

# 표지면지



# 발 간 사

우리 헌법재판소는 헌법의 가치와 정신을 지키고 국민의 기본권을 보장하기 위하여 1988. 9. 1. 설립된 이래 지금까지 28년간 헌법적 가치를 구현하기 위하여 노력해 왔습니다. 모든 사건마다 체계적이고 일관된 헌법해석을 통하여 우리 헌정 사상 가장 활발하고 실질적으로 헌법재판을 해 왔고, 그로 인하여 헌법규범은 입법활동 및 공권력 행사의 기준으로서 기능하고 국민의 생활 속에 살아 있는 최고규범으로 자리잡게 되었습니다.

이와 같이 헌법재판이 활성화되면서 헌법재판이 우리 사회에 미치는 영향력은 점점 커져 왔고, 최근에 이르러서는 국가나 사회의 중요한 현안들이 헌법문제화되어 헌법재판소의 심판대상이 되는 경우가 빈번해졌습니다.

따라서 헌법재판소가 국가·사회적으로 큰 쟁점이 되는 헌법적 문제에 대하여 내린 결정은 국민에게 정확하게 알려지지 않으면 안 됩니다. 왜냐하면 추상적 규범인 헌법의 의미를 규명하여 국가기관과 학계 및 국민 개인의 ‘헌법해석’을 원활하게 하고 나아가 국민의 기본권 보호와 민주주의 및 법치주의 발전에 기여할 수 있기 때문입니다.

이에 헌법재판소는 매년 전년도에 선고된 결정 중에서 의미 있고 중요한 결정들을 선정하여, 그 결정의 조사 및 연구에 참여한 헌법연구관들의 해설을 실은 해설집을 발간하고 있습니다. 2016년도에 2015년도에 선고된 결정 중 32건을 선별하여 열네 번째 ‘결정해설집’을 발간하게 되었습니다.

아무쪼록 이 해설집이 그 기능과 역할을 다하여, 국민들이 헌법재판소 결정을 분명하게 이해하고 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 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

2016. 11.

헌법재판소 사무처장 김용헌



# 목 차

형법 제241조 위헌소원 등 .....	유미라	1
의료법 제23조의2 제1항 등 위헌소원 .....	송길대	21
국가보위에관한특별조치법 제9조 등 위헌제청 .....	승이도	49
게임산업진흥에 관한 법률 제12조의3 제1항 제1호 등 위헌확인 .....	서세인	59
국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원 등 .....	황지섭	87
담배사업법 위헌 확인 .....	류지현	117
민법 제844조 제2항 등 위헌확인 .....	승이도	141
구 도로교통법 제93조 제1항 단서 제11호 위헌제청 .....	김현영	159
형법 제7조 위헌소원 .....	이건석	185
교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조 위헌확인 등 .....	정인경	207
심판비용부담 결정 등 신청 .....	최희준	231
아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호 등 위헌제청 등 .....	정인경	259
변호사시험법 제18조 제1항 위헌확인 .....	유미라	287

홍성군과 태안군 등 간의 권한쟁의 .....	이황희	.. 313
공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등 .....	이동욱	.. 341
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조 제1항 등 위헌확인 .....	공수진	.. 361
인신보호법 제15조 위헌제청 .....	이황희	.. 391
출입국관리법 제4조 제1항 제1호 위헌소원 .....	김현영	.. 403
치과의사전문회의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정 제18조 제1항 위헌확인 .....	강재원	.. 429
축산법 제22조 등 위헌확인 .....	류지현	.. 463
구 형법 제104조의2 위헌제청 .....	서경미	.. 491
습지보전법 제20조의2 제1항 위헌소원 .....	유경민	.. 509
원자력안전법 시행령 제2조 제4호 별표1 위헌확인 등 .....	장혜진	.. 531
변호인접견불허 위헌확인 .....	남상규	.. 553
시체 해부 및 보존에 관한 법률 제12조 제1항 위헌확인 .....	서인선	.. 569
성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌제청 .....	성 왕	.. 597
대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제 해결과 경제협력에 관한 협정 제2조 제1항 등 위헌소원 등 .....	이황희	.. 625

주민등록법 제7조 제3항 등 위헌소원 등 .....	박세영	· 647
정치자금법 제45조 제1항 등 위헌소원 .....	서인선	· 683
의료법 제56조 제1항 등 위헌소원 .....	이종훈	· 731
형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제82조 위헌확인 · 송창성		· 749
소년법 제32조 등 위헌확인 .....	서인선	· 767





## 형법 제241조 위헌소원 등

- 간통행위 및 상간행위를 징역형에 처하는 것이  
헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4,  
2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464,  
2011헌가31, 2014헌가4(병합), 판례집 27-1상, 20)

유 미 라\*

### 【관시사항】

배우자 있는 자의 간통행위 및 그와의 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제241조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제 241조 전체가 헌법에 위반되는지 여부이다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제241조 (간통) ① 배우자있는 자가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. 그와 상간한 자도 같다.

② 전항의 죄는 배우자의 고소가 있어야 논한다. 단 배우자가 간통을 중용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 간통 내지 상간하였다는 범죄사실로 기소되어 당해사건 계속 중 형법 제241조가 위헌이라며 위헌법률심판제청 신청을 하였으나 그 신청이 기각되자 헌법소원심판을 청구하였다. 2011헌가31 사건의 당해사건 피고인은 간통죄로 기소되어 1심에서 유죄판결을 선고받고 항소하였는데, 의정부지방법원은 형법 제241조가 헌법에 위반된다고 의심할 상당한 이유가 있다는 이유로 2011. 8. 26. 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다. 또한, 2014헌가4 사건의 제청신청인도 간통죄로 기소되어 1심에서 유죄판결을 선고받고 항소한 뒤 형법 제241조 제1항에 대한 위헌법률심판제청 신청을 하였고, 제청법원이 그 제청신청을 받아들여 2014. 3. 13. 위헌법률심판을 제청하였다.

### 2. 제청법원의 위헌제청이유

선량한 성풍속 보호, 혼인 및 부부 사이 성적 성실의무의 보호라는 입법 목적의 정당성은 인정된다. 그러나 개인주의적·성개방적 사고의 확산에 따른 우리 사회의 변화로 국민 일반의 법감정이 변화되고 있는 현실, 성생활은 형벌의 대상이 아니라 성도덕에 맡겨 사회 스스로 자율적으로 질서를 잡아야 할 영역이라는 점, 간통죄를 처벌한다고 하여 간통을 억지하는 효과를 기대하기 어려운 점 등에 비추어 수단의 적절성 및 피해의 최소성 원칙에 반한다. 또한, 심판대상조항으로 혼인제도 및 부부간 성적 성실의무 보호라는 공익을 달성하기 어렵게 된 반면, 내밀한 성생활의 영역을 처벌하여 국민의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 지나치게 제한하므로 법의 균형성 원칙에도 반하여 헌법에 위반된다.

## 【결정요지】

**재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견**

사회 구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식이 변화되고, 성적 자기결정

권을 보다 중요시하는 인식이 확산됨에 따라 간통행위를 국가가 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵고, 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세여서 전세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다. 또한 간통죄의 보호법익인 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의지와 애정에 맡겨야지, 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것이며, 현재 간통으로 처벌되는 비율이 매우 낮고, 간통행위에 대한 사회적 비난 역시 상당한 수준으로 낮아져 간통죄는 행위규제규범으로서 기능을 잃어가고, 형사정책상 일반예방 및 특별예방의 효과를 거두기도 어렵게 되었다. 부부 간 정조의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구, 손해배상청구 등 민사상의 제도에 의해 보다 효과적으로 달성될 수 있고, 오히려 간통죄가 유책의 정도가 훨씬 큰 배우자의 이혼수단으로 이용되거나 일시 탈선한 가정주부 등을 공갈하는 수단으로 악용되고 있기도 하다.

결국 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 재판관 김이수의 위헌의견

간통죄의 본질은 자유로운 의사에 기하여 혼인이라는 사회제도를 선택한 자가 의도적으로 배우자에 대한 성적 성실의무를 위배하는 성적 배임행위를 저지른 데 있다.

혼인생활을 영위하고 있는 간통행위자 및 배우자 있는 상간자에 대한 형사처벌은 부부 간의 성적 성실의무에 기초한 혼인제도에 내포되어 있는 사회윤리적 기본질서를 최소한도로 보호하려는 정당한 목적 하에 이루어지는 것으로서 개인의 성적 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 하기 어렵다. 그러나 사실상 혼인관계의 회복이 불가능한 과탄상태로 인해 배우자에 대한 성적 성실의무를 더 이상 부담하지 아니하는 간통행위자나 미혼인 상간자의 상간행위 같이 비난가능성 내지 반사회성이 없는 경우도 있다.

그럼에도 불구하고, 심판대상조항이 일률적으로 모든 간통행위자 및 상

간자를 형사처벌하도록 규정한 것은 개인의 성적 자기결정권을 과도하게 제한하는 국가형벌권의 과잉행사로서 헌법에 위반된다.

### 재판관 강일원의 위헌의견

간통 및 상간행위가 내밀한 사생활의 영역에 속하는 것이라고 해도 이에 대한 법적 규제를 할 필요성은 인정되고, 그에 대한 규제의 정도는 원칙적으로 입법자가 결정할 사항이므로, 입법자가 간통행위를 예방하기 위하여 형벌이라는 제재수단을 도입한 것이 그 자체로 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다.

그러나 형법은 간통죄를 친고죄로 규정하면서, 배우자의 종용이나 유서가 있는 경우 간통죄로 고소할 수 없도록 규정하고 있는데, 소극적 소추조건인 종용이나 유서의 개념이 명확하지 않아 수범자인 국민이 국가 공권력 행사의 범위와 한계를 확실하게 예측할 수 없으므로 심판대상조항은 명확성원칙에 위배되며, 간통 및 상간행위에는 행위의 태양에 따라 죄질이 현저하게 다른 수많은 경우가 존재함에도 반드시 징역형으로만 응징하도록 한 것은 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 배제 또는 제한하여 책임과 형벌간 비례의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.

### 재판관 이정미, 재판관 안창호의 반대의견

간통은 일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하고 가족공동체의 유지·보호에 파괴적인 영향을 미치는 행위라는 점에서 개인의 성적 자기결정권의 보호영역에 포함되어 있다고 보기 어렵다.

배우자 있는 자의 간통 및 그에 동조한 상간자의 행위는 단순한 윤리적·도덕적 차원의 문제를 넘어서 사회질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 것이라고 보는 우리 사회의 법의식은 여전히 유효하다. 특히 간통죄의 폐지는 우리 사회 전반에서 성도덕 의식의 하향화를 가져오고 성도덕의 문란을 초래할 수 있으며, 그 결과 혼인과 가족 공동체의 해체를 촉진시킬 수 있다는 점에서, 간통죄를 형사처벌하도록 한 입법자의 판단이 자의적인 것이라고 보기는 어렵다. 부부공동생활이 파탄되어 회복될 수 없을 정도의 상태에 이르러 더 이상 배우자에 대한 성적 성실의무를 부담한다고 볼 수 없는 경우에는 간통행위가 사회윤리 내지 사회상규에 위배되지 아니하는

행위로서 위법성이 조각될 여지가 있으므로 과잉처벌의 문제는 발생하지 않을 수 있다.

심판대상조항은 징역형만을 규정하고 있으나 법정형의 상한 자체가 높지 않아 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없고, 벌금형에 의할 경우 간통행위자에 대하여 위하력을 가지기 어려우므로 형벌체계상 균형에 반하는 것이라고 할 수도 없다.

또한 현행 민법상의 제도나 재판실무에 비추어보면, 간통죄를 폐지할 경우 수많은 가족공동체가 파괴되고 가정 내 약자와 어린 자녀들의 인권과 복리가 침해되는 사태가 발생하게 될 것을 우려하지 않을 수 없다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반된다고 할 수도 없다.

### 재판관 이진성의 다수의견에 대한 보충의견

간통행위는 행위 유형이 다양하여 법정형으로 징역형만 규정한 것이 책임과 형벌 사이에 균형을 잃을 가능성은 있지만, 재산형인 벌금형이나 명예형인 자격형이 배우자에 대한 정조의무를 저버리고 혼인제도의 문란을 가져오는 비윤리적 범죄인 간통죄에 유효하고 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 부부 일방의 부정행위로 인한 민사, 가사 문제들의 해결수단을 간통죄를 유지시켜 형사사건에서 찾을 것도 아니다. 간통행위로 인한 가족의 해체 사태에서 손해배상, 재산분할청구, 자녀양육 등에 관한 재판실무관행을 개선하고 배우자와 자녀를 위해 필요한 제도를 새로 강구해야 한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

헌법재판소는 간통 및 상간행위를 처벌하는 이 사건 심판대상조항에 대하여 4차례 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다(89헌마82 결정, 90헌가70 결정, 2000헌바60 결정, 2007헌가17등 결정). 2008. 10. 30. 선고된 2007헌가17등 결정에서는 위 조항에 대하여 위헌의견인 재판관이 4인, 헌법불합치의견인 재판관이 1인이었으나 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하였다.

이 사건에서도 선례에서 판단한 바와 같이 간통 및 상간행위를 징역형으

로 처벌하는 것이 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이다.

## 2. 입법례 및 입법연혁

### 가. 간통죄의 처벌기원 및 방식<sup>1)</sup>

간통을 처벌한 예는 멀리 함무라비 법전에서 찾아볼 수 있으며, 로마에서 간통을 처음으로 공개적 범죄로 취급한 것은 아둘테리움(Adulterium)에 관한 아우구스투스의 율리아 법이라고 한다. 여기에서 아둘테리움이란 간통·음란행위·근친상간 등을 포함하는 것으로 간통보다 상위의 개념이라고 한다. 동법에 따르면 夫의 간통은 불문에 붙이고 다만 妻의 간통만이 상간자와 더불어 중벌되었다고 한다. 이 때에는 일반의 風俗을 유지하기 위한 목적보다는 사회조직의 기본이 되는 家 - 따라서 家父長權과 夫의 지위 - 의 보호에 중점이 두어졌다. 간통죄의 처벌방식에는 첫째 남녀불평등처벌주의가 있고, 둘째 남녀평등처벌주의가 있으며, 셋째 남녀평등불벌주의가 있다. 먼저 남녀불평등처벌주의에는 예컨대 개정전 프랑스형법이나 이탈리아의 구형법과 같이 남편과 부인의 간통에 대하여 처벌을 달리하는 경우와, 일본의 1947년 폐지되기 전의 구형법이나 이를 의용한 우리나라 구형법과 같이 부인의 간통만을 처벌한 예가 있다. 다음으로 남녀평등처벌주의로는 미국의 몇몇 주에서 유지하고 있으며, 마지막으로 남녀평등불벌주의는 간통에 대하여 형사적 제재를 하지 않는 입법례로서 예컨대 덴마크는 1930년, 스웨덴은 1937년, 일본은 1947년, 독일은 1969년, 프랑스는 1975년에 각 간통죄를 폐지하였다.

- 
- 1) ‘형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구’, 형사정책연구원, 1999. 9., 152면
  - 2) 개정전 프랑스 형법에서는 부인의 간통은 언제나 처벌되지만(징역형), 남편의 간통은 그가 첩을 가정에 데리고 와서 살게 한 때 처벌하였다(벌금형). 이탈리아 형법 제559조는 간통한 처를 상간자와 함께 1년이하의 징역에 처하는 한편, 제560조는 남편이 부부동거의 가옥이나 기타 公然의 장소에 첩을 두었을 때 그 첩과 함께 2년이하의 징역에 처하고 있었는데, 이탈리아 헌법재판소는 1961. 11. 23. 위 형법 제559조에 대하여 합헌판결을 하였으나, 그 후 1968. 12. 19. 동조에 대하여 위헌판결을, 1969. 12. 3.에는 위 560조에 대하여도 위헌판결을 내렸다.

## 나. 입법례

독일에서 간통죄는 1969. 6. 25.의 제1차 형법개정법률에서 대체규정 없이 삭제되었다. 미국의 경우 1950년대까지 간통(Adultery)<sup>3)</sup>과 私通(Fornication)<sup>4)</sup>을 처벌하였지만 현재에는 소수의 주에서만 간통죄의 규정이 남아 있다고 한다. 그 가운데에는 공공연하고 악의적인 간통만 처벌하는 주도 있다(예컨대 인디애나주). 또한 미국모범형법전에서는 간통죄의 폐지를 권고하고 있다.

일본은 明治 41년(1908)부터 시행된 형법에 간통죄 처벌규정이 있었으나 1947년에 형법개정으로 간통죄가 폐지되었다.

유럽에서 간통죄를 존치하고 있던 스위스(형법 제214조<sup>5)</sup>)는 1990년에, 오스트리아(형법 제194조<sup>6)</sup>)는 1996년에, 스페인에서는 1978. 2. 19.에 각 간통죄 규정을 폐지하였다.

남미의 페루에서는 간통죄를 처벌하지 아니하고, 아르헨티나에서는 1995년 법률(24.453)로서 폐지하였으나, 민법상 이혼사유에는 해당한다.

---

3) 혼인한 사람이 타인의 남편 또는 부인과 자발적으로 성행위를 하는 것. 다만, 주에 따라서는 어느 일방의 당사자만 혼인을 하고 있으면 간통을 인정하는 주도 있고, 쌍방이 혼인한 경우에는 이중간통(double adultery), 일방만 혼인하고 있으면 단일간통(single adultery)이라 하여 양자를 구별하는 주도 있다.

4) 미혼자간의 성관계를 말하며, 나아가 일방은 혼인을 한 자이고 타방은 혼인을 하지 않은 자이면 혼인한 자에게는 간통이 성립하지만 혼인하지 않은 자에게는 사통이 성립한다.

5) 폐지 전 규정의 내용은 다음과 같다.

제214조 ① 간통을 한 자와 그와 상간한 자는, 혼인관계가 간통으로 인해 별거 또는 이혼상태에 처해 있다면, 그 배우자의 고소에 따라 1년 이하 또는 벌금에 처한다. ② 현재 가족공동체가 깨어진 상태이거나 고소를 제기한 배우자가 스스로 간통을 저지른 경우, 또는 스위스 민법전 138조 내지 140조에서 정한 행위를 스스로 유책하게 한 경우라면, 법원은 이를 처벌하지 않을 수 있다. ③ 고소는 석달 내에 제기되어야 한다. 그 기간은 이혼 내지 별거판결의 효력이 있는 날부터 시작한다. ④ 간통에 동의하거나 그를 용서한 배우자는 고소권이 없다.

6) 폐지 전 규정의 내용은 다음과 같다.

제194조 ① 간통을 저지른 자는 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 동죄는 피해 배우자의 고소가 있을 경우에만 소추될 수 있다. 피해 배우자가 간통행위에 동의했거나, 의도적으로 이를 가능 또는 수월하게 했거나, 내지는 행위의 시점에서 1년 이상 혼인공동체가 깨어져 있었다면 피해 배우자는 고소할 권한이 없다. 피해 배우자의 용서는 그 간통행위를 용서받은 당사자에 대해서만 그 고소권을 박탈한다. ③ 피해 배우자가 상대 배우자와 계속 살기를 원한다고 선언하면, 배우자에 대한 형벌은 집행될 수 없다.

2007년 우간다 헌법재판소는 간통죄 처벌규정에 대하여 유부녀만 처벌하는 것이 평등원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 하였다.<sup>7)</sup>

#### 다. 입법연혁

일본인 학자가 그 제정에 관여한 1908년 형법대전 이후 1953년 새 형법이 시행되기까지는 유부녀의 간통만을 처벌하였다. 1945년 해방 이후에도 미군정법령 제211호와 1948. 제헌헌법 제100조 규정에 의하여 일본 식민지 시기의 법령이 원칙적으로 효력을 지속하게 됨으로써 유부녀의 간통만을 처벌하는 간통죄 규정은 1953. 10. 3. 남녀평등의 원칙에 입각한 간통죄규정이 시행되기까지 존속하였다.

대한민국 정부수립 이전인 1947년에 조직된 법제편찬위원회는 1948. 9. 17. 법전편찬위원회로 발전하며 1948. 12. 11. 형법기초요강을 통과시키게 되었는데 이 요강에서 간통죄는 공익을 그 죄질로 하는 풍속을 해하는 죄이며, 남녀평등의 이념에 비추어 남녀를 동일조건으로 처벌하기로 하며 친고죄로 한다고 하였다. 그러나 이 법전편찬위원회의 형법초안 작성 시에는 간통죄를 폐지하기로 하였다. 이에 대하여 정부는 국민의 의식을 고려하여 이 문제를 국회의 심의에 맡기기로 하였으나 제2대 국회 법제사법위원회에서는 다시 이 조문을 삭제하기로 결정하였다. 본회의에서는 찬반의견이 대립하였으나 재석 국회의원수(112명)의 과반수(56표)에서 한 표가 많은 57표의 찬성으로 간통죄 규정(쌍벌주의 친고죄)을 두기로 의결(1953. 7. 3.)하였다.

법무부는 형사법의 재정비를 위하여 1984. 12. 31. 대통령령 제1601호로 형사법개정특별심의회규정을 제정하고, 1985. 6. 24.에는 형사법개정특별심의회(위원장: 법무부차관)를 구성하였으며, 1989. 1. 형법개정소위원회가 8대2 찬성으로 결정한 간통죄 폐지의견을 받아들여 형법개정 요강에서 이를 폐지키로 하였으나 헌법재판소의 합헌결정(1990. 9. 10.)이 있자 같은 달 17. 앞으로 있을 형법개정 과정에서 간통죄를 폐지하려던 방침을 바꿔 계속 존치시키되 징역형만으로 되어 있는 처벌규정에 벌금형을 추가·보완키로 하였다.

7) Law advocacy for women in Uganda v. Attorney General, constitutional petitions nos. 13/05/&/05/06 [2007] UGCC1 (5 April 2007)



그러나 1992. 4. 8. 입법예고된 전문 400조(당시 현행법은 372조)의 형법 개정법률안에서는 간통죄가 삭제되어 있었고, 이 입법예고안에 대하여 1992. 4. 29.(형법총칙 부분) 및 30.(형법각칙 부분) 공청회를 열어 각계의 의견을 듣게 되었다. 당시 각계각층에서 우리 실정에 비추어 간통죄의 폐지가 아직은 시기상조라는 의견이 대두하고, 각종 언론사 및 여성단체, 여론조사기관의 조사 결과 대체적으로 약 7:3의 비율로 간통죄의 존치를 찬성하고 있는 것으로 나타났다. 이어 같은 해 5. 27. 위 위원회 제8차 전체 회의에서 전문 405조로 구성된 형법개정안을 최종확정하였으며, 이때 간통죄에 대하여는 2년이하의 징역형만으로 규정되어 있던 법정형을 1년이하의 징역형으로 낮추고 500만원이하의 벌금형을 선택적으로 추가하였다.

### 3. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 형법 제241조에 대하여 다음과 같은 취지에서 네차례에 걸쳐 합헌결정을 하였다.

#### 가. 89헌마82

간통죄의 규정은 헌법 제10조의 개인의 인격권·행복추구권의 전제가 되는 자기운명결정권에 포함된 성적 자기결정권을 제한한다. 그러나 선량한 성도덕과 일부일처주의 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 부부간의 성적성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여 간통행위를 규제하는 것은 불가피하고, 그러한 행위를 한 바를 2년 이하의 징역에 처하는 것은 성적 자기결정권에 대한 필요최소한의 제한으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니다. 한편 간통죄의 규정은 남녀평등처벌주의를 취하고 있으니 평등에도 반하지 아니한다.

위와 같은 다수의견에 대하여 간통죄가 사회상황·국민의식의 변화에 따라 그 규범력이 완화되었음에도 아직은 범죄적 반사회성이 있다는 재판관 2인의 보충의견, 간통죄 자체의 존폐는 입법정책의 문제이지만 징역형 일원주의를 유지하는 간통죄 형벌규정은 헌법에 합치되지 아니한다는 재판관

2인의 반대의견, 간통의 형사처벌이 국민의 사생활 은폐권을 희생시킬만큼 성질서 유지에 기여한다거나 범죄의 예방기능을 다하고 있다고 믿기 어렵고, 제도외적 남용으로 인한 역기능이 크다는 점에서 헌법에 반하며, 가사범죄화가 합헌이더라도 그에 대한 자유형은 과잉금지원칙에 반한다는 재판관 1인의 반대의견이 있었다.

#### 나. 90헌가70

위 89헌마82 결정의 판시를 그대로 유지하였다. 위 89헌마82 결정 이후 임명된 재판관 황도연은 다수의견의 보충의견에 가담하였다.

#### 다. 2000헌바60

다수의견은 위 89헌마82 결정의 판시를 그대로 유지하면서 앞으로 간통죄 폐지 여부에 대한 진지한 접근이 요구된다고 보았다.

이에 대하여 간통은 성적 성실의무를 위반하는 계약위반행위이고, 그에 대한 책임추궁은 계약법의 일반원리에 따라야하며, 윤리적 비난과 도덕적 회오의 대상이 될지언정 형사처벌의 문제는 아니라는 입장에서 간통의 형사처벌은 인간의 존엄성을 보장하도록 한 헌법 제10조에 위반된다는 재판관 권성의 반대의견이 있었다.

#### 라. 2007헌가17등

재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현의 합헌의견은 선례의 판시를 그대로 유지하였다.

이에 대하여 형법이 간통죄를 범죄로 처벌하는 것 자체는 헌법에 위반되지 않으나, 심판대상조항이 구체적인 행위 태양을 고려하지 않은 채 간통이라는 하나의 개념으로 일률적으로 형벌을 부과하는 것은 부당한 결과를 초래할 우려가 있으므로 입법자로서는 이를 입법적으로 개선할 수 있도록 정책적인 노력을 기울여야 된다는 재판관 민형기의 별개의 합헌의견이 있었다.

한편 심판대상조항이 과잉금지 원칙에 위반하여 개인의 성적(性的) 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것으로 위헌이라는 재판관 김

종대, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 위헌의견, 심판대상조항은 단순히 도덕적 비난에 그쳐야 할 행위 또는 비난가능성이 없거나 근소한 행위 등 에까지 형벌을 부과하여 법치국가적 한계를 넘어 국가형벌권을 행사한 것으로 헌법에 합치되지 아니한다는 재판관 김희옥의 헌법불합치 의견, 심판 대상조항이 간통 및 상간행위를 형사처벌하도록 한 자체는 헌법에 위반되지 아니하나, 법정형으로 징역형만을 규정한 것은 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 배제 또는 제한하여 책임과 형벌간 비례의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다는 재판관 송두환의 위헌의견이 있었다.

위 위헌의견 및 헌법불합치 의견은 이 사건 결정에서 위헌 결정 선고의 밑바탕이 되었다.

#### 4. 이 사건 결정의 내용 및 해설

##### 가. 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견

재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보았는데, 그 이유는 다음과 같다.

『심판대상조항은 선량한 성풍속 및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 것으로서, 헌법상 보장되는 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한한다.

그런데 사회 구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식이 변화되고, 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식이 확산됨에 따라, 간통행위에 대하여 이를 국가가 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵게 되었다. 또한 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가 권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세이고, 이에 따라 전세

계적으로 간통죄는 폐지되고 있다. 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의지와 애정에 맡겨야지, 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것이다.

현재 간통행위가 처벌되는 비율, 간통행위에 대한 사회적 비난의 정도에 비추어 보아 형사정책상 일반예방 및 특별예방의 효과를 거두기는 어렵게 되었다. 부부 간 정조의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구(민법 제840조 제1호), 손해배상청구(민법 제843조, 제806조), 자(子)의 양육, 면접교섭권의 제한·배제 등의 결정에서의 불이익 부여(민법 제837조, 837조의2), 재산분할청구(민법 제839조의2) 등에 의하여 보다 효과적으로 달성될 수 있다. 오히려 간통죄가 유책의 정도가 훨씬 큰 배우자의 이혼수단으로 활용되거나 일시 탈선한 가정주부 등을 공갈하는 수단으로 악용되고 있기도 하다.

이상을 종합해 보면, 심판대상조항은 그 수단의 적절성과 침해최소성을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

그리고 위와 같이 혼인제도 및 부부 간 정조의무 보호라는 공익이 더 이상 심판대상조항을 통하여 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 심판대상조항은 국민의 성적 자기결정권 등의 기본권을 지나치게 제한하고 있으므로 법의 균형성도 상실하였다.

결국 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.』

재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호는 간통행위 및 상간행위를 처벌하는 것은 헌법상 보장된 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것으로서 선량한 성풍속 및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 입법목적은 정당하나, 사회 인식의 변화, 형사정책상 간통죄 처벌로 얻어지는 일반예방 및 특별예방의 효과, 간통죄의 악용 사례 등을 종합해 볼 때 수단의 적절성과 침해최소성 및 법의균형성을 갖추지 못하여 헌법에 위반된다는 것이다.

즉, 간통죄 처벌 자체가 위헌이라는 의견으로 2008년 선례에 있어서 재판관 김종대, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 위헌 의견과 같은 입장이다.

## 나. 재판관 김이수의 위헌의견

재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호는 간통죄 처벌 자체가 위헌이라는 의견이었는데, 이에 반해 재판관 김이수의 위헌의견은 비난가능성내지 반사회성이 없는 간통을 유형화하여 그 처벌의 합헌성 여부를 구분하고 있다.

『간통죄의 본질은 자유로운 의사에 기하여 혼인이라는 사회제도를 선택한 자가 의도적으로 배우자에 대한 성적 성실의무를 위배하는 성적 배임행위를 저지른데 있다.

간통행위자 및 배우자 있는 상간자에 대한 형사처벌은 부부 간의 성적 성실의무에 기초한 혼인제도에 내포되어 있는 사회윤리적 기본질서를 최소한도로 보호하려는 정당한 목적 하에 이루어지는 것으로서, 개인의 성적 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 하기 어렵다. 또한 이에 대한 형벌적 규제가 아직도 필요하다는 것이 상당수 일반 국민들의 법의식으로 보인다.

그러나, 현실적으로 간통 및 상간 행위 중에는 사실상 혼인관계의 회복이 불가능한 파탄상태로 인해 배우자에 대한 성적 성실의무를 더 이상 부담하지 아니하는 간통행위자 및 배우자 있는 상간자의 간통 및 상간 행위와 같이 비난가능성 내지 반사회성이 없는 경우가 있다.

또한 미혼인 상간자의 경우 애당초 배우자에 대한 성적 성실의무의 존재 및 그 위배라는 개념을 상정할 여지가 없으므로, 미혼인 상간자의 성적 자기결정권의 행사인 상간행위에 대하여는 윤리적·도덕적 비난, 민사상 불법행위책임의 추궁 등을 통하여 그에 상응하는 적절한 책임을 묻는 것이 바람직하고, 국가가 형벌로 규제할 대상이 아니다. 다만 미혼인 상간자가 적극적 도발 내지 유혹을 함으로써 간통을 유발한 경우, 그의 상간행위는 반사회적이고 비난가능성이 현저히 크므로 예외적으로 국가형벌권의 행사가 정당화된다.

그럼에도 불구하고, 심판대상조항이 행위자의 유형 및 구체적 행위태양 등에 따른 개별성과 특수성을 고려할 가능성을 아예 배제한 채 일률적으로 모든 간통행위자 및 상간자를 형사처벌하도록 규정한 것은 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하여 개인의 성적 자기결정권을 과도하게 제한하는 국가형벌권의 과잉행사로서 헌법에 위반된다.』

재판관 김이수의 위헌의견은 비윤리적인 행위인 간통은 간통행위자의 성적 자기결정권의 행사라는 명분으로 쉽게 정당화될 수 없다고 한다. 이는 재판관 5인의 위헌 의견과는 간통죄 처벌 자체의 위헌성 인정 여부에 대하여 그 판단을 달리 하고 있다. 또한 간통행위의 형벌적 규제에 대한 국민의식변화에 있어서도 재판관 5인의 위헌 의견과 다른 견해를 보이고 있다. 다만, 부부간의 성적 성실의무 및 일부일처제의 혼인제도 보호라는 심판대상조항의 목적에 비추어 비난가능성이나 반사회성이 없는 간통행위와 미혼인 상간자의 상간행위를 처벌하는 것은 성적 자기결정권의 지나친 제한이라는 의견이다.

이러한 재판관 김이수의 의견에 의하면, 배우자가 있음에도 단순한 성적 쾌락을 위해 혼외성관계를 맺는 유책배우자(제1유형), 현재의 배우자보다 매력적인 상대를 만나 기존 혼인관계에 대해 회의를 느끼고 그와 사랑에 빠진 경우(제2유형)에 있어서는 간통행위에 대한 처벌이 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.

#### 다. 재판관 강일원의 위헌의견

재판관 강일원의 위헌의견의 취지는 간통행위에 대하여 징역형만 부과하고 있는 것이 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 위반되고 간통죄의 소극적 소추조건인 ‘중용’이나 ‘유서’의 개념이 명확하지 않아 명확성원칙에 위반된다는 것이다.

『배우자 있는 사람의 간통은 일부일처주의에 대한 중대한 위협이자 배우자와 가족구성원의 유기 등 심각한 사회문제를 야기하기 때문에 간통 및 상간행위가 내밀한 사생활의 영역에 속하는 것이라고 해도 법적 규제의 필요성이 인정된다. 그러나 배우자의 중용이나 유서가 있는 경우 간통죄로 고소할 수 없는데, 소극적 소추조건인 중용이나 유서의 개념이 명확하지 않아 수범자인 국민이 국가 공권력 행사의 범위와 한계를 확실하게 예측할 수 없다. 따라서 심판대상조항은 명확성 원칙에 위배된다.

또한 간통 및 상간행위에는 행위의 태양에 따라 죄질이 현저하게 다른 수많은 경우가 존재함에도 심판대상조항이 간통 및 상간행위에 대하여 선택의 여지 없이 반드시 징역형으로만 응징하도록 한 것은 구체적 사안의

개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 배제 또는 제한하여 책임과 형벌간 비례의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다.』

재판관 강일원의 위헌의견은 간통행위를 금지하고 형벌을 부과하는 것에 대하여는 그 필요성을 긍정한다. 재판관 3인의 위헌의견에서 간통행위에 대한 국민의 인식 변화를 위헌의 주요 논거로 든 반면, 재판관 강일원의 위헌의견은 간통행위의 처벌이 사회일반의 법의식과 현저하게 괴리되었다고 단정할 수는 없다고 판단하였다. 간통죄의 현실적 악용 사례 또한 간통행위 처벌 자체에서 발생하는 문제가 아니라 심판대상조항이 징역형만을 선택형으로 규정함에 다른 결과적 부작용이자 간통죄를 형사처벌함으로써 발생하는 문제점들은 입법자가 결정할 사항으로 보고 있다.

그러나 간통죄의 소극적 소추요건인 ‘종용’이나 ‘유서’의 개념이 법원 판례에 의하여도 국민들이 정확하게 알기 어렵다는 점을 지적하면서 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다.

또한 간통 및 상간행위에는 의도적 범행에 의한 행위에서부터 혼인관계가 사실상 해소된 상태에서 행해진 행위까지, 그 죄질이 다른 여러 행위태양이 존재함에도 일률적으로 징역형으로만 응징하도록 규정하는 것이 범죄와 형벌 사이의 균형을 잃어 실질적인 법치국가의 원리에 어긋나며, 우리 국민의 법감정은 물론 국제적인 입법 추세에도 맞지 않는다고 판단하였다. 이러한 판단은 2007헌가17등 결정에서 재판관 송두환의 위헌의견과 그 취지가 동일하다고 볼 수 있다.

## 라. 재판관 이정미, 재판관 안창호의 반대의견

재판관 이정미, 재판관 안창호의 반대의견은 간통이 개인의 성적 자기결정권의 보호영역에 포함되어 있다는 점을 부정하면서 이를 처벌한다고 하여 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『간통은 일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하고 가족공동체의 유지·보호에 파괴적인 영향을 미치는 행위라는 점에서 개인의 성적자기결정권의 보호영역에 포함되어 있다고 보기 어렵다.

배우자 있는 자의 간통 및 그에 동조한 상간자의 행위는 단순히 윤리와 도덕적 차원의 문제라고만은 볼 수 없고, 간통이 사회질서를 해치고 타인

의 권리를 침해한다고 보는 우리 사회의 법의식은 여전히 유효하다. 특히 간통죄의 폐지는 ‘성도덕의 최소한’의 한 축을 허물어뜨림으로써 우리 사회 전반에서 성도덕 의식의 하향화를 가져오고, 간통에 대한 범죄의식을 없앴으로써 우리 사회에서 성도덕의 문란을 초래할 수 있으며, 그 결과 혼인과 가족 공동체의 해체를 촉진시킬 수 있다는 점에서, 간통죄를 형사처벌하도록 한 입법자의 판단이 자의적인 것이라고 보기는 어렵다. 다만 부부공동생활이 파탄되어 회복될 수 없을 정도의 상태에 이르러 더 이상 배우자에 대한 성적 성실의무를 부담한다고 볼 수 없는 경우까지도 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 입법목적 달성을 위한 필요한 범위를 넘어서는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있는데 그러한 경우 간통행위는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인되는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각될 여지가 있다.

심판대상조항은 징역형만을 규정하고 있으나 법정형의 상한 자체가 높지 않고, 죄질이 가벼운 간통행위에 대하여는 선고유예까지 할 수 있으므로 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없고, 경미한 벌금형에 의할 경우 간통행위자에 대하여 위하력을 가지기 어려우므로 형벌체계상 균형에 반하는 것이라고 할 수도 없다.

또한 현행 민법상의 제도나 재판실무에 의하면 부부가 이혼할 경우 가정 내 경제적·사회적 약자에 대한 보호가 미흡하고, 부모의 이혼으로 인한 자녀양육에 대한 책임과 파괴된 가정에 대한 사회적 안전망이 구축되지 않은 상태에서 간통죄를 폐지할 경우에는 혼인관계에서 오는 책임과 가정의 소중함은 뒤로 한 채 오로지 자신의 성적자기결정권과 사생활의 자유만을 앞세워 수많은 가족공동체가 파괴되고 가정 내 약자와 어린 자녀들의 인권과 복리가 침해되는 사태가 발생하게 될 것을 우려하지 않을 수 없다.

이렇듯 간통죄는 아직까지 우리 사회에서 존재의의를 찾을 수 있고, 심판대상조항으로 인해 선량한 성도덕의 수호, 혼인과 가족제도가 보장됨에 반해, 그로 인한 행위 규제는 특정한 관계에서의 성행위 제한에 불과하므로, 심판대상조항이 합리적인 비례관계를 일탈하였다고 할 수 없다. 결국 심판대상조항은 성적자기결정권을 제한한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 과잉금지원칙에 위반된다고 할 수도 없으므로 헌법에 위배되지 아니한다.』



반대의견은 혼인이라는 사회적 제도를 선택하는 자기결단을 한 자가 간통행위를 하는 것은 혼인에서 비롯되는 성실의무를 위배한다는 점에서 성적 자기결정권, 즉 인격의 주체가 자기의 인격을 형성하고 발현하기 위하여 자신에 관한 사항을 자율적으로 결정할 수 있는 인격적 자율권의 범주 아래 두는 것은 용인할 수 없다고 하면서 간통행위가 기본권의 보호영역에 포함되는 것을 부정한다. 즉, 간통행위가 성적자기결정권에 의하여 보호되는 것은 아니라고 판단한 것이다.

또한 간통행위에 대하여 형사처벌을 가할 것인지 여부는 입법정책의 문제로써 우리 사회의 구조와 국민의식에 비추어 간통죄의 처벌을 폐지하는 것은 신중해야 한다고 지적한다. 위헌의견에서 제시하였던 ‘간통죄에 대한 국민의식의 변화’를 입증할 만한 어떠한 자료도 없다고 보고 있다.

간통죄의 형사처벌 자체가 헌법에 위반되는지 여부에 대해서는 재판관 김이수, 재판관 강일원의 위헌 의견과 일치한다.

과잉금지원칙 위반 여부에 대해서는 우리나라의 이혼율, 이혼제도, 간통으로 인한 가족해체와 청소년 비행 등의 문제점 등을 고려할 때 간통죄를 존속시키는 것은 그 의의가 인정된다고 판단하면서 비례원칙을 충족한다고 판단하고 있다.

#### 마. 재판관 이진성의 다수의견에 대한 보충의견

재판관 이진성은 위헌의견에 더하여 간통죄에 대하여 징역형 외에 다른 법정형을 규정한다면 위헌 선언을 피할 수 있는지에 대하여 보충의견을 밝혔다.

『간통행위는 행위 유형이 다양하여 법정형으로 징역형만 규정한 것이 책임과 형벌 사이에 균형을 잃을 가능성은 있지만, 재산형인 벌금형이나 명예형인 자격형이 배우자에 대한 정조의무를 저버리고 혼인제도의 문란을 가져오는 비윤리적 범죄인 간통죄에 유효하고 적절한 수단이라고 보기 어렵다.』

또한 재판관 이진성의 보충의견에서는 간통으로 인한 여러 사회 문제가 야기된다는 주장에 대하여 부부 일방의 부정행위로 인한 민사, 가사 문제 해결을 간통죄를 유지시켜 형사사건에서 찾을 수 없으며, 간통행위로 인한

가족의 해체 사태는 손해배상, 재산분할청구, 자녀양육, 면접 등에 관한 재판실무관행을 개선하고 배우자와 자녀를 위해 필요한 제도를 새로 강구해야 한다고 판단하였다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 간통 및 상간행위를 처벌하는 형법 제241조에 대하여 4차례 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고한 선례를 변경하였다.

이 사건에 있어서는 간통 및 상간행위의 처벌 자체가 헌법에 위반된다는 의견 5인(재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호), 성적 성실 의무를 부담하지 않는 간통행위자 등까지 처벌하도록 규정한 것이 국가형벌권의 과잉행사로서 헌법에 위반된다는 의견 1인(재판관 김이수), 간통죄의 소극적 소추조건인 간통 중용이나 유서의 개념이 불명확하여 명확성 원칙에 위배되고, 죄질이 서로 다른 간통행위에 일률적으로 징역형만 부과하도록 규정한 것이 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 위반된다는 의견 1인(재판관 강일원)으로 위헌 정족수를 충족하여 심판대상조항에 대하여 위헌 결정을 선고하였다.

나. 2014. 5. 20. 법률 제12597호로 개정되기 전의 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하면, 형벌에 관한 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌결정이 있으면 소급하여 그 효력을 상실하도록 규정하고 있었다. 그런데 2014. 5. 20. 헌법재판소법 제47조가 개정되면서 형벌에 관한 조항이라고 하더라도 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하도록 하는 규정이 신설되었다(같은 조 제3항 단서). 이에 따라 형벌조항에 대하여 위헌결정이 나더라도 종전에 합헌으로 결정한 경우에는 위헌결정의 소급효과 제한되게 된다.

이 사건은 소급효 제한 규정 신설 이후 이 규정이 적용되는 첫 사례로서 심판대상조항은 종전 합헌 결정인 2007헌가17등 결정이 선고된 2008. 10. 30.의 다음 날로 소급하여 효력을 상실하게 되었다.

소급효의 구체적 적용에 대하여는 위헌 결정 전에 그 구성요건이 충족되었다고 하더라도 더 이상 그 형벌조항을 적용할 수 없으므로 재판 중인 사건에 대하여 법원은 무죄 판결을 해야 한다. 소급효 기준 시점 이전에 사건에 대한 유죄판결이 확정된 경우에는 재심을 청구할 수 없다. 소급효 기준 시점 이후에 확정된 사건에 대하여는 재심을 청구할 수 있으나, 종전의 합헌 결정 이전에 있었던 범행에 대하여는 신설규정의 취지상 재심을 청구할 수 없는 것으로 해석해야 된다는 의견이 있을 수 있다.

소급효의 구체적 적용 및 재심의 범위는 관련 사안에 대하여 법원의 재심청구에 대한 판단을 통하여 확립될 것으로 보인다.

다. 헌법재판소의 위헌결정에 따라 형법 제241조가 그 효력을 상실하기는 하였으나 간통죄 형사처벌에 대한 논의가 종결된 것이라고 볼 수는 없다.

헌법재판소의 위헌결정의 취지를 살펴보면, 간통죄에 대한 형사처벌 자체가 위헌이라는 판단은 재판관 5인의 의견이기 때문에 입법자가 형사처벌되는 간통행위의 유형을 구체화하고 징역형 외에 다른 법정형을 규정하는 방식으로 새로운 간통죄 처벌규정을 입법할 경우, 그러한 입법이 헌법재판소의 위헌결정의 효력을 부정하는 것이라고 판단하기는 어렵기 때문이다.



## 의료법 제23조의2 제1항 등 위헌소원

- 의료법 제88조의2 중 제23조의2 제1항 ‘의료인’에 관한  
부분이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2015. 2. 26. 2013헌바374, 판례집 27-1상, 146)

송길대\*

### 【판시사항】

1. 의료인이 의약품 제조자 등으로부터 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전 등 경제적 이익을 받는 행위를 처벌하는 의료법(2010. 5. 27. 법률 제 10325호로 개정된 것) 제88조의2 중 제23조의2 제1항 ‘의료인’에 관한 부분 (이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 심판대상조항이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

4. 심판대상조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 의료법(2010. 5. 27. 법률 제10325호로 개정된 것) 제88조의2 중 제23조의2 제1항 ‘의료인’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

의료법(2010. 5. 27. 법률 제10325호로 개정된 것)

제88조의2 (벌칙) 제23조의2를 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 취득한 경제적 이익등은 몰수하고, 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다.

---

\* 청주지방검찰청 충주지청 검사, 전 헌법연구관

제23조의2(부당한 경제적 이익등의 취득 금지) ① 의료인, 의료기관 개설자(법인의 대표자, 이사, 그 밖에 이에 종사하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 및 의료기관 종사자는 「약사법」 제31조에 따른 품목허가를 받은 자 또는 품목신고를 한 자, 같은 법 제42조에 따른 의약품 수입자, 같은 법 제45조에 따른 의약품 도매상으로부터 의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익(이하 “경제적 이익등”이라 한다)을 받아서는 아니 된다. 다만, 건본품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품 설명회, 대금결제조건에 따른 비용할인, 시판 후 조사 등의 행위(이하 “건본품 제공등의 행위”라 한다)로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익등인 경우에는 그러하지 아니하다.

### 【사건의 개요】

청구인들은 개인 내과의원을 개원한 의료인들로서, 제약회사 영업사원들을 위한 교육용 동영상 강의를 촬영하고 제약회사로부터 강의로 명목의 금원을 지급받음으로써 의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전을 수수하였다는 내용의 공소사실로 2013. 3. 15. 서울중앙지방법원에 기소되었고, 1심 재판 계속 중에 의료법 제88조의2 중 제23조의2 제1항에 대해 위헌법률심판 제청신청을 하였으나, 2013. 9. 30. 서울중앙지방법원에서 유죄판결(2013고합242)과 함께 위 위헌법률심판 제청신청에 대한 기각결정(2013초기1604)을 받아, 2013. 11. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항은 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는’ 경제적 이익의 수수를 금지하고 있고, 문언상 여기서 말하는 ‘판매촉진 목적’이란 주관적 구성요건으로서 ‘제공자의 목적이나 의사’를 뜻하는 것이라기보다는 제공되는 경제적 이익의 객관적 성격이 ‘의약품 채택에 대한 대가성’을 가진다는 것을 의미하는 것으로 해석되어야 하는데, 그 해당

여부는 단순히 경제적 이익을 제공하는 사람의 주관적인 의사 이외에도 제공자와 수령자의 관계, 수수한 경제적 가치의 크기와 종류, 수수하게 된 경위와 시기 등 제반 사정을 종합하여 법원이나 사회 일반인들이 경험칙과 논리칙 등에 따라 객관적으로 능히 판단할 수 있는 성질의 것이어서, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 금지되는 행위의 의미를 충분히 이해하고 예견할 수 있는 것이므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

2. 심판대상조항 단서는 심판대상조항 본문에서 규정한 원칙적 금지에 대한 예외적 허용 사유를 규정하면서 그 구체적 허용 범위만을 하위법령에 위임하였을 뿐, 범죄구성요건이나 법정형 자체는 하위 법령에 위임한 바 없고, 위임 방법에 있어서도 심판대상조항 단서는 ‘건보품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품설명회, 대금결제조건에 따른 할인비용, 시판 후 조사 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익등인 경우’라고 규정하여 하위 법령에서 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하고 있으며, 경제적 이익이나 수수행위는 그 태양과 범위가 다양하여 일일이 법률로써 기술하기 어려운 면이 있는 데다 의학적 전문성을 바탕으로 개별 사안별로 허용 여부를 판단할 필요도 있기 때문에 하위 법령에 그 구체적인 허용범위를 위임하는 것이 불가피한 사정도 있어 포괄 위임금지원칙에 위배되지 않는다.

3. 의약품에 대한 공익적 규제의 필요성, 보다 강력한 규제수단이 필요하게 된 입법적 배경, 심판대상조항이 정한 구성요건과 처벌수준, 약가제도의 현실적 한계 등을 종합하여 보면, 심판대상조항이 정한 제재의 기준이나 내용이 지나치게 가혹한 것이어서 입법형성권의 범위를 현저히 벗어난다거나 침해의 최소성 원칙에 어긋난다고 할 수 없고, 심판대상조항으로 인해 의료인이 입게 되는 불이익은 의약품 리베이트를 금지함으로써 달성하려고 하는 국민건강 보호, 건강보험의 재정건전화, 보건의료시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁 확보라는 공익에 비해서 크다고 하기 어려우므로 법익의 균형성도 충족하는 것으로 판단되므로 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

4. 의약품 리베이트를 다른 영역의 리베이트에 비해 엄격하게 처벌하는

것은 의약품이 성격상 국민보건과 직결되어 일반 제품보다 공공성이 훨씬 커 유통체계 및 판매질서에 대한 공적 규제의 필요성이 크기 때문이지 단순히 수범자가 의료인이기 때문은 아니므로 이는 사회적 신분에 의한 차별 문제가 아니며, 의약품은 국민건강과 직결된 고도의 공익성을 띤 제품일 뿐만 아니라, 그 거래방식도 소비자가 판매자와 직접 흥정하고 거래하는 일반 제품과 달리 최종 소비자인 환자는 제품에 대한 정보나 선택권이 없는 상황에서 약품을 처방하는 의료인이 자신들의 이해관계에 따라 판매자와 거래를 성사시키는 구조이므로, 국가가 감독기관으로서 유통체계 및 판매질서를 위해 거래에 개입할 필요성이 크다는 점에 비춰 볼 때 의약품 거래와 일반 제품의 거래는 본질적으로 동일한 것으로 보기 어렵고, 설령 동일한 것으로서 비교대상이 된다고 하더라도 위와 같은 제품과 거래방식의 특성은 그 차별적 대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 사유로 평가되기에 충분하므로 자의적인 차별이라고 할 수는 없다.

## 【해 설】

### 1. 청구인들의 주장(사건의 쟁점)

가. 심판대상조항 본문의 ‘판매촉진 목적’이라 함은 경제적 이익을 제공하는 자의 주관적 목적으로 해석되는데, 이는 수수자의 의사와는 무관한 것이어서 책임주의 원칙에 반하고, 수수자에게 제공자가 가지는 판매촉진 목적에 대한 인식까지 요구하는 것인지 여부도 불분명하다. 심판대상조항 단서는 기존 공정경쟁규약에서 정한 예외적 허용사유 중 일부만을 받아들임으로써 금지와 허용의 경계에 혼란을 초래하였으며, 심판대상조항 단서에 근거하여 예외적 허용범위를 규정한 의료법 시행규칙 별표 2의3은 추상적이고 규범적인 개념을 사용하고 있어 모호하고, 심판대상조항이 예외적 허용범위에 관한 구체적 한계를 설정하지 않은 채 그 전부를 보건복지부령에 위임하고 있다. 이에 따라 심판대상조항이 명확성원칙과 포괄위임금지 원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

나. 약가 정책과 같은 사전적 예방 수단, 형법 또는 공정거래법과 같은 기존 형사처벌 규정, 행정처분의 강화만으로도 의약품 리베이트를 충분히



규제할 수 있음에도 불구하고 별도의 가중요건 없이 일반적으로 처벌하는 규정을 두는 것은 지나치게 가혹한 입법이므로 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하는지가 문제된다.

다. 일반적인 자영업자의 경우는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등에 따라 강요나 요구에 의한 리베이트 수수만 제한적으로 처벌하고 있는 것과 달리, 심판대상조항은 의료인이라는 이유만으로 강요나 요구 여부와 상관없이 리베이트를 수수하기만 하면 처벌하고 있어 평등원칙에 위배되는지 여부도 쟁점이다.

## 2. 입법연혁, 의약품 가격제도의 변화 및 각국의 입법례

### 가. 의약품 리베이트 규제의 필요성

의약품 리베이트는 의료인이 정당한 가격·품질 경쟁이 아닌 경제적 이익 제공과 같은 비정상적인 방법을 통하여 독과점 이윤을 추구하려는 제약사로부터 그 의약품의 처방에 대한 대가로 받는 불법적·음성적 이익을 말한다. 의약품 시장은 물품인 의약품의 기능과 효능에 관한 정보를 비용부담자인 환자보다 이를 처방하는 의료인이 잘 알고 있다는 점에서 정보의 비대칭성이 있고, 소비자가 구매가격 전체를 지불하는 다른 상품과 달리 건강보험이 적용됨으로써 소비자인 환자는 그 비용의 일부만을 직접적으로 지급하기 때문에 가격에 비탄력적이며, 의약품의 최종 소비자인 환자에게는 의약품에 대한 선택권이 없다는 특징이 있다. 이러한 의약품 시장의 특성상 가격할인에 해당하는 통상적인 리베이트와는 달리 의약품 소비자가 가격할인 등의 혜택을 누리지 못하고 의료기관이나 의료인에게 혜택이 귀속되는 특성이 있으므로 의약품 리베이트는 사실상 뇌물과 같은 효과를 가지게 된다.

이러한 리베이트 관행을 근절하지 못하면 의약품의 선택이 환자에 대한 치료적합성보다 리베이트 제공 여부에 따라 좌우될 소지가 크고, 그 비용은 의약품 등의 가격에 전가되어 결과적으로 소비자와 건강보험 재정에 부담을 주고 사회적 비용을 증가시킬 수밖에 없으며, 제약회사 역시 신약개발이나 연구개발에 투자해야 할 재원을 리베이트 비용으로 지출함으로써 의약산업의 발전을 저해하는 요소가 될 수 있다.

## 나. 심판대상조항의 입법연혁

의약품 리베이트 금지와 관련한 입법은 최초 1965. 4. 3. 법률 제1694호로 개정된 약사법 제38조에서 ‘약국개설자, 의약품의 품목허가를 받은 자, 수입자, 의약품의 판매업자 등 의약품을 판매할 수 있는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 의약품 등의 유통 체계 확립 및 판매 질서에 필요한 사항을 준수하여야 한다’라고 규정하면서 이러한 준수사항 위반행위에 대하여 제76조 제1항에서 ‘6월 이하의 징역 또는 만 원 이하의 벌금’으로 처벌하는 방식이었다. 이후 그 기본적인 틀을 유지하면서 일부 문구를 수정하거나 법정형을 상향 조정하는 내용의 3차례 개정이 이어졌고, 다시 2007. 4. 11. 법률 제8365호로 전부개정되어 종전의 제38조는 제47조로 조문이 이전되었다.

그 후 약사법은 2010. 5. 27. 법률 제10324호 개정을 통해 종전의 제47조 규율 내용을 자구 변화 없이 제47조 제1항으로 규정하면서, 의약품의 품목허가를 받은 자 등이 약사 등에게 의약품 판매촉진의 목적으로 경제적 이익을 제공하는 것을 금지하는 내용의 제47조 제2항을 신설함과 동시에, 약사 및 한약사가 의약품의 품목허가를 받은 자 등으로부터 의약품 채택 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익을 제공받는 것을 금지하는 소위 ‘리베이트 쌍벌제’ 내용도 제47조 제3항으로 신설하였다.<sup>1)</sup> 그리고 그에 따라 제94조의2를 신설하여 제47조 제2항 및 제3항을 위반한 자를 2년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하고, 취득한 경제적 이익 등은 몰수하되 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징하도록 하였다.

이와 같은 약사법 개정과 함께 의료법에서도 의료인에 대한 ‘리베이트 쌍벌제’를 도입하여 2010. 5. 27. 법률 제10325호로 심판대상조항을 신설하게 되었는데, 이는 구성요건이 까다로운 기존의 형사처벌 규정만으로는 현실적으로 처벌할 수 있는 의약품 리베이트 행위가 제한되어 있어 처벌의 흠결이 발생할 수 있다는 점을 고려하여 의료인 등에 대한 명시적인 처벌 규정을 별도로 마련하였다는 데 기본적 의의가 있다고 하겠다. 의료인이 의약품·의료기기의 채택, 처방 등과 관련하여 부당한 경제적 이익을 제공

1) 종전 약사법 시행규칙 제62조 제1항 제5호로 규정되어 있던 내용을 약사법에 규정하여 신설

받는 경우 기존 형법이나 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 따라 처벌의 가능성은 열려 있었지만, 형법상 배임수재죄는 의료기관 개설자인 소위 ‘개원의’에게는 적용될 수 없고, 수죄죄는 공무원 신분이 아닌 민간의료기관 종사자에게 적용되지 않으며, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 불공정거래행위는 리베이트 수수행위 이외에 추가적인 가중요건인 ‘이익 제공 강요’까지 입증되어야 처벌이 가능했기 때문에 의약품 및 의료기기 채택·처방 등과 관련하여 부당한 경제적 이익을 제공받는 것을 처벌하는 데 한계가 있었던 것이 사실이다. 그래서 의료인이나 의료기관 개설자 등이 의약품·의료기기의 채택, 처방·사용유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전, 물품, 편의 등을 제공받는 경우 2년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 별도의 별칙규정을 마련함으로써 형법 등의 적용을 받지 아니하는 경우에도 보다 넓게 처벌이 가능하도록 법을 개정하게 된 것이다.

#### 다. 의약품 가격제도의 변화

약가제도는 의약품 리베이트에 대한 규제와 함께 정부의 약가정책을 통하여 제약산업 및 의료계의 투명화와 발전을 도모할 수 있는 중요한 도구가 됨은 물론, 의약품 리베이트가 발생할 수 있도록 하는 원인이 되기도 하므로 이에 대한 고찰은 의약품 리베이트를 검토하기 위한 중요한 전제가 된다. 우리나라의 약가제도는 크게 ‘고시가 상환제’로부터 ‘실거래가 상환제’, ‘시장형 실거래가 상환제’ 등으로 변화하여 왔는데, 특히 정해진 상환금액의 범위 내에서 병원 등이 실제 구입한 가격으로 상환 받는 ‘실거래가 상환제’로 인하여 구매자인 병원 등이 의약품을 보다 저렴한 가격으로 구입하려는 동인이 없어지게 되고 그 대신 제약회사와 병원 등이 서로의 이익에 부합하는 방법인 리베이트를 활성화시키게 되었다는 데 주목할 필요가 있다.

##### (1) 고시가 상환제

우리나라의 약가제도는 의료보험을 도입한 1977. 7.경부터 시작되는데, 그때부터 1999년경까지의 제도는 고시가 상환제였다. 고시가 상환제는 정

부가 제약회사의 공장도출하가격을 조사한 후 이에 일정 비용과 이익을 더하고 다시 일정 비율의 도매 유통마진을 더하여 약가를 고시한 후 병원이나 약국이 이 의약품을 매입한 실제 가격과 관계없이 고시된 가격으로 상환하여 주는 제도이다. 그런데, 공장도출하가격 조사는 제약회사의 협조 여부에 따라 결과가 달라지는데다, 정부가 조사한 공장도출하가격이 제약회사가 스스로 신고한 가격과 별 차이가 없자, 1982년부터는 고시가를 통해 약가를 관리하는 제도의 틀은 그대로 유지하되 고시가 산정의 기본이 되는 공장도출하가격을 제약회사의 신고가격으로 하는 방식으로 전환하였다. 그러나, 신고제 도입 이후 제약회사들이 병원에 리베이트를 제공하기 위하여 그들이 신고한 생산원가보다 낮은 가격으로 의약품을 도매상에 납품하는 현상이 나타났다.

## (2) 실거래가 상환제

1999. 11.경부터는 실거래가 상환제가 시행되었다. 실거래가 상환제는 의약품의 상한금액을 정해 놓고 그 범위 내에서 병원이나 약국이 제약회사나 의약품 도매상으로부터 구입한 가격으로 상환받는 제도이다. 이 제도 아래에서는 병원이나 약국이 의약품을 상한금액 이하로 구입하더라도 아무런 이익이 없었고, 보험의약품의 99% 이상이 상한금액의 99% 이상으로 구매되는 현상이 발생하였다. 이에 의약품의 상한금액과 실제 구매가격과의 차액이 보험재정 절감분으로 반영되어 국민들에 도움을 준다는 원래 취지와는 달리, 병원 등이 형식적인 구매가격보다 낮게 상한금액의 최저 15% 내지 25% 수준으로 의약품을 공급받은 후 상한금액으로 구매한 것처럼 신고하게 되었고, 이러한 방식을 통하여 제약회사 등이 막대한 이익을 확보하고 그 이익으로 병원 등에 리베이트를 제공하는 방식을 굳어지게 하였다. 그리하여 실제 공급가격과 다른 형식적인 구매가격은 약가의 시장가격을 무의미하게 만들었고, 시장가격을 통한 의약품 시장의 자율적인 발전 매커니즘을 마비시키는 결과를 가져왔다. 실거래가 상환제의 시행으로 신약 중심의 다국적 제약회사와 상대적으로 고가의 복제 의약품을 개발하거나 보유한 국내 대형 제약회사는 의약품의 높은 가격을 통하여 큰 이익을 얻었고, 또한 국내 중소 제약회사는 큰 개발비용을 들이지 않고도 생물학적 동

등성 시험만을 통과시켜 생산비가 절대적으로 낮은 복제 의약품을 통하여 큰 이익을 얻었다. 신약과 달리 상대적으로 차별화되지 않는 복제 의약품을 생산 판매하는 중소 제약회사는 낮은 생산원가와 높은 보험 상한금액의 차액의 상당 부분을 영업비용으로 쓰게 되고, 그 영업비용의 상당 부분이 불법 리베이트의 형식으로 병원 등에 제공되게 되었다. 결국 실거래가 상환제 아래에서 제약회사는 보험 상한금액으로 안정적인 판매를 지속하여 제약업계는 이 제도가 도입된 1999년경부터 10년 이상 연 평균 13% 이상 성장하였고, 상장 제약회사의 매출액은 그 기간 동안 268%나 성장하는 호황을 누리게 되었다.

### (3) 시장형 실거래가 상환제

실거래가 상환제가 의약품 상환금액 이하의 거래가 이루어질 수 없는 구조로 진행되고 의약품 리베이트가 관행화됨에 따라 정부는 2010. 10. 1. 저가구매에 대해 인센티브를 제공하는 것을 내용으로 하는 시장형 실거래가 상환제를 도입하였다. 시장형 실거래가 상환제는 병원이나 약국이 보험의 약품을 상한금액보다 낮은 가격으로 구입할 경우 상한금액과 구입가격과의 차액 중 70%를 그 병원이나 약국에 인센티브로 지급하도록 한 제도이다. 그 취지는 음성적으로 이루어지는 의약품 리베이트를 억제하여 의약품 유통구조를 투명하게 하여 제약회사의 경쟁이 리베이트 등의 영업을 통하여 이루어지지 않도록 하고, 연구개발을 통한 의약품의 효능 개선, 신약개발 등에 집중되도록 하여 국내 제약회사의 경쟁력을 강화하는 한편, 낮은 의약품 가격으로 보험재정을 안정시키고 국민들의 보험료 부담을 감소시키고자 하는 데에 있었고, 실제 의약품 리베이트를 감소시키는 효과도 일부 나타났다. 그러나 시장형 실거래가 상환제를 통하여 의약품을 싸게 구입하여 인센티브를 지급받을 수 있는 요양기관은 제약회사에 대하여 상당한 구매력을 가진 대형 병원들에 한정되어 이전의 실거래가 상환제 아래에서도 리베이트가 집중되었던 대형병원은 이제 낮은 가격으로 의약품을 구입하면서도 합법적으로 그 차액의 상당 부분을 인센티브로 지급받을 수 있는 반면에, 중소병원이나 약국은 제약회사의 이익을 감소시키면서도 자신들의 이익을 얻을 수 있는 시장형 실거래가 상환제를 적극적으로 이용할 수 없는

현실에 비판이 가해졌다. 실제 대형병원의 의약품 구매 입찰에서 ‘1원 낙찰’이 빈발<sup>2)</sup>하는 등 대형 요양기관의 과도한 구매할인 및 저가 납품요구가 사회적 문제점으로 지적되는 상황에서 이러한 비판은 상당한 근거를 갖게 되었고, 매출과 이윤 감소로 가장 직접적인 타격을 입게 된 제약업체가 강력하게 반발한 것은 당연하였으며, 경제정의실천시민연합 등 시민단체까지 나서 시장형 실거래가 상환제가 건강보험 재정 절감 효과 대신 일부 병원의 이익만 늘리고 있다고 비판하게 됨으로써<sup>3)</sup> 제도의 폐지까지 논의되기에 이르렀다. 시장형 실거래가 상환제는 2010. 10. 1.부터 2012. 1. 31.까지 16개월간 시행된 후 제약사의 강력한 반발과 정부의 일괄 약가인하 정책<sup>4)</sup>으로 2년간 시행이 중단되었고 종전의 실거래가 상환제로 일시 회귀하였다가 2014. 2. 1.부터 재시행 되긴 하였지만, 결국 폐지와 함께 다른 대체 방안을 시행하기로 방향을 잡고 2014. 4. 25. 그 내용을 입법예고 하였다.<sup>5)</sup>

- 
- 2) 2009. 10.부터 2010. 8.까지 170개 제약회사 제품 1532개, 2010. 10.부터 2011. 8.까지는 183개 제약회사 2445개 제품이 1원으로 낙찰되었다고 한다.
  - 3) 건강보험심사평가원 보고서에 따르면, 시장형 실거래가 제도 시행 당시의 인센티브 지급액은 2,835억 원인 반면 건강보험 재정 절감액은 최대 2,189억원에 그쳐 최소 645억원의 손해가 발생했다고 한다.
  - 4) 정부는 종전 약가제도 아래에서 제약회사들의 후진적인 영세 산업구조와 낭비적인 고가의 약품비 비용구조가 리베이트 등 부당경쟁과 함께 상호 악영향을 증폭하며 유지되는 악순환의 구조를 형성하고 있다고 판단하여 2011. 8. 12. ‘약가제도 개편 및 제약산업 선진화방안’을 발표하고 2012. 1. 1. 약가제도 개편을 단행하였는데, 특히 종래 계단형 약가 부여방식을 폐지하는 약가 일괄인하를 시행하였다. 이는 기존에 약제비 적정화 방안을 통하여 기존에는 특허가 만료된 신약의 가격을 특허 만료 전의 80%로 하고 최초부터 다섯 번째 복제 의약품의 가격을 최초 신약의 68%로 하고 여섯 번째 복제 의약품부터는 최저 복제 의약품 가격의 90%로 체감하도록 하였던 것을, 동일 효능, 동일 가격 원칙에 입각하여 신약의 특허가 만료된 이후에는 특허 만료 신약과 복제 의약품 모두를 특허만료 전 신약 상한금액의 53.55%로 조정하는 것을 골자로 한다.
  - 5) 보건복지부는 2014. 1. 7. 시장형 실거래가 제도 개선을 포함한 약가제도 개선을 논의하기 위해 제약업체, 의료계 등으로 ‘보험약가제도 개선 협의체’를 구성하고 8차에 걸친 논의 결과를 기초로 ‘국민건강보험법 시행령’, ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(시행규칙)’ 및 관련 4개의 고시 개정안을 마련하여 2014. 4. 25.부터 6. 23.까지 60일간 입법예고하였다. 우선 저가구매 인센티브는 ‘처방·조제약품비 절감 장려금’으로 전환된다. 앞으로는 요양기관의 저가구매노력 뿐만 아니라 처방약 품목수 절감, 저가약 처방 등 의약품 사용량 감소에 대한 노력까지 함께 고려 장려금의 형태로 요양기관에 반기별 지급될 예정이다. 이에 따라 저가구매 노력이 큰 요양기관이라도 처방 약품비가 높은 경우 장려금 대상에서 제외될 수 있고, 같은 저가구매액에 대해서도 사용량 감소정도에 따라 장려금을 차등해

## 라. 각국의 입법례

### (1) 미국

미국은 공공부문<sup>6)</sup>에 관하여 우리의 리베이트 쌍벌제와 같은 별도의 리베이트 처벌 법률이 있다.

의약품 리베이트 수수를 처벌하는 가장 대표적인 법률로는 ‘연방 Kickback<sup>7)</sup> 금지법’(Federal Anti-Kickback Statute ; Medicare and Medicated Patient Protection Act)(42 U.S.C. 1320a-7b)이 있다. ‘연방 Kickback 금지법’은 연방 의료시스템에 있어서 금품을 받거나 지불하는 행위를 금지하는 것으로, 연방기금으로 운영되는 품목·서비스에 대한 추천, 구매, 처방을 조건으로 현금 혹은 그와 유사한 금품을 직·간접적으로 받거나 지불하는 행위를 금지<sup>8)</sup>하고 이를 위반하는 경우에 최대 25,000 달러의 벌금형과 최대 5년의 징역형을 부과할 수 있도록 하고, 이에 부가하여 연방정부 의료서비스 프로그램에의 참여 금지, 균형예산법(Balanced Budget Act 1997, 42 U.S.C 1396v)에 따라 민사금전벌로 3배 배상 등이 내려질 수 있다. 한편 ‘연방 Kickback 금지법’은 예외적 허용사유로서 ‘면책조항(safe harbors)<sup>9)</sup>’을 두고 있는데, 이는 기존 관행상 전통적으로 인정해오던 것을 어느 정도 용인하면서 복잡 다양한 의료공급체에서 미국

---

지급받게 된다. 이외에도 실거래 가격을 신속하고 정확하게 파악하기 위해 제약사 및 도매상 등 공급자의 공급자료를 확인할 수 있도록 하는 내용도 포함되어 있다. 국민건강보험법의 개정(2013. 7. 2. 시행)으로 신설된 리베이트 관련 약제에 대한 보험급여 제한 규정의 세부기준안이 입법예고됨에 따라 종전의 약가인하 규정을 삭제하는 내용도 포함되어 있다.

- 6) 아래에서 설명하는 연방kickback방지법이 적용되기 위해서는 어떠한 형태이든 연방정부 또는 이에 준하는 급부주체로부터 재정지원 등 일정한 재화나 용역의 보조를 받고 있어야 한다.
- 7) 불법적인 뇌물성 금전수수
- 8) 연방kickback금지법은 연방 보건의료 프로그램에 의해 재정의 일부 또는 전부를 지원받는 물품이나 서비스를 갖춘 자에게 환자 등을 소개하거나 전원(refer)하는 것을 대가로 금전 또는 보수를 수령하거나 요구하는 행위 및 이를 제공하는 일체의 행위를 금지하며, 연방 보건의료 프로그램에 의해 재정의 일부 또는 전부를 지원받는 물품이나 서비스를 대어, 구입, 추천, 추천하는 행위를 금지하고, 금전의 제공자뿐만 아니라 금전을 받는 자까지 모두 처벌하는 쌍벌제를 채택하고 있다.
- 9) 심판대상조항이 원칙적으로 의약품 리베이트 수수를 금지하면서 예외적으로 허용되는 경제적 이익 제공의 범위를 규정한 것과 같이 연방 Kickback 금지법에서도 예외적으로 허용되는 거래행위를 규정하고 있는데 이를 ‘Safe Harbors’라고 한다 (42 C.F.R. 1001.952, 미국 후생성 연방규정).

후생성(Department of Health and Human Service)의 감찰관실(Office of Inspector General)이 유연하게 대처할 수 있어야 한다는 취지에서 의회가 1987년경 'Medicare and Medicated 환자와 동 제도의 보호에 관한 법률'을 통하여 감찰관실로 하여금 위 금지행위의 유형에 속하는 행위들 중에서 분명하게 금지되는 행위와 허용될 수 있는 행위에 관한 지침을 제정하도록 위임한 데서 마련되었다. 감찰관실은 매 분기별로 위 면책사항을 보완하고 있는데, 기본적으로 국가재정의 증가를 가져오는지, 의료소비자의 선택권을 제한하는지, 적절한 치료를 위한 전문적이고 독립적인 의학적 판단이 보장되는지 여부를 기준으로 면책 여부를 판단하고 있다.

한편 미국의 의약품 리베이트 규제와 관련하여, 2013. 3. 31.부터 시행되고 있는 환자보호·건강보험개혁법(Patient Protection and Affordable Care Act)의 Section 6002에는 소위 '선샤인법'이라고 불리고 있는 '의사 대상 지불내역 공개법'(Physicians Sunshine Payment Act)이 포함되어 있다. 이 법은 의약품 및 의료기기 제조업자들이 합법적인 할인이나 리베이트를 포함한 미국의 의사 및 의대 부속 병원에 제공하는 모든 지불내역에 대해 정부에 보고하고 대중에 공개하도록 규정하고 있다.

## (2) 프랑스

프랑스는 우리의 리베이트 쌍벌제와 같이 공공부문 이외에 사적 영역의 의사들에 대하여도 리베이트 수수를 금지하고 처벌하는 별도의 법률규정을 두고 있다. 프랑스 국회는 1993.경 의약산업계 의사들에게 리베이트가 제공된 사건들이 적발됨으로써 야기된 스캔들에 대한 대응책으로 보건의료법(Code de la santé publique)을 제정해 의사들이 수수할 수 있는 '선물'의 범위를 제한하고, 자금을 지원할 회사나 그 자금을 수수할 의료인은 그 지원액과 용도를 국가의사위원회<sup>10)</sup>에 보고하고 국가의사위원회가 이 지원액의 합법성을 판단하도록 함으로써 의료산업계 내부에서 이루어지는 자금지원의 흐름을 전체적으로 감독할 수 있는 체제를 구축하였는데, 전문적인

10) 프랑스 국가의사위원회는 국회로부터 이 법을 시행하고 업계의 자금지원 흐름을 감독할 권한을 위임받아 의료계와 의약품·의료기기업계의 협회들과 함께 공동위원회를 만들었다.



업무와 관련된 회의나 컨퍼런스, 프로모션 이벤트 등에 대한 지원 등을 예외적으로 허용하면서 이에 대해서는 의사와 지원 회사 간의 합의가 있어야 하고 이러한 합의는 지역의사회 및 국가의사위원에 통보하여 합법성 검토를 받도록 하였다.

구체적으로, 프랑스 의료보건법(Code de la santé publique) article L4113-6의 1문은 의료인 및 의료인 전문과정에 있는 학생에게 보조금을 보증하거나 의무적 사회보장제도에서 비용을 부담하는 제품을 제작·판매하는 회사로부터 제공되는 이익을 현물 또는 현금 등 어떠한 형태로든 직접적 또는 간접적인 방법으로 받는 것을 금지하고 있다. 2문에서는 금지의 예외를 규정하고 있는데, 의료인과 회사 사이에 체결된 협약에 따라 제공되는 이익에는 1문이 적용되지 않는다고 하면서 그 협약은 연구 또는 과학적 평가라는 명시적이고 실질적인 활동을 위한 것이어야 하고, 적용되기 전에 관할 의사협회 지방위원회의 의견을 구하여 통지를 받아야 하며, 연구 또는 평가 활동이 부분적으로라도 보건기관에서 실행되어야 하고, 보수가 보조금이나 처방·제작·판매되는 제품의 수와 비례하는 방법으로 계산되어서는 안 된다는 조건을 두었다. 3문은 장려하거나 전적으로 전문적 과학적인 성격을 표시하는 경우 직접적이든 간접적이든 단순한 호의표시로 제공되는 이익에는 적용되지 않는다고 규정하면서, 다만 이는 회사와 의료인 사이에 체결되는 협약에 규정되어 있어야 하고, 적용되기 전에 관할 의사협회 지방위원회의 의견을 받아야 하며, 이러한 호의는 합리적인 수준이어야 하고, 전문적 과학적인 목적으로 제한되어야 하며, 직접적으로 관련이 있는 의료인이 아닌 다른 사람에게까지 제공되어서는 안 된다는 조건을 두었다.

Article L4113-6의 금지의무를 위반하는 경우 이를 처벌하는 규정은 article L4163-2이다. 1문은 보조금을 보증하거나 의무적 사회보장제도에서 비용을 부담하는 제품을 제작·판매하는 회사로부터 제공되는 이익을 현물 또는 현금 등 어떠한 형태로든 직접적 또는 간접적인 방법으로 제공받은 의료인과 학생을 2년의 징역 또는 75,000 유로의 벌금에 처한다고 규정하고 있고, 2문은 주된 형에 더하여 부수적으로 10년 동안 전문자격을 행사할 수 없도록 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 그 외에도 article L4163-4

는 의료인이 처방되거나 판매된 약 단위의 수에 비례하든 비례하지 않든 이익이나 수수료를 직접적이든 간접적이든 어떠한 형태로 받는 경우 4,500 유로의 벌금에 처하고, 재범의 경우 6월의 징역 또는 9,000유로의 벌금에 처하고, 이와 공범인 약사도 같은 형에 처하도록 규정하고 있다.

프랑스 일반법원 중 상고심에 해당하는 파기원(Cour de cassation)은 2014. 8. 6. 의료보건법 L4113-6과 L4163-2에 대해 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 한 바 있다. 파기원은 법관이 자의적이지 않은 방법으로 해석하고 적용하기에 충분히 명확한 용어로 규정되어 있다는 점에서 죄형법정주의에 위배되지 않고, 보조금을 보증하거나 사회보장제도에 의해 비용이 부담되는 제품을 판매한다는 사실만으로 회사가 의료인에게 직접적·간접적인 방법으로 이익을 제공하는 것을 금지하는 것은 회사와의 관계에서 의료인의 독립성을 보장한다는 목적이 있고 이는 공중보건목적에 부합하므로 평등원칙과 자유경쟁원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.<sup>11)</sup>

### (3) 독일

최근 독일에서 의약품 리베이트를 수수한 자를 처벌하는 별도의 규정을 두는 데 대한 논의가 계속되고 있는 가운데, 현재는 일반 법률인 형법의 규정에 따라 의약품 리베이트를 처벌하고 있다.<sup>12)</sup> 즉, 형법 제332조(뇌물수수죄)와 제299조(사적영역에서의 뇌물수수죄)<sup>13)</sup>에서 규정한 형태에 포섭될

11) Arrêt n°4623 du 6 août 2014 (14-90.026) Cour de cassation, chambre criminelle. 2008년 프랑스 헌법 개정으로 도입된 구체적 규범통제 제도 하에서 당사자가 당해 사건 재판부에 위헌법률심판 제청신청을 하면 당해법원은 파기원(행정사건은 참사원)에 이를 회부하고, 파기원 또는 참사원에서 헌법재판소(Conseil constitutionnel)로 회부하는 사건만이 헌법재판소의 판단을 받을 수 있는데, 이 사건은 파기원에서 위 법률조항에 대해 합헌이라고 보아 헌법재판소에 회부하지 않는다고 결정한 사안이다.

12) 다만 아래에서 살펴보는 바와 같이, 건강보험법상의 계약 의사들뿐만 아니라 일반 개인의들의 리베이트 수수행위에 대하여도 처벌규정을 따로 마련하려는 입법 논의가 계속 진행 중이다.

13) 제332조(뇌물수수죄)

① 공무원 또는 공공사무를 담당하는 자가 본인 또는 제3자의 이익을 위하여 직무상 부정행위를 하거나 할 것에 대한 대가로서 뇌물을 요구, 약속 또는 수수하는 경우 이로 인하여 직무가 방해되거나 될 수 있는 경우에 한하여 6개월 이상 5년 이하의 징역에 처한다. 죄질이 경할 경우 3년 이하의 징역 또는 벌

경우에만 형사처벌이 가능하도록 되어 있다.

이 조항은 범죄의 주체가 ‘공무원 또는 공공사무를 담당하는 자’와 ‘영업적 운영체의 종업원이나 피위임인’으로 한정되어 있기 때문에 개원의들이 리베이트를 받을 경우 이를 근거로 처벌할 수 있는지가 문제되었고, 이에 대한 판단에 있어 하급심 판결들도 엇갈려 왔다. 이에 대해 독일 연방대법원은 개인의원을 경영하고 있는 의사들의 경우에는 제약회사로부터 받은 값비싼 선물 등에 대한 대가로 해당 회사의 약품을 처방한다고 하더라도 뇌물죄로 처벌할 수 없다는 판결을 내렸다.<sup>14)</sup> 하급심 법원은 의사들에게 건강보험제도를 대표하는 지위를 인정하여 뇌물죄가 성립한다고 판단하였지만, 연방대법원은 강의료 명목으로 10,000유로가 지급된 경우와 의약품 처방의 대가로 18,000유로가 지급된 경우에 의사들의 행위가 부패한 것이기는 하나 그들이 특정기관에 대해 책임을 지는 자들이 아닌 자영업자와 유사한 지위를 가지는 자들이므로 형사처벌의 대상은 되지 않는다고 판단하였다.

이러한 연방대법원의 판결은 현행법상 의사의 리베이트 수수를 처벌할 수 있는 법적 근거가 없다는 것일 뿐, 의약품 리베이트에 대한 윤리적·도덕적 정당성을 부여하는 것은 아니다. 연방대법원은 오히려 입법자에게 “참을 수 없는 법적 흠결을 차단할 것”을 요청하였고, 정치권과 언론에서는 즉각적으로 의사들에 대한 리베이트 규제를 법제화하기 위한 논의가 진행되었다. 2013. 6. 27. 연방하원은 부패방지법률안을 가결하였으며, 법안에는 의료제도 내에서의 부패에 대해서도 형사처벌을 할 수 있는 근거규정이 포함되었다. 즉, 사회법전 제5권(독일건강보험법) 제70조 제3항에 부패금지

---

금에 처한다. 미수범도 처벌한다.

제299조(사적영역에서의 뇌물수수죄)

① 기업의 직원 또는 중개인이 본인 또는 제3자의 이익을 위하여 물품 또는 서비스 입찰경쟁에 있어 불공정한 방법으로 특정인에게 혜택을 부여하고 그 대가로서 뇌물을 요구, 약속 또는 수수하는 경우 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.

② 경쟁행위를 위한 사업상의 교섭을 목적으로 하는 자가 물품 또는 서비스 입찰경쟁에 있어 불공정한 방법으로 기업의 직원·중개인 또는 제3자에게 혜택을 부여하고 그 대가로 기업의 직원 또는 중개인에게 뇌물을 제한, 약속 또는 공여하는 경우에도 전항의 형과 같다.

14) BGH. Beschl. v.29.3.2012-GSSt 2/11 : BGHSt 57, 202.

규정을 삽입하고 이를 위반할 경우 형사처벌을 할 수 있도록 제307c조에 처벌규정을 신설하기로 한 것이다.<sup>15)</sup> 그런데 2013. 9. 20. 연방상원은 사회법전 제5권에 규정하는 것만으로는 부족하고 형법전에도 처벌규정을 신설할 것을 요구하면서 부패방지법안에 동의하지 않았고, 건강보험법상의 계약 의사들뿐만 아니라 일반 개원의들의 리베이트 수수에 대하여서도 처벌규정을 마련하여야 된다는 취지의 새로운 법률안을 상정하였다. 해당 법률안에는 영업장의 압수·수색은 물론 통신감청도 가능하도록 규정하고 있으며, 검찰은 고소 없이 직권으로 형사소추를 할 수가 있다. 연방의회에서는 2014. 7. 2. 현재까지 연방상원 및 입법청원위원회가 상정한 형법개정안에 대한 논의가 계속 진행 중이다.

#### (4) 일본

일본은 일반 형법에 따라 의약품 리베이트를 규제하고 있으며 우리와 같은 별도의 처벌 규정은 두고 있지 않다. 따라서 공공병원에 근무하는 의사들의 리베이트 수수만을 공무원의 금품수수에 준하여 처벌하고 있을 뿐 형법상 뇌물죄에 포섭되기 어려운 개원의 등에 대하여는 자율적인 규율 방식을 택하고 있다. 이는 일본 의사의 42% 이상이 공공병원에 근무하고 있어 뇌물죄 규정만으로도 리베이트의 상당부분에 대한 규제가 가능하기 때문이다. 이러한 규율방식은 우리나라에서 리베이트 쌍벌제를 도입하기 전 공정거래법 등을 통하여 자율적인 규제를 해오던 종래의 규율 방식과 크게 다

---

15) 제70조 ③ 다른 제공자나 제3자를 매개로 급부를 제공하는 자는, 제공자의 다양성을 고려하는 가운데, 의료적 판단의 독립성에 대한 피보험자의 신뢰와 경제성 원칙에 따른 협력을 보장하여야 한다. 급부제공자와 그 종사자 또는 대표는, 급부를 처방하거나 급부제공자를 지정하거나 의약품을 교부하거나 그 외 법률에 따른 피보험자의 진단이나 처치를 위한 급부를 제공할 때 불공정한 방법으로 다른 제공자나 제3자에게 재산상의 이익을 주거나 그들을 우대하는 것에 대한 대가로서 본인 또는 제3자에게 어떤 보상이나 그 밖의 경제적 이익을 요구하거나 약속하거나 수령하여서는 안 된다. 마찬가지로 급부제공자나 그 종사자나 대표를 상대로 하여 그들 또는 제3자에게 경제적 이익을 줄 것을 공여하거나 약속하거나 보증하는 것 역시 금지된다. 제128조 제2항 제3문에 따른 이익 역시 그러한 이익에 해당된다.

제207c조(형법규정) ① 제70조 제3항 제2문 및 제4문 또는 제3문 및 제4문을 위반하여 경미하지 아니한 경제적 이익을 수수하거나 보증한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

르지 않다.

실질적으로 일본의 의료 산업계와 전체 의사간의 경제적 관계에 대해 규율해온 것은 공정거래 관계법으로, 일본에서 의약품 리베이트를 금지하는 관련 법규로는 ‘독점금지법’과 ‘의약품업 경품제한 고시’가 대표적이다. 독점금지법에 근거하여 1984.경 만들어진 제약업계의 ‘공정거래규약’은 제3조에서 의약품 거래를 부당하게 유인할 수단으로서 경품류를 제공할 수 없다는 원칙을 제시하고, 제4조에서 부당한 거래수단의 구체적인 예로 의료기관 등에 소속된 의사 등에 대한 금품제공 등을 규정하고, 제5조에서 부당한 거래수단에 포함되지 않는 유형으로 ‘의료기관 등에 있어 의료용의약품 사용에 필요한 물품 등의 제공’, ‘자사의약품에 관한 정보자료 등의 제공’, ‘시용의약품의 제공’, ‘시판 후 조사 등 연구수탁 보수 비용지원’ 등을 규정하고, 제10조는 규약 위반자에 대한 조치를 규정하고 있는데 경미한 사건을 기준으로 조사위원회의 조사기간 동안에 스스로 개선토록 ‘지도’하고, 이를 수용하지 않을 경우에는 ‘경고’, ‘엄중경고’의 단계를 거쳐 ‘위약금’, ‘제명’ 순으로 무거운 조치를 내리게 된다. ‘의약품업 경품제한 고시’에서는 ‘의약품을 제조 또는 판매하는 자는 의료기관 등에 의약품 등의 거래를 부당하게 유인하는 수단으로서 의약품, 의료용구의 사용에 필요한 물품 또는 서비스 외에 기타 정상적인 상관습에 비추어 적당하다고 인정되는 범위를 초과하여 경품류를 초과하여 경품류를 제공하여서는 안 된다’고 규정하고 있다.<sup>16)</sup>

---

16) 일본은 1970년대에 의사들을 상대로 한 현금, 해외여행, 학술세미나 등 다양한 경품과 향응을 제공하는 리베이트가 만연하였지만, 일본 정부는 불법 리베이트를 제공한 제약회사를 꾸준히 적발하여 모든 약품을 보험 급여대상에서 제외시키고, 회사 재정에 큰 타격을 입힐 만한 막대한 벌금을 부과하였으며, 위반사실을 공표해 회사 이미지도 대폭 실추시켰고, 불법 리베이트를 받은 의사들을 구속시키는 등 경각심을 불러 일으켰다. 일본은 의약품 유통거래 선진화 및 투명성 높은 제도를 운영하고 있는데, 일본도 미국과 마찬가지로 도매업체를 경유하는 도매 거래의 비율이 약 90%에 달하는 등 도매시장 중심의 유통체계가 확립되어 있는데, 의약품 도매업체는 구조조정 노력을 꾸준히 지속하여 120여개에 달하던 도매상들은 2007. 기준으로 5개 지주회사 체제로 전환하는 등 도매업체 간의 공동협력 체제를 강화하여 업체 간 시장경쟁이 과열되는 것을 막고 있으며, 그 결과로 불법 리베이트 제공행위를 근절하는데 큰 효과를 거두고 있다. 일본의 경우 제약업계의 자정활동에 힘입어 관행적이었던 리베이트 문화가 바뀌고 있다는 평가를 받고 있다(국회입법조사처, “의료법 및 약사법상 리베이트 제

### 3. 심판대상조항의 위헌 여부

#### 가. 명확성원칙 위배 여부

심판대상조항이 규정한 ‘판매촉진 목적’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대하여 살펴본다.

죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙이라 함은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떤 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람으로 하여금 적용대상자와 금지되는 행위를 충분히 알 수 있도록 규정하고 있거나, 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하더라도 당해 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계 조화적 해석 등을 통해 법률적용 단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있다면 명확성의 요구에 배치된다고 보기 어렵다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 참조).

심판대상조항은 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는’ 경제적 이익의 수수를 금지하고 있고, 문언상 여기서 말하는 ‘판매촉진 목적’이란 주관적 구성요건으로서 ‘제공자의 목적이나 의사’를 뜻하는 것이라기보다는 제공되는 경제적 이익의 객관적 성격이 ‘의약품 채택에 대한 대가성’을 가진다는 것을 의미하는 것으로 해석되어야 한다. 그 해당 여부는 단순히 경제적 이익을 제공하는 사람의 주관적인 의사 이외에도 제공자와 수령자의 관계, 수수한 경제적 가치의 크기와 종류, 수수하게 된 경위와 시기 등 제반 사정을 종합하여 법원이나 사회 일반인들이 경험칙과 논리칙 등에 따라 객관적으로 능히 판단할 수 있는 성질의 것이어서, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 금지되는 행위의 의미를 충분히

이해하고 예견할 수 있는 것이다.

특히, 심판대상조항의 입법적 배경을 살펴보면 그 문언의 의미는 더욱 분명해진다. 기존의 행정적 제재 수단이나 제한적인 형사처벌 규정만으로는 만연한 리베이트 관행을 근절하는 데 한계가 드러나자, 입법자는 종전보다 강력한 규제수단으로서 의약품 채택과 대가관계가 인정되는 경제적 이익의 수수행위를 특별한 가중요건 없이 일반적으로 처벌하기로 하는 입법적 결단을 하였고 그 결과물로서 심판대상조항을 마련하였던 것이다. 의약품을 공급하는 자가 구입자인 의료인을 대상으로 경제적 이익을 제공하는 데에는 기본적으로 부당한 판매촉진의 목적이 개입될 수밖에 없다는 점에서 살펴보면, 심판대상조항이 ‘판매촉진 목적’을 규정한 것은 경제적 이익의 수수행위 이외에 특별히 의미 있는 가중적 구성요건을 규정했다기보다는 당연히 제공이 금지되는 부당한 이익의 의미를 구체화한 것에 불과하다고 할 수 있다. 그런 점에서 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진 목적’이라는 표현은 수수가 금지되는 ‘부당한’ 경제적 이익의 의미를 분명하게 잘 전달하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 심판대상조항에서 규정한 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진의 목적’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

헌법재판소도 동일한 취지로 심판대상조항이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

#### 나. 포괄위임금지원칙 위배 여부

심판대상조항에서 예외적 허용 사유의 구체적 범위를 보건복지부령에 위임한 것이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부에 대해 살펴보기로 한다.

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편, 포괄위임금지원칙도 함께 선언하고 있다. 여기서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 하위 법령으로 규정될 내용 및 범위에 관한 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 하위 법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고,

이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조가 적용되어야 할 뿐만 아니라, 법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법의 기본권 보장 우위사상에 비추어 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 이루어져야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 구성요건을 상세하게 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우에도 처벌대상 행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도의 범죄구성요건의 대강은 법률에서 정해야 하고, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 법률에서 명백히 규정하여야 한다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가6; 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바390 참조).

우선, 심판대상조항 단서는 심판대상조항 본문에서 규정한 원칙적 금지에 대한 예외적 허용 사유를 규정하면서 그 구체적 허용 범위만을 하위법령에 위임하였을 뿐, 범죄구성요건이나 법정형 자체는 하위 법령에 위임한 바 없다. 즉, 심판대상조항 본문이 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적’으로 하는 경제적 이익의 수수를 원칙적으로 금지하고, 심판대상조항 단서에서는 예외적으로 허용되는 사유를 열거하면서 그 구체적 허용 범위를 보건복지부령으로 정하도록 위임하였다. 위임 방법에 있어서도 심판대상조항 단서는 ‘건본품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품설명회, 대금결제조건에 따른 할인비용, 시판 후 조사 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익등인 경우’라고 규정하여 하위 법령에서 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하고 있다. 실제 의료법 시행규칙에서는 심판대상조항 단서가 규정한 예외사유 유형에 따라 수수가 허용되는 경제적 이익의 내용을 나누어 규정하고 있기 때문에 법률 그 자체로부터 하위 법령에 규정될 내용을 충분히 예측할 수 있다. 나아가 경제적 이익이나 수수행위는 그 태양과 범위가 다양하여 일일이 법률로써 기술하기 어려운 면이 있는 데다, ‘임상시험 지원’과 같은 허용 사유는 의학적 전문성을 바탕으로 개별 사안별로 허용 여부를 판단할 필요도 있기 때문에 하위 법령에 그 구체적인 허용범위를 위임하는 것이 불가피한 사정도 있다.



한편 청구인들은 심판대상조항 단서가 공정경쟁규약에서 정한 예외적 허용사유 중 일부만을 수용한 것은 금지와 허용의 경계를 이해하는 데 혼란을 준다고 주장하나, 거래계의 자율적 규약에 불과한 공정경쟁규약의 내용에 따라 법률인 심판대상조항에 대한 해석이 좌우될 수는 없는 것이므로 그 주장은 이유 없다.

따라서 심판대상조항 단서가 예외적 허용사유의 구체적 범위를 하위 법령에 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.

헌법재판소도 심판대상조항 단서가 예외적 허용사유의 구체적 범위를 하위 법령에 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

#### 다. 직업의 자유 침해 여부

리베이트 수수행위는 자본주의 경제 원리상 거래 당사자 간의 정당한 거래행위 또는 합법적인 판매 촉진비 수령의 성격을 띠고 있어 헌법상 보호되는 직업수행의 자유의 한 내용이라고 할 수 있는데, 공익적 요청에 의한 규제가 필요하다고 하더라도 약가정책이나 행정체제 또는 기존 형사처벌 규정만으로도 충분히 규제가 가능한데도 불구하고 특별히 심판대상조항을 마련하여 일반적으로 처벌하도록 규정하는 것이 직업의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 직업선택의 자유라 함은 직업결정의 자유 이외에 직업수행의 자유를 포함하는 것이다. 직업수행의 자유는 직업 결정의 자유에 비하여 성질상 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 수 있어 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만, 그 경우에도 헌법 제37조 제2항에 따른 비례의 원칙은 지켜져야 한다(헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700등; 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41 등 참조).

어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가의 문제는 범죄 행위 자체의 죄질과 경중 이외에도 그 나라의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법 감정 그리고 범죄 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정

할 사항으로서, 기본적으로 입법 재량 내지 형성의 자유가 인정되는 영역이다(헌재 2009. 2. 26. 2008헌바9 등; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27 등 참조). 하지만 그 입법형성권도 무제한적인 것은 아니며 국가권력으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 실질적 법치국가의 이념과 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 행위의 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례 관계는 지켜져야 한다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌바168; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌가42 등 참조).

심판대상조항은 의약품 리베이트로 인하여 약제비가 인상되는 것을 방지함으로써 국민건강보험의 재정건전화를 기하고, 의사로 하여금 환자를 위하여 최선의 약품을 선택하도록 유도하여 국민의 건강증진을 도모하는 한편, 보건의료시장에서 공정하고 자유로운 경쟁을 확보하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 또한, 형사처벌이라는 제재방법은 리베이트 발생을 가장 강력하고 효과적으로 억제할 수 있다는 점에서 이러한 입법목적의 실현에 기여하는 적절한 수단이라고 할 수 있다.

청구인들은 리베이트 비용으로 인하여 의약품 가격이 인상된다거나 리베이트 제공이 특정 의약품 선택을 유인하여 의료서비스의 질적 저하를 초래한다는 것은 구체적인 근거가 없는 막연한 추측일 뿐이라고 주장한다. 의약품 리베이트는 음성적으로 이루어지는 불법적 거래라는 점에서 가격 결정이나 특정 제품 선택에 공식적인 수치로서 반영되거나 객관적인 근거에 의해 외부로 드러나기 어려운 것이 당연한 것이고, 일반 상품과 달리 최종 소비자인 환자가 제품을 선택하는 것이 아니라 의료인이 자신들의 이해관계에 따라 상품을 선택하게 되는 의약품 시장의 특수한 구조와 이윤을 극대화하려는 기업의 생리를 고려해 볼 때 리베이트가 의약품 가격 인상과 특정 제품 선택의 유인으로 작용할 수 있다는 점을 부정하기는 어렵다.

의약품은 국민보건에 미치는 영향이 크기 때문에 다른 일반 공산품에 비해 공공성이 매우 중요시 되어 그 유통체계 및 판매질서에 있어 여러 가지 규제가 고려될 여지가 있다. 우리 입법자도 그 동안 약가정책이나 행정처분, 형법과 공정거래법상의 형사처벌 규정 등을 통해 불법 리베이트를 억제하기 위한 노력을 지속적으로 기울여 왔지만, 그것만으로는 리베이트를 근절하는 데 한계가 드러났고 오히려 리베이트 수수 관행은 더욱 만연하게

되었다. 특히, 청구인들과 같은 개원의의 경우에는 면허정지와 같은 행정처분, 리베이트 제공자만을 처벌한 기존 약사법 규정, 범행주체의 신분에 엄격한 제한이 있거나 까다로운 추가적 구성요건을 요구하는 형법상 뇌물죄 및 배임수재죄 규정이나 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 규정과 같은 제한적인 형사처벌 규정만으로는 범죄 예방적 효과가 현저히 떨어지고 적발 자체도 어려워 실효적인 규제에 한계가 있었던 것이 사실이다. 이와 같은 사회적 상황을 고려하여 입법자는 종전보다 강력하고 실효적인 제재수단을 강구하게 되었고, 결국 의료인과 약사의 의약품 리베이트 수수행위를 일반적으로 처벌하는 내용의 ‘리베이트 쌍벌제’를 도입하게 되었다. 다만 모든 리베이트 수수행위를 무조건 처벌하는 것이 아니라 일반적인 법 감정이나 거래계의 관행에 비취 용인할 수 있는 수준의 경제적 이익 수수는 일정한 기준을 정하여 예외적으로 허용하고, 그 위반행위에 대한 처벌수위에 있어서도 법정형을 2년 이하의 징역이나 3,000만 원 이하의 벌금으로 비교적 낮게 규정하였는데, 이는 구성요건이 까다로운 기존의 다른 형사처벌 규정에 비해서도 상대적으로 낮은 수준이다.

물론 리베이트의 근본적인 원인이 높은 약가 수준과 불완전한 약가 제도에 있다는 점을 감안한다면, 사전 예방적인 조치로서 보다 덜 침해적이기도 한 약가제도 보완의 방법으로 리베이트 수수 관행을 개선하는 것도 고려해 볼 수 있다. 그러나 앞에서 살핀 것처럼 어떤 약가제도 아래에서든 현실적으로 리베이트를 통한 판매촉진의 유인은 상존할 수밖에 없는 것이어서, 약가제도 보완만으로 곧 리베이트 수수 관행을 근절시키기에 충분하다거나, 그것이 형사처벌과 같은 사후적인 제재수단에 비해 입법목적의 실현에 있어 보다 우월하고 효과적인 수단이라고 단정하기는 어렵다. 그 동안 고시가 상환제, 실거래가 상환제, 시장형 실거래가 상환제 등 여러 가지 형태의 약가제도를 시행했지만 여전히 많은 문제점들이 제기되어 왔고, 현재 다시 이를 보완할 새로운 형태의 장려금 제도를 검토하고 있는 것처럼, 약가제도에 관해서는 계속 더 나은 방안을 모색해 나가는 과정에 있지만, 어떠한 약가제도를 시행하더라도 그것만으로 의약품 리베이트를 효과적으로 근절하기에는 부족하였다. 결국 의약품에 대한 공익적 규제의 필요성, 보다 강력한 규제수단이 필요하게 된 입법적 배경, 심판대상조항이 정한

구성요건과 처벌수준, 약가제도의 현실적 한계 등을 종합하여 보면, 심판대상조항이 정한 제재의 기준이나 내용이 지나치게 가혹한 것이어서 입법형성권의 범위를 현저히 벗어난다거나 침해의 최소성 원칙에 어긋난다고 할 수 없다. 나아가 심판대상조항으로 인해 의료인이 입게 되는 불이익은 의약품 리베이트를 금지함으로써 달성하려고 하는 국민건강 보호, 건강보험의 재정건전화, 보건의료시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁 확보라는 공익에 비해서 결코 크다고 하기 어려우므로 법익의 균형성도 충족하는 것으로 판단된다.

따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

헌법재판소도 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.

#### 라. 평등원칙 위반 여부

청구인들은, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 여신전문금융업법 등이 ‘강요’나 ‘요구’라는 가중적 구성요건의 충족을 전제로 리베이트 수수행위를 처벌하고 있고 전기통신사업법에서는 리베이트 수수를 처벌하는 규정 자체가 없는 데 반해, 심판대상조항은 의료인이라는 이유만으로 강요나 요구 여부와 상관없이 리베이트를 수수하기만 하면 무조건 처벌하고 있는데, 이는 헌법 제11조 제1항이 특별히 금지하고 있는 사회적 신분에 의한 차별이자 기본권에 대한 중대한 제한에 해당하여 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 경우로서, 지나치게 가혹한 입법에 해당하여 차별목적과 수단 사이에 비례성을 인정하기 어렵고, 설사 완화된 심사기준을 적용한다 하더라도 차별에 합리적 이유가 결여되어 있어 평등원칙에 반한다고 주장한다.

우선, 의약품 리베이트를 다른 영역의 리베이트에 비해 엄격하게 처벌하는 것은 의약품이 성격상 국민보건과 직결되어 일반 제품보다 공공성이 훨씬 커 유통체계 및 판매질서에 대한 공적 규제의 필요성이 크기 때문이지 단순히 수범자가 의료인이기 때문은 아니므로 이는 사회적 신분에 의한 차별 문제가 아니다.

의약품은 국민건강과 직결된 고도의 공익성을 띤 제품일 뿐만 아니라,

그 거래방식도 소비자가 판매자와 직접 흥정하고 거래하는 일반 제품과 달리 최종 소비자인 환자는 제품에 대한 정보나 선택권이 없는 상황에서 약품을 처방하는 의료인이 자신들의 이해관계에 따라 판매자와 거래를 성사시키는 구조이므로, 국가가 감독기관으로서 유통체계 및 판매질서를 위해 거래에 개입할 필요성이 크다는 점에 비취 볼 때 의약품 거래와 일반 제품의 거래는 본질적으로 동일한 것으로 보기 어렵고, 설령 동일한 것으로서 비교대상이 된다고 하더라도 위와 같은 제품과 거래방식의 특성은 그 차별적 대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 사유로 평가되기에 충분하므로 자의적인 차별이라고 할 수는 없을 것이다.

한편, 청구인들은 심판대상조항 본문이 원칙적으로 금지하고 처벌하는 범위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과 내용이 다르고, 심판대상조항 단서가 예외적으로 허용하는 범위도 기존의 공정경쟁규약에서 정한 것과 다른데, 이것은 문리상 동일한 행위에 대하여 적용법령에 따라 위법성이 달리 판단되는 문제를 야기하므로 형벌체계의 정당성에 위배된다는 취지의 주장을 하고 있으나, 심판대상조항 본문이 기존 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 처벌이 가능했던 리베이트 수수행위의 범위와 달리 처벌범위를 확장하고, 심판대상조항 단서가 종전의 공정경쟁규약보다 예외적 허용사유를 축소하여 규정한 것은, 그 동안의 규제 입법만으로는 의약품 리베이트 관행을 근절하기에 한계가 있다는 점이 드러나 보다 강력한 처벌이 요구된다는 현실적 필요를 반영하여 입법자가 의도적으로 명시적 입법을 통해 처벌범위를 넓힌 결과일 뿐, 동일한 행위가 적용법령에 따라 위법성이 달리 판단되는 경우는 아니므로 형벌의 체계정당성 원리에 위반되지도 않는다.

헌법재판소도 청구인들의 평등원칙 침해주장에 대하여 위와 같은 취지로 자의적 차별이 아니라고 판단하였다.

#### 4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 ‘의약품 채택·처방유도 등 판매촉진의 목적’ 문언이 최형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단한 부분에서 “문언상

여기서 말하는 ‘판매촉진 목적’이란 주관적 구성요건으로서 ‘제공자의 목적이나 의사’를 뜻하는 것이라기보다는 제공되는 경제적 이익의 객관적 성격이 ‘의약품 채택에 대한 대가성’을 가진다는 것을 의미하는 것으로 해석되어야 한다. 그 해당 여부는 단순히 경제적 이익을 제공하는 사람의 주관적인 의사 이외에도 제공자와 수령자의 관계, 수수한 경제적 가치의 크기와 종류, 수수하게 된 경위와 시기 등 제반 사정을 종합하여 법원이나 사회일반인들이 경험칙과 논리칙 등에 따라 객관적으로 능히 판단할 수 있는 성질의 것이어서, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 금지되는 행위의 의미를 충분히 이해하고 예견할 수 있는 것이다.”라는 일반원칙을 제시하면서도, “특히, 심판대상조항의 입법적 배경을 살펴보면 그 문언의 의미는 더욱 분명해진다. 기존의 행정적 제재 수단이나 제한적인 형사처벌 규정만으로는 만연한 리베이트 관행을 근절하는 데 한계가 드러나자, 입법자는 종전보다 강력한 규제수단으로서 의약품 채택과 대가관계가 인정되는 경제적 이익의 수수행위를 특별한 가중요건 없이 일반적으로 처벌하기로 하는 입법적 결단을 하였고 그 결과물로서 심판대상조항을 마련하였던 것이다. 의약품을 공급하는 자가 구입자인 의료인을 대상으로 경제적 이익을 제공하는 데에는 기본적으로 부당한 판매촉진의 목적이 개입될 수밖에 없다는 점에서 살펴보면, 심판대상조항이 ‘판매촉진 목적’을 규정한 것은 경제적 이익의 수수행위 이외에 특별히 의미 있는 가중적 구성요건을 규정했다기보다는 당연히 제공이 금지되는 부당한 이익의 의미를 구체화한 것에 불과하다고 할 수 있다.”라며 법 문언에 대한 구체적인 해석에까지 적극적으로 나아가는 태도를 보인 점이 눈이 띈다.

나. 직업의 자유 침해 여부에 대하여는, “의약품에 대한 공익적 규제의 필요성, 보다 강력한 규제수단이 필요하게 된 입법적 배경, 심판대상조항이 정한 구성요건과 처벌수준, 약가제도의 현실적 한계 등을 종합하여 보면, 심판대상조항이 정한 제재의 기준이나 내용이 지나치게 가혹한 것이어서 입법형성권의 범위를 현저히 벗어난다거나 침해의 최소성 원칙에 어긋난다고 할 수 없다. 나아가 심판대상조항으로 인해 의료인이 입게 되는 불이익은 의약품 리베이트를 금지함으로써 달성하려고 하는 국민건강 보호, 건강

보험의 재정건전화, 보건의료시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁 확보라는 공익에 비해서 결코 크다고 하기 어려우므로 법익의 균형성도 충족하는 것으로 판단된다.”라며 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해하는 것이 아니라는 점에 대한 구체적인 근거를 명확히 제시하였다고 평가할 수 있다.

다. 평등원칙 위반 여부에 있어서도, 자의금지원칙을 심사기준으로 삼아 “의약품 리베이트를 다른 영역의 리베이트에 비해 엄격하게 처벌하는 것은 의약품이 성격상 국민보건과 직결되어 일반 제품보다 공공성이 훨씬 커 유통체계 및 판매질서에 대한 공적 규제의 필요성이 크기 때문이지 단순히 수범자가 의료인이기 때문은 아니므로 이는 사회적 신분에 의한 차별 문제가 아니다. 의약품은 국민건강과 직결된 고도의 공익성을 띤 제품일 뿐만 아니라, 그 거래방식도 소비자가 판매자와 직접 흥정하고 거래하는 일반 제품과 달리 최종 소비자인 환자는 제품에 대한 정보나 선택권이 없는 상황에서 약품을 처방하는 의료인이 자신들의 이해관계에 따라 판매자와 거래를 성사시키는 구조이므로, 국가가 감독기관으로서 유통체계 및 판매질서를 위해 거래에 개입할 필요성이 크다는 점에 비춰 볼 때 의약품 거래와 일반 제품의 거래는 본질적으로 동일한 것으로 보기 어렵고, 설령 동일한 것으로서 비교대상이 된다고 하더라도 위와 같은 제품과 거래방식의 특성은 그 차별적 대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 사유로 평가되기에 충분하므로 자의적인 차별이라고 할 수는 없다.”라며 자의금지원칙에 위반되지 않는다는 점을 분명히 한 데에서도 의의를 찾을 수 있다.





## 국가보위에 관한특별조치법 제9조 등 위헌제청

- 헌법이 예정하지 아니한 초헌법적 국가긴급권을 창설한  
법률조항에 대한 위헌제청 사건 -

(헌재 2015. 3. 26. 2014헌가5, 판례집 27-1상, 226)

승 이 도\*

### 【판시사항】

1. 국가비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한한 구 ‘국가보위에 관한 특별조치법’(1971. 12. 27. 법률 제2312호로 제정되고, 1981. 12. 17. 법률 제3470호로 폐지되기 전의 것) 제11조 제2항 중 제9조 제1항에 관한 부분이 초헌법적 국가긴급권으로서 국가긴급권의 실제적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계에 위반되어 위헌인지 여부(적극)

2. 위 법률조항이 헌법이 정한 근로3권의 본질적인 내용을 침해하여 위헌인지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 ‘국가보위에 관한 특별조치법’(1971. 12. 27. 법률 제2312호로 제정되고, 1981. 12. 17. 법률 제3470호로 폐지되기 전의 것) 제11조 제2항 중 제9조 제1항에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 국가보위에 관한 특별조치법(1971. 12. 27. 법률 제2312호로 제정되고, 1981. 12. 17. 법률 제3470호로 폐지되기 전의 것)

제11조(벌칙) ② 이 법 제5조에 규정된 국가동원에 관한 명령 및 조치에

---

\* 헌법연구관

위반한 자 및 이 법 제6조 제1항·제2항 및 제7조 내지 제9조의 조치 또는 규정에 위반한 자는 1년 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

제9조(단체교섭권등의 규제) ① 비상사태하에서 근로자의 단체교섭권 또는 단체행동권의 행사는 미리 주무관청에 조정을 신청하여야 하며, 그 조정결정에 따라야 한다.

