조비(이하 “시간강사연구보조비”라 한다)로 구분하여 지급하며 그 지급기준은 교육과학기술부장관이 정한다. 이 경우 성과급 지급액은 교육과학기술부장관이 정하는 지급기준과 대상학교에 교부되는 성과급연구비 총액의 범위 안에서 학교의 장이 정한다.

④ 성과급의 지급액은 대상학교에 교부되는 성과급 연구비 총액의 범위 안에서 대상학교별 연구보조비 지급심의위원회의 심의를 거쳐 학교의 장이 정한다.

⑤ 성과급은 연4회 이내로 지급하고, 교원 및 조교 개인별로 전년도 또는 전전년도 교육·연구 및 봉사활동 등의 실적과 근무실적 등을 평가하여 책정한 성과급 총액을 분할 또는 일괄하여 지급하되, 지급시기 및 방법은 대상학교의 장이 따로 정한다.

연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석 지침 등 위헌확인

(2013. 11. 28. 2011헌마372)

【판시사항】

1. 소형선망어업의 경우 발줄에 짐고리와 짐줄을 부착하지 않은 어구를 사용하거나 적재하면 수산자원관리법 제65조 제4호, 제6호에 의하여 처벌된다고 규정한 '연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석지침' 제2조 제2항 [별표 2] 제9호 나목 및 다목(이하 '이 사건 해석지침조항'이라 한다)이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)
2. 법령 적용의 유예기간이 있는 경우 기본권 제한이 발생한 시기를 유예기간경과 후가 아닌 법 시행일로 본 사례

【결정요지】

1. 이 사건 해석지침은 농림수산식품부장관이 담당 행정기관에게 법령의 일관된 해석을 위하여 업무처리지침으로 마련한 내부기준에 불과하다. 그리고 이 사건 해석지침조항이 정하고 있는 내용은, 수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 중 어구의 '형태'에 관한 부분, 수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정된 것) 제65조 제4호 중 제23조 제1항의 어구의 '형태'에 관한 부분, 제24조 중 어구의 '적재'에 관한 부분, 제65조 제6호 중 제24조의 어구의 '적재'에 관한 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 및 수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정된 것) 제10조 제1항 [별표 11] II. 제9호 가목 3)(이하 '이 사건 시행령조항'이라 한다)에 규정된 사항을 확인적으로 반복하는 것에 불과하므로 이 사건 해석지침조항이 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 준다고 볼 수도 없다. 그러므로 이 사건 해석지침조항은 헌법소원심판의 대상이

되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다.

2. 청구인들의 경우 비록 이 사건 법률조항 및 시행령조항 시행일인 2010. 4. 23.부터 1년 이내에는 종래와 같이 변형어구를 계속 사용, 적재할 수 있다 하더라도, 시행일로부터 1년 이후인 2011. 4. 23.부터는 변형어구를 사용, 적재할 수 없고 사용, 적재할 경우 처벌된다는 기본권 제한 내지 법적 강제는 이 사건 법률조항 및 시행령조항이 시행된 2010. 4. 23.에 이미 구체적이고 현실적으로 발생하였고 봄이 타당하므로 이때를 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 헌법소원심판 청구기간의 기산점으로 보아야 한다.

재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 반대의견

이 사건 법률조항 및 시행령조항이 2010. 4. 23.부터 시행되었다고 하더라도 종전부터 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 변형된 어구를 사용, 적재해 오던 청구인들은 1년의 유예기간이 도과하지 않은 2011. 4. 22.까지는 현실적으로 아무런 변화 없이 종래와 같이 변형된 어구를 사용, 적재하면서 조업할 수 있었으므로, 청구인들이 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 의하여 더 이상 변형된 어구를 사용할 수 없게 됨으로써 기본권을 구체적이고 현실적으로 침해당하는 시기는 유예기간이 도과된 2011. 4. 23.부터라고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 심판청구기간의 기산점은 이 사건 법률조항 및 시행령조항의 시행일이 아니라 유예기간이 도과된 2011. 4. 23.이라고 보아야 할 것이다.

【심판대상조문】

구 수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제23조(어구의 사용금지) ① 농림수산물부장관은 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되면 어업의 종류별로 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법, 어구사용의 금지구역·금지기간, 그물코의 규격 등을 제한할 수 있다.

②~⑤ 생략

수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정된 것) 제24조(특정어구의 소지와 선

박의 개조 등의 금지) 누구든지 「수산업법」 제8조·제41조·제42조·제45조 및 제47조에 따라 면허·허가·승인 또는 신고된 어구 외의 어구 및 이 법에 따라 사용이 금지된 어구를 제작·판매 또는 적재하여서는 아니 되며, 이러한 어구를 사용할 목적으로 선박을 개조하거나 시설을 설치하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령으로 정하는 어구의 경우에는 그러하지 아니하다.

수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정된 것) 제65조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1.~3. 생략
- 4. 제23조 제1항에 따른 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법, 어구사용의 금지구역·금지기간 및 그물코의 규격 등의 제한 규정을 위반한 자
- 5. 생략
- 6. 제24조를 위반하여 특정어구를 제작·판매·적재하거나 이를 사용하기 위하여 선박을 개조하거나 시설을 설치한 자
- 7.~10. 생략

수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정된 것) 제10조(어구의 규모 제한 등) ① 법 제23조 제2항에 따라 사용이 제한되는 어업의 종류별 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법은 별표 11과 같다.

②~④ 생략

[별표 11] 어업별 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법(제10조 제1항 관련)

II. 근해어업의 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법

9. 소형선망어업

가. 이 어업에 사용되는 어구는 다음의 조건에 적합하게 구성된 어구를 말하며, 어구 겨냥도 및 표준어구 구성도는 각각 부도 9-1 및 부도 9-2와 같다.

3) 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착한 어구

연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석지침(2011. 4. 23. 농림수산식품부) 제2조(적용범조) ② 근해어업의 종류별 세부사항은 별표 2와 같다.

[별표 2] 근해어업의 종류별 세부 사항

9. 소형선망어업

나. [수산자원관리법 시행령 제10조 별표 11 II. 9.] 가목 3)의 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 사용한 경우에는 「수산자원관리법」 제23조를 위반한 것으로 제65조 제4호를 적용한다.

다. [수산자원관리법 시행령 제10조 별표 11 II. 9.] 가목 3)의 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 적재한 경우에는 「수산자원관리법」 제24조를 위반한 것으로 제65조 제6호를 적용한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제69조 제1항

수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.

구 수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정되고, 2010. 11. 10. 대통령령 제22476호로 개정되기 전의 것) 부칙 제1조(시행일) 이 영은 2010년 4월 23일부터 시행한다. 다만, 별표 11[Ⅱ. 제11호 가목4), 제12호 가목4), 제15호 가목2), 제16호 가목2), 제17호 가목4), 제20호 가목3)·4) 및 나목1), 제21호 가목2)·3), Ⅲ. 제1호 가목4), 제3호 가목5), 제4호 가목2)·3), 제6호 가목4), Ⅳ. 제10호 가목2)부터 5)까지, 제11호 가목2), 제12호 가목3)부터 5)까지 및 나목1)은 제외한다]은 2011년 4월 23일부터 적용한다.

【참조판례】

- 2. 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 251
- 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마516, 판례집 15-1, 161, 169
- 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 판례집 16-1, 574, 583
- 헌재 2011. 3. 31. 2010헌마45, 판례집 23-1상, 434, 443
- 헌재 2011. 5. 26. 2009헌마285, 판례집 23-1하, 180, 189-190

【당 사 자】

청 구 인 별지목록과 같음
 청구인들 대리인 법무법인 드림
 담당변호사 엄윤상

【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 소형선망어업 허가를 받아 서해안 어장에서 멸치잡이 어업에 종사하면서, 2003년부터 서해안 어장의 조건에 맞게 발줄에 침고리와 침줄을 부착하지 않은 변형된 멸치잡이 전용 어구를 개발하여 적재·사용하여 왔다.

(2) 그런데 2011. 4. 23.부터 시행된 ‘연근해어업의 표준어구와 어법에 관한

해석지침'(이하 '이 사건 해석지침'이라 한다)에 따라 소형선망어업에 종사하는 사람이 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 사용하거나 적재하면 수산자원관리법 제65조 제4호, 제6호에 의하여 처벌되기 때문에 더 이상 위와 같이 변형된 어구를 사용하여 조업할 수 없게 되자, 청구인들은 주위적으로는 이 사건 해석지침이, 예비적으로는 그러한 변형된 어구의 사용 또는 적재를 처벌하는 내용의 수산자원관리법 제23조, 제24조, 제65조 제4호, 제6호, 수산자원관리법 시행령 제10조가 죄형법정주의, 신뢰보호원칙 등을 위반하여 청구인들의 직업의 자유, 재산권을 침해한다고 주장하면서 2011. 7. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 이 사건 해석지침 전부를 심판대상으로 삼고 있으나, 청구인들이 실질적으로 다투고 있는 부분은 청구인들과 같은 소형선망어업의 경우 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 사용한 경우에는 수산자원관리법 제23조를 위반한 것으로 제65조 제4호를 적용하고, 그러한 어구를 적재한 경우에는 수산자원관리법 제24조를 위반한 것으로 제65조 제6호를 적용하도록 정한 부분이므로, 이 사건 심판대상이 되는 해석지침조항은 제2조 제2항 [별표 2] 제9호 나목 및 다목이다(이하 '이 사건 해석지침조항'이라 한다).

또한, 청구인들은 수산자원관리법 제23조, 제24조, 제65조 제4호, 제6호 전부를 심판대상으로 삼고 있다. 그런데 청구인들은 일정한 어구의 '사용' 및 '적재'를 처벌하는 형벌조항의 구성요건을 법률에서 직접 정하지 않고 대통령령에 위임한 것이 죄형법정주의, 포괄위임금지원칙에 위반되고, 그러한 어구의 '사용' 및 '적재'를 금지하는 것 자체가 직업의 자유 등 기본권을 침해한다고 다투고 있다. 따라서 이 사건 심판대상이 되는 법률조항은 구 수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 중 어구의 '형태'에 관한 부분, 수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정된 것) 제65조 제4호 중 제23조 제1항의 어구의 '형태'에 관한 부분, 제24조 중 어구의 '적재'에 관한 부분, 제65조 제6호 중 제24조의 어구의 '적재'에 관한 부분이다(밑줄 그은 부분, 이하 '이 사건 법률조항'이라 한다).

그리고 청구인들은 수산자원관리법 시행령 제10조 전부도 심판대상으로 삼고 있으나, 이 사건에서 실질적으로 문제되는 부분은 청구인들과 같은 소형선망어업의 경우 '발줄에 줍고리와 줍줄을 부착한 어구'를 사용하도록 제한한 부

분이므로, 이 사건 심판대상이 되는 시행령조항은 수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정된 것) 제10조 제1항 [별표 11] II. 제9호 가목 3)이다(이하 '이 사건 시행령조항'이라 한다).

이 사건 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석지침(2011. 4. 23. 농림수산식품부) 제2조(적용법조) ② 근해어업의 종류별 세부사항은 별표 2와 같다.

[별표 2] 근해어업의 종류별 세부 사항

9. 소형선망어업

나. [수산자원관리법 시행령 제10조 별표 11 II. 9.] 가목 3)의 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 사용한 경우에는 「수산자원관리법」 제23조를 위반한 것으로 제65조 제4호를 적용한다.

다. [수산자원관리법 시행령 제10조 별표 11 II. 9.] 가목 3)의 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 적재한 경우에는 「수산자원관리법」 제24조를 위반한 것으로 제65조 제6호를 적용한다.

구 수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제23조(어구의 사용금지) ① 농림수산식품부장관은 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되면 어업의 종류별로 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법, 어구사용의 금지구역·금지기간, 그물코의 규격 등을 제한할 수 있다.

수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호로 제정된 것)

제24조(특정어구의 소지와 선박의 개조 등의 금지) 누구든지 「수산업법」 제8조·제41조·제42조·제45조 및 제47조에 따라 면허·허가·승인 또는 신고된 어구 외의 어구 및 이 법에 따라 사용이 금지된 어구를 제작·판매 또는 적재하여서는 아니 되며, 이러한 어구를 사용할 목적으로 선박을 개조하거나 시설을 설치하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령으로 정하는 어구의 경우에는 그러하지 아니하다.

제65조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제23조 제1항에 따른 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법, 어구사용의 금지구역·금지기간 및 그물코의 규격 등의 제한 규정을 위반한 자

6. 제24조를 위반하여 특정어구를 제작·판매·적재하거나 이를 사용하기 위하여 선박을 개조하거나 시설을 설치한 자

수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정된 것)

제10조(어구의 규모 제한 등) ① 법 제23조 제2항에 따라 사용이 제한되는 어업의 종류별 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법은 별표 11과 같다.

[별표 11] 어업별 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법(제10조 제1항 관련)

II. 근해어업의 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법

9. 소형선망어업

가. 이 어업에 사용되는 어구는 다음의 조건에 적합하게 구성된 어구를 말하며, 어구겨냥도 및 표준어구 구성도는 각각 부도 9-1 및 부도 9-2와 같다.

3) 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착한 어구

[관련조항]

수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호) 부칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.

구 수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호로 제정되고, 2010. 11. 10. 대통령령 제22476호로 개정되기 전의 것) 부칙

제1조(시행일) 이 영은 2010년 4월 23일부터 시행한다. 다만, 별표 11[II. 제11호 가목 4), 제12호 가목 4), 제15호 가목 2), 제16호 가목 2), 제17호 가목 4), 제20호 가목 3)·4) 및 나목 1), 제21호 가목 2)·3), III. 제1호 가목 4), 제3호 가목 5), 제4호 가목 2)·3), 제6호 가목 4), IV. 제10호 가목 2)부터 5)까지, 제11호 가목 2), 제12호 가목 3)부터 5)까지 및 나목 1)은 제외한다]은 2011년 4월 23일부터 적용한다.

2. 청구인들의 주장요지

가. 이 사건 해석지침이 수산자원관리법령의 구체적 위임을 받았는지 여부는 불명확하지만 적어도 수산자원관리법령의 집행을 위하여 필요한 구체적, 기술적 사항을 규율하기 위한 집행명령 또는 법령보충적 행정규칙에 해당하므로 공권력행사라고 볼 수 있다. 이 사건 해석지침이 제정, 시행되기 전에는 변형어구를 사용·적재해도 처벌되지 않았는데, 이 사건 해석지침조항이 변형어구의 사용·적재 행위에 대하여 처벌한다고 규정하는 것은 죄형법정주의에 위반되고, 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유, 재산권 등 기본권을 침해한다.

나. 이 사건 법률조항 및 시행령조항은 포괄위임금지원칙과 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유, 재산권을 침해한다.

3. 판 단

가. 이 사건 해석지침조항에 대한 판단

(1) 이 사건 해석지침은 ‘수산자원관리법 제23조, 수산자원관리법 시행령 제10조 [별표 11]에서 규정하고 있는 연근해 어업별 어구의 규모·형태·사용량 및 사용방법에 관한 법령 해석의 통일을 기하기 위한 것’으로(제1조 목적 참조), 농림수산식품부장관이 담당 행정기관에게 법령의 일관된 해석을 위하여 업무처리지침으로 마련한 내부기준에 불과하다.

(2) 그리고 이 사건 해석지침조항이 정하고 있는 ‘소형선망어업의 경우 발줄에 쫓고리와 쫓줄을 부착하지 않은 어구를 사용하거나 적재하면 수산자원관리법 제65조 제4호, 제6호에 의하여 처벌된다.’는 내용은 이 사건 법률조항 및 시행령조항에서 이미 구체적으로 규정된 사항이고, 이를 단지 확인적으로 반복하는 것에 불과하므로 이 사건 해석지침조항이 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 준다고 볼 수도 없다.

(3) 그러므로 이 사건 해석지침조항은 내부적인 업무처리지침에 불과할 뿐 아니라 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다. 따라서 청구인들의 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 판단

(1) 헌법재판소법 제69조 제1항 본문은 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.”고 규정하고 있다. 법령에 대한 헌법소원의 경우, 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받은 자는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 여기서 청구기간의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 ‘법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날’을 의미한다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 판례집 16-1, 574, 583 등 참조).

(2) 그런데 수산자원관리법 부칙 제1조는 ‘이 법은 공포 후 1년이 경과한 날

부터 시행한다.’고 규정하여 이 사건 법률조항의 시행일이 2010. 4. 23.임은 명백하다. 그러나 구 수산자원관리법 시행령 부칙 제1조 본문은 ‘이 영은 2010년 4월 23일부터 시행한다.’고 규정하고, 단서에서는 ‘별표 11[Ⅱ. 제11호 가목 4), 제12호 가목 4), 제15호 가목 2), 제16호 가목 2), 제17호 가목 4), 제20호 가목 3)·4) 및 나목 1), 제21호 가목 2)·3), Ⅲ. 제1호 가목 4), 제3호 가목 5), 제4호 가목2)·3), 제6호 가목 4), Ⅳ. 제10호 가목 2)부터 5)까지, 제11호 가목 2), 제12호 가목 3)부터 5)까지 및 나목 1)은 제외한다]은 2011년 4월 23일부터 적용한다.’고 규정하고 있으므로 청구기간 기산점인 기본권침해가 발생하는 시점을 언제로 볼 것인지가 문제된다.

종래 합법적으로 영위하여 오던 직업의 행사를 유예기간 이후 금지 또는 제한하는 법규정의 경우, 이 법규정의 시행에 의하여 종래의 법적 지위가 유예기간의 종료 후에는 자동 소멸되어 당사자에게 불리하게 구체적으로 형성되는 것이기 때문에, 유예기간이 경과한 후에야 비로소 기본권에 대한 침해가 발생하는 것이 아니라 이미 법규정의 시행 당시에 기본권이 현실적·구체적으로 침해되는 것으로 보아야 한다는 것이 우리 재판소의 선례이다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 251; 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마516, 판례집 15-1, 161, 169; 헌재 2011. 3. 31. 2010헌마45, 판례집 23-1상, 434, 443; 헌재 2011. 5. 26. 2009헌마285, 판례집 23-1하, 180, 189-190 참조).

따라서 청구인들의 경우 비록 이 사건 법률조항 및 시행령조항 시행일인 2010. 4. 23.부터 1년 이내에는 종래와 같이 변형어구를 계속 사용, 적재할 수 있다 하더라도, 시행일로부터 1년 이후인 2011. 4. 23.부터는 변형어구를 사용, 적재할 수 없고 사용, 적재할 경우 처벌된다는 기본권 제한 내지 법적 강제는 이 사건 법률조항 및 시행령조항이 시행된 2010. 4. 23.에 이미 구체적이고 현실적으로 발생하였다고 봄이 타당하므로 이때를 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 헌법소원심판 청구기간의 기산점으로 보아야 한다(헌재 2011. 3. 31. 2010헌마45, 판례집 23-1상, 434, 443; 헌재 2011. 5. 26. 2009헌마285, 판례집 23-1하, 180, 190 참조).

그러므로 이 사건 법률조항 및 시행령조항의 시행일인 2010. 4. 23.부터 1년이 지난 2011. 7. 11.에 제기한 청구인들의 이 부분 심판청구는 청구기간을 준수하지 못한 것이어서 부적법하다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로

하여, 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 아래 5.와 같이 이 사건 법률조항 및 시행령조항의 청구기간에 관하여 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 반대의견

우리는, 다수의견과 달리 청구인들의 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 심판청구는 청구기간을 준수하였으므로 본안에 나아가 청구의 당부를 판단하여야 한다고 생각하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

다수의견이 밝힌 것처럼, 법령에 대한 헌법소원심판에 있어서 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해가 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 및 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 이 때 청구기간의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 ‘당해 법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 날’을 의미한다.

다수의견은, 이 사건 법률저항 및 시행령조항이 시행된 2010. 4. 23.에 이미 ‘유예기간이 경과한 2011. 4. 23.부터 소형선망어업의 경우 발출에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 어구를 사용, 적재할 수 없다.’는 내용의 청구인들에 대한 기본권 침해가 구체적이고 현실적으로 발생하였다고 본다.

그러나 경제적·행정적 규제 등 수많은 법령들이 자주 개폐되고 다양한 조건이나 유예기간이 설정되는 경우가 많은 법적 현실 속에서, 일반국민이 자신과 관련되는 어떠한 법규정이 어떠한 내용으로 개폐되는지 사실상 조감하기 어렵고, 대부분의 경우 유예기간이 종료될 무렵에야 관계기관으로부터 통보를 받는 등 자신의 기본권을 제한하는 법규정에 대하여 적시에 대처하기 어렵다는 점 및 헌법소원의 본질은 국민의 기본권을 충실히 보장하는 데 있다는 점에 비추어 볼 때 굳이 청구기간의 기산점을 앞당겨서 헌법소원의 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 박탈하기보다는 법적 안정성을 해하지 않는 범위 내에서 청구기간에 관한 규정을 국민의 기본권보장을 강화하는 방향으로 해석함으로써 본안판단의 기회를 폭넓게 인정하는 것이 보다 바람직하다.

그리고 입법자가 종래에 합법적으로 영업하던 자에 대하여 유예기간을 두어 적용시점을 달리하는 이유는 신뢰이익을 보호함으로써 유예기간 동안 기본권 침해를 피하려는 취지라 할 것이다. 그런데 다수의견과 같이, 실제로 아무

런 변화가 없는 법령시행일에 수급자가 실제로 개정 법령을 인지하였는지 여부와 관계없이 이미 기본권침해가 발생하였다고 보는 것은 지나치게 이론적이고 관념적인 해석으로서 결과적으로 개정 법령의 위헌성을 다투는 헌법재판청구의 기회를 축소시키고 기본권보장을 오히려 약화시킬 가능성이 있다.

그러므로 이 사건 법률조항 및 시행령조항이 2010. 4. 23.부터 시행되었다고 하더라도 종전부터 발줄에 줍고리와 줍줄을 부착하지 않은 변형된 어구를 사용, 적재해 오던 청구인들은 부칙 제1조 단서에 의하여 1년의 유예기간이 도과하지 않은 2011. 4. 22.까지는 현실적으로 아무런 변화 없이 종래와 같이 변형된 어구를 사용, 적재하면서 조업할 수 있었으므로, 청구인들이 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 의하여 더 이상 변형된 어구를 사용할 수 없게 됨으로써 기본권을 구체적이고 현실적으로 침해당하는 시기는 유예기간 도과된 2011. 4. 23.부터라고 봄이 타당하다.

결국 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 심판청구의 청구기간 기산일은 이 사건 법률조항 및 시행령조항의 시행일이 아니라 유예기간이 도과된 2011. 4. 23.이라고 보아야 할 것이므로, 2011. 7. 11. 제기된 청구인들의 이 부분 심판청구는 청구기간을 준수하여 적법하다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항 및 시행령조항에 대한 심판청구를 청구기간이 도과하였다는 이유로 각하할 것이 아니라, 본안에 들어가 이 사건 법률조항 및 시행령조항이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부를 판단하여야 한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지] 청구인 목록 생략

1. 최○옥 외 10인

출입국관리법 시행규칙 제9조의4 제2항 위헌확인

(2013. 11. 28. 2011헌마520)

【판시사항】

외국인의 결혼동거목적 사증발급 신청 시 한국인 배우자인 초청인이 국제결혼 안내프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 국제결혼 안내프로그램 이수번호를 기재하여야 한다는 출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호로 개정된 것) 제9조의4 제2항 및 국제결혼 안내프로그램(이하 '이 사건 프로그램'이라 한다) 이수대상자를 구체적으로 정하고 있는 '국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항'(2011. 3. 7. 법무부고시 제2011-88호, 이하 '운영사항'이라 한다) 중 이수대상자에 관한 부분(이하 이들을 통칭하여 '이 사건 심판대상조항'이라 한다)에 대해 기본권침해의 직접성이 인정되는지 여부(소극)

【결정요지】

중국, 베트남, 필리핀, 캄보디아, 몽골, 우즈베키스탄, 태국(이하 '특정 7개국'이라 한다) 국적의 배우자인 청구인이 이 사건 프로그램을 이수하여야 하는지 여부는 이 사건 심판대상조항에 의하여 바로 확정되는 것이 아니라, 행정청이 청구인의 경우는 운영사항의 면제사유에 해당하지 않는다고 보아 청구인에게 이 사건 프로그램을 이수한 후 이 사건 프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 이 사건 프로그램 이수번호를 기재하도록 요구하는 때 또는 이 사건 프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하지도 않고 초청장에 이 사건 프로그램 이수번호를 기재하지도 않았다는 이유로 사증발급을 거부하는 처분을 하는 때에 비로소 확정된다고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항에 대해 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니한다.

재판관 박한철, 재판관 이진성의 반대의견

면제대상자에 해당하지 않는 청구인이 이 사건 심판대상조항에 따르지 않는 경우 결혼동거목적 사증이 발급될 수 없다는 권리관계는 이 사건 심판대상조항에 의해 이미 확정된 것이므로, 기본권침해의 직접성이 인정된다.

이 사건 심판대상조항이 이 사건 프로그램의 이수대상으로 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 한국인을 규정하고 있는바, 특정 7개국은 출입국행정, 국제결혼 등 제반여건에 대하여 각기 다른 사정을 가지고 있는 나라들로 각 국가마다 합리적인 선정 이유가 있어야 할 것이지만, 그러한 이유를 찾아볼 수 없다. 그러므로 이 사건 심판대상조항이 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 한국인에게 이 사건 프로그램 이수를 의무화하는 것은 청구인의 평등권과 혼인의 자유, 가족결합권을 침해하는 것이다.

【심판대상조문】

출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호로 개정된 것) 제9조의4(결혼동거 목적의 외국인 초청절차 등) ① 생략

② 제1항에 따른 사증을 발급받으려는 외국인 중 법무부장관이 고시하는 요건에 해당하는 사람은 그의 배우자인 초청인이 법무부장관이 시행하는 국제결혼에 관한 안내프로그램(이하 “국제결혼 안내프로그램”이라 한다)을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 국제결혼 안내프로그램 이수번호를 기재하여 사증 발급을 신청하여야 한다.

③ 생략

국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항(2011. 3. 7. 법무부고시 제2011-88호)

□ 국제결혼 안내프로그램 이수대상자의 범위

국제결혼 안내 프로그램 이수 대상

- 우리 국민 중 아래에 기재된 국가의 국민과 국제결혼을 하려고 하거나, 이미 국제결혼을 한 상태에서 외국인 배우자를 초청하려고 하는 사람

※ 특정국가 : 중국, 베트남, 필리핀, 캄보디아, 몽골, 우즈베키스탄, 태국

【참조조문】

헌법 제36조 제1항

국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항(2011. 3. 7. 법무부고시 제2011-88호)

헌재 2013. 11. 28. 2011헌마520

□ 국제결혼 안내프로그램 이수대상자의 범위

국제결혼 안내 프로그램 이수 면제대상

- 외국인 배우자의 국가 또는 제3국에서 유학, 파견근무 등으로 45일 이상 계속 체류하면서 교제한 경우
- 국내에서 외국인 배우자가 91일 이상 합법체류하면서 초청자와 교제한 경우
- 배우자 임신, 출산, 그 밖에 인도적인 고려가 필요하다고 인정하는 경우

【참조판례】

- 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823
- 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 371-372
- 헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762
- 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 719-720
- 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마82, 판례집 14-2, 170, 180
- 헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87, 판례집 17-1, 437, 450-451

【당 사 자】

청 구 인 김○진
 국선대리인 변호사 이용숙

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2010. 12.경 베트남에서 베트남 국적의 ○○과 혼인하고, 2011. 3. 4. 한국에서 혼인신고를 마친 사람이다. 청구인의 배우자인 ○○은 한국에 입국하기 위하여 법무부장관에게 결혼동거목적 사증(F-2)의 발급을 신청하였는데, 외국인이 결혼동거목적 사증을 발급받기 위해서는 배우자의 초청이 있어야 하며, 사증발급 신청 시 배우자인 초청인이 국제결혼 안내프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 국제결혼 안내프로그램 이수번호를 기재하여야 한다는 출입국관리법 시행규칙 제9조의4 제2항에 따라, 청구인은 2011. 3. 9. 위 프로그램을 이수하였다.

이에 청구인은 2011. 5. 12. 위 조항이 청구인의 평등권, 행복추구권 등을 침해하였다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하기 위하여 국선대리인선임을 신청하였고, 그 후 선정된 청구인의 국선대리인은 2011. 9. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호로 개정된 것) 제9조의4 제2항의 위헌확인을 구하고 있으나, 위 조항은 국제결혼 안내프로그램의 이수대상자를 법무부고시에서 정하도록 위임하고 있고, 이를 구체적으로 정하고 있는 것은 법무부고시인 ‘국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항’(이하 ‘이 사건 고시’라고 한다)이므로, 위 시행규칙조항과 체계적으로 밀접불가분한 위 고시의 해당부분까지 이 사건 심판대상에 포함시킬 필요가 있다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 719-720 참조).

그러므로 이 사건 심판대상조항은 ① 출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호로 개정된 것) 제9조의4 제2항 및 ② ‘국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항’(2011. 3. 7. 법무부고시 제2011-88호) 중 국제결혼 안내 프로그램 이수 대상을 ‘우리 국민 중 중국, 베트남, 필리핀, 캄보디아, 몽골, 우즈베키스탄, 태국의 국민과 이미 국제결혼을 한 상태에서 외국인 배우자를 초청하려고 하는 사람’으로 정한 부분(이하 위 두 조항을 통칭하여 ‘이 사건 심판대상조항’이라 하고, 위 국가들을 ‘특정 7개국’이라 하며, 국제결혼 안내프로그램을 ‘이 사건 프로그램’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호로 개정된 것)

제9조의4(결혼동거 목적의 외국인 초청절차 등) ② 제1항에 따른 사증을 발급받으려는 외국인 중 법무부장관이 고시하는 요건에 해당하는 사람은 그의 배우자인 초청인이 법무부장관이 시행하는 국제결혼에 관한 안내프로그램(이하 “국제결혼 안내프로그램”이라 한다)을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 국제결혼 안내프로그램 이수번호를 기재하여 사증 발급을 신청하여야 한다.

국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항(2011. 3. 7. 법무부고시 제 2011-88호)

- 국제결혼 안내 프로그램 이수 대상

- 우리 국민 중 아래에 기재된 국가의 국민과 국제결혼을 하려고 하거나, 이미 국제결혼을 한 상태에서 외국인 배우자를 초청하려고 하는 사람

※ 특정국가 : 중국, 베트남, 필리핀, 캄보디아, 몽골, 우즈베키스탄, 태국
[관련조항]

국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항(2011. 3. 7. 법무부고시 제 2011-88호)

- 국제결혼 안내 프로그램 이수 면제대상
 - 외국인 배우자의 국가 또는 제3국에서 유학, 파견근무 등으로 45일 이상 계속 체류하면서 교제한 경우
 - 국내에서 외국인 배우자가 91일 이상 합법체류하면서 초청자와 교제한 경우
 - 배우자 임신, 출산, 그 밖에 인도적인 고려가 필요하다고 인정하는 경우

2. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 심판대상조항은 ‘배우자의 국적’이라는 사회적 신분에 의하여 특정 7개국 국적의 배우자와 혼인한 자와 그 외 국적의 배우자와 혼인한 자를 차별하고 있는데, 이러한 차별대우는 국제결혼의 부작용을 최소화하고 바람직한 다문화가정 형성지원을 위한 것이다. 그러나 이 사건 프로그램 이수대상자는 이미 국제결혼을 한 자들이어서 스스로 국제결혼 여부를 재검토하여 부작용을 최소화한다는 목적을 달성할 수 없고, 특정 7개국 국적의 배우자를 둔 국민에게만 의무화하는 것은 대상자들에게 자괴감과 사회적 편견을 심어 주며, 3시간의 간략한 설명으로는 국제결혼에 대한 인식을 재고하거나 바람직한 다문화 가정상을 제시하지 못하므로 그 차별대우의 목적과 수단 사이에 비례관계가 성립하지 아니한다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인의 평등권을 침해한다.

(2) 이 사건 프로그램은 이미 국제결혼을 한 국민을 대상으로 하고 있고, 모든 국민이 아니라 특정 7개국 국적의 배우자를 둔 국민을 대상으로 하고 있어 국제결혼의 부작용을 최소화하는 수단으로 적합하지 아니하며, 평일에만 이 사건 프로그램이 운영되고 있기 때문에 이수대상자들은 선택의 여지없이 위 일시장소만을 이용할 수밖에 없어 기본권의 침해가 최소화되어 있지 아니하고, 이 사건 프로그램 이수는 대상자들에게 모욕감 및 수치심을 느끼게 하는

것에 반해, 이 사건 프로그램으로 달성할 수 있는 공익은 미미하다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인의 인격권, 행복추구권 및 일반적 행동자유권을 침해한다.

3. 판 단

(1) 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재 자기의 기본권을 침해받아야 한다. 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 말하므로, 당해 법률에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성이 없다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762 참조).

(2) 이 사건에서 보건대, 출입국관리법 시행규칙 제9조의4 제2항에서는 이 사건 프로그램의 이수대상자를 이 사건 고시에서 정하도록 위임하고 있고, 이 사건 고시에서는 이 사건 프로그램 이수대상자를 정하는 한편, 그 면제대상자도 아울러 규정하고 있는바, 외국인 배우자의 국가 또는 제3국에서 유학, 파견 근무 등으로 45일 이상 계속 체류하면서 교제한 경우, 국내에서 외국인 배우자가 91일 이상 합법체류하면서 초청자와 교제한 경우 및 배우자 임신, 출산, 그 밖에 인도적인 고려가 필요하다고 인정하는 경우에는 특정 7개국 국적의 배우자라 하더라도 이 사건 프로그램을 이수를 면제할 수 있도록 규정하고 있다. 위 각 규정을 종합하여 보면, 특정 7개국 국적의 배우자인 청구인이 이 사건 프로그램을 이수하여야 하는지 여부는 이 사건 심판대상조항에 의하여 바로 확정되는 것이 아니라, 행정청이 청구인의 경우는 위 면제사유에 해당하지 않는다고 보아 청구인에게 이 사건 프로그램을 이수한 후 이 사건 프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하거나 초청장에 이 사건 프로그램 이수번호를 기재하도록 요구하는 때 또는 이 사건 프로그램을 이수하였다는 증명서를 첨부하지도 않고 초청장에 이 사건 프로그램 이수번호를 기재하지도 않았다는 이유로 사증발급을 거부하는 처분을 하는 때에 비로소 확정된다고 할 것이다. 따라서 청구인이 주장하는 기본권침해 역시 이 사건 심판대상조항에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 행정청의 위와 같은 요구행위 또는 사증발급거부처분에 의하여 비로소 현실적으로 발생한다고 보아야 할 것이다.

(3) 그러므로 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하

여 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하하기로 하여, 아래 5.와 같은 재판관 박한철, 재판관 이진성의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 박한철, 재판관 이진성의 반대의견

우리는 이 사건 심판대상조항의 기본권침해의 직접성이 인정되고, 나아가 이 사건 심판대상조항이 헌법에 위반된다고 생각하므로 아래와 같이 그 의견을 밝힌다.

가. 직접성 요건

청구인은 이 사건 심판대상조항에 의하여 배우자의 사증발급을 위해서는 이 사건 프로그램을 이수하여야 하는 의무를 부담하게 되므로, 따로 청구인에게 이 사건 프로그램이수를 요구하는 행위 또는 법무부장관의 사증발급신청불허 처분이라는 구체적인 집행행위를 기다릴 필요 없이 이 사건 심판대상조항 자체에 의하여 기본권이 직접 침해당하고 있는 경우에 해당한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 371-372 참조).

다수의견은 이 사건 고시에서 면제대상자를 규정하고 있으므로 청구인의 이 사건 프로그램 이수 의무가 확정되지 않았고, 청구인의 기본권은 구체적인 집행행위가 있어야 침해된다고 한다. 그러나 한국인 배우자가 면제대상자에 해당하지 않는 한 이 사건 프로그램을 이수하지 않으면 결혼동거목적 사증이 발급되지 않는다. 면제대상자 요건은 다수의견이 밝힌 것처럼 외국인 배우자의 국가 또는 제3국에서 유학, 파견근무 등으로 45일 이상 계속 체류하면서 교제한 경우, 국내에서 외국인 배우자가 91일 이상 합법체류하면서 초청자와 교제한 경우, 배우자 임신, 출산, 그 밖에 인도적인 고려가 필요하다고 인정하는 경우에 한정되고 있다. 위 요건이 정하는 인도적인 고려의 여지가 없는 청구인이 이 사건 심판대상조항에 따르지 않는 경우 결혼동거목적 사증이 발급될 수 없다는 권리관계는 이 사건 심판대상조항에 의해 이미 확정된 것이다. 또한, 사증발급을 신청할 때 이 사건 프로그램 이수증명서를 제출하거나 이수번호를 기재하지 않으면 사실상 사증발급신청이 접수되기도 어렵다. 사정이 이와 같다면 이 사건 심판대상조항이 구체적인 집행행위를 예정하고 있더라도, 청구인의 법적 지위가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태이므로, 직접성이 인정된다고 보아야 할 것이다.

따라서 이 사건 심판대상조항의 직접성이 인정되고, 다른 적법요건도 인정되므로, 본안에 나아가 판단하여야 한다.

나. 제한되는 기본권

(1) 이 사건 심판대상조항은 특정 7개국인 아닌 국적의 외국인과 혼인한 한국인과는 달리, 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 한국인에게만 이 사건 프로그램의 이수를 의무화하므로 청구인의 평등권이 제한된다.

(2) 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하고 있는데, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180). 부부가 함께 거주하는 것은 혼인 생활을 함께 영위하기 위한 본질적인 요소가 되는데, 부부가 함께 거주할 수 있는 권리는 혼인의 자유의 보호영역에 포함된다.

헌법 제36조 제1항은 가족을 보호하는데, 여기에서 ‘가족’은 부부 중 한 명이 우리 국민이고 다른 한 명이 외국인인 국제결혼의 경우도 포함한다. 가족을 구성할 권리는 원칙적으로 가족이 함께 살 수 있는 권리를 포함하는데, 한 가족 구성원이 특정 국가에 합법적으로 거주하고 있는 경우 가족이 함께 살기 위하여 다른 가족 구성원이 그 국가에 입국하고 거주할 권리를 의미하는 가족결합권은 혼인의 자유 중 특수한 형태로서 보호된다.

이 사건에서 외국인 배우자가 사증발급을 신청할 때 한국인 배우자가 이 사건 프로그램을 이수하지 않으면 외국인 배우자에게 사증이 발급되지 않아 부부가 국내에서 함께 거주할 수 없게 되므로, 이 사건 심판대상조항은 청구인의 혼인의 자유를 제한하고, 특히 혼인의 자유에서 도출되는 가족결합권을 제한한다.

다. 평등권 및 혼인의 자유 침해

(1) 청구인은 특정 7개국 중 하나인 베트남 국적의 외국인과 혼인한 한국인으로, 이 사건은 외국인이 아니라 한국인인 청구인의 기본권제한에 관한 사안이다. 이 사건 심판대상조항이 청구인의 기본권을 침해하는지 판단함에 있어서도, 특정 7개국 국적이 아닌 외국인과 혼인한 한국인과 비교하여 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 한국인의 평등권을 침해하는지, 그리고 청구인과 같은 한국인 배우자의 혼인의 자유를 침해하는지 판단하여야 한다.

다만 이 사건 심판대상조항의 평등권 및 혼인의 자유 침해 여부에 대한 구

체적인 비례심사의 과정에서는 출입국관리행정이 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라는 점을 고려하여 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다 (헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87, 판례집 17-1, 437, 450-451 참조).

(2) 이 사건 심판대상조항의 목적은 가정불화, 폭력, 혼인단절 등의 국제결혼의 부작용을 방지하고, 건전한 국제결혼문화 및 바람직한 다문화가정이 형성되도록 지원하는 것으로, 그 목적은 정당하다.

그러나 이 사건 심판대상조항이 이 사건 프로그램의 이수대상으로 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 한국인을 규정한 것은 적합한 수단이 아니다. 특정 7개국은 출입국행정, 국제결혼 등 제반여건에 대하여 각기 다른 사정을 가지고 있는 나라들로 각 국가마다 합리적인 선정 이유가 있어야 할 것이지만, 그러한 이유를 찾아볼 수 없다. 국제결혼자의 이혼현황 및 결혼이민자의 국적취득 현황의 통계자료에 따르면 위 특정 7개국이 국제결혼자의 전체 이혼 대비 각 국가의 이혼율과 결혼이민자의 전체 국적 대비 특정 국가의 국적취득률이 높은 국가에 속하지만, 특정 7개국은 국제결혼의 비율이 높은 국가이므로 이혼율과 국적취득률이 높게 나타나는 것이지, 특정 7개국의 국제결혼이 특별히 이혼율과 국적취득률이 높다고 보기는 어렵다. 가정폭력 등의 인권침해사례가 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 국제결혼에서 더 빈번하게 발생한다는 것이 객관적인 자료에 의하여 뒷받침되는 것도 아니다. 더욱이 국제결혼, 국제결혼자의 이혼, 국적취득의 비율이 높은 국가인 일본과 미국은 이수대상에서 제외된 것이 합리적으로 설명되지 않는다. 특정 7개국은 국제결혼중개업체가 국제결혼을 많이 주선하는 대상국이지만, 국제결혼중개업체를 통한 국제결혼의 경우에만 가정불화, 폭력, 혼인단절 등의 국제결혼의 부작용이 많다고 쉽게 단정할 수 없다. 만약 실질적으로 이 사건 프로그램이 국제결혼 자체가 아니라 국제결혼중개업체를 통한 국제결혼의 부작용을 시정하기 위한 것이라면, 국제결혼중개업체를 통한 국제결혼인지 여부를 기준으로 사증발급의 요건으로서 프로그램 이수를 강제하여야 할 것이다. 그러나 이 사건 심판대상조항은 ‘국적’을 기준으로 차별대우를 하고 있어, 7개국이 합리적으로 선정되었다고 보기 어렵다.

이 사건 프로그램은 국제결혼관련 현지국가의 제도·문화·예절정보(1시간), 결혼사증 발급절차 및 심사기준 등 정부정책(1시간), 시민단체의 결혼이민자 상담·피해사례 및 국제결혼으로 이미 한국에 살고 있는 이민자나 한국인 배우자의 경험담 등(1시간)을 소개하는 것으로, 각 국가별로 다른 내용의 교육을

하는 것도 아니다. 총 3시간 동안 간략하게 설명을 듣는 것만으로 국제결혼의 부작용을 방지하고 건전한 국제결혼문화 및 바람직한 다문화가정이 형성하는데 어떠한 효과를 달성할 수 있는지 불분명하여 그 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없고, 사증제도의 취지에도 부합하지 않는다.

가정불화, 폭력, 혼인단절 등의 국제결혼의 부작용을 방지하고, 건전한 국제결혼문화 및 바람직한 다문화가정이 형성되도록 지원하기 위해서는 장기적인 관점에서 자율적인 참여를 바탕으로 국제결혼의 문화적 차이에서 발생하는 부조화 및 이질감을 해소하는 방안을 모색하는 것이 적합하다. 예를 들어, 현재 법무부에서는 국민의 배우자 자격으로 입국한 외국인을 대상으로 2시간 동안 한국사회 적응에 필요한 기초생활 정보를 제공하는 프로그램인 ‘해피스타트 프로그램’을 운영하여, 이 프로그램을 이수한 외국인에게 최초 체류기간 연장시 2년을 부여하는 혜택이 주어진다. 이 외에도 이민자들에게 국내생활에 필요한 언어과정과 다문화사회이해과정을 교육하는 ‘사회통합 프로그램’과 국제결혼을 한 부부를 대상으로 다문화사회와 양성평등, 국제결혼의 준비와 비전 등을 교육하는 ‘국제결혼 행복프로그램’이 있다. 이러한 프로그램을 운영하면서 대상자들의 자율적 참여를 장려하는 것이 청구인의 기본권을 덜 침해하는 방안이 될 수 있을 것이다.

또한, 이 사건 심판대상조항으로 인하여 달성하고자 하는 것은 그 실체적 효과가 불분명한 데 반해, 대상자들은 국제결혼안내프로그램을 이수하지 않으면 외국인 배우자의 국내입국 사증의 발급이 거부되어 국내에서 함께 거주할 수 없게 되므로, 특정 7개국 국적 외국인 배우자를 초청하려는 한국인 배우자의 기본권침해의 정도는 매우 중대하다.

(3) 그러므로 이 사건 심판대상조항이 특정 7개국 국적의 외국인과 혼인한 한국인에게 이 사건 프로그램 이수를 의무화하는 것은 청구인의 평등권과 혼인의 자유를 침해하는 것이다.

라. 소결

이 사건 심판대상조항은 청구인의 평등권과 혼인의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

지방공무원 임용령 부칙 제4조 제1항 등 위헌확인

(2013. 11. 28. 2011헌마565)

【판시사항】

1. 지방공무원 중 사무직렬 기능직공무원의 정원 감축에 따라 증원되는 일반직공무원에 사무직렬 기능직공무원을 임용할 수 있도록 규정한 지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호) 부칙 제4조 제1항(2012. 9. 21. 대통령령 제24109호로 개정되기 전의 것) 및 제2항(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 조무직렬 기능직공무원인 청구인들의 공무담임권을 제한하는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 기능직공무원이 일반직공무원으로 우선 임용될 수 있는 기회의 보장은 공무담임권에서 당연히 파생되는 것으로 볼 수 없다. 특히 공개경쟁시험이나 일반적인 경력경쟁시험보다 유리한 조건으로 청구인들과 같은 조무직렬 기능직공무원들에게 일반직공무원으로 우선 임용될 기회를 주지 않는다고 하여도 청구인들은 기능직공무원으로서 그대로 신분을 유지하게 되므로, 심판대상조항이 청구인들의 공직신분의 유지나 업무수행과 같은 법적 지위에 직접 영향을 미치는 것도 아니다. 따라서 청구인들이 주장하는 일반직공무원으로 우선 임용될 권리 내지 기회보장은 공무담임권의 보호영역에 속하지 아니하고, 심판대상조항으로 인하여 청구인들의 공무담임권 침해 문제가 생길 여지가 없다.
2. 조무직렬류 국가공무원과 조무직렬류 지방공무원 모두 업무 태양이 비슷한데, 국가공무원은 사무직렬만 둔 반면 지방공무원은 사무직렬과 조무직렬로 세분화하여 직렬 구분체계가 달라진 것뿐이므로 양자를 본질적으로 다른 집단이라고 보기는 어려운데, 심판대상조항은

조무직류 국가공무원과 달리 조무직류 지방공무원에게 일반직공무원으로 우선 임용될 기회를 제한하고 있으므로 차별취급이 존재한다. 그러나 심판대상조항 및 공무원임용령이 국가공무원 및 지방공무원의 사무직렬 기능직공무원에게만 일반직공무원으로 우선 임용될 기회를 주는 이유는, 사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 신분불안이 야기되는 공무원들의 신분을 보장하고자 하기 위한 것이므로, 조무직렬로 구분되는 조무직류 기능직 지방공무원을 일반직공무원으로 우선 임용하도록 규정하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있다고 인정된다. 따라서 심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호) 부칙(2012. 9. 21. 대통령령 제24109호로 개정되기 전의 것) 제4조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직공무원의 경력경쟁임용시험을 통한 임용에 관한 특례) ① 이 영 시행 후 1개월이 경과한 날 당시 지방자치단체에 재직 중인 사무직렬 기능직공무원은 해당 기관의 기구와 정원에 관한 조례·규칙 개정 후 경력경쟁임용시험을 거쳐 사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 증원되는 일반직공무원 등으로 임용할 수 있다.

②~⑧ 생략

지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호) 부칙 제4조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직공무원의 경력경쟁임용시험을 통한 임용에 관한 특례)

① 생략

② 제1항에 따른 기구와 정원에 관한 조례·규칙의 개정으로 증원되는 일반직공무원 직위에는 해당 지방자치단체 일반직공무원의 초과 현원에 관계없이 해당 지방자치단체의 사무직렬 기능직공무원 중에서 임용하여야 한다.

③~⑧ 생략

【참조조문】

지방공무원 임용령(2009. 2. 6. 대통령령 제21311호로 개정되고, 2011. 8. 22. 대통령령 제23093호로 개정되기 전의 것) 제3조(공무원의 직급구분 등) ①~② 생략

③ 기능직공무원의 계급은 기능 1급부터 기능 10급까지로 구분하며, 그 직군·직렬 및 직급의 명칭은 별표 2와 같다.

[별표 2] 중 사무직군 부분 발췌

기능직공무원의 직급표(제3조 제3항 관련)

직군	직렬	직류	계급						
			기능1급 ~ 기능4급	기능5급	기능6급	기능7급	기능8급	기능9급	기능10급
사무	사무	워드							
		필기							
		계리			지방 사무 실무장	지방 사무 실무장	지방 사무 실무원	지방 사무 실무원	지방 사무 실무원
		사서							
	조무	전산							
		조무							
		사송							
		검침							
		지도		지방 조무기장	지방 조무장	지방 조무장	지방 조무원	지방 조무원	지방 조무원
		검수표							
		주차단속							
		교통지도							

지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호로 개정된 것) 제3조(공무원의 직급 구분 등) ①~② 생략

③ 기능직공무원의 계급은 기능 1급부터 기능 9급까지로 구분하며, 그 직군·직렬 및 직급의 명칭은 별표 2와 같다.

[별표 2] 중 사무직군 부분 발췌

기능직공무원의 직급표(제3조 제3항 관련)

직군	직렬	직류	계급					
			기능1급 ~ 기능4급	기능5급	기능6급	기능7급	기능8급	기능9급
사무	사무	워드						
		필기						
		계리			지방 사무 실무장	지방 사무 실무장	지방 사무 실무원	지방 사무 실무원
		사서						
	조무	전산						
		조무						
		사송						
		검침						
		지도		지방 조무기장	지방 조무장	지방 조무장	지방 조무원	지방 조무원
		검수표						
		주차단속						
		교통지도						

지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호로 개정된 것) 제17조(경력경쟁임용 시험등을 통한 임용의 요건) ① 법 제27조 제2항에 따라 경력경쟁임용시험등을 통하여 임용하려는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여야 한다.

1. 퇴직한 공무원을 법 제27조 제2항 제1호에 따라 재임용할 때에는 그 퇴직 전의 재직기관에 규칙으로 정하는 바에 따라 전력(前歷)을 조회하여 그 퇴직사유가 확인되어야 한다.
2. 특수경력직공무원이나 다른 종류의 경력직공무원이 되기 위하여 퇴직한 사람을 법 제27조 제2항 제1호에 따라 퇴직 시에 재직하던 직급의 공무원으로 재임용할 때에는 그 특수경력직공무원이나 다른 종류의 경력직공무원에서 퇴직한 지 30일이 지나지 않아야 한다.
3. 법 제27조 제2항 제2호에 따라 임용예정 직무에 관한 자격증 소지자를 임용할 때에는 그 자격증이 국가기술자격 관계 법령에 따른 자격증이거나 규칙으로 정하는 자격증이어야 한다. 이 경우 임용예정 직급별 자격증의 구분 및 경력기준은 규칙으로 정한다.
4. 법 제27조 제2항 제3호에 따라 임용예정 직급과 같은 직급에서 근무한 경력이 있는 사람을 임용할 때에는 그 직급에서 2년 이상 근무한 사람이어야 하며, 임용예정 직급에 상응한 근무 또는 연구경력이 있는 사람을 임용하려는 경우에는 임용예정직과 관련된 직무 분야에서 그 직급에 해당하는 근무경력 또는 연구경력이 3년 이상인 사람으로서 규칙으로 정하는 임용예정 계급에 상응하는 경력기준에 상응하는 사람이어야 한다. 이 경우에도 시험요구일 현재 퇴직 후 3년이 지나지 않은 사람이어야 한다.
5. 법 제27조 제2항 제4호에 따라 임용할 때에는 법령에 따라 공무원 또는 전문적인 특수 분야의 인재 양성을 목적으로 설립된 각종 교육기관을 졸업한 사람이어야 한다. 이 경우 각종 교육기관의 종류와 임용예정 직급은 행정안전부장관 또는 교육과학기술부장관이 정하는 기준에 따라 지방자치단체의 장이 정한다.
6. 법 제27조 제2항 제6호에 따라 임용할 때에는 임용예정 계급을 일반직 8급 이하 또는 기능직 기능 8급 이하로 한정한다. 이 경우 임용기준은 규칙으로 정한다.
- 6의2. 법 제27조 제2항 제7호에 따라 기능직공무원을 일반직공무원으로 임용할 때에는 소속 지방자치단체에서 임용예정직과 관련 있는 직무분야에서 6개월 이상 근무한 경력이 있어야 한다.
7. 법 제27조 제2항 제8호에 따른 임용을 할 때에는 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따라 설치된 고등학교와 전문대학·대학(대학원을 포함한다)에서 농업·공업·광업·수산·해양·보건위생·가사실업·도시계획 계통의 학문 또는 이와 밀접한 관련성이 있는 물리·화학·생물 계통의 학문, 음악·미술 계통의 학문, 역사·고고인류학 계통의 학문 또는 이와 밀접한 관련성이 있는 민속학 계통의 학문을 전공하고 졸업한 사람(이와 동등 이상의 학력을 가진 사람을 포함한다)이어야 한다. 이 경우 선발기준, 추천절차와 임용예정 직급은 규칙으로 정한다.
8. 법 제27조 제2항 제9호에 따라 임용예정직에 관련된 과학기술 분야 또는 통계·전자계산·대의통상·환경·교통·도시공학 분야, 그 밖에 규칙으로 정하는 특수 전문

분야에서 근무 또는 연구한 경력이 있는 사람을 임용할 때에는 박사학위 또는 석사 학위 소지자로서 규칙으로 정하는 임용예정 계급별 경력기준에 해당하는 사람이어야 한다. 이 경우 석사학위소지자의 임용예정 계급은 6급 이하로 한정한다.

- 9. 법 제27조 제2항 제10호에 따라 재학 중 장학금을 받고 졸업한 사람을 임용할 때에는 본인의 귀책사유로 장학금의 지급이 중단되지 않은 사람이어야 한다. 이 경우 임용예정 직급은 규칙으로 정한다.
- 10. 법 제27조 제2항 제11호에 따라 외국어에 능통한 사람을 임용할 때에는 임용예정 계급을 일반직 4급 이하로 한정한다.
- 11. 법 제27조 제2항 제12호에 따라 일정한 지역의 거주자를 임용할 때에는 임용시험 일을 기준으로 하여 그 이전에 해당 시(구가 설치된 시는 제외한다. 이하 이 호에서 같다)·군 지역에 본인 또는 그 직계존속이 5년 이상 거주하였거나, 거주하고 있는 사람이어야 한다. 이 경우 임용예정 계급은 일반직 8급 이하 또는 기능직 기능 8급 이하로 한정하며, 임용예정 기관은 시·군에 소재하는 각급 기관으로 한정한다.

② 삭제

③ 생략

공무원임용령(2009. 9. 8. 대통령령 제21717호) 부칙 제2조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직 특별채용에 관한 특례) ① 이 영 시행 당시 중앙행정기관(「행정기관의 조직과 정원에 관한 통칙」 제2조 제1호에 따른 중앙행정기관을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 재직 중인 사무직렬 기능직공무원은 해당 기관의 직제 개정 후 특별채용시험을 거쳐 사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 증원되는 일반직공무원 등으로 특별채용할 수 있다.

② 제1항에 따른 직제의 개정으로 증원되는 일반직공무원 직위에는 해당 중앙행정기관 일반직공무원의 초과 현원에 관계없이 해당 중앙행정기관의 사무직렬 기능직공무원 중에서 특별채용하여야 한다.

③ 제1항에 따른 특별채용시험 합격자 수가 제1항에 따른 직제 개정으로 증원된 일반직공무원 직위의 수에 미달하여 기능직공무원의 초과 현원이 발생하는 경우에는 사무직렬 기능직공무원의 현원이 정원과 일치될 때까지 그 초과 현원에 상응하는 정원이 해당 중앙행정기관에 따로 있는 것으로 본다.

④ 제1항에 따른 특별채용시험을 실시하는 경우 일반직 임용예정 직급에 상당하는 사무직렬 기능직공무원으로 해당 중앙행정기관에서 6개월 이상 근무한 사람은 제16조 제1항 제6호 및 별표 3의 특별채용요건을 갖춘 것으로 본다.

⑤ 중앙행정기관의 장은 해당 기관의 업무 등을 고려하여 필요한 경우 「공무원임용시험령」 제7조 제1항에도 불구하고 제1항에 따른 특별채용시험의 필기시험과목 중 제1차시험 과목에 한정하여 변경할 수 있다.

⑥ 중앙행정기관의 장은 「공무원임용시험령」 제28조에도 불구하고 행정안전부장관이 각 기관의 균형적인 인사 운영을 도모하고 인력의 효율적인 활용과 능력 개발을 위하여 정하는 바에 따라 제1항에 따른 특별채용시험에 있어서 그 응시자격의 제한을 적용하지 아

니할 수 있다.

⑦ 중앙행정기관의 장은 「공무원임용시험령」 제30조 제1항 제1호에도 불구하고 제1항에 따른 특별채용시험 필기시험의 합격 결정은 각 과목 만점의 40퍼센트 이상, 전 과목 총점의 60퍼센트 이상 득점한 사람 중에서 점수가 높은 사람부터 차례로 선발예정인원의 150퍼센트의 범위에서 제3차시험 응시자 수 등을 고려하여 합격자를 결정한다. 이 경우 필기시험에 합격한 사람에 대해서는 본인이 응시요건을 갖추어 응시하는 다음 회의 시험에서만 필기시험을 면제한다.

⑧ 중앙행정기관의 장은 제1항에 따른 특별채용시험을 실시하는 경우 「공무원임용시험령」 제3조 제2항과 제3항에도 불구하고 특별채용시험 실시권을 소속 기관의 장 또는 그 소속 기관의 상급 기관의 장에게 위임할 수 없고, 다른 시험 실시기관의 장 또는 민간기관과 공동으로 실시할 수 없으며, 행정안전부장관을 제외한 다른 기관에 위탁할 수 없다.

⑨ 제1항에 따라 일반직공무원으로 특별채용된 공무원에 대해서는 제45조 제3항 제2호에 따른 전보제한을 적용하지 아니할 수 있다.

공무원임용령(2011. 7. 4. 대통령령 제23014호로 개정된 것) 제3조(공무원의 직급 구분 등) ① 법 제4조 제1항에 따라 계급을 구분하는 일반직공무원의 직군·직렬·직류 및 직급의 명칭은 별표 1과 같다.

② 법 제4조 제2항에 따라 제1항에 따른 계급 구분을 적용하지 아니할 수 있는 일반직공무원의 직군·직렬·직류 및 직급의 명칭과 임용 등에 관하여는 따로 대통령령으로 정한다.

③ 기능직공무원의 직군·직렬·직류 및 직급의 명칭은 별표 2와 같다.

[별표 2] 중 사무직군 부분 발췌

기능직공무원의 직급표(제3조 제3항 관련)

직군	직렬	직류	계급									
			기능 1급	기능 2급	기능 3급	기능 4급	기능 5급	기능 6급	기능 7급	기능 8급	기능 9급	
사무	사무	조무										
		타자										
		전산										
		제도										
		필기										
		계리										
		사서							사무 실무장	사무 실무장	사무 실무원	사무 실무원
		편집										
		집배										
		기상 관측										
감식												

【참조판례】

1. 헌재 2010. 3. 25. 2009헌마538, 판례집 22-1상, 561, 571

【당 사 자】

청 구 인 [별지 1] 명단과 같음
 대리인 변호사 김정진
보조참가인 최○식
 대리인 서울종합 법무법인
 담당변호사 김호성

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 행정안전부는 행정환경의 전산화에 따라 고유 업무영역이 축소된 ‘사무직렬 기능직 공무원’의 정원을 감축하는 등 지방자치단체 조직·인력관리 효율화를 추진하면서, 2011. 5. 23. 지방공무원법 제27조 제2항 제7호의 개정을 통해 기능직공무원을 일반직공무원으로 경력경쟁임용할 수 있는 근거를 마련하고, 2011. 8. 22. ‘지방공무원 임용령’ 제17조 제1항 제6의2호, 부칙 제4조를 신설하여 기능직공무원의 일반직 전환절차를 정하였다.

(2) 청구인들은 교육청 소속의 사무직군, 조무직렬, 조무직류의 지방 기능직 공무원들로서 일반직공무원으로 전환·임용되고자 하였으나, ‘지방공무원 임용령’ 부칙 제4조 제1항 등은 사무직렬 기능직공무원만이 우선 임용될 수 있도록 규정하였다. 이에 청구인들은 ‘지방공무원 임용령’ 부칙 제4조 제1항, 제2항이 조무직렬 기능직공무원의 공무담임권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2011. 9. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 ‘지방공무원 임용령’(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호) 부칙 제4조 제1항(2012. 9. 21. 대통령령 제24109호로 개정되기 전의

것), ‘지방공무원 임용령’(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호) 부칙 제4조 제2항이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이며, 심판대상조항은 다음과 같고 관련조항은 [별지 2]와 같다.

[심판대상조항]

구 지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호) 부칙 제4조 제1항(2012. 9. 21. 대통령령 제24109호로 개정되기 전의 것)

부칙 제4조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직공무원의 경력 경쟁임용시험을 통한 임용에 관한 특례) ① 이 영 시행 후 1개월이 경과한 날 당시 지방자치단체에 재직 중인 사무직렬 기능직공무원은 해당 기관의 기구와 정원에 관한 조례·규칙 개정 후 경력경쟁임용시험을 거쳐 사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 증원되는 일반직공무원 등으로 임용할 수 있다.

지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호)

부칙 제4조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직공무원의 경력 경쟁임용시험을 통한 임용에 관한 특례) ② 제1항에 따른 기구와 정원에 관한 조례·규칙의 개정으로 증원되는 일반직공무원 직위에는 해당 지방자치단체 일반직공무원의 초과 현원에 관계없이 해당 지방자치단체의 사무직렬 기능직공무원 중에서 임용하여야 한다.

2. 청구인들의 주장과 보조참가인의 의견요지

국가공무원은 조무직류가 사무직렬로 되어 있어 일반직 공무원으로 우선 임용이 가능한데, 지방공무원은 조무직류가 조무직렬로 되어 있다. 또 심판대상조항은 사무직렬의 지방공무원만 일반직공무원으로 우선임용이 가능하도록 규정하고 있어, 청구인들은 조무직류에 속하는 국가공무원과 동일한 조무업무(시설관리업무)를 담당하는데도 불구하고 일반직공무원으로의 전환이 불가능하다. 이로 인하여 청구인들의 평등권, 공무담임권, 인간다운 생활을 할 권리 및 행복추구권이 침해된다.

3. 판 단

가. 기능직공무원의 일반직공무원으로의 전환

(1) 기능직공무원의 조직

현재 기능직 지방공무원 중 사무직군은 사무직렬과 조무직렬로 구분되어 있으며, 사무직렬은 워드, 필기, 계리, 사서, 전산 직류로, 조무직렬은 조무, 사송, 검침, 지도, 검수표, 주차단속, 교통지도 직류로 구성되어 있다. 과거에는 그 명칭이 사무직군이 아닌 사무보조직군이었고 직렬은 사무보조 직렬만 존재하였

다. 그런데 1991. 12. 31. 지방공무원 임용령을 개정하여 직군의 명칭을 사무로 변경하고, 직렬을 사무와 조무로 구분하고, 직류를 더 세분하여 현재와 같은 내용의 직군표로 개정하였다.

(2) 기능직공무원의 일반직공무원으로의 전환

공무원의 신규임용은 응시자격을 제한하지 않는 공개경쟁임용시험에 의하는 것이 원칙이다(지방공무원법 제27조 제1항). 다만, 일정한 경우 경력 등 응시요건을 정하여 제한된 범위의 사람을 대상으로 한 ‘경력경쟁임용시험’에 의할 수 있다. 기능직공무원에서 일반직공무원으로, 또는 일반직공무원에서 기능직공무원으로 임용하는 경우가 이에 해당하며(지방공무원법 제27조 제2항 제7호), 응시요건으로는 임용예정직과 관련 있는 직무분야에서 6개월 이상 근무한 경력이 있을 것을 요구하고 있다(지방공무원 임용령 제17조 제1항 제6의2호).

