

# 표지면지



# 발 간 사

우리 헌법의 가치와 정신을 지키고 국민의 기본권을 보장하기 위하여 1988. 9. 1. 설립된 헌법재판소는 헌법적 가치를 구현하는 체계적이고 일관된 헌법해석을 통하여 우리 헌정 사상 가장 활발하고 실질적으로 헌법재판을 해 왔습니다. 그 결과, 헌법규범은 입법활동 및 공권력 행사의 기준으로서 기능하고 국민의 생활 속에 살아 있는 최고규범으로 자리잡게 되었으며, 헌법상 보장되는 국민의 기본권은 자의적인 국가권력으로부터 충실히 보호받게 되었습니다.

헌법재판소의 결정들은 국민들에게 자신의 모든 생활영역에서 기본권에 대한 인식을 고양하게 하였고, 국민 각자의 고취된 기본권적 인식은 우리 사회가 보다 성숙한 민주사회로 나아가는 토대가 되었습니다.

따라서 헌법재판소가 헌법적 문제에 대하여 내린 결정을 정확하게 알리는 일은 추상적 규범인 헌법의 의미를 규명하여 여러 국가기관과 학계 및 국민 개개인의 '헌법해석'을 원활하게 하고 나아가 국민의 기본권 보호와 민주주의 및 법치주의 발전에 기여할 수 있을 것입니다.

이에 헌법재판소는 매년 전년도에 선고된 결정 중에서 의미 있고 중요한 결정들을 선정하여, 그 결정의 조사 및 연구에 참여한 헌법연구관들의 해설을 실은 해설집을 발간하고 있습니다. 2015년에도 2014년도에 선고된 결정 중 25건을 선별하여 열세 번째 '결정해설집'을 발간하게 되었습니다.

아무쪼록 이 해설집이 헌법재판의 과정과 결과를 국민들에게 정확하게 알려 국민들이 헌법재판소 결정을 분명하게 이해하도록 도우며, 국민들의 기본권에 대한 인식을 더 한층 고양하는 데 일조하기를 기대합니다.

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

2015. 11.

헌법재판소 사무처장 김용현



# 목 차

백두대간 보호에 관한 법률 제7조 제1항 제6호 위헌소원	이대근	1
집회 및 시위에 관한 법률 제22조 제2항 등 위헌소원 등	원유민	27
공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인 등	원유민	55
정당법 제41조 제4항 위헌확인 등	정유진	87
집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청	성 왕	109
정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원	임성희	133
피의사실 언론공포 등 위헌확인	김지현	149
특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제11조 제1항 위헌소원	정한별	183
고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률 제2조 제4호 등 위헌소원	박대규	193
변호사법 제102조 위헌소원	정유진	217
국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률 위헌확인	천재현	237
청소년 보호법 제23조의3 등 위헌확인	정인경	263
공직선거법 제15조 제1항 등 위헌확인	유미라	281
노동조합 및 노동관계조정법 제24조 제2항 등 위헌확인	정인경	315

공직선거법 제65조 제4항 위헌확인 .....	오 흰	347
미결수용자 등 종교집회 참석 불허 위헌확인 .....	소은영	367
구 법인세법 제72조 제5항 등 위헌소원 .....	유환우	381
공직선거법 제218조의4 제1항 등 위헌확인 .....	원유민	407
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제32조 제1항 위헌확인 .....	성 왕	441
국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌소원 등 .....	지성수	463
디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인 등 .....	김용찬	487
청년고용촉진 특별법 제5조 제1항 등 위헌확인 .....	노희범	531
새마을금고법 제21조 제1항 제8호 등 위헌소원 .....	이의진	541
지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제18조 제1항 등 위헌소원 등 .....	박준희	591
공직선거법 제25조 제2항 별표1 위헌확인 등 .....	서세인	615

# 백두대간 보호에 관한 법률 제7조 제1항 제6호 위헌소원

- 행정처분의 제소기간 경과와 재판전제성 -  
(헌재 2014. 1. 28. 2010헌바251, 판례집 26-1상, 1)

이 대 근\*

## 【관시사항】

행정처분에 대한 제소기간이 지난 후 그 처분에 대한 무효확인 소를 제기한 경우 당해 행정처분의 근거 법률이 위헌인지 여부가 당해 사건 재판의 전제가 되는지 여부(소극)

## 【심판대상】

구 ‘백두대간 보호에 관한 법률’(2005. 5. 31. 법률 제7548호로 개정되고, 2011. 4. 6. 법률 제10561호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 제6호가 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 백두대간 보호에 관한 법률(2005. 5. 31. 법률 제7548호로 개정되고, 2011. 4. 6. 법률 제10561호로 개정되기 전의 것)

제7조(보호지역 안에서의 행위제한) ① 누구든지 보호지역 중 핵심구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 건축물의 건축이나 공작물 그 밖의 시설물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취 또는 이와 유사한 행위를 하여서는 아니된다.

6. 「신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법」에 의한 신·재생에너지의 이용·보급을 위한 시설의 설치

---

\* 헌법연구관, 헌법재판연구원 교수

### 【사건의 개요】

1. ○○윈드파워 주식회사(이하 ‘○○윈드파워’라 한다)는 2007. 1.경 구 산업자원부 장관에게 강릉시 ○○면 ○○리 ○○ 일대(이하 ‘이 사건 사업 부지’라 한다)에 설비용량 24 메가와트(MW)의 ○○리풍력발전소를 설치하는 사업(이하 ‘이 사건 사업’이라 한다)에 대한 허가를 신청하였고, 구 산업자원부 장관은 2007. 12. 24. ○○윈드파워에게 위 사업에 대하여 구 전기사업법 제7조 제1항이 정한 발전사업 허가처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 임○석은 이 사건 사업부지에 인접한 ○○리에 거주하는 주민이고, 청구인 임○옥은 ○○리에 있는 균유림 9,617㎡에 대한 사용허가를 얻어 그 곳에서 장뇌삼, 더덕, 개두릅 등을 재배하는 자로서, 이 사건 사업이 환경정책기본법에서 정한 사전환경성 검토 및 전원개발촉진법에 의한 주민의견 청취절차 등을 거치지 않았으므로 그 하자가 중대·명백하다며 2009. 1. 9. 구 지식경제부 장관(구 산업자원부 장관)을 상대로 이 사건 처분의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

3. 청구인들은 위 소송 계속 중, 이 사건 사업부지는 백두대간 보호지역 핵심구역에 위치하고 있는데, ‘백두대간 보호에 관한 법률’ 제7조 제1항 제6호에 의하여 신에너지 및 재생에너지 이용·보급을 위한 시설에 해당하기만 하면, 그 신에너지 및 재생에너지의 종류와 성질을 불문하고 백두대간 보호지역 중 핵심구역 안에서도 시설물 등의 건축 등이 가능하게 되어 청구인들의 행복추구권 및 환경권을 침해한다고 주장하며, 위 법률조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다. 제1심 법원은 2010. 5. 20. 청구인 임○옥의 소를 각하하고, 청구인 임○석의 청구를 기각함(서울행정법원 2009구합966)과 동시에 청구인들의 위 신청을 각하하였다(서울행정법원 2009아1970).

4. 이에 청구인들은 2010. 6. 23. ‘백두대간 보호에 관한 법률’ 제7조 제1항 제6호가 위헌이라고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

행정처분의 근거 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌 결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니어서, 제소기간이 경과한 뒤에는 행정처분의 근거 법률이 위헌임을 이유로 무효확인소송 등을 제기하더라도 행정처분의 효력에는 영향이 없음이 원칙이다. 따라서 행정처분의 근거가 된 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 행정처분의 무효확인을 구하는 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것은 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

#### 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견

행정처분의 하자가 무효사유인지 취소사유인지를 가리는 것은 구체적인 사실관계를 토대로 그 처분의 근거가 되는 법률의 목적과 기능 등을 고려하여 이를 법적으로 평가하여 내리는 판단으로서, 이에 관한 법원의 판단 이전에 헌법재판소가 재판의 전제성을 판단하면서 행정처분의 무효 여부를 논리적·가정적으로 단정하여 판단할 수는 없다. 따라서 행정처분에 대한 무효확인소송이나 그 효력 유무를 선결문제로 하는 민사소송에서 행정처분의 근거 법률이 위헌이 될 경우, 그 행정처분이 무효가 될 가능성이 상존하므로, 그 처분에 대한 취소소송의 제소기간이 지났는지 여부와는 상관없이 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 그 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 여지가 없음이 명백하다고 볼 수는 없어 행정처분의 근거 법률의 위헌 여부는 재판의 전제가 된다고 보아야 한다.

#### 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견

위헌 법률에 근거한 행정처분이 법원에서 무효로 인정되는 것은 매우 예외적인 경우에 한정됨에도 불구하고 그 근거 법률에 대하여 일반적으로 재판의 전제성을 인정할 경우, 위헌 법률에 근거한 행정처분의 효력에 대한 법적 불확실성의 부담이 커지고, 현행 행정법 체계의 근간을 뒤흔들 우려

가 있으며, 위헌결정의 효력을 장래에 미치도록 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항의 취지에 반하고, 행정행위의 불가쟁력을 무의미하게 만든다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건의 쟁점

위헌법률심판 또는 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 적법요건으로서 심판대상조항의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 것은, 그 법률이 당해 사건 재판에 적용되고, 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것을 말한다.<sup>1)</sup>

우선, 이 사건 처분은 구 전기사업법 제7조 제1항에 직접적 근거를 두고 있으나, 그 내용상 ‘백두대간 보호지역 중 핵심구역 안에서는 건축물의 건축이나 공작물 그 밖의 시설물의 설치 등을 원칙적으로 금지하되, 다만 신·재생에너지의 이용·보급을 위한 시설의 설치 등의 경우에는 예외를 인정하는’ 심판대상조항의 요건을 충족하는 것을 당연한 전제로 하므로, 심판대상조항은 당해 사건 재판에 간접적으로 적용된다.<sup>2)</sup>

한편, 청구인들은 2007. 12. 24.에 있었던 구 산업자원부 장관의 발전사업 허가처분에 대하여 취소소송의 제소기간이 지난 뒤인 2009. 1. 9. 무효확인을 구하는 소를 제기하였다. 행정처분의 제소기간이 지난 뒤 제소된 무효확인소송 또는 그 처분의 효력을 선결문제로 하는 민사소송에서 그 처분의 근거 법률이 위헌인지 여부가 재판의 주문이나 그 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미침으로써 재판의 전제가 되는지는, 행정처분의 근거 법률이 위헌이라는 사정이 그 처분의 취소사유가 되는지, 아니면 무효사유가 되는지에 따른다.

이 사건 결정에서는 이 쟁점에 대하여 원칙적으로 취소사유로 보고 재판 전제성을 부정하는 기존 판례의 입장을 유지하였다. 그러나 4인의 재판관

1) 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 578; 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58 등 참조.

2) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 6 참조.

의 반대의견에서 제기한 문제들과 이를 둘러싼 논쟁이 가지는 무게가 적지 아니하므로, 그 내용과 배경을 살펴볼 필요가 있다.

이 사건의 쟁점은 같은 날 선고된, 2011헌바38 사건,<sup>3)</sup> 2010헌바113 사건, 2010헌바475 사건, 2011헌바246, 2012헌바274, 2013헌바20, 2013헌바40(병합) 사건<sup>4)</sup>의 쟁점과 사실상 동일하다. 이 중에는 재판의 전제성이 문제되는 당해 사건이 행정처분의 무효확인소송이 아닌, 그 효력을 선결문제로 하는 민사소송인 경우도 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 종래의 판례

### 가. 원칙적 입장

대법원은, 행정청이 어떠한 법률에 근거하여 행정처분을 한 후 헌법재판소가 그 법률을 위헌으로 결정한 경우 그 행정처분은 결과적으로 법률의 근거 없이 행하여진 것과 마찬가지로 하자 있는 것으로 되지만, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유일 뿐 당연무효사유는 아니라고 본다.<sup>6)</sup>

헌법재판소도 이러한 대법원의 입장을 전제로, 제소기간이 경과한 뒤에는 행정처분의 근거 법률이 위헌임을 이유로 무효확인 소 등을 제기하더라도 행정처분의 효력에는 영향이 없음이 원칙이므로, 이미 제소기간이 경과하여 불가쟁력이 발생한 행정처분의 근거 법률의 위헌 여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가

3) 헌재 2014. 1. 28. 2011헌바38, 판례집 26-1상, 19.

4) 이상 공보 미공개.

5) 2010헌바113 사건의 당해 사건은 기반시설부담금 부과처분 이후 그 납부액 상당의 부당이득금반환을 청구하는 소송이었고, 2011헌바246 사건의 당해 사건은 수용재결을 이유로 하여 사업시행자가 제기한 주택인도청구의 본소와 그 재결의 무효를 이유로 하여 청구인이 제기한 소유권이전등기말소청구의 반소가 병합된 소송, 2013헌바20, 2013헌바40 사건의 당해 사건은 수용재결을 이유로 하여 사업시행자가 청구인을 상대로 주택인도 및 그 점유, 사용으로 인한 부당이득반환을 청구하는 소송이었다.

6) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 98두5583 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결 등.

달라진다고 볼 수 없어, 이 경우는 재판의 전제성을 인정할 수 없다고 판단하여 왔다.<sup>7)</sup>

#### 나. 근거 법률의 위헌으로 행정처분이 무효가 되는 예외적 사정

다만, 헌법재판소는 “법률에 대한 위헌결정이 있는 경우 행정처분을 당연무효라고 볼 수 있는 예외적 사정이 있는지에 따라 재판전제성 유무가 달라진다.”라고 하고, 이 경우 “행정처분이 무효인지 여부는 당해 사건을 재판하는 법원이 판단할 사항”이라고 함으로써, 근거 법률의 위헌으로 행정처분이 당연무효가 되는 예외적인 경우를 인정할 여지를 두었다.<sup>8)</sup>

특히, 헌법재판소는 1994. 6. 30. 92헌바23 결정에서 “행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분이 위헌 법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우, 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에 대하여서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있는 것”이라고 판시하였다.<sup>9)</sup> 헌법재판소가 이러한 경우에 해당한다고 본 사례는, 국세기본법상 조세우선권에 관한 조항을 다투는데, 당해 사건에서 청구인이 무효확인을 구하는 행정처분의 진행 정도는 세무서장의 압류만 있고 그 처분의 만족을 위한 현금화 및 청산 등 처분은 아직 집행되지 않고 있는 경우였다.

그런데 헌법재판소가 이러한 입장을 일관되게 유지하였는지 의문이 제기될 만한 사례도 있다. 즉, 헌법재판소는 2004. 1. 29. 2002헌바73 결정에서

7) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌바38, 공보 61, 930; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바113, 판례집 17-1, 413; 헌재 2006. 11. 30. 2005헌바55, 판례집 18-2, 479; 헌재 2007. 10. 4. 2005헌바71, 판례집 19-2, 377; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바101, 판례집 22-2상, 651 등.

8) 헌재 1999. 9. 16. 92헌바9, 판례집 11-2, 262, 270; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바113, 판례집 17-1, 413, 421; 헌재 2007. 10. 4. 2005헌바71, 판례집 19-2, 377, 387; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바101, 판례집 22-2상, 651, 656-657 참조.

9) 판례집 6-1, 592, 605.

“농지부담금 부과처분의 근거 법률이 위헌이라고 하더라도 그 위헌성이 명백하다는 등 특별한 사정이 있다고 볼 자료가 없는 한 위 각 부과처분에는 취소할 수 있는 하자가 있음에 불과하고 각 부과처분에 불가쟁력이 발생하여 더 이상 다룰 수 없는 이상 각 부과처분의 하자가 각 압류처분의 효력에 아무런 영향을 미칠 수 없으므로, 각 부과처분의 근거 법률의 위헌 여부에 의하여 당해 사건인 압류처분취소의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우로 볼 수 없다.”라고 하였다.<sup>10)</sup>

한편, 대법원은 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결에서, “조세 부과와 부과처분의 근거가 되었던 법률규정이 위헌으로 선언된 경우, 그에 기한 과세처분이 위헌결정 전에 이루어졌고, 과세처분에 대한 제소기간이 이미 경과하여 조세채권이 확정되었으며, 조세채권의 집행을 위한 체납처분의 근거 규정 자체에 대하여는 따로 위헌결정이 내려진 바 없다고 하더라도, 위헌결정 이후에 조세채권의 집행을 위한 새로운 체납처분에 착수하거나 이를 속행하는 것은 더 이상 허용되지 않고, 나아가 이러한 위헌결정의 효력에 위배하여 이루어진 체납처분은 그 사유만으로 하자가 중대하고 객관적으로 명백하여 당연무효”라고 판단하였다.<sup>11)</sup>

#### 다. 종래의 반대의견들

종래에도 헌법재판소의 판례 입장과 달리 재판전제성을 전면적으로 인정해야 한다는 소수 재판관들의 반대의견들이 꾸준히 개진되어 왔다. 예컨대, 재판관 조대현의 의견은 위헌결정이 선고될 경우 그에 근거한 행정처분은 위헌결정이 있는 날부터 장래에 향하여 무효가 된다는 취지였고,<sup>12)</sup> 재판관 권성, 재판관 이상경의 의견<sup>13)</sup>과 재판관 김종대의 의견<sup>14)</sup>은 위헌결

10) 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바73, 판례집 16-1, 103, 109.

11) 이 판결에는 과세처분의 하자가 체납처분에 승계되지 않는다는 이론 및 위헌결정의 소급효 제한 법리 등에 입각한 대법관 안대희, 대법관 신영철, 대법관 김용덕의 반대의견이 있다.

12) 헌재 2007. 10. 4. 2005헌바71, 판례집 19-2, 377, 388(재판관 조대현의 반대의견) 등.

13) 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바113, 판례집 17-1, 413, 422(재판관 권성, 재판관 이상경의 반대의견) 등.

14) 헌재 2007. 10. 4. 2005헌바71, 판례집 19-2, 377, 391(재판관 김종대의 반대의견) 등.

정이 선고될 경우 당해 사건 법원이 그 법률에 근거한 행정처분을 무효로 판단할 가능성을 완전히 배제할 수 없다는 취지였다.

### 3. 하자 있는 행정처분의 효력 판단과 재판전제성의 판단

#### 가. 쟁점과 배경

대법원과 헌법재판소의 종래의 판례는 행정처분의 무효사유와 취소사유의 구분에 관한 이른바 ‘중대명백설’을 ‘행정처분의 근거 법률이 위헌이라는 사정’에 적용한 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백하다고 할 수 없는 이유로, 법률은 국회에서 헌법과 법률이 정한 절차에 의하여 제정·공포된 것이라는 점을 들기도 하였다.<sup>15)</sup>

그런데 행정처분의 주체, 내용, 절차에 관한 다양한 종류의 하자에 중대명백설을 기계적·획일적으로 적용하면 부당한 결과가 나타날 가능성이 있다. 이러한 위험은 중대명백설이 하자승계이론 등 다른 법리와 결합될 때 더욱 높아진다. 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때 선행처분에 불가쟁력이 생긴 경우에는, 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는, 그 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없는 것이 원칙이다.<sup>16)</sup> 따라서 행정처분의 근거 법률이 위헌이라는 사정을 그 처분의 취소사유라고 본다면, 후행처분의 효력을 다루면서 그 후행처분에 하자가 승계되지 않는 선행처분의 근거 법률이 위헌인지 여부를 다룰 경우 재판전제성이 부정된다.<sup>17)</sup> 그런데 하자승계 여부를 판단에서 고려되는 ‘선행 행정처분의 목적과 법률효과’는 그 상대방인 ‘국민의 권리를 구제할 필요성’과는 관점이 다를 수 있다. 또한, 통상적으로 여러 단계를 거치는 행정처분들의 경우 실질적으로 국민의 기본권을 직접 제한하는 후행처분 단계에서는 선행처분에 대한 제소기간이 지

15) 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바113, 판례집 17-1, 413, 422; 헌재 2007. 10. 4. 2005헌바71, 판례집 19-2, 377, 387 등 참조.

16) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004두14915 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13159 판결 등 참조.

17) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌바429, 공보 171, 176 참조.

났을 가능성이 더 높다. 이에 따라 중대명백설과 하자승계이론을 함께 적용할 때에는 ‘구체적 사안의 특수성’을 더욱 면밀히 살펴야 할 것인데, 획일적으로 선행처분의 근거 법률이 위헌인지 여부는 후행처분의 효력에 관한 재판의 전제가 되지 않는다고 보게 되면, 선행처분의 근거 법률에서 비롯되는 기본권적으로 중요한 문제에 대한 판단이 더욱 어려워질 수 있다.

종래 헌법재판소와 대법원이 선행처분의 근거 법률이 위헌이 됨으로써 그 처분의 목적 달성이나 그로 인해 발생한 채권의 집행을 위한 후행처분이 무효가 되는 경우에 관하여 판시하여 온 것도 이러한 부당한 결과를 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다.

나아가 대법원은 일반론적으로 “하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다”라고 하고 있다.<sup>18)</sup>

여기서 법원이 법규의 목적, 의미, 기능뿐만 아니라 구체적 사안의 특수성까지 고려하여 하자 있는 행정처분의 효력을 판단하게 되는 중대명백설의 기준이, 위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 적법요건인 재판전제성 판단의 근거가 될 수 있는지에 관하여 의문이 제기될 수 있다.

## 나. 다수의견 및 보충의견

이 사건 결정의 다수의견은 행정처분의 근거 법률이 위헌이라는 사정은 원칙적으로 그 처분의 취소사유에 불과하다는 대법원의 입장을 전제로 행정처분에 대한 취소소송의 제소기간이 지난 뒤에 제소된 무효확인소송 등에서 재판전제성을 부정하는 종래의 헌법재판소 입장을 유지하면서, 이는 위헌법률심판 및 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판절차가 ‘구체적 규범통제절차’이기 때문에 도출되는 결론이라는 점을 강조한다.<sup>19)</sup>

18) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결; 대법원 2004. 10. 15. 선고 2002다68485 판결; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다31439 판결 등 참조

19) “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에 있어 요구되는 재판의 전제성은 헌법재판소법 제41조에 의한 위헌법률심판절차와 마찬가지로 ‘구체적’ 규범통제절차로서의 본질을 드러내 주는 요건이다. 행정처분에 대한 제소기간이 경

다만, 다수의견은 이러한 결론이 단순히 중대명백설을 기계적으로 적용한 것이 아니라, 행정처분의 효력을 둘러싼 법적 안정성을 확보할 필요에 따른 것이고,<sup>20)</sup> 중대명백설에 따른 기존의 대법원과 헌법재판소의 판단도와 그 취지를 같이 한다는 방식의 논리 구성을 취한다.<sup>21)</sup> 나아가 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견에서는 직접적으로 “법정의견이 중대명백설에 기초하여 재판의 전제성을 부정하는 것은 아니”라고 설명함으로써 이 점을 더욱 강조한다.<sup>22)</sup>

다수의견은 위헌인 법률에 근거한 행정처분을 획일적으로 취소사유로 보아 재판전제성을 부정할 경우 부당한 결과가 나타날 수 있다는 점을 부인하지도 않는다. 다만, 이에 관한 반대의견의 문제 제기에 대해서는 “설령 구체적 규범통제제도로 인한 규범적 공백에서 발생하는 문제가 있다고 하더라도 이를 메우는 것은 헌법재판소에 주어진 역할이 아니”라고 하고,

---

과한 후 무효확인소송을 제기한 경우, 앞서 살핀 바와 같이 근거 법률의 위헌 여부가 당해 사건 재판의 주문 등에 영향을 미칠 수 없음에도 불구하고 재판의 전제성을 인정한다면, 구체적 사건의 해결과 관계없이 근거 법률의 위헌 여부를 판단하는 것이 되어 구체적 규범통제제도에 근거한 현행 헌법재판제도와 조화되기 어렵다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 8.

- 20) “제소기간이 경과함으로써 그 행정처분을 더 이상 다룰 수 없게 된 뒤에도 당사자 또는 이해관계인이 그 처분의 무효확인소송이나 처분의 효력 유무를 선결문제로서 다투는 민사소송 등에서 언제든지 그 처분의 근거 법률이 위헌이라는 이유를 들어 그 처분의 효력을 부인할 수 있도록 한다면, 그 처분으로 불이익을 받은 개인의 권리구제에는 더없는 장점이 되기는 하겠지만, 이로 말미암아 제소기간의 규정을 두고 있는 현행의 행정쟁송제도가 뿌리째 흔들리게 됨은 물론, 기존의 법질서에 의하여 형성된 법률관계와 이에 기초한 다른 개인의 법적 지위에 심각한 불안정을 초래할 수 있다. 이러한 결과는 헌법재판소법 제47조 제2항이 법률의 위헌결정의 효력을 장래에 미치도록 규정함으로써 법적 안정성을 도모하는 취지에 반하는 것일 뿐만 아니라, 비록 위헌인 법률이라 하더라도 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 형성적으로 그 효력을 잃게 되는 것이므로 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 어느 누구도 그 법률의 효력을 부인할 수는 없다는 이치에도 어긋나는 것이다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 6.

21) 이 사건 결정, 판례집, 26-1상, 1, 6-8 참조.

- 22) “이른바 ‘중대명백설’은 반대의견이 법정의견에 대한 공격의 도구개념으로 사용하고 있는 것일 뿐, 법정의견이 중대명백설에 기초하여 재판의 전제성을 부정하는 것은 아니다. 법정의견이, 위헌 법률에 근거한 행정처분이라 할지라도 그것이 당연무효는 아니라고 보는 가장 근본적인 이유는, 그 하자가 명백한지 여부를 떠나 이 경우를 무효라고 본다면 법적 안정성을 해칠 우려가 크다는 데 있다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 17(재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견).

“본안 판단의 결과 법률의 위헌결정을 통하여 달성할 수 있는 헌법의 최고 규범성 확보 역시 구체적 규범통제를 위한 적법요건 판단 단계에서 고려할 사항은 아니”라고 하여 다소 간략한 언급에 그친다.<sup>23)</sup> 그리고 다른 측면에서 “헌법재판소는 행정처분의 근거가 된 법률에 의해 침해되는 기본권이 중요하며 그 법률에 대한 헌법적 해명이 긴요히 필요한 경우에는 근거 법률에 대한 위헌결정이 행정처분의 효력에 영향을 미칠 여지가 없는 때에도 헌법질서의 수호자로서의 사명을 다하기 위하여 예외적으로 본안판단에 나아갈 수 있을 것”이라고 한다.<sup>24)</sup>

한편, 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견에서는 “(위헌 법률에 근거한 행정처분이 무효가 되는) ‘예외적 사정’을 인정한다고 하여 일반적으로 재판의 전제성을 인정해야 하는 것도 아니고, 예외적 사정을 인정하는 경우 법적 안정성을 크게 훼손할 염려가 있는지 여부는 헌법재판소에 드러난 사실관계와 법률관계만으로 파악 가능한 것이고, 반드시 행정소송의 본안판단 문제라고만 볼 것도 아니다.”라고 한다.<sup>25)</sup>

이러한 판시들은 국민의 권리구제와 법적 안정성의 조화라는 관점에서 제소기간과 행정처분의 불가쟁력을 중심으로 구축된 기존의 행정쟁송체계가 흔들려서는 아니 된다는 다수의견의 시각이 반영된 것으로 볼 수 있다. 특히, 다수의견은, 국민은 제소기간 내에 처분의 효력을 다투면서 그 사건을 전제로 근거 법률의 위헌성을 다룰 수 있으므로, 종래의 판례와 결론을 같이 하더라도 국민의 권리구제에 근본적인 사각지대가 있는 것은 아니라는 점을 강조하며,<sup>26)</sup> 이는 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견도

23) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 8.

24) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 9.

25) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 18(재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견).

26) “이렇게 본다고 하여 위헌법률심판에 의한 구체적 규범통제의 실효성 확보나 개인의 권리구제에 심각한 지장이 생긴다고 단정할 수 없다. 행정처분의 당사자 또는 법적 이해관계인은 그 처분에 대한 법령상의 제소기간이 경과하기 전에 적법한 소송을 제기하고 그 사건에서 그 처분의 근거가 된 법률이 위헌이라고 주장하여 법원이 이에 대하여 위헌 여부 심판을 제청하는 길과 제청신청이 기각되는 경우 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하여 위헌 법률 및 이에 근거한 행정처분의 효력을 당해 사건에서 소급적으로 제거할 수 있는 길이 열려 있기 때문이다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 6-7.

마찬가지이다.<sup>27)</sup>

요컨대 다수의견은 중대명백설에 따른 기존의 판례를 유지하면서도, 이러한 결론이 반드시 중대명백설만을 근거로 한 것은 아니라는 취지이다. 그리고 구체적인 사안에 따라 나타날 수 있는 부당한 결과는, 위헌 법률로 침해되는 기본권의 중요성 또는 헌법적 해명의 필요성을 판단하거나 헌법재판소에 드러난 사실관계와 법률관계를 통하여 예외적으로 행정처분이 무효가 되는 사정이 있는지를 판단함으로써 시정할 수 있다는 입장이라고 할 수 있다.

#### 다. 반대의견

이 사건 결정의 반대의견은 위헌법률심판 및 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 이루어지는 재판전제성 판단과 행정소송에서 이루어지는 하자 있는 행정처분의 효력에 관한 판단은 그 성격이 서로 다르고, 무엇보다도 후자가 전자의 논리적인 전제가 되기 어렵다고 본다. 반대의견은 헌법재판소법상 심판절차가 진행되는 과정과 법원에서 행정처분의 효력을 판단하는 일반적인 과정을 비교하여 그 근거를 제시한다.

반대의견에 의하면, 재판전제성 판단은 절차상 헌법재판소에 최종적인 판단권이 있으면서도, 헌법재판소법상 당해 사건 재판이 확정되기 이전에 이루어지도록 예정되어 있고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서는 지정재판부의 사전심사에서도 판단되므로, 당해 사건에서 법원이 인정하는 ‘구체적인 사실관계’와 관계없는 ‘논리적·가정적 판단’의 성격을 가진다. 이에 따르면, 심판대상조항이 당해 사건에 적용되는 법률이 아님이 ‘명백’한 때, 적용되더라도 당해 사건 재판의 주문의 내용이 달라지거나 그 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 여지가 없음이 ‘명백’한 때에 비로소 재판의 전제성이 부정된다.<sup>28)</sup>

27) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 18(재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견).

28) “법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되는지 여부에 관해서는 법원의 견해를 존중하는 것이 원칙이나, 재판의 전제성과 관련된 법원의 법률적 견해가 유지될 수 없다면 헌법재판소가 이를 직권으로 조사하여 판단할 수 있다(헌재 2012. 4. 24. 2011헌바92 등 참조). 특히, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구할 수 있는 경우인 ‘위헌제정신청이 기각된 때’에는, 법원의 합헌 판단에 따라 기각되는 경우뿐만 아니라 법원이 재판의 전제성을 인정하지 않음에 따라 기하되거나 기각되는 경우도 함께 포함되는 것이므로(헌재 1993. 7. 29. 90헌바35

한편, 반대의견은, 행정처분의 하자가 무효사유인지 취소사유인지를 가리는 것은, 대법원이 제시한 원칙적인 기준에 따라 경우 ‘구체적인 사실관계’를 토대로 그 처분의 근거가 되는 법률의 목적과 기능 등을 고려하여 이를 ‘법적으로 평가하여 내리는 판단’이므로, 사실상 법원에서 본안 판단이 가능할 정도로 심리가 성숙되었을 때에 이루어지는 것으로 본다.<sup>29)</sup>

결론적으로 “법원의 이러한 본안 판단 이전에 헌법재판소가 재판의 전제성을 판단하면서 행정처분이 무효사유인지 취소사유인지를 논리적·가정적으로 단정하여 판단할 수는 없고,” “행정처분에 대한 무효확인소송이나 그 효력 유무를 선결문제로 하는 민사소송에서 행정처분의 근거 법률이 위헌이 될 경우, 그 행정처분이 무효가 될 가능성이 상존하므로, 그 처분에 대한 취소소송의 제소기간이 지났는지 여부와는 상관없이 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 그 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 여지가 없음이 명백하다고 볼 수는 없어 행정처분의 근거 법률의 위헌 여부는 재판의 전제가 된다는 것”이다.<sup>30)</sup>

등 참조), 재판의 전제성에 관한 최종적인 판단권은 헌법재판소에 있다. 그런데 법원이 위헌법률심판을 제청한 때에는 헌법재판소법 제42조 제1항에 따라 원칙적으로 당해 사건 재판이 정지되며, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구도 통상적으로는 당해 사건 재판이 확정되기 전에 법원이 위헌제청 신청을 기각 또는 각하함에 따라 이루어진다. 또한, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구의 경우 재판의 전제성이 부정되면 같은 법 제72조 제3항 제4호에 따라 재판관 3인으로 구성된 지정재판부의 사전심사에서도 각하될 수 있다.

따라서 헌법재판소는 당해 사건 법원이 중구적으로 판단하는 사실관계와 상관없이, 심판대상인 법률조항이 당해 사건 재판에 적용되지 않음이 법리상 명백할 때, 또는 당해 사건 재판에 적용되는 법률조항이 헌법에 위반된다고 가정하더라도 논리적으로 그 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 여지가 없음이 명백하다는 결론에 이르는 때에 비로소 재판의 전제성을 부정할 수 있다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 10-11(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

- 29) “행정처분에 존재하는 하자가 법규의 어느 부분을 위반한 것이고 그 중대성이 어느 정도인지, 또 그 하자가 객관적으로 명백한 것인지, 모두 개별 소송사건에서 법원이 행정처분의 위법성을 심사하면서 위반된 법규의 목적과 기능 및 그 행정처분을 둘러싼 구체적 사실관계를 합리적으로 고찰하여 법적으로 평가한 바에 따라 판단하게 된다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 11(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).
- 30) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 15-16(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

반대의견의 이러한 시각은 중대명백설을 획일적으로 적용할 경우 부당한 결과가 나타날 가능성을 보는 관점에도 반영되어 있다. 반대의견은 이를 단지 예외적으로 존재할 수 있는 사정에 불과한 것이 아니라, 어느 국면에서 발생할지 미리 예상하기 어려운 상존하는 위험으로 본다. 즉, “일반적으로 행정처분의 하자에 그 주체, 내용, 절차 등에 관한 다양한 종류가 있을 수 있는 것처럼, 위헌 여부가 문제되는 행정처분의 근거 법률이 규율하는 내용도 다양한 종류가 있을 수 있고, 행정처분의 근거 법률이 위헌이라고 판단될 경우 그 이유 또한 다양할 수 있다.”고 전제하고, “통상적으로는 무효사유라고 보는 것이 타당한 종류의 하자조차도, 그것이 행정처분의 근거 법률의 위헌성에서 비롯된다는 이유만으로 획일적으로 취소사유에 불과하다고 보는 것은 헌법의 최고규범성에 비추어볼 때 타당하지 않다.”고 강조한다.<sup>31)</sup> 반대의견에서는 그 예로서 다수의 개발 관련 법률에 규정된 사업인정의제 조항이 위헌이 될 경우를 든다. 즉, 사업인정의제 조항이 위헌 무효가 되면 수용재결의 선행처분인 사업인정 자체가 없는 것과 같이 되는데, “통상적으로 사업인정에 어떤 하자가 있는 것이 아니라 사업인정 자체가 존재하지 않는 것은 충분히 수용재결의 무효사유라고 볼 여지가 있음에도 불구하고, 이러한 사정이 법률의 위헌성에서 비롯된다는 이유만으로 오히려 취소사유라고 보아야 한다는 것은 납득하기 어렵다”는 것이다.<sup>32)</sup> 이는 같은 날 선고된 2011헌바246, 2012헌바274, 2013헌바20, 2013헌바40(병합) 사건에서 문제된 쟁점으로서 기존의 판례에서 들고 있던 예외적 무효사유와는 다른 사정을 배경으로 한다.<sup>33)</sup>

반대의견은 기존의 판례에서 언급된 예외적 무효사유의 판단도 그 성격

31) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 14(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

32) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 14(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

33) 구 도시개발법상 사업인정의제 조항이 심판대상조항이 된 이 사건에서 헌법재판소는, 해당 조항으로 의제되는 사업인정의 하자가 수용재결에 승계되는지 여부와 무관하게 수용재결처분의 제소기간 경과만을 이유로 각하 결정을 하였다. 즉, 헌법재판소의 다수의견도 사업인정의제 조항이 위헌이 될 경우에 수용재결의 선행처분으로 의제되는 사업인정에 취소사유가 있는 것에 불과하게 되어 그 하자가 수용재결에 승계되지 않는다는 식의 논리를 따르지는 아니하였다.

상 행정소송의 본안 판단 문제로 귀결되므로, 헌법재판소가 재판전제성을 판단하면서 심사하기에는 부적절하다는 점을 강조한다.<sup>34)</sup> 반면, 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견에서는 앞서 본 바와 같이 이러한 반대의견의 시각을 부정하는데, 이와 같은 의견의 대립은 위헌 법률에 근거한 행정처분이 무효가 되는 것이 단지 예외적인 사정에 불과한 것으로 보느냐, 아니면 심리절차와 판단기준 자체로부터 비롯되는 것으로 그 사유가 발생할 가능성이 상존한다고 보느냐에 따라 생긴 것으로 볼 수 있다.

또 반대의견은, “재판전제성을 인정하더라도 행정처분의 하자를 무효사유와 취소사유로 구분하는 기준이 부정되거나, 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 일률적으로 모두 당연무효가 됨으로써 기존의 행정쟁송체도가 흔들리는 것도 아니”라고 함으로써, 이에 관한 우려를 표하는 다수의견에 대하여 반박한다.<sup>35)</sup> 법원이 하자 있는 행정처분의 효력을 판단하는 것과 헌법재판소가 재판전제성을 판단하는 것은 완전히 별개이므로, 행정처분의 근거 법률이 실제로 위헌으로 결정될 경우, 법원은 그 법률조항의 위헌성 및 그 위헌이 되는 이유와 함께 대법원이 제시한 원칙대로 그 법률조항이 가지고 있던 목적과 기능 및 구체적 사실관계까지 모두 고려하여 독자적으로 행정처분이 무효인지 여부를 판단할 수 있다는 것이다.<sup>36)</sup>

34) “위헌 법률에 근거한 행정처분이 무효가 되는 ‘예외적 사정’이 있는지는 그 행정처분을 둘러싼 구체적 사안의 특성에 따라 권리구제의 필요성과 법적 안정성을 비교하여 판단하는 것이므로, 이는 개별 행정처분의 효력 유지 여부와 관련된 행정소송의 본안 판단 영역의 문제이고, 규범통제를 위한 재판의 전제성의 영역에서 판단될 문제가 아니다. 더구나 원칙적으로는 취소사유인 행정처분의 하자를 예외적으로 무효사유로 볼 것인지에 관하여 판단하는 것은 사실상 헌법재판소가 행정재판을 대신하는 것과 같은 내용이 되어 부적절하다.

설사 심판대상이 된 법률조항의 규범적 내용만으로 위와 같은 예외적 사정이 있는지를 판단할 수 있다 하더라도, 이 역시 해당 규범의 구체적인 목적과 기능, 국민의 기본권에 미치는 영향 등을 종합적으로 검토할 문제이므로, 그 내용은 사실상 본안 판단에 해당하는 것이다. 즉, 이처럼 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 무효로 판단될 ‘예외적 사정’이 있는지를 검토할 필요가 있다는 것은, 그 자체로 재판의 전제성을 인정해야 한다는 점을 방증할 뿐이다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 15(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

35) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 13(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

36) “헌법재판소가 행정처분의 근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정을 선고하는 경우

## 4. 위헌결정의 시간적 효력과 재판전제성

### 가. 쟁점과 배경

이 사건 결정의 다수의견은 하자 있는 행정처분의 효력에 관한 중대명백설을 그대로 따르다기보다는, 공법관계에서의 법적 안정성 확보를 위하여 중대명백설에 따르는 것과 ‘결론을 같이 한다’는 입장이라고 볼 수 있다. 다수의견은 그 근거의 하나로 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효 원칙을 정한 헌법재판소법 제47조 제2항의 취지를 든다. 한편, 반대의견은 재판전제성 판단을 하자 있는 행정처분의 효력에 관한 판단과 별개로 보면서, 직접적으로 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석과 관련된 위헌결정의 장래

---

그 위헌결정의 효력은 당해 사건에 소급하여 미치며, 당해 사건 법원은 이를 토대로 해당 법률조항이 가지고 있던 목적과 기능 및 스스로 인정한 사실관계의 특수성까지 고려하여 그 법률에 근거한 개별 행정처분의 효력이 무효인지 여부를 판단하고, 여기에 쟁송기간 경과 여부도 함께 고려하여 재판하여야 할 것인 바, 이는 대법원이 제시한 행정처분의 무효사유와 취소사유의 원칙적 구분 기준을 구체적인 사안에 적용하는 모습의 하나일 뿐이다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 13-14(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

이 쟁점은 헌법재판소가 재판전제성을 인정하는 것으로 입장을 변경하고 실제로 행정처분의 근거 법률에 대하여 위헌결정을 선고할 경우 각급 법원의 재판실무에 어떤 영향을 미칠 것인지의 문제와 연결되어 있다. 다수의견을 지지하는 입장에서는 어차피 법원은 대법원 판례에 따라 위헌 법률에 근거한 행정처분은 취소사유가 있는 것에 불과하다고 판단할 것이므로, 헌법재판소의 위헌결정이 무력화될 수 있음을 우려할 것이다. 반면, 반대의견을 지지하는 입장에서는 그동안 법원이 위헌 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 아니라고 본 것은 모두 ‘가정적 의제’에 불과하므로, 구체적인 법규에 대하여 상세한 이유가 뒷받침된 위헌결정이 실제로 선고될 경우 법원이 이를 완전히 무시하기는 어려울 것이며, 더 나아가 이를 계기로 행정처분의 무효사유와 취소사유의 구분에 관한 법리가 더욱 구체적으로 발전할 수 있다고 볼 것이다.

이 문제는 이 사건 결정에서 종래의 입장을 그대로 유지하기로 한 이상 현실적으로 나타나지는 아니하였다. 다만, 그동안 대법원과 헌법재판소의 입장으로 말미암아 행정처분의 하자에 관한 법원의 판단이 확일적이 된 점이 없지 않았고, 특히, 국민의 권리구제에 사각지대가 발생할 가능성이 높은 하자승계 관련 사건에서 오히려 위헌제청신청이 더 쉽게 각하되는 경향이 있었음을 고려하면, 법원의 재판실무에서도 이 문제를 좀 더 깊이 생각할 필요가 있다고 본다. 위헌 법률에 근거한 과세처분에 기한 채납처분을 무효로 본 대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결도, 기존의 하자승계이론에서는 벗어난 논리적 구성을 취한 것이며, 이 판결에서 반대의견을 개진한 3인의 대법관들의 비판도 이 점에 있었지만, 다수의견의 입장은 적어도 해당 사건과 같은 경우에는 기존의 하자승계이론에서 탈피하려는 것이었다고 평가할 수 있다.

효 및 소급효에 관한 법리와 연결한다.<sup>37)</sup>

이러한 논쟁은 비형벌법규에 대한 위헌결정의 시간적 효력 범위에 관한 헌법재판소와 대법원 사이의 다소 다른 판례의 경향을 배경으로 한다.

비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효 원칙을 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항을 해석함에 있어, 헌법재판소는 헌법 제107조 제1항이 정하는 구체적 규범통제의 실효성 확보 등의 관점에서, 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 사건, 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여는 소급효가 인정되고, “당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없으며 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평에 반하는 경우”에도 예외적으로 소급효를 인정할 수 있다는 입장이다.<sup>38)</sup>

한편, 대법원은, 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해 사건(동종 사건)과 따로 위헌제청신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건(병행 사건) 뿐만 아니라 ‘위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반 사건’에도 미친다고 하고,<sup>39)</sup> 다만, “그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법

37) “헌법재판소가 재판의 전제성을 인정하여 법률의 위헌 여부에 관한 본안 판단에 나아갈 것인지 여부를 판단할 때 고려해야 할 법적 안정성은 그 법률이 위헌으로 결정될 경우의 효력 범위와 관련하여 검토할 문제이므로, 법원이 개별 행정처분의 효력 유지 여부와 관련하여 고려하는 법적 안정성과는 성격이 다르다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 12(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대이견).

38) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744, 745 등 참조.

39) 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결; 대법원 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결; 대법원 1993. 7. 16. 선고 93다3783 판결 등

적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 바라 할 것”이라고 한다.<sup>40)</sup>

헌법재판소와 대법원의 입장 사이에 차이가 있는 부분은 위헌결정의 계기를 부여한 당해 사건과 이른바 동종 사건 및 병행 사건이 아닌, ‘위헌결정 이후에 제소된 일반 사건’에 있다. 이에 관해 헌법재판소는 장래효 원칙을 정한 헌법재판소법 제47조 제2항이 적용되지 않는 예외로서 소급효를 인정할 필요성이 있는 경우를 제시하는 반면, 대법원은 오히려 일반적으로 소급효가 인정되는 것을 원칙으로 하고, 다른 법리에 의하여 소급효를 제한할 수 있다고 한다. 나아가 대법원은 여기서의 ‘다른 법리’에 ‘행정처분의 불가쟁력’이 포함된다고 본다. 즉, “위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지의 여부는 위헌결정의 소급효와는 별개의 문제로서, 위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고 오히려 이미 취소소송의 제기기간을 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다고 보아야 할 것이므로, 어느 행정처분에 대하여 그 행정처분의 근거가 된 법률이 위헌이라는 이유로 무효확인청구의 소가 제기된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 법원으로서 그 법률이 위헌인지 여부에 대하여는 판단할 필요 없이 위 무효확인청구를 기각하여야 할 것”이라고 한다.<sup>41)</sup>

이러한 대법원의 입장에 대해서는 몇 가지 관점에서 문제를 제기할 수 있다. 우선, 위헌결정의 시간적 효력에 관하여 헌법재판소법 제47조 제2항이 적용되지 않는 경우를 상정하더라도, 명문으로 규정된 장래효 원칙에 대한 예외로서 소급효가 인정되는 경우를 탐구하는 것이 아니라, 거꾸로 소급효를 원칙적인 것으로 보면서 헌법재판소법의 관련 규정들 이외의 ‘다른 법리’를 동원하여 소급효를 제한하는 해석이 올바른지 의문이 제기될 수 있다. 또 위헌 법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지 여부가 위헌결정의 소급효와 ‘별개의 문제’라면, 전자에 관한 법리를 근거로 소급효가 제

40) 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5628 판결; 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두11016 판결 등.

41) 대법원 1994.10.28. 선고 92누9463 판결

한다고 보는 것도 논리에 맞지 않는다고 비판할 수 있다.

이 사건 결정의 쟁점인 재판전제성 문제에 관해서는, 위헌결정의 소급효 인정 범위에 관하여 헌법재판소와 대법원의 판례 사이에 차이가 있을 수 있는 부분은 ‘위헌결정 이후에 제소된 일반 사건’의 경우이고, ‘위헌결정의 계기를 부여한 당해 사건’에 관해서는 두 사법기관 모두 의문의 여지 없이 소급효를 인정하고 있는데, 위와 같은 ‘일반 사건’에서의 소급효 제한의 범위가 ‘언제나 당해 사건의 문제일 수밖에 없는’ 재판전제성 판단의 근거가 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 이에 관해서는 특히, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 위헌결정이 선고된 경우 이미 당해 사건의 판결이 확정되었으면 위헌제청신청을 했던 당사자가 재심을 청구할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제75조 제7항과의 관계가 문제된다.

#### 나. 다수의견 및 보충의견

이 사건 결정의 다수의견은 제소기간이 지난 행정처분의 불가쟁력을 전제로 하는 현행의 행정쟁송제도를 흔들리지 않도록 하는 것이, 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효 원칙을 규정한 제47조 제2항의 취지에 부합하며, 비록 위헌인 법률이라 하더라도 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 형성적으로 그 효력을 잃게 되는 것이므로 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 어느 누구도 그 법률의 효력을 부인할 수는 없다는 이치에도 부합한다고 본다.<sup>42)</sup>

그리고 반대의견이 문제를 제기한 헌법재판소법 제75조 제7항과의 관계에 관해서는, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원절차에서는, 행정처분의 근거 법률이 위헌으로 결정된 경우 그 행정처분의 근거 법률이 소급하여 효력을 상실한다는 전제에서, 그 처분의 효력을 판단하여 당해 사건 재판의 주문 등이 달라지는지 여부에 따라 재판의 전제성 인정 여부를 결정” 하는 것이므로, “제소기간이 경과한 행정처분의 근거 법률에 대한 재판의 전제성의 부인은 법률의 위헌결정에 대한 소급효 인정과 서로 조화될 수 없는 것이 아니고 헌법재판소법의 체계에 부합하는 것”이라고 한다.<sup>43)</sup> 즉,

42) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 6 참조.

43) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 9.

위헌결정의 소급효 범위와 행정처분의 무효 여부의 문제가 별개라는 점은 인정하되, 재판전제성은 위헌결정의 소급효뿐만 아니라 행정처분의 불가쟁력도 모두 고려하여 판단해야 한다고 보는 것이다.

이러한 판시에 관해서는 반드시 ‘중대명백설을 따르는 것은 아니’라는 다수의견의 논지와 어떤 관계에 있는지가 문제될 수 있다. 다수의견의 논지를 종합적으로 살펴보면, 결국 ‘행정처분의 근거 법률이 위헌이라는 사정이 원칙적으로 단지 취소사유에 불과하다는 것’은 반드시 ‘중대명백설’이라는 특정한 기준에 따르는지 여부와는 무관하게 인정되어야 한다는 취지로 볼 수 있을 것이다.

한편, 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견에서는, 헌법재판소법 제47조 제2항의 취지와 행정처분의 불가쟁력의 확보에 대하여 더욱 강조하면서, 특히, “독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제1문과 같은 명문의 규정이 없는 우리나라에서도 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙 내지 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석상 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 아니라는 해석이 얼마든지 가능하다”고 한다.<sup>44)</sup> 여기서 언급된 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제1문은 법원의 확정판결이나 불가쟁력이 있는 행정행위와 같이 “더 이상 취소될 수 없는 결정”은 비록 그 근거 규정이 위헌·무효로 선언되더라도 “그 효력에 영향이 없다”는 취지의 규정이다. 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제2문 이하에서는 “이러한 결정에 기한 집행은 허용되지 않는다.

44) “위헌결정의 소급효 또는 제심청구가 가능함을 이유로 당해 사건만큼은 재판의 전제성을 인정하여야 한다는 반대의견은, 위헌결정의 장래효를 원칙으로 한 헌법재판소법 제47조 제2항에 반할 뿐 아니라, 행정행위의 고유한 특성, 즉 불가쟁력(확정력)을 무의미하게 만든다. 위헌결정의 소급효와 관련하여 헌법재판소보다 더 넓게 소급효를 인정하고 있는 대법원도 “위헌결정의 소급효가 인정된다고 하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 된다고는 할 수 없고, 오히려 이미 취소소송의 제기기간이 경과하여 확정력이 발생한 행정처분에는 위헌결정의 소급효가 미치지 않는다.”고 하였다(대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결). 따라서 어떤 행정처분이 무효인지 여부는 결국 법원이 여러 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없고, 독일연방헌법재판소법 제79조 제2항 제1문과 같은 명문의 규정이 없는 우리나라에서도 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙 내지 헌법재판소법 제47조 제2항의 해석상 위헌인 법률에 근거한 행정처분이 당연무효가 아니라는 해석이 얼마든지 가능하기 때문에, 굳이 반대의견과 같이 법률에 대한 위헌결정의 효력범위를 입법정책으로 확보할 문제는 아니다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 17-18(재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견).

민사소송법에 따라 강제집행이 실행될 경우에 있어서는 민사소송법 제767조의 규정이 준용된다. 부당이득을 원인으로 한 청구는 배제된다.”라고 규정한다.<sup>45)</sup>

#### 다. 반대의견

이 사건 결정의 반대의견은 “헌법재판소가 재판의 전제성을 인정하여 법률의 위헌 여부에 관한 본안 판단에 나아갈 것인지 여부를 판단할 때 고려해야 할 법적 안정성은 그 법률이 위헌으로 결정될 경우의 효력 범위와 관련하여 검토할 문제”로서 “법원이 개별 행정처분의 효력 유지 여부와 관련하여 고려하는 법적 안정성”과는 성격이 다르다고 전제하고,<sup>46)</sup> 헌법재판소법 제75조 제7항을 이 사건에서 재판전제성을 인정해야 하는 직접적인 근거로 든다.

즉, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서 위헌결정이 선고되는 경우에는 헌법재판소법 제75조 제7항의 재심청구를 통해 예외적으로 ‘확정판결의 효력’마저 부인될 수 있는데, 행정처분의 근거가 되는 법률조항의 위헌 여부가 문제되는 당해 소송사건의 재판에 관하여 단지 ‘행정처분의 불가쟁력’을 이유로 확일적으로 재판의 전제성을 부정함으로써 본안 판단에도 나아가지 않는 것은, 우리 헌법 및 헌법재판소법의 체계와 어울리지 아니한다는 것이다.<sup>47)</sup> 결론적으로 반대의견은 행정처분의 근거 법률의 위헌 여부가 당해 사건 재판의 전제가 되는지를 판단하는 국면에서는 그 행정처분의 불가쟁력을 고려하기 어렵다고 본다.<sup>48)</sup> 즉, 반대의견의 경우 위헌결정의 소급효 범위와 행정처분의 무효 여부의 문제를 별개로 보는 점은 다수의견과 동일하지만, 재판전제성은 오로지 위헌결정의 소급효만 고려하여 판단할 문제일 뿐, 행정처분의 불가쟁력은 고려될 문제가 아니라고 보는 점이 다수의견과 다르다.

45) 이에 관해서는 정광현, “행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성”, 헌법논총 제23집, 2012, 315, 337쪽 참조.

46) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 12(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

47) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 13(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

48) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 13, 16(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견).

이러한 반대의견의 입장은 명문 규정상 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항과 같은 규정이 없는 대신, 헌법재판소법 제75조 제7항이 존재하는 우리의 헌법재판소법에서는 독일 연방헌법재판소법과 같은 취지의 해석을 할 수 없다는 것으로 볼 수 있다. 이는 원칙적으로 재판소원이 인정되지 않고, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판이 존재하는 우리의 헌법 재판제도의 특성과도 관련된다. 헌법재판소법 제75조 제7항에서 ‘확정판결에 대한 재심’을 특별하게 규정한 것은 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판이 계속 중인 상황에서도 당해 사건의 심리는 계속 진행되어 재판이 확정될 가능성을 염두에 둔 것이기 때문이다.<sup>49)</sup> 반대의견이 지정재판부의 사전심사 등 절차적인 부분을 강조하면서 법원이 행정처분의 무효 여부를 판단하는 기준에 따라 재판전제성을 판단하는 것이 실무상 부적절하다는 논지를 펴는 것도 이와 맥락을 같이 한다.<sup>50)</sup>

## 5. 규범통제와 법적 안정성

### 가. 쟁점과 배경

이 사건 결정에서 다수의견과 반대의견은 재판전제성 판단에 행정처분의 불가쟁력을 고려해야 하는지 여부에 대하여 상반된 시각을 드러내고 있다. 재판전제성이라는 적법요건 판단 국면에서 나타나는 이러한 관점의 차이는, 결국 규범통제절차를 둘러싼 법적 안정성 확보 방안에 대한 시각의 차이를 배경으로 한다.

49) 참고로 근거 규정의 위헌·무효 선언이 ‘더 이상 취소될 수 없는 결정’의 효력에 영향을 없다고 규정한 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항 제1문도 같은 법 제95조 제2항과 법률에 특별한 규정이 있는 경우는 제외하고 있는데, 이 중 제95조 제2항은 재판소원이 인용된 경우 해당 재판의 파기에 관한 조항이다.

50) 반대의견은 주로 우리 헌법재판소법 제75조 제7항의 취지를 중심으로 논리를 구성하였으나, 이러한 반대의견의 논리는 위법한 행정처분의 효력을 판단하는 법원의 재판실무 또한 그 전제로 한다. 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견과 같이 독일 연방헌법재판소법 제79조 제2항과 같은 규정이 없는 우리나라에서도 그와 동일한 취지의 해석이 가능한지 여부도, 양국의 헌법재판제도 사이의 비교뿐만 아니라, 위법한 행정처분의 효력을 판단하는 기준의 규범적·실무적 비교가 동시에 필요한 문제라고 할 것이다.

## 나. 다수의견 및 보충의견

이 사건 결정에서 다수의견은 ‘개별 행정처분의 효력’과 ‘그 근거 법률의 효력’에 있어서 국민의 권리구제와 법적 안정성이 조화되는 지점을 동일하게 본다. 다수의견은 이에 대해 “위헌인 법률에 근거한 행정처분의 당사자 또는 법적 이해관계인에게는 법령상 인정된 제소기간 내에 적법한 소송을 제기하여 그 절차 내에서 그 행정처분의 근거가 된 법률 또는 법률조항의 위헌 여부를 다룰 수 있도록 보장하고, 제소기간의 경과 등 그 처분에 대하여 더 이상 다룰 수 없게 된 때에는 비록 위헌인 법률에 근거한 행정처분이라 하더라도 되도록 그 효력을 유지하도록 함으로써 다 같이 헌법상 지켜져야 할 가치인 법적 안정성과 개인의 권리구제를 조화시킴이 바람직한 길”이라고 판시한다.<sup>51)</sup>

무엇보다도 다수의견은, 반대의견에서 제시하는 바와 같이 국민의 권리구제와 법적 안정성이 조화되는 지점을 개별 행정처분의 효력과 그 근거 법률의 효력에 관해 서로 다르게 볼 경우, 기존의 행정쟁송체계에 혼란이 발생할 가능성이 크다고 우려한다.<sup>52)</sup>

51) 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 7.

52) 이 사건 결정에 판시되지는 아니하였지만, 행정처분의 불가쟁력을 재판관제성 판단에서 고려하지 않을 경우 법적 안정성의 확보에 관해 제기되는 다른 문제로는 이른바 ‘일반 사건’에서 소급효가 무한정 확장될 수 있다는 우려가 있다. 즉, 위헌결정의 소급효에 관한 대법원의 판례가 유지된다는 전제에서 행정처분의 불가쟁력을 통한 소급효 제한 법리만 폐기되면, 헌법재판소법 제47조 제2항의 취지가 완전히 무력화될 수 있다는 것이다.

다만, 이러한 우려에 대해서는 다음과 같은 반론이 가능하다.

우선, 대법원도 위헌결정 이후에 같은 이유로 제소된 일반 사건 전반에 만연히 위헌결정의 소급효를 인정하는 것은 아니다. 즉, 대법원은 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저하거나 소급효의 부인이 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에 해당한다고 보기 어렵고 오히려 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 법적 안정성이 심하게 침해될 것으로 보여 법치주의의 원칙상 소급효의 제한이 요청되는 경우에는 소급효가 미치지 않는다고 본다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2003두14963 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5628 판결; 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두9272 판결 등 참조).

또 위헌결정의 효력 범위에 관하여 법적 안정성을 확보하는 다른 법리가 없는 것도 아니다. 예컨대 당해 사건 재판에 ‘다른 소송사건’에서의 ‘확정판결의 기판력’이 미침으로써 다른 내용의 재판을 할 수 없으면 재판의 전제성이 부정된다(헌재 2011. 7. 28. 2009헌바24, 판례집 23-2상, 13; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌바231, 공보 194, 1845 등 참조). 그리고 헌법재판소법 제75조 제7항은 당해 헌법소원심판의 전제가 되는 확정된 당해 소송사건의 당사자에게만 재심을 청구할

재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견도 같은 취지로 법적 안정성을 강조한다.<sup>53)</sup>

#### 다. 반대의견

이 사건 결정의 반대의견은 다수의견과 달리 ‘개별 행정처분의 효력’과 ‘그 근거 법률의 효력’에 있어서 국민의 권리구제와 법적 안정성이 조화되는 지점이 서로 다르다고 본다.

이에 관해 반대의견은 특히, “법률조항은 그 속성상 다수의 수범자를 전제로 하므로, 그 수범자인 국민이 법원의 재판에 적용되는 법률조항의 위헌 여부를 다루고 있는 상황에서는, 이에 대한 헌법적 해명을 하고 위헌결정이 선고될 경우 그 효력이 미치는 범위는 사전에 예측 가능한 입법정책

수 있도록 하며, 이에 대하여 헌법재판소는 규범통제의 실효성 확보와 법적 안정성을 모두 고려할 때 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 867-868 참조).

한편, 헌법재판소의 판례에 따라 경우 법률에 대한 위헌결정 이후에 제소된 일반 사건에 위헌결정의 소급효가 인정되는 경우는, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없으며, 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에 한하므로(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744, 745 등 참조), 이러한 사례를 두고 법적 안정성의 훼손을 우려하는 것은 그 자체로 모순이다.

- 53) “법정의견이, 위헌 법률에 근거한 행정처분이라 할지라도 그것이 당면무효는 아니라고 보는 가장 근본적인 이유는, 그 하자가 명백한지 여부를 떠나 이 경우를 무효라고 본다면 법적 안정성을 해칠 우려가 크다는 데 있다. 법률조항은 그 속성상 다수의 수범자를 전제로 하여 수많은 행정처분의 근거가 되고, 그 법률조항에 기하여 행정처분이 대량으로 계속 반복하여 이루어지므로, 공법관계에서는 특히 법적 안정성과 신뢰보호의 요청이 강하기 때문이다. 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백하다고 할 수 없다는 것도, 국회에서 헌법과 법률이 정한 절차에 의하여 제정·공포된 법률은 그 합헌성이 추정된다는 데에 그 근거가 있다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌바113; 헌재 2007. 10. 4. 2005헌바71 등 참조). 반대의견에 따른 경우, 행정처분의 쟁송기간이 경과한 후에도 그 처분의 직·간접적인 근거 법률의 위헌성을 주장하지만 하면 언제든지, 또 어떤 소송형태로든 그 효력을 다툴 수 있게 되는바, 이는 행정처분의 무효사유와 취소사유의 구분을 전제로 구축하여 온 행정법체계와 행정쟁송체계 전반에 혼란을 초래할 우려가 있으므로, 법적 안정성의 측면에서 결코 바람직하다고 볼 수 없다.” 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 17(재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견).

에 따르도록 하는 것이 법적 안정성을 확보하는 길이다. 이와 달리 오로지 개별 행정처분의 효력 유지라는 관점에서 그 근거 법률의 위헌 여부에 대한 헌법적 해명에 나아가지 않는 것은, 당장은 그 행정처분의 효력과 관련된 법률관계를 어느 정도 안정시키는 효과가 있을지 모르나, 위헌 여부가 문제되는 법률조항에 근거한 다수의 행정처분들이 존재할 가능성을 고려할 때 그 법률조항의 위헌 여부를 둘러싼 사회적 논쟁을 방치하는 것이 되므로, 궁극적으로 법적 안정성의 확보에 기여한다고 볼 수 없다.”라고 판시한다.<sup>54)55)</sup>

그리고 앞서 본 바와 같이 이처럼 ‘개별 행정처분의 효력’과 ‘그 근거 법률의 효력’에 있어서 국민의 권리구제와 법적 안정성이 조화되는 지점을 서로 다르게 본다고 하여 기존의 행정쟁송제도가 흔들리는 것도 아니라고 강조한다. 반대의견의 입장에서 볼 때에 양자는 서로 별개이고, 법원과 헌법재판소에서 각각 독자적으로 관련된 재판권을 행사할 문제일 뿐이라는 것이다.

54) 이러한 반대의견의 시각은 우리의 헌법재판제도상 구체적 규범통제절차에서 위헌결정이 선고된 경우 해당 법률의 효력 자체가 일반적으로 상실되도록 한 것과도 연관이 있다. 이러한 관점은 반대의견에서 헌법재판소법 제75조 제7항의 재심청구 기회의 보장과 관련하여, 헌법재판소가 “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판 계속 중 심판대상이 된 법률조항이 다른 사건에서 이미 위헌으로 결정된 경우에는 그 법률조항에 대하여 위헌임을 확인하는 주문의 결정을 선고하고 있(음)(헌재 1999. 6. 24. 96헌바67; 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바35등 참조).”을 강조한 점에서도 엿볼 수 있다. 이 사건 결정, 판례집 26-1상, 1, 13(재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견) 참조.

55) 여기서 ‘다수의 수범자의 존재를 전제로 하는 법률조항의 속성’을 근거로 하여 반대의견과 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견이 서로 정반대의 논증을 하고 있는 점이 흥미롭다. 반대의견은 이를 헌법적 해명의 필요성이 더 강조되는 근거로 제시하는 반면, 재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견에서는 공법관계에서의 법적 안정성이 더 강조되는 근거로 제시한다.

재판관 조용호의 다수의견에 대한 보충의견에서는 이 부분 판시에 이어 기존의 판례를 인용하면서 위헌 법률에 근거한 행정처분의 위법성이 ‘객관적으로 명백한 것은 아닌 이유’의 하나로 ‘법률의 합헌성 추정’을 든다.

그런데 이에 대해서는 다시 반론이 제기될 수도 있다. 반대의견의 관점에 따라 헌법재판을 통한 규범통제는 ‘법률의 위헌 여부를 둘러싼 사회적 논쟁’을 헌법적으로 해명함으로써 ‘궁극적인 법적 안정성의 확보’를 추구해야 한다고 본다면, ‘법률이 위헌이 될 가능성’을 전제로 존재하는 규범통제절차에서 문안 판단에 나아가지 못하는 근거가 궁극적으로 ‘법률의 합헌성 추정’에 있게 된다는 것은 부자연스러운 논리가 되기 때문이다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정에서는 위헌 법률에 근거한 행정처분은 원칙적으로 취소할 수 있는 것에 불과하므로, 취소소송의 제소기간이 지난 후에 제소된 무효 확인소송 등에서는 그 처분의 근거 법률의 위헌 여부가 원칙적으로 재판의 전제가 되지 않는다는 기존의 입장을 재확인하였다.

다만, 이 사건 결정에서는 다수의견 및 그에 대한 보충의견과 반대의견 사이에 행정처분의 하자론과 위헌결정의 소급효 범위 및 규범통제절차를 둘러싼 법적 안정성 확보에 관하여 보다 근본적이고 깊이 있는 논쟁이 있었다는 점에 그 의의가 있다.

# 집회 및 시위에 관한 법률 제22조 제2항 등 위헌소원 등

- 옥외집회·시위 사전신고의무 사건 -

(헌재 2014. 1. 28. 2011헌바174·282·285, 2012헌바39·64·240(병합),  
판례집 26-1상, 34)

원 유 민\*

## 【관시사항】

1. ‘집회’ 개념이 불명확하여 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것, 이하 ‘집회시위법’이라 한다) 제22조 제2항 중 제6조 제1항 본문에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 죄형법정주의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 옥외집회·시위의 사전신고제도를 규정한 심판대상조항이 헌법 제21조 제2항의 사전허가금지에 위배되는지 여부(소극)
3. 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 집회의 자유를 침해하는지 여부(소극)
4. 심판대상조항이 과잉형벌에 해당하는지 여부(소극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 집회시위법(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것) 제22조 제2항 중 제6조 제1항 본문에 관한 부분의 위헌 여부이다.

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것)

제22조(벌칙) ② 제5조 제1항 또는 제6조 제1항을 위반하거나 제8조에 따라 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는

---

\* 헌법연구관

200만 원 이하의 벌금에 처한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 김○희, 이○택은 관할 경찰서장에게 신고하지 아니한 채, 2010. 5. 10. 12:10경부터 12:40경까지 서울 종로구에 있는 광화문광장에서 “인터넷에서 자유롭게 말하게 해 달라.” 등의 문구가 적힌 피켓을 각자 들고 6~7미터 간격으로 서 있는 방법으로 미신고 시위를 주최하였다는 이유로 서울중앙지방법원에 기소되어 소송계속 중(2010고정6515), ‘집회 및 시위에 관한 법률’(이하 ‘집회시위법’이라 한다) 제22조 제2항, 제6조 제1항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2011. 7. 28. 기각되자(2011초기2246), 2011. 8. 8. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다(2011헌바174 사건).

### 2. 청구인들의 주장

집회시위법의 운용구조와 체계를 고려하면, 옥외집회·시위의 신고는 부작용에 의한 허가를 위한 신청행위로서의 성격을 가지며, 금지통고는 신청에 대한 불허가 처분이고, 금지통고를 하지 않는 경찰관서장의 부작용을 집회허가라고 볼 수 있다. 심판대상조항의 사전신고제는 신고된 옥외집회·시위에 대하여 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 제도로서, 사실상 허가제에 해당하므로 헌법 제21조 제2항에 위배된다. 심판대상조항에 의하여 집회의 목적이 공공의 안녕질서를 해칠 우려가 있는지 묻지 않고, 집회장소가 공공의 장소이거나 집회자가 임의로 사용할 수 있는 곳인지 묻지 않으며, 집회의 성격이 48시간 전에 계획된 것인지 48시간 전에 예측할 수 없는 우발적 집회나 긴급집회인지 묻지 않고 모든 옥외집회에 대해서 신고의무를 부과하고 있다. 또한 사전신고제가 집회예정시간보다 48시간 전에 신고하도록 하는 것은 신고 후 48시간 동안 옥외집회를 금지하는 결과가 되므로, 집회 여부를 48시간 전에 예측할 수 없는 우발적 집회나 긴급집회에 대하여 48시간 전에 신고하지 않았다고 하여 처벌하는 것은 우발적 집회나 긴급집회를 금지하는 셈이 된다. 따라서 심판대상조항의 사전신

고제는 과잉금지원칙을 위반하여 집회 및 시위의 자유를 침해한다.

### **【결정요지】**

1. 일반적으로 집회는 일정한 장소를 전제로 하여 특정 목적을 가진 다수인이 일시적으로 회합하는 것을 말하는 것으로 일컬어지고 있고, 그 공동의 목적은 ‘내적인 유대 관계’로 족하다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 위와 같은 의미에서 집회시위법상 ‘집회’가 무엇을 의미하는지를 추론할 수 있으므로, 심판대상조항의 ‘집회’의 개념이 불명확하다고 볼 수 없다.

2. 집회시위법의 사전신고는 경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고이다. 집회시위법 전체의 규정 체제에서 보면 집회시위법은 일정한 신고절차만 밟으면 일반적·원칙적으로 옥외집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하고 있으므로, 집회에 대한 사전신고제도는 헌법 제21조 제2항의 사전허가금지에 위배되지 않는다.

3. 심판대상조항의 신고사항은 여러 옥외집회·시위가 경합하지 않도록 하기 위해 필요한 사항이고, 질서유지 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하는 중요한 정보이다. 옥외집회·시위에 대한 사전신고 이후 기재사항의 보완, 금지통고 및 이의절차 등이 원활하게 진행되기 위하여 늦어도 집회가 개최되기 48시간 전까지 사전신고를 하도록 규정한 것이 지나치다고 볼 수 없다.

헌법 제21조 제1항을 기초로 하여 심판대상조항을 보면, 미리 계획도 있었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 옥외집회인 이른바 ‘긴급집회’의 경우에는 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 하는 것으로 해석된다. 따라서 신고 가능한 즉시 신고한 긴급집회의 경우에까지 심판대상조항을 적용하여 처벌할 수는 없다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하지 아니한다.

4. 미신고 옥외집회의 주최는 신고제의 행정목적에 침해하고 공공의 안녕질서에 위협을 초래할 개연성이 높으므로, 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 심판대상조항이 집회의 자유를 침해한다고 할 수 없고, 그 법정형

이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 볼 수 없으므로, 과잉형벌에 해당하지 아니한다.

### 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견

집회시위법은 사전신고 요건을 충족시키기 어려운 긴급집회의 경우에 그 신고를 유예하거나 즉시 신고로서 옥외집회를 가능하게 하는 조치를 전혀 취하고 있지 않다. 긴급집회의 경우 수범자에게 집회를 개최하려고 마음먹은 때부터 집회 시까지 48시간을 초과하지 못하여 집회시위법 제6조 제1항에 따른 신고를 부담하는지, 부담한다면 언제 신고를 하여야 하는지가 분명하다고 할 수 없다. 따라서 심판대상조항이 긴급집회에 대해 어떠한 예외도 규정하지 않고 모든 옥외집회에 대해 사전신고를 의무화하는 것은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 집회의 자유를 침해한다.

집회에 대한 신고의무는 단순한 행정질차적 협조의무에 불과하고, 그러한 협조의무의 이행은 과태료 등 행정상 제재로도 충분히 확보 가능함에도 심판대상조항이 징역형이 있는 형벌의 제재로 신고의무의 이행을 강제하는 것은 헌법상 집회의 자유를 전체적으로 위축시키는 결과를 가져올 수 있고, 이는 신고제도의 본래적 취지에 반하여 허가제에 준하는 운용을 가능하게 하는 것이다. 미신고 옥외집회 주최자를 집회시위법상 금지되는 집회 또는 시위의 주최자와 동일하게 처벌하는 것은 법익침해의 정도가 질적으로 현저히 다른 것을 동일하게 처벌하는 것으로 국가형벌권 행사에 관한 법치국가적 한계를 넘어 지나치게 과중한 형벌을 규정한 것이다.

## 【해 설】

### 1. 헌법 및 집회시위법상 사전신고제의 연혁

#### 가. 우리나라 헌법상 집회 규제의 연혁

제헌헌법(1948. 7. 17. 헌법 제1호)은 제13조에서 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유가 제한 받지 않는다고 규정하였다. 이 규정은 1954년 개정 헌법(1954. 11. 29. 헌법 제3호)까지 그대로 유지되었으

나, 1960년 6월 개정 헌법(1960. 6. 15. 헌법 제4호)에서는 제13조에서 언론·출판·집회·결사의 자유와 함께 정당 보호 규정이 새로이 추가되었고, 제28조 제2항 단서에서 언론, 출판에 대한 허가나 검열과 집회, 결사에 대한 허가를 규정할 수 없다고 규정하여 처음으로 언론·출판·집회·결사에 대한 허가금지 규정이 추가되었다.

1960년 12월 전부 개정으로(1962. 12. 26. 헌법 제6호) 언론·출판·집회·결사의 자유에 대한 규정은 제18조로 위치가 변경되었고, 이때 제28조 제2항 단서에 규정되어 있던 허가금지 조항이 제18조 제2항으로 위치를 옮겨 언론·출판·집회·결사의 자유와 함께 규정되기에 이르렀다. 다만 제4항에서는 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다고 규정하였다. 이 규정은 1969년 개정헌법에서도 그대로 유지되다가 1972년 유신헌법(1972. 12. 27. 헌법 제8호)에서 다시 제18조에 규정하기에 이르렀는데, 이 규정에서는 제헌헌법당시와 마찬가지로 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한 받지 아니한다고 규정하고, 허가제 금지 조항을 삭제하였다. 한편 1980년 헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호)은 제20조 제1항에서 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다고 규정하고, 그 제한에 관해서는 일반적 법률유보 조항(제35조 제2항)으로 해결하였다. 현행 헌법인 1987년 헌법(1987. 10. 29. 헌법 제10호)은 제21조에서 언론·출판·집회·결사의 자유를 규정하고 있는데, 언론·출판·집회·결사의 자유에 대한 허가금지 조항을 부활시켜 제2항에서 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다는 규정을 추가하였다.

## 나. 집회·시위 사전신고제의 연혁<sup>1)</sup>

집회·시위에 대한 사전신고제도는 1960년부터 있어 왔다. 다만 신고 사

---

1) 집회시위법이 5.16 군사정부 이후 헌법상 기본권인 집회의 자유를 구체화하기 위한 목적보다는 정치적 상황에서 집회를 억제하기 위한 목적으로 제정되었으나, 1987년 민주화 이후 본격적으로 집회에 대한 국민의 권리와 국가의 과제를 균형 있게 반영하는 입법적 노력이 이루어져 왔다고 평가되기도 한다. 전광석, 집회 및 시위의 자유와 자율, 그리고 경찰개입의 한계, 연세법학연구, vol. 9 No.2, 2003, 77-88 참조.

항에 대해서는 그동안 여러 가지 변화가 있었다. 집회시위법이 제정되기 전인 1960년의 ‘집회에 관한 법률’(1960. 7. 1. 법률 제554호 제정)<sup>2)</sup>에서는 제1조와 제2조에서 집회와 시위에 대한 신고제를 규정하여 집회 및 시위를 주최하려는 자는 그 목적, 시일, 장소, 회합예상인원과 주최자의 주소, 성명을 기재한 신고서를 늦어도 집회의 24시간 전에 소관 경찰서장에게 제출하도록 하였다. 이 법은 1962년에 폐지되고, ‘집회및시위에관한법률’이 제정되었다<sup>3)</sup>.

집회시위법은 1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정될 당시 제4조 제1항에서 집회에 대한 신고의무를 규정하였고, 옥외에서 집회 또는 시위를 주최하고자 하는 경우 그 목적, 일시, 장소, 참가예정인원과 주최자의 주소, 성명 및 시위방법을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간 전에 관할경찰서장에게 제출하도록 하였다. 그러다가 1973년 개정법(1973. 12. 20. 법률 제2648호) 제4조 제1항에서 주최자의 직업과 연사의 주소·성명·직업·연제<sup>4)</sup>를 신고서에 기재하도록 신고사항을 추가하였으며, 1989년 개정법(1989. 3. 29. 법률 제4095호)은 제6조 제1항에서 신고의무를 규정하면서 신고사항으로 연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업, 참가예정단체를 추가하였다. 1991년 개정법(1991. 5. 31. 법률 제4369호)에서는 신고사항으로 추가된 것이 없다. 한편, 2004년 개정법(2004. 1. 29. 법률 7123호)은 연락책임자와 질서유지인을 신고사항에 포함시켰으며, 연사에 대한 정보와 연제를 삭제하였고, 집회를 개최할 의사나 계획이 없으면서 다른 집회를 방해할 목적 하에 위장으로 1년치 집회를 한꺼번에 신고하는 사태 등을 막기 위해 집회 또는 시위의 720시간 전부터 48시간 전에 신고서를 제출하도록 하는 시간 제한 규정을 두었다. 2007년 개정법(2007. 5. 11. 법률 제8424호)에서도 신고사항 규정을 개정하면서 신고사항을 각호에 규정하였으나, 신고사항 자체가 달라진 것이 없다.

- 
- 2) 이 법률이 제정되기 전에는 형법, 국가보안법, 도로교통법 등으로 집회를 제한하였다.
  - 3) 이 법이 폐지되기 전인 1961. 5. 16. 군사 쿠데타가 일어났고, 국가재건최고회의는 1961. 9. 9. ‘집회에 관한 임시조치법’을 제정하였는데, 이 법에서는 경제개발사업 촉진, 농촌교도사업, 이재민구호, 오락, 관혼상제 등을 위한 집회 이외는 모든 집회를 금지하였다. 허용되는 집회라 할지라도 24시간 전에 신고하도록 하였으며, 금지된 집회를 개최한 자는 5년 이하의 징역형에 처하도록 하였다.
  - 4) 연제(演題) 연설이나 강연 따위의 제목. 표준국어대사전 검색 참조.

### 다. 집회·시위 신고의무 위반에 대한 형벌규정의 연혁

집회·시위의 신고의무 위반에 대한 규제는 1960년 ‘집회에 관한 법률’에서부터 이루어졌고, 제3조에서 2만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다. 그 후 위 법은 폐지되고, 1962년 제정된 집회시위법 제17조는 신고를 하지 않은 집회를 개최한 경우 2년 이하의 징역 또는 4만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 하였다. 1973년 개정법(1973. 3. 12. 법률 제2592호)은 제14조 제1항에서 신고의무 위반에 대해 5년 이하의 징역 또는 10만 원 이하의 벌금에 처하도록 하여 법정형을 대폭 상향조정하였다. 1980년 개정법 역시 제14조 제1항에서 신고의무 위반에 대한 법정형을 7년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금으로 정하여 법정형을 높였다. 그런데 1989년 전부 개정된 집회시위법(1989. 3. 29. 법률 제4095호)은 신고의무 위반에 대한 벌칙 규정을 제19조 제2항으로 옮겨 법정형을 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금으로 대폭 하향 조정하였으며, 2007년에 다시 전부 개정된 집회시위법(2007. 5. 11. 법률 제8424호)은 집회신고의무 위반에 대한 형벌 규정의 위치를 제22조 제2항으로 옮겼으나 여전히 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금을 유지하고 있다.

## 2. 집회의 자유의 보호영역

### 가. 미신고 옥외집회·시위

이 사건에서 문제되는 바와 같이 신고를 하지 아니하고 옥외집회·시위를 개최한 경우(이하 미신고 옥외집회와 미신고 시위를 통칭하여 ‘미신고 집회’라고 한다.) 이러한 미신고집회도 헌법상 집회의 자유의 보호영역에 포함되는지 문제될 수 있다. 사전신고의무는 행정 절차적 협조의무로서, 집회시위법상의 신고의무를 위반한 경우에 곧바로 해당 집회가 불법집회가 되는 것은 아니다. 공공의 안녕질서에 대한 침해는 집회의 자유와 본질적으로 형량의 대상이 되는 반면, 신고의무는 행정적 의무로서 헌법상의 기본권인 집회의 자유를 제한하는 근거가 될 수 없다.<sup>5)</sup> 대법원도 “집회의 자유가 가

5) 전광석, 앞의 논문, 110면; 이호중, 미신고집회의 금지와 처벌에 대한 형사법적 고찰, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011. 7., 212면 참조.

지는 헌법적 가치와 기능, 집회에 대한 허가 금지를 선언한 헌법정신, 옥외 집회 및 시위에 관한 사전신고제의 취지 등을 종합하여 보면, 신고는 행정 관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데 의의가 있는 것으로 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니되므로, 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 옥외집회 또는 시위를 헌법의 보호 범위를 벗어나 개죄가 허용되지 않는 집회 내지 시위라고 단정할 수 없다”고 판시한 바 있다(대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결 참조). 따라서 미신고집회 역시 헌법상 집회의 자유의 보호범위에 포함된다.

신고의무 위반과 같은 단지 질서유지적 규정에 위반된 경우에는 이러한 위반으로 인하여 집회·시위가 공공의 안녕 질서에 대한 직접적인 위협이 있었는지, 집회·시위의 금지 등의 조치가 중대한 법익의 보호를 위하여 반드시 필요한 것인지를 항상 별도로 판단하여야 한다. 집회·시위의 금지 등이 신고의무의 이행을 강제하는 수단이 될 수 없으며, 신고의무의 위반과 더불어 공공의 안녕 질서에 대한 직접적 위협이 존재한다는 조건 하에서만 이러한 금지 등이 정당화된다. 집회·시위가 다른 보호법익에 대한 침해 없이 평화적으로 진행되어 법익충돌이 없는 상태 혹은 상충하는 법익간의 조화가 이루어진 상태가 바로 집회시위법이 신고의무를 통하여 실현하고자 하는 상황이므로 집회·시위에 대한 신고가 없었더라도 집회·시위가 충돌 없이 평화적으로 이루어졌다면, 이러한 집회·시위를 금지하여야 할 이유는 없는 것이다.<sup>6)</sup> 대법원도 “집회 및 시위에 관한 법률 제20조 제1항 제2호가 미신고 옥외집회 또는 시위를 해산명령 대상으로 하면서 별도의 해산 요건을 정하고 있지 않더라도, 그 옥외집회 또는 시위로 인하여 타인의 법익이나 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 초래된 경우에 한하여 위 조항에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이러한 요건을 갖춘 해산명령에 불응하는 경우에만 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다고 보아야 한다. 이와 달리 미신고라는 사유만으로 그 옥외집회 또는 시위를 해산할 수 있다고 해석한다면, 이는 사실상 집회의 사전신고제를 허가제처럼

6) 한수웅, 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 저스티스 통권 제77호, 23-24면.

운영하는 것이나 다름없어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다.”라고 판시하고 있다(위 대법원 판결 참조).

한편, 심판대상조항은 ‘제6조 제1항에 따른 신고를 아니하여 집회나 시위를 개최한 자’를 형사처벌하고 있는바, 특정한 행위에 대하여 형사처벌하는 것은 (집회의 해산과 같은 직접적인 제한은 아니지만) 그 특정한 행위를 금지하는 실체적 효과를 가져온다. 미신고집회도 헌법상 집회의 자유의 보호범위에 포함되기 때문에 미신고집회를 처벌하는 것의 불법성은 신고를 하지 아니한 ‘집회를 개최하는 행위’가 아니라 ‘행정상 신고의무 불이행’에 있어야 할 것이다.

※ 집회·시위 통계

연도	2005	2006	2007	2008	2009
발생건수	11,036	10,368	11,904	13,406	14,384
참가인원	2,928,483	2,617,893	2,327,608	3,082,069	3,092,668
미신고 불법집회	1,001	826	588	3,155	980
불법폭력시위	77	62	64	89	45

※ 사법처리 현황

연도		2005	2006	2007	2008	2009
사법 처리 현황	구속	200	305	176	148	220
	불구속	4,127	5,534	5,140	4,277	3,995
	소계	4,338	5,839	5,316	4,425	4,215
기타(즉심, 훈방 등)		2,855	3,627	949	508	1132
계		7,193	9,466	6,265	4,933	5,347

[출처: 유엔 시민적 및 정치적 규약 이행에 관한 제4차 국가보고서 초안(2011.1) 작성: 경찰청<sup>7)</sup>]

7) 이 통계는 최은아, ‘미신고집회’의 실태와 처벌 현황, 집시법의 신고제의 위헌성과 미신고집회 처벌의 문제점(서강대학교 법학연구소 인권법센터, 2011. 3. 28. 학술 발표자료)에서 재인용.

## ※ 신고 및 미신고집회 개최 현황

구 분		총집회 횟수	신고집회 횟수	미신고집회 회수
2009년	횟수	28,621	27,641	980(3.42%)
	인원	2,142,910	1,997,694	145,216(6.78%)
2008년	횟수	28,400	25,245	3,155(11.11%)
	인원	2,652,020	1,936,559	715,461(26.98%)
2007년		23,704	23,116	588(2.48%)
2006년		25,861	25,035	826(3.19%)
2005년		28,026	27,025	1,001(3.57%)
2004년		30,142	26,748	3,394(11.26%)
2003년		24,503	22,892	1,611(6.57%)
2002년		34,138	32,443	1,695(4.97%)

[출처: 2010년 경찰청 국정감사자료]

#### 나. 우발적 집회

우발적 집회란 사전의 계획이나 준비, 즉 사전의 초대, 신고, 주최자와 지도자 없이 현실적 동기에서 즉흥적으로 이루어지는 집회를 말한다. 우발적 집회도 집회의 자유의 보호대상으로 보는 것이 학계의 지배적인 견해이다.<sup>8)</sup>

우발적 집회와 관련하여 독일연방헌법재판소는 1985년 5월 14일 브록도르프 결정에서 즉흥적 자연발생적 집회(Spontandemonstrationen)의 경우에는 사전신고의 요건이 면제된다고 하였고, 또한 신고의무위반이 자동적으로 집회의 금지 또는 해산의 근거가 되지 않는다고 판시한 바 있다.<sup>9)</sup>

우발적 집회의 경우 주최자가 없고 미리 계획되지 않은 집회로서, 심판대상조항의 행위요건인 집회의 ‘주최’ 요소가 있다고 보기 어려우므로, 우

8) 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 485면 이하; 허영, 한국헌법론, 2011, 593면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 594; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010, 187면; 김승환, 집회의 자유, 민주법학 제16호, 민주주의법학연구회, 1999, 321면; 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2010, 320면; 김종철, 집회의 자유와 입법자 및 경찰권, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009.9, 52면; 구형근, 집시법상 집회와 시위에 관한 법적 고찰, 토지공법연구 제48집, 한국토지공법학회, 2010. 2., 328면 참조; 박승호, 집회및시위에관한법률 상 사전신고제의 위헌성, 법학논고 제38집, 2012.2, 11면 참조.

9) 연방헌재, 제1재판부 1985. 5. 14., 사건번호: 1 BvR 233/81, 341/81, 브록도르프 판결(Brokdorf, BVerfGE 69, 315); 독일연방헌법재판소 관례번호집 2010 (헌법재판소), 43쪽 이하.

발적 집회에 대해서는 심판대상조항이 적용되지 아니한다고 보는 것이 타당하다.<sup>10)</sup>

### 다. 긴급집회

(1) 긴급집회란 미리 계획되었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 집회를 말한다. 이러한 긴급집회도 집회의 자유의 보호대상으로 보는 것이 지배적인 견해이다.<sup>11)</sup> 당해사건 중 2011헌바282사건 청구인은 2010. 4. 2. 미국 동아태 차관보의 이틀도 채 안 되는 짧은 방한 일정에 맞춰 옥외집회를 개최하였고, 2012헌바64 사건에서 청구인들은 일부 공직자들의 관광성 외유 계획을 알게 된 것이 2010. 10. 14.이고 출국예정일은 일요일인 2010. 10. 17.이었기 때문에 금요일인 2010. 10. 15.에 긴급하게 기자회견을 한 것이라고 주장하고 있어, 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고할 수 없는 사정이 있다고 볼 수 있다.

그런데 심판대상조항은 늦어도 48시간 전에 집회 및 시위의 개최사실을 신고하도록 규정하고 있어, 48시간 안에 신고를 할 수 없는 긴급집회의 경우도 48시간 전에 신고를 하여야 하는 ‘집회’에 포함되는지 문제되는바, 이 결정 이전까지는 긴급집회의 경우 심판대상조항이 어떻게 해석·적용되는지 명시적으로 밝힌 판례가 없었다. 이에 대해서는 두 가지 해석이 가능하다.<sup>12)</sup>

#### (2) 포함설(문언해석)<sup>13)</sup>

- 
- 10) 서울고등법원 1990. 8. 22. 선고 87노1404 판결; 대법원 1991. 4. 9. 선고 90도2435 판결에서도 우발적 집회에 대해 시위를 주최하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.
- 11) 계획적, 앞의 책, 486면; 허영, 앞의 책, 593면; 김승환, 앞의 논문, 321면; 전광석, 앞의 책, 320면, 김종철, 앞의 논문, 52면; 임규철, 집회의 자유, 헌법학연구, 제10권 제3호, 한국헌법학회, 2004. 9., 249면, 이희훈, 구집회및시위에관한법률상 집회의 개념과 사전신고 및 미신고 집회시 형벌규정에 대한 헌법적 평가, 중앙법학 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009. 10., 94면; 구형근, 앞의 논문, 328면; 박승호, 앞의 논문, 12면 참조.
- 12) 한수웅, 앞의 논문, 21-22면; 박승호, 앞의 논문, 11-12면; 이호중, 앞의 논문, 199-200면 참조; 이희훈, 집회의 개념에 대한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006, 167-168면 참조. 이하 이 글에서는 긴급집회에 긴급‘시위’가 포함된 것으로 보도록 한다.
- 13) 헌법합치적 해석은 문언의 한계를 넘어 죄형법정주의 명확성원칙 내지 유추해석 금지원칙에 반한다는 견해로 박승호, 앞의 논문, 18면; 이호중, 앞의 논문, 226면 참조. 2007헌바22결정 재판관 조대현의 반대의견도 집회시위법 제6조 제1항의 문언상 긴급집회에도 신고의무가 적용된다고 본 후 위헌이라고 보았다.

집회시위법 제6조 제1항 문언에 의하면, 주최자의 신고의무는 모든 집회 및 시위에 대하여 적용되고, 신고의무의 예외는 오로지 집회시위법 제15조에 근거하여 ‘학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제(冠婚喪祭) 및 국경행사(國慶行事)에 관한 집회’만 인정되고 있다. 일반적으로 집회는 일정한 장소를 전제로 하여 특정 목적을 가진 다수인이 일시적으로 회합하는 것을 말하는 것으로 일컬어지고 있고(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 588), 대법원은 “집시법상의 집회란, 특정 또는 불특정 다수인이 특정한 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말하고, 그 모이는 장소나 사람의 다과에 제한이 있을 수 없다.”고 판시하고 있다(대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2528 판결). 헌법재판소와 대법원의 해석에 의하여도 ‘집회’의 개념에는 집회를 개최하게 된 경위나 집회 개최에 이르기까지 걸린 시간에 대한 요소는 고려되고 있지 않다. 만약 신고의무의 대상이 되는 ‘집회’에 긴급집회를 제외하려고 하였다면, 긴급집회에 대한 권리를 보장하고 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 신고의무의 예외로 규정하거나 신고시간을 완화하는 규정으로 규율하였을 것이나, 집회시위법에서는 긴급집회를 규율하는 어떠한 규정이 존재하지 않는다. 이와 같은 사정을 종합하여 볼 때 집회시위법 제6조 제1항의 문언상 신고의무의 대상이 되는 집회에는 긴급집회가 포함된다는 견해이다.

### (3) 불포함설(합헌적 법률해석)<sup>14)</sup>

집회시위법 제6조 제1항의 신고의무란 주최자에 의하여 사전에 계획된 집회를 전제로 하고 있기 때문에, 사전에 계획되었지만 사안의 긴급성 때

---

“48시간 전에 신고하도록 하는 것은 신고 후 48시간 동안 집회를 금지하는 결과로 되므로, 집회 여부를 48시간 전에 예측할 수 없는 우발적인 집회나 긴급한 집회에 대하여 48시간 전에 신고하지 않았다고 하여 처벌하는 것은 그러한 집회를 사실상 금지하는 셈이다. 이 점도 헌법 제21조 제1항과 제37조 제2항에 위반된다고 보지 않을 수 없다.”(재판관 조대현의 반대의견, 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22, 판례집 21-1하, 578, 595)

14) 한수웅, 앞의 논문, 22-23면; 계획열, 앞의 책, 486면; 허영, 앞의 책, 593면; 성낙인, 앞의 책, 594면; 홍성방, 앞의 책, 187면; 김승환, 앞의 논문, 321면; 이부하, 집회의 자유에 대한 헌법적 해석 및 관련법률의 비례성심사, 한양법학, 제22권 제2호, 2011.5., 300, 305면; 구형근, 앞의 논문, 328면 참조.

문에 규정된 48시간 전에 신고가 불가능한 긴급집회의 경우 신고의무가 제한적으로 적용되며, 신고의무는 ‘가능한 조속하게 신고해야 할 의무’로 변형된다. 법원에서도 긴급집회에 대하여 집회시위법 제6조 제1항을 그대로 적용하지는 않는 것으로 보이는 판례가 있다.<sup>15)</sup> 따라서 긴급집회의 경우에는 사전신고의무가 적용되는 ‘집회’의 개념에 포함되지 않는다.

(4) 독일연방헌법재판소의 판례(1991년 10월 23일 긴급집회 결정, BVerfGE 85, 69 – Eilversammlungen)

독일에서 긴급집회가 문제되었던 사건의 청구인은 1986. 2. 3. 시작되는 독일경찰공무원의 남아프리카여행에 대한 항의집회를 호소하는 1986. 1. 29자 문건에 서명한 자로, 그 문건에는 전화번호가 있었으나, 집회는 신고되지 않았다. 1986. 2. 3. 그를 포함한 20여 명이 만하임 역에 모여 집회는 평화적으로 진행되었고 돌발사태 없이 해산되었다. 지방법원은 그를 주축자 및 지휘자로 신고 없이 옥외집회를 했다는 이유로 벌금부과 판결을 하였다.

독일연방헌법재판소 다수의견은 집회의 공지 48시간 전까지 신고의무를 규정하고 있는 독일 ‘집회와 행진에 관한 법률’ 제14조<sup>16)</sup>의 의미를, 집회의

15) 서울고등법원 2005. 6. 7. 선고 2004노3100 판결; 서울중앙지방법원 2012. 1. 5. 선고 2011고정3928 판결 참조.

다만 서울고등법원 2004노3100 판결은 긴급하게 개최하여야만 하는 사정이 없다는 이유로 사전신고를 기대할 수 없는 긴급집회에 해당하지 않는다고 판시하고 있을 뿐, 긴급집회의 경우 사전신고의무가 면제되는 것인지 또는 신고를 기대할 수 있을 때 신고하면 되는 것인지 아무런 언급이 없다. 2004노3100 판결은 48시간 이내에 집회를 개최하여야만 하는 ‘특별한 사정’이 없다고 판시하고 있는 바, 특별한 사정이 없는 경우에는 신고의무를 다하기 위하여 48시간 이후에만 집회를 개최할 수 있다는 취지인지 불분명하다. 이러한 해석은 긴급집회의 경우 신고의무가 ‘가능한 조속하게 신고해야 할 의무’로 변형된다는 (합헌적 법률)해석과는 차이가 있다. 또한 서울중앙지방법원 2012. 1. 5. 선고 2011고정3928 판결은 긴급한 사정이 ‘사회상규에 반하지 않는 정당행위’에 해당하지 않는다고 판시하고만 있어, 긴급집회의 경우 구성요건해당성의 판단 단계에서 신고의무의 변형이 일어나는지에 대하여는 역시 아무런 언급이 없다.

16) 독일 ‘집회와 행진에 관한 법률’ 제14조에 의하면, 옥외집회와 시위는 공고 48시간 전에 관할 행정청에 신고하여야 한다. 독일법상 신고의무는 ‘집회의 공고 48시간 전까지’라고 규정하고 있으나, 우리 집회시위법상 신고의무는 ‘집회 개최 48시간 전까지’라고 규정하고 있어서 독일법과 우리법상 긴급집회의 범위가 다를 수 있고, 우리 집회시위법상 긴급집회에 해당하는 경우가 상대적으로 적을 것이다. 이호중, 앞의 논문, 226면 참조.

자유를 규정하고 있는 기본법 제8조를 고려하여 긴급집회의 경우에는 신고 가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 한다는 것이라고 헌법합치적으로 해석하였다. 그러나 반대의견은 독일 ‘집회와 행진에 관한 법률’ 제14조 문언에 긴급집회를 그 적용영역에서 제외하거나 신고기간을 단축한다는 내용이 없고, “개최하다(veranstalten)”는 개념으로부터 우발적 집회는 개최자가 없기 때문에 그 규정에 의하여 파악되지 않는다고 추론될 수 있는 반면에, 긴급집회의 경우에는 법률상 구성요건표지를 모두 충족하기 때문에 기한이 정해진 신고의무가 있으며, 독일 ‘집회와 행진에 관한 법률’ 제14조가 긴급집회에 대해 어떠한 예외를 규정하지 않고 있어 위헌이고, 다수의견의 헌법합치적 해석은 가능한 문언의 한계를 벗어난다고 보았다.<sup>17)</sup>

#### (5) 소결

심판대상조항의 신고기간에 관하여 독일연방헌법재판소 다수의견과 같이 헌법합치적 해석으로 긴급집회의 문제를 해결하려는 견해가 학계에서 다수인 것으로 보인다. 이 사건에서는 긴급집회의 경우에도 사전신고의무가 적용되는지 문제되는바, 헌법재판소에서 이 쟁점에 대해 실시하였다. 그 결정의 내용은 이하에서 살펴보도록 한다.

### 3. 집회 신고제도에 관한 입법례<sup>18)</sup>

#### 가. 영국

영국법상 집회시위의 자유를 규제하기 위한 법은 ‘보통법(common law)’과 ‘제정법(statutes)’이 있다. 집회 및 시위의 자유를 제한하는 제정법은 구체적인 보호법익에 대응하여 산재해있지만<sup>19)</sup> 옥외집회가 공공장소에서 개

17) 문병호, 독일의 집시법상 신고제도와 미신고 처벌에 관한 문제, 집시법의 신고제의 위헌성과 미신고집회 처벌의 문제점(서강대학교 법학연구소 인권법센터, 2011. 3. 28. 학술발표자료), 81면 참조.

18) 이준섭, 집회의 자유와 경찰권 행사에 관한 연구 - 선진 집회제도를 위한 법·제도적 방안을 중심으로 -, 영남대학교 대학원 공법학과 박사학위논문, 2010. 12. 75-89면; 양수영, 집회 및 시위의 자유제한과 한계, 서울대학교 법과대학 대학원 석사학위논문, 2004. 20-27면 참조.

19) 본문에서 설명한 공공질서법(Public Order Act)외에 집시의 자유와 관련된 조항을 두고 있는 제정법으로는 Public Meeting Act 1908, Highways Act 1980,

최되기 때문에 공공장소에서의 질서유지를 위한 “공공질서법(public order act)”이 사실상 집회에 대한 규제 법률이라고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 공공질서법은 1986년에 정치적인 과격집단이 공공장소에서 질서를 교란시키는 것을 예방하기 위해서 제정되었다. 1986년 공공질서법은 ‘보통법’에 의한 폭동(riot), 난동(rout), 불법집회(unlawful assembly) 및 소동(affray) 기타 공공질서와 관련된 일부 제정법상의 처벌규정을 폐지하는 동시에 불법성 집회를 규제하기 위한 새로운 공공질서에 관한 처벌규정을 신설하는 법적근거를 마련하고 인종 간의 혐오감을 불러일으키는 행위들을 규제하는 등의 입법목적으로 제정되었다. 특히 행진(procession)과 집회(assembly)의 신고제(advance notice)를 도입하고, 집회·시위를 행진과 집회로 구분하여 달리 취급하고 있는 것이 특징이다.

공공질서법 제11조 제1항 및 제3항은 특정인의 행위와 견해에 대한 찬반의 의사를 전파하거나, 특정 캠페인을 선전하거나, 특정행사를 기념하기 위한 행진을 기획하는 경우 행진의 일시, 경로, 주최 및 주관자의 성명과 주소를 관할 경찰서에 행진예정일 6일전까지 서면으로 신고하도록 하고 있다. 다만 신고를 요구하는 것이 집회의 성격상 불합리한 경우에는 신고 없이도 행진이 가능하다(동조 제1항 단서). 신고는 행진이 이루어지는 경찰관서에 직접하는 것이 원칙이지만 신고기일을 준수하는 한 등기우편(post by the recorded delivery service)을 통해서도 가능하다. 만일 부정확한 신고가 있었거나 신고된 행진의 시간, 장소, 경로와 달리 행진이 이루어진 경우 약식 재판(summary conviction)에 의한 벌금형(fine)을 부과할 수 있도록 하고 있다(동조 제7항). 이때 집회주최자는 시간, 장소, 경로가 신고된 내용과 달라진 것이 고의나 과실로 인한 것이 아님을 증명하거나, 경찰과의 협의에

---

Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, Criminal Justice and Public Order Act 1994, Terrorism Act 2000, Football (Disorder) Act 2000, Criminal Justice and Public Order Act 2001, Serious Organised Crime and Police Act 2005 등이 있다.

20) 불법범국가로서의 영국법제의 특성상 영국의 인권제한입법은 구체적인 사회적 문제를 법적으로 대응하기 위한 노력의 일환으로 제정되는 것이 일반적이다. 집시 규제입법의 경우에도 대표적인 입법인 1936년 공공질서법은 제2차 세계대전의 와중에서 파시즘과 공산주의에 기초한 사회혼란에 대응하기 위해 제정되었으며 1986년의 공공질서법은 인종폭동에 대응하는 성격이 강하였다(J. Alder, Constitutional and Administrative Law, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007, p.499).

따라 변경된 것이거나 자신의 통제 밖에 있는 원인에 의한 것임을 증명함으로써 면책될 수 있다(동조 제8항).

또한 긴급행진으로 사전신고가 합리적으로 불가능한 경우(동조 제1항 단서)나 통상관행적으로 행진을 할 수 있도록 설정된 경찰관리구역(police area or areas) 및 장례의식을 위한 행진의 경우에는 신고의무를 면제하는 예외를 인정하고 있다(동조 제2항). 결국 영국의 공공질서법에 나타난 사전규제의 경우 신고제를 근간으로 예외적인 경우에만 입법적으로 규제하고 있다. 사전규제에 대한 명문적 금지규정을 두고 있지 아니한 영국법제의 특성상 사전규제가 전면적으로 금지되고 있지는 않지만 전면적인 야간집회 금지와 같이 집회시위의 자유의 본질적 내용을 침해할 정도의 사전적 원천규제는 허용하고 있지 않다고 할 수 있다.

## 나. 미국

미국 수정헌법 제1조는 미합중국의회는 종교를 수립하거나 종교의 자유로운 행사를 금지하거나 표현 또는 출판의 자유를 침해하거나 또는 평화롭게 집회하고 고통의 구제를 위하여 정부에 청원하는 인민의 권리를 침해하는 법률을 제정할 수 없다고 규정하고 있다. 한편, 직접 집회를 규율하는 통일적인 연방 법규는 없으며, 각 주의 법률이나 조례에 의해서 특히 옥외 집회를 규제하고 있다. 각 주의 법률이나 조례에 대하여 위헌 여부가 문제되는 경우 연방대법원이 위헌여부를 판단한다.

미국의 집회는 허가제를 채택하고 있다. 연방대법원에 의하면 사전허가제는 경찰로 하여금 시위에 대한 준비를 할 수 있게 하고, 두 개의 시위가 같은 장소에서 동시에 일어나는 것을 방지하여 주며, 출퇴근시간에 교통이 막히는 것을 방지해 줄 수 있기 때문에 사전허가제가 위헌이라고 볼 수는 없다고 하였다. 다만 사전허가제가 사전허가의 방법을 통하여 행정관리로 하여금 시위에서 주장하는 내용을 심사하여 그에 따라 조치할 수 있는 재량권을 주도록 되어 있다거나 시위 자체를 금지시킬 수 있다면 그러한 사전허가제는 무효라고 한다.<sup>21)</sup>

21) 성용은, 최관, 선진각국의 집회시위 실태와 경찰대응의 비교 분석, 치안정책연구 제20호, 치안정책연구소, 2009, 81면.

대표적으로 워싱턴 D.C. 조례 규정은 사전허가를 통해서만 집회 및 시위가 가능하도록 하고 있다. 집회나 시위를 하려는 개인이나 단체는 시위의 시간과 장소를 정한 뒤, 이를 서면으로 작성하여 관할경찰서장에게 집회 및 시위허가신청서를 제출하여야 한다. 허가신청서가 접수되면 경찰당국은 신청서에 기재된 사항 및 기타 다른 경로를 통해 입수한 정보를 토대로 그 시위의 개최가 시위가 열릴 도로와 인접한 지역을 통행하는 보행자 또는 차량의 안전하고 질서 있는 운행에 커다란 지장을 초래하거나 공공의 안녕을 위태롭게 하거나 또는 중대한 재산상의 손실을 초래할 수 있을 정도로 폭력적이고 무질서한 행동의 가능성을 조성할 위험이 있다고 판단될 경우 등에는 그것을 허용하지 않을 수 있도록 규정하고 있다.

1941년의 *Cox v. Hampshire* 판결에서 연방대법원은 집회, 시위의 사전허가제가 합헌임을 최초로 확인하였고, 그 후 1965년 *Cox v. Louisiana* 판결에서 동 내용이 재확인되었다. 1953년 *Poulos v. New Hampshire* 사건에서는 지방의회의 허가를 받지 않으면 공공도로의 행진이나 야외집회를 못하도록 금지하고 있던 주법에 대해 연방대법원이, 명문상으로는 허가권 행사에 대한 제한규정이 없지만 종래 주재판소가 해석해 왔던 것처럼 신청에 대한 판단에 있어서는 부당한 심사나 불공평한 차별을 해서는 안 된다는 것이 당연히 전제되어 있는바, 본법에서 요구하는 허가는 출판에 앞서 요구되는 허가과 같은 것이 아님이 명백하고, 시민의 제 권리를 상호 조정하기 위해 재량의 여지없이 경찰상 요구되는 일상적인 절차에 지나지 않으며, 이것은 언론의 자유의 기회를 효과적으로 보호할 목적으로 행해지는 것에 지나지 않는다고 하였다. 또한 1969년 *Birmingham* 시조례에 대한 판결에서는, 수정헌법 제1조가 보장하고 있는 집회의 자유에 대하여 아무런 구체적 기준도 없이 모든 집회에 사전허가제를 규정하는 것은 위헌이라고 하였다. 또 집회에 대한 시간, 장소, 방법상의 제한은 구체적이고 특정적이어야 하며, 제한의 필요성이 있어야 한다고도 하였다.<sup>22)</sup>

22) 허가제 관련한 판결 이외에 집회의 자유와 관련하여 연방대법원이 내린 다음과 같은 판결이 있다. 1972년의 *Police Department of Chicago v. Mosley* 판결과 1980년의 *Carey v. Brown* 판결은 공공장소에서의 특정 집회 및 시위의 제한이 위헌임을, 1983년의 *Perry Educational Association v. Perry Local Educators' Association* 판결에서는 공공광장(Public Forum) 개념의 유형화를, 1983년 U. S.

또한 연방대법원은 1992년 *Forsyth County v. The National Movement* 판결에서 공적 포럼에서의 표현행위에 대하여 사전허가를 요하거나 비용을 부담시키는 것은 사전억제에 속하므로 위헌의 추정을 받는다고 전제하고, 그러나 포럼에서 사용신청이 경합하는 경우 정부의 규제필요성에 비추어 집회·시위 및 행진에 대한 허가가 허용될 수 있다고 판단하였다. 나아가 법원은 그러한 허가의 요건이 합헌이 되려면 그 허가의 재량권이 광범위하고 포괄적이어서는 안되고, 시간, 장소 또는 방법의 규제라면 내용을 차별하는 것이어서는 안 되며, 그 요건은 실질적인 정부의 이익을 위해 엄격하게 규정되어야 하며, 대체적 커뮤니케이션 채널이 충분히 확보될 수 있도록 하여야 한다고 판시하였다.<sup>23)</sup>

#### 다. 독일

독일기본법은 제8조 제1항에서, 모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평온하게 무기를 휴대하지 않고 집회의 자유를 가진다고 규정하고 있고, 제2항에서 옥외집회의 경우는 법률에 의해 또는 법률의 근거에 기초하여 제한할 수 있다고 규정하고 있다. ‘집회 및 행진에 관한 법률’은 집회 및 시위의 자유와 그 제한에 관하여 구체화해 놓은 법이다. 이 법은 집회 및 시위에 관한 일반적 규제 원칙을 제1조에서 규정하고, 옥외 집회의 경우 그 공고 48시간 전에 집회 또는 시위의 목적과 책임자를 신고하도록 하고 있으며(제14조 제1항), 공공의 안녕 질서가 직접 위태롭게 될 우려가 있는 때에는 당해 집회 또는 시위를 금지하거나 일정한 부담을 과할 수 있도록 하고 있다. 신고되지 않은 집회 또는 시위나 신고된 내용과 다른 집회 또는 시위의 경우, 집회시 집회 금지 결정의 사유에 상응하는 상황이 발생하면 이를 해산시킬 수 있도록 하고 있다(제15조 제1항).<sup>24)</sup>

---

v. Grace 판결은 연방대법원 건물 주위의 보도에서의 피켓팅 금지의 무효를, 1986년의 *Fiuzer v. Barry* 판결에서는 외국대사관 500피트 범위 내에서의 외국 정부와 그 관리에 대한 공적 비난, 악평 등 항의사항 금지를 각 결정하였다.

23) 박용상, 집회의 자유-집단적 표현의 자유, 헌법논총, 1999, 65면

24) 독일의 ‘집회 및 행진에 관한 법률’은 옥외집회에서 질서유지인을 이용시 경찰의 사전허가를 받도록 하고 있으며, 옥외 공개집회의 경우 방어 무기를 소지하는 것을 금지하고 있고, 불법 복면 금지조항도 두고 있다.

한편, 집회의 신고주의와 관련하여 연방헌법재판소는, 집회의 자유는 집단적인 의사표명의 자유로서 국민 개개인의 인격 발현과 정치적 의사형성에 참여하는 것을 보장하는 역할을 하지만, 이와 동등한 중요성을 가진 다른 법익을 보호할 경우에는 비례의 원칙을 엄격히 준수하지 않으면 안 되며, 다만 집회에 대한 신고의무는 즉흥적 자연발생적 집회의 경우에는 사전신고의 요건이 면제되고,<sup>25)</sup> 긴급 집회의 경우에는 48시간 전 신고라는 요건이 충족되지 않더라도 집회개최의 공표와 동시에 신고하면 족하다고 하였다.<sup>26)</sup> 그리고 신고의무위반이 자동적으로 집회의 금지 또는 해산의 근거가 되지는 않는다고 하였다.<sup>27)</sup>

또한 독일 ‘집회 및 행진에 관한 법률’은 미신고집회의 개최자 또는 지도부에 대하여 1년 이하의 징역이나 벌금형에 처할 수 있도록 규정하고 있다(제26조 제2호). 옥외집회의 경우 그 공고 48시간 전에 집회 또는 시위의 목적과 책임자를 신고하도록 하고 있는 독일 ‘집회 및 행진에 관한 법률’ 제14조에는 문언상 모든 집회가 포함되어 있는바, 이에 의하면 즉흥적 자연발생적 집회도 신고의무가 요구되고 있으나, 이에 대해서 신고의무를 부과해서는 안 된다<sup>28)</sup>고 하였다. 이 결정으로 즉흥적 자연발생적 집회에 대해서는 신고를 하지 않더라도 형사처벌을 면할 수 있게 되었다.

25) BVerfGE 69, 315, 350 f. 연방헌법재판소는 이 판결에서 현재적 동기에 의해서 순간적으로 형성되는 즉흥적 시위에 있어서 적시의 신고의무는 사라진다고 하였다.

26) BVerfGE 85, 69, 75 f. 문제된 집회는, 독일 경찰의 남아프리카로의 출국에 임박하여 이에 항의하기 위해 20여명이 북과 현수막을 들고 모인 집회로서 경찰이 출국한 후에 집회는 평화롭게 해산되었다. 청구인은 신고하지 않은 집회의 개최자로서 집회법 위반으로 벌금형을 선고받았고, 이 판결에 대해 헌법소원을 제기하였다. 연방대법원은 긴급집회는 신고자체가 불가능한 것이 아니라 기간의 준수가 불가능하다고 하였다. 따라서 여기서는 신고의 포기가 필요한 것이 아니라 신고기간의 감축이 필요하다고 하였다.

27) BVerfGE 69, 315, 353 f- 「집회의 금지와 해산은 의무부과의 보다 완화된 수단 이 더 이상 존재하지 않을 것을 전제로 한다. 집회의 자유는 이익형량의 결과 그와 동등한 가치가 있는 다른 법익의 보호를 위해서 필수적이라는 결론이 나오는 경우에만 후퇴하여야 한다. 모든 임의의 이익이 이 기본권의 제한을 정당화하는 것은 결코 아니다.」라고 판시하고 있다.

28) BVerfG 69, 315, 350f

## 라. 일본

일본 헌법 제21조 제1항은 집회·결사 및 언론·출판 기타 일체의 표현의 자유를 보장하고 있다. 일본의 경우 집회에 관하여 규율하고 있는 통일적인 법률은 없고, 다만 각 지방자치단체의 공안조례에서 이를 규제하고 있다. 공안조례들은 집회에 있어 대체로 공안위원회의 허가를 얻거나(60개 현 중 55개), 신고를 하도록(5개현) 하고 있으며, 그 신청은 대체로 72시간 전(48개현), 48시간 전(11개 현), 24시간 전(1개현)에 하도록 하고 있다. 허가 신청이 있으면 공안위원회는 일반적으로 공공의 안녕 질서를 유지하는 데에 직접 위험을 미친다고 명백히 인정되는 경우를 제외하고는 허가하여야 한다. 그 허가에는 일정한 조건을 붙일 수 있다. 허가서에는 주최자의 주소, 성명 및 집회 등의 일시, 장소, 약도, 참가예정 단체 및 인원, 행사의 목적 등을 명기하도록 하고 있다. 허가내용을 위반할 때는 경찰서장이 경고하고, 그 행동의 제지나 시정방지를 위한 조치를 할 수 있게 하는 등 집회 취소, 불법폭력 시위 등의 제지 권한을 부여하고 있다. 이 경우 집회를 주최 또는 주도 혹은 선동한 자는 1년(또는 6개월) 이하의 징역이나 금고, 5만 엔(또는 3만 엔) 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 신고제를 채택한 경우도 사정이 같으며, 집회, 시위를 주최, 주도, 선동한 자 이외에 단순 참가자도 동일하게 처벌하는 경우가 있다. 한편, 최고재판소는 新瀉縣 공안조례 판결(1954. 11. 24.)에서 집회에 대한 일반적인 허가제는 위헌이지만, 특정의 장소, 방법에 관한 합리적이고 명확한 기준하의 허가제는 합헌이라고 하였고, 東京道 공안조례 판결(1960. 7. 20.)에서는 집단행동에 의한 표현의 자유에 관해서는 지방의 사정, 기타 다른 여러 사정을 충분히 고려하여 불측의 사태에 대비하기 위해 공안조례로써 법과 질서를 유지하는 데에 필요한 최소한도의 조치를 사전에 강구할 수 있다고 하여 집회 등에 대해 사전 규제가 행해질 수 있음을 인정하였다. 최고재판소는 위 판결에서, 이 조례에는 공안위원회가 집단행동의 실시가 공공의 안녕 질서 유지에 직접 위험을 미칠 정도로 명백하게 인정되는 경우 이외에는 이를 허가하지 않으면 안 되도록 규정되어 있는바, 규정의 문맥상으로는 허가제를 채택하고 있지만, 이와 같이 허가가 의무이고, 불허가가 엄격히 제한되어 있으므로 이 허가제는 실질에 있어 신고제와 다르지 않다고 하였다. 한편, 최고재판소는

1995년 3월 중핵파조직이 간사이 신공항 반대 전국 총궐기집회를 계획하고 泉佐野市 강당의 사용허가를 신청하였다가 거부당하자 공안조례 및 불허처분의 위헌 무효를 주장한 소송에서 이를 기각하였다. 위 집회가 열리게 되면 중핵파와 대립하는 그룹에 의한 저지, 방해 행동 및 집회의 주최측에 의한 적극적 대항 행위에 의해 폭력의 행사가 수반되는 충돌이 발생하게 되고, 그 결과 부근 주민 등의 생명, 신체 또는 재산이 침해되는 사태가 객관적 사실에 의해 구체적으로 명백히 예견된다고 하였다.

### 마. 프랑스

프랑스의 집단적 자유는 공적집회(réunion publique), 시위(manifestation), 불온다중(atroupelement)으로 나뉜다. 먼저 일반적으로 집회와 시위의 개념은 장소적인 척도를 기준으로 구별된다. 집회는 모임이 어떤 폐쇄적인 장소에서 개최되는 경우를 말하고,<sup>29)</sup> 공공도로(voie publique)에서 개최되는 경우를 시위라고 한다. 집회는 시위와 마찬가지로 최소한의 조직을 요구한다. 한편, 불온다중은 공공질서를 위태롭게 할 수 있는 공공도로 또는 공적장소에서의 사람들의 모임을 말한다(프랑스 형법 제431-3조).

공적집회를 규율하기 위하여 1881. 6. 30. 법률<sup>30)</sup>이 제정되었다. 이 법률은 제정 당시 공적집회를 위한 사전신고(déclaration préalable)를 규정하고 있었으나, 당시 카톨릭세력은 사전신고의무가 카톨릭의 신앙의 자유를 침해한다는 이유로 거부했으며, 카톨릭과의 불필요한 충돌과 그로부터 비롯될 무익한 영향을 피하기 위해 1907. 3. 28. 법률을 통하여 사전신고의무는 폐지되었다. 현재 위 법률 제1조는 “공적집회는 자유다. 공적집회는 아래의 조항에 의해 정해진 조건에 따라 사전허가(autorisation préalable) 없이 개최될 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 프랑스에서는 일정한 조건<sup>31)</sup>을 구

29) 집회에 대한 가장 고전적이고 대표적인 정의는 파기원(Cour de cassation)의 Benjamin 결정에서 정부위원(commissaire du gouvernement)인 Michel에 의해 내려진 정의로, “집회는 사상이나 견해에 대한 설명을 듣는 것을 목적으로, 그리고 이익의 방어를 위해서 의논하는 것을 목적으로 형성된 일시적인 집단을 구성하는 것이다. 집회는 구성원들간의 항구적인 관련성을 암시하는 결사와 구별된다”이다.

30) Loi sur la Liberté de réunion du 30 juin 1881.

31) 공적집회의 내부조직적 조건으로 참석자들은 집회가 시작될 때 공공질서의 준수

비한 공적 집회에 대하여 법적으로 어떠한 의무도 존재하지 않는다.<sup>32)</sup>

프랑스에서 공공도로에서의 시위는 오랜 기간 동안 법적으로 규정되지 않았으며, 행정부는 필요한 경우 시위를 금지할 수 있는 재량을 가지고 있다고 보았다. 그러나 1935. 10. 23. 공공질서유지의 강화에 대한 조치규정을 정하는 법률명령(décret-loi)<sup>33)</sup>이 제정되었고, 더 이상 시위에 대하여 행정청이 완전한 재량을 가지고 있다고 볼 수는 없다. 이후 위 법률명령은 폐지되고, 2012. 5. 1. 제정된 국내안전법(Code de la sécurité intérieure)에 의하여 규율되게 되었다. 이 법률은 “사람들의 모든 행진, 행렬, 모임 그리고 일반적으로 공공도로상의 모든 시위는 사전신고의무에 복종해야 한다.”고 규정하고 있다(L211-1조). 시위를 개최하기 위한 신고는 관계 경찰당국에 해야 하며, 3명의 시위조직자에 의한 서명이 필요하다. 사전신고는 예정된 시위일의 적어도 만 3일에서 늦어도 만 15일 이전에 이루어져야 하며, 사전신고에는 시위의 목적, 장소, 모임의 날짜와 시간, 예정된 진행방향을 명확하게 기재하여야 한다(L211-2조). 한편, 경찰당국은 시위가 공공 안전에 중대한 불안을 초래하거나 시위가 신고되지 않은 경우, 24시간 안에 금지할 수 있다(L211-3조). 미신고 시위의 주최자는 형법(Code pénal) 431-9조에 의하여 6월 이하의 징역형 또는 7500유로 이하의 벌금형에 처해진다(L211-12조 참조).

#### 4. 헌법재판소의 관련 선례

헌법재판소는 **헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22 결정**에서 옥외집회에 대한 신고의무를 규정한 구 ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2004. 1. 29. 법률 제 7123호로 개정되고, 2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부개정되기 전의 것)

---

를 감시하고, 위반행위가 발발한 경우 집회를 중지시킬 임무를 담당하는 3명으로 구성된 사무소를 조직해야 한다. 그리고 공권력에 의한 통제가능성이 존재해야 한다. 시간적 요건으로서 집회는 23시 또는 꼬뮌(commune)의 경우 공공장소의 폐쇄시간을 넘지 않아야 한다. 마지막으로 집회는 공공의 안전을 보장하는 것이 가능한 장소에서 해야 한다.

32) 한동훈, 프랑스법상 집회와 시위에 관한 소고, 2008 참조.

33) Décret-loi portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public.

제6조 제1항 중 ‘옥외집회’에 관한 부분 및 미신고 옥외집회 주최자를 형사 처벌하도록 하는 같은 법 제19조 제2항 중 ‘제6조 제1항 중 옥외집회’에 관한 부분에 대하여 각 합헌 결정을 하였다. 그 요지는 다음과 같다.

『구 집시법 제6조 제1항은 평화적이고 효율적인 집회를 보장하고, 공공질서를 보호하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 집회에 대한 사전 신고를 통하여 행정관청과 주최자가 상호 정보를 교환하고 협력하는 것은 위와 같은 목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당하며, 위 조항이 열거하고 있는 신고사항이나 신고시간 등은 지나치게 과다하거나 신고불가능하다고 볼 수 없으므로 최소침해성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다. 나아가 위 조항이 정하는 사전신고의무로 인하여 집회개최자가 겪어야 하는 불편함이나 번거로움 등 제한되는 사익과 신고로 인해 보호되는 공익은 법익균형성 요건도 충족하므로 위 조항 중 ‘옥외집회’에 관한 부분이 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

어떤 행정법규 위반행위에 대하여, 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는, 기본적으로 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 문제이다. 미신고 옥외집회의 주최는 직접적으로 행정 목적을 침해하고 나아가 공익을 침해할 고도의 개연성을 띤 행위라고 볼 수 있으므로 이에 대하여 행정형벌을 과하도록 한 구 집시법 제19조 제2항이 집회의 자유를 침해한다고 할 수 없고, 그 법정형이 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 볼 수 없으며, 이로 인하여 신고제가 사실상 허가제화한다고도 볼 수 없다.』

이에 대해 재판관 조대현은 신고의무가 부과되는 옥외집회가 지나치게 광범위하다는 반대의견을 개진하였다.

『구 집시법 제6조 제1항의 신고의무가 부과되는 옥외집회는 너무 광범위하다. 사회질서를 해칠 개연성이 있는지를 묻지 않고 신고의무를 부과하고, 또한 집회 여부를 48시간 전에 예측할 수 없는 우발적인 집회나 긴급한 집회에 대하여 신고를 요구하는 것은 집회의 자유를 침해한다. 한편, 협조 의무인 옥외집회 신고의무를 이행하지 않았다고 하여 그 옥외집회가 사회질서를 침해하였는지 여부도 따지지 않고 형벌을 부과하는 구 집시법 제

19조 제2항은 협조의무의 강도를 필요 이상으로 과중하게 부과하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다.』

재판관 김종대는 신고의무 이행확보수단으로서의 형사처벌의 측면에서 위헌의견을 밝혔다.

『집회에 대한 신고의무는 단순한 행정절차적 협조의무에 불과하고, 그러한 협조의무의 이행은 과태료 등 행정상 제재로도 충분히 확보 가능함에도 구 집시법 제19조 제2항이 정역형이 있는 형벌의 제재로 신고의무의 이행을 강제하는 것은 헌법상 집회의 자유를 전제적으로 위축시키는 결과를 가져올 수 있고, 이는 신고제도의 본래적 취지에 반하여 허가제에 준하는 운용을 가능하게 하는 것이며, 미신고 옥외집회 주최자를 집시법상 금지되는 집회 또는 시위의 주최자와 동일하게 처벌하는 것은 법익침해의 정도가 질적으로 현저히 다른 것을 동일하게 처벌하는 것으로 국가형벌권 행사에 관한 법치국가적 한계를 넘어 지나치게 과중한 형벌을 규정한 것이다.』

## 5. 이 결정의 내용과 해설

### 가. 다수의견의 판단

#### (1) 과잉금지원칙 위배 여부

다수의견은 심판대상조항의 입법목적이 정당하고, 그 수단 또한 적합하다고 인정하였다. 옥외집회·시위가 평화롭게 구현되도록 하는 한편, 옥외집회와 시위로 인하여 침해될 수 있는 공공의 안녕질서를 보호하고 그 위험을 최소화하기 위한 것이라는 입법취지를 인정하였다. 이를 위하여 옥외집회와 시위에 대한 사전신고를 요구하는 데에는 그 수단의 적합성 또한 인정된다고 하였다.

나아가 침해의 최소성 단계에서 다수의견은 집회신고는 행정관청에 집회에 관한 구체적인 정보를 제공함으로써 공공질서의 유지에 협력하도록 하는 데에 그 의의가 있는 것이지 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 안 된다는 점을 설시하였다. 전혀 불필요한 것을 신고사항으로 하거나 신고불가능한 시간에 신고하도록 하여 집회의 자유를 실질적으로 제한하거나 형해화할 정도에 이른다거나, 신고를 하지 않고 옥외집회 또는

시위를 개최하였다는 이유만으로 처벌한다면, 이는 사실상 집회의 사전신고제를 허가제처럼 운영하는 것이나 다름없어 집회의 자유를 침해하게 될 것이라고 보았다. 다만, 심판대상조항의 사전신고제는 집회의 자유를 실질적으로 제한하거나 형해화하지 않는다고 보았다. 다수의견은 집회시위법 제6조 제1항이 열거하는 신고사항은 행정관청이 질서유지 및 상호협조에 필요한 조치를 할 수 있도록 하는 중요한 정보이고, 일부 사항에 대해서는 정확한 기재를 요구하는 것이 아니므로, 질서유지 및 옥외집회·시위의 경합을 방지하기 위하여 신고하도록 할 필요성이 인정된다고 보았다. 심판대상조항이 신고시간을 ‘옥외집회나 시위를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전’까지 규정하고 있는 것에 대해서도, 옥외집회·시위에 대한 사전신고 이후 기재사항의 보완, 금지통고 및 이의절차 등이 원활하게 진행되기 위하여 늦어도 집회가 개최되기 48시간 전까지 사전신고를 하도록 규정한 것이 지나치지 않다고 보았다.

특히 이 결정에서는 미리 계획도 되었고 주최자도 있지만 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 긴급집회의 경우에 사전신고의무에 대해 실시하였다. 다수의견은 긴급집회의 경우 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 하는 것으로 해석하였다. 신고 가능한 즉시 신고한 긴급집회의 경우에까지 심판대상조항을 적용하여 처벌할 수 없지만, 그러한 신고조차 하지 아니하는 경우에는 일응 심판대상조항의 구성요건해당성이 충족되는 것으로 보았다. 다만, 이 경우에도 구체적인 사안에 따라서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되거나 적법행위에 대한 기대가능성이 없어 책임이 조각되는 경우도 있을 수 있는데, 이는 구체적 사안을 전제로 헌법상 보장되는 집회의 자유의 내용과 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익을 구체적으로 비교형량하여 법원이 판단하여야 할 개별 사건에서의 법률의 해석·적용에 관한 문제이라고 판시하였다.

다수의견은 심판대상조항이 규정하고 있는 사전신고제도가 집회의 자유를 실질적으로 제한하거나 형해화하지 않으므로 최소침해성원칙에 위배되지 않는다고 보았고, 옥외집회·시위 개최자가 겪어야 하는 불편함이나 번거로움은 신고로 인해 보호되는 집회의 자유 보장과 공공의 안녕질서에 비해 중대하다고 할 수 없어 법익균형성의 요건도 충족하였다고 보았다.

## (2) 과잉형벌 여부

이 사건 심판대상조항이 사전신고의무 위반사실에 대해 형사처벌하는 것이 과잉형벌에 해당하는지 문제되었다. 다수의견은 행정법규 위반에 대해 이를 행정질서벌인 과태료를 과할 것인지 행정형벌을 과할 것인지는 입법재량에 속하고, 사전신고의무 위반행위에 대해 행정제재가 아닌 형사처벌을 택한 입법자의 결단이 부당하지 않다고 본 선례인 2007헌바22 결정을 원용하였다. 그 행정형벌의 내용으로 2년 이하의 징역이나 200만 원 이하의 벌금형에 처하도록 정한 것도 과중한 처벌에 해당하지 않는다고 보았다.

## 나. 반대의견의 판단

재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원 4인의 재판관은 심판대상조항이 집회의 자유를 침해한다는 의견을 밝혔는데, 그 이유는 크게 두 가지이다.

### (1) 과잉금지원칙 위배 여부

반대의견은 심판대상조항 중 긴급집회 주최자에게 48시간 전에 신고서를 제출하도록 하는 부분에 대해 위헌이라는 입장이었다. 반대의견은 집회시위법이 정한 시간 내에 신고가 불가능한 긴급집회의 경우 옥외집회 계획과 동시에 또는 옥외집회 개최 즉시 신고를 해야 한다고 보았고, 집회시위법은 사전신고 요건을 충족시키기 어려운 긴급집회의 경우에 그 신고를 유예하거나 즉시 신고로서 옥외집회를 가능하게 하는 조치를 전혀 취하고 있지 않다는 문제점을 지적하였다. 긴급집회의 경우 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 하는 것으로 해석하고 있는 다수의견에 대해 헌법합치적 해석의 노력이라고 이해하면서도, 집회 업무의 전문가가 아닌 수범자로서는 긴급집회의 경우 심판대상조항의 문언이 집회를 개최하려고 한 때부터 시작하기까지 48시간을 초과하지 못하여 제6조 제1항에 따른 신고를 할 수 없는지, 아니면 신고의무를 부담하는지, 부담한다면 언제 신고를 하여야 하는지 분명하지 않기 때문에 판단하기 불가능해 혼란스러울 수밖에 없고, 이러한 혼란은 전문가인 집회시위법의 집행자·적용자인 행정기관, 사법기관이라 할지라도 다르지 않다고 보았다. 다수의견의 논리에 따른다면 심판

대상조항은 신고가능성이 존재하는 즉시 신고한 긴급집회의 경우에도 적용되는 한 위헌이라고 한정위헌결정을 하여야 하지 단순합헌결정을 해서는 안 된다고 다수의견을 비판하였다.

신고를 하지 아니하고 긴급집회를 개최한 경우에는 구성요건해당성이 충족된 것으로 보고 긴급한 사정이 있었는지 등은 구체적 사안에서 위법성 조각사유 내지 책임조각사유로서 고려될 수 있다고 보는 다수의견에 대해서도, 재판과정에서 사후적인 결과로서 고려되는 것에 불과하고 긴급집회를 개최할 자유를 보장하여 주지 못하여 집회의 자유를 보장하는 헌법의 정신에 부합하지 않는다고 비판하였다.

## (2) 과잉형벌 여부

반대의견은 사전신고의무위반에 대해 형사처벌하는 것은 과잉형벌에 해당한다고 보았다. 옥외집회·시위에 대한 신고의무의 주된 취지는 집회의 자유와 다른 보호법익이 양립할 수 있는 가능성을 모색함으로써 정당한 옥외집회·시위를 가능하게 하고자 하는 것으로 단순한 행정절차적 협조의무에 불과하고, 그러한 협조의무의 이행은 과태료 등 행정상 제재로도 충분히 확보 가능하고, 옥외집회·시위의 사전신고의무는 궁극적으로 집회의 자유의 보장 및 관련법익의 조화를 위한 ‘수단’으로 고안된 것이라는 점에서 예외 없는 관철이 절실히 요구된다고 보기 어려운데도, 사전신고를 예외 없이 관철시키기 위하여 형벌의 제재로 신고의무의 이행을 강제하는 것은 수단의 확보를 위하여 목적이 되는 헌법상 집회의 자유를 전체적으로 위축시키는 결과를 가져올 수 있고, 신고제도의 본래적 취지에 반하여 허가제에 준하는 운용을 가능하게 한다는 점을 비판하였다.

반대의견은 심판대상조항의 법정형이 집회시위법 제5조 제1항이 금지하는 ‘헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위’나 ‘집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위’의 주최자와 동일하다는 점을 지적하면서, 법익침해의 정도가 질적으로 현저히 다른 것을 동일하게 처벌하는 것으로 지나치게 과중한 형벌이라고 보았다. 심판대상조항의 미신고 옥외집회·시위 주최자 처벌규정은 단순한 행정절차적 협조의무

위반으로 행정상 제재에 그쳐야 할 것에 대하여 징역형이 있는 형벌을 부과하고, 거기에서 더 나아가 어떠한 예외도 두지 않고 법률상 금지된 집회·시위의 주최자와 동일한 법정형으로 처단함으로써 국가형벌권 행사에 관한 법치국가적 한계를 넘어 과잉형벌을 규정한 것이므로 헌법에 위반된다는 입장을 밝혔다.

## 6. 결정의 의의

이 결정 이전까지는 집회시위법이 요구하는 시간 내에 신고를 할 수 없는 긴급집회의 경우 사전신고를 하면 개최할 수 있는 것인지 아니면 사실상 신고 후 48시간 동안 집회를 금지하는 것인지 불분명하였다. 헌법재판소는 이 사건 결정에서 긴급집회의 경우 신고가능성이 존재하는 즉시 신고하여야 하고, 신고 가능한 즉시 신고한 긴급집회는 심판대상조항을 적용하여 처벌되지 않음을 밝혔다. 신고조차 하지 않고 긴급집회를 한 경우에는 일응 미신고 옥외집회·시위 개최행위에는 해당하나, 긴급한 사정 등에 관해서는 구체적인 사안에서 법원이 고려할 문제라고 실시하였다. 이로써 긴급한 사정으로 인해 48시간 내에 집회를 하려는 사람도 사전신고 후 집회를 개최할 수 있다는 점이 명확하게 되었다.

## 공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인 등

- 집행유예자와 수형자의 선거권제한 사건 -

(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409·510, 2013헌마167(병합),  
판례집 26-1상, 136)

원 유 민\*

### 【판시사항】

1. 집행유예기간 중인 자와 수형자의 선거권을 제한하고 있는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 중 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자(이하 ‘수형자’라 한다)’에 관한 부분과 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행유예기간 중인 자(이하 ‘집행유예자’라 한다)’에 관한 부분 및 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 수형자와 집행유예자의 ‘공법상의 선거권’에 관한 부분(이 조항들을 함께 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법 제37조 제2항에 위반하여 청구인들의 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 평등원칙에도 어긋나는지 여부(적극)

2. 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분에 대하여 헌법불합치결정을 한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 중 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 관한 부분(이를 편의상 ‘수형자’라고 하고, 수형자는 유기징역 또는 유기금고의 형의 집행 중에 있는 사람, 가석방된 사람으로서 잔형기가 경과되지 아니한 사람을 포함한다)과 ‘유기징역 또는 유

---

\* 헌법연구관

기금고의 신고를 받고 그 집행유예기간 중인 자'에 관한 부분(이를 편의상 '집행유예자'라 한다. 다만, 공직선거법 제18조 제1항 제3호에 따라 선거권이 제한되는 집행유예자는 제외한다) 및 ② 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 수형자와 집행유예자의 '공법상의 선거권'에 관한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거권이 없다.

2. 금고 이상의 형의 신고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제43조(형의 신고와 자격상실, 자격정지) ② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 구○현은 2011. 9. 15. 서울동부지방법원에서 업무방해죄 등으로 징역 4월에 집행유예 2년을 선고받고 2011. 12. 2. 그 판결이 확정되었고, 청구인 홍○석는 2011. 12. 22. 서울중앙지방법원에서 병역법위반죄로 징역 1년 6월을 선고받고 2011. 12. 30. 그 판결이 확정되었으며, 청구인 전○수는 2012. 2. 15. 인천지방법원 부천지원에서 병역법위반죄로 징역 1년 6월을 선고받고 2012. 2. 23. 그 판결이 확정되었다. 청구인들은 2012. 4. 11. 실시된 제19대 국회의원선거 당시 공직선거법 제18조 제1항 제2호 소정의 선거권이 없는 자에 해당한다는 이유로 선거권을 행사하지 못하였다. 이에 청구인들은 공직선거법 제18조 제1항 제2호가 청구인들의 선거권 등을 침해한다고 주장하면서 2012. 4. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2012헌마409 사건).

## 2. 청구인들의 주장

심판대상조항은 집행유예자 및 수형자라는 이유로 획일적으로 선거권을 제한하고 있는데, 이는 공직선거법, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률의 입법목적이나 국민주권의 원리에 비추어 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되지 아니한다. 뿐만 아니라, 개개 범죄의 종류나 내용, 불법성의 정도 등이 선거권제한과 어떤 직접적인 연관성을 갖는지 세심히 살피지 아니한 채 과실범, 가석방자, 집행유예자, 경미한 범죄로 단기 자유형을 받은 사람들까지 포함하여 획일적으로 선거권을 제한하고 있어 피해최소성도 갖추지 못하였다. 또한 이를 통해 달성하고자 하는 공익보다 이로 인해 침해되는 공익과 사익이 더 크므로 법익균형성도 상실한 조항이다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 선거권, 평등권, 행복추구권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항은 집행유예자와 수형자에 대하여 전면적·획일적으로 선거권을 제한하고 있다. 심판대상조항의 입법목적에 비추어 보더라도, 구체적인 범죄의 종류나 내용 및 불법성의 정도 등과 관계없이 일률적으로 선거권을 제한하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다. 범죄자가 저지른 범죄의 경중을 전혀 고려하지 않고 수형자와 집행유예자 모두의 선거권을 제한하는 것은 침해의 최소성원칙에 어긋난다. 특히 집행유예자는 집행유예 선고가 실효되거나 취소되지 않는 한 교정시설에 구금되지 않고 일반인과 동일한 사회생활을 하고 있으므로, 그들의 선거권을 제한해야 할 필요성이 크지 않다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 집행유예자와 수형자를 차별취급하는 것이므로 평등원칙에도 어긋난다.

2. 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분의 위헌성은 지나치게 전면적·획일적으로 수형자의 선거권을 제한한다는 데 있다. 그런데 그 위헌성을 제거하고 수형자에게 헌법합치적으로 선거권을 부여하는 것은 입법자의 형성재량에 속하므로 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분에 대하여 헌법불합치결정을 선고한다.

## 재판관 이진성의 집행유예자 부분에 대한 별개의견 및 수형자 부분에 대한 위헌의견

범죄를 저지른 대가로 유죄의 확정판결을 받은 사람들에 대한 사회적 제재라는 심판대상조항의 입법목적은 정당하지 않다. 수형자에 대해 응보적 기능으로서 일정한 제재의 필요성을 부인하는 것은 아니지만, 그 제재가 참정권 중 가장 기본적 권리인 선거권을 제한하는 방법으로 발현되어야 하는 것은 아니다. 법의 정당성과 준법의무는 모든 시민이 선거권을 행사하는 것으로부터 직접 도출되는바, 수형자와 집행유예자의 선거권을 제한하는 것이 준법의식을 강화한다고 볼 수 없어 그 수단의 적합성을 인정하기 어렵다. 집행유예자와 수형자에 대한 선거권제한은 헌법재판소가 단순위헌결정을 통하여 선거권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있으므로, 심판대상조항 전체에 대하여 단순위헌을 선언하여야 한다.

## 재판관 안창호의 수형자 부분에 대한 반대의견

불법성이 상대적으로 경미한 사안에 있어 정상을 참작 받아 교정시설에 구금되지 않고 공동체의 구성원으로 정상적인 사회활동이 가능한 집행유예자의 경우와 달리, 수형자는 그 범행의 불법성이 크다고 보아 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 아직 종료되지 않은 자로서 공동체로부터 격리되어 정상적인 사회생활이 불가능해진 경우이다. 그들에 대해 격리된 기간 동안 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성과 공동체의 나아갈 방향을 결정짓는 선거권을 정지시키는 것은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것이라고 보이지 않는다. 그렇다면 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【해설】

### 1. 집행유예자와 수형자의 선거권제한의 개관

#### 가. 입법연혁

1948. 3. 17. 최초로 제정된 구 국회의원선거법(군정법령 제175호) 제2조 제3호에서 “자유형의 선고를 받고 그 집행 중에 있거나 또는 집행을 받지

않기로 확정되지 아니한 자”는 선거권이 없다고 규정하였다가, 1950. 4. 12. 법률 제121호로 폐지·제정된 구 국회의원선거법 제4조 제2호에서 “금고 이상의 형의 선고로 받고 집행 중에 있거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자”는 선거권이 없다고 규정하였다. 그 후 1960. 6. 23. 법률 제551호로 제정된 국회의원선거법 제12조 제2호에서 “금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자”로 자구표현이 바뀐 후로는 현행 공직선거법까지 조문의 위치만 바뀌었을 뿐 그 내용이 동일하게 유지되고 있다.

형법 제43조 제2항은 형법이 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 후 개정되지 않고 그대로 유지되고 있었다. 형법이 제정될 당시 1951. 4. 13. 국회에 제출된 정부형법안(법전편찬위원회 초안 및 정부초안)에 의하면 현행 제43조 제2항과 같은 규정은 없었다.<sup>1)</sup> 1952. 8. 29. 법제사법위원회는 정부안을 심사한 후 수정안을 첨부하여 본회의에 보고하면서, 제43조 제2항을 신설하였다. 1953. 6. 27. 제16회 국회임시회의속기록 제11호에 의하면 엄상섭 법제사법위원장은 신설의 이유를 다음과 같이 설명하였다. “이 법제사법위원회의 수정안이 나온 것은 이 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받고 아직 형이 집행 중에 있거나 또는 집행유예 중에 있거나 이럴 때에는 역시 제1항에서 1호부터 4호<sup>2)</sup>까지 든 그런 자격에 취임할 수 없게 하는 것이 좋다고 생각해서 이것을 [넣은] 것입니다. 그리고 지금 사실상에 있어

1) 당시 정부초안은 다음과 같았다.

『제43조 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.

1. 공무원이 될 자격
2. 공법상의 선거권 및 피선거권
3. 법률로 요건을 정한 공법상 업무에 관한 자격
4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인 될 자격

제44조 전조에 기재한 자격의 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이상 15년 이하로 한다.

유기징역 또는 유기금고와 자격정지를 병과한 때에는 정역 또는 금고의 집행종료 또는 집행면제의 일로부터 정지기간을 기산한다.』

신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 48면.

2) 당시 수정안은 현행법과 마찬가지로 제1호에서 제3호의 자격을 제한하고 있었으므로, “4호”라고 언급한 것은 “3호”의 오키로 보인다.

서 각 특별법에서 이렇게 되어 있는 것을 따라 정리해서 [넣은] 것입니다.” 이에 대해 이의 없이 가결되었다.<sup>3)</sup> 형법 제43조 제2항에 의해 집행유예자도 선거권이 제한되는지 논의가 있는데, 위와 같은 입법과정으로 보아 1953년 형법이 제정될 당시 형법 제43조 제2항에 의해 집행유예자의 선거권이 제한된다는 의사는 분명하였던 것으로 보이고 집행유예자의 선거권을 제한하고 있던 구 국회의원선거법을 반영한 것으로 보인다.

## 나. 선거권제한의 범위<sup>4)</sup>

### (1) 선거권이 없는 자

공직선거법 제18조 제1항 제2호 중 전단부분에 의하여 선거권이 제한되는 ‘형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’란 형의 선고를 받고 복역 중인 자나 가석방된 자로서 잔여형기를 경과하지 아니한 자를 말한다. 공직선거법 제18조 제1항 제2호 중 중 후단부분에 의하여 선거권이 제한되는 ‘형의 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자’란 형의 집행유예 기간 중인 자나 형의 시효가 완성되지 아니한 자를 말한다.<sup>5)6)</sup> 상소권 회복청구 중인 자로서 상소권회복 여부가 결정되지 않은 자는 금고 이상의

- 3) 형법안에 대하여 변진갑 외 19인의 의원들은 형벌의 종류 중 자격상실, 자격정지를 삭제하고, 제43조 내지 제44조를 삭제하는 수정안을 제출한 바 있으나, 제41조 이하의 형법안 제2독회를 하는 1953. 6. 27. 변진갑 의원이 출석하지 않았고, 이의 없이 통과되었다. 신동운 편저, 위의 책, 97-98, 159-162쪽
- 4) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제1호에 의하면 “수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다. 하지만 심판대상조항에 의하여 선거권이 제한되는 “수형자”는 금고 이상의 실형을 선고받아 수용 중인 자 외에도 가석방자를 포함하지만, 구류형을 선고받은 자, 노역장 유치명령을 받은 자는 포함하지 아니한다. 이 글에서 일반적으로 “수형자”라고 지칭하는 경우 금고 이상의 실형을 선고받아 수용 중인 자와 가석방자를 통칭하기로 한다.
- 5) 대검찰청, 공직선거법 별칙해설, 제7개정판, 2014, 50면.
- 6) 한편, 형의 실효에 의하여 형의 집행의 면제를 받을 때까지 사이의 자의 경우 선거권이 있는지 논의되고 있는데, 형법 제81조 및 형의 실효에 관한 법률 제7조에 의하면 형의 실효는 형집행을 종료한 자나 이미 면제된 자를 전제로 하므로, 공직선거법 제18조 제1항 제3호에 해당하는 경우를 제외하고 선거권을 행사할 수 있다. 사면의 경우에도 선거권 여부가 문제되는데, 일반사면 대상자 중에서 형의 선고를 받지 않은 사람은 심판대상조항의 적용을 받지 않으므로 해당사항이 없고, 그 외의 일반사면 대상자와 특별사면 대상자는 형의 선고를 받은 사람으로, 결국 형의 집행 중에 있거나 형의 시효가 완성되지 않은 사람에게 해당할 것이다.

형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자에 대하여 선거권이 없다.<sup>7)</sup>

형벌이 아닌 자유박탈형 보안처분을 받은 자의 선거권도 제한되고 있다. 치료감호법 제47조에 의하면 피치료감호자에 대하여 형법 제42조 제2항과 비슷한 규정을 두어 선거권을 제한하고 있다. 구 사회보호법이 폐지되기 전에 보호감호판결이 확정되어 현재 감호 중인 자는 부칙 제2조에 따라 종전의 사회보호법이 적용되어 구 사회보호법 제38조에 의하여 선거권이 제한되고 있었다.<sup>8)</sup>

## (2) 선거권이 있는 자

형의 선고유예를 받은 자, 상소하여 공판계속 중인 자(미결수용자), 집행유예기간이 도과한 자는 선거권이 있고,<sup>9)</sup> 특별사면된 자도 선거권이 있다.<sup>10)</sup>

## (3) 선거권제한 현황

심판대상조항으로 인하여 선거권이 제한된 집행유예기간 중에 있는 자, 수감 중인 수형자, 가석방중인 자의 수는 다음 표와 같다.<sup>11)12)13)</sup>

7) 중앙선거관리위원회 2007. 11. 27.자 질의응답.

8) 서울행정법원은 보호감호자가 보호감호제 폐지 이후에도 선거권을 박탈한 것은 과잉금지원칙에 위배된다며 국가를 상대로 제기한 감호자 선거권 회복에 관한 소에서 원고패소판결을 한 바 있다(서울행정법원 2011. 8. 10 선고 2010구합20171 판결). 이후 서울고등법원에서 항소기각되었다(서울고등법원 2012. 2. 16. 선고 2011누30924 판결).

9) 대검찰청, 위의 주 5, 50면.

10) 중앙선거관리위원회, 공직선거법 축조해설서I, 2014, 70면.

11) 2013. 8. 26.자 법무부장관의 사실조회회보, 2013. 9. 23.자 검찰총장의 사실조회회보 참조. 선거일 전에 집행유예를 선고받고 선거일 전에 취소, 실효된 경우는 수형자에 포함되므로 집행유예자에서 제외하였다.

12) 대통령 선거의 경우 28일 전에 선거인명부가 작성되고 선거 7일 전에 명부가 확정되는데, 선거인명부가 확정된 이후에 집행유예 판결이 확정된 경우 선거인명부의 비고란에 이와 같은 사실이 기재된다고 한다. 한편, 그 과정에서 착오로 선거인명부에 기재될 가능성은 있어 집행유예기간 중에 있는 사람이 선거권을 행사하는 상황이 있을 수 있다. 실제로 2012. 19대 총선에서 투표권이 없는 집행유예기간 중인 자가 선거인명부에 포함되어 있어 투표를 한 사례가 있었던 것으로 보인다. 세계일보 2012. 4. 12.자 9면 “투표권 없는 집유 50대도 투표 ‘황당’” 기사 참조.

13) 미결수용자들은 교도소(구치소)에 설치되는 부재자투표소에서 선거권을 행사하고

	집행유예자	수감 중인 수형자	가석방자
2010. 6. 2. 제5회 지방선거	160,908명	30,164명	2,118명
2012. 4. 11. 제19대 국회의원선거	125,909명	28,922명	1,813명
2012. 12. 19. 제18대 대통령선거	122,042명	29,666명	1,409명

금고 이상의 형이 선고되는 비율에 관하여 살펴보면 2011년에 처리된 제1심 형사공판사건 278,169건 중에서 생명형 1건(0.00%), 자유형(실형) 42,186건(15.17%), 집행유예 61,891건(22.25%)이 선고되어 총 104,078건(37.42%) 정도가 선거권이 제한되는 형을 선고받았다.<sup>14)</sup>

#### 다. 국내 입법론상 논의

2005년 법무부는 수형자에게 선거권을 부여하기 위한 정책을 추진할 것을 발표하였고, 이를 위해 형법에서 자격상실·정지를 형벌의 종류에서 삭제하고, 개별 특별법에 자격요건을 규정하며, 공직선거법은 수형자의 선거권을 박탈하는 범죄유형 또는 박탈하는 권리의 범위 등 구체적인 방안을 연구하여 개정하겠다고 하였다.<sup>15)</sup>

2011. 3. 14. 국가인권위원회는 법무부가 2010. 10. 25. 입법예고한 ‘형법 일부 개정 법률안’<sup>16)</sup> 제42조 제1항 제2호, 동조 제2항(현행법과 동일)에 대하여 “선거권의 의의 및 선거권제한의 한계에 관한 헌법재판소의 결정, 수형자의 선거권제한에 대한 외국의 입법례, 유럽인권재판소의 견해 등을 고려할 때, 범죄의 경중, 형기의 장단을 고려하지 않고 일률적·획일적으로 범

---

있다. 2007년 대선에서 전국에 설치된 부제자투표소 508곳 중 교도소(구치소)에 48곳이 설치되었고, 2008년 총선에서는 전체 510곳 가운데 46곳이, 2010년 지방선거에서는 522곳 중 51곳이 교도소(구치소)에 설치되었다.

14) 2011년에 자격형 5건이 선고되었으나 그 내용을 알 수 없어 이 수치에는 포함하지 않았다. 2012년 사법연감 671-672면 참조.

15) 희망을 여는 약속 :법무부 변화전략계획, 법무부, 2006.

16) 2010. 10. 25. 입법예고된 형법 개정안은 실무상 잘 활용되지 않고 형의 부수적 효과에 불과한 자격상실·정지형을 형법 제41조(형의 종류)에서 삭제하였으나, 제42조(형의 선고와 자격상실, 자격정지)에는 금고형만 삭제되었을 뿐 현행법과 같은 내용을 규정하고 있다.

최자에 대한 선거권을 제한하는 개정안 제42조 제1항 제2호, 동조 제2항(이에 의하여 준용되는 제1항 제2호 포함), 헌법 제24조(선거권) 및 제37조 제2항, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조에 위반될 우려가 있으므로, 수행자 일부에게 선거권을 부여하는 등의 방법으로 개선될 필요가 있다고 판단된다.”는 의견표명을 하였다.

## 2. 각국의 입법례 및 국제인권법

수행자 및 집행유예자의 선거권제한에 관한 각국의 입법례는 다양하게 나타나고 있고, 수행자의 선거권을 제한하는지, 허용하는지 여부만을 기준으로 입법례를 보는 것은 무의미하고, 각국에서 어떠한 기준으로 선거권을 제한하는지 구체적으로 보아야 한다. 선거권제한의 유형을 분류해보면, ① 모든 수행자의 선거권을 제한하는 국가(멕시코, 브라질, 일본, 영국, 러시아), ② 선고형의 기간을 기준으로 선거권을 제한하는 국가(호주, 이탈리아), ③ 범죄의 성격을 기준으로 선거권을 제한하는 국가(미국), ④ 개별적인 판결로 선거권을 제한하는 국가(독일, 스페인, 프랑스, 오스트리아), ⑤ 모든 수행자에게 선거권을 부여하는 국가(스웨덴, 이스라엘, 캐나다, 남아공)가 있다.

### ※[표] 각국의 수행자의 선거권제한<sup>17)</sup>

17) 유럽인권재판소에서 가장 최근에 선고한 2012. 5. 22. Scoppola v. Italy (No.3) 판결 45-48문단에 사건 당사국인 이탈리아를 제외한 나머지 42개의 유럽인권협약 당사국들의 입법현황이 소개되어 있다.

- 수행자의 선거권을 전혀 제한하지 않는 국가(19개국): 알바니아, 아제르바이잔, 크로아티아, 키프로스, 체코, 덴마크, 핀란드, 아일랜드, 라트비아, 리투아니아, 몰도바, 몬테네그로, 세르비아, 슬로베니아, 스페인, 스웨덴, 스위스, 마케도니아, 우크라이나
- 모든 수행자의 선거권을 제한하는 국가(7개국): 아르메니아, 불가리아, 에스토니아, 조지아, 헝가리, 러시아, 영국
- 범죄의 성격 또는 징역형의 기간에 따라 일부 수행자의 선거권을 제한하는 국가(16개국): 오스트리아, 벨기에, 보스니아-헤르체고비나, 프랑스, 독일, 그리스, 룩셈부르크, 몰타, 모나코, 네덜란드, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 산마리노, 슬로바키아, 터키
  - 위 16개국 중 선거권제한여부가 형사법원의 재량에 따라 결정되는 국가(11개국): 오스트리아, 벨기에, 프랑스, 독일, 그리스, 룩셈부르크, 네덜란드, 폴란드,

입법례	국가	관련 판례 및 비교
모든 수형자의 선거권제한	멕시코, 브라질, 러시아, 터키	헌법으로 수형자의 선거권을 제한하고 있음 모든 수형자의 선거권을 제한하는 러시아, 터키에 대해 2013년 유럽인권재판소의 선거권 침해 결정이 있었음
	일본	심판대상조항과 가장 유사함
	영국	모든 수형자의 선거권을 제한하는 입법에 대하여 2005 년 유럽인권재판소의 선거권 침해 결정이 있었음
선고형을 기준으로 선거권제한	호주	종전에는 모든 수형자의 선거권을 제한하였으나, 2007 년 호주 대법원의 위헌 판결로 현재는 3년 이상의 징 역형을 선고받은 수형자의 선거권을 제한하고 있음
	이탈리아	5년 이상의 징역형을 선고받은 자는 영구히, 3년 이상 5년 미만의 징역형을 선고받은 자는 5년 동안 선거권 을 제한하는 법에 대해 선거권을 침해하지 않는다는 유럽인권재판소의 결정이 있음
범죄의 성격을 기준으로 선거권제한	미국	주별로 선거권제한의 범위를 다르게 규율함 1974년 미국 연방대법원의 합헌 판결이 있음
개별적인 판결로 선거권제한	독일, 스페인	
	프랑스	공무원범죄 등으로 유죄판결을 받은 자의 선거권을 5 년 동안 제한하는 법률에 대해 2010년 헌법재판소의 위헌결정이 있음
	오스트리아	종전에는 고의로 범죄를 범하여 1년 이상 징역형을 선 고받은 자의 선거권을 제한하였고 이에 대해 오스트리 아 헌법재판소의 합헌 결정이 있었으나, 2010년 유럽 인권재판소의 선거권 침해 결정으로 개정되었음
모든 수형자에게 선거권 부여	스웨덴	
	이스라엘	이스라엘 총리의 살해범에 대하여 선거권 박탈 논란이 있었으나, 모든 시민에게 선거권을 인정해야 한다는 취지의 1996년 대법원 판결이 있음
	캐나다	모든 수형자들의 선거권을 박탈하는 규정에 대하여 1993년 대법원의 위헌결정 이후, 2년 이상 징역형을 선고받은 수형자의 선거권을 제한하는 규정에 대하여 도 2002년 대법원의 위헌결정이 있었음. 현재 모든 수 형자의 선거권을 인정하고 있음

포르투갈, 루마니아, 산마리노 (그리스와 룩셈부르크에서는 일부 중범죄에 대해서는 법원 판결과 관계없이 선거권이 제한되고 있음)

입법례	국가	관련 판례 및 비고
모든 수형자에게 선거권 부여	남아공	수형자들의 선거인명부 등록절차가 없는 것에 대하여 1999년 남아공 헌법재판소의 선거권 침해 결정 이후, 2004년 헌법재판소는 수형자의 선거권을 인정하지 않는 선거법 규정이 위헌이라고 판시함.

### 가. 모든 수형자의 선거권을 제한하는 국가

멕시코 헌법 제38조는 형사법에 의해 유죄선고를 받은 자의 선거권이 제한된다고 밝히고 있고,<sup>18)</sup> 브라질 헌법 제15조는 수감 중인 자의 선거권을 제한하고 있다.<sup>19)</sup>

일본의 공직선거법 제11조는 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자(다만, 형의 집행유예 중인 자는 제외)는 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다. 그 외에도 공직 재직 중 수뢰죄 및 알선죄를 범한 자로서 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 면제받은 날로부터 5년을 경과하지 아니하거나 그 형의 집행유예 중인 자, 선거범죄로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행유예 중인 자, 공직선거법상 선거범죄로 형을 선고받은 경우 재판확정시부터 5년을 경과하지 아니한 자는 선거권이 없다.<sup>20)</sup>

영국의 1983년 국민대표법(Representation of the People Act 1983) 제3조 제1항은 “유죄판결을 받은 자는 그 형의 선고에 따라 구금시설에 수용되어 있는 동안에는 법적으로 의회의 의원선거 또는 지방선거에서 투표할 수 없다.”고 규정하고 있다.<sup>21)</sup> 2005년 유럽인권재판소는 12 : 5의 견해로 이 규정이 “체약당사국들은, 입법부의 선택에 따라 국민의 의사표현의 자유를 보장하는 조건들 하에서, 합리적 기간 내에 비밀투표에 의한 자유선

18) 중앙선거관리위원회, 각국의 선거제도 비교연구, 2009, 97면.

19) 중앙선거관리위원회, 위의 주 18, 98면.

20) 중앙선거관리위원회, 일본 공직선거법, 2010, 27면. 일본 형법에는 선거권제한과 관련한 자격정지에 관한 규정은 없다.

21) 이 외에도 선거에 관한 부패행위 또는 위법행위로 선거재판소로부터 유죄통보를 받은 자는 부패행위의 경우 통보일로부터 5년 동안, 위법행위의 경우 3년 동안 선거권을 행사할 수 없으며, 정신병원에 감금된 범법자도 투표할 수 없다. Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 Sch.17 para.8; Representation of the People Act 2000 제2조.

거를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는 유럽인권협약 제1의정서 제3조를 위반한다고 판단하였다.<sup>22)</sup> 이에 따라 영국법의 영향을 받은 아일랜드와 키프로스(Cyprus)는 각각 2006년에 자국법을 개정하였다. 영국에서는 법 개정작업이 지연되고 있는데, 유럽이사회는 2010년 6월 영국에게 3개월 내에 법을 개정하라는 최종명령을 하였다. 유럽인권재판소는 2010. 11. 23. Greens and M.T. 사건에서 영국법의 선거권 침해를 재차 확인하였고,<sup>23)</sup> 2014. 8. 12. Firth and others 사건과 2015. 2. 10. McHugh and Others 사건에서도 선거권 침해를 확인하였다.<sup>24)</sup>

러시아의 경우 헌법 제31조 제2항의 규정에서 모든 수형자의 선거권을 제한하고 있다. 이에 대해 유럽인권재판소는 2013. 7. 4. 영국 Hirst 사건에서와 마찬가지로의 논리로 자동적·포괄적으로 선거권을 제한하는 것은 유럽인권협약 제1의정서 제3조를 위반하였다고 판시하였다.<sup>25)</sup> 이 사건에서 러시아 정부는 러시아의 수형자 선거권제한은 헌법규정에 의한 것이기 때문에 Hirst 사건과 다르다고 주장하였지만, 유럽인권재판소는 문제되는 제한조치의 성격에 관계없이 모든 국가의 행위는 인권협약의 심사대상이 된다고 보아 러시아의 주장을 받아들이지 않았다.

터키에서는 헌법 제67조, 선거기본법령과 선거인명부에 관한 법률 제7조

22) ECHR, 2005. 10. 6. Hirst v. The United Kingdom case. Application no. 74025/01.

23) ECHR, 2010. 11. 23. Greens and M.T. v. The United Kingdom case. Application no. 60041/08, 60054/08. 이 판결은 Hirst 판결의 미집행이 장기화되고 있음을 이유로 영국 정부에게 Greens and M.T. 판결이 확정된 후 6개월 내에 기존의 선거법을 유럽인권협약에 위반되지 않도록 개정한 법률안을 제출하도록 명령하였으며 동일한 쟁점을 이유로 영국을 상대로 제기된 2,500 여건의 사건의 심리를 중지시켰다. 영국 정부는 이탈리아 선거법이 문제된 Scoppola 사건에 제3자로 개입(third party intervention)하면서 Greens and M.T. 사건의 준수시한을 Scoppola 사건 종결 이후로 연장해 줄 것을 신청하였고, 유럽인권재판소는 이 신청을 받아들여 Scoppola 사건 선고 후 6개월 내에 개정 법률안을 제출토록 준수시한을 연장하였다. 김성진, 유럽인을 위한 특별한 보호- 유럽인권재판소, 법률신문 2012. 2. 16. 자 참고.

24) ECHR, 2014. 8. 12. Firth and Others v. the United Kingdom case, Application no. 47784/09; ECHR, 2015. 2. 10. McHugh and Others v. the United Kingdom case, Application no. 51987/08 and 1,014 others.

25) ECHR, 2013. 7. 4. Anchugov and Gladkovd v. Russia case, Application no. 11157/04.

및 형법 제53조에 의해 교도소에 수감된 수형자의 선거권이 제한되고 있었다. 수표부도로 징역형을 선고받은 사업자가 수감기간 중과 가석방기간 중에 선거권을 행사할 수 없었던 사안에서, 유럽인권재판소는 2013. 9. 17. 터키에서의 수형자 선거권제한이 자동적이고 무차별적이며, 범죄의 성격이나 중대성, 선고형, 개인의 행위나 환경을 고려하지 않아 유럽인권협약 제1의 정서 제3조를 위반하였다고 판시하였다.<sup>26)</sup> 유럽인권재판소는 2014. 10. 21. 터키 공화국 초대대통령인 무스타파 케말 아타투르크의 조각상에 페인트를 부은 죄로 13년 징역형을 선고받고 선거권이 제한된 사안에서 표현의 자유에 관한 유럽인권협약 제10조와 더불어 선거권을 규정한 유럽인권협약 제1의 정서 제3조를 위반하는 것이라고 확인하였다.<sup>27)</sup>

#### 나. 선고형을 기준으로 선거권을 제한하는 국가

호주 연방선거법(Commonwealth Electoral Act) 제93조는 제8AA항에서 수형자의 선거권제한에 관하여 규정하고 있다.<sup>28)</sup> 2004년 개정으로 3년 이상의 징역형을 선고받은 수형자의 선거권을 제한하고 있었는데, 2006년 개정으로 모든 수형자의 선거권을 제한하였다. 강도죄와 경찰로부터 추격받는 도중 교통사고로 1명에게 가한 중상해죄로 4년 가석방 금지 기간이 포함된 총 6년의 징역형을 선고받아 선거권이 제한된 사안에서, 호주 대법원은 2007. 8. 30. 4 : 2의 의견으로 모든 수형자의 선거권을 박탈하고 있는 연방선거법(Commonwealth Electoral Act)의 2006년 개정 사항은 무효이고, 3년 이상의 형을 선고받은 수형자들의 선거권을 박탈하는 개정 전의 규율이 유효하다고 선고(Order)하였고, 2007. 9. 26. 그 이유를 선고(Publication of Reasons)하였다.<sup>29)</sup> 현재는 3년 이상의 징역형을 선고받은 수형자의 선거권을 제한하고 있다.<sup>30)</sup>

26) ECHR, 2013. 9. 17. *Söyer v. Turkey* case, Application no. 29411/07.

27) ECHR, 2014. 10. 21. *Murat Vural v. Turkey* case, Application no. 9540/07.

28) 중앙선거관리위원회, 호주 연방선거법, 2010, 72-73면.

29) High Court of Australia, *Roach v. Electoral Commissioner*, 233 CLR 162, [2007] HCA 43

30) 호주 선거관리위원회 홈페이지 [http://www.aec.gov.au/Enrolling\\_to\\_vote/special\\_category/Prisoners.htm](http://www.aec.gov.au/Enrolling_to_vote/special_category/Prisoners.htm) 참조(2015. 7. 방문)

이탈리아의 형법 제29조에 의하면 무기징역형 또는 5년 이상의 징역형을 선고받은 자는 공무담임권이 영구히 박탈되고, 3년 이상의 징역형을 선고받은 자는 5년 동안 공무담임권이 제한된다. 1967년 3월 20일자 대통령령 제223호 제2조에 의하면 공무담임권이 제한된 자는 선거권이 제한된다. 이에 대하여 이탈리아 대법원은 선거권을 침해하지 않는다고 보았다. 이탈리아에서의 수형자 선거권제한은 유럽인권재판소에서도 문제되었다. 아내를 살인하고 아들에게 상해를 입힌 죄로 30년 형을 선고받은 Franco Scoppola는 유럽인권재판소에 자신의 선거권이 침해되었다고 소를 제기하였다. 유럽인권재판소 소재판부(Chamber)는 2011. 1. 18. 선거권을 침해하였다고 판단하였으나 이탈리아는 이의를 제기하였고, 2011. 6. 20. 대재판부(Grand Chamber)에 회부되었다. 이 사건에 영국이 제3자로 소송에 참여하였고, 대재판부는 2012. 5. 22. 16 : 1의 견해로 청구인의 선거권을 침해하지 않았다고 판시하였다.<sup>31)</sup> 유럽인권재판소는 Hirst 사건에서 선거권 제한조치가 일반적, 자동적, 무차별적이어서는 안된다고 판시하였던 원칙을 재확인하였다. 다만 이탈리아에서는 국가나 사법제도에 반하는 범죄 또는 적어도 3년 이상의 형이 선고되는 범죄에 대해서만 선거권을 제한하므로 자동적이고 무차별적인 제한조치에 해당하지 않고, 형집행 종료 3년 후에는 선거권을 회복하는 절차가 있다는 점을 고려하여, 유럽인권협약 제1의정서 제3조를 위반하지 않았다고 판시하였다.

#### 다. 범죄의 성격을 기준으로 선거권을 제한하는 국가: 미국<sup>32)</sup>

미국 수정헌법 제14조 제2항 단서는 “미연방 대통령·부통령, 국회 대표, 주 정부의 행정·사법 공무원 및 입법자를 선출하는 선거에서 21세 이상의 미연방시민권자로서 해당 주에 거주하는 남성에게 반란(rebellion) 및 기타 범죄에 가담한 경우를 제외하고 선거권을 제한하는 경우 그러한 곳의 대표 선출권은 전체 21세 이상 남성 수에서 비례하여 축소된다”<sup>33)</sup>고 규정하여

31) ECHR, 2012. 5. 22. Scoppola v. Italia case(No.3), Application no. 126/05.

32) 조수혜 헌법연구원, 미국 입법례조사 - 수형자의 선거권 제한-, 2011. 5. 작성 참조.

33) U.S.C.A. Const. Amend. XIV, § 2 "Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole

주 정부에게 일정한 경우 선거권을 제한할 수 있는 권한을 명시적으로 부여하고 있다.<sup>34)</sup> 이 조항은 미국의 독특한 역사의 산물로, 인종으로 인한 선거권제한을 금지하는 연방수정헌법 제15조와 함께 미국 남북전쟁 이후 인종차별을 금지하기 위하여 재건기에 제정된 것이다.<sup>35)</sup>

미국 연방대법원은 1974년 중범죄(felony)로 유죄판결을 받은 자는 선거권이 제한될 수 있다고 판시한 바 있으며,<sup>36)</sup> 대다수의 주는 중범죄, 불명예스러운 범죄(infamous crime), 부도덕한 범죄(crime of moral turpitude) 등으로 유죄선고를 받은 자를 선거권 결격사유로 규정한다. 그러나 한편으로 연방대법원은 경범죄(misdemeanor)로 유죄판결을 받은 자의 선거권을 제한하는 것은 위헌의 소지가 있다고 판시한다.<sup>37)</sup> 선거권제한 사유가 되는 중범죄는 주에 따라 다르게 해석이 되나, 일반적으로 반역(treason), 살인(murder, manslaughter), 상해(mayhem), 강간(rape), 방화(arson), 주거침입 절도(burglary), 강도(robbery), 절도(larceny) 등을 중범죄(felony)로 본다.<sup>38)</sup> 주 선거법에서 중범죄로 인한 선거권 박탈의 문제는 인종차별의 목적으로 이루어질 경우 위헌이 되며, 이는 제반 사정을 종합적으로 고려하여 결정

---

number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State."

34) Roger Clegg, et al. *The Case Against Felon Voting*, U. St. Thomas J. L. & Pub. Pol'y 1, 1 (2008).

35) *Holley v. Askew*, 583 F.2d 728 (5th Cir. 1978). See also, Gabriel J. Chin, *Reconstruction, Felon Disenfranchisement, and the Right to Vote: Did the Fifteenth Amendment Repeal Section 2 of the Fourteenth Amendment?*, 92 *Geo. L. J.* 259 (2004).

36) *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

37) *O'Brien v. Skinner*, 414 U.S. 524 (1974); *Shepherd v. Trevino*, 575 F.2d 1110 (5th Cir. 1978).

38) *Jerome v. U.S.*, 318 U.S. 101, 108 n. 6 (1943)' *Harvey v. Napolitano*, 2008 WL 4277951 (not reported in F. Supp. 2d) (D. Ariz. 2008).

이 된다.<sup>39)</sup>

현재 46개주의 헌법이 명시적으로 중범죄자에 대한 선거권제한 근거 규정을 두고 있으며, 이 중 메사추세츠주<sup>40)</sup>와 유타주<sup>41)</sup>는 최근에 이러한 근거 규정을 삽입하였다. 주 헌법으로 중범죄자에 대한 선거권제한 규정을 두고 있지 않은 4개 주 중 오클라호마주<sup>42)</sup>와 펜실베이니아주<sup>43)</sup>는 컬럼비아 특별구와 마찬가지로 중범죄자에 대한 선거권제한에 결정권자의 넓은 재량을 인정하고 있으며, 메인주<sup>44)</sup>와 버몬트주<sup>45)</sup>만이 선거사범에 관하여만 선거권을 제한한다.<sup>46)</sup>

### 라. 개별적인 판결로 선거권을 제한하는 국가

독일 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 제13조 제1호는 법원의 판결에 의한 선거권 상실을 선거권 결격사유로 규정하고 있다.<sup>47)</sup> 연방선거법 시행령 제64조는 사회병리치료시설 또는 교도소에 대하여 행정당국은 그 시설물 내에 수용되어 있는 선거권자로서 그 투표구에 유효한 선거권을 소지한 자에 대해 이동투표선거위원회에 선거할 수 있는 기회를 부여하도록 하고 있다. 독일 형법 제45조는 선거권 등 자격의 박탈을 독립된 형벌이 아니라 유죄판결에 부수한 효과로 규정하고 있다. 제45조 제2항, 제5항에 의하면 법원은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 유죄판결을 받은 자에게 부가적인 제재로 일정 기간(2년에서 5년)을 정하여 선거권제한을 선고할 수 있다. 어느 범죄에 대하여 선거권제한을 선고할 수 있는지는 형법 각칙

39) Cotton v. Fordice, 157 F.3d 388 (5th Cir. 1998).

40) 2000년 개정. Mass. Cont. Amend. Art. III.

41) 1998년 개정, 1999년 발효. Utah Const. Art. IV, § 6.

42) Okla. Const. Art. III, § 1.

43) Ray v. Com., 442 Pa. 606, 276 A.2d 509 (1971).

44) Me. Rev. Stat. Ann. tit. 21-A, §122(5), §751; White v. Edgar, 320 A.2d 668 (Me. 1974).

45) Vt. Stat. Ann. tit. 28, § 807(a).

46) 10 A.L.R. 6th 31 (originally published in 2006), § 2.

47) 중앙선거관리위원회, 독일 선거법, 2010, 88면; 서보학, 형사제재로서의 명예형(자격형)은 존치되어야 하는가?, 형사법연구 제10호(한국형사법학회), 1998, 251면 이하.

의 개별 범죄구성요건에서 규정하고 있다.

스페인 선거법(Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General) 제 3조 제1항 제1호는 법원의 확정판결에 의해 주형 또는 부가형으로 선거권 박탈 선고를 받은 자로 그 형이 유효한 자의 선거권을 제한하고 있으나,<sup>48)</sup> 선거권박탈 선고는 매우 드문 편이다.

프랑스 선거법(Code Electoral) 제6조는 법원의 재판에 의해 정해진 기간 동안 투표 및 선거권을 제한받은 자를 선거권 결격사유로 규정하고 있다. 프랑스 선거법 제7조는 공무원범죄 등으로 유죄판결을 받은 자는 최종 법원판결이 확정된 날로부터 5년 동안 선거권을 행사할 수 없다고 규정하고 있었다. 2008년 헌법개정으로 새로 도입된 사후적 규범통제제도에 의하여 프랑스 대법원(Cour de cassation, 파기원)은 선거법 제7조에 대하여 헌법 재판소에 위헌제청(QPC)을 하였고, 헌법재판소(Conseil Constitutionnel)는 2010. 6. 11. 형벌의 개인책임원칙 위반으로 위헌결정을 내려 현재 위 조항은 삭제되었다.<sup>49)50)</sup>

총재 오스트리아 하원선거법(National Assembly Election Act) 제22조는 고의로 범죄를 범한 자 중 1년 이상의 징역형을 선고받은 자의 선거권을 제한하고 있었다. 형법 제44조 제2항에 의하면 법관은 주된 형벌과 독립적으로 부수적 형벌에 대하여 조건을 정하여 부과할 수 있었고, 개별적인 정황을 고려하여 선거권제한을 조건부로 유예할 수도 있었다. 수형자의 선거권제한에 대하여 오스트리아 헌법재판소는 2003. 11. 27. 합헌결정(B669/02)

48) 중앙선거관리위원회, 스페인 선거법, 2010, 7면; [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo5-1985.t1.html#a3](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo5-1985.t1.html#a3) 참조(2015. 7. 방문)

49) Conseil Constitutionnel, Décision n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.

50) 프랑스 헌법재판소는 이 판례에서 자동적인 형벌의 금지를 형벌의 개별화 원칙에 결부시켰다. 프랑스 헌법재판소는 이 결정 이전까지는 형벌의 필요성 원칙으로부터 자동적인 형벌의 금지 원칙을 도출해왔다. 헌법재판소는 국외추방을 명하면 자동적으로 1년 동안 입국이 금지되는 행정적인 제재가 결부되어 있는 규정들을 위헌으로 판단한 바 있다. 1997. 5. 25. 및 1997. 6. 1. 국회의원 선거에 관한 의견에서도 헌법재판소는 “1985년 법률에 규정된 피선거권의 제한이라는 자동적인 형벌은 형벌의 필요성 원칙, 변론권, 공정한 재판의 원칙에 비추어 신중하게 판단하여야 한다”고 판시하였다. 헌법재판소는 “형벌의 필요성 원칙은, 선거직 공무담임의 결격의 형벌은 법관이 각 사건에서 개별적인 상황을 고려하여 그것을 명확히 선고했을 때에만 적용될 수 있다는 것을 의미한다”고 판시하였다. Décision n°99-410, 1999. 3. 15.

을 내렸다. 2005년 유럽인권재판소의 Hirst 결정이 있는 이후 헌법재판소는 다시 하원선거법 제22조를 심사하였으나, 2007. 9. 27. Hirst 결정에서 문제된 영국의 선거법은 범죄의 종류와 경중 내지는 개인적인 환경에 관계없이 모든 수형자의 선거권을 제한하였으나, 오스트리아 선거법은 고의로 범죄를 범하여 1년 이상 징역형을 선고받은 자의 선거권을 제한하고 있고, 1년 미만의 징역형 및 집행유예를 선고받은 자의 선거권을 제한하지 않으며, 형법 제44조 제2항에 의하면 법원은 판결을 선고하면서 선거권을 제한하지 않을 수 있으므로 피고인의 개인적인 환경에 대한 고려가 충분히 되고 있다고 보아 합헌결정(B1842/06)을 하였다. 이에 대하여 유럽인권재판소는 2010. 4. 8. 6 : 1의 견해로 오스트리아 하원선거법 제22조로 인한 선거권제한이 법관의 재판으로 선고되지 않고, 선거권제한의 제재와 범죄 사이의 연계성이 충분히 존재하지 않는다는 이유로 유럽인권협약 제1의정서 제3조를 위반하였다고 보았으며, Hirst 결정보다 더 나아가 선거권을 제한하는 모든 형벌은 범죄의 개인적인 정황에 근거하여 법관의 판단으로 선고되어야 한다는 것을 명시하였다.<sup>51)</sup> 이후 오스트리아는 대재판부(Grand Chamber)에 회부를 신청하였으나, 2010. 10. 4. 기각되어 이 결정은 확정되었다.<sup>52)</sup>

#### 마. 모든 수형자에게 선거권을 부여하는 국가

스웨덴 선거법 제1장 제2조는 선거일 현재 18세 이상의 국내 거주국민과 과거 스웨덴에 주민으로 등록되었던 국민이라면 누구라도 선거권을 행사할 수 있도록 규정하고 있고, 결격사유로는 금치산자 및 후견 하에 있는 자를 두고 있다.<sup>53)</sup>

선거권제한입법에 대해 선거권을 침해한다고 본 판결은 아니지만, 국가 질서를 위협하였던 범죄자에 대하여 선거권을 인정하였던 사례로 이스라엘의 판결을 고려할 수 있다. 이스라엘은 모든 수형자에게 선거권을 부여하고 있는데, 팔레스타인과 평화협정을 체결하여 노벨평화상을 받았던 이즈

51) 형법 제44조 제2항은 1997. 1. 1. 형법개정으로 도입되어 청구인에게는 적용되지 않았으므로, 이 결정에서는 형법 제44조 제2항에 대해서는 판단하지 않았다.