### 【사건의 개요】

제청신청인은 1980. 5. 17.부터 1980. 9.말경까지 서울 구로구 ○○동 ○○소재 주식회사 ○○의 노조지부장이었다.

제청신청인은, 1971. 12. 6. 선포된 국가비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 또는 단체행동권의 행사는 미리 주무관청에 조정을 신청하고 그 조정결정에 따라야 함에도 불구하고 1980. 5.경부터 1981. 5.경까지 조정신청 없이 단체교섭권 및 단체행동권을 행사하였다는 이유로 구 ‘국가보위에 관한 특별조치법’(이하 ‘특별조치법’이라 한다) 위반 등의 혐의로 기소되어, 서울고등법원에서 1982. 4. 14. 징역 1년 6월을 선고받고(82노84, 이하 ‘재심대상판결’이라 한다.), 대법원에서 1982. 7. 27. 위 재심대상판결이 그대로 확정되었다(82도1397).

이후 제청신청인이 2012. 10. 26. 서울고등법원에 재심대상판결에 대하여 재심청구를 하고(2012재노60), 그 소송 계속 중 구 ‘국가보위에 관한 특별조치법’ 제9조 및 제11조 제2항에 대하여 위헌심판제청을 신청하자(2013초기290), 제청법원은 위 신청을 받아들여 2014. 3. 13. 이 사건 위헌심판을 제청하였다.

### 【결정요지】

1. 국가비상사태의 선포를 규정한 특별조치법 제2조는 헌법에 한정적으로 열거된 국가긴급권의 실체적 발동요건 중 어느 하나에도 해당되지 않은 것으로서 ‘초헌법적 국가긴급권’의 창설에 해당되나, 그 제정 당시의 국내의 상황이 이를 정당화할 수 있을 정도의 ‘극단적 위기상황’이라 볼 수 없다. 또한 국가비상사태의 해제를 규정한 특별조치법 제3조는 대통령의 판

단에 의하여 국가비상사태가 소멸되었다고 인정될 경우에만 비상사태선포가 해제될 수 있음을 정하고 있을 뿐 국회에 의한 민주적 사후통제절차를 규정하고 있지 아니하며, 이에 따라 임시적·잠정적 성격을 지녀야 할 국가비상사태의 선포가 장기간 유지되었다. 그렇다면 국가비상사태의 선포 및 해제를 규정한 특별조치법 제2조 및 제3조는 헌법이 인정하지 아니하는 초헌법적 국가긴급권을 대통령에게 부여하는 법률로서 헌법이 요구하는 국가긴급권의 실체적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계에 위반되어 위헌이고, 이를 전제로 한 특별조치법상 그 밖의 규정들도 모두 위헌이다.

2. 헌법 제33조는 제1항에서 근로3권을 규정하되, 제2항 및 제3항에서 ‘공무원인 근로자’ 및 ‘법률이 정하는 주요방위산업체 근로자’에 한하여 근로3권의 예외를 규정한다. 그러므로 헌법 제37조 제2항 전단에 의하여 근로자의 근로3권에 대해 일부 제한이 가능하다 하더라도, ‘공무원 또는 주요방위산업체 근로자’가 아닌 근로자의 근로3권을 전면적으로 부정하는 것은 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용 침해금지에 위반된다. 그런데 심판대상조항은 단체교섭권·단체행동권이 제한되는 근로자의 범위를 구체적으로 제한함이 없이, 단체교섭권·단체행동권의 행사요건 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차 법률에서 정하지 아니한 채, 그 허용 여부를 주무관청의 조정결정에 포괄적으로 위임하고 이에 위반할 경우 형사처벌하도록 하고 있는바, 이는 모든 근로자의 단체교섭권·단체행동권을 사실상 전면적으로 부정하는 것으로서 헌법에 규정된 근로3권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

## **【해설】**

### **1. 폐지된 법률조항에 대한 위헌심판**

1971. 12. 27. 법률 제2312호로 제정된 특별조치법은 1981. 12. 17. 법률 제3470호로 폐지되었는바, 이처럼 이미 폐지된 법률인 심판대상조항이 위헌심판의 대상이 될 수 있는지 문제된다.

폐지된 법률도 그 위헌 여부가 관련 소송사건의 재판의 전제가 되어 있다면 당연히 위헌심판의 대상이 된다. 비록 특별조치법이 법률 제3470호로 폐지되었다고는 하나, 그 부칙 제3항(벌칙에 대한 경과조치)에서 “이 법 시

행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 예에 의한다.”라고 규정하고 있으므로, 심판대상조항은 특별조치법의 폐지에도 불구하고 당해 재심사건에서 제청신청인에 대해 그 효력을 지속하고 있고, 그 한도 내에서 심판대상조항은 살아있는 법률과 같다. 그렇다면 제청신청인에 대한 처벌의 근거인 심판대상조항은 당해 재심사건에 적용될 법률이고, 그 위헌 여부에 따라 재심재판의 주문이 달라지거나 그 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라 할 것이므로, 결국 심판대상조항은 위헌심판의 대상이 되는 법률로서 재판의 전제성이 인정된다.

헌법재판소도 폐지된 법률조항인 심판대상조항이 위와 같은 이유에서 재판의 전제성이 인정됨을 전제로 본안판단에 나아갔다.

## 2. 국가긴급권의 본질과 한계

입헌주의적 헌법은 국민의 기본권 보장을 그 이념으로 하고 그것을 위한 권력분립과 법치주의를 그 수단으로 하기 때문에, 국가권력은 언제나 헌법의 테두리 안에서 헌법에 규정된 절차에 따라 발동되지 않으면 안된다. 그러나 입헌주의 국가에서도 전쟁이나 내란, 경제공황 등과 같은 비상사태가 발발하여 국가의 존립이나 헌법질서의 유지가 위태롭게 된 때에는 정상적인 헌법체제의 유지와 헌법에 규정된 정상적인 권력행사방식을 고집할 수 없게 된다. 이러한 비상사태 하에서는 국가적·헌법적 위기를 극복하기 위한 비상적 조치가 강구되지 않을 수 없는바, 그와 같은 비상적 수단을 발동할 수 있는 권한이 바로 ‘국가긴급권’이다. 즉 국가긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이다.

그러나 국가긴급권의 인정은 한편으로 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만, 다른 한편으로 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하기도 한다. 왜냐하면 국가긴급권은, 헌법이 예정하고 있는 일반적인 헌법보호수단으로는 극복될 수 없는 국가비상사태에 임하여 대통령에게 부여되는 특별히 강력하고 예외적인 비상수단으로서<sup>1)</sup> 법치국가의 수호를 위한 필수적

수단임과 동시에 법치국가에 대한 위협적 요소라는 양면성을 가지고 있기 때문이다.<sup>2)</sup> 따라서 국가긴급권은 평상시의 헌법질서에 따른 권력 행사방법 으로서는 대처할 수 없는 중대한 위기상황에 대비하여 헌법이 인정한 비상 수단으로서 중대한 예외에 해당되므로, 헌법이 정한 국가긴급권의 발동요건·사후통제 및 국가긴급권에 내재하는 본질적 한계는 엄격히 준수되어야 한다.<sup>3)</sup>

이와 같은 이유에서 헌법재판소는 국가긴급권의 본질과 한계에 대해 아래와 같이 판시하였다.

『국가긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이지만, 평상시의 헌법질서에 따른 권력 행사방법만으로는 대처할 수 없는 중대한 위기상황에 대비하여 헌법이 중대한 예외로서 인정한 비상수단이므로, 헌법이 정한 국가긴급권의 발동요건·사후통제 및 국가긴급권에 내재하는 본질적 한계는 엄격히 준수되어야 한다.』

### 3. 특별조치법의 위헌성

#### 가. 국가긴급권의 실제적 발동요건 및 극단적 위기상황

(1) 헌법은 국가긴급권을 긴급재정경제처분·명령권, 긴급명령권, 계엄선 포권으로 정하면서, 그 실제적 발동요건에 대해 자세히 정하고 있다.

즉, 헌법은 ① “내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때”에 긴급재정경제처분·명령을 발할 수 있고(제76조 제1항), ② “국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때”에 긴급명령을 발할 수 있으며(제76조 제2항), ③ “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의

1) 허영, 한국헌법론(전정7판), 박영사, 2011, 93면.

2) 한수용, 헌법학(제2판), 법문사, 2012, 73면.

3) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568-569; 헌재 1996. 2. 29. 93헌마 186, 판례집 8-1, 111, 121 참조.

필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때”에 계엄을 선포할 수 있다고 명시함으로써(제77조 제1항), 국가긴급권의 실제적 발동요건을 긴급하고 명백한 국가적 비상상황에 한정하여 구체적으로 열거하고 있는 것이다.

(2) 그런데 특별조치법이 정하는 국가비상사태 선포사유(제2조)는 위와 같이 헌법에 한정적으로 열거된 입헌적 국가긴급권의 실제적 발동요건 중 어느 하나에도 해당되지 아니한다. 따라서 특별조치법이 정한 국가긴급권은 헌법이 예정하지 아니한 ‘초헌법적 국가긴급권’의 창설에 해당되므로 원칙적으로 위헌이다.

다만 구체적 상황에 따라서는 실정헌법에 규정된 입헌적 국가긴급권만으로 극복할 수 없는 ‘극단적 위기상황’이 존재할 수도 있고, 이러한 극단적 위기상황에서 국민의 생명·안전과 국가의 존립을 보장하기 위한 초헌법적 국가긴급권의 창설이 예외적으로 정당화될 여지도 있다. 그러나 특별조치법 제정 및 국가비상사태 선포 당시인 1971년 12월의 상황이 그러한 극단적 위기상황에 해당된다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 제출되지 않았다.

이에 헌법재판소는, 국가비상사태 선포를 규정한 특별조치법 제2조의 내용이 헌법이 한정적으로 열거한 국가긴급권의 실제적 발동요건에 해당하지 않은 초헌법적 국가긴급권의 창설에 해당되나, 그 당시의 상황이 이를 예외적으로 정당화할만한 극단적 위기상황이라 보기 어려워 위헌이라고 판단하였다.

『특별조치법 제2조는 “국가안전보장에 대한 중대한 위협에 효율적으로 대처하고 사회의 안녕질서를 유지하여 국가를 보위하기 위하여 신속한 사태 대비조치를 취할 필요가 있을 경우 대통령은 국가안전보장회의의 자문과 국무회의의 심의를 거쳐 국가비상사태를 선포할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그러나 이러한 국가비상사태 선포권은 헌법 제76조 및 제77조에 한정적으로 규정된 국가긴급권(긴급재정경제처분·명령권, 긴급명령권, 계엄선포권)의 실제적 발동요건 중 어느 하나에도 해당하지 않는 것이므로, 헌법이 예정하지 아니한 ‘초헌법적인 국가긴급권’의 창설에 해당한다. 그러나 특별조치법 제정 당시의 국내외 상황이 이러한 초헌법적 국가긴급권 창설

을 예외적으로 정당화할 수 있을 정도의 ‘극단적 위기상황’이 존재하였다고 볼 수 없으므로, 특별조치법상의 대통령의 국가비상사태 선포권은 헌법이 요구하는 국가긴급권의 실제적 발동요건을 갖추지 못한 것이다.』

## 나. 국가긴급권의 사후통제절차 및 시간적 한계

(1) 헌법은 긴급재정경제처분·명령권, 긴급명령권, 계엄선포권이란 국가긴급권을 대통령에게 부여하면서, 그와 동시에 엄격한 사후통제 절차를 정하고 있다.

즉, 헌법은 ① 대통령이 긴급재정경제처분·명령권 또는 긴급명령권을 발동한 경우 지체 없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻되, 만약 그 승인을 얻지 못한 경우에는 그 처분 또는 명령이 그때부터 효력을 상실한다고 정하고 있고(제76조 제3항, 제4항), ② 대통령이 계엄선포권을 발동한 경우 지체 없이 국회에 통고하되, 만약 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 경우에는 계엄을 해제하여야 한다고 정함으로써(제77조 제4항, 제5항), 국회에 의한 민주적 사후통제 절차를 정하고 있는 것이다.

그런데 특별조치법이 정하는 비상사태선포 해제사유(제3조)는 위와 같이 헌법이 정하고 있는 국가긴급권에 대한 엄격한 사후통제 절차를 회피한 채, 대통령이 비상사태선포를 유지하고 초헌법적 국가긴급권을 계속 행사할 수 있도록 허용하고 있다.

(2) 또한 국가긴급권에는 그 본질상 헌법 내재적 한계도 존재한다. 헌법이 평상시적 헌법질서에 대한 예외를 인정하여 국가긴급권을 규정하는 것은 비상적인 위기상황을 신속하게 극복하여 헌법질서를 수호하기 위한 것이므로, 국가긴급권에는 그 본질상 일시적·잠정적으로 행사되어야 한다는 시간적 한계가 있다.

그런데 특별조치법 및 이에 따른 국가비상사태는 약 10년에 이를 정도로 장기간 유지되어, 이러한 국가긴급권의 시간적 한계도 일탈하였다.

(3) 이에 헌법재판소는, 비상사태선포 해제를 규정한 특별조치법 제3조의 내용이 헌법이 정하고 있는 국회에 의한 사후통제 절차 및 헌법에 내재하는 시간적 한계에 위반되어 위헌이라고 판단하였다.

『특별조치법은 “국가안보에 대한 중대한 위협이 제거 또는 소멸되었을

때에는 대통령은 지체 없이 비상사태선포를 해제하여야 한다.”고 규정함으로써(제3조 제1항), 대통령의 판단에 의하여 자신이 선포한 국가비상사태가 소멸되었다고 인정될 경우에만 비상사태선포가 해제될 수 있음을 정하고 있을 뿐, 다른 민주적 사후통제 절차를 두고 있지 않다. 즉 특별조치법은 대통령이 국가비상사태를 선포하고 나서도 국회에 통고하거나 국회의 승인을 받아야 할 의무를 부과하지 않고 있으며, 다만 국회가 대통령에게 비상사태선포의 해제를 건의할 수는 있으나 이 경우에도 대통령은 특별한 사유가 있음을 이유로 이를 해제하지 아니할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이다(제3조 제2항). 나아가 국가긴급권의 일시적·잠정적 성격을 고려할 때, 국가비상사태 해소 이후에는 바로 헌법이 예정하는 통상적인 절차로의 복귀가 요구됨에도 특별조치법에 따른 국가비상사태 선포는 약 10년에 이를 정도로 장기간 유지되었는데, 이는 특별조치법상 대통령의 국가비상사태 선포에 구속력 있는 사후통제 장치가 전무함으로 인하여 국가긴급권에 내재하는 시간적 한계마저 유명무실해진 상황을 방증한다. 그러므로 국가비상사태 선포의 해제를 규정한 특별조치법 제3조는 헌법이 정하고 있는 국회에 의한 사후통제 절차 및 국가긴급권에 내재하는 시간적 한계에 위반된다.』

#### 다. 소결

결국 특별조치법은 헌법이 인정하지 아니하는 초헌법적 국가긴급권을 창설하여 대통령에게 부여하고 있으나, 국가비상사태의 선포 및 해제를 규정한 특별조치법 제2조 및 제3조가 헌법이 요구하는 국가긴급권의 실체적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계에 위반되어 위헌이므로, 이를 전제로 한 특별조치법상의 그 밖의 규정들도 모두 위헌이라 할 것이다.

이에 헌법재판소도 같은 이유에서 심판대상조항이 헌법에 위반된다고 결정하였다.

### 4. 심판대상조항 자체의 위헌성

나아가 헌법재판소는, 지금까지 살펴본 특별조치법이란 법률 전체의 위헌성 이외에도, 심판대상조항은 그 규정 하나만으로도 아래와 같은 이유에



서 헌법이 보장하는 근로3권의 본질적 내용을 침해하여 위헌이라고 결정하였다.

『헌법은 원칙적으로 모든 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 부여하되(헌법 제33조 제1항), 예외적으로 ‘공무원인 근로자’ 또는 ‘법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자’에 한하여 이러한 근로3권이 인정되지 아니할 수 있음을 규정하고 있다(헌법 제33조 제2항). 따라서 공무원인 근로자 또는 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자가 아닌 근로자의 경우에는 헌법상 근로3권이 철저히 보장되어야 하고, 비록 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 일부 제한될 수 있다고 하더라도(헌법 제37조 제2항 전단), 근로자의 근로3권을 사실상 전면적으로 부정하는 등 그 본질적인 내용을 침해하는 것은 헌법상 허용되지 아니 한다(헌법 제37조 제2항 후단).

그런데 특별조치법 제9조 제1항은 “비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 또는 단체행동권의 행사는 미리 주무관청에 조정을 신청하여야 하며, 그 조정결정에 따라야 한다.”고 규정하고 있고, 심판대상조항은 “제9조의 규정에 위반한 자는 1년 이상 7년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 이처럼 단체교섭권·단체행동권이 제한되는 근로자의 범위를 공무원 등으로 구체적으로 제한함이 없이, 단체교섭권·단체행동권의 행사요건 및 한계 등에 관한 기본적 사항조차 법률에서 규정하지 아니한 채, 그 허용 여부를 주무관청의 조정결정에 포괄적으로 위임하고, 이에 위반하는 경우에는 형사처벌하도록 규정하는 것은, 모든 근로자의 단체교섭권·단체행동권의 행사를 사실상 자의적·전면적으로 제한할 수 있도록 함으로써 헌법이 정하고 있는 근로3권의 본질적인 내용을 침해하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 헌법 제33조 제1항 및 제37조 제2항 후단에도 위반된다.』

## 5. 결정의 의의

국가긴급권의 인정은 한편으로 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만, 다른 한편으로 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험성을 초래하기도 한다.

국가긴급권은, 헌법이 예정하고 있는 일반적인 헌법보호수단으로는 극복될 수 없는 국가비상사태에 임하여 대통령에게 부여되는 특별히 강력하고 예외적인 비상수단으로 법치국가의 수호를 위한 필수적 수단임과 동시에 법치국가에 대한 위협적 요소라는 양면성을 가지고 있기 때문이다.

1971. 12. 6. 대통령은 ‘국가비상사태’를 선언하고 ‘국가비상사태 선언에 즈음한 특별담화문’을 발표하여, 한반도를 둘러싼 국제 및 국내정세의 위기 상황을 극복하기 위하여 최악의 경우 국민의 기본권도 일부 유보할 결의를 해야 한다고 선언하였다. 그러나 당시에는 이러한 선언을 구체화할 실정법적 근거가 없었으므로 국회에서 이를 뒷받침하기 위하여 1971. 12. 27. ‘국가보위에 관한 특별조치법’을 제정하게 되었는데, 이와 같은 상황에서 제정된 특별조치법은 헌법이 예정하지 아니한 ‘초헌법적 국가긴급권’을 대통령에게 부여한다는 측면에서 문제가 있었다.

이 사건 결정은 헌법이 예정하지 아니한 ‘초헌법적 국가긴급권’의 원칙적 위헌성 및 이를 예외적으로 정당화할 수 있는 ‘극단적 위기상황’의 존재 여부 등에 대한 2단계 판단구조를 처음으로 실시하고, 국가긴급권에 대한 위헌 법률심판의 구체적 판단요소로 ‘실체적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계’ 등을 제시함으로써, 이에 위반되는 국가긴급권의 창설 및 그 행사는 헌법에 위반된다는 점을 분명하게 확인한 사건이다.

이 사건 결정 이후, 청구인은 서울고등법원 재심에서 2015. 7. 2. 무죄를 선고받았고(2012재노60), 검사가 상고하였으나 대법원에서 2015. 10. 29. 상고기각됨으로써(2015도11801) 구제되었다.

## 게임산업진흥에 관한 법률 제12조의3 제1항 제1호 등 위헌확인

- 게임물 이용시 본인인증절차를 거치고, 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 것의 위헌 여부 -

(헌재 2015. 3. 26. 2013헌마517, 판례집 27-1 상, 342)

서 세 인\*

### 【판시사항】

1. 게임물 관련사업자에게 게임물 이용자의 회원가입 시 본인인증을 할 수 있는 절차를 마련하도록 하고 있는 ‘게임산업진흥에 관한 법률’(2011. 7. 21. 법률 제10879호로 개정된 것) 제12조의3 제1항 제1호 및 ‘게임산업진흥에 관한 법률 시행령’(2012. 1. 20. 대통령령 제23523호로 개정된 것) 제8조의3 제3항이 청구인들의 일반적 행동의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

2. 게임물 관련사업자에게 청소년의 회원가입 시 법정대리인의 동의를 확보하도록 하고 있는 ‘게임산업진흥에 관한 법률’(2011. 7. 21. 법률 제10879호로 개정된 것) 제12조의3 제1항 제2호 및 ‘게임산업진흥에 관한 법률 시행령’(2012. 1. 20. 대통령령 제23523호로 개정된 것) 제8조의3 제4항이 청소년인 청구인의 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘게임산업진흥에 관한 법률’((2011. 7. 21. 법률 제10879호로 개정된 것) 제12조의3 제1항 제1호 및 제2호, ‘게임산업진흥에

---

\* 헌법연구관

관한 법률 시행령'(2012. 1. 20. 대통령령 23523호로 개정된 것) 제8조의3 제3항 및 제4항(이하 본인인증에 대하여 정하고 있는 게임산업법 제12조의3 제1항 제1호 및 게임산업법 시행령 제8조의3 제3항은 '본인인증 조항', 법정대리인의 동의확보에 대하여 정하고 있는 게임산업법 제12조의3 제1항 제2호 및 게임산업법 시행령 제8조의3 제4항은 '동의확보 조항'이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

게임산업진흥에 관한 법률(2011. 7. 21. 법률 제10879호로 개정된 것)

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

게임산업진흥에 관한 법률 시행령(2012. 1. 20. 대통령령 23523호로 개정된 것)

제8조의3(게임과몰입·중독 예방조치 등) ③ 게임물 관련사업자(법 제12조의3 제1항에 따른 게임물 관련사업자로 한정한다. 이하 이 조에서 같다)는 법 제12조의3 제1항 제1호에 따라 게임물 이용자의 회원가입 시 「전자서명법」 제2조 제10호에 따른 공인인증기관, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 대면확인 등을 통하여 게임물 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련하여야 한다.

④ 게임물 관련사업자는 법 제12조의3 제1항 제2호에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 법정대리인의 동의를 받아야 한다.

1. 법 제12조의3 제1항에 따른 정보통신망에 동의 내용을 게재하고 법정대리인이 동의 여부를 표시하도록 하는 방법
2. 동의 내용이 적힌 서면을 법정대리인에게 직접 발급하거나 우편 또는 팩스를 통하여 전달하고 법정대리인이 동의 내용에 대하여 서명하거나 날인한 후 제출하도록 하는 방법

3. 동의 내용이 적힌 전자우편을 발송하여 법정대리인으로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 전송받는 방법

4. 전화를 통하여 동의 내용을 법정대리인에게 알리고 동의를 받거나 인터넷 주소 등 동의 내용을 확인할 수 있는 방법을 안내하고 재차 전화를 통하여 동의를 받는 방법

### **【사건의 개요】**

청구인들은 정보통신망을 통하여 제공되는 인터넷게임을 이용하기 위하여 관련 사이트에 회원가입을 시도하였으나, ‘게임산업진흥에 관한 법률’(이하 ‘게임산업법’이라 한다) 제12조의3 제1항 제1호 및 제2호에 의해 본인인증 절차 및 법정대리인 동의절차를 거치지 아니하고는 회원가입을 할 수 없어 게임물을 이용하지 못하였다. 이에 청구인들은 정보통신망을 통하여 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 게임물 관련사업자에게 게임물 이용자의 회원가입 시 반드시 본인인증 절차를 거칠 수 있도록 조치를 마련하고 청소년의 법정대리인으로부터 동의를 확보할 것을 요구하고 있는 게임산업법 제12조의3 제1항 제1호 및 제2호, 본인인증 및 법정대리인 동의의 구체적인 방법을 정하고 있는 게임산업법 시행령 제8조의3 제3항 및 제4항이 청구인들의 표현의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 일반적 행동자유권 등을 침해한다며, 2013. 7. 24. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### **【결정요지】**

1. 본인인증 조항은 인터넷게임에 대한 연령 차별적 규제수단들을 실효적으로 보장하고, 인터넷게임 이용자들이 게임물 이용시간을 자발적으로 제한하도록 유도하여 인터넷게임 과몰입 내지 중독을 예방하고자 하는 것으로 그 입법목적에 정당성이 인정되며, 본인인증절차를 거치도록 하는 것은 이러한 목적 달성을 위한 적절한 수단이다.

게임물 관련사업자와 같은 정보통신서비스 제공자가 인터넷 상에서 본인인증 절차 없이 이용자의 실명이나 연령만을 정확하게 확인하는 것은 사실상 불가능하고, 게임산업법 시행령 제8조의3 제3항이 정하고 있는 방법

은 신뢰할 수 있는 제3자를 통해서만 본인인증 절차를 거치도록 하고 정보 수집의 범위를 최소화하고 있는 것으로 달리 실명과 연령을 정확하게 확인할 수 있으면서 덜 침익적인 수단을 발견하기 어렵다. 또한, 게임물 관련사업자가 본인인증 결과 이외의 정보를 수집하기 위해서는 인터넷게임을 이용하는 사람의 별도의 동의를 받아야 하고, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’에서 동의를 얻어 수집된 정보를 보호하기 위한 장치들을 충분히 마련하고 있으며, 회원가입 시 1회 본인인증 절차를 거치도록 하는 것이 이용자들에게 게임의 이용 여부 자체를 진지하게 고려하게 할 정도로 중대한 장벽이나 제한으로 기능한다거나 게임시장의 성장을 방해한다고 보기도 어려우므로 침해의 최소성에도 위배되지 아니하고, 본인인증 조항을 통하여 달성하고자 하는 게임과몰입 및 중독 방지라는 공익은 매우 중대하므로 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 본인인증 조항은 청구인들의 일반적 행동의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.

2. 동의확보 조항은 청소년이 인터넷게임 이용 여부를 결정하는 단계에서 법정대리인이 개입할 수 있도록 함으로써 청소년의 인터넷게임 과몰입이나 중독을 예방하고자 하는 것으로 이러한 입법목적에는 정당성이 인정되며, 회원가입 시 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 것은 이러한 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다.

또한, 동의확보 조항은 가정에서 대화를 통해 청소년의 인터넷게임 이용 여부 및 이용시간을 결정할 수 있는 기회를 부여하는 것으로서 청소년의 게임이용에 대한 다른 법적 강제수단들이 이러한 자율적 노력을 완전히 대체할 수도 없다. 그리고 만 18세 미만의 청소년들의 대부분이 독립적인 경제적인 능력이 없어 유료아이템 구매 등과 관련하여 범죄에 노출될 우려가 높은 점을 고려할 때, 만 18세라는 기준 역시 과하다고 볼 수 없으며, 법정대리인이 동의를 위하여 제공하여야 하는 정보를 최소화하고, 동의의 방법을 다양화하는 등 이로 인한 기본권 제한을 최소화하기 위한 방안들이 충분히 마련되어 있으므로 침해의 최소성을 갖추었다. 또한 청소년들이 인터넷게임에 과몰입되거나 중독되는 것을 방지함으로써 얻어지는 사회적 비용의 절감, 청소년이 건전한 인격체로 성장함으로써 얻어지는 사회적 이익과 같은 공익이 매우 중대함을 고려할 때, 법익의 균형성에도 위배되지 아니

하므로, 동의확보 조항은 청소년인 청구인의 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다.

### 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견

1. 인터넷게임 이용행위는 자유를 그 본질적 요소로 하는 놀이행위이므로, 그 이용행위에 대한 국가의 개입이나 규제는 매우 신중하여야 한다. 따라서 인터넷게임 과몰입 및 중독이 이로 인해 야기된다고 일컬어지는 해약들의 직접적인 원인인지 여부가 불분명한 이상, 게임과몰입 및 중독 예방이라는 입법목적은 국가가 추구할 수 있는 정당한 공익이 될 수 없으며, 이는 규제대상이 성인인지 청소년인지를 불문하고 동일하다.

가사, 입법목적의 정당성을 일부 인정하더라도, 인터넷게임의 이용을 위하여 본인인증을 받도록 하는 것은 감시와 통제의 가능성을 야기하여 인터넷게임 이용자의 자유를 위축시킬 뿐만 아니라, 본인인증 조항이 정하고 있는 본인인증 방법들은 국민 누구나 보편적으로 이용할 수 있는 방법이 아니어서 인터넷게임의 이용에서 소외되는 사람들이 생겨날 수 있고, 공인인증기관이나 본인확인기관에 의해 수집된 개인정보가 유출될 가능성도 배제할 수 없으며, 게임산업의 성장을 저해할 수 있으므로, 본인인증 조항은 수단의 적절성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못하였다.

2. 청소년의 인터넷게임 과몰입 및 중독은 각 가정의 자율적인 규제와 자정 기능이 국가의 개입에 우선하는 영역이므로, 게임사이트 회원가입 시 법정대리인의 동의를 법으로 강제하는 것은 그 자체로 부모의 자녀교육권을 침해할 우려가 있고, 동의의 의사를 표현한 성인이 인터넷게임을 이용하고자 하는 청소년의 실제 법정대리인인지 여부를 확인하는 절차가 마련되지 아니한 이상, 법정대리인의 지도를 강제하는 실효적 수단으로 기능할 수도 없다. 따라서 동의확보 조항은 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정되지 아니한다.

설령, 인터넷게임 이용내용이나 이용시간과 관련하여 법정대리인의 개입을 강제할 필요성이 인정된다고 할지라도, 게임산업법과 청소년 보호법이 이미 강제적 셧다운제, 인터넷컴퓨터게임시설 출입시간 제한 등과 같은 여러 가지 제도를 시행하고 있음을 고려할 때, 회원가입 단계에서 일률적으

로 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 것은 이중적이고 과도한 조치임에 틀림없고, 법정대리인이 인터넷게임 이용 자체에 대해서 동의하는 경우에도 개인정보의 제공을 꺼려 동의를 망설일 가능성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 만 16세 이상 만 18세 미만의 사람들에게 대해서까지 일률적으로 법정대리인의 동의를 받도록 하는 것은 청소년들의 자기결정권을 지나치게 제한하므로, 동의확보 조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추지 못한 것이다.

### 재판관 김창중의 반대의견에 대한 보충의견

본인인증 조항 및 동의확보 조항은 인터넷게임의 종류나 내용을 묻지 않고 모든 게임이용자에게 일률적으로 본인인증 등의 절차를 거치게 하고 있다는 점에서 과잉금지원칙에 위반하여 헌법에 위반된다. 그러나 ‘청소년유해매체물’에 해당하거나 ‘청소년이용불가’ 등급을 받은 인터넷게임 등의 경우에는 청소년 보호를 위하여 그 접근이나 이용을 막을 필요가 있고, 본인인증절차를 거치지 않으면 그 게임을 즐기려는 이용자가 과연 청소년인지 여부를 확인하는 것이 불가능하므로, 이러한 예외적인 경우에 한하여 본인인증절차를 거치도록 하는 것은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

본인인증 조항 및 동의확보 조항은 정보통신망을 통하여 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 게임물 관련사업자에게 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인인증을 할 수 있는 절차를 마련하고, 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의를 확보하도록 하는 것이다.

이 사건에서는 우선 본인인증 조항 및 동의확보 조항에 의하여 제한되는 기본권이 무엇인지가 문제되며, 위 조항들이 청구인들의 기본권을 제한함에 있어 과잉금지원칙을 준수하였는지 여부가 문제된다.



## 2. 심판대상조항들의 입법취지 및 본인확인 절차

### 가. 인터넷게임에 대한 규제

2012년 국내 게임시장의 규모는 2011년에 비해 10.8% 성장한 9조 7,525억 원으로 추산되고, 인터넷게임<sup>1)</sup> 시장의 규모는 6조 7,369억 원으로 전체 게임시장의 69.6%를 차지하고 있다.<sup>2)</sup> 인터넷게임 이용자의 수는 월 1,000만 명을 넘어서고 있으며, 게임이용자들은 주중에는 하루 평균 101분을, 주말에는 하루 평균 160분을 게임 이용에 사용하는 등<sup>3)</sup> 인터넷 게임은 이미 보편적인 오락수단으로 자리잡았다. 그러나 인터넷게임에 과몰입되거나 중독되면 오락 내지 여가활동 수단의 하나로서의 게임의 순기능은 더이상 기대하기 어렵고, 건강악화, 생활파괴, 우울증 등의 성격변화, 현실과 인터넷 가상공간의 혼동 등 육체적·정신적으로 부정적인 결과를 초래할 수 있다. 특히, 청소년의 인터넷게임 중독은 교사나 교우와의 관계, 학교수업 및 학교생활에 부정적인 영향을 미칠 수 있고, 폭력성파도 어느 정도 연관이 있는 것으로 보고되고 있다.<sup>4)</sup>

그리고 이러한 게임과몰입이나 중독은 가족의 해체, 범죄의 증가 등으로 이어져 단순한 개인의 문제가 아닌 더 이상 방치할 수 없는 사회문제가 되

1) 이하에서는 CD 패키지의 설치 없이 PC를 통해 인터넷에 접속하여 이용하는 게임을 ‘인터넷게임’이라 통칭하기로 한다. 인터넷게임에는 ① 클라이언트 기반 게임(별도의 클라이언트 프로그램을 다운로드 받아 이용), ② 웹브라우저 기반 게임(별도의 클라이언트 프로그램의 다운로드 없이 인터넷 상에서 바로 이용)하는 두 가지 종류가 있다.

2) 한국콘텐츠진흥원, 2013년 대한민국 게임백서 제19면 참조.

3) 한국콘텐츠진흥원, 2014 대한민국 게임백서, 제447면 참조.

4) 초등학교 5,6학년을 대상으로 한 연구에서 인터넷게임 중독 집단과 비집단 간에 운동충동성, 무계획충동성에 유의미한 차이가 있었다고 보고되고 있고, 전체적인 충동성 점수에서도 인터넷게임 중독집단이 높았다고 한다(여기서 충동성이란 장기적으로 부정적 결과가 초래됨에도 즉각적 보상에 따라 의사를 결정하는 것을 말함)(‘인터넷게임중독자의 성격 및 의사결정 방식’, 한국심리학회지, 2005 vol 18, No 4, 417 면 및 ‘청소년 인터넷게임 건전이용제도 발전방안 연구’ 30-40면 참조, 기타 ‘청소년의 가정폭력경험 및 부모자녀 상호작용이 폭력비행에 미치는 영향 - 인터넷 게임의 매개효과 검증’, 청소년복지연구 제12권 제1호, 2010, 93면 참고).

또한, 인터넷게임에 중독된 청소년은 자아존중감과 자기통제력은 낮은 반면, 우울감과 공격성은 높게 나타나는 것으로 조사되었다(‘청소년 온라인게임 몰입의 중독화에 대한 중재변인 탐색’, 청소년연구 제17권 제1호, 2010. 1.).

고 있으며,<sup>5)</sup> 이에 따라 게임과몰입을 방지하기 위한 여러 가지 방안들이 제시되기 시작하였다.<sup>6)</sup>

우선, 정부는 게임중독을 더 이상 자율적인 통제의 영역에만 맡겨두어서는 안된다는 판단에 따라, 성인과 청소년 모두를 대상으로 하는 게임과몰입 예방 정책 및 규제수단들을 마련하였다. 게임산업법은 정부에게 게임과몰입을 예방하기 위한 정책을 개발·수립·시행하고, 건전한 게임문화조성을 위한 사업이나 활동을 하는 단체를 지원할 의무를 부과하고 있으며(게임산업법 제12조 제1항 제1호 및 제3호, 제12조의2 제1항), 게임물 관련사업자에게 “과도한 게임이용은 정상적인 일상생활에 지장을 줄 수 있습니다.”라는 주의문구를 게임물 이용 1시간마다 3초 이상 게임물 이용화면에 게시하고, 게임물 이용에 장애를 주지 않는 범위에서 게임물 이용시간 경과 내역을 게임물 이용 1시간마다 3초 이상 게임물 이용화면에 알아보기 쉽게 표시하도록 하고 있다(게임산업법 제12조의3 제1항 제5호, 제6호, 게임산업법 시행령 제8조의3 제7항, 제8항).

5) [게임중독으로 인한 범죄 기사 제목 정리]

- 2010. 11. 16. 게임에 중독된 중학생, 게임 말리는 모(母) 살해
- 2010. 12. 게임에 중독된 20대 엄마가 2세 아들을 폭행하여 살해
- 2011. 2. 게임중독으로 가족폭력 일삼은 20대 아들을 아버지가 신고하여 구속
- 2011. 3. 온라인게임으로 부모와 갈등 겪은 부산 고등학생이 투신 자살
- 2012. 9. 21. 청소년들 범죄자 만드는 인터넷 게임… 최근 3년간 4만604건
- 2013. 10. 11. 청소년 게임 중독, 극단적 범죄까지…(인터넷 게임에서 진 청소년 이, 홧김에 아파트 주차장에 방화)
- 2014. 4. 15. 20대 초반 철없는 아빠, 게임 하러 나가야 하는데 아이가 잠 안자 살해

- 6) 게임산업진흥에 관한 법률(2011. 7. 21. 법률 제10879호로 개정된 것) 개정이유 참조. 이외에도 게임 중독이 사회적 문제로 대두되면서, 여러 법률안이 발의되기도 하였다.
- ① 2013. 1. 8. 손인춘 의원 등 국회의원 17인이 ‘인터넷게임중독 예방에 관한 법률안’과 ‘인터넷게임중독 지유지원에 관한 법률안’ 등 2가지 법률안을 발의했다. 이들 법안은 문제가 되는 게임중독을 해결하는 데에 활용하는 기금을 조성하기 위해 업체로부터 매출 1%의 부담금을 징수한다는 내용, 그리고 게임중독 지수를 활용하여 게임 제작 및 배급을 통제한다는 내용을 담고 있었다.
- ② 위 법안에 이어 2013. 4. 30.에는 가장 큰 논란을 불러왔던 ‘4대 중독법’, 즉 ‘중독 예방·관리 및 치료를 위한 법률안’이 발의되었으며, 2013. 10. 7. 황우여 당시 새누리당 대표는 직접 게임을 마약, 도박, 알코올 등과 함께 4대 중독 물질로 거론하며, “이 사회를 악에서 구하겠다”고 발언하기도 했다. 위 법안은 산업계의 강한 반발을 야기하였으며, 2013. 12. 국회 소관 상임위인 보건복지위원회 법안심사소위에서 심의 보류 결정이 나며 추진이 어려워졌다.

또한, 청소년들이 사물에 대한 변별력이나 의지력이 미약하며, 성인에 비하여 폭력적이거나 선정적인 게임물에 의해 부정적인 영향을 더 많이 받거나 게임에 더 쉽게 중독될 수 있음을 고려하여, 게임산업법과 청소년 보호법은 인터넷게임 이용에 있어 여러 가지 “연령 차별적 통제수단”들을 마련하고 있다. 우선, 게임산업법은 제21조 제1항에서 게임물을 제작 또는 배급하고자 하는 자에게 당해 게임물을 제작 또는 배급하기 전에 게임물의 내용에 관하여 등급분류(전체이용가, 12세이용가(만 12세 미만은 이용할 수 없는 게임물), 15세이용가(만 15세 미만은 이용할 수 없는 게임물), 청소년이용불가(청소년은 이용할 수 없는 게임물))를 받도록 하여 청소년들이 폭력적, 선정적인 인터넷게임에 노출되는 것을 사전에 방지하고 있다. 또한, 청소년 보호법과 게임산업법은 인터넷게임을 제공하고자 하는 사업자 등에 대하여 만 16세 미만 청소년(청소년 보호법) 또는 만 18세 미만의 청소년(게임산업법)의 회원가입 시 친권자 등의 동의를 확보하도록 하고(청소년 보호법 제24조 제1항 및 동의확보 조항), 청소년에게 제공되는 게임의 특성·등급, 유료화정책 등에 관한 기본적인 사항, 인터넷게임 이용시간, 인터넷게임 이용 등에 따른 결제 정보 등을 휴대전화에 의한 문자전송, 전자우편, 팩스, 전화 또는 문서 등의 방법으로 월 1회 이상 친권자 등에게 고지하도록 하고 있다(청소년 보호법 제25조 제1항, 게임산업법 제12조의3 제1항 제4호, 게임산업법 시행령 제8조의3 제6항). 뿐만 아니라, 만 16세 미만 청소년에게는 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공이 금지되며(청소년 보호법 제26조 제1항: 강제적 셧다운제), 만 18세 미만의 청소년의 경우 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물의 이용방법 및 게임물 이용시

---

7) 청소년 보호법 제24조 제1항에서는 친권자 등의 동의를 얻어야 하는 게임을 “「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 게임물 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 실시간으로 제공되는 게임물”로, 게임산업법 제12조의3 제1항에서는 동의확보를 해야 하는 게임물 관련사업자의 범위를 “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 통하여 **공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 자**”로 각각 정하고 있다. 용어에 있어 다소간의 차이는 있으나, 양자는 모두 게임을 하는 동안 계속적으로 정보통신망을 이용할 것을 요구하는 것으로, 사실상 그 적용대상이 동일하다(문화체육관광부 담당 사무관에게 문의한 결과, 담당 사무관 역시 청소년 보호법과 게임산업법의 적용대상이 사실상 동일하다는 취지로 답변하였다(전화번호: 044-203-2447)).

간 등을 제한할 수 있다(게임산업법 제12조의3 제1항 제3호: 선택적 섷다운제). 그리고 만 18세 미만의 청소년은 인터넷컴퓨터게임시설의 출입시간이 오전 9시부터 오후 10시까지로 제한된다(게임산업법 제28조 제7호, 게임산업법 시행령 제16조 제2호 가목).

**[청소년의 인터넷게임물 이용에 관한 규제]**

	게임물의 등급분류	법정대리인 동의확보 및 법정대리인에 대한 통지	강제적 섷다운	선택적 섷다운	인터넷 게임시설 출입제한
만 12세 미만	-12세 이용가×, -15세 이용가×, -청소년 이용불가 ×	청소년보호법과 게임산업법 중복적용	적용	적용	적용
만 15세 미만	-15세 이용가×, -청소년 이용불가 ×				
만 16세 미만	청소년 이용불가 게임 ×				
만 18세 미만		게임산업법 적용	적용×		

**나. 심판대상조항들의 입법취지**

본인인증 조항과 동의확보 조항은 게임과몰입이나 중독을 방지하기 위한 규제수단들을 보다 실효적으로 보장하기 위한 목적으로 2011. 7. 21. 법률 제10879호로 신설되었다.

청소년 보호법과 게임산업법은 인터넷게임의 접근 및 이용에 있어 연령 차별적 통제수단을 마련하고 있는데, 이러한 수단을 강제하기 위해서는 이용자의 연령을 정확하게 파악하는 것이 전제되어야 한다. 그런데 정보통신 서비스 제공자는 원칙적으로 서비스 이용자의 주민등록번호를 수집·이용할 수 없으므로[정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다) 제23조의2 제1항8)], 직접 대면을 전제하지 않는 온라

8) 정보통신망법 제23조의2(주민등록번호의 사용 제한) ① 정보통신서비스 제공자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 이용자의 주민등록번호

인에서는 본인인증 절차를 거치는 이외에 이용자의 연령을 정확하게 확인할 수 있는 적절한 방법이 없다. 이에 입법자는 본인인증 절차를 강제함으로써 인터넷게임 이용자의 연령을 정확하게 확인할 수 있도록 한 것이다. 또한, 본인인증 조항은 인터넷게임 이용자가 게임물 관련사업자가 운영하는 사이트별로 하나의 ID만을 가질 수 있도록 함으로써, 게임산업법 제12조의3 제1항 제6호의 게임물 이용시간 경과 내역 표시와 같은 방안이 실효성을 가질 수 있도록 한다. 이용자가 한 개의 사이트에 가명을 사용하여 여러 개의 ID를 만들고 ID를 바꾸어가면서 게임을 즐기는 경우에는, 게임물 이용시간 경과내역을 표시하는 것이 무의미해질 수 있기 때문이다.

그리고 청소년은 성인에 비해 자율적인 판단능력이 미약하여 친권자 등의 개입이나 교육여하에 따라 인터넷 게임 중독 여부가 달라질 수 있으므로,<sup>9)</sup> 청소년의 게임과몰입을 방지하기 위해서는 친권자 등 법정대리인이 청소년의 인터넷게임 이용에 대하여 사전에 인지하고 이에 대하여 적절한 교육을 시행하고 제한하도록 하는 것이 매우 중요하다. 동의확보 조항은 청소년이 인터넷게임 이용 여부를 결정하는 단계에서 친권자 등 법정대리인이 관여하여 인터넷게임 이용에 관하여 보호자와 청소년이 충분한 협의와 대화를 거칠 수 있도록 하기 위한 것으로, 게임산업법이 규정하고 있는 선택적 섯다운제(게임산업법 제12조의3 제1항 제3호), 법정대리인에 대한 고지의무(제12조의3 제1항 제4호) 등을 실효적으로 보장하기 위한 전제가 되기도 한다.

---

호를 수집·이용할 수 없다.

1. 제23조의3에 따라 본인확인기관으로 지정받은 경우
2. 법령에서 이용자의 주민등록번호 수집·이용을 허용하는 경우
3. 영업상 목적을 위하여 이용자의 주민등록번호 수집·이용이 불가피한 정보통신 서비스 제공자로서 방송통신위원회가 고시하는 경우

9) 2012년 한국콘텐츠진흥원이 조사한 바에 따르면, 조손가정자녀의 22.4%가 인터넷 게임중독으로 나타나 양부모가정의 13.9%보다 높게 나타났고, 맞벌이 가정의 경우 56.3%가 인터넷게임중독 고위험군으로 나타나, 상대적으로 부모의 자녀지도 역력이 없는 경우 인터넷 중독 위험에 더 쉽게 노출되는 것으로 조사된 바 있다 (2012 게임과몰입 종합 실태조사, 한국콘텐츠진흥원 참고). 이러한 결과는 청소년의 경우 친권자 등의 교육이나 개입 여하에 따라 인터넷 게임 중독 여부가 달라질 수 있음을 보여주는 것이다.

## 다. 본인인증 및 동의확보 절차 및 강제수단

### (1) 본인인증 및 동의확보 절차

게임물 관련사업자들은 청소년 보호법 및 게임산업법의 여러 가지 의무들을 실효적으로 이행하고, 게임물의 유료 이용이나 유료 아이템의 구매 절차를 효율적으로 진행하기 위하여 이용자가 회원가입을 해야만 게임물을 이용할 수 있도록 하고 있다. 회원 가입 시, 게임물 관련사업자들은 이용자에게 자신들이 제공하는 이용약관에 동의할 것을 요구하고, 이용자가 이용약관에 동의하면 다음 단계인 본인인증 절차로 넘어가게 되는데, 이 때 게임물 관련사업자는 게임산업법 시행령 제8조의3 제3항에 따라, ① 전자서명법 제2조 제10호에 따른 공인인증기관을 통하는 방법, ② 본인확인서비스를 제공하는 제3자를 통하는 방법, ③ 행정기관에 의뢰하거나 대면확인하는 방법 중 하나를 통하여 게임물 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련하여야 한다.

#### ① 전자서명법 제2조 제10호에 따른 공인인증기관을 통하는 방법

현재 전자서명법 제2조 제10호에 따른 공인인증기관은 한국정보인증(주), (주)코스콤, 금융결제원, 한국전자인증(주), 한국무역통신의 다섯 개 기관이다. 공인인증기관은 전자서명법 제2조 제8호의 공인인증서를 발급할 수 있으며, 공인인증서를 통하여 본인인증 업무를 수행한다.

공인인증기관은 보유 중인 실명, 생년월일, 발급한 공인인증서의 SN(Serial Number: 공인인증서 발급 시에 생성된 인증서 고유번호)을 이용하여, 전송된 정보의 진위 여부를 확인하고, 이에 따라 게임물 관련사업자에게 T/F값 또는 실명, 생년월일을 전송한다.

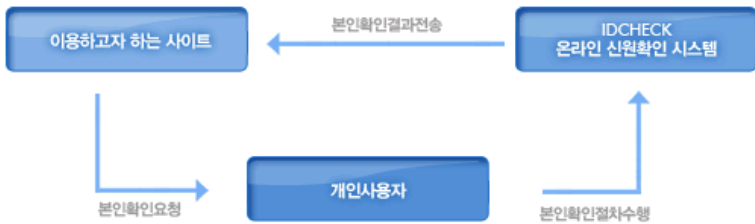
#### ② 본인확인서비스를 제공하는 제3자를 통하는 방법

방송통신위원회로부터 본인확인기관으로 지정된 제3자를 통하는 방법(정보통신망법 제23조의3 제1항<sup>10)</sup>)으로는 우선 주민등록번호 대체수단인 아이핀(I-PIN)을 이용하도록 하는 방법이 있다. I-PIN은 인터넷 상에서 명의,

10) **정보통신망법 제23조의3**(본인확인기관의 지정 등) ① 방송통신위원회는 다음 각 호의 사항을 심사하여 대체수단의 개발·제공·관리 업무(이하 “본인확인업무”라 한다)를 안전하고 신뢰성 있게 수행할 능력이 있다고 인정되는 자를 본인확인기관으로 지정할 수 있다.

주민등록번호의 도용 방지를 위하여 본인확인 과정에서 주민번호를 대체하여 사용할 수 있도록 정부와 한국인터넷진흥원이 개발한 인터넷 개인식별번호(Internet Personal Identification Number)이다. 현재 NICE 신용평가정보, 서울신용평가정보, 코리아크레딧뷰의 3개 기관이 I-PIN 발급기관으로 지정되어 있다.<sup>11)</sup>

이외에도 본인확인기관으로 지정된 이동통신 3사(에스케이텔레콤(주), (주)케이티, (주)엘지유플러스)를 이용하도록 하는 방법이 있다.<sup>12)</sup> 제3자를 통한 본인확인절차는 다음과 같은 방식으로 이루어진다.



원칙적으로 본인확인서비스를 제공하는 제3자는 보유 중인 I-PIN 번호 또는 휴대전화의 정보, 실명, 생년월일 등의 정보를 통해 인터넷게임 이용자가 게임물 관련사업자에게 제공한 정보의 진위 여부를 확인하고, 그 진위 여부에 따라 게임물 관련사업자에게 T/F값 또는 실명, 생년월일 정보를 전송한다. I-PIN으로 인증하는 경우에는 I-PIN번호, 중복가입확인정보(DI), 연계정보(CI), 휴대폰으로 인증하는 경우에는 중복가입확인정보(DI), 연계정보(CI)를 포함한 본인확인 결과만을 게임물 관련사업자에게 제공하여야 하나, 대부분의 게임물 관련사업자는 이용약관에서 이용자의 개인정보수집에 대한 동의를 받고 있으며(정보통신망법 제22조 제1항<sup>13)</sup>), 이용약관의 내

11) 방송통신위원회, '본인확인기관의 지정 및 관리에 관한 지침' 및 2011. 9. 28. 자 회의 의결 내용 참고.

12) 방송통신위원회 2012. 12. 28. 자 회의 의결 내용 참조

13) **정보통신망법 제22조**(개인정보의 수집·이용 등의 등) ① 정보통신서비스 제공자는 이용자의 개인정보를 이용하려고 수집하는 경우에는 다음 각 호의 모든 사항을 이용자에게 알리고 동의를 받아야 한다. 다음 각 호의 어느 하나의 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

1. 개인정보의 수집·이용 목적
2. 수집하는 개인정보의 항목

용, 게임물 관련사업자와 본인확인서비스를 제공하는 제3자의 계약내용에 따라, 이용자의 실명, 생년월일, 성별, 외국인인지 여부 등과 같은 정보를 함께 제공받고 있다.<sup>14)</sup>

본인인증 결과, 이용자가 청소년인 경우에는 게임물 관련사업자는 법정대리인에 대한 본인확인 절차를 거친 후, 다시 게임산업법 시행령 제8조의3 제4항에 따라 ① 게임물 관련사업자가 제공하는 정보통신망에 동의 내용을 게재하고 법정대리인이 동의 여부를 표시하도록 하는 방법, ② 동의 내용이 적힌 서면을 법정대리인에게 직접 발급하거나 우편 또는 팩스를 통하여 전달하고 법정대리인이 동의 내용에 대하여 서명하거나 날인한 후 제출하도록 하는 방법, ③ 동의 내용이 적힌 전자우편을 발송하여 법정대리인으로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 전송받는 방법, ④ 전화를 통하여 동의 내용을 법정대리인에게 알리고 동의를 받거나 인터넷주소 등 동의 내용을 확인할 수 있는 방법을 안내하고 재차 전화를 통하여 동의를 받는 방법 중 한 가지를 통하여 법정대리인의 동의를 확보하여야 한다.

### 3. 개인정보의 보유·이용기간

14) 예컨대, 게임물 관련사업자 중 하나인 넥슨 코리아의 예를 살펴보면, 넥슨 코리아가 이용약관에 따라 수집하고 있는 정보의 범위는 다음과 같다.

(1) 회사는 이용자의 회원가입 및 서비스 이용 시, 아래와 같은 이용자의 개인정보를 수집하고 있습니다.

- 수집방법 : 홈페이지, 모바일, 서면양식, 전화, 팩스
- 수집항목 : ID(이메일, 휴대폰번호), 닉네임, 비밀번호, 영문이름, 생년월일, 성별, 법정대리인 이름, 법정대리인 휴대전화번호 및 이동통신사 정보, 법정대리인 전화번호, 법정대리인 이메일 주소, 법정대리인 인증정보, 실명 확인값, 인증정보, I-pin 정보, 이름, 휴대폰번호, 이동통신사정보, 집전화번호, 주소, 학교, 자기소개, PC사양정보, 신분을 확인할 수 있는 증서(이용자의 신분증 사본), 프로필(본인)사진, 직장, 연계정보, 중복가입정보, 내/외국인 정보, 법정대리인 생년월일, 법정대리인 성별, 법정대리인 내/외국인 정보, 나이, 지역, 키, 성격, 연애상태, 소속(부대), 이메일, 결제 진행한 휴대폰번호, 결제 진행한 휴대폰 명의자 성명, 구글 이메일 아이디, MAC Address, 네이버ID, 직업, 우편번호, 접속기록, 접속지정보, 마이핀 번호
- 게임서비스 이용 시 수집항목 : 접속일시, IP주소, 불량 이용 기록, 서비스 이용 기록
- 유료정보 이용 시 수집항목 : 은행계좌정보, 신용카드정보, 휴대폰번호, 휴대폰명의자 주민등록번호, IP주소, ID(이메일), 이름, 전화번호, 전화가입자 주민등록번호
- 모바일을 통한 이용 시 수집항목 : 이동통신사정보, IP



(2) 강제수단

문화체육관광부장관은 게임물 관련사업자에게 본인인증 조항 및 동의확보 조항이 정하고 있는 과도한 게임물 이용 방지 조치(이하 ‘예방조치’라 한다)와 관련된 자료를 문서로 제출하고 보고할 것을 요구할 수 있으며(게임산업법 제12조의3 제4항, 게임산업법 시행령 제8조의3 제9항), 게임물 관련사업자가 자료 제출 또는 보고 요청에 따르지 아니한 경우에는 1천만 원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다(게임산업법 제48조 제1항 제1호).

또한, 문화체육관광부장관은 게임물 관련사업자가 제출·보고한 내용을 평가한 결과 예방조치가 충분하지 아니하다고 인정하면 해당 게임물 관련사업자에게 시정을 명할 수 있고(게임산업법 제12조의3 제5항), 게임물 관련사업자는 시정명령을 받은 때에는 10일 이내에 조치결과를 문화체육관광부장관에게 보고하여야 한다(게임산업법 제12조의3 제6항). 게임물 관련사업자가 문화체육관광부장관의 시정명령을 따르지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(게임산업법 제45조 제1호).

**3. 외국의 판례와 입법례 및 헌법재판소의 선례**

**가. 외국의 판례와 입법례**

(1) 본인인증제에 대한 미국의 위헌판결

미국에서는 인터넷상 유해물에 대한 미성년자의 접근을 차단하기 위한 목적으로 특정 내용의 인터넷 통신을 규제하면서, 정보제공자로 하여금 사용자의 연령을 확인할 수 있는 장치를 마련하도록 하는 통신품위법(Communications Decency Act of 1996) 및 아동온라인보호법(Child Online Protection Act)이 제정된 바가 있는데, 연방대법원은 위 법률들이 모두 수정헌법 제1조에 의해서 보장되는 표현의 자유를 침해하고 모호하고 지나치게 광범위하여 위헌성이 있다고 판단하였다.

(가) 통신품위법은 18세 이하의 사람에게 통신수단을 이용하여 저속한(indecent) 내용을 보내거나, 인터넷을 이용하여 통용되는 지역사회기준에 비추어 명백히 불쾌감을 주는(patently offensive) 통신내용을 전송하는 행위에 대하여 형사처벌을 하도록 규정하면서, 일정한 연령확인 방식, 즉 인증

된 신용카드, 직불계좌, 성인인증코드 혹은 성인개인신분번호를 요구함으로써 해당 자료에의 접근을 제한한 경우를 적극적 항변(affirmative defense)의 하나로 정하고 있었다.

연방대법원은 이에 대하여, 「① 덜 제한적이면서도 입법목적을 달성하기 위해 효과적인 대안이 있는데도 이와 같이 성인의 표현에 부담을 주는 것은 용인될 수 없다. 하급법원에서는 부모가 생각하기에 적절하지 않은 내용의 표현에 자녀가 접근하지 못하게 하는 효과적인 방법으로서 사용자 기반의 소프트웨어가 사용가능하게 출시되어 있다고 하는 등 다른 가능한 방법에 대한 논의가 있었다. 그럼에도 불구하고 의회에서 이에 관한 자세한 논의가 발견되지 않은 것을 볼 때, 통신품위법이 ‘좁게 재단되어(narrowly tailored)’ 있다고 보기 어렵다. ② 정부에서는 연령확인을 하도록 하는 등 항변에 관한 규정이 규제를 ‘좁게 재단’한 것이라고 주장하였지만, 이러한 방법이 성인의 표현에 대한 제약을 현저히 경감시키지 아니할 것임을 입증하지 못하였다. 결국, 통신품위법은 성인의 표현에 대하여 대단히 과중한 부담을 지우면서 연령확인 등의 항변규정도 그 규제가 좁게 재단되어 있음을 입증하지 못하여 표현의 자유를 규제하는 것으로 인터넷 커뮤니티에 위협을 가할 우려가 있다(Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).」는 이유로 위 법률에 대하여 위헌결정을 선고하였다.

(나) 아동온라인보호법은 ‘미성년자에게 해로운(harmful to minors)’ 자료를 ‘상업적 목적(commercial purpose)’으로 World Wide Web을 이용하여 통신하는 행위에 대하여 형사처벌 하도록 하면서, 신용카드, 직불계좌, 성인접근코드, 또는 성인개인신분번호의 사용을 요구하는 등 연령을 확인하는 디지털 인증을 받거나 현재의 기술로 이용 가능한 기타 조치를 한 경우를 적극적 항변사유의 하나로 정하고 있었다.

연방대법원은 「유해자료의 차단과 필터링 소프트웨어의 사용이라는 덜 침익적인 수단이 존재하고, 필터를 사용하는 경우 미국의 웹사이트에서 제공되는 표현물 뿐만 아니라 해외에서 제공되는 유해물까지 차단할 수 있고, World Wide Web 뿐만 아니라 이메일 등 모든 형태의 인터넷 통신에 적용될 수 있다는 점에서 차단과 필터링 소프트웨어는 아동의 해로운 자료에의 접근을 제한하는 수단으로서 더욱 효과적일 수 있다. 그리고 아동에

게 필터링 소프트웨어를 사용하는 경우 자녀가 없는 성인은 자신의 신분이나 신용카드정보를 제공할 필요 없이, 자녀가 있는 성인은 필터링을 해제함으로써 표현물에 접근할 수 있다. 무엇보다 필터의 사용을 권장하는 것으로는 특정 카테고리의 표현을 범죄로 단죄하지 않게 되며, 결과적으로 잠재적인 위축효과가 제거되거나 적어도 상당히 줄어든다(Ashcroft v. ACLU, 542 U.S. 656 (2004))고 판단하였다.

이러한 관례의 태도들에 비추어 볼 때, 미국은 유해한 인터넷 표현물이나 인터넷게임의 유해성으로부터 청소년을 보호하기 위한 규율은 기본적으로 부모의 자율적인 감독 하에 이루어져야 한다는 전제에서 있는 것으로 보인다.

## (2) 독일의 성인연령인증조치

독일에서는 청소년의 발달을 저해할 수 있는 콘텐츠를 배포하는 경우, 콘텐츠제공자가 성인만이 이에 접근할 수 있음을 확실히 하기 위한 조치를 취하여야 하고(“폐쇄된 이용자그룹(geschlossene Benutzergruppe)”: 미디어로부터의 청소년보호에 관한 주간(州間)조약 제4조 제2항 제2문)), 대부분의 콘텐츠 제공자들은 성인연령인증시스템을 채택하고 있다. 법원에서는 성인연령인증시스템의 정밀성과 관련하여, “아동이나 청소년이 쉽게 우회할 수 없어야 하므로 단순히 신분증번호 또는 여권번호를 확인하는 것만으로는 충분치 않으며 또한 추가적으로 우편번호를 입력하도록 한다든지 일정 금액을 계좌이체토록 한다든지 하는 것 역시 불충분하다.”고 판시한 바 있다.<sup>15)</sup> 그리하여 현재 독일에서는 웹캠체크 방식(컴퓨터에 장착된 카메라를 이용하는 방식) 등이 논의되고 있다.

## (3) 일본에서의 게임규제

일본에서는 게임과 관련하여 우리나라의 게임산업법과 같이 이를 별도로 규율하는 법률은 존재하지 않는다.

인터넷게임을 이용하고자 하는 성인 및 청소년에게 법령에 의하여 본인

15) 이는 게임이 아닌 일반 콘텐츠의 경우에 대한 관례(BGH ZUM 2008, 511 ff.)이나 협의의 온라인게임에 대해서도 같이 해석된다.

인증을 하도록 하는 경우는 찾아볼 수 없고, 다만 성인 대상의 게임을 판매·구매할 때 구매자가 18세 이상인지 여부를 확인하는 업체들은 다수 존재한다. 대체로 신용카드 결제시 구매자가 18세 이상인지 여부를 확인하고, 신용카드 결제를 하지 않는 경우에는 팩스나 이메일을 이용하여 구매자의 생년월일을 확인할 수 있는 서류(운전면허증, 보험증, 여권, 주민표, 사진이 부착된 주민기본대장 카드 등)를 송부하도록 한다. 그러나 구매자가 성인인지 여부를 확인하는 이유는 게임의 과몰입을 방지할 목적이라기보다는 게임 판매를 유효한 법률상의 계약으로 성립시키기 위한(미성년자의 금전 거래로 인하여 거래가 취소되는 것을 막기 위한) 목적인 것으로 보인다.

유해매체의 차단과 관련하여서도, 이용자의 보호자 등의 요구가 있으면 사업자가 청소년 유해정보 차단 필터링 소프트웨어를 제공하여야 한다고 규정하고 있으나(청소년이 안전하고 안심하여 인터넷을 이용할 수 있는 환경의 정비 등에 관한 법률 제17조~제19조), 모든 이용자에게 본인인증 절차를 거칠 것을 요구하지는 않는다. 한편, 성인을 대상으로 하는 사이트에 회원가입을 할 때, '18세 이상입니까?'라는 질문에 '예' 또는 '아니오'로 대답하는 단계를 두고 있는 경우가 있으나, 본인확인을 따로 거치지 않으므로 청소년이 성인 사이트에 가입해도 이를 막을 별도의 방법은 존재하지 않고, 이를 이유로 청소년을 처벌할 수 있는 근거도 없다.

## 나. 실명확인 및 본인확인과 관련된 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 공직선거법상 실명인증과 정보통신망법상 인터넷 실명인증의 위헌 여부에 대하여 판단한 바가 있다.<sup>16)</sup>

16) 헌법재판소는 선거운동 목적의 정보를 전송하는 경우 전송자의 명칭 및 연락처를 명시하도록 한 구 '공직선거 및 선거부정방지법' 제82조의5 제2항 및 이에 대한 벌칙조항, 정당, 후보자 및 예비후보자가 개설, 운영하는 인터넷 홈페이지의 게시관 등에 선거에 관한 의견을 게시하는 경우 실명확인을 위한 기술적 조치를 할 수 있도록 한 구 '공직선거 및 선거부정방지법' 제82조의6 제1항, 제3항, 제4항, 제5항 및 이에 대한 벌칙조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구를, 이미 법률조항이 폐지되어 권리보호이익이 없다는 이유로 각하한 바가 있다(헌재 2007. 12. 27. 2004헌마218등, 공보135, 93, 95-96 참조).

따라서 헌법재판소가 실제로 실명인증 제도의 위헌 여부에 대하여 판단한 것은 본문에서 언급한 선례 두 가지이다.

(1) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347

위 사건에서는 인터넷언론사로 하여금, 선거운동기간 중 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하도록 하고, 실명인증의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하도록 하는 공직선거법 조항의 위헌 여부가 문제되었다.

헌법재판소는 심판대상조항들이 ① 양심의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권은 제한하지 아니하고, ② 익명표현의 자유, 직업수행의 자유를 제한한다는 전제에서<sup>17)</sup> 익명표현의 자유에 대한 제한을 중심으로 과잉금지원칙 위배 여부에 대한 판단으로 나아간 후, 심판대상조항들은 과잉금지원칙에 위배되지 않는 것으로 청구인들의 기본권을 침해하지 아니한다고 결정하였다.<sup>18)</sup>

(2) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 판례집 24-2상, 590

위 사건에서는 일정규모 이상의 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차를 마련하도록 하는 정보통신망법 조항의 위헌 여부가 문제되었다.

헌법재판소는 ① 심판대상조항에 의하여 게시판 이용자의 표현의 자유

17) 명확성원칙 위배 여부 및 사전검열금지원칙 위배 여부에 대한 판단 부분은 이 사건과 직접 관련이 없으므로, 언급하지 않기로 한다.

18) 「이 사건 법률조항은 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받 아 발생하는 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고 그 수단의 적합성 또한 인정되며, 인터넷의 특성상 흑색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬운 점, 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 불가능한 점, 인터넷이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 고려하면, 피해를 최소화하기 위한 요건도 갖추었다. 또한, 인터넷에 의한 허위사실 유포 등으로 인하여 후보자의 인격권 침해, 선거의 공정과 평온의 훼손 및 소수인에 의한 여론 왜곡 등의 폐해 방지라는 이 사건 실명확인제로 얻는 공익이, 인터넷언론사 이용자가 실명확인 과정에서 겪는 불편함이나 글을 게시하면서 겪게 될 수 있는 주지함, 인터넷언론사의 비용발생 또는 이용자 수의 감소 등의 사익보다 비중이 더 크므로 법익의 균형성도 인정된다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 362-364 참조).」

(특히, 게시판 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유) 및 ② 게시판 운영자의 언론의 자유, 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 이용 및 보관에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한된다는 전제에서 과잉금지원칙 위배 여부를 판단하면서, 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 갖추지 못한 것으로 청구인들의 기본권을 침해한다고 결정하였다.<sup>19)</sup>

#### 4. 본인인증 조항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부

##### 가. 제한되는 기본권

##### (1) 일반적 행동자유권

행복추구권은 그 구체적인 표현으로서 일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 의미하는바, 일반적 행동자유권의 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항이 포함된다(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등,

19) 『이 사건 법령조항들이 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은, 인터넷 주소 등의 추적 및 확인, 당해 정보의 삭제·임시조치, 손해배상, 형사처벌 등 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있음에도, 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정하여 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 기본권 제한을 하고 있으므로 침해의 최소성이 인정되지 아니한다.

또한, 이 사건 법령조항들은 국내 인터넷 사용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있고, 나아가 본인확인제 시행 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없는 반면에, 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시킴으로써 자유로운 여론의 형성을 방해하고, 본인확인제의 적용을 받지 않는 정보통신망상의 새로운 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게 업무상 불리한 제한을 가하며, 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었는바, 이러한 인터넷게시판 이용자 및 정보통신서비스 제공자의 불이익은 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성도 인정되지 않는다.

따라서 본인확인제를 규율하는 이 사건 법령조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해해 침해한다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 판례집 24-2상, 590, 604-607 참조).」

판례집 26-1하, 176, 190 참조). 본인인증 조항은 인터넷게임을 이용하고자 하는 사람들이 반드시 본인인증 절차를 거칠 것을 요구함으로써, 개개인이 생활방식과 취미활동을 자유롭게 선택하고 이를 원하는 방식대로 영위하고자 하는 일반적 행동의 자유를 제한한다.

## (2) 개인정보자기결정권

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 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. 99헌마513등, 공보 105, 666, 672). 그런데 본인인증 조항에 의하면, 게임물 관련사업자가 제공하는 게임물을 이용하고자 하는 사람은 반드시 본인인증 절차를 거쳐야 한다. 이 때, 본인확인기관으로부터 게임물 관련사업자에게 제공되는 개인정보는 본인확인 요청일시 또는 인증일시, 식별코드 등이고, 이외에 사업자별 이용약관에 따라 다른 자료(휴대폰 번호, 이메일 주소 등)가 포함될 수 있는데, 이러한 개인정보는 본인확인기관이 보유하고 있는 개인의 실명 등의 자료와 결합하여 이용자 개인의 동일성을 식별할 수 있게 해주므로, 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당한다. 그리고 게임물 관련사업자가 게임산업법 제12조의3 제1항 제4호가 정하고 있는 고지의무 등을 이행하기 위해서는 이용자의 연령, 이용자 및 법정대리인의 이메일 주소나 전화번호 등의 정보를 수집하여 보관할 것이 사실상 강제되고 있으므로, 본인인증 조항에 의하여 개인정보자기결정권이 제한된다고 봄이 상당하다.<sup>20)</sup>

20) 실명확인 및 본인확인의 위한 여부에 대하여 판단하였던 위 2008헌마324등 결정과 2010헌마47등 결정은 심판대상조항들에 의하여 개인정보자기결정권이 제한되는지 여부에 대해서는 서로 다른 입장을 취하였다. 2008헌마324등 결정에서는 “심판대상조항들은 개인이 인적정보를 수집할 목적으로 규정된 조항이 아니며, 오히려 이와는 별도로 정보통신망을 이용한 공직선거법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 선거관리위원회는 소재지를 관할하는 법원의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 당해 정보통신서비스 이용자의 성명(이용자를 식별하기 위한 부호를 포함한다)·주민등록번호 등에 대한 자료의

### (3) 표현의 자유

표현의 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 발표와 그것을 전파할 자유를 의미한다. 그런데 “의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없다. 게임물은 예술표현의 수단이 될 수도 있으므로 그 제작 및 판매·배포는 표현의 자유를 보장하는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장받는다(헌재 2002. 2. 28. 99헌바117, 판례집 14-1, 118, 124 참조).”고 본 선례에 비추어 보면 표현의 자유는 인터넷게임 이용자와의 관계에서가 아니라, 오히려 게임물 개발자나 게임물 관련사업자와의 관계에서 문제되는 것으로 보이며, 청구인들은 게임을 통하여 사상이나 의견을 발표하고 진파하려고 하기 보다는 여가와 오락의 수단으로 게임물에 접근하여 이를 이용하고자 하는 것이므로 위 조

---

열람이나 제출을 요청할 수 있는바(공직선거법 제272조의3 제1항), 이 자료는 정보통신서비스 제공자가 보유하는 자료로서 이 사건 실명확인 절차에서 발생한 정보를 말하는 것이 아님이 명백할 뿐만 아니라, 선거관리위원회는 인터넷언론사의 게시판·대화방에서의 공직선거법 위반행위의 혐의가 있는 경우에는 제82조의6 제3항이 아니라 이 제272조의3 제1항에 따라서만 개인정보자료를 취득할 수 있다고 할 것이므로(또한 제82조의6 제5항이 인터넷언론사의 이용자에 대한 정보수집을 금지하고 있음은 앞서 본 바이다), 심판대상조항들로 인해 개인정보자기결정권이 제한될 가능성은 없다.”고 판단한 반면(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 364-365 참조), 2010헌마47등 결정에서는 “심판대상조항에 따른 본인확인제는 정보통신서비스 제공자에게 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 보관할 의무를 지우고 있는데, 본인확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로, 본인확인제는 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 이용 및 보관에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한한다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등, 판례집 24-2상, 590, 601-602 참조).”고 판단하였다. 이처럼 헌법재판소가 위 2008헌마324등 결정과 2010헌마47등 결정에서 개인정보자기결정권의 제한 여부에 대하여 달리 판단한 것은, 정보통신망법상 본인확인 조치의 경우, 정보통신서비스 제공자에게 게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지 본인확인정보를 보관할 의무(정보보관의무)를 부담시키고 있는 반면, 공직선거법상 실명확인조치의 경우 이와 같은 명시적인 보관의무가 없음을 근거로 개인정보자기결정권의 제한을 부정한 것으로 보인다. 다만, 2008헌마324등 결정에서는 실명인증과정에서 인터넷언론사가 불가피하게 이용자에게 자기정보를 제출할 것을 요구하게 되어 이용자가 사실상 자신의 개인정보를 제공할 것이 강제되는 것이나 행정안전부장관 등의 실명인증자료의 관리 자체가 개인의 자기정보결정권에 대한 제한이 되는지에 대한 고려는 전혀 없었던 것으로 보인다.



항들에 의하여 표현의 자유가 직접 제한된다고 보기는 어렵다.<sup>21)</sup>

#### 나. 본인인증 조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

다수의견은 인터넷게임에 대한 연령 차별적 규제수단들을 실효적으로 보장하고, 인터넷게임 이용자들이 게임물 이용시간을 자발적으로 제한하도록 유도한다는 본인인증 조항의 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정한 후, 게임물 관련사업자가 본인인증 절차 없이 이용자의 실명이나 연령만을 정확하게 확인할 수 있는 방법이 없고, 관련 법률에서 동의를 얻어 수집된 정보를 보호하기 위한 장치들을 충분히 마련하고 있으며, 회원가입 시 1회 본인인증 절차를 거치도록 하는 것이 게임산업의 피해를 방해할 정도의 중대한 장벽이나 제한이 된다고 보기 어렵는데 비해, 본인인증 조항을 통하여 달성하고자 하는 게임과몰입 및 중독 방지라는 공익이 매우 중대하므로 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추었다고 보아 본인인증 조항이 청구인들의 일반적 행동의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다고 보았다. 다수의견은 인터넷게임이 그 자체로 유해한 것은 아니라고 할지라도, 인터넷게임 과몰입 내지 중독이 가족의 해체, 범죄의 증가와 같은 각종 사회문제로 이어지고 있는 현실을 고려할 때, 국가가 국민들의 인터넷게임 과몰입 내지 중독을 예방하기 위해 일정한 규제를 통하여 개입할 필요성이 있음을 전제하고 있는 것이다.

이에 대하여 반대의견은 인터넷게임 과몰입이나 중독을 예방한다는 이유로 일반적인 게임을 즐기고 향유할 권리를 제한하는 것은 놀이의 특성이

21) 강제적 섀다운제의 위헌성에 대하여 판단한 2011헌마659등 사건에서, 헌법재판소는 “청구인들은 인터넷게임의 회원가입시 본인인증절차를 거쳐야 하고 16세 미만이라는 사실이 다른 게임자에게 노출되므로, 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 사상이나 견해를 표명할 익명표현의 자유가 침해된다고 주장하나, 이는 게임산업법에서 게임물 관련사업자로 하여금 인터넷게임 이용자의 회원가입시 본인확인 조치를 하도록 함으로써 나타나는 간접적·부수적 결과에 불과하므로, 강제적 섀다운제로 인한 기본권 침해 여부를 다투는 이 사건에서는 별도로 그 침해 여부를 판단하지 않기로 한다(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등, 판례집 26-1하, 176, 191 참조)”고 판시한 바 있다. 이러한 선례의 태도가 불분명하기는 하나, 본인인증 조항이 표현의 자유를 제한한다는 취지라기보다는 강제적 섀다운제와 표현의 자유가 직접 관련된 것은 아니라는 취지의 판시인 것으로 보인다.

나 문화의 자율성 보장 측면에서 그 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵다는 전제하에서 본인인증 조항이 청구인들의 일반적 행동의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해한다고 보았다. 반대의견은 청소년들이 쉽게 부모의 명의를 도용할 수 있으므로 본인인증이 연령 차별적 규제수단을 관철하기 위한 효과적인 수단이 된다고 보기 어렵고, 본인인증 절차를 거치도록 하는 것이 게임이용자들의 게임이용을 위축시키고 나아가 게임산업의 성장을 저해할 가능성이 있음을 부인할 수 없으며,<sup>22)</sup> 외국의 입법례를 살펴보아도 우리나라의 본인인증 조항과 같이 매체물의 유해성 여부와 관계없이 성인을 포함한 모든 이용자에 대하여 일률적으로 본인인증의무를 부과하고 있는 경우는 찾아보기 어렵다는 이유로 수단의 적절성 및 침해의 최소성도 인정할 수 없다고 보았다. 이러한 반대의견은 인터넷게임의 이용이 국가가 후견적 입장에서 규제하여야 할 영역에 있는 것이 아니라, 놀이할 자유를 본질로 하는 활동의 하나이며 경우에 따라서는 직업의 하나로서 자아실현의 수단이 되므로 이에 대한 규제는 신중하게 이루어져야 한다는 점에 근거한 것이다. 실제로 최근의 조사에서 만 10~18세 청소년의 상당수가 게임을 통해 오히려 자신을 잘 통제할 수 있게 되었거나, 생각이 확장되었다고 생각하는 등 인터넷게임을 통해 긍정적인 변화를 경험하였다고 응답하고 있는 것<sup>23)</sup>은 반대의견을 뒷받침하는 논거가 된다.

22) 2013년 국내 게임시장의 규모는 2012년 9조 7,535억 원에 비해 0.3% 정도 감소한 9조 7,198억 원으로 추산되고, 인터넷게임 시장의 규모 역시 2012년 대비 19.6%가 감소하였다(2014 대한민국 게임백서, 제73면). 2008년 이후 해마다 10% 이상의 성장을 유지해왔던 국내 게임시장이 마이너스 성장세로 돌아선 것이다. 이처럼 인터넷게임 시장의 발전이 정체된 원인으로서는 개발이나 마케팅 비용, 모바일게임 시장의 확대 등 여러 가지 이유가 지적되고 있으나, 일각에서는 국내 게임에 관한 과도한 규제가 게임시장의 위축을 초래하였다는 지적도 제기되고 있다.

23) 만 10~18세의 청소년들에 대한 조사 결과, 상당수의 청소년들이 게임을 통해 긍정적인 변화를 겪고 있다고 응답하였으며, 그 구체적인 내용은 다음과 같다(2014 대한민국 게임백서 제434면 참조)

게임으로 인해 내 생활에 생기가 생겼다.	게임을 통해서 내 생각이나 비전이 확장되었다.	게임을 통해서 여가시간을 유용하게 보낸다.	게임기술을 발휘하여 자긍심을 느낀다.	게임을 통해서 나 자신을 잘 통제할 수 있게 되었다.	게임을 통해 나의 고민을 이야기할 수 있는 사람들이 생겼다.	게임을 통해서 스트레스를 해소한다.
92.5%	67.9%	81.1%	64.2%	64.2%	71.7%	83.0%

## 5. 동의확보 조항이 청소년인 청구인의 기본권을 침해하는지 여부

### 가. 제한되는 기본권

청소년으로 하여금 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 동의확보 조항은 자유롭게 인터넷게임을 이용하고자 하는 청소년의 일반적 행동의 자유를 제한하며, 위 조항의 실효성을 관철하기 위해서는 본인인증이 반드시 필요하므로 동의확보 조항 역시 개인정보자기결정권을 제한하는 측면이 있다.

### 나. 동의확보 조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

(1) 다수의견은 “청소년기는 20대 이후의 사회생활을 대비하고 전 생애에 걸쳐 필요한 지식과 소양을 습득하는 시기이고, 청소년은 미래의 국가 발전을 위한 중요한 인적자원이다. 한편, 청소년은 자기행동의 개인적 또는 사회적인 의미에 대한 판단능력과 그 결과에 대한 책임능력이 성인에 비하여 미숙한 존재이다. 따라서 청소년의 건전한 성장과 발달을 위하여 특별한 보호가 필요한바, 헌법도 제34조 제4항에서 국가에 대하여 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 부과하고 있다. 동의확보 조항은 청소년의 인터넷게임 과몰입 및 중독 문제가 심각한 사회문제로 대두되고 있는 상황에서 더 이상 청소년 개개인의 자율적인 통제에만 맡겨둘 수는 없다는 인식하에 도입되는 것으로 국가의 청소년 보호의무의 일환으로 마련된 제도라고 할 수 있으므로, 동의확보 조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 심사함에 있어서는 이러한 사정을 함께 고려하여야 할 것이다.”라고 판시함으로써, 동의확보 조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 판단함에 있어 국가에게 부여된 청소년 보호의무를 고려하여야 함을 명시하였다.

(2) 다수의견은 청소년들이 자율적인 인격체로서 스스로 의사결정을 하고 자신의 삶의 방식을 정하여 나갈 결정권을 가지는 주체임을 인정하면서도, 청소년들은 아직 정신적으로 미성숙하고 사물에 대한 변별력이나 의지력이 미약하므로 의사결정에 있어 부모나 친권자 등의 지도가 필요하다는 점을 근거로 청소년의 인터넷게임 과몰입이나 중독을 예방하여야 한다는 동의확보 조항의 입법목적의 정당성을 인정하였다. 나아가 조손가정이나

맞벌이 등 상대적으로 부모의 자녀지도 여력이 부족한 경우 인터넷게임 중독 위험성이 더 높다는 조사결과<sup>24)</sup>를 근거로 수단의 적절성을 인정하면서, 게임물 관련사업자들이 동의의 의사표시를 한 사람이 청소년과 어느 정도 나이차이가 나는 성인자라는 점만을 확인할 뿐 법정대리인과 게임물을 이용하고자 하는 청소년 본인과의 관계를 엄격하게 입증할 것을 요구하지 아니하는 것이 사실이나, 이는 미흡한 절차를 개선해야 할 문제이지 이를 이유로 수단의 적절성을 부정할 수는 없다고 보았다.

그리고 동의확보 조항은 가정이라는 공간에서 대화를 통해 자율적으로 청소년의 인터넷게임 이용 여부 및 이용시간을 함께 결정할 수 있는 기회를 부여함으로써 오히려 각 가정의 자율적인 노력이 우선시될 수 있도록 하는 것이며, 법정대리인의 동의를 확보하는 과정에서 수집하는 정보의 범위를 원칙적으로 “동의 여부”로 한정하는 등 침해의 최소성을 갖추었으며, 자율적인 통제력이 미약한 청소년들을 적절하게 교육함으로써 청소년들이 인터넷게임에 과몰입되거나 중독되는 것을 방지함으로써 얻어지는 사회적 비용의 절감, 미래의 국가발전을 위한 중요한 인적 자원인 청소년이 건전한 인격체로 성장함으로써 얻어지는 사회적 이익이라는 공익은 매우 중대하므로 법익의 균형성 또한 인정된다고 보았다.

이에 대하여 반대의견은 부모가 자녀의 인터넷게임 접근이나 이용에 대하여 어떠한 태도를 취할 것인지는 부모의 교육철학에 기반하여 부모와 자녀 간의 대화를 통해 해결해야 할 문제이며, 그러한 자율적인 규제와 자정 기능에 앞서 국가가 먼저 개입할 문제가 결코 아니라는 입장을 밝힌 후, 동의확보 조항에 따라 청소년이 게임물의 이용을 위하여 회원가입을 하는 경우 예외 없이 법정대리인의 동의를 받을 의무를 부과하는 것은 그 자체로 부모의 자녀교육권을 침해할 우려가 있다며 입법목적의 정당성 자체에 의문을 제기하였다. 또한, 인터넷게임을 이용하고자 하는 청소년들은 일정 정

24) 청소년 중 상당수가 스스로 인터넷게임 이용시간을 통제하는 것이 어렵다는 점을 인식하고 있으며, 조손가정에서 생활하는 청소년의 22.4%가 인터넷게임 중독으로 양부모가정의 13.9%보다 높게 나타났고, 맞벌이의 경우 56.3%가 인터넷게임 중독 고위험군으로 나타나, 상대적으로 부모의 자녀지도 여력이 없는 경우 인터넷게임 중독 위험에 더 쉽게 노출되는 것으로 조사된바 있다(2012 게임과물 입 종합 실태조사, 한국콘텐츠진흥원 참고).

도 나이 차이가 나는 다른 성인으로부터 동의를 받아 충분히 회원가입을 할 수 있어 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 것이 청소년의 게임중독을 방지한다는 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이 될 수 없으며, 게임사이트에 회원가입을 하는 단계에서부터 그것이 청소년이 이용 가능한 게임인지 여부를 묻지 않고 반드시 법정대리인의 동의를 얻도록 법으로 강제하여 청소년이 인터넷게임 이용 여부에 대한 결정조차 독자적으로 할 수 없도록 하는 것은 청소년의 의지력과 판단능력을 지나치게 불신하는 이중적이고 과도한 조치로 청소년의 놀이할 자유에 대한 과도한 제약이 아닐 수 없고,<sup>25)</sup> 특히 만 16세 이상 만 18세 미만의 사람들에게 대해서까지 일률적으로 법정대리인의 동의를 받도록 요구하는 것은 청소년의 연령에 따른 판단능력의 차이를 무시하고 그들의 자율적인 결정권을 과도하게 제한하는 것으로 침해의 최소성에도 반한다고 보았다. 나아가 동의확보 조항으로 인해 달성되는 공익은 그리 크지 않은 반면 청소년의 일반적 행동자유권이 지나치게 침해되고 및 법정대리인의 개인정보자기결정권까지 제한되는 측면이 있음을 고려할 때 위 조항은 법익의 균형성도 갖추지 못하였다고 판단하였다.

## 6. 결정의 의의

인터넷게임 이용에 대한 규제에 관해서는 인터넷게임에 대한 과몰입과 중독이 사회적으로 큰 문제가 되고 있는 현실을 고려할 때 국가의 개입이 불가피하다는 견해와 인터넷게임은 새롭게 등장한 놀이문화의 하나로 일부 사람들에게는 직업으로서 자아실현의 방법이 되기도 하고, 인터넷게임과 각종 사회문제 사이에 연관성 또한 희박하므로 이를 규제의 대상으로 삼을 수 없다는 견해가 팽팽하게 대립되고 있다.

이 사건 결정을 통하여 헌법재판소는 인터넷게임으로 인하여 더 이상 개

25) 실제로 2013년 전국 청소년(초등 4년생~고등학생) 12만 명을 유층표집하여 게임행동종합진단척도(CSG: Comprehensive Scale for Assessing Game Behavior)를 통해 진단한 결과, 게임과몰입군이 전체 조사대상의 0.7%, 과몰입 전 단계인 과몰입위험군이 1.2%, 일반사용자군이 92.2%, 게임선용군이 5.9%로 조사되는 등(2014 대한민국 게임백서, 제933면 참조), 실제로 게임에 과몰입되거나 과몰입될 위험이 있는 청소년의 비율은 극소수에 불과하고 대부분의 청소년들은 건전한 여가의 범위 내에서 게임을 즐기고 있다.

인의 문제로 치부할 수 없는 여러 유형의 사회적 문제들이 나타나고 있으며 이에 대한 제도적인 대응과 적절한 규제가 필요하다는 사회적인 공감대가 이미 폭넓게 형성되어 있다는 점을 명시하였다. 특히, 국가의 청소년 보호의무는 단순히 신체적인 보호에 그치는 것이 아니라 미래의 국가발전을 위한 중요한 인적자원인 청소년들이 건전한 인격체로 건전하게 성장할 수 있도록 하는 정서적 지원 및 보호를 포괄하는 것으로, 자율적 판단능력이 성인에 비하여 부족한 청소년들을 게임의 과몰입과 중독으로부터 보호하기 위한 일정 수준의 규제가 필요하다는 점 역시 분명히 하였다. 이는 청소년의 건강한 성장과 발달을 도모하고 인터넷게임 중독을 예방하기 위해 어느 정도 규제가 필요하다는 전제하에서 강제적 섯다운제를 규정한 청소년보호법 조항들이 청소년의 일반적 행동자유권과 부모의 자녀교육권을 침해하지 않는다고 결정한 2011헌마659등 결정(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등, 판례집 26-1하, 176 이하)과 그 궤를 같이 하는 것이다.

그러나 이 사건 결정에서 헌법재판소가 인터넷게임 자체를 사회적 해악으로 본 것은 아니다. 헌법재판소는 인터넷게임은 오락 내지 여가활동의 일환으로 그 자체가 부정적인 것은 아니나, 인터넷게임에 과몰입되거나 중독될 경우에 여러 가지 문제가 발생할 수 있음을 전제로 이에 대한 규제의 정당성을 인정한 것이다. 따라서 향후 인터넷게임에 대한 규제여부 및 그 내용을 결정함에 있어서는 인터넷게임과 같은 놀이를 즐기는 행위에 대하여 국가가 특정한 정책적 잣대를 내세워 지나치게 간섭하고 개입하는 것은 놀이의 본질을 훼손하여 인간의 자유를 억압하고 결과적으로 문화의 자율성과 다양성을 해칠 위험이 있으므로 매우 신중하여야 한다는 반대의견도 경청할 필요가 있다.

## 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원 등

- 국가보안법상 이적행위 조항, 이적단체가입 조항, 이적표현물 조항  
위헌소원 및 위헌제청 사건 -

(헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344,  
2014헌바100·241, 2015헌가7(병합), 판례집 27-1상, 453)

황 지 섭\*

### 【관시사항】

1. 이적행위를 처벌하는 국가보안법 제7조 제1항 중 ‘국가의 존립·안전이  
나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 찬양·고무·선전  
또는 이에 동조한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적행위 조항’이라 한다)이 죄형  
법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이적행위 조항이 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 이적단체가입행위를 처벌하는 국가보안법 제7조 제3항 중 ‘제1항의 행  
위를 할 목적으로 하는 단체에 가입한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적단체가입  
조항’이라 한다)이 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하는지 여부(소극)

4. 이적표현물의 제작·소지·반포·취득행위를 처벌하는 국가보안법 제7조  
제5항 중 ‘제1항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·  
소지·반포·취득한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적표현물 조항’이라 한다)이 죄  
형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

5. 이적표현물 조항이 표현의 자유 및 양심의 자유를 침해하는지 여부  
(소극)

6. 이적표현물 조항이 형벌과 책임의 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것, 이하 같다) 제7조 제1항 중 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 찬양·고무·선전 또는 이에 동조한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적행위 조항’이라 한다.), 제7조 제3항 중 ‘제1항의 행위를 할 목적으로 하는 단체에 가입한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적단체가입 조항’이라 한다.) 및 제7조 제5항 중 ‘제1항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·소지·반포·취득한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적표현물 조항’이라 하고, 이적행위 조항, 이적단체가입 조항, 이적표현물 조항을 모두 합하여 ‘심판대상조항들’이라 한다)의 위헌 여부이다.

국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것)

제7조(찬양·고무등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

제청신청인들(2013헌가26, 2015헌가7)과 청구인들(2012헌바95, 261, 2013헌바77, 78, 192, 264, 344, 2014헌바100, 241)은 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하였거나, 그러한 행위를 목적으로 하는 단체에 가입하였거나, 그러한 행위를 할 목적으로 이적표현물을 제작, 소지, 반포, 취득하였다는 이유로 기소된 사람들이다. 이들은 재판 계속 중 심판대상조항들의 위헌확인을 구하는 위헌법



를심판 제청신청을 하였으며, 수원지방법원과 서울북부지방법원은 그 신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청하였다(2013헌가26, 2015헌가7). 그 외의 법원들은 위 신청을 기각하였고, 이에 청구인들은 심판대상조항들의 위헌 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다(2012헌바95, 261, 2013헌바77, 78, 192, 264, 344, 2014헌바100, 241).

## 2. 제청법원의 위헌제청이유 및 청구인들의 주장

### 가. 제청법원의 위헌제청이유

이적표현물 조항은 행위의 객체인 표현물의 내용에 아무런 제한을 두지 않아 어떠한 내용을 담고 있는 표현물이 처벌의 대상이 되는지를 전혀 예측할 수 없으므로 명확성원칙에 위배된다. 이적표현물을 제작, 소지하는 행위는 타인에게 어떠한 영향을 미치지 아니하므로, 이를 처벌하는 것은 양심형성의 내부 영역을 형벌로 규제하는 것으로서 양심의 자유 및 사상의 자유를 침해한다. 이적표현물 조항은 반포, 판매 등의 적극적인 행위와 소지라는 소극적 행위를 같은 법정형으로 처벌하고 있고, 벌금형 없이 징역형만을 규정하고 있으므로, 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배된다.

### 나. 청구인들의 주장

(1) 이적행위 조항은 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 불명확한 개념을 사용하고 있어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다. 또한 위 조항은 국가의 안전보장과 질서유지, 공공복리에 실제로 명백하고 현실적인 위해를 가하는지를 묻지 아니한 채 그 위험성이 명백한지 여부만을 기준으로 찬양·고무·선전·동조 등의 행위를 처벌하므로, 양심의 자유, 표현의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다.

(2) 이적단체가입 조항은 특정 단체에 가입하고자 하는 내심의 결단을 내리고 단체가입을 통해 자신의 의사를 외부로 표출하고자 하는 사람의 양심의 자유 내지 표현의 자유의 본질적인 내용을 침해한다.

(3) 이적표현물 조항 중 “문서·도화 기타의 표현물”과 “소지”의 개념이

에때보호하고 그 범주가 지나치게 광범위하므로 명확성원칙에 위배된다. 이적표현물 조항은 대한민국에 명백하고 현실적인 위협을 야기하는지 여부를 불문하고 반국가단체에 이로울 수 있다는 이유만으로 이적표현물의 반포행위 등을 처벌하므로 표현의 자유를 과도하게 제한한다. 특히 표현물의 소지는 순수한 내면의 정신활동에 속하는 것으로서 그 자체로는 자유민주적 기본질서에 명백한 위협을 가져올 수 없으므로, 이를 처벌하는 것은 양심과 사상의 자유 등을 침해한다. 이적표현물 조항은 이적표현물 소지행위를 반포·판매 등 다른 행위들과 동일한 징역형으로 처벌하여 행위의 태양, 불법성 및 위협성의 정도, 죄질의 차이를 무시하고 있고, 벌금형 없이 징역형만을 규정하여 법관의 양형재량을 현저히 제한하고 있으므로, 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배된다.

### 【결정요지】

1. 남·북한 간의 대치상황, 국가보안법의 입법목적 등에 비추어, 이적행위의 의미가 국론의 분열, 체제의 전복 등을 야기하거나 국민주권주의, 법치주의 등 민주주의의 근간을 흔드는 행위를 의미한다는 점이 수범자의 입장에서 충분히 예측가능하다. 통일·군사·안보 정책에 대한 건설적 비판, 남북상황, 대북정책 등에 대한 사적인 견해의 피력 등은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 위험성이 전혀 없어 이적행위 조항에 의해 처벌되지 아니함이 명백하므로 확대해석이나 법적용에 있어서 자의적인 판단이 허용된다고 보기 어렵다. 구성요건적 행위인 “찬양”, “고무”, “선전”, “동조” 각각의 의미 역시 불분명하다고 볼 수 없다. 따라서 이적행위 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

2. 이적행위 조항은 반국가단체 또는 그 동조세력에 의한 사회적 혼란을 미리 방지하고 그들에 의한 국가전복 등의 시도를 사전에 차단함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하기 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정된다. 1991년 이적행위 조항이 개정되어 그 적용범위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 위험성이 명백한 행위로 제한되었으므로, 위 조항이 단순히 정부의 정책에 반대한다는 이유만으로 행위자를 처벌하는 수단으로 악용될 가능성은 거의 없다. 우리

나라가 처한 특수한 안보현실에 비추어 볼 때, 구체적 위험이 현존하지는 않더라도 그 위험성이 명백한 단계에서 이적행위를 규제하는 것은 결코 표현의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다. 이적행위 조항을 통하여 달성하고자 하는 국가의 존립과 안전, 국민의 생존과 자유라는 중대하고 긴요한 공익에 비하여, 개인이 이적행위를 할 수 없게 됨으로써 제한받는 사익이 결코 크다고 할 수 없으므로, 이적행위 조항은 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 이적단체가입 조항은 단체활동을 통한 국가전복의 위험, 민심의 교란, 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하고자 하는 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 이적단체에 가입하는 행위를 단순한 이적활동에 비하여 가중하여 처벌하는 것은 위 입법 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다. 이적단체가입 조항은 엄격한 요건 하에서만 적용되므로, 위 조항이 정부가 특정한 정치적 의사를 표현하는 단체의 활동을 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다. 조직력을 갖추고 있는 단체는 그 활동이 체계적이고 활동의 파장이나 영향력이 커 언제라도 사회 혼란을 야기하는 기폭제가 될 수 있으므로, 단체에 가입한 행위 자체를 처벌하는 것은 결코 표현의 자유나 결사의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다. 위 조항으로 인하여 이적단체에 가입하고 이를 통해 의사를 표현하고자 하는 자유가 다소 제한된다고 할지라도, 그 제한의 정도가 국가의 존립과 안전, 국민의 생명과 자유를 수호하고자 하는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이적단체가입 조항은 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하지 아니한다.

4. 이적표현물 조항 중 “문서·도화 기타의 표현물”은 개인적인 사상, 의견, 신념이나 이념 등을 글, 그림 또는 언어 등의 형상으로 나타낸 일체의 물건을 뜻하고, 이적표현물을 소지한다는 것은 이적표현물을 자기의 사실상의 지배하에 두는 것을 의미하므로, 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵다. 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 만한 위험성을 전혀 갖지 아니한 표현물은 위 조항의 적용대상이 아니라는 점 역시 명백하다. 따라서 이적표현물 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

5. 이적표현물 조항은 표현물의 제작, 유통, 전파 등으로 인한 사회의 혼란을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 존립, 국민의 생존과 자유를 확보하고자 함에 그 입법목적이 있는바, 이러한 목적에는 정당성이 인정된다. 이적표현물 조항은 표현물의 제작·소지·반포·취득행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용되므로 그로 인한 기본권의 제한이 결코 지나치다고 볼 수 없다. 이적표현물의 소지·취득행위만으로도 그 표현물의 이적내용이 전파될 가능성을 배제하기 어렵고, 특히 전자매체 형식의 표현물들은 실시간으로 다수에게 반포가 가능하며 소지·취득한 사람의 의사와 무관하게 전파, 유통될 가능성도 배제할 수 없으므로, 이적표현물을 소지·취득하는 행위가 지니는 위험성이 이를 제작·반포하는 행위에 비해 결코 적다고 보기 어렵다. 따라서 이적표현물 조항은 표현의 자유 및 양심의 자유를 침해하지 아니한다.

6. 이적표현물의 소지나 취득행위의 위법성이 다른 유형의 행위에 비해 결코 경미하다고 단언할 수 없고 법정형으로 징역형만을 정하고 있는 입법자의 선택이 현저히 불합리하다고 볼 수도 없으므로, 이적표현물 조항이 소지·취득행위를 제작·반포 등의 행위와 함께 같은 법정형으로 처벌하는 것으로 규정하였다고 하더라도 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되지 않는다.

### 재판관 김이수의 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분에 대한 반대의견

이적행위 조항의 ‘동조’라 함은 반국가단체 등의 선전·선동 및 그 활동과 동일한 내용의 주장을 하거나 이에 합치되는 행위를 하여 반국가단체 등의 활동에 호응·가세하는 것을 말한다. 그런데 북한이 선전·선동하는 내용 중에서는 그 내용 자체로는 대한민국의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위협한다고 볼 수 없는 주장도 있으므로, ‘반국가단체 등의 선전·선동 및 그 활동과 동일한 내용의 주장’에 대한 처벌은 과연 어떠한 내용의 주장까지를 처벌하는 것인지 그 경계를 알기 어렵고, 수사기관이나 법원의 자의가 개입될 경우 통일·군사·안보문제에 관한 개인적인 견해를 표명하거나 정부의 대북 정책을 정당하게 비판하는 경우까지도 처벌대상이 될 수 있어

그 처벌 범위가 지나치게 넓어지게 된다. ‘북한의 선전·선동 및 그 활동에 합치되는 행위’나 ‘반국가단체 등의 활동에 호응·가세’한다는 것 역시, 정확히 어떠한 행위가 처벌대상이 되는지 예측하기가 매우 어렵다. 따라서 이 적행위 조항 중 ‘동조’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.

어느 개인이 북한이 선전하는 내용과 동일한 주장을 하거나 그에 합치하는 행동을 한다고 하여 그것만으로 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 발생할 가능성은 현실적으로 거의 없다. 동조행위는 찬양·고무·선전행위에 비하여도 훨씬 소극적이고 수동적인 행위이며, 타인을 직접적인 대상으로 할 필요도 없는 행위여서 외부적 영향력이 극히 적기 때문이다. 따라서 반국가단체 등에 대한 동조행위를 처벌하는 것은 실질적으로는 그러한 주장과 행위로 인한 외부적 위험성을 이유로 처벌하는 것이 아니라 그 주장과 행위의 내용 자체를 문제삼아 처벌하는 것과 다를 바가 없다. 이는 우리 사회의 주류적 견해와 다른 불온하고 위험한 견해라는 이유로 특정 사상이나 견해의 표명을 금지하고 억압하는 것으로서, 다원주의적 가치관을 전제로 하는 민주주의의 정치적 이상에 정면으로 배치되는 것이다. 형법과 국가보안법은 반국가단체 등의 활동에 대한 표현행위 중 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 표현행위에 대한 처벌규정을 이미 충분히 갖추고 있으므로, 그에 더하여 굳이 동조행위까지 처벌할 필요성이 인정되지 아니한다. 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분은 구성요건에 관한 엄격한 해석을 도외시한 채 수사기관과 법원이 자의적으로 처벌대상을 정할 수 있는 여지를 열어둔 것이다. 따라서 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유 및 양심의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

### 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분에 대한 반대의견

이적표현물의 소지·취득행위는 그 자체로는 대외적 전과가능성을 수반하지 아니하므로, 국가의 존립과 안전에 어떠한 위해를 가할 가능성이 있다고 보기 어렵다. 이적표현물을 소지·취득한 자가 이를 유포·전파할 수도

있다는 가능성은 막연하고 잠재적인 가능성에 불과하고, 유포·전과행위 자체를 처벌함으로써 이적표현물의 유통 및 전과를 충분히 차단할 수 있으므로, 그 단계에 이르지 않은 소지·취득행위를 미리 처벌하는 것은 과도한 규제이다. 이러한 결론은 이적표현물이 전자매체의 형식을 가지고 있는 경우에도 달라진다고 볼 수 없다. 이적표현물을 소지·취득한 사람에게 이적행위를 할 목적이 있었는지 여부에 대한 인정 기준은 매우 추상적이고 주관적이며 불확실하므로, 행위자의 과거의 전력이나 평소의 행적을 통하여 추단되는 이념적 성향만을 근거로 하여 이적표현물을 소지·취득하고 있다는 사실을 문제 삼아 수사기관이나 법원이 자의적으로 처벌하는 것이 가능하게 되고, 반대자나 소수자를 억압하는 수단으로 위 규정이 오·남용될 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유와 양심의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 국가보안법 개관

#### 가. 국가보안법의 입법목적과 제·개정 연혁

(1) 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다(같은 법 제1조).

(2) 국가보안법은 여순사건 등을 계기로 국가의 존립기반을 확고히 하려는 목적으로 1948. 12. 1. 법률 제10호로 제정되었다. 1953년 형법 제정 당시 국가보안법을 폐지하려는 시도가 있었으나, 국회 본회의에서 부결되었다.<sup>1)</sup> 1958년에는 간첩과 국가변란을 목적으로 하는 범죄들을 단속한다는 명목으로 국가보안법의 적용범위와 내용이 확대·강화되었다. 1961. 7. 3. 법률 제643호로 반공법이 제정되었는데, 여기에는 반국가단체 가입, 찬양·고무, 이적표현물 제작·운반·반포·판매·취득, 회합·통신, 탈출·잠입, 편의제

1) 심희기, 이석수, 국가보안법의 운영실태와 개정방안, 한국형사정책연구원, 2004. 12., 17-18면, 109면 이하 참조.

공, 불고지죄 등 현재의 국가보안법의 주요 범죄가 규정되었다. 1980. 12. 31. 반공법이 국가보안법에 통합되면서 국가보안법은 현재와 같은 주요 골격과 내용을 형성하게 되었다.

헌법재판소는 1990. 4. 2. 구 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전부개정되고, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 및 제5항은 ‘각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다’는 취지의 한정합헌 결정을 하였다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49). 그 이듬해인 1991. 5. 31. 위 헌법재판소의 결정 취지를 반영하여 국가보안법의 주요 범죄에 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 초과 주관적 구성요건이 추가되었고, 필요 최소한의 적용원칙과 부당한 인권침해 금지를 선언한 해석·적용상의 주의규정(제1조 제2항)이 신설되었다. 위 개정 이후 국가보안법은 그 내용에 큰 변화 없이 현재에 이르고 있다.

## 2. 심판대상조항들의 의의

### 가. 입법취지 및 연혁

(1) 국가보안법 제7조는 일반적·기초적 반국가활동 전반을 규제하는 조항이다. 국가보안법 제7조 제1항은, 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자(이하 ‘반국가단체 등’이라 한다)에 대한 찬양·고무·선전·동조 및 국가변란의 선전·선동 등 이적행위를 처벌하는 조항으로서 국가보안법 제7조의 기본적 구성요건이다. 제7조 제3항은 단체구성 및 가입으로 인한 위험성이 크다는 이유로 법정형이 가중된 가중적 구성요건이고, 제7조 제5항은 전과성·계속성으로 인한 위험을 고려하여 표현물에 의한 이적행위를 특별히 규정하고 있는 특별구성요건이다.<sup>2)</sup>

(2) 위 조항의 내용들은 반공법 제4조 제1항, 제2항에 규정되어 있다가 일부 개정을 거쳐 1980. 12. 31. 국가보안법 개정 당시 제7조로 편입된 것

2) 황교안, 국가보안법, 박영사, 2011, 271-272면 참조.

이다. 그 후 1991. 5. 31. 국가보안법이 개정되면서 위 각 조항의 전제가 되는 제7조 제1항에 ‘국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 초과 주관적 구성요건이 추가되고, ‘반국가단체 등에 대한 선전’과 ‘국가변란의 선전·선동’이라는 행위태양이 추가되는 대신 ‘기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 하는 행위’가 삭제되어 현재에 이르게 되었다.

### 나. 국가보안법 제7조 제1항 개관

(1) 국가보안법 제7조 제1항 위반죄는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서도 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동함으로써 성립한다. ‘찬양’은 반국가단체 등의 활동에 관하여 동경하거나 추앙, 숭배, 칭찬의 뜻을 표명하는 것이고, ‘고무’는 반국가단체 등의 활동에 관하여 격려의 언동을 함으로써 그 사기를 앙양케 하는 것이다. ‘선전’은 불특정 또는 다수인에게 반국가단체 등의 활동 내용이나 취지를 주지시켜 이해 또는 공감을 구하는 것을, ‘동조’는 반국가단체 등의 선전·선동 및 활동과 동일한 내용의 주장을 하거나 이에 합치되는 행위를 하여 반국가단체 등의 활동에 호응·가세하는 것을 의미한다.

(2) 국가보안법 제7조 제1항은 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 초과 주관적 구성요건을 규정하고 있다. 위 규정은 단지 ‘위태롭게 한다’라고만 규정하고 있으므로, 찬양·고무·선전·동조 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대하여 어떠한 위험을 어느 정도로 야기하여야 위 규정에 의하여 처벌되는지 견해의 대립이 있을 수 있다.

이와 관련하여 미국과 유럽 등에서는 표현의 자유를 제한하는 한계에 관한 다양한 기준이 제시된 바 있다. 그 제시된 기준들은 ‘해악을 초래할 위험의 경향성 또는 개연성’만 있으면 된다는 기준에서부터 ‘중대한 해악 발생의 명백하고 가능성 있는 위험’의 기준, ‘명백하고 현존하는 (급박한) 위험’의 기준, ‘실질적 해악을 끼칠 (명백한) 위험’의 기준 등으로서, 위험 발생 가능성의 정도와 급박성(현존성) 등에서 단계적으로 구분되는 차이를



보이고 있다.<sup>3)</sup>

우리나라에서는 심판대상조항들에 따른 처벌대상이 되려면 위협의 ‘명백성’이 있어야 한다는 점에 대하여는 대체적인 의견의 일치가 있으나, 거기서 더 나아가 위협의 ‘현존성’ 내지 ‘구체성’까지 갖추어야 되는지 여부에 관하여는 견해의 대립이 있다. 앞서 보았듯이 위 초과 주관적 구성요건 도입의 모태가 되었던 헌법재판소 결정(89헌가113)은 구 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 각 그 소정의 행위가 ‘국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위협이 있을 경우’에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다’고 하여, 위협의 명백성만을 요구하였다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49). 헌법재판소는 위와 같은 위협이 있는 경우에 해당하는지 여부는 “제7조 제1항 소정의 행위와 위협과의 근접정도도 기준이 되겠지만 특히 해악이 크냐 작으냐의 정도에 따라 결정함이 합당할 것”이라고 실시하여(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 62-63 참조), 표현행위와 위협 사이의 근접정보다는 해악의 크기에 더 큰 비중을 두었다.<sup>4)</sup> 이에 대하여 재판관 변정수의 반대 의견은 ‘의사표현에 대하여 형벌을 과하는 것은 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위협성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것이다(명백하고도 현존하는 위협의 원칙)’라고 하여 위협의 현존성까지 갖추어야 한다고 보았다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정의 반대 의견, 판례집 2, 49, 67).

3) 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 중 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대 의견 참조.

4) 헌법재판소의 위 결정은 미국의 연방대법원의 판례를 통해 탄생되고 발전되어 온 ‘명백·현존하는 위협(clear and present danger)의 원칙’의 영향을 받은 것이다. 위 원칙은 Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919) 판결에서 탄생하였는데, 법정외견을 집행한 흡즈 대법관은 “모든 사례에 있어서 문제는 사용된 말이 연방의회가 방지할 권리가 있는 실질적 해악(substantive evils)을 초래할 명백하고 현존하는 위협(a clear and present danger)을 발생시키는 성질의 것이며 그러한 위협을 발생시키는 상황에서 사용되었는지 여부이다. 이것은 근접성과 정도(proximity and degree)의 문제이다.”라고 판시하였다(Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52). 그런데 헌법재판소의 위 판시를 보면 위 연방대법원이 제시한 ‘근접성과 정도’ 중에서 ‘근접성’ 보다는 ‘정도’에 더 큰 비중을 두었음을 알 수 있으며, 연방대법원이 판시한 ‘명백하고 현존하는 위협’에서 ‘현존하는’이라는 부분을 제외하고 받아들인 것도 이러한 인식에서 비롯된 것으로 볼 여지가 있다.