심판대상조항은 지방자치단체의 사무직렬 기능직공무원의 정원을 감축하고 대신 일반직공무원의 정원을 증원하면서, 증원되는 일반직공무원만큼 감축되는 사무직렬 기능직공무원을 경력경쟁임용시험을 거쳐 임용하도록 한 것이다. 기능직공무원을 일반직공무원으로 임용하는 경우는 심판대상조항의 신설 이전에도, 지방공무원법 제27조 제2항에 따라 공개경쟁임용시험이 아닌 경력경쟁임용시험에 의하도록 하고 있었다. 그럼에도 불구하고 심판대상조항이 신설된 것은 해당 지방자치단체의 사무직렬 기능직공무원의 정원을 감축하는 만큼 사무직렬 일반직공무원의 정원을 증원시켜 우선적으로 임용한다는 의미이다.

(3) 사무직렬 기능직공무원의 정원 축소에 따른 일반직공무원 전환

사무직렬 기능직공무원은 워드, 필기, 계리, 사서, 전산 등에 관한 업무를 담당하기 위하여 임용되었으나, 1990년대 이후 진행된 행정전산화와 컴퓨터 등의 정보통신기술의 발달로 인하여 워드, 필기 등의 업무는 그 필요성이 없어졌다. 대부분의 일반직공무원이 기본적인 정보화 능력을 갖추게 되어 일반직공무원이 워드, 필기, 전산 등 업무를 상당부분 담당하게 되었고, 사무직렬 기능직공무원도 일반행정업무를 상당부분 담당하게 되어, 오늘날 행정현장에서는 일반행정직렬 공무원과 사무직렬 기능직공무원은 거의 유사한 업무를 수행하고 있는 실정이다.

이에 행정안전부는 인력운용의 효율성을 제고하기 위하여, 유사업무를 수행하는 공무원은 같은 직종·직렬로 분류하여 공통적으로 관리한다는 인사행정의 기본원칙상 사무직렬 기능직공무원을 점진적으로 일반직으로 전환하기 위한 계획을 수립하였다(2011년도 행정안전부 업무계획). 그에 따라 우선 사무

직렬 기능직공무원의 신규 충원을 금지하고, 기존의 사무직렬 기능직공무원을 행정, 사회복지, 전산직렬 등의 일반직공무원으로 전환하기 위하여 사무직렬 기능직공무원의 정원을 감축하고 그만큼 일반직공무원의 정원을 증원하여, 해당 지방자치단체의 사무직렬 기능직공무원을 증원된 일반직공무원으로 우선 임용하는 내용의 심판대상조항을 마련하였다.

나. 제한되는 기본권

(1) 공무담임권

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 하여 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다. 여기서 직무를 담당한다는 것은 모든 국민이 현실적으로 그 직무를 담당할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미한다. 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한 또는 직무의 부당한 정지도 포함된다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734 참조). 다만, ‘승진시험의 응시제한’이나 이를 통한 승진기회의 보장 등 공직신분의 유지나 업무수행에 영향을 주지 않는 단순한 내부 승진인사에 관한 문제는 공무담임권의 보호영역에 포함되지 않는다(헌재 2007. 6. 28. 2005헌마1179, 공보 129, 787, 787; 헌재 2010. 3. 25. 2009헌마538, 판례집 22-1상, 561, 571 참조).

청구인들은 심판대상조항이 기능직공무원 중 사무직렬에 한하여 일반직공무원으로 우선 임용될 수 있는 기회를 주고, 청구인들과 같은 조무직렬 공무원은 우선 임용의 기회에서 배제시키고 있다고 주장한다. 그러나 청구인들이 일반직공무원으로 임용될 수 있는 방법은 심판대상조항에 의하지 아니하더라도 일반직공무원 신규임용절차에 따라 공개경쟁시험에 응시하거나 기능직공무원을 일반직공무원으로 임용하는 경력경쟁시험에 응시하는 방법이 있다. 즉, 심판대상조항은 청구인들에게 일반직공무원으로 임용될 기회를 배제하는 것이 아니라, 일반적인 임용방법이 아닌 특별한 전환기회 또는 우선 임용기회에서 제외하고 있을 뿐이다.

기능직공무원이 일반직공무원으로 우선 임용될 수 있는 기회의 보장은 공무담임권에서 당연히 파생되는 것으로 볼 수 없다. 특히 공개경쟁시험이나 일반

적인 경력경쟁시험보다 더욱 유리한 조건으로 청구인들과 같은 조무직렬 기능직공무원들에게 일반직공무원으로 우선 임용될 기회를 주지 않는다고 하여도 청구인들은 기능직공무원으로서 그대로 신분을 유지하게 되므로, 심판대상조항이 청구인들의 공직신분의 유지나 업무수행과 같은 법적 지위에 직접 영향을 미치는 것도 아니다.

따라서 청구인들이 주장하는 일반직공무원으로 우선 임용될 권리 내지 기회 보장은 공무담임권의 보호영역에 속하지 아니하고, 심판대상조항으로 인하여 청구인들의 헌법상 공무담임권 침해 문제가 생길 여지가 없다.

(2) 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리

청구인들은 심판대상조항으로 인하여 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해받았다고 주장하고 있다. 그러나 사무직렬 기능직공무원의 일반직공무원으로의 우선임용 절차를 규정한 심판대상조항이 포괄적 의미의 자유권적 성격을 가진 행복추구권이나 최소한의 물질적 생활을 요구할 수 있는 인간다운 생활을 할 권리의 향유와 관련되어 있다고 보기는 어렵다(헌재 2009. 10. 29. 2009헌마127, 공보 157, 2098 참조).

(3) 평등권

심판대상조항은 지방공무원 중 사무직렬 기능직공무원만 일반직공무원 우선임용 대상으로 삼고 있다. 지방공무원의 경우 청구인들과 같은 조무직류가 사무직렬로 분류되어 있지 아니하여 일반직공무원 우선임용 대상에 해당하지 않는 반면, 국가공무원의 경우 조무직류가 사무직렬로 분류되어 있어 일반직공무원 우선임용 대상에 해당되므로 심판대상조항이 사무직렬 조무직류 국가공무원에 비하여 청구인들을 합리적인 이유 없이 차별하여 청구인들의 평등권을 침해하는지 문제된다.

다. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

헌법재판소에서 평등위반 여부를 심사함에 있어서는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우에는 비례의 원칙에 따라 엄격하게 심사하여야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사적도인 자의금지원칙에 따라 심사하면 충분하다(헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1464-1465 참조). 그런데 심판대상조항은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니고 단지 지방공무원 중 기능직공무원이 일반직공무원으로 우선 임용될 수 있는 기회를 제한

하고 있는 것에 불과하여 관련 기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수도 없으므로, 자의금지원칙에 따라 판단한다.

(2) 비교집단에 해당하는지 여부

지방공무원법 제5조는 ‘직군이란 직무의 성질이 유사한 직렬의 군, 직렬이란 직무의 종류가 유사하고 그 책임성과 곤란성의 정도가 다른 직급의 군, 직류란 같은 직렬 내에서 담당 분야가 같은 직무의 군을 말한다’고 규정하고 있다. 즉, 조무직류 국가공무원과 조무직류 지방공무원 모두 업무 태양이 비슷한데, 국가공무원은 사무직렬만 둔 반면 지방공무원은 사무직렬과 조무직렬로 세분화하여 직렬 구분체계가 달라진 것뿐이므로, 수행 업무의 유사성에 따라 중첩되는 공무원을 일원화하여 인력운용의 효율성을 높이고자 하는 심판대상조항의 입법목적으로 볼 때 양자를 본질적으로 다른 것이라고 보기는 어렵다. 또한, 심판대상조항은 조무직류 국가공무원과 달리 조무직류 지방공무원에게 일반직공무원으로 우선 임용될 기회를 제한하고 있으므로 차별취급이 존재한다.

(3) 차별 취급에 합리적 이유가 인정되는지 여부

지방공무원법 제62조 제1항 제1호 나목에 따라 임용권자는 조직의 정원이 감축되면 그만큼의 공무원을 직권면직할 수 있다. 따라서 사무직렬 기능직공무원의 정원을 감축하는 경우에는 일반직공무원의 증원과 관계없이 재직 중인 사무직렬 기능직공무원의 신분불안이 야기된다. 또한, 각 지방자치단체 일반직공무원 현원 중에 휴직자의 복직 등으로 인한 초과 현원이 있는 경우에는, 사무기능직의 감축에 따라 증원된 일반직공무원의 정원을 기존의 일반직공무원 현원으로 충원하게 되어, 사무직렬 기능직공무원을 일반직공무원으로 경력 경쟁임용할 수 없는 결과가 빚어진다.

심판대상조항 및 공무원임용령이 국가공무원 및 지방공무원의 사무직렬 기능직공무원에게만 일반직공무원으로 우선 임용될 기회를 주는 이유는, 사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 신분불안이 야기되는 공무원들의 신분을 보장하고자 하기 위함이다. 특히 심판대상조항 중 부칙 제4조 제2항은 ‘해당 지방자치단체 일반직공무원의 초과 현원에 관계없이’ 해당 지방자치단체의 사무직렬 기능직공무원 중에서 임용하도록 규정하고 있다. 즉, 심판대상조항 및 공무원임용령은 모두 사무직렬 기능직공무원의 정원감축에 대비하기 위하여, ‘사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 증원되는’ 일반직공무원의 임용에 관하여 규정하고 있는 것이다(지방공무원 임용령 부칙 제4조 제1항, 공무원임용령 부칙 제2조 제1항).

한편, 국가공무원 중 조무직류는 행정사무에 대한 보조업무를 주로 수행하는 반면, 현장업무의 비중이 상대적으로 높은 지방공무원의 특성상 지방공무원 중 조무직류는 현장 또는 대민 업무의 비중이 높다. 이에 따라 국가공무원과 지방공무원의 기능직공무원의 직렬 체계가 달리 구성되어 있고, 지방공무원 중 조무직렬 기능직공무원에게는 심판대상조항에 따른 우선 임용의 기회가 주어지지 않은 것이다.

이러한 사정을 종합하여 보면, 사무직렬로 구분되는 조무직류 기능직 국가공무원과 달리 조무직렬로 구분되는 조무직류 기능직 지방공무원을 일반직공무원으로 우선 임용하도록 규정하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있다고 인정된다. 따라서 심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지 1] 청구인 명단 생략

1. 김○구 외 18인

[별지 2] 관련조항

지방공무원법(2011. 5. 23. 법률 제10700호로 개정된 것)

제2조(공무원의 구분) ① 지방자치단체의 공무원(지방자치단체가 경비를 부담하는 지방공무원을 말하며, 이하 “공무원”이라 한다)은 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다.

② “경력직공무원”이란 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되는 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 일반직공무원 : 기술·연구 또는 행정 일반에 대한 업무를 담당하며 직군·직렬별로 분류되는 공무원
2. 특정직공무원 : 공립 대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원, 자치경찰공무원 및 지방소방공무원과 그 밖에 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원

3. 기능직공무원 : 기능적인 업무를 담당하며 그 기능별로 분류되는 공무원
제27조(신규임용) ① 공무원의 신규임용은 공개경쟁임용시험으로 한다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 경력 등 응시요건을 정하여 같은 사유에 해당하는 다수인을 대상으로 경쟁의 방법으로 임용하는 시험(이하 “경력경쟁임용시험”이라 한다)으로 공무원을 임용할 수 있다. 다만, 제1호, 제3호, 제4호, 제5호, 제7호, 제10호의 어느 하나에 해당하는 경우 중 다수인을 대상으로 시험을 실시하는 것이 적당하지 아니하여 대통령령으로 정하는 경우에는 다수인을 대상으로 하지 아니한 시험으로 공무원을 임용할 수 있다.

7. 일반직공무원을 기능직공무원으로, 기능직공무원을 일반직공무원으로 임용하는 경우와 국가공무원을 그 직급(고위공무원단에 속하는 공무원의 경우 해당 직위와 곤란성 및 책임도가 유사한 직위를 말한다)에 해당하는 지방공무원으로 임용하는 경우

지방공무원 임용령(2009. 2. 6. 대통령령 제21311호로 개정되고, 2011. 8. 22. 대통령령 제23093호로 개정되기 전의 것)

제3조(공무원의 직급구분 등) ③ 기능직공무원의 계급은 기능 1급부터 기능 10급까지로 구분하며, 그 직군·직렬 및 직급의 명칭은 별표 2와 같다.

[별표 2] 중 사무직군 부분 발췌

기능직공무원의 직급표(제3조 제3항 관련)

직군	직렬	직류	계급						
			기능1급 ~ 기능4급	기능5급	기능6급	기능7급	기능8급	기능9급	기능10급
사무	사무	워드							
		필기			지방 사무 실무장	지방 사무 실무장	지방 사무 실무원	지방 사무 실무원	지방 사무 실무원
		계리							
		사서							
	조무	전산							
		조무							
		사송							
		검침							
		지도		지방 조무기장	지방 조무장	지방 조무장	지방 조무원	지방 조무원	지방 조무원
		검수표							
	주차단속								
	교통지도								

지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호로 개정된 것)

제3조(공무원의 직급구분 등) ③ 기능직공무원의 계급은 기능 1급부터 기능 9급까지로 구분하며, 그 직군·직렬 및 직급의 명칭은 별표 2와 같다.

[별표 2] 중 사무직군 부분 발췌

기능직공무원의 직급표(제3조 제3항 관련)

직군	직렬	직류	계급					
			기능1급 ~ 기능4급	기능5급	기능6급	기능7급	기능8급	기능9급
사무	사무	워드						
		필기						
		계리			지방 사무 실무장	지방 사무 실무장	지방 사무 실무원	지방 사무 실무원
		사서 전산						
	조무	조무						
		사송						
		검침						
		지도		지방 조무기장	지방 조무장	지방 조무장	지방 조무원	지방 조무원
		검수표						
		주차단속 교통지도						

제17조(경력경쟁임용시험 등을 통한 임용의 요건) ① 법 제27조 제2항에 따라 경력경쟁임용시험 등을 통하여 임용하려는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여야 한다.

6의2. 법 제27조 제2항 제7호에 따라 기능직공무원을 일반직공무원으로 임용할 때에는 소속 지방자치단체에서 임용예정직과 관련 있는 직무 분야에서 6개월 이상 근무한 경력이 있어야 한다.

지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호)

부칙 제4조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직공무원의 경력경쟁임용시험을 통한 임용에 관한 특례)

③ 제1항에 따른 경력경쟁임용시험 합격자 수가 제1항에 따른 직제 개정으로 증원된 일반직공무원 직위의 수에 미달하여 기능직공무원의 초과 현원이 발생하는 경우에는 사무직렬 기능직공무원의 현원이 정원과 일치될 때까지 그 초과 현원에 상응하는 정원이 해당 지방자치단체에 따로 있는 것으로 본다.

④ 임용권자가 시장·군수 및 자치구의 구청장인 경우 제1항에 따른 경력경

쟁임용시험은 제42조의2 제4항 및 제42조의3에도 불구하고 시·도인사위원회에서 실시하며, 행정안전부장관은 시·도인사위원회의 요구에 따라 시험 시행에 필요한 시험문제를 출제할 수 있다.

⑤ 시·도인사위원회는 필요하다고 인정하면 제46조에도 불구하고 제1항에 따른 경력경쟁임용시험의 과목 중 제1차 시험과목을 변경할 수 있다.

⑥ 제1항에 따른 경력경쟁임용시험의 필기시험에 합격한 사람에 대해서는 본인이 응시요건을 갖추어 응시하는 다음 회의 시험에서만 필기시험을 면제한다.

⑦ 제1항에 따라 임용된 일반직공무원에 대해서는 제27조에 따른 전보제함을 적용하지 아니할 수 있다. 다만, 다른 지방자치단체로의 진출은 제한한다.

⑧ 제1항부터 제7항까지에서 규정한 사항 외에 사무직렬 기능직공무원의 일반직공무원으로의 경력경쟁임용시험을 통한 임용에 필요한 사항은 교육과학기술부장관 또는 행정안전부장관이 정한다.

공무원임용령(2009. 9. 8. 대통령령 제21717호)

부칙 제2조(사무직렬 기능직공무원의 정원조정에 따른 일반직 특별채용에 관한 특례) ① 이 영 시행 당시 중앙행정기관(‘행정기관의 조직과 정원에 관한 통칙’ 제2조 제1호에 따른 중앙행정기관을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 재직 중인 사무직렬 기능직공무원은 해당 기관의 직제 개정 후 특별채용시험을 거쳐 사무직렬 기능직공무원의 정원이 감축됨에 따라 증원되는 일반직공무원 등으로 특별채용할 수 있다.

② 제1항에 따른 직제의 개정으로 증원되는 일반직공무원 직위에는 해당 중앙행정기관 일반직공무원의 초과 현원에 관계없이 해당 중앙행정기관의 사무직렬 기능직공무원 중에서 특별채용하여야 한다.

공무원임용령(2011. 7. 4. 대통령령 제23014호로 개정된 것)

제3조(공무원의 직급 구분 등) ① 법 제4조 제1항에 따라 계급을 구분하는 일반직공무원의 직군·직렬·직류 및 직급의 명칭은 별표 1과 같다.

② 법 제4조제2항에 따라 제1항에 따른 계급 구분을 적용하지 아니할 수 있는 일반직공무원의 직군·직렬·직류 및 직급의 명칭과 임용 등에 관하여는 따로 대통령령으로 정한다.

③ 기능직공무원의 직군·직렬·직류 및 직급의 명칭은 별표 2와 같다.

[별표 2] 중 사무직군 부분 발췌

기능직공무원의 직급표
(제3조 제3항 관련)

직군	직렬	직류	계급									
			기능 1급	기능 2급	기능 3급	기능 4급	기능 5급	기능 6급	기능 7급	기능 8급	기능 9급	
사무	사무	조무										
		타자										
		전산										
		제도										
		필기										
		계리										
		사서							사무 실무장	사무 실무장	사무 실무원	사무 실무원
		편집										
		집배										
		기상 관측 감식										

대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 위헌확인

(2013. 11. 28. 2012헌마166)

【판시사항】

1. 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(이하 ‘한미무역협정’이라 한다)으로 인하여 헌법 제72조의 국민투표권이 침해될 가능성이 인정되는지 여부(소극)
2. 한미무역협정으로 인하여 헌법 제130조 제2항의 국민투표권이 침해될 가능성이 인정되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 어떠한 정책을 국민투표에 부의한 경우에 비로소 행사가 가능한 기본권이다. 한미무역협정에 대한 대통령의 국민투표 부의가 행해지지 않은 이상 헌법 제72조의 국민투표권의 침해 가능성은 인정되지 않는다.
2. 성문헌법의 개정은 헌법의 조문이나 문구의 명시적이고 직접적인 변경을 내용으로 하는 헌법개정안의 제출에 의하여야 하고, 하위규범인 법률의 형식으로, 일반적인 입법절차에 의하여 개정될 수는 없다. 한미무역협정의 경우, 국회의 동의를 필요로 하는 조약의 하나로서 법률적 효력이 인정되므로, 그에 의하여 성문헌법이 개정될 수는 없으며, 따라서 한미무역협정으로 인하여 청구인의 헌법 제130조 제2항에 따른 헌법개정절차에서의 국민투표권이 침해될 가능성은 인정되지 아니한다.

【심판대상조문】

대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(2012. 3. 12. 조약 제2081호) 제11.16조 제1항 : 별지 참조

【참조조문】

헌법 제72조, 제130조 제2항

【참조판례】

- 1. 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579등, 판례집 17-2, 481, 519
- 2. 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 39-51

【당 사 자】

청 구 인 오○철(변호사)

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2011. 11. 22. 비준동의안이 국회 본회의를 통과한 ‘대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정’이 청구인의 국민투표권, 평등권 등을 침해한다며, 2012. 2. 20. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ‘대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정’(2012. 3. 12. 조약 제2081호, 이하 ‘한미무역협정’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

심판대상조항은 아래 판단 부분에서 필요한 경우 개별적으로 살펴기로 하고, 관련조항은 다음과 같다.

[관련조항]

대한민국헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것)

제6조 ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국

민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.

제130조 ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

대한민국헌법 부칙(1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 것)

제5조 이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.

2. 청구인의 주장

가. 한미무역협정은 대한민국의 입법권의 범위, 사법권의 주체와 범위를 변경하고, 헌법상 경제조항(제119조 및 제123조)에 변경을 가져오는 등 실질적으로 헌법 개정의 해당함에도, 국민투표 절차를 거치지 않은 것은 대한민국 국민인 청구인의 국민투표권을 침해한다.

나. 한미무역협정 제11장 제2절 제11.16조를 포함한 한미무역협정은 대한민국의 법치주의를 훼손하고, 사법권과 입법권을 침해하며, 재산권의 사회적 구속성을 침해하고, 미국 투자자만을 우대하여 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 … 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있고, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 의미이다. 법령으로 인한 기본권 침해를 이유로 헌법소원을 청구하기 위해서는 당해 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우이어야 하며, 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 2008. 2. 28. 2006헌마582, 판례집 20-1상, 305, 308-309 참조).

나. 한미무역협정으로 인하여 청구인의 국민투표권, 평등권 등 기본권이 침해되는지 살펴본다.

(1) 헌법 제72조에 따른 국민투표권의 침해가능성 유무

(가) 우리 헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 국민의 대표자가 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의민주주의를 기본으로 하고 있어, 중요 정책에 관한 사항이라 하더라도 반드시 국민의 직접적인 의사를 확인하여 결정해야 한다고 보는 것은 전체적인 헌법체계와 조화를 이룰 수 없다. 헌법 제72조는 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여한 것이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 649 참조). 따라서 특정의 국가정책에 대하여 다수의 국민들이 국민투표를 원하고 있음에도 불구하고 대통령이 이러한 희망과는 달리 국민투표에 회부하지 아니한다고 하여도 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 국민에게 특정의 국가정책에 관하여 국민투표에 회부할 것을 요구할 권리가 인정된다고 할 수도 없다. 결국 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 어떠한 정책을 국민투표에 부의한 경우에 비로소 행사가 가능한 기본권이라 할 수 있다(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579등, 판례집 17-2, 481, 519 참조).

(나) 대통령이 한미무역협정을 체결하기 이전에 그에 관한 국민투표를 실시하지 아니하였다고 하더라도 국민투표권이 행사될 수 있는 계기인 대통령의 중요정책 국민투표 부의가 행해지지 않은 이상 청구인의 국민투표권이 행사될 수 있을 정도로 구체화되었다고 할 수 없으므로 그 침해의 가능성은 인정되지 않는다.

(2) 헌법 제130조 제2항에 따른 국민투표권의 침해가능성 유무

(가) 우리 헌법상 헌법 개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안되고(제128조 제1항), 제안된 헌법개정안은 대통령의 20일 이상 기간의 공고를 거쳐(제129조) 국회에서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 따른 국회의 의결을 거친 다음 국민투표에서 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어 확정된다(제130조).

위와 같은 우리 헌법의 개정 절차에 의하면, 성문헌법의 개정은 헌법의 조문이나 문구를 수정, 삭제, 보완, 삽입하는 등의 명시적이고 직접적인 변경을 내용으로 하는 헌법개정안의 제출에 의하여야 하고, 하위규범인 법률의 형식으로, 일반적인 입법절차에 의하여 개정될 수는 없다.

따라서 성문헌법과 양립할 수 없는 내용의 법률이 제정되는 경우라고 하더라도, 그러한 법률은 위헌적인 법률로서 헌법이 정한 규범통제의 대상이 될 뿐 헌법을 개정하는 효력이 없다.

반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항임에도 불구하고 형식적 헌법전에 기재되지 아니한 사항의 경우, 어떤 사항이 그에 해당하는지 여부를 판단할 수 있는 일반·추상적 기준이 존재하지 아니함에 따라 반드시 헌법에 의하여 규율되고 개정되어야 할 사항을 입법자가 법률의 형태로 규정하여 국민이 헌법 제·개정에 관하여 가지는 권한을 침해할 수 있으나(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 39-51 참조), 성문헌법 조항의 경우는 그러한 문제가 발생하지 아니한다.

(나) 우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고, 헌법 부칙 제5조는 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하는바, 우리 헌법은 조약에 대한 헌법의 우위를 전제하고 있으며, 헌법과 동일한 효력을 가지는 이른바 헌법적 조약을 인정하지 아니한다고 볼 것이다.

한미무역협정의 경우, 헌법 제60조 제1항에 의하여 국회의 동의를 필요로 하는 우호통상항해조약의 하나로서 법률적 효력이 인정되므로, 규범통제의 대상이 됨은 별론으로 하고, 그에 의하여 성문헌법이 개정될 수는 없다.

이같이 한미무역협정이 성문헌법을 개정하는 효력이 없는 이상, 한미무역협정의 체결로 헌법 개정 절차에서의 국민투표권이 행사될 수 있을 정도로 헌법이 개정된 것이라고 할 수 없으므로 그 침해의 가능성은 인정되지 않는다.

(3) 청구인의 그 밖의 기본권 침해가능성의 유무

(가) 한미무역협정 제11장 제2절 제11.16.조는 투자자와 국가 사이의 분쟁해결에 관하여 규정([별지]와 같음, 이하 ‘분쟁해결조항’이라 한다)하고 있다. 그 주요한 내용은, 분쟁 당사자가 협의 및 협상을 통하여 투자분쟁을 해결할 수 없다고 판단하는 경우, 투자자는, 자신이나 피투자국의 법에 의하여 설립된 자신이 직·간접적으로 지배·소유하는 법인을 위하여, 피투자국이 한미무역협정 제11장 제1절의 의무(내국민대우, 최혜국대우 등)를 위반했거나 투자 인가 내지 계약을 위반하였고, 투자자(또는 지배 기업)가 그로 인하여 손해, 손실을 입었다고 주장하며 한미무역협정 제11장 제2절에 의한 중재를 청구할 수 있다는 것이다.

(나) 어떠한 공권력의 행사 또는 불행사로 헌법의 기본원리 혹은 헌법상 보장된 제도의 본질이 훼손된다고 하더라도 그로 인하여 곧바로 국민의 기본권

이 직접 현실적으로 침해되는 것이라고 할 수는 없다(헌재 1998. 10. 29. 96헌마186, 판례집 10-2, 600, 606 참조). 청구인의 주장은 우리나라 헌법의 이념적 기초, 헌법상 권한 배분, 기본권 보장 범위 등이 한미무역협정으로 인하여 침해되는 결과가 초래될 수 있다는 것으로서, 청구인 자신의 법적 지위에 현실적이고 구체적인 영향을 미치는 사항에 관한 주장이 아니다. 또한, 청구인은 한미무역협정으로 인하여 자신의 재산권 내지 그 행사가 직접 제한되거나 법원에 대한 재판청구가 제한된다고 볼 구체적 사정 등에 관하여 전혀 주장하지 않고 있다. 나아가 청구인은 대한민국의 국민으로 변호사의 업무에 종사하고 있다는 점만이 확인될 뿐이다. 청구인 자신이 투자자 내지 투자 기업 등을 지배·소유하고 있는 자에 해당한다거나, 청구인의 투자행위와 관련하여 대한민국과의 관계에서 어떤 분쟁이 발생할 가능성이 있는 자에 해당한다고 볼 구체적 사정에 관하여 아무런 주장이 없는 이 사건에서, 위 분쟁해결조항이나 그 밖의 한미무역협정 조항으로 인하여 현재 청구인이 미국 투자자와 비교하여 어떠한 차별취급을 받고 있다고 볼 수 없다. 따라서 한미무역협정으로 인하여 앞서 살핀 국민투표권 이외의 청구인의 기본권이 침해될 가능성도 인정되지 아니한다.

다. 결국 한미무역협정으로 인하여 청구인 자신의 기본권이 현재 직접 침해 받는다고나 청구인의 법적 지위에 어떠한 영향이 발생할 가능성을 인정하기 어려우므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지] 한미무역협정 제11장 제2절 제11.16.조 제1항

① 한글본

대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정
제11장
투자

제2절

투자자와 국가 간 분쟁해결

제11.16조

중재 청구 제기

1. 분쟁당사자가 투자분쟁이 협의 및 협상을 통하여 해결될 수 없다고 판단하는 경우

가. 청구인은, 자기자신을 위하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 있다.

1) 피청구국이 다음을 위반하였다는 것

가) 제1절상의 의무

나) 투자인가, 또는

다) 투자계약

그리고

2) 청구인이 그 위반을 이유로, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것, 그리고

나. 청구인은, 자신이 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 법인인 피청구국의 기업을 대신하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 있다.

1) 피청구국이 다음을 위반하였다는 것

가) 제1절상의 의무

나) 투자인가, 또는

다) 투자계약

그리고

2) 그 기업이 그 위반을 이유로, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것

다만, 청구대상과 청구된 손실이 관련 투자계약에 의거하여 설립 또는 인수 되었거나 설립 또는 인수가 추진되었던 적용대상투자자와 직접적으로 관련이 있는 경우에만, 청구인은 가호 1목 다) 또는 나호 1목 다)에 따라 투자계약의 위반에 대한 청구를 제기할 수 있다.

2. 이 절에 따른 중재에 청구를 제기하기 최소 90일 전에, 청구인은 청구를 중재에 제기하겠다는 의사에 관한 서면통보(의사통보)를 피청구국에게 전달한다. 그 통보는 다음을 명시한다.

가. 청구인의 성명 및 주소, 그리고 기업을 대신하여 청구가 제기된 경

우에는 그 기업의 명칭·주소 및 설립지

나. 각 청구마다, 위반되었다고 주장되는 이 협정, 투자인가, 또는 투자 계약의 규정과 그 밖의 관련 규정

다. 각 청구의 법적 및 사실적 근거, 그리고

라. 구하는 구제조치와 청구하는 손해의 대략적 금액

3. 청구를 야기한 사건이 발생한 지 6월이 경과한 경우, 청구인은

가. 피청구국 및 비분쟁당사국이 모두 국제투자분쟁해결센터협약의 당사국인 경우에는 국제투자분쟁해결센터협약과 국제투자분쟁해결센터 중재절차의 절차규칙에 따라

나. 피청구국 또는 비분쟁당사국 중 하나가 국제투자분쟁해결센터협약의 당사국인 경우에는 국제투자분쟁해결센터 추가절차규칙에 따라

다. 유엔국제무역법위원회 중재규칙에 따라, 또는

라. 청구인 및 피청구국이 합의하는 경우, 그 밖의 중재기관에게 또는 그 밖의 중재규칙에 따라 제1항에 언급된 청구를 제기할 수 있다.

4. 청구는 다음의 시점에 이 절에 따른 중재에 제기된 것으로 간주된다.

가. 국제투자분쟁해결센터협약 제36조 제1항에 언급된 청구인의 중재통보 또는 중재요청(중재통보)이 사무총장에 의하여 접수된 때

나. 국제투자분쟁해결센터협약 추가절차규칙 제3부제2조에 언급된 청구인의 중재통보가 사무총장에 의하여 접수된 때

다. 유엔국제무역법위원회 중재규칙 제3조에 규정된 청구인의 중재통보가 유엔국제무역법위원회 중재규칙 제18조에 언급된 청구서면과 함께 피청구국에 의하여 접수된 때, 또는

라. 제3항 라호에 따라 선택된 그 밖의 중재기관 또는 중재규칙에 언급된 청구인의 중재통보가 피청구국에 의하여 접수된 때

그러한 중재통보가 제출된 후 청구인이 최초로 주장하는 청구는 적용가능한 중재규칙에 따라 접수일에 이 절에 따른 중재에 제출된 것으로 간주된다.

5. 제3항에 따라 적용가능하고 이 절에 따라 하나 또는 복수의 청구가 중재에 제기된 날에 유효한 중재규칙은, 이 협정에 의하여 수정된 한도를 제외하고는 그 중재를 규율한다.

6. 청구인은 중재통보와 함께 다음을 제출한다.

가. 청구인이 임명하는 중재인의 성명, 또는

나. 사무총장이 그 중재인을 임명하는 것에 대한 청구인의 서면 동의서

② 영문본

ARTICLE 11.16: SUBMISSION OF A CLAIM TO ARBITRATION

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

- (i) that the respondent has breached
 - (A) an obligation under Section A,
 - (B) an investment authorization, or
 - (C) an investment agreement;

and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

- (i) that the respondent has breached
 - (A) an obligation under Section A,
 - (B) an investment authorization, or
 - (C) an investment agreement;

and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach,

provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement.

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration (notice of intent). The notice shall specify:

(a) the name and address of the claimant and, where a claim is

- submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;
- (b) for each claim, the provision of this Agreement, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;
 - (c) the legal and factual basis for each claim; and
 - (d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.
3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:
- (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;
 - (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;
 - (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or
 - (d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.
4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of, or request for, arbitration (notice of arbitration):
- (a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;
 - (b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;
 - (c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules, are received by the respondent; or
 - (d) referred to under any arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.

A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.

5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Agreement.

6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:

- (a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or
- (b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint that arbitrator.

공직선거법 제57조 제1항 제1호 다목 위헌확인

(2013. 11. 28. 2012헌마568)

【판시사항】

1. 예비후보자의 기탁금 반환 사유를 예비후보자의 사망, 당내경선 탈락으로 한정하고 있는 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제57조 제1항 제1호 다목 중 지역구국회의원선거와 관련된 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 예비후보자제도 자체가 선거운동의 자유를 좀 더 보장하고자 도입된 것으로서 본선거의 후보자로 등록할 것을 전제로 한 제도라는 점, 이후 예비후보자가 본선거의 후보자로 등록을 하면 해당 선거의 득표율에 따라 납부한 기탁금의 전부 또는 일부가 반환될 여지가 있는 점 등을 감안하여 보면, 이 사건 법률조항이 사망 내지 당내경선 탈락 등 객관적인 사유로 기탁금 반환 요건을 한정하고 질병을 이유로 한 경우에는 기탁금 반환을 허용하지 아니한 것은, 예비후보자의 무분별한 난립을 방지하고 예비후보자의 진지성과 책임성을 담보하기 위한 최소한의 제한으로 입법형성권의 범위와 한계 내에서 그 반환 요건을 규정한 것으로서, 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 선거운동의 과열·혼탁을 방지하고 예비후보자의 책임성과 성실성을 확보하기 위해서 예비후보자의 기탁금 반환 사유는 예외적이고 객관적인 사유에 한정하는 것이 상당하다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 사망, 당내경선 탈락 등 객관적 사유로 후보자로 등록하지 못하는 자에 대해서는 기탁금을 반환하는 한편, 법률상 장애

가 없음에도 스스로 후보자등록을 하지 않은 자에 대해서는 기탁금을 반환하지 않도록 하는 것이 불합리한 차별이라고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

【심판대상조문】

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제57조(기탁금의 반환 등) ① 관할 선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다. 이 경우 반환하지 아니하는 기탁금은 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거 가.~나. 생략
- 다. 예비후보자가 사망하거나 제57조의2 제2항 본문에 따라 후보자로 등록될 수 없는 경우에는 제60조의2 제2항에 따라 납부한 기탁금 전액
2. 생략
- ②~③ 생략
- ④ 삭제
- ⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제23조, 제37조 제2항

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청 시에 후보자 1명마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회 규칙으로 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다. 이 경우 예비후보자가 해당 선거의 같은 선거구에 후보자등록을 신청하는 때에는 제60조의2 제2항에 따라 납부한 기탁금을 제외한 나머지 금액을 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 3억 원
 2. 국회의원선거는 1천500만 원
 3. 시·도의회의원선거는 300만 원
 4. 시·도지사선거는 5천만 원
 5. 자치구·시·군의 장 선거는 1천만 원
 6. 자치구·시·군의원선거는 200만 원
- ② 제1항의 기탁금은 체납처분이나 강제집행의 대상이 되지 아니한다.
- ③ 제261조에 따른 과태료 및 제271조에 따른 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 제1항의 기탁금(제60조의2 제2항의 기탁금을 포함한다)에서 부담한다.

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제57조(기탁금의 반환 등) ① 관할 선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 선거일 후 30일 이내에 기

탁자에게 반환한다. 이 경우 반환하지 아니하는 기탁금은 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액
- 나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액
- 다. 예비후보자가 사망하거나 제57조의2 제2항 본문에 따라 후보자로 등록될 수 없는 경우에는 제60조의2 제2항에 따라 납부한 기탁금 전액

2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거
당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액. 다만, 제189조 및 제190조의2에 따른 당선인의 결정 전에 사퇴하거나 등록이 무효로 된 후보자의 기탁금은 제외한다.

② 제56조 제3항에 따라 기탁금에서 부담하여야 할 비용은 제1항에 따라 기탁금을 반환하는 때에 공제하되, 그 부담비용이 반환할 기탁금을 넘는 사람은 그 차액을, 기탁금 전액이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되는 사람은 그 부담비용 전액을 해당 선거구선거관리위원회의 고지에 따라 그 고지를 받은 날부터 10일 이내에 납부하여야 한다.

③ 관할선거구선거관리위원회는 제2항의 납부기한까지 해당자가 그 금액을 납부하지 아니한 때에는 관할세무서장에게 징수를 위탁하고, 관할세무서장은 국세 체납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 해당 지방자치단체에 납입하여야 한다. 이 경우 제271조에 따른 불법시설품 등에 대한 대집행비용은 우선 해당 선거관리위원회가 지출한 후 관할세무서장에게 그 징수를 위탁할 수 있다.

④ 삭제

⑤ 기탁금의 반환 및 귀속 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제57조의2(당내경선의 실시)

① 정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선(이하 “당내경선”이라 한다)을 실시할 수 있다.

② 정당이 당내경선[당내경선의 후보자로 등재된 자(이하 “경선후보자”라 한다)를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다]을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다. 다만, 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에는 그러하지 아니하다.

③ 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)의 규정에 따라 당원이 될 수 없는 자는 당내경선의 선거인이 될 수 없다.

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것) 제60조의2(예비후보자등록)

① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외

판례집 25-2(하)

한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

1. 대통령선거
선거일 전 240일
 2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거
선거일 전 120일
 3. 지역구시·도회의원선거, 자치구·시의 지역구회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 90일
 4. 군의 지역구회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 60일
- ② 제1항에 따라 예비후보자등록을 신청하는 사람은 다음 각 호의 서류를 제출하여야 하며, 제56조 제1항 각 호에 따른 해당 선거 기탁금의 100분의 20에 해당하는 금액을 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 기탁금으로 납부하여야 한다.
1. 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 피선거권에 관한 증명서류
 2. 전과기록에 관한 증명서류
 3. 제49조 제4항 제6호에 따른 학력에 관한 증명서(한글번역문을 첨부한다)
- ③ 제1항의 등록신청을 받은 선거관리위원회는 지체없이 이를 수리하되, 제2항에 따른 기탁금과 전과기록에 관한 증명서류를 갖추지 아니한 등록신청은 수리할 수 없다. 이 경우 피선거권에 관한 증명서류가 첨부되지 아니한 경우에는 이를 수리하되, 피선거권에 관하여 확인이 필요하다고 인정되는 예비후보자에 대하여는 관계기관의 장에게 필요한 사항을 조회할 수 있으며, 그 조회를 받은 관계기관의 장은 지체없이 해당 사항을 조사하여 회보하여야 한다.
- ④ 예비후보자등록후에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 예비후보자의 등록은 무효로 한다.
1. 피선거권이 없는 것이 발견된 때
1의2. 제2항 제2호에 따른 전과기록에 관한 증명서류를 제출하지 아니한 것이 발견된 때
 2. 제53조 제1항부터 제3항까지 또는 제5항에 따라 그 직을 가지고 입후보할 수 없는 자에 해당하는 것이 발견된 때
 3. 제57조의2 제2항 본문 또는 제266조 제2항·제3항에 따라 후보자가 될 수 없는 자에 해당하는 것이 발견된 때
 4. 다른 법률에 따라 공무원임이 제한되는 사람이나 후보자가 될 수 없는 사람에 해당하는 것이 발견된 때
- ⑤ 제52조 제3항의 규정은 예비후보자등록에 준용한다. 이 경우 “후보자”는 “예비후보자”로 본다.
- ⑥ 예비후보자가 사퇴하고자 하는 때에는 직접 당해 선거구선거관리위원회에 서면으로

신고하여야 한다.

- ⑦ 제49조에 따라 후보자로 등록한 자는 선거기간개시일 전일까지 예비후보자를 겸하는 것으로 본다. 이 경우 선거운동은 예비후보자의 예에 따른다.
- ⑧ 예비후보자의 전과기록조회 및 회보에 관하여는 제49조 제10항을 준용한다. 이 경우 “선거기간개시일 전 150일”은 “선거기간개시일 전 150일(대통령선거의 경우 예비후보자등록신청개시일 전 60일을 말한다)”로 본다.
- ⑨ 예비후보자등록신청서의 서식, 피선거권에 관한 증명서류 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2010. 12. 28. 2010헌마79, 판례집 22-2하, 820

【당 사 자】

청 구 인 고○산
 국선대리인 변호사 심병연

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요

청구인은 2012. 1. 31. 제19대 국회의원선거에서 예비후보자로 등록하면서, 공직선거법 제60조의2 제2항에 따라 국회의원선거 기탁금의 100분의 20에 해당하는 예비후보자 기탁금 300만 원을 관할선거구인 김제시 선거관리위원회에 납부하였으나, 2012. 2. 10. 변비, 전립선 비대증 및 요로감염 등 질병 때문에 선거운동을 할 수 없다는 이유로 지역구국회의원 예비후보자(이하 ‘예비후보자’라 한다)를 사퇴하였다. 그런데 위와 같은 사유는 공직선거법 제57조 제1항 제1호 다목의 예비후보자 기탁금 반환 사유에 해당하지 아니하여 2012. 5. 7. 청구인이 납부한 기탁금은 국가에 귀속되었다.

이에 청구인은 질병으로 인하여 선거운동을 할 수 없어 예비후보자를 사퇴하였음에도 불구하고 기탁금을 반환하도록 규정하지 아니한 공직선거법 제57조

제1항 제1호 다목이 청구인의 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 2012. 6. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제57조 제1항 제1호 다목 중 지역구국회의원선거와 관련된 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제57조(기탁금의 반환 등) ① 관할선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다. 이 경우 반환하지 아니하는 기탁금은 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거

다. 예비후보자가 사망하거나 제57조의2 제2항 본문에 따라 후보자로 등록될 수 없는 경우에는 제60조의2 제2항에 따라 납부한 기탁금 전액

[관련조항]

[별지] 기재와 같다.

2. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 예비후보자인 청구인이 질병을 사유로 선거운동을 할 수 없어 예비후보자를 사퇴하는 경우까지 예비후보자 기탁금을 반환하지 않고 국가에 귀속시키도록 함으로써 청구인의 재산권을 침해한다.

또한, 이 사건 법률조항은 정당의 당내경선에서 탈락하여 후보자등록을 하지 못하는 예비후보자와 청구인의 경우와 같이 질병을 사유로 후보자등록을 하지 못한 예비후보자를 차별 취급하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다.

3. 적법요건 판단

청구인은 질병을 사유로 예비후보자를 사퇴한 자로서, 공직선거법 제57조 제1항 제1호 다목이 정한 기탁금반환요건을 충족시키지 못하였기 때문에 선거일 후 30일 이내인 2012. 5. 7. 청구인이 납부한 기탁금은 국가에 귀속되었다. 그렇다면 가사 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고된다고 하더라도, 그러한 결정만으로는 법률에 대한 위헌결정의 장래효에 비추어 볼 때, 기탁금의 반환과 관련한 청구인의 권리구제에 도움을 주기 어렵다고 할 것이다(헌재

2001. 10. 25. 2000헌마377, 판례집 13-2, 545, 553 참조).

그러나 헌법재판은 헌법질서의 보장 기능도 겸하고 있으므로 기본권 침해행위가 장차 반복될 위험이 있거나 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236, 247-248 참조). 이 사건의 경우 질병으로 인하여 예비후보자를 사퇴한 때에 그 기탁금을 반환받을 수 없는 상황은 앞으로도 계속될 것이어서 청구인이 주장하는 기본권 침해 행위가 반복될 것임이 충분히 예상되는 등 동종의 기본권침해 위험이 상존하고 있다고 볼 수 있기에 이 사건 법률조항의 위헌 여부의 해명은 헌법적으로 중요한 의미가 있다. 결국 청구인의 주관적 권리보호이익은 소멸하였다고 하여도 심판을 해야 할 필요와 이익은 인정된다.

4. 본안 판단

가. 예비후보자제도 및 예비후보자 기탁금제도

(1) 예비후보자제도

(가) 예비후보자제도는 2004년 제17대 국회의원선거를 앞두고 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 공직선거법을 개정하면서 처음 도입되었는데, 선거일 전 일정 일부터(지역구국회의원선거의 경우는 선거일 전 120일) 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 하면 일정 범위 내에서 선거운동을 할 수 있도록 하는 제도이다. 종전에는 누구든지 선거운동기간이 아닌 때에는 선거운동을 할 수 없도록 함으로써 '사전선거운동'을 금지하고 있었으나, 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동의 효과를 누리는 기회가 주어지고 있어서 정치 신인과의 선거운동 기회가 불균등하다는 문제점이 끊임없이 제기되어 왔다. 이에 선거운동 기회의 형평성 차원에서 정치 신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 예비후보자제도를 도입하게 된 것이다(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 169 참조).

(나) 공직선거법상 국회의원의 선거운동은 원칙적으로 후보자 등록마감일 후 6일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있으나(공직선거법 제33조 제3항, 제59조 본문), 예비후보자로 등록한 자는 공식적인 선거운동기간 이전이라도 공직선거법 제60조의3 제1항, 제2항에 규정된 선거운동을 할 수 있고(공직선거법 제59조 단서 제1호, 제60조의3 제1항, 제2항), 선거사무소를 설치할 수 있으며(공직선거법 제61조 제1항), 선거사무장을 포함하여 일정수의 선거사무원

을 선임할 수 있다(공직선거법 제62조). 또한, 후원회를 두고(정치자금법 제6조) 이를 통하여 1억 5,000만 원 이내의 정치자금도 모금할 수 있다(정치자금법 제12조 제1항 제4호). 다만 예비후보자의 선거운동방법을 무제한으로 허용할 경우에는 선거의 조기과열·혼탁은 물론 예비후보자간의 경제력 차이에 따른 기회불균등의 심화 등 그 폐해가 매우 크기 때문에 공직선거법 제60조의3은 일정한 범위 내에서 예비후보자의 선거운동을 허용하고 있다(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 169 참조).

(2) 예비후보자의 기탁금제도

(가) 예비후보자의 기탁금제도 도입 이전에는 예비후보자등록에 있어서 정당 또는 선거권자의 추천이나 기탁금 예치 등의 의무가 없고, 간단한 서류의 구비만으로 등록이 가능하였다. 그러자 선거에서 후보자가 되려는 진정성이 전혀 없는 자 등이 예비후보자로 다수 등록하게 되어 선거의 희화화를 가져오는 한편, 이들을 감시·감독해야 하는 선거관리위원회의 업무 부담을 가중시키는 폐해가 지적되어 왔다. 이에 따라 입법자는 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 공직선거법을 개정하면서 예비후보자의 기탁금 납부 및 반환에 관한 공직선거법 규정들(공직선거법 제56조 제1항 후문, 제57조 제1항 제1호 다목, 제60조의2 제2항)을 신설하기에 이르렀다.

(나) 기탁금제도는, 후보자로 하여금 일정액을 기탁하게 하고 후보자가 선거에서 일정수준의 득표를 하지 못할 때 기탁금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시키는 방법으로 금전적 제재를 가함으로써, 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 당선자에게 가급적 다수표를 몰아주어 정국의 안정도 기하고 아울러 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 만들어진 것이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3-1, 91, 101; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 695 참조). 예비후보자로 하여금 예비후보자등록 신청시 일정액의 기탁금을 납부하도록 하는 예비후보자 기탁금제도의 취지도 예비후보자의 무분별한 난립을 막고 책임성을 강화하며 그 성실성을 담보하는 데 있다.

나. 재산권 침해 여부

(1) 목적의 정당성과 방법의 적정성

공직선거법상 예비후보자는 선거사무소 설치, 명함 배부, 어깨띠나 표지물 착용, 전화를 통한 지지 호소 등 후보자가 할 수 있는 상당 부분의 선거운동이 가능하고 정치자금의 모금도 가능하므로, 예비후보자의 무분별한 난립을 막고 예비후보자의 책임성을 강화할 공익적 필요가 있다. 당선가능성이 희박함에도

무리하게 예비후보자 등록을 하는 등 예비후보자가 난립할 경우 선거관리가 어려워지고, 선거운동이 과열·혼탁해지기 쉬우며, 선거비용이 과다하게 소요될 수 있다. 또한, 유권자로서는 예비후보자 중 누가 후보자 등록을 할지 여부를 모르는 상태에서 예비후보자들이 후보자임을 전제로 판단하게 되므로 성실한 후보자 선택에 혼란을 줄 수 있다. 따라서 예비후보자가 후보자로 등록하지 않는 경우에 납부한 기탁금을 국가 또는 지방자치단체에 귀속하는 것을 원칙으로 하되, 예외적으로 일정한 요건 하에서만 기탁금 반환이 가능하도록 규정한 이 사건 법률조항은, 예비후보자의 무분별한 난립으로 인한 위와 같은 폐단을 방지하고 그 성실성을 담보하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 방법의 적정성 또한 인정된다.

(2) 침해의 최소성

(가) 예비후보자가 후보자 등록을 하지 않는 경우에 기탁금을 국고에 귀속시키는 요건을 어떻게 정할 것인지의 문제는 우리의 선거·정치문화와 풍토, 국민경제적 여건, 그리고 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 결정될 사항이다. 다만, 기탁금 반환 요건을 너무 엄격하게 하여 기탁금 액수 상당의 재산적 손실을 감수해야만 예비후보자로 등록할 수 있도록 한다면, 사유재산권에 대한 침해로 이어질 수 있으므로, 기탁금 반환 요건은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루어야 하는 헌법적 한계가 있다.

그러나 만약 기탁금 반환이 매우 용이하여 실제로 예비후보자들이 기탁금을 납부하는 것에 대하여 아무런 부담도 느끼지 않는다면, 이는 기탁금제도에 의하여 달성하려는 예비후보자의 무분별한 난립 방지와 예비후보자의 책임성 및 성실성 담보라는 입법목적에 전혀 기여할 수 없게 된다. 따라서 기탁금의 반환 요건은 예비후보자로 등록하면서 기탁금을 반환받지 못하는 것에 부담을 느껴 등록할 것인지를 여부를 신중하게 고려하도록 하고, 불성실한 예비후보자에게는 실질적인 제재효과가 미칠 수 있게 하는 등 예비후보자의 난립을 방지하고 선거의 신뢰성과 선거운동의 성실성을 담보할 수준에 이르러야 할 것이다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2, 214, 225; 헌재 2010. 12. 28. 2010헌마79, 판례집 22-2하, 820, 830-831 참조).

(나) 우선 예비후보자제도 자체가 선거운동의 자유를 좀 더 보장하고자 도입된 것으로서 본선거의 후보자로 등록할 것을 전제로 한 제도라는 점을 고려할 필요가 있다. 뿐만 아니라, 기탁금은 당선가능성이 있는 자에게 사후반환이

보장된 일시적 예납금이라는 점, 즉 예비후보자가 본선거의 후보자로 등록을 한 후 그 선거에서 당선되거나 유효득표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 그가 납부한 기탁금 전액을, 유효득표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 그 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액을 반환 받게 되는 등 득표율에 따라 기탁금의 반환 가능성이 열려 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 위와 같은 점 등을 감안하여 보면 예비후보자가 본선거의 후보자로 등록하지 않는 경우에는, 예비후보자의 무분별한 난립과 선거운동의 과열·혼탁을 방지하고 그 성실성과 책임성을 담보하기 위하여 납부한 기탁금을 반환하지 아니하는 것이 예비후보자 기탁금제도의 본래적인 취지에 상응하는 것이다. 그렇다면 예비후보자의 기탁금 반환 사유는 후보자 등록을 하지 못할 정도에 이르는 객관적이고 예외적 사유로 한정함이 상당하다.

만약 예비후보자가 본선거의 후보자로 등록하지 아니하면서도 기탁금을 반환받을 수 있는 사유로서 질병과 같은 사유가 허용된다면, 예비후보자의 기탁금 반환이 폭넓게 허용되어 예비후보자의 난립을 방지하고 선거운동의 성실성을 담보하려는 기탁금제도 본래의 취지는 상당부분 퇴색될 것이다. 또한, 예비후보자가 후보자 등록을 하지 못하는 이유로서 건강상의 사유라는 것은 매우 막연하고 모호하여 어느 정도의 중한 질병이라야만 후보자 등록을 하지 못하는 정도에 이르는 것인지 판단하기가 쉽지 아니하다. 나아가 원래부터 지병(持病)이 있었던 경우에는 예비후보자로 등록하기 전과 후에 질병의 변화가 없었음에도 기탁금을 반환하여야 할 것인지가 문제될 수 있으며, 가사 중한 질병이 있는 경우라 할지라도 본인의 의지에 따라서는 후보자 등록이 가능하다는 점 등에 비추어 보면, 단순 변심에 의하여 후보자 등록을 하지 아니한 경우와 구별하는 것도 거의 불가능하다.

이 사건의 경우, 청구인은 후보자 등록을 하지 아니하고 예비후보자를 사퇴한 사유로서 변비와 전립선 비대증 및 요로감염을 주장하나, 위와 같은 사유가 선거운동이 불가능하여 후보자 등록을 하지 못할 정도의 사유에 해당되는지도 의문이거니와, 청구인은 예비후보자로 등록한 후 불과 열흘 뒤에 예비후보자를 사퇴한 점 등을 종합해 보면 위와 같은 사유는 예비후보자 등록을 할 당시에 이미 예측가능하거나 청구인이 스스로 감수하고 예비후보자 등록을 하였다고 볼 여지도 충분하다.

결국 이 사건 법률조항이 사망이나 당내경선에서 정당의 후보자로 선출되지 않아 후보자등록을 할 수 없는 경우라는 객관적인 사유로 기탁금 반환 사유를

한정하고 질병을 이유로 한 경우에는 기탁금 반환을 허용하지 아니한 것은, 예비후보자의 진지성과 책임성을 담보하기 위한 최소한의 제한으로서 입법형성권의 범위와 한계 내에서 그 반환 요건을 규정한 것이라 볼 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 최소 침해성원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 예비후보자로 등록된 청구인의 재산권이 제한되는 불이익을 받게 되지만, 이를 통해 예비후보자의 책임성과 성실성을 담보하고 적정한 선거관리를 하려는 공익이 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항에 의한 기본권 제한은 법익의 균형성 원칙에 위배되지 아니한다.

(4) 소결

이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 재산권을 침해하지 아니한다.

다. 평등권 침해 여부

청구인은, 이 사건 법률조항이 정당의 당내경선에서 탈락하여 후보자등록을 하지 못한 예비후보자는 기탁금을 반환받을 수 있도록 한 반면, 질병을 이유로 후보자등록을 하지 못한 자는 기탁금을 반환받을 수 없도록 차별 취급하여 청구인의 평등권을 침해한다고 주장한다.

그러나 앞서 살펴 본 바와 같이 예비후보자의 무분별한 난립을 방지하여 선거운동의 과열·혼탁을 방지하고 그 책임성과 성실성을 확보하는 등 기탁금제도의 실효성을 확보하기 위해서는 기탁금의 반환 사유를 예외적이고 객관적인 사유에 한정하는 것이 상당하다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 사망, 당내경선 탈락 등 객관적 사유로 후보자로 등록하지 못하는 자에 대해서는 기탁금을 반환하는 한편, 법률상 장애가 없음에도 스스로 후보자등록을 하지 않은 자에 대해서는 기탁금을 반환하지 않도록 하는 것이 불합리한 차별이라고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지] 관련조항

공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호로 개정된 것)

제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청 시에 후보자 1명마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다. 이 경우 예비후보자가 해당 선거의 같은 선거구에 후보자등록을 신청하는 때에는 제60조의2 제2항에 따라 납부한 기탁금을 제외한 나머지 금액을 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 3억 원
2. 국회의원선거는 1천500만 원
3. 시·도의회의원선거는 300만 원
4. 시·도지사선거는 5천만 원
5. 자치구·시·군의 장 선거는 1천만 원
6. 자치구·시·군의원선거는 200만 원

② 제1항의 기탁금은 체납처분이나 강제집행의 대상이 되지 아니한다.

③ 제261조에 따른 과태료 및 제271조에 따른 불법시설물 등에 대한 대집행 비용은 제1항의 기탁금(제60조의2 제2항의 기탁금을 포함한다)에서 부담한다.

제57조(기탁금의 반환 등) ① 관할선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 금액을 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다. 이 경우 반환하지 아니하는 기탁금은 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거
 - 가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액
 - 나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액
2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거

당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액. 다만, 제189조 및 제190조의2에 따른 당선인의 결정 전에 사퇴하거나 등록이 무효로 된 후보자의 기탁금은 제외한다.

② 제56조 제3항에 따라 기탁금에서 부담하여야 할 비용은 제1항에 따라 기탁금을 반환하는 때에 공제하되, 그 부담비용이 반환할 기탁금을 넘는 사람은 그 차액을, 기탁금 전액이 국가 또는 지방자치단체에 귀속되는 사람은 그 부담비용 전액을 해당 선거구선거관리위원회의 고지에 따라 그 고지를 받은 날부

터 10일 이내에 납부하여야 한다.

제57조의2(당내경선의 실시) ① 정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선(이하 “당내경선”이라 한다)을 실시할 수 있다.

② 정당이 당내경선[당내경선의 후보자로 등재된 자(이하 “경선후보자”라 한다)를 대상으로 정당의 당원·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다]을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다. 다만, 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에는 그러하지 아니하다.

제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원 선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날 후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

1. 대통령선거
선거일 전 240일
2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거
선거일 전 120일
3. 지역구시·도의회의원선거, 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 90일
4. 군의 지역구의회의원 및 장의 선거
선거기간개시일 전 60일

② 제1항에 따라 예비후보자등록을 신청하는 사람은 다음 각 호의 서류를 제출하여야 하며, 제56조 제1항 각 호에 따른 해당 선거 기탁금의 100분의 20에 해당하는 금액을 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 기탁금으로 납부하여야 한다.

1. 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 피선거권에 관한 증명서류
2. 전과기록에 관한 증명서류
3. 제49조 제4항 제6호에 따른 학력에 관한 증명서(한글번역문을 첨부한다)

저작권법 부칙 제4조 위헌확인

(2013. 11. 28. 2012헌마770)

【판시사항】

1. 과거에 소멸한 저작권접권을 회복시키는 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제4조 제2항(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당 하는지 여부(소극)
2. 저작권접권을 회복시키는 심판대상조항이 음반 제작자의 직업 수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 심판대상조항은 개정된 저작권법이 시행되기 전에 있었던 과거의 음원 사용 행위에 대한 것이 아니라 개정된 법률 시행 이후에 음원을 사용하는 행위를 규율하고 있으므로 진정소급입법에 해당하지 않으며, 저작권접권이 소멸한 음원을 무상으로 사용하는 것은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로 인하여 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이므로, 심판대상조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당하지 아니한다.
2. 심판대상조항의 입법목적은 저작권접권의 보호기간을 연장하여 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작권접권과 그 후에 발생한 저작권접권 간의 차등 대우를 개선하고자 하는 것으로서 정당하고, 수단의 적합성을 갖추었으며 달리 피해를 최소화할 방안이 없다. 청구인이 가졌던 기존 보호기간에 대한 신뢰에 비하여 위에서 본 바와 같이 저작권접권을 보호하고자 하는 공익은 중대한 반면, 투자회수를 위하여 2년간 기존 음반을 자유로이 판매할 수 있는 등 충분한 유예기간을 두고 있으므로, 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업 수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제4조(저작인접권 보호기간의 특례) ① 생략
 ② 같은 법 부칙 제3항에 따라 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작인접권 중 이 법 시행 전에 종전 법(법률 제4717호 저작권법중개정법률 시행 전의 저작권법을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 따른 보호기간 20년이 경과되어 소멸된 저작인접권은 이 법 시행일부터 회복되어 저작인접권자에게 귀속된다. 이 경우 그 저작인접권은 처음 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속하는 것으로 하여 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다.
 ③~④ 생략

【참조조문】

헌법 제13조 제2항, 제23조 제1항

저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제3조(적용 범위에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 규정에 따라 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 전부 또는 일부가 소멸하였거나 보호를 받지 못한 저작물등에 대하여는 그 부분에 대하여 이 법을 적용하지 아니한다.

저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제4조(저작인접권 보호기간의 특례) ① 제3조에도 불구하고 법률 제8101호 저작권법 전부개정법률 부칙 제2조 제3항의 개정규정에 따라 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작인접권은 1994년 7월 1일 시행된 법률 제4717호 저작권법중개정법률(이하 이 조에서 “같은 법”이라 한다) 제70조의 개정규정에 따라 그 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속한다.

② 같은 법 부칙 제3항에 따라 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작인접권 중 이 법 시행 전에 종전 법(법률 제4717호 저작권법중개정법률 시행 전의 저작권법을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 따른 보호기간 20년이 경과되어 소멸된 저작인접권은 이 법 시행일부터 회복되어 저작인접권자에게 귀속된다. 이 경우 그 저작인접권은 처음 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속하는 것으로 하여 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다.

③ 제2항에 따라 저작인접권이 회복된 실연·음반·방송을 이 법 시행 전에 이용한 행위는 이 법에서 정한 권리의 침해로 보지 아니한다.

④ 제2항에 따른 저작인접권이 종전 법에 따라 소멸된 후에 해당 실연·음반·방송을 이용하여 이 법 시행 전에 제작한 복제물은 이 법 시행 후 2년 동안 저작인접권자의 허락 없이 계속 배포할 수 있다.

저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되고, 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것) 제70조(보호기간) 저작인접권은 다음 각 호의 1에 해당하는 때부터 발생하며, 그 다음 해부터 기산하여 50년간 존속한다.

판례집 25-2(하)

1. 실연에 있어서는 그 실연을 한 때
2. 음반에 있어서는 그 음을 맨처음 그 음반에 고정할 때
3. 방송에 있어서는 그 방송을 한 때

저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 것) 제86조(보호기간) ① 저작인접권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때부터 발생하며, 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.

1. 실연의 경우에는 그 실연을 한 때
2. 음반의 경우에는 그 음을 맨 처음 음반에 고정할 때
3. 방송의 경우에는 그 방송을 한 때

② 저작인접권(실연자의 인격권은 제외한다. 이하 같다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때의 다음 해부터 기산하여 70년(방송의 경우에는 50년)간 존속한다.

1. 실연의 경우에는 그 실연을 한 때. 다만, 실연을 한 때부터 50년 이내에 실연이 고정된 음반이 발행된 경우에는 음반을 발행한 때
2. 음반의 경우에는 그 음반을 발행한 때. 다만, 음을 음반에 맨 처음 고정할 때의 다음 해부터 기산하여 50년이 경과한 때까지 음반을 발행하지 아니한 경우에는 음을 음반에 맨 처음 고정할 때
3. 방송의 경우에는 그 방송을 한 때

【참조판례】

1. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318
헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43
- 헌재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 181-182
헌재 2007. 10. 25. 2005헌바68, 판례집 19-2, 447, 461
- 헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161등, 판례집 20-2하, 290, 319-322
2. 헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 14

【당 사 자】

청 구 인 최○철
국선대리인 변호사 황환민

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 저작인접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람인데, 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생하였으나 20년의 보호기간이 경과하여 소멸된 저작인접권을 2012. 3. 15.부터 회복하여 잔여 보호기간을 포함하여 50년간 존속시키는 내용의 저작권법 부칙 제4조가 청구인의 음반제작 및 판매에 관한 재산권을 침해한다고 주장하며 2012. 9. 14. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 종전의 법률규정에 따른 보호기간이 완료된 결과 소멸된 저작인접권이 다시 회복되어 잔여 보호기간 동안 존속하는 부분의 위헌성을 다투고 있는데, 그와 관련된 내용은 저작권법 부칙 제4조 제2항이며, 부칙 제4조의 나머지 조항들은 청구인이 위헌이라고 주장하는 내용과 무관하므로 심판대상에서 제외한다.

따라서 이 사건의 심판대상은 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제4조 제2항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

[심판대상조항]

저작권법 (2011. 12. 2. 법률 제11110호)

부칙 제4조(저작인접권 보호기간의 특례) ② 같은 법 부칙 제3항에 따라 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작인접권 중 이 법 시행 전에 종전 법(법률 제4717호 저작권법 중 개정법률 시행 전의 저작권법을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 따른 보호기간 20년이 경과되어 소멸된 저작인접권은 이 법 시행일부터 회복되어 저작인접권자에게 귀속된다. 이 경우 그 저작인접권은 처음 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속하는 것으로 하여 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다.

[관련조항] 별지와 같다.