52) 유럽인권재판소, 2010. 10 18.자 보도자료 참조.

53) 중앙선거관리위원회, 위의 주 18, 94-95면.

하크 라빈(Yitzak Rabin) 총리가 1995년 유대극우파 이스라엘인인 이갈 아미르(Yigal Amir)에게 사살당하자, 라빈 총리의 후임을 선출하는 선거에서 아미르가 선거권을 행사할 수 없도록 시민권을 취소해야 한다는 주장이 있었다. 이스라엘 국적법(Law of Citizenship) 제11조b에 의하면 내무부장관은 이스라엘 국가에 대한 신뢰를 저버리는 행위를 한 자의 국적(Citizenship)을 박탈하는 권한을 보유하고 있다. 당시 내무부장관이 아미르의 국적을 박탈하지 않기로 결정하자 제3자가 대법원의 위 내무부장관의 결정을 심사할 것을 제소하였다. 이스라엘 대법원은 1996년 그의 선거권을 박탈하는 것은 아미르가 아니라 이스라엘 민주주의에 해가 될 것이며, 그의 형벌은 징역형이고, 선거권 박탈은 모든 기본권의 근간이 흔들릴 것이라고 판시하였고, 이에 따라 아미르는 선거에 참여하였다.<sup>54)</sup>

1993년 캐나다 대법원(Supreme Court of Canada)은 모든 수감자에 대해 형의 기간과 관계없이 선거권을 박탈하는 포괄적인 금지(blanket ban) 규정을 만장일치로 위헌이라고 선언하였다.<sup>55)</sup> 그 후 법률이 개정되어 캐나다 선거법(Canada Elections Act) 제4조 (c)는 징역 2년 이상의 수감자의 선거권을 제한하였으나<sup>56)</sup>, 2002년 대법원은 *Sauvé v. Canada* 사건에서 5 : 4의 의견으로 이 규정에 대해서도 ‘권리와 자유에 관한 캐나다 헌장’ 제1조와 제3조에 위반되는 것으로 위헌이라고 선언하였다.<sup>57)</sup> 이 판결로 위 규정은 효력을 상실하여 2004년 첫 선거 이후 모든 수형자들이 선거권을 행사하고 있다. 선거법 제5절(제244조-제262조)에서 수감된 선거인의 선거권 행사와 관련하여 자세히 규정하고 있다.<sup>58)59)</sup>

54) *Alrai v. Minister of the Interior et al.* [1996] Isr SC 50(2) 18. ACLU, *Out of Step with the World: An Analysis of Felony Disfranchisement in the US and Other Democracies*; Behan, Ian O'Donnell, *Prisoners, Politics and the Polls - Enfranchisement and the Burden of Responsibility*, 48 *British Journal of Criminology* 320 참조.

55) *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438,

56) *Canada Elections Act* Section 51(e).

57) *Sauvé v. the Attorney General of Canada*, 2002 SCC 68.

58) 중앙선거관리위원회, *캐나다 연방선거법*, 2010, 97-101면.

59) *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, *Sauvé v. the Attorney General of Canada*, 2002 SCC 68.

남아공 헌법재판소는 1999년 수행자들의 선거인명부에 등록하는 절차가 없는 것이 선거권을 침해한다고 선언하면서 선거위원회는 수행자들이 선거인명부에 등록하고 선거권을 행사할 수 있도록 모든 합리적인 조치를 취하라는 명하는 결정을 내렸다.<sup>60)</sup> 이 결정 이후 선거법이 개정되어 명시적으로 노역장 유치자들을 제외한 모든 수행자들의 선거권을 박탈하는 명시적인 규정을 두자,<sup>61)</sup> 2004년 남아공 헌법재판소는 국가교정국(NICRO)과 두 수행자들이 신청한 사건에서 9 : 2로 선거법 규정이 헌법<sup>62)</sup>에 위반되어 무효라고 선언하였다.<sup>63)</sup>

### 바. 국제인권조약상 선거권 보호

‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제25조<sup>64)</sup>는 모든 시민의 선거권을 보장하고 있다.<sup>65)</sup> 인권이사회(Human Rights Committee)가 1996년 제57차 회기에서 채택한 참정권 및 선거권 등에 관한 일반의견 제25호에 의하면 “당사국들은 보고서에서 시민들로부터 투표권을 박탈하는 법규정을 제시하고 설명해야 한다. 그러한 박탈의 근거는 객관적이고 합리적이어야 한다. 만약, 범죄에 대한 유죄판결이 투표권을 정지시키는 근거가 된다면,

60) August v. Electoral Commission, CCT 8/99, 1999. 4. 1.

61) Electoral Laws Amendment Act 34 of 2003.

62) 남아공 헌법 제1조는 민주 정부 하에서의 성인의 보통선거, 일반 국민들의 유권자로서의 지위, 주기적 선거, 복수정당제의 가치를 존중하고 있고, 제3조는 모든 시민은 동등하게 시민의 이익과 권리와 특권을 향유할 자격을 부여받는다고 규정하고 있으며, 제19조 제3항 (a)호는 모든 성인 시민은 헌법이 정한 입법기구를 구성하기 위한 선거에서 투표할 권리를 가지며 비밀로 투표할 권리를 갖는다고 규정하고 있다.

63) Minister for Home Affairs v. NICRO (National Institute for Crime prevention and the Reintegration of Offenders), CCT 03/04, 2004. 3. 3.

64) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조  
모든 시민은 제2조에 규정하는 어떠한 차별이나 또는 불합리한 제한도 받지 아니하고 다음의 권리 및 기회를 가진다.

(a) 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여하는 것  
(b) 보통, 평등 선거권에 따라 비밀투표에 의하여 행하여지고, 선거인의 의사의 자유로운 표명을 보장하는 진정한 정기적 선거에서 투표하거나 피선되는 것  
(c) 일반적인 평등 조건하에 자국의 공무에 취임하는 것

65) 이 조약은 1966년 UN 총회에서 채택되고 1976년에 발효된 조약으로 우리나라에서는 1990. 3. 16. 국회의 비준동의를 받아 1990. 7. 10.에 발효하였다.

정지 기간은 범죄와 형량에 대하여 비례해야 한다. 자유를 박탈당했지만 유죄를 선고받은 사람이 아니라면 투표권의 행사에서 배제되어서는 안 된다.”<sup>66)</sup> 1995년 홍콩(당시는 영국령)에 대하여 이루어진 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약상 정부보고서 검토에서 인권이사회는 유죄 확정자에게 최고 10년까지 선거권을 박탈하는 홍콩의 관련 법률은 비례의 원칙에 반하여 위 규약 제25조가 보장하는 정치적 참여권을 부당하게 침해하는 것이라고 판단하였다.<sup>67)</sup> 인권이사회는 2011. 3. 21. 개인통보사건에서 모든 수형자의 선거권을 제한하는 러시아가 개인의 선거권을 침해한다고 판단하였다. 징역형의 기간 동안 모든 수형자에게 선거권을 박탈하고 있는 당사국은 선거권제한이 개별적인 사안에서 국제규약상 요구되는 합리성 기준을 어떻게 충족하는지 설명하지 않았기에, 인권이사회는 러시아에 대하여 위 국제규약 제25조 위반을 인정하였다.<sup>68)</sup>

‘법을 통한 민주주의 유럽위원회’(“베니스 위원회”)는 2002년 7월 제51차 회기에서 “바람직한 선거를 위한 지침(Code of Good Practice in Electoral Matters)”을 채택하여 2002. 11. 6. 유럽평의회 의회(Parlimentary Assembly of Council of Europe)에 제출하였다. 베니스 위원회는 이 지침에서 선거권과 피선거권이 제한되는 상황에 대한 가이드라인을 제시하였다.<sup>69)</sup>

그 외에도 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제10조 제1항은 수형자의 처우에 관하여 보호하고 있고, 1955년 UN의 범죄방지 및 범죄인처

66) Human Rights Committee, General Comments 25. para. 14. (국가인권위원회 번역문). 해당 조약에 관한 유권기관의 해석으로 볼 수 있다.

67) Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee (Hong Kong). 1995-11-09. U.N. Doc. CCPR/79/Add.57. para.19.

68) Yevdokimov and Rezanov v. Russian Federation case, 21 March 2011, no. 1410/2005, para.7.5.

69) i. 개인의 선거권과 피선거권을 제한하는 규정을 둘 수 있지만, 다음의 조건을 지켜야 한다:  
 ii. 법률에 의하여 규정되어야 한다.  
 iii. 비례성원칙이 지켜져야 한다; 피선거권을 제한하는 요건은 선거권을 제한하는 요건보다 덜 엄격할 수 있다.  
 iv. 선거권제한은 정신적 무능력이나 중범죄로 인한 형사판결에 근거하여야 한다.  
 v. 나아가 정치적 권리의 박탈이나 정신적 무능력의 인정은 법률에 의한 법원의 명백한 판단에 의하여야 한다.

우에 관한 회의에서 채택된 피구금자처우최저기준규칙도 제57조 및 제58조에 관련 규정을 두고 있다.<sup>70)</sup>

### 3. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 수형자의 선거권제한에 대해 헌재 2004. 3. 25. 2002헌마 411 결정에서 8(합헌) : 1(위헌)로 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제18조 제1항 제2호 전단부분<sup>71)</sup>은 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다(이하 ‘2004년 선례’라고 한다).

헌법재판소는 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1462 결정에서 공직선거법 제18조 제1항 중 제2호 전단부분에 대하여 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환 등 5인이 위헌의견을, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡 등 3인이 기각의견을, 재판관 이강국 1인이 각하의견을 표시하여 헌법에 위반된다는 의견이 다수이기는 하나, 위헌정족수에 이르지 못하여 심판청구를 기각하였다(이하 ‘2009년 선례’라고 한다).

2009년 선례에서 5인의 다수의견은 2004년 선례에서 실시한 수형자의 선거권제한의 목적에 대해 2004년 선례 이후 수형자의 교정시설 내에서의 처우에 관한 법적 규율에 변화가 생겼고, 몇 가지 논거에 대해서는 수긍할

70) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조

- ① 자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다.
- ③ 교도소 수감제도는 제소자들의 교정과 사회복귀를 기본적인 목적으로 하는 처우를 포함한다.

피구금자처우최저기준규칙

제57조 구금형 및 범죄자를 외부로부터 격리시키는 그 밖의 처분은 범죄자의 자유를 박탈함으로써 자기결정의 권리를 빼앗는 것이며 바로 이 사실이야말로 그들에게 고통을 주는 것이다. 그러므로 교정제도는 정당한 이유에 근거한 분리구금 또는 규율유지를 수반하는 경우를 제외하고는 이와 같은 상태에 있는 고유한 고통을 그 이상으로 증대시켜서는 아니된다.

제58조 구금형 또는 이와 유사한 자유박탈처분의 목적 및 이유는 궁극적으로는 사회를 범죄로부터 보호함에 있다. 이 목적은 범죄자가 사회에 복귀한 후 준법적이고 자립적인 생활을 스스로 의욕할 뿐 아니라, 그러한 능력을 가지도록 하게 하기 위하여 그 구금기간을 가능한 한 이용하여야만 비로소 달성될 수 있다.

71) 심판대상조항 해당부분과 동일한 법문이다.

수 없는 점이 있다며 각각의 논거를 비판하였다. 첫째, “구 행형법 하에서 수행자는 타인과의 접견, 서신 왕래, 전화통화, 신문 또는 도서의 구매 및 열람, 라디오 청취 및 텔레비전 시청이 제한된 상황에서 선거와 관련된 정보자료를 충분히 제공받지 못하여 적정한 투표가 가능한지 의문스럽다.”는 논거에 대해서, 국가는 수행자에게 합리적인 선거권 행사를 위하여 선거에 관한 정보를 충실하게 제공하여야 할 의무를 지고, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’의 시행으로 수행자는 종전 구 행형법 아래에서의 처우에 비하여 선거 관련 정보획득의 주요 매체라 할 수 있는 신문이나 텔레비전 등에서의 접근이 더욱 자유롭게 되어 선거권 행사에 필요한 정보획득의 기회는 충분히 제공되어 있으며, 신문 등의 구독이나 라디오 청취 및 텔레비전의 시청을 통한 정보획득의 기회에 있어서 수행자와 미결수용자의 처우는 동일하다는 점을 들어 반박하였다. 둘째, “수행자의 선거권 행사는 부재자투표에 의하여야 할 것인데, 교정시설 내에서 부재자투표를 인정하면 교정시설 관리자의 영향력에 의하여 수행자의 정치적 의사형성이 왜곡될 수밖에 없어 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다.”는 논거에 관하여, 국가는 교정시설 관리자가 수행자의 정치적 의사형성에 부당하게 영향력을 행사하는 것을 막기 위한 사전 예방조치를 취하고, 이를 위반한 교정시설 관리자를 징계하거나 처벌하는 등 선거의 공정성을 확보하기 위한 노력을 하여야 할 것이지, 이러한 노력을 뒤로 한 채 그러한 선거부정행위의 피해자라 할 수 있는 수행자에게 그 책임을 전가하여 수행자의 선거권을 부정할 수는 없다고 보았다. 셋째, “수행자가 부재자투표를 기화로 부재자투표 봉투에 개인적 서신을 넣어 발송함으로써 외부에 있는 공범자 등에게 연락을 취할 수 있어 실질적인 형벌집행에 부정적인 영향을 미칠 수 있다.”는 논거에 관하여, 이는 교정시설 내 부재자투표 관리를 철저히 함으로써 예방하여야 할 문제일 뿐만 아니라, 부재자투표의 봉투는 일반 서신의 봉투와 명백히 구별되고 그 수신지는 선거관리사무소이므로 수행자가 부재자투표 봉투를 이용하여 공범자와 연락을 취할 기술적 가능성이 어느 정도인지도 명백하지 않다고 반박하였다. 마지막으로, “수행자는 반사회적 성향을 가지고 있는 경우가 허다하고 처벌을 받는 것에 대한 강한 불만을 품고 있어 그의 정치적 의사가 정당하게 형성되지 않을 개연성이 있는데, 지극히 예외적인

경우이기는 하나 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에 수행자들이 결정권(casting vote)을 행사할 수도 있는 것은 납득하기 어렵다.”는 논거에 관하여, 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 일정 연령에 도달한 국민이면 누구라도 당연히 선거권을 가진다는 원칙으로, 일정 연령에 도달한 국민인 이상 누구든지 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있고, 또 영향을 미칠 수 있어야 한다는 것은 보통선거원칙의 이념적 전제인 동시에 필연적 귀결인바, 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있으므로 선거권을 행사할 수 없도록 해야 한다는 주장은 보통선거원칙에 어긋나는 부적절한 주장이라고 판시하였다. 2004년 선례의 합헌결정의 논거가 어떻게 극복되어 가는지 그 과정을 보여주는 부분으로, 이 사건 결정에서 위헌 및 헌법불합치결정이 선고되는 데 그 밑바탕이 되었다고 볼 수 있다.

#### 4. 이 사건의 쟁점과 심판대상의 범위

##### 가. 심판대상에 포함되는 사람들

이 사건 심판대상에 포함되는 사람은 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 해당하는 수형자와 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행유예기간 중인 자’가 있다. 수형자는 형 집행 중에 있는 수용자와 가석방된 사람으로서 잔형기가 경과되지 않은 사람을 포함한다. 즉, 이 사건 심판대상에는 형 집행 중인 수용자, 가석방자, 집행유예기간 중인 자가 포함되고, 이 사건 쟁점은 수형자 및 집행유예자의 선거권을 제한하는 심판대상조항이 청구인들의 헌법상 기본권을 침해하는지 여부이다.

##### 나. 심판대상에서 제외되는 사람들

사형, 무기징역 또는 무기금고의 형을 선고받은 사람은 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 ‘금고 이상의 형의 선고를 받은 자’에는 해당하나, 형법 제43조 제2항의 ‘유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자’에는 해당하지 않는다. 이 사건 결정은 공직선거법 제18조 제1항 제2호를 ‘유기징역 또는 유기금고의 선고를 받은 사람’과 관련된 부분으로 한정하고 있으므로, 사형,

무기징역 또는 무기금고의 형을 선고받은 사람은 심판대상에서 제외되었다.

집행유예자와 관련하여서는 공직선거법 제18조 제1항 제3호 중 ‘선거법 등의 죄를 범한 자로서, 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 않은 자’와 규범영역상 중첩되는 부분이 있다. 선거법 등 제18조 제1항 제3호에서 예시하는 죄명으로 형의 집행유예의 선고를 받고 확정된 후 집행유예기간 중인 자는 제18조 제1항 제2호에 해당되기도 하고, 제18조 제1항 제3호에 의하여도 선거권이 제한된다고 볼 수 있기 때문이다. 이 사건 심판대상은 공직선거법 제18조 제1항 제3호에 의하여 선거권이 제한되는 집행유예자를 제외하고 있으므로, 위 사람들은 이 사건 쟁점에 포함되지 않는다.

한편, 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 후단인 ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자’에는 집행유예기간 중에 있는 자 외에 형의 시효가 완성되지 않은 자가 있다. 형의 선고를 받은 자는 시효의 완성으로 인하여 그 집행이 면제되고(형법 제77조), 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 형법 제78조가 정한 기간을 경과하면 시효가 완성된다. 형의 시효가 완성되지 않은 사람은 형의 선고를 받고 집행을 받지 아니한 사람을 말하는바, 구금되어 있지는 않지만 집행유예를 선고받은 사람과 달리 볼 필요가 있고, 집행이 되지 않은 사람이므로 집행 중에 있는 사람의 선거권제한과도 달리 판단할 여지가 있다. 이 사건 결정은 공직선거법 제18조 제1항 제2호 후단부분 중에서 ‘집행유예자’만으로 심판대상을 한정함으로써 형의 시효가 완성되지 아니한 자를 제외하였다.

## 5. 이 사건 결정의 내용 및 해설

### 가. 다수의견

다수의견은 심판대상조항이 집행유예자와 수형자의 선거권을 전면적·확일적으로 제한하는 것은 헌법에 위반된다고 보았는데, 그 이유는 다음과 같다.

『심판대상조항은 집행유예자와 수형자에 대하여 전면적·확일적으로 선거권을 제한하고 있다. 심판대상조항의 입법목적에 비추어 보더라도, 구체적인 범죄의 종류나 내용 및 불법성의 정도 등과 관계없이 일률적으로 선

거권을 제한하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다. 범죄자가 저지른 범죄의 경중을 전혀 고려하지 않고 수형자와 집행유예자 모두의 선거권을 제한하는 것은 침해의 최소성원칙에 어긋난다. 특히 집행유예자는 집행유예 선고가 실효되거나 취소되지 않는 한 교정시설에 구금되지 않고 일반인과 동일한 사회생활을 하고 있으므로, 그들의 선거권을 제한해야 할 필요성이 크지 않다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 선거권을 침해하고, 보통선거원칙에 위반하여 집행유예자와 수형자를 차별취급하는 것이므로 평등원칙에도 어긋난다.』

다수의견은 먼저 심판대상조항의 입법목적에 대하여 범죄자에 대해 가해지는 형사적 제재의 연장으로서 범죄에 대한 응보적 기능과 반사회적 행위에 대한 사회적 제재의 역할(형사적·사회적 제재)과 또한 시민으로서의 책임성을 함양하고 범치주의에 대한 존중의식을 제고하는 데 기여하는 역할(준법의식 강화)을 인정하였고, 선거권제한은 효과적이고 적절한 방법임을 인정하였다. 다수의견이 심판대상을 위헌으로 본 주된 이유는 집행유예자와 수형자의 선거권을 전면적·획일적으로 제한하고 있어 그 선거권제한이 침해의 최소성원칙에 위반된다는 점이었다. 선거권을 제한하더라도 구체적인 범죄의 종류나 내용 및 불법성의 정도 등을 고려해야 하는데, 심판대상조항은 범죄의 경중을 고려하지 않고 수형자와 집행유예자 모두의 선거권을 제한한다는 점에서 지나친 제한이라고 보았다. 특히 집행유예자의 경우 선거권제한의 필요성이 크지 않고 일정한 경우에는 징역형을 선고받은 경우보다 더 긴 시간동안 선거권이 제한된다는 불합리가 발생한다는 점도 지적하였다.

#### 나. 재판관 이진성의 위헌의견

다수의견은 집행유예자에 대해서는 위헌, 수형자에 대해서는 헌법불합치를 선언하였는데, 이에 반해 재판관 이진성은 집행유예자와 수형자 모두에 대해 위헌을 선언해야 한다는 의견을 밝혔고, 그 요지는 다음과 같다.

『범죄를 저지른 대가로 유죄의 확정판결을 받은 사람들에 대한 사회적 제재라는 심판대상조항의 입법목적은 정당하지 않다. 수형자에 대해 응보적 기능으로서 일정한 제재의 필요성을 부인하는 것은 아니지만, 그 제재

가 참정권 중 가장 기본적 권리인 선거권을 제한하는 방법으로 발현되어야 하는 것은 아니다. 법의 정당성과 준법의무는 모든 시민이 선거권을 행사하는 것으로부터 직접 도출되는바, 수형자와 집행유예자의 선거권을 제한하는 것이 준법의식을 강화한다고 볼 수 없어 그 수단의 적합성을 인정하기 어렵다. 집행유예자와 수형자에 대한 선거권제한은 헌법재판소가 단순 위헌결정을 통하여 선거권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있으므로, 심판대상조항 전체에 대하여 단순위헌을 선언하여야 한다.』

재판관 이진성의 의견은 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성부터 부인한다는 점에서 다수의견과 논의의 출발점을 달리한다. 수형자에 대한 기본권제한조치는 재사회화의 목적에 부응하여야만 정당화될 수 있는데, 실정법을 위반한 범죄자라고 하더라도 선거권을 제한하는 것은 재사회화의 목적에 부응하는 것이 아니므로 사회적 제재의 목적을 부인하였다. 선거권은 국민이 주권을 행사하는 근간이 되는 권리로, 주권의 행사와 형사책임은 전혀 다른 차원의 문제이기 때문에 선거권제한의 응보적 기능 역시 부인하였다. 마지막 준법의식의 강화에 대해서도 오히려 수형자와 집행유예자에게 선거권을 행사하도록 하는 것이 재사회화 목적에 부합할 뿐만 아니라 준법의식 강화에 도움이 된다고 보았다. 재판관 이진성은 집행유예자와 수형자의 선거권을 제한하는 것 자체가 위헌이라는 의견으로, 심판대상조항 전체에 대해 단순위헌을 선언해야 한다는 입장을 밝혔다.

#### 다. 재판관 안창호의 수형자 부분에 대한 반대의견

재판관 안창호는 수형자 부분에 대해 반대의견을 밝혔는데, 그 요지는 다음과 같다.

『불법성이 상대적으로 경미한 사안에 있어 정상을 참작 받아 교정시설에 구금되지 않고 공동체의 구성원으로 정상적인 사회활동이 가능한 집행유예자의 경우와 달리, 수형자는 그 범행의 불법성이 크다고 보아 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 아직 종료되지 않은 자로서 공동체로부터 격리되어 정상적인 사회생활이 불가능해진 경우이다. 그들에 대해 격리된 기간 동안 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성과 공동체의 나아갈 방향을 결정짓는 선거권을 정지시키는 것은 입법목적의 달성에 필요한 정

도를 벗어난 과도한 것이라고 보이지 않는다. 그렇다면 심판대상조항 중 수행자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.』

재판관 안창호는 집행유예자의 선거권을 제한하는 것은 위헌이지만, 수행자의 선거권을 제한하는 것은 합헌이라는 의견이다. 집행유예가 아닌 실형을 선고받은 자는 일정 수준 이상의 불법성이 인정된 경우로, 선거권제한의 기간을 형사책임에 비례하여 선고된 구금기간 동안으로 제한하는 것은 책임원칙에 반하지 않으며, 수행자로 선거권제한범위를 한정하는 것은 포괄적이고 획일적인 과잉입법에 해당하지 않는다는 견해이다. 또한 입법례를 보더라도 자국의 전통과 실정에 맞게 수행자의 선거권제한이 이루어지고 있다는 점도 원용하였다. 이에 따라 수행자에 대해 구금기간 동안 선거권을 제한한다고 해서 보통선거원칙을 위반한다거나 입법자의 재량범위를 일탈하여 현저히 불합리 또는 불공정하다고 볼 수 없다는 의견이다. 재판관 안창호의 의견은 수행자의 선거권제한을 합헌으로 보았던 2004년 선례 및 2009년 선례의 결론과 같은 입장이다.

## 6. 수행자에 대한 헌법불합치 결정에 대한 분석

### 가. 헌법불합치 결정의 의미

헌법재판소는 이 사건 결정에서 집행유예자에 대해서는 단순 위헌을 선고하여 선고 즉시 선거권을 행사할 수 있도록 하였고, 수행자에 대해서는 잠정적용 헌법불합치 결정을 선고하면서 2015. 12. 31.까지 개선입법을 해야 하고 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 2016. 1. 1.부터 효력을 상실하도록 하였다.

자유권을 침해하는 위헌적 법률의 경우 헌법재판소가 위헌결정을 통해 자유권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성을 회복할 수 있으므로, 위헌결정을 하는 것이 원칙이다. 헌법재판소가 집행유예자부분에 대해 위헌결정을 한 것은 즉시 선거권침해를 제거하기 위함이었다. 한편, 권력분립의 원칙과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성을 인정할 수 있다고 판단하는 경우, 헌법재판소는 자유권이 침해되었음에도 불구하고 예외적으로 입법자의 형성권을 존중하

여 헌법불합치결정을 할 수 있다. 헌법재판소가 이 사건에서 수형자 부분에 대해 헌법불합치결정을 한 것은 입법자의 형성재량을 존중하여 현재의 위헌성을 제거하고 수형자에게 헌법합치적으로 선거권을 부여하도록 하기 위함이다.<sup>72)</sup> 이 결정 다수의견에 의하면 수형자 부분의 위헌성은 전면적·확일적으로 수형자의 선거권을 제한한다는 데 있으므로, 합리적인 기준을 정하여 수형자의 선거권을 제한하는 경우에는 합헌적인 제한이 될 수 있음을 시사하고 있다. 헌법재판소는 수형자의 선거권을 제한하는 방법에는 여러 가지가 있다는 점을 고려해서, 입법자가 헌법합치적인 방법을 선택할 수 있도록 헌법불합치결정을 한 것으로 풀이된다.

#### 나. 수형자의 선거권제한 기준

각국의 입법례에서도 나타나듯이 선거권이 제한되는 수형자의 범위를 설정하는 기준으로는 개별 범죄의 성격, 선고형, 법관의 개별적인 판단, 고의범으로 한정 등 여러 가지의 입법방안이 가능하고, 다양한 측면을 고려해야 한다.<sup>73)</sup> 첫째, 범죄의 성격을 기준으로 제한하는 방법에 대해 살펴보면, 중범죄(felony)의 경우 선거권을 제한하는 경우가 있지만(미국), 우리나라에서는 중범죄와 경범죄를 나누고 있지는 않다. 일반적으로 범죄의 보호법익에 따라 국가적·사회적·개인적 법익에 관한 죄로 나누고 있어 국가적·사회적 법익을 침해한 범죄만 선거권이 제한되어야 한다고 볼 수도 있겠지만, 개인적 법익을 침해한 범죄도 매우 심각한 중범죄가 있으므로, 보호법

72) 약 11만 명의 집행유예자의 선거권을 인정하는 것에 더해 3만 명의 수형자의 선거권까지 인정하는 것이 선거관리에 부담이 될 수는 있으나, 선거일마다 모든 교정시설에 부재자투표소가 설치되어 미결수용자들이 선거권을 행사하고 있어 수형자도 부재자투표소에서 투표하게 한다면 단순위헌을 선언하더라도 현실적인 어려움은 크지 않을 수 있다.

73) 이에 대하여 형벌의 내용으로서 선거권을 제한하고 있는 형법 제43조 제1항 제2호 및 제2항은 삭제하고, 선거권의 제한은 선거관련 법률에서만 합리적인 목적하에 비례의 원칙에 따라 제한하자는 법률개정 제안을 검토해볼 수 있다. 구체적으로는, 과실범은 선거권제한 범위에서 제외하고, 고의범 중에서 선거범이나 국가적 법익과 관련된 범죄에 대해서만 선거권을 제한하되, 일반범죄에서는 일정한 기간 동안 수형생활을 한 경우에는(예를 들면, 형법 제72조 제1항 가석방의 요건을 갖춘 경우) 선거권을 인정할 수 있다. 박찬운, 수형자 투표권 제한의 문제점, 유럽인권재판소 허스트 판결을 중심으로, 2010. 10., 인권과 정의, 410호 138-139면 참조.

익을 기준으로 하는 것은 반드시 합리적인 것은 아니다. 또한 형법에는 자격정지형을 선택형이나 병과형으로 규정한 범죄가 있어 이 범죄만 선거권을 제한하는 것을 검토할 수 있지만,<sup>74)</sup> 이러한 범죄의 형사처벌에 선거권 제한이 필수적이라는 점이 전제되었다고 보기는 어렵다. 둘째, 법관이 형사 재판과정에서 수형자 개인의 개별적인 사정 및 범죄와의 관련성 등을 판단하여 판결로 선거권제한을 선고하는 방법이 있다. 이 경우 선거권제한은 법령규정에 의한 것이 아니라 법관의 판결에 의하게 된다. 그런데 우리 형사법체계상 법관의 개별적인 판결로 선거권을 제한하기 위해서는 입법자의 입법형성이 필요하다. 자격정지형을 별도로 규정하고 있는 조항과 같이 개별적인 형사처벌조항에 선거권제한이라는 부수형의 근거를 두거나, 징역형을 선고하는 경우 판사가 선거권제한이라는 자격정지형을 병과할 수 있다는 일반적 규정을 새로 두어야 한다. 셋째, 법정형을 기준으로 일부 수형자의 선거권을 제한할 수 있다. 예를 들어, 법정형이 ‘단기 ○년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄’를 저지른 수형자의 선거권을 제한하고, 법정형의 단기가 ○년 미만인 범죄를 저지른 수형자의 선거권은 제한하지 않을 수 있다. 그러나 처벌조항 법정형은 상대적으로 넓은 폭으로 규정되어 있어 수형자의 구체적인 사정을 반영하지 못하고, 비교적 위법성이 크지 않은 경우 등도 선거권을 제한하게 될 수 있으며, 경우에 따라서는 형평성의 문제가 제기될 수 있다. 넷째, 선고형을 기준으로 선거권제한 범위를 정할 수 있다. 이 경우 비록 개별적인 범죄와 선거권행사와의 관련성이 선고형에 반영되지는 않더라도, 선고형에는 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해

74) ○ 형법상 자격정지가 선택적 법정형으로 규정되어 있는 경우: 국기, 국장모독·비방죄(형법 제105조, 제106조), 공무원의 직무에 관한 죄(제122조 이하), 허위진단서작성죄(제233조), 상해죄(제257조), 명예훼손죄(제307조 제2항), 업무상비밀누설죄(제317조), 점유강취죄(제325조)가 있다.  
 ○ 형법상 자격정지가 병과형으로 규정되어 있는 경우: 수뢰후부정처사죄(제131조 제4항), 아편에 관한 죄(제204조), 통화에 관한 죄(제209조), 유가증권·우표·인지에 관한 죄(제220조), 공문서공인위조등죄(제237조, 제238조), 살인죄(제250조), 상해·폭행죄(제265조), 낙태죄(제270조 제4항), 체포감금죄(제282조), 약취·유인죄(제265조), 절도강도죄(제345조), 사기공갈죄(제353조), 횡령배임죄(제358조), 상습장물취득죄(제363조 제2항)가 있다.  
 ○ 자격정지의 병과는 대부분 임의적이거나 필요적 병과인 경우도 있다(낙태죄 제270조 제4항)  
 박재운, 주석 형법 총칙(2) §25~§86, 한국사법행정학회, 2011, 497-498면 참조.

자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 양형조건이 참작되므로 선고형은 중대한 범죄를 나누는 기준이 될 수 있다. 참고로 2013년 사법연감에 의하면, 2012년 제1심 형사공판사건에서 자유형을 선고한 사건의 선고형 분포도는 다음 표와 같다.<sup>75)76)</sup>

	자유형	무기	10년이상	5년이상	3년이상	1년이상	1년미만	집행유예	부정기형
2012	102,513명 (100.0%)	23명 (0.0%)	535명 (0.5%)	2,067명 (2.0%)	4,554명 (4.4%)	17,637명 (17.3%)	16,269명 (15.9%)	60,624명 (59.1%)	804명 (0.8%)

헌법재판소는 이 사건 결정에서 선거권이 제한되는 수형자의 범위를 범죄의 종류나 침해된 법익을 기준으로 일반적으로 정하는 것은 실질적으로 곤란하다고 밝히면서, 공직선거법이 선거법의 경우 선거권제한을 구체적·개별적으로 정하고 있는 것과 같이, 개별적인 범죄 유형별로 선거권을 제한하는 것은 해당 법률에서 별도로 마련하는 방법이 현실적이라고 하였다. 헌법재판소는 아울러 일반적으로 선거권이 제한되는 수형자의 범위를 정함에 있어서는, 선고형이 중대한 범죄를 나누는 합리적인 기준이 될 수 있다고 하였다. 입법자는 범죄의 중대성과 선고형의 관계, 선거의 주기 등을 종합적으로 고려하여 선거권제한의 기준이 되는 선고형을 정하고, 일정한 형기 이상의 실형을 선고받아 그 형의 집행 중에 있는 수형자의 경우에만 선거권을 제한하는 방식으로 입법할 것을 권고하였다.

75) 2013년 사법연감 656면.

76) 부정기형은 선거권이 없는 19세 미만의 자에게만 선고되나, '소년'인지 여부를 판단하는 시기는 사실심판결 선고시이므로, 부정기형을 집행 중인 자 중에는 선거권이 있는 사람(19세 이상)이 있을 수 있다. 부정기형의 경우 선고형의 단기 또는 장기를 기준으로 하는 것을 고려하여야 한다.

**공직선거법 제15조(선거권)** ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. (단서 생략)

**소년법 제2조(소년 및 보호자)** 이 법에서 "소년"이란 19세 미만인 자를 말하며, "보호자"란 법률상 감호교육(監護教育)을 할 의무가 있는 자 또는 현재 감호하는 자를 말한다.

**제60조(부정기형)** ① 소년이 법정형으로 장기 2년 이상의 유기형(有期徒刑)에 해당하는 죄를 범한 경우에는 그 형의 범위에서 장기와 단기를 정하여 선고한다. 다만, 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못한다.

## 7. 결정의 의의

헌법재판소는 수형자의 선거권제한에 대해 2004년과 2009년에 두 차례 합헌을 선언한 바 있었는데, 이 결정에서 판례를 변경하여 헌법불합치를 선언하였다. 집행유예자의 선거권제한에 대해서는 이 사건에서 처음으로 위헌을 선언하였다. 집행유예자와 수형자의 선거권제한이 헌법에 위반된다고 본 이 결정은 선거권제한의 의미가 역사적 흐름에 따라 변하였다고 본 데에서부터 출발한다. 그리스 로마시대부터 20세기 이전까지도 참정권이란 능력, 재산, 사회적 지위, 성별, 인종 등을 기준으로 하여 일부의 시민에게만 주어지는 권리로서, 누구에게 그 자격을 인정할 것인가의 문제는 공동체의 순수성을 보장하기 위한 것으로 인식되었지만, 보통선거원칙이 확립된 20세기 중반 이후부터 이제는 더 이상 ‘시민으로서의 지위 박탈’은 현대의 시민권 개념과 조화되기 어렵다. 이 사상의 근거에 전제된 ‘어떤 사람들은 선거를 할 자격이 없다’는 개념은 우리 헌법상 인정되는 보통선거원칙과 세계관의 다원주의에서 당연히 인정되기 어렵기 때문이다. 역사적으로 주권자의 범위를 제한하였던 사유 중에서 성별, 인종, 사회적 지위, 재산 등의 사유는 모두 철폐되었고, 범죄자, 나이, 국적 정도 밖에 남아있지 않는데, 과연 범죄자에게 선거권을 박탈당할 만큼 주권자로서의 자격이 없다고 볼 수 있는지 의문이다. 수형자와 집행유예자의 반사회적인 가치관으로부터 공동체를 보호한다는 명분으로 공동체의 민주적 의사결정과정에서 수형자와 집행유예자를 배제할 수는 없을 것이다.

이 결정으로 집행유예자들은 바로 선거권을 행사가능하게 되었다. 집행유예기간 중인 사람은 2014. 1. 27. 기준 11만 523 명으로, 이들은 2014. 6. 4. 실시된 제6회 전국동시지방선거부터 선거권을 행사할 수 있게 되었다. 이후 공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호는 “1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람. 다만, 그 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중에 있는 사람은 제외한다.”로 개정되었고 2016. 1. 1. 시행예정이다. 이로써 집행유예기간 중에 있는 사람의 선거권을 명시적으로 인정하고, 수형자에 대해서는 1년 이상의 징역 또는 금고형을 선고받은 경우에만 선거권을 제한하도록 개정되었다.

## 정당법 제41조 제4항 위헌확인 등

- 국회의원 선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 일정 비율 이상을 득표하지 못한 정당에 대한 등록취소를 규정하고 있는 정당법 제44조 제1항 제3호 및 위 조항에 의하여 등록취소된 정당의 명칭 사용을 금지하고 있는 정당법 제41조 제4항 중 제44조 제1항 제3호에 관한 부분이 청구인들의 정당설립의 자유를 침해하는지 여부 -

(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431, 2012헌가19(병합), 판례집 26-1상, 155)

정 유 진\*

### 【판시사항】

1. 정당설립의 자유의 내용
2. 정당의 헌법적 기능과 기본권 제한의 한계
3. 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 정당에 대해 그 등록을 취소하도록 한 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것) 제44조 제1항 제3호(이하 ‘정당등록취소조항’이라 한다)가 정당설립의 자유를 침해하는지 여부(적극)
4. 정당등록취소조항에 의하여 등록취소된 정당의 명칭과 같은 명칭을 등록취소된 날부터 최초로 실시하는 입기만료에 의한 국회의원선거의 선거일까지 정당의 명칭으로 사용할 수 없도록 한 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것) 제41조 제4항 중 제44조 제1항 제3호에 관한 부분(이하 ‘정당명칭사용금지조항’이라 한다)이 정당설립의 자유를 침해하는지 여부(적극)

---

\* 헌법연구관

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것) 제41조 제4항 중 제44조 제1항 제3호에 관한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부(2012헌마431) 및 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것) 제44조 제1항 제3호가 헌법에 위반되는지 여부(2012헌가19)이다.

정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것)

제41조(유사명칭 등의 사용금지) ④ 제44조(등록의 취소) 제1항의 규정에 의하여 등록취소된 정당의 명칭과 같은 명칭은 등록취소된 날부터 최초로 실시하는 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거일까지 정당의 명칭으로 사용할 수 없다.

제44조(등록의 취소) ① 정당이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 당해 선거관리위원회는 그 등록을 취소한다.

3. 임기만료에 의한 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 겸 제청신청인(이하 ‘청구인’이라 한다)들은 등록취소된 정당 및 그 대표자들이다.

나. 청구인 진보신당·녹색당 및 청년당은 제19대 국회의원선거에 참여하였으나, 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못하여 정당법 제44조 제1항 제3호에 따라 정당등록이 취소되었다. 한편, 청구인들은 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭을 일정 기간 정당의 명칭으로 사용할 수 없도록 한 정당법 제41조 제4항에 의하여, ‘진보신당’·‘녹색당’ 및 ‘청년당’을 정당의 명칭으로 사용할 수 없게 되었다.

다. 이에 청구인들은 정당법 제41조 제4항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하고(2012헌마431), 각 등록취소처분의 취소를 구하는 소를 제기한 후 그 소송 계속 중 정당법 제44조 제1항 제3호에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였는바, 법원은 위 신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청

하였다(2012헌가19).

## 2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌제청이유

### 가. 청구인들의 주장(2012헌마431)

정당명칭사용금지조항은 입법목적이 불분명하고, 군소정당의 난립 방지를 통한 국민의 선거권 보장을 그 입법목적으로 보더라도 위 조항은 등록 취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭의 사용을 금지하고 있을 뿐 유사한 명칭의 사용을 금지하지 아니하여 입법목적 달성에 적절한 수단이라고 볼 수 없다. 또한, 정당법에서 규정하고 있는 정당의 등록요건 및 등록취소요건 등에 의하여 군소정당의 난립 방지라는 입법목적은 충분히 달성할 수 있음에도 위 조항이 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭의 사용을 금지하는 것은 정당의 존립에 치명적인 불이익을 가하여 침해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에도 위반되고, 위 조항은 등록취소된 정당의 명칭 변경을 강제함으로써 국민이 그 정당을 식별할 수 없도록 하여 정당정치 발전에 저해한다. 따라서 정당명칭사용금지조항은 청구인들의 정당설립의 자유를 침해한다.

### 나. 법원의 위헌제청이유(2012헌가19)

정당등록취소조항은 국회의원선거에서의 결과적 성공이라는 우연한 사정에 기초하여 정당을 소멸시킴으로써 정당의 존속을 불가능하게 하고, 신생정당들을 정치생활의 영역으로부터 축출하여 소수의견의 정치적 결집을 봉쇄하고 기성의 정당체제를 고착화시키며, 엄격한 요건 하에서만 정당설립의 자유에 대한 예외를 허용하려는 헌법 제8조 제4항의 취지에도 부합하지 아니한다. 또한, 정당법 제44조 제1항 제3호의 내용을 고려하면, 정당등록취소조항은 군소정당으로 하여금 등록취소를 면하기 위해 임기만료에 의한 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에만 참여하고 임기만료에 의한 국회의원선거에는 불참하도록 유도할 가능성이 크고, 결국 군소정당의 국회의원선거 참여를 사실상 제한함으로써 정당활동의 자유를 침해한다.

### 【결정요지】

1. 헌법 제8조 제1항 전단은 단지 정당설립의 자유만을 명시적으로 규정하고 있지만, 정당의 설립만이 보장될 뿐 설립된 정당이 언제든지 해산될 수 있거나 정당의 활동이 임의로 제한될 수 있다면 정당설립의 자유는 사실상 아무런 의미가 없게 되므로, 정당설립의 자유는 당연히 정당존속의 자유와 정당활동의 자유를 포함하는 것이다. 한편, 정당의 명칭은 그 정당의 정책과 정치적 신념을 나타내는 대표적인 표지에 해당하므로, 정당설립의 자유는 자신들이 원하는 명칭을 사용하여 정당을 설립하거나 정당활동을 할 자유도 포함한다.

2. 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 오늘날 대의민주주의에서 차지하는 정당의 이러한 의의와 기능을 고려하여, 헌법 제8조 제1항은 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 정당을 설립할 권리를 기본권으로 보장함과 아울러 복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다. 따라서 입법자는 정당설립의 자유를 최대한 보장하는 방향으로 입법하여야 하고, 헌법재판소는 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 심사할 때에 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 비례심사를 하여야 한다.

3. 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사나 능력이 없는 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제함으로써 정당제 민주주의 발전에 기여하고자 하는 한도에서 정당등록취소조항의 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다. 그러나 정당등록의 취소는 정당의 존속 자체를 박탈하여 모든 형태의 정당 활동을 불가능하게 하므로, 그에 대한 입법은 필요최소한의 범위에서 엄격한 기준에 따라 이루어져야 한다. 그런데 일정 기간 동안 공직선거에 참여할 기회를 수 회 부여하고 그 결과에 따라 등록취소 여부를 결정하는 등 덜 기본권 제한적인 방법을 상정할 수 있고, 정당법에서 법정의 등록요건을 갖추지 못하게 된 정당이나 일정 기간 국회의원선거 등에 참여하지 아니한 정당의 등록을 취소하도록 하는 등 현재의

법체계 아래에서도 입법목적을 실현할 수 있는 다른 장치가 마련되어 있으므로, 정당등록취소조항은 침해의 최소성 요건을 갖추지 못하였다. 나아가, 정당등록취소조항은 어느 정당이 대통령선거나 지방자치선거에서 아무리 좋은 성과를 올리더라도 국회의원선거에서 일정 수준의 지지를 얻는 데 실패하면 등록이 취소될 수밖에 없어 불합리하고, 신생·군소정당으로 하여금 국회의원선거에의 참여 자체를 포기하게 할 우려도 있어 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 정당등록취소조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 정당설립의 자유를 침해한다.

4. 정당명칭사용금지조항은 정당등록취소조항을 전제로 하고 있으므로, 위와 같은 이유에서 정당설립의 자유를 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건은 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭의 사용을 일정 기간 금지하고 있는 정당명칭사용금지조항의 기본권 침해 여부가 쟁점이 된 2012헌마431 사건에 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 정당에 대하여 그 등록을 취소하도록 한 정당등록취소조항의 위헌 여부가 쟁점이 된 2012헌가19 사건이 병합된 사건이다.<sup>1)</sup>

적법요건에 관하여서는, 등록취소된 정당이 정당명칭사용금지조항의 기본권 침해 여부를 다룰 청구인능력이 있는지 여부 및 위 조항이 직접 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부가 문제되었다.

본안에 관하여서는, 정당등록취소조항 및 정당명칭사용금지조항이 정당설립의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다.

1) 위 사건들은 당사자 및 사실관계가 동일하고, 심판대상조항들 또한 정당명칭사용금지조항이 정당등록취소조항을 전제로 적용되는 관계에 있어 병합 심리되었다.

## 2. 등록취소된 정당이 정당명칭사용금지조항의 위헌성을 다룰 청구인 능력이 있는지 여부

녹색당, 진보신당, 청년당은 2012. 4. 12. 정당등록취소조항에 의하여 등록이 취소되었는바, 정당명칭사용금지조항을 다투기 위한 위 청구인들의 청구인능력을 인정할 수 있는지 여부가 문제되었다. 이와 관련하여, 정당법의 규정상 정당은 등록취소로써 그 존재가 소멸하고 이는 자연인의 사망과 유사하므로 등록취소된 정당은 기본권의 주체가 될 수 없다는 견해가 있을 수 있으나, 헌법재판소는 이 사건에서 위 청구인들이 적법하게 정당명칭사용금지조항의 위헌성을 다룰 청구인능력이 있다는 것을 전제로 본안 판단에 나아갔다.

정당설립의 자유는 그 성질상 등록된 정당뿐만 아니라 등록된 정당은 아니지만 권리능력 없는 사단의 실체를 갖춘 정치적 결사에게도 인정되는 기본권이고, 정당이 등록취소된 경우라 하더라도 ‘권리능력 없는 사단’으로서의 실질을 유지하고 있는 경우에는 청구인능력을 인정할 수 있는바(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 410 참조), 녹색당, 진보신당 및 청년당은 등록취소된 이후에도 법원에 등록취소처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고 그 소송 계속 중 정당등록취소조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하는 등 등록정당으로서의 법적 지위를 회복하기 위한 활동을 계속하고 있다는 점에서 ‘권리능력 없는 사단’으로서의 실질을 유지하고 있다고 볼 수 있고, 정당명칭사용금지조항은 정당설립의 자유를 제한하므로, 이 사건에서도 위 조항의 위헌성을 다투기 위한 위 청구인들의 청구인능력이 인정된다고 본 것이다.

## 3. 정당명칭사용금지조항이 직접 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부

### 가. 견해의 대립

정당명칭사용금지조항에 대하여 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있는지 여부에 대하여서는 다음과 같이 견해의 대립이 있다.

## (1) 직접성 부정설(헌법재판소의 선례)

헌법재판소는 이 사건 정당등록취소조항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 정당법(2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1항 제3호에 의하여 정당의 등록이 취소되고, 정당명칭사용금지조항을 포함하는 정당법 제41조 제4항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 정당법 제43조 제4항에 의하여 등록취소된 정당의 명칭을 사용할 수 없게 된 사회당의 등록취소 전 대표였던 청구인이 위 조항들의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구한 2004헌마562 사건에서, 구 정당법 제38조 제1항 제3호에 의하여 해당 정당이 소멸하여 그 결과 청구인 주장의 기본권이 침해되는 것이 아니라, 해당 정당이 위 조항 소정의 등록취소사유에 해당되는지 여부에 대한 중앙선거관리위원회의 심사 및 그에 이은 등록취소라는 집행행위에 의하여 비로소 해당 정당이 소멸하게 되고, 중앙선거관리위원회의 등록취소처분이 행정소송의 대상이 된 명백하며, 그 소송절차에서 얼마든지 위 규정에 대한 위헌 여부의 제청을 구할 수 있고 달리 그러한 절차경유가 곤란하거나 부당하다고 볼 사정 또는 그러한 절차의 경유가 실효성이 없다고 볼 사정을 찾아보기 어렵다는 이유로 위 조항은 기본권 침해의 직접성이 없다고 하였다.

구 정당법 제43조 제4항에 대하여서도 위 조항 자체에 의하여 바로 해당 정당이 그 정당 명칭을 사용하지 못하게 되는 것이 아니라 중앙선거관리위원회의 정당등록취소라는 집행행위가 있을 때 비로소 그 금지효과가 발생한다고 보아 위 조항 역시 기본권 침해의 직접성이 없다고 하여 청구인의 심판청구를 각하하였다(헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 판례집 18-1, 574, 579-581 참조).<sup>2)</sup>

2) 이에 대하여 재판관 3인(재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 조대현)은 반대의견에서, 구 정당법 제38조 제1항 제3호는 선거관리위원회에 등록취소에 대한 재량을 부여하고 있지 않고, 정당법과 관련 규정 어디를 보아도 예외적으로 취소를 하지 않을 법적 근거가 없으므로, 정당이 법정의 등록취소요건에 해당하는 경우 선거관리위원회는 반드시 등록을 취소할 수밖에 없고, 위 조항에의 해당 여부는 국회의원총선거의 개표결과 및 그 투표수와 득표수의 단순한 산술적인 계산 결과에 대한 기계적인 검토에 불과하여 중앙선거관리위원회의 어떠한 실질적인 심사도 개입될 여지가 없는바 위 조항은 국민의 권리관계를 집행행위의 유무나 내용에 의해 좌우될 수 없을 정도로 확정하고 있으며, 나아가 위 조항에 의해 등록취소된 정당이 행정소송을 제기하는 것이 가능하다 하더라도 그 소송에서는 투표결과에

이 사건의 경우에도 정당명칭사용금지조항에 의한 기본권 침해는 집행행위인 ‘정당에 대한 등록취소처분’에 의하여 구체적으로 발생하므로 위 선례와 마찬가지로 위 조항이 직접 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

가사 위 선례와는 달리 위 조항이 ‘정당에 대한 등록취소처분이 이루어진 이후’에 비로소 적용된다고 보더라도, ‘등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭의 정당등록신청에 대한 선거관리위원회의 등록거부처분’이라는 집행행위를 예정할 수 있으므로, 위 조항이 기본권을 직접 침해한다고 볼 수 없다.

## (2) 직접성 긍정설

정당명칭사용금지조항에 의한 명칭사용금지의무는 정당등록취소조항에 의하여 정당등록이 취소되면 다른 집행행위를 기다리지 아니하고 확정적으로 발생한다.

위 선례에서는 ‘정당에 대한 등록취소처분’을 정당명칭사용금지조항의 집행행위로 보아 기본권 침해의 직접성을 부정하였으나, 위 조항은 ‘정당에 대한 등록취소처분이 이루어진 이후’에 비로소 적용된다는 점에서 의문이다.

한편, ‘등록취소된 정당과 동일한 명칭의 정당등록신청에 대한 등록거부처분’을 위 조항이 예정하고 있는 집행행위로 보더라도, 헌법재판소는 다수의 판례를 통하여 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 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 상태라면 그 법규범의 권리 침해의 직접성이 인정된다는 법리를 확립하였는바(헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254-255; 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마543, 판례집 15-2하, 581, 593 등 참조), 정당명칭사용금지조항은 일의적·확정적으로 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭의 사용을 일정 기간 금지하고 있으므로 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭의 정당등록신청을 하여 선거관

---

대한 단순한 산술적·기계적 검토 이외에는 위 조항의 위헌 여부가 쟁점이 될 수 밖에 없어 결국 위 조항의 위헌 여부에 관한 판단을 우회하는 절차에 불과하게 된다는 이유로 위 조항에 대하여 기본권침해의 직접성이 인정된다고 보았고, 같은 이유로 구 정당법 제43조 제4항 또한 기본권침해의 직접성을 갖추었다고 하였다(헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 판례집 18-1상, 574, 581-582 참조).

리위원회로부터 등록거부처분을 받더라도 이는 확인적 의미에 불과하다.

그럼에도 불구하고 위와 같은 등록거부처분을 집행행위로 보아 기본권 침해의 직접성을 부정할 경우, 위 조항의 위헌성을 다투고자 하는 청구인 으로서는 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭으로 정당등록신청을 하여 거부처분을 받고 그 거부처분을 다투는 과정에서 위 조항의 위헌성을 다투어야 하는바, 이는 청구인에게 실질적으로 불필요한 우회절차를 강요하는 것일 뿐만 아니라, 임기만료에 의한 국회의원선거가 4년 주기로 실시되는 점을 고려하면 위 조항이 위헌으로 결정되더라도 효과적인 권리구제가 어려워질 수 있다.

따라서 정당명칭사용금지조항에 대하여 기본권 침해의 직접성을 인정함이 타당하다.

#### 나. 이 사건의 경우

이 사건에서 헌법재판소는 청구인들의 정당명칭사용금지조항에 대한 심판청구가 적법요건을 충족함을 전제로 본안 판단에 나아갔으나, 구 정당법 제43조 제4항에 대하여 기본권 침해의 직접성을 부정한 위 2004헌마562 결정을 변경하여 정당명칭사용금지조항에 대하여 기본권 침해의 직접성을 인정한 것인지 여부를 결정문에 명시하지는 아니하였다.

다만, 정당등록취소조항에 의하여 정당의 등록이 취소되면 정당명칭사용금지조항에 의한 명칭사용금지 의무가 자동적으로 발생하므로 정당등록취소조항과 정당명칭사용금지조항은 체계적으로 밀접불가분의 관계를 이루고 있는바, 헌법재판소는 재판의 전제성이 있는 부분과 체계적으로 밀접불가분의 관계에 있는 경우에는 그 법률조항도 심판대상에 포함시켜 위헌제청된 법률조항과 함께 그 위헌 여부를 판단할 수 있으므로(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-2, 1, 12 참조), 이 사건은 위 선례를 변경하지 아니하더라도 이 사건 위헌제청의 심판대상을 정당명칭사용금지조항까지 확장하여 판단하는 것이 가능한 사안이었다.

한편, 정당등록취소조항에 대하여 위헌결정이 선고될 경우 위 조항을 전제로 적용되는 정당명칭사용금지조항은 독자적인 규범적 의미를 잃게 되는바, 이러한 경우 헌법재판소는 헌법재판소법 제45조 단서에 따라 이 사건

정당명칭사용금지조항에 대하여서까지 부수적 위헌결정을 할 수 있으므로(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 342; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 100-101 참조), 이 사건은 헌법재판소가 정당등록취소조항에 대하여 위헌결정을 하는 이상 정당명칭사용금지조항에 대하여 부수적 위헌결정을 할 수 있는 사안이기도 하였다.

그렇다면 헌법재판소가 이 사건에서 위헌제정의 대상이 된 정당등록취소조항에 대하여 위헌결정을 하면서 정당명칭사용금지조항에 대하여서도 본안 판단에 나아가 위헌결정을 한 것은 결론적으로 타당하나, 결정의 근거를 명확하게 밝히지 아니하였다는 점에서는 아쉬움이 남는다.

#### 4. 정당등록 및 등록취소제도 개관

##### 가. 정당등록제도의 의의, 정당등록요건 및 등록신청의 심사

정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당으로 구성되고(정당법 제3조), 중앙당이 중앙선거관리위원회에 등록함으로써 성립한다(정당법 제4조 제1항). 이와 같이 정당등록은 정당의 성립요건이므로, 어떠한 정치적 결사가 국민의 정치적 의사형성에 참여하려는 의도를 가지고 정당으로서 활동하고자 하더라도 중앙당이 중앙선거관리위원회에 등록되지 않는 한 정당법상의 정당으로 인정받지 못한다.

한편, 정당등록제도는 어떤 정치적 결사가 정당에 해당되는지의 여부를 쉽게 확인할 수 있게 해 주고, 이에 따라 정당에게 부여되는 법률상의 권리·의무 관계도 비교적 명확하게 판단할 수 있게 해 준다는 점에서 법적 안정성과 확실성에 기여한다(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 413 참조).

정당법상 정당으로 등록하기 위하여서는 5 이상의 시·도당을 가져야 하고, 각 시·도당은 당해 시·도당의 관할구역 안에 주소를 두고 있는 1천명 이상의 당원을 가져야 한다(정당법 제4조 제2항, 제17조 및 제18조). 정당등록신청을 받은 관할 선거관리위원회는 형식적 요건을 구비하는 한 이를 거부하지 못하고, 형식적 요건을 구비하지 못한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 보완을 명하며, 2회 이상 보완을 명하여도 응하지 아니할 때에는 그 신청을 각하할 수 있다(정당법 제15조).

### 나. 정당등록취소사유, 등록취소의 절차 및 효과<sup>3)</sup>

정당법 제44조 제1항은 정당이 (i) 정당법 제17조 및 제18조의 요건을 구비하지 못하게 된 경우, (ii) 최근 4년간 임기만료에 의한 국회의원선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의 장선거나 시·도의회의원선거에 참여하지 아니한 경우 및 (iii) 임기만료에 의한 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 경우 당해 선거관리위원회가 해당 정당의 등록을 취소한다고 규정하고 있다. 선거관리위원회가 정당의 등록을 취소한 때에는 지체 없이 그 뜻을 공고하여야 하며(정당법 제44조 제2항), 등록이 취소된 정당은 정당으로서의 자격을 상실한다. 즉, 등록취소된 정당은 더 이상 헌법 제8조에 의한 보호를 받지 못하고 단지 헌법 제21조에 의하여 보호되는 정치적 결사로 남게 된다.<sup>4)</sup>

등록취소된 정당의 잔여재산은 당헌이 정하는 바에 따라 처분하되, 당헌에 따라 처분되지 아니한 정당의 잔여재산은 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 국고에 귀속한다(정당법 제48조 제1항 및 제2항). 정치자금법에 따라 보조금을 지급받은 정당의 등록이 취소된 경우에는 해당 정당은 지체 없이 보조금의 지출내역을 중앙선거관리위원회에 보고하고 그 잔액이 있는 때에는 이를 반환하여야 한다(정치자금법 제30조 제1항).

- 3) 헌법재판소, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제15권(2004), 20-21면 참조
- 4) 정당의 등록이 취소된 경우 정당으로서의 법적 지위를 상실하되 일반 정치적 결사로서 존속하는 것은 허용되는지 또는 강제해산에 준하여 정치적 결사로서 정치적 활동을 하는 것까지 금지되는 것인지 여부에 관하여 이를 직접적으로 논하고 있는 판례나 문헌은 찾아보기 어렵다. 그러나 헌법재판소는 등록취소된 정당의 경우에도 일반 정치적 결사로서 존속하는 것은 허용된다는 것을 전제로 등록취소된 정당의 경우에도 권리능력 없는 사단으로서의 실질이 유지되고 있는 경우에는 청구인능력을 인정할 수 있다고 판시하였고(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 410 참조), 학계에서도 정당등록취소의 효과는 정당으로서의 법적 지위를 박탈하는 것에 한정되어야 한다는 것을 전제로, 등록취소된 정당의 잔여재산 처분에 관한 정당법 제48조가 사실상 등록취소된 정당에 대하여 강제해산을 명함으로써 결사의 자유를 침해한다는 견해가 있다[한수웅, 헌법학, 제3판(2013), 법문사, 199면; 정태호, 정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견, 인권과 정의(2005. 3), 113-119면 참조]. 살피건대, 오직 헌법재판소의 결정이 있는 경우에만 정당해산을 가능하도록 한 헌법 제8조 제4항의 규정에 비추어, 정당의 등록이 취소된 경우라 하더라도 일반 정치적 결사로서 존속하는 것은 허용된다고 보아야 하고, 그에 따라 정당법 제48조 또한 해당 정치적 결사의 존속 여부를 규율하는 것이 아니라 등록취소된 정당의 재산관계만을 명확하게 규율하기 위한 규정으로 보는 것이 타당하다.

한편, 등록취소된 정당의 강령과 동일하거나 유사한 것으로 대체정당을 설립할 수 있으나, 등록취소된 정당의 명칭과 동일한 명칭은 등록취소된 날부터 최초로 실시하는 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거일까지 정당의 명칭으로 사용할 수 없다(정당법 제41조 제4항).<sup>5)</sup>

## 5. 심판대상조항들의 위헌 여부

### 가. 제한되는 기본권

헌법재판소는 이 사건 결정에서 다음과 같이 헌법 제8조 제1항 전단인 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유의 특별규정으로서 기본권인 정당설립의 자유의 직접적인 근거 규정이 된다는 점 및 정당설립의 자유에는 정당존속의 자유 및 정당활동의 자유가 포함된다는 점을 재확인하고, 정당설립의 자유에 자신들이 원하는 명칭을 사용하여 정당을 설립하거나 정당활동을 할 자유가 포함된다는 점을 최초로 밝혔다.

「정당설립의 자유는 헌법 제8조 제1항 전단에 규정되어 있지만, 국민 개인과 정당 그리고 ‘권리능력 없는 사단’의 실체를 가지고 있는 등록취소된 정당에게 인정되는 ‘기본권’이다. 이 사건 심판대상조항들에 의해 제한되는 기본권은 헌법 제21조 제1항의 ‘결사의 자유’의 특별규정으로서 헌법 제8조 제1항 전단의 ‘정당설립의 자유’이다(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246 참조).

헌법 제8조 제1항 전단은 단지 정당설립의 자유만을 명시적으로 규정하고 있지만, 정당의 설립만이 보장될 뿐 설립된 정당이 언제든지 해산될 수 있거나 정당의 활동이 임의로 제한될 수 있다면 정당설립의 자유는 사실상 아무런 의미가 없게 되므로, 정당설립의 자유는 당연히 정당존속의 자유와 정당활동의 자유를 포함하는 것이다. 한편, 정당의 명칭은 그 정당의 정책과 정치적 신념을 나타내는 대표적인 표지에 해당하므로, 정당설립의 자유는 자신들이 원하는 명칭을 사용하여 정당을 설립하거나 정당활동을 할 자유도 포함한다.

이 사건의 경우, 정당등록취소조항은 국회의원선거에 참여하여 의석을

5) 참고로, 헌법재판소의 결정에 의하여 강제해산된 정당의 경우, (i) 잔여재산은 바로 국고에 귀속되고(정당법 제48조 제2항), (ii) 대체정당의 설립이 금지되며(정당법 제40조), (iii) 강제해산된 정당의 명칭은 다시 정당의 명칭으로 사용할 수 없다(정당법 제41조 제2항).

언지 못하고 일정 수준의 득표를 하지 못한 정당인 진보신당·녹색당 및 청년당의 으로 하는 정당설립의 자유를 제한하고, 정당명칭사용금지조항은 청구인들이 등록을 취소함으로써 청구인들의 정당존속 및 정당활동의 자유를 내용등록취소된 정당인 진보신당·녹색당 및 청년당의 명칭과 동일한 명칭을 정당의 명칭으로 사용하는 것을 금지함으로써 정당설립의 자유를 제한한다.」

#### 나. 정당의 헌법적 기능과 기본권 제한의 한계

헌법재판소는 이 사건 결정에서 다음과 같이 국민의 정치적 의사형성을 담당·매개하는 정당의 헌법적 중요성을 강조하면서, 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 심사함에 있어서는 엄격한 비례심사에 따라야 한다는 점을 분명히 하였다.

「헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”라고 규정하고, 정당법 제2조는 “이 법에서 정당이라 함은 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 말한다.”라고 규정하고 있다.

정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 정당은 국민의 정치적 의사형성의 담당자이자 매개자이자 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이라고 할 수 있다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

오늘날 대의민주주의에서 차지하는 정당의 이러한 의의와 기능을 고려하여, 헌법은 정당설립의 자유를 일반적인 결사의 자유로부터 분리하여 제8조 제1항에 독자적으로 규율함으로써 정당설립의 자유의 특별한 의미를 강조하고 있다. 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”라고 규정하여, 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 정당을 설립할 권리를 기본권으로서 보장하면서, 아울러 정당

설립의 자유를 보장한 것의 당연한 법적 산물인 복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135 참조).

이러한 정당 관련 헌법과 법률의 규정과 정당의 중요성을 참작하여 볼 때, 한편으로 입법자는 정당설립의 자유를 최대한 보장하는 방향으로 입법하여야 하고, 또 다른 한편에서 헌법재판소는 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 심사할 때 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 비례심사를 하여야 한다. 그러므로 정당설립의 자유를 제한하는 입법은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 정당설립의 자유의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.」

헌법재판소는 종전에 정당설립의 자유의 침해 여부를 판단함에 있어서 과잉금지원칙을 적용하면서도 그 심사의 강도에 관하여서는 일관되지 아니한 입장을 보여 왔으나,<sup>6)</sup> 이 사건 결정에서 정당설립의 자유를 제한하는

6) 예컨대, 헌법재판소는 경찰장장의 경우 퇴직일부터 2년 이내에는 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없도록 한 구 경찰법 제11조 제4항 등에 대한 헌법소원 사건(99헌마135)에서는 위 조항의 입법목적의 정당성 여부와 관련하여 “정당이 국민의 정치적 의사형성에서 차지하는 중요성과 정당에 대한 각별한 보호를 규정한 헌법적 결정에 비추어, 국민의 자유로운 정당설립 및 가입을 제한하는 법률은 그 목적이 헌법상 허용된 것이어야 할 뿐 아니라 중대한 것이어야 하고, 그를 넘어서 제한을 정당화하는 공익이나 대처해야 할 위험이 어느 정도 명백하게 현실적으로 존재해야만 비로소 헌법에 위반되지 아니한다.”라고 판시하였고(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 816), 수단의 적합성 및 침해의 최소성과 관련하여서도 “헌법재판소는 정당설립의 자유에 대한 제한의 합헌성의 판단과 관련하여 ‘수단의 적합성’ 및 ‘최소침해성’을 심사함에 있어서 입법자의 판단이 명백하게 잘못되었다는 소극적인 심사에 그치는 것이 아니라, 입법자로 하여금 법률이 공익의 달성이나 위험의 방지에 적합하고 최소한의 침해를 가져오는 수단이라는 것을 어느 정도 납득시킬 것을 요청한다.”라고 판시하여(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 816-817) 매우 엄격한 심사를 하였다.

반면, 헌법재판소는 정당등록요건을 규정한 구 정당법 제25조 및 제27조에 대한 헌법소원 사건(2004헌마246)에서는, “이 사건 정당등록취소조항으로 말미암아 청구인의 정당설립의 자유가 침해되는지 여부를 판단함에 있어 심사기준은 우선 그 입법목적이 헌법상 입법자가 추구할 수 있는 정당한 목적인지 여부에 대한 판단과, 그러한 입법목적의 달성을 위하여 이 사건 정당등록취소조항이 취하고 있는 수단이 합리적인 비례관계를 유지하고 있는지 여부라고 할 것이다(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 413).”라고 하면서 완화된 심사를 하였고, 정당의 지구당을 폐지하도록 한 구 정당법 제3조 등에 대한 헌법소원 사건(2004헌마456)에서도 “지구당을 강화할 것인가의 여부에 관한 선택은 법적인 문제라기 보다는 헌법의 테두리 안에서 입법자가 합목적적으로 판단할 문제로서 그 구체적

법률의 합헌성을 심사하는 경우 그 심사의 강도가 엄격하여야 한다는 점을 분명히 밝혔다. 정당의 설립 및 존속을 보장하는 전제 하에 정당활동의 내용과 한계를 형성함과 동시에 제한하는 법률에 대하여 완화된 심사를 할 수 있는지 여부는 별론으로 하더라도, 자유로운 정당설립 또는 설립된 정당의 존속 그 자체를 제한하는 법률에 대하여서는 엄격한 심사를 하는 것이 타당하다고 본 것이다.

#### 다. 심판대상조항들에 대한 판단

헌법재판소는 이 사건 결정에서 다음과 같이 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사나 국민의 정치적 의사를 국가에 매개할 능력이 없는 정당을 배제함으로써 정당제 민주주의에 기여하고자 하는 한도에서 정당등록취소조항의 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 국회의원선거에서 원내 진출 및 일정 수준의 득표에 실패한 정당에 대해 등록을 취소하는 것은 입법목적 달성에 유효한 수단이나, 단 한 번의 국회의원선거에서 의석을 얻지 못하고 일정 수준의 득표를 하지 못하였다는 이유로 정당의 등록을 취소하여 그 존속 자체를 박탈하는 것은 침해의 최소성과 법익의 균형성 요건을 충족시키지 못한다는 이유로 정당등록취소조항은 정당설립의 자유를 침해하여 헌법에 위반되고, 정당명칭사용금지조항은 정당등록취소조항을 전제로 적용되는 조항으로서 같은 이유로 헌법에 위반된다고 결정하였다.

##### 「(1) 정당등록취소조항에 대한 판단

###### (가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

정당등록취소조항은 정당명칭사용금지조항과 함께 국가보위입법회의에 의하여 1980. 11. 25. 법률 제3263호로 개정된 정당법에서 신설되었다. 정당등록취소조항이 처음 도입될 당시는 물론 이후 국회에서 이루어진 정당법 개정과정에서의 회의록을 살펴보아도, 그 조항의 입법 취지를 찾을 수 없다.

헌법 제8조 제1항은 정당설립의 자유와 복수정당제를 명시적으로 규정함으로써 정당 간의 경쟁을 유도하고 정치적 다양성 및 정치과정의 개방성

---

인 선택의 당부를 엄격하게 판단하여 위헌여부를 가릴 일은 아니다(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618, 629).”라고 하여 완화된 심사를 하였다.

을 보장하고 있으며, 헌법 제8조 제4항은 그 목적이나 활동이 자유민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 제거하려는 정당까지도 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 한 ‘정당설립의 자유’의 보호를 받는 정당으로 보고 오로지 헌법재판소가 그의 위헌성을 확인한 경우에만 정치생활의 영역으로부터 축출될 수 있음을 규정하여 정당설립의 자유를 두텁게 보호하고 있다. 헌법 제8조 제1항의 정당설립의 자유와 헌법 제8조 제4항의 입법취지를 고려하여 볼 때, 입법자가 정당으로 하여금 헌법상 부여된 기능을 이행하도록 하기 위하여 그에 필요한 절차적·형식적 요건을 규정함으로써 정당설립의 자유를 구체적으로 형성하고 동시에 제한하는 경우를 제외한다면 정당설립에 대한 국가의 간섭이나 침해는 원칙적으로 허용되지 않는다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135 참조). 따라서 단지 국민으로부터 일정 수준의 정치적 지지를 얻지 못한 군소정당이라는 이유만으로 정당을 국민의 정치적 의사형성과정에서 배제하기 위한 입법은 헌법상 허용될 수 없다.

다만, 대의민주주의에서 정당의 가장 본질적인 존재의 의의는 ‘국민의 정치적 의사형성에 참여’하는 것이라고 할 수 있는바, 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사가 없거나 국민의 정치적 의사를 집약·결집하여 국가에 매개할 능력이 없는 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제함으로써 정당제 민주주의의 발전에 기여하고자 하는 한도에서 정당등록취소조항의 입법목적의 정당성은 인정될 수 있다. 그리고 국회의원선거에서의 의석 확보 여부 및 득표율은 정당이 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사와 역량을 갖추었는지를 가늠할 수 있는 하나의 표지가 되므로, 국회의원선거에서 원내 진출 및 일정 수준의 득표에 실패한 정당에 대해 등록을 취소하는 것은 이러한 입법목적 달성에 유효한 수단이 될 수 있다.

따라서 정당등록취소조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 갖추고 있다.

#### (나) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

① 정당설립의 자유를 법률로써 제한하는 것은 대의민주주의에서 정당의 중요성을 감안할 때 필요최소한에 그쳐야 한다. 특히 정당등록의 취소는 정당의 존속 자체를 박탈함으로써 모든 형태의 정당 활동을 불가능하게 하므로, 그에 대한 입법은 필요최소한의 범위에서 엄격한 기준에 따라 이

루어져야 한다.

헌법재판소의 결정으로 정당이 해산된 경우와는 달리, 정당등록취소조항에 의해 정당등록이 취소된 경우에는 대체정당의 설립이 가능하고 일정기간이 경과하면 등록취소된 정당의 명칭을 사용할 수 있다고 하더라도(정당법 제40조, 제41조 제4항 참조), 입법자로서는 보다 덜 제한적인 방법이 있는 때에는 입법목적 달성에 지장이 없는 한 이를 채택하여야 한다. 그런데 입법목적 달성에 지장이 없으면서도 정당등록취소조항에서 정한 방법보다 덜 제한적인 방법을 상정할 수 있다. 예컨대, 단 한번만의 국회의원선거 결과로 정당을 취소할 것이 아니라 일정기간 동안 국회의원선거 등 공직선거에 참여할 수 있는 기회를 수회 더 부여하고 그 결과에 따라 등록취소 여부를 판단하는 방법을 고려할 수 있다. 또한, 신생정당의 경우 처음부터 전국적으로 높은 지지를 받기 어렵다는 점을 감안하여 국회의원선거에서 후보자를 추천한 선거구의 개수와 분포 및 그 선거구에서의 득표율 등을 종합하여 등록취소 여부를 결정하는 방법을 고려할 수 있을 것이다.

이처럼 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사나 능력을 갖추지 못한 정당을 배제시키면서도 정당으로 하여금 국민의 지지와 신뢰를 획득할 수 있는 정책 개발에 더욱 매진하도록 할 방법이 있음에도 불구하고, 정당등록취소조항이 단 한 번의 국회의원선거에서 의석을 얻지 못하고 일정 수준의 득표를 하지 못하였다는 이유로 정당등록을 취소하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 최소한의 수단이라고 볼 수 없다.

② 정당법 제44조 제1항은 정당이 정당법 제17조(법정시·도당수) 및 제18조(시·도당의 법정 당원수)의 요건을 구비하지 못하게 된 경우(제1호)와 최근 4년간 임기만료에 의한 국회의원선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의 장선거나 시·도의회의원선거에 참여하지 아니한 경우(제2호)를 정당등록취소사유로 규정하여, 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사나 능력을 갖추지 못한 정당을 배제할 수 있도록 하고 있다. 또한, 정치자금법 제27조는 정당의 국회의원 의석수 또는 국회의원선거 등에서의 득표수 비율을 기준으로 정당에 지급되는 경상보조금과 선거보조금을 차등지급하도록 규정하여 국회의원선거 등에서 일정 수준의 정치적 지지를 얻지 못한 정당에 대한 국고 지원을 배제하고 있다.

이와 같이 현재의 법체계 아래에서는 심판대상조항인 정당등록취소조항이 없다고 하더라도 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사나 능력을 갖추지 못한 정당을 자연스럽게 배제할 수 있는 장치들이 충분히 마련되어 있다고 볼 여지도 있다. 미국, 독일, 일본 등 외국의 입법례를 보더라도, 선거에서의 의석 확보 여부나 득표율은 정당의 선거 참여나 정당에 대한 국고 지원 등을 허용할지 여부를 결정하는 하나의 요소일 뿐, 정당의 존립 여부 자체를 결정하는 요소로 기능하는 경우는 찾아볼 수 없다.

③ 정당등록취소조항은 단 한 번의 국회의원선거에서 부진한 결과를 얻었다는 이유만으로 즉시 정당등록을 취소하는바, 어느 정당이 대통령선거나 지방자치선거에서 아무리 좋은 성과를 올리더라도 국회의원선거에서 일정 수준의 지지를 얻는 데 실패할 경우 정당등록이 취소될 수밖에 없는 불합리한 결과를 초래한다. 또한 신생·군소정당의 경우 등록취소에 대한 우려로 국회의원선거에의 참여 자체를 포기함으로써 국민의 정치적 의사형성에 지속적으로 참여하고자 하는 의사를 객관적으로 표명하고 자신의 존재와 정책을 효과적으로 알릴 기회를 상실하게 될 수도 있다. 그 결과 정당등록취소조항은 신생·군소정당이 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사를 가지고 계속적으로 정당활동을 수행하는 과정에서 국민의 지지를 획득하여 보다 굳건한 정당으로 성장할 수 있는 기회를 박탈함으로써, 소수의견의 정치적 결집을 봉쇄하고 정치적 다양성과 정치과정의 개방성을 훼손할 수 있다. 이와 같이 정당등록취소조항이 헌법 제8조 제1항 후단에서 제도적으로 보장된 복수정당제를 훼손하고 정당제 민주주의의 발전에 걸림돌이 될 여지를 만들어 주는 것은, 위 조항이 입법목적의 실현을 위하여 필요한 범위를 벗어나는 과도한 제한을 가하고 있음으로 인한 결과이다.

④ 입법을 통하여 달성하려는 공익은 기본권 제한의 정도와 비례관계를 유지하여야 한다. 정당등록취소조항에 의하여 실현하고자 하는 공익은 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사나 능력이 없는 정당을 배제함으로써 정당제 민주주의를 발전시키기 위한 것이라고 보더라도, 앞에서 본 바와 같이 위 조항이 그러한 공익의 실현에 기여하는 효과는 불분명한 반면, 위 조항으로 인해 침해되는 정당설립의 자유의 공익적 가치는 매우 크다 할 것이므로, 위 조항으로 인해 얻는 공익적 성과와 그로부터 초

래되는 부정적인 효과는 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하고 있다.

⑤ 따라서 정당등록취소조항이 단 한 번의 국회의원선거에서 의석을 얻지 못하고 일정 수준의 득표를 하지 못하였다는 이유로 정당의 등록을 취소하는 것은 침해의 최소성과 법익의 균형성 요건을 충족시키지 못한다.

(다) 소결

이와 같이 정당등록취소조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정될 수 있지만 침해의 최소성과 법익의 균형성이 인정되지 않으므로 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 정당설립의 자유를 침해한다.

(2) 정당명칭사용금지조항에 대한 판단

정당명칭사용금지조항은 정당등록취소조항에 의하여 등록이 취소된 정당의 명칭을 등록취소된 날부터 최초로 실시하는 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거일까지 정당의 명칭으로 사용할 수 없게 하는 조항인바, 이는 앞서 본 정당등록취소조항을 전제로 하고 있으므로 같은 이유에서 정당설립의 자유를 침해한다.」

**라. 비판적 검토**

앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 이 사건 결정에서 정당등록취소조항에 대하여 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정되나 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못하여 과잉금지원칙에 위반되어 정당설립의 자유를 침해한다고 판단하였다.

그러나 정당등록취소조항은 그 입법과정을 살펴보아도 입법목적이 무엇인지 불분명할 뿐만 아니라, 이 사건 결정에서 판시한 바와 같이 정당등록취소조항의 입법목적은 실질적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여할 의사나 국민의 정치적 의사를 국가에 매개할 능력이 없는 정당을 배제하기 위한 것으로 보더라도, 정당 간의 경쟁과 정치적 다양성 및 정치적 과정의 개방성을 의도하고 있는 헌법 제8조 제1항 및 정당은 오로지 헌법재판소의 해산 결정에 의하여서만 정치생활의 영역으로부터 축출될 수 있음을 규정하고 있는 헌법 제8조 제4항에 비추어 볼 때, 헌법 제8조 제4항이 규정하고 있는 정당해산의 사유 이외의 사유로 적법하게 설립된 정당을 국민의

정치적 의사형성과정에서 배제하기 위한 법률조항의 입법목적의 정당성을 인정할 수 있는지 다소 의문이다.

한편, 이 사건 결정에서 밝힌 바와 같이 정당등록취소조항의 입법목적의 정당성을 인정할 수 있다고 하더라도, 이는 어디까지나 궁극적으로 정당제 민주주의의 발전에 기여하고자 하는 한도에서 인정되는 것이다. 그런데 국회의원선거에서의 의석 확보 여부 및 득표율은 어떤 정치적 결사가 ‘국민의 정치적 의사형성 과정에 참여하고 국민의 정치적 의사를 집약·결집하여 국가에 매개’한다는 정당의 헌법적 과제를 이행할 의사나 능력이 있는지 여부를 드러내는 하나의 표지일 수는 있으나, 그것만으로 어느 정당이 이러한 의사나 능력이 있는지 여부를 일의적으로 판단할 수는 없고, ‘국회의원선거’의 결과만을 기준으로 등록을 취소하도록 함으로써 대통령선거나 지방자치선거의 결과가 전혀 고려되지 아니하여 불합리하다는 점은 이 사건 결정에서도 지적한 바 있다. 또한, 정당법은 등록취소된 정당의 강령 또는 기본정책과 동일하거나 유사한 대체정당의 설립을 금지하고 있지 아니하므로, 정당등록취소조항에 의하여 어느 정당의 등록이 취소되었다 하더라도 사실상 위 조항에 의한 등록취소의 효과는 일시적인 것에 불과하다. 나아가, 신생·군소정당의 경우 아무리 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사를 가지고 있더라도 국민의 지지를 얻기 위하여 장기간 계속적인 노력을 경주하여야 하는바, 등록취소라는 수단은 신생·군소정당이 성장·발전할 수 있는 기회 자체를 박탈함으로써 복수정당제를 훼손할 수 있다. 그렇다면 정당등록취소조항에 의한 등록취소가 입법목적에 기여할 수 있는 적합한 수단인지에 대하여도 의문이 든다.

이 사건 결정에서 적절히 언급한 바와 같이 정당법상의 다른 등록취소사유나 정치자금법상 보조금의 차등지급 등을 통하여 국민의 정치적 의사형성에 참여할 진지한 의사나 능력을 갖추지 못한 정당을 자연스럽게 배제할 수 있는 장치들이 마련되어 있으므로 향후 국민으로부터 일정 수준의 정치적 지지를 얻지 못한다는 이유만으로 정당의 등록을 취소하는 입법이 다시 이루어질 가능성은 높지 아니한 것으로 보이나, 헌법재판소가 이 사건 결정에서 정당등록취소조항에 대하여 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성을 인정함으로써 일정 수준의 정치적 지지를 얻지 못한 정당에 대한 등록취소 자체는

헌법상 허용되는 것으로 해석될 여지를 남긴 것에는 다소 아쉬움이 남는다.

## 6. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 정당이 국회의원선거에 1회 참여하여 원내 의석 확보 및 일정 수준의 득표에 실패하였다는 이유만으로 정당의 등록을 취소하는 것은 정당설립의 자유를 침해한다는 점을 최초로 밝힌 결정으로서 큰 의미가 있다.

나. 이 사건 결정은 정당설립의 자유가 헌법 제8조 제1항 전단으로부터 직접 도출되는 기본권이고, 정당설립의 자유에 정당존속 및 활동의 자유가 포함된다는 점을 재확인하는 한편, 정당설립의 자유에 원하는 명칭을 사용하여 정당을 설립하거나 정당활동을 할 자유가 포함된다는 점을 최초로 밝혔다는 점에서도 의미가 있다.

다. 또한, 헌법재판소는 이 사건 결정에서 국민의 정치적 의사형성의 담당자이며 매개자인 정당의 헌법적 중요성을 다시 한 번 강조하면서, 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 합헌성을 심사함에 있어서는 엄격한 비례심사에 따라야 한다는 점을 분명히 하였다.



## 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청

- 야간 시위 금지 및 형사처벌에 대한 위헌제청 사건 -  
(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2, 2012헌가13(병합), 판례집 26-1상, 324)

성 왕\*

### 【관시사항】

1. 해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 시위를 금지하는 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조 본문 중 ‘시위’에 관한 부분 및 이에 위반한 시위에 참가한 자를 형사처벌하는 같은 법률 제23조 제3호 부분이 집회의 자유를 침해하는지 여부(적극)
2. 규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지한 부분에 한하여 한정위헌결정을 한 사례

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은, ‘집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제 8424호로 개정된 것, 이하 ‘집시법’이라 한다) 제10조 본문 중 “시위”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)과 집시법 제23조 제3호 중 “제10조 본문” 가운데 “시위”에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 개정된 것)

제10조(옥외집회와 시위의 금지 시간) 누구든지 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고한 경우에는 관할경찰관 서장은 질서 유지를 위한 조건을 붙여 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도

---

\* 헌법연구관

옥외집회를 허용할 수 있다.

제23조(벌칙) 제10조 본문 또는 제11조를 위반한 자, 제12조에 따른 금지를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

3. 그 사실을 알면서 참가한 자는 50만 원 이하의 벌금·구류 또는 과료

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

제청신청인들은 야간(해가 뜨기 전이나 해가 진 후)에 시위에 참가하였다는 이유로 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 위반 혐의로 기소되었고, 당해사건 법원은 제청신청인들에게 적용된 ‘집회 및 시위에 관한 법률’ 제10조 중 ‘시위’ 부분 및 제23조 제3호 중 ‘제10조 본문의 시위’ 부분에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

### 2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 야간 시위의 자유 또한 헌법상 보장되는 넓은 의미의 집회의 자유에 의하여 보호되는 이상, 과도하게 제한하는 것은 허용되지 않는다. 그런데 이 사건 법률조항은 야간 시위의 목적, 수단·방법, 장소 등 제반사정을 전혀 고려하지 아니한 채 야간이라는 시간적인 제한기준만을 적용하여 일률적·일반적·전면적으로 금지하고 있다. 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 끼칠 것이 명백한 시위의 금지(집시법 제5조) 등 집시법상의 여러 위험 방지 장치가 이미 마련되어 있는 점을 고려하면, 야간 시위의 일률적·일반적·전면적 금지는 그 필요성이 인정되지 않는다. 또 오늘날 사회활동이 이루어지는 시간이나 생활형태 등을 고려할 때, ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대의 모든 시위를 금지하는 것은 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한이다. 또한 소규모의 야간 시위의 경우, 일반 대중의 함세로 인하여 대규모로 확대되거나 폭력시위로 변질될 위험이 없는 이상 금지를 정당화할 근거를 찾기 어렵다.

나. 집시법 제15조는 학문, 예술, 체육 등에 관한 집회에는 제6조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하는바, 야간 시위에는 위와 같

은 허용규정이 없어 학문·예술·체육·종교의 자유 등을 현저하게 침해한다.

다. 이 사건 법률조항에 따르면 야간의 시위는 옥내·외를 불문하고 모두 금지되는바, 이는 합리적인 이유 없이 야간의 옥내집회와 야간의 옥내시위를 차별하고 있는 것이다.

### 【결정요지】

1. 시위는 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온에 미치는 영향이 크고, 야간이라는 특수한 시간적 상황은 시민들의 평온이 강하게 요청되는 시간대로, 야간의 시위는 주간의 시위보다 질서를 유지시키기가 어렵다. 야간의 시위 금지는 이러한 특징과 차별성을 고려하여 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다. 그런데 집시법 제10조 본문에 의하면, 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우, 직장인이나 학생은 사실상 시위를 주취하거나 참가할 수 없게 되는 등 집회의 자유가 실질적으로 박탈되는 결과가 초래될 수 있다. 나아가 도시화·산업화가 진행된 현대 사회에서 전통적 의미의 야간, 즉 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대는 위와 같은 ‘야간’이 특징이나 차별성이 명백하다고 보기 어려움에도 일률적으로 야간 시위를 금지하는 것은 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한으로서 침해의 최소성 원칙 및 법익균형성 원칙에 반한다. 따라서 심판대상조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해한다.

2. 야간시위를 금지하는 집시법 제10조 본문에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으며, 위 조항 전부의 적용이 중지될 경우 공공의 질서 내지 법적 평화에 대한 침해의 위험이 높아, 일반적인 옥외집회나 시위에 비하여 높은 수준의 규제가 불가피한 경우에도 대응하기 어려운 문제가 발생할 수 있으므로, 현행 집시법의 체계 내에서 시간을 기준으로 한 규율의 측면에서 볼 때 규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지하여 위헌성이 명백한 부분에 한하여 위헌 결정을 한다. 심판대상조항들은, 이미 보편화된 야간의 일상적인 생활의 범주에 속하는 ‘해가

진 후부터 같은 날 24시까지의 시위'에 적용하는 한 헌법에 위반된다.

### 재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 전부위헌의견

심판대상조항들이 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 점은 다수의견과 견해를 같이 한다. 그런데 법률조항의 내용 중 일부만이 위헌이라고 하더라도, 위헌적인 부분을 명확하게 구분해 낼 수 없는 경우에는 원칙적으로 그 법률조항 자체가 헌법에 위반된다고 보아야 한다. 헌법재판소가 스스로 일정한 시간대를 기준으로 하여 심판대상조항들의 위헌적인 부분과 합헌적인 부분의 경계를 명확하게 정하는 것은 입법자의 일차적인 입법 권한과 책임에 대한 제약으로 작용하여 권력분립의 원칙을 침해할 가능성을 배제할 수 없으며, 심판대상조항들의 위헌적인 부분을 일정한 시간대를 기준으로 명확하게 구분하여 특정할 수는 없다고 할 것이므로, 심판대상조항들에 대하여 전부위헌결정을 하여야 할 것이다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 헌법재판소는 2009. 9. 24. “집회 및 시위에 관한 법률’(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것) 제10조 중 “옥외집회” 부분 및 제23조 제1호 중 “제10조 본문의 옥외집회” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2010. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”는 결정을 선고하였다(2008헌가25).

위 결정에서 헌법재판소는 심판대상을 야간의 “옥외집회”에 관한 부분의 위헌 여부로 명시적으로 한정하였고, 이 사건의 경우 야간의 “시위”에 관한 부분의 위헌 여부가 심판대상이므로 형식적으로 위 선례와 이 사건은 구분된다. 다만 ‘옥외집회’와 ‘시위’의 개념에 대한 견해에 따라서는 심판대상이 일부 중복된다고 볼 여지가 있으므로 시위의 개념이 문제되었다.

나. 위 선례에서 쟁점이 된 것은 집시법 제10조 중 ‘옥외집회’ 부분이 ① 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당하는지 여부 및 ② 과잉금지원칙에 위

반하여 집회의 자유를 침해하는지 여부였다.

이 사건에서 위 ① 쟁점을 검토할 필요가 있는지 여부는, 관할경찰서장의 예외적 허용에 관한 집시법 제10조 단서가 ‘시위’에 대해서도 적용되는지 여부에 달려있고<sup>1)</sup>, 이는 집시법 제10조 단서의 문언상 ‘옥외집회’에 시위가 포함되어 있는지, 양자가 구별되는지 여부에 관한 것으로 역시 ‘시위’의 개념이 문제되었다.

다. 이 사건 법률조항이 금지하는 야간시위가 ‘헌법상의 집회’ 개념에 포함되는 이상, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하는지 문제되었다.

라. 위 선례에서 헌법재판소는 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정을 하였는데, 입법시한까지 입법자가 개선입법을 하지 않음에 따라 단순위헌 결정을 하였던 것과 마찬가지로의 결과가 초래되었고, 그러한 사정 하에 이 사건 법률조항의 위헌 주문의 결정형식이 문제되었다.

## 2. 집시법상 ‘시위’의 개념

### 가. 일반용어로서의 ‘시위’와 구별

#### (1) 집시법상의 개념

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 … 집회 … 의 자유를 가진다.”고 규

1) 이는 단서가 적용되는 경우 당연히 헌법이 금지하는 사전허가제에 해당한다는 의미는 아니다. 헌법재판소의 종전 선례에서 위헌의견을 제시한 재판관 7인 중 5인은 그와 같은 견해를 취하였으나, 재판관 2인은 그에 반대하였으며, 합헌의견을 제시한 재판관 2인 역시 그에 반대하였으므로, 위 결정이 원칙적 금지와 행정관청에 의한 예외적 허용규정이 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당한다는 점에 관하여 확립된 선례가 된다고 보기 어렵다. 다만 적어도 입법자에 의한 절대적 금지는 헌법상 금지되는 사전허가제와는 무관하다는 점에서 위와 같은 쟁점 정리를 할 수 있다는 것이다.

한편 이 사건 결정 이후 헌법재판소는, 헌법상 금지되는 허가제는 행정청이 주체가 되어 집회의 허용 여부를 사전에 결정하는 것으로, 법률적 제한이 실질적으로 행정청의 허가 없는 옥외집회를 불가능하게 하는 것이라면 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당하나, 그에 이르지 아니하는 한 헌법에 위반되지 않으며, 야간 옥외집회의 원칙적 금지와 관찰경찰관서장의 예외적 허용 규정은 헌법상 사전허가 금지에 위배되지 않는다고 하여 종전 선례에서 재판관 2인의 헌법불합치 의견이 제시한 의견과 같은 의견을 제시하였으며(헌재 2014. 4. 24. 2011헌가29, 판례집 26-1상, 574), 이 부분에는 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

정하여 집회의 자유를 기본권으로 규정하고 있다. 집회의 자유에는 집회를 통하여 형성된 의사를 집단적으로 표현하고 이를 통하여 불특정 다수인의 의사에 영향을 줄 자유를 포함한다. 따라서 이를 내용으로 하는 시위의 자유 또한 집회의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 의하여 보호되는 기본권이다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가17, 판례집 17-2, 360, 366).

현행 집시법은 ‘옥외집회’와 ‘시위’에 대하여 별도의 정의규정을 두고 있고, 대부분 조항에서 ‘집회’와 ‘시위’를 동일하게 규율하고 있으나 일부 규정에서는 분리하여 규율하는바, 집시법의 집회의 해석과 헌법상 집회의 개념을 일치하여 이해할 당위성이 있는 것은 아니며, 이 사건에서 문제되는 것은 집시법상 집회와 시위의 개념이다.

헌법상 집회의 자유에 의하여 시위의 자유도 보장된다고 할 때의 ‘시위’는 개념의 외연이 한정되어 있는 법률상 용어가 아니라, 집회의 주요한 유형으로서 특히 집단적인 의견표명을 통하여 타인에게 영향을 미치고자 하는 행위를 지칭하는 일반용어로 이해해야 할 것이고, 이 사건에서 해석이 문제되는 집시법상의 시위 개념과는 구별되어야 할 것이다.

## (2) 집시법의 규정체계

현행 집시법은 ‘옥외집회’란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서 여는 집회를 말하고(제2조 제1호), ‘시위’란 여러 사람이 공동의 목적을 가지고 도로, 광장, 공원 등 일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여, 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 규정하고 있다(제2조 제2호).

집시법이 1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정될 당시에는 위와 같은 ‘시위’에 대한 개념 정의의 규정이 존재하지 않았으나 규정상 ‘집회’, ‘옥외집회’, ‘시위’라는 용어가 사용되고 있었고, 시위 개념은 ‘집회 또는 시위’, ‘옥외에서의 집회 또는 시위’, ‘옥외집회 또는 시위’와 같이 집회 개념과 병렬적으로 사용되었다. 1973. 3. 12. 법률 제2592호로 집시법이 개정되면서 비로소 집회와 시위의 정의규정이 신설되었는데, 당시 법에서는 ‘시위라 함은 다수인이 공동목적을 가지고 도로 기타 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주

거나 제압을 가하는 행위를 말한다.’고 규정하여 현재와 거의 유사한 정의 규정을 두었다. 다만 ‘옥외집회’에 대하여는 현재와 같은 정의규정에 더하여 ‘옥내집회라 하더라도 확성기 설치 등으로 주변에서의 옥외참가를 유발하는 집회는 옥외집회로 본다.’는 규정을 두어 지금보다 그 범위를 넓게 보았는데, 이 부분은 1989. 3. 29. 법률 제4095호로 집시법이 개정되면서 삭제되었다.

### 나. 헌법재판소의 종전 선례

헌법재판소가 집시법 조항의 위헌 여부가 문제된 사안에서 집회와 시위의 개념에 관하여 언급한 선례들은 아래와 같다.

(1) ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소’에서 이루어져야 하는지 여부  
 헌법재판소는 ‘옥외집회’에 장소적 제한을 두지 않은 점 및 야간옥외집회의 제한의 위헌 여부가 문제된 사안에서, 시위는 “다수인이 공동목적을 가지고 (1) 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 (2) 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 풀이해야 할 것이다. 따라서 위 (2)의 경우에는 …… “공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소”라는 장소적 제한개념은 “시위”라는 개념의 요소라고 볼 수 없다. ……그러므로 공중이 자유로이 통행할 수 없는 장소인 대학구내에서의 시위도 그것이 위 (2)의 요건에 해당하면 바로 집시법상의 시위로서 집시법의 규제대상이 되는 것이다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 295-296참조).”라고 실시한 바 있다.<sup>2)</sup>

이에 대하여 재판관 조규광과 재판관 변정수는 시위란 ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소’에서 이루어지는 것이라는 취지에서 각자 반대의견(한정합헌의견과 위헌의견)을 표시하였다.

2) 헌법재판소는 야간 옥외집회 금지 규정에 관한 헌법불합치결정(2008헌가25)을 하면서 91헌바14결정은 2008헌가25결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 결정하였는바, 2008헌가25 결정의 취지와 저촉되지 않는 범위에서 91헌바14 결정을 인용할 수 있을 것이다.

## (2) 장소이동성을 요하는지 여부

헌법재판소는 ‘누구든지 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려있는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 안 된다’는 취지의 집시법 조항에 대한 한정합헌 결정에서 “집회 또는 이동하는 집회를 뜻하는 시위란 그것이 불특정 다수인의 규합이요, 단체적·집단적 행동을 수반하는 만큼 어느 집회·시위라도 직접적인 법익침해까지 이르지 아니하여도 어느 정도는 사회적 불안이나 사회적 혼란의 우려는 불가피한 것(헌재 1992. 1. 28. 89헌가8, 판례집 4, 4, 16)”이라고 실시하여 시위 개념을 ‘이동하는 집회’로 파악한 바 있다. 그러나 위 결정에서는 시위 개념이 주된 쟁점으로 검토되지 않았고, 이후 이루어진 91헌바14결정에서 위 (가)항과 같이 판단함으로써 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위에는 장소의 진행이 개념요소를 이루지 않는 것과 같이 판단한 바 있다. 다만 위 91헌바14결정에서 위헌의견을 낸 재판관 변정수는 시위를 ‘움직이는 집회’로 판단하였고, 한정합헌의견을 낸 재판관 조규광은 ‘시위란 움직이는 집회에 다름 아닌 것’이라고 하면서도 ‘행진은 위력 또는 위세를 보이는 방법의 예시’라고 하여 불분명한 입장을 표명하였다.

## (3) 집시법상의 ‘집회’ 및 ‘옥외집회’ 개념과 ‘시위’ 개념의 관계

위 91헌바14결정은 ‘집회’ 및 ‘옥외집회’ 개념과 ‘시위’ 개념의 관계에 대하여 명시적으로 밝히지 아니하였으나, “집시법 제2조 제1호 …… 취지는 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 아니한 장소에서의 집회는 설사 그 곳이 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소가 아닐지라도 그 장소의 위치, 넓이, 또는 형태, 참가인원의 수, 그 집회의 목적, 성격 및 방법 등에 따라서는 시위와 마찬가지로 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 우려가 있어 규제의 필요가 있다고 보고 이를 옥외집회로 하여 시위와 동일하게 규제의 대상으로 삼겠다는 데에 있는 것으로 이해된다. 일반적으로는 시위가 집회(옥외집회)보다 공공의 안녕질서에 미치는 영향이 크다고 할 수 있을 것이나, 반드시 그런 것만은 아니고 개별적, 구체적 사안에 따라서는 그 반대의 경우도 얼마든지 있을 수 있다(헌재 1994. 4. 28, 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 296-297).”고 실시하였다. 이는 ‘시위’와 ‘옥외집회’가 서로 분리된 개념이라

는 전제에서 판단한 것으로 보인다.

## 다. 법원의 해석과 학설상의 ‘시위’ 개념 및 수사실무

### (1) 법원의 해석

대법원은, 집시법상의 ‘집회’란 특정 또는 불특정 다수인이 공동의 의견을 형성하여 이를 대외적으로 표명할 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말한다고 보면서(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도11381판결), 다수인이 일정한 장소에 모여 행한 특정 행위가 공동의 목적을 가진 집단적 의사표현의 일환으로 이루어진 것으로 집시법상 ‘시위’에 해당하는지 여부는, 그 행위의 태양 및 참가 인원 등 객관적 측면과 아울러 그들 사이의 내적인 유대 관계 등 주관적 측면을 종합하여 전체적으로 그 행위를 다수인이 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 평가하여야 한다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2009도2821 판결)고 보고 있다.

위 판결에서 대법원은, 사전 계획에 따라 일반인의 통행이 자유로운 장소에서 1인이 피켓을 들고, 복수의 다른 사람들은 그 주변에 서서 사람들의 시선을 모은 행위에 대하여, 다수의 위력 또는 기세를 보여 그 피켓에 기재된 주장 내용을 불특정 다수인에게 전달함으로써 그들의 의견에 영향을 미치는 행위라고 보아 “옥외시위”에 해당한다고 판단하였다.

### (2) 학설상의 ‘시위’ 개념

이 사건 결정이 있기 전까지 학설상의 시위 개념은 매우 다양하게 나타나고 있었다. 다만 대부분은 헌법상 시위의 자유와 관련하여 서술된 것으로 보이고, 집시법상의 ‘시위’ 개념에 관한 것인지 여부는 명확하지 않다. 학설상 시위 개념과 관련하여 주로 의견이 나뉘었던 쟁점은 다음과 같다.

(가) ‘일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소’에서 이루어져야 하는지 여부  
 시위 개념에는 ‘일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소’라는 장소적 제한이 반드시 필요하다<sup>3)</sup>거나 현행 집시법의 해석상 시위의 경우는 공개된

3) 이희훈, 집회의 자유와 집시법, 2009, 제53-55면 참조.

장소에서 이루어져야 하는 것으로 해석해야 한다<sup>4)</sup>거나 장소적 제한이 없는 경우 위헌성에 관한 문제제기가 가능하다<sup>5)</sup>는 긍정설과 위력 또는 위세를 보여 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위의 경우 장소적 제한은 시위의 개념을 구성하지 않는다는 부정설<sup>6)</sup>이 대립하고 있다.

(나) 장소이동성을 요하는지 여부

1) ‘이동하는 집회’ 또는 ‘움직이는 집회’로 파악하는 견해

시위는 장소이동적 집회로서 장소에 따른 집회의 분류에 포함된다<sup>7)</sup>거나, 현행 법제상 집회와 시위의 차이는 집회는 한 장소에 머무르는 반면 시위는 행진 등 장소를 진행하는 데 있다<sup>8)</sup>고 하는 등 시위를 이동하는 집회 내지 움직이는 집회로 파악하는 견해<sup>9)</sup>이다.

2) 장소이동을 요하지 아니한다는 견해

시위는 옥외집회의 한 형태이고, 움직이는 집회일 것을 요하는 것은 아니며, ‘장소이동’ 내지 ‘행진’은 시위의 한 방법<sup>10)</sup>이라거나, 불특정의 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압하는 집회라면 장소이동성을 요하지 않는다는 견해<sup>11)</sup> 등 ‘장소이동성’은 시위 개념을 구성하지 않는다는 입장이다.

### (3) 경찰행정상 구분

이 사건에서 2010. 2. 5. 경찰청장이 제출한 의견서에 의하면, 실무적으로

4) 강태수, 헌법의 우위와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 제19-22면 참조.

5) 김하열, 2009. 11. 6. 야간집회 금지 헌법불합치 결정이 남긴 법적 과제에 관한 학술토론회 토론문, 제86-87면 참조.

6) 황교안, 집회·시위법 해설, 2009, 제33-39면 참조.

7) 김철수, 헌법학개론, 제19전정신판, 제876면 참조.

8) 정종섭, 헌법학원론, 제3판, 제529면 참조.

9) 성낙인, 헌법학, 2008, 제554면; 이관희, 집회의 자유의 법적 규제에 관한 연구, 경찰대학교 논문집 제7집, 제3면; 강태수, 헌법의 우위와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 제19-22면 참조.

10) 계획열, 헌법학(중), 신정판, 제469면; 한수웅, 집회의 자유와 ‘집회 및 시위에 관한 법률’, 저스티스 77호, 제18-19면 참조.

11) 이희훈, 집회의 자유와 집시법, 2009, 제53-55면; 황교안, 집회·시위법 해설, 2009, 제33-39면 참조.

는 장소 이동을 포함하고 있는 ‘행진’을 제외하고는 ‘옥외집회’와 ‘시위’의 구별이 어렵다고 보고 있으나, ① 집회장소·방법이 특정인이나 대상에게 직접적이고 현실적인 영향을 주기 위한 것이라면 시위에 해당하고, ② 불특정 다수인의 의사형성에 영향을 주기 위한 위력이나 기세를 수반하는 적극적이고 구체적 행위, 예컨대 화염병·돌 투척, 쇠파이프·각목 사용, 도로 행진, 삼보일배, 고공농성, 공공기관 점거농성, 단식, 혈서 작성, 장소를 이동하면서 하는 구호 제창, 노래, 피켓팅 등은 시위에 해당한다고 보고 있다.

## 라. 이 사건 결정에서 본 ‘시위’의 개념 및 ‘옥외집회’와 ‘시위’의 관계

### (1) 시위의 개념

(가) 이 사건 결정에서 헌법재판소는 “집시법상의 시위는, 다수인이 공동 목적을 가지고 ① 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 행진함으로써 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 ② 위력 또는 기세를 보여 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 풀이해야 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14 참조). 따라서 집시법상의 시위는 반드시 ‘일반인이 자유로이 통행할 수 있는 장소’에서 이루어져야 한다거나 ‘행진’ 등 장소 이동을 동반해야만 성립하는 것은 아니다. 다만 다수인이 일정한 장소에 모여 행한 특정행위가 공동의 목적을 가진 집단적 의사표현의 일환으로 이루어진 것으로서 집시법상 시위에 해당하는지 여부는, 행진 등 행위의 태양 및 참가 인원, 행위 장소 등 객관적 측면과 아울러 그들 사이의 내적인 유대 관계 등 주관적 측면을 종합하여 전체적으로 그 행위를 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 개별·구체적으로 판단되어야 할 것이다.”(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 330-331)라고 하여 헌법재판소의 종전 선례 및 대법원의 해석과 같이 시위 개념을 파악하였다.

(나) 이 사건 결정은, ‘시위’의 정의규정상 ‘진행’은 ‘위력이나 기세를 보이는 방법’의 하나로 보았는데, ‘장소이동’을 필수적 개념요소로 이해하는 것은 집시법의 문언에 반하는 것이어서 일반인의 관용적인 사용례나, 입법

론으로서의 의미는 별론으로 하고, 법의 해석으로 받아들이기는 어렵다고 생각된다.

(다) 한편 이 사건 결정은 선례와 마찬가지로, ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소’라는 장소적 제한개념은 시위의 개념 요소라고 볼 수 없다고 보았는데, 종전 선례에 대해서는, ‘시위’의 개념 가운데 위 ② 부분을 ‘(도로 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서) 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위’로 이해하는 것이 집시법의 문언과 명백히 모순된다고 보기 어렵다거나, 또는 집시법은 시위 개념의 필수요건으로 ‘불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 것’을 규정하는데, ‘공중이 자유롭게 통행할 수 없는 장소’에서의 집단적 의견표명의 경우 위력 또는 기세를 보이는 방법으로 이루어지더라도 행위 장소의 특성상 행위자들에게 ‘불특정의 다수인’에게 영향을 주고자 하는 의도 내지 인식이 있다고 보기 어려우므로 문언상 드러나 있지 않더라도 위와 같은 장소적 제한이 개념에 내재한 것으로 보아야 한다는 비판적 견해가 있었는바, 이 사건 결정에 대해서도 마찬가지로 비판이 가능할 것으로 보인다. 그 밖에 집시법의 규제목적의 측면에서 본다면, ‘공중이 자유롭게 통행할 수 없는 장소’에서의 행위는 제3자의 법익을 수인한도를 넘어 침해하거나 질서를 어지럽힐 위험성이 크지 않을 것이라는 의견의 제시도 가능할 것이다.

## (2) ‘옥외집회’와 ‘시위’의 관계

(가) 이 사건 결정은, 집시법이 전체적으로 시위를 집회와 별도로 규율하는 체제를 취하고 있는 점, 특히 시위에 대한 규제의 폭을 넓히는 규정들, 위법한 ‘시위’로부터 국민을 보호할 것을 규정한 집시법 제1조, 예외적인 경우에 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에도 ‘옥외집회’를 허용할 수 있다고 규정한 집시법 제10조 단서, 그리고 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사에 관한 ‘집회’에는 집시법상 일정한 규제를 적용하지 않도록 한 집시법 제15조에 비추어 보면, 집시법은 집회, 옥외집회로부터 분리된 시위에 관한 특별한 규율의 의도를 나타내고 있다고 보인다. 그에 따라 입법자는 집시법상의 시위 개념을 집시법상의 집회, 옥외집

회 개념으로부터 의도적으로 분리한 것으로 보고, 집시법상의 집회와 옥외 집회의 개념은 시위에 해당하는 부분을 제외한 부분으로 축소된다고 판단 하였다(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 331-332).

이는 집시법이 옥외집회와 시위에 대한 별도의 정의 규정을 두고 있다고 하나, 옥외집회는 장소를 중심으로 한 개념이고 시위는 행위를 중심으로 한 개념이어서 적용되는 평면이 다른 부분이 있으며, 헌법재판소가 종전에 취한 ‘집회’ 개념에 대한 폭넓은 이해에 비추어보면, 집회·옥외집회와 시위의 개념은 서로 중복·교차하는 부분이 있지만, 입법자의 의도는 시위에 해당하는 집회·옥외집회는 집회·옥외집회와는 분리하여 시위로서 특별히 규율하려는 데 있다고 본 것이다.

(나) 그 밖에 이 사건 법률조항의 입법연혁, 즉 해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 시위를 금지하는 이 사건 법률조항은 집시법이 제정(1962. 12. 31. 법률 제1245호로 제정)된 이래 이 사건 결정시까지 계속 동일한 내용으로 유지되었는데, 야간의 옥외집회에 대하여 일정한 경우 관할경찰서장이 허용할 수 있도록 하는 단서가 신설될 때(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 전부 개정되었을 때)에도 야간의 시위에 대하여는 예외를 규정하지 아니하였다는 점에 비추어 보더라도, ‘시위’에 대하여 ‘옥외집회’와는 별도의 규율을 하려고 하는 입법자의 의도가 있었다고 보는 이 사건 결정의 설시의 근거를 찾을 수 있을 것이다.

## 마. 소결

이 사건 결정에 의할 때, 예외적으로 해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 옥외집회를 허용할 수 있도록 한 집시법 제10조 단서는 시위에 대하여 적용되지 않으며, 학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및 국경행사 등에 관한 ‘집회’에는 집시법상 일정한 규제를 적용하지 않도록 한 집시법 제15조 역시 ‘시위’에는 적용되지 않는다.

따라서 이 사건 법률조항은 해가 뜨기 전이나 해가 진 후의 시위를 예외 없이 절대적으로 금지하는 것이며, 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는 것인지 여부가 문제될 뿐, 헌법이 금지하는 사전허가제를 규정한 것인지 여부는 문제되지 않았다.

### 3. 야간시위의 제한에 관한 외국의 입법례

#### 가. 미국

미국 수정헌법 제1조는 “the right to assemble”을 보호하고 있다. 수정헌법의 문언에 ‘시위’라는 표현이 있지는 않지만, 동 수정헌법 조항을 해석한 여러 판례는 우리나라의 ‘시위’에 해당하는 ‘marching/parade/procession(행진)’ 또는 ‘demonstration(위력 등의 과시)’도 집회의 자유에 의하여 보호된다고 보고 있다.<sup>12)</sup>

미국의 주요도시 가운데에는 보스턴이 주거지구에 한하여 밤 10시부터 오전 7시까지 집회 및 시위를 금지하고 있고<sup>13)</sup>, 소도시나 타운의 경우 야간의 집회나 시위를 금지하는 경우가 종종 있다.

#### 나. 독일

독일의 경우 시위의 개념이 법률에 의해 정의되고 있지 않으며, 학설상으로는 ‘시위’란 다수인이 공공의 장소에서 일반 대중의 이목을 끄는 방법으로 공동으로 의견을 표명하고 이로써 타인의 의견형성에 영향을 미치려는 욕의 집회의 한 형태로서, 한 마디로 ‘공동의 의견표명을 목적으로 하는 집회’를 의미한다고 본다.<sup>14)</sup> 한편 독일 집회법에서는 ‘시위’라는 단어는 없지만 별도의 개념 정의 없이 ‘행진’(Aufzug)이라는 단어를 사용하고 있는데, 행진을 집회와 따로 떼어서 규율하고 있지 아니하고, 야간의 집회나 행진을 제한하는 규정도 없다.

12) Gregory v. City of Chicago, U.S.Ill.1969, 89 S.Ct. 946, 394 U.S. 111.; U.S. v. Professional Air Traffic Controllers Organization (PATCO), N.D.Ill.1981, 527 F.Supp. 1344.; Baines v. City of Danville, Va., C.A.4 (Va.) 1964, 337 F.2d 579, certiorari denied 85 S.Ct. 1772, 381 U.S. 939, on rehearing in part 357 F.2d 756, certiorari granted, affirmed 86 S.Ct. 1915, 384 U.S. 890, rehearing denied 87 S.Ct. 12, 385 U.S. 890.

13) Boston Traffic Rules and Regulations, Article VIII

14) Kunig, in: Münch/Kunig, GG Kommentar, Rn. 12; Kloepfer, Versammlungsfreiheit, in: HdbStR Bd. 6, §143 Rn. 27.

#### 다. 그 밖의 나라들

영국, 일본 등은 야간의 집회나 시위를 제한하지 않고 있는 반면, 중국의 경우 밤 10시 이후의 집회를, 러시아의 경우 밤 11시 이후의 집회를 금지하고 있다.

### 4. 이 사건 법률조항의 집회의 자유 침해 여부

#### 가. 집회의 자유의 의미와 역할

이 사건 결정은, 집회의 자유 침해 여부가 문제된 사안에서 헌법재판소가 줄곧 취하여 온 입장과 같이, 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장되는 집회(시위)의 자유는 언론·출판의 자유와 더불어 대의제 자유민주국가의 필수적 구성요소임을 긍정하였으며, 나아가 집회의 자유의 보장은 다원적인 ‘열린사회’에 대한 헌법적 결단이라고 보았다(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 332 참조).

또한 이 사건 결정은 집회의 자유 침해 여부의 심사기준을 명시하지는 않았으나, 위와 같은 집회의 자유의 특성에 따라 엄격한 의미의 과잉금지 원칙을 적용하였다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 야간 옥외집회 금지에 관한 종전 선례(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427)

헌법재판소는 2008헌가25결정을 통하여 야간 옥외집회를 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 관할 경찰서장이 허용할 수 있도록 한 집시법 제10조는 헌법에 합치되지 아니한다는 판단을 한 바 있다.

이 결정에서 집시법 제10조는 헌법이 절대적으로 금지하는 사전허가제를 규정하여 헌법에 위반된다는 단순위헌 의견을 낸 재판관 5인 가운데 재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 김종대는 나아가 집시법 제10조가 과잉금지원칙에 위반되는지 여부에 관하여 판단하지 아니하였다. 그러나 나머지 재판관 2인, 즉 재판관 조대현, 재판관 송두환은 집시법 제10조 단서의 예외적 허용에 관한 규정이 없는 경우, 즉 이 사건 법률조항과 같이 절

대적 금지를 규정한 경우라고 하더라도 헌법에 위반된다는 보충의견을 제시하였는데, 그 내용은 모든 야간 옥외집회의 원칙적 금지는 그 필요성이 인정되지 않는다는 것으로, 실질적으로 입법목적의 정당성을 부인하는 것에 가까웠다.

한편 재판관 민형기, 재판관 목영준은 집시법 제10조는 헌법상 금지되는 사전허가제를 규정한 것은 아니지만 과잉금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 판단하였다. 구체적으로 살펴보면, 옥외집회는 그 속성상 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온과 마찰을 빚을 가능성이 크고, 야간이라는 특수한 시간적 상황은 시민들의 평온이 더욱더 요청되는 시간대로서, 집회참가자 입장에서 주간보다 감성적으로 민감해져 자제력이 낮아질 가능성이 높으며, 행정관서 입장에서 질서를 유지시키기가 어렵다는 점에서 원칙적으로 야간옥외집회를 제한하는 것은, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다고 보았다. 그러나 집시법 제10조 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 규정하고 있고, 옥외집회가 금지되는 야간 시간대를 집시법 제10조와 같이 광범위하게 정하지 않더라도 입법목적 달성을 데 큰 어려움이 없다는 점 등에서 침해최소성의 원칙에 반하고, 법익균형성도 갖추지 못하였다고 보았다.

이에 대하여 재판관 김희욱, 재판관 이동흡은 집시법 제10조는 헌법이 금지하는 허가제를 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 과잉금지원칙에도 위배되지 아니한다고 판단하였다.

즉 종전 선례의 경우, 야간 옥외집회 금지가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 관하여 재판관 4인의 위헌의견과 재판관 2인의 합헌의견이 있었다.

## (2) 이 사건 결정의 판단

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 집회의 자유를 침해하는지 여부와 관련하여, 대체로 위 2008헌가25 결정의 재판관 민형기, 재판관 목영준의 의견과 같은 입장을 취하였다.

즉 시위는 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온에 미치는 영향이 크고, 야간이라는 특수한 시간적 상황은 시민들의 평온이 강하게 요청되는 시간대로, 야간의 시위는 주간의 시위보다 질서를 유지시키기가 어려우며,

야간의 시위 금지는 이러한 특징과 차별성을 고려하여 사회의 안녕질서를 유지하고 시민들의 주거 및 사생활의 평온을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단이 된다고 보았다. 나아가 이 사건 법률조항에 의하면, 낮 시간이 짧은 동절기의 평일의 경우, 직장인이나 학생은 사실상 시위를 주최하거나 참가할 수 없게 되는 등 집회의 자유가 실질적으로 박탈되는 결과가 초래될 수 있고, 도시화·산업화가 진행된 현대 사회에서 전통적 의미의 야간, 즉 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대는 위와 같은 ‘야간’이 특징이나 차별성이 명백하다고 보기 어려움에도 일률적으로 야간 시위를 금지하는 것은 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한으로서 침해의 최소성 원칙 및 법익균형성 원칙에 반한다고 본 것이다(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 332-336 참조).

이와 같은 판단에는 재판관 9인의 의견이 일치되었다. 다만 주문을 결정함에 있어 다음 5.항에서 살피는 바와 같이 한정위헌 의견과 (단순)위헌의견으로 견해가 나뉘었다.

## 5. 이 사건 법률조항의 학문·예술·체육·종교의 자유 침해 여부 및 평등원칙 침해 여부

제청법원은, 집회와 달리 시위의 경우에는 학문, 예술, 체육 등에 관한 것이라도 예외적 허용규정을 두지 않은 점에서 학문·예술·체육·종교의 자유 등을 침해하고, 야간에 옥내에서 이루어지는 시위를 금지하는 것은 야간의 옥내집회와 비교하여 평등원칙에 위배된다는 의견을 제출하였으나, 헌법재판소는 이 사건 결정에서 이 부분에 관한 명시적 판단을 하지 아니하였다. 이는 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 의하여 직접적으로 제한되는 기본권을 집회의 자유로 보고, 엄격한 과잉금지원칙 위배 여부를 심사하여 위헌 판단에 이르렀기 때문에 더 이상 나아가 심사하지 아니한 것으로 이해될 수 있다. 또한 학문, 예술, 체육 등에 관한 예외적 허용규정을 두지 아니한 것은 집시법 제15조의 문제라고 볼 수 있고, 헌법재판소는 시위와 집회·옥외집회의 개념을 분리하는 전제에서, ‘다수인이 공동목적의 가

지고 불특정한 여러 사람의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하기 위하여, 도로 등 공공장소를 행진하거나, 위력 또는 기세를 보이는 방법을 사용하기 때문에, 개별적·구체적 사안에 따라서 예외가 있을 수 있으나, 일반적으로는 집시법상의 집회나 옥외집회보다 공공의 안녕질서, 법적 평화 및 타인의 평온에 미치는 영향이 크다'고 보았으므로(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가 2 등, 판례집 26-1상, 324, 333 참조) 집회·옥외집회와 시위가 비교의 대상이 된다고 보기 어렵다는 점이 고려된 것이라 볼 여지도 있다.

## 6. 한정위헌 결정

### 가. 야간 옥외집회 금지 규정에 대한 헌법불합치 결정(2008헌가 25)과 이 사건 결정 이전의 경과

#### (1) 선례의 헌법불합치 결정 이유

상조항이 가지는 위헌성은 야간옥외집회를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 사회의 안녕질서와 국민의 주거 및 사생활의 평온 등을 보호하는데 필요한 범위를 넘어 '해가 뜨기 전이나 해가 진 후'라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 옥외집회를 금지하는 데 있다는 점, 즉 위와 같은 시간대 동안 옥외집회를 금지하는 것에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으며, 어떠한 시간대에 옥외집회를 금지하는 것이 집회의 자유를 필요최소한 범위에서 제한하는 것인지에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 보아 "입법자가 2010. 6. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 계속 적용되어 그 효력을 유지하도록 하고, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 법률조항들은 2010. 7. 1.부터 그 효력을 상실하도록 한다."는 취지의 헌법불합치 결정을 하였다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 판례집 21-2상, 427, 451 참조).

위 결정에는, 형벌에 관한 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서 개선입법 이전에 계속 적용하게 허용하는 것은, 위헌법률의 규범력을 제거하려는 위헌법률심판제도의 본지에 어긋나고, 형벌조항에 대한 위헌결정에 소급효를 인정한 헌법재판소법 제47조 제2항에 위반되므로 심판대상조항들의 적용을 중지해야 한다는 재판관 조대현의 적용중지 의견이 있었다.

한편 위 결정 이후 형벌법규에 대한 잠정적용 헌법불합치 결정의 적절성과 효과에 관한 논란이 있었으며, 실무적으로도 여러 혼선이 있었다.

## (2) 입법시한의 도과

입법자는 헌법재판소가 위 2008헌가25 결정에서 정한 입법시한까지 개선입법의무를 이행하지 아니하였고, 대법원은 “헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌 결정에 해당하고 …… 헌법불합치결정은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이라 할 것이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있으므로, …… 헌법불합치 결정에 의하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언되고 그 결정에서 정한 개정시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 이 사건 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결, 공2011하, 1487)고 판단하여, 집시법 제10조 중 옥외집회에 관한 부분에 대해서는 단순위헌 결정이 있었던 것과 마찬가지로의 결과가 되었다.

## 나. 다수의견(한정위헌 의견)

(1) 다수의견은, 선례(2008헌가25)의 헌법불합치 의견과 마찬가지로, 이 사건 법률조항이 가지는 위헌성은 야간 시위를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 사회의 안녕질서와 시민들의 평온 등을 보호하기 위하여 필요한 범위를 넘어 ‘해가 뜨기 전이나 해가 진 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대에 일률적으로 시위를 금지하는 데 있고, 이 사건 법률조항에는 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존하고 있으며, 시위의 자유와 공공의 안녕질서를 조화시키는 방법은 원칙적으로 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 보았다(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 336 참조).

(2) 다만 종전 선례와 같이 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정을 할 경우, 종전 선례를 둘러싼 해석상·실무상 논란이 되풀이될 우려가 있었고, 중

전 결정 이후의 상황에 비추어 보면 야간 시위의 전면 금지라는 위헌적 상태를 감수하여야 할 예외적 필요성이 분명하지 않다는 문제가 있었으며(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 337참조), 한편으로는 입법자가 개선입법의무를 이행하지 아니함에 따라 발생할 수 있는 규범공백 상태가 잠정적용을 명한 헌법재판소의 결정취지에 부합하지 않는 것이라는 문제가 있었다. 또한 다수의견은 “시위는 공공의 질서 내지 법적 평화와 마찰을 일으킬 가능성이 상당히 높은 것이어서 일정한 제한은 불가피하고, 관련 법익들을 비교형량하여 그러한 법익들이 조화되고, 동시에 최대한 실현될 수 있도록 정리·정돈되어야(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 336)” 한다는 인식을 바탕으로 두고 있는데, 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 하는 것은 이 사건 법률조항의 합헌적 부분의 존속 필요성에 관한 다수의견의 인식에 부합하지 않는 것이었다고 볼 수 있다.

(3) 결국 다수의견은, “이 사건 법률조항에 존재하는 합헌적인 부분과 위헌적인 부분 가운데, 현행 집시법의 체계 내에서 시간을 기준으로 한 규율의 측면에서 볼 때, 규제가 불가피하다고 보기 어려움에도 시위를 절대적으로 금지한 부분의 경우에는 위헌성이 명백하다고 할 수 있으므로 이에 한하여 위헌결정(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 338)”을 하였다.

즉 “우리 국민의 일반적인 생활형태 및 보통의 집회·시위의 소요시간이나 행위태양, 대중교통의 운행시간, 도심지의 점포·상가 등의 운영시간 등에 비추어 보면, 적어도 해가 진 후부터 같은 날 24시까지의 시위의 경우, 이미 보편화된 야간의 일상적인 생활의 범주에 속하는 것이어서 특별히 공공의 질서 내지 법적 평화를 침해할 위험성이 크다고 할 수 없으므로 그와 같은 시위를 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반됨이 명백하다.”는 이유로 심판대상조항들은 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지의 시위’에 적용하는 한 헌법에 위반된다고 본 것이다.

한편 다수의견은 위와 같은 결정이 “이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하면서도 시위의 주최자나 참가자의 집회의 자유를 필요최소한의 범위에서 제한하는 방법을 여러 방향에서 검토하여야 할 입법자의 의무를 가볍게 하거나, 면하도록 하는 것이 아님은 물론이다. 입법자로서는 시간을 기준으

로 하는 이 사건 법률조항의 입법개선을 포함하여 시위의 여러 양상들을 종합적으로 고려한 다방면의 입법조치를 검토하여 집회의 자유와 공공의 안녕질서가 조화를 이룰 수 있도록 하여야 할 것이다.”(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 338)라고 하여, 입법개선을 촉구하였다.

이러한 다수의견의 취지는, 심판대상조항 중 가분적 일부에 대해서는 위헌 결정을, 나머지 부분에 대해서는 합헌 결정을 하는 양적 일부위헌 결정과는 구분된다. 다수의견은 심판대상조항에는 합헌인 부분과 위헌인 부분이 있다고 보고, 심판대상조항 중 위헌성이 명백한 부분은 특정하였을 뿐이므로, 다수의견이 위헌이라고 본 부분 이외의 나머지 부분이 명백히 합헌이라는 취지를 밝혔다고 보기 어렵다. 이러한 취지는 다수의견이 “24시 이후의 시위를 금지할 것인지 여부는 국민의 주거 및 사생활의 평온, 우리나라 시위의 현황과 실정, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 등을 고려하여 입법자가 결정할 여지를 남겨두는 것이 바람직하다.”(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 338)고 밝힌 부분에서도 드러나고 있는 것으로 보인다. 즉 다수의견은 규범문언의 축소 없는 질적 일부위헌 결정을 통하여 위헌성이 명백한 범적용을 배제하면서 입법자의 입법개선을 촉구하는 것으로 이해될 수 있다.

#### 다. 재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 전부위헌 의견

(1) 재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 서기석은, 이 사건 법률조항에 위헌적인 부분과 합헌적인 부분이 공존한다고 보는 점에서는 다수의견과 견해를 같이 하였다.

그러나 이 사건 법률조항의 경우와 같이 자유권의 제한이 과도하여 위헌인 경우, 헌법재판소가 직접 그 위헌인 부분과 합헌인 부분을 구분하는 것은 쉽지 아니하고, 제한의 범위 및 정도와 관련한 위헌성의 해소에 다양한 방법의 접근이 가능함에도 헌법재판소가 그 경계를 특정하는 것은 사실상 입법권을 직접 행사하는 것과 마찬가지로 여서, 이는 입법권에 대한 침해로서 권력분립의 원칙과 충돌할 여지가 많으며, 헌법재판소가 스스로 일정한 시간대만을 기준으로 하여 이 사건 법률조항의 위헌적인 부분과 합헌적인 부분의 경계를 명확하게 정하는 것은 입법자의 일차적인 입법 권한과 책임에

대한 제약으로 작용하여 권력분립의 원칙을 침해할 가능성을 배제할 수 없으며, 위헌법률심판의 본질에 반할 우려가 있다고 보아(헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 340-341 참조), 전부위헌 의견을 제시하였다.

(2) 헌법재판소는 심판대상 법률조항의 합헌적인 부분과 위헌적인 부분이 혼재되어 그 경계가 모호한 경우로서, 권력분립의 원칙상 합헌적인 부분과 위헌적인 부분을 구분하는 일을 입법자에게 맡기는 것이 타당한 때, 나아가 그 법률조항을 전부 실효시키면 입법권이 침해되거나 입법의 공백이 초래될 우려가 있는 때 등에 있어서는, 그 법률조항 전체에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고할 수 있다고 보고 있고, 야간 옥외집회에 관한 선례(2008헌가25)에서 헌법불합치 결정을 한 바 있다.

그러나 이 사건 반대의견은, 헌법불합치 결정은 어디까지나 예외적인 경우로 한정된다는 점을 전제에 두고 있다고 볼 수 있다. 헌법불합치 결정은 본질적으로 위헌 결정이기는 하나, 입법자의 개선입법에 이르기까지 비록 잠정적인 것이라고 할지라도, 형식적으로 또는 실질적으로 위헌적인 규율상태의 존속을 용인하는 것이므로 신중할 필요가 있고, 또한 기본권에 대한 제한의 정도가 지나친 경우에 합헌적인 제한과 위헌적인 제한이 공존한다는 이유만으로 헌법불합치 결정을 할 수 있다면, 이는 대부분의 사안에서 헌법불합치 결정을 허용하는 것이 되어 위헌 결정의 존재이유를 상실시키는 것이 될 수 있기 때문이다.

나아가 이 사건 반대의견은, 야간 시위가 합헌적으로 금지될 수 있는 경우가 있다고 하더라도, 그 경계를 사법기관이 정하게 될 경우, 입법부가 더 잘 할 수 있는 정책결정결과정에 사법기관이 관여하는 결과를 초래하며, 전부 위헌 결정은 입법자가 보다 정교한 입법으로 나아가게 하는 동기를 부여하고, 입법자의 책무를 다할 수 있도록 한다는 점을 고려한 것으로 이해된다.

## 7. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 집시법 제10조 중 야간 옥외집회 부분에 대하여 헌법재판소가 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정을 하고(2008헌가25), 입법

자가 개선입법의무를 이행하지 아니하여 집시법 제10조 중 야간 옥외집회 부분이 소급적으로 효력을 상실함에 따라 발생한 시위 개념의 해석상 논란을 정리하고, 시위의 자유와 사회의 안녕질서, 시민의 평온 등이 조화를 이룰 수 있도록 과도하게 시위의 자유를 제한하는 부분에 한정하여 위헌 결정을 한 것이다.

나. 이 사건 결정 이후 대법원은, 위 헌법재판소의 결정은 그 주문의 표현 형식에도 불구하고 일부 위헌의 취지라고 보아야 하므로 헌법재판소법 제47조에서 정한 위헌결정으로서의 효력을 갖는다고 보고, 심판대상조항 중 ‘해가 진 후부터 같은 날 24시까지’ 부분을 적용하여 기소한 공소사실은 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 보았다(대법원 2014. 7. 10. 선고 2011도1602판결, 공2014하, 1622). 그러나 이 사건 결정을 양적 일부위헌 결정으로 이해하는 것은 이미 살핀 바와 같이 헌법재판소의 결정취지에 부합하지 않는 측면이 있다고 보인다.



## 정당법 제22조 제1항 제1호 등 위헌소원

- 공무원의 정당가입을 금지하고 금지되는 정치적 행위를 위임하는 규정들이 위헌인지 여부 -

(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375)

임 성 희\*

### 【판시사항】

1. 공무원의 정당가입을 금지하는 구 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되고, 2011. 7. 21. 법률 제10866호로 개정되기 전의 것) 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 국가공무원법 제2조에 규정된 공무원’ 부분, 구 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국가공무원법’이라 한다) 제84조 중 ‘제65조 제1항의 정당가입에 관한 부분을 위반한 자’ 부분(이하 합하여 ‘이 사건 정당가입 금지조항’이라 한다)이 공무원인 청구인들의 정당가입의 자유를 침해하고, 정당가입이 허용되는 대학교원과 비교할 때 평등원칙에 어긋나는지 여부(소극)

2. 구 국가공무원법 제84조 중 ‘제65조 제4항의 대통령령으로 정하는 정치적 행위의 금지에 관한 한계를 위반한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 정치행위 규제조항’이라 한다)이 죄형법정주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 구 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정되기 전의 것) 제84조 중 ‘제65

---

\* 헌법연구관

조 제1항의 정당가입에 관한 부분을 위반한 자’ 부분, 제84조 중 ‘제65조 제4항의 대통령령으로 정하는 정치적 행위의 금지에 관한 한계를 위반한 자’ 부분 및 구 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되고, 2011. 7. 21. 법률 제10866호로 개정되기 전의 것) 제53조 중 ‘제22조 제1항 단서 제1호 본문의 규정을 위반하여 당원이 된 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원’ 부분(이하 ‘이 사건 심판대상 조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것)

제53조(위법으로 발기인이나 당원이 된 죄) 제22조(발기인 및 당원의 자격) 제1항 단서의 규정을 위반하여 정당의 발기인이나 당원이 된 자는 1년 이하의 징역이나 100만 원 이하의 벌금에 처한다.

국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10148호로 개정되기 전의 것)

제84조(벌칙) 제44조·제45조·제65조 또는 제66조를 위반한 자는 다른 법률에 특별히 규정된 경우 외에는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

## 【사건의 개요】

청구인들은 국가공무원인 국·공립학교 교원으로 임용되어 초등학교나 중학교에 교원으로 재직 중, 2010. 5. 6. 국가공무원에 대한 정당법 및 국가공무원법의 정당가입 금지조항과 국가공무원법의 정치행위 규제조항에 위반하여 아래와 같은 공소사실로 기소되었다[서울중앙지방법원 2010고합485, 497(병합), 533(병합)].

“청구인 이○범은 2002. 2.경 또는 그 이전에 민주노동당에 당원으로 가입하여 2005. 5. 20.경부터 2008. 9. 25.경까지 민주노동당 계좌로 총 41회에 걸쳐 합계 410,000원을 당비 명목으로 이체하여 정치자금을 기부하고, 2007. 8. 20.경 민주노동당 계좌로 100,000원을 후원금 명목으로 이체하여 정치자금을 기부하고, 2007. 5. 25.경부터 2008. 9. 25.경까지 합계 270,000원을 민주노동당에 정치자금으로 제공하여 정치적 목적을 가지고 금전으로

민주노동당을 지지하고, 청구인 정○후는 2007. 1.경 또는 그 이전에 민주노동당에 당원으로 가입하여, 2007. 1. 3.경부터 2008. 9. 25.경까지 총 23회에 걸쳐 합계 230,000원을 당비 명목으로 민주노동당 계좌에 이체하여 정치자금을 기부하고, 2007. 5. 25.경부터 2008. 9. 25.경까지 합계 170,000원을 민주노동당에 정치자금으로 제공하여 정치적 목적을 가지고 금전으로 민주노동당을 지지하고, 청구인 이○섭은 2004. 12.경 또는 그 이전에 민주노동당에 당원으로 가입하여, 2005. 5. 20.경부터 2008. 9. 25.경까지 총 43회에 걸쳐 합계 470,000원을 당비 명목으로 민주노동당 계좌에 이체하여 정치자금을 기부하고, 2006. 3. 21.경부터 2006. 5. 19.경까지 총 3회에 걸쳐 합계 100,000원을 후원회비 명목으로 민주노동당 계좌로 이체하여 정치자금을 기부하고, 2007. 5. 25.경부터 2008. 9. 25.경까지 합계 230,000원을 민주노동당에 정치자금으로 제공하여 정치적 목적을 가지고 금전으로 민주노동당을 지지하였다.”

청구인들은 위 소송이 계속 중이던 2010. 9. 7. 정당법 제22조 제1항 단서 제1호, 제53조 중 ‘정당법 제22조 제1항 단서 제1호’ 부분, 국가공무원법 제65조 제1항, 제4항, 제84조 중 ‘국가공무원법 제65조 제1항 및 제4항’ 부분이 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌법률심판제청신청(2010초기3371)을 하였으나 2011. 1. 26. 기각되자, 2011. 2. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 정당가입 금지조항은 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 초·중등학교 교육의 중립성을 확보한다는 점에서 입법목적의 정당성이 인정되고, 정당에의 가입을 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다. 공무원은 정당의 당원이 될 수 없을 뿐, 정당에 대한 지지를 선거와 무관하게 개인적인 자리에서 밝히거나 투표권을 행사하는 등의 활동은 허용되므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다. 정치적 중립성, 초·중등학교 학생들에 대한 교육기본권 보장이라는 공익은 공무원이 제한받는 불이익에 비하여 크므로 법익균형성도 인정된다.

또한 초·중등학교 교원에 대하여는 정당가입을 금지하면서 대학교원에 대해서는 허용하는 것은, 기초적인 지식전달, 연구기능 등 직무의 본질이 서로 다른 점을 고려한 합리적 차별이므로 평등원칙에 반하지 아니한다.

2. 구 국가공무원법 제65조 제4항은 정치행위 규제조항에 의한 범죄구성요건의 실질을 ‘정당 구성 행위 및 선거운동에 관한 공무원의 능동적·적극적 정치행위’라고 밝히고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 법률주의에 위배된다고 볼 수 없다.

국회, 법원, 헌법재판소 등 각 국가기관별로 소속 공무원에 대하여 금지하여야 할 정치행위의 내용을 개별적으로 구체화할 필요성이 인정되고, 일일이 법률로 규정하는 것은 입법기술상 매우 곤란하므로 위입의 필요성이 인정된다. 또한 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 큰 행위에 한하여 금지될 것임은 충분히 예상할 수 있으므로, 정치행위 규제조항은 포괄위입입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

### **이 사건 정당가입 금지조항에 관한 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 반대의견**

공무원의 정당 가입 자체를 일반적·사전적으로 금지하는 것은 입법목적과 입법수단 사이의 인과관계가 불충분하고, 공무원의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 요건을 충족시키지 못하였다. 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 국가공무원법에 충분히 마련되어 있음에도 불구하고 정당가입을 일체 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에도 위배되고, 공무원의 정당가입을 금지함으로써 실현되는 공익은 매우 불확실하고 추상적인 반면 정당가입의 자유를 박탈당하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크기 때문에 법익균형성도 인정하기 어렵다.

대학교원에 대해서는 정당 가입을 일반적으로 허용하면서 초·중등학교 교원에 대해서는 정당 가입을 전면적으로 금지하는 것은, 오히려 교육내용에 재량이 많은 대학교육의 특성, 초·중등학교 교원이 정당에 가입하면 편향된 교육을 할 것이라는 추측은 논리적 비약이라는 점 등에 비추어 볼 때, 현저히 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에도 위배된다.

## 재판관 안창호의 보충의견

우리나라 선거문화는 관건선거의 폐해로 얼룩져 왔고 최근에도 관건선거 논란으로 사회적 갈등이 계속되고 있는 점, 하향식 의사전달 구조가 자리 잡은 공직사회의 문화, 공무원의 정치적 중립성 보장을 헌법 제7조 제2항이 특별히 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 공무원의 정당가입을 허용하면 공무원의 정치적 중립성을 훼손하고 국민전체에 대한 봉사자라는 헌법적 요청에 부응할 수 없다.

### 【해설】

#### 1. 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 이 사건 정당가입 금지조항이 공무원의 정당가입의 자유를 과잉금지원칙에 위반되게 침해하는지, 규제 대상인 초·중등학교 교원을 정당가입이 가능한 대학 교원 등과 차별적으로 취급하여 평등원칙에 위배되는지 여부와 이 사건 정치행위 규제조항이 최형법정주의의 법률주의원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부이다.

청구인들은 이 사건 정당가입 금지조항이 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유, 정치적 표현의 자유 그리고 직업선택의 자유라는 기본권 역시 침해한다고 주장한다. 살피건대, 이 사건에서 위 조항과 관련하여 가장 밀접하고 침해의 정도가 큰 주된 기본권은 정당에 가입하여 정당 관련 정치적 행위를 할 수 있는 정당가입의 자유라 할 것이므로 기본권침해에 관한 위헌성 판단에 있어서는 정당가입의 자유 침해 여부에 관한 판단을 중심으로 삼기로 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조).

그 밖에도 청구인들은 정당가입이 허용되는 사인인 한국교육방송공사의 강사나 공무수탁사인에 견주어 볼 때 이 사건 정당가입 금지조항이 청구인들을 차별 취급하여 평등원칙에 위배된다고 주장한다. 그러나 헌법 스스로 제도보장의 형태로서 일반 국민과 구별되는 직업공무원제도를 마련하여 두고 있고, 이 사건 정당가입 금지조항 중 국가공무원법 조항들의 경우 일반 국민은 그 법률의 수범자가 아니라는 점에 비추어 공무원과 일반 국민을 위 조항들에 의하여 차별 취급되는 비교집단으로 상정하기 어려우며, 정당

법상 정당가입 금지조항에 있어서도 평등권 침해의 문제는 일반 국민과 비교할 때 국가공무원의 기본권에 대한 제한이 어느 정도로 가능한가의 문제라고 할 수 있어, 결국 위 문제는 공무원의 정당가입의 자유라는 기본권 제한의 한계 문제로 포섭되거나 환원될 수 있으므로, 이 부분 평등권 침해 여부는 따로 판단하지 아니한다(헌재 2012. 3. 29. 2010헌마97 참조).

나아가 청구인들은 이 사건 정치행위 규제조항이 정치적 표현의 자유, 정당가입의 자유 등 기본권을 침해하고 평등원칙에도 위배된다는 주장을 함께 하고 있으나, 위 주장의 구체적 내용은 법률 자체에 관한 것이 아니라 법률조항으로부터 위임을 받아 만들어진 하위명령에 대한 것이므로 이에 대하여는 논하지 아니한다.

## 2. 심판대상조항의 연혁

### 가. 정당법

제1공화국 시기에는 정당에 관한 우리나라 최초의 법규인 ‘정당에 관한 규칙’(1946. 2. 23. 미군정법령 제55호)이 제헌 헌법 제100조에 의하여 정부 수립 후에도 그 효력을 유지하다가, 제2공화국 들어서 헌법에 정당조항(제13조)이 신설되고 ‘신문 등 및 정당 등의 등록에 관한 법률’과 ‘정치운동에 관한 법률’이 제정되면서 위 군정법령이 폐지되었는데, 이때까지 공무원을 당원의 자격에서 배제하는 규정은 없었다. 제3공화국 출범 후 1962. 12. 31. 최초의 정당법이 제정되면서 ‘정치운동에 관한 법률’과 ‘신문 등 및 정당 등의 등록에 관한 법률’이 폐지되었다. 위 정당법에서 발기인의 자격(제6조)과 당원의 자격(제17조)은 따로 규정되었는바, 두 조항의 내용은 국회의원 선거권을 가진 자는 누구든지 발기인과 당원이 될 수 있으나 각령으로 정하는 공무원 등은 예외로 한다는 것으로 실질적으로 동일하였다. 위 정당법 시행령 제1조, 제3조에서 각각 발기인 또는 당원이 될 수 없는 공무원을 구체적으로 규정하였다. 1993. 12. 27. 법률 제4609호 개정법에서는 정당설립요건 및 정당가입자격·절차 등을 완화하거나 간소화하여 국민의 정치참여 기회를 확대하였고, 이에 따라 대통령령에 위임되어 있던 발기인과 당원의 자격제한을 법률에 직접 규정하였으며, 언론인의 정당가입을 전면

허용하였다. 또한, 제6조와 제17조로 나뉘어져 있던 발기인과 당원의 자격에 관한 규정을 제6조에 통합하여 규정하였다. 그 후 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되면서 정당법 제22조로 옮겼으나 공무원의 발기인, 당원 자격 제한의 기본적 구조는 그대로 유지되고 있다. 한편, 위법으로 발기인이나 당원이 된 자에 대한 형사처벌조항으로 정당법 제정 당시 제46조가 규정된 후, 법정형의 변경, 자구 수정 이외에는 실질적 내용이 동일하게 유지되다가 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되면서 조문의 위치가 현행 정당법과 같이 제53조로 변경되었다.

### 나. 국가공무원법

1949. 8. 12. 제정된 국가공무원법(법률 제44호) 제37조는 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”고 규정하였다. 동 조항은 1962. 2. 23. 법률 제1029호로 한 번 개정된 후(“공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다. 단, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 노동운동은 예외로 한다.”) 1963. 4. 17. 전면 개정되기 전까지 그 골자를 그대로 유지하고 있었다. 전면 개정 전의 위 조항 위반행위에 대한 형사처벌 조항은 없었다.

1963. 4. 17. 전면 개정된 국가공무원법(법률 제1325호)은 제65조에 기존 법의 제37조 중 정치운동의 금지 부분을, 제66조에 집단행위 금지 부분을 분리하여 규정한바, 제65조는 그 이래 사실상 기본구조를 현재에 이르기까지 그대로 유지하고 있다. 또한, 같은 조 위반 행위에 대한 형사처벌의 근거 규정이 되는 같은 법 제84조도 당시 함께 도입된 후 법정형의 변경, 자구 수정 이외에는 사실상 동일하게 유지되다가, 2014. 1. 14. 법률 제12234호 개정으로 종전의 제84조 중 제65조 위반을 제외한 나머지 부분이 제84조의2로 이동하고, 제84조(정치 운동죄)가 신설되어 제65조를 위반한 자에 대하여 그 법정형을 3년 이하의 징역과 3년 이하의 자격정지에 처하는 것으로 강화하였다.

### 3. 정당가입의 자유와 직업공무원의 정치적 중립성의 헌법적 의미

#### 가. 국민의 정당가입의 자유

헌법재판소는 정당의 헌법상 위상에 대하여 “정치적 결사로서의 정당은 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 구실을 하는 등 현대의 대의제 민주주의에 없어서는 안 될 중요한 공적 기능을 수행하고 있으므로 그 설립과 활동의 자유를 보장하고 국가의 보호를 받는다.”고 하였고(헌재 1996. 3. 28. 96헌마18), 정당가입의 자유에 관하여 “헌법 제8조 제1항은 단지 정당설립의 자유만을 명시적으로 규정하고 있지만, 헌법 제21조의 결사의 자유와 마찬가지로 정당설립의 자유만이 아니라 누구나 국가의 간섭을 받지 아니하고 자유롭게 정당에 가입하고 정당으로부터 탈퇴할 수 있는 자유를 함께 보장한다”고 하여(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135; 헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246), 정당가입의 자유는 국민 모두에게 인정되는 기본권임을 밝히고 있다.

#### 나. 직업공무원의 정치적 중립성

공무원의 신분 보장에 관한 헌법적 의의를 보건대, “헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률로써 보장할 것을 규정하고 있다. 위 조항의 뜻은 공무원이 정치과정에서 승리한 정당원에 의하여 충원되는 엽관제를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서의 직업공무원제도를 마련해야 한다는 것이다. 직업공무원제도는 바로 그러한 제도적 보장을 통하여 모든 공무원으로 하여금 어떤 특정 정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니라 국민 전체에 대한 봉사자로서 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 함으로써 공무원 개인의 권리나 이익을 보호함에 그치지 아니하고 나아가 국가기능의 측면에서 정치적 안정의 유지에 기여하도록 하는 제도이다.”(헌재 1997. 4 24. 95헌마48 참조).

나아가 직업공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, 공무원은

국민 전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민 전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공직 중재자설)이라고 일반적으로 설명하고 있는 바, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것이다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

#### 4. 구체적 판단

##### 가. 이 사건 정당가입 금지조항에 대한 판단

###### (1) 과잉금지원칙 위배 여부

###### (가) 입법목적의 정당성

이 사건 정당가입 금지조항은 국가공무원이 정당에 가입하는 것을 금지함으로써, 공무원의 정치적 중립성을 확보하여 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 근무기강을 확립하고, 나아가 정치와 행정의 분리를 통하여 공무원집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하여 헌법상 직업공무원제도를 수호하려는 목적을 가진다.

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

이와 같은 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청은 교육 분야에 종사하는

교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다. 즉 헌법 제31조 제4항은 “교육의…정치적 중립성…은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 이를 강력히 보장하고 있다. 이는 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 뜻한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적이기 때문에 서로 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직한 까닭이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조). 즉, 교육은 국가 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서 교육방법이나 교육내용이 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 하며, 인간의 내면적 가치증진에 관련되는 교육 분야에서는 당파적인 정치적 관념이나 이해관계가 그대로 적용되는 것은 바람직하지 않다(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 참조). 초·중등학교 교원이 정당의 당원이 되는 것을 이 사건 정당가입 금지조항으로 허용하지 않는 것은 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위한 것이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

따라서 이 사건 정당가입 금지조항의 입법목적은 정당하다.

#### (나) 수단의 적합성

개인적 정치활동과 단체를 통한 정치활동은 국민의 정치적 의사형성에 미치는 영향력에 있어 크게 차이가 나고, 특히 헌법상 특별한 보호를 받고 있는 정당의 경우 국가작용에 영향을 미치는 각종 헌법적 권한을 보유·행사하고 있는 점에 비추어, 이에 대한 공무원의 가입을 금지하는 것은 공무원의 정치적 중립성을 확보하기 위하여 반드시 필요하고 유효적절하다. 따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 앞서 본 입법 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적합한 수단이다.

#### (다) 침해의 최소성

이 사건 정당가입 금지조항은 공무원의 정당가입의 자유를 원천적으로 금지하고 있다. 그러나 공무원의 정당가입이 허용된다면, 공무원의 정치적

행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 설사 공무원이 근무시간 외에 혹은 직무와 관련 없이 정당과 관련한 정치적 표현행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰는 유지되기 어렵다. 나아가 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수 없다.

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

#### (라) 법익의 균형성

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

한편, 이 사건 정당가입 금지조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 큰 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생으로서 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

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

(마) 소결

따라서 이 사건 정당가입 금지조항은 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(2) 평등원칙 위배 여부

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

헌법상 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하나, 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별은 평등원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 6. 28. 99헌마516 참조). 초·중등학교의 교원, 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제14조 제3항, 초·중등교육법 제20조 제4항), 반면에 대학의 교원, 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있는 자이다(고등교육법 제15조 제2항). 이처럼 현행 교육법령은 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원보다 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다(헌재 1993. 7. 29. 91헌마69 참조). 그뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등 참조).

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

이 사건 정당가입 금지조항에 관하여 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 서기석은 반대의견에서 다음과 같은 이유로 과잉금지 원칙과 평등원칙에 위배된다고 보았다.

공무원의 정당 가입 자체를 일반적·사전적으로 금지하는 것은 입법목적과 입법수단 사이의 인과관계가 불충분하고, 공무원의 정당가입의 자유를 제한함에 있어서 갖추어야 할 적합성의 요건을 충족시키지 못하였다. 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안이 국가공무원법에 충분히 마련되어 있음에도 불구하고 정당가입을 일체 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에도 위배되고, 공무원의 정당가입을 금지함으로써 실현되는 공익은 매우 불확실하고 추상적인 반면 정당가입의 자유를 박탈당하는 공무원의 기본권에 대한 제약은 매우 크기 때문에 법익균형성도 인정하기 어렵다.

대학교원에게는 정당 가입을 일반적으로 허용하면서 초·중등학교 교원에 대해서는 정당 가입을 전면적으로 금지하는 것은, 오히려 교육내용에 재량이 많은 대학교육의 특성, 초·중등학교 교원이 정당에 가입하면 편향된 교육을 할 것이라는 추측은 논리적 비약이라는 점 등에 비추어 볼 때, 현저히 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에도 위배된다.

이에 대하여 재판관 안창호는 우리나라 선거문화는 관권선거의 폐해로 얼룩져 왔고 최근에도 관권선거 논란으로 사회적 갈등이 계속되고 있는 점, 하향식 의사전달 구조가 자리 잡은 공직사회의 문화, 공무원의 정치적 중립성 보장을 헌법 제7조 제2항이 특별히 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 공무원의 정당가입을 허용하면 공무원의 정치적 중립성을 훼손하고 국민전체에 대한 봉사자라는 헌법적 요청에 부응할 수 없다는 보충의견을 밝혔다.

## 나. 이 사건 정치행위 규제조항에 대한 판단

### (1) 죄형법정주의의 법률주의 위배 여부

죄형법정주의의 법률주의는 특정한 범죄행위의 구체적 내용을 하위법령에서 형성하도록 허용하는 경우에도 형벌의 범위는 법률에 구체적으로 설정되어야 하고, 아울러 금지의 실질도 그 대강의 내용은 이미 법률에 의하여 설정되어 있을 것을 요구한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20; 헌재 2012. 6. 27. 2011헌마288 참조)

살피건대, 이 사건 정치행위 규제조항은 “제65조를 위반한 자는 다른 법률에 특별히 규정된 경우 외에는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 하여 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌을 법률 스스로 규정하고 있다.

다음으로, 이 사건 정치행위 규제조항 중 금지조항에 해당되는 제65조 제4항은, “제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.”고 되어 있는데, 같은 조 제3항은 “공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.”고 규정하고, 다시 같은 조 제1항은 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다는 내용을, 같은 조 제2항은 공무원은 선거에서 투표 권유 운동 등으로 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 행위를 하여서는 안된다는 내용을 담고 있다. 결국, 제65조 제4항은 위 관련 조항들과 유기적·체계적으로 종합하여 판단할 때, 형벌을 통해 금지하고자 하는 행위의 본질적 내용을 ‘정당 구성 행위 및 선거운동에 관한 공무원의 능동적·적극적 정치행위’라고 밝혔다고 볼 수 있다.

따라서 이 사건 정치행위 규제조항에 의한 범죄구성요건의 실질은 이미 법률에 규정되어 있다 할 것이므로, 죄형법정주의의 기본적 요청인 법률주의에 위배된다고 볼 수 없다.

### (2) 포괄위임금지원칙 위배 여부

(가) 처벌법규 일부의 위임 시 죄형법정주의와 포괄위임금지원칙과의 관계

헌법 제12조 제1항 후문과 제13조 제1항 전단에서 천명하고 있는 죄형법정주의란 범죄와 형벌이 법률로 정해져야 한다는 것으로, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확히 정하여야 함을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10 참조). 여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도로 규정되어야 한다는 것이다.

그런데 현대국가의 사회기능증대와 사회현상의 복잡화에 비추어 볼 때 처벌법규를 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 정할 수는 없다고 할 것이어서, 이를 행정부에 위임하는 것도 허용된다고 할 것인데(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4 참조), 범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 위임입법의 근거와 한계에 관하여 정하고 있는 헌법 제75조가 적용되기 때문에, 처벌법규가 구성요건 일부를 하위법령에 위임하고 있고 이러한 위임형식의 위헌성이 문제되는 경우에는 포괄위임입법금지원칙 역시 문제가 된다. 따라서 그러한 경우에는 처벌법규에 대한 포괄위임입법금지원칙의 심사를 통해 그 위헌성을 판단하되, 헌법상 죄형법정주의 명확성원칙을 고려하여 위임의 필요성과 예측가능성이라는 기준을 보다 엄격하게 해석·적용하여야 한다(헌재 2010. 5. 27. 2009헌바183 참조).

(나) 처벌법규에 있어서 위임의 한계

법률에 의한 처벌법규의 위임은 죄형법정주의와 적법절차, 기본권보장우위 사상에 비추어 바람직하지 못하므로, 처벌법규의 위임은 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 둘째, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌 대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하여야 하며, 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 2004. 8. 26. 2004헌바14; 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4 참조).

(다) 이 사건 정치행위 규제조항에 대한 판단

이 사건 정치행위 규제조항 중 금지조항에 해당되는 국가공무원법 제65조

제4항은 ‘제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계’의 내용에 대하여 각 헌법기관에 위임하는 형식을 취하고 있는바, 독자적인 헌법기관인 국회, 법원, 헌법재판소, 선거관리위원회, 행정부의 기능 및 업무의 특성상 소속 공무원에 대하여 금지하여야 할 정치적 행위의 내용을 개별적으로 구체화할 필요성이 긍정되고, 그 정치적 행위의 내용을 일일이 법률로써 규정하는 것은 입법기술상 매우 곤란하다고 판단되므로 그 위임의 필요성이 인정된다.

다음으로, 처벌 대상 행위의 내용인 ‘제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계’의 예측가능성에 관하여 살펴본다. 국가공무원법 제65조 제3항은 “공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.”라는 내용으로, 이는 같은 조 제1항과 제2항이 금지하는 정치적 행위에 대하여 적극적으로 교사하는 등의 행위를 막기 위한 보완적인 규정이다. 그렇다면 이 사건 정치행위 규제조항의 위임에 근거하여 처벌 대상 행위가 되는 ‘제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계’의 구체적인 내용이나 태양은 같은 조 제1항이 금지하는 행위(정당 내지 정치단체의 결성 및 가입 행위)나 같은 조 제2항이 금지하는 행위(선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 능동적·적극적 행위)와 그 직접적 관련성과 밀접한 연계의 정도가 제3항의 경우에 이른다고 볼 수 있는 경우로서 공무원의 정치적 중립성을 훼손할 가능성이 큰 행위에 한하여 정해질 것임은 누구라도 충분히 예상할 수 있다.

#### (라) 소결

따라서 이 사건 정치행위 규제조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

### 5. 결정의 의의

이 사건 결정에서 공무원의 정당후원 등 정치행위를 규제하는 조항에 대하여는 재판관 전원일치로 합헌 의견이었지만, 공무원과 교사의 정당가입을 금지한 조항에 대하여는 재판관 5(합헌) 대 4(위헌) 의견으로 첨예하게 대립되어 헌법상 직업공무원 제도, 공무원의 정치적 중립과 교육의 중립성, 정당의 자유, 우리나라의 정치현실에 대하여 심도 있는 판단을 하였다.

## 피의사실 언론공표 등 위헌확인

- 수사중인 피의자의 초상 촬영 허용이 피의자의 인격권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652, 판례집 26-1상, 534)

김 지 현\*

### 【판시사항】

1. 피청구인(○○경찰서 사법경찰관)이 청구인에 관한 보도자료를 기자들에게 배포한 행위(이하 ‘보도자료 배포행위’라 한다)에 대한 헌법소원심판청구가 적법한지 여부(소극)

2. 피청구인이 보도자료 배포 직후 기자들의 취재 요청에 응하여 청구인이 경찰서 조사실에서 양손에 수갑을 찬 채 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 행위(이하 ‘촬영허용행위’라 한다)가 청구인의 인격권을 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 보도자료 배포행위 및 촬영허용행위가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 피청구인은 사기 혐의로 구속된 청구인을 경찰서 조사실에서 조사하면서, 경찰서 기자실에서 “교통사고 위장, 보험금 노린 형제 보험사기범 검거”라는 제목의 보도자료를 기자들에게 배포하였다. 보도자료에는 피의자

---

\* 헌법연구관

인 청구인과 청구인의 형의 나이 및 직업, 실명 중 2글자가 각각 표시되어 있고, 이들의 범죄전력과 피의사실, 범행방법, 증거의 내용 등이 기재되어 있었다.

나. 피청구인은 보도자료 배포 직후 기자들의 취재 요청에 응하여 청구인이 경찰서 조사실에서 양손에 수갑을 찬 채 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용하였다. KBS, 중앙일보 등 각 언론사는 청구인의 범죄사실에 관한 뉴스 및 기사를 보도하였는데, 청구인을 ‘정모씨(36세)’ 또는 ‘A씨’ 등으로 표현하였고, 청구인이 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 경찰로부터 조사받는 장면이 흐릿하게 처리되어 방송되었다.

다. 청구인은 보도자료 배포행위와 촬영허용행위에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장

피청구인은 보도자료 배포 과정에서 청구인의 피의사실뿐 아니라 인적 사항까지 언론사에 제공하여 보도되게 함으로써 청구인이 사회적·정신적으로 극심한 피해를 입게 되었는바, 이는 헌법상 무죄추정원칙에 반하여 청구인의 인격권을 침해한다.

피청구인은 기자들로 하여금 조사실에 카메라를 설치하도록 준비시킨 후 청구인을 수갑과 포승에 묶어 조사실 의자에 앉히고 얼굴이 드러난 상태에서 조사받는 장면을 촬영하도록 허용하였는바, 이는 청구인의 인격권과 신체의 자유를 침해한다.

### 【결정요지】

1. 보도자료 배포행위는 수사기관이 공소제기 이전에 피의사실을 대외적으로 알리는 것으로서, 이것이 형법 제126조의 피의사실공포죄에 해당하는 범죄행위라면 청구인은 이를 수사기관에 고소하고 그 처리결과에 따라 검찰청법에 따른 항고를 거쳐 재정신청을 할 수 있으므로, 위와 같은 권리구제절차를 거치지 아니한 채 제기한 보도자료 배포행위에 대한 심판청구는 보충성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리를 가지고 있으므로, 촬영허용행위는 헌법 제10조로부터 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권을 제한한다. 원칙적으로 ‘범죄사실’ 자체가 아닌 그 범죄를 저지른 자에 관한 부분은 일반 국민에게 널리 알려야 할 공공성을 지닌다고 할 수 없고, 이에 대한 예외는 공개수배의 필요성이 있는 경우 등에 극히 제한적으로 인정될 수 있을 뿐이다. 피청구인은 기자들에게 청구인이 경찰서 내에서 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용하였는데, 청구인에 대한 이러한 수사 장면을 공개 및 촬영하게 할 어떠한 공익 목적도 인정하기 어려우므로 촬영허용행위는 목적의 정당성이 인정되지 아니한다. 피의자의 얼굴을 공개하더라도 그로 인한 피해의 심각성을 고려하여 모자, 마스크 등으로 피의자의 얼굴을 가리는 등 피의자의 신원이 노출되지 않도록 침해를 최소화하기 위한 조치를 취하여야 하는데, 피청구인은 그러한 조치를 전혀 취하지 아니하였으므로 침해의 최소성 원칙도 충족하였다고 볼 수 없다. 또한 촬영허용행위는 언론 보도를 보다 실감나게 하기 위한 목적 외에 어떠한 공익도 인정할 수 없는 반면, 청구인은 피의자로서 얼굴이 공개되어 초상권을 비롯한 인격권에 대한 중대한 제한을 받았고, 촬영한 것이 언론에 보도될 경우 범인으로서의 낙인 효과와 그 파급효는 매우 가혹하여 법익균형성도 인정되지 아니하므로, 촬영허용행위는 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 인격권을 침해하였다.

### **재판관 김창중, 재판관 강일원의 촬영허용행위 부분에 대한 반대의견**

보도자료 배포행위와 촬영허용행위는 동일한 목적 아래 시간적·장소적으로 밀접하게 이루어진 것이므로, 전체적으로 볼 때 피청구인이 언론기관에 청구인의 피의사실을 알리는 일련의 행위로서 하나의 공권력행사라고 보아야 한다. 피청구인의 보도자료 배포 및 촬영허용행위가 포괄하여 형법 제126조의 피의사실공표죄에 해당하는 범죄행위라면, 보충성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

다수의견과 같이 피청구인의 행위 중 촬영허용행위를 분리하여 보더라도

도, 청구인의 동의 없이 촬영을 허용한 행위가 위법하다는 것은 관련 규정의 해석상 명백하고, 피청구인 스스로도 청구인의 의사에 관계없이 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 장면을 촬영할 수 있도록 허용하는 것이 위법하다는 점을 충분히 인식하고 있었으므로 ‘침해행위가 반복될 위험성’이 없다. 또한 촬영허용행위는 위법하게 법령을 해석·적용한 것으로서 개별적, 예외적이라고 할 것이고, 당해 사건을 떠나 일반적이고 중요한 의미를 지니고 있어 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 해명이 긴요한 경우라 할 수 없다. 따라서 촬영허용행위에 대한 심판청구는 주관적 권리보호 이익뿐만 아니라 예외적인 심판청구이익도 없어 부적법하다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 보도자료 배포행위와 촬영허용행위를 하나의 공권력 행사로 볼 것인지, 별개의 공권력 행사로 보아 판단을 달리할 것인지 문제된다.

나. 적법요건과 관련하여, (1) 이 사건 심판대상 행위들이 형법 제126조의 피의사실공표죄에 해당될 여지가 있다는 점에서 보충성 요건을 갖추었다고 볼 수 있는지, (2) 이미 종료된 행위에 대한 청구임에도 예외적 심판청구의 이익을 인정할 수 있는지 문제된다.

다. 본안판단과 관련하여, 촬영허용행위가 청구인의 초상권 등 인격권을 침해하는지 문제된다.

### 2. 수사기관의 피의사실 공표 등에 관한 논의 개관

#### 가. 학계 및 실무의 논의

(1) 형법 제126조는 범죄수사에 관한 직무종사자가 피의사실을 공소제기 전 공개하는 때 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처하도록 규정하여 ‘피의사실공표죄’를 명문화하고 있다. 그러나 지금까지 피의사실공표죄로 기소된 예가 없어 사실상 사문화된 조항이라고 평가되고 있으며, 국민의 알권리를 내세운 수사기관의 무분별한 피의사실 공개와 이에 편승한 언론의 선정적인 보도는 피의자의 인권 보장과 관련하여 끊임없이 문제

가 제기되어 왔다. 이에 따라 학계 및 실무에서는 위 조항의 실효성을 확보함과 동시에 피의사실 공표 및 언론 보도의 기준을 명확히 함으로써 피의자의 인권과 국민의 알권리를 조화롭게 보호하여야 한다는 논의가 계속되어 왔는바, 대체로 아래에서 검토할 대법원 97다10215, 10222 판결에서 밝힌 피의사실공표죄의 위법성 조각요건을 바탕으로 요건을 구체화하거나 이를 보완하는 내용의 결론에 이르고 있다.

(2) 피의자의 초상권에 관한 연구는 아직 집적된 수준은 아니나<sup>1)</sup>, 형사 피의자라 하더라도 일반적인 경우에는 공개의 대상이 되지 아니한다는 점에는 이론이 없고, 반인륜적·반사회적 범죄를 범한 피의자 중에서 특별한 경우의 공개 여부에 관하여만 찬반논쟁이 있다.<sup>2)</sup>

### 나. 수사기관의 내부 지침

법무부, 검찰, 경찰은 ‘피의자의 인권보호를 보다 강화하되, 국민의 알권리 보장 등 공익을 위해 예외를 두는 경우에도 요건과 방식, 절차를 엄격하고 명확히 하는 내용’으로 관련 지침을 개정하여 왔다. 특히 법무부는 2009. 6. 피의자·참고인 등 사건관계인의 인권보호를 강화하는 방향으로 수사공보 제도의 개선작업에 착수하여 학계·언론계·법조계 인사 등으로 구성된 수사공보제도 개선위원회를 설치하였고, 위 위원회의 건의안을 포함한 내외부 의견을 수렴하여 2010. 1. 18.부터 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙(법무부 훈령)’을 마련, 시행하고 있다.<sup>3)</sup>

수사기관의 지침 중 이 사건과 관련한 부분의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- 
- 1) 이상현, “체포된 형사피의자의 초상권의 제한된 보호범위: 미국법과의 비교 분석”, 송실대학교 법학논총 제24집, 2010.7. 117면.
  - 2) 성낙인, “범죄피의자의 초상권(사생활보호)와 언론보도의 자유(알권리)”, 언론의 범죄피의자 얼굴 공개에 관한 라운드테이블 주제발표문, 한국언론재단, 2009, 1면 참조.  
 ※ 이 사건 피의사실은 단순한 보협사기로서 학계의 견해에 의하면 피의자의 초상 공개가 허용되지 않는다는 점에 이론이 없으므로 찬방양론에 관한 자세한 논의는 생략한다.
  - 3) 위 준칙은 수사사건의 공보에 관한 법무부 및 대검찰청의 다른 훈령, 예규, 지침, 지시에 우선하여 적용된다(제6조 제2항).

○ **인권보호를 위한 수사공보준칙(법무부 훈령)**

- 기소 전 수사사건 공개의 원칙적 금지(제9조 제1항)
- **예외적 공개 허용** : 범죄로 인한 피해의 확산 또는 동종 범죄의 발생이 우려되는 경우, 공공의 안전에 대한 급박한 위협이나 그 대응조치에 관하여 국민들이 즉시 알 필요가 있는 경우 등만 공개(제10조 제1항)
- **절대적 공개금지** : 피의자의 인격 및 사생활, 범죄전력, 피의자 및 참고인 등의 주장, 진술·증언 내용, 진술·증언 거부 사실 및 신빙성에 관련된 사항, 증거의 내용 및 증거가치 등 증거관계(제19조 제1항)
- **익명 원칙** : 피의자 성명은 영문 알파벳 대문자를 이용하여 “A○○”와 같이 표기, 실명 추단할 수 있는 표현 사용 금지, 피의자 특정 위해 필요한 때에는 “A○○(35세, 회사원)”의 방식으로 나이 및 직업 공개가능(제16조 제1, 2항)
- **예외적 실명공개** : 언론에 피의자의 실명이 이미 공개되어 대중에게 널리 알려진 경우, 공적 인물인 경우(제17조 제1항)
- **촬영금지** : 소환, 조사, 체포, 구속 등 일체의 수사과정에 대하여 언론의 촬영·녹화를 허용하여서는 아니 됨. 피의자가 원하지 않는 경우 언론과 면담 등 접촉을 하게 하여서는 아니 되고, 접촉을 권유 또는 유도하여서도 아니 됨(제22조).
- **예외적 촬영허용** : 공적 인물인 피의자가 동의하는 경우 검찰청 부지 내의 청사건물 이외 구역에서 소환 또는 귀가 장면에 한하여 허용(제23조 제1항)

○ **수사사건공보에 관한 준칙(대검훈령)**

- 수사사건의 공개금지(제2조)
- **예외적 공보허용** : 범죄로 인한 피해 방지와 범죄 예방을 위하여 필요한 경우, 국민의 의혹 또는 불안을 해소하거나 기타 공익을 위하여 특히 필요한 경우(제3조 제1항)
- **절대적 공개금지** : 용의자의 신원, 범죄사건과 직접 관련 없는 피의자의 인격이나 사생활, 재판에 영향 줄 우려가 있는 증거의 구체적 내용이나 신빙성에 관한 사항(제4조 제1항)
- **원칙적 촬영금지** : 공익상 특히 필요한 경우 제외하고는 수사광경을 촬영, 녹화하거나 피의자를 면담 또는 촬영하게 할 수 없음(제5조 제2항 단서).

**○ 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(경찰청훈령)**

- 공판 전 공개금지과 예외적 허용 : 수사사건공보에 관한 준칙의 내용과 동일 (제83조)
- 절대적 공개금지 : 범죄와 직접 관련이 없는 명예·사생활에 관한 사항, 범죄 수법 및 검거 경위에 관한 자세한 사항(제84조)
- 초상권 침해금지 : 경찰관서 안에서 피의자의 신원을 추정할 수 있거나 신분이 노출될 우려가 있는 장면이 촬영되지 않도록 하여야 함(제85조).

**다. 대법원 판례의 검토**

피의사실공표죄로 기소된 예가 없어 형사판례는 없으나, 민사상 손해배상 사건(무죄판결이 확정된 피공표자가 언론기관 및 수사기관의 행위로 인격권 등을 침해받았다고 주장하면서 국가 및 언론기관을 상대로 손해배상을 청구한 사건)에서 수사기관의 피의사실 공표 및 언론기관의 범죄사실 보도, 피의자 신원 공개에 대하여 그 허용 요건 및 위법성 조각 여부의 판단기준을 제시한 바 있다. 주요 내용은 다음과 같다.

**(1) 피의사실 공표**

(가) 「형법 제126조가 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 것을 범죄로 규정하고 있는 점, 헌법 제27조 제4항이 형사피고인에 대하여 무죄추정 원칙을 규정하고 있는 점과 아울러 직접 수사를 담당한 수사기관이나 수사담당 공무원의 발표에 대하여는 국민들이 그 공표된 사실이 진실할 것으로 강하게 신뢰하리라는 점 등을 고려한다면 직접 수사를 담당한 수사기관이나 수사담당 공무원이 피의사실을 공표하는 경우에는 공표하는 사실이 의심의 여지없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고 타당한 확증과 근거가 있는 경우가 아니라면 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없다 할 것이다.」 (대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결 등 참조)

(나) 「일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알권리를 가

지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이라 할 것이나, 한편 헌법 제27조 제4항은 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 천명하고 있고, 형법 제126조는 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 행위를 범죄로 규정하고 있으며, 형사소송법 제198조는 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하여야 한다고 규정하고 있는바, 수사기관의 피의사실 공표행위는 공권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다는 점을 고려할 때, 수사기관의 발표는 ① 원칙적으로 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하고, ② 이를 발표함에 있어서도 정당한 목적 하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여져야 하며, ③ 무죄추정의 원칙에 반하여 유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피하는 등 그 내용이나 표현 방법에 대하여도 유념하지 아니하면 아니 된다 할 것이다. 따라서 수사기관의 피의사실 공표행위가 위법성을 조각하는지의 여부를 판단함에 있어서는 공표 목적의 공익성과 공표 내용의 공공성, 공표의 필요성, 공표된 피의사실의 객관성 및 정확성, 공표의 절차와 형식, 그 표현 방법, 피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 참작하여야 할 것이다.」(대법원 1999. 1. 26. 선고 97다10215, 10222 판결)<sup>4)</sup>

## (2) 신원 공개

「일반적으로 대중 매체의 범죄사건 보도는 범죄 행태를 비판적으로 조명하고, 사회적 규범이 어떠한 내용을 가지고 있고, 그것을 위반하는 경우

4) 이후 대법원 및 하급심 판결은 모두 이를 따르고 있음.

그에 대한 법적 제재가 어떻게, 어떠한 내용으로 실현되는가를 알리고, 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고 그에 대한 사회적 대책을 강구하는 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하는 등의 역할을 하는 것으로 믿어지고, 따라서 대중 매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것이다. 그러나 범죄 자체를 보도하기 위하여 반드시 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 범인이나 범죄혐의자에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수도 없을 것이다.

…… 원고 1과 망 소의 2는 평범한 시민으로서 어떠한 의미에서도 공적인 인물이 아닌 이상 일반 국민들로서는 피고 언론 각사가 적시한 범죄에 대하여는 이를 알아야 할 정당한 이익이 있다 하더라도 그 범인이 바로 원고 1과 망 소의 2이라고 하는 것까지 알아야 할 정당한 이익이 있다고 보이지 않는다. …… 이 사건에 있어서 피고 언론 각사가 원고 1와 망 소의 2의 신원을 명시하고, 피고 한국방송공사의 경우 초상을 보여주면서 한 원심판시의 각 적시 사실은 공공의 이해에 관한 사항이라고 볼 수 없다.”(대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결)<sup>5)</sup>

### (3) 행정상 공표의 방법으로 실명을 공개한 경우

수사기관이 아닌 다른 국가기관에서 행정상 공표의 방법으로 실명을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우에 대하여는 다음과 같이 판시하고 있다.

「국가기관이 행정목적달성을 위하여 언론에 보도자료를 제공하는 등 이른바 행정상 공표의 방법으로 실명(實名)을 공개함으로써 타인의 명예를 훼손한 경우, 그 공표된 사람에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증거가 없더라도 국가기관이 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없는 것이고, 이 점은 언론을

5) ‘이혼소송 주부 위자료 받아내려 청부폭력’의 기사를 보도한 신문사들과 원고(이혼소송 주부)의 사진을 방송한 방송사, 신상정보를 제공한 수사기관에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 사건. 이혼소송계류 중 부인이 남편으로부터 위자료를 더 얻어내려고 폭력배와 함께 남편의 친구를 감금하고 남편을 폭행하려다 발각되었다고 보도했으나 오보로 판명되고 부인과 폭력배라고 주장되는 사람이 모두 무죄판결을 받았다.

포함한 사인(私人)에 의한 명예훼손의 경우에서와 마찬가지로 할 것인바, 한편 이러한 상당한 이유의 존부의 판단에 있어서는, 실명공표 자체가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 주의의무와 공권력의 광범한 사실조사능력, 공표된 사실이 진실하리라는 점에 대한 국민의 강한 기대와 신뢰, 공무원의 비밀엄수의무와 법령준수의무 등에 비추어, 사인의 행위에 의한 경우 보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 요구된다 할 것이므로, 그 사실이 의심의 여지없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고도 타당한 확증과 근거가 있는 경우가 아니라면 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없을 것이다.」(대법원 1993. 11. 26. 선고 93다18389 판결)<sup>6)</sup>

(4) ‘수사기관’과 ‘언론기관’의 비교

수사기관과 언론기관의 피의사실 공표(보도)의 허용기준은 대체로 동일하나, 수사기관의 경우 공표된 사실에 대한 국민의 강한 신뢰, 공무원의 비밀엄수의무 및 법령준수의무 등을 이유로 사인(언론기관)의 행위에 의한 경우보다 공표사실의 객관성 및 정확성에 대하여 엄격한 기준을 요구하고 있다. 즉 “공표하는 사실이 의심의 여지없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고 타당한 확증과 근거가 있는 경우”일 것을 요한다. 또한 수사기관으로서의 특수성을 고려하여 “수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여질 것”이라는 절차적 요건도 추가적으로 요하고 있다.

이상의 내용을 요약하면 다음과 같다.

<p><b>피의사실 공표 · 보도에 대한 위법성</b></p>	<p>수사 기관</p>	<p>첫째, 공표된 내용이 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이어야 하고(<b>공표내용의 공공성</b>), 둘째, 공표의 목적이 정당한 공공성을 지녀야 하며(<b>공표목적의 공익성과 필요성</b>), 셋째, 발표된 사실이 객관적이고도 충분한 증거나 자료에 근거하여야 한다(<b>공표된 피의사실의 객관성 및 정확성</b>). 넷째, 공표는 공식적인 절차를 통하여 발표의</p>
------------------------------------	--------------	---

6) 국제청장이 ‘토지거래허가대상구역 내의 토지를 매매하면서 이를 증여한 것처럼 위장함으로써 국토이용관리법을 위반하는 방법으로 부동산투기를 한 자 82명의 명단을 담은 보도자료를 언론사에 제공한 사례

<p><b>조각 요건</b></p>		<p>권한을 가진 자에 의해 행해져야 하고(<b>공표의 절차와 형식</b>), 다섯째, 공표 내용의 표현방법에 있어서 유죄를 추측, 예단 할 우려가 있는 표현을 피해야 한다(<b>내용의 표현방법</b>). 더불어 피의사실의 공표로 인하여 발생할 수 있는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 97다10215/97다10222 병합)</p>
		<p>직접 수사를 담당한 수사기관이나 수사담당 공무원이 피의사실을 공표하는 경우에는 <b>공표하는 사실이 의심의 여지없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고 타당한 확증과 근거가 있는 경우가 아니라면</b> 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없다(대법원 93다18389, 96다17257 판결).</p>
<p><b>신원공개 · 실명보도에 대한 위법성 조각 요건</b></p>	<p>언론 기관</p>	<p>① 그 보도 목적의 공공성과 보도 내용의 공공성을 갖추어야 하고(<b>보도 내용의 공공성, 보도목적의 공공성</b>) ② 그 보도에 앞서 범죄사실의 진실성을 뒷받침할 적절하고도 충분한 취재를 하여야 하며(<b>보도내용의 객관성 및 정확성</b>), ③ 기사의 작성 및 보도시에도 당해 기사가 주는 전체적인 인상으로 인하여 일반 독자들이 사실을 오해하는 일이 생기지 않도록 보도의 내용 및 그 표현방법 또한 객관적이고도 공정하여야 함(<b>내용의 표현방법</b>)은 말할 나위가 없다(대법원 2000다50213, 2007다29379 판결).</p>
	<p>수사 기관</p>	<p>공표된 사람에 관하여 적시된 사실의 내용이 진실이라는 증거가 없더라도 국가기관이 공표 당시 이를 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 위법성이 없는 것이고, 이 점은 언론을 포함한 사인(私人)에 의한 명예훼손의 경우에서와 마찬가지로 할 것인바, …… 상당한 이유의 존부의 판단에 있어서는, …… 사인의 행위에 의한 경우 보다는 훨씬 더 엄격한 기준이 요구된다 할 것이므로, <b>그 사실이 의심의 여지없이 확실히 진실이라고 믿을 만한 객관적이고도 타당한 확증과 근거가 있는 경우가 아니라면</b> 그러한 상당한 이유가 있다고 할 수 없을 것이다(대법원 93다18389).</p> <p>대중 매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것이다. 그러나 범죄 자체를 보도하기 위하여 반드시 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 범인이나 범죄혐의자에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수도 없을 것이다(대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17257 판결).</p>

언론 기관	<p>① 사회적으로 고도의 해악성을 가진 중대한 범죄에 관한 것이거나 ② 사안의 중대성이 그보다 다소 떨어지더라도 정치·사회·경제·문화적 측면에서 비범성을 갖고 있어 공공에게 중요성을 가지거나 공공의 이익과 연관성을 갖는 경우 ③ 또는 피의자가 갖는 공적 인물로서의 특성과 그 업무 내지 활동과의 연관성 때문에 일반 범죄로서의 평범한 수준을 넘어서서 공공에 중요성을 갖게 되는 등 시사성이 인정되는 경우 등에, 개별 법률에 달리 정함이 있다거나 그 밖에 다른 특별한 사정이 없는 한 공공의 정보에 관한 이익이 더 우월하다고 보아 피의자의 실명을 공개하여 보도하는 것도 허용될 수 있다고 할 것이다(대법원 2007다71 판결).</p>
----------	--

**라. 헌법재판소 선례의 검토**

(1) ‘언론기관’의 ‘피의사실 보도’에 관한 선례

헌법재판소는 ‘수사기관의 피의사실 공표’에 대하여는 판단한 바 없으나, ‘언론기관이 수사기관에서 조사 중인 공적 인물(도의회 의원)의 행위에 대하여 보도한 것’이 피의자의 인격권을 침해하는지가 문제된 사건(언론기관이 허위의 기사내용을 보도하여 청구인의 명예를 훼손하였다는 고소사실에 대하여 무혐의처리한 검사의 불기소처분에 대한 위헌확인 사건)에서 언론의 자유와 명예보호의 이익조정 기준에 대하여 판단한 바 있다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768).