1991년 국가보안법 개정 이후 선고된 95헌가2 결정은, 개정법 제7조 제1항에 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 주관적 구성요건이 추가된 것은 우리 재판소의 위 한정합헌결정(89헌가113)의 취지를 받아들인 것이라고 하면서, 위 개정된 조항 역시 ‘그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악(害惡)을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 한다’라고 하여 89헌가113 결정의 취지를 유지하였다(헌재 1996. 10. 4. 95헌가2, 판례집 8-2, 283, 292, 294-295).<sup>5)</sup>

대법원은 국가보안법 제7조 제1항 및 제3항이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 ‘실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우’에 적용된다고 하였다(대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 전원합의체 판결).<sup>6)</sup> 반면 대법원의 소수의견은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 ‘실질적 해악을 끼칠 명백하고 현존하는 구체적 위협’이 있어야 한다고 하여, 위협의 현재성과 구체성까지 요구하였다(대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결 중 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 별개의견; 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 중 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견 참조).

- 
- 5) 한편 89헌가113 결정의 내용(법정의견) 중에는 ‘구 국가보안법 제7조 제1항의 이적행위 중 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다’라는 설시가 있는데, 이에 따라 헌법재판소가 ‘해악을 미칠 명백한 위협’만을 요구하는 것인지, ‘실질적 해악을 미칠 명백할 위협’까지 요구하는 것인지(즉, 해악이 실질적일 것까지 요구하는 것인지) 다소 불분명하였다. 95헌가2 결정에서는 ‘국가보안법 제7조 제1항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악(害惡)을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 한다’라고 하면서, ‘실질적 해악을 미칠 명백한 위협’의 기준은 언급하지 아니하였다.
- 6) 대법원은 2008. 4. 17. 국가보안법 제7조 제1항 및 제3항이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 ‘실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우’에 적용된다고 하였다가(2003도758), 2010. 7. 23.에는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 ‘실질적 해악을 끼칠 위험성이 있는 경우’에 적용된다고 하여 ‘명백한’이라는 표현을 제외하였으나(2010도1189), 2013. 2. 15. 다시 ‘실질적 해악을 끼칠 명백한 위협’ 기준을 실시하였다(2010도3504).

### 다. 국가보안법 제7조 제3항 개관

국가보안법 제7조 제3항 위반죄는, 제7조 제1항에 정한 이적행위를 목적으로 하는 단체(이른바 이적단체)를 구성하거나 이에 가입함으로써 성립한다. 이적단체는 특정 다수인이 결성한 계속적이고 독자적인 결합체여야 하므로, 이적성을 갖고 있더라도 조직적 결합체에 이르지 못한 때에는 이적단체에 해당하지 않는다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결). ‘이적단체’의 해석과 관련하여 대법원은, 해당 단체가 주장하는 내용, 활동 내용, 반국가단체 등과 의사 연락을 통한 연계성 여부 등을 종합하여 ① 그 단체가 실질적으로 제7조 제1항에 정한 활동을 그 단체의 목적으로 삼았어야 할 뿐 아니라 ② 그 단체의 실제 활동에서 그 단체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있어야 한다고 판시하였다(대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결; 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 참조).

### 라. 국가보안법 제7조 제5항 개관

국가보안법 제7조 제5항 위반죄는, 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제4항에 규정된 이적행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득함으로써 성립한다. 여기서 ‘소지’라 함은 표현물을 자기의 사실상의 지배하에 두는 것을 말한다. 소유권·점유권 등 소지권한의 유무는 묻지 않으며, 이 점에서 ‘취득’과 차이가 있다. ‘취득’이라 함은 표현물을 유상이든 무상이든 자기의 소유로 하는 것을 말하고, 사실상의 지배를 개시함으로써 범죄는 완성된다. 반드시 자기가 현실적으로 소지할 필요는 없으며 제3자를 통해 자기의 지배하에 두는 것도 가능하다.<sup>7)</sup>

제7조 제5항도 제1항의 경우와 마찬가지로 그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용되는 것으로 해석된다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 65 참조). 위 규정에 따른 이적표현물로 인정되기 위해서는 그

7) 황교안, 앞의 책, 398-399면 참조.

표현물의 내용이 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용, 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 참조).

위 규정은 행위자에게 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제4항의 행위를 할 ‘목적’이 있는 경우에만 적용된다. 위 ‘목적’과 관련하여 대법원은 “행위자가 표현물의 이적성을 인식하고 국가보안법 제7조 제5항의 행위를 하였다고 하더라도 이적행위를 할 목적이 인정되지 아니하면 그 구성요건은 충족되지 아니한다. 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 하며, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 제5항의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 아니된다. 행위자에게 이적행위 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 이적표현물과 관련하여 제5항의 행위를 하게 된 경위, 피고인의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 피고인이 소속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.”라고 하여(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결),<sup>8)</sup>

8) 이는 이적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지로 판시한 기존의 대법원 판결들(대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결 등)을 변경한 것이다. 한편, 대법원은 종전에 “국가보안법 제7조 제5항에서의 목적은 제1항, 제3항 또는 제4항의 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건은 충족되는 것이며, 객관적으로 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하는 등 이적성이 있는 내용이 담겨있는 표현물을 그와 같은 인식을 하면서도 이를 반포·판매·취득·소지 등의 행위를 하였다면 그 행위자에게는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식은 있는 것으로 추정되는 것이고, 따라서 오로지 학문적인 연구나 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적목적이 없었다고 보여지는 자료가 나타나지 않는 한 초과주관적 위법요소인 그 이적목적의 요건은 충족된다고 보아야 한다.”라고 하였다(대법원 1997. 10. 24. 선고 96도1327 판결). 그런데 대법원은 본문에 소개한 2010도

제7조 제5항의 목적을 엄격하게 해석하고 있고 그 입증책임도 검사에게 부담시키고 있다.

### 3. 헌법재판소의 선례

#### 가. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49

헌법재판소는 1990. 4. 2. 구 국가보안법 제7조 제1항, 제5항에 대하여 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석하는 한 합헌이라는 취지의 한정합헌 결정을 하였으며, 그 이후의 결정들은 모두 이 선례의 취지를 따르고 있다(헌재 1990. 6. 25. 90헌가11, 판례집 2, 165; 헌재 1992. 1. 28. 89헌가8, 판례집 4, 4; 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1 등 참조).

『구 국가보안법 제7조 제1항에는 “구성원”, “활동”, “동조”, “기타의 방법”, “이롭게 한” 등 다의적이고 그 적용범위가 광범한 용어들이 있어, 이를 문언 그대로 해석·운영할 경우에는 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 침해할 개연성이 있고 또 법운영 당국의 자의적 집행을 허용할 소지가 있어 법치주의에 반하고 죄형법정주의에 위배될 소지가 생길 수 있다. 그러나 아직도 남북이 군사력으로 대치하고 있으며 긴장상태가 계속되고 있는 상황 하에서는 이 조항의 완전폐기에서 오는 국가적 불이익이 폐기함에서 오는 이익보다 이익형량상 더 클 것이며, 국가의 존립·안전에 대한 침해나 민주체제전복을 부추기는 내용의 언동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없고, 문제의 소재가 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에 있는 만큼 이를 헌법합치적으로 축소·제한하면 앞서 본 이 조항의 위헌

---

1189 전원합의체 판결에서 위 판시사항 중 ‘이적표현물임을 인식’하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 부분은 판례변경을 하였으나, ‘이적행위의 가능성에 대한 인식 또는 미필적 인식’이 있다는 점이 인정되면 목적 요건을 충족한다는 부분에 대하여는 판례를 변경한다는 것인지 명확하게 실시하지 아니하였다. 반대의견에서는 이 부분도 판례변경이 되어야 한다고 주장하였다(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 판결 중 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안의 반대의견 참조).

성은 제거될 수 있다. 그렇다면 문리해석상으로는 일응 이 조항에 해당하는 행위라 할지라도 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 제외하고 이에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 적용하도록 처벌범위를 축소제한하는 경우에는 앞서 본 헌법규정들에 합치되는 합헌적 해석이 되고 그 위헌성이 제거되며, 이는 구 국가보안법 제7조 제5항에 관하여서도 마찬가지이다.』

#### 나. 헌재 1996. 10. 4. 95헌가2, 판례집 8-2, 283

위 89헌가113 결정 이후 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 국가보안법이 개정되었다. 헌법재판소는 개정된 국가보안법(이하 ‘신법’이라 하고, 개정 전의 국가보안법을 ‘구법’이라 한다) 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대하여 거듭 합헌 결정을 하였다. 그 최초의 결정인 95헌가2 결정의 요지는 다음과 같고, 이후의 많은 결정들에서 그 취지가 그대로 유지되었다(헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1; 헌재 1999. 4. 29. 98헌바66, 공보 제34호, 397; 헌재 2002. 4. 25. 99헌바27등, 판례집 14-1, 279; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌바85등, 판례집 16-2상, 297 등 참조).

『신법 제7조 제1항은 구법 제7조 제1항과 대비하여 보면 두가지 점에서 뚜렷한 변경이 있었다. 그 하나는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건을 추가한 점이고, 다른 하나는 구법 제7조 제1항 후단의 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”라는 부분을 삭제한 대신 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 부분을 삽입한 점이다. 신법 제7조 제1항에 위와 같은 주관적 구성요건이 추가된 것은 입법자가 우리 재판소의 위 한정합헌결정들의 취지를 받아들인 것으로 보이는 바 구법규정보다는 그 구성요건이 훨씬 명확히 규정되었다고 보여지며 그래도 남은 용어의 추상성은 법적용·집행자의 합리적 해석에 맡겨도 된다고 본다. 즉, 구법 제7조 제1항의 가장 큰 위헌적 요소는 법문의 다의성과 적용범위의 광범성 때문에 이를 법문의 문리대로 해석하는 경우 행위자의 행위의 동기나 그 행위가 국가의 존립·안전이나 그 헌법적 기반인 자유민주적 기본질서에 미치는 영향 등을 불문하고 객관적으로 나타난 언행만을 형식논리의 잣대로 재어서 이 조항을 함부로 적용할 위험성

이 있었기 때문인데, 신법 제7조 제1항에서는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적(신·구법 제1조)을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다고 볼 수 있다.

신법 제7조 제1항의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 구성요건 중 “자유민주적 기본질서”가 무엇을 말하는가에 관하여는 앞서 본 우리 재판소의 결정내용이나 학설, 판례에 의하여 그 개념정립이 되어 있고, “위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 부분도 우리 재판소의 위 결정들의 판시취지에 따라 이를 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있다. 이러한 관점에서 풀이하면, 신법 제7조 제1항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 한다고 본다.

신법 제7조 제1항에서도 “구성원”, “활동”, “동조” 등의 개념이 사용되고 있으나 구법규정과는 달리 이들 개념은 모두 같은 항 앞머리의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 우리 재판소의 위 견해와 같이 제한해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거된다.

다음으로, 신법 제7조 제3항 및 제5항에 관하여 보건대, 이 조항들은 모두 같은 조 제1항을 전제로 하는 조항들로서 위에서 본 바와 같이 제1항에서 그 위헌성이 제거된 이상 이들 조항도 그 구법규정이 띠고 있던 위헌성은 제거된 것으로 보여지고 달리 이 조항들 그 자체에 따로이 어떤 독자적인 위헌적 요소가 있다고도 볼 수 없다.

그렇다면, 신법 제7조 제1항·제3항 및 제5항은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 이를 필요 이상으로 지나치게 제한할 위험성이 있다고 할 수 없고 또 죄형법정주의에 위배된다고도 할 수 없어, 헌법에 위반되지 아니한다.』

### 다. 헌재 2004. 8. 26. 2003헌바85등, 판례집 16-2상, 297

이 결정은 앞서 살펴본 95헌가2 결정의 취지를 그대로 따랐는데, 다만 청구인이 국가보안법 제7조 제5항 중 표현물의 ‘소지’ 행위를 처벌하는 부분은 과잉금지원칙에 위반된다고 주장한 데 대하여 다음과 같은 판단을 덧붙였다.

『국가보안법 제7조 제5항에서 이적표현물 소지행위를 처벌하는 것은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적으로 소지행위에 이른 경우로 제한하고 있으며 일정한 목적을 가진 소지행위는 그 표현물의 이적내용에 대한 전과가능성을 배제하기 어렵고 소지행위 자체도 역시 제작·수입행위 등과 같이 국가의 존립·안전에 대한 위험성이 있다고 할 것이다. 한편, 이러한 위험성을 갖지 아니한 행위 즉, 단순한 학문연구나 순수 예술활동의 목적으로 이적표현물을 소지·보관하는 경우에는 국가보안법 제7조 제5항이 적용되지 않으므로, 국가보안법 제7조 제5항에서 이적표현물의 소지행위를 처벌하는 것이 양심 또는 사상의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 아니다.』

## 4. 외국의 입법례

### 가. 미국

미국 연방형법은 ① 정부기관 등에 대한 전복이나 파괴에 대하여 지지하거나 사주하는 행위, ② 정부 전복·파괴를 목적으로 그러한 행위를 지지하는 문서 또는 인쇄물을 인쇄, 출판, 유포, 판매, 공연히 게시하는 행위, ③ 정부 전복·파괴의 목적을 가지는 단체의 구성 및 가입행위를 처벌한다. 그러나 이 조항은 반정부 선동 등에 대한 표현물을 단순히 소지하거나 취득한 사실만으로 처벌하지 않는다(18 U.S.C.A. § 2385). 미국 연방대법원은 위 ① 부분이 물리력에 의한 정부 전복을 위한 구체적인 행동을 지지하는 경우에 적용되는 것이지, 추상적인 원리를 지지하는 것에 적용되는 것이 아니라고 판단한 바 있다.<sup>9)</sup>

9) *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 319-320.



## 나. 일본

일본의 파괴활동방지법(이하 ‘파방법’이라 한다) 제38조 이하에서는 폭력주의적 파괴활동과 관련된 개인의 행위에 대한 처벌규정을 두고 있는데, 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항과 유사한 행위유형을 열거하면 다음과 같다.

(1) 내란죄, 외환죄, 외환유치죄의 선동죄(파방법 제38조 제1항) : 찬양 및 고무는 포함되지 않음

(2) 내란·외환·외환유치의 목적으로 그 실행의 정당성 또는 필요성을 주장하는 문서·도화의 인쇄·반포·게시죄(파방법 제38조 제2항 제2호) : 단순 소지, 취득은 포함되지 않음

(3) 단체의 구성 및 가입죄는 없음(공안심사위원회의 단체해산처분이 확정된 후 그 처분에 반하는 행위를 하는 것만 처벌됨)

## 다. 독일

독일 형법 제84조 및 제85조는 ‘해산정당 또는 그 대체조직,<sup>10)</sup> 금지된 단체 또는 그 대체조직의<sup>11)</sup> 구성원으로 활동하거나, 구성원이 아닌 자가 그 단체의 조직적 결합을 지원하는 행위’를 처벌하고 있다.

위 규정들의 ‘구성원이 아닌 자가 해산정당 또는 그 대체조직, 금지된 단체 또는 그 대체조직의 조직적 결합을 지원하는 행위’는 우리 국가보안법상 이적행위와 어느 정도 유사한 점이 있다. 그러나 위 독일 형법 조항에서 규정한 ‘해산정당’이나 ‘금지된 단체’는 정당해산절차 또는 결사금지절차에 의해 금지된 정당이나 단체를 말하고, 위 조항에 해당되기 위해서는 ‘단체의 조직적 결합의 유지를 직접 목적으로 할 것’을 요한다고 해석되고 있

10) 이는 다음 각 호의 정당을 말한다(독일 형법 제84조 제1항).

1. 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당
2. 연방헌법재판소에 의하여, 금지된 정당의 대체조직임이 확정된 정당

11) 이는 다음 각 호의 단체를 말한다(독일 형법 제85조 제1항).

1. 정당법 제33조 제3항에 의한 절차에서 금지된 정당의 대체조직임이 취소불가능하게 확정된 정당 또는 단체
2. 헌법질서 또는 국제적 양해사항의 기본관념에 반하는 목적을 추구함을 이유로 취소불가능하게 금지된 단체 또는 그와 같은 금지된 단체의 대체조직임이 취소불가능하게 확정된 단체

으므로, 우리의 국가보안법 제7조 제1항에 비하여 훨씬 엄격한 요건을 충족시켜야 한다.

위 규정들의 ‘해산정당 또는 그 대체조직, 금지된 단체 또는 그 대체조직의 구성원으로 활동하는 행위’를 우리 국가보안법 제7조 제3항과 비교하면, 독일의 경우 앞서 본 바와 같이 ‘해산정당’이나 ‘금지된 단체’는 정당해산절차 또는 결사금지절차에 의해 금지된 정당이나 단체를 말하고, ‘구성원으로 활동함’이라는 구성요건은 형식적으로 구성원 지위를 보유하고 있는지 여부만을 기준으로 하는 것이 아니라 실질적으로 조직을 위하여 일정한 행위를 하였는지 여부를 묻는다는 점에서 우리의 경우와 차이가 있다.

독일 형법 제86조는 해산정당 또는 그 대체조직의 선전물, 금지된 단체 또는 그 대체조직의 선전물, 과거 국가사회주의 조직의 목표를 계속 추구할 것을 내용으로 하는 선전물 등을 국내에 반포하거나, 반포할 목적으로 국내 또는 국외에서 제작, 보관, 반입 또는 반출하거나 공연히 전자기록을 통하여 그 접근을 용이하게 한 자를 처벌하고 있다. 우리의 국가보안법 제7조 제5항과 비교할 때, 이적표현물의 제작, 수입, 반포 등과 유사한 면이 있고, 특히 선전물의 ‘보관’ 행위의 경우, 국가보안법 제7조 제5항의 소지 또는 취득 행위와 유사한 면이 있다. 그러나 독일의 경우 ‘이적행위를 할 목적’이 아니라 ‘반포할 목적’이라는 구체적인 행위의 목적을 요구하고 있다. 또한 독일은 ‘해산정당 또는 그 대체조직, 금지된 단체 또는 그 대체조직’ 등을 전제로 하고 있고, 거기에 더하여 선전물은 ‘그 내용이 자유민주적 기본질서 또는 국제적 양해사항의 기본관념에 반하는 문서’여야 하므로(독일 형법 제86조 제2항), 금지되는 표현물의 범위가 우리의 경우에 비하여 훨씬 좁고 그 사유가 비교적 구체적으로 규정되어 있다. 또한 선전물이 국민계몽, 위헌적 계획의 저지, 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 공하는 경우에는 처벌대상이 되지 않고(독일 형법 제86조 제3항), 법원은 행위자의 책임이 경미한 경우 그 형을 면제할 수 있어(같은 조 제4항), 처벌의 예외를 넓게 인정하고 있다.

## 5. 이적행위 조항에 대한 판단

### 가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

#### (1) 법정의견

법정의견에서는 이적행위 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다는 선례의 취지를 유지한 가운데, 일부 내용을 추가로 실시하였다. 추가로 실시된 내용은 주로 이적행위 조항의 불명확성 및 그로 인한 자의적 집행 가능성을 우려하는 의견에 대한<sup>12)</sup> 반박의 형태를 띠고 있다고 볼 수 있다.

법정의견은 북한이 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이면서 반국가단체로서의 성격을 동시에 가지고 있으므로, 북한의 정책과 궤를 같이 하는 주장이라고 할지라도 남·북한의 교류 확대, 평화협정의 체결 등과 같이 협력의 동반자로서의 북한의 지위와 관련된 주장들이나, 통일·군사·안보 정책에 대한 건설적 비판, 남북상황, 대북정책 등에 대한 사적인 견해의 피력 등은 이적행위 조항에 의해 처벌되지 아니함이 명백하다고 하였다.

나아가 수범자로서는 동조행위를 찬양·고무·선전행위와 동일한 범정형으로 처벌하고 있는 이적행위 조항의 취지에 비추어, 위 조항의 “동조”에 해당하기 위해서는 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전하는 것과 동일하게 평가될 수 있을 정도로 적극적으로 자신의 주장을 피력하거나 반국가단체 등의 활동에 호응·가세한다는 의사를 외부에 표시하는 정도에 이르러야 할 것임을 충분히 예측할 수 있으므로, 위 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 하였다.

#### (2) 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분에 대한 재판관 1인의 반대의견

반대의견은 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보았다. 반대의견은 북한이 선전·선동하는 내용 중에서는 주한미군 철수, 남북 평화협정 체결 등과 같이 그 내용 자체로는 대한민국의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위협한다고 볼 수 없는 주장도 있

12) 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분에 대한 재판관 1인의 반대의견도 그러한 견해를 취하고 있다.

으므로, ‘반국가단체 등의 선전·선동 및 그 활동과 동일한 내용의 주장’에 대한 처벌은 과연 어떠한 내용의 주장까지를 처벌하는 것인지 그 경계를 알기 어렵고, 수사기관이나 법원의 자의가 개입될 경우 통일·군사·안보문제에 관한 개인적인 견해를 표명하거나 정부의 대북 정책을 정당하게 비판하는 경우까지도 처벌대상이 될 수 있어 그 처벌 범위가 지나치게 넓어지게 된다고 보았다. 또한 ‘북한의 선전·선동 및 그 활동에 합치되는 행위’나 ‘반국가단체 등의 활동에 호응·가세’한다는 것 역시, 정확히 어떠한 행위가 처벌대상이 되는지 예측하기가 매우 어려우므로, 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보았다.

## 나. 표현의 자유 침해 여부

### (1) 종전 선례와의 비교

종전의 선례들은 주로 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부를 중심으로 판단하면서 표현의 자유 등 기본권들의 침해 여부를 함께 판단하였는데, 이에 따라 전면적인 비례심사가 이루어지지 않는 것이었다. 이 사건에서 헌법재판소는 심판대상조항들이 표현의 자유 등을 침해하는지 여부에 대하여 본격적으로 과잉금지 원칙에 따라 심사하였다.

### (2) 법정의견

#### (가) 제한되는 기본권

법정의견은 이적행위 조항이 자발적인 결단에 따라 형성한 의사를 반국가단체 등에 대한 찬양·고무·선전·동조행위를 통하여 타인에게 알리고자 하는 표현의 자유를 제한한다고 하면서, 이적행위 조항에 의해 양심에 따른 행동을 할 자유가 제한되는 측면이 있기는 하나 이러한 행동이 표현행위를 통해 이루어지는 이상 위 조항으로 인하여 보다 직접적으로 제한되는 기본권은 표현의 자유라는 이유로 표현의 자유 침해 여부를 기준으로 이적행위 조항의 위헌성을 판단하였다.

#### (나) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

법정의견은, 이적행위 조항의 입법목적은 ‘반국가단체 또는 그 동조세력에 의한 사회적 혼란을 미리 방지하고 그들에 의한 국가전복 등의 시도를

사전에 차단함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하기 위한 것'으로 보면서, 그 목적의 정당성이 인정되고 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하는 행위를 형사처벌하는 것은 위 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이라고 보았다.

#### (다) 침해의 최소성

법정의견은, 1991년 이적행위 조항에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 초과 주관적 구성요건이 추가됨으로써, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 위험성이 명백한 행위만이 이적행위 조항의 처벌대상에 포함됨이 명백해졌으므로, 위 조항이 단순히 정부의 정책에 반대하거나 제도개혁을 주장한다는 이유만으로 행위자를 처벌하는 수단으로 악용될 가능성은 거의 없다고 하였다. 앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소의 중진 결정들이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 해악이 실질적인 것까지 요구하는지가 다소 불분명하였는데, 이 결정에서는 명확하게 ‘실질적 해악을 미칠 위험성이 명백한 경우’라는 요건을 채택하였다고 볼 수 있다.

이에 대하여 청구인들은, 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 대한 실질적 해악이 구체적으로 현존하는 단계에 이른 경우만을 처벌대상으로 삼아도 국가의 안전, 국민의 생명 및 자유의 보호라는 목적을 충분히 달성할 수 있을 것임에도, ‘위험의 명백성’만을 기준으로 이적행위 조항의 적용 여부를 결정하는 것은 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 주장하였다. 즉, 위험의 구체성 내지 현존성까지 갖춘 경우만을 처벌해야 한다는 것이다.

법정의견은 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력을 바탕으로 대치하고 있으며, 현재까지도 북한이 각종 무력 도발을 계속하는 상황에서, 반국가단체 등에 대한 찬양·고무·선전·동조 등의 행위로 야기된 명백한 위험은 그것이 당장 현실화된 것은 아닐지라도 언제든지 국가안보에 상당한 위협이 될 수 있고, 이와 같은 행위로 인한 위험이 구체적이고 현존하는 단계에는 이미 국가의 존립이나 안전에 막대한 피해가 초래되어 돌이킬 수 없거나 공권력의 개입이 무의미해질 가능성도 있다고 하였다. 이에 따라 구체적 위험이 현존하지는 않더라도 그 위험성이 명백한 단계에서 반국가단체 등

에 대한 찬양·고무·선전·동조 행위 등을 규제하는 것은 국가의 안전과 존립, 국민의 생존과 자유를 보호하기 위한 불가피한 선택으로 결코 표현의 자유에 대한 지나친 제한이 아니라고 하였다. 즉, 이 사건에서 헌법재판소는 이적행위가 되기 위하여 위협의 구체성 내지 현존성까지 갖추는 필요성을 분명히 하였다.

#### (라) 법익의 균형성

법정의견은, 이적행위 조항을 통하여 달성하고자 하는 국가의 존립과 안전, 국민의 생존과 자유라는 중대하고 긴요한 공익에 비하여, 개인이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위협성이 있는 찬양·고무·선전·동조행위를 할 수 없게 됨으로써 제한받는 사익이 결코 크다고 할 수 없으므로, 이적행위 조항은 법익의 균형성에도 반하지 아니한다고 하면서, 결국 이적행위 조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

#### (3) 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분에 대한 재판관 1인의 반대의견

반대의견은 반국가단체 등의 활동에 대한 동조행위는 그 행위자의 사상 또는 의견을 외부로 표현하는 행위이므로, 이적행위 조항 중 ‘동조’ 부분은 표현의 자유를 제한하고 있으며, 그 전제가 되는 양심의 자유 내지 사상의 자유도 제한하고 있다고 보았다.

반대의견은, 동조행위는 찬양·고무·선전행위에 비하여 훨씬 소극적이고 수동적인 행위이며, 타인을 직접적인 대상으로 할 필요도 없는 행위여서 외부적 영향력이 극히 적으므로, 반국가단체 등에 대한 동조행위를 처벌하는 것은 실질적으로는 그러한 주장과 행위로 인한 외부적 위험성을 이유로 처벌하는 것이 아니라 그 주장과 행위의 내용 자체를 문제 삼아 처벌하는 것과 다를 바가 없어, 다원주의적 가치관을 전제로 하는 민주주의의 정치적이상에 정면으로 배치된다고 하였다. 나아가 형법과 국가보안법은 반국가단체 등의 활동에 대한 표현행위 중 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위협성이 있는 표현행위에 대한 처벌규정을 이미 충분히 갖추고 있으므로, 그에 더하여 굳이 동조행위까지 처벌할 필요성이 인정되지 아니한다고 하였다. 이와 같이 이적행위 조항 중 ‘동

조' 부분은 구성요건에 관한 엄격한 해석을 도외시한 채 수사기관과 법원이 자의적으로 처벌대상을 정할 수 있는 여지를 열어둔 것이므로, 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유 및 양심의 자유를 침해한다고 판단하였다.

## 6. 이적단체가입 조항에 대한 판단

이적단체가입 조항의 위헌 여부에 관하여는 관여 재판관들의 의견이 일치하였다. 헌법재판소는, 이적단체가입 조항은 단체활동을 통한 국가전복의 위험, 민심의 교란, 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하고자 하는 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 이적단체에 가입하는 행위 자체를 단순한 이적활동에 비하여 가중하여 처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이라고 하였다. 또한 이적단체가입 조항은 엄격한 요건 하에서만 적용되므로, 위 조항이 정부가 특정한 정치적 의사를 표현하는 단체의 활동을 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다고 하면서, 조직력을 갖추고 있는 단체는 그 활동이 체계적이고 활동의 파장이나 영향력이 커 언제라도 사회 혼란을 야기하는 기폭제가 될 수 있으므로, 단체에 가입한 행위 자체를 처벌하는 것은 결코 표현의 자유나 결사의 자유에 대한 지나친 제한이 아니라고 하였다. 이와 같이 위 조항으로 인하여 이적단체에 가입하고 이를 통해 의사를 표현하고자 하는 자유가 다소 제한된다고 할지라도, 그 제한의 정도가 국가의 존립과 안전, 국민의 생명과 자유를 수호하고자 하는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없으므로, 이적단체가입 조항은 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하지 아니한다고 하였다.

## 7. 이적표현물 조항에 대한 판단

### 가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

이적표현물 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다는 점에 관하여는 관여 재판관들의 의견이 일치되었다. 헌법재판소는, 이적표현물 조항 중 “문서·도화 기타의 표현물”은 개인적인 사상, 의견, 신념이나 이념 등을 글, 그림 또는 언어 등의 형상으로 나타낸 일체의 물건을 뜻하

고, 이적표현물을 소지한다는 것은 이적표현물을 자기의 사실상의 지배하에 두는 것을 의미하며, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 만한 위험성을 전혀 갖지 아니한 표현물은 위 조항의 적용대상이 아니라는 점이 명백하므로, 이적표현물 조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

## 나. 표현의 자유 및 양심의 자유 침해 여부

### (1) 제한되는 기본권

헌법재판소는, 이적표현물의 제작이나 반포행위를 금지하는 것은 표현물에 담긴 사상, 내용을 자유롭게 표명하고 그것을 다른 사람들에게 전파하고자 하는 표현의 자유를 제한한다고 하였다. 또한 표현물에 담긴 내용이나 사상은 개개인이 자신의 세계관이나 가치체계를 형성해 나가는 데 영향을 주므로, 특정한 내용이 담긴 표현물의 소지나 취득을 금지함으로써 정신적 사유의 범위를 제한하는 것은, 내적 영역에서 양심을 형성하고 사상을 발전시켜 나가하고자 하는 양심의 자유 내지는 사상의 자유를 제한한다고 보았다.

### (2) 법정의견

법정의견은, 이적표현물 조항은 표현물의 제작, 유통, 전파 등으로 인한 사회의 혼란이나 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 존립, 국민의 생존과 자유를 확보하고자 함에 그 입법목적이 있으므로, 입법목적이 정당하다고 판단하였다. 또한, 이적표현물은 전파가능성이 높고 특별히 폐기하지 않는 이상 계속적으로 존재하여 사전에 그 전파를 차단할 필요성이 크므로, 이적표현물의 제작·소지·반포·취득행위를 형사 처벌하는 것은 위 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 하였다.

법정의견은, 이적표현물 조항은 표현물의 제작·소지·반포·취득행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용되므로, 위 조항이 정부의 정책을 비판하는 등 특정한 정치적 의견을 담고 있다는 이유만으로 표현물의 전파를 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다고 하였다. 또한, 행위자가 표현물



의 이적성을 인식하는 것에 더 나아가 이적행위를 할 목적이 있었음이 인정되어야만 처벌대상이 되므로, 단순한 학술연구나 영리, 지적 호기심의 충족 등의 목적을 주된 동기로 하는 이적표현물의 제작·소지·반포·취득행위는 이적표현물 조항에 의하여 처벌되지 아니한다고 하였다. 나아가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적을 가진 소지·취득행위는 그 표현물의 이적내용에 대한 전파가능성을 배제하기 어렵고, 최근 늘어나고 있는 전자매체의 형식의 표현물들은 실시간으로 다수에게 반포가 가능하고 전파 범위나 대상이 어느 범위에게까지 이를지도 전혀 예측할 수 없을 뿐만 아니라, 소지·취득한 사람의 의사와 무관하게 전파, 유통될 가능성도 배제할 수 없으므로, 이적표현물을 소지·취득하는 행위가 지니는 위험성이 이를 제작·반포하는 행위에 비해 결코 적다고 보기 어렵다고 하였다. 법정의견은, 이적표현물 조항을 통하여 실현하고자 하는 공익은 국가의 존립 및 안전, 국민의 생존 및 자유로 매우 중대한 반면, 위 조항에 의하여 일반 국민은 이적표현물을 이적행위를 할 목적으로 제작·소지·반포·취득할 자유만을 제한받게 되므로, 이적표현물 조항으로 인하여 제한되는 사익이 이를 통하여 달성하고자 하는 공익에 비하여 결코 크다고 할 수 없어 이적표현물 조항은 표현의 자유 및 양심의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

### (3) 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분에 대한 재판관 3인의 반대의견

반대의견은 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분에 한정하여 반대의견을 개진하였다. 반대의견은, 이적표현물의 소지·취득행위는 그 자체로는 대외적 전파가능성을 수반하지 아니하므로, 국가의 존립과 안전에 어떠한 위해를 가할 가능성이 있다고 보기 어렵다고 하였다. 이적표현물을 소지·취득한 자가 이를 유포·전파할 수도 있다는 가능성은 막연하고 잠재적인 가능성에 불과하고, 유포·전파행위 자체를 처벌함으로써 이적표현물의 유통 및 전파를 충분히 차단할 수 있으므로, 그 단계에 이르지 않은 소지·취득행위를 미리 처벌하는 것은 과도한 규제라는 것이다. 그리고 이러한 결론은 이적표현물이 전자매체의 형식을 가지고 있는 경우에도 달라진다고

볼 수 없다고 하였다.

반대의견은, 이적표현물을 소지·취득한 사람에게 이적행위를 할 목적이 있었는지 여부에 대한 인정 기준은 매우 추상적이고 주관적이며 불확실하므로, 행위자의 과거의 전력이나 평소의 행적을 통하여 추단되는 이념적 성향만을 근거로 하여 이적표현물을 소지·취득하고 있다는 사실을 문제 삼아 수사기관이나 법원이 자의적으로 처벌하는 것이 가능하게 되고, 반대자나 소수자를 억압하는 수단으로 위 규정이 오·남용될 가능성도 배제할 수 없다고 하였다. 특히 이적표현물의 소지행위는 계속범에 해당하므로, 이적표현물을 취득한 후에 계속 소장하고 있으면 취득시점으로부터 수십 년이 지난 후에도 처벌될 수 있어 사실상 공소시효가 의미없게 되고, 자신이 그러한 표현물을 소지하고 있었는지조차 인식하지 못한 상태에서 처벌되는 경우도 발생할 수 있으므로, 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분은 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유와 양심의 자유를 침해한다고 하였다.

#### 다. 책임과 형벌의 비례원칙 위반 여부

법정의견은, 이적표현물의 소지나 취득행위의 위법성이 다른 유형의 행위에 비해 결코 경미하다고 단언할 수 없고 법정형으로 징역형만을 정하고 있는 입법자의 선택이 현저히 불합리하다고 볼 수도 없으므로, 이적표현물 조항이 소지·취득행위를 제작·반포 등의 행위와 함께 같은 법정형으로 처벌하는 것으로 규정하였다고 하더라도 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 이 부분에 대하여 반대의견은 아무런 언급을 하지 않았는데, 이는 이미 이적표현물의 소지·취득행위를 처벌하는 것이 표현의 자유와 양심의 자유를 침해한다고 판단하였으므로, 그 처벌이 정당함을 전제로 처벌의 과잉 여부를 검토하는 이 부분 논의를 별도로 할 필요가 없다고 판단하였기 때문인 것으로 보인다.

### 8. 결정의 의의

헌법재판소는 1991. 5. 31. 개정 이전의 구 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대하여 ‘국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본

질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 적용되는 것으로 축소해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다’는 한정합헌 결정을 하였다(89헌가113 결정, 90헌가11 결정, 89헌가8 결정, 92헌바6 결정).

1991. 5. 31. 개정된 국가보안법 제7조 제1항에서는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가되었다. 헌법재판소는 위 주관적 구성요건이 추가됨으로써 법문의 다의성과 적용범위의 광범성이 대부분 제거되었다는 이유로, 개정된 국가보안법 제7조 제1항과 이를 전제로 한 같은 조 제3항, 제5항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다(95헌가2 결정, 92헌바6등 결정, 98헌바66 결정, 99헌바27등 결정, 2003헌바85등 결정).

이 사건에서 헌법재판소는 개정된 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항 중 제청신청인들 및 청구인들과 관련되는 부분에 대하여 합헌 결정을 선고함으로써 위 95헌가2 결정 등 선례의 결론을 유지하였다. 그러나 종전의 선례들이 주로 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부를 중심으로 하여 다른 기본권들의 침해 여부를 함께 판단함으로써 전면적인 비례심사를 하지 않은 반면, 이 사건에서 헌법재판소는 표현의 자유 및 양심의 자유의 침해 여부에 대하여 본격적으로 비례심사를 하였다는 점에서 차이가 있다.



## 담배사업법 위헌 확인

- 담배의 제조 및 판매에 대하여 규정한 담배사업법이  
국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무를  
위반하였는지 여부 -

(헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38, 판례집 27-1하, 12)

류지현\*

### 【관시사항】

1. 청구인이 심판절차 계속 중 사망하여 심판절차종료선언을 한 사례
2. 담배의 제조 및 판매에 관하여 규율하고 있는 구 담배사업법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되고, 2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘담배사업법’이라고 한다)에 대하여 간접흡연자와 의료인의 자기관련성 인정 여부(소극)
3. 담배사업법이 국가의 보호의무를 위반하여 청구인의 생명·신체의 안전에 관한 권리를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 담배사업법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되고, 2011. 6. 7. 법률 제10786호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘담배사업법’이라고만 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

※ 담배사업법의 조항들은 모두 생략함.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 이 사건 심판청구 당시, 청구인 조○행, 이○는 흡연자로서 폐암 투병 중이었고, 청구인 김○정, 전○영은 임신 중이었으며, 청구인 우○리, 전○수는 만 19세의 미성년자, 청구인 이○희는 만 16세의 미성년자이었고, 청구인 박○갑, 명○권은 의료인으로서 흡연관련 질병을 치료하면서 금연 운동 등을 전개하여 왔다.

나. 청구인들은, 국가는 흡연의 폐해로부터 국민의 건강을 보호하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 국가가 담배사업법을 통하여 담배의 제조 및 판매를 허용하고 보장하는 것이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

국가는 흡연의 폐해로부터 국민의 건강을 지키기 위한 적극적인 대책을 세워야 함에도 담배사업법을 제정하여 담배의 제조 및 판매를 허용하고 있다. 따라서 담배사업법은 청구인들의 보건권, 생명권, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

## 【결정요지】

1. 청구인 조○행은 이 사건 심판청구 이후인 2013. 1. 9. 사망한 사실이 인정되므로 위 청구인에 대한 심판절차는 청구인의 사망과 동시에 종료되었다.

2. 청구인 김○정, 전○영은 이 사건 심판청구 당시 임신부였던 자로서 간접흡연으로 인하여 자신들의 기본권이 침해되었다고 주장하나, 간접흡연으로 인한 폐해는 담배의 제조 및 판매와는 간접적이고 사실적인 이해관계를 형성할 뿐, 직접적 혹은 법적인 이해관계를 형성하지는 못한다. 또한, 청구인 박○갑, 명○권은 의료인으로서 담배로 인한 질병을 치료하면서 그 폐해의 심각성을 인지하게 되었다고만 할 뿐 구체적인 기본권침해 주장은 하지 않고 있고, 담배의 제조 및 판매가 허용되어 흡연이 가능하게 되었다

는 것만으로 위 청구인들에게 어떠한 기본권침해가 있다고 보기도 어렵다. 따라서 청구인 김○정, 전○영, 박○갑, 명○권의 심판청구는 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

3. 담배사업법은 담배의 제조 및 판매 자체는 금지하고 있지 않지만, 현재로서는 흡연과 폐암 등의 질병 사이에 필연적인 관계가 있다거나 흡연자 스스로 흡연 여부를 결정할 수 없을 정도로 의존성이 높아서 국가가 개입하여 담배의 제조 및 판매 자체를 금지하여야만 한다고 보기는 어렵다. 또한, 담배사업법은 담배성분의 표시나 경고문구의 표시, 담배광고의 제한 등 여러 규제들을 통하여 직접흡연으로부터 국민의 생명·신체의 안전을 보호하려고 노력하고 있다. 따라서 담배사업법이 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하여 청구인의 생명·신체의 안전에 관한 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.

### **청구인 김○정, 전○영의 심판청구에 대한 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견**

비록 간접흡연으로 인한 기본권침해의 상황이 흡연자의 흡연행위를 매개로 하여 발생하는 것이라 하더라도 이것만으로 담배의 제조 및 판매와 간접흡연자의 관계가 간접적이고 사실적인 이해관계에 불과하다고 할 수는 없다. 담배의 제조 및 판매로 인하여 직접흡연이 발생하는 이상 비흡연자들이 타인의 흡연행위로부터 완벽히 차단될 수 없다. 간접흡연자의 생명·신체의 안전이 위협을 받게 되는 근본적인 원인은 담배사업법에 따라 담배가 제조되고 판매되기 때문이다. 결국, 간접흡연에 노출될 수밖에 없는 모든 국민은 담배사업법에 대하여 구체적이고 실질적인 이해관계를 가진다고 할 수 있다. 따라서 청구인 김○정, 전○수의 심판청구도 기본권침해의 자기관련성이 인정된다.

## **【해 설】**

### **1. 사안의 쟁점**

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 일부 청구인이 심판절차 계

속 중에 사망하여 심판절차가 종료되었는지 여부 및 일부 청구인에 대하여 기본권침해의 자기관련성이 인정되는지 여부, 청구기간을 준수하였는지 여부가 문제되었다. 다음으로, 본안 판단을 함에 있어서는 제한되는 기본권과 심사기준, 직접흡연으로 인한 사안의 특수성, 생명·신체의 안전에 대한 보호의무 위반 여부가 주된 쟁점이 되었다.

이하에서는, 청구인들이 제기한 심판청구의 적법성 여부를 먼저 검토한 다음, 기본권침해 여부에 대한 본안 판단을 하고자 한다.

## 2. 심판청구의 적법성 판단

### 가. 청구인 조○행의 청구

청구인들 대리인이 제출한 ‘청구인 사망 관련 소명서’에 의하면, 청구인 조○행은 헌법재판소에 이 사건 심판절차가 계속중이던 2013. 1. 9. 사망한 사실이 인정된다. 청구인 조○행의 이 사건 심판청구의 요지는, 담배사업법이 위 청구인의 보건권, 생명권, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리 등을 침해하였다는 것인데, 이러한 기본권은 성질상 일신전속적인 것으로 당사자가 사망한 경우 승계되거나 상속될 수 있는 것이 아니어서 이에 대한 심판절차 역시 수계될 수 없으므로, 청구인 조○행의 이 사건 심판청구는 위 청구인의 사망과 동시에 그 심판절차가 종료되었다.

헌법재판소도 청구인 조○행에 대한 심판절차는 청구인의 사망과 동시에 종료되었다고 판단하였다.

### 나. 청구인 김○정, 전○영, 박○갑, 명○권의 청구

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다. 따라서 법률에 의하여 기본권을 침해받은 경우에는 법률에 의하여 직접 기본권을 침해당하고 있는 자만이



헌법소원심판청구를 할 수 있다고 할 것이고 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다.

#### (1) 청구인 김○정, 전○영의 청구

청구인 김○정, 전○영은 이 사건 심판청구 당시 임신 중이었던 임신부로서, 담배사업법으로 인하여 일반 국민들이 담배를 구입하여 피우게 되었고, 이로 인하여 임신부인 자신들이 ‘간접흡연’을 하게 되어 기본권이 침해되었다고 주장한다. 이처럼 간접흡연자의 심판청구에 대하여 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 있을지 여부가 문제되었다.

이에 대하여 법정의견은 아래와 같은 이유로 김○정, 전○의 심판청구는 기본권침해의 자기관련성이 부정된다고 판단한 반면에 재판관 김이수, 재판관 이진성은 기본권침해의 자기관련성이 긍정된다고 판단하였다.

#### (가) 자기관련성 부정설

간접흡연으로 인한 피해는 담배의 제조 및 판매행위로 인한 것이 아니라 흡연자의 흡연행위로 인한 것이고, 이는 담배사업법의 규율영역과는 무관하다. 즉, 간접흡연으로 인한 피해는 타인의 흡연으로 인하여 발생한 담배연기를 수동적으로 흡입함으로써 발생하는 것이므로, 금연구역의 확대나 건물 내에서의 흡연 금지 등 흡연자의 흡연행위 자체를 규제하여 타인의 흡연으로 인한 비자발적인 담배연기의 흡입을 방지함으로써 저지할 수 있다. 간접흡연의 피해까지 담배사업법으로 인한 기본권침해라고 본다면 결국국은 비흡연자들 모두 담배사업법으로 인한 기본권침해의 자기관련성을 가지게 되는데, 이는 구체적인 이해관계에 대한 해명 없이 막연한 위험성만으로 비흡연자들의 법적 관련성을 인정하는 것으로서 허용될 수 없다. 담배사업법에 따른 담배의 제조 및 판매는 비흡연자들이 간접흡연을 하게 되는 데 있어 간접적이고 2차적인 원인이 된 것에 불과하다. 이처럼 담배의 제조 및 판매와 비흡연자의 관계는 간접적이고 사실적인 이해관계를 형성할 뿐, 직접적 혹은 법적인 이해관계를 형성하지는 못한다. 따라서 청구인 김○정, 전○영의 심판청구는 담배의 제조 및 판매에 관하여 규율하는 담배사업법에 대해 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

## (나) 자기관련성 긍정설

담배사업법은 원칙적으로 담배제조업이나 판매업에 종사하는 자를 수범자로 하고 있어, 담배제조업이나 판매업에 종사하지 않는 일반 국민은 그 직접적인 수범자가 아니라는 점에 있어서 직접흡연자이든 간접흡연자이든 다를 바가 없다. 또한, ‘담배의 제조 및 판매’와 ‘생명·신체의 안전에 대한 침해’라는 위험상황 사이에 흡연행위가 매개된다는 점에 있어서도 직접흡연자이든 간접흡연자이든 같다. 그럼에도 담배사업법에 대하여 직접흡연자와 간접흡연자의 기본권침해의 자기관련성을 달리 판단하는 것은 부당하다.

간접흡연의 경우 타인의 흡연행위라는 것을 매개로 이루어지지만, 담배사업법은 원래 흡연자의 흡연행위를 전제로 하여 담배의 제조 및 판매를 규율하는 법이므로 흡연자의 흡연행위가 규범적으로 특별한 의미가 있다고 보기는 어렵다. 또한, 타인의 흡연행위에 노출되는 것은 본인의 의지와 상관없이 이루어지는 경우가 많고, 타인의 흡연행위에 노출되지 않도록 아무리 본인이 노력하고 국가에서 이를 규제한다 하더라도 간접흡연을 완벽하게 차단하는 것은 현실적으로 불가능하다. 최근에는 흡연자 주변에서 직접 담배연기를 맡음으로써 이루어지는 2차 흡연뿐만 아니라 직접 담배연기를 맡는 것은 아니지만 2차 흡연자의 머리카락이나 의류, 신체 등에 묻어 있는 담배 유해물질에 접촉함으로써 이루어지는 3차 흡연도 문제가 되고 있다. 설령 눈앞에서 흡연행위가 이루어지지 않는다 하더라도 간접흡연으로부터 완전히 벗어났다고 단정할 수 없다.

그렇다면 비록 간접흡연으로 인한 기본권침해의 상황이 흡연자의 흡연행위를 매개로 하여 발생하는 것이라 하더라도 이것만으로 담배의 제조 및 판매와 간접흡연자의 관계가 간접적이고 사실적인 이해관계에 불과하다고 할 수는 없다. 담배의 제조 및 판매로 인하여 직접흡연이 발생하는 이상 비흡연자들이 타인의 흡연행위로부터 완벽히 차단될 수 없어 간접흡연을 막을 길이 없으므로 국민건강증진법 등의 규율대상인 금연구역의 확대나 흡연행위의 규제만으로는 간접흡연이 저지될 수 없다. 간접흡연자의 생명·신체의 안전이 위협을 받게 되는 근본적인 원인은 담배사업법에 따라 담배가 제조되고 판매되기 때문이다. 결국, 간접흡연에 노출될 수밖에 없는 모든 국민은 담배사업법에 대하여 구체적이고 실질적인 이해관계를 가진다고

할 수 있다.

## (2) 청구인 박○갑, 명○권의 청구에 대한 판단

청구인 박○갑, 명○권은 의료인으로서, 담배로 인한 질병을 치료하면서 담배 폐해의 심각성을 인지하게 되었다고만 할 뿐 구체적인 기본권침해 주장은 하지 않고 있고, 담배의 제조 및 판매가 허용되어 흡연이 가능하게 되었다는 것만으로 위 청구인들에게 어떠한 기본권침해가 있다고 보기도 어렵다. 따라서 청구인 박○갑, 명○권의 심판청구도 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

헌법재판소도 청구인 박○갑, 명○권의 심판청구는 기본권침해의 자기관련성이 부정된다고 판단하였다.

## 다. 청구인 이○, 우○리, 전○수의 청구에 대한 판단

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

헌법재판소는 아래와 같은 이유로 청구인 이○, 우○리, 전○수의 심판청구는 모두 청구기간을 도과하였다고 판단하였다.

### (1) 청구인 이○의 청구에 대한 판단

담배사업법은 2010. 3. 19.부터 시행되었고, 청구인 이○는 담배사업법이 시행되기 전인 2001년경부터 2011. 8.경까지 흡연을 하였다고 주장하면서 2012. 1. 11.에야 비로소 이 사건 헌법소원심판을 청구하였는바, 이는 담배사업법이 시행된 날부터 1년이 경과하였음이 명백하다. 따라서 청구인 이○의 헌법소원심판청구는 청구기간을 도과하였다.

## (2) 청구인 우○리, 전○수의 청구에 대한 판단

청구인 우○리는 1992. 12. 4. 생이고, 청구인 전○수는 1992. 12. 14.생인데, 이들은 모두 만 19세가 된 해의 1. 1.인 2011. 1. 1.부터 담배를 구매할 수 있었음에도(청소년보호법 제28조 제1항, 제2조 제1호, 제4호) 그로부터 1년이 지난 2012. 1. 11.에야 비로소 이 사건 헌법소원심판을 청구하였는바, 이는 기본권침해사유가 발생한 날부터 1년이 경과하였음이 명백하다. 따라서 위 청구인들의 헌법소원심판청구도 청구기간을 초과하였다.

## 3. 본안 판단

### 가. 제한되는 기본권과 심사기준 등

#### (1) 제한되는 기본권

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여, 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다. 또한 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권일 뿐만 아니라, 헌법은 제36조 제3항에서 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 특별히 강조하고 있다. 따라서 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위협을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등).

이 사건에서는 담배사업법에 따라 담배의 제조 및 판매가 이루어짐으로써 담배를 구매하여 직접 흡연하는 일반 국민의 기본권이 침해되었는지 여부, 즉 직접흡연으로 인하여 국민의 생명·신체의 안전이 위협받거나 받게 될 우려가 있는지 여부가 문제 된다. 따라서 이 사건에서 제한되는 기본권

은 국가의 보호의무에 상응하는 생명·신체의 안전에 관한 권리이다.

이 외에도 청구인 이○희는 생명권, 행복추구권 및 인간다운 생활을 할 권리도 침해되었다고 주장하나, 생명권은 이미 위 생명·신체의 안전에 관한 권리에 포함되어 있는 권리이므로 이에 대하여 별도로 판단할 필요가 없고, 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니고 있으므로 생명·신체의 안전에 관한 권리의 침해 여부를 판단하는 이상 그 침해 여부에 대하여 별도로 판단할 필요가 없으며, 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하므로 국가의 국민에 대한 생명·신체 보호의무가 문제되는 이 사건에서는 별도로 판단하지 않기로 하였다.

## (2) 심사기준

국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다 하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다. 따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지 원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 한다(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등).

## (3) 이 사건에서의 위험상황 및 이에 상응하는 보호조치의 특성

이 사건에서는 담배의 제조 및 판매에 대하여 규율하고 있는 담배사업법이 직접흡연으로 인한 폐해라는 위험상황으로부터 소비자인 국민의 생명·

신체의 안전을 보호하기 위하여 적절하고도 효율적인 최소한의 보호조치를 취하고 있는지가 문제된다.

그런데 ‘직접흡연으로 인한 생명·신체의 침해’라는 위험상황에는 담배의 제조 및 판매와 담배의 구매 및 흡연, 그리고 이로 인한 폐암 등의 발생이라는 일련의 과정이 존재한다. 이처럼 흡연자 자신의 행동이 매개된다는 점에서 일반적인 위험상황과는 그 성격이 다르다. 그리고 이에 대한 보호조치의 적절성 여부를 판단할 때에도 담배의 유해성이 흡연자의 생명·신체를 중대하게 침해하여 국가가 담배의 제조 및 판매 자체를 금지하여야만 하는지, 만약 그 정도는 아니라면 어느 수준의 보호조치가 필요한지가 검토되어야 한다.

#### (4) 담배의 유해성에 대한 보호조치에 관한 국제기준

세계보건기구(WHO)는 담배규제에 대한 전 세계적인 공동 전략을 마련하고자 2차례의 실무회의와 6차례의 협상회의를 거쳐 2003. 5. 21. 제53회 보건총회(World Health Assembly)에서 192개 WHO 회원국의 만장일치로 담배규제기본협약(Framework Convention on Tobacco Control)을 통과시켰다.

우리나라는 2005년 2월 말부터 발효한 WHO 담배규제기본협약의 비준국으로서(2005. 5. 비준, 2005. 8. 발효), 동 협약 상의 각종 담배규제 및 금연정책을 준수일정에 따라 법제화하여 추진하여야 할 국제법상의 의무를 부담한다. 담배규제기본협약은 담배규제를 위해 제조, 생산, 유통, 소비의 전 과정에 있어서 각종 규제장치의 입법화를 비준국에게 일정한 타임스케줄 하에서 요구하고 있다.

협약의 본문은 11개의 장과 38개의 조항으로 구성되어 있으며, 주요 내용은 담배규제를 위한 담배수요 감소 조치와 담배공급 감소 조치이다. 담배수요 감소 조치로는 가격 및 조세정책(제6조), 간접흡연 노출로부터의 보호정책(제8조), 담배제품 및 그 배출물의 성분에 관한 규제(제9조), 담배제품 및 그 배출물 성분의 공개에 관한 규제(제10조), 담배제품의 포장 및 라벨 규제(제11조), 담배광고·판촉·후원 규제(제13조), 금연 교육·홍보 및 금연 프로그램의 활성화(제12조) 등이며, 담배공급 감소 조치로는 담배제품의

불법거래 금지(제15조), 미성년자 담배판매 금지(제16조), 담배산업 종사자에 대한 대체활동 지원(제17조) 등이다. 이외에도 환경보호, 담배회사의 책임, 정보교류 및 협력, 협약 당사국의 재정 및 행정규칙 등에 관한 내용을 담고 있다.

## 나. 과소보호금지 원칙 위반 여부

### (1) 담배의 유해성(위험상황)

#### (가) 담배연기를 구성하는 성분

담배는 비교적 저산소 환경에서 섭씨 850~900도로 연소된다. 담뱃잎, 종이, 첨가물 등으로 구성된 권련(cigarette)은 흡연 시 그 중심온도가 섭씨 900도 가량 되고, 이러한 고온에서 유기물질이 열분해, 열합성, 증류, 수소화, 산화 등 과정을 거쳐 여러 종류의 화학물질이 생성되는데, 모양, 대기 조건, 포장지, 습윤제, 건조방법 및 첨가제 등으로 그 성분은 더 다양해질 수 있다.

담배연기 중 필터를 통하여 흡연자의 체내에 흡입되는 주류연(main-stream, 공기 중으로 확산되는 연기를 제외한 흡연자의 체내로 흡입되는 연기)은 1ml당 백만 개 이상의 입자(직경 0.1~1.0 $\mu$ m, 평균 0.2 $\mu$ m)로 이루어진 연무질(기체에 액체 또는 미세한 입자가 섞여 있는 혼합체)로서, 약 4,000가지 이상의 화학물질을 포함하고 있다. 주류연의 물리화학적 특성은 담배와 담배 종이의 가공·처리방법, 필터의 종류 및 흡연방법 등에 따라 달라지나, 대체로 그 중 90% 이상이 질소, 일산화탄소, 이산화탄소, 암모니아, 시안화수소(hydrogen cyanide), 벤젠 등 약 500가지의 기체상 물질이고, 나머지가 약 3,500가지의 입자상 물질이다.

이 중 입자성분에는 니코틴, 물, 타르가 포함되어 있는 것으로 알려져 있다.

#### 1) 니코틴

니코틴은 담배를 비롯한 가지과 식물에 들어있는 염기성 유기화합물로서 담뱃잎 속에 유기산과 결합된 형태로 존재하는 천연 알칼로이드이다. 니코틴은 흡연에 의하여 인체에 흡입되고 중추신경계에 작용하여 도파민 분비를 활성화시킴으로써 각성효과, 스트레스 및 불안 감소 등의 효과를 나타내지만, 니코틴 자체는 발암물질로 확인되지 않았다.

## 2) 타르

담배연기에서 추출되어 나온 입자상 물질들 중에서 물과 니코틴을 뺀 나머지 물질들의 혼합물이 타르이다.

담배연기에 함유되어 있다고 알려진 발암물질은 대부분 타르에 포함되어 있다. 국제암연구기구(International Agency of Research on Cancer, 이하 'IARC')에 의하여 1군으로 분류된 발암물질 중 카드뮴, 크롬, 비소, 베릴륨, 니켈 등 유해금속과 2개의 방향족 아민류(2-naphthylamine과 4-aminobiphenyl)가 타르에 포함되어 있고, 그 외 IARC 분류 2군 발암물질에 해당하는 다환방향족탄화수소물(polycyclic aromatic hydrocarbon, 이하 'PAHs'라고 한다)과 니트로사민류 물질 등도 타르에 포함되어 있다. 흡연자들이 흡연 시 노출될 수 있는 중금속 성분은 구리, 납, 니켈, 망간, 베릴리움, 비소, 셀레니움, 수은, 아연, 철, 카드뮴, 크롬 등이고, 그 중 니켈, 납, 베릴리움, 비소, 카드뮴, 크롬은 발암물질로 알려져 있다. 이들 중금속은 토양이나 담배 경작에 사용되는 농약으로부터 유래한다. PAHs는 방향족 탄화수소로서, 각종 탄소화합물이 불완전연소되거나 열분해될 때 발생하고, 환경 및 인체에 대한 중요한 오염원이 된다고 알려져 있다. 100가지 이상의 PAH가 존재하는데, 그 중 벤조피렌과 같은 몇 가지 물질은 동물실험 결과 암을 일으키는 발암물질로 확인되었다. PAHs는 방향족 유기화합물을 함유한 물질이 불완전연소될 때 발생하는 물질이다. 담배연기, 매연, 석탄연소 배출물, 자동차 배기가스, 폐자동차 오일에서 발견되며, 불에 직접 구운 고기나 곡류, 콩류, 커피와 그 가공품에서도 발견된다. 발생량은 유기물질의 종류와 양, 연소할 때의 산소공급상태, 연소열 등에 따라 달라진다. 니트로사민(Nitrosamine)은 담배 속의 아민(amine)과 질산염(nitrate)에 의해 만들어진다. 니트로사민은 담배연기 외에도 기름에 튀긴 베이컨, 염장한 생선이나 고기, 맥주, 무지방 분유, 위액, 고무제품, 금속제품, 일부 화장품에서 발견된다.

## 3) 기타 유해성 물질들

다이옥신(Dioxins)은 담배 속에서는 발견되지 않고 담배연기에서만 발견되는데, 담배연기 속의 여러 가지 다이옥신의 총 농도는 대략  $5.0\mu\text{g}/\text{m}^3$ 이다. 담배를 매일 20개비 피우면 대략 체중 1kg당 4.3pg의 다이옥신을 섭취하게 되는데, 이는 몇몇 국가에서 유해물질의 1일 허용 섭취량으로 정한 매일



체중 1kg당 1~5pg과 유사하다.

담뱃잎에는 자연계에 존재하는 모든 물질과 마찬가지로 미량의 자연방사성물질(Pb-210, Po-210 등)이 존재한다. 그 중 Po-210은 알파선을 방출하고, Pb-210은 베타선을 방출한다. 담배에 축적된 Pb-210, Po-210 등은 토양과 공기에서 유래한다. 공기 중에 존재하는 Pb-210, Po-210 등이 담뱃잎 표면에 붙거나, 지표에 존재하는 Pb-210, Po-210 등이 뿌리를 통하여 담뱃잎에 축적된다. 현재까지 담배 내에 있는 미량의 방사능에 의한 피폭량이 자연피폭량에 비해 어느 정도인지, 폐암에 어떤 역할을 하는지는 명확하게 알려져 있지 않다.

#### (나) 직접흡연으로 인한 건강 침해의 내용

위에서 본 바와 같이 직접흡연으로 인한 건강 침해에서 문제되는 것은 주로 타르에 포함되어 있는 것으로 알려진 여러 종류의 발암물질로 인한 폐암 등의 발병 가능성과 주로 니코틴이 중추신경계에 작용하는 내용이라고 할 것인바, 그 유해성의 구체적 내용과 정도에 대하여 검토한다.

##### 1) 타르의 작용(폐암 발병과의 인과관계)

가) 앞에서 본 바와 같이 타르에는 다양한 종류의 발암물질이 포함되어 있으며, 미국, 영국, 일본 및 우리나라에서의 연구결과에 의하면, 직접흡연과 폐암은 역학적 인과관계가 있다고 인정할 수 있는 8가지 요건을 모두 갖추고 있다.

즉, ① 흡연이 폐암, 후두암의 발생보다 시기적으로 앞서는 점(temporal relationship), ② 동물실험 결과 담배연기가 호흡기에 암을 유발하는 점(biological relationship), ③ 환자-대조군 연구에서 일관되게 흡연과 폐암의 관련성이 보고되고 있는 점(consistency), ④ 코호트연구<sup>1)</sup> 결과에 의하면 흡연자의 사망위험도가 비흡연자에 비해 10배 가량 높은 것으로 보고되고 있는 점(strength), ⑤ 흡연량이 많을수록, 흡연시작 연령이 빠를수록 폐암 발병 및 사망비율이 증가하는 점(dose-response relationship), ⑥ 흡연과 다른 종류의 암(폐암, 후두암을 제외한)과의 관련성이 현저히 낮은 점

1) 질병의 원인과 관련되어 있다고 생각되는 어떤 요인을 가진 집단과 갖지 않은 집단을 계속 관찰하여 두 집단 질병발생률 혹은 사망률을 비교하는 연구방법.

(specificity), ⑦ 금연하는 경우 폐암이나 후두암의 발병률 혹은 사망률이 계속 흡연하는 경우에 비해 현저히 낮아지는 점(reversibility), ⑧ 폐암 사망은 남자에게서 높는데 흡연율도 남자에게서 높고, 폐암 사망률이 높은 인구 집단에서 흡연율도 높으며, 연도에 따라 폐암 사망률이 증가하는 양상과 흡연율이 증가하는 양상이 같이 관찰된다는 사실에 비추어 폐암의 기존 과학적 지식과 잘 부합하는 점(coherence)이 인정되므로, 흡연과 폐암 사이의 역학적 인과관계가 인정된다.

나) 다만, 가설 요인과 질병 사이의 통계적 관련성을 기초로 인정되는 역학적 인과관계는 집단 수준에서의 질병과 해당 요인과의 일반적 관련성의 정도를 나타내고, 조사대상이 된 요인 이외의 요인에 대하여는 조사 대상 집단이나 대조집단 모두 동일한 조건이라고 가정하기 때문에 가설 요인과 다른 요인들 사이의 관계나 기여비율 등은 밝히지 않는다. 역학은 질병 발생에 관여하는 위험인자를 규명하고 질병 발생을 예방하고자 하는 목적하에 집단에서 질병의 빈도 분포를 연구하고 그 원인을 규명하는 학문으로서, 폐결핵, 콜레라 등과 같이 특정 병인에 의해 발생하고 원인과 결과가 명확히 대응하는 이른바 특이성 질환을 연구대상으로 발전해 왔는바, 유전, 소질 등의 선천적 요인, 음주, 연령, 식습관, 직업적 요인, 환경적 요인 등 후천적 요인이 복합적으로 작용하여 발병하는 비특이성 질환에 있어서는 동일한 역할을 한다고 볼 수는 없다는 한계가 있다.

## 2) 니코틴의 작용(의존성)

### 가) 중독성과 의존성

‘중독(addiction)’은 대상에 대한 집착, 심리적 혹은 신체적 위해가 있음에도 강박적으로 사용하려는 경향, 중단하려는 노력에도 반복적으로 재발하는 상황 등을 설명하는 일반적인 개념이다. 중독에는 물질을 매개로 한 것과 ‘도박중독’, ‘인터넷중독’, ‘쇼핑중독’, ‘일중독’, ‘운동중독’ 등과 같이 물질의 매개 없이 이루어지는 것이 있다. 물질 사용이 없는 상태에서 발생하는 행동적 중독도 물질사용으로 인한 화학적 중독과 동일한 신경화학적 및 신경해부학적 보상회로를 통하여 발생한다.

근래에는 ‘중독’이라는 표현이 쉽게 혼동을 불러일으킬 수 있다는 이유로 ‘의존’이라는 용어를 사용하는 것이 일반적이다.<sup>2)</sup> 의존은 신체적 또는 생리

적 의존(physical or physiological dependence, 이하 ‘신체적 의존’이라 한다)과 심리적 의존(psychological dependence)으로 나뉜다. 전자는 금단증상을 예방하거나 경감하기 위해 약물을 계속 섭취하는 것이고, 후자는 만족감과 쾌감을 지속시키고자 하는 습관성(habituation)과 유사한 개념이다.

#### 나) 니코틴의 생리적 작용

니코틴은 다른 의존성 물질과 마찬가지로 중추신경계 내에서 도파민 농도를 높임으로써 보상효과를 나타낸다. 니코틴을 포함한 물질 의존은 해당되는 신경원의 활성도를 변화시키는 분자생물학적 상호작용에서부터 시작되어, 점차 각 신경세포와 신경회로에 이상을 일으켜 내성, 민감화(sensitization), 갈망(craving)과 같은 다양한 행동양상을 나타낸다.

니코틴은 중추신경계 내에서 급성 양성 강화반응과 신경적응 및 니코틴 사용에 관한 학습효과를 통해 의존성을 나타낸다. 니코틴의 급성 양성 강화반응은 신경전달물질이 대뇌변연계 도파민 시스템에 영향을 미쳐 도파민 분비를 활성화시킴으로써 나타난다. 인체에 흡입된 니코틴은 폐의 모세혈관과 동맥을 통하여 10여 초 정도 후에 뇌에 도달하고, 중추신경계에 위치한 니코틴 아세틸콜린 수용체를 통해 중추 및 말초신경계의 교감신경을 활성화시킨다. 니코틴에 의한 급성 양성 강화반응에는 경도의 다행감, 에너지 증가, 각성효과, 스트레스 및 불안의 감소, 식욕저하 등의 증상이 있을 수 있다. 이러한 급성 양성 강화반응 때문에 흡연자들은 니코틴을 추구하는 행동을 보이게 된다.

반복적으로 니코틴과 같은 의존성 물질에 노출되면, 비정상적인 자극에 대한 항상성 반응으로 신경적응현상이 일어나게 된다. 예를 들어, 만성적으로 니코틴에 노출될 때 니코틴 아세틸콜린 수용체의 수가 증가하게 되는데, 이는 니코틴 아세틸콜린 수용체의 민감성 저하로 인한 항상성 반응이다.

니코틴은 뇌의 쾌락중추에서 도파민을 증가시킨다는 점에서 코카인, 암페타민과 유사하지만, 그 작용 기전은 코카인이나 암페타민과 다르다. 코카인과 암페타민은 도파민의 분해소실을 억제하여 도파민이 작용하는 부위에

---

2) 세계보건기구(World Health Organization, 이하 ‘WHO’라 한다)도 1964년에 ‘중독’이 과학적 용어로 부적절하다면서 ‘의존(dependence)’이라는 용어를 대신 사용하도록 권고했다.

서 상당기간 고농도를 유지하는 직접적 작용을 하는 반면, 니코틴은 간접적으로 아세틸콜린 수용체에 작용하여 2차적으로 도파민의 분비를 자극하고 매우 짧은 시간 동안만 도파민 효과를 유지시킨다. 그러므로 통상적인 용량의 니코틴을 사용한 경우, 코카인과 헤로인에서와 같은 급성중독증상이나 정신독성은 나타나지 않는다. 미국정신의학회(American Psychiatric Association, 이하 'APA'라 한다)의 진단 및 통계편람(Diagnostic and Statistical Manuals, 이하 'DSM'이라 한다)도 니코틴의 경우에는 의존(dependence)만 인정할 뿐, 약물 기타 물질을 사회상규를 벗어나는 형태로 사용하는 것을 의미하는 남용(abuse)은 인정하지 않는다.

다) 니코틴 의존성에 관한 공식적 인정

미국 질병예방센터(Centers for Disease Control)는 1964년에 발행한 보건총감보고서(Report of Surgeon General)에서 흡연을 '습관'으로 규정하였고, 1979년에는 니코틴 의존성의 가능성만 제시하면서 이를 확인하지 못하다가, 1988년에 이르러 흡연의 니코틴 의존성을 공식적으로 보고하였다.

APA는 1994년에 발간한 DSM 제4판(이하 'DSM-IV'이라 한다)에서 알코올, 카페인, 암페타민, 코카인 등과 함께 니코틴 의존을 물질관련장애로 분류하여 질병의 범주에 포함시켰고, WHO도 1992년에 발간한 국제질병분류 제10판(International Classification of Disease, the 10th edition, 이하 'ICD-10'이라 한다)에서 정신적 행동적 장애 중 하나로 담배의존증후군(Tobacco dependence syndrome)을 분류하고 있다.

니코틴 의존증의 DSM-IV 진단기준에 의하면 ① 내성(원하는 효과에 도달하기 위해 흡연량 증가, 같은 양 담배로 효과 감소), ② 금단증상(우울, 불면, 불안, 집중력 저하 등), ③ 의도한 것보다 훨씬 긴 기간 동안 혹은 많은 양을 흡연하는 행위, ④ 금연 노력이 실패하고 지속적으로 담배를 피우려는 욕망의 존재, ⑤ 담배를 얻거나 흡연하는데 많은 시간을 보냄, ⑥ 담배 때문에 사회적, 직업적 혹은 여가 활동을 포기하거나 손해 보게 됨, ⑦ 건강을 해칠 위험이 있는 것을 알고도 흡연을 계속함 등 7가지 중 3가지 이상의 증상이나 행태를 12개월 내에 보일 때 니코틴 의존증상이 있다고 보나, 그 진단은 임상교육을 받고 진단 경험이 있는 사람의 인터뷰를 통해 이루어져야 한다는 견해를 제시하고 있다.

다만, DSM-IV 진단기준에 의하면 니코틴은 물질관련 장애 13가지 중 의존과 금단의 증상이 있으나, 다른 물질들과 달리 급성중독, 치매, 수면장애, 불안장애 등의 증상은 없는 것으로 되어 있다.

#### 라) 신체적 의존과 심리적 의존

신체적 의존은 ‘반복된 물질 사용에 의하여 변화된 신체적 상태, 즉 신경 적응상태’를 의미하고, 심리적 의존은 ‘약물이 주는 만족스러운 느낌과 쾌감이 중단되었을 때의 불편을 피하기 위하여, 약물을 계속적·정기적으로 투여하려는 심리적 욕구상태’를 말한다.

니코틴 의존은 신체적·심리적 양면에서 나타난다. 미국보건총감보고서(1988년판)는 “니코틴 껌의 사용이 흡연을 억제하고 금연에 따른 육체적 증상을 덜어줄 수 있지만, 흡연욕구에 대해서 거의 효과가 없다.”고 지적하면서, 흡연욕구가 니코틴 부족만으로 결정되는 것이 아니라 생리적 변화와 행위상황의 변화 및 다양한 약리학적·환경적 자극에 영향을 받을 수 있다고 보고하였다. 많은 흡연자들이 금연을 하지 못하는 여러 요인 중 심리적 요인이 중요한 역할을 한다고 보고된다. 흡연행위는 학습된 행동이고, 담배를 피우는 것이 흡연자에게는 하나의 특정 사건과 연관된 일상 행동이 된다고 한다. 예를 들어, ‘식사를 마치고 난 후’ 또는 ‘화장실에 갈 때’처럼 특정 사건이 있을 때, 흡연욕구가 생긴다고 한다. 또한, 흡연자들은 분노나 불안 등과 같은 부정적인 감정이나 스트레스에 대처하기 위해서 흡연하기도 한다고 보고된다.

#### 마) 금단증상

금단(withdrawal)증상이란 ‘어떤 물질을 지속적으로 과다사용해 온 사람이 갑자기 투약을 중지하거나 용량을 줄였을 때 혈액이나 신체조직 내의 농도가 떨어져서 나타나는 현상’을 의미한다. 금단의 징후와 증상은 사용되는 물질에 따라 다양하다. 대부분은 그 물질의 중독증상과 반대의 증상을 보인다. 급성중독효과가 수면량 증가에 있는 수면제의 경우, 금단하게 되면 불면증이 나타난다. 급성중독의 경우에 각성효과와 쾌감이 발생한다면, 금단할 때는 졸림과 불쾌감이 온다. 금단증상에는 신체적인 것도 있고, 심리적인 것도 있다.

니코틴 금단증상도 신체적 증상과 심리적 증상으로 나눌 수 있다. 신체

적 증상으로 위장계통의 징후, 식욕증가와 체중증가 등이 나타날 수 있고, 심리적 증상으로 우울감, 불쾌감, 흥분감, 불안, 좌절감, 자극 민감성, 주의력 감소 등의 증상이 나타날 수 있다.

금연에 따른 금단효과는 동물에게서 강화인자(약물 이외의 것, 예컨대 음식)를 박탈한 경우에 나타나는 반응들(불안, 화를 잘 내고 공격적으로 변화, 음식 섭취량 증가 등)과 유사하다는 보고가 있고, 이를 토대로 금연 시 나타나는 일부 금단증상들을 니코틴 부족이라기보다 욕구불만으로 인한 것으로 보는 견해도 있다.

1982년 내지 2000년 사이에 발간된 미국보건총감보고서에 의하면 흡연자 중 아무런 도움 없이 금연에 성공하는 비율이 90~95%에 이른다고 보고되고 있다.

#### 바) 내성(tolerance)

내성이란 ‘반복 사용하였을 때 동일 용량에서 획득하는 효과가 감소하거나 같은 효과를 얻기 위해 용량을 증가시켜야 하는 현상’을 말한다.

내성이 생기는 정도는 사용물질에 따라 차이가 있다. 아편류나 각성제의 경우에는 보통 사람에게 치명적인 용량에 이르기까지 내성이 생기게 된다. 그러나 니코틴의 경우는 장기 흡연자라 하더라도 흡연량이 제한 없이 증가하지 않고(이른바 ‘천정효과’) 흡연량 증가도 미미하다. 또한, 장기간 흡연한 사람의 니코틴성 아세틸콜린 수용체의 상향조절 상태는 금연 후 12주가량 경과하면 비흡연자 수준으로 하향 조절된다.

#### 사) 소결(니코틴의 작용과 의존성의 정도)

이상을 종합하면, 니코틴은 중추신경계에 작용하여 경도의 다행감, 에너지 증가, 각성효과, 스트레스 및 불안의 감소, 식욕저하 등의 급성 양성 강화반응을 나타내지만, 남용, 수면장애, 환각, 심각한 행동장애 등을 유발하지는 아니한다. 니코틴의 의존성은 신경적응현상에 따른 생리적 또는 신체적 의존이 존재하지만, 상당한 부분이 심리적인 것이고 아편류, 암페타민 등에 비하여 신체적 의존의 정도가 약하다. 또한, 니코틴의 경우 금단증상이 우울, 불쾌감, 불안, 주의력 감소 등 주로 심리적 증상으로 나타나며, 내성의 정도가 아편이나 각성제류와 달리 흡연량이 제한 없이 증가하는 수준은 아니다.

### (다) 담배의 유해성의 정도

직접흡연자의 생명·신체의 안전에 대한 위험상황으로서 과학적으로 밝혀진 담배의 유해성의 정도는 일응 다음과 같이 정리할 수 있다.

1) 담배연기의 성분 중 인체에 유해하다고 알려진 것은 니코틴과 타르이고, 이 중 니코틴은 중추신경계에 작용하는 점이, 타르는 여러 종류의 발암물질을 함유하고 있는 점이 문제된다.

2) 타르에는 여러 종류의 발암물질이 함유되어 있고, 흡연과 폐암 사이에는 역학적 인과관계가 인정된다. 다만, 이러한 인과관계는 역학적으로 검증된 것에 그치며, 아직까지는 담배연기의 성분과 관련하여 어느 정도 계량화가 가능할 정도로 밝혀졌다고 보기는 어렵다.

3) 니코틴은 신체적 또는 생리적 의존성과 심리적 의존성을 모두 가지고 있으나, 주된 것은 심리적 의존성이고 신체적 의존성은 마약류 등에 비하여 미약하며, 금단증상이나 내성 등의 정도도 이와 같다. 그러므로 담배의 의존성은 직접흡연자로 하여금 구체적인 상황에서 흡연을 할지 여부, 또는 흡연행위를 지속할지 여부를 '자유의사'에 따라 선택하는 데에 일정 정도 영향을 미치지만, 마약류와 달리 이를 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 할 정도라고 보기는 어렵다.

4) 한편, 니코틴이 중추신경계에 작용하는 내용은 주로 각성효과나 스트레스 감소 등 흡연자의 사적인 영역에 관련된 것이고, 마약류와 달리 남용의 위험이나 환각 또는 행동장애 등 사적 영역을 넘어설 수 있는 행동과 관련된 것은 아니다.

## (2) 담배사업법의 규제 내용(보호조치)

### (가) 담배 제조 및 판매 금지의 필요성

담배사업법에서는 담배의 제조 및 판매를 금지하고 있지 않다. 국가가 인체에 유해한 물질의 '제조 및 판매'에 대하여 어떤 규제를 가해야 하는지는, 그 물질이 가진 유해성의 내용과 정도, 그리고 일반적인 유통 및 사용의 방법 등을 고려하여 그러한 물질의 '사용'에 대한 규제와 함께 종합적으로 그 적정성 여부를 살펴야 할 문제이다. 인체에 유해한 물질이라 하더라도 그 유해성은 상대적인 경우가 많고, 해당 물질의 판매조건이나 사용 등

에 대한 규제가 적절하다면 그 제조 및 판매를 허용한다는 것 자체만으로 바로 생명·신체의 안전에 관한 국가의 보호의무 위반이라고 단정할 수는 없다.

위에서 본 바와 같이 현재로서는 흡연과 폐암 등의 질병 사이에 필연적인 관계가 있다거나 흡연자 스스로 흡연 여부를 결정할 수 없을 정도로 의존성이 높아서 국가가 개입하여 담배의 제조 및 판매 자체를 금지하여야만 한다고 보기는 어렵고, 따라서 담배의 제조 및 판매를 전면 금지하지 않는다고 하여 보호조치로서 필요한 최소한의 내용을 갖추지 않았다고 볼 수는 없다.

더욱이 담배사업법은 아래에서 보는 바와 같이 담배의 유해성으로부터 국민의 생명·신체를 보호하고자 일련의 장치들을 두고 있다.

#### (나) 담배제조·판매업에 대한 규제

담배사업법상 담배제조업은 엄격한 허가제로 규율되고 있고(제11조), 그 허가의 기준은 담배의 제조 및 품질관리에 필요한 일정 수준 이상의 자본력이나 기술력의 구비에 초점이 맞추어져 있는바(법 시행령 제4조 제1항), 이를 통하여 군소제조업체의 난립이나 저질의 제품이 생산되는 것을 방지하고 있다.

담배의 유통과 관련하여, 중간 단계에 해당하는 담배의 수입판매업이나 도매업의 경우 등록제도를 도입하였고, 소매인 지정을 받은 소매인만이 소비자에게 담배를 판매할 수 있도록 제한하면서(제12조 제1, 2항, 제13조 제1항, 제16조 제1항), 소매인은 소비자에게 우편판매나 전자거래의 방법으로 판매할 수 없도록 제한하고 있다(제12조 제4항). 이처럼 담배의 유통단계에서도 행정관청이 개입하여 엄격하게 관리하고 있고, 담배를 쉽게 사고 팔 수 없도록 하여 담배의 과도한 소비를 억제하고 있다.

#### (다) 담배의 판매조건에 대한 규제

담배사업법은 담배의 판매조건들로 담배의 판매가격 규제, 담배성분의 표시, 경고문구 표시의 강제, 광고의 제한 등에 관하여 규정하고 있다. 이들 조건은 주로 담배의 구매 및 흡연의 동기를 약화하고 담배의 유해성에 관한 정보를 구매자에게 제공하는 데에 초점이 있다. 이는 직접흡연자의



경우 건강에 대한 위험이 자신의 의사에 따른 담배의 구매와 흡연행위가 매개되어 발생한다는 점에서 일응 적절한 보호조치로 보인다.

### 1) 담배 판매가격에 대한 규제

담배사업법은 담배 제조업자 또는 수입판매업자가 담배 판매가격을 결정하여 행정 당국에 신고하게 하고, 이를 일간신문이나 인터넷 등 소비자가 잘 알 수 있는 방법으로 공고하며, 소매인은 공고된 판매가격으로 담배를 판매하도록 하면서(제18조 제1항, 제3항 내지 제5항), 이를 위반한 경우 일정한 과태료나 영업정지의 처분을 할 수 있게 하였다(제28조 제1항 제2호, 제2항 제1호, 제17조 제2항 제1의2호).

담배가격을 국가에서 직접 정하고 있지는 않지만, 국가는 담배에 부과하는 세금 인상 및 면세 담배 폐지를 통한 가격 정책을 실시하여 담배수요를 억제할 수 있다. 담배에는 담배소비세, 교육세, 부가가치세, 국민건강증진부담금, 폐기물부담금 등의 조세와 부담금이 부과되고 있는데, 이를 통하여 담배가격을 인상하는 것은 담배수요 감소에 이바지하는 면이 있고, 특히 청소년 흡연을 감소에 많은 영향을 미치는 것으로 나타난다.

이러한 조치는 담배제품에 대하여 조세정책과 가격정책을 시행하도록 하고, 국제 여행객에 의하여 이루어지는 면세·무관세 담배제품의 판매·수입을 금지 또는 규제하도록 권고하고 있는 담배규제기본협약 제6조에도 부합한다.

### 2) 담배성분의 표시

담배사업법은 담배 1개비의 연기 중에 포함된 주요 성분과 그 함유량을 담배의 갑포장지 등에 표시하도록 규정하면서(제25조의2 제1항), 그 위반에 대하여는 형사처벌(제27조의2 제5호) 또는 일정한 행정명령(제25조의2 제4항, 제25조 제3항)을 할 수 있도록 규정하고 있다.

담배사업법이 담배연기의 구성 물질에 대한 정보를 제공하도록 하는 조치는 담배규제기본협약 제9조 및 제10조에도 부합한다.

### 3) 경고문구의 표시

담배사업법은 담배의 갑포장지, 소매인 영업소에 부착하는 스티커 또는 포스터에 의한 광고 및 잡지광고 등에 ‘흡연은 건강에 해롭다’는 내용의 경고문구를 표시하도록 하면서(제25조 제1항, 법 시행령 제8조), 그 경고문구

의 크기, 색상, 위치 등의 표시방법에 관하여는 법 시행규칙에서 자세히 규정하고 있고(법 시행규칙 제15조 제1항), 이를 위반한 제조업자 또는 수입업자에 대하여는 형사처벌 또는 시정조치를 할 수 있도록 규정하고 있다(제27조의2 제3호, 제25조 제3항).

담배의 갑포장지 등에 경고문구를 표시하도록 한 것은 흡연자로 하여금 흡연 여부를 결정할 때 흡연으로 인하여 건강 침해의 우려가 있음을 진지하게 고려하도록 하는 기능을 하고, 이는 담배규제기본협약 제11조의 권고에도 부합한다.

#### 4) 담배광고의 제한 및 금품제공의 금지

담배사업법은 담배에 관한 광고를 금지 또는 제한할 수 있고(제25조 제2항), 담배판매 촉진을 위한 금품제공 등의 금지에 대해서도 규정하고 있는바(제25조의4, 법 시행령 제10조), 이는 담배 구매동기를 유발하는 광고나 관촉 등을 제한함으로써 담배수요를 억제하고자 하는 노력으로 보인다.

위와 같은 규율내용은 담배에 대한 광고·관촉·후원의 포괄적 금지 또는 제한과 이에 필요한 법적 행정적 조치를 실시하도록 명시하고 있는 담배규제기본협약 제13조에도 부합한다.

### (3) 소결

담배사업법은 담배의 제조 및 판매 자체는 허용하지만 위에서 본 바와 같은 여러 규제들을 통하여 직접흡연으로부터 국민의 생명·신체의 안전을 보호하려고 노력하고 있다. 따라서 담배사업법이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하였다고 볼 수는 없다.

헌법재판소도 담배사업법이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하지 아니하였다고 판단하였다.

## 4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 헌법재판소가 담배사업법과 관련하여, 직접흡연으로 인한 생명·신체의 침해 정도 및 보호의 필요성에 대하여 판단한 최초의 결

정이다.

나. 이 사건 결정에서는 담배의 제조 및 판매에 대하여 간접흡연자는 기본권침해의 자기관련성을 인정할 수 없다고 판단하였다. 그리고 흡연과 질병 사이에 필연적인 관계가 있다거나 흡연자 스스로 흡연 여부를 결정할 수 없을 정도로 의존성이 높아서 국가가 개입하여 담배의 제조 및 판매 자체를 금지하여야만 한다고 보기 어려우므로, 국가가 담배의 제조 및 판매를 전면 금지하지 않는다고 하여 보호조치로서 필요한 최소한의 내용을 갖추지 않았다고 볼 수는 없다고 판단하였다.



## 민법 제844조 제2항 등 위헌확인

- 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 전남편의  
친생자로 추정하는 민법 제844조 제2항의 위헌확인 사건 -  
(헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107)

승 이 도\*

### 【판시사항】

1. 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀(子女)를 전남편의 친생자로 추정하는 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분이 입법형성의 한계를 일탈하여 모(母)가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하고 잠정적으로 그 효력을 지속시키는 이유

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제844조(부의 친생자의 추정) ② 혼인 성립의 날로부터 2백일후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.

---

\* 헌법연구관

### 【사건의 개요】

청구인은 2005. 4. 25. 유○술과 혼인하였다가 2011. 12. 19. 이혼에 합의하고 서울가정법원으로부터 협의이혼의사 확인을 받은 다음 2012. 2. 28. 관할 구청에 이혼신고를 하였다. 이후 청구인은 송○민과 동거하면서 2012. 10. 22. 딸을 출산하였다. 청구인은 2013. 5. 6. 관할 구청을 방문하여 송○윤이라는 이름으로 딸의 출생신고를 하려고 하였다. 그런데 담당 공무원으로부터 민법 제844조에 따라 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자녀는 전남편의 친생자로 가족관계등록부에 기재되므로 전남편의 성(姓)에 따라 유○윤으로 기재되며, 이를 해소하기 위하여는 친생부인의 소를 제기하여야 한다는 말을 듣고 출생신고를 보류하였다. 한편, 2013. 5. 8. 서울의대 법의학고실의 유전자검사 결과 송○윤은 송○민의 친생자로 확인되었고, 송○민은 송○윤을 자신의 친생자로 인지하려고 한다. 이에 청구인은 심판대상조항이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2013. 9. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항에 따른 친생추정은 일반적인 추정에 비해 강력한 효력을 가지므로, 이해관계인의 법적지위에 미치는 영향이 크다. 따라서 친생추정의 문제가 원칙적으로 입법재량에 속한다 할지라도, 친생추정의 기준이 지나치게 불합리하거나 그로부터 벗어날 수 있는 방법이 지나치게 제한적이어서 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 강요한다면, 입법형성의 한계를 넘는 것으로서 헌법에 위반된다.

심판대상조항이 혼인 종료 후 300일 이내의 출생 여부를 친생추정의 원칙적 기준으로 삼는 것 자체가 입법형성의 한계를 넘었다고 볼 수 없다. 그러나 혼인 종료 후 300일 이란 친생추정의 기준 자체가 합리성이 있더라도, 심판대상조항이 아래와 같은 제정 이후의 시대변화를 반영하지 아니한 채 300일 기준에 대하여 법률상 예외를 인정하지 않는 것은, 친자관계의 신속한 확정에 의한 법적안정성만을 지나치게 중시한 채 혈연의 진실을 외면한 것으로서 입법형성의 한계를 일탈한 것이다.

심판대상조항은 민법이 제정된 1958년 이후 한번도 개정되지 아니한 채 오늘날에 이르고 있는바, 그 제정 당시에는 사회적으로 이혼과 재혼이 흔치 않았고, 법률적으로 여성에게 6개월간의 재혼금지기간이 존재하였기 때문에, 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 예외 없이 전남편의 친생자로 추정하되 이에 어긋나는 예외적인 경우라면 엄격한 친생부인의 소를 통하여만 해결하도록 하는 것이 합리적이었다.

그러나 오늘날에는, 이혼 및 재혼이 크게 증가하였고, 여성의 재혼금지기간이 2005년 민법개정으로 삭제되었으며, 이혼숙려기간 및 조정전치주의가 도입됨에 따라 혼인 파탄으로부터 법률상 이혼까지의 시간간격이 크게 늘어나게 되었다. 그 결과 여성이 전남편 아닌 생부의 자녀를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 그 자녀를 출산할 가능성이 과거에 비하여 크게 증가하게 되었으며, 유전자검사 기술의 발달로 부자관계를 의학적으로 확인할 수 있게 되었다.

그런데 심판대상조항에 따르면, 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고, 전남편이 친생추정을 원하지도 않으며, 생부가 그 자녀를 인지하려는 경우에도, 그 자녀는 전남편의 친생자로 추정되어 가족관계등록부에 전남편의 친생자로 등록되고, 이는 엄격한 친생부인의 소를 통해서만 번복될 수 있다. 그 결과 심판대상조항은 이혼한 모와 전남편이 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 되고, 자녀와 생부가 진실한 혈연관계를 회복하는데 장애가 되고 있다.

이와 같이 민법 제정 이후의 사회적·법률적·의학적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, 이미 혼인관계가 해소된 이후에 자녀가 출생하고 생부가 그 자녀를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 그 자녀를 전남편의 친생자로 추정함으로써 친생부인의 소를 거치도록 하는 심판대상조항은, 친생추정의 주된 목적인 자녀의 복리에 비추어 보아도 지나치게 불합리한 제한이다. 따라서 심판대상조항은 입법형성의 한계를 벗어나 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다.

2. 심판대상조항을 단순위헌으로 선언하면 친생추정의 효력이 즉시 상실되어 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀의 법적 지위에 공백이 발생

할 우려가 있고, 심판대상조항의 위헌상태를 어떤 기준과 요건에 따라 개선할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하므로, 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명한다.

### 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 안창호의 반대의견

심판대상조항은 혼인종료 후 출생한 자녀의 친생자관계를 추정하는 규정이다. 그런데 추정규정은 그 본질상 진실과 다른 경우가 있을 수밖에 없으므로, 예외규정으로 이를 번복할 방법을 제시하고 있다면 입법형성의 한계를 준수한 것으로 보아야 한다.

심판대상조항이 규율하는 범위는 첫째 아무도 친생추정을 다투지 않는 경우, 둘째 자녀의 생부가 전남편이 아닌 제3자일 개연성이 농후한 경우, 셋째 자녀의 생부가 누구인지 명백하지 않은 경우이다. 그런데 다수의견은 이 중 둘째의 경우에 제한적으로 타당할 뿐, 나머지 경우에는 법적보호의 공백을 방지하는 결과를 초래할 수 있다.

친생추정은 친생부인의 소와 유기적으로 작용하는 것이므로, 다수의견이 지적하는 문제점을 해결하기 위해서는 친생부인의 소를 규정한 민법 제846조 및 제847조로 심판대상을 확장하여, 그 법률조항들이 추정을 번복할 보다 합리적인 방법을 규정하지 아니한 부진정입법부작위가 위헌인지 여부를 논하는 것이 타당하다. 심판대상조항 자체는 자녀의 출생과 동시에 안정된 법적 지위를 갖추게 함으로써 법적 보호의 공백을 방지하는 기능을 수행한다는 점에서 합리성이 인정되므로, 입법재량의 한계를 준수한 것으로서 모의 기본권을 침해하지 아니한다.

헌법불합치결정에 대하여 상당한 시간이 지나도록 개선입법이 이루어지지 않는 입법관행을 고려할 때, 법정의견이 잠정적용 헌법불합치로 결정하면서 입법시한을 두지 않는 것은 법적보호의 공백상태를 우려한 교육지책으로 볼 수 있으나, 이는 정상적인 헌법불합치결정 방식이 아님을 지적한다.



## 【해설】

### 1. 심판대상조항의 입법연혁 및 친생추정 관련 사회변화

심판대상조항은 우리 민법이 제정된 1958. 2. 22. 이래 한번도 개정되지 아니한 채 오늘날에 이르고 있는바, 그 연원은 조선민사령에 따른 의용민법 및 1898년 일본 민법으로 거슬러 올라간다. 일본 민법 중 가족법 부분은 명치유신 시기인 1898년 제정되었는데(1898. 6. 21. 법률 제9호), 그 당시 일본 민법 제772조는 처(妻)가 혼인 중에 포태한 자녀를 부(夫)의 자녀로 추정하되, 혼인의 해소나 취소된 날로부터 300일 이내에 출생한 자녀(子女)는 혼인 중에 포태된 자녀로 추정하였다. 이러한 일본 민법 제772조는 일제강점기인 1939년 조선민사령(1939. 11. 10. 조선총독부제령 제19호)을 통하여 우리나라에 의용되었고(제11조),<sup>1)</sup> 광복 직후에는 1948년 조선민사령(1948. 4. 1. 군정법령 제181호)에 의하여 그 의용이 잠정적으로 유지되었다. 이후 1958년 ‘조선민사령 제1조의 규정에 의하여 의용된 민법 시행법’에 따라 일본 민법의 의용이 폐지되고, 같은 해 우리 민법이 제정되었으나(1958. 2. 22. 법률 제471호), 일본 민법 제772조의 친생추정에 관한 내용이 우리 민법 제844조에 그대로 반영됨에 따라 심판대상조항과 같이 규정되게 되었다.

혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 부(夫)의 친생자로 추정하는 규정은 그 제정 당시의 사회적·의학적·법률적 배경에 근거한 것으로서 시대적인 합리성이 있었다. 첫째, 그 당시에는 사회적으로 이혼율이 상당히 낮았고 이혼 후 재혼도 흔치 않았다. 한국가족법률상담소의 자료에 따르면 1911년부터 1938년 사이의 조이혼율(인구 1,000명당 이혼자 수)은 평균 0.44에 불과하였고,<sup>2)</sup> 재혼도 상당히 흔치 않은 일이었다. 둘째, 그 당시에

1) 일제강점 초기 조선총독부에서 제정된 1912년 조선민사령(1912. 3. 18. 조선총독부제령 제7호)은 기본적으로 일본 민법을 조선에 의용하되(제1조 제1호), 다만 조선인 상호간의 법률행위에 대하여는 법령 중 공공질서에 관한 규정과 다른 관습이 있는 경우에 있어서는 그 관습에 의하고(제10조), 조선인의 친족 및 상속에 관해서는 원칙적으로 조선의 관습에 따르도록 하였음(제11조). 그러나 1939년 조선민사령(1939. 11. 10. 조선총독부제령 제19호)에 이르러서는 친족·상속에 관하여도 일본 민법의 의용의 범위가 넓혀지게 되었음(제11조).

2) 한국가정법률상담소, 한국의 이혼율 연구Ⅳ, 2013, 24면 참조.

는 법률적으로 여성의 재혼금지기간이 존재하였다. 1898년 일본 민법 제 733조는, 전혼(前婚)이 해소 또는 취소된 날부터 6개월이 경과한 후가 아니면 여성은 재혼할 수 없다고 규정하였는데, 이러한 일본 민법 제733조 역시 1939년 조선민사령을 통해 조선에 의용되었고, 이후 1958년 우리 민법 제811조에 그 내용이 그대로 반영되었다.<sup>3)</sup> 그 결과, 여성이 부(夫)와 이혼 직후 생부(生父)와의 사이에서 자녀를 포태하여 전혼 종료 후 300일 이내에 생부의 자녀를 출산하는 일은 사회적으로 혼치 아니하였고, 재혼금지기간이 있었기 때문에 여성이 전혼 종료일로부터 6개월 이후에 생부와 재혼하여 포태한 자녀를 전혼 종료일로부터 300일 이내에 출산하는 것은 법률적으로 불가능하였다. 따라서 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 법률상 예외 없이 부(夫)의 친생자로 추정하는 것에는 합리적 근거가 있었고, 유전자검사를 통한 친자관계의 실질적 확인이 불가능하던 시대적 배경에서 ‘혼인 종료 후 300일 이내’라는 형식적 요건으로 친생추정하되 이에 어긋나는 매우 예외적인 경우라면 엄격한 친생부인의 소로써만 해결하도록 하는 것이 가정의 평화, 자녀의 법적지위 안정, 소송경제 등에 부합하였다.

그러나 21세기 현재 우리나라의 사회적·의학적·법률적 배경은 이러한 친생추정이 만들어진 과거의 상황으로부터 크게 변화하였다. 우선 이혼 및 재혼에 대한 사회적 인식이 변화함에 따라, 조이혼율은 1938년의 0.37에서, 1970년 0.67, 1980년 1.16, 1990년 2.08, 2000년 2.66, 2010년 2.31로 6배 이상 증가하였고,<sup>4)</sup> 재혼건수도 1982년 43,600여건에서 2012년 107,600여건으로 크게 증가하였다.<sup>5)</sup> 나아가 재혼금지기간이 남녀 차별적인 규정으로 작용하고 있고 유전자검사 등 친자감정기술의 발달로 인하여 여성의 재혼을 일정기간 금지할 필요성이 소멸됨에 따라,<sup>6)</sup> 재혼금지기간을 규정한 민법 제811조가 2005년 삭제됨으로써(2005. 3. 31. 법률 제7427호), 이제는 여성도 이혼 직후에 법률상 재혼할 수 있게 되었다.<sup>7)</sup> 그 결과 오늘날에는 모

3) 제811조(재혼금지기간) 여자는 혼인관계의 종료한 날로부터 6월을 경과하지 아니하면 혼인하지 못한다. 그러나 혼인관계의 종료 후 해산한 때에는 그러하지 아니하다.

4) 한국가정법률상담소, 한국의 이혼율 연구Ⅳ, 2013, 29-30면 참조.

5) 통계청, 우리나라의 이혼·재혼 현황(지난 30년간 이혼·재혼 자료 분석) 참조.

6) 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호) 개정이유 참조.

(母)가 표현부(表見父)와의 혼인 종료 직후 생부와의 사이에서 자녀를 포태하여 그 종료일로부터 300일 이내에 출산할 가능성이 증가하게 되었고, 특히 과거에는 존재하지 아니하였던 유전자검사 기술의 발달로 인하여 그 자녀에 대한 친자관계의 진실마저 과학적으로 확인할 수 있게 되었다.

## 2. 심판대상조항으로 인한 문제점

심판대상조항에 의하여 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀는 ‘혼인 중에 포태된 것’으로 추정되고, 이렇게 혼인 중에 포태된 자녀는 ‘부(夫)의 친생자’로 추정되며(민법 제844조 제1항), 일단 친생추정이 성립되면 그 추정은 오직 엄격한 요건을 갖춘 ‘친생부인의 소’를 거쳐야만 번복될 수 있다(민법 제847조). 한편 출생신고는 자녀의 출생 후 1개월 이내에 해야 하고, 모는 자녀의 출생에 대한 신고의무자이며, 만약 신고의무자가 신고기간을 해태할 경우 과태료의 제재를 받는다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제44조 제1항, 제46조 제2항, 제122조). 그러므로 표현부와 생부가 다를 때 모가 친생부인의 소를 제기한 경우에도 모로서는 일단 표현부를 법률상 부(父)로 하는 출생신고를 해야 하고(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제47조), 이러한 친생부인의 소의 확정판결 없이는 생부의 자녀로 출생신

- 7) 일본 민법의 경우에는 여성의 재혼금지기간 6개월을 규정한 제733조가 2015년까지 그대로 존속하였고, 이에 대한 위헌성 문제가 꾸준히 지적되었음. 이에 일본 최고재판소는 6개월의 재혼금지기간 중 100일을 초과하는 부분에 대해서는 합리적인 입법재량이 인정되지 않는다고 보아, 2015. 12. 16. 일본 민법 제733조 중 100일 초과 부분에 대해서 위헌으로 판결하였음(재혼금지기간 중 100일 이내의 부분은 합헌으로 판결함).

참고로, 위 일본 최고재판소 판결에는 일본 민법 제733조의 재혼금지기간 전부를 위헌으로 판결해야 한다는 재판관 1인의 반대의견이 있었음. 재판관 山浦善樹는 반대의견에서 외국의 비교법적 흐름을 고려할 때 일본 민법상 여성의 재혼금지기간을 전면 폐지하는 것이 올바른 방향이라고 판시하면서, 이에 부합하는 대표적인 사례로 한국 헌법재판소의 1997년 위헌결정(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 친생부인 소의 제척기간에 대한 헌법불합치 결정) 및 이에 따른 국회의 2005년 민법개정(친생부인 소의 제척기간을 개정하면서, 여성 재혼금지기간 6개월도 전부 폐지)을 소개하였음.

우리가 외국의 판례 및 입법례(특히 일본의 사례)를 참고한 경우는 많으나, 위 최고재판소 판결과 같이 일본이 우리의 판례 및 입법례를 모범적인 사례로 명시적으로 언급한 경우는 많지 않음. 이는 실정법에 내재한 위헌 문제를 적극적으로 발견하고 개선함으로써 국민의 부담을 덜어주기 위해 노력한 대한민국 헌법재판과 국회입법의 성과를 상징적으로 나타내주는 사례로 보임.

고할 수 없다(가족관계등록예규 제91호). 따라서 심판대상조항 및 관련규정에 의하면 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고 전남편이 그 친생추정을 원하지도 않으며 심지어 모가 친생부인의 소를 제기하려는 경우에도, 가족관계등록부에는 일단 전남편인 표현부의 친생자로 등록될 수밖에 없다.

그로 인하여 모의 경우, 전남편과 이혼하고 새로운 가정을 꾸려 생부의 자녀를 출산하였음에도 불구하고 심판대상조항으로 인하여 그 자녀는 가족관계등록부에 전남편의 성(姓)에 따라 전남편의 자녀로 기재되고, 이를 해소하기 위하여는 제소기간 내에 전남편을 상대로 친생부인의 소를 제기해야 하므로, 이러한 사정은 모가 이혼 후 새로운 가정을 만드는 것에 대한 현실적 부담이 되고 있다. 또한 표현부의 경우, 전처와 이혼하고 새로운 가정을 꾸리게 되었음에도 불구하고 심판대상조항으로 인하여 전처가 다른 사람과의 사이에서 출산한 자녀가 모르는 사이에 자신의 친생자로 가족관계등록부에 기재되어 갑작스럽게 부양의 의무를 부담하고,<sup>8)</sup> 그로부터 벗어나기 위해서는 모의 친생부인의 소를 기다리거나 또는 제소기간 내에 친생부인의 소를 제기해야 하는 부담을 받게 되었다.<sup>9)</sup> 나아가 모 또는 표현부가 친생부인의 소를 제기하지 않거나 2년의 제소기간을 경과하여 친생부인의 기회를 상실하게 되면, 자녀의 경우에는 생부에게 인지청구할 수 없고, 생부의 경우에도 자녀를 인지할 수 없어, 결국 진실한 혈연관계를 회복할 길이 영원히 봉쇄되게 된다. 물론 이러한 경우 차선책으로 생부가 그 자녀를 양자로 입양하는 방법도 고려해볼 수 있으나, 그렇게 되면 가족관계등록부에는 표현부가 친부로 기재되고 생부가 양부(養父)로 기재되어 가족관계등록부의 진정한 신분 공시 기능에 배치되며, 최악의 경우에는 표현부가 입양동의권을 남용함으로써 생부와 자녀 사이의 진실한 친자관계 회복에 장애가 될 수 있다.<sup>10)</sup>

8) 사후에는 법정상속을 부담하게 됨.

9) 표현부는 가족관계증명서를 발급받아 확인하기 전까지는 전처의 혼인의 자녀가 자신의 친생자로 등록되어 있음을 확인할 길이 없고, 전처 또는 자녀가 소를 제기하지 않는다면 본인이 직접 나서서 친생부인의 소를 제기해야만 가족관계등록부를 정정할 수 있다. 혈연관계도 없고 양육의사도 없는 표현부에게 전처의 혼의 자를 자신의 친생자로 등록하도록 하는 것은 표현부에게도 가혹할 수 있음.

그 결과 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀의 출생신고와 관련하여 다양한 편법행위가 발생하게 되었다. 가령 모가 자녀에 대한 전남편의 친생추정을 회피하기 위하여 이미 출생한 자녀의 ‘출생신고를 포기’함으로써, 자녀의 입장에서는 표현부 또는 생부에 대한 친생자로서의 권리와 국민으로서 마땅히 누릴 수 있는 건강보험 등 사회보장급여에 관한 법적 지위에 공백이 생기는 경우가 발생하고 있다.<sup>10)</sup> 나아가 병원 등 의료기관에서 출생하지 아니하고 출생당시 분만에 관여한 사람도 없는 경우에는 출생 사실을 아는 사람 2인이 작성한 출생증명서(인우보증서)만 있으면 출생신고가 가능하다는 점을 이용하여(가족관계등록예규 제283호), 모가 공정증서 원본부실기재죄(형법 제228조)로 처벌될 위험성을 감수하면서 그 출생 사실을 아는 2인과 공모하여 자녀의 출생일을 혼인 종료 후 300일 이후의 날짜로 변경하여 ‘허위 출생신고’하는 경우마저도 발생하게 되었다.

결국 혼인 해소 후에 출생한 자녀에 대하여도 효력이 미치는 친생추정조항으로 인하여 진정한 신분관계의 공시기능이 약화되고 탈법이 조장되는 문제가 발생하게 된 것이다. 이러한 문제는 과거의 기준에서 합리적으로 제정되었던 친생추정의 기준이 시대변화를 따라가지 못하여 그 합리성을

10) 한편 친양자로 입양하는 경우라면 가족관계등록부에는 친생부모가 현출되지 않고 양부모만 현출되기 때문에 단순 입양에 비하여 가족관계등록부의 진정한 신분 공시 기능에 배치된다는 비판에서 다소 자유로울 수 있으나(가족관계등록예규 제373호 제3조), 친양자 입양의 경우에도 친생부모의 입양동의권은 여전히 존재하기 때문에 생부와 자녀 사이의 진실한 친자관계 형성에 장애가 될 수 있다는 비판은 그대로 유효함.

11) 일본에서는, 모가 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀의 출생신고를 하지 아니하여 그 자녀가 무효적 상태로 학교생활하며 성장하여 수학적여행에 갈 나이가 되었으나, 호적이 없었기 때문에 일본여권을 취득할 수 없어 해외로 수학여행을 갈 수 없게 되었고, 이러한 사정이 언론에 보도되어 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀에 대한 친생추정 문제가 사회적으로 이슈가 되기도 하였음 [窪田充見, 家族法(民法を學ぶ), 有斐閣, 2013, 194면 참조].

우리나라에서도 이러한 사태가 발생할 것이 예정되었고, 실제로 모가 전남편과의 이혼절차 진행 중 생부의 자녀를 임신하여 이혼으로부터 4일 후인 2006. 6. 30. 자녀를 출생하였으나 심판대상조항으로 인하여 전남편의 친생자로 출생신고될 것을 두려워하여 자녀의 출생신고를 하지 않았고, 그 결과 출생신고가 없어 10세가 되도록 학교에 가지 못하고 이름도 없이 살아온 자녀의 사건이 이 사건 헌법불합치결정 이후에 언론에 보도되어 사회적으로 이슈가 되기도 하였음[중앙일보, ‘출생신고될 권리를 보장하라(2016. 7. 14.자 기사)’, ‘투명인간 서현이 출생신고 도움받는다(2016. 7. 18.자 기사)’ 참조].

상실하였기 때문에 발생한 것이라 할 수 있다.

### 3. 이 사건의 쟁점

헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다고 규정하고 있는바, 이로써 모든 국민은 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활 영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지며, 혈통에 입각한 가족관계의 형성은 개인의 인격발현을 위한 자율영역 보장에 있어 중요한 요소이다. 그런데 심판대상조항은 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀가 생부와 사이에서 출생한 자녀임이 명백한 경우에도 표현부인 전남편의 친생자로 추정하여 그 결과 출생신고시 가족관계등록부에 전남편의 성에 따라 전남편의 자녀로 기재되도록 하고 이를 부인하기 위해서는 청구인이 엄격한 요건에 따라 친생부인의 소를 제기하도록 하고 있으므로, 진실한 혈연에 따라 가족관계를 형성하고자 하는 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 ‘인격권 및 행복추구권’을 제한한다.<sup>12)</sup>

또한 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하여 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다고 규정하고 있는바, 이는 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 자유로운 형성을 국가가 보장할 것을 규정하는 것이다. 그런데 심판대상조항은 진실한 혈연관계에 부합하지 아니하고 청구인이 원하지도 아니하는 친자관계를 강요하고 있으므로, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 ‘혼인과 가족생활에 관한 기본권’을 제한한다.<sup>13)</sup>

헌법재판소도 심판대상조항이 청구인의 인격권, 행복추구권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 제한한다고 판시하였다.

### 4. 입법형성 및 한계

혼인 종료 후 출생한 자녀의 친생추정을 어떻게 정할 것인가의 문제는 모 뿐만 아니라 자녀, 생부, 표현부의 법적 지위와 관계되므로, ‘법률적인

12) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 참조.

13) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 참조.

친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 모·자녀·생부·표현부의 이익'과 '친자관계의 신속한 확정을 통하여 법적 안정을 찾고자 하는 자녀의 이익'을 어떻게 그 사회의 실정과 전통적 관념에 맞게 조화시킬 것인가에 관한 문제이다. 따라서 이는 이해관계인들의 기본권적 지위와 혼인 및 가족생활에 관한 헌법적 결단을 고려하여 결정할 문제로서 원칙적으로 입법권자의 재량에 맡겨져 있다.

그런데 민법 제844조에 의하여 인정되는 친생추정의 효력은 법률에서 인정하는 다른 추정에 비하여 대단히 강력한 것으로서 친생추정이 유지되는 한, 모가 가족관계등록부에 자녀를 생부의 친생자로 등록하거나, 자녀가 생부를 상대로 인지청구하거나, 생부가 자녀를 인지하거나, 표현부가 자녀에 대한 양육·상속의무에서 벗어나는 것 모두 허용되지 아니한다. 따라서 혼인 종료 후 출생한 자녀의 친생추정을 어떻게 할 것인가는 중요한 문제로서 원칙적으로 입법형성에 속한다 하더라도, 그 친생추정 기간이 지나치게 불합리하거나 그로부터 벗어날 수 있는 방법이 지나치게 제한적이어서 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 지나치게 강요하는 것이라면, 이는 입법형성의 한계를 넘어서는 것으로서 위헌이라 아니할 수 없다.<sup>14)</sup>

이에 헌법재판소는 심판대상조항이 혈연진실 및 당사자들의 의사에 반하는 친자관계를 지나치게 강요함으로써 입법형성의 한계를 일탈하여 청구인의 인격권, 행복추구권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하였는지 여부를 살펴보았다.

## 5. 구체적 판단

가. 헌법재판소의 법정의견은 친생추정제도 그 자체 및 '혼인 종료 후 300일 이내의 출생 여부'를 친생추정의 원칙적 기준으로 삼는 것은 합리성이 인정된다고 판단하였다.