2. 청구인의 주장요지

구 저작권법에 의하면 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작인접권은 그 보호기간이 20년이었으므로 일부 저작인접권은 현재 보호기간이 지나 소멸하였다. 그런데 심판대상조항은 이미 소멸되어 공유단계에 있는 저작물의 저작인접권을 다시 회복시켜 잔여기간 동안 보호한다는 것이므로, 진정소급입

법에 의하여 청구인이 저작물을 자유롭게 이용할 권리를 침해한 것으로서 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위배된다.

저작물을 소유권처럼 영구적으로 보호할 경우 오히려 문화 발전에 방해가 되기 때문에 일정기간이 지나면 누구나 자유롭게 저작물을 이용할 수 있어야 한다. 그런데 심판대상조항 등은 2년의 유예기간이 지난 뒤에는 소멸한 저작권인 음원의 저작인접권자들에게 저작인접권료를 지급해야 음반(음원 고정물)을 판매할 수 있게 하였으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 재산권을 침해한다.

3. 판 단

가. 입법경과 및 심판대상조항의 입법취지

저작인접권 가운데 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작인접권의 보호기간은 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정된 저작권법에 따라 20년인 반면, 1994. 7. 1. 이후 발생한 저작인접권의 보호기간은 1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정된 저작권법에 따라 50년이다. 이처럼 저작인접권의 보호기간이 발생시기에 따라 다른 이유는 1994. 1. 7. 개정된 저작권법에서 저작인접권의 보호기간을 20년에서 50년으로 늘리면서도 부칙 제3항에서 개정 법률의 소급효를 인정하지 않아 개정된 저작권법 시행일인 1994. 7. 1. 전의 저작인접권에 대하여는 여전히 20년의 보호기간이 인정되었기 때문이다.

그리하여 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작인접권에 대해서는 그 후에 발생한 저작인접권보다 보호기간을 짧게 인정할 합리적 이유가 없음에도 불구하고 단순히 저작인접권이 발생한 시기에 따라 그 보호기간이 달라지는 문제가 발생하였다. 이와 같은 문제를 해결하고자 2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 저작권법에서 부칙 제4조 제1항을 두어 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작인접권의 보호기간을 1994. 7. 1. 이후 발생한 저작인접권과 같은 기간인 50년으로 설정하였는바, 심판대상조항은 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생하였다가 이미 소멸한 저작인접권을 다시 회복시킴으로써 저작인접권을 잔여기간 동안 보호하는 데 그 취지가 있다.

나. 소급입법에 의한 재산권의 침해 여부

(1) 진정소급입법과 부진정소급입법의 구별

헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 ... 재산권을 박탈당하지 아니한다.”라고 하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로

하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 부진정소급효의 입법이 있다. 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하는 것으로서 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용된다. 다만 부진정소급효를 가지는 입법에서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서, 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43 등 참조).

(2) 소급입법에 해당하는지 여부

1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작권접권의 보호기간이 20년이므로, 청구인은 가장 빨리 저작권접권이 소멸한 음원을 기준으로 하면 1987. 7. 1.의 다음 해부터 20년이 지난 2008. 1. 1. 이후 심판대상조항의 시행일인 2012. 3. 15. 전까지 최대 약 4년간 저작권접권이 소멸한 음원을 사용하여 음반을 제작·판매할 수 있었다. 그러나 심판대상조항의 시행으로 인하여 청구인은 잔여 보호기간인 30년이 지난 2038. 1. 1. 이후에야 음원의 저작권접권이 소멸되는 것을 기다려 이를 무상으로 활용하여 음반을 제작할 수 있고, 그 전까지는 음반제작자와의 협의 내지는 문화체육관광부 장관이 정하는 기준에 따른 보상금을 지급해야 한다.

이와 같은 사정을 볼 때, 심판대상조항은 시행되기 전에 있었던 과거의 음원 사용 행위를 규율하는 것이 아니라 개정된 법률의 시행 이후에 음원을 사용하는 행위를 규율하는 규정에 해당함을 알 수 있다. 즉, 심판대상조항은 이미 종결된 과거의 사실 또는 법률관계에 법률을 사후적으로 적용함으로써 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법이 아니라, 부진정소급입법에 해당하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 않고, 종래의 법적 상태의 존속을 신뢰한 청구인에 대한 신뢰보호가 문제될 뿐이다(헌재 2007. 10. 25. 2005헌바68, 판례집 19-2, 447, 461 참조).

(3) 재산권의 침해 여부

심판대상조항으로 인해 청구인이 무상으로 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작권접권이 있는 음원을 활용하여 음반을 제작·판매하는 행위를 더 이상 하지 못하게 된 것이 헌법 제23조 제1항에서 보장하는 재산권의 침해에 해당하는지 여부를 살펴본다.

재산권 보장에 관한 헌법 제23조와 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지

한 헌법 제13조 제2항에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업 활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권 보장의 대상이 아니다(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 181-182; 헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161등, 판례집 20-2하, 290, 319-322). 우선, 심판대상조항은 청구인이 이미 제작하여 판매하고 있던 음반의 소유권을 박탈한다거나 음반의 판매수익을 환수한다든지, 청구인이 음반을 제작하기 위해 투자한 시설이나 장비 등의 사용·수익을 금지시키는 것이 아니므로, 어떠한 구체적인 권리를 침해하는 것이 아니다. 또한, 심판대상조항으로 인하여 소멸된 저작권접권이 회복됨에 따라 청구인은 저작권접권자와의 협의를 거치거나 저작권접권자에게 보상금을 지급하여야만 음반을 제작·판매할 수 있기 때문에 음원의 무상 활용 가능성이 없어지지만, 음원을 무상 사용함으로써 인한 이익은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로써 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이지 사용자에게 음원에 대한 사적 유용성이나 처분권이 주어지는 것은 아니므로, 이는 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권에 해당하지 않는다.

(4) 소결

따라서 심판대상조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 않고, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해하지 아니한다.

다. 직업의 자유 침해 여부

(1) 심사기준

심판대상조항은 일정 기간 동안 존속하다가 소멸한 저작권접권을 회복시킴으로써 이러한 저작권접권이 있는 음원을 이용하여 무상으로 음반을 제작·판매하는 행위를 금지하고, 저작권접권자와 협의하거나 보상금을 지급하여야만 그러한 행위를 가능하게 한 것이므로, 청구인의 직업수행의 요소인 영업방법 내지 취급대상의 제한에 관한 규정이라는 점에서 헌법 제15조에서 보장되는 직업의 자유 중 직업수행의 자유에 대한 제한을 가하고 있다.

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것은 아니고 공익상의 이유로 제한될 수 있으나, 공익실현을 위해서 과도하게 제한되어서는 아니 되므로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 관해 살펴본다. 다만, 청구인은 기존 법규를 신뢰하여 저작권접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 방식으로 영업을 해 오다가 심판대상조항으로 인

하여 이를 할 수 없게 되었으므로, 과잉금지원칙의 위반 여부를 판단함에 있어 심판대상조항을 두어 소멸한 저작권접권을 회복시키면서 청구인과 같은 음반 제작·판매업자에게 법치국가의 원리상 요청되는 신뢰보호가 충분히 이루어졌는지 여부를 검토한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 심판대상조항은 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생하였다가 보호기간이 경과하여 이미 소멸한 저작권접권을 다시 회복시킴으로써, 이러한 저작권접권을 1994. 7. 1. 이후 발생하여 보호기간이 50년인 저작권접권과 같은 기간 동안 보호하여 위 저작권접권자들 사이의 공평을 도모하고자 하는 것으로서, 그 입법목적은 정당하다. 저작권접권 중 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작권접권의 상당수는 현재 보호기간이 완료되었는바, 이들에 대해서도 1994. 7. 1. 이후 발생한 저작권접권과 같이 50년의 보호기간을 부여하기 위해 그 효력을 회복시켜 잔여 보호기간만큼 존속하도록 한 것은 위 입법목적의 달성에 적합한 수단이다. 그리고 위와 같은 입법목적 달성을 위하여 저작권접권을 회복시키는 것 이외에 달리 대체수단이 존재하지 않고, 50년보다 단기의 보호기간을 두는 방안은 입법취지에도 어긋나 채택하기 어려운 점을 감안하면 심판대상조항은 피해의 최소성원칙에도 위배되지 않는다.

(나) 기존의 저작권접권 보호기간을 연장하면서 심판대상조항을 두어 이미 소멸한 저작권접권을 회복함으로써 추구하고자 하는 공익이 청구인이 입는 불이익을 능가하는 것인지에 관하여 살펴본다.

청구인은 개정 전의 저작권법이 저작권접권의 보호기간을 20년으로 규정하였기 때문에, 이를 신뢰하여 자금과 인력을 투자하여 시설과 장비를 갖춘 다음 저작권접권이 소멸한 음원을 활용하여 음반제작·판매업을 영위하였는바, 그러한 신뢰가 불합리하다거나 부당한 것이라고 보기는 어렵다. 그러나 입법자는 새로운 인식을 수용하고 변화한 현실에 적절하게 대처해야 하기 때문에, 국민은 원칙적으로 현재의 법적 상태가 항상 지속되리라는 것을 신뢰할 수 없다. 저작권접권은 저작권의 보호규정과 마찬가지로 보호의 필요성이 대두되고 보호기간이 여러 차례 개정을 거치면서 사후 30년에서 발생 후 20년으로, 20년에서 50년으로 연장된 바 있고, 2013. 8. 1.부터 시행된 개정 저작권법에서 저작권접권의 보호기간은 발생 후 70년으로 연장되었다. 1994. 1. 7. 저작권법이 개정되어 저작권접권의 보호기간이 발생 후 50년으로 변경되었으나 부칙조항에 따라 법 개정 이전에 발생된 저작권접권에 대해서는 종전

규정에 따르도록 하였는바, 이러한 법 개정을 통해 저작권접권의 보호기간이 원칙적으로 50년이 되었으므로, 청구인으로서는 언제든지 저작권법이 개정되어 저작권접권의 보호기간이 변경될 수 있을 것이라고 예견할 수 있었다.

또한, 음원을 무상으로 활용하는 방식의 영업은 특정 경제정책상의 목표를 달성하기 위하여 국가에 의하여 유도된 사경제 활동에 속하는 것이 아니라, 스스로의 위험부담으로 법률이 부여한 기회를 활용한 경우에 지나지 않는다(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 148 참조). 그러한 관점에서도 청구인의 신뢰이익이 법률개정의 이익에 우선하여 특별히 보호되어야 하는 것이라 볼 수 없다. 그에 비해 저작권접권의 보호기간이 여러 차례 법 개정을 거쳐 발생 후 20년에서 50년으로, 50년에서 70년으로 연장되는 추세에 있음에 비추어 볼 때 20년의 보호기간은 지나치게 짧아 저작권접권자들의 보호에 미흡했던 점, 1994. 7. 1. 이후 발생하는 저작권접권에 대해서는 50년의 보호기간을 인정하면서 1994. 7. 1. 당시 이미 발생하여 보호기간이 진행 중이던 저작권접권에 대해서는 20년의 보호기간을 유지한 것이 합리적 이유 없이 발생 시기에 따라 저작권접권자들을 차등 대우하는 것이라는 점 등을 감안해 입법자는 법률을 개정하여 소멸한 저작권접권을 회복시킨 것으로, 법률 개정을 통하여 추구하고자 하는 공익은 중대하다. 더욱이 청구인은 저작권접권이 소멸한 음원을 전혀 이용하지 못하게 된 것이 아니라 저작권접권료를 지불하면 음반을 제작·판매하는 것이 허용되는 점을 감안하면, 청구인이 개정 전 법률에 의하여 보호받은 신뢰이익은 법률개정으로 도모하고자 하는 공익에 비하여 우월하다고 할 수 없다.

(다) 다만 청구인이 심판대상조항의 시행 이전에는 합법적으로 위와 같은 방식의 영업을 해 온 사실에 비추어 볼 때, 변화된 법적 상황에 적응할 적절한 유예기간을 두어 청구인의 신뢰이익을 고려하였는지가 문제된다.

2011. 12. 2. 개정된 저작권법 부칙 제4조 제3항은 저작권접권이 회복된 음원을 2012. 3. 15. 전에 이용한 행위는 저작권법상 권리 침해행위로 보지 않고, 부칙 제4조 제4항에서는 이 사건 법률 시행일로부터 2년의 유예기간을 부여하고 있으므로, 개정 법률 시행 후 2년 동안은 청구인이 이미 제작했던 음반을 저작권접권자의 허락 없이 자유롭게 판매할 수 있다. 이러한 2년의 유예기간은 이미 제작한 음반을 판매하는 등 투자 회수를 위한 충분한 시간이라고 할 것이므로, 위 유예기간이 개정 전 법률에 의하여 행하던 음반 제작·판매업자로서

의 신뢰이익을 보호하기에 지나치게 짧은 기간이라고 보이지 아니한다.

(3) 소결

따라서 심판대상조항은 청구인의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있는 것으로서 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원(해외출장으로 서명날인 불능) 서기석 조용호

[별지] 관련조항

저작권법 (2011. 12. 2. 법률 제11110호)

부칙 제3조(적용 범위에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 규정에 따라 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 전부 또는 일부가 소멸하였거나 보호를 받지 못한 저작물 등에 대하여는 그 부분에 대하여 이 법을 적용하지 아니한다.

제4조(저작인접권 보호기간의 특례) ① 제3조에도 불구하고 법률 제8101호 저작권법 전부개정법률 부칙 제2조 제3항의 개정규정에 따라 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작인접권은 1994년 7월 1일 시행된 법률 제4717호 저작권법 중 개정법(이하 이 조에서 “같은 법”이라 한다) 제70조의 개정규정에 따라 그 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속한다.

② (생략 : 심판대상조항)

③ 제2항에 따라 저작인접권이 회복된 실연·음반·방송을 이 법 시행 전에 이용한 행위는 이 법에서 정한 권리의 침해로 보지 아니한다.

④ 제2항에 따른 저작인접권이 종전 법에 따라 소멸된 후에 해당 실연·음반·방송을 이용하여 이 법 시행 전에 제작한 복제물은 이 법 시행 후 2년 동안 저작인접권자의 허락 없이 계속 배포할 수 있다.

저작권법 (2006. 12. 28. 법률 제8101호)

부칙 제2조 (적용 범위에 관한 경과조치) ①~② 생략

③ 종전의 부칙 규정은 이 법의 시행 후에도 계속하여 적용한다.

저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호)

부칙 ③ (저작인접권의 보호기간에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 발생한 저작인접권의 보호기간은 종전의 규정에 의한다.

저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 것)

제86조(보호기간)

① 생략

② 저작인접권(실연자의 인격권은 제외한다. 이하 같다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때의 다음 해부터 기산하여 70년(방송의 경우에는 50년)간 존속한다.

1. 생략

2. 음반의 경우에는 그 음반을 발행한 때. 다만, 음을 음반에 맨 처음 고정한 때의 다음 해부터 기산하여 50년이 경과한 때까지 음반을 발행하지 아니한 경우에는 음을 음반에 맨 처음 고정할 때

3. 생략

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정되기 전의 것)

제86조(보호기간) ① 생략

② 저작인접권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속한다.

1. 생략

2. 음반의 경우에는 그 음반을 발행한 때. 다만, 음을 음반에 맨 처음 고정할 때의 다음 해부터 기산하여 50년이 경과한 때까지 음반을 발행하지 아니한 경우에는 음을 음반에 맨 처음 고정할 때

3. 생략

저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되고, 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것)

제70조(보호기간) 저작인접권은 다음 각 호의 1에 해당하는 때부터 발생하며, 그 다음 해부터 기산하여 50년간 존속한다.

1. 생략

2. 음반에 있어서는 그 음을 맨 처음 그 음반에 고정할 때

3. 생략

헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770

저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정되고, 1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되기 전의 것)

제70조(보호기간) 저작인접권은 다음 각 호의 1에 해당하는 때부터 발생하며, 그 다음 해부터 기산하여 20년간 존속한다.

1. 생략
2. 음반에 있어서는 그 음을 맨 처음 그 음반에 고정한 때
3. 생략

공직선거법 제103조 제2항 등 위헌제청

(2013. 12. 26. 2010헌가90)

【판시사항】

선거기간 중 국민운동단체인 바르게살기운동협의회의 모임을 개최한 자를 처벌하는 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제256조 제1항 중 제103조 제2항 가운데 ‘바르게살기운동협의회’ 관련 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 책임주의원칙, 과잉금지원칙, 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

국민운동단체인 바르게살기운동협의회는 목적과 활동에서 정치적 성향을 지니고 있으면서 국가나 지방자치단체로부터 예산을 지원받아 사용하고, 국·공유시설을 무상으로 사용하는 등 각종 지원을 받으면서 국가나 지방자치단체의 정책에 참여하는 일이 많은 특성을 가지는데, 심판대상조항은 다른 시기에 개최할 수도 있는 모임을 굳이 본격적인 선거운동이 이루어지는 선거기간 중에 개최하는 경우에는 그 모임을 개최하는 행위 자체가 선거에 영향을 미치는 것으로 보고, 그 모임을 개최한 자를 처벌하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 법적으로 비난가능성이 없는 자를 형사처벌하는 것이라고 볼 수 없으므로 책임주의원칙에 위반되지 않는다.

바르게살기운동협의회가 위와 같은 특성을 가진 점, 모임 개최가 금지되는 기간이 대통령선거의 경우 23일, 국회의원 등 선거의 경우 14일 등으로 비교적 짧고 그 기간이 예정되어 있는 점, 모임 개최를 금지함으로써 얻는 관권 개입이나 탈법행위의 위험성 차단이라는 공익이 큰 점을 고려하면, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 선거기간 중 개최되는 모임에 관하여 바르게살기운동협의회와 일반단체를 달리 취급하는 데에는 위와 같은 합리적인 이

유가 있으므로, 평등원칙에 반하지 않는다.

【심판대상조문】

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제256조(각종제한규정위반죄) ① 제103조 제2항을 위반하여 모임을 개최한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

- ②~④ 생략
- ⑤ 삭제

【참조조문】

헌법 제10조, 제21조 제1항, 제37조 제2항, 제116조 제1항

구 공직선거 및 선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제103조(각종 집회등의 제한) ① 생략

② 선거기간 중에는 특별한 사유가 없는 한 반상회를 개최할 수 없다.

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~7. 생략

8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자

9. 삭제

② 생략

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제87조(단체의 선거운동금지)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·단체(그 대표자와 임직원 또는 구성원을 포함한다)는 그 기관·단체의 명의로 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.

1.~3. 생략

4. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)

5.~6. 생략

7. 삭제

8. 생략

② 생략

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제103조(각종집회 등의 제한)

① 삭제

② 생략

③ 누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회, 그 밖의 집회나 모임을 개최할 수 없다.

④~⑤ 생략

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제256조(각종제한규정위반죄)

① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

가. 생략

나. 삭제

다.~마. 생략

바. 제86조 제1항 제5호부터 제7호까지 또는 제7항을 위반한 행위를 한 사람

사.~거. 생략

2.~4. 생략

③~④ 생략

⑤ 삭제

공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제38조 제2항에 따른 선상부제자신고를 한 선원이 승선하고 있는 선박의 선장, 제53조 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군 중대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는 행위
2. 지위를 이용하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위
4. 삭제
5. 선거기간중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위
6. 선거기간중 정상적 업무외의 출장을 하는 행위

7. 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

② 생략

③~④ 삭제

⑤~⑦ 생략

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제103조(각종집회 등의 제한) ① 누구든지 선거기간 중 선거구민을 대상으로 하거나 선거가 실시되는 지역 안에서 향우회·종친회 또는 동창회 모임을 개최할 수 없다. 다만, 대통령선거에 있어서는 그러하지 아니하다.

②~⑤ 생략

바르게살기운동조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 바르게살기운동을 선도(先導)하고 확산시키기 위하여 국민의 자발적 참여로 설립된 바르게살기운동조직을 지원·육성함으로써 바르게살기운동의 지속적인 추진과 발전을 도모하고 나아가 밝고 건강한 국가·사회 건설에 이바지함을 목적으로 한다.

바르게살기운동조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728호로 개정된 것) 제3조(출연금의 지급 등) ① 국가나 지방자치단체는 바르게살기운동조직의 운영에 필요한 비용에 상당하기 위하여 출연금(出捐金)이나 보조금을 지급할 수 있다.

② 개인, 법인 또는 단체는 바르게살기운동조직을 지원·육성하기 위하여 금전이나 그 밖의 재산을 출연하거나 기부할 수 있다.

③ 제1항에 따른 출연금 및 보조금의 교부와 그 사용 및 관리에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

바르게살기운동조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728호로 개정된 것) 제4조(국유시설·공유시설의 사용) 국가나 지방자치단체는 바르게살기운동조직을 지원·육성하기 위하여 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 국유시설·공유시설을 무상으로 사용하게 할 수 있다.

바르게살기운동조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728호로 개정된 것) 제7조(보조사업 계획서 제출) 바르게살기운동조직은 다음 연도의 보조사업 예산을 요구하려면 해당 회계연도가 시작되기 전까지 보조사업계획서를 작성하여 행정안전부장관이나 지방자치단체의 장에게 제출하여야 한다.

바르게살기운동조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728호로 개정된 것) 제8조(보조사업의 실적보고서 제출) 바르게살기운동조직은 보조사업을 시행한 경우에는 해당 회계연도 종료 후 3개월 이내에 보조사업의 실적과 그 증명자료를 작성하여 행정안전부장관이나 지방자치단체의 장에게 제출하여야 한다.

【참조판례】

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337

헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10, 판례집 19-2, 520, 527

【당 사 자】

제청법원 전주지방법원 정읍지원
당해사건 전주지방법원 정읍지원 2010고합61 공직선거법위반

【주 문】

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제 11374호로 개정되기 전의 것) 제256조 제1항 중 제103조 제2항 가운데 “특별법에 따라 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회)는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없다”는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해 사건의 피고인 한○진은 바르게살기운동 ○○시협의회 회장 권한 대행이고, 피고인 오○형은 위 협의회 사무국장으로, “특별법에 따라 설립된 바르게살기운동협의회는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없음에도, 공모하여 선거기간 중인 2010. 5. 24.경 바르게살기운동 ○○시협의회 5월 월례회의를 개최하고, 같은 날 식당에서 위 협의회 회원들에게 식사를 대접함으로써 모임을 개최하였다.”는 내용의 공소사실로 기소되었다(전주지방법원 정읍지원 2010고합61).

(2) 제청법원은 2010. 11. 11. 위 공소사실에 적용된 공직선거법 제103조 제2항 중 “특별법에 따라 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회를 말한다)는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없다”는 부분 및 그 벌칙조항인 구 공직선거법 제256조 제1항이 위헌이라고 인정할 상당한 이유가 있다며, 직권으로 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 공직선거법 제103조 제2항 중 바르게살기운동협의회에 관한 부

분과 제256조 제1항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였으나, 위 제103조 제2항 관련 부분은 일정한 행위의 금지의무를 부과하는 것으로서 처벌조항인 위 제256조 제1항의 구성요건을 이루고 있고, 처벌조항에 관한 판단에는 금지의무에 관한 판단도 포함된다. 따라서 이 사건 심판의 대상은 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제256조 제1항 중 제103조 제2항 가운데 “특별법에 따라 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회)는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없다”는 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)의 위헌 여부로 한정한다.

심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것)

제256조(각종제한규정위반죄) ① 제103조 제2항을 위반하여 모임을 개최한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

[관련조항]

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제103조(각종집회 등의 제한) ② 특별법에 따라 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다) 및 주민자치위원회는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없다.

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. (단서 생략)

- 8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자

제87조(단체의 선거운동금지) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·단체(그 대표자와 임·직원 또는 구성원을 포함한다)는 그 기관·단체의 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.

- 4. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체

의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)

제103조(각종집회 등의 제한) ③ 누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회, 그 밖의 집회나 모임을 개최할 수 없다.

제256조(각종제한규정위반죄) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

바. 제86조 제1항 제5호부터 제7호까지 또는 제7항을 위반한 행위를 한 사람

공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것)

제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제38조 제2항에 따른 선상부재자신고를 한 선원이 승선하고 있는 선박의 선장, 제53조 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군 중대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목 여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는 행위
2. 지위를 이용하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위
4. 삭제
5. 선거기간 중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업 중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위
6. 선거기간 중 정상적 업무 외의 출장을 하는 행위
7. 선거기간 중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 삭제되기 전의 것)

제103조(각종집회 등의 제한) ① 누구든지 선거기간 중 선거구민을 대상으로 하거나 선거가 실시되는 지역 안에서 향우회·종친회 또는 동창회 모임을 개최할 수 없다. 다만, 대통령선거에 있어서는 그러하지 아니하다.

공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)

제103조(각종집회 등의 제한) ④ 선거기간 중에는 특별한 사유가 없는 한 반상회를 개최할 수 없다.

바르게살기운동조직 육성법(2011. 5. 30. 법률 제10728호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 바르게살기운동을 선도(先導)하고 확산시키기 위하여 국민의 자발적 참여로 설립된 바르게살기운동조직을 지원·육성함으로써 바르게살기운동의 지속적인 추진과 발전을 도모하고 나아가 밝고 건강한 국가·사회 건설에 이바지함을 목적으로 한다.

제3조(출연금의 지급 등) ① 국가나 지방자치단체는 바르게살기운동조직의 운영에 필요한 비용에 충당하기 위하여 출연금(出捐金)이나 보조금을 지급할 수 있다.

제4조(국유시설·공유시설의 사용) 국가나 지방자치단체는 바르게살기운동조직을 지원·육성하기 위하여 ‘국유재산법’ 또는 ‘공유재산 및 물품 관리법’에도 불구하고 국유시설·공유시설을 무상으로 사용하게 할 수 있다.

제7조(보조사업계획서 제출) 바르게살기운동조직은 다음 연도의 보조사업예산을 요구하려면 해당 회계연도가 시작되기 전까지 보조사업계획서를 작성하여 행정안전부장관이나 지방자치단체의 장에게 제출하여야 한다.

제8조(보조사업의 실적보고서 제출) 바르게살기운동조직은 보조사업을 시행한 경우에는 해당 회계연도 종료 후 3개월 이내에 보조사업의 실적과 그 증명자료를 작성하여 행정안전부장관이나 지방자치단체의 장에게 제출하여야 한다.

2. 제청법원의 위헌법률심판 제청이유

심판대상조항은 바르게살기운동협의회가 선거기간 중 개최한 모임의 목적, 성격, 내용 등을 묻지 않고 모임을 개최하기만 하면 그 개최자를 처벌함으로써, 법질서에 의하여 비난가능성이 없는 행위라 할지라도 형벌을 부과하는 규정으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하고, 선거의 공정성에 대한 위협의 방지라는 입법목적을 달성하는 데 필요한 피해의 최소성을 위반하여 집회·결사의

자유를 과도하게 침해하며, 합리적 이유 없이 다른 단체들과 차별하는 것으로서 평등원칙에 위반된다.

3. 심판대상조항에 대한 판단

가. 입법연혁 및 입법취지

(1) 입법연혁

각종 집회 등으로 선거분위기가 혼탁하여지는 것을 방지하고 반상회를 통한 관권의 개입 여지를 봉쇄할 목적으로, 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 공직선거 및선거부정방지법이 제정되면서 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 단합대회·향민회·야유회·종친회 또는 동창회 기타의 집회를 개최할 수 없고(제103조 제1항), 나아가 선거기간 중에는 특별한 사유가 없는 한 반상회를 개최할 수 없도록 규정하였다(제103조 제2항).

그 후 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 공직선거법 제103조가 개정되면서, 금지되는 모임 중 야유회·단합대회 기타의 집회의 경우 종전 규정과 같으나, 향민회·종친회·동창회의 경우 선거구민을 대상으로 하거나 선거가 실시되는 지역 안의 모임으로 한정하면서 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 목적 부분이 삭제되었고(제103조 제1항 전문), 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)와 제2의건국범국민추진위원회는 선거기간 중 회의 기타 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없도록 하는 규정이 신설되었다(제103조 제1항 후문).

2004. 3. 12. 법률 제7189호로 공직선거법 제103조 제1항 후문이 개정되면서 선거기간 중 회의 기타 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없는 단체에 ‘제2의건국범국민추진위원회’가 삭제되는 대신 ‘주민자치위원회’가 추가되었고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 공직선거법 제103조가 개정되면서 위 제103조 제1항 후문의 내용이 심판대상조항과 같이 제103조 제2항으로 옮겨 규정되었다.

한편, 선거기간 중 선거와 무관하게 개최되는 향우회·종친회·동창회 모임까지도 금지시키는 것은 지나친 규제라는 비판이 있어 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 공직선거법 제103조가 개정되면서, 향우회·종친회·동창회도 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 개최되는 경우에만 금지되는 것으로 개정되었다(제103조 제3항).

(2) 입법취지

과거 여러 선거에서 선거기간 중 개최된 각종 집회에 후보자들이 참석하는

등으로 사실상 특정후보에 대한 선거운동이 이루어졌고, 이러한 집회를 통하여 후보자측에게 금품을 요구하는 등 선거분위기의 과열·타락이 조장되는 사례가 빈발하였는데, 특히 국가나 지방자치단체와 관련된 단체의 경우 그 영향력이 더 크다는 점에서 폐해가 지적되어 왔다.

심판대상조항은 이러한 과거의 선거현실에 대한 반성의 산물로서, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체인 바르게살기운동협의회가 선거기간 중에 모임을 개최하는 경우 그 모임의 성격, 개최 장소, 개최 목적, 모임의 내용 등을 불문하고 선거에 영향을 미친다고 보고 그 모임을 개최한 자를 처벌하기 위한 규정이다.

나. 책임주의원칙 위반 여부

형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의하여 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이므로 법질서가 부정적으로 평가할 만한 행위를 하지 않은 자에 대하여는 형벌을 부과할 수 없다. 왜냐하면 형벌의 본질은 비난가능성인데, 비난받을 만한 행위를 하지 않은 자에 대한 비난이 정당화될 수 없음은 자명한 이치이기 때문이다. 이와 같이 “책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다.”는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유로운 행동을 보장하고 있는 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다(헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10, 판례집 19-2, 520, 527 참조).

우리의 선거풍토에 관하여, 각종 선거 특히 지방선거에 출마하려는 후보자들 중 상당수가 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받아 운영되는 국민운동단체 간부로 활동한 전력이 있거나 그 친분관계를 통하여 국민운동단체를 선거에 이용하려 하고, 이러한 단체들은 보조금의 확대나 사업시행의 편의 등을 목적으로 특정 후보자를 위하여 선거에 관여하는 등 국민운동단체가 선거 때마다 특정 후보자를 위하여 선거에 개입한다는 비판이 있어 왔다.

국민운동단체는 목적과 활동에서 정치적 성향을 지니고 있으면서 국가나 지방자치단체로부터 조직운영 및 활동비 등의 예산을 지원받아 사용하고, 국·공유시설의 무상사용 등 각종 지원을 받으며, 상당한 지역별 인적조직을 형성하고 있고, 국가 또는 지방자치단체의 시책에 참여하는 일이 많을 뿐만 아니라 공무원들과 업무상 접촉할 기회가 적지 않은 특성을 가진다. 이러한 국민운동단체의 특성상, 선거기간 중에는 모임 그 자체만으로도 특정 정당이나 후보자의 당선 또는 낙선에 영향을 미칠 가능성이 적지 않으며, 통상의 모임을 빙자

하여 선거에 영향을 미치는 모임이 개최될 수 있는 점 등을 고려할 때, 다른 시기에 개최할 수도 있는 모임을 굳이 선거기간 중에 개최하는 경우에는 그 모임을 개최하는 행위 자체가 선거에 영향을 미치는 것으로 보아 이를 금지하는 것이 선거의 공정성을 확보하는 방법이 될 수 있다.

이와 같이 심판대상조항은 국민운동단체인 바르게살기운동협의회가 본격적인 선거운동이 이루어지는 선거기간 중에 모임을 개최하는 것이 선거에 영향을 미친다고 보고 그 모임을 개최한 자를 처벌하는 규정이다. 따라서 심판대상조항이 법적으로 비난가능성이 없는 자를 형사처벌하는 규정이라고 볼 수는 없으므로 심판대상조항은 책임주의에 위반되지 않는다.

다. 집회의 자유 침해 여부

(1) 제한되는 기본권

심판대상조항은 국민운동단체인 바르게살기운동협의회에 대하여 선거기간 중 일체의 모임을 금지시킴으로써 집회의 자유와 결사의 자유(단체활동의 자유)를 동시에 제한하고 있다. 이와 같이 하나의 규제로 인하여 여러 기본권이 동시에 제약 받는 기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 제청법원의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계가 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 하여 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337 참조).

심판대상조항에 대한 입법자의 일차적 의도는 선거기간 중 모임, 즉 집회를 금지하고자 하는 데 있으며, 단체의 모임은 단체의 다양한 활동 중의 하나에 불과하고, 헌법상 결사의 자유보다는 집회의 자유가 두텁게 보호되며, 위 조항에 의하여 직접 제약되는 자유 역시 집회의 자유라고 할 것이다. 따라서 아래에서는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지를 살핀다.

(2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

심판대상조항은 특별법에 의하여 설립되고 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받아 운영되는 국민운동단체인 바르게살기운동협의회를 통하여 선거기간 중에 직·간접적인 방법으로 이루어질 수 있는 관권 개입 또는 탈법 선거운동의 위험성을 미리 차단함으로써 선거의 공정성을 확보하고, 선거의 과열·혼탁을 방지하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

한편, 공직선거법은 이러한 입법목적 달성을 위하여 심판대상조항 외에

도 바르게살기운동협의회 등 국민운동단체의 상근 임·직원 및 단체(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자는 일체의 선거운동을 할 수 없을 뿐만 아니라(제60조 제1항 제8호), 교육 기타 명목 여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보할 수 없도록 하고 있고, 선거기간 중에 정상적 업무 외의 출장을 하거나 휴가를 내어 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하지 못하도록 하고 있으며(제86조 제1항), 위 단체 또는 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없도록 하고 있다(제87조 제1항 제4호). 그러나 이와 같은 규제들만으로는 본격적인 선거운동이 이루어지는 선거기간 중 비공개 모임을 통하여 은밀하게 이루어질 수 있는 탈법·부정행위를 방지하는 데에 한계가 있다. 나아가 이 사건 단체인 바르게살기운동협의회가 특별법에 의하여 설립되고, 국가나 지방자치단체로부터 상당한 예산을 지원받으며, 국·공유시설을 무상사용하면서 정부나 지방자치단체의 시책에 부응하는 업무를 수행하는 국민운동단체로서 일반 단체와 성격이 다르다는 점도 고려한다면, 심판대상조항과 같이 선거기간 중 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없도록 하는 것은 관권 개입이나 탈법 선거운동의 위험성을 차단하기 위한 수단으로서 그 적절성을 인정할 수 있다.

(3) 침해의 최소성 및 법익균형성

심판대상조항이 바르게살기운동협의회에 대하여 선거기간 중에 일체의 모임을 개최할 수 없도록 하는 것은, 앞서 본 국민운동단체의 특성상 선거기간 중의 모임을 통하여 관권이 개입되거나 특정 후보자에게 유리 또는 불리한 일이 발생할 가능성이 높음에도, 국민운동단체의 선거운동이나 일정한 행위를 금지하고 있는 위 공직선거법상 규제조항들만으로는 선거의 공정성을 확보하는데 한계가 있기 때문이다.

국민운동단체의 모임이 금지되는 시기는 공직선거법 제33조에 의한 선거기간, 즉 대통령선거의 경우 23일간, 국회의원선거, 지방자치단체의 의회의원 및 단체장선거의 경우 14일간이라는 비교적 짧은 기간에 한정되어 있다. 이러한 선거기간은 공직선거법 등에 의하여 예정되어 있어서 단체로서는 모임 금지에 미리 대비할 수 있고, 국민운동단체의 성격상 선거기간 중에 단체의 유지·존속을 위하여 불가피하게 모임을 개최하여야만 할 상황을 상정하기 어려우며, 선거기간 중에도 단체의 구성원들이 전화 등을 통하여 서로 의사연락을 할 수 있는 것이므로, 선거기간 중에 모임을 개최하지 못하도록 하더라도 그 단체가 유지·존속하고 활동하는 데 장애가 초래될 가능성은 희박하다. 더욱이 국민

운동단체는 특별법에 의하여 설립되어 국가 또는 지방자치단체의 보조를 받아 운영되고 일정 부분 공적인 활동을 수행하고 있으므로, 선거의 공정이라는 공익을 위한 기본권제한의 정도가 일반 사적 단체보다 더 높다고 하더라도 이를 수인할 필요가 있다.

집회의 자유는 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미칠 뿐만 아니라 정치적 의사형성에 참여할 수 있는 기회를 제공하고, 선거와 선거 사이의 기간에 유권자와 대표 사이의 의사를 연결하고 정치적 문제를 확인하는 기능을 하는바(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 589 참조), 이러한 집회의 기능을 고려하여 일반 단체와 다른 성격을 띠고 있는 국민운동단체에 대하여 관련 개입 및 탈법행위 발생의 구체적인 위협이 있는 선거기간 중에 한하여 그 모임을 개최할 수 없도록 하는 것은 최소 침해의 원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

또한 선거기간 중 국민운동단체의 모임 개최를 금지함으로써 달성하고자 하는 관련 개입 및 탈법행위 위험성의 차단이라는 공익은 선거기간 중 모임 금지를 통하여 받게 되는 불이익보다 크다고 할 것이므로 법익균형성원칙에도 위배되지 않는다.

(4) 소결

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되어 집회의 자유를 침해하지 않는다.

라. 평등원칙 위반 여부

심판대상조항은 다른 일반단체와 달리 국민운동단체인 바르게살기운동협의회에 대하여 선거기간 중 일체의 모임을 금지하고 있으므로, 집회의 자유의 제한에 관하여 위 단체를 일반단체와 달리 취급하고 있다.

공직선거법상 어떤 행위를 범죄로 규정할 것인지의 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 선거풍토와 선거문화, 범죄의 실태 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법정책에 관한 사항이므로, 심판대상조항이 평등원칙에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서는 자의금지원칙이 적용되어야 할 것이다.

심판대상조항이 국민운동단체인 바르게살기운동협의회에 대하여 선거기간 중 일체의 모임을 금지하고 있는 이유는, 앞서 본 바와 같은 국민운동단체의 특성상 선거기간 중의 모임을 통하여 관련이 개입되거나 특정 후보자에게 유리 또는 불리한 일이 발생할 가능성이 높은 점 등을 고려한 것이므로, 선거기간 중 개최되는 모임에 관하여 국민운동단체인 바르게살기운동협의회와 일반

단체를 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이며, 이를 자의적인 것이라고 할 수 없다.

따라서 심판대상조항은 평등원칙에 위반되지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

전라북도교육감과 교육과학기술부장관 간의 권한쟁의 등

(2013. 12. 26. 2012헌라3, 2013헌라1(병합))

【판시사항】

피청구인(교육부장관)이 교육감 소속 교육장 등에 대하여 특별징계 위원회에 징계의결을 요구한 행위(이하 '이 사건 처분'이라 한다)가 소속 교육공무원 징계에 관한 청구인들(전라북도 및 경기도)의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있는지 여부(소극)

【결정요지】

국가공무원법 등 관계 법령에 의하면 교육감 소속 교육장 등은 모두 국가공무원이고, 그 임용권자는 대통령 내지 교육부장관인 점, 국가공무원의 임용 등 신분에 관한 사항이 해당 지방자치단체의 특성을 반영하여 각기 다르게 처리된다면 국가공무원이라는 본래의 신분적 의미는 상당 부분 몰각될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 국가공무원인 교육장 등에 대한 징계사무는 국가사무라고 보아야 한다. 또한 구 교육공무원법령 등에 따라 교육감 소속 장학관 등의 임용권은 대통령 내지 교육부장관으로부터 교육감에게 위임되어 있고, 교육공무원법상 '임용'은 직위해제, 정직, 해임, 파면까지 포함하고 있는 점 등에 비추어 보면, 교육감 소속 교육장 등에 대한 징계의결요구 내지 그 신청사무 또한 징계사무의 일부로서 대통령, 교육부장관으로부터 교육감에게 위임된 국가위임사무이다.

그렇다면 국가사무인 교육장 등에 대한 징계사무에 관하여 지방자치단체가 청구한 이 사건 권한쟁의심판청구는, 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 심판청구로서 청구인들의 권한이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 볼 수 없으므로 부적법하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제61조 제1항, 제2항

지방자치법(2013. 7. 16. 법률 제11899호로 개정된 것) 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정) ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.

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

지방자치법(2013. 7. 16. 법률 제11899호로 개정된 것) 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령) ① 지방자치단체의 장이 법령의 규정에 따라 그 의무에 속하는 국가위임사무나 시·도위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 이행할 사항을 명령할 수 있다.

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

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

구 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정되고, 2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 “교육공무원”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

1. 교육기관에 근무하는 교원 및 조교
 2. 교육행정기관에 근무하는 장학관 및 장학사
 3. 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관에 근무하는 교육연구원 및 교육연구사
- ② 이 법에서 “교육기관”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 국립 또는 공립의 학교 또는 기관을 말한다.
1. 「유아교육법」 제2조 제2호에 따른 유치원, 「초·중등교육법」 제2조 및 「고등교육법」 제2조에 따른 각급학교
 2. 제39조 제1항에 따른 연수기관
 3. 교육 관계 법령이나 교육 관계 조례에 따라 설치된 학생수련기관 등 교육연수기관
- ③ 이 법에서 “교육행정기관”이란 교육과학기술부 및 그 소속 기관과 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 교육 관서를 말한다.

- ④ 이 법에서 “교육연구기관”이란 교육에 관하여 전문적으로 조사·연구를 하기 위하여 설립된 국립 또는 공립의 기관을 말한다.
- ⑤ 이 법에서 “임용”이란 신규채용, 승진, 승급, 전직(轉職), 전보(轉補), 겸임, 파견, 강임(降任), 휴직, 직위해제, 정직(停職), 복직, 면직, 해임 및 파면을 말한다.
- ⑥ 이 법에서 “직위”란 1명의 교육공무원에게 부여할 수 있는 직무와 책임을 말한다.
- ⑦ 이 법에서 “전직”이란 교육공무원의 종류와 자격을 달리하여 임용하는 것을 말한다.
- ⑧ 이 법에서 “전보”란 교육공무원을 같은 직위 및 자격에서 근무기관이나 부서를 달리하여 임용하는 것을 말한다.
- ⑨ 이 법에서 “강임”이란 같은 종류의 직무에서 하위 직위에 임용하는 것을 말한다.
- ⑩ 이 법에서 “복직”이란 휴직, 직위해제 또는 정직 중에 있는 교육공무원을 직위에 복귀시키는 것을 말한다.

구 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정되고, 2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것) 제29조(장학관 등의 임용) ① 교육과학기술부와 그 소속 기관에 근무하는 장학관 및 교육연구관은 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

② 교육감 소속 장학관 및 교육연구관 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 해당 교육감의 추천을 받아 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

- 1. 교육행정기관에 근무하는 시·도 교육청 과장급 이상의 직위에 해당하는 사람
- 2. 시·도 교육연수기관의 장
- 3. 시·도 교육연구기관의 장
- 4. 시·도 교원연수기관의 장

③ 제1항과 제2항에 따른 교육전문직원 외에 교육감 소속 장학관 및 교육연구관은 해당 교육감의 추천으로 교육과학기술부장관이 임용한다.

④ 제1항과 제2항에 따라 대통령이 임용하는 교육전문직원의 전보는 교육과학기술부장관이 하고, 제3항에 따라 교육과학기술부장관이 임용하는 교육전문직원의 전보는 해당 교육감이 한다.

구 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정되고, 2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것) 제30조(교감·교사·장학사 등의 임용) 다음 각 호의 교육공무원은 교육과학기술부장관이 임용한다.

- 1. 제24조, 제25조, 제26조, 제29조의2, 제29조의3 및 제55조에 규정된 사람을 제외한 교원
- 2. 장학사, 교육연구사

구 교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호로 개정되고, 2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것) 제33조(임용권의 위임 등) ① 대통령령으로 정하는 바에 따라 대통령은 그 임용권의 일부를 교육과학기술부장관에게, 교육과학기술부장관은 그 임용권의 일부를 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관의 장에게 위임할 수 있다.

② 생략

구 교육공무원 임용령(2012. 12. 4. 대통령령 제24215호로 개정되고, 2013. 3. 23. 대동

헌재 2013. 12. 26. 2012헌라3, 2013헌라1(병합)

령령 제24423호로 개정되기 전의 것) 제3조(임용권의 위임) ① 대통령은 「교육공무원법」(이하 “법”이라 한다) 제33조에 따라 다음 각 호의 임용권을 교육과학기술부장관에게 위임한다.

1. 법 제24조 제1항의 규정에 의한 대학(산업대학·교육대학·전문대학 및 「고등교육법」 제2조 제5호에 따른 원격대학을 포함한다. 이하 같다)의 장의 휴직·직위해제 및 복직
2. 법 제25조 제1항의 규정에 의한 교수 및 부교수의 임용
3. 법 제29조 제1항에 따른 장학관 및 교육연구관의 승급·겸임·휴직·직위해제 및 복직
- 3의2. 법 제29조 제2항에 따른 장학관 및 교육연구관의 임용
4. 법 제29조의2 제1항에 따른 교장 및 원장의 임용(교장 및 원장으로 임명하는 임용권은 제외한다)

②~④ 생략

⑤ 교육과학기술부장관은 법 제33조에 따라 다음 각 호의 임용권을 해당 교육감에게 위임한다.

1. 법 제29조의2 제7항에 따른 교장 및 원장의 전보
2. 삭제
3. 교감·원감·수석교사 및 교사의 임용
4. 법 제29조 제2항에 따른 장학관 및 교육연구관의 전보
5. 교육감 소속의 장학관 및 교육연구관(법 제29조 제2항에 따른 장학관 및 교육연구관을 제외한다)의 승급·겸임·직위해제·휴직 및 복직
6. 삭제
7. 교육감소속의 장학사·교육연구사의 임용
8. 법 제29조 제3항의 규정에 의한 장학관 및 교육연구관의 임용

⑥ 생략

구 교육공무원 임용령(2012. 12. 4. 대통령령 제24215호로 개정되고, 2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것) 제3조의2(임용권의 재위임) ①~③ 생략

④ 교육과학기술부장관은 「정부조직법」 제6조 제1항 후단에 따라 다음 각 호의 임용권을 해당 교육감에게 재위임한다.

1. 제3조 제1항 제3호의2에 따라 대통령으로부터 위임받은 장학관 및 교육연구관의 임용
2. 제3조 제1항 제4호에 따라 대통령으로부터 위임받은 교장 및 원장의 임용(제1항 제3호에 따른 교장 및 원장의 임용은 제외한다)

【참조판례】

헌재 2011. 8. 30. 2011헌라1, 판례집 23-2상, 249, 260-261

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 전라북도(2012헌라3)
대표자 교육감 김○환
대리인 변호사 김성호
2. 경기도(2013헌라1)
대표자 교육감 김○곤
대리인 변호사 정연순 외 1인
법무법인 다산
담당변호사 김철준 외 1인
법무법인 안양
담당변호사 김기현
- 피청구인 교육부장관
대리인 정부법무공단
담당변호사 김형성 외 4인

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2012헌라3 사건

피청구인(2013. 3. 23. 개정된 정부조직법에 따라 원래 이 사건 피청구인이었던 교육과학기술부장관의 권한을 교육부장관이 포괄적으로 승계하였다)은 2012. 1. 27. 학교생활기록부에 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기재하도록 하는 내용으로 ‘학교생활기록 작성 및 관리지침’(교육부훈령 제239호, 다음부터 ‘이 사건 훈령’이라 한다)을 개정하고 2012. 3. 1.부터 시행하였다.

전라북도교육감은 2012. 8. 20. 학교생활기록부에 위와 같은 조치사항을 기재하도록 하는 것은 학생의 기본권을 침해하고 법률유보원칙에 반한다는 자체 검토 결과 등을 바탕으로, 법원에서 형사범죄 확정판결을 받은 학생만을 학교생활기록부에 기재하도록 하는 등 위 훈령과는 다른 내용의 ‘학교폭력 가해학

생에 대한 학교생활기록부 기재요령 안내' 공문을 관내 각급 학교에 발송하였다. 그러자 피청구인은 2012. 8. 21. 지방자치법 제169조 제1항에 따라 전라북도교육감의 위 명령을 취소하도록 하는 내용의 시정명령을 한 뒤, 2012. 8. 24. 위 명령을 직권취소하였다.

피청구인은 2012. 8. 23.부터 2012. 9. 13.까지 '학교폭력 학교생활기록부 기재 관련 특정감사'를 실시하고, 이를 토대로 2012. 10. 16. 전라북도교육청에 대한 기관경고 처분을 함과 동시에 관할 징계위원회에 관련 교육공무원에 대한 징계의결요구를 신청할 것 등의 조치사항을 감사결과 통보일로부터 60일 이내에 이행할 것을 요구하였다. 그 뒤 피청구인은 2012. 11. 22. 전라북도교육감이 위 감사결과 조치사항(징계의결요구의 신청)을 이행하지 않는다는 이유로 지방자치법 제170조에 따라 '교육장, 시·도교육청 교육국장 및 그 하급자'에 대하여 2012. 11. 27.까지 징계의결요구를 신청하도록 하는 내용의 직무이행명령을 하였다. 그런데 전라북도교육감이 위 명령을 이행하지 아니하자 피청구인은 직접 2012. 12. 5. 전라북도교육감 소속 교육장 등에 대하여 특별징계위원회에 징계의결요구를 하였다.

이에 청구인은 피청구인의 위와 같은 징계의결요구가 지방교육자치에 관한 법률과 교육공무원법에 따라 부여받은 소속 공무원 징계에 관한 전라북도교육감의 최종적인 판단권한과 징계의결요구의 기초가 되는 신청권한을 침해하였다고 주장하면서 2012. 12. 14. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

(2) 2013헌라1 사건

피청구인이 2012. 3. 1. 이 사건 훈령을 시행하자, 경기도교육감은 2012. 8. 9. 국가인권위원회의 '인권친화적 학교문화 조성을 위한 종합정책권고'가 있었으므로 이 권고와 관련한 피청구인 및 경기도교육청의 향후 방침이 정해질 때까지 이 사건 훈령의 시행을 보류하도록 하는 공문을 관내 각급 학교에 발송하였다. 그러자 피청구인은 2012. 8. 23. 지방자치법 제169조 제1항에 따라 경기도교육감의 위 보류명령을 취소하도록 하는 내용의 시정명령을 한 뒤 2012. 8. 27. 위 보류명령을 직권취소하였다.

피청구인은 2012. 8. 28.부터 2012. 9. 13.까지 '학교폭력 학교생활기록부 기재 관련 특정감사'를 실시하였고, 이를 토대로 2012. 10. 16. 경기도교육청에 대한 기관경고 처분을 함과 동시에 관할 징계위원회에 관련 교육공무원에 대한 징계의결요구를 신청할 것 등의 조치사항을 감사결과 통보일로부터 60일 이내에 이행할 것을 요구하였다. 그 뒤 피청구인은 2012. 11. 22. 지방자치법 제170

조에 따라 교육공무원 특별징계위원회 관할 징계사건 대상자인 교육장 등에 대하여 2012. 11. 27.까지 징계의결요구를 신청하도록 하는 내용의 직무이행명령을 하였다. 그런데 경기도교육감이 위 명령을 이행하지 아니하자 피청구인은 직접 2012. 12. 5. 경기도교육감 소속 교육장 등에 대하여 특별징계위원회에 징계의결요구를 하였다.

이에 청구인은 피청구인의 위와 같은 징계의결요구가 지방교육자치에 관한 법률과 교육공무원법에 따라 부여받은 소속 공무원에 대한 징계권한과 학교생활기록부 작성에 관한 지도·감독권한을 침해하였다고 주장하면서 2013. 1. 10. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ‘피청구인이 2012. 12. 5. 전라북도교육감과 경기도교육감 소속 교육장·장학관 등에 대하여 특별징계위원회에 징계의결을 요구한 행위’(다음부터 ‘이 사건 처분’이라 한다)가 헌법과 법률에 따라 부여된 소속 교육공무원 징계에 관한 청구인들의 권한을 침해하는지 여부이다.

2. 청구인들의 주장요지

지방교육자치에 관한 법률 제20조 제16호, 제27조, 지방자치법 제9조 제1항 등에 따르면 소속 공무원에 대한 지도·감독 또는 인사에 관한 사무는 자치사무이고, 소속 공무원 징계에 관한 사무 또한 인사에 관한 사무의 주된 내용으로서 자치사무이다. 한편, 교육공무원법 제51조 제1항은 교육·학예의 대표자인 교육감에게 징계의무를 규정함과 동시에 징계사유 해당 여부에 대한 최종적인 판단권한을 전제로 징계의결요구권 및 징계의결요구 신청권을 부여하고 있다. 즉, 교육감의 징계의결요구 신청사무는 교육감에게 부여된 고유한 권한이지 교육부장관으로부터 위임받은 사무라고 할 수 없다.

이처럼 소속 공무원의 징계에 관한 사무는 자치사무이고, 징계사유에 해당 하는지 여부에 관한 최종적인 판단권한은 교육·학예의 대표자인 교육감에게 있음에도 불구하고, 피청구인은 기관위임사무에 한하여 발령되는 위법한 직무이행명령을 하였고 이를 기초로 특별징계위원회에 징계의결요구를 하였다. 그러므로 이는 교육감의 소속 공무원 징계에 관한 최종적인 판단권한과 징계의결요구의 기초가 되는 신청권한 및 학교생활기록부 기재에 관한 지도·감독권한을 침해한 것이다.

나아가 이 사건 훈령은 상위법령의 위임이 없어 법률유보원칙에 반하고, 학생의 인권을 보장하도록 규정한 초·중등교육법 제18조의4 등의 입법취지에

도 반하여 위헌·위법이다. 그런데도 이 사건 훈령이 적법한 것을 전제로 피청구인이 행한 징계의결요구 처분은 위법·무효이다.

3. 판 단

가. 권한쟁의심판청구가 적법하기 위한 요건

권한쟁의심판은 국가기관 상호간 또는 국가기관과 지방자치단체 간 그리고 지방자치단체 상호간에 헌법과 법률에 따른 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 발생한 경우에 헌법소송을 통하여 이를 유권적으로 심판함으로써 각 기관에게 주어진 권한을 보호함과 동시에 객관적 권한질서의 유지를 통해서 국가기능의 수행을 원활히 하고, 국가기관 및 지방자치단체라는 수평적 및 수직적 권력 상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법이 정한 권능질서의 규범적 효력을 보호하기 위한 제도이다. 헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에만 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 청구인과 피청구인 상호간에 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 경우가 아니거나, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 따라 부여받은 청구인의 권한을 침해할 가능성이 없는 경우에 제기된 권한쟁의심판청구는 부적법하다(헌재 2010. 12. 28. 2009헌라2, 판례집 22-2하, 612, 617-618; 헌재 2011. 8. 30. 2011헌라1, 판례집 23-2상, 249, 260-261 참조).

이 사건 심판청구가 적법하기 위해서는, 교육감 소속 교육공무원의 징계의결요구를 둘러싼 청구인들과 피청구인 사이의 분쟁이 헌법과 법률에 따라 부여된 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼으로서, 피청구인의 이 사건 처분으로 말미암아 청구인들의 권한이 침해될 가능성이 있어야 한다. 이를 위해서는 먼저 교육감 소속 교육공무원의 공무원법상 신분 및 지위를 살펴보고, 이들에 대한 징계사무의 법적 성격을 규명하는 것이 선행되어야 한다.

나. 교육공무원의 신분 및 임용

(1) 교원·교육장·장학관·장학사는 1963. 4. 17. 법률 제1325호로 제정된 국가공무원법에서부터 법관, 검사 등과 함께 별정직 국가공무원으로 규정되어 있었다. 이후 1973년 국가공무원법이 개정되면서 교원·교육장·장학관·장

학사 등을 통칭하여 교육공무원으로 규정하였고, 1981년 경력직공무원과 비경력직공무원으로 대별하기 시작한 다음부터는 교육공무원은 국가 경력직공무원 중 특정직공무원에 속하게 되었으며, 이는 현재까지 변함이 없다.

그런데 이 사건 처분이 있는 이후인 2012. 12. 11. 교육공무원법이 법률 제 11527호로 개정되면서, 교육공무원법 제58조에서 교육감 소속 장학관, 장학사, 교육연구원 및 교육연구사(다음부터 '교육전문직원'이라 한다)는 교육감이 임용하도록 하는 내용이 신설되었다. 이에 맞추어 지방공무원법도 같은 날 개정된 제2조 제2항 제2호에서 기존의 공립대학 및 전문대학에 근무하는 교육공무원 외에 국가공무원이었던 교육감 소속의 교육전문직원을 지방공무원(지방 경력직공무원 중 특정직공무원)으로 규정하였다. 따라서 위 법률 시행일인 2013. 6. 12.부터는 교육감 소속의 교육전문직원은 지방공무원으로 그 신분이 전환되었다. 그러나 이 사건 처분은 위와 같이 교육공무원법 및 지방공무원법이 개정되기 전에 행하여진 것일 뿐만 아니라 위 개정 법률들은 공포된 지 6개월 후인 2013. 6. 12.부터 시행되었으므로, 이 사건 처분 당시 교육감 소속 교육전문직원의 신분은 국가공무원이다.

(2) 이 사건 처분 당시 교육감 소속 장학관 및 교육연구원 중 시·도 교육청 과장급 이상의 직위에 해당하는 사람 등은 교육감의 추천을 받아 구 교육과학기술부장관(현 교육부장관, 다음부터 '교육부장관'이라 한다)의 제청으로 대통령이 임용하고[구 교육공무원법(2012. 12. 11. 법률 제11527호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제29조 제2항], 이외의 교육감 소속 장학관 및 교육연구관은 교육감의 추천으로 교육부장관이 임용하도록 되어 있었으며(구 교육공무원법 제29조 제3항), 장학사와 교육연구사는 교육부장관이 임용하였다(구 교육공무원법 제30조). 한편, 구 교육공무원법 제33조는 대통령령으로 정하는 바에 따라 대통령은 그 임용권의 일부를 교육부장관에게, 교육부장관은 그 임용권의 일부를 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관의 장에게 위임할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 구 교육공무원 임용령(2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조는 구 교육공무원법 제29조 제2항에 따른 교육감 소속 장학관 및 교육연구관의 임용을 교육부장관에게 위임하였고(구 교육공무원 임용령 제3조 제1항 제3호의2), 구 교육공무원법 제29조 제3항에 따른 교육감 소속의 장학관 및 교육연구관의 임용과 교육감 소속의 장학사·교육연구사의 임용을 교육감에게 위임하였다(구 교육공무원 임용령 제3조 제5항 제7호, 제8호). 또 구 교육공무원 임용령 제3조의2 제4항 제1호에서 교육부

장관에게 위임되어 있던 구 교육공무원법 제29조 제2항에 따른 교육감 소속 장학관 및 교육연구관의 임용을 교육감에게 재위임하였다.

결국 이 사건 처분 당시 교육감 소속 장학관 및 교육연구관 중 시·도 교육청 과장급 이상의 직위에 해당하는 사람 등의 임용은, 대통령으로부터 교육부장관에게 위임된 다음 다시 교육부장관에서 교육감에게 재위임되어 있고, 이외의 교육감 소속 장학관 및 교육연구관의 임용은 교육부장관으로부터 교육감에게 위임되어 있었다.

다. 교육감 소속 교육장 등에 대한 징계사무의 성격

(1) 피청구인의 이 사건 처분은, 교육감 소속 교육공무원에 대한 징계가 국가위임사무임을 전제로 지방자치법 제170조 제2항에 따라 행정상 필요한 조치의 일환으로 행하여진 것이다. 그러므로 청구인들의 권한이 침해되었는지 여부를 살피기 위해서는 위와 같은 징계사무가 국가위임사무인지 자치사무인지가 먼저 검토되어야 한다. 지방자치단체의 장이 처리하고 있는 사무가 국가위임사무에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지가 우선 고려되어야 한다.

(2) 교육부에 설치되어 있는 특별징계위원회의 징계 대상자는 교육장, 교육청에 근무하는 국장 이상의 장학관[구 교육공무원 징계령(2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제3항]이다. 그런데 앞서 살펴본 것처럼 교육감 소속 교육장 등은 모두 국가공무원이고, 그 임용권자는 대통령 내지 교육부장관인 점, 국가공무원의 임용 등 신분에 관한 사항이 지방공무원의 경우와 같이 해당 지방자치단체의 특성을 반영하여 서로 다르게 처리된다면 국가공무원이라는 본래의 신분적 의미는 상당 부분 몰각될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 국가공무원인 교육장 등에 대한 징계사무는 국가사무라고 보아야 한다.

또한 교육공무원법상 “임용”이란 신규채용, 승진, 승급뿐만 아니라 전직(轉職), 전보(轉補), 겸임, 파견, 강임(降任), 휴직, 직위해제, 정직(停職), 복직, 면직, 해임 및 파면까지 모두 포함하는 것이다(구 교육공무원법 제2조 제5항). 따라서 교육공무원의 임용권자는 응당 파면·해임·정직 등 일반적인 징계권한까지 포함하여 보유하고 있는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 교육감은 대통령이나 교육부장관으로부터 징계권을 포함한 임용권을 위임받은 것이고, 위임받은 임용권의 범위 안에서 대통령이나 교육부장관의 징계사무를 국가기관의 지위에서 집행·행사하는 것에 불과하다.

지방교육자치에 관한 법률 제20조 제16호, 제27조는 교육감이 교육·학예에 관하여 소속 국가공무원의 인사관리에 관한 사항을 관장하고, 소속 공무원의 임용·징계 등에 관한 사항을 처리한다고 규정하고 있다. 그러나 이는 교육감이 교육공무원법령에 따라 위임받은 국가사무를 그의 관장 사무로서 확인하는 취지에 불과하므로, 이 규정을 근거로 해당 사무를 지방자치단체의 교육·학예에 관한 자치사무라고 볼 수 없다.

(3) 위와 같은 국가공무원법상 교육공무원의 신분과 지위, 그 권한의 위임에 관한 교육공무원법령의 규정 형식과 취지 등을 종합하여 보면, 국가공무원인 교육장등에 대한 징계는 국가사무이고, 교육감 소속 국가공무원인 교육장 등에 대한 징계의결요구 내지 그 신청사무 또한 징계사무의 일부로서 대통령, 교육부장관으로부터 교육감에게 위임된 국가사무라고 보아야 한다.

라. 이 사건 심판청구의 적법 여부

(1) 교육감 소속 국가공무원인 교육장 등에 대한 징계사무는 사무수행의 편의와 능률 그리고 해당 교육청이 담당하는 업무와의 연관성을 고려해 국가가 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무이다. 징계의결요구 내지 그 신청 권한 역시 법령에 의할 때 기본적으로 ‘국가사무’일 뿐 지방자치단체인 청구인들의 권한이라고 할 수 없다. 국가가 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임 사무는 그 처리의 효과가 국가에 귀속되는 국가의 사무로서 지방자치단체의 사무라 할 수 없다. 지방자치단체의 장은 기관위임사무의 집행권한과 관련된 범위에서는 그 사무를 위임한 국가기관의 지위에 서게 될 뿐이다(헌재 2008. 12. 26. 2005헌라11, 판례집 20-2하, 547, 552 참조). 이와 같이 헌법과 법률에 따라 지방자치단체에게 부여된 권한이 아닌 것을 자신의 권한인 자치사무라고 주장하면서 제기한 권한쟁의심판청구는 ‘청구인들의 권한’이 침해될 개연성이 없어 부적법하다(헌재 2008. 3. 27. 2006헌라1, 판례집 20-1상, 332, 352; 헌재 2006. 3. 30. 2003헌라2, 공보 114, 523, 525 등 참조).

나아가 청구인들의 주장을 지방자치법 제170조 제1항에 따른 피청구인의 직무이행명령이 부당하다는 취지로 볼 경우에도, 이는 지방자치법 제170조 제3항에 따라 이의소송으로 다룰 사항이지, 헌법과 법률이 설정한 객관적 권한질서를 유지하기 위한 법적 수단으로서 권한쟁의심판이 대상으로 하는 ‘권한의 존부 또는 범위’에 관한 다툼으로 볼 수 없다.