주요 내용은 다음과 같다.

「개인의 언론 활동이 타인의 명예를 훼손하는 경우, 행위자와 피해자라는 개인 대 개인 간의 사적(私的) 관계에서는 언론의 자유보다 명예 보호라는 인격권이 우선하나, 당해 표현이 공공적·사회적·객관적인 의미를 가진 정보에 해당되는 것은 그 평가를 달리 하여야 한다. 왜냐하면 국민이 알아야 할 정보(알권리)는 개인의 인격형성과 자기실현은 물론 정치적 의사 형성과정에 참여하는 자기통치를 실현하는 공적 성격도 아울러 갖고 있기 때문이다.

…… 언론매체의 명예훼손적 표현에 위에서 본 실정법<sup>7)</sup>을 해석·적용할

7) 고의 또는 과실로 인한 위법한 명예훼손적 표현으로 타인에게 손해를 가하거나

때에는 언론의 자유와 명예 보호라는 상반되는 헌법상의 두 권리의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉, ① 당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人) 인지, ② 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, ③ 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것인지, ④ 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론 형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 언론의 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 인물이 그의 공적 활동과 관련된 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다.」 8)

## (2) 이 사건에의 대입 가능성

이 사건은 언론기관(사인)이 아닌 수사기관(국가기관)에 의한 인격권 침해가 문제된 것으로 언론의 자유 대 명예권이라는 기본권 충돌이 직접 문제된 위 선례와는 차이가 있는 점, 위 선례는 심판대상인 불기소처분의 정당성을 판단하기 위하여 ‘형법상 명예훼손죄와 관련된 법률조항’의 해석·적용 기준을 밝히고 이에 따라 ‘위법성 조각 여부’를 판단하는 데 중점이 있었던 점, 위 선례의 기준에 의하면, 수사기관의 피의사실 공표는 ① 공적 관심 사안(범죄)에 관한 것으로 ② 피의자가 명예훼손적 표현의 위험을 자초(自招)한 것이며, ③ 범죄의 발생에 관한 부분은 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실로 볼 수 있어 언론의 자유가 우선시되기 위한 요건

---

타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 정신상 고통을 가한 경우의 손해배상책임을 규정한 민법 제750조, 제751조, 공연히 사실(또는 허위의 사실)을 적시하여 명예를 훼손하거나, 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의한 명예를 훼손하는 행위와 공연히 모욕하는 행위에 형사제재를 과하는 형법 제307조 내지 제309조, 위법성의 조각으로 처벌하지 아니하는 경우에 대한 제310조

8) 위 결정에서 실시한 기준은 민사소송법상 방영금지처분을 허용하는 것이 언론의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사건에서도 인용된 바 있다(헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌바36, 판례집 13-2, 229).

의 대부분을 충족하는 점 등에 비추어, 위 선례의 내용을 이 사건 심판청구의 판단기준으로 그대로 원용하기는 어렵다고 보인다.

## 마. 외국 입법례 및 판례<sup>9)</sup>

### (1) 미국

#### (가) 공정한 재판을 받을 권리의 문제

수사관계자들에 의한 피의사실 공표를 금지하는 실정법은 존재하지 않으나, 미국의 형사사법에서 가장 중요한 원칙의 하나인 적정절차에는 외부의 영향으로부터 자유로운 배심원에 의한 공정한 재판받을 권리가 포함되어 있으므로 이러한 관점에서 공판 전 피의사실 공개의 문제가 다루어지고 있다. 미국에서 피의사실이 재판 전에 공개되는 행위에 대한 법적 대응 수단은 ‘공판 전 언론보도의 편견(prejudicial pre-trial publicity)’을 이유로 기준 판결을 파기함으로써 무죄의 실체재판을 하는 것이다.

#### (나) 보도준칙<sup>10)</sup>

##### 1) 카젠바흐 지침[연방규칙(Codes of Federal Regulation)으로 편입]

가) 원칙 : 피의자가 형사 수사의 대상이 된 시점부터 수사로 인한 절차가 재판에 의하여 종료되기까지의 기간 동안 법무부 직원들이 재판의 결과에 영향을 미칠 목적으로 진술하거나 정보를 제공하는 행위를 금지하며, 재판의 결과에 영향을 미칠 것으로 의심되는 사항에 대한 진술이나 정보 제공도 금지한다.

나) 공개허용: 법무부 직원은 언론에게 피고인(defendant)<sup>11)</sup>의 이름·나

9) 이하의 내용은 ① 입법례 조사서[조수혜(미국), 소은영(일본), 공진성(독일) 연구원 작성], ② 법무부, 「인권보호를 위한 수사공보준칙」 자료집, 2010.2. ③ 정민진, “피의사실공표죄의 운용실태와 문제점 및 활성화방안”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2006.2)을 종합하여 정리한 것임.

10) 현재 형사사법기관과 언론기관은 합의된 자율적인 보도준칙을 따르고 있는바, 1965년 연방 법무장관이 발표한 카젠바흐 지침(Katzenbach Guidelines)과 미연방 연방검사 업무 지침(US Attorney’ Manual)이 대표적이다.

11) “defendant”를 피고인이라는 말로 번역하기는 하였으나, 미국의 형사절차는 “검사의 complaint 제출 -> 영장 발부 -> 최초 심문 -> 예비심문 -> 기소(indictment) -> 기소사실인부절차 등 공판준비 -> 공판”의 단계를 거치게 되며, 검찰의 정식 기소(indictment) 이전에 체포영장 등을 발부받는 단계에서도 “defendant”라는 말을 사용함.

이·거주지·고용상태 등의 인적 정보, 기소 내용, 수사·체포 기관과 수사 기간, 체포 시간과 장소 등의 체포 정황 등 다툼의 여지가 없는 객관적인 사실에 한하여 정보를 제공할 수 있다.

다) 공개금지: 공판 전 또는 공판 기간 동안 편견을 초래할 수 있는 피고인(defendant)의 성격, 진술·자백·알리바이, 지문·거짓말탐지기 등 수사 방법이나 피고인이 수사에 응하지 않은 사실, **증인의 신원·진술·신용도, 사건의 증거나 주장에 대한 진술**, 피고인의 유죄 여부에 대한 의견 등의 정보는 언론에 공표할 수 없다.

라) 초상·성명권 보호: 법집행 공무원은 언론이 연방정부에 의하여 수감되거나 이송되는 피의자 또는 피고인의 사진을 찍거나 중계방송하는 행위를 권장하거나 협조하여서는 안되며, 법집행에 있어서 필요한 경우를 제외하고는 피의자 또는 피고인의 사진을 제공하여서는 안된다.

## 2) 미연방 연방검사 업무 지침

위 지침에서는 대 언론관계의 기본 방향을 “국민의 알권리, 개인의 공정한 재판을 받을 권리, 법집행 기능의 효율적 수행 등 3가지 기본목표의 조화”라고 전제한 후, ① 이미 사건 내용이 대중에게 상당히 알려진 경우, ② 수사 중에 있다는 사실의 공개로 시민들을 안심시킬 필요가 있는 경우, ③ 기타 공공의 이익, 시민의 안전보호를 위해 필요한 경우 이외에는 수사사건에 관한 정보 공개를 금지하고 있다.

**피의자의 실명, 나이, 거주지, 직업, 결혼 여부 등 인적사항**, 기소요지, 체포당시의 상황, 사건의 정책적 의미에 대한 정보공개가 허용되나 이 경우에도 기소사실이 단순한 혐의에 불과하며 재판확정시까지 무죄로 추정된다는 점을 명시하도록 규정하고 있다.<sup>12)</sup>

## (2) 일본

### (가) 피의사실 공표 - 공공의 이익을 위한 경우로 인정

12) 그 밖에 미국 변호사협회 지침에서는 ‘법집행기관이 피의자의 범죄기록, 성격이나 평판, 피의자의 유죄 여부에 대한 의견, 자백·진술 등의 내용이나 거부, 신원 파악을 위한 검증 여부, 증인의 신원이나 진술 내용, 유죄인정의 가능성, 증거물 등 재판에 영향을 줄 수 있는 정보를 언론에 공표하는 행위를 금지한다’고 규정하고 있다.

‘기소 전의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사항으로 본다’고 규정하여 명예훼손죄의 특칙을 인정하고 있다(일본 형법 제230조의2 제2항). 따라서 공공의 이익을 위한 경우에는 기소 전이라도 범죄행위에 관한 사실을 밝힐 수 있다.

(나) 신원공개 - 실명보도 가능, 초상권 보호

1) 공개허용 : 수사기밀이 아닌 한 체포·구속 사실 및 필요성, 석방사실 및 이유, **성명, 연령**, 혐의사실, 법적 보충설명 적극 공개하고, 기소 후에는 공소사실 요지 및 중요 정상사실 공개한다.

2) 공개금지 : 진술내용 등 **구체적 증거관계**의 인용은 자제한다.

3) 실명보도원칙 : 보도기관들이 자율적으로 설립한 단체(신문협회, 일본 민간방송연맹 등)의 보도지침에 의하면, 원칙적으로 범죄자를 실명으로 보도하고 필요에 따라 익명으로 보도하며(예컨대, 미성년자이거나 정신장애가 있는 피의자), 판례도 실명보도 자체가 위법은 아니라는 입장이다.<sup>13)</sup>

4) 초상권 보호 : 체포나 연행되는 경우에 경찰은 옷을 머리 위로 씌워 피의자의 얼굴을 가리거나 수갑에 천을 씌워 차단하는 등의 조치를 취하고, 언론기관에서는 수갑이 촬영된 경우에 이를 모자이크 처리하거나 흐리게 처리하는 등 언론에 그대로 노출되지 않도록 하고 있다.

### (3) 독일

(가) 피의사실 공표 금지

1) 독일 형법 제353조d 제3호: 법원이나 검찰 등에 제출된 공적문서를 원문(문안)대로 공개하는 것만 처벌하므로 법원 등에 제출되지 않은 문서의 공개 또는 요약·변경된 내용의 공개는 처벌대상이 되지 않는다.<sup>14)</sup>

2) 기소 전 공개허용: NRW주 법무부장령에 의하면, 광범위한 뇌물, 정치인·공적 지도자 사건 등 전국적 언론보도 대상이 될 것으로 예상되는 수

13) 東京地方裁判所平成2(1990)年3月23日 ; 名古屋高等裁判所平成2(1990)年12月13日。  
→ 일본에서 범죄보도의 피해와 관련된 비판은 주로 실명보도 원칙에 집중되어 있다.

14) 우리나라의 피의사실공표죄의 경우 수사기관만이 주체가 되는 신분범으로 구성되어 있고, 범죄가 성립하는 기간이 공소제기 전으로 한정되었으며, 일체의 피의사실 공개를 처벌한다는 점에서 독일과 차이가 있다[황정익, 범죄수사보도와 피의자의 인격권, 형사정책연구 39(99.9), 157면].

사절차, 범인 검거 또는 증거 발견을 위한 경우 기소 전 수사내용의 공개를 허용한다.<sup>15)</sup>

3) 공개금지 : NRW주 검찰공보지침과 법무부장령에 의하면, 약탈범죄의 손해액, 특별한 수사방법·수단은 비공개를 원칙으로 하며, 그 외에 수사에 지장을 초래하거나 보다 우월한 공익 또는 보호가치가 있는 사익을 침해하는 경우에는 공개를 불허한다.<sup>16)</sup>

4) 독일연방헌법재판소 : 범죄사건의 보도에 있어서 행해야 할 법익 형량에 관하여 다음과 같은 일반적인 기준을 제시한 바 있다[레바하 사건 (BVerfGE 35, 202)].

「① 어떠한 범죄행위를 범죄자의 실명, 사진 또는 묘사에 의해 공개 보도하는 행위는 원칙적으로 그 범죄자의 인격권을 현저하게 침해한다. 왜냐하면 그로 인하여 그의 과오가 공공연히 알려지게 되고, 그의 인격이 일반 대중의 눈에 부정적으로 비치기 때문이다.

② 위 침해의 정도를 판단함에 있어서는 그 묘사의 방법이 문제된다. 객관성과 공정성이 지켜지는 텔레비전에 의한 보도는 일반적으로 라디오나 신문에 의한 문자나 말에 의한 보도보다도 사적 영역에 대한 침해의 정도가 훨씬 더 크다. 이렇게 언론매체의 전파의 정도 역시 중요한 의미를 가진다.

③ 그 범죄행위가 중한 범죄인 경우에는, 그 범죄자의 개인에 관한 모든 정보와 그 범죄의 발생에 관련된 일련의 사태들에 대한 일반대중의 관심이 크다.

④ 일반적으로 중대한 범죄행위에 대한 시사적인 보도를 위하여 공공의 정보이익은 범죄자의 인격보호에 우선한다. 그렇지만 불가침의 가장 내면적인 생활영역에 대한 고려를 하여야 하며 그 밖에도 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 그리고 그에 따라 실명, 삽화 또는 그 밖의 행위자의 특징(동일성의 확인)이 언제나 허용되는 것은 아니다.」<sup>17)</sup>

15) 노트라인베스트팔렌(NRW)주 법무부 강령 「수사절차에서의 언론과의 협력」 제3절 제3조

16) NRW주 검찰공보지침 제6조 제2항, NRW주 법무부장령 제3절 제4조

17) 전문번역은 독일연방헌법재판소 판례번역집 합본집 제1권, 헌법재판소, 238면 이하 참조.

(나) 피의자 촬영 및 신원공개

1) 초상권 보호 : 초상은 찍혀진 본인의 승낙이 있는 경우에만 전파되거나 공개적으로 열람될 수 있으나(예술저작권법 제22조), 시사적인 영역에 속하는 인물의 초상은 승낙이 필요 없고(위 법 제23조), 공적인 이익에 의한 예외로서 “사법 및 공공질서의 목적을 위해서는 관청에 의해 권리자 또는 본인 또는 가족의 동의 없이 그의 초상이 복제되거나 전파되고 공개적으로 열람이 제공될 수 있다”는 규정을 두고 있다(제24조).

2) 신원공개 가능요건 : 독일 판례와 다수설은 신원명시보도가 허용되는 시사적 인물의 특성을 결정함에 있어 ‘중대한 범죄의 경우에만 또는 그 사회적 중요성에 따라 또는 특별한 사정의 존재’를 전제로 정당한 공개의 이익을 인정한다.

3) NRW주 검찰공보지침과 법무부장령 : 기소 전후를 불문하고 신원 미공개를 원칙으로 하되, 공개수배, 위협방지, 시대사적 유명인사 등 공공에게 특별한 의미가 있는 경우에만 실명 공개를 허용하고 있다.<sup>18)</sup>

(4) 영국

(가) 법정모욕죄의 문제

재판이 시작되기 전에 형사 피고인에 대한 정보를 공표하는 일체의 행위는 법정모욕죄(Contempt of Court)로 처벌받도록 되어 있다. 어떤 개인이 기소될 것이라는 경찰의 발표가 있는 순간부터 상소를 포함한 최종적인 소송절차가 끝날 때까지 법정에서 나오는 정보 이외에 조금이라도 영향력을 행사할 우려가 있는 사항을 공표하는 행위는 범죄를 구성하도록 되어 있다. 그러나 법정에서 나오는 정보는 유일한 예외로 취급된다.

영국과 그 밖의 영국법의 전통을 이어받은 영연방 국가에서는 미국에서와는 달리 공정한 재판의 이익이 언론 자유의 이익보다 명백히 더 우월한 것으로 다루어지는 것이 일반적인 경향이다.

(나) 보도지침 등

경찰청장, 검찰총장 및 언론의 수사협력에 관한 협약은 ‘기소 후’ 언론에

18) NRW주 검찰공보지침 제7조 제6항, NRW주 법무부장령 제3절 제4조

공개 가능한 자료를 규정하고 있으며<sup>19)</sup>, 각 지역 경찰청의 공보매뉴얼에서 피명 및 수사단계별로 공개범위를 상세히 규정하고 있다.

1) 일반적 공개자료: 지도, 사진(피의자 구급사진 포함), 도표, 범죄현장 동영상, 몰수재산 동영상, 심문·진술내용의 필기록, 범행재연 동영상, 피의자가 촬영된 CCTV 기록

2) 피해자·증인과의 협의 필요: 피해자가 촬영된 CCTV 기록, 피의자·피해자·증인에 대한 경찰심문 녹음·녹화자료, 피해자·증인 진술

도시경찰청 언론지침에 의하면, 기소 전에는 피의자의 실명은 공개할 수 없으나 나이 및 거주지역은 공개할 수 있으며, 기소 후에는 실명 공개를 허용하고 있다.<sup>20)</sup>

#### (5) 프랑스

형사소송법 제11조에서 조사와 수사절차의 비밀을 규정하고 있다. 즉 조사와 수사절차에 종사하는 사람은 프랑스 형법 제226-13조<sup>21)</sup>와 제226-14조에 따른 업무상 비밀의무를 진다. 그러나 다시 불완전하고 부정확한 정보의 확산을 막기 위하여 또는 공공의 평화를 유지하기 위하여(공공질서의 혼란방지를 위하여) 지방검사는 스스로 혹은 수사 법원(예심 법원)이나 당사자들의 요청에 의하여 소환 등 수사절차와 관련된 객관적인 사실<sup>22)</sup>을 공표할 수 있다는 예외를 규정하고 있다. 그러나 이때에도 혐의사실의 정당성에 대한 평가나 기소 등에 관한 판단은 금지되며(형사소송법 제11조 제3항), 수색으로 취득한 문서는 피의자, 서명인, 수취인의 승낙 없이는 누설이 금지된다(형사소송법 제58조, 제98조).

19) Protocol for working together: Chief Police Officers, Chief Crown Prosecutors and the Media 제2조 제2, 3항

20) Dorset Police Media Guidelines 제5조, 제8조, 제9조 등

21) 업무상 혹은 일시적인 임무에 의하여 비밀엄수의무를 지는 자가 비밀을 누설한 때에는 1년 이하의 징역과 15,000 프랑 이하의 벌금에 처한다.

22) 피의자나 증인의 소환 여부 정도로 제한적으로 해석됨.

### 3. 적법요건 판단

#### 가. 공권력 행사성

이 사건 기록에 의하면, 피청구인이 언론사 기자들의 취재 요청에 응하여 청구인이 경찰서 내에서 조사받는 장면을 촬영하도록 허용하고 기자실에서 청구인의 범죄사실과 관련한 보도자료를 배포한 사실이 있음을 인정할 수 있는바, 이는 피청구인이 청구인에 대한 우월적 지위에서 일방적으로 행한 권력적 사실행위라고 봄이 상당하다.

피청구인은 촬영허용행위에 대하여, 청구인이 취재 거부의를 밝힌 바 없고 스스로 취재에 응하였을 뿐 강제로 촬영에 응하도록 한 사실이 없으므로 공권력 행사 자체가 존재하지 않는다고 주장한다. 그러나 기자들이 수사관서 내에서 피의자의 조사장면을 촬영하기 위하여는 수사기관이 이를 허용하고 촬영에 협조하지 않는 이상 불가능하고, 수사기관이나 언론사가 피의자 개인보다 훨씬 더 우월적 지위에 놓여져 있어 취재 및 촬영과정에서 사실상 피의자의 의사가 반영되기 어렵다. 그렇다면 피청구인이 청구인의 의사에 관계없이 언론사의 취재 요청에 응하여 청구인의 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 이상, 이미 청구인으로서의 언론사에 자신의 얼굴 및 조사 장면을 공개당하는 불이익을 입게 된 것이고 이는 사실상 강제성 있는 행위라고 봄이 상당하다.

그러므로 이 사건 심판대상 행위들은 권력적 사실행위로서 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.<sup>23)</sup>

#### 나. 보충성

##### (1) 문제제기

이 사건 심판대상 행위들이 형법 제126조의 피의사실공표죄에 해당할 여지가 있다는 점에서 청구인이 다른 구제수단을 거치지 않고 곧바로 이 사건 심판청구를 한 것이 보충성 원칙에 반하는지 문제된다.

23) “일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 여부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.”(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486)

다수의견은 보도자료 배포행위와 촬영허용행위를 분리한 후 전자에 대하여만 보충성 요건을 갖추지 못하였다고 판단한 반면, 소수의견은 두 행위를 하나의 공권력행사로 보아 보충성 요건을 갖추지 못하였다고 판단하였다.

(2) 보도자료 배포행위와 촬영허용행위를 별개의 공권력행사로 보는 견해  
 촬영허용행위는 권력적 사실행위로서 행정소송의 대상이 될 수 있으나 이미 종료된 행위로서 소의 이익이 없어 각하될 가능성이 크므로 헌법소원 심판을 청구하는 외에 다른 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 424-425 등 참조).

그러나 보도자료 배포행위에 대하여는 다음과 같은 견해대립이 가능하다.

(가) 보충성 흠결설(다수의견)

지정재판부 선례는 국가기관의 위법한 공권력행사(범죄행위)의 취소를 구하는 헌법소원심판청구에 대하여, “공권력 행사 부분에 관하여 수사기관에 고소할 수 있고, 만약 이에 대하여 불기소처분이 내려질 경우 검찰청법 소정의 항고를 거쳐 재정신청을 함으로써 구제받을 수 있는 방도가 마련되어 있다”고 설시한 후 보충성 요건 미비를 이유로 심판청구를 각하하고 있다(헌재 2010. 9. 14. 2010헌마557 제2지정재판부 결정<sup>24</sup>); 헌재 2009. 12. 29. 2009헌마727 제3지정재판부 결정<sup>25</sup>); 헌재 2010. 4. 13. 2010헌마210 제1지정재판부 결정<sup>26</sup>); 헌재 2012. 5. 8. 2012헌마364 제2지정재판부 결정<sup>27</sup>) 등).

24) 심판대상 행위: 국가정보원 직원들의 독극물 투입행위

25) “청구인으로서의 청구인이 주장하는 바와 같이 육군 부대 관계자 등에 의한 범죄 행위(군부대 관계자의 진료기록 파기, 허위 작성 등: 팔호 안은 연구관 부기)로 피해를 입었다면, 이를 수사기관에 고소하여 구제받을 수 있다할 것이므로, 위와 같은 구제절차를 종료하지 아니한 채 곧바로 제기한 이 사건 심판청구는 보충성 요건을 흠결하여 부적법하다.”

26) “청구인의 이 사건 심판청구를 법원공무원의 범죄행위(허위진술, 집행문 위·변조: 팔호 안은 연구관 부기)에 대하여 다투는 것으로 볼 경우, 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 하는바(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 청구인으로서 이를 수사기관에 고소·고발하고 덧붙여 국가배상 또는 민사상 손해배상을 청구하여 구제받을 수 있다 할 것이므로, 위와 같은 구제절차를 거치지 아니한 채 곧바로 제기한 이 사건 심판청구는 보충성 요건을 흠결하여 부적법하다.”

27) “청구인으로서의 청구인이 주장하는 바와 같이 부산구치소 교도관 등에 의한 범죄 행위(허위공문서작성 : 팔호 안은 연구관 부기)로 피해를 입었다면, 이를 수사기관에

살피건대, 보도자료 배포행위는 수사기관이 공판청구 전에 피의사실을 대외적으로 알리는 것으로서 형법 제126조의 피의사실공표죄에 해당하는지가 문제된다. 만약 피청구인의 행위가 피의사실공표죄에 해당하는 범죄행위라면, 수사기관을 상대로 고소하여 행위자를 처벌받게 하거나 처리결과에 따라 검찰청법에 따른 항고를 거쳐 재정신청을 할 수 있으므로, 위와 같은 권리구제절차를 거치지 아니한 채 곧바로 제기한 이 부분 심판청구는 보충성 요건을 갖추지 못하였다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바66 판례집 23-2상, 583, 588 참조).

(나) 보충성 충족설

1) 지정재판부 선례에 대한 비판

가) 형사재판절차는 범죄행위를 한 특정 개인의 유무죄 판단 및 형사처벌에 관한 것으로서 국가기관이 국가기관의 이름으로 행한 공권력 행사 자체의 효력(위헌성)을 다투는 헌법소원절차와는 전혀 다른 성격을 지닌 것이므로, 고소·고발을 통한 형사재판 가능성을 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 다른 권리구제수단이라고 볼 수 없다.

나) 헌법재판소는 국가배상청구는 사후적·보충적 구제수단에 불과하고 공권력의 행사 자체를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다퉴 수 있는 구제절차가 아니라고 보는바(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 35 등 참조), 당해 절차가 국가 또는 공무원의 행위에 대한 위법성 판단을 전제로 ‘민사상 배상책임 인정할 것인지’에 관한 민사절차인지 ‘행위주체에게 형사책임을 인정할 것인지’에 관한 형사절차인지만 차이가 있을 뿐, 국가배상청구나 형사재판 모두 국가기관의 행위 자체를 직접 대상으로 하여 그 효력 유무를 판단하는 절차가 아니라는 점에서는 아무런 차이가 없다. 오히려 국가기관의 행위로 피해를 입은 국민에 대한 실질적인 권리구제 측면에서는 행위주체에 대한 형사처벌보다 국가배상청구가 더 효율적이라고 볼 여지도 있다.

다) 일반적으로 공권력에 대한 위헌확인 청구는, 국가기관의 ‘권력적 사실행위’의 경우 직권남용죄(형법 제123조) 내지 폭행·가혹행위죄(형법 제

---

고소하여 구제받을 수 있다할 것이므로, 위와 같은 구제절차를 거치지 아니한 채 곧바로 제기한 이 사건 심판청구는 보충성 요건을 흠결하여 부적법하다.”

125조)에, ‘부작위’의 경우 직무유기죄(형법 제122조)에 해당할 가능성이 적지 않다.<sup>28)</sup> 그런데 위 선례에 의하면, 공권력에 대한 위헌확인 청구시 해당행위가 형법상 공무원의 직무에 관한 죄의 구성요건에 해당할 여지가 있는지를 항상 검토하여 그러한 가능성이 있다면 보충성 불비를 이유로 각하하여야 한다는 결론이 되는바, 이는 타당하지 않다.

2) 이 사건의 특수성

가사 위 선례에 따른다고 하더라도, 피의사실공표죄는 그동안 한 차례도 기소된 바 없고 수사기관의 피의사실 공표 허용 요건 및 위법성 여부를 판단한 법원 판례들도 모두 국가배상사건이었으며, 실제로도 공판 전 수사기관에 의한 피의사실 공표와 범죄사실의 언론 보도는 우리 사회에 만연하고 있어 그 자체가 범죄행위라는 인식을 갖기 어려운 것이 현실이다. 이러한 상황에서 형법상 피의사실공표죄가 명문화되어 있으므로 위 조항에 해당하여 범죄가 성립하는지 여부를 고소·고발을 통하여 형사절차에서 판단받으라는 것은 사실상 청구인에게 기대하기 어려울 뿐 아니라 그동안 위 범죄로 기소된 예가 전혀 없음에 비추어 권리구제가능성도 높다고 보이지 않는다.

이러한 점을 종합할 때, 이 사건 심판청구는 위 지정재판부 선례를 유지한다고 하더라도 보충성의 예외에 해당한다고 봄이 상당하다.<sup>29)</sup>

28) **형법 제122조(직무유기)** 공무원이 정당한 이유 없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처한다.

**제123조(직권남용)** 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

**제125조(폭행, 가혹행위)** 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

※ 이 사건의 경우 청구인은 이 사건 보도자료 배포가 피의사실공표죄(형법 제126조)에 해당할 뿐 아니라 이 사건 촬영허용은 직권남용죄(형법 제123조), 불법체포감금죄(형법 제124조)에 해당한다고 주장한다.

29) “헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 하고(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 다만 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외로서 바로 헌법소원을 제기할 수 있다”(헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865 등; 헌재 2008. 1. 17. 2007헌마700, 판례집 20-1상, 139, 160)

(3) 보도자료 배포행위와 촬영허용행위를 하나의 공권력행사로 보는 견해(소수의견)

보도자료 배포행위와 촬영허용행위는 동일한 목적 아래 시간적·장소적으로 밀접하게 이루어진 것이므로 전체적으로 볼 때 피청구인이 언론기관에 청구인의 피의사실을 알리는 일련의 행위로서 하나의 공권력행사라고 보아야 한다.

그런데 보도자료 배포행위 및 촬영허용행위가 포괄하여 형법 제126조의 피의사실공표죄에 해당하는 범죄행위라면, 청구인은 피청구인을 수사기관에 고소하여 형사처벌을 받게 할 수 있을 것이고, 만약 수사기관이 불기소처분을 한다면 검찰청법에 따른 항고를 거쳐 법원에 재정신청을 하여 권리구제를 받을 수 있다. 그러나 청구인은 위와 같은 권리구제절차를 거치지 아니한 채 곧바로 이 사건 심판청구를 제기하였으므로 보충성 요건을 갖추지 못하였다.

**다. 권리보호이익**

보도자료 배포행위 및 촬영허용행위는 이미 종료된 행위로서, 위헌결정이 선고된다고 하더라도 청구인에 대한 권리구제는 불가능하므로 주관적 권리보호이익은 소멸하였다.

그러나 헌법소원제도는 개인의 권리구제 뿐만 아니라 헌법질서를 보장하는 기능도 가지고 있으므로, 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있는바(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 572 등 참조), 다수의견은 심판청구의 이익을 인정한 반면, 소수의견은 이를 부정하였다.

(1) 긍정설(다수의견)

(가) 피의자의 얼굴 및 조사받는 모습이 수사과정에서 피의자의 의사에 관계없이 언론에 노출되는 일은 현재도 일어나고 있어 앞으로도 구체적으

로 반복될 위험이 있고, 피의자의 인격권 보호와 국민의 알권리 보장이라는 두 법익이 충돌하는 영역으로서 헌법질서의 수호·유지를 위하여 헌법적 해명이 긴요한 사항이다. 비록 수사기관 내부적으로 피의자의 신원을 추정할 수 있거나 신분이 노출될 우려가 있는 장면의 촬영을 금지하고 있으나(예컨대, 이 사건의 경우 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제85조 등) 여전히 수사기관이 이와 관련하여 자의적으로 해석함으로써 기본권이 침해될 여지가 있고, 이에 대한 헌법재판소의 해명이 아직 이루어지지 않았으므로 심판청구의 이익을 인정함이 상당하다.

(나) 한편 권력적 사실행위에 대한 헌법적 해명의 필요성과 관련하여, 최근 재판관 소수의견으로 “권력적 사실행위에 대한 헌법적 해명은 그 사건으로부터 일반적인 헌법적 의미를 추출할 수 있는 경우에 한하여 인정하여야 하는바, 비록 1회적이고 특정한 상황에서 벌어진 사실행위에 대한 평가일지라도 거기에 일반적인 헌법적 의미를 부여할 수 있다면 헌법적 해명의 필요성을 인정할 수 있으나(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마703 결정 참조), 행정청이 일반적, 계속적으로 관련 법규정을 합헌적으로 해석·적용하고 있음에도 그 구성원 중 누군가가 예외적인 상황에서 법령에 대한 명백한 오해로 인하여 위법한 행위를 하는 경우에는 그 행위가 위법하다는 평가 외에 일반적인 헌법적 의미를 부여하여 헌법적 해명을 할 필요는 없다고 볼 것이다.”(헌재 2012. 12. 27. 2011헌마351, 판례집 24-2하, 601, 613-614)는 의견이 개진된 바 있다.<sup>30)</sup>

살피건대, 위 기준에 의한다고 하더라도, 이 사건과 같은 방식의 촬영허용행위는 피청구인을 비롯한 수사기관이 자신의 행위가 합법이라는 판단 하에 일반적, 계속적으로 행하여 온 것이라고 봄이 상당하며, 형법 제126조에 대한 명백한 오해에서 비롯된 예외적인 행위라고 보기 어려우므로, 헌법적 해명의 필요성을 인정할 수 있다.

30) ‘압수물품 폐기조치 취소 등’ 사건에서 재판관 김이수, 재판관 김창중, 재판관 안창호의 일부 각하의견

## (2) 부정설(소수의견)

(가) 먼저, 반복될 위험성이 있는지 살핀다.

‘침해행위가 반복될 위험성’이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 위험성이 있어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 91헌마137 참조). 따라서 ‘침해행위가 반복될 위험성’이란 권력적 사실행위 등이 일반적, 계속적으로 이루어져 구체적으로 반복될 위험성이 인정되는 것을 의미하고, 그러한 행위 등이 개별적, 예외적으로 이루어지는 경우에는 침해행위의 반복 위험성이 인정된다고 할 수 없다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌마351 중 각 하의견 참조).

청구인은 특정강력범죄나 성폭력범죄를 저지른 피의자로서 신상에 관한 정보를 공개할 수 있는 경우(특정강력범죄 처벌에 관한 특례법 제8조의2, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제23조 참조) 등과 같은 예외적인 사유에 해당하지 않고, 오히려 피청구인은 구 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(2005. 10. 4. 경찰청훈령 제461호로 제정되고, 2012. 7. 23. 경찰청훈령 제674호로 폐지되기 전의 것) 제85조에 따라 청구인의 신분이 노출될 우려가 있는 장면이 촬영되지 않도록 할 의무가 있음이 규정의 내용상 명백하다.

한편, 피청구인은 당시 취재 기자들의 촬영 요청에 대하여 청구인이 거부 의사를 표시하지 않고 오히려 언론사의 취재에 협조하였으므로 이에 피청구인도 수동적으로 취재를 허용하였을 뿐이라고 주장하고 있다. 이는 피의자의 의사에 반하여 수사과정의 촬영을 허용하는 것은 위법하다는 것을 전제로 한 주장이므로, 피청구인 역시 청구인의 의사에 관계없이 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 장면을 촬영할 수 있도록 허용하는 것이 위법하다는 점을 충분히 인식하고 있었다고 보아야 한다. 따라서 청구인의 동의 없이 촬영을 하도록 허용한 행위는 명백히 위법한 것으로서, 경찰에 의해 고의로 또는 과실로 법령의 범위 내라는 인식하에 일반적, 계속적으로 반복하거나 관행으로서 지속적으로 행한 것이라고 볼 수 없으며, 관련규정 내용의 명확성 및 피청구인의 인식 등에 비추어 ‘침해행위가 반복될 위험성’이 인정된다고 할 수 없다.

(나) 다음으로, 헌법적 해명이 필요한지 여부를 살핀다.

권력적 사실행위에 대한 헌법적 해명의 필요성은 그 사건으로부터 일반적인 헌법적 의미를 추출할 수 있는 경우에 한하여 인정하여야 한다. 그리하여 비록 1회적이고 특정한 상황에서 벌어진 사실행위에 대한 평가일지라도 거기에 일반적인 헌법적 의미를 부여할 수 있다면 헌법적 해명의 필요성을 인정할 수 있을 것이다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마703 참조). 그러나 행정청이 일반적, 계속적으로 관련 법규정을 합헌적으로 해석·적용하고 있음에도 그 구성원 중 누군가가 예외적인 상황에서 법령에 대한 명백한 오해로 인하여 위법한 행위를 한 경우에는 그 행위가 위법하다는 평가 외에 일반적인 헌법적 의미를 부여하여 헌법적 해명을 할 필요까지는 없다고 볼 것이다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌마351 중 각하의견 참조).

앞서 본 것처럼 청구인의 동의 없이 촬영을 허용한 행위가 위법하다는 것은 관련 규정의 해석상 명백하고, 피청구인 스스로도 청구인의 의사에 관계없이 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 장면을 촬영할 수 있도록 허용하는 것이 위법하다는 점을 충분히 인식하고 있었다. 그렇다면 촬영허용행위는 법령에 대한 오해로 인해 통상의 합헌적 해석·적용과 달리 하여 위법하게 법령을 해석·적용한 것으로서 개별적, 예외적이라고 할 것이고, 당해 사건을 떠나 일반적이고 중요한 의미를 지니고 있어 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 해명이 긴요한 경우라 할 수 없다. 오히려 촬영허용행위는 관련 법령을 잘못 해석·적용한 사안으로서 ‘위법의 문제’로 귀착될 뿐이다. 따라서 청구인은 촬영허용행위가 위법하게 행하여진 경우 국가 등을 상대로 민사상 손해배상청구를 하거나 보도자료 배포행위와 함께 일련의 행위로 보아 함께 피의사실공표죄로 고소함으로써 최종적으로는 수사기관과 법원의 판단에 따라 피해구제를 받게 될 것이다.

(다) 그러므로 촬영허용행위는 ‘침해가 반복될 위험성’이 없고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적 해명이 필요한 사항이라고 볼 수도 없다.

#### 4. 촬영허용행위가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부

##### 가. 제한되는 기본권

(1) 청구인은 촬영허용행위로 인하여 언론사 기자들에게 자신의 얼굴과 경찰 조사를 받는 모습을 공개·촬영당하였으므로 초상권을 제한받았으나, 초상권은 사람의 초상에 대하여 그 본인이 가지는 이익으로서, “자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결; 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결 등)”를 말한다.<sup>31)</sup>

헌법재판소는 민사소송법상 방영금지처분이 언론의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사건(2000헌바36)에서, 언론보도로 인하여 제한받을 수 있는 기본권으로 초상권, 성명권, 명예권 등의 인격권이 있다고 판시하여 초상권을 인격권의 한 내용으로 판시한 바 있다.<sup>32)</sup>

- 
- 31) 그 밖에 초상권에 대한 정의로는 “사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적·재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장”(서울지방법원 남부지원 1997. 8. 7.자 판결 97가합8022), “본인의 동의 없이 사진, 그림, 스케치 등으로 독자나 시청자들에게 공표되지 않기를 바라는 권리”(Don R. Pember, Mass Media Law, 4th edition (Dobuque, Iowa: Wm C. Brown Co. Pub, 1987) p 217(이정훈, 범죄보도와 형사상의 제문제, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 1997, 136면 재인용) 등이 있다.
- 32) • “TV, 라디오 등의 방송매체가 공적 이해에 관계된 개인의 부정과 비리를 폭로하고 편견과 독단을 비판하는 것이 언론의 자유로 허용되어야 하지만, 한편으로는 그 보도, 논평 등으로 인하여 개인이나 단체의 명예나 신용의 훼손, 성명권이나 초상권, 프라이버시 등의 인격권 침해와 같이 타인의 법익 내지 기본권을 침해하게 되는 것을 피할 수 없게 된다. 일정한 표현행위에 대한 가치분배에 의한 사전금지청구는 바로 이와 같이 언론의 자유가 실현되는 과정에서 개인이나 단체의 명예나 사생활 등 인격권이 침해될 수 있음이 명백한 경우 이를 보호하기 위하여 이루어진다.”(헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36, 판례집 13-2, 229, 234)
- 그 밖에 소수의견 중에는 태아의 성별고지 금지의무를 부과한 의료법 조항의 위헌 여부가 문제된 사건에서, 이동흡 재판관이 다음과 같은 반대이견을 밝힌 바 있다. “헌법 제10조에서 도출되는 인격권에는 인격의 형성·유지·표현권 등이 포함되어 있고, 일반적 인격권으로 거론되는 것으로는 명예권, 초상권, 성명권, 음성권 등이 있다.”(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등, 판례집 20-2상, 236, 261)
- 대법원 역시 “초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다”라고 판시하여(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결; 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다39277 판결 등) 헌법 제10조를 초상권의 근거로 삼고 있다.

(2) 한편, 청구인은 수갑 및 포승을 착용한 상태에서 강제로 조사실로 끌려가 촬영을 강요당하였으므로 신체의 자유 침해라고 주장하나, 위 주장은 계구의 사용으로 인한 신체의 결박 자체를 문제삼는 것이라기 보다 그로 인하여 사실상 촬영을 피하거나 취재를 거부할 수 없었다는 점, 나아가 계구를 착용한 모습이 언론에 그대로 노출될 경우 인격권이 침해된다는 점에 주된 위헌성 주장의 취지가 있다고 보인다. 그러므로 이 부분 주장 역시 신체의 자유에 대한 제한이 아닌, 무단 촬영으로 인한 인격권 제한 문제로 보아 판단함이 상당하다.

(3) 따라서 촬영허용행위로 인하여 청구인이 제한받는 주된 기본권은 헌법 제10조의 인격권이다.

## 나. 과잉금지원칙 위반 여부

### (1) 범죄수사와 형사피의자의 인격권 제한의 한계

형사피의자의 인격권도 헌법 제37조 제2항에 따라 제한이 가능하므로, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 이 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 또한 헌법 제27조 제4항은 무죄추정의 원칙을 천명하고 있는바, 아직 공소제기가 없는 피의자는 물론 공소가 제기된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안되며 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402; 헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126, 143).

나아가 우리 입법자는 공판개시 전 수사단계에서 수사기관의 피의사실 공표행위를 범죄행위로 규정하고(형법 제126조), 피의자의 인권 존중 및 수사과정에서 취득한 비밀의 엄수 의무를 수사기관의 준수사항으로 규정하는 등(형사소송법 제198조 제2항) 피의자의 인격권 보장에 관한 특별한 규정들을 마련하고 있다. 특히 형법 제126조에서 공소제기 전 수사단계에서 피의사실 공표를 금지한 본질적인 이유는 피의자를 직접 수사한 수사기관이 피의사실을 일방적으로 공개할 경우 국민은 그 공표된 사실을 진실한 것으로 강하게 신뢰하게 되어 피의자는 국가기관에 의해 조사를 받는다는 자체로

이미 가족이나 친지, 이웃사람, 직장동료 등으로부터 범죄인으로 취급받을 우려가 있고, 그로 인해 피의자는 (설령 실제 범죄인이라 할지라도) 범죄행위로 인한 법적 책임(형벌) 이외에 피의자의 얼굴(초상권)과 이름(성명권), 사회적 지위(명예) 등을 포함한 인격권이 침해되어 사회경제적으로 유·무형의 불이익을 입을 수 있으며, 이후에 증거부족으로 기소되지 않거나 무죄판결이 선고되어도 그 피해회복이 쉽지 않음을 고려한 것이라 할 것이다.<sup>33)</sup>

그러므로 수사기관에 의한 피의사실 공표 내지 피의자의 초상 공개에 따른 인격권 제한의 문제는 위와 같은 형사피의자의 법적 지위와 무죄추정에 관한 헌법적 원칙, 공판개시 전 피의사실 공표를 원칙적으로 금지하고 있는 입법자의 의사, 수사기관의 피의자에 대한 인권 존중의무, 수사기관의 행위가 피의자 및 그 가족에게 미치게 될 영향의 중대성 및 파급효 등을 충분히 고려하여 헌법적 한계의 준수 여부를 한층 더 엄격히 판단하여야 할 것이다.

## (2) 목적의 정당성

원칙적으로 ‘범죄사실’ 자체가 아닌 그 범죄를 저지른 자가 누구인지, 즉 ‘피의자’ 개인에 관한 부분은 일반 국민에게 널리 알려야 할 공공성을 지닌다고 할 수 없다. 이에 대한 예외는 피의자가 공인으로서 국민의 알권리의 대상이 되는 경우, 특정강력범죄나 성폭력범죄를 저지른 피의자의 재범방지 및 범죄예방을 위한 경우(특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제8조의2, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제23조 참조), 체포되지 않은 피의자의 검거나 중요한 증거의 발견을 위하여 공개수배의 필요성이 있는 경우 등에 극히 제한적으로 인정될 수 있을 뿐이다.<sup>34)</sup> 특히 피의자를 특정하는

33) 정영훈, 무죄추정에 관한 연구, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2011.12, 156면 참조.

34) 이에 대하여는 1) ① 범죄의 성격상(예컨대, 유괴사건이나 대형참사사건, 중대한 범죄결과, 특정 범죄의 해결을 위해 수사당국이 공개수사를 해야 할 필요성이 있다거나 지명수배를 하는 경우 등) ② 또는 행위자의 사회적 중요성이라고 하는 주체의 특성상(예컨대, 공인이거나 유명인사, 공적 관심사의 중심에 서게 됨으로써 행위자 자체가 국민의 알권리의 대상이 되는 경우) 신원 공개의 필요성이 있다는 견해[박선영, 알권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계, 공법연구, 한국공법학회 제28집 제2호, 2002, 174-175면 참조], 2) ① 피의자가 공인이거나

결과를 낳게 되는 수사관서 내에서 수사 장면의 촬영은 보도과정에서 사건의 사실감과 구체성을 추구하고 범죄정보를 좀 더 실감나게 제공하려는 목적 외에 어떠한 공익도 인정하기 어렵다.

살피건대, 청구인은 공인이 아니며 단순 보험사기를 이유로 체포된 피의자이므로 신원공개가 허용되는 어떠한 예외사유에도 해당한다고 보기 어렵다. 나아가 피청구인은 기자들에게 청구인이 경찰서 내에서 수갑을 차고 얼굴을 드러낸 상태에서 조사받는 모습을 촬영할 수 있도록 허용한 것인바, 앞서 본 예외적 사유가 없는 수사장면의 공개 및 촬영은 이를 정당화할 만한 어떠한 공익 목적도 인정하기 어렵다. 그러므로 촬영허용행위는 목적의 정당성 자체가 인정되지 아니한다.

### (3) 침해의 최소성

피의자의 얼굴은 개인의 인격주체성을 결정짓는 가장 기본적인 정보로서 공개시 어떠한 개인정보보다 각인효과가 크고, 현대 정보화 사회에서는 신문이나 방송에 한 번 공개되면 즉각 언제나 인터넷을 통해 다시 볼 수 있다는 점에서 그 파급효과가 예전보다 훨씬 강력하다. 이후 피의자가 재판을 통해 무죄의 확정판결을 받는다 하더라도 방송에 공개됨으로써 찍힌 낙인효과를 지우는 것은 거의 불가능하다. 가사 촬영허용행위에 대한 목적의 정당성이 인정된다고 하더라도, 수사기관으로서는 피의자의 얼굴 공개가 가져올 피해의 심각성을 고려하여 모자, 마스크 등으로 피의자의 얼굴을 가리는 등 피의자의 신원이 노출될 만한 장면이 촬영되지 않도록 피해를 최소화하기 위한 조치를 취하여야 한다.

그런데 이 사건의 경우 청구인의 얼굴과 수갑이 그대로 드러난 상태였는바, 이러한 상태로 청구인이 조사받는 장면을 기자들이 촬영하고 있음에도 피청구인은 청구인의 얼굴 및 수갑 등의 노출을 방지할 만한 별다른 조치

---

② 범죄 사건이 인간의 존엄성을 스스로 부정하거나 공동체의 존엄과 안전을 뿌리째 흔들어 놓는 극히 중한 범죄일 경우에 한하여 ③ 피의자의 범행이 상당 정도 밝혀진 상태로 제한되어야 하고 ④ 또한 신원이 공개되더라도 그의 범죄혐의를 보도할 때 유죄가 확정된 것처럼 단정적인 표현을 사용하는 일은 자제되어야 한다는 견해[문재완, 무죄추정원칙은 사진공개와 무관, 신문과 방송, 2009, 49면 참조] 등이 있다.

를 취하지 아니하였다. 피청구인은 당시 각 언론사를 상대로 청구인의 개인정보와 초상권을 보호해달라는 취지의 요청을 수차례 하였고 실제 모자이크 처리되어 방영되었다고 하나, 이는 언론사가 ‘국민’을 상대로 보도하는 단계에서 사후적으로 문제되는 것일 뿐, ‘언론사’ 자체에 대한 청구인의 얼굴 공개행위에 대하여는 이러한 사후적 요청이 청구인의 피해를 최소화하기 위한 특별한 조치로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다.

따라서 피해 최소화 원칙을 충족하였다고 볼 수 없다.

#### (4) 법익의 균형성

이미 살핀 바와 같이 촬영허용행위는 언론 보도를 보다 실감나게 하기 위한 목적 외에 다른 공익을 인정할 수 없다. 반면 청구인이 입는 불이익은, 국가기관에 의해 범죄혐의를 받아 사회윤리적 비난가능성이 높은 피의자로서 얼굴이 공개된 것이므로 초상권에 대한 중대한 제한이며, 수사기관에 의한 초상 공개가 언론 보도로까지 이어질 경우 범인으로서의 낙인 효과와 그 파급효는 매우 가혹하다. 따라서 법익 균형성도 상실하였다.

#### ※ 지침 위반

구 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(2005. 10. 4. 경찰청훈령 제461호로 제정되고, 2012. 7. 23. 경찰청훈령 제674호로 폐지되기 전의 것) 제85조는 ‘경찰관서 안에서 피의자의 신원을 추정할 수 있거나 신분이 노출될 우려가 있는 장면이 촬영되지 않도록 하여야 한다.’고 규정하고 있는바, 피의자의 얼굴은 피의자의 신원이 노출될 우려가 있는 가장 기본적인 정보이므로 얼굴이 드러난 상태에서 언론 촬영을 허용한 행위는 위 지침 조항에도 위반한 것이다.

#### (5) 소결

그렇다면 촬영허용행위는 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 인격권을 침해하는 것일 뿐 아니라, 경찰청 내부 지침(구 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙)에도 위반한 것이다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 종래 내부지침 등이 존재함에도 수사기관에서 반복적으로 이루어져 왔던 피의자의 초상 촬영 허용이 피의자의 인격권을 침해하여 헌법에 위반되는 것임을 명백히 하였다는 데 그 의의가 있다.

나. 나아가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구함에 있어, 범죄행위가 될 여지가 있는 공권력행사에 대하여는 곧바로 헌법소원심판을 청구할 수 없고, 수사기관에의 고소, 검찰청법에 따른 항고 및 재정신청 등의 사전권리구제를 거쳐야 한다는 헌법재판소의 종전 입장을 재차 확인하였다.



## 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제11조 제1항 위헌소원

- 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제11조 제1항 중  
마약류관리에 관한 법률 제58조 제1항 제6호 가운데 ‘수입’에 관한  
부분이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2014. 4. 24. 2011헌바2, 판례집 26-1상, 621)

### 정 한 별\*

#### 【판시사항】

구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2004. 10. 16. 법률 제7226호로 개정되고, 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 중 마약류관리에 관한 법률 제58조 제1항 제6호 가운데 ‘수입’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 마약류관리에 관한 법률 제58조 제1항 제6호 중 ‘수입’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 마약법조항’이라 한다)과의 관계에서 형벌체계상의 균형을 잃어 평등원칙에 위반되는지 여부(적극)

#### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’(2004. 10. 16. 법률 제7226호로 개정되고, 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 중 마약류관리에 관한 법률 제58조 제1항 제6호 가운데 ‘수입’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2004. 10. 16. 법률 제7226호로 개정되고 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것)

---

\* 헌법연구관

제11조(마약사범 등의 가중처벌) ① 마약류관리에관한법률 제58조 제1항 제1호 내지 제4호, 제6호 및 제7호에 규정된 죄(매매, 수수 및 교부에 관한 죄와 매매목적·매매알선목적 또는 수수목적의 소지·소유에 관한 죄를 제외한다) 또는 그 미수죄를 범한 자는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2008. 1. 4.경 향정신성의약품인 메스암페타민 287.4그램을 밀 수입하고, 2009. 4. 13.경 메스암페타민 약 0.6그램을 판매하였다는 취지의 마약류관리에관한법률위반(향정)죄로 기소되어 2010. 4. 30. 부산지방법원에서 징역 4년을 선고받았다. 그런데 항소심에서 죄명을 ‘특정범죄가중처벌등에관한법률위반(향정)’으로 변경하고 적용법조로 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘특가법’이라 한다) 제11조 제1항을 추가하는 내용의 공소장변경이 이루어져 청구인은 2010. 10. 13. 변경된 죄명으로 징역 6년을 선고받았다. 이에 청구인은 대법원에 상고하여 그 재판 계속 중 특가법 제11조 제1항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2010. 12. 9. 상고가 기각되고 위 신청도 기각·각하되자, 2011. 1. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항은 이 사건 마약법조항과 구성요건이 같은데 법정형만 가중하고 있어 적용기준이 모호하고 법집행기관의 자의적 법집행을 가능하게 하므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다. 또한 이 사건 마약법조항이 이미 무겁게 처벌하고 있는 마약류 수입행위를 다시 가중하여 처벌하고 있고, 마약류의 제조행위가 수입행위보다 그 불법성이 더 큼에도 불구하고 이들을 동일하게 처벌하고 있으므로 책임과 형벌의 비례원칙에도 위반된다.

## 【결정요지】

이 사건 법률조항은 이 사건 마약법조항과 똑같은 내용의 구성요건을 규

정하면서 법정형의 하한만 5년에서 10년으로 올려놓았다. 마약류취급자가 아닌 사람이 향정신성의약품을 수입하는 경우 검사는 이 사건 법률조항을 적용하여 기소하는 것이 특별법 우선의 법리에 부합할 것이나, 이 사건 마약법조항으로 기소할 수도 있는데, 어느 법률조항이 적용되는지에 따라 집행유예의 가능성이 달라지는 등 심각한 형의 불균형이 초래된다. 일반법에 대비되는 특별법은 개념적으로 일반법의 모든 구성요건을 포함하면서 그 밖의 특별한 표지까지 포함한 경우를 뜻하므로, 이 사건 법률조항 역시 이 사건 마약법조항의 구성요건 이외에 별도의 가중적 구성요건 표지를 규정하는 것이 필요하다. 그러나 이 사건 법률조항은 그러한 표지 없이 법적용을 오로지 검사의 기소재량에만 맡기고 있어 법집행기관 스스로 법적용에 대한 혼란을 겪을 수 있고, 이는 결과적으로 국민의 불이익으로 귀결되며 수사과정에서 악용될 소지도 있다. 결국 이 사건 법률조항은 형사특별법으로서 갖추어야 할 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하므로, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배되고 그 내용에 있어서도 평등원칙에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건 마약법조항은 마약류취급자가 아님에도 향정신성의약품 수입행위의 금지규정에 위반하여 향정신성의약품 또는 그 물질을 함유하는 향정신성의약품을 수입한 사람에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다고 규정하고 있고, 이 사건 법률조항은 이 사건 마약법조항에 규정된 죄를 범한 사람에 대하여 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 즉, 이 사건 법률조항은 이 사건 마약법조항과 똑같은 내용의 구성요건을 규정하면서 법정형의 하한만 5년에서 10년으로 올려놓았으므로, 이 사건 법률조항이 이 사건 마약법조항과의 관계에서 형벌체계상의 균형을 잃어 평등원칙에 위반되는지 여부가 문제된다.

## 2. 이 사건 법률조항의 연혁

헌법재판소는 2003. 11. 27. 구 특가법(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정되고, 2004. 10. 16. 법률 제7226호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 중 마약류관리에 관한 법률(이하 '마약류법'이라 한다) 제58조 제1항 제1호 소정의 '매수' 및 '판매목적소지'에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 하였다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242). 이에 따라 특가법이 2004. 10. 16. 법률 제7226호로 개정되면서, 제11조 제1항의 처벌대상에 '향정신성의약품'의 수입행위가 포함된 마약류법 제58조 제1항 제6호에 규정된 죄가 추가되고, 영리범과 상습범이 아닌 단순범은 가중처벌의 대상에서 제외되는 등 위 위헌결정의 취지가 반영되었다. 이때부터 향정신성의약품 수입행위가 마약류법 이외에 특가법 제11조 제1항에서 가중처벌되기 시작하였고, 그 후 특가법이 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되면서 일부 자구의 수정이 있었을 뿐 그 내용은 동일하게 유지되고 있다.

## 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### 가. 심사기준

어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도, 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 인간의 존엄과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐 아니라 법의 내용에 있어서도 평등원칙에 반하는 위헌적 법률이 된다(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12: 헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10등, 판례집 20-2하, 523, 536-537 참조). 또 형사특별법은 그 입법목적에 따른 새로운 가중처벌사유가 추가될 때에만 그 가중처벌이 의미를 가지고, 동일한 목적을 위하여 하나의 범죄행위에 대한 형을 거듭 가중함으로써 형벌체계상 지나치게 가혹한 형을 규정하는 것은 형벌의 기능과 목적을 달성하는 데 필요한 정도를 현저히 벗어나 너무 무거운 형벌을 부과하여 책임원칙에 반한다(헌재 2010. 4. 29. 2008헌바170, 판례집 22-1하, 1, 16-17 참조).

## 나. 판단

이 사건과 같이 마약류취급자가 아닌 사람이 향정신성의약품을 수입하는 경우, 검사는 특정범죄에 대한 가중처벌을 통하여 건전한 사회질서를 유지하고 국민경제의 발전에 기여한다는 특가법의 입법목적(제1조)에 따라 이 사건 법률조항을 적용하여 기소하는 것이 특별법 우선의 법리에 부합할 것이다. 그러나 범인의 성행·범행의 경위·범죄 전력·결과발생의 정도 등 여러 사정을 고려하여 이 사건 마약법조항을 적용하여 기소할 수도 있는데, 이러한 기소가 적법함은 물론 이 경우 법원은 공소장의 변경 없이는 형이 더 무거운 이 사건 법률조항을 적용할 수 없다. 그런데 이 사건 법률조항으로 기소된 피고인은 법정형을 감경하더라도 5년 이상의 형의 선고가 불가피하여 집행유예를 받을 수 없게 되고, 이 사건 마약법조항으로 기소된 피고인은 한 차례의 법률상 감경이나 작량감경만으로도 형의 집행유예가 가능하게 된다. 이와 같이 어느 법률조항이 적용되는지 여부에 따라 심각한 형의 불균형이 초래된다.

일반법에 대비되는 특별법은 개념적으로 특별법의 구성요건이 일반법의 모든 구성요건을 포함하면서 그 밖의 특별한 표지까지 포함한 경우를 뜻한다. 특가법에서 말하는 가중처벌도 단순히 법정형만의 가중을 뜻하는 것이 아니라 일반법 조항의 구성요건 이외에 특별한 구성요건 표지를 추가한 가중처벌의 근거를 마련하는 것을 포함한다고 해석하여야 한다. 만일 구성요건 표지의 추가 없이 법정형만을 가중하려고 한다면 일반법의 법정형을 올리면 되지 따로 특별법을 제정할 필요가 없기 때문이다. 따라서 이 사건 법률조항이 이 사건 마약법조항보다 법정형을 가중하기 위해서는 가액, 수량, 범행방법, 신분 등 별도의 가중적 구성요건의 표지를 규정하는 것이 필요하다.

현행 특가법 조항을 살펴보다라도, 뇌물죄는 가액에 따라(제2조), 체포·감금죄는 결과발생의 정도에 따라(제4조의2) 법정형을 정하고 있고, 보복범죄의 가중처벌(제5조의9), 운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등의 가중처벌(제5조의10) 등에 관해서도 가중적 구성요건의 표지를 추가하여 규정하고 있다. 이에 반하여 이 사건 법률조항은 그러한 표지가 전혀 없이 법 적용을 오로지 검사의 기소재량에만 맡기고 있으므로, 법집행기관 스스로

도 법적용에 대한 혼란을 겪을 수 있고, 이는 결과적으로 국민의 불이익으로 돌아올 수밖에 없다. 한편, 이러한 사정은 법집행기관이나 피의자나 피고인으로부터 자백을 유도하거나 상소를 포기하도록 하는 수단으로 악용될 소지도 있다.

#### 다. 해설

법치국가에서 입법자에게 요청되는 체계정당성 내지 체계균형성의 원리라 함은, 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 수평적 관계이건 수직적 관계이건 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 헌법적 원리에 해당한다. 이는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하여야 한다는 것으로 입법자를 기속한다. 이처럼 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이고, 이는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것이라 할 수 있다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40등, 판례집 17-1, 946, 962-963). 따라서 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이라는 문제가 제기된다(헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10등, 판례집 20-2하, 523, 536-537).

이 사건 결정이 있기 전에 헌법재판소는 2010. 4. 29. 2008헌바170 사건(구 특가법 제9조 제2항에 대한 위헌소원 사건, 판례집 22-1하, 1)에서 이 사건 법률조항과 유사한 구조로 규정되어 있던 구 특가법 제9조 제2항에 대하여 5:4로 합헌 결정을 한 바 있다. 구 특가법(2005. 8. 4. 법률 제7678호로 개정되고, 2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항은 ‘산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘산림자원법’이라 한다) 제73조 제3항에서 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’으로 일반 산림절도에 비해

가중처벌되고 있는 ‘장물 운반을 위해 차량을 사용한 산림절도’ 행위에 대하여, 새로운 가중처벌 사유 없이 재차 ‘무기 또는 5년 이상의 징역’으로 가중처벌하고 있었다. 헌법재판소는 위 특가법 조항이 이중처벌금지원칙이나 책임과 형벌의 비례원칙에 위반되지 아니한다고 하였는데, 산림자원법 조항을 그대로 둔 채 이와 다른 특별한 가중 사유 없이 별도로 재차 가중처벌하는 규정을 두는 것은 바람직하지 아니한 입법방식이라고 하면서도, 특가법에 가중처벌할 특정범죄를 일괄하여 정함으로써 각 형벌 사이의 체계적 균형을 도모하는 한편, 국민으로 하여금 가중처벌하는 범죄와 형벌에 대한 예측가능성 및 이에 따른 범죄의 일반예방효과를 높일 수 있고, 어느 특별 구성요건을 적용하여 기소하느냐에 따라 동일한 범죄에 대한 법정형이 달라지는 문제는 검사의 기소재량에 의한 결과일 뿐이므로 책임과 형벌간의 비례원칙 등에 위반되지 아니한다고 실시하였다. 이에 대하여 4인의 위헌의견은 어떠한 경우에 산림자원법이 적용되고 어떠한 경우에 특가법이 적용될 것인지에 대하여 명시적 규정은 물론 이를 예측할 수 있는 아무런 기준이 없어 동일한 범죄에 대하여 법정형이 상대적으로 낮은 산림자원법 조항을 적용할 것인지, 아니면 법정형이 매우 무거운 특가법 조항을 적용할 것인지 전적으로 법집행기관의 재량에 의해 좌우될 수밖에 없으므로, 집행기관의 자의적인 법적용을 허용하게 되고, 결국 새로운 추가사유 없이 동일한 행위를 가중처벌함으로써 책임원칙에 반한 과중한 형벌을 부과하고 있다는 취지로 판시하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 특별한 가중의 구성요건 표지 없이 법정형만을 가중하고 있는 이 사건 법률조항에 대하여 이 사건 마약법조항과의 관계에서 형벌체계상의 균형을 상실하여 위헌이라 판단하였다. 이러한 태도는 2008헌바170 사건에서 특별한 가중 사유 없이 별도로 재차 가중처벌하는 입법방식이 바람직하지 않다는 것을 밝히는 정도에서 한 발 더 나아간 것으로서, 특가법에서 말하는 가중처벌이란 단순히 법정형만의 가중을 뜻하는 것이 아니라 그 밖의 특별한 표지를 추가한 가중처벌의 근거를 마련하는 것을 포함한다는 점을 분명히 한 것이다. 이는 위 2008헌바170 결정의 반대대의견이 지적한 특가법 조항에 대한 위헌의식과 맥을 같이하는 것으로 볼 수 있다. 다만 이 사건에서 헌법재판소는 형벌이 죄질과 책임에 상

응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다는 책임과 형벌의 비례원칙의 문제에 앞서 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순 없이 체계와 균형을 이루어야 한다는 형벌체계상 균형의 상실 문제로서 일차적으로 접근하였다는 점에서 차이를 발견할 수 있다.

헌법재판소는 결정 말미에서 이 사건 법률조항이 이미 형벌체계상의 균형을 잃어 위헌이므로 더 나아가 책임과 형벌의 비례원칙 위반이나 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부를 판단하지 아니한다고 실시하였다.<sup>1)</sup> 덧붙이건대, 청구인은 어느 조항을 적용하여 기소할 지에 관하여 법집행기관의 자의가 개입될 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다는 주장을 하였는데, 죄형법정주의의 명확성원칙은 구성요건이나 형량 자체가 불명확한지 여부에 대한 심사기준으로서(헌재 2009. 2. 26. 2008헌바9등, 판례집 21-1상, 137, 146 참조) 청구인은 위와 같은 불명확성을 다투고 있는 것이 아니고 이 사건 법률조항은 그 자체로 구성요건과 형량이 완결된 구조를 가지고 있으므로, 이러한 주장은 일반적으로 헌법재판소가 실시해 온 죄형법정주의의 명확성원칙 심사와는 부합하지 않는 측면이 있다. 청구인의 주장은 실질적으로 앞서 살펴본 형벌체계상의 균형 심사로 충족될 수 있다.

#### 4. 결정의 의의

이 사건 결정은 동일한 구성요건을 규정하면서 특별한 표지 없이 법정형을 가중하는 법률조항이 형벌체계상의 균형을 잃어 평등원칙에 위반됨을 밝혔다는 데 의의가 있다. 이로써 입법자는 특별법을 제정할 때 일반법에 대한 가중처벌의 근거로서 작용하는 특별한 구성요건 표지를 명확히 함으로써 형벌체계상의 균형을 확보하고 책임과 형벌 사이의 비례를 달성하는 등 궁극적으로 인간의 존엄과 가치를 보장하여야 할 것이다.

헌법재판소는 1995. 4. 20. 특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 및 마

1) 책임과 형벌의 비례원칙에 위반되는지 여부는 이 사건 법률조항이 규정한 법정형 그 자체가 책임에 비하여 과중한 형벌인지를 판단하는 것으로서 위와 같이 형벌 체계상의 균형을 잃었음을 논증한 논의구조와 다른 평면을 구성할 수 있다고 생각된다.

약법 제60조에 대한 위헌소원 사건(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478)에서, 마약법 규정을 위반하여 마약을 수입·수출·제조·제제·소분이나 매매·매매의 알선을 할 목적으로 소지한 자를 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처하는 구 마약법(1993. 12. 27. 법률 제4632호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항과 이와 동일한 죄를 범한 자를 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하는 구 특가법(1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정되고, 2000. 1. 12. 법률 제6146호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항에 대하여 형벌체계상 균형을 현저히 잃게 되어 다른 범죄자와의 관계에 있어 평등의 원리에 반한다거나 헌법상 비례의 원칙이나 과잉금지원칙에 위반되지 않는다는 취지로 합헌결정을 한 바 있다. 위 91헌바11 결정의 심판대상이 이 사건과 다르지만 그 실질적인 규정 내용은 같으므로 이 사건 결정의 결론 부분에서 위 91헌바11 결정 중 이 사건 결정의 견해와 저촉되는 부분을 그 범위 안에서 변경한다는 점을 아울러 밝히고 있다.

이 사건 결정이 선고된 이후 헌법재판소는 2015. 2. 26. 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항 위헌제청 등 사건(헌재 2015. 2. 26. 2014헌가16등, 공보 221, 346)에서 이 사건 법률조항과 동일한 구조로 규정되어 있던 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제5조의4 제4항 중 형법 제363조 가운데 형법 제362조 제1항의 ‘취득’에 관한 부분에 대하여도 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃어 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐 아니라 그 내용에 있어서도 평등원칙에 위반된다는 취지로 위헌결정을 하였다.



## 고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률 제2조 제4호 등 위헌소원

- 부모가 고엽제후유증환자인지 여부에 따라 척추이분증을 얻은 고엽제 2세를 달리 취급하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부 -  
(헌재 2014. 4. 24. 2011헌바228, 판례집 26-1하, 16)

박 대 규\*

### 【판시사항】

부모가 고엽제후유증환자인지 여부에 따라 척추이분증을 얻은 고엽제 2세를 달리 취급하는 ‘고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8793호로 개정된 것, 이하 ‘고엽제법’이라 한다) 제2조 제4호 중 ‘제5조 제3항 제1호’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

청구인은 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 제2조 제4호와 고엽제후유증 2세환자의 질병범위를 규정하고 있는 같은 법 제5조 제3항 모두를 심판대상으로 청구하고 있다. 그러나 고엽제후유증 2세환자로 인정되는 질병 범위에 대하여는 전혀 다투지 않으므로 같은 법 제5조 제3항은 심판대상에서 제외하며, 청구인은 척추이분증 환자이므로 이 사건 심판대상을 같은 법 제2조 제4호 중 ‘제5조 제3항 제1호’ 부분으로 한정한다. 따라서 이 사건 심판대상은 ‘고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률’(2007. 12. 21. 법률 제8793호로 개정된 것, 이하 ‘고엽제법’이라 한다) 제2조 제4호 중 제5조 제3항 제1호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8793호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. “고엽제후유증 2세환자”란 제4조와 제7조에 따라 고엽제후유증환자로 결정·등록된 자 및 제8조에 따라 이미 사망한 고엽제후유증환자로 인정된 자의 자녀(월남전에 참전한 날 이후 또는 1967년 10월 9일부터 1970년 7월 31일 사이에 남방한계선 인접지역에서 복무한 날이나 고엽제살포업무에 참가한 날 이후에 잉태되어 출생한 자녀를 말한다) 중 제5조 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 질병을 얻은 자를 말한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인의 아버지인 손○오는 월남전에 참전한 후 지루성피부염을 얻어 고엽제후유의증환자로 등록되었고, 척추이분증에 걸린 청구인은 인천보훈지청장에게 고엽제후유증 2세환자 등록신청을 하였다. 그러나 인천보훈지청장은 2009. 8. 7. “고엽제후유증 2세환자는 고엽제후유증환자의 자녀만 그 대상이 될 수 있는데 위 손○오는 고엽제후유증환자가 아닌 고엽제후유의증환자일 뿐이어서, 그 아들인 청구인은 고엽제후유증 2세환자의 대상자가 될 수 없다”는 이유로 청구인의 신청을 기각하였다.

그러자 청구인은 인천지방법원에 고엽제후유증 2세환자 등록신청 거부 처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(2009구단2228), 그 소송 계속 중 ‘고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률’ 제2조 제4호, 제5조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2011. 8. 23. 위 신청이 기각되자(2010아42), 2011. 9. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유

#### 가. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항에서 고엽제후유증환자의 자녀가 척추이분증을 얻은 경우에만 지원을 하고, 고엽제후유의증환자의 자녀가 척추이분증을 얻은

경우에는 전혀 지원을 하지 않는 것은 자의적인 차별로 평등원칙에 위반되며, 고엽제후유의증환자의 자녀로서 척추이분증을 얻은 자의 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

## 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 고엽제 관련 법률의 변천과정과 고엽제후유증 및 고엽제후유의증의 규정 배경 등에 비추어 볼 때, 고엽제후유의증의 인정 여부나 나아가 고엽제후유의증 2세환자 등에 대한 지원 여부는 제도의 단계적인 개선에 해당한다고 보아야 하고 따라서 이에 관하여는 입법자의 형성의 자유가 인정된다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 고엽제후유증 2세환자에 대해서만 규정을 두고 고엽제후유의증 2세환자<sup>1)</sup> 등에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다고 하여 이것만을 놓고 입법자에게 허용된 형성의 자유의 범위를 일탈한 것으로 볼 수는 없다.

그리고 고엽제후유증 질병 대부분은 기존의 다양한 역학조사결과 등에 비추어 고엽제와의 연관성이 인정됨에 비하여 고엽제후유의증 질병의 경우에는 고엽제와의 원인적 연관성을 인정할 수 있는 신뢰할만한 역학조사결과가 충분하지 않음에도 사회정책적 및 보훈정책적 차원에서 인정한 것에 불과하므로, 고엽제 관련 법률에 규정된 고엽제후유증과 고엽제후유의증을 본질적으로 같은 것으로 취급할 수 없다.

(2) 현재 국가는 생활능력이 없는 장애인 등의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국민기초생활보장법, 장애인복지법, 장애인연금법 등 다수의 법령을 제정·시행하는 등의 방법으로 그들의 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 고엽제후유증 2세환자에 관하여만 규정을 두고 고엽제후유의증 2세환자 등에 관한 규

---

1) 고엽제후유증 2세환자, 고엽제후유의증 2세환자의 개념을 이와 같이 부(父)가 고엽제후유증에 걸렸는지 여부로 분류하는 것 자체에 문제를 제기할 수도 있다. 후술하는 바와 같이 미국이나 호주와 달리 우리나라에서만 고엽제후유의증제도를 인정하고 있다. 그렇다면 고엽제후유증 2세환자라는 개념은 1세의 베트남참전 및 고엽제노출로 인하여 그 2세에게 고엽제노출과 상관성 있는 질병이 생겼을 때 그 2세를 고엽제후유증 2세환자라고 하고, 그 2세에게 고엽제노출과 상관성이 증명되지 않지만 그 노출로 인한 것으로 의심은 될 수 있는 질병이 생겼을 때 그 2세를 고엽제후유의증 2세환자라고 하여야 한다는 개념 정의도 가능하다.

정을 두고 있지 않다고 하여 그러한 사정만으로 국가가 실현해야 할 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 법률조항이 입법자에게 허용된 형성의 자유의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없는 이상, 이 사건 법률조항에서 고엽제후유증 2세환자에 관한 규정만을 두고 고엽제후유증 2세환자 등에 관한 규정을 두고 있지 않다고 하여 이 사건 법률조항이 최소한의 기본적 보상이나 사회보장을 하지 않아 관련자들의 인간으로서의 인격이나 본질적 가치를 훼손할 정도에 이른다고 할 수 없다.

(4) 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적 의미의 자유권으로서의 성격을 가지는 것인데, 이 사건 법률조항은 자유권이나 자유권의 제한영역에 관한 규정이 아니므로 이 사건 법률조항이 행복추구권을 침해한다고도 할 수 없다.

### **【결정요지】**

고엽제법 제정 당시 고엽제 2세에 대하여는 아무런 지원을 하지 아니하던 것을, 고엽제후유증환자의 자녀 중 척추이분증을 얻은 자에게 지원을 실시하도록 개선하고, 다시 그 자녀 중 말초신경병, 하지마비척추병변을 얻은 자에게도 지원을 확대하는 입법의 변천과정에 비추어 볼 때, 고엽제법에서 참전군인 등의 2세들에 대한 지원 제도를 두면서 그 수혜의 범위를 우선적으로 고엽제의 노출과 상관관계가 인정된 고엽제후유증환자의 2세만을 대상으로 한 것이 현저히 합리성을 결여한다고 할 수 없다. 즉, 고엽제와 질병 간의 상관관계가 인정된 고엽제후유증환자와 그 자녀에 대한 지원의 필요성이 아직까지 고엽제와 질병 간의 상관관계가 밝혀지지 않은 고엽제후유증환자와 그 자녀에 대한 지원의 필요성보다 더 크다고 보아 우선적으로 지원하기로 한 입법자의 판단에는 합리적인 이유가 있으므로 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

## 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 김창중, 재판관 서기석의 헌법불합치 의견

직접 월남전에 참전하거나 기타 업무 등을 수행한 공훈은 없으나 월남전에 참전한 사람이 복무 중 고엽제에 노출되었고, 그로 인하여 그 자녀가 특정 질병을 가진 것이 밝혀질 경우 그 희생에 대한 지원은 당연히 이루어져야 한다.

고엽제 2세들에 대한 지원 여부가 제도의 단계적 개선 문제라고 하더라도, 고엽제 2세들에 대한 지원의 근거가 ‘희생과 공훈의 정도’ 또는 ‘고엽제 2세환자의 생계곤란의 정도나 보호할 만한 가치나 지원의 필요성’이라고 한다면 1세가 고엽제후유증을 얻었는지 여부로 인하여 그것이 달라진다고 할 수는 없다.

따라서 그 1세가 고엽제후유증을 얻었는지 여부에 따라 1세의 고엽제 노출과 상관관계가 있는 것으로 인정된 질병인 척추이분증을 얻은 2세들에 대한 지원 여부를 차별하는 것은 합리성을 인정하기 어려워 이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 평등원칙에 위배된다.

### 【해 설】

#### 1. 사안의 쟁점

고엽제후유증환자의 자녀로서 척추이분증에 걸린 사람과 고엽제후유의증환자의 자녀로서 척추이분증에 걸린 사람은 모두 업무 수행 중 고엽제에 노출된 참전군인 등의 2세로서 같은 질병에 걸린 사람인데, 이 사건 법률조항에 의하면 전자의 경우만 고엽제후유증 2세환자로서 고엽제법에 따른 지원 대상이 되고 후자는 지원 대상에 포함되지 않음으로써 양자 간에 차별이 발생한다.

따라서 그 부모가 고엽제후유증환자인지 여부에 따라 척추이분증을 얻은 고엽제 2세를 달리 취급하는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 헌법불합치의견으로 비록 헌법불합치의견이 다수이긴 하지만 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하므로 헌법에 위반되지 않는다는 선언을

하게 되었다.

이하에서는, 이 사건 심판대상 조항과 관련하여 고엽제법의 연혁, 내용, 다른 나라의 고엽제2세 지원제도, 우리나라의 고엽제법의 보호범위의 특징 등을 살펴보고, 이 사건 심판대상 조항의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 결정에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 고엽제법 개관

### 가. 고엽제법 입법배경 등

#### (1) 입법배경

1962년부터 1971년까지 미군은 베트남전에서 군사목적으로 고엽제를<sup>2)</sup> 사용하였다. 그리고 한국군도 미군의 지원을 받아 1968년부터 고엽제를 사용하였는데, 삼림이 우거진 곳에 대량으로 살포할 때는 미공군수송기가 동원되었고 전술기지나 도로 주변 등 소량으로 살포할 때는 미 육군으로부터 헬기를 지원받거나 인력으로 살포하였다.

미국에서는 이미 70년대 중반부터 베트남 전쟁 당시 살포된 고엽제 중 다이옥신 성분이 건강에 미치는 영향에 대하여 많은 논란이 제기되기 시작했다. 1979년 고엽제로 인하여 각종 질환이 발생하였다고 주장하는 미국, 호주, 뉴질랜드의 베트남전 참전군인들이 집단으로 다우케미칼 등 7개 고엽제 제조회사를 상대로 미국 연방법원에 손해배상청구소송을 제기하였다.<sup>3)</sup>

한편 우리나라는 1991년 호주교민을 통하여 고엽제 피해보상 문제가 국내에 알려지기 시작하였고, 1992년에 언론에 고엽제 문제가 보도됨으로써

2) 고엽제는 고엽제가 들어있는 드럼통에 칠해진 띠의 색깔에 따라 여러 가지 코드명으로 불리었다. 여기에는 Agent Orange, White, Blue, Purple, Pink, Green 등이 있다. 1962년에서 1965년까지는 Agent Purple, Blue, Pink, Green등이 소량 이용되었으며, 1965년에서 1970년까지는 Agent Orange, White, Blue등이 이용되었다. 1970년에서 1971년까지는 Agent White와 Blue만이 이용되었다. 이 중 Agent Orange가 가장 많은 양이 살포되어 고엽제의 대명사로 불린다. 고엽제2세 역학조사 최종보고서, 4쪽, 2010. 10.

3) 1979년부터 1984년까지 계속된 이 소송은 고엽제에 함유된 다이옥신과 원고들에게 나타난 각종 질환의 과학적·의학적인 인과관계가 있는지 치열한 다툼이 전개되었으나 법정판결이 나지 않고 양측이 합의함으로써 종결되었다. 이 합의안에 따라 다우케미칼 등 7개 고엽제 제조회사는 1984년 5월 1억8000만원불의 보상금을 지급하기로 하였다.

비로소 고엽제 문제는 사회적 관심을 끌기 시작하였다. 이에 따라 월남참전 재향군인으로 원인모를 질병을 앓아 오던 사람들은 그들의 질병이 고엽제 폭로에 의한 후유증으로 의심하기에 이르렀고, 1992. 9. 26. 독립기념관에서 ‘과월의 날’ 행사를 마치고 돌아가던 과월용사 5,000명 가운데 400여명이 경부고속도로를 막고 정부의 고엽제 피해와 보상대책을 요구하는 농성을 벌임으로써 국민의 이목이 집중되었다.

이에 정부 관련부처에서는 대책회의를 열고 1992. 10. 29. “고엽제후유의증환자진료에 관한 법률”안을 작성, 입법예고하였고, 1993년 2월 국회본회의의 상정 및 의결을 거쳐 1993. 3. 10. 법률로 공포, 같은 해 5. 11.부터 시행하였다.<sup>4)</sup>

특히 고엽제의 노출에 의해 참전군인 본인의 생식기능 뿐만 아니라 그 2세의 건강에도 영향을 미친다는 미국 국립과학원의 보고가 이어진 후 고엽제2세에 대하여도 지원을 하게 되었다.

## (2) 미국의 입법례

미국은 1991년에, 한국은 1993년부터 입법으로 고엽제 관련 환자를 위한 국가보상과 지원정책을 실시하였다. 미국과 한국의 고엽제 관련 피해보상정책의 기초는 고엽제와 해당 질병과의 상관관계이다.

미국 국가보훈부는 1991년에 고엽제관련 법률(Agent Orange ACT of 1991)의 제정에 따라 미국 국립과학원에 고엽제와 해당 질병간의 상관관계를 규명하기 위한 연구를 의뢰하고, 연구결과를 기초로 고엽제 관련 국가보상정책을 실시하였다. 국립과학원은 격년제로 연구 결과를 발표하고, 국가보훈부는 그 결과를 보상정책에 반영하였다. 미국은 1991. 2. 6. Public Law 102-4, the Agent Orange Act of 1991에 의하여 일정한 질병에 관하여는 그 질병이 고엽제로 인하여 발생한 것으로 보는 간주 규정을 두게 되었으며 그 후 역학조사를 통하여 고엽제로 인한 질병의 범위가 점점 확대되자 Public Law 103-446, the Veteran's Benefit Improvement Act of 1994에 의하여 고엽제로 인하여 발생한 것으로 보는 질병을 추가하였으며, 그 후

4) 이후 국내의 3차에 걸친 역학조사와 이와 별도로 2세에 관한 역학조사가 있었다. 1차역학조사(1995-1996)(김정순 등 1996), 2차역학조사(1998-2001)(오희철 등 2001), 3차역학조사(2003-2006)(오희철 등 2006), 2세역학조사(이상욱 등 2010.10.)

Public Law 104-204, the Agent Orange Act of 1996에 의하여 2세 환자에 대한 보상 등을 규정하고 있다.<sup>5)</sup> 현재 미국에서 고엽제 환자의 국가보상을 인정하는 질병은 16종류이며<sup>6)</sup>, 우리가 인정하는 고엽제후유증의 질병은 지원을 하지 않는다.

### (3) 고엽제법 연혁

(가) 우리 고엽제법은 1993년에 제정되어 1995년에 그 명칭과 함께 전면 개정이 있는 후 20여회에 걸친 개정과정을 통해 현행법에 이르렀다. 현재 우리 고엽제법은 고엽제후유증은 18종류를, 고엽제후유증의 증은 19종을, 고엽제2세 환자(이하에서 베트남전쟁 등 고엽제 노출지역에서 복무한 군인들의 자녀를 ‘고엽제2세’라 한다)로서 고엽제후유증 2세의 질병범위로 3종류를 규정하고 있다. 한국의 고엽제 환자 보상정책은 미국 국립과학원의 연구결과를 참조하여 실시되었다. 다만, 미국과는 달리 한국은 고엽제와의 상관관계가 확인은 되지 않았으나 고엽제와의 개연성이 있다고 주장되는 질병을 고엽제후유증으로 분류하고 국가가 지원을 하고 있다.<sup>7)</sup>

#### (나) 고엽제2세 관련

1993. 3. 10. 법률 제4547호 고엽제법 제정 당시에는 고엽제후유증 2세 환자가 지원 대상에 포함되지 않았다. 1997. 12. 24. 법률 제5479호 개정 시 비로소 ‘고엽제후유증 2세’가 지원대상으로 추가되었는데 질병을 ‘척추이분증’에 한하여 인정하였고, 2000. 2. 3. 법률 제6264호 개정 시에 고엽제2세

5) 현재 98헌가4 고엽제후유증환자지원등에관한 법률 제6조 제1항 위헌제청 사건 연구보고서 17-18쪽 참조

6) <http://www.publichealth.va.gov/exposures/agentorange/diseases.asp> 참조, 16종으로 Acute and Subacute Peripheral Neuropathy(말초신경병), AL Amyloidosis(알 아밀로이드증), Chloracne (or Similar Acneform Disease)(염소성여드름), Chronic B-cell Leukemias(만성B-세포백혈병), Diabetes Mellitus (Type 2)(제2형 당뇨병), Hodgkin's Disease(호지킨병), Ischemic Heart Disease(허혈성심질환), Multiple Myeloma(다발성골수종), Non-Hodgkin's Lymphoma(비호지킨림프선암), Parkinson's Disease(파킨슨병), Porphyria Cutanea Tarda(만발성피부포르피린증), Prostate Cancer(전립선암), Respiratory Cancers(폐암), Soft Tissue Sarcoma (other than Osteosarcoma, Chondrosarcoma, Kaposi's sarcoma, or Mesothelioma)(연조직육종암, 후두암, 기관암을 규정하고 있음

7) 백환기, 「고엽제 피해 범위 인정의 확대경향에 따른 대책」 150쪽, 보건사회연구 제20권 제1호

환자 질병에 ‘말초신경병’, ‘하지마비척추병변’을 추가하였다. 고엽제2세 환자 질병으로 추가한 위 2개의 질병에 대하여는 그 근거가 명확하지 않으며, ‘말초신경병’의 경우에는 제정 당시 고엽제후유증환자의 대다수가 분포된 말초신경병을 정책적으로 고려한 것으로 보인다. 이와 같이 2세 질병에 ‘말초신경병’과 ‘하지마비척추병변’이 추가된 것은 의원발의 법안의 입법과정에서 정책적 고려에 의한 것으로 명확한 기준에 의한 신뢰성 있는 근거자료의 제시가 어려우며 결국 이러한 입법과정이 고엽제 환자 사이에서도 상대적 박탈감이나 위화감을 조성하여 고엽제법을 불신하는 큰 이유가 된다는 주장도 제기된다.<sup>8)</sup>

또한 우리 고엽제법상의 고엽제2세에 대한 지원요건으로서 1세가 고엽제후유증환자이어야 한다는 것이 미국이나 호주와는 다른 점이다.

#### (4) 고엽제법 내용

##### (가) 대상자 요건

##### 1) 본인

월남전참전의 경우는 1964년 7월 18일부터 1973년 3월 23일 사이에 월남전에 참전하여 고엽제 살포지역에서 군인이나 군무원으로서 복무하고 전역·퇴직한 자와 정부의 승인을 얻어 전투나 군의 작전에 중군한 기자로서 고엽제법 제5조 제1항(고엽제후유증), 제2항(고엽제후유의증)에 해당하는 질병이 있는 자이고(고엽제법 제2조 제1호 가호), 국내전방복무의 경우는 1967년 10월 9일부터 1970년 7월 31일 사이에 남방한계선 인접지역에서 군인이나 군무원으로서 복무하거나 고엽제 살포업무에 참가하고 전역·퇴직한 자로서 고엽제법 제5조 제1항(고엽제후유증), 제2항(고엽제후유의증)에 해당하는 질병이 있는 자이다.

##### 2) 고엽제후유증 2세환자

고엽제법 제4조와 제7조에 따라 고엽제후유증환자로 결정·등록된 자 및 제8조에 따라 이미 사망한 고엽제후유증환자로 인정된 자의 자녀로서 월남

8) 길은영 「고엽제후유증환자 지원정책의 형성과정 연구: 행정부내 입법과정을 중심으로」, 44쪽, 이화여대 정책과학대학원, 2002. 12. , 위 「고엽제 피해 범위 인정의 확대경향에 따른 대책」 168쪽 참조.

전에 참전한 이후 또는 1967년 10월 9일부터 1970년 7월 31일 사이에 남방  
한계선 인접지역에서 복무하거나 고엽제 살포업무에 참가한 날 이후에 임  
신되어 출생한 자녀 중 제5조 제3항에 해당하는 질병이 있는 자이다.

고엽제법에 의하여 보호를 받는 대상으로 고엽제의 노출과 상관관계가  
증명되지 않은 질병을 지닌 고엽제후유의증환자는 포함되지만, 고엽제2세  
환자 중 ‘고엽제에 노출된 참전군인의 자녀로서 1세의 고엽제노출과 2세의  
질병 사이에 상관성을 인정할 수 있지만 1세가 고엽제후유증환자가 아닌  
경우’는 그 대상이 아니다. 즉 고엽제법은 고엽제에 노출된 참전군인 1세에  
대하여는 상관관계가 증명되지 않은 범위까지 보호를 하고 있지만 그 2세  
에 대하여는 상관관계가 인정될 수 있는 범위의 일부를 제외하고 있다고  
말할 수 있다.

(나) 대상 질병

현행법상 고엽제후유증으로는 비호지킨림프선암(非호지킨淋巴腺癌) 포함  
18종이 있고<sup>9)</sup>, 고엽제후유의증으로는 일광과민성피부염 포함 19종이 있다.<sup>10)</sup>

고엽제후유증 2세환자는 척추이분증(脊椎二分症)(다만, 은폐성 척추이분  
증은 제외), 말초신경병(末梢神經病), 하지마비척추병변(下肢痲痺脊椎병변)  
의 3종의 질병을 규정하고 있다.

대상 질병의 특징으로는 이미 서술한 바와 같이 척추이분증은 1세의 고  
엽제노출과의 상관관계가 인정되는 연구결과가 있지만 말초신경병, 하지마

- 
- 9) 1. 비호지킨림프선암(非호지킨淋巴腺癌) 2. 연조직육종암(軟組織肉腫癌), 3. 염소성  
여드름(鹽素性여드름), 4. 말초신경병(末梢神經病), 5. 만발성피부포르피린증(滿發  
性皮膚포르피린症), 6. 호지킨병, 7. 폐암(肺癌), 8. 후두암(喉頭癌), 9. 기관암(氣  
管癌), 10. 다발성골수종(多發性骨髓腫), 11. 전립선암(前立腺癌), 12. 버거병, 13. 당  
뇨병(糖尿病). 다만, 선천성 당뇨병은 제외, 14. B-세포형 만성 백혈병(만성림프성  
백혈병과 털세포백혈병을 포함한다), 15. 만성골수성백혈병(慢性骨髓性白血病),  
16. 파킨슨병. 다만, 이차성 파킨슨증 및 달리 분류된 질환에서의 파킨슨증은 제  
외한다., 17. 허혈성 심장질환, 18. AL 아밀로이드증
- 10) 1. 일광과민성피부염(日光過敏性皮膚炎), 2. 심상성건선(尋常性乾癬), 3. 지루성  
피부염(脂漏性皮膚炎), 4. 만성담마진(慢性蕁麻疹), 5. 건성습진(乾性濕疹), 6. 중  
추신경장애(中樞神經障礙) 7. 뇌경색증(腦梗塞症), 8. 다발성신경마비(多發性神經  
痲痺), 9. 다발성경화증(多發性硬化症), 10. 근위축성신경측색경화증(筋萎縮性神經  
側索硬化症), 11. 근질환(筋疾患), 12. 악성종양(惡性腫瘍), 13. 간질환(肝疾患). 다  
만, B型 및 C型 感染으로 인한 것을 제외, 14. 갑상선기능저하증(甲狀腺機能低下  
症), 15. 고혈압(高血壓), 16. 뇌출혈(腦出血), 17. 동맥경화증(動脈硬化症), 18. 무  
혈성괴사증(無血性壞死症), 19. 고지혈증(高脂血症)

비척추병변은 입법과정에서 정책적 고려에 의한 것으로 1세의 고엽제노출과의 상관관계가 인정되는 근거자료의 제시가 어렵다는데 있다.

(다) 지원내용

고엽제후유증환자는 국가유공자인 상이군경(1-7급)으로 등록하여 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’(이하 ‘국가유공자법’이라 한다)에 의한 보상 및 지원이 이루어지고 있다(보상금·의료·교육·취업지원 및 대부실시).

고엽제후유의증환자는 장애등급구분(고도·중등도·경도의 3등급)에 따른 지원이 이루어지고 있다(수당 및 의료·교육·취업지원).

고엽제후유증 2세환자도 마찬가지로 장애등급구분(고도·중등도·경도의 3등급)에 따른 지원이 이루어지고 있다(수당 및 의료). 주목할 것은 고엽제후유의증환자와 고엽제후유증 2세환자의 수당액수에서 고엽제후유증 2세환자의 수당 금액이 고엽제후유의증환자의 그것에 비하여 훨씬 많다는 것이다.

등급기준에 미달되는 경우는 보훈병원 또는 위탁진료병원에서 해당질병(합병증 포함)에 대한 국비진료가 이루어진다.

**【지원내용】**

고엽제후유증환자		고엽제후유의증환자		고엽제후유증 2세환자	
본인	유가족	본인	가족	본인	가족
연금	연금	수당 지급	-	수당지급	-
교육보호	교육보호	교육보호	교육보호	-	-
취업보호	취업보호	취업보호	취업보호	-	-
대부, 주택	대부, 주택	-	-	-	-
의료지원 (100%)	의료지원 (60%)	의료지원 (100%)	-	의료지원 (100%)	-

**【장애등급별 수당(월 지급액)】**

(단위: 천원)

구분	고도	중등도	경도
후유의증수당	688	509	334
2세환자수당	1,228	953	766

(5) 고엽제후유증환자, 고엽제후유의증환자, 고엽제후유증 2세환자의 차이  
 고엽제후유증과 고엽제후유의증은 고엽제와 질병 사이의 상관관계의 인정여부에 따른 구분으로서, 후유증은 그 상관관계가 인정되는 반면, 고엽제후유의증은 월남전 참전 중 고엽제로 인하여 질병에 걸린 것으로 의심되지만 의학적으로 증명되지 아니한 것이다. 한편 고엽제후유증 2세는 고엽제의 노출과 이로 인한 해당 질병 사이의 상관관계가 인정되는 사람이다.

고엽제의 노출과 그 발생된 질병간의 상관관계 측면에서는 고엽제후유증 2세환자는 고엽제후유증환자와 유사하다.

[2011. 12. 말 기준(보훈대상별 현황)<sup>11)</sup>]

적용대상	계(명)	본인(명)	유족(명)
고엽제후유증환자	25,723	19,251	6,472
고엽제후유의증환자 <sup>12)</sup>	55,105	55,105	0
고엽제후유증 2세환자	61	61	0
월남전쟁참전유공자	207,194	207,194	0

## 나. 다른 나라의 고엽제2세 지원제도

### (1) 미국<sup>13)</sup>

한국이나 베트남에서 고엽제 노출지역 등에서 복무한 군인들의 생물학적 자녀들이 척추이분증이나 그 외에 선천성 결손증을 가지고 있을 때 보훈당국의 지원(Departments of Veterans Affairs benefits) 적용대상이 된다.

미국 국립과학원 산하 의학원(The Institute of Medicine of the National

11) 국가보훈처 홈페이지, [http://www.mpva.go.kr/info/info600\\_view.asp?id=3332&ipp=10](http://www.mpva.go.kr/info/info600_view.asp?id=3332&ipp=10)

12) 고엽제후유의증환자의 2세로서 2세 대상 질병에 걸린 자들의 인원은 파악되어 있지 않다. 다만 정확하지 않지만 고엽제후유증 2세환자 비율(61/19,251)을 고엽제후유의증환자에 대입하여 본다면 약 175명 정도로 추산할 수 있다 [55,105×(61/19,251) ≈ 175]. 참고로 2011년도 고엽제후유증 2세환자에 대한 수당으로 641,000,000원, 고엽제후유의증환자에 대한 수당으로 262,921,000,000원의 예산이 집행되었다.

13) 미국 보훈청 홈페이지 [http://www.publichealth.va.gov/exposures/agentorange/conditions/birth\\_defects.asp](http://www.publichealth.va.gov/exposures/agentorange/conditions/birth_defects.asp) 와 'Public Law 104-204, the Departments of Veterans Affairs and Housing and Urban Development, and Independent Agencies Appropriations Act, 1997' 참조

Academy of Sciences)은 ‘고엽제와 참전군인에 관한 보고서(Update 1996 Summary and Research Highlights)’에서 베트남 참전 군인들의 2세들에게 나타나는 척추이분증과 참전군인들의 베트남에서 사용된 고엽제에의 노출과는 제한적인 증거(limited/suggestive evidence)가 있다고 하였다. 또한 2000년 미국 보훈청에서는 ‘베트남에서의 모(母)의 군복무와 그 2세가 선천적 결함을 가질 위험성은 중대하게 연관되어 있다는 것을 발견하였다’는 연구결과를 공표하였다.

이러한 발견 결과로서, 현재 보훈당국(VA)은 남녀 베트남 참전 군인들의 2세로서 척추이분증을 지닌 자들과 여성 참전 군인들의 2세로서 선천적 질병을 가진 자들에게 지원 프로그램을 제공한다.

① 베트남과 한국에서 종사한 군인들의 2세로서 척추이분증 환자

적용요건으로 대상 질병은 척추이분증이고(은폐성 척추이분증은 제외한다), 베트남 전쟁기간동안 한국 비무장지대나 베트남에서 종사한 군인의 생물학적 2세이어야 한다.

베트남에서는 1962. 1. 9.부터 1975. 5. 7.까지, 한국에서는 비무장지대나 그 근처에서 1967. 9. 1.과 1971. 8. 31. 사이에 고엽제에 노출되었어야 한다. 한국 비무장지대나 그 근처에서 1968. 4. 1.과 1971. 8. 31.사이 부대원으로 근무하였다면 고엽제에 노출되었던 것으로 간주된다.

2세는 참전군인이 베트남에 최초로 들어간 이후나 한국비무장지대에서 열거한 기간 동안 복무한 이후에 임신되었어야 한다.

② 베트남 복무 군인 여성의 2세로서 척추이분증 이외의 다른 선천적 결손을 지닌 자

선천적 결손은 영구적으로 신체나 정신에 장애가 있어야 하며, 선천적 결함이 집안 내력에 따라 발생하는 것, 출산과정에서의 충격, 잘 알려진 원인으로 신생아 상태에서의 질환으로 인한 것은 포함되지 않는다. 특정한 선천적 결손(certain birth defects)<sup>14)</sup>을 가진 2세로서 베트남에서 복무한 여성 군인의 생물학적 2세는 생물학적 모가 1961. 2. 28.을 시기로 하고, 1975. 5. 7.을 종기로 한 기간 동안 베트남에서 복무하였다면 적용된다. 그

14) 그 질병으로는 연골무형성증, 구순구개열, 선천성 심장병, 선천성 만곡족 등 18종을 규정하고 있다.

2세는 열거한 복무 기간 동안 최초로 베트남에서 입국한 이후 임신을 하였어야 한다.

선천적 질병을 가진 2세에 대하여는 그 장애정도(degree of disability)에 근거한 매월 지급하는 수당을 포함하여 보훈당국의 다양한 지원이 적용된다.

### (2) 호주<sup>15)</sup>

호주에서는 베트남참전군인 2세로서 특정한 질병을 지닌 자들에 대하여 그들의 의학적 치료 비용과 의학적 치료를 제공하는 ‘베트남참전군인 2세 지원프로그램(Vietnam Veterans’ Children Support Program으로 ‘VVCSP’라고 한다.)’을 운영하고 있다.

베트남 참전군인으로부터 태어난 2세로서 베트남에서의 최초 복무 개시 이후에 임신이 되었어야 하고, 의학적으로 척추이분증(은폐성은 제외), 구순구개열(cleft lip), 구개파열(cleft palate), 부신암(adrenal gland cancer), 급성 골수성 백혈병(acute myeloid leukaemia)의 질병을 지니고 있어야 한다. 이 프로그램의 지원에 대하여는 나이에 대한 제한은 없다.

지원을 받으려는 2세는 위 5개의 해당 질병에 걸렸다는 것을 증명하는 의사의 확인이 있어야 하고, 1세인 참전군인들의 베트남에서의 복무한 날짜와 그 군번, 보훈당국(Department of Veterans’ Affairs(DVA)) 파일 번호 등의 상세항목을 제출하여야 하며, 2세의 출생증명서 사본을 제출하여야 한다.

### (3) 결어

이상에서 살펴본 바와 같이 미국, 호주의 경우 고엽제2세는 1세들이 베트남 전쟁 기간 동안 복무하였다는 사실(복무 중 고엽제에 노출되었다는 사실), 2세들에 대하여는 1세의 고엽제노출과 상관관계에 있다고 인정된 질병에 걸렸다는 사실만 인정되면 2세들에 대하여 베트남참전군인 2세로서 그 지원을 받고 있다.

---

15) 호주의 보훈청 홈페이지에서 발췌한 것임, <http://www.dva.gov.au/Pages/home.aspx>

## 다. 고엽제후유증 2세환자에 대한 지원과 입법제량

(1) 고엽제후유증 2세환자 지원제도는 그 2세가 직접 군복무 등에 종사하지는 않았으나, 그 1세가 베트남전쟁에 참전하거나 비무장지대 남방한계선의 인접지역에서 복무하는 중 고엽제에 노출된 결과로 인하여 그 2세에게 고엽제로 인한 질병이 나타난 경우 그 2세를 지원하기 위한 것이다. 이와 같은 고엽제법상의 지원도 그 2세의 희생에 대한 국가보훈정책의 일환으로서 광의의 국가유공자보상제도로 볼 수 있다.<sup>16)</sup> 따라서 국가유공자법상의 보상수급권의 법적 성질 등에 관련한 헌법재판소의 선례들은 고엽제후유증 2세환자에 대한 지원의 법적 성질에 대하여도 그대로 원용할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

헌법 제32조 제6항은 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 국가의 의무만을 명시하고 있으나, 이는 헌법이 국가유공자 등이 조국광복과 국가민족에 기여한 공로에 대한 보훈의 한 방법을 예시한 것뿐이며, 동 규정과 헌법전문에 담긴 헌법정신에 따르면 국가는 “사회적 특수계급”을 창설하지 않는 범위 내에서(헌법 제11조 제2항) 국가유공자 등을 예우할 포괄적일 의무를 지고 있다고 해석된다. 국가유공자법이 정하고 있는 보상금수급권의 법적 성질과 관련하여, 이는 수급자측의 금전적인 기여가 전제되어 있지 아니하나, 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 내지 국가보훈적 성격을 띠면서, 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위해서 주어진다고 하는 특성도 가지고 있으므로, 사회보장적 성질도 겸한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-21; 헌재 2000.

16) 국가보훈처는 보훈대상으로 ‘독립유공자, 국가유공자, 참전유공자, 5·18 민주유공자, 고엽제후유증 등, 특수임무유공자, 제대군인’ 등으로 분류하고 있다. 이들에 대한 지원은 국가보훈정책으로 그 수급권의 법적성질은 동일하다고 볼 수 있다. 보훈대상 분류는 국가보훈처 홈페이지 <http://www.mpva.go.kr/support/support111.asp> 참조

17) ‘국가유공자법에 의한 전상군경 등 국가유공자의 보상수급권이나 고엽제법에 의한 고엽제후유증환자의 보상수급권의 법적 성격은 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입은 자나 월남전에 참전하여 복무 또는 종군 중 고엽제로 인한 질병을 얻은 자에 대하여 국가가 보상을 행하는 것으로서 다같이 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상 내지 국가보훈적 성격을 띠고 아울러 수급권자의 생활을 유지, 보장하기 위한 사회보장적 성질을 겸하고 있다고 보아야 할 것이다’ 헌재 2000. 7. 20. 98헌가4, 판례집 12-2, 1, 12; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406 취지 참조

6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 641 참조)는 것이 우리 재판소의 확립된 입장이다.

(2) 국가유공자법상 국가유공자 및 그 유족에 대한 보훈 및 보상과 관련된 국가의 의무를 이행함에 있어서는 가능하다면 그들의 공훈과 희생에 상응한 예우를 충분히 하는 것이 바람직할 것이지만, 국가재정능력에 한계가 있으므로 국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다고 할 것이고, 따라서 국가보훈 내지 국가보상적인 수급권도 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로서 형성된다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-20; 헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 15; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 639-641; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 901 각 참조).

(3) 고엽제법은 제정 당시부터 미국 국립과학원의 연구결과에 따른 미국의 입법례를 참고한 것이나 고엽제2세 환자의 질병에 말초신경병과 하지마비척추병변을 포함하는 것 등은 미국보다 폭넓은 혜택이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup> 그런데, 앞서 살펴본 바와 같이 미국 국립과학원 산하 의학원(The Institute of Medicine of the National Academy of Sciences)의 ‘고엽제와 참전군인에 관한 보고서(Update 1996 Summary and Research Highlights)’는 1세의 고엽제의 노출과 2세의 척추이분증 발병과의 상관관계를 보고한 것으로 1세가 고엽제노출로 인한 질병에 걸렸는지 여부는 문제가 되지 않았다.

#### 라. 고엽제법의 보호범위의 체계상 특징

고엽제법은 미국·호주 등에서는 인정하고 있지 않은 고엽제후유증증례도를 두어 참전군인 1세와 관련하여서는 일응 더 넓은 범위에서 지원을 하고 있는 것으로 보인다.

그러나 고엽제2세와 관련하여서는 1997년 법개정 당시부터 고엽제후유증환자의 자녀만을 대상으로 하고 있다는 점에서, 참전군인 1세가 고엽제

18) 길은영의 위 논문 43쪽 참조, 백환기의 위 논문 167-168쪽 참조

후유증환자임을 요구하지 않고 고엽제에 노출되어 2세에게 일정한 질병이 발병하면 지원 대상으로 삼는 미국, 호주와 다르며, 고엽제2세에 대하여는 오히려 이들 국가보다 그 지원 대상이 좁다고 할 것이다.<sup>19)</sup>

결론적으로 우리 고엽제법은 고엽제의 노출과 그 질병의 상관관계뿐만 아니라 정책적 고려에 의하여 그 보호범위가 결정된 측면도 있는바, 위와 같이 상관관계가 증명되지 않은 범위까지 보호범위로 포함하면서도 또한 고엽제와 그 질병간에 상관관계가 인정될 수 있는 범위를 제외하여 보호범위의 체계에 적지 않은 문제점이 있다.

### 3. 이 사건 심판대상 조항의 위헌 여부

#### 가. 쟁점의 정리

그 부모가 고엽제후유증환자인지 여부에 따라 척추이분증을 얻은 고엽제 2세를 달리 취급하는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부가 이 사건의 쟁점이었다. 청구인은 이 사건에서 이 사건 심판대상 조항으로 인하여 청구인의 인간다운 생활을 할 권리, 행복추구권 등도 침해되었다고 주장하였다.

#### 나. 평등원칙 위배 여부

##### (1) 판단 및 해설

(가) 합헌의견은 아래와 같이 이 사건 심판대상 조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『국가는 국가유공자, 그 유족 또는 가족 등을 예우할 포괄적인 의무를 가지고 있고, 이와 같은 국가의 의무를 이행함에 있어 가능하다면 그들의 공헌과 희생에 상응한 예우를 충분히 하는 것이 바람직할 것이지만, 국가 재정능력에 한계가 있으므로 국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서, 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546 참조).

19) 2011. 12. 현재 수당을 받는 고엽제 2세는 61명이다. 이 보고서 제18쪽 및 주 13)참조

그런데 역학조사결과 고엽제와 질병 간의 상관관계가 인정된 고엽제후유증환자와 달리, 그 질병의 원인이 고엽제와 상관관계가 있다는 것이 밝혀지지 않은 고엽제후유증환자에 대하여 사회정책적 및 보건정책적 이유로 고엽제법은 장애등급에 따라 수당을 지급하고 교육 및 취업을 지원하고 있다.

그리고 앞서 본 바와 같이 고엽제법 제정 당시 고엽제 2세에 대하여는 아무런 지원을 하지 아니하던 것을, 고엽제후유증환자의 자녀 중 척추이분증을 얻은 자에게 지원을 실시하도록 개선하고, 다시 그 자녀 중 말초신경병, 하지마비척추병변을 얻은 자에게도 지원을 확대하는 입법의 변천과정에 비추어 볼 때, 고엽제후유증의 인정 여부나 고엽제 2세들에 대한 지원 여부는 제도의 단계적인 개선에 해당한다. 이러한 경우 수혜자에게 각종 지원을 하여야 하는 국가의 재정능력 등을 고려하여 수혜자의 범위를 한정하는 것은 정당화될 수 있다(헌재 2011. 6. 30. 2008헌마715 등 참조). 베트남 전 참전국인 미국이나 호주에서는 고엽제후유증환자에 대한 지원 제도를 두지 않고 있다는 점을 고려하면, 고엽제법에서 참전군인 등의 2세들에 대한 지원 제도를 두면서 그 수혜의 범위를 우선적으로 고엽제의 노출과 상관관계가 인정된 고엽제후유증환자의 2세만을 대상으로 한 것이 현저히 합리성을 결여한다고 할 수 없다. 즉, 고엽제와 질병 간의 상관관계가 인정된 고엽제후유증환자와 그 자녀에 대한 지원의 필요성이 아직까지 고엽제와 질병 간의 상관관계가 밝혀지지 않은 고엽제후유증환자와 그 자녀에 대한 지원의 필요성보다 더 크다고 보아 우선적으로 지원하기로 한 입법자의 판단에는 합리적인 이유가 있다.

따라서 이 사건 법률조항에서 고엽제후유증환자의 자녀로서 척추이분증에 걸린 사람과 달리 고엽제후유증환자의 자녀로서 척추이분증에 걸린 사람을 고엽제법에 의한 지원 대상에 포함시키지 않은 것을 합리적 이유 없는 차별로 보기 어려우므로, 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.』

이에 더하여 인간다운 생활을 할 권리의 침해 여부에 대하여는 『이 사건 법률조항이 청구인과 같은 고엽제 2세를 고엽제법에 의한 지원 대상에 포함시키지 않더라도, 그것만으로 국가가 신체장애 등으로 인하여 생활능력이 없는 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위한 조치를 취함에 있어 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거

나, 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 단정할 수는 없으므로 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인의 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고 보기 어렵다.』고 판단하고, 행복추구권 침해 여부에 대하여는 『헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216). 그런데 국가에 대하여 고엽제후유증 2세환자로서의 각종 지원을 요구할 권리가 포괄적인 자유권인 행복추구권의 내용에 포함된다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 청구인의 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다.』라고 판단하였다.

(나) 합헌의견은, 이 사건 법률조항은 직접 참전 등의 업무를 수행하지 않은 고엽제 2세에 대하여 일정한 지원을 해주기 위한 수혜적 조치를 정하고 있는 것이어서, 입법자가 지원의 범위나 내용을 정함에 있어 입법형성권이 넓게 인정되므로, 합리성 여부를 심사기준으로 하여 이 사건 법률조항에 의한 차별에 합리적인 이유가 있다고 보았다.

(다) 이러한 합헌의견에 대하여, 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 김창중, 재판관 서기석은 이 사건 법률조항은 그 수혜적 성격과 한정된 국가예산이라는 측면에서 광범위한 입법형성재량이 인정되어야 할 영역에 속한다는 점, 국가보훈의 기본이념은 대상자의 국가에 대한 공헌과 본인의 희생정도에 상응한 지원을 하는 것이라는 점에 대하여는 법정외의견과 견해를 같이하나, 고엽제후유증환자의 자녀인지, 고엽제후유의증환자의 자녀인지에 따라 척추이분증에 걸린 고엽제 2세에 대한 지원을 달리 하는 것은 차별 취급의 합리성이 없어 평등원칙에 위배된다는 의견을 개진하였다.

『직접 월남전에 참전하거나 기타 업무 등을 수행한 공훈은 없으나 월남전에 참전한 사람이 복무 중 고엽제에 노출되었고, 그로 인하여 그 자녀가 특정 질병을 가진 것이 밝혀질 경우 그 희생에 대한 지원은 당연히 이루어져야 한다. 그런데 미국과 우리나라의 역학조사 결과에 따르면 생물학적으로 1세가 고엽제에 노출되면 그 노출사실 자체로 2세는 고엽제와 상관관계

가 있는 척추이분증을 얻을 수 있으며, 반드시 그 1세가 고엽제후유증을 얻어야만 하는 것은 아니라고 한다. 따라서 고엽제 2세 중 척추이분증환자는 1세가 고엽제후유증환자인지 여부와 상관없이 1세가 고엽제에 노출되었고 이것과 상관관계가 있다는 역학적으로 연구결과가 나온 질병을 얻었다는 점에서 본질적으로 차이가 없다.

비교법적으로 미국이나 호주에서는 그 생물학적으로 1세가 베트남전쟁이나 고엽제 살포 업무 등에서 고엽제에 노출되었다는 사실과 그 2세가 척추이분증의 질병을 얻었다는 사실만 있으면 1세가 고엽제후유증을 얻었는지 여부를 그 요건으로 하지 않고 그 2세를 지원 대상에 포함시키고 있다.

따라서 그 1세가 고엽제후유증을 얻었는지 여부에 따라 1세의 고엽제 노출과 상관관계가 있는 것으로 인정된 질병인 척추이분증을 얻은 2세들에 대한 지원 여부를 차별하는 것은 합리성을 인정하기 어렵다.』

(라) 이처럼 5인의 재판관은 『고엽제 2세 입장에서는 그 1세가 고엽제후유증을 얻었는지, 고엽제후유증의 증을 얻었는지 여부는 1세의 건강상태 등 우연한 사정에 기인하는 결과의 차이일 뿐이지, 그것과 2세에게 척추이분증이 나타나는지 여부와 반드시 상관성이 있다고 볼 수 없다.』 고 보면서, 『차별취급의 기준으로 삼은 1세가 고엽제후유증환자인지 여부는 우연적 사정에 기인한 결과의 차이일 뿐 차별의 합리적인 이유가 될 수 없으므로 고엽제후유증환자의 2세로서 척추이분증에 걸린 사람을 그 지원 대상에서 제외하고 있는 이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 평등원칙에 위배된다.』 라고 판단한 것이다. 다만, 이 사건 법률조항은 고엽제후유증 2세 환자를 고엽제법의 지원 대상으로 규정하고 있는데, 만약 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면 현재 고엽제법에 의하여 지원을 받고 있는 고엽제후유증 2세 환자에 대한 지원 근거 규정이 없어지는 등 법적 공백 상태와 혼란이 발생할 우려가 있으므로 헌법불합치 의견을 개진하였다.

## (2) 해설

이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 헌법불합치의견으로 헌법불합치의견이 다수이긴 하지만 법률의 위헌선언에

필요한 정족수 6인에 미달하므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다는 선언을 하게 된 것이다.

합헌의견은, 이 사건 법률조항에 의한 차별에 합리적인 이유가 있는지 여부를 심사하면서, 국가보훈적 예우의 방법과 내용 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서, 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다는 점, 역학조사결과 고엽제와 질병 간의 상관관계의 인정 여부에 따라 고엽제후유증환자와 달리, 그 질병의 원인이 고엽제와 상관관계가 있다는 것이 밝혀지지 않은 고엽제후유의증환자에 대하여는 달리 지원을 하고 있는 점, 사회정책적 및 보훈정책적 이유로 고엽제법은 장애등급에 따라 수당을 지급하고 교육 및 입법의 변천과정에 비추어 볼 때, 고엽제후유의증의 인정 여부나 고엽제 2세들에 대한 지원 여부는 제도의 단계적인 개선에 해당한다는 점, 미국이나 호주에서는 고엽제후유의증환자에 대한 지원 제도를 두지 않고 있다는 점 등을 고려하면, 고엽제법에서 참전군인 등의 2세들에 대한 지원 제도를 두면서 그 수혜의 범위를 우선적으로 고엽제의 노출과 상관관계가 인정된 고엽제후유증환자의 2세만을 대상으로 한 것이 현저히 합리성을 결여한다고 할 수 없다고 판단하였다.

헌법불합치의견은, 이 사건 법률조항은 그 수혜적 성격과 한정된 국가예산이라는 측면에서 광범위한 입법형성재량이 인정되어야 할 영역에 속한다는 점, 국가보훈의 기본이념은 대상자의 국가에 대한 공헌과 본인의 희생 정도에 상응한 지원을 하는 것이라는 점에 대하여는 법정의견과 견해를 같이하였다. 그러나 역학조사 결과에 따르면 생물학적으로 1세가 고엽제에 노출되면 그 노출사실 자체로 2세는 고엽제와 상관관계가 있는 척추이분증을 얻을 수 있으며, 반드시 그 1세가 고엽제후유증을 얻어야만 하는 것은 아니라는 점 등을 근거로 1세가 고엽제후유증환자인지 여부라는 우연적 사정에 따라 고엽제후유의증환자의 2세로서 척추이분증에 걸린 사람을 그 지원 대상에서 제외하고 있는 이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 평등원칙에 위배된다고 보았다. 다만 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면 현재 고엽제법에 의하여 지원을 받고 있는 고엽제후유증 2세 환자에 대한 지원 근거 규정이 없어지는 등 법적

공백 상태와 혼란이 발생할 우려가 있으므로 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법불합치결정을 함이 타당하다고 보았다.

이 사건 법률조항은 광범위한 입법형성재량이 인정되어야 할 영역에 속한다는 점, 국가보훈의 기본이념은 대상자의 국가에 대한 공헌과 본인의 희생정도에 상응한 지원을 하는 것이라는 점에 대하여는 견해를 같이하면서도, 이 사건 법률조항에 의한 고엽제후유증환자의 자녀로서 척추이분증에 걸린 사람과 고엽제후유증환자의 자녀로서 척추이분증에 걸린 사람에 대한 차별취급의 합리적 이유 여부에 관한 기본적인 차이가 위헌성 판단에 영향을 미친 것으로 볼 수 있다.

#### 4. 결정의 의의

가. 헌법재판소는 그동안 국가는 국가유공자, 그 유족 또는 가족 등을 예우할 포괄적인 의무를 가지고 있고, 이와 같은 국가의 의무를 이행함에 있어 가능하다면 그들의 공헌과 희생에 상응한 예우를 충분히 하는 것이 바람직할 것이지만, 국가재정능력에 한계가 있으므로 국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서, 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다는 태도를 유지하여 왔고 이 사건에서도 같은 입장을 취하였다.

나. 앞서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 4인이 합헌 의견, 재판관 5인이 헌법불합치 의견으로 평등원칙에 위배된다는 의견이 다수이었다. 그렇지만 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다는 선언을 하게 된 것이다.

미국과 우리나라의 역학조사 결과에 따르면 생물학적으로 1세가 고엽제에 노출되면 그 노출사실 자체로 2세는 고엽제와 상관관계가 있는 척추이분증을 얻을 수 있으며, 반드시 그 1세가 고엽제후유증을 얻어야만 하는 것은 아니다. 이에 따라 비교법적으로 미국이나 호주에서는 생물학적으로 1세가 베트남전쟁이나 고엽제 살포 업무 등에서 고엽제에 노출되었다는 사실과 그 2세가 척추이분증의 질병을 얻었다는 사실만 있으면 1세가 고엽제

후유증을 얻었는지 여부를 그 요건으로 하지 않고 그 2세를 지원 대상에 포함시키고 있다.

그러나 합헌의견은 국가보훈적인 예우의 방법과 내용 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서, 그 부모가 고엽제후유증환자인지 여부에 따라 척추이분증을 얻은 고엽제 2세를 달리 취급하는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 본 것이다.



## 변호사법 제102조 위헌소원

- 공소제기된 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있도록 한 변호사법 제102조 제1항 본문 및 제2항 중 각 ‘공소제기된 변호사’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1하, 41)

정 유 진\*

### 【관시사항】

1. 변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우 법무부변호사징계위원회의 결정을 거쳐 법무부장관이 업무정지를 명할 수 있도록 한 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제102조 제1항 본문 및 제2항 중 각 ‘공소제기된 변호사’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 무죄추정의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것) 제102조 제1항 본문 및 제2항 중 각 ‘공소제기된 변호사’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정된 것)

제102조(업무정지명령) ① 법무부장관은 변호사가 공소제기되거나 제97조

---

\* 헌법연구관

에 따라 징계 절차가 개시되어 그 재판이나 징계 결정의 결과 등록취소, 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우에는 법무부징계위원회에 그 변호사의 업무정지에 관한 결정을 청구할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 법무부장관은 법무부징계위원회의 결정에 따라 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 변호사로서, 무고죄로 기소되어 1심에서 징역 1년, 집행유예 2년을 선고받고 항소하였으나 2010. 10. 14. 기각되었고, 상고하였으나 2013. 2. 28. 기각되었다.

나. 법무부 변호사징계위원회(이하 ‘법무부징계위원회’라 한다)는 법무부장관의 청구에 따라 2011. 2. 10. 청구인을 업무정지 6개월에 처하는 결정을 하였고, 법무부장관은 위 결정에 따라 2011. 3. 18. 청구인에 대하여 6개월의 업무정지를 명하였다(이하 ‘이 사건 업무정지명령’이라 한다).

다. 청구인은 이 사건 업무정지명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 패소하였고, 항소심 계속 중 위 업무정지명령의 근거조항인 변호사법 제 102조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항은 기본권을 제한하는 법률조항의 내용이 추상적이므로 명확성원칙에 위반되고, 유죄판결을 받을 가능성이 크다는 이유만으로 업무정지를 명할 수 있도록 하여 무죄추정의 원칙에 위반되며, 변호사법에 따른 징계처분 또는 유죄판결의 확정에 의한 업무정지와 별도로 업무정지를 명할 수 있도록 하여 이중처벌에 해당하고, 무죄를 다투기 위하여 상소한 사람에게 추가적인 불이익을 가하여 재판청구권을 침해한다. 또한, 변호

사가 유죄판결을 받을 경우 의뢰인의 이익을 해할 위험이 있다고 하더라도 의뢰인의 이익은 금전적인 것에 불과한 반면, 업무정지명령을 받은 변호사가 무죄로 판명될 경우 업무정지로 인한 손해는 금전으로 보상할 수 없고 회복할 수도 없으며, 위 조항은 전면적인 업무정지만을 규정하고 있으므로 과잉금지원칙에 위반된다.

### 【결정요지】

1. ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우’란, 공소사실, 죄명, 법정형 등을 고려할 때 공소제기된 변호사에 대하여 금고 이상의 형이 선고, 집행유예 또는 선고유예될 가능성이 매우 큰 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 또한, ‘의뢰인의 이익’이란 소송 기타 법적 절차의 진행 결과 금전적 이익을 얻거나 구속 또는 유죄판결을 면하는 등의 이익은 물론, 전문성을 갖춘 변호사로부터 적기에 효과적인 법률서비스를 받을 수 있는 이익 일체를 포함하는 개념으로 파악할 수 있으며, ‘공공의 이익’이란 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공익을 의미하는 것임을 알 수 있다. 한편, 어떠한 경우가 ‘의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’에 해당하는지는 해당 변호사의 죄명 및 공소사실, 범죄로 인한 피해의 규모 등 제반 사정을 종합하여 합리적으로 판단할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 공소제기된 변호사에 대하여 유죄의 개연성을 전제로 업무정지라는 불이익을 부과할 수 있도록 하고 있으나, 이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 중대한 공익을 보호하기 위한 잠정적이고 가치분적 성격을 가지는 것으로, 법무부장관의 청구에 따라 법무부징계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 업무정지명령을 발할 수 있도록 하는 한편, 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하고 그 기간 또한 원칙적으로 6개월로 정하도록 함으로써 그러한 불이익이 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건 및 절차를 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 무죄추정의

원칙에 위반되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항은 법적용기관이 구체적 사안에 따라 업무정지명령의 발령 여부를 결정하도록 재량을 부여하고 있고, 위 조항을 비롯한 변호사법의 관련조항들은 업무정지명령의 요건 및 기간을 엄격하게 제한하고 있으며, 법무부징계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거치도록 하고, 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하는 한편 업무정지명령의 사유가 없어진 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 업무정지명령을 해제할 수 있도록 규정함으로써 필요최소한의 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있다. 나아가, 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 위 조항으로 인한 직업수행의 자유 제한의 정도가 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우, 적법요건에 관하여서는 변호사인 청구인이 이 사건 업무정지명령에 의한 업무정지 기간 중 대리인을 선임하지 아니하고 이 사건 심판청구를 한 것이 변호사강제주의를 규정하고 있는 헌법재판소법 제25조 제3항에 위반되는 것이 아닌지 여부가 문제되었다.

본안에 관하여서는, 이 사건 법률조항은 공소제기된 변호사가 일정한 요건에 해당할 경우 유죄판결의 확정시까지 법무부징계위원회의 의결을 거쳐 법무부장관이 해당 변호사에 대하여 업무정지명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있는바, 위 조항이 명확성원칙 및 무죄추정의 원칙에 위반되는지 여부와 직업수행의 자유를 침해하는지 여부가 주요 쟁점이 되었다.

### 2. 변호사강제주의 위반 여부

헌법재판소법 제25조 제3항은 “각종 심판절차에서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라

고 규정하여 헌법재판에 있어서 변호사강제주의를 채택하고 있다. 이 사건에서 청구인은 변호사이나, 이 사건 업무정지명령에 의한 업무정지 기간 중 대리인을 선임하지 아니하고 이 사건 심판청구를 하였다든 점에서 변호사강제주의 위반 여부가 문제되었다.

헌법재판소는 이 사건에서 변호사인 청구인이 헌법재판소법 제25조 제3항 단서에 의하여 적법하게 심판청구 및 수행을 할 수 있다는 것을 전제로 본안 판단에 나아갔다. 헌법재판소법 제25조 제3항 단서는 ‘변호사인 경우’가 아닌 ‘변호사의 자격이 있는 경우’라는 용어를 사용하고 있으므로 변호사법에 따라 대한변호사협회에 자격 등록을 하지 아니하였거나, 변호사로 등록한 후 휴업 중이거나, 징직처분을 받아 변호사 업무 수행이 정지된 경우와 같이 실제로 변호사 업무를 수행하고 있지 아니한 상태라고 하더라도 변호사의 자격을 유지하고 있는 한 당사자로서 직접 헌법소원심판을 청구하거나 수행하는 것은 허용된다고 해석할 수 있는 점, 업무정지명령은 변호사의 업무수행을 잠정적으로 정지하는 처분일 뿐 변호사의 자격에는 영향을 미치지 아니하는 점, 헌법재판에서 변호사강제주의를 채택하고 있는 주된 이유 중 하나는 법률전문가인 변호사에게 헌법재판의 청구 및 수행을 전담하게 하여 헌법재판을 효율적으로 운영하기 위한 것인 점 및 청구인이 자신의 변호사 업무수행을 제한하는 법적 근거인 이 사건 법률조항의 위헌성 여부를 다투기 위하여 이 사건 헌법소원심판을 청구한 점을 종합적으로 고려한 것이다.

### 3. 변호사에 대한 업무정지명령제도 개관

#### 가. 입법연혁

##### (1) 업무정지명령제도의 도입

1973. 1. 25. 변호사법(이하 ‘법’이라 한다) 개정시(법률 제2452호) 형사사건으로 공소제기된 변호사(약식명령은 제외)에 대하여 법무부장관이 업무정지를 명할 수 있다는 내용의 제40조 제2항이 신설되었고, 1982. 12. 31. 법 전부개정시(법률 제3594호) 업무정지명령의 유효기간을 판결확정시로 제한하는 내용이 추가되는 한편 조항의 위치가 제15조로 변경되었다.

## (2) 헌법재판소의 위헌결정

아래에서 살펴보는 바와 같이 헌법재판소는 위 구법 제15조(1982. 12. 31. 법률 제3594호로 전부개정되고 1993. 3. 10. 법률 제4544호로 개정되기 전의 것)에 대하여 직업선택의 자유를 침해하고, 적법절차원칙 및 무죄추정의 원칙에도 위반된다는 이유로 위헌결정을 하였다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393).

## (3) 업무정지명령제도의 보완

위 결정의 취지에 따라 1993. 3. 10. 법 개정시(법률 제4544호) ‘공소제기로 인하여 등록취소가 될 가능성이 매우 크고 의뢰인이나 공익을 해할 구체적 위험성이 있는 경우’에 한하여 업무정지명령을 할 수 있도록 그 요건을 엄격하게 하는 한편, 조항의 위치가 제83조로 변경되었고, 제83조 내지 제89조에 업무정지명령의 절차·기간·불복방법·해제 등에 관한 규정이 신설되었다.

이후 2000. 1. 28. 법 전부개정시(법률 제6207호) 조항의 위치가 현행과 같이 제102조로 변경되면서 ‘징계절차가 개시되어 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우’에도 의뢰인과 공공의 이익을 침해할 구체적 위험이 있으면 업무정지명령을 할 수 있도록 하였고, 위 조항은 2008. 3. 28. 법 개정시(법률 제8991호) 일부 자구가 수정되었으나 내용은 그대로 유지되고 있다.

## 나. 의의 및 사유

업무정지명령은 공소제기되거나 징계절차가 개시된 변호사가 계속 업무활동을 할 수 있도록 방치할 경우 의뢰인이나 사법제도의 원활한 운영에 구체적인 위험이 생길 염려가 있어 이를 막기 위한 잠정적이고 가처분적인 성격을 가지는 제도이다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 399 참조).

업무정지를 명하기 위하여서는 (i) 변호사가 공소제기되거나(약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우는 제외) 변호사법 제97조의 규

정에 의하여 징계절차가 개시되어 그 재판이나 징계결정의 결과 등록이 취소되거나 영구제명 또는 제명에 이르게 될 가능성이 매우 커야 하고, (ii) 그럼에도 그 변호사로 하여금 그대로 업무수행을 하도록 하면 장차 의뢰인 또는 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있어야 한다(변호사법 제102조 제1항).

### 다. 징계처분과의 관계

변호사법이 규정하고 있는 변호사에 대한 징계처분의 종류 및 사유, 절차 및 불복 방법은 다음과 같다.

<b>징계의 종류 (제90조)</b>	견책, 3천만 원 이하의 과태료, 3년 이하의 정직, 제명, 영구제명
<b>징계사유 (제91조)</b>	[영구제명의 사유(제1항)] ○ 변호사의 직무와 관련하여 2회 이상 금고 이상의 형을 선고받아(집행유예에 포함) 그 형이 확정된 경우(과실범 제외)(제1호) ○ 2회 이상 정직 이상의 징계처분을 받은 후 다시 영구제명 이외의 징계사유가 있는 자로서 변호사의 직무를 수행함이 현저히 부적당하다고 인정되는 경우(제2호)  [영구제명 이외의 징계사유(제2항)] ○ 변호사법 위반(제1호) ○ 소속지방변호사회 또는 대한변호사협회의 회칙 위반(제2호) ○ 직무의 내외를 막론하고 변호사로서의 품위를 손상하는 행위(제3호)
<b>절차 (제97조 내지 제98조의6)</b>	○ 지방검찰청검사장 또는 소속 지방변호사회의 장의 징계개시신청, 의뢰인 등의 징계개시 재청원, 또는 직권에 의하여 대한변호사협회장이 대한변호사협회 변호사징계위원회(이하 '변협징계위원회'라 한다)에 징계에 관한 결정을 청구함. ○ 징계심의기일에 변협징계위원회는 대상자에 대하여 필요한 사항을 심문할 수 있고, 대상자는 출석하여 진술하거나 증거를 제출할 수 있으며 특별변호인을 선임할 수 있음. ○ 변협징계위원회는 원칙적으로 징계개시의 청구를 받은 날부터 6개월 이내에 징계에 관한 결정을 하여야 함.
<b>불복 (제100조)</b>	○ 변협징계위원회의 결정에 불복하는 징계혐의자 및 징계개시 신청인은 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법무부징계위원회에 이의신청 가능

	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 이의신청에 대한 법무부징계위원회의 결정에 대하여 불복하는 징계혐의자는 통지를 받은 날부터 90일 이내에 행정소송 제기 가능</li> <li>○ 정당한 사유 없이 징계 결정이 있었던 날부터 1년 경과시 행정소송 제기 불가</li> </ul>
--	--

업무정지명령은 변호사의 자격 자체를 박탈하는 것은 아니나 일정 기간 동안 변호사의 업무수행을 전면적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌한다는 점에서 징계처분 중 정직처분과 유사하지만, 아래에서 살펴보는 바와 같이 제도의 목적, 절차, 불복 방법 등에서 정직처분과는 많은 차이가 있다.

### 라. 절차 및 불복 방법 등

변호사법이 규정하고 있는 변호사에 대한 업무정지명령의 절차, 해제 및 실효의 사유, 불복 방법은 다음과 같다.

<b>절차</b> <b>(제102조 내지 제104조, 제98조의2 제2항 내지 제6항)</b>	<p>[업무정지결정의 청구, 심의 및 결정]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ 법무부장관이 법무부징계위원회에 업무정지에 관한 결정을 청구함.</li> <li>○ 심의기일에 법무부징계위원회는 대상자에 대하여 필요한 사항을 심문할 수 있고, 대상자는 출석하여 진술하거나 증거를 제출할 수 있으며 특별변호인을 선임할 수 있음.</li> <li>○ 법무부징계위원회는 원칙적으로 법무부장관의 청구를 받은 날부터 1개월 이내에 업무정지에 관한 결정을 하여야 함.</li> </ul>
	<p>[업무정지명령 및 기간]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ 법무부장관은 법무부징계위원회의 결정에 따라 대상자에게 업무정지를 명할 수 있음.</li> <li>○ 업무정지기간은 6개월로 하되 법무부장관이 법무부징계위원회의 의결에 따라 3개월간 갱신할 수 있고, 최장 2년을 넘을 수 없음.</li> </ul>
<b>해제</b> <b>(제105조)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 업무정지사유가 없어졌다고 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 법무부장관이 직권으로 해제할 수 있음.</li> <li>○ 대한변호사협회의 장, 검찰총장 또는 대상 변호사의 신청이 있는 경우 법무부장관은 직권으로 업무정지명령을 해제하거나 법무부징계위원회에 심의를 요청하여야 하고, 법무부징계위원회에서 해제를 결정하면 지체 없이 해제하여야 함.</li> </ul>
<b>실효</b> <b>(제106조)</b>	<p>대상 변호사에 대한 형사판결이나 징계결정의 확정시 실효됨.</p>

<p><b>통보</b> (시행령 제27조)</p>	<p>업무정지명령 또는 해제시 법무부장관은 지체 없이 대법원장, 검찰총장 및 대한변호사협회에 통보하여야 함.</p>
<p><b>불복</b> (제108조, 제100조 제4항 내지 제6항)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 업무정지명령에 불복하는 변호사는 그 통지를 받은 날부터 90일 이내 행정소송 제기 가능</li> <li>○ 정당한 사유 없이 업무정지명령이 있었던 날로부터 1년 경과시 소송 제기 불가(불변기간).</li> </ul>

**마. 효력 및 위반에 대한 제재**

변호사법은 업무정지명령에 따라 제한되는 변호사의 업무범위에 관한 별도의 규정을 두고 있지 아니하므로, 업무정지명령을 받은 변호사의 업무수행은 전면적으로 금지되는 것으로 해석된다. 다만, 업무정지명령은 실질적인 효력 측면에서 징계처분 중 정직처분과 유사하므로, 유죄판결이나 징계처분이 확정되지 아니한 상황에서의 사전적 처분이라는 본질에 반하지 않는 범위 내에서 대한변호사협회의 변호사징계처분집행규정을 유추적용할 수 있을 것이다.<sup>1)</sup>

업무정지명령을 위반하여 변호사의 직무를 수행한 변호사는 3년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하며, 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다(변호사법 제112조 제4호).

**4. 구 변호사법 제15조에 대한 헌법재판소의 위헌결정**

헌법재판소는 1990. 11. 19. 90헌가48 결정에서, “법무부장관은 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있던 구 변호사법(1982. 12. 31. 법률 제3594호로 전부개정되고

1) 대한변호사협회 인터넷 홈페이지(<http://www.koreanbar.or.kr>)에 게시된 변호사법질의·회신 중 ‘업무정지명령에 대한 변호사징계처분집행규정 준용 여부’ 참조. 변호사징계처분집행규정 제3조는 피징계변호사의 업무규제 등의 범위에 관하여 상세한 규정을 두고 있는바, 업무정지명령에 의한 업무정지 기간은 최소 6개월이므로 6개월 이상의 정직처분을 받은 변호사에 준하는 규제를 받는다고 볼 수 있을 것이다.

1993. 3. 10. 법률 제4544호로 개정되기 전의 것) 제15조에 대하여, 위 조항이 직업선택의 자유를 침해하고 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙에 위반된다는 이유로 재판관 전원 일치 의견으로 위헌결정을 하였는바, 그 결정요지는 다음과 같다.

『변호사업무정지명령제도의 당위성은, 형사소추 받은 변호사에게 계속 업무활동을 하도록 방지하면 의뢰인이나 사법제도의 원활한 운영에 구체적 위험이 생길 염려가 있어서 이를 예방하려는 데에 있고, 이는 잠정적이고 가처분적 성격을 가지는 것이다.

변호사법 제15조는, 동 규정에 의하여 입히는 불이익이 죄가 없는 자에 준하는 취급이 아님을 말할 것도 없고, 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 제한을 위해 선택된 요건이 제도의 당위성이나 목적에 적합하지 않을 뿐 아니라 그 처분주체와 절차가 기본권제한을 최소화하기 위한 수단을 따르지 아니하였으며 나아가 그 제한의 정도 또한 과잉하다 할 것으로서 헌법 제15조, 제27조 제4항에 위반된다.

공소제기가 된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안 된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소제한에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다는 것이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분에 의한 불이익뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분에 의한 불이익도 입어서는 아니 된다는 의미도 포함된다고 할 것이다.

법무부장관의 일방적 명령에 의하여 변호사 업무를 정지시키는 것은 당해 변호사가 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회가 보장되지 아니하여 적법절차를 존중하지 아니한 것이 된다.』

## 5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### 가. 명확성원칙 위반 여부

#### (1) 심사기준

법규범이 명확한지 여부는 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되

는지 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 참조).

## (2) 판단

헌법재판소는 이 사건 결정에서 다음과 같이 이 사건 법률조항의 취지, 변호사법의 관련 규정, 변호사 직무의 본질 및 변호사의 사회적 책임성과 직업적 윤리성 등에 비추어 볼 때 누구라도 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 업무정지명령의 요건을 어렵지 않게 파악할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

「이 사건 법률조항은 ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’를 업무정지명령의 요건으로 규정하고 있다.

먼저, ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우’의 의미에 대하여 살펴본다.

변호사로서 개업하려면 대한변호사협회에 회원으로 등록하여야 한다(법 제7조). ‘등록취소’란 변호사가 법 제18조의 등록취소 사유에 해당하여 대한변호사협회가 해당 변호사의 등록을 취소하는 행위를 의미하는바, 등록취소의 사유 중 형사재판의 결과와 관련되는 것으로는, 법 제5조에 따른 결격사유에 해당하는 경우로서 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 경우’, ‘금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 경과한 후 2년을 경과하지 아니한 경우’, ‘금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 경우’(법 제18조 제1항 제2호, 제5조 제1호 내지 제3호) 및 법무부장관이 그 결격사유를 이유로 대한변호사협회에 그 변호사의 등록취소를 명하는 경우(법 제18조 제1항 제4호)가 있다.

그러므로 업무정지명령의 요건으로서의 ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우’라 함은 공소사실, 죄명, 법정형, 전과, 양형 기준, 구속 여부 기타 해당 형사재판의 진행 경과 등을 종합적으로 고려할 때 공소제기된 변호사에 대하여 금고 이상의 형이 선고, 집행유예 또는 선고유예될 가능성이 매우 큰 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

다음으로, ‘그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’의 의미를 살펴본다.

이 사건 법률조항이 ‘의뢰인의 이익’, ‘공공의 이익’, ‘구체적 위험성’과 같은 다소 추상적인 용어를 사용하고 있는 것은 사실이다. 그러나 변호사의 직무는 본질적으로 의뢰인과의 고도의 신뢰관계를 바탕으로 위임받은 법률사무를 대리하는 것이고, 변호사에 대하여는 공공성을 지닌 법률전문가로서 가져야 할 사회적 책임성과 직업적 윤리성이 강하게 요청된다는 점을 고려하면, ‘의뢰인의 이익’이란 소송 기타 법적 절차의 진행 결과 금전적 이익을 얻거나 손해를 방지할 수 있는 이익 및 구속 또는 유죄판결을 면하거나 형의 감경을 받을 이익은 물론, 전문성을 갖춘 변호사에게 법률사무의 처리를 위임함으로써 시간, 노력, 비용을 절감하고 적기에 효과적인 법률서비스를 받을 수 있는 이익 일체를 포함하는 개념으로 파악할 수 있으며, ‘공공의 이익’이란 변호사가 법률지식이 불충분한 당사자를 대신하여 법률사무를 처리함으로써 얻을 수 있는 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공익을 의미하는 것임을 알 수 있다.

한편, 위와 같은 ‘의뢰인의 이익’, ‘공공의 이익’의 의미 및 법 제102조 제1항 단서가 약식명령이 청구된 경우와 과실범으로 공소제기된 경우를 업무정지명령의 대상에서 제외하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 어떠한 경우가 ‘의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’에 해당하는지는 해당 변호사의 죄명 및 공소사실, 범죄로 인한 피해의 규모나 사회적 파급 효과, 수임한 사건의 성격 등 제반 사정을 종합하여 합리적으로 판단할 수 있다 할 것이다.

사정이 이와 같다면, 이 사건 법률조항이 업무정지명령의 요건으로 규정하고 있는 ‘변호사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될

가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우’는 누구라도 어렵지 않게 그 의미를 파악할 수 있는 것으로서 애매하거나 모호하다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.」

## 나. 무죄추정의 원칙 위반 여부

### (1) 무죄추정의 원칙의 의의

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있다. 무죄추정의 원칙이라 함은, 아직 공소제기가 없는 피의자는 물론 공소가 제기된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 아니 되며, 가사 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 원칙을 말한다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402-403 참조).

### (2) 선례의 검토

이 사건 이전에 무죄추정의 원칙 위반 여부가 쟁점이 되었던 헌법재판소의 선례를 살펴보면 다음과 같다.

① 불이익 부과가 범죄사실 인정 또는 유죄의 개연성을 전제로 한 것이 아니라는 이유로 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익’에 해당하지 아니하여 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다고 판단한 경우

이러한 사례로는 기초생활보장제도의 보장단위인 개별가구에서 교도소·구치소에 수용 중인 자를 제외토록 규정한 국민기초생활보장법시행령조항에 대한 위헌확인 사건(헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617등, 판례집 23-1상, 416, 425 참조), 형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위해제할 수 있도록 규정한 구 국가공무원법조항에 대한 위헌소원 사건(헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58, 67-68 참조) 및 지방자치단체의 장이 ‘공소제기된 후 구금상태에 있는 경우’ 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 구 지방자치법 조항에 대한 위헌확인 사건에서의 재판관 조대현, 재판관 김종

대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 의견이 있다(헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126, 143-144 참조).

② 불이익 부과가 범죄사실 인정 또는 유죄의 개연성을 전제로 한 것으로서 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익’에 개념상 해당하지만, 불이익 부과 목적의 정당성, 부과의 필요성, 불이익 부과의 정도·효과가 ‘비례의 원칙’을 준수한 것인지 여부에 따라 무죄추정의 원칙 위반 여부에 관한 결론이 달라진 경우

먼저, 비례의 원칙을 준수하지 못하여 무죄추정의 원칙에 위반된다고 판단한 사례로는 변호사가 공소제기된 경우 법무부장관이 업무정지를 명할 수 있도록 한 구 변호사법 조항에 대한 위헌제청 사건(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2-1, 393, 402-403 참조), 형사사건으로 기소된 사립학교 교원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 한 구 사립학교법 조항에 대한 위헌제청 등 사건(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 12-13 참조), 형사사건으로 기소된 국가공무원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 한 구 국가공무원법 조항에 대한 위헌제청 사건(헌재 1998. 5. 28. 96헌가12, 판례집 10-1, 560, 566-569 참조)이 있다.

다음으로, 비례의 원칙을 준수하여 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다고 판단한 사례로는 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 한 구 지방자치법조항에 대한 위헌확인 사건에서 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견(헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 557-559 참조) 및 위 2010헌마474결정 중 재판관 이공현, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 박한철의 의견(헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126, 149-150 참조)이 있다.

③ 불이익 부과가 범죄사실 인정 또는 유죄의 개연성을 전제로 한 것인지 여부, 불이익 부과 목적의 정당성, 불이익 부과의 필요성, 정도 및 효과를 종합적으로 고려할 때 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익’에 해당하여 무죄추정의 원칙에 위반된다고 판단한 경우

이러한 사례로는 위 2010헌마418결정 중 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 위헌의견(헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418,

판례집 22-2상, 526, 542-543 참조)<sup>2)</sup> 및 위 2010헌마474결정 중 재판관 이강국의 반대의견(헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126, 152-153 참조)이 있다.

이와 같이 선례의 논증 방식에는 다소 차이가 있으나, 어느 경우에도 헌법재판소는 (i) 불이익 부과가 범죄사실 인정 또는 유죄의 개연성이 있음을 이유로 부정적·사회적 비난을 가하는 것으로 볼 수 있는지 여부를 먼저 검토하고, 이에 해당하는 경우에는 (ii) 불이익 부과 목적의 정당성 및 불이익 부과의 필요성, 불이익 부과의 정도 및 효과까지 고려하여 비로소 무죄추정의 원칙 위반 여부를 판단하여 온 것으로 보인다.

이 사건 결정은 위 ③의 방식에 따라 위 (i), (ii)를 모두 검토하여 최종적으로 무죄추정의 원칙 위반 여부를 판단하는 방식에 따랐다.

### (3) 판단

헌법재판소는 다음과 같이 이 사건 법률조항이 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

「이 사건 법률조항은 변호사가 공소제기되어 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 큰 경우를 업무정지명령의 한 요건으로 하고 있다는 점에서 유죄의 개연성을 전제로 해당 변호사에게 불이익을 가하는 것으로 볼 여지가 있다.

그러나 이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 매우 중대한 공익을 보호하기 위하여, 공소제기되어 변호사 신분을 잃게 될 가능성이 매우 크고 장차 의뢰인과의 신뢰관계를 훼손하거나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험이 있는 변호사의 업무수행을 금지하는 잠정적이고 가치분적 성격을 가지는 것으로서, 법은 법무부장관의 청구에 따라 법무부장계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 업무정지명령을 발할 수 있도록 규정하는 한편

2) 다만, 위 2010헌마418결정 중 재판관 5인의 위헌의견은 부과되는 불이익이 ‘유죄 인정의 효과로서의 불이익’에 해당한다고 결론을 내린 후 “나아가 이 사건 법률조항은 뒤의 ‘다. 과잉금지원칙 위반 여부’에서 실시하는 바와 같이 위와 같은 불이익을 부과함에 있어서 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건을 설정하지도 않았다.”는 점을 부가적으로 실시하는 형식이었다.

(제102조 제2항), 해당 변호사에게 청문의 기회를 부여하고(제103조 제2항, 제98조 제3항, 제98조의2 제2항 내지 제6항), 그 기간 또한 원칙적으로 6개월로 정하도록 규정함으로써(제104조 제1항 본문), 입법목적을 실현하기 위한 필요최소한의 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 공소제기된 변호사에 대하여 유죄의 개인성을 전제로 업무정지라는 불이익을 부과할 수 있도록 하고 있으나, 위 조항을 비롯한 법의 관련조항에서 그러한 불이익이 필요최소한에 그치도록 엄격한 요건 및 절차를 규정하고 있으므로, 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다.」

#### 다. 직업수행의 자유 침해 여부

##### (1) 직업수행의 자유의 의의 및 심사기준

헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 ‘직업선택의 자유’와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 포함하는 직업의 자유를 의미한다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314 참조).

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니라 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이다. 그런데 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 폭넓게 허용된다(헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 870 참조).

한편, 국가는 국민의 신체와 재산의 보호와 밀접한 관련이 있는 직업들에 대해서는 공공의 이익을 위해 그 직업의 수행에 필요한 자격제도를 둘 수 있고, 이 때 그 자격제도를 구체적으로 어떻게 형성할 것인지는 그 직업에 요구되는 전문적인 능력이나 자질, 그 직업에 대한 사회적 수요와 공급 상황 기타 여러 사회·경제적 여건을 종합적으로 고려하여 판단할 사항이므로

구체적인 자격제도의 형성에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정되며, 입법자가 합리적인 이유 없이 자의적으로 자격제도의 내용을 규정한 것으로 인정되는 경우에만 그 자격제도가 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 2007. 5. 31. 2006헌마646, 판례집 19-1, 745, 751-752 참조).

이 사건의 경우, 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령이 해당 변호사의 업무수행을 금지할 뿐 변호사의 자격을 박탈하는 것은 아니므로 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 비하여 다소 완화된 심사기준을 적용할 수 있고, 위 조항이 변호사라는 자격제도를 구성하는 업무정지명령의 요건 및 절차에 관한 것으로서 그 구체적인 내용을 규정함에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정된다는 점을 고려하여 직업수행의 자유의 침해 여부를 판단하였다.

## (2) 판단

헌법재판소는 다음과 같이 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항에 의한 업무정지명령은 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공공의 이익을 두텁게 보호하기 위한 취지에서 도입된 잠정적·가처분적 성격을 가지는 제도로서 입법목적의 정당성이 인정되고, 공소제기되어 변호사 신분을 잃게 될 가능성이 매우 크고 장차 의뢰인과의 신뢰관계를 훼손하거나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험이 있는 변호사의 업무수행을 금지하는 것은 위와 같은 목적을 달성하기 위한 적절한 수단에 해당한다.

한편, 이 사건 법률조항은 공소제기의 사유를 불문하고 업무정지명령을 할 수 있도록 하고, 업무정지의 범위에 관한 제한을 두고 있지 아니하여 업무정지명령을 받은 변호사는 업무수행을 전면적으로 금지당하게 된다.

그러나 의무를 부과하는 입법에 있어서 예외사유나 범위에 관한 규정을 둘 것인지 여부의 문제는 기본적으로 입법목적의 달성하기 위하여 적절한 수단을 모색하는 입법자의 몫인데, 이 사건 법률조항은 법적용기관으로 하여금 구체적인 경우에 따라 개별성과 특수성을 판단하여 업무정지명령의 발령 여부를 결정하도록 재량의 여지를 주고 있다. 또한, 이 사건 법률조항

을 비롯한 업무정지명령에 관한 현행 법 조항들은 과거 변호사가 공소제기되었다는 사실만으로 업무정지명령을 할 수 있도록 한 구 법(1982. 12. 31. 법률 제3594호로 전부개정되고, 1993. 3. 10. 법률 제4544호로 개정되기 전의 것) 제15조에 대한 헌법재판소의 위헌결정(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48)의 취지를 반영하여, 변호사가 형사사건으로 공소제기되었다는 사실 이외에 ‘재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 클 것’과 ‘장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적 위험성이 있을 것’을 업무정지명령의 요건으로 추가하였으며(제102조 제1항), ‘해당 변호사에 대한 형사판결이 확정될 때까지’라는 불확정기한으로 규정되어 있던 업무정지 기간을 6개월의 확정기한으로 하면서 갱신 기간을 합하더라도 총 2년을 넘을 수 없도록 제한하였고(제104조), 과거 법무부장관이 일반적으로 업무정지명령을 할 수 있던 것을 법무부정계위원회라는 합의제 기관의 의결을 거쳐 법무부장관이 업무정지명령을 발할 수 있도록 하면서(제102조 제2항), 해당 변호사가 법무부정계위원회의 심의기일에 출석하여 구술 또는 서면으로 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있도록 하는 등 청문의 기회를 부여하였으며(제103조 제2항, 제98조 제3항, 제98조의2 제2항 내지 제6항), 과거 업무정지명령 해제규정이 없었으나 업무정지명령의 사유가 없어진 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 직권 또는 신청에 의하여 업무정지명령을 해제할 수 있도록 하였다(제105조).

이와 같이 이 사건 법률조항을 비롯한 현행 법의 업무정지명령 관련조항들은 입법목적을 실현하기 위한 필요최소한의 범위 내에서만 해당 변호사의 기본권을 제한하고 있으므로, 최소침해성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

나아가, 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공익은 매우 중대한 것으로서, 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 일정 기간 동안 직업에 종사할 수 없게 되더라도 직업수행의 자유에 대한 제한의 정도가 이 사건 법률조항에 의하여 추구되는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항은 법익균형성의 원칙에도 반하지 아니한다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.」

## 라. 청구인의 그 밖의 주장에 대한 판단

그 밖에 헌법재판소는 다음과 같이 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하지 아니하고, 이중처벌금지의 원칙에도 위배되지 아니한다고 판단하였다.

「청구인은 이 사건 법률조항이 무죄를 다투기 위하여 상소한 자에게 추가적인 불이익을 가하여 재판청구권을 침해한다는 취지로 주장하나, 이 사건 법률조항은 해당 변호사의 소송 수행이나 상소를 금지하거나 제한하는 규정이 아니고, 업무정지명령을 받은 변호사가 해당 공판절차에서 무죄를 다투거나 상소 여부를 결정함에 있어 심리적으로 위축될 수 있다고 하더라도 이는 이 사건 법률조항이 아닌 업무정지 기간의 갱신에 관한 변호사법 제104조 및 업무정지명령의 실효에 관한 같은 법 제106조의 적용에 따른 간접적·사실상의 효과일 뿐이므로, 이 사건 법률조항이 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

또한, 청구인은 이 사건 법률조항이 유죄판결의 확정으로 인하여 변호사 업무를 수행할 수 없는 기간 외에 추가적으로 최대 2년 동안 업무를 수행할 수 없게 하여 이중처벌금지원칙에 위반된다는 주장도 하고 있다. 그러나 헌법 제13조 제1항의 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없는바(헌재 2011. 6. 30. 2009헌바55, 판례집 23-1하, 324, 331, 업무정지명령은 공소제기된 변호사의 업무수행을 방지할 경우 발생할 수 있는 의뢰인이나 공공의 이익에 대한 위협을 방지하기 위한 잠정적이고 가치분적 성격을 가진 제도일 뿐 과거의 일정한 행위에 대한 제재로서 국가가 형벌권을 실행하는 과벌에 해당하지 아니하므로, 이 사건 법률조항은 이중처벌금지의 원칙에도 위배되지도 아니한다.」

## 6. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 헌법재판소가 구법 제15조에 대한 헌법재판소의 위헌결정(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393)의 취지에 따라 개정된 이 사건 법률조항이 명확성원칙, 무죄추정의 원칙에 위배되지 아니하고 직

업수행의 자유를 침해하지 아니한다는 입장을 최초로 밝힌 결정이라는 점에서 의미가 있다.

나. 구법 제15조의 경우 변호사가 공소제기되기만 하면(약식명령이 청구된 경우는 제외) 법무부장관이 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있도록 한 것과 달리, 이 사건 법률조항은 의뢰인의 이익이나 사법제도의 원활한 운영에 대한 구체적 위협을 예방하고자 하는 잠정적·가치분적 성격을 가지는 업무정지명령 제도의 목적에 부합하도록 업무정지명령의 요건을 비교적 상세하게 규정하고 있는바, 이 사건 결정은 이 사건 법률조항에 규정된 업무정지명령의 요건이 의미하는 바를 구체적으로 밝힌 후 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위반되지 아니한다는 점을 분명히 하였다.

다. 한편, 헌법재판소는 무죄추정의 원칙 위반 여부가 쟁점이 되었던 기존의 사건들에서 다소 일관되지 아니한 논증 방식을 사용하여 왔는데, 이 사건 결정에서는 불이익 부과가 범죄사실 인정 또는 유죄의 개연성을 전제로 한 것인지 여부, 불이익 부과 목적의 정당성, 불이익 부과의 필요성, 정도 및 효과를 종합적으로 고려하여 최종적으로 무죄추정의 원칙 위반 여부를 판단하였다.

라. 또한, 이 사건 결정은 이 사건 법률조항이 업무정지명령의 요건을 제도의 목적에 부합하도록 구체적으로 규정하고, 변호사법의 다른 조항들에서 업무정지명령의 절차·기간·불복방법·해제 등에 관한 상세한 규정을 두어 해당 변호사의 기본권 제한을 필요최소한의 범위 내로 한정하고 있으며, 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 의뢰인의 이익과 법적 절차의 공정성·신속성 및 그에 대한 국민의 신뢰라는 공익의 중대성에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 해당 변호사의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다는 점을 밝혔다.

# 국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률 위헌확인

- 국립대학 서울대학교의 법인 전환에 따른 기본권 침해 여부  
사건 -

(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마612, 판례집 26-1하, 150)

천 재 현\*

## 【판시사항】

1. 국립대학 서울대학교를 법인인 ‘국립대학법인 서울대학교’(이하 ‘법인 서울대’)로 전환하고, 소속 교직원을 공무원에서 퇴직시키거나 법인 서울대의 교직원으로 임용하는 내용 등을 담고 있는 ‘구 국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률’(이하 ‘법’ 또는 ‘서울대법인화법’이라 한다)과 그 부칙 및 법 시행령 부칙 조항 등에 대한 다른 대학의 교직원, 서울대학교 재학생 및 일반시민의 심판청구가 적법한지 여부(소극)
2. 국·공유재산을 서울대학교에 무상양도하거나 재정지원 하도록 규정한 구 ‘국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률’ 제22조, 제29조, 제30조 및 제36조가 서울대학교 교직원의 평등권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
3. 이사회와 재경위원회에 일정 비율 이상의 외부인사를 포함하는 등의 내용을 담고 있는 법 제9조 제1항, 제2항 및 제18조 제2항이 대학의 자율을 침해하는지 여부(소극)
4. 총장의 간접선출에 관하여 규정한 법 제7조가 대학의 자율을 침해하는지 여부(소극)
5. 교직원의 공무원 지위 변동과 관련된 조항들이 해당 교직원의 공무담임권 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 ‘국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률’(2010. 12. 27. 법률 제10413호로 제정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항, 제7조, 제9조 제1항, 제2항, 제15조 제3항, 제18조 제2항, 제22조, 제29조, 제30조, 제36조, 부칙(2010. 12. 27. 법률 제10413호) 제5조 제1항 내지 제3항 및 구 ‘국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률 시행령’ 부칙(2011. 9. 6. 대통령령 제23116호) 제3조(2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것)가 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률(2010. 12. 27. 법률 제10413호로 제정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제3조(법인격 등) ① 국립대학법인 서울대학교는 법인으로 한다.

제7조(총장의 선출) ① 총장은 총장추천위원회가 추천한 후보자 중에서 이사회가 선출하여 교육과학기술부장관의 제청으로 대통령이 임명한다.

② 총장추천위원회는 이사회가 추천하는 사람, 국립대학법인 서울대학교 교직원 및 외부인사 등을 포함하여 30명 이내로 구성하되, 그 구성 및 운영에 관한 구체적인 사항은 정관으로 정한다.

제9조(이사) ① 이사는 다음 각 호의 사람으로 구성하되, 외부인사(국립대학법인 서울대학교에 소속되지 아니한 사람을 말한다. 이하 같다)가 2분의 1 이상 포함되어야 한다.

1. 총장

2. 부총장 중 정관으로 정하는 2명

3. 기획재정부장관이 지정하는 차관 1명

4. 교육과학기술부장관이 지정하는 차관 1명

5. 제16조에 따른 평의원회의 추천을 받은 인사 1명

6. 그 밖에 대학 운영에 필요한 지식과 안목이 있는 인사

② 제1항 제5호 및 제6호에 따른 이사는 이사회에서 선임하되, 교육과학기술부장관의 취임 승인을 받아야 한다.

제15조(교직원 등) ③ 국립대학법인 서울대학교 교직원의 자격·임면·

복무, 신분보장·사회보장 및 징계에 관하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 사립학교법을 준용한다.

제18조(재경위원회) ② 재경위원회는 국립대학법인 서울대학교의 교직원과 외부인사를 포함하여 25명 이상 35명 이하로 구성하되, 외부인사가 3분의 1 이상 포함되어야 한다.

제22조(국유재산·공유재산 등의 무상 양도) ① 국가는 국립대학법인 서울대학교 설립 당시의 서울대학교(이하 “종전의 서울대학교”라 한다)가 관리하고 있던 문화재보호법에 따른 문화재를 제외한 국유재산 및 물품에 관하여 국립대학법인 서울대학교의 운영에 필요하다고 인정하는 경우 국유재산법 및 물품관리법에도 불구하고 국립대학법인 서울대학교에 이를 무상으로 양도하여야 한다. 이 경우 교육과학기술부장관은 해당 재산이 국립대학법인 서울대학교의 운영에 필요한지 여부에 대하여 국립대학법인 서울대학교 총장의 의견을 듣고, 기획재정부장관과 미리 협의하여야 한다.

② 지방자치단체는 ‘공유재산 및 물품 관리법’에도 불구하고 종전의 서울대학교가 관리하고 있던 공유재산 및 물품을 국립대학법인 서울대학교에 무상으로 양도할 수 있다.

③ 국가는 국립대학법인 서울대학교의 운영을 위하여 필요한 경우에는 국유재산법 및 물품관리법에도 불구하고 국립대학법인 서울대학교에 국유재산 및 물품을 무상으로 양도·대부하거나 사용하게 할 수 있다. 이 경우 교육과학기술부장관은 기획재정부장관과 미리 협의하여야 한다.

④ 지방자치단체는 국립대학법인 서울대학교의 운영을 위하여 필요한 경우에는 ‘공유재산 및 물품 관리법’에도 불구하고 국립대학법인 서울대학교에 공유재산 및 물품을 무상으로 대부하거나 사용하게 할 수 있다.

⑤ 제3항 또는 제4항에 따른 양도·대부 또는 사용허가의 절차에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제29조(국가 및 지방자치단체의 재정 지원) ① 국가는 국립대학법인 서울대학교 교육의 질 향상과 국제경쟁력 강화에 기여할 수 있도록 국립대학법인 서울대학교에 안정적인 재정 지원을 하여야 한다.

② 국가 및 지방자치단체는 법령 및 조례를 통하여 국립대학법인 서울대학교와 국립대학법인 서울대학교의 중·장기적 교육 및 연구 등의 발전과

학생에 대한 장학금 지급에 드는 자금이 충당하기 위하여 별도의 법인으로 설립된 기금에 대하여 각종 제세공과금에 관한 특례를 규정할 수 있다.

제30조(국가 및 지방자치단체의 지원 방법 등) ① 국가는 국립대학법인 서울대학교의 안정적인 재정 운영을 위하여 매년 인건비, 경상적 경비, 시설확충비 및 교육·연구 발전을 위한 지원금을 출연(出捐)하여야 한다.

② 국가는 국립대학법인 서울대학교 설립 당시 종전의 서울대학교의 예산, 고등교육예산 규모 및 그 증가율 등을 고려하여 매년 출연금을 산정한다.

③ 지방자치단체는 그 소관 사무와 관련하여 국립대학법인 서울대학교가 추진하는 사업에 출연하거나 보조할 수 있다.

④ 제1항에 따른 출연금의 교부 및 사용에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제36조(민법의 준용) 국립대학법인 서울대학교에 관하여 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률 부칙 (2010. 12. 27. 법률 제10413호)

제5조(교직원의 임용 특례) ① 종전의 서울대학교 총장은 종전의 서울대학교 소속 교직원을 본인의 희망에 따라 국립대학법인 서울대학교의 교직원으로 임용될 사람과 그러하지 아니하는 사람으로 구분하여야 한다.

② 제1항에 따라 국립대학법인 서울대학교의 교직원으로 임용될 것을 희망한 사람은 국립대학법인 서울대학교가 설립된 때에 공무원에서 퇴직하고, 국립대학법인 서울대학교 교직원으로 임용된 것으로 본다.

③ 제1항에 따라 국립대학법인 서울대학교의 교직원으로 임용될 것을 희망하지 아니하는 공무원의 소속, 신분 보장 및 복무 관계 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 교원인 공무원의 경우 국립대학법인 서울대학교가 설립된 이후 5년간 공무원 신분을 보유한다.

구 국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률 시행령 부칙(2011. 9. 6. 대통령령 제23116호로 제정되고, 2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것)

제3조(교직원의 임용 특례) ① 법 부칙 제5조 제3항에 따라 국립대학법인 서울대학교의 교원으로 임용되기를 희망하지 아니하는 종전의 서울대학

교 소속 교원인 공무원은 공무원 신분으로 교육과학기술부에 소속되고, 그 정원은 따로 있는 것으로 본다.

② 제1항에 따른 교원은 국가공무원법 제32조의4에 따라 국립대학법인 서울대학교에 파견된 것으로 본다. 이 경우 파견기간은 공무원임용령 제41조 제2항에도 불구하고 5년으로 한다.

③ 제1항에 따른 교원은 공무원보수규정, ‘공무원수당 등에 관한 규정’ 및 ‘국가공무원 명예퇴직수당 등 지급규정’을 적용하는 경우에 국립대학의 교원으로 본다.

④ 제1항에 따른 교원에 대하여 ‘공무원보수규정’ 별표 33 제2호 비고에 따라 연봉상한액을 책정하는 경우에 “소속 국립대학의 장의 연보수”는 “공무원보수규정 별표 12의 특1호봉에 해당하는 봉급을 기준으로 산출한 연보수”로 한다.

⑤ 제1항에 따른 교원에 대하여 공무원보수규정 제39조의2를 적용하는 경우에 “국립대학의 장”은 “교육과학기술부장관”으로 보고, “대학별로 실시하는 성과평가”는 “교육과학기술부장관이 실시하는 성과평가”로 한다.

⑥ 제2항에 따라 파견근무를 하는 교원의 인사관리는 공무원 인사 관계 법령을 준용한다. 다만, 효율적인 인사관리를 위하여 필요한 사항은 교육과학기술부장관이 정하는 바에 따른다.

⑦ 법 부칙 제5조 제3항에 따라 국립대학법인 서울대학교의 직원으로 임용되기를 희망하지 아니하는 종전의 서울대학교 소속 직원은 국립대학법인 서울대학교가 설립된 이후 1년간 공무원 신분으로 교육과학기술부에 소속되고, 그 정원은 따로 있는 것으로 본다.

⑧ 제7항에 따른 직원의 신분보장 및 복무 관계 등에 관하여 이 영에서 정하지 아니한 사항은 국가공무원법에 따른다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 심판청구 당시 국립대학 서울대학교에 재직 중이던 교직원과 재학생, 다른 대학교에 재직 중인 교직원, 일반시민으로 구성되어 있다.

이들은 2010. 12. 27. 국립대학 서울대학교를 법인 서울대로 전환하고, 소속 교직원들을 그 희망에 따라 공무원에서 퇴직하거나 법인 서울대의 교직원으로 임용하는 내용 등을 담고 있는 ‘국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률’이 제정되자, 그 법 및 시행령의 일부 조항들이 대학의 자율, 공무담임권 및 평등권 등 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서, 2011. 10. 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장요지

법 제3조는 국립대학 서울대학교를 사실상 폐지하여 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리, 대학의 자율, 공무담임권 및 평등권 등 기본권을 침해한다.

법 제7조는 대학의 장을 외부인사가 포함된 이사회에서 선출하도록 규정하고 있어 대학교수들의 총장선출권을 박탈하여 대학의 자율을 침해하고, 법 제9조는 이사회에 외부인사를 2분의 1 이상, 교육과학기술부장관 및 기획재정부장관이 지정하는 차관 각 1명을 반드시 포함하도록 하고, 모든 이사의 취임에 교육과학기술부장관의 승인을 얻도록 하여 대학운영이 정부와 외부인사에 의하여 좌우되도록 함으로써 대학의 자율을 침해하며, 법 제18조 제2항은 재경위원회에 외부인사가 3분의 1 이상 포함되게 함으로써 대학의 자율을 침해한다.

법 제15조 제3항은 국립대학 서울대학교의 교직원 지위에 관하여 사립학교법을 준용하도록 함으로써 교직원들의 공무담임권을 침해하고, 다른 국립대학 교직원들과 차별하여 서울대학교 교직원들의 평등권을 침해한다.

법 제22조, 제29조 및 제30조는 국가재원 및 지방자치단체재원을 법인 서울대에 무상 양도하는 등 과도한 지원을 하게 함으로써 다른 국립대학의 평등권을 침해하며, 법 제36조는 법인 서울대에 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 사실상 국립대학 서울대학교를 폐지하여 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리, 공무담임권, 평등권 등을 침해한다.

법 부칙 제5조 제1항 내지 제3항과 같은 법 시행령 제3조는 국립대학 서울대학교의 교직원 중 법인 서울대의 교직원으로 임용될 것을 희망한 사람에게 대하여 법인 설립 즉시 공무원신분을 박탈하고, 희망하지 아니하는

사람 중 교원은 5년, 직원은 1년 경과 후 공무원신분을 박탈함으로써 이들의 공무원임권을 침해하고, 교원과 직원을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 다른 대학 교직원은 심판대상조항의 직접적인 수범자가 아니어서 자기관련성이 없고, 법인 서울대에 대한 재정 지원 조항이 다른 대학 교직원의 법적 지위나 권리·의무관계에 직접 영향을 미친다고 보기도 어렵다. 일반시민은 심판대상조항의 직접적인 수범자가 아니며, 대학의 자율, 공무담임권, 평등권의 침해 문제도 발생하지 않으므로 기본권 침해 가능성 내지 자기관련성이 인정되지 아니한다. 서울대학교 재학생은 공무담임권이 침해될 가능성이 없고, 서울대학교를 공법상 영조물인 국립대학으로 유지하여 줄 것을 요구할 권리는 교육받을 권리에 포함되지 아니하며, 대학의 관리·운영에 관한 사항은 학생의 학문의 자유와 직접 관련되어 있다고 볼 수 없어 자기관련성이 인정되지 않는다. 등록금 인상 가능성이나 기초학문 고사 우려 등은 사실상의 불이익에 불과하므로 평등권 침해 가능성 역시 인정되지 아니한다.

2. 서울대학교에 대한 무상양도, 재정지원 조항은 서울대학교 교직원의 입장에서는 간접적·사실적으로 이익이 되는 조항에 불과하므로, 이들에게 불합리한 차별이 발생한다고 볼 수 없어 평등권 침해 가능성이 인정되지 아니한다.

3. 학교법인의 이사회에 외부인사를 참여시키는 것은 다양한 이해관계자의 참여를 통해 개방적인 의사결정을 보장하고 외부의 환경 변화에 민감하게 반응함과 동시에 외부의 감시와 견제를 통해 대학의 투명한 운영을 보장하기 위한 것이며, 대학 운영의 투명성과 공공성을 높이기 위해 정부도 의사형성에 참여하도록 할 필요가 있는 점, 사립학교의 경우 이사와 감사의 취임 시 관할청의 승인을 받도록 하고, 관련법령을 위반하는 경우 관할청이 취임 승인을 취소할 수 있도록 하고 있는 점 등을 고려하면, 외부인사 참여 조항은 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 총장의 간접선출 조항은 교직원이 참여하는 총장추천위원회에서 추천한 후보자 중에서만 총장을 선출하도록 하고 있으므로 단순 임명제와는 달리 교직원의 의사가 반영되며, 총장추천위원회 운영에 관한 구체적인 사항을 정관에서 정하도록 위임하여 직접선거와 유사한 방식을 채택할 가능성도 열어 놓고 있으므로, 대학의 자율의 본질적 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

5. 서울대학교가 법인이 되면서 교직원들은 그 동안 담당해 왔던 공무가 사라져 유희 인력이 되는 반면, 새로 설립된 법인 서울대는 교육, 학사지원 등을 그대로 이어받게 되어 이를 담당할 교직원이 필요하게 되었으므로, 교직원들을 각자 희망에 따라 공무원에서 퇴직시키고 법인 교직원으로 새로 임용하거나, 일정기간만 공무원 신분을 보유하도록 한 것은 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 또한 법인 서울대의 교직원 임용에 관한 선택권을 부여하고, 임용을 희망하지 아니한 교직원들은 공무원으로 그 신분을 일정기간 보장하여 주며, 공무원 재직 당시의 정년과 연금 수준을 보장하고, 다른 부처로의 진출 등의 기회를 부여하는 등 여러 경과조치를 두고 있으므로 침해최소성 원칙도 준수하였다. 국가경쟁력과 직결되는 국립대학의 경쟁력 제고라는 공익은 서울대 교직원이 받게 되는 공무원 지위 상실이라는 불이익에 비해 결코 작지 아니하여 법익균형성도 인정되므로, 공무담임권을 침해하였다고 볼 수 없다.

한편, 서울대의 법인화 필요성과 그 효과가 클 것으로 판단해 서울대를 법인으로 전환하면서, 그 과정에서 재직 중이던 교직원의 신분에 변동이 생겼다 하더라도 이러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되며, 일반행정 업무를 담당해 왔던 직원이 다른 부처로의 진출이 비교적 용이하다는 점을 고려해 교원에게 직원보다 공무원 신분을 장기간 유지시켜 주는 것에도 합리적인 이유가 인정된다 할 것이므로 평등권을 침해하지 아니하였다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 일부 청구인들의 심판청구가 자기관련성 및 기본권 침해 가능성이 인정되어 적법한지 여부가 문제되었

다. 다음으로, 본안 판단을 함에 있어서는 이사회 및 재경위원회의 외부인사 조항 및 총장의 간접선출 조항이 대학의 자율을 침해하는지 여부, 교직원의 공무원 지위 변동 조항이 공무원임권과 평등권을 침해하는지가 주된 쟁점이 되었다.

이하에서는, 청구인들이 제기한 심판청구의 적법성 여부를 먼저 검토한 다음, 심판대상법률의 제정과정과 주요 내용을 살펴보고, 기본권 침해 여부에 대한 본안 판단을 하고자 한다.

## 2. 심판청구의 적법성 판단

### 가. 다른 대학 교직원 및 일반 시민의 심판청구

서울대학교가 아닌 다른 대학의 교직원은 심판대상조항의 직접적인 수범자가 아니다. 설립 법인 서울대에 대한 재정 지원 조항에 관해 다른 대학들에 평등권 침해와 관련한 자기관련성이 인정된다 하더라도, 이로써 그 구성원인 교직원의 법적 지위나 권리·의무관계에 직접 영향을 미친다고 보기 어렵다. 일반시민 역시 심판대상조항의 직접적인 수범자가 아니며, 특히 심판대상조항은 학생선발에 관한 새로운 응시자격이나 입시절차 등과 같이 교육을 받을 권리와 관련된 내용을 규정하고 있지 않고, 등록금 인상이나 기초학문 고사 우려 등은 사실상의 불이익에 불과하므로 일반시민의 기본권 침해 가능성 내지 자기관련성이 인정되지 않는다고 판단하였다.

### 나. 서울대 재학생의 심판청구

헌법재판소는 대학 자치에 관하여 연구·교수활동의 담당자인 교수가 그 핵심 주체라고 보면서도, 연구·교수활동의 범위를 좁게 한정할 이유가 없다는 이유로 대학 자치의 주체에 학생, 직원 등도 포함될 수 있다고 판시하였다(헌재 2013. 11. 28. 2007헌마1189 등, 공보 제206호, 1666, 1687). 또한 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발, 학생의 전형도 자율의 범위에 속한다고 보았다(헌재 1992.10. 1. 92헌마68, 76 판례집 4, 659-707).

이처럼 대학의 자율의 보호영역을 넓게 보는 헌법재판소의 입장에 따르면, 학생도 대학의 자율의 기본권 주체성이 인정된다고 볼 수 있다. 다만, 자기관련성의 문제는 별도로 접근해야 할 것인바, 대학의 자율과 관련한 모든 영역에서 기본권 침해의 자기관련성이 인정된다고 보기는 어렵고, 개별 사안을 검토하여 학생의 학문의 자유와 밀접히 관련된 부분에서 자기관련성이 인정되어야 한다. 그런데 학생이 소속된 대학교가 법인으로 바뀐다는 사정은 학문의 자유와 밀접히 관련된 부분이라 보기 어렵고, 심판대상 조항은 학생의 지위와 관련된 내용을 직접적으로 규정하지 아니하였다. 또한 등록금 인상과 관련한 주장은 불확실한 사실상 불이익에 불과하므로 대학의 자율과 관련한 재학생의 자기관련성은 인정되지 않는다고 판단했다.

#### 다. 서울대 교직원의 무상양도 규정에 관한 심판청구

법 제22조 제1항은 종전 서울대학교가 관리하던 국유재산 및 물품(문화재보호법상 문화재 제외)을 법인 서울대에 무상양도 하도록 규정하고 있다(전문). 다만 이러한 무상양도가 이루어지기 위해서는 법인 서울대의 ‘운영에 필요하다고 인정’되는 경우라야 하며, 그 판단주체는 교육과학기술부장관이고, ‘서울대학교 총장의 의견을 듣고’, ‘기획재정부장관과 미리 협의’ 할 것이 절차상 요구된다(후문). 후문에 따라 법인 서울대는 종전에 관리하던 국유재산을 무상양도받지 못하는 경우도 발생할 수 있으므로 이와 관련한 기본권 침해가능성이 인정될 것인지 여부가 문제되었다.

##### (1) 부정설

법 제22조 제1항은 국유재산에 관해 오로지 관리권만을 가져왔던 서울대로 하여금 재산에 대한 독자적 소유권 취득을 가능하게 하는 조항이므로, 법인이 되기 전과 비교하여 서울대의 법적 상태에 불이익이 없다. 서울대가 법인화되었다고 종전 관리청의 지위에서 관리하던 재산에 대하여 당연히 소유권을 귀속시키거나 관리권을 이전시켜야 할 국가의 의무가 있다고 보기도 어렵다. 즉, 위 조항은 기본적으로 관리권을 소유권으로 전환하는 수혜적 규정이고, 이러한 수혜적 규정에 있어 평등권 외에 절차나 판단주체와 관련된 사항에 의하여 침해될 수 있는 기본권을 상정하기 어렵다.

‘운영상 필요성 유무’를 판단함에 있어서 준수해야 할 절차 규정(총장 의견 청취, 기재부장관과 협의)은 교과부장관을 수범자로 하여 그에게 의무를 부여하는 조항에 불과하므로, 위 조항으로 인한 기본권 침해가능성을 인정하기 어렵다는 의견이 가능하다.

## (2) 긍정설

종전에는 소유권을 취득할 수 없었고 오로지 관리권만을 가졌던 서울대가 위 조항에 의해 관리재산에 대한 소유권을 취득할 수 있게 되었다는 점만으로 위 조항을 수혜적 조항으로 단정하기 어렵다. 종전 서울대는 독자적 법인격이 없었기 때문에 법률상 소유권 취득이 불가능했을 뿐이고, 사실상 소유권과 유사한 측면에서 대학의 자율적 운영을 위한 관리권자로서의 지위를 가져왔다. 서울대가 법인이 되기 전에도 헌법상 기본권으로서 대학의 자율은 인정되었고, 이러한 대학의 자율에는 대학시설의 관리·운영에 관한 자율이 당연히 포함된다. 따라서 대학시설의 관리권이라는 측면에서 보면, 법 제22조에 따른 국가의 자의적 판단에 따라 관리권이 박탈되는 경우가 발생할 수 있으므로, 대학의 자율의 침해가능성이 인정된다.

## (3) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 서울대에 대한 무상양도나 재정지원 조항은 다른 국립대학 교직원의 법적 지위나 권리·의무관계에 직접 영향을 미친다고 보기 어렵고, 서울대 교직원인 청구인들의 입장에서 보면 오히려 간접적·사실적 이익이 되는 조항이라고 판단하였다. 그렇다면 이 조항에 의해 서울대 교직원들에게 불리한 차별이 발생한다고 볼 수 없다 할 것이므로, 그러한 차별을 전제로 한 평등권 침해 가능성 역시 인정되지 않는 것으로 판단했다.

## 라. 서울대 교직원들의 재단법인 규정 준용 조항에 대한 심판청구

민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 한 법 제36조는 법에 규정이 없는 경우 법적용의 흠결을 보완하기 위한 준용 법률을 규정한 것에 불과하다. 따라서 위 조항으로 인하여 새롭게 대학의 자율이나 공무담임권 등이 침해될 가능성은 없다고 보아야 할 것이다.