『모자관계는 임신과 출산이라는 자연적 사실에 의하여 그 관계가 명확히 결정된다. 그런데 부자관계는 그 관계 확정을 위한 별도의 요건이 필요하므로 이를 위해 친생추정제도가 도입되었다. 부부가 동거생활을 하면 처

14) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 참조.

가 남편의 자녀를 포태하는 것이 정상이고 부부의 정조의무가 지켜지는 한 처가 남편이 아닌 남자의 자녀를 포태할 수 없으므로, 민법은 처가 혼인 중에 포태한 자녀 또는 혼인관계 종료 뒤 3백일 안에 출생한 자녀는 부(夫)의 자녀로 추정하고 있다.

최근 유전자검사 기술의 발달로 과학적 친자감정이 가능하게 되었으므로, 위와 같이 개연성에 기반을 둔 친생추정제도를 계속 유지할 필요가 있을지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 출생과 동시에 자녀에게 안정된 법적 지위를 부여함으로써 자녀의 출생 시 법적 보호의 공백을 없앤다는 측면에서 친생추정은 여전히 자녀의 복리를 위하여 매우 중요하다. 특히, 친자관계에 대하여 다툼이 없는 대다수의 경우 친자관계를 형성하기 위하여 특별한 절차를 밟을 필요가 없다는 점을 고려하면 친생추정제도는 계속 유지될 필요성이 있다.

민법 제844조는 포태시기를 근거로 처가 혼인 중에 포태한 자녀는 부(夫)의 자녀로 추정하는 한편, 출생시기를 근거로 혼인 성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자녀는 혼인 중에 포태한 것으로 추정하고 있다. 이때 적용되는 200일 또는 300일의 기간은 포태 시부터 출산 시까지의 최단·최장기간에 해당하는 의학적 통계를 바탕으로 한다. 태아의 임신기간이 통상 280일(40주)인 것은 의학적으로 인정되는 사실이고, 산모의 개인적 차이를 고려하더라도 출산일로부터 역산하여 200-300일 이내에 포태되었을 것이라고 추정하는 것은 경험칙에 부합한다. 이런 이유에서 독일·일본 등 외국에서도 출생일로부터 역산하여 300일 이내의 기간을 친생추정의 기준으로 삼고 있다. 이러한 사정을 종합하여 보면, 심판대상조항이 혼인 종료 후 300일 이내 출생 여부를 친생추정의 기준으로 삼고 있는 것은 합리적이다.』

나. 그러나 법정의견은, 심판대상조항이 민법 제정 이후의 현저한 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, ‘혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀’를 아무런 법률상 예외 없이 전 남편의 친생자로 추정하고, 이에 따른 친생추정을 엄격한 친생부인의 소를 통해서만 해소하도록 하는 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로서 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활



에 관한 기본권을 침해한다고 판단하였다.

『(1) 심판대상조항은 민법이 1958. 2. 22. 제정된 이래 한 번도 개정되지 아니한 채 오늘까지 이르고 있다. … 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 법률상 예외 없이 부(夫)의 친생자로 추정하는 데 나름대로 합리적 근거가 있었고, 친자관계의 과학적 확인이 어려웠던 상황에서 친생추정에 어긋나는 예외적 경우라면 엄격한 친생부인의 소를 통하여만 해결하도록 하는 것이 자녀의 법적 지위 안정에 기여함은 물론 소송경제 등에도 부합하였다.

그러나 오늘날 상황은 이러한 친생추정의 기준이 만들어진 당시와는 크게 달라졌다. 우선 이혼 및 재혼에 대한 사회적 인식이 변화하여 이혼율 및 재혼건수가 증가하였고, 여성의 재혼을 일정기간 금지하던 구 민법 제 811조도 2005. 3. 31. 삭제되었다. 한편, 협의상 이혼의 경우 민법 제정 시에는 호적법에 따른 신고로 효력이 발생하였으나, 1977. 12. 31.에는 가정법원의 확인을 받아 신고하도록 변경되었고(민법 제836조), 2007. 12. 21.에는 신중하지 못한 이혼을 방지하기 위하여 이혼숙려기간 제도가 도입되었다(민법 제836조의2). 이에 따라 과거에는 당사자의 이혼의사 합치와 호적법에 의한 신고만으로 이혼할 수 있었으나, 현재는 가정법원에서 이혼에 관한 안내를 받고 그 안내를 받은 날부터 일정 기간이 지난 다음 법원으로부터 이혼의사 확인을 받아야만 협의상 이혼이 가능하게 되었다. 재판상 이혼의 경우에도 1990. 12. 31. 가사소송법이 제정되면서 조정전치주의가 도입되어 이혼의 소를 제기하려면 먼저 조정을 신청해야 하게 되었다(가사소송법 제50조). 그 결과, 혼인관계가 파탄에 이른 뒤 법률상 이혼의 효력이 발생하기까지 시간 간격이 크게 늘어나게 되면서 여성이 남편이 아닌 남자의 자녀를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 생부의 자녀를 출산할 가능성이 증가하게 되었다. 그리고 무엇보다도 과거에는 존재하지 아니하던 유전자검사 기술의 발달로 부자관계도 과학적으로 정확하게 확인할 수 있게 되었다.

(2) 그런데 심판대상조항에 따라 친생추정이 되면 그 추정은 오직 친생부인의 소를 통해서만 번복될 수 있다(민법 제844조 제1항, 제847조). 한편 출생신고는 자녀의 출생 후 1개월 이내에 해야 하고 신고기간 내에 신고를

해태하면 과태료의 제재를 받는다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제44조 제1항, 제46조 제2항, 제122조). 따라서 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고 전남편이 친생추정을 원하지도 않으며 생부가 그 자녀를 인지하려는 경우에도, 가족관계등록부에는 일단 전남편인 부(夫)의 친생자로 등록될 수밖에 없다. … 그로 인하여 모, 부(夫), 자녀, 생부 모두 불합리한 부담을 지게 되었다.

이러한 불합리한 결과는 혼인관계 종료 후 단기간 내 재혼이 드물었던 민법 제정 당시에는 현실적으로 문제가 되지 않았다. 그러나 사회와 법제도의 변화에 따라 혼인관계 종료 후 300일 이내에 전남편이 아닌 남자의 자녀를 출산하는 사례가 증가하고 그 부자관계를 어렵지 않게 확인할 수 있게 됨에 따라 진실한 혈연관계의 회복을 막는 심판대상조항의 문제점이 대두되게 되었다.

(3) 친생추정제도는 모자관계와 달리 부자관계의 정확한 증명이 실질적으로 불가능하다는 전제 아래 만들어진 것이다. 그러나 유전자검사 등을 통하여 친자관계 증명이 가능하게 된 현 상황에서 부자관계 입증 곤란은 더 이상 친생추정의 근거가 되기 어렵게 되었다. 한편, 심판대상조항과 같이 모와 부(夫) 사이의 혼인이 이미 종료된 경우를 전제로 친생추정을 적용하는 경우에는 가정의 평화 유지를 그 입법취지로 볼 수도 없다. 따라서 심판대상조항의 입법취지로는 자녀의 법적 지위를 신속히 안정시킬 필요성만 남게 된다.

그런데 사회적으로 이혼 및 재혼이 크게 증가하고 법률적으로 여성의 재혼금지기간도 폐지되었으며 협의상 및 재판상 이혼에 필요한 시간이 상당히 늘어난 이상, 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀가 부(夫)의 친자일 개연성은 과거에 비하여 크게 줄어들었다. 그리고 유전자검사를 통해 생부로 확인된 사람이 자신의 친자를 인지할 적극적 의사가 있는 경우에는 자녀의 법적 지위에 공백이 발생할 여지도 없다. 이러한 경우 심판대상조항은 본래의 입법취지에는 아무런 기여를 못하고 친자관계를 신속히 진실에 맞게 합치시키고 새로운 가정을 이루려고 하는 당사자의 의사를 도외시하는 결과만 초래한다.

이러한 문제를 해소하기 위하여 독일에서는 부(夫)와의 혼인 중에 출생한

자녀라도 그 출생일이 이혼소송 계속 이후이고 이혼판결 확정 후 1년 내에 생부가 그 자녀를 인지한 경우라면 부(夫)의 친생추정을 제한하는 예외규정을 두고 있다.<sup>15)</sup> 이혼소송이 계속 중이라면 이미 가정의 평화가 깨진 상태이고 이때 출생한 자녀를 생부가 인지하여 그 자녀의 법적 지위가 안정된 경우 굳이 이혼한 전남편의 친생자로 추정할 아무런 법률상 이익이 없기 때문이다. 이러한 경우에도 전남편을 자녀의 부(父)로 정한 다음 반드시 친생부인의 소를 거치도록 강제하는 것은 무의미한 절차의 낭비일 뿐이다.

그렇다면 이미 혼인관계가 해소된 이후 자녀가 출생하였고 이 사건과 같이 생부가 그 자녀를 인지하려는 경우마저도 아무런 예외 없이 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 부(夫)의 친생자로 추정하도록 하는 심판대상조항은, 친생추정의 주된 목적인 자녀의 복리에 비추어 보아도 지나치게 불합리한 제한이라고 보아야 한다.

(4) 심판대상조항이 혼인 종료 후 300일 이내의 출생 여부를 친생추정의 원칙적 기준으로 삼는 것 자체가 입법형성의 한계를 넘었다고는 볼 수는 없다. 또 자녀의 법적 지위 안정을 위해 심판대상조항과 같은 친생추정 규정도 필요하다. 문제는 친생추정에 아무런 예외를 허용하지 아니한 채 오직 친생부인의 소를 통해서만 친생추정을 번복할 수 있도록 한 데서 비롯된다.

독일과 같이 친생추정에 일정한 예외를 인정하거나, 친생부인의 소보다 절차가 간단하고 비용도 적게 드는 비송사건절차를 통하여 친생추정을 번복할 수 있는 길을 열어주는 등 친생추정의 예외를 인정하지 아니함으로써 인한 위헌성을 해소함과 동시에 자녀의 신분관계 안정을 도모할 수 있는 길이 있다. 그럼에도 불구하고 민법 제정 이후의 사정변경을 전혀 반영하지 아니하고 아무런 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만 강요함으로써 가족 구성원이 겪는 구체적이고 심각한 불이익에 대한 해결책을 마련하지 아니하고 있는 것은, 입법형성의 한계를 벗어난 것으로서 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이다.』

15) 독일 민법 제1592조, 제1599조, 제1600d조 참조.

다. 결국 심판대상조항은 모의 기본권을 침해하므로 헌법에 위반되지만, 친생추정제도 및 ‘혼인 종료 후 300일 기준’은 원칙적으로 합헌임을 고려하여, 법정외권은 단순위헌결정으로 인한 법적공백을 방지하기 위하여 아래와 같이 ‘잠정적용 헌법불합치’로 결정하였다.

『심판대상조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것이지만 이 조항이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀에 대해서는 친생추정이 없어지게 된다. 그렇게 되면 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀가 부(夫)의 친생자임이 명백한 경우에도 친생추정이 소멸되어 자녀의 법적 지위에 공백이 발생한다. 또한, 심판대상조항이 위헌이라도 그 위헌 상태를 헌법에 맞게 조정하기 위한 구체적 개선안을 어떤 기준과 요건에 따라 마련할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속한다. 따라서 입법자가 심판대상조항을 국민의 기본권을 보장하는 방향으로 개선할 때까지 일정 기간 이를 잠정적으로 적용할 필요가 있다. 그러므로 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다.』

라. 한편 반대의견은, 헌법재판소가 심판대상조항을 ‘단순위헌’으로 결정할 경우 출생한 자녀의 친생추정이란 법적 보호에 공백이 초래될 수 있고, 헌법재판소가 심판대상조항을 ‘잠정적용 헌법불합치’로 결정할 경우 개선입법까지 얼마나 많은 시간이 소요될지 알 수 없어 결과적으로 심판대상조항에 대해 상당 기간 동안 잠정 합헌을 선언하는 것과 다를바 없을 수 있음을 결정요지와 같이 지적하였다.

## 6. 결정의 의의

외국의 입법례에서도 300일을 친생추정에 있어 일응의 기준으로 삼는 국가들이 있으나, 친생추정 기준의 구체적 내용과 그 예외 인정 여부에 관한 사정은 우리와 다르다. 가령 일본 민법의 경우에는, 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 것이 실태에 맞지 아니함을 고려하여, 2007년 법무성 지침을 통하여 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자라도 의사의 증명서에 의하여 그 포태가 혼인 중에 이루어지지 않

있음이 의학적으로 증명되면 그 친생추정을 제한하도록 하고 있다. 또한 독일의 경우에는, 전남편과의 혼인중에 출생한 자라도 그 출생일이 이혼소송 계속 이후이고 생부가 그 자를 인정한 경우라면 부의 친생추정을 제한함으로써, 친생추정으로 인한 문제점을 해결하기 위하여 노력하고 있다.

헌법재판소의 이 사건 결정은, 민법 제정 이후 사회적·의학적·법률적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채 아무런 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만 강요함으로써 가족 구성원이 겪는 구체적인 심각한 불이익에 대한 해결책을 마련하지 아니하고 있는 심판대상조항이, 입법형성의 한계를 벗어난 것으로서 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다는 점을 분명하게 확인한 사건이다.

이 사건 결정 이후 제19대 국회에서 심판대상조항에 대한 개정안이 발의되었으나, 2016. 5. 29. 제19대 국회의 임기만으로 자동 폐기되었다. 그러나 제20대 국회에서 다시 개정안이 발의되어 현재 법제사법위원회에서 심사 중이며, 이와 별도로 법무부에 민법개정위원회가 구성되어 새로운 개정안이 연구되는 등 헌법재판소의 헌법불합치결정 취지에 따라 심판대상조항을 합리적으로 개정하기 위한 작업이 진행되게 되었다.



# 구 도로교통법 제93조 제1항 단서 제11호 위헌제청

- 자동차등을 이용한 범죄행위와 운전면허의 필요적 취소 사건 -  
(헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6, 판례집 27-1하, 176)

김 현 영\*

## 【관시사항】

1. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하도록 하는 구 도로교통법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제11호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 심판대상조항이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 심판대상조항이 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부(적극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 도로교통법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제11호가 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 도로교통법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것)

제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느

---

\* 헌법연구관

하나에 해당하는 때에는 행정안전부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호, 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.

11. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

○○지방경찰청장은, 당해사건 원고가 2010. 11. 19. 18:30경 피해자를 승용차 조수석에 태우고 약 2시간 40분 동안 운전하여 피해자를 자동차에 감금하였다는 이유로, 2011. 4. 20. 구 도로교통법 제93조 제1항 제11호를 적용하여 당해사건 원고의 제1종 보통 자동차운전면허를 2011. 5. 24.자로 취소하였다. 당해사건 원고는 이에 불복하여 수원지방법원에 위 취소처분의 취소를 구하는 소(2011구단5593호)를 제기하였고, 그 항소심(서울고등법원 2012 누21347호) 계속 중 제청법원이 직권으로 위 취소처분의 근거가 된 위 도로교통법 조항에 대하여 2013. 1. 10. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

### 2. 제청법원의 위헌제청이유

가. 심판대상조항은 운전면허의 필요적 취소사유가 되는 대상범죄를 행정부의 하위법령에서 정하도록 위임하고 있어 의회유보원칙에 위배된다.

나. 자동차등을 이용한 범죄행위를 운전면허의 필요적 취소사유로 규정함에 있어 그 대상범죄를 무엇으로 정할 것인가의 문제는 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 절실하여 위임의 필요성이 인정되는 경우라고 보이지 아니하고, 관련 법조항을 유기적·체계적으로 살펴보아도 수많은 범죄행위 중 어떤 범죄가 하위법령에 규정될 것인지 그 대강조차 예측하기 어려우므로, 심판대상조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다.



다. 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정된 도로교통법 제93조 제1항은 ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령으로 정하는 범죄행위를 한 경우’를 임의적 운전면허 취소사유로 변경한 점 등에 비추어 보면, 기본권 제한 정도가 덜한 임의적 운전면허 취소사유로 규정하더라도 입법목적을 충분히 달성할 수 있었다 할 것인바, 이를 기본권 제한 정도가 한층 더 큰 필요적 운전면허 취소사유로 규정한 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 반하여 운전을 업으로 하는 운전자의 직업의 자유 및 운전을 업으로 하지 아니하는 운전자의 일반적 행동의 자유를 침해한다.

### 【결정요지】

1. 자동차등을 이용한 범죄행위의 모든 유형이 기본권 제한의 본질적인 사항으로서 입법자가 반드시 법률로써 규율하여야 하는 사항이라고 볼 수 없고, 법률에서 운전면허의 필요적 취소사유인 살인, 강간 등 자동차등을 이용한 범죄행위에 대한 예측가능한 기준을 제시한 이상, 심판대상조항은 법률유보원칙에 위배되지 아니한다.

2. 안전하고 원활한 교통의 확보와 자동차 이용 범죄의 예방이라는 심판대상조항의 입법목적, 필요적 운전면허취소 대상범죄를 자동차등을 이용하여 살인·강간 및 이에 준하는 정도의 흉악 범죄나 법익에 중대한 침해를 야기하는 범죄로 한정하고 있는 점, 자동차 운행으로 인한 범죄에 대한 처벌의 특례를 규정한 관련 법조항 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 결국 심판대상조항에 의하여 하위법령에 규정될 자동차등을 이용한 범죄행위의 유형은 ‘범죄의 실행행위 수단으로 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등과 같이 고의로 국민의 생명과 재산에 큰 위협을 초래할 수 있는 중대한 범죄’가 될 것임을 충분히 예측할 수 있으므로, 심판대상조항은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

3. 심판대상조항은 자동차등을 범죄를 위한 수단으로 이용하여 교통상의 위험과 장애를 유발하고 국민의 생명과 재산에 심각한 위협을 초래하는 것을 방지하여 안전하고 원활한 교통을 확보함과 동시에 차량을 이용한 범죄의 발생을 막고자 하는 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 운전면허를 필

요적으로 취소하도록 하는 것은 입법 목적을 달성하기 위한 적정한 수단이다. 그러나 자동차등을 이용한 범죄를 근절하기 위하여 그에 대한 행정적 제재를 강화할 필요가 있다 하더라도 이를 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정함으로써 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 심판대상조항은 이에 그치지 아니하고 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하고 있다. 나아가 심판대상조항 중 ‘자동차등을 이용하여’ 부분은 포섭될 수 있는 행위 태양이 지나치게 넓은 뿐만 아니라, 하위법령에서 규정될 대상범죄에 심판대상조항의 입법 목적을 달성하기 위해 반드시 규제할 필요가 있는 범죄행위가 아닌 경우까지 포함될 우려가 있어 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 심판대상조항은 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 직업의 자유의 제약을 초래하고, 운전을 업으로 하지 않는 자에 대하여도 일상생활에 심대한 불편을 초래하여 일반적 행동의 자유를 제약하므로 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 따라서 심판대상조항은 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다.

### 재판관 김창중의 반대의견

자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등의 중대한 범죄행위를 한 운전자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 운전 자격이 없다고 볼 수 있으므로 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 할 필요성이 크고, 이러한 범죄행위를 한 경우에는 국민의 생명과 재산에 미치는 위험 및 그 위험을 방지할 필요성 등을 고려하여 운전면허를 필요적으로 취소하여야 한다고 본 입법자의 선택이 입법형성권의 범위나 한계를 일탈하였다고 보기 어려운 점, 운전면허가 취소된 날부터 2년이 지나면 다시 운전면허를 받을 수 있도록 하여 도로교통법이 정한 운전면허 결격기간 중 비교적 단기간으로 정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 심판대상조항이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 중대한 범죄행위를 한 사람에 대하여 반드시 운전면허를 취소하도록 한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반되지 아니한다. 나아가 자동차등을 이용한 살인 또는

강간 등의 중대한 범죄행위로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 지나치다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 아니한다. 따라서 심판대상조항은 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

심판대상조항은 ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 때’를 필요적 운전면허 취소사유로 규정하고 있다. 이 사건에서는 심판대상조항이 기본권 제한의 본질적인 사항을 법률로 규정하지 않아 법률유보원칙에 위배되는지 여부, 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부와 운전자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이다.

### 2. 심판대상조항의 입법연혁

가. 도로교통법은 1961. 12. 31. 법률 제941호로 제정되었다. 그러나 ‘자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’ 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있도록 하는 내용은 1980. 12. 31. 법률 제3346호로 개정된 도로교통법에 처음 도입되었다. 도입 당시에는 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 경우를 운전면허의 임의적 취소 또는 정지사유로 규정하였으나, 1999. 1. 29. 법률 제 5712호로 도로교통법을 개정하면서 이를 필요적 취소사유로 변경하였다. 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 개정된 도로교통법은 이를 여전히 필요적 취소사유로 규정하면서 그 내용을 ‘자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정자치부령이 정하는 범죄행위를 한 때’로 변경하여 범죄행위를 예시하고 하위법령인 행정자치부령에 구체적인 규율을 위임하였다. 이후 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 도로교통법을 개정하면서 필요적 취소사유에서 임의적 취소 또는 정지사유로 변경되어 현재에 이르고 있다. 심판대상조항의 구체적인 변천과정은 다음 표와 같다.

1980. 12. 31. (법률 제3346호)	1999. 1. 29. (법률 제5712호)	2005. 5. 31. (법률 제7545호)	2011. 6. 8. (법률 제10790호)
<p>제65조(면허의 취소·정지) 서울특별시 시장 등은 운전면허를 받은 자가 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 내무부령이 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다.</p> <p>5. 제55조의 규정에 의한 운전자면허를 받은 자가 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때</p>	<p>제78조(면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 ... 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 ... 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제3호, 제5호 내지 제12호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>5. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때</p>	<p>제93조(운전면허의 취소·정지) ①... 다만 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호, 제11호 내지 제13호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>11. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정자치부령이 정하는 범죄행위를 한 때</p>	<p>제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 ... 취소하거나 ... 정지시킬 수 있다.</p> <p>11. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령으로 정하는 범죄행위를 한 경우</p> <p>※ 단서에서 제11호가 제외됨</p>
<p>임의적 취소 또는 정지</p>	<p>필요적 취소</p>	<p>필요적 취소</p>	<p>임의적 취소 또는 정지</p>

나. ‘자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’라는 요건이 운전면허 정지 처분과 연결된 것은 1977. 3. 12. 내무부령 제223호로 도로교통법 시행규칙 별표 20이 개정되면서부터다. 도로교통법에 따른 위임이 없는 상태에서 위 별표 다. 1.에서 자동차사용정지 처분기준 중 하나로 ‘자동차가 범죄행위에 이용되거나 공공의 안녕질서에 반하는 행위에 이용된 경우의 처분기준’을 두었고, 그 중 범죄행위에 이용된 경우 아래와 같이 6개의 유형으로 나누어 운전면허 사용정지 처분일수를 규정하였다.

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 국가보안법 및 반공법을 위반한 범죄에 이용되었을 때: 처분일수 180일</li> <li>(2) 살인 및 시체유기에 이용되었을 때: 처분일수 90일</li> <li>(3) 강도, 강간, 방화에 이용되었을 때: 처분일수 60일</li> <li>(4) 유괴, 불법감금에 이용되었을 때: 처분일수 40일</li> <li>(5) 절도에 이용되거나 장물인 것을 알고 장물을 운반하였을 때: 처분일수 30일</li> </ul> |
|--|

(6) 기타 범죄수사결과 자동차를 이용하여 범죄를 저지른 것이 판명되었을 때:  
처분일수 15일

당시 도로교통법 제65조 본문은 “서울특별시·부산시장 또는 도지사는 운전면허를 받은 자가 다음 각 호의 1.에 해당할 때에는 내무부령이 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다.”고 규정하고 있었으나, ‘자동차가 범죄행위에 이용되는 경우’는 각 호의 사유에 포함되어 있지 않았으며 그 사유를 내무부령에 위임하는 별도의 규정도 없었다. 그 후 1980. 12. 31. 도로교통법 제65조 제5호에 위에서 본 것처럼 ‘운전자면허를 받은 자가 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’가 임의적 취소 또는 정지사유로 규정되어, 이때부터 위 시행규칙 별표 20 다. 1.의 내용은 구 도로교통법 제65조 제5호의 위임에 따른 것이 되었다. 1985. 2. 6. 위 시행규칙 내용은 별표 16. 1.의 11.로 위치를 옮기고 구체적인 정지처분일수를 삭제하여, 결과적으로 위 사유에 해당하면 운전면허정지에서 나아가 취소까지 가능한 임의적 취소 또는 정지사유로 되었다. 1986. 5. 1. 별표 16의2 9.로 위치만 옮긴 후 2003. 10. 18. 강제추행과 교통방해가 추가되었다.

한편, 1999. 1. 29. 도로교통법 개정으로 ‘자동차등을 이용한 범죄행위를 한 때’가 임의적 취소 또는 정지사유에서 필요적 취소사유로 변경되었으나, 그 구체적인 내용의 규율을 행정자치부령에 별도로 위임하는 규정을 두지는 않았다. 그럼에도 불구하고 도로교통법 시행규칙 별표 16의2 9.에서는 여전히 “자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때”에 대한 구체적인 내용을 규정하였다. 그 후 2005. 5. 31. 도로교통법 개정으로 제93조 제1항 제11호에 “운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정자치부령이 정하는 범죄행위를 한 때”를 운전면허의 필요적 취소사유로 규정함에 따라 2006. 5. 30. 개정된 행정자치부령 제329호에서는 별표 대신 시행규칙 제92조에서 ‘자동차등을 이용한 범죄의 종류 등’을 규정하면서 ‘자동차등을 범죄의 도구나 장소로 이용하여’를 요건에 추가함과 동시에 상습절도도 대상범죄로 추가하였다. 시행규칙의 구체적인 변경과정은 다음 표와 같다.

	1977. 3. 12. (내무부령 제223호)	1985. 2. 6. (내무부령 제426호)	1986. 5. 1. (내무부령 제440호)	2003. 10. 18. (행정자치부령 제208호)	2006. 5. 30. (행정자치부령 제329호)
시 행 규 칙 조 항	별표20(자동차사용정지처분기준) 다. 자동차가 범죄행위에 이용되거나 공공의 안녕질서에 반하는 행위에 이용된 경우의 처분기준 중 1. 범죄행위에 이용된 경우	별표16(운전면허행정처분기준 [제53조 제1항]) 1. 취소처분기준 11. 자동차를 이용하여 범죄행위를 한 때(법 제78조)	별표16(운전면허행정처분기준 [제53조 제1항]) 2. 취소처분 개별기준 9. 자동차를 이용하여 범죄행위를 한 때(법 제78조)	종전과 같음	제92조(자동차등을 이용한 범죄의 종류 등)
해 당 내 용	<p>(1) 국가보안법 및 반공법을 위반한 범죄에 이용되었을 때: 처분일수180일</p> <p>(2) 살인 및 시체유기에 이용되었을 때: 처분일수 90일</p> <p>(3) 강도, 강간, 방화에 이용되었을 때: 처분일수 60일</p> <p>(4) 유괴, 불법감금에 이용되었을 때: 처분일수 40일</p> <p>(5) 절도에 이용되거나 장물인 것을 알고 장물을 운반하였을 때: 처분일수 30일</p> <p>(6) 기타 범죄수사결과 자동차를 이용하여 범죄를 저지른 것이</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국가보안법 및 반공법을 위반한 범죄에 이용되었을 때</li> <li>• 형법을 위반하여 다음 범죄에 이용한 때             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 살인 및 시체유기에 이용된 때</li> <li>- 강도, 강간, 방화에 이용된 때</li> <li>- 유괴·불법감금에 이용된 때</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국가보안법을 위반한 범죄에 이용된 때</li> <li>• 형법을 위반하여 다음 범죄에 이용한 때             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 살인 및 시체유기에 이용된 때</li> <li>- 강도, 강간, 방화에 이용된 때</li> <li>- 유괴·불법감금에 이용된 때</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국가보안법을 위반한 범죄에 이용된 때</li> <li>• 형법 등을 위반하여 다음의 범죄에 이용한 때             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 살인, 사체유기 또는 방화</li> <li>- 강도, 강간 또는 강제추행</li> <li>- 약취·유인 또는 감금</li> <li>- 교통방해(단체에 소속되거나 다수인에 포함되어 교통을 방해한 경우에 한한다)</li> </ul> </li> </ul>	<p>법 제93조 제1항 제11호에서 운전면허 취소 사유로서 행정자치부령이 정하는 범죄행위나 같은 자동차 등을 범죄의 도구나 장소로 이용하여 다음 각 호의 어느 하나의 범죄를 범한 때를 말한다.</p> <p>1. 국가보안법을 위반한 범죄</p> <p>2. 형법 등을 위반한 다음 각 목의 어느 하나의 범죄</p> <p>가. 살인·사체유기 또는 방화나. 강도·강간 또는 강제추행다. 약취·유인 또는 감금</p> <p>라. 상습절도</p>

	1977. 3. 12. (내무부령 제223호)	1985. 2. 6. (내무부령 제426호)	1986. 5. 1. (내무부령 제440호)	2003. 10. 18. (행정자치부령 제208호)	2006. 5. 30. (행정자치부령 제329호)
	판명되었을 때: 처분일수 15일				(질취한 물건을 운반한 경우에 한한다) 마. 교통방해 (단체에 소속되 거나 다수인에 포함되어 교통 을 방해한 경우 에 한한다)
<b>법 률 과 의 관 계 도</b>	<b>독자적 정지</b> 사유 (법 제65조가 면허의 취소· 정지를 규정하 고 있으나 해당 사항 없고 시행 규칙 등에 위임 하는 내용도 없음)	위임에 따른 <b>일 의적 취소</b> 사유 (법 제65조 제5 호에 자동차등 이용범죄가 규 정되었음)	종전과 같음	<b>위임 없는 필요 적</b> 취소사유 (1999. 1. 28. 부 터 법 제93조 제 1항 단서에 해 당되었으므로 위임 문구가 없 어짐)	<b>위임에 따른 필 요적</b> 취소사유 (법 제93조 제1 항 본문 제11호 의 위임에 따른 규정)

### 3. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 2005. 11. 24. 선고한 2004헌가28 결정(판례집 17-2, 378)에서 심판대상조항으로 개정되기 전인 구 도로교통법(2001. 12. 31. 법률 제 6565호로 개정되고, 2005. 5. 31. 법률 7545호로 전부개정되기 전의 것) 제 78조 제1항 제5호에 대하여 위헌 결정을 내린바 있다. 위 결정의 심판대상 조항 및 내용의 요지는 다음과 같다.

『 **【심판대상조항】**

도로교통법(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 개정되고, 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전부개정되기 전의 것)

제78조(면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1

년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호·제2호, 제3호(정기적성검사가 기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

5. 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때

### 【결정의 요지】

가. 명확성원칙에 위반되는지 여부

이 사건 규정의 범문은 ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’를 필요적 운전면허 취소사유로 규정하고 있는바, 일반적으로 ‘범죄행위’란 형벌법규에 의하여 형벌을 과하는 행위로서 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위를 의미한다 할 것이므로 이 사건 규정에 의하면 자동차등을 살인죄의 범행 도구나 감금죄의 범행장소 등으로 이용하는 경우는 물론이고, 주된 범죄의 전후 범죄에 해당하는 예비나 음모, 도주 등에 이용하는 경우나 과실범죄에 이용하는 경우에도 운전면허가 취소될 것이다. 그러나 오늘날 자동차는 생업의 수단 또는 대중적인 교통수단으로서 일상생활에 없어서는 안 될 필수품으로 자리잡고 있기 때문에 그 운행과 관련하여 교통관련 법규에서 여러 가지 특례제도를 두고 있는 취지를 보면, 이 사건 규정의 범죄에 사소한 과실범죄가 포함된다고 볼 수는 없다. 그럼에도 불구하고 이 사건 규정이 범죄의 중합 정도나 고의성 여부 측면을 전혀 고려하지 않고 자동차등을 범죄행위에 이용하기만 하면 운전면허를 취소하도록 하고 있는 것은 명확성원칙에 위반된다고 할 것이다.

나. 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

도로교통법상 운전면허는 신체적 조건이나 도로교통과 관련된 법령 등에 대한 지식 및 자동차의 운전 능력 등을 종합적으로 평가하여 도로에서의 자동차등의 운전행위를 허가해 주는 것인데, 만약 자동차등을 운전면허 본래의 목적과 배치되는 범죄행위에 이용하게 되면 이는 국민의 생명과 재



산에 큰 위협이 될 것이므로 자동차등을 교통이라는 그 고유의 목적에 이용하지 않고 범죄를 위한 수단으로 이용하는 경우 운전면허를 취소하도록 하는 것은 원활한 교통을 확보함과 동시에 차량을 이용한 범죄의 발생을 막기 위한 것으로 그 목적이 정당하고 수단도 적합하다고 할 것이다.

## (2) 피해의 최소화

이 사건 규정은 자동차등을 이용하여 범죄행위를 하기만 하면 그 범죄행위가 얼마나 중한 것인지, 그러한 범죄행위를 행함에 있어 자동차등이 당해 범죄 행위에 어느 정도로 기여했는지 등에 대한 아무런 고려 없이 무조건 운전면허를 취소하도록 하고 있으므로 이는 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하고 그 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우까지도 운전면허를 취소할 수밖에 없도록 하는 것으로 최소침해성의 원칙에 위반된다 할 것이다.

## (3) 법익의 균형성

이 사건 규정에 의해 운전면허가 취소되면 2년 동안은 운전면허를 다시 발급 받을 수 없게 되는바, 이는 지나치게 기본권을 제한하는 것으로서 법익균형성원칙에도 위반된다.

## (4) 소결

그러므로 이 사건 규정은 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.』(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 385-390 참조)<sup>1)</sup>

1) 이에 대하여는 재판관 조대현의 합헌의견이 있으며, 그 요지는 다음과 같다. 『이 사건 규정 중 “자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때”란 자동차등을 직접 범죄 실행행위의 수단으로 이용한 경우를 의미한다고 해석될 수 있으므로 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵고, 이 사건 규정으로 인해 운전면허가 취소되면 2년간 운전면허를 받을 수 없게 된다고 하더라도 자동차를 직접적인 범죄 실행행위의 수단으로 이용하는 것은 위험성이 매우 크고 죄질도 지극히 불량하다고 볼 수 있기 때문에 이를 운전면허의 필요적 취소사유로 하였다고 하여 자동차를 직접적인 범죄 실행행위의 수단으로 이용한 사람의 기본권을 과도하게 제한하는 것이라고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 않는다.』(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 390-391 참조).

#### 4. 입법례

미국은 대체로 자동차를 이용하여 저지른 범죄가 중죄(felony)에 해당하는 경우에만 운전면허를 취소하도록 하고 있고, 일본은 ‘자동차를 이용하여 범죄를 저지른 경우’를 운전면허 취소사유로 명시하고 있지 아니하며, 독일은 도로교통법에서 자동차 운전을 하기에 부적합한 자 등의 운전면허는 박탈된다는 일반규정을 두면서(제3조), 별점 18점을 얻으면 운전면허가 박탈되도록 하고 있는 한편(제4조), 형법에서<sup>2)</sup> 별도로 자동차 또는 자동차의 운전과 관련된 범죄에 대하여 법원이 도로교통의 안전을 위협한 피고인의 운전행태에 따로 제재를 가할 필요가 있다고 판단할 때 주형(主刑)에 부가하여 운전금지를 명할 수 있도록 하고 있다.<sup>3)</sup>

#### 5. 심판대상조항에 의한 운전면허취소 현황

2014년 기준 약 2012만 대의 자동차가 등록되어 운행 중에 있으며,<sup>4)</sup> 운전면허 소지자는 2884만 여명으로 이는 전 국민의 57.7% 가량에 해당한다.<sup>5)</sup> 최근 5년간 운전면허 취소현황과 그 중 심판대상조항에 의한 자동차 등 이용범죄에 따른 운전면허 취소현황은 다음 표와 같다.

연도	평균 (5년 평균)	2010년	2011년	2012년	2013년	2014년
전체 운전면허 취소자	221,354명	286,704명	240,962명	186,102명	193,721명	199,281명
자동차등 이용범죄 취소자	761명	909명	793명	721명	660명	725명

- 2) 독일형법 제44조 법원은 자동차의 운전에 있어서나 운전과 관련하여 또는 운전자의 의무위반으로 행하여진 범죄행위로 인하여 자유형이나 벌금형을 선고할 때에 부가적으로 1개월에서 3개월 사이에 기간을 정하여 운전금지를 명할 수 있다.
- 3) 서보확, 형사제재로서의 운전금지와 운전면허취소, 형사정책연구 제8권 제2호(1997. 여름호), 208-209면 참조
- 4) 국토교통부 통계표 중 자동차 등록 현황 참조. 참고로 2014년 기준 자동차 1대당 인구수 2.55명, 1,000명당 자동차 보유대수: 391.9명임(e-나라지표 사이트 참조)
- 5) 경찰청, 운전면허 배출 및 취소, 운전면허소지자 현황(e-나라지표 사이트 참조)

## 6. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 법률유보원칙에 위반되는지 여부

#### (1) 의회유보원칙의 의의

헌법 제37조 제2항의 고전적 법률유보(침해유보)원칙에서 도출되어 발전된 의회유보원칙은 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구를 말한다. 헌법재판소도 이 사건에서 다음과 같이 판시하여 이를 재차 확인하였다.

『헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있고, 법치주의는 법률유보원칙, 즉 행정작용에는 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 원칙을 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 나아가 오늘날의 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙까지 내포하는 것으로 이해되고 있다. 이 때 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 사항이 어떤 것인지는 일률적으로 확정할 수 없고 구체적인 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성 등을 고려하여 개별적으로 정할 수 있다고 할 것이다(헌재 2009. 12. 29. 2008헌바48).』

#### (2) 판단 및 해설

자동차 운전면허의 필요적 취소 대상범죄의 범위 자체가 기본권 제한의 본질적인 사항이라고 보는 위헌론도 입론이 가능할 수 있으나, 헌법재판소는 다음과 같이 재판관 전원의 일치된 의견으로 심판대상조항이 법률유보원칙에 내포된 의회유보원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

『도로교통법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 함에 그 목적이 있는바(제1

조), 운전면허는 일정한 자격의 취득으로 도로교통에 위험과 장애를 줄 염려가 없다고 인정되는 자에게 행정청이 운전금지를 해제하여 자동차등을 운전할 수 있도록 허가하는 제도이다(제80조). 따라서 운전면허를 취득한 이후에도 운전자가 장차 자동차등의 운전으로 인적·물적 침해를 야기하여 도로에서의 안전한 운행을 방해할 가능성이 객관적으로 드러나는 경우에는 언제든지 일정한 절차를 밟아 자동차의 운전자격, 즉 운전면허를 취소할 수 있는 것이다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28).

이와 같이 도로교통법의 위 조항 등에 의하면 자동차등의 운전으로 인적·물적 침해를 야기하여 도로에서의 안전한 운행을 방해할 가능성이 있는 범죄행위를 한 경우 운전 적성이 흠결된 것으로 볼 수 있다는 점에서 운전면허의 필요적 취소사유에 대한 일응의 일반적 기준이 제시되어 있고, 심판대상조항은 자동차등을 이용한 범죄행위의 예시로 살인, 강간을 규정하여 보다 더 구체적인 기준을 마련하고 있다. 나아가 자동차등을 이용한 범죄행위는 그 유형이 매우 다양하므로 자동차등을 이용한 범죄행위의 모든 유형이 기본권 제한의 본질적인 사항으로서 입법자가 반드시 법률로써 규율하여야 하는 사항이라고 볼 수 없고, 이를 일일이 법률에 열거하는 것이 입법기술상 바람직하지도 아니하다. 입법자는 법률에서 운전면허의 필요적 취소사유인 자동차등을 이용한 범죄행위에 대한 예측 가능한 기준을 제시하는 것으로 족하다.』

## 나. 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부

### (1) 의의 및 구체성·명확성의 요구 정도

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항 ……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에, 입법상 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 함으로써 그 한계를 제시하고 있다. 한편, 헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 법률의 직접적인 위임을 통하여 부령을 발할 수 있음은 헌법 제95조의 문언상 명백하다(헌재 2014. 9. 25. 2013헌마411등). 이러한 취지에 비추어 불

때, 헌법 제75조의 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 다만 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위와 같은 구체성·명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부 행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화된다(헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13).

## (2) 합헌론

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 다음과 같이 심판대상조항이 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 즉 자동차등을 이용한 범죄행위의 세부적 유형을 행정입법에 위임할 필요성이 인정되고, 하위법령에 규정될 자동차등을 이용한 범죄행위의 유형도 충분히 예측가능하다고 본 것이다.

『자동차등의 이용이 일상생활에 있어 보편화되면서 자동차등에 대한 의존도가 높아지고 자동차등 운전이 차지하는 비중이 점차 커짐에 따라 자동차등을 이용한 범죄행위의 태양이 날로 다양해지고 변화의 속도도 빨라지고 있으므로, 현실의 변화에 대응하여 유연하게 규율하도록 하기 위해서는 자동차등을 이용한 범죄행위의 세부적인 유형을 탄력성이 있는 행정입법에 위임할 필요성이 인정되고, 그 위임의 구체성과 명확성의 요구는 완화된다 할 것이다.

자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 경우 운전자의 범죄행위에 대하여 형사제재를 가하는 것과 별개로 그의 범죄행위가 운전자의 잘못된 운전행

태나 중대한 의무위반에서 비롯된 것으로 볼 수 있어 그의 자동차등 운전  
에 제한을 가할 필요가 있다고 인정되는 때에는 운전면허 취소 등과 같은  
행정제재가 필요하다 할 것이다. 즉 운전면허 소지자가 자동차등을 교통이  
라는 고유의 목적이 아닌 범죄를 위한 수단으로 이용하는 경우에는 교통상  
의 위협과 장애를 유발하고 국민의 생명과 재산에 심각한 위협을 초래할  
수 있으므로, 심판대상조항은 자동차등을 이용하여 일정한 범죄행위를 하  
는 경우 운전면허를 취소하도록 함으로써 안전하고 원활한 교통을 확보함  
과 동시에 자동차등을 이용한 범죄의 발생을 막고자 함에 그 입법취지가  
있는 것이다. 심판대상조항은 위와 같은 입법목적에 달성하기 위하여 ‘자  
동차등을 이용한 범죄행위’ 중 ‘살인이나 강간 등 행정안전부령이 정하는 범  
죄행위’로 그 대상을 한정하고 있는바, 이처럼 행정안전부령에 위임되는 범  
죄행위의 예시로 ‘살인 또는 강간 등’을 규정함으로써 심판대상조항의 위임  
을 받은 행정안전부령에서 필요적 운전면허 취소사유로 규정할 대상범죄가  
자동차등을 이용하여 살인·강간 및 이에 준하는 정도의 흉악 범죄나 법익  
에 중대한 침해를 야기하는 범죄로 한정될 것임을 알 수 있다.

한편, 자동차등의 운행으로 타인의 신체와 재산에 피해를 주는 것은 틀림  
없는 범죄행위지만, 자동차등은 빠른 속도로 움직이는 것으로서 약간의 부  
주의만으로도 이러한 범죄행위가 발생할 수 있어 그 처벌에 중점을 두게  
되면 운전자들에 대하여 여러 가지 불이익과 불편을 초래하게 되므로 이에  
대한 형사정책적 고려로서 여러 가지 특례제도를 두고 있다. 예컨대, 교통  
사고처리특례법 제3조는 원칙적으로는 차의 운전자가 교통사고로 인하여  
형법 제268조의 업무상 과실 또는 중과실로 사람을 사상에 이르게 한 경우  
에 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있지  
만(제3조 제1항), 차의 교통으로 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄와 도  
로교통법상의 업무상과실손괴죄 또는 중과실손괴죄를 범한 운전자에 대하  
여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하고 있  
고(제3조 제2항), 또한 가해 운전차량이 보험 등에 가입한 경우에도 공소를  
제기할 수 없도록 하고 있는 것이다(제4조). 이러한 특례 규정은 피해 보  
상에 아무런 문제가 없다면 중하지 않은 범죄에 대하여는 운전자의 형사처  
벌을 면하게 하여 자동차의 운행에 지장이 없도록 함으로써 일상생활이 지속

적으로 영위될 수 있도록 하기 위한 것이다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28).

이와 같이 심판대상조항이 추구하는 입법목적, 필요적 운전면허취소 대상 범죄를 자동차등을 이용하여 살인·강간 및 이에 준하는 정도의 흉악 범죄나 법익에 중대한 침해를 야기하는 범죄로 한정하고 있는 점, 관련 법조항 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 결국 심판대상조항에 의하여 하위법령에 규정될 자동차등을 이용한 범죄행위의 유형은 ‘범죄의 실행행위 수단으로 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등과 같이 고의로 국민의 생명과 재산에 큰 위협을 초래할 수 있는 중대한 범죄’가 될 것임을 충분히 예측할 수 있다 할 것이다.』

### (3) 위헌론

다음과 같은 위헌론도 입론의 여지가 있다.

#### (가) 위임의 필요성

운전면허의 필요적 취소사유를 규정하고 있는 심판대상조항은, 그 위반 시 법적 제재가 비록 행정제재이기는 하지만 현대생활에 있어 자동차가 차지하는 비중 등에 비추어 볼 때 운전자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 직접적으로 침해할 소지가 크다. 따라서 이와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다.

심판대상조항이 하위법령인 행정안전부령에 위임하고 있는 것은 운전면허의 필요적 취소사유인 ‘자동차등을 이용한 범죄행위의 종류’인바, 이는 입법자가 정책적으로 결정하여야 할 문제로서 그 판단이 사회적 상황에 따라 수시로 급변하는 것이라고 할 수 없을 뿐 아니라 미리 법률에 자세히 정하기 어려울 정도로 전문적이고 기술적인 사항이라고 볼 수도 없다. 실제로 1977. 3. 12. 도로교통법 시행규칙에서 자동차사용정지처분의 대상이 되는 범죄를 규정한 이래 1985. 5. 1. 반공법 위반 범죄를 삭제하고, 2003. 10. 18. 강제추행과 교통방해를, 2006. 5. 30. 상습절도를 각 추가한 이외에는 큰 변화 없이 현재까지 유지되고 있다.

그러므로 심판대상조항이 ‘자동차등을 이용한 범죄행위의 종류’를 하위법령에 위임한 것은 그 위임의 필요성이 인정되지 아니한다고 할 것이다.

(나) 예측가능성

‘교통사고처리 특례법’상 관련조항, 심판대상조항이 추구하는 입법목적등을 유기적·체계적으로 종합하여 살펴보면, 일반인으로서의 필요적 운전면허 취소사유인 ‘자동차등을 이용한 범죄행위’가 무엇인지 그 대강조차 법률에서 예측할 수 없다.

심판대상조항은 ‘자동차등을 이용한 범죄행위’ 중 행정안전부령에 위임되는 범죄행위의 예시로 ‘살인 또는 강간 등’을 추가하고 있지만, 살인이나 강간이라는 범죄행위로부터 공통되는 요소를 전혀 예측할 수 없을 뿐만 아니라, 심판대상조항의 위임을 받은 구 도로교통법 시행규칙 제92조에서는 국가보안법위반죄와 같이 범죄행위가 교통상의 위험과 장해를 유발하지 아니한 경우도 운전면허 취소사유로 포함하고 있어 결국 심판대상조항만으로는 운전자가 자동차등을 이용하여 어떤 범죄행위를 하면 운전면허가 필요적으로 취소되는지에 대한 예측이 불가능하다.

(다) 소결

심판대상조항은 운전면허의 필요적 취소사유인 ‘자동차등을 이용한 범죄행위의 종류’에 관한 기본적 범죄유형을 법률에 규정하지 않은 채 이를 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 행정부의 자의적인 법집행을 가능하게 하고 있으므로 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위배된다.

(4) 해설

심판대상조항에서 규정하고 있는 운전면허의 필요적 취소가 운전자의 직업의 자유 또는 일반적 행동의 자유를 제한하는 측면이 있다고 하더라도 그 위반 시 법적 제재가 행정적 제재이고, 자동차등을 이용한 범죄행위의 유형도 다양하므로 형벌법규에 요구되는 정도로 엄격하게 위임의 요건과 범위를 규정하여야 하는 것은 아니다. 또한, 심판대상조항은 자동차등을 이용한 범죄행위의 예시로 ‘살인 또는 강간 등’을 추가함으로써 선례(2004헌



가28)가 지적한 위헌성(중대범죄 및 고의범에 한정할 필요성)을 극복한 측면이 있다. 헌법재판소는 이러한 고려 하에 합헌론을 취한 것으로 보인다.

## 다. 운전자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부

### (1) 제한되는 기본권 및 심사기준

『심판대상조항은 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 경우 그 운전면허를 필요적으로 취소하도록 함으로써 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 직업의 자유를 제한하게 되고, 운전을 업으로 하지 않는 자에 대하여는 일반적 행동의 자유를 제한하게 된다. 이와 같이 자동차 운전에 적성 흠결이 있다고 보아 이미 운전면허를 취득한 자의 운전면허를 필요적으로 취소하는 경우에는 지나친 기본권 제한이 되지 않도록 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수하여야 할 것이다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28).』

### (2) 위헌론

법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 운전자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다고 판단하였다.

#### 『(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

도로교통법상 운전면허는 신체적 조건이나 도로교통과 관련된 법령 등에 대한 지식 및 자동차의 운전 능력 등을 종합적으로 평가하여 도로에서의 자동차등의 운전행위를 허가해 주는 것으로, 운전면허 취득자는 자동차등을 운행할 수 있는 권리를 부여받음과 동시에 도로교통법상의 목적에 맞게 운전을 해야 할 의무를 지게 된다. 그러므로 이러한 의무를 이행하지 않을 경우, 즉 운전면허를 본래의 목적에 배치되는 용도로 사용하는 경우에는 일정한 제재로서 운전면허를 취소할 필요성이 있다. 따라서 자동차등을 교통이라는 그 고유의 목적에 이용하지 아니하고 범죄를 위한 수단으로 이용하여 교통상의 위험과 장애를 유발하고 국민의 생명과 재산에 심각한 위협을 초래하는 것을 방지하여, 안전하고 원활한 교통을 확보함과 동시에 차량을 이용한 범죄의 발생을 막고자 하는 심판대상조항은 그 입법목적이

정당하고, 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 경우 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은 자동차등을 이용한 흉악한 범죄행위의 재발을 일정 기간 방지하는 데 기여할 수 있으므로 이는 입법목적을 달성하기 위한 적정한 수단이다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28).

#### (나) 침해의 최소성

어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위하여 선택한 수단이 어느 정도 적합하다고 하더라도, 입법자가 임의적 규정이나 기본권 제한이 덜한 다른 수단으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정으로 법의 목적을 실현하려 한다면, 이는 비례원칙의 한 요소인 ‘침해의 최소성 원칙’에 위배된다(헌재 2000. 6. 1. 99헌가11등; 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28 참조).

심판대상조항의 시행 이전에 운전면허의 취소·정지에 관하여 규정하고 있던 구 도로교통법(1980. 12. 31. 법률 제3346호로 개정되고, 1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정되기 전의 것) 제65조 제5호는 운전면허를 받은 자가 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있도록 규정하고 있었고, 심판대상조항의 시행 이후에 개정된 운전면허의 취소·정지에 관한 현행 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정된 것) 제93조 제1항 또한 운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 한 경우 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있도록 규정하고 있다. 자동차등을 이용한 범죄를 근절하기 위하여 그에 대한 행정적 제재를 강화할 필요가 있다 하더라도, 구 도로교통법 제65조 제5호나 현행 도로교통법 제93조 제1항과 같이 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정함으로써 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택하도록 하는 것으로도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능하다.

그런데 심판대상조항은 이에 그치지 아니하고 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행위를 하거나 하면 범죄행위

의 유형, 운전자의 형사처벌 여부, 자동차등이 이용된 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 자동차등의 당해 범죄행위에 대한 기여도, 당해 범죄행위에 이르게 된 경위 등 제반사정을 전혀 고려할 여지없이 필요적으로 운전면허를 취소하도록 규정하고 있다. 이에 따라 범죄행위 속에 나타난 운전자의 운전행태나 운전예의 적격성 등에 비추어 볼 때 행정제재를 가할 필요가 없는 경우에도 운전면허를 취소할 수밖에 없게 되었는바, 이는 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하여 그와 같은 범죄를 저지르기만 하면 그 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우를 포함하여 모든 경우에 운전면허를 취소할 수밖에 없도록 하는 것이어서 지나친 제재에 해당한다. 게다가 필요적 운전면허 취소제도가 반드시 임의적 운전면허 취소제도에 비하여 자동차등을 이용한 범죄의 근절에 실효적이라고 단정하기도 어렵다.

그렇다면 임의적 운전면허 취소 또는 정지제도만으로도 철저한 단속, 엄격한 범집행 등을 함으로써 자동차등을 이용한 범죄의 근절이라는 입법목적은 효과적으로 달성할 수 있다. 나아가 심판대상조항에서 규정하는 ‘자동차등을 이용하여’ 부분은 포섭될 수 있는 행위 태양이 지나치게 넓을 뿐만 아니라, 행정안전부령에 구체적인 범죄행위의 유형을 위임함에 있어 ‘살인 또는 강간 등’을 범죄행위의 예시로 들어 하위법령에서 규정될 대상범죄를 국민의 생명과 재산에 큰 위협을 초래할 수 있는 중대한 범죄로 그 위임의 범위를 한정하고 있으나, 자동차등을 범죄수단으로 이용하여 교통상의 위험과 장애를 유발하고 국민의 생명과 재산에 심각한 위협을 초래하는 것을 방지하고자 하는 심판대상조항의 입법목적을 달성하기 위해 반드시 규제할 필요가 있는 범죄행위가 아닌 경우까지 이에 포함될 우려가 있다. 따라서 기본권침해의 정도가 한층 큰 필요적 운전면허 취소제도를 도입한 심판대상조항은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어 광범위한 행위를 규제하고 있다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

(다) 법익의 균형성

심판대상조항에 의하여 운전면허가 취소되는 경우 운전면허가 취소된 날부터 2년 동안은 운전면허를 다시 받을 수 없도록 하고 있는바(구 도로

교통법 제82조 제2항 제5호), 심판대상조항은 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 직업의 자유의 제약을 초래하고, 운전을 업으로 하지 않는 자에 대하여도 일상생활에 심대한 불편을 초래하여 일반적 행동의 자유를 제약하게 될 것이다. 이는 심판대상조항에 의하여 달성하려는 공익에 비하여 지나치게 운전면허 소지자의 기본권을 제한하는 것으로서 법익의 균형성 원칙에 반한다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28).』

### (3) 합헌론

재판관 김창중은 심판대상조항이 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유까지도 침해하지 아니한다고 판단하였는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『(가) 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 경우에 그에 대한 행정적 제재조치로 어떤 수단을 택할 것인가의 문제 역시 입법자가 자동차등을 이용한 범죄행위의 행태나 그 위험성 등 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 결정할 입법정책의 문제이다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌바91; 헌재 2007. 12. 27. 2005헌바95 등 참조).

(나) 헌법재판소는 2005. 11. 24. 2004헌가28 결정에서 “운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때”를 필요적 운전면허 취소사유로 규정한 구 도로교통법(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 일부 개정되고, 2005. 5. 31. 법률 7545호로 전부 개정되기 전의 것) 제78조 제1항 제5호에 대하여 직업의 자유 내지 일반적 행동자유권을 침해하므로 헌법에 위반된다고 결정한 바 있다. 위 헌법재판소 결정의 주된 취지는 자동차등을 이용한 범죄행위를 한 경우 임의적 운전면허 취소나 정지만으로도 그 입법목적 을 충분히 달성할 수 있을 터인데도 필요적 취소사유로 규정한 것 그 자체를 지나친 제재에 해당한다고 본 것이 아니라, 자동차등을 이용하여 범죄행위를 저지르기만 하면 그 범죄의 종류나 경중 등을 따지지 않고 무조건 운전면허를 취소하도록 규정하였다는 점에서 헌법에 위반된다는 것이었다. 심판대상조항은 자동차등을 이용한 범죄행위 중에서 운전면허 필요적 취소사유가 되는 범죄의 종류를 국민의 생명과 재산에 커다란 위협을 초래할 수 있는 중대한 범죄인 “살인 또는 강간 등 행정안전부령이 정하는 범죄행

위”로 그 범위를 제한하여 규정함으로써 헌법재판소가 지적한 위헌적인 요소를 모두 제거하였다.

자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 행정자치부령이 정하는 범죄행위를 하기만 하면 범죄행위의 유형, 운전자의 형사처벌 여부 등 구체적 사안의 개별성과 특수성을 전혀 고려할 여지없이 필요적으로 면허를 취소할 수밖에 없으므로 지나친 제재에 해당한다는 다수의견은, 자동차등을 범죄행위에 이용하기만 하면 그 범죄행위가 어떠한 것이든 그 경중을 묻지 않고 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하고 있던 구 도로교통법 제78조 제1항 제5호의 위헌성을 지적할 때의 논거로서는 적절할지 모르나, 이미 범죄행위의 종류를 살인, 강간 등 중대한 범죄로 제한하고 있는 심판대상조항의 위헌성을 판단할 때에는 그대로 적용하기는 어렵지 않을까 생각한다.

(다) 운전면허 취득자는 자동차등을 운행할 수 있는 권리를 부여받음과 동시에 도로교통법상의 목적에 맞게 운전을 해야 할 의무도 부담하게 되는데, 운전면허를 본래의 목적에 배치되는 용도로 사용하는 경우에는 일정한 제재로서 운전면허를 취소할 필요성이 있다. 특히 자동차등을 교통수단이라는 그 고유의 목적에 이용하지 아니하고 살인, 강간 등 흉악 범죄의 도구나 수단으로 이용하게 되면 피해자가 느끼는 두려움이나 공포는 극에 달할 수 있으며, 그 피해 또한 심각하여 회복이 불가능한 경우가 생길 수 있고, 때로는 현저히 교통을 방해하는 결과를 낳기도 한다. 이와 같이 자동차등이 흉악 범죄에 이용되거나 법익에 중대한 침해를 야기한 경우 등에는 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 할 필요성이 있고(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28 참조), 자동차등을 수단으로 이용하여 살인, 강간 등의 흉악 범죄를 저지른 운전자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 자동차등을 운행할 기본적인 자격을 갖추지 못하였다고 볼 수 있다.

이러한 점을 감안하여 입법자는 자동차등을 이용하여 살인, 강간 등과 같은 법익 침해가 중대한 범죄행위를 한 경우에는 국민의 생명과 재산에 미치는 커다란 위험 및 그 위험을 방지하기 위하여 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 못하도록 할 필요가 있고, 보다 완화된 제재수단인 운전면허의 임의적 취소나 정지만으로는 이러한 위험을 방지하기에 부

족하다고 보아, 필요적 취소사유로 규정한 것이다. 이러한 입법자의 선택은 존중되어야 하고, 그것이 입법재량권의 범위나 한계를 현저히 일탈하였다고 보기는 어렵다.

심판대상조항이 2011. 6. 8. 개정되면서 필요적 취소사유에서 임의적 취소사유로 다시 변경되었다는 사실만으로는 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다.

(라) 음주측정을 거부한 경우, 적성검사를 받지 아니한 경우, 운전면허증을 다른 사람에게 빌려준 경우 등과 같은 도로교통법상의 다른 필요적 취소사유와 비교하여 보아도 심판대상조항에 정한 취소사유가 무거우면 무겁지 결코 가볍다고 보기는 어려우므로, 심판대상조항이 도로교통법상 면허 취소·정지 사유간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어났다고 볼 수도 없다. 설사 심판대상조항에 해당하여 운전면허가 취소되더라도, 운전면허가 취소된 날부터 2년이 지나면 다시 운전면허를 받을 수 있도록 하고 있는데(구 도로교통법 제82조 제2항 제5호), 이는 도로교통법이 정한 운전면허 결정기간 중에서 다른 사유로 면허가 취소된 경우에 비하면 비교적 단기간에 해당한다.

(마) 심판대상조항에서 말하는 ‘자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’라 함은 ‘자동차등을 직접 범죄의 실행행위 수단으로 이용한 경우’를 의미하는 것으로 충분히 해석할 수 있을 뿐 아니라, 구 도로교통법 시행규칙 제92조에서도 ‘자동차등을 범죄의 도구나 장소로 이용하여 범죄행위를 한 때’를 말한다고 규정하고 있으므로, ‘자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’의 의미가 불명확하다거나 포섭되는 행위가 지나치게 넓다고 할 수 없다. 다수의견이 우려하는 것처럼 만약 행정안전부령에 심판대상조항의 입법목적 달성에 필요하지 않은 사소한 범죄행위까지 포함하여 규정한다면, 그 경우에는 행정안전부령의 해당 조항이 모법인 심판대상조항의 위임 범위와 한계를 벗어난 것이어서 무효로 되느냐 여부가 문제될 수 있을 뿐이고, 그렇다고 하여 이를 이유로 모법인 심판대상조항이 필요한 범위를 넘은 지나친 규제를 하고 있다고 판단할 수는 없는 것이다.

(바) 이러한 점을 종합하면, 심판대상조항이 자동차등을 이용하여 살인 또는 강간 등 중대한 범죄행위를 한 사람에 대하여 반드시 운전면허를 취

소하도록 한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반되지 아니한다.

(사) 심판대상조항에 따라 운전면허가 취소되는 경우에는 2년 간 운전면허의 재취득이 금지되므로 자동차 운전을 생업으로 하는 자에게는 생계수단박탈의 의미를 가질 수도 있어 사익에 미치는 영향이 적다고 할 수 없다. 그러나 자동차 등을 이용한 살인 또는 강간 등의 중대한 범죄행위로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 지나치다고 할 수 없으므로, 심판대상조항에 따라 운전면허를 취소당한 운전자가 입는 불이익 내지 그로부터 파생되는 여타 간접적 피해의 정도는 심판대상조항에 의하여 달성하려는 국민의 생명, 신체에 대한 위협을 예방하고 교통질서를 확립하려는 공익의 중대함에 결코 미치지 못한다. 그러므로 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에 위반되지 아니한다.』

#### (4) 해설

중전 선례(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28결정)는 ① 자동차등을 이용한 범죄행위의 경중 여부, 자동차등이 당해 범죄 행위에 기여한 정도에 대한 아무런 고려 없이 무조건 운전면허를 취소하도록 하여 **구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제**하고 그 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우까지도 운전면허를 취소할 수밖에 없도록 하는 것이 위헌이라는 취지로 판시하면서, ② **자동차등이 흉악 범죄에 이용되거나 법익에 중대한 침해를 야기한 경우 등에는 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 할 필요성이 있다는 취지**로도 판시하였다.

이 사건에서 위헌론과 합헌론의 태도는 위 선례를 바라보는 시각의 차이에서 어느 정도 비롯되는 것으로 보인다. 즉 법정의견은 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정하여 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 하여도 충분히 입법목적을 달성하는 것이 가능함에도 심판대상조항이 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하고 있고, ‘자동차등을 이용하여’ 부분에 포섭될 수 있는 행위 태양이 지나치게 넓다는 점을 주된 논거

로 들어 위 선례 중 ①의 논거에 비중을 두고 있는 반면, 반대의견은 자동차등을 이용하여 살인, 강간 등과 같은 범의 침해가 중대한 범죄행위를 한 경우에는 운전면허의 임의적 취소나 정지만으로는 위험을 방지하기에 부족하다고 보아 필요적 취소사유로 규정한 입법자의 선택을 존중하여야 한다는 점을 주된 논거를 들고 있어 위 선례 중 ②의 논거에 비중을 두고 있다고 볼 수 있다.

## 7. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’ 반드시 운전면허를 취소하도록 한 구 도로교통법 제78조 제1항 제5호(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 일부 개정되고, 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전부개정되기 전의 것)가 헌법에 위반된다는 종전 헌법재판소의 입장(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378)과 같은 맥락에서, 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하여 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 심판대상조항이 운전자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하여 위헌임을 재차 확인한 것에서 그 의미를 찾을 수 있다.

나. 이 사건 결정 이후 심판대상조항이 적용되어 운전면허가 취소된 사람들은 면허취소 처분의 법적 근거가 없어지게 되어 운전면허를 되찾을 수 있게 되었다.



## 형법 제7조 위헌소원

- 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대한 임의적 감면조항 사건 -  
(헌재 2015. 5. 28. 2013헌바129, 판례집 27-1하, 251)

이 건 석\*

### 【판시사항】

1. 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정한 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제7조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 이중처벌금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)
3. 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제7조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항은 아래와 같다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제7조(외국에서 받은 형의 집행) 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2011. 6. 22. 홍콩국제공항에서 대한민국 여권을 위조, 행사한

---

\* 헌법연구관

범죄사실로 체포되어 홍콩 법원에서 징역 1년을 선고받고 8개월 정도 복역하다가 대한민국으로 강제추방되었고, 입국할 때 체포되어 다시 기소되었다.

인천지방법원은 청구인에 대하여 같은 범죄사실로 징역 6월을 선고하였고(2012고단10017), 청구인이 제기한 항소(인천지방법원 2012노3338) 및 상고(대법원 2013도2208)가 모두 기각되어 위 판결은 확정되었다. 청구인은 상고심 재판 계속 중 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다며 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2013. 4. 11. 위 신청이 기각되자(대법원 2013초기 137), 2013. 5. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 외국에서 이미 형의 집행을 받은 자에 대하여 거듭 처벌할 수 있음을 전제로 하고 있어 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지원칙에 위반되고, 동일한 범죄에 대하여 외국과 국내에서 거듭 처벌하는 것은 신체의 자유 및 인간의 존엄과 가치를 침해한다. 또한, 동일한 범죄로 외국에서 형의 집행을 받고 다시 국내에서 처벌을 받은 자와 국내에서만 처벌을 받은 자를 합리적 이유 없이 차별취급하고 있으므로 평등원칙에 위반된다.

### 【결정요지】

1. 형사판결은 국가주권의 일부분인 형벌권 행사에 기초한 것으로서, 외국의 형사판결은 원칙적으로 우리 법원을 기속하지 않으므로 동일한 범죄행위에 관하여 다수의 국가에서 재판 또는 처벌을 받는 것이 배제되지 않는다. 따라서 이중처벌금지원칙은 동일한 범죄에 대하여 대한민국 내에서 거듭 형벌권이 행사되어서는 안 된다는 뜻으로 새겨야 할 것이므로 이 사건 법률조항은 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지원칙에 위배되지 아니한다.

2. 입법자는 외국에서 형의 집행을 받은 자에게 어떠한 요건 아래, 어느 정도의 혜택을 줄 것인지에 대하여 일정 부분 재량권을 가지고 있으나, 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이

므로 최대한 보장되어야 하는바, 외국에서 실제로 형의 집행을 받았음에도 불구하고 우리 형법에 의한 처벌 시 이를 전혀 고려하지 않는다면 신체의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있으므로 그와 같은 사정은 어느 범위에 서든 반드시 반영되어야 하고, 이러한 점에서 입법형성권의 범위는 다소 축소될 수 있다.

입법자는 국가형벌권의 실현과 국민의 기본권 보장의 요구를 조화시키기 위하여 형을 필요적으로 감면하거나 외국에서 집행된 형의 전부 또는 일부를 필요적으로 산입하는 등의 방법을 선택하여 청구인의 신체의 자유를 덜 침해할 수 있음에도, 이 사건 법률조항과 같이 우리 형법에 의한 처벌 시 외국에서 받은 형의 집행을 전혀 반영하지 아니할 수도 있도록 한 것은 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다.

3. 만약 이 사건 법률조항이 위헌결정으로 즉시 효력을 상실할 경우, 임의적으로나마 형을 감면할 근거규정이 없어지게 되어 감면 적용을 받아야 할 사람에 대하여도 감면을 할 수 없게 되므로, 법적 안정성의 관점에서 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 2016. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선 입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다.

### **재판관 강일원, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대의견**

형벌법규가 외국에서 형의 집행을 받은 자에게 어떠한 요건 아래, 어느 정도의 혜택을 줄 것인지의 문제는 형벌의 특수성 및 국가사법권의 독자성 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 입법정책의 문제이다.

동일한 행위에 대하여 외국에서는 우리 형사법과 실질적으로 동일한 불법내용이 규정되어 있지 않은 경우가 있을 수 있으므로 이 사건 법률조항의 임의적 감면 방법은 불가피한 측면이 있다. 또한 일선 법원에서는 형집행의 정도 등을 고려해 법률상 감경을 하거나 형을 면제하기도 하고, 집행유예 등의 필요성이 있는 경우 법률상 감경과 작량감경을 동시에 적용하기도 하는 등 이 사건 법률조항을 사안에 맞게 적절히 적용하고 있는 것으로 보인다.

따라서 단지 규정상 법관의 재량에 맡겨져 있다는 이유만으로 입법재량

의 범위를 일탈하였다고 단정하기는 어려우므로, 이 사건 법률조항이 신체의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다.

## 【해 설】

### 1. 재판의 전제성

당해 사건의 소송절차에서 제1심과 항소심은 양형의 이유에서 청구인이 이 사건 위조여권과 관련하여 홍콩에서 약 8개월 동안 수감생활을 하였다고 하는 점을 참작하였다. 당해 사건의 법원(대법원)은 외국에서의 수행사실을 양형에 관한 것으로 보아 10년 미만이 선고된 당해 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다고 판시하였다.

위와 같은 점에 비추어 보면, 당해 사건의 법원은 청구인이 외국에서 형의 집행을 받은 사실은 인정하였으나 이에 대한 법률상 감면을 하지 아니하였으므로, 이 사건 법률조항은 당해 사건에 적용된 것으로 볼 수 있다.

나아가 이 사건 법률조항은 외국에서 형의 집행을 받은 때 형을 임의적으로 감면할 수 있도록 규정하였을 뿐 필요적으로 규정하지 아니하고 있어, 청구인이 이를 이유로 신체의 자유를 침해한다는 주장을 하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였는바, 헌법재판소가 이 사건 법률조항이 임의적으로 형을 감면하도록 규정하는 것이 신체의 자유를 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 하고, 입법자가 그 결정 취지에 따라 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여 형을 필요적으로 감면하거나 필요적 형기산입조항을 두는 등의 개선입법을 하여 소급 적용되면 이 사건에서 재판의 주문이 달라질 가능성을 배제할 수 없고, 설사 그렇지 않더라도 그 재판의 이유를 달리함으로써 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 볼 수 있다. 따라서 이 사건은 재판의 전제성을 인정할 수 있다.

### 2. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 선례 검토

#### 가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

세계 각국의 형법은 서로 다른 제도를 가지고 있어 외국 형법에 의한 처벌과 우리 형법에 의한 처벌이 별도로 이루어질 수 있다. 즉, 내국인의 국

외범(형법 제3조)이나 외국인의 국외범(형법 제5조)에 대하여 해당 외국 법원이 처벌하였더라도 우리 형법을 적용하여 다시 처벌할 수 있는 것이다. 이 사건 법률조항은 이러한 사실상의 이중처벌과 같은 문제점을 완화하기 위하여 형을 선고할 때 외국에서 형의 집행을 받은 사실을 고려하여 형을 정하도록 하는 데에 그 입법취지가 있다. 이 사건 법률조항은 1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 형법에 도입된 이래 그 내용의 변동 없이 현재까지 효력을 유지하고 있다.

### 나. 선례 검토

이 사건 법률조항을 정면으로 다룬 선례는 없으나, 동일한 사건으로 외국에서 징역형을 선고받고 출소한 후 다시 국내에서 징역형을 선고받아 국내판결의 취소를 구한 사건에서, 법정의견은 부적법한 재판소원으로 보아 각하하였다(헌재 2008. 11. 27. 2007헌마49, 판례집 20-2하, 413). 그러나 반대의견(재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기)은 이 사건 법률조항까지 심판대상으로 삼아 헌법불합치 의견을 밝혔다. 위 선례의 결정요지는 다음과 같다.

헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판을 제외한 법원의 재판은 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 없으나, 심판대상판결은 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당되지 아니하므로 그 취소를 구하는 이 사건 심판청구는 부적법하다.

### 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 민형기의 반대의견

청구인의 청구취지는 동일한 사건으로 외국에서 형벌을 집행받았는데 이를 무시하고 국내에서 거듭 처벌하는 것은 부당하다는 것이므로, 외국에서 형벌을 집행받은 청구인을 국내에서 거듭 처벌하는 것 자체와 그 경우에 외국에서 집행받은 형기를 국내의 거듭처벌에서 공제하여 주지 않는 형법 제7조를 모두 심판대상으로 삼은 것이라고 봄이 상당하고, 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여 거듭처벌할 수 있음을 전제로 하고 있는 형법 제7조는 헌법 제13조 제1항 후문(거듭처벌금지)에 위반된다고 볼 수는 없다.

그러나 동일한 범죄에 대하여 외국과 국내에서 거듭 처벌하는 것을 허용하는 경우에도 그로 인하여 신체의 자유가 침해되는 정도를 최소한도로 줄여야 한다. 형법 제7조의 법정형 감경제도는 법정형의 형기를 2분의 1로 줄일 뿐 선고형의 감면이나 형기의 감축을 보장하는 것이 아니고, 법정형의 감경 여부도 법관의 재량에 맡기고 있으므로, 거듭처벌로 인한 인권침해의 정도를 최소한도로 줄이기에 미흡하므로 헌법 제37조 제2항의 요구 중 기본권 제한 최소한의 원칙을 충족시키지 못한다고 할 것이다. 이와 같이 형법 제7조는 헌법에 위반되지만 합헌적인 부분도 포함하고 있고, 그 위헌성을 제거하여 합헌적인 내용으로 변경하는 일은 입법권에 속하는 사항이라고 보여지므로, 형법 제7조에 대하여 헌법불합치결정을 하고 합헌적인 개선입법을 촉구함이 상당하다.

### 재판관 이동흡의 보충의견

청구인은 이 사건 심판청구서에서 형법 제7조를 헌법소원심판의 대상으로 기재한 바 없고, 형법 제7조는 형의 임의적 감면사유를 규정한 것일 뿐 일사부재리원칙이나 거듭 처벌에 관한 근거조항이 될 수는 없는 점, 이 사건과 같이 재판취소를 구하는 헌법소원의 경우에 있어 재판에 적용된 법률 조항 즉, 형법 제7조에까지 이 사건 심판대상을 확장할 수도 없는 점, 이 사건에서 청구인이 형법 제7조를 심판대상으로 하여 헌법소원을 청구한 것이라면, 그 헌법소원은 외국에서 형의 집행을 받은 자에 대하여는 임의적 변경이 아닌 필요적 면제 또는 필요적 형기산입조항을 두어야 한다는 내용의 부진정입법부작위에 관한 헌법소원의 형식을 취하여야 할 것인데 그와 같은 헌법소원은 이 사건 재판소원과는 본질적으로 차이가 있으며, 나아가 설사 이 사건에서 청구인이 형법 제7조에 대한 법령소원을 제기한 것으로 본다 하더라도, 청구인은 늦어도 형 면제 또는 필요적 형기산입이 이루어지지 않은 1심 판결을 선고받은 2006. 7. 25.경 기본권 침해사유를 알게 되었다고 할 것이어서 2007. 1. 12. 제기된 이 사건 심판청구는 90일의 청구기간을 도과한 것이므로, 형법 제7조에 대한 심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 심판의 대상은 법원의 재판인 위 항소심 판결에 한정될 수밖에 없는 것이다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### 가. 이중처벌금지원칙 위반 여부

(1) 헌법재판소는 다음과 같이 헌법상 일사부재리원칙이 외국의 형사판결에 대하여 적용되지 아니한다고 보았다.

『헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”고 하여 ‘이중처벌금지원칙’을 규정하고 있다. 이는 한 번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 ‘일사부재리원칙’이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 동일한 범죄 행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권, 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이다. 이러한 점에서 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다(헌재 2014. 5. 29. 2013헌바171).

형사판결은 국가주권의 일부분인 형벌권 행사에 기초한 것으로서, 외국의 형사판결은 원칙적으로 우리 법원을 기속하지 않으므로 동일한 범죄행위에 관하여 다수의 국가에서 재판 또는 처벌을 받는 것이 배제되지 않는다. 따라서 이중처벌금지원칙은 동일한 범죄에 대하여 대한민국 내에서 거듭 형벌권이 행사되어서는 안 된다는 뜻으로 새겨야 할 것이다. 대법원도 이와 같은 전제에서 “피고인이 동일한 행위에 관하여 외국에서 형사처벌을 과하는 확정판결을 받았다 하더라도 이런 외국판결은 우리나라에서는 기판력이 없으므로 여기에 일사부재리원칙이 적용될 수 없다”고 판시한 바 있다(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2366 판결).

또한, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제14조 제7항은 “어느 누구도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄 선고를 받은 행위에 관하여서는 다시 재판 또는 처벌을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)도 위 조항의 일사부재리원칙이 다수 국가의 관할에 대하여 적용되는 것이 아니며, 단지 판결이 내려진 국가에 대한 관계에서 이른바 이중위험(double jeopardy)을 금지하는 것으로 보고 있다(유엔 인권이사회 결정 No. 204/1986 참조).

따라서 헌법상 일사부재리원칙은 외국의 형사판결에 대하여는 적용되지 아니한다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지원칙에 위반되지 아니한다.』

(2) 해설

헌법 제13조 제1항은 이중처벌금지원칙이 국내법상 원칙이라고 명시하고 있지는 않다. 이에 대해 대법원은 위와 같이 판시하고 있고, 학계의 지배적인 견해도 이중처벌금지원칙은 동일한 범죄에 대하여 한 국가 내에서 재차 형사관할권이 발동되어서는 안 된다는 국내적인 구속성을 가지는 데에 불과하다고 한다.<sup>1)</sup>

이와 관련하여 ‘인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제7추가정서’ 제4조는 일사부재리원칙이 ‘같은 국가의 관할권하의 형사절차에서’ 효력을 가진다고 보았고,<sup>2)</sup> 인권이사회는 A. P. v. Italy 사건<sup>3)</sup>에서 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제14조 제7항<sup>4)</sup>이 규정하는 일사부재리원

---

1) 김성돈, 형법총론(2006), 92면; 주석 형법 형법총칙(1)(제2판, 2011), 121면 참조.

2) 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제7추가정서(서명일 1984. 11. 22./ 발효일 1988. 11. 1./ 제11의정서(1998. 11. 1. 발효)에 의한 개정/ 당사국 수 28) 제4조(일사부재리)

1. 어느 누구도 한 국가의 법률 및 형사절차에 따라 이미 최종적으로 무죄 또는 유죄판정을 받은 범죄에 대하여 같은 국가의 관할권하의 형사절차에서 다시 재판을 받거나 처벌당하지 아니한다.

2. 새로운 사실 또는 새롭게 발견된 사실이 있다거나, 과거의 재판 결과에 영향을 미친 근본적 오류가 있었다면 위의 규정은 관련 당사국의 법률 및 형사절차에 따라 당해 사건이 재심리되는 것을 방해하지 아니한다.

Article 4 Right not to be tried or punished twice

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3) HUMAN RIGHTS COMMITTEE A. P. v. Italy Communication No. 204/1986 2 November 1987.

4) 제14조



칙은 다수 국가의 관할에 대하여 이를 보장하는 것이 아니며 단지 판결이 내려진 국가에 대한 관계에서 이중위험을 금지하는 것이라고 판시하여 위 조항에 따른 국제적 일사부재리원칙은 인정되지 않음을 분명히 하였다. 위 사건에서 인권이사회는 주권평등의 원칙에 따라 어떤 나라의 법원도 다른 나라를 구속하지 못하며 서로 다른 국가들은 외국에서의 형사판결의 효과를 서로 다르게 평가할 수 있다고 보았다.<sup>5)</sup>

이와 같은 관점에서 이중처벌금지원칙의 국제적 효력 인정 여부는 원칙적으로 입법자의 재량에 속하는 사항이라고 볼 수 있고, 따라서 현재로서는 이중처벌금지원칙이 국내적인 구속성을 가지는 데 불과하다고 볼 수 있다.

## 나. 신체의 자유 침해 여부

### (1) 제한되는 기본권

#### (가) 헌법재판소 판단

『이 사건 법률조항은 우리 형법에 의한 처벌 시 외국에서의 형 집행의 반영 여부를 법관의 재량에 맡김으로써 위와 같은 사정이 반영되지 아니한 채 별도로 처벌받을 수 있도록 하고 있으므로, 형의 종류에 따라 청구인의 신체의 자유 내지 재산권 등을 제한한다. 국가형벌권의 행사 및 그 한계는 신체의 자유와 가장 밀접한 관계에 있다고 할 것이므로, 이하에서는 이 사건 법률조항이 신체의 자유를 제한함에 있어 그 헌법적 한계를 지키고 있는지 여부를 판단하기로 한다.』

7. 어느 누구도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위에 관하여서는 다시 재판 또는 처벌을 받지 아니한다.

Article 14

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

우리나라는 일사부재리에 관한 위 규약의 제14조 제7항에 대하여 일시 유보하였다가 1993. 1. 21. 유보철회하였다(조약 제1122호). 위 규약의 제14조 제7항은 국내법과 충돌하지 않았는데, 우리 정부가 이를 잘못 해석하고 유보를 철회하였다가 뒤늦게 이 점을 발견하고 철회하였다(정인섭, 조약의 체결·비준에 대한 국회의 조건부 동의, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008. 9, 169면 각주 37).

5) 김기준, 일사부재리 원칙의 국제적 적용에 관한 연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2010. 8.), 100-101면 참조.

## (나) 해설

처벌조항의 존재는 범죄의 성립에 당연히 내재되어 있는 것으로서 자유형이 신체의 자유를 제한한다거나 벌금형이 재산권을 제한한다고 볼 수 없다는 견해도 있을 수 있으나, 재판소는 처벌조항에 있어 자유형이 신체의 자유를, 벌금형이 재산권을 제한하는 것으로 보고 있는 점(헌재 1995. 3. 23. 92헌가14, 판례집 7-1, 307, 318; 헌재 1997. 8. 21. 96헌바9, 판례집 9-2, 272, 280-281; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 663-664; 헌재 2000. 6. 1. 97헌바74, 공보 46, 448, 450; 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마 1462, 판례집 21-2하, 327, 356; 헌재 2011. 11. 24. 2011헌바18, 판례집 23-2하, 410, 423 등), 헌법 제12조 제1항은 신체의 자유에 대한 제한의 전형적 예로서 체포·구속·압수·수색·심문·처벌·보안처분·강제노역을 들고 있는데 처벌 중 자유형은 신체의 자유에 대한 대표적인 중대한 제한에 속하는 점,<sup>6)</sup> 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지원칙은 “동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 하여 국민의 기본권, 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것인바”(헌재 2015. 2. 26. 2012헌바435, 공보 221, 380, 383) 처벌조항(자유형)의 신체의 자유에 대한 제한을 부정한다면 이중처벌금지원칙을 위와 같이 설명할 수 없게 되는 점, 헌법재판소는 미결구금일수를 형기에 산입하되 그 산입범위는 법관의 재량에 의하도록 하고 있는 형법 제57조 제1항 부분에 대하여 헌법상 무죄추정원칙 및 적법절차원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한함으로써 헌법에 위반된다고 본 점(헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784, 802) 등을 고려할 때 신체의 자유를 주된 기본권으로 보아 그 침해 여부를 중심으로 위헌 심사하는 것이 상당하다.

## (2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 법정외의건은 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되어 신체의 자유를 침해한다고 보면서도, 법적 공백 등을 이유로 헌법불합치결정 및 잠정적용을 명하였다.

6) 한수웅, 헌법학(제5판), 619, 625면.

## 『1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

형법은 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 자에게 적용되는 속지주의를 원칙으로 하면서(제2조, 제4조) 내국인이 범한 죄에 대하여 범죄지의 여하를 불문하는 속인주의(제3조)와 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 해하는 범죄행위에 대한 보호주의(제5조, 제6조)를 가미하고 있다. 이에 따라 범죄행위자에 대하여 우리 형법뿐 아니라 외국의 형법이 함께 적용될 수 있어, 이미 외국에서 재판을 받아 형이 집행되었더라도 우리 형법을 적용하여 다시 재판할 수 있다. 이 사건 법률조항은 이러한 사정을 반영하여 국가형벌권을 적정하게 행사하면서도 피고인의 실질적인 불이익을 완화하기 위하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 정한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다. 또한, 외국 판결의 집행을 형의 임의적 감경 또는 면제의 사유로 정한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단에 해당한다.

## 2) 침해의 최소성

앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 이중처벌금지원칙에 위반되지 않으므로, 외국에서 형의 집행을 받은 자를 다시 국내에서 처벌하는 것이 가능하다. 그러나 그와 같은 경우에도, 입법자는 국가형벌권 행사로 인한 신체의 자유에 대한 침해를 최소화하기 위한 방법을 강구하여야 한다.

입법자는 외국에서 형의 집행을 받은 자에게 어떠한 요건 아래, 어느 정도의 혜택을 줄 것인지에 대하여, 우리의 역사와 문화, 시대적 상황, 외국에서 처벌받은 자의 실질적인 불이익을 감안하는 것에 대한 국민 일반의 가치관과 법감정, 국가권력의 독점에 의하여 이루어지는 형벌의 특수성 및 국가사법권의 독자성 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 정할 수 있고, 이러한 점에서 입법자에게는 일정 부분 재량권이 인정된다.

그러나 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이므로 최대한 보장되어야 하는바(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82 참조), 외국에서 실제로 형의 집행을 받았음에도 불구하고 우리 형법에 의한 처벌 시 이를 전혀 고려하지 않는다면 신체의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있으므로 그와 같은 사정은 어느 범위에서든 반드시 반영되어야 하

고, 이러한 점에서 입법형성권의 범위는 다소 축소될 수 있다.

한편, ‘국제수형자이송법’은 외국과의 조약 체결을 전제로 하여(제3조) 외국에서 자유형을 선고받은 대한민국 국민을 일정한 요건 하에 국내로 이송하여(제11조 제1항) 국내에서 그 자유형을 집행할 수 있도록 하고(제15조 내지 제17조), 국내이송수형자에 대하여 외국에서 선고된 자유형을 집행중인 때에는 동일한 범죄사실에 대하여 공소제기를 제한하고 있다(제18조). 법무부장관은 국내이송의 요건이 갖추어져 있더라도 대한민국의 안전과 질서 유지, 공공의 이익 등을 고려하여 이송의 필요성이 없다고 판단하면 국내이송을 하지 아니하므로(제12조 제1항), 이 경우 우리 형법에 따라 별도로 처벌하면서 이 사건 법률조항을 적용하는 것이 가능하다. 다만, 외국에서 형 집행중인 대한민국 국민의 조속한 사회복귀를 도모하기 위한 ‘국제수형자이송법’의 목적(제1조 참조)과 그 제도의 인도주의적 취지는 이 사건 법률조항에 대한 판단에 있어서도 고려할 필요가 있다.

그런데 이 사건 법률조항은 외국에서 받은 형의 집행을 단지 법정형의 임의적 감면사유로만 정하고 있어, 우리 형법에 의한 처벌 시 법관의 재량에 따라 그러한 사정이 전혀 반영되지 아니할 수도 있다. 이러한 입법형식은 형을 필요적으로 감면하거나 형의 집행단계에서 필요적으로 산입하여 주는 방법 등과는 본질적으로 차이가 있고, 형의 감면 여부를 법관의 재량에 전적으로 위임하고 있어 개별적인 사건에 따라서는 신체의 자유에 대한 심각한 제한이 발생할 수 있다.

일선 법원에서 이 사건 법률조항을 적절히 적용하여 신체의 자유에 대한 침해를 방지하기 위한 노력을 한다고 하더라도, 우리 형법에 의한 처벌 시 법률의 규정에 의하여 외국에서의 형 집행 사실이 필요적으로 반영되는 것과 구체적인 사건의 판결 선고 시 법관의 재량에 맡겨져 있는 것은 피고인의 입장에서 큰 차이가 있다고 할 것이다. 가사 구체적인 사건에서 양형요소로 참작된다고 하더라도 피고인으로서의 외국에서 받은 형의 집행이 실제로 감안된 것인지, 감안되었다면 그것이 어느 정도인지 알기 어렵다.

외국에서 집행된 형의 전부를 의무적으로 산입하거나, 산입 자체는 의무적이되 산입의 범위를 법원의 재량에 맡기는 입법형식 등을 취한다고 하더라도, 국가형벌권의 행사에는 지장이 없으므로 외국에서의 형벌이 경미하

거나 범죄의 성격상 국내에서 다시 처벌할 필요성이 강한 경우에도 처벌의 공백이나 혼란이 발생한다고 보기 어렵다.

이에 대한 외국의 입법례를 보더라도, 독일의 경우 외국에서 집행된 형을 새로운 형에 필요적으로 산입하도록 하고(독일 형법 제51조 제3항) 외국에서 집행된 형의 종류가 국내 형법과 다른 경우 법원은 재량에 의해 산입기준을 정하도록 하고 있다(독일 형법 제51조 제4항 참조). 한편, 일본의 경우 외국에서 형의 집행을 받은 때에는 형의 집행을 필요적으로 감면하도록 하고 있다(일본 형법 제5조 단서).

결국, 입법자는 국가형벌권의 실현과 국민의 기본권 보장의 요구를 조화시키기 위하여 형을 필요적으로 감면하거나 외국에서 집행된 형의 전부 또는 일부를 필요적으로 산입하는 등의 방법을 선택하여 청구인의 신체의 자유를 덜 침해할 수 있음에도 이 사건 법률조항과 같이 우리 형법에 의한 처벌 시 외국에서 받은 형의 집행을 전혀 반영하지 아니할 수도 있도록 한 것은, 입법재량의 범위를 일탈하여 필요최소한의 범위를 넘어선 과도한 기본권제한이라고 할 것이다.

### 3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 달성하고자 하는 국가형벌권의 적정한 행사라는 공익보다는, 동일한 범죄사실로 외국에서 형의 집행을 받았음에도 형이 감면될 수 있는 가능성에 그치고 형이 필요적으로 감면되거나 형기가 의무적으로 산입되지 않는 등 외국에서의 처벌이 전혀 반영되지 않을 수 있어 받게 되는 신체의 자유 제한 등 개인의 불이익이 훨씬 더 중대하다고 할 것이므로 법익의 균형성원칙에도 위반된다.

### 4) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 신체의 자유를 침해한다.』

『이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이 사건 법률조항의 위헌성은 외국에서 형의 집행을 받은 사람에 대하여 형을 감면하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 형의 임의적 감면이 아닌 형의 필요적 감면 내지 필요적 형기산입조항 등과 같이 외국에서 받은 형의 집행이 반드시 반영되도록 하는 규정을 두지 않은 데 있는 것이

다. 만약 이 사건 법률조항이 위헌결정으로 즉시 효력을 상실할 경우 임의적으로나마 형을 감면할 근거규정이 없어지게 되어 감면 적용을 받아야 할 사람에게 대하여도 감면을 할 수 없게 되므로 법적 안정성의 관점에서 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다.

입법자는 위와 같은 위헌성을 제거하기 위하여 이 사건 법률조항을 개정하여 외국에서 형의 집행을 받은 부분에 대해서 형의 선고 내지 집행에 있어 반드시 반영되도록 하는 규정을 마련함으로써, 신체의 자유에 대한 침해를 최소화하기 위한 방안을 강구하여야 할 것이다. 이때 구체적으로 어떠한 입법형식을 취할 것인지에 대하여는 원칙적으로 입법자의 재량이 인정된다.

따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다. 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 개선입법을 해야 할 의무가 있다 할 것이므로, 늦어도 2016. 12. 31.까지 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 법률조항은 2017. 1. 1.부터 효력을 상실한다.』

(나) 반대의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 신체의 자유를 침해하지 아니한다고 보았다.

『우리는 이 사건 법률조항이 입법재량의 범위 내에 있어 청구인의 신체의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

형벌법규가 외국에서 형의 집행을 받은 자에게 어떠한 요건 아래, 어느 정도의 혜택을 줄 것인지의 문제는 형벌의 특수성 및 국가사법권의 독자성 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 입법정책의 문제이다. 입법자가 외국형사판결의 일사부재리 효력을 전면적 또는 부분적으로 인정하는 적극적인 방법을 선택할 것인지, 아니면 일사부재리 효력을 부정하면서 형의 집행단계에서 필요적 산입을 할 것인지 또는 형의 선고단계에서 필요적 감면 내지 임의적 감면의 방법을 선택할 것인지는 입법자의 재량에 속하는 것이다.

그런데 국가안보에 위협을 가하는 범죄 등과 같이 이를 처벌하여야 할 필요성이 강한 영역이 있고, 동일한 행위에 대하여 외국에서는 우리 형사

법이 정한 형보다 가벼운 형을 규정하거나 혹은 실질적으로 동일한 불법내용이 규정되어 있지 않은 경우가 있을 수 있으므로 이 사건 법률조항의 임의적 감면 방법은 불가피한 측면이 있다.

또한 이 사건 법률조항이 비록 임의적 감면사유로 규정되어 있기는 하나, 일선 법원에서는 범죄사실의 동일성, 형 집행의 정도 등을 고려해 법률상 감경을 하거나, 외국에서의 형 집행으로 피고인에 대한 형벌 목적이 대부분 달성되었다고 보이는 경우 형을 면제하기도 하고, 집행유예 등의 필요성이 있는 경우 법률상 감경과 작량감경을 동시에 적용하기도 한다. 더 나아가 동일한 범죄사실이 아니어서 이 사건 법률조항이 적용되지 아니하는 경우에도 제반 사정의 일부로서 양형 요소로 참작하기도 하는 등 이 사건 법률조항을 사안에 맞게 적절히 적용하고 있는 것으로 보인다.

그리고 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익은 국가주권의 한 속성으로 이해되는 국가형벌권의 적정한 행사 및 개인의 기본권 보장의 조화라는 측면에서, 형이 감면될 수 있는 가능성에 그친다는 점 때문에 이 사건 법률조항으로 인하여 받게 되는 개인의 불이익이 더 중대하다고 할 수는 없다.

이에 대한 각국의 입법례를 보더라도, 다수의견이 언급한 독일과 일본 외에 이 사건 법률조항과 같은 감면 조항을 아예 두고 있지 않은 미국, 외국에서 형의 전부 집행을 받은 국외범에 대하여 처벌을 배제하는 오스트리아, 우리나라와 유사하게 처벌을 면제하거나 감경할 수 있도록 규정한 중국 등에 이르기까지 외국에서 처벌을 받은 자에 대하여 국내에서의 형사처재를 완화하는 방안은 나라마다 다양하다.

이상에서 본 바와 같은 임의적 감면의 불가피성, 법원의 실무, 법익의 균형성, 각국의 입법례 등을 종합하여 보면, 단지 규정상 법관의 재량에 맡겨져 있다는 이유만으로 입법재량의 범위를 일탈하였다고 단정하기는 어렵다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 청구인의 신체의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다.』

(다) 해설

1) 외국에서 형의 집행을 받은 경우 법원 판결례 경향

이 사건 법률조항은 임의적 감면사유로 규정되어 있으나, 법원은 범죄사실의 동일성, 형 집행의 정도 등을 고려해 법률상 감경하거나, 외국에서의 형 집행으로 피고인에 대한 형벌목적이 대부분 달성되었다고 보이는 경우 형을 면제하기도 하고, 집행유예 등의 필요성이 있는 경우 법률상 감경과 작량감경을 동시에 적용하기도 한다. 또한, 법리상 동일한 범죄사실이 아니어서 이 사건 법률조항이 적용되지 아니하는 경우에도 제반 사정의 일부로서 참작하여 양형 요소로 삼기도 하고, 검찰 역시 외국에서의 형 집행을 이유로 한 법원의 판결에 대하여 적극적으로 상소하지 않는 경향을 발견할 수 있다.

가) 법률상 감경

사건	죄명	사실관계	양형	비고
서울 2000고합616	폭행치사	• 피지국에서 동거녀 폭행치사 • 6년 선고, 3년 5월 수감(가석방)	2년 집유3년	상소하지 않아 확정
서울 2001고합1050 등	인질강도 미수	• 중국에서 인질강도미수 • 중국에서 실행 선고, 집행완료	2년 집유3년	상소하지 않아 확정
부산 2002고합299	살인	• 그리스국에서 살인 • 16년 선고, 약 6년 3월 수감	2년6월 집유3년	상소하지 않아 확정
제주 2008고합14	살인	• 일본국에서 살인 • 8년 선고, 약 6년 10월 수감	2년 6월 집유3년	상소하지 않아 확정
울산 2010고정993	업무상과실 선박과괴	• 일본국에서 선박과괴 • 일화 20만엔 약식명령, 납부	벌금 250만원	상소하지 않아 확정

나) 면제

사건	죄명	사실관계	양형	비고
서울 2002고합347	폭처법 위반	• 몽골국에서 흥기휴대상해 • 몽골국에서 벌금형 집행	면제	상소하지 않아 확정
서울고등 2004노486	살인	• 미국에서 살인 • 134월 선고, 9년 이상 수감	면제	상소하지 않아 확정
서울남부 2004고합332	특수강도, 공갈	• 미국에서 합동강도, 공갈 • 1년 7월 수감(가석방)	면제	상소하지 않아 확정



사건	죄명	사실관계	양형	비고
서울서부 2005고합263	살인	• 일본국에서 살인 • 7년 선고, 6년 6월 수감	면제	상소하지 않아 확정
서울남부 2006고단667	특수절도	• 일본국에서 합동절도 • 2년 4월 선고, 집행 완료	면제	상소하지 않아 확정
의정부 고양 2008고합102	강도상해	• 일본국에서 강도상해 • 9년 선고, 8년 이상 수감	면제	항소기각 확정
부산 2009고합391	특가범위반 (관세) 등	• 중국에서 특가범위반(관세) 등 • 6년 선고(1년 감형), 5년 수감	면제	상소하지 않아 확정
창원 진주 2013고단396	폭처범위반 (집단흉기 등상해), 중감금	• 오스트레일리아에서 중감금 등 • 형의 선고받고 일부 집행	면제	상소하지 않아 확정

다) 법률상 감경과 작량감경을 동시에 한 경우

사건	죄명	사실관계	양형	비고
서울동부 2002고합1	성폭범위반 (특수강도 강간등)	• 일본국에서 특수강도강간미수 • 일본국에서 장기간 복역	2년 집유3년	상소하지 않아 확정
부산고등 2002노375	살인, 상해	• 일본국에서 살인, 복역 후 한 국으로 강제추방되는 과정에 서 일본국 출입국 직인 상해 • 8년 선고, 약 6년 6월 수감	1년 6월 집유3년	상소하지 않아 확정
부산 2002고합760	살인	• 미국에서 살인 • 12년 선고, 약 10년 5월 수감	1년 6월 집유2년	상소하지 않아 확정
부산고등 2006노467	강도치사, 강도상해, 특수감금	• 인도네시아에서 강도치사 등 • 3년 6월 선고, 약 3년 수감	3년	상고기각 확정
서울중앙 2011고합1172	특가범위반 (통화위조)	• 일본국에서 위조지폐 행사 • 5년 선고, 집행 완료	1년 6월 집유2년	상소하지 않아 확정
대전 천안 2012고합21	강도상해	• 오스트레일리아에서 강도상해 • 5년 및 4월 선고, 20월 수감	3년 집유5년	항소기각 확정
서울서부 2012고합483	살인	• 베트남에서 살인 • 6년 선고, 약 2년 7월 수감	1년 6월	상소하지 않아 확정
서울서부 2013고합58	강도상해	• 일본국에서 강도상해 • 7년 선고, 집행 완료	2년 집유3년	상소하지 않아 확정

라) 양형에 고려한 경우

사건	죄명	사실관계	양형	비고
서울동부 2014노1602	공문서위조, 동행사	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 여권 위조</li> <li>• 총 10회 위조 여권 행사</li> <li>• 중국에서 상당기간 수감</li> </ul>	6월	상고기각 확정
인천 2005노1912	밀항단속법 위반	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 여권 없이 일본국으로 밀항</li> <li>• 일본국에서 별개의 범죄사실로 1년 4월 수감<sup>7)</sup></li> </ul>	10월 집유2년	상소하지 않아 확정
인천 2006고단48 93	공문서위조, 동행사, 특가법위반 (절도)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 여권 위조</li> <li>• 일본국에서 상습절도죄로 3년 8월 선고, 3년 6월 수감<sup>8)</sup></li> </ul>	6월 집유2년	상소하지 않아 확정
서울고등 2014노1438	특가법위반 (관세), 상표법위반, 관세법위반	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 중국에서 관세법위반 등</li> <li>• 8월 미결구금</li> </ul>	2년 6월 벌금 약 8억원	상고기각 확정

2) 외국 입법례

가) 독일

일반적으로 독일 형법 제51조 제3항의 취지는 피고인이 부당하게 가혹하게 처우되는 것을 조정하는 데(Ausgleich ungerechtfertigter Härten)에 있다고 이해된다. 벌금형을 자유형에 산입하거나 자유형을 벌금형에 산입함에 있어 자유형 1일은 벌금형의 1일치 환산금액에 상응하는 것으로 계산한다(형법 제51조 제4항 제1문). 외국에서 집행된 형의 종류에 비견될 만한 형이 국내 형법에 존재하지 않는 경우 산입의 척도는 법원이 재량으로 결정한다(형법 제51조 제4항 제2문). 이와 같은 산입의 척도는 판결주문에 명시되어야 한다.<sup>9)</sup>

외국에서 집행된 형을 산입함에 있어 가령(자유형의 경우) 근로 여부,

7) 일본국에서 유효한 여권을 소지하지 아니하고 일본에 불법 체류하였다는 범죄사실(출입국관리및난민안정법위반죄)로 1년 4월 동안 수감생활을 한 점 등을 참작하여 집행유예하였다(원심은 동일한 범죄사실로 보아 형을 면제하였으나 항소심에서 파기한 사례).

8) 특가법위반(절도)죄에 대하여는 이 사건 법률조항을 적용하여 형을 면제하였다.

9) Gabriele Kett-Straub in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., §51 Rn. 38.

의료적 처우, 수용 환경, 식음료, 위생 여건, 외부와의 접촉가능성, 공동수용 상황 등을 고려한다.<sup>10)</sup> 판례<sup>11)</sup>는, 자유형의 경우 독일과 여타 유럽국가들 사이에는 1:1의 관계로 형기를 산입하는 것으로 보고 있다. 한편, 브라질에서 집행된 형과 독일의 형의 비율을 1:2 또는 1:2.5로 보고 산입한 예가 있고, 도미니카공화국 1:3, 케냐 1:3 등으로 산입한 예가 있다.<sup>12)</sup> 이는 수형 환경이 열악한 나라에서 집행된 형의 기간을 산입함에 있어 피고인에게 유리하게 계산한 것으로서 독일 형법 제51조 제4항 제2문을 근거로 한 것으로 보인다(반대로 피고인에게 불리하게 산입한 예는 찾을 수 없다).

#### 나) 일본

구 형법 제5조 단서에서는 “감경 또는 면제할 수 있다”고 규정하고 있었으나, 1947년 형법 개정 시 필요적 감경 또는 면제로 개정되었다. 집행의 감경이란 자유형에 관해서는 선고된 형기의 집행기간, 재산형에 관해서는 선고된 벌금액 등의 징수하여야 할 금액을 감하는 것을 의미하고, 집행의 면제란 선고된 형의 집행을 모두 면제하는 것을 말한다.<sup>13)</sup> 사형에 관해서는 집행의 감경이라는 관념은 허용되지 않고, 무기형의 경우 집행하여야 할 형의 형기만료시점, 즉 형기가 정해지지 않았으므로 감경이 불가능하다는 견해도 있었으나,<sup>14)</sup> 최고재판소는 무기형의 경우에도 형법 제5조 단서에 의하여 감경을 요한다고 판시하였다.<sup>15)</sup> 한편, 징역, 금고의 구별이 없거나 벌금과 과료의 구별이 없는 국가, 신체형이 존치하는 국가 등 형벌체계가 상이한 경우에 대하여 판례에서 문제된 사례는 발견할 수 없었다. 다만 학설상으로는 재판소의 건전한 재량에 따라 형법 제5조 단서를 적용하여야 한다는 견해가 있다.<sup>16)</sup>

10) Gabriele Kett-Straub in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., §51 Rn. 38.

11) Gabriele Kett-Straub in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., §51 Rn. 40 참조.

12) Gabriele Kett-Straub in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., §51 Rn. 40.

13) 大塚仁編『大コンメンタル刑法(1)』青林書院(1989)、101면.

14) 東京高判昭和28(1953)年3月1日、高集6卷2号262頁.

15) 最判(大)昭和30(1955)年6月1日、集9卷7号1103頁.

16) 大塚仁編『大コンメンタル刑法(1)』青林書院(1989)、102면.

## 다) 미국

미국 연방수정헌법 제5조17)의 이중위협조항은 외국의 형사판결에는 적용되지 않으므로 외국에서 동일한 죄에 대해서 형의 집행을 받은 경우 형을 감면할 것이 헌법상 요구되지 않는다.<sup>18)</sup> 연방법상 외국에서 형의 집행을 받은 경우 이 사건 법률조항과 같은 감면규정은 존재하지 않는다.

## 4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제조건이므로 최대한 보장되어야 하는바, 외국에서 실제로 형의 집행을 받은 사정은 우리 형법에 의한 처벌 시 어느 범위에서든 반드시 반영되어야 한다는 점을 분명하게 확인한 사건이다.

나. 이 사건 결정에 따라 입법자는 이 사건 법률조항을 개정하여 외국에서 형의 집행을 받은 부분에 대해서 형의 선고 내지 집행에 있어 반드시 반영되도록 하는 규정을 마련해야 하는데, 이때 구체적으로 어떠한 입법형식을 취할 것인지에 대하여는 원칙적으로 입법자의 재량이 인정된다.

이와 관련하여 2015. 6. 16. 형을 필요적으로 감면하는 개정안이 발의된 바 있다(정청래의원 대표발의). 국회 법제사법위원회 검토보고서는 유기징역형과 벌금형 등의 경우 2분의 1로 감경비율이 고정되어 있어(형법 제55조 제1항 참조) 오히려 구체적 타당성을 도외시할 우려가 있다고 지적하면서, 외국에서 집행을 받은 형의 전부 또는 일부를 우리나라에서 집행하는 형에 산입하는 방식을 검토할 필요가 있다는 의견을 제시하였다. 그 후, 외국에서 집행된 형의 전부 또는 일부를 우리나라에서 선고하는 형에 필요적으로 산입하는 개정안(2016. 7. 29. 주광덕의원 대표발의), 외국에서 집행된

17) U.S.C.A. Const. Amend. V. Double Jeopardy

“No Person shall...be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb...”

18) 연방법원 판례에 의하면, 미국과 외국이 긴밀하게 수사공조를 이루어 외국에서 유죄판결을 받았다고 하더라도 여전히 미국에서의 기소와 처벌이 가능하다. U.S. v. Rashed, 234 F.3d 1280 (C.A.D.C. 2000); U.S. v. Guzman, 85 F.3d 823 (1st Cir. 1996); U.S. v. Baptista-Rodriguez, 17 F.3d 1354 (11th Cir. 1994) 등 참조.

구금일수와 금액의 전부를 우리나라에서 선고하는 형에 필요적으로 산입하는 개정안(2016. 8. 19. 김도읍의원 대표발의)이 발의되었다.



## 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조 위헌확인 등

- 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조의 위헌 여부 -  
(헌재 2015. 5. 28. 2013헌마671, 2014헌가21(병합), 판례집 27-1하, 336)

정 인 경\*

### 【관시사항】

1. ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령’(2013. 3. 23. 대통령령 제24447호로 개정된 것) 제9조 제1항 중 노동조합 설립신고 이후에 신고 반려사유가 발생한 경우 시정요구하고 해당 노동조합이 일정기한 내에 시정요구에 대해 불이행할 경우 범외노조가 됨을 통보하여야 한다고 규정한 ‘노동조합 및 노동관계조정법 시행령’ 제9조 제2항에 관한 부분에 대한 헌법소원 심판청구가 적법한지 여부(소극)

2. 고용노동부장관의 청구인 전국교직원노동조합에 대한 2013. 9. 23.자 시정요구에 대한 헌법소원 심판청구가 적법한지 여부(소극)

3. 교원의 노동조합을 설립하거나 그에 가입하여 활동할 수 있는 자격을 초·중등교육법 제19조 제1항에서 규정하고 학교에 있는 교원으로 한정하고 있는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2010. 3. 17. 법률 제10132호로 개정된 것) 제2조가 청구인 전국교직원노동조합 및 해직 교원들의 단결권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

2013헌마671 사건의 심판대상은 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(2010. 3. 17. 법률 제10132호로 개정된 것, 이하 ‘교원노조법’이라

---

\* 헌법연구관

한다) 제2조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다), ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령’(2013. 3. 23. 대통령령 제24447호로 개정된 것) 제9조 제1항 중 ‘노동조합 및 노동관계조정법 시행령’ 제9조 제2항에 관한 부분(이하 ‘법외노조통보 조항’이라 한다), 고용노동부장관의 청구인 전국교직원노동조합에 대한 2013. 9. 23.자 시정요구(이하 ‘이 사건 시정요구’라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 2014헌가21 사건의 심판대상은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부이다.

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2010. 3. 17. 법률 제 10132호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 “교원”이란 초·중등교육법 제19조 제1항에서 규정하고 있는 교원을 말한다. 다만, 해고된 사람으로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제82조 제1항에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 노동위원회법 제2조에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다.

교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24447호로 개정된 것)

제9조(다른 시행령과의 관계) ① 교원에게 적용할 노동조합 및 노동관계조정에 관하여 이 영에서 정하지 아니한 사항에 관하여는 제2항에서 정하는 경우를 제외하고는 ‘노동조합 및 노동관계조정법 시행령’에서 정하는 바에 따른다.

**피청구인의 청구인 전교조에 대한 2013. 9. 23.자 시정요구서**

- 시정기한 2013. 10. 23.
- 시정요구사항
  - 귀 노동조합의 규약 부칙 제5조는 해직교원에 대하여 노동위원회에 대한 부당노동행위 구제신청 등 여부를 묻지 않고 조합원으로 인정하고 있어 강행규정인 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제2조에 위반되므로 동 규정에 맞게 시정하기 바람
  - 불임 명단의 해직자는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’ 제2



조에 의한 조합원 자격이 없는 자에 해당하므로 귀 노동조합에 가입·활동하지 않도록 조치하기 바람

※ 붙임 : 전교조 활동 해직자 명단

‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제14조 및 동법 시행령 제9조, ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제12조 제3항 및 동법 시행령 제9조 제2항의 규정에 따라 위와 같이 시정을 요구합니다.

※ 위 시정기한 내 시정결과를 보고하지 않는 경우에는 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’에 따른 노동조합으로 보지 않음을 알려드립니다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’라 한다)은 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(이하 ‘교원노조법’라 한다)에 따라 1999. 7. 1. 설립된 전국 단위 교원의 노동조합, 나머지 청구인들은 전교조 소속 조합원들로서 소속 학교로부터 당연퇴직 등을 이유로 해고된 교원들이다. 고용노동부 장관(이하 경우에 따라 ‘피청구인’이라 한다)은 2013. 9. 23. 전교조에 대하여, 해고된 교원도 조합원 자격을 유지한다는 내용의 규약을 교원노조법 제2조에 맞게 시정하고 해고된 교원 9인의 전교조 가입·활동을 금지하도록 하면서, 불응할 경우 법외노조통보를 할 예정이라는 내용의 시정요구를 하였다. 이에 청구인들은 교원노조법 제2조, ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노조법’이라 한다) 시행령 제9조 제2항 및 위 시정요구가 청구인들의 단결권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2013헌마671).