(2) 한편, 청구인 경기도는, 이 사건 훈령이 권고사항에 불과하여 교육감은 위 훈령과 다른 내용으로 관내 각급 학교에 학교생활기록의 작성에 관하여 지

도·감독할 수 있고, 이러한 지도·감독에 따른 소속 교육공무원에 대하여 행하여진 피청구인의 이 사건 처분은 교육감의 학교생활기록의 작성에 관한 지도·감독권한을 침해한다고 주장한다. 그러나 이 사건 처분 자체는 특정감사결과 조치사항 중 특별징계위원회 관할 교육공무원의 징계를 이행하기 위한 것일 뿐, 경기도교육감의 학교생활기록의 작성에 관한 지도·감독권한에 어떠한 제한을 가하거나 부담을 부과하는 것이 아니다. 그렇다면 징계사무에 관하여 행하여진 피청구인의 이 사건 처분으로 말미암아 경기도교육감의 학교생활기록의 작성에 관한 지도·감독권한이 직접 제약받는다고 볼 수 없다. 따라서 청구인 경기도의 학교생활기록의 작성에 관한 지도·감독권한 침해 주장 부분 역시 ‘권한이 침해될 가능성’이 없어 부적법하다.

(3) 결국 교육감 소속 교육장 등에 대한 징계사무는 교육공무원법 등에 따라 교육감에게 위임된 기관위임사무로서 국가사무이고 지방자치단체의 사무가 아니므로, 그 징계사무에 관하여 행하여진 피청구인의 이 사건 처분이 헌법과 법률이 청구인들에게 부여한 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법한 심판청구로서 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로, 헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제219조에 따라 변론 없이 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제3조 등 위헌소원

(2013. 12. 26. 2011헌바108)

【판시사항】

1. 당해 법률의 해석·적용상의 주의사항을 규정한 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조(이하 ‘목적조항’이라 한다)에 대해 재판의 전제성이 인정되는지 여부(소극)

2. 동석한 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 성폭력 피해아동의 진술이 수록된 영상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 “제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”는 부분(이하 ‘증거능력 특례조항’이라 한다)이 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 목적조항은 위 법의 해석과 적용상의 일반적 주의사항을 추상적으로 규정하고 있을 뿐 당해 사건에 직접 적용되는 법률이 아니고, 목적조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고도 볼 수 없으므로 재판의 전제성을 인정할 수 없다.

2. 증거능력 특례조항의 입법목적은, 성폭력범죄 피해아동이 법정에서 반복하여 피해경험을 진술함으로써 입을 수 있는 심리적·정서적 외상과 충격으로부터 피해아동을 보호하려는 것으로서 그 정당성

이 인정되고, 성폭력 피해아동의 영상녹화물에 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 증거능력을 부여하여 피해아동에 대한 법정에서의 조사와 신문은 최소화한 것은 이러한 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 된다. 법원은 실제적 진실 발견과 피해아동의 보호를 포함한 제반 사정을 고려하고 관련된 이익을 비교하여 피해아동을 피고인 및 변호인의 신청 또는 직권으로 증인으로 소환하여 신문할 수 있고, 이 경우 피고인 및 변호인은 참여권과 신문권 등이 보장된다. 또한 성폭력범죄 피해아동에 대하여는, 거칠고 날선 법정에서의 반대신문보다는 사건 초기의 생생한 기억 속에서 이루어진 진술을 영상녹화의 방법으로 왜곡 없이 온전하게 보전한 다음, 이를 아동진술전문가나 심리학자 등으로 하여금 전문적·과학적 방법으로 분석하게 하여 그 신빙성을 검증하는 것이 실제적 진실의 발견에 더욱 효과적일 수 있다. 피고인으로 하여금 진술 당시 동석한 신뢰관계인에 대한 신문이나 진술 과정을 그대로 녹화한 영상녹화물에 대한 전문적, 과학적 방법에 의한 탄핵을 통하여 자신을 방어할 수 있게 하는 효과적인 대체수단이 존재하고, 구체적인 사건에서 피해아동의 보호와 실제적 진실발견 등 제반 요소를 고려한 법원의 개별적 판단에 따라 피해아동에 대한 반대신문권을 행사할 수 있는 기회도 여전히 남아 있으므로, 증거능력 특례조항이 침해최소성 및 법익균형성의 원칙에 위배된다거나, 피해아동의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하고 있다고 볼 수 없다.

재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 증거능력 특례조항 부분에 대한 반대의견

탄핵할 기회를 부여받지 못한 피해자의 일방적인 진술만을 근거로 유죄의 판결을 받을 수 있도록 하는 것은, 헌법이 보장한 공정한 재판을 받을 권리와 적법절차의 원칙으로부터 요청되는 최소한의 공정성과 절차적 정의를 갖추지 못한 것이므로 원칙적으로 허용될 수 없다. 반대신문권 보장의 의의가 실제적 진실의 발견을 위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고, 재판결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데에 있는 것인 이상, 이를 배제한 일방만의 보호는 실제적 진

실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없고 그 재판 결과를 피고인에게 설득할 수도 없다. 따라서 증거능력 특례조항의 입법목적의 중대성을 감안하더라도 그 제한을 정당화할 만한 부득이한 사정이 있다거나 입법목적의 달성을 위한 합리적이고 적절한 수단이 된다고 보기 어렵다. 또한 우리 법령에는 비디오중계장치에 의한 신문제도, 심리의 비공개, 신뢰관계인의 동석 제도 등 피고인의 반대신문권을 완전히 박탈하지 않으면서도 피해아동의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 가지 장치들을 이미 마련해 두고 있다. 따라서 증거능력 특례조항은 피해아동의 보호만을 앞세워 피고인의 반대신문권을 박탈함으로써 공정한 재판을 받을 권리로부터 요구되는 최소한의 절차적 정의를 갖추지 못한 것으로서, 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조(해석·적용상의 주의) 이 법을 해석·적용할 때에는 아동·청소년의 권익을 우선적으로 고려하여야 하며, 이해관계인과 그 가족의 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2(영상물의 촬영·보존 등) ①~④ 생략

⑤ 제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.

⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제161조의2(증인신문의 방식)

- ① 증인은 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문한다.
- ② 재판장은 전항의 신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다.
- ③ 재판장은 필요하다고 인정하면 전2항의 규정에 불구하고 어느 때나 신문할 수 있으며 제1항의 신문순서를 변경할 수 있다.

④ 법원이 직권으로 신문할 증인이나 범죄로 인한 피해자의 신청에 의하여 신문할 증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 의한다.

⑤ 합의부원은 재판장에게 고하고 신문할 수 있다.

형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 것) 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ①~③ 생략

④ 검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.

⑥ 생략

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되기 전의 것) 제18조의2(영상물의 촬영·보존 등) ① 아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치에 의하여 촬영·보존할 수 있다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 때에는 촬영을 하여서는 아니 된다.

② 제1항에 따른 영상녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호인 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

③ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.

④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인으로부터 신청이 있는 때에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 교부하여야 한다.

⑤ 생략

⑥ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11002호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은

다음과 같다.

1. “아동·청소년”은 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.
2. “아동·청소년대상 성범죄”는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.
 - 가. 제7조부터 제12조까지의 죄(제8조 제4항의 죄는 제외한다)
 - 나. 아동·청소년에 대한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제10조까지 및 제14조의 죄
 - 다. 아동·청소년에 대한 「형법」 제297조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조, 제305조 및 제339조의 죄
 - 라. 아동·청소년에 대한 「아동복지법」 제29조 제2호 및 제6호의 죄

3.~7. 생략

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것) 제26조(영상물의 촬영·보존 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄를 당한 피해자의 나이, 심리 상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

② 생략

③ 제1항의 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다.

④ 제3항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.

⑤~⑥ 생략

【참조판례】

2. 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355-357
 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 362
 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820
 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226
 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 549
 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 851
 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200
 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387, 394
 헌재 2012. 7. 26. 2010헌바62, 판례집 24-2상, 93, 99
 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결

【당 사 자】

청 구 인 노○선

국선대리인 변호사 송재호

당해사건 대전고등법원 2010노573 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간등)

【주 문】

1. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조에 대한 심판청구를 각하한다.

2. 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 “제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 정신지체 2급의 지적 장애인으로, 2010년 5월 중순경부터 2010. 7. 2.까지 3회에 걸쳐 만 8세와 9세의 아동인 피해자들의 엉덩이를 툭툭 치거나 가슴을 만지는 등 강제추행하였다는 혐의로 기소되었다. 이 사건 제1심(대전지방법원 공주지원 2010고합51) 공판에서 피해아동 어머니들의 진술에 따라 진정하게 성립되었음이 인정된 피해아동들에 대한 영상녹화물이 공소사실에 관한 증거로 채택·조사되었다. 그러나 그 원진술자인 피해아동들에 대한 증인신문은 이루어지지 않았고, 법원은 위 영상녹화물을 주요 증거로 공소사실 중 일부를 유죄로 인정하여 청구인에게 징역 1년에 집행유예 2년, 보호관찰 및 3년간의 정보공개를 명하는 판결을 선고하였다.

청구인은 위 판결에 불복하여 항소한 뒤(대전고등법원 2010노573, 당해사건), 원진술자인 피해아동들의 법정에서의 진술 없이도 피해아동들에 대한 영

상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제18조의2 제5항과 위 법의 해석적용상의 주의사항을 규정한 같은 법 제3조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그리고 위 신청이 2011. 5. 13. 기각되자 청구인은 같은 달 30일 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편, 당해 사건 재판부는 위 영상녹화물의 원진술자인 피해아동 중 1인에 대한 청구인의 증인신청을 받아들여 그 아동을 증인으로 신문한 다음, 위 제청 신청 기각결정일과 같은 날 제1심 판결을 파기하고 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 청구인에게 징역 1년 6월에 집행유예 2년, 3년간의 신상정보공개를 명하는 판결을 선고하였다. 위 판결은 2012. 6. 14. 대법원의 상고기각으로 확정되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조(다음부터 ‘목적조항’이라고 한다) 및 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 영상물에 수록된 피해자의 진술을 증거로 할 수 있도록 한 부분(아래 밑줄 그은 부분, 다음부터 ‘증거능력 특례조항’이라고 한다)의 위헌 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같고 관련조항의 내용은 별지와 같다.

[심판대상조항]

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9765호로 개정된 것) 제3조(해석·적용상의 주의) 이 법을 해석·적용할 때에는 아동·청소년의 권익을 우선적으로 고려하여야 하며, 이해관계인과 그 가족의 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것)

제18조의2(영상물의 촬영·보존 등) ⑤ 제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.

2. 청구인의 주장요지

심판대상조항은 피해아동의 법정증언 없이 그 진술이 수록된 영상녹화물의

증거능력을 인정하고 있다. 그런데 아동은 성인과 같은 분별력이 없어 그 진술이 사실과 다를 가능성이 적지 않다. 그럼에도 불구하고 단순히 아동이라는 이유만으로 피고인으로 하여금 원진술자인 아동에 대한 반대신문을 통하여 그 진술을 탄핵할 수 있는 기회를 주지 아니하는 것은, 적법한 절차에 의하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제11조의 평등원칙, 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위배된다.

3. 적법요건에 관한 판단

목적조항은 위 법의 해석과 적용상의 일반적 주의사항을 추상적으로 규정하고 있을 뿐 당해 사건에 직접 적용되는 법률이 아니다. 또 위 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고도 볼 수 없다. 따라서 위 조항에 관하여는 재판의 전제성을 인정할 수 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

4. 분안에 관한 판단

가. 증거능력 특례조항의 의의

증거능력 특례조항은 성폭력범죄로 피해를 입은 아동과 청소년(다음부터 ‘피해아동’이라고 한다)이 재판에 출석하여 증언하는 경우 발생할 수 있는 심리적, 정서적 충격으로 인한 ‘2차 피해’를 최소화하고자 하는 데 그 입법목적이 있다. 즉 성에 관한 인식과 자아관념이 형성되는 과정에 있고 방어력이 취약한 피해아동이 재판 과정에서 끔찍한 기억에 대한 반복적인 회상을 강요당하거나 가해자를 다시 대면하게 됨으로써 정신적 상처로부터의 회복이 방해되는 것을 방지하고, 피해아동의 신상 및 사생활에 관한 사항이 노출되거나 공개된 법정에서 자신의 진술의 신빙성을 공격받게 됨으로써 올 수 있는 심리적·정서적 충격으로부터 피해아동을 보호하고자 하는 것이다.

형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하여 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 그런데 증거능력 특례조항은 피해아동뿐 아니라 그와 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람에 의한 성립인정의 진술만으로도 증거능력이 부여되는 전문법칙의 예외를 규정하여, 원진술자인 피해아동의 법정진술 없이도 전문증거인 영상녹화물을 아동성폭력범죄의 ‘본증’으로서 사용할 수 있도록 하고 있다. 이는 성폭력범죄의 피해아동이 법정에 출석하여 증언함으로써 입을 수 있는 2차 피해를

방지하기 위하여 원진술자의 범정출석을 전제로 하여 가능한 피고인의 반대신문권 행사를 실질적으로 제한하는 의미를 갖는다.

한편, 형사소송법은 ‘당연히 증거능력 있는 서류’를 규정한 제315조와 원진술자의 사망, 질병, 외국거주 등으로 인한 ‘증거능력의 예외’를 규정한 제314조에서도 원진술자에 대한 반대신문의 기회 부여 없이 전문증거의 증거능력을 인정하고 있다. 전자는 공무상 또는 업무상 기계적·반복적으로 작성되거나 고도의 신용성 보장이 있어 굳이 반대신문을 거칠 필요가 없다는 점에서, 후자는 반대신문을 위한 증인 소환이 현실적으로 불가능하거나 현저히 곤란하여 반대신문을 할 수 없는 경우라는 점에서 전문법칙의 예외를 인정하는 것이다. 그러나 증거능력 특례조항은 문제되는 전문증거인 피해아동의 진술이 반대신문을 거칠 필요가 없거나 반대신문을 할 수 없는 경우에 해당한다고 할 수 없는데도, 피해아동의 2차 피해 방지라는 적극적인 목적을 위하여 피고인의 반대신문권을 제한하고 있다는 점에서 위 조항들과 구별되는 고유한 헌법적 문제를 야기한다.

나. 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부

(1) 공정한 재판을 받을 권리와 반대신문권의 보장

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820). 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 범정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355-357; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226; 헌재 2001. 6. 28. 99헌가14, 판례집 13-1, 1188, 1200).

헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하지는 않았으나, 형사소송법은 제161조의2에서 상대 당사자의 반대신문을 전제로 한 교호신문제도를 규정하고 있고, 제312조 제4항, 제5항에서 ‘공판준비 및 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여’ 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정하도록 규정함으로써

써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 명문으로 인정하고 있다. 이는 위와 같은 공정한 재판을 받을 권리를 형사소송절차에서 구현하고자 한 것이다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 362; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 549; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 851 등 참조). 형사소송법은 이러한 반대신문권을 실질적·적극적으로 보장하기 위하여 제310조의2 이하에서 증거능력 부여과정에서도 전문증거의 증거능력을 제한하고 있다.

그런데 증거능력 특례조항은 피해아동의 진술이 수록된 영상녹화물에 피해아동의 법정진술 없이도 증거능력이 부여될 수 있도록 함으로써 피고인의 반대신문권 행사를 제한하는 규정으로서, 헌법 제27조가 정한 재판청구권, 그중에서도 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 제한하고 있는 것이므로 그 제한이 헌법적 한계를 벗어난 것인지 여부가 문제된다.

한편, 청구인은 증거능력 특례조항이 적법절차의 원칙에도 위반된다고 주장한다. 그런데 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서, 증거능력 특례조항과 관련해서는 사실상 반대신문권을 보장하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 문제에 귀착된다. 따라서 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부에 대한 판단 속에 적법절차의 원칙 위반 여부에 대한 판단까지 포함된다(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387, 394; 헌재 2012. 7. 26. 2010헌바62, 판례집 24-2상, 93, 99 참조).

(2) 과잉금지원칙 위배 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

증거능력 특례조항의 입법목적은, 성폭력범죄 피해아동이 법정에서 반복하여 피해경험을 진술함으로써 입을 수 있는 심리적·정서적 외상과 충격으로부터 피해아동을 보호하려는 것으로서 그 정당성이 인정된다. 그리고 피해아동의 진술을 영상녹화하고 그 영상녹화물에 대하여 아동과 동석한 신뢰관계인의 성립인정의 진술만으로 증거능력이 부여될 수 있도록 함으로써 피해아동에 대한 법정에서의 조사와 신문을 최소화할 수 있도록 한 것은 이러한 목적을 달성하기 위해 적절한 수단이라고 할 것이다.

(나) 피해최소성 및 범익균형성

이 사건의 쟁점은, 증거능력 특례조항이 피고인의 방어권을 지나치게 제한하여 기본권 제한입법이 갖추어야 할 피해최소성 및 범익균형성의 원칙에 위

배되거나, 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하고 있는지 여부이다. 이것은 증거능력 특례조항이 피고인의 반대신문권을 제한하는 정도와 피고인에게 대체적인 방어수단이 존재하는지 여부, 위 조항의 규율 대상인 영상녹화물이 증거방법으로서 갖는 성격과 그것이 피고인의 방어권에 미치는 실질적인 영향 그리고 피고인의 반대신문권을 보장하면서 입법목적을 달성할 수 있는 다른 대체적인 수단이 있는지 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

증거능력 특례조항은 전문법칙을 분별없이 적용하여 일률적으로 원진술자인 피해아동을 법정에서 출석시켜 진술하도록 하는 것을 방지함으로써, 피고인의 행사절차상 권리의 보장과 성폭력범죄 피해아동의 보호 사이의 조화를 도모한 규정일 뿐, 피고인의 피해아동에 대한 반대신문을 금지하고자 하는 조항이 아니다. 즉 법원은 영상녹화물에 수록된 진술의 신빙성이나 구체성, 사건의 내용, 피해아동의 연령과 출석의지, 피고인 주장의 합리성 등 실체적 진실발견과 피해아동의 보호를 포함한 제반 사정을 고려하고 관련된 이익을 비교하여, 형사소송법 제294조, 제295조에 따라 원진술자인 피해아동을 피고인 및 변호인의 신청 또는 직권으로 증인으로 소환하여 신문할 수 있다. 이 경우 피고인 및 변호인은 형사소송법 제161조의2, 제163조에 따라 증인신문에의 참여권과 신문권 등이 보장되므로 증거능력 특례조항이 피고인의 반대신문권을 본질적으로 제한하고 있다고 볼 수는 없다. 그리고 위와 같은 제반사정을 고려한 법원의 증인채택결정에도 불구하고 피해아동이 법정에서 출석하지 아니하여 반대신문권이 행사되지 못하였다면, 법원은 영상녹화물에 대한 증명력의 판단에서 그러한 사정을 적절히 고려할 수 있다.

또한 증거능력 특례조항에 따라 영상녹화물의 증거능력이 인정되기 위해서는 최소한 동석한 신뢰관계인이 성립인정에 관한 진술을 하도록 하고 있으므로, 피고인은 그 신뢰관계인을 통하여 영상녹화 당시의 피해아동의 진술 태도, 진술의 경위와 내용 등 영상녹화물에 수록된 진술의 증거능력 및 증명력 판단에 필요한 사정들을 1차적으로 탄핵할 수 있는 대체적인 방법이 마련되어 있다. 그리고 이러한 대체적인 방법에 의하여 그 진실성이 쉽사리 판단되지 않을 때 비로소 피해아동에 대한 신문을 행하여도 늦지 않다.

나아가 법정 신문에 대신한 영상녹화물을 통한 증거조사가 반드시 소극적 실체적 진실발견이라는 관점에서 피고인에게 불리한 것이라고 단정할 수 없다. 연령에 따라 정도의 차이는 있으나 아동과 청소년은 기억과 인지능력의 한계로 말미암아 유도신문과 암시적 질문 등 부적절한 신문방법에 의하여 그 기

역과 진술이 왜곡될 가능성이 성인에 비하여 크고, 질문의 사회적·법적 의미를 이해하여 이를 표현해 내는 능력 또한 성인에 비하여 떨어지는 것이 일반적이다. 따라서 전문성 없는 피고인 또는 변호인에 의한 반대신문은 피해아동에게 2차 피해를 초래할 수 있을 뿐 아니라 그것이 종국적으로 목적하는 진술의 진실성을 밝혀내는 데에도 큰 한계가 있다. 그러므로 성폭력범죄 피해아동에 대하여는, 거칠고 날선 법정에서의 반대신문보다는 사건 초기의 생생한 기억 속에서 이루어진 진술을 영상녹화의 방법으로 왜곡 없이 온전하게 보존한 다음, 이를 아동진술전문가나 심리학자 등으로 하여금 전문적·과학적 방법으로 분석하게 하여 그 신빙성을 검증하는 것이 피고인의 무고함을 밝힌다는 의미에서 실제적 진실의 발견에 더욱 효과적일 수 있다. 한편, 진술의 취득과정 자체가 고스란히 담긴 영상녹화물은 질문자의 부적절한 암시나 잘못된 정보제공·반복적인 질문을 통한 유도신문, 진술의 강요나 회유 등이 있었는지 여부 등 영상녹화가 아니고서는 쉽게 드러나지 않는 아동진술의 신빙성 판단에 필요한 요소들(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 참조)을 그대로 보여준다는 점에서, 피고인은 이를 통하여 피해아동 진술의 신빙성을 충분히 탄핵할 수 있다.

또한 증거능력 특례조항에 의하여 전문법칙의 예외가 인정되는 것은 일반적인 진술조서나 진술서가 아닌 ‘영상녹화물’에 한하는 것이다. 영상녹화물은 진술이 이루어지는 당시의 시각적 장면과 음성을 기술적으로 거의 완전하게 재생할 수 있고, 그 진술의 취득과정 자체와 이른바 ‘태도증거(demeanor evidence)’에 해당하는 진술자의 진술태도 및 언어의 미묘한 차이가 고스란히 드러나게 되므로, 그 성립과정에서의 왜곡이 없는 한 통상의 전문증거에 비하여 반대신문에 의한 검증의 필요성이 상대적으로 적다고 할 수 있다.

다음으로 증거능력 특례조항 외에 성폭력범죄 피해아동의 2차 피해 방지를 위한 대안으로 생각할 수 있는 비디오 등 증거장치에 의한 신문이나 피고인의 퇴정 조치, 신뢰관계인의 동석 제도 등은 가해자와의 직접적인 대면으로 인한 피해아동의 충격과 공포감을 완화시키는 데 다소 도움이 될 수 있지만, 피해아동이 과거의 끔찍한 피해경험에 대한 반복적인 회상을 강요받게 되는 것을 막을 수는 없다. 또 피해아동이, 피고인의 이익을 위하여 자신의 진술이 거짓임을 탄핵하는 것을 본질적인 목적으로 하는 반대신문의 거친 공격 앞에 놓이게 되는 것 역시 피할 수 없게 되므로, 피해아동에 대한 2차 피해를 막는 대안로서는 한계가 있다고 하지 않을 수 없다.

마지막으로, 증거능력 특례조항은 그 적용대상을 만 19세 미만의 아동·청소년 대상 성폭력범죄로 함으로써 실질적으로 성인이 아닌 모든 미성년의 성폭력 피해자를 보호대상으로 삼고 있다. 그런데 청소년 역시 심리적·정서적으로 아직 미성숙하고, 특히 감수성이 예민한 시기에 있어 성폭력범죄 및 그에 따른 2차 피해로 인해 보다 장기적이고 심각한 영향을 받을 우려가 있는 점, 더욱이 이 연령대의 청소년이 대부분 학령기에 있으므로, 성폭력피해 후 반복적인 사법절차에의 관여는 학업에 대한 부적응, 또래들 사이의 부정적인 소문의 확산 등으로 인해 그 피해가 증폭될 위험이 있는 점, 그리고 위와 같은 증거능력 특례의 적용범위는 관련 법률의 수차 개정으로 만 13세 미만의 아동에서부터 16세 미만의 아동으로 확대되었다가 현재에 이르게 되었는데, 이는 아동·청소년 대상 성범죄로부터 기존 법률로 포섭되지 않던 연령의 청소년에 대한 보호 필요성이 경험적으로 강하게 대두된 데 따른 입법적 결단이었던 점 등을 감안해 볼 때, 위와 같은 적용범위의 확대가 보호대상인 피해아동의 범위를 부당하게 확대한 것이라고 볼 수도 없다.

이와 같이 성폭력범죄 피해아동의 진술의 경우에는 ‘피해아동의 보호’나 ‘실체적 진실발견’이라는 두 측면에서 모두 피고인의 반대신문권을 제한할 만한 합리적인 사유가 있다고 인정된다. 또 피고인으로 하여금 진술 당시 동석한 신뢰관계인에 대한 신문이나 진술 과정을 그대로 녹화한 영상녹화물에 대한 전문적, 과학적 방법에 의한 탄핵을 통하여 자신을 방어할 수 있게 하는 효과적인 대체수단이 존재한다. 나아가 구체적인 사건에서 피해아동의 보호와 실체적 진실발견 등 제반 요소를 고려한 법원의 개별적 판단에 따라 피해아동에 대한 반대신문권을 행사할 수 있는 기회도 여전히 부여받고 있다. 이러한 사정들과 증거능력 특례조항이 보호하고자 하는 공익의 중대성에 비추어 볼 때, 증거능력 특례조항이 침해최소성 및 법익균형성의 원칙에 위배된다거나, 피해아동의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 본질적으로 침해하고 있다고 볼 수 없다.

다. 청구인의 나머지 주장에 관한 판단

(1) 평등권 침해 주장

청구인은, 증거능력 특례조항이 아동이나 청소년인 피해자를 보호하기 위한 것으로서 성인인 피고인을 차별하고 있는데, 청구인은 아동과 마찬가지로 정신적으로 미성숙한 지적 장애인이므로 위 차별취급에 합리성이 없다는 취지로 주장한다. 그러나 ‘성인인 가해자 또는 피고인’은 ‘아동 또는 청소년인 피해자’

와 본질적으로 동일한 집단에 속한다고 보기 어려워 평등원칙의 침해를 논할 비교집단이 될 수 없으므로, 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

(2) 인간의 존엄과 가치 등 침해 주장

청구인은 증거능력 특례조항이 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다고 주장한다. 그러나 증거능력 특례조항이 이와 직접적으로 관련되는 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다면, 이보다 포괄적인 기본권인 인간으로서의 존엄과 가치나 행복추구권을 침해한다고도 볼 수 없다.

(3) 무죄추정의 원칙 위배 주장

청구인은 증거능력 특례조항이 헌법 제27조 제4항에서 정한 무죄추정의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 증거능력 특례조항은 피고인이 유죄라는 전제에서 전문증거의 증거능력을 인정하는 것이 아니라, 피해아동이 법정에서 피해경험을 진술함으로써 입을 수 있는 2차 피해를 방지하는 데 목적이 있을 뿐이다. 또 아동진술의 특수성에 비추어, 사건이 발생한 초기에 이루어진 피해아동의 진술을 영상녹화하여 전문적이고 과학적인 방법을 통해 그 신빙성을 검증하는 것이 피고인의 무고함을 밝히는 데 보다 적합한 수단이 될 수도 있으므로, 증거능력 특례조항이 피고인이 유죄임을 전제로 한 규정이라고 볼 수 없다. 따라서 청구인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 심판대상조항 중 목적조항에 대한 심판청구는 부적법하고, 증거능력 특례조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 증거능력 특례조항에 관하여 아래 6.과 같은 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 증거능력 특례조항에 대한 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 반대의견

가. 반대신문권 보장의 헌법적 의의

자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여하여야 한다는 절차적 권리의 보장은 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제3항 및 제4항에 의하여 인정되는 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이루는 것으로서(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829-830 참조), 자신이 탄핵할 기회를 부여받지 못한 피해자의 일방적인 진술만을 근거로 유죄의 판결을 받을 수 있도록 하는 것은, 우리 헌법이 보장한 공정한 재판을 받을 권리와 적

법절차의 원칙으로부터 요청되는 최소한의 공정성과 절차적 정의를 갖추지 못한 것이므로 원칙적으로 허용될 수 없다. 이와 같이 반대신문권의 보장이 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용으로 이해되는 이유는, 전문증거의 내용이 되는 진술증거는 불완전한 인간의 지각과 기억에 기초한 것일 뿐 아니라 그 표현과 전달에 잘못이 있을 수 있고 또 신문자의 신문방식에 의해서도 진술자의 원래 의사나 기억과 다른 내용이 전달될 가능성도 커서 본질적으로 오류 가능성이 큰 증거방법이므로, 반대신문에 의한 탄핵을 거쳤을 때에만 비로소 진정한 증거로서의 가치를 가질 수 있고, 이러한 검증을 거치지 않은 증거는 실제적 진실발견에 중대한 지장을 초래할 수 있다는 점에 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 827-829 참조). 나아가 절차적 정의의 측면에서도, 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 자신에게 불리한 진술을 한 증인을 직접 대면하고 물어볼 기회를 가짐으로써 그 재판에 대한 형성과 참여가 보장되었을 때에만 비로소 그 불리한 증언을 기초로 한 형사처벌을 수용할 수 있는 절차적 정당성이 확보될 수 있는 것이다.

나. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 아동은 질문자에 의한 암시에 취약하고, 상상과 현실을 혼동하거나 기억내용의 출처를 제대로 인식하지 못할 가능성이 성인에 비하여 강하다는 점에서(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 등 참조), 아동진술은 증거의 성질상 반대신문에 의한 검증을 거쳐야만 할 강한 필요성이 있으며, 피고인에게 이를 보장하는 것이 불가능하지도 않음에도, 증거능력 특례조항은 피해아동의 보호라는 적극적인 목적을 위해 이를 제한하고 있다.

물론 성폭력범죄 피해아동이 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 이러한 범죄와 관련한 형사소송절차를 형성함에 있어 포기할 수 없는 중요한 가치 이기는 하지만, 그것만이 고려되어야 할 유일한 목적일 수는 없고, 우리 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 피고인의 방어권과 조화와 균형을 이룰 때에만 그 합헌성을 인정받을 수 있는 것이다.

(2) 이러한 관점에서 보건대, 우선 증거능력 특례조항이 피고인의 반대신문권을 제한하여 오로지 피해자의 일방적인 진술만을 기초로 피고인에 대한 유죄판결이 가능하도록 하고 있는 것은 성폭력범죄 피해아동의 보호라는 입법목적의 중대성을 감안하더라도 그 제한을 정당화할 만한 부득이한 사정이 있거나 입법목적의 달성을 위한 합리적이고 적절한 수단이 된다고 보기 어렵다. 왜냐하면, 반대신문권 보장의 의의가 앞서 본 바와 같이 실제적 진실의 발견을

위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고, 재판결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데에 있는 것이라면 이를 배제한 일방만의 보호는, 실제적 진실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없으며, 그 재판결과를 피고인에게 설득할 수도 없는 것이기 때문이다.

또한 피고인의 반대신문권을 완전히 박탈하지 않으면서도 피해아동의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에 비로소 기본권 제한입법에 요구되는 침해최소성의 요건이나 법익균형성의 요건에 부합할 수 있을 것인데, 우리 법령은 이미 그러한 방법으로, 심리의 비공개(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제31조), 피해자의 신원 및 사생활에 관한 비밀의 누설 금지(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제31조), 전담재판부에 의한 심리(성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 제28조), 비디오 등 증거장치에 의한 증인신문(형사소송법 제165조의2 제2호), 신뢰관계인의 동석(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제28조), 피해아동을 위한 변호사 선임(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제30조), 진술조력인의 재판과정 참여(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제37조), 피해아동에 대한 부적절한 신문사항의 제한(성폭력범죄 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제2조 제2항) 등 성폭력범죄 피해아동의 보호를 위한 여러 가지 장치를 마련해 두고 있다.

그리고 반복적인 피해상황의 진술로 인한 2차 피해를 방지하기 위해서라면, 영상녹화 대신 형사소송법 제184조 제1항의 증거보전절차를 사건 초기에 적극적으로 활용하는 방법으로 피고인의 반대신문권을 보장하면서도, 증거능력 특례조항의 입법목적은 달성할 수 있을 것이다.

나아가, 증거능력 특례조항은 만 19세 미만의 아동·청소년에 대하여 일률적으로 피고인의 반대신문권 행사를 제한하고 있는데, 나이 어린 아동과 성인에 가까운 청소년 사이에는 인지적, 정서적, 사회적, 성적 발달의 정도와 그에 따른 법정 신문 제한의 필요성에 현저한 차이가 있는데도, 성인과 거의 다를 바 없는 만 19세에 가까운 청소년에 대해서까지 일률적으로 반대신문권 행사를 제한한 것은 입법목적의 달성에 필요한 범위를 넘어선 과도한 제한이라고 하지 않을 수 없다.

결국 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 성폭력범죄 피해아동을 보호할 수 있는 조화적인 방법이 있는데도, 19세 미만의 모든 성폭력범죄 피해아동에 대하여 일률적으로 반대신문권을 배제하는 방법을 택한 증거능력 특례조항은

침해최소성이나 법익균형성의 요건을 갖추었다고 할 수 없다.

(3) 한편, 다수의견은 피고인은 여전히 피해아동을 증인으로 신청할 수 있고, 법원이 피고인의 방어권과 피해아동 보호의 이익을 형량하고 제반사정을 고려하여 위 신청에 따라 또는 직권으로 피해아동을 증인으로 채택할 수 있기 때문에, 증거능력 특례조항이 피고인의 방어권을 본질적으로 침해한다거나 과잉금지원칙에 위배되는 것이 아니라고 한다.

그러나 피해아동에 대한 피고인의 증인신청이 반드시 받아들여진다고거나 이미 자신의 진술에 증거능력을 부여받은 피해아동이 법정에서 반드시 출석하리라는 보장이 없으므로, 피고인은 여전히 자신이 탄핵할 기회를 갖지 못한 피해자의 일방적인 진술에 의하여 유죄를 선고받을 수 있는 위험에 놓여 있게 된다. 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 반대신문권의 보장은, 반대신문을 기대할 수 있는 단순한 가능성의 부여가 아니라 반대신문을 위한 충분하고도 적절한 기회의 부여를 의미하는 것이며, 여기에는 그 행사의 전제가 되는 원진술자의 법정 출석이 제도적으로 보장될 것이 전제되는 것이다. 법원의 재량에 의하여 비로소 부여되는 권리는 ‘보장’되고 있는 것이 아니다.

또한 다수의견은 동석한 신뢰관계인에 대한 반대신문을 통하여 영상녹화물의 증거가치를 탄핵할 수 있는 기회를 부여하고 있다고 하나, 피해아동과 동석한 신뢰관계인은 탄핵 또는 검증의 대상이 되는 진술의 원진술자가 아닐 뿐 아니라 그 신뢰관계인이 사건을 직접 경험하거나 목격한 사람도 아니므로, 신뢰관계인의 진술은 영상녹화물의 원진술자인 피해아동에 대한 반대신문을 대체하는 수단으로서 아무런 의미를 가질 수 없다.

나아가 영상녹화물이 진술 당시의 모습을 기계적으로 재현함으로써 소극적 실제적 진실의 발견이라는 측면에서 피고인에게 불리한 증거방법이라고 볼 수만은 없다는 다수의견의 견해에 관하여 본다.

진술의 자연스러운 최초의 발화 과정을 포착하는 것이 아니라 사후적인 수사 과정에서 피고인 또는 변호인의 참여와 감시 없이 만들어진 영상녹화물이 전체적인 진술의 형성 과정에 있어 왜곡의 가능성이 없다고 보기 어려울 뿐 아니라, 영상녹화물이 갖는 기계적·시각적 재현이라는 특성이 오히려 그와 같은 왜곡 가능성을 은폐할 수 있다는 점에서, 영상녹화물이 과연 반대신문에 의한 검증과 탄핵의 필요성이 상대적으로 적은 증거방법이라고 볼 수 있는지 의문이다. 그리고 바로 이러한 위험성 때문에 우리 형사소송법은 원칙적으로 영상녹화물을 조서의 성립인정에 관한 자료로 사용할 수 있도록 하고 있을 뿐

이를 공소사실의 입증을 위한 본증으로 사용할 수 있도록 규정하고 있지는 아니한 것이다.

(4) 마지막으로 성폭력범죄 피해아동의 보호가 어느 나라에서나 예외 없는 중대한 관심사임에도 불구하고, 미국, 일본, 독일, 영국 등 주요 국가 가운데 수사와 재판 과정을 통틀어 반대신문의 기회를 전혀 부여받지 않은 영상녹화물에 증거능력을 인정하는 입법례가 존재하지 않음은, 피고인에 대한 반대신문권의 보장이 포기할 수 없는 근본적인 공정성의 요소임을 보여주는 것이다.

(5) 결론적으로 증거능력 특례조항은 피해아동의 보호만을 앞세워 공정한 재판을 받을 권리에서 도출되는 가장 중요한 형사절차상의 권리인 피고인의 반대신문권을 박탈하여 공정한 재판을 받을 권리로부터 요구되는 최소한의 절차적 정의를 갖추지 못한 것으로서, 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권 제한입법이 준수하여야 할 과잉금지원칙에 위배되므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지] 관련조항

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되기 전의 것)

제18조의2(영상물의 촬영·보존 등) ① 아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치에 의하여 촬영·보존할 수 있다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 때에는 촬영을 하여서는 아니 된다.

② 제1항에 따른 영상녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호인 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

③ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.

④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인으로부터 신청이 있는 때에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 교부하여야 한다.

⑥ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11002호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “아동·청소년”은 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.

2. “아동·청소년대상 성범죄”는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.

가. 제7조부터 제12조까지의 죄(제8조 제4항의 죄는 제외한다)

나. 아동·청소년에 대한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조부터 제10조까지 및 제14조의 죄

다. 아동·청소년에 대한 형법 제297조부터 제301조까지, 제301조의 2, 제302조, 제303조, 제305조 및 제339조의 죄

라. 아동·청소년에 대한 아동복지법 제29조 제2호 및 제6호의 죄

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것)

제26조(영상물의 촬영·보존 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄를 당한 피해자의 나이, 심리 상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

③ 제1항의 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다.

④ 제3항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및
보상에 관한 법률 제70조 제1항 등
위헌소원

(2013. 12. 26. 2011헌바162)

【판시사항】

1. 공익사업을 위한 토지수용의 경우 '부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률'이 정한 공시지가를 기준으로 보상하도록 하는 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항(이하 '이 사건 토지보상조항'이라 한다)이 정당보상의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조 제1항(이하 '이 사건 영업손실보상조항'이라 한다)에 대한 헌법소원심판의 청구가 실제로는 법원의 재판 결과를 다투는 것에 불과하다고 인정한 사례

【결정요지】

1. 이 사건 토지보상조항이 '부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률'에 의한 공시지가를 기준으로 토지수용으로 인한 손실보상액을 산정하되, 개발이익을 배제하고 공시기준일부터 재결 시까지의 시점 보정을 인근 토지의 가격변동률과 생산자물가상승률에 의하도록 한 것은 공시기준일의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이고 표준지의 선정과 시점보정의 방법이 적절하므로, 이 사건 토지보상조항은 헌법 제23조 제3항이 규정한 정당보상의 원칙에 위배되지 않는다.

2. 청구인은 이 사건 영업손실 보상조항이 수용으로 인해 사업시행지구 밖에서의 영업을 사업시행지역 안으로 이전·재개하지 못함

으로써 발생한 손해를 보상의 대상에 포함하지 않는 것으로 해석하는 것은 청구인의 재산권을 침해하는 것이라고 주장하나, 이는 실제로는 법원의 재판결과를 다투는 것에 불과하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

【심판대상조문】

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제70조(취득하는 토지의 보상) ① 협의 또는 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 의한 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 그 공시기준일부터 가격시점까지의 관계 법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률(「한국은행법」 제86조의 규정에 의하여 한국은행이 조사·발표하는 생산자물가지수에 의하여 산정된 비율을 말한다) 그 밖에 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다.

②~⑥ 생략

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조(영업의 손실등에 대한 보상) ① 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이전 비용 등을 참작하여 보상하여야 한다.

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제3항

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제67조(보상액의 가격시점 등) ① 보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의 성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다.

② 생략

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조(영업의 손실등에 대한 보상) ①~③ 생략

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 보상액의 구체적인 산정 및 평가 방법과 보상기준, 제2항에 따른 실제 경작자 인정기준에 관한 사항은 국토해양부령으로 정한다.

부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2007. 4. 27. 법률 제8409호로 개정되고, 2013. 8. 6. 법률 제12018호로 개정되기 전의 것) 제9조(표준지공시지가의 적용) ① 국가·지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 그 밖에 대통령령이 정하는 공공단체가 다음 각호의 목적을 위하여 토지의 가격을 산정하는 경우에는 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지공시지가를 기준으로 하여 당해 토지의 가격과 표준지공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 한다. 다만, 필요하다고 인정하는 때에는 산정된 지가를 다음 각호의 목적에 따라 가감조정하여 적용할 수 있다.

1. 공공용지의 매수 및 토지의 수용·사용에 대한 보상
2. 국·공유토지의 취득 또는 처분
3. 삭제
4. 그 밖에 대통령령이 정하는 토지가격의 산정

② 건설교통부장관은 제1항의 목적을 위한 지가산정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 표준지와 지가산정대상토지의 지가형성요인에 관한 표준적인 비교표(이하 “토지가격비준표”라 한다)를 작성하여 관계행정기관 등에 제공하여야 하며, 관계행정기관 등은 이를 사용하여 지가를 산정하여야 한다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2002. 12. 31. 건설교통부령 제344호로 제정된 것) 제57조(사업폐지 등에 대한 보상) 공익사업의 시행으로 인하여 건축물의 건축을 위한 건축허가 등 관계법령에 의한 절차를 진행중이던 사업 등이 폐지·변경 또는 중지되는 경우 그 사업 등에 소요된 법정수수료 그 밖의 비용 등의 손실에 대하여는 이를 보상하여야 한다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호로 개정된 것) 제64조(공익사업시행지구밖의 영업손실에 대한 보상) ① 공익사업시행지구밖에서 제45조에 따른 영업손실의 보상대상이 되는 영업을 하고 있는 자가 공익사업의 시행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 영업자의 청구에 의하여 당해 영업을 공익사업시행지구에 편입되는 것으로 보아 보상하여야 한다.

1. 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 그 장소에서 영업을 계속할 수 없는 경우
2. 진출입로의 단절, 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 일정한 기간 동안 휴업하는 것이 불가피한 경우

② 제1항에 불구하고 사업시행자는 영업자가 보상을 받은 이후에 그 영업장소에서 영업 이익을 보상받은 기간 이내에 동일한 영업을 하는 경우에는 실제 휴업기간에 대한 보상금을 제외한 영업손실에 대한 보상금을 환수하여야 한다.

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호로 개정되고, 2009. 11. 13. 국토해양부령 제180호로 개정되기 전의 것) 제45조(영업손실의 보상대상인 영업) 법 제77조 제1항에 따라 영업손실을 보상하여야 하는 영업은 다음 각 호 모두에 해당하는 영업으로 한다.

1. 사업인정고시일등 전부터 적법한 장소(무허가건축물등, 불법형질변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)에서 인

판례집 25-2(하)

적·물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업. 다만, 무허가건축물등에서 임차인이 영업하는 경우에는 그 임차인이 사업인정고시일등 1년 이전부터 「부가가치세법」 제5조에 따른 사업자등록을 하고 행하고 있는 영업을 말한다.

- 2. 영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가·면허·신고 등(이하 “허가등”이라 한다)을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일등 전에 허가등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업

【참조판례】

- 1. 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 188-195
헌재 1991. 2. 11. 90헌바17등, 판례집 3, 51, 59-60
헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533-534
헌재 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721
헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932, 938
헌재 2009. 6. 25. 2007헌바104, 공보 153, 1273, 1278

【당 사 자】

청 구 인 이○규
 대리인 변호사 김태욱
 당 해 사 건 서울고등법원 2010누43855 토지수용에대한보상금증액

【주 문】

- 1. 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.
- 2. 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ (2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조 제1항에 대한 심판청구를 각하한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
 가. 사건의 개요
 (1) 청구인은 충북 ○○에서 양돈장을 운영하던 축산농민으로서 양돈장의 규모를 확장·이전하기 위해 2007. 1. 4.경 충북 괴산군 ○○읍 ○○리 산 60번지

산 765-1, 산 765-2, 산 59-3, 산 84, 산 85 등 6필지의 토지(이하, '이 사건 토지'라 한다)를 매수하였고, 같은 해 7월경 이 사건 토지로 사업장소를 이전할 것을 승인받은 후 토목설계 및 도로포장 등 일부 공사를 시행하였다.

(2) 한국토지공사는 국방·군사시설사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 위해 2009. 2. 26. 중앙토지수용위원회의 수용재결을 받아 같은 해 4. 21. 이 사건 토지를 수용하였는데, 보상액이 청구인이 이 사건 토지를 매수한 금액인 825,000,000원보다 적은 356,313,240원으로 결정되었다.

(3) 이에 청구인은 2009. 4. 30. 수원지방법원에 이 사건 토지의 수용에 대한 보상금 증액을 구하는 소를 제기하여 기각판결(수원지방법원 2009구합4563)을 받고 항소하여(서울고등법원 2010누43855) 항소심 계속 중 '구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제70조 제1항, 제77조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 2011. 6. 28. 위 항소가 기각됨과 아울러 위헌법률심판제청 신청이 기각되자(서울고등법원 2011아217), 2011. 7. 27. 위 법률조항들에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항(이하 '이 사건 토지보상조항'이라 한다), 구 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제77조 제1항(이하 '이 사건 영업손실 보상조항'이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 구체적인 규정은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것)

제70조(취득하는 토지의 보상) ① 협의 또는 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 의한 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 그 공시기준일부터 가격시점까지의 관계 법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률(「한국은행법」 제86조의 규정에 의하여 한국은행이 조사·발표하는 생산자물가지수에 의하여 산정된 비율을 말한다) 그 밖에 당해 토지의 위치·형상·환경·이용 상황 등을

참작하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다.

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것)

제77조(영업의 손실 등에 대한 보상) ① 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이전비용 등을 참작하여 보상하여야 한다.

[관련조항]

아래의 조항 이외에는 별지와 같다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정된 것)

제67조(보상액의 가격시점 등) ① 보상액의 산정은 협의에 의한 경우에는 협의 성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 또는 사용의 재결 당시의 가격을 기준으로 한다.

부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2007. 4. 27. 법률 제8409호로 개정되고, 2013. 8. 6. 법률 제12018호로 개정되기 전의 것)

제9조(표준공시지가의 적용) ① 국가·지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 그 밖에 대통령이 정하는 공공단체가 다음 각 호의 목적을 위하여 토지의 가격을 산정하는 경우에는 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지공시지가를 기준으로 하여 당해 토지의 가격과 표준지공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 한다. 다만, 필요하다고 인정하는 때에는 산정된 지가를 다음 각 호의 목적에 따라 가감조정하여 적용할 수 있다.

1. 공공용지의 매수 및 토지의 수용·사용에 대한 보상

2. 청구인의 주장요지

가. 이 사건 토지보상조항

헌법 제23조 제3항이 규정한 '정당한 보상'이란 피수용 재산의 객관적 가치를 기준으로 하는 완전보상을 뜻하는 것인바, 피수용 토지의 객관적 가치가 입증된 경우에는 그 가치대로 보상하는 것이 헌법적 원칙에 부합하므로, 이 사건 토지보상조항이 토지의 객관적인 가치가 입증된 경우에도 공시지가를 기준으로 보상하도록 한 것은 헌법 제23조 제3항에 위배되어 청구인의 재산권을 침해한다.

나. 이 사건 영업손실 보상조항

청구인은 이 사건 토지 밖의 지역에서 운영하던 축산업을 이 사건 토지 내로 확장·이전하기 위하여 영업 개시의 준비로 도로포장 등 공사를 진행하였으나 이 사건 토지의 수용으로 인하여 영업을 재개할 수 없게 되어 사실상 이 사건 수용으로 인하여 폐업된 것과 같은 영업이익의 손실을 입었으므로, 이에 대하여는 헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’ 규정에 따라 보상되어야 한다. 그런데 이 사건 영업손실 보상조항이 수용으로 인하여 영업을 이전·재개되지 못하여 발생한 손실을 포함하지 않는 것으로 해석하여 이러한 손실을 보상하지 않는 것은 청구인의 재산권을 침해하는 것이다.

3. 판 단

가. 이 사건 토지보상조항에 대한 판단

헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용 재산의 객관적인 재산 가치를 완전하게 보상하는 완전보상을 의미한다.

이 사건 토지보상조항은 ‘부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률’에 의한 공시지가를 기준으로 토지수용으로 인한 손실보상액을 산정하되, 개발이익을 배제하고 공시기준일부터 가격시점까지의 시점보정을 해당 공익사업으로 인한 토지 가격의 영향을 받지 않는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률과 생산자물가상승률 등을 고려하여 행하도록 규정하고 있다. 그런데 개발이익은 사업시행자의 사업시행으로 의하여 비로소 발생하는 것이므로 토지소유자에게 당연히 귀속되어야 할 것은 아니고 오히려 사업시행자 또는 궁극적으로 국민에게 귀속되어야 할 성질의 것이고, 그것이 피수용토지가 갖는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수도 없으며, 한편, 위 법률의 규정에 의한 공시지가가 공시기준일 당시의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이고, 지가산정 대상 토지와 표준지 사이에 가격의 유사성을 인정할 수 있도록 표준지의 선정이 적정하며, 공시기준일 이후 가격시점까지의 시가변동을 산출하는 시점보정의 방법도 적정한 것으로 보이므로 공시지가를 기준으로 한 보상금액의 산정은 수용당시의 피수용토지의 객관적 가치를 반영한 것이 된다.

그렇다면 이 사건 토지보상조항은 헌법 제23조 제3항이 규정한 정당보상의 원칙에 위배되지 않는다. (헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 188-195; 헌재 1991. 2. 11. 90헌바17등, 판례집 3, 51, 59-60; 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533-534; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932, 938; 헌재

2009. 6. 25. 2007헌바104, 공보 153, 1273, 1278 등 참조)

나. 이 사건 영업손실 보상조항에 대한 판단

청구인의 이 부분 심판청구는 이 사건 영업손실 보상조항이 수용으로 인하여 영업을 이전·재개되지 못하여 발생한 손실을 포함하지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 하는 것이다. 그런데 청구인은 이 사건 영업손실 보상조항 자체에 대한 위헌주장은 아니한 채, 청구인의 경우와 같이 ‘사업시행지구 외부에서의 영업을더라도 수용으로 인해 사업시행지역으로 이전·재개하지 못한 경우를’ 동 조항 상의 ‘휴업이나 폐업’에 이른 것과 동일하게 보아야 한다고만 주장하고 있으므로, 이는 한정위헌 심판청구의 형식을 취하고 있으나, 실제로는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다루거나 법원의 재판결과를 다루는 것에 불과하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

따라서 이 부분 심판청구는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 것에 대한 청구이므로 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 토지보상조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 이 사건 영업손실 보상조항에 대한 심판청구는 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지] 관련조항

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것)

제77조(영업의 손실 등에 대한 보상) ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 보상액의 구체적인 산정 및 평가 방법과 보상기준, 제2항에 따른 실제 경작자 인정기준에 관한 사항은 국토해양부령으로 정한다.

구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호로 개정되고, 2009. 11. 13. 국토해양부령 제180호로 개정되기 전의 것)

제45조(영업손실의 보상대상인 영업) 법 제77조 제1항에 따라 영업손실을 보상하여야 하는 영업은 다음 각 호 모두에 해당하는 영업으로 한다.

1. 사업인정고시일등 전부터 적법한 장소(무허가 건축물등, 불법 형질변경 토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)에서 인적·물적 시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업. 다만, 무허가 건축물 등에서 임차인이 영업하는 경우에는 그 임차인이 사업인정고시일등 1년 이전부터 부가가치세법 제5조에 따른 사업자등록을 하고 행하고 있는 영업을 말한다.
2. 영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가·면허·신고 등(이하 “허가등”이라 한다)을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일등 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2002. 12. 31. 건설교통부령 제344호로 제정된 것)

제57조(사업폐지 등에 대한 보상) 공익사업의 시행으로 인하여 건축물의 건축을 위한 건축허가 등 관계법령에 의한 절차를 진행 중이던 사업 등이 폐지·변경 또는 중지되는 경우 그 사업 등에 소요된 법정수수료 그 밖의 비용 등의 손실에 대하여는 이를 보상하여야 한다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호로 개정된 것)

제64조(공익사업시행지구 밖의 영업손실에 대한 보상) ① 공익사업시행지구 밖에서 제45조에 따른 영업손실의 보상대상이 되는 영업을 하고 있는 자가 공익사업의 시행으로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 영업자의 청구에 의하여 당해 영업을 공익사업시행지구에 편입되는 것으로 보아 보상하여야 한다.

1. 배후지의 3분의 2 이상이 상실되어 그 장소에서 영업을 계속할 수 없는 경우
2. 진출입로의 단절, 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 일정한 기간 동안 휴업하는 것이 불가피한 경우

② 제1항에 불구하고 사업시행자는 영업자가 보상을 받은 이후에 그 영업장소에서 영업이익을 보상받은 기간 이내에 동일한 영업을 하는 경우에는 실제 휴업기간에 대한 보상금을 제외한 영업손실에 대한 보상금을 환수하여야 한다.

민법 제651조 제1항 위헌소원

(2013. 12. 26. 2011헌바234)

【판시사항】

임대차존속기간을 20년으로 제한한 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 계약의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

임대차계약을 통하여 합리적이고 효과적인 임차물 관리 및 개량방식의 설정이 가능함에도 불구하고, 임대인 또는 소유자가 임차물의 가장 적절한 관리자라는 전제하에 임대차의 존속기간을 제한함으로써 임차물 관리 및 개량의 목적을 이루고자 하는 것은 임차물의 관리소홀 및 개량미비로 인한 가치하락 방지라는 목적 달성을 위한 필요한 최소한의 수단이라고 볼 수 없다.

이 사건 법률조항은 제정 당시에 비해 현저히 변화된 현재의 사회경제적 현상을 제대로 반영하지 못하는 데 그치는 것이 아니라, 당사자가 20년이 넘는 임대차를 원할 경우 우회적인 방법을 취할 수밖에 없게 함으로써 사적 자치에 의한 자율적 거래관계 형성을 왜곡하고 있다.

토지임대차의 경우, 견고한 건물 소유 목적인지 여부에 따라 이 사건 법률조항의 적용 여부에 차이를 두는 것은, 소유건물이 견고한 건물에 해당하는지 여부가 불분명한 경우도 있어 이에 대한 분쟁이 유발될 수 있을 뿐 아니라, 건축기술이 발달된 오늘날 견고한 건물에 해당하는지 여부가 임대차존속기간 제한의 적용 여부를 결정하는 기준이 되기에는 부적절하다. 또한 지하매설물 설치를 위한 토지임대차나 목조건물과 같은 소위 비견고건물의 소유를 위한 토지임대차의 경우 이 사건 법률조항으로 인해 임대차기간이 갱신되지 않는 한 20년이 경과한 후에는 이를 제거 또는 철거해야 하는데, 이는 사회

경제적으로도 손실이 아닐 수 없다.

이 사건 법률조항은 입법취지가 불명확하고, 사회경제적 효율성 측면에서 일정한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 과잉금지원칙을 위반하여 계약의 자유를 침해한다.

재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견

이 사건 법률조항은 부동산 관리 소홀 및 개량 미비에 따른 사회경제적 손실을 방지하기 위한 것으로서, 사정 변경에 따라 계약의 재검토 기회를 당사자에게 부여한다는 의미도 가지고 있으므로, 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

국가가 그 영역 안에 있는 물건을 보전하고 개량하여 사회경제적 손실을 막기 위한 목적으로 임대차계약기간을 제한하는 경우, 그 상한을 어떻게 정할 것인지는 입법형성의 영역이다. 비록 당사자가 장기 임대차계약을 원하는 경우 우회적인 방법을 취해야 하는 불편함은 있으나 그러한 사정만으로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼 수 없고, 10년의 범위 안에서 횡수에 제한 없이 임대차계약을 갱신할 수 있으므로 침해의 최소성이나 법익균형성원칙을 위반한 것이라고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 어긋나 임대인의 계약의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조(임대차존속기간) ① 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차의 경우를 제한 외에는 임대차의 존속기간은 20년을 넘지 못한다. 당사자의 약정기간이 20년을 넘는 때에는 이를 20년으로 단축한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제23조, 제37조 제2항

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조(임대차존속기간) ① 생략
② 전항의 기간은 이를 갱신할 수 있다. 그 기간은 갱신한 날로부터 10년을 넘지 못한다.

【참조판례】

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337
헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633
헌재 2006. 3. 30. 2005헌마349, 판례집 18-1상, 427, 434

【당 사 자】

청 구 인 ○○주식회사
대표이사 신○호
대리인 법무법인 지평지성
담당변호사 이공현 외 3인
당해사건 서울고등법원 2010나86725 부당이득금반환

【주 문】

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제1항은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2004. 2. 25. 주식회사 ○○건설(이하 ‘○○건설’이라 한다)과 사이에 ○○민자역사의 신축에 관하여 공사도급계약을 체결하면서 ○○민자역사에 관한 임대차계약을 체결할 권한을 ○○건설에 위임하였다.

(2) ○○건설은 2004. 7. 16. 주식회사 ○○에프엔디(이하 ‘○○에프엔디’라 한다)와 ○○역사건물인 서울 서대문구 ○○동 74-12 외 지상 철골철근콘크리트조 지하 2층 지상 6층 판매 및 업무시설, 영화관, 업무시설 건물 중 지상 1층부터 5층 판매 및 업무시설 4,420평을 기간 30년, 임대료 750억 원으로 정하여 임대하는 내용의 임대차계약을 체결하였고, ○○에프엔디는 2004. 7. 16.부터 2006. 9. 29.까지 임대료 원금 750억 원과 이에 대한 연체이자 2,365,989,766원을 지급하였다.

(3) 그러나 ○○에프엔디는 위 임대차계약 기간 중 20년이 넘는 부분은 강행법규인 민법 제651조 제1항에 위반되어 무효라고 주장하며, 2009. 3. 30. 청

구인을 상대로 위 임대료 중 20년이 넘는 기간에 해당하는 부분인 250억 원 중 175억 원의 부당이득금반환청구의 소(서울중앙지방법원 2009가합35397)를 제기하여 2010. 8. 19. 승소하였다. 이에 대해 청구인이 항소(서울고등법원 2010나86725)하였고, 항소심 계속 중 민법 제651조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 신청이 기각되자 2011. 9. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제651조(임대차존속기간) ① 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차의 경우를 제한 외에는 임대차의 존속기간은 20년을 넘지 못한다. 당사자의 약정기간이 20년을 넘는 때에는 이를 20년으로 단축한다.

[관련조항]

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제651조(임대차존속기간) ② 전항의 기간은 이를 갱신할 수 있다. 그 기간은 갱신한 날로부터 10년을 넘지 못한다.

2. 청구인의 주장요지

가. 임차물의 가치 훼손을 막기 위하여 무조건 임대차존속기간을 20년으로 제한하는 입법은 현대 건축기술의 발전을 전혀 반영하지 못하는 불합리한 수단이고, 임차물이 훼손될 가능성이 없는 경우에도 임대차존속기간의 예외를 인정하지 않는 것은 침해의 최소성과 법익균형성에 반하여 임대인의 재산권과 계약의 자유를 침해한다.

나. 동일한 건축물이라 하더라도 '사회기반시설에 대한 민간투자법' 또는 '장기공공임대주택 입주자 삶의 질 향상 지원법'에 따라 국가 또는 지방자치단체에, 또는 국가 또는 지방자치단체가 임대를 하는 경우에는 30년 이상을 임대할 수 있는데, 사인이 민법상 임대를 할 경우에는 20년 이하로밖에 할 수 없도록 하는 것은 불합리한 차별로 평등원칙에 반한다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법경위 및 취지

(1) 입법경위

이 사건 법률조항은 민법이 1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정될 당시부터 존재하여 현재까지 이어지고 있다. 1954. 10. 26. 정부제출안으로 국회에 제출된 민법안은 제641조에서 “건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 토지임대차의 기간은 석조, 석회조, 연와조 및 이와 유사한 것에는 30년, 그 외의 건물에는 15년, 공작물에는 5년 미만으로 하지 못한다.”고 하고, 제642조에서 “식목, 채염을 목적으로 한 토지임대차의 기간은 30년, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간은 10년 미만으로 하지 못한다.”고 하면서, 제643조에서 “전이조(前二條)의 임대차기간을 정하지 아니하거나 그 기간보다 짧은 기간을 정한 때에는 그 기간은 전이조(前二條)의 제한기간의 최단기간으로 한다.”고 하여, 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 토지임대차 및 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차에 대하여 최단기를 제한하도록 입안되었다.

그런데 이에 대한 심의를 담당한 민의원법제사법위원회 민법안심소위원회는, 제641조 내지 제643조는 거의 지상권에 있어서의 존속기간에 관한 규정과 유사하여 지상권에 비하여 단기간성을 가진 임대차의 성질에 적합하지 아니할 뿐 아니라 이러한 규정을 창설하면 임대인에 대한 불이익과 구속이 과대하여 토지를 용이하게 타인에게 임대하지 않는 경향을 조성할 염려가 있으므로 특히 장기간을 요하는 경우에는 당사자가 지상권설정의 방법을 취할 것이라는 실정을 고려하여 이 사건 법률조항과 같은 내용으로 수정안을 제시하면서, 다만 이를 갱신할 때에 그 기간이 갱신한 날로부터 20년을 넘지 못하도록 하였다. 이후 국회의 의결을 통해 갱신기간을 10년으로 수정한 현행과 같은 조항이 제정되기에 이르렀다.

(2) 입법취지

이 사건 법률조항에 의하여 ‘석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차 및 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차’를 제외한 토지임대차와 건물 기타 공작물 임대차나 동산 임대차가 임대차존속기간의 제한을 받게 된다.

이상의 입법경위를 살펴볼 때, 이 사건 법률조항 제정 당시에는 주로 토지임대차만을 염두에 두고, 당사자가 장기간 사용할 필요가 있을 경우 지상권을 설정할 것이고, 토지임대차의 최단기를 규정하는 것은 토지임대인에게 지나치게

불리하다는 고려하에 입법을 하게 된 것으로 보인다. 즉, 토지임대차에 대하여 최단기를 규정하지 않음으로써 최단기를 강제함에 따라 나타날 수 있는 토지임대인에 대한 지나친 불이익을 없애고자 한 것이다.

그런데 건물 기타 공작물 임대차나 동산 임대차(이하 ‘건물 등 임대차’라 한다) 및 견고하지 않은 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차와 관련하여 역시 임대차의 최단기 제한은 두지 않으면서 최장기간을 20년으로 제한한 취지에 대하여는 국회의 입법과정에서 토의되거나 검토된 사항을 확인할 수 없다.

한편, 대법원은 이 사건 법률조항의 입법취지가 “너무 오랜 기간에 걸쳐 임차인에게 임차물의 이용을 맡겨 놓으면 임차물의 관리가 소홀하여지고 임차물의 개량이 잘 이루어지지 않아 발생할 수 있는 사회경제적인 손실을 방지하는데 있다.”고 하고 있다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다19961 판결; 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다40738, 40745 판결). 아울러 대법원은 이 사건 법률조항을 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 보고 있다(위 대법원 판결들 참조).

나. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차를 제외한 임대차의 존속기간을 당사자 약정으로 달리 정할 가능성을 배제한 채 예외 없이 20년으로 제한하고 있다.

헌법 제10조에 의하여 보장되는 행복추구권 속에는 일반적 행동자유권이 포함되고, 이 일반적 행동자유권으로부터 계약 체결의 여부, 계약의 상대방, 계약의 방식과 내용 등을 당사자의 자유로운 의사로 결정할 수 있는 계약의 자유가 파생되는바(헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633; 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마349, 판례집 18-1상, 427, 434 참조), 이 사건 법률조항으로 인하여 임대차계약의 당사자는 임대차기간에 관한 계약의 내용을 당사자간의 합의에 의하여 자유롭게 결정할 수 없으므로 계약의 자유가 제한된다.

또한 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권은 사유재산에 관한 임의적인 이용, 수익, 처분권을 본질로 하는바, 이 사건 법률조항은 임대차 최장기간을 당사자 약정으로 달리 정할 가능성을 배제한 채 예외 없이 20년으로 정함으로써 임대인 소유의 재산에 대한 수익·처분권을 제한하고 있으므로 소유자인 임대인의 재산권 역시 제한된다.

이처럼 하나의 규제에 의해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 경우에는 기

본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337 참조). 이 사건 법률조항에 대한 청구인의 주장, 입법자의 입법동기 등을 고려하면, 임대차존속기간의 제한은 계약의 자유와 가장 밀접한 관계에 있고, 재산권에 대한 제한은 계약의 자유에 대한 제한에 부수하여 2차적으로 발생하는 것에 불과하므로, 계약의 자유를 중심으로 해서 이 사건 법률조항이 그 헌법적 한계를 지키고 있는지를 판단하기로 한다.