### 3. 법의 제정 배경

#### 가. 국립대학의 법인화 추진과정<sup>1)</sup>

국립대학의 법인화 문제는 1987년 교육개혁심의회에서 ‘교육개혁종합구상’이라는 보고서를 통해 모든 국립대학을 장기적으로 특수법인으로 전환할 것을 권고하면서 처음 제기되었다. 1995년 5월 ‘5·31 교육개혁방안’을 통해 원하는 국립대학을 중심으로 점진적으로 특수법인으로 이행하는 구상이 제기되었고, 2002년 6월 대학회계제도를 도입하는 ‘국립대학 운영에 관한 특별법’의 제정 추진 과정에서 기획예산처가 이사회 지배방식과 책임재정 운용을 주요 내용으로 하는 국립대학 법인화를 요구하였지만 구체화되지는 못하였다. 이처럼 정권마다 국립대학 법인화가 고등교육 개혁의 주요 과제로 부상해 왔지만, 국립대학 교직원의 신분변동, 국립대학 교육재정 확보 문제, 국립대학의 설립 목적과 공교육적 기능 위배라는 교육주체들의 내·외적 반발에 직면해 국립대학 법인화는 쉽게 추진되지 못했다.<sup>2)</sup> 이러한 상황에서 국립대학 법인화에 대한 논의가 수그러드는 듯하였으나, 구미의 국립대학 지배구조 및 관리운영 체제 개혁이 중국, 말레이시아, 대만, 일본 등에서 동아시아 태평양 연안의 경쟁국가로 파급되어 일정한 성과를 거두면서 다시 수면위로 떠올랐다.

2005년 5월 인적자원개발회의에서 ‘특성화를 위한 대학혁신방안’의 일환으로 자율적인 선택에 의한 국립대학의 특수법인화를 추진하기로 하고 2005년 9월 학계, 경제계, 언론계 등의 인사를 중심으로 한 ‘대학운영체제 개선협의회’와 ‘국립대학 운영체제개선위크숍’ 등 본격적 논의가 시작되었다. 또한 울산국립대는 2005. 9. 16., 인천시립대는 2006. 4. 3.에 특수법인으로 신설하거나 전환한다는 양해각서를 체결하였으며, 이를 바탕으로 교육과학기술부는 2006년 6월 국회 교육위원회에 법인화 법안 국회제출 추진보고를 한 후 내부토론회, 관계부처협의, 외부전문가 회의, 주요대학 기획처장회의 등을 거쳐 2006년 9월 ‘국립대학 법인의 설립·운영에 관한 특별법

1) 성지화, 국립대학 법인화에 대한 대학행정직원의 인식 연구 : 서울대학교 사례를 중심으로, 연세대학교 교육대학원(2010), 26-27면 참조.

2) 신평, 일본의 경험에 비춰본 한국 국립대학 법인화 작업의 평가, 세계헌법연구 13(2)(2007), 63-98면 참조.

(안)을 발표하였다. 이 법안은 국립대학을 미국, 영국과 같이 설립자의 대표 내지 대리인(외부인사)으로 구성된 이사회지배방식의 법인체로 전환하는 것을 내용으로 하였다. 이러한 가운데 ‘전국 국공립대학 교수회연합회’는 국립대학 법인화에 반대한다는 입장을 천명하였고, 2006. 9. 29. 공청회가 무산되었다. 그 후 당정협의회에서 국립대학 법인 특별법은 정부입법, 울산국립대와 인천시립대의 법인화는 의원입법으로 추진하기로 하고 2007. 3. 6. 울산과기대 법인화법이 국회를 통과하였으나 국립대학 법인 특별법은 국회를 통과하지 못하였다.

이후 정부는 법인화를 원하는 국립대학에 한하여 선택적으로 법인화를 추진한다는 입장을 취했고, 그에 따라 ‘국립대학법인 울산과학기술대학교 설립·운영에 관한 법률’이 제정되어 2009. 7. 31.부터 시행되었으며, 이 사건 서울대법인화법이 2010. 12. 27. 제정되어 2011. 12. 28.부터 시행되었다.

#### 나. 서울대학교 법인화 추진 과정 및 주요 내용<sup>3)</sup>

국립대학 전체의 법인화 추진과는 별개로 서울대학교 내외부에서 법인화를 추진하는 움직임도 적지 않았다. 서울대학교의 법인화 추진은 1987년경 ‘서울대학교 장기발전계획(1987-2001)’에서 처음으로 ‘서울대학교법’ 제정의 필요성을 제기하면서 이루어졌고, 특히 2007년 ‘국립대학 법인의 설립·운영에 관한 특별법(안)’ 통과가 무산된 이후 적극적으로 서울대의 독자적 법인화를 추진하여 왔다.<sup>4)</sup>

##### (1) 법인화의 필요성

대학입학 인구가 감소하면서 대학 입학생이 충원되지 못하는 상황에 도래한 반면, 고등교육시장이 개방되고, 대학교육의 경쟁력이 국가경쟁력과

- 
- 3) 서울대학교 법인화위원회, 서울대학교 법인화 방안 연구보고서, 2009. 8. 10-12면 참조.
  - 4) 서울대는 국공립대의 법인화 형태를 일괄적으로 규정하는 2007년 국립대법인화법안을 비판하고 각 국립대의 특성을 반영하는 개별 입법을 통해 법인화를 추진해야 한다고 주장했다. 특히 세계 수준의 외국대학과 당당히 경쟁하는 대학으로서의 위상을 확립하기 위해서는 서울대의 위상과 특성을 반영하는 법률을 제정해야 한다고 요구했다(서울대학교, 서울대학교 장기발전계획(2007-2025), 2008, 218면 참조).

직결되는 등 대학의 경쟁력이 중요시됨에 따라, 국립대학교의 경쟁력 강화를 위한 국립대학교의 법인화가 꾸준히 시도되어 왔다. 그동안 국립대학에 대한 정부의 일괄적인 규제와 지원의 경직성으로 인하여 각 대학의 특성화 추진에 장애가 되어 왔으며, 서울대학교의 경우 ‘국립학교 설치령’과는 별도로 ‘서울대학교 설치령’을 가지고 있었으나 위 설치령은 서울대학교와 부설기관의 설치 및 그 조직을 규정하는 것이 주 내용을 이루고 있었고, 대학발전을 좌우하는 학사운영, 인사 및 재정 등은 교육법 및 동법 시행령, 국가공무원법, 예산회계법 등에 따라 다른 국립대학들과 동일하게 규율되고 있었다. 또한 기존의 서울대학교는 ‘국립학교 설치령’에 근거를 둔 정부조직의 하나로서 조직, 인사, 예산운용 등에 있어 매우 경직적이기 때문에 대학이 자체 발전 목표를 세우고 이를 전략적으로 달성하는데 한계가 있었다.

따라서 급속히 변화하는 사회적 기대에 능동적으로 대응하고 교육·연구력을 세계적인 수준으로 끌어올리기 위해서는 대학이 사회·경제적 요구에 신속히 반응하여 스스로 발전 계획을 수립·실천하고 이에 대해 책임을 지는 법인체제로 전환할 필요가 있다는 판단 하에, 서울대학교를 세계적인 연구중심대학으로 육성하기 위한 법인화 움직임이 생겨났다.

## (2) 법인화에 따른 변화내용

서울대학교가 법인화됨에 따라 다음과 같은 변화가 발생한다.

① 서울대학교에 법인격을 부여함으로써 국가나 정부로부터 독립하여 권리의무의 주체가 될 수 있다. 국립대학법인인 서울대학교는 독자적으로 재산이나 권리를 취득하고 계약의 주체가 된다. 대학의 운영주체도 총장 중심에서 법인의 이사회 중심으로 바뀐다. 총장은 그대로 존재하나 최고의 의사결정기관은 이사회이며, 총장은 법인의 대표자이자 집행기관이 된다.

② 교직원 인사와 관련하여 교육공무원법 등의 제한을 받지 아니하여 인력 채용, 교직원 대우에 융통성이 생기고, 업적평가에 따른 자유로운 성과연봉제, 승진제 도입이 가능해진다. 기존 서울대학교의 교직원은 국가공무원 신분으로 그 임면과 인사에 있어 국가공무원법, 교육공무원법이 적용되어 교직원의 정원도 정부가 통제하고(구 서울대학교 설치령 제5조)<sup>5)</sup>, 호봉

5) 구 서울대학교 설치령 제5조 (공무원의 정원) 서울대학교에 두는 공무원의 정원

제에 따라 보수 역시 획일적으로 산정되었고, 그에 따라 융통성 있는 인력 공급을 위하여 기성회직(직원), 기금교수, 임시 계약직 채용 등이 비체계적으로 이루어져 왔다. 더 나아가 4급 이상 공무원의 경우 교육과학기술부에서 평정을 실시하고, 5급 이하 공무원에 대해서만 서울대학교에서 자체적으로 평정을 실시하고 있었다. 그러나 국가공무원법, 교육공무원법 등의 규제를 받지 않게 되면 수요에 따른 자유로운 교원 증원, 교원 임용기준의 분야별 다양화, 업적에 따른 파격적인 대우가 가능해짐에 따라 세계적 석학 초빙 가능, 외국인 교원의 임용이 자유로워지는 등 인사제도의 탄력성이 증가한다.

③ 기존의 국립 서울대학교의 예산회계는 전통적인 정부조직의 회계구조와 대학의 특성이 반영된 복합적 성격을 띠고 있어 대학의 전체적인 재무상황이나 지출흐름을 파악하기 쉽지 않았다. 기존 국립 서울대학교의 예산회계는 적용법령에 따라 국고회계와 비국고회계의 이원체제로 구분되어 운영되고 있었는데, 국고회계는 일반회계와 국유재산관리 특별회계로 구성되어 있었으며, 비국고회계는 기성회회계, 대학발전기금 회계, 간접연구경비회계, 소비조합회계, 기숙사회계 등으로 구성되어 있었다.<sup>6)</sup> 법인화의 시행으로 서울대학교법인의 법인회계가 설치되어 회계가 일원화됨에 따라(법 제19조 제1항)<sup>7)</sup> 자원의 합리적인 배분, 대학재정의 투명성이 제고될 수 있고, 대학의 수익사업도 자유롭게 할 수 있게 된다(법 제28조).<sup>8)</sup>

④ 정부의 예산 지원이 품목별 예산 지원 방식에서 총액 예산 지원 방식으로 변경되어, 예산 사용에 있어서도 자율성이 강화된다.

⑤ 조직의 설치·폐지도 국립학교 설치령 등 각종 법령에 구애받지 아니하고 자율적으로 설치·폐지가 가능하게 된다.

---

은 따로 대통령령으로 정한다.

- 6) 서울대학교 법인화위원회, 서울대학교 법인화 방안 연구보고서, 2009. 8., 92면 참조.
- 7) 서울대법인화법 제19조(법인회계 등) ① 국립대학법인 서울대학교의 회계처리를 위하여 법인회계를 설치하며, 그 설치 등에 관하여 필요한 사항은 정관으로 정한다.
- 8) 서울대법인화법 제28조(수익사업 등) ① 국립대학법인 서울대학교는 교육·연구 활동에 지장이 없는 범위에서 수익사업을 할 수 있다.
  - ② 제1항에 따른 수익사업의 수익금은 학교 경영에 충당하여야 한다.
  - ③ 제1항에 따른 수익사업의 운영에 필요한 사항은 정관으로 정한다.

#### 4. 기본권 침해 여부에 관한 판단

##### 가. 대학의 자율 침해 여부

청구인들은 대학의 자율 침해와 관련하여 두 가지 주장을 하고 있다. 첫째는 이사회는 2분의 1 이상, 재경위원회의 3분의 1 이상을 외부인사로 구성하도록 하고, 이사의 취임에 교육과학기술부장관의 승인을 얻도록 한 조항들에 관한 것이고(법 제9조 제1항, 제2항, 제18조 제2항), 둘째는 총장 선거를 간접선거로 한 조항에 관한 것이다(법 제7조). 이에 대해 차례로 살펴본다.

##### (1) 대학의 자율과 심사기준

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 대학 구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이처럼 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 670).

그러나 대학의 자율도 기본권 제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있고, 대학의 자율의 구체적인 내용은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다. 또한 국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있고, 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 수 있다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 449). 따라서 심판대상 조항들이 대학의 자유를 제한하고

있다 하더라도, 그 위헌 여부는 입법자가 기본권을 제한함에 있어 헌법 제 37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047, 판례집 18-1상, 601, 615 참조).

## (2) 외부인사 포함조항에 관한 판단

### (가) 합헌론

1) 국립대학의 심의·의결기구로 이사회를 두고 이사회에 외부인사를 포함시키는 것은 이사회의 구성에 다양한 이해관계자가 참여할 수 있도록 하여 개방적인 의사결정을 보장하고, 외부 환경의 변화에 민감하게 대응하기 위한 것이다. 특히 서울대학교는 국립대학의 사회적 책무를 지니고 있으므로 그 책무 수행을 관리하고 검증하기 위해서는 외부인사의 영입이 필요하고 효과적이라 할 것이다.

2) 내부인사로만 이사회를 구성할 경우 의사결정 과정의 폐쇄성으로 민주적 의사결정에 한계를 가질 수밖에 없고, 이사회의 의사 결정이 내부 구성원들의 이해관계에 얽매일 가능성도 있다. 이사회에 외부인사를 참여시킬 경우, 대학발전에 중요한 역할을 수행하는 주요 이해당사자(지역사회, 지자체, 동문회 등)의 참여를 통한 국가와 지역사회의 요구를 반영한 대학 운영이 가능해지는 장점이 있다.<sup>9)</sup> 따라서 법에서 채택하고 있는 외부자형 이사회는 대학의 자율성이 일부 제한되는 부정적 효과는 있으나 위와 같은 긍정적 효과도 인정되므로, 내부자형 이사회나 외부자형 이사회냐는 어느 것이 옳고 그르다고 말할 수 있는 문제가 아니다. 일본, 미국, 영국 등 주요 국가에서도 대학 이사회에 외부인사를 일정 비율 이상 포함하도록 하고 있으며, 특히 미국과 독일의 경우 외부인사를 과반수 이상 포함하도록 하는 외부자지배형 이사회를 채택하고 있는 점도 고려되어야 할 것이다.

3) 서울대법인화법은 이사회의 2분의 1이상을 외부인사로 구성하도록 하고 내부 교직원들의 이사회 참여도 가능하게 하여, 내부사정에 밝지 않은 외부인사들로만 이사회를 구성하였을 때보다 전문성을 제고하고, 책임있는

9) 이봉귀, 국립대학의 자율성 강화 방안 : 국립대학 법인화를 중심으로, 전남대학교 행정대학원(2007), 26면 참조.

대학 운영을 가능하게 하고 있다. 법은 정부가 지정하는 당연직 이사도 2인으로 최소화 하고 있으며(기획재정부장관이 지정하는 차관 1명, 교육과학기술부장관이 지정하는 차관 1명), 이사회 외에 교직원만으로 구성된 평의회(법 제16조), 교원만으로 구성된 학사위원회(법 제17조), 교직원과 외부인사로 구성된 재경위원회(법 제18조)를 두고 각각 교육, 연구 및 교직원 복지에 관한 사항(평의회), 학사 및 교원 인사에 관한 사항(학사위원회), 예산 및 결산 등에 관한 사항(재경위원회)에 관하여 심의하고 이를 이사회에 회부할 수 있도록 하고 있다. 즉, 외부자형 이사회를 채택하면서도 이사회에 내부 직원들의 의견이 반영될 수 있는 방법을 마련하고 있다.

4) 서울대의 경우 기존의 국유재산이던 서울대 건물, 부지 등을 국가로부터 무상으로 양도받고(법 제22조), 매년 국가 및 지방자치단체로부터 인건비, 경상적 경비, 시설확충비 및 교육·연구 발전을 위한 지원금을 받는 등(법 제29조, 제30조) 국가로부터 계속적으로 재정 지원을 받게 되는데, 정부에서 지정하는 당연직 이사 2인은 계속적으로 국가가 투입되는 사업에 대하여 정부의 입장을 대변할 수 있는 인사의 참여를 보장하기 위한 필요 최소한의 숫자로 볼 수 있다.

5) 사립학교의 경우 임원의 취임시 관할청의 승인을 받도록 하고 있으며(사립학교법 제20조 제2항), 임원이 관련법령을 위반하거나 이에 의한 명령을 이행하지 아니하는 등 일정한 경우에 해당할 때에는 관할청이 취임승인을 취소할 수 있다(사립학교법 제20조의2 제1항).

6) 특히 재경위원회의 경우, 대학법인의 예산, 결산이나 학생의 금전적 부담에 관한 사항을 심의하는 기구이므로 외부의 감시와 견제의 필요성이 더욱 크고, 외부인사의 비율도 3분의 1 이상으로서 비교적 크지 않다.

#### (나) 위헌론

1) 대학의 자율성은 재정·인사·학사·연구 등 각 부문에 있어 국가의 대폭적인 재정지원과 구성원들의 노력에 의하여 실현될 수 있는 것이고, 대학의 법적 형식을 법인으로 바꾼다고 하여 자동적으로 주어지는 것이 아니다. 오히려 법인화는 국가의 지원책임을 부정함으로써 실질적인 독립성과 자율성을 해치게 될 우려가 있다.<sup>10)</sup>

10) 박정훈, 국립대학 법인화의 공법적 문제 - 헌법상 실질적 법인격과 법률상 형식

2) 이사회에서 개방적인 의사결정을 위한 외부인사 참여의 필요성을 인정하더라도 이 사건 서울대법인화법은 과도하게 외부인사를 참여하도록 규정하고 있다. 이사회의 심의·의결사항은 매우 광범위할 뿐만 아니라, 이사회 스스로 필요하다고 인정하는 사항은 역시 심의·의결할 수 있으므로(법제12조 제11호) 사실상 대학 운영과 관계된 거의 전 분야에 걸쳐 심의·의결권을 행사할 수 있다. 이사회의 의결은 재적이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 찬성으로 의결하게 되는바, 그렇다면 이사회회의 2분의 1 이상을 차지하는 외부인사에 의하여 사실상 이사회 의결이 좌우될 수 있고, 내부인사의 의견이 반영될 가능성이 매우 낮다.

3) 또한 법에서 규정하고 있는 평의원회, 학사위원회, 재경위원회 모두 의결권은 없이 심의권만 가지고 있으므로 유명무실한 기관으로 전락할 가능성이 크고, 위원회에서 심의한 사항을 이사회에 회부한다 하더라도 2분의 1 이상을 차지하는 외부인사들의 의견에 따라 받아들여지지 않을 가능성도 크다.

4) 특히, 기획재정부장관과 교육과학기술부장관이 지명하는 차관 1인씩을 당연직 이사로 하고, 당연직 이사(총장 1인, 부총장 2인, 위 차관 2인)를 제외한 모든 이사의 취임에 교육과학기술부장관의 승인을 받도록 함에 따라 결국 정부의 입장을 대변하는 인사들로만 이사회가 구성될 가능성이 높아지고, 이사회를 통한 정부의 관리, 통제가 이전과 동일하게 유지되거나 오히려 더 강화될 가능성이 크다. 애초의 입법목적은 서울대의 경쟁력 강화를 위하여 대학이 사회·경제적 요구에 신속히 반응하여 스스로 발전 계획을 수립·실천하고 이에 대해 책임을 지는 법인을 설립하는 것인데, 이러한 입법목적과 부합되지 아니한다.

#### (다) 헌법재판소의 판단

재판관들은 일치된 의견으로 외부인사 포함조항이 헌법에 위반되지 않는다고 보았다. 내부 교직원들은 평의원회와 학사위원회를 통해서 그 의견을 이사회에 반영할 수 있고, 대학 운영의 투명성과 공공성을 높이기 위해 정부도 의사형성에 참여하도록 할 필요가 있는 점, 사립학교의 경우 이사와 감사의 취임시 관할청의 승인을 받도록 하고, 관련법령을 위반하는 경

우 관할청이 취임 승인을 취소할 수 있도록 하고 있는 점 등을 고려하면, 외부인사 참여 조항은 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다는 것이다.

### (3) 총장 간접선출 조항에 관한 판단

#### (가) 총장선출에 참여할 권리에 대한 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 대학의 장 후보자 선정의 방식으로 ‘대학의장임용추천위원회에서의 선정’을 규정한 교육공무원법 제24조 제4항 등 위헌확인 사건(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047, 판례집 18-1상, 601)에서 대학교수가 대학의 장 후보자 선출에 참여할 권리를 대학의 자치에 포함되는 헌법상의 기본권으로 보았다. 다만 대학의 장 후보자 선정과 관련하여 대학에게 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니며, 대학교원들의 합의된 방식으로 그 선출방식을 정할 수 있는 기회를 제공하면 족하다는 취지의 판시를 한 바 있다.

#### (나) 이 사건에 관한 판단

법 제7조는 총장추천위원회가 3인의 총장 후보자를 추천하고 이사회에서 후보자 중 총장을 선출하도록 규정하고 있는바, 이러한 간접선거 방식은 직접선거 방식의 단점을 극복하면서도 임명제에 비하여 대학의 자율성을 어느 정도 보장해 주고 있다. 또한 총장 선출에 있어 객관성과 개방성을 도모하고 직접선거로 인한 노력과 비용을 절약하는 효과도 인정된다.

앞서 본 바와 같이 총장 선출과 관련하여 대학에게 반드시 직접선출 방식을 보장하여야 하는 것은 아니며, 대학교원들의 합의된 방식으로 그 선출방식을 정할 수 있는 기회를 제공하면 족하다고 할 것인데(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047, 판례집 18-1상, 601, 616-617), 총장추천위원회의 위원으로 교직원이 참여하고, 이사회는 총장추천위원회에서 추천한 후보자 중에서 총장을 선출하도록 하고 있으므로 결국 총장 선출에 있어 교직원의 의사가 어느 정도 반영된다고 볼 수 있다. 또한 법 제7조 제2항은 추천위원회의 운영에 관한 구체적인 사항을 정관에서 정하도록 위임하고 있어, 추천위원회에서 과거 교육공무원법 하에서의 총장선출과 같이 사실상 후보자 직선과 유사한 방식을 채택할 가능성도 배제할 수 없다(실제로 국립대학법인 서울대학교의 정관에 의하면 총장추천위원회의 3분의 2까지 내부인사가

포함될 수 있고, 총장추천위원회의 3분의 2 이상을 서울대학교 교원들로 이루어진 평의원회에서 추천하도록 되어 있다).<sup>11)</sup>

이처럼 이사회로 하여금 교직원이 참여하는 총장추천위원회에서 추천한 후보자 중에서만 총장을 선출하도록 하고 있으므로 단순 임명제와는 달리 교직원의 의사가 어느 정도 반영되고 있고, 총장추천위원회의 운영에 관하여 구체적인 사항을 정관에서 정하도록 위임하여 직접선거와 유사한 방식을 채택할 가능성도 열어놓고 있어 대학의 자율의 본질적 부분을 침해하였다고 볼 수 없다고 판단했다.

## 나. 공무담임권 침해 여부

### (1) 쟁점

법 제3조 제1항, 제15조 제3항, 법 부칙 제5조 제1항 내지 제3항 및 시행령 부칙 제3조는 법인 서울대의 교직원 신분에 관하여 국가공무원법이나 교육공무원법이 아닌 사립학교법을 준용하는 한편, 이에 따라 종전 서울대에 재직 중이던 교직원 중 법인 소속 교직원으로의 임용을 희망한 사람은 법의 시행으로 법인 설립과 동시에 공무원에서 퇴직하게 되고, 희망하지 아니하는 사람은 일정기간(교원은 5년, 직원은 1년) 이후 공무원에서 퇴직

11) 총장선출과 관련된 정관의 내용은 다음과 같다.

제9조(총장추천위원회) ① 총장 후보자를 이사회에 추천하기 위하여 총장추천위원회를 둔다.

② 총장추천위원회는 25명 이상 30명 이하로 구성하되, 외부인사가 3분의 1 이상 포함되어야 한다.

③ 이사회는 총장추천위원회 위원의 3분의 1 이내의 인사를 추천하고, 평의원회는 나머지 인사를 추천한다.

④ 총장추천위원회는 3명의 총장후보자를 이사회에 추천한다.

⑤ 총장추천위원회는 특별한 사유가 없는 한 총장 임기만료 5개월 전에 구성하여 대통령이 신임 총장을 임명할 때까지 운영한다.

⑥ 총장추천위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 별도의 규정으로 정한다.

제10조(총장후보대상자의 모집) ① 총장추천위원회는 공모, 추천, 초빙 등의 방법으로 총장후보대상자를 모집할 수 있다.

② 총장추천위원회는 총장후보대상자를 초빙하기 위한 총장후보초빙위원회를 둘 수 있다.

③ 총장후보초빙위원회는 총장추천위원회 위원 중 9명 이내로 구성하되, 외부인사가 2분의 1 이상 포함되어야 한다.

④ 총장추천위원회는 총장후보초빙위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항을 별도로 정할 수 있다.

하게 되는데, 이들의 공무담임권 침해 여부가 문제되었다.

## (2) 공무담임권의 내용

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 규정하여 공무담임권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있다. 이러한 공무담임권의 보호영역에는 일반적으로 공직취임의 기회보장, 신분박탈, 직무의 정지가 포함될 뿐, 특별한 사정도 없이 여기서 더 나아가 공무원이 특정의 장소에서 근무하는 것 또는 특정의 보직을 받아 근무하는 것을 포함하는 일종의 ‘공무수행의 자유’까지 그 보호영역에 포함된다고 보기는 어렵다(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마1275 참조).

청구인들이 다투고자 하는 것은 공직취임의 기회와 관련한 것이 아니라, 이미 공무원으로 임용된 사람들의 공무원 신분박탈에 관한 것이다. 공무담임권에 관련한 헌법재판소 선례 중 이 사건과 가장 가까운 것으로 볼 수 있는 사건은 지방자치단체의 직제가 폐지된 경우 해당 공무원을 직권면직할 수 있도록 규정한 지방공무원법 제62조 제1항 제3호에 대한 헌법재판소 2002헌바8 결정인데, 이 결정에서는 이를 공무담임권의 문제가 아닌 직업공무원 제도의 문제로 보았다. 그런데 그 외의 사건에서 헌법재판소는 공무원의 신분상실의 문제도 공무담임권의 보호영역에 포함되는 것으로 보고 판단하여 오고 있다.<sup>12)</sup>

『직제가 폐지된 경우 임용권자가 직권으로 면직할 수 있도록 하고 있는 이 사건 규정은 공무원의 공직취임 문제와는 거의 관련이 없고 이미 공무원으로 임용된 자의 그 신분 상실과 관련된다 할 것이다. 그리고 공무원의 신분상실 문제는 직업공무원 제도의 중심을 이루는 공무원 신분보장의 문제로서 공무원의 신분을 박탈함에 있어서는 당해 공무원이 불합리하게 그의 권리나 이익을 침해당하지 않도록 보호해야 한다는 것을 내용으로 한다. 따라서 이 사건 규정의 직권면직에 대해서는 특별한 사정이 없는 한

12) 초, 중등교원의 정년 단축에 관한 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 금고이상 선고유예시 당연퇴직에 관한 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 법관의 정년에 관한 2002. 10. 31. 2001헌마557, 금고이상 집행유예시 당연퇴직에 관한 헌재 2003. 12. 18. 2003헌마409, 금고이상 선고유예시 군무원의 당연퇴직에 관한 헌재 2007. 6. 28. 2007헌가3 등.

공무담임권 침해 문제가 아닌 직업공무원제도 위반 문제만을 판단하는 것으로 족하다.』(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바8, 판례집 16-2하, 282, 290)

### (3) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 아래와 같은 이유에서 심판대상조항이 공무담임권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 서울대법인화법의 시행으로 종전 서울대는 법인이 되므로 그 전까지 공무원이었던 서울대의 교직원들은 그 동안 담당해 왔던 공무가 사라져 유휴 인력이 되는 반면, 새로 설립된 법인 서울대는 종전 서울대의 교육, 연구, 학사지원 등의 기능을 그대로 이어받게 되어 이를 담당할 교직원이 필요하게 되었다. 따라서 종전 교직원들을 각자 희망에 따라 공무원에서 퇴직시키고 법인 소속 교직원으로 새로 임용하거나, 일정기간을 정하여 그때까지만 공무원 신분을 보유하도록 한 것은 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

한편, 원칙적으로 ‘직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 따라 폐직 또는 과원이 되었을 때’는 공무원의 직권면직 사유로서(국가공무원법 제70조 제1항 제3호), 서울대법인화법의 시행에 따라 법인이 설립되면 기존의 교직원들은 직권면직 사유가 발생하여 임용권자가 직권면직시킬 수 있게 된다. 그런데 법은 공무원 지위 상실에 따른 불이익을 최소화하기 위하여 종전 서울대 교직원들에게 법인 서울대의 교직원 임용에 관한 선택권을 부여하고, 임용을 희망하지 아니한 교직원들은 공무원으로 그 신분을 일정기간 보장하여 주며, 정년과 연금 등에 있어 공무원 재직 당시의 정년과 연금 수준을 보장하고 있다. 나아가 법인 소속 교직원으로의 임용을 희망하지 아니한 교직원들에게 일정기간 공무원 신분을 유지시켜 줌으로써 다른 부처로의 진출 등의 기회를 부여하는 등 불이익을 최소화시키기 위한 여러 경과조치를 두고 있으므로 피해의 최소성 원칙도 준수하였다.

법에 의하여 달성하고자 하는 국가경쟁력과 직결되는 국립대학의 경쟁력 제고라는 공익은 서울대 교직원이 받게 되는 공무원 지위의 상실이라는 불이익에 비하여 결코 작지 아니하므로 법익의 균형성도 인정되므로, 위 조항들은 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

## 다. 평등권 침해 여부

### (1) 심사기준

국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교 제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있고, 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것이다(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047, 판례집 18-1상, 601, 602 참조). 즉, 국립대학제도를 어떻게 형성해 나갈 것인가 역시 기본적으로 입법재량의 범위 내에 있는 것이고, 입법자는 국립대학을 법인화할 것인지 여부, 국립대학을 법인화할 경우 모든 국립대학을 법인화할 것인지 일부만 법인화할 것인지, 어떤 국립대학을 법인화할 것인지를 결정할 재량권을 갖는다.

또한 이 사건 서울대법인화법은 청구인들의 공무담임권과 대학의 자율성을 제한하고 있는바, 이는 헌법이 차별을 특히 금지하고 있는 영역이거나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하고 있다고 볼 수 없다. 그리고 공무담임권의 제한의 경우는 그 직무가 가지는 공익실현이라는 특수성으로 인하여 그 직무의 본질에 반하지 아니하고 결과적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정될 것이므로, 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성 여부가 심사대상이 될 것이며, 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 된다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320, 331-332 참조)

### (2) 다른 국립대학 교직원들과의 차별

서울대학교 교직원인 청구인들은 법인이 설립되지 아니한 다른 국립대학의 교직원들과의 관계에서 평등권을 침해받았다고 주장하고 있다. 청구인들과 다른 국립대학의 교직원들은 국립대학의 교직원이라는 점에서는 본질적으로 동일한 집단에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>13)</sup> 이 사건 서울대법인화

13) 서울대학교 교직원들과 다른 국립대학 교직원들은 비교집단 자체가 될 수 없다는 입장도 가능할 것으로 보인다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단

법은 국립대학 서울대학교에 대하여만 규율하고 있어 다른 국립대학 교직원들과는 달리 청구인들만 공무원으로서의 지위를 상실하게 되는바 일용차별취급도 존재하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 입법자는 모든 국립대학이 처한 상황이 각기 다르므로, 국립대학에 대한 전면적인 법인화 대신 법인화에 대한 내부구성원의 호응도, 법인화시 대학의 재정자립 가능성, 경쟁력 제고 가능성 등을 종합적으로 고려하여 여건이 허락하는 국립대학별로 개별법을 통하여 법인화를 추진하기로 하였는바, 이러한 결정에는 일용 합리적인 이유가 인정된다. 서울대는 국립대학 전부에 적용되는 일괄적인 규제와 지원이 국립대학의 하향평준화를 가져오며, 국립대학의 선도적 위치에 있는 서울대의 발전을 위하여 별도의 법제정이 필요하다고 판단하여 이미 오래 전부터 법인화를 추진하여 왔으며, 독자적으로 법인화를 연구, 법인화법 시안을 발표하고, 그 시안을 가지고 법인화의 구체적인 내용을 정부와 협의를 진행하여 왔다. 따라서 이 사건 서울대법인화법이 다른 국립대학과 달리 서울대만을 법인화하여 결과적으로 청구인들을 차별하였더라도 이는 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 청구인들의 평등권을 침해하지 않았다고 판단하였다.

### (3) 교원과 직원 간의 차별

법인 소속 교직원으로 임용을 희망하지 아니하는 교직원 중 교원은 법인 설립 후 5년간(법 부칙 제5조 제3항), 직원은 법인 설립 후 1년간(법 시행령 부칙 제3조 제7항) 공무원의 신분으로 교육과학기술부에 소속되는바, 청구인들 중 직원들은 교원과의 관계에서 평등권을 침해받았다고 주장하고 있다. 기존 서울대의 교직원들은 서울대에서 같이 재직 중이었다는 점, 서

---

은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있는바(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728 참조), 이 사건 서울대법인화법은 '서울대학교'를 규율하려는 목적으로 만들어진 것이며, 다른 국립대학교는 규율대상이 아닌 점, 이 사건 서울대법인화법은 서울대학교를 법인화 하기위한 목적일 뿐 다른 국립대학과 차별하여 다른 법적효과를 발생시키려는 것이 목적이 아닌 점, 특히 교육과학기술부 측은 '교과부의 방침은 법인화를 원하는 국립대학만 법인화를 추진하는 것이기 때문에 개별법으로 국립대학을 법인화시키고 있고, 서울대학교측이 법인화를 원한 결과 서울대법인화법이 제정된 것'이라는 취지의 주장을 하고 있는 점 등을 고려하면 비교집단이 아니라고 보는 입장도 있을 수 있다.

울대법인화법의 시행으로 공무원 신분을 상실하게 되었다는 점에서 본질적으로 동일한 집단에 해당한다고 볼 수 있는데 이 사건 서울대법인화법은 교원과 직원을 달리 규율하고 있어 차별취급이 존재한다.

살피건대, 법인 소속 교직원으로 임용을 희망하지 아니하는 기존 교직원들은 위에서 본 바와 같이 공무원의 직권면직 사유(국가공무원법 제70조 제1항 제3호)에 해당함에도 불구하고 교육과학기술부 소속의 공무원으로 그 지위를 일정기간 보장하여 주고 있는 것이다. 이는 그 기간 동안 다른 부처로 전직하여 계속 공무원 지위를 유지할 기회를 주기 위한 것인데, 직원은 그 직무가 주로 일반 행정이므로 다른 부처로의 전직이 용이하나, 교원의 경우 교수와 연구를 전문으로 하는 직무의 특수성으로 인하여 다른 정부 부처로의 전직이 용이하지 아니함을 고려한 것이다. 따라서 교원에게 직원에 비하여 상대적으로 공무원 지위를 장기간 유지시켜 주는 것에는 합리적인 이유가 인정되므로, 청구인들의 평등권을 침해하지 않았다고 판단하였다.

## 5. 결정의 의의

이 사건은 서울대학교의 법인 전환과 관련하여 다른 대학 교직원 및 일반시민, 서울대 재학생의 심판청구의 적법성을 부인함으로써 기본권 침해 가능성 및 자기관련성의 인정 요건 및 범위에 관하여 판단하였다. 나아가 국공유재산 무상양도 규정을 일종의 수혜적 조항으로 보고 서울대 교직원들의 평등권 침해 가능성을 인정하지 않았다고 판단하여 이에 관한 본안심사를 하지 않았다는 점이 특징적이다.

또한 이 사건 결정은 법인 서울대의 이사회 구성 및 총장선출에 관한 규정이 그 자체만으로 대학의 자율을 침해하지 않는다고 판시하고, 교직원 자격 및 임용특례조항이 공무담임권 및 평등권을 침해하지 않는다고 밝힘으로써 국립대학의 법인화 추진과정에 뒤따를 수 있는 기본권 침해 문제에 대하여 처음 판단했다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

## 청소년 보호법 제23조의3 등 위헌확인

- 16세 미만의 청소년에게 자정부터 새벽 6시까지  
인터넷게임의 제공을 일률적으로 금지하는 이른바 ‘강제적  
셋다운제’가 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659·683(병합), 판례집 26-1하, 176)

정 인 경\*

### 【관시사항】

1. 16세 미만 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공을 금지하는 이른바 ‘강제적 셋다운제’를 규정한 구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것) 제23조의3 제1항 및 청소년 보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정된 것) 제26조 제1항 중 ‘인터넷게임’의 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 인터넷게임 제공자의 직업수행의 자유, 16세 미만 청소년의 일반적 행동자유권, 부모의 자녀교육권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

3. 심판대상조항이 다른 게임과 달리 인터넷게임만 규제하고, 해외 게임업체와 달리 국내 게임업체만 규율함으로써 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것) 제23조의3 제1항 및 제51조 제6의2호와 청소년 보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로

---

\* 헌법연구관

전부개정된 것) 제26조 제1항 및 제59조 제5호가 청구인들의 헌법상 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 청소년보호법(2011. 5. 19. 법률 제10659호로 개정되고, 2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정되기 전의 것)

제23조의3(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한 등) ① ‘게임산업진흥에 관한 법률’에 따른 게임물 중 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물(이하 “인터넷게임”이라 한다)의 제공자(전기통신사업법 제22조에 따라 부가통신사업자로 신고한 자를 말하며, 같은 조 제1항 후단 및 제4항에 따라 신고한 것으로 보는 경우를 포함한다. 이하 같다)는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

제51조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

6의2. 제23조의3을 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자

청소년 보호법(2011. 9. 15. 법률 제11048호로 전부개정된 것)

제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) ① 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

제59조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제26조를 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자

## 【사건의 개요】

청구인들은 16세 미만의 청소년, 16세 미만 청소년을 자녀로 둔 부모, 인터넷게임 제공자인데, 16세 미만 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공을 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하도록 규정한

심판대상조항이 인터넷게임 제공자의 직업의 자유, 청소년의 일반적 행동 자유권, 부모의 자녀교육권 등을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항에서 ‘인터넷게임’은 ‘게임산업진흥에 관한 법률’(이하 ‘게임산업법’)에 따른 게임물 중 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물이라고 정의되어 있다. 따라서 게임의 시작 및 실행을 위하여 인터넷이나 네트워크 등 정보통신망에의 접속이 필요한 게임이라면 기기나 종류를 불문하고 모두 인터넷게임에 해당하고 게임산업법상 게임물이 아니거나 정보통신망에의 접속이 필요 없는 게임은 인터넷게임에 해당하지 않는다는 것은 누구나 쉽게 알 수 있으므로, 심판대상조항에서 ‘인터넷게임’의 의미는 명확하다. 한편 청소년 보호법 부칙 및 여성가족부고시(제2013-9호)에서 스마트폰 등 모바일기기를 이용하는 인터넷게임에 대하여 강제적 섷다운제의 적용을 유예하고 있는데, 이는 강제적 섷다운제의 적용범위를 축소하는 것이어서 청구인들의 기본권을 제한하는 사항이라 보기 어렵고, 일부 인터넷게임에 대하여 적용이 유예되고 있다고 하여 ‘인터넷게임’의 의미가 불명확해진다고 보기 어렵다. 그러므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 않는다.

2. 심판대상조항은 청소년의 건강한 성장과 발달 및 인터넷게임 중독을 예방하려는 것으로, 인터넷게임 자체는 오락 내지 여가활동의 일종으로 유해한 것이 아니나, 우리나라 청소년의 높은 인터넷게임 이용률, 인터넷게임에 과몰입되거나 중독될 경우에 나타나는 부정적 결과 및 자발적 중단이 쉽지 않은 인터넷게임의 특성 등을 고려할 때, 16세 미만의 청소년에 한하여 오전 0시부터 오전 6시까지만 인터넷게임을 금지하는 것이 과도한 규제라고 보기 어렵고, 기타 과잉규제를 피하기 위하여 여성가족부장관으로 하여금 2년마다 적절성 여부를 평가하도록 하고 시험용 또는 교육용 게임물에 대해서 그 적용을 배제하는 등 피해를 최소화하는 장치도 마련되어 있으며, 본인 또는 법정대리인의 자발적 요청을 전제로 하는 게임산업법상 섷다운제 섷다운제는 그 이용률이 저조한 점 등에 비추어볼 때, 대체수단이

되기에는 부족하므로 침해의 최소성 요건도 충족한다. 나아가 청소년의 건강 보호 및 인터넷게임 중독 예방이라는 공익의 중대성을 고려할 때 법익 균형성도 유지하고 있으므로, 심판대상조항이 인터넷게임을 제공자의 직업 수행의 자유, 여가와 오락 활동에 관한 청소년의 일반적 행동자유권 및 부모의 자녀교육권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 인터넷게임은 주로 동시 접속자와의 상호교류를 통한 게임 방식을 취하고 있어 중독성이 강한 편이고, 정보통신망서비스가 제공되는 곳이면 언제나 쉽게 접속하여 장시간 이용으로 이어질 가능성이 크다는 점에서 다른 게임과 달리 인터넷게임에 대해서만 강제적 섷다운제를 적용하는 것에는 합리적 이유가 있고, 또한 전기통신사업법에 따라 부가통신사업자로 신고하고 게임법상 등급분류를 받아 정상적인 방법으로 제공되는 인터넷게임물에 대해서는 그 제공업체가 국내 업체인지 해외 업체인지를 불문하고 강제적 섷다운제가 적용되므로 일부 해외 서버를 통해 불법 유통되고 있는 게임물에 대하여 적용되지 않는 사실을 가지고 해외 업체에 비하여 국내 업체만 규율함으로써 평등권이 침해된다고 볼 수는 없다.

### 재판관 김창중, 재판관 조용호의 위헌의견

강제적 섷다운제는 전근대적이고 국가주의적이고 행정편의적인 발상에 기초한 것으로 문화에 대한 자율성과 다양성 보장에 반하여 국가가 지나친 간섭과 개입을 하는 것이므로 헌법상 문화국가의 원리에 반한다.

‘인터넷게임’의 의미와 범위는 인터넷게임 제공자의 입장에서 처벌조항의 구성요건에 해당하는데, 부칙 등에서 심각한 중독의 우려가 없는 인터넷게임물에 대하여 적용을 유예하도록 하면서 판단기준 등이 불명확하여 일반인으로서의 적용대상인 인터넷게임의 범위를 제대로 파악하기 어려우므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다.

또한 심판대상조항의 입법목적 중 ‘청소년의 수면시간 확보’가 기본권 제한을 정당화할 수 있는 사유인지 의심스럽고, 기본적으로 인터넷게임을 유해하고 무가치한 것으로 보는 시각을 전제로 하고 있으므로 수단의 적절성도 인정하기 어렵다. 나아가 청소년이용가능 게임이 실질적으로 그 적용대상임에도 예외 없이 전면적으로 금지하고 있고, 게임산업법상 ‘선택적 섷다운

운제'가 이미 마련되어 있으므로 침해의 최소성에도 반한다. 청소년의 심야 시간대 인터넷게임 이용률이 원래 높지 않았고, 타인명의로 접속하는 경우 통제방법이 없다는 점에서 제도의 실효성이 적은 반면, 과도한 규제로 인한 기본권 침해 및 국내 인터넷게임 시장의 위축 가능성 등을 고려하면 법익의 균형성도 갖추고 있다고 보기 어려우므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

심판대상조항은 인터넷게임과 다른 게임 사이에 중독성에 있어 본질적인 차이가 있다고 보기 어려움에도 인터넷게임만 규제하고 있고, 사실상 국내 게임업체가 주로 규율대상에 해당한다는 점에서 국내 인터넷게임 제공자들의 평등권도 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

심판대상조항이 정한 청소년보호법상 강제적 섯다운제는 인터넷게임 제공자가 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하는 것을 금지하는 제도이다.

각종 게임의 종류 중 게임의 이용에 인터넷 등 정보통신망에의 접속이 필요한 '인터넷게임'만이 그 적용대상이고, 정보통신망을 통해 제공되지 않는 게임물로 컴퓨터에 저장되어 있는 게임물, 별도의 저장장치로 다운로드 받아 이용하는 게임물로서 네트워크 기능이 없거나 그 실행에 인터넷 접속이 필요 없는 휴대기기 게임, 콘솔 게임, CD게임 등은 강제적 섯다운제의 적용대상에 해당하지 않는다.

또한 개인용 컴퓨터인 PC를 이용하는 인터넷게임이 아니라, 휴대폰 등 이동통신 단말기거나 휴대용 정보 단말기기를 이용하는 인터넷게임의 경우 중독의 우려가 상대적으로 적다고 보아 청소년 보호법 부칙 등에서 그 적용을 유예하고 있다. 그 외에, '심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한 대상 게임물 범위'에 관한 여성가족부 고시(제2013-9호, 제정 및 시행 2013.2.20.)를 보면, 게임산업진흥에 관한 법률(이하 '게임산업법'이라 한다)상 등급분류를 받지 않는 시험용, 교육·공익홍보용 게임물 등을 이용한 인

터넷게임은 강제적 섷다운제의 적용대상이 아니다.

게임산업법상 게임과몰입·중독 예방조치의 대상인 청소년은 만 18세 미만인 청소년이나, 강제적 섷다운제의 적용대상은 16세 미만 청소년으로, 유아, 초등학생, 중학생이 주로 이에 해당한다.

이 사건에서는 심판대상조항에서 정한 강제적 섷다운제의 대상인 인터넷게임의 의미가 명확한지 여부, 심판대상조항이 청소년의 일반적 행동자유권, 인터넷게임 제공업자의 직업의 자유, 16세 미만의 청소년을 자녀로 둔 부모의 교육권을 침해하는지 여부가 주된 쟁점이다.

## 2. 명확성원칙 위반 여부

명확성원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다. 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342; 헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

(구) 청소년 보호법<sup>1)</sup>상 인터넷게임이란 게임산업법에서 규정하고 있는 게임물<sup>2)</sup> 중 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호<sup>3)</sup>에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물로(구 법 제23조의3 제1항, 법 제24조 제1항), 원칙적으로 정보통신망을 이용하여 행해지는 게임이라면 기기 또는 게임방식과 무관하게 모두 이 범위에 포함

- 1) 이하 본문에서 구 청소년보호법과 청소년 보호법을 함께 표기해야 하는 경우 (구) 청소년 보호법으로 표기하기로 한다.
- 2) 게임산업법상 “게임물”이라 함은 “컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동 효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 또는 그 영상물의 이용을 주된 목적으로 제작된 기기 및 장치”로 인터넷게임물보다 그 범위가 훨씬 넓다.
- 3) ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조(정의) ① 1. “정보통신망”이란 전기통신사업법 제2조 제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.  
전기통신사업법 제2조(정의) 2. “전기통신설비”란 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 또는 그 밖에 전기통신에 필요한 설비를 말한다.

될 수 있다. 따라서 사행성게임물 등 게임산업법상 게임물이 아닌 것, 정보통신망을 통해 제공되지 않는 게임물로 컴퓨터에 저장되어 있는 게임물, 정보통신망을 통해 제공되나 별도의 저장장치로 컴퓨터로 다운로드 받아 이용하는 게임물, 오락실용 아케이드 게임은 인터넷 게임에 해당하지 않으나, 인터넷게임에 해당하면 PC, 모바일기기, 스마트폰 등 기기를 불문하고, 게임방식도 싱글플레이 게임이나, 멀티플레이게임, 네트워크 게임을 불문하고 모두 인터넷게임에 포함될 수 있다.

구 청소년보호법 제23조의3 제2항, 제3항 및 ‘청소년 보호법’ 제26조 제2항, 제3항에서 여성가족부 장관으로 하여금 제1항에 따른 심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 대통령령으로 정하는 바에 따라 평가하도록 규정하고 있고, 각 법 부칙 조항(이하 ‘이 사건 부칙조항들’이라 한다)에서 ‘인터넷게임 중 심각한 인터넷게임 중독의 우려가 없는 것으로서 대통령령으로 정하는 기기를 이용한 인터넷게임’에 대하여 적용을 유예하도록 하고 있는 것과 관련하여, 이 결정의 다수 의견은 이 사건 부칙조항들 및 구 청소년보호법 제23조의3 제2항, 제3항 및 ‘청소년 보호법’ 제26조 제2항, 제3항은 제한대상인 인터넷게임물의 범위의 적절성 평가 내지 그 유예에 관한 규정으로 청구인들의 기본권을 직접 제한하는 규정으로 보기 어렵고, 특히 구 청소년보호법 제23조의3 제2항, 제3항 및 ‘청소년 보호법’ 제26조 제2항, 제3항은 심야시간대 제한대상 게임물 범위의 적절성에 대한 평가 및 조치사항에 관한 규정일 뿐 강제적 섣다운제 대상인 인터넷게임의 의미와 범위와는 해석상 직접적 관련이 없으므로 위 조항들에 의하여 심판대상조항의 대상인 인터넷게임의 의미가 불명확해진다고 보기 어렵다고 보았다. 이에 반해 반대의견은 구 청소년보호법 제23조의3 제2항, 제3항 및 ‘청소년 보호법’ 제26조 제2항, 제3항과 이 사건 부칙조항들을 포함하여 강제적 섣다운제의 규율대상인 인터넷게임의 범위가 명확한지 여부를 판단하여야 한다고 보았다.

### 3. 기본권 침해 여부

#### 가. 제한되는 기본권

강제적 설타다운제가 16세 미만 청소년의 일반적 행동자유권 및 이들 청소년에게 인터넷게임을 제공하자고 하는 자의 영업시간을 제한함으로써 이들의 직업수행의 자유를 제한한다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없으나, 학부모의 교육권, 인터넷게임 제공자의 표현의 자유도 제한하는지 여부는 살펴볼 필요가 있다.

#### (1) 학부모의 자녀교육권 제한 여부

부모의 자녀교육권은 부모가 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향·능력·정신적, 신체적 발달상황 등을 고려하여 교육목적을 달성하기에 적합한 교육수단을 선택할 부모의 권리를 말하는 것으로, 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항, 제10조, 제37조 제1항을 근거로 부모의 자녀교육권을 자연권적 기본권으로 인정하고 있다. 그런데 부모의 교육권은 다른 기본권과 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 447-448 참조).

헌법재판소는 과외교습금지, 고교평준화제, 국교교과서제, 학원교습시간 제한 등과 관련하여 부모의 자녀교육권의 제한을 인정한 바 있는데,<sup>4)</sup> 이는 모두 자녀의 학교 또는 학습의 방법·시간 등과 관련하여, 즉 교육수단에 관한 부모의 선택권을 제한하는 사안이었다. 그런데 심판대상조항은 인터넷게임의 과몰입으로부터 16세 미만 청소년의 건강을 보호하고 그 중독을 예방하고자 하는 것으로 청소년의 건강 및 교육 환경 보호에 그 목적이 있

4) 부모의 자녀교육권 제한이 문제된 사례

1. 과외교습금지 사건(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427)
2. 고교평준화제로 인한 학교추첨배정제에 관한 초·중등교육법시행령 위헌확인 사건(헌재 2009. 4. 30. 2005헌마514, 판례집 21-1하, 185)
3. 부산시 학원교습시간 제한 조례 위헌확인 사건(헌재 2009. 10. 29. 2008헌마454, 판례집 21-2하, 402)
4. 공문서 및 교과용 도서 편찬 시 표준어 규정을 준수하도록 한 규정 위헌확인 사건(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마618, 판례집 21-1하, 746).

는 것이어서, 부모의 자녀교육권 보장과 그 목적을 같이하는 것이므로 이로써 부모의 자녀교육권이 제한된다고 보기 어렵다는 견해도 제시될 수 있다.

그러나 부모의 자녀교육권은 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 말한다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 447). 따라서 반드시 자녀의 학교 내지 학습과 관련된 교육뿐 아니라 자녀의 장래를 위한 부모의 다양한 교육·양육 방식에 관한 권리가 모두 포함된다고 할 수 있다.

인터넷게임은 여가 및 오락 활동의 하나로 볼 수 있고, 2012. 8. 18.부터 시행된 ‘이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률’<sup>5)</sup>에서는 인터넷게임을 매개로 한 경기를 정식 스포츠 활동의 하나로 인정하고 있으며, 실제 이스포츠 경기가 존재하고 청소년 중 이스포츠선수 또는 프로게이머<sup>6)</sup>로 등록되어 활동하고 있는 경우도 있는 등 인터넷게임은 단순한 여가활동의 수단을 넘어 전문적 직업의 하나로 자리잡고 있는 실정이다. 따라서 그 중독성으로 인한 폐해를 별론으로 한다면 인터넷게임 자체가 청소년에게 부정적 영향을 주는 것이라고 할 수는 없다.

결론적으로 부모의 자녀교육권이 학습과 관련된 부모의 교육목적 내지 방법만을 그 보호영역으로 한다고 단정할 수 없고, 인터넷게임 자체는 건전한 여가활동 수단으로 유해한 것이 아니므로 심판대상조항에 의해 인터넷게임 허용여부에 관한 부모의 자녀교육권이 제한되는 것은 자명하다.

---

5) 2012. 2. 17. 법률 제11315호로 제정 : 이스포츠(e-sports)는 성장잠재력이 매우 큰 고부가가치의 문화산업이지만 이를 지원할 수 있는 법적·제도적 근거가 미비하여 보다 장기적이고 체계적인 이스포츠 진흥정책을 수행하는 데 어려움이 있는바, 이스포츠 발전을 위한 중·장기진흥기본계획과 분야별·연도별 세부 시행계획의 수립·시행, 이스포츠 관련 실태조사 실시, 이스포츠진흥자문위원회 설치, 이스포츠산업지원센터 지정, 전문인력 양성, 국제교류 및 해외시장 진출 지원 등에 관한 사항을 정하여 이스포츠 및 이스포츠산업의 기반을 조성하고 경쟁력을 강화함으로써 국민의 건전한 여가문화 조성과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하려는 것임(법제처 제공).

6) 프로게이머란 한국이스포츠협회의 등록제도에 의하여 시행되고 있는데, 공인 게임대회에서 2회 이상 입상하고, 프로게이머 소양 교육을 이수하여 정식 프로게이머로 등록된 선수를 지칭한다. 2011년 7월 현재 KeSPA 등록 프로게이머 수는 431명이다. 아마추어 이스포츠 선수들은 1,500만명으로 추산된다고 한다(2011년 게임백서 하권 424면 이하 참조)

## (2) 표현의 자유 제한 여부

청구인들은 이 사건 부칙조항들을 포함하여 인터넷게임의 의미가 불명확하여 결국 인터넷게임 제공자의 표현의 자유가 제한된다고 주장하였는데, 다수의견과 같이 규율대상인 인터넷게임의 의미가 명확하다고 본다면 그로 인하여 표현의 자유가 제한된다고 보기 어렵고, 심판대상조항은 청소년에게 일정 게임물의 전반적 제공을 금지하는 것이 아니라 단지 시간적 규제를 하는 것에 불과하므로 이로 인하여 표현의 자유가 직접적으로 제한된다고 보기는 어렵다. 기타 인터넷게임을 이용하기 위해 회원가입을 할 때 본인인증절차를 거쳐야 하고 강제적 섯다운제로 인하여 16세 미만이라는 사실이 다른 게임자에게 노출되므로 개인정보자기결정권이 침해되고 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 사상이나 견해를 표명할 익명 표현의 자유가 침해된다는 주장도 있으나, 이는 인터넷게임 이용을 위한 회원가입 시 본인확인에 관한 규정을 둔 결과이지 심판대상조항으로 인하여 직접적으로 발생하는 결과라 보기 어렵다.

## (3) 소결

그 결과 이 사건에서는 청소년의 일반적 행동자유권, 인터넷게임 제공업자의 직업의 자유, 부모의 자녀교육권 침해 여부가 문제된다.

## 나. 청소년의 일반적 행동자유권, 게임 제공업자의 직업의 자유, 부모의 자녀교육권 침해 여부

### (1) 헌법 제34조 제4항과 기본권 제한 입법의 한계

헌법에서 국가기관의 행위에 대한 지시와 지침을 나타내는 규정을 국가목표규정이라 한다. 우리 헌법상 국가목표조항이 산발적으로 규정되어 있고 국가목표조항에 대한 입법·행정·사법의 기속이 명문으로 규정되어 있지는 않지만,<sup>7)</sup> 국가목표조항으로부터 어떠한 방법이 그 실현을 위해 옳은지

7) 우리 헌법상 국가목표조항이 공권력 기관들에게 국가정책의 방향제시를 해주는 데 초점을 둔 것인지, 기본권보호를 위해 국가목표조항을 규정한 것인지 그 의도가 분명치 않고, 다른 국가들에 비해 그 형태에 있어서도 국가에게 분명한 의무부과의 모습을 보여주지 않는 규정들도 있어 비교법적으로 문제점이 발견된다는 지적이 있다(명재진, 국가목표조항에 관한 비교법적 연구, 세계헌법연구 제17권 제2호

또는 합목적적인지에 대한 판단이 관련기관들에게 우선적으로 맡겨지게 되고, 입법자에게는 특히 형성재량이 인정된다.

아동·청소년의 경우 국가, 사회의 모든 영역에서 근간으로 활동할 미래 세대이므로, 국가에게는 이들의 건전한 성장과 복지를 지원할 의무가 있다. 이에 우리 헌법은 제34조 제4항에 청소년 복지정책의 실현의무를 부과하는 국가목표조항을 두고 있다고 볼 수 있다. 헌법재판소도 그동안 아동·청소년의 복지정책과 관련한 법률조항의 위헌 여부를 심사함에 있어서 청소년이 성인에 비하여 미성숙한 인격체로서 자기행동의 개인적 또는 사회적인 의미에 대한 판단능력과 그 결과에 대한 책임능력이 미숙하다는 전제 하에 청소년기는 이러한 미성숙한 존재들이 20대 이후의 사회생활을 대비하고 전 생애에 걸쳐 필요한 지식과 소양을 습득하는 시기이므로 미래에 국가발전을 위한 중요한 인적자원인 청소년의 건전한 성장과 발달을 위하여 특별한 보호가 필요하다고 보고, 헌법 제34조 제4항을 청소년의 복지향상을 위한 정책 실현의 근거 조항으로 보아 왔다.

그러나 부작위를 요청하는 방어권과 작위를 요구하는 국가목표규정은 긴장관계에 있으며,<sup>8)</sup> 국가목표조항에 근거를 둔 정책적 입법이라 하더라도 그로 인한 기본권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항에서 정한 과잉금지 원칙을 준수해야 하는 입법적 한계가 있다.

이러한 차원에서 강제적 섣다운제는 헌법 제34조 제4항에 기초하여 국가의 청소년 보호 및 복지정책 실현 의무의 일환으로 마련된 제도라 할 수 있으나, 청소년의 행복추구권, 인터넷게임 제공자의 직업의 자유, 부모의 자녀교육권을 제한하기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따른 입법형성의 재량을 일탈하였는지 여부가 검토되어야 한다.

## (2) 선택적 섣다운제와 강제적 섣다운제

심판대상조항이 정한 강제적 섣다운제와 별도로, 게임산업법 제12조의3 제1항 제3호에서는 “청소년 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물 이용

---

(2011), 49면 참조).

8) 명재진, ‘국가목표조항의 헌법적 지위와 위헌심사척도에 관한 연구’, 법학연구 제 25권 제2호(2014), 13-20 참조

방법, 게임물 이용시간 등 제한”이 가능한 이른바 ‘선택적 섷다운제’를 정하고 있다. 따라서 청소년 보호법상 강제적 섷다운제가 청소년의 보호와 복지 실현을 위한 입법목적의 달성을 위해 적절할 수단이라 하더라도, 덜 침해적인 수단인 게임산업법상 선택적 섷다운제가 마련되어 있는 이상 과잉금지 심사에 있어서 침해의 최소성 원칙에 반하는 것은 아닌지 문제된다.

헌법재판소는 이와 관련하여 구체적으로 (구) 청소년 보호법과 게임산업법에서 섷다운제 도입과 함께 그 적절성 평가에 따른 개선 여부나 제도의 유지 여부를 정책입안자와 입법자의 판단에 맡기는 내용의 조항을 마련한 점, 선택적 섷다운제의 실질적인 이용률을 고려하였다. (구) 청소년 보호법상 강제적 섷다운제는 여성가족부의 주도로, 게임산업법상 선택적 섷다운제는 문화체육관광부 장관의 주도로 입안된 것인데, 양 제도는 단지 두 달의 간격을 두고 국회를 통과하였다. 강제적 섷다운제가 시행되기도 전에 선택적 섷다운제가 도입된 것인데 이러한 입법 과정을 보면 양 제도가 서로 반성적 고려에서 출발하였다기보다는 처음부터 입법 취지를 달리하여 출발하였다고 보는 것이 타당하다.

이를 뒷받침하는 자료는 청소년 보호법 제26조 제2항 및 게임산업법 제12조의3 제2항에서 찾을 수 있다.

#### **청소년 보호법**

제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) ① 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.

② 여성가족부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 제1항에 따른 심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 대통령령으로 정하는 바에 따라 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

③ 제2항에 따른 평가의 방법 및 절차 등에 필요한 사항은 「게임산업진흥에 관한 법률」에서 정하는 바에 따른다.

제27조(인터넷게임 중독 등의 피해 청소년 지원) ① 여성가족부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 인터넷게임 중독(인터넷게임의 지나친 이용으로 인하여 인터넷게임 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입은 것을 말한다) 등 매체물의 오용·남용으로 신체적·정신적·사회적 피해를 입은 청소년에 대하여 예방·상담 및 치료와 재활 등의 서비스를 지원할 수 있다.

② 제1항에 따른 지원에 관하여 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

**게임산업진흥에 관한 법률**

제12조의3(게임과몰입·중독 예방조치 등) ① 게임물 관련사업자〔정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률〕 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 통하여 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 자에 한한다. 이하 이 조에서 같다〕는 게임물 이용자의 게임과몰입과 중독을 예방하기 위하여 다음 각 호의 내용을 포함하여 과도한 게임물 이용 방지 조치(이하 "예방조치"라 한다)를 하여야 한다.

1. 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증
2. 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보
3. 청소년 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물 이용방법, 게임물 이용시간 등 제한
4. 제공되는 게임물의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항과 게임물 이용시간 및 결제정보 등 게임물 이용내역의 청소년 본인 및 법정대리인에 대한 고지
- 5.~7. 생략

② 여성가족부장관은 「청소년 보호법」 제26조에 따라 심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 평가할 때 문화체육관광부장관과의 협의를 거쳐야 한다. <개정 2011.9.15.>

국회는 2011. 5. 19. 청소년 보호법에 강제적 섯다운제를 도입하면서 이미 청소년 보호법에 정책입안자인 여성가족부장관이 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하여야 한다고 정하였고, 2011. 7. 21. 게임산업법상 섯다운제의 도입과 함께 2011. 9. 15. 게임산업법 제12조의3 제2항에 “여성가족부장관은 청소년 보호법 제26조(강제적 섯다운제)에 따라 심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 평가할 때 문화체육관광부장관과의 협의를 거쳐야 한다.”는 조항을 마련하였다. 즉 강제적 섯다운제 도입을 주관한 여성가족부장관과 섯다운제 도입을 주관한 문화체육관광부장관이 주기적으로 양 제도의 실효성 등을 평가하여 협의하고 조치하도록 한 것이다.

이는 섯다운제가 인터넷게임 이용시 본인인증제나 법정대리인 고지제도 등과 함께 제대로 정착하여 강제적 섯다운제를 대체할 만한 정도에 이르렀다고 볼 수 있는지를 양 제도의 정책입안자인 여성가족부장관과 문화체육관광부장관이 서로 주기적으로 만나 협의를 거쳐 정하도록 하는 것이 가장 적합하다는 입법자의 의사를 보여준 것이라 할 수 있다.

이 결정에서 “인터넷게임 이용에 대한 과잉규제를 피하기 위하여 여성가족부장관으로 하여금 제한대상 게임물의 범위의 적절성에 대하여 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하도록 하고”라는 점을 침해의 최소성 심사 단계에서 판단함으로, 이 점을 고려하였음을 알 수 있다.

한편, 게임산업법상 선택적 섯다운제는 청소년 본인이나 법정대리인의 요청이 있는 경우 게임의 이용방법 및 시간을 제한할 수 있는 것으로, 청소년 자신 및 그 법정대리인이 적절한 시점에 과몰입 내지 중독의 위험을 인식하고 인터넷게임의 종류 및 통제가 어려운 시간대 등을 임의 선택하여 제공자에게 직접 그 제한을 요청하는 것을 전제로 한다. 또한 게임물 이용자의 본인인증제, 회원가입시 법정대리인의 동의 확보, 제공되는 게임물에 대한 법정대리인에 대한 고지 제도(게임산업법 제12조의3 제1항)가 함께 작동하여야 실효성이 있는 제도이다.

부모 등 법정대리인이 직접 자녀의 과도한 인터넷게임 이용을 제한하려면 자녀가 어떠한 인터넷게임을, 어느 정도 하는지 알아야 선택적 섯다운제를 이용할 수 있다. 따라서 선택적 섯다운제의 실질적인 이용률이 저조하다면 선택적 섯다운제가 강제적 섯다운제의 대체적인 수단이 된다고 단정하기는 어려운 측면이 있다. 헌법재판소는 이러한 차원에서 선택적 섯다운제의 저조한 이용률을 고려하였고 반대의견은 선택적 섯다운제라는 대체적인 수단이 있는 이상 강제적 섯다운제는 과잉입법임을 피할 수 없다고 본 것이다.

### (3) 기타 고려사항

그 외에도 강제적 섯다운제가 청소년에 대한 인터넷게임 제공을 전면적으로 금지하는 것이 아니라, 원칙적으로 이들에 대한 인터넷게임의 제공을 허용하면서 심야시간, 그 중에서도 오전 0시부터 오전 6시까지에 한하여 제한하고 있고, 청소년 중에서도 만 16세 미만의 청소년만을 그 대상으로 하고 있다는 점, 중독성과 거리가 있는 게임물에 대한 과잉규제 가능성에 대비하여 여성가족부장관으로 하여금 제한대상 게임물의 범위의 적절성에 대하여 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하도록 하고, 현재 PC기반 인터넷게임 외에 스마트폰 등 이동통신 단말기나 태블릿PC 등 휴대용 정보

단말기, 콘솔기기 등 이른바 스마트기기를 이용한 인터넷게임은 일단 적용 대상에서 제외하고 있으며, 여성가족부 고시에서 교육용게임<sup>9)</sup>, 플래시게임 등 게임과몰입과 관련성이 낮은 게임도 제외하고 있는 등 그 적용대상도 최소화하고 있다는 점도 고려하였다.<sup>10)</sup>

법익의 균형성 판단에 있어서는 16세 미만 청소년의 심야 시간대 인터넷게임 이용률이 원래 높지 않아 강제적 섷다운제로 입는 불이익이 크지 않고, 인터넷게임 제공자가 섷다운 조치를 설정하기 위하여 프로그램을 변경하는 데 필요한 비용도 그리 크지 않은 반면<sup>11)</sup>, 16세 미만 청소년의 인터넷게임 중독을 예방함으로써 얻어지는 사회적 비용의 절감<sup>12)</sup> 및 이를 통

9) 예를 들어, ‘한자 마루’와 같은 한자교육용 인터넷게임

10) 기타 친구인들은 피로도 시스템(fatigue system : 장시간 게임을 즐길 경우 게임 내 캐릭터에 대하여 일정한 내용의 페널티를 부과함으로써 정상적인 게임을 즐길 수 없도록 하는 시스템)이나, 게임문화재단에서 제공하는 ‘게임이용확인서비스(www.gamecheck.org)’ 라는 서비스를 이용하여 부모가 직접 자녀들의 게임시간을 설정하고 그 시간을 초과하는 경우 부모에게 알려주는 시스템 등이 있으므로 강제적 섷다운제는 과도한 규제라고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이러한 시스템은 가정 및 게임사의 적극적 협조 하에 가능하다는 점에서 이미 사회문제화되어 어느 정도의 제도적 규제가 필요하다고 판단되는 이상 위와 같은 서비스 등이 강제적 섷다운제를 대체할 수 있는 수단으로 보기는 어렵다.

또한 청소년이 프로그래머 또는 프로이스포츠 선수로 활동 중인 등 게임 출전 시 적용 예외를 인정할 필요가 있는 경우가 있다는 주장도 있으나, 그러한 요청이 있을 때마다 인터넷상에서 그 사실 여부를 매번 확인할 방법을 마련하는 것이 현실적으로 곤란할 뿐만 아니라 일부 불합리한 경우가 발생한다고 하여 곧바로 침해의 최소성에 반한다고 단정할 수는 없다.

11) 친구인들은 게임 섷다운제 도입으로 국내 게임산업이 부담하여야 하는 비용으로 본인인증을 위한 별도의 개인정보 시스템 구축 비용 등을 200억원 이상, 본인 및 실명인증 비용 약 200억원 이상, 섷다운제 시행으로 인한 전체 게임업체의 연간매출감소액은 약 439억원 등으로 추산하였으나(이덕주 ‘섷다운제 및 부담금 규제가 게임산업에 미치는 영향 평가’, 대한산업공학회 IE매거진, 참조), 본인인증 시스템 등에 필요한 인프라 구축비용이나 본인인증에 필요한 비용 등은 인터넷게임서비스를 제공할 때 이미 지출한 비용이므로 반드시 강제적 섷다운제 때문에 필요한 비용이라 보기 어렵고, 접속 차단 자체는 기존 프로그램에 일부 변경을 가하면 가능하며, 심야시간대 16세 미만 청소년의 이용률이 원래 높지 않았던 점을 고려할 때 이로 인한 연간매출감소액 등이 정확한 수치라고 보기 어려우며, 설령 그렇다 하더라도 앞서 보았듯이 온라인게임 시장 규모가 2010년에는 4조 7,673억원, 2011년에는 6조 2369억원 등 계속 증가 추세이며 2012년 이후 10조원에 육박할 것으로 예상되는 점에 비추어 위와 같은 매출감소액은 온라인 게임 시장 규모나 그 성장 속도에 미치는 영향이 크지 않다고 보인다.

12) 여성가족부는 인터넷 중독 규제에 정부가 사용한 예산은 2002년부터 약 79억원에 그쳤으나 인터넷 중독을 치유하기 위한 사회적 비용은 총 5조 6천억원 정도

해 아직 자아 발전 및 행동 습관 등이 형성 단계에 있는 청소년이 건전한 인격체로 성장함으로써 얻어지는 공익은 중대하므로 법익의 균형성도 유지하고 있다고 보았다.

#### 4. 평등권 침해 여부

평등권 침해 여부에 있어서는 국내 게임업체에 대한 역차별 문제가 가장 크게 다투어졌는데, (구) 청소년 보호법상 ‘인터넷게임’은 게임산업법에 따른 게임물<sup>13)</sup> 중 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물이므로(구법 제23조의3 제1항, 법 제24조 제1항), 일용 정보통신망을 통하여 국내 이용자들에게 제공되는 인터넷게임은 그 제공자가 해외 게임업체인지 해외 서버인지 등을 불문하고 모두 그 규율대상으로 볼 수 있다.

그러나 청소년 보호법 제24조 제1항에 의하면 인터넷게임 제공자는 “전기통신사업법 제22조에 따라 부가통신사업자로 신고한 자”를 말하며, 같은 조 제1항 후단 및 제4항에 따라 신고한 것으로 보는 경우를 포함한다. 이하 같다”를 의미하므로, 결국 부가통신사업자로 방송통신위원회에 신고한 사업자 또는 기간통신사업자로 허가받은 자가 아니면 심판대상조항의 규율을 받지 않는다.

따라서 국내 지사 설치 등으로 국내법상 통신사업자로 허가받거나 신고하지 않은 해외 사업자의 경우 청소년 보호법상 인터넷게임 제공자에 해당하지 않아 강제적 섷다운제의 규제대상에 해당하지 않는다고 해석된다.<sup>14)</sup>

---

이고, 특히 15세 미만 인터넷 중독자에 대하여 발생하는 비용은 9,039억원으로 추계하였다(‘온라인게임 섷다운제 도입에 따른 비용편익분석 연구’, 43면 참조, 2011. 1. 여성가족부 발행).

- 13) 게임산업법상 “게임물”이라 함은 “컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 또는 그 영상물의 이용을 주된 목적으로 제작된 기기 및 장치”로 인터넷게임물보다 그 범위가 훨씬 넓다.
- 14) ‘심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한 대상 게임물 범위’에 관한 여성가족부 고시 제2013-9호에 따르면 외국에서 제작되어 외국인을 대상으로 제작·유통되는 게임물은 게임산업법상 게임물에 해당되지 않고, 비영리목적으로 제공되면서 개인정보를 수집 또는 이용하지 않는 게임물의 경우 적용 제외하고 있다. 이에 여성가족부는 현재 “무료로 제공되면서 개인정보를 수집 또는 이용하지 않는 게

또한 주민등록번호를 기반으로 한 개인정보를 통해 접속하지 않는 해외 게임업체 제공의 인터넷게임에 대하여는 사실상 규제가 곤란하다.<sup>15)</sup>

위와 같은 이유로 사실상 국내 게임업체가 주로 강제적 섷다운제의 규율을 받는 결과가 발생한다 하더라도,<sup>16)</sup> 이는 의도한 차별이 아니라 국내법이 규율되는 대상의 범위에 따른 불가피한 결과에 불과하므로 이로 인하여 청구인들의 평등권이 침해된다고 보기는 어렵다.

### 5. 결정의 의의

강제적 섷다운제는 인터넷게임에 중독되거나 과몰입 증상을 보인 청소년이 자살하거나 모친을 살해하는 사건이 발생하는 등 인터넷게임 중독 내지 과몰입 현상이 사회적으로 문제화되기 시작하자 이를 방지하려는 여러 제도적 조치 중 하나로 청소년 보호법에 도입된 것이다. 제도의 시행 이후 헌법상 기본권 침해 여부를 둘러싼 논쟁 외에도, 제도의 실효성 측면이나 국내 인터넷게임 산업에 대한 위축 효과, 청소년에 대한 지나친 국가후견주의 내지 개인의 오락 및 여가활동에 대한 국가의 간섭과 개입이라는 관점에서 찬반 논란이 뜨거웠다.

헌법재판소는 이에 대하여, 인터넷게임 자체는 유해한 것이 아니나, 우리나라 청소년의 높은 인터넷게임 이용률 및 중독성이 강한 인터넷게임의 특징 등을 고려할 때, 청소년의 건강과 인터넷게임의 중독을 예방하기 위하

---

입물”에 대해서만 그 적용을 유예하고 있고, 미국 블리자드사의 스타크래프트2 또는 한국 지사가 있는 마이크로소프트사의 ‘X-box’와 역시 한국 지사가 있는 소니사의 ‘플레이스테이션’ 게임 중 네트워크를 통해 유료로 게임이 제공되는 경우에 대해서는 섷다운이 적용된다고 발표한 바 있다(2011. 11. 17.자 여성가족부 청소년매체환경과 설명자료 참조).

- 15) 현재 해외에 서버를 두고 해외 사업자가 운영하는 ‘스팀’에서 판매하는 ‘문명5’는 국내사업자가 아니기 때문에 섷다운 없이 서비스할 수 있는 상황이다. 북미 업체인 밸브의 게임 플랫폼인 ‘스팀’은 아이디와 이메일, 비밀번호만 입력하면 별도의 절차 없이 가입이 완료되고, 해외 온라인게임에 유료로 직접 접할 기회를 제공하고 있는데, 이러한 해외 온라인게임에는 섷다운이 사실상 적용되지 않고 있다. 국내 이용자들의 사용을 막을 뾰족한 방법이 없기 때문이다.
- 16) 게임산업법에 따른 게임물 중 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물은 모두 인터넷게임물에 해당하기 때문이다(구법 제23조의3 제1항, 법 제24조 제1항).

여, 청소년의 인터넷게임 이용을 전면적으로 허용하면서, 단지 16세 미만 청소년만을 대상으로 심야시간대만 그 제공 및 이용을 금지하는 강제적 섯다운제가 청소년이나 그 부모, 인터넷게임 제공자들의 기본권을 침해할 정도로 과도한 규제라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

## 공직선거법 제15조 제1항 등 위헌확인

- 공직선거법상 정치적 기본권 연령 제한규정들이 헌법에  
위반되는지 여부 -

(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223)

유 미 라\*

### 【판시사항】

1. 다음 국회의원 및 대통령 선거일 기준, 선거권을 가지게 되는 청구인들이 19세 이상의 국민에게 국회의원 및 대통령 선거권을 부여하고 있는 구 공직선거법(2011. 11. 7. 법률 제11071호로 개정되고, 2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것) 제15조 제1항(이하 ‘국회의원 등 선거권 조항’이라 한다)에 대하여 한 심판청구의 권리보호이익이 인정되는지 여부(소극)

2. 19세 이상의 주민에게 주민투표권을 부여하고 있는 주민투표법(2009. 12. 12. 법률 제9468호로 개정된 것) 제5조 제1항 본문(이하 ‘주민투표권 조항’이라 한다), 19세 이상의 주민에게 조례 제정 등을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 지방자치법(2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정된 것) 제15조 제1항(이하 ‘조례제정·개폐청구권 조항’이라 한다)에 대한 심판청구가 기본권 침해 가능성이 인정되는지 여부(소극)

3. 지방의회의원 등 선거권 조항이 19세 미만인 사람의 선거권 등을 침해하는지 여부(소극)

4. 25세 이상의 국민에게 국회의원 및 지방의회의원과 지방자치단체의 장의 피선거권을 부여하고 있는 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제16조 제2항(이하 ‘국회의원 피선거권 조항’이라 한다), 공직선거법(2009. 2. 12. 법률 제9466호로 개정된 것) 제16조 제3항(이하 ‘지방의

---

\* 헌법연구관

회의원 등 피선거권 조항'이라 한다)이 25세 미만인 사람의 공무담임권 등을 침해하는지 여부(소극)

5. 19세 미만의 미성년자는 선거운동을 할 수 없도록 규정하고 있는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제60조 제1항 본문 제2호(이하 '선거운동 제한 조항'이라 한다)가 19세 미만인 사람의 선거운동의 자유를 침해하는지 여부(소극)

6. 국회의원 선거권이 있는 자만 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있도록 규정하고 있는 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것) 제22조 제1항 본문 중 '공직선거법 제15조 제1항'에 관한 부분(이하 '정당원 등 자격 조항'이라 한다)이 19세 미만인 사람의 정당의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은, 구 공직선거법(2011. 11. 7. 법률 제11071호로 개정되고, 2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것) 제15조 제1항(이하 '국회의원 등 선거권 조항'이라 한다), 제15조 제2항(이하 '지방의회의원 등 선거권 조항'이라 한다), 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제16조 제2항(이하 '국회의원 피선거권 조항'이라 한다), 공직선거법(2009. 2. 12. 법률 제9466호로 개정된 것) 제16조 제3항(이하 '지방의회의원 등 피선거권 조항'이라 한다), 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제60조 제1항 본문 제2호(이하 '선거운동 제한 조항'이라 한다), 주민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9468호로 개정된 것) 제5조 제1항 본문(이하 '주민투표권 조항'이라 한다), 지방자치법(2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정된 것) 제15조 제1항(이하 '조례제정·개폐청구권 조항'이라 한다), 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것) 제22조 제1항 본문 중 '공직선거법 제15조 제1항'에 관한 부분(이하 '정당원 등 자격 조항'이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

구 공직선거법(2011. 11. 7. 법률 제11071호로 개정되고, 2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것)

제15조(선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이

있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 19세 이상의 국민으로서 제37조 제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람

2. ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제6조 제1항에 따라 해당 국회의원지역선거구의 선거구역 안에 거소를 두고 그 국내거소신고인명부에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 사람

② 19세 이상으로서 제37조 제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람

2. ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제6조 제1항에 따라 해당 지방자치단체의 국내거소신고인명부(이하 이 장에서 “국내거소신고인명부”라 한다)에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 국민

3. ‘출입국관리법’ 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)

제16조(피선거권) ② 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

공직선거법(2009. 2. 12. 법률 제9466호로 개정된 것)

제16조(피선거권) ③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록(국내거소신고인명부에 올라 있는 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경(제28조 각 호의 어느 하나에 따른 구역변경을 포함한다)에 의하여 중단되지 아니한다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하

는 사람은 선거운동을 할 수 없다. (단서 생략)

2. 미성년자(19세 미만의 자를 말한다. 이하 같다)

주민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9468호로 개정된 것)

제5조(주민투표권) ① 19세 이상의 주민 중 제6조 제1항에 따른 투표인 명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 주민투표권이 있다. 다만, ‘공직선거법’ 제18조에 따라 선거권이 없는 사람에게는 주민투표권이 없다.

1. 그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람 또는 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제6조에 따라 국내거소신고가 되어 있는 재외국민

2. 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람

지방자치법(2009. 4. 1. 법률 제9577호로 개정된 것)

제15조 (조례의 제정과 폐쇄 청구) ① 19세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(‘공직선거법’ 제16조에 따른 선거권이 없는 자는 제외한다. 이하 이 조 및 제16조에서 “19세 이상의 주민”이라 한다)은 시·도와 제175조에 따른 인구 50만 이상 대도시에서는 19세 이상 주민 총수의 100분의 1 이상 70분의 1 이하, 시·군 및 자치구에서는 19세 이상 주민 총수의 50분의 1 이상 20분의 1 이하의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로 해당 지방자치단체의 장에게 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다.

1. 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람

2. ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’ 제6조 제1항에 따라 해당 지방자치단체의 국내거소신고인명부에 올라 있는 국민

3. ‘출입국관리법’ 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부개정된 것)

제22조(발기인 및 당원의 자격) ① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원

그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. (단서 생략)

### 【사건의 개요】

청구인 박○형은 1995. 9. 4., 청구인 정○재는 1996. 8. 9., 청구인 정○환은 1995. 4. 20., 청구인 정○훈은 1995. 6. 21.에 각 출생한 사람들로써, 제 19대 국회의원 선거일인 2012. 4. 11. 기준 19세 미만이라는 이유로 국회의원 선거권을 행사할 수 없을 것으로 예상되자, 19세 이상의 국민에게 선거권을 부여하고 있는 공직선거법 제15조 제1항, 제2항, 25세 이상의 국민에게 국회의원 및 지방의회의원과 지방자치단체 장의 피선거권을 부여하고 있는 공직선거법 제16조 제2항, 제3항, 19세 이상의 주민에게 주민투표권을 부여하고 있는 주민투표법 제5조 제1항, 19세 이상의 주민에게 조례 제정 등을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 지방자치법 제15조 제1항, 국회의원 선거권이 있는 자만 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있도록 규정하고 있는 정당법 제22조 제1항이 청구인들의 선거권, 피선거권, 정당의 자유 등을 침해한다고 주장하며 2012. 3. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편, 청구인들은 2012. 8. 31. 19세 미만의 미성년자는 선거운동을 할 수 없도록 규정하고 있는 공직선거법 제60조 제1항 제2호가 선거운동의 자유를 침해한다고 주장하며 위 조항에 대한 위헌확인을 구하는 심판청구를 추가하였다.

### 【결정요지】

1. 청구인들은 다음 국회의원 및 대통령 선거일 기준 모두 선거권을 가지게 되고, 국회의원 및 대통령 선거권 조항에 대하여는 이미 2012헌마174 결정에서 헌법적 해명이 이루어졌으므로 이 조항에 대한 청구는 권리보호이익이 인정되지 않아 부적법하다.

2. 주민투표권이나 조례제정·개폐청구권은 헌법상 기본권으로 보기 어려우므로, 주민투표권 조항 및 조례제정·개폐청구권 조항에 대한 청구는 이 조항들로 인한 청구인들의 기본권 침해 가능성이 인정되지 않아 부적법하다.

3. 선거권 행사는 일정한 수준의 정치적 판단능력이 전제되어야 하는데, 입법자는 우리나라의 현실상 19세 미만의 미성년자의 경우, 아직 정치적·사회적 시각을 형성하는 과정에 있거나, 독자적인 정치적 판단을 할 수 있을 정도로 정신적·신체적 자율성을 충분히 갖추었다고 보기 어렵다고 보고, 지방의회의원 등의 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 것이다. 선거권 행사 연령은 국가마다 특수한 상황 등을 고려하여 결정할 사항이고, 다른 법령에서 18세 이상의 사람에게 근로능력이나 군복무능력 등을 인정한다고 하여 선거권 행사능력도 반드시 동일한 기준에 따라 정하여야 하는 것은 아니므로 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 것이 불합리하다고 볼 수 없다. 따라서 지방의회의원 등의 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 것이 입법자의 합리적인 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 19세 미만인 사람의 선거권 등을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 헌법 제25조 및 제118조 제2항에 따라 입법자는 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체의 장의 피선거권 행사 연령을 정함에 있어 선거의 의미와 기능, 그 지위와 직무 등을 고려하여 재량에 따라 결정할 수 있는데, 입법자가 국회의원 등에게 요구되는 능력 및 이러한 능력을 갖추기 위하여 요구되는 교육과정 등에 소요되는 최소한의 기간, 선출직공무원에게 납세 및 병역의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청, 일반적으로 선거권 행사연령보다 피선거권 행사연령을 높게 정하는 다른 국가들의 입법례 등을 고려하여 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것은 합리적이고 입법형성권의 한계 내에 있으므로, 25세 미만인 청구인들의 공무담임권 등을 침해한다고 볼 수 없다.

5. 미성년자의 선거운동을 금지하는 것은 정치적 판단능력이 부족한 사람의 선거운동의 자유를 제한하여 선거의 공정성을 확보하기 위한 정당한 입법목적에 의한 것이고, 연령을 기준으로 선거운동의 자유를 행사하기 위한 정치적 판단능력의 유무를 가리는 것은 적절한 방법이다. 또한 선거운동만을 제한할 뿐, 선거운동 외에 정치적 표현행위는 제한 없이 할 수 있고, 19세가 될 때까지만 선거운동의 자유를 유예하는 것에 불과하며, 미성년자는 정신적·신체적 자율성이 불충분하다는 점 등을 고려하면 침해최소성 원칙에 반하지 않고, 선거의 공정성 확보라는 공익보다 제한되는 정치적 표현의 자유 정

도가 크지 않으므로 법익균형성에도 반하지 않는다. 따라서 선거운동 제한 조항이 19세 미만인 청구인들의 선거운동의 자유를 침해한다 할 수 없다.

6. 정당원 등 자격조항이 19세 미만인 사람에 대해 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 하는 것은 정치적 판단능력이 미약한 사람들이 정당의 발기인 및 당원이 되는 것을 제한하여 정당의 헌법상 기능을 보호하기 위한 것으로 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성이 인정된다. 정당의 중요 공적 기능을 고려하면 정당설립의 자유만을 제한하거나 일정한 형태의 정당 활동의 자유만을 제한하는 것으로는 입법 목적을 달성하기 어렵고, 정당 외에 일반적 결사체 설립을 제한하는 것은 아니며, 19세가 될 때까지의 기간만 이를 유예하는 취지라는 점, 미성년자는 정신적·신체적 자율성이 불충분하고 가치중립적인 교육을 받아야 한다는 점 등을 고려하면 침해최소성 원칙에 반하지 않고, 이 조항으로 인하여 19세 미만인 사람들이 정당의 자유를 제한받는 것보다 정치적 판단능력이 미약한 사람이 정당을 설립하고 가입함으로써 인하여 정당의 기능이 침해될 위험성은 크다고 할 것이므로 법익균형성도 충족된다. 따라서 정당원 등 자격 조항이 청구인들의 정당의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

### **지방의회의원 등 선거권 조항에 대한 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견**

일정 연령의 사람이 정치적 판단능력이 있음에도 더 높게 선거권 연령을 정하였다면 입법형성권의 한계를 벗어난 것이다. 선거권 연령이 19세 이상으로 조정된 이후 우리 사회는 엄청난 변화를 겪었고, 청소년을 포함한 국민의 정치적 의식수준도 크게 고양되어 중등교육을 마칠 연령의 국민은 독자적인 정치적 판단능력이 있다고 보아야 한다. 그런데 중등교육을 마치는 연령인 18세부터 19세의 사람은 고등학교 3학년이라고 하더라도 취업문제나 교육문제에 지대한 관심을 갖게 되는 기간이므로 정치적·사회적 판단능력이 크게 성숙하게 된다. 병역법 등 다른 법령들에서도 18세 이상의 국민은 국가와 사회의 형성에 참여할 수 있는 정신적·육체적 수준에 도달하였음을 인정하고 있고, 18세를 기준으로 선거권 연령을 정하고 있는 다른 많은 국가들을 살펴보아도 새로운 생활방식에 대한 습득력이 높고 사회적 변

화에 대한 감수성이 풍부한 우리나라의 18세 국민이 다른 국가의 같은 연령에 비하여 정치적 판단능력이 미흡하다고 볼 수는 없다. 그렇다면 지방 의회의원 등 선거권 조항은 입법형성권의 한계를 벗어나 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권 등을 침해한다.

### **선거운동 제한 조항에 대한 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견**

선거운동 제한 조항은 미성년자의 선거운동을 금지하고 있는데, 사회적 변화로 인한 정치적 의식수준의 고양으로 선거권 조항에서 판단한 바와 같이 18세부터 19세의 사람은 취업문제나 교육문제에 대한 지대한 관심 및 정치적·사회적 판단능력의 성숙으로 독자적인 정치적 판단능력을 갖추었다고 보아야 한다. 또한 선거권이 인정되는 연령과 선거운동의 자유가 인정되는 연령이 반드시 동일해야만 하는 것은 아니며, 우리 사회의 환경 및 교육환경에 비추어 중등교육을 마치는 연령인 18세 이상 사람들은 선거에 있어서 정치적 의사를 표현할 정도의 의식수준은 갖추었다고 보아야 한다. 그렇다면 19세 이상의 사람에게만 선거운동의 자유를 인정하는 것은 침해 최소성을 벗어난 과도한 제한이다. 또한 정치적 판단능력이 인정되는 18세 이상 19세 미만인 사람들의 선거운동을 제한한다고 하여 선거의 공정성이 얼마나 확보될 것인지 의문인 점에서 법익균형성도 충족하지 못한다. 따라서 이 조항은 18세 이상 19세 미만인 사람들의 선거운동의 자유를 침해한다.

### **정당원 등 자격 조항에 대한 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견**

정당의 법적 성격은 사적 결사체이므로 국가는 그 구성원의 자격에 대하여 원칙적으로 관여하여서는 아니되고 예외적으로 필요한 경우에만 이를 제한할 수 있다. 그런데 이 조항은 사적 결사체인 정당 구성원의 정치적 판단능력을 국정 참여수단인 선거권 행사의 정치적 판단능력과 동일하게 보아 정당의 구성원에게 과도한 능력을 요구하고 있고, 정당의 헌법상 기능을 보호하고자 한다고 해도 일정한 형태의 자유만 제한하는 방법으로도

목적은 달성할 수 있음에도, 19세 미만인 사람에 대하여 정당원으로서의 모든 활동을 제한하여 침해최소성 원칙에 반한다. 또한 19세 미만인 사람들의 정당의 자유가 모두 제한되는 반면, 그 제한으로 인하여 입법목적이 얼마나 달성될 수 있는지 의문이므로 법익균형성도 충족하지 못한다. 따라서 이 조항은 19세 미만인 사람들의 정당의 자유를 침해한다.

### 정당원 등 자격 조항에 대한 재판관 박한철의 반대의견

정당이 수행하는 중요한 공적 기능에 비추어 볼 때 정당을 단순한 사적 결사체로 볼 수는 없고, 정당의 구성원의 자격은 정당이 스스로 결정하도록 맡겨 둘 사항은 아니지만, 정당원 등 자격 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 기본권을 침해한다.

입법자는 19세 미만인 사람은 정당의 일원으로서 요구되는 정치적 판단 능력을 갖추지 못하였다고 판단하고 있으나, 선거권 조항에서 판단한 바와 같이 18세부터 19세의 사람은 정당에 가입하여 자신들의 정치적 의사를 표현하고 정치적 의사를 모을 정도의 정치적 판단 능력을 갖추었다고 보아야 한다. 만약 18세 이상 19세 미만의 국민에게 정당의 자유를 인정함으로써 정당의 공적 기능 수행에 위협이 발생한다면, 일정한 형태의 자유만을 제한하는 방법으로도 그러한 위협을 차단할 수 있음에도 정당원으로서의 모든 활동을 제한하는 것은 침해최소성 원칙에 반한다. 또한 18세 이상 19세 미만인 사람들의 정치적 판단능력은 인정되므로, 이들의 정당 설립 및 가입을 제한한다고 하여 정당의 헌법상 기능을 보호한다는 입법목적이 얼마나 달성될 수 있는지 의문이므로 법익균형성도 충족하지 못한다. 따라서 이 조항은 18세 이상 19세 미만인 사람들의 정당의 자유를 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우, 적법요건에 있어서 주민투표권 조항 및 조례제정·개폐 청구권 조항 부분에 대하여 헌법소원심판의 적법요건 중 기본권침해가능성이 인정되는지 여부, 국회의원 등 선거권 조항, 국회의원 피선거권 조항 부

분 및 선거운동 제한 조항에 대하여 권리보호이익이 인정되는지 여부가 문제된다.

본안에 있어서는 선거권 조항에 있어서는 19세 이상에게만 선거권을 인정하고 있는 것이 19세 미만인 사람의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부, 피선거권 조항에 있어서는 25세 이상에게만 피선거권을 인정하는 것이 25세 미만인 사람의 공무담임권 및 평등권을 침해하는지 여부, 선거운동 제한 조항에 있어서는 미성년자에게 선거운동을 제한하고 있는 것이 선거운동의 자유를 침해하는 것인지 여부, 정당원 등 자격 조항에 있어서는 국회의원 선거권이 있는 사람에 대하여 정당의 발기인 및 정당 가입의 자유를 인정하는 것이 국회의원 선거권이 없는 미성년자의 정당의 자유를 침해하는 것인지 여부가 쟁점이다.

## 2. 적법요건의 검토

### 가. 주민투표권 조항 및 조례제정·개폐청구권 조항 부분

청구인들은 주민투표권 조항 및 조례제정·개폐청구권 조항이 19세 미만인 사람들의 주민투표권 및 조례제정·개폐청구권을 인정하지 않아서 행복추구권을 침해한다고 주장한다.

헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 국가의 적극적인 행동을 요청하는 헌법적인 근거가 아니라 국민이 행복을 추구하기 위한 활동에 대한 국가권력의 간섭을 배제하는 내용의 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다(헌재 2012. 8. 23. 2011헌바169, 판례집 24-2상, 540, 552 등 참조).

그런데 주민투표권이나 조례제정·개폐청구권은 법률에 의하여 보장되는 권리에 해당하고, 헌법상 보장되는 기본권이라거나 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’로 보기 어렵다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마 643, 판례집 19-1, 843, 850<sup>1)</sup> 참조).

1) 2004헌마643 결정 판시 요지: “우리 헌법은 간접적인 참정권으로 선거권과 공무담임권을, 직접적인 참정권으로 국민투표권을 규정하고 있을 뿐 주민투표권을 기본권으로 규정한 바가 없고, 지방자치를 제도적으로 보장하고 있으나 그 보장내용은 자치단체의 설치와 존속, 그 자치기능 및 자치사무로서 지방자치단체의 자

따라서 19세 미만인 사람들에 대하여 법률에 의하여 보장되는 권리에 불과한 주민투표권이나 조례제정·개폐청구권을 인정하지 않는다고 하여 포괄적인 의미의 자유권으로서의 행복추구권이 제한된다고 볼 수 없다.

따라서 주민투표권 조항 및 조례제정·개폐청구권 조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 제한된다고 보기 어렵다.<sup>2)</sup>

헌법재판소도 이 결정에서 다음과 같이 재판관 전원의 일치된 의견으로 주민투표권이나 조례제정·개폐청구권은 헌법상 보장되는 기본권이 아니기 때문에 기본권침해가능성이 인정되지 않는다는 이유로 이 조항 부분에 대한 청구인들의 심판청구를 각하하였다.

『주민투표권이나 조례제정·개폐청구권은 법률에 의하여 보장되는 권리에 해당하고, 헌법상 보장되는 기본권이라거나 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’로 보기 어려우므로(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마 643 참조), 19세 미만인 사람들에 대하여 법률에 의하여 보장되는 권리에 불과한 주민투표권이나 조례제정·개폐청구권을 인정하지 않는다고 하여 포괄적인 의미의 자유권으로서의 행복추구권이 제한된다고 볼 수 없다. 따라서 주민투표권 조항 및 조례제정·개폐청구권 조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 인정되지 않는다.』

## 나. 국회의원 등 선거권 조항 부분

이 사건 심판 계속 중 제19대 국회의원 선거 및 제18대 대통령 선거가

---

치권의 본질적 사항에 관한 것이므로, 자치사무의 처리에 주민들이 직접 참여하는 것을 의미하는 주민투표권을 헌법상 보장되는 기본권이라고 하거나 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’의 하나로 보기는 어렵다. 지방자치법은 주민에게 주민투표권, 조례의 제정 및 개폐청구권, 감사청구권 등을 부여하고 있으나 이러한 제도는 어디까지나 입법에 의하여 채택된 것일 뿐 헌법에 의하여 이러한 제도의 도입이 보장되고 있는 것은 아니다. 그렇다면 주민투표권은 법률이 보장하는 권리일 뿐이지 헌법이 보장하는 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권으로 볼 수 없다.”(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마643, 판례집 19-1, 843, 850-851)

- 2) 이에 대하여 19세 이상의 자에게만 주민투표권을 인정하는 것이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부를 판단하게 된다면 기본권침해의 법적 관련성은 인정될 수 있다. 그러나 청구인들은 명시적으로 평등권 침해 주장 자체를 하지 않고 있으므로 19세 이상의 자를 비교집단으로 삼아 평등권 침해 여부를 판단할 필요는 없는 것으로 보인다.

종료되었고 다음 국회의원 선거일(2016. 4. 13.) 및 대통령 선거일(2017. 12. 20.) 기준 청구인들은 모두 19세 이상에 해당하여 청구인들의 국회의원 등 선거권 조항에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없는 것은 아닌지 문제된다.

이와 같이 다음 선거일 기준으로는 청구인들이 해당 연령에 도달했을 때 주관적 권리보호이익을 부정해야 하는지와 관련하여, 헌법재판소는 국회의원 피선거권 행사연령에 관한 2004헌마219 결정에서 청구인들 중 일부가 심판계속 중 피선거권 행사연령에 도달하였고, 나머지 청구인들은 다음 선거일 기준 피선거권 행사 연령에 도달한 사안에서 주관적 권리보호이익을 부정하되, 예외적으로 심판이익을 인정하여 본안판단을 하였다.

또한 국회의원 피선거권 행사연령에 관한 2008헌마236 결정(제2지정부결정)에서도 다음 선거일 기준으로 청구인이 피선거권 행사 연령에 도달한 사안에서 주관적 권리보호이익을 부정하였고, 객관적 심판이익에 대하여도 위 2004헌마219 결정에서 국회의원의 피선거권 행사 연령에 관한 조항에 대하여 합헌 판단을 한 바 있다는 이유로 예외적으로 권리보호이익을 인정할 실익이 존재하지 않는다고 판단하였다.

이 사건에 있어서 위 2004헌마219 결정 및 2008헌마236 결정의 취지를 따르면 제19대 국회의원 선거 및 제18대 대통령 선거가 이미 종료되었고 다음 국회의원 선거일 및 대통령 선거일 기준 청구인들은 모두 19세 이상에 해당하여 선거권을 가지게 되므로 국회의원 등 선거권 조항에 대한 심판청구는 주관적 권리보호이익이 없다.

또한 헌법재판소는 2013. 7. 25. 2012헌마174 결정에서 19세 이상의 국민에게 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다고 규정하고 있는 국회의원 등 선거권 조항에 대하여 19세 미만인 사람의 선거권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판단한 바 있으므로(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174, 공보 202, 1021, 1024) 이 사건 국회의원 등 선거권 조항은 이미 헌법적 해명이 되어 예외적으로 심판이익을 인정할 실익도 존재하지 않는다.

따라서 국회의원 등 선거권 조항에 대한 심판청구는 권리보호이익이 인정되지 않는다고 보아야 한다.<sup>3)</sup>

3) 선거와 관련된 연령기준에 대한 헌법재판소의 선례를 살펴보면, 선거권 연령에 대한 96헌마89, 2000헌마111, 2012헌마174 결정들은 심판청구 당시에는 해당 연

헌법재판소도 다음과 같이 이 조항에 대한 헌법소원심판에 있어서의 권리보호이익을 부정하였다.

『이 사건에 있어서 제19대 국회의원 선거 및 제18대 대통령 선거가 이미 종료되었고, 다음 국회의원 선거일 및 대통령 선거일 기준 청구인들은 모두 19세 이상에 해당하여 선거권을 가지게 되므로, 국회의원 등 선거권 조항에 대한 심판청구는 주관적 권리보호이익이 없다. 또한 헌법재판소는 2013. 7. 25. 2012헌마174 결정에서 19세 이상의 국민에게 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다고 규정하고 있는 국회의원 등 선거권 조항에 대하여 19세 미만인 사람의 선거권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판단한 바 있으므로(헌재 2013. 7. 25. 2012헌마174 참조), 국회의원 등 선거권 조항은 이미 헌법적 해명이 이루어져 예외적으로 심판이익을 인정할 실익도 없다.』

#### 다. 국회의원 피선거권 조항 및 선거운동 제한 조항

이 사건 심판 계속 중 제19대 국회의원 선거가 실시되어 이미 종료되었다. 그런데 다음 국회의원 선거인 제20대 국회의원 선거에서 선거일(2016. 4. 13.) 기준으로 청구인들은 여전히 만 25세 미만에 해당되는바, 국회의원 피선거권 조항에 의한 기본권 침해가 종료되었다고 볼 수 없고, 다음 국회의원 선거일 전 재·보궐선거가 행해진다면 청구인들은 위 조항에 따라 피선거권을 제한받게 되므로 위 청구인들의 국회의원 피선거권 조항에 대한 심

---

령에 도달하지 못하였으나 심판계속 중 해당 연령에 도달한 경우로서, 헌법재판소는 주관적 권리보호이익을 부정하였지만, 객관적 심판이익을 인정하여 본안판단을 하였다.

2002헌마787등 결정에서는 청구인들 중 1인이 다음 선거에 해당 연령에 도달하지 못하였는데 보고서에서는 “비록 청구인이 선거권을 행사하고자 하였던 2002. 12. 19. 대통령 선거가 이미 종료되었다 하더라도 위 청구인이 20세가 되는 2004. 2. 15.까지는 여전히 이 사건 조항으로 인하여 공선법이 적용되는 선거에서 선거권 제한이라는 기본권의 침해상태가 계속되므로 이 사건 심판청구 중 위 청구인에 관한 부분은 권리보호의 이익이 있다.”고 판단하였고, 결정문상으로는 적법요건에 관한 판단 없이 본안에서 선례를 인용하여 청구를 기각하였다.

2001헌마851등 결정에서도 사실관계에 의하면 청구인들 중 일부가 당해 선거가 종료되었다고 하더라도 다음 선거에서 여전히 선거권이 제한되는 상황으로 보이고, 결정문상으로는 적법요건에 관한 판단 없이 바로 본안판단을 하고 있다.

판청구는 권리보호이익이 인정된다.<sup>45)</sup>

- 4) 지금까지 선거에 관련된 우리 재판소 결정례들을 살펴보면 주관적 권리보호이익의 판단에 있어서 청구인이 심판청구 당시 참여하고자 했던 선거를 기준으로 그 선거가 종료되었으면 주관적 권리보호이익을 부정하였으므로(헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등, 판례집 23-2상, 477, 482; 헌재 2012. 2. 23. 2010헌마601, 판례집 24-1상, 320, 326 등 참조) 이 사건에 있어서도 청구인들의 국회의원 피선거권 조항에 대한 청구에 있어서 당해 제19대 국회의원선거를 기준으로 주관적 권리보호이익을 판단하여야 하고, 따라서 국회의원 선거조항에 대하여 권리보호이익이 없다는 견해가 있을 수 있다.

그런데 위 2010헌마259등 결정, 2010헌마601 결정 등과 같이 선거운동 등과 관련된 심판청구의 경우, 청구인들이 주장하는 기본권침해와 관련된 선거가 종료되었다면, 청구인들이 주장하는 기본권침해가 종료되었다고 볼 것이고, 그 다음 선거에서도 청구인들이 주장하는 기본권침해가 발생할 여지가 존재한다고 보기 어려운 반면, 연령제한의 경우에는 당해 선거가 종료되었다고 하더라도 다음 선거일에 그 연령에 도달하지 않는 한, 청구인이 주장하는 기본권침해가 종료되었다고 보기 어려우므로 권리보호이익을 인정해야 할 것이다.

※ 2010헌마259등 : 예비후보자 외에 독자적으로 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 제한한 조항에 대한 심판청구.

※ 2010헌마601 : 부재자 투표시간 제한 조항에 대한 심판청구.

- 5) 한편, 주관적 권리보호이익을 부정할 경우, 예외적으로 심판이익을 인정할 수 있는지와 관련하여 **헌재 2008. 4. 8. 2008헌마236결정**은 국회의원 피선거권조항에 대한 위헌확인 사건에서 “청구인은 제18대 국회의원선거의 등록일인 2008. 3. 25. 및 같은 달 26. 후보자 등록을 한 바 없어, 제18대 국회의원 선거에 출마할 수 없게 되었고, 이후에 실시될 예정인 제19대 국회의원선거에서는 만25세 이상인 자에 해당되어, 당연히 피선거권을 가지게 된다. 따라서 심판대상조문에 대하여 위헌이 선고된다고 하더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하므로 권리보호이익이 없을 뿐만 아니라, 헌법재판소는 2005. 4. 28. 2004헌마219 사건에서, 국회의원의 피선거권 연령을 만 25세로 정하고 있었던 공직선거및선거부정방지법 제 16조 제2항에 대하여 합헌 판단을 한바 있으므로, 이 사건 심판대상조문은 이미 헌법적 해명이 된바 있어 예외적으로 권리보호이익을 인정할 실익도 존재하지 아니한다.”라고 판시하면서 위 청구를 각하한 바 있다(헌재 2008. 4. 8. 2008헌마236 제2지정재판부).

같은 취지로 2010헌마357 결정(부재자투표시간), 2012헌마306 결정(국회의원선거기탁금) 등에서도 당해 선거가 종료하였으므로 권리보호이익이 없고, 이미 헌법적 해명이 된 사안이라는 이유로 청구를 각하하였다. 그런데 선거권 연령 제한에 관한 결정들을 살펴보면, 96헌마89 결정 이후의 후속 결정인 2000헌마111 결정은 위 96헌마89 결정이 있음에도 헌법적 해명이 필요하다고 보아 심판이익을 인정하여 분안판단을 하였고, 2001헌마851등 결정과 2002헌마787등 결정은 적법요건에 관한 판단 없이 바로 분안판단을 하였는데 그 이유에 대하여는 앞서 본 바와 같이 청구인들 중 일부가 다음 선거에도 여전히 선거권 제한을 받기 때문에 주관적 권리보호이익을 인정한 것으로 보인다.

이 사건에 있어서 주관적 권리보호이익을 부정할 경우, 2012헌마288 결정에서 국회의원 피선거권조항에 대하여 판단을 한바 있으므로 객관적 심판이익을 인정할 수 없을 것이다.

선거운동 제한 조항의 권리보호이익 인정 여부를 살펴보면, 청구인들이 선거운동에 참여하고자 하였던 제19대 국회의원선거 및 제18대 대통령선거가 이미 종료하였으므로 청구인들이 주장하는 기본권침해상태는 이미 종료되었고 가사 청구인들이 위 조항에 대한 위헌확인을 받는다고 하더라도 그가 선거운동에 참여할 수 있는 자격을 소급적으로 취득하거나 과거로 돌아가서 실제로 선거운동을 할 수 있는 것도 아니다.

그런데 이 사건 심판 청구 후 최초로 도래하는 지방자치단체 의회의원선거 및 지방자치단체 장 선거일 기준 19세 미만인 청구인들은 여전히 위 선거에서의 선거운동의 자유가 제한되고 있으므로 권리보호이익이 없다고 볼 수 없다.

헌법재판소도 국회의원 피선거권 조항 및 선거운동 제한 조항에 대하여 권리보호이익이 인정된다는 전제하에 본안에 대한 검토를 하였다.

### 3. 본안에 대한 검토

#### 가. 지방의회의원 등 선거권 조항

##### (1) 선거권 행사 연령과 심사기준

헌법재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서 선거권 행사 연령을 “20세 이상”으로 규정한 공직선거및선거부정방지법 제15조에 대하여 ‘선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 선거권연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다’고 판시하였다.

선거권 행사 연령에 있어서 헌법재판소의 이러한 기준은 2013. 7. 25. 선고된 국회의원 선거권 조항에 대한 2012헌마174 공직선거법 제15조 위헌확인 사건에서도 그대로 적용되었다.

한편, 2012헌마174 결정에서 재판관 3인은 위 조항은 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권과 평등권을 침해한다는 반대의견을 제시하였으

나, 심사기준에 대해서는 법정의견과 마찬가지로 선거권이 인정되는 연령을 어떻게 정할 것인지에 관하여는 헌법상 입법자에게 위임되어 있고 이에 따라 입법자는 여러 가지 사항을 종합하여 선거권 연령을 정할 수 있는 재량이 있다고 하면서, 다만, 19세 미만인 사람이 정치적 판단능력을 갖추었음에도 입법자가 19세 이상의 사람에게만 선거권을 인정하는 것이 입법형성권의 한계를 벗어났다고 판단하였다.

2012헌마174 결정은 국회의원 및 대통령 선거권 행사 연령에 관한 공직선거법 제15조 제1항에 대한 것이나, 그 결정에서 선거권 행사 연령에 대한 심사기준은 지방의회의원 등의 선거권 행사 연령에도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

## (2) 판단

법정의견은 다음과 같은 취지로 지방의회의원 등 선거권 조항이 19세 미만인 사람들의 선거권이나 평등권을 침해하였다 할 수 없다고 판단하였다.

『입법자는 지방의회의원 등의 선거권 행사 연령도 국회의원 등의 선거권 행사 연령과 동일하게 19세 이상으로 정하고 있는데, 이는 2012헌마174 결정에서 판시한 바와 같이 19세 미만인 미성년자는 과거보다 정신적·신체적 수준이 발달했음에도 불구하고, 현실적으로는 아직 정치적·사회적 시각을 형성하는 과정에 있거나 보호자에게 물질적·정신적인 면에서 어느 정도 의존할 수밖에 없는 상황이므로, 정치적·신체적 자율성이 불충분하여 그 정치적 의사표현이 독자적인 판단에 의한 것인지 의문이 있을 수 있으며, 보호자에 대한 의존성 내지 경험이나 적응능력의 부족으로 인하여 정치적 판단이나 의사표현이 왜곡될 우려가 있고, 19세 미만의 미성년자 중에는 아직 고등학교를 졸업하지 못한 학생들이 포함되어 있어 교육적인 부작용도 있을 수 있다는 점 등을 종합적으로 고려한 것이다.

그리고 지방의회의 구성원 및 지방자치단체의 대표를 선출하는 선거에 있어서의 선거권 행사능력, 근로능력, 단순 공무 처리능력, 군 복무능력 등이 동일한 연령 기준에 따라 판단될 수는 없고, 각 법령들의 입법취지와 각각의 영역에서 고려하여야 할 제반 사정, 그리고 대립되는 관련 이익들을 서로 교량하여 입법자가 각 영역마다 그에 상응하는 연령기준을 정하여

야 하는 것이므로, 다른 법령들이 그 입법취지에 따라 19세 미만인 사람에게도 일정한 능력을 인정하고 있다고 하여 지방의회의원 등의 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 것이 반드시 불합리하다고 볼 수는 없다.

위와 같은 점들을 종합해 볼 때, 지방의회의원 등의 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 지방의회의원 등 선거권 조항이 입법부에 주어진 합리적인 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 19세 미만인 사람들의 선거권이나 평등권을 침해하였다 할 수 없다.』

이에 대하여 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성은 지방의회의원 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 규정한 것은 18세 이상 사람의 기본권을 침해한다며 다음과 같은 판시를 하고 있다.

『우리는 2013. 7. 25. 선고된 2012헌마174 결정에서 대통령 및 국회의원의 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 규정한 국회의원 등 선거권 조항은 입법형성권의 한계를 벗어나서 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권 등을 침해한다고 반대의견을 밝힌 바 있다.

그 취지는 다음과 같다. 선거권 연령이 19세 이상으로 조정된 이후 지금까지 우리 사회는 엄청난 변화를 겪었고, 이러한 변화는 청소년을 포함한 국민의 정치적 의식수준도 크게 고양시켰다. 특히中等교육을 마치는 연령인 18세부터 19세의 사람은 취업문제나 교육문제에 대한 지대한 관심 및 정보통신의 발달로 인하여 정치적·사회적 판단능력이 크게 성숙하여 독자적인 정치적 판단능력을 갖추었다고 보아야 한다.

병역법이나 근로기준법 등 다른 법령들에서도 18세 이상의 국민은 국가와 사회의 형성에 참여할 수 있는 정신적·육체적 수준에 도달하였음을 인정하고 있다. 18세를 기준으로 선거권 연령을 정하고 있는 다른 많은 국가들을 살펴보아도, 새로운 생활방식에 대한 습득력이 높고 사회적 변화에 대한 감수성이 풍부한 우리나라의 18세 국민이 다른 국가의 같은 연령에 비하여 정치적 판단능력이 미흡하다고 볼 수 없다.

그럼에도 선거권 행사 연령을 19세 이상으로 정한 것은 입법형성권의 한계를 벗어나 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권 등을 침해한다.

이러한 취지는 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거권 행사 연령에 있어서도 동일하게 적용되어야 한다. 따라서 18세 이상 19세 미만인 국민

은 지방의회의원 등의 선거권을 행사할 만한 정치적 판단능력을 갖추고 있음에도 그 행사연령을 19세 이상으로 정한 것은 입법형성권의 한계를 벗어나 18세 이상 19세에 이르지 못한 국민의 선거권 등을 침해한다.』

### (3) 해설

법정의견은, 선거권 행사 연령에 대해서는 입법자의 형성재량이 인정되는 영역인데 입법자가 19세 이상으로 선거권 행사 연령을 정한 것이 우리나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준 등 여러 가지 사항을 종합할 때 재량의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 이에 반하여 반대 의견은, 우리 사회의 변화에 따른 국민의 정치적 의식수준의 고양, 정보통신의 발달 등으로 인하여 18세 이상의 국민이 독자적인 정치적 판단능력을 갖추었다고 보아야 하고 18세 이상의 국민이 국가와 사회의 형성에 참여할 수 있도록 규정하고 있는 다른 법령과의 체계 정합성에 비추어 보면 헌법에 위반된다는 취지이다.

## 나. 국회의원 피선거권 조항 및 지방의회의원 등 피선거권 조항

### (1) 피선거권 행사 연령과 심사기준

헌법재판소는 2005. 4. 28. 2004헌마219 사건에서 국회의원 피선거권 행사 연령을 “25세 이상”으로 규정한 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제16조 제2항에 대하여 ‘국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항으로서 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아닌바, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로, 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다.’고 판시하였고, 2013. 8. 29. 선고된 2012헌마288 사건에서도 국회의원 및 지방의회의원 피선거권 행사연령은 입법자의 입법형성권이 인정되

는 영역이라고 판시하였다.

이러한 심사기준은 지방자치단체장의 피선거권 행사 연령에 대한 판단에서도 그대로 적용될 수 있다.

### (2) 지방자치단체장 피선거권 행사 연령에 대한 입법연혁

헌법재판소는 이 결정 이전에 지방자치단체장의 피선거권 행사 연령 기준에 대하여는 판단한 바 없으므로, 지방자치단체장의 피선거권 행사 연령에 관한 입법연혁을 살펴보기로 한다.

지방자치단체의 장 피선거권 연령에 대하여는 지방자치법이 제정될 당시에는 전혀 규정되어 있지 않다가 지방자치법이 1960. 11. 1. 법률 제563호로 개정되면서 만 25세 이상이 된 사람에게 시, 읍, 면장의 피선거권을 인정하고, 만 30세 이상의 국민에게는 도지사 및 서울특별시장의 피선거권이 있다고 규정하였다.

이 규정은 1988. 4. 6. 법률 제4004호로 개정되면서 30세 이상인 자는 시장·군수 및 자치구의 구청장의 피선거권을 가지며, 35세 이상인 자는 시·도지사의 피선거권을 가진다고 변경되었다가 1990. 12. 31. 법률 제4312호로 ‘지방자치단체의 장 선거법’이 제정되면서 시·도지사 선거에 있어서는 35세 이상인 사람, 구·시·군의 장의 선거에 있어서는 30세 이상인 사람으로 규정되었다.

그러다가 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되면서 25세 이상인 사람에게 지방자치단체의 장의 피선거권을 인정하는 것으로 규정되었고 현재 공직선거법에 이르기까지 그 내용은 변함이 없다.

### (3) 판단

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 국회의원 피선거권 조항 및 지방의회의원 등 피선거권 조항이 기본권을 침해하지 않는다고 판시하였다. 그 취지는 다음과 같다.

『헌법 제25조 및 제118조 제2항에 따라 입법자는 국회의원 등의 피선거권 행사 연령을 정함에 있어 선거의 의미와 기능, 국회의원 등의 지위와 직무 등을 고려하여 재량에 따라 결정할 수 있는데, 입법자가 국회의원 등에게 요구되는 능력 및 이러한 능력을 갖추기 위하여 요구되는 교육과정

등에 소요되는 최소한의 기간, 선출직공무원에게 납세 및 병역의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청, 일반적으로 선거권 행사연령보다 피선거권 행사연령을 높게 정하는 다른 국가들의 입법례 등을 고려하여 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것은 합리적이고 입법형성권의 한계 내에 있으므로 25세 미만인 청구인들의 공무담임권 및 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

지방자치단체장 피선거권에 있어서도 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표하고 사무를 통할하는 폭넓은 권한을 가지고 있을 뿐만 아니라, 자신이 결정하고 집행하는 정책에 따라 해당 지방자치단체 주민의 복리가 좌우되게 되는 큰 영향력을 가진 자치기관이자 선거직 공무원이기 때문에, 피선거권 행사연령을 정함에 있어서도 그 지위와 권한에 상응하는 능력과 자질을 갖추기 위하여 정규 또는 비정규적인 교육과정을 이수하고, 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 지방자치단체의 대표이자 선출직 공무원에 대하여 국민이 기대하는 납세 및 병역 의무의 성실한 수행에 필요한 연령과 기간, 일반적으로 선거권 행사연령보다 피선거권 행사연령을 높게 정하는 다른 국가들의 입법례 등을 고려하여 지방자치단체의 장의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 결정한 것이다.

입법자의 이러한 결정은 합리적이므로 지방자치단체의 장의 피선거권 조항이 입법자의 입법형성권의 범위와 한계를 일탈하여 청구인들의 공무담임권을 침해하였다고 볼 수 없다.』

#### (4) 해설

선거권 행사 연령기준에 있어서는 기본권 침해 여부에 대하여 재판관들의 의견이 나뉘었으나, 피선거권 행사 연령기준에 있어서는 재판관들의 의견이 일치하였는데, 피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원으로 지위와 권한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할지라도 선거에 참여하여 국회의원 등으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권과 평등권 등이 침해될 수 있으나, 국회의원 등의 지위 및 권한, 선거권 행사 연령과 피선거권 행사 연령을 다르게 규정하는 것이 일반적인 입법례라는 점 등을 고

려하여 피선거권 행사 연령을 25세 이상으로 규정한 것이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것이라고 판단한 것이다.

#### 다. 선거운동 제한 조항

##### (1) 심사기준

대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 정치적 표현의 자유는 국민이 선거과정에서 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법에서 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장 규정에 의한 보호를 받는다(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등, 판례집 23-2하, 739, 756 참조).

하지만 선거운동의 자유도 무제한일 수는 없는 것이고, 선거의 공정성 확보를 위하여 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없다(헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285, 판례집 23-2하, 862, 869 참조).<sup>6)</sup>

한편, 최근 선례들은 선거운동의 자유 제한에 대하여, 선거운동의 자유 및 정치적 표현의 자유의 중요성을 고려할 때 그 제한입법의 위헌여부에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 판시하면서 이른바 과잉금지원칙에 의한 심사를 통해 그 위헌 여부를 판단하고 있다(헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285, 판례집 23-2하, 862, 869 참조).<sup>7)</sup>

6) 헌법재판소는 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동을 금지한 다음 선거관리위원회에 신고된 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있도록 한 구 대통령선거법 제36조(선거운동을 할 수 없는 자) 제1항 위헌제청 사건에서 '선거권이 없거나 어떠한 사람에게 선거운동을 허용할 때 그 자체로서 선거운동의 공정성을 해칠 우려가 있다고 한다면 그러한 사람들에 대한 선거운동의 금지부분은 타당한 것이고, 그 해당부분까지 위헌이라고 할 수 없다. 따라서 대한민국 국민이 아닌 자라든가 미성년자와 같이 선거권이 없거나 일반국민들과는 달리 선거운동을 허용함으로써 선거의 공정성을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람 즉, 공익을 대표하는 사람, 직무의 성질상 정치적 중립성이 요청되는 사람 등에게는 선거운동이 허용되어서는 아니 된다 할 것이다.'라고 판시하였다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 40).

7) 선거운동의 제한에 있어서 엄격한 과잉금지원칙에 따라 판단한 관련 선례  
 ■ 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바298, 판례집 24-2상, 37, 48-51(교육공무원 선거운동을 금지하는 국가공무원법 제65조 제2항 등 위헌소원)  
 “교육공무원 선거운동 금지조항이 과잉금지원칙을 위배하여 선거운동의 자유를

이 사건에 있어서도 선거운동의 자유가 선거권 행사의 전제 내지 중요한 내용에 해당하고, 비록 선거권이 인정되지 않는 사람이라고 하더라도 선거와 관련된 정치적 표현의 자유는 보호되어야 한다는 점, 선거운동의 자유는 언론·집회·출판·결사의 자유보장 규정에 의한 보호를 받는다는 점에서 이 사건 선거운동 제한 규정의 위헌 여부에 대하여는 과잉금지원칙에 의한

제한한다고 볼 수 없다.”(헌재 2012. 7. 26. 2009헌바298, 판례집 24-2상, 37, 48-51)

- 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등(선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 처벌하는 공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인)

“이 사건에서 문제되는 기본권은 선거운동의 자유를 포함한 정치적 표현의 자유라 할 것이다. 오늘날 정치적 표현의 자유는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있고 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우에는 국민주권과 민주주의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않게 될 것이므로, 이를 제한하는 입법에 대하여는 엄격한 심사기준을 적용하여야 할 것이다.”(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 판례집 23-2하, 739, 756)

- 헌재 2011. 8. 30. 2010헌마259등(예비후보자의 선거운동에서 예비후보자 외에 독자적으로 명함을 교부하거나 지지를 호소할 수 있는 주체를 예비후보자의 배우자와 직계존·비속으로 제한한 공직선거법 제60조의3 제2항 제1호 위헌확인): 선거운동의 자유 침해 여부에 있어서 목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익균형성에 따른 심사를 함.

- 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285(교육감후보자가 ‘당원경력을 표시’하는 방법으로 선거운동을 하지 못하도록 규제하고 있는 지방교육자치에 관한 법률 제46조 제3항 위헌확인)

“선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 한데, 이러한 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유의 보장규정에 의한 보호를 받고, 우리 헌법이 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 부여하고 있는 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유교환이 필연적으로 요청된다. 하지만 선거운동의 자유도 무제한일 수는 없는 것이고, 선거의 공정성이라는 또다른 가치를 위하여 어느 정도 선거운동의 주제, 기간, 방법 등에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없다. 다만 위에서 본 선거운동의 자유, 정치적 표현의 자유의 중요성을 고려할 때 그 제한입법의 위헌여부에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 것이다.”(헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285, 판례집 23-2하, 862, 869)

- 헌재 2012. 3. 29. 2010헌마673(후보자가 자기 선거운동을 위해 작성·제출하는 선거공보를 후보자등록마감일 후 일정기한까지 관할 선거관리위원회에 제출하도록 하고 이를 선거관리위원회가 부재자투표용지나 투표안내문을 발송하는 때에 동봉하여 발송하도록 규정한 공직선거법 제65조 제5항 등 위헌확인) : 선거운동의 자유 침해 여부에 있어서 목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익균형성에 따른 심사를 함.

심사를 함이 타당하다.

헌법재판소는 선거운동의 자유가 선거권 행사의 전제에 해당하고, 비록 선거권이 인정되지 않는 사람이라고 하더라도 선거와 관련된 정치적 표현의 자유는 보호되어야 한다는 점, 선거운동의 자유는 언론·집회·출판·결사의 자유보장 규정에 의한 보호를 받는다는 점에서 선거운동 제한 규정의 위헌 여부에 대하여는 과잉금지원칙에 의한 심사를 함이 타당하다고 하면서, 다만 피해의 최소성 부분 판단에서 선거운동의 자유가 인정되는 구체적인 연령은 입법자가 입법재량에 따라 결정할 영역이라는 이유로, 그 결정이 헌법적 한계를 일탈하였는지 여부를 기준으로 판단하였다.<sup>8)</sup>

## (2) 입법연혁 및 입법례

‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정되기 전, 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거, 지방자치단체장선거에 대한 개별 선거법들은 정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 또는 연설원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없다고 규정하면서 선거권이 없는 자는 선거운동을 할 수 있는 선거운동원 등이 될 수 없다고 규정하여 선거권이 없는 자들의 선거운동을

- 8) 심사기준과 관련하여 엄격한 심사기준에 따라 판단한 사건들은 연령에 따른 선거권 행사가 인정되는 사람들에 대하여 선거운동의 자유는 자유로운 선거권 행사의 전제가 되므로 원칙적으로 자유로운 선거운동이 보장되어야 함에도 선거의 공정성 확보를 위하여 예외적으로 선거운동의 자유를 제한하는 경우이고, 이 사안은 일정한 연령 이하의 사람들에게 선거운동의 자유를 제한하는 것이 헌법적으로 정당한지 여부가 쟁점이므로, ‘선거운동의 제한’이라는 측면에서 제한되는 기본권을 같이 한다고 하여 심사기준에 있어서도 엄격한 심사기준에 따라 그 기본권 침해 여부를 판단할 사안이라고 보기는 어렵다는 견해가 있을 수 있다.

정치적 표현의 자유 외에 국민의 선거권 및 자유선거원칙에 헌법적 근거를 두고 있는 선거운동의 자유는 그 제한의 태양에 따라 심사기준도 달라져야 하고, 선거는 국민이 국가의사형성에 영향력을 행사하는 가장 중요한 수단으로서 국민의 주권적 의사의 표현이므로, 선거운동의 자유도 정치적 의사 형성 능력이 있음을 전제로 인정되어야 하기 때문에 선거운동의 자유가 인정되는 연령기준에 대하여는 합리성 심사로 족하다는 것이다.

헌법재판소는 2006헌마526 결정(예비후보자의 배우자인 공무원에 대한 선거운동 금지에 관한 공직선거법 조항)에서 예비후보자제도에 따른 선거운동을 할 수 있는 자의 범위 등을 정하는 것은 입법자의 재량 영역이라고 보고 합리성 심사를 하였고, 2001헌마710 결정(교육공무원으로 하여금 선거운동 금지하고 있는 조항 및 정당가입금지조항)에서도 두 조항의 위헌성을 같이 판단하면서 합리성 심사를 하는 등 선거운동의 자유 제한에 있어서도 사안에 따라 엄격한 과잉금지원칙 외의 심사기준에 따라 심사한 경우도 존재한다.

제한하고 있었다.

‘공직선거 및 선거부정방지법’이 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정·공포되어 위 모든 선거를 통괄하여 규정하게 되었는데 선거운동에 대하여 종전 개별 선거법과는 달리 원칙적으로 선거운동의 자유를 인정하되, 예외적으로 제한하는 구조를 택하였으나, 사실상 법에 의하여 허용된 경우에만 선거운동이 가능한 규제위주의 입법구조를 채택하고 있다는 비판을 받고 있다.

‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정된 이후 선거운동을 할 수 없는 자에 미성년자를 규정하여 미성년자의 선거운동을 금지하였고, 이 법률이 2005. 8. 4. 그 법명을 ‘공직선거법’으로 변경하여 법률 제7681호로 개정되면서 선거운동이 금지되는 미성년자는 19세 미만인 자를 말한다는 내용으로 개정되었다.

당시 민법상 성년은 20세로 규정되어 있었으나<sup>9)</sup>, 공직선거법상 선거권 연령이 19세로 하향 조정됨에 따라 선거운동에 있어서도 그 연령기준을 조정하기 위하여 위와 같은 내용의 개정이 이루어졌다.

주요 입법례를 살펴보면, 미국과 독일은 선거운동에 있어서 연령에 대한 제한은 규정하지 않고 있고, 일본은 선거권 행사 연령인 20세 이상의 사람에게 선거운동을 인정하고 있다.

### (3) 판단

법정의견은 선거운동 제한 조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.

법정의견의 취지는 다음과 같다.

『미성년자의 선거운동을 금지하고 있는데, 이는 정치적 판단능력이 부족한 사람의 선거운동의 자유를 제한하여 선거의 공정성을 확보하기 위한 정당한 입법목적에 의한 것으로 연령을 기준으로 선거운동의 자유를 행사하기 위한 정치적 판단능력의 유무를 가리는 것은 적절한 방법이다. 또한 선거운동만을 제한할 뿐, 선거운동 외에 정치적 표현행위는 제한 없이 할 수 있고, 19세가 되는 기간 동안만 선거운동의 자유를 유예하는 것에 불과하

9) 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정된 민법 제4조(2013. 7. 1. 시행)는 성년이 되는 연령 기준을 종래의 20세에서 19세로 낮추었다.

며, 미성년자는 정신적·신체적 자율성이 불충분하다는 점 등을 고려하면 피해의 최소성 원칙에 반하지 않고, 선거의 공정성 확보라는 공익보다 제한되는 정치적 표현의 자유 정도가 크지 않으므로 법익 균형성에도 반하지 않는다. 따라서 이 조항이 19세 미만인 청구인들의 선거운동의 자유를 침해한다 할 수 없다.』

반면, 반대의견은 다음과 같이 일정한 연령을 기준으로 선거운동을 제한한 것에 대한 목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정하면서도, 18세 이상의 사람에 대하여 정치적 판단능력을 인정할 수 있음에도 입법자가 그보다 높게 선거운동이 허용되는 연령을 정하여 피해의 최소성 원칙 및 법익균형성 원칙을 충족시키지 못했다고 판단하였다.

『선거운동 제한 조항은 미성년자의 선거운동을 금지하고 있는데, 사회적 변화로 인한 정치적 의식수준의 고양으로 선거권 조항에서 판단한 바와 같이 특히 중등교육을 마치는 연령인 18세부터 19세의 사람은 취업문제나 교육문제에 대한 지대한 관심 및 정보통신의 발달로 인하여 정치적·사회적 판단능력이 크게 성숙하여 독자적인 정치적 판단능력을 갖추었다고 보아야 한다. 또한 선거권이 인정되는 연령과 선거운동의 자유가 인정되는 연령이 반드시 동일해야만 하는 것은 아니며, 우리 사회의 환경 및 교육환경에 비추어 중등교육을 마치는 연령인 18세 이상 사람들은 선거에 있어서 정치적 의사를 표현할 정도의 의식수준은 갖추었다고 보아야 한다. 그렇다면 19세 이상의 사람에게만 선거운동의 자유를 인정하는 것은 피해의 최소성을 벗어난 과도한 제한이다. 또한 정치적 판단능력이 인정되는 18세 이상 19세 미만인 사람들의 선거운동을 제한한다고 하여 선거의 공정성이 얼마나 확보될 것인지 의문인 점에서 법익 균형성도 충족하지 못한다. 따라서 이 조항은 18세 이상 19세 미만인 사람들의 선거운동의 자유를 침해한다.』

#### (4) 해설

법정의견은 ‘선거운동의 자유는 민주적 의회정치의 기초인 선거에 있어서 선거권이 제대로 행사되기 위한 전제이자 선거권의 중요한 내용을 이루는 기본권으로서 선거권 행사에 있어서와 마찬가지로 일정한 수준의 정치적 판단능력을 전제로 하여야 하는바, 선거권을 행사할 만한 정치적 판단

능력이 인정되지 않는 사람에게 선거운동의 자유를 인정하는 경우에는 정확하고 충분한 정보에 기초하지 않은 선거운동이 행하여질 우려가 있고, 이러한 선거운동에 의하여 유권자가 왜곡된 정치적 결정을 내리게 되어 결국 선거의 공정성이 해할 우려가 발생하게 된다.’는 이유로 선거권행사 연령과 동일하게 규정되어 있는 선거운동 제한 조항이 정당하다고 판단하였는바, 선거권 행사시 요구되는 정치적 판단능력과 선거운동에 있어서 요구되는 정치적 판단능력을 동일하게 보고 있다.

반면, 반대의견은 선거권 행사 연령에 있어서 18세 이상의 사람들에게 선거권을 행사할 만한 정치적 판단능력이 있다고 인정한 근거와 동일하게 18세 이상 국민에게 선거운동에 필요한 정치적 판단능력이 인정된다고 하면서, 가사 19세 미만인 사람들에게 선거권 행사에 필요한 정치적 판단능력이 미흡하다고 하더라도 선거운동은 선거에 있어서 정치적 표현활동의 일환이므로, 선거권과 선거운동의 자유가 선거라는 측면에서 연관성은 가지나, 그렇다고 하여 동일성 내지는 상호불가분성을 가진다고는 볼 수 없으므로, 국정 참여 수단인 선거권이 인정되는 연령과 선거에 있어서의 정치적 표현활동의 일환인 선거운동의 자유가 인정되는 연령이 반드시 동일해야만 하는 것은 아니고, 18세 이상의 국민은 선거에 있어서 적어도 자신들의 정치적 의사를 표현할 정도의 의식수준은 갖추었다.’고 판단하였다.

## 라. 정당원 등 자격 조항에 관한 판단

### (1) 심사기준

헌법재판소는 “헌법이 정당을 보호하는 취지 및 정당의 헌법적 과제와 기능을 고려할 때 정당의 발기인 및 당원의 자격을 제한함에 있어서도 원칙적으로 정당이 헌법상 부여받은 기능을 이행하기 위하여 필요하다고 판단되는 최소한의 조건에 대한 규율에 그쳐야 한다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 814 참조).”고 판시하면서 특정 집단에 대하여 정당설립 및 가입을 제한하는 것의 기본권 침해 판단에 있어서 과잉금지원칙에 의한 심사를 하고 있다.<sup>10)</sup>

10) ※과잉금지원칙에 따라 판단한 관련 선례(특정 대상의 정당의 설립 및 가입 금지)  
 ■ 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135(경찰청장 퇴직 후 일정기간 정당의 발기인 및 당원

이 사건에 있어서도 헌법이 정당을 보호하는 취지 및 정당의 헌법적 과제와 기능을 고려할 때 국회의원 선거권이 인정되지 않는 19세 미만인 사람에게 아예 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없도록 하는 것이 정당의 자유를 침해하는지 여부는 과잉금지원칙에 의한 심사를 함이 타당하다.

자격제한에 관한 구 검찰청법 조항)

“헌법은 정당의 자유에 대한 제한을 원칙적으로 허용하지 아니하므로 입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 개입하지 않는다면 중대한 공익이 손상될 가능성이 매우 크다는 것이 어느 정도 명백하게 드러나는 경우에만, 비로소 민주주의의 실현에 있어서 중요한 기본권인 정당설립 및 가입의 자유에 대한 제한은 정당화될 수 있다. 그러나 검찰청장에게 퇴직후 정당의 설립과 가입을 허용하는 경우 재직시 직무의 정치적 중립성을 위협하는 부정적 효과가 어느 정도 발생할지 확실하지 아니하다. 따라서 이 사건 법률조항은 정당의 자유에 대한 제한과 이 사건 법률조항을 통하여 의도한 성과 사이에 연관관계가 객관적으로 납득할만큼 명백하지 않다고 할 것이므로 정당의 자유와 같은 원칙적으로 제한될 수 없는 기본권을 제한함에 있어서 수단의 적합성의 관점에서 요구되는 엄격한 요건을 갖추지 못하였다. 뿐만 아니라, 기본권을 보다 적게 침해하는 방법으로도 입법목적 달성을 수 있다는 의미에서 최소침해성의 원칙에도 위반된다. 결국, 이 사건 법률조항은 정당의 자유에 대한 제한이 국민의 자유로운 의사형성과정에 미치는 불리한 효과와 아울러 당사자에게 발생하는 피해가 매우 큰데 반하여 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 공익적 효과는 상당히 불확실하다고 판단된다.” (헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 820-821).

※ 검찰총장은 퇴직일부터 2년 이내에는 정당의 발기인이 되거나 당원이 될 수 없다고 규정한 구 검찰청법 조항에 대한 위헌 결정에서는 명확하게 과잉금지원칙에 따라 판단한 것으로는 보이지 않는다. 헌재 1997. 7. 16. 97헌마26, 판례집 9-2, 72 참조.

■ 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710(초·중등학교의 교육공무원의 정당가입 금지하는 정당법 조항)

“공무원의 신분을 보장하고 민주주의 및 법치주의의 통치이념에 기여하려는 공무원체도의 본질에 비추어 공무원의 정치적 중립성 확보를 위한 조치로서 헌법 제 37조 제2항에 따른 최소한의 제한이라고 할 수 있다. 이는 우리나라의 정치적 현실과 역사적 경험에 비추어 행정의 중립성·효율성의 확보뿐만 아니라 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다.(중략) 감수성과 모방성, 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 할 것이다.”(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 438)

헌법재판소는 이 결정에서도 과잉금지원칙에 따른 심사를 하면서, 피해의 최소성 부분 판단에서 정당의 자유가 인정되는 연령의 기준은 입법자가 결정할 영역이라는 이유로 그 입법자의 결정이 헌법적 한계를 일탈하였는지 여부를 기준으로 판단하였다.<sup>11)</sup>

## (2) 입법연혁 및 입법례

정당법 제22조 제1항은 국회의원 선거권이 있는 자는 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다고 규정하고 있는데, 공직선거법은 ① 국회의원 선거권에 대하여 원칙적으로 19세 이상의 사람에게 인정하면서(공직선거법 제15조 제1항) ② 선거일 현재 금치산선고를 받은 사람, 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람, 선거법 등, 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 사람은 선거권이 없다고 규정하고 있다(공직선거법 제18조 제1항).

따라서 공직선거법 제15조 제1항에 따라 국회의원 선거권이 인정되지 않는 19세 미만인 사람은 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없다.

국회의원 선거권이 있는 사람에게 정당의 발기인 및 당원의 자격을 부여

11) 심사기준에 대하여 과잉금지원칙에 따라 판단한 사건들은 국회의원 선거권이 인정되는 사람에게는 원칙적으로 정당의 설립 및 가입의 자유가 인정되는데도, 예외적으로 특정집단에 대하여 그 자유를 제한한 사안이었고, 이 사안은 일정한 연령 이하의 사람들에게 정당의 설립 및 가입의 자유를 제한하는 것이 헌법적으로 정당하지 여부가 쟁점이므로, 심사기준에 있어서도 엄격한 심사기준에 따라 그 기본권 침해 여부를 판단할 사안이라고 보기는 어렵다는 견해가 있을 수 있다. 위 견해에 의하면 헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 규정하고 있는바, 정치적 의사형성에 참여할 가능성이 있는 사람만이 정당을 설립하고, 정당에 가입할 수 있다고 보아야 하고(한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 198면 참조. 한수웅 교수는 정당의 헌법적 과제를 규정하는 헌법 제8조 제2항은 선거에 참여할 가능성이 있는 자만이 정당을 설립할 수 있음을 시사하고 있으므로 선거권이 인정되지 않는 자는 정당을 설립할 수 없다고 한다.), 입법자는 정치적 의사형성에 참여할 가능성이 있는 연령을 결정함에 있어서 우리나라의 정당제도, 정치 문화, 연령에 따른 정신적·신체적 자율성 인정 여부, 현재 정당정치 시대적 상황 및 지역적 특성, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 및 그 규율로 인한 과급효과 등을 종합하여 재량에 따라 결정할 수 있다는 것이다. 그런데 정당의 자유에 있어서 주체의 제한에 대하여 명시적으로 합리성 심사를 한 예는 찾아보지 못했다.

하는 조항은 정당법이 1962. 12. 31. 법률 제1246호로 제정될 당시 별개의 조항에 규정되어 있다가 1993. 12. 27. 법률 제4609호로 개정되면서 동일한 조항에서 규정하게 되었고, 그 내용은 제정 당시부터 현재에 이르기까지 동일하게 유지되어 왔다.

주요 입법례를 살펴보면, 영국, 독일, 프랑스, 미국 및 일본의 경우, 정당에 관한 법률에서 연령에 따른 당원의 자격 제한은 규정하고 있지 않다.<sup>12)</sup>

### (3) 판단

법정의견은 다음과 같은 취지로 국회의원 선거권이 있는 사람에게 정당의 발기인 및 당원의 자격을 부여하는 조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.

『국회의원 선거권이 있는 자는 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다고 규정하고 있는데, 공직선거법은 19세 이상의 국민에게만 국회의원 선거권을 인정하고 있으므로 19세 미만인 사람은 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없다. 이 조항은 정치적 판단능력이 미약한 사람들이 정당의 발기인 및 당원이 되는 것을 제한하여 정당의 헌법상 기능을 보호하기 위한 것으로 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성도 인정된다. 정당의 중요 공적 기능을 고려하면 정당설립의 자유만을 제한하거나 일정한 형태의 정당 활동의 자유만을 제한하는 것으로는 입법 목적을 달성하기 어렵고, 정당 외에 일반적 결사체 설립을 제한하는 것은 아니며, 19세가 될 때까지의 기간만 이를 유예하는 취지라는 점, 미성년자는 정신적·신체적 자율성이 불충분하고 가치중립적인 교육을 받아야 한다는 점 등을 고려하면 피해의 최소성 원칙에 반하지 않고, 이 조항으로 인하여 19세 미만인 사람들이 정당의 자

12) 따라서 당원의 자격에 대해서는 당헌에 규정되어 있는데 영국 보수당, 프랑스의 대중운동연합(UMP) 및 일본의 자민당은 연령에 따른 제한은 하지 않고, 영국 노동당은 15세 이상, 독일의 기민당은 16세 이상, 사민당은 14세 이상, 프랑스의 사회당은 15세 이상 및 일본의 민주당은 18세 이상에게 당원 자격을 부여하고 있다.

미국 민주당은 중앙당 차원에서는 당원 가입을 받지 않고, 각 지부에서 당원을 두고 있는데 미주리주 민주당 지부의 경우 18세 이상에게 당원자격을 인정하고 있다(해외통신원보고서 2012.1호-주요국가의 정당제도, 중앙선거관리위원회, 2012 참조).

유를 제한받는 것보다 정치적 판단능력이 미약한 사람이 정당을 설립하고 가입함으로써 인하여 정당의 기능이 침해될 위험성은 크다고 할 것이므로 법의 균형성도 충족된다. 따라서 이 조항이 청구인들의 정당의 자유를 침해한다고 할 수 없다.』

이에 대하여 재판관 김이수, 재판관 이진성은 이 조항이 정당의 성격, 모든 정당활동을 제한한다는 점 등에 비추어 피해의 최소성 원칙 및 법의 균형성 원칙에 위배된다고 다음과 같이 위헌 의견을 판시하였다.

『정당의 법적 성격은 사적 결사체이므로 그 구성원의 자격에 있어서 국가는 원칙적으로 관여하지 않아야 하되, 필요한 경우에만 정당의 자유를 제한할 수 있다. 그런데 이 조항은 사적 결사체인 정당 구성원의 정치적 판단능력을 국정 참여수단인 선거권 행사의 정치적 판단능력과 동일하게 보아 정당의 구성원에게 과도한 능력을 요구하고 있고, 정당의 헌법상 기능을 보호하고자 한다고 해도 일정한 형태의 자유만 제한하는 방법으로도 목적을 달성할 수 있음에도, 19세 미만인 사람에 대하여 정당원으로서의 모든 활동을 제한하여 피해의 최소성 원칙에 반한다. 또한 19세 미만인 사람들의 정당의 자유가 모두 제한되는 반면, 그 제한으로 인하여 입법목적이 얼마나 달성될 수 있는지 의문이므로 법의 균형성도 충족하지 못한다. 따라서 이 조항은 19세 미만인 사람들의 정당의 자유를 침해한다.』

한편, 재판관 박한철은 이 조항이 피해의 최소성 원칙 및 법의 균형성 원칙에 위배된다고 하면서 그 이유에 대해서는 다음과 같이 18세 이상의 사람은 정치적 판단능력이 인정되기 때문이라고 판시하였다.

『정당이 수행하는 중요한 공적 기능에 비추어 볼 때 정당을 단순한 사적 결사체로 볼 수는 없고, 정당의 구성원의 자격은 정당이 스스로 결정하도록 맡겨 둘 사항은 아니지만, 정당원 등 자격 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 기본권을 침해한다.

입법자는 19세 미만인 사람은 정당의 일원으로서 요구되는 정치적 판단능력을 갖추지 못하였다고 판단하고 있으나, 선거권 조항에서 판단한 바와 같이, 우리 사회의 변화 및 그에 따른 정치적 의식 수준의 고양으로 인하여 특히 중등교육을 마치는 연령인 18세부터 19세의 사람은 정당에 가입하여 자신들의 정치적 의사를 표현하고 정치적 의사를 모을 정도의 정치적

판단 능력을 갖추었다고 보아야 한다. 만약 18세 이상 19세 미만의 국민에게 정당의 자유를 인정함으로써 정당의 공적 기능 수행에 위험이 발생한다면 일정한 형태의 자유만을 제한하는 방법으로도 그러한 위험을 차단할 수 있음에도 정당원으로서의 모든 활동을 제한하는 것은 피해의 최소성 원칙에 반한다. 또한 18세 이상 19세 미만인 사람들의 정치적 판단능력은 인정되므로, 이들의 정당 설립 및 가입을 제한한다고 하여 정당의 헌법상 기능을 보호한다는 정당원 등 자격 조항의 입법목적이 얼마나 달성될 수 있는지 의문이므로 법익 균형성도 충족하지 못한다. 따라서 이 조항은 18세 이상 19세 미만인 사람들의 정당의 자유를 침해한다.』

#### (4) 해설

법정의견은 국회의원 선거권이 없는 미성년자의 경우, 정치적 판단능력이 인정되지 않는다는 이유로 이 조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였는데, 결국 선거권을 행사할 만한 정치적 판단능력은 정당의 자유를 행사할 만한 정치적 판단능력과 동일하다고 판단한 것이다.

반면, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견은 정당 구성원의 정치적 판단능력을 국정 참여수단인 선거권 행사의 정치적 판단능력과 동일하게 보아서는 안된다고 판시하고 있다.

또한 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견은 ‘19세 미만인 사람들 중 어느 연령 이상에 대하여 가입의 자유를 인정하고, 어느 연령 이상에 대하여 발기인이 되는 것을 허용할지에 대하여는 입법자가 여러 사정을 종합하여 결정할 입법재량이 인정된다.’는 이유로 그 구체적인 연령에 대해서는 언급하지 않았으나, 재판관 박한철의 반대의견은 선거권 행사 연령 및 선거운동 연령에 있어서와 마찬가지로 18세 이상 19세 미만인 사람들의 정치적 판단능력은 인정되므로 이 조항은 18세 이상 19세 미만인 사람들의 정당의 자유를 침해한다고 하여 정당의 자유가 인정되는 구체적인 연령 기준을 18세 이상으로 제시하고 있다.

#### 4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 미성년자에 있어서 국회의원 선거권 행사를 제한하고 있는 공직선거법 규정에 대한 종전 헌법재판소의 취지를 그대로 적용하여, 동일한 연령 기준에 따라 지방의회의원 등 선거권 행사를 제한하고 있는 공직선거법 조항이 기본권을 침해하지 않는다고 판시하였고, 국회의원 및 지방의회의원 등의 피선거권 행사 연령에 대해서는 종전 헌법재판소의 입장을 재차 밝히면서 그 취지를 지방자치단체의 장 선거에 있어서도 동일하게 적용하였다. 특히 심사기준에 있어서 선거권 행사 및 피선거권 행사 연령을 정하는 것은 입법자의 입법형성권의 영역이라는 점을 다시 확인하였다.

다만, 이 결정은 선거권 행사 연령에 관한 기존의 헌법재판소의 결정과 달리, 사회변화에 따라 18세 이상의 사람에게 선거권을 행사할 만한 정치적 판단능력이 인정된다는 취지의 재판관 3인의 반대의견이 있다.

나. 이 결정은 미성년자의 선거운동을 제한하고 있는 규정에 대한 최초의 결정으로서, 미성년자의 선거권을 제한하고 있는 조항에 대한 헌법재판소 결정 취지와 동일하게 선거운동에 있어서 미성년자의 정치적 판단능력이 미흡하다는 이유로 기본권 침해를 부정하였다. 또한 심사기준에 있어서는 과잉금지원칙을 택하면서도 피해의 최소성 부분에 있어서는 구체적인 연령은 입법자가 입법재량에 따라 결정할 영역이라는 이유로, 그 결정이 헌법적 한계를 일탈하였는지 여부를 기준으로 판단하였다.

한편, 선거권 행사 연령에 대하여 위헌 의견을 제시한 3인의 재판관들은 미성년자의 선거운동을 제한하고 있는 조항에 대해서도 18세 이상의 사람은 정치적 판단능력이 인정되고, 선거권 행사 연령과 선거운동 연령을 동일하게 규정할 필요가 없다는 취지로 위헌 의견을 제시하였다.

다. 이 결정은 국회의원 선거권이 있는 자에게 정당의 발기인 및 정당 가입의 자유를 인정한 조항에 대한 최초의 결정으로서, 정당의 헌법상 기능과 지위에 대한 종전 헌법재판소의 판시를 원용하면서 그에 비추어 국회의원 선거권이 인정되지 않는 19세 미만인 사람은 정당의 자유를 행사함에 있어서 정치적 판단능력이 미흡하다는 이유로 기본권 침해를 부정하였다.

심사기준에 있어서는 선거운동의 자유 제한 조항에 대한 판단과 동일하게 과잉금지원칙을 택하면서도 피해의 최소성 부분에 있어서는 구체적인 연령은 입법자가 입법재량에 따라 결정할 영역이라는 이유로, 그 결정이 헌법적 한계를 일탈하였는지 여부를 기준으로 판단하였다.

한편, 선거권 행사 연령 조항 및 선거운동의 자유 제한 조항에 대해서 위헌 의견을 제시한 3인의 재판관들은 이 조항에 대해서도 위헌 의견을 제시하였다.

라. 이 결정은 선거권, 피선거권, 선거운동 및 정당 발기인 및 정당 가입의 자유에 있어서 구체적인 연령 기준은 입법자의 입법형성권이 인정되는 영역이고, 민법상 성년 기준에 의하여 선거권, 선거운동 및 정당의 자유를 제한하고 있는 것이 입법형성의 범위 및 한계를 일탈하지 않았다는 점을 명확히 하였다.



## 노동조합 및 노동관계조정법 제24조 제2항 등 위헌확인

- 노조전임자에 대한 급여 지급 금지 및 근로시간 면제 제도가  
헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2014. 5. 29. 2010헌마606, 판례집 26-1하, 354)

정 인 경\*

### 【판시사항】

1. ‘근로시간 면제 한도’에 관한 근로시간면제심의위원회의 심의·의결, ‘노동조합 및 노동관계조정법’(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것, 이하 ‘노조법’이라 한다) 제92조 제1호 및 노조법 시행령(2010. 2. 12. 대통령령 제22030호로 개정된 것) 제11조의2, ‘근로시간 면제 한도 고시’(노동부 고시 제2010-39호)가 헌법소원의 적법요건을 충족하는지 여부(소극)

2. 노조법 제24조 제4항의 ‘근로시간 면제 한도’를 근로시간면제심의위원회에서 심의·의결하여 고용노동부장관 고시로 정하도록 한 것이 죄형법정주의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 노동조합의 전임자(이하 ‘노조전임자’라 한다)에 대한 급여 지급 금지를 정한 노조법 제24조 제2항, ‘근로시간 면제 제도’에 관한 노조법 제24조 제4항, 노동조합이 이를 위반하여 노조전임자에 대한 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적의 쟁의행위를 하는 것을 금지하는 노조법 제24조 제5항(이하 ‘이 사건 노조법 조항들’이라 한다)이 청구인들의 단체교섭권 및 단체행동권을 침해하는지 여부(소극)

4. 이 사건 노조법 조항들이 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의에 위배되는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 노조법(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것) 제24조 제2항, 제4항, 노조법 제24조 제5항 및 제92조 제1호(이하 노조법 제92조 제1호를 ‘이 사건 처벌조항’, 이를 제외한 위 노조법 조항들을 ‘이 사건 노조법 조항들’이라 한다), ② 노조법 시행령(2010. 2. 12. 대통령령 제22030호로 개정된 것) 제11조의2, ③ 근로시간면제심의위원회(이하 ‘근심위’라 한다)의 2010. 5. 1.자 근로시간 면제 한도 심의·의결, ④ 고용노동부장관의 2010. 5. 14.자 근로시간 면제 한도 고시(노동부 고시 제2010-39호)(이하 ‘이 사건 고시’)가 청구인들의 단체교섭권 등 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

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

제24조(노동조합의 전임자) ② 제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 “전임자”라 한다)는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서서는 아니 된다.

④ 제2항에도 불구하고 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 근로자는 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.

⑤ 노동조합은 제2항과 제4항을 위반하는 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.

제92조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

#### 1. 제24조 제5항을 위반한 자

노동조합 및 노동관계조정법 시행령(2010. 2. 12. 대통령령 제22030호로 개정된 것)

제11조의2(근로시간 면제 한도) 법 제24조의2 제1항에 따른 근심위(이하 “위원회”라 한다)는 같은 조 제2항에 따른 근로시간 면제 한도를 정할 때 법

제24조 제4항에 따라 사업 또는 사업장의 전체 조합원 수와 해당 업무의 범위 등을 고려하여 시간과 이를 사용할 수 있는 인원으로 정할 수 있다.

노동부 고시 제2010 - 39호

「노동조합 및 노동관계조정법」 제24조, 제24조의2 및 같은 법 시행령 제11조의2에 따라 근로시간면제 한도를 다음과 같이 고시합니다.

2010년 5월 14일

노동부장관

근로시간면제 한도 고시

1. 근로시간면제 한도

조합원 규모	시간 한도	사용가능인원
50명 미만	최대 1,000시간 이내	○ 조합원수 300명 미만의 구간 : 파트타임으로 사용할 경우 그 인원은 풀타임으로 사용할 수 있는 인원의 3배를 초과할 수 없다
50명~99명	최대 2,000시간 이내	
100명~199명	최대 3,000시간 이내	
200명~299명	최대 4,000시간 이내	
300명~499명	최대 5,000시간 이내	
500명~999명	최대 6,000시간 이내	
1,000명~2,999명	최대 10,000시간 이내	
3,000명~4,999명	최대 14,000시간 이내	
5,000명~9,999명	최대 22,000시간 이내	
10,000명~14,999명	최대 28,000시간 이내	
15,000명 이상	2012년 6월 30일까지: 28,000시간 + 매 3,000명마다 2,000시간씩 추가한 시간 이내	○ 조합원수 300명 이상의 구간 : 파트타임으로 사용할 경우 그 인원은 풀타임으로 사용할 수 있는 인원의 2배를 초과할 수 없다.
	2012년 7월 1일 이후 : 최대 36,000시간 이내	

\* 규모는 사업 또는 사업장의 전체 조합원 수를 의미함

2. 적용 기간 : 2010년 7월 1일부터

부 칙

(최초로 적용되는 근로시간면제 한도에 관한 특례) 노동부 장관은 근심위가 심의·의결한 근로시간면제 한도를 최초로 적용하게 되는 점을 고려하여 지역적 분포, 교대제 근로 등 사업장 특성에 따른 시행 상황을 점검하고, 근심위에 근로시간면제 한도의 적정성 여부를 심의 요청할 수 있다.

### 【사건의 개요】

청구인들은 ○○노동조합총연맹, ○○중앙회노동조합, ○○산업노동조합 및 위 노동조합의 노조전임자들로, 2010. 1. 1. 노조법 개정(법률 제9930호)으로 노조전임자가 사용자로부터 급여를 지급받는 것이 금지되고, 일정한 한도 내에서 노동조합 업무에 대한 유급처리를 인정하는 ‘근로시간 면제 제도’가 도입되어 시행되자, 관련 노조법 조항들, 근로시간 면제 한도를 정한 근심위의 심의·의결 및 고용노동부장관의 근로시간 면제 한도 고시가 청구인들의 근로3권을 침해한다고 주장하며 2010. 9. 28. 그 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. ① 근심위의 근로시간 면제 한도 심의·의결은 근로시간 면제 한도를 정하기 위한 행정기관 내부의 절차에 불과하므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하지 않고, ② 처벌조항인 노조법 제92조 제1호 자체의 고유한 위헌성에 대해서는 청구인들이 다투고 있지 아니하고, 노조법 시행령 제11조의2는 근심위가 근로시간 면제 한도를 심의·의결함에 있어 시간 외에 그 사용인원도 정할 수 있다는 내용을 정하고 있을 뿐 청구인들의 기본권을 직접 제한하거나 의무를 부담시키는 것이 아니므로, 이들 조항에 대하여는 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없으며, ③ 이 사건 고시에 대해서는 법원의 판결을 거쳤거나 다른 구제절차를 밟을 수 있음에도 이를 거치지 않았으므로 헌법소원의 보충성 요건을 결하였다. 따라서 노조법 제92조 제1호, 노조법 시행령 제11조의2, 근심위 심의·의결, 근로시간 면제 한도 고시에 대한 심판청구는 모두 부적법하다.

2. 노조법 제24조 제5항에 의하면, 노동조합이 사용자에게 근로시간 면제 한도를 초과하는 요구를 하고 이를 관철할 목적의 쟁의행위를 하는 것이 금지되고 이를 위반하면 형사처벌 대상이 되므로, 노조법 제24조 제4항에서 근로시간 면제 한도를 법에서 직접 정하지 않고 근심위 심의·의결을 거쳐 고용노동부장관의 고시로 정하도록 한 것이 죄형법정주의원칙에 위반되는지 문제된다.

구체적인 근로시간 면제 한도는 단순히 조합원 수뿐만 아니라 산업현장에서 노동조합 활동을 수행하는 데 소요되는 시간과 사용인원 등의 한도를 파악해야 하는 등 전문가들의 지식 활용이 필요하고 노사간 이해관계의 원만한 조정이 요청되는 분야이다. 따라서 이를 법에서 직접 정하기보다는 노사현실을 제대로 반영하고 노사의 이해관계를 조정하여 탄력적이고 전문적인 해결이 가능하도록 할 필요성이 인정된다. 이러한 점을 고려할 때 근심위는 노동계, 경영계, 정부에서 추천하는 각 5인의 위원으로 구성되어 있어 근심위 심의·의결에서 노사 양측의 이해관계 및 전문가적 입장이 실질적으로 반영될 수 있고 입법과정에서 노정되는 국회의 전문성 부족을 메울 수 있으므로, 근로시간 면제 한도의 구체적 내용을 근심위의 심의·의결을 거쳐 고용노동부 고시로 정하도록 한 입법자의 판단에는 합리적 이유가 인정된다.

나아가 노조법 제24조 제4항은 면제 대상 업무를 포괄적으로 규정하고 있으므로 고용노동부장관 고시로 정해질 근로시간 면제 한도의 구체적 내용이 각 사업(장)별 조합원수 등을 기준으로 하여 각종 노동조합의 업무를 처리함에 있어 통상적으로 필요한 '시간' 및 적정한 사용인원 정도가 될 것임을 충분히 예상할 수 있다.

그러므로 노조법 제24조 제4항 중 '근로시간 면제 한도' 부분은 죄형법정주의원칙에 위배되지 않는다.

3. 이 사건 노조법 조항들은 노조전임자에 대한 비용을 원칙적으로 노동조합 스스로 부담하도록 함으로써 노동조합의 자주성 및 독립성 확보에 기여하는 한편, 사업장 내에서의 노동조합 활동을 일정 수준 계속 보호·지원함으로써 합리적이고 안정적인 노사관계를 구축하고 나아가 경영의 효율성을 제고하고자 함에 목적이 있고, 이러한 입법적 조치를 통해 관련 노사분쟁을 미리 예방·해결하여 산업평화의 유지에도 이바지할 수 있으므로 그 입법목적이 정당하다. 이를 위하여 관련 문제의 해결을 전적으로 노사자치에 맡기지 않고, 노동조합이 노조전임자에 대한 급여 요구나 근로시간 면제 한도를 초과하는 요구를 하고 이를 관철할 목적의 쟁의행위를 금지하는 것은 적절한 수단이다.

1990년대 이후 산업별·직종별 노동조합이 증가하고 복수노조의 허용이

요청되는 등 노동환경이 상당히 변화하였다. 이에 기존에 기업별 노동조합이 주를 이루던 노사관계에서 사용자의 편의제공 차원에서 이루어진 노조 전임자에 대한 급여 지급 관행을 시정하고자 1997. 3. 13. 노조법 제정으로 노조전임자에 대한 급여 지급을 금지하는 규정이 신설되었으나 노사간 의견이 좁혀지지 않아 그 시행이 유예된 바 있다. 그리하여 2010. 1. 1. 노조법 개정(법률 제9930호)으로 노조전임자에 대한 급여 지급을 전면 금지하는 데 따른 노동조합 활동의 위축을 방지하고, 사용자의 노무관리업무를 일부 담당하는 노조전임자 제도의 순기능을 살리고자 그 완충 장치로서 근로시간 면제 제도가 도입된 것이다.

또한 기존의 노조전임자는 새로 도입된 근로시간 면제 제도를 통하여 풀타임(full time) 근로시간 면제자 또는 파트타임(part time) 근로시간 면제자로서 신분을 전환하여 과거 담당하던 노동조합 활동을 일정 수준 계속 보장받을 수 있으므로, 이러한 근로시간 면제 제도의 활용을 통해 노조전임자에 대한 전면적 급여 금지로 인한 피해가 최소화될 수 있다.

한편, 법에서 근로시간 면제 범위의 최소한을 보장하고 이를 초과하는 범위에 대해서는 노사의 자율적 결정에 맡기는 것이 바람직한 방안일 수도 있으나, 산업별 노동조합 형태가 주를 이루고 노동조합의 재정 자립도가 높은 유럽 국가들과 달리, 기업별 노동조합이 주를 이루어왔고 노조전임자의 급여를 사용자가 부담해온 오랜 관행을 시정하기 위한 절충안으로 근로시간 면제 제도를 도입하게 된 우리나라의 노사관계의 특수성을 고려할 때, 근로시간 면제 한도의 결정을 노사자율에 맡기는 것은 이 사건 노조법 조항들의 입법취지를 무색케 하는 결과를 초래할 우려가 있다.

따라서 이 사건 노조법 조항들은 입법목적 달성을 위해 필요한 최소한의 조치라 할 것이므로 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다.

이 사건 노조법 조항들에 의하여 청구인들의 경우 근로시간 면제 한도를 초과하는 노동조합의 활동에 대한 유급 처리에 한해서만 단체교섭권 및 단체행동권의 행사가 제한되는 것에 불과한 반면, 노조전임자 급여를 둘러싼 기존의 일부 불합리한 관행을 시정함과 동시에 근로시간 면제 한도 내에서 노동조합의 활동을 계속 보장함으로써 달성할 수 있는 노조의 자주성 확보, 안정적인 노사관계의 유지와 산업 평화라는 공익은 상당히 중대하므로,

법익의 균형성도 유지하고 있다.

따라서 이 사건 노조법 조항들이 과잉금지원칙에 위반하여 노사자치의 원칙 또는 청구인들의 단체교섭권 및 단체행동권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 국제노동기구협약 제135호 ‘기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에관한협약’은 1971년 국제노동기구에서 채택된 것으로 2002. 12. 27. 우리나라도 비준하여 발효되었으므로 국내법과 마찬가지로 이를 준수할 의무가 있다. 위 협약 제2조 제1항은 “근로자대표에 대하여 그 지위나 활동을 이유로 불리한 조치를 할 수 없고, 근로자대표가 직무를 신속·능률적으로 수행할 수 있도록 기업으로부터 적절할 편의가 제공되어야 한다.”고 정하고 있는데, 국내의 노사관계제도의 특성이나 당해 기업의 필요·규모 및 능력의 고려 등을 인정하고 있으므로, 노조전임자에 대한 급여 지급 금지에 대한 절충안으로 근로시간 면제 제도가 도입된 이상, 이 사건 노조법 조항들이 위 협약에 배치된다고 보기 어렵다. 또한 위 협약을 해석하는 데 참고가 되는 국제노동권고 제143호 ‘기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에관한권고’ 제10조를 보더라도 위 제135호 협약에서 말하는 ‘적절한 편의’에는 ‘근로시간 면제’가 포함되고, 합리적인 제한이 가능하다고 규정하고 있으므로, 근로시간 면제의 최대한을 사전에 입법으로 총량으로 설정하여 규율하는 이 사건 노조법 조항들이 위 협약 및 권고와 충돌된다고 보기 어렵다. 한편 국제노동기구 산하 결사의 자유위원회의 권고는 국내법과 같은 효력이 있거나 일반적으로 승인된 국제법규라고 볼 수 없고, 앞서 검토한 바와 같이 노조전임자에 대한 급여 금지의 절충안으로 근로시간 면제 제도를 도입한 이상 이 사건 노조법 조항들이 결사의 자유위원회의 권고 내용과 배치된다고 보기도 어렵다.

그러므로 이 사건 노조법 조항들은 헌법상 국제법 존중주의 원칙에 위배되지 않는다.

## 【해설】

### 1. 사안의 쟁점

2010년 노조법 개정으로 노조전임자에 대한 급여 지급을 원칙적으로 금

지함과 동시에 유럽식 근로시간 면제 제도인 소위 ‘타임오프제(time-off)’가 도입되었다. 이를 두고 근로자의 노동조합 활동에 대한 유급처리를 어느 정도 허용할 것인지는 노사가 자유로이 결정할 문제임에도 법으로 한도를 설정하는 방식으로 규제하는 것이 타당한지 논란이 되었다.

이 사건에서는, 이러한 규제 방식이 헌법이 보장하는 근로3권을 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다.

이하에선, 이 사건 노조법 조항들이 정한 노조전임자 및 근로시간면제 제도에 대하여 전반적으로 살펴보고, 이들 제도가 헌법에서 보장하고 있는 근로3권을 침해하는지 여부를 중점적으로 보기로 한다.

## 2. 노조전임자 및 근로시간 면제 제도

### 가. 제도의 내용

#### (1) 노조전임자

노조법 제24조는 ‘노동조합의 전임자’라는 제목 하에 제1항에서 ‘근로자로서 “단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우”에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 않고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다’라고 하여, 사용자와의 관계에서 근로계약관계에 있는 근로자이면서도 근로계약상의 노무를 제공하지 않고 상시 노동조합의 업무만을 전담하는 자인 ‘노조전임자’에 대하여 규정하고 있다. 개정 노조법 이전부터 ‘사용자와의 사이에 기본적인 근로관계를 유지되면서 근로계약 소정의 본래 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하는 노조전임자’는 기업별 노동조합이 대부분인 우리나라에서 ‘안정된 노사관계형성이라는 면에서 조합업무에 전념하도록 보장된 자로서’ 노사 관행의 일부로 존재해왔고(대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다23297 참조), 다만 사용자와의 사이에 기본적 근로관계가 유지되고 사용자의 노무관리업무와 관련이 있다는 전제 하에 출·퇴근 등에 대한 사규의 적용을 받고 다른 한편으로 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 사용자의 임금지급의무가 면제된다는 점에서 휴직 상태에 있는 근로자와 유사한 지위로 인정되어 왔다(대법원 2005. 10. 13. 선고 2005두5093 참조).

개정 노조법은 노조전임자의 인정 근거로 ‘단체협약’ 또는 ‘사용자의 동

의'를 요함으로써 노조전임자를 사용자의 노조에 대한 편의제공의 하나로 보고 있다.<sup>1)</sup> 다만 이러한 노조전임자의 인정과 노조전임자에 대한 급여를 지급한다는 것은 별개의 문제이다.

노조법은 '노조전임자는 전임기간동안 어떠한 급여도 지급받아서 아니 된다'(법 제24조 제2항)라고 하여 근로계약상의 근로를 제공하지 아니하는 노조전임자가 급여를 수령하는 것을 전면 금지하고, 사용자가 노조전임자에게 급여를 지원하는 행위를 부당노동행위의 한 종류로 규정하고 있다(법 제81조 제4호 본문 후단). 또한 노동조합이 노조전임자에 대한 급여를 요구하고 이를 관철할 목적으로 하는 쟁의행위를 하는 것을 금지하고 이를 형사처벌로 강제하고 있다(법 제24조 제5항, 법 제92조 제1호).

다만 이러한 노조전임자 관련 규정들은 1997년 노동조합법 개정 시 마련된 것이나 그 시행을 앞두고 노·사간 대립이 극심하여 13년간 그 시행을 유예해오다가, 2010. 1. 1. 개정 노조법에서 복수노조의 허용과 함께 노조전임자 급여의 전면금지과 전면허용에 대한 절충안으로 근로시간 면제(time-off) 제도를 도입하면서, 2010. 7. 1.부터 함께 시행되고 있다.

## (2) 근로시간 면제 제도

노조전임자는 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받지 못하지만(법 제24조 제2항) “단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우”에는 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 노조법 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 근로자는 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등의 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있고(법 제24조 제4항), 근로자가 노조법 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 경우에는 부당노동행위에 해당되지 않는다고 규정함으로써(법 제

1) 개정 노조법은 노조전임자의 인정근거와 관련하여 헌법 제33조 제1항의 단결권에서 그 인정 근거를 찾을 수 있다는 단결권설과 노사 합의에 따른 것이라는 협정설 중 협정설을 명문화한 것으로 볼 수 있다. 협정설에 입각할 경우, 노조전임에 관한 사항은 근로조건이라기 보다는 노중조합에 대한 편의제공이 된다. 이를 명문으로 규정하기 전의 법원의 판례도 노조전임제를 사용자의 편의제공의 하나로 보았다(대법원 1996. 2. 23. 94누9177 판결).

81조 제4호) 근로자가 일정한 근로시간면제 한도 내에서 노조 관련 업무를 처리하는 경우에는 임금의 손실 없이 사용자가 그에 상응하는 근로시간을 면제해줄 수 있도록 하는 근로시간 면제 제도를 규정하고 있다. 이를 통해 무급의 노조전임자와는 별도로 또는 기존의 노조전임자에 대하여 일부 유급처리가 가능하도록 부분적 전임, 즉 근로제공의무의 이행을 전제로 하면서 그 일부에 대해 유급처리를 인정하는 것이 가능하다.

근로시간 면제 한도의 결정에 관해서는 고용노동부 내에 설치된 근심위가 심의·의결한 바에 따라 고용노동부 장관이 고시하되, 3년마다 적정성 여부를 재심의하여 결정할 수 있도록 하였으며, 위원회는 노·사위원 및 공익위원 각 5명으로 구성하고, 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 규정하고 있다(법 제24의2).

유립식 타임오프 제도는 산업별 노조전임자에 대한 급여는 노동조합의 재정으로 책임지되, 사업장 내 노조활동에 대해서는 타임오프 방식을 통해 사용자가 급여를 지급하는 것을 핵심내용으로 하는바, 개정 노조법은 이러한 소위 ‘타임오프제’의 도입을 통해 ‘노조전임자에 대한 급여 지급의 원칙적 금지·예외적 근로시간면제 한도 허용’이라는 구조를 택한 것이다. 이러한 근로시간 면제 제도는 노조전임자에 대한 급여 지급의 전면금지로 인한 노조활동 위축을 방지함과 동시에 노사의 노무관리 일부분을 노조가 분담함으로써 노사관계를 안정시키고 경영의 효율성을 제고한다는 노조전임제도의 순기능을 고려하여, 노조의 자주성 및 기업 내 근로자 조합활동의 순기능을 실현하면서도 노조전임자 임금지급의 금지가 초래할 파장을 최소화시키는 합리적인 완충장치라 할 수 있다.<sup>2)</sup>

다만 개정 노조법상 근로시간 면제 제도는 급여 지급이 가능한 허용시간을 총량으로 사전에 제한하는 방식을 취하고 있고, 법령에서 정한 한도를 초과하는 유급처리를 목적으로 한 쟁의행위의 금지 및 쟁의행위시 형사처벌(법 제24조 제5항, 법 제92조 제1호)과 부당노동행위의 병존에 의해 그 이행을 확보하고 있다. 또한 근로시간면제 한도를 법에서 직접 정하지 않고 근심위라는 별도의 노동부 내 행정위원회회를 통해 설정하도록 하고 그

2) 조성재, ‘근로시간면제제도와 노사관계’, 월간노동리뷰(한국노동연구원) 2011. 12월호, 1,2면

한도 내에서 노사가 구체적인 내용을 교섭할 수 있도록 정하여 다른 나라에서 시행 중인 일반적인 Time-off 제도와 비교할 때 독특한 입법례로 평가되고 있다.<sup>3)</sup>

### 나. 입법연혁

노조전임자에 대한 급여 지급 및 근로시간 면제와 관련한 노동법제는 노사자율 시기(1997년 3월 13일 이전), 노조전임자에 대한 급여 지급 전면금지 및 시행 유예 시기(1997년 3월13일~2010년 6월 30일)<sup>4)</sup>, 그리고 노조전임자에 대한 급여 지급 원칙적 금지 및 근로시간 면제 제도 도입 시기(2010년 7월 1일 이후)로 크게 구분된다.

(1) 노사자율 시기(1997년 3월 13일 이전) : 근로자의 신분을 유지하며 노조업무만 담당하는 노조전임자에 대한 규정은 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정된 ‘노동조합및노동관계조정법’에 처음 명시되었으나,<sup>5)</sup> 노조전임자 제도 자체는 기업별 노조가 주를 이루는 우리나라 노동현장에서 이전부터 관행으로 존재해왔다. 1953년에 제정된 노동조합법(1953. 3. 8. 법률 제

3) 이승욱, ‘노조전임자 근로시간면제제도의 쟁점과 과제’, 노동법연구 2010. (제28호), 117면; 김정한 외 5인 공저, ‘타임오프실태 및 쟁점’, 한국노동연구원, 210면 참조.-행정당국이 노사자치의 영역에 직접적으로 개입하는 결과가 초래된다는 점에서 주목되는 입법례라고 지적한다.

4) 1996년 출범한 노사관계개혁위원회에서 경영계는 전임자 급여지급의 금지를 주장하였다. 그 이유로 첫째, 사용자가 전임자에게 급여를 지급하는 것은 교섭 상대방에게 자금을 지원하는 것으로 논리적으로 모순이라는 점이다. 둘째, 전임자에 대한 급여지급의 관행은 단체교섭에서 노조의 전임자확대요구로 제기되어 매년 노사갈등의 원인이 되고 있다는 점이다. 셋째, 무노동 무임금의 원칙 아래 전임자는 노동을 제공하지 않으므로 임금을 지급받을 수 없다는 점이다. 넷째, 사용자로부터 급여를 지급받고 있는 노조 간부는 독립성·자주성을 가지고 있다고 볼 수 없다는 점이다. 이에 대하여 노동계는 전임자에 대한 급여지급은 1980년대 기업별 노동조합 강제주의하에서 단체협약 등을 통하여 장기간의 관행으로 형성된 것으로 노사자율에 맡겨야 할 문제이며, 소규모 사업장에 조직되어 있는 기업별 노동조합으로서의 사실상 노동조합으로서의 존립 기반이 부정된다는 것을 반대 논거로 내세웠다.

5) 1997. 3. 1. 법률 제5244호로 구 노동조합법 및 노동쟁의조정법이 각 폐지되고, ‘노동조합및노동관계조정법’으로 새로 제정되었다. 복수노조의 설립 허용 및 노조전임자에 대한 급여지급금지를 주요 골자로 하고 있었다.

280호)에서는 단체협약의 체결 단위를 기업 내로 한정하였고<sup>6)</sup> 1980년에 개정된 노동조합법(1980. 12. 31. 법률 제335호)에서도 노동조합의 조직형태를 사업장 단위로 한정하는 등<sup>7)</sup> 우리나라의 노동조합법은 역사적으로 노동조합의 활동을 기업 내로 한정하려고 한 경향이 있었다.

나아가 제3차 개입금지 조항<sup>8)</sup> 및 노동조합의 임원을 종업원으로 제한하는 규정<sup>9)</sup> 등을 통해 사실상 종업원이 아닌 자는 단체교섭, 쟁의행위 기타 노조 활동에 전혀 개입할 수 없도록 규제하고 있었기 때문에 조합임원이 동시에 사용자의 지휘·감독을 받는 종업원으로서의 지위도 유지하게 되었다. 그런데 일반 조합원이 사용자와 대립되는 위치에 있는 조합활동을 적극적으로 수행하기에는 어려움이 있기 때문에, 사용자의 지휘감독으로부터 벗어나 노조 업무에만 종사하는 노조전임자의 활동이 요청되었고, 그 결과 노조전임자는 근로자의 신분을 유지하면서도 근로제공의무가 면제되는 이른바 재직전임자의 형태가 대부분이었다.

이러한 노조전임자에 대해서는 종래부터 그 법적 지위와 함께 사용자의 급여지급 문제가 논란이 되어 왔는데, 기업별 노조의 영세성과 조합비 등 노동조합 재정에 대한 구 노동조합법상의 제한,<sup>10)</sup> 노동조합의 사용자에 대한 적극적인 공세와 그 이면에 있는 사용자의 노동조합에 대한 개입으로서의 지원 등이 맞물리면서, 우리나라의 기업별 노조의 역사가 계속되는 동

6) 제35조(단체협약의 단위) 단체협약체결은 공장, 사업장 기타 직장단위로 한다.

7) 제13조(노동조합의 설립) ① 단위노동조합의 설립은 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위로 근로자 30인 이상 또는 5분의 1의 찬성이 있는 설립총회의 의결이 있어야 한다.

다만, 이후, 1987. 11. 28. 개정으로 기업별 노조 강제 규정은 삭제되었지만, 노조 활동은 기업별 노조와 기업별 협약체제가 지배적 현상이 되었다고 한다(손호미, '노동조합의 전임자제도에 관한 연구', 학위논문, 11면 참조).

8) 제12조의2(제3차 개입금지) 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와의 단체교섭에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나, 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다.

9) 제23조(임원의 선거등) ① 노동조합의 임원은 그 조합원중에서 선거되어야 한다

10) 1953년에 제정된 노동조합법 제23조에서 “조합비는 매월조합원의 기본임금의 2분을 초과할 수 없다.”고 규정한 것이 조항 위치 및 형식적 자구만 달리하여 계속되어 오다가 1997년 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제정시에 폐지되었다.

안 종업원 신분을 가진 노조전임자의 활동이 노동조합 활동의 주를 이루었고 이들에 대한 사용자의 급여지원도 관행화되어 왔다.