이후 고용노동부장관은 2013. 10. 24. 전교조에 대하여 위 시정요구 불이행을 이유로 법외노조통보(‘이 사건 법외노조통보 처분’)를 하였고, 전교조가 그에 대한 취소 소송의 항소심에서 교원노조법 제2조에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하자, 서울고등법원이 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다(2014헌가21).

## 2. 제청법원의 위헌제청이유(2014헌가21)

가. 근로자의 단결권에는 노동조합의 형태, 조합원의 범위 등에 관하여 규약의 형태로 결정하는 것이 포함된다. 이러한 단결권은 헌법 제33조 제1항에 따라 직접 보장되며, 헌법에 의한 직접 제한이나 일반적 법률유보 이외의 방법으로는 제한될 수 없다. 교원노조법에 따르면 교원은 산업별·직종별·지역별 노조 등과 같은 초기업별 단위노조의 근로자에 가까운데, 이 사건 법률조항은 현직에 있는 교원 외에 해직·퇴직 교원, 일시적 실업상태에 있는 교원을 그 범위에서 제외하고 있으므로 교원의 노동조합(이하 '교원노조'라 한다) 및 교원의 단결권을 지나치게 제한한다.

한편, 국·공립학교 교원은 그 신분이 공무원인 관계로 헌법 제33조 제2항에 따라 별도의 규율을 받지만, 사립학교 교원과 국·공립학교 교원의 지위가 공통적인 국가 자격증 제도를 바탕으로 인정되고 있고, 교원노조법이 이들의 근로3권을 하나로 규율하고 있는 점, 우리나라 중등 교육과정에서 사립학교가 차지하는 비중이 공립학교를 상회하고 있는 현실, 교원의 단결권은 헌법 제33조 제1항에 의하여 원칙적으로 보장되고 헌법 제33조 제2항은 예외인 점 등을 고려할 때, 교원노조법에서 입법자에게 인정되는 입법 재량은 사립학교 교원의 단결권을 기준으로 함이 상당하다. 그런데 이 사건 법률조항은 국·공립학교 교원은 물론 사립학교 교원의 단결권의 내용까지 직종별·지역별 노조로 제한하고, 이에 더하여 조합원의 자격과 범위를 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 제한하고 있으므로, 사립학교 교원의 헌법상 단결권을 침해하고 있다.

나. 이 사건 법률조항은 현직 교원이 아닌 사람을 교원노조의 조합원 범위에서 제외함으로써 교원노조 및 예비 교원을 일반 산업별·직종별·지역별 노조 등의 초기업별 단위노조 및 그에 속한 실업자 등과 합리적 이유 없이 차별함으로써 교원의 평등권도 침해한다.

### 【결정요지】

1. 법외노조통보 조항은 시정요구 및 법외노조통보라는 별도의 집행행위를 예정하고 있으므로, 법외노조통보 조항에 대한 헌법소원은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

2. 이 사건 시정요구는 청구인 전교조의 권리·의무에 변동을 일으키는 행정행위에 해당하나, 청구인 전교조는 이 사건 시정요구에 대하여 다른 불복절차를 거치지 아니하고 곧바로 헌법소원심판을 청구하였으므로, 이에 대한 헌법소원은 보충성 요건을 결하여 부적법하다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### 가. 제한되는 기본권 및 심사 기준

이 사건 법률조항은 교원노조를 설립하거나 그에 가입하여 활동할 수 있는 자격을 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 한정하고 있으므로, 해직 교원이나 실업·구직 중에 있는 교원 및 이들을 조합원으로 하여 교원노조를 조직·구성하려고 하는 교원노조의 단결권을 제한하는바, 교원도 기본적으로 근로자에 해당하므로 교원의 단결권을 제한하는 법률은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 교원노조를 설립하거나 그 활동의 주된 주체를 원칙적으로 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 한정함으로써, 대내외적으로 교원노조의 자주성과 주체성을 확보하여 교원의 실질적 근로조건 향상에 기여한다는 데 그 입법목적이 있고, 이를 위해 교원노조의 조합원을 재직 중인 교원으로 한정하는 것은 적절한 수단이라 할 수 있다.

1999. 1. 29. 교원노조법 제정 이후 교원의 노조활동이 원칙적으로 보장되고 있고, 교원노조는 교원의 근로조건 향상을 위하여 교원을 대표하여 단체교섭권을 행사하고, 노동쟁의 조정신청권 등 각종 법적 보호 또는 혜택을 받으며, 단체협약을 체결할 수 있는 등 교원의 근로조건에 직접적이고 중대한 영향력을 행사한다. 따라서 재직 중인 교원에게만 교원노조의 조합원이 될 수 있는 교원의 지위를 부여하는 것은 이러한 교원노조의 역할이나 기능에 비추어 부득이한 측면이 있다.

또한 교원노조는 그 특성상 산업별·지역별 노조의 형태로 결성될 수밖에 없으나, 교원의 근로조건은 법령이나 조례 등으로 정해지므로

이와 직접 관련이 없는 교원이 아닌 사람을 교원노조의 조합원 자격에서 배제하는 것이 단결권의 지나친 제한이라고 볼 수 없고, 교원이 아닌 사람들이 교원노조를 통해 정부 등을 상대로 교원의 임용 문제나 지위 등에 관하여 단체교섭을 할 수 있도록 할 실익도 거의 없다. 한편, 노동조합법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 ‘근로자’에는 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람도 근로3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되므로(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 참조), 교원으로 취업하기를 희망하는 사람들이 노동조합법에 따라 노동조합을 설립하거나 그에 가입하는 데에는 아무런 제한이 없다.

이 사건 법률조항 단서는 교원의 노조활동이 임면권자에 의하여 부당하게 제한되는 것을 방지함으로써 교원의 노조활동을 보호하기 위한 것인데, 그 외에 일반적으로 해직 교원에게 교원노조의 조합원 자격을 계속 유지할 수 있도록 하면, 해고의 효력을 다투는 데 기한의 제한이 없는 우리 법체계상 쟁송을 남용하거나, 개인적 해고의 부당성을 다투는 데 교원노조 활동을 이용할 우려가 있으므로, 해고된 사람의 교원노조 조합원 자격을 이 사건 법률조항과 같이 제한하는 데는 합리적 이유가 인정된다.

한편, 이 사건 법률조항이 교원노조를 설립하거나 그 활동의 주된 주체가 되는 조합원 자격을 초·중등학교의 재직 중 교원으로 제한하는 것에 합리적 이유가 있다고 하여, 이를 이유로 이미 설립신고를 마치고 정당하게 활동 중인 교원노조의 범상 지위를 박탈한 것이 항상 적법한 것은 아니다. 설립 당시 정당하게 교원노조에 가입한 교원이 교직에서 해고되거나 사직하는 일이 발생할 수 있는 등 교원노조에는 일시적으로 그 자격을 갖추지 못한 조합원이 포함되어 있을 가능성이 언제나 존재하는데, 이에 대한 직접적인 규율은 범외노조통보 조항이 정하고 있다. 자격 없는 조합원이 교원노조의 의사결정 등에 영향을 미치는 것이 입법취지와 목적에 어긋남이 분명할 때 비로소 행정당국은 교원노조에 대하여 범외노조통보를 할 수 있는 것이다. 그런데 전교조는 교원노조법이 설립된 이후 10년 이상 합법적인 교원노조로 활동해 왔고, 이전에도 해직된 교원이 조합원에 포함되어 있었지만 전교조에 대한 범외노조통보는 2013. 10. 24.에서야 이루어진 사정 등을 종합하여 볼 때, 교원이 아닌 사람이 교원노조에 일부 포함되어

있다는 이유로 이미 설립신고를 마치고 활동 중인 노조를 법외노조로 할 것인지 여부는 행정당국의 재량적 판단에 달려 있음을 확인할 수 있고, 법원은 이러한 행정당국의 판단이 적법한 재량의 범위 안에 있는 것인지 충분히 판단할 수 있다.

이와 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 아직 임용되지 않은 교사자격취득자 또는 해고된 교원의 단결권 및 이들을 조합원으로 가입·유지하려는 교원노조의 단결권을 지나치게 제한한다고 볼 수 없고, 이미 설립신고를 마친 교원노조의 법상 지위를 박탈할 것인지 여부는 법외노조통보 조항의 해석 내지 법 집행의 운용에 달린 문제라 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 교원노조 및 구직 중인 교원 등의 단결권을 제한함에 있어 침해의 최소성에 위반되지 않는다.

이 사건 법률조항으로 인하여 교원노조 및 구직 중인 교사자격취득자나 해고된 교원이 입게 되는 불이익은 이들을 조합원으로 하여 교원노조법에 의한 교원노조를 설립하거나 가입할 수 없는 것일 뿐, 이들의 단결권 자체가 박탈된다고 할 수 없으므로 그 제한의 정도가 크지 않은 반면, 현실적으로 초·중등 교육기관에서 교원으로 근무하지 않는 사람들이 교원노조를 설립하거나 교원노조에 가입하여 교원노조법상 단체교섭권 등 각종 권한을 행사할 경우 발생할 교원노조의 자주성에 대한 침해는 중대하므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 어긋나지 아니한다.

### 재판관 김이수의 반대이견

이 사건 법률조항은 그 입법목적이 정당하다 하더라도, 노조의 자주성의 의미에 비추어볼 때 교원노조 및 해직 교원이나 구직 중인 교사자격취득자 등의 단결권을 지나치게 제한하는 조항이다.

산업별·지역별 노조에 해당하는 교원노조에 재직 중인 교원 외에 해직 교원과 같이 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 교사자격소지자의 가입을 엄격히 제한할 필요가 없고, 다른 직종으로 변환이 쉽지 않은 교사라는 직종의 특수성을 고려할 때 이를 엄격히 제한하는 것은 이들 직종에 속하는 사람들의 단결권을 지나치게 제한하는 결과를 초래할 수 있다.

교원노조 및 그 조합원의 쟁의행위 금지 조항(법 제8조), 교원노조의 정치활동 금지 조항(법 제3조) 등이 있으므로 교원노조에 해직 교원 등이 포함된다고 하여 교원노조가 정치화되거나 그로 인해 교육의 공공성이나 국민의 교육받을 권리가 침해되는 결과가 초래될 위험도 없다.

또한 해직 교원의 경우 부당해고를 다투기 위해 교원소청심사위원회에 불복하는 절차를 밟는 경우가 일반적이므로, 교원소청심사위원회에 불복하고 심사위원회의 결정이 있을 때까지 조합원 자격을 유지할 수 있도록 함으로써 단결권 제한을 최소화할 수 있다.

무엇보다 전교조에 대한 법외노조통보 조치 경위에서 알 수 있듯이, 이 사건 법률조항은 다른 행정적 수단과 결합하여 노동조합의 자주성을 보호하기 위한 원래의 입법목적과 달리 도리어 이를 침해하는 결과를 초래할 수 있다.

과거 교원의 노동3권은 보장되지 않았으나 정부가 1995년대 이후 국제노동기구(ILO) 및 경제협력개발기구(OECD)의 권고 등을 고려하여 교원의 노동3권 보장을 위한 논의를 시작하였고, 1998년 노사정위원회의 합의에 따라 1999. 1. 29. 교원노조법이 제정·공포(법률 제5727호)되었다. 이에 전교조도 그 최초 시행일인 1999. 7. 1. 설립신고를 마치고 약 15년 간 합법적 노조로 활동해왔는데, 행정관청은 이 사건 법률조항을 지극히 형식적으로 해석·집행하여, 단지 그 조직에 소수의 해직 교원이 포함되어 있다는 이유만으로 법외노조통보라는 가장 극단적인 행정조치를 하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 교원노조의 자주성 및 단결권을 본질적으로 침해하는 조항이 될 수 있다.

그리고 공무원인 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 근로관계는 그 성질을 달리하는바, 교원지위법정주의에 관한 헌법 제31조 제6항을 근거로 사립학교 교원의 노동3권을 제한할 수는 없고, 비교법적으로 보더라도 사립학교 교원의 노동3권을 제한하는 예는 찾아보기 어렵다. 더욱이 이는 우리나라가 아직 비준하지는 않았지만 국제노동기구(ILO) 제87호 ‘결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 협약’ 및 제98호 협약과도 모순된다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하여 교원노조 및 해직 교원이나 구직 중인 교사자격소지자의 단결권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

청구인 전교조등은 이 사건 법률조항에 대한 위헌법률심판제청 사건(2014헌가21)이 접수되기 전에 이미 이 사건 법률조항, 법외노조통보 조항, 이 사건 시정요구에 대하여 2013헌마671 사건으로 헌법소원을 제기한 상태였다. 그런데 전교조가 궁극적으로 다투고자 한 것은 고용노동부장관에 의한 이 사건 법외노조통보 처분이었던 점에서 이 사건 법률조항 외에 시행령인 법외노조통보 조항의 위헌성 또한 강하게 주장되었다. 한편 법령에 대한 헌법소원심판청구가 적법하려면 그로 인한 기본권 침해의 직접성이 인정되어야 하므로 2013헌마671 사건에서는 법외노조통보 조항으로 인한 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있는지가 심판청구의 적법요건 검토시 주요 쟁점이 되었다.

이 사건 법률조항에 대한 위헌여부를 판단하는 본안 판단에서는 이 사건 법률조항이 국·공립학교 교원뿐만 아니라 사립학교 교원의 단결권도 제한한다는 점, 교원의 지위 및 교원노조의 특수성 등을 종합적으로 고려할 때 헌법 제33조 제1, 2항, 제37조 제2항과의 관계에서 심사기준을 어떻게 정할 것인지가 쟁점이 되었고, 그 외에 법외노조통보 조항에 대한 헌법소원심판청구가 적법 요건을 충족하지 못하여 법외노조통보 조항의 위헌 여부가 심판대상이 아니라 하더라도 이 사건 법외노조통보 처분이 법외노조통보 조항에 직접적으로 근거하여 이루어졌다는 점에서, 이 사건 법률조항의 위헌 여부 판단에 있어 이러한 사정을 어느 정도 고려할 것인지도 문제되었다. 이하 먼저 전반적인 제도의 이해를 위해 노동조합 설립신고제도 및 교원노조법 내용을 살펴보고, 앞서 언급한 쟁점들을 중심으로 살펴보기로 한다.

### 2. 법외노조통보 조항에 대한 헌법소원심판청구의 적법 여부

법외노조통보 조항은 교원노조가 설립신고증을 교부받은 후 노조법 제12조 제3항 제1호에 준하는 사유(노조법 제2조 제4호 각목의 1에 해당하는 경우)가 발생한 경우 행정관청이 30일의 기간을 정하여 교원노조에 그 시정을 요구하고 이에 응하지 아니하면 교원노조에 대하여 교원노조법에 의

한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다는 내용의 규정이다. 위 조항으로 인한 기본권 침해의 직접성이 인정되려면 다른 집행행위의 개입 없이 위 조항 자체로 청구인들에 대한 기본권 침해 가능성이 인정되어야 한다.

이 사건 법외노조통보 처분에 대한 취소 소송에서 제1심 법원은 노조법 시행령 제9조 제2항이 노조법 제2조 제4호 단서에 의하여 발생한 법적 효과를 명확하게 하고 노동조합에 시정할 기회를 제공하기 위한 규정으로 일종의 집행명령에 해당한다고 보고 이 사건 법외노조통보 처분도 재량행위가 아니라 기속행위에 해당한다고 보았다(서울행정법원 2013구합26309).<sup>1)</sup> 그런데 법외노조통보 조항이 상위법에서 정한 절차를 실행하기 위한 집행명령에 불과하다고 볼 것인지, 이 사건 법외노조통보 처분이 재량행위가 아닌 기속행위에 해당한다고 볼 수 있는지 여부와 무관하게, 법외노조통보 조항은 법외노조통보라는 별도의 집행행위를 예정하고 있고 행정관청이 교원노조에 대하여 이에 근거하여 법외노조통보를 하는 때에 비로소 그로 인한 기본권 침해가 발생한다고 보아야 한다. 따라서 2013헌마671 사건 심판청구와 관련하여 헌법재판소는 법외노조통보 조항에 대해서는 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없어 부적법하다고 보았다.

결국 이 사건 법률조항의 위헌 여부만이 본안 판단의 대상이 되었으나, 이하 그 판단의 전제로 노동조합 설립신고 및 법외노조통보 제도 등에 관하여 살펴보고 앞서 언급한 쟁점을 중심으로 헌법재판소의 입장을 검토해 보기로 한다.

1) 서울행정법원 2013구합26309 판결 이유 중 일부 : 노조법 제2조 제4호 본문, 단서 및 같은 호 각 목의 문언상 노동조합이 노조법 제2조 제4호 각 목에 해당하는 경우 같은 호 단서에 따라 노동조합으로 보지 아니하는 효과가 곧바로 발생하고 노조법 시행령 제9조 제2항에 따른 행정관청의 법외노조 통보에 따라 노동조합으로 보지 아니하는 효과가 발생하는 것으로 보기는 어려우므로 노동조합의 지위와 관련한 헌법상 단결권 등에 대한 기본적인 제한요건은 국회에서 제정한 법률인 노조법에 규정되어 있는 것으로 볼 수 있는 점...(중략)... 등을 고려하면, 노조법 시행령 제9조 제2항은 노조법 제2조 제4호 단서의 범위 내에서 노조법 제2조 제4호 각 목에 해당하는 경우 단서에 따라 노동조합으로 보지 아니하는 효과가 발생하였음을 알려주는 것이고 노조법 제2조 제4호 단서에서 규정한 사항 이외에 새로운 법률 사항을 정한 것으로 보기 어렵다.



### 3. 노동조합 설립신고 및 법외노조통보 제도

#### 가. 노동조합 설립신고제도

##### (1) 노동조합 설립신고 및 심사

노조법에 의하면, 노동조합을 설립하고자 하는 자는 명칭, 주된 사무소의 소재지, 조합원 수, 소속된 연합단체가 있는 경우에는 그 명칭 등을 기재한 ‘신고서’에 목적과 사업, 조합원에 관한 사항 등이 기재된 ‘규약’을 첨부하여 제출하여야 한다(노조법 제10조, 제11조). 행정관청은 노동조합 설립신고서를 접수한 때로부터 3일 이내에 신고증을 교부하여야 하고, 다만 노동조합이 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 등과 같이 그 실제적 요건을 갖추지 못한 경우에는 이를 심사하여 그 설립신고서를 반려하도록 하고 있다(노조법 제12조).

헌법재판소는 노동조합법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 채택하고 있는 것은 소관 행정관청으로 하여금 노동조합의 조직체계에 대한 효율적인 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하고 그 지도·감독에 철저를 기하기 위함이고, 노동조합 설립신고에 대한 심사는 단순히 행정관청에 신고하는 것만으로 그 설립을 허용할 경우 민주성 및 자주성이라는 실질적인 요건조차 갖추지 못한 노동조합이 난립하는 것을 허용함으로써 노동조합이 어용조합이 되거나 조합 내부의 민주성을 침해할 우려가 있으므로 이를 방지하여 근로자들이 자주적이고 민주적인 단결권을 행사하도록 하는 데 그 취지가 있다고 판단한 바 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50, 59-60; 헌재 2012. 3. 29. 2011헌바53, 판례집 24-1상, 538, 547-548).<sup>2)3)</sup>

- 
- 2) 헌법재판소는 노조법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없도록 하고 이에 위반할 경우 형사처벌하도록 규정한 노조법 조항들이 헌법에 위반되지 않으며(청원경찰 근로3권 제한 사건; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50), 노동조합설립신고제도가 헌법이 금지하는 결사에 대한 허가제에 해당하지 않고, 근로자 및 노동조합의 단결권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있다(헌재 2012. 3. 29. 2011헌바53, 판례집 24-1상, 538- 전국공무원노동조합이 해직자를 포함하여 노동조합 설립신고를 하였는데 반려처분되자 그 처분의 취소를 구하는 재판을 당해사건으로 하여 제기된 노동조합설립신고제도의 위헌 여부를 다툰 사건).
- 3) 여기서 행정관청이 노동조합의 설립신고 시 규약 및 신고서의 기재사항 중에 누

## (2) 노동조합 설립신고의 법적 효과

노조법에 따라 설립신고를 마친 노동조합은 ① 노동조합 명칭을 사용할 수 있고(노조법 제7조 제3항), ② 사용자의 단체교섭 거부 및 결렬 시 노동위원회에 노동쟁의의 조정 신청 및 부당노동행위의 구제신청을 할 수 있으며(동법 제7조 제1항), ③ 조세면제의 특전을 부여받고(동법 제8조), ④ 단체협약에 대해 일반적 구속력 및 지역적 구속력을 인정받을 수 있다.<sup>4)</sup>

노동조합의 설립요건을 갖추고 있지 못한 조합들에 대해서도 위와 같은 법적 보호가 인정되는지에 관하여 견해가 나뉘는데, 노조법상 노동조합이 아니므로 노동조합 명칭 사용 및 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있는 노조법상 보호(노조법 제7조)<sup>5)</sup>나 조세면제의 특혜(노조법 제8조) 등을 적용받지는 못하나, 단결권 보장이 되는 헌법상의 노동조합으로서 헌법상의 보호 내지 이익은 누릴 수 있다는 견해가 지배적이다. 이러한 견해에 따르면 법외노조는 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우 이를 강제할 방법이 없고 노조법에 따라 노동위원회에 구제신청

---

락된 것을 확인하고 규약의 제정 등이 민주적 절차에 이루어졌는지 등 형식적 심사만 하는 것인지 아니면 실질적 심사까지 할 수 있는 것인지 논란이 있으나, 노조법 제12조에서 어용노조나 근로자 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 아니한다고 정하고 있으므로 노동조합으로서의 실체를 갖추고 있는지 어느 정도 실질적 심사를 할 수 있다고 봄이 타당하다. 다만, 실질적 심사를 긍정하더라도 노동조합이 제출한 규약 및 신고서에 기초하여 판단할 수밖에 없는 한계가 있다는 보아야 한다; 김형배, 노동법(제20판 전면개정증보판), 765면 참조 - 특히 단위 노동조합과 달리 산별 노조나 전국단위 노동조합총연합체의 경우 사실상 실질적 심사에 한계가 있을 것이라고 한다.

- 4) 노조법 제35조(일반적 구속력) 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다. 제36조(지역적 구속력) ① 하나의 지역에 있어서 종업하는 동종의 근로자 3분의 2 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 행정관청은 당해 단체협약의 당사자의 쌍방 또는 일방의 신청에 의하거나 그 직권으로 노동위원회의 의견을 얻어 당해 지역에서 종업하는 다른 동종의 근로자와 그 사용자에게 대하여도 당해 단체협약을 적용한다는 결정을 할 수 있다.
- 5) 제7조(노동조합의 보호요건) ① 이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다.  
 ② 제1항의 규정은 제81조 제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니된다.  
 ③ 이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.

을 할 수는 없으나, 이러한 법외노조가 사용자와 단체교섭 결과 합의사항에 대하여 단체협약을 체결하였다면 그 단체협약은 유효하고, 근로조건에 관한 부분은 강행적 효력을 갖는다고 볼 수 있다고 한다.<sup>6)</sup>

#### 나. 법외노조통보제도

노조법 시행령은 “노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당해 노동조합에 대하여 이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다.”고 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 이미 설립신고를 마친 노동조합에 대하여 위 조항에 기하여 법외노조통보처분이 내려지면, 해당 노동조합은 더 이상 노조법상 각종 보호를 받지 못하게 된다.

이러한 법외노조통보 조항에 대하여, 노동조합이 노조법상 설립신고를 마친 이후에 실질적 요건을 갖추지 못하게 된 경우 구체적으로 어떠한 절차와 방법에 의하여 법상 노동조합으로 보지 않을 것인지에 관하여 그 절차와 방법을 정한 것으로 노조법 제12조 및 노조법 제2조 제4호 라목을 집행하기 위한 집행명령의 성질을 가진다고 보는 견해도 있고(고용노동부 및 이 사건 법외노조통보 처분에 대한 취소 소송에서 제1심 판결), 이와 달리 노조법은 설립신고 단계에서 요건을 갖추지 못하고 있는 경우 신고반려제도에 대하여 정하고 있을 뿐, 이미 설립신고를 마친 노동조합이 이후 노동조합으로서의 실제적 요건을 갖추지 못하게 된 경우 어떻게 처리할 것인지에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 시행령에서 노동조합 설립신고 이후 법외노조통보를 할 수 있다고 정한 것은 헌법상 법률유보원칙에 반한다는 견해도 있다.<sup>7)</sup>

6) 김형배, 노동법 770면, 이상윤, 노동법, 536면에서 재인용(김치선, 김유성, 박상필, 임종률 등 다수)

7) 이 사건 본안판단의 대상이 아니므로 더 이상 판단하지 아니하나, 청구인들은 이러한 법외노조통보제도가 법률유보원칙에 반한다고 하면서 사실상 1987년 대표적인 노동약법으로 지적되어 온 구 노동조합법상 해산명령을 부활시킨 것이라는 점을 지적하였다.

- 구 노동조합법(1987. 11. 28. 법률 제3966호로 개정되기 전의 것, 이 법은 이후 폐지) 제32조 (해산명령등) ① 행정관청은 노동조합의 노동관계법령에 위반하거

#### 4. 교원노조법 내용 및 교원노조 현황

##### 가. 교원노조법 내용

1999. 1. 29. 제정·공포(법률 제5727호)된 교원노조법은 국·공립학교 교원과 사립학교 교원을 구분하여 규율하지 않고, 교원노조법상 교원노조는 시·도 단위 또는 전국 단위로만 설립할 수 있는 것이 특징이다(교원노조법 제4조). 교원이 노동조합을 설립하려면 노조법과 마찬가지로 원칙적으로 고용노동부장관에게 설립신고서를 제출하여야 하고, 다만 교원노조의 경우 시·도 단위 또는 전국 단위로만 노동조합을 설립할 수 있도록 하고 있는 것이다.

교원노조법에 따라 설립신고서를 마친 교원노조의 대표자는 공·사립학교를 불문하고 조합원인 교원의 임금, 근무 조건, 후생복지 등 근로조건을 유지·향상을 위하여 사용자인 ‘교육부장관, 시·도 교육감 또는 사립학교 설립·경영자’(이하 ‘정부 등’이라 한다)와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다(교원노조법 제6조). 이 때 정부 등이 단체교섭을 거부하면 교원노조는 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 할 수 있고(교원노조법 제14조 제1항, 노조법 제7조 제1항), 단체교섭이 결렬될 경우 노동쟁의 조정신청도 할 수 있다(교원노조법 제9조). 그러나 단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의하여 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하고(제7조), 단체교섭이 결렬되더라도 교원노조 및 그 조합원의 일체의 쟁의행위는 금지되며(제8조), 다만 중앙노동위원회에 의한 조정, 중재의 절차를 거칠 수 있다(제9조 내지 제12조). 교원노조가 정부 등과 체결한 단체협약이 교원의 반수 이상에게 적용되게 된 때에는 다른 교원에 대하여도 당해 단체협약이 적용되는 일반적 구속력의 효과가 인정되므로(노조법 제35조),<sup>8)</sup> 이러한 경우 교원노조에 가입하지 않은 교원에게도 단체협약의 효력이 미칠 수 있

나 공익을 해할 염려가 있다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 해산을 명하거나 임원의 개선을 명할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 해산명령은 제16조의 규정에 의한 규약의 취소, 변경명령 또는 제21조의 규정에 의한 결의의 취소, 변경명령을 내린 후 이를 이행하지 아니할 때에 한하여 행할 수 있다.

8) 지역적 구속력에 관한 노조법 제36조는 교원노조법 제14조 제2항에 의하여 교원노조에게 적용되지 아니한다.

다. 한편, 임용권자의 허가가 있는 경우 교원노조에 노조전임자를 둘 수도 있는데, 법상 이들은 휴직명령을 받은 것으로 간주되고 전임자 신분을 이유로 어떠한 신분상의 불이익도 받지 아니한다(교원노조법 제5조).

이에 반하여, 노조법에 따라 설립신고를 마치지 아니한 교원노조 또는 설립신고를 마쳤으나 이후 법외노조통보를 받은 교원노조의 경우 헌법상 단결권을 보장받을 만한 실체를 갖춘 경우 정부 등을 상대로 단체교섭을 요구할 수 있지만, 정부 등이 단체교섭을 거부할 경우 이를 강제할 방법이 없고, 교원노조법상 노조전임자 제도의 혜택도 받지 못하며, 노동조합 명칭 사용, 조세감면 등의 노조법상 각종 보호도 받을 수 없다.

#### 나. 교원노조(교원노조법)와 교원단체(‘교원의 지위향상을 위한 특별법’)의 이원화

교원단체의 조직은 교원노조법 제정 이전부터 교육기본법에 의해 허용되고 있었고,<sup>9)</sup> 1991. 5. 제정된 ‘교원의 지위향상을 위한 특별법’(이하 ‘교원지위법’)은 교원단체가 교원의 처우 개선, 근무조건 및 복지후생과 전문성 신장에 관한 사항에 관하여 교육감이나 교육부장관과 교섭·협의를 할 수 있다고 정하고 있다(제11조, 제12조).

다만, 교원지위법은 교섭·협의를 사항에서 교육과정·교육기관 및 교육행정기관의 관리·운영에 관한 사항을 명시적으로 제외하고 있고, 교섭·협의를 결과에 대해 교육감 또는 교육부장관의 성실히 이행 의무만 인정하고 있으므로,<sup>10)</sup> 교원노조법상 단체교섭 결과에 대해 구속력이 인정되는 것과는 차이가 있다.

한국교총(한국교원단체총연합회)은 1992. 7. 교육부와 처음으로 교원지위법에 근거하여 교섭을 시작하였고,<sup>11)</sup> 이러한 교섭·협의를 1999년 교원노조

9) 교육기본법 제15조(교원단체) ① 교원은 상호 협동하여 교육의 진흥과 문화의 창달에 노력하며, 교원의 경제적·사회적 지위를 향상시키기 위하여 각 지방자치단체와 중앙에 교원단체를 조직할 수 있다.

10) 교원지위법 제11조(교원의 지위 향상을 위한 교섭·협의) ① 교육기본법 제15조 제1항에 따른 교원단체는 교원의 전문성 신장과 지위 향상을 위하여 교육감이나 교육부장관과 교섭·협의를 한다. ② 교육감이나 교육부장관은 제1항에 따른 교섭·협의를 성실히 응하여야 하며, 합의된 사항을 시행하기 위하여 노력하여야 한다.

11) 최초의 합의사항은 초중등교원 교직수당 및 원로수당 등 수당지급체계 개선 및 사학법인부담금 전액 국가부담 등이었다. 최근에 체결된 2011-12년도 교섭·협의

법이 제정·시행된 이후 교원노조에게 교원의 근로조건 등에 관하여 단체교섭권이 인정됨에도 현재까지도 계속 이어지고 있다. 그리하여 현행법상 교원노조법상 단체교섭 사항과 교원지위법상 교섭·협의 사항이 중복되는 측면이 있으나, 어느 한 쪽의 교섭 결과가 우선한다거나 어느 한 쪽의 교섭·협의권이 다른 쪽에 대해 배타적 지위를 가진다는 등의 규율은 없다. 전체 교원 중 한국교총 가입률은 35% 정도이고, 전교조 가입률은 16% 정도이다.<sup>12)</sup> 1999년 교원노조법 제정·시행으로 전교조<sup>13)</sup>와 한교조가 합법적 노조로 출범하였고, 두 교원노조 모두 전국 단위의 교원노조로, 시·도별 ‘지부’(전교조) 내지 ‘지역본부’(한교조)도 있다.

#### 다. 교원의 근로3권 관련 입법례<sup>14)15)</sup>

##### (1) 미국

미국에서 교사가 노동조합에 가입할 권리는 결사의 자유로 인정된다. 기

합의서에는 교원처우의 개선으로 봉급인상과 교직수당의 현실화, 연가보상비, 성과상여금 제도 개선 등의 내용이 포함되어 있다.

- 12) 공무원노조의 조직률(조합원수/공무원노조 가입대상 공무원)이 매년 55% 이상에 달하는 것과는 차이가 있다(e나라지표 참조).
- 13) 우리나라 최초의 교원노조는 4.19 혁명 직후인 1960년 결성된 한국교원노조연합회였으나, 5.16으로 좌절되었다. 그 후 1986년 민중교육지사건 관련자들이 민주교육실천협의회를 결성한 바 있고, 1987년 6.29. 선언 이후 교원노조운동이 보다 본격화되어 전교협(민주교육추진전국교사협의회)을 창립하고, 1989. 5. 28. 전교조가 결성되었다. 1993년 문민정부가 들어서서 신규임용의 특별채용 방식으로 복직을 추진하기까지 전교조 참여 교사들은 정부의 강경대응으로 1,511명이 파면, 해임, 면직 등 해직되었으며, 99년 교원노조 합법화 즈음 1,458명이 교단으로 복직하였다. 교원노조가 합법화되기까지 10여년간 전교조는 합법화 및 해직교사 복직투쟁, 교원처우개선 활동, 노동법 개정투쟁을 해왔으며, ILO, EI 등 국제기구와의 연대활동도 강화해왔다.
- 14) 이광택, 전교조 문제로 본 교원노조법의 올바른 개정방향, 교원노조법 개정 방향 토론회(2013. 11. 20.) 중 발제문 7면 이하 ; 이창섭, 한국교원단체총연합회와 전국교직원노동조합의 기능과 법률적 한계 비교(2001), 부산교육대학교 교육대학원 석사학위논문, 21면 이하; 정중수, 사립학교 교원의 노동기본권 보장에 관한 연구(2003), 울산대학교 법과대학 석사학위논문, 48면 이하
- 15) 구직 중에 있는 교원이나 해고된 교원도 교원노조에 가입할 수 있는지에 초점을 맞춘 입법례 조사는 아니다. 미국 AFT 사이트에 의하면, 퇴직 교원(retireess)도 가입 및 활동이 가능해보이나, 다만 구직 중인 교원이거나 해고된 교원까지 포함되는지는 분명치 않아 보인다(www. aft. org).

본적으로 교원의 노동조합의 설립 및 회원가입 자격과 관련하여 규율하는 법은 발견되지 않는다. 다만 단체교섭권의 인정 여부 및 그 범위에 차이가 있을 뿐이다.

교원을 대표하는 양대 조직으로 NEA(The National Education Association :全美교육협회)와 AFT(The American Federation of Teachers :미국교육연맹)가 있다. 1885년에 설립된 NEA는 노동조합이라기보다는 사적 결사의 성격의 보수적인 교원단체이다. 1916년에 설립된 AFT는 미국노동총연맹(AFL)과 산업별 조합위원회(CIO)와 연대하여 교원의 노동조합활동을 하고 있다.

사립학교 교사는 일반 사기업 근로자와 마찬가지로 근로3권이 보장되고, 1935년에 제정된 연방법 National Labor Relation Act(NLRA, Wagner Act)라고 불리기도 한다)가 적용되어 단체교섭권이 보장된다.

국·공립학교 교사는 공무원이라는 신분 때문에 NLRA의 적용대상에서 제외되어 단체교섭권에 관한 사항을 주에서 개별적으로 정하고 있다. 결국 주의 법에서 단체교섭을 의무화하지 않는 이상 법원은 학교에 단체교섭을 강제하지 않고, 이때 단체교섭에 응할 것인지의 결정은 학교이사회의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 단체교섭권을 인정하는 주의 경우에 재직 중의 교원에 대하여 그 권리를 인정하고 있다고 보이나, 해고된 교원이 포함되는 것을 명시적으로 금지하는 조항은 발견되지 않는다. 한편, 교원의 단체교섭권의 구체적인 행사는 특정 지방의 교원들이 선거에 의해 단체협약대표권을 NEA 또는 AFT 중 어느 단체에 부여하는가를 결정하면, 대표권을 획득한 단체는 그 지역 또는 모든 교원을 대변하고 단체협약을 할 권리와 의무를 가진다.<sup>16)</sup> 다만 연방과 대부분의 주 법에서 공무원 및 공공부문 근로

16) 지정된 단위 내지 법적 권한 내에서 노동자 다수에 의해 선택된 조합은 그 단위에서 모든 노동자의 배타적 대표(exclusive bargaining unit)가 된다. 우리나라 교원노동법과 차이가 있는 것으로 보인다.

미국 교육제도의 특징은 각 주정부가 독립적인 권한을 가지고 있고 지방교육구의 책임하에 교육위원회가 학교운영을 담당한다는 점이다. 지역시민이 직접 선출하는 위원으로 구성된 교육위원회는 학교정책을 결정하고 정책의 수행은 학교장이나 행정가에 의해 이루어진다. 미국 교원들은 대부분 교원단체에 가입되어 있고 학교당국과 교원단체와의 단체교섭에 의하여 실제로 교사의 근로조건과 임금이 결정된다.

취업 후 일정기간 내에 노조원의 자격을 취득하고 유지하는 것을 고용조건으로 하는 union shop은 Alaska를 비롯한 5개주에서 인정되고, 노조원의 자격이 취업

자들의 파업은 금지하고 있으며, NEA가 요구조건을 관철하는 수단으로 파업을 강행하는 경우도 있지만 전문직능단체의 성격으로 인하여 노동단체와 제휴하여 움직이지는 않는다고 한다.

요약하면, 미국은 교원의 단결권은 공사립을 불문하고 결사의 자유로 보장되고, 다만 공립학교 교사의 단체교섭권 보장은 주마다 차이가 있다는 것이다.

## (2) 일본

사립학교 교원은 노동관계법의 적용을 받아 근로3권이 보장되고 있으나, 국공립학교 교원은 국가공무원법과 지방공무원법의 적용을 받아 직원단체를 결성할 수 있으나, '단체협약체결권이 없는' 단체교섭권이 인정되고 단체행동권은 부인된다. 따라서 일본의 국·공립학교 교원의 경우 우리나라 교원지위법상 교원단체가 가지고 있는 협의권 정도만이 인정되고 있는 것으로 보인다.

## (3) 검토

다른 나라 입법례와 비교해 볼 때, 국공립학교 교원은 공무원임에도 불구하고 우리나라 교원노조법은 공사립을 구분하지 않고 함께 규율하는 것이 특징이고, 교원노조의 쟁의행위는 금지되나, 교원노조에게 단체교섭 및 단체협약 체결권, 부당노동행위 구제신청, 노동쟁의 조정신청 등의 권한이 인정되므로 교원의 단결권과 단체교섭권을 분리하여 이해하기는 힘든 구조이다.

## 5. 교원노조 관련 헌법재판소 결정례

1999년 교원노조법이 제정·시행 전에, 국가공무원법 및 사립학교법상 교원의 근로3권을 전면 부인하는 법률조항에 대하여 헌법재판소의 합헌 결정이 있었다. 국·공립학교 교원의 근로3권 제한이 문제된 사건에서, 헌법 제

---

의 전제조건은 아니지만 노조의 활동에 필요한 경비를 비노조원도 부담하는 것을 강제하는 agency shop 은 6개 주에서 인정된다. 또 노조활동에 대한 경비를 비조합원에게도 부담시키되 단체교섭관련비용만 국한시키는 fair share 조항은 New York 등 7개 주에서 인정하고 있으나, 나머지 20개 주에서는 이를 모두 법적으로 금지하고 있다.



33조 제2항이 국회가 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다고 보고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 판단하지 않고 구 국가공무원법 제66조 제1항에 대하여 합헌 결정을 한 바 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255 참조). 또한 사립학교 교원의 근로3권 제한이 문제된 사건에서는, 교원지위 법정주의에 관한 헌법 제31조 제6항<sup>17)</sup>이 국민의 교육권 실현을 위해 헌법 제33조 제1항에 우선하여 교원의 기본권을 제한하는 근거도 될 수 있다고 보고 심판대상조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하지 않는다고 보았다. 다만 단결권 제한은 단결권의 본질적 내용을 침해하므로 허용되지 않는다는 재판관 이시윤의 반대의견, 사립학교 교원은 일반근로자와 차이가 없으므로 사립학교 교원에 대한 단결권 전면 금지는 헌법에 위반된다는 재판관 김양균의 반대의견, 사립학교 교원의 근로3권을 헌법 제31조 제6항을 근거로 전면 금지하는 것은 헌법 제33조 제1, 2항에 저촉되고 헌법 제37조 제2항에도 위반된다는 재판관 변정수의 반대의견이 있었다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387; 헌재 1999. 6. 24. 97헌바61, 판례집 11-1, 734 참조).

교원노조법 제정 이후, 사립학교의 설립·경영자들은 교원노조와 개별적으로 단체교섭을 할 수 없고 반드시 연합하여 단체교섭에 응하도록 규정한 교원노조법 제6조 제1항 후문이 사립학교의 설립·경영자인 청구인들의 결사의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사건에서, 교원의 근로조건이 각 학교법인별로 크게 다르지 아니하고, 교원의 지위를 통일적으로 보장할 필요가 있으며, 교원의 노사관계가 일반 노사관계와는 다른 특수성을 지니는 점 등을 모두 고려하여 개별 학교차원의 교섭으로 인한 혼란을 방지하고자 하는 것으로, 청구인들의 결사의 자유에 대한 필요·최소한의 제한이라고 할 수 있으므로 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 바 있는데(헌재 2006. 12. 28. 2004헌바67, 판례집 18-2, 565), 이는 교원노조법 제정 이후 교원의

17) 헌법 제31조 ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

단결권에 대하여 직접적인 판단을 한 것은 아니었다.

따라서 이 사건 심판청구를 통해 교원노조법상 교원노조의 조합원 자격을 정한 이 사건 법률조항이 교원노조 및 교원의 단결권을 침해하는 것인지의 문제가 헌법 제33조 제1, 2항 및 제31조 제6항, 제37조 제2항의 해석 여부와 관련하여 다시 수면 위로 떠오르게 되었다.

## 6. 이 사건 법률조항이 헌법에 위반하는지 여부

### 가. 심사기준

이 사건 법률조항의 위헌 여부 판단 기준과 관련하여, 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 근로자인 교원의 단결권을 제한하는지, 국·공립학교 교원의 단결권은 헌법 제33조 제2항을 근거로 제한할 수 있고, 이 때 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반 여부는 판단할 필요가 없는 것인지, 사립학교 교원의 단결권은 헌법 제31조 제6항을 근거로 제한할 수 있는 것인지 문제가 된다.

이러한 심사기준과 관련하여, 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 따라 단결권을 제한받는 사람들은 해고된 교원 또는 교사자격증을 가지고 있으나 정식으로 임용되지 않은 단계에 있는 사람들로 국·공립학교나 사립학교 중 어느 한 곳에 소속된 교원이 아니라는 점, 교원노조법도 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 노동조합 구성 및 활동을 분리하여 규율하고 있지 않은 점을 고려하여, 이 사건 법률조항의 위헌 여부 판단에 있어 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 경우를 나누어 판단하지 아니하였다. 그 결과 헌법 제33조 제2항에 의한 국·공립학교 교원의 단결권 제한 여부나 헌법 제31조 제6항이 사립학교 교원의 단결권 제한을 정당화하는 조항인지 여부에 대해서는 판단하지 아니하고, 교원도 근로자라는 점을 고려하여 근로자의 단결권 제한 입법에 있어 준수하여야 하는 한계인 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반 여부를 심사기준으로 삼았다.

이러한 심사기준에 대해서 반대의견도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하는 것에 대해서는 기본적으로 쉼을 같이 하였으나, 사립학교 교원을 구분하여 볼 것인지 여부에 대해서는 입장을 달리 하였

고, 헌법 제33조 제1항과 관련하여 “노동조합은 원래 국가의 법률이나 정책에 의하여 만들어진 것이 아니라, 근로자들이 생산수단을 소유한 사용자와의 관계에서 스스로의 생존을 위하여 자주적으로 단결하여 생성·발전시켜 온 조직이다. 따라서 노동조합의 자주성은 헌법상 노동3권 보장을 위한 핵심 전제로서 최대한 보호되어야 하고, 이를 위해서는 근로자들이 사용자나 국가의 간섭을 받지 않고 스스로 주체가 되어 노동조합을 결성·가입할 수 있어야 한다.”는 노동조합의 자주성에 초점을 두고 과잉금지원칙 위반 여부 판단에 나아갔다.

## 나. 판단

이하 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부와 관련하여 판단의 주요 쟁점이 된 부분을 중심으로 보기로 한다.

### (1) 교원노조의 특수성

이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부를 판단함에 있어 다수의견은 교원노조의 특수성을 고려하였다. 즉 1999. 1. 29. 교원노조법 제정 이후 교원의 노조활동이 원칙적으로 보장되고 있고, 교원노조는 교원의 근로조건 향상을 위하여 교원을 대표하여 단체교섭권을 행사하고, 노동쟁의 조정 신청권 등 각종 법적 보호 또는 혜택을 받으며, 단체협약을 체결할 수 있는 등 교원의 근로조건에 직접적이고 중대한 영향력을 행사한다는 점, 교원노조는 그 특성상 산업별·지역별 노조의 형태로 결성될 수밖에 없으나, 교원의 근로조건 대부분은 법령이나 조례 등으로 정해지므로 이와 직접 관련이 없는 교원이 아닌 사람을 교원노조의 조합원 자격에서 배제하는 것이 단결권의 지나친 제한이라고 볼 수 없고, 교원이 아닌 사람들이 교원노조를 통해 정부 등을 상대로 교원의 임용 문제나 지위 등에 관하여 단체교섭을 할 수 있도록 할 실익도 거의 없다는 점을 고려하였다.

이에 대해 반대의견은, 법원 및 행정기관이 이 사건 법률조항이 노조법 제2조 제4호 라목과 동일한 내용을 정하고 있음에도 노조법 제2조 제4호 단서의 경우 일반적인 산업별·직종별·지역별 노조의 경우 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원 자격요건으로 하는 것이 아니므로 기업별

노조에만 적용되는 규정으로 보면서(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결), 이 사건 법률조항에 관하여는 “교원 자격을 가지고 구직 중인 자나 해고된 경우에 초기업적 노동조합인 교원노조의 조합원으로 인정할 필요성이 인정된다고 하더라도 이러한 필요성만으로 교원노조법의 규정에 반하여 달리 해석할 수는 없다”며 이를 교원노조의 조합원이 될 수 있는 교원의 범위를 정하는 강행규정으로 보고, 교원노조의 자체 규약으로도 이와 다르게 교원노조의 조합원 자격을 정하는 것이 허용되지 않는다고 보고 있는 점(피청구인 고용노동부장관의 의견 및 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011두24231 판결 참조)을 지적하면서, 교원노조와 같은 산업별·지역별 노조에는 해당 산업 내지 직종에 해당하는 사람들 전체의 근로조건 향상 내지 경제적·사회적 지위의 향상을 위한 조직이므로, 특정 사용자와 현재 근로계약 관계에 있는 사람뿐만 아니라 해당 산업 내지 직종에서 근무할 의사가 있는 사람도 이에 가입하여 활동할 수 있도록 할 필요가 있고, 이로 인하여 해당 노동조합의 자주성이 저해될 우려도 없다는 점을 지적하였다.

## (2) 법외노조통보 조항의 고려

다수의견과 반대의견은 법외노조통보 조항을 이 사건 법률조항의 위헌 여부 판단에서 어떻게 고려할 것인지에 대해서 시각을 달리 하였다.

반대의견은 행정기관 등이 이 사건 법률조항을 엄격하게 해석, 집행할 경우 이미 적법하게 설립신고를 마치고 활동 중인 교원노조가 이 사건 법률조항에서 정한 교원이 아닌 자를 조합원 일부로 두고 있다는 이유로 법외노조로 될 수 있는 위험성이 언제나 있다고 보면서 실제 이 사건 법외노조통보 처분도 6만 명 이상의 조합원 중 9인의 해직 교원이 포함되어 있다는 이유로 합법적인 교원노조로서의 지위를 박탈한 조치로 보았다.

다수의견도 반대의견이 지적하는 위험성에 대해서 고려하였다. 다만 이러한 위험성이 법외노조통보 처분이나 법외노조통보 조항이 아닌 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 영향을 미치는지 여부와 관련하여서는 시각을 달리하였다. 다수의견은 이 사건 법률조항과 이 사건 법외노조통보 처분과의 관련성에 대해 이 사건 법률조항이 교원노조를 설립하거나 그 활동의 주된 주체가 되는 조합원 자격을 초·중등학교의 재직 중 교원으로 제한하는 것

에 합리적 이유가 있다고 하여 이미 설립신고를 마치고 정당하게 활동 중인 교원노조의 법상 지위를 박탈한 것이 항상 적법한 것은 아니라고 보았다. 즉, 교원이 아닌 사람이 일부 포함되어 있다는 이유로 이미 설립신고를 마치고 활동 중인 교원노조를 법외노조로 할 것인지 여부는 행정당국의 재량적 판단에 달려있고, 그러한 행정당국의 판단이 재량권의 범위를 일탈하였는지 여부에 대해서는 법원이 여러 가지 사정을 고려하여 충분히 판단할 수 있으므로, 결국 이미 설립신고를 마친 교원노조의 법상 지위를 박탈할 것인지 여부는 이 사건 법외노조통보 조항의 해석 내지 법 집행의 운용에 달린 문제라는 이유로 이 사건 법률조항이 교원노조 및 구직 중인 교원 등의 단결권을 제한함에 있어 침해의 최소성에 위반되지 않는다고 보았다.

## 7. 결정의 의의

이 사건 결정에서 헌법재판소는 헌법 제33조 제1항에서 보호하고 있는 근로자의 단결권도 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권 제한 입법의 한계인 과잉금지원칙을 준수하는 한도에서 제한할 수 있다는 전제 하에, 일반 근로자와 다른 교원의 직무 및 근로관계의 특수성, 교원노조법상 설립신고를 마친 교원노조에 부여되는 법상 보호 내지 권한 등을 고려할 때, 교원노조법상 교원노조의 설립 주체인 교원의 범위를 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 한정하고 있는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않는다고 보았다.

또한 이 사건 법률조항, 법외노조통보 조항, 그에 따른 이 사건 법외노조통보 처분과 관련하여, 이 사건 법률조항이 교원노조를 설립하거나 그 활동의 주된 주체가 되는 조합원 자격을 초·중등학교의 재직 중 교원으로 제한하는 것에 합리적 이유가 있다고 하여 이미 설립신고를 마치고 정당하게 활동 중인 교원노조의 법상 지위를 박탈한 것이 항상 적법한 것은 아니라고 보았다. 따라서 교원이 아닌 사람이 일부 포함되어 있다는 이유로 이미 설립신고를 마치고 활동 중인 교원노조를 법외노조로 할 것인지 여부는 행정당국의 재량적 판단에 달려있고, 그러한 행정당국의 판단이 재량권의 범위를 일탈하였는지 여부에 대해서는 법원이 여러 가지 사정을 고려하여 충

분히 판단할 수 있다고 함으로써, 이 사건 법률조항을 위반하였다고 하여 반드시 범외노조통보 처분으로 이어져야 한다거나 범외노조통보 처분이 항상 적법한 것이 되는 것은 아님을 분명히 하였다.

## 심판비용부담 결정 등 신청

- 헌법소원심판절차에서 심판비용부담 재판이 필요한지 여부 -  
(헌재 2015. 5. 28. 2012헌사496, 판례집 27-1 하, 393)

최 희 준\*

### 【판시사항】

1. 국가가 부담하는 헌법재판의 심판비용에 변호사강제주의에 따른 변호사보수 등의 당사자비용이 포함되는지 여부(소극)
2. 헌법소원심판절차에서 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용하는 것이 헌법재판의 성질에 반하는지 여부(적극)

### 【사건의 개요】

#### 1. 선행사건

신청인들은 법학전문대학원생들로서, 법무사관후보생 병적에 편입할 수 있는 연령에 관하여 법학전문대학원생과 사법연수생을 달리 규정하고 있는 구 병역법 시행령 제119조 제1항 제2호에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 그 이후 위 시행령조항이 개정됨에 따라 신청인들에 대한 권리보호 이익이 소멸하였다는 이유로 2012. 2. 23. 신청인들의 헌법소원심판청구가 각하되었다(2010헌마147).

#### 2. 신청인들의 주장

신청인들은, 위 헌법소원심판청구 사건에서 변호사강제주의를 규정한 헌법재판소법 제25조 제3항에 따라 불가피하게 변호사 선임 비용을 지출하였고, 신청인들의 헌법소원심판청구는 그 청구 후에 신청인들의 청구취지와

---

\* 헌법연구관

같이 위 시행령조항이 개정되었다는 이유로 각하된 것인데, 헌법재판소는 위 헌법소원심판청구를 각하하면서 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 민사소송법 제104조, 제109조, 행정소송법 제32조를 준용하여 신청인들이 지출한 변호사 선임비용이 포함된 신청인들의 심판비용을 대한민국이 부담한다고 결정하였어야 함에도 불구하고 이를 누락하였으므로, 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 민사소송법 제212조 제2항, 제110조 제1항 등을 준용하여 위와 같이 누락한 헌법소원심판청구 사건의 심판비용 부담결정과 그에 따른 심판비용액의 확정결정을 구한다고 주장하면서, 신청사건을 제기하였다.

## 【결정요지】

### 1. 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용하는 것이 헌법재판의 성질에 반하는지 여부

가. 헌법재판의 심판비용을 국가가 부담하는 것은 헌법재판이 헌법을 보호하고, 권력을 통제하며, 기본권을 보호하는 등의 기능을 하는 객관적 소송이기 때문인데, 국가가 부담하는 심판비용에 변호사보수와 같이 청구인 등이 소송수행을 위하여 스스로 지출하는 비용인 당사자비용도 포함된다고 볼 경우에는 헌법재판청구권의 남용을 초래하여 헌법재판소의 운영에 따른 비용을 증가시키고 다른 국민이 헌법재판소를 이용할 기회를 침해할 수 있으며 헌법재판소법에 국선대리인 제도를 함께 규정할 필요도 없었을 것이므로, 국가가 부담하는 심판비용에는 재판수수료와 헌법재판소가 심판 등을 위하여 지출하는 비용인 재판비용만 포함되고, 여기에 변호사강제주의에 따른 변호사보수 등의 당사자비용은 포함되지 아니한다고 봄이 상당하다.

나. 나아가 헌법소원심판절차에서 당사자비용에 관하여 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용할 수 있는지에 관하여 본다.

헌법소원심판을 포함하여 헌법재판이란 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 수호·유지하는 국가작용으로서, 국가권력의 기본권기속과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기능적 권력통제의 한 장치이고, 헌법소원심판은 주



관적인 기본권 보호기능 외에 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능도 함께 가진다.

이에 헌법재판소는 헌법소원심판청구의 적법요건이 일부 흠결되었더라도 해당 청구와 관련하여 헌법적 해명이 필요하거나 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는 경우 등에는 심판의 필요성을 예외적으로 인정하여 본안에 관하여 판단하기도 하고, 심판대상도 청구인의 청구취지에 엄격하게 제한되는 것이 아니라 사건에 따라 확대·축소 내지 변경하기도 하며, 본안 판단에서는 청구인의 주장에만 얽매이지 않고 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무 등을 직권으로 심사하고, 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 하는 등(헌법재판소법 제75조 제5항, 제6항, 제45조 참조) 헌법소원심판절차에서 직권주의를 광범위하게 적용하고 있다.

이러한 헌법재판의 정의나 헌법소원심판이 수행하는 객관적인 헌법질서에 관한 수호·유지기능, 그리고 헌법소원심판의 직권주의적 성격과 심판비용의 국가부담 원칙, 변호사강제주의, 국선대리인제도 등에 관한 헌법재판소법의 규정 내용 등을 종합하여 보면, 당사자비용을 제외한 심판비용을 국가가 모두 부담하는 헌법소원심판절차에서 청구인이 승소하였는지 아니면 패소하였는지를 구분하지 않고 승소자의 당사자비용을 그 상대방인 패소자에게 반드시 부담시켜야만 하는 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용하는 것은 헌법재판의 성질에 반한다고 보아야 한다.

만약 헌법소원심판절차에서 위 규정들을 준용하여야 한다고 본다면, 헌법소원심판청구가 배척된 경우가 인용된 경우보다 훨씬 많은 헌법소원심판사건 처리결과를 감안할 때, 헌법소원심판 청구인의 상당수는 국가 등이 지출한 변호사보수 등의 당사자비용까지 추가로 부담하게 되어 오히려 헌법소원심판청구를 크게 위축시킬 것으로 보여 입법정책으로도 채택하기 어렵다.

한편 독일은 헌법소원심판절차 등에서 청구인이 승소한 경우 청구인이 지출한 당사자비용을 국가가 보상하는 제도를 두고 있으나, 이는 청구인이 승소한 경우에만 인정되는 편면적인 제도로서, 청구인이 승소하였는지 패소하였는지를 구분하지 않고 양면적으로 적용되는 우리 민사소송법과 행정

소송법의 소송비용 부담제도와는 그 성격이 달라 이에 관한 별도의 입법이 없는 이상 이러한 제도를 해석에 의하여 곧바로 인정할 수는 없다.

다만 헌법소원심판은 주관적인 기본권 보호기능뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지기능도 함께 가지는 것이어서 헌법재판소가 청구인의 헌법소원심판청구를 인용하면서 법률 또는 법률의 조항을 위헌이라고 선고할 경우(헌법재판소법 제75조 제5항, 제6항) 등에는 청구인의 헌법소원심판 청구에 의하여 헌법질서가 수호·유지되어 모든 국민들이 혜택을 보게 되므로, 이러한 청구인이 지출한 당사자비용은 국가가 보상하는 것이 바람직하겠으나, 그것은 결국 독일에서 시행하고 있는 소송비용보상과 같은 제도를 도입하는 입법을 통하여 해결할 수밖에 없다.

## 2. 이 사건 신청의 적법 여부

위에서 본 바와 같이 헌법소원심판절차에는 헌법재판의 성질에 반하여 민사소송법과 행정소송법의 소송비용에 관한 규정들을 준용할 수 없으므로, 헌법재판소가 2012. 2. 23. 2010헌마147 결정을 선고하면서 심판비용 부담결정을 누락하였다고 볼 수 없고, 신청인들에게 심판비용 부담결정이나 심판비용 확정결정을 구할 신청권도 인정되지 아니하므로, 신청인들의 이 사건 신청은 모두 부적법하다.

### 【해 설】

#### 1. 쟁점의 정리

헌법재판소는 최초의 결정에서부터 현재까지 모든 종류의 사건에서 청구인들의 청구가 인용되는지 여부를 묻지 않고, 주문에서 심판비용(당사자비용)에 관한 판단을 일체 하지 않았다. 그런데 헌법재판소의 심판절차에 관하여 ① 헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 ② 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령 등을 준용하도록 정한 헌법재판소법 제40조 제1항 전문(前文)의 규정을 감안하면, 이러한 종래의 헌법재판소의 태도는 헌법재판소가 ① 심판비용 중 당사자비용에 관하여는 당사자 스스로 부담하는 것으로 해석할 수 있도록 하는 헌

법재판소법상의 특별한 규정이 있기 때문에 민사소송법이나 행정소송법 등을 따로 준용할 필요가 없다고 보았거나, ② 민사소송법 및 행정소송법 가운데 변호사보수에 관한 소송비용에 관한 규정을 준용하는 것은 ‘헌법재판의 성질에 반하는 것’으로 보았기 때문일 것으로 추측할 수 있다.

그런데 헌법재판소법은 ①과 관련하여 제37조 제1항에서 심판비용의 국가부담의 원칙을 명문으로 규정하고는 있지만, 위 심판비용은 인지, 송달료 등의 소위 재판비용을 의미하는 것으로 해석되고 있고, 신청인 개인이 부담한 변호사보수 등 소위 당사자비용의 부담에 대하여는 일응 헌법재판소법에 명문의 규정은 없는 것으로 보인다.<sup>1)</sup> 또한 제25조 제3항에서 사인의 경우 변호사강제주의를 규정하고 있고, 제70조에서 헌법소원의 경우 국선대리인제도를 규정하고 있지만, 독일민사소송법이 변호사강제주의를 규정하고 있음에도 소송비용부담재판을 명하고 있고, 우리 형사소송법이 국선대리인제도를 규정하고 있지만 피고인에게 소송비용부담을 명할 수 있는 점을 감안하면 헌법재판소법 제37조 제1항, 제25조 제3항, 제70조의 규정들이 민사소송법의 소송비용부담재판을 준용할 필요가 없게 만드는 헌법재판소법상의 특별한 규정이라고 보는 것은 무리한 입론으로 생각된다.

②와 관련하여서는 헌법재판과 같이 공법소송인 행정소송에서는 민사소송법을 준용하여 당사자비용을 상대방에게 부담하도록 하고 있고, 독일에서도 일정한 경우에는 헌법소원 청구인에게 악용·남용부담금을 부담시키는 대신에 헌법소원 청구가 인용되는 등의 일정한 경우에는 소송비용보상제도를 통하여 피청구인으로 하여금 청구인이 지출한 당사자비용을 보상해주도록 하고 있어 과연 헌법재판소가 종국 결정을 하면서 심판비용 중 당사자비용을 패소자가 부담하도록 하는 주문을 함께 선고하는 것이 과연 헌법재판의 성질에까지 반하는 것인가 하는 의문이 제기될 수 있다.

만약 위와 같은 ①이나 ②의 이유가 모두 옳지 않다면 헌법재판소는 출범 이후 현재까지 심판비용에 관한 재판의 누락(탈루)을 하여 온 것이 된다. 그 경우 신청인들의 신청은 적법하여 인용되어야 하거나 적법하되 기

1) 다만, 국내 학설은 모두 변호사강제주의에 따른 변호사선임비용 등은 청구인 스스로가 부담한다고 해석하고 있다(허영, 헌법소송법론 제10판 161, 162쪽, 정종섭, 헌법소송법 제8판 203, 204쪽).

각되어야 할 것이다(신청인들의 신청을 기각하는 것도 당사자의 심판비용 청구권의 존재를 전제로 하는 것이다). 즉 헌법재판소의 기존의 모든 결정에 재판 누락(탈루)의 문제가 소급하여 발생한다. 이는 소급효가 없는 일반적인 법률의 위헌여부의 문제가 아니라 헌법재판소가 선고한 기존 모든 결정들의 헌법재판소법 준수 여부에 관한 문제인 것이고, 민사소송법이 준용된다고 해석될 경우에는 앞서 본 것처럼 모든 결정에 재판의 탈루가 있어 소급하여 위법한 것으로 평가될 것이며, 이로 인하여 이 사건과 유사한 신청들이 헌법재판소에 폭주할 것으로 예상된다.

반면 이러한 종래의 헌법재판소의 결정례가 타당하다고 인정될 때에는 이 사건의 결론은 신청인들의 신청이 모두 부적법하다고 보아 각하해야 하는 것이 마땅할 것인데, 그 경우 신청인들의 신청이 부적법한 이유 즉 위 결정례가 타당한 이유로 ②가 성립 가능한 것인지가 밝혀져야 할 것이다.

이하에서는 관련 선례와 문헌을 소개한 후 ②가 옳은지를 중심으로 검토한다.

## 2. 관련 문헌과 외국 입법례 및 선례

### 가. 심판비용(당사자비용) 부담 재판의 필요 여부에 관한 국내 문헌

#### (1) 헌법재판실무제요 초판(1998)<sup>2)</sup>

60, 61쪽 : ‘다. 심판비용 부담의 재판’이라는 표제 하에 『헌법소송의 비용은 국가부담이 원칙이므로 심판비용을 확정하기 위한 재판절차는 원칙적으로 불필요하다. 헌법소원심판청구인의 경우 청구취지에서 “심판비용은 국가부담으로 한다”라는 청구를 기재하는 예가 간혹 있으나 헌법재판소가

2) 헌법재판실무제요 초판(1998) 59, 60쪽은 심판비용을 다음과 같이 구분하고 있다.

(1) 재판비용 : 이는 재판수수료인 인지액 및 헌법재판소가 심판 등을 위해 지출하는 비용이다. 다만, 헌법소송은 국가부담이 원칙이므로 인지는 첩부하지 않으며 기타 송달료, 공고비(민사소송비용법 제8조 참조), 증인·감정인·통역인·번역인과 참고인 등에 지급하는 여비·일당·숙박료, 재판관과 참여사무관 등이 검증 등을 위해 출장하는 여비·일당·숙박료 등은 모두 국가부담이다.

(2) 당사자비용 : 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용이다. 예를 들면 청구서 등 소송서류의 작성료(대서료), 당사자나 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비·일당·숙박료와 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급한 보수(민소 제99조의2) 등이다.

이에 대하여 주문에서 결정한 예는 없으며, 이유에서도 이에 관하여 실시한 예는 없다. 그리고 인용결정을 받은 청구인이 변호사비용을 포함한 심판비용을 청구해 온 사례도 아직은 없다.』고 기술하고 있다. 다만 실무제요의 위 기술만으로는 심판비용부담재판이 불필요한 근거를 명확히 파악하기 어렵다.

이후 헌법재판실무제요 제1개정판(2003), 제1개정증보판(2008), 헌법논총, 헌법재판연구, 헌법실무연구, 헌법재판자료 등의 헌법재판소 간행물 중 그 근거에 관한 기술이나 연구성과를 찾기 어렵다.

### (2) 주석 헌법재판소법(헌법재판연구원 발행)

이 사건 결정이 선고된 후인 2015. 6. 30. 발행된 위 주석서에서는 이 사건 결정을 소개하고 있지는 않지만, 이 사건 쟁점에 관하여 다음과 같이 기술하고 있다. 『현재 헌법재판소의 실무는 어느 경우에도 변호사보수를 상환하고 있지 않다. 이러한 실무에는, 헌법재판의 성질에 반하므로 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 민사소송에 관한 법령을 준용할 수 없고, 따라서 법 제37조 제1항의 ‘심판비용’에는 변호사 보수가 포함되지 않는다는 해석이 전제되어 있다고 할 것이다.』(402쪽, 김하열 교수 집필).

### (3) 기타 국내문헌

최근 간행된 헌법 교과서나 헌법소송법 교과서도 이에 관한 직접적인 기술은 찾기 어렵고, 심판비용에 관한 국가부담의 원칙과 그 예외(당사자의 신청에 의한 증거조사비용, 공탁금 납부)를 중심으로 간략히 기술하고 있을 뿐이나<sup>3)</sup>, 변호사강제주의에 관한 입법론적 비판이나(성낙인 94쪽, 김하열 116, 117, 494쪽, 허영 헌법소송법론 제10판 138, 139쪽, 정중섭 헌법소송법 제8판 132쪽) 독일의 악용·납용부담금제도와 소송비용보상제도에 관하여 소개하는 내용(허영 제10판 163-165쪽, 정중섭 제8판 204쪽)은 참조할 필요가 있다.

3) 한수용, 헌법학 제5판 1379, 1391, 1461쪽; 성낙인 헌법소송론 92 내지 94쪽, 113쪽; 김하열 헌법소송법 116-119쪽, 184쪽, 493쪽 이하; 이동흡 헌법소송법 66-70쪽, 128, 129쪽, 462쪽 이하 등.

한편 아래 국내문헌들은 심판비용의 국가부담 원칙에 관한 서술에서 변호사강제주의에 따른 변호사선임비용이나 심판비용 중 당사자비용은 청구인 스스로가 부담한다고 해석하고 있는데, 그 근거가 ①인지, ②인지는 제시하지 않고 있다.

**허영, 헌법소송법론 제10판 161, 162쪽** : 『헌법재판소의 심판비용은 국고부담으로 한다. 따라서 헌법소송의 심판청구서에는 인지를 첨부하지 않는다. 헌법재판이 헌법을 실현하는 공적인 기능을 하기 때문에 다른 소송과 달리 국가재정으로 심판비용을 충당하는 것이다. 헌법재판제도를 도입하고 있는 대부분의 나라에서 헌법재판을 무료로 이용할 수 있게 하고 있다. 다만 헌법재판청구권을 악용·남용하는 것을 방지함으로써 국고부담을 줄이기 위해서 남소방지를 위한 비용부담제도를 마련해 놓고 있는 경우도 있는데 독일이 그 한 예이다. 변호사강제주의에 의한 소송대리인 선임비용은 선임한 당사자가 직접 부담한다. 적지 않은 변호사 선임비용의 부담을 감안해서 헌법소원심판에서는 무자격자를 위한 국선대리인 제도를 두고 있다.』

**정종섭, 헌법소송법 제8판 203, 204쪽** : 『헌법재판소의 심판비용은 국가가 부담한다. 즉 헌법재판소를 이용하는 비용은 국민이 납부한 세금으로 충당하나, 객관소송이 헌법재판에 있어서 이러한 심판의 비용을 당사자에게 부담시키는 것은 불합리하기 때문이다. 특히 헌법재판에서는 당사자가 없는 경우도 발생하는데 이 경우에는 당연히 국가가 심판비용을 부담할 수밖에 없다. 그러나 심판비용을 국가가 부담한다고 하여 국민이 언제나 아무렇게나 헌법재판소를 이용할 수는 없다. 이러한 이용은 헌법재판청구권의 남용으로 헌법재판소의 운영에 따른 비용을 증가시키고, 타인이 헌법재판소를 이용할 기회를 침해할 수 있다. 따라서 헌법재판소의 이용은 국민이 헌법재판청구권을 정당하게 행사하고 국민 개개인에게 이용의 기회가 동등하게 보장되는 범위 내에서만 인정되는 것이다. 이런 범위 내에서 국가가 심판비용을 부담할 의무가 있다. (중략) 이러한 심판비용 이외의 비용은 당사자가 부담한다. 변호사의 선임에 따르는 비용은 당사자가 부담하고 있다. 헌법소원심판(헌마, 헌바)을 청구하는 경우에 청구인은 소송에서 승소하든 패소하든 불문하고 변호사의 선임에 따르는 비용을 부담한다. 국선대리인이 선임된 경우에는 그러하지 아니하다.』

헌법재판연구 제10권 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서(1999) 64-67쪽(양건, 김문현, 남북현) : 『이 같은 당사자비용부담의 예외(헌법재판소 제37조 제1항 단서, 2, 3항)는 헌법소송의 경제와 남소방지라는 합리적 이유에 바탕하고 있으므로 별다른 논란이 없었다. 그런데 이 같은 제한규정과 균형을 맞추기 위하여 당사자의 청구가 인용되는 경우 청구인의 소송비용 특히 대리인선임비용을 보상해 주는 규정이 필요하다는 견해가 제기되어 왔다. 현행법제가 변호사강제주의를 채택하고 있고 변호사수임료가 과도한 현실을 감안할 때 변호사강제주의를 보완하는 문제는 별론으로 하고 소송비용차원에서 보상하는 방안은 헌법재판의 활성화와 실질화의 측면에서 적극적으로 고려되어야 한다고 본다. (중략) 헌법소송의 기본비용의 국가부담원칙의 예외를 인정하고 있는 것과 변호사강제주의를 채택하고 있는 현실을 감안할 때(변호사강제주의 하에서는 비용보전규정의 필요성이 더 현저하다는 의미이다), 청구인의 청구가 인용되는 경우 등에 합리적인 이유가 있는 경우 소송비용의 일부 또는 전부를 보전해 주는 것이 필요하다. 따라서 이에 대한 입법적 근거규정을 두는 것이 필요한데, 문제는 보다 구체적인 보상의 범위와 절차를 어떤 방식으로 집행하도록 할 것인가이다. (중략)』

## 나. 심판비용(당사자비용) 부담 재판의 필요 여부에 관한 외국 입법례

### (1) 독일

독일 헌법재판소법은 1951. 3. 12. 제정 당시부터 소송절차는 무료라고 선언하고(우리의 심판비용에 해당함), 남소에 대하여는 제재금을 부과하는 한편(실제 부과하는 경우는 매우 적음), 기본권실효심판, 탄핵심판 청구가 각 기각되었을 때에는 피청구인에게 필수비용(우리의 당사자비용에 해당함)을 보상하고(의무적), 그 밖의 경우에는 재판부 재량에 의하여 전부 내지 일부 경비(우리의 당사자비용에 해당함)을 보상할 수 있도록 정하고 있었는데(즉 승소한 자에게 비용 상환에 관한 법적 청구권이 인정되는 것은 아니었음)<sup>4)</sup>, 1970. 12. 25. 개정에 의하여 헌법소원심판 청구가 이유 있을 때에는 청구인에게 (편면적으로만) 그 승소 비율에 따라 소송비용을 의무

적으로 전부 내지 일부 상환하는 제도를 추가하였다.<sup>5)</sup>

4) 제34조

- (1) 연방헌법재판소의 절차는 무료로 한다.
- (2) 기본권실효심판청구(제13조 제1호), 연방대통령이나(제13조 제4항) 법관(제13조 제9항)을 상대로 한 탄핵심판청구가 이유없는 것으로 밝혀진 경우, 피청구인 또는 탄핵심판의 대상이 된 자에게 방어비용(Kosten der Verteidigung)을 포함한 필수비용(notwendige Auslagen)을 상환하여야 한다.
- (3) 그 밖의 경우에 있어서는 연방헌법재판소가 전부 또는 일부 경비의 상환을 명할 수 있다.
- (4) 헌법소원 또는 기본법 제41조 제2항(제13조 제3호)<sup>1)</sup>에 따른 소원이 부적법하거나 이유없는 것으로 각하 또는 기각된 경우, 소원심판청구가 남용(Missbrauch)에 해당한다면 연방헌법재판소는 청구인에게 이십 마르크로부터 일천 마르크까지의 수수료를 부과할 수 있다.

5) BVerfGG §34

- (1) Das Verfahren des Bundesverfassungsgerichts ist kostenfrei.
  - (2) Das Bundesverfassungsgericht kann eine Gebühr bis zu 2.600 Euro auferlegen, wenn die Einlegung der Verfassungsbeschwerde oder der Beschwerde nach Artikel 41 Abs. 2 des Grundgesetzes einen Mißbrauch darstellt oder wenn ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung (§ 32) mißbräuchlich gestellt ist.
  - (3) Für die Einziehung der Gebühr gilt § 59 Abs. 1 der Bundeshaushaltsordnung entsprechend.
- 독일 연방헌법재판소법 제34조[소송비용, 남소제제금의 부과]
- (1) 연방헌법재판소의 소송절차는 무료로 한다.
  - (2) 헌법소원의 청구 또는 기본법 제41조 제2항에 의한 소원의 청구가 남용되거나 가명령신청(제32조)이 남용된 경우, 연방헌법재판소는 2,600유로 이하의 남소제제금을 부과할 수 있다.
  - (3) 연방예산법 제59조 제1항은 남소제제금의 정수에 준용한다.

BVerfGG §34a

- (1) Erweist sich der Antrag auf Verwirkung der Grundrechte (§ 13 Nr. 1), die Anklage gegen den Bundespräsidenten (§ 13 Nr. 4) oder einen Richter (§ 13 Nr. 9) als unbegründet, so sind dem Antragsgegner oder dem Angeklagten die notwendigen Auslagen einschließlich der Kosten der Verteidigung zu ersetzen.
  - (2) Erweist sich eine Verfassungsbeschwerde als begründet, so sind dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise zu erstatten.
  - (3) In den übrigen Fällen kann das Bundesverfassungsgericht volle oder teilweise Erstattung der Auslagen anordnen.
- 독일 연방헌법재판소법 제34a조[소송비용의 상환]
- (1) 기본권 실효심판 청구(제13조 제1호), 연방대통령(제10조 제4호) 또는 법관(제13조 제9호)에 대한 탄핵심판 청구가 이유없는 것으로 밝혀진 경우, 청구의 상대방 또는 피청구인에게 방어비용을 포함한 필수 경비를 보상하여야 한다.
  - (2) 헌법소원이 이유있는 것으로 밝혀진 경우, 헌법소원심판청구인에게 필수 경비를 전부 또는 일부 상환하여야 한다.
  - (3) 그 밖의 경우, 연방헌법재판소는 비용의 전부 또는 일부 상환을 명할 수 있다.



이에 대하여는 소송에서 패소한 당사자가 승소한 당사자의 당사자비용을 상환하는 것은 법치국가적 견지에서 자명한 일인데, 종래 독일 헌법재판소법에는 이러한 제도가 미비하였으나, 1970년 개정에 의하여 완전히 만족스럽지는 않지만 다소 개선되었다는 평가가 있다.<sup>6)</sup> 이러한 개정은 소송비용을 의무적으로 상환하도록 정한 점에서 승소한 헌법소원심판 청구인에게 비용상환에 관한 법적 청구권을 인정한 것으로 해석된다.<sup>7)</sup>

6) F. Oswald, Möglichkeit der Auslagenerstattung bei erfolgreicher Verfassungsbeschwerde, DStR 1981, H. 23, 676, 677.

[개정 전 상황에 대한 평가] : 개정 전 독일소송에서 어느 당사자가 승소하였으면 패소한 당사자가 그의 필수비용을 상환하는 것은 법치국가적 견지에서(nach rechtsstaatlicher Auffassung) 자명한 일인바, 이는 즉 승소한 자가 비용상환에 관한 청구권을 명확히 보유하여야 한다는 것이지, 가령 법원의 재량에 좌우된다든지 해서는 안 되는 것이다. 이러한 의미에서 사법상(私法上) 청구권을 대상으로 하는 민사소송에 있어서는 오래 전부터 그러한 규정을 두어 왔다. 이에 반해 공법상의 청구권이 대상으로 된 경우 즉 공공기관이 승소당사자에게 필수적 비용을 상환하여야 하는가 하는 점이 문제되는 영역에 있어서는 승소한 시민의 이와 같은 비용상환청구권이 매우 뒤늦게서야 비로소 인정되었다. 행정소송에 있어서는 1960년 행정법원법(VwGO)을 통해서, 조세소송에 있어서는 1965년의 재정법원법(Finanzgerichtsordnung)에 의해 그와 같이 되었다. 이로써 최소한, 가장 중요한 이 두 유형의 행정절차에 있어서 만족할 만한 규율에 도달한 것이다. 그와 달리, 연방헌법재판소가 관할권을 갖는 여러 헌법소송(Verfassungsprozess) 유형에 있어서는 여지껏 고도로 만족스럽지는 못한 상황이다. 이[헌법소송] 분야에 있어서는 비용상환(Auslagenerstattung)의 문제가 연방헌법재판소법 제34조에 규정되어 있다. 제2항에서는 의무적 상환(obligatorische Erstattung)을, 제3항에서는 재량에 따른 상환(fakultative Erstattung)을 규정하고 있다. [...] 앞의 경우는 사실상 준(準)형사소송절차 유형에 해당한다 할 수 있어 일반적 의미를 인정하기 어려운데, 이처럼 명확히 예외적 성격을 가진 소송유형에 있어서는 승소한 자가 비용상환에 관한 청구권을 가진다. 그 밖의 경우 즉 제3항에 해당하는 경우에는 연방헌법재판소가 비용의 전부 또는 일부의 상환을 명할 수 있는 것이어서, 승소한 자에게 비용상환에 관한 법적청구권(Rechtsanspruch auf Auslagen- erstattung)이 인정되는 것은 아니다. 특히, 가장 중요한 소송유형 즉 헌법소원절차에 있어서 그러하였다.

[개정 후 상황에 대한 평가] : 그와 같은 (개정 전의) 규율이 기본법에 터잡은 법치국가사상(Rechts- staatgedanke)의 지배 하에서 유지될 수 없었다(nicht tragbar war)고 하는 점은 명백하다. 그리하여 1970. 12. 25.자 연방헌법재판소법 제4차 개혁을 환영하는 것이다. 이는 비록 완전히 만족스러운 것은 아니지만 법적 상황(Rechtslage)을 개선하였다. [...] 이로써 헌법소원절차에 있어서는 비용상환이 이제 더 이상 재량에 따른 것이 아니라(fakultativ) 원칙적으로 필요적인(obligatorisch) 것으로 되었다.

7) 소송비용보상제도를 소개한 국내 문헌들(허영, 정종섭)은 모두 소송비용보상제도의 'Erstattung'을 보상으로 번역하고 있으나, Erstattung은 민사소송법의 소송비용부담 내지 상환에서 사용하는 용어와 같다.

이에 관하여 독일 연방헌법재판소법 주석서는<sup>8)</sup> “무비용인 헌법소송절차에 있어서 자기비용 자기부담 원칙(Grundsatz des Selbstbehalts der eigenen Auslagen)이 적용되는데, 이는 ‘헌법적 사태의 당사자들 간에 벌어지는 국가소송’ 또는 ‘헌법의 무결성을 보장하기 위한 객관적 절차’(전적으로 이와 같거나, 이와 같은 성격이 병존한다)라고 하는 헌법재판 절차의 본질에 부합된다. (중략)<sup>9)</sup> 헌법소송 절차들 사이의 서로 다른 성격에 상응하게끔 예외를 인정하여야 한다. (중략) 제34a조 제2항(헌법소원심판청구 인용시 비용보상)이 자기비용 자기부담 원칙의 예외를 인정함으로써 개인의 권리보호 뿐만 아니라 객관적인 기본권보호(objektiver Grundrechtsschutz)에 봉사하는 헌법소원을 제기할 동기가 더욱 강화된다. 이는 해악을 가하는 고권적 행위를 유발한 자가 지출한 비용을 떠맡아야 할 위험을 헌법소원심판청구인에게서 면해 줌으로써 뿐만 아니라, 자신의 헌법소원이 이유 있는 경우 자신이 지출한 비용의 필요적 상환(obligatorische Erstattung)을 확보할 수 있게끔 함으로써 그러한 것이다. 같은 조 제3항에 의거한, ‘그 밖의 경우에 있어서의’ 재량에 따른 비용상환(fakultative Auslagen-erstattung)은 [규정의 외연이] 불명확하게 넓은 것으로 보이지만 이는 의견상으로부터만 그러할 뿐이다. 이는 자기비용 자기부담의 원칙 및 그 예외로 구성된 체계의 고려 하에 해석·적용되어야 한다.”고 기술하고 있다.

또한 제1항(기본권실효심판, 탄핵심판)과 제2항(헌법소원심판) 외에 재량에 따른 비용상환이 가능한 경우로 정당해산심판, 권한쟁의심판 등을 들고 있는데<sup>10)</sup>, “권한쟁의심판의 경우는 양 당사자 모두 공공재원으로 소송수행 비용을 조달하기 때문에 자기비용 자기부담 원칙이 시종일관 적용되어야 한다.”고 보고 있고, 이에 대한 위 원칙이 적용되지 않는 예외로서 상대방에게 비용상환을 청구할 수 있다고 판례가 인정하는 사례군으로는 교섭단

8) Graßhof in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar), 45. Ergänzungslieferung 2014, §34a Rn. 4 f.

9) 개별적으로는 관련된 청구인이 헌법소송을 제기함으로써 헌법의 관철이라고 하는 이익에 기여할 수가 있다. 헌법소송법상 청구인을 상대로 소송비용을 무료로 함으로써, --청구가 성과가 없을 경우에도-- 고권자(Hoheitsträger)가 그에게 헌법 위반의 책임을 전가함으로써 고권자의 비용을 상환하여야만 할 위험을 면하게 해 주는 것은 당연한 귀결이다.

10) Lechner/Zuck, BVerfGG(Kommentar), 6. Aufl. 2011, § 34a Rn. 77.

체나 정당이 헌법적 권한을 침해받은 권한쟁의심판을 제기한 일부 경우로 한정된다고 한다.<sup>11)</sup>

한편 독일에서 소송비용부담제도가 행정소송법에 도입된 것은 1960년부터라고 한다. 독일의 행정소송에 있어서는 패소자비용부담의 원칙(Unterliegensprinzip ; 이를 영어로는 “loser-pays rule”이라 한다)이 관철되고 있어, 승소한 자가 원고가 아니라 피고인 행정청일 때에도 소송비용부담재판을 하고 있음은 우리 행정소송법과 같다.<sup>12)</sup> 또한 행정법원법(VwGO) 제162조는 비용의 개념과 상환대상이 되는 비용에 대해 규정하고 있는데, 이에 따르면 비용이란 법원비용 및 그 밖의 합목적적인 권리추행이나 권리방어를 위한 필수비용을 말하고, 여기에는 전심절차에 관한 비용이 포함되며(같은 조 제1항), 변호사 등으로 인한 경비와 세무사건에 있어서는 세무사로 인한 비용까지 포함된다고 한다(같은 조 제2항).

## (2) 오스트리아, 프랑스

오스트리아 헌법재판소법(Verfassungsgerichtshofgesetz)은 독일과 유사하게 일부 규범통제 사건에 한하여 청구인이 승소한 경우(편면적으로만) 필수적인 보상 내지 배상<sup>13)</sup> 규정을 두고 있고, 그 외에 순수한 헌법규범재판은 아닌 것으로 보이는 일부 경우에도 신청에 의하여 소송비용보상재판을 임의적으로 명할 수 있도록 하고 있다.

우선 오스트리아 헌법재판소법 제27조는 소송절차 비용의 필요적 보상은 헌법재판소법에 특별히 명시한 경우에만 가능하도록 정한 다음,<sup>14)</sup> 이리

11) Graßhof in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG(Kommentar), 45. Aufl.(2014), Rn. 12.

12) 행정법원법(VwGO) 제154조[비용부담의 의무]

(1) 패소자는 그 절차의 비용을 부담한다.

(2) 성과없는 불복절차의 비용은 그 불복절차를 개시한 자의 부담으로 한다.

(3) 피소환자에 대해서는, 신청을 하거나 불복절차를 개시한 경우에 한하여 비용을 부담시킬 수 있다. 제155조 제4항은 이로 인해 영향을 받지 않는다.

(4) 성과있는 재심절차의 비용은, 그 비용이 당사자의 과책에 기하여 발생한 것이 아닌 한 국고의 부담으로 할 수 있다.

13) ‘Ersatz’ 또는 ‘ersetzen’을 사용하고 있어 독일의 해석례에 따르면 ‘보상’에 해당하나, 오스트리아 민사소송법도 소송비용부담재판의 경우 위 용어를 사용하고 있어 ‘배상’ 내지 ‘상환’으로도 번역이 가능하다.

한 특별한 경우로 규범통제사건(법규명령의 법률위반 여부, 법률의 위헌 여부)에서 청구인이 승소한(편면적인) 경우(제61a조<sup>15)</sup>, 제65a조<sup>16)</sup>)를 명시하고 있는 점은 독일의 경우와 유사하다.

다만 연방, 주, 지방자치단체에 대한 보충적인 재산법상의 청구사건의 경우는 신청에 의하여 패소자에게(양면적으로) 소송비용 보상을 명할 수도 있지만(제41조<sup>17)</sup>), 이는 일종의 민사소송에 해당하는데다 신청에 의하여만 임의적으로 인정할 수 있는 제도이고, 최근 헌법 개정에 의하여 심판대상으로 추가된 제1심 행정법원의 판결에 대한 불복사건의 경우에도 신청에 의하여 패소자 등에게(양면적으로) 소송비용 보상을 명할 수 있지만(제88조<sup>18)</sup>), 이는 일종의 행정소송으로 볼 수 있는데다 역시 신청에 의하여만 임의적으로 인정할 수 있는 제도로서 우리 민사소송법의 소송비용부담재판 제도와는 그 성격이 다르다.

일부 권한쟁의 사건 등에서도 역시 신청에 의하거나 임의적으로 보상을 명할 수 있는 것이어서 우리 민사소송법의 소송비용부담재판제도와는 다르다.<sup>19)</sup>

- 
- 14) 제27조(총칙 관련) 소송절차 비용의 보상은 이 법률에 명시된 경우에만 이루어진다. 비용 청구 신청 시에 일반적으로 발생하는 비용, 특히 제청(청원)과 변론 참석을 위한 비용은 숫자로 명기할 필요는 없다.
- 15) 제61a조(연방헌법 제139조 관련) 명령심사심판이 해당 명령의 위법성으로 인해 직접적으로 자신의 권리를 침해당했다고 주장(연방헌법 제139조 제1항 제3문)하는 자에 의해 제기되었다면, 그가 승소할 경우 발생한 소송비용은 명령을 내린 관청의 권한주체가 보상한다.
- 16) 제65a조(연방헌법 제140조 관련) 위헌법률심사심판이 해당 법률의 위헌성으로 인해 직접적으로 자신의 권리를 침해당했다고 주장(연방헌법 제140조 제1항 제1문 제c호)하는 자에 의해 제기되었다면, 그가 승소할 경우 발생한 소송비용은 연방법률의 경우에는 연방이, 주법률의 경우에는 해당 주가 보상한다.
- 17) 헌법재판소법 제41조(연방헌법 제137조 관련) 패소한 측에는 신청에 의해 소송비용의 보상을 명할 수 있다. 원고가 제기한 소를 공개 변론 전에 취소하고, 피고 측에 이미 비용이 발생하였을 경우에는 신청에 의해 원고 측도 비용을 보상할 것을 명할 수 있다.  
연방헌법 제137조(헌법재판소는) 통상의 소송절차에서 해결되지 아니하고, 행정청의 처분에 의해서도 해결되지 아니하는, 연방, 주, 지방자치단체 및 기초자치단체연합체에 대한 재산법상의 청구에 대하여 결정한다.
- 18) 제88조(연방헌법 제144조 관련) 패소하거나 청구인의 청구근거를 사라지게 한 당사자에게는 신청에 의해 소송비용을 보상할 것을 명할 수 있다. 청구인이 청구근거가 없어지지 않았음에도 불구하고 구두변론 전에 청구를 취하할 경우에도 전문을 유추적용한다.

또한 헌법재판연구원에서 프랑스 헌법재판 동향을 번역하면서 소송비용 부담재판을 명한 것을 집한 사례도 현재까지는 없었다고 한다.

## 다. 연혁

### (1) 헌법재판소법 제정과정 개관<sup>20)</sup>

1987. 10. 법무부는 대법원, 법무부, 법제처, 헌법위원회 등 유관기관의 실무자들로 구성된 헌법재판소법제정 실무위원회를 구성하여 헌법재판소법 제정작업에 착수하였다. 법무부는 각 기관별 의견, 관련 학자들 의견, 헌법위원회 작업 등 여러 의견들을 종합하여 1988. 4. 헌법재판소법제정안(실무위원회안)을 만들었고, 관련기관들의 의견을 다시 조율하여 1988. 4. 29. 법률안(입법예고안)이 입법예고되었다. 입법예고안에 대하여 대법원과 대한변협 등이 의견을 제출하였는데, 대한변협은 독자적인 법안(대한변협안)을 발표하였다. 이후 여당(민정당)이 의원입법형식으로 제출하기로 하여 법무부안을 넘겨받았고, 당·정협의 등을 통하여 자구수정 등을 거쳐 1988. 7. 4. 여당안이 국회에 제출된다. 1988. 7. 21. 야3당도 대한변협안에 기반을 둔 야3당안을 국회에 제출한다. 1988. 7. 21. 법사위, 1988. 7. 22. 소위원회에서 심사, 토론을 거친 후 법사위 대안을 만들어 제출하기로 하였고, 1988. 7. 23. 법사위와 본회의를 통과하였으며 1988. 8. 5. 법률 제4017호로 공포되어 1988. 9. 1.부터 시행되었다.

---

### 19) 제36f조(연방헌법 제126a조, 제127c조 제1문 관련)

① 지방자치단체와 회계감사원 사이의 기관쟁의소송에서는 소송비용에 대해 판결하지 않는다.

② 다른 권한주체들과 회계감사원 사이의 기관쟁의소송에서는 신청에 의해 패소한 당사자 또는 구두변론 전에 제청을 취소한 당사자에게 소송비용의 보상을 명할 수 있다.

제52조(연방헌법 제138조 관련) 제46조, 제48조와 제50조상 당사자에 의해 계속 중인 권한쟁의심판의 경우에 해당 지방자치단체의 관청이 그 권한을 부당하게 거절하거나 부당하게 요구하였을 경우, 헌법재판소는 해당 지방자치단체에 당사자에게 발생한 소송비용의 배상을 명할 수 있다. 청구를 공개 변론 전에 취소하고 상대방 측에 이미 비용이 발생하였을 경우에도 당사자에게 비용을 배상할 것을 명할 수 있다.

### 20) 헌법재판소법 제정 약사(2006, 헌법재판소) 4-7쪽.

## (2) 심판비용 관련 부분 제정 경위<sup>21)</sup>

실무위원회안은 재판비용을 원칙적으로 무료로 하되 헌법소원의 남용방지를 위해 공탁금제도를 규정하고 있었다. 지정재판부는 청구인에게 규칙에 정하는 공탁금의 납부를 명할 수 있고 헌법소원을 각하하는 경우 공탁금의 전부 또는 일부의 국고환수를 명할 수 있도록 한 것이다. 입법예고안은 ‘원칙적 무료’ 선언조항을 삭제하고 공탁금 납부를 명할 수 있는 주체를 헌법재판소로 변경하였으나 여전히 지정재판부에서 각하하는 경우 공탁금의 국고귀속을 명할 수 있도록 규정하였다. 이후 국무회의 상정안에서는 심판비용의 국가부담을 원칙으로 하면서 당사자의 신청에 의한 증거조사의 경우 규칙이 정하는 바에 따라 비용을 당사자에게 부담시킬 수 있도록 하였고, 헌법재판소는 헌법소원심판의 청구인에게 공탁금의 납부를 명할 수 있으며, 헌법소원의 심판청구를 각하하거나 기각하는 경우에도 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있도록 하였다. 여당안은 이를 그대로 따랐다. 이에 대한변협은 공탁금제도를 폐지하고 사후 비용부담제도를 채택할 것을 주장하면서, 헌법소원심판에 있어서 심판청구가 기각 또는 각하된 때에는 헌법재판소가 청구인에게 심판비용 전액을 부담하게 할 수 있을 뿐만 아니라 심판청구가 권리의 남용이라고 판단될 때에는 금 10,000,000원이 넘지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 하여 남소를 억제할 수 있는 강력한 제도 도입을 주장하였다. 야3당안은 이를 기본적으로 따르나 과징금제도를 두고 있지 않았다. 법사위대안은 여당안을 채택하여 의결되었다.

## 라. 관련 선례

이에 관한 직접적인 선례는 없다. 이 사건이 최초 사건이다. 1988. 최초로 접수되어 선고된 각종 결정문부터 최근 결정문까지 그 내용을 검색해보아도 심판사건의 종류나 청구의 인용 여부를 불문하고 주문이나 이유에서 심판비용에 관하여 언급한 것은 존재하지 않는다.

21) 헌법재판소법 제정 약사(2006, 헌법재판소) 24, 25쪽.

### 3. 헌법재판소가 주문에서 심판비용의 부담을 결정하여야 하는지 여부 (신청인들에게 심판비용의 재판을 구할 신청권이 있는지 여부)

#### 가. 신청인들의 구체적인 주장

신청인들은 헌법소원심판은 헌법이 보장하는 공적 권리구제의 수단이며 국가에 의한 국민의 기본권 침해를 최종적으로 구제해 주는 제도이므로 헌법재판소법은 헌법소원심판의 비용은 국가가 부담함을 원칙으로 하고 있고, 국선대리인제도를 규정하여 헌법소원심판이 공적 권리구제의 기능을 충실히 하도록 하고 있으며, 변호사강제주의도 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법소원심판에 확대하여 헌법소원심판이 국민의 권리구제를 충실히 행할 수 있도록 하기 위한 취지에서 도입된 것임에도 불구하고 헌법재판소가 심판비용부담결정을 하지 않는 것은 그 취지에 반한다고 주장한다.

또한 신청인들은 헌법소원심판에서 청구인의 심판비용부담결정 신청권을 인정하면 ㉠ 사선대리인을 선임한 경우에도 변호사보수를 받을 수 있으므로 공권력에 의한 기본권 침해 상황에 더욱 적극적으로 대처할 수 있게 되고, ㉡ 입법부와 행정부에 대해 위헌소지가 있는 법령의 입법 또는 공권력의 행사를 억제하며, ㉢ 반대로 청구기각 또는 청구각하의 결정이 내려질 경우에는 청구인에 대한 심판비용부담결정을 통하여 헌법소원심판의 청구인에게 피청구인(행정청) 등의 변호사선임비용을 일부 전가함으로써 남소의 방지를 도모할 수 있다고 주장한다.

#### 나. 준용불가능설을 채택한 헌재 결정의 근거

이 사건 쟁점인 헌법소원심판사건에서 민사소송법 및 행정소송법 가운데 변호사보수에 관한 소송비용에 관한 규정을 준용하는 것이 헌법재판소법 해석상 불가능하다고 보는 입장과 가능하다고 보는 입장이 이론상 존재할 수 있는데, 헌법재판소는 준용불가능설을 채택하였다. 이하에서는 헌법재판소가 채택한 준용불가능설의 근거를 살펴본다.

- (1) 민사소송법의 비용부담재판 준용은 헌법재판의 성질에 반함(이유) ②  
신청인들이 준용할 것을 주장하는 민사소송법의 소송비용부담 재판은

승소한 자가 국가이든지 아니면 사인이든지 구분하지 않고(양면적으로), 승소한 비율만큼 승소자의 당사자비용을 패소자가 부담하는 것인데, 이러한 제도는 헌법소송의 성질에도 맞지 않는다고 보아야 할 것이다.

즉 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 헌법규범을 기준으로 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 유지·수호하는 국가작용으로서 국가권력의 기본권기속과 국가권력 행사의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기능적 권력통제의 한 장치라는 헌법재판의 일반적 정의<sup>22)</sup>에 따르면 승소한 당사자가 국가이든지 사인이든지 가리지 않고(양면적으로), 승소한 당사자가 지출한 당사자비용이 구체적으로 얼마인지, 청구취지에 비추어 승소 비율은 어느 정도인지를 따져 승소한 비율만큼 패소한 상대방에게 부담지우는 것은 헌법재판의 성질에 부합하지 않는다.

우리나라의 헌법소원심판에서는 주관적 권리구제수단인 동시에 객관적 헌법질서에 관한 판단이기에 직접성, 주관적 권리보호이익 등 여러 적법요건을 충족하지 않더라도 본안에 관한 판단에 나아가는 경우도 많고, 청구인의 심판청구를 인용하기도 하며, 심판대상도 청구인의 청구내용에 제한되지 않고 사안에 따라 확대, 축소하는 경우도 많으며, 위헌 여부 등의 당부에 대하여도 당사자의 주장에만 기속되지 않고, 해당 규범에 대한 규범조화적 해석 등에 따라 직권적으로 판단하는 경우가 많다. 나아가 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 한다(헌법재판소법 제75조 제5항, 제6항, 제45조 참조).<sup>23)</sup> 이러한 광범위한 직권판단이 가능한 우리나라의 헌법소원심판 사건에서 그 인용 여부를 청구인의 청구취지와 비율적으로 따져 양 당사자에게 심판비용을 분담시킨다는 것은 적절하지도 않고 그 정확한 비율의 산정은 가능하지도 않다.

즉 헌법소원심판과 위헌법률심판은 형식적으로 양 당사자가 서로 변론하는 구조로 설계되었지만, 그 실질적인 운영은 직권주의적 성격이 강하게

22) 헌법재판실무제요 제1개정증보판(2008) 1쪽.

23) 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5 : 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법 제7조 제5항, 제6항, 제7항 본문, 제8조가 위헌으로 실효될 경우 위 법 전체가 존재의미를 상실하여 시행될 수 없게 되므로 헌법재판소법 제45조 단서규정에 의해 위 법 전체에 대하여 위헌결정을 한다.



반영되어 있다. 이러한 직권주의적 성격이 강한 구조에서 청구인의 청구취지와 결정 주문을 비교하여 누가, 얼마나 승소하였는지를 계량적으로 따진 다음 각자 패소한 부분만큼 패소한 당사자에게 일부 승소한 상대방의 해당 심판비용을 부담시키는 것은 우리 헌법재판의 성질에는 부합하지 않는다고 생각된다.

또한 탄핵심판이나 위헌정당해산심판, 권한쟁의심판도 단순한 행정소송(징계소송, 기관소송)이나 민사소송(법인소송)과는 그 차원과 무게를 단순 비교할 수 없을 정도로 객관적 헌법질서에 막대한 영향을 끼치는 일종의 국가소송이어서 그 승패를 이유로 당사자비용을 상대방에게 부담시키는 것은 적절하지 않다.

그렇기에 독일에서도 이러한 당사자비용을 청구의 인용 여부에 따라 승소한 당사자가 국가인지 사인인지 가리지 않고 무조건 상대방 당사자에게 부담시키는 우리 민사소송법의 소송비용부담재판과 같은 제도를 도입하는 대신에 헌법소원심판에서 청구가 인용된 청구인(사인)이나 기본권실효심판이나 탄핵심판에서 승소한 피청구인(사인 또는 정당)에게 즉 사인이 승소한 편면적인 경우에만 해당 사인이 지출한 일정한 당사자비용을 국가가 보상해 주는 제도를 도입한 것으로 생각된다.<sup>24)</sup> 이러한 점이 오스트리아의 경우에도 기본적으로 동일함은 앞서 본 바 있다.

즉 독일의 소송비용보상제도는 우리 민사소송법의 소송비용부담의 재판과 같은 양면적인 성질의 것이 아니라 그 실질은 승소한 청구인에 대한 일종의 편면적인 보상에 해당하므로, 이를 우리 민사소송법의 소송비용부담 재판과 같은 평면에서 비교할 수는 없다.

비록 독일의 소송비용보상(Auslagenerstattung)제도가 용어만 보면 Ersetzung이나 Entschädigung 대신에 민사소송법과 같이 Erstattung을 쓰고 있어, 마치 민사소송법의 소송비용부담 재판과 같은 성질의 것으로 보일 수도 있

24) 따라서 심판비용부담의 재판이 헌법재판의 성질에도 반한다는 이유가 입법정책으로 독일의 소송비용보상제도를 도입하자는 것과는 모순, 충돌되지 않는다. 다만 입법정책으로 장래 독일의 소송비용보상제도를 도입하는 데 그치지 않고, 민사소송법의 소송비용부담에 관한 재판 자체가 도입하여야 한다고 볼 경우에는 헌법재판소가 결정 이유에서 소송비용부담재판 제도 자체가 헌법재판의 성질에 반한다고까지 명시적으로 밝힐 필요는 없을 것이다.

지만, 단순히 그 용어가 무엇이냐에 따라 그 제도의 실질이 결정될 수는 없는 것인데다, 이 제도는 양 당사자가 대등한 권한쟁의심판에서는 거의 적용되지 않고, 오로지 국가나 행정청 등에게 비용부담을 명할 때에만 편면적으로 작동하는 것인 만큼(헌법소원심판에서는 사인인 청구인의 청구가 인용되는 등의 경우에, 기본권실효심판이나 위헌정당해산심판에서는 사인과 정당에 대한 청구가 기각되었을 때 국가 등이 상대방인 사인이나 정당의 당사자비용을 보상하는 것임), 그 실질은 모든 헌법 학자들의 번역인 국가에 의한 보상(補償)이 맞다.

즉 독일의 소송비용보상제도는 행정소송을 제기한 원고가 패소한 때에도 피고인 행정청이 지출한 변호사보수를 부담하도록 명하는 우리나라와 독일의 행정소송법과 같은 양면적 소송비용부담의 재판과는 차원을 달리하는 것이 분명하다(독일도 행정소송에서는 우리나라처럼 원고가 패소한 경우 행정청이 지출한 소송비용을 부담하는 재판을 하고 있음은 앞서 본 바와 같다).

준용가능설에서는 독일의 소송비용보상제도가 편면적인 것이긴 하지만 승소한 사인의 당사자비용을 국가가 부담하는 것인 만큼 당사자비용부담 재판이 헌법재판의 성질에 반한다고는 말할 수 없다고 주장하나, 준용가능설이 준용을 주장하는 민사소송법의 당사자비용부담재판은 승소한 당사자가 국가이든지 사인이든지 가리지 않는 양면적인 제도이지, 독일의 연방헌법재판소법과 같이 사인이 승소한 경우에만 적용되는 편면적인 제도가 아니므로, 독일 연방헌법재판소법의 소송비용보상제도를 들어 민사소송법의 당사자비용부담재판이 헌법재판의 성질에도 부합한다는 논거로 삼을 수는 없다.

물론 독일도 악용·남용부담금제도를 따로 두고 있어 소송비용보상제도와 결합하여 마치 민사소송법의 소송비용부담재판제도와 유사한 기능을 거두는 것처럼 보일 수는 있지만, 이는 모두 별개 제도의 유기적 결합에 의한 것이지 우리 민사소송법의 소송비용부담재판 제도처럼 하나의 양면적 제도가 아니므로 독일의 위 제도들은 우리 민사소송법의 소송비용부담재판 제도의 준용 여부를 판단하는데 있어서는 기준이 될 수 없다. 또한 독일 헌법재판소가 악용·남용부담금을 실제로 부과하는 경우도 매우 적어 소송

비용보상제도와 같은 비중을 가지고 서로 대응하는 제도라거나 서로 유기적으로 결합되었다고 보기도 어렵다.

오히려 앞서 본 바에 의하면, 독일 헌법재판소법 주석서에서는 “무비용인 헌법소송절차에 있어서 자기비용 자기부담 원칙(Grundsatz des Selbstbehalts der eigenen Auslagen)이 적용되는데, 이는 ‘헌법적 사태의 당사자들 간에 벌어지는 국가소송’ 또는 ‘헌법의 무결성을 보장하기 위한 객관적 절차’라고 하는 헌법재판 절차의 본질에 부합된다.”고 기술하고 있어 독일의 주석서도 결국 우리 민사소송법의 소송비용부담 재판과 같은 제도는 헌법재판의 성질에 맞지 않는다고 보고 있다고까지 말할 수 있다. 독일 헌법재판소법이 소송비용보상제도를 둔 것은 이에 대한 예외라는 것으로, 원칙에 대한 예외일 뿐인데다, 그 예외도 사인에게만 소송비용을 보상하는 편면적인 것이다. 그렇기에 독일은 권한쟁의심판에서도 자기비용 자기부담 원칙이 시종일관 적용되어야 한다고 보는 것이다(독일 헌법재판소가 권한쟁의심판에서 예외를 인정하는 사례는 우리 헌법재판소의 심판사항에 속하지 않는 정당이 청구인이 된 일부 권한쟁의로 한정된다).

마찬가지로 탄핵심판절차에서 준용되는 형사소송법 등에서 정하고 있는 형사보상도 보상의 일종이므로 헌법재판에 바로 준용될 수는 없는 것이다. 또한 우리 형사소송법에서 정하고 있는 소송비용부담재판도 오로지 법원이 형을 선고할 때 피고인에게만 부담시키는 편면적인 것이고, 형사보상도 무죄 등을 선고할 때 국가로 하여금 피고인에게 일정 비용을 보상하도록 정한 것이어서 두 제도 모두 각각 편면적인 것이다. 물론 두 제도를 합치면 양면적인 제도로 보일 수 있지만, 민사소송법의 소송비용부담재판과 같이 하나의 양면적인 제도로 설계되지 않은 것은 분명하다.

물론 독일의 형사소송법은 독일 헌법재판소법과 달리 양면적인 소송비용부담 재판 제도를 두고 있지만, 이를 달리 보면 형사소송에서도 하나의 양면적인 소송비용부담 재판 제도를 두고 있는 독일조차도 헌법소송에서는 양면적인 소송비용부담 재판 제도를 채택하지 않고 있는 점에 더 주목할 필요가 있다.

만약 이러한 당사자비용의 상대방 부담이 법정되어 있을 경우에는, 우리 헌법재판소가 당사자의 청구를 배척한 경우가 인용한 경우보다 훨씬 많은

통계<sup>25)</sup>를 감안할 때 헌법소원심판을 청구한 당사자로 하여금 행정청이 지출한 변호사보수(상당수의 비중있는 사건에서 국가도 정부법무공단 등 변호사를 선임하고 있다)까지 부담하게 하여 헌법재판 자체를 심하게 위축시킬 것으로 생각된다. 따라서 이러한 헌법재판의 승소 여부를 따져 승소한 당사자의 당사자비용을 패소한 당사자가 부담하는 것은 헌법재판의 성질에 맞지 않는다고 보는 것이 입법정책적, 목적론적 관점에서 보더라도 타당하다고 생각된다.

또한 행정심판법이나 조세심판절차를 규정하고 있는 국세기본법에도 심판절차를 수행하면서 지출한 변호사비용 등의 당사자비용을 심판청구의 인용 여부에 따라 청구인이나 피청구인(행정청)에게 부담시키는 취지의 규정이 아예 존재하지 않고, 실제로 행정심판이나 조세심판에서는 그 결정 주문에서 심판비용에 관한 결정을 하지 않고 있는 것도 고려하여야 할 것이다(물론 행정심판이나 조세심판은 행정부 내부 절차에 불과하지 소송이 아니므로 이 점을 비중 있게 볼 것은 아니다).

다만 행정소송에서는 앞서 본 것처럼 소송비용부담 재판에 관하여 민사소송법을 준용하여 법원이 패소한 당사자로 하여금 승소한 당사자에게 소송비용을 상환하도록 명하고 있지만, 이 역시 입법정책의 문제일 뿐이고, 이는 행정소송이 헌법소송보다는 구체적, 주관적 권리구제기능이 훨씬 강하여 대립당사자 구조가 더 많이 부각되었거나 행정소송을 처리하던 초기부터 민사사건과 유사하게 취급한 연혁적인 이유가 있었기 때문<sup>26)</sup>으로 추

25) **헌법재판소 심판사무국, 심판사건 통계현황(2015. 2. 28.)** : 헌법재판소 출범 이후 접수된 26,269건 중 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌, 인용 결정은 총 1,287건이었고, 이는 4.89%에 해당하는 수치다. 그러나 이러한 통계를 들어 헌법재판소가 국민의 권리구제에 소홀하다거나 사법소극주의적인 태도를 보이고 있다고 평가할 수는 없다. 즉 헌법재판소의 활동에 대하여 학계에서는 대체로 긍정적인 평가가 주류를 이루고 있다. 헌법재판소의 공적으로 헌법수호의 적극적 자세, 기본권의 관한 해석법리의 확립, 위헌심사기준의 확립 등으로 기본권 신장에 이바지한 점과 설득력 있는 결정문으로 학문과 재판에 이바지한 점 등을 들고 있다[법원도서관, 헌법재판제도의 이해(요약)(2013) 115, 116쪽]. 오히려 일본에서는 “한국이 헌법재판소제도를 택한 후 다른 나라에 비하여 지나치게 많은 위헌결정을 하고 있어, 한국 헌법재판의 실적은 유럽형 헌법재판소 도입에 대한 신중함을 요구한다.”면서 헌법재판소 제도의 도입에 대한 신중론을 주장하는 견해가 다수의 입장이라고 한다[법원도서관, 헌법재판제도의 이해(요약)(2013) 91쪽].

26) **하명호, 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급, 인권과 정의**

측된다(다만 이러한 제도가 헌법재판과 달리 변호사강제주의가 채택되지 않은 행정소송에서는 남소를 막는 역할을 일부 담당할 것으로 보이나, 행정청이 실제로 변호사를 대리인으로 선임하지 않는 경우가 많아 그 역할에는 한계가 있다).

더구나 헌법소송은 구체적, 주관적인 권리구제기능보다는 추상적, 객관적인 규범재판의 기능이 행정재판보다 훨씬 더 강하므로, 당사자가 헌법소송에서 지출한 당사자비용은 그 승패와 무관하게 당사자가 스스로 부담하여야 하는 것이고, 이를 상대방에게 부담시키는 것은 특별한 입법이 없는 한 이를 해석에 의하여 인정하기는 어렵다. 헌법재판의 헌법보호기능, 권력통제기능, 기본권보호기능, 정치적 평화보장기능, 교육적 기능 등을 감안할 때 헌법재판소법에 민사소송법의 소송비용부담 재판에 관한 직접적인 준용 규정이 없는 이상 민사소송법의 해당 규정을 헌법재판에도 곧바로 준용하여야 한다고는 도저히 볼 수 없는 것이다.