다. 계약의 자유 침해 여부

계약의 자유는 절대적인 것이 아니라 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리 등을 위하여 제한될 수 있으며, 다만 이와 같이 법률상 제한을 하더라도 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계를 준수하여야 하므로, 이 사건 법률조항에 의한 계약의 자유 제한이 이러한 헌법적 한계 내의 것인지를 본다.

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 법률조항 제정 당시에 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차 및 식목, 채엽 목적의 토지임대차에 대하여 최단기의 제한을 규정하지 않은 것은 토지임대인을 위한 것으로 그 입법취지를 확인할 수 있으나, 견고하지 않은 건물 기타 공작물 소유를 목적으로 하는 토지임대차 및 건물 등 임대차와 관련하여 임대차존속기간을 강행규정으로 제한한 이유에 대하여는 임대인을 위한 것인지, 임차인을 위한 것인지 또는 임대차와 관련된 사회경제적 효용성을 고려한 것인지 그 입법취지가 불명확하다.

이와 관련하여 대법원은 이 사건 법률조항의 입법취지가 너무 오랜 기간에 걸쳐 임차인에게 임차물의 이용을 맡겨 놓으면 임차물의 관리가 소홀하여지고 임차물의 개량이 잘 이루어지지 않아 발생할 수 있는 사회경제적인 손실을 방지하는 데에 있다고 밝힌 점은 앞서 본 바와 같다. 대법원은 임대차의 사회경제적 효용성에 주목하여 애초 입법취지가 명확하지 않은 이 사건 법률조항에 대하여 규범의 필요성 차원에서 입법취지를 해석한 것으로 보인다.

대법원이 밝힌 임차물 관리 소홀과 개량 태만으로 인한 사회경제적 손실을 방지하기 위한 것이라는 입법목적은 그 정당성이 인정될 수 있다.

또한 임대차존속기간을 20년으로 제한하는 것이 관리나 개량 소홀로 인한

임차물 가치훼손을 방지할 수 있는 하나의 수단이 될 수 있다는 점에서 입법 목적 달성을 위한 수단으로서의 적절성을 배제할 수는 없다.

(2) 침해의 최소성 및 법익균형성

(가) 대법원이 밝힌 입법취지에 따르면, 이 사건 법률조항은 임차인에게 지나치게 장기간 동안 물건의 이용을 맡길 경우 물건에 대한 관리와 개량이 소홀해질 수 있다는 사회경제적 관점에서 규정한 강행규정이다. 그러나 당사자는 임대차계약을 하면서 임차물의 관리와 개량에 관한 사항, 즉 관리·개량의 주체와 그 방법 등을 구체적으로 정할 수 있다. 대법원의 판례는 임대인 또는 소유자를 임차물의 가장 적절한 관리자로 상정하고 있으나, 구체적·개별적 사정이나 사회·경제적 상황에 따라서는 임차인에게 임차물의 관리·개량을 맡기는 것이 임차물의 적절한 이용을 도모할 수 있는 경우도 있을 수 있고, 임대인이 임차물을 관리하기로 약정하여 장기간의 임대차로 인한 임차물의 관리 소홀이나 사회경제적 손실의 염려를 덜게 할 수도 있다.

이처럼 임대차계약을 통하여 합리적이고 효과적인 임차물의 관리 및 개량방식의 설정이 가능함에도 불구하고, 임대인 또는 소유자가 임차물의 가장 적절한 관리자라는 전제하에 임대차의 존속기간을 강제함으로써 임차물 관리·개량의 목적을 이루고자 하는 것은 임차물의 관리 소홀 및 개량 미비로 인한 가치하락 방지라는 목적 달성을 위한 필요한 최소한의 수단이라고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항은 당사자가 구체적 사안의 특수성을 고려하여 달리 약정할 여지를 남겨두지 아니한 강행규정으로 해석되고, 대법원도 이를 강행규정으로 보고 있다. 그런데 사회경제적 상황의 변화를 감안하여 임대차기간을 정하는 것은 기본적으로 계약당사자들의 경제적 득실을 고려한 자율적 판단에 맡겨야 할 것인바, 계약당사자가 사회경제적 상황이 변화할 것이라는 예상을 하지 못할 것을 상정하고, 이러한 계약당사자를 보호하기 위해 국가가 후견적으로 개입하여 사적 자치를 제한하는 것은 정당화되기 어렵다.

뿐만 아니라, 임대차의 존속기간을 제한하는 규정이 없더라도 당사자 의사가 불분명한 경우에는 기간의 정함이 없는 계약으로 보아 해지권을 인정할 수 있고(민법 제635조), 당사자 의사가 분명한 경우에는 그 의사에 따르면 족하다. 또한 영구 또는 20년 이상 장기로 기간을 정하더라도 임대차계약 시 해지권을 보류하면 임대차기간 내에 해지가 가능하고(민법 제636조), 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 차임증감청구권을 행사할 수 있는 등(민법 제628조) 현재의 법체계만으로도 임대차관계를 원

활하게 운영할 수 있는 장치들이 충분히 마련되어 있다.

외국의 입법례를 보더라도 임대차의 존속기간을 제한하는 예는 거의 없으며, 일본 민법에 임대차의 존속기간을 20년으로 제한하는 규정이 있기는 하나, 이에 대한 특별법인 차지차가법(借地借家法)에서 건물소유를 목적으로 하는 토지임대차에 대하여는 최단기에 관한 규정만 두고 있고, 건물임대차에 대하여는 존속기간을 제한하지 않고 다만 임대인의 해약신청 및 갱신거절 제한에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다.

(다) 나아가 이 사건 법률조항은 구체적 적용에 있어서 다음과 같은 부작용을 초래하고 있다.

1) 건물 등 임대차의 경우, 당사자가 20년이 넘는 기간의 임대차를 원하더라도 이 사건 법률조항으로 인해 20년 초과 부분은 무효가 되므로 당사자는 일단 20년의 임대차계약을 체결한 후 이를 갱신하는 형태를 취하여야 한다. 그런데 오늘날 대형건축물 신축사업 등의 경우를 보면, 토지소유자인 건축주가 건축물의 규모 등에 따라 일정기간의 임대료를 받아 건축비 등에 충당하는 경우가 많다. ‘사회기반시설에 대한 민간투자법’에 따라 정부가 추진하는 민간투자사업이 이에 관련한 경제현실을 확인할 수 있는 참고 자료가 될 수 있을 것인데, 기획재정부 발간의 ‘민간투자사업 운영현황 및 추진실적보고’에 따르면, 사업시행자에게 무상으로 부여되는 관리운영권의 부여기간이 통상 항만시설은 50년, 물류기지나 터널시설은 30년, 주차장시설은 20년으로 되어 있음을 알 수 있다.

이처럼 건축물의 규모와 사업의 성격에 따라 토지소유자인 건축주는 임차인으로부터 일정기간의 임대료를 일괄 선납받아 건축비 등에 충당하고, 건축주로부터 임차하는 임차인(통상은 법인의 형태일 것이다)은 상권분석 등 스스로의 사업수익 판단에 따라 일정한 임차기간을 안정적으로 확보하고 있다. 대형 건물 신축에 따른 임대차에 관한 거래의 실정을 살펴보면, 당사자가 20년 이상, 예컨대 30년의 임대차기간을 원할 경우, 처음 계약할 때부터 계약기간을 20년으로 하되 특별한 사유가 없는 한 10년 연장이 가능하도록 하면서, 30년분의 임대료를 선납받는 형태로 임대차계약이 이루어지는 경우가 적지 않게 확인된다. 비록 이 사건 법률조항이 경제발전이 미미한 단계에 있던 입법 당시의 사회경제적 상황에서 별다른 문제점을 발생시키지 않았더라도, 현저히 변화된 현재의 사회경제적 현상을 제대로 반영하지 못하는 데 그치지 않고, 사적 자치에 의한 자율적 거래관계 형성을 심하게 왜곡하고 있음을 단적으로 보여준다.

뿐만 아니라, 계약 이후 제반 사정의 변화에 따라 당사자가 이 사건 법률조항을 악용할 여지가 있다는 점에서 문제가 있다. 20년 이상의 임대차는 주로 대형건물의 임대차에서 투자금 회수와 관련하여 문제가 되는데, 임차한 상가와 주변 상권의 영업 전망에 따라 임차인으로서 20년 이상의 임대차를 묵인하고 계속 임차하기를 원할 수도 있고, 아니면 20년 초과 부분의 무효를 주장하고 20년 초과기간에 해당하는 임대료 상당의 부당이득의 반환을 청구할 수도 있다. 역으로 임대인의 경우에도 영업 전망이 좋을 경우 20년 초과 임대차의 무효를 주장하거나 임대료의 대폭 인상을 요구할 수 있을 것인데 이러한 현상은 이 사건 법률조항이 의도하는 바가 전혀 아니다.

임대차존속기간에 관한 당사자의 의사가 불분명할 때 이 사건 법률조항이 이를 보완하는 기능을 넘어서 당사자의 의사가 명확할 때조차도 당사자의 의사를 배제하고 20년을 강제함으로써 경제사정의 변화에 따라 당사자가 이를 악용할 여지를 만들어 주는 것은, 이 사건 법률조항이 입법목적의 실현을 위해 필요한 범위를 벗어나는 과도한 제한을 가하고 있음으로 인한 결과이다.

비록 민법 제651조 제2항이 임대차기간의 갱신이 가능하도록 규정하고 있기는 하나, 위와 같은 사회경제적 현상에 비추어 볼 때 위 조항은 이 사건 법률조항으로 인한 문제점을 해결하는 데 아무런 도움이 되지 않는다는 것을 알 수 있다.

2) 토지임대차에 관하여, 이 사건 법률조항은 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차의 경우에는 임대차기간을 제한하지 않고, 그 외의 임대차에 대하여 기간을 제한하고 있는데, 토지임대차에 있어서 소유건물이 석조, 석회조, 연와조와 유사한 견고한 건물에 해당하는지 여부가 불분명한 경우도 있어 이에 대한 분쟁이 유발될 수 있을 뿐 아니라, 건축기술이 발달된 오늘날 이러한 견고한 건물에 해당하는지 여부가 임대차존속기간 제한의 적용 여부를 결정하는 기준이 되기에는 부적절하다.

또한 지하매설물 설치를 위한 토지임대차나 목조건물과 같은 소위 비견고건물의 소유를 위한 토지임대차의 경우 이 사건 법률조항으로 인해 임대차기간이 갱신되지 않는 한 20년이 경과한 후에는 이를 제거 또는 철거해야 하는데, 이는 사회경제적으로도 손실이 아닐 수 없다.

(라) 입법을 통하여 달성하려는 공익은 기본권제한의 정도와 적절한 비례관계를 유지하여야 한다. 이 사건 법률조항에 의하여 실현하고자 하는 공익은 입

차물의 관리와 개량 소홀로 인한 사회경제적 손실 방지라 할 것인데, 이러한 공익이 이 사건 법률조항으로 달성될 수 있는 부분은 극히 미미해보이는 반면, 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 초래하는 부작용 내지 불이익은 매우 크다 할 것이므로, 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 부정적인 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하였다.

(마) 그러므로 이 사건 법률조항이 임대차존속기간을 20년으로 제한하고 이를 강제하는 것은 침해의 최소성과 법익균형성 요건을 충족시키지 못한다.

(3) 소결

결국 이 사건 법률조항은 입법취지가 불명확하고, 대법원이 해석하는 바와 같이 사회경제적 효율성 측면에서 일정한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 과잉금지원칙을 위반하여 계약의 자유를 침해한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견

가. 범정의견이 지적인 것처럼 이 사건 법률조항은 건축기술 등이 발전하기 전에 입법된 매우 낮은 규정임은 부인할 수 없다. 그러나 부동산 관리 소홀 및 개량 미비에 따른 사회경제적 손실을 방지한다는 입법목적의 타당성조차 없어졌다고 볼 수는 없다. 경제사정의 변화에 따라 임대차계약을 장기간 변화 없이 유지하도록 하는 것이 계약 당사자 일방에게 지나치게 불리할 수도 있으므로, 이 사건 법률조항은 사정 변경에 따라 계약의 재검토 기회를 당사자에게 부여한다는 의미도 가지고 있다. 경제가 발전하고 사회가 급격하게 변화하고 있는 현대사회에서는 이와 같은 사정 변경에 따른 계약의 재검토 기회 부여가 입법 당시보다 더 중요하게 되었다고 볼 수 있다.

입법목적이 정당하다면 그 수단의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다(헌재 2006. 6. 29. 2002헌바80등, 판례집 18-1하, 196, 206). 그런데 임차인이 수선의무를 제대로 이행하지 않는 등 장기간 임차물에 대한 관리나 개량이 제때 이루어지지 않는 경우에는 아무리 건축기술이 발전하였다 하더라도 임차물의 가치 하락을 막을 수 없다. 따라서 임대차존속기간의 제한은 임차물 가치훼손으로 인한 사회경제적 손실 방지에 기여

한다고 볼 수 있으므로, 수단의 적절성도 인정할 수 있다.

나. 그런데 법정의견이 지적한 것처럼 대형건물을 신축할 때 건축비용 마련 등을 위하여 임대인이 20년 이상의 장기 임대차계약을 원하는 경우가 있고, 이 사건 법률조항은 이 경우 걸림돌이 될 수 있다. 하지만 민법 제651조 제2항은 임대차기간을 10년의 범위 안에서 갱신할 수 있도록 하고 있고, 그 갱신의 횟수에는 아무런 제한이 없다. 이에 따라 장기 임대차계약을 원하는 당사자들은 계약기간을 20년으로 하되 계약 종료시점에 10년 연장하는 것으로 하고 30년분의 임대료를 선납받는 형태로 임대차계약을 체결하고 있다. 이러한 우회적인 방법이 당사자로서는 불편할 수 있으나, 위에서 본 입법목적에 비추어 볼 때 이 정도의 불편으로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼 수 없다. ○○시, ○○공사, ○○주식회사 등에 대한 사실조회결과에 따르면, 대형건물을 신축하면서 20년 이상의 장기 임대차계약을 체결하는 경우 위에서 본 것과 같은 우회적인 방법으로 임대차계약을 체결하고 있다고 하며, 이 사건 법률조항으로 인하여 사업에 지장을 받았다는 답변은 없었다.

다. 이 사건 법률조항이 임대차기간을 제한하고 있으나 10년의 범위 안에서 횟수에 제한 없이 계약을 갱신할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 기본권침해의 최소성원칙을 위반한 것이라고 보기는 어렵다. 또 계약 당사자의 의사만 합치되면 계약기간을 계속 연장할 수 있고, 위에서 본 우회적인 방법으로 사실상 30년의 장기 임대차계약을 체결할 수도 있다. 이러한 사정을 종합하여 보면 이 사건 법률조항으로 인하여 임대인인 청구인이 부담하는 불이익이 이 사건 법률조항으로 인하여 달성되는 공익보다 크다고 볼 수도 없다.

라. 앞서 본 것처럼 이 사건 법률조항은 임대인의 임대차목적물에 대한 소유권을 보호하고 임대인과 임차인 사이의 계약기간 장기화에 따른 분쟁의 발생을 예방하는 규정으로 이해된다. 법정의견은 이 사건 법률조항의 입법취지가 불명확하지만 입법목적의 정당성과 수단의 적절성은 인정된다고 하면서도, 여러 가지 현실적인 이유를 들어 이 사건 법률조항이 임대인의 계약의 자유를 침해한다고 한다. 법정의견이 침해의 최소성과 법익균형성 요건을 갖추지 못하고 있다고 판단한 취지는 결국 입법목적에 비추어 볼 때 20년이라는 임대차계약 기간 제한이 너무 짧다는 것으로 이해된다.

그러나 20년이라는 기간 제한이 비록 최적의 수단은 아니라고 할지라도 위에서 본 입법 목적을 달성하는 데 유용한 수단이라는 점은 부인할 수 없다. 국가가 그 영역 안에 있는 물건을 보전하고 개량하여 사회경제적 손실을 막기

위한 목적으로 임대차계약기간을 제한하는 경우, 그 상한을 어떻게 정할 것인지 하는 것은 입법자가 정해야 할 입법형성의 영역이다. 이러한 제한으로 인해 계약 당사자에게 불편이 초래된다는 사정만으로 입법형성의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다. 법정의견은 경제사정의 변화에 따라 당사자가 이 사건 법률조항을 악용할 여지도 있다고 하지만, 경제사정이 변화하여 계약내용을 변경하는 것이 부당하다고 할 수 없다. 또 법률을 악용하는 계약당사자가 있다고 하더라도 권리남용 등 계약 상대방을 보호하는 다양한 법리에 따라 이를 방지할 수 있다.

마. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 어긋나 임대인의 계약의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

변호사법 제112조 제1호 위헌소원

(2013. 12. 26. 2012헌바35, 2013헌바36(병합))

【판시사항】

1. 타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자를 형벌에 처하도록 규정한 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제112조 제1호 중 '타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자' 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에 규정된 '타인의 권리'는 채권뿐만 아니라 물권 기타 양도가 가능한 권리라면 모두 여기에 포함되는 것으로, '그 권리를 실행함'은 양수한 타인의 권리를 실제로 행하는 것으로서 양수한 권리와 실행한 권리 양자의 동일성을 요구하는 것으로, 그리고 '업으로'는 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 어떠한 사무에 계속적으로 종사하는 것으로, 각기 그 의미 내용을 합리적으로 해석할 수 있으므로, 이 사건 법률조항의 내용은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은, 남소의 폐단을 방지함은 물론 국민의 법률생활상 이익에 대한 폐해 유발을 막고, 민사 사법제도의 공정하고 원활한 운영을 확보하고자 마련된 것으로서, 다른 법률이 허용하는 업무행위이거나, 새로운 사회·경제적 필요에 따른 정당한 업무의 범위 내의 행위로서 그 입법목적은 해할 우려가 없다고 인정되는 경우에는 적용되지 않는다고 할 것이므로 과잉금지의 원칙에 위배하여 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 법률조항은 문언상 그 주체에 아무런 제한을 두고 있지 않고, 그 입법목적이나 이에 관한 법원이나 헌법재판소의 해석에 비추어 보더라도, 변호사 집단에 대하여 독점적인 재테크 수단을 허락함으로써 변호사와 변호사가 아닌 자를 차별하는 조항이라고 보기 어려우므로 평등원칙에 위배되지 않는다.

【심판대상조문】

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제112조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다.

1. 타인의 권리를 양수하거나 양수를 가장하여 소송·조정 또는 화해, 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업(業)으로 한 자
- 2.~7. 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제15조, 제37조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137
헌재 2001. 6. 28. 99헌바34, 판례집 13-1, 1255, 1265
헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 97-99
헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821
대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도11468 판결
대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도3598 판결
2. 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 99-101
헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320, 331
대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도11468 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○원(2012헌바35)
 대리인 법무법인(유한) 동인
 담당변호사 이종훈 외 1인
2. 이○수(2013헌바36)

헌재 2013. 12. 26. 2012헌바35, 2013헌바36(병합)

대리인 변호사 박규택 외 1인

당해사건 대구지방법원 2009노3888 변호사법위반(2012헌바35)

대법원 2012도9852 변호사법위반(2013헌바36)

【주 문】

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제112조 제1호 중 ‘타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2012헌바35 사건

(가) 청구인과 양○금, 강○규 등은 국가나 지방자치단체가 과거부터 오랫동안 도로 부지 등으로 사용하여 왔으나 국가나 지방자치단체 명의로 소유권 이전등기가 되어 있지 아니한 토지의 소유자를 찾아내어 헐값에 이를 사들인 뒤, 등기명의인으로서 국가나 지방자치단체를 상대로 부당이득금반환청구 소송을 제기하는 등으로 권리를 행사하여 토지 점유에 따른 부당이득금이나 보상금 등을 취득하기로 마음먹고, 2003. 9. 5.경 청구인의 처 주○숙 명의로 사들인 영천시 ○○동 989-2 도로 370㎡에 관하여 영천시를 상대로 2008. 1. 18. 대구지방법원에 부당이득금반환청구의 소를 제기한 것을 비롯하여 2003. 12. 11.경부터 2008. 1. 18.경까지 총 3회에 걸친 소송·조정을 통하여 그 권리를 실행한 혐의로 변호사법 제112조 제1호 위반죄로 기소되었다.

(나) 대구지방법원은 2009. 11. 4. 청구인에 대하여 벌금 700만 원을 선고하였고(대구지방법원 2009고정1555), 청구인은 이에 불복하여 항소한 후 항소심 계속 중 변호사법 제112조 제1호가 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판 제청을 신청하였으나 2011. 12. 20. 기각되자(대구지방법원 2011초기1476), 2012. 1. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2013헌바36 사건

(가) 청구인은 2008. 1.경부터 2010. 1. 29.경까지 ‘○○자산관리’라는 상호로, 2010. 1. 20.경부터 2012. 2. 13.까지 ‘○○자산대부’라는 상호로 채권추심업체를

운영해 온 사람으로서, 2008. 2. 19.경 1,739,524,167원의 ○○백화점 외상매출금 채권을 그 액면금보다 95% 할인된 87,000,000원에 양수한 다음, 물품을 구입한 채무자 및 그 가족 등에게 채무원금에 지연손해금 및 연 24%의 연체이자를 적용하여 채무 원금보다 400% 정도 증액된 채무금을 변제하라는 내용증명을 송달하고 지급명령, 채권압류 및 추심명령 등 민사소송 등을 제기하는 방법으로 그 권리를 실행하는 등 그 때부터 2012. 2. 1.경까지 모두 4,947회에 걸쳐 액면 금액의 93~98% 할인 비율에 따른 물품대금 채권 합계 6,152,494,830원 상당을 양수한 후 위와 같이 소송 등을 통해 그 권리를 실행함을 업으로 한 혐의로 변호사법 제112조 제1호 위반죄로 기소되었다.

(나) 부산지방법원은 2012. 3. 27. 청구인에 대하여 징역 1년 및 벌금 2,000만원, 집행유예 3년을 선고하였고(부산지방법원 2012고단1446), 항소심인 부산지방법원은 2012. 7. 26. 청구인에 대하여 징역 1년 및 벌금 1,000만원, 집행유예 2년을 선고하였는데(부산지방법원 2012노1104), 청구인은 이에 불복하여 상고(대법원 2012도9852)한 후 상고심 계속 중 변호사법 제112조 제1호가 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청을 신청하였으나 2012. 12. 27. 기각되자(대법원 2012초기480), 2013. 2. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 당해 사건에서 청구인들에게 직접 적용된 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제112조 제1호 중 ‘타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

심판대상조항(아래 밑줄 친 부분)의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것)

제112조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다.

1. 타인의 권리를 양수하거나 양수를 가장하여 소송·조정 또는 화해, 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자

2. 청구인들의 주장요지

가. 2012헌바35 사건

(1) 이 사건 법률조항의 ‘타인의 권리를 양수’에서의 ‘타인의 권리’가 금전채권과 같은 채권이나 청구권을 가리키는지 아니면 토지 소유권과 같은 물권도

포함하는 것인지, ‘그 권리를 실행’에서의 ‘그 권리’가 양수한 ‘타인의 권리’와 동일한 권리를 의미하는 것인지 불분명하다. 그리고 ‘업으로’에서 ‘업’의 의미도 추상적이고 모호하므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

(2) 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유, 재산권 그리고 재판청구권을 침해하고, 자유시장경제주의원칙에 위반되며, 변호사와 변호사 아닌 자를 불합리하게 차별하여 평등원칙에도 위배된다.

(3) 양수한 권리의 실행을 위하여 변호사를 선임하여서 한 소송행위를 이 사건 법률조항 위반으로 보는 것은 죄형법정주의의 명확성원칙과 과잉금지원칙에 위배된다.

나. 2013헌바36 사건

(1) 상법, 은행법 및 여신전문금융업법에 특정 채권에 관한 매입 업무를 할 수 있게 한 규정이 생기는 등, 오늘날 채권을 유통하고 민사집행의 방법을 통하여 그 권리를 실현하는 업무영역에 대한 사회·경제적 필요성이 매우 커졌음에도 불구하고, 채권양수 및 소송 등을 통한 그 추심행위를 일반적으로 금지하고 위반 시 형사처벌하도록 한 이 사건 법률조항은 청구인의 직업선택의 자유, 재산권, 재판청구권을 침해하고 평등원칙에 위배된다.

(2) 청구인의 채권양수 및 그 권리실행행위는 사회·경제적 필요에 따른 정당한 업무행위의 일환으로 이루어진 것이거나, 계속적·반복적으로 소송을 할 것이 예정된 것으로 보기 어려운 경우에 해당하므로, 이 사건 법률조항이 적용된다고 보기 어렵다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법목적

이 사건 법률조항에서는 그 행위주체를 ‘변호사가 아닌 자’로 제한하고 있지 아니할 뿐 아니라, ‘타인의 권리를 양수한 자’도 해당되는 것으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 권리양수 자체는 실질적으로 이루어진 것이어서 자기의 권리를 행사하는 것이라 하더라도, 법률에 밝은 자가 업으로 계속·반복하여 타인의 권리를 유상 또는 무상으로 양수한 다음 이를 실행하기 위하여 법원을 이용하여 소송, 조정 또는 화해 기타의 수단을 취하는 것을 금지함으로써 남소의 폐단을 방지하고, 국민의 법률생활상 이익에 대한 피해를 유발하거나 민사사법제도의 공정하고 원활한 운영을 저해하는 것을 방지하려는 데에 이 사건 법률조항의 입법목적이 있다고 할 것이다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도

11468 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도3598 판결 참조).

나. 명확성원칙 위배 여부

(1) 판단기준

죄형법정주의에서 파생된 명확성원칙이란, 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이고, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있으며, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미하고, 수범자에게 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지, 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미 내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 그 위반 여부를 판단할 수 있는 것이다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821 참조).

그런데 형벌규정에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만으로 판단할 것이 아니라, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 그것도 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하며, 일반적이거나 불확정된 개념이 사용된 경우에는 당해 법률의 입법목적과 당해 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하여 합리적으로 해석할 수 있는지 여부에 따라 가려야 한다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바34, 판례집 13-1, 1255, 1265 참조).

(2) 이 사건 법률조항에 대한 판단

(가) 먼저, 이 사건 법률조항의 ‘타인의 권리를 양수’에서 ‘타인의 권리’는 문언상 채권뿐만 아니라 물권 기타 양도가 가능한 권리이면 모두 여기에 포함하는 것으로 해석되고, ‘양수’는 타인의 권리, 재산 및 법률상의 지위 따위를 넘겨받는 일이라는 사전적 의미가 있다. 앞서 본 것처럼 이 사건 법률조항의 입법 목적은 권리 양수 자체는 실질적으로 이루어진 것이어서 자기의 권리를 행사하는 경우라 하더라도, 이를 업으로 하는 것을 금지함으로써 남소의 폐단을 방지하고 국민의 법률생활상의 이익에 대한 피해를 유발하거나 민사 사법제도의 공정하고 원활한 운영을 저해하는 것을 방지하려는 데에 있다. 위와 같은 폐해는 타인에 대한 청구권을 주요 내용으로 하는 채권의 경우는 물론 물권의 경우에도 권리 양수인이 물권적 청구권 등을 행사할 경우 똑같이 나타날 수 있다. 그러므로 ‘양수’라는 용어가 주로 ‘채권’과 결부되어 사용된다는 것만으로는 ‘타인의 권리’에서 ‘물권’이 배제되었다고 하기 어렵고, 이 사건 법률조항의 ‘타인의 권리’를 채권 내지 채권적 청구권에 한정시켜 좁게 해석할 아무런 합

리적 이유가 없다.

법원에서도 도로 부지의 소유권을 양수한 후 차임 상당의 부당이득반환을 청구하는 소송·조정 등을 제기하는 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 행위에 대하여, 부동산소유권이 이 사건 법률조항에 규정된 ‘타인의 권리’에 포함됨을 전제로 이 사건 법률조항을 적용하고 있다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도11468 판결 참조).

(나) 다음으로, 이 사건 법률조항의 ‘그 권리를 실행함’ 부분의 명확성 여부를 살펴본다. 이 사건 법률조항의 문언상 이는 ‘양수한 타인의 권리를 실제로 행하는 것’을 의미하고, 이는 양수한 권리와 실행한 권리 양자의 동일성을 요구하는 것으로 해석된다.

권리란 강학상 ‘일정한 이익을 누릴 수 있게 하기 위하여 법이 인정하는 힘’을 의미하므로, 위 양자간 권리의 동일성 여부를 가림에 있어서는 그 권리를 통하여 법에 따라 보호되는 이익이 같은지를 기준으로 삼아야 할 것이다.

법원도 이 사건 법률조항 위반이 다투어진 사건에서 부동산 소유권을 양수한 후 당해 부동산 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 청구하는 방법으로 그 권리를 실행한 것은 양수한 소유권 중 사용·수익 권능 즉 사용가치를 실현함으로써 소유권 일부를 실행하는 것으로 볼 수 있으므로 양수한 권리와 실행한 권리가 서로 다르다고 할 수 없다고 판시하였다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도11468 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도3598 판결 참조).

(다) 끝으로, 이 사건 법률조항 중 ‘업으로’ 부분의 명확성원칙 위배 여부에 관하여 보건대, 헌법재판소는 2011. 3. 31. 2009헌바309 사건에서, 이 사건 법률조항과 사실상 동일한 내용의 구 변호사법(1993. 3. 10. 법률 제4544호로 개정되고, 2000. 1. 28. 법률 제6207호로 개정되기 전의 것) 제91조 제1호는 다음과 같은 이유로 헌법에 위반되지 아니한다고 결정한 바 있다.

「구 변호사법 제91조 제1호 중 ‘업으로’ 부분의 의미는 일정한 행위를 계속·반복하여 하는 것으로 일반적으로 이해되고 있고, 법원도 위 구성요건의 핵심적 의미를 반복·계속성에 두고, 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 어떠한 사무에 계속적으로 종사할 경우, 다시 말하면 어떠한 행위가 객관적으로 상당한 횟수 반복하여 행하여지거나 또는 반복·계속할 의사로 행하여진 경우가 위 구성요건에 해당한다는 취지로 해석하고 있다. 또한 구 변호사법 제91조 제1호의 입법목적 내지 보호법익을 침해하는 행위의 모습은 매우 다양할 것으로 예상되는데, 예를 들어 타인의 권리를 양수하여 소송 등의 방법으로 이를

실행하는 행위의 횡수를 명시하는 방법 등으로 구성요건의 내용을 구체적이고 정형적으로 정한다면 입법목적에 침해하는 다양한 형태의 행위를 탄력적으로 규율할 수 없으므로, 구 변호사법 제91조 제1호가 채택하고 있는 ‘업으로’라는 구성요건은 입법목적의 효율적인 달성을 위한 형사정책상의 강한 필요에 따른 것으로 수긍될 수 있고, 헌법이 요구하는 형벌법규의 명확성의 요구를 갖추었다고 할 것이다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 97-99 참조).」

헌법재판소의 위와 같은 견해는 여전히 타당하고, 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 않으므로, 이 사건에서도 위 견해를 그대로 유지한다.

(라) 결국, 이 사건 법률조항은 그 내용이 불명확하여 수범자의 예측가능성을 해한다거나, 법 집행기관의 자의적인 해석을 가능하게 한다고 보기는 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 국민으로 하여금 그 구성요건에 해당하는 행위, 즉 타인의 권리를 양수하여 소송 또는 기타의 방법으로 그 권리를 실행하는 것을 직업으로 선택하지 못하도록 함으로써 헌법 제15조가 정하고 있는 직업선택의 자유를 제한하는 규정이다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 99).

한편, 청구인들은 이 사건 법률조항에 의하여 재산권과 재판청구권이 침해되었다고 주장한다. 이 사건 법률조항에 의하면 양수한 재산권을 소송의 방법으로 실현할 수 없게 되므로 재산권, 재판청구권도 제한될 여지가 있으나, 이 사건 법률조항은 타인의 권리를 양수한 다음 그 양수받은 권리의 실현을 위하여 채무자를 상대로 소송을 제기하는 행위 등을 일반적으로 금지하는 것이 아니라, 이를 직업으로 하는 것만을 금지하고 있으므로, 이 사건 법률조항과 가장 밀접한 관계에 있고 제한의 정도가 큰 주된 기본권은 직업선택의 자유이다. 따라서 이를 중심으로 이 사건 법률조항이 그 제한의 한계를 준수하였는지 여부를 살펴본다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320, 331 참조).

(2) 직업선택의 자유 침해 여부

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

앞서 본 것처럼 이 사건 법률조항은 업으로 계속·반복하여 타인의 권리를 양수하여 소송 등의 방법으로 권리실행을 하는 것을 금지함으로써 남소의 폐

단을 방지함은 물론 국민의 법률생활상 이익에 대한 폐해 유발을 막고, 민사 사법제도의 공정하고 원활한 운영을 확보하고자 마련된 것이므로, 그 입법목적에 정당하고 수단의 적합성도 인정된다.

(나) 침해의 최소성

이 사건 법률조항은 그 문언 취지에 비추어 볼 때 타인의 권리를 양수한 다음 그 양수받은 권리의 실현을 위하여 채무자를 상대로 소송 등을 제기하는 모든 경우를 처벌하는 것은 아니고, 타인의 권리를 양수하여 이를 소송 등의 방법으로 실행하는 것을 업으로 계속·반복할 경우에만 적용되는 것이다. 따라서 권리양수가 그 양수의 경위와 방식 등에 비추어 당초부터 소송 등을 하는 것을 주된 목적으로 하지 아니할 뿐 아니라 소송 등의 수단에 의한 것이 다수의 양수 권리 중 적은 일부에 지나지 아니하여 계속적·반복적으로 소송을 할 것을 예정하고 있었다고 보기 어려운 경우 등에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 100-101 참조).

그리고 이 사건 법률조항은 다른 법률이 허용하는 업무행위에 대하여 적용되지 않기 때문에 그 적용범위가 한정적이라는 점에서도 최소 침해성에 반한다고 보기 어렵다. 예컨대 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'은 일정한 요건을 갖춘 자로서 금융위원회의 허가를 받은 자는 신용정보업의 업무 중 하나로서 채권추심업무를 영위할 수 있도록 하였고(제2조 제10호, 제4조 제1항, 제2항, 제5조), '대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률'에 의하면 대부업자나 여신금융기관으로부터 대부계약에 따른 채권을 양도받아 이를 추심하는 것을 업으로 하는 대부업(제2조 제1호)이 허용되고 있는데, 이와 같이 적법한 채권추심행위에 대하여 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다.

나아가, 비록 어떠한 행위가 형식적으로는 이 사건 처벌규정의 구성요건에 해당한다고 하더라도, 실질적으로는 새로운 사회·경제적인 필요에 따른 정당한 업무의 범위 내의 행위로서 그 입법목적에 해할 우려가 없다고 인정되는 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다고 할 것이다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 100 참조). 대법원도 형식적으로는 타인의 권리를 양수하여 이를 실행한 경우라고 하더라도, 그 거래의 대상이 된 권리의 종류, 법적 분쟁 가능성의 유무 및 그 정도, 권리양도의 목적과 방법 및 그 대가의 결정방법, 권리행사의 구체적 행위태양 기타 제반 사정을 종합적으로 고찰하여, 그 행위가 변호사법과 이 사건 법률조항의 입법취지에 반하여 국민의 법률생활상 이익과 안정을 해치는 폐해를 일으킬 수 있는 행위에 해당하지 않

는 경우에는, 사회·경제적인 필요에 따른 정당한 업무 범위 내의 행위로 보아 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다고 함으로써 이 사건 법률조항을 한정적으로 해석, 적용하고 있다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도11468 판결 참조).

결국, 이 사건 법률조항은 그 입법목적의 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어서까지 적용됨으로써 국민의 직업선택의 자유를 제한하고 있는 것은 아니므로 기본권 제한에 관한 최소 침해성의 원칙을 준수하였다고 할 것이다.

(다) 법익균형성

이 사건 법률조항이 추구하는 입법목적, 즉 남소의 폐단을 방지하여 국민의 법률생활상 이익에 대한 피해 유발을 막고, 민사사법기능의 공정·원활한 운영을 확보하고자 하는 공익은 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 제한 정도를 정당화할 수 있는 보다 우월한 것이라고 하지 않을 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 의한 기본권 제한과 공익 사이에는 적절한 균형관계가 존재한다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등, 판례집 16-1, 87, 101 참조).

(라) 소결

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

라. 평등원칙 위배 여부

청구인 김○원은 이 사건 법률조항이 변호사와 변호사가 아닌 자를 차별 취급하여 그 중 변호사에게만 타인의 부동산을 양수한 후 이를 매각하여 이득을 얻거나 불법 점유자로부터 토지사용료 상당의 부당이득액을 받아 재산을 증식하는 방식의 ‘재테크’ 또는 ‘부동산투자’를 영위할 수 있게 하는 것은 불합리하여 평등원칙에 위배된다고 주장한다(다만, 청구인 이○수는 이 사건 법률조항이 어떤 이유로 평등원칙에 위배된다는 것인지 구체적인 주장을 하지 않고 있으므로, 더 나아가 따로 판단하지 않는다).

그러나 이 사건 법률조항은 문언상 그 주체에 아무런 제한을 두고 있지 않고, 그 입법목적이나 이에 관한 법원이나 헌법재판소의 해석에 비추어 보더라도, 청구인의 주장처럼 변호사 집단에 대하여 독점적인 재테크 수단을 허락함으로써 변호사와 변호사가 아닌 자를 차별하고 있는 조항이라고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 않는다.

마. 기타 주장에 대한 판단

(1) 청구인 김○원은 이 사건 법률조항이 헌법 제119조 제1항의 자유시장경제주의원칙을 침해한다고 주장하나, 이 사건 법률조항이 경제질서의 구성요소

를 이루는 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다고 보는 이상, 위 주장 역시 이유 없다(헌재 2011. 3. 31. 2009헌바309, 공보 174, 574, 577 참조).

(2) 청구인 김○원은 타인의 권리를 양수하여 소송 등의 방법으로 그 권리를 실행한 경우라고 하더라도 그 권리 실행의 과정에서 변호사를 선임하여서 소송 등을 수행한 행위는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 경우에 해당한다고 주장하고, 청구인 이○수는 자신의 채권양수 및 그 권리실행행위가 사회경제적 필요에 따른 정당한 업무행위의 일환으로 이루어진 것이거나, 계속적·반복적으로 소송을 할 것이 예정된 것으로 보기 어려운 경우에 해당한다고 주장한다.

그러나 청구인들의 위와 같은 주장은 구체적인 사건에서 청구인들의 행위가 과연 이 사건 법률조항에 해당하는 행위인지 여부에 관하여 법원이 판단하여야 할 통상적인 법률의 해석·적용의 문제일 뿐 아니라, 청구인 김○원의 행위가 ‘타인의 권리를 양수하여 소송 등에 의한 권리실행을 업으로 한 경우’라는 이 사건 법률조항의 요건을 충족하는 이상 위 청구인이 타인의 권리를 양수한 후 소제기 등 권리실행을 함에 있어 변호사나 법무법인을 자신의 소송대리인으로 선임하였다 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 법률조항의 구성요건 해당성을 부정할 수 없고, 청구인 이○수의 이러한 행위가 사회·경제적인 필요에 따른 정당한 업무행위로 볼 수도 없으므로, 청구인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조의2 제1항 제1호 등 위헌소원

(2013. 12. 26. 2012헌바217·253, 2013헌바268·278(병합))

【판시사항】

1. 재화 또는 용역을 공급하거나 공급받지 아니하고 ‘영리의 목적’으로 일정한 ‘공급가액 등 합계액’ 이상의 세금계산서를 발급하거나 발급받은 행위 등을 처벌하는 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제1항 중 구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항에 관한 부분, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 중 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항에 관한 부분(이하 위 조항들을 통틀어 ‘이 사건 처벌조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 처벌조항 및 이 사건 처벌조항 위반의 경우 공급가액 등 합계액에 부가가치세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 필요적으로 병과하도록 하는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정된 것) 제8조의2 제2항(이하 ‘이 사건 벌금병과조항’이라 하고, 이 사건 처벌조항과 이 사건 벌금병과조항을 통틀어 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 처벌조항이 규제하는 무거래 세금계산서 수수행위 등은 그러한 행위 자체를 대가로 하는 경우 외에 허위의 거래실적을

만들어 금융기관으로부터 대출을 받거나 대기업으로부터 수주를 받는 등 다른 재산상 이익을 위하여 저지를 수 있고, 그러한 경우도 정확한 과세자료 수수질서를 교란시킨다는 점은 충분히 예상되므로, 이 사건 처벌조항 중 ‘영리의 목적’은 ‘널리 경제적인 이익을 취득할 목적’을 의미한다. 또한 이 사건 처벌조항은 조세범처벌법에서 정한 구성요건을 구분하지 아니하고 이를 망라하여 각 서류에 기재된 공급가액이나 매출·매입금액의 합계액을 ‘공급가액 등 합계액’으로 정의하고 있으므로, 이를 모두 합산하여 합계액을 정하고 그 합계액이 이 사건 처벌조항에서 정한 금액 이상인 때에는 이 사건 처벌조항 위반의 일죄만이 성립하는 것으로 봄이 상당하다.

통상의 판단능력을 가진 수범자라면 이러한 이 사건 처벌조항의 의미를 충분히 파악할 수 있으므로, 이 사건 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항들은 무거래 세금계산서 수수행위 등이 세정 질서의 근간을 흔드는 중대한 범죄임에도 불구하고, 그에 대처하는 조세범처벌법의 처벌규정으로는 범죄예방에 실효를 거두지 못하고 있는 현실에 대한 반성적 고려에서 비롯되었고, 불법의 정도를 드러낼 수 있는 가장 보편적인 징표인 공급가액 등 합계액을 기준으로 단계적으로 가중처벌하는 것은 합리적인 이유가 있으며, 우리나라의 경제 여건 등에 비추어 보았을 때 가중의 기준액수가 지나치게 낮다고 볼 수도 없다. 이 사건 처벌조항에서 정하고 있는 법정형은 작량 감경 없이도 집행유예를 선고할 수 있는 정도이고, 이 사건 벌금병과조항은 일정액 이상의 무거래 세금계산서 수수행위 등에 대하여 그 위법성과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 징벌의 강도를 높이고자 한 입법자의 결단으로서 조세 관련 범죄의 성격과 불법적 이익의 박탈 필요성, 구체적 사안에서 벌금형의 작량감경이나 선고유예가 가능한 점에 비추어 보았을 때, 입법재량을 벗어나거나 법관의 양형재량의 범위를 과도하게 제한한다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항들은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다.

3. 정확한 과세자료의 수수질서를 확립하여 근거과세와 공평과세를 실현하고자 하는 이 사건 법률조항들의 입법목적에 비추어 볼 때,

무거래 세금계산서 등의 수수행위로 간접적인 이익을 취득하려는 자나 그 행위 자체의 대가로 이익을 취득하는 자는 모두 재화나 용역의 공급 없이 세금계산서를 수수하는 등의 범죄행위를 저지르고 그로 인하여 조세질서를 어지럽힌다는 점에서 동일하고, 단지 그 행위의 동기에 있어서 차이가 있다는 점이 이러한 동일성을 훼손할 만한 사유라고 볼 수 없다.

부가가치세법상 세금계산서는 과세사업자가 발행하는 것이고, 소득세법이나 법인세법상 계산서는 면세사업자가 발행하는 것이라는 점만 다를 뿐 그것이 거래의 기초증빙서류가 됨과 아울러 과세자료의 기능을 수행함은 동일하고, 매출·매입처별세금계산서합계표와 매출·매입처별계산서합계표는 위 세금계산서와 계산서를 합제한 표이므로 위 서류들을 구분함이 없이 모든 합계액을 기준으로 가중처벌하는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항들은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조의2(세금계산서 교부의무위반 등의 가중처벌) ① 영리의 목적으로 「조세범처벌법」 제11조의2 제4항 및 제5항의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표 또는 매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액이나 매출·매입금액의 합계액(이하 이 조에서 “공급가액등의 합계액”이라 한다)이 50억 원 이상인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
2. 공급가액등의 합계액이 30억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 생략

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제8조의2(세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌) ① 영리를 목적으로 「조세범처벌법」 제10조 제3항 및 제4항 전단의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표·매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출·매입금액의 합계액(이하 이 조에서 “공급가액등의 합계액”이라 한다)이 50억 원 이상인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

헌재 2013. 12. 26. 2012헌바217·253, 2013헌바268·278(병합)

2. 공급가액등의 합계액이 30억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 생략

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정된 것) 제8조의2(세금계산서 교부의무위반 등의 가중처벌) ① 생략

② 제1항의 경우에는 공급가액등의 합계액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항

구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2(세금계산서 교부 의무위반등) ①~③ 생략

④ 부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급하지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 그 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표·매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출처별계산서합계표·매입처별계산서합계표에 기재된 매출·매입금액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 부가가치세법의 규정에 의한 세금계산서를 교부하거나 교부받은 행위
2. 소득세법 및 법인세법의 규정에 의한 계산서를 교부하거나 교부받은 행위
3. 부가가치세법의 규정에 의한 매출·매입처별세금계산서합계표를 허위기재하여 정부에 제출한 행위
4. 소득세법 및 법인세법의 규정에 의한 매출·매입처별계산서합계표를 허위기재하여 정부에 제출한 행위

⑤ 생략

구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조(세금계산서의 발급의무 위반 등) ①~② 생략

③ 재화 또는 용역을 공급하지 아니하거나 공급받지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 그 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표, 매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출처별계산서합계표, 매입처별계산서합계표에 기재된 매출·매입금액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 「부가가치세법」에 따른 세금계산서를 발급하거나 발급받은 행위
2. 「소득세법」 및 「법인세법」에 따른 계산서를 발급하거나 발급받은 행위
3. 「부가가치세법」에 따른 매출·매입처별계산서합계표를 거짓으로 기재하여 정부에 제출한 행위
4. 「소득세법」 및 「법인세법」에 따른 매출·매입처별계산서합계표를 거짓으로 기재하

판례집 25-2(하)

여 정부에 제출한 행위

④~⑤ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 2010. 3. 25. 2009헌가2, 판례집 22-1상, 407, 412-413
헌재 2012. 12. 27. 2012헌바47, 판례집 24-2하, 507, 516
- 2. 헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20, 판례집 20-1상, 426, 435
헌재 2011. 6. 30. 2009헌바354등, 판례집 23-1하, 353, 360
- 3. 헌재 2012. 10. 25. 2011헌마789, 판례집 24-2하, 84, 92

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 장○현(2012헌바217)
대리인 법무법인 지평지성
담당변호사 이공현 외 2인
- 2. 주○수(2012헌바253)
대리인 법무법인 화인
담당변호사 김재현
- 3. 이○주(2013헌바268)
- 4. 김○식(2013헌바278)
청구인 3., 4. 대리인 법무법인 명문
담당변호사 박희문
- 당 해 사 건 1. 대구고등법원 2011노372 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)(2012헌바217)
- 2. 서울고등법원 2011노3471 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)(2012헌바253)
- 3. 서울고등법원 2013노1176 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)(2013헌바268)
- 4. 서울고등법원 2013노1525 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금계산서교부등)등(2013헌바278)

【주 문】

- ① 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개

정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제1항 중 구 ‘조세범처벌법’(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항에 관한 부분, ② ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 중 구 ‘조세범 처벌법’(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항에 관한 부분, ③ ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정된 것) 제8조의2 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

(1) 2012헌바217 사건

(가) 청구인 장○현은 주식회사 ○○의 대표이사인데, 위 회사가 재화나 용역을 공급하거나 공급받은 사실이 없음에도 불구하고 영리의 목적으로, 2007. 6. 25.경부터 2008. 9. 25.경까지 공급가액 합계 216억 4,280만 원 상당의 매출세금계산서 26장을 ○○정공 등에 교부하고, 2007. 6. 15.경부터 2008. 9. 25.경까지 공급가액 합계 206억 4,280만 원 상당의 매입세금계산서 17장을 ○○테크 등으로부터 교부받았다는 범죄사실로 2011. 7. 28. 대구지방법원 서부지원에서 징역 1년 6월에 집행유예 2년 및 벌금 43억 원을 선고받았다.

(나) 청구인 장○현은 위 판결에 항소하여 그 항소심 계속 중(대구고등법원 2011노372), 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제8조의2 제1항 제1호, 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다가 2012. 5. 17. 기각되자, 2012. 6. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2012헌바253 사건

(가) 청구인 주○수는 영농조합법인 ○○미곡종합처리장의 대표이사로 재직하던 중 영리의 목적으로, 2008. 1. 25. ○○세무서에 위 미곡종합처리장의 2007년 법인세 신고를 위한 매출처별계산서합계표와 매입처별계산서합계표를 제출함에 있어 ○○인터내셔널에 9억 3,184만 원의 양곡을 판매하였음에도 19억 9,950만 원의 양곡을 판매한 것처럼 기재하는 등 법인세법의 규정에 의한 매출처별계산서합계표에 매출금액 합계 15억 971만 원을 허위기재하여 정부에 제출하고, ○○물류 주식회사로부터 양곡을 매입하지 않았음에도 20억

2,051만 2천 원의 양곡을 매입한 것처럼 기재하는 등 법인세법의 규정에 의한 매입처별계산서합계표에 매입금액 합계 22억 897만 2천 원을 허위기재하여 정부에 제출하였다는 범죄사실로 2011. 11. 30. 서울서부지방법원에서 징역 1년에 집행유예 2년 및 벌금 3억 7,200만 원을 선고받았다.

(나) 청구인 주○수는 위 판결에 항소하여 그 항소심 계속 중(서울고등법원 2011노3471), 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제8조의2 제1항 제2호, 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다가 2012. 5. 31. 기각되자, 2012. 7. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2013헌바268 사건

(가) 청구인 이○주는 주식회사 ○○교역의 실제 운영자인데, 위 회사가 재화나 용역을 공급하거나 공급받은 사실이 없음에도 불구하고 영리를 목적으로, 2010. 4. 25.경부터 2011. 1. 25.경까지 부가가치세법에 따른 매출·매입처별세금계산서합계표에 공급가액 합계 6,415,818,470원 상당을 거짓으로 기재하여 정부에 제출하였다는 범죄사실로 2013. 3. 22. 서울남부지방법원에서 징역 1년 6월에 집행유예 2년 및 벌금 6억 5,000만 원을 선고받았다.

(나) 청구인 이○주는 위 판결에 항소하여 그 항소심 계속 중(서울고등법원 2013노1176), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제8조의2 제1항 중 “영리를 목적으로” 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청(2013초기136)을 하였다가 2013. 7. 4. 기각되자, 2013. 8. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 2013헌바278 사건

(가) 청구인 김○식은 ○○랜드 주식회사, ○○스틸 주식회사, 주식회사 ○○선재의 실제 운영자인데, 위 회사들이 재화나 용역을 공급하거나 공급받은 사실이 없음에도 불구하고 영리를 목적으로, 2011. 1. 25.경부터 2012. 1. 25.경까지 부가가치세법에 따른 매입·매출처별세금계산서합계표에 공급가액 합계 5,518,699,100원 상당을 거짓으로 기재하여 정부에 제출하였다는 범죄사실로 2013. 4. 26. 인천지방법원에서 징역 1년 6월 및 벌금 6억 원을 선고받았다.

(나) 청구인 김○식은 위 판결에 항소하여 그 항소심 계속 중(서울고등법원 2013노1525), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제8조의2 제1항 중 “영리를 목적으로” 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청(2013초기249)을 하였다가 2013. 8. 1. 기각되자, 2013. 8. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

(1) 이 사건 심판대상은 ① 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2005. 12.

29. 법률 제7767호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’을 ‘특가법’으로 줄여 쓴다) 제8조의2 제1항 중 구 ‘조세범처벌법’(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항에 관한 부분(2012헌바217, 2012헌바253 사건), ② 특가법(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 중 구 ‘조세범처벌법’(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항에 관한 부분(2013헌바268, 2013헌바278 사건), ③ 특가법(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정된 것) 제8조의2 제2항(2012헌바217, 2012헌바253 사건)의 위헌 여부이고(위 ①, ② 심판대상조항은 “영리의 목적으로”를 “영리를 목적으로”로 고치는 등 일부 자구가 수정되고, 기본구성요건인 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항의 위치가 제10조 제3항으로 바뀐 것에 불과하고, 실질적 내용에는 아무런 변경이 없으므로, 위 ①, ② 심판대상조항을 통틀어 ‘이 사건 처벌조항’이라 하고, 위 ③ 심판대상조항을 ‘이 사건 벌금병과조항’이라 하며, 이 사건 처벌조항과 벌금병과조항을 통틀어 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다), 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것)

제8조의2(세금계산서 교부의무위반 등의 가중처벌) ① 영리의 목적으로 조세범처벌법 제11조의2 제4항 및 제5항의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표 또는 매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액이나 매출·매입금액의 합계액(이하 이 조에서 “공급가액 등의 합계액”이라 한다)이 50억 원 이상인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
2. 공급가액 등의 합계액이 30억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것)

제8조의2(세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌) ① 영리를 목적으로 조세범처벌법 제10조 제3항 및 제4항 전단의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표·매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출·매입금액의 합계액(이하 이 조에서 “공급가액 등의 합계액”이라 한다)이 50억 원 이상인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
2. 공급가액 등의 합계액이 30억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정된 것) 제8조의2(세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌) ② 제1항의 경우에는 공급가액 등의 합계액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과한다.

[관련조항]

구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것)

제11조의2(세금계산서 교부 의무위반 등) ④ 부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급하지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 그 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표·매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출처별계산서합계표·매입처별계산서합계표에 기재된 매출·매입금액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 부가가치세법의 규정에 의한 세금계산서를 교부하거나 교부받은 행위
2. 소득세법 및 법인세법의 규정에 의한 계산서를 교부하거나 교부받은 행위
3. 부가가치세법의 규정에 의한 매출·매입처별세금계산서합계표를 허위기재하여 정부에 제출한 행위
4. 소득세법 및 법인세법의 규정에 의한 매출·매입처별계산서합계표를 허위기재하여 정부에 제출한 행위

구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것)

제10조(세금계산서의 발급의무 위반 등) ③ 재화 또는 용역을 공급하지 아니하거나 공급받지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 그 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나

매출처별세금계산서합계표, 매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출처별계산서합계표, 매입처별계산서합계표에 기재된 매출·매입금액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 부가가치세법에 따른 세금계산서를 발급하거나 발급받은 행위
2. 소득세법 및 법인세법에 따른 계산서를 발급하거나 발급받은 행위
3. 부가가치세법에 따른 매출·매입처별계산서합계표를 거짓으로 기재하여 정부에 제출한 행위
4. 소득세법 및 법인세법에 따른 매출·매입처별계산서합계표를 거짓으로 기재하여 정부에 제출한 행위

2. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 처벌조항 중 ‘영리의 목적’ 부분은 재화나 용역을 공급하지 아니하고 세금계산서 등을 수수하는 행위로부터 직접적인 이익을 얻는 이른바 ‘자료상’만을 의미하는지, 그 수수행위를 통하여 허위의 거래실적을 만들어 대출을 받거나 입찰자격을 취득하는 등의 간접적인 이익까지 포함하는 것인지 불분명하다.

또한 이 사건 처벌조항 중 ‘공급가액 등의 합계액’을 정함에 있어 기본구성요건인 조세범처벌법 해당 조항의 각 호를 망라하여 공급가액 등을 모두 합산하여 정하여야 하는지, 각 호별로 나누어 합산하여야 하는지 여부도 명확하지 아니하다.

결국 이 사건 처벌조항은 수범자로 하여금 금지되는 행위를 예측할 수 없게 하고 법집행기관에게 자의적인 해석의 여지를 주고 있으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

(2) 사업의 실질을 가리지 아니하고 거래 없이 세금계산서 등을 수수하는 행위를 업으로 하는 사람 외에, 외형상 사업규모를 부풀리기 위하여 위와 같은 수수행위 등을 한 자까지 다른 양형요소를 무시하고 공급가액 등 합계액만을 기준으로 가중처벌하고, 벌금형을 필요적으로 병과하는 이 사건 법률조항들은 그 내용에 있어 지나치게 가혹하고, 법관의 양형재량의 범위를 과도하게 제한하고 있다.

(3) 직업적 자료상과 간접적인 이익을 추구하려는 청구인들의 경우는 본질적으로 다름에도 불구하고, 이 사건 법률조항들은 두 가지 경우를 합리적 이유 없이 동일하게 취급하여 평등원칙에 위배된다.

또한 조세포탈과 관련하여 세금계산서, 계산서, 매출·매입처별세금계산서합계표, 매출·매입처별계산서합계표가 가지는 의미가 다름에도 불구하고, 이 사건 처벌조항이 이를 구분함이 없이 그 합계액만을 기준으로 일률적으로 가중처벌하는 것은 평등원칙에 위배된다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항들 개요

(1) 조세범처벌법에 따른 무거래 세금계산서 수수행위 등의 규율

1976. 12. 22. 법률 제2934호로 부가가치세법이 제정되어 부가가치세제도가 도입되면서 구 조세범처벌법(1976. 12. 22. 법률 제2932호로 개정된 것)은 제11조의2 제1항에서 부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자가 고의로 세금계산서를 교부하지 아니하거나 세금계산서에 허위의 기재를 한 경우 1년 이하의 징역 또는 공급가액에 부가가치세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금으로 처벌하는 내용의 규정을 신설하였다.

그런데 대법원은 ‘부가가치세법상 세금계산서는 재화 또는 용역을 공급하는 자만이 이를 작성·교부할 의무가 있으므로 이러한 의무가 있는 자가 세금계산서에 허위로 기재한 경우에 한하여 조세범처벌법 제11조의2 제1항 소정의 세금계산서 허위기재죄가 성립되는 것이고, 이러한 의무가 없으면 비록 공급자로부터 재화 또는 용역을 공급받은 것처럼 세금계산서에 허위로 기재한 경우라 하더라도 동죄는 성립되지 아니한다.’고 판시하였고(대법원 1989. 2. 28. 선고 88도2337 판결 등 참조), 그 결과 사업자등록을 아예 하지 않거나 사업자등록을 한 채 부가가치세법에 의한 재화 또는 용역을 공급하지도 않으면서 재화 또는 용역을 공급한 것처럼 세금계산서를 작성·교부하는 경우는 위 규정에 의한 처벌이 불가능하게 되었다.

이에 따라 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 구 조세범처벌법을 개정하면서 ‘부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급함이 없이 세금계산서를 교부하거나 교부받은 자’를 2년 이하의 징역 또는 그 세금계산서에 기재된 공급가액에 부가가치세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처하는 내용의 제11조의2 제4항을 신설하였다.

위 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항은 2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되면서 법정형을 3년 이하의 징역으로 높이고, 무거래 세금계산서를 교부하거나 교부받은 행위 이외에 재화나 용역을 공급하거나 공급받지 아니하고 ‘소득

세법 및 법인세법의 규정에 의한 계산서'를 교부하거나 교부받은 행위, '부가가치세법의 규정에 의한 매출·매입처별계산서합계표', '소득세법 및 법인세법의 규정에 의한 매출·매입처별계산서합계표'를 허위기재하여 정부에 제출한 행위도 구성요건으로 추가하였다.

조세범처벌법은 다시 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되면서 위 제11조의2 제4항의 문구를 일부 수정하고, 법정형 중 벌금형 액수의 상한을 세액의 '2배 이하'에서 '3배 이하'로 높이면서 그 위치가 제10조 제3항으로 이동하였다.

(2) 이 사건 법률조항들의 내용 및 입법취지

위에서 본 조세범처벌법상의 처벌규정에도 불구하고 무거래 세금계산서 수수행위 등이 근절되지 아니하는 현실에 대한 반성적 고려에 따라, 그 중 사안이 무거운 경우를 가려 가중처벌하기 위하여 구 특가법이 2005. 12. 29. 개정되면서 이 사건 법률조항들이 신설되었다.

즉, 이 사건 처벌조항은 기본구성요건인 위와 같은 내용의 조세범처벌법 위반죄에 '영리의 목적' 및 '공급가액 등의 합계액이 30억 원 이상'이라는 요건이 추가될 경우 징역형을 가중하는 규정이고, 이 사건 벌금병과조항은 그 경우 공급가액 등 합계액에 부가가치세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 필요적으로 병과하도록 하고 있다.

우리나라의 부가가치세제도는 일정기간 중 각 사업자의 매출액 전체에 대하여 세율을 적용하여 계산한 매출세액에서 매입 시 거래징수된 매입세액을 공제한 금액을 납부세액으로 정하는 '전단계세액공제법'을 채택하고 있는데, 그 전제로 공제할 매입세액을 증명하기 위한 세금계산서제도가 필수적으로 요구된다. 부가가치세는 우리나라의 세입에 있어 단일세목으로 가장 큰 비중을 차지하고 있을 정도로 국가재정수입의 기초를 이루고 있고, 법인세나 소득세의 선행 세목으로서 과세행정에 있어 중요성이 매우 크다.

따라서 부가가치세 운영의 기초가 되는 세금계산서제도가 제대로 운영되지 않으면 법인세, 소득세, 지방세 등의 정확한 과세산정이 곤란할 뿐 아니라, 실질적 납세자인 최종소비자에 대한 조세의 전가가 원활하고 적정하게 이루어지는 것을 기대하기 힘들어, 결국 부가가치세제도는 물론이고 세계 전반의 부실한 운영을 초래할 우려가 있다(헌재 2002. 8. 29. 2000헌바50등, 판례집 14-2, 153, 164-165; 헌재 2011. 3. 31. 2009헌바319, 판례집 23-1상, 335, 340-341 참조).

그렇다면 무거래 세금계산서 수수행위 등을 가중처벌하는 이 사건 법률조항

들의 입법목적은 세금계산서 수수질서를 확립하여 궁극적으로 근거과세와 공평과세를 실현하고자 함에 있다.

나. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

(1) 심사기준

죄형법정주의의 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다 (헌재 2010. 3. 25. 2009헌가2, 판례집 22-1상, 407, 412-413; 헌재 2012. 12. 27. 2012헌바47, 판례집 24-2하, 507, 516 등).

(2) 판단

(가) ‘영리의 목적’ 부분

영리(營利)라 함은 재산상의 이익을 뜻하는 것인데, 이 사건 처벌조항이 규제하는 무거래 세금계산서 등의 수수, 허위기재한 매출·매입처별세금계산서 합계표 등의 제출 행위는 그러한 행위 자체를 대가로 하는 경우 이외에 허위의 거래실적을 만들어 금융기관으로부터 대출을 받거나 기존 대출금의 상환을 연장받으려는 경우, 대기업이나 해외로부터 수주를 받거나 유지하려는 경우 등 다른 재산상의 이익을 위하여 저지를 수도 있으며, 그러한 경우도 정확한 과세자료의 수수질서 확립을 저해한다는 점은 충분히 예상할 수 있다.

그렇다면 이 사건 처벌조항 중 ‘영리의 목적’이란 ‘널리 경제적인 이익을 취득할 목적’을 의미한다고 해석할 수 있고(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도13342 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도4397 판결 등 참조), 통상의 판단능력을 가진 수범자라면 위와 같은 의미내용을 별다른 어려움 없이 파악할 수 있다. 나아가 개별적인 사안에서 영리의 목적의 구체적인 내용은 행위자의 주관적 의도와 객관적 상황 등을 종합적으로 고려한 법관의 법 보충작용을 통한 판례에 의하여 합리적으로 결정될 수 있을 것이며, 달리 법관에 의한 자의적인 해석의 위험성이 있다고 보기도 어렵다.

청구인 장○현은 이 사건 처벌조항의 ‘영리의 목적’은 기본구성요건에 대한 가중요건인바, 이를 위와 같이 폭넓게 해석하는 것은 결국 영리의 목적에 아무런 의미를 부여하지 않는 결과가 되어 이 사건 처벌조항과 조세범처벌법 위반죄 사이의 체계정당성에 위배된다고도 주장하나, 영리의 목적도 검사가 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명하여야 하는 구성요건의 일부로서 그 요건을 위와 같이 해석한다고 하여 그것이 아무런 의미가 없다거나 형벌의 체계정당성에 반한다고 볼 수는 없다.

(나) ‘공급가액 등 합계액’ 부분

이 사건 처벌조항은 구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항 및 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항의 각 호를 구분하지 않고 세금계산서 등 위 각 호에서 정한 서류를 망라한 다음, 각 서류에 기재된 공급가액이나 매출·매입금액의 합계액을 ‘공급가액 등의 합계액’이라고 정의하고 있다.