(2) 노조전임자에 대한 급여 지급 전면금지 및 시행 유예 시기(1997년 3월 13일~2010년 6월 30일) : 그러나 1987년 노동조합법 개정 이후 우리나라 노조의 조직형태도 산업별 노조로의 전환이 활발하게 진행되고 복수노조 인정에 대한 국내외의 끊임없는 요구가 행해지면서 기업별 노조 중심에서 산업별 노조로 변화하는 노조 환경 하에서 사용자의 기업 내 노조에 대한 편의제공 내지 통제기능 차원에서 이루어진 노조전임자에 대한 급여지급 관행에도 일정 부분 변화가 요구되었다. 또한 매년 노조전임자의 수는 증가하고 이들에 대한 급여 등 처우 문제가 사용자에게 단순히 노조에 대한 편의제공을 넘어 부담으로 작용하면서 노사분쟁의 원인이 되기도 하는 등 일부 불합리한 측면도 부각되자, 노조전임자에 대한 사용자의 급여 지급이 근로자들의 자주적 단결체라는 노조의 본질에 부합하는지도 재고를 요하게 되었다.<sup>11)</sup>

이에 노동환경의 변화에 맞추어 노조전임자 제도를 둘러싼 일부 관행을 시정하고 노동조합의 자주성·민주성을 확보할 목적으로, 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제정시에 2001년 12월 31일까지 그 적용을 유예하는 것을 전제로 하여 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에 한해 노조전임자가 인정되며 노조전임자에 대한 급여를 금지하는 조항과 함께 사용자의 노조전임자에 대한 급여지원을 부당노동행위로 금지하는 내용의 규정이 조직·대상을 같이하는 복수노조의 설립금지 조항의 폐지<sup>12)</sup>와 더불어 신설되었다(1차 5년 유예).<sup>13)</sup>

11) 1987년 이후 노동자 대투쟁을 거치고 1995년에는 전국민주노동조합총연맹이 조직되는 등 민주노동조합운동이 촉발되면서 각 사업장 단위에서도 노동조합의 민주화에 대한 요구가 커졌다. 기타 노동조합의 조직형태도 산별노조로의 전환이 진행되자, 오히려 사용자측에서 노동조합의 자주성을 주장하면서 종래 제직전임자에게 지급해오던 급여지급 금지를 요구하게 이르렀다(손항미, ‘노동조합의 전임자제도에 관한 연구’, 학위논문, 10면).

12) 다만 사업장 단위에서의 복수노조 설립은 노조전임자 급여지급금지와 마찬가지로 2001. 12. 31.까지 적용유예

13) 제24조(노동조합의 전임자) ① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의

그런데 법시행을 앞두고, 노조전임자에 대한 급여지급금지를 둘러싸고, 노사자치에 반한다는 노동계의 입장과 기존의 잘못된 관행은 금지되어야 하고 노조의 자주성 확보 차원에서 조속히 시행해야 한다는 경영계의 입장이 첨예하게 대립하다가, 결국 기업별 노조의 영세성, 노조전임자 급여지급의 오랜 관행으로 이를 갑자기 금지할 경우 노조 활동 자체가 위축될 수밖에 없게 된다는 점을 고려하여 사업장단위에서의 복수노조 인정문제와 함께 2006. 12. 31.까지 다시 유보되었다(2차 5년 유예).

그러던 중 2003년 노사관계법·제도선진화연구위원회가 구성되어 노조전임자 수와 급여지급과 관련하여 최소범위 내에서의 급여지원에 대해서는 부당노동행위의 예외를 인정하는 안건이 제안되어 2006. 12. 30. 법률 제 8158호로 규정되었는데, 그 내용은 노조전임자에게 급여를 지원하는 행위를 부당노동행위로 금지하고 예외적으로 ‘근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방’하다는 것이었다.<sup>14)</sup> 그러나 이 또한 시행되지 않았기 때문에 현행 노조법으로 개정되기 전에는 사용자의 지배개입에 해당하지 않는 한 노조전임자에 대한 급여 지급이 전임자의 수나 급여의 액 등에 관하여 아무런 제한없이 광범위하게 허용되고 있었다.

가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 "전임자"라 한다)는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니된다.

부칙 제6조(노동조합 전임자에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 사용자가 노동조합 전임자의 급여를 지원하고 있는 사업 또는 사업장의 경우에는 제24조제2항 및 제81조제4호의 규정(노동조합의 전임자에 대한 급여지원에 관한 규정을 한한다)을 2001년 12월 31일까지 적용하지 아니한다.

② 제1항의 규정에 해당하는 사업 또는 사업장의 노동조합과 사용자는 전임자에 대한 급여지원 규모를 노사협의를 의하여 점진적으로 축소하도록 노력하되, 이 경우 그 재원을 노동조합의 재정자립에 사용하도록 한다.

- 14) 법 제81조(부당노동행위) 제4호 : 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.

(3) 노조전임자에 대한 급여 지급의 원칙적 금지 및 근로시간 면제 제도의 도입(2010년 7월 1일 이후) : 위와 같이 노조전임자에 대한 급여 지급을 금지하는 입법이 마련된 이후 13년간의 유예기간 동안 노조전임자에 대한 사용자 급여가 사실상 제한 없이 허용된 결과, 계속 증가하는 노조전임자의 수와 전임자에게 지급되는 급여액수가 사용자에 대한 노동비용의 부담으로 작용하였고,<sup>15)</sup> 노조전임자의 지위가 특권화·이권화되는 경향도 나타났다.

한편, 사용자의 노무관리업무를 담당함으로써 안정된 노사관계형성에 기여한다는 노조전임자 제도의 순기능 및 오랜 관행 등을 고려할 때 노조전임자에 대한 급여지급을 일체 금지하는 것은 현실적으로 불가능한 일이었고, 국제노동기구(ILO) 결사의 자유 위원회도 ‘노조전임자에 대한 급여지급’에 대해 입법적 관여의 대상이 아니라는 점을 지적하며 결사의 자유와 부합하는 방법으로 문제를 해결하라고 권고해 온 점 등을 종합적으로 고려하여 완전금지가 아닌 새로운 입법방안이 2009. 7. 20. 노사정위원회 노사관계선진화위원회 공익위원안으로 제시되었으나, 노사정 합의를 보지 못하다가 결국 국회에서 공익위원안을 원안으로 하여 수정을 가한 여당법안을 중심으로 한 법률개정이 이루어져,<sup>16)</sup> 2010. 1. 1. 법률 제9930호로 이른바 현재의 ‘근로시간 면제 제도’(Time-off 제)가 도입되었다.<sup>17)</sup>

종래 우리나라의 노조전임자에 대한 급여 지급 관행을 일부 시정함과 동시에 기업의 인사노무관리에 대한 협력·분담 등 “노조전임자의 순기능적 측면”을 고려하여 노사간 자율적 판단·결정의 영역하에서 최소한의 조합활동을 보호·지원해야 할 필요성 역시 존재함을 수용한 타협의 결과라 하겠다.<sup>18)</sup>

15) 13년간의 유예기간동안 노조전임자 제도개선의 필요성 확산에도 불구하고, 2008년 노동부 연구용역 보고서 ‘한국의 노조전임자 실태 및 노조재정자립방안’ 및 2009년 한국노동연구원 ‘노조전임자 관련 개선방안을 위한 실태조사’의 ‘노조전임자 1인당 조합원수 추이’를 살펴보면, 1990년 전임자 1인당 조합원 수 219명 이던 것이 1993년에 183.4명, 2005년에 154.5명, 2008년에 149.2명으로 줄어들어 전임자수는 상대적으로 계속 늘어났던 것으로 평가된다.

16) 이승욱, 전게서, 100면 참조; 당초 공익위원안이 제시한 안은 근로시간면제의 시간한도를 정하지 않고 근로시간면제를 받을 수 있는 업무를 한정적으로 열거하는 방식이었다.

17) 이로써 1997년 3월 제정된 이후 13년간이나 적용 유예되었던 노조전임자 급여지급 금지는 2010년 7월 1일부터, 기업단위 복수노조는 2011년 7월 1일부터 각각 시행하게 되었다.

18) 김정환 외 5인 공저, 전게서, 210면; 김인재, ‘노조전임자 근로시간면제제도의 범

### 다. 양 제도의 관계<sup>19)</sup>

노·시간 침해한 이해대립 등 우여곡절 끝에 노조전임자에 대한 급여 지급 금지 및 근로시간 면제 제도가 도입된 이후 양 제도의 법규정 해석 및 운용을 둘러싸고 노동계와 경영계, 정부의 입장이 대립하고 있다.

노동계는 노조전임자 제도는 기본적으로 노사자치에 따라 해결할 영역으로 입법적 개입 자체가 잘못이라는 전제 하에 여전히 양 제도의 위헌성을 각각 지적하면서도, 제도가 도입된 이상 노사자치를 최대한 존중하는 방향으로 관련 규정을 해석해야 한다는 입장으로, 노조전임자에 대한 급여 지급과 관련된 부당노동행위의 성립 여부 및 단체협약의 사법상 효력 등에 관해서 노사의 자율적 판단을 우위에 두는 해석을 해야 한다는 입장을 보이고 있고,<sup>20)</sup> 그 외에도 양 제도의 도입으로 기존의 비전임자 처우 등 사용자의 노조활동 지원 관행의 축소를 최소화하기 위하여 근로시간 면제 제도가 노조전임자에게만 적용되어 비전임자 등 기타 근로자의 노조활동에 대해서는 여전히 사용자의 편의제공이 가능하다는 등 최대한 노동조합의 활동을 보장하는 방향으로 해석하려는 입장을 취하고 있는 반면, 경영계 및 고용노동부는 과거 노조전임자를 둘러싼 잘못된 관행의 시정을 위해 제도가 도입된 이상 그 입법취지를 최대한 살리고 제도의 빠른 정착을 위한다는 차원에서 비교적 엄격하게 법규정을 해석하여 집행하려는 입장으로,<sup>21)</sup> 법 위반시 부당노동행위의 성립 인정에 ‘노조의 자주성을 해할 의사’라는 주관적 요소는 필요하지 않고, 법 위반 단체협약에 대한 규제도 시정 명령 등을 통해 강력히 통제해야 한다는 입장이다. 나아가 무급의 노조전임자와 유급의 근로시간면제자가 구별됨을 전제로 기존에 비전임자 내지

---

적 검토’, 38면,

- 19) 양 제도 법규정을 둘러싼 법해석 논란이 상당하나, 헌법적 쟁점과 관련되는 부분을 중심으로 검토해보기로 한다. 이하, 이승욱, 전계서, 115-118면, 김정환 외 5인 공저, 전계서, 223면 이하, 김형배, 전계서, 816면 이하를 참조.
- 20) 근심위가 행정기구에 불과하므로 근심위 결정에 따른 고시에서 정한 근로시간면제 한도를 초과하는 단체교섭을 요구하거나 단체협약을 체결하더라도 위법이 아니며, 단체협약의 사법상 효력도 부인되지 않는다는 등의 해석이 타당하다고 주장한다.
- 21) 고용노동부는 ‘근로시간면제 한도 매뉴얼’등을 통해 노사에 관련 규정의 해석의 지침을 제공하고 있다(고용노동부 사이트 참조).

일반 조합원 등 노조전임자 외에 노조 관련 업무를 담당하는 자가 모두 새로 마련된 근로시간면제자에 포섭될 수 있으므로 이들의 노동조합 활동에 대해 사용자가 기존에 별도로 지원하던 관행도 제한되며, 기타 사용자의 노조활동에 대한 각종 편의제공도 축소 해석하려는 경향을 보이고 있다. 제도 시행 후 일부 노조는 기존의 노조전임자수를 그대로 유지한 가운데 이들에 대한 임금 지급을 요구하고 일부 사용자들은 노조의 파업으로 생산이 중단될 것을 우려해 불법임을 알면서도 이면합의를 하는 등 노조전임자에게 임금을 지급하는 관행을 완전히 깨뜨리지 못하고 있다고 보고되고 있기도 하다.<sup>22)</sup>

한편, 개정 노조법상 근로시간 면제 제도가 노조전임자 제도와는 별도로 운영되는 제도인지, 아니면 노조전임자의 소정의 활동에 대해서 예외적으로 유급 처리가 가능하도록 한 취지인지 불분명한 측면이 있다. 이에 근로시간 면제의 적용을 받는 자에 노조전임자도 포함된다고 볼 수 있는지 또는 노조전임자만 이에 해당하는지 견해의 대립이 있다.

먼저, 양 제도가 구별된다는 전제 하에 ‘노조전임자’는 노조법 제24조 제1항 및 제2항에 따라 “노동조합 업무에만 종사하는 자”로서 이들의 업무범위와 몇 명을 둘 것인가는 노사가 자율적으로 정할 수 있으나 이들에 대한 급여는 노조 자체 재정에서 부담하여야 하고, 이와 달리 ‘근로시간면제자’는 정해진 시간 내에서 근무를 면제받고 노조법에 규정된 근로시간 면제 대상에 속하는 업무를 수행할 수 있도록 지정된 자로 사용자에게 의해 유급 처리가 가능한 자라고 해석하는 견해가 있다.<sup>23)</sup> 즉 노조전임자는 100퍼센트 노조업무만 담당하는 완전 전임자를 의미하고, 개정법 시행 전 노사의 자율적 영역 안에서 일정부분 사용자로부터 급여를 지원받는 부분전임자의 허용가능성은 항상 열려 있었는데 개정 노조법은 이러한 가능성의 영역을

22) 조성혜, ‘노조전임자 임금지급금지외 근로시간면제제도의 헌법적합성’, 세계헌법연구(제16권 3호), 2011. 1면; 윤증현 장관, ‘타임오프 이면합의 엄중 대처’, 한국일보 2010. 7. 7.자; 타임오프 시작, 곳곳서 혼선, 매일경제 2010. 6. 30.; ‘타임오프 이면합의 사업장 속출’, 파이낸셜 뉴스 2010. 7. 1.

23) 고용노동부, ‘근로시간면제 한도 매뉴얼’, 45면; 김형배, 전게서, 816-818면; 기타 법이 무급노조전임자와 유급근로시간면제자의 2중적 구조를 취하고 있다는 견해나 양자의 구분을 명확히 하기 위해 입법적 보완이 필요하다는 견해(하갑래, ‘집단지 노동관계법’, 225면)도 마찬가지로 보인다.

근로시간 면제자로 규율하는 ‘병렬적 방식’을 취하였다고 보는 견해가 있는 반면,<sup>24)</sup> 근로시간 면제 제도는 노조전임자의 일정한 노조활동에 관해 예외적으로 유급처리가 가능하도록 마련한 제도라는 견해도 있다. 이러한 견해에 따르면 근로시간 면제 제도가 노조전임자 급여 완전금지에 대한 노·사의 이해조정 차원에서 도입된 제도인 점을 고려할 때 이는 사용자의 노조전임자에 대한 입법정책의 양적 전환이라 할 수 있고 입법자는 ‘노조전임자’와 별도의 활동주체인 ‘근로시간면제자’를 창설한 것이 아니라 노조전임자의 전임활동 중 일정한 활동업무에 대해서는 근심위가 정한 한도 내에서 노사의 합의로 급여를 지급할 수 있도록 한 것이라고 보게 된다.<sup>25)</sup>

### 3. 이 사건 노조법 조항들의 위헌 여부

#### 가. 제한되는 기본권

청구인들은 근로3권의 침해 주장 외에 노조전임자가 사용자를 대신하여 수행한 노무관리업무 대행이라는 노무제공에 대한 대가를 당연히 수령할 권리가 있음에도 이 사건 노조법 조항들에 의하여 근로에 대한 적정대가를 받지 못함으로써 근로의 권리, 직업의 자유를 침해당했다고 주장하였다.

헌법 제32조 제1항이 규정한 근로의 권리는 국가의 개입간섭을 받지 않고 자유로이 근로를 할 자유와 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하는 정

24) 김정환 외 5인 공저, 전거서, 216면 ; 다만 이 견해도 부당노동행위 성립여부와 관련해서는 노조의 실질적 자주성을 상실시키지 않는 범위 내에서 노조전임자에 대한 각종 편의제공을 허용하는 것은 일정 부분 허용될 가능성이 열려 있다고 한다. 예를 들어 출장비, 노조보유 차량의 유류비 지원, 상급단체에 대한 활동지원금 지급, 노조사무실의 관리유지비(전기수도사용료 및 사무집기 사용비용) 등이 문제된다.

기업의 규모가 큰 경우에는 내부전임자와 파견전임자로 나누어 인정하는 협정 체결하는데, 내부전임자는 기업단위 노조 또는 초기업별 노조의 하부조직으로서의 기업지부의 업무를 주로 담당하고, 파견전임자는 초기업별 노조의 업무를 받게 된다. 이 파견전임자가 어떤 업무를 맡을 것인지에 대해서 사용자는 아무런 권한이 없다. 즉 특별한 사정이 없는 한 사용자는 파견전임자의 활동에 대해서는 아무런 간섭을 할 수 없게 된다. (김정환 외 5인 공저 전거서, 235면)

개정 노조법은 내부전임자는 근로시간면제자로 변경 유도하고, 파견전임자에 대한 무급 방향을 정한 것이라고 볼 여지도 있다.

25) 이승욱, 전거서, 116면; 김인재, ‘노조전임자 근로시간면제제도의 법적 검토’, 40면

책을 수립해줄 것을 요구할 수 있는 권리 등을 기본적 내용으로 하는데(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바27, 판례집 21-1상, 61, 72), 노조전임자는 근로자의 신분을 유지하면서 노사간 자유로운 합의에 기한 단체협약이나 사용자의 동의 하에 사용자에게 대한 근로제공의무를 면하고 그 대신 노조업무만을 담당하는 것으로 노조전임자에게 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약인 근로계약에 따른 임금을 지급받을 권리가 있다고 보기 어려우므로(근로기준법 제2조 제1항 제4호) 헌법상 근로의 권리가 제한된다고 볼 수 없다.

또한 노조전임자의 신분은 자신의 선택에 따라 노사 합의 하에 일정 기간동안 근로제공의무를 면하고 노조업무만을 담당하는 것으로 하나의 직업 유형이라고 보기 어렵고, 설령 이를 직업의 하나로 본다 하더라도 노사합의에 따라 전임자를 두는 것 자체에 대해서는 아무런 법령상 제한이 없고 다만 노조전임자의 급여수령만 금지하고 있을 뿐이다. 따라서 헌법에서 보장하는 직업의 자유가 대 사용자와의 관계에서 근로자가 근로제공의무의 대가로 지급받는 임금을 노조업무를 수행하는 경우에도 사용자로부터 지급받을 권리까지 보장하는 것이라고 할 수는 없으므로 이 사건 노조법 조항들로 인하여 직업의 자유가 제한된다고 보기 어렵다.<sup>26)</sup>

그 외에 청구인들은 근로시간면제자와 비교할 때 근로자의 고충처리 등 유사한 노조업무를 처리함에도 노조전임자는 사용자로부터 급여를 지급받지 못하므로 평등원칙에 위배되고, 사용자와 비교할 때 노조의 근로시간 면제 한도를 넘어서는 급여 지급을 요구하는 쟁의행위를 금지하면서 사용자의 근로시간 면제 한도를 하회하는 급여 지급을 주장하는 행위에 대하여는 금지하고 있지 않으므로 평등원칙에 위배된다는 주장도 하였으나, 노조법에서 무급의 노조전임제도와 유급의 근로시간 면제 제도를 별도로 구분하고 있다 하더라도 노사합의에 따라 노조전임자의 신분이 풀타임 근로시

26) 노조전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 노조전임자의 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 사용자의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직 상태에 있는 근로자와 유사하고, 따라서 단체협약 등에 따라 노조전임자에게 일정한 금액을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고는 할 수 없다(대법원 1995. 11. 10. 94다54566; 대법원 1998. 4. 24., 97다54727; 대법원 1999. 11. 23. 99다45245)

간면제자로 전환될 수도 있고 경우에 따라 노조전임자인 청구인들에게도 근로시간면제 처리가 가능할 수도 있는 등 서로 유기적으로 연결되어 있는 양 제도를 각 사업 또는 사업장에서 어떠한 방식으로 운용하는지에 따라 달라질 수 있는 문제이기 때문에, 노조전임자와 근로시간면제자가 엄격히 구분됨을 전제로 하여 평등원칙을 논하기는 어렵다. 나아가 법령에서 정한 근로시간면제의 최대한도까지 보장할 것인지 아니면 그 한도 내에서 일정 정도만 보장할 것인지 여부 또한 개별 노사주체가 자유롭게 교섭하여 결정할 수 있는 문제여서 청구인들이 얼마든지 사용자에게 위 한도의 최대한을 보장해 줄 것을 요구할 수 있으므로 그 한도의 하한을 유지하는 사용자에 대해서 별도의 제재수단을 마련하지 않았다고 하여 청구인들의 관계에서 평등권 침해 문제가 발생한다고 볼 수 없다.

근로3권의 제한 여부에 대해서는 항을 달리하여 보기로 한다.

#### 나. 근로3권의 제한

근로3권의 자유권적 측면은 근로자들의 자유로운 단결, 즉 노동조합의 결성, 그리고 노동조합을 중심으로 한 단체교섭, 단체행동을 보장하고 이에 대한 국가의 개입을 배제하는 것을 내용으로 한다(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1359, 판례집 21-2하, 304, 316). 노조전임자 및 그에 대한 급여지급 문제 등은 원칙적으로 노사자치의 원칙에 따라 노사간 자유로운 합의에 맡겨져야 한다는 점에서 볼 때, 이 사건 노조법 조항들이 청구인들의 근로3권을 침해하고 노사자치의 원칙에 위반되는지 문제된다.

##### (1) 근로3권의 헌법적 의의

근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는 데 있다. 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 영

향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 말할 수 있다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 44-45; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50, 67).

이러한 근로3권의 헌법적 수용은 협약자치를 중심으로 하는 집단적 자치의 헌법적 수용이라고 할 수 있고, 다른 기본권과 달리 자기 목적적이지 않고 내재적으로 '근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상'을 목적으로 하는 기본권으로 인식할 수 있다. 다만 일차적으로는 대국가적 방어권으로서 보호영역에 대한 국가의 부당한 침해 배제를 하는 것이므로 자유권적 성질로서 근로3권은 국가가 노사의 집단적 자치영역을 존중하고 침해하지 않음으로써 보장되는 소극적인 성격을 갖고 있고, 이러한 자유권적 성격으로 인해 입법자에 의한 별도의 형성행위 없이 헌법규정만으로도 국가권력의 부당한 침해를 배제하거나 보호 내지 규제를 요구할 수 있는 구체적인 권리로서의 성격을 가지게 된다.

## (2) 단결권의 제한 여부

청구인들은 기업별 노조가 주를 이루는 우리나라에서 급여지급을 통한 노조전임자 신분의 안정은 노동조합의 안정적 운영과 직결된다 할 것이고 이는 결국 개별 근로자의 단결권을 실질화하는데 중요한 의미가 있음에도, 노조법 제24조 제2항에서 노조전임자에 대한 급여지급을 원칙적으로 금지하고 있어 결국 노조전임자들의 신분상 불안으로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키는 결과를 초래함으로써 근로자 및 노동조합의 단결권을 침해한다고 한다.

노조법 제24조가 예정하고 있는 노조전임자는 사용자와의 관계에서 근로자 신분을 유지하면서도 근로제공의무를 면제받는 것이기 때문에 노조전임자의 인정 및 그에 대한 급여지급은 사용자의 편의제공의 하나라고 봄이 상당하고, 노조의 자주성 확보 측면에서 보더라도 노조전임자에 대한 급여지급이 반드시 노동조합의 활동에 긍정적 효과를 가진다고 단정할 수 없는 점 등을 종합할 때, 노조전임자에 대한 급여 지급을 금지하는 노조법 제24

조 제2항이 헌법상 청구인들의 단결권을 제한하는 것이라 보기는 어렵다. 더욱이 이 조항이 근로자가 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 권리 내지 가입하지 아니할 권리인 단결권을 직접 제한하고 있지 아니하고 노사합의에 따라 노조전임자를 두는 것 자체에는 제한이 없으므로 노조법 제24조 제2항으로 인하여 청구인들의 단결권이 제한된다고 보기는 어렵다.

### (3) 단체교섭권 및 단체행동권의 제한 여부

이 사건 노조법 조항들은 노조전임자 급여 지급이나 근로시간 면제 등에 관한 단체교섭권을 직접 제한하거나 이를 단체교섭의 대상에서 제외하고 있지는 아니하고 노조법 전체를 살펴보다라도 단체교섭권을 명문으로 제한하는 규정은 없으나, 노조법 제81조 제4호에서 노조전임자에 대한 급여 지원을 부당노동행위의 하나로 규정하고, 노동조합이 전임자에 대한 급여 지급이나 근로시간 면제 한도를 초과하는 요구를 하고 이를 관철할 목적으로 하는 쟁의행위를 금지함으로써, 노조전임자나 근로시간면제자에 대한 급여 지급 문제의 해결을 전적으로 노사단체에 의한 집단적 자치에 맡기지 않고 위법적인 교섭 및 쟁의사항으로 규율하고 있다.

그런데 노조전임자에 대한 급여 지급 등이 헌법상 단체교섭권 및 단체행동권의 대상이 될 수 있는 사항인지 또는 헌법상 보장되는 이들 권리의 보호범위에 포함되는지 문제된다.

살피건대 헌법 제33조 제1항은 ‘근로조건 향상’을 위하여 근로자들에게 근로3권을 부여하고 있으며, 노조법 제1조 및 제2조 제4호는 ‘근로조건 유지·개선과 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’을, 그리고 동법 제2조 제5호는 ‘임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건’을, 동법 제33조 제1항은 ‘근로조건 기타 근로자의 대우’를 단체교섭의 대상으로 전제하고 있다. 따라서 단체교섭의 대상은 근로3권을 보장한 원래의 취지에 비추어 근로조건 내지 근로자의 지위개선에 관한 사항을 그 중요내용으로 하지만 이에 한정되지 아니하고, 단체교섭권이 기본권의 하나로 보장되어 있는 한 그 대상은 노조법의 목적과의 관련하에서 넓게 유기적으로 해석되어야 하는바, 단체교섭 당사자가 노사간의 집단적 관계를 발전적으로 규율할

수 있는 사항이면 모두 이에 포함된다고 볼 수 있다.<sup>27)</sup> 또한 단체협약은 궁극적으로 근로조건 및 기타 근로자의 대우에 관한 사항을 필수적 규율내용으로 하지만 단체교섭은 협약의 필수적 대상이 되지 않는 사항이라도 단체교섭제도의 성질과 취지에 비추어 교섭할 수 있는 사항이면 그 대상으로 삼을 수 있다. 즉 집단적 교섭 내지 협약자치의 범위에 속할 수 있는 사항이면 단체교섭의 대상이 된다고 보아야 한다.

결국 노조전임제 및 근로시간 면제 제도가 모두 사용자의 편의제공의 하나라 하더라도 이들 제도는 어느 특정인의 문제가 아니라 전체 조합원들의 이해와 관련된 집단적 노사관계에 관한 사항으로 근로3권의 행사목적인 ‘근로조건 유지·개선 및 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’에 관한 사항에 해당된다고 볼 수 있으므로 헌법에서 보장된 단체교섭권의 보호범위에 포함된다 할 것이다.<sup>28)</sup>

#### (4) 노사자치의 원칙 위반 문제

헌법 제33조는 근로자의 근로3권을 보장하고 있을 뿐, 독일기본법 제9조 제3항<sup>29)</sup>처럼 노사에게 공통적으로 적용되는 결사의 자유에 근거한 노사자

27) 김형배, 전게서, 851면 참조 ; 단체협약제도의 집단적 성질에 비추어볼 때 교섭의 대상이 될 수 있는 사항은 모든 조합원에게 적용될 수 있는 공통의 근로조건이나 집단적 이익에 관련된 것이어야 한다고 한다. 집단성이라는 것은 그 교섭사항이 미치는 범위를 말하는 것이므로 어느 특정인의 문제라 하더라도 그것이 조합원들의 이해와 관련된 사항인 때에는 교섭사항이 될 수 있다고 보아야 한다. 이에 따라 김형배 교수는 유니언샵, 노동조합에 대한 편의제공, 노조전임자, 단체교섭 및 쟁의행위에 관한 절차, 노동조합과 사용자 사이의 여러 가지 관계 등에 관한 사항은 노사간의 집단적 사항에 속하므로 단체교섭의 대상이 될 수 있고 다만 이러한 사항들이 단체협약에 규정될 경우에는 채무적 부분으로 분류된다고 한다.

28) 단체행동권이라 함은 근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리라고 할 수 있고(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 253 참조), 법 제24조 제5항에서 이를 요구하고 관철할 목적의 쟁의행위를 일률적으로 금지하고 이에 대하여 형사제재로 강제함으로써 쟁의행위의 목적 자체를 제한하고 있으므로 단체행동권의 제한에 해당한다.

29) 독일 기본법 제9조 제3항은 “근로조건과 경제조건 유지와 개선을 위하여 단체를 결성할 권리는 누구에게나 그리고 모든 직업에 보장된다. 이 권리를 제한하거나 훼손하려는 약정은 무효이고 그러한 목적을 띤 조치는 위법하다”라고 하여 근로조건과 경제조건을 유지·개선하기 위한 노조의 존립의 자유뿐 아니라 노조활동의 자유까지 보장하고 있는데 노조활동의 자유 중 대표적인 권리가 단체협

치의 원칙을 천명하고 있지는 않다. 그러나 헌법 제33조가 근로조건의 유지 및 개선을 위한 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장하고 있고, 이 중 단체교섭권은 근로자가 자유로이 단체협약을 체결할 권리를 포함한다는 점에서 노사자치의 원칙은 단체교섭권을 보장하는 헌법 제33조에서도 그 근거를 찾을 수 있고, 기타 헌법 제10조 행복추구권에서 파생되는 계약의 자유에서도 그 근거를 찾을 수 있다.

앞서 본 바와 같이 근로3권의 헌법적 수용은 협약자치를 중심으로 하는 집단적 자치의 헌법적 수용이라고 할 수 있는데, 이 사건에서는 노조전임자 급여금지 등의 입법 마련으로 인하여 집단적 자치를 자유로이 실현할 수 있는 단체교섭권 및 단체행동권이 과도하게 제한되고 있는지 여부, 즉 근로3권 중 단체교섭권 및 단체행동권의 자유권적 측면이 침해되는지를 판단하게 되는 이상 노사자치 원칙의 위반 여부를 별도로 판단할 필요는 없다고 보인다.<sup>30)</sup>

##### (5) 소결

따라서 이 사건 노조법 조항들로 인하여 청구인들의 근로3권 중 단체교섭권 및 단체행동권에 대한 제한이 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 입법의 한계를 준수하고 있는지 여부가 문제된다.

#### 다. 이 사건 노조법 조항들에 의한 단체교섭권 및 단체행동권 침해 여부

##### (1) 단체교섭권 및 단체행동권의 침해 여부

(가) 근로시간 면제 제도는 무급의 노조전임자 제도의 전면시행에 대한 보완책 내지 절충안으로 마련된 것으로 양 제도의 입법취지 및 운용이 서

---

약 체결의 자유이다. 독일 기본법 제9조 제3항은 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 3권을 명시해 보장하고 있지 않고 근로자뿐 아니라 사용자에게도 보장되는 권리라는 점에서는 우리나라 헌법 제33조와 차이가 있지만 근본적으로 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장한다는 점에서 양국 간 차이가 없다.

30) 다만 이 사건 노조법 조항들에 의한 경우 이 사건 노조법 조항들 시행 이후에 노사의 자유로운 의사의 합치에 따라 체결된 단체협약의 사법상 효력을 제한하는 측면이 있으므로, 단체교섭과 단체행동권을 제한하는 측면과 달리 이미 완성된 단체협약의 효력을 사실상 무효화한다는 점에서 노사자치의 원칙 내지 계약의 자유를 제한하는 측면이 있다고 볼 여지도 있다.

로 유기적으로 연결되어 있고 근로시간면제 제도가 노조전임자 제도의 위헌성을 차단하고 있어 별개로 그 위헌성을 판단할 실익도 크지 아니하다. 따라서 그 위헌 여부는 함께 판단되어야 한다.

(나) 노조전임자에 대한 급여 지급 등 근로자의 노조활동에 대한 사용자의 처우는 노사자치의 원칙에 따라 노사가 자율적으로 해결할 영역이지 입법적 개입의 대상이 아니라는 점을 강조해서 본다면, 이 사건 노조법 조항들이 헌법 제33조 제1항에서 근로3권을 보장하는 취지에 반한다는 입장도 있을 수 있다. 국제노동기구(ILO)에서도 ‘전임자 급여지급 문제는 입법적 관여 대상이 아니고 노사가 자율적으로 정할 문제’라고 전임자 급여 지급 금지 규정을 폐지할 것을 권고한 바 있고,<sup>31)</sup> 사용자의 노동조합 지원행위는 지배개입이라는 부당노동행위에 해당하지 않는 한 국가가 간섭할 수 없는 영역으로 볼 수 있기 때문이다.<sup>32)</sup>

이러한 입장에서 보면, 노조전임자 등 관련규율은 노동조합을 보호하는 방향으로 취해져야 하므로 경영권과의 조화를 위해 법률에서는 최소한을 보장하고, 단체협약에 의하거나 사용자 동의를 전제로 하는 그 이상으로의 보호 조치가 존중되어야 하므로, 노조전임자에 대한 급여 지급 금지는 ‘노조가 자주성을 상실하여 전임자 급여지급이 사용자의 지배·개입으로 해석될 수 있는 경우에 한하여’ 헌법에 합치한다고 해석하여야 하고, 만일 노조가 자주성을 잃지 않고 단체교섭력과 단체행동으로 사용자에게서 획득한 전임자 급여지급에 대해서는 노조법 제24조 제2항과 제81조 제4호가 적용되지 않는다고 해석하여야 한다고 보게 된다. 그런데 노조법 제24조 제2항은 ‘사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서 안된다’고 규정함으로써 사

31) ILO ‘결사의 자유’ 위원회는 우리나라에 대해 노조전임자임금지금이 입법적 관여사항이 되지 않게 하고 노사가 자유롭게 교섭할 수 있도록 하라고 권고해왔다. 폭넓고 오래된 관행을 포기하는 것은 노조에게 재정적인 어려움을 초래하고 그 기능을 상당히 방해하는 위험을 내포하고 있다면서 노조전임자급여지급문제를 결사의 자유 원칙과 부합하는 방법으로 해결할 것을 권고하였다.

32) 전임자 급여 지급 금지 조항이 없다면 전임자 급여지급 문제는 노동조합이 사용자와 교섭하여 자유로이 정할 수 있는 사항이었고, 이에 대해 국가가 간섭할 수는 없는 것이며, 단지 그 전임자 급여 지급이 부당노동행위로서 사용자의 노동조합 조직·운영에 대한 지배 내지 개입에 해당하는 경우에만 금지될 수 있을 따름이다.

용자의 지배·개입이 인정되는지 불문하고 전임자에 대한 일체의 급여지급을 금지하고 있으므로 종래 단체협약 내지 노사간 양해 사항으로 전임자에게 허용되어 오던 다양한 형태의 노조활동 편의제공 문제까지 모두 금지되는 결과를 초래함으로써 결국 노조활동의 위축을 초래한다는 것이다.

근로시간 면제 제도가 일찍이 정착되어 있는 국가에서는 근로시간 면제의 ‘최소한’을 법에서 보장하고 이를 상회하는 단체협약을 체결하는 것이 얼마든지 가능하지만, 우리의 경우 근로시간 면제의 ‘최대한’을 정해 놓고 그 범위를 상회하여서는 단체교섭이나 단체행동이 금지되므로 근로시간 면제 제도의 본래 취지에 맞지 않게 과도한 기본권 제한이라는 지적이 있다. 노조전임자의 업무는 안정된 노사관계의 형성이라는 면에서 볼 때 사용자의 노무관리업무와 밀접한 관련이 있고 이러한 노조 업무에 관한 한 노조전임자가 사용자로부터 급여를 지급받는 것을 입법적으로 금지해서는 아니 된다는 점에서 근로시간 면제 제도가 마련된 것이므로 면제대상을 회사의 노무관리와 밀접한 관련이 있는 것으로 제한할 수는 있지만 이를 활용할 시간적 한도를 상한으로 정하여 제한하는 것은 제도의 입법목적과 부합하지 않는다는 것이다.<sup>33)</sup>

또한 각 사업(장)의 규모 및 전국적 분포, 종업원수, 고용형태, 교대제 근로 등 근무형태 등에 따라 다종·다양한 상황이 존재함에도 불구하고 사전에 일률적으로 면제시간의 한도를 정함으로써 구체적 타당성을 결할 수 있다는 점이 지적될 수 있다.

무엇보다도 근로시간 면제 제도의 핵심 사항이자 노사간 가장 민감한 면제 ‘한도’를 행정관청이 좌지우지할 가능성이 높은 근심위를 통해 결정하도록 한 점,<sup>34)</sup> ‘근로자참여 및 협력증진에 관한 법률’에 의한 근로자위원은 노사협의회 출석 시간과 이와 직접 관련된 시간으로서 노사협의회 규정으로 정한 시간은 근로한 것으로 보아 유급으로 처리되고 있고(동법 제9조 제3항)<sup>35)</sup>, 산업안전보건법상 산업안전보건위원회 위원으로 활동하는 자에

33) 노사관계제도선진화연구위원회 2003. 공익위원안

34) 김정환 외 5인 공저, 전게서, 257면

35) ‘근로자참여 및 협력증진에 관한 법률’ 제9조(위원의 신분) ② 사용자는 협의회 위원으로서의 직무 수행과 관련하여 근로자위원에게 불이익을 주는 처분을 하여

대해서도 그 활동을 이유로 불이익을 줄 수 없도록 하고 있고(동법 제19조 제7항),<sup>36)</sup> 안전·보건에 관한 노사협의체 위원(동법 제29조의2 제8항)에 대해서도 마찬가지이기 때문에, 그 활동시간은 사실상 유급으로 되어 있다. 그런데 노조법 제24조 제4항에서 “사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전활동 등 다른 법률에서 정하는 업무”를 근로시간 면제의 대상으로 하고 있기 때문에 위와 같이 원칙적으로 유급처리되는 업무를 근로시간 면제 한도에 포함시킬 경우 총량으로 규제되는 근로시간 면제 한도의 양이 줄어들게 되므로 노조법 제24조 제4항에서 대상업무로 원래 다른 법령에 의해 유급처리되는 업무를 포함시켜 규정한 것도 잘못이라는 지적도 있다.<sup>37)</sup>

이러한 입장의 차이는 기존에 노조전임자가 아닌 비전임자(대의원, 비상임간부) 내지 부분전임자들에 대한 사용자의 지원을 근로시간 면제 제도 도입 이후에도 그대로 인정할 수 있는지에 대해서도 결론을 달리한다. 근로시간 면제 제도가 노조전임자에 대한 일부 유급처리를 위한 규정으로 본다면 비전임자 등에 대한 금전적 지원은 여전히 양 제도의 적용영역 밖의 것이 되어 사용자의 편의제공의 하나로 인정가능하므로 노조에게 유리하고, 이를 별개의 제도로 본다면 기존의 비전임자 내지 부분전임자의 활동이 모두 근로시간 면제 제도 안으로 포섭됨으로써 근로시간 면제 한도 외에 사용자로부터 노조활동을 지원받을 수 있는 여지가 줄어들게 되므로 노

서는 아니 된다.

③ 위원의 협의회 출석 시간과 이와 직접 관련된 시간으로서 제18조에 따른 협의회규정으로 정한 시간은 근로한 시간으로 본다.

36) 산업안전보건법 제19조(산업안전보건위원회) ⑦ 사업주는 산업안전보건위원회의 위원으로서 정당한 활동을 한 것을 이유로 그 위원에게 불이익을 주어서는 아니 된다.

제29조의2 ① 제29조제1항에 따른 사업으로서 대통령령으로 정하는 종류 및 규모에 해당하는 사업의 사업주는 근로자와 사용자가 같은 수로 구성되는 안전·보건에 관한 노사협의체(이하 “노사협의체”라 한다)를 대통령령으로 정하는 바에 따라 구성·운영할 수 있다. ⑧ 노사협의체에 관하여는 제19조제6항 및 제7항을 준용한다.

37) 다만, 이러한 문제는 법운용상의 문제점 정도로 지적되고 있고 그 해결은 “근로시간면제자가 노사협의회 근로자위원 등으로 활동하는 경우라고 하더라도 그 활동은 근로시간면제자로서의 지위에 기한 것이 아니라 관련법상의 지위로서의 활동으로 보아야 하고 따라서 중첩되는 시간은 근로시간면제한도에는 포함되지 않는 것으로 해석”하는 방법으로 해결할 수도 있으므로 위헌론의 직접적인 논거로는 부적절한 측면도 있다.

조에게 불리하게 작용할 수 있기 때문이다.

(다) 그러나 노조전임자 및 근로시간 면제 제도의 입법연혁 및 산업별 노조로의 전환 등 변화된 노조 환경에 발맞춤과 동시에 노조전임자가 존재해 온 관행의 순기능을 최대한 살리고자 상급단체 파견 전임자나 초기업형 노동조합의 임원, 간부 등에 대해서는 노조 스스로 급여를 부담하도록 하고, 사업(장) 내 사용자의 노무관리업무와 밀접한 관련이 있는 노조업무 종사자에 대해서는 소정의 유급활동시간을 보장하는 방향으로 가고자 한 것이 근로시간면제제도의 도입취지인 점을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

또한 개별 사업(장)에 따라 기존의 노조전임자에 대해 예외적으로 유급처리를 하는 방향으로 운용될 수도 있고, 노조전임자와 근로시간면제자가 여전히 별도로 존재하면서 기존에 노조전임자가 기업 내부에서 담당하던 업무 일부를 유급의 부분전임자 즉 근로시간면제자가 이를 대체하면서 장기적으로 상급 노동단체 활동이나 초기업형 노동조합의 노조간부는 노조 자체 재정으로 유지하도록 하고 근로자의 기업 내 노조활동에 대해서는 노조전임제에서 유급의 근로시간면제제도로 옮겨가도록 함으로써 산업별 노조 중심의 변화된 노동환경에 부합하도록 제도가 설계된 측면을 고려할 필요가 있다.

원래 유럽식 타임오프 제도는 산업별 노조의 전임자에 대한 급여는 노동조합의 재정으로 책임지되, 사업장 내 노조활동에 대해서는 타임오프 방식을 통해 사용자가 급여를 지급하는 것을 핵심내용으로 하기 때문에 개정 노조법도 근로시간 면제 제도의 도입을 통해 ‘노조전임자에 대한 급여 지급의 원칙적 금지·예외적 근로시간 면제 한도 허용’이라는 구조를 택한 것으로 볼 수 있다. 개별 사업장별로 이러한 근로시간 면제 제도의 적절한 활용을 통해 노조전임자에 대한 급여 지급의 전면금지로 인한 노조활동 위축을 방지할 수 있고, 노사의 노무관리 일부분을 노조가 분담함으로써 노사관계를 안정시키고 경영의 효율성을 제고한다는 노조전임제도의 순기능을 계속 실현할 수 있으므로, 이 사건 노조법 조항들의 위헌 여부 판단에 있어서는 이러한 점을 종합적으로 고려하지 않을 수 없다.

(2) 헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의 위배 여부

청구인들은 이 사건 노조법 조항들이 ‘노조전임자 급여지급금지는 입법적 간섭의 대상이 되어서는 안된다’는 취지의 국제노동기구 산하 결사의 자유위원회의 권고 및 우리나라가 2001. 12. 비준한 국제노동기구(ILO)의 협약 제135호 제2조 제1항 ‘적절한 경우에는 근로자 대표가 그 직무를 신속하고 능률적으로 수행할 수 있도록 기업으로부터 적절한 편의가 제공되어야 한다’의 내용에 배치되어 헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의에 위배된다고 주장하였다.

국제노동기구협약 제135호 ‘기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에 관한협약’은 1971년 국제노동기구에서 채택된 것으로 2002. 12. 27. 우리나라도 비준하여 발효되었으므로 국내법과 마찬가지로 이를 준수할 의무가 있다. 살피건대 위 협약 제2조 제1항은 ‘근로자대표에 대하여 그 지위나 활동을 이유로 불리한 조치를 할 수 없고, 근로자대표가 직무를 신속·능률적으로 수행할 수 있도록 기업으로부터 적절할 편의가 제공되어야 한다’고 정하고 있다. 그런데 위 협약 제2조 제2항에서는 ‘이 경우 국내의 노사관계 제도의 특성이나 당해 기업의 필요·규모 및 능력이 고려되어야 한다’, 제3항은 ‘그러한 편의의 제공은 당해 기업의 능률적인 운영을 방해하는 것이어서는 아니된다’고 규정하고 있어,<sup>38)</sup> 노조전임자에 대한 급여금지에 대한 절충안으로 근로시간 면제 제도가 도입된 이상 이 사건 노조법 조항들이 위 협약에 배치된다고 보기 어렵고, 나아가 위 협약을 해석하는데 참고가 되는 국제노동권고 제143호 ‘기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에 관한권고’ 제10조를 보더라도 위 제135호 협약에서 말하는 ‘적절한 편의’에는 ‘근로시간 면제(the necessary time off from work)’가 포함됨을 알 수 있는데,<sup>39)</sup>

38) 외교통상부홈페이지, [http://mofaweb.mofat.go.kr/multi\\_treaty.nsf/fieldbnew/32338A53BE06606B49256B25002C8613?opendocument](http://mofaweb.mofat.go.kr/multi_treaty.nsf/fieldbnew/32338A53BE06606B49256B25002C8613?opendocument)와 국제노동기구 홈페이지 <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm> 참조

39) Workers’ representatives in the undertaking should be afforded the necessary time off from work, without loss of pay or social and fringe benefits, for carrying out their representation functions in the undertaking(제10조 제1항 : 기업의 근로자 대표는 기업에서 대표 직무를 수행하기 위한 임금 또는 사회급부 및 부가 급부의 손실없이 필요한 시간에 대해 근무에서 면제되어야 한다). In the absence of appropriate provisions, a workers’ representative may be

위 권고 제10조 제3항에 의하면 이에 대해 ‘합리적인 제한(Reasonable limits)을 가할 수 있다’고 규정하고 있으므로, 근로시간 면제의 최대한을 사전에 입법으로 총량으로 설정하여 규율하는 이 사건 노조법 조항들이 위 협약 및 권고와 충돌된다고 보기 어렵다.

또한 국제노동기구 산하 결사의 자유위원회의 권고는 국내법과 같은 효력이 있거나 일반적으로 승인된 국제법규라고 볼 수 없으며 나아가 앞서 검토한 바와 같이 이 사건 노조법 조항들이 국제노동기구의 관련 협약 및 권고와 충돌하지 않는 이유와 마찬가지로 개정 노조법에서 노조전임자에 대한 급여금지와 함께 근로시간 면제 제도를 도입한 이상 이 사건 노조법 조항들이 결사의 자유위원회의 권고 내용과 배치된다고 보기도 어렵다.

#### 4. 결정의 의의

개정 노조법은 노조전임자에 대한 급여 지급을 원칙적으로 금지하면서 유럽식 타임오프 제도인 근로시간 면제 제도를 도입하였는데, 이에 대해 기존의 노조전임자에 대한 급여를 전면적으로 금지하고 근로시간 면제 한도의 최대한을 미리 정해놓고 노사합의를 통해서도 이를 초과하는 근로시간 면제를 허용하지 않는 것이 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권을 지나치게 제한하는 것이라는 비판이 있다. 나아가 노조전임자와 근로시간 면제자의 개념이 명확히 구분되는 것인지, 기존에 다른 법에 의해 원래 보장되어 온 노사 업무 일부가 새로 도입된 근로시간 면제 한도의 내에서만 이루어져야 하는 것인지 등도 논란이 되었다.

제도가 시행된 이후 일부 사업장에서는 이면 합의로 여전히 노조전임자에 대해 유급처리가 되고 있다고 보고되기도 하나, 중·소규모 사업장에서는 기존의 노조전임자가 풀타임 근로시간면제자로서 그 신분이 전환되어

---

required to obtain permission from his immediate supervisor or another appropriate representative of management designated for this purpose before he takes time off from work, such permission not to be unreasonably withheld(제10조 제2항 : 적절한 규정이 없는 경우 근로자대표는 근로무시간 면제를 받기 전에 직속 상사나 이런 목적으로 지정된 기타 적절한 사용자대표에게 허락을 받도록 요구될 수 있으며 이런 허락은 불합리하게 보류되지 않는다). Reasonable limits may be set on the amount of time off which is granted to workers' representatives under subparagraph (1) of this Paragraph(제10조 제3항)

여전히 유급처리가 보장되고 있고, 대규모 사업장에서는 법상 보장되는 근로시간 면제 한도를 초과하는 범위의 활동을 하는 노조전임자에 대해서는 노조 자체 재정으로 해결하려는 경향을 보이고 있다고 평가된다.

특히 근로시간 면제 제도를 도입함에 있어 이미 타임오프제도를 시행하는 있는 나라들과 같이 그 보장한도의 설정을 노사자치에 따라 결정하도록 하지 않고 고용노동부 장관 고시로 미리 정해놓은 것이 과도한 근로3권의 제한인지 문제되었는데, 헌법재판소는 양 제도의 입법적 연혁, 과거 기업별 노조가 주를 이루어오다 산업별·직업별 노조 형태로 변화해감에 따라 유럽과 같이 산업별 노조에서 활동하는 노조전임자에 대한 급여는 노동조합의 재정으로 책임지되 사업장 내 노무관리와 직결되는 근로자의 노조활동에 대해서는 일정 한도 내에서 유급처리가 가능하도록 제도를 설계한 것을 종합적으로 고려하여 이번 결정을 한 것으로 평가할 수 있다.

개별 사업장별로 이러한 근로시간 면제 제도의 적절한 활용을 통해 노조전임자에 대한 급여 지급의 전면금지로 인한 노조활동 위축을 방지할 수 있고, 노사의 노무관리 일부분을 노조가 분담함으로써 노사관계를 안정시키고 경영의 효율성을 제고한다는 노조전임제도의 순기능을 계속 실현할 수 있기 때문에 제도가 제대로 정착되기까지 우리나라 노동환경의 특수성을 고려한 것이다.



## 공직선거법 제65조 제4항 위헌확인

- 시각장애인을 위한 점자형 선거공보 사건 -

(헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913, 판례집 26-1하, 448)

오 환\*

### 【관시사항】

1. 후보자가 시각장애선거인을 위한 점자형 선거공보 1종을 책자형 선거공보 면수 이내에서 임의로 작성할 수 있도록 한 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제65조 제4항 중 대통령선거에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 선거권과 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제65조 제4항 중 대통령선거에 관한 부분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

제65조(선거공보) ④ 후보자는 제1항의 규정에 따른 선거공보 외에 시각장애선거인(선거인으로서 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록된 시각장애인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 위한 선거공보(이하 “점자형 선거공보”라 한다) 1종을 작성할 수 있다. 이 경우 제2항에 따른 책자형 선거공보의 면수 이내에서 작성하여야 한다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

시각장애 1급인 청구인은 2012. 12. 19. 제18대 대통령선거에 투표하고자 하였다. 그런데 공직선거법 제65조 제4항이 시각장애인을 위한 점자형 선거공보의 작성 여부를 후보자<sup>1)</sup>의 재량으로 규정하고, 그 면수도 일반인을 위한 책자형 선거공보의 면수 이내로 작성하도록 제한하고 있자, 청구인은 위 법률조항이 청구인의 선거권, 평등권 등을 침해하고 헌법 제34조 제5항에 따른 국가의 장애인 보호의무에 위반된다고 주장하며 2012. 11. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장요지

심판대상조항은 후보자에게 점자형 선거공보 작성에 관한 재량을 부여함으로써 후보자가 점자형 선거공보를 작성하지 않을 수 있는 여지를 주고, 그 면수도 책자형 선거공보 면수 이내로 제한하고 있는바, 이는 시각장애인에게 비장애인과 동등한 수준의 선거정보를 제공하지 아니한 것으로서 시각장애인인 청구인의 참정권과 평등권 등을 침해하고 헌법 제34조 제5항에 따른 국가의 장애인 보호 의무를 위반한 것이다.

## 【결정요지】

1. 시각장애인은 의무적으로 시행되는 여러 선거방송을 통하여 선거에 관한 정보를 충분히 얻을 수 있다. 인터넷을 이용한 음성정보전송 방식의 선거운동이 특별한 제한 없이 허용되고 있고, 음성을 이용한 인터넷 정보검색이 가능하며, 인터넷상의 문자정보를 음성으로 전환하는 기술이 빠르게 발전하고 있는 현실에 비추어 보면, 선거공보는 다양한 선거정보제공 수단 중 하나에 불과하다. 시각장애인 중 상당수는 점자를 해독하지 못한다는 사정까지 감안하면 책자형 선거공보와 달리 점자형 선거공보의 작성을 의무사항으로 하는 것은 후보자의 선거운동의 자유에 대한 지나친 간섭

---

1) 대통령선거에 있어서 정당추천후보자는 그 추천정당을 말한다(공직선거법 제65조 제1항 전문 참조).

이 될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 점자형 선거공보의 작성 여부를 후보자의 임의사항으로 규정하고 그 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 한정하고 있더라도, 시각장애인의 선거권과 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 선거권의 제한이 생활능력 없는 국민에 대한 국가의 경제적·물질적 보호를 규정한 제34조 제5항의 보장영역에 해당한다고 보기는 어려우므로, 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항에 위반된다고 할 수 없다.

### **재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대의견**

1. 비시각적 방법에 의한 선거운동 중 전화통화, 연설·대담·토론회 등은 특정한 매체 또는 특정 시간과 장소를 확보해야 하고, 방송광고와 경력방송은 1분 내지 2분으로 제한되어 후보자 등에 대한 충분한 정치적 정보를 전달하기에 부족하며, 인터넷이용 음성정보전송 등 비시각적 선거운동방법은 후보자의 병역사항·체납실적·진과기록 등 중요한 인적사항이 임의로 제공되지 아니할 수 있다. 이러한 점을 고려한다면, 점자형 선거공보는 다른 선거홍보물에 접근하기 어려운 시각장애선거인이 시간과 장소에 구애받지 않고 후보자 등에 대한 정치적 정보를 종합적이고 체계적으로 접근할 수 있도록 도와주는 유일한 매체 내지 핵심적 수단이다.

2. 심판대상조항은 점자형 선거공보의 작성 여부를 후보자의 임의적 선택사항으로 규정하고, 더욱이 점자의 특성을 고려하지 아니한 채 점자형 선거공보를 책자형 선거공보의 면수 이내로 작성하도록 하여 그 내용의 동일성을 유지할 수 없도록 하고 있다. 그런데 국가가 점자형 선거공보의 작성·발송 비용을 전액부담하고 있으므로, 점자형 선거공보의 작성을 의무화 하더라도 후보자의 선거운동의 자유를 제한한다고 단정할 수 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인과 같은 시각장애선거인의 선거권과 평등권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

청구인은 심판대상조항이 청구인의 참정권,<sup>2)</sup> 평등권을 침해하고 국가의 장애인 보호의무를 위반하였다고 주장하였다. 그러나 선거공보 작성 방식을 규정한 심판대상조항으로 인하여 참정권에 속하는 청구인의 국민투표권이나 공무담임권이 침해될 여지는 없고, 청구인의 주장취지도 선거정보에의 접근이 비장애인에 비하여 상대적으로 불완전하여 결국 청구인의 대통령선거권 행사가 불완전하다는 것이므로 심판대상조항으로 인하여 제한되는 핵심 기본권은 선거권이다.<sup>3)</sup> 따라서 이하에서 선거권 침해여부를 중점적으로 검토하되, 이를 위해서 선거공보의 일반적 의미와 그 연혁, 심판대상조항의 연혁 및 점자형 선거공보의 작성·제출 현황 등에 관하여도 살펴보기로 한다.

또한 청구인은 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항이 규정하는 장애인에 대한 국가의 보호의무를 위반하였다는 취지로도 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.<sup>4)</sup>

2) 헌법재판소는 참정권에 관하여 아래와 같이 판시한바 있다.

“일반적으로 참정권은 국민이 국가의 의사형성에 직접 참여하는 직접적인 참정권과 국민이 국가기관의 형성에 간접적으로 참여하거나 국가기관의 구성원으로 선임될 수 있는 권리인 간접적인 참정권으로 나눌 수 있다. 이에 따라 우리 헌법은 참정권에 관하여 간접적인 참정권으로 공무원선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조)을, 직접적인 참정권으로 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있다. 즉 우리 헌법은 법률이 정하는 바에 따른 ‘선거권’과 ‘공무담임권’ 및 국가안위에 관한 중요정책과 헌법개정에 대한 ‘국민투표권’만을 헌법상의 참정권으로 보장하고 있다.”(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439)

3) 장애인의 선거권 행사와 관련하여서는 ① 선거정보에의 접근 문제와 ② 투표소까지 이동의 문제, 그리고 ③ 기표행위에 관한 것이 주로 문제된다.

4) 한편, 청구인은 알권리 침해도 주장하였다. 그러나 이 사건에서는 주로 표현의 자유 영역에서의 정보접근권을 의미하는 알권리보다 선거권을 행사함에 있어서 선거정보에의 접근권 침해 여부가 청구인에게 더욱 밀접한 의미를 갖는 것이고, 선거권 침해 여부를 판단하는 과정에서 선거정보에의 접근권 침해여부가 함께 판단되므로 알권리 침해 여부는 별도로 판단할 실익이 없는 것으로 보인다. 헌법재판소의 이 사건 결정 참조.

## 2. 선거공보 일반론

### 가. 공직선거법상의 선거공보 일반론

선거공보의 작성 및 배부는 명함, 예비후보자의 홍보물·공약집, 선거벽보, 선거공약서 등과 함께 인쇄물에 의한 선거운동의 일종으로서, 현행 공직선거법상 선거공보는 후보자가 선거공약 등을 게재하여 매 세대 모든 유권자에게 배포하는 인쇄물이라 할 수 있다.

이러한 선거공보는 벽보, 연설 등과 더불어 전통적인 선거운동 방식의 하나로서 오랜 연혁을 가지고 있다. 국회의원 선거의 경우 1950. 5. 30. 제2대 국회의원선거 때부터 선거공보를 발행하도록 규정되어 있었으며[구 국회의원선거법(1950. 4. 12. 법률 제121호로 개정된 것) 제32조<sup>5)</sup>], 제4대, 제5대 국회의원선거를 제외하고 현재까지 계속하여 존속되어 왔다.<sup>6)7)</sup>

대통령선거의 경우에는 1980. 12. 31. 법률 제3331호로 개정된 대통령선거법 제37조, 제38조,<sup>8)</sup>제123조, 제124조<sup>9)</sup>에서 선거공보의 발행 및 송부

- 5) 구 국회의원선거법(1950. 4. 12. 법률 제121호로 개정된 것) 제32조 선거구선거위원회는 의원후보자의 등록 마감 후 늦어도 15일 이내에 의원후보자의 성명, 부호, 소속정당, 경력, 정견 등을 게재한 선거공보를 발행하여야 한다.  
의원후보자는 등록 마감 후 3일 이내에 선거공보의 게재원고를 제출하여야 한다.  
단, 기간 내에 원고를 제출하지 아니할 때에는 의원후보자의 성명, 부호 기타 선거구선거위원회가 필요로 인정하는 사항만을 게재한다.  
선거공보의 규격, 원고, 배부 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 6) 구자선, 한국의 국회의원선거의 선거공보제도에 대한 역사와 평가 -1994년 통합선거법 제정이후 지역구국회의원 총선거를 중심으로-, 선거연구 제3호, 2012, 239면 참조.
- 7) 1992년 제14대 국회의원선거 전까지는 후보자가 선거공보 원고를 작성하여 선거관리위원회에 제출하면 선거관리위원회에서 이를 확인한 후 위 선거공보를 인쇄하는 방식이었으나, 선거공보의 인쇄과정에서 후보자간 사진과 경력 등이 잘못 인쇄되는 등의 문제가 발생하자, 이를 해결하기 위하여 1996년 제15대 국회의원선거부터는 후보자가 선거공보를 인쇄하여 선거관리위원회에 제출하는 방식으로 공직선거법이 개정되어 오늘에 이르고 있다고 한다. 구자선, 앞의 글, 239면 참조.
- 8) 구 대통령선거법(1980. 12. 31. 법률 제3331호로 개정된 것) 제37조(선거공보의 발행) ① 관할선거구선거관리위원회는 후보자의 기호·사진·성명·주소·연령·학력·경력·소속정당명·입후보취지를 게재한 선거공보를 1회 발행하여야 한다.  
② 후보자는 선거공보에 게재할 원고와 사진을 후보자등록마감일까지 관할선거구선거관리위원회에 제출하여야 한다.  
③ 제2항의 원고는 1,000자를 초과할 수 없으며, 선거공보는 1면만을 사용하여 단색으로 인쇄하여야 한다.  
④ 선거공보에 게재할 후보자의 순서는 기호 순에 의한다.  
⑤ 선거공보의 규격·작성 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

규정하고 있었다. 이 당시 치러진 제12대 대통령선거의 경우는 대통령선거인에 의한 간접선거였으므로, 선거공보도 ‘대통령선거인선거를 위한 선거공보’와 ‘대통령선거를 위한 선거공보’가 있었다. 이후 간접선거가 직접선거로 바뀌에 따라 대통령선거법이 새롭게 제정되었는데,<sup>10)</sup> 1987년 제13대 대통령선거의 경우 선거공보를 통한 선거운동은 허용되지 아니하였다.<sup>11)</sup>

구 대통령선거법이 1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정되면서, 1992년 제14대 대통령선거에서 소형인쇄물 배부제도가 새롭게 도입되었다(구 대통령선거법 제50조의3<sup>12)</sup>).<sup>13)</sup> 이후 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 기존의 대

제38조(선거공보의 송부) ① 관할선거구선거관리위원회는 선거공보를 부재자신고인 명부에 등재된 선거인에게는 대통령선거인선거일전 7일까지, 선거구안의 매 세대에 대하여는 대통령선거인선거일전 4일까지 각각 우편으로 송부하여야 한다. 이 경우에 우편은 무료로 한다.

② 제1항의 경우에 부재자신고인명부에 등재된 선거인에게는 선거공보를 제62조 제3항의 규정에 의한 부재자우편투표용지와 동봉하여 송부할 수 있다

9) 구 대통령선거법(1980. 12. 31. 법률 제3331호로 개정된 것) 제123조(선거공보의 발행) ① 중앙선거관리위원회는 후보자의 기호·사진·성명·주소·연령·학력·경력·소속정당명·정견을 게재한 선거공보를 1회 발행하여야 한다.

② 후보자는 선거공보에 게재할 원고와 사진을 당해 후보자등록마감일까지 중앙선거관리위원회에 제출하여야 한다.

③ 제2항의 원고는 6천자를 초과할 수 없으며, 선거공보는 1면만을 사용하여 단색으로 인쇄하여야 한다.

④ 선거공보에 게재할 후보자의 순서는 기호 순에 의한다.

⑤ 선거공보의 규격·작성 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제124조(선거공보의 송부) 중앙선거관리위원회는 선거공보를 대통령선거일전 3일까지 대통령선거인에게 우편으로 송부하여야 하며, 이 경우에 우편은 무료로 한다. 다만, 주소 또는 거소가 원격지에 있어 대통령선거일전일까지 선거공보를 우편으로 송달받기 곤란하다고 판단되는 대통령선거인에 대하여는 중앙선거관리위원회가 정하는 바에 따라 우편 이외의 방법으로 송부할 수 있다.

10) 구 대통령선거법(1987. 11. 7. 법률 제3937호로 폐지제정된 것)을 말한다.

11) 이 당시 할 수 있었던 선거운동 방법은 선전벽보, 방송연설, 방송시설을 이용한 대담·토론, 경력방송, 신문방송, 연설회, 기호표, 표지판, 현수막 등 9가지 방법이었다고 한다. 대한민국선거사, 제4집, 중앙선거관리위원회, 517면 참조.

12) 구 대통령선거법(1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정된 것) 제50조의3 (소형인쇄물의 배부 등) ① 정당 또는 후보자는 후보자의 기호·사진·성명·연령·소속정당명·직업·경력·정견 및 소속정당의 정강·정책과 후보자 또는 정당의 홍보에 필요한 사항을 게재한 소형인쇄물을 제작하여 배부할 수 있다.

② 제1항의 소형인쇄물은 길이 27센티미터 너비 38센티미터이내 또는 길이 54센티미터 너비 19센티미터이내에서 2면 이내로 작성하는 소형인쇄물(이하 "전단형 소형인쇄물"이라 한다) 1종과 길이 27센티미터 너비 19센티미터이내에서 20면 이내로 작성하는 소형인쇄물(이하 "책자형 소형인쇄물"이라 한다) 3종으로

령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의 장 선거법 등 4개의 개별선거법을 통합한 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이 제정되었는데, 1997년 제15대 대통령선거의 경우 전단형 소형인쇄물과 책자형 소형인쇄물 각 1종의 제작·발송이 가능하였고(구 공직선거 및 선거부정방지법 제66조<sup>14)</sup>,<sup>15)</sup> 이와 같은 소형인쇄물 제작·발송은 2002년 제16대 대통령선

하며, 그 수량은 각각 세대수를 초과하지 못한다.

③ 제50조의2 제3항 및 제4항의 규정은 소형인쇄물에 이를 준용한다.

13) 이와 함께 정견·정책집 배부제도도 새롭게 도입되었다(위 대통령선거법 제50조의2). 대한민국선거사 제5집, 중앙선거관리위원회, 465면 참조.

14) 구 공직선거 및 선거부정방지법 제66조(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제66조(소형인쇄물) ① 선거운동에 사용하는 소형인쇄물에는 후보자의 사진·성명·기호·정당추천후보자의 소속정당명(무소속후보자는 “무소속”이라 표시한다)·경력·정견 및 소속정당의 정강·정책 기타 홍보에 필요한 사항(지역구국회의원선거에 있어서는 전국구국회의원후보자명단을, 지역구시·도의원선거에 있어서는 비례대표시·도의원후보자명단을 포함한다)을 게재하되, 그 종류는 다음 각 호에 의한다.

1. 대통령선거

전단형 소형인쇄물 및 책자형 소형인쇄물 각 1종

② 제1항의 “전단형 소형인쇄물”이라 함은 길이 38센티미터 너비 27센티미터 이내 또는 길이 54센티미터 너비 19센티미터 이내에서 1매(양면에 게재할 수 있다)로 작성하는 소형인쇄물을, “명함형 소형인쇄물”이라 함은 길이 10센티미터 너비 6센티미터 이내에서 1매(양면에 게재할 수 있다)로 작성하는 소형인쇄물을, “책자형 소형인쇄물”이라 함은 길이 27센티미터 너비 19센티미터 이내에서 대통령선거에 있어서는 16면 이내로, 지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에 있어서는 8면 이내로 작성하는 소형인쇄물을 말한다.

⑥ 소형인쇄물의 배부절차와 방법은 다음 각호에 의한다.

1. 대통령선거

책자형 소형인쇄물은 후보자가 작성하여 후보자등록마감일후 6일[제51조(追加登錄)의 규정에 의한 추가등록의 경우에는 추가등록마감일후 2일]까지 배부할 지역을 관할하는 구·시·군선거관리위원회에 제출하고 당해 선거관리위원회가 이를 확인하여 부제자신고인명부에 올라 있는 선거인과 관할구역안의 매세대에 제출마감일후 3일까지 각각 우편으로 발송하되, 제154조(부제자신고인에 대한 투표용지의 발송)의 규정에 의한 부제자투표용지와 동봉하여 발송할 수 있으며, 전단형 소형인쇄물은 후보자가 작성하여 후보자등록마감일후 12일까지 배부할 지역을 관할하는 구·시·군선거관리위원회에 제출하고 당해 선거관리위원회가 이를 확인하여 제153조(투표안내문의 발송)의 규정에 의한 투표안내문의 발송시 이를 동봉하여 발송한다. 이 경우 선거인명부 확정결과 책자형 소형인쇄물을 발송하지 아니한 세대가 있는 때에는 그 세대에 이를 전단형 소형인쇄물과 함께 추가로 발송하여야 한다.

15) 당시 가능한 주요 선거운동 방법으로는 선전벽보, 소형인쇄물, 현수막, 방송연설, 방송광고, 신문광고, 정당연설회, 공개장소 연설·대담, 언론기관 초청 대담·토론회, 공영방송 텔레비전 대담·토론회, 개인용 컴퓨터나 전화를 이용한 방법 등이 있었다고 한다. 대한민국선거사 제6집, 중앙선거관리위원회, 362면.

거까지 동일하게 유지되었다. 그 후 공직선거법이 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되면서, 소형인쇄물과 선거공보가 통합되어(소형인쇄물의 근거 규정인 공직선거법 제66조가 삭제됨<sup>16)</sup>) 마침내 대통령선거에서도 선거공보를 통하여 선거운동을 하게 되었다. 이에 따라 제17대 및 제18대 대통령선거는 선거운동의 방법으로서 선거공보를 이용하게 되었고 현재에 이르고 있다.

### 나. 심판대상조항의 연혁 및 점자형 선거공보 발송 현황

점자형 선거공보제도는 시각장애인을 위하여 2000. 2. 16. 법률 제6265호 공직선거법이 개정되면서 신설되었고(구 공직선거 및 선거부정방지법 제65조 제3항 및 제4항<sup>17)</sup> 제66조 제9항<sup>18)</sup>) 2000. 4. 13. 제16대 국회의원선거에서 처음 점자형 선거공보가 제출·발송되었다.

앞서 언급 한바와 같이 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전까지는 대통령 후보자의 경우 선거공보가 아니라 ‘소형인쇄물’로써 선거운동이 가능하였는바, 소형인쇄물은 다시 ‘책자형 소형인쇄물’과 ‘전단형 소형인쇄물’로 분류되었다. 이 중 점자형 인쇄물은 전단형 소형인쇄물의 형태로만 작

16) 2007. 1. 3. 법률 제8232호로 개정된 공직선거법 제66조에 지방자치단체의 장선거에 선거공약서 제도가 도입되었고, 이는 다시 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되면서 대통령선거의 경우에도 32면 이내의 선거공약서를 작성하여 배부할 수 있도록 개정되었다.

17) 구 공직선거 및 선거부정방지법 제65조(선거공보) ③ 후보자는 제1항의 규정에 의한 선거공보외에 시각장애선거인[선거인으로서 장애인복지법 제19조(장애인등록)의 규정에 의하여 등록된 자를 말한다. 이 하 이 조에서 같다]을 위하여 점자로 작성한 선거공보(이하 "점자형 선거공보"라 한다)를 제출할 수 있다. 이 경우 점자형 선거공보는 제2항의 규정에 의한 선거공보와 같은 종류로 본다.

④ 관할선거구선거관리위원회는 후보자가 제출할 수 있는 점자형 선거공보의 수량을 제64조(선전벽보)제3항의 규정에 준하여 공고하여야 하며, 관할구·시·군의 장은 점자형 선거공보를 발송할 시각장애선거인과 그의 세대주의 성명·주소를 조사하여 점자형 선거공보의 수량공고전까지 관할구·시·군선거관리위원회에 통보하여야 한다.

18) 구 공직선거 및 선거부정방지법 제66조(소형인쇄물) ⑨ 제64조(선전벽보)제2항 후단 내지 제7항의 규정은 책자형 소형인쇄물과 전단형 소형인쇄물에, 제65조(선거공보)제3항 및 제4항의 규정은 대통령선거에 있어서의 전단형 소형인쇄물에 각각 이를 준용한다. 이 경우 "선전벽보"는 "책자형 소형인쇄물 및 전단형 소형인쇄물"로, "선거공보"는 "전단형 소형인쇄물"로, "규격을 넘거나 미달하는"은 "규격을 넘는"으로, "첨부"는 "발송"으로, "첨부하지 아니할 지역"은 "발송하지 아니할 대상 및 지역"으로 본다.

성·배부되었다(구 공직선거 및 선거부정방지법 제66조 제9항).<sup>19)</sup>

그 후 공직선거법은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되면서 소형인쇄물의 근거조항인 공직선거법 제66조를 삭제하고, 공직선거법 제65조에서 ‘선거공보’라는 개념으로 모든 선거의 인쇄물에 의한 선거운동을 규정하였다. 동시에 “점자형 선거공보는 책자형 선거공보에 게재된 내용을 줄이거나 그 내용과 동일하게 작성하여야 한다.”는 규정(구 공직선거법 제65조 제4항 후문<sup>20)</sup>) 및 구·시·군의 장은 시각장애인과 그 세대주의 성명·주소를 조사하여 선거기간개시일 전 20일까지 관할구·시·군선거관리위원회에 통보하도록 하는 규정(구 공직선거법 제65조 제6항)을 신설하였다. 이에 따라 2007년 제17대 대통령선거의 경우 책자형 선거공보 총 1억 4,531만부를 제출받아 부제자신고인 및 매 세대에 1억 3,633만부를, 전단형 선거공보는 총 1억 4,180만부를 제출받아 매 세대에 1억 3,467만부를, 점자형 선거공보는 총 31만 6,314부를 제출받아 시각장애 선거인이 있는 6만 1,756세대에 총 28만 8,748부를 발송하였다.<sup>21)</sup>

그 후 구 공직선거법 제65조 제4항은 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되면서 종래 “책자형 선거공보에 게재된 내용을 줄이거나 그 내용과 동일하게 작성하여야 한다.”가 “책자형 선거공보의 면수 이내에서 작성하여야 한다.”로 개정되어 현재에 이르고 있다.

이와 같이 개정된 이유에 대하여는 국회회의록 등을 찾아보아도 특별한 자료가 발견되지 아니한다. 다만 제18대 대통령선거총담에는 점자형 선거공보에 책자형 선거공보와 동일한 내용을 게재하도록 함으로써 비용과 노

19) 2002년 제16대 대통령선거의 경우 일반 전단형 소형인쇄물과 점자형 소형인쇄물의 법정제출매수를 전부 제출한 후보자 내지 정당은 한나라당, 새천년민주당, 민주노동당이며, 하나로국민연합은 일반 전단형 소형인쇄물만을 제출하였고, 사회당, 호국당, 무소속(장세동)은 전부 제출하지 않았다. 이 당시 점자형 소형인쇄물은 약 25만부가 제출되어 약 23만부가 발송되었다. 제16대 대통령선거총담, 중앙선거관리위원회, 78면 참조.

20) 구 공직선거법 제65조 ④ 후보자는 제1항의 규정에 따른 선거공보 외에 시각장애선거인[선거인으로서 「장애인복지법」 제29조(장애인 등록)의 규정에 따라 등록된 시각장애인을 말한다]을 위한 선거공보(이하 “점자형 선거공보”라 한다)를 작성할 수 있다. 이 경우 점자형선거공보는 제1항의 규정에 따른 책자형 선거공보에 게재된 내용을 줄이거나 그 내용과 동일하게 작성하여야 한다.

21) 제17대 대통령선거총담, 중앙선거관리위원회, 119면 참조.

력이 소요되었을 뿐만 아니라 점자형 인쇄시설이 제한되어 있어 제작이 어렵다는 지적이 제기되어 위와 같이 개정된 것으로 기재되어 있다.<sup>22)</sup>

이에 따라 제18대 대통령선거의 경우 책자형 선거공보 약 1억 5,673만부를 제출받아 부재자신고인 및 매 세대에 1억 4,860만부를, 전단형 선거공보는 약 4,238만부를 제출받아 매 세대에 4,070만 부를, 점자형 선거공보는 35만 150부를 제출받아 시각장애 선거인이 있는 세대에 32만 3,645부를 발송하였다.<sup>23)</sup>

한편, 2002년 제16대 대통령선거까지는 선거비용에 포함된 보전요건을 충족한 후보자 내지 정당만이 점자형 선거공보 작성비용을 보전 받을 수 있었으나, 2006년 실시한 제4회 지방선거부터는 시각장애 선거인의 선거정보 접근기회의 확대를 위해 보전요건에 관계없이 점자형 선거공보를 제출한 모든 후보자 내지 정당에게 그 작성비용을 전액 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 부담하도록 공직선거법이 개정되었다.<sup>24)</sup> 이에 따라 제17대 대통령선거부터는 점자형 선거공보를 제출한 후보자 내지 정당에게 그 비용을 전액 보전해 주고 있다.

구체적인 지급 내용을 살펴보면, 제17대 대통령선거의 경우에는 점자형 선거공보를 제출한 5개 정당 내지 후보자에게 총 2억 3,690만원을,<sup>25)</sup> 제18대 대통령선거의 경우 점자형 선거공보·점자형 선거공약서를 제출한 6개 정당 내지 후보자에게 총 7억 6,392만 원을<sup>26)</sup> 지급하였다.

### 3. 선거권 침해 여부

#### 가. 법정의견

법정의견은 선거권이 헌법 제24조에 따라 법률이 정하는 바에 의하여 그 내용이 비로소 구체화 되므로 입법목적의 달성을 위한 입법자의 구체적

22) 제18대 대통령선거총람, 중앙선거관리위원회, 102면 참조.

23) 제18대 대통령선거총람, 중앙선거관리위원회, 101면 참조.

24) 제18대 국회의원선거총람, 중앙선거관리위원회, 125면 이하 및 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제122조의2 제3항 제2호 참조.

25) 제17대 대통령선거총람, 중앙선거관리위원회, 139면.

26) 제18대 대통령선거총람, 중앙선거관리위원회, 119면.

인 선택이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 위헌이라고 단정할 수 없다고 전제한 다음,<sup>27)</sup> 아래와 같은 이유로 심판대상조항이 선거권을 침해하지 아니한다고 판단하였다.

『공직선거법에 따르면 선거공보와 같은 인쇄물에 의한 선거운동뿐만 아니라, 방송연설 등 언론매체를 이용한 선거운동, 공개장소에서의 연설이나 대담, 인터넷을 이용한 선거운동 등 다양한 방식의 선거운동 방법이 가능하다. 유권자로서는 이와 같은 여러 선거운동 방법을 통하여 다양한 선거정보를 얻을 수 있다. 그 중 방송에 의한 선거운동의 경우 음성을 통하여 정보전달이 이루어지므로, 시각장애인이 가장 효율적으로 선거정보를 얻을 수 있는 선거운동 방법이라고 볼 수 있다.

그런데 공직선거법은 대통령선거·국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에 있어서는 한국방송공사로 하여금 텔레비전과 라디오 방송시설을 이용하여 후보자마다 매회 2분의 범위 안에서 후보자의 성명·기호·연령·직업 기타 주요한 경력을 각 8회 이상 방송하도록 의무화 하고 있다(공직선거법 제73조). 또 선거방송토론위원회는 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최하여야 하고 공영방송사는 이를 텔레비전 방송을 통해 중계 방송하여야 한다(공직선거법 제82조의2).

시각장애인으로서의 점자형 선거공보가 아니더라도 이와 같이 의무적으로 시행되는 방송을 통하여 선거에 관한 정보를 충분히 얻을 수 있다. 선거공보는 다양한 선거정보제공 수단 중 하나에 불과하고 여기에 게재된 정보가 선거권 행사 여부를 좌우할 만큼 필수적인 요소라고 보기는 어렵다. 특히 인터넷을 이용한 음성정보전송 방식의 선거운동은 특별한 제한 없이 허용되고 있고, 음성을 이용한 인터넷 정보 검색이 가능하며, 인터넷을 통해 검색된 문자정보를 음성으로 전환하는 기술이 빠르게 발전하여 이용되고 있는 현실에 비추어 보면, 점자를 해독할 수 있는 시각장애인을 위하여 국가나 공직후보자에게 점자형 선거공보 작성 및 제공의무를 부과할 필요성은 더욱 줄어들고 있다.

27) 아울러 법정의견은 심판대상조항이 규정하고 있는 점자형 선거공보제도가 시각장애인의 선거권을 보장하고 시각장애로 인한 차별을 해소하기 위한 적극적인 조치로서 도입된 것임을 지적하고 있다.

공직선거법상 책자형 선거공보의 작성·제출은 후보자가 임의로 선택할 수 있는 선거운동 방법의 하나이다. 그런데 점자형 선거공보를 반드시 작성·제출 하여야만 하는 의무사항으로 규정할 경우 필연적으로 후보자의 선거운동의 자유를 제한하는 결과가 초래된다. (중략) 기본적으로 선거운동의 주요 대상을 선정한 다음 그 대상의 특성에 따라 다양한 선거운동 방법을 활용하는 것은 후보자 내지 정당이 전략적으로 선택할 수 있는 영역에 속한다. 그럼에도 불구하고 국가가 적극적으로 특정 선거운동 방법을 강제하는 것은 자칫 후보자 내지 정당의 전략적 선택을 지나치게 제한하는 것이 될 수 있다. 이러한 점을 고려하여 국가는 점자형 선거공보 작성·발송 비용을 전액 부담하여(공직선거법 제122조의2 제3항 제2호) 후보자로 하여금 점자형 선거공보의 작성·제출을 자발적으로 유도하고 있다. 이는 후보자의 선거운동의 자유와 시각장애 선거인의 선거정보 접근권을 조화롭게 보장하는 합리적인 방법이라 할 것이다.

이와 같은 사정을 종합하여 보면, 비록 심판대상조항이 점자형 선거공보의 작성을 임의사항으로 규정하고 그 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 한정하고 있다고 하여, 이와 같은 입법자의 선거제도 형성이 현저하게 불합리하고 불공정하여 시각장애인의 선거권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.』

## 나. 반대의견

반대의견은, 대의민주주의에서 선거권 및 선거의 공정성이 갖는 중차대한 의미를 고려할 때, 심판대상조항이 시각장애선거인에 대한 차별을 해소하기 위한 적극적인 조치라는 이유만으로 그 방법의 선택이 입법자의 재량 영역이라고 단정할 것은 아니라고 하면서, 심판대상조항은 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지의 원칙에 위배되어 선거권을 침해한다고 판시하였다. 반대의견의 요지는 아래와 같다.

『공직선거법은 점자형 선거공보 이외에 전화통화, 방송광고, 인터넷이용 음성정보전송 등 비시각적 방법에 의한 선거운동에 대하여 인정하고 있다. 그러나 전화통화, 방송 및 연설·대담 등은 특정 매체 또는 특정 시간과 장소를 확보해야 하고, 방송광고와 경력방송은 1분 내지 2분으로 제한되어 충분한 정보를 전달하기에 부족하다. 한편, 인터넷이용 음성정보전송 등 비

시각적 선거운동방법은, 반복적으로 청취할 수 있는 장점이 있으나, 후보자가 그것을 제공하지 아니할 수 있고, 그 내용에서도 선거공보와는 달리 후보자의 준법의식과 공직자로서의 자질 평가에 핵심적 요소가 되는 사항 즉, 후보자의 체납실적·전과기록 등 인적사항에 대하여 임의로 제공하지 아니할 수 있으므로, 후보자 등에 대하여 종합적이고 체계적인 정치적 정보를 제공하지 못하는 것으로 평가된다.

이러한 점을 고려한다면, 점자형 선거공보는 다른 선거홍보물에 접근하기 어려운 시각장애선거인이 시간과 장소에 구애받지 않고 후보자 등에 대한 정치적 정보를 종합적이고 체계적으로 접근할 수 있도록 도와주는 유일한 매체 내지 핵심적 수단이라고 할 수 있고, 그 밖의 다른 방법은 시각장애선거인이 후보자 등에 대한 정치적 정보를 제공받게 하는 종합적이고 실효성 있는 수단이 되지 못한다 할 것이다. 따라서 입법자는 시각장애선거인이 점자형 선거공보를 통해 후보자 등에 대한 정치적 정보를 충분히 취득할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 할 것이다.

심판대상조항은 점자형 선거공보의 작성 여부를 독자적인 임의적 선택사항으로 규정함으로써, 책자형 선거공보를 작성하는 경우에도 점자형 선거공보를 작성하지 않을 수 있도록 하고 있다. 또한, 비장애인은 책자형 선거공보가 작성되지 아니하는 경우에도 후보자의 체납실적·전과기록 등 중요한 인적사항이 게재된 후보자정보공개자료를 제공받게 되지만, 시각장애선거인은 점자형 선거공보가 작성되지 아니하는 경우 점자형 후보자정보공개자료까지 제공받지 못할 수 있다.

더욱이 심판대상조항은 점자형 선거공보를 작성하는 경우에도 책자형 선거공보의 면수 이내로 한정하여 그 내용의 동일성을 유지할 수 없도록 하고 있다. 점자는 일반 활자와 동일한 내용을 전달하기 위하여 약 2.5배 내지 3배 정도의 면수를 필요로 하기 때문이다. 따라서 심판대상조항은 점자형 선거공보에 대해 임의적 선택사항으로 규정함과 동시에 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써, 시각장애선거인의 후보자 등에 대한 정치적 정보취득의 기회가 박탈될 수 있게 하거나 제한되게 하여 선거의 공정성을 심각하게 훼손하고, 합리적인 이유 없이 시각장애선거인에게 불리한 결과 즉 실질적인 불평등을 초래하여 그를 선거권 행사 영역에서 차

별하고 있다.

대통령은 국가 원수로서 시각장애인의 기본권 실현과 밀접한 관계를 가지고 있고, 대통령선거는 5년마다 실시되며 후보자가 소수에 불과하므로, 점자형 선거공보의 작성비용이 국가적 차원에서 감당하기 어려운 정도라고 보기 어렵다. 따라서 적어도 대통령선거에서는 점자형 선거공보의 작성을 임의적 선택사항으로 하고 그 면수를 책자형 선거공보의 면수로 제한할 필요가 없다 할 것이므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다. 나아가 국가는 점자형 선거공보의 작성비용을 전액부담하고 있으므로, 이를 의무화하더라도 후보자의 선거운동의 자유를 제한한다고 단정할 수도 없다.

이처럼 심판대상조항에 의해 침해되는 공익과 시각장애선거인이 입는 불이익은 현저한 반면, 대통령 선거에 있어 점자형 선거공보의 작성비용은 국가적 차원에서 감당하기 어렵다 할 수 없으므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에 위반된다. 따라서 심판대상조항은 청구인과 같은 시각장애선거인의 선거권과 평등권을 침해한다.』

주문과 관련하여 반대의견은, 심판대상조항에 대하여 단순위헌을 선언하게 되면 점자형 선거공보를 작성할 수 있는 법적 근거 자체가 사라지는 불합리한 사태가 발생하게 되므로, 헌법불합치를 선고하고 개선입법을 촉구함이 타당하다는 입장을 취하였다.

## 다. 해설

(1) 앞서 살펴 본 바와 같이 선거운동의 방법은 그 시대적·정치적·문화적 상황과 선거의 종류, 국가의 재정적 여건 등에 따라 수없이 많은 변천을 해 왔다. 1963년 대통령선거법 제정당시<sup>28)</sup> 선거운동의 방법은 벽보, 신문광고, 연설회로 매우 한정되어 있었다.<sup>29)</sup> 그러나 2012년 제18대 대통령 선거에서는 선거벽보, 선거공보, 선거공약서, 현수막 등 인쇄물에 의한 선거운동뿐만 아니라, 신문광고, 방송광고, 방송연설, 경력방송 등 언론매체를

28) 1963. 2. 1. 법률 제1262호로 제정된 것을 말한다.

29) 제12대 대통령선거의 경우 신문광고, 방송연설, 선거공보 정도만 허용되었으며 1987년 제13대에 이르러서야 선전벽보, 방송연설, 방송시설을 이용한 대담·토론, 경력방송, 신문방송, 연설회, 기호표, 표지판, 현수막 등 비교적 다양한 방법이 허용되었다.

이용한 선거운동, 언론기관이 초청하는 대담·토론회, 선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회, 공개장소에서의 연설·대담, 인터넷을 이용한 선거운동 등 비교적 다양한 방식의 선거운동 방법이 허용되었고, 유권자로서도 선거정보를 얻을 수 있는 통로가 그만큼 다양해졌다. 특히 라디오, 텔레비전 등 방송에 의한 선거운동의 경우 정보전달이 음성을 통하여 이루어질 뿐 아니라, 각 후보자들의 정책·정치이념·정치철학 등을 동시에 비교하여 파악하는 것이 가능하다는 점에서, 시각장애인이 가장 효율적으로 선거정보를 얻을 수 있는 선거운동 방법이라고 볼 수 있다. 대통령선거의 경우 후보자는 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 그 밖의 홍보에 필요한 사항을 텔레비전 및 라디오 방송시설을 이용하여 각 30회 이내로 방송광고를 할 수 있고(공직선거법 제70조), 후보자와 후보자가 지명하는 연설원은 각각 1회 20분 이내에서 텔레비전과 라디오 방송별로 각 11회 이내에서 방송연설도 할 수 있으며(공직선거법 제71조),<sup>30)</sup> 텔레비전, 라디오 방송시설 등 언론기관이 후보자를 초청하여 대담·토론회도 개최할 수 있다(공직선거법 제82조).<sup>31)</sup>

또한 법정연설이 언급한 바와 같이, 공직선거법은 한국방송공사로 하여금 선거운동기간 중 텔레비전과 라디오 방송시설을 이용하여 후보자마다 매회 2분의 범위 안에서 후보자의 성명·기호·연령·직업 기타 주요한 경력을 각 8회 이상 방송하도록 의무화 하고 있고(공직선거법 제73조, 그 비용은 한국방송공사가 부담한다), 중앙선거방송토론위원회 또한 선거일 전 90일부터 후보자등록개시일 전까지 월 1회 이상 공직선거정책토론회를(공직선거법 제82조의3), 선거운동기간 중에는 3회 이상 후보자토론회를 개최하고 공영방송사가 이를 텔레비전 방송을 통해 중계 방송하도록 의무화 하고 있어(공직선거법 제82조의2),<sup>32)</sup> 시각장애인으로서서는 반드시 점자형 선거공보가 아니더라도 음성을 통하여 후보자에 관한 정보를 얻을 수 있는 통

30) 실제로 제18대 대통령선거의 경우 총 89번의 방송연설이 이루어졌다고 한다.

31) 이에 따라 제17대 대통령선거의 경우 선거기간 전 26번, 선거기간 중 18번 등 모두 44번 개최되었으며, 제18대 대통령선거의 경우 선거기간 전 7번, 선거기간 중 1번 등 모두 8번 개최되었다. 제18대 대통령선거총람, 108면 참조.

32) 18대 대통령선거의 경우 총 4차례의 후보자토론회가 개최되었다.

로가 비교적 충분히 마련되어 있다고 볼 수 있다.

여기에 전체 시각장애인 중 점자를 읽을 수 없는 시각장애인이 상당수라는 점까지<sup>33)</sup> 덧붙여 고려해 보면, 점자형 선거공보보다는 라디오 내지 텔레비전을 통한 선거운동을 확대하거나 음성파일 등을 이용한 선거공보를 마련하는 것이 오히려 시각장애인의 선거접근권 보장에 더 충실한 방법이 될 수 있을 것이다.

(2) 심판대상조항이 대통령후보자의 점자형 선거공보 작성·제출을 임의 사항으로 규정하고 있기는 하나, 점자형 선거공보의 작성·제출을 장려하고자 2005년 이후부터 점자형 선거공보 비용을 전액 국가가 부담하도록 하여(공직선거법 제122조의2 제3항 제2호) 그 작성·제출 비율이 점차 증가되는 추세임도 고려될 수 있다. 좀 더 구체적으로 보면, 점자형 선거공보제도가 처음 도입된 이후 제16대 대통령선거에서는 점자형 소형인쇄물은 약 25만부가 제출되어 약 23만부가 발송되었으나, 제17대 대통령선거의 경우에는 약 31만 6천부를 제출받아 약 28만 8천부를, 제18대 대통령선거의 경우에는 약 35만부를 제출받아 약 32만 3천부가 발송되는 등 점자형 선거공보의 작성과 제출이 점차 자리를 잡아가고 있는 것을 알 수 있다.<sup>34)</sup>

(3) 또한 일단 점자형 선거공보가 제작·발송된 경우, 후보자에 관한 핵심적인 정보는 책자형 선거공보의 내용과 다르지 아니하다는 점도 주목할 필요가 있다. 2005. 8. 4. 개정된 공직선거법 제65조는 점자형 선거공보에 게재하는 후보자의 재산상황, 병역상황, 최근 5년간 소득세 등 납부실적, 전과기록, 직업·학력·경력 등 후보자정보공개자료의 내용은 책자형 선거

33) 보건복지부가 한국보건사회연구원을 통하여 실시한 '2011년 장애인 실태조사'에 의하면 전체 시각장애인 수는 약 28만 1천 명으로 추정되는데, 이 중 점자를 읽을 수 있는 시각장애인은 5.2%(약 1만 4,600명)인 것으로 조사되었다(보건복지부 한국보건사회연구원, 2011년 장애인 실태조사, 2011년, 146면 참조). 참고로 2005년의 장애인실태조사에 의하면 점자해독이 가능한 비율은 2.4%였다고 한다.

34) 국회의원 선거의 경우에도 점자형 선거공보제도가 처음 도입된 제16대 국회의원 선거에서는 후보 1,040명 중 281(27%)명만 점자형 선거공보를 제출하였으나, 제17대 국회의원선거에서는 후보 1,175명 중 497명이(42.3%), 제19대 국회의원선거에서는 지역구 후보자 928명 중 640명이 전부제출하고 8명이 일부제출하여 거의 70%에 육박하는 제출율을 보이는 등 점차 점자형 선거공보의 작성·제출이 확대되는 추세를 알 수 있다. 제17대 국회의원선거총람, 101면 및 제19대 국회의원선거총람, 114면 참조.

공보에 게재하는 내용과 동일하도록 규정하고 있기 때문이다(공직선거법 제65조 제8항). 나아가 제18대 대통령선거에서는 처음으로 선거공약 및 이에 대한 추진계획으로 각 사업의 목표·우선순위·이행절차 등이 게재된 ‘점자형 선거공약서’를 32면 이내에 작성하여 시각장애 선거인에게 우편으로 발송할 수 있게 되었다(공직선거법 제66조).

(4) 결국 법정의견은 이처럼 각종 방송사의 방송광고, 방송연설, 경력방송, 선거방송토론위원회 주관 방송토론회를 통하여 음성을 통한 선거정보가 제공되고 있을 뿐만 아니라, 선거공보는 다른 선거운동 방법을 통하여 얻게 되는 여러 정보 중에 하나라 할 것이어서 선거권 행사 여부를 좌우할 만큼 필수적인 요소라고 보기 어려운 점, 점자형 선거공보 작성 비용을 전액 국가가 부담하도록 하여 공직선거에서 점자형 선거공보의 작성·제출이 점차 증가되고 있는 점, 점자형 선거공보에 후보자에 관한 핵심적인 정보라고 할 수 있는 후보자정보공개자료가 필수적으로 게재되도록 한 점,<sup>35)</sup> 선거공약 및 이에 대한 추진계획으로 각 사업의 목표·우선순위·이행절차 등이 게재된 점자형 선거공약서도 시각장애 선거인에게 우편발송이 가능한 점, 점자형 선거공보의 작성·제출의 의무화는 자칫 후보자의 선거운동의 자유를 제한하는 측면이 있는 점 등을 종합적으로 판단한 결과, 비록 심판대상조항이 점자형 선거공보의 작성·제출을 임의사항으로 규정하고, 그 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한하였다고 하더라도 심판대상조항이 현저히 불합리하고 불공정하여 청구인의 선거권을 침해한다고 볼 수 없다고 판단한 것이다.

(5) 반면, 반대의견은 선거의 공정성이라는 헌법적 가치에 주목하면서 시각장애인의 선거권 행사가 비장애인과 동등한 보호를 받아야 한다는 것에 초점을 맞추고 있다. 특히 반대의견은 점자형 선거공보가 시각장애인에게 후보자 등에 관한 정치적 정보를 제공 할 수 있는 유일하고도 핵심적인 수단이라고 보았는데, 이는 시각장애인이 다른 대체 수단들로부터 선거정보를 얻을 수 있다고 본 법정의견과는 선명한 시각 차이를 보여주는 것이

35) 시각장애인 세대에는 점자형 선거공보만 발송되는 것이 아니라, 일반 책자형 선거공보도 함께 발송되므로 가족이나 보호자 등으로부터 선거정보를 얻는 것도 현실적으로는 가능하다.

다. 나아가 반대의견은 대통령선거라는 중차대한 선거에서 정보취득의 동등한 기회를 제공하는 것이 무엇보다 중요하다 할 것임에도, 심판대상조항이 시각장애인에게 동등한 정보취득의 기회를 제공하지 아니한 것은 청구인의 선거권을 침해한다고 판단하였다.

(6) 한편, 이 사건과 동일한 사실관계는 아니지만, 선거운동기간 중 선거관련 방송에서 청각장애인을 위한 자막 또는 수화통역의 방영을 의무사항으로 규정하지 아니한 공직선거법 제70조 제6항 등을 다룬 2006헌마285 사건이 이 사건과 내용면에서 유사하다고 보여진다. 헌법재판소는 2006헌마285 사건에서 ‘심판대상조항은 기본적으로 청각장애선거인들을 위한 차원에서 마련된 것인 점, 청각장애선거인들은 심판대상조항이 정한 수화방송 등에 의해서만 선거에 관한 정보를 취득하는 것이 아니라 홍보유인물 등 문서·도화에 의한 선거운동이나 정보통신망을 이용한 선거운동방식 등에 의해서도 선거에 관한 정보를 얻을 수 있는 점, 현 단계에서 수화방송 등을 어떠한 예외도 없이 반드시 실시하여야만 하는 의무사항으로 규정할 경우 후보자의 선거운동의 자유와 방송사업자의 보도·편성의 자유를 제한하는 문제가 있을 수 있다’고 판시한 바 있다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285, 판례집 21-1하, 726).

#### 4. 헌법 제34조 제5항 위반여부

##### 가. 결정요지

청구인은 심판대상조항이 장애인 보호의무를 규정한 헌법 제34조 제5항에<sup>36)</sup> 위반된다고 주장하였으나, 법정의견은 아래와 같은 이유로 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『헌법 제34조는 사회적 기본권으로서 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 및 이를 구체화하는 일련의 국가의 의무와 과제를 규정하고 있다. ‘인간다운 생활을 할 권리’는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필

36) 헌법 제34조 ⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미한다.

이와 같은 헌법 제34조의 보장영역과 그 내용에 비추어 보면, 선거권의 제한이 생활능력 없는 국민에 대한 국가의 경제적·물질적 보호를 규정한 제34조 제5항의 보장영역에 해당한다고 보기는 어렵다. 선거권은 국민주권의 실현방법으로서 대의제도를 채택한 결과 필연적으로 도출되어, 헌법 제24조에 의하여 보장되는 기본권으로서 생존권적인 사회권 기본권과는 그 성질을 달리하고 있기 때문이다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항에 위반된다고 할 수 없다.』

다만 반대의견은 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항에 위반되는지 여부에 관하여 특별한 입장을 개진하지 아니하였다.

## 나. 해설

일반적으로 헌법 제34조는 사회적 기본권을 규정한 조항으로서, 헌법 제34조 제1항에서 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 천명하고, 이러한 인간다운 생활을 할 권리를 구체적으로 실현하기 위하여 제34조 제2항부터 제6항까지 구체적인 내용을 정하고 있는 것으로 이해된다.

헌법재판소 또한 저상버스 도입의무 불이행 위헌확인 사건에서 “헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 ‘인간다운 생활을 할 권리’의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다.”(헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904, 909)고 판시하고 있다. 여기서 ‘인간다운 생활을 할 권리’는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미한다(헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 600-601; 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576, 595 등 참조).

이와 같은 헌법 제34조의 보장영역과 그 내용에 비추어 보면, 대통령선거권(구체적으로 선거정보에의 접근권)의 제한이 장애인 등 생활능력이 없는 자의 경제적·물질적 보호를 의미하는 제34조 제4항에 보장 영역에 해당한다고 보기는 어렵다. 선거권은 국민주권의 실현방법으로서 대의제도를 채택한 결과 필연적으로 도출되어, 헌법 제24조에 의하여 보장되는 기본권

으로서 생존권적인 사회권 기본권과는 그 성질과 평면을 달리하고 있기 때문이다.

그렇다면 심판대상조항이 점자형 선거공보의 작성을 임의사항으로 하고 점자형 선거공보의 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 제한하고 있다고 하여도, 이로 인하여 선거정보에의 접근권이 제한되어 결과적으로 선거권 제한이 발생하는 것은 별론으로 하고, 생존권적 기본권 내지 생활능력이 없는 자의 보호를 규정하고 있는 헌법 제34조 제5항에 위반된다고 할 수는 없다.

## 5. 결정의 의의

이 사건 결정은 선거정보의 접근권을 확대하기 위한 공직선거법의 여러 규정들과 다양한 선거운동의 방법, 점자형 선거공보의 작성·제출 현황 및 실제 시각장애인의 점자형 선거공보의 활용 정도, 선거운동 자유의 제한 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여, 심판대상조항이 점자형 선거공보의 작성 여부를 후보자의 임의사항으로 규정하고 그 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 한정하고 있다고 하더라도, 이와 같은 입법자의 선거제도 형성이 현저하게 불합리하고 불공정하여 시각장애인의 선거권을 침해한 것이라고 볼 수 없다는 취지의 결정이다.

또한 이번 결정은 헌법 제34조가 천명하는 ‘인간다운 생활을 할 권리’란 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 급부를 요구할 수 있는 권리로써, 헌법 제24조를 통하여 구체화되는 선거권과는 그 성질이 다를 분명히 하였다는 점에서도 그 의의를 찾을 수 있다.

## 미결수용자 등 종교집회 참석 불허 위헌확인

- 미결수용자와 미지정 수형자의 종교집회 참석 제한 사건 -  
(헌재 2014. 6. 26. 2012헌마782, 판례집 26-1하, 670)

소 은 영\*

### 【관시사항】

피청구인인 부산구치소장이 미결수용자의 신분으로 부산구치소에 수용되었던 기간 중 청구인의 조사수용 내지 징벌(금치)집행 중이었던 기간을 제외한 기간 및 미지정 수형자(추가 사건이 진행 중인 자 등)의 신분으로 수용되어 있던 기간 동안, 교정시설 안에서 매주 화요일에 실시하는 종교집회 참석을 제한한 행위(이하 ‘이 사건 종교집회 참석 제한 처우’라 한다)가 청구인의 종교의 자유를 침해하였는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 “청구인이 미결수용자의 신분으로 부산구치소에 수용되었던 2012. 4. 16.부터 형이 확정된 2012. 7. 26.까지의 기간에서 청구인의 조사수용 내지 징벌(금치)집행 중이었던 4. 18.부터 4. 27.까지, 5. 4.부터 5. 16.까지, 5. 25.부터 6. 6.까지 그리고 6. 7.부터 6. 21.까지 및 진정실에 수용되어 있었던 5. 17.부터 5. 20.까지의 기간을 제외한 기간<sup>1)</sup> 및 미지정 수형자 신분으로 수용되어 있던 2012. 7. 27.부터 심판청구접수일인 2012. 9. 19.까지의 기간 동안 교정시설 안에서 매주 화요일<sup>2)</sup>에 실시하는 종교집

\* 헌법연구원

- 1) 청구인은 4. 18.부터 4. 27.까지, 5. 4.부터 5. 16.까지, 5. 25.부터 6. 6.까지, 6. 7.부터 6. 21.까지 조사수용 내지 징벌(금치)집행 중이었고, 5. 17.부터 5. 20.까지는 진정실에 수용되어 있었는데, 징벌기간 및 진정실 수용기간 동안 종교집회에 참석하지 못한 부분에 관하여는 위헌주장을 하지 아니하였다.
- 2) 청구인은 자신이 기독교 신자라고 주장하였고, 피청구인은 기독교의 경우 매주

회 참석을 제한한 행위(이하 ‘이 사건 종교집회 참석 제한 처우’라 한다)”가 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단흉기등 상해)으로 2012. 4. 16. 1심에서 징역 1년 6월을 선고받고(부산지방법원 2012고단655) 법정 구속되었다. 위 판결은 항소심(부산지방법원 2012노1242)을 거쳐 2012. 7. 26. 대법원(2012도7293)에서 상고가 기각됨으로써 확정되었다.

청구인은 피청구인이 2012. 4. 16.부터 교정시설 안에서 실시하는 종교집회 참석을 못하게 함으로써 청구인의 종교의 자유 등 기본권을 침해하였다고 주장하면서, 2012. 9. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장 요지

피청구인은 장소가 협소하다는 등의 이유로 청구인이 2012. 4. 16. 부산구치소에 수감된 이래 종교집회 참석을 계속해서 제한하고 있는바, 이는 편의적인 교도행정에 불과하고 청구인에게 헌법상 보장된 평등권, 행복추구권 및 종교의 자유를 침해한다.

## 【결정요지】

피청구인은 수형자 중에서도 출력수(작업에 종사하는 수형자)를 대상으로 원칙적으로 월 3~4회의 종교집회를 실시하는 반면, 미결수용자와 미지정 수형자에 대해서는 원칙적으로 매월 1회, 그것도 공간의 협소함과 관리인력의 부족을 이유로 수용동별로 돌아가며 종교집회를 실시하여 실제 연

---

화요일 종교집회를 실시하고 있다. 피청구인은 종교별로 요일을 달리하여 수형자 중 작업에 종사하는 수형자(출력수)를 대상으로 월 3회 또는 4회의 종교집회를 실시하고, 출력수 이외의 수형자로서 노역수, 청구인과 같은 추가 사건이 진행 중인 자 및 잔형기가 3월 미만인 자 등(미지정 수형자)과 미결수용자를 대상으로 월 1회의 종교집회를 실시하고 있었다(자세한 내용은 2. 다. 부산구치소 내 종교집회 실태 참조).

간 1회 정도의 종교집회 참석 기회를 부여하고 있다. 이는 미결수용자 및 미지정 수형자의 구금기간을 고려하면 사실상 종교집회 참석 기회가 거의 보장되지 않는 결과를 초래할 수도 있다. 나아가 피청구인은 현재의 시설 여건 하에서도 종교집회의 실시 횟수를 출력수와 출력수 외의 수용자의 종교의 자유를 보장하는 범위 내에서 적절히 배분하는 방법, 공범이나 동일사건 관련자가 있는 경우에 한하여 이를 분리하여 종교집회 참석을 허용하는 방법, 미지정 수형자의 경우 추가사건의 공범이나 동일사건 관련자가 없는 때에는 출력수와 함께 종교집회를 실시하는 등의 방법으로 청구인의 기본권을 덜 침해하는 수단이 있음에도 불구하고 이를 전혀 고려하지 아니하였다. 따라서 이 사건 종교집회 참석 제한 처우는 부산구치소의 열악한 시설을 감안하더라도 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 종교의 자유를 침해한 것이다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

헌법재판소는 2009헌마527결정에서 피청구인인 대구구치소장이 2009. 6. 1.부터 2009. 10. 8.까지 대구구치소 내에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 미결수용자인 청구인의 참석을 금지한 행위는 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 청구인의 종교의 자유를 침해한다고 판시하였다(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527, 판례집 23-2하, 840).

이 결정이 선고된 후에 교정시설 내에서는 미결수용자에게도 원칙적으로 종교집회 참석을 허용하도록 방침이 변경되었다. 그러나 이 사건에서는 피청구인이 청구인과 같은 미결수용자 및 미지정 수형자에게도 원칙적으로 종교집회에 참석할 기회는 부여하였지만, 현재의 부산구치소 여건 하에서 실제로 참석 가능한 횟수가 1년에 1회 가량인 것이 청구인의 종교의 자유를 침해하는지 여부가 문제되었다.

## 2. 수용자에 대한 종교집회 실시

### 가. 수용자의 지위와 기본권 제한

‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(이하 ‘형집행법’이라 한다) 제 2조에 의하면 수용자는 수형자, 미결수용자, 사형확정자로 분류된다.

이 중 ‘수형자’란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다.<sup>3)</sup> 그런데 부산구치소에서는 형이 확정된 수형자의 경우 형집행법 제59조에 따라 분류심사를 받은 후, 일부 수형자는 작업을 하는 수형자(출력수)로 분류되어 구치소 내에서 수형생활을 하고, 그 외의 수형자는 분류심사를 하여 법무부장관에게 이송 신청을 한 후 그 승인을 받아 이송을 시행하고 있다. 다만, 형이 확정된 수형자 중 잔형기가 3월 이하인 자, 청구인과 같이 추가사건으로 인하여 재판이 진행 중인 수형자인 경우 이송대상자에서 제외된다. 이와 같이 형이 확정된 수형자 중 구치소 내에서 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 자(노역수)와 출력수를 제외한 수형자를 일컬어 미지정 수형자라고 한다. 한편, ‘미결수용자’는 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 자를 말한다.

수형자는 형벌 등의 집행을 위하여, 미결수용자들은 도주 및 증거인멸의 방지를 위하여 격리된 구금시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체활동의 자유 등 기본권이 제한될 수밖에 없다. 그러나 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정한 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

3) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다.
2. “미결수용자”란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 말한다.
3. “사형확정자”란 사형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람을 말한다.
4. “수용자”란 수형자·미결수용자·사형확정자, 그 밖에 법률과 적법한 절차에 따라 교도소·구치소 및 그 지소(이하 “교정시설”이라 한다)에 수용된 사람을 말한다.

무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 질서 및 안전 유지를 위한 필요 최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 아니 된다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527). 또한, 형이 확정된 수형자에 대한 기본권의 제한은 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련이 있고, 형벌의 집행을 위하여 필요한 한도에서 이루어져야 한다(헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137 참조).

#### 나. 교정시설 내 종교집회 실시의 법적 근거

형집행법 제45조 제1항은 “수용자는 교정시설의 안에서 실시하는 종교의식 또는 행사에 참여할 수 있으며, 개별적인 종교상담을 받을 수 있다”고 규정하고, 같은 조 제3항은 소장은 “수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때(제1호)” 또는 “시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때(제2호)”의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 제1항에서 규정하고 있는 사항을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 또한, 같은 조 제4항은 “종교행사의 종류·참석대상·방법, 종교상담의 대상·방법 및 종교서적·물품의 소지범위 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 동법 시행규칙 제32조에서는 종교행사의 참석대상과 관련하여 “수용자는 자신이 신봉하는 종교행사에 참석할 수 있다.”고 하고 있다. 다만, 소장은 “종교행사용 시설의 부족 등 여건이 충분하지 아니할 때(제1호), 수용자가 종교행사 장소를 허가 없이 벗어나거나 다른 사람과 연락을 할 때(2호), 수용자가 계속 큰 소리를 내거나 시끄럽게 하여 종교행사를 방해할 때(3호), 수용자가 전도를 핑계삼아 다른 수용자의 평온한 신앙생활을 방해할 때(4호), 그 밖에 다른 법령에 따라 공동행사의 참석이 제한될 때(5호)” 등의 경우에는 수용자의 종교행사 참석을 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

#### 다. 부산구치소 내 종교집회 실태

피청구인은 형집행법 제45조 제3항 제1호 및 제2호, 동법 시행규칙 제32조 제1호에 근거하여 종교행사용 시설이 협소하고, 미결수용자의 경우 공

범과의 접촉과 증거인멸을 방지할 필요가 있으며, 수용시설 내의 우선적인 교육교화 대상은 원칙적으로 출력수라는 이유로 '수용자 교육교화운영계획'과 '미결수용자 종교집회 실시 계획'에 따라 출력수 및 출력수 외의 수용자인 미결수용자, 노역수, 미지정 수형자를 대상으로 종교집회를 실시해 왔다.

그 구체적 실시 내용은 다음과 같다. 피청구인은 종교별로 매주 요일을 특정하여 종교집회를 실시하고 있다. 그 중 남자 수용자에 대한 기독교의 종교집회는 매주 화요일에 실시하되, 셋째 주 화요일에 출력수 외의 수용자를 대상으로, 첫째, 둘째, 넷째, 다섯째 주 화요일에는 출력수를 대상으로 실시하고 있다. 그 중 출력수 외의 수용자에 대한 종교집회는 매월 해당 수용동에 있는 자에 대하여 1월과 8월을 제외하고 10회 실시되어, 10개가 넘는 수용동을 가지고 있는 부산구치소의 경우 출력수 외의 수용자는 연간 1회 정도의 참석기회밖에 가질 수 없는 형편이다. 남자 수용자에 대한 종교집회는 '종교관'에서 실시되는데, 그 면적은 77.76㎡로서 약 40명 정도를 수용할 수 있다. 종교관에서는 종교집회 이외에도 인성교육, 마약교육, 만가자 교육, 성폭력 교육, 가석방 교육 등 각종 문화행사가 실시된다.

한편, 여자 수용자의 경우에는 공범을 분리한 후 미결수용자와 수형자의 구분 없이 종교별로 여사(女舍) 강당에서 함께 종교집회가 실시된다.

부산구치소에 수용되어 있는 인원에 관하여 살펴보면, 이 사건 심판청구가 있었던 때와 비교적 가까운 시일인 2013. 1. 22. 현재 전체 수용자 1,909명 중 남자 수용자는 1,774명, 여자 수용자는 135명이고, 남자 수용자 중 미결수용자는 1,291명, 수형자는 483명이며 수형자 중 출력수는 190명, 노역수는 48명, 미지정 수형자는 245명이다. 그리고 전체 수용자 중 기독교인 수용자는 388명이다.

청구인은 이 사건 종교집회 참석 제한 처우로 인하여 미결수용자와 미지정 수형자의 지위로서 구금되어 있는 동안 종교집회에 한 번도 참석하지 못하였다.

## 라. 해외 입법례

### (1) 독일

독일의 경우 연방법인 행형법에서 수형자에 대한 종교행사 참석의 권리

를 보장하고 있다. 즉, 수형자에 대하여는 사제를 통한 종교적인 보호를 거절할 수 없으며 나아가 행형당국이 수형자의 희망에 의하여 그의 종교의 사제와 교통할 수 있도록 수형자를 도울 것을 규정하고 있다(제53조 제1항). 이에 따라 수형자는 예배와 기타 종교적 교회에 참여할 수 있는 권리가 있다. 또한, 수형자는 기본적인 종교서적과 함께 적당한 범위에서 종교적 용도에 사용되는 물건을 소지할 권리(제53조 제2항 및 제3항)와 예배 기타 종교행사에 참석할 권리를 가진다(제54조 제1항). 한편, 종교행사 참석 외에 종교서적을 소유하는 것도 허용되나, 중대한 남용이 있을 때에는 종교서적을 박탈할 수 있고(제53조 제2항), 시설의 안전 또는 질서상 중대한 이유가 있을 때에는 예배 또는 종교행사에 대한 참가를 제한할 수 있다. 다만 이 경우에는 사전에 사제에게 통지하여야 한다.<sup>4)</sup> 행형법은 수형자에 관한 사항만을 규정하고 있고, 미결수용자에 관한 사항은 각 주법에서 정하도록 하고 있다.

## (2) 일본

일본의 ‘형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률’에서는 수용시설의 장에게 수용자들의 종교의식 참석 및 종교교육을 받을 기회를 마련하도록 할 ‘노력의무’를 규정하고 있고(제68조 제1항), 형사시설의 상황에 따라 이를 제한할 수 있다(제68조 제2항)고 규정하고 있다. 법률의 규정 내용상 미결수용자와 수형자를 구분하고 있지 않다. 일본의 형사수용시설에서 종교교육 및 종교행사 참석은 원칙적으로 수용자의 신청에 의하여 이루어지고, 종교의 교리에 따라 월 1회, 주 1회 등 정기적으로 실시되는 경우도 있으나 시설의 상황에 따라 편차가 있다고 한다.

## 3. 제한되는 기본권

청구인은 이 사건 종교집회 참석 제한 처우로 인하여 평등권, 행복추구권 등도 침해되었다고 주장하였으나, 이 부분에 관한 청구인의 주장은 청

4) 박종숙, 교정시설 내 종교의 자유에 관한 연구, 전북대학교 법무대학원 석사학위논문(2010), 36~37면.

구인의 종교의 자유가 침해되었다는 주장과 같은 내용이어서, 이 사건 결정에서는 종교의 자유에 대한 침해 여부에 관해서만 판단하고, 별도로 평등권과 행복추구권 침해 여부는 판단하지 아니하였다.

종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유 등 3요소로 구성되어 있다. 신앙의 자유는 신과 피안 또는 내세에 대한 인간의 내적 확신에 대한 자유를 말하는 것으로서 이러한 신앙의 자유는 그 자체가 내심의 자유의 핵심이기 때문에 법률로써도 이를 침해할 수 없다. 종교적 행위의 자유는 종교상의 의식·예배 등 종교적 행위를 각 개인이 임의로 할 수 있는 등 종교적인 확신에 따라 행동하고 교리에 따라 생활할 수 있는 자유와 소극적으로는 자신의 종교적인 확신에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유 그리고 선교의 자유, 종교교육의 자유 등이 포함된다. 종교적 집회·결사의 자유는 종교적 목적으로 같은 신자들이 집회하거나 종교단체를 결성할 자유를 말한다. 종교적 행위의 자유와 종교적 집회·결사의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니므로 헌법 제37조 제2항에 의거하여 질서유지, 공공복리 등을 위해서 제한할 수 있는데, 그러한 제한은 비례의 원칙이나 종교의 자유의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 361 참조).

이 사건 종교집회 참석 제한 처우는 청구인이 교정시설 내에서 개최되는 종교집회에 참석하는 것을 제한한 행위이므로 청구인의 종교의 자유 중에서도 종교적 집회·결사의 자유를 제한하는 것이다.

#### 4. 판단

이 사건 결정은 재판관 전원의 일치된 의견으로 피청구인의 행위가 청구인의 종교의 자유를 제한하는지 여부에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

##### 가. 과잉금지원칙 위반 여부

###### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

이 사건 결정은 『구치소나 교도소 등의 구금시설은 형벌의 집행을 위하여 또는 피고인 등의 신병확보를 위하여 일정기간 수용자를 강제로 구금하는 시설로서, 시설과 인력의 안전 및 수용자들의 안전을 위해서는 일상생

활에 있어 엄격한 규율과 질서유지가 중요하다. 이 사건 종교집회 참석 제한 처우는 한정된 장소와 시간을 활용하여 엄숙을 요하는 종교행사 등을 원활하게 진행함으로써 시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 그 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527, 판례집 23-2하, 840, 849).』라고 판시하였다. 구금시설의 특성을 감안하여 목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정한 것이다.

## (2) 침해의 최소성

이 사건 결정은 수용자의 종교활동이 미결수용자 및 수형자에게 일정한 순기능을 하고 있음을 먼저 밝혔다.

『수형자의 종교활동은 수형자의 심성순화와 도덕성 함양은 물론, 건전한 삶을 지향하도록 하여 자신의 과오를 반성하고 안정된 수용생활을 할 수 있도록 하는 한편, 재범방지에도 기여할 수 있다. 또한, 미결수용자의 종교활동은 갑자기 사회와 격리되어 심리적으로 불안정한 상태인 미결수용자에게 안정된 정신건강을 지원하고, 자살 등과 같은 교정사고를 미연에 방지하여 교정시설의 안전과 질서유지에 기여하는 바가 크다(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527 참조).』

그리고 나서 일반론으로서 종교집회가 수형자 및 미결수용자에게 인정되어야 한다고 실시하였다.

『이와 같이 종교집회가 수형자의 교정교화뿐 아니라 교정시설의 안전과 질서유지에 기여한다면, 종교집회에 참석할 수 있는 기회는 형이 확정된 수형자뿐 아니라 미결수용자에게도 인정되어야 할 것이다. 형집행법 제1조는 “수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀”뿐만 아니라 “수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영”에 관한 사항도 형집행법의 목적으로 규정하고 있고, 형집행법 제45조에서 종교행사의 참석 등의 대상을 ‘수용자’로 규정하고 있는바, 위 조항들이 수형자와 미결수용자를 구분하지 아니하는 것도 이와 같은 이유이다. 더욱이 미지정 수형자는 형이 확정된 수형자로서 법령에서 출력수와 구분 없이 ‘수형자’라고 규정되어 있으므로, 출력수와 동일하게 종교의 자유를 보장받고 교정교화의 대상이 된다. 따라서 미결수용자와 미지정 수형자도 출력수와 마찬가지로 종교집회에 참석할 기회를 부

여받아야 하고, 이를 정당한 사유 없이 제한하는 경우에는 종교의 자유를 침해받게 되는 것이다.』

다만, 피청구인이 원칙적으로 수행자를 대상으로 종교집회를 실시하는 것에는 나름의 합리적 이유가 있다고 하더라도 미결수용자와 미지정 수행자의 종교집회 참석 기회는 지나치게 적어서 종교의 자유를 과도하게 제한한다고 보았다. 판시내용은 다음과 같다.

『한편 교정시설의 종교집회도 교정교화를 목적으로 실시되는 한 피청구인이 원칙적으로 수행자를 대상으로 종교집회를 실시하는 것에는 나름의 합리적 이유가 있다. 그런데 피청구인은 앞에서 살펴본 바와 같이 수행자 중 출력수에 대하여는 그 인원이 미결수용자와 미지정 수행자에 비하여 1/8정도임에도 불구하고 매월 3-4회의 참석기회를 주고, 미결수용자와 미지정 수행자에 대하여는 매월 1회의 기회밖에 주지 않고, 그것도 미결수용자 및 미지정 수행자의 인원의 많음을 이유로 수용동별로 돌아가며 실시하여 미결수용자 및 미지정 수행자에게는 연간 1회 정도의 종교집회 참석 기회가 주어졌다. 이는 미결수용자 및 미지정 수행자의 구금기간을 고려하면 사실상 종교집회 참석 기회가 거의 보장되지 않는 결과를 초래할 수도 있어, 부산구치소의 열악한 시설을 감안하더라도 종교의 자유를 과도하게 제한한다고 할 것이다.』

나아가 이 사건 결정에서는 현재 부산구치소의 사정을 감안하더라도 미결수용자 및 미지정 수행자의 종교집회 참석 기회를 늘리기 위한 대안을 제시하며, 이러한 수단을 고려할 수 있음에도 피청구인이 이를 고려하지 않았다고 하였다.

『피청구인은 현재의 시설 여건 하에서도 종교집회의 실시 횟수를 출력수와 출력수 외의 수용자의 종교의 자유를 보장하는 범위 내에서 적절히 배분하는 방법, 공범이나 동일사건 관련자가 있는 경우에 한하여 이를 분리하여 종교집회 참석을 허용하는 방법, 미지정 수행자의 경우 추가사건의 공범이나 동일사건 관련자가 없는 때에는 출력수와 함께 종교집회를 실시하는 등의 방법으로 청구인의 기본권을 덜 침해하는 수단이 있음에도 불구하고 이를 전혀 고려하지 아니하였다.』

위와 같은 사정에 비추어 보았을 때 피청구인의 이 사건 종교집회 참석

제한 처우는 침해의 최소성 요건을 충족하지 못한다고 판시하였다.

### (3) 법익의 균형성

이 사건 결정에서는 구치소의 안전과 질서 유지 및 종교집회의 원활한 진행이라는 공익은 청구인이 종교집회 참석의 기회를 제한함으로써 입게 되는 종교의 자유의 침해라는 불이익보다 크다고 단정하기 어려워, 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하였다고 판시하였다.

## 나. 해설

(1) 2009헌마527 사건에서는 미결수용자에게 원칙적으로 종교집회 참석 기회를 부여하지 않았던 것에 대하여 종교의 자유를 침해하는 것이라고 판시하였고, 그 후 교정 실무의 지침이 변경되어 원칙적으로 종교집회 참석이 허용되지 않던 미결수용자와 미지정 수형자에게도 원칙적으로 종교집회 참석 기회를 부여하게 되었다. 그런데 구치소 및 교도소의 시설 및 인력 현황이 다르므로 실제로 미결수용자와 미지정 수형자가 어느 정도로 종교집회에 참석할 수 있는지 여부는 여러 가지 상황에 따라 달라질 수 있다.

이 사건 결정은 피청구인이 원칙적으로 수형자를 대상으로 종교집회를 실시하는 것에는 나름의 합리적 이유가 있다고 인정하고, 미결수용자나 미지정 수형자의 경우 출력수와 완전히 동일한 수준의 종교집회 참석 기회를 보장하는 것까지 요구하는 것은 아니다. 그러나 교정시설의 여건을 감안하더라도 실제로 1년 동안 단 1회 정도의 참석 기회가 보장되는 정도라면, 사실상 종교집회에 참석할 기회를 거의 보장받지 못하는 것과 동일한 결과를 초래할 수 있어 청구인의 종교의 자유가 과도하게 제한된다고 본 것이다.

(2) 피청구인은 미결수용자와 미지정 수형자에게 종교집회 참석 기회를 완전히 박탈한 것은 아니므로, 부산구치소의 시설이 전체 수용자에게 충분한 종교집회를 허용할 수 있을 만큼 충분한지 여부, 만일 시설이 부족하다면 수용자들에게 현재와 같은 방식으로 종교집회를 허용하는 것이 타당한지 여부에 대한 검토가 필요하다.

피청구인의 주장에 의하면, 부산구치소는 40명 정도를 수용할 수 있는

공간에서 종교집회 외에도 다양한 행사를 개최하고 있어 종교집회의 횟수를 늘리는 것이 현실적으로 어렵고, 교도행정 인력도 부족하여 수용자 동행계호 및 종교행사 관리에 어려움이 있다고 한다. 나아가 신앙생활에 필요한 서적이거나 물품의 소지, 종교위원과의 상담 등을 통하여 종교생활을 할 수 있는 만큼, 미결수용자와 미지정 수형자에 대하여 출력수 만큼의 종교집회 참석 기회를 보장하지 않는 것이 종교의 자유에 대한 과도한 침해는 아니라고 주장한다.

그러나 이 사건 결정에서는 이러한 시설의 여건을 감안하더라도 산술적으로 1년에 1회 가량의 참석 기회 보장은 사실상 종교집회 참석 기회를 보장하지 않는 것과 마찬가지로 결과를 초래할 수 있다고 보았다. 더욱이 구치소에 수용된 미지정 수형자는 수용 기간이 짧은 경우가 대부분이므로 1년에 1회 가량의 종교집회 참석 기회를 보장한다는 것은 사실상 종교집회에 참석할 기회를 거의 보장받지 못하는 것과 동일한 결과를 초래할 수 있다는 점도 고려되었다.

## 5. 결정의 의의

이 사건 결정은 미결수용자에게 원칙적으로 종교집회 참석을 허용하지 아니하는 것이 종교의 자유에 대한 침해라고 판시한 2009헌마527 결정에서 한발 더 나아가, 미결수용자 및 미지정 수형자에 대하여 원칙적으로 종교집회 참석을 허용하더라도 실제로 그 횟수가 지나치게 적다면 역시 헌법 제20조가 보장하는 종교의 자유를 침해하는 것이라고 하였다는 점에 의의가 있다.

다만, 이 사건 결정은 교정교화를 위하여 실시되는 교정시설의 종교집회의 특성을 감안하여, 피청구인이 원칙적으로 수형자를 대상으로 종교집회를 실시하는 것에는 나름의 합리적 이유가 있다고 보았다. 즉, 이 사건 결정은 미결수용자와 미지정 수형자에 대하여 출력수와 반드시 동일한 수준 이상의 종교집회 참석 기회를 보장하라고 요구하는 것이 아니라, 미결수용자와 미지정 수형자의 종교의 자유가 침해되지 않는 수준의 종교집회 참석 기회는 보장되어야 한다고 실시한 것이다.

미결수용자와 미지정 수형자에 대한 종교의 자유 보장은 실제 교정시설

의 상황에 따라 달라질 수 있을 것이다. 이 사건의 경우 부산구치소의 시설 및 인력 현황은 전체 수용자의 종교집회 참석을 충분히 보장하고 이를 원활히 관리할 수 있을 정도였다고 보기는 어려웠다. 그러나 이 사건 결정에서는 그러한 상황을 고려하더라도 현재 피청구인이 1년에 1회 가량의 종교집회 참석 기회를 보장하는 것은 청구인의 종교의 자유를 과도하게 제한하는 것이라고 하여, 교정시설 내 수용자의 기본권 보장에 의미를 두었다.



## 구 법인세법 제72조 제5항 등 위헌소원

- 개정된 법 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용하도록 규정한 법인세법 부칙(2008. 12. 26. 법률 제9267호) 제9조가 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2014. 7. 24. 2012헌바105, 판례집 26-2상, 23)

유 환 우\*

### 【관시사항】

부당환급받은 세액을 징수하는 근거규정인 개정조항을 개정된 법 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용하도록 규정한 법인세법 부칙(2008. 12. 26. 법률 제9267호) 제9조가 진정소급입법으로서 재산권을 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 부당환급받은 세액을 징수하는 근거규정인 법인세법 제72조 제5항 개정 규정을 개정 법의 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용하도록 규정한 법인세법 부칙(2008. 12. 26. 법률 제9267호) 제9조(다음부터 ‘심판대상조항’이라 한다)가 진정소급입법에 해당하여 청구인의 재산권을 침해하는지 여부이다.

법인세법 부칙(2008. 12. 26. 법률 제9267호)

제9조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제72조 제5항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용한다.

---

\* 서울중앙지방법원판사, 전 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2003. 7. 14.부터 2006. 10. 2.까지 오피스텔 건물을 신축하여 분양하였는데, 2007 사업연도에 32억 원이 넘는 결손이 발생하였다. 이에 청구인은, 자신이 건설업을 주된 사업으로 영위하는 법인임을 전제로 2008. 6. 19. 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되고 2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정되기 전의 것, 다음부터 ‘개정 전 법인세법’이라 한다) 제72조 제1항의 결손금 소급공제에 의한 환급으로서 2006 사업연도에 납부한 법인세의 환급을 신청하여 ○○세무서장으로부터 403,577,200원을 환급받았다.

그런데 ○○세무서장은 2009. 11. 1. 청구인이 건설업이 아니라 부동산 공급업을 주된 사업으로 영위하는 기업으로서 결손금 소급공제 대상인 중소기업에 해당하지 않는다는 이유로 구 법인세법(2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정되고 2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것, 다음부터 ‘개정 후 법인세법’이라 한다) 제72조 제5항 제2호(다음부터 ‘이 사건 개정조항’이라 한다)에 따라 청구인이 환급받은 법인세액에 이자상당액을 가산한 467,624,910원을 해당 결손금이 발생한 2007 사업연도의 법인세로 징수하는 이 사건 처분을 하였다.

청구인은 수원지방법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소(2011구합 1543)를 제기하였으나 패소하였다. 청구인은 이에 불복하여 항소(서울고등법원 2011누29795)한 뒤 개정 후 법인세법 제72조 제5항 및 부칙 제9조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2012. 2. 15. 기각되자 2012. 3. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장요지

심판대상조항은 이미 결손금 소급공제를 받은 경우에 소급하여 환급세액을 징수하는 규정으로서, 결손금 소급공제를 환급받을 당시의 규정이 아닌 새로운 입법을 통해 과거에 종료된 사실관계를 규율하여 납세자에게 불리하게 적용되는 것으로 소급입법 과세금지원칙 및 조세법률주의에 반한다.

### 3. 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유의 요지

심판대상조항은 이 사건 개정조항 시행 전에 이미 환급이 완료된 경우에 이 사건 개정조항을 적용하여 환급세액을 징수하도록 하고 있다. 그러나 개정 전 법인세법에 따르더라도 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인은 법인세를 환급받을 수 없으므로, 당연히 잘못 환급된 세액을 다시 징수할 수 있어야 한다. 이 사건 개정조항은 이러한 요청에 따라 징수 처분에 관한 명확한 법률상 근거를 마련한 것에 불과하다. 법인세를 잘못 환급 받은 법인이 개정 전 법인세법에 근거 규정이 없다는 이유로 환급세액을 다시 징수당하지 않으리라고 신뢰하였다 하더라도 그러한 신뢰는 합리적 근거가 없어 보호할 가치가 없다. 이 사건 개정조항 시행 전에 환급이 이루어졌다는 이유로 잘못 환급된 세액을 징수하지 못한다면 같은 사업연도에 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아니라는 이유로 결손금을 공제받지 못한 다른 법인과 형평에 어긋나게 되는 등 조세공평 원칙에도 반한다. 따라서 심판대상조항은 헌법이 정한 소급입법 과세금지 및 조세법률주의 원칙을 위배한 것이 아니다.

#### 【결정요지】

심판대상조항은 개정조항이 시행되기 전 환급세액을 수령한 부분까지 사후적으로 소급하여 개정된 징수조항을 적용하는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 따라 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 진정소급입법에 해당한다.

법인세를 부당 환급받은 법인은 소급입법을 통하여 이자상당액을 포함한 조세채무를 부담할 것이라고 예상할 수 없었고, 환급세액과 이자상당액을 법인세로서 납부하지 않을 것이라는 신뢰는 보호할 필요가 있다. 나아가 개정 전 법인세법 아래에서도 환급세액을 부당이득 반환청구를 통하여 환수할 수 있었으므로, 신뢰보호의 요청에 우선하여 진정소급입법을 하여야 할 매우 중대한 공익상 이유가 있다고 볼 수도 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

청구인은 개정 후 법인세법 제72조 제5항, 부칙 제9조<sup>1)</sup>를 모두 심판대상조항으로 삼아 청구하였다. 그러나 청구인의 주장 취지는 결손금 소급공제 대상 중소기업에 해당하지 아니하는 법인이 법인세를 환급받은 경우 당해 환급세액을 반환받을 수 있는 근거규정인 개정 후 법인세법 제72조 제5항 제2호<sup>2)</sup>를 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용하도록 한 법인세법 부칙(2008. 12. 26. 법률 제9267호) 제9조가 소급입법 과세금지원칙에 위배된다는 것이다. 즉, 청구인은 개정 후 법인세법 제72조 제5항에 대하여 별도로 헌법 위반이라고 주장하지 않았다. 이에 따라 헌법재판소는 개정 후 법인세법 부칙 제9조를 심판대상조항으로 한정하였다.

결국 이 사안의 쟁점은 부당환급받은 세액을 징수하는 근거규정인 개정조항을 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용하도록 규정한 심판대상조항이 진정소급입법에 해당하는지, 진정소급입법에 해당한다면 진정소급입법을 허용할 만한 예외적 사유가 있는지 여부라고 할 것이다. 이러한 쟁점의 검토에 앞서 결손금 공제 제도의 개관 및 국세환급금의 성질에 대한 검토와 법인세법 제72조 제5항이 개정에 이르게 된 경위를 살펴볼 필요가 있다.

1) 법인세법 부칙(2008. 12. 26. 법률 제9267호)

제9조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제72조 제5항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용한다.

2) 구 법인세법(2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정되고 2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것)

제72조(결손금 소급공제에 의한 환급) ⑤ 납세지 관할세무서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 환급세액(제1호의 경우에는 감소된 결손금에 상당하는 환급세액)에 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 이자상당액을 가산한 금액을 해당 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서 징수한다.

2. 제25조 제1항 제1호의 중소기업에 해당하지 아니하는 법인이 법인세를 환급받은 경우

## 2. 결손금 소급공제제도 개관

### 가. 의의

법인세법상 결손금이란 각 사업연도에 속하는 손금의 총액이 그 사업연도에 속하는 익금의 총액을 초과하는 경우에 그 초과하는 금액을 말한다(법인세법 제14조 제2항). 과세의 편의상 법인의 소득금액을 과세기간 단위로 구분하여 과세하고 있지만, 그 법인의 전 존속기간의 소득은 사업연도 단위의 소득금액 또는 결손금의 차가감액(差加減額)이므로 어떤 과세기간에 발생한 결손금으로 그 이전 또는 이후의 사업연도의 소득금액을 보전하는 것이 마땅하다. 다만, 공제기간을 제한 없이 인정한다면 국가 세입이 불안정해지고 국가 사무가 복잡해지는 등의 문제가 있으므로, 결손금의 발생 전 또는 발생 후의 일정기간 안에서만 공제를 허용하도록 하고 있다.

결손금 공제에는 당기의 결손금을 차후 사업연도에 이월하여 차후 사업연도의 소득에서 공제하는 이월공제제도와 일정 요건을 갖춘 중소기업에 대하여 직전 사업연도의 소득에 대하여 과세된 법인세액을 한도로 결손금을 소급공제에 의한 환급을 받을 수 있도록 하는 소급공제제도가 있다. 그 중 결손금 소급공제제도는 법인세법이 1996. 12. 30. 법률 제5192호로 개정될 때 도입되었는데, 당해 연도의 결손금을 과거 연도의 소득에서 공제하기 때문에 공제의 효과가 곧바로 나타날 뿐만 아니라 실질소득에 과세한다는 결손금 공제제도의 근본 목적에 보다 적합하다.<sup>3)</sup>

### 나. 적용요건 및 입법취지

결손금 소급공제제도는 조세특례제한법 시행령 제2조4)에 규정한 중소기업을 그 대상으로 하되, 그에 해당하는 중소기업이라도 결손금이 발생한 사업연도의 직전 사업연도에 한하여 소급공제가 허용되고, 결손금의 소급공제와 세액의 환급은 당해 법인이 신고기한 내에 결손금이 발생한 사업연도와 그 직전 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 각각 신고한

3) 이규철, 법인세법상 결손금 소급공제에 의한 환급절차에 관하여, 재판자료 제115집 조세실무연구, 565쪽

4) 법인세법 제72조 제1항, 제25조 제1항 제1호, 법인세법 시행령 제39조 제1항, 조세특례제한법 시행령 제2조

경우에 한하여 적용된다(법인세법 제72조 제4항). 결손금의 이월공제제도나 소급공제제도 모두 기간과세제도가 안고 있는 모순을 시정 또는 완화하기 위한 법적 장치이기는 하나, 위와 같이 소급공제의 요건이 엄격히 제한되어 있는 점에 비추어 결손금 소급공제제도는 특별히 중소기업에 대한 조세지원을 강화하기 위한 조세정책적인 목적도 아울러 추구한다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다25590 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두10721 판결 참조).

즉, 결손금 소급공제제도는 기업의 계속성이나 기업투자의 특성상 요구되는 것이라고 할 수 있으며, 특히 위험자산에 대한 투자촉진이라는 측면에서도 필요한 것이라고 할 수 있다. 중소기업에 대해서 이를 적용한 것은 즉각적인 세액환급을 통하여 중소기업의 자금난을 해소하고, 그와 동시에 모험중소기업에 대한 투자장려의 의미도 지닌 것이라고 할 수 있다.

#### 다. 국세환급금의 성질 및 국세환급금 결정의 처분성

세무서장은 납세의무자가 국세, 가산금 또는 체납처분비로서 납부한 금액 중 오납액, 초과납부액, 환급세액<sup>5)</sup>이 있는 때에 국세환급금으로 결정하여야 한다(국세기본법 제51조 제1항). 위 오납액, 초과납부액, 환급세액은 조세채무가 처음부터 존재하지 않거나 그 후 소멸되었음에도 불구하고 국가가 법률상 원인 없이 수령하거나 보유하고 있는 부당이득에 해당한다. 법원은 위 부당이득 반환청구권은 사법상의 권리에 해당하여 민사소송의 대상이라고 보고 있다. 즉, 국세기본법 제51조 및 제52조의 국세환급금(가산금 포함)결정에 의하여 비로소 환급청구권이 확정되는 것은 아니므로, 국세환급금결정이나 이를 구하는 신청에 대한 환급거부결정 등은 납세의무자가 갖는 환급청구권의 존부나 범위에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 처분이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 처분이라고 볼 수 없다(대법원 1989. 6. 15. 선고 88누6436 전원합의체 판결 참조).<sup>6)</sup>

5) ① 오납액은 납부 또는 징수의 기초가 된 신고(신고납세의 경우) 또는 부과처분(부과과세의 경우)이 부존재하거나 당연무효임에도 불구하고 납부 또는 징수된 세액을 말하고, ② 초과납부액은 신고 또는 부과처분이 당연무효는 아니나 그 후 취소 또는 경정됨으로써 그 전부 또는 일부가 감소된 세액을 말하며, ③ 환급세액은 적법하게 납부 또는 징수되었으나 그 후 국가가 보유할 정당한 이유가 없게 되어 각 개별세법에서 환부하기로 정한 세액을 말한다.

6) 다만, 대법원은 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무가 그

그러나 결손금 소급공제에 의한 환급청구권은 납세자의 신청에 기하여 관할 세무서장이 이월결손금의 발생 등 그 실제적 요건 및 절차적 요건의 충족 여부를 판단하여 환급세액을 결정함으로써 비로소 확정되고, 위 환급세액의 성질은 과오납의 성질을 가지는 것이라 볼 수 없다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다25590 판결 참조). 그러므로 일반적인 국제기본법 제51조의 환급결정거부와 달리 납세자는 결손금 소급공제의 환급신청에 대한 과세관청의 환급거부에 대하여 항고소송(환급거부처분취소소송)을 제기할 수 있다.<sup>7)</sup> 같은 견지에서 납세자의 환급신청에 대응하는 과세관청의 환급결정은 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력의 행사에 해당하여 ‘처분’이라고 할 것이다.<sup>8)</sup>

#### 라. 결손금 소급공제에 의한 환급절차 등

결손금 소급공제에 의하여 법인세를 환급받고자 하는 법인은 소급공제 법인세환급신청서를 작성하여 결손 사업연도의 법인세 신고기한 이내에 납세지 관할세무서장에게 반드시 신청하여야 하며, 소급공제 신청서를 기한 내에 제출하지 아니하는 경우 결손금은 자동적으로 이월공제기한에 걸쳐 이월결손금으로 공제하게 된다.

---

납세의무자로부터 어느 과세기간에 과다하게 거래징수된 세액 상당을 국가가 실제로 납부받았는지와 관계없이 부가가치세법령의 규정에 의하여 직접 발생하는 것으로서, 그 법적 성질은 부당이득 반환의무가 아니라 부가가치세법령에 의하여 그 존부나 범위가 구체적으로 확정되고 조세 정책적 관점에서 특별히 인정되는 공법상 의무라고 보았다. 따라서 납세의무자에 대한 국가의 부가가치세 환급세액 지급의무에 대응하는 국가에 대한 납세의무자의 부가가치세 환급세액 지급청구는 민사소송이 아니라 행정소송법 제3조 제2호에 규정된 당사자소송의 절차에 따라야 한다고 보았다(대법원 2013. 3. 21. 선고 2011다95564 전원합의체 판결 참조).

- 7) 소순무, 조세소송, 개정5판, 528-529쪽, 568-569쪽; 사법연수원, 법인세법 2010년, 254쪽; 서울행정법원 2008. 5. 22. 선고 2008구합1931. 청주지방법원 2002. 7. 18. 선고 2002구합498 사건에서 결손금환급거부처분에 대하여 본안 판단을 하였고, 위 각 판결은 그대로 확정되었다.
- 8) 이와 달리 앞서 본 대법원 88누6436 판결의 취지를 유지하여 처분성을 부정하는 견해도 가능하다고 본다. 서울고등법원은 2012나60499호 판결(대법원 2013다206610호로 상고심 계속 중)에서 환급세액은 과세관청의 환급결정이라는 처분이 있으므로, 법률상 원인이 있어 부당이득에 해당하지 않는다는 청구인의 주장에 대하여 환급결정이 처분에 해당하지 않는다는 위 대법원 88누6436 판결을 인용하면서 환급금결정이 처분임을 전제로 한 주장이 잘못되었다는 이유로 위 주장을 배척하였다.

납세지 관할세무서장은 위 신청을 받으면 지체 없이 환급세액을 결정하여 국세기본법 제51조 및 제52조에 따라 환급하여야 한다.

### 3. 이 사건 개정조항(개정 후 법인세법 제75조 제2항)의 개정 경위

#### 가. 개정 전 법인세법의 관련 규정

결손금 소급공제로 인하여 환급된 세액을 다시 징수할 필요가 있는 경우는 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 결손금 소급공제로 법인세를 환급한 후, ① 당해 사업연도의 법인세의 과세표준과 세액이 경정되어 결손금이 감소된 경우, ② 직전 사업연도의 법인세의 과세표준과 세액이 경정되어 법인세액이 감소된 경우, ③ 결손금 소급공제 대상 법인에 해당되지 않는 등 결손금 소급공제 요건을 충족하지 못한 사실이 밝혀진 경우<sup>9)</sup>로 나눌 수 있다.

그런데 개정 전 법인세법은 제72조 제5항에서 결손금 소급공제에 따라 법인세를 환급한 후 결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소된 경우(위 ①의 경우)에 환급세액 중 그 감소된 결손금에 상당하는 세액에 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 이자상당액을 가산한 금액을 당해 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서 징수하도록 규정을 두고 있었다. 또한, 당초 환급세액을 결정한 후 직전 사업연도의 법인세액 또는 과세표준이 달라진 경우(위 ②의 경우)는 구 법인세법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20720호로 개정되고, 2009. 2. 4. 대통령령 제21302호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제110조 제6항에서 당초 환급세액을 재결정하여 추가로 환급하거나 과다하게 환급한 세액 상당액을 징수하여야 한다고 규정하고 있었다.<sup>10)</sup> 개정 전 법인세법은 결손금 소급공제 요건을 충족하지 못한 사실이 밝혀진 경우(위 ③의 경우) 환급세액을 다시 징수하는 규정을 별도로 마련하고 있지 않았다.

9) 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 환급받는 경우는 과세관청의 심사를 통한 환급금결정을 한다는 점에 빈번하게 발생한 것으로는 보이지 않는다.

10) 법인세법이 2013. 1. 1. 법률 제11607호로 개정되었는데, 구 법인세법 시행령 제110조 제6항에서 규정하고 있었던 환급세액의 징수를 제72조 제5항 제2호로 법률에서 규정하고, 심판대상조항을 같은 항 제3호로 조문을 이동하는 형태로 개정되었다.

### 나. 개정 전 법인세법 하에서 결손금 소급공제 대상이 아닌 법인이 환급받은 세액의 반환 방법

결손금 소급공제 대상이 아닌 법인이 결손금 소급공제에 의한 환급을 받은 경우, 환급세액의 징수와 계산에 관한 개정 전 법인세법 제72조 제5항 및 구 법인세법 시행령 제110조 제6항을 적용 또는 유추적용할 수 있을지가 문제되었다. 그러나 조세에 관한 법률의 해석에 관하여 그 부과요건이거나 감면요건을 막론하고 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007두9884 판결 등 참조).

이와 관련하여 대법원은 “결손금 소급공제에 의하여 법인세를 환급받은 법인이 후에 결손금 소급공제 대상 법인이 아닌 것으로 밝혀졌다 하더라도, 그와 같은 경우가 법인세법 제72조 제5항의 ‘결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소된 경우’에 해당하지 않음은 규정의 문언상 명백하므로, 그에 해당하는 경우의 환급세액 징수와 계산에 관한 같은 법 시행령 제110조 제5항<sup>11)</sup>의 규정이 적용될 여지가 없다. 또한 같은 법 시행령 제110조 제2항의 규정에 의하면, ‘직전 사업연도의 과세표준’이란 소급공제 결손금액을 차감하기 전의 과세표준을 말하므로, 같은 법 시행령 제110조 제6항에서 정한 ‘직전 사업연도의 법인세액 또는 과세표준 금액이 달라진 경우’에도 해당하지 않는다(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005두13506 판결)” 라고 판단하였다.

법인세법상의 경정결정을 통하여 부당환급된 세액을 반환받을 수 없는 지에 관하여 본다. 그러나 법인세법 제66조 제2항 제1호는 ‘신고내용에 오류 또는 탈루가 있는 때’를 경정사유로 보고 있는데, 위 규정의 ‘신고내용’이라 함은 제60조 제1항의 ‘과세표준 및 세액의 신고’를 의미한다. 또한, 개정 전 법인세법 제66조 제4항에서 ‘과세표준 및 세액을 결정 또는 경정한 후 그 결정 또는 경정사유에 오류 또는 탈루가 있는 경우’를 경정사유로

---

11) 환급세액의 징수 범위가 환급세액(법인세법 시행령 제110조 제5항 제1호) 뿐만 아니라 당초 환급세액의 통지일의 다음날부터 징수하는 법인세액의 고지일까지의 기간에 대하여 1일 10,000분의 3(연 10.95%)의 이율을 곱하여 계산한 이자상당액(같은 항 제2호)의 가산금을 반환해야 된다.

보고 있으나, 위 ‘과세표준 및 세액’은 과세하는 당해 연도의 과세표준 및 세액을 의미한다. 즉, 법인세 결손금의 소급공제는 다음 사업연도의 결손금을 근거로 그 직전 사업연도의 세액을 환급받는 것이므로, 위 규정에 의한 결정결정을 통하여 환급 세액을 반환받을 수 없다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010두17144 판결도 같은 취지).

위와 같은 판결 이후, 과세관청은 실무상 부당환급받은 세액은 법률상 원인이 없이 재산상 이익을 얻은 것으로 보고 부당이득반환청구의 소를 통하여 환급세액을 환수하게 되었다.<sup>12)</sup>

한편, 처분청은 수익적 행정처분에 하자가 있는 경우, 그 처분으로 인하여 당사자가 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법적 안정성의 침해 등 불이익을 비교 교량한 후 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 이를 직권으로 취소할 수 있다.<sup>13)</sup> 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 법인세를 환급받은 대부분의 경우는 환급세액이 반환되지 않을 것이라는 법인의 신뢰를 보호할 필요성이 있다고 보기 어렵고, 오히려 적절한 과세권의 행사, 다른 납세의무자와 형평 등의 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강하다. 따라서 과세관청은 부적법한 환급결정을 취소할 수 있다고 보여진다. 다만, 결손금 소급공제에 따른 환급결정이 행정처분에 해당하는지에 관하여 법원의 명확한 판례가 확립되지 않았다.<sup>14)</sup> 또한 환급결정을 취소할 수 있을 만큼 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 해당하는지 여부는 개별 사안에서 구체적 제반사정에 따라 달라질 수 있다는 점에서 부당한 환급결정이 있다고 하여 환급결정을 취소할 수는 없다고 본다. 관할 세무서장이 국세환급금 결정을 취소한 경우에는 국세징수법의 고지·독촉 및 체납

12) 서울고등법원은 2013. 5. 24. 2012나60499 사건에서 부당이득 반환청구를 인정하였다(대법원 2013다206610호로 상고심 계속 중이다).

13) 대법원 1992. 7. 24. 선고 92누3311 판결 등 참조

14) 이에 반하여 처분성을 부정하는 판례도 있다. 서울고등법원은 2012나60499호 판결(대법원 2013다206610호로 상고심 계속 중)에서 환급세액은 과세관청의 환급결정이라는 처분이 있으므로, 법률상 원인이 있어 부당이득에 해당하지 않는다는 청구인의 주장에 대하여 환급결정이 처분에 해당하지 않는다는 대법원 88누6436 판결을 인용하면서 환급금결정이 처분임을 전제로 한 주장이 잘못되었다는 이유로 위 주장을 배척하였다.

처분 등의 징수절차에 따라 징수할 수 있다(구 국세기본법 제51조 제7항).

### 다. 이 사건 개정조항의 내용

법인세법은 2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정하면서 제72조 제5항 본문에서 종래 규정하고 있었던 ‘결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소한 경우’를 제1호로 규정하였다. 그 외에 같은 항 제2호에 ‘중소기업에 해당하지 아니하는 법인이 결손금 소급공제를 통하여 법인세를 환급받은 경우’를 신설하였다. 종래 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 경우 개정 전 법인세법 제72조 제5항 등을 적용(유추적용)하여 징수할 수 없다는 대법원 판례에 따라 환급세액의 징수에 관한 근거 규정을 마련하고, 부당이득에 대한 법정이자율의 성질을 가진 이자상당액을 부과하기 위한 목적이라고 할 것이다.

이 사건 개정조항에 의하면, 결손금 소급공제 대상 중소기업에 해당하지 아니하는 법인이 법인세를 환급받은 경우, 그 반환 범위는 환급세액<sup>15)</sup> 뿐만 아니라 환급세액의 통지일의 다음날부터 추징하는 법인세액의 고지일까지의 기간에 대하여 1일 1만분의 3의 율(연 10.95%<sup>16)</sup>)로 계산한 이자상당액을 가산하여 반환하여야 한다(법인세법 시행령 제110조 제5항). 위 이자상당액은 국세환급가산금<sup>17)</sup>에 대응하는 것으로서 부당이득에 대한 법정

15) 결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소한 경우(제1호)에는 감소된 결손금에 상당하는 환급세액을 반환하는데, 이는 당초 환급세액에서 소급공제 결손금 중 감소된 결손금액(소급공제받지 아니한 결손금이 있는 경우 그 초과하는 금액)의 비율에 따른 금액이 된다(법인세법 시행령 제110조 제4항 참조).

16) 다만, 법인세법 시행령 제110조 제5항은 2012. 2. 2. 대통령령 제23589호로 개정되면서, 납세자가 법인세액을 과다하게 환급받는데 정당한 사유가 있는 때에는 국세환급가산금과 같은 이자율을 적용하도록 하였다.

17) 국가가 납세의무자로부터 국세·가산금·채납처분비로서 납부받은 금액 중 오납액, 초과납부액, 환급세액을 보유하고 있는 경우 위 금액은 부당이득(다만, 앞서 본 바와 같이 결손금 소급 공제에 의한 환급은 부당이득의 성질을 가지고 있지 않다)에 해당하므로, 납세의무자에게 그 부당이득에 대한 법정이자율의 성질을 가진 환급가산금을 지급하게 된다. 국세기본법 제52조 참조{이 사건과 관련한 시기의 국세환급가산금 이자율은 다음과 같다. 2007. 10. 15.부터 1일 1.37/10,000의 율(연 5.00%), 2009. 5. 1.부터 1일 9.3/100,000의 율(연 3.39%), 2010. 4. 1.부터 1일 11.8/100,000의 율(연 4.3%)}

자의 성질을 가지고 있다.

또한, 세무서장이 해당 결손금이 발생한 사업연도의 ‘법인세’로서 징수하는 것이므로, 납세의무 부과요건에 관한 규정을 신설한 것에 해당한다. 이에 대하여 부당이익의 성격을 가진 환급세액의 환수 절차 규정을 마련한 것에 불과하다거나 결손금이 발생한 직전 사업연도의 법인세가 잘못 환급된 것에 불과하여 직전 사업연도의 법인세를 다시 징수하는 것에 불과하다는 전제에서 과세요건이 아니라는 견해의 성립도 가능하다. 그러나 환급세액의 실질이 부당이익의 성격을 가지고 있다는 점은 부인할 수 없으나 이 사건 개정조항에서 해당 결손금이 발생한 사업연도의 ‘법인세’로서 징수하는 것으로 명시함에 따라 위 환급세액 반환의무는 조세채무와 같은 법적 성격을 가지게 된다는 점, 결손금 소급공제로 인한 환급은 직전 사업연도의 소득에 대하여 과세된 법인세액을 한도로 계산된 금액이 지급될 뿐이고 이미 적법하게 성립한 ‘직전 사업연도의 법인세’를 환급하는 것은 아니라는 점,<sup>18)</sup> 해당 결손금이 발생한 사업연도<sup>19)</sup>의 조세채권으로서 배당 순위는 일

18) 이에 반하여 교통·에너지·환경세법 제17조 제8항은 “제2항 제4호의 규정에 해당하여 환급 또는 공제를 받은 물품이 소정의 용도에 사용되지 아니한 사실이 확인된 때에는 환급 또는 공제된 교통·에너지·환경세를 징수한다.”고 규정하고 있다. 위 규정은 물품이 소정의 용도로 사용되는 경우 교통·에너지·환경세를 부담하지 않도록 하기 위하여 소정의 용도로 사용되면 납부한 세금을 환급하게 하고, 이후 소정의 용도로 사용에 사용되지 아니한 사실이 확인된 때에 환급된 교통·에너지·환경세를 다시 징수하도록 규정이다. 따라서 위 규정은 환급세액이 종전 징수하였던 교통·에너지·환경세로서 성질을 잃지 않은 채 ‘환급된 교통·에너지·환경세’를 다시 징수한다고 보여진다(개별소비세법 제20조 제8항도 동일한 형식의 규정을 두고 있다).

이에 반하여 법인세법은 ‘직전 사업연도의 법인세’이라고 규정하지 않고, ‘결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서’라고 규정하고 있는바, 결손금 소급공제에 의한 환급은 이미 성립한 법인세를 이후 사업연도에 결손금이 발생하였다는 사정으로 인하여 소급하여 환급하는 제도이므로, 앞에서 본 환급세액과 그 성격을 달리한다. 또한, 이 사건 개정조항은 ‘직전 사업연도의 법인세’를 다시 징수하는 것이 아니라 ‘결손금이 발생한 사업연도의 법인세’라고 명시하고 있는 점에서 새로운 과세요건을 규정한 것으로 보아야 한다.

19) 결손금 소급공제로 환급받은 세액은 결손금이 발생한 사업연도의 직전 사업연도의 법인세액의 한도 내에서 환급된 것이므로, 법인세법 제72조 제5항에서 결손금이 발생한 사업연도의 ‘직전 사업연도의 법인세’로서 징수하는 규정을 둘 수도 있다. 그러나 직전 사업연도의 법인세로 징수한다면, 그 배당 순위에 있어서 직전 사업연도 이후 발생한 저당권자의 권리를 해할 우려가 있어 이를 고려한 것으로 보인다.

반 채권에 우선하게 되는 등 국세로서 국세징수법의 징수절차에 따라 징수된다는 점에서 넓은 의미의 과세요건을 신설한 것이라고 보아야 한다.

따라서 이 사건 개정조항에 의하여 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인은 부당이득 반환의무 외에 납세의무를 부담하게 되고, 세무서장은 환급세액을 국세로서 국세징수법의 고지·독촉 및 체납처분에 의하여 징수하게 된다.

#### 4. 소급과세금지원칙의 위배 여부

##### 가. 소급과세금지원칙 일반론

(1) 소급금지의 원칙이란 법령의 소급적용이 법률생활에 있어서의 법적 안정성을 해치고 국민의 신뢰이익의 보호에 위배되므로 허용되지 않는다는 원칙을 말한다. 이와 같은 소급금지의 원칙이 조세법 영역, 특히 조세의 과세처분에서의 적용이 소급과세금지원칙이라 한다.

헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여 …… 재산권을 박탈당하지 아니한다”고 규정하고 있다. 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거에 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하는 것이므로, 새로운 입법으로 과거에 소급하여 과세하거나 또는 이미 납세의무가 존재하는 경우에도 소급하여 중과세하는 것은 헌법에 위반된다(헌재 2003. 6. 26. 2000헌바82; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바132 참조). 헌법재판소는 위 결정과 같이 헌법 제13조 제2항을 소급과세금지의 원칙의 헌법적 근거로 제시하고 있다. 소급입법이 금지되는 주된 이유는 문제된 사안이 발생하기 전에 그 사안을 일반적으로 규율할 수 있는 입법을 통하여 행위시법으로 충분히 처리할 수 있었음에도 불구하고, 권력자에 의해 사후에 제정된 법을 통해 과거의 일들이 자의적으로 규율됨으로써 법적 신뢰가 깨뜨려지고 국민의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위함이다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141).

다만 소급입법 과세금지원칙의 헌법적 근거에 대하여 국민의 납세의무 및 조세법률주의를 규정한 헌법 제38조, 제59조에서 찾는 결정례(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바99 등)도 있었다. 이는 헌법 제13조 제2항은 ‘재산권의 박탈’을 규정하고 있으므로, 법률로 보장되지 아니한 ‘재산권’과 법률상

보장되는 재산권을 박탈하지 않고 단지 ‘제한’하는 것은 위 헌법조항의 구성요건 범주에 해당하지 아니하여, 특정한 재산권의 박탈을 목표로 하지 않는 조세입법은 헌법 제13조 제2항을 조세법률의 소급입법을 금지한 조항으로 보기 어렵다는 견해에 근거한 것으로 보인다.<sup>20)</sup> 그러나 조세와 재산권의 간접적 영향관계를 감안한다면, 소급적인 조세입법으로 인해 재산에 대한 중대한 제약을 가함으로써 결과적으로 재산권 박탈의 효과에 이르는 방식으로 설명될 수 있으므로, 헌법 제13조 제2항을 소급과세금지의 헌법적 근거로 보는 것이 더 자연스럽다는 견해가 있다.<sup>21)</sup>

실정법적 근거로 헌법 제13조 제2항을 직접적 근거규정으로, 헌법 제59조를 간접적인 근거 규정으로 보는 견해도 있다.<sup>22)</sup> 이론적 근거로는 실질적 법치국가이념에 근거한 법적 안정성 내지 당사자의 신뢰보호에 있다고 설명하는 것이 일반적이다.

(2) 소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지(과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는지), 아니면 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 현재 진행중에 있는 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바99; 헌재 2008. 9. 25. 2007헌바74 참조).

이와 같이 법령의 소급효를 진정 소급효(echter, Ruckwirkung)와 부진정 소급효(unechter Ruckwirkung)로 구분하는 견해는 독일의 연방헌법재판소의 판결에서 비롯된 것이다. 독일의 연방헌법재판소는 법령의 소급효 중 진정 소급효는 원칙적으로 허용되지 않지만, 부진정 소급효는 허용된다는 입장을 취하여 왔다.<sup>23)</sup> 그러나 법령의 소급효를 진정 소급효와 부진정 소

20) 최갑선, 소급입법 과세금지원칙, 헌법논총 15집(2004), 헌법재판소, 705쪽 참조

21) 헌법재판연구원, 조세 관련 재산권 제한의 위헌심사기준, 공과금 부과 위헌심사(2012), 51쪽 참조

22) 임승순, 조세법, 2011년도, 34-35쪽 참조

23) 김완석, 부진정 소급과세의 위헌성, 조세판례백선(2005. 8), 박영사 참조,

급효로 구분하는 독일 연방헌법재판소의 판결에 대하여 양자의 구별이 명확하지 않다는 비판이 각각도로 제기되어 왔다. 헌법재판소도 소급입법을 진정·부진정으로 나누는 척도는 개념상으로는 쉽게 구분되나 사실상 질적 구분이 아닌 양적 구분으로, 단순히 법기술적 차원으로 이루어질 가능성이 있으므로 이와 같은 구분의 기준에 관하여 이견이 있을 수 있음을 인정하였고, 특히 과세연도 도중에 세법이 개정된 경우 이를 부진정 소급입법으로 나누는 척도는 개념상으로는 쉽게 구분되나 사실상 질적 구분이 아닌 양적 구분으로, 단순히 법기술적 차원으로 이루어질 가능성이 있다고 보았으나 현재로서는 이를 대체할 새로운 대안을 찾기 어려우므로 종전의 구분을 유지한다고 판시한 바가 있다(헌재 1995. 10. 26. 선고 94헌바12 참조). 이후 계속하여 헌법재판소는 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분하여 소급입법의 허용기준을 달리 판단하고 있다.

(3) 헌법재판소는 조세법 영역에서 진정소급입법이 예외적으로 허용되는 구체적 기준에 대하여 실시한 바는 없다. 그러나 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 등 위헌소원 등 사건에서 소급입법금지원칙의 일반론을 밝혔다. 즉, “소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는 바, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 되는 데 반하여, 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 허용될 수 있다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등 참조)”고 판시하였다. 또한, “소급입법은 이미 종료된 사실관계에 작용하는지 또는 현재 진행중인 사실관계에 작용하는지에 따라

진정 소급입법과 부진정 소급입법으로 구분된다. 진자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 다만, 기존의 법을 변경해야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요는 상대적으로 정당화될 수 없는 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165 등 참조)”고 결정하기도 하였다.<sup>24)</sup>

조세법 영역에서 소급과세금지원칙이 문제되는 이 사건에서도 헌법재판소는 『소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지 아니면 현재 진행중에 있는 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되고, 진정소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있다(헌재 2008. 5. 29. 2006헌바99 등 참조)』라고 실시하여 종래 헌법재판소가 제시한 소급입법금지원칙과 동일한 기준을 제시하였다. 또한, 『소급입법이 예외적으로 허용되기 위해서는 ‘소급입법을 허용할 수밖에 없는 공익상 이유’가 인정되어야 한다. 이러한 필요성도 없이 단지 소급입법을 예상할 수 있었다는 사유만으로 소급입법을 허용하는 것은 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙을 침해하지 않을 수 있으므로 예외사유에 해당하는지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다(헌재 2013. 8. 29. 2010헌바354 등 참조)』고 실시함으로써 예외적으로 소급입법을 허용할 수밖에 없는 공익상 이유가 있다고 인정에 신중하고 엄격하게 판단할 것을 요구하였다.

## 나. 소급과세금지원칙 위배 여부

### (1) 심판대상조항의 내용

심판대상조항은 개정 후 법인세법 제72조 제5항(이 사건 개정조항)의 적용시기에 관하여 개정 후 법인세법이 시행된 다음 최초로 환급세액을 징수

24) 한편, 대법원은 “새로운 납세의무나 종전보다 가중된 납세의무를 규정하는 세법 조항의 소급적용은 과세요건을 실현하는 행위 당시의 납세의무자의 신뢰가 합리적 근거를 결여하여 이를 보호할 가치가 없는 경우, 그보다 중한 조세공평의 원칙을 실현하기 위하여 불가피한 경우 또는 공공복리를 위하여 절실한 필요가 있는 경우에 한하여 법률로써 그 예외를 설정할 수 있다(대법원 1983. 4. 26. 선고 81누423 판결)”고 판시하였다.

하는 분부터 적용하도록 규정하고 있다. 이 사건 개정조항에서 새로이 규정한 ‘결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 환급받은 사실’은 앞서 본 바와 같이 넓은 의미의 과세요건에 해당한다. 심판대상조항은 위와 같이 추가된 과세요건사실의 발생 시기에 관하여 아무런 제한을 두지 않고,<sup>25)</sup> 과세관청의 의사에 따라 최초 징수하는 분부터 적용하도록 하고 있다.

## (2) 진정소급입법에 해당하는지 여부

헌법재판소는 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용하도록 하는 부진정소급입법인지에 따라 위헌의 판단기준을 달리하고 있는바, 심판대상조항이 진정소급입법인지, 부진정소급입법에 해당하는 지<sup>26)</sup>에 관하여 살펴 볼 필요가 있다.

심판대상조항을 부진정소급입법에 해당한다는 견해가 있을 수 있다. 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 환급받은 상태가 지속되고 있으므로, 이는 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 해당한다고 주장할 수 있다.

그러나 이에 대하여 헌법재판소는 『국세기본법 제18조 제2항은 “국세를 납부할 의무가 성립한 소득·수익·재산·행위 또는 거래에 대하여는 그 성립 후의 새로운 세법에 의하여 소급하여 과세하지 아니한다.”고 하여 소급과세금지원칙을 규정하고 있다. 이는 헌법 제13조 제2항의 소급과세금지원칙을 구체화한 것으로 볼 수 있는데, 국세기본법은 납세의무의 성립시점을 소급입법 과세의 기준시점으로 보고 있다. 납세의무는 조세법규에 정해진 과세요건이 충족된 때에 그 내용과 범위가 성립되는데, 이 사건 개정조항에 따라 ‘결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 환급받은 사실’이라는 과세요건이 충족되면 그때 조세채무가 성립된

25) 다만 심판대상조항에 따라 최초 징수하는 분부터 적용된다고 하더라도 기간의 제한이 전혀 없는 것은 아니고, 국세의 부과제척기간에 의한 제한은 받는다.

26) 진정소급입법과 부진정소급입법의 분류는 그 자체가 목적이 아니라 신뢰제한의 정도를 판단하는, 그리고 그 결과 헌법적 평가를 달리하려는 편의적인 개념도구라고 보고, 상대성을 가진다는 견해가 있다(전광석, 한국헌법론 제8판, 243-246쪽).

다고 보아야 한다.

그런데 심판대상조항은 개정 후 법인세법의 시행 이전에 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 법인세를 환급받은 경우에도 이 사건 개정조항을 적용할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이는 이미 종결한 과세요건사실에 소급하여 적용할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 청구인이 이 사건 개정조항이 시행되기 전 환급세액을 수령한 부분까지 사후적으로 소급하여 적용되는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 따라 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 진정소급입법에 해당한다.』고 실시하였다.

이는 헌법재판소가 조세 관련 법률에서 진정소급입법인지 여부는 문제되는 법률 규정의 시행 전에 과세대상에 대한 납세의무가 성립되었는지 여부에 따라 판단한다는 기준을 제시한 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 이러한 기준에 따라 이 사건 심판대상조항이 진정소급입법에 해당하는지 여부를 판단하였다. 즉, 이 사건 개정조항은 ‘결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 환급받은 사실’을 과세요건으로 하여 이자상당액을 가산하여 법인세로서 징수할 수 있도록 하는 규정인데, 심판대상조항은 이 사건 개정조항을 과세관청에서 최초로 징수하는 분부터 적용할 수 있게 함으로써 법인세법 개정 전에 위와 같은 요건을 완성한 법인에게도 적용하도록 한 것이다. 결국 심판대상조항은 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하도록 하는 것에 해당하여 진정소급입법에 해당한다고 판시한 것이다.

### (3) 이 사건 개정조항의 적용에 따른 법인이 부담하는 의무의 변화

결손금 소급공제 대상이 되는 중소기업이 아님에도 결손금 소급공제로 법인세액을 환급받은 법인은 이 사건 개정조항의 소급 적용에 따라 부당이득 반환의무뿐만 아니라 납세의무를 추가로 부담하게 된다. 헌법재판소는 부당이득 반환채무와 이 사건 개정조항에 따른 조세채무를 법적 성격, 반환 범위, 반환 절차 등에서 차이를 비교하면서 결손금 소급공제로 법인세액을 부당환급받은 법인이 이 사건 개정조항의 소급 적용에 따라 새로이 추가적으로 부담하는 의무를 구체적으로 살펴보았다.

즉, 헌법재판소는 『먼저, 조세채권은 일반 민사 채권에 비하여 배당 순위에서 우선권을 가지게 된다. 또 국가의 환급세액에 대한 부당이득 반환청구는 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 5년의 소멸시효기간이 적용되지만, 법인세로 부과하는 경우 국세부과권의 제척기간이 이보다 길어질 수 있고, 징수권에 대하여 별도의 소멸시효가 적용되어 장기간에 걸쳐 환급세액을 징수당할 수 있게 된다.

한편, 부당이득 반환청구의 경우 선의의 수익자는 현존하는 이익의 범위 안에서, 악의의 수익자는 그 받은 이익에 연 5%의 법정이자를 붙여 반환하고 손해를 배상하게 된다. 또 부당이득은 특별한 사정이 없는 한 기간의 정함이 없는 채무이므로, 선의의 수익자는 부당이득 반환의 소가 제기된 때에 악의의 수익자로서 법정이자 및 손해를 반환할 의무가 발생한다. 그런데 이 사건 개정조항에 따르면, 환급금을 반환받은 법인이 악의인지 선의인지 여부를 묻지 않고 환급세액 통지일의 다음날부터 추정하는 법인세액의 고지일까지의 기간에 대하여 연 10.95%의 비율에 의한 이자상당액을 가산하여 반환하여야 한다.

아울러 부당이득 반환청구는 사법상의 채권으로서 강제집행절차로 나아가기 위해서는 원칙적으로 쟁송절차 및 그에 따른 집행권원을 필요로 한다. 이에 반하여 조세채권은 과세관청이 자력집행권에 근거하여 그 실현을 위하여 곧바로 강제징수절차에 들어갈 수 있다.』고 실시하였다. 즉, 결손금 소급공제로 법인세액을 환급받은 법인은 이 사건 개정조항의 소급 적용에 따라 환급세액을 법인세로서 징수당하게 됨으로써 위와 같은 불리한 지위에 놓이게 된 것이다.

한편, 개정 전 법인세법하에서도 수익적 행정처분인 환급금 결정을 취소하는 경우 구 국세기본법(2007. 12. 31. 법률 제8830호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9911호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국세기본법’이라 한다) 제47조의5 제2항<sup>27)</sup>, 국세기본법 시행령(2010. 2. 18, 대통령령 제22038호 전문

27) 구 국세기본법 제47조의5 ② 납세자가 환급받은 세액이 세법에 따라 환급받아야 할 세액을 초과하는 경우에는 다음 산식을 적용하여 계산한 금액을 납부할 세액에 가산하거나 환급받을 세액에서 공제한다. 초과하여 환급받은 세액 × 환급받은 날의 다음 날부터 자진납부일 또는 납세고지일까지의 기간 × 금융기관이 연체대출금에 대하여 적용하는 이자율 등을 고려하여 대통령령이 정하는 이자율

개정되기 전의 것) 제27조의4<sup>28)</sup>에 따라 개정 전의 법인도 납세자가 초과하여 환급받은 세액에 대하여 이 사건 개정조항과 동일한 이자율의 환급불성실가산세를 부담하고 있었다고 볼 여지도 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 과세관청이 결손금 소급공제에 의한 환급금 결정을 직권으로 취소할 수 있는지 여부가 법원의 관례 등에 의하여 확립되어 있지 않고,<sup>29)</sup> 과세관청은 환급금 결정의 직권 취소를 통하여 구 국세기본법 제51조 제7항에 따라 징수하지 않고 부당이득반환청구의 소를 통해서 부당 환급세액을 환수하고 있는 과세실무를 고려하면, 개정 전 법인세법 하에서 결손금 소급공제로 부당환급받은 법인이 구 국가기본법 제47조의5 제2항에 의하여 환급불성실가산세를 부담하는지 여부가 분명하지 않다.

결손금 소급공제에 따라 부당 환급받은 법인이 구 국가기본법 제47조의5 제2항에 의하여 환급불성실가산세를 부담한다고 하더라도 다음과 같은 점을 더하여 보면, 심판대상조항의 신설로 더욱 불리한 지위에 있다고 할 것이다. 법인세법 제72조 제5항에서 규정한 ‘이자상당액’ 부분은 부당이득의 법정이자 규정(민법 제748조)의 특칙으로서의 성질을 가진다고 할 것이다.<sup>30)</sup> 이에 반하여 환급불성실가산세의 성격은 환급의무를 불성실하게 이행한 것에 대한 ‘행정상의 제재’이므로, 그 성격을 달리한다. 또한 구 국세기본법 제47조의5 제4항은 초과하여 환급받은 세액은 법인세에 가산하여 납부하여야 할 이자 상당 가산액을 포함하여 산정하도록 규정하고 있는데, 위 규정의 이자 상당 가산액에 법인세법 제72조 제5항의 이자상당액도 포함된다고 해석할 수 있다.<sup>31)</sup> 국세기본법은 개별 세법에 우선하여 적용되므로,<sup>32)</sup> 개별 세법에 의하여 환급금 반환 사유가 발생한 경우에는 개별 세법

28) 구 국세기본법 시행령 제27조의4(납부·환급불성실가산세) 법 제47조의5제1항 또는 제2항에서 “대통령령이 정하는 이자율”이라 함은 1일 1만분의 3의 율을 말한다.

29) 각주 14) 서울고등법원 2012나60499 판결 관례 참조

30) ‘이자상당액’에 대응하는 ‘환급가산금’에 대하여 관례는 부당이득의 반환범위에 관한 민법 제748조의 특칙으로서의 성질을 가진다고 보았다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다11808 판결 참조).

31) 통상 국세기본법 제47조의5 제4항의 이자상당액은 법인세법에서는 고유목적사업 준비금의 미사용으로 납부한 이자상당액(구 법인세법 제29조 제4항), 계약자배당준비금의 미사용으로 납부한 이자상당액(법인세법 제31조 제4항)을 의미한다고 해석되고 있다(조달열, 앞의 책, 1846면).

32) 구 국세기본법 제3조 ① 이 법은 세법에 우선하여 적용한다. 다만 세법에서

에서 이를 배제하는 규정이 없는 한 적용되어야 한다<sup>33)</sup>. 결국, 결손금 소급공제의 의한 환급금에 대하여 국세기본법 환급불성실가산세의 적용 대상에서 제외할 아무런 이유가 없으므로, 결손금 소급공제에 따라 부당 환급받은 법인은 개정 후 법인세법 하에서도 이론적으로는 국세기본법에 의한 환급불성실가산세를 추가적으로 부담하게 되는 것이다.<sup>34)</sup>

(4) 소급입법을 허용할 수밖에 없는 공익상 이유가 있는지 여부

(가) 이 사건 개정조항의 개정 필요성과 소급 적용 필요성의 구분

헌법재판소는 이 사건 결정에서 『결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 법인세를 환급받은 것은 환급금결정에 위법한 흠이 있는 경우이므로, 적법하고 공평한 과세권의 행사를 위하여 환급세액을 돌려받을 필요가 있다. 따라서 환급세액의 반환을 조세 징수절차로 징수할 수 있는 근거 규정을 마련함으로써 과세관청이 효율적으로 환급세액을 환수하고 법정이자를 납부하게 하는 규정을 마련하는 것은 필요하고도 합리적인 입법이다. 즉, 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인으로부터 환급세액을 환수

---

……제5장 … 제3절(『조세특례제한법』제100조의10 및 같은 법 제100조의34에 따른 가산세만 해당한다), …에 대한 특례규정을 두고 있는 경우에는 그 세법에서 정하는 바에 따른다.

- 33) 한편, 법인세법은 2005. 12. 31. 법률 제7838호로 개정되면서 제76조 제1항 제3호 나목으로 ‘환급불성실가산세’가 최초로 규정되었는데(이후 국세기본법에서 통합적으로 규정), 위 법률은 2006. 1. 1. 이후 최초로 법인세를 납부하거나 징수하는 분(2005 사업연도분)부터 적용된다. 심판대상조항에 의한 환급세액의 징수는 5년의 제척기간의 제한에 따라 2004. 1. 1. 이후 중소기업에 해당되지 않음에도 결손금 소급공제에 의한 환급을 받은 법인에게도 적용된다. 따라서 2004년의 경우 위 법인세법 또는 국세기본법에 따른 환급불성실가산세를 부과할 수 없는 기간에 해당한다.
- 34) 법인세법 제72조 제5항에 의한 환급세액의 징수는 완결적 규정이고, 국세기본법의 환급불성실가산세가 적용되지 않는다는 견해도 있을 수 있다. 재경부와 국세청은 결손금 소급공제 후 결손금 감소로 추가 납부시 가산세가 적용되는 지에 대한 질의를 받고 개정 법인세법 제72조에 따른 결손금 소급공제에 의한 환급을 적용받은 후 해당 결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소된 경우에는 같은 법 시행령 제110조 제4항에 따라 계산한 법인세액에 같은 조 제5항에 따른 이자상당액을 가산한 금액을 해당 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로 징수하는 것이라고 밝히고 있다(제조세-270, 2013. 3. 21.). 즉, 법인세법 제75조 제5항에 의한 이자상당액 이외에 별도의 환급불성실가산세를 부과하지 않은 것으로 보인다.

할 법적 근거를 마련할 공익상 필요성은 인정된다.』고 판시함으로써 이 사건 개정조항의 입법 필요성에 대하여 인정하였다.

그러나 『이 사건 개정조항을 신설할 공익상 필요성이 인정된다고 하여 이 사건 개정조항 시행 이전에 이미 종결한 과세요건사실에 소급하여 이를 적용할 공익상 필요성이 바로 인정되는 것은 아니다. 이 사건 개정조항을 신설할 공익상 필요성과 이 사건 개정조항을 소급하여 적용할 공익상 필요성은 달리 판단하여야 한다.』고 판시한 바와 같이 이 사건 개정조항을 소급하여 적용하도록 한 심판대상조항의 입법 필요성은 이 사건 개정조항의 입법 필요성과는 달리 판단해야 한다. 앞에서 본 바와 같이 당해 법원이 위헌제정신청을 기각한 사유를 검토하여 보면, 당해 법원의 결정은 이 사건 개정조항의 필요성과 심판대상조항의 필요성을 명백하게 구분하고 있지 않았다. 이에 반해 헌법재판소는 이 사건 결정에서 이 사건 개정조항의 필요성과 더불어 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하도록 하는 소급입법의 필요성을 구분하여 소급입법의 공익상 이유가 있는지를 판단한 것이다.

(나) 소급입법을 허용할 수밖에 없는 공익상 이유가 있는지에 대한 판단

이에 따라 헌법재판소는 『개정 전 법인세법 아래에서도 부당이득 반환청구 등<sup>35)</sup>을 통하여 환급세액을 환수하는 것이 가능하였으므로, 이 사건 개정조항을 소급하여 적용하여야 할 필요성은 인정하기 어렵다. 과세관청은 결손금 소급공제 신청이 있는 경우 그 신청이 적법한지 여부를 심사할 권한이 있다. 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인에게 법인세 환급결정이 있었다면 과세관청이 심사권한을 제대로 행사하지 않았다고 볼 수 있으므로, 이 사건 개정조항과 같이 법인세 부과처분을 통하여 효율적으로 환수하지 못하고 부당이득 반환 등 다소 복잡한 절차를 거칠 수밖에 없었다고 하여 이러한 불편을 소급적으로 해소할 공익상 필요성이 크다고 보기 어렵다. 더구나 이 사건 개정조항을 소급 적용하여 납세자에게 환급세액을 법인세로서 납부할 부담을 지우고 상당한 금액의 이자상당액을 가산하여 납부하도록 하는 것은, 모든 책임을 납세자에게만 전가시키는 것으로 형평에도 맞지 않는다.

35) 헌법재판소는 ‘부당이득 반환청구 등’이라고 실시함으로써 환급금 결정의 직권취소와 이에 따른 국세징수법의 고지·독촉 및 체납처분 등의 징수절차에 따라 징수할 수 있다(구 국세기본법 제51조 제7항)는 여지를 남겨 둔 것으로 보여진다.