물론 독일식의 소송비용보상제도의 도입은 입법론으로 고려해 볼 만하나, 이는 입법론일 뿐이고 현행법의 해석과는 무관한 것이다. 이는 이에 관하여 의견을 밝히고 있는 국내 모든 학자들(허영, 정중섭)의 견해이다. 이러한 해석을 바탕으로 일부 학계가 독일의 소송비용보상제도의 도입을 입법적으로 주장하는 것이다.

**380호(2008) 54쪽** : 행정소송법이 1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전문개정되기 전의 제정 행정소송법 제14조는 “본법에 특별한 규정이 없는 사항은 법원조직법과 민사소송의 정하는 바에 의한다.”고 규정하고 있었고, 행정소송법의 전체 조문도 14개만 있었기 때문에 행정사건을 민사사건의 일환으로 보려고 하였던 것은 어쩌면 자연스러웠을 것이다.

**김남진, 행정소송과 민사소송, 고시계 38권 5호(1993) 16, 17쪽** : 일본은 제2차 세계대전이 종료하기 전까지 대륙식 이원적 사법제도를 취하고 있었다. 즉 戰前에는 일본에도 행정재판소가 설치되어 있었다. 약 50년의 역사를 가지는 일본의 행정재판소는 전후 미국의 점령하에서 폐지되었다. 일본에서의 관료주의, 중앙집권주의의 온상이 되는 일체의 제도의 개혁의 일환으로 다른 구 제도(관료제도, 구 지방제도, 구 교육제도 등)과 함께 폐지된 것이라고 한다. 그러나 그렇다고 해서 “아메리카법 하에서의 통상재판소에 의한 행정사건의 심리를 위해 필요한 재판소의 조직과 절차 및 이것과 상관관계에 있는 행정의 조직과 절차의 전부를 계통적으로 일본에 도입한 것은 아니었다. 단적으로 말한다면, 그 당시까지 통상의 민사사건을 다루어 온 민사재판소의 책상 위에 행정사건의 기록이 파고 든 것에 지나지 않는다”고 하는 것이 일본식 행정소송제도이며, 그것을 흉내내고 있는 것이 우리의 행정소송제도라고 말할 수 있다.

## (2) 헌법재판소법의 다른 규정들과 규범체계적임

우리 헌법재판소법에 심판비용 중 재판비용을 제외한 당사자비용(변호사 보수 등)의 부담을 패소한 당사자에게 부담시킬 것인지 여부에 관한 특별한 규정이 존재하지 않음은 앞서 쟁점에서 살펴본 바와 같다.

하지만, 헌법재판소법의 일부 규정들은 앞서 본 헌법재판의 성질과 입법 연혁까지 감안하여 체계적으로 해석할 경우, 그 심판의 종류나 청구인, 피 청구인 여부, 청구의 인용 여부를 불문하고 심판비용 중 당사자비용은 이를 지출한 당사자가 스스로 부담한다는 해석(준용불가능설)과 더 자연스럽게 연결된다.

즉, 헌법재판소법은 제37조 제1항 본문에서 심판비용의 국가부담 원칙을 선언하고 있고, 제25조에서는 각종 심판절차에서의 변호사강제주의를 규정 하면서, 제70조에서 헌법소원심판청구 사건에 한하여 국선대리인에 관한 규정을 두고 있다.

만약 국가가 부담하는 심판비용에 변호사비용 등 당사자비용도 포함된다고 보았을 경우에는 입법 당시 변호사의 회소성과 현재까지도 민사소송 등에서 국선대리인 제도가 없는 것을 감안할 때 헌법재판소법에 국선대리인에 관한 규정을 두지는 않았을 것이다. 따라서 헌법재판소의 각종 심판에서 당사자가 지출하는 비용 중 사선대리인을 선임한 비용에 대하여는 헌법재판소법 제37조 제1항 본문의 국가부담 원칙이 적용되지 않는다.

나아가 헌법소원심판청구가 인용되었을 경우 그 심판비용을 상대방에게 부담시킬 수 있다면, 자력이 없는 당사자도 승소할 경우 헌법재판소가 그 상대방(공권력의 주체)에게 청구인이 지출한 당사자비용 부담을 명하는 결정을 함께 할 것이고, 심판비용액확정절차를 통하여 역시 그 상대방으로부터 당사자비용을 보전받을 수 있을 것이므로 국선대리인 제도를 둘 따로 필요가 없었을 것이다(민사소송 등에 소송구조의 제도가 있기는 하지만 어느 정도 활용되기 시작한 것은 최근의 일이고, 과거에는 거의 사문화되어 있었다<sup>27)</sup>).

또한 입법 당시 야3당안 제71조 제2항(헌법소원심판에 있어서 심판청구

27) 주석 민사소송법 제7판 (II) 243쪽.

가 각하 또는 기각된 때에는 헌법재판소는 청구인에게 심판비용을 부담하게 할 수 있다.)을 폐기한 것도 이와 반대로 헌법소원심판청구가 인용되었을 경우 그 심판비용을 상대방에게 부담시키는 등의 제도는 헌법재판에서야 배제하겠다는 입법자의 결단으로 볼 여지도 있다.

물론 여당안에 따라 헌법재판소법 제37조 제1항 단서, 제37조 제2항, 제3항에서는 증거조사비용을 신청인에게 부담시킨다거나 헌법소원심판청구의 각하나 권리남용인 청구로 기각되는 청구인의 공탁금을 국고에 귀속시킬 수 있도록 규정하고 있지만, 헌법재판소는 입법 직후부터 현재까지 이에 관한 구체적인 헌법재판소규칙을 제정하지 않고 있을 뿐만 아니라, 전자는 신청인이 신청한 증거를 조사하는 데 비용이 과다하게 들 경우 이를 스스로 부담하게 하기 한 비용이 소요되는 경우를 대비하기 위한 것으로 본안 심판청구의 인용 여부와는 무관하고, 후자도 소정의 공탁금일 뿐 실제 심판에 소요된 심판비용이나 당사자비용과 직접적인 관련이 없으므로, 이는 심판비용(재판비용과 당사자비용)의 상대방부담에 관한 규정이 아니라 독일의 악용·남용부담금제도와 유사한 취지의 규정으로 보아야 한다.

일부 학계에서는 독일 헌법재판소법 등의 소송비용보상제도를 도입할 것을 주장하고 있지만, 학계에서의 논의 자체도 헌법재판소법의 해석상 심판비용 중 당사자비용은 이를 지출한 당사자가 스스로 부담하는 것을 전제로 한 입법론일 뿐이므로, 이러한 제도가 입법화되지 않은 우리나라 헌법재판소법의 해석에 있어 고려할 것은 못 된다.

더구나 우리 입법자가 심판비용의 국가부담원칙, 변호사강제주의, 국선변호인 제도 등을 입법으로 명문화한 것을 감안할 때, 만약 입법자가 민사소송법의 소송비용부담 재판 제도를 헌법재판에도 도입하려고 하였다면, 이에 관하여도 명문으로 준용규정을 마련하였을 것이지, 이에 관하여 헌법재판소법에 백지 상태로 두지는 않았을 것으로 생각된다. 즉 우리 입법자는 민사소송법의 소송비용부담 재판의 준용은 헌법재판의 성질에 반하므로 이에 관한 특별한 준용규정도 필요 없다고 보았기 때문에 이에 관한 특별 규정이나 특별 준용 규정을 의도적으로 두지 않은 것이지, 입법의 불비로 볼 것은 아니다.

따라서 우리 헌법재판소법의 해석상 민사소송법의 소송비용부담 재판

제도와 관련된 규정을 준용하여야 한다고는 도저히 볼 수 없는 것이다.

### (3) 그동안 준용하지 않았던 헌법재판실무 관행을 존중해야 함

헌법재판소 출범 후 27년간 한 번도 소송비용부담재판을 명한 바 없었던 헌법재판소의 헌법재판실무 관행도 마땅히 존중되어야 한다. 우리 헌법재판소가 소송비용부담재판을 명하지 않았던 것은 이것이 헌법재판의 성질에 반한다는 점을 직접 명시하지 않았을 뿐 무의식적으로라도 이를 인식하였기 때문으로 볼 수 있다. 나아가 이러한 신청이 이 사건 외에는 없었고, 헌법 학자들도 당사자비용은 스스로 부담한다고 해석한 것도 이러한 헌법재판소의 실무 관행의 정당성이 국민들과 학계에도 보편적으로 받아들여졌기 때문으로 생각된다.

오히려 이제 와서 이러한 27년간의 헌법재판실무 관행이 잘못되었고 해석상 민사소송법 등이 준용되어야 한다고 볼 경우에는 기존의 모든 사건들에 대하여 소송비용부담재판을 탈루한 것이 되고, 그로 인한 각종 후속 신청들로 인하여 헌법재판소의 정상적인 다른 업무 수행에도 막대한 지장을 초래함은 물론이고, 국가의 최고법인 헌법과 헌법질서를 수호하여야 하는 헌법재판소가 스스로 27년간 불법을 저질렀다는 것을 고백하는 격이 되어 헌법재판소의 신뢰를 스스로 실추시키는 결정이 될 것임은 물론 이러한 신청들로 인한 해결하기 어려운 여러 법률문제와 국가재정문제를 야기하게 될 것이다.

### (4) 신청인들의 나머지 주장들도 이유 없음

㉠ 지금도 변호사강제주의에 의하여 청구인 측은 변호사의 조력을 충분히 받아 적극적으로 주장과 근거서류들을 제출하고 있다. 오히려 일부 사건들의 경우에는 피청구인 등이 충실한 답변자료를 제출하지 않아 단순히 기록 분량만으로 비교할 때에는 균형있는 쟁송이 되지 못하고 있다.

㉡ 어차피 이를 인정하더라도 소가의 제한으로 인하여 상대방에게 부담시킬 수 있는 법정비용에 상한이 있어 입법부나 행정부에 부담시킬 수 있는 소송비용이 지나치게 많은 수준은 아닐 것으로 예상되므로, 이러한 소송비용에 대한 부담을 이유로 입법부나 행정부가 위헌소지가 있는 법령의



입법이나 공권력의 행사를 더욱 억제하게 될 것으로는 생각되지 않는다.

㉔ 청구인 주장대로 청구인의 청구가 인용될 경우 피청구인에게 당사자 비용을 부담시킨다면 형평상 청구인의 청구가 기각되거나 각하될 경우에는 피청구인(행정청) 등의 변호사선임비용을 청구인에게 부담시켜야 할 것인데, 오히려 이것은 청구인의 헌법소원심판청구를 지나치게 위축시키게 될 것이어서 채택하기 어렵다.

#### 4. 결정의 의의

이 사건은 헌법소원청구인이 헌법재판소에 심판비용 부담결정 등을 신청한 최초 사건으로, 헌법재판소는 이 결정을 통하여 종래 헌법재판소가 헌법소원심판 결정을 하면서 심판비용 부담결정을 하지 않았던 관행이 적법하다는 것을 그 이유를 구체적으로 밝혀 분명히 선언하였다. 또한 헌법재판소가 청구인의 헌법소원심판청구를 인용하면서 법률 또는 법률의 조항을 위헌이라고 선고할 경우(헌법재판소법 제75조 제5항, 제6항) 등에는 청구인이 지출한 당사자비용은 국가가 보상하는 것이 바람직하다고 밝히면서, 독일에서 시행하고 있는 소송비용보상과 같은 제도를 도입하는 입법을 장래 과제로 제시하였다고 볼 수 있다.



## 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호 등 위헌제청 등

- ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제2조 제5호 등  
위헌제청 사건 -

(헌재 2015. 6. 25. 2013헌가17·24, 2013헌바85(병합), 판례집 27-1하, 402)

정 인 경\*

### 【판시사항】

1. 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것) 제8조 제2항 및 제4항 중 아동·청소년이용음란물 가운데 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”에 관한 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 위 조항 부분이 표현의 자유를 과도하게 제한하고 책임과 형벌의 비례성을 상실하여 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 위 조항 부분이 소위 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포 등과 동일한 법정형으로 규율하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것, 이하 ‘구 아동·청소년성보호법’이라 한다) 제8조 제2항 및 제4항 중 아동·청소년이용

---

\* 헌법연구관

음란물 가운데 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

### 【심판대상조항】

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것)

제8조(아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등) ② 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

④ 아동·청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 【주요 관련조항】

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1.~3. 생략

4. “아동·청소년의 성을 사는 행위”는 아동·청소년, 아동·청소년의 성(性)을 사는 행위를 알선한 자 또는 아동·청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 아동·청소년을 대상으로 하거나 아동·청소년으로 하여금 하게 하는 것을 말한다.

가. 성교 행위

나. 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위

다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위

라. 자위 행위

5. “아동·청소년이용음란물”은 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행

위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

## **【사건의 개요】**

### **1. 심판청구에 이르게 된 경위**

#### **가. 2013헌가17**

교복을 입은 여성이 성행위를 하는 음란물들을 전시·상영한 혐의로 기소된 자가실체의 아동·청소년이 등장하는 영상물이 아닌 경우에도 그 배포 등을 처벌하는 구 아동청소년성보호법 제2조 제5호 및 제8조 제2항에 대해 위헌제청을 신청하고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다.

#### **나. 2013헌가24**

인터넷 파일공유 사이트에 교복을 입은 여학생이 남학생과 성행위를 하는 음란 애니메이션 동영상 파일을 업로드하여 유포한 혐의로 기소된 자가 같은 법 제2조 제5호 및 제8조 제4항에 대해 위헌제청을 신청하고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다.

#### **다. 2013헌바85**

인터넷 웹하드 사이트에 접속하여 “A uniform beautiful Girl Club”이라는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하는 음란물 동영상을 업로드하여 시청 내지 다운로드받을 수 있도록 공연히 전시한 혐의로 기소된 자가 같은 법 제2조 제5호, 제8조 제4항에 대해 위헌제청을 신청하였다가 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제기하였다.

### **2. 제청법원의 위헌제청이유**

심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는”, “표현물”, “그 밖의 성적 행위”에는 성적 욕구가 발현되는 모든 행위, 즉 이성 간의 포용,

입맞춤 등도 포함될 수 있는 등 그 기준이 매우 모호하거나 추상적이다. 따라서 무엇이 아동·청소년이용음란물에 해당하는지에 관하여 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기게 되는 위험을 초래할 수 있으므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

또한 심판대상조항의 모호성, 포괄성으로 인하여 성인이 교복을 입고 등장하는 경우 또는 아동·청소년 캐릭터가 등장하는 애니메이션 표현물 등 실제 아동·청소년이 등장하지 않는 표현물, 소위 ‘가상 아동포르노’까지도 광범위하게 처벌 대상 표현물에 포함되었는바, 아동포르노로 인한 성범죄 발생의 가능성은 표현의 자유를 제한할 만큼의 명백·현존하는 위험이라 할 수 없으므로 표현의 자유에 대한 중대한 제한이다. 나아가 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포), 청소년보호법위반 등 다른 법률에서 정한 죄로 얼마든지 처벌할 수 있음에도 심판대상조항을 통해 중한 형으로 벌하고 있으므로 과잉금지원칙에 위반된다.

실제 아동·청소년에 대한 법익 침해가 없음에도 가상 아동포르노 배포 등을 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물 배포 등과 동일한 형으로 처벌하고, 음란한 내용을 표현한 것과 그에 이르지 않은 성적 행위를 표현한 것을 동일한 형으로 처벌하는 것은 모두 헌법상 평등원칙에도 위반된다.

## 【결정요지】

### 1. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

아동청소년성보호법의 입법 목적, 가상의 아동·청소년이용음란물 규제 배경, 법정형의 수준 등을 고려할 때, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”은 일반인의 입장에서 외모, 신원, 제작 동기와 경위 등을 종합하여 볼 때, 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분할 정도의 사람이 등장하는 경우를 의미함을 알 수 있고, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분도 전체적으로 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 매체물의 제작 동기와 경위, 표현된 성적 행위의 수준, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단할 때 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충

동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것에 한정된다고 볼 수 있으며, 기타 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 판단 기준이 구체화 되어 해결될 수 있으므로, 위 부분이 불명확하다고 할 수 없다.

“그 밖의 성적 행위” 부분도 심판대상조항의 입법 취지 및 법정형의 수준 등을 고려할 때, 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 예시하고 있는 “성교 행위, 유사 성교 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위”와 같은 수준으로 일반인으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기에 충분한 행위, 즉 음란한 행위를 의미함을 알 수 있고, 무엇이 아동·청소년을 대상으로 한 음란한 행위인지 법에서 일률적으로 정해놓는 것은 곤란하므로, “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정형식을 택한 데에는 불가피한 측면이 있다.

따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

## 2. 과잉금지원칙 위반 여부

심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하고 책임과 형벌 사이의 비례성을 상실하여 과잉금지원칙에 위반되는지 문제되는데, 가상의 아동·청소년이용음란물이라 하더라도 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물의 지속적 유포 및 접촉은 아동·청소년의 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적 태도를 형성하게 할 수 있고, 실제로 아동·청소년대상 성범죄자를 상대로 한 조사 결과 등을 종합하면, 아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고 이에 대해 사회적 경고를 하기 위해서는 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등에 대해서 중한 형벌로 다스릴 필요가 있다.

또한 가상의 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정되며, 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과 차이가 있으므로, 심판대상조항이 형법상

음화반포죄나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없으며, 아동·청소년의 성보호라는 공익의 증대함을 고려할 때 법익의 균형성 또한 충족한다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

### 3. 평등원칙 위반 여부

심판대상조항은 가상의 아동·청소년이용음란물과 실제의 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포행위를 동일한 법정형으로, 나아가 가상의 아동·청소년이용음란물도 성적 행위의 표현 수위에 따라 법정형을 세분화하지 않고 동일하게 규율하고 있으나, 모두 아동·청소년에 대한 비정상적 성적 충동을 일으켜 아동·청소년을 상대로 한 성범죄로 이어지게 할 수 있다는 점에서 죄질 및 비난가능성의 정도에 거의 차이가 없고, 법정형의 상한만이 정해져 있어 법관이 법정형의 범위 내에서 얼마든지 구체적 타당성을 고려한 양형의 선택이 가능하므로 심판대상조항이 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

## 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창종의 반대의견

### 1. 죄형법정주의의 명확성원칙

심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람” 부분의 의미가 명확하다는 점에는 다수의견에 동의하나, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분은 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인하기에 충분할 정도로 묘사된 표현물만을 의미하는 것인지, 아니면 단순히 그림, 만화로 표현된 아동·청소년의 이미지도 모두 이에 해당할 수 있는 것인지 판단하기 어려우므로 처벌되는 행위가 무엇인지 미리 예측할 수 있다고 할 수 없고, 그 판단을 법 집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡기고 있으므로 자의적 법 해석 내지 집행을 초래할 우려마저 있다.

“그 밖의 성적 행위” 부분도, 2005. 12. 29. 법 개정으로(법률 제7801호)



성적 행위의 범위를 포괄적으로 규정하면서 음란한 내용을 표현한 것에 국한하지 않는 것으로 개정된 취지를 고려할 때 다수의견과 같이 반드시 음란한 행위를 의미한다고 단정하기 어렵고, 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 이미 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 이르는 행위”라는 개방적이고 포괄적 규정을 두고 있으므로, 통상의 판단능력을 가진 사람의 입장에서 볼 때 그 외에 처벌대상이 되는 “그 밖의 성적 행위”가 무엇을 의미하는지 예측하기 어렵다.

설령 “그 밖의 성적 행위” 부분의 의미가 불명확하다고 보기 어렵다 하더라도, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분의 불명확성으로 인하여 수범자인 일반 국민은 물론 법 집행자조차도 심판대상조항의 적용 대상인 가상의 아동·청소년이용음란물의 범위 및 그 한계를 명확히 판단하기 어려우므로 결국 심판대상조항은 명확성원칙에 위반된다.

## 2. 과잉금지원칙 위반 여부

불명확한 규범에 의하여 형사처벌을 가하게 되면 헌법상 보호받아야 할 행위까지 금지대상에 망라하게 되어 필요 이상의 처벌을 가하게 될 수 있어 과잉금지원칙과도 조화될 수 없다.

가상의 아동·청소년이용음란물에의 접촉과 아동·청소년을 상대로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확히 입증된 바 없음에도 이를 이유로 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우를 성적 착취를 당하는 일차적 피해 법익이 존재하는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정 형으로 규율하는 것은 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것으로 허용되지 않는다. 설령 이를 규제할 필요가 있다 하더라도, 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우 실제 아동·청소년이 그 제작 과정에서 성적 대상으로 이용되지 않음에도 잠재적 성범죄의 촉매가 될 수 있다는 이유만으로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 위와 같이 중한 형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서도 적합하지 않다.

그런데 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”의 의미가 앞서 본 바와 같이 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있고, 그 광범성으로 인해 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하거나 그 표현을 위축시킬 우려가 있으므로, 심판대상조항은 표현의 자유에 대한 과도한 제한과 과잉형벌을 초래할 여지가 있다.

나아가 심판대상조항에서 정한 법정형의 수준이나 처벌대상행위의 광범성으로 인한 표현의 자유의 제한 정도 및 형벌의 비례성 상실의 정도는 매우 중대하다는 점에서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못하므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건 법률조항은 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포·전시 등 행위를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있는데, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물”의 의미나 제4호에서 열거한 행위 중 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위” 및 “그 밖의 성적 행위” 부분은 다소 포괄적으로 규정되어 있어 죄형법정주의의 명확성 원칙 위반 여부가 문제된다. 한편, 가상의 아동·청소년이용음란물에 대한 규제는 표현의 자유 제한과 연결되는데, 이 사건 법률조항의 대상과 관련하여 음란물도 표현의 자유 보호영역에 포함되는지 의문이 있을 수 있으나, 아동청소년성보호법상 아동·청소년이용음란물은 그에 표현된 성적 행위가 음란할 것을 요하지 않으므로 음란성과 표현의 자유 보호영역에 관한 논란이 직접 문제되는 경우가 아니고, 헌법재판소는 음란한 표현도 표현의 자유 보호영역에 포함된다고 보고 있으므로(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545 참조), 이 사건 법률조항의 위헌 여부 판단에서는 표현의 자유 제한에 있어 명확성원칙 및 과잉금지원칙 위반 여부가 주로 문제되었다.

## 2. 아동청소년성보호법상 아동·청소년이용음란물 규제 내용 및 입법연혁 등

### 가. 서설

‘인간의 육체 또는 성행위를 노골적으로 묘사·서술한 것으로서 성적인 자극과 만족을 위하여 이용되는 성표현물’을 일반적으로 ‘포르노그래피’ 또는 ‘포르노’라고 지칭한다.<sup>1)</sup> 그런데 일반적인 포르노가 음란성 여부나 그것이 가지는 사회적 가치 여하에 따라서 법률상 허용될 수도 있는 것과는 달리, 아동·청소년(이하, 경우에 따라 ‘아동’으로 지칭하기로 한다)이 등장하는 소위 ‘아동포르노(child pornography)’의 경우에는 그 자체가 아동에 대한 성적 학대, 아동의 성착취에 해당하고, 기록으로 남을 경우 아동에 대한 영구적 피해로 이어질 수 있기 때문에 음란물에 해당하지 않는다 하더라도 강력히 금지·규제하는 것이 전 세계적 추세이다.

다만 아동포르노의 정의 및 구체적 규제 내용은 각 사회의 도덕, 문화, 성관념 내지 종교적 신념 등에 따라 차이가 있고, 실제의 아동이 등장하지 않는 이른바 ‘가상의 아동포르노’에 대한 규제 및 아동포르노의 단순 소지 처벌 등이 특히 논란이 되고 있으며, 이 부분의 규제에 대해 각 입법례마다 차이를 보이고 있다.

한편 과거 아동포르노가 일부 소아성애자들 사이에서 사진, 책자, 비디오 등을 통해 은밀한 방식으로 교환되던 경향이 있었다면, 오늘날 인터넷 보급의 확산으로 아동포르노가 다양한 매체물이나 정보통신망을 통해 급속하게 유통되어 일반인도 아동포르노에 대한 접근이 용이해지고, 이는 다시 아동포르노물 관련 제작 및 유통 산업의 확산에 영향을 미치고 있어, 정보

1) 옥스퍼드사전(8번째 개정판)은 포르노를 “심미적이고 감정적인 느낌보다는 예로 적 자극을 의도하여 문학, 영화 등을 통하여 성행위를 명시적으로 묘사하거나 나타내는 것”이라고 정의하고 있고, 보통 ‘인간의 육체 또는 성행위를 노골적으로 묘사·서술한 것으로서 성적인 자극과 만족을 위하여 이용되는 성표현물’ 또는 ‘성행위를 명시적으로 나타내는 묘사물’로 단순하게 정의된다.

포르노는 그리스어 ‘porographos’가 어원이며 매춘부의 글로 해석되던 것이 오늘날 ‘외설적인 문학·영화·사진·회화’등을 총칭하게 되었는데, 음란개념보다 넓은 의미를 담고 있는 비법률적 개념으로 예술적이고 문학적인 가치를 지니고 있는 성적인 행동의 묘사도 포괄하는 개념이다(박기범, ‘아동성범죄와 인터넷상의 아동 포르노그래피’, 형사정책연구 제18권 제1호, 2007. 봄호, 150면).

통신망을 통한 아동포르노에의 접근 차단 조치도 강화되고 있는 추세이다.

아동청소년성보호법상 아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등을 처벌하는 일련의 규정들도 이러한 아동포르노 규제 입법에 해당한다.

## 나. 아동청소년성보호법상 아동·청소년이용음란물 규제 내용

### (1) 아동·청소년이용음란물의 정의<sup>2)</sup>

아동청소년성보호법상 아동·청소년은 19세 미만의 자를 의미하고, 구 아동청소년성보호법은 “아동·청소년이용음란물”을 「아동·청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여, 성교 행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위 또는 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것」이라고 정의하여, 실제의 아동·청소년이 등장하는 경우뿐만 아니라 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물, 즉 가상의 아동·청소년이 등장하는 이른바 ‘가상아동포르노’까지 포함하여 아동·청소년이용음란물로 규율하고 있다(이하 실제의 아동·청소년이 등장하는 경우가 아닌 가상의 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물을 ‘가상의 아동·청소년이용음란물’이라 한다). 다만 2012. 12. 18. 법률 개정(법률 제11572호) 시 “명백하게” 부분이 추가되어 “명백하게 인식될 수 있는”으로 개정되었다.

아동·청소년이용음란물을 구성하는 행위는 성교행위, 유사성교행위, 자위 행위 외에 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위 기타 그 밖의 성적 행위(아동청소년성보호법 제2조 제4호)로, 형법상 음화반포죄나 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률’에서와 같이 ‘음란’한 것임을 요하지 않으므로 음란물보다는 아동·청소년이용음란물에 해당되는 성적 행위의 범위가 넓다.

2) 아동·청소년이용음란물은 음란성을 요건으로 하지 않는 개념이기 때문에 이를 ‘음란물’이라는 표현을 사용하여 개념 정의하는 것은 잘못이라는 지적이 있다. 실제 2005. 12. 29. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’ 개정(법률 제7801호) 시 음란성 요건이 제거되었으므로 음란물이라는 용어의 사용은 혼동의 가능성이 있다.

(2) 아동·청소년이용음란물의 제작·배포 및 소지 등 규제

구 아동청소년성보호법은 ① 아동·청소년이용음란물의 제작·수입·수출 내지 그 미수범, ② 영리를 목적으로 하는 판매·대여·배포·제공 또는 그것을 위한 소지·운반 및 공연한 전시·상영, ③ 영리를 목적으로 하지 않는 배포·제공 및 공연한 전시·상영, ④ 그 밖에 아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정을 알면서 아동·청소년을 그 제작자에게 알선하는 행위, ⑤ 단순 소지를 모두 형사처벌의 대상으로 하고, 단순 소지를 제외하고는 ‘아동·청소년 대상 성범죄’에 해당하여 유죄 판결이 확정될 경우 해당 범죄자는 신상정보등록 대상에 해당한다(구 아동청소년성보호법 제2조 제2호, 제33조).<sup>3)</sup>

한편 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위해 법령이 정하고 있는 조치를 취하지 않거나 발견된 아동·청소년이용음란물을 즉시 삭제하고 전송을 방지·중단하는 기술적 조치를 취하지 않은 온라인서비스제공자도 처벌의 대상이 된다(구 아동청소년성보호법 제2조 제3항).

다. 아동·청소년이용음란물 규제 입법연혁 등

(1) 입법연혁

2000. 2. 3. 법률 제6261호 제정	2005. 12. 29. 법률 제7801호 개정	2009. 6. 9. 법률 제9765호 개정	2011. 9. 15. 법률 제11047호 개정	2012. 12. 18. 법률 제11572호 개정
청소년이용음란물 : <u>‘청소년이 등장하여 성교행위·유사성교행위, 청소년의 수치</u>	<u>음란성 요건을 탈피하여</u> “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적	‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’로 제명을 개정. 아동·청소년 성범죄자는 정보	아동·청소년이용음란물의 범위를 확대 ( <b>가상아동·청소년이용음란물 규제 시작</b> )	아동·청소년이용음란물의 범위를 명확히 - 아동·청소년으로 <b>“명백하게”</b> 인식될 수 있

3) 영리 목적 여부에 따라 법정형에 차이가 있고, 인터넷을 통해 아동·청소년이용음란물에 접근하는 것만으로는 처벌의 대상이 되지 않지만 그것을 소지하는 것은 처벌의 대상이 된다.

2012. 12. 18. 전부개정으로 단순 소지의 경우 ‘알면서’ 소지하는 경우에 한정하여 처벌하며, 각 법정형은 모두 상향 조정되었다.

2000. 2. 3. 법률 제6261호 제정	2005. 12. 29. 법률 제7801호 개정	2009. 6. 9. 법률 제9765호 개정	2011. 9. 15. 법률 제11047호 개정	2012. 12. 18. 법률 제11572호 개정
<p>심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것 ※ 여기서 청소년은 <u>실제의 청소년만을 의미</u> (헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 참조)</p>	<p>수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”, “그 밖의 성적 행위”를 변경 또는 추가함으로써 음란 행위 외의 성표현 행위까지 “<u>청소년이용음란물</u>”에 포함되도록 범위 확대 - 영리 목적 없는 단순배포 행위도 처벌 신설 - 신상정보등록제 및 청소년 관련 교육기관 취업 제한 제도 등 신설</p>	<p>통신망을 통하여 신상정보 공개하도록 함</p>	<p>- “실재하는 아동·청소년” 외에 “<u>아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물</u>”이 등장하는 경우로 확대 - 정보통신망 통한 불법 음란물의 유통을 방지한 온라인 서비스 제공자도 처벌</p>	<p>는 사람이나 표현물이 등장하는 것으로 한정하고, - 단순소지죄를 아동·청소년이용 음란물임을 “<u>알면서</u>” 소지한 경우로 제한함 - 법정형은 상향 조정</p>

(2) 입법경과 및 취지

음란물 배포 내지 청소년유해매체물의 유통 등에 관한 규제는 형법 및 ‘청소년 보호법’ 등을 통해 이루어지고 있었으나, 청소년이용음란물에 대한 별도의 정의 규정을 두고 이를 제작·배포하는 행위에 대한 별도의 규제가 처음 도입된 것은 2000. 2. 3. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’(법률 제6261호)의 제정을 통해서이다.

위 법에서는 ‘청소년이용음란물’을 청소년(19세 미만)과의 성교행위, 유사 성교행위 및 음란한 내용을 표현한 것으로 한정하여 정의하였고, 여기에 실제의 청소년이 아닌 가상의 청소년이 등장하는 경우도 포함되는지 해석상 논란이 있었으나, 헌법재판소는 위 규정에서 ‘청소년’이란 ‘실재하는 청소년’만을 의미한다고 판단한 바 있다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 결정 참조).

이후 2005. 12. 29. 법률 개정(법률 제7801호)을 통하여, 청소년이용음란물의 정의 규정에 청소년을 이용한 “그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현한 것”이 추가됨으로써 음란성 여부는 ‘청소년이용음란물’의 판단에 더 이상 영향을 미치지 않게 되었다.

그러나 2010년 이후 아동을 대상으로 한 일련의 흉악한 강력 성폭력 범죄의 발생으로 아동 대상 성범죄 처벌 및 예방에 대한 경각심이 높아졌고, 이들 범죄자들이 범행 전 아동포르노물을 다수 또는 장시간 시청하였거나 소지하고 있었던 것으로 밝혀지면서<sup>4)</sup> 사회적으로 아동포르노물에 대한 규제에 대한 대책 마련이 강력히 요구되었다.

이에 2011. 9. 15. 법률 개정(법률 제11047호) 시 아동·청소년이용음란물이 아동에 대한 성범죄를 부추기고 특히 아동성애자 내지 아동성도착자에게는 성범죄를 일으키는 촉매제가 될 수 있다는 점에 착안하여, 아동·청소년이용음란물의 범위를 실제의 아동·청소년이 등장하는 경우 외에 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하는 경우까지로 확대하였고, 이로써 소위 아동청소년성보호법상 ‘가상아동포르노’에 대한 규제가 시작되었다.<sup>5)</sup> 또한 아동포르노의 다량 유통 및 확산이 인터넷의 보급에 기인하는 문제라고 보고, 정보통신망을 통한 아동·청소년이용음란물의 유통을 방치한 온라인서비스제공자도 형사처벌의 대상으로 하는 규정도 신설되었다.

4) 2010. 6. 7. 발생한 ‘초등학생 납치·성폭행 사건’의 범인 김수철(당시 48세)이 범행 전날 하루 종일 10대 소녀가 나오는 야동 52편을 본 것으로 드러났고, 2012. 7. 16. 발생한 ‘통영 초등학생 납치·살해 사건’의 범인 김정덕(당시 46세)의 컴퓨터에서 아동이용음란물 70여 편이 발견되었으며, 2012. 8. 30.에 발생한 ‘나주 초등학생 성폭행 사건(잠자던 7살짜리 여자아이를 이불째 들고 나와 성폭행)’의 범인 고종석(당시 24세)은 경찰조사에서 “평소 어린 여자를 상대로 한 일본 음란물을 즐겨봤고 자신도 어린 여자아이와 성관계를 해보고 싶다는 뜻을 품게 되었다”고 진술한 등 일련의 아동대상 강력 성폭력 범죄 발생이 아동이용음란물에 탐닉해 온 흔적이 발견되어 아동 음란물이 아동 대상 성범죄를 부추긴다는 지적이 제기되었다(중앙일보 2012. 9. 3.자 기사 및 한국형사정책연구원 보도자료 등 참조 -www.kic.re.kr/html/search/search\_list.asp)

5) 대검찰청 2012. 9. 24.자 보도자료를 통해 아동·청소년이용음란물을 인터넷에서 다운로드한 단순소지자도 기소 대상에 포함하는 것 등을 내용으로 하는 음란물 사범에 대한 처벌강화 방침을 발표했다. 단순소지자이고 초범인 경우에도 기소를 원칙으로 하되 청소년에 대해서도 단순 기소유예를 지양하고 교육상담조건부 기소유예 등을 하기로 하는 내용이다.

그러나 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에는 영화나 기타 영상물 등에서 성인이 19세 미만인 자로 묘사된 경우 또는 만화·게임 물의 아동캐릭터도 포함될 수 있는 등 아동·청소년이용음란물의 범위가 지나치게 광범위하고 명확하지 못하다는 비판이 일자, 2012. 12. 18. 법률 개정(법률 제11572호)으로 “아동·청소년으로 ‘명백하게’ 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이라고 하여 가상 아동·청소년이용음란물의 정의에 명백성 요건을 추가하고, ‘아동·청소년이용음란물’의 소지도 이를 ‘알면서’ 소지하는 경우로 한정하였다.

### 3. 아동포르노 규제 관련 입법례6)

아동포르노 규제 입법은 각국마다 차이가 있는데 특히 주된 차이는 가상 아동포르노 규제 및 단순 소지죄의 처벌 여부에 있다.

#### 가. 미국

(1) 1970년대부터 미성년자<sup>7)</sup>이용음란물에 대한 입법적 규제를 시작한 미국의 경우, 현재로서는 규제의 대상이 되는 행위가 제조·배포·수령 및 운송을 포함해서 소지와 열람 목적의 접근에 이르기까지 광범위하다. 다만 아동포르노에 해당하는 범위를 세부적으로 구체화하여 규정하고, 그림, 만화 등 가상의 아동포르노를 아동포르노 개념과 구별하고 있으며, 세부적으로 음란성(obscenity) 여부에 따라 규율 및 처벌 여하에 차이를 두고 있다.

Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2001)에서 음란하지 않으면서 실제의 아동을 묘사하지도 않은 표현에 대한 규제의 위헌성이 문제되었는데<sup>8)</sup>, 미연방대법원은 실제의 아동·청소년에게 직접 피해가 없는

6) 김성규, ‘아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성’, 미국헌법연구 제24권 제1호(2013. 4.), 73면 이하; 이형선, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 한국방송학보 27권 2호(2013), 252면 이하; 그 외에 헌법재판소 내부자료 김지혜 연구원 작성의 ‘가상아동포르노 관련 영국, 호주, 캐나다, 미국의 입법례’ 참조

7) 18세 미만(미합중국 법전 제18편 제2256조 제11호)

8) 문제가 된 조항은 Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA)에서 아동포르노그래피(child pornography)에 대한 정의조항 :



가상 아동포르노의 경우 장래 범죄발생의 가능성 또는 범죄행위의 수단으로서의 악용 위험은 표현의 자유를 제한할 만큼의 명백·현존하는 위험이라 할 수 없어 표현의 자유에 대한 중대한 제한이 될 수 있고, 아동포르노의 규제 목적인 아동의 성적 착취와 본질적으로 연관되어 있지 않으므로 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것으로 보았다.

이후 미국 연방의회는 2003년 PROTECT(Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today) Act를 통과시켜 위 사건에서 문제가 되었던 CPPA 조항을 개정하였는데 그 개정내용은 아래와 같다.

① 18 USC 2256(8)(B)의 ‘그렇게 보이는(appears to be)’을 ‘구별 불가능한(indistinguishable from)’으로 수정하였다. 이때 ‘구별 불가능한’의 의미를, 일반인이 보기에 실제 미성년자의 행위묘사와 사실상 구별이 불가능한 것을 의미하도록 정의하면서 그림, 카툰, 조각, 회화 등에는 적용되지 않도록 범위를 좁게 규정하였다.<sup>9)</sup> 한편, 위 (8)(B)항에 적용되는 ‘성적으로 노골적인 행위’를 별도로 정의하면서, 그 의미에 생생함(graphic) 또는 음란함(lascivious)의 요건을 추가하였다.<sup>10)</sup>

② ‘인상을 전달하는(convey the impression)’ 부분이 포함된 조항 18 USC 2256(8)(D)을 삭제하고, 대신 18 USC 1466A를 제정하여 그림, 카툰, 조각, 회화를 포함하여, 음란성이 있거나 중대한 문학적, 예술적, 정치적, 또는 과학적 가치가 없는 성적 행위를 묘사한 모든 시각적 표현물을 규제

---

- 성적 노골적 행위에 대한 사진, 영상, 비디오, 그림, 컴퓨터의 또는 컴퓨터로 생산된 이미지 또는 그림 등 모든 시각적 묘사로서, ① 미성년자가 성적으로 노골적 행위를 하거나 그렇게 보이는(appears to be) 것이라고 정의한 조항(18 USC 2256(8)(B))(해당부분 원문: 18 USC 2256(8)(B) “such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct.”) ② 미성년자가 성적으로 노골적 행위를 하는 시각적 묘사물이라거나 이를 포함하였다는 인상을 전달하는(convey the impression) 방식으로 광고, 판촉, 제시, 설명, 또는 배포되는 것이라고 한 조항이었다(18 USC 2256(8)(D)) {해당부분 원문: 18 USC 2256(8)(D) “such visual depiction is advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression that the material is or contains a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; and”}

9) 18 USC 2256(11)

10) 18 USC 2256(2)(B).

하도록 하였다.

(2) 그리하여 개정된 조항 및 관련 조항의 내용은 아래와 같고 다음과 같이 정리할 수 있다.

	내용
<p>18 USC 2256 (정의)</p>	<p>(8) “<u>아동포르노그래피(child pornography)</u>”란, 전자적, 기계적, 또는 다른 수단으로 만들어지거나 제작된 것을 불문하고, 성적으로 노골적인 행위를 표현하는 모든 사진, 영상, 비디오, 그림, 컴퓨터의 또는 컴퓨터로 생산된 이미지나 그림을 포함한 모든 시각적 묘사를 의미하는 것으로, 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.<sup>11)</sup>                  (A) 실제 미성년자 사용                  (B) <u>그러한 시각적 묘사가 디지털 이미지, 컴퓨터 이미지, 또는 컴퓨터로 생산된 것으로서, 미성년자의 실제 행동과 구별이 불가능한 경우</u>                  (C) 그러한 시각적 묘사가 신원파악이 가능한 미성년자가 성적으로 노골적 행동을 하는 것으로 보이도록 제작, 개조, 수정된 경우</p> <p><b>※ (8)(B) 부분 별도로 정의규정 마련</b>                  (11) 묘사(<i>depiction</i>)에 관련하여 사용될 때 “<u>구별 불가능한</u>”이라는 용어는, 일반 사람이 그 묘사를 보고 그 묘사가 실제 미성년자가 성적으로 노골적인 행동을 하고 있는 것이라고 결론을 내리게끔 하는 묘사라는 점에서 그 묘사가 사실상 구별이 불가능하다는 의미이다. 이 정의는 미성년자나 성인을 그리는 그림, 카툰, 조각, 또는 회화인 묘사에는 적용되지 않는다.<sup>12)</sup>                  (8)(B)항에 적용되는 ‘<u>성적으로 노골적인 행위</u>’를 별도로 정의하면서, 그 의미에 <u>생생함(graphic)</u> 또는 <u>음란함(lascivious)</u>의 요건을 추가<sup>3)</sup></p>
<p>18 USC 1466A (아동의 성적착취에 대한 음란 시각표현물)</p>	<p><b>그림, 카툰, 조각, 회화를 포함한 모든 시각적 묘사로서,</b>                  (1) 미성년자가 성적으로 노골적 행위를 하는 것을 묘사하는 것으로서 <u>음란한 것.</u>                  (2) 미성년자나 미성년자로 보이는 사람이 생생하게 수간, 가학적 또는 피학적 성학대, 또는 성기-성기, 구강-성기, 항문-성기, 구강-항문 등의 성교를, 동성간 또는 이성간에 행하는 이미지를 묘사하는 것으로서, <u>중대한 문학적, 예술적, 정치적, 또는 과학적 가치가 없는 것.</u>                  위 조항에서, 묘사된 미성년자의 실제 존재여부는 범죄의 구성요소가 아니다.<sup>14)</sup></p>

11) 18 USC 2256(8)의 해당부분 원문: “child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other

따라서 미국은 아동포르노그래피 규율을, ㉠ 실제의 미성년자 또는 미성년자와 구별이 불가능한 정도의 이미지가 등장하는 것을 아동포르노그래피로 정의하고 중한 형으로 처벌하되, i) 실제의 미성년자가 등장하거나 실제의 미성년자로 신원확인이 가능한 이미지가 등장하는 경우에는 성적으로 노골적인 행동이면 족하고 생생하거나 음란한 표현일 것까지 요하지 않고, ii) 실제의 미성년자로 신원확인될 정도에 이르지 않더라도 미성년자와 구별이 불가능한 정도의 그래픽 묘사물이 등장하는 경우에는 생생하거나 음란할 것을 요하여 구별하고 있다. ㉡ 또한 그림, 카툰, 조각 등 실제의 미성년자가 등장하지 않는 경우는 아동포르노그래피 개념에 포함하지 않고 ‘아동의 성적 착취에 대한 음락시각표현물’이라는 별도의 조항으로 보다 약한 형으로 규율하는데, 여기서는 음란하거나 하등의 문학적·예술적 가치가 없는 것임을 요하고 있다.

그러므로 소위 실제의 아동이 등장하지 않는 가상의 아동포르노 중 아동과 구별이 불가능한 정도로 그래픽화한 것은 아동포르노로 규율하되, 그림·만화 또는 미성년자처럼 보이는 사람(성인)이 등장하는 경우는 아동포

means, of sexually explicit conduct, where--

- (A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;
  - (B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or
  - (C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.
- 12) 18 USC 2256(11) the term “indistinguishable” used with respect to a depiction, means virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct. This definition does not apply to depictions that are drawings, cartoons, sculptures, or paintings depicting minors or adults.
- 13) (8)(B)항에서 말하는 “성적으로 노골적인 행위(sexually explicit conduct)”란, (i) 동성간 또는 이성간의 성기-성기, 구강-성기, 항문-성기, 구강-항문 등의 생생한(graphic) 성교 행위 또는, 어떤 사람의 성기, 가슴, 또는 음부가 드러나는 음란한(lascivious) 모의(simulated) 성교행위, (ii) 생생하거나 음란한 모의의, 수단, 자위, 또는 가학적 또는 피학적 성학대 행위, 또는 (iii) 어떤 사람의 성기나 음부의 생생한 또는 모의의 음란한 전시를 의미한다.
- 14) 18 USC 1466A(c) Nonrequired element of offense.--It is not a required element of any offense under this section that the minor depicted actually exist.

르노로 규율하지 않고 음란한 표현물로 규율하고, 어느 경우든 실제의 아동으로 특정되지 않는 경우는 음란성을 요하고 있다고 볼 수 있다.

### 나. 독일<sup>15)</sup>

독일은 포르노물을 하드코어 포르노와 소프트코어 포르노로 구별하여, 하드코어 포르노는 절대적으로 금지하고 있는데, 하드코어 포르노는 성행위와 관련하여 위험한 내용을 포함하고 있는 것으로 폭력을 수반한 성행위, 아동에 대한 성적 학대, 수간 등이 이에 해당한다.

독일형법 제184의b조는 아동을 “14세 미만”으로 정의하고, 실제의 아동이 아닌 가상의 아동포르노도 포함한다는 명시적 규정은 두고 있지 않다. 그러나 여기서의 “아동”의 의미에 대하여 ① 원칙적으로 실제 14세 미만인 자 외에도, ② 실제 14세 미만인지 불분명한 경우도 포함된다고 해석되고 있고, 다만 이에 해당하기 위해서는 행위자가 제공한 연령정보가 아니라, 객관적인 관찰자의 관점에서 볼 때 명백히 14세 미만으로 인식될 수 있는 자이어야 하고, ③ 실제 14세 이상이지만 아동의 외관을 가진 소위 “외관상 아동(Scheinkind)”의 경우에는 단순한 연출로는 부족하며, 객관적인 관찰자들에게 미성숙한 아동이라는 확신을 불러일으키는 자이어야 한다고 해석되고 있다.

따라서 묘사방법이 현실과 동떨어진 경우는 이에 포함되지 않고, 애니메이션 등이 아닌 실사(實寫), 즉 실제의 성행위를 재현하거나 실제의 성행위에 근사한 동작을 재현하고 있는 것에 한정된다.<sup>16)</sup>

15) 원혜옥, ‘아동포르노그래피에 대한 연구’, 형사정책연구 제15권 제4호(2004년 겨울호), 24-27면 및 헌법재판소 내부 자료 이은선 연구원 작성의 독일 입법례 조사서 참조 독일 형법 제184b조 (아동음란물의 반포, 취득 및 소유) ① **아동**에 대한 성적 남용(제176조 내지 제176b조)을 내용으로 하는(아동음란물) 음란물에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

1. 반포하는 행위

2. 공연히 전시, 게시, 상영하거나 또는 기타 접근을 용이하게 하는 행위

3. 위 문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 또는 제2호의 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고, 선전, 수입 또는 수출하는 행위

② 타인에 대하여 실제의 또는 실제와 유사한 행위(ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen)를 묘사하고 있는 아동음란물을 소유하도록 기도한 자는 동일하게 처벌한다.

#### 다. 일본

일본에서는 ‘아동매춘, 아동포르노에 관계되는 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률’이 1999년 5월 26일 제정되어 아동포르노의 제작 등의 행위가 형사처벌의 대상이 되었다. 동법에 대한 일본국회의 심의 과정에서 토론 결과 ㉠ 아동의 실재성에 관한 입법자의 의도는 본법이 아동의 권리옹호를 위한 것이므로 아동이 실재하는 특정의 개인임을 요하는 것으로 해석되었다. ㉡ ‘기타의 것’에 그림, 만화가 포함되는가에 관하여는 “실재하는 아동을 모델로 묘사한 것이라면 ‘기타의 것’에 포함된다”고 해석되었다. ㉢ 머리 부분과 몸체가 상호 다른 사람일 경우에도 “전체로서 특정한 아동의 모습으로 평가될 수 있으면 가벌성이 있다”고 해석되었다.

이렇게 보면 일본에서는 실재하는 아동의 영상과 실재하는 아동으로 인식될 수 있는 영상물은 아동포르노에 해당되지만 실재하는 아동을 염두에 두지 아니한 완전한 가상아동을 창출한 행위는 아동포르노 제작에 해당되지 않는 것으로 보인다.<sup>17)</sup>

#### 라. 국제협약에서의 ‘아동포르노’

유엔이 채택한 ‘아동매매·매춘·포르노그래피에 관한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)’는 각국으로 하여금 아동에 대한 성적 착취를 방지하기 위한 조치를 강구하도록 하고 있다.<sup>18)</sup>

또한 유럽이사회에 의하여 컴퓨터시스템을 통하여 미성년자가 출연하는 아동포르노를 제작하거나 배포, 소지하는 행위를 범죄화하도록 하는 내용의 ‘사이버범죄에 관한 유럽협약’(Council of Europe Convention on Cybercrime)에 따르면,<sup>19)</sup> ‘아동포르노’를 18세 미만의 미성년자로서 ‘① 노

16) ‘실제와 유사하게 묘사’한 포르노란 관찰자가 보았을 때 마치 14세 미만의 아동을 대상으로 성행위를 하는 것 같은 외형을 나타내는 것을 말한다.

17) 심희기, ‘아동포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법’, 비교형사법연구 제5권 제2호(2013. 12월호), 893면 참조

18) 위 의정서는 우리 정부도 2004. 9. 6. 비준하여 2004. 10. 24. 발효되었다. 위 의정서는 아동포르노를 ‘아동이 그 방법을 불문하고 실제로 또는 연기하여 노골적인 성적 행위를 보여주는 것’이라고 규정하고 있다.

골적인 성적 행위를 하는 미성년자, ② 노골적인 성적 행위를 하는 미성년자로 보이는 사람, ③ 노골적인 성적 행위를 하는 미성년자를 표현하는 사실적인 이미지 등을 시각적으로 묘사한 포르노그래피 자료'라고 정의하고 있어, '가상아동포르노(Virtual Child Pornography)'도 규제할 법적 근거를 마련하였다고 평가되고 있다.<sup>20)</sup>

유럽이사회는 2007. 10. 25. “아동의 성적 착취 및 성적 남용으로부터 아동의 보호에 관한 협약(Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse)’을 제출하였는데, 여기서는 아동포르노를 ‘시각적으로 실제로 또는 연기로 노골적인 성적 행위를 하는 아동 또는 주로 성적인 목적으로 아동의 신체부위를 보여주는 것’이라고 규정하고, 다만 아동의 연기하는 표현물 또는 가상의 아동의 사실적인 이미지로 전적으로 구성되어 있는 경우에는 ‘사이버범죄에 관한 유럽협약’과 마찬가지로 회원국에게 전체 또는 부분적으로 적용하지 않을 권리를 부여하였다.<sup>21)</sup>

---

19) 2001. 11월 30개국에 의하여 서명되었고, 우리 정부도 2001. 11. 서명하여 위 협약이 2004. 7. 발효되었다.

20) Article 9 - Offences related to Child pornography  
 2. For the purpose of paragraph 1 above, the term “child pornography” shall include pornographic material that visually depicts:  
 a. a minor engaged in sexually explicit conduct;  
 b. a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;  
 c. realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.  
 3. For the purpose of paragraph 2 above, the term “minor” shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.  
 4. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e, and 2, sub-paragraphs b.and c.

21) Article 20 - Offences concerning child pornography  
 2. For the purpose of the present article, the term “child pornography” shall mean any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child’s sexual organs for primarily sexual purposes.  
 3. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.a and e to the - consisting exclusively of simulated representations or realistic images of a non-existent child;

## 마. 종합 검토

(1) 아동포르노 중 실제의 아동이 등장하는 경우를 엄격히 규율하고 있는 것에는 입법례마다 거의 차이가 없다.

문제는 ① 실제의 아동이 등장하는 것은 아니나 실제의 아동과 구별이 불가능한 정도의 이미지가 등장하는 시각적 표현물과 ② 만화·게임물에서의 아동캐릭터 또는 미성년자처럼 보이는 성인이 등장하는 경우를 어떻게 규율할 것인가라고 볼 수 있다.<sup>22)</sup>

여기서 ②는 ‘아동연상포르노 또는 가상포르노’로 불리고 있는 영역이고, 규율 여부나 방식에 있어 입법례마다 차이를 보이고 있다.<sup>23)</sup>

한편 ①은 다시 i) 실제의 아동으로 신원확인이 가능한 경우와 ii) 신원확인이 가능한 정도는 아니나 아동의 이미지를 극사실적으로 재현한 경우로 나누어 볼 수 있는바, 이를 가상아동포르노로 보는지 여부는 차이가 있는 것으로 보인다.

(2) 이 사건 법률조항의 대상인 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물”은 가상의 아동포르노 규제를 예정한 것이다. 구 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’상 청소년이용음란물의 의미에 관한 헌법재판소 결정(2001헌가27 결정)에서 실제의 청소년이 등장하는 경우만을 의미한다고 판시하였고<sup>24)</sup> 그 이후 이 사건 법률조항 부분이 추가되었으므로 일응 위 ①,

22) 영국의 경우도 음란아동사진(Indecent Photographs of Children)과 금지된 아동이미지(Prohibited Images of Children)는 구별하여 규율하고 있다. 다만 전자에는 실제의 아동(18세 미만)이 직접 등장하는 경우뿐만 아니라 의사사진(pseudo-photograph)이 포함되는데, 의사사진이란 등장한 사람이 아동으로 보이는 사진을 모두 포함하는 개념이다. 그러나 이에 해당하지 않는 사진/의사사진 외의 이미지, 즉 컴퓨터로 만든 이미지(CGI), 카툰, 만화이미지, 그림 등은 금지된 아동이미지로서 별도로 규제되는데, 여기에 해당하려면, 포르노그래픽(pornographic)한 이미지, 즉 “어떤 이미지가 성적 흥분을 주요 목적으로 혹은 유일한 목적으로 하여 제작되었다고 합리적으로 추정되는 성질을 가진” 것으로서, 아동의 성기나 항문 부위를 주로 또는 유일하게 초점을 두고 있거나, 아래 어느 하나의 행위(성교, 구강성교, 자궁이나 항문 관통 등)를 묘사하는 이미지이면서, 심각하게 불쾌하고, 역겹거나 기타 음란한 특징을 가진 이미지에 해당하여야 한다.

23) 학자 중에서는 ②만을 가상아동포르노로 정의하고 논하는 경우도 있다(박경신, 앞의 글, 186면 참조).

한편 캐나다, 호주는 아동처럼 보이는 가상의 아동포르노그래피(child pornography) 전반에 대해서 음란성을 요건으로 하지 않는 성행위 표현물을 광범위하게 범죄로 규정하여 중한 형으로 규율하고 있다.

② 모두 의미하는 것으로 볼 수 있으나, 법은 구체적 기준이나 해당 범위에 대해서 더 이상 제시하고 있지 않아 해석에 의하여 그 의미가 명확한지 판단할 수 있다.

#### 4. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

##### 가. 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물” 부분에 관하여

(1) 다수의견은 이 부분 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는” 부분의 의미가 명확한지 여부를 판단함에 있어, 가상의 아동·청소년이용음란물을 규제하게 된 입법적 배경, 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포 등과 동일한 법정형으로 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 규율하고 있는 점을 종합해 볼 때, 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는”은 성적 행위의 주체나 대상인 사람 또는 표현물이 아동이나 청소년으로 인식되기에 충분한 정도의 것이어야 함을 알 수 있다고 보았다. 그리하여 「“아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”은 단순히 등장하는 사람이 어러보인다거나 성인이 아동·청소년과 같이 옷을 입거나 분장한 정도에 그치는 것이 아니라, 통상의 상식을 가진 일반인의 입장에서 전체적으로 그 외모, 신원, 등장인물 사이의 관계, 그 사람을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물의 제작 동기과 경위 등을 종합하여 볼 때, 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 사람이 등장하는 경우를 의미한다고 보아야,」 하고, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분에 관하여는, 「여기의 표현물에는 고도의 사진 합성 기술이나 컴퓨터 그래픽을 이용하여 실제 아동·청소년이 등장한 것으로 오인할 정도로 만들어진 표현물만이 아니라, 아동·청소년을 성적 대상으로 묘사한 것이라면 그림 또는 컴퓨터 그래픽을 이용한 아동·청소년의 이미

24) 위 결정 당시는 컴퓨터 그래픽 기술 등을 이용하여 실제 청소년이 등장하지 않음에도 실제 청소년이 등장하는 것처럼 묘사, 연출하는 것처럼 극사실적 표현물이 드물거나 없었기 때문에 이를 고려하지 않았다고 볼 수도 있으나, 이러한 경우도 아동포르노에 속한다고 명시적인 판단이 이루어지지 않은 이상 이 사건 법률조항에서 문제되는 가상의 아동·청소년이용음란물에는 위 ①, ②가 모두 포함된다고 보고 논의를 전개하는 것이 타당하다고 보인다.



지, 만화나 게임물에서의 아동·청소년 캐릭터, 사진으로 합성된 아동·청소년의 이미지가 모두 포함될 수 있으나, 「표현물」의 묘사 정도나 외관만을 가지고 판단할 것이 아니라, 전체적으로 이러한 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물의 제작 동기와 경위, 표현된 성적 행위의 수준, 등장인물 사이의 관계, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단하여야 할 것」이고, 「한편, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 그 종류가 매우 다양할 뿐만 아니라 표현 방법 등이 컴퓨터 그래픽 등 과학 기술의 발전으로 계속 발전해가고 있어, 구체적으로 어떠한 표현물이 이에 해당할 것인지를 미리 예상하여 법에서 열거하거나 일률적으로 정해놓는 것은 곤란한 측면이 있고, 표현물의 의미나 종류를 구체적, 제한적으로 열거할 경우 오히려 아동·청소년을 성적 학대 및 성범죄의 대상으로부터 보호하고자 하는 입법취지에 부합하지 않는 결과를 초래할 수도 있으므로, 그 처벌대상을 정함에 있어서 어느 정도 개방적이고 추상적인 개념을 사용할 수밖에 없다」는 이유로 명확성원칙에 위반하지 않는다고 보았다.

(2) 이에 대해 반대의견은 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람” 부분에 대해서는 다수의견과 같이 명확성원칙에 위반하지 않는다고 보았으나, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분에 대해서는 의견을 달리하였다. 반대의견은 “표현물” 부분에 관한 심판대상조항의 입법 경위를 보면 단순히 아동·청소년을 이미지화한 그림이나 만화 등이 아니라, 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보이는 표현물 내지 실제 아동·청소년의 사진을 기술적으로 합성한 표현물을 예칭했고(윤석용 의원이 대표발의한 아동청소년성보호법 일부개정법률안 검토보고서(2011. 4. 여성가족위원회 수석전문위원) 참조), 법 시행 이후 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분으로 인한 규율범위가 지나치게 광범위하다는 비판이 일자 관련 조항에 대한 개정 논의가 시작되었는데 규제 대상의 광범성으로 인한 문제는 법 집행기관이 구체적 사안을 해결함에 있어 판단할 수 있다고 보고, ‘명백성’ 요건만을 추가하는 것으로 정리된 점 등을 고려할 때(아동청소년성보호법 개정안(법률 제11572호)에 대한 국회(정기회) 아동·여성대상성폭력대책특별위원회회의록(법안심사소위

원회) 및 제311회 국회(정기회) 아동·여성대상성폭력대책특별위원회회의록 참조), 통상의 판단능력을 가진 사람의 입장에서 볼 때 “표현물” 부분은 그 적용범위를 판단하기 어려우므로 처벌되는 행위가 무엇인지 미리 예측할 수 있다고 할 수 없고 개정논의에서 볼 수 있듯이 그 판단을 법 집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡기고 있어 자의적 법 해석 내지 집행을 초래할 우려가 있으므로 명확성원칙에 위반된다고 보았다.

### 나. “그 밖의 성적 행위” 부분에 관하여

(1) 다수의견은 「심판대상조항에서 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적인 규정을 두고 있기는 하나, 심판대상조항의 입법 취지 및 법정형의 수준, 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 성적 행위의 예시로 성교 행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위”를 열거하고 있는 점을 종합적으로 고려할 때, 여기서 “그 밖의 성적 행위”는 아동청소년성보호법 제2조 제4호에 열거된 행위에 해당하지는 않더라도, 일반인으로 하여금 이와 같은 수준으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기에 충분한 행위를 의미하는 것임을 알 수 있다」고 보고, 그 외에 「아동청소년성보호법에서는 아동·청소년이용 “음란물”이라고 표현하고 있는 점, 아동청소년성보호법 제2조 제4호 다목에서 열거하고 있는 ‘일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위’는 규범적으로 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성적 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’으로 해석되는 음란한 행위의 의미(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도47129 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결 등 참조)와 별다른 차이가 없는 점 등을 종합해 볼 때, 이와 유사하거나 이에 준하는 정도의 행위가 심판대상조항 중 “그 밖의 성적 행위”에 해당할 것임을 충분히 예상할 수 있다.」는 점을 들어 「심판대상조항에서 가상의 아동·청소년이용음란물에 해당하는 성적 행위를 정의함에 있어 다소 가치판단의 개입이 필요한 용어를 사용하고, “그 밖에 성적 행위”라고 하여 포괄적인 규정형식을 택하였

다 하더라도, 수범자나 법해석·집행기관의 입장에서 합리적인 해석기준을 통하여 어떠한 행위가 이에 해당할 수 있는지 어느 정도 예측이 가능하고, “그 밖의 성적 행위”와 같이 포괄적 규정형식을 택하게 된 데에는 불가피한 측면이 있으므로 위 부분이 불명확하다고 볼 수 없다.”고 판단하였다.

(2) 이에 대해 반대의견은, 기본적으로 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포 등을 중한 형으로 규율하는 이유는 그 내용이 음란하기 때문이 아니라 제작 과정에 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용되기 때문이라는 점을 강조하면서, 그 이유로 2000. 2. 3. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’(법률 제6261호) 제정 당시에는 청소년이용음란물을 성교행위, 유사성교행위 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정하고 있었으나, 2005. 12. 29. 법 개정으로(법률 제7801호) 음란한 내용을 표현한 것이라는 부분을 삭제하면서 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정을 마련하였다는 점을 들었다. 나아가 「아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 성교 행위, 유사 성교 행위, 자위 행위 외에, 이미 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 이르는 행위”라는 개방적이고 포괄적 규정을 두고 있으므로, “그 밖의 성적 행위”가 이에 준하는 행위를 의미한다거나 해당가능한 모든 성적 행위를 일률적으로 미리 정해 놓는 것이 곤란하여 포괄적 규정형식을 택한 데에 불가피한 측면이 있다고 볼 만한 근거도 부족하다.”는 점을 지적하였다. 따라서 심판대상조항 중 “그 밖의 성적 행위”부분도 명확성원칙에 위반되고, 설령 “그 밖의 성적 행위” 부분의 의미가 다수의견이 보는 바와 같이 명확하다 하더라도 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분과 결합한 불명확성으로 인하여 수범자인 일반 국민은 물론 법 집행자조차도 그 범위 및 그 한계를 명확히 판단하기 어려운 사정이 발생한다는 점도 지적하였다.

## 5. 과잉금지원칙 위반 여부

심판대상조항의 의미가 명확하다 하더라도 이에 대한 형의 중하기 때문에 과잉금지원칙에 위반되는지 여부도 쟁점이 된다.

(1) 다수의견은 이에 대해, 명확성원칙 위반 여부에 대한 판단에서 살펴본 바와 같이 심판대상조항의 가상의 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·

청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 심판대상조항에 의해 처벌되는 행위는 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정된다고 볼 수 있으므로 그 처벌대상이 지나치게 광범위하다고 볼 수 없고, 심판대상조항에서 가상의 아동·청소년 이용음란물의 배포 등의 행위를 중한 법정형으로 규율하는 이유는 「심판대상조항의 가상의 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 성적 행위를 담고 있는 것으로서 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있기 때문이므로, 단순히 건전한 성풍속을 해하기 때문에 형사처벌 대상이 되는 일반적인 음란물과는 죄질과 비난가능성 면에서 차이가 있다.」는 점에서 심판대상조항이 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(2) 반대의견은 심판대상조항에서 정한 법정형을 고려할 때 「가상의 아동·청소년이용음란물에의 접촉과 아동·청소년을 상대로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과한데, 이를 이유로 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우를 성적 착취를 당하는 일차적 피해 법익이 존재하는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것으로 허용되지 않고, 형벌의 비례성 측면에서도 적합하지 않다는 점을 지적하면서, 결국 「심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 적어도 실제 아동·청소년으로 신원 확인이 가능한 이미지가 등장하는 경우 또는 비록 실제 아동·청소년으로 신원 확인은 되지 않는다 하더라도 적어도 실제 아동·청소년과 구별이 불가능한 정도의 이미지가 등장하는 경우로 한정되어야,」 하나, 앞서 명확성원칙 위반 여부 판단에서 본 바와 같이 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”의

의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있고, 그 광범성으로 인해 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하거나 그 표현을 위축시킬 우려가 있으므로, 심판대상조항은 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 보았다.

## 6. 결정의 의의

아동을 상대로 하여 극악무도한 성범죄를 저지른 사람들이 가상의 아동·청소년을 포함한 아동포르노물을 다수 시청해온 사실이 밝혀지면서 아동포르노물 유통에 대한 규제, 그에 대한 형사처벌을 강화하자는 목소리가 높았다. 심판대상조항은 이러한 입법배경을 가지고 있다. 그러나 심판대상조항에서 정한 가상의 아동청소년이용음란물의 범위가 모호하고 지나치게 포괄적이고, 아동·청소년에 대한 잠재적 위험성만으로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 가상의 아동·청소년이용음란물을 동일한 범정형으로 규율하는 것에 대해 과잉금지원칙, 평등원칙에 반한다는 지적이 있어왔다.

이에 대해 헌법재판소는 명확성원칙 위반, 표현의 자유에 대한 지나친 제약이라는 논란에도 불구하고, 심판대상조항의 입법목적을 고려할 때, 처벌의 대상으로 삼고 있는 것은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 그 처벌대상인 행위는 아동청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정된다는 전제 하에, 오히려 법에서 그에 해당하는 경우를 구체화할 경우 표현방법의 다양성 및 컴퓨터 그래픽 등 과학기술의 발달로 아동·청소년을 성적 학대 및 성범죄의 대상으로부터 보호하고자 하는 입법취지에 부합하지 않는 결과를 초래할 수도 있으므로, 그 처벌대상을 정함에 있어서 어느 정도 개방적이고 추상적인 개념을 사용할 수밖에 없다고 보아, 심판대상조항이 헌법상 명확성원칙에 위반되지 않고, 표현의 자유에 대한 지나친 제약이 아니라고 판단하였다. 그동안 아청법을 둘러싼 위헌 논란에도 불구하고 헌법재판소는 잠재적 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하고자 하는 심판대상조항의 입법취지에 더욱 무게를 둔 결정을 한 것이다.



## 변호사시험법 제18조 제1항 위헌확인

- 변호사시험성적을 합격자에게 공개하지 않는 것이  
정보공개청구권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2015. 6. 25. 2011헌마769, 2012헌마209·536(병합), 판례집 27-1하, 513)

유 미 라\*

### 【판시사항】

변호사시험 성적을 합격자에게 공개하지 않도록 규정한 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제18조 제1항 본문(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 알 권리(정보공개청구권)를 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 변호사시험 성적을 공개하지 않도록 규정하고 있는 변호사시험법(2011. 7. 25. 법률 제10923호로 개정된 것) 제18조 제1항 본문이 변호사시험에 응시하여 합격한 자의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

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

제18조 (시험정보의 비공개) ① 시험의 성적은 시험에 응시한 사람을 포함하여 누구에게도 공개하지 아니한다. 다만, 시험에 불합격한 사람은 시험의 합격자 발표일부터 6개월 내에 법무부장관에게 본인의 성적 공개를 청구할 수 있다.

---

\* 헌법연구관

### 【사건의 개요】

청구인들은 변호사시험에 응시하여 합격하였거나 심판청구 당시 법학전문대학원에 재학 중인 사람들이다. 청구인들은 변호사시험 성적의 공개를 금지하고 있는 변호사시험법 제18조 제1항이 신뢰보호원칙에 위배되고, 청구인들의 알 권리, 개인정보자기결정권, 직업의 자유 및 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

변호사시험 성적 비공개를 통하여 법학전문대학원 간의 과다경쟁 및 서열화를 방지하고, 교육과정이 충실하게 이행될 수 있도록 하여 다양한 분야의 전문성을 갖춘 양질의 변호사를 양성하기 위한 심판대상조항의 입법 목적은 정당하다.

그러나 변호사시험 성적 비공개로 인하여 변호사시험 합격자의 능력을 평가할 수 있는 객관적인 자료가 없어서 오히려 대학의 서열에 따라 합격자를 평가하게 되어 대학의 서열화는 더욱 고착화된다. 또한 변호사 채용에 있어서 학교성적이 가장 비중 있는 요소가 되어 다수의 학생들이 학점 취득이 쉬운 과목 위주로 수강하기 때문에 학교별 특성화 교육도 제대로 시행되지 않고, 학교 선택에 있어서도 자신이 관심 있는 교육과정을 가진 학교가 아니라 기존 대학 서열에 따라 학교를 선택하게 되며, 법학전문대학원도 학생들이 어떤 과목에 상대적으로 취약한지 등을 알 수 없게 되어 다양하고 경쟁력 있는 법조인 양성이라는 목적을 제대로 달성할 수 없게 된다.

한편 시험 성적이 공개될 경우 변호사시험 대비에 치중하게 된다는 우려가 있으나, 좋은 성적을 얻기 위해 노력하는 것은 당연하고 시험성적을 공개하지 않는다고 하여 변호사시험 준비를 소홀히 하는 것도 아니다. 오히려 시험성적을 공개하는 경우 경쟁력 있는 법률가를 양성할 수 있고, 각종 법조직역에 채용과 선발의 객관적 기준을 제공할 수 있다. 따라서 변호사시험 성적의 비공개는 기존 대학의 서열화를 고착시키는 등의 부작용을 낳고 있으므로 수단의 적절성이 인정되지 않는다.



또한 법학교육의 정상화나 교육 등을 통한 우수 인재 배출, 대학원 간의 과다경쟁 및 서열화 방지라는 입법목적은 법학전문대학원 내의 충실하고 다양한 교과과정 및 엄정한 학사관리 등과 같이 알 권리를 제한하지 않는 수단을 통해서 달성될 수 있고, 변호사시험 응시자들은 자신의 변호사시험 성적을 알 수 없게 되므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 알 권리를 침해한다.

### 재판관 이정미, 재판관 강일원의 반대의견

변호사시험 성적이 공개되지 않을 경우, 법학전문대학원에서의 이수 교과과정, 활동과 성취도 등 다양한 기준에 의하여 평가가 이루어질 수 있어 학생들은 성적의 고득점보다는 인성과 능력개발을 위한 노력을 하게 되므로 변호사시험 성적을 공개하지 않는 것은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다. 그리고 출신 학교만을 기준으로 한 몇 년간의 한정된 자료만으로 성적 비공개가 법학전문대학원의 서열화를 고착화시킨다고 단정하기 어렵고, 변호사시험 성적이 법학전문대학원의 학업성과를 측정·반영할 수 있는 객관적 지표로서 채용과 선발의 객관적 기준으로 활용될 수 있다고 보기도 어렵다. 변호사시험 성적을 공개하지 않을 경우 법학전문대학원과 학생들은 시험 준비 위주의 교육에서 벗어날 수 있고, 변호사 채용에 있어서도 다면적인 기준에 의한 평가를 할 수 있으며, 석차만을 공개하지 않거나 법학전문대학원별 성적을 공개하지 않는 등의 방안으로는 법학전문대학원에서의 교육이 시험위주로 변질될 우려 및 성적공개로 인해 대학의 서열화 및 과다 경쟁을 방지할 수 있다고 보기 어려우므로 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다.

청구인들이 제한받는 사익은 자신의 변호사시험 성적을 알 수 없다는 것인데, 이러한 청구인들의 사익은 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익보다 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성의 요건도 갖추었다고 할 것이므로, 심판대상조항은 청구인들의 알 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

## 재판관 조용호의 법정의견에 대한 보충의견

변호사시험은 법조인으로서의 전체적인 능력과 역량을 가늠할 수 있는 유효하고도 중요한 수단 중의 하나임에도 성적 비공개에 따라 변호사로서의 능력을 측정할 객관적이고 공정한 기준이 없어 채용 과정에서 능력보다는 학벌이나 배경 등이 중요하게 작용한다는 의혹이 있고, 변호사시험의 높은 합격률과 성적 비공개는 법학전문대학원을 기득권의 안정적 세습수단으로 만든다는 비판도 있다.

변호사시험성적을 공개하여야 한다는 취지는 임용이나 채용에 있어서 성적만으로 선발하라는 것이 아니라, 그 응시자를 평가함에 있어 객관적인 평가지표가 될 수 있는 변호사시험성적도 또 하나의 요소로서 고려할 수 있는 기회를 부여하자는 취지이다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우, 변호사시험합격자의 성적을 공개하지 않는 것이 합격자의 기본권을 침해하는 것인지 여부가 쟁점이다.

우선 합격자의 성적을 공개하지 않는 것이 어떤 기본권을 제한하는 것인지 여부가 문제되는데 청구인들은 개인정보자기결정권, 직업의 자유, 알권리를 직접적으로 제한되는 기본권으로 주장하였다.

기본권 침해 여부의 판단에 있어서는 법학전문대학원 및 변호사시험의 도입취지, 심판대상조항의 취지에 비추어 시험성적을 공개하지 않는 것이 기본권 제한의 비례원칙을 충족하였는지 여부가 문제되었다.

한편 헌법재판소는 청구인들의 적법요건에 대한 별도의 판단을 내리지 않고 심판대상조항의 위헌을 선언하였는데, 사안의 개요에 의하면 청구인 중에는 심판대상조항의 적용을 받는 변호사시험합격자 뿐만 아니라 청구 당시 법학전문대학원에 재학 중인 사람도 포함되어 있으므로 이 결정에 대한 해설에 있어서는 그 청구인들에 대하여는 헌법소원심판의 법적 관련성이 충족되는지 여부도 검토하도록 한다.

## 2. 적법요건의 검토

### 가. 변호사시험 불합격자의 자기관련성

변호사시험에 불합격한 자는 시험의 합격자 발표일부터 6개월 내에 법무부장관에게 본인의 성적 공개를 청구할 수 있으므로 기본권 침해의 자기관련성을 인정할 수 없다.

### 나. 변호사시험 미응시자의 자기관련성

아직 법학전문대학원에 재학 중인 사람들은 변호사시험에 응시한 사실이 없으므로 위 청구인들에 대하여도 기본권 제한의 자기관련성을 인정할 수 있는지가 문제된다.

헌법재판소 제2지정재판부는 법학전문대학원에 재학 중인 청구인이 이 사건 법률조항에 대하여 헌법소원심판을 청구한 사안에서 “변호사시험법 제18조 제1항에 따르면, 변호사시험의 시험정보(성적)를 공개하지 않는 대상은 변호사시험에 응시했다가 합격한 자 등에 한하는 것이고, 시험에 불합격한 자의 경우에는 합격자 발표일로부터 6개월 이내에 법무부장관에게 본인의 성적공개를 청구할 수 있는 것인바, 청구인은 법학전문대학원 2학년 재학 중에 불과하여 아직 변호사시험 응시자격도 구비하지 못한 경우이므로 변호사시험 합격 후 성적 비공개로 인한 기본권 침해가 확실히 예상되는 경우가 아니므로 법적 관련성 요건을 갖추지 못하였다.”라고 판시하면서 위 심판청구를 각하하였다(헌재 2011. 9. 27. 2011헌마500 결정).

공권력 행사로 인한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 청구인이 공권력 작용에 스스로 법적으로 관련되어야 하는 것이고, 법률에 의한 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 청구인에게 당해 법률에 해당되는 사유가 발생함으로써 그 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 침해하였거나 침해가 확실히 예상되는 경우에 한정된다고 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 677-678 참조).

이 사건에 있어서 청구인들의 주장 취지는 이 사건 법률조항이 변호사시험에 응시하여 합격한 사람에게도 자신의 성적을 공개하지 않는 것이 기본권을 침해한다는 것인데, 이 사건 법률조항에 따르면 변호사시험의 시험정

보를 공개하지 않는 대상은 변호사시험에 응시하였다가 합격한 자 등에 한하는 것이고, 시험에 불합격한 사람의 경우에는 합격자 발표일로부터 6개월 이내에 법무부장관에게 본인의 성적공개를 청구할 수 있다(헌재 2011. 9. 27. 2011헌마500 참조).

그런데 위 청구인들은 법학전문대학원에 재학 중인 것에 불과하여 아직 변호사시험 응시자격(변호사시험법 제5조에 의하면, 변호사시험은 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 자이거나 3개월 이내에 취득할 것으로 예정된 자가 응시할 수 있음)도 구비하지 못한 경우이다.

따라서 위 청구인들에게는 이 사건 법률조항에 해당되는 사유가 발생하지 않았고 아직 변호사시험의 응시자격도 구비하지 못하였으므로 이 사건 법률조항에 의하여 위 청구인들의 기본권이 구체적으로 침해되었거나 그 침해가 확실히 예상된다고 할 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권이 제한된다고 보기 어려우므로 기본권 제한의 자기관련성은 인정되지 않는다.

2011헌마500 결정은 법학전문대학원에 재학 중이고 아직 변호사시험의 응시자격을 구비하지 못한 청구인에 대하여 법적 관련성을 부정하였으나, 기본권침해의 자기관련성을 부정한 것인지, 현재성을 부정한 것인지 여부를 명확하게 밝히지는 않았다. 그러나 법학전문대학원에 재학 중인 것만으로 이 사건 법률조항에 의한 기본권침해의 자기관련성을 인정하기는 어렵다고 할 것이고 자기관련성이 인정되지 않는 이상 현재성은 당연히 인정될 수 없다.

#### 다. 해설

헌법재판소는 지정재부의 결정에서는 법학전문대학원에 재학 중인 자의 법적 관련성을 부정하였으나 이 사건에서는 적법요건 충족 여부에 대한 별도의 판단 없이 심판대상조항의 위헌을 선언하였다.

이는 해당 조항이 위헌으로 결정되어 효력을 상실하기 때문에 굳이 청구인들의 심판의 적법요건 충족 여부를 판단하지 않은 것으로 보인다.

### 3. 본안에 대한 검토

#### 가. 변호사시험 성적 비공개 정책 개관

##### (1) 법학전문대학원 및 변호사시험 제도의 도입

사법시험 제도를 통한 기존의 법조인 양성제도는 사법시험 응시횟수에 아무런 제한이 없고, 사법시험 응시자격에도 실질적으로 제한이 없다시피 하여 법조인 선발·양성과정과 법과대학에서의 법학교육이 제도적으로 연계되어 있지 않았다.

그러다 보니 법학교육을 체계적으로 받았는지 여부와 상관없이 사법시험에만 합격하면 법조인이 될 수 있으므로, 법조인이 되기를 원하는 우수한 인력들이 대학에서의 법학교육을 도외시하고 고시학원으로 몰리는 현상이 나타났고, 충분한 인문교양이나 체계적인 법학지식이 결여된 상태에서 시험위주의 도구적인 법률지식만을 습득하게 되었다.

또한 실질적으로 응시자격에 제한이 없고 응시횟수에도 아무런 제한이 없다 보니, 많은 응시생이 장기간 사법시험에 빠져있는 폐해가 나타남과 더불어 법학 이외의 인문사회계열, 이공계열의 우수한 인재까지도 전공학과 공부보다는 사법시험에 매달리게 되어 법학 뿐만 아니라 다른 분야의 대학교육에까지 파행적인 결과를 초래하여 국가인력의 극심한 낭비 및 비효율성이 발생하였다.

그리하여 위와 같은 기존의 사법시험제도를 통한 법조인 양성제도의 문제점을 해결하여 대학교육을 정상화하는 한편 국가적 인재를 적재적소에 배치하고 다양한 학문적 배경을 가진 학위 소지자를 대상으로 전문적인 법률이론 및 실무에 관한 교육을 실시함으로써 다양하고 경쟁력있는 우수한 법조인을 양성하고자 하는 목적으로 법학전문대학원이 도입되게 되었다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248, 260; 헌재 2009. 2. 26. 2008헌마370 등, 판례집 21-1상, 292, 304 등 참조).

이에 따라 ‘법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률’(이하 ‘법학전문대학원법’이라 한다)이 2007. 7. 27. 법률 제8544호로 제정되었고, 그 법률에 따라 3년 이상의 석사학위과정이 개설된 법학전문대학원이 2009. 3. 1. 설치되었다.

이러한 법학전문대학원제도의 도입은 무엇보다도 기존의 법조인 양성 체제를 시험을 통한 선발이 아닌, 교육을 통한 법조인 양성 체제로 전환시킨다는 의미를 두고 있고, 교육을 통하여 법조인을 양성한다는 법학전문대학원제도의 도입 취지를 실현시키기 위해서 법학전문대학원의 교육과정과 연계된 변호사시험제도가 도입되어 2009. 5. 28. 법률 제9747호로 변호사시험법이 제정되었다.

## (2) 변호사시험 관련 규정 및 운영 현황

변호사시험법은 변호사시험의 목적으로서 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 것임을 규정하면서<sup>1)</sup> 변호사시험은 법학전문대학원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다고 규정하고 있다.<sup>2)</sup>

시험은 법무부장관이 관장·실시하되, 매년 1회 이상 시험을 실시하여야 한다.<sup>3)</sup>

변호사시험에 응시하려는 사람은 법학전문대학원의 석사학위를 취득하여야 하는데, 3개월 이내에 법학전문대학원의 석사학위를 취득할 것으로 예정된 사람도 응시자격을 갖는다.<sup>4)</sup>

또한 변호사시험의 응시자격을 취득한 사람이라도 법학전문대학원의 석

- 
- 1) 변호사시험법 제1조(목적) 이 법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 변호사시험에 관하여 규정함을 목적으로 한다.
  - 2) 변호사시험법 제2조 (변호사시험 시행의 기본원칙) 변호사시험(이하 “시험”이라 한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」에 따른 법학전문대학원(이하 “법학전문대학원”이라 한다)의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다.
  - 3) 제3조(시험실시기관) 시험은 법무부장관이 관장·실시한다.  
제4조(시험의 실시 및 공고) ① 법무부장관은 매년 1회 이상 시험을 실시하되, 그 실시계획을 미리 공고하여야 한다.
  - 4) 변호사시험법 제5조(응시자격) ① 시험에 응시하려는 사람은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득하여야 한다. 다만, 제8조 제1항의 법조윤리시험은 대통령령으로 정하는 바에 따라 법학전문대학원의 석사학위를 취득하기 전이라도 응시할 수 있다.  
② 3개월 이내에 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득할 것으로 예정된 사람은 제1항 본문의 응시자격을 가진 것으로 본다. 다만, 그 예정시기에 석사학위를 취득하지 못하는 경우에는 불합격으로 하거나 합격 결정을 취소한다.

사학위를 취득한 달의 말일부터 5년 내 5회에 한하여 변호사시험에 응시할 수 있는데, 석사학위 취득 후 병역의무를 이행하는 경우에는 그 이행기간은 5년의 응시기간에서 제외된다.<sup>5)6)</sup>

시험과목은 공법(헌법 및 행정법), 민사법(민법, 상법 및 민사소송법), 형사법(형법 및 형사소송법), 전문적 법률분야에 관한 과목으로 응시자가 선택하는 1개 과목이 있고, 시험은 선택형(기입형을 포함) 및 논술형 필기시험으로 실시된다.<sup>7)8)</sup>

시험의 합격은 법학전문대학원의 도입취지를 고려하여 결정되어야 하는데, 선택형 필기시험과 논술형 필기시험의 점수를 일정한 비율로 환산하여 합산한 총득점으로 결정하되, 어느 한 과목이라도 합격최저점수(각 과목 만점의 40퍼센트<sup>9)</sup>) 이상을 취득하지 못한 경우에는 불합격으로 한다.<sup>10)</sup>

- 5) 제7조(응시기간 및 응시횟수의 제한) ① 시험(제8조 제1항의 법조윤리시험은 제외한다)은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 달의 말일부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다. 다만, 제5조 제2항에 따라 시험에 응시한 석사학위취득 예정자의 경우 그 예정기간 내 시행된 시험일로부터 5년 내에 5회만 응시할 수 있다.
- ② 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」 제18조 제1항에 따른 법학전문대학원의 석사학위를 취득한 후 「병역법」 또는 「군인사법」에 따른 병역의무를 이행하는 경우 그 이행기간은 제1항의 기간에 포함하지 아니한다.
- 6) 변호사시험법 제7조 제2항에 대하여 헌법소원심판이 청구되어 현재 심리 중이다. 이미 공동1부에서 토론이 이루어져 곧 주심재판관에게 보고될 예정이다. 2012헌마365(주심 이진성 재판관) : 집행유예를 선고받은 청구인이 변호사시험응시기간 및 횟수제한에 대하여 병역의무를 이행하는 경우에만 그 기간에서 제외하는 변호사시험법 제7조 제2항에 대하여 집행유예 기간도 응시기간제한에서 제외하도록 규정하지 않은 것이 위헌이라는 취지의 주장.
- 7) 필기시험 외에도 별도의 법조윤리시험이 실시되는데 법조윤리시험은 합격 여부만을 결정하고 그 성적은 총득점에 산입하지 않는다(변호사시험법 제8조 제1항, 제10조 제3항).
- 8) 변호사시험법 제8조(시험의 방법) ① 시험은 선택형(기입형을 포함한다. 이하 같다) 및 논술형(실부능력 평가를 포함한다. 이하 같다) 필기시험과 별도의 법조윤리시험으로 실시한다.
- 제9조(시험과목) ① 시험과목은 다음 각 호와 같다.
1. 공법(헌법 및 행정법 분야의 과목을 말한다)
  2. 민사법(「민법」, 「상법」 및 「민사소송법」 분야의 과목을 말한다)
  3. 형사법(「형법」 및 「형사소송법」 분야의 과목을 말한다)
  4. 전문적 법률분야에 관한 과목으로 응시자가 선택하는 1개 과목
- 9) 변호사시험법 시행령 별표 4
- 10) 제10조(시험의 합격 결정) ① 시험의 합격은 법학전문대학원의 도입 취지를 충

또한 시험문제의 출제 방향 및 기준에 관한 사항이나 시험합격자의 결정에 관한 사항 및 그 밖의 시험에 관하여 법무부장관이 회의에 부치는 사항 등을 심의하기 위하여 법무부에 변호사시험 관리위원회를 두고 있다.<sup>11)</sup>

한편, 변호사시험법은 합격점수나 합격정원에 대하여는 전혀 규정하고 있지 않은데 위 법률의 규정들을 종합하여 해석하면 합격자의 결정은 변호사시험의 총득점(순)으로 결정하되, 합격률이나 합격정원에 대하여는 변호사시험 관리위원회의 심의를 거쳐 법무부장관이 결정한다.

이에 따라 2010. 12. 7. 제2차 변호사시험 관리위원회가 개최되었는데, 변호사시험 관리위원회는 그 회의에서 합격률 등에 관하여 2009년도에 입학하여 2012년에 졸업하는 제1기 법학전문대학원생에 대하여 2011년 학사관리가 엄정하게 이루어질 것을 전제로 변호사시험 합격률을 입학정원의 75% 이상으로 하고, 2013년 이후의 변호사시험 합격자 수를 결정하는 방법은 추후 논의할 것을 심의하고 그 내용을 법무부장관에 건의하였다.<sup>12)</sup>

이에 법무부는 2012. 3. 23. 제1회 변호사시험 합격자를 발표하면서 합격자 결정방법에 대하여 위 변호사시험 관리위원회의 건의에 따라 제1기 법학전문대학원생에 대해서는 2011년 학사관리가 엄정하게 이루어질 것을 전제로, 법학전문대학원 과정을 충실히 이수하여 변호사로서의 능력과 자질을 갖춘 법학전문대학원 졸업생은 변호사 자격을 무난히 취득할 수 있도록 변호사시험을 자격시험으로 운영하기로 하면서 변호사시험 합격률을 입학정원의 75% 이상으로 하기로 결정하였고, 2013년도 제2회 변호사시험

분히 고려하여 결정되어야 한다.

② 시험의 합격은 선택형 필기시험과 논술형 필기시험의 점수를 일정한 비율로 환산하여 합산한 총득점으로 결정한다. 다만, 각 과목 중 어느 하나라도 합격최저점수 이상을 취득하지 못한 경우에는 불합격으로 한다.

11) 제14조(변호사시험 관리위원회의 설치 및 구성) ① 시험을 실시하기 위하여 법무부에 변호사시험 관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제15조(위원회의 소관 사무) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 시험문제의 출제 방향 및 기준에 관한 사항
2. 채점기준에 관한 사항
3. 시험합격자의 결정에 관한 사항
4. 시험방법 및 시험시행방법 등의 개선에 관한 사항
5. 그 밖에 시험에 관하여 법무부장관이 회의에 부치는 사항

12) 제2차 변호사시험 관리위원회 개최결과(법무부 홈페이지 공지사항) 참조.



합격자 결정방법에 있어서도 엄정한 학사관리를 전제로, 원칙적으로 입학 정원 대비 75%(1,500명) 이상 합격시키기로 결정하였으며, 2014년도 이후 구체적인 합격률에 대하여는 추후 논의하기로 하였다고 발표하였다.<sup>13)</sup>

법무부의 제1회 변호사시험 합격자 결정에 따라 응시자 1,665명 중 1,472명이 합격하였는데 응시자 대비 87.2%의 합격률을 보였고,<sup>14)</sup> 응시인원이 적어서 합격자가 입학정원 대비 75%에는 이르지 못하였다.

## 나. 시험 성적 공개에 관한 국내 및 외국의 입법례

### (1) 국내

#### (가) 자격시험

변리사, 공인회계사, 관세사, 세무사, 의사, 약사 등 국내의 여타 전문자격사 시험의 성적은 모두 공개하고, 석차는 공개하지 않는다.

#### (나) 임용시험

행정고시, 외무고시, 입법고시의 성적은 모두 공개하고, 석차는 공개하지 않는다.

#### (다) 사법연수원 학점

성적은 증명서 발급을 통하여 공개하고, 석차는 비공식적으로 공개한다.

### (2) 일본

일본의 신사법시험(법학전문대학원 출신자에 대한 변호사자격시험)은 시험성과와 석차를 서면으로 통지하여 공개한다.

### (3) 독일

독일 국가 사법시험 합격증에는 성적등급과 전체 시험성적이 명기되도

13) 2012. 3. 23.자 법무부 보도자료(법무부 홈페이지) 참조.

14) 합격인원 : 1,451명(합격률 87.15%) / 응시자 : 1,665명(경쟁률 1.15:1)  
 합격 기준 점수 : 총점 720.46(만점 : 1,660점), 성별 합격자 비율은 남자 : 856명(58.99%), 여자 : 595명(41.01%) - 학부 법학 전공 및 비전공자 합격 비율: 법학 전공자 : 552명(38.04%), 비전공자 : 899명(61.96%)  
 한편, 과락 현황을 보면, 응시자 1,665명 중 면과락자 1,472명(과락자 193명), 과목별 과락률은 8.5%, 전체 과락률은 11.59% - 다만, 응시인원이 적은 관계로 면과락자가 1,500명에 이르지 못함, ※ 입학정원 2,000명 기준시 과락률 11.59%는 231명임.

록 규정(예컨대, 라인란트팔츠州 법조인양성에 관한 지방법률 제13조)하여 공개한다. 라인란트팔츠州의 경우 성적향상을 위한 재시험도 가능하도록 하고 있다. 독일은 주 국가관할시험청에서 사법시험 점수를 발표한다.

#### (4) 미국

미국은 주(州)에 따라 변호사시험 성적 공개 여부가 다르다.

- 뉴욕주의 경우 공통시험(Multi-state Bar Exam: 연방법에 대한 200 문항의 객관식 시험. 이하 'MBE'라 약칭함) 성적은 합격자·불합격자 관련없이 공개하고, 뉴욕주법 관련 Essay 및 객관식 시험(개별 州법은 서술형 주관식(Essay)과 객관식 방식 중 한 가지 방식만으로 또는 두 가지 방식 모두로 출제됨) 성적은 불합격자에게만 성적을 공개하되 합격자에게는 성적을 공개하지 않는다.
- 캘리포니아주의 경우 합격자에게는 성적을 공개하지 않고, 불합격자에게만 성적을 공개한다(다만 MBE 성적은 다른 관할(州)로 통보될 수 있고, 이를 이용하여 간접적으로 MBE 성적을 확인하는 것이 가능함).
- 노스캐롤라이나주 변호사시험은 합격자에게는 MBE 성적만을 공개하고, Essay 시험 결과는 공개하지 않지만, 불합격자에게는 MBE 성적과 Essay 시험 성적 모두를 공개한다.
- 테네시주의 경우 합격한 응시자에게는 성적을 공개하지 않고, 불합격한 경우에 한하여 응시자 본인에게 MBE 성적과 Essay 시험의 문제 및 답안을 공개한다.
- 메사츄세츠주의 경우 합격자에게는 성적을 공개하지 않고, 불합격한 응시자에게는 MBE 성적표를 송부하고, 채점된 메사츄세츠주 Essay 시험의 답안 사본을 공개한다.
- 워싱턴주의 경우 합격자에게는 성적을 공개하지 않고, 불합격자에게는 과목별로 틀린 문제에 대해서 응시자의 답과 해당 점수를 공개한다.
- 일리노이주의 경우 모든 응시자에게 시험 성적을 비공개하고, 불합격자는 시험과목 중 Essay 부분에 관하여 합격자들의 답안과의 비교·분석을 요구할 수 있음.
- 인디애나주의 경우 모든 응시자에 대하여 합격/불합격 통지를 하고,

성적을 함께 알려줌(단, 석차는 비공개).

〈 국내 및 외국 사례 표 〉

구 분		성적 공개 여부
국 내	자격시험 (변리사, 공인회계사, 관세사, 세무사, 의사, 한의사, 약사 등)	공개(인터넷 홈페이지를 통해 자신의 성적 조회), 석차는 비공개
	임용시험 (행정, 외무, 입법고시)	공개(인터넷 홈페이지를 통해 자신의 성적 조회), 석차는 비공개
	사법연수원 학점	공개(성적증명서 발급), 석차는 비공식적으로 공개
일 본	신사법시험	공개(성적과 석차를 서면으로 통지)
독 일	사법시험	공개(시험성적증명서 발급 <sup>15)</sup> , 진로 선택에 활용할 수 있도록 함)
미 국 (8개 주)	캘리포니아주, 뉴욕주, 노스캐롤라이나주	객관식 시험(MBE) <sup>16)</sup> 은 공개, 주관식 시험(Essay)은 비공개, 불합격자에 대하여는 모두 공개
	인디애나주	공개(모든 응시자에 대하여 합격 여부와 성적을 함께 서면으로 통지) 다만, 석차는 비공개
	테네시주, 메사추세츠주	합격한 응시자에게는 비공개, 불합격 응시자에게는 공개(MBE 성적과 Essay 문제 및 답안 공개)
	위싱턴주	합격한 응시자에게는 비공개, 불합격한 응시자에게는 공개 (문서에 의한 정식 열람 요구가 있을 때 과목별로 틀린 문제에 대하여서만 응시자의 답과 해당 점수 공개)
	일리노이주	모든 응시자에게 성적 비공개

15) 라인란트팔츠 주법 시험성적증명(Prüfungszeugnis), 시험서류(Prüfungsakten)(§ 13 JAG Rheinland-Pfalz): 국가주관 필수과목시험의 합격증에는 성적등급과 점수에 의거한 전체 시험성적이 명기되어야 한다. 지원자가 제1차 국가주관 필수 과목시험에서 보다 나은 점수를 목적으로 하고 제1차 국가주관 필수과목시험 성적증명서의 원본을 반환한 경우에 성적 향상을 위한 국가주관 필수과목시험의 재시험에 대한 성적증명서가 교부된다. 지원자는 구술시험일 또는 국가주관 필수과목시험의 불합격통지가 송달된 날로부터 1개월 이내에 자신의 전체 시험서류를 열람할 수 있다.

16) 전미사법시험(The Multistate Bar Examination, MBE)은 200문항의 객관식시험

## 다. 판단

### (1) 제한되는 기본권

헌법재판소는 국가시험문제와 정답, 자신의 답안지 사본 등의 공개 금지의 근거조항인 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제9조 제1항 제5호에 대한 위헌소원 사건(2007헌바107, 2010헌바291 결정)에서 국가고시·각종 국가관리 자격시험, 공공기관의 입사시험 및 승진시험 등에서 시험의 문제와 정답, 그 채점기준·채점결과(성적)와 석차, 출제위원·채점위원 및 면접위원 명단, 다른 응시자의 답안지까지 시험과 관련이 있는 일체의 정보를 시험에 관한 정보라고 보면서 시험에 관한 정보를 공개하지 못 하게 하는 것은 알 권리에 근거한 정보공개청구권으로 보았는데, 이 사건에 있어서도 심판대상조항은 변호사시험에 합격한 사람의 ‘성적’이라는 정보를 공개하지 않는다는 점에서 변호사시험에 합격한 청구인들의 알 권리 중 정보공개청구권을 제한하고 있다고 판단하였다.

### (2) 법정의견

재판관 이정미, 재판관 강일원을 제외한 7인의 재판관은 변호사시험성적 공개를 금지한 변호사시험법 제18조 제1항 본문이 기본권제한의 과잉금지 원칙에 위반하여 청구인들의 알 권리(정보공개청구권)를 침해하였다고 판단하였는데, 그 구체적 내용은 다음과 같다.

『변호사시험 성적 비공개를 통하여 법학전문대학원 간의 과다경쟁 및 서열화를 방지하고, 교육과정이 충실하게 이행될 수 있도록 하여 다양한 분야의 전문성을 갖춘 양질의 변호사를 양성하기 위한 심판대상조항의 입법목적은 정당하다.

그러나 변호사시험 성적 비공개로 인하여 변호사시험 합격자의 능력을 평가할 수 있는 객관적인 자료가 없어서 오히려 대학의 서열에 따라 합격자를 평가하게 되어 대학의 서열화는 더욱 고착화된다. 또한 변호사 채용에 있어서 학교성적이 가장 비중 있는 요소가 되어 다수의 학생들이 학점 취득이 쉬운 과목 위주로 수강하기 때문에 학교별 특성화 교육도 제대로

---

으로 전국사법시험출제협회(National Conference of Bar Examiners)에서 출제하여 각 주에 공급함.

시행되지 않고, 학교 선택에 있어서도 자신이 관심 있는 교육과정을 가진 학교가 아니라 기존 대학 서열에 따라 학교를 선택하게 된다. 법학전문대학원도 학생들이 어떤 과목에 상대적으로 취약한지 등을 알 수 없게 되어 다양하고 경쟁력 있는 법조인 양성이라는 목적을 제대로 달성할 수 없게 된다. 한편 시험 성적이 공개될 경우 변호사시험 대비에 치중하게 된다는 우려가 있으나, 좋은 성적을 얻기 위해 노력하는 것은 당연하고 시험성적을 공개하지 않는다고 하여 변호사시험 준비를 소홀히 하는 것도 아니다. 오히려 시험성적을 공개하는 경우 경쟁력 있는 법률가를 양성할 수 있고, 각종 법조직역에 채용과 선발의 객관적 기준을 제공할 수 있다. 따라서 변호사시험 성적의 비공개가 입법목적은 달성하지 못한 채 기존 대학의 서열화를 고착시키는 등의 부작용을 낳고 있으므로, 수단의 적절성이 인정되지 않는다.

법학교육의 정상화나 교육 등을 통한 우수 인재 배출, 대학원 간의 과다 경쟁 및 서열화 방지라는 입법목적은 법학전문대학원 내의 충실하고 다양한 교과과정 및 엄정한 학사관리 등과 같이 알 권리를 제한하지 않는 수단을 통해서 달성될 수 있음에도, 변호사시험 성적을 공개하지 않는 것은 침해의 최소성 원칙에도 위배된다.

심판대상조항이 추구하는 공익은 변호사시험 성적을 비공개함으로써 실현되는 것이 아니고 성적을 공개한다고 하여 이러한 공익의 달성이 어려워지는 것도 아닌 반면, 변호사시험 응시자들은 시험 성적의 비공개로 인하여 알 권리를 제한받게 되므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였다.』

### (3) 재판관 이정미, 재판관 강일원의 반대의견

재판관 이정미, 재판관 강일원의 반대의견은 이 사건 법률조항이 그 입법취지 등에 비추어 과잉금지원칙이나 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

『학교별 특성화교육 등을 통한 우수 인재를 배출하고, 성적 공개로 인한 대학의 서열화 및 대학간 과다경쟁 등을 방지하고자 하는 심판대상조항의 입법목적은 정당하다.

변호사시험 성적이 공개되지 않을 경우, 법학전문대학원에서의 이수 교과과정, 활동과 성취도 등 다양한 기준에 의하여 평가가 이루어질 수 있어 학생들은 성적의 고득점보다는 인성과 능력개발을 위한 노력을 하게 되므로 변호사시험 성적을 공개하지 않는 것은 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

변호사시험 성적이 공개된다면, 응시자는 더 나은 성적을 얻기 위하여 시험 준비에 치중할 수밖에 없게 되는데, 교육을 통한 법조인 양성이라는 목적으로 법학전문대학원 체제를 도입하였다면, 변호사시험 성적을 공개하지 않는 것은 제도의 성공적 안착을 위한 입법자의 정책적 판단으로서 충분히 수긍할 수 있다. 또한 출신 학교만을 기준으로 한 몇 년간의 한정된 자료만으로 성적 비공개가 법학전문대학원의 서열화를 고착화시킨다고 단정하기 어렵고, 변호사시험 성적이 법학전문대학원의 학업성과를 측정·반영할 수 있는 객관적 지표로서 채용과 선발의 객관적 기준으로 활용될 수 있다고 보기도 어렵다.

변호사시험 합격자 성적 공개 여부는 법조인 선발 제도의 연혁, 취지 및 운영 형태 등 해당 국가공동체의 상황에 따라 결정되어야 하는데 기존 사법시험 체제의 폐해인 대학의 서열화 및 과다경쟁을 방지하기 위하여 법학전문대학원제도가 시행된 점, 변호사시험 성적이 법조인 능력에 대한 최종적이고 결정적인 기준이라고 보기 어렵다는 점 등에 비추어 보면, 변호사시험 성적을 공개하는 것은 응시자들을 변호사시험 준비에 치중하게 하여 기존 사법시험으로 인한 폐해를 반복하는 것이 된다. 반면, 변호사시험 성적을 공개하지 않을 경우 법학전문대학원과 학생들은 시험 준비 위주의 교육에서 벗어날 수 있고, 변호사 채용에 있어서도 다면적인 기준에 의한 평가를 할 수 있다. 또한 석차만을 공개하지 않거나, 법학전문대학원별 성적을 공개하지 않는 등의 방안으로는 법학전문대학원에서의 교육이 시험위주로 변질될 우려 및 성적공개로 인해 대학의 서열화 및 과다 경쟁을 방지할 수 있다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다.

청구인들이 제한받는 사익은 자신의 변호사시험 성적을 알 수 없다는 것인데, 이러한 청구인들의 사익은 심판대상조항이 보호하고자 하는 공익보

다 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성의 요건도 갖추었다.

따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 알 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

제1회 변호사시험이 실시되기 전, 심판대상조항으로 개정된 것이므로 변호사시험의 성적이 공개되었던 적은 없다. 따라서 청구인들이 변호사시험 성적이 공개되는 것으로 신뢰하였다고 하더라도 그 신뢰에 대한 보호가치가 크다고 보기 어렵다. 또한 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익은 법학전문대학원의 교육이 시험 준비 위주의 교육으로 변질될 우려 및 법학전문대학원의 서열화 및 과다 경쟁을 방지하기 위한 것인바, 청구인들의 신뢰가 이러한 공익보다 크다고 볼 수도 없다.

그러므로 심판대상조항이 신뢰보호원칙에 위반되어 청구인들의 알 권리를 침해한다고 볼 수 없다.』

#### (4) 재판관 조용호의 법정의견에 대한 보충의견

재판관 조용호는 과거 사법시험-사법연수원 체제가 법학전문대학원-변호사시험 체제와 동일하다는 전제하에 법정의견에 대한 보충의견을 개진하였다.

『사법시험-사법연수원 체제에서는 모두 그 성적과 석차가 공개되었는데, 학교의 서열에 관계없이 성적에 따라 희망하는 법조직역 또는 취업시장으로 진출하였고, 법원·검찰 등도 이를 기초로 하여 판·검사를 임용하고 변호사를 채용하여 선발과정과 시험 및 평가의 객관성과 공정성이 담보되었다. 그러나 법학전문대학원-변호사시험 체제에서는 출발부터 법학전문대학원의 간관에 의해 운명의 갈림길에 서게 됨으로써 평가기준의 객관성 및 채용과정의 공정성에 대한 의문이 제기되었다.

변호사시험은 법조인으로서의 전체적인 능력과 역량을 가늠할 수 있는 유효하고도 중요한 수단 중의 하나임에도 성적 비공개에 따라 변호사로서의 능력을 측정할 객관적이고 공정한 기준이 없어 채용 과정에서 능력보다는 학벌이나 배경 등이 중요하게 작용한다는 의혹이 있다. 또한 변호사시험의 높은 합격률과 성적 비공개는 법학전문대학원을 기득권의 안정적 세습수단으로 만든다는 비판도 있다. 이러한 사법시험-사법연수원 체제와 법

학전문대학원-변호사시험 체제의 차이는 근본적으로는 시험성적의 공개 또는 비공개라는 절차와 결과의 공정성, 평가 기준의 객관성 등의 차이 때문이다.

또한 변호사시험 성적을 공개하지 않는 것은 성적을 공개하고 있는 국내의 다른 자격시험이나 외국의 입법례와 비교할 때에도 합당한 조치라고 보기 어렵다.

변호사시험성적을 공개하여야 한다는 취지는 임용이나 채용에 있어서 성적만으로 선발하라는 것이 아니라, 그 응시자를 평가함에 있어 객관적인 평가지표가 될 수 있는 변호사시험성적도 또 하나의 요소로서 고려할 수 있는 기회를 부여하자는 취지이다.

다수의 변호사시험 합격자들은 변호사시험성적을 통하여 학벌을 극복하고 자신의 능력을 객관적으로 검증받고자 하는바, 위와 같은 법학전문대학원-변호사시험 체제의 문제점과 다수의 변호사시험 합격자들의 심정을 고려하면, 변호사시험 합격자에 대하여 시험성적의 공개를 막고 있는 심판대상조항은 헌법에 위반된다.』

## 라. 해설

### (1) 제한되는 기본권

일부 청구인들은 변호사시험의 성적 공개를 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 변호사시험 합격자들 간 공정한 경쟁을 통하여 직업을 선택할 기회를 배제함으로써 직업의 자유를 침해한다고 주장하였으나, 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 변호사시험 합격자에 대하여도 그 성적을 공개하지 않고 있을 뿐이고, 이러한 시험성적 공개금지가 청구인들의 법조인으로서의 직업선택이나 직업수행에 있어서 어떠한 제한을 두고 있는 것은 아니기 때문에 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

한편, 변호사시험 합격자의 '성적'이라는 개인정보를 정보주체인 청구인들에게조차 공개하지 않도록 한 것이 알 권리 외에 개인정보자기결정권을 제한하는 것인지가 문제될 수 있다.

알 권리와 개인정보자기결정권의 이념적 배경이나 구체적인 내용 내지



는 보호영역이 다르다는 점을 감안하더라도 개개의 사안에서 정보공개청구의 목적이 반드시 어느 하나의 기본권의 배경이나 보호영역과 배치된다고 보기 어려운 점이 있을 수 있고, 이 사안에서도 청구인들의 성적공개청구가 결국 자유로운 인격의 실현을 위한 것이므로 이 사건 법률조항에 의하여 알 권리 및 개인정보자기결정권이 모두 제한된다고 볼 여지도 있다.

이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권이 어느 하나의 기본권에 속한다고 보든, 두 기본권 모두에 속한다고 보든 그 보장의 정도나 위헌심사 기준에 큰 차이는 없을 것으로 보인다.

그런데 개인정보자기결정권은 현대의 정보통신기술의 발달에 내재된 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하고, 나아가 자유민주체제의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 차단하기 위해서 인정된 기본권으로서 개인정보자기결정권의 한 내용인 자기정보공개청구권은 자신에 관한 정보가 부정확하거나 불완전한 상태로 보유하고 있는지 여부를 알기 위하여 정보를 보유하고 있는 자에게 자신에 관한 정보의 열람을 청구함으로써 개인정보를 보호하고, 개인정보의 수집, 보유, 이용에 관한 통제권을 실질적으로 보장하기 위하여 인정되는 것이다.<sup>17)</sup>

그런데 이 사건 청구인들의 성적 공개 요구는 개인정보의 보호나 개인정보의 수집, 보유, 이용에 관한 통제권을 실질적으로 보장해 달라는 것으로 보기 어렵다.

또한, 변호사시험성적이 정보주체의 요구에 따라 수정되거나 삭제되는 등 정보주체의 통제권이 인정되는 성질을 가진 개인정보라고 보기도 어렵다.

헌법재판소도 심판대상조항에 의하여 제한되는 기본권을 정함에 있어 동일한 취지로 심판대상조항이 개인정보자기결정권을 제한하고 있다고 보기는 어렵다고 판시하였다.

청구인들은 사법시험, 의사국가시험 등 다른 자격시험의 경우에는 시험성적을 공개하고 있음에도 이 사건 법률조항은 변호사시험에 응시한 본인에게도 성적을 공개하지 못하도록 하는 것이, 다른 자격시험에 응시하는 사람에 비하여 변호사시험에 응시하는 사람을 차별하는 것이라고 주장한다.

17) 권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사, 2006, 117-122면 참조.

사법시험법 제18조 제1항에 의하면 시험에 응시한 사람은 당해 시험의 합격자 발표일부터 6월 내에 법무부장관에게 본인의 성적공개를 청구할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>18)</sup> 또한 의사, 치과의사, 한의사 등의 국가시험에 관한 의료법이나 변리사시험에 관한 변리사법, 법무사시험에 관한 법무사법 등을 살펴보면 성적 공개에 관하여는 전혀 규정하고 있지 않지만, 의사 등의 국가시험을 관리하는 한국보건의료인국가시험원<sup>19)</sup>, 변리사시험을 관리하는 한국산업인력공단 및 법무사시험을 실시하는 대법원은 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’<sup>20)21)</sup>에 따라 응시자가 요구할 경우 성적을 열람할 수 있도록 하고 있다.