따라서 이를 모두 합산하여 합계액을 정하고, 그 합계액이 이 사건 처벌조항에서 정한 금액 이상인 때에는 이 사건 처벌조항 위반의 일죄만이 성립하는 것으로 봄이 상당하고(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009도3355 판결 등 참조), 이러한 해석이 수범자에게 예측하지 못한 불이익을 가한다거나 법집행기관의 자의적인 판단에 근거한다고 볼 수는 없다.

한편, 청구인 장○현은 이 사건 처벌조항 위반죄가 단순일죄인지 포괄일죄인지 여부가 불분명하다는 것도 이 사건 처벌조항이 불명확하다는 한 근거로 주장하나, 이는 죄수에 관한 문제일 뿐 명확성원칙과는 관계가 없다.

(3) 소결

이 사건 처벌조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

다. 책임과 형벌 간의 비례원칙 위배 여부

(1) 심사기준

법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 범감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려해 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 재량이 인정되어야 할 분야이므로, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비해 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등원칙 및 비례원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2011. 6. 30. 2009헌바354등, 판례집 23-1하, 353, 360 등).

(2) 판단

(가) 보호법익의 중요성

세금계산서제도는 전단계세액공제방식을 채택하고 있는 부가가치세법 체계에서 당사자 간의 거래를 노출시킴으로써 부가가치세뿐 아니라 소득세, 법인세 등의 세원포착을 용이하게 하는 납세자 간 상호 검증의 중요한 역할을 하고 있고, 무거래 세금계산서를 수수하면 특별한 사정이 없는 한 부가가치세 및 관련 조세의 탈세로 이어질 것이 예상된다. 또한 이 사건 법률조항들에서 규율하는 나머지 서류들인 부가가치세법에 따른 매출·매입처별세금계산서합계표, 소득세법과 법인세법에 따른 계산서, 매출·매입처별계산서합계표도 세금계산서와 유사한 기능을 수행하고, 그에 따라 위 서류들을 거래 없이 수수하거나 거짓으로 작성하여 정부에 제출하는 행위가 조세질서에 미치는 악영향도 크다.

이 사건 법률조항들의 입법목적은 위와 같은 무거래 세금계산서 수수행위 등이 세정질서의 근간을 흔드는 중대한 범죄임에도 불구하고 그에 대처하는 구 조세범처벌법의 처벌규정으로는 범죄예방에 실효를 거두지 못하고 있는 현실에 대한 반성적 고려에서 비롯된 것이다.

(나) 가중기준의 합리성

이 사건 처벌조항 위반죄가 국가나 사회에 미치는 악영향은 공급가액 등 합계액이 클수록 가중되므로, 비록 위 합계액이 죄의 경중을 가늠하는 유일한 기준은 아니라고 할지라도 중요한 기준 가운데 하나임은 분명하고, 그 불법의 정도를 드러낼 수 있는 가장 보편적인 징표라는 점에서 공급가액 등 합계액을

기준으로 하여 단계적으로 가중처벌하고, 벌금형의 필요적 병과 여부를 달리 하는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다. 더구나 이 사건 법률조항들은 그 공급가액 등의 합계액이 30억 원 이상인 경우에만 적용되는데, 우리나라의 경제 여건 등에 비추어 보았을 때 그 기준액수가 지나치게 낮다고 볼 수도 없다.

(다) 과잉형벌인지 여부

이 사건 처벌조항에서 정한 법정형은 공급가액 등의 합계액이 30억 원 이상 50억 원 미만인 경우는 1년 이상의 유기징역, 공급가액 등의 합계액이 50억 원 이상인 경우는 3년 이상의 유기징역으로 정하여져 있는바, 법관은 나머지 여러 양형요소들을 고려하여 작량감경 없이도 집행유예를 선고할 수 있다.

또한 이 사건 벌금병과조항에서 정하고 있는 벌금의 필요적 병과 여부는 원칙적으로 입법정책의 문제이고, 나아가 조세 관련 범죄의 경우 재산형을 형벌 내용으로 포함하는 것이 그 범죄의 특성에 합치하며, 무거래 세금계산서 수수 행위 등이 가지는 반사회적, 반윤리적 성격에 비추어 볼 때 이 사건 처벌조항 위반자에 대하여 경제적 불이익을 가하고 아울러 그가 부정하게 취득한 이익을 박탈할 필요도 크다.

입법자료 등을 살펴보면 이 사건 벌금병과조항이 소위 자료상으로부터 불법적으로 취득한 이익을 박탈하는 데 주된 목표를 두고 있었던 것으로 보이는 것은 사실이나, 무거래 세금계산서 등을 수수하는 행위 자체로부터 직접적으로 이익을 취득하지 아니하더라도 금융기관으로부터 대출에 관련된 이익을 얻거나 일정 규모 이상의 입찰자격 등을 취득하는 등 간접적인 이익을 목적으로 무거래 세금계산서를 수수하는 등의 행위 역시 자료상이 출현하는 원인을 제공함과 동시에 필연적으로 조세포탈의 위험을 수반하고 있다는 점에서 이 사건 벌금병과조항을 적용하는 것이 부당하다고 보이지 아니한다.

(라) 이 사건 벌금병과조항이 법관의 양형재량을 과도하게 제한하는지 여부

법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞은 적절한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하나, 입법자가 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수는 없다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20, 판례집 20-1상, 426, 435).

이 사건 벌금병과조항에서 벌금형을 필요적으로 병과하도록 하고 있는 것은

일정액 이상의 무거래 세금계산서 수수 등 범죄에 대하여 그 위법성과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 징벌의 강도를 높이고자 한 입법자의 결단이라 보아야 할 것이다. 또한 법원은 구체적 사건에서 이 사건 벌금병과조항을 적용함에 있어 정상에 따라 작량감경 등을 통한 벌금형의 감액을 할 수 있고, 경우에 따라서는 벌금형만의 선고유예도 가능하다.

그렇다면 이 사건 벌금병과조항에 따른 벌금형의 필요적 병과가 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 것이라고는 보기 어려워 법원의 양형재량의 범위를 과도하게 제한하고 있다고도 볼 수 없다.

(3) 소결

이러한 모든 사정을 고려할 때, 이 사건 법률조항들은 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이라고 할 수 없으므로, 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다.

라. 평등원칙 위배 여부

(1) 이 사건 법률조항들에 의하여 간접적인 이익을 목적으로 무거래 세금계산서 수수행위 등을 저지른 자도 그 행위 자체로부터 대가를 취득하는 것을 목적으로 하는 자와 함께 가중처벌되는 것은 앞서 본 바와 같다.

평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있으므로, 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 같은 취급을 정당화할 수 없는 차이가 있음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 같게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그런데 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 다른 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 다를 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 다른 것으로 볼 것인지 아니면 동일한 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제되는바, 이 경우 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한지 여부의 판단은 일반적으로 문제되는 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다고 할 것이다(헌재 2012. 10. 25. 2011헌마789, 판례집 24-2하, 84, 92 참조).

정확한 과세자료의 수수질서를 확립하여 궁극적으로 근거과세와 공평과세를 실현하고자 하는 이 사건 법률조항들의 입법목적에 비추어 볼 때, 무거래 세금계산서 수수행위 등을 통하여 간접적인 이익을 취득하려는 사람이나 그 행위 자체의 대가로 이익을 취득하려는 사람이나 모두 재화나 용역의 공급 없이 세금계산서를 수수하는 등의 범죄행위를 저지르고, 그로 인하여 조세질서를

어지럽힌다는 점에서는 동일하고, 단지 그 행위의 동기에 있어서 서로 차이가 있다는 점이 이러한 동일성을 훼손할 만한 본질적인 사유라고 볼 수는 없다.

결국 이 부분에서 청구인들이 주장하는 내용을 법적으로 의미 있는 차별취급이라고 보기 어렵다.

(2) 이 사건 처벌조항은 세금계산서, 계산서, 매출·매입처별세금계산서합계표, 매출·매입처별계산서합계표를 통틀어 그 공급가액이나 매출·매입금액을 합산하여 가중처벌의 기준을 정하고 있다.

부가가치세법상 세금계산서는 과세사업자가 발행하는 것이고, 소득세법이나 법인세법상 계산서는 면세사업자가 발행하는 것이라는 점만 다를 뿐 그것이 거래의 기초증빙서류가 됨과 아울러 과세자료의 기능을 수행함은 동일하고, 매출·매입처별세금계산서합계표와 매출·매입처별계산서합계표는 위 세금계산서와 계산서를 합제한 표인바, 이러한 위 서류들의 기능을 고려하였을 때 이를 구분함이 없이 모든 합계액을 기준으로 가중처벌하는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

(3) 이 사건 법률조항들은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

민법 제1113조 제1항 등 위헌소원

(2013. 12. 26. 2012헌바467)

【판시사항】

1. 유류분산정의 기초재산에 증여가액을 가산하도록 규정한 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1113조 제1항 중 ‘증여 재산의 가액을 가산하고’ 부분(이하 ‘이 사건 가산조항’이라 한다)이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2. 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1118조 중 ‘제1008조의 규정은 유류분에 이를 준용한다’ 부분(이하 ‘이 사건 준용조항’이라 한다)에 대하여 합헌결정을 한 선례의 견해를 원용하여 이 사건 준용조항이 재산권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판단한 사례

【결정요지】

1. 유류분제도는 유족들의 생존권 보호 및 상속재산형성에 대한 기여 보장과 법적 안정성이라는 공익을 입법목적으로 하고 있다. 유류분제도는 생전의 피상속인의 재산처분의 자유를 원천적으로 봉쇄하지는 않으며, 공동상속인 이외의 제3자에 대한 증여는 원칙적으로 상속개시 전의 1년간에 행한 것에 한하여만 유류분산정의 기초재산에 그 가액을 가산하도록 하고 있고, 유류분의 범위도 법정상속분의 일부분으로 제한하고 있으며, 공동상속인 간에 똑같은 유류분을 보장함으로써 불합리한 점이 발생할 수 있는 특별사정이 있는 경우에는 기여분제도나 신의성실의 원칙 등을 적절히 적용하여 구체적 타당성을 기할 수 있는 등 현행 유류분제도는 피상속인의 재산처분의 자유와 수증자의 재산권에 대한 제한을 최소화하고 거래의 안전을 보호하기 위한 여러 장치들을 두고 있다. 따라서 이러한 유류분제도에 기초한 이 사건 가산조항은 재산권을 침해하지 않는다.

2. 헌법재판소는 2010. 4. 29. 2007헌바144 사건에서 이 사건 준용조항이 피상속인의 재산처분의 자유와 공동상속인인 수증자의 재산

권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였는바(판례집 22-1상, 622, 639-640), 위 선례의 판단은 타당하고, 이 사건에서 이와 달리 판단하여야 할 사정변경이 없다.

【심판대상조문】

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1113조(유류분의 산정) ① 유류분은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다.

② 생략

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1118조(준용규정) 제1001조, 제1008조, 제1010조의 규정은 유류분에 이를 준용한다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제23조, 제37조 제2항

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1008조(특별수익자의 상속분) 공동상속인중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속인의 유류분은 다음 각 호에 의한다.

1. 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 2분의 1
2. 피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 2분의 1
3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 3분의 1
4. 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 3분의 1

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1114조(산입될 증여) 증여는 상속개시전의 1년간에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정한다. 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년전에 한 것도 같다.

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.

② 제1항의 경우에 증여 및 유증을 받은 자가 수인인 때에는 각자가 얻은 유증가액의 비례로 반환하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13, 판례집 16-2하, 76, 81
헌재 2008. 2. 28. 2005헌바7, 판례집 20-1상, 221, 227
2. 헌재 2010. 4. 29. 2007헌바144, 판례집 22-1상, 622, 639-640

【당 사 자】

청 구 인 유○규
대리인 법무법인(유) 화우
담당변호사 조대현 외 3인
당해사건 서울고등법원 2011나85330 유류분반환

【주 문】

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1113조 제1항 중 ‘증여재산의 가액을 가산하고’ 부분 및 제1118조 중 ‘제1008조의 규정은 유류분에 이를 준용한다’ 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 유○목(이하 ‘망인’이라 한다)은 2008. 3. 5. 사망하여 당해 사건의 원고 들인 유○희, 유○자, 당해 사건의 피고인 청구인과 유○억, 유○두, 유○숙, 유○순이 망인의 재산을 공동으로 상속하였다.

(2) 망인은 청구인에게 생전인 1989. 10. 16.경부터 2002. 3. 18.경까지 사이에 망인 소유의 토지 및 건물 등을 각 증여하고 각 증여 무렵 청구인 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

(3) 당해 사건의 원고들은 청구인을 상대로 유류분의 반환을 구하는 소를 제기하여 2011. 9. 28. 청구인용 판결을 선고받았는데(수원지방법원 성남지원 2009가합2497), 청구인은 이에 불복하여 항소하였고(서울고등법원 2011나 85330), 위 항소심 계속 중 민법 제1113조 제1항 중 ‘증여재산의 가액을 가산하고’ 부분과 민법 제1114조의 증여에 ‘공동상속인인 수증자에 대한 증여’가 포함되지 아니하는 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법 률심판제청신청을 하였으나(서울고등법원 2012카기1569), 2012. 11. 29. 위 제 청신청이 일부 기각 및 일부 각하되자, 2012. 12. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 심판청구서에 민법 제1114조의 증여에 ‘공동상속인인 수증자에 대

한 증여'가 포함되지 아니하는 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하며 민법 제1114조를 심판대상으로 기재하였다. 그런데 유류분을 산정함에 있어서 수증자가 공동상속인인 경우에는 민법 제1118조에 의해 제1008조가 유류분에 준용됨으로 말미암아 민법 제1114조는 그 적용이 배제되고, 당해 사건 법원도 당해 사건에 민법 제1114조가 아닌 민법 제1118조에 의하여 준용되는 제1008조를 적용하고 있으므로, 이 부분 심판의 대상은 민법 제1114조가 아닌 민법 제1118조 중 '제1008조의 규정은 유류분에 이를 준용한다' 부분으로 변경함이 상당하다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1113조 제1항 중 '증여재산의 가액을 가산하고' 부분(이하 '이 사건 가산조항'이라 한다) 및 제1118조 중 '제1008조의 규정은 유류분에 이를 준용한다' 부분(이하 '이 사건 준용조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것)

제1113조(유류분의 산정) ① 유류분은 피상속인의 상속개시시에 있어서 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 이를 산정한다.

제1118조(준용규정) 제1001조, 제1008조, 제1010조의 규정은 유류분에 이를 준용한다.

[관련조항]

민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것)

제1008조(특별수익자의 상속분) 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.

제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속인의 유류분은 다음 각 호에 의한다.

1. 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 2분의 1
2. 피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 2분의 1
3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 3분의 1
4. 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 3분의 1

제1114조(산입될 증여) 증여는 상속개시전의 1년간에 행한 것에 한하여 제1113조의 규정에 의하여 그 가액을 산정한다. 당사자 쌍방이 유류분권리자에

손해를 가할 것을 알고 증여를 한 때에는 1년 전에 한 것도 같다.

제1115조(유류분의 보전) ① 유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.

② 제1항의 경우에 증여 및 유증을 받은 자가 수인인 때에는 각자가 얻은 유증가액의 비례로 반환하여야 한다.

2. 청구인의 주장요지

가. 유류분제도는 피상속인의 사망 후에 상속인의 유류분반환청구권을 보호한다는 명목 하에 그 전에 이미 적법하게 행사한 피상속인의 재산처분행위의 효력을 제한하고 있는바, 이는 상속권이 피상속인이 생전에 처분하고 남은 잔여재산에 대해서만 인정되어야 한다는 상속제도의 본질에 반하고, 피상속인이 이미 오래전에 증여하였던 재산에 대해서까지 반환청구를 할 수 있도록 함으로써 거래의 안전을 해한다.

따라서 이러한 유류분제도에 기초한 이 사건 가산조항은 피상속인의 재산처분의 자유를 침해하는 동시에 수증자의 재산권을 침해한다.

나. 민법 제1114조는 상속개시 전의 1년간에 행한 증여에 한해서만 유류분산정의 기초재산에 포함되도록 하고 있는데, 피상속인으로부터 증여를 받은 자가 공동상속인인 경우에는 민법 제1114조의 적용이 배제되어 그 증여재산의 가액은 시기의 제한 없이 모두 유류분산정의 기초재산에 포함된다고 해석하는 것은 공동상속인인 수증자와 공동상속인이 아닌 수증자를 합리적 이유 없이 차별하는 것일 뿐만 아니라, 그로 인하여 유류분반환청구의 대상으로 되는 재산의 범위가 지나치게 확대되어 피상속인의 재산처분의 자유와 공동상속인인 수증자의 재산권을 과도하게 침해한다.

3. 판 단

가. 이 사건 가산조항의 위헌 여부

(1) 심사기준

상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이지만, 입법자가 상속제도나 상속권의 내용을 정함에 있어서 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한의 입법한계를 일탈하는 경우에는 그 법률조항은 헌법에 위반된다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌가13, 판례집 16-2하, 76, 81; 헌재 2008. 2. 28. 2005헌바7, 판례집 20-1상, 221, 227 참조). 넓

은 의미로 유류분은 상속인의 구체적 상속분을 산정하기 위한 하나의 절차라는 점에서 상속제도나 상속권의 한 내용으로 볼 수 있으므로, 유류분산정의 기초재산에 관한 이 사건 가산조항의 재산권 침해 여부에 대하여도 이러한 심사 기준을 동일하게 적용하여 판단하여야 할 것이다.

(2) 판단

(가) 유류분제도는 피상속인의 재산처분행위로부터 유족들의 생존권을 보호하고, 법정상속분의 일정비율에 상당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속재산형성에 대한 기여, 상속재산에 대한 기대를 보장하려는 데에 그 취지가 있다(헌재 2010. 4. 29. 2007헌바144, 판례집 22-1상, 622, 633).

유류분권리자는 일반적으로 혈연이나 가족 공동생활을 통하여 피상속인을 중심으로 긴밀한 유대관계를 가졌던 사람들로서, 유류분은 피상속인이 법정상속에서 완전히 벗어난 형태로 재산을 처분하는 것을 일정 부분 제한함으로써 가족의 연대가 종국적으로 단절되는 것을 저지하는 기능을 갖는다.

이와 같이 유류분제도는 유족들의 생존권 보호 및 상속재산형성에 대한 기여 보장과 법적 안정성이라는 공익을 입법목적으로 하는 것으로서 그 정당성을 수긍할 수 있다.

(나) 한편, 유류분제도는 피상속인의 증여나 유증으로 인해 법정상속분이 침해된 경우 그러한 증여나 유증이 이루어진 개별적, 구체적인 사정에 관계없이 유류분권리자로 하여금 상속재산의 일정 부분에 대해서만큼은 법적으로 취득할 수 있도록 함으로써 유류분권리자를 보호하고자 하는 데에 그 의의가 있다. 따라서 피상속인이 생전에 증여를 통해 상속재산을 감소시키는 경우 이를 상속재산에 포함시켜 상속인을 보호할 필요가 있고, 이를 위해 이 사건 가산조항이 피상속인이 생전에 증여한 재산의 가액을 가산하여 유류분을 산정하도록 하는 것은 어느 정도 불가피한 측면이 있다.

다만 이와 같이 증여재산의 가액을 상속재산에 포함시켜 유류분을 산정하게 됨으로써 피상속인의 재산처분권을 과도하게 제한하거나 거래의 안전에 중대한 위협을 초래하는 것은 허용될 수 없다 할 것인데, 유류분제도는 이를 방지하기 위한 장치들을 두고 있다.

즉, 현행의 우리 유류분제도는 생전의 피상속인의 재산처분의 자유를 원칙적으로 봉쇄하는 것은 아니며, 상속이 개시되더라도 유류분을 침해하는 피상속인의 처분을 무효로 하지는 않는다. 또한 증여를 받은 자가 증여의 목적물을 다른 사람에게 양도하였을 때에는 거래의 안전을 위하여 유류분권리자는 증여

를 받은 자에 대하여 그 가액을 청구할 수 있을 뿐이고, 더구나 공동상속인 이외의 제3자에 대한 증여는 원칙적으로 상속개시 전의 1년간에 행한 것에 한하여만 유류분산정의 기초재산에 그 가액을 가산하도록 제한하고 있다(민법 제 1114조).

그리고 유류분은 피상속인의 직계비속이나 배우자의 경우에는 그 법정상속분의 2분의 1, 피상속인의 직계존속이나 형제자매의 경우에는 그 법정상속분의 3분의 1이며(민법 제 1112조), 유류분권리자는 법정유류분에 미치지 못하는 범위에 한해서만 유류분반환청구를 할 수 있도록 하고 있다.

물론 유족의 일부는 피상속인을 극진히 보살피며 상속재산의 형성, 유지를 위해 상당한 헌신을 한 반면, 일부는 자식으로서 피상속인을 부양할 의무가 있음에도 그 의무를 저버리고 정신적으로나 물질적으로 아무런 도움을 주지 아니한 채 오로지 다른 유족들에게 모든 것을 부담시켜 온 경우에도 법정유류분을 동일하게 보장하는 것이 불합리할 수도 있으나, 전자의 경우에는 민법 제 1008조의2를 적용하여 기여분을 인정하는 방법으로, 후자의 경우에는 민법 제 2조의 신의성실의 원칙을 적용하여 유류분반환청구권의 행사를 제한하는 등으로 구체적 타당성을 기할 수 있을 것이다.

(다) 그렇다면 이 사건 가산조항이 헌법상 보장된 재산권을 과도하게 침해하여 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.

나. 이 사건 준용조항의 위헌 여부

헌법재판소는 이미 이 사건 준용조항이 피상속인의 재산처분의 자유와 공동상속인인 수증자의 재산권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있는데(헌재 2010. 4. 29. 2007헌바144, 판례집 22-1상, 622, 639-640), 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『이 사건 준용조항은 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분이나 유류분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있는 것으로, 만일 공동상속인에 대한 증여의 경우에도 원칙적으로 피상속인이 상속개시 전의 1년간에 행한 증여에 대해서만 유류분산정의 기초재산에 산입하고, 다만 상속개시 전의 1년 이전에 행한 증여는 당사자 쌍방이 유류분권리자에게 손해를 가할 것을 알고 한 경우에 한하여 산입하는 것으로 입법화한다면 이는 유류분권리자의 지위를 매우 불안정하게 하고, 공동상속인 상호간의 공평에도 반할 뿐만 아니라 유류분제도 자체를 유명무실하게 만들 우려가 크다.

또한 유류분, 특별수익분은 모두 각 상속인의 구체적 상속분을 산정하기 위한 하나의 절차로서, 유류분산정의 기초재산에 가산되는 공동상속인인 수증자의 증여재산의 구체적인 범위는 특별수익자의 상속분의 평가와 동일하여야 하므로, 유류분산정에 있어서도 민법 제1008조를 준용하여 공동상속인의 특별수익분은 그 증여의 시기나 해의 유무를 묻지 않고 모두 유류분산정의 기초재산에 산입할 필요가 있다.

그렇다면 이 사건 준용조항이 현저히 자의적이어서 기본권 제한의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.

한편, 공동상속인인 수증자의 경우에 수증자가 받은 증여재산은 상속분의 선급으로서의 성격을 가지고 있으므로 그 증여의 시기나 해의 유무와 관계 없이 유류분산정을 위한 기초재산에 산입함이 타당한 반면, 공동상속인이 아닌 수증자의 경우 그 증여재산을 유류분산정의 기초재산에 무제한적으로 산입하여 사후에 반환을 가능하게 한다면 거래의 안전에 대한 중대한 위협이 될 수 있다. 따라서 이 사건 준용조항이 공동상속인인 수증자와 공동상속인이 아닌 수증자를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있어 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.』

이 사건 준용조항에 대한 위 선례의 판단은 타당하고 이 사건에서 이와 달리 판단하여야 할 사정변경이 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 가산조항 및 준용조항은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

집회 및 시위에 관한 법률 제16조 제4항 제3호 위헌소원

(2013. 12. 26. 2013헌바24)

【판시사항】

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조 제3항의 제16조 제4항 제3호 중 “뚜렛이” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

주최자가 신고한 내용과 실제로 진행된 내용을 비교하여 볼 때 동일성을 유지하지만, 신고에 의해 예상되는 범위를 현저히 일탈하여 신고제도의 목적 달성을 심히 곤란하게 할 정도로 양자 사이에 커다란 질적 차이가 보이고, 제3자, 일반 공중의 이익이나 공공의 안녕질서를 더 침해하거나 위협하여 사회통념상 수인하기 어렵다고 판단된다면 실제 개최된 집회는 당초 신고한 내용에서 “뚜렛이” 벗어나는 옥외집회에 해당한다. 다소 신고한 범위를 벗어났지만 상황상 그것이 충분히 예측가능하고, 더 큰 공공의 위협을 야기하였다고 볼 사정이 없는 경우까지 이 사건 법률조항에서 금지하고 있다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

- 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조(벌칙) ①~④ 생략
- ③ 제5조 제2항 또는 제16조 제4항을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 생략
- 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제16조(주최자의 준수 사항) ①~③ 생략
- ④ 집회 또는 시위의 주최자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아

니 된다.

1.~2. 생략

3. 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렷이 벗어나는 행위

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 옥외집회 또는 시위 장소가 두 곳 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 두 곳 이상의 지방경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

1. 목적

2. 일시(필요한 시간을 포함한다)

3. 장소

4. 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자, 질서유지인에 관한 다음 각 목의 사항

가. 주소

나. 성명

다. 직업

라. 연락처

5. 참가 예정인 단체와 인원

6. 시위의 경우 그 방법(진로와 약도를 포함한다)

② 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 “관할경찰관서장”이라 한다)은 제1항에 따른 신고서를 접수하면 신고자에게 접수 일시를 적은 접수증을 즉시 내주어야 한다.

③ 주최자는 제1항에 따라 신고한 옥외집회 또는 시위를 하지 아니하게 된 경우에는 신고서에 적힌 집회 일시 전에 관할경찰관서장에게 그 사실을 알려야 한다.

④ 제3항에 따라 통지를 받은 관할경찰관서장은 제8조 제2항에 따라 금지 통고를 한 집회나 시위가 있는 경우에는 그 금지 통고를 받은 주최자에게 제3항에 따른 사실을 즉시 알려야 한다.

⑤ 제4항에 따라 통지를 받은 주최자는 그 금지 통고된 집회 또는 시위를 최초로 신고한 대로 개최할 수 있다. 다만, 금지 통고 등으로 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로 정하여 집회 또는 시위를 시작하기 24시간 전에 관할경찰관서장에게 신고서를 제출하고 집회 또는 시위를 개최할 수 있다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822
- 2. 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 589-590

【당 사 자】

청 구 인 목○대
 대리인 변호사 김정진
 당 해 사 건 수원지방법원 2012노4895 집회및시위에관한법률위반

【주 문】

‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조 제3항의 제16조 제4항 제3호 중 “뚜렛이” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 “2011. 9. 29. 11:00경부터 17:00경까지 ○○의회 후문 밖 인도 위에서 ‘○○ 뉴타운 재정비촉진계획철회’라는 명칭의 옥외 집회를 주최하겠다”는 내용의 집회신고서를 제출하였음에도 2011. 9. 29. 10:10경 위 ○○의회 지하주차장에서, 280여 명의 집회참가자들이 ○○의회에 진입을 시도하고, 경찰로부터 이를 저지당하자 같은 날 10:30경부터 12:30경까지 ○○의회 후문 안쪽 경비실 앞 도로에서 지하주차장까지 약 50m 구간의 도로를 점거한 채 미리 준비해온 피켓을 들고 구호를 외치는 방법으로 집회를 개최함으로써 신고한 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렛이 벗어나는 방법으로 집회를 주최하였다는 범죄사실 등으로 벌금 300만 원을 선고받았다(수원지방법원 2012고정1566).

(2) 청구인은 위 판결에 불복하여 항소(수원지방법원 2012노4895)하고 그 항소심 계속 중 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제16조 제4항 제3호에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2013. 1. 17. 기각되자, 2013. 1. 23. 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 이 사건 심판대상으로 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(이하 ‘집시법’이

라 한다) 제16조 제4항 제3호 중 “뚜렛이” 부분이 헌법에 위반되는지 여부를 구하고 있다. 그런데 집시법 제16조 제4항 제3호는 집시법 제22조 제3항의 구성요건 조항이고, 청구인 또한 집시법 제16조 제4항 제3호가 벌칙조항의 구성요건 조항임을 전제로 이에 대하여 죄형법정주의의 명확성원칙 위반을 다투고 있으므로, 청구인이 실질적으로 다투고 있는 것은 집시법 제22조 제3항 중 제16조 제4항 제3호에 관한 부분이라고 봄이 상당하다. 따라서, 당해 사건의 전제가 되는 부분은 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조 제3항의 제16조 제4항 제3호 중 “뚜렛이” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이므로 심판의 대상을 이에 한정하기로 한다. 심판대상조항(아래 밑줄 부분) 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것)
제22조(벌칙) ③ 제5조 제2항 또는 제16조 제4항을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

제16조(주최자의 준수 사항) ④ 집회 또는 시위의 주최자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

3. 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등의 범위를 뚜렛이 벗어나는 행위

[관련조항]

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것)
제6조(옥외집회 및 시위의 신고 등) ① 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 옥외집회 또는 시위 장소가 두 곳 이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 두 곳 이상의 지방경찰청 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다.

1. 목적
2. 일시(필요한 시간을 포함한다)
3. 장소
4. 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한다), 연락책임자, 질서유지인에 관한 다음 각 목의 사항
 - 가. 주소
 - 나. 성명

다. 직업

라. 연락처

5. 참가 예정인 단체와 인원

6. 시위의 경우 그 방법(진로와 약도를 포함한다)

2. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항의 ‘뚜렛이’는 그 의미 자체로 다의적이고 포괄적이며 어느 정도 벗어나면 처벌되는 것인지에 대해서 예측가능성이 없어 집회 또는 시위의 참가자들이 법률이 금지하는 행위를 알 수 없으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다.

3. 명확성원칙 위반 여부

가. 죄형법정주의의 명확성원칙

죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은, 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다.

여기에서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은, 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 입법자의 입법의도, 즉 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지에 관하여 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도로 규정되어야 함을 의미한다. 다만, 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 적용 단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상, 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다(헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804, 813; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바201, 공보 168, 1684, 1689 참조).

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지

여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822).

나. 판단

이 사건 법률조항의 “뚜렷이” 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대하여 본다.

(1) 이 사건 법률조항의 연혁을 살펴보면, 1962. 12. 31. 법률 제1245호로 집시법이 제정된 이후 1973. 3. 12. 법률 제2592호로 개정된 집시법은 각종 집회 및 시위에 관한 규제를 강화하여 사회공공의 안녕질서를 확립하기 위한다는 이유로 집회 또는 시위 주최자의 준수사항 중 금지되는 행위를 추가하여 “관공서의 평상업무수행에 지장을 주는 정도의 소란 또는 위압을 가하는 행위, 군부대의 군무수행에 지장을 주는 정도의 소란 또는 위압을 가하는 행위, 학교·연구기관·도서관·도서관·의료기관 등 공공시설 기타의 공익시설의 주변에서 학업·연구·독서·진료 등 업무에 지장을 주는 정도의 소란 또는 위압을 가하는 행위, 교통정리를 행하는 경찰관의 지시를 위반하거나 농성 등으로 교통소통을 현저히 저해하는 행위”를 추가하였다.

그런데, 1989. 3. 29. 법률 제4095호로 개정된 집시법은 헌법에 보장된 국민의 기본권인 집회 및 시위의 자유를 진정한 기본권으로 더욱 신장시키기 위하여 집시법 중 추상적이거나 남용의 여지가 있는 여러 조항들을 정비함으로써 집회 및 시위의 규제에 있어서 절차의 적정성을 확보하고자 하였다. 이에 따라 1973. 3. 12. 법률 제2592호로 개정된 위 집시법에서 금지사항으로 추가하였던 집회 또는 시위 주최자의 준수사항들과 최초 법제정 시 규정되었던 “... 기타 질서를 문란하게 하는 행위”를 삭제하였다. 그리고 주최자가 준수하여야 할 금지행위로 “신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저히 이탈하는 행위를 하여서는 아니된다”라고 추가된 후, 2007. 5. 11. 법률 제8424호 개정으로 “현저히”라는 표현이 “뚜렷이”로 바뀌어 현재에 이르고 있는 것이다.

(2) 집회의 자유의 행사는 다수인의 집단적인 행동을 수반하기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 큰 것이 사실이며, 특히 옥외집회는 일정한 옥외장소나 도로의 사용을 전제로 하므로 그러한 가능성이 더욱 높고, 이에 따라 사전에 집회의 자유와 다른 법익을 조화시킬 수 있는 제도적 장치가 요청된다.

그리하여 집시법 제6조 제1항은, 옥외집회를 주최하려는 자는 그 목적, 일시(필요한 시간을 포함한다), 장소, 주최자(단체인 경우에는 그 대표자를 포함한

다), 연락책임자, 질서유지인의 주소, 성명, 직업, 연락처, 참가 예정인 단체와 그 인원 등을 기재한 신고서를 옥외집회를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하도록 하고 있다. 이러한 사전신고는 당해 집회가 방해받지 않고 개최될 수 있도록 개최 전 단계에서 집회 개최자와 제3자, 일반 공중 사이의 이익을 조정하여 상호간의 이익충돌을 사전에 예방하고, 집회에 대한 사전신고를 통하여 행정관청과 주최자가 상호 정보를 교환하고 협력함으로써 집회가 평화롭게 구현되도록 하는 한편, 옥외집회로 인하여 침해될 수 있는 공공의 안녕질서를 보호하고 그 위험을 최소화하고자 하는 것이다 (헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 589-590 참조).

옥외집회가 신고한 목적, 일시, 장소, 방법 등에 있어서 그 범위를 “뚜렷이” 벗어났는지 여부를 판단할 때에는 집회 및 시위의 자유가 헌법상 보장된 국민의 기본권이라는 점, 집회 등의 주최자로서는 사전에 그 진행방법의 세부적인 사항까지 모두 예상하여 빠짐없이 신고하기 어려운 면이 있을 뿐 아니라 그 진행과정에서 방법의 변경이 불가피한 경우 등도 있을 수 있는 점 등을 염두에 두고, 당초 신고한 사항들이 어떤 내용인지 구체적으로 확인한 다음, 실제 상황과 이를 개별적으로 비교하여 살펴보고, 다시 이를 전체적·종합적으로 평가하여 판단하여야 할 것이다.

주최자가 신고한 내용과 실제로 진행된 내용을 비교하여 볼 때 동일성을 유지하지만, 신고에 의해 예상되는 범위를 현저히 이탈하여 신고제도의 목적 달성을 심히 곤란하게 할 정도로 양자 사이에 커다란 질적 차이가 보이고, 제3자, 일반 공중의 이익이나 공공의 안녕질서를 더 침해하거나 위협하여 사회통념상 수인하기 어렵다고 판단된다면 실제 개최된 집회는 당초 신고한 내용에서 “뚜렷이” 벗어나는 옥외집회에 해당한다. 다소 신고한 범위를 벗어났지만 상황상 그것이 충분히 예측가능하고, 더 큰 공공의 위험을 야기하였다고 볼 사정이 없는 경우까지 이 사건 법률조항에서 금지하고 있다고 할 수 없다. 또한 당초 신고한 내용의 집회와 동일성을 상실한 집회는 신고한 범위를 뚜렷이 벗어난 집회가 아니라 미신고집회에 해당한다. 대법원도 실제 개최된 집회가 신고범위를 뚜렷이 벗어난 것인지 여부에 대하여 위와 같은 취지로 판시하고 있다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도9471 판결; 대법원 2013. 7. 25. 선고 2010도14545 판결 등 참조).

(3) 청구인은 “뚜렷이” 벗어난다는 것이 장소의 경우 10m를 벗어나는 것인지 아니면 100m를 벗어나는 것인지 누구도 알 수 없는 것이라고 하면서 명확

성원칙에 위배된다고 주장하지만 신고한 목적, 일시, 장소 등에 있어서 그 범위를 “뚜렷이” 벗어났는지 여부를 실제로 진행된 집회와 무관하게 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성원칙을 관철하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 그리고 현실적으로 발생한 집회를 고려하지 않고 법문에서 장소적으로 몇 미터를 벗어난 경우는 뚜렷이 벗어난 경우라고 규정하는 것은 바람직하다고 할 수도 없다.

(4) 이와 같이 관련 법조항의 유기적·체계적 해석 및 이 사건 법률조항의 입법취지를 고려할 때, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 이 사건 법률조항의 “뚜렷이”가 무엇을 의미하는지를 추론할 수 있다고 할 것이므로, 집시법상 “뚜렷이”의 개념이 불명확하다고 할 수 없고 수범자의 예측가능성을 상실하게 한다거나, 법 집행기관의 자의적인 해석을 가능하게 하는 법률조항이라고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않으므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

향토예비군설치법 시행규칙 제17조 제3항 위헌확인

(2013. 12. 26. 2010헌마789)

【판시사항】

1. 수혜적 법령에 대하여 수혜범위에서 제외된 자가 평등권 침해
를 이유로 헌법소원심판을 제기하는 경우 기본권 침해의 자기관련성
을 인정하기 위한 요건

2. 각급학교 학생에게 예비군 교육훈련의 일부를 보류하는 내용의
국방부장관 지침(이하 '이 사건 재학생 방침보류'라 한다)에 대하여
학생이 아닌 청구인이 단순히 학생에 대한 부당한 혜택이라며 평등
권 침해를 주장하는 경우 헌법소원심판을 구할 자기관련성이 인정되
는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 일반적으로 수혜적 법령의 경우에는 수혜범위에서 제외된 자가
자신이 평등원칙에 반하여 수혜대상에서 제외되었다는 주장을 하거
나, 비교집단에게 혜택을 부여하는 법령이 위헌이라고 선고되어 그
러한 혜택이 제거된다면 비교집단과의 관계에서 자신의 법적 지위가
상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있는 때에는 그 법령의 직접적인
적용을 받는 자가 아니라고 할지라도 자기관련성을 인정할 수 있다.

2. 이 사건 재학생 방침보류는 예비군 교육훈련에 있어 각급학교
학생에 대한 수혜적 성격의 규정이라 할 수 있는데, 청구인은 학생에
게 예비군 교육훈련 일부의 보류혜택을 부여하는 것이 부당하다고
주장할 뿐 자신도 학생과 동일한 보류혜택을 받아야 함에도 평등원
칙에 반하여 그 수혜대상에서 제외되었다는 주장은 하지 않고, 나아
가 예비군 교육훈련의 대상과 내용 등은 가변적 군사상황, 훈련시설
의 수용능력 등을 종합적으로 고려하여 정책적이고 군사과학적인 차
원에서 결정되어야 할 문제이므로 청구인에게는 이 사건 재학생 방

침보류의 위헌 여부에 관한 헌법소원심판을 구할 자기관련성이 없다.

【심판대상조문】

2011년도 예비군실무편람(정부간행물 발간등록번호 11-1290000-000331-10)

1.~4. 생략

5. 교육훈련

5-1~5-7 생략

5-8 예비군의 동원 및 교육훈련소집의 보류, 해소 및 연기

5-8-1 보류방침

가.~나. 생략

다. 삭제

라. 생략

마. 예비군 동원 및 훈련방침 보류직종 : 별첨 #1

별첨 #1 예비군 동원(항방동원, 재난동원) 및 교육훈련방침 보류직종
(병력동원 훈련소집대상자 미적용)

x : 보류, ○ : 참가

보류직종	기관(업체)별 보류대상	항방 (재해) 동원	교육 훈련				확인 책임
			항방 기본 훈련	항방 작계 훈련	소집 점검	예비 시간	
각급학교 학 생	각급 학교(중, 고, 대학, 대학 원)에 재학 중인 학생(대학의 경우 고등교육법 제2조의 대 학·산업대학·교육대학·전 문대학 재학자만 해당, 기타 학교 및 논문과정 등록자 등 제외), 한국정신문화연구원대 학원생	x	○	x	x	x	"

【참조조문】

구 향토예비군설치법 시행규칙(1981. 12. 23. 국방부령 제335호로 개정되고, 2011. 7. 7. 국방부령 제742호로 개정되기 전의 것) 제17조(동원 또는 훈련의 보류) ①~② 생략
③ 국방부장관은 제1항의 규정에 의하여 동원 또는 훈련이 보류되는 자 이외에 국가기관 등에 종사하는 자로서 그 임무수행을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 자에 대하여는 동원 또는 훈련의 일부 또는 전부를 보류할 수 있다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723
- 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마312, 판례집 15-1, 765, 770
- 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마340, 판례집 22-1하, 140, 145

【당 사 자】

청 구 인 이○수
국선대리인 변호사 김용

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상
- 가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2009. 5. 29. 병장으로 만기 제대하여 현역의 복무를 마치고 예비역으로 전역함과 동시에 향토예비군으로 조직되었다. 이후 청구인은 2010년 및 2011년 모두 병역법에 따라 병력동원소집 대상자로 지정되어 병력동원훈련소집을 통지받았으나, 이를 연기하여 ‘예비군 교육훈련에 관한 훈령’에 따라 동원훈련 대신 ‘동미참훈련’(위 훈령에서 ‘동원훈련 미 참가자 훈련’을 줄여서 사용하는 용어이다. 이하 같다)으로 2010. 4. 16. 6시간의 향방작계훈련(전반기) 기본교육, 2010. 6. 24.부터 같은 달 26.까지 24시간의 동미참 기본교육, 2010. 8. 16. 6시간의 향방작계훈련(후반기) 기본교육, 합계 36시간의 예비군 교육훈련을 받았고, 2011년에도 마찬가지로 합계 36시간의 예비군 교육훈련을 받았다. 그런데 청구인은 대학 등 각급학교에 재학 중인 학생의 경우 향토예비군설치법 또는 국방부장관의 방침에 따라 예비군 교육훈련의 보류직종으로 지정되어 향방기본훈련 외에 다른 종류의 예비군 교육훈련을 보류받고 있음을 알게 되었다.

(2) 이에 청구인은 국방부장관이 예비군 교육훈련의 보류대상을 정할 수 있도록 규정한 구 향토예비군설치법 시행규칙 제17조 제3항이 청구인의 평등권을 침해한다고 주장하면서 2010. 12. 31. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소

원심판을 청구하였고, 이후 2011. 2. 18. ‘2010년도 예비군실무편람’ 및 ‘2011년도 예비군실무편람’ 중 각 각급학교 학생을 예비군 교육훈련의 일부 보류직종으로 정하고 있는 부분의 위헌확인을 구하는 심판청구를 예비적으로 추가하였다.

나. 심판의 대상

(1) 청구인은 주위적으로 구 향토예비군설치법 시행규칙(1981. 12. 23. 국방부령 제335호로 개정되고, 2011. 7. 7. 국방부령 제742호로 개정되기 전의 것, 이하 연혁표기는 생략한다) 제17조 제3항의 위헌확인을, 예비적으로 ‘2010년도 예비군실무편람’ 및 ‘2011년도 예비군실무편람’ 중 각 ‘각급학교 학생을 예비군 교육훈련의 일부 보류직종으로 정한 부분’의 위헌 확인을 각 구하고 있다.

그런데 구 향토예비군설치법 시행규칙 제17조 제3항은 국방부장관의 보류대상 지정이라는 별도의 집행행위를 예정하고 있어서 청구인의 기본권 제한에 직접 영향을 미치지 아니하며 청구인도 국방부장관에게 보류대상의 지정권한을 부여하는 위 조항 자체의 위헌성에 대하여는 별도로 주장하지 아니하므로, 이 부분은 이 사건 심판청구의 심판대상으로 삼지 아니한다.

한편, 청구인이 ‘2010년도 예비군실무편람’ 및 ‘2011년도 예비군실무편람’ 중 각 ‘각급학교 학생을 예비군 교육훈련의 일부 보류직종으로 정한 부분’에 대한 심판청구를 추가한 것은 2011. 2. 18.이고, 위 각 예비군실무편람 부분의 내용은 차이가 없으므로 이 사건 심판의 대상을 ‘2011년도 예비군실무편람’ 중 해당 부분으로 한정함이 타당하다.

(2) 따라서 이 사건 심판의 대상은 ‘2011년도 예비군실무편람’(정부간행물 발간등록번호 11-1290000-000331-10) 5. 교육훈련 5-8 예비군의 동원 및 교육훈련소집의 보류, 해소 및 연기 5-8-1 보류방침 마. 예비군 동원 및 훈련방침 보류직종 별첨#1 중 각급학교 학생 가운데 ‘교육훈련’에 관한 부분(아래 심판대상 중 밑줄 친 부분, 이하 ‘이 사건 재학생 방침보류’라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이고, 심판대상 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

[심판대상]

2011년도 예비군실무편람(정부간행물 발간등록번호 11-1290000-000331-10)

5. 교육훈련

5-8 예비군의 동원 및 교육훈련소집의 보류, 해소 및 연기

5-8-1 보류방침

마. 예비군 동원 및 훈련방침 보류직종 : 별첨#1

별첨#1 예비군 동원(향방동원, 재난동원) 및 교육훈련방침 보류직종

(병력동원 훈련소집대상자 미적용)

x : 보류, ○ : 참가

보류 직종	기관(업체)별 보류대상	항방 (재해) 동원	교육 훈련				확인 책임
			항방 기본 훈련	항방 작계 훈련	소집 점검	예비 시간	
각급 학교 학생	각급 학교(중, 고, 대학, 대학원)에 재학 중인 학생(대학의 경우 고등교육법 제2조의 대학·산업대학·교육대학·전문대학 재학자만 해당, 기타 학교 및 논문과정 등록자 등 제외), 한국정신문화연구원대학원생	x	○	x	x	x	"

[관련규정]

구 향토예비군설치법 시행규칙(1981. 12. 23. 국방부령 제335호로 개정되고, 2011. 7. 7. 국방부령 제742호로 개정되기 전의 것)

제17조(동원 또는 훈련의 보류) ③ 국방부장관은 제1항의 규정에 의하여 동원 또는 훈련이 보류되는 자 이외에 국가기관 등에 종사하는 자로서 그 임무 수행을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 자에 대하여는 동원 또는 훈련의 일부 또는 전부를 보류할 수 있다.

2. 청구인의 주장

이 사건 재학생 방침보류는 각급학교 재학생을 예비군 교육훈련의 보류대상에 포함시키는 방법으로 비재학생인 청구인을 각급학교 재학생과 차별하고 있으므로 헌법소원심판청구에 있어 자기관련성이 인정된다.

모든 국민은 헌법 제39조에 의하여 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 지고, 국방의 의무에는 향토예비군설치법에 의한 예비군 복무의무가 포함된다. 현역 또는 상근예비역의 복무를 마친 자는 예비군으로 조직되어 소정의 교육훈련을 받게 되는데, 구 향토예비군설치법 시행규칙 제17조 제3항과 이 사건 재학생 방침보류는 각급학교 재학생을 예비군 교육훈련의 방침보류자로 정하고 그 교육훈련의 일부를 보류함으로써 각급학교 재학생과 비재학생을 차별하고 있는바, 이는 헌법 제11조 제1항이 명시적으로 금지하고 있는 사회적 신분에 의한 차별에 해당하며, 대학생의 학습권 보장과 학업여건 조성을 이유

로 하는 차별로 헌법상 그 차별의 정당성을 인정할 수 없으므로 비재학생인 청구인의 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 예비군 교육훈련 제도 및 이 사건 재학생 방침보류의 내용

(1) 병역법상 병력동원훈련과 향토예비군설치법상 예비군 훈련

(가) 일반적으로 현역 복무에 따른 병역의무를 마친 사람은 병역법상 예비역으로 편입될 뿐만 아니라 일정기간 동안 향토예비군설치법(이하 ‘향군법’이라 한다)상 향토예비군으로 조직되어, 원칙적으로 병역법상 병력동원훈련소집과 향군법상 동원 및 훈련에 응하여야 할 의무를 부여받는다.

여기서 병역법상 병력동원훈련소집은 지방병무청장이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 부대편성이나 작전수요를 위하여 예비역 중에서 병력동원소집 대상자로 지정한 사람에 대하여 그에 대비한 훈련이나 점검을 위하여 연간 30일 이내의 범위에서 실시하는 것을 말하고(병역법 제44조, 제45조, 제49조, 제50조), 병력동원훈련소집 통지를 받은 사람은 군부대에 입영하여 현역에 준하여 복무하게 된다(병역법 제52조 제1항).

한편, 향군법에 따르면 현역 또는 상근예비역의 복무를 마친 예비역의 병은 원칙적으로 그 복무를 마친 날의 다음 날부터 8년이 되는 해의 12월 31일까지 향토예비군으로 조직되며(향군법 제3조), 향군법상 동원 및 훈련의 대상이 된다(향군법 제5조, 제6조). 향토예비군은 크게 지역예비군과 직장예비군으로 편성되는데, 훈련은 연간 20일의 한도에서(향군법 제6조 제1항), 복무연차에 따라 연 160시간 이내에서 실시하고, 훈련의 내용과 방법, 그 밖에 훈련에 필요한 구체적인 사항은 국방부장관이 정한다(향군법 시행령 제15조 제1항).

(나) 이러한 병역법상 병력동원훈련과 향군법상 예비군 훈련을 일괄하여 체계적으로 관리하기 위하여 국방부 훈령으로 ‘예비군 교육훈련에 관한 훈령’이 마련되어 있는데, 구 ‘예비군 교육훈련에 관한 훈령’(2009. 8. 14. 국방부훈령 제1119호로 개정되고, 2012. 2. 8. 국방부훈령 제1392호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 예비군훈령’이라 한다)에서는 예비군 교육훈련을 크게 ‘동원예비군훈련’과 ‘향방예비군훈련’ 및 ‘간부교육’으로 나누고, ‘동원예비군훈련’을 다시 병무청장의 병력동원훈련소집대상 지정 및 병력동원훈련소집 참가 여부, 복무 연차 등에 따라 ‘동원훈련’, ‘동미참훈련’, ‘소집점검훈련’으로, ‘향방예비군훈련’을 훈련의 성격에 따라 ‘향방기본훈련’, ‘향방작계훈련’으로 구분하고 있다.

그런데 여기서 ‘동원예비군훈련’이란 병역법에 의해 병력동원대상에 해당되

는 자에 대하여 유사 시 예비군 동원에 대비하기 위하여 실시하는 훈련을 말하고, '동원훈련'의 소집은 병역법 제50조에 따라 병력동원훈련 소집통지서로 이루어지므로(구 예비군훈련 제2조 및 제10조), 통상적으로 2박 3일의 훈련 참가를 요하는 병역법상 병력동원훈련소집은 위 '동원훈련'으로 행해지고 있음을 알 수 있다.

(2) 이 사건 재학생 방침보류의 근거 및 내용

(가) 향군법은 국회의원, 외국에 여행 중이거나 체류 중인 사람, 그 밖에 대통령 및 국방부령 등에서 정하는 사람에 대하여는 향군법상 동원 및 훈련을 보류할 수 있도록 정하고 있는데(향군법 제5조 제1항 단서 및 제6조 제3항), 이와 같이 보류대상으로 정해진 자들에 대하여는 소정의 절차에 따라 소속 예비군지휘관이 교육훈련의 전부 또는 일부를 보류하고, 보류처분된 훈련은 훈련을 이수한 것으로 간주한다(2011년도 예비군실무편람 제175면 참조).

여기서 국회의원, 외국에 여행 중이거나 체류 중인 사람, 국외를 왕래하는 선박의 선원 또는 항공기의 조종사와 승무원, 경찰관, 교도관, 소방관과 같이 향군법, 향군법 시행령 및 시행규칙(향군법 제5조 제1항 단서 및 제6조 제3항, 향군법 시행령 제13조 제1항 및 제15조 제2항, 향군법 시행규칙 제17조 제1항 및 제2항)에서 직접 예비군 동원 및 훈련의 보류대상자로 정하고 있는 것은 통상적으로 '법규보류'라 하고, 구 향군법 시행규칙 제17조 제3항에 따라 국방부장관이 별도로 정한 보류직종을 '방침보류'라 하는데, 이 사건 재학생 방침보류는 위 방침보류에 해당한다.

(나) 이 사건 재학생 방침보류에서 예비군 교육훈련의 종류로 나열하고 있는 향방기본훈련, 향방작계훈련, 소집점검 및 예비시간 중 각급학교 학생에게 보류되지 않는 교육훈련은 향방기본훈련뿐이다. 그런데 2011년도 예비군실무편람 중 '예비군 동원(향방동원, 재난동원) 및 교육훈련방침 보류직종' 부분을 보면 '병력동원 훈련소집대상자 미적용'이라고 정하고 있으므로, 각급학교 학생의 경우에도 병력동원 훈련소집대상자로 지정된 경우에는 이 사건 재학생 방침보류가 적용되지 않는다.

따라서 이 사건 재학생 방침보류에서 '예비군 교육훈련'의 의미는 병력동원 훈련소집대상자로 지정되지 않은 각급학교 학생이 받게 되는 예비군 교육훈련을 의미한다 할 것이고, 이 사건 재학생 방침보류는 그 중에서 향방기본훈련을 제외한 예비군 교육훈련을 보류받도록 정하고 있는 것이라 볼 수 있다.

나. 기본권 침해의 자기관련성 인정 여부

(1) 법률 또는 법률조항 자체가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 청구인이 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적 인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재 그리고 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것이 원칙이다. 그런데 일반적으로 수혜적 법령의 경우에는 수혜범위에서 제외된 자가 자신이 평등원칙에 반하여 수혜대상에서 제외되었다는 주장을 하거나, 비교집단에게 혜택을 부여하는 법령이 위헌이라고 선고되어 그러한 혜택이 제거된다면 비교집단과의 관계에서 청구인의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있는 때에 청구인이 그 법령의 직접적인 적용을 받는 자가 아니라고 할지라도 자기관련성을 인정할 수 있다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마312, 판례집 15-1, 765, 770; 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마340, 판례집 22-1하, 140, 145 참조).

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 향군법 제6조 제1항 본문은 “국방부장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 연간 20일의 한도에서 예비군대원을 훈련할 수 있다.”고 규정하여 예비군대원은 원칙적으로 국방부장관이 실시하는 훈련을 받을 의무를 부담하고 있음을 밝히고 있는바, 이러한 의무는 헌법 제39조 제1항에 규정된 국방의 의무의 일환으로 부과된 것이다. 따라서 각급학교 학생을 예외적으로 예비군 교육훈련의 일부를 보류받을 수 있는 대상으로 정한 이 사건 재학생 방침보류는 예비군 교육훈련에 있어 각급학교 학생에 대한 수혜적 성격의 규정이라 할 수 있다. 또한 이 사건 재학생 방침보류는 국방부장관이 예비군지휘관에 대하여 예비군 교육훈련 업무와 관련하여 지시한 사무처리지침을 규정한 것으로서, 예비군 교육훈련의 대상자인 청구인은 그 직접적인 적용을 받는 사람이 아니고, 이 사건 재학생 방침보류에서 정한 각급학교 학생 등에 해당하지 않아 이 사건 재학생 방침보류의 수혜대상에서 제외되어 있다.

그러므로 청구인이 이 사건 재학생 방침보류의 위헌성을 주장할 수 있기 위하여는 자신이 평등원칙에 반하여 수혜대상에서 제외되었다는 주장을 하거나, 각급학교 학생에 대한 수혜적 규정인 이 사건 재학생 방침보류가 위헌이라고 선고되어 그러한 혜택이 제거된다면 청구인의 법적 지위가 상대적으로 향상된다고 볼 여지가 있어야 한다.

그런데 청구인은 자신이 예비군 교육훈련에 있어 각급학교 학생과 같은 보류혜택을 받을 만한 특정한 직업군에 속하거나 기타 각급학교 학생에 준하는 일정한 사유를 가진 사람으로서, 이들과 동일한 보류혜택을 받아야 함에도 평

등원칙에 반하여 그 수혜대상에서 제외되었다는 주장은 하지 않고, 각급학교 학생이라는 이유만으로 예비군 교육훈련에 있어 보류혜택을 부여받는 것은 부당하다고 주장할 뿐이다.

그리고 예비군 교육훈련의 대상과 내용, 훈련시간 등은 예비군의 임무와 훈련의 목표, 가변적 군사적 상황에 따라 예비군의 임무수행 능력유지 및 강화의 필요성이나 훈련시설 등의 수용능력 등을 종합적으로 고려하여 정책적이고 군사과학적인 차원에서 결정되어야 할 문제이므로, 이 사건 재학생 방침보류가 위헌이라고 선고되어 각급학교 학생에 대한 예비군 교육훈련 보류혜택이 제거되더라도 청구인이 이행하여야 할 예비군 교육훈련의 내용이나 시간 등에 영향을 미침으로써 청구인의 법적 지위가 상대적으로 향상될 여지가 있다고 보기도 어렵다.

(3) 따라서 청구인에게 이 사건 재학생 방침보류에 관한 기본권 침해의 자기 관련성이 인정되지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

고등법원 설치 관련 입법부작위 위헌확인 등

(2013. 12. 26. 2011헌마499)

【판시사항】

1. 이미 제기된 헌법소원심판 사건에 제3자가 청구인 추가신청을 한 것을 공동심판참가신청으로 본 사례
2. 수원지방법원 및 그 지원에서 관할하는 민사, 형사, 가사, 행정 합의사건의 항소심을 관할하는 별도의 고등법원(이하 '경기고등법원'이라 한다)을 설치하는 내용의 법률을 제정하지 아니한 입법부작위(이하 '이 사건 부작위'라 한다)에 대한 헌법소원심판청구의 적법 여부(소극)
3. 법률에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간의 도과를 이유로 각 하된 사례

【결정요지】

1. 이 사건 주위적 심판청구가 인용되어 이 사건 부작위가 위헌임이 확인되면, 그 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하고, 입법자가 위헌결정의 취지에 따라 입법 의무를 이행할 경우 청구인 추가신청을 한 제3자도 경기고등법원에서 재판을 받을 수 있게 되므로 위헌결정의 효력이 사실상 위 신청인에게도 미치게 되어 합일확정의 필요가 있는 경우라 할 것이고, 이 사건 부작위와 같은 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약 없이 적법하게 청구할 수 있으므로, 청구인 추가신청을 헌법재판소법 제40조 제1항, 민사소송법 제83조에 의한 적법한 공동심판참가신청으로 본다.
2. 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조 제1항은 그 명시적인 문언 또는 해석상 경기고등법원을 설치하여야 한다는 입법위임의 근거가 될 수 없고, 지방자치제도를 보장하고 있는 헌법 제117조 및

제118조 또한 국민 누구나 거주지의 인접 지역에서 항소심 재판을 받기에 충분한 정도로 많은 수의 고등법원을 설치하여야 한다는 점에 관하여서는 어떠한 규정도 두고 있지 아니하며, 달리 그러한 내용의 법률을 제정함으로써 청구인들 및 공동심판참가인의 기본권을 보호하여야 할 국가의 행위의무 내지 보호의무가 존재한다고 볼 근거가 없으므로, 경기고등법원을 설치하는 내용의 법률을 제정하여야 할 헌법상 작위의무가 있다고 보기 어렵다.

3. 공동심판참가인은 2009. 4. 17. 무렵 이미 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해 사유의 발생을 알았다고 할 것인데, 그로부터 90일이 경과한 2013. 11. 15.에 이르러 이 사건 신청을 하였으므로, 공동심판참가인의 이 사건 예비적 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하다.

【심판대상조문】

각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정된 것) 제2조(설치) ① 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원과 지방법원의 지원(支院) 및 가정법원의 지원을 별표 1과 같이 설치한다.

② 생략

[별표 1]

각급 법원의 명칭 및 소재지

명 칭	소재지
서울고등법원	서울특별시
대전고등법원	대전광역시
대구고등법원	대구광역시
부산고등법원	부산광역시
광주고등법원	광주광역시

구 각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11726호로 개정되기 전의 것) 제4조(관할구역) 각급 법원의 관할구역은 다음 각 호의 구분에 따라 정한다. 다만, 지방법원 또는 그 지원의 관할구역에 시·군 법원을 둔 경우 「법원조직법」 제34조 제1항 제1호 및 제2호의 사건에 관하여는 지방법원 또는 그 지원의 관할구역에서 해당 시·군법원의 관할구역을 제외한다.

1. 각 고등법원·지방법원과 그 지원의 관할구역: 별표 3

2.~7. 생략

[별표 3]

고등법원·지방법원과 그 지원의 관할구역

고등법원	지방법원	지원	관할구역
서울	서울중앙		서울특별시 종로구·중구·성북구·강남구·서초구·관악구·동작구
	서울동부		서울특별시 성동구·광진구·강동구·송파구
	서울남부		서울특별시 영등포구·강서구·양천구·구로구·금천구
	서울북부		서울특별시 동대문구·중랑구·도봉구·강북구·노원구
	서울서부		서울특별시 서대문구·마포구·은평구·용산구
	의정부		의정부시·동두천시·구리시·남양주시·양주시·연천군·포천시·가평군, 강원도 철원군. 다만, 소년보호사건은 앞의 시·군 외에 고양시·파주시
		고양	고양시·파주시
	인천		인천광역시. 다만, 소년보호사건은 앞의 광역시 외에 부천시·김포시
		부천	부천시·김포시
	수원		수원시·오산시·용인시·화성시. 다만, 소년보호사건은 앞의 시 외에 성남시·하남시·평택시·이천시·안산시·광명시·시흥시·안성시·광주시·안양시·과천시·의왕시·군포시·여주군·양평군
		성남	성남시·하남시·광주시
		여주	이천시·여주군·양평시
		평택	평택시·안성시
		안산	안산시·광명시·시흥시
		안양	안양시·과천시·의왕시·군포시
춘천		춘천시·화천군·양구군·인제군·홍천군. 다만, 소년보호사건은 철원군을 제외한 강원도	
	강릉	강릉시·동해시·삼척시	
	원주	원주시·횡성군	
	속초	속초시·양양군·고성군	
	영월	태백시·영월군·정선군·평창군	
대전	대전		대전광역시·연기군·금산군
	홍성		보령시·홍성군·예산군·서천군
	공주		공주시·청양군

		논산	논산시·계룡시·부여군
		서산	서산시·태안군·당진군
		천안	천안시·아산시
	청주		청주시·청원군·진천군·보은군·괴산군·증평군. 다만, 소년보호사건은 충청북도
		충주	충주시·음성군
		제천	제천시·단양군
		영동	영동군·옥천군
대구	대구		대구광역시 중구·동구·남구·북구·수성구·영천시·경산시·칠곡군·청도군
		서부	대구광역시 서구·달서구·달성군, 성주군·고령군
		안동	안동시·영주시·봉화군
		경주	경주시
		포항	포항시·울릉군
		김천	김천시·구미시
		상주	상주시·문경시·예천군
		의성	의성군·군위군·청송군
		영덕	영덕군·영양군·울진군
부산	부산		부산광역시 중구·서구·동구·영도구·부산진구·북구·사상구·강서구·사하구·동래구·연제구·금정구
		동부	부산광역시 해운대구·남구·수영구·기장군
	울산		울산광역시·양산시
	창원		창원시 의창구·성산구·진해구, 김해시. 다만, 소년보호사건은 양산시를 제외한 경상남도
		마산	창원시 마산합포구·마산회원구, 함안군·의령군
		통영	통영시·거제시·고성군
		밀양	밀양시·창녕군
		거창	거창군·함양군·합천군
		진주	진주시·사천시·남해군·하동군·산청군
광주	광주		광주광역시·나주시·화순군·장성군·담양군·곡성군·영광군
		목포	목포시·무안군·신안군·함평군·영암군
		장흥	장흥군·강진군

		순천	순천시·여수시·광양시·구례군·고흥군·보성군
		해남	해남군·완도군·진도군
	전주		전주시·김제시·완주군·임실군·진안군·무주군. 다만, 소년보호사건은 전라북도
		군산	군산시·익산시
		정읍	정읍시·부안군·고창군
		남원	남원시·장수군·순창군
제주		제주시·서귀포시	

【참조조문】

헌법 제27조 제1항, 제117조, 제118조

각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 「법원조직법」 제3조 제3항에 따라 각급 법원의 설치와 관할구역을 정함을 목적으로 한다.

법원조직법(2001. 1. 29. 법률 제6408호로 개정된 것) 제3조(법원의 종류) ① 법원은 다음의 6종으로 한다.

1. 대법원
2. 고등법원
3. 특허법원
4. 지방법원
5. 가정법원
6. 행정법원

② 생략

③ 고등법원·특허법원·지방법원·가정법원·행정법원과 지방법원 및 가정법원의 지원, 가정지원, 시·군법원의 설치·폐지 및 관할구역은 따로 법률로 정하고, 등기소의 설치·폐지 및 관할구역은 대법원규칙으로 정한다.

법원조직법(2001. 1. 29. 법률 제6408호로 개정된 것) 제28조(심판권) 고등법원은 다음의 사건을 심판한다.