그런데 부당이득 반환청구를 통하여 환급세액을 환수하는 경우 그 수입이 재정수입이 아닌 세외수입으로 분류되어 재정운영에 혼란이 초래될 수 있으므로, 이 사건 개정조항의 소급적용이 필요하다는 주장이 있을 수 있다. 하지만 재정항목을 일치시킬 필요가 중대한 공익상 필요성이라고 보기 어렵고, 이 문제는 재정항목을 일치시킬 수 있도록 하는 법률의 개정 등 다른 방법을 통하여 충분히 해소할 수 있다.』고 실시하면서 이 사건 개정조항을 소급하여 적용할 수밖에 없는 중대한 공익상 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

헌법재판소는 개정 전 법인세법 하에서 부당이득 반환청구 등을 통하여 환급세액을 환수하는 것이 가능하였고, 납세자로 하여금 민법상의 법정 이자율을 상회하는 이자상당액을 가산하여 납부하도록 규정하는 것은 과세관청이 결손금 소급공제 신청에 따른 환급 결정을 하면서 심사권한을 제대로 행사하지 않은 모든 책임을 납세자에게 전가시키는 것이라고 파악하였다. 아울러 국가의 재정항목의 일치 필요성은 중대한 공익상 필요성이 될 수 없다고 판시하였다.

#### (다) 법인의 신뢰 보호

중대한 공익상 이유를 판단함에 있어서 소급입법으로 침해되는 이익이 무엇이고, 침해되는 이익의 비교형량이 필요하다. 따라서 헌법재판소는 이 사건 개정조항을 소급하여 적용할 수밖에 없는 중대한 공익상 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하면서 추가적으로 침해되는 법인의 신뢰 보호 필요성 등을 언급하였다. 즉, 헌법재판소는 『법인세를 부당 환급받은 법인이 환급세액이 반환되지 않을 것이라고 신뢰하였다고 하더라도 환급세액은 법률상 원인이 없는 것으로서 부당이득 반환의 대상이 되므로, 그러한 신뢰는 합리적 근거가 없어 보호할 필요가 없다. 그러나 환급세액을 법인세로서 환수하는 법률 규정이 없었던 이상, 환급세액을 부당 환급받은 법인으로서 소급적으로 환급세액이 법인세로 징수될 것까지는 예상할 수 없었다고 볼 수 있다.

결손금 소급공제는 직전 사업연도의 법인세 과세표준 및 세액이 경정되어 환급되는 것이 아니라 이후 사업연도에 결손금이 발생하여 이를 소급공제하여 직전 사업연도에 법인세를 납부한 경우에 한하여 그 금액을 한도로

환급하는 것에 불과하다. 이미 적법하게 성립·확정된 ‘직전 사업연도의 법인세’를 환급한 것이 아닌 것이다. 따라서 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인은 민사상 부당이득 반환 의무를 부담하는 것에 그치는 것이므로, 관련 법률 규정이 없는 한 조세채무를 다시 부담하지 않으리라는 법인의 신뢰는 보호되어야 한다.

법인세를 부당 환급받은 법인은 심판대상조항에 따라 이 사건 개정조항이 소급 적용되어 부당이득 반환에 따른 민사채무 외에 조세채무를 추가적으로 부담하게 된다. 그러므로 법인세를 부당 환급받은 법인은 조세채무를 부담하게 되어 국세부과권의 제척기간, 징수권의 소멸시효에 따라 개정 전 법인세법에서 국가의 금전채무 소멸시효 기간 5년보다 더 장기간에 걸쳐 환급금을 환수당할 처지에 놓이게 되었다. 더구나 이 사건 개정조항은 환급세액뿐만 아니라 이자상당액을 가산한 금액을 지급하도록 규정하고 있다. 이자상당액이 발생하는 기간도 선의의 수익자가 부담하는 부당이득 반환 청구의 범위에 비하여 길고, 법정이율인 5%보다 더 높은 이율을 부담하게 된다. 따라서 법인세를 부당 환급받은 법인은 소급입법에 의하여 재산의 손실이 없거나 있더라도 그 손실이 아주 가벼운 경우라고 볼 수 없다.』고 실시하였다.

헌법재판소는 법인세액을 부당 환급받은 법인이 심판대상조항의 신설로써 부당이득 반환에 따른 민사채무 외에 조세채무를 추가적 부담하게 되었음을 강조하면서 이에 따른 재산의 손실을 구체적으로 실시하면서 관련 법률 규정이 없는 한 조세채무를 다시 부담하지 않으리라는 법인의 신뢰는 보호할 필요성이 있다고 본 것이다.

#### (라) 심판대상조항의 위헌성에 대한 결론

헌법재판소는 『법인세를 부당 환급받은 법인은 소급입법을 통하여 이자상당액을 포함한 조세채무를 부담할 것이라고 예상할 수 없었고, 환급세액과 이자상당액을 법인세로서 납부하지 않을 것이라는 신뢰는 보호할 필요가 있으며 신뢰의 이익이 적은 경우라거나 소급입법에 의한 당사자의 손실이 가벼운 경우라고 할 수 없다. 나아가 개정 전 법인세법 아래에서도 환급세액을 부당이득 반환청구를 통하여 환수할 수 있었으므로, 신뢰보호의 요청에 우선하여 진정소급입법을 하여야 할 매우 중대한 공익상 이유가 있

다고 볼 수도 없다.』고 설시하면서 심판대상조항의 위헌 이유를 요약 정리 하였다.

## 5. 결정의 의의

가. 헌법재판소는 이 사건 결정을 통하여 조세법 영역에서 진정소급입법의 의미를 확인하고, “진정소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있다”는 소급과세금지원칙을 재확인하였다. 또한 진정소급입법이 허용될 수 있는 예외 사유에 해당하는지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다고 판단기준도 재확인 하였다.

나. 이 사건 결정은 진정소급입법을 예외적으로 허용할 수 있는 특단의 사정이 있는지에 관하여 납세의무자의 신뢰 보호의 필요성을 검토하면서 진정소급입법을 하여야 할 매우 중대한 공익상의 이유가 있는지에 관하여 구체적으로 엄격하게 판단하였다. 이 사건 결정으로써 헌법재판소는 국민의 재산권 보호를 위하여 소급과세금지원칙이 가지는 헌법상 가치를 다시 한 번 확인하였다고 할 것이다.



## 공직선거법 제218조의4 제1항 등 위헌확인

- 재외선거인 선거권 및 국민투표권 제한 사건 -

(헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256, 2010헌마394(병합), 판례집 26-2상, 173)

원 유 민\*

### 【판시사항】

1. 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 재외국민(이하 ‘재외선거인’이라고 한다)에게 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것) 제15조 제1항 단서 부분(이하 ‘선거권조항’이라 한다) 및 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 것) 제218조의5 제1항 중 ‘임기만료에 따른 비례대표국회의원선거를 실시하는 때마다 재외선거인 등록신청을 하여야 한다’ 부분(이하 ‘재외선거인 등록신청조항’이라 한다)이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 재외선거인에게 국회의원 재·보궐선거의 선거권을 인정하지 않은 재외선거인 등록신청조항이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 재외선거인으로 하여금 선거를 실시할 때마다 재외선거인 등록신청을 하도록 한 재외선거인 등록신청조항이 재외선거인의 선거권을 침해하는지 여부(소극)

4. 인터넷투표방법이나 우편투표방법을 채택하지 아니하고 원칙적으로 공관에 설치된 재외투표소에 직접 방문하여 투표하는 방법을 채택한 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 것) 제218조의19 제1항 및 제2항 중 재외선거인이 재외투표소에 직접 방문하여 투표하도록 한 부분(이하 ‘재외선거 투표절차조항’이라 한다)이 재외선거인의 선거권을 침해하는

---

\* 헌법연구관

지 여부(소극)

5. 재외선거인의 국민투표권을 제한한 국민투표법(2009. 2. 12. 법률 제 9467호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 ‘그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 투표권자 및 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』제2조에 따른 재외국민으로서 같은 법 제6조에 따른 국내거소신고가 되어 있는 투표권자’ 부분(이하 ‘국민투표법조항’이라 한다)이 재외선거인의 국민투표권을 침해하는지 여부(적극)

6. 국민투표법조항에 대하여 헌법불합치결정을 한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것) 제15조 제1항 단서 부분(이하 ‘선거권조항’이라 한다), ② 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것) 제218조의4 제1항 중 ‘주민등록이 되어 있거나 국내거소신고를 한 사람’ 부분(이하 ‘국외부재자 신고조항’이라 한다), ③ 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 것) 제218조의5 제1항 중 ‘임기만료에 따른 비례대표국회의원선거를 실시하는 때마다 재외선거인 등록신청을 하여야 한다.’ 부분(이하 ‘재외선거인 등록신청조항’이라 한다), ④ 공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 것) 제218조의19 제1항 및 제2항 중 재외선거인이 재외투표소에 직접 방문하여 투표하도록 한 부분(이하 ‘재외선거 투표절차조항’이라 한다), ⑤ 국민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9467호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 ‘그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 투표권자 및 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』제2조에 따른 재외국민으로서 같은 법 제6조에 따른 국내거소신고가 되어 있는 투표권자’ 부분(이하 ‘국민투표법조항’이라 한다), ⑥ 국민투표법(1989. 3. 25. 법률 제4086호로 전부 개정된 것) 제14조 제2항 중 ‘국내거주자’ 부분(이하 ‘국민투표 부재자신고조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정된 것)

제15조(선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이

있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 19세 이상의 국민으로서 제37조 제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람

2. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제6조 제1항에 따라 국내거소신고를 하고 국내거소신고인명부(이하 “국내거소신고인명부”라 한다)에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 국내거소신고가 되어 있는 사람

제218조의4(국외부재자 신고) ① 주민등록이 되어 있거나 국내거소신고를 한 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국에서 투표하려는 선거권자(지역구국회의원선거에서는 국내거소신고가 되어 있는 선거권자는 제외한다)는 대통령선거와 임기만료에 따른 국회의원선거를 실시하는 때마다 선거일 전 150일부터 선거일 전 60일까지(이하 이 장에서 “국외부재자 신고기간”이라 한다) 서면 또는 전자우편으로 관할 구·시·군의 장에게 국외부재자 신고를 하여야 한다. 이 경우 외국에 머물거나 거주하는 사람은 공관을 경유하여 신고하여야 한다.

1. 사전투표기간 개시일 전 출국하여 선거일 후에 귀국이 예정된 사람

2. 외국에 머물거나 거주하여 선거일까지 귀국하지 아니할 사람

공직선거법(2012. 10. 2. 법률 제11485호로 개정된 것)

제218조의5(재외선거인 등록신청) ① 주민등록이 되어 있지 아니하고 국내거소신고도 하지 아니한 사람으로서 외국에서 투표하려는 선거권자는 대통령선거와 임기만료에 따른 비례대표국회의원선거를 실시하는 때마다 선거일 전 150일부터 선거일 전 60일까지(이하 이 장에서 “재외선거인 등록신청기간”이라 한다) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 중앙선거관리위원회에 재외선거인 등록신청을 하여야 한다.

1. 공관을 직접 방문하여 서면으로 신청하는 방법. 이 경우 대한민국 국민은 가족(본인의 배우자와 본인·배우자의 직계존비속을 말한다)의 재외선거인 등록신청서를 대리하여 제출할 수 있으며, 대리하여 제출하는 사람은 자신의 여권사본을 함께 제출하여야 한다.

2. 관할구역을 순회하는 공관에 근무하는 직원에게 직접 서면으로 신청

하는 방법. 이 경우 제1호 후단을 준용한다.

### 3. 전자우편을 이용하여 신청하는 방법

제218조의19(재외선거의 투표 절차) ① 국외부재자신고인 및 제218조의5 제1항 제1호·제2호에 따른 방법으로 재외선거인 등록신청을 한 재외선거인은 재외투표소에 가서 재외선거관리위원회위원과 투표참관인 앞에서 구·시·군선거관리위원회로부터 받은 투표용지, 발송용 봉투, 회송용 봉투와 신분증명서(여권·주민등록증·공무원증·운전면허증 등 사진이 첨부되어 본인임을 확인할 수 있는 대한민국의 관공서나 공공기관이 발행한 증명서 또는 사진이 첨부되고 성명과 생년월일이 기재되어 본인임을 확인할 수 있는 서류국의 정부가 발행한 증명서를 말한다)를 제시하여 본인임을 확인 받은 다음 기표소에 들어가 후보자의 성명(대통령선거와 지역구국회의원선거에 한한다)이나 정당의 명칭 또는 기호를 적은 다음 이를 회송용 봉투에 넣어 봉합(封緘)하고 투표참관인의 앞에서 투표함에 넣어야 한다.

② 제218조의5 제1항 제3호에 따른 방법으로 재외선거인 등록신청을 한 재외선거인은 자신이 거주하는 지역을 관할하는 공관의 재외투표관리관이 같은 조 제3항에 따라 공고한 서류의 원본을 제시하여 국적 및 본인 여부를 확인받은 다음 제1항에 따라 투표하여야 하며, 제시한 서류에 본인임을 확인할 수 있는 사진이 첨부되지 아니한 경우에는 제1항에 따른 신분증명서를 함께 제시하여야 한다.

국민투표법(2009. 2. 12. 법률 제9467호로 개정된 것)

제14조(투표인명부의 작성) ① 국민투표를 실시할 때에는 그때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·읍장·면장(이하 “구·시·읍·면의 장”이라 한다)은 국민투표일공고일 현재로 그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 투표권자 및 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제2조에 따른 재외국민으로서 같은 법 제6조에 따른 국내거소신고가 되어 있는 투표권자를 투표구별로 조사하여 국민투표일공고일로부터 5일 이내에 투표인명부를 작성하여야 한다.

국민투표법(1989. 3. 25. 법률 제4086호로 전부 개정된 것)

제14조(투표인명부의 작성) ② 투표인명부에 등재된 국내거주자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 국민투표일 현재에 스스로 투표소에서 투표할 수 없는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 국민투표일공고일로부터 5일 이내에 구·시·읍·면의 장에게 부재자신고를 할 수 있다. 이 경우 우편은 무료로 한다.

1. 투표인명부에 등재된 개표구밖에 장기 여행하는 자
2. 법령에 의하여 영내 또는 함정에 장기 기거하는 군인
3. 병원·요양소·수용소·교도소 또는 선박 등에 장기 기거하는 자

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 현재 일본과 미국에 거주하고 있는 만 19세가 넘는 재외국민으로서, 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 사람들이다(이하 주민등록이 되어 있지 않고 국내거소신고도 하지 않은 재외국민을 ‘재외선거인’이라고 한다). 청구인들은 공직선거법 제218조의4 제1항, 국민투표법 제14조 제1항 등이 재외국민의 국회의원선거권 및 국민투표권 등을 박탈함으로써 헌법상 보장된 청구인들의 선거권 및 국민투표권을 침해한다고 주장하며, 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

재외선거인 등록신청조항이 재외선거인의 임기만료지역구국회의원선거권과 국회의원재·보궐선거권을 인정하지 않고, 재외선거인 명부작성에 있어서 직권등록제가 아니라 신청등록제를 채택한 것은 청구인들의 선거권 등을 침해한다. 재외선거 투표절차조항이 재외투표소에 직접 방문하여 투표하도록 규정한 것은 사실상 선거권행사를 극히 곤란하게 하여 청구인들의 선거권 등을 침해한다. 국민투표법 제7조가 19세 이상의 국민은 투표권이 있다고 규정하고 있음에도 불구하고, 국민투표법조항은 국내에 주민등록이 되어 있거나 국내거소신고가 되어 있는 국민을 대상으로 투표인명부를 작성하도록 규정하여, 재외선거인의 국민투표권을 사실상 박탈하고 있

으므로, 청구인들의 국민투표권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 지역구국회의원은 국민의 대표임과 동시에 소속지역구의 이해관계를 대변하는 역할을 하고 있다. 전국을 단위로 선거를 실시하는 대통령선거와 비례대표국회의원선거에 투표하기 위해서는 국민이라는 자격만으로 충분한데 반해, 특정한 지역구의 국회의원선거에 투표하기 위해서는 ‘해당 지역과의 관련성’이 인정되어야 한다. 주민등록과 국내거소신고를 기준으로 지역구국회의원선거권을 인정하는 것은 해당 국민의 지역적 관련성을 확인하는 합리적인 방법이다. 따라서 선거권조항과 재외선거인 등록신청조항이 재외선거인의 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 것이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되지 않는다.

2. 입법자는 재외선거제도를 형성하면서, 잦은 재·보궐선거는 재외국민으로 하여금 상시적인 선거체제에 직면하게 하는 점, 재외 재·보궐선거의 투표율이 높지 않을 것으로 예상되는 점, 재·보궐선거 사유가 확정될 때마다 전 세계 해외 공관을 가동하여야 하는 등 많은 비용과 시간이 소요된다는 점을 종합적으로 고려하여 재외선거인에게 국회의원의 재·보궐선거권을 부여하지 않았다고 할 것이고, 이와 같은 선거제도의 형성이 현저히 불합리하거나 불공정하다고 볼 수 없다. 따라서 재외선거인 등록신청조항은 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되지 않는다.

3. 재외선거인의 등록신청서에 따라 재외선거인명부를 작성하는 방법은 해당 선거에서 투표할 권리가 있는지 확인함으로써 투표의 혼란을 막고, 선거권이 있는 재외선거인을 재외선거인명부에 등록하기 위한 합리적인 방법이다. 따라서 재외선거인 등록신청조항이 재외선거권자로 하여금 선거를 실시할 때마다 재외선거인 등록신청을 하도록 규정한 것이 재외선거인의 선거권을 침해하지 않는다.

4. 입법자가 선거 공정성 확보의 측면, 투표용지 배송 등 선거기술적인 측면, 비용 대비 효율성의 측면을 종합적으로 고려하여, 인터넷투표방법이나 우편투표방법을 채택하지 아니하고 원칙적으로 공관에 설치된 재외투표

소에 직접 방문하여 투표하는 방법을 채택한 것이 현저히 불공정하고 불합리하다고 볼 수는 없으므로, 재외선거 투표절차조항은 재외선거인의 선거권을 침해하지 않는다.

5. 헌법 제72조의 중요정책 국민투표와 헌법 제130조의 헌법개정안 국민투표는 대의기관인 국회와 대통령의 의사결정에 대한 국민의 승인절차에 해당한다. 대의기관의 선출주체가 곧 대의기관의 의사결정에 대한 승인주체가 되는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 재외선거인은 대의기관을 선출할 권리가 있는 국민으로서 대의기관의 의사결정에 대해 승인할 권리가 있으므로, 국민투표권자에는 재외선거인이 포함된다고 보아야 한다. 또한, 국민투표는 선거와 달리 국민이 직접 국가의 정치에 참여하는 절차이므로, 국민투표권은 대한민국 국민의 자격이 있는 사람에게 반드시 인정되어야 하는 권리이다. 이처럼 국민의 본질적 지위에서 도출되는 국민투표권을 추상적 위험 내지 선거기술상의 사유로 배제하는 것은 헌법이 부여한 참정권을 사실상 박탈한 것과 다름없다. 따라서 국민투표법조항은 재외선거인의 국민투표권을 침해한다.

6. 국민투표법조항이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 국민투표를 실시하고자 하여도 투표인명부를 작성할 수 없게 되므로, 입법자가 국민투표법조항을 개선할 때까지 일정 기간 국민투표법조항을 잠정적으로 적용할 필요가 있다. 또한 국민투표의 절차상 기술적인 측면과 국민투표의 공정성 확보의 측면에서 해결되어야 할 많은 문제들이 존재한다. 그러므로 국민투표권조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선 입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다.

### **재판관 이진성, 재판관 서기석의 선거권조항 및 재외선거인 등록신청조항 중 임기만료지역구국회의원선거에 관한 반대의견**

자유위임제도를 채택하고 있는 헌법 하에서 국회의원은 해당 선거구에서 선출되기는 하나, 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에도 법적으로 구속되지 아니하는 ‘국민의 대표’이다. 지역구국회의원이 현실적으로 지역대표의 성격을 지니고 있다 하여 법리적으로도 지역대표에 불과하다고 볼 수는 없다. 지역구 선택 문제 등 현실적으로 극복하기 쉽지 않은

문제가 발생할 우려가 있음을 이유로, 그 선거권 자체를 부정하는 것은 국회의원의 국민대표성에 정면으로 반하므로 재외선거인으로부터 지역구국회의원 선거권을 박탈하는 것은 보통선거원칙에 위배된다. 이는 투표의 계산 가치 불평등뿐만 아니라, 의식배분에 있어서 결과가치의 불평등까지 초래하는 것으로서 평등선거원칙에도 위배된다. 결국 선거권조항 및 재외선거인 등록신청조항은 재외선거인의 선거권을 침해한다.

### **재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성의 재외선거 투표절차 조항에 관한 반대의견**

재외선거 투표절차조항은 재외선거인의 투표방법을 정함에 있어서 오로지 공관을 직접 방문하여 투표하는 방법만을 허용하고 있다. 이러한 방법은 재외공관이 설치되지 않은 국가에 거주하는 재외선거권자, 공관으로부터 멀리 떨어진 지역에 거주하는 재외선거권자 등의 선거권을 실질적으로 보장해주지 못한다. 우편투표제도를 도입하는 경우 재외투표소가 설치되지 않는 지역에 거주하는 재외선거권자와 생계활동 등의 사정으로 선거일 당일에 관할 공관에 방문할 수 없는 재외선거권자도 투표할 수 있게 된다. 부정행위를 방지하면서 재외국민의 선거권을 실질적으로 보장하는 방법을 강구할 수 있는데도 불구하고, 재외선거 투표절차조항이 직접 공관을 방문하여 투표하는 방법만을 허용하는 것은 재외선거인의 선거권 행사를 현저히 곤란하게 하는 것이므로 재외선거인의 선거권을 침해한다.

### **재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 조용호의 국민투표법조항에 관한 반대의견**

국민투표는 대한민국의 헌법질서에서 가장 핵심적인 영역에 대해 국민의 의사를 직접적으로 반영하는 절차이므로, 국내에서 어느 정도로 생활을 영위하는지 그 밀접성의 정도에 따라 국민투표권의 범위를 제한할 수 있다. 헌법 제72조 국민투표의 대상인 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책은 외국과 이해관계가 충돌하는 분야이므로, 외국에서 생활의 기반을 잡고 영주하는 재외국민의 국민투표참여요구의 진지성은 주민등록을

하거나 국내거소신고를 한 재외국민과 다를 수 있다. 국민의 헌법개정에 대한 진정한 의사를 반영하기 위해서는 국민투표권자를 대한민국의 영토에서 생활영역을 영위하는 사람으로 한정할 수 있고, 헌법개정절차에 영토와의 밀접한 관련성을 반영하는 것이 반드시 위헌적이라고 볼 수 없다. 국민투표법조항이 정치 참여 요구의 진지성·밀접성 등을 고려하여 주민등록이나 국내거소신고를 한 국민에게만 국민투표권을 인정한 것은 입법부의 합리적인 입법형성의 재량범위 내에 있다. 그러므로 국민투표법조항은 헌법에 위배되지 않는다.

## 【해설】

### 1. 재외국민의 참정권에 대한 헌법재판소의 선례

재외국민의 참정권과 관련하여, 공직선거법 제37조 제1항은 선거인명부 작성책임자로 하여금 선거를 실시할 때마다 선거인명부작성기준일로부터 일정기간 내에 그 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 조사하여 선거인명부를 작성하도록 의무지우고 있었다. 이 규정에 의해 국내에 주민등록이 되어 있지 않은 자는 선거권을 행사할 수 없었다. 헌법재판소는 재외국민에게 선거권을 부여하지 않는 것과 해외거주자에 대한 부재자투표제도를 인정하지 않는 것이 헌법에 위반되지 않는다고 보기도 하였으나(헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등; 헌재 1999. 3. 25. 97헌마99), 이후 재외국민의 참정권을 제한하고 있던 공직선거법 및 국민투표법 조항들에 대해 선례를 변경하면서 헌법불합치 결정을 하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등).

먼저 주민등록을 요건으로 선거권을 제한하였던 공직선거법 제37조 제1항에 대해 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다고 하였다. 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 가능성, 선거의 공정성, 선거기술적 이유 등은 재외국민등록제도나 재외국민 거소신고제도, 해외에서의 선거운동방법에 대한 제한이나 투표자 신분확인제도, 정보기술의 활용 등을 통해 극복할 수

있으며, 나아가 납세나 국방의무와 선거권 간의 필연적 건련관계도 인정되지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 공직선거법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다고 보았다.

국내거주자에게만 부재자신고를 허용하였던 공직선거법 제38조 제1항에 대해, 직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 헌법이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하며, 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다는 점에 비추어 볼 때, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 공직선거법 제38조 제1항은 정당한 입법목적도 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다고 하였다.

주민등록을 요건으로 재외국민의 국민투표권을 제한하는 국민투표법 제14조 제1항에 대해서도, 국민투표는 국가의 중요정책이나 헌법개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 국민투표법 제14조 제1항은 앞서 본 국정선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다고 판시하였다. 헌법재판소는 위 조항들에 대해 헌법불합치결정을 하였고, 2008. 12. 31.을

시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 하였다.

## 2. 공직선거법의 개정과 재외선거의 도입

### 가. 공직선거법의 개정

우리나라 최초의 재외국민 선거권행사는 1967년 주월국군의 국외부재자 투표이다. 1967. 5. 3. 실시된 제6대 대통령선거, 1967. 6. 8. 실시된 제7대 국회의원선거, 1971. 4. 27. 실시된 제7대 대통령선거 및 1971. 5. 25. 실시된 제8대 국회의원선거에서 국외부재자투표가 실시되어, 약 4만 명 이상의 재외국민이 선거권을 행사하였다.<sup>1)</sup> 국외부재자투표제도는 1972. 12. 6. 통일주체국민회의법이 시행되면서 폐지되었고, 그 이후에는 부재자신고를 계속 국내거주자에게만 허용하여 왔다.

현재 2007. 6. 28. 2004헌마644 결정 이후 공직선거법은 2009. 2. 12. 법률 제9466호로 개정되면서 제14장의2에 재외선거에 관한 특례를 신설하여 대통령선거 및 임기만료에 따른 국회의원선거에서 국외부재자투표제도 및 재외선거제도를 도입하였다. 이로써 국내에서 투표할 수 없는 단기해외체류자 또는 재외국민도 국외부재자신고 또는 재외선거인 등록을 하고 재외투표소에서 직접 투표를 할 수 있게 되었다. 1960년대의 국외부재자투표제도는 주민등록을 한 재외국민에게 한정되어 있었지만, 2009년에 도입된 재외선거는 주민등록을 하지 않은 영주권자 등의 재외국민에게도 선거권행사를 보장하였다. 2012년에 실시될 제19대 국회의원선거와 제18대 대통령선거를 앞두고 제도적 미비점을 보완하기 위해 공직선거법은 수 차례 개정되었고, 그 주요 개정연혁은 다음과 같다.

① 2009. 2. 12. 법률 제9466호 개정: 주민등록이 되어 있거나 국내거소신고를 한 재외국민은 국외부재자신고서에 따라 시·군·구의 장이 국외부재자신고인명부를 작성하고, 주민등록이나 국내거소신고를 하지 않은 재외국민은 재외선거인 등록신청을 한 후 중앙선거관리위원회가 재외선거인 등록신청서에 따라 재외선거인명부를 작성하게 하였다.

② 2011. 7. 28. 법률 제10981호 개정: 국회의원선거의 후보자등록기간을

1) 중앙선거관리위원회, 2012년 양대 재외선거 백서, 2013, 51면 참조.

앞당겨 재외국민의 후보자에 대한 알 권리를 보장하고, 후보자등록이 끝나기 전에 재외선거가 시작되는 문제점을 시정하고, 재외선거인명부 및 국외부재자신고인명부 작성기준일을 명확하게 정하며, 투표용지를 재외투표소에서 투표용지 발급기로 교부할 수 있도록 하고, 본인확인서류에 여권 외에 주민등록증, 공무원증 등의 증명서도 허용하였다.

③ 2011. 9. 30. 법률 제11070호 개정: 재외선거인 등록신청을 하려는 사람은 등록신청서에 여권 사본과 국적 확인에 필요한 서류의 사본을 첨부하되 원본을 함께 제시하여야 하고, 재외투표관리관은 원본을 제시하지 아니한 재외선거인 등록신청을 접수하지 않도록 하였다.

④ 2011. 11. 7. 법률 제11071호 개정: 지역구국회의원선거와 지방선거가 지역의 대표자를 선출한다는 특성을 고려하여 영주권자는 선거인명부작성기준일 현재 해당 국회의원지역선거구의 선거구역 안에 3개월 이상 계속하여 국내거소신고인명부에 올라 있는 경우에만 선거권을 부여하는 한편, 영주권자가 국외에 체류하는 경우에는 지역구국회의원선거에서 국외부재자투표를 할 수 없도록 하였다.

⑤ 2012. 2. 29. 법률 제11374호 개정: 국외에서 중대한 선거범죄를 행한 자에 대하여 여권 발급 등을 제한하고, 2013. 1. 1.부터 부재자투표에서 통합선거인명부를 활용한 사전투표제도를 신설하여 선거일 전에 투표하려는 선거인이 부재자신고 없이도 부재자투표기간에 투표할 수 있도록 하였다.

⑥ 2012. 10. 2. 법률 제11485호 개정: 재외선거인 등의 등록신청방법과 관련하여 순회등록, 가족대리등록 및 전자우편을 통한 등록신청방법을 추가하였다.

⑦ 2014. 1. 17. 법률 제12267호 개정: 거소에 관계없이 국내거소신고인명부에 3개월 이상 계속하여 올라 있는 사람에게 지역구국회의원선거의 선거권을 부여하였다(제15조 제1항 제2호 및 제2항 제2호). 종전에는 해당 국회의원지역구의 선거구역 안에 3개월 이상 국내거소신고가 있는 재외국민만 지역구국회의원 선거권이 있었으나, 2016년 제20대 총선부터는 거소에 관계없이 국내거소신고인명부에 3개월 이상 등재된 사람은 선거권이 있다.

**나. 재외선거제도 개관**

**(1) 대상선거**

재외선거의 적용대상은 대통령선거와 임기만료에 따른 국회의원선거이다. 국민투표법에는 재외선거와 같은 특례조항이 신설되지 않아 국민투표는 재외선거의 범위에서 제외되었다.

**(2) 선거권자**

재외선거 선거권자는 공직선거법 제18조에 규정한 선거권 결격사유가 없고 외국에서 투표하려는 19세 이상 대한민국 국민임을 요건으로 한다. 재외국민은 크게 ‘국외부재자’와 ‘재외선거인’으로 나뉜다. ‘국외부재자’는 국외여행자·유학생·상사원·주재원 등과 같이 주민등록을 유지하면서 일시적으로 국외에 체류하거나 국내 거소신고를 한 국민을 말한다. ‘재외선거인’이란 해외에서 거주하여 주민등록이 말소되고 국내거소신고도 하지 않은 국민을 말한다. 공직선거법은 국외부재자와 재외선거인에 대해 선거권의 유무와 참여할 수 있는 선거의 범위를 다르게 규정하고 있다.

※ 현행 공직선거법상 재외국민의 선거권유무 및 재외선거의 범위

(2014. 7. 기준. 이 사건에서 쟁점이 되는 부분은 굵은 테두리로 표시함)

		재외선거권자의 선거권 유무 (공선법 제15조, 국민투표법 제7조)				재외 선거 실시 여부 (공선법 제218 조이하)	비고
		국외부재자		재외선거인			
		주민 등록 재외 국민	국내거소신고 재외국민 3개월 이상	3개월 미만	주민등록×· 거소신고× 재외국민 (청구인)		
대통령	임기만료	○	○	○	○	모두 선거권이 있으며 재외선거 가능	
	재보궐선거	○	○	○	○		
비례대표	임기만료	○	○	○	○	이론상 재외국민의 비례대 표총선 재선거권은 있으나 (제15조), 재외선거가 실시되 지 않아 선거인명부에 등재 될 수 없어 재외선거 불가 (단 발생가능성이 희박하고 국내에서도 실시되지 않음)	
	(재선거)	○	○	○	○		×

		재외선거권자의 선거권 유무 (공선법 제15조, 국민투표법 제7조)				재외 선거 실시 여부 (공선법 제218 조이하)	비고
		국외부재자		재외선거인			
		주민 등록 재외 국민	국내거소신고 재외국민 3개월 이상	3개월 미만	주민등록×· 거소신고× 재외국민 (창구인)		
지역구	임기만료	○ (재외 가능 국내 가능)	○2) (재외 불가 국내 가능)	×	×	○	재외선거인은 지역구 선거 권 없음. 3개월 이상 국내거 소신고인의 선거권은 인정 되나(제15조), 지역구총선 국 외부재자신고 대상자가 아니 어서(제218조의4), 재외선거 불가
	재보궐선거	○ (재외 불가 국내 가능)	○ (재외 불가 국내 가능)	×	×	×	
국민투표		○ (재외 불가 국내 가능)	○ (재외 불가 국내 가능)	○ (재외 불가 국내 가능)	○ <b>(국내에 들어와도 투표불가)</b>	×	재외선거인의 투표권은 인 정되나(제7조), <b>투표인명부 에 등재되지 않아(제14조) 투표 불가</b>

(3) 선거인명부 작성

국외에서 투표하려는 국외부재자와 재외선거인은 대통령선거와 임기만료에 따른 국회의원선거 선거일전 150일부터 선거일전 60일까지 신고·신청을 하여 각각 국외부재자신고인명부 또는 재외선거인명부에 등재되어야 한다. 국외부재자는 국외부재자신고서에 여권사본을 첨부하여 서면이나 우편 또는 전자우편으로 구·시·군의 장 또는 재외공관에 신고한다. 재외선거인은 재외선거인등록신청서에 여권사본·재외투표관리관이 공고한 국적확인서류를 첨부(원본제시)하여 서면으로 재외공관에 직접 방문하여 신청하거나 관할구역을 순회하는 공관 직원에게 직접 신청하는 방법, 전자우편을 이용하는 방법, 가족이 대리하여 제출하는 다양한 방법이 있다. 전자우편으로

2) 국내거소신고인명부에 3개월 이상 계속하여 올라있는 국민이 재외선거신고를 하지 않을 때는 국내 선거인명부에 직권으로 올라가서 국내거주 주민등록국민과 같이 국내에서 선거권을 행사할 수 있다(공직선거법 제15조 제1항 제2호, 제37조 제1항). 그러나 국외에서 실시하는 재외선거에 참여할 때는 대통령선거와 임기만료 비례대표국회의원선거권만 행사할 수 있다(공직선거법 제218조의4).

신청한 재외선거인은 투표 시에 신분증명서 및 재외투표관리관이 공고한 국적확인서류 원본을 확인받아야 투표할 수 있다(공직선거법 제218조의5). 중앙선거관리위원회는 선거일 전 49일부터 40일까지 위 등록신청에 따라 재외선거인명부를 작성하고(공직선거법 제218조의8), 이에 대한 이의신청절차를 거쳐서 선거일 전 30일에 재외선거인명부가 확정되며, 확정된 재외선거인명부는 당해 선거에 한하여 효력을 가진다(공직선거법 제218조의13 제1항).

#### (4) 투표방법

재외선거를 도입한 국가에서 실시하고 있는 투표방법은 공관방문 직접투표, 우편투표, 인터넷투표 등의 다양한 방법이 있는데, 우리나라는 공관방문 직접투표를 채택하고 있다. 재외투표소는 재외선거관리위원회가 선거일전 14일부터 선거일전 9일까지 기간 중 6일 이내 기간을 정하여 공관을 설치·운영하되, 공관의 협소 등의 사유로 부득이하여 재외투표소를 설치할 수 없는 경우에는 공관의 대체시설에 재외투표소를 설치할 수 있다(공직선거법 제219조의17).

공직선거법은 투표용지를 작성·교부하는 두 가지 방법을 인정하고 있다. 투표용지를 재외투표소에서 투표용지 발급기를 이용하여 작성·교부하는 경우에는 재외투표소를 방문하여 신분증명서를 제시하고 투표용지를 수령하여 기표를 하는 방법(기표식)으로 하고, 투표용지를 구·시·군선거관리위원회에서 작성하여 국제 특급우편으로 발송하는 경우에는 이를 수령한 후 재외투표소를 방문하여 투표용지, 신분증명서를 제시하고 후보자의 성명이나 기호 또는 정당의 명칭 등을 투표용지에 직접 적는 방법(자서식)으로 한다(공직선거법 제218조의19).<sup>3)</sup> 실제로 실시된 2번의 재외선거(제19대 국회의원선거, 제18대 대통령선거)는 모두 재외투표소에서 투표용지 발급기를 이용하여 투표용지가 직접 교부되었고, 우편에 의한 재외투표용지 발송방법으로 투표가 시행된 적은 없다.

3) 우편에 의한 재외투표용지 발송 시에는 국제우편물의 수송·회송 기간, 선거기간 등의 문제로 후보자 등이 정해지기 전에 투표용지를 발송하게 되어 선거인이 직접 후보자 성명이나 정당명·기호 등을 기재하는 자서식 투표만이 가능하였다.

### 3. 국민투표제도의 개관<sup>4)</sup>

#### 가. 국민투표의 역사

우리 헌정사에서 현재까지 국민투표는 모두 6차례에 걸쳐 실시되었다. 이 중 5차례는 헌법개정 국민투표였고, 나머지 1차례는 헌법개정 및 정부신임에 관한 국민투표였다(유신헌법에 대한 비판이 강해지자 유신헌법에 대한 찬반투표를 대통령의 신임과 연계하여 국민투표가 실시됨). 마지막 6번째 국민투표는 1987. 10. 27. 현행헌법 개정에 관한 것이었으며, 이후 현재까지 약 28년간 국민투표는 실시된 바 없다.<sup>5)</sup>

회수	헌법개정안 공고일	투표일 공고 일	시행일	투표인수	투표수 (투표율)	권성수 (권성율)	사유	기타	비고
1	1962년 11월 5일	1962년 12월 6일	1962년 12월 17일	12,412,798	10,585,998 (85.3%)	8,339,333 (78.8%)	헌법개정	제3공화국 헌법	헌법 개정 시 최초로 국민 투표를 실시.
2	1969년 8월 9 일	1969년 10월 8일	1969년 10월 17일	15,048,925	11,604,038 (77.1%)	7,553,655 (65.1%)	헌법개정	제6차 헌법개정	
3	1972년 10월 27일	1972년 10월 31일	1972년 11월 21일	15,676,395	14,410,714 (91.9%)	13,186,559 (91.5%)	헌법개정	제4공화국 헌법	
4	1975년 1월 22일	1975년 2월 5 일	1975년 2월 12일	16,788,839	13,404,245 (79.8%)	9,800,201 (73.1%)	정부신임	제4공화국 헌법 유지	제4공화국 헌법에 대한 비난, 형의를 무마하기 위한 정치적 차원으로 추진. 강압적인 분위기에서 시행됨.
5	1980년 9월 29일	1980년 10월 15일	1980년 10월 22일	20,373,869	19,453,926 (95.9%)	17,829,354 (91.6%)	헌법개정	제5공화국 헌법	
6	1987년 9월 21일	1987년 10월 17일	1987년 10월 27일	25,619,648	20,028,672 (78.2%)	18,640,625 (93.1%)	헌법개정	제6공화국 헌법	

#### 나. 국민투표절차

국민투표법에 의하면 국민투표는 헌법 제72조(외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책)와 헌법 제130조(헌법개정)에 대하여 실시된다. 국민투표는 전국을 단위로 하여 실시되며(국민투표법 제10조), 투표구는 국민투표공고일 현재 공직선거법에 의한 투표구로 한다(국민투표법 제11조). 투

4) 오원 헌법연구관, 국민투표 개관, 2014. 5. 작성 보고서 참조.

5) 송석운, 국민투표법 개정을 위한 입법방안에 관한 연구, 서울대학교 산학협력단, 2013. 9.; 이공주, 국민주권 실질화 방안으로서의 직접민주제에 관한 연구, 상지대학교 박사학위논문, 2012.; 정치개혁특별위원회, 국민투표법 일부개정법률안 심사보고서, 2009. 참조

표인명부는 국민투표를 실시할 때마다 구청장·시장·읍장·면장이 관할구역 내에 주민등록이 되어 있는 투표권자 및 재외국민 중 국내거소신고가 되어 있는 투표권자를 국민투표공고일로부터 5일 이내에 작성하여야 한다(국민투표법 제14조 제1항). 투표인명부에 등재된 국내거주자 중 관할 개표구 밖에 장기 여행하는 자, 법령에 의해 함정에 장기 기거하는 군인 등은 국민투표공고일로부터 5일 이내에 구·시·읍·면의 장에게 부재자신고를 할 수 있다(국민투표법 제14조 제2항).

대통령은 늦어도 국민투표일 전 18일까지 국민투표일과 국민투표안을 공고하여야 하고(국민투표법 제49조), 구·시·군선거관리위원회는 국민투표안의 제안이유·주요골자과 그 내용 등을 게재한 국민투표공보를 1회 이상 발행하여 투표일 전 4일까지 우편으로 발송해야 한다(국민투표법 제23조, 제24조. 부재자신고인에게는 부재자신고인명부확정일로부터 5일 이내에 발송한다).<sup>6)</sup> 구·시·읍·면의 장은 ‘투표통지표’를 투표인명부에 등재된 투표인에게 투표일전 2일까지 교부하여야 한다(국민투표법 제56조).

투표인은 주민등록증과 투표통지표를 제시하여 본인임을 확인받은 후 투표용지 1매를 받은 다음(국민투표법 제57조), 투표용지에 찬성·반대를 선택하는 기표방법에 의하여 투표하며(국민투표법 제50조, 제53조, 제59조), 부재자신고인명부에 등재된 투표인은 우편투표만이 허용된다(국민투표법 제58조 제3항).

#### 다. 국민투표법의 개정

구 국민투표법 제14조 제1항은 주민등록이 된 자에 대해서만 투표인명부를 작성하도록 하여 결과적으로 주민등록을 할 수 없는 재외국민은 투표권을 행사할 수 없었으나,<sup>7)</sup> 헌법재판소는 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정

6) 중앙선거관리위원회는 공고된 국민투표안을 투표권자에게 주지시키기 위하여 인구 100인에 1매의 비율로 국민투표안을 게시하여야 한다(국민투표법 제22조).

7) 구 국민투표법 제14조(투표인명부의 작성) ① 국민투표를 실시할 때에는 그때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·읍장·면장(이하 "구·시·읍·면의 장"이라 한다)은 국민투표일공고일 현재로 그 관할구역안에 주민등록이 된 투표권자를 투표구별로 조사하여 국민투표일공고일로부터 5일 이내에 투표인명부를 작성하여야 한다.

을 통해 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하는 것은 청구인들의 국민투표권을 침해한다고 보아 헌법불합치결정을 하였다.

이러한 결정의 취지를 반영하여 입법자는 2009. 2. 12. 법률 제9467호로 주민등록이 되어 있는 투표권자 외에 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제2조에 따른 재외국민으로서 같은 법 제6조에 따른 국내거소신고가 되어 있는 투표권자에 대하여도 투표인명부를 작성하도록 국민투표법 제14조 제1항을 개정하여 ‘국내거소신고가 되어 있는 재외국민’은 국민투표권 행사가 가능해졌다. 그러나 국민투표법의 투표인명부조항만 개정되었을 뿐 재외국민투표가 도입된 것은 아니었기 때문에 주민등록이나 국내거소신고가 되어 있는 재외국민도 국민투표가 실시될 때 국내에 귀국하여야만 국민투표에 참여할 수 있고, 해외에서 국민투표권을 행사할 수 있는 것은 아니다. 또한 국민투표법 제14조 제1항 개정 이후에도 재외국민 중 주민등록이나 국내거소신고가 되어 있지 아니한 재외선거인은 여전히 국민투표권을 행사할 수 없다.

#### 4. 이 사건의 쟁점

##### 가. 2004헌마644등 결정과 쟁점이 다른 부분

이 사건에서 청구인들이 헌법소원심판청구를 한 심판대상조항은 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정 이후 공직선거법에 새로 도입된 재외선거에 관한 특례 조항들이었다. 2004헌마644등 결정에서는 재외국민이 선거권을 행사할 수 없도록 규정한 것이 문제였다면, 이 사건은 그 이후 새로 도입된 재외선거제도가 재외국민의 선거권행사를 충분히 보장한 것인지에 관한 사건이다. 2004헌마644등 결정에서는 재외국민의 국정선거권, 국외거주자의 선거권, 국내거주 재외국민의 지방선거 선거권, 국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권, 재외국민의 국민투표권 등 재외국민의 참정권에 관한 전반적인 것이 문제였던 반면, 이 사건에서는 2004헌마644등 결정보다는 축소된 범위에서 선거권 침해 여부가 문제되었다.

먼저 선거의 범위를 살펴보면, 2004헌마644등 결정에서는 대통령선거, 국회의원선거, 국민투표의 선거권뿐만 아니라 지방의회의원선거권 및 재외국민의 지방선거 피선거권도 함께 문제되었지만, 이 사건에서는 국회의원선거와 국민투표만 쟁점이 되었다. 두 번째로 선거권자의 범위를 살펴보면, 2004헌마644등 결정에서는 국외여행자·유학생·상사원·주재원 등과 같이 국내에 주민등록이 되어 있거나 국내거소신고를 한 재외국민과 주민등록이나 국내거소신고를 하지 않은 재외국민의 선거권이 문제되었지만, 이 사건에서는 청구인들이 모두 주민등록이나 국내거소신고를 하지 않은 재외국민으로 재외선거인의 선거권만이 다투어졌다. 세 번째로 심판대상조항을 살펴보면, 2004헌마466등 결정에서는 공직선거법의 선거권조항(제15조), 피선거권조항(제16조), 선거인명부작성조항(제37조), 부재자신고조항(제38조)와 국민투표법의 투표인명부작성조항(제14조)에서 각각 주민등록을 요구하는 부분이 문제되었다. 그 이후 재외선거제도가 도입되었고, 이 사건에서는 지역구국회의원의 선거권을 주민등록이 되어 있거나 3개월 이상 계속하여 국내거소신고가 되어 있는 사람으로 한정하고 있는 선거권조항(제15조)와 제14장의2에 신설된 재외선거에 관한 특례조항들이 심판대상이다.

#### 나. 헌법소원심판청구 이후 개정된 심판대상조항

이 사건 청구인들은 재외선거제도가 처음으로 도입된 당시의 공직선거법 2009. 2. 12. 법률 제9466호로 개정된 공직선거법 조항들과 국민투표법 조항을 대상으로 헌법소원심판을 청구하였다. 그런데 위에서 본 바와 같이 공직선거법은 수 차례 개정되었고, 이에 따라 공직선거법 조항 중 일부는 심판대상에 추가되었고, 일부는 더 이상 판단할 필요가 없어진 부분이 있다.

먼저 공직선거법 제15조 제1항은 “19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.”라고 규정하고 있었는데, 2011. 11. 7. 법률 제11071호 개정되면서 지역구 국회의원의 선거권에 한하여 주민등록이 되어 있거나 3개월 이상 계속하여 국내거소신고인명부에 올라있는 사람으로 선거권자의 범위를 제한하는 단서를 신설하였다. 이 사건 청구인들과 같은 재외선거인과 국내거소신고를 하였지만 3개월 미만인 사람은 지역구국회의원선거권자의 범위에서 제외되었다. 헌법재판소는 이러한 사정을 고려해서 청구인들이

주장하지는 않았지만 공직선거법 제15조 제1항을 심판대상에 포함시켰다.

또한 청구인들이 헌법소원을 제기할 당시에는 재외선거인의 등록신청방법으로 공관을 직접 방문하는 방법만을 인정하였고, 재외선거에서 투표하려는 재외선거인은 결국 재외선거인 등록신청할 때와 투표일 당일에 투표할 때 적어도 두 번은 반드시 공관을 직접 방문해야 했기 때문에 공관에서 멀리 떨어진 지역에 사는 재외국민의 경우에는 불편함을 감수할 수밖에 없었다. 이러한 방법으로 첫 재외선거인 제19대 국회의원선거가 실시되었고, 이후 공직선거법이 2012. 10. 2. 법률 제11485호 개정되어 순회등록, 가족대리등록 및 전자우편을 통한 등록신청방법이 추가되어 제18대 대통령선거에서는 다양한 방법으로 등록신청을 할 수 있게 되었다. 청구인들은 헌법소원심판청구 당시 재외선거인 등록신청조항인 구 공직선거법 제218조의5에 대해서 등록신청방법으로 공관을 직접 방문하는 방법만을 인정한 것이 위헌이라고 주장하였으나, 헌법재판소는 이 부분에 대해서는 별도로 판단하지 않는다고 실시하였다.

#### 다. 이 사건 쟁점 정리

이 사건에서 본안판단의 대상이 되는 조항은 선거권조항, 재외선거인 등록신청조항, 재외선거 투표절차조항과 국민투표법조항이다. 이 사건 쟁점은 ① 선거권조항 및 재외선거인 등록신청조항이 재외선거인에게 임기만료지역구국회의원의 선거권을 인정하지 않은 것이 위헌인지 여부, ② 재외선거인 등록신청조항이 국회의원재·보궐선거의 선거권을 인정하지 않은 것이 위헌인지 여부, ③ 재외선거인 등록신청조항이 신청등록제를 채택한 것이 위헌인지 여부, ④ 재외선거 투표절차조항이 공관방문투표를 채택한 것이 위헌인지 여부, ⑤ 국민투표법조항이 재외선거인의 국민투표권을 인정하지 않은 것이 위헌인지 여부이다. 이하에서는 결정문의 다양한 쟁점 중에서 견해가 나뉘었던 쟁점인 ①쟁점, ④쟁점, ⑤쟁점에 대해서 공직선거법에 관한 부분과 국민투표법에 관한 부분을 나누어서 살펴보도록 한다.

## 5. 공직선거법에 대한 결정의 내용과 해설

### 가. 재외선거인의 임기만료지역구국회의원 선거권

#### (1) 다수의견의 내용과 해설

헌법재판소의 다수의견은 재외선거인에게 임기만료지역구국회의원선거의 선거권을 인정하지 않는 것이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배된다고 보지 않았다. 다수의견의 요지는 다음과 같다.

『지역구국회의원은 국민의 대표임과 동시에 소속지역구의 이해관계를 대변하는 역할을 하고 있다. 전국을 단위로 선거를 실시하는 대통령선거와 비례대표국회의원선거에 투표하기 위해서는 국민이라는 자격만으로 충분한데 반해, 특정한 지역구의 국회의원선거에 투표하기 위해서는 ‘해당 지역과의 관련성’이 인정되어야 한다. 주민등록과 국내거소신고를 기준으로 지역구국회의원선거권을 인정하는 것은 해당 국민의 지역적 관련성을 확인하는 합리적인 방법이다. 따라서 선거권조항과 재외선거인 등록신청조항이 재외선거인의 임기만료지역구국회의원선거권을 인정하지 않은 것이 재외선거인의 선거권을 침해하거나 보통선거원칙에 위배되지 않는다.』

다수의견은 국회의원이 법리상 국민의 대표이기는 하지만 현실적으로는 지역대표성도 겸하고 있다는 기본적인 전제에서 출발하였다. 양원제를 채택하여 양원 중 어느 하나를 지역대표성을 가진 의원으로 구성하고 있는 것과는 달리, 우리나라는 단원제를 채택하고 있어 국회의원에게 국민대표성과 지역대표성이 동시에 인정된다고 보았다.

또한 지역구국회의원선거의 특성에 근거하여 지역구국회의원의 선거구에 지역적 관련성이 있는 사람에게 지역구국회의원선거권이 부여되는 것이 타당하다고 하였다. 여기서 고려된 지역구국회의원선거의 특성은 지역구국회의원은 대통령과 비례대표국회의원과 달리 전국이 아닌 지역선거구를 단위로 선거를 실시하고, 지역선거구는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 확정된다는 점이다. 이러한 특성에 비추어 지역구국회의원은 해당선거구 지역과 관련성이 있음을 인정하고, 지역구국회의원 선거권은 지역에 이해를 가지는 자에게 인정된다고 보았다. 그리고 공직선거법에서 주민등록과 국내거소신고를 기준으로 지역과의

관련성을 확인하는 것은 합리적인 방법이므로, 주민등록과 국내거소신고가 되어 있는 사람에게만 지역구국회의원선거권을 인정하는 것이 타당하다고 밝혔다.

다수의견은 주민등록과 국내거소신고가 아닌 다른 방법에 대해서도 검토하였다. 재외선거인의 국내 최종주소지를 기준으로 정하되 등록기준지를 보충적으로 적용하는 방법, 재외선거인 등록신청의 첫날인 150일 당시의 등록기준지로 고정하는 방법 등을 언급하였으나, 현재 우리의 법체계상 등록기준지를 자유롭게 변경할 수 있어서 선거의 결과가 왜곡될 가능성이 있다고 밝혔다. 이는 반대의견에서 제시하고 있는 해결방안에 대해 비판적으로 검토한 부분으로 보인다.

## (2) 반대의견의 내용과 해설

재판관 이진성과 재판관 서기석은 재외선거인에게 임기만료지역구국회의원 선거권을 인정하지 않은 것은 헌법에 위반된다고 보았고, 그 요지는 다음과 같다.

『자유위임제도를 채택하고 있는 헌법 하에서 국회의원은 해당 선거구에서 선출되기는 하나, 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에도 법적으로 구속되지 아니하는 ‘국민의 대표’이다. 지역구국회의원이 현실적으로 지역대표의 성격을 지니고 있다 하여 법리적으로도 지역대표에 불과하다고 볼 수는 없다. 지역구 선택 문제 등 현실적으로 극복하기 쉽지 않은 문제가 발생할 우려가 있음을 이유로, 그 선거권 자체를 부정하는 것은 국회의원의 국민대표성에 정면으로 반하므로 재외선거인으로부터 지역구국회의원 선거권을 박탈하는 것은 보통선거원칙에 위배된다. 이는 투표의 계산 가치 불평등뿐만 아니라, 의석배분에 있어서 결과가치의 불평등까지 초래하는 것으로서 평등선거원칙에도 위배된다. 결국 선거권조항 및 재외선거인 등록신청조항은 재외선거인의 선거권을 침해한다.』

반대의견은 다수의견과 달리 지역구국회의원의 국민대표성을 강조하였다. 헌법은 국회의원의 직무에 대해 자유위임제도를 채택하고 있기 때문에, 지역구국회의원이 해당 선거구에서 선출된다 하더라도, 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에 법적으로 구속되지 않는 ‘국민의 대표’라는

점을 실시하였다. 이에 따라 지역구국회의원에게 지역대표성이 현실적으로 인정된다고 하더라도, 법리적으로는 지역대표에 불과하다고 볼 수 없다는 점을 확인하였다.

반대의견은 고도의 공익적 필요성이 있는 경우에만 선거권이 제한될 수 있고, 선거기술상의 문제만으로는 선거권을 제한할 수 없다는 법리를 강조하였다. 다수의견은 제외선거인이 등록기준지를 자유롭게 선택할 수 있어 선거결과가 왜곡될 가능성이 있다고 보았지만, 반대의견은 이러한 문제점이 모두 정책적 혹은 선거기술적 요소에 불과하므로, 제외선거인의 지역구국회의원에 대한 선거권 자체를 부인할 정도의 사유가 되지 않는다고 보았다. 다수의견이 제시한 지역과의 관련성을 확인하는 방법에 대해서도 반대의견은 제외선거인의 지역구를 정하는 방법으로 제외선거인의 최종주소지 또는 등록기준지 등을 활용하는 다양한 방법이 선거기술상 가능하다고 비판하였다. 공직선거법상 제외선거의 공정성을 확보할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있음에도 불구하고 국회의원 정수 299명 중 대다수인 246명을 차지하는 지역구국회의원 선거권을 박탈하는 것은 보통선거원칙에 위반된다고 보았다.

한편 다수의견은 제외선거인에게 지역구국회의원 선거권을 인정하지 않는 것이 평등선거원칙에 위배되는지 여부에 대해서 밝히지 않았지만, 반대의견은 보통선거원칙뿐만 아니라 평등선거원칙에도 위반된다고 밝혔다. 주민등록이나 국내거소신고가 되어 있는 국민은 지역구국회의원과 비례대표국회의원을 모두 행사할 수 있어 1인 2표를 행사하는데, 제외선거인은 비례대표국회의원만을 선출할 수 있어 1인 1표만을 행사한다는 점을 지적하였다. 이는 투표의 계산가치 불평등뿐만 아니라 의석배분에 있어서 결과가치의 불평등을 초래하여 평등원칙에도 위반된다는 의견을 개진하였다.

## 나. 공관방문투표제

### (1) 다수의견의 내용과 해설

공직선거법은 제외선거의 투표방법으로 공관을 직접 방문하여 투표하는 방법을 채택하고 있다. 청구인들은 이 방법이 선거권행사를 곤란하게 하여

선거권을 침해한다고 주장하였지만, 다수의견은 공관방문투표방법이 청구인들의 선거권을 침해하지 않는다고 보았다.

『입법자가 선거 공정성 확보의 측면, 투표용지 배송 등 선거기술적인 측면, 비용 대비 효율성의 측면을 종합적으로 고려하여, 인터넷투표방법이나 우편투표방법을 채택하지 아니하고 원칙적으로 공관에 설치된 재외투표소에 직접 방문하여 투표하는 방법을 채택한 것이 현저히 불공정하고 불합리하다고 볼 수는 없으므로, 재외선거 투표절차조항은 재외선거인의 선거권을 침해하지 않는다.』

재외선거를 실시하는 국가들에서 채택하고 있는 투표방법으로는 공관을 직접 방문하여 투표하는 방법, 우편으로 투표용지를 발송하는 방법, 팩시밀리에 의한 투표와 전자투표 등이 있고, 두 가지 이상의 방법을 혼합하여 채택하는 방법도 있다.<sup>8)</sup> 다수의견은 여러 가지 투표방법 가운데 공관방문투표와 우편투표·인터넷투표를 비교하였다. 인터넷투표에 대해 선거 편의는 획기적으로 증진될 것이라는 점은 인정하였지만, 투표의 조작이나 위조 여부와 같은 보안상·기술상 문제점이 있음을 우려하였다. 우편투표에 대해서도 분실·착오·위조 등의 문제가 발생하거나 유권자 매수·협박, 사위(詐僞) 투표 등의 선거범죄에 노출될 가능성이 높다고 보았다. 반면, 공관방문투표는 투표하는 사람이 선거인명부에 등재된 본인인지 확인하는 가장 확실한 방법이라고 보았다. 재외선거의 경우 대한민국 국민이 아니거나 선거권이 없는 사람이 재외선거에 참여하는 것을 방지하기 위해서는 본인을 확인하는 절차가 필요한데, 공관을 직접 방문하여 투표하는 경우 투표참관인이 재외선거인의 신분증명서를 제시받아 본인 여부와 재외투표소 등재 여부를 확인할 수 있어 효과적인 방법이라고 실시하였다. 다수의견은 선거기술적인 측면과 비용 대비 효율성의 측면을 종합적으로 고려하여 세 가지 방법 중에 공관방문투표를 채택한 것은 현저히 불공정하거나 불합리하다고 볼 수 없다고 판시하였다.

8) 중앙선거관리위원회, 각국의 재외선거제도, 2007, 51-58면 참조.

## (2) 반대의견의 내용과 해설

재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성은 공관방문투표제가 재외선거인의 선거권 행사를 현저히 곤란하게 하여 청구인들의 선거권을 침해한다고 판시하였고, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『재외선거 투표절차조항은 재외선거인의 투표방법을 정함에 있어서 오로지 공관을 직접 방문하여 투표하는 방법만을 허용하고 있다. 이러한 방법은 재외공관이 설치되지 않은 국가에 거주하는 재외선거권자, 공관으로부터 멀리 떨어진 지역에 거주하는 재외선거권자 등의 선거권을 실질적으로 보장해주지 못한다. 우편투표제도를 도입하는 경우 재외투표소가 설치되지 않는 지역에 거주하는 재외선거권자와 생계활동 등의 사정으로 선거일 당일에 관할 공관에 방문할 수 없는 재외선거권자도 투표할 수 있게 된다. 부정행위를 방지하면서 재외국민의 선거권을 실질적으로 보장하는 방법을 강구할 수 있는데도 불구하고, 재외선거 투표절차조항이 직접 공관을 방문하여 투표하는 방법만을 허용하는 것은 재외선거인의 선거권 행사를 현저히 곤란하게 하는 것이므로 재외선거인의 선거권을 침해한다.』

반대의견은 현실적으로 공관을 방문하여 투표하기 어렵거나 많은 비용과 시간을 들여야 해서 사실상 투표하기 어려운 사람들의 선거권을 실질적으로 보장해주지 못한다는 점을 지적하였다. 대만 등 재외공관이 설치되지 않은 국가에 거주하는 경우도 있고, 공관으로부터 멀리 떨어진 지역에 거주하는 재외국민과 파병군인의 예를 들었다. 공관의 관할지역이 넓은 미국의 경우, 재외선거권자는 약 46만 명으로 추정되는데 재외투표소는 총 12곳에만 설치되어 하나의 재외투표소의 관할지역이 매우 넓다는 문제점도 지적하였다. 이에 반해, 우편투표는 재외선거인이 투표용지에 투표를 하고 우편을 통해 투표지를 회송하면 되므로, 공관을 직접 방문하기 어려운 사람들도 선거권을 행사할 수 있어 투표참여의 편의성을 높이는 방법이라고 보았다.

우편투표의 경우 부정선거의 위험성이 증가한다고 본 다수의견에 대해, 반대의견은 부정선거의 위험성 유무 및 정도는 우편투표제도 자체에 달려 있다기보다는 선거인의 의식 수준에 달려 있다고 보았다. 현행 공직선거법상 중대한 선거범죄를 행한 자에 대해서는 여권발급이 제한되고 있는데(제

218조의30), 재외선거인으로서의 체류국비자의 무효화되어 강제출국되고 형사처벌이 될 위험을 감수하고 투표매수매도행위를 감행할 요인이 크지 않다고 보았다. 또한 영국에서 재외선거인 등록신청할 당시에 등록한 비밀번호를 활용하는 방법과 독일에서 선거증을 활용하여 본인의 직접 서명을 부기하는 방법 등의 입법례를 예시하며, 선거의 공정성을 확보할 방법을 충분히 강구할 수 있다고 보았다. 이러한 방법을 강구하지 않고 공관방문 투표만 허용하는 것은 재외선거인의 선거권을 침해한다고 하였다.

## 6. 국민투표법에 대한 결정의 내용과 해설

### 가. 다수의견의 내용과 해설

헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정 이후 국민투표법이 개정되었지만, 주민등록이나 국내거소신고가 되어 있지 않은 재외선거인은 여전히 국민투표에 참여할 수 없었다. 이에 대해 다수의견은 재외선거인의 국민투표권을 침해한다고 선언하였는데, 그 요지는 다음과 같다.

『헌법 제72조의 중요정책 국민투표와 헌법 제130조의 헌법개정안 국민투표는 대의기관인 국회와 대통령의 의사결정에 대한 국민의 승인절차에 해당한다. 대의기관의 선출주체가 곧 대의기관의 의사결정에 대한 승인주체가 되는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 재외선거인은 대의기관을 선출할 권리가 있는 국민으로서 대의기관의 의사결정에 대해 승인할 권리가 있으므로, 국민투표권자에는 재외선거인이 포함된다고 보아야 한다. 또한, 국민투표는 선거와 달리 국민이 직접 국가의 정치에 참여하는 절차이므로, 국민투표권은 대한민국 국민의 자격이 있는 사람에게 반드시 인정되어야 하는 권리이다. 이처럼 국민의 본질적 지위에서 도출되는 국민투표권을 추상적 위험 내지 선거기술상의 사유로 배제하는 것은 헌법이 부여한 참정권을 사실상 박탈한 것과 다름없다. 따라서 국민투표법조항은 재외선거인의 국민투표권을 침해한다.』

다수의견은 국민투표권에 대해 국민이 국가의 특정 사안에 대해 직접 결정권을 행사하는 권리로서, 각종 선거에서의 선거권 및 피선거권과 더불어 국민의 참정권의 한 내용을 이루는 헌법상 기본권이라는 점을 명시하였다.

헌법 제72조에 의한 중요정책에 관한 국민투표는 국가안위에 관계되는 사항에 관하여 대통령이 제시한 구체적인 정책에 대한 주권자인 국민의 승인 절차이고, 헌법 제130조 제2항에 의한 헌법개정에 관한 국민투표는 대통령 또는 국회가 제안하고 국회의 의결을 거쳐 확정된 헌법개정안에 대하여 주권자인 국민이 최종적으로 그 승인 여부를 결정하는 절차라고 실시하였다. 또한 국민투표는 대의기관인 국회와 대통령의 의사결정에 대한 국민의 승인절차이므로, 국민투표권자의 범위는 대통령선거권자 및 국회의원선거권자와 일치되어야 한다고 보았다. 이에 따라 국회의원선거권이 있는 재외선거인에게도 국민투표권이 인정되어야 한다는 결론에 도달하였다.

다수의견은 국민투표와 선거의 차이점에 대해서도 실시하면서, 국민투표권은 국민에게 당연히 인정되어야 하는 권리임을 밝혔다. 선거권이 국가기관의 형성에 간접적으로 참여할 수 있는 간접적인 참정권이라면, 국민투표권은 국민이 국가의 의사형성에 직접 참여하는 헌법에 의해 보장되는 직접적인 참정권이다. 선거는 대의제를 가능하게 하기 위한 전제조건으로서 국민의 대표자를 선출하는 ‘인물에 관한 결정’이며, 이에 대하여 국민투표는 직접민주주의를 실현하기 위한 수단으로서 특정한 국가정책이나 법안을 대상으로 하는 ‘사안에 대한 결정’이다. 국민투표는 선거와 달리 국민이 직접 국가의 정치에 참여하는 절차이므로, 국민투표권은 대한민국 국민의 자격이 있는 사람에게 반드시 인정되어야 하는 권리이라는 점을 강조하였다.

## 나. 반대의견의 내용과 해설

재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 조용호는 국민투표법조항이 재외선거인의 국민투표권을 침해하지 않는다는 반대의견을 밝혔고, 그 요지는 다음과 같다.

『국민투표는 대한민국의 헌법질서에서 가장 핵심적인 영역에 대해 국민의 의사를 직접적으로 반영하는 절차이므로, 국내에서 어느 정도로 생활을 영위하는지 그 밀접성의 정도에 따라 국민투표권의 범위를 제한할 수 있다. 헌법 제72조 국민투표의 대상인 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책은 외국과 이해관계가 충돌하는 분야이므로, 외국에서 생활의 기반을 잡고 영주하는 재외국민의 국민투표참여요구의 진지성은 주민등록을

하거나 국내거소신고를 한 재외국민과 다를 수 있다. 국민의 헌법개정에 대한 진정한 의사를 반영하기 위해서는 국민투표권자를 대한민국의 영토에서 생활영역을 영위하는 사람으로 한정할 수 있고, 헌법개정절차에 영토와의 밀접한 관련성을 반영하는 것이 반드시 위헌적이라고 볼 수 없다. 국민투표법조항이 정치 참여 요구의 진지성·밀접성 등을 고려하여 주민등록이나 국내거소 신고를 한 국민에게만 국민투표권을 인정하는 것은 입법부의 합리적인 입법형성의 재량범위 내에 있다. 그러므로 국민투표법조항은 헌법에 위배되지 않는다.』

반대의견은 일정한 범위의 재외국민에 한하여 국민투표권을 인정하는 것이 언제나 헌법적으로 허용될 수 없는 것은 아니고, 국내에서 어느 정도로 생활을 영위하는지 그 밀접성의 정도에 따라 국민투표권이 제한될 수 있다는 의견이다. 이미 상당기간 대한민국과는 문화적·사회적·경제적으로 상이한 환경의 외국에서 생활의 기반을 잡고 그곳에 영주할 의사와 권리를 가지고 있는 사람의 경우에는 그렇지 아니한 재외국민이나 국외거주자들과는 대한민국의 정치에의 참여에 대하여 가지는 태도의 진지성, 밀접성이 현저히 다른 경우가 많을 수밖에 없다는 현실적인 측면을 고려하였다. 특히 헌법 제72조 중요정책 국민투표와 헌법 제130조 헌법개정안 국민투표의 기본적 특성에 근거하여 국민투표절차에 국내와의 관련성을 반영할 수 있다고 하였다. 헌법 제72조 중요정책 국민투표는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책에 관해 실시되는데 필연적으로 외국과 이해관계가 충돌할 수밖에 없고, 중요정책의 효력이 주로 국내에 있는 국민들에게 미친다는 점에서 외국에 영주하는 재외국민의 중요정책과의 밀접성이 크지 않다는 특성을 고려하였다. 헌법 제130조 헌법개정안 국민투표의 경우 국민의 모든 생활영역에서의 최고규범인 헌법을 개정하는 절차이므로, 대한민국의 영토에서 생활영역을 영위하는 사람이 참여할 수 있다고 보았다.

그 외에도 반대의견은 재외선거제도를 도입하고 있는 국가들의 입법례를 살펴보면, 재외선거의 범위는 국가마다 다르게 정하고 있다는 점을 논거로 삼기도 하였다. 재외선거가 실시되는 모든 국가에서 재외국민투표가 실시되는 것은 아니고, 오히려 재외국민투표를 실시하는 국가는 비교적 적다는 점을 논거로 들었다. 재외선거제도를 도입하고 있는 국가의 입법례

를 살펴보면, 재외선거제도는 주로 4가지 유형의 선거, 즉, 총선, 대선, 국민투표, 지방선거에 적용될 수 있다. 위 4가지 유형 중 어느 범위까지 재외선거가 인정되는지는 각 국가마다 다르게 인정되고 있다. 총선만 실시되는 국가, 대선만 실시되는 국가, 총선과 대선만 실시되는 국가, 총선·대선·국민투표 모두 실시되는 국가 등 각 국가의 상황에 맞게 재외선거제도가 운용되고 있다. 국민투표에 대해 재외선거제도를 인정하고 있는 국가는 2007년 기준으로 115개국 중 31개국으로 비교적 적은 편이다.<sup>9)</sup> 재외국민의 참정권을 폭넓게 보장하기 위한 재외선거제도에서도 그 구체적인 범위는 통치구조, 선거제도, 재외선거절차 등 각 국가의 여건에 맞는 형성의 범위에 있다는 것을 알 수 있다. 재외국민투표제도를 인정하고 있지 않다고 하더라도 그 국가의 사정에 비추어보면 합당한 제도형성이 될 수 있을 것이 반대의견의 견해이다.

## 7. 헌법불합치결정의 의미

헌법재판소는 국민투표법조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하되 개선입법이 있을 때까지 계속 적용할 것을 명하였다. 입법자는 늦어도 2015. 12. 31.까지 개선입법을 해야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 국민투표법조항은 2016. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다고 실시하였다.

국민투표법조항에 대한 위헌 결정의 효과를 예상하기 위해서는 공직선거와는 다른 국민투표만의 제도적 특성을 이해할 필요가 있다. 공직선거는 공직선거법 제34조 및 제35조에 선거일을 규정하고 있고 그 선거가 주기적으로 돌아오기 때문에 만약 재외선거에 관한 조항이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 다음에 예정된 선거를 실시할 수 없게 되어 법적 혼란 상태가 초래된다는 것을 예상할 수 있다. 이에 반해 국민투표는 헌법 제72조의 규정에 의한 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책과 헌법 제130조의 규정에 의한 헌법개정안에 대해서 실시되는바, 다음 국민투표가 예정된 것은 아니므로 언제 어떠한 내용의 국민투표가 실시될지 미리 예측하기 어렵다. 국민투표법조항에 대해 위헌을 선언하여 즉시 효력을 상실하

9) 중앙선거관리위원회, 각국의 재외선거제도, 2007, 45면 참조.

는 경우 특정한 시기에 법적 혼란상태가 초래될 것이 명백히 예상되는 것은 아니지만, 국민투표가 실시되어야 할 필요가 있을 때 입법자가 개선입법을 만들 때까지는 국민투표가 제대로 실시될 수 없게 된다는 문제점은 여전히 생기게 된다. 헌법재판소는 국민투표법조항이 위헌으로 선언되면 주민등록이 되어 있거나 국내거소신고를 한 국민들까지도 투표인명부에 등재될 수 없어 국민투표권을 행사할 수 없게 되므로, 입법자가 재외선거인의 국민투표권을 보장하는 방향으로 국민투표법조항을 개선할 때까지 잠정적으로 적용한다는 취지를 밝혔다.

또한 헌법재판소는 재외선거인에게 국민투표권을 부여하는 것이 헌법적 요건이라 하더라도, 국민투표의 절차상 기술적인 측면과 국민투표의 공정성 확보의 측면에서 해결되어야 할 많은 문제들이 존재한다고 실시하면서, 입법자는 이러한 문제에 대해 충분한 논의를 거쳐 재외국민투표제도를 형성하여야 하고, 재외선거인에게 국민투표권을 부여하는 구체적인 방안은 입법자의 입법형성의 범위 내에 있다고 판시하였다. 국민투표는 공직선거와 비교하면 매우 짧은 기간 내에 진행되어야 한다는 점에서 해결되어야 할 기술적 문제들이 있다. 공직선거법상 재외선거는 대통령선거와 임기만료에 의한 국회의원선거의 주기인 4년 내지 5년에 한 번씩 실시되고, 재외선거관리위원회는 선거일 전 180일 전부터 설치되며, 국외부재자와 재외선거인은 선거일 전 150일부터 국외부재자 신고 또는 재외선거인 등록신청을 할 수 있게 규정되어 있으므로, 선거일 전 약 6개월 전부터 재외선거가 실시될 수 있도록 준비가 시작된다. 그런데 중요정책 국민투표는 기한에 제한을 두고 있지는 않지만, 헌법개정안 국민투표의 경우에는 헌법에 규정된 기한 내에 실시되어야 한다. 헌법개정안은 대통령이 20일 이상의 기간 이를 공고하여야 하고, 국회는 헌법개정안이 공고된 날부터 60일 이내에 의결하여야 한다(헌법 제129조, 제130조 제1항).<sup>10)</sup> 국회가 헌법개정안을 의결

10) 중앙선거관리위원회가 2008. 10. 15. 국회에 제출한 국민투표법 개정의견에는 재외국민투표제도의 도입시 구체적인 일정에 관하여 조율이 되어 있다. 위 개정의견에 의하면, 재외국민투표 대상자는 영주권자 등 국외에 거주하는 재외국민과 국외체류가 예정된 국내 거주자이다. 헌법개정안에 대한 재외국민투표가 실시되는 경우 국외거주 재외국민은 대통령이 헌법개정안을 공고한 날부터 20일까지 거주지 관할 재외공관을 경유하여 국내 주민등록지(주민등록 말소자의 경우 등록기준지)를 관할하는 구·시·군의 장에게 재외투표인 등록신청을 하고, 구·시·

한 후 늦어도 30일 이내에는 국민투표가 실시되어야 하는데, 재외투표인 등록신청, 재외투표인명부작성 및 열람, 재외투표용지의 송부, 기표 및 회송 등 일련의 절차를 마쳐야 하므로, 재외국민투표가 원활하게 실시되기 위해서는 철저한 준비가 필요하다.<sup>11)</sup> 따라서 입법자는 이러한 기술적인 문제점들을 해결할 수 있도록 충분한 논의를 거쳐 개선입법을 해야 한다.

## 8. 결정의 의의

헌법재판소는 주민등록을 요건으로 재외국민의 참정권을 제한하는 공직선거법과 국민투표법 조항들에 대해 헌법불합치결정을 선고하였다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정). 이 사건은 그 후 도입된 재외선거에 관한 공직선거법조항과 국민투표인명부 작성에 관한 국민투표법조항에 대해 재외선거인의 선거권 및 국민투표권 등을 침해하는지에 관한 사건이다. 이 사건에서 재외선거인의 국회의원선거권에 관한 다양한 쟁점이 문제되었지만, 헌법재판소는 공직선거법상 선거권조항과 재외선거에 관한 조항들에 대해 합헌을 선언하였다. 재외선거인의 선거권 행사의 범위와 방법이 주민등록이 되어 있는 국민들과는 다르게 규율되고 있지만, 그 자체로 선거권을 침해한다고 보지는 않았다.

이후 공직선거법은 재외투표의 참여율을 제고하고 재외국민의 참정권을 실질적으로 보장하기 위해 2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정되어 재외선

---

군의 장은 등록신청기간 만료일 후 10일까지 재외투표인명부를 작성하고, 국회에서 헌법개정안이 가결된 날에 재외투표인명부를 확정한다. 비록 재외국민투표 제도가 도입되는 않았지만, 중앙선거관리위원회가 구상한 재외국민투표일정이 실현불가능한 것은 아니라는 점을 알 수 있다.

- 11) 헌법개정안 국민투표의 경우 재외투표인 등록신청기간을 단축하고, 재외투표인명부 열람과 이의신청의 절차를 생략하는 방법으로 30일 이내에 재외투표인명부를 확정할 수 있다. 현행 헌법에 의하면 대통령의 권위 등으로 인한 재선거는 60일 이내에 실시되어야 하는바(헌법 제68조 제2항), 임기만료에 의한 대통령선거일은 임기만료 일전 70일 이후 첫 번째 수요일로 법정되어 있지만(공직선거법 제34조), 대통령의 사망·관결의 확정 등의 사유로 재선거가 실시되는 경우에는 선거일을 미리 예측할 수 없다는 점에서 헌법개정안 국민투표와 유사한 점이 있다. 이때 재외선거는 60일 기간 내에 차질 없이 진행되기 위하여, 재외선거인명부 작성에 관한 기간이 단축되고, 열람과 이의신청 등의 절차가 일부 생략되고 있는바(공직선거법 제218조의12), 헌법개정안 국민투표도 같은 방식으로 선거인명부확정에 필요한 기간을 단축한다면 30일 이내에 재외투표인명부가 확정될 수 있을 것이다.

거 시 인터넷을 이용한 방법으로도 국외부재자신고 또는 재외선거인 등록 신청이 가능하도록 하고, 재외선거인 등록신청 시 우편 등록을 허용하며, 재외투표소에서 투표용지발급기를 통하여 투표용지를 교부하는 경우에도 재외선거인등이 귀국하여 투표할 수 있도록 규정하였다.<sup>12)</sup> 또한 재외국민의 국내거소신고제도가 폐지되고 재외국민용 주민등록증을 발급하도록 주민등록법이 개정됨에 따라 관련 규정을 정비하였다.

헌법재판소는 이 사건에서 재외선거인의 국민투표권에 대해서는 헌법불합치결정을 선언하였다. 2004헌마644등 결정 이후 국민투표인명부 작성에 관한 조항인 국민투표법 제14조 제1항이 개정되어 국내거소신고가 되어 있는 재외국민도 국민투표권을 행사할 수 있게 되었지만, 주민등록이나 국내거소신고가 되어 있지 않은 재외선거인은 여전히 국민투표권을 행사할 수 없었고, 재외선거와 같은 재외국민투표가 도입되지도 않았다. 국민투표는 선거와 달리 국민이 직접 국가의 정치에 참여하는 절차이므로, 국민투표권은 대한민국 국민의 자격이 있는 사람에게 반드시 인정되어야 하는 권리라고 선언하였다. 재외선거인은 주민등록이나 국내거소신고가 되어 있지 않더라도 국민의 한 사람이므로, 국민투표권을 행사할 수 있어야 할 것이다.

이 결정 이후 19대 국회에서 주민등록 및 국내거소신고를 하지 않은 재외국민에게 국민투표권을 부여하는 국민투표법 개정법률안(의안번호 1912736)이 제출되었다. 이 법률안에 따르면, 재외국민등록법에 의하여 등록된 재외국민 중 국내에 거소등록이 되어 있지 않은 재외국민들을 조사하여 국민투표공고일부터 5일 이내에 재외국민투표인명부를 작성하는 방식을 규정하고 있다. 다만 이에 대해 외교부는 재외국민등록법에 의하여 등록된 재외국민은 전체 재외국민의 1/2에 불과하기 때문에 나머지 등록하지 않은 재외국민은 국민투표인명부에서 제외되므로, 현행 재외선거와 같이 재외투표인 등록신청을 접수하여 투표인명부를 작성하여야 한다는 의견을 제시하였다. 한편, 재외선거인 등록신청을 상시적으로 가능하도록 하고, 최초로 작성된 재외선거인명부에 새로 등록신청한 재외선거인을 추가하는 방법으

12) 2012년 제19대 국회의원선거에서 최초로 재외선거가 치러졌으나, 전체 재외선거인수 2,233,193명 중 56,456명만 투표에 참가하여 2.53퍼센트의 저조한 투표율을 보였다.

로 선거인명부를 작성하도록 하는 영구명부제를 도입하는 공직선거법 개정안이 제출되어 있어, 만약 영구명부제가 도입된다면, 재외국민투표를 실시할 때 명부작성에 걸리는 시간을 단축할 수 있을 것이다.<sup>13)</sup> 재외선거인이 국민투표권을 행사할 수 있도록 위와 같은 선거기술적인 문제점들을 극복한 개선입법이 마련되어야 한다.

---

13) 안전행정위원회 전문위원 이창림이 작성한 국민투표법 일부개정법률안 검토보고서 참조.



## 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제32조 제1항 위헌확인

- 성폭력 범죄자의 신상정보등록 사건 -  
(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423·426(병합), 판례집 26-2상, 226)

성 왕\*

### 【관시사항】

형법상 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 구 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되기 전의 것) 제32조 제1항 중 ‘제2조 제1항 제3호 가운데 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상 정보 등록대상자가 된다’ 부분이 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 구 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되기 전의 것, 이하 ‘성폭력특례법’이라 한다) 제32조 제1항 중 ‘제2조 제1항 제3호 가운데 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되기 전의 것)

제32조(신상정보 등록대상자) ① 제2조 제1항 제3호·제4호, 같은 조 제2

\* 헌법연구관

항(같은 조 제1항 제3호·제4호만 한정한다), 제3조부터 제10조까지 및 제14조의 범죄로 유죄판결이 확정된 자 또는 제37조 제1항 제2호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자(「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제33조에 따른 신상정보 등록대상자는 제외한다.)가 된다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 형법상 강제추행죄로 유죄 확정판결을 받아, 이 사건 법률조항에 의하여 신상정보 등록대상자가 되었다. 이에 청구인들은 신상정보 등록의 근거규정인 이 사건 법률조항이 청구인들의 사생활의 비밀과 자유 등 기본권을 침해한다고 주장하며, 이 사건 법률조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

심판대상조항은 일정한 죄명에 해당하는 범죄를 저지른 자를 모두 신상정보 등록대상자로 정하고 있는바, 재범의 위험성이 없고, 비교적 책임이 경미한 강제추행죄 등을 저지른 자의 경우까지 법관의 판단을 거치지 아니하고 무조건 신상정보 등록대상자가 되도록 하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 사생활의 비밀과 자유, 재판청구권 등 기본권을 침해한다.

## 【결정요지】

심판대상조항은 성폭력 범죄자의 재범을 억제하여 사회를 방위하고, 효율적 수사를 통한 사회혼란을 방지하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 전과기록이나 수사경력자료는 보다 좁은 범위의 신상정보를 담고 있고, 정보의 변동이 반영되지 않는다는 점에서 심판대상조항에 의한 정보 수집과 동일한 효과를 거둘 수 있다고 보기 어렵고, 심판대상조항이 강제추행죄의 행위태양이나 불법성의 경중을 고려하지 않고 있더라도 이는 본질적으로 성폭력범죄에 해당하는 강제추행죄의 특성을 고려한 것이라고 할 것이므로, 심판대상조항은 침해최소성이 인정된다.

또 신상정보 등록으로 인한 사익의 제한은 비교적 경미한 반면 달성되는 공익은 매우 중대하다고 할 것이어서 법익균형성도 인정된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 개인정보 자기결정권을 침해한다고 할 수 없다.

### 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견

심판대상조항은 성폭력 범죄자의 재범 방지를 주요한 입법목적 가운데 하나로 삼고 있음에도, 등록대상자의 선정에 있어 ‘재범의 위험성’을 전혀 요구하고 있지 않고, 행위태양의 특성이나 불법성의 경중을 고려하여 등록대상 범죄를 축소하거나, 별도의 불복절차를 두는 등 충분히 가능하고 덜 침해적인 수단을 채택하지 아니하였으므로 침해최소성에 반한다. 또 개별 사안에 따라서는 침해되는 사익과 달성되는 공익 사이의 불균형을 초래할 수 있다는 점에서 법익균형성도 인정하기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 개인정보 자기결정권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 심판대상조항이 규정하는 신상정보 등록제도의 내용과 입법연혁

#### 가. 신상정보 등록제도의 내용

「성폭력특례법은, ① 형법 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간 등 상해·치상), 제301조의2(강간 등 살인·치사), 제302조(미성년자등에 대한 간음), 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄, 제339조(강도강간)의 죄로 유죄판결이 확정된 자, ② 위 ①의 범죄로서 다른 법률에 따라 가중처벌되는 죄로 유죄판결이 확정된 자, ③ 성폭력특례법 제3조(특수강도강간 등), 제4조(특수강간 등), 제5조(친족관계에 의한 강간 등), 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등), 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등), 제8조(강간 등 상해·치상), 제9조(강간 등 살인·치사), 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행), 제14조(미수범)의 죄로 유죄판결이 확정된 자, ④ 위의 ① 내지 ③과 같은 성폭력범죄(등록대상 성폭력범죄)

죄)를 저지른 자 또는 등록대상 성폭력범죄를 범하였으나 형법 제10조(심신장애) 제1항에 따라 처벌할 수 없는 자로서 등록대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자로서 공개명령을 받은 자는 '신상정보 등록대상자'가 된다고 규정하고 있다(제32조 제1항).

법원은 등록대상 성폭력범죄로 유죄판결을 선고할 때 등록대상자에게 등록대상자라는 사실 및 신상정보 제출의무가 있음을 통지하고(제32조 제2항), 등록대상자는 등록대상 범죄의 유죄판결이 확정된 날부터 60일 이내에 신상정보[성명, 주민등록번호, 주소 및 실제거주지, 직업 및 직장 등의 소재지, 신체정보(키, 몸무게), 사진(등록일 기준으로 6개월 이내에 촬영된 것), 소유차량의 등록번호]를 자신의 주소지를 관할하는 경찰관서의 장 또는 등록대상자가 수용된 교정시설이나 치료감호시설의 장에게 제출하여야 하며, 변경정보가 있는 때에는 사유발생일로부터 30일 이내에 제출하여야 한다(제33조 제1항, 제2항).

등록대상자로부터 신상정보를 제출받은 관할경찰관서의 장 또는 교정시설 등의 장은 지체 없이 이를 법무부장관에게 송달하고(제33조 제3항), 법무부장관은 송달받은 신상정보와 등록대상자의 등록대상 성폭력범죄의 경력정보를 성폭력범죄자 등록정보 원부에 등록하며(제34조 제1항), 최초 등록일부터 10년간 보존·관리한다(제35조 제1항). 다만 등록원인이 된 등록대상 성폭력범죄로 교정시설에 수용된 기간은 등록기간에 넣어 계산하지 아니한다(제35조 제2항).

법무부장관은 등록정보를 등록대상 성폭력범죄와 관련한 범죄 예방 및 수사에 활용하게 하기 위하여 검사 또는 각급 경찰관서의 장에게 배포할 수 있는데(제36조 제1항), 등록기간이 끝나면 등록정보를 즉시 폐기하고 등록대상자에게 통지하여야 한다(제35조 제2항). 한편 등록대상 성폭력범죄자의 신상정보의 등록·공개·보존 및 관리 업무에 종사하거나 종사하였던 자는 직무상 알게 된 등록정보를 누설하여서는 아니되고(제39조), 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.」(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 231-232)

### 나. 신상정보 등록제도의 입법연혁 및 취지

성범죄자에 대한 신상공개제도는 2000. 2. 3. 법률 제6261호로 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 ‘청소년 성보호법’이라 한다)이 제정되면서 처음 도입되었으나, 신상정보의 등록제도는 그보다 뒤인 2005. 12. 29. 법률 제 7801호로 ‘청소년 성보호법’이 개정되면서 새로 도입되었고, 이후 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 ‘아청법’이라 한다)로의 개정 등 몇 차례 개정을 거치며 조금씩 변화하였다.

한편 아동·청소년을 대상으로 하지 아니하는 성범죄와 관련한 신상등록 제도는 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 ‘성폭력특례법’이 제정되면서 처음 도입되었다. 성폭력범죄가 해마다 지속적으로 증가하고 있고 날로 흉포화하고 있으며, 다른 범죄에 비해 재범가능성이 높고 은밀하게 행해지므로 이를 근본적으로 예방하기 위해서는 성범죄자에 대한 처벌 강화와 재범방지 등을 위한 제도의 보완이 필요하다는 지적에 따라, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’에서 성폭력범죄의 처벌에 관한 사항을 분리하여 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 ‘성폭력특례법’을 제정하면서 재범방지 방안으로서 성인 대상 성범죄자의 신상정보 등록·공개·고지 제도를 도입한 것이다.<sup>1)</sup>

이후 아청법과 성폭력특례법상 신상정보의 등록 및 공개 관련 규율의 중복이 문제되자, 그 해결을 위하여 2012. 12. 18. ‘아청법’(법률 제11572호)과 ‘성폭력특례법’(법률 제11556호)을 개정하면서 신상등록제도는 ‘성폭력특례법’이 규율하고, 신상공개제도는 아청법이 규율하도록 하였다. 개정 법률은 각각 2013. 6. 19. 시행되었다.

‘청소년 성보호법’, ‘아청법’, ‘성폭력특례법’상 신상등록제도의 연혁 및 내용은 다음과 같다.

1) 신상정보 공개 및 고지조항에 대하여는 국회 의결시에 과잉금지원칙 위반을 지적하는 견해(이정희 의원 반대토론)가 있었으나, 신상정보 등록에 관하여는 특별한 반대의견이 제시되지 아니하였다(제288회 국회 제2차 회의록 제9, 10면 참조).

[신상정보 등록제도의 변화]

	<p>청소년성보호법 (2005. 12. 29. 법률 제7801호)</p>	<p>청소년성보호법 (2007. 8. 3. 법률 제8634호 개정 이후), 아청법(2009. 6. 9. 법률 제9765호 개정 후 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전)</p>	<p>성폭력특례법 (2010. 4. 15. 법률 제10258호 제정) : 이 사건 심판대상</p>	<p>성폭력특례법 (2012. 12. 18. 법률 제11556호, 2013. 6. 19. 시행)</p>
<p>등록 대상자</p>	<p>청소년에 대한 일정한 성폭력 범죄<sup>2)</sup>로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 최종 형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 자 중에서 그와 같은 범죄를 다시 범할 위험이 있다고 인정되는 자</p>	<p>* 청소년대상 성범죄(아청법 개정 이후 아동·청소년 대상 성범죄)<sup>3)</sup>로 유죄판결이 확정된 자 * 열람명령<sup>4)</sup>(2009년 아청법 개정 이후에는 공개명령<sup>5)</sup>)이 확정된 자</p>	<p>* 성폭력범죄로 유죄판결이 확정된 자 * 공개명령<sup>6)</sup>이 확정된 자 * 아청법상 등록대상자 제외</p>	<p>* 성폭력특례법상 성폭력범죄<sup>7)</sup>로 유죄판결이 확정된 자 * 아청법상 아동·청소년 대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자 * 아청법상 공개명령<sup>8)</sup>이 확정된 자 * 아청법상 아동, 청소년 이용음란물 소지로 벌금형을 선고받은 자는 제외</p>

- 2) 청소년의 성보호에 관한 법률 제10조(강간, 강제추행) 위반의 죄, 청소년에 대한 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조 내지 제10조(특수강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 간음, 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행, 강간 등 상해, 치상, 강간 등 살인, 치사) 위반의 죄 및 그 미수범, 청소년에 대한 「형법」 제301조(강간 상해, 치상), 제301조의2(강간 살인, 치사), 제339조(강도강간), 제305조(미성년자 간음, 추행) 위반의 죄
- 3) 청소년성보호법 제7조 내지 제12조(청소년에 대한 강간, 강제추행, 청소년이용음란물의 제작, 배포, 청소년 매매, 청소년 성매매, 성장요, 알선영업)위반의 죄, 청소년에 대한 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조 내지 제12조(특수강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 간음, 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행, 강간 등 상해, 치상, 강간 등 살인, 치사, 업무상 위력 등에 의한 추행, 각 죄의 미수범) 위반의 죄, 청소년에 대한 형법 제297조 내지 303조 및 305조(강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 강간 상해, 치상, 강간 살인, 치

	<p>청소년성보호법 (2005. 12. 29. 법률 제7801호)</p>	<p>청소년성보호법 (2007. 8. 3. 법률 제8634호 개정 이후), 아청법(2009. 6. 9. 법률 제9765호 개정 후 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전)</p>	<p>성폭력특례법 (2010. 4. 15. 법률 제10258호 제정) : 이 사건 심판대상</p>	<p>성폭력특례법 (2012. 12. 18. 법률 제11556호, 2013. 6. 19. 시행)</p>
<p>등록 결정, 고지</p>	<p>국가청소년위원회 가 결정</p>	<p>* 등록 결정 불요 * 법원은 유죄판결 시 등록대상자인 사실 및 신상정보 제출의무 고지</p>	<p>좌동</p>	<p>좌동</p>

- 사, 업무상 위력에 의한 간음, 미성년자 간음, 추행) 위반의 죄(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 아청법이 개정되면서 아동복지법상 성희롱, 음행매개 등이 추가됨)
- 4) 법원으로 하여금 13세 미만 청소년에 대하여 청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 자, 재범의 위험성이 있는 자 등에 대하여 판결로 5년간의 열람명령을 하도록 하였다. 열람에 제정되는 정보는 등록정보에서 주민등록번호 및 소유차량 번호를 제외하고 청소년 대상 성범죄 경력을 추가한 것이다.
  - 5) 아청법은 정보통신망을 통한 공개제도를 도입하면서, 벌금형을 선고하거나, 피고인이 아동, 청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에 공개명령을 하지 아니할 수 있도록 예외를 규정하였다.
  - 6) 등록대상 성폭력범죄를 저지른 자 및 등록대상 성폭력 범죄를 범하였으나 심신장애로 처벌할 수 없는 자로서 재범의 위험성이 있는 자에 대하여 유죄판결과 동시에 선고한다. 다만 신상정보를 공개하여서는 아니될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.
  - 7) 형법 제297조 내지 303조 및 제305조, 제339조(강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 강간상해, 치상, 강간 살인, 치사, 업무상 위력에 의한 간음, 미성년자 간음, 추행, 강도강간)위반의 죄, 특별법에 의하여 가중처벌되는 성폭력범죄, ‘성폭력특례법’ 제3조 내지 제15조(특수강도강간, 특수강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 강간, 강제추행, 13세 미만 미성년자 강간, 강제추행, 강간상해, 치상, 강간 살인, 치사, 업무상 위력에 의한 추행, 공중밀집장소에서의 추행, 성적 목적을 위한 공공장소 침입행위, 통신매체를 이용한 음란행위, 카메라 등을 이용한 촬영 및 각 범죄의 미수범) 위반의 죄
  - 8) 종전에 아청법이 공개대상자로 정하고 있던 자와 ‘성폭력특례법’이 공개대상자로 정하고 있던 자를 합하여 아청법에서 공개대상자로 규정하였다.

	<p><b>청소년성보호법</b> (2005. 12. 29. 법률 제7801호)</p>	<p><b>청소년성보호법</b> (2007. 8. 3. 법률 제8634호 개정 이후), <b>아청법</b>(2009. 6. 9. 법률 제9765호 개정 후 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전)</p>	<p><b>성폭력특례법</b> (2010. 4. 15. 법률 제10258호 제정) : 이 사건 심판대상</p>	<p><b>성폭력특례법</b> (2012. 12. 18. 법률 제11556호, 2013. 6. 19. 시행)</p>
<p>등록 정보</p>	<p>* 신상정보(성명, 생년월일, 현 직장 및 실제 거주지의 주소, 사진) * 등록대상자의 범죄사실의 개요</p>	<p>* 신상정보(성명, 주민등록번호, 주소 및 실제거주지, 직업 및 직장 등의 소재지, 사진, 소유 차량의 등록번호), 2009년 아청법 개정 이후 신체정보(키, 몸무게) 추가 * 아동·청소년 대상 성범죄 경력정보</p>	<p>* 신상정보[성명, 주민등록번호, 주소 및 실제거주지, 직업 및 직장 등의 소재지, 신체정보(키, 몸무게), 사진, 소유차량 등록번호] * 등록대상 성범죄 경력정보</p>	<p>* 신상정보[성명, 주민등록번호, 주소 및 실제거주지, 직업 및 직장 등의 소재지, 신체정보(키, 몸무게), 사진, 소유차량 등록번호] * 등록대상 성범죄 경력정보, 전자발찌 부착 여부</p>
<p>등록 기간, 관리</p>	<p>* 최초 등록일부터 5년 * 국가청소년위원회가 보존·관리</p>	<p>* 최초 등록일부 10년(2010년 아청법 개정 이후 20년) * 국가청소년위원회가 보존·관리 (2008년 개정으로 보건복지가족부장관이, 2010년 개정으로 여성가족부장관이 보존·관리)</p>	<p>* 최초 등록일부 10년 * 법무부장관이 보존·관리</p>	<p>* 최초 등록일부 20년 * 법무부장관이 보존·관리</p>
<p>등록 정보의 활용</p>	<p>* 범죄사실과 관련된 피해자, 피해자의 법정대리인, 후견인과 그 변호사, 일정한 청소년 교육기관의 장의 열람 가능 * 지방경찰청장에 대한 통보</p>	<p>* 범죄 예방 및 수사 활용을 위하여 검사, 각급 경찰관서의 장에게 배포가능</p>	<p>* 범죄 예방 및 수사 활용을 위하여 검사, 각급 경찰관서의 장에게 배포가능</p>	<p>* 범죄 예방 및 수사 활용을 위하여 검사, 각급 경찰관서의 장에게 배포가능</p>

## 2. 관련 선례의 검토

### 가. 심판대상조항과 관련하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 청구가 부적법하다고 본 사례

헌법재판소는 강제추행의 범죄사실로 기소된 사람이 소송계속 중 이 사건 심판대상조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하고, 신청이 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구한 사안에서, 일정한 성폭력범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되는데, 유죄판결이 확정되기 전 단계인 당해 형사사건 재판에서 신상정보 등록 근거규정이 적용된다고 볼 수 없으므로 이에 관한 청구는 재판의 전제성이 인정되지 아니한다고 보아 청구를 각하하였다(헌재 2013. 9. 26. 2012헌바109, 공보 204, 1333, 1334).

이 사건의 경우, 청구인들은 자신들에 대한 유죄판결이 확정된 후 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하였으므로 위 선례와 구분된다. 이 사건 심판청구의 적법 여부는 아래에서 다시 검토하기로 한다.

### 나. ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’상 신상정보 공개제도에 대한 합헌결정

헌법재판소는, 아동·청소년 대상 성폭력 범죄를 저지른 사람에 대하여 신상정보를 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 제1호에 대하여 합헌결정을 하였다(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바106 등, 판례집 25-2하, 156, 156-166).

법정의견은, 아동·청소년의 성을 보호하고 사회방위를 도모하기 위한 것으로서 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정되고, 또한 그 공개대상이나 공개기간이 제한적이고, 법관이 ‘특별한 사정’ 등을 고려하여 공개 여부를 판단하도록 되어 있으며, 공개로 인한 피해를 최소화하는 장치도 마련되어 있으므로 침해의 최소성이 인정되며, 이를 통하여 달성하고자 하는 ‘아동·청소년의 성보호’라는 목적이 침해되는 사익에 비하여 매우 중요한

공익에 해당하므로 법익의 균형성도 인정된다고 보아 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 인격권, 개인정보 자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 나아가 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 저지른 사람과 달리 아동·청소년 대상 일반범죄를 저지른 사람은 신상정보 공개대상자가 아니지만, 아동·청소년 대상 일반범죄는 성폭력범죄와 달리 청소년의 생명이나 신체의 완전성, 재산권을 보호하는 데 목적이 있으므로, 양자를 본질적으로 동일한 비교집단으로 보기 어렵고, 또한 아동·청소년을 대상으로 성폭력범죄가 아닌 성범죄를 저지른 사람도 신상정보 공개대상자가 아니지만, 이는 행위불법성의 차이와 입법 당시의 사회적 상황, 일반 국민의 범감정 등을 종합적으로 고려한 결과이므로 이를 자의적이고 비합리적인 차별이라고도 보기 어려우므로 평등원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

이에 대하여 재판관 김이수, 재판관 이진성은, 신상정보 공개제도가 범죄억지 효과가 있다고 단정하기 어렵다는 점에서 수단의 적합성이 인정되지 않고, 신상정보 공개는 성폭력범죄 전과자에 대한 낙인이나 배타의식을 넘어 공개대상자의 정상적인 사회복귀 자체를 원천봉쇄할 위험이 크며, 가족들까지 함께 정신적 고통을 겪게 하거나 그 생활기반을 상실시키는 결과가 초래될 수도 있고, ‘재범의 위험성’ 등 공개 여부의 심사기준을 세분화하지 않고 법관으로 하여금 원칙적으로 신상정보를 공개하도록 하고 있어 공개대상자의 범위 또한 지나치게 넓으므로 침해의 최소성에 반한다고 보았다. 또한 공개대상자의 기본권이 심각하게 훼손되는 데 비해 그 범죄억지의 효과는 불확실하다는 점에서 법익의 균형성도 갖추지 못하였다고 판단하였다.

위 결정은 신상정보 ‘공개’의 근거규정에 관한 것으로, 성폭력범죄자의 일정한 신상정보를 ‘등록’할 뿐 일반인에게 공개하지 아니하는 이 사건 심판대상조항과 구분된다.

### 3. 청구의 적법 여부

이 사건 결정은, 청구의 적법함을 전제로 본안 판단에 나아갔다.

이 사건 청구인들은 모두 강제추행죄로 유죄판결을 선고받아 그 판결이 확정된 자로서 심판대상조항에 의하여 신상정보 등록대상자가 되었으므로

기본권 침해의 법적 관련성이 인정된다고 할 것이고<sup>9)</sup>, 청구인들은 모두 유죄판결이 확정된 때로부터 90일이 경과하기 전에 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였으므로 청구기간도 준수하였으며, 달리 이 사건 심판청구가 부적법하다고 볼 사정이 없다.

#### 4. 심판대상조항의 청구인들의 기본권 침해 여부

##### 가. 제한되는 기본권

###### (1) 개인정보자기결정권의 제한

이 사건 결정은 다음과 같이 심판대상조항에 의하여 개인정보자기결정권이 제한된다고 보았다.

『개인정보 자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.

개인정보 자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않으며, 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등 참조).

이 사건 법률조항은, 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 규정하고 있다. 그러나 앞서 살핀 것처럼 신상정보 등록대상자는 일정한 신상정보를 제출할 의무를 부담하며(성폭력특례법 제33조 제1항, 제2항), 법무부장관은 제출받은 신상정보와 등록대상

9) 한편 법무부장관의 등록행위 자체는 구 성폭력특례법 제34조에 의한 법무부장관의 등록의무의 이행으로서 법률조항의 기계적 집행에 불과하므로, 청구인들이 법무부장관의 등록행위를 기다려 이의 취소를 구하는 소를 제기한 후, 그 행정소송을 당해사건으로 헌법소원심판청구를 구할 것을 기대하거나 요구하기 어렵다

성폭력범죄의 경력정보를 등록·보존·관리한다(성폭력특례법 제34조 제1항, 제35조 제1항). 따라서 이 사건 법률조항은 일정한 성폭력범죄자의 개인정보의 수집·보관·처리·이용에 관한 근거규정으로서 개인정보 자기결정권을 제한한다.』(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 233-234)

나아가 “이 사건에서 청구인들이 주장하는 사생활의 비밀과 자유, 행복추구권은 그 보호영역이 개인정보 자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서 관련되어 있고, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보 자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 그 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있으므로(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 234)” 별도로 판단하지 않음을 밝혔다.

## (2) 인격권 제한 여부

한편 헌법재판소는, 아청법상 신상공개규정의 위헌 여부가 문제된 2011헌바106 사건에서, 신상정보의 공개로 공개대상자의 사회적 평가가 침해되어 헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권이 제한된다고 본 바 있으나(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바106 등, 공보 205, 1486, 1488), 여기서 문제되는 신상정보 등록의 경우는 개인정보가 일반인에게 공개되는 것이 아니므로 인격권 제한은 문제되지 않는다고 볼 것이다. 국가기관 등의 개인정보수집, 보유가 문제된 헌법재판소의 선례들도 인격권의 제한을 문제로 삼지 않았다.<sup>10)</sup>

10) ① 주민등록법령상 지문을 날인하도록 한 부분과 경찰청장이 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668), ② 교육감 등이 졸업생의 성명, 생년월일 및 졸업일자 정보를 교육정보시스템(NEIS)에 보유하는 행위(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 81), ③ 국민기초생활보장법상의 급여신청자에게 금융거래정보의 제출을 요구할 수 있도록 규정한 것(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마112, 공보 110, 1246), ④ 연말정산 간소화를 위하여 의료기관에게 환자들의 의료비 내역에 관한 정보를 국세청에 제출하는 의무를 부과하고 있는 것(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1401등, 판례집 20-2상, 1115), ⑤ 국민건강보험공단이 구축한 자격관리 프로그램 등을 통해 수급자의 진료정보를 의료급여기관으로 하여금 국민건강보험공단으로 전송하게 하는 것(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092, 판례집 21-2상, 765), ⑥ 혐의없음의 불기소처분에 관한 수사경력자료를 혐의범죄의 법정형에 따라 일정 기간 보존하는 것(헌재 2009. 10. 29. 2008헌마257 판례집 21-2하, 372), ⑦ 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에서 범원의 제출명령이

### (3) 재판청구권 제한 여부

그 밖에 청구인들은 심판대상조항이 법관의 판단을 거치지 아니하고 신상정보 등록을 하도록 하는 것이 재판청구권을 침해한다고 주장하였다.

그러나 재판청구권은 권리보호절차의 개설과 개설된 절차에의 접근의 효율성에 관한 절차법적 요청으로서, 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법에 의하여 구체적으로 형성·실현되며, 또한 이에 의하여 제한되는 것이므로 권리구제절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 전혀 갖고 있지 아니한 규정에 의하여 재판청구권이 침해될 여지가 없다고 봄이 상당하다(헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12, 판례집 14-2, 345, 358 참조). 국민의 기본권을 제한하거나 의무를 부과하는 모든 국가작용(공권력행사)을 법원의 재판에 의하여 하도록 하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 사법작용의 본질에 비추어 보아도 정당하지 않으며, 실체법적 규정에 대하여 재판청구권 제한을 인정할 경우 거의 모든 사건에서 재판청구권 침해 여부를 심사하여야 하는 문제가 발생한다는 측면에서도 그러하다.

그에 따라 이 사건 결정은, 심판대상조항은 신상정보 등록에 관한 실체법적 근거규정으로서 권리보호절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 갖고 있지 아니하기 때문에, 심판대상조항에 의하여 재판청구권이 침해될 여지가 없다고 판단하였다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 237-238 참조).

한편 재판청구권을 보장하는 헌법 제27조 제1항은 법관에 의하지 아니하고는 민사·행정·선거·가사사건에 관한 재판은 물론 어떠한 처벌도 받지 아니할 권리를 보장하는데(헌재 1998. 5. 28. 96헌바4; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14 참조), 신상정보 등록제도는 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 처벌에 해당하지 아니하므로, 법관이 신상정보 등록 여부를 별도로 정하도록 하지 아니하였다고 하더라도 법관에 의한 재판받을 권리를 침

---

있을 때 그 사용목적에 필요한 최소한의 범위 안에서 거래정보 등을 제공할 수 있음을 규정한 것(헌재 2010. 9. 30. 2008헌바132, 판례집 22-2상, 597), ⑧ 수사경력자료의 보존 및 보존기간을 정하면서 범죄경력자료의 삭제를 규정하지 않은 것과 ‘협의없음’의 불기소처분을 받은 수사경력자료를 보존하고 그 보존기간을 두고 있는 것(헌재 2012. 7. 26. 2010헌마446, 공보 190, 1410, 1414)이 문제된 각 사례에서 개인정보 자기결정권을 제한되는 기본권으로 삼아 판단하였다.

해하는 것이라 할 수 없다고 판단하였다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 237-238 참조).

## 나. 개인정보자기결정권 침해 여부

### (1) 성폭력범죄의 발생실태

최근 성폭력범죄의 발생 건수는 2008년 15,094건, 2009년 16,156건, 2010년 19,939건, 2011년 22,043건, 2012년 21,346건으로 증가추세에 있다.<sup>11)</sup> 다만 이는 공식통계상의 수치이고, 암수범죄(실제 발생하였으나 수사기관에 의하여 인지되지 않았거나 해결되지 않아 범죄통계에 나타나지 않는 범죄)가 많은 성폭력범죄의 특성상 실제 발생 건수가 계속하여 증가추세에 있는지 여부에 대하여는 판단이 어렵다.

2008년 기준으로 우리나라의 인구 10만 명당 성폭력범죄 발생건수는 33.4건, 미국은 29.3건, 영국은 74.9건, 독일은 59.9건, 일본은 6.8건으로, 표면적으로는 선진국에 비하여 발생률이 낮은 것으로 보이나, 우리나라의 경우 암수범죄의 비율이 선진국에 비하여 높다는 사정을 감안하면 성폭력 범죄 발생률은 선진국에 비하여 다소 높은 수준일 것으로 추측된다.<sup>12)</sup>

### (2) 외국의 입법례

#### (가) 미국

미국의 성범죄자의 등록 및 신상공개에 관한 주요 법률로는 웨터링 아동 및 성폭력범죄자 등록법(Jacob Wettering Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act, 1994), 메간법(Megan's Law, 1996), 제시카법(Jessica's Law, 2005), 아담 월시 아동보호 및 안전법(Adam Walsh Child Protection and Safety Act, 2006) 등이 있다.

2003년 Megan's Law에 관한 연방대법원의 합헌 판결 이후, 연방의회는 2006년 7월 27일 the Adam Walsh Child Protection and Safety Act<sup>13)</sup>를

11) 대검찰청, 2013년 범죄분석, 강간, 강제추행[강간에는 '성폭력특례법', 아동법위반(강간 등)을 포함] 부분 참조.

12) 김태명, 성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제22권 제3호(2011), 제16-18면 참조

13) Pub.L. 109-248, July 27, 2006, 120 Stat. 587.

제정하면서 그 1장에서 the Sex Offender Registration and Notification Act(이하 ‘SORNA’라 한다)<sup>14)</sup>를 마련하고 성범죄자의 등록(sex offender registration)과 지역 사회에의 통지(community notice) 요건을 더 통합적이고 체계적으로 마련하였다.<sup>15)</sup>

모든 주는 SORNA에서 규정하는 요건에 부합하는 성범죄자 등록 시스템을 운영할 의무를 가지며,<sup>16)</sup> 성범죄자는 자신의 거주지, 직장, 학교가 소재한 관할 주에 자신의 정보를 등록할 의무를 가진다.<sup>17)</sup> 성범죄자는 최초의 등록을 복역 완료 전, 또는 실형이 아닌 경우 유죄 선고 후 3영업일 이내에 실시하여야 하는데,<sup>18)</sup> 법무부장관(Attorney General)은 이 법이 제정되기 이전에 유죄선고를 받은 성범죄자의 적용을 결정할 권한과 본법이 적용되는 범위 외 모든 성범죄자의 등록에 대한 세부규정을 마련할 권한이 있다.<sup>19)</sup>

성범죄자는 관할 관청에 자신의 이름, 주민등록번호, 집 주소, 직장 주소, 학교 주소, 차량 정보 등의 정보를 알려야 하며,<sup>20)</sup> 관할 주는 성범죄자의 인상착의, 등록이 요구되게 된 법 조항의 조문, 전과기록, 최근 사진, 지문, DNA샘플, 주에서 발급한 신분증의 복사본 등의 정보가 등록에 포함되었는지를 확인하여야 한다.<sup>21)</sup> 등록이 요구되는 기간은 1급 성범죄인 경우 15년, 2급 성범죄인 경우는 25년, 3급 성범죄인 경우는 종신이나<sup>22)</sup> 일정한 요건이 충족되는 경우 이를 단축할 수도 있다.<sup>23)</sup> 등록된 성범죄자는 1급인 경우 매년, 2급인 경우 매 6개월, 그리고 3급인 경우 매 3개월에 등록 관청에

14) Pub. L. 109-248, Title I, July 27, 2006, 120 Stat. 590, codified at 42 U.S.C.A. § 16901 et seq.

15) Carr. v. U.S., 130 S.Ct. 2229, 2232 (2010).

16) 42 U.S.C.A. § 16912.

17) 42 U.S.C.A. § 16913 (a).

18) 42 U.S.C.A. § 16913 (b).

19) 42 U.S.C.A. § 16913(d).

20) 42 U.S.C.A. § 16914 (a)(1)-(7).

21) 42 U.S.C.A. § 16914 (b)(1)-(8).

22) 42 U.S.C.A. § 16915 (a).

23) 42 U.S.C.A. § 16915 (b).

방문하여 사진을 최신의 것으로 바꾸고 등록된 정보의 정확성을 확인하여야 한다.<sup>24)</sup> 또한, 관할 관청은 등록대상자에게 등록 의무가 발생하는 시점에 등록 의무를 고지하고 설명하여 등록하게 하여야 할 의무가 있다.<sup>25)</sup>

미국 연방대법원은, 2013년 U.S. v. Kebodeaux(133 S.Ct. 2496) 사건에서 연방의회는 미국 연방헌법 제1조의 필요적절조항(Necessary and Proper Clause)에 의하여 공권력을 행사하고 실행하기 위하여 필요한 입법조치를 할 권한과 의무가 있으며 SORNA는 이러한 입법부의 권한범위를 벗어나지 않으므로 헌법에 위배되지 않는다고 판시하였다.

#### (나) 영국

영국은 1997년 성범죄자법(Sex Offender Act of 1997)에서 성범죄자 등록제도를 명시하여, 성범죄로 하여금 유죄판결을 받은 후 또는 교도소 출소 후 14일 이내에 경찰서에 직접 방문하거나 서면을 통해 이름과 주소 등을 등록하도록 하였다. 영국의 성범죄자 등록제도는 2003년 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)으로 이어져 시행되고 있다. 2003년 성범죄법은 등록대상자들의 신상정보를 모은 데이터베이스(Violent and Sex Offender Register, 일명 ‘VISOR’)를 마련하였다.<sup>26)</sup>

등록이 요구되는 성범죄는, 강간, 성폭행, 동의하지 않은 성행위, 13세 미만 아동 강간과 성폭행, 13세 미만 아동을 성행위로 유인하는 행위, 아동이나 청소년에 의한 아동 성범죄, 아동 성범죄를 조장하거나 계획하는 행위, 친족에 의한 아동 성범죄, 정신 장애인 대상 성범죄, 아동 성매매, 성범죄를 목적으로 약물을 사용한 경우, 관음 행위(voyeurism) 등이다. 성범죄자가 최초 등록시 필요적으로 제공해야 할 정보는 이름, 주소, 생년월일, 국민보험번호(national insurance number), 은행계좌 정보, 여권 정보 등이다.

한편 영국 대법원은 2003년 성범죄법상 성범죄로 30개월 이상 징역형을 선고받은 모든 사람은 평생 신상정보 등록, 고지의무를 부담하도록 한 규

24) 42 U.S.C.A. § 16916.

25) 42 U.S.C.A. § 16917.

26) 이용식, 성범죄자 신상정보등록 및 공개제도에 대한 제검토, 피해자학연구 제14권 제2호(2006. 10.), 제257면; 김지선 외, 성폭력범죄자 사후관리시스템에 대한 평가 연구(I) - 신상공개제도의 효과성 연구, 한국형사정책연구원, 2012, 107면 참조

정은 개별적 심리규정을 두지 아니하여 유럽인권협약 제8조에 위반된다고 판단하였다.

(다) 기타

그 밖에 유럽인권재판소는 최대 30년 동안의 주소신고의무 등을 규정한 프랑스의 성범죄자자동등록제도와 관련하여 유럽인권협약 제8조에 위반된다고 볼 수 없다고 판단한 바 있고, 독일이나 일본의 경우에는 성폭력범죄자에 대한 신상정보 등록제도가 없다.

(3) 과잉금지원칙 위배 여부

(가) 법정의견의 판단

1) 법정의견은, 심판대상조항이 성인 대상 성폭력범죄의 재범을 억제하여 성폭력범죄자로부터 잠재적인 피해자와 지역사회를 보호하고, 개인의 성적 자기결정권을 보장하며, 사회방위를 도모하기 위한 것이며, 동시에 성폭력범죄자의 조속한 검거 등 효율적 수사를 통하여 사회적 혼란을 방지하기 위한 것으로 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다고 보았다. 또한 성폭력범죄의 처벌은 꾸준히 강화되어 왔으나 성폭력범죄의 증가 및 흉포화로 인한 문제가 심각한 현실에서, 왜곡된 정의식 개선 등 사회문화적 부문에서의 근본적인 제도 개선에는 많은 시간과 노력이 필요하므로, 성폭력범죄로 처벌받은 사람에 대한 정보를 국가에서 체계적으로 관리하는 것이 재범에 의한 범죄를 예방하는 유효하고 현실적인 방법이 될 수 있다고 보았다. 나아가 심판대상조항은 강제추행죄를 저지른 개별 행위자의 형사책임의 경중을 기준으로 하여 신상정보 등록 여부나 등록대상 정보, 등록 기간 등을 세분화하고 있지 아니하나, 강제추행죄는 행위태양이나 죄질의 다양성에도 불구하고 항거하기 곤란한 폭행이나 협박으로 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 성폭력범죄로서 본질을 가지고 있으므로, 입법자가 개별 사안에 따라 억제·예방의 필요성을 구분하지 아니한 것이 입법목적 달성을 위하여 불필요한 제한을 부과하는 것이라 보기 어렵다고 보았다. 또 성폭력특례법은 모든 성범죄자를 신상정보 등록대상자로 정한 것이 아니라, 폭력에 의한 간음과 추행 행위 자체를 구성요건에 내포하고 있지 않은 성범죄를 저지른 경우는 신상정보 등록대상에서 제외하고 있고

(제32조 제1항), 등록정보의 종류를 한정(제33조 제1항)하여 학력, 종교, 경제상태, 질병, 가족관계 등 성폭력범죄자의 재범억제와 직접적인 관련성이 인정되지 아니하는 정보의 수집과 보관을 억제하는 한편, 등록 정보의 누설을 금지하고(제39조), 등록정보의 보존·관리기간에도 제한(제35조 제1항)을 두는 등 등록대상자의 기본권 제한을 최소화하는 장치도 마련하고 있다는 점 등을 고려하면 심판대상조항의 입법목적의 효과적 달성을 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 있다고 보기 어려우며, 심판대상조항으로 인하여 침해되는 사익은 비교적 경미하며 충분히 수인가능한 범위 내에 있는 반면 달성되는 성폭력범죄자의 재범 방지 및 사회 방위의 공익이 매우 중요하고 절실한 것이라는 점에서 침해의 최소성 및 법익균형성의 원칙도 충족된다고 판단하였다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 234-236).

2) 법정의견의 위와 같은 판단은 신상정보 공개명령의 근거규정에 대한 합헌결정(2011헌바106)의 법정의견의 판단과 거의 유사한 것이다. 다만 신상정보 공개명령 근거규정의 경우, 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우를 공개명령의 소극적 요건으로 삼고 있다는 점이 침해의 최소성을 인정하는 데 중요한 근거가 되었는데, 이 사건 결정의 경우 예외적 등록배제 규정을 두지 않은 점이 다투어지지 않았고, 과잉금지원칙 위배와 관련하여 명시적으로 판단되지 않았다. 다만 다수의 견은, 심판대상조항의 입법목적과 대상자의 연령·직업·재범의 위험성 등 행위자의 특성, 당해 범행의 종류·동기·범행과정·결과 및 죄의 경중 등 범행의 특성, 신상정보 등록으로 인하여 대상자가 입는 불이익의 정도와 예상되는 부작용, 그로 인해 달성할 수 있는 성폭력범죄의 예방 효과 및 성폭력범죄로부터의 피해자 보호 효과 등을 종합적으로 고려할 때, 신상정보를 반드시 등록할 필요가 없는 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우가 예외적으로 존재할 가능성을 배제하기 어려우므로, 입법자로서는 정보주체의 기본권을 보호하면서도 성폭력범죄의 예방이라는 입법목적에 맞는 구체적 타당성 있는 결론을 이끌어 내기 위한 방안으로서, 예컨대 법원이 신상정보 등록을 할 필요가 없다고 인정되는 특별한 사정이 있는지 여부를 판단할 수 있도록 하거나 이미 마쳐진 신상정보 등록에 관하여도 당사자가 불

복할 수 있는 절차를 마련하는 등의 입법보완조치를 취하는 것이 바람직하다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 238)는 입법개선 권고를 하였다.

이는 심판대상조항의 경우 신상정보 공개의 근거규정과 같은 일정한 예외 규정을 두고 있지 않지만, 강제추행죄의 경우, 여러 성범죄 가운데 본질적으로 폭력을 수단으로 하는 성폭력범죄로서 성격이 있다는 점에서 성폭력범죄의 재범 방지 등을 위하여 그에 대한 규제가 불필요한 것이라고 보기 어렵다는 점, 신상정보의 일반인에 대한 공개에 비하여 신상정보 등록으로 인한 불이익이 경미하다는 점, 또한 등록대상자의 범위를 축소하거나, 등록정보의 범위나 보존기간을 세분화하여 규율할 경우 기본권 제한을 더욱 완화할 여지는 있으나, 성폭력범죄의 재범 방지를 위해 충분한 억제력을 발휘할 수 있도록 하기 위한 적절한 분류기준을 찾기가 쉽지 않다는 점 등에서 그와 같은 조치를 취하지 않았다는 사정만으로 이 사건 법률조항이 기본권을 덜 침해하는 수단을 택하지 아니하여 헌법에 위반된다고 볼 수는 없으나, 입법자가 구체적 타당성있는 결론을 이끌어낼 수 있는 보완책을 마련할 필요가 있다고 본 것으로 이해된다.

3) 한편 이 사건 결정 이후 헌법재판소는, 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자 및 그 미수범을 처벌하는 성폭력특례법 제14조, 제15조의 범죄(카메라등이용촬영죄)로 유죄판결이 확정된 자에 대한 신상정보 등록 근거규정에 대하여 합헌결정을 하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340). 그런데 위 조항에 대해서는 이 사건에서 합헌의견을 낸 재판관 7인 가운데 5인만이 합헌의견을 냈으며, 합헌의견을 낸 재판관 5인은 신상정보등록조항의 입법목적은 성범죄의 재범 억제로 보고, 카메라등이용촬영죄도 본질적으로 성범죄이므로 신상정보 등록조항이 목적달성에 불필요한 제한을 부과하는 것이라 보기 어렵다고 판단하였다. 이에 대하여 이 사건 결정에서 합헌의견을 냈던 것과는 달리 헌법불합치 의견을 낸 재판관 2인은, 카메라등이용촬영죄는 폭력에 의한 간음이나 추행행위 자체가 구성요건에 들어 있지 않은 범죄로서 다른 성폭력범죄와 달리 ‘특

정강력범죄의 처벌에 관한 특례법'상 특정강력범죄에는 해당하지 않고, 카메라등이용촬영죄는 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄라기보다는 성폭속 내지 피해자의 사생활권을 침해하는 범죄의 성격이 강한 점, 다른 성폭력범죄와 달리 개별 행위유형에 따라 재범의 위험성이 현저히 다른 점 등을 고려할 때, 심판대상이 된 등록조항은 카메라등이용촬영행위의 특성이나 불법성의 정도를 고려하여 그 중 죄질이 무겁고 재범의 위험성이 인정되는 범죄로 등록대상을 축소하거나, 유죄판결 확정과 별도로 신상정보 등록 여부에 관하여 법관의 판단을 받도록 하는 절차를 두는 등 기본권 침해를 줄일 수 있는 다른 수단을 채택하지 않았다는 점에서 침해의 최소성에 위배되어 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하였다.

(나) 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대 의견

재판관 2인은 심판대상조항이 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단을 규정하였다는 점에 관하여는 다수의견에 동의하였다.

그러나 재판관 2인은, 일정한 성폭력 범죄자의 경우 당연히 신상정보 등록대상자가 되도록 한 것은 등록대상자의 범위를 지나치게 넓은 것으로서, 재범의 위험성이 인정되지 아니하는 경우까지도 신상정보 등록대상자가 되도록 하여 입법목적 달성을 위하여 필요하지 않은 제한까지 부과하는 결과를 초래하게 된다는 점에서 침해의 최소성에 반한다고 보았다. 또한 형법상 강제추행죄의 경우, 행위 태양이 다양하고, 행위자의 책임, 불법성의 경중 역시 다양하게 나타날 수 있으며, 이는 행위자의 재범방지의 필요성이나, 사회방위의 필요성 등을 판단함에 있어 중요한 요소 가운데 하나가 되는데, 심판대상조항은 형법상 강제추행죄의 유죄판결이 확정되기만 하면 벌금형이 선고되는 경우처럼 비교적 그 불법성이나 책임이 경미하다고 판단되는 경우에도 무조건 등록대상자가 되며, 나아가 일률적으로 10년의 등록기간을 적용하도록 하였는바, 심판대상조항은 행위 태양의 특성이나 불법성의 경중을 고려하여 등록대상 범죄를 축소하거나, 법정형이나 선고형에 따라 등록대상·기간 등을 세분화하거나, 별도의 불복절차를 두는 등 충분히 가능하고 덜 침해적인 수단을 채택하지 아니하였다는 측면에서도 침해의 최소성에 반한다고 보았다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 239-240 참조).

나아가 심판대상조항이 추구하는 공익이 중요하고, 일반적으로 신상정보의 등록과 보존·관리로 인하여 등록대상자에게 중대한 불이익이 주어진다 고 보기는 어렵다고 하더라도, 비교적 경미한 성폭력범죄를 저지르고 재범의 위험성이 인정되지 아니하는 이들에 대하여는 예외적으로 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이에 불균형이 발생할 여지가 있다는 점에서 법익균형성을 인정하기 어렵다고 보았다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 240-241 참조).

재판관 2인의 반대의견의 취지는 심판대상조항의 과잉성, 즉 일정한 예외를 설정하지 아니한 점에 초점이 있으며, 이는 위 재판관 2인이 신상정보 공개명령 근거규정에 대하여 수단의 적합성조차 인정하지 아니하는 견해를 취한 것(헌재 2013. 10. 24. 2011헌바106 등, 판례집 25-2하, 156, 168 참조)과는 구분된다.

## 5. 평등권의 침해 여부

이 사건 결정은, 일반 범죄와 달리 성폭력범죄의 경우에만 신상정보 등록대상이 되도록 한 것이 평등권을 침해한다는 주장에 대하여, 성폭력범죄를 저지른 자들과 보호법익이 다른 그 밖의 범죄를 저지른 자들이 ‘본질적으로 동일한’ 비교집단이라고 볼 수 없고, 또 최근 성폭력범죄로 인한 사회불안이 증가하여 이에 대한 중점적 대책 마련이 요구되고 있는 점에 비추어 이와 같은 구분기준이 특별히 자의적이라고 보기 어렵다고 판단하였다. 또한 성폭력특례법은 모든 성범죄자가 아니라 일정한 성폭력범죄를 저지른 자에 한하여 신상정보 등록대상자가 되도록 정하고 있는데, 이는 앞서 살핀 것처럼 행위유형과 보호법익의 특성을 고려한 것일 뿐만 아니라, 입법 당시의 사회적 상황, 일반 국민의 법감정, 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려한 결과라고 할 것이므로 이와 같은 구분이 자의적인 것이라거나 합리성이 없는 것이라고 보기 어렵다고 보았다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423 등, 판례집 26-2상, 226, 237 참조).

반대의견을 낸 재판관 2인은 심판대상조항의 평등권 침해 여부에 관하

여 별도로 판단하지 아니하였다.

## 6. 결정의 의의

이 사건 결정은 강제추행죄의 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상으로 규정한 심판대상조항에 대하여 합헌결정을 하면서, 정보주체의 기본권을 보호하면서도 성폭력범죄의 예방이라는 입법목적에 맞는 구체적 타당성 있는 결론을 이끌어낼 수 있는 입법보완장치를 마련하는 것이 필요하다는 입법자에 대한 권고를 하였으나, 현재까지 입법자의 개선입법은 이루어지지 않고 있는 상태이다.

한편 헌법재판소는 최근, 카메라등이용촬영죄의 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 규정한 성폭력특례법조항에 대하여 재판관 5(합헌):4(위헌 2인, 헌법불합치 2인)의 의견으로 합헌결정을 하였으나, 동시에 법무부장관으로 하여금 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하도록 한 성폭력특례법 조항에 대하여, 모든 등록대상자에게 획일적으로 20년의 등록기간을 부과하고 그 기간 동안 등록을 면하거나 등록기간을 단축하기 위한 수단을 마련하지 아니한 것은 과잉금지원칙에 위배하여 개인정보자기결정권을 침해한다는 이유로 2016. 12. 31.을 입법시한으로 하여 잠정적용을 명하는 헌법불합치 결정(헌법불합치 7인, 위헌 2인)을 하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340).

입법자는 헌법재판소의 결정 취지를 반영하여, 성범죄자 신상정보 등록 및 관리제도에 대한 포괄적 검토를 통하여 정보주체의 기본권을 보호하면서도 성폭력범죄의 예방할 수 있는 제도적 보완책을 마련하여야 할 것이다.

## 국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌소원 등

-공무원의 집단행위와 교원노조의 정치활동 금지 사건-  
(2014. 8. 28. 2011헌바32, 2011헌가18, 2012헌바185(병합), 판례집 26-2상, 242)

지 성 수\*

### 【관시사항】

1. 공무원의 집단행위를 금지하고 있는 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제78조 제1항 제1호의 ‘이 법’ 부분 중 제66조 제1항 본문의 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’ 부분이 명확성원칙, 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 교원노조의 정치활동을 금지하고 있는 구 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(1999. 1. 29. 법률 제5727호로 제정되고, 2010. 3. 17. 법률 제10132호로 개정되기 전의 것) 제3조 중 ‘일체의 정치활동’ 부분이 명확성원칙, 과잉금지원칙, 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것) 제78조 제1항 제1호의 ‘이 법’ 부분 중 제66조 제1항 본문의 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’ 부분(이하 ‘이 사건 국가공무원법 규정’이라 한다)과 구 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(1999. 1. 29. 법률 제5727호로 제정되고, 2010. 3. 17. 법률 제10132호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘교원노조법’이라 한다) 제3조 중 ‘일체의 정치활동’ 부분(이하 ‘이 사건 교원노조법 규정’이라 한다)의 위헌 여부로서 그 내용은 다음과 같다.

국가공무원법(2008. 3. 28. 법률 제8996호로 개정된 것)

---

\* 헌법연구관

제78조(징계 사유) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.

1. 이 법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우

구 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(1999. 1. 29. 법률 제 5727호로 제정되고, 2010. 3. 17. 법률 제10132호로 개정되기 전의 것)

제3조(정치활동의 금지) 교원의 노동조합(이하 “노동조합”이라 한다)은 일체의 정치활동을 하여서는 아니된다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2011헌바32 사건

청구인들은 국·공립 초·중·고등학교에 재직하고 있는 교사들로 전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’라 한다)의 조합원이자 간부인데, 2009. 6. 18. 전교조 교원들에 의해 행해진 1차 시국선언 과정에서 촛불시위 수사, PD 수첩 관계자 수사, 노무현 전 대통령의 죽음, 비정규직 문제, 4대강 사업, 교육의 위기 등을 언급하면서, 당시 정부의 독선적 정국운영으로 민주주의의 위기가 초래되었다고 비판하고, 대통령 사과, 국정쇄신, 언론·집회·인권 및 양심의 자유 보장, 사회적 약자 배려, 경쟁만능 학교정책 중단 등을 요구하는 내용의 시국선언을 주도하고 참여하였다.

당시 교육과학기술부(현 교육부)가 위 시국선언에 참여한 교사들에 대해 징계를 결정하자 전교조는 이에 반발하여 2009. 7. 19. 2차 시국선언을 하였다.

경상북도 교육감은 2009. 11. 26. 청구인들에 대해 일부 해임, 일부 정직의 처분을 하였다.

청구인들은 2010. 6. 16. 경상북도 교육감을 상대로 그 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 소송계속 중인 2010. 11. 11. 국가공무원법과 교원노조법에 대해 위헌법률심판제청을 신청하여 기각되자, 2011. 2. 1. 국가공무원법 제66조 제1항 중 ‘집단 행위’ 부분과 교원노조법 제3조 중 ‘일체의 정치활동’ 부분에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 나. 2011헌가18 사건

제청신청인들은 국·공립 중·고등학교에 재직 중인 교사로 전교조의 조합원이자 간부로 활동하고 있는데, 위 1차, 2차 시국선언 및 서명운동에 참여하였다는 이유로 서울특별시 교육감으로부터 2009. 12. 10. 징직처분을 받았다.

제청신청인들은 교원소청심사위원회의 소청심사를 거쳐 그 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 그 소송계속 중 국가공무원법 제66조 제1항 중 ‘집단 행위’ 부분과 교원노조법 제3조 중 ‘일체의’ 부분에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였으며, 서울행정법원은 2011. 2. 25. 교원노조법 제3조 중 ‘일체의’ 부분에 대해 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

## 다. 2012헌바185

청구인들은 국·공립학교 교사로서 전교조의 조합원이자 간부로 활동하고 있는데, 부산광역시 교육감은 청구인들이 위 1차, 2차 시국선언에 참여하였다는 이유로 2009. 12. 21. 청구인들에 대해 각 징직처분을 하였고, 이에 대해 청구인들은 소청심사를 거쳐 그 징계처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으며, 항소심 계속 중 교원노조법 제3조에 대한 위헌법률심판제청신청이 기각되자 2012. 5. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 제청법원의 위헌제청 이유

### 가. 2011헌바32 사건 청구인들의 주장

#### (1) 이 사건 국가공무원법 규정에 대한 주장

이 사건 국가공무원법 규정에 대해 법원과 헌법재판소가 이를 ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 한정하여 해석하고 있지만, 그럼에도 불구하고 그 개념이 모호하고 광범위하여 어떤 행위가 허용되고 금지되는지를 예측할 수 없으므로 명확성원칙에 위배된다.

청구인들의 시국선언은 정부의 정책과 행위에 대해 비판적 의견을 표명한 정치적 표현으로서 다른 기본권보다 우월한 지위를 가짐에도 불구하고

이 사건 국가공무원법 규정이 이를 금지하는 것은 표현의 자유와 결사의 자유 등을 침해하는 것이다.

공무원과 교원이라는 이유로 정치적 표현행위를 제한하는 것은 신분을 이유로 한 불합리한 차별로서 평등원칙에 위반된다.

## (2) 이 사건 교원노조법 규정에 대한 주장

이 사건 교원노조법 규정은 교원노조에 대해 ‘일체의’ 정치활동을 금지하고 있는바, 여기에서 금지되는 행위는 지나치게 포괄적이고 광범위하여 명확성원칙에 위반된다.

이 사건 교원노조법 규정이 교원노조에 대해 일체의 정치활동을 금지하는 것은 정치적 기본권의 최소한이라고 할 수 있는 정치적 표현의 자유를 박탈하는 것이고, 직업선택의 자유와 행복추구권을 침해하는 것이다.

다른 노동조합과 달리 교원노조에 대해서만 정치활동을 금지하는 것은 교원노조를 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

## 나. 2011헌가18 사건 제청법원의 제청이유

이 사건 교원노조법 규정은 교원의 일체의 정치활동을 금지하여 교원의 경제적, 사회적 지위 향상을 위한 정치적 의사표현 행위는 물론, 교육과정과 교육기관의 관리, 운용 등에 관한 의견 개진도 전면 금지하고 있으므로 이는 교원노조의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

이 사건 교원노조법 규정은 일반 노동조합의 경우와는 달리 교원노조의 정치활동을 모두 금지하여 불합리한 차별을 야기하고 있다.

## 다. 2012헌바185 사건 청구인들의 주장

이 사건 교원노조법 규정이 교원노조에 대해 일체의 정치활동을 금지하는 것은 헌법 제21조 제1항에서 도출되는 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

## 【결정요지】

1. 가. 이 사건 국가공무원법 규정의 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’는

언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항과 국가공무원법의 입법취지, 국가공무원법상 공무원의 성실의무와 직무전념의무 등을 종합적으로 고려할 때, ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오거나, 공무에 대한 국민의 신뢰에 손상을 가져올 수 있는 공무원 다수의 결집된 행위’를 말하는 것이므로 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나. 이 사건 국가공무원법 규정에서 공무원의 정치적 의사표현이 집단적으로 이루어지는 것을 금지하는 것은, 다수의 집단행동은 그 행위의 속성상 개인행동보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 크고, 공무원이 집단적으로 정치적 의사표현을 하는 경우에는 이것이 공무원이라는 집단의 이익을 대변하기 위한 것으로 비춰질 수 있으며, 정치적 중립성의 훼손으로 공무의 공정성과 객관성에 대한 신뢰를 저하시킬 수 있기 때문이다. 특히 우리나라의 정치 현실에서는 집단적으로 이루어지는 정부 정책에 대한 비판이나 반대가 특정 정당이나 정파 등을 지지하는 형태의 의사표현으로 나타나지 않더라도 그러한 주장 자체로 현실정치에 개입하려 한다거나, 정파적 또는 당파적인 것으로 오해 받을 소지가 크다. 따라서 공무원의 집단적인 의사표현을 제한하는 것은 불가피하고 이것이 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

2. 가. 이 사건 교원노조법 규정이 비록 ‘일체의’ 정치활동을 금지하는 형태로 규정되어 있지만, 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법과 교육기본법의 규정 및 교원노조법의 입법목적, 교원노조의 인정취지, 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려할 때, 이 규정에 의하더라도 교원의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 활동은 노조활동의 일환으로서 당연히 허용되고, 교원노조는 교육 전문가 집단이라는 점에서 초·중등교육 교육정책과 관련된 정치적 의견표명 역시 그것이 정치적 중립성을 훼손하지 않고 학생들의 학습권을 침해하지 않을 정도의 범위 내라면 허용된다고 보아야 한다. 이와 같이 이 사건 교원노조법 규정의 의미 내용을 한정하여 해석하는 것이 가능한 이상, 명확성원칙에 위반된다고 볼 수는 없다.

나. 교원의 행위는 교육을 통해 건전한 인격체로 성장해 가는 과정에 있는 미성숙한 학생들의 인격형성에 지대한 영향을 미칠 수 있는 점, 교원의

정치적 표현행위가 교원노조와 같은 단체의 이름으로 교원의 지위를 전면에 드러낸 채 대규모로 행해지는 경우 다양한 가치관을 조화롭게 소화하여 건전한 세계관·인생관을 형성할 능력이 미숙한 학생들에게 편향된 가치관을 갖게 할 우려가 있는 점, 교원노조에게 일반적인 정치활동을 허용할 경우 교육을 통해 책임감 있고 건전한 인격체로 성장해가야 할 학생들의 교육을 받을 권리는 중대한 침해를 받을 수 있는 점 등에 비추어 보면, 교원노조라는 집단성을 이용하여 행하는 정치활동을 금지하는 것이 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 교원노조는 교육의 정치적 중립성 요청으로 인해 그 업무와 활동에 있어서 강하게 정치적 중립을 요구받을 수밖에 없다는 점, 교원노조법은 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(이하 ‘공무원노조법’이라 한다)과 달리 ‘일체의’ 정치활동을 금지하는 것으로 되어 있지만, 교원노조에게도 교원의 근로조건 향상을 위한 활동 등은 허용된다는 점, 정치활동이 자유로운 대학교원단체의 경우 그 교육대상이 교원의 정치적 경향성에 별다른 영향을 받지 아니하는 대학생이라는 점에서 교원노조를 일반노조나 공무원노조, 대학교원단체와 달리 취급하는 것이 평등원칙 위반이라고 볼 수 없다.

### **재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 이 사건 교원노조법 규정에 대한 각하의견**

당해사건에서 문제가 된 시국선언의 주체는 교원노조가 아니라 시국선언 성명서에 서명한 교원 전체인데, 이 사건 교원노조법 규정은 교원노조 자체의 정치활동을 금지하는 규정이지 조합원인 교원 개인의 정치활동을 금지하는 규정이 아닌 점, 이 사건 교원노조법 규정 위반행위에 대해서는 별도의 제재규정이 없는 점 등에서 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

### **재판관 이정미, 재판관 김이수의 반대의견**

1. 어떠한 표현행위가 ‘공익’을 해하는 것인지 여부에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정할 수 있는 개념이라고 보기 어려운바, ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’를 ‘공익에 반하는 목적을

위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'라고 축소 해석한다고 하더라도 여전히 그 의미는 불명확할 수밖에 없으므로 명확성원칙에 위반된다.

또한 이 사건 국가공무원법 규정은 공무원의 직무나 직급 또는 근무시간 내외를 구분하지 않고 표현행위가 집단적으로 행해지기만 하면 헌법질서의 수호유지를 위한 정치적 의사표현까지도 금지하고 있으므로 과잉금지원칙에 위반된다.

2. 이 사건 교원노조법 규정의 취지는 교원 및 교원노동조합에게 '일체의 정치활동'을 금지하는 것인데, 교육의 정치적 중립성으로 인하여 교원의 정치활동이 일부 제한될 수는 있지만, 정치활동이 제한되는 장소·대상·내용은 학교 내에서의 학생에 대한 당파적 선전교육과 정치선전, 선거운동에 국한하여야 하고, 그 밖의 정치활동은 정치적 기본권으로서 교원에게도 보장되어야 한다는 점에서 과잉금지원칙에 위배된다.

대학교원에게는 정치활동을 일반적으로 허용하면서 초·중등학교 교원에게는 전면적으로 이를 금지하는 것은 현저히 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에 위배된다.

## 【해 설】

### 1. 공무원 등의 정치적 표현행위 제한에 대한 개관

#### 가. 공무원의 정치적 중립 의무에 대한 헌법 규정

공무원은 공직자인 동시에 일반 국민이기도 하여 공직자로서의 지위와 기본권 주체인 국민으로서의 지위라는 '이중적 지위'를<sup>1)</sup> 가진다.

그리고 이와 같은 이중적 지위 때문에 일반 국민에 비해 보다 넓고 강한 기본권 제한이 가능한 것으로 해석되어 왔다. 대표적인 기본권 제한 영역

1) 공무원의 이중적 지위를 인정하는 결정으로 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1(관례집 16-1, 609, 639) 사건이 있는데, “모든 공직자는 선거에서의 정치적 중립의무를 부과 받고 있으며, 다른 한편으로는 동시에 국가에 대하여 자신의 기본권을 주장할 수 있는 국민이자 기본권의 주체이다. 마찬가지로, 대통령의 경우에도 소속정당을 위하여 정당 활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 대통령의 지위는 개념적으로 구분되어야 한다.”고 한 바 있다.

으로 정치적 기본권, 특히 정치적 표현의 자유가 문제되고 있다.

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

그런데 공무원을 동원한 불법 선거가 문제된 1960년 3·15 부정선거를 계기로 1960. 6. 15. 개정된 제3차 개정 헌법에서는 위 헌법 제27조의 규정을 제1항에 두고, 제2항에서 “공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률의 정하는 바에 의하여 보장된다.”는 내용을 추가하여 공무원의 정치적 중립성에 대해 처음으로 명시적 규정을 두게 된다. 이 규정은 1962. 12. 26. 제5차 개정에서 제6조로 옮겨져 제1항에서 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”, 제2항에서 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”는 내용으로 규정된다. 이후 이 규정은 수차례의 헌법 개정에도 불구하고 그대로 존치하다가 1987. 10. 29. 제9차 헌법 개정에서 그 위치를 제7조로 옮겨 현재에 이르고 있다.

#### 나. 공무원의 정치적 기본권을 제한하는 법령

위에서 본 바와 같이 헌법 제7조 제2항이 “공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정함에 따라 국가공무원법, 공직선거법, 정당법, 정치자금법, 공무원노조법 등은 공무원의 정치적 중립성 확보를 위해 공무원 및 공무원단체의 정치활동을 제한하고 있다. 공무원은 선거 운동, 정당 활동, 집단 행위 등 여러 영역에서 일반 국민에 비해 많은 정치적 기본권을 제한받고 있다

먼저 국가공무원법 제65조는 공무원의 정당이나 정치단체의 결성, 가입을 금지함은 물론, 선거에서 특정 정당 또는 특정인에 대한 지지나 반대를 금지하고 있고(정당가입금지 등), 제66조는 공무원의 노동운동과 공무원의 일을 위한 집단 행위를 금지하고 있으며(집단 행위 금지), 공직선거법 제9조는 공무원이 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는 한편(선거 중립의무), 제60조는 공무원을 선거운동을 할 수 없는 자에 포함시켜 선거운동을

금지하고 있고(선거운동금지), 정당법 제22조는 공무원의 경우 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없도록 하고 있으며(발기인 및 당원 자격 제한), 정치자금법 제8조는 정당이나 국회의원 등의 후원회 회원이 될 수 없도록 하고 있고(후원회의 회원 제한), 공무원노조법 제4조는 공무원노조의 정치활동을 금지하고 있는 것이(정치활동 금지) 그것이다.

#### 다. 공무원 집단 행위 금지 조항의 연혁

1949. 8. 12. 제정된 국가공무원법(법률 제44호) 제37조는 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”고 규정하여 정치운동 금지와 집단행위 금지를 한 조항에서 규정하고 있었다.

1961. 9. 18. 개정된 국가공무원법 제37조는 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”고 하여 “공무 이외의 일” 앞에 “노동운동 기타”라는 문구를 포함시켰다. 이때까지는 위 금지 위반에 대한 형사처벌 규정이 없었고, 제45조에서 면직, 정직, 감봉과 같은 징계규정만 있었다.

그러다가 1963. 4. 17. 종전의 국가공무원법을 폐지하고 새로운 국가공무원법(법률 제1325호)을 제정하면서 정치운동 금지는 제65조에, 집단행위의 금지는 제66조에 따로 규정하여 현행 국가공무원법과 같은 체제를 구축하게 되었다. 이 국가공무원법 제65조와 제66조는 문구와 내용을 조금씩 바꾸면서 그 내용은 그대로 유지된 채 현재에 이르고 있다. 그리고 이때 처음 제84조에서 공무원의 정치운동 금지와 집단행위 금지를 위반하는 자에 대해 1년 이하의 징역 또는 2만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 형사처벌 규정을 두었다.

한편, 위에서 본 바와 같이 공무원에게는 국민전체에 대한 봉사자로서 직무 수행의 공공성, 중립성이 요구되는 점을 감안하여 일반 근로자와 같은 근로기본권을 부여하지 않았고, 이와 같은 태도는 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 하여 일반근로자에게는 원칙적으로 근로3권을 보장하면서도, 제2항에서 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결

권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 함으로써 공무원에 대해서는 법률이 정하는 자에 한해서만 근로3권을 보장하도록 하고 있는 것에서도 잘 나타난다.<sup>2)</sup>

이러한 헌법 규정을 근거로 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노조법’이라 한다) 제5조는 “근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만 공무원과 교원에 대해서는 따로 법률로 정한다.”고 하여 공무원과 교원에 대해서는 별도의 규율을 할 수 있도록 하는 등 근로기본권 보장에 소극적인 태도를 보였다.

그러나 공직사회 내에서 공무원의 근로조건이나 근무환경에 대해 스스로 의견을 개진할 수 있는 통로가 마련되어야 한다는 요구가 증대하였고, ILO 등과 같은 국제기구로부터도 공무원에게 근로기본권을 보장하라는 권고가 1993년 이후 여러 차례 있게 되자, 1998년 2월 노사정 대타협을 통해 공무원노조의 단계적 허용에 대한 합의가 이루어져 1998. 2. 24. 법률 제 5516호로 ‘공무원 직장협의회 설립·운영에 관한 법률’이 제정되었으며, 1999. 1. 공무원직장협의회 설립을 허용하기에 이르렀다.<sup>3)</sup>

이후 2005. 1. 17.에는 법률 제7380호로 공무원노조법을 제정하여(시행 2006. 1. 28.), 정식으로 공무원 단체 및 노동조합의 설립을 보장하고, 보수·복지 등 근무조건에 대해 정부와 교섭을 허용하게 된다. 이로써 국가공무원법상의 공무원에 대한 노동운동 금지는 공무원노조법이 허용하는 범위 내에서 일부 해제된 셈이다.

다만 공무원노조법은 공무원 노조의 설립과 단체교섭권은 인정하면서도(제3조, 제5조, 제8조 등) 제11조에서 “노동조합과 그 조합원은 파업, 태업 또는 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 방해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하여 쟁의권은 금지하고 있다.

2) 이 규정은 1962. 12. 26. 헌법 제6호 개정시에 처음 들어간 규정이다. 헌법 제29조 제1항은 근로자의 근로3권을, 제2항은 공무원에 대한 원칙적 근로3권 제한을 규정하고 있었다. 이전까지만 해도 헌법 제18조가 근로자의 근로3권에 대해서만 규정하였다.

3) 이때에도 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조에 의하여 공무원 단체의 활동은 계속 규제되었다.

## 라. 법률상 공무원의 정치운동 금지의 내용과 집단 행위 금지

국가공무원법 제65조 제1항은 공무원이 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없도록 하면서, 제2항에서 공무원이 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한, 1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것, 2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권유하는 것, 3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것, 4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것, 5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것을 금지하고 있다.

그리고 공무원의 정치운동 금지를 보다 구체화하고 있는 국가공무원 복무규정에서는 공무원이 집단·연명(連名)으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가정책의 수립·집행을 방해하는 행위를 금지하고 있고(제3조 제2항<sup>4)</sup>, 직무 수행에 있어 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품을 착용할 수 없도록 하고 있으며(제8조의2 제2항), 1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가하거나 원조하는 행위, 2. 정당이나 그 밖의 정치단체의 기관지인 신문과 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 행위, 3. 특정 정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에서 특정 후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회나 그 밖에 여럿이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 또는 그 밖의 간행물에 실는 행위, 4. 정당이나 그 밖의 정치단체의 표지로 사용되는 기(旗)·완장·복식 등을 제작·배부·착용하거나 착용을 권유 또는 방해하는 행위, 5. 그 밖에 어떠한 명목으로든 금전이나 물질로 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 행위 등도 금지하고 있다(제27조 제2항).

위와 같은 정치적 행위 이외에 국가공무원법 제66조 제1항은 공무원이 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하여서는 아니 된다고 하여 집단 행위를 금지하고 있는데, ‘집단 행위’가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 아래에서 살펴본다.

4) 이 부분 국가공무원복무규정 제3조 제2항은 공무원의 정치적 행위를 금지하는 규정이지만, 동시에 공무원의 집단행위를 금지하는 규정에도 해당한다.

## 마. ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’의 의미

### (1) 법원의 판단

공무원에 대해 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’를 금지하는 규정은 국가공무원법 뿐만 아니라 지방공무원법에도 동일하게 존재한다.

그런데 위와 같은 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’가 무엇인지에 대해서는 논란이 있어 왔고, 법원은 국가공무원법위반 사건과 지방공무원법위반 사건에서 여러 차례에 걸쳐 그 의미를 밝힌 바 있다. 최근에는 대법원 전원합의체판결을 통해 그 의미를 다시 확인하고 있다.

(가) 대법원 전원합의체 판결 전 법원의 이에 대한 판단과 구체적 사례

1) 국가공무원법 제66조 제1항에서의 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’의 의미

대법원은 종래 국가공무원법 제66조에서 금지한 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’는 공무가 아닌 어떤 일을 위하여 공무원들이 하는 모든 집단적 행위를 의미하는 것은 아니고 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항, 헌법상의 원리, 국가공무원법의 취지, 국가공무원법상의 성실의무 및 직무전념의무 등을 종합적으로 고려하여 ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 축소 해석하여야 한다(대법원 1992. 2. 14. 선고 90도2310 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도4513 판결 등 참조)고 하였다.

다만 대법원 91누9145 판결에서는, 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하고 있는 ‘공무 외의 집단적 행위’라 함은 공무원으로서 직무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 등 공무의 본질을 해치는 특정목적을 위한 다수인의 행위로써 단체의 결성단계에는 이르지 아니한 상태에서의 행위를 말하는 것이라고 판시한 바가 있다(대법원 1992. 3. 27. 선고 91누9145 판결).

구체적 사건에서 법원이 집단 행위로 인정한 사례는, ① 교육의 구조적 모순을 바로 잡기 위한 노동운동을 위하여 전교조가 한 집단 행위(대법원 1990. 9. 11. 선고 90도1356 판결),<sup>5)</sup> ② 행정기구의 개편안에 관한 불만의

5) 이 사건은 공무원에게 노동운동, 즉 노동기본권이 금지되던 시절에 있었던 판결이라는 점에서 공무원에게도 노동기본권이 허용되고 있는 오늘날 여전히 유지되

의사표시로 장관 주재의 정례조회에서 집단퇴장을 한 행위(대법원 1992. 3. 27. 선고 91누9145 판결), ③ 전교조가 총선을 앞두고 진보적 정치세력을 지지한다고 시국선언을 한 행위(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도4513 판결)<sup>6)</sup> 등이 있고, 부정한 사례로는 보충수업 확대 실시 반대, 교사들의 대한 교련 탈퇴촉구 등 교육 내부의 문제와 모순점들을 지적하거나 그 개선을 주장하기 위해 휴일 또는 근무시간 외에 교사들의 임의단체인 강원교사협의회 내지 그 산하인 동해교사협의회가 대의원대회 및 상임위원회를 개최하거나 동해교사협의회 소식지를 작성, 배포한 행위(대법원 1992. 2. 14. 선고 90도2310 판결) 등이 있다.

2) 지방공무원법 제58조 제1항의 ‘공무 (이)외의 일을 위한 집단 행위’의 의미

지방공무원법 제58조 제1항의 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’에 대해서도 대법원은, 국가공무원법에서와 마찬가지로 ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 해석하고 있다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도5035 판결, 대법원 2007. 4. 13. 선고 2006두16991 판결, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도11044 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2006두16786 판결 등 참조).

다만 대법원 98도662 판결에서는, 공무원으로서 직무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 등 공무의 본질을 해치는 특정목적

---

고 있는 판결이라고 보기는 어렵다.

6) 2004. 3. 12. 국회에서 탄핵소추안이 의결되자, 2004. 3. 16.경 급히 소집된 전교조는 ‘탄핵을 주도한 야당은 물론 또 다른 보수정치집단인 여당 및 정부 등 기존 정치세력을 반대하고, 진보적 개혁정치세력을 지지한다’는 요지의 시국선언문을 작성하여 전국 16개의 지부에 송부하였고, 각 지부장들은 3. 16.경부터 26.경 사이에 위 시국선언문에 전국에 걸쳐 약 2만여 명에 이르는 교사들의 서명을 받아 본부로 송부하였다. 전교조 본부와 광주·전남지부를 비롯한 일부 지부에서는 기자회견을 열어 위 시국선언문과 같은 취지의 기자회견문을 낭독하고 보도 자료를 배부하였으며, 인터넷 홈페이지에도 게시하였다. 2005도4513 사건에서는 법원이 국가공무원법 제66조 제1항의 집단행위 금지 위반도 문제 삼았지만 이보다 앞서 문제된 2005도2209 사건(사안은 동일하고 피고인들만 다름)에서는 국가공무원법 제66조 제1항은 적용하지 않고 제65조 제2항의 ‘공무원이 선거에 있어서 특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하거나 서명운동을 기도·주재한 행위 규정을 적용하였다. 대법원은 혐의를 인정하여 유죄를 확정하였다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도2209 판결).

위한 다수인의 행위로서 단체의 결성단계에는 이르지 아니한 상태에서의 행위를 말한다고 한 바 있다(대법원 1998. 5. 12. 선고 98도662 판결).

위 규정에 따라 금지되는 집단 행위로 본 사례는, ① 군수와 군내무과장이 직원을 동원하여 군 의회에서 군수불신임결의안을 채택하려는 군 의회 의원들의 직무집행을 방해하고 회의장에 난입, 회의장을 점거한 행위(대법원 1998. 5. 12. 선고 98도662 판결), ② 동해시 직장협의회소속 공무원들이 “공무원노조설립의 합법적 보장을 촉구하기 위한 집회”에 참석하려는 것을 동해경찰서 경찰관들이 방해하자 이를 항의하기 위해 민주노동당원지역본부장이 개최한 “인권탄압 동해경찰서 규탄대회”에 참석하여 집회와 시위를 한 행위(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도5035 판결), ③ 행정자치부장관이 입법예고 한 공무원노조법에 대한 문제점을 지적하기 위한 목적으로 전국 공무원노동조합의 총과업 결의에 따라 무단결근을 한 행위(대법원 2007. 4. 13. 선고 2006두16991 판결), ④ 울산광역시 북구청 소속 공무원 213명이 전국공무원노동조합 총과업에 참가한 행위(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도1390 판결), ⑤ 전국공무원노동조합의 전남지역본부 지부장으로서 민주노동당 등 사회단체와 연대하여 전공노를 사수하고 순천시의 행정대집행 등을 규탄하기 위한 목적으로 ‘공무원노조 사수 총력결의대회’ 집회 후 집회 참가자들과 함께 피켓을 들고 ‘공무원노조 사수’ 등의 구호를 외치면서 가두 행진을 한 행위(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도11045 판결, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도11044 판결), ⑥ 지방공무원 복무조례개정안에 대한 의견을 표명하기 위하여 전국공무원노동조합 시지부 사무국장이 노조 간부 10여 명과 함께 시장의 사택을 방문한 행위(대법원 2009. 6. 23. 선고 2006두16786 판결), ⑦ 전국공무원노동조합 지부가 당초 공무원 직장협의회 운영에 이용되던 군 청사시설인 사무실을 임의로 사용하였다는 이유로 지방자치단체장이 자진폐쇄 요청 후 행정대집행을 하자, 위 전공노 지부장과 지부 소속 공무원들이 이 행정대집행을 저지한 행위(대법원 2011. 4. 28. 선고 2007도7514 판결) 등이 있다.

(나) 2009년 전교조 교사들의 시국선언과 하급심 법원의 판단

위 사건의 개요 부분에서 본 바와 같이 2009년 전교조 교사들은 1차, 2차에 걸쳐 시국선언을 감행하였고, 이를 이유로 시국선언에 참여한 교사들

의 상당수가 기소되기에 이르렀다.

교사들에 대한 검찰의 공소제기는 교사들의 시국선언 행위가 과연 법상 금지되는 집단행위인지에 대한 사회적 논란을 불러 일으켰고, 공무원에 대한 지나친 기본권 제한이라는 비판을 불러왔다. 이를 계기로 공무원의 정치적 중립의무에 대한 논의가 다시 시작되었다.

전교조 교사들의 2009년 시국선언을 둘러싼 하급심 법원에서의 형사재판 내용들은 동일한 행위임에도 불구하고 유·무죄가 나뉘었다. 전주지방법원(2009고단1119 등), 대전지방법원(2009고단2786 등) 등에서는 공무원도 국민의 일원인 이상 정부 정책에 대해 비판할 권리가 있으므로 위 시국선언이 공익에 반하는 행위라고 볼 수 없다고 하여 무죄를 선고한 데 반해, 인천지방법원(2009고단4623 등), 대전지방법원 홍성지원(2009고단606 등), 수원지방법원(2009고단4170), 부산지방법원(2009고단4546), 서울중앙지방법원(2010고합223) 등에서는 시국선언은 특정 정치세력과 연계해 정부정책 결정과정에 영향력을 행사하는 정치적 의사표현으로서 집단적 정치활동에 해당한다는 등의 이유로 유죄를 선고하였다.

#### (다) 2012년 전교조 시국선언에 대한 대법원 전원합의체 판결

2009년 이 사건 전교조의 시국선언에 대해서는 위와 같이 하급심 판단이 통일되지 않았고, 이러한 상황에서 2012년 대법원은 전원합의체 판결로 전교조의 시국선언 행위가 공무원에게 금지되는 집단행위인지에 관한 입장을 밝히기에 이르는데(대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결), 다수의견은 국가공무원법상 금지되는 집단 행위에 해당한다고 보았지만, 소수의견은 금지되는 집단 행위의 요건을 보다 엄격하게 해석하여 전교조 교사들의 시국선언 행위는 법상 금지되는 행위가 아니라고 하였다.

#### 1) 다수의견

공무원인 교원의 정치적 표현행위가 교원의 지위를 전면에 드러낸 채 대규모 집단적으로 이루어지는 경우에는 그것이 교육현장 및 사회에 미치는 파급력을 고려한 평가가 요구되는바, 공무원인 교원이 집단적으로 행한 의사표현행위가 국가공무원법이나 공직선거법 등 개별 법률에서 공무원에 대하여 금지하는 특정의 정치적 활동에 해당하는 경우나 특정 정당이나 정치세력에 대한 지지 또는 반대의사를 직접적으로 표현하는 등 정치적 편향성

또는 당파성을 명백히 드러내는 행위와 같이 공무원인 교원의 정치적 중립성에 직접적인 위협을 초래할 만한 정도에 이르렀다고 볼 수 있는 경우에는 공익에 반하는 행위로서 공무원의 직무에 관한 기강을 저해하거나 공무의 본질을 해치는 것이어서 직무전념의무를 해태한 것이라 할 것이다.

어떠한 행위가 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위협을 초래할 정도에 이르렀다고 볼 것인지는 일률적으로 정할 수 없고, 헌법에 의하여 정치적 중립성이 요구되는 공무원 및 교원 지위의 특수성과 아울러, 구체적인 사안에서 당해 행위의 동기 또는 목적, 시기와 경위, 당시의 정치적·사회적 배경, 행위 내용과 방식, 특정 정치세력과의 연계 여부 등 당해 행위와 관련된 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

교원인 피고인들이 전교조 본부 및 지부 간부들과 공모하여, 2009년 정부의 정책과 국정운영을 비판하고 국정쇄신을 촉구하는 내용의 제1차 시국선언 및 그에 뒤이어 표현의 자유 보장과 시국선언 탄압 중지 등을 요구하는 내용의 제2차 시국선언과 ‘교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 적극적으로 관여한 행위는 공무원인 교원의 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위협을 초래할 정도의 정치적 편향성 또는 당파성을 명백히 드러낸 행위이고, 이는 공익에 반하는 행위로서 공무원의 직무에 관한 기강을 저해하거나 공무의 본질을 해치는 것이어서 직무전념의무를 해태한 것이므로 국가공무원법 제66조 제1항에서 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단 행위’에 해당한다.

## 2) 반대의견<sup>7)</sup>

국가공무원법 제66조 제1항에 위반되는 행위가 되려면 그것이 ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위’여야 하는바, ‘공익에 반하는 목적’의 존재는, 당해 집단행위가 국민전체와 공무원 집단 사이에 서로 이익이 충돌하는 경우 공무원 집단의 이익을 대변함으로써 국민전체의 이익추구에 장애를 초래하는 등 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 현저히 훼손하거나 민주적·직업적 공무원제도의 본질을 침해하는 경우에 한정하여야 하고, ‘공익에 반하는 목적을 위한 행위’라는 개념에는 그러한 행위가 ‘직무전념의무를 해태하는 등

7) 대법관 박일환, 대법관 전수안, 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 박보영의 반대의견

의 영향을 가져오는 집단적 행위'라는 또 다른 요건이 필요하다.

그런데 이 사건 시국선언은 특정 사안에 관한 정부의 정책이나 국정운영 등에 대한 비판 내지 반대 의사를 표시하면서 그 개선을 요구한 것이거나 그에 관련된 표현의 자유를 보장해 줄 것을 요구한 것으로, 헌법이 보장한 기본권인 표현의 자유를 행사한 것일 뿐이며, 이는 시국선언의 주체인 '전교조 소속 교사들이나 시국선언에 동참한 교사들' 집단의 이익을 대변하기 위한 것으로 볼 수 없고, 그 이익을 대변함으로써 국민전체의 이익추구에 장애가 되는 것도 아니며, 그것이 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 현저히 훼손하거나 민주적·직업적 공무원제도의 본질을 침해하는 것으로 볼 수도 없다. 이 사건 시국선언에 관여한 행위는 '공익에 반하는 목적을 위한 행위'가 아니고 '직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'도 아니다.

## (2) 헌법재판소의 '공무 외의 일을 위한 집단 행위'에 대한 판단

### (가) 국가공무원법상의 '공무 외의 일을 위한 집단 행위'에 대한 결정

헌법재판소는 현재 1992. 4. 28. 90헌바27 등 사건과 현재 2007. 8. 30. 2003헌바51 등 사건에서 국가공무원법상의 '공무 외의 일을 위한 집단 행위'가 불명확한 개념인지에 대해,

『이 규정은 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항과 국가공무원법의 입법취지, 국가공무원법상의 성실의무와 직무전념의무 등을 종합적으로 고려하여 '공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'라고 한정하여 해석함이 상당하고, 그렇다면, 죄형법정주의의 원칙에서 요구되는 보다 엄격한 의미의 명확성의 원칙에 의한 판단기준에도 위배된다고 할 수 없다』고 하였다.

그리고 위 규정이 파잉금지원칙을 위반하는지에 대해서도,

『국가공무원법이 공무원의 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 금지하고 있는 것은 공무원의 집단행동이 공무원 집단의 이익을 대변함으로써 국민전체의 이익추구에 장애가 될 소지가 있기 때문이고, 그것은 공무원이라는 특수한 신분에서 나오는 의무의 하나를 규정한 것으로 이해되는바, 공무원이 국민전체에 대한 봉사자로서 지위를 가진다는 헌법 제7조와 그에 따른

공무원의 기본적인 의무인 성실의무, 직무전념의무 등과의 관계에서 볼 때, 공무원이 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하는 것을 금지하고, 이를 위반하는 경우 처벌하는 것이 과도한 기본권 침해라고 볼 수 없다』고 하였다.

(나) 지방공무원법상의 ‘공무 (이)외의 일을 위한 집단 행위’에 대한 결정 헌법재판소는 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등 사건, 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47 사건에서 지방공무원법상의 공무 이외의 일을 위한 집단행위가 불명확한 개념인지에 대해,

『이는 공무에 속하지 아니하는 어떤 일을 위하여 공무원들이 하는 모든 집단적 행위를 의미하는 것이 아니라 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항과 지방공무원법의 입법취지, 지방공무원법상의 성실의무와 직무전념의무 등을 종합적으로 고려하여 ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 한정하여 해석하여야 하는바, 명확성원칙에 위반되지 않는다.』고 하였다.

그리고 위 규정이 과잉금지원칙을 위반하는지에 대해서도 국가공무원법상 판단과 동일한 판단 구조로 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 하였다.

## 바. 교원노조에 대한 정치행위 금지

위에서 본 바와 같이 노조법 제5조는 ‘근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만 공무원과 교원에 대해서는 따로 법률로 정한다’고 하여 공무원과 교원에 대해서는 별도의 규율을 할 수 있도록 하고 있다.

그런데 1999년 교원노조법이 제정되기 전까지는 교원이 교원노조를 설립할 수 있는 근거규정이 따로 마련되어 있지 않았다. 다만 근거 법률이 만들어지지 않은 상태에서 교원들로 구성된 전교조는 1989년 5월 창설되었으며, 교원노조법이 1999. 1. 29. 제정되자(법률 제5727호, 시행은 1999. 7. 1.) 법상의 노조로 활동할 수 있게 되었다. 교원노조의 정치활동을 금지하는 이 사건 교원노조법 규정은 교원노조법이 제정될 당시부터 존재하였고, 개정 없이 지금까지 이어지고 있다.

이 사건 교원노조법 규정이 공무원노조법상의 정치활동금지 규정과 다른 점은, 공무원노조법 제4조는 ‘노동조합과 그 조합원은 정치활동을 하여

서는 아니 된다'고 하여 정치활동의 금지 대상으로 노조와 조합원을 모두 포함시키고 있음에 반해, 교원노조법은 제3조에서 '교원의 노동조합은 일체의 정치활동을 하여서는 아니 된다'고 하여 정치활동의 금지 대상으로 노조만을 언급하고 있다는 점이다.

한편, 일반 노조의 경우는 위 교원노조나 공무원노조의 경우와는 달리 정치활동이 허용된다. 노조법이 제정되기 이전에 노조관계를 규율하던 노동조합법은 제12조 제1항에서 '노동조합은 공직선거에 있어서 특정정당을 지지하거나 특정인을 당선시키기 위한 행위를 할 수 없다', 제2항에서 '노동조합은 조합원으로부터 정치자금을 징수할 수 없다', 제3항에서 '노동조합기금을 정치자금에 유용할 수 없다'고 하여 노조의 정치활동을 일정 부분 금지하였으나, 법률 제5244호로 1996. 12. 31. 노조법이 제정되고 노동조합법이 폐지되면서 노조의 정치활동 금지 조항이 삭제되었기 때문이다.

## 2. 판단

### 가. 이 사건 국가공무원법 규정에 대한 판단

헌법재판소는 공무원의 집단행위를 금지하고 있는 국가공무원법 제78조 제1항 제1호의 '이 법'부분 중 제66조 제1항 본문의 '공무 외의 일을 위한 집단 행위' 부분에 대해 재판관 7 : 2의 의견으로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 이 규정이 헌법상 명확성원칙과 과잉금지원칙을 준수하고 있다고 본 것이다.

헌법재판소는 이 사건 국가공무원법 규정이 공무원의 '공무 외의 일을 위한 집단 행위'를 금지하는 것이 공무원의 표현의 자유를 제한하는 것이라고 보고, 이러한 표현의 자유를 제한함에 있어 명확성원칙과 과잉금지원칙을 준수하고 있는지를 판단하였다.

#### (1) 다수의견

먼저 헌법재판소는 이 사건 국가공무원 규정의 '공무 외의 일을 위한 집단 행위'부분이 명확성원칙을 준수하고 있는지 여부에 대해 판단하였는데, 이 규정의 의미는 공무에 속하지 아니하는 어떤 일을 위하여 공무원들이

하는 모든 집단적 행위를 의미하는 것이 아니라 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항과 국가공무원법의 입법취지, 국가공무원법상의 성실의무와 직무전념의무 등을 종합적으로 고려할 때, ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오거나 공무에 대한 국민의 신뢰에 손상을 가져올 수 있는 공무원 다수의 결집된 행위’를 말하는 것으로 명확성원칙에 위반되지 않는다고 하였다. 물론 이 사건 국가공무원법 규정을 구체화하는 과정에서 ‘공익’과 같은 추상적인 개념을 사용하게 되면 그 규율 내용의 불명확성을 완전하게 해소하지 못할 가능성이 있다는 점을 부인하지는 않았으나, 이러한 정도의 불명확성은 개별 사건에서 법원이 표현의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항과 이 사건 국가공무원법 규정의 입법취지, 국가공무원의 각종 의무 등을 고려한 통상적인 법해석 또는 법보충 작용을 통해 보완될 수 있고, 오히려 불명확성을 해소한다는 명목으로 규율대상을 지나치게 구체적으로 정형화하는 경우 그 경직성으로 인해 필요한 규율을 할 수 없는 사태를 불러올 수도 있다는 점을 언급하고 있다.

한편, 과잉금지원칙 위반여부에 대해서는, 이 사건 국가공무원법규정에서 공무원의 정치적 의사표현이 집단적으로 이루어지는 것을 금지하는 것은 다수의 집단행동은 그 행위의 속성상 개인행동보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 크고, 특히 공무원이 집단적으로 정치적 의사표현을 하는 경우에는 이것이 공무원이라는 집단의 이익을 대변하기 위한 것으로 비취질 수 있으며, 정치적 중립성의 훼손으로 공무의 공정성과 객관성에 대한 신뢰를 저하시킬 수 있기 때문이라는 점을 지적하였다. 그리고 공익 목적의 공무원 집단행위는 허용되어야 한다는 주장에 대해서는, 우리나라의 정치 현실에서는 집단적으로 이루어지는 정부 정책에 대한 비판이나 반대가 특정 정당이나 정파 또는 특정 정치인을 지목하여 찬성 또는 반대하는 형태의 의사표현으로 나타나지 않더라도 그러한 주장 자체로 현실정치에 개입하려 한다거나, 정파적 또는 당파적인 것으로 오해 받을 소지가 크기 때문에 공무원의 집단적인 의사표현이 국가와 사회의 발전을 위한 목적으로 이루어지더라도 그로부터 정치적 편향성에 대한 의심을 제거하기가 어려운 것이 사실이고, 공무원의 정치적 중립에 대한 요청은 중

요한 ‘공익’에 해당하는 만큼 공무원의 집단적인 정치적 표현행위가 공익을 표방한다고 하여도 이 사건 국가공무원법 규정의 적용이 배제되는 ‘공익’을 위한 행위에 포함된다고 볼 수는 없다고 하였다.

## (2) 재판관 이정미, 재판관 김이수의 위헌의견

위와 같은 다수의견과 달리 2인의 재판관은 이 사건 국가공무원법 규정이 위헌이라고 보았다.

먼저 명확성원칙을 위반하고 있는 이유로, 어떠한 표현행위가 과연 ‘공익’을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미 내용을 객관적으로 확정할 수 있는 개념이라고 보기 어려운데, 이와 같이 공익 개념이 명확하지 않은 이상 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’를 ‘공익’에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 축소 해석한다고 하더라도 여전히 그 의미는 불명확할 수밖에 없다는 것을 들었다.

그리고 과잉금지원칙 위반에 대해서는, 이 사건 국가공무원법 규정은 특정 정당을 지지하거나 반대하는 것과 같이 정파성을 강하게 띤 표현행위 등을 한정적으로 규제하는 것이 아니라 헌법질서의 수호유지를 위한 정치적 의사표현까지도 집단적으로 이루어지기만 하면 공익에 반하는 행위로 전제하고 모두 금지한다는 점에서 과잉금지원칙에 위반된다고 하였다.

위헌의견에서는 위와 같은 판단의 전제로, 정당과 선거를 정치의 구성원리로 하는 정당국가에서 공무원의 정치적 중립성이란 공무원이 특정 정당이나 당파로부터 자유로워야 한다는 것이므로, 공무원에 대해 제한되는 정치활동 역시 원칙적으로 정당이나 선거와 관련한 활동일 것이 요청되며, 그렇지 아니한 정치활동은 가급적 허용되어야 함을 강조하고 있다.

## 나. 이 사건 교원노조법 규정의 위헌 여부

헌법재판소는 교원노조의 정치활동을 금지하고 있는 교원노조법 규정에 대해서는 5(합헌) : 3(각하) : 2(위헌)의 의견으로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 하였다. 교원노조법 규정은 교원노조의 ‘일체의’ 정치활동을 금

지하여 교원노조 및 그 조합원인 교원의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있지만, 이것이 명확성원칙이나 과잉금지원칙, 평등원칙에 위반되지 않는다고 본 것이다.

#### (1) 다수의견(합헌의견)

먼저 이 사건 교원노조법 규정이 명확성원칙에 위반되는지 여부에 대해 다수의견은, 이 사건 규정이 비록 ‘일체의’ 정치활동을 금지하는 형태로 규정되어 있다고 하더라도, 교육의 정치적 중립성을 선언한 헌법과 교육기본법 규정 및 교원노조법의 입법목적, 교원노조의 인정취지, 그리고 관련 규범들과의 관계 등을 종합적으로 고려할 때, 교원의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 활동은 노조활동의 일환으로서 당연히 허용되고, 교원노조는 교육 전문가 집단이라는 점에서 초·중등교육 교육정책과 관련된 정치적 의견 표명 역시 그것이 정치적 중립성을 훼손하지 않고 학생들의 학습권을 침해하지 않을 정도의 범위 내라면 허용되는 것으로 해석되는데, 이와 같이 그 의미 내용을 한정하여 해석하는 것이 가능한 이상, 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 하였다.

그리고 과잉금지원칙 위반 여부에 대해서는, 이 사건 교원노조법 규정은 교원집단의 정치적 중립성 확보와 교원집단의 정치적 편향성이 판단능력이 미성숙한 학생들의 인격이나 가치관 형성에 부정적인 영향을 미치는 것을 차단하기 위해 교원노조의 정치활동을 금지하는 것인데, 교원의 영향력은 미성숙한 학생들에게 매우 큰 것이어서 교원의 활동이 교육현장 이외에서의 정치적 표현행위라 하더라도 학생들의 인격 형성에 지대한 영향을 미칠 수 있는 점, 교원의 정치적 표현행위가 교원노조와 같은 단체의 이름으로 교원의 지위를 전면에 드러낸 채 대규모로 행해지는 경우 다양한 가치관을 조화롭게 소화하여 건전한 세계관·인생관을 형성할 능력이 미숙한 학생들에게 편향된 가치관을 갖게 할 우려가 있는 점, 정치적 표현의 자유에 대한 최대한 보장이라는 명목으로 교원노조에게 일반적인 정치활동을 허용할 경우 교육을 통해 책임감 있고 건전한 인격체로 성장해가야 할 학생들의 교육을 받을 권리는 중대한 침해 받을 수 있다는 점 등을 들어 이 사건

교원노조법규정에서 교원노조라는 집단성을 이용하여 행하는 정치활동을 금지하는 것이 지나치게 과도한 제한이라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

한편, 평등원칙 위반 여부에 대해서는, 일반노조는 정치활동을 제한받지 않음에 비해 교원노조는 정치활동이 금지되지만, 교원노조는 교육의 정치적 중립성 요청으로 인해 그 업무와 활동에 있어서 강하게 정치적 중립을 요구받을 수밖에 없고, 대학교원단체도 정치활동에 관하여 제한이 없지만, 그 교육대상이 교원의 정치적 경향성에 별다른 영향을 받지 아니하는 판단 능력과 책임능력을 갖춘 대학생이라는 점에서 교원의 정치적 경향성에 민감하게 영향을 받는 초·중등학생과 다르므로 교원노조에 대해서만 일반노조나 대학교원단체와는 달리 정치활동을 금지한다고 하더라도 이것이 불합리한 차별이라고 볼 수는 없다고 보았다.

### (2) 재판관 박한철, 재판관 김창종, 재판관 강일원의 각하의견

위와 같은 다수의견과 달리 3인의 재판관은 이 사건 교원노조법 규정의 위헌 여부가 당해사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 주지 않으므로 이 부분은 재판의 전제성이 없다고 하였다.

이 사건 교원노조법 규정은 교원노조 자체의 정치활동을 금지하는 규정이지 조합원인 교원 개인의 정치활동을 금지하는 규정이 아니며, 그 위반 행위에 대해 제재규정도 없다는 것이 그 이유였다.

### (3) 재판관 이정미, 재판관 김이수의 위헌의견

한편 위 국가공무원법 규정에 대해 위헌의견을 개진하였던 재판관 2인은 교원노조법 규정에 대해서도 위헌의견을 밝혔다.

먼저 과잉금지원칙 위반 여부와 관련하여, 이 사건 교원노조법 규정의 취지는 교원 및 교원노조에게 ‘일체의 정치활동’을 금지하는 것인데, 교육의 정치적 중립성으로 인하여 교원의 정치활동이 일부 제한될 수는 있지만, 정치활동이 제한되는 장소·대상·내용은 학교 내에서의 학생에 대한 당파적 선전교육과 정치선전, 선거운동에 국한되어야 하고, 그 밖의 정치활동은 교원에게도 보장되어야 하므로 교육의 정치적 중립성을 해할 우려가 없

는 표현까지 일률적·전면적으로 금지하고 있는 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 하였다.

또한 평등원칙 위반 여부에 대해서도, 교원이 정치적 자유를 보장받는다 고 하여 학생들에게 당파적 편향성을 가지고 교육에 임할 것이라고 추정하는 것은 적절하지 않으며, 교실 밖에서 정치적 의사표현을 할 수 있다고 하여 교실에서 정치적으로 편향된 교육을 할 것이라고 보는 것은 논리적 비약이므로 대학교원과 달리 초·중등학교 교원의 정치적 자유를 더 넓게 제한하는 것은 불합리한 차별에 해당하여 평등원칙에 위반된다고 하였다.

### 3. 결정의 의의

우리 사회는 공무원과 교원에게 엄격한 정치적 중립을 요구하고 있다.

그런데 공무원이나 교원은 민주적 시민의 소양을 충분히 갖춘 집단으로서 사회의 변화와 발전을 주도적으로 이끌 수 있는 세력이다. 또한 이들은 국민들의 정책선호에 영향을 미칠 만한 양질의 정보와 견해를 제공할 수 있는 지위에 있다. 따라서 정치적 중립의무를 이유로 이들을 공적인 토론과 논쟁의 장에서 완전히 배제시킨다면, 민주적 참여의 장에서 정보·의견의 유통에 가용한 중요한 자원을 매장시켜 버리는 결과를 야기할 수 있다. 이러한 연유로 이들에게 개인적 차원에서뿐만이 아니라 집단적 차원에서도 사회의 여론을 주도하고 발전적으로 형성해 갈 수 있는 기회를 주어야 한다는 의견이 상당한 설득력을 가지고 논의되어 왔다.