그런데 이 사건 법률조항의 입법목적은 새로 도입된 법학전문대학원 간 과다경쟁 및 서열화를 방지하고, 법학전문대학원에서의 충실한 교육과정을 통한 다양한 분야의 전문성을 갖춘 양질의 변호사를 양성하는 데에 있는 바, 이러한 이 사건 법률조항의 의미와 목적에 비추어 청구인들이 주장하고 있는 사법시험법 및 각종 전문가자격시험 응시자들과 변호사시험 응시자

- 
- 18) 사법시험법 제18조 (시험정보의 공개) ① 시험에 응시한 자는 당해 시험의 합격자 발표일부터 6월내에 법무부장관에게 본인의 성적공개를 청구할 수 있다. 이 경우 법무부장관은 청구한 자에 대하여 그 성적을 공개하여야 한다.  
② 법무부장관은 채점표·답안지 그 밖에 시험업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 사유가 있는 정보에 관하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.
- 19) 의사 등의 국가시험성적에 대하여 한국보건의료인국가시험원의 홈페이지에서 열람을 할 수 있고, 변리사 등 자격시험성적에 대하여는 한국산업인력공단의 홈페이지에서 개인별특점을 열람할 수 있으며, 법무사시험성적에 대하여는 대법원 홈페이지에서 열람할 수 있다.
- 20) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제3조(정보공개의 원칙) 공공기관이 보유·관리하는 정보는 이 법이 정하는 바에 따라 공개하여야 한다.  
제5조(정보공개청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.
- 21) 국가시험이나 국가자격시험에 있어서 응시자가 자신의 성적을 열람할 수 있는 법적 근거를 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 외에 개인정보보호법에서도 찾을 수 있는지에 관하여 개인정보보호법상에도 정보주체가 개인정보처리자 또는 공공기관에 자신의 개인정보에 대한 열람을 청구할 수 있도록 규정하고 있으나 (개인정보보호법 제35조 제1항, 제2항) 개인정보보호법의 목적이 ‘개인정보의 수집·유출·오용·남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호함으로써 국민의 권리와 이익을 증진하고, 나아가 개인의 존엄과 가치를 구현하기 위하여 개인정보 처리에 관한 사항을 규정’하는 것에 있으므로 개인정보보호법상 개인정보열람청구는 이러한 목적에 부합되어야 하는데, 시험성적 열람이 이에 부합하는 경우에는 개인정보보호법도 시험성적 열람의 근거가 될 수 있을 것이다.

들이 본질적으로 같은 비교집단인지가 문제된다.

우선 사법시험은 판사·검사·변호사 또는 군법무관이 되려고 하는 자에게 필요한 학식과 능력의 유무 등을 검정하기 위한 시험으로서, 법학전문대학원이라는 특정의 전문과정을 거칠 것은 요구하는 변호사시험과는 달리 특정의 전문교육과정을 요구하지 않고, 전문교육기관 간의 과다경쟁 및 서열화 방지, 충실한 교육의 담보라는 목적과는 전혀 관련이 없다.

따라서 시험성적의 공개 여부에 관하여 사법시험에 응시한 자와 변호사 시험에 응시한 자를 본질적으로 동일한 비교집단으로 볼 수 없다.

변리사나 법무사 등의 자격시험에 있어서도 현행 변리사나 법무사 등 국가자격제도는 특정의 전문교육과정을 통하여 전문자격사를 양성하는 것이 아니라, '시험'을 통하여 전문지식을 갖추고 있는지를 검증하여 전문자격사를 선발하는 체제인바, 법학전문대학원이란 특정의 전문과정을 거쳐 변호사를 양성하는 현행 변호사시험제도와는 근본적으로 다르고, 이러한 시험을 통한 전문자격사 선발체제는 전문교육기관 간의 과다경쟁 및 서열화 방지, 충실한 교육의 담보라는 목적과는 전혀 관련이 없다.

따라서 시험성적의 공개 여부에 관하여 변리사나 법무사 등의 시험에 응시한 자와 변호사시험에 응시한 자를 본질적으로 동일한 비교집단으로 볼 수 없다.

한편, 의사국가시험이나 치과의사국가시험 등은 기본적으로 전문 교육과정을 거친 사람을 대상으로 하여 실시된다는 점에서는 변호사시험과 동일하지만<sup>22)</sup>, 그 교육과정은 오랜 기간을 통하여 시스템이나 커리큘럼 등이

22) 의료법 제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받은 자
  2. 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받은 자
  3. 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비 시험에 합격한 자
- ② 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학 또는 전문대학원을 6개월 이내에 졸업하고 해당 학위를 받을 것으로 예정된 자는 제1항 제1호 및 제2호의 자격

이미 정형화·안정화되어 있고 학사관리도 비교적 엄정하게 이루어지고 있어 학업성취도에 있어서 학교 간 큰 차이가 없을 뿐만 아니라 전문분야가 세분화되어 있는 등 다양한 분야의 전문가가 양성되고 있으므로 학교 간 과다경쟁이나 서열화 방지의 필요성이 크지 않으며, 교육과정의 충실성을 외부적 강제로 담보할 필요도 없다.

따라서 변호사시험의 성적 공개에 따른 학교 간 과다경쟁 내지 서열화를 방지하고 충실한 교육을 통하여 다양성과 전문성을 갖춘 전문가 양성이란 이 사건 법률조항의 목적에 비추어 볼 때, 의사국가시험이나 치과의사 국가시험 응시자와 변호사시험 응시자를 본질적으로 동일한 집단으로 볼 수 없으므로 다른 자격시험에 있어서 성적이 공개됨에 반하여 변호사시험에서는 응시자 본인에게도 성적을 공개하지 않는다고 하여 청구인들이 주장하는 차별이 존재한다고 보기 어렵다.

헌법재판소도 이 결정에서 다른 자격시험의 경우, 특정의 전문교육과정을 요구하지 않거나 요구하는 경우라고 하더라도 전문교육기관 간의 과다경쟁 및 서열화 방지, 충실한 교육의 담보라는 목적과는 관련이 없는 등 다른 자격시험 응시자와 변호사시험 응시자를 본질적으로 동일한 비교집단으로 볼 수 없으므로 심판대상조항이 청구인들을 다른 자격시험 응시자와 차별취급하고 있다고 볼 수 없어 평등권 침해 문제는 발생하지 않는다고 판단하였다.

다만, 재판관 조용호의 법정의견에 대한 반대의견에서는 국내의 다른 자격시험이나 외국의 입법례와 비교할 때에도 변호사시험성적 비공개가 합당한 조치라고 보기 어렵다고 보았다.

## (2) 본안

법정의견은 심판대상조항의 정보공개청구권 침해 여부에 있어서 과잉금지원칙에 의한 심사기준에 따라 판단하였다.

정부나 공공기관이 보유·관리하는 정보는 원칙적으로 모든 국민에게 공개되어야 하나, 다만 이러한 알 권리에 대하여도 헌법 제21조 제4항에 의

---

을 가진 자로 본다. 다만, 그 졸업예정시기에 졸업하고 해당 학위를 받아야 면허를 받을 수 있다.

한 한계가 있을 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 바와 같이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우는 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한 법률로써 제한할 수 있다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌바107, 판례집 21-2상, 533, 541 등 참조).

법정의견은 심판대상조항의 목적의 정당성에 대하여 변호사시험 성적 비공개를 통하여 법학전문대학원 간의 과다경쟁 및 서열화를 방지하고, 법학전문대학원 교육과정이 충실하게 이행될 수 있도록 함으로써 새로운 법학전문대학원 체제를 조기에 정착시켜 궁극적으로 다양한 분야의 전문성을 갖춘 양질의 변호사를 양성하기 위한 것으로 그 입법목적은 정당하다는 판단하였다.

그러나 수단의 적절성 여부에 있어서는 변호사시험 성적의 비공개가 어떻게 법학전문대학원의 서열화 및 과다경쟁을 방지할 수 있다는 것인지 이를 뒷받침할 수 있는 근거가 전혀 제시되지 않고 있을 뿐만 아니라 변호사시험 성적을 공개하지 아니함으로써 법학전문대학원의 서열화를 더욱 고착화하고 있는 것이 현실이라고 하면서 수단의 적절성을 부정하였다.

법정의견은 그 논거로써 법학전문대학원의 취업률현황, 법무법인이나 법률사무소의 채용현황, 지방소재 법학전문대학원에 재학 중인 학생들의 휴학 사례 등을 검토하고 변호사시험 합격자의 능력을 평가할 수 있는 객관적 자료가 없어 법학전문대학원 인가과정과 기존의 사법시험 합격인원 통계 등으로 형성된 대학의 서열에 따라 변호사시험 합격자가 평가받게 된다고 판단하였다.

또한 법정의견은 오히려 심판대상조항이 추구하는 법학교육의 정상화나 교육 등을 통한 우수 인재 배출, 법학전문대학원 간의 과다경쟁 및 서열화 방지라는 입법목적은 결국 법학전문대학원 내의 충실하고 다양한 교과과정 및 엄정한 학사관리를 통하여 이루어지는 것이 정상적일 뿐만 아니라 이러한 방안이 법학전문대학원의 도입취지에도 부합한다고 하면서 변호사시험 성적을 합격자 본인에게도 공개하지 못하도록 하는 것은 응시자들의 알 권리를 과도하게 제한하는 것으로서 침해의 최소성 원칙 및 법익균형성원칙에도 위배된다고 보았다.

법정의견은 신뢰보호원칙 위반 여부에 대해서는 과잉금지원칙 위배 판

단을 이유로 별도로 판단하지 않았다.

이에 대하여 반대의견은 변호사시험 성적이 공개될 경우법학전문대학원 교육의 본래의 취지에서 벗어나 변호사시험 준비를 위한 변호사교육으로 변질될 우려가 있다는 점을 지적하고 있다. 변호사시험에 있어서 성적이 공개되지 않을 경우 성적 외에도 법학전문대학원의 이수 교과과정, 활동과 성취도는 물론, 그 밖의 사회적 경력 등 다양한 기준에 의하여 평가가 이루어질 수 있어 법학전문대학원 학생들로 하여금 변호사시험 성적의 고득점이라는 단편적인 기준보다는 종합적인 인성과 능력개발을 위한 노력을 경주하게 하여 수단의 적절성도 인정된다고 보았다. 또한 법학전문대학원 제도가 제대로 정착하기도 전에 변호사시험 성적을 공개하고, 그것이 기존 사법시험 성적과 같이 인식된다면 법학전문대학원에서 아무리 교과과정이나 실무수습 과정 등을 개발하고 다양화한다고 하더라도 이 모든 과정들은 ‘변호사시험 성적에 도움이 되지 않는’ 것에 불과하여 자칫하면 법학전문대학원 제도 도입 취지를 몰각시킬 우려가 다분하기 때문에 석차만을 공개하지 않거나, 법학전문대학원별 성적을 공개하지 않는 등의 방안으로는 합격자의 서열화로 인해 법학전문대학원에서의 교육이 시험위주로 변질될 우려 및 성적공개로 인해 대학원의 서열화 및 대학원간 과다 경쟁을 방지하고자 하는 심판대상조항의 입법목적을 달성할 수 있다고 보기 어려우므로 피해의 최소성이나 법익균형성에 위배되지 않는다고 판단하였다.

신뢰보호원칙 위배로 인한 기본권침해 여부에 대해서도 반대의견은 사회 환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신속적으로 변할 수밖에 없고 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하므로, 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로 보호되는 것은 아니므로 신뢰보호원칙 위반 여부는 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새로운 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여 판단하여야 한다고 하면서 청구인들의 신뢰는 아직 유동적이라 할 수 있는 상태의 제도에 관하여 가진 신뢰이므로 그 보호가치가 크다고 보기 어려운 반면 성적공개로 인한 공익보다 크다고 볼 수 없다고 판단하였다.

#### 4. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 시험성적의 공개 여부와 관련된 기본권은 알권리 중 정보공개청구권이라는 점을 다시 한 번 확인하였다.

나. 이 사건 위헌 결정 이후에 1회부터 3회까지 기존의 변호사시험 성적 공개가 가능한지 여부가 문제되었다.

위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하므로 1회 변호사시험 합격자라고 하더라도 성적 공개를 청구할 수 있다고 보아야 한다.

다. 알 권리는 정부나 공공기관이 보유하고 있는 정보에 대하여 정당한 이해관계가 있는 자가 그 공개를 요구할 수 있는 권리로서 표현의 자유에 당연히 포함된다. 어떤 문제가 있을 때 그에 관련된 정보에 접근하지 못하면 문제의 내용을 제대로 알기 어렵고, 제대로 내용을 알지 못하면 자기의 의견을 제대로 표현하기 어렵기 때문에 알 권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있고 정보의 공개청구권은 알 권리의 당연한 내용이 되는 것이다.

그리하여 알 권리는 헌법 제21조에 의하여 직접 보장되고 그 밖에도 국민민주권주의(헌법 제1조), 인간의 존엄과 가치(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)와도 관련이 있다.

정보화사회가 고도로 진행하는 현재에 있어서 알 권리의 중요성은 더욱 강조될 수밖에 없다.

이 결정은 변호사시험 성적의 공개로 인하여 합격자의 서열화, 시험위주의 교육으로 변질될 우려 등을 고려한다고 하더라도 알 권리 중 정보공개청구권이 지니는 헌법적 의의를 보다 우위에 둔 결정으로 평가할 수 있다.





## 홍성군과 태안군 등 간의 권한쟁의

- 공유수면의 해상경계 획정 문제 -

(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54)

이 황 희\*

### 【판시사항】

1. 청구인이 자신의 관할구역이라고 주장하는 천수만 내 해역(이하 ‘이 사건 쟁송해역’이라 한다)에 대하여 행한 태안군수의 어업면허처분이 청구인의 자치권한을 침해할 가능성이 있는지 여부(적극)
2. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역과 자치권한 인정 여부(적극)
3. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 및 그 기준
4. 국가기본도상의 해상경계선을 공유수면에 대한 불문법상 해상경계선으로 보아온 선례를 변경한 사례
5. 제반 사정을 종합적으로 고려하여 형평의 원리에 따라 청구인과 피청구인 사이의 관할구역 경계를 확인한 사례
6. 청구인의 관할권한을 확정하면서 이를 침해한 태안군수의 어업면허처분이 무효임을 확인한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은, 이 사건 쟁송해역에 대한 자치권한이 청구인에게 속하는지 여부, 이 사건 어업면허처분들이 청구인의 자치권한을 침해한 것으로서 무효인지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 일제시대인 1914년 행정구역 개편으로 홍주군, 결성군 및 보령군의 일부를 통합하여 홍성군으로 되었고, 피청구인은 서산군에 속해 있다가 ‘오산시 등 12개시 및 태안군 설치와 군의 명칭변경에 관한 법률’(1988. 12. 31. 법률 제4050호로 제정된 것) 제2조에 의하여 서산군 서산읍 일원이 서산시로 되면서 중진 서산군의 나머지 관할구역인 태안읍, 안면읍 등을 관할구역으로 하여 신설된 지방자치단체이다.

나. 청구인과 피청구인 사이에 위치하고 있는 천수만은 동쪽으로 홍성군, 보령시와 접해 있고, 북쪽은 서산시(서산방조제), 서쪽은 안면도와 맞닿아 있으면서 이들로 둘러싸여 형성된 남북으로 긴 만이다. 천수만 내에는 죽도와 그 인근의 여러 섬이 있는데, 이들 섬은 원래 ‘서산군 안면읍 죽도리’로 편제되어 있다가 1989. 1. 1. ‘시·군·자치구의 관할구역 변경에 관한 규정’(1988. 12. 22. 대통령령 제12557호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 대통령령’이라 한다) 제7조 제5항, 제6항에 의하여 ‘홍성군 서부면 죽도리’로 변경되었다.

다. 태안군수는 천수만 내 공유수면(이하 ‘이 사건 공유수면’이라 한다) 중 일부 해역에 대하여 2003. 4. 23. 김○은(2007. 8. 7. 최○라에게 이전되었다. 태안양식 제192호), 김○창(태안양식 제193호)에게, 2010. 1. 22. 안면도수산업협동조합(태안마을 제136호, 제137호)에게 각 어업면허처분(이하 ‘이 사건 어업면허처분들’이라 한다)을 하였다.

라. 홍성군수는 국토지리정보원(그 명칭이 2005. 4. 1. 국립지리원에서 국토지리정보원으로 변경되었는바, 이하 ‘국토지리정보원’이라 한다)에서 1991년 발행한 국가기본도(이하 경우에 따라 ‘지형도’라 한다)상의 해상경계선에 의하면, [별지 2] 도면 표시 B, C, D, E, F의 각 점을 연결한 선의 우측(동쪽) 부분 해역은 청구인의 관할해역이고, 이 사건 어업면허처분들의 대상 해역 중 일부가 자신의 관할해역에 속한다고 주장하며 태안군수에게 이 사건 어업면허처분들의 취소 등을 요구하였으나, 태안군수는 이에 응하지 아니하였다.

마. 이에 청구인은 2010. 5. 14. 태안군과 태안군수를 피청구인으로 하여 위 해상경계선에 따른 동쪽 해역이 자신의 관할에 속하고, 이 사건 어업면허처분들이 청구인의 자치권한을 침해하는 것임을 확인해 달라는 취지의 청구를 하였다가, 2011. 4. 11. 태안군수에 대한 청구를 취하한 후, 2011. 4. 12. ① 위 해역에 대한 관할권한이 청구인에게 있으며, ② 이 사건 어업면허처분 중 위 해역에 속하는 부분은 무효임을 확인해 달라는 취지로 청구 취지를 변경하였고, 2014. 12. 8. 만약 국가기본도상 해상경계선에 관습법적 효력이 인정되지 않는다면 등거리 중간선의 원칙에 의하여 확인되는 해상경계선의 우측(동쪽) 부분 해역(이하 국가기본도상의 해상경계선에 따른 것이든, 등거리 중간선 원칙에 의한 해상경계선에 따른 것이든, 청구인이 자신의 관할이라고 주장하는 해역을 ‘이 사건 쟁송해역’이라 한다)이 자신의 관할해역이라는 주장을 추가하였다.

## 2. 당사자들의 주장 요지

### 가. 청구인의 주장

(1) 1989년 이 사건 대통령령으로 인해 법령 변경이 발생함으로써 죽도리가 청구인의 관할구역으로 편입되었고, 그 후 1991년 국토지리정보원이 발행한 국가기본도에는 이러한 사정이 잘 반영되어 청구인과 피청구인 사이의 해상경계가 표시되어 있다. 국가기본도상 해상경계선에 관습법적 효력을 인정해 온 헌법재판소의 법리에 따르면, 위 해상경계를 차례로 연결한 선이 청구인과 피청구인 사이의 해상경계선이 된다고 보아야 한다. 만약 국가기본도상 해상경계선에 관한 관습법적 효력을 인정하지 않는다면, 결국 국제적 분쟁에서의 경계확정원칙인 등거리 중간선의 원칙에 따라 해상경계선이 획정되어야 한다. 이상의 방식으로 해상경계선이 확인된다면, 해당 경계선의 좌측은 피청구인의, 우측은 청구인의 관할구역에 속한다.

(2) 이 사건 어업면허처분들 중 그 대상 해역이 청구인의 관할해역에 속하는 부분은 권한 없는 자에 의한 처분에 해당하므로 무효이다.

## 나. 피청구인의 주장

(1) 이 사건 어업면허처분들은 군단위 지방자치단체의 고유사무가 아니라 충청남도로부터 위임받은 기관위임사무에 해당하고, 따라서 이로 인하여 청구인의 권한이 침해될 여지가 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다. 또한 이 사건 분쟁의 실질은 상벌어장 및 그 인근해역의 어업권 문제인데, 이러한 분쟁에 관해서는 수산업법상의 절차 및 일반 사법절차를 통해 해결할 수 있으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 청구인이 주장하는 관할구역은 영해구역을 대상으로 하는 것인데, 법령상 육지와 섬을 제외한 영해구역에 대하여 지방자치단체의 관할구역이 정해진 바가 없다. 가사 영해구역에 지방자치단체의 관할구역이 존재한다 하더라도, 이 사건의 경우 죽도리의 관할을 변경한 이 사건 대통령령도 죽도리 인근 영해구역의 관할변경에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았고, 청구인이 주장한 국가기본도상 해상경계선은 자의적인 것에 불과하므로 이로써 법령이 정하여야 할 관할구역의 경계로 삼을 수는 없으며, 등거리 중간선 원칙에 따른 해상경계선 획정은 아무런 법적 근거도 없는 것이므로 타당한 방식이 아니다. 이 문제는 궁극적으로 입법을 통하여 해결하여야 할 것이지만 헌법재판소가 경계를 창설할 수는 없다.

(3) 청구인은 이 사건 심판청구 이전에 이 사건 쟁송해역에 대하여 지방자치단체로서의 권한을 행사한 적이 없는 반면, 피청구인은 어업면허사무가 충청남도로부터 피청구인에게 위임된 1993년 이후 이 사건 쟁송해역에 대한 어업면허 관련 사무를 계속 관장해 왔고, 이에 대하여 그 어느 지방자치단체도 아무런 이의를 제기한 바 없으므로, 이 사건 쟁송해역에 관한 관할권한이 피청구인에게 속한다는 행정관습법이 성립하였다. 만약 이러한 행정관습법이 성립하였다고 볼 수 없어 등거리 중간선 원칙에 따라 해상경계선을 확정할 수밖에 없다고 하더라도, 종래의 행정권 행사 내용, 주민의 사회·경제적 편익 등을 고려하여 합리적이고 공평하게 확정해야 할 것인데, 위와 같은 사정을 고려하면 이 사건 쟁송해역은 피청구인의 관할구역에 속하는 것으로 확정되어야 한다.

### 【결정요지】

1. 수산업법에서 어업면허가 시장·군수·구청장의 권한임을 명시하고 있는 점, 시장·군수·구청장이 면허한 어업을 제한·정지하거나 어업면허를 취소할 수 있는 점 등을 종합하면 어업면허사무는 지방자치단체의 사무에 해당하고, 만약 이 사건 쟁송해역에 대한 헌법 및 법률상의 자치권한이 청구인에게 있음이 인정된다면 태안군수의 어업면허처분은 청구인의 자치권한을 침해하게 될 가능성이 있다.

2. 지방자치법 제4조 제1항에 규정된 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이고, 자치권이 미치는 관할구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대해서도 지방자치단체의 자치권한이 미친다.

3. 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정함에 있어서 ‘중전’에 의하도록 하고 있고, 지방자치법의 개정연혁에 비추어 보면 위 ‘중전’이라는 기준은 최초로 제정된 법률조항까지 순차 거슬러 올라가게 되므로 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다. 그런데 지금까지 우리 법체계에서는 공유수면의 행정구역 경계에 관한 명시적인 법령상의 규정이 존재한 바 없으므로, 공유수면에 대한 행정구역 경계가 불문법상으로 존재한다면 그에 따라야 한다. 그리고 만약 해상경계에 관한 불문법도 존재하지 않으면, 주민, 구역과 자치권을 구성요소로 하는 지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것을 상정할 수 없으므로, 헌법재판소가 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무처리의 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 해상경계선을 획정할 수밖에 없다.

4. 국가기본도상의 해상경계선은 국토지리정보원이 국가기본도상 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선으로서, 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 실지측량 없이 표시한 것에 불과하므로, 이 해상경계선을 공유수면에 대한 불문법상 행정구역에 경계로 인정해 온 중전의 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

5. 양 지방자치단체의 이익을 동등하게 다루고자 하는 규범적 관념에 기초한 등거리 중간선 원칙, 안면도와 황도, 죽도와 같이 이 사건 공유수면에 위치한 도서들의 존재, 서산군에 편제되어 있던 죽도리가 홍성군 소속으로 변경되는 것을 내용으로 하는 관련 행정구역의 관할 변경, 행정권한의 행사 연혁이나 사무 처리의 실상, 죽도와 이 사건 쟁송해역이 지리적으로나 생활적으로 긴밀히 연계되어 있는 상황 등을 고려하여 형평의 원칙에 따라서 해상경계선을 획정하면, 이 사건 쟁송해역의 해상경계선은 청구인과 피청구인의 육상지역과 죽도, 안면도, 황도의 각 현행법상 해안선(약최고고조면 기준)만을 고려하여 등거리 중간선 원칙에 따라 획정한 선으로 함이 타당하다.

6. 태안군수가 행한 태안마을 제136호, 제137호의 어업면허처분 중 청구인의 관할권한에 속하는 구역에 대해서 이루어진 부분은 청구인의 지방자치권을 침해하여 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 것이므로 그 효력이 없다.

### 재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대의견

지방자치단체의 경계를 획정하기 위해서는 주민들의 생활권역에 대한 종합적 고려가 있어야 한다. 따라서 해상경계를 확정할 때에는 분쟁 대상 해역의 해저 지형이나 해류 등의 자연조건이 주민들의 생활에 어떤 영향을 미치는지 확인할 필요가 있다. 그러나 법정의견은 등거리 중간선 원칙이라는 확실적인 척도로 공유수면의 해상경계선을 획정하고 있다는 문제가 있다.

이 사건에서 청구인이 피청구인과 그 지역 주민들이 관리하고 있는 해역을 자신의 관할구역으로 주장하기 위해서는, 위와 같은 전반적 상황에 기초하여 이 사건 쟁송해역이 청구인 주민들의 생활권역과 밀접한 관련이 있다는 점을 구체적으로 증명하여야 하는데, 제출한 증거를 모두 살펴보아도 이 사건 쟁송해역이 청구인의 관할에 속한다는 점을 인정하기에는 부족하다. 따라서 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

### 재판관 이진성의 반대의견

공유수면을 지방자치단체의 관할구역으로 인정하려면 법률로 정해야 하

는데, 정부 수립 이후 그 동안 법령으로 바다에 대한 지방자치단체의 구역을 확정할 적도 없으며 이에 관한 행정관습도 없다. 또한 국가가 바다에 관하여 지방자치단체의 일반적인 관할구역을 정하여야 하는 것은 아니다. 법정의견은 분쟁 해결의 필요성에만 의존하여 정부수립 당시 지방자치법의 기준에 따라 존재하던 종전의 구역 경계를 확인하지 아니한 채 확인이라는 명목으로 법령상의 근거도 없이 등거리 중간선을 그어 새롭게 지방자치단체의 일반적 관할구역을 창설하고 있다. 그러나 헌법재판소는 근거법령이 없는데도 지방자치단체의 자치권한을 새로 창설하는 방법으로 입법기능이나 행정기능을 수행할 수는 없다. 따라서 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

## 【해설】

### 1. 검토의 주안점<sup>1)</sup>

공유수면에 대한 지방자치단체의 해상경계 분쟁은 2000헌라2 결정 이래 헌법재판소에서 권한쟁의심판 형식으로 처리되어 왔다. 권한쟁의심판의 형식을 따르는 탓에 이 절차에서는 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한 존부 문제, 공유수면의 해상경계를 확정하는 문제 등에 그치지 않고, 소송요건에 관한 문제로서 당사자 문제(자치사무인지 기관위임사무인지 여부에 따른 쟁점 등), 대상적격 문제(장래처분의 처분성 등), 청구기간 문제 등의 쟁점들도 주요하게 다루어져 왔다.

이 글은 공유수면의 해상경계 획정에 관한 헌법재판소의 종전 입장과 새로운 입장을 정리하고, 대상결정에서 제시된 새로운 입장의 의미와 그 한계를 검토하고자 하는 목적에서 작성되었다. 따라서 권한쟁의심판의 형식에서 비롯되는 세부적인 소송요건들에 관한 쟁점들은 논외로 하였다. 우선, 우리는 공유수면의 해상경계 획정에 관한 헌법재판소의 최초 선례(2000헌라2)와 그 후속결정들(2003헌라2 등)의 논리를 살펴보게 될 것이다(이하 III.). 대상결정(2010헌라2)은 헌법재판소의 종전 결정들이 동일한 법리를 공유하고 있다는 전제에서 선례변경을 선언하였고, 이러한 이해가 잘못된

1) 이하 2010헌라2 결정에 대한 해설은 필자가 2016. 5. 20. 행정판례연구회에서 발표한 내용을 기초로 한 것이다.

것이라고 할 수는 없겠으나, 기실 종전 결정들 간에도 논리상의 편차가 존재했던 것도 사실이다. 대상결정의 취지를 분명히 파악하기 위해서는 헌법재판소의 종래 입장을 명확히 독해하는 일이 선행되어야 한다.

다음으로, 대상결정에서 새로이 제시된 논리를 검토한다(이하 IV.). 종래 입장과 비교해 어떤 면에서 변화가 생긴 것인지를 확인하고, 그 변화의 의미를 평가해 볼 것이며, 나아가 이러한 새로운 논리가 갖는 이론적 약점이 무엇인지에 관하여 논하고자 한다. 법리 자체가 노정하는 문제점 및 이 법리로 인해 초래되는 여타 법실무적 문제점들을 중심으로 살펴본다.<sup>2)</sup>

## 2. 공유수면의 해상경계에 관한 헌법재판소의 종래 입장

### 가. 공유수면에 대한 지방자치단체의 권한

공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역에 관한 분쟁이 헌법재판소에서 권한쟁의심판의 형태로 최초로 다루어 진 것은 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 당진군과 평택시간의 권한쟁의 사건이었다. 이 결정에서 헌법재판소는 지방자치법, 수산업법, 공유수면관리법 등 현행법 규정들과, 공유수면도 지방자치단체의 구역에 속한다는 것을 확인한 대법원 판결 등을 확인한 후, “지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이며, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다.”(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 428)는 입장을 취했다. 이 입장은 이후 헌법재판소 결정에서 반복적으로 등장하면서 확고한 법리로 자리 잡게 된다.

반면, 2000헌라2 결정에서 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한은 존재하지 아니한다는 재판관 4인의 반대의견이 개진된 후, 금번 대상결정에 이르기까지 동일한 취지의 반대의견도 꾸준히 반복되고 있다(대상결정에서 이진성 재판관의 반대의견 참조).

2) 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할에 관한 법원과 헌법재판소의 판례(대상결정 및 그 이전 결정 포함)를 개괄적으로 소개하는 글로는, 정해영, “공유수면에 대한 지방자치단체의 관할에 관한 판례 검토,” 『헌법판례연구』16(2015), 211-47쪽.



## 나. 지방자치단체의 해상경계 획정 문제

### (1) 지방자치단체의 경계

공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한을 인정하게 되면, 공유수면 위에 지방자치단체의 경계가 존재한다는 결론으로 이어진다. 지방자치단체의 행정구역은 현행 지방자치법 제4조 제1항에서 규율되는데, 동 조항은 “지방자치단체의 행정구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.”라고 규정한다. 여기서 ‘종전’이라 함은 종전의 법령 내용만을 의미하는 것이 아니고, 지적공부상의 기재 등까지를 포괄하는 의미로 해석되어야 하며, ‘지방자치단체의 관할구역은 종전에 의한다’는 것은 동법 시행시 존재한 구역을 그대로 답습한다는 것을 의미한다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 430; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 331; 헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 공보154, 1442, 1451). 그런데 위 조항의 발효일 당시 존재하던 구역은 다시 그 당시 효력을 갖던 개정 전 법령에 의하여 결정되는데, 위 조항과 관련된 입법의 연혁에 따르면 결국 우리 행정구역의 최초 모습은 ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 모두 종전에 의할 것’을 규정한 구 지방자치법(1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정되고, 1960. 11. 1. 법률 제563호로 개정되기 전의 것) 및 위 지방자치법 제정 이전에 처음으로 대한민국 지방자치단체의 구역에 관하여 정하면서 1948. 8. 15. 당시의 관할구역 경계를 지방자치단체의 구역을 정하는 기준으로 본 구 ‘지방행정에 관한 임시조치법’(1948. 11. 17. 법률 제8호로 제정된 것)으로 소급하게 된다.<sup>3)</sup>

3) 구 ‘지방행정에 관한 임시조치법’(1948. 11. 17. 법률 제8호) 제5조는 “지방에 좌(左)의 시와 도를 둔다. 서울시, 경기도, 충청북도, 충청남도, 전라북도, 전라남도, 제주도, 경상북도, 경상남도, 황해도, 평안남도, 평안북도, 강원도, 함경남북, 함경북도. 시·도의 위치와 관할구역은 대통령령으로써 정한다.”고 규정하고, 제12조는 “시에 구, 도에 부, 군, 도를 둔다. 구, 부, 군, 도의 명칭, 위치와 관할구역은 대통령령으로써 정한다.”고 규정하였는데, 그 기준시점에 관하여 ‘지방행정기관의 명칭·위치 및 관할구역에 관한 건’(1948. 11. 18. 제정 대통령령 제34호)은 “시도의 위치, 관할구역과 구, 부, 군, 도, 경찰서, 소방서의 명칭·위치 및 관할구역은 단기 4281년 8월 15일 현재에 의한다.”고 규정하고, 부칙은 “본령은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있다. 이에 의하면 1948. 8. 15. 당시의 관할구역 경계가 지방자치단체의 구역을 정하는 기준이 된다(헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집

따라서 현행 지방자치법 제4조 제1항에서 규정하는 ‘중전과 같이’라는 것은 결국 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다는 것인데, 이는 대한민국 법률이 제정되기 이전부터 지방자치단체의 관할구역 경계에 대하여 법적 효력을 부여하는 것이다. 이러한 지방자치단체의 관할구역 경계는 각 법령이 관할구역을 정하는 기준으로 삼고 있는 법률 또는 대통령령에 의하여 달리 정하여지지 않은 이상 현재까지 유지되고 있음이 원칙이다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2; 헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1 참조).

## (2) 공유수면의 해상경계

(가) 문제는 현행법상 공유수면에 대한 지방자치단체의 해상경계를 규율하는 법령이 없다는 점이다. 즉 헌법재판소에 따르면, 육지와 달리 바다에 관하여는 그것이 토지처럼 번지 등에 의하여 특정된 바가 없고 어느 법령에서도 각 지방자치단체의 관할구역에 속하는 바다를 특정한 바도 없으므로, 공유수면에 대한 행정구역을 직접적으로 확정하는 법률상의 경계는 존재하지 않는다는 것이다.

그러나 재판소는 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없다는 입장을 취하여(헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집 21-2상, 116, 118 참조), 공유수면에 대한 행정구역경계가 불문법상으로 존재하는지 여부를 추가적으로 검토하였다.

여기서 헌법재판소가 주목한 대상은 국가기본도상의 해상경계선이였다. 국가기본도(지형도)는 ‘공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률’ 제19조, 제20조(구 측량법 제21조, 제23조), 지도도식규칙(국토교통부령)에 따라 제작되는 것으로, ‘지형도 도식 적용규정’(2015. 7. 23. 국토지리정보원 고시 제2015-1530호) 제54조, 제55조에 의하면, 지형도상의 해상경계선은 국토지리정보원이 지형도상 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선으로서, 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 표시해 놓은 것이다.<sup>4)</sup>

21-2상, 116, 141).

4) ‘국가기본도 도식 적용규정’(2015. 7. 23. 국토지리정보원 고시 제2015-1530호)

공유수면의 해상경계에 관한 최초 선례인 2000헌라2 결정에서는, 지형도상 해상경계선이 “도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선”임에 착안하여 이 해상경계선의 유형을 구분하였고, ① 지형도상 섬의 소속을 표시하는 해상경계선은 그 자체로 법적 구속력을 인정한 반면, ② 지형도상 섬을 제외한 해역상의 해상경계선은 법적 구속력을 갖지 않는다고 하였다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 400, 433).

그 다음 헌법재판소는, 지형도상 섬을 제외한 해역상의 해상경계선 부분이 그 자체로는 법적 구속력이 없다 하더라도, 그것을 행정관습법으로 인정할 수 있다는 논증을 통해 섬을 제외한 해역상의 해상경계선 역시 법적 효력을 가질 수 있다고 보았다. 다시 말해, 재판소는 수산업법에 의한 어업 행정에서 지형도상 해상경계선을 이용한 행정관행,<sup>5)</sup> 공유수면관리법에 의한 공유수면 관리행정에서 지형도를 이용한 행정관행,<sup>6)</sup> 기타 개별법에서의 지형도를 이용한 행정관행<sup>7)</sup> 등을 근거로 지형도상의 해상경계선이 행정관

제54조(해상경계) ① 해상경계는 도서(섬) 간의 소속만 인지되도록 도서간 1cm 정도의 기호로 표시하고 기타 기호는 모두 삭제한다. 다만, 해상의 경계가 확실하거나 독도에 필요하다고 인정되는 경우에는 표시한다.

제55조(도서소속 표시방법) ① 도서 등의 소속을 표시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련시켜 표시할 수 있다.

② 도서 등의 소속을 표시하는 선은 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 표시할 수 있다.

- 5) 광역시장·도지사 또는 시장·군수 등의 지방자치단체 장이 수산업법 제41조 제2항에 의거한 허가어업이나 수산업법 제8조 제1항에 의거한 면허어업을 주는 경우, 국립지리원이 간행한 국가기본도상의 해상경계를 사용하여 구체적인 관할 공유수면을 명시하는 행정처분을 하여 왔다. 수산청(현, 해양수산부)에서는 국립지리원이 발행한 1/50,000 축척의 지도를 근거로 시·도 경계가 표시된 어장도를 1977년부터 해당기관에 공급하였다. 그리고 수산업법 제41조 제2항 및 제8조 제1항에 의하여 허가어업 내지 면허어업을 받은 어선이 국가기본도상 해상경계선을 넘어 다른 자치단체의 관할구역 해상에서 조업행위를 할 경우, 관할 행정기관은 국립지리원이 간행한 국가기본도상의 해상경계선을 사용하여 수산업법 제94조 제1항 제1호에 의거 행정형벌을 부과하거나 어업면허취소를 하는 등 어업단속을 하여 왔다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 434).
- 6) “시장·군수 등 지방자치단체의 장은 공유수면관리법 제4조 및 제5조에 의거 공유수면에 대한 지속적인 관리나 공유수면에 대한 점·사용허가를 하는 경우에 국립지리원이 간행한 국가기본도상의 해상경계를 지속적으로 사용하여 왔다.”(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 434)
- 7) “시장·군수 등의 지방자치단체의 장은 연안관리법, 항만법, 골재채취법 등의 개별

습법으로 인정된다고 하였고, 법원의 판례에 따를 때에도 지형도상 해상경계선이 해상의 행정구역을 구분하는 기준으로 인정되고 있다고 보았다.<sup>8)</sup> 그러므로 해상경계에 관한 법률규정이 존재하지 아니하지만 지형도상 해상경계선이 불문법상의 해상경계로 인정되므로, 공유수면인 해상에서의 경계는 지형도상의 해상경계선을 기준으로 확인되어야 한다고 실시하였다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 437).

이러한 논리 위에서, 헌법재판소는 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 존재하는지 등에 대해서 사실관계를 바탕으로 검토한 후, 여러 지형도 중 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 지형도상 해상경계선을 기준으로 충남도지사가 대상해역의 어업에 관한 행정관할권한을 행사하였고 이러한 관행이 상당히 오랜 기간 동안 존재하였으며,<sup>9)</sup> 이 행정관행에 대한 법적 확신이 존재한다고 판단함으로써, 위 지형도의 해상경계선이 해당 권한쟁의심판사건에서 해상경계의 기준이 된다고 평가하였다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 438-442).

---

법에 의한 관할권한을 행사함에 있어서도 국립지리원이 간행한 국가기본도상의 해상경계를 사용하여 왔다고 볼 수 있다.”(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 434-435)

- 8) “현행 지방자치법과 구 지방자치법에 의하면, ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고…’라고 규정하고 있는데, 여기서 구역이라고 함은 육지 뿐만 아니라 그 구역 내의 하천·호수·수면 등은 물론 그 지역에 접속하는 영해와 그 상공 및 지하도 포함된다고 볼 것이다”, “피고인이 조업한 십이동파도 북동쪽 2.7마일 해상은 연도와 어청도를 직선으로 연결한 선으로 보아 그 아래인 전라북도 쪽에 위치해 있으며, 국립지리원이 발간한 해상경계표시도에서도 위 해상은 전라북도와 충청남도의 해상경계표시선 아래에 위치해 있고, 위 십이동파도 인근에 전라북도가 어장형성을 위하여 어초를 설치하고 관리해온 사실 등을 인정할 수 있다.”(대법원 2002. 12. 24. 선고 2000도1048 판결)
- 9) “일제시대인 1916년에 제작된 국가기본도부터 1963년, 1968년, 1971년, 1974년, 1975년, 1977년, 1987년 등에 편집, 간행된 국가기본도들을 살펴볼 때, 이 사건 해역이 속해 있는 이 사건 아산만해역에 표시된 국가기본도상의 해상경계선은 일제시대부터 현재까지 큰 변동이 없었다. ‘아산’에 대한 그동안 간행된 국가기본도들의 해상경계를 살펴보면, 일제시대부터 1974년까지 편집된 국가기본도에는 이 사건 아산만해역에 대한 경계선이 단락별로 부분적으로 표시되어 있었다. 그러나 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000국가기본도상에는 이 사건 아산만 해역에 대한 경계가 연결된 선으로 표시되어 있었다. 그런데 1985년에 편집 간행된 국가기본도부터는 이 사건 아산만 해역에 대한 경계선이 다시금 부분적으로만 표시되고 있다.”(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2상, 404, 437-438)

정리하자면, 헌법재판소는 지형도상 해상경계선이 일부는 그 자체로 법적 효력이 있고, 일부는 관련법령 및 범실무상 해상경계에 관한 관습법으로 인정된다는 전제 하에서, 개별 지형도 중 실제로 행정관행으로 이용된 것을 확인하여 그 지형도의 해상경계선을 행정관습법으로 인정하였다.

그런데, 공유수면의 해상경계에 관한 최초의 선례인 2000헌라2 결정은, 국가기본도상 해상경계선이 지방자치단체 구역의 해상경계라는 내용의 행정관습법이 일반적으로 확립되어 있다는 취지인지, 개별 사건에서 그러한 행정관습의 존재가 확인되어야 비로소 관습법으로 성립될 수 있다는 것인지 그 취지가 다소 모호한 점, 국가기본도상 해상경계선이 불연속적인 해역에 있어서 해상경계는 어떤 식으로 획정해야 하는지 등에 관하여 여러 의문들을 수반하였으며, 이는 후속 결정의 몫으로 남겨졌다.

(나) 헌법재판소는 공유수면의 해상경계에 관한 후속 사건인 2003헌라1 사건에서, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한을 여전히 인정하는 입장을 지지하면서도, 국가기본도상의 해상경계선을 토대로 행정관행이 이루어져 그에 따른 관습법이 성립되었다는 최초 선례의 논법과는 다소 다른 접근법을 취하여, 국가기본도상 해상경계선이 그 자체로 법적 효력을 가지는 것처럼 실시하였다. 즉 최초 선례(2000헌라2)가 국가기본도상 해상경계선에 대해서 일반적으로 관습법 성립 가능성을 인정하면서, 제작연도별로 존재하는 여러 국가기본도 중 실제로 행정관행에 이용된 국가기본도를 가려내어 그 국가기본도상 해상경계선에 관습법적 효력을 인정하였음에 반해, 그 후속 사건(2003헌라1)에서는 국가기본도상 해상경계선이 그 자체로 지방자치단체의 해상경계로서 법적 효력을 가진다는 입장에서, 지방자치단체 경계획정의 기준시점이 되는 1948. 8. 15.에 가장 근접한 국가기본도의 해상경계선을 기준으로 하여 해상경계선을 획정하여야 한다고 하였다(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319, 334). 나아가 재판소는 위 후속 결정에서, 국가기본도상에 해상경계선이 명시적으로 표시되지 않은 경우 행정관습법이 존재한다면 이에 의하고, 행정관습법이 성립하지 아니한 경우에는 국가기본도에 표시된 해상경계선에서 합리적으로 추단할 수 있는 해상경계선에 의하여야 한다고 하였다. 여기서 “합리적으로 추단할 수 있는 해상경계선”이란 이미 그어져 있는 해상경계선들을 자연스럽게 연결하

여 해상경계선의 공백이 메워진 것을 가리킨다(헌재 2009. 7. 30. 2005헌라2, 판례집 21-2상, 116, 146; 헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9 등, 판례집 22-1하, 374, 408 등).

양 결정의 차이는, 해당 해역에 관하여 발행된 복수의 국가기본도가 존재할 때, 최초 선례(2000헌라2)는 그 중에서 어떤 국가기본도의 해상경계가 실제로 행정관행으로 이용된 것인지를 살펴 그것에 관습법적 효력을 인정한 반면, 2003헌라1 결정은 1948. 8. 15.에 가장 근접한 국가기본도의 해상경계선에 법적 효력을 인정한 점에 있다. (다만, 2003헌라1 결정은 1969년 발행된 국가기본도상의 해상경계선이 1948. 8. 15.과 시기적으로 가장 근접한 해상경계선으로서 1948. 8. 15. 당시의 해상경계선을 자연스럽게 연장한 선과 부합한다고 보면서도, 1973. 7. 1. 행정구역이 변경된 점에 주목하여 구역변경이 반영된 1974년 발행 국가기본도의 해상경계선을 기준으로 삼았다.) 여기서 2003헌라1 결정의 논리가 선례(2000헌라2)의 논리와 상이한 것인지 의문이 들기도 하나, 2003헌라1 결정이 선례 변경의 취지를 밝힌 바 없으며 오히려 선례 논리를 원용하고 있는 점, 재판소로서는 선례에서 이미 국가기본도상의 해상경계선이 여러 관련 법령과 판례상 해상경계에 관한 기준으로 널리 이용되고 있다는 논증을 마쳤기 때문에 후속 결정에서 이 논증을 반복할 필요가 없다고 판단했을 수도 있는 점 등을 고려하면, 후속 결정은 선례의 논리를 발전적으로 전개한 것으로 해석할 여지도 있다. 또한, 2003헌라1 결정은 국가기본도상 해상경계선이 없을 때 다른 관습법이 성립되어 있지 않는 한 국가기본도에 표시된 해상경계선에서 합리적으로 추단할 수 있는 해상경계선을 기준으로 해야 함을 기준으로 제시하여, 해상경계에 관한 분쟁에서 국가기본도상 표시가 가장 강력한 자료가 됨을 밝혔다.

헌법재판소는 금번 대상결정 이전까지 국가기본도상 해상경계선이 그 자체로 지방자치단체의 해상경계로서 법적 효력을 가진다고 보는 듯한 2003헌라1 결정의 입장을 공유수면의 해상경계 여러 후속 사건들에서 반복적으로 원용하였다(2005헌라2, 2005헌라9등).

(다) 한편, 헌법재판소는 또 다른 후속 결정에서, 복수의 국가기본도가 있을 때 어떤 국가기본도가 시기적으로 1945. 8. 15.에 가장 근접해 있는가라는 기준 뿐만 아니라, 합리적 추단에 의하여 단락으로 인한 공백이 보충

될 수 있는지 여부나 국가기본도상 해상경계선으로 표시된 기간의 장단 등의 측면도 아울러 참작해야 한다고 하였는데(헌재 2010. 6. 24. 2005헌라9 등), 동 결정에서는 1956년 및 1964년 각 발행된 국가기본도가 있었음에도 해상경계선의 단락이 심하여 경계선을 합리적 추단의 방식으로 연결하기가 어려워 경계선의 형태에 거의 단락이 없는 1977년 발행된 국가기본도를 기준으로 해상경계선을 확정하였다. 이는 헌법재판소가 해상경계선의 공백을 메우기 위한 방법론으로 제시한 이른바 “합리적 추단”이라는 방식의 실제 적용에 있어서 초래되는 문제점을 극복하기 위한 일종의 ‘이론적 조정(혹은 손질)’의 취지로 해석된다.

(라) 이상의 논의를 바탕으로 정리하자면, 공유수면의 해상경계 확정에 있어서 헌법재판소의 종래 입장은 국가기본도의 해상경계 표시를 기준으로 한다는 원칙을 공유하면서도, 다음과 같은 세부적인 면의 차이가 있었다고 할 수 있다.

1) 첫 번째는 최초 선례(2000헌라2)의 입장이다: 국가기본도상 섬의 소속을 표시하는 해상경계선은 그 자체로 법적 구속력을 갖는다. 국가기본도상 섬을 제외한 해역상의 해상경계선은 법적 구속력을 갖지 않지만 그것이 현행 법실무의 현황에 비추어 관습법적 효력을 가진다고 볼 수 있다. 이에 개별 국가기본도 중 실제로 행정관행에 이용된 국가기본도를 확인함으로써 행정관습으로 인정할 만한 국가기본도상 경계표시를 공유수면의 해상경계선으로 파악한다.

2) 두 번째는 그 후속 사건(2003헌라2)에서 헌법재판소가 취한 입장이다: 국가기본도상 해상경계선이 그 자체로 법적 효력을 갖는다는 전제에서, 우리나라 지방자치단체의 경계확정 기준시점인 1948. 8. 15. 당시의 해상경계를 확인하기 위해 위 시점에 가장 근접한 국가기본도의 해상경계를 기준으로 삼고, 국가기본도상 해상경계의 공백 부분은 별도의 관습법이 존재하지 않는 한 이미 성립된 해상경계선에서 합리적으로 추단할 수 있는 해상경계선을 기준으로 삼아 공유수면의 해상경계선을 확정한다.

3) 세 번째는 후속 사건 중 하나(2005헌라9등 결정)에서 재판소가 보여준 태도이다: 위 2)의 입장을 기본적으로 따르면서도, 여러 국가기본도 중 제반 사정에 비추어 해상경계로 삼기에 가장 적절한 국가기본도의 해상경

계를 기준으로 공유수면의 해상경계선을 획정한다.

### 3. 공유수면의 해상경계에 관한 헌법재판소의 새로운 입장

#### 가. 국가기본도상 해상경계선에 대한 이해

대상결정 이전에 헌법재판소가 지방자치단체의 해상경계선에 관하여 취했던 일반적인 입장은, (비록 2000헌라2 결정에서는 도서 인근 해역과 그 외 해역을 구분하긴 했지만) 국가기본도상 해상경계선이 그 자체로 지방자치단체의 해상경계로서 법적 효력을 가진다는 것이며, 국가기본도상 해상경계선이 명시적으로 표시되지 않은 경우에도 (별도의 행정관습법이 성립되어 있지 않는 한) 국가기본도에 표시된 해상경계선으로부터 합리적으로 추단할 수 있는 해상경계선에 의하여야 한다는 것이었다(2003헌라1, 2005헌라2, 2005헌라9등, 2009헌라5 등). 이는 결국 지방자치단체의 해상경계 획정에서 국가기본도의 해상경계선이 “여러모로” 가장 중요한 기준이 된다는 입장이라고 정리할 수 있다.

그런데 전술한 바와 같이, 국가기본도상 해상경계선은 국토지리정보원이 국가기본도상 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우 해당 행정구역과 관련하여 표시한 선으로서, 여러 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 인지될 수 있도록 표시해 놓은 것에 불과하다. 따라서 동일한 해역을 대상으로 상이한 시기별로 작성된 국가기본도의 각 해상경계선이 모두 상이한 모습으로 되어 있는 것은 이러한 까닭에서이다. 국가기본도상 해상경계선의 작법에 내재된 이 같은 임의성에도 불구하고 그에 대해서 법적 효력을 인정할 수 있는지 의문이 제기되어 왔고, 결국 헌법재판소는 대상결정을 통해 그간 국가기본도상 해상경계선에 부여되어 있던 법적 효력을 다음과 같은 설시로 부인하였다.

국가기본도상의 해상경계선은 그것이 왜 그와 같은 모습으로 그와 같은 위치에 그어지는지에 관하여 어떠한 필연적인 논리적 근거가 없는 상태에서, 단지 도서 간의 소속을 표시하고자 하는 목적으로 적당한 위치에 적절하다고 생각되는 형태로 그어진다는 것이다. 같은 해역을 대상으로 상이한 시기에 작성된 각 국가기본도상의 해상경계선이



작성된 시기별로 서로 다른 모습으로 그려져 있는 점 및 그 결과 동일한 해역을 대상으로 한 각 시기별 국가기본도상의 해상경계선 중 서로 완전히 일치하는 해상경계선을 찾아보기 힘든 점 등은 위와 같은 해상경계선 작성 방식으로부터 비롯된 것이다. 심지어 국가기본도의 제작을 담당하는 국토지리정보원조차도 이러한 해상경계선은 행정구역과 관련하여 섬의 소속을 인지하기 위한 것으로서, 실지측량 없이 적당한 곳에 표시한 것에 불과하다는 견해를 밝히고 있는 실정이다. 따라서 국가기본도상의 해상경계선에 어떠한 규범적 효력을 인정할 수는 없다.

실사 국가기본도상의 해상경계선이 현실에서 공유수면의 해상경계에 관한 일종의 사실상의 지침과 같은 역할을 하는 경우가 있다 하더라도, 이 해상경계선에 규범적 효력을 인정할 수 없다는 결론에는 변함이 없다. 이는, 국가기본도상의 해상경계선이 그 작성된 시기별로 서로 상이한 모습으로 그려져 있는데, 과연 이들 중에서 어느 국가기본도상의 해상경계선을 공유수면의 해상경계 기준으로 결정해야 하는지 불분명하고, 만약 앞서 본 구 지방자치법 등의 규정에 따라 1948. 8. 15.에 가장 근접한 시기에 제작된 국가기본도상의 해상경계선에 한하여 규범적 효력을 인정한다면, 어차피 모두 임의적 표기에 불과하다는 동일한 조건에도 불구하고 어떤 특정 시점의 임의적 표기가 다른 시기의 임의적 표기에 비해 더 우월한 효력이나 진리 가치를 가진다는 점이 입증되어야 하는데, 이를 입증하는 것은 위에서 본 국가기본도상 해상경계선의 작성 방식에 비추어 논리적으로 매우 어려운 일이기 때문이다(헌재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54, 70).

재판소는, ① 국가기본도의 해상경계선이 지방자치단체의 해상경계로서 법적 효력을 갖는다는 점, ② 여러 국가기본도가 발행되어 있을 때에는 1945. 8. 15.에 가장 근접한 기시에 발행된 것을 기준으로 삼아야 한다는 점에 관한 기존의 논리를 폐기하였고, ③ 국가기본도의 해상경계선이 몇몇 현실의 영역에서 해상경계에 관한 사실상의 기준으로 고려된다 해도 그것만으로는 규범적 효력을 인정할 수 없음을 명시하였다. 후술하는 내용을

미리 당겨 말하자면, 재판소는 공유수면의 해상경계에 관한 관습법이 존재할 수 있음을 여전히 인정하되, 국가기본도의 해상경계선이 그 자체로 법적 효력을 가진다는 논리를 부인하는 것일 뿐이므로, 여러 사정에 비추어 특정한 국가기본도의 해상경계선이 관습법적 효력을 가지는 경우가 생길 여지를 부인하지 않는다. 따라서 위 판시에서 말하는 “일종의 사실상의 지침과 같은 역할을 하는 경우가 있다 하더라도”의 의미는, 관습법적 효력이 인정되는 수준에 이르지 못한 채 말 그대로 ‘사실상’ 고려되는 경우를 가리킨다고 풀이된다.

법논리적 측면 외에, 헌법재판소가 이처럼 선례변경을 감행한 또 하나의 이유로 법현실적 측면을 생각해 볼 수 있다. 국립지리원(현 국토지리정보원)은 1985. 10. 25. 지형도상 해상경계 표시는 섬의 소속을 해독하기 위한 기호에 불과할 뿐 행정구역경계의 기준이 될 수 없다는 이유로, 섬 간의 소속 해독에 필요한 최소한만을 남겨 두고 기타 해상경계 기호를 모두 삭제하였다(국립지리원고시 제44호). 이에 최근 발행되는 국가기본도의 해상경계는 도서(섬) 간의 소속만 인지되도록 도서간 1cm 정도의 기호로 표시하되, 기타 기호는 모두 삭제된 상태이다(국가기본도 도식 적용규정 제55조). 따라서 해방이후 행정구역의 변경이 없는 경우라면 몰라도, 대상결정의 쟁송해역과 같이 최근 행정구역이 변경된 해역에 있어서는 헌법재판소가 국가기본도상 해상경계선에 법적 효력을 인정하려 해도, 최근 국가기본도에는 해상경계 표시가 최소한으로만 되어 있어서, 더 이상 해상경계의 단락을 메우는 기법인 “합리적 추단”이 힘들게 된 것이다. 이 같은 현실적 어려움은 앞으로 시간이 갈수록 더욱 증대됨이 명약관화한 상태이다.

#### 나. 형평의 원칙에 따른 경계확정 원리

재판소는 대상결정에서 국가기본도상 해상경계선에 법적 효력을 인정한 종래의 입장을 변경함을 밝힌 후, 쟁송해역에서 관습법상 해상경계가 성립해 있는지 여부를 검토하였으나 마땅한 성과가 없었다.

그러나 대상결정은, 해상경계의 기준에 관한 성문법상, 불문법상 근거가 없다 하더라도, “지방자치단체의 본질에 비추어 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것은 상정할 수 없다”는 전제 위에서, 분쟁

의 해결을 위해서는 재판소가 해상경계를 확인하는 과제를 이행할 수밖에 없음을 선언하였다. “헌법재판소로서는 그 지리상의 자연적 조건, 관련 법령의 현황, 연혁적인 상황, 행정권한 행사 내용, 사무 처리의 실상, 주민의 사회·경제적 편익 등을 종합하여 형평의 원칙에 따라 합리적이고 공평하게 이 사건 쟁송해역에서의 해상경계선을 확정할 수밖에 없다.”

전술한 선례변경 대목과 더불어, 대상결정이 가지는 두 번째 함의는 실정법상 및 불문법상 해상경계선이 모두 존재하지 않을 때의 해법으로 “형평의 원칙에 따른 해상경계선 확정 원리”를 제시하였다는 점에 있다. 대상결정에서 헌법재판소는, 형평의 원칙에 따른 해상경계선 확정 원리로, 몇 가지 요소를 언급하였다. 첫째, 기본이 되는 원칙으로 등거리 중간선 원칙을 제시하였다. “각 지방자치단체가 상호간 대등한 지위에 있다는 점 및 해상경계선이 어느 지방자치단체 일방에게만 유리하게 그어져서는 안 된다는 점을 기본적인 전제로 인정한다면, 공유수면의 해상경계선은 원론적인 차원에서 볼 때 각 지방자치단체로부터 비슷한 거리만큼 떨어진 중간 지점에 위치한다고 봄이 상당하다. 이는 결국 각 지방자치단체의 해안선의 가장 가까운 점으로부터 같은 거리에 있는 점들의 연결선, 즉 등거리 중간선의 모습으로 드러나게 될 것이다. 이러한 등거리 중간선의 원칙은 양 지방자치단체의 이익을 동등하게 다루고자 하는 규범적 관념에 기초하며, 현재 국제적 해상경계분쟁에서도 유력한 기준으로 고려되고 있는 점에서 보편적으로 수용될 수 있는 합당성을 가진다고 보이므로, 공유수면의 해상경계를 확정함에 있어 마땅히 고려되어야 할 기본적인 요소임이 분명하다.”

둘째, 쟁송해역의 지리적 조건을 고려해야 한다고 보았다. 대상결정에서는 특히 천수만 내에 위치한 도서의 존재를 지적하면서, 수다한 섬들 중에서 면적과 인구수, 가구수, 주민들의 거주 현황, 실생활에서 섬이 이용되어 온 양상 등을 종합적으로 고려하여 안면도, 죽도(본섬), 황도를 고려해야 한다고 판단하였다.

셋째, 행정구역의 변경사항을 반영해야 한다고 하였다. 이 사건에서 천수만 내 청구인과 피청구인 사이의 해역 가운데 위치한 죽도 및 그 인근의 섬들은 원래 ‘충청남도 서산군 안면읍 죽도리’로 편제되어 있다가, 1989. 1. 1. 이 사건 대통령령 제7조 제5항, 제6항에 의하여 ‘충청남도 홍성군 서부

면 죽도리'로 변경되었으므로, 이 사건에서 청구인과 피청구인 사이의 해상 경계선을 확정하기 위해서는 위와 같은 내용으로 대통령령이 제정된 점이 고려될 필요가 있다는 것이다.

넷째, 쟁송해역에 대한 행정권한의 행사 연혁이나 사무 처리의 실상, 주민들의 편익도 함께 살펴보아야 한다고 하였다.

이상의 사정들을 종합하여, 대상결정은 쟁송해역의 해상경계선은 청구인과 피청구인의 육상지역, 죽도, 안면도, 황도의 해안선을 고려하여 등거리 중간선 원칙에 따라 획정함이 타당하다고 결론지었다.

한편, 여기서 고려되는 해안선은 현행법상 해안선인 약최고고조면을 기준으로 한 것이고,<sup>10)</sup> 등거리 중간선이라 함은 “각 지방자치단체의 해안선의 가장 가까운 점으로부터 같은 거리에 있는 점들의 연결선”을 의미한다. 국가 간의 해상경계 획정에서는 영해기선(통상기선과 직선기선)이 기준으로 논의되나,<sup>11)</sup> 헌법재판소는 영해기선 개념이 지방자치단체 간의 해상경계에 적용하기에는 부적절하다고 본 듯하다. 그리고 등거리 중간선은 국립해양조사원에서 활용하고 있는 프로그램을 이용하여 도출하였다. 컴퓨터를 이용하여 등거리 중간선을 확정한다 해도 프로그램에 따라 상이한 결과가 나올 수도 있는바,<sup>12)</sup> 현재 국립해양조사원은 전세계적으로 연안국들이 가장 널리 사용하는 S/W라 할 수 있는 ‘Caris Lots’(캐나다 Caris사에서 개발한 경계획선 및 분석 전문 S/W)를 이용하고 있다.<sup>13)</sup>

10) 등거리 중간선 원칙의 적용기준이 되는 해안선은 법률상의 해안선을 말한다. 현행법상 해안선은 해수면에 약최고고조면(일정 기간 조석을 관측하여 분석한 결과 가장 높은 해수면)에 이르렀을 때의 육지와 해수면과의 경계로 표시한다[공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(구 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률) 제6조].

11) 통상기선은 연안국이 공인하는 대륙적 해도의 저조선이고(유엔해양법협약 제5조), 직선기선은 섬이 산재해 있는 지역 등 지리적 특수성이 있는 경우 적당한 외측점들을 직선으로 연결하는 기준선이다(유엔해양법협약 제7조).

12) 지방자치단체 간의 해상경계 획정에 있어서 국립해양조사원에서 인정하는 프로그램을 사용해야 한다는 주장으로, 최윤수, 김재명, 김현수, 박병문, “우리나라 해상경계 획정기준에 관한 기초 연구,” 한국공간정보학회지 제20권 제2호, 2012. 4., 54쪽.

13) 심판기록 중 국립해양조사원의 해상경계 획선 촉탁 회신.

## 다. 대상결정에 대한 평가

### (1) 새로운 해상경계획정 논리

지방자치단체의 해상경계 획정 문제에서 헌법재판소가 종래 취했던 방식은 세부적인 면에서 개별 결정별로 논리적 차이를 보이는 것도 사실이나, 크게 보면 국가기본도상의 해상경계선에 직간접적으로 법적 효력을 인정한다는 점에서 다르지 않은 입장으로 볼 수 있다. 그러나 대상결정은 국가기본도상 해상경계선이 그 자체로 법적 효력을 갖는다는 종전 재판소 입장의 근본전제의 타당성에 관하여 비판적인 의문을 제기하였다.<sup>14)</sup> 국가기본도상 해상경계 표시의 효용은 국가기본도의 제작목적에 비추어 도서의 소속을 확인하는 용도에 불과한 것일 뿐 법령상 공백으로 남아 있는 지방자치단체의 해상경계를 획정하는 수단으로 보기 어렵기 때문이다. 국가기본도를 발행하는 국토지리정보원조차도 이러한 해상경계선은 행정구역과 관련하여 섬의 소속을 인지하기 위한 것으로서 실지측량 없이 적당한 곳에 표시한 것에 불과하다는 견해를 밝히고 있으며, 자신들의 뜻과 달리 자신들의 임의적 표기에 불과한 국가기본도상 해상경계 표시가 지방자치단체의 해상경계선으로 인정되지 않도록 하기 위해 최근 발행하는 국가기본도에는 해상경계를 최소한으로만 표기함으로써 그 나름의 소극적인 의사표시(!)를 하고 있는 중이다.

이에 헌법재판소는 대상결정에서 국가기본도상 해상경계를 근거로 지방자치단체의 해상경계선을 획정하는 기존 방식을 폐기하고, 종전 논리를 대체할 수 있는 새로운 논리를 제시하고자 한 것이었다. 앞서 언급한대로, 대상결정 역시 국가기본도의 해상경계가 실제로 오랜 기간에 걸쳐 지방자치단체의 해상경계선으로 이용된 행정관행이 있다면, 그것이 행정관습법상 해상경계선이 될 수 있다는 논리를 거부하지 않는다. 이는 특정 국가기본도의 해상경계 표시에 관한 구체적인 행정관행의 존부를 검토하는 2000헌라2 결정의 주된 논증방식이 대상결정의 입장에서도 여전히 통용될 수 있음을 의미한다. 다만, 2000헌라2 결정은 국가기본도상 섬의 소속을 표시하

14) 국가기본도상 해상경계를 지방자치단체의 해상경계 기준으로 삼는 논리의 한계에 관해서는, 이훈원, 최명순, 김진, “해상 행정경계획정 기준에 관한 연구,” 『한국지적학회지』 제29권 제1호(2013. 6), 196쪽.

는 해상경계선은 그 자체로 법적 구속력을 갖는다고 보지만, 대상결정은 이조차도 부인하는 상황이다.

쟁송해역에 있어서 불문법상 해상경계가 존재하지 않는다면, 이제 판건은 형평의 원칙에 따른 경계획정의 문제로 넘어간다. 해상경계를 정하는 방식에는, 육상의 경계를 해상으로 연장하는 육상경계연장주의, 육상경계선과 해안선의 교점에서 바다를 향해 해안선에 수직으로 선을 긋는 수직선주의, 일정한 지점으로부터 일정한 방향 혹은 일정한 지점을 직선으로 바라본 선에 따른 기준인 전망선주의, 해저의 형상에 따라 해상경계를 정하는 탈베그(Thalweg) 주의, 한쪽 해안선을 일정한 폭으로 평행 이동한 것을 기준으로 하는 평행선 주의, 양 해안선의 수개의 점을 한 개씩 골라 직선으로 연결하고 그 중점을 차례로 연결하여 도출하는 절선을 기준으로 하는 중점연결주의, 양 해안선에서 등거리가 되는 지점을 연결한 선을 기준으로 하는 등거리선주의 등이 거론되고 있다.<sup>15)</sup> 각각의 원칙들은 모두 그 나름의 장단점을 가질 수 있는데, 헌법재판소는 전술한 바와 같이 대상결정에서 형평의 원칙에 따른 경계획정 문제를 해결함에 있어서 등거리 중간선 원칙을 기본으로 하면서도, 동 원칙이 적용되기 위한 제반 조건(해안선의 의미 등)을 규명하고, 쟁송해역의 지리적 조건, 행정구역의 변경, 행정권한의 행사 연혁이나 사무 처리의 실상, 주민들의 편익 등을 고려사항으로 언급하였다. 이는 등거리 중간선 원칙을 기본으로 하면서도, 구체적 타당성을 위해 제반 사정들을 종합적으로 살펴봐야 한다는 취지일 것이다.

## (2) 검토

### (가) 형평의 원리에 따른 경계획정의 난점

헌법재판소는, 불문법상 해상경계선도 확인되지 않을 때에도, 지방자치단체의 관할구역에 경계가 없는 부분이 있다는 것을 상정할 수 없다는 이유에서 형평의 원리에 따라 해상경계선을 획정해야 한다고 실시하였다. 수산업법상 어업행정 실무(어업면허 등)나 대법원 관례상 지방자치단체의 해상

15) 각 원리에 관한 자세한 내용 및 일본에서 적용된 개별 사례에 관한 설명은 加藤 榮一, 『地方公共団体の區域』, 『現代行政法大系八卷(地方自治)』(有斐閣, 1984), 62頁 이하.

경계가 존재함이 확고하게 인정되고 있으므로 헌법재판소로서는 반대의견과 같이 지방자치단체의 해상경계는 존재하지 않는다는 입장을 취하기는 힘들었을 것이다. 종래와 같은 국가기본도상 해상경계를 그 기준으로 삼는 것도 논리적 모순과 실무적 난점 등으로 더 이상 유지하기 힘들게 되었으므로, 결국 재판소로서는 새로운 법리가 필요하였고 이에 “형평의 원리”라는 최후의 관념에 의지하게 되었을 것으로 추측된다.

그러나 형평의 원리에 따른 경계획정은, 국가기본도에 기초한 경계획정에 비해 구체적 타당성을 높일 수 있다는 장점이 있는 반면, 추상적이고 모호하며, 헌법재판소의 결정이 있기 전에는 누구도 그 구체적인 형상을 알기 힘들다는 약점이 있다.

우선, 우리나라 해안선에는 수다한 섬들이 존재하는데, 대상결정은 이들 섬들 중 해상경계 획정에서 고려할 것들과 그렇지 않은 것들을 구분하고 있다. 면적, 인구, 이용양상, 주민 생활에서의 비중 등에 비추어 중요한 섬들만 해상경계선 획정에서 고려한다는 것이다. 그런데 지방자치단체의 행정구역은 객관적인 성격을 갖는 반면, 이상에서 살펴 본 대상결정의 논리는 해상경계가 중국적으로 가변적이며 상황의존적인 것임을 암시한다. 비록 현재는 인구가 많은 큰 섬이라 해도, 향도(向都)의 흐름 속에서 어촌의 상황이 기존의 모습대로 유지된다고 보기는 어려우므로, 장래 어느 시점에 주민이 없는 무인도가 되어 주민 생활에서 이용되는 비중이 낮아진다면 그 섬은 해상경계 획정에서 고려되지 않을 수 있고, 이 때 해상경계선은 변경될 수 있다. 반대로, 과거 해상경계 획정에서 고려되지 않았던 섬이 장래에는 여러 사정에 따라 해상경계 획정에서 고려될 수도 있다. 그리고 이는 지방자치단체의 정책을 통해 인위적인 방식으로 초래될 수 있는 현상이기도 하다. 지방자치단체의 경계가 이와 같은 논리에 따라 다소 유동적인 것으로 이해된다면, 법적 안전성에 해로울 수 있다.<sup>16)</sup>

대상결정은 해안선의 의미를 현행법 규정에 따라 약최고고조면을 기준으로 한 것으로 파악하는데, 이는 조수간만의 차이가 크고 간조 시에 드러나는 지역이 육지 못지않게 혹은 사실상 육지와 같을 정도로 중요한 의미

16) 대상결정에서 재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대의견은 이러한 취지를 지적하고 있다.

를 가지는 지역처럼 약최고고조면과 다른 의미의 해안선을 고려할 필요가 있는 사건에서 타당한 결론에 이르지 못할 수 있다. 약최고고조면을 기준으로 한 해안선이 법률로 규정되어 통용되는 상황에서는 만약 헌법재판소가 다른 의미의 해안선이 더 큰 구체적 타당성을 가진다고 판단하더라도 이 새로운 해안선을 새로이 확인하기에 어려움이 크다. 가령, 재판소 입장에서 저조선을 기준으로 함이 더 타당하다는 판단이 든다면, 저조선을 기준으로 한 해안선의 모습을 새로이 도출해야 하는데, 이는 그 작업에 소요되는 시간이나 비용을 감안할 때 현실적으로 매우 힘든, 혹은 사실상 불가능한 일에 가깝다. 이 같은 조건은 현실적인 이유로 인해 대상결정의 논리가 구체적인 타당성의 요청에 반응하지 못할 수 있는 가능성을 시사한다.

나아가, 여러 합리적인 요소들을 모두 고려하여 등거리 중간선 원칙을 적용한다고 하더라도 그에 따라 도출된 해상경계선이 타당한 것인지는 여전히 불분명하다. 대상결정은 이처럼 도출된 해상경계선이 현실적으로 타당성을 가질 수 있도록 하는 조정의 가능성을 인정할 필요가 있다고 생각된다. 또한, 형평의 원리에 따른 경계선 획정에서 고려될 수 있는 요소들은 사안별로 다양하고 상이할 수밖에 없는데,<sup>17)</sup> 어떤 요소들을 고려에 넣을 것인지 여부는 객관적이기 힘든 일이어서 그 시기에 임명되어 있는 재판부(혹은 재판관)마다 상이할 수 있다. 이는 지방자치단체의 해상경계가 재판 당시의 그때그때의 상황, 특히 재판부의 성향과 같은 주관적 요소에 의해 영향을 받을 수 있음을 의미한다.

#### (나) 다른 법실무와의 관계

수산업법 어업행정에 있어서 예컨대 허가어업 중 연안어업은<sup>18)</sup> 허가권자가 시·도지사이나 실제로는 시장·군수 또는 자치구의 구청장에게 위임되어 있고(수산업법 제93조 제1항, 같은 법 시행령 제84조 제2항), 그 조업구

17) 대상결정에서 언급된 요소는 아니지만, 학자에 따라서는 각 지방자치단체의 해안선의 길이, 산업시설의 밀집도, 거주인구 등도 고려해야 한다는 입장도 있다. 최윤수, 김재명, 김현수, 박병문, 앞의 논문, 54쪽.

18) 연안어업이란 무동력어선, 총톤수 10톤 미만의 동력어선을 사용하는 어업으로서 근해어업 및 구획어업, 육상해수양식어업, 종묘생산어업 이외의 어업을 말한다(수산업법 제41조 제1항).



역은 해당 지방자치단체의 관할수역에 한정된다. 그리고 근해어업 중에도 조업구역이 제한되어 있는 것이 있고, 이 중에는 지방자치단체의 해상경계에 따라 조업구역을 규정한 것도 있다.<sup>19)</sup> 이러한 제한을 위반하면 수산업법위반으로 형사 처벌의 대상이 된다(예컨대 연안어업의 경우, 수산업법 제97조 제1항 제2호, 제41조 제2항 등).

대상결정의 논리에 선다면, 위와 같이 허가어업 중 조업구역이 정해진 어업의 경우 행정관습법이 성립되어 있지 않다면 형평의 원리에 따른 해상경계선에 따라 조업구역이 결정되는데, 연안어업을 영위하는 어민들의 입장에서 보면 조업구역이 매우 불확실하여 자칫 수산업법 위반 혐의로 기소될 위험성도 안게 된다.

법원은 조업구역을 벗어난 어업행위에 대해서 유죄판결을 선고해 왔는데, 최근 판결들에서도 헌법재판소의 종전 법리를 원용함으로써 재판소의 기존 입장에 따라 국토지리정보원이 발행한 국가기본도상의 해상경계를 기준으로 가별성 여부를 판단해 왔다.<sup>20)</sup> 먼저 제기되는 의문으로, 국가기본도

19) 근해어업 중 지방자치단체의 해상경계에 따라 조업구역을 규정한 것으로는, 예컨대 서남해구외끝이중형저인망어업(경상북도와 울산광역시 경계와 해안선의 교점에서 방위각 107도의 연장선 이남과 이서의 해역), 동해구중형트롤어업(경상북도와 울산광역시 경계와 해안선의 교점에서 방위각 107도의 연장선 이북의 해역) 등이 있다(수산업법 시행령 [별표 3] 참조).

20) “원심은, 수산업법 시행령 제40조 제1항 관련 [별표 3]에 정한 경상북도와 울산광역시 경계와 해안선의 교점에서 방위각 107도의 연장선 이남에서 경상남도과 전라남도의 도 경계선 사이의 해역(이하 ‘이 사건 허가 조업구역’이라고 한다)의 기준이 되는 ‘경상남도과 전라남도의 도 경계선’은 지방자치법 제4조 제1항에 따른 ‘경상남도과 전라남도의 해상경계선’을 의미하고, 이는 1948. 8. 15.을 기준으로 한 해상경계선의 존재와 형태를 확인하는 사실인정의 문제로서 1973년 국토지리정보원 국가기본도상의 해상경계선이 1948. 8. 15. 당시 경상남도과 전라남도의 해상경계선을 확인하는 기준이 되는데, 피고인들은 직접 또는 그 사용인이 1973년 국토지리정보원 국가기본도에 표시된 위 해상경계선을 넘어가 조업을 한 사실이 인정된다는 이유를 들어 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단하였다. (중략) 관련 법리에 비추어 기록을 살펴보아도 원심이 최형법정주의 원칙을 위반하거나 수산업법 시행령에 정한 해상경계선의 결정에 관한 법리를 오해하여 잘못 판단하였다고 볼 수 없다.”(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013도14254 판결)

“지방자치법 제4조 제1항 은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정함에 있어서 ‘종전’에 의하도록 하고 있고, 지방자치법 제4조 제1항 등의 개정 연혁에 비추어 보면 그 ‘종전’이라는 기준은 최초로 제정된 법률조항까지 순차 거슬러 올라가게 되므로, 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다고 할 수 있으며, 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 역시 위와 같은

상 해상경계의 법적 효력에 관한 헌법재판소의 견해가 변경되었으므로 이제 법원의 입장과 충돌되는 것인지 문제된다. 만약 법원이 기존 입장을 고수한다면 지방자치단체의 해상경계에 관한 판단에 있어서 헌법재판소의 입장과 충돌하는 결과가 생긴다. 즉, 국가기본도에 입각한 해상경계와 대상결정의 논리에 입각한 해상경계가 동시에 존재할 가능성도 배제할 수 없다. 반면, 법원이 헌법재판소의 변경된 입장에 따라 지방자치단체의 해상경계를 인정한다면, 법원은 개별 해역의 해상경계에 관하여 형평의 원리에 따라 등거리 중간선 원칙, 동 원칙이 적용되기 위한 제반 조건(해안선의 의미 등), 쟁송해역의 지리적 조건, 행정구역의 변경, 행정권한의 행사 연혁이나 사무 처리의 실상, 주민들의 편익 등을 고려하여 해상경계를 확정하는 경우도 발생하는데, 이러한 작업은 그 성격상 개별 재판부가 담당하기에 적절하지 않기도 하거니와 개별 사건마다 국립해양조사원의 등거리 중간선 획선 작업이 요구된다는 점에서 더욱 더 그러하다.

개별 재판부가 이러한 작업에 기초하여 면밀한 판단을 한다 하더라도, 여전히 추가적인 의문들이 제기될 수 있다. 전술한 수산업법위반 사건은 피고인의 어업행위가 조업구역을 벗어나 이루어진 것인지가 관건인데, 헌법재판소의 기존 입장에 따르면 조업구역 위반 여부는 비성문법인 관습법의 내용에 달려있다. 성문법이 아니라 관습법의 내용에 따라 형사처벌 여부가 결정되는 것은 죄형법정주의 원리에 위반될 여지가 있다. 물론, 이 형사사건에서 재판에 직접 적용되는 법률은 수산업법 제97조 이하의 처벌규정이므로, 해상경계에 관한 관습법은 형사재판에서 보충적인 역할에 그친다. 형법학에서는 이러한 사례를 “보충적 관습법”(ergänzendes Gewohnheitsrecht)

---

기준에 따라 1948. 8. 15. 당시 존재하던 경계가 먼저 확인되어야 할 것인데, 이는 결국 당시 해상경계선의 존재와 형태를 확인하는 사실인정의 문제라고 할 수 있다(헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2009헌라5 전원재판부 결정 등 참조). 원심은, 그 판시와 같은 이유에서 국토지리정보원이 발행한 국가기본도(국가기본도) 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 1973년 국가기본도상의 해상경계선이 이 사건 허가조업구역의 경계선인 ‘경상남도과 전라남도의 도 경계선(해상경계선)’이 되고 피고인들은 직접 또는 그 사용인이 모두 위 해양경계선을 넘어가 조업을 하였으므로 이 사건 공소사실이 모두 유죄로 인정된다고 판단하였다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 죄형법정주의 위반, 수산업법령상 조업구역 획정 및 도계선의 결정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013도14334 판결)

사안으로 명명하여 법리적으로 문제되지 않는다고 보는 편이다. 즉 죄형법정주의의 관습형법 금지 원칙은 관습법이 새로운 구성요건을 창설한다거나 형벌을 가중하는 사유가 될 수 없다는 의미에서 그 ‘직접적’ 법원성(法源性)을 부정하는 취지일 뿐, 관습법이 형법해석에서 보충적 기능을 수행하는 ‘간접적’ 법원성까지 부정하는 것은 아니라는 것이다.<sup>21)</sup> 이 같은 형법학의 논의는 그러나 관습법의 내용으로 인해 처벌여부가 결정되는 측면에 주안점을 둘 때 헌법 이론적으로는 다르게 접근할 여지도 생긴다. 비록 국가기본도상 해상경계가 그 나름대로 명확하고 또한 공개되어 있다 해도, 복수의 국가기본도상 해상경계 중 어떤 국가기본도를 기준으로 할 것인가는 사법기관의 판단이 있기 전에는 여전히 불분명하다. 나아가 대상결정과 같이 해상경계를 형평의 원리에 따라 확정한다면, 형사재판에서 국가기본도상 해상경계가 적용되는 경우에 비해 당사자에게 더 가혹한 상황이 초래될 수 있다. 국가기본도상 해상경계가 적용된다면 설령 복수의 국가기본도가 존재한다 해도 당사자로서는 그 중 하나의 국가기본도가 기준이 될 수 있다는 점을 인식할 수 있지만, 형평의 원리에 따른 해상경계가 적용된다면 당사자로서는 해상경계의 형체에 관하여 짐작으로 일관할 수밖에 없다. 어떤 개인의 입장에서서는 그만큼 처벌 위험성이 더 커진다.

#### 4. 결정의 의의

이상에서 지방자치단체의 해상경계 획정 문제를 둘러싼 헌법재판소의 종래 입장과 대상결정의 태도를 살펴보았다. 대상결정은 국가기본도상 해상경계에 법적 효력을 인정하는 종래 법리를 극복하고, 형평의 원리에 입각한 새로운 논리를 제시하였다는 점에서 의의를 가지며, 특히 국가기본도상 해상경계의 작법(作法)에 내재된 해상경계 형상의 임의성을 지적함으로써 종래 결정에 대한 반성과 성찰, 더 낫은 법리를 모색하기 위한 비판적

---

21) 가령, Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2(Aalen: Scientia, 1971), S. 41; Hanz Welzel, *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*(Berlin: de Gruyter, 1967), S. 21. 일본에서도 다수견해가 이 견해를 따르고 있다. 大塚 仁 외 2인, 『大コメンタル刑法』第1卷(靑林書院, 1991), 32頁. 우리나라의 경우에도, 예컨대 이재상, 『형법총론』(박영사, 2011), 16쪽.

문제의식을 보여주었다. 그러나 이상에서 본 대로, 대상결정의 논리에도 여러 문제점을 제기할 수 있는바, 특히 대상결정은 국가기본도상 해상경계에 불가피하게 수반되는 임의성을 배제하고 국가질서의 객관성을 강화하려는 기획 하에 지방자치단체의 해상경계를 보다 견고한 법리적 기반 위로 올려 사유하고자 하였으나, 형평의 원리라는 모호한 기준의 적용과정에서 애초의 임의성이 또 다른 임의성으로 대체된 것에 불과하다는 역비판에 직면할 수도 있다.

지방자치단체의 해상경계 문제는 입법론적으로 해결하는 것이 가장 적절할 것으로 보이나 이는 적지 않은 시간이 소요될 것이다. 그에 반해, 오늘날은 어업 분쟁이 갈수록 증대되고 있어서 해상경계에 관한 분쟁도 아울러 증가할 것으로 예상되는 상황이므로, 대상결정의 논리는 향후 유사한 분쟁에서 상당한 역할을 할 것으로 보인다.<sup>22)</sup> 대상결정 이후 해상경계 분쟁에 관한 지방자치단체들의 관심이 커졌고,<sup>23)</sup> 현재도 어장 문제로 인해 경상남도와 전라남도 간의 해상경계 분쟁이 헌법재판소에 계속 중이다. 앞으로 있을 여러 후속 결정 속에서 그러한 문제의식이 어떻게 구체화되고 발전되어 갈 것인지 주목된다.

---

22) 정혜영, 앞의 논문, 213쪽.

23) “현재 ‘해상경계 다툼’ 새 기준 제시... 타 지역 파장 ‘관심,’” 연합뉴스 2015. 7. 30. 입력기사 참조.

## 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등

- 선거운동기간 중 인터넷언론사의 실명확인 사건 -

(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734, 2013헌바338(병합), 판례집 27-2상, 308)

이 동 육\*

### 【판시사항】

1. 인터넷언론사가 선거운동기간 중 당해 홈페이지의 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 하고 이를 위반한 때에는 과태료를 부과하는 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의6 제6항, 제7항(이하 '실명확인조항'이라 한다), 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제261조 제1항 제1호(이하 위 조항들을 합하여 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 청구인들의 익명표현의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

2012헌마734 사건의 심판대상은 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다) 제82조의6 제1항, 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의6 제6항, 제7항이 청구인 안○호 등의 표현의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부이고, 2013헌바338 사건의 심판대상

\* 헌법연구관

은 구 공직선거법 제82조의6 제1항, 제261조 제1항 제1호가 위헌인지 여부이다.

구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제82조의6 (인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인) ① 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보(이하 이 조에서 “정보등”이라 한다)를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정안전부장관 또는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 신용정보업자(이하 이 조에서 “신용정보업자”라 한다)가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다. 다만, 인터넷언론사가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 본다.

제261조 (과태료의 부과·징수등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제82조의6 제1항을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자  
공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것)

⑥ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보등이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다.

⑦ 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 정보등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 2012헌마734 사건

청구인 안0호, 김0원은 2012. 12. 19. 실시된 제18대 대통령선거의 유권자이고, 청구인 주식회사 00그룹은 인터넷신문인 ‘00일보’를 운영하며 인터넷 정보통신서비스를 제공하는 법인이다.

공직선거법 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항은 인터넷언론사가 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 취하도록 하고, 실명인증 표시가 없는 정보는 인터넷언론사 스스로 또는 정당·후보자 등의 요구에 따라 지체 없이 이를 삭제하도록 하고 있다.

청구인 안0호, 김0원은 위 대통령선거의 선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판에 익명으로 후보자에 대한 지지나 반대의 정보를 게시하고자 하는데, 위 규정들로 인하여 자신들의 익명표현의 자유 등의 기본권이 침해되고, 청구인 주식회사 00그룹은 위 규정들로 인하여 00일보의 게시판 이용자에 대한 실명확인조치의무 등을 부담하게 됨으로써 직업수행의 자유를 제한받는다고 주장하면서, 2012. 8. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 2013헌바338 사건

청구인 주식회사 00커뮤니케이션은 2013. 1. 10. 제주특별자치도 선거관리위원회로부터, 2012. 12. 19. 실시된 제18대 대통령선거와 관련하여 위 청구인이 공직선거법 제82조의6 제1항이 정한 실명확인의 기술적 조치를 하지 않아 공직선거법 제82조의6 제1항, 제261조 제1항을 위반하였다는 이유로 1,000만 원의 과태료처분을 받았다. 청구인 주식회사 00커뮤니케이션은 위 과태료처분에 대하여 법원에 이의신청을 하였고[제주지방법원 2013과96 공직선거법위반(과태료결정에 대한 이의신청)], 그 소송 계속 중 공직선거법 제82조의6 제1항, 제261조 제1항 제1호에 대하여 위헌법률심판제청신청(2013카기256)을 하였으나 2013. 8. 28. 위 신청이 기각되자, 2013. 10. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 관계법령의 규정 내용이 구체적으로 ‘인터넷언론사’의 범위에 관하여 규정하고 있고 독립된 헌법기관인 중앙선거관리위원회가 설치·운영하는 인터넷선거보도심의위원회가 이를 결정·게시하는 이상, 해당 인터넷언론사가

자신이 실명확인 조치의무를 지는지 여부에 관하여 확신이 없는 상태에 빠지는 경우를 상정할 수 없고, ‘지지·반대’의 정보는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 자신의 글 등이 이에 해당하는지를 충분히 알 수 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항 중 ‘인터넷언론사’와 ‘지지·반대’ 부분이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

2. 선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판 등을 통한 흑색선전이나 허위 사실이 유포될 경우 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하고 신속한 정보의 왜곡이 일어날 수 있으므로, 실명확인조항은 이러한 인터넷언론사를 통한 정보의 특성과 우리나라 선거문화의 현실 등을 고려하여 입법된 것으로 선거의 공정성 확보를 위한 것이다. 실명확인조항은 실명확인이 필요한 기간을 ‘선거운동기간 중’으로 한정하고, 그 대상을 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보’를 게시하는 경우로 제한하고 있는 점, 인터넷이용자는 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부를 선택할 수 있고 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아닌 점, 실명확인 후에도 게시자의 개인정보가 노출되지 않고 다만 ‘실명인증’ 표시만이 나타나는 점 등을 고려하면, 실명확인조항이 과잉금지원칙에 위배되어 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

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

정당한 익명표현과 유해한 익명표현을 구분하는 명확한 사회적 합의를 도출하기 어려운 상황에서, 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소될 것이라는 추상적 가능성만으로 유해한 익명표현뿐만 아니라 유익한 익명표현까지 사전적·포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 오히려 장애가 된다. 인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여는 명예훼손죄나 후보자비방죄 등 여러 제재수단이 이미 마련되어 있음에도 불구하고, 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 사전적·예방적 규제를 통하여 익명표현



자체를 제한하는 것은 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것으로 침해의 최소성 원칙에 위반된다. 이 사건 법률조항이 규제하고 있는 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 시기라고 볼 수 있는 점과 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치라는 점을 고려할 때, 익명표현의 자유를 제한하는데 따르는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙을 위반하여 표현의 자유를 침해한다.

## 【해설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건 법률조항 중 ‘인터넷언론사’와 ‘지지·반대’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지 여부와 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 인터넷언론사 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

### 2. 이 사건 법률조항의 연혁과 헌법재판소 결정

#### 가. 입법연혁

구 공직선거 및 선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항은 “인터넷언론사는 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.” 라고 규정하고, 제2항은 “정당·후보자 및 예비후보자는 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 기술적 조치를 할 수 있다.”라고 규정하여 실명확인제를 도입하였다.

이는 같은 법 제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동)에서 선거운동을 할 수 있는 자에 대하여 선거운동기간 중에 정보통신망을 이용하여 인터넷

홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있게 하고, 제59조(선거운동기간) 제3호에서 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우 선거운동기간의 제한을 받지 않게 함에 따른 조치였다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등 참조).

이와 같이 최초로 도입된 실명확인제는 인터넷언론사로 하여금 그 이용자가 ‘선거에 관한 의견을 게시하는 경우’에, 사전에 ‘성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여’ 의견게시를 할 수 있도록 하고 실명확인기간은 특별한 제한이 없었지만, 이 사건 실명확인조항은 ‘선거운동기간 중’ 당해 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보’를 게시할 수 있도록 하는 경우에 한하여 ‘실명을 확인받도록 하는 기술적 조치’를 하도록 하면서(제82조의6 제1항), 실명확인을 받은 정보 등은 ‘실명인증’ 표시가 나타나도록 하고 ‘실명인증’의 표시가 없는 지지·반대의 정보 등이라도 일단 게시는 가능하게 하고 사후에 삭제의 대상이 되도록 하였다(같은 조 제4항, 제6항, 제7항).

#### 나. 헌법재판소 결정

헌법재판소는 2010. 2. 25. 2008헌마324등 사건에서, 인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무 및 위와 같은 글이 ‘실명인증’의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항이 명확성원칙, 사전검열금지원칙에 위배되지 아니하고, 과잉금지원칙을 위반하여 익명표현의 자유, 언론의 자유 등을 침해하지 아니한다고 판시하였다.

그리고 헌법재판소는 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 사건에서, “구 공직선거법 제93조 제1항의 ‘그 밖에 이와 유사한 것’에 정보통신망을 이용하여 인터넷홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게

시하거나 전자우편을 전송하는 방법이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”라는 한정위헌 결정을 하였고, 이에 따라 선거운동기간의 제한없이(선거일 당일제외) 정보통신망을 이용하여 인터넷홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글·동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동 등을 할 수 있게 되었다.

한편, 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌마47등 사건에서는, 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것) 제29조, 제30조 제1항이 과잉금지원칙을 위반하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다고 판시하였다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### 가. 명확성원칙 위배 여부

(1) 헌법재판소는 2010. 2. 25. 2008헌마324등 사건에서, 실명확인조항과 실질적인 내용이 같은 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항 중 ‘인터넷언론사’와 ‘지지·반대의 글’ 부분이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판시하였는데, 그 요지는 다음과 같다.

『(가) 이 사건 법률조항의 ‘인터넷언론사’의 개념을 공직선거법 제8조의5(인터넷선거보도심의위원회) 제1항에서 규정하고 있음은 관련조항 항목에서 보는 바와 같고, 같은 조 제6항은 “인터넷선거보도심의위원회는 인터넷선거보도의 정치적 중립성·형평성·객관성 및 권리구제 기타 선거보도의 공정을 보장하기 위하여 필요한 사항을 정하여 이를 공표하여야 한다.”라고 규정하고, 이에 의한 ‘주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정’ 제2조는 인터넷언론사의 범위에 관하여 “1. 『신문 등의 자유와 기능보장에

관한 법률」 제2조 제3호의 신문사업자와 같은 조 제4호의 인터넷신문사업자, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 가목의 잡지와 「방송법」 제2조 제1호의 방송을 경영·관리하는 자, 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조 제3호의 뉴스통신사업자 등이 직접 운영하거나 별도 법인으로 운영하는 인터넷홈페이지, 2. 자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷홈페이지, 3. 인터넷포털사이트(뉴스공급원으로부터 뉴스나 기사를 제공받아 편집·가공하거나 매개하여 제공하는 경우를 포함한다), 4. 그 밖에 위 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우로서 심의위원회가 인터넷언론사로 결정한 인터넷홈페이지”로 구체적으로 규정하고, 제4조 내지 제7조에서는 인터넷언론사를 결정할 때에는 작성기준일 전 3개월 동안 최소 1회 이상의 새로운 보도기사를 게재하고 있는 지 등을 확인하여 매 분기 첫 달의 10일 이내에 결정하여 이를 심의위원회 홈페이지에 공개하도록 하고 있다.

위와 같은 관계법령의 규정 내용이 구체적으로 인터넷언론사의 범위에 관하여 규정하고 있고 독립된 헌법기관인 중앙선거관리위원회가 설치·운영하는 인터넷선거보도심의위원회가 이를 결정·게시하는 이상, 해당 인터넷언론사가 자신이 실명확인 조치의무를 지는지 여부에 관하여 확신이 없는 상태에 빠지는 경우는 없다고 할 것이다. 나아가 이 사건 법률조항은 인터넷언론사의 ‘당해 인터넷홈페이지’의 게시판·대화방 등으로 범위를 한정하고 있으므로, ‘당해 인터넷홈페이지’에 해당하지 아니하는 공간, 예컨대 개인의 카페·블로그 등은 실명확인조치의 범위에 포함되지 아니함이 명백하다.

(나) 공직선거법은 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 개설한 인터넷홈페이지를 이용한 ‘선거운동’을 허용하고(제59조 제3호), 선거운동을 할 수 있는 자가 선거운동기간 중에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하는 등의 ‘선거운동’을 허용하며, 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함), 그의 배우자 등에 대한 허위사실의 유포나 비방을 금지하면서(제82조의4 제1항, 제2항), 선거운동기간 중에 인터넷언론사의 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 ‘지지·반대의 글’을 게시할 수 있도록 하는 경우에 이 사건 실명확인 절차를 거치도록 함으로써, 인터넷 선거운동에서 발생할 수 있는 폐해를 예방

하는 한편 ‘선거운동’과 ‘지지·반대의 글’을 구분하고 있다.

한편 공직선거법상의 ‘선거운동’이란, 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등 참조).

따라서 이와 같은 선거운동의 개념, 허위사실 유포나 비방의 발생이 빈번한 인터넷홈페이지에서 책임 있는 글쓰기를 유도하려는 이 사건 법률조항의 입법취지와 목적, 공직선거법 관련조항과의 관계와 용어의 구분 등을 고려하면, 이 사건 ‘지지·반대의 글’은 위와 같은 선거운동에 이르는 글을 포함하면서, 그에 이르지 아니 한다고 하더라도 정당·후보자에 대하여 찬동하여 원조하거나 찬성하지 않고 맞서서 거스르는 글을 의미하고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 자신의 글이 이에 해당하는지를 충분히 알 수 있다고 할 것이므로 헌법이 요구하는 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.』

(2) 이 사건에도 위 결정의 취지가 타당하고, 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로, 이 사건 법률조항 중 ‘인터넷 언론사’와 ‘지지·반대’ 부분은 명확성원칙에 위배되지 아니한다. 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배되지 않는다는 점에 대하여는 재판관의 의견이 일치되었다.

## 나. 과잉금지원칙 위배 여부

### (1) 제한되는 기본권

실명확인조항은 게시판 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명으로 자신의 정치적 사상이나 견해를 표명하고 전파할 정치적 익명표현의 자유를 제한한다. 동시에 그러한 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유에 대한 제한으로 말미암아 게시판 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 인터넷언론사의 언론의 자유 역시 제한되는 결과가 발생한다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등 참조).

한편 실명확인조항은 인터넷언론사에게 인터넷홈페이지 게시판을 운영함에 있어서 선거운동기간 중 이용자의 실명확인조치의무, 실명인증 표시조치의무 및 실명인증 표시가 없는 게시물에 대한 삭제의무를 부과하여 인터넷언론사의 직업수행의 자유도 제한하나, 이 사건과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권은 언론의 자유라 할 것이고, 인터넷언론사의 언론의 자유의 제한은 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유의 제한에 수반되는 결과라고 할 수 있으므로, 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유 침해 여부를 중심으로 하여 인터넷언론사의 언론의 자유 등 침해 여부를 함께 판단하였다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등 참조).

그밖에 이 사건에서 실명확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 실명인증자료가 공직선거법 제82조의6 제3항에 따라 행정안전부장관 및 신용정보업자에 의하여 수집·관리된다는 점에서 실명확인조항은 게시판 이용자의 개인정보자기결정권도 제한한다고 봄이 상당하다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등 참조).

청구인들은 실명확인조항이 다른 매체를 이용 또는 운영하는 자와 인터넷언론사 게시판을 이용 또는 운영하는 자를 합리적 이유 없이 차별취급하여 평등권을 침해한다고 주장하나, 청구인들이 주장하는 차별취급은 실명확인제가 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 제한함에 따라 부수적으로 발생할 수밖에 없는 결과일 뿐인 것으로서 그에 관한 판단은 정치적 익명표현의 자유의 침해 여부 등에 관한 판단과 동일하다고 할 것이므로 별도로 판단하지 아니하였다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등 참조).

## (2) 합헌론

다수의견은 다음과 같은 이유로 실명확인조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.

### 『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

실명확인조항은 선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화

방 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성이 위협 받을 가능성이 있기 때문에, 그로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정된다.

인터넷이용자가 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명확인을 거치도록 함으로써 후보자에 대한 인신공격이나 각종 흑색선전이 줄어들 수 있고, 이로 인하여 선거의 공정성의 확보 효과를 거둘 수 있음이 예상되므로 수단의 적합성도 인정된다.

#### (나) 침해의 최소성

1) 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 제한할 때 그 한계로서 논의되는 침해의 최소성 원칙을 판단함에 있어서는 우리나라 선거문화의 역사성, 선거 및 정치 문화의 특수성, 정치적·경제적·사회적 환경, 선거와 관련된 국민의식의 정도와 법 감정 등을 종합하여 판단하여야 한다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등 참조).

우리나라의 경우 그 동안 이루어온 민주주의의 발전상과 높아진 국제적 위상, 국민의식의 향상에도 불구하고 과연 현재 우리의 선거문화가 인터넷을 이용한 선거운동 등 정치적 표현행위를 무조건 전면적으로 허용해도 선거의 공정성을 훼손하지 아니할 정도의 안정적 수준에 와 있는지, 이에 대한 국민의 신뢰와 지지가 뒷받침되고 있는지 의문이다.

우리 국민은 정치에 대한 관심과 열정이 다른 어느 나라보다 높아 민주주의 실천의 원동력이 되었음에도 이는 과열선거와 혼탁선거로 나아갈 수 있는 원인이 되기도 한다. 공조직과 사조직 그리고 혈연·지연·학연을 이용한 불법선거, 여론조작과 흑색선전 등 거짓말 선거, 금권을 이용한 금전선거의 폐해가 잔존하고 있는 것이 엄연한 현실이고 이를 시정하여 공명선거를 이루고자 하는 국민적 열망이 뜨겁다. 이러한 상황에서 인터넷을 이용한 선거운동 등 정치적 표현행위를 무조건 전면적으로 허용한다면 후보자나 예비후보자 등 사이의 지나친 경쟁으로 선거가 과열되고, 그들이 관련되는 공조직 및 사조직을 이용하거나 불법적으로 동원한 선거운동원만 아

나라 그를 지지하는 유권자들의 인터넷을 이용한 무분별한 흑색선전, 진실을 왜곡한 의혹제기, 편파적 의견이나 부당한 표현, 허위사실유포나 비방 등으로 인하여 선거의 공정성과 평온이 위협을 받을 수 있다. 특히 인터넷 언론사를 통한 정보는 뒤에서 보는 바와 같이 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하게 유통될 수 있기 때문에 그로 인해 발생할 수 있는 선거의 공정성에 대한 훼손과 개인적 피해는 다른 수단과 비교할 수 없을 정도로 확대될 수 있다.

실명확인조항은 이러한 우리나라 선거문화의 특성을 고려하여 선거의 공정성 확보와 개인적 피해를 방지하기 위해 실명확인제를 도입하면서도, 실명확인이 필요한 기간을 '선거운동기간 중'으로 한정하고, 그 대상을 '인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방' 등에 '정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보'를 게시하는 경우로 제한하고 있는바, 실명확인조항이 청구인들의 기본권을 과도하게 제한하고 있다고 단정할 수 없다.

2) 실명확인조항은 실명확인이 필요한 기간을 '선거운동기간 중'으로 한정하고 있다. 선거운동기간은 선거일 직전으로 비교적 짧고(대통령 선거의 경우 22일, 국회의원·지방자치단체의 의회의원 및 장 선거의 경우 13일), 선거의 공정성이 가장 절실하게 요구되는 시기이다. 공직선거에서 그 선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 신속하고도 광범위 한 정보의 왜곡이 일어날 수 있을 뿐만 아니라 그 기간 내에 이를 치유하기란 지극히 어렵다. 또한 현행 법상 명예훼손에 관한 법리나 후보자비방죄로 규제하는 사후적 구제수단만으로는 선거에서 당선을 목적으로 하는 정당·후보자에 대한 실질적인 권리구제가 이루어지기 어렵고, 특히 흑색선전 등을 한 장본인이 당선자가 아닌 제3자일 경우에는 당선무효 등을 통해 선거의 결과를 되돌릴 수도 없다.

그리고 인터넷 정보는 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 있어 과거의 전통적인 다른 방법보다 신속하고 광범위하게 전파될 수 있다. 특히 인터넷 언론사는 개인의 홈페이지나 블로그 등 기타 인터넷 사이트와 비교하여 상대적으로 높은 공신력과 지명도를 가지고 있으므로 접속자 수가 월등히 많고, 그로 인해 인터넷언론사의 홈페이지의 게시판·대화방에 게시된 정보들은 보다 신속하고 광범위하게 유통될 수 있다. 따라서 그로 인해 발생할



수 있는 선거의 공정성에 대한 훼손과 개인적 피해는 종래의 고전적인 수단이나 개인의 인터넷홈페이지의 게시판 등을 이용한 수단과 비교할 수 없을 정도로 확대될 수 있다.

따라서 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 선거관련 정보가 게시되는 경우에는 선거의 공정성 확보를 위해 그에 상당한 조치를 취해야 할 필요성이 더욱 크다고 할 수 있다.

한편 실명확인방법은 점차 용이한 방법으로 개선되고 있다. 2005. 8. 4. 공직선거법의 개정으로 종전과 같이 인터넷언론사가 스스로 이용자의 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인하는 것이 아니라 행정안전부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 것으로 변경되었고, 2008. 2. 29. 공직선거법이 개정되면서 실명확인을 받는 기관이 행정안전부장관 외에 신용정보업자도 추가되어 이원화됨에 따라 편의성이 향상되었다.

그리고 인터넷이용자가 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시하는 경우에도 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부는 게시자가 선택할 수 있고 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아니며, 실명확인을 거치지 않은 정보가 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보인 경우에는 인터넷언론사에 의해 사후적으로 삭제될 뿐이다. 또한 실명확인 후에도 게시자의 실명이나 성별, 나이 등과 같은 개인정보가 노출되는 것이 아니라 단지 ‘실명인증’이라는 표시만 나타난다.

‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’이 규정한 본인확인제의 경우 입법목적은 ‘건전한 인터넷 문화의 조성’이고, 기간제한 없이 표현의 내용을 불문하고 대부분의 인터넷게시판 이용과 관련하여 본인확인을 요구하는 것이지만, 실명확인조항은 입법목적이 ‘선거의 공정성’이고, 선거운동기간에 한하여 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시하는 경우에만 실명확인을 구하는 것으로서 양자는 본질적인 차이가 있다고 할 수 있다.

이를 종합하여 판단하면, 인터넷을 이용한 선거운동 등이 선거일을 제외하고 상시적으로 허용되는 가운데, 선거의 공정성 확보와 후보자 등의 피해를 방지하기 위해, 실명확인조항이 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이

지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시하는 경우 실명확인을 받게 하고 실명인증 표시가 없는 정보는 이를 삭제하도록 규정하였다고 하여 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(다) 법익의 균형성

인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 이용한 허위사실유포 등으로 인하여 선거의 공정성의 훼손, 후보자의 인격권 침해 및 여론 왜곡 등의 폐해 방지라는 실명확인조항으로 얻는 공익이, 인터넷언론사의 이용자가 실명확인 과정에서 겪는 불편함이나 글 등을 게시하면서 겪게 될 수 있는 주저함, 인터넷언론사의 기술적 조치에 따른 비용 발생 또는 이용자 수의 감소 등의 사익보다 훨씬 크다 할 것이므로, 실명확인조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

(라) 소결

따라서 실명확인조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인 안0호, 김0원의 정치적 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 청구인 주식회사 00그룹, 주식회사 00커뮤니케이션의 언론의 자유를 침해한다고 할 수 없다.』

(3) 위헌론

위 합헌론에 대한 재판관 이정미, 김이수, 이진성, 강일원의 반대의견은 다음과 같다.

『(가) 익명표현의 자유의 보호 필요성

표현의 자유는 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것으로 민주국가에서 가장 중요한 기본권의 하나이다. 특히, 정치적 보복이나 차별의 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 권력에 대한 비판을 가능하게 할 수 있으려면 익명이나 가명으로 하는 표현이 자유롭게 허용되어야 한다. 익명표현이 무책임하고 악의적으로 행해질 경우 인신공격과 흑색선전에 악용되어 선거의 공정과 평온을 위협할 우려가 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 문제점은 흑색선전에 대한 처벌 등 다른 수단으

로 대처하여야지 익명표현의 자유 자체를 제한하는 방식으로 대처하여서는 안 된다.

대의민주제 하에서 주권자인 국민이 대의기관을 선출할 때 국민의 정치적 의사표출이 집중적으로 이루어지는데, 이때 권력에 의한 외압 가능성이 커질 수 있다. 따라서 자유로운 정치적 의사표현이 가능하기 위해서는 비밀투표가 보장되어야 한다. 그렇지 않다면, 남의 눈이 두려워 자신의 정치적 의사를 거짓으로 표출하는 유권자가 나올 수 있고, 이에 따라 국민의 의사가 왜곡되어 선거에 반영될 수 있기 때문이다. 이에 우리 헌법은 국회의원 선거와 대통령 선거에서 비밀선거 원칙을 선언하고 있으며, 이는 입법자가 입법형성권을 행사할 때 당연히 준수하여야 한다.

이와 같이 헌법이 비밀선거 원칙을 규정한 취지에 비추어 보면, 투표 시뿐만 아니라 투표 전에 이루어지는 정치적 의사표현에 있어서도 의사표현자의 신원에 대한 비밀이 보장될 필요가 있다. 정치적 외압 가능성은 투표 행위에 대해서만 존재하는 것이 아니며, 선거와 관련한 여론 형성을 일정한 방향으로 왜곡하거나 유도하기 위해 나타날 수도 있기 때문이다. 따라서 선거운동에 있어서 정치적 익명표현의 자유는 비밀선거 원칙을 규정한 헌법정신에 비추어도 그 보호 필요성이 인정된다.

누구든지 쉽게 참여하여 의견을 표명할 수 있고 정보의 쌍방향 전달이 신속하게 이루어지는 인터넷이 새로운 표현매체로 자리 잡은 현대사회에서는 다양한 계층의 국민 의사를 직접 반영하여 실질적이고 다원적인 민주주의 실현이 가능하게 되었다. 인터넷 공간에서 정치적 익명표현의 자유를 보장하는 것은 실질적 민주주의 실현을 위해서도 반드시 필요하다.

#### (나) 이 사건 법률조항에 관한 판단

##### 1) 표현의 자유에 대한 위축효과 및 수단의 적정성 문제

인터넷 게시판 등에서 이루어지는 정치적 익명표현을 규제할 경우, 정치적 보복의 우려 때문에 일반 국민은 자기 검열 아래 비판적 표현을 자제하게 된다. 이는 의사표현 자체를 위축시킴으로써 민주주의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해할 수 있다. 이 사건 법률조항의 운영 과정에서 선거운동기간 동안 게시판 자체를 폐쇄한 인터넷 언론사가 적지 않았던 점

을 보면, 실명확인제는 정치적 의사표현의 공간 축소를 야기하는 문제점 또한 발생시킨다. 이처럼 의사표현 자체가 위축되고, 의사표현의 공간마저 축소되는 부작용은 자유로운 여론 형성을 전제로 하는 선거과정에서 민주주의에 대한 중대한 제한이라고 아니할 수 없다.

선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등에서 이루어지는 실명확인제가 흑색선전을 막기 위한 실효성 있는 수단이라고 볼 수 있는지도 의문이다. 선거후보자에 대한 흑색선전은 단순한 후보자 비판의 문제가 아니라 치밀한 사전계획에 입각하여 조직적으로 이루어지는 것이 일반적이므로, 인터넷 실명제로 막기 어려운 불법행위이다. 공정한 선거를 해치는 악의적 의사표현은 선거를 둘러싼 정치적·사회적 상황의 여러 조건들이 변수로 작용하여 나타나는 것이지, 익명표현을 허용함에 따라 발생하는 문제라고 볼 수 없다. 정당한 익명표현과 유해한 익명표현을 구분하는 명확한 사회적 합의를 도출하기 어려운 상황에서, 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소될 것이라는 추상적 가능성만으로 유해한 익명표현뿐만 아니라 유익한 익명표현까지 사전적·포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 오히려 장애가 된다.

## 2) 침해의 최소화

공직선거법은 선거의 공정을 위하여 선거운동기간을 정하고 그 기간 외에는 선거운동을 원칙적으로 금지함으로써, 일반 국민의 선거운동의 자유를 폭넓게 제한하고 있다. 그렇다면 적어도 선거운동기간 동안만은 국민의 정치적 의사표현의 자유를 최대한 보장할 필요가 있는데도, 이 사건 법률조항은 정치적 의사표현을 자유롭게 할 수 있는 핵심적 기간이라 볼 수 있는 선거운동기간 중에 익명표현의 자유를 제한하고 있어, 사실상 선거와 관련한 익명의 의사표현을 불가능하게 하고 있다.

다수의견은 짧은 선거운동기간 중 허위사실이나 흑색선전이 유포될 경우 이를 치유하기가 사실상 불가능하여 선거결과를 왜곡할 우려가 있으므로 선거운동기간 중에는 익명표현의 자유를 제한할 수 있다고 한다. 그러나 다수의견이 걱정하는 선거범죄로 인하여 선거결과를 그르칠 위험성은 현행 선거법이 선거운동기간을 지나치게 짧게 규정함에 따른 문제이지, 익명표현의 자유를 허용함에 따라 발생하는 구체적 위협으로 볼 수 없다.