1. 지방법원합의부·가정법원합의부 또는 행정법원의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건
2. 지방법원단독판사·가정법원단독판사의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건으로서 형사사건을 제외한 사건중 대법원규칙으로 정하는 사건
3. 다른 법률에 의하여 고등법원의 권한에 속하는 사건

법원조직법(2010. 1. 25. 법률 제9940호로 개정된 것) 제27조(부) ① 고등법원에 부를 둔다.

②~③ 생략.

④ 재판업무 수행상의 필요가 있는 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 고등법원의 부로 하여금 그 관할구역 안의 지방법원 소재지에서 사무를 처리하게 할 수 있다.

⑤ 생략

【참조판례】

- 1. 현재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 408
현재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 290
현재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966, 972
- 2. 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17
현재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1438
현재 2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2하, 647, 657
- 3. 현재 2006. 7. 27. 2004헌마655, 판례집 18-2, 242, 248
현재 2007. 7. 26. 2006헌마1164, 판례집 19-2, 194, 199-200

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이○락
 대리인 변호사 장성근 외 3인
 동수원종합법무법인
 담당변호사 위철환
2. 신○태 외 53인(별지 1 목록과 같다)
 위 청구인들 대리인 동수원종합법무법인
 담당변호사 위철환
- 공동심판참가인 장○현
 대리인 변호사 장성근 외 3인
- 피청구인 대한민국 국회

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 수원시 등에 거주하는 주민들 또는 수원시에 소재한 사단법인 등인바, 수원지방법원 및 그 지원(성남지원·안양지원·안산지원·평택지원·여주지원)에서 관할하는 민사, 형사, 가사, 행정 합의사건의 항소심을 관할하는 별도의 고등법원(이하 ‘경기고등법원’이라 한다)을 설치하지 않고 서울 고등법원의 관할 하에 두고 있는 것이 청구인들의 재판청구권 및 평등권을 침해한다고 주장하면서, 2011. 8. 29. 주위적으로 경기고등법원을 설치하는 내용의 법률을 제정하지 아니한 입법부작위의 위헌확인을 구하고, 예비적으로 ‘각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률’ 제4조 제1호 별표 3의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 2011. 9. 26. 예비적 심판청구의 심판대상에 위 법률 제2조 별표 1을 추가하였다.

한편, 공동심판참가인은 수원지방법원에서 민사합의부의 관할인 2012가합 15025 부당이득금 사건의 원고로서 1심에서 승소하였으나, 피고의 추완항소에 의하여 현재 서울고등법원에서 항소심 재판을 받고 있는 자인바(서울고등법원 2013나46223), 2013. 11. 15. 자신을 청구인으로 추가하여 줄 것을 요청하는 내용의 ‘헌법소원심판청구 청구인추가신청’을 하였다(이하 ‘이 사건 신청’이라 한다).

나. 심판의 대상

청구인들은 예비적으로 ‘각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률’ 제2조 별표 1 및 제4조 제1호 별표 3의 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인들의 주장은 경기도를 관할하는 고등법원의 설치에 한정되어 있으므로, 이 사건 심판대상을 위 법률 제2조 제1항 별표 1 및 제4조 제1호 별표 3 중 각 고등법원에 관한 부분으로 한정하기로 한다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 주위적으로 경기고등법원을 설치하는 내용의 법률을 제정하지 아니한 입법부작위(이하 ‘이 사건 부작위’라 한다), 예비적으로 ‘각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률’(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정된 것) 제2조 제1항 별표 1 중 고등법원에 관한 부분 및 구 ‘각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률’(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11726호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1호 별표 3 중 고등법원에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같고, 관련조항은 [별지 2]와 같다.

[심판대상조항]

각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개

정된 것)

제2조(설치) ① 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원과 지방법원의 지원 및 가정법원의 지원을 별표 1과 같이 설치한다.

[별표 1]

각급 법원의 명칭 및 소재지

명 칭	소재지
서울고등법원	서울특별시
대전고등법원	대전광역시
대구고등법원	대구광역시
부산고등법원	부산광역시
광주고등법원	광주광역시

구 각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개정되고, 2013. 4. 5. 법률 제11726호로 개정되기 전의 것)

제4조(관할구역) 각급 법원의 관할구역은 다음 각 호의 구분에 따라 정한다. 다만, 지방법원 또는 그 지원의 관할구역에 시·군법원을 둔 경우 「법원조직법」 제34조 제1항 제1호 및 제2호의 사건에 관하여는 지방법원 또는 그 지원의 관할구역에서 해당 시·군법원의 관할구역을 제외한다.

1. 각 고등법원·지방법원과 그 지원의 관할구역: 별표 3

[별표 3]

고등법원·지방법원과 그 지원의 관할구역

고등법원	지방법원	지원	관할구역
서울	서울중앙		서울특별시 종로구·중구·성북구·강남구·서초구·관악구·동작구
	서울동부		서울특별시 성동구·광진구·강동구·송파구
	서울남부		서울특별시 영등포구·강서구·양천구·구로구·금천구
	서울북부		서울특별시 동대문구·중랑구·도봉구·강북구·노원구
	서울서부		서울특별시 서대문구·마포구·은평구·용산구
	의정부		의정부시·동두천시·구리시·남양주시·양주시·연천군·포천시·가평군, 강원도 철원군. 다만, 소년보호사건은 앞의 시·군 외에 고양시·파주시
	고양		고양시·파주시

	인천		인천광역시. 다만, 소년보호사건은 앞의 광역시 외에 부천시·김포시	
		부천	부천시·김포시	
	수원		수원시·오산시·용인시·화성시. 다만, 소년보호사건은 앞의 시 외에 성남시·하남시·평택시·이천시·안산시·광명시·시흥시·안성시·광주시·안양시·과천시·의왕시·군포시·여주군·양평군	
		성남	성남시·하남시·광주시	
		여주	이천시·여주군·양평시	
		평택	평택시·안성시	
		안산	안산시·광명시·시흥시	
		안양	안양시·과천시·의왕시·군포시	
	춘천		춘천시·화천군·양구군·인제군·홍천군. 다만, 소년보호사건은 철원군을 제외한 강원도	
		강릉	강릉시·동해시·삼척시	
		원주	원주시·횡성군	
		속초	속초시·양양군·고성군	
		영월	태백시·영월군·정선군·평창군	
	대전	대전		대전광역시·연기군·금산군
			홍성	보령시·홍성군·예산군·서천군
공주			공주시·청양군	
논산			논산시·계룡시·부여군	
서산			서산시·태안군·당진군	
천안			천안시·아산시	
청주			청주시·청원군·진천군·보은군·괴산군·증평군. 다만, 소년보호사건은 충청북도	
		충주	충주시·음성군	
		제천	제천시·단양군	
		영동	영동군·옥천군	
대구	대구		대구광역시 중구·동구·남구·북구·수성구·영천시·경산시·칠곡군·청도군	
		서부	대구광역시 서구·달서구·달성군, 성주군·고령군	
		안동	안동시·영주시·봉화군	
		경주	경주시	

		포항	포항시·울릉군
		김천	김천시·구미시
		상주	상주시·문경시·예천군
		의성	의성군·군위군·청송군
		영덕	영덕군·영양군·울진군
부산	부산		부산광역시 중구·서구·동구·영도구·부산진구·북구·사상구·강서구·사하구·동래구·연제구·금정구
		동부	부산광역시 해운대구·남구·수영구·기장군
	울산		울산광역시·양산시
	창원		창원시 의창구·성산구·진해구, 김해시. 다만, 소년보호사건은 양산시를 제외한 경상남도
		마산	창원시 마산합포구·마산회원구, 함안군·의령군
		통영	통영시·거제시·고성군
		밀양	밀양시·창녕군
		거창	거창군·함양군·합천군
		진주	진주시·사천시·남해군·하동군·산청군
	광주	광주	
목포			목포시·무안군·신안군·함평군·영암군
장흥			장흥군·강진군
순천			순천시·여수시·광양시·구례군·고흥군·보성군
해남			해남군·완도군·진도군
전주			전주시·김제시·완주군·임실군·진안군·무주군. 다만, 소년보호사건은 전라북도
		군산	군산시·익산시
		정읍	정읍시·부안군·고창군
		남원	남원시·장수군·순창군
제주			제주시·서귀포시

2. 청구인들의 주장

재판청구권에는 최소한의 비용으로 사법절차에 용이하게 접근할 수 있는 권리가 포함되고, 국가는 국민들이 재판청구권을 원활하게 행사할 수 있도록 법

원을 심급별로 적절하게 설치하여야 하는바, 수원지방법원 및 그 지원 관할구역 내의 소송 사건 수, 인구 수, 교통사정, 지역적 특성 등을 고려할 때 경기도 등법원을 설치하지 아니하고 있는 것은 입법형성권의 한계를 넘는 것이다. 또한 경기도등법원의 설치에 지방자치의 실질적으로 보장하는 방안에 해당한다.

그러므로 주위적으로, 헌법상 재판청구권, 지방자치제도, 평등권 규정으로부터 경기도등법원을 설치하는 내용의 법률을 제정하여야 할 입법의무가 도출되는바, 이 사건 부작위는 청구인들의 재판청구권 및 평등권을 침해한다.

한편, 예비적으로, 이 사건 법률조항에서 경기도등법원의 설치 근거를 두지 아니하고 수원지방법원 및 그 지원의 관할지역을 서울고등법원의 관할로 규정한 것은 청구인들의 재판청구권을 침해하고, 재판청구권 행사의 용이성 측면에서 고등법원이 설치된 지역의 주민들에 비하여 청구인들을 불합리하게 차별하여 평등권을 침해한다.

3. 판 단

가. 공동심판참가인의 이 사건 신청

(1) 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(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 290; 헌재 2009. 4. 30. 2007헌마106, 공보 151, 966, 972).

그러나 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 청구기간 내에 이루어져야 한다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 290 참조).

(2) 이 사건 심판청구는 이 사건 부작위의 위헌확인을 구하는 주위적 심판청구 및 이 사건 법률조항의 위헌확인을 구하는 예비적 심판청구로 이루어져 있는바, 우선 이 사건 주위적 심판청구를 기준으로 공동심판참가인의 이 사건 신청이 적법한 공동심판참가신청에 해당하는지 여부를 살펴건대, 이 사건 주위적 심판청구가 인용되어 이 사건 부작위가 위헌임이 확인될 경우 그 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하고, 입법자가 위헌결정의 취지에 따라

입법위무를 이행할 경우 공동심판참가인도 경기도등법원에서 재판을 받을 수 있는 지위에 서게 된다. 그렇다면 공동심판참가인이 헌법소원심판 청구를 공동으로 할 것이 강제되지는 않지만 위헌결정의 효력이 공동심판참가인에게도 사실상 미치게 되는 만큼 그 목적이 당초의 청구인들과 제3자인 공동심판참가인에게 합일적으로 확정할 필요가 있는 경우라 할 것이다. 나아가 이 사건 부작위와 같은 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판은 그 불행사가 계속되는 한 기간의 제약 없이 적법하게 청구할 수 있으므로(헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 408 참조), 공동심판참가인의 이 사건 신청은 헌법재판소법 제40조 제1항 및 민사소송법 제83조 제1항에 의한 적법한 공동심판참가신청에 해당한다.

나. 청구인 사단법인 ○○회 경기도회, ○○협회 경기도회, □□회 경기도지부, □□협회 경기지회의 심판청구

법인 아닌 사단·재단이라고 하더라도 대표자의 정함이 있고 독립된 사회적 조직체로서 활동하는 때에는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 침해당하게 되면 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 296).

그러나 독립된 별개의 단체가 아니라 단체 내부에 설치된 단순한 내부기구에 불과한 기관은 헌법소원심판 청구능력이 없는바(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 296 참조), 청구인들 중 단체 내부에 설치된 내부기구에 해당하는 것으로 보이고 달리 독립된 단체로서의 실체를 갖추었다는 점에 관한 소명 자료를 제출하지 아니한 위 청구인들의 이 사건 심판청구는 청구인능력의 흠결로 모두 부적법하다.

다. 청구인 사단법인 ○○회 경기도회, ○○협회 경기도회, □□회 경기도지부, □□협회 경기지회를 제외한 나머지 청구인들 및 공동심판참가인의 심판청구

(1) 주위적 심판청구

입법부작위가 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 불행사’로서 헌법소원의 대상이 되려면, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였는데도 입법자가 상당한 기간 내에 이를 이행하지 않거나 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우라야 한다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집

1, 9, 17; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2하, 647, 657).

살피건대 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있으나, 위 헌법 규정은 그 명시적인 문언 또는 해석상 경기도고등법원을 설치하여야 한다는 입법위임의 근거가 될 수 없고, 지방자치제도를 보장하고 있는 헌법 제117조 및 제118조 또한 자치단체의 존재, 자치기능 및 자치사무의 보장, 즉 자치사무를 처리할 수 있는 대의제 또는 대표제 지방자치를 보장하고 있을 뿐(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1438 참조), 국민 누구나 거주지의 인접 지역에서 항소심 재판을 받기에 충분할 정도로 많은 수의 고등법원을 설치하여야 한다는 점에 관하여서는 어떠한 규정도 두고 있지 아니하며, 달리 그러한 내용의 법률을 제정함으로써 위 청구인들 및 공동심판참가인의 기본권을 보호하여야 할 국가의 행위유무 내지 보호의무가 존재한다고 볼 근거가 없다.

그렇다면 청구인 사단법인 ○○회 경기도회, ○○협회 경기도회, □□회 경기도지부, □□협회 경기지회를 제외한 나머지 청구인들(이하 ‘나머지 청구인들’이라 한다) 및 공동심판참가인의 이 사건 주위적 심판청구는 입법부작위에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는 경우에 해당하지 아니하여 부적법하다.

(2) 예비적 심판청구

(가) 나머지 청구인들의 예비적 심판청구

이 사건 법률조항은 전국의 고등법원의 명칭 및 소재지, 관할 지방법원 및 지원을 규정하기 위한 것으로서, 경기도고등법원의 설치 근거를 두지 아니하고 수원지방법원 및 그 지원의 관할구역을 서울고등법원의 관할구역으로 정하고 있는바, 경기도고등법원이 설치될 경우 청구인들이 언젠가 위 법원에서 재판을 받을 수 있을 것이라는 막연하고 추상적인 가능성만으로는 청구인들이 이 사건 법률조항에 대하여 자기관련성을 가진다고 보기 어렵고, 적어도 서울고등법원에서 항소심 재판을 받고 있거나, 수원지방법원 또는 그 지원에서 항후에 중국 재판을 받을 경우 법원조직법 제28조에 의하여 고등법원의 재판을 받을 가능성이 있는 절차를 진행 중인 자에 한하여 자기관련성을 가진다고 할 것이다.

그런데 나머지 청구인들 중 청구인 사회복지법인 ○○원을 제외한 청구인들의 경우 현재까지 서울고등법원에서 항소심 재판절차가 진행 중이거나, 수원지방법원 또는 그 지원에서 항후에 중국재판을 받을 경우 법원조직법 제28조에 의하여 고등법원의 재판을 받을 가능성이 있는 절차가 진행되고 있음을 소명하고 있지 아니하고, 청구인 사회복지법인 ○○원의 경우 이 사건 심판청

구 당시에는 수원지방법원 안산지원에서 민사합의부의 관할인 2011가합2798 사해행위취소 사건의 피고로서 재판을 받고 있었으나, 이 사건 심판청구 이후인 2011. 11. 24. 위 사건이 조정성립으로 종결됨으로써 더 이상 이 사건 법률조항으로 인하여 어떠한 법적 불이익을 받을 가능성이 없게 되었다.

따라서 나머지 청구인들의 이 사건 예비적 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성이 인정되지 아니하여 모두 부적법하다.

(나) 공동심판참가인의 예비적 심판청구

헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 기본권의 침해사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 하며(헌법재판소법 제69조 제1항), 법령에 대한 헌법소원은 법령시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다(헌재 2007. 7. 26. 2006헌마1164, 판례집 19-2, 194, 199-200). 그리고 청구기간의 기산점이 되는 '법령에 해당하는 사유가 발생한 날'이란 법령의 규율을 구체적으로 현실적으로 적용받게 된 최초의 날을 의미하는 것으로, 일단 '법령에 해당하는 사유가 발생'하면 그 때부터 당해 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 진행이 개시되며, 그 이후에 새로 '법령에 해당하는 사유가 발생'한다고 하여서 일단 개시된 청구기간의 진행이 정지되고 새로운 청구기간의 진행이 개시된다고 볼 수는 없다(헌재 2006. 7. 27. 2004헌마655, 판례집 18-2, 242, 248 참조).

그런데 기록에 의하면 공동심판참가인은 이 사건 신청 이전인 2009. 2. 19. 수원지방법원 성남지원에서 민사합의부의 관할인 2007가합6174 전부금 사건의 피고로서 패소판결을 선고받고 항소하였으나, 2009. 8. 14. 서울고등법원에서 항소기각판결(2009나28402)을 선고받아 확정되었고, 서울고등법원이 2009. 4. 14. 위 2009나28402 사건에 관한 항소인용 석명준비명령 및 소송안내서를 발송하여 2009. 4. 17. 공동심판참가인에게 도달한 사실을 확인할 수 있다.

그렇다면 공동심판참가인은 늦어도 서울고등법원으로부터 위 항소인용 석명준비명령 등을 송달받은 2009. 4. 17.에는 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해의 사유가 발생하였음을 알았다고 할 것임에도, 그로부터 90일이 경과한 2013. 11. 15. 이 사건 신청을 하였으므로, 공동심판참가인의 이 사건 예비적

심판청구는 청구기간의 도과로 부적법하다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
서기석 조용호

[별지 1] 청구인 2. 내지 55. 목록 생략
2. 신○태 외 53인

[별지 2] 관련조항

법원조직법(2001. 1. 29. 법률 제6408호로 개정된 것)

제3조(법원의 종류) ① 법원은 다음의 6종으로 한다.

1. 대법원
2. 고등법원
3. 특허법원
4. 지방법원
5. 가정법원
6. 행정법원

③ 고등법원·특허법원·지방법원·가정법원·행정법원과 지방법원 및 가정법원의 지원, 가정지원, 시·군법원의 설치·폐지 및 관할구역은 따로 법률로 정하고, 등기소의 설치·폐지 및 관할구역은 대법원규칙으로 정한다.

제28조(심판권) 고등법원은 다음의 사건을 심판한다.

1. 지방법원합의부·가정법원합의부 또는 행정법원의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건
2. 지방법원단독판사·가정법원단독판사의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건으로서 형사사건을 제외한 사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건
3. 다른 법률에 의하여 고등법원의 권한에 속하는 사건

법원조직법(2010. 1. 25. 법률 제9940호로 개정된 것)

제27조(부) ① 고등법원에 부를 둔다.

④ 재판업무 수행상의 필요가 있는 경우 대법원규칙으로 정하는 바에 따라
고등법원의 부로 하여금 그 관할구역 안의 지방법원 소재지에서 사무를 처리
하게 할 수 있다.

각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호로 개
정된 것)

제1조(목적) 이 법은 「법원조직법」 제3조 제3항에 따라 각급 법원의 설치
와 관할구역을 정함을 목적으로 한다.

유통산업발전법 제12조의2 위헌확인

(2013. 12. 26. 2013헌마269·273·355(병합))

【판시사항】

지방자치단체의 장이 대형마트 및 준대규모점포에 대하여 일정한 범위의 영업시간 제한 및 의무휴업을 명할 수 있도록 규정한 유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것, 이하 ‘유통법’이라 한다) 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 대하여 기본권 침해의 직접성이 인정되는지 여부(소극)

【결정요지】

유통법 제12조의2 제1항 및 제2항에 따르면, 지방자치단체의 장은 필요하다고 인정하는 경우 대형마트와 준대규모점포에 대하여 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다고 규정하면서 영업시간의 제한의 경우 오전 0시부터 오전 10시 까지의 범위에서 할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 청구인들이 주장하는 기본권 침해의 법률효과는 지방자치단체의 장이 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 관한 구체적인 처분을 하였을 때 그 처분에 의하여 비로소 발생하는 것이지, 이 사건 법률조항에 의하여 곧바로 발생하는 것이 아니므로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.

또한 유통법 제12조의2 제3항이 매월 이들의 의무휴업일을 정할 것을 규정하여 의무휴업일지정일수에 대하여는 지방자치단체의 장의 재량이 인정되지 않더라도, 의무휴업일을 지정할 것인지 여부에 대하여는 지방자치단체의 장에게 재량이 인정되기 때문에 지방자치단체의 장이 의무휴업일을 지정하는 집행행위를 하기 전에는 청구인들의 법적 지위나 권리·의무는 어떠한 영향도 받지 않는다.

그러므로 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성이 인정되지 않아 부적법하다.

【심판대상조문】

유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것) 제12조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 특별자치시장·시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소기업의 상생발전(相生發展)을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대형마트(대규모점포에 개설된 점포로서 대형마트의 요건을 갖춘 점포를 포함한다)와 준대규모점포에 대하여 다음 각 호의 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포등에 대하여는 그러하지 아니하다.

- 1. 영업시간 제한
 - 2. 의무휴업일 지정
- ② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항 제1호에 따라 오전 0시부터 오전 10시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있다.
- ③ 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항 제2호에 따라 매월 이틀을 의무휴업일로 지정하여야 한다. 이 경우 의무휴업일은 공휴일 중에서 지정하되, 이해당사자와 합의를 거쳐 공휴일이 아닌 날을 의무휴업일로 지정할 수 있다.
- ④ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

구 유통산업발전법(2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정되고, 2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것) 제12조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소기업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것과 준대규모점포에 대하여 다음 각 호의 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 51퍼센트 이상인 대규모점포등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포등에 대하여는 그러하지 아니하다.

- 1. 영업시간 제한
 - 2. 의무휴업일 지정
- ② 시장·군수·구청장은 제1항 제1호에 따라 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있다.
- ③ 시장·군수·구청장은 제1항 제2호에 따라 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 의무휴업일을 지정할 수 있다.
- ④ 생략

헌재 2013. 12. 26. 2013헌마269·273·355(병합)

유통산업발전법(2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정된 것) 제12조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등) ①~③ 생략
④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

【참조판례】

헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 304
헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503-504
헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762
헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586, 593
헌재 2008. 10. 30. 2007헌마1281, 판례집 20-2상, 1187, 1194
헌재 2009. 3. 26. 2007헌마988등, 판례집 21-1상, 689, 699
헌재 2011. 5. 26. 2010헌마365, 공보 176, 846, 849
헌재 2013. 5. 30. 2011헌마718, 공보 200, 693, 694

【당 사 자】

청 구 인 1. [별지 1] 청구인 목록 기재와 같음(2013헌마269)
 대리인 법무법인(유한) 백상
 담당변호사 곽경태
 2. [별지 2] 청구인 목록 기재와 같음(2013헌마273)
 대리인 법무법인(유한) 백상
 담당변호사 곽경태
 3. [별지 3] 청구인 목록 기재와 같음(2013헌마355)
 대리인 법무법인(유한) 태평양
 담당변호사 곽태철 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2013헌마269 사건의 청구인들은 유통산업발전법(이하 ‘유통법’이라 한

다)에 의한 대규모점포를 경영하는 주식회사 ○○마트 등과 매장임대차계약을 체결하여 그 회사들이 경영하는 대형마트에 입점하여 점포를 운영하고 있는 사업자들이고, 2013헌마273 사건의 청구인들은 대규모점포를 경영하는 주식회사 ○○리테일 등과 프랜차이즈형 체인사업에 대한 가맹계약을 체결하여 유통법상 준대규모점포를 운영하고 있는 사업자들이며, 2013헌마355 사건의 청구인들은 대형마트와 준대규모점포를 운영하는 회사들이다.

(2) 2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 유통법 제12조의2는 특별자치시장 등 지방자치단체의 장이 필요하다고 인정하는 경우, 대형마트와 준대규모점포에 대하여 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있되, 영업시간 제한은 오전 0시부터 오전 10시까지의 범위에서 할 수 있고, 의무휴업일을 지정할 경우에는 매월 이틀을 지정하여야 하도록 규정하였다.

(3) 이에 청구인들은 유통법 제12조의2가 청구인들의 직업의 자유 및 평등권을 침해한다고 주장하며 2013. 4. 25.(2013헌마269), 같은 달 26.(2013헌마273), 같은 해 5. 16.(2013헌마355) 각 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 유통법 제12조의2 전체에 대하여 심판청구를 하고 있다. 그런데 청구인들은 특별자치시장 등 지방자치단체의 장에게 대형마트 및 준대규모점포에 대하여 영업시간을 제한하거나 의무휴업일을 지정할 수 있도록 한 유통법 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항의 규정이 청구인들의 직업의 자유, 평등권을 침해한다고 주장하고 있을 뿐, 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항을 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 한 유통법 제12조의2 제4항에 대하여는 별도의 기본권 침해 주장을 하지 않고 있으므로 유통법 제12조의2 제4항은 심판대상에서 제외한다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 유통법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것) 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것)

제12조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 특별자치시장·시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등

과 중소기업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대형마트(대규모점포에 개설된 점포로서 대형마트의 요건을 갖춘 점포를 포함한다)와 준대규모점포에 대하여 다음 각 호의 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포 등에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 영업시간 제한
2. 의무휴업일 지정

② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항 제1호에 따라 오전 0시부터 오전 10시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있다.

③ 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항 제2호에 따라 매월 이틀을 의무휴업일로 지정하여야 한다. 이 경우 의무휴업일은 공휴일 중에서 지정하되, 이해당사자와 합의를 거쳐 공휴일이 아닌 날을 의무휴업일로 지정할 수 있다.

[관련조항]

[별지 4] 기재와 같다

2. 청구인들의 주장요지

가. 적법요건에 대한 주장

이 사건 법률조항 중 제3항은 재량의 여지없이 매월 이틀의 의무휴업일을 지정하도록 규정하고 있고, 제1항은 대형마트 및 준대규모점포를 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 대상으로 규정하고 있으므로 자치단체장의 집행행위가 필요하다고 하더라도 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정대상이 되는 경우에는 사실상 지정이 강제되어 있고, 연간 총매출액 중 ‘농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률’에 따른 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포 등에 대하여는 위 대상에서 제외하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항은 구체적 집행행위가 없다고 하더라도 그 자체로 청구인들의 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하고 있어 기본권 침해의 직접성이 인정된다.

나. 본안에 대한 주장

(1) 직업의 자유 침해 주장

이 사건 법률조항은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권, 대규모점포 등과 중소기업의 상생발전을 도모하기 위한 것인데, 이러한 입법목적은 달성하

기 위하여 영업시간을 제한하고 의무휴업을 명하는 것은 유통산업에 있어서 대형마트의 사회경제적 기능과 역할을 훼손하고, 기업형슈퍼마켓을 운영하는 중소유통업자 및 대형마트에 입점해 있는 중소자영업자들의 영업까지 제한하여 중소유통업의 발전이라는 목적에 배치되며, 대형마트근로자에 대하여 심야근로 및 휴일근로를 금지한다고 하여 근로자의 건강권이 향상되리라고 보기 어려운 반면, 대형마트 영업규제로 인하여 소비자 후생의 감소, 고용 및 협력업체의 납품매출 감소 등과 같은 피해가 유발되는 부정적 효과가 발생하므로 기본권 제한에 있어서 방법의 적절성을 충족하지 못한다.

또한 대형마트에 입점한 임대점주들이나 대규모점포를 운영하는 자와 가맹점계약을 맺어 준대규모점포를 운영하는 자는 재래시장의 상인 등과 같이 보호되어야 할 영세자영업자들임에도 이 사건 법률조항은 대형마트와 대형마트에 입점한 점포, 가맹점계약을 맺은 기업형슈퍼마켓의 차이를 간과하여 대형마트에 입점한 점포 및 기업형슈퍼마켓에게도 영업을 제한하고 있고, 영업시간의 제한 또한 과도하며, 영업시간 제한 외에 재래시장 등의 서비스 개선 등의 방법이나 자율적으로 영업시간을 조정하는 방법 내지는 임대점주들에게는 그 적용을 제외하는 방법들을 고려할 수 있음에도 불구하고 일률적으로 영업시간을 제한하고 의무휴업을 강제하여 피해의 최소성원칙에 반하며, 이와 같이 영업시간 제한으로 인하여 보호하고자 하는 공익보다 침해받는 사회·경제적 손실은 훨씬 더 크므로 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

(2) 평등권 침해 주장

이 사건 법률조항은 대형마트에 입점하지 않았거나 농수산물 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등에 입점한 동종·유사 업종의 사업자, 대규모점포를 운영하는 회사 등과 가맹점계약을 체결하는 형태 외에 다른 형태로 소매점을 운영하는 자, 백화점이나 쇼핑센터 등 다른 형태의 대형 유통업체를 운영하는 자, 농수산물 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등을 운영하는 자, 편의점을 운영하는 자, 재래시장 및 소형슈퍼마켓의 상인들과 청구인들을 차별취급하고 있는바, 청구인들은 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않는 동종·유사 업종의 사업자와 본질적으로 다르지 않음에도 합리적 이유 없이 차별하고, 대형마트 등의 영업시간 제한 및 의무휴업을 강제함으로써 대형마트 등의 기능을 훼손할 뿐만 아니라, 대형마트에 입점하였거나 가맹점계약체결의 형태로 준대규모점포를 운영하는 청구인들은 재래시장이나 소형슈퍼마켓의 상인과 마찬가지로 영세자영업자임에도 영업시간 제한 등의 의무를 부담

하는 것은 입법목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 아니며, 차별취급 외에 완화된 다른 방식의 규제가 가능함에도 대형마트와 준대규모점포에만 제한을 가하여 피해의 최소성원칙에 반하고, 차별취급을 통하여 입법자가 달성하고자 하는 공익은 그 달성 여부가 불확실한데 비하여 청구인들이 입게 되는 피해는 크기 때문에 법익 균형성 요건도 갖추지 못하여 평등권을 침해한다.

(3) 국제법, 헌법 전문 및 제6조 위반 주장(2013헌마355 사건에 한정)

WTO 서비스 협정(GATS) 제16조 제2항은 별도로 규정하지 않는 한 시장 접근 제한조치를 할 수 없도록 규정하고 있는데, 이 사건 법률조항에서 규정한 영업시간과 영업일수 제한은 위 협정 제16조 제2항에서 금지한 시장접근제한에 해당하므로 WTO 서비스 협정(GATS) 제16조 제2항 및 국제법 존중의 원칙을 선언하고 있는 헌법 전문 및 제6조 제1항에 반한다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 직접성 요건

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재 자기의 기본권을 침해받아야 한다. 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 말하므로, 당해 법률에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성이 없다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762; 헌재 2013. 5. 30. 2011헌마718, 공보 200, 693, 694 등 참조).

법령에 대한 헌법소원에 있어 이와 같이 기본권 침해의 직접성을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로, 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권 침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 '예외적이고 보충적인 특별권리수단'이라는 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권 침해의 가능성을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 기본권 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로, 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정될 여지가 없다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503-504;

헌재 2009. 3. 26. 2007헌마988등, 판례집 21-1상, 689, 699 등 참조).

다만, 법령이 집행행위를 예정하고 있는 경우에도 법령의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태이거나, 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 그러한 절차가 있다 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고, 다만 기본권 침해에 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 지나지 않는 경우 등에는 예외적으로 직접성이 인정된다(헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 304; 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마365, 공보 176, 846, 849 등 참조).

나. 유통법 제12조의2 제1항 및 제2항에 대한 판단

유통법 제12조의2 제1항 및 제2항에 따르면, 특별자치시장·시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포 등과 중소기업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대형마트와 준대규모점포에 대하여 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다고 규정하면서, 영업시간 제한의 경우 오전 0시부터 오전 10시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있도록 하고 있다.

그러므로 특별자치시장 등은 대형마트 등의 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정과 관련하여 그러한 조치가 필요한지 여부 및 이를 시행할지 여부에 관한 판단에 재량권을 가지고 있고, 구체적인 시행과 관련하여서도 영업시간 제한의 경우 오전 0시부터 오전 10시까지의 범위에서 특정시간대를 지정하여 시행할 수 있는 재량권도 가지고 있다.

따라서 청구인들이 주장하는 기본권 침해의 법률효과는 특별자치시장 등 지방자치단체의 장이 해당 지방자치단체의 실정에 따라 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 관한 구체적인 처분을 하였을 때 그 처분에 의하여 비로소 발생하는 것이지, 위 조항들에 의하여 곧바로 발생하는 것이 아니므로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.

이에 대하여 청구인들은 위 조항들이 지방자치단체의 장의 집행행위를 예정하고 있다고 하더라도 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 대상을 규정하고 있고, 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등과 그렇지 않은 대규모점포 등의 차별 문제는 위 조항들에 의하여 직접 발생하는 효과이기 때문에 기본권 침해의 직접성이 인정된다고 주장한다.

그러나 위 조항들은 지방자치단체의 장에게 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정이 필요한지 여부에 관한 판단 및 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정이 필요하다면 그러한 처분을 행할 것인지 여부에 대하여 재량을 인정하고 있기 때문에, 지방자치단체장의 장이 해당 지방자치단체 내 소재하는 대형마트와 준대규모점포에 대하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 관한 구체적인 처분을 하기 전에는 청구인들의 법적 지위나 권리·의무는 어떠한 영향도 받지 않는다.

또한 위 조항들은 연간 총매출액 중 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상이고 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포 등의 경우에는 지방자치단체의 장이 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 하지 않도록 규정하고 있으나, 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포 등과 그렇지 않은 대규모점포 등 간의 차별 문제 역시 이 사건 법률조항에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분에서 제외되는 대규모점포 등에 대하여 해당 지방자치단체의 의회가 조례로 정하고, 지방자치단체의 장이 그 외 대규모점포 등에 대하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 함으로써 비로소 발생하게 된다.

따라서 위 조항들에 의하여 직접 자유의 제한이나 의무의 부과가 있는 경우라고 볼 수 없으므로 위 조항들에 의한 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다.

다. 유통법 제12조의2 제3항에 대한 판단

집행행위가 존재한다고 하더라도 행정청의 재량 여지가 없는 경우에는 법령 자체에 의하여 청구인들의 권리의무에 관한 사항이 일의적이고 명백하게 규정되어 있어 집행행위 이전에 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이라고 볼 수 있으므로 기본권 침해의 직접성이 인정됨은 물론이다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마997, 판례집 18-1상, 586, 593; 헌재 2008. 10. 30. 2007헌마1281, 판례집 20-2상, 1187, 1194 등 참조).

그런데 유통법 제12조의2 제3항은 특별자치시장 등이 제1항 제2호에 따라 매월 이들을 의무휴업일로 지정하여야 하고, 이 경우 의무휴업일은 공휴일 중에서 지정하되, 이해당사자와 합의를 거쳐 공휴일이 아닌 날을 의무휴업일로 지정할 수 있다고 규정하고 있다.

위 조항에 따라 특별자치시장 등 지방자치단체의 장이 재량의 여지없이 매월 이들을 의무휴업일로 지정하여야 한다면 위 조항은 집행행위 이전에 이미

청구인들의 권리관계를 직접 변동시키거나 법적 지위를 결정한다고 할 것으로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수도 있을 것이다.

그러나 앞서 본 것처럼 유통법 제12조의2 제1항에 따르면 지방자치단체의 장에게 대형마트 등에 대하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정이 필요한지 여부에 대한 판단, 그 판단에 따른 대형마트 등의 영업시간 제한 및 의무휴업의 시행 여부 등에 대한 재량권을 부여하고 있고, 유통법 제12조의2 제3항은 같은 조 제1항 제2호를 전제로 한 규정이므로 지방자치단체의 장이 재량의 여지없이 매월 이들의 의무휴업일을 지정하여야 한다고 볼 수는 없다.

따라서 유통법 제12조의2 제1항 및 제3항의 내용을 종합하면, 지방자치단체의 장은 필요하다고 인정할 경우에 재량으로 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있는데, 의무휴업을 명할 경우에는 제3항에 따라 그 의무휴업일 수(數)를 매월 이들로 지정하여야 한다는 의미로 해석함이 타당하다.

그런데 의무휴업일 지정 일수에 대하여는 지방자치단체의 장의 재량이 인정되지 않는다고 하더라도 의무휴업일을 지정할 것인지 여부에 대하여 지방자치단체의 장의 재량이 인정되기 때문에, 유통법 제12조의2 제3항이 매월 이들의 의무휴업일을 정할 것을 규정하고 있다고 하더라도 지방자치단체의 장이 의무휴업일을 지정하는 집행행위를 하기 전에는 청구인들의 법적 지위나 권리·의무는 어떠한 영향도 받지 않는다.

그러므로 위 조항은 집행행위 이전에 법률에 의하여 직접 자유의 제한이나 의무의 부과가 있는 경우라고 볼 수 없으므로 기본권 침해의 직접성이 인정된다고 할 수 없다.

라. 소결

따라서 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않으므로 부적법하다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
서기석 조용호

[별지 1] 청구인 목록(2013헌마269) 생략

1. 김○준 외 2인

[별지 2] 청구인 목록(2013헌마273) 생략

1. 설○환 외 2인

[별지 3] 청구인 목록(2013헌마355) 생략

1. 주식회사 ○○마트

대표이사 허○철 외 8인

[별지 4] 관련조항

유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “유통산업”이란 농산물·임산물·축산물·수산물(가공물 및 조리물을 포함한다) 및 공산품의 도매·소매 및 이를 경영하기 위한 보관·배송·포장과 이와 관련된 정보·용역의 제공 등을 목적으로 하는 산업을 말한다.
2. “매장”이란 상품의 판매와 이를 지원하는 용역의 제공에 직접 사용되는 장소를 말한다. 이 경우 매장에 포함되는 용역의 제공 장소의 범위는 대통령령으로 정한다.
3. “대규모점포”란 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 매장을 보유한 점포의 집단으로서 별표에 규정된 것을 말한다.
 - 가. 하나 또는 대통령령으로 정하는 둘 이상의 연결되어 있는 건물 안에 하나 또는 여러 개로 나누어 설치되는 매장일 것
 - 나. 상시 운영되는 매장일 것
 - 다. 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상일 것
4. “준대규모점포”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 점포로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.
 - 가. 대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 계열회사를 말한다)가 직영하는 점포
 - 나. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 상호출자제한기업집단의 계열회사가 직영하는 점포

다. 가목 및 나목의 회사 또는 계열회사가 제6호 가목에 따른 직영 점형 체인사업 및 같은 호 나목에 따른 프랜차이즈형 체인사업의 형태로 운영하는 점포

6. “체인사업”이란 같은 업종의 여러 소매점포를 직영(자기가 소유하거나 임차한 매장에서 자기의 책임과 계산하에 직접 매장을 운영하는 것을 말한다. 이하 같다)하거나 같은 업종의 여러 소매점포에 대하여 계속적으로 경영을 지도하고 상품·원재료 또는 용역을 공급하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다.

가. 직영점형 체인사업

체인본부가 주로 소매점포를 직영하되, 가맹계약을 체결한 일부 소매점포(이하 이 호에서 “가맹점”이라 한다)에 대하여 상품의 공급 및 경영지도를 계속하는 형태의 체인사업

나. 프랜차이즈형 체인사업

독자적인 상품 또는 판매·경영 기법을 개발한 체인본부가 상호·판매방법·매장운영 및 광고방법 등을 결정하고, 가맹점으로 하여금 그 결정과 지도에 따라 운영하도록 하는 형태의 체인사업

구 유통산업발전법(2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정되고, 2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것)

제12조의2(대규모점포 등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소기업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것과 준대규모점포에 대하여 다음 각 호의 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 51퍼센트 이상인 대규모점포 등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포 등에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 영업시간 제한

2. 의무휴업일 지정

② 시장·군수·구청장은 제1항 제1호에 따라 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있다.

③ 시장·군수·구청장은 제1항 제2호에 따라 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 의무휴업일을 지정할 수 있다.

헌재 2013. 12. 26. 2013헌마269·273·355(병합)

유통산업발전법(2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정된 것)

제12조의2(대규모점포 등에 대한 영업시간의 제한 등) ④ 제1항부터 제3항
까지의 규정에 따른 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항은 해당
지방자치단체의 조례로 정한다.

기소유예처분취소

(2013. 12. 26. 2009헌마747)

【판시사항】

1. 공적 인물의 공적 관심 사안에 대한 표현의 자유와 명예의 보호의 헌법적 평가기준
2. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵고, 이에 대한 문제제기 내지 비판이 허용되어야 한다고 본 사례
3. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 경우 명예훼손의 책임을 인정하는 기준
4. 대통령의 전과와 토지소유에 관하여 명예훼손적 표현을 담고 있는 동영상을 개인블로그에 게시한 청구인에 대하여 ‘구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항에 규정된 명예훼손 혐의를 인정한 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

【결정요지】

1. 표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 하고, 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다. 다만, 공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현이라 할지라도 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이

거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 제한될 수 있어야 한다.

2. 공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.

3. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 명예훼손의 책임을 인정하기 위해서는 헌법상 자기책임의 원리에 따라 게시자 자신의 행위에 대한 법적 평가가 있어야 할 것이다. 인터넷에 제3자의 표현물을 게시한 행위가 전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임이 부정되고, 제3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 할 것이다.

4. 대통령인 피해자의 전과와 토지소유 현황은 공인에 관한 공적 관심 사안에 해당하는바, 청구인이 피해자의 정책비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상에 게시한 행위에 피해자를 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없다. 또한 청구인은 적시사실의 진위 여부에 대해서 별다른 관심을 가지지 아니하였고, 적시된 사실의 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다고 생각하였던 것으로 보이므로, 청구인에게 허위사실에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다. 따라서 청구인에 대한 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있으므로 이로 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제21조

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것) 제70조(벌칙) ① 생략

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 93-95
- 2. 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 774-777
- 4. 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011도1147 판결
 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결
 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결

【당 사 자】

청 구 인 김○익
 대리인 법무법인 청맥
 담당변호사 최강욱
 피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

【주 문】

피청구인이 2009. 10. 19. 서울중앙지방검찰청 2009년 형제26869호 사건에서 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 2009. 10. 19. 피청구인으로부터 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 혐의로 기소유예처분을 받았는데(서울중앙지방검찰청 2009년 형제26869호, 이하 ‘이 사건 기소유예처분’이라 한다), 피의사실의 요지는 다음과 같다.

『청구인은 2008. 6. 18.경 대통령인 피해자를 비방할 목적으로 피해자에 대한 거짓의 사실이 포함되어 있는 동영상(이하 ‘이 사건 동영상’이라 한다)을 청구인이 개설한 인터넷 블로그에 게시함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여

피해자의 명예를 훼손한 것이다.』

나. 피청구인은 ‘피의사실은 인정되나, 청구인은 초범이고, 청구인이 위 동영상 직접 제작한 것은 아닌 점, 소수의 지인들만 접속하던 청구인 자신의 개인블로그에 위 동영상을 게시한 것이었던 점, 현재 위 블로그를 폐쇄한 상태인 점’ 등을 참작하여 이 사건 기소유예처분을 하였다.

다. 청구인은 이 사건 기소유예처분으로 인하여 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해받았다고 주장하면서, 2009. 12. 23. 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지 및 피청구인의 답변요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 동영상은 대통령인 피해자와 그의 정책에 대한 비판으로 공익적 목적으로 제작된 것이므로 피해자를 비방할 목적이 있다고 보기 어렵고, 청구인 역시 피해자를 비방할 목적으로 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시한 것이 아니다.

(2) 이 사건 동영상의 내용에 일부 허위사실이 포함되어 있더라도, 청구인은 그 사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 적시된 사실은 공공의 이익에 관한 것으로서 위법성 조각사유가 있다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 이 사건 동영상에는 피해자가 전과가 수십여 개 있는 범죄자라는 취지, 피해자가 개인적인 이익을 위해 국가정책을 무리하게 결정하여 추구한다는 취지, 피해자가 역사상 우리나라를 사상 최악의 위험한 상황에 처하게 하였다는 취지, 피해자가 국영 기업을 매각하여 엄청난 돈을 벌었다는 취지 등이 적시되어 있고, 그 표현 방식에 있어서도 피해자를 조롱하고 일방적으로 헐뜯는 것으로 일관되어 있는바, 이는 피해자를 비방하고자 하는 의도가 이 사건 동영상의 근저에 강하게 자리잡고 있음을 알 수 있게 한다.

(2) 이 사건 동영상에는 ‘피해자는 무려 30개의 전과를 가진 범죄자이다, 피해자가 대운하를 추진하는 이유는 그가 대운하 개발예정지에 엄청난 땅을 사둔 사람이기 때문이다, 피해자는 국영기업을 1개 당 수십억 불에 팔아서 돈을 벌어들이고 있다.’라는 등의 내용이 포함되어 있는바, 이는 객관적인 자료에 비추어 허위임을 쉽게 알 수 있고, 청구인 역시 허위라는 점에 대해서 적어도 미필적으로 인식하고 있었다.

3. 근거조항

이 사건 피의사실에 적용되어 이 사건 기소유예처분의 근거가 되는 법률조항은 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것, 다만 위 개정 법률의 시행일은 2008. 12. 14.이다. 이하 ‘이 사건 근거조항’이라 한다) 제70조 제2항이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호로 개정되고, 2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정되기 전의 것)

제70조(벌칙) ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

4. 판 단

가. 인정되는 사실

이 사건 수사기록 및 심판기록을 검토하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(1) 청구인의 지위

청구인은 2005. 3. 8. ○○은행 관련 인력송출 전문업체인 ‘주식회사 ○○’(이하 ‘○○’이라 한다)을 설립하고 대표이사로 취임하였다(2008. 9. 26. 청구인은 위 회사의 대표이사에서 사임하였고, 위 회사의 상호는 ‘주식회사 □□’로 변경되었다). 청구인은 정당에 가입한 적은 없고, 사단법인 ○○연구소에 운영위원으로 가입되어 있다.

(2) 청구인의 블로그 운영 및 글의 게시 경위

청구인은 2008. 5. 29. ○○의 대표이사로 일을 하면서 직원들과의 거리를 좁히고, 직원들과 소통할 목적으로 인터넷 사이트인 다음에 블로그(<http://blog.daum.net/○○○○>)를 개설하였다. 청구인은 위 블로그에 책을 읽은 소감이나 고전 이야기 등을 하면서 자신의 생각을 직원들에게 표현하고 직원들로 하여금 자신의 생각을 이해할 수 있도록 하였다. 청구인의 블로그는 하루에 많아 야 20명 정도가 방문할 뿐이었다.

청구인의 위 블로그는 ‘나의 이야기’, ‘내가 불러본 노래’, ‘시를 읽다’, ‘내가 쓴 편지’, ‘사진에세이’, ‘영화이야기’, ‘고전에서 글 찾기’, ‘독서일기’, ‘여행’, ‘세 상이야기’라는 소재목의 카테고리로 구성되어 있고, 당시 게재된 글의 수는 모두 24개이다.

청구인은 2008. 6. 18. 인터넷 검색 도중 ‘서프라이즈’라는 인터넷 사이트에 게시되어 있던 이 사건 동영상을 본 뒤, 퍼가기 메뉴를 이용하여 자신의 블로그 중 ‘세상이야기’라는 카테고리에 이를 게시하였다. 청구인은 이 사건 동영상을 게시하면서 ‘제목’란에는 “지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나고 있는 걸까”, ‘본문’란에는 “이 동영상을 한번 보시라. 지금 이 땅에서 무슨 일이 일어나고 있는지를 … 그리고 우리는 서로에게 물어야한다. 당신은 촛불을 켜셨나요.”라고 기재하였다.

(3) 이 사건 동영상의 내용

이 사건 동영상은 미국에 서버가 있는 마이스페이스(www.myspace.com)라는 인터넷 사이트에 ‘J, 그리고 나 - 연결된 우리’라는 표제로 블로그를 개설한 ○○킴(○○ Kim)이 제작하여 게시한 것인데, 박○협이 ○○킴의 양해 아래 위 동영상에 한글자막을 넣은 후 2008. 6. 16. 엠엔캐스트(www.mncast.com)라는 동영상 게시사이트에 최초로 게시한 것으로 보인다. 이 동영상은 원제가 “Secret of Koreans’ Protest Against US Mad Cow Beef”이지만, 한국 누리꾼들 사이에서 미국 내 의료현실을 비판한 마이클 무어 감독의 ‘식코’에 빗대어 ‘쥐코’라는 제목으로도 알려져 있다.

이 사건 동영상은 25분 32초 분량으로 영어 내레이션으로 진행되고, 이명박 대통령의 정책에 대한 비판을 주된 내용으로 하고 있다. 동영상은 서울에서 대규모 집회가 매일 열리고 있고, 대통령이 당선된 지 3개월째 되는 시점에 대국민 사과방송을 하게 된 이유를 알아보자는 것으로 시작된다. 이명박 후보자가 2007. 12. 말 대통령선거에서 당선된 것을 설명한 다음, 이명박 대통령의 한반도 대운하 정책, 영어몰입교육정책, ‘강부자 내각’과 땅투기 논란, 일본과의 관계와 역사인식, 50개 생필품 가격통제, 미국산 쇠고기 수입, 촛불집회에 대한 폭력적인 진압방법, 외교문서상 번역오류, 복지예산 삭감, 공공부문 민영화에 대하여 차례로 비판하고 있다.

(4) 청구인에 대한 수사 및 피청구인의 이 사건 기소유예처분 경위

국무총리실장은 2008. 11. 17. 서울지방경찰청 ○○경찰서장에게 “청구인이 인터넷 다음 블로그에 ‘△△’ 사이트를 개설하여 허위사실을 유포함으로써 대통령에 대한 명예를 훼손한 혐의가 있다”며 청구인에 대한 수사를 요청하였다. ○○경찰서 소속 담당 수사관은 청구인에 대한 업무상횡령 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손) 부분에 대하여 조사한 후 2009. 3. 11. 명예훼손 혐의에 대해 기소의견으로 서울중앙지방검찰청에 송치하였다.

피청구인은 청구인에 대한 조사를 마친 후 중앙선거관리위원회의 제17대 대통령선거총람 검토 및 동영상 시청 결과 등을 바탕으로 이 사건 기소유예처분을 하였다.

나. 이 사건의 쟁점

(1) 이 사건 적시사실 특정의 문제

피청구인은 피의사실의 요지를 기재함에 있어 ‘이명박 대통령을 비난하는 동영상을 게시하는 등 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다’고만 기재하고 있을 뿐이어서 이 사건 동영상에서 문제되는 ‘허위의 사실’이 무엇인지 불기소결정서의 피의사실만으로는 확인할 수 없다. 다만, 수사 기록상 이 사건 동영상 중 ① ‘피해자가 30개의 전과를 가진 범죄자’라는 부분(이하 ‘전과 적시사실’이라 한다)과 ② ‘피해자가 개발예정지에 엄청난 땅을 사 둔 사람’이라는 부분(이하 ‘토지소유 적시사실’이라 한다)에 대하여만 피의자 신문이 행해진 점을 고려하여 볼 때 피청구인은 위 두 가지 적시사실이 허위라고 판단하여 이 사건 기소유예처분에 이른 것으로 보인다. 따라서 이 사건 동영상에서 적시된 허위사실을 위 두 부분에 한정하여 판단하기로 한다.

(2) 쟁점의 정리

이 사건 근거조항은 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자를 처벌하는 규정이다.

이 사건 동영상은 공적 인물인 대통령의 공적인 활동과 관련하여 허위의 사실을 적시하여 그의 명예를 훼손할 수 있는 표현을 담고 있는바, 이 경우 인격권으로서의 개인의 명예 보호와 표현의 자유 보장이라는 상반되는 두 권리가 서로 충돌되므로 이를 어떻게 합리적으로 조정할 것인가가 문제된다. 이 사건 동영상은 제3자가 제작한 것인데, 제3자의 표현물에서 문제되는 명예훼손적 표현과 관련하여 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 사람에게 명예훼손의 책임을 인정할 수 있는지도 문제된다. 이 사건 피의사실에 이 사건 근거조항이 적용되기 위해서는 위와 같은 문제의식이 고려되어야 하므로, 이에 대한 법리를 살펴본 후 이 사건에서 청구인에게 비방의 목적이 있었다고 할 수 있는지, 청구인이 허위사실에 대한 인식이 있었는지 판단하도록 한다.

다. 표현의 자유와 명예훼손

(1) 표현의 자유와 명예의 보호

헌법 제21조 제1항은 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데, 이는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를

의미하는 것으로서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 오늘날 민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있다.

통치권자와 피통치자가 이념상 자동적(自同的)인 자유민주주의 체제하에서는 정치지도자들이 내리는 결정이나 행동에 관해서 충분한 지식을 가지고 있는 국민을 필요로 하고, 자유스러운 표현체계의 유지에 개인의 자기실현을 확보하고 진리에 도달하는 수단이며 사회구성원의 정치적·사회적인 결단의 형성에 참가하는 것을 확보하는 수단일 뿐만 아니라 사회의 안정과 변혁 사이의 균형을 유지하는 수단이다. 또한 자유민주주의의 사회는 전체주의 사회와 달라서 정부의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며 정부는 개인이나 일반 국민과 마찬가지로 또는 그 이상으로 오류를 범한 가능성이 있을 뿐만 아니라 권력을 가진 자가 오류를 범한 경우의 영향은 대단히 크다고 하는 역사적 경험을 전제로 하여 정부가 국민의 비판을 수렴함으로써 오류를 최소화할 수 있다는 사고방식을 보편적으로 수용하고 있다. 이와 같이 표현의 자유가 헌법상 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되는 것은 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고, 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체(自治政體)의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문이다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 93-95 참조).

신문·방송 등 언론매체의 보도는 국민에게 공공성·사회성을 갖춘 사실을 전달함으로써 국민의 알 권리에 기여하고, 언론보도를 통한 정보는 활발한 비판과 토론을 할 수 있게 하여 국민의 정치에 대한 높은 관심과 적극적인 참여라는 기능을 수행하여 왔다. 이러한 기능과 역할은 언론매체에만 국한된 것은 아니고, 개인의 표현행위도 공공성·사회성을 갖춘 사실을 전달하고, 그에 대한 자신의 의견을 개진함으로써 여론형성이나 공개토론에 기여할 수 있다. 특히 각종 홈페이지 게시판, 블로그, 소셜네트워크서비스(SNS) 등 인터넷상의 사표현의 매체가 다양해진 환경에서 개인은 적극적으로 글이나 동영상 등을 게시하여 자신의 의견을 개진하고 있고, 인터넷 공간에서 이에 대한 토론과 반론이 활발하게 이루어지고 있다. 이처럼 개인의 표현도 공공적·사회적·객관적인 의미를 지닌다면 개인의 인격형성과 자기실현은 물론 정치적 의사형성 과정에 참여하여 자기통치를 실현하는 공적 성격을 아울러 가진다고 할 것이고, 이 또한 헌법적으로 평가하여야 한다.

한편, 사람의 가치에 대한 사회적 평가, 즉 명예의 보호도 표현의 자유와 마

찬가지로 민주주의를 구성하는 요소로서, 명예의 보호가 제대로 이루어지지 않는 경우에도 표현의 자유에 대한 위협적 효과가 있다. 왜냐하면 국가가 자신의 명예를 보호해 주리라는 믿음이 존재하지 않는 사회에서는, 개인이 공적 토론에 참여하는 것이나 다수의 의견과 다른 견해를 공적으로 표명하는 것은 용기가 필요할 뿐 아니라 큰 위험부담을 안고 있어, 일반 국민은 이를 주저하게 되며, 결국 다양한 사고의 자유로운 경합을 통하여 진리를 발견하고자 하는 민주적 의견형성과정의 크게 저해될 수 있기 때문이다. 공동체가 개인의 명예를 제대로 보호하지 못한다는 것은, 공적 생활 또는 공적 토론에 적극적으로 참여할 의사가 있는 많은 사람들이 민주적 의사형성 과정에 참여하는 것을 막을 수 있으므로, 명예의 보호는 자유로운 의견 과정에 대한 한계일 뿐 아니라 동시에 민주주의를 구성하는 중요한 요소이다.

이와 같이 표현의 자유와 명예의 보호는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있기 때문에 그 우열을 쉽사리 단정할 수는 없으나, 헌법은 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고 규정함으로써, 개인의 기본권인 표현의 자유가 타인의 인격권인 명예의 보호와의 관계에서 제한을 받고 있음을 분명히 하고 있다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 774-775 참조).

(2) 공인이나 공적인 관심 사안에 대한 표현과 명예훼손

이처럼 표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다. 역사적으로 보면, 개인의 명예를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련 실정법은 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한하고 억압하는 수단으로 쓰여진 측면이 많았다. 따라서 개인의 명예훼손적 표현에 이 사건 근거조항과 같은 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 표현의 자유와 명예의 보호라는 상반되는 두 기본권의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉, 당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人)인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방

식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 표현의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 777 참조).

다만, 공인 내지 공적인 관심 사안에 관한 표현이라 할지라도 무제한 허용되는 것은 아니다. 일상적인 수준으로 허용되는 과장의 범위를 넘어서는 명백한 허위사실로서 개인에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격은 명예훼손으로 처벌될 수 있다. 공적 토론의 장은 개인의 의견과 그에 대한 다른 사람의 비판을 서로 주고받음으로써 형성되는 것인데, 지나치게 개인을 비방하는 표현은 그 개인의 인격권을 침해하는 동시에 여론형성이나 공개토론의 공정성을 해침으로써 정치적 의사형성을 저해하게 되므로, 이러한 표현에 대해서는 표현의 자유가 제한될 수 있어야 한다.

공직자의 특정책에 대해 비판적인 언론보도와 같은 경우 표현의 자유가 폭넓게 보호된다고 볼 수 있다. 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 수행될 수 있으며, 정부 또는 국가기관은 형법상 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없으므로, 정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도 등으로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결 참조).

공직자의 공무집행과 직접적인 관련이 없는 개인적인 사생활에 관한 사실이라도 일정한 경우 공적인 관심 사안에 해당할 수 있다. 공직자의 자질·도덕성·청렴성에 관한 사실은 그 내용이 개인적인 사생활에 관한 것이라 할지라도 순수한 사생활의 영역에 있다고 보기 어렵다. 일정한 범위의 공직자 및 공직후보자는 재산과 병역사항 등을 공개하고 있고(공직자윤리법 제10조, 제10조의2, 공직자들의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률 제10조), 공직선거 후

보자의 경우에는 재산, 병역사항, 소득세·재산세·종합부동산세의 납부 및 체납사실, 범죄경력, 정규학력에 관한 서류를 제출하도록 하고 있다(공직선거법 제49조 제4항). 이러한 사실은 공직자 등의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 될 수 있고, 업무집행의 내용에 따라서는 업무와 관련이 있을 수도 있으므로, 이에 대한 문제제기 내지 비판은 허용되어야 한다.

(3) 정보통신망법상 명예훼손죄의 ‘비방의 목적’에 대한 판단

이 사건 근거조항의 ‘사람을 비방할 목적’을 판단함에 있어서도, 비방할 목적은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하다. 나아가 그 적시된 사실이 이러한 공공의 이익에 관한 것인지 여부를 판단함에 있어서는 피해자가 공적 인물인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 하고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도 10864 판결 참조).

이 사건에서도 청구인에게 비방의 목적이 있었는지 여부를 판단함에 있어서, 우선 문제되는 각각의 표현이 공인 및 공적 관심 사안에 해당하는 것인지, 그 사안에 관한 당시의 정황 및 구체적인 표현의 내용과 표현방법을 살펴보아야 한다.

(4) 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위의 명예훼손 판단

제3자가 작성·제작한 글 또는 동영상을 인터넷에 게시한 경우, 게시한 사람이 해당 표현물에서 문제되는 부분을 직접 적시한 것으로 보아 명예훼손의 책임을 지는지 문제된다. 제3자의 표현물을 인터넷에 게시한 행위에 대해 명예훼손의 책임을 인정하기 위해서는 헌법상 자기책임의 원리에 따라 게시자 자신의 행위에 대한 법적 평가가 있어야 할 것이다.

인터넷에 제3자의 표현물을 게시하는 행위의 태양은 매우 다양하여, 출처를 밝히고 원문의 존재를 밝히고 있는지, 제3자가 작성한 표현물을 인용하는 것에 불과한지, 제3자의 표현물에 더하여 적극적으로 자신의 표현을 추가하였는지, 제3자의 표현물의 내용에 대해 동조하거나 비판하는 의견을 개진하였는지, 제3자의 표현물을 그대로 게시하였는지 아니면 변형을 가하였는지, 제3자의 표현물을 게시한 공간의 성격은 어떠한지, 제3자의 표현물을 어떤 범위의 사

람들에게 공개하였는지 등 구체적인 사정이 다를 수 있고, 현재에는 예측할 수 없는 방식으로 제3자의 표현물을 게시하게 될 수도 있을 것이다. 따라서 제3자의 표현물을 게시한 행위가 전체적으로 보아 단순히 그 표현물을 인용하거나 소개하는 것에 불과한 경우에는 명예훼손의 책임이 부정되고, 제3자의 표현물을 실질적으로 이용·지배함으로써 제3자의 표현물과 동일한 내용을 직접 적시한 것과 다름없다고 평가되는 경우에는 명예훼손의 책임이 인정되어야 할 것이다.

이 사건에서도 청구인은 제3자인 ○○김이 제작한 이 사건 동영상을 퍼가기 기능을 이용하여 자신의 블로그에 게시하였다. 이 사건 동영상 게시행위가 전체적으로 보아 이 사건 동영상을 단순히 이용 내지 소개한 것에 그친 것이 아니라 이를 실질적으로 이용·지배함으로써 피해자의 전과와 토지소유에 관한 사실을 직접 적시한 것과 다름없는 것으로 평가할 수 있는지 보아야 할 것이다.

라. 청구인에게 비방의 목적이 인정되는지 여부

(1) 전과 적시사실에 관한 부분

(가) 피해자는 국정의 최고책임자인 대통령으로 공인에 해당한다. 피해자의 전과는 대통령의 자질 및 도덕성에 관련되므로 순수한 사적 영역이라고 보기 어렵고, 명백히 악의적이고 근거 없이 음해하는 내용이 아닌 한 그에 대한 공개적인 문제제기는 허용되어야 할 것이므로, 피해자의 전과는 공적 관심 사안에 해당한다.

(나) 피해자의 '전과'는 2007년 제17대 대통령선거 당시 대통령 후보자의 자질에 관한 주요 쟁점이었다. 한나라당 경선과정에서 다른 후보자 측이 기자들에게 "이 전 시장이 10년 전 국회에 제출한 자료를 보면 전과 14범이다. 취재해보면 알 수 있다."라고 발언한 이후 피해자의 전과에 대한 논란이 있었다. 피해자는 오랜 기간 ○○건설 주식회사의 대표자로 재직한 사람으로 양벌규정에 의하여 10여 차례 벌금형을 받은 사실은 당시 이명박 후보자 측에서 전과에 대한 의혹 해명을 위하여 직접 밝힌 바가 있다. 피해자의 전과와 관련하여, 중앙선거관리위원회가 2007. 11. 30. 이명박 후보자의 전과 유무를 '없음'에서 '1건'으로 수정공고한 사실이 있으며, 당시 인터넷에는 언론 기사를 근거로 하여 피해자의 20여 건의 범죄전력에 대해 구체적인 일자와 죄명이 명시된 자료가 이미 유포되어 있었다.

일반인들이 '전과'라는 단어를 사용할 때에는 재판을 통하여 형이 확정된 경우뿐만 아니라 범죄전력, 경찰 및 검찰로부터 조사를 받은 경우를 포함하는 뜻

으로 사용하기도 하고, 형의 실효·사면 여부 등을 엄밀히 구분하지 않기도 한다. 제17대 대통령선거 당시 이명박 후보자의 전과는 1건으로 공고되었지만, 공직선거법 제49조 제4항 제5호에 의하면 공직선거 후보자의 전과는 금고 이상의 형(공직선거법 제18조 제1항 제3호에 규정된 죄의 경우에는 100만 원 이상의 벌금형)에 불과하여, 일반인들은 위 공고에도 불구하고 피해자의 전과가 다수 있다고 생각할 수 있다. 당시 일반 국민 사이에서는 대통령선거과정에서 불거진 피해자의 전과 의혹과 관련하여 피해자의 범죄전력이 정확하게 몇 개인지는 확인하기 어려운바, 전과 적시사실 부분은 대통령선거 당시 언론보도 등에서 논의된 내용을 근거로 하였을 것으로 보인다.