다만 앞으로 당분간은 공무원 또는 교원과 교원노조의 정치적 표현행위가 허용되기는 쉽지 않을 것이다. 그러나 이 결정으로 위와 같은 사회적 논의가 일단락되었다고 보기는 어렵다. 성숙한 시민 사회가 되어 공무원과 교원의 정치적 표현행위에 대한 사회적 두려움이나 경계심이 사라진다면, 이들에게도 정치적 표현의 자유가 충분히 보장될 수 있을 것이다.

## 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인 등

-디엔에이감식시료의 채취 및 디엔에이신원확인정보 수집·이용  
관련조항 사건-

(헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28·106·141·156·326, 2013헌마215·360(병합),  
판례집 26-2상, 337)

김 용 찬\*

### 【판시사항】

1. 영장에 의하여 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 시료를 채취할 수 있도록 규정한 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(이 사건 법률) 제8조 제1항 중 제5조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자에 관한 부분(‘이 사건 채취영장조항’)과 검찰총장 및 경찰청장이 시료의 감식과 데이터베이스에의 수록 및 관리 업무를 대통령령으로 정하는 사람이나 기관에 위임 또는 위탁할 수 있도록 규정한 이 사건 법률 제10조 제1항(‘이 사건 감식, 수록 및 관리조항’)의 기본권 침해 가능성 여부(소극)

2. 시료 채취 대상범죄에 대하여 형의 선고를 받아 확정된 사람으로부터 시료를 채취할 수 있도록 규정한 이 사건 법률 제5조 제1항 제1호, 제4호, 제6호, 제8호 중 청구인들 관련 부분(‘이 사건 채취조항들’)이 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 채취대상자가 동의하는 경우에 영장 없이 시료를 채취할 수 있도록 규정한 이 사건 법률 제8조 제3항(‘이 사건 채취동의조항’)이 영장주의와 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극)

4. 시료 채취 대상자가 사망할 때까지 디엔에이신원확인정보를 데이터베

---

\* 서울중앙지방법원판사, 전 헌법연구관

이스에 수록, 관리할 수 있도록 규정한 이 사건 법률 제13조 제3항 중 수형인등에 관한 부분(‘이 사건 삭제조항’)이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

5. 디엔에이신원확인정보담당자가 정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있도록 규정한 이 사건 법률 제11조 제1항(‘이 사건 검색·회보조항’)이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

6. 이 사건 법률 시행 당시 시료 채취 대상범죄로 이미 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람에게 시료 채취 및 정보의 수집·이용 등 이 사건 법률을 적용할 수 있도록 규정한 이 사건 법률 부칙 제2조 제1항 중 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄와 경합된 죄로 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람에 관한 부분(‘이 사건 부칙조항’)이 소급입법금지원칙 등에 위배되거나 과도하게 기본권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판 대상은 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것) 제5조 제1항 제1호, 제4호, 제6호, 제8조 제1항, 제3항, 제10조 제1항, 제11조 제1항, 제13조 제3항, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정된 것) 제5조 제1항 제8호, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙(2010. 1. 25. 법률 제9944호) 제2조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부이다.

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제9944호로 제정된 것)

제5조(수형인등으로부터의 디엔에이감식시료 채취) ① 검사(군검찰관을 포함한다. 이하 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄에 대하여 형의 선고, 형법 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 치료감호법에 따른 치료감호선고, 소년법 제32조 제1항 제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 사람(이하 “수형인등”이라 한다)으

로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 다만, 제6조에 따라 디엔에이감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이미 수록되어 있는 경우는 제외한다.

1. 형법 제2편 제13장 방화와 실화의 죄 중 제164조, 제165조, 제166조 제1항, 제167조 제1항 및 제174조(제164조 제1항, 제165조, 제166조 제1항의 미수범만 해당한다)의 죄

4. 형법 제2편 제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조 및 제305조의 죄

6. ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제2조(같은 조 제2항의 경우는 제외한다), 제3조부터 제5조까지 및 제6조(제2조 제2항의 미수범은 제외한다)의 죄 제8조(디엔에이감식시료채취영장) ① 검사는 관할 지방법원 판사(군판사를 포함한다. 이하 같다)에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 제5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

③ 제1항과 제2항의 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.

제10조(디엔에이신원확인정보의 수록 등) ① 검찰총장 및 경찰청장은 다음 각 호의 업무를 대통령령으로 정하는 사람이나 기관(이하 “디엔에이신원확인정보담당자”라 한다)에 위임 또는 위탁할 수 있다.

1. 제5조부터 제9조까지의 규정에 따라 채취된 디엔에이감식시료의 감식 및 데이터베이스에의 디엔에이신원확인정보의 수록

2. 데이터베이스의 관리

제11조(디엔에이신원확인정보의 검색·회보) ① 디엔에이신원확인정보담당자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 디엔에이신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있다.

1. 데이터베이스에 새로운 디엔에이신원확인정보를 수록하는 경우

2. 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 경우

3. 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)이 형사재판에서 사실조회를 하

는 경우

4. 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우

제13조(디엔에이신원확인정보의 삭제) ③ 디엔에이신원확인정보담당자는 수형인등 또는 구속피의자등이 사망한 경우에는 제5조 또는 제6조에 따라 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 직권 또는 친족의 신청에 의하여 삭제하여야 한다.

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙(2010. 1. 25. 법률 제9944호)

제2조(수형자등 및 구속피의자등의 디엔에이신원확인정보 수록에 관한 적용례) ① 제5조는 이 법 시행 당시 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄로 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받고 그 형이 확정되어 수용 중인 사람, 치료감호법에 따른 치료감호선고 또는 소년법 제32조 제1항 제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 치료감호시설이나 소년원에 수용 중인 사람에 대하여도 적용한다.

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 개정된 것)

제5조(수형인등으로부터의 디엔에이감식시료 채취) ① 검사(군검찰관을 포함한다. 이하 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄에 대하여 형의 선고, 형법 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 치료감호법에 따른 치료감호선고, 소년법 제32조 제1항 제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 사람(이하 “수형인등”이라 한다)으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 다만, 제6조에 따라 디엔에이감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이미 수록되어 있는 경우는 제외한다.

8. ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제3조부터 제11조까지 및 제14조(제13조의 미수범은 제외한다)의 죄

## 【사건의 개요】

1. 청구인들은 이 사건 법률 제5조 제1항 각호에 해당하는 범죄의 확정

판결을 받은 사람들로 동의 또는 영장에 의하여 디엔에이감식시료가 채취되거나, 디엔에이감식시료의 채취요구를 받았다.

2. 청구인들은 특정 범죄에 대하여 확정판결을 받은 사람을 대상으로 한 디엔에이감식시료의 채취, 영장 및 동의에 의한 시료의 채취, 감식, 디엔에이신원확인정보의 수록 및 데이터베이스의 관리, 정보의 검색·회보, 대상자가 사망한 경우 정보의 삭제, 법률의 소급적용 등을 규정한 정보의 이용 및 보호에 관한 법률 관련 조항들이 청구인들의 기본권을 침해한다며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 【결정요지】

### 1. 이 사건 채취영장조항과 이 사건 감식, 수록 및 관리조항

채취영장조항은 헌법상 영장주의를 구체화한 조항이고, 감식, 수록 및 관리조항은 업무 처리에 관한 방식을 규정한 것에 불과하다. 따라서 기본권이 직접 침해되거나, 그 법적 지위에 영향이 발생한다고 보기 어려워, 기본권침해가능성이 없으므로 이 부분 청구는 부적법하다.

### 2. 이 사건 채취조항들

범죄 수사 및 예방을 위하여 특정범죄의 수행자로부터 시료를 채취할 수 있도록 하는 것은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 시료 채취 대상범죄는 재범의 위험성이 높아 디엔에이신원확인정보를 수록하고 관리할 필요성이 높으며, 이 사건 법률은 서면 동의 또는 영장에 의하여 채취하되, 채취 이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하도록 하고 있고, 우선적으로 구강점막, 모발에서 채취하되 부득이한 경우만 그 외의 신체부분, 분비물, 체액을 채취하게 하는 등 채취대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 최소화한다. 제한되는 신체의 자유의 정도는 일상생활에서 경험할 수 있는 정도의 미약한 것으로서 범죄 수사 및 예방의 공익에 비하여 크다고 할 수 없어 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

채취대상 범죄는 범행의 방법 및 수단의 위험성으로 인하여 가중처벌되거나, 통계적으로 향후 재범할 가능성이 높은 범죄로서 채취 대상자군으로

삼은 것에 합리적 이유가 있다. 채취대상 범죄를 범한 범죄자에 대하여만 시료를 채취해도 평등원칙에 위반되지 않는다.

### 3. 이 사건 채취동의조항

채취동의조항은 동의에 의한 시료 채취를 규정하면서, 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면 동의를 받도록 하고, 동의가 없으면 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여 채취한다. 따라서 동의에 의한 시료 채취를 규정한 채취동의조항 자체가 영장주의를 회피하여 영장주의와 적법절차원칙에 반하는 것은 아니다.

### 4. 이 사건 삭제조항

특별한 사유가 없는 한 사망할 때까지 디엔에이신원확인정보를 수록, 관리할 수 있으므로 개인정보자기결정권의 제한이 문제된다.

재범의 위험성이 높은 범죄를 범한 수형인등은 생존하는 동안에는 재범의 위험성이 있다고 할 수 있으므로, 정보를 사망할 때까지 관리하여 범죄수사 및 예방에 이바지하고자 하는 삭제조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다.

디엔에이신원확인정보는 단순한 숫자에 불과하여 이로부터 개인의 유전정보를 확인할 수 없다. 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어렵고, 개인식별을 위하여 필요한 사항만이 포함된 최소한의 정보이다. 또한 이 사건 법률은 정보의 수록 후 감식시료와 디엔에이의 즉시 폐기, 무죄 등의 판결이 확정된 경우 정보의 삭제 등 개인정보보호규정을 두고 있다. 따라서 침해최소성 원칙에 위반되지 않는다.

정보를 장래 범죄수사 등에 이용함으로써 달성할 수 있는 공익의 중요성에 비하여 청구인의 현실적 불이익이 크다고 보기 어렵다.

### 5. 이 사건 검색·회보조항

검색·회보조항에서 정하고 있는 검색·회보 사유는 그 필요성이 인정되

므로 입법목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되고, 검색·회보의 사유가 한정되어 있고, 개인정보보호를 위한 조치들을 규정하고 있는 점에서 침해 최소화 원칙에 반하지 않으며, 범죄수사 등을 위한 공익이 청구인들의 현실적 불이익보다 커서 법익균형성도 충족한다.

## 6. 이 사건 부칙조항

정보의 수집·이용은 수형인등에게 심리적 압박에서 오는 위하효과로 인하여 범죄예방효과를 가진다는 점에서 보안처분의 성격을 지니지만, 전통적 의미의 형벌이 아니며, 대상자의 행동 자체를 통제하지 않아 처벌적인 효과도 없다. 정보의 수집·이용은 비형벌적 보안처분으로서 소급입법금지 원칙이 적용되지 않고, 공익적 목적이 더 크므로, 법률 시행 당시 실행이 확정되어 수용 중인 사람들까지 적용하여도 소급입법금지원칙에 위배되는 것은 아니다.

재범의 위험성에 효과적 대처, 데이터베이스의 효율성, 활용도에서 소급 적용은 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 전과자 중 수용 중인 사람에 대하여만 소급적용하는 것은 입법형성권의 범위 내에 있고, 법률 시행 전 형이 확정되어 수용 중인 사람의 신뢰가치는 낮은 반면 재범의 가능성, 데이터베이스 제도의 실효성 추구라는 공익은 상대적으로 크다.

법률 시행 당시 이미 출소한 사람은 재범의 위험성 또한 수용 중인 사람보다 낮다고 볼 수 있고, 출소 후 사회생활을 영위하고 있는 사람에게까지 소급적용하는 것은 지나치므로, 수용 중인 사람에만 소급적용한 것은 차별에 합리성이 있어 평등권을 침해하지 않는다.

### 이 사건 채취조항들에 대한 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 반대의견

채취조항들은 정보를 장래 범죄수사에 활용하는 것을 주된 목적으로 하는데, 재범 위험성이 없는 대상자에 대한 시료의 채취는 이에 부합하지 않는다. 재범의 위험성에 대하여 전혀 규정하고 없고, 특정 범죄를 범한 수형인등에 대하여 획일적으로 시료를 채취할 수 있게 하여 침해최소성 원칙에

어긋나고, 채취조항들로 인한 수형인등의 불이익이 달성하고자 하는 공익에 비하여 결코 작지 않으므로 과도하게 청구인들의 신체의 자유를 침해한다.

### 이 사건 삭제조항, 부칙조항에 대한 재판관 김이수의 반대의견

대상자가 재범하지 않고 상당 기간을 경과하면 재범 위험성이 그만큼 줄어든다고 할 것임에도 일률적으로 사망할 때까지 정보를 보관하는 것은 지나치게 과도한 제한이며, 특히 소년범의 경우 가혹하다. 대상 범죄 중 죄질이 경미하고 재범의 위험성이 높다고 보기 어려운 범죄도 포함되어 있고, 성폭력범죄자 신상정보등록의 경우 등록기간을 20년으로 제한하고 있으며, 예상치 못한 정보 획득과 장기간 보관시 정보의 유출, 오용의 가능성이 있는 점에 비추어, 범죄의 경중 및 재범의 위험성에 따라 관리기간을 세분화하는 등 충분히 가능하고 덜 침해적인 수단을 채택할 수 있고, 장기간 보관과정에서 정보의 유출, 오용 등의 위험이 현실화되는 경우 대상자가 실제 입는 불이익이 작지 않다. 따라서 삭제조항은 과도하게 개인정보자기결정권을 침해한다.

이미 형이 선고된 수용자에 대한 정보의 수집·이용은 행위자의 장래의 재범 위험성에 근거하여 부과되는 일종의 보안처분이다. 형벌과 보안처분의 구분은 상당 부분 상대화되어 있고, 죄형법정주의 원칙에서 파생하는 소급입법금지원칙의 근본취지는 예측할 수 없는 방법으로 시민들의 자유와 안정된 법생활을 침해하는 모든 형태의 국가의 공권력에 의한 침해로부터 국민들을 지키는 데에 있으므로, 보안처분도 국가의 형사제재수단이므로 소급입법금지원칙의 적용대상이다. 부칙조항에 따른 소급 적용은 소급입법금지원칙에 위배된다. 설령 비형벌적 보안처분에는 소급입법금지원칙이 적용되지 아니한다 해도, 부칙조항이 법률 시행 당시 수용 중인 사람들에 대해서까지도 소급 적용하도록 한 것은 특별한 형사정책적 근거나 필요성을 인정하기 어렵고, 수용자들의 신뢰 및 법적 안정성을 해하며, 신뢰의 정도에 상관없이 일률적으로 소급 적용하는 점에서 침해최소성에 반한다. 비록 대상자가 입게 되는 불이익이 크지 않다고 하나 법적 안정성에 대한 신뢰침해의 정도가 결코 가볍지 아니하여 법익균형성도 갖추었다고 보기 어렵다.

### **이 사건 채취동의조항에 대한 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견**

이 조항은 사전 동의에 의하여 영장 없이도 시료를 채취할 수 있다는 예외를 규정한 것으로, 채취대상자는 동의하지 않을 자유가 있고, 동의하지 않더라도 어떤 불이익을 입는 것이 아니다. 영장에 의한 강제적 채취는 채취영장조항의 적용에 따른 법률효과일 뿐이고, 채취동의조항이 채취대상자의 기본권을 직접 침해하거나 제한하는 것은 아니므로, 기본권을 침해할 가능성이 없다.

### **이 사건 삭제조항에 대한 재판관 이정미, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석의 보충의견**

기간경과로 인한 재범의 위험성 감소, 정보의 장기간 보관에 따른 유출, 오용 등 보관상의 문제점, 장기간 재범하지 않는 대상자의 침해되는 사익의 증대 등의 문제점을 고려하면, 국민의 기본권 제한을 최소화하기 위해 일정 기간 재범하지 않은 적절한 범위의 대상자의 경우에는 정보를 삭제할 수 있도록 입법을 개선할 필요가 있다.

## **【해 설】**

### **1. 사안의 쟁점**

법정의견의 판단순서에 따라 이 사건의 주요 쟁점을 정리하면 다음과 같다.<sup>1)</sup>

- ① 재범위험성 판단 요건이 없는 채취영장조항의 기본권침해 가능성 여부
- ② 특정 범죄를 범한 자에 대한 재범위험성 판단 요건 없는 채취조항의 기본권침해 여부
- ③ 채취대상자의 동의만으로 영장 없이 채취가 가능한 채취동의조항의 영장주의위배 여부
- ④ 대상자의 사망시까지 정보를 데이터베이스에 수록하는 삭제조항의 기본권침해 여부
- ⑤ 판결이 확정되어 수형중인 자를 채취대상자로 하는 부칙조항의 소급 입법금지 위배 여부

---

1) 주요 쟁점이 되지 않았던 이 사건 검색·회보조항에 대한 검토는 생략한다.

이하에서는, 디엔에이신원확인정보의 이용과 특성, 외국 입법례를 살펴보고, 이어 위 쟁점에 대하여 검토한다.

## 2. 디엔에이신원확인정보의 이용과 특성

### 가. 디엔에이 감정의 의의<sup>2)</sup>

인간의 신체는 약 60조 개의 세포로 구성되어 있다. 각 세포내의 핵 및 미토콘드리아에 디엔에이가 존재한다. 핵 속의 디엔에이는 염색체 디엔에이라고 불린다. 그것들은 모두 동일하다. 사람들은 22쌍의 대응하는 상염색체와 1쌍의 성염색체를 가지고 있으며(23개가 2조로 각각 부·모로부터 물려받은 것이다), 그것들이 유전자(인간게놈)를 형성하고 있다. 디엔에이는 나사형 구조로 되어 있고, 그 종축은 당(S)과 인산(P) 분자의 결합, 횡축은 핵산을 구성하는 아데닌(A)·시토신(C)·구아닌(G)·티민(T)이라는 4요소로 구성되어 있으며 A는 T, G는 C와 수소결합하여 염기촌(뉴클레오티드)을 이룬다. 디엔에이는 약 30억 개의 염기촌이 배열된 화학물질이고, 그 중에서 특정한 염기배열이 반복되어 있는 부분(15형체 이상의 것을 세장다형=VNTR이라 하고, 2-5형체를 단세다형=STR이라고 한다)이 있고, 그 반복회수가 사람에 따라 서로 다르다는 것을 이용하여 개인식별을 하는 것이다. 이것이 바로 디엔에이감정이다.

30억 개의 염기촌(뉴클레오티드)은 유전정보를 함유하고 있는 코드화된 영역인 엑손(Exon)과 비코드화된 영역인 인트론(Intron)으로 나뉘고, 디엔에이감정시에는 비코드화된 영역인 인트론(이른바 junk 디엔에이, 이 사건 법률상으로는 ‘유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분’이라고 표현하고 있다)을 대상으로 하게 되는데, 이에 대하여 유전정보가 전혀 없다는 견해와 코드화되지 않은 영역이라도 인종이나 성별 등을 판별하는데 이용될 수도 있어 유전정보가 전혀 없다고 단정할 수는 없다는 견해가 있다.<sup>3)</sup>

2) 하태영, 디엔에이 관리법과 디엔에이 감정-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률-, 동아법학, 동아대학교 법학연구소, 312면.

3) 조성용, 범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰-유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안을 중심으로, 고려법학 제47호 2007년, 997면; 윤영철, ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 대한 비판적 고찰, 홍익법학 12권 1호(2011. 2.), 393면 참조(윤영철은 위 글에서, 비코드화된 디엔에이라 할지

### 나. 디엔에이신원확인정보의 수집 및 데이터베이스에의 저장 과정

채취대상자로부터 감식시료를 채취하게 되면, 검사 또는 사법경찰관은 시료를 디엔에이인적관리자에게 보내고(시행령 제10조 제1항), 디엔에이인적관리자는 동봉된 대상자의 동의서(혹은 영장) 및 시료채취확인서를 검토하여 이상 유무를 확인한 후 대상자의 인적사항을 디엔에이인적관리시스템(디엔에이신원확인정보 데이터베이스와는 별도의 서버)에 입력한다. 이때 대상자에게는 고유의 식별코드(바코드)가 부여되며 인적관리자는 시료에 동일한 바코드를 출력·부착한 후 시료를 디엔에이신원확인정보담당자(대검찰청 과학수사기획관 또는 국립과학수사연구원)에 보내게 된다(동조 제2항).

디엔에이신원확인정보담당자는 인적사항이 포함되지 않고 단지 고유의 바코드가 부착된 시료를 인수하게 되고, 시료를 감식할 담당자를 지정하고 감식담당자는 다음의 과정을 거쳐 시료로부터 디엔에이신원확인정보를 취득하게 된다.

시료의 바코드 등록 → 시료로부터 디엔에이분리 → PCR을 통한 STR마커의 증폭 → 전기영동 → STR마커에 대한 디엔에이신원확인정보의 취득

디엔에이신원확인정보담당자는 감식담당자로부터 취득한 디엔에이신원확인정보에 대한 감식데이터를 확인하여 이상 유무를 검증한 뒤 디엔에이신원확인정보데이터베이스에 정보를 입력·관리하게 된다.

### 다. 데이터베이스에 입력되는 디엔에이신원확인정보의 성격

데이터베이스에 입력되는 정보는 다음과 같다.

---

라도 여기에는 여전히 혈연관계 및 개인의 유전적 특징을 인지할 수 있는 유전 정보가 포함되어 있어 디엔에이감식을 통해 개인식별을 위한 신원확인정보는 물론 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스화와는 무관한 혈연관련유전정보가 자동적으로 해독된다고 하며 이러한 의미에서 디엔에이감식으로 범죄수사나 범죄 예방이라는 목적과 부합하지 않는 유전정보까지 분석, 수집된다는 점에서 유전자 감식에 의해 얻어진 유전정보의 오·남용가능성 또는 다른 용도(예컨대, 친자확인, 보험분야, 고용분야 등)로의 전용위험성이 여전히 남아 있다고 한다.

바코드	STR 마커 명칭(디엔에이의 특정부위를 말함)												
	D8S1179	D21S11	D7S820	CSF1PO	D3S1358	TH01	D13S317	D16S539	vWA	TPOX	D18S51	D5S818	FGA
PR11A12345	13, 15	29, 31	9, 10	11, 12	15, 15	7, 9	13, 13	15, 19	17, 18	8, 8	15, 19	11, 12	23, 24

데이터베이스에는 시료를 식별하는 바코드와 그에 대한 디엔에이신원확인정보가 일련의 숫자(26개)로 표현되며 그 숫자에는 아무런 정보를 포함하고 있지 않다.

디엔에이감식은 디엔에이의 98%를 차지하는 인트론(이른바, junk 디엔에이) 부분을 타겟으로 분석하는데 ‘junk 디엔에이’에는 의미 없는 뉴클레오티드(핵산을 구성하는 단위체)가 반복 나열된 STR이란 부분이 여러 곳에 존재하며 디엔에이데이터베이스에 입력되는 정보는 위 STR 부분에 대한 분석정보이고 이는 앞서 본 바와 같이 일련의 숫자로 표시된다.

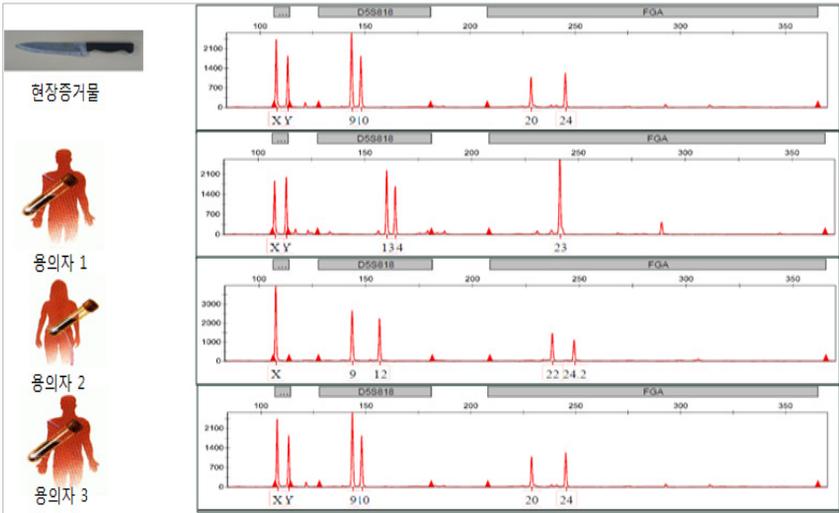
우리나라는 미국 디엔에이데이터베이스와 동일하게 13개 STR마커에 대한 정보를 입력하고 있고, 이는 98%의 ‘junk 디엔에이’ 중에서도 1/1,000,000 정도에 해당하는 분량이다.

**라. 디엔에이신원확인정보의 검색 및 회보**

디엔에이신원확인정보담당자는 새로운 정보의 수록, 범죄수사 또는 변호사의 신원확인, 법원의 형사재판 진행 중의 사실조회, 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있는데(이 사건 검색·회보조항), 정보의 검색결과를 회보받은 사람은 디엔에이인적관리자에게 정보 검색결과와 회보와 관련된 인적사항 등을 확인해줄 것을 요청할 수 있고(시행령 제15조 제3항), 정보를 검색한 결과 다른 디엔에이신원확인정보담당자가 관리하는 데이터베이스에 수록된 정보와 대조하려는 정보가 일치하거나 중복한다는 사실을 발견한 정보담당자는 지체 없이 그 데이터베이스를 관리하는 정보담당자, 그 데이터베이스에 수록된 정보와 관련된 인적사항 등을 관리하는 인적관리자 및 검색을 요청하거나 사건을 담당하는 검사 또는 사법경찰관에게 그 사실을 감정서 등의 서면, 유선 또는 모사전송 등의 방법으로 통보하여야 한다(동조 제4항). 위의 통보를 받은 인

적관리자는 정보의 검색을 요청하거나 사건을 담당하는 검사 또는 사법경찰관에게 인적사항 등을 확인해줄 수 있다(동조 제5항).

[STR기법에 의한 일치여부 확인 예시]



\* 현장증거물 칼로부터 얻은 디엔에이 신원확인정보는 용의자 3으로부터 얻은 디엔에이신원확인정보와 일치(각 STR 반복 횟수가 동일함)

[STR기법에 의한 디엔에이정보 저장방식 및 동일한 일치확인 예시]

검색 결과 상세보기    맞는개수정렬    전체    자료종류    전체    High    Moderate    Low

선택	구분	DNA번호	자료종류	매치결과 일치 (%)	좌위																	
					AMEL	TH01	TPDX	CSF1PO	D3S1328	vWA	FGA	D5S818	D13S317	D7S820	D16S539	D8S1179	D21S11	D18S51	D28S1338	D18S433	Penia E	Per
<input type="checkbox"/>	대상	2011-M-5539-1	구속피의자	18	X-Y	7-9	8-11	12	15	14-19	20-25	11-13	9-11	11-12	12	11-12	29-30	13	20-24	19-15	15-22	9
<input type="checkbox"/>	후보	2008-W-4200-1	현장증거물	15/15	100%	X-Y	7-9	8-11	12	15	14-19	20-25	11-13	9-11	11-12	12	11-12	29-30	13	20-24	19-15	-
<input type="checkbox"/>	후보	2010-C-9396-4-C	현장증거물	13/15	86.67%	X-Y	7-9	8-11	12	15	-	20-25	11-13	9-11	11-12	-	11-12	29-30	13	20-24	19-15	-
<input type="checkbox"/>	후보	2007-M-3306-1-C	용의자일치	13/15	86.67%	X-Y	7-9	8-11	12	15	14-19	20-25	11-13	9-11	11-12	12	11-12	29-30	13	-	-	-

일치 자료종류    일치변경    액셀    알람이    계산식    닫기

### 마. 디엔에이신원확인정보의 특성

디엔에이신원확인정보는 만인부동(萬人不同)<sup>4)</sup>, 종생불변(終生不變)의 특성을 지니고 있어 개인의 고유성, 동일성을 나타내는 중요한 정보이므로 가장 정확하고 효율적인 사람의 신원확인수단의 하나로 사용되고 있는데 다음과 같은 특성을 가진다.

첫째, 개인의 동일성을 확인할 수 있는 하나의 징표일 뿐 종교, 학력, 병력, 직업 등과 같이 정보주체의 신상에 대한 인격적·신체적·사회적·경제적 평가가 가능한 내용이 담겨 있지 아니하므로, 그 자체로는 타인의 평가로부터 단절된 중립적인 정보라고 할 수 있다.

둘째, 누구나 손쉽게 정보주체를 확인할 수 있는 성명, 사진, 주민등록번호 등과는 달리 일반인의 경우 정보 그 자체만을 가지고는 정보주체를 파악하는 것은 불가능하고, 인적관리시스템에서 인적사항 등과 식별코드를 확인해야만 정보주체의 확인이 가능하다.

셋째, 대상자에 대하여 감식시료를 채취하여 이를 인적관리자에 보내고 식별코드 등을 생성한 후 정보담당자가 이를 감식하는 단계를 거쳐 생성되는데, 이러한 여러 단계에서 시료가 오염되거나 변경될 가능성이 있는 등 정보주체로부터 정보수집자에게로 전달되는 과정에서 정보의 내용이 실제 내용과 다르게 왜곡될 염려가 있다.<sup>5)</sup>

넷째, 채취대상자에게만 국한되는 것이 아니라 일부 전후세대의 혈족들 과도 일정 부분 공유하는 특성을 가진다는 점에서 채취대상자의 정보인 동시에 타인의 정보이기도 하다.<sup>6)</sup>

- 
- 4) 서로 다른 개인의 유전자정보가 일치할 확률은 십만 분의 일 내지 십억 분의 일 정도라 한다. 다만, 일란성 쌍둥이의 경우는 예외이다.
  - 5) 이점에서 지문정보와 다르다. 즉 지문정보는 지문을 직접 날인하는 방법에 의하여 생성되기 때문에 정보주체로부터 정보수집자에게로 전달되는 과정에서 정보의 내용이 실제 내용과 다르게 왜곡될 염려가 적기 때문에 객관적이다(개인정보의 중립성, 이용주체제한성은 지문정보와 유사하다).
  - 6) 일란성 쌍둥이의 유전정보는 똑같거나 거의 유사한 것으로 나타나고 있다(일란성 쌍둥이의 유전자가 100% 똑같지는 않다는 연구결과가 최근에 밝혀지기는 하였으나 그 차이는 아주 사소하다고 한다(<http://media.daum.net/culture/health/view.html?cateid=1013&newsid=20080219090213941&p=yonhap>)).

### 3. 외국 입법례<sup>7)</sup>

#### 가. 외국의 디엔에이 데이터베이스 입법현황

##### (1) 개관

범죄자 디엔에이 데이터베이스는 2007년 현재 세계 76개국에서 설립하였거나 추진 중이며 이 중 60여 개국은 이를 위한 법률을 마련하였다.<sup>8)</sup> 유럽연합은 2001년 6월, 회원국가들에게 모두 각자의 실정에 맞고 국가간 데이터 호환이 가능한 범죄자 디엔에이 데이터베이스를 설립하도록 권장하고 있다.<sup>9)</sup> 한편, 일본은 법률 대신 일본 공안위원회 규칙인 『DNA型記録取扱規則』(제16호, 2005)에 근거하여 데이터베이스를 운영하고 있으며, 2008년 3월 말 현재 2만여 명의 피의자와 1만 여건의 미제사건 디엔에이 프로필을 수록중이다.<sup>10)</sup>

##### (2) 영국

경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act)이 1984년 제정되어 유전자 자료(intimate sample)를 채취할 근거를 마련하였고, 1995년 N디엔에이D(National 디엔에이 Database)가 설립되어 지금까지 운영중이다. 2008년 8월 기준으로 450만 건의 유전자 프로필이 수록되어 있다고 하며, 2004년까지 270만 명 이상의 범죄자 디엔에이 프로필과 24만여 건의 미제사건에 대한 디엔에이 프로필을 수록하였고 이를 통해 9만 4천여 건의 사건에서 용의자를 검색, 지목해내는 성과를 거두었다. 위 경찰 및 형사증거법의 해당 조항은 이후 형사사법 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act 1994), 형사사법 및 경찰법(Criminal Justice and Police Act 2001), 형사사법법(Criminal Justice Act 2004) 등으로 개정되어 초기에는 유죄선고가 되거나 구속상태에서 재판을 받는 경우에서 그 대상을 점차 확대하여 지금은 체포되지만 하던 경미범죄를 제외하고는 유전자자료를 채취할 수 있도록 하고 있다.<sup>11)</sup>

7) 서계원, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 개선방안, 세계헌법연구 제16권 2호(2010), 국제헌법학회, 203-214면 참조.

8) 이승환, 범죄자 디엔에이 데이터베이스의 이론과 국제 현황, 134면.

9) 이승환, 합리적인 범죄자 디엔에이 데이터베이스 구축, 한국형사정책학회 추계학술대회, 2006. 8. 25., 4면.

10) 이승환, 범죄자 디엔에이 데이터베이스의 이론과 국제 현황, 150면.

11) 이승환, 합리적인 범죄자 디엔에이 데이터베이스 구축, 각주10.

### (3) 미국

1989년 버지니아주를 시초로 관련 입법이 제정되고 1998년 로드아일랜드를 마지막으로 50개 주의 입법이 완료되었으며, 1998년 10월 미연방 전체의 NDIS(National 디엔에이 Index System)가 통합되었다.<sup>12)</sup>

미연방 전체의 디엔에이 데이터베이스의 근거 법률은 1994년 제정된 디엔에이 감정법(디엔에이 Identification Act)이다. 그 후 1996년 반테러 및 효과적 사형법(the Anti Terrorism and Effective Death Penalty Act) 및 2000년 미국의 디엔에이 분석 적체 해소에 관한 법(디엔에이 Analysis Backlog Elimination Act) 등에 의한 개정을 거쳤다.

미연방법전 제42편 제136장 이하에 규정되어 있는 미연방 디엔에이 데이터베이스법에 따라 FBI가 범죄자 디엔에이 데이터베이스의 관리권한을 가지고 운영되고 있으며, 2008년 현재 661만 명(전 인구의 2% 정도) 정도의 입력자와 24만여 건의 미제사건 디엔에이프로필이 수록되어 있고 이를 통하여 7만 5천여 건에서 수사에 도움을 주는 검색결과를 얻어내었다.<sup>13)</sup>

디엔에이정보를 제공하여야 하는 자가 이를 거부하는 경우에는 1년 이하의 징역이나 10만 달러 이하의 벌금을 부과하도록 규정하고 있다. CODIS(combined 디엔에이 index system)는 각 지역 데이터베이스, 각 주별 데이터베이스, 국가 데이터베이스에 저장된 유전자정보를 검색할 수 있는 통합 소프트웨어 시스템을 말하며, 유죄확정 범죄자로부터 제공된 디엔에이 샘플과 범죄현장에서 확보된 샘플 그리고 변사자 등 신원미상자와 실종자의 친족 등으로부터 확보한 샘플을 분석한 자료로 구성된다. 각 지역 경찰기관에 소속된 범죄분석실(crime Lab)에서 실시한 디엔에이 typing 자료를 LDIS(local 디엔에이 index system)에 입력하고, 이를 주정부에 통합하여 SDIS(state 디엔에이 index system)에서 관리하고, 이를 FBI가 관리하는 NDIS(national 디엔에이 index system)에 통합, 관리하고 있다.<sup>14)</sup>

12) 이승환, 범죄자 디엔에이 데이터베이스의 이론과 국제 현황, 147면.

13) 이승환, 범죄자 디엔에이 데이터베이스의 이론과 국제 현황, 147면.

14) 권창국, 디엔에이데이터베이스 도입 및 관련법제에 관한 연구, 형사정책연구 제 16권 제4호, 한국형사정책연구원 2005, 172면.

#### (4) 유럽<sup>15)</sup>

독일은 1997년 3월 17일에 제정된 “형사소송법개정법-디엔에이분석”을 통해 최초로 유전자감식을 도입하였다가 1998년 디엔에이에 의한 신원확인법(디엔에이-IFG)을 제정하고 형사소송법에 제81g조를 신설하여 미래의 형사소송에서 신원확인을 위한 시료 채취와 유전자감식이 가능하게 되었고, 2005. 11. 1.부터 위 디엔에이 신원확인법은 실효됨과 동시에 위 법의 내용은 대부분 형사소송법 81f조부터 81h조에 편입되어 디엔에이 시료채취 및 유전자감식을 규율하고 있다.<sup>16)</sup> 연방범죄수사국(BKA: Bundeskriminalamt)이 관리 주체이며, 1998년 디엔에이 신원정보데이터베이스(디엔에이-Analyse-datenbank, DAD)를 설립하고, 16개 주가 통합하여 관리하는 ‘연방데이터베이스’를 운영하고 있다.

프랑스는 1998년부터 FNAEG(fichier national automatisé des empreintes génétiques)라는 데이터베이스를 설립하여 운영하고 있다. 데이터베이스의 관리주체는 사법부의 관리, 감독을 받는 범죄 수사 중앙위원회 소속의 National Police Force이다.

핀란드는 1997년 관련 법률을 제정하여 1999년부터 데이터베이스를 설립하여 운영하고 있다. 2004년 12월 현재 17,500여 건의 범죄자 프로필과 6,050건의 범죄 현장 프로필을 보관하고 있다.

덴마크는 2000년에 관련 입법을 정비하여 데이터베이스를 설립, 운영하고 있다.

스웨덴은 1998년 경찰 데이터 법률을 제정하여 2001년에 데이터베이스를 구축하였다. 스웨덴 국립 연구원에서 이 데이터베이스를 관리하고 있으며, 2004년 현재 국가 유전자 정보 데이터베이스에 2,687건의 범죄자 프로필과 8,800여 건의 범죄 현장 프로필을 보유하고 있다.

네덜란드는 1994년 처음 디엔에이 법률을 제정한 이후, DDD(Dutch 디엔에이 Database)를 설립하여 운영하고 있다.

15) 황만성/이승덕, 형사절차상 유전자정보의 관리 및 활용방안, 한국형사정책연구원 (단행본), 2006. 12., 73-77면 참조.

16) 조성용, 독일 형사소송법상의 유전자정보은행에 관한 법적 고찰-유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안과의 비교를 중심으로-, 형사정책, 19권 1호, 한국형사정책학회, 156-157면.

오스트리아는 1997년 10월부터 유전자정보 데이터베이스를 운영하기 시작했다. 오스트리아 안전 경찰 법률에 관련 규정을 두고 있다.

## 나. 채취대상범죄 및 자료입력 시점

### (1) 영국

원칙적으로 구금형(징역 및 금고형) 이상의 형이 가해질 수 있는 전국범죄등록부에 등록대상이 되는 범죄(recordable crime)가 대상범죄이다. 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act)에서 해당 조항의 개정을 통해 단순 체포자 시점부터 자료입력이 가능하도록 되었다.

### (2) 미국

연방차원으로는 살인, 성범죄, 유괴, 강도, 주거침입 및 방화 등의 연방범죄에 한정하고 있었으나 2004년의 법개정에 의해 모든 중죄범으로부터 채취가 가능해졌다(미연방법전 제42편 제14135 a(d)조).<sup>17)</sup> 각 주는 각기 다른 범죄를 그 대상으로 규정하고 있으나, 대다수의 주가 최초에는 성범죄 및 특정 중범죄를 대상으로 규정하였지만 현재는 그 범위가 점차 확대되고 있다. 예를 들면, 와이오밍주는 협박죄를, 조지아주는 위증죄도 대상범죄로 포함시키고 있으며, 24개 주가 청소년 비행율, 6개 주는 스토킹 행위도 포함시키고 있다.<sup>18)</sup>

자료입력 시점은 26개주가 ‘유죄확정 후’이다. 24개주는 피의자 시점(체포시)에 자료를 입력하고 있다.

### (3) 기타 입법례

체포시점에 입력하는 국가로는 슬로베니아, 크로아티아 등이 있고, 형량에 의해 입력대상을 결정하는 국가 중에서도 피의자 시점에 입력하는 나라로는 핀란드, 덴마크, 스위스, 헝가리가 있다. 독일과 오스트리아는 동일한 입력대상 범죄에 대하여 유죄확정 후나 피의자 시기에 공히 자료를 입력할

17) 정덕영, 디엔에이데이터베이스 구축을 위한 헌법적 검토, 법학연구 제20권 제2호 (2009), 충북대학교 법학연구소, 153면.

18) 권창국, 앞의 글, 175면.

수 있도록 하였으며, 다만 피의자 시기에는 징역 1년 이상에 해당하는 중범죄의 경우에만 허용하고 있다. 프랑스도 수형인, 피의자를 모두 입력 대상으로 하고 있다. 한편 노르웨이, 벨기에에는 수형인에 대하여서만 신원확인정보의 데이터베이스 수록을 하고 있고 피의자에 대하여는 데이터베이스에 수록하지 않고 있다.<sup>19)</sup>

일본은 대상 범죄에 관한 규정이 없고, 수사 중인 사건의 피의자로부터 해당 사건을 입증하기 위해서 획득된 모든 디엔에이정보가 데이터베이스로 보내져 축적된다.<sup>20)</sup>

19) 각국의 디엔에이감식시료 채취 허용 대상자에 대하여 다음과 같이 정리할 수 있다(법제사법위원회, 앞의 보고서, 15면 및 신양균, 앞의 글, 75-76면에서 인용).

국가	수형자	피의자
영국	-	구금형 선고 가능 범죄
독일	법원이 재범 위험이 있다고 판단하는 모든 범죄	1년 이상 징역형 해당 범죄
오스트리아	모든 기록범죄	중범죄 해당자만
스웨덴	2년 이상 징역형	필요하다고 인정 시
노르웨이	법원의 명령	×
벨기에	사람을 대상으로 한 범죄	×
네덜란드	4년 이상 징역형 선고 가능 범죄	4년 이상의 징역형 선고가능한 범죄 중 판사나 검사가 인정하는 경우
프랑스	법에 열거된 범죄	법에 열거된 범죄
핀란드	1년 이상 징역형	1년 이상 징역형 해당자
덴마크	-	1.5년 이상 징역형 해당자
스위스	1년 이상 징역형 선고가능범죄	모든 기록 범죄
헝가리	5년 이상 징역형 해당자	5년 이상 징역형 해당자
미국	각 주마다 차이	텍사스, 버지니아 등

20) 정덕영, 앞의 글, 159-160면 참조. 디엔에이형 기록취급규칙 제3조 제1항은 “과학수사연구소장이 경찰서장 등의 촉탁을 받아 피의자 자료의 디엔에이형 감정을 실시하여 그 특정 디엔에이형이 판명되었을 때에는 해당 피의자 자료의 특정 디엔에이형과 그 외의 경찰청장이 정하는 사항의 기록을 작성하여 경찰청 형사국 감식관에게 전자적 방법에 의해 송신하여야 한다”라고 규정하고 있다.

**다. 디엔에이감식시료를 채취함에 있어서 대상자의 동의 또는 영장의 요부(要否)**

미국은, 미국연방법에 의하면, 채취에 있어 법원의 영장은 필요하지 않고, 채취를 거부하는 경우에는 A급 경죄에 해당되어 체포 및 처벌될 수 있다.<sup>21)</sup> 또한 디엔에이 샘플 채취협조를 거부하는 사람을 구금, 제압하고 채취하는데 필요한 합리적인 수단을 사용하거나 허가할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>22)</sup>

영국은 대상자의 서면동의를 요구하고 있으며 동의하지 않는 경우에는 배심에서 불이익하게 고려된다.

프랑스의 경우에는 기본적으로 동의를 요구하나 대상자가 10년 이상의 징역형을 선고받은 사실이 있는 경우에는 동의 없이 채취가능하고, 채취를 거부하는 경우에는 1년의 징역 및 15,000유로의 벌금에 처해질 수 있다.<sup>23)</sup>

독일의 경우, 피의자 및 수형자 모두 법원의 명령이 필요하다.

**라. 감식시료의 폐기 및 신원확인정보의 삭제**

**(1) 영국**

무죄판결 등으로 범죄혐의가 해소되거나 불기소처분이 결정된 때 등에는 시료 및 데이터베이스자료를 파기함을 원칙으로 하였으나, 2001년 형사사법 및 경찰법을 통해 불기소처분 및 무죄판결이 이루어진 경우에도 데이터베이스 자료 및 시료가 보존되도록 개정이 이루어졌다. 이에 대해 2008년 12월 유럽 인권법원에서 사생활침해를 이유로 불법이라고 하여 시정조치를 명하는 판결을 내렸고,<sup>24)</sup> 이에 이와 관련한 디엔에이자료가 폐기될 것이라고 한다.<sup>25)</sup>

21) 42 U.S.C.A. §14135a(a)(5).

22) 42 U.S.C.A. §14135a(a)(4)(A).

23) 이성기, 앞의 글, 32면 참조

24) S. and Marper v. The United Kingdom, 30562/04 [2008] ECHR 1581(2008. 12. 4.). 위 소송은 2001년 1월 19일 강도미수혐의로 체포, 기소되어 지문과 디엔에이를 채취당한 후 2001년 6월 14일 무죄 석방된 당시 11살의 Mr. S와, 2001년 3월 14일 자신의 파트너를 괴롭힌 혐의로 체포되어 디엔에이를 채취당하였으나 피해자와 합의하여 기소되지 않은 Marper 두 신청인이 자신의 지문과 디엔에이정보를 삭제해 줄 것을 요구하였으나 경찰이 거부하자 2002년 3월 22일 영국 행정법원에 제소하였다. 그러나 동 법원에서 소송이 기각되고 영국최고법원에서도 상고가 기각되자 유럽인권법원에 제소하게 된 것이다.

25) Marper판결 이후로 ‘범죄와 안전법’이라는 법률을 제정하여 체포된 후 유죄판결

## (2) 미국

CODIS 관련 법률에는 시료의 보관 및 폐기에 관하여는 명확한 규정이 없다. 주 정부 차원에서는 2005년을 기준으로 29개 주가 활용된 샘플의 보관을 명시적으로 규정하고 있고, 규정이 없는 대부분의 주에서는 분석 후 시료를 보존하고 있다. 다만 위스콘신 주만이 분석이 끝난 모든 범죄자의 시료를 파기하도록 법제화하고 있다.

한편, 데이터베이스정보에 관련해서는 연방법에 의하면, 무죄판결이 확정되거나 불기소, 기소가 각하되는 경우에는 즉각 폐기되어야 한다고 규정하고 있다(14132(d)조). 현재 39개주가 폐기 규정을 가지고 있다.<sup>26)</sup>

## (3) 일본

일본의 규칙 제7조 제1항은 ① 피의자 디엔에이형 기록과 관련되는 사람이 사망했을 때, ② 피의자 디엔에이형 기록을 보관할 필요가 없을 때에는 해당 피의자의 디엔에이형 기록을 폐기하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 피의자의 혐의가 없어졌을 경우에 반드시 폐기되는 구조로 되어 있지 않고, 무죄판결을 받았다고 하더라도 삭제되지 않는다. 범죄현장에 남아 있는 디엔에이 기록의 경우에는 당해 범죄의 확정판결이 있는 경우와 기타 기록을 보관할 필요성이 없게 된 경우에는 폐기하도록 하고 있다.

## (4) 기타 입법례

영국 외에 어떠한 경우에도 자료를 삭제하지 않는 국가는 오스트리아, 핀란드,<sup>27)</sup> 노르웨이, 덴마크 등이 있다. 그러나 이들 국가를 제외하고는 대

---

을 받지 않은 성년의 디엔에이정보는 6년 후에, 청소년의 경우엔 범죄혐의의 정도에 따라 3-6년 후에 삭제하도록 하는 내용을 신설하였다. 나아가 현재 자유보호법안(the Protection of Freedoms Bill of 2011)이 계류중인데, 이에 의하면 체포후 유죄판결을 받지 않은 경우 원칙적으로 디엔에이정보를 폐기하도록 되어 있다(이성기, '미국·영국·프랑스의 체포·구속단계에서 디엔에이(DNA) 채취법에 대한 위헌논의와 한국에의 시사점', 한양법학 제22권, 한양법학회, 28-29면 참조)

26) 정덕영, 앞의 글, 158면.

27) 사망후에도 10년간 유지하도록 하고 있다(황만성/이승덕, 앞의 책, 75면).

부분 자료 삭제를 규정하고 있다. 독일,<sup>28)</sup> 벨기에, 헝가리, 네덜란드,<sup>29)</sup> 스웨덴,<sup>30)</sup> 프랑스<sup>31)</sup>는 유죄확정자의 경우에도 입력후 5-40년이 경과하면 자료를 삭제하도록 하고 있다. 또한 피의자 시점에서의 자료 입력을 허용하는 국가들 중 대부분인 독일, 오스트리아, 헝가리, 핀란드, 스위스, 덴마크, 프랑스 등이 무죄확정 후나 불기소 시점 이후 자료를 삭제하도록 규정하고 있다.<sup>32)</sup>

## 마. 관련 판례

### (1) 미국

최근 체포된 자의 디엔에이 샘플 채취에 관련한 Maryland v. King 사건 연방대법원 판결의 내용을 간략히 소개한다. 합헌의 법정외견에 대한 4인의 반대의견이 있었다.<sup>33)</sup>

#### (가) 사실관계 및 쟁점

메릴랜드 주 디엔에이 채취법(Maryland 디엔에이 Collection Act, 이하 “디엔에이법”)은 사법 경찰관이 폭력적인 범죄사실로 체포되었으나 아직 유죄판결을 받지 않은 자의 디엔에이 샘플을 채취하도록 규정한다.

피상고인 King은 엽총으로 사람들을 위협하여 1급, 2급 폭행죄(assault) 혐의로 2009년 체포되었고, 체포된 날 디엔에이법에 의하여 메릴랜드 주에 소재한 교도시설에서 면봉 또는 필터지로 입 속의 볼 안 부분을 닦아내는 방식(buccal swab, 이하 “구강내 채취”)으로 디엔에이 샘플을 채취당하였다.

28) 독일은 유죄가 확정된 범죄자로서 데이터베이스에 자료가 입력된 경우 성인의 경우에는 10년, 청소년의 경우에는 5년간만 기록을 보관하도록 규정하여 이후에는 자료를 삭제하도록 하고 있다. 다만 재범의 위험성이 있는 경우에는 기록의 보관 기간을 연장할 수 있으며 살인이나 성범죄와 같은 중범죄의 경우에는 무기한 자료를 유지할 수도 있도록 규정하고 있다(황만성/이승덕, 앞의 책, 73면).

29) 수형기간이 4-6년인 경우에는 20년 후에, 6년 이상 투옥되었던 경우에는 30년간 자료가 유지되도록 규정하고 있다(황만성/이승덕 앞의 책, 76면)

30) 10년이 경과하면 자료를 삭제토록 규정하고 있다(황만성/이승덕, 앞의 책, 76면)

31) 40년간 보관할 수 있다(이성기, 앞의 글, 32면).

32) 이승환, 범죄자 디엔에이 데이터베이스의 이론과 국제 현황, 158면.

33) 133 S.Ct. 1958(2013), 헌법재판소의 조수혜 헌법연구원이 번역한 요약본을 정리하였다.

채취한 샘플은 메릴랜드주 디엔에이 데이터 저장소에 업로드하여 보관되었는데, 이 샘플은 미제사건으로 남아 있던 2003년 강간사건의 피해자의 몸에서 채취하여 보관하던 것과 동일하였고, King은 체포된 폭행죄와 아무 관련이 없던 2003년 강간죄의 범죄사실로 기소되었다.

대배심(Grand jury)은 King의 강간죄에 대한 기소를 결정하였고, 나중에 수색영장을 발부받아 두 번째로 King으로부터 채취한 디엔에이 샘플도 2003년도 강간사건의 샘플과 일치하였다.

King은 채취한 샘플을 2003년도의 강간사건에 사용하도록 허용하는 디엔에이법이 압수·수색에 관한 연방수정헌법 제4조에 위배된다고 주장하였으나, 사실심 법원은 합헌이라고 판단하고 King에게 2003년도의 강간죄에 대하여 유죄를 선고하였다. 메릴랜드 주 항소심법원(최고법원)은 증범죄 혐의로 체포된 자의 디엔에이 샘플을 미제사건 해결에 사용하도록 허용한 디엔에이 법 부분은 연방수정헌법 제4조에 의하여 위헌이 되는 수색에 해당한다고 보아(체포된 자의 디엔에이 샘플을 이용하여 그 신원을 파악하려는 메릴랜드 주의 이익보다 프라이버시를 보호받고자 하는 King의 사익이 더 중하다고 판단) 헌법에 위반된다고 선언하며, 강간에 대한 유죄판결을 파기하였다.

메릴랜드주는 연방대법원에 상고를 하고 연방대법원은 상고를 허가하였으며, 연방대법원에 제시된 쟁점(questions presented)은 “주 정부가 중대한 범죄로 체포되고 기소된 자의 디엔에이를 채취하고 분석하는 것이 연방수정헌법 제4조에 의하여 허용이 되는지”이며, 구체적으로는 주 정부 공무원이 특정한 범죄사실로 체포되었으나 유죄판결을 받지 않는 자의 디엔에이 샘플을 채취하고 분석하는 것이 불합리한 압수·수색을 금지한 연방수정헌법 제4조에 위반되는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

#### (나) 주문

중대한 범죄사실로 체포된 피고인의 디엔에이 샘플을 구강내 채취한 행위는 연방수정헌법 제4조에 위배되지 않는 적법한 수색에 해당한다. 피고인의 디엔에이를 분석한 행위는 연방수정헌법 제4조에 위배되지 않는다.

#### (다) 법정의견

중대한 범죄혐의에 대한 상당한 이유가 있어 피의자를 체포하고 구금하는 경우 체포된 자의 디엔에이를 채취하여 분석하는 것은 지문채취나 사진

촬영과 마찬가지로 연방수정헌법 제4조에 의하여 합리적으로 이루어지는 적절한 절차이며, 그 이유는 다음과 같다(133 S.Ct., at 1966-80).

(a) 디엔에이 검사는 생물학적 조직이 피의자와 근접하게 일치하는지를 알아볼 수 있게 함으로써 형사사법제도와 경찰조사관행을 획기적으로 개선하였다. 디엔에이법은 1급 폭행 등 폭력적인 범죄혐의로 기소된 자로부터 디엔에이 샘플을 채취하는 것을 허용한다. 채취된 샘플은 정식으로 기소가 되기 전 까지 데이터베이스에 저장될 수 없으며, 만약 유죄판결을 받지 않으면 그 샘플은 말소가 되고, 오직 신원 정보만이 데이터베이스에 저장된다. 당해사건에서 공무원은 외과적 시술이 필요하지 않는 안전하고 빠르고 고통이 없어 일반적으로 디엔에이 샘플 채취에 이용되는 “구강 면봉채취(buccal swab, 구강 내를 면봉이나 필름지로 닦아내어 샘플을 채취하는 것)” 방법을 이용하였고, 체포된 자의 건강이나 안전에 위해를 가하지 않았다. 피고인이 2003년도에 일어난 강간사건의 피의자로 지목된 것은 지역, 주, 그리고 국가 차원에서 디엔에이 실험실을 연결하고 디엔에이 분석에 사용되는 비교점을 표준화한 통합 디엔에이 관리 시스템(Combined 디엔에이 Index System, CODIS)에 부분적으로 기인한다(133 S.Ct. at 1966-69).

(b) 디엔에이 샘플을 얻기 위하여 사람의 볼 안을 면봉으로 문지르는 것은 연방수정헌법 제4조의 수색(search)에 해당한다. 그리고 그러한 침해가 무시해도 될 정도라는 사실은 그 수색이 정부에 의한 수색의 합헌성의 기준이 되는 합리적인 수색에 해당하는지를 결정하는 데 핵심적인 요소가 된다. 당해사건은 체포된 자가 중대한 범죄사실을 저질렀다는 상당한 이유가 있어서 적법하게 경찰에 구금되어 있었으므로 영장의 필요성이 현저하게 작으므로, 그 수색은 합리성 여부에 의하여 심사되어야 하고, 합리성은 적절한 정부의 이익과 그 수색이 개인의 프라이버시를 침해하는 정도를衡量하여 결정하여야 한다.

(c) 위 이익들을 비교衡量하는 합리성 심사에 있어서, 체포된 자의 신원 확인이라는 국가의 중대한 이익과, 그러한 이익을 실현하기 위한 디엔에이 신원확인 of 강력한 잠재력을 중요하게 고려하여야 한다.

① 디엔에이 법은 사법경찰관이 구금된 사람과 소지품의 신원을 확인하고 처리하기 위한 안전하고 정확한 방법의 필요성이라는 명확하고 정당한

국가의 이익을 목적으로 한다. 상당한 이유(probable cause)는 피의자를 체포하고 체포에 수반되는 행정절차를 진행하기 위하여 짧은 기간 구금하는데 법적 정당성을 부여하며, 법적 체포에 수반되는 사람의 수색의 정당성을 부여하고, 이 때 개별적인 혐의는 필요하지 않다. 경찰서에서 피의자의 구금을 위하여 이루어지는 일상적인 행정절차는 밀수품이나 범죄의 증거가 특정한 장소에서 발견될 상당한 가능성을 염두에 둔, 체포를 전제로 하지 않는 장소의 수색(search)과 헌법적 근거와 성질이 다르다. 그리고 특정인을 정상 사회로부터 격리하고 법적 구금상태로 두기 위한 상당한 이유가 존재할 때 디엔에이 신원파악은 중요한 역할을 수행한다.

첫째, 정부에게는 누가 체포된 적이 있으며 누가 재판을 받았는지를 파악할 상당한 이익이 있다. 디엔에이 분석과 지문 정보 대조의 유일한 차이점은 디엔에이가 가지는 정확성에 있다. 디엔에이는 경찰이 보유하고 있는 기록에 반영된 공적 인물과 체포된 자를 연결하는데 사용되는 신원확인 방법이다.

둘째, 공무원은 체포된 자의 구금이 비일상적인 위협을 가하지 않는다는 사실을 확신시켜야할 의무가 있다. 디엔에이는 구금되어 있는 자의 유형에 대한 정보를 공무원에게 제공한다.

셋째, 정부는 범죄사실로 기소된 자는 재판을 받을 수 있다는 것을 알려 줄 중대한 이익을 가진다. 체포된 자는 사법시스템과의 지속적인 접촉이 다른 중대한 범죄를 발각시킬 수 있다고 생각하면 도주하고 싶을 것이다.

넷째, 체포된 자의 과거 행적은 법원의 보석 결정에 영향을 줄 사회에 미칠 위협을 평가하는 데 결정적인 요소이다. 디엔에이 신원확인을 통하여 피고인이 이전에 폭력적인 범죄행위로 인하여 수배당한 사실이 있다는 사실이 밝혀지면 법원의 보석 결정에 있어서 증명력을 확보할 수 있다.

마지막으로, 사법정의의 관점에서 체포된 자가 극악무도한 범죄의 가해자로 지목되는 것은 무고하게 수용되어 있던 수용자를 석방시키는 유익한 효과를 가져 올 수 있다.

② 디엔에이 신원확인인은 상당한 경찰활동을 위하여 사법공무원이 사용하던 기술부분에서 획기적인 진보를 가지고 왔다. 경찰은 일반적으로 체포된 자의 신원을 확인하는 표준화된 절차로서 과학의 진보에 의존하여 왔다. 디엔에이와 아마도 가장 역사적으로 유사하다고 볼 수 있는 지문채취

는 그 등장과 함께 체포의 부속 행정절차의 당연한 단계로서 간주되어 왔다. 그러나 디엔에이 신원확인 은 훨씬 우수하다. 디엔에이 신원확인 절차를 위하여 추가적으로 침해되는 프라이버시는 지문채취로 인한 침해 정도보다 유의미하게 중대하다고 할 수 없고, 디엔에이 신원확인 절차는 훨씬 정교한 결과를 도출한다.

(d) 정부의 이익은 피상고인의 프라이버시에 대한 이익보다 더 중대하다.

① 중대한 국가이익과 디엔에이 신원확인의 고유한 효율성을 비교하여 볼 때, 디엔에이 샘플을 채취하기 위하여 구강 안을 면봉으로 문지르는 정도의 프라이버시 침해는 약소하다. 합리성 여부는 개인의 정당한 프라이버시에 대한 기대의 관점에서 판단이 되어야 하는데, 프라이버시에 대한 기대는 경찰에 의하여 체포되어 구금되었을 때 필연적으로 사라지게 된다. 그러므로 그러한 수색은 소위 특별한 필요에 의한 수색과 다르다. 합리성 여부를 심사하는 데에는 프라이버시에 대한 기대가 소멸되었고 침해가 최소한의 것인지에 대한 판단도 필요한데, 피의자의 신분 성질상, 이에 대하여는 판단할 필요가 없다.

② 피상고인의 디엔에이 샘플의 CODIS 데이터에서의 검사는 프라이버시를 침해하지 않으므로 이러한 행위는 헌법에 위반되지 않는다. 당해사건에서 검사가 된 부분은 핵심적인 유전정보를 제외한 부분으로 코딩화되지 않았으므로 체포된 자의 유전적 특징이나 개인적인 의료 정보 등을 식별할 수 없거나, 할 수 있다고 하더라도 어렵다. 만약 그러한 정보를 파악할 수 있다고 하더라도 사실상 그러한 목적으로 검증이 되지 않는다. 게다가 디엔에이 법은 프라이버시가 침해되지 않도록 법률적으로 보호하려는 목적을 가지고 있다.

(라) Scalia, Ginsburg, Sotomayor, Kagan 대법관의 반대이견

I. A. 연방수정헌법 제4조의 영장 조항은 상당한 근거가 없는 영장의 발부를 금지하고 그 장소를 수색하고, 사람을 체포하고 물건을 압수할 특정한(혹은 개별적인 - particular or individualized) 근거를 요구한다. 그리고 연방대법원은 영장이 헌법적으로 필요한 상황이 아니더라도 연방수정헌법 제4조가 불합리한 수색에 대하여 일반적 금지한 것은 수색에도 특정한 혐의가 필요하다는 요건이 적용되는 의미라고 판시하여 왔다. 비록 헌법적으

로 상당한 이유가 없어도(특정한 범죄혐의가 없어도) 수색이 인정되는 경우는 있지만, 이러한 경우는 대개 철도 종업원의 약물 검사나 공립학교에서의 수색 등 범죄 발견 목적이 아닌 철도운행의 안전이나 학생 보호 등 특별한 정부의 목적이 있는 경우에만 인정이 된다. 당해사건의 디엔에이 검사의 주된 목적은 단순히 범죄사실의 증거를 발견하는 것이 아니다.

B. 법정의견은 King이 체포된 자이기 때문에 체포절차에서 적법하게 수색이 될 수 있다고 하지만, 체포절차에서 압수 수색이 되는 것은 무기나 쉽게 손상이 될 수 있는 것, 또는 체포된 범죄와 관련이 있는 증거에 한한다.

또한 법정의견은 체포된 자에 대한 외과적인 수술이나 영장 없이 체포된 자의 집을 수색하는 것을 허용하는 것은 아니라고 말한다. 그러나 우리는 체포된 자의 프라이버시에 대한 기대가 소멸되었다고 하더라도 집을 수색하는 것은 영장을 요할 만큼 프라이버시에 관련된 중요한 문제라고 판단하여 왔고, 프라이버시에 대한 관심은 신체에 대한 침해의 경우에도 중대하다고 할 수 있다.

즉, 아무리 침해 정도가 작다고 하더라도 범죄 혐의가 없는 수색은 그 수색의 주된 목적이 범죄해결이라면 절대로 허용되어서는 안 된다.

법정의견은 당해사건의 수색이 King의 신원을 확인하는 것(identifying)이라는 것을 상당한 분량으로 면밀하게 실시하고 있지만, “신원확인”이 의미하는 것이 “체포된 범죄사실과 관련이 없는 범죄의 증거를 수색하는 것”이 아니라면 법정의견의 신원확인에 대한 실시는 잘못된 것이다. 만일 누군가의 신원을 확인하는 것이 그가 저지른 범죄 중 미제사건을 찾아내는 것이라면 그러한 신원확인은 사법집행기관의 목적과 다르지 않으므로 범죄 혐의 없는 수색을 절대로 정당화할 수 없다.

① 법정의견은 당해사건의 디엔에이 수색의 실제 의미에 대하여 침묵하고 있다. King은 폭행죄로 체포된 날 디엔에이 샘플을 채취당하였는데, 메릴랜드 주 법은 범죄혐의가 있는 자의 디엔에이는 기소사실인부절차(arrainment) 전에는 테스트할 수 없도록 하고 있으므로, 기소사실인부절차 후에 디엔에이 검사를 시행하였다. 만일 이 법률의 목적이 보석이 허가되는지 여부를 판단하기 위한 것이었다면, 기소사실인부절차 전에 디엔에이 검사를 하는 것을 금지할 이유가 없다. 즉, 당해사건의 수색은 King의 신원을 확인하는 데 무의미하다.

② 디엔에이법에 명시되어 있는 입법목적은 디엔에이 샘플 채취와 검사를 공식적인 범죄 수사 절차의 하나로 편입하는 것이다. 구체적으로, 디엔에이법은 신원확인을 위한 목적으로 유해의 신원을 확인하거나 실종자 신원을 확인하기 위하여 검사하는 것을 허용하고, 체포된 자의 신원을 확인하는데 대하여는 침묵하고 있다. 게다가 메릴랜드주는 디엔에이 기록을 법률에 명시된 목적 이외의 용도로 사용하는 것을 금지하고 있다.

정리하자면, 당해사건의 디엔에이 검사는 기소사실인부절차와 구속결정 전에 이루어지지 않았으며, 수개월간 보관되어 있다가 몇 주간에 걸쳐서 검사가 진행되었다. 검사를 함에 있어서는, 체포되거나 유죄판결을 받은 자의 디엔에이 데이터가 아니라 미제사건 디엔에이 데이터와 대조되었다. 디엔에이법은 이러한 사용을 금지하고, 법정의견이 말하는 “신원확인”에 대한 설시는 잘못된 것이다.

II. 법정의견은 사진촬영과 비교하고 있으나, 사진촬영은 아무런 신체적 침해를 하지 않으므로 연방수정헌법 제4조의 수색에 해당되지 않는다. 법정의견은 키, 신발사이즈 등 베르티용식 신체식별정보를 기재하는 것도 언급하나, 그러한 신체식별정보는 미제사건을 해결하는 데 사용되지 않는다. 마지막으로, 법정의견은 지문채취와 비교하고 있는데, 지문채취는 체포 후에 사법경찰관에 의하여 사용이 되는 반면 디엔에이 채취는 기소사실인부절차 후에 미제사건을 해결하기 위하여 사용되었다는 점에서 전혀 다르다.

법정의견은 디엔에이 검사가 현대과학기술의 진보로서 신속한 검사결과를 낸다고 하지만, 당해사건에서는 디엔에이 검사를 하는 데에만 18일 이상의 기간이 소요되었다. 더구나 법정의견에 의하면 체포된 자의 디엔에이 샘플 대다수가 미제사건 디엔에이 데이터와 대조되는 것이 허용될 수 있는데, 이는 만 23세까지 경범죄를 포함한 범죄사실로 체포되는 미국인이 전체의 3분의 1 가까이 된다는 점을 고려하면 우려할 만한 일이다. 미제사건을 해결한다는 것은 좋은 취지이지만, 범죄혐의가 없는 수색으로부터 보호받아야 한다는 이익은 더욱 중대하며, 연방수정헌법 제4조는 존중되어야 한다.

법정의견은 ‘중대한 범죄’로 체포된 자의 디엔에이만이 검사된다고 하지만, 그 경계는 불분명하다. 더구나 당해사건에서 일어난, 범죄혐의 없는 수색의 가장 큰 문제점은 그러한 수색이 필요 없었다는 점이다.

(2) 독일34)

독일연방헌법재판소 판결(BverfG, Urteil vom 14. 12. 2000-2 BvR 1741/99)

(가) 사안의 개요

청구인은 다음과 같은 범죄전력이 있었는데, 지방법원은 1999. 6. 3. 판결로 디엔에이 동일성 확인을 위한 디엔에이 채취 및 분석을 명령했다.

1985. 4. 26. 절도죄로 4개월 자유형에 집행유예를 위한 형집행정지 판결.

1987. 3. 2. 모욕죄로 벌금형

1987. 9. 24. 환각제 반입 및 구입죄로 1년 7개월의 자유형에 집행유예를 위한 형집행정지 판결

1995. 4. 19. 방화미수 및 위험한 신체상해죄로 1년의 자유형에 집행유예를 위한 형집행정지 판결

1995. 12. 29. 사소한 물건의 절도죄로 벌금형

(나) 청구인의 주장

범행이후 시간이 많이 경과하였고, 사안이 경미하며, 형집행정지기간 동안에 별다른 문제가 없었다는 점을 들어 그에 대한 미래의 형사절차가 이루어질 것이라는 판단은 잘못이다.

(다) 재판소의 판단

과거 현저히 중요한 범행을 저지른 사람으로부터 디엔에이 분석을 위해 신체로부터 세포를 추출하는 것은 기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항으로부터 도출되는 인격권, 특히 정보의 자기결정권을 제한하기는 하지만 비례성의 원칙을 침해하지 않기 때문에 헌법에 위반되지 않는다.

구체적인 근거로는 추출된 디엔에이가 단지 미래의 형사절차에서 동일성 확인 목적으로만 수행되고, 디엔에이 동일성 확인 이후에는 바로 폐기하도록 되어 있고 그나마 모든 유전자 정보를 대상으로 하는 것이 아니라 디엔에이의 30%에 해당하는 부분만 목적으로 하기 때문에 인격권의 핵심영역을 침해하지 않을 뿐 아니라 이러한 유전자 지문은 기존에 활용되어 오던 일반적인 지문 혹은 혈액을 대상으로 한 생화학적 지문과 큰 차이가 없다. 또한

---

34) 홍선기, 범죄자의 디엔에이 동일성 확인에 관한 재판소원의 위헌결정, 로앤비 최신독일판례연구에서 발췌하여 정리함.

동 법은 일반적으로 이 조치를 명할 수 있게 하는 것이 아니라 현저히 중요한 범행을 이유로 이미 진행된 당사자의 유죄판결과 연관되고 특정한 사실에 기초한 진단이 현저히 중요한 범행 때문에 미래의 계속된 형사절차가 진행될 수 있다는 특정한 사안으로만 제한하고 있으며 게다가 연방수사국법(BKAG)에 의해 더 이상 필요하지 않다는 것이 개별사례에서 확정된다면 정보폐쇄가 명령될 수 있기 때문에 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 밝혔다.

그럼에도 지방법원은 이러한 디엔에이 추출과 연구분석은 엄격한 조건하에서만 실시되어야 하는데 이를 간과했다는 것이다. 상술하면 이미 범죄를 저지른 자에 대해서 형 집행정지나 혹은 집행유예를 결정했다는 사실은 미래의 범죄에 대한 위험성 진단에서 긍정적으로 평가했다는 것임에도 불구하고 이들에 대해서 디엔에이를 추출, 연구 분석을 한다는 것은 미래의 범죄에 대해 부정적 진단을 전제로 하는 것인데 이것은 이전의 긍정적 진단과는 배치된다는 주장에 대해, 이렇게 형 집행정지나 집행유예 결정할 때의 위험 진단은 법적 구속력을 가지는 것은 아니고 또한 법률효과와 진단 기준도 다르긴 하지만 그럼에도 불구하고 이미 선행된 법원의 위험진단과 반대되는 진단을 후속하는 법원이 내리기 위해서는 보다 자세하고 높은 근거제시의 필요성이 있지만 문제가 된 법원은 이러한 기준을 충족시키지 못했기 때문에 위헌이라고 밝히고 있다.

#### 4. 주요 쟁점이 된 각 법률조항의 위헌 여부

##### 가. 이 사건 채취영장조항

(1) 공권력의 행사 또는 불행사가 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671 등).

채취영장조항은 판사가 발부한 영장에 의하여 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다고만 되어 있을 뿐, 법관이 영장발부 여부에 관하여 구체적인 판단(실체적 판단)을 할 여지가 전혀 규정되어 있지 아니하므로 기본권침해가능성을 인정할 수 있다는 입론이 가능하다.

그러나 이러한 구체적 판단의 여지(예컨대, 재범의 위험성)는 시료의 채취대상 범죄를 규정하고 있는 이 사건 채취조항의 규율범위에 포함시키는 것이 적정하고, 영장조항 자체는 기본권 보호조항으로 보는 것이 타당하다고 본다.

(2) 이 사건 결정에서도 채취영장조항에 대하여『시료 채취대상자의 기본권을 침해하는 조항이 아니라 헌법상 영장주의를 구체화한 조항이다. 이 사건 채취영장조항은 “관할 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장”이라고만 규정하여 영장발부의 요건 등에 대하여 달리 정하고 있지 않지만, 청구인들이 주장하는 ‘재범의 위험성’과 같은 요건은 이 사건 채취영장조항 보다는 이 사건 법률 제5조 제1항과 보다 직접적으로 관련되는 것이므로, 이 사건 채취영장조항 자체가 법관의 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의할 것을 요구하는 영장주의에 위반될 가능성이 있다고 보기 어렵다.』고 판단하면서, 이 부분 심판청구를 일치된 의견으로 각하하였다.

## 나. 이 사건 채취조항들

### (1) 제한되는 기본권과 쟁점

디엔에이감식시료의 채취행위는 신체의 안정성을 해하므로 채취조항들은 신체의 자유에 대한 제한이 문제된다. 또한 채취조항들로 인하여 시료 채취대상 범죄를 범한 범죄자와 그 채취대상이 아닌 범죄를 범한 범죄자들 사이에 차별취급이 발생하여 평등원칙의 위반 여부가 문제된다.

과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해한 것인지에 관하여, 입법 목적의 정당성과 수단의 적절성에 대하여는 이견이 없었고, 주된 쟁점이 된 부분은 시료 채취의 요건으로 ‘재범의 위험성’을 두지 않은 것이 침해최소성과 법익균형성에 부합하는지 여부이다.<sup>35)</sup>

### (2) 판단 및 해설

(가) 다수의견은 다음과 같이 이 사건 채취조항들이 침해최소성과 법익균형성을 위반하지 않는다고 판단하였다.

35) 평등권 침해여부에 관하여 다수의견은 합리적 이유가 있음을 이유로 이를 부정하였고, 반대의견은 이를 언급하지는 않았다.

『흥기휴대 상해죄, 강간등상해죄, 강간치상죄, 방화죄 등은 다른 범죄에 비하여 재범의 위험성이 높아 이런 범죄를 저지른 자들의 디엔에이신원화 인정보를 데이터베이스에 수록하고 관리할 필요성이 높다는 점, 시료를 채취할 때 대상자가 동의하지 않는 경우에는 판사가 발부한 영장에 의하도록 하고, 동의에 의한 채취의 경우에는 채취를 거부할 수 있음을 사전에 고지하고 서면으로 동의를 받도록 하고 있으며, 채취할 때에는 대상자에게 채취 이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하도록 하고 있는 점, 시료를 채취할 때 우선적으로 구강점막 또는 모근을 포함한 모발에서 채취하도록 하고 위의 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 그 밖에 디엔에이를 채취할 수 있는 신체부분, 분비물, 체액의 채취를 하게 하는 등 채취대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 최소화하는 방법을 사용하도록 하고 있는 점, 채취의 요건으로서 재범의 위험성을 별도로 규정하고 있지 않더라도 이는 판사가 채취영장을 발부하는 단계에서 채취의 필요성과 상당성을 판단하면서 실무상 충분히 고려될 수 있는 점 등에 비추어 볼 때 침해의 최소성 요건을 갖추었다.

나아가 이 사건 채취조항들에 의하여 제한되는 신체의 자유의 정도는 일상 생활 중에서도 경험할 수 있는 정도의 미약한 것으로서 외상이나 생리적 기능의 저하를 수반하지 아니한다는 점에서, 범죄수사 및 범죄예방 등에 기여하고자 하는 공익에 비하여 크다고 할 수 없어 법익의 균형성도 인정된다.』

(나) 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석은 다음과 같은 이유로 이 사건 채취조항들이 침해 최소성과 법익균형성에 어긋난다는 반대의견을 개진하였다.

『이 사건 채취조항들은 형의 선고를 받아 확정된 수형인등과 관련된 부분이므로, 이 사건 채취조항들과 관련된 이 사건 법률의 주된 목적은 장래의 범죄수사에 활용하기 위한 것이고, 채취대상자가 차후에 다시 범죄를 저지를 가능성이 높다는 점에 대한 개별적인 근거가 존재해야 한다. 재범의 위험성이 없는 대상자에 대하여 디엔에이감식시료를 채취한다는 것은 이러한 입법목적에 부합하지 않기 때문이다.

그런데 이 사건 채취조항들은 시료 채취의 요건으로 재범의 위험성에 대해서 전혀 규정하지 않고 있으며, 오직 특정 범죄를 저질렀다는 이유만으

로 시료의 채취가 가능하도록 하고 있다. 이 사건 채취조항들의 대상 범죄 중 흉기휴대 상해범, 강간등 상해범, 강간치상범의 재범률이 일반 범죄에 비하여 높긴 하지만 그 차이가 크다고 보기는 어렵고, 주거침입, 재물손괴 등으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄의 경우는 상대적으로 죄질이 경미하고 재범의 위험성도 높다고 보기 어려우며, 재범의 위험성은 대상자의 직업과 환경, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기, 수단, 범행 후의 정황, 개선의 정 등 여러 사정을 종합적으로 평가하여 행위자별로 판단해야 할 문제이지, 특정 범죄전력만 가지고 도식적으로 일반화할 수 있는 문제가 아니다.

결국 이 사건 채취조항들은 행위자의 재범의 위험성 요건에 대하여 전혀 규정하지 않고 특정 범죄를 범한 수형인등에 대하여 획일적으로 시료를 채취할 수 있게 한다는 점에서 침해최소성 원칙에 어긋나고, 재범의 위험성 요건에 관한 규정이 없는 이 사건 채취조항들로 인하여 받게 되는 수형인 등의 불이익이 이 사건 채취조항들을 통해 달성하고자 하는 공익에 비해 결코 작지 아니하므로 법익균형성 원칙에도 어긋난다.』

(다) 다수의견은 시료 채취 대상이 되는 범죄 자체가 이미 재범의 위험성이 높고, 판사의 영장발부단계에서 판단의 대상이 될 수 있는 점,<sup>36)</sup> 침해되는 신체 안정성의 정도가 미약한데 비하여 보호되는 공익이 큰 점을 과잉금지원칙에 위반되지 않는 주된 근거로 보았다.

이에 반하여 반대의견은, 재범의 위험성을 입법목적에 부합하기 위한 중요한 인자임을 강조하면서 개별 행위자별로 판단할 필요성을 중요시하였다. 또한 재범의 위험성이 없는 경우까지 시료를 채취하는 경우의 대상자의 불이익은 공익에 비하여 적지 않음을 지적하였다. 실무에서는 판사의 영장기각을 통해 재범의 위험성 없는 대상자의 시료채취를 방지하는 경우가 극히 드물다. 이러한 점이 고려된 것이 아닌가 생각된다.

36) 참고로, 2010. 7.경부터 2013. 7.경까지 시료채취의 필요성 또는 상당성이 없거나 소명이 부족하여 판사가 영장을 기각한 사례는 최소 7건 확인되었다.

## 다. 이 사건 채취동의조항

### (1) 기본권침해가능성에 대한 판단

다수의견은 이 조항이 시료의 채취에 관하여, 법관의 영장에 의하도록 한 것을 대신하여 동의에 의하여 신체의 자유에 대한 제한을 허용하게 되므로, 영장주의와 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하는지가 문제된다고 보아 본안판단을 하였다.

그러나 재판관 김창중, 재판관 조용호는 다음과 같은 이유로 위 조항에 기본권침해가능성이 없어 부적법하다는 반대의견을 개진하였다.

『이 사건 채취동의조항에 의하더라도 채취대상자는 시료 채취 동의 요청에 대하여 반드시 동의하여야 할 의무를 부담하는 것이 아니고, 얼마든지 시료 채취에 동의하지 않을 자유가 있으므로 시료 채취에 동의하지 아니하였다고 하여 곧바로 어떠한 불이익을 입게 되는 것이 아니다. 다시 말하면 채취대상자가 채취에 동의하지 아니하면 그 의사에 반하여 강제적으로 시료 채취를 할 수 없는 것이고, 단지 영장에 의하여서만 시료의 강제 채취가 가능할 뿐이다. 그러므로 이 사건 채취동의조항으로 인하여 채취대상자의 기본권이 직접 침해되거나 제한된다고 보기 어렵다.』

### (2) 영장주의와 적법절차원칙의 위배 여부에 대한 판단

위 2인의 부적법 각하의견 이외에, 다수의견은 아래의 이유로 채취동의 조항이 영장주의나 적법절차원칙에 위배되는 것이 아니라고 판단하였다.

『동의를 의하여 시료를 채취하는 경우, 채취를 거부할 수 있음을 사전에 고지하고 서면으로 동의서를 받도록 하고 있으며, 동의가 없으면 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여 채취하도록 하고 있으므로, 동의에 의하여 시료를 채취하도록 규정한 조항 자체가 영장주의를 회피하는 수단이 되어 영장주의와 적법절차원칙에 반한다고 보기는 어렵다. 자발적 동의를 보장하기 위하여 채취를 거부할 수 있음을 사전에 고지하는 데에서 더 나아가 동의 전 고지하여야 할 사항을 어느 범위까지 규정할 것인지 여부는 입법 재량에 속하는 영역으로 추가적인 고지사항을 규정하지 않았다고 하여 이 사건 채취동의조항 자체가 적법절차원칙에 반한다고 할 수도 없다.』

## 라. 이 사건 삭제조항

### (1) 제한되는 기본권과 쟁점

이 사건 삭제조항은 특별한 사유가 없는 한 사망할 때까지 정보를 데이터베이스에 수록, 관리할 수 있도록 규정한다. 이 사건 결정에서는, 위 조항에서 문제되는 기본권은 개인정보자기결정권으로 보았고, 대상자가 사망할 때까지 정보보관이 가능하도록 한 위 조항이 피해최소성이나 법익균형성 원칙에 반한다고 볼 수 있는지가 쟁점이 되었다.

### (2) 판단 및 해설

(가) 다수의견은 다음과 같이 이 사건 삭제조항이 침해의 최소성과 법익균형성을 위반하지 않는다고 판단하였다.

『개인정보의 종류 및 성격, 수집목적, 이용형태, 정보처리방식 등에 따라 개인정보자기결정권의 제한이 인격권 또는 사생활의 자유에 미치는 영향이나 침해의 정도는 달라진다. 그러므로 개인정보자기결정권의 제한이 정당한지 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 요소들과 추구하는 공익의 중요성을 헤아려야 한다.』

『데이터베이스에 수록되는 디엔에이신원확인정보는 개인정보 누설의 염려가 적어 그 자체로 개인의 존엄과 인격권에 심대한 영향을 미칠 수 있는 민감한 정보라고 보기 어렵고, 개인식별을 위하여 필요한 사항만이 포함된 최소한의 정보라고 할 수 있다. 이 사건 법률은……정보가 오·남용되는 것을 방지하는 등 개인정보보호에 관한 규정을 두고 있다. 그렇다면 이와 같은 정보의 최소성, 디엔에이 관련 자료 및 정보의 삭제와 데이터베이스의 운영에 있어서 개인정보보호에 관한 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 삭제조항이 정보를 수형인들이 사망할 때까지 데이터베이스에 수록하도록 규정하더라도 침해최소성 원칙에 반한다고 보기 어렵다.』

『디엔에이신원확인정보는 앞서 본 바와 같이 중립성, 이용주체 제한성 등의 특성을 가지고 있음을 고려하면, 이 사건 삭제조항에 의하여 정보를 평생토록 데이터베이스에 수록하더라도 그로 인하여 청구인이 현실적으로 입게 되는 불이익은 크다고 보기 어렵다. 반면 검찰총장 및 경찰청장이 앞

서 본 바와 같이 보관·전산화하고 있는 정보를 장래의 범죄수사 등에 신원확인을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익은 중요하고, 그로 인한 청구인의 불이익에 비하여 더 크다고 보아야 할 것이므로 법익균형성 원칙에도 위배되지 않는다.』

(나) 한편, 재판관 이정미, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석은 삭제조항이 위헌으로 볼 수는 없으나, 입법을 개선할 필요성이 있다는 취지의 보충의견을 밝히고 있다.

『정보의 특성에 비추어 청구인들이 현실적으로 입게 되는 불이익이 크지 않고, 데이터베이스 제도의 공익적 목적을 고려할 때 이 사건 삭제조항이 위헌이라고 할 만큼 명백하게 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하고 있다고 보기 어렵다는 점에서 다수의견의 결론에 따르기로 한다.

그러나 모든 수형인등에 대하여 확일적으로 사망 시까지 정보를 보관하는 것이 필요한 것인지에 대하여 의문이 없지 아니하고, 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 범죄예방의 필요와 사회적 낙인으로 침해되는 사익과의 균형등을 고려하여 일정 기간 재범하지 않은 적절한 범위의 대상자의 경우에는 정보를 삭제할 수 있도록 입법하는 것이 국민의 기본권 제한을 최소화하기 위해서 더욱 바람직하다고 할 것이므로, 그러한 내용으로 입법을 개선할 필요가 있다고 생각한다.』

(다) 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 김이수는 다음과 같은 이유로 침해최소성과 법익균형성에 어긋난다는 반대의견을 개진하였다.

『이 사건 삭제조항은 일정한 기한을 정하여 보관된 정보의 삭제 여부를 심사하거나, 일정한 기간이 경과하면 이를 일괄적으로 삭제하도록 하는 등의 적정한 기간 제한을 위한 방안을 강구하지 아니한 채, 일률적으로 대상자가 사망할 때까지 정보를 수록, 관리하도록 규정하고 있는바, 이는 입법목적의 달성을 위하여 지나치게 과도한 제한을 가하는 것으로서 침해최소성 원칙에 반한다. 특히 소년범의 경우 아직 사리분별이 미숙한 상태에서 범한 죄로 인하여 평생 정보가 데이터베이스에 저장되어 검색·조회되도록 하는 것은 대상자에게 대상 범죄의 전과자라는 사회적 낙인을 찍음으로써 건전한 사회복귀 및 교화를 방해하는 결과를 초래하는 것으로서 지나치게 가혹하다.』

『비록 정보가 범정의견과 같이 중립성·최소성·이용주체제한성 등의 특성을 가지고 있다고는 하나, 여전히 그 정보내용이 왜곡될 가능성이 있고, 디엔에이감식을 디엔에이의 인트론 부분(junk DNA)만을 대상으로 한다고 하더라도 인종이나 성별, 가족관계 등을 판별하는데 이용될 수도 있으며, 향후 과학기술의 발달에 따라서는 위 인트론 부분 또는 디엔에이신원확인 정보만으로도 현재의 과학기술 수준으로는 예상하지 못한 새로운 정보를 얻어낼 수 있는 가능성을 완전히 배제할 수는 없다. 이와 같은 상황에서 대상자의 사망 시까지라는 불확정의 장기간 정보를 컴퓨터파일의 형태로 보관할 경우 그만큼 정보의 유출, 오용 및 오염 등의 문제가 발생하기 쉽다.

따라서 이 사건 삭제조항은 대상 범죄의 경중 및 그에 따른 재범의 위험성에 따라 관리기간을 세분화하는 등 충분히 가능하고 덜 침해적인 수단을 채택하지 아니하였다는 측면에서도 침해최소성 원칙에 반한다.』

『이 사건 삭제조항이 범죄의 유형이나 대상자의 재범의 위험성 등을 고려하지 아니한 채 일률적으로 대상자의 사망 시까지 정보를 보관하도록 하는 것은 장기간 재범하지 않은 대상자의 경우 예외적으로 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이에 불균형이 발생할 수 있다는 점, 장기간 보관과정에서 정보의 유출, 오용 등의 위험이 현실화될 경우 대상 범죄의 전과자라는 낙인이 찍히게 되는 등 대상자가 실제로 입는 불이익이 결코 작지 아니한 점 등에 비추어 볼 때 법익균형성을 갖춘 것이라 보기도 어렵다.』

(라) 결국 다수의견은 이 사건 정보가 인격의 내적 핵심 영역에 근접한 민감한 성격을 가진 것은 아니라는 특성에 주목하면서도 정보보호의 필요성을 인정하고, 이 사건 법률 자체에서 정보보호를 위한 여러 가지 장치를 두고 있는 점과 공익의 중요성 등을 과잉금지원칙에 위반되지 않는 주된 근거로 보았다.

이에 반하여 반대의견은, 범죄의 경중을 구별하지 않는 획일성, 과학기술 발전에 따른 추가적 정보이용의 가능성, 사망이라는 불확정의 장기간 보관에 따른 유출 등의 사실상 문제점, 관리기간의 세분화가 가능한 점 등을 위헌성의 주된 논거로 지적하였다.

(마) 보충의견에서도 개선을 촉구하는 점에서 알 수 있듯이 위헌성을 떠나 과반수의 재판관은 이 사건 삭제조항의 문제점을 지적하고 있다. 사건

으로, 이러한 문제의식은 보관기간에 제한을 두는 입법례가 다수인 점이 고려된 것이 아닌가 생각한다.

### 마. 이 사건 부칙조항

#### (1) 쟁점

이 사건 부칙조항과 관련된 쟁점은 결정문에서도 명시적으로 밝히는 바와 같이 정보의 수집·이용이라는 형사와 관련된 처분이 소급입법금지에 해당되는 경우여서 금지된다고 할 것인지 여부이다. 위 처분의 보안처분성이 문제되었고, 이 사건 부칙조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지도 문제되었다.

#### (2) 판단 및 해설

(가) 다수의견은 먼저 정보의 수집·이용의 법적 성격을 형벌적 성격을 가지지 않는 비형벌적 보안처분으로 판단하고, 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『디엔에이신원확인정보의 수집·이용은 재범의 위험성이 높은 범죄를 저지른 사람의 정보를 미리 확보, 관리하여 조속히 범인을 검거함으로써 추가 피해를 방지하고 무고한 용의자를 조기에 수사선상에서 배제하며, 아울러 범죄예방의 효과를 높이기 위한 것으로, 범죄수사와 범죄예방에 주된 목적이 있다. 정보를 취득하기 위하여 대상자로부터 시료를 채취하는 행위는 대상자의 동의 또는 영장에 의하여 이루어지고, 대상자의 신체의 자유를 제한하게 되나 앞에서 본 것처럼 그 제한의 정도는 미약하고 일시적이며 일회성에 그친다. 채취 행위에 필연적으로 뒤따르는 채취된 시료의 감식을 통한 정보의 수집, 수록, 검색, 회보라는 일련의 행위는 형의 선고 이외에 부과되는 것으로 수형인등에게 심리적 압박에서 나오는 위하효과로 인한 범죄의 예방효과를 가지고 있으나, 대상자에 대한 더 이상의 신체의 자유에 대한 직접적 제한은 없다.

그렇다면 시료의 채취 행위 및 정보의 수집, 수록, 검색, 회보라는 일련의 행위는 수형인등에게 심리적 압박에서 나오는 위하효과로 인한 범죄의 예방효과를 가진다는 점에서 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의

개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 위협을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 부과되는 보안처분으로서의 성격을 지닌다고 볼 수 있다.』

『시료의 채취 및 정보의 수집, 수록, 검색, 회보를 포함하는 정보의 수집·이용은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하여 국민을 보호하고자 하는 공익을 목적으로 하며, 정보를 통해서 대상자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 이 사건 부칙조항이 처벌적인 효과를 가져오는 것은 아니다. 따라서 정보의 수집·이용이 범죄의 예방효과를 가지는 보안처분으로서의 성격을 일부 지닌다고 하더라도 이는 형벌과는 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급입법금지원칙이 적용되지 아니하고, 소급적용으로 발생하는 당사자의 손실에 비하여 소급적용으로 인한 공익적 목적이 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률 시행 당시 시료 채취 대상범죄로 이미 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람들까지 이 사건 법률을 적용한다고 하여 소급입법금지원칙에 위배되는 것은 아니다.』

(나) 다수의견은 이어서, 이 사건 부칙조항이 과잉금지원칙을 위반하거나 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

『전과자들 모두에 대하여 이 사건 부칙조항을 적용하는 것이 아니라 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람에 대하여만 소급하여 이 사건 법률조항들을 적용하는 것은 범죄의 중대성과 형 종료 상황 등 입법형성권을 행사함에 있어서 합리적으로 참작할 수 있는 요소로서 입법형성권의 범위 내에 있다고 할 수 있으므로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다.』

정보의 수집·이용이 범죄수사 뿐만 아니라 장래 범죄예방의 목적까지 지니는 보안처분으로서의 성질을 지니므로, 정보 수집의 대상자가 되는지 여부는 정보 수집 당시의 시점을 기준으로 판단하게 된다. 또한, 앞서 살펴본 바와 같이 정보가 중립성, 최소성, 이용주체 제한성 등의 특성을 가지고 있음을 고려하여 보면, 이 사건 법률 시행 전 이미 형이 확정되어 수용 중인 사람이 자신이 그 대상자가 아니라는 기대를 가졌다고 하더라도 그 신뢰의 보호가치가 크다고 보기 어렵다. 반면, 이 사건 법률 시행 전후에 따라 대상범죄의 재범의 가능성이 다르다고 할 수도 없고, 범죄수사와 범죄예방이라는 이 사건 법률의

목적 달성을 위하여 제벌의 위험성이 높은 대상범죄를 범한 기존 수형인 등에 대하여도 이 사건 법률을 적용함으로써 데이터베이스 제도의 목적을 보다 실효성 있게 달성하고자 하는 공익은 상대적으로 더 크다.』

『이 사건 법률 시행 당시 이미 출소한 사람은 범행으로부터 상당 기간이 경과하여 제벌의 위험성 또한 현재 수용 중인 사람보다 낮다고 볼 수 있고, 출소 후 평온하게 사회생활을 영위하고 있는 사람에게까지 소급하여 시료를 채취하고 정보를 수록하는 것은 지나치다고 보인다. 따라서 이미 형집행이 종료되어 구금이 해제된 사람과는 달리 수용 중인 사람에 대하여만 채취조항 등을 적용할 수 있도록 하는 이 사건 부칙조항은 그 차별에 합리성이 있으므로, 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.』

(다) 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 김이수는 보안처분도 범죄에 대한 국가의 형사제재수단임은 형벌과 다를 바 없으므로, 소급입법금지원칙의 적용대상에서 예외가 될 수 없음을 전제로 소급입법금지의 원칙에 위배되고, 다수의견과 같이 소급입법금지원칙이 적용되지 않는다고 하여도 과잉금지원칙에 위배된다는 반대의견을 개진하였다.

『오늘날 죄형법정주의는 비단 ‘형벌’에 대해서만 요구되는 원칙이 아니라 넓은 의미에서의 개인의 자유영역에 대한 국가의 강제적 개입 내지 처분 모두에 대하여 동일하게 요구되는 원칙이라고 해야 한다. 그리고 죄형법정주의 원칙에서 파생하는 소급입법금지원칙이 지향하는 근본취지는 단지 형식적인 차별에 의한 부당한 침해로부터 국민들을 지키는 데에만 있는 것이 아니라, 예측할 수 없는 방법으로 시민들의 자유와 안정된 법생활을 침해하는 모든 형태의 국가의 공권력에 의한 침해로부터 지키는 데에 있다고 할 것이다. 이렇게 본다면, 보안처분도 그것이 형벌적인 것인지 비형벌적인 것인지 여부에 관계없이 범죄에 대한 국가의 형사제재수단임은 형벌과 다를 바 없으므로, 소급입법금지원칙의 적용대상에서 결코 예외가 될 수 없다.』

따라서 이 사건 부칙조항에 따라 이 사건 법률 시행 이전에 대상 범죄를 범하여 확정판결을 받아 수용 중에 있는 사람에 대하여도 정보를 확보하기 위하여 신법을 적용한다면, 이는 행위 시에 없던 형사적 제재가 사후입법에 의하여 소급하여 부과되는 것이기 때문에 소급입법금지의 원칙에 위배된다.』

『이 사건 부칙조항이 이미 형이 확정되어 수용 중인 사람들에 대해서까

지 소급적용을 예정한 것은 다분히 이들에 대한 시료 채취가 용이하다는 집행상의 편의성을 염두에 둔 것으로 보이고, 달리 특별히 이들에 대해서만 소급적용을 하여야 할 형사정책적 근거나 필요성이 있어서이기 때문은 아니라 할 것이다. 그런데 이들은 자신이 저지른 범죄에 대한 형사제재는 확정판결을 통하여 이미 확정되었다고 신뢰하면서 수용생활을 하고 있을 것인데, 이 사건 부칙조항은 집행의 편의성에 치우친 나머지 이들에게까지 이 사건 법률을 소급적용하도록 규정함으로써 그들의 신뢰 및 법적 안정성을 해하는바, 이는 정보의 수집·이용의 기본권 침해 정도가 비교적 가볍다는 점 및 범죄수사 및 범죄예방이라는 입법 목적을 감안하더라도 정당화되기 어렵다.』

『이 사건 법률의 입법 목적인 범죄수사와 범죄예방이 아무리 중대한 공익이라고 하더라도, 이 사건 부칙조항이 이 사건 법률에 따른 데이터베이스 제도가 생기기도 전에 이미 범죄를 저질러 확정판결을 선고받아 수용 중인 사람들에 대하여도 시료를 채취하고 정보를 보관할 수 있도록 한 것은, 비록 대상자가 입게 되는 불이익이 크지 않다고 하나 법적 안정성에 대한 신뢰침해의 정도가 결코 가볍지 아니한 점에 비추어 볼 때, 법익균형성 또한 갖추었다고 보기도 어렵다.』

(라) 법정의견은, 보안처분의 범주가 넓고 그 모습이 다양한 이상, 보안처분에 속한다는 이유만으로 일률적으로 소급입법금지원칙이 적용된다거나 그렇지 않다고 단정해서는 안되고, 보안처분이라는 우회적인 방법으로 형벌불소급의 원칙을 유명무실하게 하는 것을 허용해서도 안된다. 따라서 보안처분이라 하더라도 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 소급입법금지원칙을 적용하는 것이 법치주의 및 죄형법정주의에 부합한다(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 등)는 기존 입장을 전제로 하여, 정보의 수집·이용이 범죄의 예방효과를 가지는 보안처분으로서의 성격을 일부 지닌다고 하더라도 이는 형벌과는 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급입법금지원칙이 적용되지 않는 것으로 보았다. 또한 형이 확정되어 수용 중인 사람에 대하여만 소급하여 이 사건 법률조항들을 적용하는 것은 입법형성권의 범위 내에 있고, 제도의 목적을 보다 실효성 있게 달성하고자 하는 공익은 상대적으로 더

크므로 침해최소성, 법익균형성에 위배되지 않는다고 보았다.

이에 반하여 반대의견은, 보안처분의 형사적 제재수단성을 강조하여 소급입법금지 원칙의 적용대상이 되며, 이 사건 채취조항들과 삭제조항이 과잉금지에 위배되어 위헌인 점을 고려하여 정보의 보관대상의 범위를 소급하여 넓히는 것이 과잉금지에 반한다고 밝히면서, 무분별한 소급적용으로 인한 인권 및 법적 안정성 존중의 가치훼손 가능성을 지적하고 있다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 과학적 수사방법의 발달에 따라 새롭게 부각된 디엔에이신원확인정보를 국가가 수집, 이용, 폐기함에 있어서, 그 법적 성격이나 한계와 관련한 다양한 헌법적 쟁점들을 헌법재판소가 처음으로 명시한 결정으로서 그 의의가 크다.

나. 먼저, 디엔에이신원확인정보 역시 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 정보에 포함됨을 밝히고, 이를 채취하는 행위는 신체의 자유에 대한 제한으로 파악하였다. 이를 제한함에 있어서 엄격한 보호의 대상이 되는지 여부는, 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심 등에 근접한 민감한 정보인지, 다른 정보에 접근하기 위한 식별자 역할을 하는 정보인지를 구별하여 판단하여야 하는데, 법정의견은 디엔에이신원확인정보를 기본적으로 후자의 성격으로 보고, 여기에 정보의 이용을 통한 공익의 중대성을 감안하면서 논증을 한 것으로 보인다.

다. 이 사건 채취조항들에 관하여는, 시료 채취의 요건으로 ‘재범의 위험성’을 두지 않은 것이 비례성 원칙에 어긋나는지가 문제되었는데, 4인의 재판관이 입법목적을 고려하여 이를 두어야 할 필요성을 지적하면서 반대의견을 개진한 점을 주목할 필요가 있다.

비록 위 요건이 포함되지 않은 것을 위헌으로 볼 수는 없다고 하더라도, 이 사건 법률을 적용하는 과정에서 ‘재범의 위험성’은 중요하게 고려되어야 할 사항이라는 점이 부각되었다는 점에서 의의가 있다.

라. 이 사건 삭제조항과 관련하여, 법정의견은 정보의 성격과 법률에서 오·남용을 방지할 다양한 방안을 마련한 점에서 침해의 최소성이나 법익균형성에 위배되지 않음을 밝히면서도, 4인의 재판관이 보충의견을 통하여

입법개선의 필요성을 지적하였다. 이 부분은 차후 법률의 개정과정에서, 입법목적에 부합하면서 기본권의 보호를 충실히 할 수 있는 방안을 마련함에 있어서 특별히 주목해야 할 부분으로 보인다.

마. 이 사건 부칙조항에 관한 판단은, 새로운 형사제재수단들의 법적 성격을 어떻게 파악하고 입법에서 어떻게 고려해야 할지에 관한 기존 논의들의 연장선상에 있다. 법정의견은 형벌, 보안처분의 이분법에서 벗어나 그 수단의 성격에 따라 소급입법금지원칙의 적용 여부를 개별적으로 판단한다는 기존의 입장을 확인하고, 디엔에이신원확인정보의 수집·이용의 특성을 고려하여 위 원칙에 위배되지 않는다고 밝혔다.



## 청년고용촉진 특별법 제5조 제1항 등 위헌확인

- 공공기관 및 공기업에 대한 청년고용할당제 사건 -

(헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 판례집 26-2상, 429)

노 회 범\*

### 【관시사항】

대통령령으로 정하는 공공기관 및 공기업으로 하여금 매년 정원의 100분의 3 이상씩 34세 이하의 청년 미취업자를 채용하도록 한 청년고용촉진 특별법(2013. 5. 22. 법률 제11792호로 개정된 것) 제5조 제1항 및 같은 법 시행령(2013. 10. 30. 대통령령 제24817호로 개정된 것) 제2조 단서(이하 ‘청년할당제’라고 한다)가 평등권, 직업선택의 자유를 침해하여 위헌인지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 청년고용촉진 특별법(2013. 5. 22. 법률 제11792호로 개정된 것) 제5조 제1항 및 같은 법 시행령(2013. 10. 30. 대통령령 제24817호로 개정된 것) 제2조 단서의 위헌 여부이다.

청년고용촉진 특별법(2013. 5. 22. 법률 제11792호로 개정된 것)

제5조(공공기관의 청년 미취업자 고용의무) ① 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관과 「지방공기업법」에 따른 지방공기업 중 대통령령으로 정하는 공공기관과 지방공기업의 장은 매년 각 공공기관과 지방공기업의 정원의 100분의 3 이상씩 청년 미취업자를 고용하여야 한다. 다만, 구조조정 등 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우는 제외한다.

청년고용촉진 특별법 시행령(2013. 10. 30. 대통령령 제24817호로 개정된 것)

제2조 (청년의 나이) 청년고용촉진 특별법(이하 “법”이라 한다) 제2조제1호에서 “대통령령으로 정하는 나이에 해당하는 사람”이란 15세 이상 29세 이하인

\* 변호사, 전 헌법연구관

사람을 말한다. 다만, 법 제5조제1항에 따라 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관과 「지방공기업법」에 따른 지방공기업이 청년 미취업자를 고용하는 경우에는 15세 이상 34세 이하인 사람을 말한다.

### 【사건의 개요】

2013. 5. 22. 법률 제11792호로 개정된 청년고용촉진 특별법(이하 ‘법’이라고 한다) 제5조 제1항은 2014. 1. 1.부터 3년 간 한시적으로 대통령령으로 정하는 공공기관과 지방공기업은 매년 정원의 100분의 3 이상씩 청년 미취업자를 고용하도록 의무화하였다. 청구인들은 공공기관과 지방공기업에 취업하려고 하는 사람들로써 청년할당제를 규정하고 있는 법 제5조 제1항과 그 시행령 제2조가 헌법상 보장된 청구인들의 평등권, 직업선택의 자유 등을 침해한다고 주장하며 2013. 8. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 청년할당제는 최근 지속되고 있는 청년실업문제를 해소하고 지속적인 경제성장과 사회 안정을 위하여 도입한 것으로 그 입법목적 정당하다. 아울러 청년할당제는 청년실업을 완화하는 데 다소나마 기여한다고 할 것이므로 입법목적 달성에 적합한 수단이다.

2. 국회와 정부는 청년실업 해소를 위해 많은 노력을 해 왔음에도 불구하고 청년실업률은 오히려 증가하였다. 이에 국회와 정부는 공공부문에서만 청년고용을 늘리기 위해 불가피하게 이 사건 청년할당제를 도입한 것이다. 청년할당제는 모든 공공기관에 일률적으로 강제되는 것이 아니라 일정 규모 이상의 기관에만 적용되고, 전문적인 자격이나 능력이 맞는 사람을 채용해야 하는 경우 등 상당한 예외를 두고 있으며, 더욱이 3년 간 한시적으로만 시행하도록 하여 혜택을 받지 못하는 연령층에 대한 불이익을 최소화하고 있는바, 피해 최소화 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 청년할당제가 추구하는 청년실업해소를 통한 지속적인 경제성장과 사회 안정은 중요한 공익이며 청년할당제는 위와 같은 공익을 달성하는데 기여하는 반면, 35세 이상 지원자들이 공공기관 취업기회에서 청년할당제 시

행 때문에 새로이 불이익을 받을 가능성은 현실적으로 크다고 볼 수 없어 법의 균형성 원칙에도 위반된다고 볼 수 없다. 이 사건 청년할당제도는 청구인들의 평등권, 공공기관 취업의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

### **재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견**

1. 청년할당제는 청년실업을 완화하는데 근본적인 대책이 되지 못한다. 최근 10여년 간 지속된 높은 청년실업률은 경기위축으로 인한 채용축소, 국내제조업체의 해외이전 등으로 인한 산업공동화현상 및 대기업과 중소기업의 임금격차상승으로 인한 인력의 수요와 공급 불일치 등 노동시장의 구조적인 문제에 그 근본 원인이 있다. 이런 구조적이고 고착화된 청년실업난을 해소하기 위해서는 공공부문과 민간부문의 투자확대를 유도하고, 노동수요를 예측하여 청년층에 대한 적절한 직업교육과 훈련을 하는 등 청년실업의 근본 대책을 수립·시행하여 적절한 일자리를 창출하여야 한다. 그런데 청년할당제는 일자리 창출 없이 한정된 일자리 일부를 특정 연령층으로 채우도록 강제하는 대증적(對症的)인 처방에 불과할 뿐이다.

2. 공공기관은 준국가기관의 성격을 가지기 때문에 소속 직원을 채용함에 있어서 특별한 사정이 없는 한 능력주의에 입각하여 일반 국민에게 공정한 취업기회를 보장하여야 한다. 가사 청년할당제를 도입할 수밖에 없는 사정이 있다고 하더라도 채용정원의 일정 비율을 청년층으로 채우도록 하는 경성(硬性)고용할당제를 강제할 것이 아니라 재정 지원 등으로 정원 외 채용을 유도함으로써 추가고용을 창출하는 연성(軟性)고용할당제를 도입하는 것이 피해를 최소화할 수 있는 방법이다. 이 사건 청년할당제는 피해 최소화 원칙에 위배된다.

3. 직업은 모든 사람에게 생존의 도구이자 인격실현의 수단이다. 국가는 공정한 경쟁과 균등한 기회보장을 통하여 모든 국민이 헌법상의 자유와 권리를 행사하고 자신의 인격을 실현할 수 있도록 하여야 한다. 청년할당제는 그 제도의 시행으로 얻게 되는 특정 연령층의 실업해소라는 공익보다

청구인들과 같은 다른 연령층 미취업자들의 직업선택의 자유에 대한 제한이 훨씬 커서 법의 균형성 원칙에 위배된다

## 【해 설】

### 1. 청년고용할당제의 입법연혁과 문제점

#### 가. 입법취지와 입법연혁

(1) 청년고용촉진특별법은 청년미취업자의 고용을 확대하고 직업능력개발훈련을 지원함으로써 청년실업해소 및 지속적인 경제발전과 사회안정에 기여할 목적으로 2004. 제정되었다.<sup>1)</sup> 청년고용할당제도는 위 법률의 핵심 조항인데, 처음에는 ‘공공기관과 지방공기업의 장은 매년 정원의 3%이상씩 청년 미취업자를 고용하도록 노력하여야 한다’는 권고규정이었다. 그런데 청년실업문제가 계속 악화되자 국회는 2013. 5. 22. 위 권고규정만으로는 강제성이 없어 청년실업해소에 실질적인 효과가 없다는 이유로 위 권고규정을 의무규정으로 변경하고, 2016년까지 3년 간 한시적으로 적용하도록 하는 것을 주된 내용으로 법을 개정하였다.

(2) 그 주요골자는, ①대통령령으로 정하는 공공기관과 지방공기업은 매년 정원의 100분의 3 이상씩 청년 미취업자를 고용하도록 의무화하되, 구조조정 등 불가피한 사유가 있는 경우에는 제외할 수 있도록 하고(제5조제1항 단서), ②고용노동부장관은 고용의무를 이행하지 아니한 공공기관과 지방공기업의 명단을 공표하도록 하며(제5조 제4항), ③정부는 청년 미취업자 고용실적을 「공공기관의 운영에 관한 법률」제48조에 따른 경영실적 평가와 「지방공기업법」제78조에 따른 경영평가에 반영하도록 하고(제5조 제5

1) ① 2004. 제정당시 법률의 명칭은 ‘청년실업해소특별법’으로 2008. 12. 31.까지 효력을 갖는 한시법이었다. ② 그런데 세계적인 금융위기로 인한 실물경제침체로 인한 청년실업문제에 적극 대처하기 위하여 국회는 2008. 유효기간을 2013. 12. 31.까지 5년 연장하는 것으로 법을 개정하였다(법률 제9317호 개정). 한편, ③ 2009. 비경제활동 상태에 있는 청년을 노동시장으로 유인하기 위한 법의 적극적 기능을 강조하기 위하여 법의 제명을 「청년고용촉진 특별법」으로 변경하고, 정부에 청년고용촉진특별위원회를 설치, 정부가 취업에 애로가 있는 청년에 대하여 직업경로 설계, 직장체험기회 제공 및 취업 알선 등 고용지원서비스를 제공하도록 하였다. ④ 2013. 청년실업해소를 위해 공공기관의 청년 고용의무를 종전의 권고사항에서 의무사항으로 변경하고 법의 유효기간을 5년 더 연장하여 2018. 12. 31.까지 효력을 가지도록 하였다.

항)2), ④2013년 12월 31일까지로 되어 있는 현행법의 유효기간을 2018년 12월 31일까지 연장하였다(법률 제7185호 청년실업해소특별법 부칙 제2항).

### 나. 청년고용할당제도의 배경 및 문제점

(1) 청년고용할당제도는 청년실업문제의 국가적·사회적 심각성 및 시급성에 있었다. 1998년 외환위기 이후 우리나라 실업률이 급격히 증가했지만(1997년 2%, 1998년 7%) 청년실업률은 평균 실업률보다 2배 이상 증가하였다. 이러한 배경에는 노동시장의 구조적 변화, 즉 대기업종사자의 비율보다 중소기업종사자의 비율이 상대적으로 높아지고 양자의 평균임금의 격차가 갈수록 커져 인력의 수요와 공급이 맞지 않아 상대적으로 청년실업률이 지속적으로 높았다. 2011년 12월말 기준 15~29세 청년의 실업률은 7.7%로 전체 실업률 3.0%의 2배 이상이고, 청년 실업자는 32만 1천명으로 전체 실업자(85만 5천명)의 42.6%에 달하였다. 청년실업은 장기적으로 국가의 지속적인 경제성장과 사회안정을 저해한다. 그럼에도 2010년 공공기관과 지방공기업의 청년 미취업자 고용실적(29세 이하)은 총 394개 기관 중 전체의 32.0%인 126개 기관만이 권고기준을 충족하였고, 나머지 268개 기관은 권고기준에 미달하였고 2012년의 경우에도 3% 권고기준을 이행한 기관은 48.1%에 불과하였다.

(2) 청년할당제도는 그 도입의 필요성에도 불구하고 다음과 같은 문제점을 내포하고 있다.

첫째, 제도의 혜택을 받지 못하는 미취업자의 균등한 취업기회를 제한한다. 특히 공공기관과 공기업은 국가나 지방자치단체의 지원을 받는 기관으로 준(準) 국가기관적 성격을 갖는다고 할 것이므로 민간기업과 달리 모든 국민에게 취업기회의 균등한 보장이 요청되는바, 청년할당제는 이에 배치된다.

둘째, 고용에 있어서 연령의 차별을 금지하고 있는 현행 법률과 상충되어 법체계의 통일성에 반한다. 국회의 법안 심사과정에서도 청년고용할당

2) ④ 고용노동부장관은 제1항에 따른 고용 의무를 이행하지 아니한 공공기관과 지방공기업의 명단을 공표하여야 한다.

⑤ 정부는 제1항에 따른 청년 미취업자 고용 실적을 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제48조에 따른 경영실적 평가와 「지방공기업법」 제78조에 따른 경영평가에 반영하여야 한다.

제도가 고령자 등 다른 연령대의 구직자에 대한 차별로 이어질 수 있고, 고용기회에 있어서 연령의 차별을 금지하고 있는『고용정책 기본법』<sup>3)</sup> 및 『고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률』<sup>4)</sup>과 상충되는 측면이 있으므로 신중히 검토할 필요가 있다는 의견이 있었다.

셋째, 청년할당제도는 개별 공공기관의 실제 인력수급의 필요와 관계없이 모든 공공기관 및 지방공기업으로 하여금 원칙적으로 매년 정원의 3% 이상씩 고용의무를 부과한다는 점에서 자칫 기존 인력의 강제 감축을 초래할 위험이 있다.

## 2. 문제되는 기본권과 위헌심사의 방법

청년고용할당제도는 공공기관의 취업기회를 차별함으로써 법령의 혜택을 받지 못하는 국민들의 직업선택의 자유를 제한하고 있는데, 이와 같이 차별취급으로 인하여 자유권(직업선택의 자유)의 행사에 불리한 효과를 발생시키는 경우 헌법재판소는 차별취급의 정당성 여부 즉, 평등심사를 위주로 법령의 위헌 여부를 심사해 왔다<sup>5)</sup>. 본 사안의 경우에도 평등원칙 위배 여부를 중심으로 직업선택의 자유 침해 여부를 함께 심사하였다.

- 
- 3) 고용정책 기본법(2012. 12. 18. 법률 제11568호 개정된 것) 제7조 (취업기회의 균등한 보장) ①사업주는 근로자를 모집·채용할 때에 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 신체조건, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(病歷) 등(이하 “성별등”이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.  
제4조 (다른 법률과의 관계) 고용정책에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 기본원칙에 맞도록 하여야 한다.
- 4) 제4조의4 (모집·채용 등에서의 연령차별 금지) ①사업주는 다음 각 호의 분야에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별하여서는 아니 된다.  
1. 모집·채용  
②제1항을 적용할 때 합리적인 이유 없이 연령 외의 기준을 적용하여 특정 연령 집단에 특히 불리한 결과를 초래하는 경우에는 연령차별로 본다.  
제4조의5 (차별금지의 예외) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제4조의4에 따른 연령차별로 보지 아니한다.  
4. 이 법이나 다른 법률에 따라 특정 연령집단의 고용유지·촉진을 위한 지원조치를 하는 경우
- 5) 따로 분리하여 심사하더라도 심사의 내용은 거의 같다. 이 사건과 같은 심사방법을 취한 선례는, 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1098, 1105

### 3. 위헌 여부

헌법재판소는 이 결정에서 청년실업문제를 해소하기 위해 국회가 상당 기간 여러 정책수단을 도입하는 등 노력해 왔음에도 좀처럼 실업률이 낮아 지지 않음에 따라 국가적·사회적인 문제가 심각하게 대두되었음을 인정하고 있다. 특히 종래 청년미취업자 고용권고, 청년미취업자를 채용한 공공기관 및 중소기업체에 대한 조세감면 내지 보조금 등의 재정적 지원, 청년미취업자에 대한 직업능력개발훈련 지원 등 청년실업해소를 위한 다각적인 정책수단이 실효를 거두지 못하는 상황에서 그나마 공공부문에서의 청년고용을 늘리기 위해서 불가피한 선택이라는 점을 고려하여 목적의 정당성과 방법의 적합성을 인정하였다.

한편, 청년할당제도를 3년 간 한시적으로만 시행하는 점, 35세 이상 미취업자의 취업이 통계적으로 많지 않은 점, 청년할당제도가 모든 공공기관 등에 예외없이 강제되는 것이 아니고 전문적인 자격·능력 또는 경력 등의 기준에 맞는 사람을 채용해야 되는 공공기관이나 공기업에 대해서는 일정한 예외를 둠으로써 피해를 최소화하려고 노력한 점에 비추어 침해 최소성 원칙에 위배되지 않는다고 보았다. 나아가 비록 청년할당제도가 35세 이상의 미취업자들의 공공기관 취업기회에 있어서 불이익을 준다고 할지라도 그로 인한 불이익이 수인 불가능한 정도는 아닌 반면, 청년실업해소를 통한 지속적인 경제성장과 사회 안정에 기여하는 공익적 효과는 보다 중대하다고 보아 법익 균형성 원칙에도 위배된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

### 4. 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견

위헌의견은, 국가적 차원에서 청년실업문제를 해소하고 경제성장과 사회 안정을 위하여 청년층의 고용을 늘리려는 청년할당제의 입법목적 및 이 제도가 입법목적에 다소나마 기여한다는 측면에서 법정의견과 같이 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정하였다. 그러나, 청년할당제도는 직업선택의 자유를 제한하고 있으므로 엄격한 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 하는데, 청년할당제는 입법 목적을 달성하기 위한 필요한 최소한의 제한이

라고 볼 수 없어 침해의 최소성 원칙에 어긋난다고 보았다.

청년할당제는 장애인고용할당제도나 여성할당제도와 같이 역사적으로 차별을 받아왔기 때문에 특별한 보호가 필요한 장애인이나 여성과 같은 사회적 약자들에게 과거의 차별로 인한 불이익을 시정하고 이를 보상해주기 위한 적극적 평등실현조치가 아니므로 청년할당제는 헌법적으로 정당화되기 어렵다고 보았다. 나아가 청년할당제가 청년실업 완화에 기여하기 위해서는 공공기관의 채용정원의 증가로 고용이 창출된다는 전제하에서만 가능한 것인데, 한정된 일자리를 특정 연령대의 청년층에게 우선 배분하는 것에 불과한 청년할당제는 세대 간의 갈등만 조장할 뿐 전체실업률은 물론 청년실업 완화에도 기여하는 바가 미미하다고 보았다. 청년할당제를 채택하더라도 채용정원의 일정 비율을 청년으로 채울 것이 아니라 추가로 고용하도록 하도록 함으로써 불이익이 최소화되도록 하여야 하는데 그런 수단을 채택하지 않은 것은 피해의 최소성 원칙에 어긋난다고 판단하였다.

아울러 청년할당제는 공공기관 등의 취업에서 있어서 기준이 되는 능력주의에 대한 예외이므로 이를 정당화하기 위해서는 이를 인정할 중대한 공익이 요청되는데 청년실업해소는 이에 미치지 않는다고 보아 법익 균형성 원칙에 위배된다고 판단하였다.

## 5. 결정의 의의

본 결정은 위헌 의견이 다수이나 헌법재판소법상 위헌결정 정족수(6인)에 미달하여 합헌 결정된 것이다. 현대국가에서 실업을 해소하고 고용을 창출하는 것은 국가적·사회적으로 매우 중요한 공익이다. 그러나 이를 위한 정책수단의 선택은 헌법상의 기본 원칙 및 기본권 제한과 밀접한 관련을 맺게 된다. 청년할당제도가 청년실업의 심각성에 기인하는 점, 3년 간 한시적으로 시행된다는 점에서 합헌 판단을 받았지만, 우리 법체계 및 헌법정신에 비추어 보면 부합하지 않는 측면이 있다. 위헌의견(다수의견)이 지적하고 있는 바와 같이 청년할당제는 헌법과 이를 정점으로 형성된 우리 전체 법체계와 모순된다. 헌법은 모든 영역에서 불합리한 차별을 금지하고 있고, 고용정책기본법, 고용상연령차별금지법, 국가인권위원회법은 고용영

역에서 연령차별을 금지하고 있다. 고용영역에서의 연령차별금지헌법은 헌법을 정점으로 하는 우리 법체계 내에서 정립된 기본질서이자 보편적인 국제규범이다. 청년할당제는 위와 같은 우리 법체계 내에서 정립된 기본질서와 모순되는 것으로 과연 청년실업해소를 위해 채택할 수 있는 적합한 수단으로 볼 수 있는지 의문을 가질 수 있으므로 법체계와 부합하는 대체수단을 강구해야 할 것이다. 유사한 사안에서 입법자의 정책 수단 선택에 있어서 보다 신중을 요한다고 할 것이다.



## 새마을금고법 제21조 제1항 제8호 등 위헌소원

- 새마을금고법상의 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여  
분리 선고 규정을 두지 않은 새마을금고법 제21조가 헌법에  
위반되는지 여부 -

(헌재 2014. 9. 25. 2013헌바208, 판례집 26-2상, 505)

이 의 진\*

### 【판시사항】

1. 선거범죄로 인하여 100만 원 이상의 벌금형이 선고되면 임원의 결격 사유가 됨에도, 새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제10437호로 개정된 것) 제 21조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 경합범으로 재판하게 되는 경우 선거범죄를 분리 심리하여 따로 선고하는 규정(이하 ‘분리 선고 규정’이라 한다)을 두지 않은 것을 다루는 것이 부진정 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구에 해당하는지 여부(적극)
2. 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 경합범으로 재판하게 되는 경우 분리 선고 규정을 두지 않은 이 사건 법률조항이 헌법상 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 새마을금고 임원이나 임원이 되고자 하는 사람의 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(적극)
4. 이 사건 법률조항이 헌법상 평등원칙에 위배되는지 여부(적극)
5. 법적 공백상태를 방지하기 위하여 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 명한 사례

\* 서울남부지방법원판사, 전 헌법연구관

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 “새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제10437호로 개정된 것) 제21조가 헌법에 위반되는지 여부이다.

새마을금고법(2011. 3. 8. 법률 제10437호로 개정된 것)

제21조(임원의 결격 사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 금고의 임원이 될 수 없다. 다만, 제18조제3항에 따른 상근이사는 제16호를 적용하지 아니한다.

1. 미성년자·금치산자 또는 한정치산자
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 제85조제1항, 「형법」 제355조부터 제357조까지의 죄(금고나 중양회의 사업과 관련된 죄만 해당한다)를 범하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 같다) 집행이 면제된 날부터 5년이 지나지 아니한 사람
4. 제3호의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
5. 제3호의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예 기간이 끝난 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
6. 제3호의 죄를 범하여 벌금형을 선고받고 3년이 지나지 아니한 사람
7. 제85조제2항, 제4항 및 제5항의 죄를 범하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
8. 제85조제3항의 죄를 범하여 징역형 또는 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
9. 제3호·제7호·제8호의 죄 외의 죄로 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 날부터 2년이 지나지 아니한 사람
10. 제3호·제7호·제8호의 죄 외의 죄로 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 집행유예 기간 중에 있는 사람
11. 제3호의 죄 외의 죄로 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예 기간 중에 있는 사람
12. 이 법 또는 금융관계법령에 따라 징계면직 또는 해임[임원에 대한

개선(개선)을 포함한다. 이하 이 항에서 같다]된 사람으로서 징계면직 또는 해임된 날부터 5년이 지나지 아니한 사람

13. 이 법 또는 금융관계법령에 따라 재직 또는 재임 중이었다면 징계면직 또는 해임요구의 조치를 받았을 것으로 통보된 퇴임 직원이나 임원으로서 그 통보가 있는 날부터 5년(통보가 있는 날부터 5년이 퇴직 또는 퇴임한 날부터 7년을 초과하는 경우에는 퇴직 또는 퇴임한 날부터 7년으로 한다)이 지나지 아니한 사람

14. 법원의 판결이나 다른 법률에 따라 자격을 잃거나 정지된 사람

15. 공공기관 또는 다른 법인이나 회사에서 징계면직된 사람으로서 징계면직된 날부터 2년이 지나지 아니한 사람

16. 회원으로서 임원 선임 선거일공고일 현재의 정관으로 정하는 출자좌수 이상을 2년 이상 계속 보유하고 있지 아니한 사람. 다만, 설립이나 합병 후 2년이 지나지 아니한 금고의 경우에는 그러하지 아니하다.

17. 임원 선임 선거일공고일 현재 해당 금고에 대하여 정관으로 정하는 금액이나 기간을 초과하는 채무를 연체한 사람

18. 그 밖에 정관으로 정하는 자격 제한 사유에 해당하는 사람

② 제1항에 따른 사유가 발견되거나 발생한 경우에는 해당 임원은 당연 퇴임된다.

③ 제2항에 따라 퇴임한 임원이 퇴임 전에 관여한 행위는 그 효력을 잃지 아니한다.

④ 금고와 중앙회는 임원 또는 임원 후보자에게 제1항의 결격사유가 있는지를 확인하기 위하여 주된 사무소를 관할하는 경찰관서의 장에게 제1항 제3호부터 제11호까지에 해당하는 범죄의 경력조회 등 필요한 협조를 요청할 수 있고, 해당 경찰관서의 장은 그 결과를 회보하여야 한다.

## 【사건의 개요】

청구인은 2012. 2. 17. 실시된 ○○새마을금고 이사장 선거에서 이사장으로 당선되었다. 그 후 청구인은 2013. 2. 7. 서울중앙지방법원에서, “청구인은 2012. 2. 6. 11:00경 자기를 ○○새마을금고의 임원으로 당선되게 할 목

적으로 위 금고의 회원인 홍○섭에게 양주 1병, 와인 1병, 화분 1개와 새마을금고 대의원명부 등의 금품을 제공하였다”는 새마을금고법위반죄(적용법조: 새마을금고법 제85조 제3항, 제22조 제2항 제1호)와 “청구인은 2012. 2. 5.경 위 금고의 대의원인 이○란에게, 피해자 이○휴가 이사장으로 재직하던 기간 동안 12억 원의 적자를 냈다는 말을 하여 공연히 허위사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다”는 명예훼손죄(적용법조: 형법 제307조 제2항)의 경합범으로 벌금 200만 원을 선고받았다(서울중앙지방법원 2012고정4318).

청구인은 항소하였다(서울중앙지방법원 2013노688) 기각되자 상고하였고(대법원 2013도6465), 위 상고심 계속 중에 새마을금고법상의 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 새마을금고법상 선거범죄를 분리 심리하여 따로 선고하는 규정(이하 ‘분리 선고 규정’이라 한다)을 두지 않은 것은 위헌이라고 주장하면서 새마을금고법 제21조 제1항 제8호, 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(대법원 2013초기341), 대법원이 2013. 7. 25. 상고기각 판결을 함과 동시에 위 제청신청을 기각하자, 같은 날 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 심판청구는, 새마을금고법상 ‘선거범죄를 범하여’ 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람에 대하여 임원의 자격을 제한하도록 규정하면서도, 이 사건 법률조항이 선거범죄와 다른 죄의 경합범인 경우에 분리 선고 규정은 두지 않음으로써 불완전, 불충분 또는 불공정한 입법을 한 것임을 다투고 있으므로 부진정 입법부작위를 다투는 헌법소원에 해당한다.

2. 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두고 있지 않은 이상, 법원으로서 새마을금고법상 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범에 대하여 공직선거법 제18조 제3항을 유추적용하거나 형사소송법 제300조(변론의 분리와 병합)를 적용하여 변론을 분리할 수 없고, 그 결과 형법 제38조의 가중주의에 의하여 하나의 형을 선고하여야 하므로 그 선고형 전부를 새마을금고법상 선거범죄로 인한 형으로 보아 임원 자격의 제한 여부를 확정할 수밖에

에 없다는 것으로 이 사건 법률조항을 해석할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 그 범문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 있다고 할 수 없으므로 명확성원칙에는 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항은 분리 선고 규정을 두지 아니함으로써, 결과적으로 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범의 경우 변론을 분리하지 않고 하나의 형을 선고하고, 그 선고형 전부를 선거범죄에 대한 형으로 의제하여 임원 자격의 제한 여부를 확정하도록 하고 있는바, 이는 ‘새마을금고법상 선거범죄를 범하여’ 일정한 형을 선고받은 사람의 임원 자격을 제한하도록 한 명문 규정(새마을금고법 제21조 제2항, 제1항 제8호)에 반하며, 비선거범죄가 선거범죄의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위한 방안을 마련하고 있다고 볼 수 없다. 특히 다른 죄의 법정형이 징역형밖에 없거나 법정형의 하한이 벌금 200만 원 이상인 경우(작량감경을 하더라도 벌금 100만 원 이상을 선고할 수밖에 없다)에는, 선거범죄의 죄질이나 가벌성 정도와는 상관없이 무조건 임원의 자격이 박탈되는 결과가 되므로 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘어서는 과도한 제한이라 아니할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 새마을금고 임원이나 임원이 되고자 하는 사람의 직업선택의 자유를 침해한다.

4. 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두지 않은 결과, 선거범죄가 경미하여 그것만으로 처벌되는 때에는 100만 원 미만의 벌금형을 선고받을 수 있음에도 불구하고 다른 범죄와 경합범으로 함께 처벌되면 100만 원 이상의 벌금형이나 징역형을 선고받을 수 있어 임원직을 상실할 수도 있게 되는바, 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 기소, 처벌되는 사람과 별도로 기소, 처벌되는 사람 사이에 합리적 이유 없이 차별대우를 하는 결과를 초래하므로 헌법상 평등의 원칙에도 위반된다.

5. 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 해야 할 것이나, 이 사건 법률조항의 위헌성은 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두지 않은 부진정 입법부작위에 있으므로, 입법자는 이러한 위헌성을 제거하기 위하여 심판대상조항을 개정하여 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범의 경우에 분리 선고 규정을 마련해야

할 것이다. 다만, 위헌결정으로 이 사건 법률조항의 효력을 즉시 상실시키거나 그 적용을 중지할 경우에는 새마을금고법상 선거법에 대해 임원 자격을 제한할 수 있는 근거규정이 없어지게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되므로, 입법자가 합헌적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 이 사건 법률조항을 계속 존속하게 하여 적용되도록 할 필요가 있다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

우선 청구인은 새마을금고법상의 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두지 않은 것은 위헌이라고 주장하여 입법부작위의 위헌여부를 다투면서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구를 하고 있으므로 이 사건 심판청구의 성격 여하에 따른 재판의 전제성의 존재 여부가 문제된다. 나아가 부진정 입법부작위 위헌확인청구의 경우 심판대상의 범위를 어떻게 설정한 것인지가 문제된다.

본안에서는 이 사건 법률조항이 헌법상 명확성원칙, 과잉금지원칙, 평등의 원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이 된다.

### 2. 재판의 전제성의 존재 여부

#### 가. 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우인지 여부

##### (1) 요건

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 당해사건에 적용될 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 한다. 재판의 전제성이 인정되기 위해서는, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라야 한다. 그리고, 여기서 법원이 “다른 내용”의 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리중인 당해사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의

주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함한다(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 864-865 등 참조).

## (2) 부정설

(가) 이 사건 법률조항은 직접적으로 청구인에 대한 형사처벌의 근거가 되는 처벌조항인 것은 아니다. 즉, 이 사건 법률조항은 선거범죄로 일정한 형을 선고받아 소정의 기간이 지나지 않은 사람을 새마을금고 임원의 결격 대상으로 규정하고 있을 뿐이어서, 오히려 당해사건의 결론이나 주문에 따라 이 사건 법률조항에 의한 법적 효과가 비로소 형성되는 관계이다.

(나) 헌법재판소는 구 공직선거및선거부정방지법 제230조 제1항 제1호 위헌소원 등 사건에서, 지방선거에서 구청장으로 당선되었으나 선거범죄로 징역형의 집행유예를 선고받은 청구인이, 선거범죄로 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람의 당선을 무효로 규정한 같은 법 제264조 등이 위헌임을 주장한데 대하여, “위 법 제264조는 당해소송사건의 재판에 적용되는 것도 아니고, 위 조항이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지도 아니한다. 왜냐하면 위 법률조항은 당해소송사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 당해소송사건의 결론이나 주문에 의하여 비로소 영향을 받는 것이며, 재판의 내용과 효력을 형성함에 있어 관련된 것이 아니라 별도의 구성요건(당선인이 당해선거에 있어 법에 규정된 죄를 범함으로써 인하여 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때라는)에 의해서 비로소 형성되는 법률적 효과를 규정한 것이기 때문”이라는 이유로 위 조항에 대한 심판청구 부분을 각하하였다(헌재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629, 642).

(다) 또한, 헌법재판소는 구 공직선거및선거부정방지법 제19조 등에 대한 위헌소원 사건에서, 국회의원이 선거범으로서 벌금 100만 원 이상의 형이 확정된 후 5년이 경과하지 않으면 당연히 국회의원직을 퇴직하도록 규

정한 같은 법 제18조, 제9조, 국회법 제136조에 대하여, 위와 같은 취지로 재판의 전제성이 없다 하여 각하결정을 하였다(헌재 2001. 6. 28. 2001헌바16, 공보 58, 673, 675).

(라) 이 사건에서도, 이 사건 법률조항은 당해사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 오히려 당해사건에서 선고한 형이 확정될 경우 그 법률적 효과로서 새마을금고 임원의 자격을 제한하는 것에 불과하므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부가 당해사건의 재판에 있어서 전제가 된다고 볼 수 없다.

### (3) 인정설

(가) 위 부정설에서 든 선례들은, 청구인들이 당해소송사건에서 선거범죄로 유죄판결을 받게 되자, 그에 대한 법률효과로서 당선무효(96헌바60) 혹은 의원직 퇴직(2001헌바16)을 규정한 조항이 평등권, 공무담임권 등을 규정한 헌법조항에 위배된다고 주장하며 위헌소원을 제기하였던 사안으로, 선거범죄로 일정한 형을 선고받은 경우에 그로 인한 당선무효 혹은 의원직 퇴직이라는 법률효과 자체의 위헌 여부가 문제된 것인바, 그러한 법률효과 자체의 위헌 여부에 따라 당해소송사건의 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 것은 아니므로 재판의 전제성을 인정할 수 없었다고 생각된다.<sup>1)</sup>

그러나 이 사건에서의 문제는 위 선례들에서의 쟁점과 달리, 이 사건 법률조항이 선거범죄로 인하여 100만 원 이상의 벌금형이 선고되면 임원 자격을 제한하도록 하면서도, 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 재판받게 된 경우에 선거범죄에 대해 따로 그 형을 분리하여 선고하는 규정을 두지 않은 것이 위헌인지 여부이다.

(나) 헌법재판소는, 100만 원 이상의 벌금형이 선고되면 공무담임을 제한하면서도 선거범죄와 다른 죄의 경합범의 경우 선거범죄에 대해 따로 형을 분리하여 선고하는 등의 규정을 두지 아니한 것이 위헌인지 여부가 문

1) 위와 같은 법률조항에 관하여 당선무효 혹은 의원직 퇴직이라는 효과 자체에 대하여 위헌 여부를 다투는 경우라 하더라도, 행정청이 그 법률조항에 따라 내린 당연퇴직 처분이 무효라는 이유로 공무원지위확인 등을 구하는 행정소송이 당해 소송사건인 경우에는 재판의 전제성이 인정될 것이다(헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292 참조).

제된 사건에서<sup>2)</sup>, 다음과 같이 판시하여 재판의 전제성을 인정하였다. “이 사건 법률조항이 직접적으로 청구인에 대한 형사처벌의 근거가 되는 조항은 아니다. 그러나 이 사건 법률조항은 … 선거법과 다른 죄가 형법 제37조 전단의 경합범일 때 그 형을 어떻게 선고할 것인지에 대하여는 따로 규정하지 아니하였다. 이는 법원이 위 경합범을 재판할 경우에 그 판결 주문을 어떻게 정할 것인지 여부와 관련되어 있는 문제라고 할 것이다. 즉, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라서 법원이 단지 형법상의 경합범 처리의 일반원칙에 따라 형을 선고하든지, 선거법위반의 점에 대한 형량을 분명히 할 필요성을 인정하여 판결을 선고할 때 주문에서 선거법위반의 점에 대한 형을 따로 표시하든지, 아니면 이유에서 선거법에 해당하는 형을 특정하여 줄 것인지 등이 정해질 것이다. 이 중 어느 방법에 의할 것인지 여부에 따라 청구인에 대한 형사재판의 방법과 그 판결주문의 내용이 달라질 수 있다고 할 것이고, 나아가 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 청구인의 공무담임의 제한에 관한 이 사건 판결의 법률적 의미도 달라진다.”(헌재 2004. 2. 26. 2002헌바90, 판례집 16-1, 253, 260-261).<sup>3)</sup>

(다) 이 사건은 재판의 전제성을 인정하는 위 선례와 쟁점이 동일한 사안으로서, 이 사건 법률조항은 형사재판인 당해사건에 직접 적용되는 처벌조항은 아니지만, 이 사건 법률조항에 대하여 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두지 않은 점의 위헌성이 인정될 경우 이 사건 법률조항에 분리 선고 규정이 새로이 마련되어 그 개정 법률이 소급하여 당해사건에 적용된다면 그 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 가능성이 있으므로, 재판의 전제성을 갖추었다고 보는 것이 타당하다.

2) 2002헌바90 지방교육자치에관한법률 제164조 위헌소원 등. 법정의견이 합헌결정이었음에도 재판의 전제성을 인정하였다.

3) 다만, 위 사건의 당해소송사건에서 법원은 “신청인이 위헌이라고 주장하는 지방교육자치에 관한 법률 제164조는 본안 사건에 대하여 선고한 형이 확정될 경우 그 이후에 공무담임권을 제한하는 것에 불과할 뿐이므로, 위 조항의 위헌 여부가 위 본안 사건의 재판에 있어서 전제가 된다고 볼 수 없다”고 하여 청구인의 위헌법률심판제청신청을 각하하였다(대구고등법원 2001초43 위헌제청).

#### (4) 평가

이 사건은 선거범죄로 일정한 형을 선고받은 경우에 그로 인한 당선무효 혹은 의원직 퇴직이라는 법률효과 자체의 위헌 여부가 문제된 것이 아니고, 이 사건 법률조항에 분리 선고 규정이 새로이 마련되어 그 개정 법률이 소급하여 당해사건에 적용된다면 그 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 가능성이 있으므로 인정설이 타당하다.

### 나. 입법부작위 위헌확인청구에 있어서의 재판의 전제성 존재 여부

#### (1) 부정설

(가) 이 사건에서 청구인이 구하는 것은 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 재판받게 된 경우에 선거범죄에 대해 따로 그 형을 분리하여 선고하는 규정을 두지 않은 것이 위헌이라는 것이다. 그렇다면 이는 일종의 입법부작위 위헌확인을 구하는 것이라 할 것이므로, 공권력의 불행사(입법부작위)로 인한 기본권 침해여부를 다루는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 통해 다루어야 할 것이지, 재판의 전제가 된 법률의 위헌여부를 다루는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서 다룰 성질의 것은 아니다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 이미 법률로 규정된 조항 자체의 헌법 위반 여부를 다루는 것이므로 법률조항의 성립·존재를 전제로 하는 것인바, 법률조항의 부재상태의 위헌 여부를 다루는 입법부작위 위헌확인을 위해서는 허용될 수 없다.

(나) 따라서 이 사건 심판청구의 취지가 입법부작위 위헌확인임을 전제로 하는 것인 한, 이 사건 법률조항은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 적법요건으로서의 재판의 전제성을 갖추었다고 할 수 없다.

#### (2) 인정설

(가) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 ‘법률’의 위헌성을 적극적으로 다루는 제도이므로 ‘법률의 부존재’ 즉, 진정 입법부작위를 다루는 것은 그 자체로 허용되지 아니하고, 다만 법률이 불완전·불충분하게 규정되었음을 근거로 법률 자체의 위헌성을 다루는 취지, 즉 부진정 입법

부작위를 다투는 것으로 이해될 경우에는 그 법률이 당해사건의 재판의 전제가 된다는 것을 요건으로 허용될 수 있다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌바67; 헌재 2005. 12. 22. 2005헌바50 참조).

(나) 청구인은 이 사건 법률조항이 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두지 않은 것은 명확성원칙, 과잉금지원칙, 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하고 있다. 이는 위 법률조항이 새마을금고법상 ‘선거범죄를 범하여’ 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람에 대하여 임원의 자격을 제한하도록 규정하면서도, 선거범죄와 다른 죄의 경합범인 경우에 분리 선고 규정은 두지 않음으로써 불완전, 불충분 또는 불공정한 입법을 한 것임을, 즉 부진정 입법부작위를 다투는 것이라 할 것이다.

위와 같이 이 사건은 부진정 입법부작위를 다투는 것이고 이 사건 법률조항이 당해사건의 재판의 전제가 됨은 위에서 본 바와 같으므로, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 제기된 이 사건 헌법소원심판은 적법하다.

### (3) 평가

(가) 이 사건은 이 사건 법률조항이 불완전, 불충분한 입법임을 다투는 것이므로 인정설이 타당하며, 재판관들이 일치된 의견으로 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성을 인정한 것은 적절하다.

(나) 헌법재판소도, 보건복지부장관은 의료인이 의료법 제8조 제1항 제5호 소정의 범죄로 인하여 금고 이상의 형을 선고받은 경우 면허를 취소하여야 한다고 규정하고 있는 의료법 제52조 제1항 단서 제1호에 대한 위헌소원 사건에서, 청구인이 예비적 청구로서, 위 법률조항이 경합범처리에 관하여 의료인 면허취소의 범위와 내용을 정하는 기준을 정하는 규정을 두고 있지 아니한 것은 입법부작위로서 청구인의 평등권 및 직업의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하고 있는 것은, 이 사건 법률조항이 불완전·불충분하게 규정되었음을 근거로 법률자체의 위헌성을 다투는 것으로 볼 것이므로 그 자체로는 부적법하다고 할 수 없다고 판시한 바 있다(헌재 2005. 12. 22. 2005헌바50, 판례집 17-2, 729, 740).<sup>4)</sup>

4) 다만 위 사건에서, 청구인은 주위적 청구로서, 제8조 제1항 5호에 규정된 범죄와

(다) 그런데 부진정 입법부작위가 문제되는 사안에서의 재판의 전제성 예컨대, 당해사건의 원고를 평등원칙에 반하여 특정한 급부의 수혜대상으로부터 제외시키고 있는 법률규정의 경우에, 그 법률규정이 위헌이나 헌법 불합치로 선언되는 경우에도 그 법률규정은 당해사건의 원고에게 직접 적용되는 조항은 아니라는 점에서 재판의 전제성이 있다고 볼 수 있는지 문제이다. 이러한 경우에 헌법재판소는 1993. 5. 13. 90헌바22 결정<sup>5)</sup> 이래 재판의 전제성을 인정하고 있다.<sup>6)</sup> 그 논거는 『심판대상조항이 평등권 침해라는 이유로 헌법불합치결정이 내려지고 입법자가 그 결정취지에 따라 수혜대상을 확대하여 청구인들도 포함시키는 것으로 법을 개정할 경우, 법원은 당해 사건에 관한 판결을 달리하여야 할 것이므로 재판의 전제성이 있다.』는 것이었다.

이후 역시 평등원칙 위반 여부가 문제된 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14 결정<sup>7)</sup>, 헌재 2000. 8. 31. 98헌바100 결정에서<sup>8)</sup> 같은 취지로 재판의 전제성을 인정하였고, 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128 결정에서도,<sup>9)</sup> 『이 사건 심판청구는 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 내용·범위·절차 등을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 이른바 ‘부진정 입법부작위’의 경우에 해당하고, 이에 대해 청구인은 이

---

그 밖의 다른 범죄가 경합범으로 기소되는 경우 또는 변론이 병합되어 하나의 형이 선고된 경우에도 법 제8조 제1항 제5호에 해당하게 되는지 여부가 분명하지 아니하여 명확성원칙에 위반되고, 별도로 기소, 처벌되었는지 또는 경합범으로 기소, 처벌되었는지에 따라 의사면허취소 여부가 달라지도록 규정하여 평등원칙에 위반되며, 분리 선고하도록 하는 등의 조치를 취하지 아니한 것은 과잉금지원칙에 위반된다는 등의 주장을 하였는바, 헌법재판소는 위 입법부작위 위헌확인을 구하는 예비적 청구는 주위적 청구와 동일한 심판대상에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하고 있고 주위적 청구의 양적 일부에 불과할 뿐 헌법재판상의 예비적 청구라고 볼 수 없으므로 이에 대하여 따로 판단할 것은 아니라고 하였다.

- 5) 헌재 1993. 5. 13. 90헌바22등(1980년 해직공무원구제 사건-합헌결정), 판례집 5-1, 253, 262 참조
- 6) 다만, 유사한 사안에서 6인의 재판관이 재판의 전제성을 부인하여 각하한 사례도 있다(헌재 1993. 11. 25. 90헌바47등, 판례집 5-2, 378, 385 참조)
- 7) 판례집 11-2, 205, 216(합헌결정)
- 8) 판례집 12-2, 211, 219(합헌결정)
- 9) 판례집 22-1하, 473, 480-481(공무상 질병 또는 부상으로 ‘퇴직 이후에 폐질상태가 확정된 군인’에 대해서 상이연금 지급에 관한 규정을 두지 아니한 군인연금법 조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부가 문제된 사안-계속적용 헌법불합치 결정).

사건 법률조항 자체를 대상으로 그것이 평등원칙에 위배된다는 등의 헌법 위반의 점을 지적하며 그 위헌 확인을 구하는 헌법소원을 제기하였는바, 헌법재판소가 이 사건 법률조항이 청구인과 같은 경우를 상이연금 수급대상에서 제외하는 것이 평등권의 침해로서 헌법에 위반된다는 이유로 헌법 불합치 결정을 하고 입법자가 그 결정취지에 따라 수혜대상을 확대하여 청구인과 같은 경우에도 상이연금을 지급하도록 법을 개정할 경우, 법원은 당해 사건에<sup>10)</sup> 관하여 판결을 달리하여야 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부는 당해 사건 재판의 결론 또는 주문에 영향을 미치는 것으로서 재판의 전제성이 인정된다.』고 판시하였다.

(라) 나아가 평등원칙이 직접 문제되지 않은 헌재 2006. 4. 27. 2005헌바 69 결정에서도<sup>11)</sup> 『(부가가치세)법 제6조 제1항이 부가가치세 과세대상으로서의 재화의 공급을 일반적으로 규정하고 있는 것에 대하여 이 사건 법률조항은 그에 대한 예외로서 부가가치세를 과세하지 않는 특별한 비과세 공급유형을 열거하고 있는 것에 불과하여, 가사 헌법재판소에서 위헌의 결정이 선고된다 하더라도 곧바로 이 사건 부동산의 양도가 부가가치세법상 비과세되거나 과세제외대상에 해당하는 것이 아니라 오히려 법 제6조 제1항의 적용을 받게 되어 부가가치세 과세대상인 재화의 공급에 해당함에는 변함이 없어 이 사건 처분은 여전히 적법·유효한 상태에 머물게 되고, 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 판결 결론인 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미에는 영향이 있을 수 없어 결국 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 충족하지 못한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정이 내려지고 입법자가 그 결정취지에 따라 개선입법을 행함으로써 일반과세자로부터 간이과세자로의 사업양도를 부가가치세의 비과세대상으로 새로이 규정하게 되면 그로써 개정 법률이 소급적용되는 결과 당해 사건의 재판에 영향을 미칠 가능성이 충분히 있으므로 재판의 전제성이 있다.』고 판시하였다.

10) 당해사건은 상이연금지급거부처분 취소소송이었음.

11) 판례집 18-1상, 561, 567(포괄위임금지원칙 위반 여부가 주된 쟁점이었음-합헌결정).

헌재 2010. 2. 25. 2008헌바67 결정에서도,<sup>12)</sup> 『청구인은 이 사건 법률조항이 원심법원에의 환송사유로 공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 파기하는 경우만을 규정하고, 필요적 변호를 규정하고 있는 형사소송법 제282조에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 경우는 환송사유에 포함시키지 아니한 점의 위헌성 즉, 이 사건 법률조항의 불완전·불충분함을 다투는 취지로 이해된다. 또한 이 사건 법률조항은 소송절차에 관한 것으로서, 만일 필요적 변호를 규정하고 있는 형사소송법 제282조에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 경우를 환송사유에 포함시키지 아니한 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정이 내려질 경우 입법자가 그 결정 취지에 따라 개선입법을 행하게 되면 그 개정법률이 소급하여 당해 사건<sup>13)</sup>에 적용되고, 그 결과 당해 사건의 재판의 주문이 ‘상고기각’에서 ‘제1심법원에의 파기환송’으로 변경될 것이라는 점에서 재판의 전제성이 인정된다.』고 판시하였다.

헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101 결정에서도,<sup>14)</sup> 『청구인들은 당해 사건에서, 이 사건 법률조항은 교육인적자원부장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간을 제한하는 것으로 해석하여야 함을 전제로 ○○학원의 경우 4년의 기간이 경과함으로써 임시이사들의 자격이 모두 상실되어 이사 전원에 대한 결원이 발생한 상태라고 주장하며 민법 제63조에 의한 임시이사의 선임을 청구하였으나, 이 사건 심판청구에서는 이 사건 법률조항이 교육인적자원부장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간 자체를 제한하고 있지 아니한 점의 위헌성 즉, 부진정 입법부작위를 다투고 있다. 앞서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 개별 임시이사의 임기를 정하고 있을 뿐이어서 전체 임시

12) 판례집 22-1상, 189, 193-194(항소법원이 원심법원에 사건을 환송하여야 할 사유로 공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 파기하는 경우만을 규정하고 있을 뿐 ‘필요적 변호를 규정하고 있는 형사소송법 제282조에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 경우’를 포함하여 규정하지 아니한 형사소송법 제366조가 위헌인지 여부가 문제된 사안임-합헌결정).

13) 청구인이 폭처법위반(집단·흉기등상해) 등으로 징역형을 선고받고 항소하였는데, 항소심법원이 원심이 일부 공판기일에 변호인 없이 개정하여 증거조사를 하였다는 이유로 원심을 파기·자판하자, 상고하여 상고심계속 중에 위헌법률심판제청신청을 하였던 사안임(합헌결정).

14) 판례집 21-1하, 23, 35-36(합헌결정)

이사의 임기가 종료되었음을 다투는 당해 사건에 직접 적용되는 법률규정이라 할 수는 없으나, 부진정 입법부작위를 다투는 이 사건에 있어 교육인적자원부장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간을 제한하고 있지 않은 점의 위헌성이 인정되어 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정이 내려지고 입법자가 그 결정 취지에 따라 개선입법을 행함으로써 장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간을 새로이 규정하게 되면 그로써 개정 법률이 소급하여 당해 사건에 적용되고, 그 결과 당해 사건의 재판에 영향을 미칠 가능성이 있으므로, 재판의 전제성을 인정할 수 있다.<sup>1)</sup>고 판시하였다.

(마) 위와 같은 선례들의 태도를 종합해보면, 부진정 입법부작위가 문제되는 사안의 경우, 심판대상조항이 당해사건에 직접 적용되는 규정이 아니라 하더라도, 그 법률조항에 대하여 부진정입법부작위의 위헌성이 인정되어 헌법재판소의 헌법불합치결정이 내려지고 입법자가 그 결정의 취지에 따라 입법개선을 한다면, 개정 법률이 소급하여 당해사건에 적용될 것이므로 재판의 전제성을 인정할 수 있다는 것으로 정리할 수 있다.

즉, 문제된 법률조항에 대해 부진정 입법부작위를 다투는 경우, 그 법률조항이 당해사건에 직접 적용되는 것은 아니지만, 그 조항에 대해 입법 불비의 위헌성이 인정되어 헌법불합치 결정과 입법개선이 이루어진다면, 그 후에 당해사건에 (소급)적용되는 것은<sup>15)</sup> 새로이 개정된 법률조항이 될 것이므로, 결과적으로 원래 문제된 법률조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 영향을 미치게 된다는 구조가 되는 것이다. 만일 위와 같은 논리구조에서 있지 않다면 부진정 입법부작위의 경우에는 당해 심판대상조항이 원래 당해사건에 적용되는 법률조항이 아니라는 의미에서 대부분 재판의 전제성을 인정하기 어려울 것이기 때문이다.

15) 당해사건이 이미 확정되었다면 청구인은 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제7항). 그러나, 새로운 개정법률의 소급적용을 전제로 한다는 점에서 계속적용 헌법불합치 주문을 낼 경우 소급적용이 되지 않게 되므로 위 논리구조가 깨지게 되는 것은 아닌지의 문제가 있을 수 있으나, 적법요건으로서 재판의 전제성을 심사하는 단계에서는 주문 형태를 미리 고려하여 이를 판단할 것이 아니라, 원칙적으로 부진정 입법부작위의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이나 내용에 영향을 미칠 가능성이 있는지 여부를 가정적·관념적으로 판단해야 할 것이므로 이는 문제되지 않는다 할 것이다. 위 각주9)에서 언급한 2008헌바128 결정에서도 주문 형태는 계속적용 헌법불합치였으나 재판의 전제성을 인정하였다.

(바) 이 사건으로 돌아와 보면, 이 사건 심판대상조항은 형사재판인 당해사건에 직접 적용되는 처벌조항은 아니지만, 헌법재판소가 청구인의 주장을 받아들여 심판대상조항이 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 흠결하여 불완전하게 규정한 것은 과잉금지원칙, 평등원칙 등에 위반된다고 판단하고 그 취지에 따라 국회가 개선입법을 한다면, 법원은 당해사건에 관하여 (원칙적으로) 개정된 법률조항을 적용하게 될 것이므로 재판의 방법이나 판결 주문의 내용이 달라지고 나아가 임원 자격 제한에 관한 의미도 달라지게 될 것이므로, 이 사건 심판대상조항의 위헌 여부는 재판의 전제성을 갖추었다고 할 것이다.

### 3. 부진정 입법부작위 위헌확인청구의 경우 심판대상의 범위

#### 가. 문제의 소재

이 사건에서 재판관들은 일치된 의견으로 다음과 같이 새마을금고법 제 21조 전체를 심판대상으로 삼았다.

『청구인은 새마을금고법 제21조 제1항 제8호, 제2항에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인이 주장하는 것은 위 조항의 내용이 위헌이라는 것이 아니라 새마을금고법상 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두지 않은 입법부작위가 위헌이라는 것이므로, 이러한 주장과 가장 밀접하게 관련되는 조항인 새마을금고법 제21조 전체를 심판대상으로 삼기로 한다.』

위와 같이 부진정 입법부작위가 문제된 사안에서는, 입법부작위의 위헌성이 인정되어 헌법불합치결정을 할 경우 입법자가 당해사건의 재판과 직접 관련이 없는 조문의 위치에 새로운 개선입법을 할 가능성도 있으므로 심판대상조항을 좀 더 포괄적으로(이 사건의 경우를 예로 들면 새마을금고법 제21조 전체로) 특정할 필요가 있는 것이 아닌지 문제될 수 있다.<sup>16)</sup>

16) 실제 이 사건에서 재판관들은, 이 사건은 청구인이 제기한 법률조항 내용의 위헌 여부가 아니라 부진정 입법부작위의 위헌여부가 문제이고, 위헌임이 인정되어 새로이 규정이 마련될 경우 그 조항이 신설될 곳은 반드시 새마을금고법 제 21조 제1항 제8호, 제2항인 것은 아니고 제21조의 어느 항목에든 규정될 수 있는 것이므로 위 법 제21조 전체를 심판대상으로 삼아야 한다는 취지로 심판대상을 위와 같이 특정하였던 것으로 보인다.

### 나. 위헌법률심판에서의 심판대상의 특정

(1) 그런데, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 심판청구를 할 때에는 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항과 위헌이라고 해석되는 이유를 구체적으로 기재하여야 하고(헌법재판소법 제71조 제2항, 제43조 제3호, 제4호), 헌법재판소는 원칙적으로 이를 심판대상으로 삼되 청구인이 심판대상을 적절하게 특정하지 아니한 경우에는 당해사건의 재판과 관련이 없는 부분을 심판대상에서 합리적으로 제한할 필요가 있다. 당해사건의 재판과 관련이 없는 부분을 심판대상으로 확대하는 것은 권력분립의 원칙, 법률의 합헌성 추정의 원칙에 비추어 타당하지 않고, 구체적 규범통제를 기본구조로 하고 있고 우리 법체계와도 조화되지 않으며, 위헌법률심판에 있어서 심판의 대상은 헌법재판소 결정의 효력이 미치는 범위를 정하는 표준이 되기 때문이다.

(2) 부진정 입법부작위를 다투면서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 형식을 취하는 경우에도, 그것은 법률의 부존재(진정 입법부작위)를 다투는 것이 아니라<sup>17)</sup> 법률이 불완전·불충분하게 규정되었음을 근거로 법률 자체의 위헌성을 적극적으로 다투는 것이므로 위와 같은 원칙은 마찬가지로 적용되어야 한다.

물론 부진정 입법부작위가 문제된 사안에서 입법부작위의 위헌성이 인정되어 헌법불합치결정을 할 경우 입법부로서는 불합치결정의 취지에 반하지 않는 한 개선입법의 내용이나 형태, 조문의 위치 등을 자유롭게 결정할 재량이 있으나, 헌법재판소에서 부진정 입법부작위의 위헌 여부를 심사하면서 그와 같은 입법부의 개선입법행위의 구체적인 의도와 방향을 미리 고려하여 심판대상조항을 특정하는 것은 논리적 필연성이 없을 뿐만 아니라 가능하지도 않다.<sup>18)</sup>

17) 진정 입법부작위를 다투는 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 형태로는 심판청구를 할 수 없고, 심판대상도 특정한 법률조항의 위헌여부가 아니라 “...를 규정하지 않은 입법부작위의 위헌여부”가 될 것이다.

18) 이 사건에서 입법부가 개선입법을 할 경우, 신설조문을 제21조의2로 규정하는 형식, 제21조와는 별개의 조문으로 두는 형식을 취할 수도 있어 반드시 제21조에 규정할 필연성이 있는 것은 아니므로, 제21조 전체를 심판대상조항으로 확대할 필요가 없는 것이다.

### 다. 헌법재판소의 선례

(1) 헌법재판소는 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 조항이 공익사업의 시행으로 인하여 농업 등을 계속할 수 없게 된 농민 등에 대한 생활대책 수립의무를 규정하지 아니한 것이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부가 문제된 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바71 결정에서, 『청구인들은 위 법률 제78조 전체를 심판대상으로 들고 있으나, 그 중 제6항의 해석 문제만을 다루고 있을 뿐만 아니라, 나머지 항은 모두 주거지를 옮기는 사람들에 대한 이주대책을 다루고 있는 반면 제6항은 농업 등을 계속할 수 없는 사람들에 대한 보상을 다루고 있어 청구인들이 주장하는 바와 규율대상이 일치한다. 따라서 이 사건 심판대상은 구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제78조 제6항의 위헌 여부로 한정한다.』고 판시하였다.<sup>19)</sup>

(2) 헌재 2010. 4. 29. 2008헌바70 결정에서도, 『청구인은 헌법소원심판청구서의 청구이유에 위헌의 소지가 있다고 보는 법률조항으로 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제3조 제1항, 제3항, 제4항, 제4조 제2항, 제3항을 기재하였다. … 그런데 청구인이 구체적으로 주장하는 위헌사유는 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제4조 제2항이 개발사업시행자에게 학교용지를 시·도에 공급할 의무를 부과하고 시·도에게 학교용지를 확보하도록 규정하면서 구체적인 시·도의 매수절차 또는 매수시기에 관한 규정이나 매수지연에 대한 보상규정 등을 두지 않았다는 것이다. 또한 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제4조 제2항의 위헌성이 확인된다면 청구인이 이 사건 헌법소원으로 구하려는 취지가 달성된다 할 것이다. 청구인은 학교용지를 조성·개발하는 의무와 학교용지의 공급가액을 규정한 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제3조 제1항, 제3항, 제4조 제3항에 기하여 당해사건의 청구를 하고 있고, ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제3조 제4항은 학교용지 확보를 위한 행정청 내부의 절차 규정에 불과하다. 그렇다면 이 사건 심판대상은 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 제4조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부로 한정함이 상당하다.』고 판시하였다.<sup>20)</sup>

19) 공보 제202호, 963, 964

20) 판례집 22-1상, 648, 652-653(개발사업시행자에게 학교용지 조성·개발의무를 부

(3) 헌재 2009. 4. 30. 2005헌바101 결정에서, 『청구인들은 구 사립학교법 제25조 제3항 전체를 심판대상으로 삼고 있으나, 심판청구기록에 의하면 청구인들은 같은 항 후문에 대하여만 위헌심판제청 신청을 하고, 그에 따라 법원도 위 후문만을 신청대상으로 보아 이에 대하여만 판단하였으므로, 같은 항 전문에 대하여는 위헌제청신청 기각 결정이 존재하지 아니할 뿐만 아니라, 뒤에서 보듯이 청구인들은 같은 항 후문에 교육부장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간을 제한하는 규정을 두지 아니한 것이 위헌이라고 주장하여 부진정 입법부작위를 다투고 있어 같은 항 전문에까지 심판대상을 확장할 필요성도 없으므로, 이 사건 심판대상조항은 같은 항 후문으로 한정함이 상당하다.』고 판시하였다.<sup>21)</sup>

(4) 나아가, 헌법재판소는 부진정 입법부작위를 다투지만 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 형식을 취한 경우에도 동일한 취지로 판시한 바 있다. 헌재 2012. 7. 26. 2010헌마446 결정에서, 『이 부분은 입법자가 삭제 대상에 범죄경력자료를 포함시키지 아니하여 입법권을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 행사하였다는 취지의 부진정입법부작위에 관한 심판청구에 해당한다. 범죄경력자료는 수사경력자료와 함께 수사자료표의 일부를 이루고(형실효법 제2조 제5호, 제6호), 수집되는 개인정보의 내용이 동일하며, 관리 주체가 경찰청으로 동일한 전산시스템을 통해 관리되며, 그 조회와 회보의 범위 및 규정위반에 대한 처벌에 대해서도 함께 규율되고 있어(형실효법 제6조, 제10조) 규범적으로나 사실적으로나 서로 매우 밀접한 관계에 있으므로, 수사경력자료의 삭제에 대해 규정하고 있는 형실효법 제8조의2가 범죄경력자료의 삭제와 가장 밀접하게 관련되는 조항으로 이 사건 심판대상조항이 된다 할 것』이라고 판시하였고,<sup>22)</sup> 헌재 2011. 3. 31.

---

과하고 이를 시·도에 공급하도록 하면서도, 이러한 학교용지를 시·도가 매입하는 시기와 절차 등에 관하여 규정하고 있지 아니한 ‘학교용지 확보 등에 관한 특례법’ 조항이 재산권을 침해하는지 여부가 문제된 사안임).

21) 판례집 21-1하, 23, 32(학교법인의 임시이사 개개인의 임기만 규정하고 교육인적자원부장관이 임시이사를 선임할 수 있는 기간 자체를 제한하고 있지 아니한 구 사립학교법 조항이 학교법인의 사립학교 운영의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사안임).

22) 판례집 24-2상, 248, 255(수사경력자료의 보존 및 보존기간을 정하면서 범죄경력자료의 삭제에 대해 규정하지 않은 ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 조항이 개인정보 자기결정권을 침해하는지 여부가 문제된 사안임).

2008헌마355 결정에서도 『청구인 대리인은 … 법 제7조 제1항이 주민소환 투표청구인의 자격이나 주민소환사유, 소환사유에 대한 판단기관을 규정하지 아니하여 무분별한 소환이 추진될 수 있으므로 위 법률조항이 위헌이라고 주장하였다. 따라서 청구인의 주장은 위 법률조항이 주민소환투표의 청구요건을 불완전·불충분하게 규정함으로써 청구인의 공무담임권 등을 침해한다는 것으로서 부진정 입법부작위의 위헌성을 다투는 것으로 볼 것인바, 동대문구의회의원인 청구인과 직접 관련되는 부분은 위 법률조항 중 ‘지역선거구자치구의회의원 부분’이므로, 심판의 대상을 위 부분에 한정하기로 한다.』고 판시하였다.<sup>23)</sup>

## 라. 이 사건의 경우

(1) 위와 같은 원칙과 선례에 비추어 볼 때, 이 사건에서도 청구인의 심판청구취지와 당해사건의 재판과의 관련성을 고려하여 심판대상조항을 특정하는 것이 합리적이다. 따라서, 청구인이 새마을금고법 제21조 제1항 제8호, 제2항의 위헌 여부를 다투고 있고, 당해사건에서 청구인은 새마을금고법상 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 벌금형을 선고받았으므로, 위 법률조항을 심판대상조항으로 특정함이 상당하다.

(2) 다만, 당해사건에서 청구인은 벌금형을 선고받은 사람이라는 이유로 새마을금고법 제21조 제2항 중 ‘제1항에 따른 사유’ 가운데 ‘제21조 제1항 제8호 중 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람’ 부분으로 심판대상조항을 한정할 지가 문제된다. 그런데 분리 선고 규정이 없으므로 인하여 문제되는 것은 반드시 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 재판받아 ‘벌금형’을 선고받는 경우에 한정되지 않는다. 예를 들어 선거범죄와 다른 죄가 별도로 기소되어 재판받는 경우에는 각각에 대하여 벌금형이 선고될 수도 있는데 경합범으로 재판받음으로 인하여 하나의 징역형이 선고될 경우, 각각 별도로 재판받는 경우에는 선거범죄는 벌금형, 다른 죄는 징역형이 선고될 수 있는데 경합범으로 재판받음으로써 하나의 징역형이 선고될 경우도 상정할 수 있는바, 위와 같이 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 재판받아 ‘징역형’이

23) 판례집 23-1상, 387, 391

선고되는 경우에도 분리 선고 규정의 흠결로 인한 문제는 제기될 수 있다.

또한, 청구인은 위헌이라고 해석되는 법률조항을 새마을금고법 제21조 제1항 제8호, 제2항으로 기재하고 있고, 청구취지도 위 법률조항에 선거범죄와 다른 죄의 경합범의 경우 분리 선고 규정을 두지 않은 것은 과잉금지 원칙, 평등원칙 등에 위반된다는 것이므로, 이 사건 심판대상조항을 ‘100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람’ 부분으로 한정할 필요는 없다고 하겠다.

(3) 따라서, 이 사건 심판대상조항은 새마을금고법 제21조 제1항 제8호, 제2항으로 정함이 상당하고, 위 법 제21조 전체를 심판대상으로 삼은 이 사건 결정은 문제가 있다고 본다.

#### 4. 본안에 관한 판단

##### 가. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 입법목적

###### (1) 입법연혁

① 새마을금고법은 1982. 12. 31. 법률 제3622호로 제정되었는데 당시에는 선거범죄에 대한 처벌규정이 없었다. ② 1989. 12. 30. 법률 제4152호로 개정되면서 금품·향응 제공 등의 선거범죄에 대하여 50만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였고(제66조 제3항, 제21조), 이 법에 위반하여 벌금 이상의 형을 선고받은 사람에 대해 임원 자격을 제한하였다(제20조 제1항 제7호). ③ 1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정되면서 위와 같은 선거범죄에 관하여 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 형을 높이고(제66조 제3항, 제21조), 이에 위반하여 금고 이상의 형 또는 벌금형을 선고받은 사람의 임원 자격을 제한하였다(제20조 제1항 제7호). ④ 2001. 7. 24. 법률 제6493호로 개정되면서는, 금품·향응 등 제공의 선거운동을 하여 금고 이상의 실형을 선고받은 자를 임원 결정사유로 함으로써 요건이 완화되었다(제20조 제1항 제9호, 제66조 제4항, 제21조 제2항). ⑤ 2005. 8. 4. 법률 제7658호로 개정되면서 위 ‘금고 이상의 실형’ 부분이 벌금 이상의 형으로 다시 환원되어(제20조 제1항 제9호의2, 제66조 제4항, 제21조 제2항), 이후 몇차례의 개정에서도 계속 유지되었다.<sup>24)</sup> ⑥ 2011. 3. 8. 법률 제10437

24) 한편, 헌법재판소는 위와 같이 새마을금고법이 금품·향응 제공 등의 선거범죄로

호로 개정되면서 선거범죄의 유형을 구체적으로 다양화하고(제22조 제2항 각호, 제3항), 위 조항을 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하며(제85조 제3항), 위와 같은 선거범죄를 범하여 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람에 대해 임원 결격 사유를 규정하였으나(제21조 제1항 제8호, 이 사건 법률조항), 선거범죄와 다른 죄의 경합범인 경우 어떻게 처리할 것인지에 관한 규정은 두지 않았고, 이는 현행 법률에까지 이르고 있다.

## (2) 입법목적<sup>25)</sup>

우리나라 고유의 상부상조정신을 발전시켜 국민의 자주적인 협동조직으로 승화시키려는 새마을금고법의 취지에 따라 설립된 새마을금고는, 지역별로 해당 업무구역에 주소나 거소가 있는 자 또는 생업에 종사하는 자들 중 일정한 자격요건을 갖춘 자들을 대상으로 금융을 제공하는 일을 주된 사업으로 영위하는 비영리법인(새마을금고법 제1조, 제2조 제1항)이다.

다수의 일반 국민들을 대상으로 금융업을 주로 하게 되므로 금융기관 유사의 지위를 가지는 새마을금고에 대한 국민의 신뢰를 보호할 필요가 있고, 새마을금고 임원이 사익을 취하기 위하여 금융기관에 손해를 끼칠 경우 이 손해는 비단 해당 금융기관 또는 그 기관 내 회원들에게만 영향을 미치는 것이 아니라 새마을금고를 신뢰하여 금융거래를 하려는 수많은 사람들에게까지 영향을 미친다는 점에서, 새마을금고의 경영을 책임지는 임원은 금융기관의 임원에게 요구되는 고도의 윤리성 내지 준범의식을 가질 필요가 있다.

또한, 새마을금고의 임원은 총회에서 회원들에 의해, 또는 대의원회에서 대의원들에 의해 선거라는 방식으로 선출되게 되므로(제13조, 제16조, 제18

---

벌금형을 선고받을 경우 그 선고받은 벌금액수에 상관없이 해당 임원이 당연퇴임 되도록 규정한 조항 등의 위헌여부가 문제된 ‘새마을금고법 제21조 제1항 제10호 등 위헌확인’ 사건에서 위 당연퇴임 조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다(반대의견 2인 있음)(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마612 등, 판례집 22-2하, 197). 위 판시 이후 2011. 3. 8. 개정된 법률에서는 벌금형의 액수가 100만 원 이상으로 조정되었다.

25) 2008헌마612 새마을금고법 제21조 제1항 제10호 등 위헌확인 사건의 판시내용에서 인용함(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마612 등, 판례집 22-2하, 197, 206-207).

조), 일반 공직선거와 유사하게, 선거과정에서 나타나는 부정·타락행위를 방지하고 선거제도의 청렴성, 공정성을 확보해야 할 필요가 있다. 이러한 선거과정의 공정성 확보를 위해, 선거과정에서 공영제를 원칙으로 하고(제22조 제1항), 선거과정에서 유권자 등에게 기부행위 등을 하거나 정해진 방법 이외의 선거운동을 하는 것을 금지시키며(제22조 제2항, 제3항), 공정한 임원 선거 관리를 위하여 정관으로 선거관리위원회를 운영하도록 하는(제23조) 등의 규정을 두고 있다.

결국, 이 사건 법률조항은 임원 선거 과정에서의 선거범죄를 범하여 100만 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우 선출된 새마을금고 임원직에서 당연히 퇴임하게 함으로써, 위와 같은 새마을금고 임원의 지위의 공공성, 새마을금고 임원선거 과정에서의 공정성, 임원직의 청렴성이라는 입법목적을 도모하고 있다.

#### 나. 다른 법률의 유사조항

(1) 현행 농업협동조합법 제173조, 중소기업협동조합법 제139조, 수산업협동조합법 제179조, 산림조합법 제133조에서도 각각 임원 선거의 당선인이 일정한 선거범죄로 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 경우 당선을 무효로 한다고 규정하면서도, 선거범죄와 다른 죄의 경합범의 처리에 관한 규정은 따로 두고 있지 아니하다.

(2) 한편, 종래의 대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의장선거법을 통합하여 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 공직선거및선거부정방지법은 선거범으로서 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자에 대해 선거권과 피선거권이 없다고 규정하면서, “선거범과 다른 죄의 경합범은 선거범으로 본다”는 의제조항(제18조 제3항)을 신설하였다.

그런데 1995. 6. 27. 실시된 지방선거에서 함양군의회 의원으로 당선되었다가 산림법위반 및 공직선거및선거부정방지법위반의 경합범으로 150만 원의 벌금형이 확정되어 의원직을 박탈당한 사람이 위 의제조항이 공무담임권 등을 침해한다고 주장하며 1997. 1. 16. 헌법소원을 제기하였는데(97헌마16 공직선거및선거부정선거방지법 제18조 제3항 위헌확인), 위 사건에 대한 헌법

재판소의 평의 이후<sup>26)</sup> 국회는 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 위 의제조항을 “선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조(경합범과 처벌예)의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다.”로 개정하였다.<sup>27)</sup>

이후 공직선거및선거부정방지법은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 공직선거법으로 개정되었고, 그 후 수 차례의 개정을 거쳐 현행법에 이르기까지 위 분리 선고 규정은 그대로 유지되고 있다.

(3) 또한, 국가공무원법은 “공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만 원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자”를 공무원 임용결격사유로 규정하고 있었는데(제33조 제6호의2), 2014. 1. 7. 법률 제12202호로 개정하면서 “「형법」 제38조에도 불구하고 제33조 제6호의2에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범(競合犯)에 대하여 벌금형을 선고하는 경우에는 이를 분리 선고하여야 한다.”는 조항을(제33조의2) 신설하였고, 지방공무원법 역시 마찬가지로의 경과를 따르고 있다(지방공무원법 제31조 제6호의2, 제31조의2, 2014. 1. 7. 법률 제12213호로 개정).

#### 다. 형법상 경합범 처리의 원칙

(1) 선거범죄와 다른 죄가 함께 기소되어 경합범으로 재판하는 경우, 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두지 않음으로 인하여, 법원은 형사소송법 제300조에 따라 변론을 분리하지 않는 한 원칙적으로 형법상 일반 원칙에 따라 경합범을 처리하게 된다. 그 내용을 보면 다음과 같다.

경합범이란 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄(형법 제37조 전단), 또는 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄(형법 제37조 후단)를 말하며, 전자를 동시적 경합범, 후자를 사후적 경합범이라 한다. 그 중 이 사건

26) 평의 이후에 법률이 개정되었다는 것은 위 97헌마16 사건의 추가검토보고서(1997. 12. 11. 보고연구관 박한철)에서 보고된 내용이다.

27) 위와 같은 법률 개정으로부터 약 40일 후인 1997. 12. 24. 위 97헌마16 사건의 선고가 있었는데, 4인의 재판관은 법원이 폭넓은 양형재량권에 기해 선고형을 정하고 변론의 분리결정이 가능하다는 점 등을 이유로 합헌의견을, 5인의 재판관은 경합범으로 기소, 처벌되었다는 우연적 사정에 의해 선거권과 피선거권을 제한받는 것은 평등원칙 및 과잉금지원칙에 위배된다는 이유로 위헌의견을 채택하여, 결과적으로 위 헌법소원은 기각되었다(헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881 참조).

법률조항에서 문제되는 경합범은 동시적 경합범으로, 수개의 행위로 수개의 죄를 범하였다는 실체법상의 요건 이외에 수개의 죄가 하나의 재판에서 같이 판결될 가능성이 있어야 한다는 소송법적 요건을 필요로 한다. 형법은 경합범을 동시에 판결할 때에는 가중주의 내지 가중단일형주의를 취하고 있으므로, 각 죄에 정한 형이 벌금형인 경우에는 가장 중한 죄에 정한 다액에 그 2분의 1까지 가중하여 처벌하되, 각 죄에 정한 다액을 합산한 액수를 초과할 수 없다(형법 제38조 제1항 제2호).

(2) 이 사건에서, 범인이 새마을금고법상 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범을 재판하는 경우, 형사소송법 제300조에 따라 변론을 분리하지 않고, 선거범죄와 비선거범죄에 대해 모두 벌금형을 선택한다면, 그 중 형이 가장 중한 죄에 정한 다액에 그 2분의 1을 가중한 범위 내에서 선고형을 정하게 된다. 그 결과 선거범죄와 다른 죄가 각각 따로 기소되어 별개로 재판받는다면 선거범죄에 대하여 벌금 100만 원 미만이 선고될 경우라 하더라도, 다른 죄와 함께 기소되어 경합범으로 재판받는 경우에는 위와 같은 가중주의를 적용함에 따라 100만 원 이상의 벌금이 선고될 가능성이 있을 수 있고, 그에 따라 해당 임원이 임원직을 상실할 수도 있게 된다.

## 라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### (1) 관련 선례의 검토<sup>28)</sup>

(가) 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항 위헌확인(헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881)<sup>29)</sup>

1) 법정의견(재판관 4인): 선거범과 다른 죄와의 경합범을 선거범으로 의

28) 한편, 의료인이 의료법 제8조 제1항 제5호에 정한 범죄로 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 면허를 취소하도록 하고 있는 의료법 제52조 제1항 단서 조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부가 문제된 사안에서는, 금고 이상의 형의 선고를 받을 것만을 요구하고 있을 뿐 그 장단기에 관하여 별도의 기준을 정하고 있지 아니하고, 의료관련 범죄와 그 밖의 죄가 형법 제37조 전단의 경합범으로 처벌되는 경우 그 중 당해 의료관련 범죄에 대하여 선고된 형이 무엇인지 객관적으로 알 수 있으므로 명확성의 문제는 발생하지 않는다고 판시하였다(헌재 2005. 12. 22. 2005헌바50, 판례집 17-2, 729).

29) 선거범과 다른 죄의 경합범으로 벌금 100만 원 이상을 선고받아 확정된 경우 그 전부를 선거범으로 의제함으로써 선거권 및 피선거권이 제한되도록 한 공직선거법 조항이 위헌인지 여부가 문제된 사안이다.

제하는 규정을 신설한 것은 선거법에 대한 양형재량권을 갖고 있는 법원측에 선거권과 피선거권의 제한여부를 모두 일임한 것으로 볼 수 있다. ① 공선법상 벌금형의 법정형의 하한이 “300만 원 이상” 내지 “500만 원 이상”의 벌금으로 되어 있는 경우 법률상의 감경사유 없이 작량감경을 한다 하더라도 100만 원 미만의 벌금형을 선고할 수 없으므로 이와 같은 법정형의 하한이 있는 공선법 위반의 죄와 선거법이 아닌 죄를 경합범으로 재판 하더라도 불이익을 받는다고 볼 수는 없다. ② 법정형의 하한이 없고 상한만 규정되어 있는 그 밖의 공선법위반죄와 선거법이 아닌 죄를 경합범으로 재판하는 경우에는, ‘100만 원 이상의 벌금형’은 법정형이나 처단형이 아닌 선고형을 가리키므로 공선법상 입법부로부터 선거법에 대한 폭넓은 양형재량권을 부여받은 법원으로서의 선거권 및 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정하게 된다. 이 사건 청구인에 대하여 산림법 위반죄의 벌금형에 공선법위반죄의 벌금형을 경합가중하여 벌금 150만 원으로 형을 정한 것은 청구인의 선거권과 피선거권을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것이다. ③ i) 선거법 아닌 죄의 법정형이 징역형 밖에 없거나 벌금형의 하한이 200만 원 이상으로 규정되어 있는 경우와 ii) 선거법이 아닌 죄의 선고형량이 벌금 100만 원 이상인 반면 경합범인 공선법위반죄는 벌금 100만 원 미만으로 처벌할 범죄인 경우에는, 법원으로서의 직권 또는 신청에 의하여 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 공선법위반죄와 선거법 아닌 죄에 대하여 따로 재판을 하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우와를 비교하여 현저히 불합리하게 차별하는 불공정한 자의적인 입법이라고 단정할 수 없고, 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 공선법위반죄와 선거법이 아닌 죄를 따로 재판하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우에 선고형량으로 인하여 선거권과 피선거권이 제한되는 여부에 대한 모순 내지 문제점을 회피하는 수단이 마련되어 있는 이상 수단의 적정성, 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 과잉제한금지원칙에도 위반되지 아니한다.