(다) 문제되는 전과 적시사실은 동영상 도입 부분에 피해자가 대통령으로 선출된 배경을 언급하는 과정에서 나타나고, 배경화면에 대통령선거 후보자도론회 당시 피해자의 화면을 담고 있다. 그 전체 문맥은 ‘유권자들은 피해자가 30개의 전과를 가진 것을 유권자들이 알고 있었지만, 피해자가 경제문제를 해결해 줄 수 있는 것으로 판단하여 선출하였다’는 것으로, ‘유권자들이 피해자를 대통령으로 선출한 이유’를 강조하기 위한 것으로 보인다. 이 사건 동영상에서 ‘무려 30개의 전과’라고 언급하고 있으나, 피해자의 인격을 직접 비난하거나 비하하는 표현을 사용하지 않았고, 과도하게 감정적이거나 모멸적인 정도에까지 이르렀다고 보이지 않는다. 이로 인하여 피해자에 대한 신뢰가 흔들릴 정도로 피해자의 공적 영향력이 악화되었다고 보기 어렵고, 전과 적시사실 부분이 피해자에 대한 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이라고 볼 수 없다.

(2) 토지소유 적시사실에 관한 부분

(가) 피해자의 부동산 소유 현황은 2007년 대선 당시 논의된 쟁점이었다. 더욱이 피해자의 토지소유 현황은 부동산 정책과 관련이 있을 수 있어서 단순히 사적인 영역에 있다고 보기 어렵고, 피해자의 대운하와 부동산 관련 정책은 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사안으로 그에 대한 비판은 사회의 의견형성과 공개토론에도 기여하므로, 피해자의 토지소유 현황은 공인의 공적 관심 사안에 해당한다.

(나) 피해자의 토지소유 현황은 2007년 제17대 대통령선거 당시 한나라당 경선과정에서 피해자의 친인척이 약 85만 9천여 평을 소유하고 있다는 의혹이 제기되었고, 다른 정치인들도 보도자료를 배부하여 이를 적극적으로 알렸으며 언론을 통해 수차례 보도되었다. 또한 이 사건 동영상이 제작될 무렵 피해자는

오랜 기간 ○○건설 주식회사의 대표자로 재직한 사람으로 여러 곳의 땅을 차명으로 보유하고 있다는 의혹이 언론보도를 통하여 제기되고 있었다. 일반 국민이 대통령의 토지소유 현황을 정확히 확인하기는 어려운데, 토지소유 적시 사실 부분은 대통령선거 당시 상대방 후보자 측에서 나왔던 자료와 언론기사 등을 기초로 한 것으로 보인다.

(다) 이 사건 동영상에서 ‘피해자가 개발예정지에 엄청난 땅을 가진 사람’이라고 적시할 때의 화면을 보면, “이명박 정부 부동산 정책 ... ‘강부자’만 있고 ‘서민’은 없다”라는 제목의 경향신문 2008. 6. 6.자 기사를 위에서 아래로 훑어 내려가고 있는데, 이 기사는 피해자의 부동산 정책을 비판하는 내용이다. 또한 토지소유 적시사실의 자막이 나가는 동안 영어로 “Only because he’s got enormous crew with the land property holding on the G-spot.”라고 말하는 데, 이는 ‘그에게는 주요지역에 토지를 가진 거대한 무리가 있기 때문이다.’라는 뜻으로 번역되고, 피해자 개인의 토지소유 자체보다는 “crew”라고 표현된 일부 계층에게 우호적인 부동산 정책을 비판하는 것으로 해석될 수 있다.

또한 토지소유 적시사실의 전반적인 내용은 대운하정책을 추진하는 데 소요되는 비용으로 상당히 많은 유익한 정책을 시행할 수 있음에도 피해자가 천문학적 금액이 소요되는 대운하정책을 고집하는 이유에 대한 것이다. 토지소유 적시사실의 표현방법을 보면 ‘엄청난 땅을 개발예정지에 사둔 사람’이라고만 표시하였을 뿐, 구체적인 내용이 결여되어 있어 이로 인한 피해자의 명예가 훼손되는 정도가 그다지 크지 않아, 피해자의 공적 영향력을 현저히 악화시키는 정도라고 볼 수 없다.

(3) 청구인의 게시행위 부분

청구인은 제3자의 표현물인 이 사건 동영상을 자신의 블로그에 게시하면서 본문란에 “지금 이땅에서 무슨 일이 일어나고 있는지, 그리고 우리는 서로에게 물어야 한다. 당신은 촛불을 켜셨나요”라고 기재하였을 뿐, 피해자의 전과나 토지소유에 관한 어떠한 언급도 하지 않고 있다. 이 사건 동영상을 게시하면서 청구인이 직접 기재한 표현은 단순히 이 사건 동영상의 전체적인 내용에 대한 공감을 표시한 정도로 볼 여지가 있다.

이 사건 동영상이 게시된 청구인의 개인블로그는 주위 사람들과의 친목을 도모하고 인맥을 관리하는 정도의 지극히 개인적인 형태로 운영되고 있었다. 청구인이 개인적인 블로그의 ‘세상이야기’ 카테고리에 이 사건 동영상을 게시한 것은 피해자가 대통령으로서 추진하고 있는 정책과 그에 대한 비판을 지인

에게 소개하기 위한 것으로 볼 수 있다. 청구인은 이 사건 동영상에 평소 관심이 있었던 의료민영화 등에 관한 내용이 있어 나중에 시간을 두고 천천히 다시 보기 위하여 동영상을 퍼왔다고 일관되게 진술하고 있는바, 지인에게 이 사건 동영상을 소개하거나 본인이 나중에 다시 보기 위한 목적에서 게시하였다고 보는 것이 타당하다.

또한 대통령에 대한 정책 비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상은 당시 사회적 화제가 되고 있었다. 게재 당시 이 사건 동영상은 이미 35만 회 이상 조회되는 등 인터넷에 널리 유포되어 있었고, 많은 인터넷 매체에서 이 사건 동영상에 대한 기사를 작성하였다. 일부 언론사는 이 사건 동영상에 대한 기사를 작성하면서 위 동영상을 볼 수 있도록 링크를 걸어두기도 하였고, 청구인 외에도 수많은 사람들이 자신의 블로그에 게시하였다. 이와 같은 이 사건 동영상에 관한 주변 정황을 고려하면, 청구인이 별다른 의도 없이 이 사건 동영상을 게시하였을 가능성도 배제할 수 없고, 청구인에게만 특별히 피해자를 비방할 목적이 있었다고 인정할 이유도 없다.

(4) 소결

대통령인 피해자의 전과와 토지소유 현황은 공인에 관한 공적 관심 사안에 해당하는바, 공적 관심 사안에 대한 비판은 표현의 자유가 보다 폭넓게 인정되어야 한다는 원칙 하에서 위와 같은 사정을 모두 고려하여 볼 때, 청구인이 피해자의 정책비판을 주된 내용으로 하고 있는 이 사건 동영상을 게시한 행위에 피해자를 비방할 목적이 있었다고 볼 수 없다.

마. 청구인에게 허위사실의 인식이 있었는지 여부

피청구인은 객관적인 자료에 비추어 이 사건 적시사실이 허위임을 쉽게 알 수 있고, 청구인도 허위라는 점에 대해 적어도 미필적으로나마 인식하고 있었다고 주장한다. 청구인이 검찰조사단계에서 이 사건 동영상을 시청했을 때 전과 적시사실과 토지소유 적시사실에 대해 '사실이 아닐 것이다. 허위내용일 것이다'라고 생각했었다고 진술한 바 있지만, 이 사건 심판기록에 의하면 청구인은 허위임을 인식하지 못하였다고 주장하고 있다. 또한 검찰·경찰 조사 당시 진술의 표현방법, 앞뒤맥락 및 전체적인 내용을 살펴보면 청구인은 적시사실의 진위 여부에 대해서 별다른 관심을 가지지 아니하였고, 피해자의 전과와 토지소유 현황에 관한 당시의 언론보도 등에 비추어 보면 적시된 사실의 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다고 생각하였던 것으로 보이므로(대법원 2011. 6. 10. 선고 2011도1147 판결 참조), 청구인에게 허위사실에 대한 미필적 인식

이 있었다고 볼 수 없다.

5. 결 론

청구인에 대한 이 사건 기소유예처분에는 그 결정에 영향을 미친 중대한 사실오인 내지 범리오해의 잘못이 있으므로 자의적인 검찰권의 행사라 할 것이고, 이로 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 할 것이다.

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이 사건 기소유예처분을 취소하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

기소유예처분취소

(2013. 12. 26. 2012헌마551·561(병합))

【판시사항】

1. 의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것, 이하 ‘의료법’이라 한다) 제27조 제1항 본문 후단에서 정한 ‘면허된 것 이외의 의료행위’의 해석기준
2. 한의사가 안압측정기 등 의료기기를 사용하여 진료행위를 한 것이 의료법위반이라는 피청구인의 각 기소유예처분이 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

【결정요지】

1. 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’는 구체적인 의료행위의 태양 및 목적, 그 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 양·한방 중 어디에 기초하고 있는지, 해당 의료행위에 관련된 규정, 그에 대한 한의사의 교육 및 숙련의 정도 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다. 이러한 판단에는 ‘국민의 건강을 보호하고 증진’한다는 의료법의 목적(제1조)이 중심이 되어야 하므로, 과학기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려없이 진단이 이루어질 수 있다면 자격이 있는 의료인에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 해석되어야 할 것이다. 또한 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 위반행위는 형사처벌의 대상이므로 죄형법정주의원칙상 그 의미와 적용범위가 수범자인 의료인의 입장에서 명확하여야 하고, 엄격해석되어야 한다.
2. 청구인들이 진료에 사용한 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기(이하 ‘이 사건 기기들’이라 한다)는 측정결과가 자동으로 추출되는 기기들로서 신체에 아무런 위해를 발생시키지 않고, 측정결과를 한의사가 판독할 수 없을 정도

로 전문적인 식견을 필요로 한다고 보기 어렵다.

우리의 전통의학서인 동의보감에서는 안구의 구조와 대표적 안질환에 대하여 그 원인과 치료방법을 상세히 설명하고 있고, 이 사건 기기들의 사용은 종래 전해 내려오는 진단방법으로서 망진(望診), 문진(聞診), 절진(切診)의 일종으로 볼 수 있다. 또한 한의과 대학의 교육과정에서 한방진단학, 한방외관과학 등의 강의와 실습을 통해 전통적으로 내려오던 한의학을 토대로 안질환이나 귀질환에 대하여 이 사건 기기들을 이용한 진료행위를 할 수 있는 기본적 교육이 이루어지고 있고, 이에 대한 한의학적 해석을 바탕으로 침술이나 한약처방 등 한방의료행위 방식으로 치료가 이루어지고 있다.

따라서 청구인들이 이 사건 기기들을 사용하여 한 진료행위는 한 의사의 면허된 것 이외의 의료행위라고 볼 수 없음에도 피청구인은 법리를 오해하여 청구인들에게 의료법위반죄가 인정된다고 판단함으로써 청구인들의 평등권 및 행복추구권을 침해하였다.

【참조조문】

의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것) 제27조(무면허 의료행위 등 금지)

① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

②~④ 생략

의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것) 제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 면허증을 대여한 자
2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항·제8항(제82조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

② 제38조 제3항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19등, 판례집 22-2상, 37, 60
헌재 2012. 2. 23. 2009헌마623
- 헌재 2013. 2. 28. 2011헌바398, 판례집 25-1, 74, 81-82

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 하○경(2012헌마551)
2. 박○신(2012헌마561)
청구인들 대리인 법무법인(유) 화우
담당변호사 이주홍 외 2인
- 피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

【주 문】

피청구인이 2012. 3. 21. 서울중앙지방검찰청 2012년 형제16206호 사건에서 청구인 하○경에 대하여, 2012. 3. 23. 서울중앙지방검찰청 2012년 형제18480호 사건에서 청구인 박○신에 대하여 한 각 기소유예처분은 청구인들의 평등권 및 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 모두 취소한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 피의사실의 요지

피청구인은 2012. 3. 21. 서울중앙지방검찰청 2012년 형제16206호로 청구인 하○경의, 2012. 3. 23. 서울중앙지방검찰청 2012년 형제18480호로 청구인 박○신의 각 의료법위반 피의사건에 대하여 각 기소유예처분을 하였는바, 그 피의사실의 요지는 다음과 같다.

(가) 서울중앙지방검찰청 2012년 형제16206호 피의사실의 요지

“하○경은 서울 서초구 서초동에 있는 ‘○○ 한의원’을 운영하는 한의사인바, 2010. 9.경부터 2011. 9. 28.까지 위 한의원에서 의료기기인 안압측정기, 청력검사기 등을 이용하여 시력, 안질환, 청력검사를 한 후, 그 결과를 토대로 한 약처방을 하는 등 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다.”

(나) 서울중앙지방법검찰청 2012년 형제18480호 피의사실의 요지

“박○신은 서울 종로구 신문로 1가에 있는 ‘□□ 한의원’을 운영하는 한의사인바, 2010년경부터 2012. 1. 16.까지 위 한의원에서 의료기기인 안압측정기, 안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비를 이용하여 시력 및 안질환 검사를 한 후, 그 결과를 토대로 한약처방을 하는 등 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다.”

(2) 기소유예처분 이유

(가) 피청구인은 청구인 하○경에 대하여 “피의사실은 모두 인정되나, 피의자가 초범이고, 이 사건 기기의 사용이 한의사의 면허 범위를 벗어나는 것인지 여부에 관하여 명확한 법규정이 없는 상황에서 면허 이외의 의료행위를 한다는 점에 대한 명확한 인식이 없었던 점, 이 사건 기기는 안경점, 보청기 판매점 등에서도 사용되고 있는 점 등, 그 경위에 참작할 점이 있다.”는 이유로 기소유예의 불기소처분을 하였다.

(나) 피청구인은 청구인 박○신에 대하여 “피의사실은 모두 인정되나, 피의자가 초범이고, 피의자가 보건복지가족부 발행의 의료법령 민원질의·회신사례집의 내용을 보고 위 의료기기를 의사나 한의사 모두 사용할 수 있는 기기로 생각하였다고 진술하는바, 그 경위에 참작할 점이 있다.”는 이유로 기소유예의 불기소처분을 하였다.

(3) 이에 청구인 하○경은 2012. 6. 19., 청구인 박○신은 2012. 6. 21. 각 위 각 기소유예처분으로 인하여 청구인들의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 주장하면서 각 기소유예처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 기소유예처분의 근거 법령

(1) 심판의 대상

이 사건 심판대상은 청구인 하○경에 대한 서울중앙지방법검찰청 2012년 형제 16206호 기소유예처분 및 청구인 박○신에 대한 서울중앙지방법검찰청 2012년 형제18480호 기소유예처분(이하 이를 모두 함께 ‘이 사건 각 기소유예처분’이라 한다)이 청구인들의 평등권, 행복추구권 등을 침해하는지 여부이다.

(2) 이 사건 각 기소유예처분의 근거규정

의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것)

제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역

이나 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항·제8항(제82조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

[관련조항]

별지와 같다.

2. 청구인들의 주장과 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장요지

청구인들은 한의사로서 환자들의 눈과 귀 질환의 치료를 위해서 안압측정기, 자동안굴절검사기, 세극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기(이하 ‘이 사건 기기들’이라 한다)를 사용하였는바, 이러한 기기를 사용하는 것은 의료행위에 해당하지 아니한다.

의료행위에 해당한다고 하더라도, 한의과대학에서 눈과 귀의 질환에 대한 강좌를 전공필수과목으로 개설하고 있고, 이 사건 기기들은 과학적 방법을 이용하여 환자의 눈질환 상태를 정확하게 파악해내는 진찰기구로서 한의사를 포함한 의료인이라면 누구나 사용할 수 있는 것이다.

나. 피청구인의 답변요지

한방의료행위는 사회통념상 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 하는 것으로서 망진, 문진, 절진 등의 방법을 사용한다. 의료행위와 한방의료행위의 구별기준은 그 진단방식이 인체에 위해를 줄 수 있는지 여부가 아니라 진단방법이 한의학에 기초를 둔 것인가 아니면 서양의학에 기초를 둔 것인가에 있는 것인바, 이 사건 기기들의 사용은 인체의 해부학적 지식을 기초로 한 것으로 한의학 고유의 진찰방법을 통해 인체의 음양오행의 불균형을 파악하는 한방의료행위와는 구별된다. 의료법 제27조에 의하면, 한의사가 한의사 면허범위 이외의 의료행위를 영업으로 하는 경우 형사처벌의 대상인바, 이 사건 기기들도 해부학적으로 눈과 귀의 질환상태를 확인하는 기기로서 한방의료행위의 범위에 포함된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 쟁점

청구인들이 이 사건 기기들을 진료에 사용한 행위가 한의사에게 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

나. '의료행위' 및 한의사에게 '면허된 것 이외의 의료행위'의 의미

(1) 의료법 및 의료관계 법령에서는 '의료행위'에 관하여 적극적인 정의규정을 두지 않고 있으나, 의료법의 목적 등에 비추어 볼 때, 의료법 제27조 제1항 본문 전단의 '의료행위'는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결 참조).

(2) 의료법 제27조 제1항 본문 후단 부분의 '의료인의 면허된 것 이외의 의료행위'에 대하여, 헌법재판소는 "의료법 제27조 제1항 본문 전단의 '의료인이 아닌 자의 의료행위'이든, 후단의 '의료인의 면허된 것 이외의 의료행위'이든 모두 면허되지 않은 의료행위를 금지하는 것이라는 점에서는 차이가 없으므로 '의료인의 면허된 것 이외의 의료행위'에서의 의료행위 역시 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다."고 판시하였다(헌재 2013. 2. 28. 2011헌바398, 판례집 25-1, 74, 81).

그렇다면 한의사에게 있어 '면허된 것 이외의 의료행위'의 의미가 문제될 것인데, 이에 대하여 헌법재판소는 "한의학과 서양의학은 그 학문적 기초가 서로 달라 학습과 임상이 전혀 다른 체계에 기초하고 있으므로 자신이 익힌 분야에 한하여 의료행위를 하도록 하는 것이 필요하며, 훈련되지 않은 분야에서의 의료행위는 면허를 가진 자가 행하는 것이라 하더라도 이를 무면허 의료행위와 달리 평가할 이유가 없다. 따라서 한의사에게 허용되는 한방의료행위는 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다."고 판시하여 한의사가 한방의료행위에 해당하지 않는 의료행위를 하는 경우 의료법 제27조 본문 후단의 면허된 것 이외의 의료행위로 파악하고 있다(헌재 2013. 2. 28. 2011헌바398, 판례집 25-1, 74, 81-82; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌가19등, 판례집 22-2상, 37, 60 참조).

(3) 한의사의 '면허된 것 이외의 의료행위'에 해당하는지 여부의 판단은 구체적인 의료행위의 태양 및 목적, 그 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 양·한방 중 어디에 기초하고 있는지, 해당 의료행위에 관련된 규정, 그에 대한 한의사의 교육 및 숙련의 정도 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합

리적으로 판단하여야 한다(헌재 2012. 2. 23. 2009헌마623 참조).

그런데 의료공학의 발달로 종래 의사가 사용하는 것으로 인식되던 의료기기를 한방의료행위에 사용할 수 있는 것인지에 대한 논란이 계속되고 있는 한편, 한방에서 활용되던 의료기법을 의사가 활용하려는 시도 또한 계속되고 있고, 이러한 행위들이 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하는지 여부가 의사와 한의사의 직역 간 갈등으로 비화되어 행정조치 요청이나 형사고발 등을 통하여 다투어지고 있는 실정이다. 의료법은 ‘국민의 건강을 보호하고 증진’하는 것을 목적(제1조)으로 하고 있는바, 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 해석 또한 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데 중점을 두어 해석되어야 할 것이다. 따라서 과학기술의 발전으로 의료기기의 성능이 대폭 향상되어 보건위생상 위해의 우려없이 진단이 이루어질 수 있다면 자격이 있는 의료인에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 해석되어야 한다. 또한 의료법 제27조 제1항 본문 후단의 위반행위는 결국 형사처벌의 대상이라는 점에서 죄형법정주의원칙이 적용되므로 그 의미와 적용범위가 수범자인 의료인(이 사건 심판청구에서는 청구인들인 한의사)의 입장에서 명확하여야 하고, 엄격하게 해석되어야 한다.

다. 피청구인의 범리오해 여부

(1) 인정되는 사실관계

이 사건의 각 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 청구인 하○경은 1990년 한의사 면허를 취득한 후, 2009. 11. 20. ○○한의원을 개설하여 그때부터 2011. 9. 28.까지 청력검사기를, 2010. 11.경부터 2011. 9. 28.까지 안압측정기, 자동안굴절검사기를 사용하여 자신이 개설한 한의원에 내원한 환자들을 상대로 안압, 안굴절도 검사를 하거나, 청력측정을 한 뒤 이를 토대로 한방약물치료, 침치료, 교정치료 그리고 물리치료 등을 하여 왔다.

(나) 청구인 박○신은 1992. 3. 한의사 면허를 취득한 후, 2005. 3. 10. □□한의원을 개설하여 2010.경부터 2012. 1. 16.경까지 자신이 개설한 한의원에 내원한 환자들을 상대로 시야검사장비, 세극등현미경, 안압측정기, 자동안굴절검사기를 이용하여 안압이나 시야, 안굴절도등을 검사한 후 이를 토대로 한방약물치료, 침치료, 교정치료 그리고 물리치료 등을 하여 왔다.

(다) 청구인들이 사용한 이 사건 기기들의 개요

1) 안압측정기는 피검자의 턱과 이마를 기계에 밀착시키면 기계에서 바람

이 자동으로 나가면서 안압을 측정하고, 측정결과가 자동으로 추출되는 기기로서 측정시간이 짧고 간편하며 점안마취가 필요없어 신체에 위해가 발생하지 않는다. 그 안압측정원리는 눈을 가상의 구로 생각하고 그 가상의 구의 일정면적을 편평하게 하는 데 필요한 압력을 측정하는 데 있다. 안압이 높을 경우 동일한 면적을 편평하게 하는 데 더 높은 압력이 필요하고 낮을 경우에는 적은 힘으로도 같은 면적을 편평하게 할 수 있다. 이때 측정된 압력을 계산하여 안압을 간접적으로 측정하게 된다.

2) 자동안굴절검사는 피검자가 그의 턱이 기계의 턱받이에 맞도록 착석한 뒤 검사자가 조정기를 이용하여 피검자의 동공에 초점을 맞춘 후 스위치를 눌러 눈의 굴절치를 자동으로 추출하는 기기로서, 작동방법이 간단하고 인체에 무해한 적외선을 사용하는데 안경점에서도 널리 사용되고 있다. 굴절은 빛이 한 매체에서 다른 매체로 통과하면서 생기는 빛의 방향 변화를 일컫는 말로, 정상적인 눈의 경우에는 각막 및 수정체에서 굴절된 빛이 망막에 정확한 상을 맺게 하나, 원시, 근시, 난시의 경우에는 눈의 조절능력이 떨어지는 것이다. 굴절도는 초점이 가장 잘 맺는 눈 앞의 거리를 미터로 환산한 수치의 역수를 취한 값이다.

3) 세극등현미경은 검안을 위한 현미경으로, 피검자의 눈에 가는 빛을 투사하고 그 빛이 반사되어 돌아오면 이를 검출하는 방법으로 눈의 내부구조 및 이상 여부를 조사하는 기기로서, 피검자의 턱과 이마를 기계에 밀착한 뒤 빛의 투사와 반사를 통해 관측을 하는 절차를 거치게 된다. 특수한 조명장치와 현미경으로 이루어져 약 40배까지 확대하여 관찰할 수 있으며 세극광선을 안구에 비추게 되면 각막, 홍채, 수정체 등이 세극광선에 의해 횡단되어 그 단면을 현미경을 통해 관찰할 수 있다.

4) 자동시야측정장비는 돔 안에 작은 불빛을 다양한 위치에 표시하였을 때 피검자가 그 불빛을 인식하여 반응용 버튼을 누르면 그 정보를 수집하여 피검자의 시야 범위를 측정하는 기기로서, 피검자에게 검사방법을 설명한 후 테스트를 거쳐 측정한 결과가 자동으로 추출되는 기기이다.

5) 청력검사는 피검자를 청력검사 부스에 앉아 헤드폰을 끼게 한 후 소리가 나면 버튼을 누르게 하는 방식으로 청력을 테스트하는 것으로, 프로그램에 따라 검사실행 아이콘을 클릭하면 주파수대로 소리가 자동으로 나가 검사결과가 자동으로 추출되는 기기이다.

(2) 청구인들의 행위가 '의료행위'에 해당하는지 여부

청구인들이 이 사건 기기들을 사용하여 환자들의 근시, 원시, 녹내장, 청력 이상 등의 진단을 하거나, 나아가 이를 토대로 한약처방을 한 것은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 환자의 용태를 관찰하여 병상과 병명을 규명·판단하는 작용으로서, ‘진찰 내지 진단행위’에 해당하고, 이러한 진단을 토대로 한약처방을 한 행위는 모두 의료법상 ‘의료행위’에 해당한다. 보건복지부에서는 이 사건 의료기기들의 사용이 의료행위에 해당하지 않는다고 질의회신하였으나, 이는 일반인이 자가검진 등의 용도로 사용하였을 경우에 보건위생상 위해를 가할 우려가 없다는 취지일 뿐, 한의사가 질환치료행위의 일환으로 행한 검사행위를 의료행위가 아니라고 볼 수는 없다.

(3) 청구인들의 행위가 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부

(가) 앞서 본 바와 같이 안질환 관련 검사기기들은 안압, 안굴절도, 안질환을 위한 현미경 사용, 시야측정기로서 위 기기들의 사용 자체로 신체에 어떤 위해를 가할 우려는 없는 것으로 보인다. 청력검사기기 또한 마찬가지이다.

그렇다면 위 검사기기의 측정결과를 토대로 환자의 질환을 진단하거나 그 치료경과를 판단하는 것이 한방의 전통적 진단방법 및 진찰로 볼 수 있는지, 이를 제대로 판독하고 해석할 수 있는 능력과 경험을 필요로 하는지 검토가 필요하다. 이때 판독 해석의 능력과 경험을 필요로 함에도 한의사의 면허범위 내의 교육이 이를 충족시키지 못하는 경우 ‘보건위생상의 위해를 가져올 우려’가 있다고 볼 수 있다.

(나) 청구인들은 ‘허준’이 저술한 동의보감 중 외형편 제1권에서 안압과 관련된 질환인 녹내장, 수정체의 질환과 관련된 백내장, 안굴절 및 시야 등과 관련된 질환인 근시, 난시, 원시에 관하여, 귀가 먹거나 소리가 중복하여 들리는 귀질환에 대하여 상세히 서술하고 있다고 주장한다.

살피건대, 동의보감에는 눈의 구조를 흰 자위와 검은 자위, 아래위 눈두덩, 내자(內眥)와 외자(外眥), 눈동자의 5가지 부분으로 나누어 각각의 이상에 따른 병의 원인 및 치료방법을 설명하고 있고, 녹내장에 해당하는 눈질환을 녹풍(綠風)이라 하여 “처음에는 머리가 팽팽 돌다가 이마의 양 모서리가 서로 맞닿기며 눈동자에서 콧속까지 다 아프고 혹 눈앞에 별거면서 흰 꽃 같은 것이 나타나는 것이다. 간이 열을 받으면 먼저 왼쪽 눈에 병이 생기고, 폐가 열을 받으면 먼저 오른쪽 눈에 병이 생기며, 간과 폐가 동시에 병들면 양쪽 눈을 동시에 잃는다. 이런 때는 먼저 영양각산이나 영양각환을 먹은 다음 환정산을 먹어

야 한다.”고 설명하고 있다. 백내장에 대하여는 원예(圓瞖)라고 하여 “검은 자위에 동그란 점이 하나 생겨서 햇빛에서 보면 좀 작은 것 같고 그늘에서 보면 큰 것 같으며 물건이 똑똑히 보이지 않고 눈 앞에 검은 꽃 같은 것이 나타나는 것을 말한다. 이것은 간과 신이 다 허하여 생긴 것이다. 이런 데는 보간산이나 보신원을 쓰는 것이 좋다.”고 설명하는 외에 여러 가지 눈의 질환에 대하여 상세히 설명하고 있다. 원시와 근시에 대하여는, 멀리 보지 못하는 것과 가까이 보지 못하는 것(不能遠視不能近視)이라고 하여 음양과 기혈의 원리로 그 원인을 밝히고 처방전을 제시하고 있다. 또한 귀울이나 귀가 먹는 것의 다양한 원인에 대하여 설명하면서 증상에 따른 처방전을 제시하고 있다.

(다) 이 사건 기기들의 사용과 한방의료행위의 일환으로 행해지는 진단과의 관계에 대해서 본다.

안압상승이 주된 원인이라 거론되는 녹내장에 대해서 동의보감은 안압상승으로 인해 두통, 충혈 등이 발생한다고 녹내장(녹풍)의 증상을 포착하고 있고, 한의사는 이에 대해 의사와 같이 안압하강제 등을 투여하여 치료하는 것이 아니라 간과 폐를 보하는 방식으로 처방한다. 이러한 녹풍(녹내장)의 진단을 명확히 하기 위해 안압측정기를 사용하더라도 결과의 해독이 필요 없고 자동으로 추출된 결과만으로 안압의 정상 여부를 판단하는 점에서 보건위생상 아무런 위해가 없다. 종래 한의학에서는 집게손가락으로 안구를 살짝 압박하여 그 저항의 정도 등을 가지고 안압을 측정하기도 하였으므로 안압측정기의 사용은 이러한 절진(切診)의 현대화된 방법으로 볼 수도 있다.

시야계측기나 자동안굴절검사기는 의료인이 아닌 안경사도 사용할 수 있는 기기(의료기사 등에 관한 법률 시행령 제2조 제1항 제8호)로서 사용 자체는 보건위생상 아무런 위해가 없고, 결과의 해독에 전문적인 식견이 필요한 것이 아니어서 동의보감에 기술되어 있는 근시와 원시의 정도 등을 기기를 통해 바로 파악할 수 있으며, 기기를 이용한 망진(望診)이나 문진(問診)의 일종으로 볼 수 있다.

세극등현미경은 동의보감에서 언급한 여러 가지 눈병, 특히 백내장에 해당하는 원예의 확인을 위해 실시하는 망진의 일종(검은 자위에 조그만한 점이 증상으로 표시되어 있다)으로서, 과학기기를 통해 확대하여 ‘수정체의 혼탁정도’를 보다 정밀하게 보는 것이고, 보건위생상 아무런 위해가 없고, 결과의 해독에 전문적인 식견이 필요한 것이 아니며, 초음파로 수정체의 내용물을 제거하고 인공수정체를 삽입하는 의사의 치료방식과는 처방을 전혀 달리한다.

청력측정기는 일반적으로 보청기를 판매하는 곳에서도 사용되고 보건위생상 아무런 위해를 발생시킬 우려가 없으며 그 측정결과의 해독에 전문적 식견을 필요로 하는 것이 아니고, 청력측정기의 사용 역시 문진(問診)에 해당한다고 할 수 있다.

이처럼 이 사건 기기들을 사용한 진료행위는 한방의료행위의 범위에 포함될 수 있는 것으로 판단된다.

(라) 의료관계 법령의 규정 및 관련 교육의 정도

의료관계 법령에서는 ‘의료기사 등에 관한 법률’과 같은 법 시행령에서 안경사가 자동굴절검사기를 사용할 수 있다는 규정을 둔 이외에 달리 이 사건 기기들에 대한 제한 규정을 두고 있지 않다. 이는 이 사건 기기들이 그 사용이나 결과 추출 및 해독에 있어 전문적 식견을 필요로 하지 않아 규제를 통해 그 사용을 제한할 위험성을 가지고 있지 않기 때문인 것으로 보인다.

한의대에서 교재로 사용되는 안이비인후과학의 안과학 총론에서는 안압계, 세극등현미경 등을 이용한 진단방법을 소개하고 있고, 한방안이비인후피부과 전문수련의 진료편람과 대한한의학회에서 마련한 ‘한국한의표준의료행위 분류 행위정의’에서도 안압측정, 세극등 검사, 시야검사 등을 기본적인 진료의 내용으로 기재하고 있으며, 한의과대학에서는 해부학, 생리학 강의 및 실습, 한방진단학 강의와 실습, 한방외관과학(안과, 이비인후과, 피부과)의 강의 및 실습을 전공필수로 각 이수하도록 하고 있다. 한의대의 안이비인후과 및 해부학 수업계획서를 보면, 한의학적인 눈의 이해 및 안질환에 대한 강의 및 안구의 해부학적 구조에 대한 강의를 이루어지고 있음을 알 수 있다.

라. 소결

의료법은 한의사와 의사의 업무영역과 면허범위를 구별하는 이원적인 체계를 취하고 있지만, 이 사건 기기들을 이용한 검사는 자동화된 기기를 통한 안압, 굴절도, 시야, 수정체 혼탁, 청력 등에 관한 기초적인 결과를 제공하는 것으로서 보건위생상 위해를 가할 우려가 없고, 위 기기들의 작동이나 결과 판독에 의사의 전문적인 식견을 필요로 한다고 보이지 않는 점, 한의대의 경우에도 한방진단학, 한방외관과학 등의 교육을 통해 전통적으로 내려오던 한의학을 토대로 한 기본적인 안질환이나 귀질환에 대한 교육이 이루어지고 있고, 이에 대한 한의학적 해석을 바탕으로 침술이나 한약처방 등 한방의료행위 방식으로 치료가 이루어지고 있어, 이 사건 기기들의 사용이 의사만의 전문적인 영역이라고 보기는 어려운 점에 비추어 보면, 청구인들이 이 사건 기기들을 사용하여

한 진료행위는 한의사의 면허된 것 이외의 의료행위라고 보기는 어렵다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 각 기소유예처분은 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로서 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이어서 이로 말미암아 청구인들의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 할 것이므로 이를 모두 취소하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 박한철(재판장) 이정미 김이수 이진성 김창종 안창호
강일원 서기석 조용호

[별지] 관련규정

의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.

제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.

1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.
3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.
4. 조산사는 조산(助産)과 임부(妊婦)·해산부(解産婦)·산욕부(産褥婦) 및 신생아에 대한 보건과 양호지도를 임무로 한다.
5. 간호사는 상병자(傷病者)나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받은 자

2. 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사 학위 또는 박사학위를 받은 자

3. 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비시험에 합격한 자

② 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학 또는 전문대학원을 6개월 이내에 졸업하고 해당 학위를 받을 것으로 예정된 자는 제1항 제1호 및 제2호의 자격을 가진 자로 본다. 다만, 그 졸업예정시기에 졸업하고 해당 학위를 받아야 면허를 받을 수 있다.

의료기사 등에 관한 법률(2011. 11. 22. 법률 제11102호로 개정된 것)

제1조의2(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “의료기사”란 의사 또는 치과의사의 지도 아래 진료나 의화학적(醫化學的) 검사에 종사하는 사람을 말한다.

3. “안경사”란 안경(시력보정용에 한정한다. 이하 같다)의 조제 및 판매와 콘택트렌즈(시력보정용이 아닌 경우를 포함한다. 이하 같다)의 판매를 주된 업무로 하는 사람을 말한다.

제2조(의료기사의 종류) 의료기사의 종류는 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사 및 치과위생사로 한다.

제3조(업무 범위와 한계) 의료기사, 의무기록사 및 안경사(이하 “의료기사등”이라 한다)의 업무의 범위와 한계는 대통령령으로 정한다.

의료기사 등에 관한 법률 시행령(2012. 5. 22. 대통령령 제23802호로 개정된 것)

제2조(의료기사, 의무기록사 및 안경사의 업무범위 등) ① 「의료기사 등에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제3조에 따른 의료기사, 의무기록사 및 안경사(이하 “의료기사등”이라 한다)의 업무의 범위와 한계는 다음 각 호의 구분에 따른다.

8. 안경사: 안경(시력보정용으로 한정한다. 이하 같다)의 조제(調製) 및 판매와 콘택트렌즈(시력보정용이 아닌 것을 포함한다. 이하 같다)의 판매 업무. 이 경우 안경 및 콘택트렌즈의 도수를 조정하기 위한 시력검사[약제를 사용하는 시력검사 및 자동굴절검사기기를 사용하지 아니하는 타각적(他覺的) 굴절검사는 제외한다]를 할 수 있다. 다만, 6세 이하의 아동에 대한 안경의 조제·판매와 콘택트렌즈의 판매는 의사의 처방에 따라야 한다.

② 의료기사는 의사 또는 치과의사의 지도를 받아 제1항에서 규정한 업무를 수행한다.

수록사건색인

1. 위헌법률심판

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2012헌가10	군사법원법 제2조 제1항 제1호 등 위헌제청	2013. 11. 28.	338
2	2010헌가90	공직선거법 제103조 제2항 등 위헌제청	2013. 12. 26.	595

2. 권한쟁의심판

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2012헌라3, 2013헌라1 (병합)	전라북도교육감과 교육과학기술부장관 간의 권한쟁의 등	2013. 12. 26.	609

3. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2011헌바79	형사소송법 제315조 제3호 위헌소원 등	2013. 10. 24.	141
2	2011헌바106 · 107(병합)	아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 제1호 위헌소원	2013. 10. 24.	156
3	2011헌바138	인터넷주소자원에 관한 법률 제12조 제1항 등 위헌소원	2013. 10. 24.	174
4	2012헌바85	구 관세법 제269조 제2항 제1호 등 위헌소원	2013. 10. 24.	184
5	2012헌바278	형법 제52조 제1항 위헌소원	2013. 10. 24.	196

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
6	2012헌바368	구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법 제11조의3 제1항 제1호 등 위헌소원	2013. 10. 24.	203
7	2012헌바376	도로법 제3조 위헌소원	2013. 10. 24.	216
8	2012헌바428	형사소송법 제453조 제1항 위헌소원	2013. 10. 24.	224
9	2012헌바431	야생동·식물보호법 제16조 제3항 위헌소원	2013. 10. 24.	236
10	2009헌바206, 2010헌바101 (병합)	사립학교법 제24조의2 제1항 등 위헌소원	2013. 11. 28.	352
11	2012헌바22	국세징수법 제30조 위헌소원	2013. 11. 28.	376
12	2012헌바69	상표법 제7조 제5항 제3호 위헌소원	2013. 11. 28.	386
13	2011헌바108	아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제3조 등 위헌소원	2013. 12. 26.	621
14	2011헌바162	구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제1항 등 위헌소원	2013. 12. 26.	640
15	2011헌바234	민법 제651조 제1항 위헌소원	2013. 12. 26.	649
16	2012헌바35, 2013헌바36 (병합)	변호사법 제112조 제1호 위헌소원	2013. 12. 26.	662
17	2012헌바217 · 253, 2013헌바268 · 278(병합)	구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조의2 제1항 제1호 등 위헌소원	2013. 12. 26.	673
18	2012헌바467	민법 제1113조 제1항 등 위헌소원	2013. 12. 26.	691

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
19	2013헌바24	집회 및 시위에 관한 법률 제16조 제4항 제3호 위헌소원	2013. 12. 26.	699

4. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
1	2010헌마204 · 679, 2012헌마187 (병합)	보건복지가족부고시 위헌확인 등	2013. 9. 26.	1
2	2011헌마398	접견교통권방해 등 위헌확인	2013. 9. 26.	26
3	2011헌마782, 2012헌마1017 (병합)	변호사시험 시험장 선정행위 위헌 확인 등	2013. 9. 26.	54
4	2012헌마271	방송광고판매대행 등에 관한 법률 제5조 제2항 위헌확인	2013. 9. 26.	68
5	2012헌마365	변호사법 제5조 제2호 등 위헌확인	2013. 9. 26.	94
6	2012헌마806	재판취소	2013. 9. 26.	111
7	2012헌마1005	비송사건절차법 제36조 등 위헌 확인	2013. 9. 26.	118
8	2012헌마562	기소유예처분취소	2013. 9. 26.	126
9	2010헌마219 · 265(병합)	기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 위헌확인	2013. 10. 24.	248
10	2011헌마724	독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항 등 위헌확인	2013. 10. 24.	263
11	2012헌마311	공직선거법 제79조 제1항 등 위헌 확인	2013. 10. 24.	276

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
12	2012헌마480	변호사법 제31조의2 제1항 위헌 확인	2013. 10. 24.	294
13	2012헌마832	학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제7항 등 위헌확인	2013. 10. 24.	309
14	2012헌마906	국민연금법 부칙 제8조 위헌확인	2013. 10. 24.	327
15	2007헌마1189 · 1190(병합)	사립학교법 제14조 제3항 등 위헌 확인	2013. 11. 28.	398
16	2011헌마267	공직선거법 제60조의3 제2항 제1호 등 위헌확인	2013. 11. 28.	473
17	2011헌마269	입법부작위 위헌확인	2013. 11. 28.	487
18	2011헌마282 · 763(병합)	공무원보수규정 제39조의2 위헌 확인	2013. 11. 28.	501
19	2011헌마372	연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석 지침 등 위헌확인	2013. 11. 28.	521
20	2011헌마520	출입국관리법 시행규칙 제9조의4 제2항 위헌확인	2013. 11. 28.	532
21	2011헌마565	지방공무원 임용령 부칙 제4조 제1항 등 위헌확인	2013. 11. 28.	542
22	2012헌마166	대한민국과 미합중국 간의 자유 무역협정 위헌확인	2013. 11. 28.	559
23	2012헌마568	공직선거법 제57조 제1항 제1호 다목 위헌확인	2013. 11. 28.	570
24	2012헌마770	저작권법 부칙 제4조 위헌확인	2013. 11. 28.	583
25	2010헌마789	향토예비군설치법 시행규칙 제17조 제3항 위헌확인	2013. 12. 26.	707
26	2011헌마499	고등법원 설치 관련 입법부작위 위헌확인 등	2013. 12. 26.	716

연번	사건번호	사 건 명	선고일자	면수
27	2013헌마269 · 273 · 355 (병합)	유통산업발전법 제12조의2 위헌 확인	2013. 12. 26.	732
28	2009헌마747	기소유예처분취소	2013. 12. 26.	745
29	2012헌마551 · 561(병합)	기소유예처분취소	2013. 12. 26.	761

헌법재판소의 위헌여부심판 법령조항

1. 단순위헌으로 결정된 법령조항

구 군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호로 개정되고, 2009. 12. 29. 법률 제9841호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호 중 ‘구 균형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호로 개정되고, 2009. 11. 2. 법률 제9820호로 개정되기 전의 것) 제1조 제4항 제4호’ 가운데 ‘구 균형법 제69조 중 전투용에 공하는 시설의 손괴죄를 범한 내국인에 대하여 적용되는 부분’	340
공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제60조의3 제2항 제3호 중 “예비후보자의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명” 부분	477
민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제651조 제1항	651

2. 헌법불합치로 결정된 법령조항

독립유공자에우에 관한 법률(2008. 3. 28. 법률 제9083호로 개정된 것) 제12조 제2항 중 ‘손자녀 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분’ 및 제4항 제1호 본문 중 ‘나이가 많은 손자녀를 우선하는 부분’	267
---	-----

3. 단순합헌으로 결정된 법령조항

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제315조 제3호	144
구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 본문 제1호	159
인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호로 개정된 것) 제12조 제1항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분과 제2항 중 ‘정당한 권원이 있는 자’ 부분	176
구 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제269조 제2항 제1호 중 ‘제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’ 부분	186

구 관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제2항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분	186
구 관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호로 개정되고, 2010. 12. 30. 법률 제10424호로 개정되기 전의 것) 제282조 제3항 본문 가운데 ‘제269조 제2항 제1호 중 제241조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자’에 대하여 적용되는 부분	186
형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제52조 제1항	197
구 대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호로 개정되고, 2012. 1. 17. 법률 제11184호로 개정되기 전의 것) 제11조의3 제5항 중 “개발면적” 부분	206
도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호로 개정된 것) 제3조 본문	218
형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제453조 제1항 본문 중 피고인에 관한 부분	227
구 야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호로 제정되고, 2011. 7. 28. 법률 제10977호로 개정되기 전의 것) 제16조 제3항 본문 중 같은 조 제5항의 ‘국제적멸종위기종으로부터 증식된 종’에 적용되는 부분	239
사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호로 개정된 것) 제24조의2 제2항 제3호, 제25조의3 제1항	357
사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제8545호) 부칙 제1조	357
구 국제징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호로 개정되고, 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제30조	378
구 상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호로 개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10811호로 개정되기 전의 것) 제7조 제5항 제3호 중 제73조 제1항 제3호에 관한 부분	389
구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제256조 제1항 중 제103조 제2항 가운데 “특별법에 따라 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는	

단체(바르게살기운동협의회)는 선거기간 중 회의 그 밖에 어떠한 명칭의 모임도 개최할 수 없다”는 부분	599
구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되고, 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되기 전의 것) 제18조의2 제5항 중 “제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”는 부분	626
구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되고, 2011. 8. 4. 법률 제11017호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항	643
변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제112조 제1호 중 ‘타인의 권리를 양수하여 소송·조정 또는 그 밖의 방법으로 그 권리를 실행함을 업으로 한 자’ 부분	664
구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제1항 중 구 ‘조세범처벌법’(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항에 관한 부분	677
특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 중 구 ‘조세범 처벌법’(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되고, 2012. 1. 26. 법률 제11210호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항에 관한 부분	677
특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정된 것) 제8조의2 제2항	677
민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정된 것) 제1113조 제1항 중 ‘증여재산의 가액을 가산하고’ 부분 및 제1118조 중 ‘제1008조의 규정은 유류분에 이를 준용한다’ 부분	693
집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조 제3항의 제16조 제4항 제3호 중 “뚜렛이” 부분	701

사 항 색 인

	(㉑)		
		공정한 재판을 받을 권리	149, 629
		공판조서	151
가족결합권	539	공평과세	685
감사	433	과잉금지원칙	88, 164, 301, 511,
강행규정	654		605, 659, 671
개발면적	207	광고사업	87
개방이사	426	광고수익	79
개인정보 자기결정권	162	광고총량을 통제	86
건강보험	12	광역교통시설부담금	207
건강보험수급권	15	교원지위 법정주의	508
결합판매 의무제도	86	교육감 소속 장학관	618
결합판매(패키지판매)	83	교육공무원	617
겸영금지제도	86	교육전문직원	617
경영의 투명성	86	구체성·명확성의 요구 정도	210
경제적 이익 창출	86	국가공무원	616
계속적용	113	국가사무	619
계약의 자유	654	국가의 관리 감독	86
고시조항	13	국가형벌권의 적절한 행사	202
공권력 행사	10, 528	국립대학 교원	505
공동심판참가	726	국민 전체의 이익	86
공법상의 의무	78	국민건강보험	14
공법인	78	국민연금제도	332
공영미디어랩	82, 86	국민운동단체	604
공영방송사	85	국제적멸종위기기종	239
공영성	86	군사법원	343
공익재단	80	군사시설	343
공인	753, 754	군용물	344
공적 책임	87	권리보호이익	495
공적인 관심 사안	753	권한이 침해될 가능성	616

근거과세	685	미디어렙허가제도	86
근본적인 공정성	638	민영미디어랩	82
기관위임사무	619	민영방송사	86
기본권 주체성	78		
기소유예처분	131	(㉒)	
기소편의주의	131		
기속력	116	반대신문권	149, 629
기탁금 반환	578, 579	반사적 이익	589
		방송광고	82
		방송광고 판매대행	83
		방송광고 판매대행 독점	84
		방송광고 판매대행 시장	84
나이	268, 273	방송광고의 가격	86
남소의 폐단	669	방송광고판매법	82
내부기구	727	방송문화진흥회	84
		방송시간 상호겸영	80
		방송사업	79
		방송의 공공성	85
단체	727	방송의 공공재적 성격	81
대통령	751	방송의 공정성	84, 85
대학평의원회	426	방송의 다양성	85
대형마트	739	방송의 상업화 방지	86
도로	220	방송통신발전기금 분담	83
도로구역결정	220	방어권	151
도로부지의 인도청구	223	법관에 의하여 재판을 받을 권리	346
도메인이름	179	법관의 양형재량	689
독립유공자	267, 271	법률사무총사기관	304
독점권 부여	84	법원의 재판	115
독점체제	82	법적 공백	274
동물	243	법치국가의 원리	590
		법학전문대학원	63
		법학전문대학원 출신 변호사	299
		변호사법	668
멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약(CITES)	241	변호사시험	63
명예훼손	753	보건권	17, 18, 21
명확성원칙	180, 667	보건복지부	13
미디어렙 제도	81	보충송달	230

보험급여	12	소급입법	368
보훈혜택	274	손실보상	222
본질적으로 동일한 두 개의 비교집단	201	손자녀	271
부가가치세	684	수용	646
부당이득반환	222	시행일	529
부진정소급입법	334	시험장 선정	63
분할	272	신뢰보호원칙	334, 368
불복기간	230	신뢰이익	591
불사용	392	신분적 재판권	343
비난가능성의 감소	201	신상정보 공개명령	161
비례대표국회의원	284	실무교육	300
비례대표선거제	284	심사기준	242
비방의 목적	756	심판청구의 이익	479

(나)

사경제 주체	79	아동진술의 신빙성	632
사립학교	361, 425	약식명령	228
사립학교 운영의 자유	361	약식절차	228
사무처리의 편의	273	연금수급권	334
사법연수원생	300	연설·대담	285
사이버스쿼팅	180	연장자	273
사적 자치	656	영리의 목적	686
사적 재화	81	영상녹화물	630
사학의 자유	361, 425	영업손실 보상	647
사해행위취소권	381	영업시간 제한	739
사회보장수급권	268, 271	예납금	579
사회보장적 성격	273	예비후보자의 기탁금제도	577
상업적 방송	86	오관방지	201
상표	391	요류역학검사	11, 19
상표권	391	요실금	11
생활보호	272, 273	요실금수술	12, 13, 18
서울 응시자	63	요양급여	13, 18
선거운동의 기회균등 원칙	481	용도변경	240
선거운동의 자유	286, 479	원인자부담금	209
성과급적 연봉제	505	유예기간	529, 591
세금계산서	684	유예기간 도과	531

(나)

유족(손자녀)	267	적법절차	150
유족보상금	267, 271	전문법칙의 예외	629
의과학대학원 박사과정 전문연구요원	497	전문연구요원	495
의무연수	299	전문연구요원제도	496
의무종사	299	전문증거의 증거능력	147
의무휴업일 지정	739	절차적 정의	635
이중처벌금지원칙	166	정당방위	139
2차 피해	628	정당선거	287
인간다운 생활을 할 권리	15, 17, 21	정당한 권원	179
인격권	161	정당행위	139
인터넷	180	정당활동의 자유	286
인터넷에 게시	755	정식재판청구	229
인터넷주소자원	179	제3자의 표현물	755
임대차	654	제한적 경쟁체제	84
임시이사	360, 434	조세법률주의	382
임의적 형감면사유	201	조정위원회	360, 436
입법부작위	727	존속기간	654
입법위임	727	죄형법정주의	667
입법제량권	101, 271	죄형법정주의의 명확성원칙	685
		준대규모점포	739
		중임	447
		증거보전절차	636
		지방 응시자	63
자격제도	101	지분 소유 제한	80
자기관련성	101, 728	직업선택의 자유	63, 101, 669
자수	199	직업수행의 자유	14, 15, 18, 84, 245, 301, 392, 589
자의금지원칙	337, 499	직업의 자유	447
잠정적용	274	직접성	537, 538, 738
채량행위	738	진정 입법부작위	130
재산권	242, 334, 367, 443, 654	집행행위	738
채정부담	271, 272	집회의 자유	605
채정조달목적 부담금	209	정계사무의 성격	618
채출원	393		
채관을 받을 권리	344		
채관의 전제성	360		
채판청구권	229		
저작인접권	589		
저작인접권의 보호기간	590		

(나)

(나)

채권자취소권	380	헌법불합치결정	274
책임주의원칙	604	헌법불합치결정의 기속력	83, 84, 115
청구기간	729	헌법불합치결정의 취지	85
청구기간 기산점	529	형벌과 책임 간의 비례원칙	689
청구기간 도과	11	혼인의 자유	539, 541
청구인능력	727	환경권	243
청구인의 추가	726		
최소침해성	109		

(ㄷ)

토지보상	646
------	-----

(ㄹ)

평등권	63, 104, 140, 268, 271, 274, 304, 336, 394, 430, 479, 499, 539, 541
평등심사	480
평등원칙	165, 200, 366, 607, 671, 690
포괄위임입법금지원칙	207
폭넓은 입법적 규제	85
필요적 형감면사유	201

(ㅎ)

학교법인	361, 425
학교운영위원회	426
학교장	447
학문의 자유	508
한국방송광고공사	82
합리적 이유	272, 273, 480
행복추구권	140
행위의무 내지 보호의무	727
허위사실의 인식	759
헌법 개정	346

법령 색인

《헌법 조문》

제1조 제1항	475	제31조 제1항	355, 406
제8조	278	제31조 제4항	355, 406
제10조	355, 406, 596, 650, 746	제31조 제6항	502
제11조	158, 278, 571, 692, 746	제35조 제1항	237
제11조 제1항	97, 185, 197, 264, 328, 355, 406, 489, 663, 676	제36조 제1항	533
제12조 제1항	158, 663, 676, 700	제37조 제2항	119, 158, 185, 237, 502, 571, 596, 650, 663, 692
제13조 제1항	158	제59조	377
제13조 제2항	328, 584	제61조 제1항	610
제15조	97, 237, 406, 663	제61조 제2항	610
제21조	746	제68조 제1항	733
제21조 제1항	596	제69조 제1항	524
제22조 제1항	502	제72조	560
제23조	355, 571, 650, 692	제75조	204
제23조 제1항	217, 237, 328, 584, 641	제116조 제1항	278, 475, 596
제23조 제2항	217, 237	제117조	720
제23조 제3항	641	제118조	720
제27조 제1항	28, 119, 143, 226, 623, 720	제130조 제2항	560

《헌법재판소법 조문》

제68조 제1항	28	제69조 제1항	28
----------	----	----------	----

《기타 법령 등 조문》

	(ㄱ)	제1조	720
각급 법원의 설치와 관할구역에		제2조	717
관한 법률(2011. 4. 5. 법률 제10536호)		제4조	717

검찰사건사무규칙(2008. 1. 7. 법무부령 제625호)	(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호)	
제69조	제45조	642
	제64조	642
검찰청법(2009. 11. 2. 법률 제9815호)	공직선거관리규칙(2012. 1. 17. 중앙선거관리위원회규칙 제350호)	
제10조	제26조의2	477
공무원보수규정(2011. 1. 10. 대통령령 제22617호)	공직선거 및 선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호)	
제39조의2	제103조	596
공무원임용령(2009. 9. 8. 대통령령 제21717호)	공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호)	
부칙 제2조	제71조	278
공무원임용령(2011. 7. 4. 대통령령 제23014호)	제101조	277
제3조	공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호)	
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호)	제67조	278
제67조	제82조의7	278
제77조	제103조	598
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(2007. 10. 17. 법률 제8665호)	공직선거법(2009. 7. 31. 법률 제9785호)	
제70조	제69조	278
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙(2002. 12. 31. 건설교통부령 제344호)	공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호)	
제57조	제8조의7	69
공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행규칙	제57조	571
	제60조	596
	제60조의2	279, 475
	제60조의3	474, 475
	제70조	279
	제79조	277
	제82조의2	70, 280
	제87조	596

제93조	475	교육공무원 임용령(2012. 12. 4. 대통령령 제24215호)
제103조	597	제3조
제137조의2	70	제3조의2
제256조	596, 597	612
		612
공직선거법(2012. 1. 17. 법률 제11207호)	국가공무원법(2008. 12. 31. 법률 제9296호)	
제56조	571	제46조
제57조	571	제47조
제57조의2	572	502
제60조의2	572	503
제64조	280	국민연금법(1998. 12. 31. 법률 제5623호)
제65조	280	제56조
		328
공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호)	국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호)	
제60조의3	476	부칙 제8조
제86조	597	328
관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호)	국민연금법(2007. 7. 23. 법률 제8541호)	
제269조	185	부칙(2011. 8. 4. 법률 제11024호) 제8조
		328
관세법(2004. 10. 5. 법률 제7222호)	국민연금법(2011. 12. 31. 법률 제11143호)	
제282조	185	제61조
		329
관세법(2008. 12. 26. 법률 제9261호)	국세징수법(2007. 12. 31. 법률 제8832호)	
제282조	185	제30조
		377
교육공무원법(2011. 9. 30. 법률 제11066호)	제35조	377
제2조	610	국제결혼 안내 프로그램 이수 대상 및 운영사항(2011. 3. 7. 법무부 고시 제2011-88호)
제29조	611	
제30조	611	533
제33조	611	
제34조	502	
제35조	502	

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 (2002. 2. 4. 법률 제6655호)	도로법(2008. 3. 21. 법률 제8976호)	
제2조	제3조	217
	제17조	217
군사법원법(1987. 12. 4. 법률 제3993호)	제18조	217
	제92조	217
제2조	독립유공자예우에 관한 법률 (2008. 3. 28. 법률 제9083호)	
	제12조	264, 265
군형법(1981. 4. 17. 법률 제3443호)	제15조	265
제1조	제16조	265
제66조	제16조의2	266
제69조	제17조	266
기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8074호)	제20조	266
	제23조	267
제1조		
제2조	(ㄱ)	
제4조		
제5조	민법(1958. 2. 22. 법률 제471호)	
제8조	제406조	377
	제407조	377
(ㄷ)	제651조	650
	제741조	217
대도시권 광역교통관리에 관한 특별법(2001. 1. 29. 법률 제6402호)	민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호)	
제1조	제1008조	692
제11조	제1112조	692
제11조의3	제1113조	692
제11조의4	제1114조	692
제11조의6	제1115조	692
제11조의7	제1118조	692
대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(2012. 3. 12. 조약 제2081호)	민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호)	
제11.16조	제396조	226
	제449조	119

(ㄴ)	법무부장관의 2011. 12. 1.자 제1회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고(법무부공고 제2011-194호)	55
바르게살기운동조직 육성법 (2011. 5. 30. 법률 제10728호)		
제1조		598
제3조		598
제4조		598
제7조		598
제8조		598
방송광고판매대행 등에 관한 법률 (2012. 2. 22. 법률 제11373호)		
제3조		70
제5조		69
제6조		70
제13조		71
제15조		72
제16조		72
제17조		72
제19조		72
제20조		73
제22조		73
방송문화진흥회법(2008. 2. 29. 법률 제8867호)		
제1조		73
제5조		73
제6조		73
제7조		74
제10조		74
방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호)		
제8조		74
제44조		75
제69조		75
	법무부장관의 2012. 11. 30.자 제2회 변호사시험 일시·장소 및 응시자 준수사항 공고(법무부공고 제2012-259호)	56
	법원조직법(2001. 1. 29. 법률 제6408호)	
제3조		720
제28조		720
	법원조직법(2010. 1. 25. 법률 제9940호)	
제27조		720
	변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호)	
제5조		96
제7조		295
제50조		295
제58조의16		295
제58조의30		295
제112조		663
	변호사법(2011. 5. 17. 법률 제10627호)	
제4조		97, 295
제21조의2		296
제31조의2		295
제113조		297
	변호사법 시행령(2011. 10. 26. 대통령령 제23265호)	

제5조의2	297	제36조	490
변호사시험법(2009. 5. 28. 법률 제 9747호)		부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2007. 4. 27. 법률 제8409호)	
제5조	97	제9조	642
제6조	97	부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제 8767호)	
제7조	97	제2조	175
변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제 10923호)		제4조	175
제1조	56	비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호)	
제2조	56	제36조	118
제3조	56		
제4조	57	(八)	
제5조	97		
제7조	97		
제8조	57		
제19조	57		
변호사시험법 시행령(2011. 9. 29. 대통령령 제23159호)		사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제 6004호)	
제2조	57	제14조	406
병역법(2009. 6. 9. 법률 제9754호)		제25조	354, 406
제37조	489	사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제 7802호)	
제39조	489	제20조의2	405
제58조	490	제20조의3	405
병역법(2011. 5. 24. 법률 제10704호)		제25조	405
제2조	489	제53조의3	406
제37조	489	제54조의2	406
병역법(2013. 3. 23. 법률 제11690호)		제58조	406
제36조	488	부칙 제1조	354
제41조	488	사립학교법(2007. 7. 27. 법률 제 8545호)	
병역법(2013. 6. 4. 법률 제11849호)		제14조	402

제20조의2	403	제26조	625
제21조	403	수산자원관리법(2009. 4. 22. 법률 제9627호)	
제23조	403	제23조	522
제24조의2	354, 355, 403	제24조	522
제24조의3	355, 404	제65조	523
제24조의4	355, 407	부칙 제1조	524
제25조	404	수산자원관리법 시행령(2010. 4. 20. 대통령령 제22128호)	
제25조의3	354, 404	제10조	523
제26조의2	404	부칙 제1조	524
제53조	405	(○)	
제54조의3	405		
부칙 제1조	355	사립학교법(2008. 2. 29. 법률 제 8852호)	
사립학교법(2008. 2. 29. 법률 제 8852호)		제24조의2	355
제24조의2	355	사립학교법 시행령(2006. 6. 23. 대통령령 제19546호)	
사립학교법 시행령(2006. 6. 23. 대통령령 제19546호)		제10조의6	408
제10조의6	408	사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호)	
사립학교법 시행령(2007. 11. 5. 대통령령 제20362호)		제7조의2	407
제7조의2	407	제9조의6	356, 407
제9조의6	356, 407	상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호)	
상표법(2004. 12. 31. 법률 제7290호)		제7조	387
제7조	387	상표법(2007. 1. 3. 법률 제8190호)	
상표법(2007. 1. 3. 법률 제8190호)		제23조	388
제23조	388	상표법(2010. 1. 27. 법률 제9987호)	
상표법(2010. 1. 27. 법률 제9987호)		제7조	388
제7조	388	성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호)	
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호)		제16조	238
제16조	238	야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호)	
야생동·식물보호법(2004. 2. 9. 법률 제7167호)		제2조	237
제2조	237	제16조	237, 238
제16조	237, 238	야생동·식물보호법(2007. 5. 17. 법률 제8467호)	
야생동·식물보호법(2007. 5. 17. 법률 제8467호)		제16조	238
제16조	238	야생동·식물보호법 시행규칙(2005. 2. 7. 환경부령 제171호)	
야생동·식물보호법 시행규칙(2005. 2. 7. 환경부령 제171호)			

제22조	238	제70조	746
연근해어업의 표준어구와 어법에 관한 해석지침(2011. 4. 23. 농림수산식품부)		조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호)	
제2조	523	제11조의2	676
유통산업발전법(2012. 1. 17. 법률 제11175호)		조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호)	
제12조의2	733, 734	제10조	676
유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호)		지방공무원 임용령(2009. 2. 6. 대통령령 제21311호)	
제12조의2	733	제3조	543
의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호)		지방공무원 임용령(2011. 8. 22. 대통령령 제23093호)	
제27조	762	제3조	544
제87조	762	제17조	545
인터넷주소자원에 관한 법률(2009. 6. 9. 법률 제9782호)		부칙 제4조	543
제12조	174	지방자치법(2013. 7. 16. 법률 제11899호)	
제18조의2	175	제169조	610
		제170조	610
(가)		집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호)	
저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호)		제6조	700
제70조	584	제16조	699
저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호)		제22조	699
제86조	585	(나)	
부칙 제4조	584	초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호)	
정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8778호)		제18조	313

제18조의2	313	제315조	143
제25조	313	제453조	226
출입국관리법 시행규칙(2011. 3. 7. 법무부령 제733호)		형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호)	
제9조의4	533	제310조의2	143
(트)		형사소송법(1963. 12. 13. 법률 제1500호)	
특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호)		제343조	226
제8조의2	675, 676	제358조	226
제8조의2	675	형사소송법(2007. 5. 17. 법률 제8435호)	
		제315조	143
(ㅎ)		형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호)	
학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11388호)		제161조의2	623
제17조	311, 312	제247조	128
제17조의2	312, 313	제310조의2	624
행정소송법(2002. 1. 26. 법률 제6627호)		제312조	624
제8조	226	형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8728호)	
향토예비군설치법 시행규칙(1981. 12. 23. 국방부령 제335호)		제41조	28
제17조	708	제84조	28
형법(1953. 9. 18. 법률 제293호)		형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2008. 12. 11. 법률 제9136호)	
제51조	127	제88조	28
제52조	197	2011년도 예비군실무편람(정부간행물 발간등록번호 11-1290000-000331-10)	
제55조	197		708
형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호)			

版 權
所 有

헌법재판소판례집 제25권 2집(하)

2014年 3月 27日 印刷
2014年 3月 31日 發行

發 行 憲 法 裁 判 所
印 刷 三 和 印 刷 株 式 會 社

(非賣品)