2) 반대의견(재판관 5인): 공선법은 비록 선거범죄를 범한 자라 하더라도 그 선거범죄가 경미하여 100만 원 미만의 벌금형을 선고받은 경우에는 선거권 및 피선거권의 제한대상에서 제외하고 있다. 그런데 선거범죄와 다른

범죄가 경합된 경우 선거범죄가 경미하여 그것만으로 처벌되는 때에는 100만 원 미만의 벌금형을 선고받을 수 있음에도 불구하고 다른 범죄와 경합범으로 함께 처벌되면 100만 원 이상의 벌금형을 선고받게 될 수 있으며, 그 선고형이 확정되면 이 사건 법률조항에 의하여 그 전부를 선거범으로 의제하게 됨으로써 선거권 및 피선거권이 제한된다. 더욱이 경합관계에 있는 다른 범죄의 법정형이 선거범죄의 법정형보다 훨씬 더 무거운 경우이거나, 특히 다른 범죄의 법정형이 징역형밖에 없거나 또는 법정형의 하한이 벌금 200만 원 이상인 경우(작량감경을 하더라도 벌금 100만 원 이상을 선고할 수 밖에 없다)에는 불가피하게 선거권과 피선거권이 제한되는 결과가 될 것이다. 그렇다면 선거범죄와 다른 범죄에 대하여 별도로 기소, 처벌되었다면 선거권과 피선거권의 제한을 받지 않았을 것임에도 불구하고 경합범으로 기소, 처벌된다는 우연적 사정에 의하여 그 제한 여부가 달라지는 결과가 되므로, 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 기소, 처벌되는 자와 별도로 기소, 처벌되는 자 사이에 합리적 이유 없이 자의적인 차별대우를 함으로써 헌법상 평등의 원칙에 위배된다.

그리고 선거범죄를 범한 자에 대한 선거권과 피선거권의 제한 목적은 국민의 기본권에 대한 중대한 제한에 해당하므로 그 제한은 이러한 목적달성에 불가피한 최소한에 그쳐야 하며, 선거권과 피선거권의 제한 여부나 제한기간 등은 당해 선거범죄의 죄질과 가벌성의 정도에 부합되어야 한다. 따라서 입법자로서는 선거범죄와 다른 범죄가 경합되어 선거권 및 피선거권의 제한기준을 상회하는 100만 원 이상의 벌금형을 선고하게 되는 경우 법원이 선거범죄에 대한 부분을 구분 명시하여 선고토록 하든지, 아니면 선거범죄만을 별도로 분리하여 심리 선고토록 함으로써 기본권 침해를 최소화할 방안을 강구하여야 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 이러한 조치를 전혀 취하지 아니한 채, 선고형량 전부를 선거범에 대한 것으로 무조건 의제함으로써 청구인의 선거권 및 피선거권이 부당하게 제한되는 결과에 이르도록 하고 있다. 이는 결국 입법재량권이 자의적으로 행사된 경우로서 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배되고, 그 결과 청구인의 선거권과 공무담임권을 침해하는 규정이므로 헌법에 위반된다(법원의 변론 분리결정이 가능하다고 하더라도 이는 선거권 및 피선거권의 제한 여부를 전적으로

법원의 의사에 맡기는 결과가 되고, 그에 따라 변론의 분리결정을 받은 자와 그렇지 아니한 자 사이에 또다른 불평등의 문제가 야기될 수 있다).<sup>30)</sup>

(나) 지방교육자치에 관한 법률 제164조 위헌소헌 등(헌재 2004. 2. 26. 2002헌바90, 판례집 16-1, 253)<sup>31)</sup>

1) 법정의견(재판관 5인): 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄가 형법 제37조 전단의 경합범인 경우 이를 어떻게 처리할 것인가에 대하여는 별도로 규율하고 있지 아니하나, 이것은 선거범죄에 대한 양형재량권을 갖고 있는 법원에 선거권과 피선거권의 제한 여부를 모두 일임한 것으로 볼 수 있다. ① 이 법상 벌금형의 법정형의 하한이 “500만 원 이상”의 벌금으로 되어 있는 경우에는, 법률상의 감경사유가 없다면, 작량감경을 한다 하더라도 100만 원 미만의 벌금형을 선고할 수 없으므로 이와 같은 법정형의 하한이 있는 선거범죄와 선거범이 아닌 죄를 경합범으로 재판하더라도 불이익을 받는다고 볼 수 없다. ② 법정형의 하한이 없고 상한만 규정되어 있는 그 밖의 선거범죄와 선거범이 아닌 죄를 경합범으로 재판하는 경우에는, 이 사건 법률조항의 100만 원 이상의 벌금형은 법정형이나 처단형이 아닌 선고형을 말하는 것이므로 입법부로부터 선거범에 대한 폭넓은 양형재량권을 부여받은 법원으로서 선거권 및 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정하게 된다. 이 사건 청구인에 대하여 뇌물공여의사표시죄의 벌금형(2천만 원 이하)에 이 범위만의 죄의 벌금형(1천만 원 이하) 등을 경합가중하여 벌금 500만 원으로 형을 정한 것은 청구인의 선거권과 피선거권을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것이다. ③ 선거범이 아닌 죄의 법정형이 징역형 밖에 없거나 벌금형의 하한이 200만 원 이상으로 규정되어 있는 경우와 선거범이 아닌 죄의 선고형량이 벌금 100만 원 이상인 반면 경합범인 이 범위만의 죄는 벌금 100만 원 미만으로 처

30) 위 사건이 헌법재판소에 제기된 후, 국회는 스스로 위 의제조항을 선거범과 다른 죄의 경합범에 대하여는 법원이 분리 심리하여 따로 선고하도록 개정하였음은 앞에서 본 바와 같다(1997. 11. 14. 법률 제5412호).

31) 100만 원 이상의 벌금형이 선고되면 공무원임을 제한하면서도, 선거범죄와 그 밖의 죄가 병합되어 재판받게 된 경우, 선거범죄에 대해 따로 그 형을 분리하여 선고하는 등의 규정을 두지 아니한 지방교육자치에 관한 법률 제164조가 명확성 원칙 및 평등원칙에 위배되는지 여부가 문제된 사안이다.

별할 수 있는 범죄인 경우에, 법원으로서도 직권 또는 신청에 의하여 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 선거범인 죄와 선거범 아닌 죄가 형법 제37조 전단의 경합범으로 되는 경우 선거범의 형량을 확정할 수 없게 할 정도로 불명확한 내용을 가진 조항이라고 할 수 없고, 선거범인 죄와 선거범 아닌 죄에 대하여 따로 재판을 하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우를 비교하여 현저히 불합리하게 차별하는 불공정한 자의적인 입법이라고 할 수도 없다. 그리고 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성이 인정되고, 선거범죄와 선거범 아닌 죄를 따로 재판하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우에 선고형량으로 인하여 선거권과 피선거권이 제한되는 여부에 대한 모순 내지 문제점을 회피하는 수단이 마련되어 있는 이상 수단의 적정성, 법익의 균형성도 갖추고 있으므로, 과잉금지원칙에도 위반되지 아니한다.

2) 반대의견(재판관 3인): 이 사건 법률조항은 ‘이 법에 규정된 죄를 범함으로 인하여’ 일정한 형을 선고받아 확정된 자에 대하여 공무담임 등을 제한하도록 규정하고 있으므로, 그 반대해석상 ‘이 법에 규정되지 아니한 죄를 범함으로 인하여’ 형을 선고받은 경우에는 적어도 이 사건 법률조항에 의해서는 공무담임 등을 제한할 수 없다고 보아야 한다. 그렇다면 가중주의 원칙이 적용되는 경합범의 경우에 위 공무담임 제한의 여부를 확정하기 위하여 선거범죄로 인한 형은 어디까지인가를 가려내는 문제가 발생하는데, 이를 명문의 규정으로 해결하는 방법은 현행 공선법 제18조 제3항과 같이 선거범과 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두는 것, 구 공선법에서와 같이 선거범과 다른 죄의 경합범은 선거범으로 의제하는 규정을 두는 것, 구 사회보호법 시행령이 채택한 것과 같이 형기를 환산하는 규정을<sup>32)</sup> 두는 방법이 있다.

32) 구 사회보호법(2005. 8. 4. 법률 제7656호로 폐지) 제5조 제1호는“동종 또는 유사한 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기 합계 3년 이상인 자가 최종 형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때에 해당하고 제벌의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다”라고 규정하고, 같은 법 시행령(2005. 10. 13. 대통령령 제17987호로 폐지) 제2조 제2호는 위 법조항에 규정된 형기의 계산은 “형법 제37조 전단 및 제40조 규정에 의하여 형을 선고받은 경우에 동종 또는 유사한 죄 이외의 죄가 경합되어 있고, 동종 또는 유사한 죄 이외의 죄에 정한 형이 가장 중한 때

그런데 위 문제를 입법에 의하지 아니하고 현행 규정으로 처리할 때에는, 선거범죄와 다른 죄의 형법 제37조 전단의 경합범에 대해 법원이 형법 제38조 제1항의 원칙에 충실하여 하나의 형을 선고하여야 할 것인지, 변론을 분리하여 따로 선고하여야 할 것인지, 변론은 분리하지 아니하고 다만 판결에서 선거범으로 인한 형과 다른 죄로 인한 형을 구분하여 2개의 형을 선고하여야 할 것인지, 아니면 하나의 형을 선고하되 그 이유에서 선거범에 해당하는 형을 특정해 주어야 할 것인지 여부가 명확하지 아니하다. 이 경우 법원에서는 변론을 분리하지 아니하고 하나의 형을 선고하며, 선거범의 양형도 특정하지 아니하는 것이 통상의 실무처리 방식이다. 그런데, 만약 법원에서 위와 같이 하나의 형을 선고한다면, 그 중에서 공무담임 등의 제한을 가져 올 수 있는, 즉 ‘이 법에 규정된 죄를 범함으로써 인하여’ 선고받은 형을 어떻게 구분해 낼 것인지가 명확하지 아니하다. 이 때 선고된 전체의 형을 ‘이 법에 정해진 죄를 범함으로써 인하여’ 선고받은 형으로 보는 것, 구 사회보호법 시행령 조항의 경우와 같이 형량의 일부만을 고려하는 방법, 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 정해진 형 전부를 선거범죄의 형이 아닌 것으로 보는 방법을 생각해 볼 수 있으나 불합리하여 채택하기 어렵다. 위와 같이 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄가 검사에 의해 경합범으로 기소되거나 법원에 의해 변론이 병합된 경우에, 공무담임 제한의 범위와 내용을 정하는데 기준이 될 형량을 합리적으로 결정하는 내용을 전혀 포함하지 아니하고 있어 헌법상의 명확성의 원칙에 어긋나므로 헌법에 위반된다.

3) 별개의견(재판관 1인): 이 사건 법률조항은 지방교육자치에 관한 법률 위반의 선거범죄만으로 인하여 선고형이 100만 원 이상의 벌금형이 확정되면 그 공무담임권을 제한함을 분명히 규정하고 있으므로, 선거범 의제조항과는 달리 공무담임권을 과도하게 제한받을 여지는 없다. 문제는 그 선거범죄와 다른 범죄의 경합범의 처리에 관한 형법총칙에 대한 특칙규정을 두고 있지 아니함에 따라, 만약 법원이 경합범 처리의 일반총칙규정에 따라 위 선거범죄와 다른 일반범죄를 하나의 형으로 선고한 경우에는 이 사건 법률

---

에는 선고된 형의 2분의 1을 형기로 하되, 경합된 동종 또는 유사한 죄 중 가장 중한 죄에 정한 형의 장기를 초과할 수 없다”고 규정하였다.

조항에 따른 공무담임권의 제한이 확정되지 아니한 결과를 야기하게 된다 (법원이 형사소송법 제300조에 근거하여 변론을 분리하거나 별도의 형으로 선고하는 경우에는 문제가 없지만, 변론을 분리하지 아니하거나 하나의 형을 선고하였다고 하더라도 경합범처리에 관한 명문의 특칙 규정이 없는 이상 법원의 위와 같은 판결이 위법하다고 볼 수는 없다). 현행 절차법상 판결확정 후 그 공무담임권 제한 여부를 결정하기 위하여 별도로 형을 분리하여 선고할 수 없는 이상, 이와 별도로 후일 선거에서 중앙선거관리위원회의 입후보 제한 등의 절차에서 그 당사자를 배제할 방도 또한 마련되어 있다고 볼 수도 없어, 선거범죄로 공무담임권의 제한의 효과를 가려내어 확정시킬 현행법상 수단을 찾아볼 수 없다. 그 결과 선거범죄만 저지른 자, 다른 일반범죄와 경합범으로 처벌받았으나 변론이 분리되어 별개의 형으로 선고받은 자는 공무담임권을 제한받게 되는 데 비하여, 같은 죄질임에도 우연히 변론을 병합하여 하나의 형으로 선고되어 그 공무담임권 제한이 확정되지 아니하여 달리 취급되는 불평등한 결과를 야기시킬 수 있고, 이는 헌법상 평등의 원칙에 위배될 소지가 있다.

그리고 경합범 처리에 관한 특칙규정은 이 사건 법률조항과는 본질상 별개의 것이어서 이 사건 법률조항에 포섭되는 것은 아니므로 그 규정을 두지 아니한 것은 헌법불합치로서 해결할 문제가 아니고 입법부작위로서만 해결될 수 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항 자체는 헌법에 위반되지 아니한다고 보지만, 이 사건 법률조항과 관련하여 경합범 처리에 관한 특칙규정을 두지 아니함으로써 위헌적인 결과를 야기하였으므로, 이 부분에 대하여는 입법부작위위헌확인을 선언하여야 한다.<sup>33)</sup>

33) 결국 이 사건 법률조항 자체는 명확하여 위헌이 아니지만, 경합범처리에 관한 특칙규정을 두지 않은 것이 입법부작위로서 위헌이라는 것이므로, 위 입법부작위는 불완전·불충분한 규율을 의미하는 부진정입법부작위가 아니라 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니한 경우를 의미하는 진정입법부작위에 해당한다는 취지이다. 그런데, 선례에 의하면, 진정입법부작위에 대한 헌법소원심판청구는, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였는데도 입법자가 상당한 기간 내에 이를 이행하지 않거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에 한하여 허용된다고 할 것인데(헌재 2003. 5. 15. 2000헌마192등, 판례집 15-1, 551, 558 참조), 경합범처리에 관한 특칙이 위와 같은 사항이라고 보기는 어려워

## (2) 명확성원칙의 위배 여부

### (가) 의의 및 쟁점

1) 법치국가 원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다. 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행이 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다(헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498 참조). 즉, 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 주어야 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있는 것인데, 법규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 국민이 알 수 없다면, 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 법집행 당국에 의한 자의적 집행이 가능하게 될 것이다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 268-269; 헌재 1998. 4. 30 95헌가16, 판례집10-1, 327, 341-342; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179 참조).

2) 이 사건의 경우를 보면, 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대한 분리 선고 규정은 두지 않은 채, ‘제85조 제3항의 죄(선거범죄)를 범하여’ 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람에 대하여 일정한 기간 동안 새마을금고의 임원 자격을 제한하도록 규정하고 있다. 따라서 그 반대해석상 ‘제85조 제3항의 죄(선거범죄)가 아닌 다른 죄를 범하여’ 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 경우에는 이 사건 법률조항에 의하여 임원 자격을 제한할 수 없다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 새마을금고법상 선거범죄와 다른 죄가 동시적 경합범(형법 제37조 전단)인 경우에, 분리 선고 규정이 존재하지 않음으로 인하여 가중주의 원칙에 따라 하나의 벌금형이 선고된 경우, 과연 그 선고형 중에서 임원 자격의 제한 여부와 관계되는 ‘선거범죄(제85조 제3항의 죄)로 인한’ 벌금형량만을 가려냄으로써 임원의 결격 사유 해당 여부를 확정할 수 있을지의 문제가 제기된다. 즉 분리 선고 규정을 두지 않은 이 사건 법률조항이, 선거범죄와 다른 죄의 동

---

보인다[정주백, "지방교육자치에관한법률 제164조 위헌소원 등", 헌법재판소결정해설집(2004년), 헌법재판소, p.103 참조].

시적 경합범에 대해 벌금형이 선고된 경우 임원의 결격 여부의 기준이 되는 선거범의 형량을 가려내게 할 수 있을 정도로 명확한 내용을 가진 조항 인지의 문제이다.

(나) 관련 선례의 범정의견에 따른 명확성원칙 합치론

위 관련 선례의 범정의견에 따라 이 사건 법률조항의 명확성원칙의 위배 여부를 검토하면 다음과 같다.

1) 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄가 형법 제37조 전단의 경합범인 경우 이를 어떻게 처리할 것인가에 대하여는 별도로 규율하고 있지 아니하나, 이것은 선거범죄에 대한 양형재량권을 갖고 있는 법원에 새마을금고 임원 자격의 제한 여부를 모두 일입한 것으로 볼 수 있다.

2) 새마을금고법 제85조 제3항은 제22조 제2항 및 제3항을 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있어<sup>34)</sup> 그 벌금형의 범정형은 하한이 없고 상한만 규정되어 있긴 하나, 위와 같은 새마을금고법상 선거범(제85조 제3항의 죄)과 역시 범정형의 상한만 규정되어 있는 선거범이 아닌 다른 죄를 경합범으로 재판하는 경우라도, 이 사건 법률조항에서 말하는 ‘100만 원 이상의 벌금형’은 범정형이나 처단형이 아닌 선고형을 말하는 것이므로, 입법부로부터 선거범에 대한 폭넓은 양형재량권을 부여받은 법원으로서 새마을금고 임원의 자격이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정하게 된다. 이 사건의 경우 청구인에 대하여 명예훼손죄의 벌금형(1,000만 원 이하)에 새마을금고법상 선거범죄(제85조 제3항의 죄)의 벌금형(500만 원 이하)을 경합가중하여 벌금 200만 원으로 형을 정한 것은 청구인의 새마을금고의 임원 자격을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것으로 볼 수 있다.<sup>35)</sup>

3) 나아가 새마을금고법상 선거범이 아닌 다른 일반 죄의 범정형이 징역형 밖에 없거나 벌금형의 하한이 200만 원 이상으로 규정되어 있는 경우

34) 개정 새마을금고법(2014. 6. 11. 법률 제12749호로 개정된 것, 2014. 12. 12. 시행 예정) 제85조 제3항은 2년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하여 벌금형을 상향하였으나, 여전히 상한만을 규정하고 있다.

35) 그 취지상 위 선고형 전부를 선거범에 대한 형량으로 의제하는 해석방법을 전제하는 것이고, 이로써 분리 선고 규정이 없더라도 임원 자격의 제한 여부에 관계되는 선거범의 형량을 확정할 수 있다는 논리로 귀결된다.

와, 선거범이 아닌 죄의 선고형량이 벌금 100만 원 이상인 반면 경합범인 새마을금고법상 선거범죄는 벌금 100만 원 미만으로 처벌할 수 있는 범죄인 경우에도, 법원으로서의 직권 또는 신청에 의하여 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있다.

4) 따라서 이 사건 법률조항은 선거범인 죄와 선거범 아닌 죄가 형법 제37조 전단의 경합범으로 되는 경우 선거범의 형량을 확정할 수 없게 할 정도로 불명확한 내용을 가진 조항이라고 할 수 없으므로, 헌법상 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 대법원의 법률해석과 실무관행에 따른 명확성원칙 합치론<sup>36)</sup>

#### 1) 법정의견에 대한 검토

가) 위와 같이 관련 선례의 법정의견이 이 사건 법률조항은 선거범죄와 비선거범죄가 형법 제37조 전단의 경합범으로 되는 경우 선거범의 형량을 확정할 수 없게 할 정도로 불명확한 내용을 가진 조항이라고 할 수 없다고 보는 논거는, 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두지 않은 것은 선거범죄에 대한 양형재량권을 갖고 있는 법원에 임원 자격의 제한 여부를 모두 일입한 것이라는 전제 아래, ① 선거범죄와 비선거범죄의 범정형이 상한만 규정되어 있는 경우에는 폭넓은 양형재량권을 부여받은 법원이 임원의 자격이 제한되는 사정을 고려하여 그 경합범에 대하여 선고형인 벌금액을 정하게 되므로, 경합범가중을 통해 벌금 100만 원 이상을 선고하는 경우 청구인의 임원 자격을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것으로 볼 수 있고, ② 비선거범죄의 처단형이나 선고형을 벌금 100만 원 이상으로 정할 수 밖에 없는 경우에도 법원은 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있기 때문이라는 것이다.

나) 그런데 위와 같은 ①, ②의 논거가 법원의 법률해석과 실무에서 그대로 적용될 수 있는지, 현실적으로 가능한 입론인지에 대한 검토가 필요하다.

#### 2) 법원의 양형재량권 행사에 의한 임원 자격 제한 여부의 확정 가능성

##### 가) 공직선거법 제18조 제3항의 입법취지

대법원은 “공직선거법 제18조 제3항은 선거범과 다른 죄의 경합범에 대

36) 명확성원칙에 반하지 않는다는 결론은 법정의견과 같으나 그 입론을 달리 한다.

하여는 형법 제38조의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다고 규정하고 있는바, 그 취지는 선거범이 아닌 다른 죄가 선거범의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위하여 단지 형법 제38조의 적용을 배제하고 분리 심리하여 형을 따로 선고하여야 한다는 것이다.”라고 일관되게 판시하고 있다(대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결, 대법원 2004. 4. 27. 선고 2002도315 판결, 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003도3090 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도606 판결 등).<sup>37)</sup>

나) 법원의 양형재량권

㉠ 대법원은, 명문의 규정이 없는 경우에 분리 선고 규정을 유추적용할 수 있는지가 문제된 사안에서, “농업협동조합법 제173조도 ‘…당해 선거에 있어서 제172조에 규정된 죄를 범하여 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.’라고 규정하고 있으므로, 농업협동조합 임원의 선거에 있어서도 선거범이 아닌 다른 죄가 선거범의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화할 필요가 있다고 볼 수도 있겠으나, 이를 위하여 형법 제38조의 규정과 달리 선거범이 아닌 다른 죄를 분리 심리하여 따로 선고하도록 할 것인지 여부는 입법자의 결단에 따른 입법으로 해결되어야 할 것이고, … 유추적용할 수는 없다”(대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도606 판결)고 판시하고, 당선무효사유에 해당하는 선거범과 다른 선거범의 경합범에 대하여 분리하여 형을 선고할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서 “공직선거법 제265조는 선거사무장 등이 당해 선거에 있어서 같은 법 제230조 내지 제234조, 제257조 제1항 중 기부행위를 한 죄 등을 범함으로 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형을 선고받은 때에는 그 후보자의 당선을 무효로 하도록 규정하고 있어, 후보자의 선거사무장 등이

37) 따라서 선거범과 상상적 경합관계에 있는 다른 범죄에 대하여는 여전히 형법 제40조에 의하여 그 중 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌해야 하고, 그 처벌받는 가장 중한 죄가 선거범인지 여부를 묻지 않고 선거범과 상상적 경합관계에 있는 모든 죄는 통틀어 선거범으로 취급하여야 한다고 한다. 한편, 공직선거법 제18조 제3항에 따른 공판절차의 진행은 사건기록을 분리할 필요는 없이 처음 공판기일에 선거범을 다른 죄와 분리 심리할 것을 결정 고지하고, 같은 기록에 별도의 공판조서를 작성하여 진행하며, 판결은 특별한 사정이 없는 한 하나의 판결문으로 선고하되, 형만을 분리하여 선거범에 대한 형벌과 그 밖의 죄에 대한 형벌로 나누어 정하면 된다고 한다(대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결).

위 법조항에 정하여진 선거법과 아울러 그 밖의 선거법으로 공소제기되는 경우 후보자의 당선이 무효로 되는지 여부를 명확히 하기 위하여 위 법조항에 정하여진 선거법에 대한 선고형을 당선무효 여부와 무관한 그 밖의 선거법에 대한 선고형과 구분할 필요가 있기는 하나, … 위 법조항에 정하여진 선거법에 대한 형을 그 밖의 선거법과 분리하여 선고하기 위하여는 형법 제38조의 예외를 인정한 명문의 규정이 있어야 한다.”(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도4986 판결)고 판시하고, 형법 제38조의 경합범 처벌의 예외를 규정한 구 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항(분리 선고 조항)이 위헌적인 법률조항인지 여부가 문제된 사안에서, “…판결이 확정되지 아니한 수개의 죄를 단일한 형으로 처벌할 것인지 수개의 형으로 처벌할 것인지 여부 및 가중하여 하나의 형으로 처벌하는 경우 그 가중의 방법은 입법자의 재량에 맡겨진 사항이라 할 것이고, 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항은 선거법에 대한 제재를 강화하여 선거풍토를 일신하고 공정한 선거문화를 정착시키려는 측면에서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 법원으로서 선거권 및 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형을 정하게 되므로 위 법률조항에 따른 처벌이 형법상 경합범 처벌례에 의한 처벌보다 항상 불리한 결과가 초래된다고 할 수 없어 위 법률조항이 형법상 경합범 처벌례를 규정한 조항과 비교하여 현저히 불합리하게 차별하는 자의적인 입법이라고 단정할 수 없다.”(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003도3090 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도9584 판결)고 판시하였다.

㉞ 위 판시내용을 보면, 대법원 역시 분리 선고 규정이 없어 형법 제38조의 처벌례를 따를 경우 선거법이 아닌 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치게 됨(즉, 선거법과 비선거법의 경합범에 대한 선고형 전부를 선거법에 대한 형량으로 의제하게 됨) 전제로 하고 있다. 이는 법원이 피고인의 임원 자격이 제한될 수 있는 사정을 고려하여 양형을 하므로 그 선고형 전부를 선거법의 형량으로 보더라도 문제되지 않고, 이로써 임원 자격의 제한 여부와 관계되는 선거법의 형량을 확정할 수 있다는 것으로 귀결된다. 따라서, 위 ①의 논거와 관련하여서는 법정의견은 대법원의 법률해석·적용과 궤를 같이 하는 것으로 현실적으로 적용가능한 것이라 할 수 있다.

3) 변론의 분리의 가부

가) 분리 선고 및 변론의 분리에 대한 대법원의 태도

㉠ 분리 선고 규정의 유추적용 가부

대법원은 “공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항의 취지는 선거법이 아닌 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위하여 단지 형법 제38조의 적용을 배제하고 분리 심리하여 형을 따로 선고하여야 한다는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 경합범의 처리에 관한 일반 규정인 형법 제38조에 대한 예외 규정이므로 공직선거및선거부정방지법이 적용되지 않는 다른 선거범죄에 대하여도 형법 제38조의 적용을 배제하고 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 심리하여 따로 선고하려면 위 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항처럼 예외를 인정한 명문의 규정이 있어야 한다. 농업협동조합법 제173조도 ‘조합 또는 중앙회의 임원선거의 당선인이 당해 선거에 있어서 제172조에 규정된 죄를 범하여 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.’라고 규정하고 있으므로, 농업협동조합 임원의 선거에 있어서도 선거법이 아닌 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화할 필요가 있다고 볼 수도 있겠으나, 이를 위하여 형법 제38조의 규정과 달리 선거법이 아닌 다른 죄를 분리 심리하여 따로 선고하도록 할 것인지 여부는 입법자의 결단에 따른 입법으로 해결되어야 할 것이고, 그와 같은 입법의 조치도 없는 마당에 그 적용 범위를 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 국한하고 있는 공직선거및선거부정방지법의 제18조 제3항을 농업협동조합 임원의 선거법 재판절차에 유추적용할 수는 없다.”고 판시하였다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도606 판결).

㉡ 형사소송법 제300조에 의한 변론의 분리 가부

대법원은 2008도4986 사건에서, 공직선거법상 당선무효 사유에 해당하는 선거범죄와 당선무효와 무관한 선거범죄를 형사소송법 제300조에 따라 변론을 분리하여 따로 형을 선고한 1심판결을 유지한 원심에 대하여<sup>38)</sup>, “공

38) **1심에서** 형사소송법 제300조에 의하여 변론을 분리한 이유는, 당선무효 사유에 해당하는 선거범죄(해당 사건에서는 공직선거법 제230조에 해당하는 범죄)와 당선무효와 무관한 선거범죄에 대하여 형법 제38조 제1항 제2호의 경합범 처벌례

직선거법 제18조 제3항은 선거범이 아닌 다른 죄와 선거범 사이에 따로 형을 선고하도록 규정하고 있을 뿐, 당선무효사유에 해당하는 선거범과 그 밖의 선거범을 분리하여 형을 선고하도록 규정하고 있지는 않고 달리 그와 같은 규정을 두고 있지도 아니하므로, 현행 공직선거법의 규정만으로는 제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효)가 정하는 선거범을 그 밖의 선거범과 분리하여 형을 선고할 수는 없고 다른 경합범과 마찬가지로 형법 제38조가 정하는 처벌례에 따라 형을 선고하여야 한다.<sup>39)</sup> 이와 달리 원심은, 당선인의 직계비속인 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 선거운동과 관련된 금품제공으로 인한 공직선거법 위반의 점이 공직선거법 제265조 소정의 당선무효사유에 해당한다고 하여 형사소송법 제300조에 따라 그 밖의 공직선거법 위반의 점과 변론을 분리하여 심리한 후 각 죄에 대하여 별개의 형을 선고한 제1심판결을 유지하였는바, 이러한 원심의 판단에는 형법 제38조가 정하는 경합범의 처벌례에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 판시하였다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도4986 판결). 즉, 공직선거법 제18조 제3항과 같은 명문 규정이 없는 경우 동시적 경합범에 관하여 형사소송법 제300조에 따라 변론을 분리하고 별개의 형을 선고하는 것은 위법하다는 것이다.<sup>40)</sup>

---

에 따라 가중처벌하는 형을 선고하고 그 형이 공직선거법 제265조 소정의 당선무효 기준에 해당하는 경우, 해당 형에 당선무효 사유에 해당하는 선거범죄가 어느 정도 기여하였는지 여부 즉 후보자의 당선무효 여부를 판단하기가 어렵게 될 수 있어, 심리와 선고를 따로 하여 그에 기하여 당선무효 여부를 명확히 판단할 수 있도록 한 공직선거법 제18조 제3항의 입법취지에 부합하지 않기 때문이라 한다(울산지방법원 2008고합71). 원심은, 위와 같은 1심 판단이 법령위반이라는 검사의 주장에 대하여, 형사소송법 제300조의 규정상 변론을 분리 또는 병합할 것인가는 법원의 재량에 속하며, 1심이 위와 같이 변론을 분리하여 심리한다는 병합하지 아니한 채 2개의 형을 선고한 조치는 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 보기 어렵고 공직선거법 제18조 제3항의 입법취지에도 부합하는 적절한 조치라고 판시하였다(부산고등법원 2008노223).

39) 위와 같은 취지로, 공직선거법 제18조 제3항에 분리 선고하도록 규정된 죄 상하간[선거범(뇌물죄 등 포함)과 다른 죄, 회계책임자 등의 경우에는 제263조 및 제265조의 죄와 선거범(뇌물죄 등 포함)]이 아니라, 선거범과 뇌물죄 상하간 또는 제263조의 죄와 제265조의 죄 상하간에 분리 선고한 것이 위법이라는 판시도 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도832 판결, 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011도6311 판결, 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도9865 판결).

40) 위와 같은 해석에 따른다면, 형사소송법 제300조는 뒤에서 보는 수인의 피고인

나) 대법원의 법률해석에 따른 이 사건 법률조항의 적용

㉠ 위와 같이 법정의견은 법원이 양형에 있어 재량권을 가진다는 것 외에 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있다는 것을 중요한 근거로 삼고 있으나, 대법원의 법률해석에 따르면 공직선거법 제18조 제3항과 같은 명문 규정이 없는 경우 법원은 동시적 경합범에 관하여 위 공직선거법 규정을 유추적용하거나 형사소송법 제300조에 의하여 변론을 분리해서는 안되고, 형법 제38조가 정하는 가중주의 처벌례에 따라 하나의 형을 선고하여야 한다. 또한 그러한 해석의 취지상 판결 이유 등에서 선거범의 양형만을 따로 특정하는 방법도 채택할 수 없다.

㉡ 한편, 법원 실무상으로도 1인의 피고인에 대한 동시적 경합범에 대한 변론의 분리는 행하여지지 않는 것이 일반적이다. 변론의 분리는 동일한 법원이 수개의 병합된 사건을 분리하여 동일 또는 수개의 재판부에서 수개의 절차로 심리하는 것을 말한다.<sup>41)</sup> 따라서, 변론의 분리는 1인의 피고인에 대한 수개의 사건(공소사실)을 병합하여 심리하는 경우에도 허용되는 것이 논리적이거나, 실무상으로는 수인의 피고인에 대해서 병합심리를 하는 경우에 행하여지는 것이 보통이다. 즉, 어느 공판기일에 공동피고인 중 일부가 불출석한 경우나, 공동피고인 중 일부를 다른 공동피고인에 대한 공소사실과 관련한 증인으로 신문하는 경우 등<sup>42)</sup> 분리 후 조만간 다시 병합할 것이 예정되어 있는 경우에 주로 행해지고 있다.<sup>43)</sup> 위와 같이 1인의 피고인에

---

에 대한 ‘임시적(편의적) 분리’만을 전제로 한 것일 뿐, 형법 제38조와의 관계에서 문제되는 1인의 피고인에 대한 동시적 경합범의 경우(‘종국적 분리’)에는 배제되어야 한다는 것으로 귀결되는바, 위 형사소송법 조항을 위와 같이 한정적으로 해석하는 것이 위 조항이 예정하고 있는 본래의 입법목적에 부합하는 것인지는 의문이다.

41) 형사소송법 제300조가 예정하고 있는 변론의 분리는 동일한 수소법원에 의한 분리심리를 의미하므로, 조직법상 다른 법원에 속하는 수개의 재판부를 전제로 하는 수개의 사건들에 대하여 행해지는 심리의 병합이나 분리는 형사소송법 제6조 이하의 관할과 관련된 병합심리나 분리심리의 문제로서 형사소송법 제300조의 규율대상에는 포함되지 않는다[주석형사소송법(III) 제3판, 한국사법행정학회, p229-300 ; 신동운, 신형사소송법(제5판), p1094 등].

42) 공동피고인을 증인으로 심문하기 위해 변론을 분리할 필요가 없다고 보는 견해(백형구, 형사소송법강의, p695-696)도 있으나, 실무는 변론을 분리하는 것이 보통이다.

43) 그래서 이를 ‘임시적(편의적) 분리’라고도 부른다[법원실무제요 형사[II](2014년

대한 수개의 사건을 병합심리 하는 경우의 변론의 분리(이 경우 다시 병합이 예정되어 있는 경우와 비교하여 ‘중국적 분리’라 할 수 있고, 기록도 분리하여 조제하게 될 것이다<sup>44)</sup>)는 실무에서 거의 행해지지 않는데, 이는 변론의 병합이나 분리 여부는 법원의 재량에 속하지만 이를 결정함에 있어서는 피고인의 경합범 처벌례 조항 적용에 따른 이익, 공범 사이의 사건처리의 형평 등을 고려해야 할 것인데,<sup>45)</sup> 동시적 경합범에 대해 따로 분리 선고함으로써 결과적으로 합산주의를 따르게 되는 것에 비하여 가중주의에 의한 처벌을 규정한 형법 제38조를 적용하는 것이 피고인에게 유리하기 때문에 위 조항을 원칙적으로 적용하기 위한 것이라 할 것이다.<sup>46)</sup> 따라서, 공직선거법 제18조 제3항은 경합범 처리에 관한 일반 규정인 형법 제38조에 대한 예외규정이므로 형법 제38조의 적용을 배제하려면 명문의 규정이 있어야 한다는 위 대법원의 판시도 위와 같은 맥락에서 이해해 볼 수 있겠다.

㉠ 결국 법정의견이 중요한 근거로 삼고 있는 변론의 분리는 선거범죄와 다른 죄를 동시에 재판하는 당해 법원이 중국적으로 변론을 분리하여 형을 따로 선고하는 것을 예정하고 있으나, 이는 법률해석상 또는 실무상 허용되고 있지 않는 것이다. 법정의견이 변론의 분리를 상정하고 있는, 선거범이 아닌 다른 죄의 범정형이 징역형 밖에 없거나 벌금형의 하한이 200만원 이상으로 규정되어 있는 경우와, 선거범이 아닌 죄의 선고형량이 벌금 100만 원 이상인 반면 경합범인 선거범죄는 벌금 100만 원 미만으로 처벌할 수 있는 범죄인 경우에도, 법원으로서 변론의 분리 결정을 하여 따로 형을 정할 수 없고 형법 제38조의 가중주의 원칙에 의하여 하나의 형을 선고할 수 밖에 없다. 따라서 위 ㉠의 논거와 관련하여 형사소송법 제300조에 의한 변론의 분리를 근거로 임원의 자격 제한과 관련된 선거범의 형량을 확정해낼 수 있다는 법정의견의 입론은 현실적으로 적용할 수 없다.

개정판, 대법원 법원행정처) p437 참조].

44) 법원실무제요 형사[Ⅱ](2014년 개정판, 대법원 법원행정처) p437 참조

45) 법원실무제요 형사[Ⅱ](2014년 개정판, 대법원 법원행정처) p435 참조

46) 변론을 분리하여 따로 형을 선고하는 경우, 임원 자격의 결격 여부와 관련하여서는 피고인에게 유리할 수 있어도 형벌의 적용 자체만 놓고 본다면 피고인에게 불리하게 된다.

4) 소결

가) 위와 같이 대법원의 법률해석과 법원의 실무관행에 의할 때, 형법 제38조의 예외를 규정한 명문 규정이 없이는 형사소송법 제300조에 의해서도 변론의 분리를 할 수 없으므로, 변론의 분리가 가능한 법원 실무를 전제로 하는 법정의견의 논거로는 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 합치된다는 결론을 도출할 수 없다.

나) 그러나, 위에서 ①, ②의 논거에 관하여 검토한 바를 종합할 때, 대법원의 법률해석과 법원의 실무관행은, 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두고 있지 않으므로 법원으로서 선거범과 비선거범의 경합범에 대하여 변론을 분리할 수 없고 형법 제38조의 가중주의 원칙에 의하여 하나의 형을 선고하여야 하며, 이 경우 법원은 피고인이 임원의 자격이 제한될 수 있다는 사정을 고려하여 선고형을 정하므로 그 선고형 전부를 선거범의 형량으로 의제하는 방법에 의하여 임원 자격의 제한 여부를 가려낼 수 있다는 것으로 확고하게 정착되었다고 할 것이다. 따라서 위와 같은 취지에서 즉, 법원의 판례와 실무의 정착으로 법률조항의 불명확성이 치유되었다는 점에서(그 치유의 방향이 타당한 것인지는 별론으로 하더라도) 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

다) 한편 같은 취지에서, 이 사건 법률조항은, 선거범죄와 다른 죄를 병합하여 재판하는 경우에 선거범죄 부분에 대해서 따로 형을 선고하거나 선고형 중의 일부를 선거범에 대한 형으로 특정하도록 하는 등, 임원 자격의 제한의 범위와 내용을 정하는데 기준이 될 형량을 합리적으로 결정하는 내용을 전혀 포함하지 않고 있어 명확성원칙에 위반된다는 위 관련 선례의 반대의견도 타당하다고 볼 수 없다.

라) 따라서 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두지 않았다고 하여 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 과잉금지원칙의 위배 여부

(가) 심사기준

직업선택의 자유에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 바와 같이 반드시 법률로써 하여야 하고, 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리

등 정당하고 중요한 공공의 목적을 달성하기 위하여 필요하고 적정한 수단과 방법에 의하여서만 가능하다(헌재 2012. 4. 24. 2010헌마605).

(나) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

1) 다수의 일반 국민들을 대상으로 금융업을 주로 함으로써 금융기관 유사의 지위를 갖는 새마을금고의 특성상, 그 경영을 책임지는 임원은 금융기관의 임원과 마찬가지로 고도의 윤리성이 요구되므로, 그러한 임원을 선거로 선출함에 있어서는 부정·타락행위를 방지하고 선거제도의 공정성을 확보해야 할 필요가 있다.

2) 이 사건 법률조항은 새마을금고 임원 선거 과정에서 선거범죄를 범하여 100만 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우 선출된 임원직에서 당연히 퇴임하게 함으로써 새마을금고 임원 선거의 공정성을 도모하기 위한 것으로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.

(다) 침해의 최소성

1) 관련 선례의 법정의견에 대한 검토

가) 관련 선례의 법정의견은, 선거범죄와 선거범 아닌 죄를 따로 재판하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우에 선고형량으로 인하여 선거권과 피선거권(이 사건의 경우에는 임원의 자격)이 제한되는 여부에 대한 모순 내지 문제점을 회피하는 수단이 마련되어 있는 이상 수단의 적정성, 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다는 입장이다.

나) 그런데 선거범죄와 선거범 아닌 죄를 따로 재판하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우에 선고형량으로 인한 임원 자격의 제한 여부에 관한 모순 내지 문제점을 회피하는 수단이 마련되어 있다는 것은, 앞서 살펴본 바와 같이 선거범과 비선거범의 경합범의 경우에도 폭넓은 양형재량권을 부여받은 법원이 임원의 자격이 제한될 수 있는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정한다는 것과 변론의 분리 결정을 하여 형을 따로 정함으로써 선거범에 대한 형량을 확정할 수 있다는 것을 의미하는 것으로 보인다. 그러나 그 중 후자(변론의 분리)의 방법은 형법 제38조의 예외를 인정하는 명문의 규정이 없는 이 사건 법률조항하에서는 채택될 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 전자의 문제인 법원이 양형재량권의 행사를 통해 경합범에 대한 선고형량으로 임원의 자격을 제한하게 되는 모순 내지 문제점

을 회피할 수 있는지에 관한 검토가 필요하다.

2) 법원의 양형재량권의 범위

가) 법정형에 법률상의 가중·감경 또는 작량감경을 한 처단형의 범위에서 구체적으로 선고할 형을 정하는 것을 양형이라 하고, 양형에 관하여는 법관의 광범위한 재량이 인정된다는 것을 양형재량권이라 한다. 양형에 관한 법관의 재량은 자유재량이 아니라 형사정책적 양형기준에 따라 합리적으로 판단해야 하는 법적으로 구속된 재량을 의미한다. 양형재량권은 행위자의 책임에 따른 형벌의 개별화를 구현할 수 있도록 행사되어야 하는 것이다. 형법은 양형판단의 자료로서 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황과 같은 사황을 규정하고 있다(형법 제51조).

나) 위와 같이 법원의 양형재량권은 행위자의 책임에 따른 형벌의 개별화를 위하여 부여된 것인바, 법원이 양형을 통하여 선고형을 정했을 때 그 선고형의 형량에 따라 부여되는 법률효과를 정할 재량권까지 법원의 양형재량권의 범위 내에 포함시킬 수는 없다. 이 사건에서 새마을금고의 임원 또는 후보자가 선거범죄를 범한 경우 그 행위에 대한 책임으로 벌금 100만원 이상을 선고할 것인지 그 미만을 선고할 것인지 여부는 법원이 양형재량권을 행사함으로써 정해될 것이지만, 어느 정도의 형량을 선고받은 사람에게 임원 자격을 박탈할 것인지 여부는 입법재량권의 영역의 문제이지 양형재량권의 행사로서 정해될 성질의 것이 아니다. 그런데 관련 선례의 법정의견에 따르면, 이 사건 법률조항이 분리 선고 규정을 두지 않은 것은 선거범죄에 대한 양형재량권을 갖고 있는 법원에 임원 자격의 제한 여부를 모두 일임한 것이라는 전제 위에서, 법원이 임원의 자격이 제한될 수 있는 사정을 고려하여 선거범죄와 비선거범죄의 경합범에 대한 선고형을 정함으로써 임원 자격의 제한 여부에 관한 내재적 판단을 하는 것이므로, 그 선고형으로 임원 자격의 제한 여부를 확정하면 된다는 것인데, 이는 결국 임원 자격의 제한 여부라는 법률효과가 법원의 양형재량권에 의해 정해지게 되는 것을 의미한다. 나아가 위와 같은 논리는 법원이 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 관하여 하나의 형을 선고하였을 때 그 선고형 전부를 선거범죄에 대한 형으로 보는 해석방법을 필연적으로 전제할 수밖에 없다. 위 2002헌바90

선례에서 법정의견은 “...이 사건 청구인에 대하여 뇌물공여의사표시죄의 벌금형(2천만 원 이하)에 이 범위반의 죄의 벌금형(1천만 원 이하) 등을 경합가중하여 벌금 500만 원으로 형을 정한 것은 청구인의 선거권과 피선거권을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것이다.”라고 판시함으로써, 선고된 하나의 형 전체를 선거권 또는 피선거권(이 사건에서는 임원 자격)의 제한에 관계되는 선거법에 대한 형량으로 의제하고 있음을 보여주고 있다. 그러나 이는 과거 공직선거및선거부정방지법상의 “선거법과 다른 죄의 경합범은 선거법으로 본다”는 의제조항을 취한 것으로, 그러한 내용의 명문 규정도 없는 이 사건 법률조항하에서 (임원 자격의 제한과 관련하여) 청구인에게 가장 불리한 그와 같은 방법을 적용하는 것은 옳다고 할 수 없다. 더욱이 형법 제38조의 적용을 배제하는 명문 규정이 없는 한 변론의 분리를 할 수 없다는 대법원의 법률해석에 의하여, 경합관계에 있는 다른 죄의 법정형이나 죄질이 선거범죄의 그것보다 훨씬 더 무거운 경우나, 특히 다른 범죄의 법정형이 징역형 밖에 없거나 또는 법정형의 하한이 벌금 200만 원 이상인 경우에도 법원은 분리 선고를 하지 못하고 하나의 형을 선고할 수밖에 없는데, 그 선고형 전체를 선거법에 대한 형량으로 의제하는 해석방법으로 인하여 불가피하게 임원 자격을 박탈하도록 하는 것은, “제85조 제3항의 죄(선거범죄)를 범하여” 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람의 임원 자격을 제한하도록 한 이 사건 법률조항의 명문 규정에도 명백히 반하는 것이다. 이는 선거범죄와 다른 죄의 경합범을 재판하는 경우 임원 자격의 제한 여부에 관계되는 선거범죄의 선고형량만을 명확히 가려낼 수 있도록 하는 방법을 입법으로 마련하지 않음으로써, 선거범죄의 형량 확정을 법원의 양형재량권의 문제로 포섭하도록 한 결과 생긴 모순이라고 할 것이다.

다) 이 사건에서도 청구인은 당해사건에서 새마을금고법상 선거범죄와 형법상 명예훼손죄의 경합범으로 재판받아 벌금 200만 원이 선고되었는데, 그 200만 원 중 임원 결격 사유와 관련되는 선거범죄(제85조 제3항의 죄)로 인한 형량의 비중이 100만 원 이상인지 그 미만인지 명확히 알 수 없음에도 불구하고, 법정의견에 따를 경우 법원이 임원 자격 제한 여부에 관한 내재적 판단을 통해 선고형을 정했다는 이유로 200만 원의 벌금형 전체를 선거범죄로 인한 형량으로 의제하여 청구인의 임원 자격을 박탈하게 되므

로 결과적으로 명문의 규정에 반하여 청구인에게 가장 불리한 결과를 초래하게 된다. 따라서 법원이 양형재량권의 행사를 통해 경합범에 대한 선고형으로 임원의 자격을 제한하게 되는 모순 내지 문제점을 회피할 수 있다고 보는 법정의견은 타당하지 않다.

### 3) 소결

가) 이 사건 법률조항이 일정한 형을 선고받은 선거범에 대하여 새마을금고 임원의 자격을 제한하는 것은 국민의 직업선택의 자유에 대한 중대한 제한에 해당하므로, 그 제한은 입법목적 달성을 위해 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 따라서 임원 자격의 제한 여부는 그 죄질과 가벌성의 정도에 따라 부과된 선거범죄에 대한 형량만을 기준으로 결정될 수 있어야 한다. 그러므로 입법자로서는, 선거범죄와 다른 죄가 검사에 의해 경합범으로 기소되거나 법원에 의해 변론이 병합된 경우에, 선거범죄 부분에 대해서 따로 형을 선고하도록 하든지, 법원이 선거범죄에 대한 형량만을 구분하여 명시하도록 하든지, 혹은 선고된 한 개의 형 중 일부를 선거범에 대한 형으로 정하도록 하는 등의 내용을 마련함으로써, 선거범죄가 아닌 다른 죄가 선거범의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위한 방안을 강구하여야 할 것이다.

나) 그런데 이 사건 법률조항은 이러한 조치를 전혀 취하지 아니한 채, 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범의 경우 하나의 형을 선고하고 그 선고형 전부를 선거범에 대한 형으로 의제하여 임원 자격의 제한 여부를 확정하도록 함으로써, 청구인의 새마을금고 임원으로서의 직업선택의 자유를 부당하게 제한하고 있다. 특히 선거범이 아닌 다른 죄의 법정형이 징역형밖에 없거나 또는 법정형의 하한이 벌금 200만 원 이상인 경우(작량감경을 하더라도 벌금 100만 원 이상을 선고할 수 밖에 없다)에는, 본래 임원 자격의 제한 여부의 기준이 되어야 할 선거범죄의 죄질이나 가벌성 정도와는 상관없이 무조건 임원의 자격이 박탈되는 결과가 되므로, 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘어서는 과도한 제한이라 아니할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

### (라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 달성하고자 하는 새마을금고 임원 선거제

도의 공정성 확보라는 공익에 비하여 새마을금고의 임원으로 이미 당선된 사람이 그 자격을 박탈당함으로써 제한받는 사익의 정도가 더 중대하다고 할 것이므로 법익균형성에도 위반된다.

(마) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다.

(4) 평등의 원칙의 위배 여부

(가) 쟁점

선거범죄만으로는 벌금 100만 원이 선고되지 않을 경우라 하더라도, 다른 죄와 함께 기소되어 경합범으로 재판받는 경우에는 100만 원 이상의 벌금이 선고되어 해당 임원이 임원직을 상실할 수도 있게 되어 똑같은 선거범죄에 관하여 다른 죄와 경합범으로 기소·재판받는 피고인과 다른 죄와 별도로 기소·재판받는 피고인을 차별적으로 취급하는 것이거나, 선거범죄와 다른 죄의 분리 선고 규정을 둔 공직선거법상의 선거범의 경우와 다르게 취급하는 것이어서 평등의 원칙에 위배되는지 여부의 문제이다.

(나) 선거범과 다른 죄를 분리하여 재판받는 경우와의 차별 여부<sup>47)</sup>

1) 위에서 본 바와 같이, 대법원의 법률해석에 따르면 새마을금고법상 선거범과 다른 죄의 동시적 경합범의 경우 법원은 하나의 형을 선고하여야 하고, 이 경우 법원이 하나의 형을 선고하였을 때 그 선고형 전부를 선거범에 대한 형으로 보는 해석방법을 전제하였던 것으로 볼 수 있으며, 이와 같이 선거범에 대한 형량으로 의제하는 태도는 헌법재판소의 관련 선례들의 법정의견 또한 마찬가지이다. 또한, 당장 감독관청이나 새마을금고로서는 법률조항이 불명확하다고 하여 선거범과 다른 죄의 경합범으로 재판받는 임원에 대해 자격 박탈 여부를 확정하는 조치를 미룰 수 없는 것이고, 법원에서 선고한 하나의 형을 스스로 분리하여 선거범죄에 대한 형량만을 가려낼 수도 없는 것이므로, 현실적으로 선거범과 다른 죄의 경합범에 대해 법원에서 선고한 하나의 형량을 기준으로 임원 자격의 제한 여부를 확

47) 위 97헌마16 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항 위헌확인 사건의 반대의견 중 관련부분을 참조함(헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 891, 892).

정·집행할 수 밖에 없을 것이다.<sup>48)</sup> 따라서 선거법과 다른 죄의 동시적 경합범의 경우 현실적으로 하나의 선고형 전부를 선거법으로 보는 해석방법을 적용할 수 밖에 없고 그에 따른 실무관행이 정립되어 있다고 할 것이므로, 이러한 해석·적용 방법이 선거법과 다른 죄를 분리하여 재판받는 경우와 비교하여 차별적인 취급에 해당하는지를 판단할 필요가 있다.

2) 살펴보면, 이 사건 법률조항은 비록 선거범죄를 범한 사람이라 하더라도 그 정도가 경미하여 100만 원 미만의 벌금형을 선고받은 경우에는 임원 결격사유에서 제외하고 있다. 그런데 선거범죄와 다른 범죄가 경합된 경우 선거범죄가 경미하여 그것만으로 처벌되는 때에는 100만 원 미만의 벌금형을 선고받을 수 있음에도 불구하고 다른 범죄와 경합범으로 함께 처벌되면 100만 원 이상의 벌금형을 선고받을 수 있으며, 그 선고형이 확정되면 현실적으로 선거법과 다른 죄를 모두 선거법으로 의제하는 해석방법에 따라 새마을금고 임원의 자격이 제한되게 된다. 더욱이 경합관계에 있는 다른 범죄의 법정형이 선거범죄의 법정형보다 훨씬 더 무거운 경우이거나, 특히 다른 범죄의 법정형이 징역형 밖에 없거나 또는 법정형의 하한이 벌금 200만 원 이상인 경우(작량감경을 하더라도 벌금 100만 원 이상을 선고할 수 밖에 없다)에는 무조건 임원의 자격이 박탈되는 결과가 된다. 그렇다면 만일 선거범죄와 다른 범죄에 대하여 별도로 기소, 처벌되었다면 임원 자격의 제한을 받지 않았을 것임에도 불구하고 경합범으로 기소, 처벌된다는 우연적 사정에 의하여 그 제한 여부가 달라지는 결과가 되므로, 새마을금고 임원의 자격 제한에 관한 법체계상 현저히 균형을 잃게 된다고 할 것이다.

3) 특히 경합범으로 기소할 것인지, 또는 별도로 기소할 것인지 여부는 전적으로 공소제기권자인 검사의 의사에 달려 있어 경우에 따라서는 자의가 개입할 소지도 전혀 없다고 단정할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 기소, 처벌되는 사람과 별도로 기소,

48) 실제 이 사건에서도 청구인은 당해사건의 판결(하나의 형으로 벌금 200만 원이 선고됨)에 따라 당연퇴임 되고, 이후 실시된 보궐선거를 통해 2013. 8. 22. 다른 사람이 새로운 이사장으로 취임하였다[청구인이 이 사건과 동시에 제기한 가처분신청 사건(2013헌바208 효력정지가처분)의 이해관계인 안전행정부장관의 의견서 및 증빙1(이 증거는 실제로는 본안 사건에 제출되었음) 참조].

처벌되는 사람 사이에 합리적 이유 없이 차별대우를 함으로써 헌법상 평등의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

#### (다) 공직선거법상의 선거범과의 차별 여부

이 사건 법률에 의한 선거는 자금의 조성과 이용, 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 새마을금고의 임원을 선출하기 위한 것으로, 국민주권과 주민자치를 실현하기 위하여 국민과 주민의 대표를 선출하는 공직선거법에 의한 선거와는 제도의 목적과 그 적용영역을 전혀 달리 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률에 의한 선거범과 공직선거법상의 선거범이 본질적으로 동일한 집단이라 할 수 없어, 그 선거범에게 자격 등을 제한하는 조항의 내용이 서로 반드시 일치하여야만 합리적인 것은 아니라고 할 것이다(물론 입법자가 이 사건 법률조항의 위헌성을 제거하기 위한 한 방법으로 공직선거법과 같은 조항을 두게 되는 것은 별개의 문제라 하겠다). 따라서 이 사건 법률조항이 새마을금고 임원선거에 있어서의 선거범을 공직선거법상 선거범의 경우와 다르게 취급하고 있다는 것만으로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

### 마. 단순위헌 선언 여부

#### (1) 헌법불합치 결정의 필요성<sup>49)</sup>

(가) 이 사건 법률조항은 앞에서 본 바와 같이 헌법상 명확성원칙에 위배되고, 선거범과 다른 죄의 경합범으로 재판받는 피고인을 분리하여 재판받는 경우에 비해 합리적 이유 없이 차별하는 규정이며, 과잉금지원칙에도 위배된다고 할 것이나, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 선언을 한다면 선거범에 대해 임원 자격을 제한할 수 있는 근거규정이 없어지게 되어 큰 혼란을 야기할 수 있다.

(나) 또한, 이 사건 법률조항은 선거범에 대해 임원 결격사유로 정한 것 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니라, 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범으로 재판받는 특수한 경우에 관한 규율이 흠결되어 위헌이라는 것이므로, 이 사건 법률조항에 대해 단순위헌을 선언할 것은 아니고 이 사건

49) 위 2002헌바90 사건의 연구보고서(2003. 11. 28. 보고연구관 김승대, 정주백)의 관련 부분을 원용함.

법률조항을 형식적으로 존속하게 하되 입법자에게 입법개선 의무를 부여하는 것이 타당하다. 그러므로 단순위헌 결정보다는 헌법불합치 결정을 함이 상당하다.

## (2) 입법개선의 시한

이 사건 결정에서는 입법자가 합헌적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 이 사건 법률조항을 계속 존속하게 하여 적용되도록 할 필요가 있다고 하여 입법개선의 시한을 명시하지는 않았으나, 입법자에게 실질적인 입법개선의 의무를 강제하는 데에 미흡할 수 있어 안타까운 면이 있다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 새마을금고법상의 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 경합범으로 재판하게 되는 경우 분리 선고 규정을 두지 않은 이 사건 법률조항이 헌법상 명확성원칙에는 위배되지 않으나, 과잉금지 원칙에 위반되어 새마을금고 임원이나 임원이 되고자 하는 사람의 직업선택의 자유를 침해하며, 선거법과 다른 죄를 분리하여 재판받는 경우와 비교하여 평등원칙에도 위배된다고 밝힌 것에 그 의미를 찾을 수 있다.

나. 나아가 부진정 입법부작위 위헌확인청구에 있어 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건의 재판의 전제성 및 심판대상의 문제를 다루었다는 점에 의의가 있다.



# 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제18조 제1항 등 위헌소원 등

- 골프장 건설을 위한 민간수용 사건-

(헌재 2014. 10. 30. 2011헌바129·172(병합), 판례집 26-2상, 639)

박 준 회\*

## 【관시사항】

1. 행정기관이 개발촉진지구 지역개발사업으로 실시계획을 승인하고 이를 고시하기만 하면 고급골프장 사업과 같이 공익성이 낮은 사업에 대해서 까지도 시행자인 민간개발자에게 수용권한을 부여하는 구 ‘지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률’(2005. 11. 8. 법률 제7695호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10762호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항의 ‘시행자’ 부분 중 ‘제16조 제1항 제4호’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법 제23조 제3항에 위배되는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명한 사례

## 【심판대상】

구 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률(2005. 11. 8. 법률 제7695호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10762호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항의 ‘시행자’ 부분 중 ‘제16조 제1항 제4호’에 관한 부분이다.

구 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률(2005. 11. 8. 법률 제7695호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10762호로 개정되기 전의 것)

제19조 (토지수용 등) ① 시행자는 지구개발사업의 시행에 필요한 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다. 다만, 시행자가 민간개발자(제30조의 규정

---

\* 헌법연구관

에 의한 지역개발법인의 경우에는 민간투자자의 출자비율이 100분의 50 이상인 경우에 한한다)인 경우에는 사업대상 토지면적의 3분의 2이상을 매입하고 토지소유자 총수 및 건물소유자 총수의 각 2분의 1이상에 해당하는 자의 동의를 얻는 경우에 한한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구의 경위

가. 남해군수는 2009. 10. 26. 골프장 및 리조트 건설을 목적으로 한 ‘○○ 클럽’ 조성사업을 위하여 주식회사 ○○를 ‘지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률(이하 ‘지역균형개발법’이라 한다)’의 개발촉진지구에서 시행되는 지역개발사업의 시행자로 지정·고시하고, 2010. 6. 1. 및 2010. 10. 20. 실시계획을 승인·고시하였다.

나. 주식회사 ○○는 위 개발사업에 편입된 경남 남해군 ○○면 ○○리 소재 4필지의 토지와 그 지상건물을 취득하기 위하여 그 소유자인 청구인과 보상협의를 하였으나 협의가 이루어지지 아니하자, 구 지역균형개발법 제19조 제1항에 의하여 경상남도 지방토지수용위원회에 위 토지에 대한 수용재결 신청을 하였고, 경상남도 지방토지수용위원회는 2010. 12. 21. 수용재결(이하 ‘이 사건 수용처분’이라 한다)을 하였다.

다. 주식회사 ○○는 이 사건 수용처분의 취지에 따라 보상금을 공탁한 뒤, 청구인을 상대로 부동산인도의 소를 제기하였고(창원지방법원 진주지원 2011가합231), 이 소송 계속 중 청구인은 구 지역균형개발법 제18조 제1항, 제19조에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였으나 2011. 6. 20. 기각되자, 2011. 7. 4. 헌법소원심판을 청구하였다(2011헌바129).

라. 한편, 청구인은 경상남도 지방토지수용위원회를 상대로 이 사건 수용처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(창원지방법원 2011구합1335), 그 소송 계속 중 구 지역균형개발법 제16조 제1항 제4호, 제18조 제1항, 제19조에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였으나 2011. 7. 28. 각하되자, 2011. 8. 5. 헌법소원심판을 청구하였다(2011헌바172).

## 2. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항은 행정기관이 개발촉진지구 지역개발사업으로 실시계획을 승인하고 이를 고시하기만 하면 개발사업 시행자가 민간개발자로서 골프장 사업과 같이 이윤추구만을 목적으로 하고 공공성이 전혀 없는 경우까지도 무제한적으로 수용권을 부여하고 있어 헌법 제23조에 근본적으로 위반되고, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에도 위반된다.

### 【결정요지】

1. 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있는바, ‘공익성’의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법 목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다. 그리고 ‘필요성’이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 하며, 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다.

그런데 이 사건에서 문제된 지구개발사업의 하나인 ‘관광휴양지 조성사업’ 중에는 고급골프장, 고급리조트 등(이하 ‘고급골프장 등’이라 한다)의 사업과 같이 입법목적에 대한 기여도가 낮을 뿐만 아니라, 대중의 이용·접근가능성이 작아 공익성이 낮은 사업도 있다. 또한 고급골프장 등 사업은 그 특성상 사업 운영 과정에서 발생하는 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 그 사업으로 인하여 강제수용당하는 주민들의 기본권침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 공익적 필요성이 인정되기 어려운 민간개발자의 지구개발사업을 위해서까지 공공수용이 허용될 수 있는 가능성을 열

어두고 있어 헌법 제23조 제3항에 위반된다.

2. 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정을 선고하면, 공공 필요성이 있는 지구개발사업 시행을 위한 민간개발자의 공공수용까지 허용되지 않는 결과가 되어 입법목적 달성이 어려운 법적 공백과 혼란이 예상되므로, 헌법불합치결정을 하되 이 사건 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하기로 한다.

### 재판관 박한철, 재판관 김창중, 재판관 강일원의 반대이견

헌법재판소는 이미 여러 차례 민간사업자에게 수용권을 주는 조항 자체는 합헌이라고 결정하였고, 민간개발자에게 관광단지 조성을 위하여 토지수용권을 부여한 관광진흥법 조항을 합헌으로 결정하면서 공공의 필요성을 인정하였다(헌재 2013. 2. 28. 2011헌바250). 관광단지 조성사업에 대해서 공공의 필요성을 인정할 수 있는 이상, 이미 지역균형개발법 상 개발촉진지구개발계획에 포함됨으로써 공익성이 있다고 평가받은 지구개발사업으로서의 관광휴양지 사업에 대해서도 마땅히 공공의 필요성을 인정할 수 있다.

이 사건 법률조항은 공익목적 위해 개발사업을 시행함에 있어 민간기업이 사업시행에 필요한 경우 토지를 수용할 수 있도록 규정할 필요가 있는 점, 수용에 요구되는 공공의 필요성 등에 대한 최종적인 판단권한이 국가와 같은 공적 기관에게 유보되어 있는 점, 공익성이 해태되지 않도록 보장하려는 제도적 장치를 갖추고 있는 점에서 헌법 제23조 제3항이 요구하는 ‘공공의 필요성’을 갖추고 있다.

## 【해 설】

### 1. 사인(私人)에 대한 토지 등 수용권 부여 제도

종래 토지 등 재산권에 대한 공용수용의 사업시행자는 국가, 지방자치단체, 공공단체가 일반적이었으나, 최근에는 경제규제완화·규제개혁에 따른 공기업 민영화와 민간기업의 공적업무 수행 요청이 증가하고 있고, 사회경제적 여건변화에 따라 공공성 개념의 수정으로 공용수용의 사업시행자가 민간기업, 개인, 조합 또는 민관합동법인까지로 확대되고 있다. 이에 사인

에 대하여 수용권을 부여하는 개별법률이 점차 증가하고 있다.

다만, 민간 사업수행자가 토지 등을 수용할 수 있는 사업은 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(이하 ‘공익사업법’이라 한다) 제4조 각호에 열거된 사업에 해당하여야 함은 물론 개별법에서 사인에게 수용권을 부여하고 있는 공익사업이어야 하며, 사업승인 또는 사업계획승인, 사업시행허가, 사업시행인가 등을 받아야만 비로소 토지 등을 수용할 수 있다. 개별법에서 사업시행인가고시 또는 실시계획승인가고시, 예정지지정고시 등이 있을 때 공익사업법 상의 공익사업으로 인정하는 고시로 의제하는 규정을 두고 있기 때문이다.

또한 개별법에서 사인에 대하여 공익사업을 위한 수용권을 부여하는 경우에도, 다음과 같이 국가나 지방자치단체 혹은 공공기관이 사업시행자일 경우보다 강화된 수용요건을 두고 있다.

법명	사인을 위한 토지 수용 근거 조항	수용 조건
도시개발법	제22조 제1항	○ 2/3 이상의 토지 소유 ○ 소유자 총수의 1/2 이상의 동의
기업도시개발 특별법	제14조 제1항, 제3항	재결 신청은 개발구역 1/2이상 확보(토지소유권을 취득하거나 토지소유자로부터 사용동의를 얻은 것을 말한다) 후에 할 수 있음
도시 및 주거환경정비법	제28조 제5항	일정 수 이상의 토지소유자가 사업시행자 사업시행인가를 신청하기 전에 미리 총회를 개최하여 조합원 과반수의 동의를 얻어야 함
물류시설의 개발 및 운영에 관한 법률	제10조 제1항	별다른 조건 없음 (이 법의 전신인 유통단지개발촉진법은 제15조 제1항에서 사업대상토지면적의 3분의 2 이상을 매입하여야 토지 등을 수용할 수 있다고 규정함바 있음)
사회간접자본 시설에 대한 민간투자법	제20조	별다른 조건 없음

법명	사인을 위한 토지 수용 근거 조항	수용 조건
산업입지 및 개발에 관한 법률	제39의4	o 1/2 이상의 토지 소유 o 소유자 총수의 1/2 이상의 동의
관광진흥법	제54조 제4항	2/3 이상의 토지 소유

토지 등의 수용재결의 신청에 대하여 개별법에서는 공익사업법을 준용하도록 규정하고 있으며, 수용의 절차 및 보상에 관하여는 개별법에 규정되어 있는 것 외에 공익사업법을 준용하고 있다.

한편, 사인에 의한 토지수용의 경우 사인에 대한 공적 임무 계속을 확보하기 위한 수단을 두고 있는 법제도 있다. 예를 들어, ‘사회간접자본시설에 대한 민간투자법’ 제47조 제1항<sup>1)</sup>에서는 공익사업승인권자인 행정청이 공익을 위한 처분을 할 수 있도록 하여 공익사업의 계속성을 확보하도록 하고 있다.

## 2. 지역균형개발법의 입법목적 및 지역개발사업 개관

가. 헌법 제120조 제2항은 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.”라고 규정하고 있다. 우리나라는 1970~80년대 국토종합개발계획을 통하여 고도경제성장을 위한 국토기반을 구축하였으나, 다른 한편으로 수도권에 과밀로 인한 비수도권과의 격차 문제, 도시와 농촌 지역 간의 지속적인 불균형 문제, 성장지역과 도서·오지·폐광지역·접경지역 등 낙후지역 간의 격차 문제는 날로 심각해졌다. 이에 1993. 12. 17. 국토개발에 따른 지역 간 격차 및 지역 불균형 문제를 해결하기 위해 지역균형발전법이 제정되었다.

1) 제47조(공익을 위한 처분) ① 주무관청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법에 따른 지정·승인·확인 등을 받은 자에 대하여 제46조에 따른 처분을 할 수 있다. 이 경우 심의위원회의 심의를 거쳐 지정된 사업에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

1. 사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위하여 필요한 경우
2. 사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여 필요한 경우
3. 전쟁, 천재지변 또는 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우

지역균형개발법의 목적은 “국토를 합리적으로 이용·개발·보전하기 위하여 지방의 발전잠재력을 개발하고 민간부문의 자율적인 참여를 유도하여 지역개발사업이 효율적으로 시행될 수 있도록 함과 아울러 지방중소기업을 적극적으로 육성함으로써 인구의 지방정착을 유도하고 지역경제를 활성화시켜 국토의 균형 있는 발전에 기여함”에 있다(제1조).

나. 지역균형개발법의 지역개발사업에는, ① 개발촉진지구<sup>2)</sup> 지역개발사업(제14조에서 정한 개발촉진지구 개발계획에 따라 개발수준이 다른 지역에 비하여 현저하게 낮은 지역 등의 개발을 촉진하기 위하여 시행하는 사업), ②특정지역개발사업(제26조의4에서정한 특정지역개발계획에 따라 새로운 지역경제의 구축 또는 문화유산의 보존 등의 특정 목적을 위하여 시행하는 사업), ③ 지역종합개발지구 개발사업(제38조의3에서 정한 지역종합개발지구 개발계획에 따라 공공기관의 유치 등 지역의 혁신거점 구축, 특화 발전을 선도하기 위하여 시행하는 사업)이 있다.

이 사건에서 문제된 개발촉진지구 지역개발사업(이하 ‘지구개발사업’이라 한다)은 지역균형개발법의 중점 사업으로서, 낙후된 지역의 생활환경 개선 및 소득기반 조성을 통하여 인구의 지방정착과 지역경제 활성화를 목표로 한다.

2) 개발촉진지구는 낙후지역형, 도농통합형, 균형개발형의 3가지 유형으로 구분되며 (법 제10조 제2항, 시행령 제12조 제1항), 1996년 1차 지구가 지정된 이래 현재까지 6차에 걸쳐서 44개 지구가 지정되었다(낙후지역형은 7개도에 39개 지구, 도농통합형은 3개 지구, 균형개발형은 2개 지구). 낙후지역형 개발촉진지구에는 2008년 말 현재 628개 사업이 계획되어 있는데 이 중 45%의 사업이 완료되었다.

당해사건에서 문제된 남해·하동 개발촉진지구는 낙후지역형으로 분류된다. 이현주, 김미숙, 안계성, ‘개발촉진지구사업을 통한 지역개발사업의 낙후도 개선효과에 관한 연구’ LHI Journal, 2010, 84.

차수	년도	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남
1차	'96	탄광지역	보은	청양	진안·임실	신안·완도	문경·봉화·예천	하동·산청·함양
2차	'97	영월·화천	영동	홍성	장수	곡성·구례	영주·영양	의령·합천
3차	'98	평창·정선		태안	순창	장흥·진도	의성상주	남해·하동
4차	'00	양구·양양		보령	고창	보성·영광	안동·청송	합천·산청
5차	'01	횡성	단양·괴산		무주	화순강진	울진·영덕	함양

<낙후지역형 개발촉진지구>

다. 구 지역균형개발법에 의한 개발은 ● 개발촉진지구의 지정 ⇒ ● 개발계획 수립3) ⇒ ● 사업시행자 지정 ⇒ ● 실시계획의 작성, 승인 ⇒ ● 실시계획의 고시로 사업인정 의제 및 사업시행에 필요한 토지 등 수용의 과정을 거치게 된다.

지구개발사업의 시행자로 지정되면 지구개발사업 실시계획을 작성하여 행정기관의 승인을 받아야 하고, 행정기관이 이를 승인하고 고시하면 공익사업법에 의한 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 간주되며(제17조, 제19조 제2항), 시행자는 지구개발사업의 시행에 필요한 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있게 된다(제19조 제1항). 시행자가 민간개발자4)(제30조에 따른 지역개발법인의 경우에는 민간투자자의 출자비율이 100분의 50 이상인 경우만 해당한다)인 경우에는 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상을 매입하고 토지소유자 총수 및 건물소유자 총수의 각 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 받은 경우에 그 토지 수용 또는 사용이 가능하다(제19조 제1항).

- 3) 개발계획에는 ①생산기반의 조성 및 이에 부대되는 사업, ②주민생활환경 개선을 위한 시설의 설치·개량 사업, ③교통시설, 용수공급시설 등 지역발전을 위한 기반 시설 정비사업, ④관광휴양지 조성, 지역특화산업의 육성 등 주민소득 증대에 이바지할 수 있는 사업, ⑤자연환경 보전 등에 필요한 환경 관련 사업, ⑥그 밖에 해당 개발촉진지구의 지정목적 달성을 위하여 필요하다고 인정되어 국토해양부장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 선정한 사업이 포함되어야 한다(제14조 제7항 각호)

당해사건에서 문제된 개발사업은 ④관광휴양지 조성, 지역특화산업의 육성 등 주민소득 증대에 이바지할 수 있는 사업으로서, 남해·하동 개발촉진지구 지정 시 개발의 기본방향은 ‘남해안 관광과 지리산 관광을 연결하는 도로망 확보, 남해안 관광일주도로변 해양, 역사탐방형 관광지 조성’으로 명시되어 있다(건설교통부장관, 1998. 12. 24. 개발촉진지구 지정고시 및 개발계획 승인 참조).

통계에 의하면, 개발촉진지구에서 추진되는 개발사업은 주로 지역경제 활성화에 효율적이라고 판단되는 지역특화사업, 관광휴양지 조성사업, 기반시설사업이며, 이 가운데 지역특화사업 및 관광휴양지 조성사업은 민자유치가 큰 비중을 차지한다.

- 4) 지역균형개발법 제2조 제3호에서 “민간개발자”라 함은 개인, 상법 또는 민법에 의하여 설립된 법인 및 제30조의 규정에 의한 지역개발법인을 의미한다고 정의하고 있다.

### 3. 사인 수용에 관한 외국 입법례 및 판례

#### 가. 독일

독일 연방은 기본법 제74조 제1항 제18호에 근거하여 건설 및 도시계획에 대하여 연방건설법을 제정하였다. 도시의 건전한 발전을 위하여 수용을 하는 경우 연방건설법 제5장 제85조 이하에서 수용에 대한 규정을 두었다. 토지수용주체가 공행정주체든지 아니면 민간주체든지 혹은 민관협력방식에 의거하든지 불문하고 도시의 건전한 발전을 위하여 수용을 하는 경우에는 연방건설법 제5장의 규정을 적용받는다. 연방건설법 제5장의 규정은, 연방건설법 제85조 제1항의 목적으로 토지를 수용하는 한, 다른 모든 연방법적 혹은 주법적인 규정들을 대체한다. 연방건설법 제105조에 의하여 수용의 신청은 수용될 토지를 표시한 신청서를 게마인데(Gemeinde)에 제출한다. 수용신청자는 연방건설법 제85조 제1항의 수용목적에 달하고자 하는 국가, 공공단체 혹은 사인이 될 수 있다. 사인이 사업시행자가 되는 이러한 현상은 공용수용이라는 법제도가 그 주체에 의해서 결정되는 것이 아니라 그 공익성에 의하여 허용여부가 결정되는 것임을 전제로 하고 있는 것이다. 공공복리를 증진시키기 위한 사업을 추진하는 경우에는 수용의 주체가 사인이어도 무방하다.<sup>5)</sup>

#### 나. 일본

일본의 토지수용법은 1951년 법률 제219호로 제정되어 그 후 여러 번 개정되어 현재에 이르고 있다. 수용 등의 대상이 되는 공익사업을 실시하는 주체는 국가나 지방공공단체와 같은 공적 주체만 한정되는 것은 아니고 토지수용법 제3조<sup>6)</sup>가 열거하는 각종사업의 주체가 되는 특수법인, 공공조합, 사인이 행하는 당해 사업 자체에 토지를 수용하기에 족한 공익성이 인정되는 경우이면 된다.<sup>7)</sup>

5) Nuessgang/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1986., S. 160

6) 일본 토지수용법 제3조는 토지수용 또는 사용이 가능한 사업으로, 도로법, 도로운송법, 하천법, 사방법, 토지개발법, 철도사업법, 도로운송법, 항만법, 항공법, 전기통신사업법, 방송법, 수도법, 소방법, 자연공원법, 도시계획법 등이 정하는 사업을 들고 있다.

7) 行政事件訴訟實務研究會, 土地收用法, きょうせい, 2000, 2면

또한, 광업법, 도시계획법, 주택지구개발법, 채석법, 측량법, 하천법 등에서도 토지수용의 절차를 정하면서 당해 법률에서 특별한 규정을 두고 있지 않는 한 토지수용법 규정을 준용하도록 하고 있다.

## 다. 미국

수정헌법 제5조는 “적법절차 없이는 누구도 생명과 자유와 재산을 박탈할 수 없으며, 정당한 보상 없이 공적 사용을 목적으로 사유재산을 수용할 수 없다.”고 규정함으로써 보상 없는 공용수용을 금지하고 있다. 또 수정헌법 제14조는 “어떠한 州도 적법절차 없이 개인의 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없다.”고 규정하여 州정부 역시 정당한 보상 없이 사유재산을 박탈할 수 없도록 하였다.

사인의 토지수용권부여의 법률제정의 출발점은 19세기 초에 제정된 “Mill Acts”를 들 수 있다. 이 법은 사인이 댐을 건설시 자신의 공장에서 사용하는 전기를 생산하거나 공업용수로 사용할 수 있도록 하는 것이었는데, 이때에 사인이 댐건설을 위하여 필요한 경우 수몰지역의 사인 토지를 수용할 수 있도록 사인에게 토지수용권을 부여하였다.

## 라. 판례

### (1) 독일

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

8) BVerwGE 71, 108.

9) 연방건축법 제87조 (공용수용의 허가를 위한 전제조건) (1) 공용수용은 개별적 경우에 공공복리를 위해 필요한 경우와, 공용수용목적이 다른 방법으로는 이루어질

제3항 제1문의 공공의 복리와 동일한 개념으로서 “지역경제의 활성화”라는 목적은 연방건축법에 이를 명시하여 공용침해를 허용하는 규정이 없는 한 공공의 복리 개념에 합치하는 것으로 확대해석할 수 없다고 판시하였다.<sup>10)</sup>

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

## (2) 미국

미국의 판례는 ‘공적 사용(public use)’<sup>12)</sup>의 개념에 대해서 첨예한 의견 대립이 있었으나, 판례의 주류는 사적(私的)인 개발을 위한 수용을 긍정해 왔다고 보인다.<sup>13)</sup> 물론, 이에 비판적인 판례도 존재하는 것이 사실이나, 이

---

수 없을 경우에만 허용된다. (헌법재판소, 독일연방헌법재판소 판례번역집, 합본집 제1권, 549-550쪽)

- 10) “사기업의 사업대상물이 이미 일반적으로 인정되는 존재유지 영역이라고 할 수 있는 경우(ex. 교통 및 공익사업부분)에는 이 ‘공공의’ 의무를 규정에 맞게 수행할 예비 작업이 이루어진 것만으로 족하다. 이에 반해서 공공복리를 위한 사용이 사업 자체가 아니고 이 사건에서처럼 단지 기업 활동의 간접적인 결과일 때에는 이와 같은 규정은 충분치 않다. 이때에는 간접적으로 성취되고 그래서 처음부터는 이를 수 없는 공용수용의 목표를 법률적으로 구체화할 것이 요구되어야 한다.” BVerfGE 74, 264(286).
- 11) 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 583-5쪽. 이런 관점에서 본다면 이 사건에서 문제된 구 지역균형개발법은 법률에서 명시적으로 민간개발자에게도 인정할 수 있는 ‘지역경제의 활성화’라는 특별한 공공복리목적에 대해서 규정하고 있다.
- 12) 미국 수정헌법 제5조 “정당한 보상 없이, 사유재산이 공용으로 수용당하지 아니한다.”(nor shall private property be taken for public use, without just compensation)
- 13) 신평, “Eminent Domain에 관한 미국연방대법원 Kelo v. New London 사건 분석”, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006, 190쪽. 신평 교수는, 공중에게 이익이 돌아간다는 이유로 카지노의 주차장 건설을 위해 과부의 집이 수용당하는 경우[City of Las Vegas Downtown Redevelopment Agency v. Pappas, 76 P.3d 1(nev.2003)], 토지사용의 효율성을 높이기 위해 어떤 사업체의 토지가 보다 큰 사업체의 사업을 위해 일부 수용되는 경우[99cents Only Stores v. Lancaster Redevelopment

러한 쟁점에 관한 2개의 연방대법원 판결이<sup>14)</sup> 공용수용의 허용에 관대한 입장을 취하고 있고, 나아가 2005년 연방대법원이 *Kelo v. New London* 사건에서 5대 4의 의견으로<sup>15)</sup> 사적인 개발을 위한 공용수용을 넓게 허용하는 듯한 판결이 선고됨으로써, 이 문제의 해결에 큰 시사점을 주고 있다.

① *Kelo* 사건의 다수의견은, i) 연방대법원이 ‘공적 사용’(public use)을 해석함에 있어서 일반 공중의 사용이라는 좁은 개념이 아니라, ‘공공의 목적’이라는 넓은 개념으로 해석해 왔고, 이러한 연방대법원의 태도는 입법적 판단에 대한 존중이라는 오래 지속되어 온 법원의 정책에 기인한 것이고, ii) 당국이 주의를 기울여 공동체에 상당한 이익을 부여하고 새로운 일자리, 증대된 조세수입을 가져오리라 믿는 경제개발계획을 수립한 점, 토지들이 일부분의 합으로서보다 전체로서 더 큰 역할을 할 수 있게 다양한 용도를 조화시키려고 노력한 점, 철저한 숙고를 거친 점 등을 고려할 때, 평가를 위한 제한된 식견밖에 가지지 못한 법원의 입장에서는 전체적인 계획을 볼 때 그 계획이 공적 사용의 목적에 봉사하는 것임이 분명하다고 판시하였다. 이에 ② 반대의견(O'Connor)은 i) 다수의견은 입법부의 판단을 존중한다고 하지만, 공적 사용인지 사적 사용인지의 구별을 정치적 기관만이

---

Agency, 237 F.Supp. 2d 1123(C.D.Cal.2001)]를 그 예로서 들고 있다.

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

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

행한다고 한다면, 수정헌법 제5조의 public use 조항은 단순한 권고적 성격으로 격하되어 버린다는 점, ii) 다수의견에 따르면, 경제개발이라는 명분하에 모든 사적 재산들이 수용되어 다른 사적 소유자에게 수용될 수 있는 취약성을 갖게 된다는 점, 즉 이 판결로 인하여 향후 거의 모든 부동산은 공용수용에 취약(susceptible)하게 되었다는 점 등을 근거로 다수의견에 반대하였다.<sup>16)</sup>

#### 4. 헌법 제23조 제3항의 공용수용 요건

##### 가. 공용수용의 필요성

오늘날 현대국가에서는 복리국가의 요청에 따라 국민의 복지수준의 향상과 공공복리의 증진 및 국가경쟁력의 향상을 위하여 사회간접자본시설을 설치·운영하는 등 다양한 공익사업을 시행할 수밖에 없고, 이에 따라 토지 등의 취득이 불가피하게 된다. 헌법 제23조 제1항은 국민의 재산권을 보장하고 있으므로 공익사업에 필요한 토지 등은 사업주체와 권리자 간의 합의를 바탕으로 취득해야 하나, 토지 등의 소유자와 협의에 의한 취득이 성사되지 않는 경우에는 공익사업의 원활한 수행을 확보하고 공공이익의 증진을 도모하기 위하여 권리자의 의사에 불구하고 토지소유권 등의 권리를 강제로 취득하게 하는 법적 수단이 필요하다.

공용수용이란 특정한 공익사업의 시행을 위하여 법률에 의거하여 타인의 토지 등의 재산권을 강제적으로 취득하는 제도를 말한다. 공용수용의 목적은 특정한 공익사업을 위한 재산권의 강제적 취득이고, 공익사업의 범위는 법률에 의해서 정해진다.

##### 나. 헌법 제23조 제3항이 정한 공용수용의 헌법적 요건

헌법 제23조는 “① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은

---

16) 한편, Thomas 대법관도 별도로 반대의견을 내었는데, 그 요지는 다수의견에 의해 사적 개발을 위한 공용수용이 쉽게 허용됨에 따라 그 이익을 보는 사람들은 정치적 과정에서 큰 영향력을 가진 사람들이 될 것이라는 점이다.

법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 기초 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다.

이와 같은 우리 헌법의 재산권 보장에 관한 규정의 근본취지에 비추어 볼 때, 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 즉 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다(헌재 1995. 2. 23. 92헌바14 참조).

이 사건 법률조항은 법률의 형식을 취하고 있고, 보상과 관련한 부분은 별도의 규정으로 규율되고 있으므로, 결국 여기에서는 공공필요성을 갖추고 있는지 여부가 쟁점이 된다.

## 다. 사인(私人) 수용과 공공필요성

### (1) 선례 검토

앞에서 본 바와 같이 공익사업을 위해 민간기업에게 수용권을 부여하는 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제95조 제1항(헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166등), ‘도시 및 주거환경정비법’ 제38조(2011. 11. 24. 2010헌가95등), 관광진흥법 제54조 제4항(2013. 3. 2. 28. 2011헌바250)에 대해서 모두 합헌 결정이 있었다. (단, 2008헌바166결정에는 재판관 2인의 반대 의견이 있으며, 이는 수용의 필요성에 대한 심사를 요하는 입장<sup>17)</sup>과 민간기업의 수용권 행사 이후 공익성 확보 미비를 이유로 한 입장<sup>18)</sup>으로 나눌 수 있다)

17) 국토계획법 제95조는 도시계획시설사업으로 결정되지만 하면 그 사업을 위하여 토지를 수용하게 할 공공필요성이 있는지 여부에 대하여 다시 심사하지 아니한 채 토지수용권을 부여하고 있지만, 그것은 헌법 제23조 제3항에 근거를 둔 규정 이므로 헌법 제23조 제3항이 요구하는 수용의 필요성을 갖추지 못한 경우에 적용되면 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 보아야 한다(헌재 2011. 6.30. 2008헌바166, 판례집 23-1 하, 288, 315-316, 조대현 재판관 반대 의견).

18) 사인이 수용의 주체가 되는 경우에는 ... 해당 사업의 수용으로 인한 이익에 대한

다만 민간기업이 수용의 주체가 된다고 하더라도, 국가 등이 공공필요성을 검토하고 수용의 가부를 검토하는 적절한 절차가 존재한다면 국가 등의 결정에 대한 구체적인 실행으로서 공공필요성을 충족하는 것으로 볼 수 있으며, 이 정도에 이르지 않는더라도 국가와 달리 민간기업은 경제 활동의 근본적인 목적이 이익을 추구하는 일에 있다는 점에서, 민간기업의 활동으로부터 애초에 달성, 견지하고자 한 공익목적이 해태되지 않도록 하는 제도적 규율이 갖추어져 있는지를 검토할 필요가 있다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114, 판례집 21-2 상, 562, 573 참조).<sup>19)</sup>

(2) 한편 헌법재판소는 2008헌바166 결정에서, 체육시설을 도시계획시설사업의 대상이 되는 기반시설의 한 종류로 규정한 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제2조 제6호 라목 중 “체육시설” 부분이 포괄위임금지원칙에 위배된다는 이유로 헌법불합치결정을 하면서, 그 이유에서 체육시설의 공공필요성에 관하여 다음과 같이 실시하였다.

『이 사건 정의조항이 도시계획시설사업의 시행을 위한 수용권의 행사와 밀접하게 관련되어 있는 것은 앞서 본 바와 같다. 따라서 특히 **재산권 수용에 있어 요구되는 공공필요성과 관련하여 살펴본다면** 체육시설은 다수의 시민들이 비용부담 등에서 손쉽게 이용할 수 있는 시설에서부터, 그 시설을 이용할 때 특별한 비용이 추가적으로 요구되어 일정한 경제적 제한이 존재하는 시설, 나아가 시설이용비용의 다과와는 관계없이 그 자체 공익목적에 위하여 설치된 시설 등에 이르기까지 상당히 넓은 범위에 걸쳐 있다.

---

여 공적 환수 조치를 보장하거나 그 사인의 수용으로 인한 영업상 수익에 대하여 공적 사용의 방도를 마련하는 등과 같이, 당해 수용의 공공필요성을 지속적으로 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 심화된 제도적 규율 장치를 갖춘 경우에만 사인에 의한 수용이 헌법적으로 정당화될 수 있는 것이다. 이와 같은 제도적 장치가 없음에도 불구하고 사경제 주체에게 공용수용을 허용한다면, 수용주체에 있어 본질적으로 다른 사인과 국가 내지 지방자치단체를 갈게 취급하는 결과가 되어 헌법상 평등의 원칙에도 크게 반한다 (헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166, 판례집 23-1 하, 288, 314-315, 김종대 재판관 반대 의견).

19) 사업의 공공성과 계속적 공익추구를 보장하기 위한 법적, 제도적 장치는 공용수용의 허용결정을 할 당시에 이미 존재하여야 하며, 그 존재 여부는 사인을 위한 공용수용의 허용요건의 하나라고 할 수 있다. 김연태, 공공수용의 요건으로서 ‘공공필요’, 고려법학 48권, 2007, 101.

즉, 가령 어떤 체육시설을 이용하기 위해서 일반인들이 과도한 경제적 부담을 하여야 하는 시설이 있다고 한다면, 그 시설은 일반인들이 자유롭게 이용할 수 있는 시설이라고 보기 힘들어 일반적으로는 공공필요성이 있다고 보기 쉽지 않을 것이다. 또한 비록 그 시설이 누구에게나 개방되어 있고 일정한 비용만 지불하면 누구나 그 시설을 이용할 수 있다 하더라도, 시설 이용에 소요되는 비용이 사회경제적 수준에 비추어 과도하다면 그 시설을 이용함으로써 얻는 이익보다 시설 이용에 드는 부담을 더욱 무겁게 느끼는 대다수의 사람들에게 그 시설은 사실상 이용할 수 없는 것과 마찬가지로 될 것이고, 결국 그 시설은 이를 이용할 때 수반되는 재정적 부담을 감당할 수 있는 소수에게만 접근이 용이한 시설이 되어 공공필요성이 있다고 보기 어려운 경우도 있을 것이다. ...

따라서 그 자체로 공공필요성이 인정되는 교통시설이나 수도·전기·가스 공급설비 등 국토계획법상의 다른 기반시설과는 달리, 기반시설의 하나로 규정되어 있는 체육시설의 종류와 범위를 대통령령에 위임하기 위해서는, 체육시설 중 위와 같은 공공필요성이 인정되는 범위로 이 사건 정의조항을 한정해 두어야 한다. 그러나 이 사건 정의조항이 체육시설의 내용을 대통령령에 포괄적으로 위임함에 따라 기반시설로서의 체육시설의 구체적인 범위를 결정하는 일을 전적으로 행정부에게 일임한 결과가 되어 버렸다. 이로 인해 예컨대, 시행령에서 **공공필요성을 인정하기 곤란한 일부 골프장과 같은 시설**까지도 체육시설의 종류에 속하는 것으로 규정되는 경우에는 그러한 **공공필요성이 부족한 시설을 설치하기 위해서까지 수용권이 과잉행사될 우려**가 발생하게 된다(헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166 등, 판례집 23-1하, 288, 306-307).』

이 사건에서 문제된 사업은 체육시설로서의 골프장이 아니라 관광휴양지 조성으로서의 골프장 리조트 사업으로서, 그 자체가 지역주민 등 공공의 이용에 제공될 것을 예정하는 것이 아니라는 점에서 위 결정과 차이가 있고, 2008헌바166등 결정은 포괄위임법금지 위반을 이유로 한 것으로서 ‘**골프장과 같이 공공필요성이 부족한 시설을 설치하기 위해서까지 수용권이 과잉행사될 우려**’에 관한 설시는 방론에 불과하기는 하지만, 이 사건 법률조항의 공공필요성 요건을 검토함에 있어서 참조가 된다.

(3) 다음으로, 헌법재판소는 공용수용권을 부여하고 있는 법률조항의 위헌 여부가 문제된 사안에서, 그 심사기준으로서 헌법 제23조 제3항과 과잉금지원칙과의 관계에 관하여 다양한 설시례를 보여 왔다.<sup>20)</sup> 최근 결정례는 공공필요성 요건과 과잉금지원칙을 별도로 판단하면서 목적의 정당성 항목에서 공공필요성 판단 부분을 원용하거나(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114, 판례집 21-2 상, 562, 571-577; 헌재 2013. 2. 28. 2011헌바250, 판례집 25-1, 59), 과잉금지원칙으로 심사하면서 공용수용의 헌법적 요건인 ‘공공필요성’ 충족 여부를 별도로 심사하고 있다(헌재 2011. 11. 24. 2010헌가95 등, 판례집 23-2하, 176, 183). 헌법 제23조 제3항에 의한 심사와 과잉금지원칙에 따른 심사의 실질이 다르지 않고,<sup>21)</sup> 다만 오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장을 도모하기 위해서는 ‘공공필요’의 요건에 대한 강화가 요청되는데, 과잉금지원칙 중 통상적인 목적의 정당성 심사만으로는 공용수용의 경우에 요구되는 ‘공공필요’의 의미를 충분히 심사하기 어렵기 때문이다.<sup>22)</sup> 공용수용의 헌법적 요건인 ‘공공필요

20) ① 헌법 제23조 제3항의 요건을 심사기준으로 삼아 판단한 사례(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 243-250 참조),

② 헌법 제23조 제3항이 정하고 있는 ‘공공의 필요성’을 갖추고 있는지 여부에 대한 심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 이루어져야 한다며 과잉금지원칙 위배 여부만 판단한 사례(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18, 판례집 18-2, 32, 48),

③ 과잉금지원칙과 함께 공공필요성 및 정당한 보상 여부도 함께 살펴되어야 한다면서 목적의 정당성이 인정되므로 공공필요성의 요건도 갖추었고, 피해의 최소성 판단에서 정당한 보상도 아울러 판단한 사례(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바133, 판례집 21-2 하, 545, 554-558),

④ 공공필요성 요건과 과잉금지원칙을 별도로 판단하면서 목적의 정당성 항목에서 공공필요성 판단 부분을 원용한 사례(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114, 판례집 21-2 상, 562, 571-577) 등이 있다.

21) 구체적인 사안에 있어 특정 사업이 공공필요의 충족에 기여했는지를 판단함에 있어서는 수용을 통해서 기대되는 공익과 피수용자의 재산권보호에 관한 이익을 비교형량하여 엄격하게 해석하지 않으면 안 된다. 일반적으로 재산권의 수용을 정당화시키는 ‘공공필요’의 요건이 존재하는지의 여부를 판단하는 데 있어서는 비례원칙이 하나의 척도가 된다. 이에 따라 공용수용은 그 정당한 목적에 비추어 적합하고, 필요하며 또한 상당한 것일 때에만 허용되며, 이를 위반하면 위헌의 문제가 제기된다. 류하백, 토지수용에 있어 공익사업 강제외제규정의 위헌성-대법원 및 헌법재판소의 관련 판례 평석을 곁하여-, 토지공법연구 제44집, 한국토지공법학회, 2009, 4.

22) 공공성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하

성' 충족 여부를 별도로 우선 심사하는 경우 문제된 법률조항이 이를 충족시키지 못하는 경우 더 나아가 재산권에 대한 과잉제한인지 여부를 심사할 필요 없이 헌법 제23조 제3항에 위배된다는 결론에 이르게 된다. 이번 결정이 바로 이와 같은 경우에 해당하는데, 다만 이 때 '공공필요성' 요건의 구체적 내용을 무엇으로 볼 것인지, 그리고 어떻게 심사하였는지를 보다 자세히 실시할 필요가 있다.

#### 라. 공용수용의 요건으로서 공공필요

헌법재판소는 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 '공공필요'의 의미를 "국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성"으로 해석하여 왔다(헌재 1995. 2. 23. 92헌바14; 헌재 2000. 4. 27. 99헌바58; 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바114 등 참조). 이번 2011헌바172등 결정에서는 '공공필요'의 개념을 '공익성'과 '필요성'이라는 요소로 구성되어 있다고 보았으며, 사경제 주체 혹은 사인의 활동과 공공필요성은 특별한 의미를 가진다.

##### (1) 공익성

공용수용이 허용될 수 있는 공익성을 가진 사업, 즉 공익사업의 범위는 사업시행자와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 '공익사업'으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다.<sup>23)</sup>

공익사업의 범위는 국가의 목표 및 시대적 상황에 따라 달라질 수 있으

---

고, 따라서 기본권 일반의 제한사유인 '공공복리'보다 좁다고 보는 것이 타당하다. 송희성, 헌법 제23조 제3항의 공공필요, 사회과학논총(제13집), 178 참조; 2010헌가95등 사건 연구보고서 참조.

한편 공용수용의 정당화 근거인 헌법 제23조 제3항의 "공공필요"의 개념과 기본권제한의 한계로서 헌법 제37조 제2항의 공공복리의 개념을 동일한 것으로 파악하는 견해와 전자가 후자보다 더 넓은 개념으로 파악하는 견해로 나뉘어 왔다. 정하명, 사인수용에 대한 미국연방정부와 주정부의 법적 대응, 공법학연구 제11권 제4호, 2.

23) 김연태, 앞의 글, 90-91.

며 입법정책으로 결정될 문제라고 할 수 있다. 과거 공용수용이 허용되는 공익사업은 도로건설, 철도부설, 발전소건설, 운하건설 등과 같은 특정사업에서 시작되었다가, 특정사업이 아닌 것으로까지 확대되어 왔다. 또한 공익사업의 범위는 당시의 행정수요 및 사회경제적 여건의 변화에 따라 규정되는 것으로서, 과거 공익사업으로 규정되었던 제철·비료 등의 사업 분야는 더 이상 공익사업으로 보기 어렵고, 사인간의 토지매수로 가능하다고 보아 공익사업에서 제외되었다. 현재 공용수용이 허용될 수 있는 공익사업은 공익사업법 및 각 개별법에 열거되어 있다.

다만 법이 공용수용 할 수 있는 공익사업을 열거하고 있더라도, 이는 공공성 유무를 판단하는 일응의 기준을 제시한 것에 불과하므로, 사업인정의 단계에서 개별적·구체적으로 공공성에 관한 심사를 하여야 한다. 즉 공공성의 확보는 1차적으로 입법자가 입법을 행할 때 일반적으로 당해 사업이 수용이 가능할 만큼 공공성을 갖는가를 판단하고, 2차적으로는 사업인정권자가 개별적·구체적으로 당해 사업에 대한 사업인정을 행할 때 공공성을 판단하는 것이다.

오늘날 공익사업의 범위가 확대되는 경향에 대응하여 재산권의 존속보장과의 조화를 위해서는, ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다.

## (2) 필요성

공용수용을 허용하고 있는 개별법은 대부분 공익사업을 시행하기 위하여 ‘필요한 경우’에 토지 등을 수용할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>24)</sup>

수용은 타인의 재산권을 직접적으로 박탈하는 것일 뿐 아니라, 헌법 제

24) 독일에서는 필요성을 공공이익의 존재성과 또 그 외의 내용의 필요성으로 나누어 설명하기도 하고, 목적물의 적합성 내지 보충성의 의미로 설명하기도 하나, 우리나라에서는 대체로 최소침해원칙과 동일한 의미로 사용하는 학자가 많다. 송희성, 앞의 글, 180.

10조로부터 도출되는 계약의 자유 내지 피수용자의 거주이전 자유까지 문 제될 수 있는 등 사실상 많은 헌법상 가치들의 제약을 초래할 수 있으므로, 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 한다.

한편 공공필요는 불확정 개념이지만 공익이라는 개념과 비례의 원칙을 포함하는 개념으로 파악되며 공공필요의 판단은 수용으로 인하여 달성하려는 공익과 수용으로 인하여 침해되는 사익 및 공익을 비교형량하여 침해되는 이익이 지나치게 크기 않는 한 수용은 정당화된다.<sup>25)</sup> 따라서 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다.

특히 사업시행자가 사인인 경우에는 위와 같은 공익의 우월성이 인정되는 것 외에도 사인은 경제활동의 근본적인 목적이 이윤을 추구하는 일에 있으므로, 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114 참조).<sup>26)</sup>

### (3) 사경제 주체의 활동과 공공필요성

사경제 주체의 영리적 경제활동도 사회라는 공동체 속에서 이루어지는

25) 박균성, 행정법 강의, 박영사, 2010, 580면; 김연태, 앞의 글, 90.

위 결정에서의 이익형량은 공용수용으로 인한 공익과 침해되는 피수용자의 사익 간의 이익형량만을 판단하였으나, 공용수용으로 인하여 달성하려는 공익과 관련 이익의 형량은 사익과 사익 간의 형량 및 공익과 공익 간의 형량 등 형량의 대상이 되는 관련이익이 무엇인지, 또한 이익형량에 적용될 수 있는 기준 내지 척도가 무엇인지 등이 문제될 수 있다.

26) 사경제 주체에 의한 토지 수용이 정당화되기 위해서는 당해 수용의 공공필요성을 지속적으로 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 더욱 심화된 입법적 조치가 수반되어야만 한다는 점에 관해서는 김○수, 일반행정법(제2판), 법문사, 2004, 646쪽 이하; 정연주, “공용수용에 있어서 계속적 공익실현을 위한 보장책”, 감정평가논집 제5호, 1995 등 참조.

좀 더 적극적으로는 해당 사업의 수용으로 인한 이익에 대하여 환수조치를 보장한다거나 그 사인의 수용으로 인한 영업상 수익에 대한 공적 사용의 방도를 마련하는 조치 등을 부가함으로써 수용을 통해 맺게 된 풍성한 과실을 수용자와 피수용자를 포함한 공동체가 함께 향유하도록 제도적으로 규율하는 방법이 있을 수 있다.

한 간접적으로 혹은 부수적으로 공공의 필요성을 충족하는 측면이 있다.

그러나 사경제 주체의 활동은 어디까지나 자신의 영리적 활동을 우선적 목적으로 하고 그 활동에서 비롯되는 공익적 성과는 이른바 2차적인 성격에 불과하다. 이러한 경우를 역으로 접근하여 사적 경제활동이 결과적으로 공공의 필요성에 부합할 수 있다는 점을 폭넓게 인정하게 된다면, 가령 어느 개인이 가진 토지를 다른 사람이 좀 더 효율적이고 유용하게 사용함으로써 공익에 보다 크게 기여할 가능성이 있다는 이유만으로 애초 토지소유권자로부터 그 소유권을 박탈하여 언제든지 타인에게 이전할 수 있다는 식의, 우리 헌법상의 재산권 보장 정신과는 배치될 수 있는 방향으로 갈 위험이 있다.<sup>27)</sup>

또한 전통적으로 수용의 주체는 국가 및 공공기관으로서, 사인이 수용의 주체가 되는 일은 예외적인 현상이라 할 수 있다. 이는, 수용에 요청되는 공공필요의 요건을 충족하기 위해서는 국가 등의 공적 기관이 이를 실행하여 수용에 따른 이익이 특정 개인이나 집단에 의해 전유되지 않고 이를 공공적으로 귀속시키거나 향유할 수 있도록 함이 상당하다는 이유에서 비롯된 것이다. 그런데 사인이 수용의 주체가 된다면 그 수용의 이익을 공동체 전체의 것으로 귀속될 것이라는 보장이 힘들다.

따라서 사경제 주체에 의한 토지 수용에 있어서는 공공필요성의 요건을 한층 엄격하게 해석함이 타당하다 할 것이다.

#### 마. 이 사건 법률조항의 헌법 제23조 제3항 위배 여부

지구개발사업은 지역균형개발법 제10조의 기준에 따라 ‘개발수준이 다른 지역에 비하여 현저하게 낮은 지역 등의 개발을 촉진하기 위하여 필요하다고 인정되어’ 국토해양부장관에 의하여 개발촉진지구로 지정된 지역 내에서 시행하는 지역개발사업이다(제14조 제7항 제1호 내지 제6호).

그런데 예를 들어 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’에 의한 도시계획시설사업은 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설, 수도·전기·가스

---

27) 당해사건에서도 청구인은 이 사건 토지 등에서 펜션을 운영하고 있었으나, 지구개발사업인 ‘OO 클럽’ 조성사업을 위해 토지를 수용 당하게 되었다. 같은 관광사업을 하고 있다고 볼 수 있는데, 규모가 더 큰 리조트 개발을 위해 청구인의 펜션에 대한 수용이 인정된 것이다.

공급설비 등 공급시설과 같은 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하여 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있어 그 자체로 공공필요성의 요건이 충족되지만(헌재 2007. 11. 29. 2006헌바79 참조), 위에서 본 지구개발사업에는 그 자체로 공공필요성이 충족되기 어려운 사업도 포함하고 있다.

지구개발사업의 하나인 관광휴양지 조성사업은 개발수준이 다른 지역에 비하여 현저하게 낮은 지역 등의 주민소득 증대에 이바지할 수 있는 사업 인바(제14조 제7항 제4호), 관광휴양지 조성사업 중에는 대규모 놀이공원 사업과 같이 위와 같이 개발수준이 다른 지역에 비하여 현저하게 낮은 지역 등의 주민소득 증대에 이바지할 수 있는 등 입법목적에 대한 기여도가 높을 뿐만 아니라 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업이면서 대중이 비용 부담 등에서 손쉽게 이용할 수 있어 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성이 커서 공익성이 높은 사업도 있는 반면, 고급골프장, 고급리조트 등(이하 ‘고급골프장 등’이라 한다)의 사업과 같이 넓은 부지에 많은 설치비용을 들여 조성됨에도 불구하고 평균고용인원이 적고, 시설 내에서 모든 소비행위가 이루어지는 자족적 영업행태를 가지고 있어 개발이 낙후된 지역의 균형 발전이나 주민소득 증대 등 입법목적에 대한 기여도가 낮은 뿐만 아니라, 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업이면서도 사업 시설을 이용할 때 수반되는 과도한 재정적 부담 등으로 소수에게만 접근이 용이하는 등 대중의 이용·접근가능성이 작아 공익성이 낮은 사업도 있다.<sup>28)</sup>

나아가 고급골프장 등의 사업을 시행하기 위하여 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익을 형량해 볼 때, 고급골프장 등 사업의 특성상 그 사업 운영 과정에서 발생하는 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 그 사업으로 인하여 강제수용 당하는 주민들이 침해받는 기본권에 비

28) 다만 최근 학계에서는 관광시설도 사회기반시설로서 원칙적으로 공공성을 가지고 있으며, 특히 ① 보편적 접근가능성이 있는 경우 또는 ② 특정 관광시설이 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 필요한 경우 또는 ③ 국가가 지역 간의 균형 있는 발전을 위하여 특정 지역의 경제를 육성할 필요가 있는 경우에 설치하여 운영하는 관광시설의 경우에는 공공성이 인정될 수 있다고 본다. 김○수, 사회기반시설의 공공성에 대한 법리분석-관광시설에 대한 민간 투자법을 중심으로-, 공법연구 제37집 제2호, 2008, 283.

하여 그 기본권침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수는 없다.

덧붙여, 이번 결정에서는 고급골프장 등의 사업에 있어서는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록 보장하는 제도적 규율이 갖추어졌는지에 관하여는 더 나아가 살펴보지 않았으나, 지역균형 개발법에는 골프장 건설과 같은 지구개발사업의 ‘공공필요성’ 여부를 판단하는 절차 및 지속적으로 공공의 이익을 담보하기 위한 내용이 충분히 규정되어 있다고 보기 어렵다.

공익사업을 위한 수용권을 규정하고 있는 우리나라 법제는 ‘개발계획’과 ‘토지수용’을 별도의 절차로 분리하지 않고 양자를 결합하는 결합구조를 취하고 있다.<sup>29)</sup> 따라서 ‘개발계획’ 결정 및 수립 단계에서도 토지수용의 요건인 ‘공공필요성’에 관한 심사가 이루어져야 한다. 즉 지역균형개발법의 경우 개발촉진지구 개발계획의 수립과 실시계획인가 단계에서도 토지수용의 요건이 심사되어야 한다.

지구개발사업에 있어서 수용에 이르기까지의 절차를 살펴보면, 골프장을 포함한 관광휴양시설이 지구개발사업이 되는 과정에서 이해관계인의 참여, 지정권자에 의한 심사 등의 절차를 거치지만 그것은 지역균형 개발을 위한 지역균형개발법 측면에서의 검토이지, 수용의 공공필요성에 대한 판단이 고려되었다고 보기는 어렵다. 더구나 이 사건의 경우 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제28조 제5항에서와 같이 개발계획의 입안 단계에서 지방의회의 의견을 청취하여 반영하도록 하는 규정을 두고 있지 않다.

또한 사후적인 관리에 대하여 보더라도, 지역균형개발법에서는 준공인가(법 제26조 제1항, 시행령 제28조)와 개발계획의 집행결과 평가(시행령 제30조) 등의 절차를 두고 있기는 하나, 개발계획의 집행결과 평가에 있어서도 공정 및 재원조달의 타당성 등이 주요 내용일 뿐, 개발된 토지 또는 시설 등의 관리·처분 계획 등이 공익을 담보하기 위하여 특히 구비해야 할 사항이나 그 감독, 규제 등에 관한 규정은 없으며, 그 밖에 공공의 이익을 담보하기 위한 내용이 규정되어 있다고 보기는 어렵다.

그러므로 이 사건 법률조항에서 민간개발자가 시행자인 골프장을 포함

29) 박정훈, 2008헌바166 사건 참고인 의견서 10면 참조.

한 관광휴양시설의 경우, 토지수용의 요건인 공공필요성을 갖추고 있다고 볼 수 없다.

## 5. 결정의 의의

이번 결정은 헌법 제23조 제3항의 공용수용의 요건으로서 공공필요성을 ‘공익성’과 ‘필요성’으로 구분하여 설명하고, 고급골프장 사업과 같이 공익성이 낮은 사업에 대해서까지도 시행자인 민간개발자에게 수용권한을 부여하는 조항이 헌법 제23조 제3항의 공공필요성을 충족하지 못한다고 판단하였다는 점에서 의의가 있다. 공공필요는 공용수용의 정당화 사유이며 그 입증책임은 사업시행자에게 있는데,<sup>30)</sup> 앞으로는 민간개발자가 공익성이 낮은 사업을 시행하기 위해서는 한층 더 엄격한 공공필요성을 충족시켜야 할 수도 있을 것으로 보인다. 한편 헌법 제23조 제3항의 공공필요성의 개념에 공익성과 필요성 및 ‘공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량’이 모두 포함되는 것인지 여부 및 그 세부적인 내용은 무엇인지, 공익사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성이 공익성을 판단하는 기준이 될 것인지 여부에 관하여 이론적인 검토가 더 필요하다고 보인다.

30) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2003두7507판결. “공용수용은 공익사업을 위하여 특정의 재산권을 법률에 의하여 강제적으로 취득하는 것을 내용으로 하므로 그 공익사업을 위한 필요가 있어야 하고, 그 필요가 있는지에 대하여는 수용에 따른 상대방의 재산권침해를 정당화할 만한 공익의 존재가 쌍방의 이익의 비교형량의 결과로 입증되어야 하며, 그 입증책임은 사업시행자에게 있다.”

## 공직선거법 제25조 제2항 별표1 위헌확인 등

- 인구편차 상하 50%를 기준으로 작성된

국회의원지역선거구구역표의 위헌 여부 -

(헌재 2014. 10. 30. 2012헌마190·192·211·262·325, 2013헌마781,  
2014헌마53(병합), 판례집 26-2상, 668)

서 세 인\*

### 【판시사항】

1. 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제1항 본문 중 “자치구” 부분이 직접성 요건을 갖추고 있는지 여부(소극)

2. 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제2항 별표1 국회의원지역선거구구역표 중 “대전광역시 동구 선거구” 부분, “경기도 수원시 병선거구” 부분, “경기도 용인시 갑선거구” 부분, “경기도 용인시 을선거구” 부분, “충청남도 천안시 갑선거구” 부분, “충청남도 천안시 을선거구” 부분, “충청북도 청주시 상당구 선거구” 부분, “서울특별시 강남구 갑선거구” 부분, “서울특별시 강서구 갑선거구” 부분, “인천광역시 남동구 갑선거구” 부분이 국회의원 지역선거구들 사이에 허용되는 인구편차의 범위를 벗어나서 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해하는지 여부(일부 적극)

3. 국회가 심판대상 선거구구역표 중 “경기도 수원시 병선거구”, “경기도 용인시 갑선거구”, “경기도 용인시 을선거구”, “충청남도 천안시 갑선거구” 부분을 획정함에 있어 행정구의 일부를 분할하여 다른 구와 통합하여 선거구를 획정한 것이 입법재량의 범위를 일탈한 자의적인 선거구획정인지 여부(소극)

4. 선거구구역표의 일부에 위헌적 요소가 있는 경우 선거구구역표 전체를 위헌이라고 할 수 있는지 여부(적극)

---

\* 헌법연구관

5. 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 명한 사례

**【심판대상】**

이 사건 심판의 대상은 ① 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제1항 본문 중 “자치구” 부분(이하 ‘이 사건 분할금지조항’이라 한다) 및 ② 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조 제2항 별표1 국회의원지역선거구구역표 중 “대전광역시 동구 선거구” 부분(2012헌마190), “경기도 수원시 병선선거구” 부분(2012헌마192), “경기도 용인시 갑선거구” 및 “경기도 용인시 을선거구” 부분(2012헌마211), “충청남도 천안시 갑선거구” 및 “충청남도 천안시 을선거구” 부분(2012헌마262, 2012헌마325), “충청북도 청주시 상당구 선거구” 부분(2013헌마781), “서울특별시 강남구 갑선거구”, “서울특별시 강서구 갑선거구” 및 “인천광역시 남동구 갑선거구” 부분(2014헌마53)(이하 공직선거법 제25조 제2항 별표1 국회의원지역선거구구역표 전체는 ‘이 사건 선거구구역표 전체’, 심판대상이 되는 국회의원지역선거구구역표 부분은 ‘심판대상 선거구구역표’라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정된 것) 제25조(국회의원지역구의 획정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 자치구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.(단서 생략)

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같이 한다.

[별표 1] 국회의원지역선거구구역표(지역구: 246)

선거구명	선거구역
서울특별시(지역구: 48)	
강서구 갑선거구	등촌제2동, 화곡본동, 화곡제1동, 화곡제2동, 화곡제3동, 화곡제4동, 화곡제6동, 화곡제8동, 우장산동, 발산제1동
강남구 갑선거구	신사동, 논현1동, 논현2동, 압구정동, 청담동, 삼성1동, 삼성2동, 역삼1동, 역삼2동, 도곡1동, 도곡2동

인천광역시(지역구: 12)	
남동구 갑선거구	구월1동, 구월2동, 구월3동, 구월4동, 간석1동, 간석2동, 간석4동, 남촌도림동, 논현1동, 논현2동, 논현고잔동
대전광역시(지역구:6)	
동구선거구	동구 일원
경기도(지역구:52)	
수원시 병선거구	행궁동, 지동, 우만1동, 우만2동, 인계동, 매교동, 매산동, 고등동, 화서1동, 화서2동, 서둔동
용인시 갑선거구	포곡읍, 모현면, 남사면, 이동면, 원삼면, 백암면, 양지면, 중앙동, 역삼동, 유림동, 동부동, 마북동, 동백동
용인시 을선거구	신갈동, 영덕동, 구갈동, 상갈동, 기흥동, 서농동, 구성동, 상하동, 보정동, 상현2동
충청북도(지역구:8)	
청주시상당구 선거구	청주시 상당구 일원
충청남도(지역구: 10)	
천안시 갑선거구	목천읍, 풍세면, 광덕면, 북면, 성남면, 수신면, 병천면, 동면, 중앙동, 문성동, 원성1동, 원성2동, 봉명동, 일봉동, 신방동, 청룡동, 신안동, 쌍용2동
천안시 을선거구	성환읍, 성거읍, 직산읍, 입장면, 성정1동, 성정2동, 쌍용1동, 쌍용3동, 백석동, 부성동

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 대전광역시 동구, 수원시 권선구 서둔동, 용인시 기흥구 마북동, 동백동 및 수지구 상현2동, 천안시 서북구 쌍용2동과 쌍용3동, 충북 청주시 상당구 금천동, 서울 강남구 역삼동, 도곡동, 서울 강서구 등촌2동, 인천 남동구 구월동, 논현동에 주민등록을 마친 선거권자이다.

청구인들은 자치구의 분할만을 금지하고 행정구는 그 일부를 분할하여 다른 지역구로 통합할 수 있도록 한 이 사건 분할금지조항<sup>1)</sup> 인구편차 상하 50%를 기준으로 작성된 심판대상 선거구구역표, 심판대상 선거구구역표 중 일부 행정구를 분할하여 자의적으로 다른 구에 통합한 “경기도 수원

1) 이 사건 분할금지조항의 위헌확인을 구하고 있는 사건은 2012헌마262 사건뿐이다.

시 병선거구” 부분, “경기도 용인시 갑선거구” 부분, “경기도 용인시 을선거구” 부분 및 “충청남도 천안시 갑선거구” 부분(이하 ‘문제된 4개 선거구’라 한다)이 청구인들의 선거권과 평등권을 침해한다며, 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 요지

가. 헌법재판소는 2001. 10. 25. 선고한 2000헌마92등 결정에서, 국회의원의 선거에 있어 전국 선거구의 평균인구수에서 상하 50% 편차(이 기준을 준수할 경우 전국 선거구 중 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1을 넘지 아니한다)를 넘지 아니할 것을 기준으로 국회의원지역선거구구역표의 위헌 여부를 판단하면서, 헌법상의 요청인 평등선거의 원칙에 비추어 원칙적으로 국회의원지역선거구획정에 따른 선거구 간의 인구편차는 적어도 최대선거구의 인구가 최소선거구의 인구의 2배를 넘지 않도록 조정해야 하고, 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차 상하 33⅓%(상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1), 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 한다고 밝힌 바 있다(이하 평균인구수 대비 상하편차를 따지는 방식을 ‘인구편차 상하 00%’, 전국 선거구의 최대인구수와 최소인구수의 비율을 따지는 방식을 ‘인구비례 0:0’으로 표시하기로 한다). 위 결정이 선고된 지 벌써 13년이 경과하였고, 영국, 프랑스, 독일, 일본 등은 선거구를 획정함에 있어 우리보다 훨씬 엄격한 인구편차 기준을 적용하고 있음을 고려할 때, 더 이상 인구편차 상하 50%(인구비례 3:1)는 투표가치의 평등을 실현함에 있어 적절한 기준이 될 수 없으며, 최소한 인구편차 상하 33⅓%(인구비례 2:1)가 그 기준이 되어야 한다.

그럼에도 불구하고, 심판대상 선거구구역표는 인구편차 상하 50%(인구비례 3:1)의 기준에 따라 편성되었으므로 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다.

나. 선거구를 획정함에 있어서는 선거구 간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여야 함에도 불구하고, 국회는 국회의원선거구획정위원회의 선거구획정안을 따르지 아니한 채, 수원시 권

선구 서둔동을 생활여건과 지역여건, 인구구성 등 여러 면에서 수원시 팔달구와는 전혀 상이한 지역인 수원시 팔달구 일원을 대상으로 하는 “경기도 수원시 병선거구”에, 기흥구 동백동, 마북동 및 수지구 상현2동을 각각 성산을 중심으로 교통, 생활권이 분리되어 생활여건과 지역여건, 인구구성이 완전히 상이한 지역과 합구하여 “경기도 용인시 갑선거구”와 “경기도 용인시 을선거구”에, 천안시 서북구 쌍용2동을 기존의 선거구였던 “충청남도 천안시 을선거구”에서 분리하여 위 지역과 생활여건, 지역여건 및 정치적 정서가 다른 천안시 동남구 일원을 대상으로 하는 “충청남도 천안시 갑선거구”에 편입시켰다. 특히, 천안시 서북구 쌍용2동을 기존의 서북구가 속한 선거구에서 분구하여 천안시 동남구 일원이 속한 선거구에 편입시킨 것은, 서북구 쌍용1동, 쌍용2동, 쌍용3동을 합쳐 “천안시 제7선거구”로 정하고 있는 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 별표2 시·도의회의원지역선거구구역표와 일치되지 아니한다. 이러한 선거구획정은 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 자의적인 것으로 위 지역들에 주민등록상 주소지를 가지고 있는 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다.

다. 구 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항은 “구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 ‘구·시·군’이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.”고 규정함으로써 자치구뿐만 아니라 행정구도 그 일부를 분할하여 다른 구와 통합하지 못하도록 정하고 있었다. 그러나 이 사건 분할금지조항은 자치구의 분할만을 금지함으로써 행정구의 분리 및 선거구조정을 허용하고 있다. 이는 인구수에 있어서 본질적으로 차이가 없는 행정구와 자치구를 자의적으로 차별하는 것으로 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 분할금지조항은 국회가 국회의원지역선거구를 획정할 때 행정구역 단위 중 자치구를 분할하여 다른 선거구로 편입하는 것만을 명시적

으로 금지함으로써, 행정구의 분구 및 통합 가능성을 열어놓고 있는 것으로, 법률 조항 자체만으로는 어떠한 행정구가 분할되어 다른 선거구로 편입될 것인지를 전혀 예측할 수 없고, 국회가 이 사건 분할금지조항에 근거하여 선거구구역표를 편성한 이후에야 비로소 특정 행정구가 분할되어 다른 선거구와 통합될 것인지 여부가 결정된다.

이처럼 청구인들이 주장하는 기본권 침해가 이 사건 분할금지조항이 아니라 구체적인 선거구구역표의 획정에 의하여 비로소 발생하는 이상, 이 사건 분할금지조항에 대하여 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없다.

2. 인구편차 상하 33⅓%를 넘어 인구편차를 완화하는 것은 지나친 투표가치의 불평등을 야기하는 것으로, 이는 대의민주주의의 관점에서 바람직하지 아니하고, 국회를 구성함에 있어 국회의원의 지역대표성이 고려되어야 한다고 할지라도 이것이 국민주권주의의 출발점인 투표가치의 평등보다 우선시 될 수는 없다. 특히, 현재는 지방자치제도가 정착되어 지역대표성을 이유로 헌법상 원칙인 투표가치의 평등을 현저히 완화할 필요성이 예전에 비해 크지 아니하다.

또한, 인구편차의 허용기준을 완화하면 할수록 과대대표되는 지역과 과소대표되는 지역이 생길 가능성 또한 높아지는데, 이는 지역정당구조를 심화시키는 부작용을 야기할 수 있다. 같은 농·어촌 지역 사이에서도 나타날 수 있는 이와 같은 불균형은 농·어촌 지역의 합리적인 변화를 저해할 수 있으며, 국토의 균형발전에도 도움이 되지 아니한다.

나아가, 인구편차의 허용기준을 점차로 엄격하게 하는 것이 외국의 판례와 입법추세임을 고려할 때, 우리도 인구편차의 허용기준을 엄격하게 하는 일을 더 이상 미룰 수 없다.

이러한 사정들을 고려할 때, 현재의 시점에서 헌법이 허용하는 인구편차의 기준을 인구편차 상하 33⅓%를 넘어서지 않는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 심판대상 선거구구역표 중 인구편차 상하 33⅓%의 기준을 넘어서는 선거구에 관한 부분은 위 선거구가 속한 지역에 주민등록을 마친 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다.

3. 국회가 「문제된 4개 선거구」를 획정함에 있어 행정구의 일부를 분할하여 다른 구와 합구한 주된 이유는 선거구 간의 인구편차를 줄일 수 있는

다른 방법을 찾기 어려웠기 때문으로, 여기에는 합리적인 이유가 있다. 또한, 분구된 지역은 행정구역도상으로 합구된 지역에 인접해 있어 양 지역 사이에 생활환경이나 교통, 교육환경에 큰 차이가 없고, 달리 국회가 특정 지역에 주소지를 두고 있는 선거인을 차별하고자 하는 의도를 가지고 있었다거나 이러한 선거구획정으로 인해 선거인들에 대한 실질적인 차별효과가 명백하게 드러났다고 볼 수도 없다. 뿐만 아니라, 국회가 국회의원선거구획정위원회의 선거구획정안의 내용과 달리 선거구를 획정했다거나, 선거구획정 과정에서 국회의원지역선거구구역표와 지방의회의원지역선거구구역표 사이에 불일치가 발생하였다는 사정만으로 이것이 입법재량을 일탈한 것이라고 볼 수도 없다.

따라서 ‘문제된 4개 선거구’의 획정은 입법재량의 범위를 벗어난 자의적인 선거구획정이 아니다.

4. 선거구구역표는 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에서도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가진다. 이러한 의미에서 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면, 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 갖는 것이라고 보아야 한다.

5. 이 사건 선거구구역표 전체에 기한 국회의원선거가 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면, 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 국회의원지역선거구 구역표가 존재하지 아니하게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점 등을 고려하여, 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 이 사건 선거구구역표 전체의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

### **이 사건 선거구구역표 전체에 대한 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 서기석의 반대의견**

우리는 헌법재판소가 2000헌마92등 사건에서 전국 선거구 평균인구수 인구편차 상하 50%를 기준으로 위헌 여부를 판단하였던 상황과 크게 달라진바 없는 현 시점에서는 위 기준을 유지하는 것이 타당하고 생각한다.

우선, 도농 간에 나타나고 있는 경제력의 현저한 차이나 인구 격차는 아

직도 해소되지 않고 있어, 지역이익이 대표되어야 할 이유는 여전히 있다. 또한, 선거구 획정에 있어 행정구역의 분리 금지 및 국회의원정수의 고정과 같은 선거구 조정에 관한 공직선거법상 장애 요소 역시 존속하고 있다.

국회와 지방의회의 역할 차이, 지방자치단체의 재정자립도 등을 고려할 때 국회의원의 지역대표성은 지방자치제도가 정착된 현 시점에서도 투표가치의 평등 못지않게 여전히 중요하다. 그리고 인구편차 상하 33⅓%를 적용할 경우 이 사건 선거구구역표 전체의 대부분을 재조정해야 하는데, 도시에 인구가 집중되어 있는 현재의 상황에서는 상대적으로 도시를 대표하는 의원수만 증가할 뿐, 지역대표성이 절실히 요구되는 농어촌의 의원수는 감소할 것이 자명하다.

양원제를 택하고 있는 나라들과 달리, 단원제를 채택하고 있는 우리나라는 일원화되어 있는 의회에서 지역이익도 함께 대표될 수 있어야 하므로 국회의원 선출시 지역대표성을 감안한 제도의 마련이 필요하며, 이를 위해서는 인구편차의 허용 기준을 완화시키는 방법 밖에 없다.

이 사건 선거구들은 모두 인구편차 상하 50%의 기준을 벗어나지 않고, 달리 위 기준을 벗어나는 선거구도 없으므로, 이 사건 선거구구역표 전체는 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해하지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우, 본안에 나아가기 전에 우선 이 사건 분할금지조항에 대하여 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있는지가 문제된다.

본안 판단을 함에 있어서는 첫째, 헌법재판소가 2000헌마92등 결정에서 국회의원지역선거구 획정의 기준으로 삼았던 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1의 기준이 현재의 시점에서도 투표가치의 평등을 실현하기 위한 적절한 기준이 될 수 있는지 여부, 둘째, 문제된 4개 선거구가 행정구의 일부를 분리하여 다른 선거구에 편입시키고 있는 것이 입법재량의 범위를 벗어난 자의적인 선거구획정인지 여부가 문제된다.

## 2. 이 사건 분할금지조항에 대한 청구에 관한 판단

법령에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는 그 대상이 되는 법령이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해하여야 하는데, 그 자체에 의하여 직접 국민의 기본권을 침해한다는 것은 법령에 의하여 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우를 말한다(헌재 1998. 2. 27. 97헌마101, 판례집 10-1, 199, 207; 헌재 2007. 11. 30. 2004헌마431, 공보 122, 1356, 1359).

이 사건에서는 국회의원지역선거구를 확정함에 있어 자치구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다고 규정하고 있는 이 사건 분할금지조항에 대하여 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있을 것인지가 문제되었는바, 재판관들은 다음과 같은 이유로 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없다고 판단한 후, 그 위헌확인을 구하는 청구를 각하하였다.

『이 사건 분할금지조항은 국회가 국회의원지역선거구를 확정할 때 행정구역 단위 중 자치구를 분할하여 다른 선거구로 편입하는 것만을 명시적으로 금지함으로써, 행정구의 분구 및 통합 가능성을 열어놓고 있을 뿐이다. 따라서 법률 조항 자체만으로는 어떠한 행정구가 분할되어 다른 선거구로 편입될 것인지를 전혀 예측할 수 없고, 국회가 위 조항에 근거하여 이 사건 선거구구역표를 편성한 이후에야 비로소 2012헌마262 사건의 청구인들이 주민등록을 두고 있는 천안시 서북구가 분할되어 다른 선거구와 통합될 것인지 여부가 결정되는 것이다. 이처럼 위 청구인들이 주장하는 기본권 침해가 이 사건 분할금지조항이 아니라 심판대상 선거구구역표에 의하여 비로소 발생하게 되는 이상, 이 사건 분할금지조항에 대하여 기본권침해의 직접성을 인정할 수 없다』

이와 같은 헌법재판소의 결정은 이 사건 분할금지조항만으로는 어떠한 행정구가 분구되고 통합될 것인지를 전혀 예측할 수 없으며, 행정구의 분구·통합의 위헌성은 선거구의 획정이 헌법상 한계를 넘어선 자의적인 것인지 여부를 판단하는 과정에서 충분히 고려될 수 있다는 점에 근거한 것이다.

### 3. 심판대상 선거구구역표에 대한 청구에 관한 판단

#### 가. 국회의원지역선거구를 획정함에 있어서의 입법형성의 자유

헌법 제41조 제1항은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 국회의원을 선출하도록 ‘평등선거의 원칙’을 선언하고 있으며, 제3항은 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하고 있다. 그리고 공직선거법 제25조 제1항은 “국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되 ……”라고 규정하고 있다.

따라서 국회는 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 선거구를 획정함에 있어서 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510 등 참조).

#### 나. 투표가치의 평등(one vote, one value): 인구편차

(1) 국회가 고려할 수 있는 여러 가지 요소 중에서 선거구획정에 있어 가장 중요하고 기본적인 기준은 투표가치의 평등이다. 투표가치의 평등이 확보되는 것은 국민주권의 원리에 따른 대의제 민주주의에 있어서 국가의 사형성의 정당성을 뒷받침하는 중심적인 요소이므로, “국회가 통상 고려할 수 있는 제반사정, 즉 여러 가지 비인구적 요소를 모두 참작한다고 하더라도 일반적으로 합리성이 있다고는 도저히 볼 수 없을 정도로 투표가치의 불평등이 생긴 경우”에는 헌법에 위반된다고 하여야 할 것이다.

#### (2) 헌법재판소의 선례

##### (가) 인구편차 비교기준

국회의원지역선거구 획정에 있어 허용되는 인구편차를 어떠한 방식으로 정할 것인가에 대해서는 ① 최소선거구의 인구수를 기준으로 하여야 한다는 견해와, ② 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여야 한다는 견해가 있다.

이에 대하여 헌법재판소는 1995. 12. 27. 95헌마224등 결정에서 “선거구

간의 인구불균형의 문제를 엄격한 평등원칙의 측면, 즉 차별 여부의 문제로서만 파악하는 한 최소선거구의 인구수와 대비검토가 되어야 할 것이다. 왜냐하면 차별의 문제는 다른 것과의 비교에 있어서의 상대적인 문제이지 절대적 기준에서 본 편차의 문제는 아니기 때문이다. 그러나 다른 한편, 모든 선거인으로 하여금 투표가치에 있어서의 중용을 취한 평균적인 선거권을 향유케 하는 것이 헌법이 지향하는 이상이라고 볼 수도 있고 따라서 각 선거구의 선거인에 관하여 그 투표가치가 이 이상(理想)에서 어느 정도 떨어져 있는가를 검토하여 그 편차가 매우 큰 경우에 투표가치평등의 요구에 반하고 위헌의 하자를 띠게 된다고 생각할 수 있으며, 또 선거권 개념의 내포(內包)로서 평균적인 투표가치가 포함되어 있고 이러한 선거권이 침해된 경우에 비로소 선거권이 침해되었다고 볼 여지도 있으므로, ‘전국 선거구의 평균인구수’를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 검토함이 상당하다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 778 참조).”고 판시하였고, 이후에도 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 허용한계를 판단한다는 입장을 유지하여 왔다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 513 참조).<sup>2)3)</sup>

2) 또한 2007년을 거쳐 2009년도에 이르러서는 국회의원 선거구에 있어서의 인구편차 허용기준이 지방의회의원 선거에도 그대로 타당하다고 하면서 ‘최소인구수’가 아니라 ‘평균인구수’를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 검토함이 타당하다는 입장을 분명히 하였다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287, 305; 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마14, 판례집 21-1상, 482, 495; 같은 날 2006헌마67, 판례집 21-1상, 512, 527; 같은 날 2006헌마72, 판례집 21-1상, 542, 553; 같은 날 2006헌마188, 공보 150, 689, 696; 같은 날 2006헌마240등, 판례집 21-1상, 592, 606 참조).

3) 지방의회의원지역선거구획정의 인구편차 허용기준을 검토한 선례에서, 재판관 송두환은 첫째, 청구인들이 그 투표가치에 있어서의 불합리한 차별로 말미암아 선거에 있어서의 평등권을 침해당하였다고 주장하는 사건에서, 청구인들의 다툼은 본질은 ‘다른 선거구의 경우와 비교하여 투표가치의 차별을 받는 것이 부당하다’는 데 있고, ‘평균적 투표가치에 미달하는 취급을 받는 것이 부당하다’는 데 있는 것이 아니므로, 1차적이고 핵심적인 판단대상은 청구인들이 속한 선거구의 투표가치와 다른 선거구의 투표가치를 비교하여 불합리한 차별이 있는지 여부이고, 그렇다면 결국 청구인들이 속한 선거구의 인구수(유권자수)와 최소선거구의 인구수(유권자수)를 비교하는 것이 당연하고, 둘째, ‘평균인구수 기준 상하 50% 편차’라는 기준은 선거구 획정을 하는 단계에서는 온전한 의미와 기능을 가진다고 볼 수 있겠지만, 이미 확정된 선거구 표를 심판대상으로 놓고 투표가치의 불평등 여부를 검토하는 단계에서는 위 ‘평균인구수 기준 상하 50% 편차’라는 것이 ‘최대

## (나) 허용되는 인구편차

95헌마224등 결정에서 법정의견은 “현재 우리나라의 제반여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한, 전국선거구의 평균인구수에 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는, 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량을 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마 224등, 판례집 7-2, 760, 778-779 참조).”고 판시하여, 인구편차 상하 60%, 인구비례 4:1을 허용되는 인구편차의 기준으로 보았다. 이후, 2000헌마92등 결정에서 헌법재판소는 인구편차 상하 33⅓%, 인구비례 2:1을 기준으로 하는 방안 또는 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1을 기준으로 하는 방안을 선택 가능한 방안으로 제시하면서, 상하 33⅓% 편차 기준이 선거권 평등의 이상에 보다 접근하는 방안임은 말할 필요도 없으나, 위 기준에 의할 때 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상된다는 현실적인 상황을 참작하여, 평균인구수 기준 상하 50% 편차를 헌법상 허용되는 인구편차의 한계로 보았다. 그러면서도 법정의견은 헌법상의 요청인 평등선거의 원칙에 비추어 원칙적으로 지역선거구획정에 따른 선거구 간의 인구의 편차는 적어도 최대선거구의 인구가 최소선거구의 인구 2배를 넘지 않도록 조정해야 함이 마땅하다 할 것이고, 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차 상하 33⅓%, 인구비례 2:1 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이라는 점을 명시하였다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 513-516 참조).<sup>45)</sup>

---

선거구와 최소선거구 사이의 인구수 비율이 3:1을 넘지 않게 보장하지 아니하므로, 헌법소원심판 사건에서의 판단기준으로 삼기에 본질적으로 부적합하므로, 최소선거구의 인구수를 기준으로 하여 투표가치의 평등을 판단하여야 한다고 설시하였다(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마240등, 판례집 21-1상, 592, 617-619 참조).

- 4) 이에 대해서는 ① “선거구의 획정에 있어서 투표가치의 평등이라는 것은 가장 우선시되어야 할 이념이 아니고, 선거구 획정에 있어서 고려하여야 할 여러 가지 중요한 기준의 하나에 불과하다. 다른 기준의 하나로 생각할 수 있는 의원의 대표성은 의원이 어느 정도의 독자성을 갖는 지역(예컨대 행정구역)의 주민을 대표한다고 할 때 가장 확실하여지고, 의원의 주민대표성을 살리는 것은 의회제도 발전의 역사적 연원, 소수자보호의 원리 및 국가통합의 원리에 비추어 그 합리성과 정당성이 인정되므로, 소선거구제를 택하는 이상 의원의 지역주민 대표성은 투표가치의 평등성과 대등한 이념으로 인정할 필요가 있다. 따라서 투표가치의 산출

### (3) 외국의 입법례 및 판례

#### (가) 독일

독일 연방선거법은 “한 선거구의 인구수는 전체 선거구의 평균인구수와 비교하여 상·하편차가 15%를 넘지 않도록 하되, 그 편차가 25%를 초과할 때에는 새로운 선거구의 획정이 이루어져야 한다.”고 규정하고 있다(연방선거법 제3조 제1항 제3호). 1996. 11. 15. 개정 이전의 연방선거법은 “인구편차 33⅓%”를 기준으로 하였으나, 연방선거법을 개정하여 “인구편차 25%”로 그 기준을 더욱 엄격히 한 것이다.

#### (나) 미국

연방대법원은 Westberry v. Sanders(1964)<sup>6)</sup> 사건을 통해, 연방하원선거에서 “실행가능한 한도에서 1인 1표 원칙”을 지키되, “절대적 평등(absolute population equality)을 달성하기 위해 신의성실의 노력을 기울였음에도 불구하고 인구편차가 어쩔 수 없이 발생하였다거나, 또는 인구편차를 달리 정당화할 만한 이유가 있음을 증명해야” 한다고 하였다. 인구편차를 더 줄일 만한 대안적인 방법이 있었음에도 노력을 하지 않은 경우 0.7%의

---

적 평등에 보다 접근시키기 위하여 어느 행정구역의 일부 주민을 다른 행정구역에 편입하여 하나의 선거구를 만드는 것은 의원의 주민대표성을 약화시키고 이것은 자기 구역에서 분리되어 타구역에 편입당한 주민들의 선거권을 침해하므로 위헌이 된다.”는 재판관 권성의 별개의견과, ② “현재로서는 어떤 선거구가 전국 선거구의 평균 인구수를 기준으로 상하 60%의 편차를 초과하지 아니하는 한 그 선거구는 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다. 현재로서는 국회 입법권 존중의 차원에서 위 결정의 태도를 바꾸는 것이 바람직하지 아니하므로, 이 사건 선거구구역표 전체에 대하여 헌법불합치 결정을 하기보다는 이 사건 심판청구를 기각하면서, 2004년에 실시될 국회의원총선거에 적용될 선거구구역표는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 넘지 않아야 하고, 이후에는 이러한 기준에 따라 위헌 여부를 판단할 것임을 밝히는 것으로 족하다고 할 것이다.”라는 재판관 한대현, 재판관 하경철의 반대의견이 있다.

- 5) 반면, 지방의회의원선거구의 획정에 있어서는 “인구편차 상하 60%, 인구비례 4:1”를 합헌의 기준으로 선언하고 있다(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287 이하; 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마14, 판례집 21-1상, 482 이하; 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마240, 판례집 21-1상, 592 이하; 헌재 2010. 12. 28. 2010헌마401, 판례집 22-2하, 834 이하 참조). 한편, 위 각 결정에서 김중대 재판관은 별개의견 및 반대의견으로, “인구편차 상하 33⅓%, 인구비례 2:1” 기준의 채택을 지속적으로 주장하였다.

- 6) 376 U.S. 1.

인구편차에도 위헌이 선고된 적이 있고,<sup>7)</sup> 정당의 정치적 목적, 역사, 경제, 집단의 이익 등을 이유로 하는 정당화사유는 허용하지 않는다.<sup>8)</sup> 구역적인 이해관계가 있는 지역을 같이 붙여놓기 위한 목적으로도 허용되지 않는다.<sup>9)</sup> 심지어, 무시해도 좋을 만큼의 적은(de minimis) 인구편차비율이란 없으며 편차를 0으로 만들기 위해 모든 노력을 기울여야 한다고 판시하기까지 하였다.<sup>10)</sup>

다만, 주의회나 지방의회 선거에서는 그 기준을 완화하여, 원칙적으로 “인구편차 10%”를 기준으로 선거구획정의 위헌 여부를 판단하고 있다.

#### (다) 일본

1994. 2. 4. 법률 제3호로 제정된 중의원의의원선거구획정심의회설치법 제3조 제1항에서는 “각 선거구의 인구 중 가장 많은 것을 가장 적은 것으로 나누어 얻은 숫자가 2 이상이 되지 않도록 함<sup>11)</sup>을 기본으로 하고, 행정구획, 지세, 교통 등의 사정을 종합적으로 고려하여” 선거구를 획정하도록 규정하고 있다.

최고재판소의 판례를 중의원 선거구를 기준으로 보면, 1990. 2. 18.경까지 인구비례 3:1을 초과하는 선거구에 대하여 ‘위헌상태’임을 선언한 이후, 인구비례 2.82:1, 2.17~2.4:1까지도 ‘합헌’으로 판시해 오다가, 최근 2011. 3. 23. 인구비례 2.3:1인 선거구에 대하여 ‘위헌상태’임을 판시하였다.

#### (라) 기타 국가

프랑스 하원의 경우 1986. 11. 24. 선거법으로 “인구편차 20%(인구비례 1.5:1)”를 한계로 규정하고 있고, 영국 하원의 경우 “인구편차 10%(인구비례 1.22:1)”, 오스트레일리아 연방하원의 경우 “인구편차 10%(인구비례 1.22:1)”, 캐나다 하원의 경우 “인구편차 25%(인구비례 1.67:1)”를 기준으로 하고 있다.<sup>12)</sup>

7) *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725(1983).

8) *Larios v. Cox*, 300 F.Supp.2d. 1320(N.D. Ga. 2004).

9) *Wells v. Rockefeller*, 394 U.S. 542(1969).

10) *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725(1983).

11) 인구비례 2:1 이하가 되도록 하라는 의미이다.

12) 자세한 내용은, 고문현, “평등선거의 원칙과 선거구인구의 불균형”, 세계헌법연구 제6호(2001. 10.), 509-512 참조.

## (4) 이 사건에서의 검토

평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서, 투표의 수적 평등, 즉 복수투표제 등을 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one vote, one value)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라, 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자 선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함을 의미한다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771 등). 여기서 말하는 “1인 1표의 원칙”은 그야말로 투표가치가 1:1인 것을 의미하는 것이므로, 국회의원지역선거구를 획정함에 있어 투표가치의 평등을 완벽하게 실현할 수 있는 가장 이상적인 방안은 인구편차 상하 0%, 인구비례 1:1을 기준으로 하는 것임은 분명하다. 그러나 이러한 기준을 실현하는 것은 현실적으로 불가능하므로, 입법자로서는 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 현실적인 인구편차의 허용기준을 정할 수 있으며, 이러한 기준은 정치적, 사회적 상황의 변화에 따라 달라질 수 있다.

헌법재판소의 선례, 외국의 입법례 등을 참고하여 볼 때, 국회의원지역선거구를 획정함에 있어 허용되는 인구편차의 기준으로는 다음의 다섯 가지를 상정해 볼 수 있다.

A	인구비례 1:1을 원칙으로 하되, 그 편차를 초과할 경우에는 이를 정당화할 합리적인 사유가 없다면 위헌이라는 견해 <sup>13)</sup>
B	인구편차 10%(인구비례 1.22:1) 또는 인구편차 25%(인구비례 1.67:1) 등 특정 편차비율을 기준으로 판단하는 견해 <sup>14)</sup>
C	인구비례 2:1(인구편차 33⅓%) 이상이 되면 위헌이고 그 미만인 경우에는 합헌이라는 견해 <sup>15)</sup>

13) 연방하원선거에서의 선거구획정과 관련하여 미국 연방대법원이 취하고 있는 입장이다.

14) 노기호, “선거구 인구 불균형의 문제”, 한양법학 제4·5집(1994. 2.), 400.

“10% rule”은 미국에서 주(州) 및 지방의회의 선거구 획정시 허용한계기준으로 삼고 있는 것이나, 일종의 가이드라인일 뿐 ‘10%’ 미만이라도 위헌으로, 반대로 ‘10%’ 이상이더라도 합헌으로 판단된 경우가 있다.

“25%” 기준은 독일이 법률상 규정하고 있는 기준이다. 또한 과거 김철수 교수가 주장한 것으로 소개되어 있으나(정만희, “선거구인구불균형과 평등선거”, 동아법학 제5권(1987), 233 참조), 현재까지도 그러한 입장인지는 확인할 수 있는 자료가 없다.

15) 김문현, “선거구획정의 기준 및 인구편차”, 고시계(1995. 6.), 206; 정만희, 위의

D	인구비례 2:1(인구편차 33⅓%)을 원칙으로 하되, 그 편차를 초과할 경우에는 이를 정당화할 합리적인 사유가 없다면 위헌이라는 견해 <sup>16)</sup>
E	인구비례 3:1(인구편차 50%) 이상이 되면 위헌이고 그 미만인 경우에는 합헌이라는 견해 <sup>17)</sup> -2000헌마92 결정의 기준

A가 투표가치의 평등을 실현함에 있어 가장 이상적인 방안임은 의심할 여지가 없으나, 국회의원지역선거구를 확정함에 있어 위 기준을 충족시키는 것은 사실상 불가능하다. 또한, 헌법재판소가 지금까지 인구편차의 허용 한계에 관해서는 정당한 사유라는 예외를 허용해오지 않았다는 점에서 D는 적절한 기준이 되기 어렵다. 따라서 이 사건에서는 2000헌마92등 결정에서 헌법재판소가 제시한 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1이라는 기준(위 표의 E안)이 현재의 시점에서도 여전히 타당한 것인지, 아니면 정치적 상황과 인식의 변화 등을 고려할 때, 이미 2000헌마92등 결정에서 향후의 바람직한 기준으로 제시한 결정에서 인구편차 상하 33⅓%, 인구비례 2:1(위 표의 C안)로 그 기준을 변경하여야 할 것인지가 중점적으로 검토되었다.

법정의견은 최종적으로 허용되는 인구편차의 기준을 인구편차 상하 33⅓%, 인구비례 2:1로 제시하면서 다음과 같은 근거를 제시하고 있다.

『1) 선거를 통해 선출된 국회의원은 국민의 대표로서 국정에 임하게 되고 국회의원으로서 국정을 수행함에 있어 득표수와 관계없이 동일한 권한을 수행하게 된다. 만일 한 명의 국회의원을 선출하는 선거권자의 수가 차이나게 되면 선거권자가 많은 선거구에 거주하는 선거권자의 투표가치는 그만큼 줄어들게 되므로 가급적 그 편차를 줄이는 것이 헌법적 요청에 부합한다. 그런데 인구편차 상하 50%의 기준을 적용하게 되면 1인의 투표가

글, 215; 박홍우, “국회의원지역선거구획정과 선거권의 평등”, 김용준 헌법재판소장 화갑기념 논문집(1998), 88-89. 그 외, 김선택, 정종섭, 허영 교수(김문현, 위의 글, 543-544에서 재인용), 권영성 교수(정만희, 위의 글, 233에서 재인용)도 2:1의 인구비율을 주장하고 있다.

한편, [2006헌마14] 결정의 별개의견 및 반대의견(505-507)에서, 김종대 재판관은 “2:1”의 비율을 헌법적으로 양보할 수 없는 인구비례 기준이라고 주장한 바 있다.

16) 뒤에서 보듯이 1994. 2. 4. 제정된 일본 중의원의원선거구획정심의회설치법 및 일본 판례의 입장으로 볼 수 있다.

17) 정종학·문종욱, “선거구의 획정과 평등보호”, 법학연구 제6권 제1호(1995. 12.), 14-15; 성낙인, 「헌법학」(2010), 173. 그리고 현재 현재 판례의 입장이기도 하다.

치가 다른 1인의 투표가치에 비하여 세 배의 가치를 가지는 경우도 발생하는데, 이는 지나친 투표가치의 불평등이다. 더구나, 우리나라가 택하고 있는 단원제 및 소선거구제에서는 사표가 많이 발생할 수 있는데, 인구편차 상하 50%의 기준을 따를 경우 인구가 적은 지역구에서 당선된 국회의원이 획득한 투표수보다 인구가 많은 지역구에서 낙선된 후보자가 획득한 투표수가 많은 경우가 발생할 가능성도 있는바, 이는 대의민주주의의 관점에서도 결코 바람직하지 아니하다.

2) 국회의원이 지역구에서 선출되더라도 추구하는 목표는 지역구의 이익이 아닌 국가 전체의 이익이어야 한다는 원리는 이미 논쟁의 단계를 넘어선 확립된 원칙으로 자리 잡고 있으며, 이러한 원칙은 양원제가 아닌 단원제를 채택하고 있는 우리 헌법 하에서도 동일하게 적용된다. 따라서 국회를 구성함에 있어 국회의원의 지역대표성이 고려되어야 한다고 할지라도 이것이 국민주권주의의 출발점인 투표가치의 평등보다 우선시 될 수는 없다.

더구나, 지금은 지방자치제도가 정착되어 지역대표성을 이유로 헌법상 원칙인 투표가치의 평등을 현저히 완화할 필요성 또한 예전에 비해 크지 않다. 국회의원의 지역대표성은 지방자치단체의 장이나 지방의회의원이 가지는 지역대표성으로 상당부분 대체되었다고 할 수 있다. 특히 현 시점에서 중대한 당면과제로 대두하고 있는 빈곤층 보호를 위한 안전망 구축, 전체적인 소득 불균형의 해소, 노년층의 증가에 따른 대응책 마련과 같은 국가적 차원의 문제는 국회의원들만이 해결할 수 있는 것임에 반해, 특정 지역 내에서의 편의시설 마련이나 인프라 구축 등과 같은 문제는 지방자치제도가 정착된 상황에서는 지방자치단체의 장이나 지방의회가 주도적으로 해결할 수 있으므로, 국회의원의 지역대표성을 이유로 민주주의의 근간을 이루는 선거권의 평등을 희생하기 보다는 투표가치의 평등을 실현하여 민주주의의 발전을 위한 토양을 마련하는 것이 보다 중요하다고 할 것이다.

3) 현행 공직선거법에 의하면 복수의 시·도의 관할구역에 걸쳐 지역구를 확정할 수 없기 때문에, 인구편차의 허용기준을 완화하면 할수록 시·도별 지역구 의석수와 시·도별 인구가 비례하지 아니할 가능성이 높아져 상대적으로 과대대표되는 지역과 과소대표되는 지역이 생길 수밖에 없다. 실제로 이 사건 선거구구역표 전체를 살펴보면, 지역대립 의식이 상대적으로 크고

정치적 성향이 뚜렷한 영·호남지역이 수도권이나 충청지역에 비하여 각각 과대하게 대표됨을 확인할 수 있는데, 이러한 차이는 지역정당구조를 심화시키는 부작용을 야기할 수 있다. 특히, 이와 같은 불균형은 농·어촌 지역 사이에서도 나타난다. 예컨대, 2012. 1. 31.을 기준으로 “충청남도 부여군청양군 선거구”의 인구수는 106,086명인데 비해, “전라남도 순천시 곡성군 선거구”의 인구수는 303,516명으로, “충청남도 부여군청양군 선거구”에 주민등록을 마친 선거권자의 투표가치는 “전라남도 순천시 곡성군 선거구”에 주민등록을 마친 선거권자의 투표가치보다 약 2.86배 크다. 같은 농·어촌 지역 간에 존재하는 이와 같은 불균형은 농·어촌 지역의 합리적인 변화를 저해할 수 있으며, 국토의 균형발전에도 도움이 되지 않는다.

4) 인구편차 상하 33 $\frac{1}{3}$ %, 인구비례 2:1의 기준을 적용할 경우, 이 사건 선거구구역표 전체를 확정할 당시 고려한 2012. 1. 31.의 인구수를 기준으로 총 246개의 선거구 중 56개의 선거구가 조정대상이 되며, 선거 이후의 인구변화를 고려하여도 2013. 7. 31.을 기준으로 총 60개의 선거구가 분구·통합대상이 된다. 선거구의 분구·통합 과정에서 국회의원지역선거구의 수를 조정해야 할 필요성이 있을 수 있고, 엄격해진 기준에 따라 선거구를 조정하는 데 상당한 시간이 소요되고 여러 가지 어려움이 있을 수 있음을 부인할 수 없으나, 다음 선거까지 약 1년 6개월의 시간이 남아 있고, 국회가 국회의원지역선거구를 확정함에 있어 비록 상설기관은 아니지만 전문가들로 구성된 국회의원선거구획정위원회로부터 다양한 정책적 지원을 받을 수 있음을 고려할 때(공직선거법 제24조), 선거구 조정의 현실적인 어려움 역시 인구편차의 허용기준을 완화할 사유가 될 수는 없다.

5) 외국의 입법례를 살펴보더라도, 미국은 연방하원의원 선거에서 선거구별로 동일한 인구수를 요구하면서 절대적 평등인 0에 가깝도록 편차를 줄이기 위하여 성실히 노력하였음을 입증하지 않는다면 평등선거의 원칙에 반한다고 보고 있고, 독일은 원칙적으로 상하 편차 15%를 허용한도로 하되, 상하 편차 25%를 반드시 준수해야 할 최대허용한도로 함으로써 탄력적인 입법을 하고 있다. 일본 역시 1994. 2. 4. 법률 제3호로 제정된 중의원의원선거구획정심의회설치법 제3조 제1항에서 “각 선거구의 인구 중 가장 많은 것을 가장 적은 것으로 나누어 얻은 숫자가 2 이상이 되지 않도록 함

을 기본으로 하고, 행정구획, 지세, 교통 등의 사정을 종합적으로 고려하여 선거구를 획정하도록 규정하고 있으며, 2011년에는 인구비례 2.3:1인 선거구에 대하여 “위헌”이라고 판단하였다. 이와 같은 외국의 판례와 입법 추세를 고려할 때, 우리도 인구편차의 허용기준을 엄격하게 하는 일을 더 이상 미룰 수 없다.』

이러한 법정의견은 다음의 세 가지 사항을 고려한 것이다. 첫째, 현재 우리나라의 경제수준, 정치 영역에서의 민주주의와 지방자치제도의 발전 등에 비추어 볼 때 급격한 도시화로 인한 도농간의 지역격차는 더 이상 인구비례 2:1을 뛰어 넘을 사유가 될 수 없다는 점이다. 어느 지역에 사느냐에 따라 자신의 투표가치에 차별취급을 받는 것은 평등의 원칙상 원칙적으로 허용되지 않으므로, 특정 지리학적 지역(도시, 농촌 등)을 다른 지역에 비해 선호하는 것은 오히려 평등의 원칙에 반하는 역차별에 해당할 수 있다는 것이다.<sup>18)</sup> 둘째, ‘지역대표성’ 역시 역사적으로 하나의 주권국가와 같은 지위에 있던 주(州)들을 연방으로 편입하는 과정에서 각 주(州)의 대표성을 보장한다거나 하는 특별한 정치적 연혁을 가진 국가에서나 큰 의미를 가지는 것이지, 역사적으로 단일국가적 성격이 매우 두드러졌던 우리나라의 경우에게까지 심각하고 결정적인 고려의 대상이 되는 것은 아니며, 오히려 “인구비례 2:1”이라는 대원칙을 넘어서까지 ‘지역대표성’을 적용하는 결과가 된다면 자칫 지역이기주의를 부추김으로써<sup>19)</sup>, 또는 지역이기주의를 공고화함으로써<sup>20)</sup> 우리나라 대의민주제 발전에 역행할 소지도 있고, ‘지역대표성’ 문제는 “인구비례 2:1”원칙을 지키는 한계 내에서 선출되는 국회의원들의

18) *Larios v. Cox* 판결.

19) [2012헌마138] 사건에서 ‘기장군’의 경우가 그러한 예라고 볼 수 있다. 지리적으로 부산 해운대구와 떨어져 있다는 사정과 ‘기장군’만의 지역이익을 대변할 수 있는 국회의원을 꼭 가져야겠다는 지역정서를 바탕으로, ‘기장군’의 인구수가 최소선거구의 인구수를 넘게 되자 곧바로 선거구분구의 필요성을 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다.

20) 이 사건 선거구구역표 전체 중 농촌선거구의 경우 대부분 인구수가 평균인구수 미만인데, 향후 인구가 증가하더라도 도시지역의 인구증가율이 농촌의 인구증가율을 상회할 것이 뻔한 이상, 인구가 빠른 속도로 증가하는 도시지역의 선거구는 이 사건 선거구구역표 전체에서 보듯이 일부가 분리되어 다른 선거구 또는 신설 선거구에 통합·편입되는 경우가 많을 것인 반면 농촌지역의 선거구는 기존의 지역대표성이 그대로 유지되고 현역의원의 이해관계가 고착화되는 경향이 커질 것이다.

대의적 기능을 충실히 지원·보강함으로써 해결해야 할 문제라는 점 역시 고려되었다. 셋째, 허용되는 인구편차를 조정할 경우 선거구의 수가 증가될 가능성이 높다거나 이를 조정하는 과정에서 국회가 예기치 않은 어려움에 봉착하게 될 가능성이 크다는 우려는 적어도 현재 시점의 우리나라의 정치 문화, 민주주의 수준에 비추어 볼 때 더 이상 타당한 근거가 될 수 없으며, 선거구획정의 대원칙을 포기하는 주객이 전도된 논리라는 점이다.

이에 대하여 반대의견은 헌법재판소가 선거구 인구편차의 위헌성 문제를 판단할 때는 인구비례를 중요 요소로 삼아야 할 것이지만, 인구 외적인 다른 요소들을 고려할 현실적 필요성이 있을 경우에는 인구비례의 엄격성 정도를 완화하여 판단하는 유연한 자세가 필요하다는 전제하에, 헌법이 허용하는 기준은 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1이 되어야 한다고 판단하였는바, 그 구체적인 근거는 다음과 같다.

『(1) 우리나라의 경우 각 지역이 국가에 대하여 원하는 시책은 선거구의 지역적 특수성, 특히 도농 사이의 인구 밀도나 개발 정도의 격차 등으로 인해 현저한 차이가 있고, 국회의원의 선거가 이렇게 서로 다른 지역의 요구를 대변해줄 대표자를 뽑는 제도로 인식되고 있다는 점에서 국회의원이 지역대표의 기능을 상당 정도 수행하고 있음을 부인할 수 없다. 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중은 농어촌 인구의 급격한 감소를 초래하게 되었으며, 도시 위주의 개발은 여러 분야에서 도시와 농어촌 사이에 심한 개발 불균형을 낳았고, 그 격차는 좀처럼 줄어들지 않고 있다. 이러한 가운데 도농간에는 서로 다른 이해관계가 형성되었으며, 이해관계의 상반 속에서 인구의 현격한 차이는 국회의원 선거구 획정에 직접적으로 영향을 미치는 요소가 될 수밖에 없었다. 이러한 상황에서 헌법재판소는 2001년 2000헌마92등 결정을 통해 선거구 획정에 선거구간 허용되는 인구편차 기준에 대해 기존의 허용인구편차 기준인 상하 60% 기준(인구비례 4:1)을 위헌으로 선언하고, 새로운 기준으로 상하 50% 기준(인구비례 3:1)을 제시한 바 있다. 그 당시 헌법재판소는 상하 50% 기준을 채택하면서, 단원제를 채택하고 있는 우리나라의 경우 국회의원이 법리상 국민의 대표이기는 하나 현실적으로는 어느 정도 지역대표성도 겸하고 있다는 점 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌간의 인구편차와 각 분야에 있어

서의 개발 불균형이 현저한 점, 그리고 당시의 ‘공직선거 및 선거부정 방지법’이 선거구 획정에 있어 구·시·군의 행정구역을 분리할 수 없도록 하고 국회의원수를 일정수로 한정하고 있어 선거구 조정이 쉽지 않았던 점 등을 상하 33⅓% 기준을 당장 선택할 수 없는 이유로 들었다. 즉 상하 33⅓% 기준과 상하 50% 기준 중 상하 33⅓% 기준이 평등선거의 이상에 보다 접근하는 안임에는 틀림없으나, 인구비례를 엄격히 요구할 현실적 여건이 마련되지 않은 상황에서 이러한 기준을 충족시키는 선거구 획정은 여러 가지 난점이 있을 수밖에 없다는 것이었다. 따라서 2001년 제시되었던 33⅓% 기준은 선거구 획정에 있어 우리에게 존재하는 인구 외적 다른 요소들이 해소됨을 전제로 장래에 가능한 기준이었다고 볼 수 있다.

그런데 현재, 2001년 당시 상하 50% 기준을 선택할 수밖에 없었던 이유들이 모두 해소되어 상하 33⅓%의 기준을 요구할 수 있을 만큼 상황이 성숙되었다고 볼 수 있는지는 의문이다. 도농간에 나타나고 있는 경제력의 현격한 차이나 인구 격차는 아직도 해소되지 않고 있고, 이러한 차이로 인한 지역 이익들이 대표되어야 할 이유는 여전히 존재하며, 선거구 획정에 있어 행정구역의 분리 금지 및 국회의원정수의 고정과 같은 선거구 조정에 관한 공직선거법상의 장애 요소 역시 2001년과 마찬가지로 존재한다.

다수의견에서는 지금은 지방자치제도가 정착되어 지역의 문제는 지방자치단체의 장이나 지방의회가 주도적으로 해결할 수 있으므로, 국회의원의 지역대표성보다는 투표가치의 평등을 실현하는 것이 중요하다고 주장한다. 그러나 우리나라에 있어서 국회와 지방의회의 역할 차이나 지방자치단체의 재정자립도 등에 비추어 볼 때 국회의원의 지역대표성은 투표가치의 평등 못지않게 여전히 중요하다 할 것이다.

(2) 상하 50%의 기준을 폐기하고 새로운 기준인 상하 33⅓%를 적용하면 거의 대부분의 선거구를 재조정해야 하는 상황에 처하게 된다. 이 경우 행정구역의 분구나 통합이 불가피할 것이지만, 위에서 본 바와 같은 법상의 제약이 존재하여 원활한 조정을 기대하기는 어렵다. 물론 인구비례를 맞추면서 행정구역 분리를 최소화하는 방법으로 선거구 숫자를 늘리는 방안을 생각할 수 있으나, 선거구수를 늘리는 문제는 이에 대한 부정적인 국민 정서나 예산상의 문제 등을 감안할 때 현실적인 대안이 될 수 있을지

의문이다. 설령 법률을 개정하여 의석수를 늘리는 방법이 현실화될 수 있다고 하더라도 도시에 인구가 집중되어 있는 현재의 상황에서는 상대적으로 도시를 대표하는 의원수만 증가할 뿐이며, 지역대표성이 절실히 요구되는 농어촌의 의원수는 감소할 것이 자명하다. 이 경우 다수결원칙이 통용되는 국회 내에서 지역의 이익이 대표되기는 더욱 어려워질 것이고, 그렇다면 현 상황에서 선거구 획정 기준으로 인구편차 상하 33⅓% 이내를 요구하는 것은 무리라고 본다.

(3) 다수의견은 국회의원을 선출함에 있어 인구비례가 가장 중요한 요소이고, 다른 나라들이 인구편차의 허용한계를 더욱 엄격히 하고 있음을 상하 33⅓% 인구편차 기준 채택 이유의 하나로 들고 있다. 미국이나 독일과 같은 정치 선진국의 최근 판례나 입법 동향을 살펴보면 인구편차의 허용한계가 점점 엄격해지고 있는 것은 사실이다. 그런데 국민의 대표를 선출함에 있어 인구비례를 중시하여 선거구 인구편차를 엄격하게 적용하는 나라들에서는 대부분 지역대표성을 보장하는 제도를 아울러 두고 있음을 알 수 있다. 즉 상하 양원제를 취하면서 각 연방이나 지방을 대표하는 일정수의 대표자를 인구수에 상관없이 상원의원으로 선출하여 해당 지역의 이익을 대표하도록 하거나(미국, 스위스는 각 주마다 2인, 스페인은 각 지방마다 4인의 각 상원의원을 선출하고 있다), 상하원 국회의원 선거구에 인구편차 허용 정도를 달리 적용하여 지역이익의 대표라 할 수 있는 상원의원 선거구에 대해서는 이를 완화하여 적용하고 있다(일본의 경우 하원적인 중의원은 2대1 이내의 기준을 적용하면서도 상원적인 참의원은 인구비례 5대1 이내의 기준을 적용하고 있다). 단원제를 채택하고 있는 우리나라는 일원화되어 있는 의회에서 지역이익도 함께 대표될 수 있어야 하므로, 양원제를 채택하고 있는 다른 나라 선거구의 인구편차 허용 기준을 그대로 받아들여 선거구 인구편차 위헌성 여부를 판단할 수는 없다. 단원제 국가에서는 국회의원 선출시 지역대표성을 감안한 제도의 마련이 필요하며, 그것은 인구편차의 허용 기준을 완화시키는 방법밖에 없는 것이다.』

## 다. 자의적인 선거구획정의 판단기준

### (1) 게리맨더링의 금지

국회의원지역선거구의 획정이 허용되는 인구편차를 벗어나지 아니하였다고 할지라도, “특정지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어, 특정지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별 효과가 명백히 드러난 경우” 또는 “소수의 선거권자로 하여금 정치적으로 의사를 반영하지 못하도록 하는 지속적인 차별이 이루어진 경우”에는 그 선거구획정은 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.<sup>21)</sup> 이것이 이른바, 게리맨더링의 문제이다.

선거구의 획정이 자의적인지 여부를 판단함에 있어서는 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접 지역이 1개의 선거구를 구성하도록 하였는지 여부가 원칙적인 기준이 된다. 따라서 접경지역 없이 완전히 분리되어 있는 두 지역을 하나의 선거구로 획정하는 것은 ‘특별한 사정이 없는 한’ 재량의 범위를 일탈한 선거구획정이 되나, 국회의원 정수를 늘리지 않기 위하여 ‘인구비례 원칙’을 충족시키는 과정에서 조정이 이루어진 것이라면, 다소 떨어져 있는 지역을 통합하더라도 허용될 수 있는 선거구획정으로 볼 수 있다.

### (2) 미국의 판례

미국 연방대법원은 Davis v. Bandemer 판결(1986)에서, 비록 4인의 복수의견(plurality opinion)이긴 하지만 “선거구편성으로 인하여 특정 선거권자 또는 특정 부류의 선거권자들의 정치과정에 미치는 영향력이 지속적으로 감소 내지 차단되어 왔다는 사정이 증명되어야 ‘위헌적 차별’이 인정되는 것”으로 실시한 바 있다.<sup>22)</sup> “적어도 한 번의 선거만으로는 그러한 ‘위헌적 차별’을 입증하기 힘들다”고 한다. 흑인들이 전체 인구의 20% 정도를

21) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74, 판례집 10-2, 764, 775; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742, 748.

22) 478 U.S. 109, 132-133.

차지하는 노스캐롤라이나주에서 흑인들이 주로 모여 사는 지구를 갈고리(hook) 모양으로 엮어 하나의 선거구로 획정한 주의회의 선거구획정이 흑인을 차별하여 평등권을 침해하는 게리맨더링이라고 한 사례<sup>23)</sup> 등 인종에 따른 게리맨더링의 경우를 제외하고는 대부분 게리맨더링 판단에 있어서 입법부의 형성의 자유를 존중하는 경향에 있다.<sup>24)</sup>

### (3) 헌법재판소의 선례

국회의원선거구획정과 관련하여 자의적인 선거구획정인지 여부가 다투어진 사례는 충북 보은군과 영동군을 합친 선거구(95헌마224등, 위헌),<sup>25)</sup> 인천 계양구 계양1동과 강화군을 합친 선거구(96헌마54, 합헌(3인 위헌)),<sup>26)</sup> 목포시 신안군과 목포시 산정3동을 합친 선거구(96헌마74등, 합헌),<sup>27)</sup> 문경시와 예천군을 합친 선거구 및 평택시 중심가에 해당하는 세교동, 통북동 지역을 구송탄 지역과 합친 평택갑선거구(96헌마83등 합헌),<sup>28)</sup> 인천 서구 검단동을 인천 강화군과 합친 선거구(2000헌마240, 합헌(1인 위헌))<sup>29)</sup>가 있는바, 앞의 3사례는 지리적으로 인접하지 않은 지역을 하나의 선거구로 묶은 것이고, 뒤의 3사례는 지리적으로는 인접하여 있으나 지리적·문화적으로 생활환경이 다른 지역을 하나의 선거구로 묶은 사례이다. 선거구획정이 허용되는 입법 재량의 한계 내에 있다는 선례들은 ‘인구비례를 조정하기 위한 목적에서 선거구를 합친 것’이라는 점, 그 외에 특정지역의 선거인들을 정치적 성향이나 문화적 특성들을 고려한 후 ‘차별하고자 하는 의도’ 및 ‘실질적인 차별효과’가 입증되지 않은 점을 근거로 하였다. 반면, 유일하게 자의적인 선거구 획정임을 인정한 95헌마224등 결정은 ‘접경지역 없이 완전히 분리된 지역을 하나의 선거구로 합친 점’ 이외에는 그 근거를 실시하지 않고 있다.

23) Shaw v. Reno, 509 U.S. 630(1993).

24) Bush v. Vera, 517 U.S. 952, 958-959(1996)에서는 인종적 게리맨더링의 경우를 제외하고는 ‘엄격심사’의 대상이 되지 않는다고 하였다.

25) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760 이하.

26) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742 이하.

27) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등, 판례집 10-2, 764 이하.

28) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등, 판례집 10-2, 764 이하.

29) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502 이하.

#### (4) 이 사건에서의 검토

이 사건의 법정의견 역시 “국회의원선거에 있어 지역선거구를 정하는 문제는 기본적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있으나, 선거구획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수는 없으며, 특정 지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈하고 있음이 입증되어 특정 지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우, 즉 게리맨더링에 해당하는 경우에는, 그 선거구획정은 입법재량의 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다. 그리고 이를 판단함에 있어서는 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한, 인접지역이 1개의 선거구를 구성하였는지 여부가 원칙적인 기준이 된다.”고 실시하여, 게리맨더링의 판단기준에 관한 선례의 입장을 그대로 따르고 있다.

구체적인 판단에 있어서는 문제된 4개 선거구 모두 인접한 지역을 묶어 1개의 선거구로 편성하였으며, 구의 일부를 분구하여 다른 구와 합구하여 선거구를 획정한 것은 이러한 방법 이외에 국회의원지역선거구 수를 유지하면서 선거구 간의 인구편차를 줄일 수 있는 다른 방법을 찾기 어려웠기 때문이며, 합구된 양 지역 사이에 생활환경이나 교통, 교육환경 등에 큰 차이가 없을 뿐만 아니라, 이러한 선거구획정으로 인하여 특정 지역의 선거권자들에 대한 실질적인 차별효과가 명백하게 드러났다고도 볼 수 없다는 점을 근거로, 문제된 4개 선거구의 획정이 자의적인 선거구획정에 해당하지 아니한다고 판단하였다.<sup>30)</sup>

#### 라. 선거구구역표의 불가분성 및 잠정적용 헌법불합치

헌법재판소는 국회의원지역선거구구역표에 관한 95헌마224등 및 2000헌마92등 결정에서 지속적으로 “선거구구역표는 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 선거구구역표는 전체가 불가

30) 반대의견은 인구편차의 허용기준에 대해서만 의견을 제시하였을 뿐, 문제된 4개 선거구가 자의적인 선거구획정인지 여부에 대해서는 언급하지 아니하였다.

분의 일체를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면, 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 띠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 제소된 당해 선거구에 대하여만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원 제소기간의 적용 때문에 제소된 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면, 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다.”는 취지의 판시를 하고 있다.<sup>31)</sup>

또한, 헌법재판소가 선거구구역표에 대하여 인구편차 기준을 위반한 것으로 판단한 총 5건의 선례 중 초기에 선고된 95헌마224등 결정에서만 선거구구역표 전체에 대하여 ‘단순위헌’을 선고하였을 뿐, 나머지 2000헌마92등, 2005헌마985등, 2006헌마67, 2006헌마240등 결정에서는 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 국회의원지역선거구 구역표가 존재하지 아니하게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점 및 국회의 동질성 유지나 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에는 이 사건 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어 모두 ‘잠정적용을 명하는 헌법불합치’ 결정을 선고하였다.

이 사건 법정의견 역시 위와 같은 선례의 태도에 따라 이 사건 선거구구역표 전체에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하면서, 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을 명하였다.

#### 4. 결정의 의의

이 사건 결정은 지방자치제도가 정착된 현실 등을 고려할 때 국회의원의 지역대표성이 국민주권주의의 근간인 투표가치의 평등보다 앞설 수 없다는 점을 분명히 밝히면서, 인구편차 상하 50%, 인구비례 3:1이라는 기준은 현재의 정치현실을 고려할 때 더 이상 허용될 수 없다는 점을 명시하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 이 사건 결정으로 인하여, 인구편차 상하 50%, 인

31) 지방의회의원지역선거구구역표에 관한 2005헌마985등, 2006헌마14, 2006헌마240 등에서도 모두 동일하게 판시해 오고 있다.

구비례 3:1을 기준으로 편성된 이 사건 선거구구역표는 2016. 1. 1.부터 그 효력을 상실하게 되었다. 2016. 4. 13.로 예정된 제20대 국회의원선거를 위해서는 대대적인 선거구 개편이 불가피하게 되었으며, 이 사건 결정이 정치권에 미친 파장 역시 매우 크다.

2014. 10. 30. 이 사건 결정이 선고된 직후, 박○출 새누리당 대변인은 국회 현안관련 브리핑에서 “현재의 결정을 존중한다. 다만, 대도시 인구밀집 현상이 심화되는 현실에서 지역대표성의 의미가 축소되는 부분에 대해서는 모두 함께 고민해 나가야 할 것이다. 정치권이 심도 있는 논의를 통해 합리적으로 선거구 문제를 조정해 나가야 한다.”고 발표하고, 같은 날 김○수 새정치민주연합 대변인 역시 국회 현안관련 브리핑을 통해 “헌법재판소의 결정을 존중한다. 다만, 인구비례에 따른 표의 등가성뿐 아니라 농어촌의 지역 대표성이 충분히 고려되지 않은 점은 아쉽게 생각한다. 오늘 헌법재판소의 결정으로 대대적인 선거구 개편이 불가피해졌고, 선거구 획정위원회의 구성과 가동이 더욱 시급해졌다. 오늘 헌법재판소 결정을 계기로 국회의원 선거제도 자체에 대한 근본적인 재검토가 필요해졌다. 정치개혁특별위원회에서 중대선거구제, 권역별 비례대표제, 석패율제도 등 모든 가능성을 열어 놓고 선거제도 개편에 대한 논의가 이루어져야 할 것으로 본다.”고 밝히는 등 주요 정당들은 헌법재판소의 선거구 획정 헌법 불합치 결정을 존중하나, 지역대표성이 약화되는 부분에 대해 아쉬움이 있다는 취지의 의견을 발표하였다. 또한, 심○정 정의당 원내대표가 2014. 11. 3. 국회 비교섭단체대표 연설에서 “헌법재판소가 선거구 개편을 명한 지금이 정치개혁의 골든타임이다. 독일식 정당명부 비례대표제와 대통령·광역단체장 선거 결선투표제를 도입하는 등 선거제를 개편해야 한다.”고 강조하는 등, 헌법재판소의 결정을 현행 국회의원 선거제도 자체에 대해 근본적으로 재검토하고, 중대선거구제 또는 권역별 비례대표제의 도입 등에 대해 검토하는 계기로 삼아야 한다는 주장 또한 제시되었다.

이처럼 이 사건 결정은 투표가치의 평등을 실현하는 것이 민주주의의 근간이 된다는 점을 명시함으로써, 국회의원 선거에 있어서 투표가치의 평등을 실현하기 위한 제도 개편을 위한 논의를 촉발시켰다는 점에서 그 정치적 의미가 매우 크다고 할 것이다.



## 결정색인(2014년)

### 선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

현재 2014. 1. 28. 2010헌바251(판례집 26-1상, 1) .....	1
현재 2014. 1. 28. 2011헌바174·282·285, 2012헌바39·64·240(병합) (판례집 26-1상, 34) .....	27
현재 2014. 1. 28. 2012헌마409·510, 2013헌마167(병합) (판례집 26-1상, 136) .....	55
현재 2014. 1. 28. 2012헌마431, 2012헌가19(병합)(판례집 26-1상, 155) ..	87
현재 2014. 3. 27. 2010헌가2, 2012헌가13(병합)(판례집 26-1상, 324) ..	109
현재 2014. 3. 27. 2011헌바42(판례집 26-1상, 375) .....	133
현재 2014. 3. 27. 2012헌마652(판례집 26-1상, 534) .....	149
현재 2014. 4. 24. 2011헌바2(판례집 26-1상, 621) .....	183
현재 2014. 4. 24. 2011헌바228(판례집 26-1하, 16) .....	193
현재 2014. 4. 24. 2012헌바45(판례집 26-1하, 41) .....	217
현재 2014. 4. 24. 2011헌마612(판례집 26-1하, 150) .....	237
현재 2014. 4. 24. 2011헌마659·683(병합)(판례집 26-1하, 176) .....	263
현재 2014. 4. 24. 2012헌마287(판례집 26-1하, 223) .....	281
현재 2014. 5. 29. 2010헌마606(판례집 26-1하, 354) .....	315
현재 2014. 5. 29. 2012헌마913(판례집 26-1하, 448) .....	347
현재 2014. 6. 26. 2012헌마782(판례집 26-1하, 670) .....	367
현재 2014. 7. 24. 2012헌바105(판례집 26-2상, 23) .....	381
현재 2014. 7. 24. 2009헌마256, 2010헌마394(병합) (판례집 26-2상, 173) .....	407
현재 2014. 7. 24. 2013헌마423·426(병합)(판례집 26-2상, 226) .....	441

(2014. 8. 28. 2011헌바32, 2011헌가18, 2012헌바185(병합) (판례집 26-2상, 242) .....	463
현재 2014. 8. 28. 2011헌마28·106·141·156·326, 2013헌마215·360(병합)(판례집 26-2상, 337) .....	487
현재 2014. 8. 28. 2013헌마553(판례집 26-2상, 429) .....	531
현재 2014. 9. 25. 2013헌바208(판례집 26-2상, 505) .....	541
현재 2014. 10. 30. 2011헌바129·172(병합)(판례집 26-2상, 639) .....	591
현재 2014. 10. 30. 2012헌마190·192·211·262·325, 2013헌마781, 2014헌마53(병합)(판례집 26-2상, 668) .....	615

## 헌법재판소결정해설집 (2014년)

---

2015年 11月 印刷

2015年 11月 發行

發行處 **憲法裁判所**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷 : 경성문화사 02)786-2999

---

(非賣品)