또한, 이 사건 법률조항의 규제대상인 ‘인터넷 언론사’의 범위가 모호하고 광범위하다. ‘인터넷 언론사’란 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률’ 제2조 제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자를 말한다(공직선거법 제82조의5 제1항). 그런데 누구나 관심사항을 인터넷에 올리고 전파할 수 있는 현대사회의 특수성을 고려할 때, 사실상 모든 웹사이트들이 인터넷 언론사에 해당될 수 있다. 뿐만 아니라, 기사를 취재·편집하는 경우뿐만 아니라 단순히 ‘매개’하는 경우까지 이에 해당된다고 보아 그 범위를 한정하기 곤란하며, ‘이와 유사한 언론 기능’이라는 부분 역시 모호하므로 규제대상이 무한정 확대될 우려가 있다.

한편, 인터넷 게시판과 대화방은 개설자에 의하여 용도가 제한되어 있는 것이 아닌 이상, 게시판 등 이용자는 어떤 내용의 의사표시도 할 수 있는 것이 원칙이다. 그런데 실명 확인을 받아야 하는 경우로 이 사건 법률조항은 법문언상 지지·반대의 글을 “게시할 수 있도록 하는 경우”로 되어 있고, 이에 따라 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시될 ‘가능성’만 있으면 모두 규제대상이 될 수 있도록 하고 있다. 그렇다면 사실상 모든 게시판 및 대화방이 규제대상이 되므로 규제의 공간적 범위가 지나치게 넓다.

‘정당이나 후보자에 대한 지지·반대 의견’이 ‘선거에 관한 단순한 의견’과 구별될 수 있는지도 불분명하여, 인터넷 언론사의 삭제조치나 법집행기관의 과태료 부과 등에 있어 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다. 그 의미가 명확하다고 보더라도, 정당이나 후보자에 대한 지지·반대 의견은 선거 과정에서 이루어지는 정치적 의사표현의 핵심이라는 측면에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 정치적 의사표현에 대한 익명표현의 자유를 사실상 박탈하는 조항이 될 수 있다. 특히 후보자 등에 대한 ‘지지의 글’은 비방이나 명예훼손의 우려가 적은데도, 반대의 글과 마찬가지로 실명인증을 요구하는 것은 비방이나 명예훼손 등의 선거범죄를 예방하고자 하는 입법목적에도 부합하지 않을 뿐만 아니라, 익명표현의 자유를 과잉제한하는 것이다.

선거실명 확인제가 표방하고 있는 선거의 공정성이라는 목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유를 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있다. 우선, 영화의 등급분류 심사처럼 표현의 자유는 보장하되, 이용자로 하여금 실명확인이 된 글과 익명의 글에 대해 구분하여 접근할 수 있게 하는 방안이 있다. 인터넷 게시판을 실명방과 비실명방으로 구분하여 익명표현 자체는 금지하지 않고 수신자가 게시글을 읽기 전에 그 게시물이 실명글인지 익명글인지 미리 알 수 있도록 하면, 글에 대한 신뢰감을 주어 게시물의 영향력을 높이고자 하는 사람은 실명확인을 거쳐 실명 게시판에 글을 게재하게 될 것이다. 또한 비실명 게시판에는 진지성과 신빙성이 부족하여 유권자에게 거짓 정보를 제공할 가능성이 있다는 취지의 경고문을 게시하는 등의 방법으로, 허위정보에 따른 유권자의 의사 왜곡도 어느 정도 막을 수 있다.

무엇보다도 인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여는 명예훼손죄나 후보자 비방죄 등 여러 제재수단이 이미 마련되어 있다. 중앙선거관리위원회도 선거게시판 감시활동을 통하여 불법게시물에 대한 검색과 그에 대한 대응활동을 하고 있다. 현재 기술수준에서 사후적으로 게시물 표현자의 신원을 확인하는 방법이 불가능한 것도 아니다. 이처럼 사후 규제수단이 마련되어 있음에도 불구하고, 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 사전적·예방적 규제를 통하여 익명표현 자체를 제한하는 것은 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것으로 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

### 3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항이 규제하고 있는 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 시기라고 볼 수 있는 점과 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치라는 점을 고려할 때, 익명표현의 자유를 제한하는데 따르는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없다. 따라서 법익의 균형성도 인정되기 어렵다.

#### (다) 소결론

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 침해하는

것으로 헌법에 위반된다.

(4) 해설

헌법재판소는 위에서 살펴본 바와 같이 2010헌마47등 사건에서 인터넷 본인확인제에 대하여 위헌을 선고한 바 있으므로, 이 사건 실명확인제 역시 동일한 이유로 위헌이라는 결론에 도달할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문이 있었다. 그러나 인터넷 본인확인제와 선거 관련 실명확인제는 시기와 내용, 입법목적에 있어 분명한 차이가 있으므로 이에 대한 고려 없이 동일한 결론에 이를 수는 없다.

두 제도의 비교에 의미가 있는 핵심적인 사항을 표로 정리하면 다음과 같다.

	인터넷 본인확인제	선거관련 실명확인제
시기	제한없음 (상시, 모든 기간 적용)	‘선거운동기간 중’으로 국한 (대통령선거 22일 / 국회의원선거, 지방자치단체 의회의원 및 장 선거 13일)
내용	제한없음 (모든 게시 내용에 적용)	‘정당·후보자에 대한 지지·반대’의 내용에 한정
입법 목적	건전한 인터넷 문화의 조성	흑색선전 방지로 “선거의 공정성”

위와 같은 차이점들이 과잉금지원칙 위배의 심사에 있어 차이를 가져올 수 있다. 즉, 선거관련 실명확인제는 시기와 그 내용이 제한적으로 적용된다는 점, 입법목적 내지 추구하고자 하는 공익에 있어서도 ‘건전한 인터넷 문화의 조성’ 이외에 우리 사회의 선거현실에서 중요한 가치로 인정되고 있는 ‘선거의 공정성’을 추구하고 있다는 점에서 법정의견은 종래의 실명확인제 사건의 합헌결정과 같이 신중한 접근을 한 것으로 보여진다.

#### 4. 결정의 의의

이 사건 결정은, 선거운동 등 정치적 표현의 자유는 그 제한이 과도하여 선거권 및 피선거권의 행사나 선거의 기능을 지나치게 제약하거나 왜곡하여서는 안 되고 기본권보장의 헌법이념과 헌법상의 제반원칙에 합치되도록 최대한 보장되어야 하나, 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 선거의 공정성을 훼손할 경우에는 이를 제한하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있음을 다시 확인한 결정이라고 할 것이다.

오늘날 컴퓨터와 스마트폰의 이용이 대중화·일상화 되면서 선거 관련 의사표명도 대부분 인터넷을 이용하게 되었다. 그런데 인터넷 선거운동이 전면 허용됨에 따라 사이버상의 익명성을 악용한 흑색선전 사범도 대폭 증가하는 추세이다. 인터넷언론사를 통한 정보는 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하게 유통될 수 있기 때문에 선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시관·대화방을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 선거의 공정성에 대한 훼손과 개인적 피해는 다른 수단과 비교할 수 없을 정도로 확대될 수 있다. 따라서 선거의 공정성을 중시한 이 사건 결정으로 말미암아 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률’상의 ‘인터넷 본인확인제’에 대한 위헌결정 이후에도 공직선거법상의 ‘인터넷 실명확인제’에 대하여는 선거운동기간 중 그대로 유지되게 되었다.



## 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조 제1항 등 위헌확인

- 카메라등이용촬영범의 신상정보를 등록하고 20년 동안 관리하는  
법률조항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부 -  
(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340·672, 2015헌마99(병합), 판례집 27-2상, 370)

공수진\*

### 【판시사항】

1. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영, 카메라등이용촬영미수)죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제42조 제1항 중 “제14조 제1항, 제15조(‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제14조 제1항의 미수범으로 한정한다)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.” 부분이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

2. 법무부장관은 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하여야 한다고 규정한 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제45조 제1항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)

3. 헌법불합치결정을 하면서 잠정적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것, 이하 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례

---

\* 헌법연구관

법'을 '성폭력특례법'이라 한다) 제42조 제1항 중 “제14조 제1항, 제15조(‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제14조 제1항의 미수범으로 한정한다)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.” 부분(이하 ‘이 사건 등록조항’이라 한다), 제45조 제1항(이하 ‘이 사건 관리조항’이라 하고, ‘이 사건 등록조항’과 ‘이 사건 관리조항’을 합하여 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것)

제42조(신상정보 등록대상자) ① 제2조 제1항 제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항 제3호·제4호에 한정한다), 제3조부터 제15조까지의 범죄 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제2호의 범죄(이하 “등록대상 성범죄”라 한다)로 유죄판결이 확정된 자 또는 같은 법 제49조 제1항 제4호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자(이하 “등록대상자”라 한다)가 된다. 다만, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조 제5항의 범죄로 벌금형을 선고받은 자는 제외한다.

제45조(등록정보의 관리) ① 법무부장관은 등록정보를 최초 등록일(등록대상자에게 통지한 등록일을 말한다)부터 20년간 보존·관리하여야 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2014헌마340

청구인 이○준은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영, 카메라등이용촬영미수)죄로 유죄 확정판결을 받았고, 청구인 김○석은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)죄로 유죄 확정판결을 받아, 위 청구인들은 모두 성폭력특례법 제42조 제1항, 제45조 제1항에 의하여 20년간 신상정보 등록대상자가 되었다. 이에 위 청구인들은 위 법 제42조 제1항 및 제45조 제1항이 자신들의 인간의 존엄과 가치 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 2014. 4. 25. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 나. 2014헌마672

청구인 김○권은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)죄로 유죄 확정판결을 받아, 성폭력특례법 제42조 제1항, 제45조 제1항에 의하여 20년간 신상정보 등록대상자가 되었다. 이에 청구인 김○권은 위 법 제42조 제1항 및 제45조 제1항이 자신의 인간의 존엄과 가치 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 2014. 8. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 다. 2015헌마99

청구인 김○기는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)죄로 유죄 확정판결을 받았고, 청구인 나○형은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)죄로 유죄 확정판결을 받아, 위 청구인들은 모두 성폭력특례법 제42조 제1항, 제45조 제1항에 의하여 20년간 신상정보 등록대상자가 되었다. 이에 위 청구인들은 위 법 제42조 제1항, 제2항, 제3항,<sup>1)</sup> 제45조 제1항이 자신들의 인간의 존엄과 가치 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 2015. 1. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장

이 사건 법률조항들은 범죄 단속 및 예방에 전혀 기여하지 못하고, 범죄의 경중이나 재범가능성 등에 따라 신상정보 등록 범위를 세분화하여 규율하고 법원이 신상정보 등록 여부를 결정하게 하는 등 덜 침해적인 수단을 택하지 아니하고 있으며, 경미한 범죄의 경우에도 일률적으로 신상정보를 20년 동안 보존·관리하게 하는 점 등에서 과잉금지원칙에 위반하여 인간의 존엄과 가치를 침해한다.

이 사건 법률조항들은 단지 성폭력범죄자에게만 적용되는 점, 성폭력범죄

---

1) 성폭력특례법 제42조 제2항, 제3항은 법원이 등록대상 성범죄로 유죄판결을 선고할 경우에 등록대상자라는 사실과 신상정보 제출의무가 있음을 등록대상자에게 알려 주어야 하고, 위 고지사항을 서면으로 판결문 등본에 첨부하여 법무부장관에게 송달하여야 한다는 내용으로, 청구인 김○기, 나○형의 법적 지위에 어떠한 영향도 미치지 않을 뿐만 아니라 위 청구인들이 위 조항들의 고유한 위헌성을 다투고 있지 아니하므로 위 조항들은 심판대상에서 제외되었다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 376 참조).

의 유형별 특성을 전혀 고려하지 않았다는 점 등에서 평등권을 침해한다.

이 사건 등록조항은 법관의 판단을 거치지 않고 형이 확정되기만 하면 무조건 신상정보 등록을 하도록 하여 재판청구권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 성범죄자의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여, 일정한 성범죄를 저지른 자로부터 신상정보를 제출받아 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단이다. 처벌범위 확대, 법정형 강화만으로 카메라등이용촬영범죄를 억제하기에 한계가 있으므로 위 범죄로 처벌받은 사람에 대한 정보를 국가가 관리하는 것은 재범을 방지하는 유효하고 현실적인 방법이 될 수 있다. 카메라등이용촬영죄의 행위 태양, 불법성의 경중은 다양할 수 있으나, 결국 인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유를 침해하는 성범죄로서의 본질은 같으므로 입법자가 개별 카메라등이용촬영죄의 행위 태양, 불법성을 구별하지 않은 것이 지나친 제한이라고 볼 수 없고, 신상정보 등록대상자가 된다고 하여 그 자체로 사회복귀가 저해되거나 전과자라는 사회적 낙인이 찍히는 것은 아니므로 침해되는 사익은 크지 않은 반면 이 사건 등록조항을 통해 달성되는 공익은 매우 중요하다. 따라서 이 사건 등록조항은 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다.

2. 성범죄의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여, 법무부장관이 등록대상자의 재범 위험성이 상존하는 20년 동안 그의 신상정보를 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단이다. 그런데 재범의 위험성은 등록대상 성범죄의 종류, 등록대상자의 특성에 따라 다르게 나타날 수 있고, 입법자는 이에 따라 등록기간을 차등화함으로써 등록대상자의 개인정보자기결정권에 대한 제한을 최소화하는 것이 바람직함에도, 이 사건 관리조항은 모든 등록대상 성범죄자에 대하여 일률적으로 20년의 등록기간을 적용하고 있으며, 이 사건 관리조항에 따라 등록기간이 정해지고 나면, 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위해 심사를 받을 수 있는 여지도 없으므로 지나치게 가혹하다. 그리고 이 사건 관리조항이 추구하는 공익이 중요하더라도, 모든 등록대상자에게 20년 동안 신상정보를 등

록하게 하고 위 기간 동안 각종 의무를 부과하는 것은 비교적 경미한 등록 대상 성범죄를 저지르고 재범의 위험성도 많지 않은 자들에 대해서는 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이의 불균형이 발생할 수 있으므로 이 사건 관리조항은 개인정보자기결정권을 침해한다.

3. 이 사건 관리조항의 위헌성을 제거하기 위하여 등록기간의 범위를 차등적으로 규정하고 재범의 위험성이 없어지는 등 사정 변경이 있는 경우 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위한 수단을 마련하는 것은 입법자의 형성재량의 영역에 속하므로 헌법불합치결정을 선고하고, 다만 2016. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개선입법을 할 때까지 이 사건 관리조항의 계속적용을 명한다.

### **재판관 김이수, 재판관 이진성의 이 사건 등록조항에 대한 반대의견**

이 사건 등록조항은 카메라등이용촬영죄의 재범 방지를 주요한 입법목적으로 삼고 있음에도 등록대상자의 선정에 있어 ‘재범의 위험성’을 전혀 요구하지 않고 있어 재범의 위험성이 인정되지 않는 등록대상자에게 불필요한 제한을 부과한다. 또한 행위 태양의 특성이나 불법성의 경중을 고려하여 등록대상 성범죄를 축소하거나 별도의 불복절차를 두는 등 덜 침해적인 대체수단을 채택하지 않아 미수범이나 벌금형이 선고되는 경우처럼 불법성이나 책임이 가벼운 경우도 등록대상자로 삼고 있어 침해의 최소성에 반한다. 이 사건 등록조항으로 인하여 비교적 경미한 성범죄를 저지르고 재범의 위험성이 인정되지 않는 이들에 대해서는 달성하려는 공익과 침해되는 사익 사이에 불균형이 발생할 수 있어 법익의 균형성도 인정되지 않는다. 따라서 이 사건 등록조항은 개인정보자기결정권을 침해한다.

### **재판관 강일원, 재판관 조용호의 이 사건 등록조항에 대한 반대의견**

카메라등이용촬영죄는 폭력에 의한 간음이나 추행이 구성요건에 들어있지 않은 범죄로서 성폭속 내지 피해자의 사생활권을 침해하는 범죄의 성격이 강하고, 이에 해당하는 행위 태양은 행위자의 범의, 범행 동기, 행위 상대방, 행위 횟수 및 방법 등에 따라 매우 다양하며, 개별 행위 태양에 따라 재범의 위험성 및 신상정보 등록 필요성이 다름에도, 이 사건 등록조항은

카메라등이용촬영행위를 일률적으로 신상정보 등록대상으로 삼고 있다. 또한 현행 성폭력특례법 제14조 제1항의 구성요건이 명확하지 않아 수범자인 국민은 처벌의 범위를 확실하게 예측할 수 없는데, 이 사건 등록조항은 카메라등이용촬영죄로 유죄판결이 확정된 사람은 누구나 법관의 판단 등 별도의 절차 없이 필요적으로 신상정보 등록대상이 되도록 하고 있어, 수범자는 어떠한 행위로 신상정보 등록이 되는지도 예측할 수 없게 된다. 따라서 이 사건 등록조항은 죄질이 무겁고 재범의 위험성이 인정되는 범죄로 등록대상을 축소하거나, 유죄 확정과 별개로 등록 여부에 관한 법관의 판단을 받도록 하는 다른 수단을 채택하지 않아 헌법에 위반된다.

### 재판관 김이수, 재판관 이진성의 이 사건 관리조항에 대한 별개의견

이 사건 관리조항이 헌법에 위반된다는 법정의견의 이유와 결론에 찬성하나, 이 사건 등록조항과 마찬가지로 이 사건 관리조항에 대하여도 위헌선언을 통해 기본권 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있으므로, 단순위헌결정을 해야 한다.

## 【해설】

### 1. 사안의 쟁점

헌법재판소는 형법상 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상이 되도록 규정한 구 성폭력특례법(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 신상정보 등록대상이 된다’ 부분에 대하여 합헌결정을 하였다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423등, 판례집 26-2상, 226).<sup>2)</sup> 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되고 2013. 6. 19. 시행된 성폭력특례법은 등록대상 성범죄의 범위를 확대하고, 등록기간을 10년에서 20년으로 연장하였으며, 등록대상이 준수하여야 하는 의무를 보다 강화하였다.

2) 위 결정에 대한 해설로는 성왕, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제32조 제1항 위헌확인 - 성폭력 범죄자의 신상정보 등록 사건’, 헌법재판소 결정해설집, 2015, 441-462 참조.

이 사건 청구인들은 위 성폭력특례법이 시행된 이후 카메라등이용촬영죄로 유죄판결이 확정된 자들로, 동법 제42조 제1항, 제45조에 의하여 20년 동안 신상정보 등록대상자가 되었다.

이 사건의 쟁점은 ① 카메라등이용촬영죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다고 규정한 이 사건 등록조항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부, ② 법무부장관은 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하여야 한다고 규정한 이 사건 관리조항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부이다.

## 2. 이 사건 헌법소원심판청구의 적법 여부

이 사건 결정은 청구의 적법함을 전제로 본안 판단에 나아갔다.

먼저 이 사건 등록조항에 대한 심판청구가 적법한지 살펴본다. 2014헌마672 사건의 청구인 김○권은 성폭력특례법이 시행된 후 구 성폭력특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되기 전의 것) 제13조 제1항의 범죄로 유죄판결이 확정되었고(성폭력특례법 부칙 제4조 제1항 참조), 나머지 청구인들은 성폭력특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제14조 제1항, 제15조의 범죄로 유죄판결이 확정되어 각 이 사건 등록조항에 의하여 신상정보 등록대상자가 되었으므로 기본권 침해의 법적 관련성이 인정된다.

다음으로 이 사건 관리조항에 대한 심판청구가 적법한지 살펴본다. 이 사건 관리조항의 문언상 직접적인 수범자는 ‘법무부장관’이고 등록대상자인 청구인들은 제3자에 해당하나, 법무부장관이 등록대상자의 신상정보를 등록하여 20년 동안 보존·관리하도록 규정하고 있는 이상, 청구인들은 자신이 제출한 신상정보가 20년 동안 법무부장관에 의해 보존·관리되면서 등록대상 성범죄와 관련된 범죄 예방 및 수사에 활용되게 되는 불이익을 받게 된다. 위 법률조항의 입법목적, 실질적인 규율대상, 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도를 종합적으로 고려할 때 청구인들의 자기관련성을 인정할 수 있다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 358; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마88, 판례집 24-1하, 578, 586 참조).

나아가 신상정보의 보존·관리에 관한 법무부장관의 권한과 의무는 성폭력 특례법에 의해 직접 규율되고, 법무부장관이 구체적으로 행하는 신상정보 보존·관리 행위는 이 사건 관리조항에 따른 단순한 사무집행으로서 구체적인 사실행위에 불과하므로, 법무부장관의 신상정보 보존·관리와 관련한 기본권 침해는 이 사건 관리조항에 의해 직접 발생한다. 따라서 이 사건 관리조항의 기본권 침해의 법적 관련성 역시 인정된다.

청구인들은 모두 유죄판결이 확정된 때로부터 90일이 경과하기 전에 이 사건 헌법소원심판청구를 하였으므로, 청구기간을 준수하였다. 다른 적법요건의 흠결이 없으므로, 이 사건 심판청구는 적법하다.

### 3. 신상정보 등록제도의 입법연혁 및 내용

#### 가. 신상정보 등록제도의 입법연혁

아동·청소년대상 성범죄자의 신상정보 등록제도는 2005. 12. 29. 법률 제 7801호로 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’이 개정되면서 도입되어, 이후 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 ‘아청법’이라 한다)로의 개정 등 몇 차례 개정을 거치며 조금씩 변화하였다. 한편 성인대상 성범죄자의 신상정보 등록제도는 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 성폭력특례법이 제정되면서 성폭력범죄의 재범 예방책의 하나로 도입되었다. 이후 아청법과 성폭력특례법상 신상정보 등록 및 공개 관련 규율이 중복되어 관리가 소홀해진다는 문제가 제기되자, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 아청법을 전부개정하고 같은 날 법률 제11556호로 성폭력특례법을 전부개정하여, 신상정보 등록제도는 성폭력특례법에서, 신상정보 공개·고지제도는 아청법에서 각각 규율하도록 하였으며, 각 전부개정 법률은 2013. 6. 19. 시행되었다.

#### 나. 구 성폭력특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되기 전의 것)상 신상정보 등록제도의 내용

구 성폭력특례법은 ① 형법 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간 등 상해·치상), 제301



조의2(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(이하 ‘등록대상 성폭력범죄’라 한다)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 등록대상자가 된다고 규정하고 있다(구 성폭력특례법 제32조 제1항).

법원은 등록대상 성폭력범죄로 유죄판결을 선고할 때 등록대상자에게 등록대상자라는 사실 및 신상정보 제출의무가 있음을 통지하고(구 성폭력특례법 제32조 제2항), 등록대상자는 판결이 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 하고, 위 의무를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다(구 성폭력특례법 제33조 제1항, 제2항, 제43조 제3항 제1호).

법무부장관은 관할경찰관서의 장 또는 교정시설 등의 장으로부터 송달 받은 신상정보, 변경정보와 등록대상자의 등록대상 성범죄 경력정보를 등록하고, 위 정보를 최초 등록일부터 10년간 보존·관리하고, 관할경찰관서의 장은 위 기간 동안 연 1회 위 정보의 변경 여부를 확인하여야 한다(구 성폭력특례법 제34조 제1항, 제35조 제1항, 제3항).

## 다. 성폭력특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 상 신상정보 등록제도의 내용

성폭력특례법은 구 성폭력특례법상 신상정보 등록대상자 외에 ① 형법 제297조의2(유사강간), ② 성폭력특례법 제11조(공중 밀집 장소에서의 추행), 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 침입행위), 제13조(통신매체를 이용한 음란행위), 제14조(카메라 등을 이용한 촬영), ③ 아청법 제2조 제2호의 범죄(다만 같은 법 제11조 제5항의 범죄로 벌금형을 선고받은 자는 제외한다)로 유죄판결이 확정된 자도 신상정보 등록대상자로 추가하였다(성폭력특례법 제42조 제1항). 이 중 아청법 제2조 제2호의 범죄에는 ‘아동·청소년대상 성범죄’에 해당하나 ‘아동·청소년대상 성폭력범죄’에는 해당하지 않는 범죄인 같은 법 제11조(아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등), 제12조(아동·청소년 매매행위), 제13조(아동·청소년의 성을 사는 행위), 제14조(아동·청소년에 대한 강요행위), 제15조(알선영업행위)의 범죄가 포함된다(이하 현행 성폭력특례법상 등록대상이 되는 범죄를 아울러 ‘등록대상 성범죄’라 한다).

등록대상자는 등록대상 성범죄의 유죄판결이 확정된 날부터 30일 이내에 신상정보를 제출하여야 하며, 변경정보가 있는 때에는 사유발생일로부터 20일 이내에 제출하여야 하고, 위 의무를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다(성폭력특례법 제43조 제1항, 제3항, 제50조 제3항 제1호, 제2호). 등록대상자는 신상정보 중 사진을 직접 제출하는 대신, 최초 등록일부터 1년마다 관할 경찰관서에 출석하여 경찰관서의 장으로 하여금 자신의 정면·좌측·우측 상반신 및 전신 컬러사진을 촬영하여 전자기록으로 저장·보관하도록 해야 하고, 이를 위반하여 관할 경찰관서에 출석하지 않거나 촬영에 응하지 않을 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다(성폭력특례법 제43조 제2항, 제4항, 제50조 제3항 제1호, 제3호).

법무부장관은 관할경찰관서의 장 또는 교정시설 등의 장으로부터 송달 받은 신상정보, 변경정보, 사진 전자기록, ‘형의 실효에 관한 법률’에 따른 범죄경력자료와 함께 등록대상자의 등록대상 성범죄 경력정보, 등록대상자의 성범죄 전과사실(죄명, 횟수), ‘특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률’에 따른 전자장치 부착 여부에 관한 정보(위 정보

를 아울러 ‘등록정보’라 한다)를 등록하여야 하고, 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리한다(성폭력특례법 제44조 제1항, 제45조 제1항). 관찰 경찰관서의 장은 위 기간 동안 반기 1회 직접 대면 등의 방법으로 등록정보의 진위 및 변경 여부를 확인하여야 한다(성폭력특례법 제45조 제4항).

법무부장관은 등록정보를 등록대상 성범죄와 관련한 범죄 예방 및 수사에 활용하게 하기 위하여 검사 또는 각급 경찰관서의 장에게 배포할 수 있다(성폭력특례법 제46조 제1항). 법무부장관은 등록기간이 끝나면 등록정보를 즉시 폐기하고 등록대상자에게 통지하여야 한다(성폭력특례법 제45조 제2항). 한편 등록대상자의 신상정보 등록·보존 및 관리 업무에 종사하거나 종사하였던 자는 직무상 알게 된 등록정보를 누설하여서는 아니 되고, 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 및 5천만 원 이하의 벌금에 처한다(성폭력 특례법 제48조, 제50조 제1항 제1호).

### 라. 이후의 사정변경

대법원은 2014. 11. 13. 선고 2014도3564 판결에서 “등록대상자의 신상정보 제출의무는 법원이 별도로 부과하는 것이 아니라 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정되면 성폭력특례법의 규정에 따라 당연히 발생하는 것이고, 위 유죄판결에서 선고유예 판결이 제외된다고 볼 수 없다. 따라서 등록대상 성범죄에 대하여 선고유예 판결이 있는 경우에도 선고유예 판결이 확정됨으로써 곧바로 등록대상자로 되어 신상정보를 제출할 의무를 지게 되며, 다만 선고유예 판결 확정 후 2년이 경과하여 면소된 것으로 간주되면 등록대상자로서 신상정보를 제출할 의무를 면한다고 해석된다.”고 판시하였다. 이에 따라, 위 판결이 선고된 이후 법무부장관은 선고유예 판결 확정 후 2년이 경과하여 면소 간주된 자의 등록정보를 모두 폐기하고 있다. 그리하여 현행 성폭력특례법상 명시적인 규정이 없음에도, 선고유예 판결이 확정된 사람은 2년, 나머지 유죄판결이 확정된 사람은 20년간 신상정보 등록의무를 부담하게 되었다.<sup>3)</sup>

3) 위 판결에 대한 평석으로는 이상원, ‘2014년 분야별 중요판례분석 - 형사소송법’, 법률신문, 2015. 5. 15.자 참조. “위 판결은 법문을 벗어나지 않으면서 가혹한 결과를 피하려는 묘수를 찾은 것처럼 보이지만, 신상정보 제출의무가 2년 후 면제된다는 점에 관하여 구체적인 논증을 제시하지 아니하였을 뿐만 아니라 결과적으로 형사제

2014. 12. 30. 법률 제12889호로 개정되어, 2015. 7. 1. 시행된 성폭력특례법 제43조 제1항 제5호는 등록대상자가 제출하여야 하는 신상정보에 연락처(전화번호, 전자우편주소를 말한다)를 추가하였고, 동법 부칙 제2조는 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 신상정보를 제출한 등록대상자는 이 법 시행 후 6개월 이내에 연락처를 제출하여야 한다고 규정하였다.

#### 4. 신상정보 등록제도에 관한 헌법재판소 선례

##### 가. 헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423등(판례집 26-2상, 226)

헌법재판소는 형법상 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 구 성폭력특례법(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 신상정보 등록대상자가 된다’ 부분(이하 ‘구법 등록조항’이라 한다)이 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다는 이유로 합헌결정을 하였다.

법정의견에 따르면, 구법 등록조항은 성폭력범죄자의 재범을 억제하여 사회를 방위하고, 효율적 수사를 통한 사회혼란을 방지하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 전과기록이나 수사경력 자료는 보다 좁은 범위의 신상정보를 담고 있고, 정보의 변동이 반영되지 않는다는 점에서 구법 등록조항에 의한 정보 수집과 동일한 효과를 거둘 수 있다고 보기 어렵고, 구법 등록조항이 강제추행죄의 행위태양이나 불법성의 경중을 고려하지 않고 있더라도 이는 본질적으로 성폭력범죄에 해당하는 강제추행죄의 특성을 고려한 것이라고 할 것이므로, 구법 등록조항은 침해의 최소성이 인정된다. 또 신상정보 등록으로 인한 사익의 제한은 비교적 경미한 반면 달성되는 공익은 매우 중대하다고 할 것이어서 법익의 균형성도 인정된다. 따라서 구법 등록조항은 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권을 침해한다고 할 수 없다. 다만 법정의견은 구법 등록조항이 위와 같이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다고 하면서도, 신상정보를 만드

---

제의 부과에 관한 법원의 재량을 박탈한 유효성을 인정한 셈이 되었다.”

시 등록할 필요가 없는 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우가 예외적으로 존재할 가능성이 있으므로, 입법자로서는 신상정보 등록에 대한 불복절차를 마련하는 등 입법보완조치를 하는 것이 바람직하다는 취지로 입법자에 대한 권고를 하였다.

이에 대하여 재판관 김이수, 재판관 이진성은 다음과 같은 이유로 구법 등록조항이 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권을 침해한다는 취지의 반대의견을 개진하였다. 구법 등록조항은 성폭력범죄자의 제범 방지를 주요한 입법목적 가운데 하나로 삼고 있음에도, 등록대상자의 선정에 있어 ‘제범의 위험성’을 전혀 요구하고 있지 않고, 행위태양의 특성이나 불법성의 경중을 고려하여 등록대상 범위를 축소하거나, 별도의 불복절차를 두는 등 충분히 가능하고 덜 침해적인 수단을 채택하지 아니하였으므로 침해의 최소성에 반한다. 또 개별 사안에 따라서는 침해되는 사익과 달성되는 공익 사이의 불균형을 초래할 수 있다는 점에서 법익의 균형성도 인정하기 어렵다.<sup>4)</sup>

#### 나. 헌재 2013. 9. 26. 2012헌바109(공보 204, 1333)

헌법재판소는 청구인이 강제추행죄로 기소되어 1심 계속 중 구법 등록조항 및 구 성폭력특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정되기 전의 것) 제35조 제1항에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구를 한 사안에서, 위 법률조항들은 당해사건 재판의 결론 및 그 확정 여부에 의하여 비로소 영향을 받는 것일 뿐, 유죄판결이 확정되기 전 단계인 당해사건 재판에서 위 법률조항들이 적용된다고 볼 수 없다고 보아, 재판의 전제성이 인정되지 아니한다는 이유로 각하결정을 하였다.<sup>5)</sup>

4) 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 성폭력특례법 제42조 제1항 역시 강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정하고 있는바, 헌법재판소는 재판관 7:2의 의견으로 전부개정된 조항 역시 헌법에 위반되지 아니한다는 입장을 유지하였다(헌재 2015. 10. 21. 2014헌마637등; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마457, 공보 234, 619, 623-624).

5) 전주지방법원이 2015. 7. 31. 직권으로 성폭력특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제42조 제1항 중 ‘제2조 제1항 제3호 가운데 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.’ 부분의

## 5. 카메라등이용촬영죄 개관

### 가. 입법취지

카메라등이용촬영죄는 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 타인의 신체를 촬영하는 이른바 ‘몰래카메라’의 폐해가 사회문제가 되고 이러한 촬영물들이 인터넷 등에 유통되는 현상이 증가하면서 이를 처벌하기 위하여 1998. 12. 28. 법률 제5593호로 개정된 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’에서 신설되었다.<sup>6)</sup> 이른바 ‘몰래카메라’의 등장은 기본 형법에서 미처 예상하지 못한 새로운 현상으로서 스토킹, 원조교제, 음란물 유통 등과 함께 ‘사이버 성폭력’으로 유형화되었다.<sup>7)</sup>

### 나. 성폭력특례법상 취급

카메라등이용촬영죄는 비친고죄이고,<sup>8)</sup> 그 미수범도 처벌된다(성폭력특례법 제15조).

위헌법률심판을 제청하여, 헌법재판소는 형사재판인 당해사건에서 위 법률조항이 재판의 전제가 되는지 여부를 판단하였다(헌재 2015. 12. 23. 2015헌가27, 판례집 27-2하, 419). 법정의견은 위 2012헌바109 결정의 취지에 따라 재판의 전제성이 인정되지 아니한다고 판단하였으나, 이에 대하여 재판관 강일원, 재판관 조용호는 위 법률조항이 위헌이 되면 법원은 유죄판결을 선고하더라도 피고인에게 신상정보 등록대상자가 된 사실 및 신상정보 제출의무가 있음을 고지할 필요가 없게 되므로, 위 법률조항은 당해사건에 적용되고, 위헌결정에 따라 재판의 효력 중 신상정보 등록이라는 법률효과가 사라지는 것은 재판의 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것이므로, 재판의 전제성이 있다고 판단한 제청법원의 견해를 존중하여야 한다는 취지의 반대의견을 개진하였다.

- 6) 국가법령정보센터, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 개정 이유 참조. 카메라등이용촬영죄를 신설한 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’은 개정이유로 “성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 건조물·선박·항공기 등에 카메라·비디오 등을 설치하여 촬영한 자를 처벌하도록 함으로써 최근 물의가 되고 있는 몰래카메라의 폐해를 방지하고, 사회의 신뢰를 회복하며, 건전한 성문화를 정착시키려는 것”을 들고 있다.
- 7) ‘사이버 성폭력’에 관한 대표적인 연구로는 정진수 외 2인, 신종 성폭력 연구 - 사이버 성폭력의 실태 및 대책을 중심으로(2000년 법무부 용역과제), 한국형사정책연구원, 2000 참조.
- 8) 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001도1017 판결 참조. “성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제15조는 ‘제11조, 제13조 및 제14조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.’라고 규정하고 친고죄에 관한 규정을 두고 있으므로 그 위에는 비친고죄로 해석할 수 있으나...”

카메라등이용촬영죄는 성폭력특례법상 성폭력범죄에 해당하지만, ‘특정강력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’상 특정강력범죄에 해당하지 아니한다.

성인대상 카메라등이용촬영죄는 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 성폭력특례법에서 처음으로 등록대상 성범죄가 되었다. 아동·청소년대상 카메라등이용촬영죄는 2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되고 2012. 8. 2. 시행된 아동법에서부터 등록대상 성범죄로 규정되었는데, 신상정보 등록 관련 소관 부처의 중복 문제를 해소하기 위하여 등록 관련 규정을 아동법에서 성폭력특례법으로 옮기는 과정에서 성인대상 카메라등이용촬영죄까지 등록대상 성범죄로 규정하게 된 것으로 보인다.

#### 다. 성폭력특례법상 취급에 대한 비판

카메라등이용촬영죄는 성폭력특례법상 ‘성폭력범죄’에 해당하나, 폭행 또는 협박을 요소로 하는 것으로서 성적 자기결정권을 침해하는 본질적 의미의 성폭력범죄에 해당하는 것으로 보기 어렵다는 견해가 존재한다. 카메라등이용촬영죄는 폭행 또는 협박을 요소로 하지 않을 뿐만 아니라, 성적 자기결정권을 침해하는 범죄라기보다는 성풍속 내지 피해자의 프라이버시를 침해하는 범죄의 성격이 강하다는 것이다.<sup>9)</sup> 이를 근거로 카메라등이용촬영죄를 성폭력범죄의 일종으로 신설하고, 모욕죄나 명예훼손죄의 법정형보다 무거운 법정형으로 처벌하는 것이 규정하는 것이 타당한지에 대한 의문이 제기되기도 한다.<sup>10)</sup>

#### 라. 실태 및 현황

다음 표에서 보는 바와 같이 카메라등이용촬영죄의 발생 건수는 2003년 106건, 2013년 2,863건으로 크게 증가하였으며, 10년간 꾸준히 증가하는 추세이다.

9) 이주원, 특별형법, 홍문사, 2013, 469면; 오영근, 형사특별법 정비방안(6) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률, 한국형사정책연구원, 2008, 67면.

10) 오영근, 위의 책, 67면.

[표] 카메라등이용촬영죄 발생현황 (2003년 - 2013년)<sup>11)</sup>

연도	접수	처분		
		기소	불기소	기타 <sup>12)</sup>
2003	106	70	30	4
2004	186	131	41	10
2005	277	201	58	12
2006	443	325	92	20
2007	537	392	123	19
2008	485	327	129	26
2009	776	563	170	34
2010	1,026	723	237	53
2011	1,375	990	292	80
2012	1,908	1,345	413	126
2013	2,863	1,596	895	317

## 6. 신상정보 등록제도에 관한 외국의 입법례

신상정보 등록제도는 영어권 국가들(미국, 캐나다, 오스트레일리아, 남아프리카공화국, 영국, 아일랜드), 프랑스에서 실시되고 있다. 이하에서는 미국과 영국의 입법례를 중심으로 소개한다.

### 가. 미국의 입법례

미국 연방의회는 2006년 아담 월시 아동보호 및 안전법(Adam Walsh Child Protection and Safety Act)을 통하여 성범죄자 신상정보 등록 및 고지법(The Sex Offender Registration and Notification Act, 이하 ‘SORNA’라고 한다)을 마련하였다. SORNA는 다른 사람의 은밀한 신체 부위를 그 의사에 반하여 포착하는 행위를 구성요건으로 하는 범죄인 비디오 촬영(video voyeurism)을 포함한 성범죄로 유죄판결을 받은 자에게 신상정보 등록의무를 부과한다. SORNA는 미성년자를 대상으로 한 비디오 촬영행위

11) 이 사건 심리를 위하여 법무부에 사실조회를 하여 받은 자료를 정리한 것이다.

12) 기소·참고인 증거, 소년보호사건송치, 가정보호사건송치, 타관이송.



에 한정하여 신상정보 등록의무를 부과한다(42 U.S.C. 16911).

성범죄자는 전과와 범행의 형태라는 두 가지 기준에 따라 1급, 2급, 3급으로 분류되는데, 각 급에 따라 등록의무기간 및 등록정보의 진위·변경 여부를 확인받기 위하여 당국을 방문해야 하는 빈도수를 달리하는 등 등록정보를 차등적으로 관리한다(42 U.S.C. 16915, 16916). 한편 등록의무를 위반한 자는 형사처벌된다[42 U.S.C. 16913 (e)].

## 나. 영국의 입법례

영국은 1997년 성범죄자법(Sex Offender Act)을 통해 성범죄자 등록제도를 마련하였고, 2003년 성범죄법(Sexual Offences Act)을 통해 등록대상자들의 신상정보를 모은 데이터베이스(Violent and Sex Offender Register)를 마련하였다. 2003년 성범죄법은 관음행위(voyeurism)를 비롯한 성범죄로 유죄판결을 받은 자에게 신상정보 등록의무를 부과한다. 관음행위를 한 자는 18세 미만인 경우 1년 이상의 징역형을 선고받았을 때, 혹은 피해자가 18세 미만이거나 범죄자가 징역형을 선고받거나 병원에 수용되거나 최소 1년 이상의 사회봉사를 선고받은 경우 신상정보 등록의무가 있다(Section 80).

성범죄 유형 중 심각한 성범죄에 대해서는 범죄자의 연령과 상관없이 신상정보를 등록하도록 하고, 그 외의 성범죄 유형에 대해서는 성범죄자가 대체로 18세인 경우에는 모두 등록하고, 18세 미만인 경우에는 1년 이상의 징역형을 선고받은 경우에만 등록하도록 한다. 신상정보는 범죄자에게 확정된 형의 종류와 길이에 따라 차등적으로 정해진 기간 동안 등록된다(Section 82). 한편 등록의무를 위반한 자는 형사처벌된다(Section 83).

영국 대법원은 2010년 성범죄로 30개월 이상의 징역형을 받은 사람들에게 불복절차를 마련하지 아니하고 평생 신상정보 등록·고지의무를 부과하는 2003년 성범죄법 제82조가 등록·고지의무에 관한 개별적 심리 규정을 두지 아니하였다는 점에서 사생활의 권리에 관한 유럽인권협약 제8조를 위반하였다고 만장일치로 판결하였다.<sup>13)</sup>

13) R and another v. Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 17. 판결문 원문은 [www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/index.html](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/index.html) 참조.

## 다. 유럽인권재판소 관련 판례

유럽인권재판소는 *Gardel v. France* 사건에서 성범죄로 15년의 징역형과 10년의 자격정지형을 선고받은 신청인들에게 주소와 주소의 변동사항을 고지해야 할 의무를 부과하는 프랑스의 신상정보 등록제도가 유럽인권협약 제7조 제1항(죄형법정주의), 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)에 위반되는지 여부를 심리하였다.<sup>14)</sup> 유럽인권재판소는 신상정보등록은 형사처벌이 아니므로 유럽인권협약 제7조상 죄형법정주의가 적용되지 아니하고, 위 제도는 등록기간을 차등적으로 규정하고 신상정보 삭제요청권을 인정하였으며 한정된 기관에 한하여 신상정보를 활용할 권한을 부여하고 있으므로 유럽인권협약 제8조에 위반되지 아니한다고 판단하였다.<sup>15)</sup>

## 7. 이 사건 법률조항들에 대한 판단

### 가. 이 사건 등록조항에 대한 판단

#### (1) 제한되는 기본권

이 사건 결정은 이 사건 등록조항에 의하여 개인정보자기결정권이 제한된다고 보았다.

『인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 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. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에

14) *Gardel v. France*, App. No. 16428/05. 판결문 원문은 [hudoc.echr.coe.int/sites/eng/page/s/search.aspx?i=001-96457](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/page/s/search.aspx?i=001-96457) 참조.

15) 다만 문제된 프랑스의 신상정보 등록제도는 지위를 이용하여 15세 이하의 미성년자를 강간한 범죄를 등록대상 성범죄로 한 점, 형량에 의하여 차등적으로 등록기간이 정해지는 점, 등록기간 중 신상정보 삭제요청권이 인정되는 점에서, 이 사건 법률조항들에 따른 신상정보 등록제도와는 구별된다.

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. 7. 21. 2003헌마282등; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등 참조).

이 사건 등록조항은 성폭력특례법 제14조 제1항, 제15조(‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제14조 제1항의 미수범으로 한정한다)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 규정하는바, 일정한 성범죄자의 개인정보 수집·보관·처리·이용에 관한 근거규정으로서 개인정보자기결정권을 제한한다.』(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 382)

나아가 이 사건 결정은 “인간의 존엄과 가치는 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것으로서, 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서 관련되어 있고 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 이에 대한 판단이 함께 이루어진다고 할 것이므로, 그 침해 여부를 별도로 판단하지 않”는다고 판시하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 382).

## (2) 개인정보자기결정권 침해 여부

### (가) 법정의견

법정의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 등록조항이 개인정보자기결정권을 침해하지 아니하였다고 보고 있다.

이 사건 등록조항이 성범죄자의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여 일정한 성범죄를 저지른 자로부터 신상정보를 제출받아 보존·관리하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단이다. 카메라등이용촬영행위의 처벌범위가 확대되고 영리를 목적으로 한 촬영물 유통행위에 대한 법정형이 강화되었음에도, 위 범죄의 발생 건수는 꾸준히 증가하고 있는 상황에서 위 범죄로 처벌받은 사람에 대한 정보를 국가가 체계적으로 관리하는 것은 재범에 의한 범죄를 예방하는 유효하고 현실적인 방법이 될 수 있다. 나아가 이 사건 등록조항은 카메라등이용촬영죄를 저지른 개별 행위자

의 형사책임의 경중을 기준으로 하여 신상정보 등록 여부를 결정할 수 있도록 규정하고 있지 아니하나, 카메라 기타 유사한 기능을 갖춘 기계 장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그의사에 반하여 촬영함으로써 인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유를 침해하는 성범죄로서의 본질이 달라지는 것은 아니므로, 입법자가 개별 행위에 따라 억제·예방의 필요성을 구분하지 아니한 것이 입법목적 달성을 위하여 불필요한 제한을 부과하는 것이라 보기 어렵다. 이 사건 등록조항으로 인하여 침해되는 사익은 비교적 경미하며, 반면 이 사건 등록조항을 통하여 달성되는 성범죄자의 재범 방지 및 사회 방위의 공익은 매우 중요하므로 이 사건 등록조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성이 인정된다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 382-385 참조).

(나) 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견(위헌의견)

재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견은 이 사건 등록조항이 ‘재범의 위험성’을 요구하지 아니하여 개인정보자기결정권에 대한 과잉한 제한을 부과하고 있으므로 헌법에 위반된다는 취지이다.

이 사건 등록조항은 카메라등이용촬영죄의 재범 방지를 주요한 입법목적으로 삼고 있음에도 등록대상자의 선정에 있어 ‘재범의 위험성’을 전혀 요구하지 않고 있어 재범의 위험성이 인정되지 않는 등록대상자에게 불필요한 제한을 부과하여 침해의 최소성에 반한다. 또한 행위 태양의 특성이나 불법성의 경중을 고려하여 등록대상 성범죄를 축소하거나 별도의 불복 절차를 두는 등 덜 침해적인 대체수단을 채택하지 않아 미수범이나 벌금형이 선고되는 경우처럼 불법성이나 책임이 가벼운 경우도 등록대상자로 삼고 있다는 점에서도 이 사건 등록조항은 침해의 최소성에 반한다. 이 사건 등록조항으로 인하여 비교적 경미한 성범죄를 저지르고 재범의 위험성이 인정되지 않는 이들에 대해서는 달성하려는 공익과 침해되는 사익 사이에 불균형이 발생할 수 있어 법익의 균형성도 인정되지 않는다. 따라서 이 사건 등록조항은 개인정보자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 390-392 참조).

(다) 재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대의견(헌법불합치의견)

재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대의견은 등록대상 성범죄인 카메라등이용촬영죄에 주목하여, 이 사건 등록조항이 개별 카메라등이용촬영행위의 특성이나 불법성의 정도를 고려하여 등록대상자를 축소하는 등 덜 제한적인 수단을 채택하지 아니하였다는 점에서 헌법에 합치되지 아니한다는 취지이다.

카메라등이용촬영죄는 폭력에 의한 간음이나 추행이 구성요건에 들어있지 않은 범죄로서 성폭속 내지 피해자의 사생활권을 침해하는 범죄의 성격이 강하고, 이에 해당하는 행위 태양은 행위자의 범의, 범행 동기, 행위 상대방, 행위 횟수 및 방법 등에 따라 매우 다양하며, 개별 행위 태양에 따라 재범의 위험성 및 신상정보 등록 필요성이 다름에도, 이 사건 등록조항은 카메라등이용촬영행위를 일률적으로 신상정보 등록대상으로 삼고 있다. 또한 현행 성폭력특례법 제14조 제1항의 구성요건이 명확하지 않아 수범자인 국민은 처벌의 범위를 확실하게 예측할 수 없는데, 이 사건 등록조항은 카메라등이용촬영죄로 유죄판결이 확정된 사람은 누구나 법관의 판단 등 별도의 절차 없이 필요적으로 신상정보 등록대상자가 되도록 하고 있어, 수범자는 어떠한 행위로 신상정보 등록이 되는지도 예측할 수 없게 된다. 따라서 이 사건 등록조항은 죄질이 무겁고 재범의 위험성이 인정되는 범죄로 등록대상을 축소하거나, 유죄 확정과 별개로 등록 여부에 관한 법관의 판단을 받도록 하는 다른 수단을 채택하지 않아 헌법에 합치되지 아니한다 (헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 392-394 참조).

(3) 평등권 침해 여부

일반 범죄와 달리 성범죄의 경우에만 신상정보 등록대상이 되도록 한 것이 평등권을 침해한다는 주장에 대하여, 이 사건 결정은 성범죄와 보호법익이 다른 그 밖의 범죄를 저지른 자들이 본질적으로 동일한 비교집단이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 나아가 이 사건 등록조항은 모든 성범죄가 아니라 일정한 성범죄를 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 자의적이라거나 합리성이 없다고 보기 어렵다고 판시하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 385 참조).

#### (4) 재판청구권 침해 여부

청구인들은 이 사건 등록조항이 법관의 판단을 거치지 아니하고 신상정보를 등록하게 하여 재판청구권을 침해한다고 주장하였다. 이에 대하여 이 사건 결정은 “이 사건 등록조항은 신상정보 등록에 관한 실체법적 근거규정으로서 권리보호절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 갖고 있지 아니하기 때문에, 이 사건 등록조항에 의하여 재판청구권이 침해될 여지가 없다. 즉 이 사건 등록조항으로 인하여 일정한 성범죄의 유죄판결이 확정되면 곧 신상정보 등록대상자가 된다고 하더라도 이로 인하여 앞에서 살핀 것처럼 개인정보자기결정권의 침해 여부가 문제 될지언정, 재판청구권이 침해된다고 할 수 없다. 나아가 신상정보 등록제도는 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 처벌에 해당하지 아니하므로, 법관이 신상정보 등록 여부를 별도로 정하도록 하지 아니하였다고 하더라도 법관에 의하여 재판받을 권리를 침해하는 것이라 할 수 없다(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423등 참조)”고 판시하였다(헌재 2014. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 386).

#### (5) 해설

강제추행죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 구 성폭력특례법 제32조 제1항 중 관련 부분에 대한 선례(헌재 2014. 7. 24. 2013헌마423등)에서 합헌의견을 낸 재판관 7인 중 5인만이 이 사건 결정에서 합헌의견을 유지하였다. 합헌의견을 낸 재판관 5인은 카메라등이용촬영죄도 본질적으로 성범죄의 특성을 가지고 있어 이 사건 등록조항이 목적 달성에 불필요한 제한이라고 보기 어렵다고 보았다. 반면 선례에서 합헌의견을 냈으나 이 사건 결정에서는 헌법불합치의견을 낸 재판관 강일원, 재판관 조용호는 카메라등이용촬영죄는 성폭속 내지 피해자의

사생활권을 침해하는 범죄라는 점에서 다른 성폭력범죄와 구별되고, 신상정보 등록제도에서도 위 특성을 감안하여 달리 취급되어야 한다고 보았다.

이 사건 결정 이후 헌법재판소는 아동·청소년 성매수죄(헌재 2016. 2. 25. 2013헌마830, 공보 233, 428), 통신매체이용음란죄(헌재 2016. 3. 31. 2015헌마688, 공보 234, 662), 가상의 아동·청소년이용음란물배포죄(헌재 2016. 3. 31. 2014헌마785, 공보 234, 642)로 각 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 성폭력특례법 제42조 제1항 중 각 관련 부분에 대하여 판단하였고, 각 등록대상 성범죄의 특성을 고려하여 위헌 여부에 대하여 달리 판단하였다.

위 결정들에서 재판관 김이수, 재판관 이진성은 신상정보 등록제도의 입법목적이 재범 방지에 있음에도 불구하고 등록대상자 선정에 있어 ‘재범의 위험성’을 요구하지 아니하는 점에서 위헌이라는 견해를 유지하였다(헌재 2016. 3. 31. 2014헌마785 중 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견, 공보 234, 642, 650 참조).

먼저 아동·청소년 성매수죄에 대하여 살펴본다. 나머지 재판관 7인 전원은 위 범죄가 미성숙한 아동·청소년에 대한 부당한 성적 착취행위이므로 위 범죄의 재범 방지를 위한 규제가 필요하다는 의견을 개진하였다. 이에 합헌의견 7인, 위헌의견 2인으로 성폭력특례법 제42조 제1항 중 아동·청소년 성매수죄에 관한 부분은 합헌으로 결정되었다.

다음으로 통신매체이용음란죄에 대하여 살펴본다. 나머지 재판관 7인 중 재판관 4인(재판관 박한철, 재판관 강일원, 재판관 서기석, 재판관 조용호)은 위 범죄가 폭력에 의한 간음이나 추행을 구성요건으로 하지 아니하고 피해자의 성적 자기결정권을 직접 침해하는 범죄로 보기도 어렵다는 점에서, 위 범죄로 유죄판결이 확정된 자를 예외 없이 등록대상자가 되도록 하는 것은 위헌이라는 의견을 개진하였다. 이에 위헌의견 6인, 합헌의견 3인으로 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원 인용결정을 위한 심판정족수에 도달하여 성폭력특례법 제42조 제1항 중 통신매체이용음란죄에 관한 부분은 위헌으로 결정되어, 효력을 상실하게 되었다.

마지막으로 가상의 아동·청소년이용음란물배포죄에 대하여 살펴본다. 나

머지 재판관 7인 중 재판관 3인(재판관 박한철, 재판관 강일원, 재판관 서기석)은 위 범죄가 실제 아동·청소년에게 직접적인 피해를 가하는 것이 아니고 위 범죄를 등록대상 성범죄가 아닌 아동·청소년이용음란물소지죄와 달리 취급해야 할 이유도 없다는 점에서, 위 범죄로 유죄판결이 확정된 자를 예외 없이 등록대상자가 되도록 하는 것은 위헌이라는 의견을 개진하였다. 이에 위헌의견 5인, 합헌의견 4인으로 위헌의견이 다수이긴 하나 심판정족수에 미달하여 성폭력특례법 제42조 제1항 중 가상의 아동·청소년이용음란물배포죄에 관한 부분은 합헌으로 결정되었다.

2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정된 성폭력특례법은 이전에 비하여 등록대상 성범죄의 범위를 대폭 확대하였고, 이에 간음·추행을 구성요건으로 하지 아니하거나 범행형이 경미한 성범죄도 등록대상 성범죄에 포함되었다. 앞서 살펴본 일련의 선례 중 위헌의견은 제법의 위헌성이 있는지 여부가 검증되지 아니하거나 비교적 경미한 성범죄도 예외 없이 등록대상 성범죄로 규정하는 것은 개인정보자기결정권에 대한 과도한 제한이 된다는 취지로 새길 수 있다. 법무부가 2016. 4. 20.부터 5. 31.까지 입법예고하고 2016. 8. 18. 국회에 제안한 성폭력특례법 일부개정법률안은 이 사건 결정 등에서 문제 된 성폭력특례법 제42조 제1항의 위헌성을 제거하기 위하여 통신매체이용음란죄, 카메라등이용촬영죄, 아동·청소년이용음란물배포죄로 각 벌금형을 선고받은 자는 등록대상자에서 제외시키는 내용을 포함하고 있다.

## 나. 이 사건 관리조항에 대한 판단

### (1) 제한되는 기본권

이 사건 결정은 이 사건 관리조항에 의하여 개인정보자기결정권이 제한된다고 보았다.

『이 사건 관리조항은 법무부장관으로 하여금 신상정보 등록대상자의 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하게 하는바, 일정한 성범죄자의 개인정보 수집·보관·처리·이용에 관한 근거규정으로서 개인정보자기결정권을 제한한다.』(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 386)



## (2) 개인정보자기결정권 침해 여부

### (가) 법정기간

법정의견은 이 사건 관리조항이 성범죄자의 재범을 억제하고 수사의 효율성을 제고하기 위하여 법무부장관이 등록대상자의 재범의 위험성이 상존하는 20년 동안 그의 신상정보를 보존·관리하게 하는 것은 정당한 목적을 위한 적합한 수단에 해당한다고 하면서도, 다음과 같은 이유로 침해의 최소성, 법익의 균형성에 반한다고 보고 있다.

이 사건 관리조항에 따른 등록기간은 등록대상자의 재범의 위험성이 존재한다는 점을 전제하여 법무부장관이 그의 신상정보를 보존·관리하는 기간이며, 등록대상자에게 변경정보 제출, 사진촬영 등 의무가 부과되는 기간이다(성폭력특례법 제43조 제3항, 제43조 제4항).<sup>16)</sup> 그런데 재범의 위험성은 등록대상 성범죄의 종류, 등록대상자의 특성에 따라 다르게 나타날 수 있고, 입법자는 이에 따라 등록기간을 차등화함으로써 등록대상자의 개인정보자기결정권에 대한 제한을 최소화하는 것이 바람직하다. 그럼에도 불구하고 이 사건 관리조항은 모든 등록대상 성범죄자에 대하여 일률적으로 20년의 등록기간을 적용하고 있으며, 이 사건 관리조항에 따라 등록기간이 정해지고 나면 등록의무를 면하거나 등록기간을 단축하기 위하여 심사를 받을 수 있는 가능성도 부여하지 아니하는바, 기본권 침해의 최소성이 인정되지 아니한다. 이 사건 관리조항이 추구하는 공익이 중요하더라도 모든 등록대상자에게 20년 동안 신상정보를 등록하게 하고 위 기간 동안 각종 의무를 부과하는 것은 비교적 경미한 등록대상 성범죄를 저지르고 재범의 위험성도 많지 않은 자들에 대해서는 달성되는 공익과 침해되는 사익 사이의 불균형이 발생할 수 있으므로 이 사건 관리조항은 법익의 균형성도 인

16) 성폭력특례법 제43조 제3항, 제4항, 제45조 제4항에 따르면 등록대상자는 등록기간 동안 제출한 신상정보가 변경된 경우에는 그 사유와 변경내용을 제출하여야 하고, 1년마다 관할경찰관서에 출석하여 사진촬영에 응하여야 하며, 반기 1회 관할경찰관서의 장과 직접 대면 등의 방법으로 등록정보의 진위 및 변경 여부를 확인받아야 한다. 동법 제50조 제3항 제2호, 제3호는 변경정보 제출 및 사진촬영 의무를 위반한 등록대상자를 1년 이하의 징역 또는 500만 원의 벌금에 처한다. 헌법재판소는 위 조항들을 모두 합헌으로 결정하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌바257, 판례집 27-2, 227; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마457, 공보 234, 619; 헌재 2016. 7. 28. 2016헌마109 참조).

정되지 아니한다. 따라서 이 사건 관리조항은 과잉금지원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해한다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 386-389 참조).

(나) 재판관 김이수, 재판관 이진성의 별개의견

법정의견은 다음 (3)에서 살펴보는 바와 같이 이 사건 관리조항의 위헌성을 인정하면서도 헌법불합치 주문을 선고하였다. 재판관 김이수, 재판관 이진성의 별개의견은 이 사건 관리조항이 헌법에 위반된다는 법정의견의 이유와 결론에 찬성하나, 이 사건 등록조항과 마찬가지로 이 사건 관리조항에 대하여도 위헌선언을 통해 기본권 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있으므로, 단순위헌결정을 해야 한다는 취지이다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 394-395 참조).

(3) 주문의 형태

이 사건 결정은 이 사건 관리조항의 위헌성을 제거하는 것은 입법자의 형성재량의 영역에 속한다고 보았다. 이 사건 결정은 위헌성을 제거하기 위한 방법으로 등록대상 성범죄의 법정형 내지 선고형에 따라 등록기간의 범위를 달리 차등화하여 규정한 후 법원이 그 범위 내에서 구체적 사정을 고려하여 그 등록기간을 결정하도록 하고, 이미 등록된 사람도 정기적으로 다시 심사를 받을 수 있는 기회를 부여하여 재범의 위험성이 없는 등 사정변경이 생겨서 계속 등록할 필요가 없는 경우에는 등록기간을 단축하거나 등록정보를 폐기할 수 있게 하는 절차를 마련하는 방법 등을 제시하고 있다.

만약 이 사건 관리조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우에는 신상정보 등록제도의 근거규정이 없어지게 되어 부적절하므로, 헌법불합치결정을 선고하고 입법자의 개선입법이 있을 때까지 이 사건 관리조항의 계속적용을 명하였으며 개선입법 시한은 2017. 1. 1.로 정하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 389 참조).

(4) 해설

이 사건 관리조항에 대한 헌법불합치결정이 선고된 이후 헌법재판소는

이 사건 관리조항을 심판대상으로 하는 다른 사건에서, “헌법불합치결정도 위헌결정의 일종이므로 이 사건 관리조항은 이미 위헌으로 결정된 것이다. 따라서 이 사건 관리조항에 대한 심판청구는 이미 위헌으로 결정된 법률조항에 대한 헌법소원심판청구로서 권리보호이익이 없어 부적법하다”고 판시하며 각하결정을 하고 있다(헌재 2015. 7. 31. 2015헌마762 제2지정부; 헌재 2015. 10. 21. 2014헌마637등; 헌재 2016. 2. 25. 2015헌마846; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마457, 공보 234, 619, 623; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마785, 공보 234, 642, 644).

이 사건 결정은 신상정보 등록제도가 재범 방지를 주된 입법목적으로 하고 있다는 것을 고려하면, 입법자는 재범 방지에 필요한 등록기간을 차등적·탄력적으로 정하는 등 충분히 가능하고 덜 침해적인 수단을 강구해야 한다는 점을 명확히 하였다.<sup>17)</sup> 이때 이 사건 결정은 침해의 최소성 판단을 하면서 이 사건 관리조항의 개정연혁을 검토하였다. 즉 아동·청소년대상 성범죄자에 대한 신상정보 등록제도는 2005. 12. 29. 법률 제7801호 개정으로 도입될 당시 5년의 등록기간을 설정하였으나, 2010. 4. 15. 법률 제10260호 개정으로 위 등록기간을 20년으로 상향하였다. 성인대상 성범죄자에 대한 신상정보 등록제도는 2010. 4. 15. 법률 제10258호 개정으로 도입될 당시 10년의 등록기간을 설정하였으나, 2012. 12. 18. 법률 제11556호 전부개정으로 위 등록기간을 20년으로 상향하였다. 이상의 개정 연혁을 살펴보면, 법정의견은 등록기간이 불과 몇 년 간 상향조정되는 과정에서 위 기간이 재범 방지에 필요한 최소한의 기간인지에 대한 실증적인 뒷받침이 있었는지에 대한 의문을 제기하였고(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등, 판례집 27-2상, 370, 387-388 참조), 나아가 재판관 김이수, 재판관 이진성의 별개의견은 위 개정 연혁에서 드러나듯이 성범죄에 대한 처벌과 의무를 강화하는 데에만 초점을 맞추기보다 다각적·근원적인 예방책을 마련하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등 중 재판관

17) 성범죄의 유형이나 구체적 태양을 고려하지 아니하고 일군의 성범죄를 저지른 사람들에게 동일 한 기간의 기본권 제한을 가하는 것이 위헌이라는 취지의 판시는 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제56조 제1항에 따른 성범죄자 취업제한 제도에 관한 위헌결정에서도 주된 논거가 되고 있다(헌재 2016. 3. 31. 2013헌마 585등, 공보 234, 602, 608 등 참조).

김이수, 재판관 이진성의 별개의견, 판례집 27-2상, 370, 395 참조).

실제로 성범죄자 신상정보 등록제도를 앞서 시행하고 있는 미국은 전과와 범행의 형태라는 두 가지 기준에 따라 성범죄자를 3단계로 분류하고, 이에 따라 등록기간을 차등화하고 등록 이후 성범죄자가 일정 기간 깨끗한 기록을 유지하는 경우 등록기간을 단축할 수 있게 한다. 영국의 경우 선고형의 종류와 길이에 따라 등록기간을 차등적으로 규정하고 있다.

이 사건 결정에 대한 개선입법으로서, 법무부가 2016. 4. 20.부터 5. 31.까지 입법예고하고, 2016. 8. 18. 국회에 제안한 성폭력특례법 일부개정법률안에 따르면, 등록기간은 불법성, 재범의 위험성에 따른 법관의 구체적인 판단을 반영하면서 선고형 별로 통일성을 기할 수 있도록 선고형을 기준으로 정해지게 되었다. 등록기간은 ① 10년 초과 징역·금고형, 사형, 무기징역·금고형을 선고받은 경우 30년, ② 3년 초과 10년 이하의 징역·금고형을 선고받은 경우 20년, ③ 3년 이하 징역·금고형 및 아청법 제49조 제1항 제4호에 따른 공개명령이 확정된 사람의 경우에는 15년, ④ 벌금형을 선고받은 자는 10년으로 정해진다. 한편 위 일부개정법률안은 선고유예를 받은 사람의 경우 2년이 경과하여 면소로 간주되면 신상정보 등록이 면제되도록 하고, 선고형 유형별 최소 등록기간이 경과하고 재범을 저지르지 아니하는 등 일정한 요건을 충족하면 등록대상자의 신청을 받아 법무부장관이 심사한 후 잔여 등록기간에 대해서는 신상정보 등록을 면제하는 이른바 ‘클린 레코드’ 제도를 마련하였다.

## 8. 결정의 의의

이 사건 결정은 카메라등이용촬영죄의 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되도록 규정한 이 사건 등록조항에 대하여는 합헌, 법무부장관이 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존·관리하여야 한다고 규정한 이 사건 관리조항에 대하여는 헌법불합치결정을 하였다. 이에 정부는 2016. 8. 18. 국회에 등록기간을 선고형에 따라 차등화하고 등록대상자가 일정한 요건을 갖춘 경우 잔여 등록기간 동안 등록의무를 면제받을 수 있게 하는 내용을 담은 성폭력특례법 일부개정법률안을 제출하였다.

2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 성폭력특례법은 2012년 서울 광진구 주부 살해사건 등을 계기로 19대 국회 ‘아동·여성대상 성폭력 대책 특별위원회’, 법무부, 여성가족부 등 정부부처가 성범죄자에 대한 처벌과 관리를 강화하기 위하여 마련된 법률이다. 이 사건 결정은 성폭력특례법 등에 대한 포괄적인 검토를 통하여 성범죄 예방 및 수사의 효율 제고라는 입법목적에 존중하면서도, 입법자로 하여금 등록대상자의 기본권 제한을 최소화하는 제도적 보완책을 마련하게 했다는 점에서 의미가 있다.



## 인신보호법 제15조 위헌제청

- 인신보호법 제15조의 즉시항고기간이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2015. 9. 24. 2013헌가21, 판례집 27-2상, 461)

이 황 희\*

### 【판시사항】

인신보호법(2007. 12. 21. 법률 제8724호로 제정된 것) 제15조 중 ‘피수용자인 구제청구자’의 즉시항고 제기기간을 ‘3일’로 정한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 피수용자의 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

인신보호법(2007. 12. 21. 법률 제8724호로 제정된 것) 제15조 중 ‘피수용자인 구제청구자’의 즉시항고 제기기간을 ‘3일’로 정한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

인신보호법(2007. 12. 21. 법률 제8724호로 제정된 것)

제15조 (상소) 구제청구자와 수용자는 제13조의 결정에 대하여 불복하면 3일 이내에 즉시항고할 수 있다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

피수용자 이○식은 2009. 5. 8.경부터 편집성 정신분열병으로 천안시 서북구에 있는 ○○병원에 수용 중인 자로서, 2012. 8.경 수용자의 피수용자에 대한 수용이 위법하다는 이유로 대전지방법원 천안지원에 구제청구를 하였으나, 위 천안지원은 2012. 11. 1. 구제청구 기각결정을 하였다(위 천안

---

\* 헌법연구관

지원 2012인4).

피수용자는 2012. 11. 5. 구제청구 기각결정을 송달받고, 같은 날 즉시항고장을 작성하여 위 ○○병원 소속 간호사에게 우편송달을 요청하였는데, 이에 따라 송달된 이 즉시항고장은 2012. 11. 9. 위 천안지원에 도달하였다.

제청법원은 위 결정에 대한 즉시항고사건(대전지방법원 2012인라1)을 심리하던 중, 2013. 6. 20. 직권으로 즉시항고 제기기간을 3일로 규정한 인신보호법 제15조가 재판청구권, 신체의 자유, 평등권을 침해한다는 이유로 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판을 제청하였다.

## 2. 제청법원의 위헌심판제청 이유

이 사건 법률조항이 즉시항고 제기기간을 3일로 정하고 있으나, 인신보호법상 구제청구 사건의 특성상 구제청구자인 피수용자는 사인에 의한 시설에 홀로 수용되어 있어 인신의 자유가 제한된 상태에 있어서 직접 법원에 출석하여 즉시항고장을 접수할 방법이 없고, 가족 등 친지의 조력을 받을 수 없는 경우가 대부분이어서 대리하여 접수할 수도 없는 점, 인신보호법은 국선변호인을 선임할 수 있도록 규정하고 있으나 원심 결정 이후까지 국선변호인의 조력을 받도록 하는 규정은 없어서 결정 이후의 불복절차에서까지 조력을 받는 것이 현실적으로 불가능한 점, 인신보호법상 즉시항고 절차에 관해서는 민사소송법의 규정을 준용하고 있어서 형사소송법상 법정기간의 연장이나 채소자의 특칙 규정이 적용될 여지가 없는 점 등을 감안해 보면, 3일의 기간은 지나치게 짧은 것으로 보이므로 이 사건 법률조항은 피수용자의 재판청구권, 신체의 자유, 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

인신보호법상 피수용자인 구제청구자는 자기 의사에 반하여 수용시설에 수용되어 인신의 자유가 제한된 상태에 있으므로 그 자신이 직접 법원에 가서 즉시항고장을 접수할 수 없고, 외부인의 도움을 받아서 즉시항고장을 접수하는 방법은 외부인의 호의와 협조가 필수적이어서 이를 기대하기 어려운 때에는 그리 효과적이지 않으며, 우편으로 즉시항고장을 접수하는 방



법도 즉시항고장을 작성하는 시간과 우편물을 발송하고 도달하는 데 소요되는 시간을 고려하면 3일의 기간이 충분하다고 보기 어렵다.

인신보호법상으로는 국선변호인이 선임될 수 있지만, 변호인의 대리권에 상소권까지 포함되어 있다고 단정하기 어렵고, 그의 대리권에 상소권이 포함되어 있다고 하더라도 법정기간의 연장 등 형사소송법 제345조 등과 같은 특칙이 적용될 여지가 없으므로 3일의 즉시항고기간은 여전히 과도하게 짧은 기간이다. 즉시항고 대신 재청구를 할 수도 있으나, 즉시항고와 재청구는 개념적으로 구분되는 것이므로 재청구가 가능하다는 사실만으로 즉시항고 기간의 과도한 제약을 정당화할 수는 없다.

나아가 즉시항고 제기기간을 3일보다 조금 더 긴 기간으로 정한다고 해도 피수용자의 신병에 관한 법률관계를 조속히 확정하려는 이 사건 법률조항의 입법목적이 달성되는 데 큰 장애가 생긴다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 피수용자의 재판청구권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 인신보호법에 의한 구제절차 개관

2007. 12. 21. 법률 제8724호로 제정된 인신보호법은 행정처분이나 사인에 의한 시설 수용으로 피수용자의 인신의 자유가 위법하게 침해될 수 있음에도 불구하고 그 동안 사법심사를 통한 신속하고 효과적인 구제절차가 마련되어 있지 않았다는 반성적 고려 하에, 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 위법하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 제정되었다.

인신보호법에 의하면, 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되었거나 적법하게 수용되었더라도 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 경우, 피수용자나 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자(이하 “구제청구자”라 한다)는 법원에 구제를 청구할 수 있고(제3조), 법원은 구제청구사건을 심리한 후 그 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 결정으로 피수용자의 수용을 즉시 해제할

것을 명하여야 하며, 구제청구가 이유 없다고 인정하는 때에는 이를 기각하여야 하는바(제13조), 이와 같은 법원의 결정에 대하여 구제청구자와 수용자는 이 사건 법률조항에 따라 3일 이내에 즉시항고를 제기할 수 있도록 하고 있다.

구제청구를 심리하는 관할법원은 당해 피수용자 또는 수용시설의 주소, 거소 또는 현재지를 관할하는 지방법원 또는 지원으로 하는바(제4조), 법원은 구제청구에 대하여 이를 각하하는 경우를 제외하고 심문기일을 지정하여 구제청구자와 수용자를 소환하여야 하고, 수용자는 심문기일 전까지 답변서를 제출해야 하며, 법원의 소환이 있는 경우 피수용자를 심문기일에 출석시켜야 한다(제10조).

피수용자와 구제청구자는 변호인을 선임할 수 있는바, 구제청구자 등이 빈곤이나 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우 구제청구자 등의 명시적 의사에 반하지 아니하고 구제청구가 명백하게 이유 없는 것이 아닌 이상 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다(제12조). 국선변호인은 별도의 규정이 없는 한 구제청구사건의 성질에 반하지 아니하는 범위 내에서 「형사소송법」, 「형사소송비용등에관한법률」 중 국선변호인에 관한 규정을 준용한다(인신보호규칙 제15조).

그 밖에 구제청구사건의 심리 및 재판에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정하는바(제17조), 이에 따른 인신보호규칙(2013. 2. 18. 대법원규칙 제2452호로 개정된 것)에 의하면, 동 규칙에서 정하고 있지 아니한 사항에 대하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 내에서 민사소송의 예에 따르도록 하고 있다(동 규칙 제18조).

## 2. 인신보호법상 즉시항고 제기기간 및 관련 입법례

### 가. 인신보호법상 즉시항고 제기기간

항고는 법원의 재판 중 결정에 대한 상소제도로, 불복기간의 제한이 있는지 여부에 따라 보통항고와 즉시항고로 분류되는데, 원래 항고는 이익이 있는 한 언제든지 제기할 수 있지만 법률관계의 조속한 안정을 위하여 특별히 제기기간을 제한하는 경우가 있다.

통상 즉시항고는 당사자의 중대한 이익에 관련된 사항이나 소송절차의 진행을 위하여 신속한 결론을 얻는 것이 필요한 사항 등을 그 대상으로 하는 것인데,<sup>1)</sup> 이 사건 법률조항에 따른 즉시항고제도 역시 인신보호법에 따른 구제청구에 대한 결정이 피수용자의 구금상태의 적부를 판단하는 것이라는 점에서 피수용자의 중대한 이익에 관련된 사항이고 이를 둘러싼 법률관계를 신속하게 확정하는 것이 필요하다는 고려 하에 3일 이내라는 기간으로 만들어진 것으로 보인다.

## 나. 관련 입법례

### (1) 일본

먼저 일본의 인신보호법에 의하면 인신보호청구에 관한 하급재판소의 판결에 대해서는 3일 이내에 최고재판소에 상소할 수 있다고 정하고 있으나(동법 제21조) 결정에 대한 항고에 관해서는 규정이 없는데, 이에 관하여 최고재판소는 “인신보호법에 의한 석방청구를 배척한 결정에 대해서는 헌법위반을 이유로 할 때에 한하여 최고재판소에 항고신청을 할 수 있다.”고 판시한 바 있다.

일본 최고재판소는 이와 같이 인신보호청구에 관한 결정에 대하여 원칙적으로 항고를 인정하지 않는 것이 일본 헌법 제32조에<sup>2)</sup> 위반되는지 여부에 대하여, “심급제도를 어떻게 하여야 하는지에 관해서는 헌법 제81조 외에 어떤 규정도 없으므로 이 점 이외의 심급제도는 입법으로 하여금 적의로 이를 정할 수 있음을 당 재판소 대법정 관례로 하는 바이다.”라고 하여서 합헌으로 판시한 바 있다.

### (2) 독일

독일에서는 자유박탈조치에 관한 중구적 결정권한을 법관에게 유보하고 있는 기본법 제104조 제2항 제1문 및 제2문의 취지에 따라서 먼저 법원의 명령을 얻어서 강제수용조치를 하든지, 아니면 강제수용조치를 한 후 법원

1) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2014, 793쪽.

2) 일본국헌법 제32조는 “누구든지 재판소에서 재판을 받을 권리를 빼앗기지 아니한다.”고 규정하고 있다.

의 추인을 얻도록 하고 있는데 이러한 강제수용조치에 대한 법원의 명령 또는 추인은 중국 결정의 형태로 행해질 수도 있고 가명령으로 행해질 수도 있는바, 각각에 대한 항고 제기기간이 다르다고 한다.

즉, 법원이 강제수용조치를 명하거나 추인하는 결정을 가명령의 형태로 한 경우에는 이에 대한 항고를 14일 이내에 제기하여야 하고, 중국 결정으로 하는 경우에는 1월 이내에 제기하여야 한다는 것이다.

### (3) 미국

미국의 경우 인신보호영장(writ of habeas corpus) 제도는 법원의 판결로 감금 상태에 있는 사람을 구제하기 위한 제도로서, 연방법원과 주법원의 판결에 의한 감금에 대하여 모두 적용되는바, 인신보호영장신청은 형사소송절차의 일부이기는 하지만 형식적으로는 피수용자(원고)가 교도소장, 간수 또는 교정공무원(피고)을 상대로 하는 민사소송에 가깝다는 것이다. 이에 따라서 연방지방법원이 피수용자의 인신보호영장신청을 기각하는 경우 관할 지역 연방항소법원에 항소할 수 있고, 항소를 하기 위해서는 반드시 연방지방법원이나 연방항소법원으로부터 항소가능성 증명(certification for appealability)을 받아야 하는바, 28 U.S.C. 2255(연방법원에 의한 수용)의 적용을 받는 경우 연방지방법원이 인신보호영장신청을 기각한 결정을 내린 날부터 60일 이내에 항소통지서(notice of appeal)를 제출하여야 하고, 28 U.S.C. 2254(주법원에 의한 수용)의 적용을 받는 경우에는 기각 결정이 있는 날부터 30일 이내에 항소통지서를 제출하여야 한다는 것이다.

## 3. 이 사건 법률조항에 의해 제한되는 기본권

가. 제청법원은 이 사건 법률조항에 의해 피수용자의 재판청구권, 신체의 자유, 평등권이 침해될 수 있다고 보았다. 3일이라는 즉시항고 제기기간이 너무 짧아서 그 기간 내에 항고가 제기되지 못하는 것이 문제된다면, 이는 재판청구권에 대한 제한이 된다.

나. 이 사건 법률조항으로 인해 즉시항고를 기간 내에 제기하지 못하여 계속 수용되는 피수용자는 그 신체의 자유도 제한되는지 문제되나, 이 사

건 법률조항의 문언 자체로 신체의 자유에 대한 제한성의 표지가 드러나지 않는 점, 신체의 자유에 대한 제약은 재판청구권에 대한 제한으로 야기되는 부수적 현상에 불과한 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항으로 신체의 자유가 제한된다고 보기는 어렵다.

다. 제청법원이 제기하는 평등권의 문제는, 인신보호법상 피수용자가 형사소송법상 재소자에 준하는 인신구속 상태에 있음에도, 전자의 경우는 후자의 경우와 달리 기간에 관한 특칙(형사소송법 제344조 등)이 적용되지 않는 점에서 비롯된다. 그러나 이는 단기로 설정된 즉시항고기간의 위헌성을 다투는 취지가 아니라, 이 사건 법률조항의 적용과 관련하여 형사소송법상의 특칙과 같은 규정을 마련해 두지 않음으로 인한 위헌성을 제기하는 것으로서, 이러한 취지의 주장에 대해서는 재판청구권 침해 여부를 판단함에 있어 고려하면 충분하다.

## 4. 재판청구권 침해 여부

### 가. 심사기준

재판청구권의 제한이 문제되는 사건에서 헌법재판소는 통상 입법재량의 일탈남용 여부를 심사척도로 삼았다. 가령, “헌법 제27조 제1항이 규정하는 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정된다”(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8 등, 판례집 21-1상, 45, 53)라든가, “재판청구권과 같은 절차적 기본권은 …… 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌 심사기준은 합리성원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다”(헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558, 567; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 288-289 등)와 같은 판시가 대표적이다.

헌법재판소는 2013헌가21 사건에서도 입법재량의 일탈남용 여부가 심사의 척도로 적용된다고 밝혔다.

『재판청구권은 실체적 권리의 구제를 위해 국가로부터 적극적인 행위, 즉 권리구제절차의 제공을 요구하는 청구권적 기본권으로서, 입법자에 의

한 구체적인 제도 형성을 필요로 하는데, 특히 재판을 청구할 수 있는 기간을 정하는 것은 원칙적으로 입법자가 그 입법 재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이므로 그 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단하기는 어렵다(헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66 등).』

동시에 헌법재판소는 재판청구권과 관련한 입법재량 일탈이 어떤 의미인지를 구체적으로 실시하였다.

『재판청구권은 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 때 그에 대한 구제 또는 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 가지고 있으므로(헌재 2011. 6. 30. 2009헌바430), 재판청구권에 관한 입법재량에도 한계가 있을 수밖에 없다. 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 이는 헌법상 재판청구권을 공허하게 만드는 것이므로 입법재량의 한계를 일탈한 것으로서 위헌이다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마259 참조).』

## 나. 위헌여부

(1) 헌법재판소는 이 사건 법률조항의 입법목적은 피수용자의 신병에 관한 법률관계를 조속히 확정하려는 점에서 찾았으나, 3일의 즉시항고 제기 기간은 수용시설에 수용·보호 또는 감금되어 있는 피수용자가 즉시항고를 제기하는 것을 현저히 곤란하게 하는 기간이라고 평가하였다.

『인신보호법상 구제청구 사건의 특성상, 구제청구자인 피수용자는 자기 의사에 반하여 수용시설에 수용되어 인신의 자유가 제한된 상태에 있으므로, 그 자신이 직접 법원에 가서 즉시항고장을 접수할 수는 없다. 따라서 이러한 피수용자는 이를 직접 접수하는 방법 이외의 수단을 모색해야 한다. 여기에는, 예컨대 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주와 같은 외부인 중 자신을 도와줄 수 있는 사람의 도움을 받아서 즉시항고장을 접수하는 방법이나 우편을 이용하여 접수하는 방법 등이 있을 것이다. 그러나 외부인의 도움을 받아서 즉시항고장을 접수하는 방법은 외부인의 호의와 협조가 필수적이므로, 그들이 즉시항고장 제출 문제에 대하여 피수용자와 다른 의견을 가지고 있는 경우와 같이 피수용자가

호의적인 협조를 기대하기 어려운 때에는 그리 효과적이지 않다. 우편으로 즉시항고장을 접수하는 방법도 즉시항고장을 작성하는 시간과 우편물을 발송하고 도달하는 데 소요되는 시간을 고려하면, 3일의 기간이 충분하다고 보기 어렵다.

또 하나의 현실적인 방법으로, 강제 수용되어 있는 기관에 근무하는 직원의 도움을 받아서 법원에 접수하는 방법을 생각해 볼 수 있으나, 통상 수용시설측은 피수용자의 수용이 장기화될수록 더 큰 경제적 이익을 얻게 되므로 이러한 상황은 피수용자의 수용과 관련하여 수용시설측과 피수용자의 이해관계가 서로 충돌하는 경우에 해당한다. 따라서 이들로 하여금 피수용자의 즉시항고장 접수에 협조하도록 명하는 법령과 같이 별도의 강제적 수단이 존재하지 않는다면, 피수용자 입장에서는 3일이라는 짧은 기간 안에 즉시항고장을 제출하기 위해 필요한 적극적인 협조를 구하는 데 큰 어려움을 겪을 것이다.

또한 인신보호법상으로는 국선변호인이 선임될 수 있도록 규정되어 있으나, 민사소송의 절차가 준용되는 인신보호절차에서 변호인의 대리권에 상소권까지 포함되어 있다고 단정하기 어렵고, 설사 위 변호인의 대리권에 상소권까지 포함되어 있다고 하더라도 형사소송법상 인정되는 법정기간의 특칙이 배제된 3일이라는 즉시항고기간은 여전히 과도하게 짧은 기간임이 분명하다. 나아가 즉시항고 제기기간인 3일에 주말이나 휴일이 포함될 경우에는 항고제기에 주어지는 현실적인 제약이 배가될 수 있다.

그리고 피수용자로서는 즉시항고 대신 재청구를 통해 여전히 수용의 위법성을 다툴 수도 있겠지만, 즉시항고를 통해 기존 결정의 문제점을 다투고자 하는 것과 재청구를 통해 수용의 위법성을 다시 다투는 것은 개념적으로 구분되는 일이며, 재청구를 위해서는 어느 정도의 사정 변경이 필요하다는 등의 제약이 따르는 점을 고려하면, 재청구가 가능하다는 사실만으로 즉시항고 기간의 과도한 제약을 정당화할 수는 없다.]

(2) 헌법재판소는 즉시항고 제기기간을 마찬가지로 정하고 있는 형사소송법 제405조에 대해서 종래 합헌판단을 한 바 있다(헌재 2011. 5. 26. 2010헌마499 등). 재판소는 형사소송법상 즉시항고기간이 인신보호법상 즉시항고기간과 동일하다 해도, 양자 간에는 여러 측면에서 차이가 있으며

로 전자에 대한 합헌판단과 후자에 대한 위헌판단이 서로 충돌하지 않음을 강조하였다.

『위 2010헌마499 결정에서는 형사소송법상 재소자가 교도소장, 구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 상소장을 제출한 때에는 그 제기기간 내에 상소한 것으로 간주되는 점(형사소송법 제344조 제1항), 상소권자 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소의 제기기간 내에 상소를 하지 못한 때에는 상소권회복의 청구를 할 수 있는 점(형사소송법 제345조) 등을 고려하여 형사소송법상 인정되는 3일의 즉시항고 제기기간이 입법재량의 범위를 일탈하지 않았다고 판단하였다(헌재 2011. 5. 26. 2010헌마499).

그런데 인신보호규칙은 “이 규칙에서 정하고 있지 아니한 사항에 대하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 내에서 민사소송의 예에 따른다.”고 규정하고 있을 뿐이고(제18조), 달리 인신보호법상으로 그 즉시항고의 제기에 있어서 피수용자에게 유리하게 작용할 수 있는 위 형사소송법 조항들을 준용한다는 규정이 존재하지 않으므로, 인신보호법상 즉시항고 제기에서는 위 형사소송법 조항들의 특칙이 준용되기 어렵다. 따라서 즉시항고의 제기와 관련하여 비록 형사소송법과 인신보호법이 동일한 기간(3일)을 보장하고 있지만, 인신보호법상 즉시항고의 제기에는 형사소송법상 즉시항고 제기에 비해 더 큰 어려움이 있다고 할 수 있다.

다만 인신보호절차에 민사소송의 예를 준용할 경우 민사소송법상 소송행위의 추후보완이 허용될 수도 있겠지만, 우리 판례상 소송행위의 추후보완 사유가 비교적 엄격하게 인정되고 있는 점에 비추어 보면, 여전히 불복기간과 관련하여 인신보호법상 즉시항고가 형사소송법상 즉시항고보다 피수용자에게 더 불리한 조건으로 규율되고 있다고 보인다.』

(3) 헌법재판소는 이상의 이론적 차원의 논의를 당해 사건에 비추어 봄으로써, 위헌판단을 정당화할 수 있다고 보았다.

『당해 사건의 경우를 보더라도, 이 사건 피수용자는 2012. 11. 5. 대전지방법원 천안지원의 구제청구 기각결정을 송달받고 바로 당일 즉시항고장을 작성하여 수용자 운영 병원의 간호사에게 우편송달을 요청하였음에도 불구하고 즉시항고장은 위 법원에 11. 9. 도달하였는데, 이 결과가 우편 발송이 지연되었기 때문에 생긴 일인지, 아니면 빠른우편이 아닌 일반우편으로 발



송하였기 때문에 생긴 일인지 불분명하다 하더라도, 적어도 피수용자가 즉시항고 제기를 위한 진지하고 준수한 노력과 성실성을 보여주었음에도 불구하고 3일이라는 과도하게 짧은 기간설정으로 인해 즉시항고 제기기간이 도과되었을 가능성이 농후한 점은 부인하기 어렵다.』

(4) 이러한 설시를 통해, 헌법재판소는 즉시항고 제기기간을 3일보다 조금 더 긴 기간으로 정한다 하더라도 피수용자의 신병에 관한 법률관계를 조속히 확정하려는 이 사건 법률조항의 입법목적이 달성되는 데 큰 장애가 생긴다고 볼 수도 없다고 결론지었다.

이는 결국 이 사건 법률조항이 인신보호법상 구제청구에 대한 결정의 즉시항고 제기기간을 지나치게 짧게 정하여 헌법상 재판청구권을 공허하게 만드는 것이어서 입법재량의 한계를 일탈하여 피수용자의 재판청구권을 침해한다는 것이다.

## 5. 결정 주문의 형태 등

### 가. 헌법불합치결정이 아닌 단순위헌결정

대체로 어떤 기간이 너무 짧아서 위헌이라고 결정할 때에는 단순위헌결정보다는 헌법불합치결정이 선호된다. 기간을 설정하는 것 자체의 정당성은 인정되기 때문이다. 이 때 해당 조항에 대해서 단순위헌결정을 내리게 되면 기간 자체가 사라져, 기간 경과로 인해 법률관계가 확정되는 상황이 일어나지 않는다.

그런데 이 사건 결정은 인신보호법상 피수용자의 즉시항고기간 자체에 대해서 단순위헌결정을 선고함으로써, 피수용자는 인신보호법상 즉시항고를 기간의 제한 없이 제기할 수 있게 되었다. 여러모로 이례적이긴 하지만, 아마도 잠정적용의 헌법불합치결정을 선고하면 당해 사건의 당사자가 구제받을 수 없는 점, 법실무상 피수용자는 즉시항고의 제기가 불가능하더라도 얼마든지 인신보호법상 구제청구를 새로이 할 수 있는 점 등이 감안된 것으로 보인다.

### 나. 형사소송법상 특칙 조항의 준용 문제

형사소송법은 즉시항고 제기기간을 3일로 규정하고 있지만, 법정기간 연장 제도(형사소송법 제67조, 동법규칙 제44조), 재소자에 대한 상소제기 특례(형사소송법 제344조 제1항), 상소권회복 청구제도(형사소송법 제345조) 등에 관한 규정이 즉시항고에 적용된다. 그런데 인신보호규칙 제18조가 “이 규칙에서 정하고 있지 아니한 사항에 대하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 내에서 민사소송의 예에 따른다.”고 규정하고 있어서 인신보호법상 즉시항고에도 이러한 형사소송법상 특칙들이 준용되는지 문제된다. 인신보호법은 기본적으로 민사소송의 절차가 준용되므로 형사소송 절차가 배제되지만, 이러한 민사소송 절차의 준용은 “그 성질에 반하지 아니하는 범위 내”에서만 인정되기 때문이다.

그런데 제청법원은 일단 인신보호법상 즉시항고 제기기간과 관련하여 형사소송법의 위 특칙이 준용되지 않는다고 보고 있는 듯하고, 이 사건 이해관계인인 법무부장관의 의견도 마찬가지이며, 관련 법령의 규정 내용에 비추어 보더라도 형사소송법상 특칙이 인신보호법상 즉시항고에도 그대로 준용된다는 점이 명시적으로 드러나지 않는다. 2013헌가21 결정 역시 인신보호법상 즉시항고와 관련하여 형사소송법상 위 특칙들이 준용되지 않는다는 점을 전제로 하고 있다. 그러나 이와 관련해서는 다른 해석이 가능할 수 있으며, 인신보호법상 즉시항고와 관련하여 형사소송법상 위 특칙들이 준용된다면 이 사건에서도 형사소송법상 즉시항고기간에 대한 합헌결정과 같은 결론이 나왔을 가능성이 있었을 것이다.

## 출입국관리법 제4조 제1항 제1호 위헌소원

- 형사재판 계속 중인 사람에 대한 출국금지 사건 -

(헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302, 판례집 27-2상, 514)

김 현 영\*

### 【판시사항】

1. 헌법재판소 심리기간 중 재판의 전제성이 소멸하였으나 예외적으로 심판이익을 인정한 사례

2. 법무부장관으로 하여금 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있도록 규정한 출입국관리법(2011. 7. 18. 법률 제10863호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 영장주의에 위배되는지 여부(소극)

3. 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 심판대상조항이 무죄추정의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

5. 심판대상조항이 출국의 자유를 침해하는지 여부(소극)

6. 심판대상조항이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 출입국관리법(2011. 7. 18. 법률 제10863호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부이다.

출입국관리법(2011. 7. 18. 법률 제10863호로 개정된 것)

제4조(출국의 금지) ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 국민에 대하여는 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있다.

1. 형사재판에 계속(係屬) 중인 사람

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2005. 6. 9. 사기 혐의로 수사받던 중 출국하였다가 2011. 11. 22. 입국하였는데, 2012. 4. 30. 사기 혐의로 기소되었다(서울서부지방법원 2012고단837호). 법무부장관은 2012. 5. 7. 청구인이 형사재판에 계속 중임을 이유로 출입국관리법 제4조 제1항 제1호에 근거하여 2012. 5. 7.부터 2012. 11. 6.까지 6개월 동안 청구인의 출국을 금지하였다. 이에 청구인은 2012. 5. 22. 법무부장관을 상대로 서울행정법원에 위 출국금지처분의 취소를 구하는 소를 제기함과 동시에(2012구합16466), 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있다고 규정한 출입국관리법 제4조 제1항 제1호에 대하여 위헌법률심판제청신청(서울행정법원 2012아1748)을 하였으나 2012. 7. 27. 기각되자, 2012. 8. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장요지

형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지 는 실질적으로 형사절차상 강제처분에 해당하는데도, 심판대상조항은 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고 법무부장관이 임의로 출국을 금지할 수 있도록 규정하고 있어 헌법상 영장주의에 위배된다. 심판대상조항은 형사소송절차의 일방 당사자인 검사의 요청으로 법무부장관이 소송당사자인 피고인의 출국을 금지할 수 있도록 하면서, 피고인에 대한 사전통지 절차나 청문의 기회를 마련하고 있지 아니하므로 헌법상 적법절차원칙에도 위배된다. 나아가 심판대상조항은 아직 유·무죄가 확정되지 아니하고 형사재판에 계속 중인 사람에게 출국금지라는 불이익을 주어 헌법상 무죄추정의 원칙에 위배되고, 외국에 유리한 증거가 있는 경우 출국이 금지되어 증거수집과 제출을 원천적으로 봉쇄당하게 되므로 검사와 대등한 지위에서 공격·방어를 할 수 없게 되어 청구인의 공정한 재판을 받을 권리 및 출국의 자유를 침해한다.

## 【결정요지】

1. 이 사건 헌법소원심판이 청구된 뒤 청구인에 대한 출국금지기간이 지

나 헌법재판소가 심판대상조항에 대하여 위헌결정을 하더라도 청구인은 당해사건에서 권리를 구제받을 수 없게 되었다. 그러나 이 사건에서 심판대상조항의 위헌 여부는 거주이전의 자유 중 출국의 자유와 관계되는 중요한 헌법문제이고, 이에 대하여는 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바 없다. 나아가 심판대상조항에 근거한 출국금지처분이 계속 이루어지고 있어 장래 같은 유형의 문제가 반복되어 발생할 가능성도 있다. 따라서 그 헌법적 해명이 헌법질서의 수호와 유지를 위해 중대한 의미를 가지므로 예외적으로 심판이익이 인정된다.

2. 심판대상조항에 따른 법무부장관의 출국금지결정은 형사재판에 계속 중인 국민의 출국의 자유를 제한하는 행정처분일 뿐이고, 영장주의가 적용되는 신체에 대하여 직접적으로 물리적 강제력을 수반하는 강제처분이라고 할 수는 없다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 심판대상조항에 따른 출국금지결정은 성질상 신속성과 밀행성을 요하므로, 출국금지 대상자에게 사전통지를 하거나 청문을 실시하도록 한다면 국가 형벌권 확보라는 출국금지제도의 목적을 달성하는 데 지장을 초래할 우려가 있다. 나아가 출국금지 후 즉시 서면으로 통지하도록 하고 있고, 이의신청이나 행정소송을 통하여 출국금지결정에 대해 사후적으로 다툴 수 있는 기회를 제공하여 절차적 참여를 보장해 주고 있으므로 적법절차원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

4. 심판대상조항은 형사재판에 계속 중인 사람이 국가의 형벌권을 피하기 위하여 해외로 도피할 우려가 있는 경우 법무부장관으로 하여금 출국을 금지할 수 있도록 하는 것일 뿐이고, 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄인정의 효과로서의 불이익 즉, 유죄를 근거로 형사재판에 계속 중인 사람에게 사회적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이라고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 무죄추정의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

5. 형사재판에 계속 중인 사람의 해외도피를 막아 국가 형벌권을 확보함으로써 실체적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 하는 심판대상조항은 그 입법목적이 정당하고, 형사재판에 계속 중인 사람의 출국을 일정 기간 동안 금지할 수 있도록 하는 것은 이러한 입법목적을 달성하는 데 기여할 수

있으므로 수단의 적정성도 인정된다. 법무부장관은 출국금지 여부를 결정함에 있어 출국금지의 기본원칙, 출국금지 대상자의 범죄사실, 연령 및 가족관계, 해외도피 가능성 등 피고인의 구체적 사정을 반드시 고려하여야 하며, 실무에서도 심판대상조항에 따른 출국금지는 매우 제한적으로 운용되고 있다. 그 밖에 출국금지 해제제도, 사후통지제도, 이의신청, 행정소송 등 형사재판에 계속 중인 사람의 기본권 제한을 최소화하기 위한 여러 방안이 마련되어 있으므로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 아니한다. 심판대상조항으로 인하여 형사재판에 계속 중인 사람이 입게 되는 불이익은 일정기간 출국이 금지되는 것인 반면, 심판대상조항을 통하여 얻는 공익은 국가 형벌권을 확보함으로써 실체적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 하는 것으로서 중대하므로 법익의 균형성도 충족된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 출국의 자유를 침해하지 아니한다.

6. 심판대상조항은 법무부장관으로 하여금 피고인의 출국을 금지할 수 있도록 하는 것일 뿐 피고인의 공격·방어권 행사와 직접 관련이 있다고 할 수 없고, 공정한 재판을 받을 권리에 외국에 나가 증거를 수집할 권리가 포함된다고 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

### 재판관 이정미, 재판관 이진성의 반대의견

법무부장관의 출국금지결정은 국가형벌권의 확보를 위하여 불가피한 경우에 한하여 최소한의 기간을 정하여 허용할 필요가 있다. 그런데 심판대상조항은 단순히 형사재판에 계속 중인 사람이라는 이유만으로 출국을 금지할 수 있도록 하고 있어, 외국에 주된 생활의 근거지가 있거나 업무상 해외출장이 잦은 불구속 피고인의 경우와 같이 출국의 필요성이 강하게 요청되는 사람의 기본권을 과도하게 제한할 소지가 있다. 나아가 출입국관리법은 출국금지기간을 연장할 수 있도록 하면서 연장 횟수에 관하여는 특별한 제한을 두고 있지 아니한 결과(제4조의2), 출국금지기간의 반복적인 연장을 통해 피고인에 대한 유·무죄의 판결이 확정될 때까지 짧게는 수개월에서 길게는 수년 동안 형사재판에 계속 중인 사람의 출국의 자유에 중대한 제한을 초래할 수 있다. 따라서 재판 기간 내내 출국을 금지할 수 있도록

록 하는 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 심판대상조항은 업무상 출국하여야 하는 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 불이익을 초래하고, 그 밖의 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여도 일정 기간 동안 헌법상의 중요한 기본권인 출국의 자유를 제약하므로 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 출국의 자유를 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

심판대상조항은 법무부장관으로 하여금 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있도록 규정하고 있다.

이 사건의 경우 헌법재판소 심리기간 중 청구인에 대한 출국금지기간이 경과하였는데, 이와 같이 사후적으로 사정변경이 생겨 재판의 전제성이 소멸된 경우에도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구의 적법요건을 구비한 것으로 볼 수 있는지 여부가 검토되어야 한다. 다음으로 본안 판단을 함에 있어서는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 출국의 자유를 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다. 그밖에 심판대상조항이 영장주의, 적법절차원칙, 무죄추정의 원칙에 위배되는지 여부와 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

### 2. 헌법재판소 심리기간 중 재판의 전제성 소멸과 예외적인 심판 이익의 인정 여부

이 사건의 경우 위헌제청신청 시 당해 사건이 서울행정법원에 계속 중이었고, 심판대상조항은 청구인에 대한 출국금지처분의 근거조항이므로 당해 사건에 적용되며, 그 위헌 여부에 따라 출국금지처분의 취소를 구하는 당해 사건의 재판의 주문이나 이유가 달라지는 등 다른 내용의 재판을 하게 될 여지가 있으므로 원칙적으로 재판의 전제성이 인정된다.

그런데 헌법재판소 심리기간 중 청구인에 대한 출국금지기간(2012. 5. 7.

~ 2012. 11. 6.)이 경과하여, 헌법재판소가 심판대상조항에 대하여 위헌결정을 하더라도 출국금지기간의 만료라는 사후적 사정변경으로 인하여 당해 사건에 아무런 영향을 미칠 수 없게 되어 재판의 전제성이 소멸되었다. 따라서 청구인에게 더 이상 주관적 권리보호이익이 존재한다고 볼 수는 없다. 다만, 헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로, 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 안 되는 경우라도 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 있다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386, 393 참조; 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 94 참조).

살피건대, 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있도록 하는 심판대상조항의 위헌 여부는 거주이전의 자유 중 출국의 자유와 관계되는 중요한 헌법문제라 할 수 있고, 이에 대하여는 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 나아가 심판대상조항에 근거한 출국금지처분이 계속 이루어지고 있어 장래 같은 유형의 문제가 반복되어 발생할 가능성도 있다. 따라서 그 헌법적 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위해 중대한 의미를 가지므로 예외적으로 심판이익을 인정할 수 있다.<sup>1)</sup>

### 3. 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지제도 개관

#### 가. 의의

출입국관리법 제4조는 출국금지 대상자를 한정적으로 열거하고 있는데,<sup>2)</sup>

- 
- 1) 심판대상조항에 따른 출국금지결정은 6개월 이내의 기간을 정하여 하여야 하므로, 헌법재판소의 심리 도중 재판의 전제성이 소멸될 개연성이 높다는 점에서도, 특별한 사정이 없는 한, 주관적 권리보호이익이 없다는 이유로 각하하는 것은 바람직하지 아니하다.
  - 2) 출입국관리법 제4조는 출국금지 대상자로, ① 형사재판에 계속 중인 사람, ② 징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 사람, ③ 대통령령으로 정하는 금액 이상의 벌금이나 추징금을 내지 아니한 사람, ④ 대통령령으로 정하는 금액 이상의 국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유 없이 그 납부기한까지 내지 아니한 사람, ⑤ 그 밖에 제1호부터 제4호까지의 규정에 준하는 사람으로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해칠 우려가 있어 그 출국이 적당하지 아니하다



제1호는 법무부장관으로 하여금 형사재판에 계속 중인 국민<sup>3)</sup>에 대하여 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지시킬 수 있도록 하고 있다. 이러한 법무부장관의 출국금지결정은 행정처분이자 가장 넓은 의미의 형사보전처분에 해당한다.<sup>4)</sup>

여기서 ‘형사재판에 계속 중인 사람’이란 형사소송법상 검사가 공소를 제기한 후 법원에서 공판절차가 진행되어 그 재판이 확정되지 아니한 자 즉 피고인을 말하며, 보석이 허가된 자와 구속집행이 정지된 자를 포함한다.<sup>5)</sup> 기소되어 재판이 확정되지 아니한 자라는 점에서 공소시효 정지(형사소송법 제253조 제3항)<sup>6)</sup>나 형의 시효정지(형법 제79조 제2항)<sup>7)</sup>의 적용 문제는 발생하지 아니한다. 한편, ‘출국’이란 대한민국 밖의 지역으로 향하는 의도를 가지고 대한민국의 영역 외로 나가는 것을 의미하며, 대한민국 밖의 지역이란 국가로서의 외국일 필요는 없고 국가에 속하지 않은 지역도 포함한다.<sup>8)</sup>

## 나. 입법연혁 및 입법취지

(1) 1963. 3. 5. 법률 제1289호로 제정된 출입국관리법은 제4조에서 대한민국 국민의 출국금지에 관하여 최초로 규정하였다. 즉, 법무부장관은 ① 출국신고를 위하여 제출한 서류에 허위의 사실이 기재되었을 때, ② 출국 목적이 대한민국의 이익에 배반될 우려가 현저하다고 인정될 때, ③ 범죄

---

고 법무부령으로 정하는 사람, ⑥ 범죄 수사를 위하여 출국이 적당하지 아니하다고 인정되는 사람을 규정하고 있다.

- 3) 출입국관리법은 외국인의 입국 및 출국에 관하여는 국민의 출입국과 별도의 장에서 다루고 있으며, 외국인의 출국제한 사유는 같은 법 제29조 제1항에서 ‘출국금지’라는 용어 대신 잠정적 의미의 ‘출국정지’라는 용어를 사용하여 규율하고 있다.
- 4) 주석 민사집행법, 민사집행법(7), 2012. 5.(제3판), 53면 참조
- 5) 출입국관리법 해설(2011년 개정판), 법무부출입국·외국인정책본부, 36면
- 6) **형사소송법 제253조(시효의 정지와 효력)** ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기간 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.  
③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.
- 7) **형법 제79조(시효의 정지)** ① 시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다.  
② 시효는 형이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 아니한 자가 형의 집행을 면할 목적으로 국외에 있는 기간 동안은 진행되지 아니한다.
- 8) 출입국관리법 해설(2011년 개정판), 법무부출입국·외국인정책본부, 31면 참조

의 수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정될 때 중 어느 하나에 해당 하는 때 출국을 금지할 수 있도록 하였다.

1999. 12. 8. 법률 제4522호로 개정된 출입국관리법 제4조 제1항 제1호는 출국금지 대상자로 ‘출국이 대한민국의 이익을 현저하게 해할 염려가 있다고 인정되는 자’를 규정하였고, 출국금지업무처리규칙(1992. 3. 12. 법무부령 제360호) 제2조의2 제1항 제4호에서 ‘형사재판에 계류 중인 자’를 위 법 제4조 제1항 제1호에 해당하는 자로 규정하게 되었다. 이와 같이 출국금지 업무처리규칙에 규정되어 있던 국민에 대한 출국금지의 구체적인 기준을 법률에 직접 규정하고자 2001. 12. 29. 법률 제6540호로 출입국관리법을 개정하면서 제4조 제1항 제2호에 ‘형사재판에 계속 중인 자’를 출국금지 대상으로 규정하게 되었다.

이후 2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정된 출입국관리법은 ‘형사재판에 계속 중인 자’를 ‘형사재판에 계속 중인 사람’으로 자구만 수정하였고, 2011. 7. 18. 법률 제10863호로 개정된 출입국관리법은 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있도록 하는 한편, 제4조 제1항 제1호에서 규정하고 있던 ‘범죄의 수사를 위한 출국금지’ 관련 내용을 제4조 제2항으로 옮겨 새로이 규정하고, 제4조 제1항 제2호에 위치하고 있던 ‘형사재판에 계속 중인 사람’을 같은 항 제1호로 위치를 변경하여 현재에 이르고 있다. 심판대상조항의 구체적인 변천과정은 아래 표와 같다.

1999. 12. 8. (법률 제4522호)	2001. 12. 29. (법률 제6540호)	2010. 5. 14. (법률 제10282호)	2011. 7. 18. (법률 제10863호)
<p>제4조(출국의 금지) ① 법무부장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 국민에 대하여는 출국을 금지할 수 있다.</p> <p>1. 출국이 대한민국의 이익을 현저하게 해할 염려가 있다고 인정되는 자</p> <p>2. 범죄의 수사를 위</p>	<p>제4조(출국의 금지) ① 법무부장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 국민에 대하여는 출국을 금지할 수 있다.</p> <p>1. 범죄의 수사를 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자</p> <p>2. 형사재판에 계속 중인 자</p>	<p>제4조(출국의 금지) ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 국민에 대하여는 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있다.</p> <p>1. 범죄 수사를 위하여 출국이 적당하지 아니하다고 인정되는 사람</p>	<p>제4조(출국의 금지) ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 국민에 대하여는 <b>6개월 이내의 기간</b>을 정하여 출국을 금지할 수 있다.</p> <p>1. 형사재판에 계속(係屬) 중인 사람</p> <p>2. 징역형이나 금고</p>

1999. 12. 8. (법률 제4522호)	2001. 12. 29. (법률 제6540호)	2010. 5. 14. (법률 제10282호)	2011. 7. 18. (법률 제10863호)
<p>하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p style="text-align: center;"><b>출국금지업무처리 규칙 (1992. 3. 12. 법무부령 제360호)</b></p> </div> <p><b>제2조의2(출국금지대상자)</b> ① 법 제4조 제1항 제1호에서 “그 출국이 대한민국의 이익을 현저하게 해할 염려가 있다고 인정되는 자”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다. 4. 형사재판에 계속 중인 자 ② (생략)</p>	<p>3. 징역형 또는 금고형의 집행이 종료되지 아니한 자 4. 법무부령이 정하는 금액 이상의 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자 5. 법무부령이 정하는 금액 이상의 국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유없이 그 납부기한까지 납부하지 아니한 자 6. 그밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 자로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 부적당하다고 법무부령이 정하는 자</p>	<p>2. 형사재판에 계속(係屬) 중인 사람 3. 징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 사람 4. 대통령령으로 정하는 금액 이상의 벌금이나 추징금을 내지 아니한 사람 5. 대통령령으로 정하는 금액 이상의 국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유없이 그 납부기한까지 내지 아니한 사람 6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지의 규정에 준하는 사람으로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 적당하지 아니하다고 법무부령으로 정하는 사람</p>	<p>형의 집행이 끝나지 아니한 사람 3. 대통령령으로 정하는 금액 이상의 벌금이나 추징금을 내지 아니한 사람 4. 대통령령으로 정하는 금액 이상의 국세·관세 또는 지방세를 정당한 사유없이 그 납부기한까지 내지 아니한 사람 5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지의 규정에 준하는 사람으로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전 또는 경제질서를 해할 우려가 있어 그 출국이 적당하지 아니하다고 법무부령으로 정하는 사람 ② (생략)</p>

(2) 심판대상조항은 형사재판에 계속 중인 국민의 해외도피를 방지하여 국가의 형벌권을 확보함으로써 실제적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 함에 그 입법취지가 있다.

#### 다. 출국금지 절차

##### (1) 출국금지의 기본원칙

출국금지는 필요 최소한의 범위에서 하여야 하며(출입국관리법 시행규칙 제6조 제1항), 단순히 공무수행의 편의를 위하여 하거나 형벌 또는 행정벌

을 받은 사람에게 행정제재를 가할 목적으로 해서는 아니 된다(같은 조 제2항). 또한, 출국금지 원천적으로 출국금지 대상자가 유효한 여권을 가지고 있다고 인정되는 경우에만 한다(같은 조 제3항 본문).

외국을 여행하려는 국민은 여권법에 따라 외교부장관이 발급한 여권을 소지하여야 하며(여권법 제2조, 제3조), 대한민국에서 대한민국 밖의 지역으로 출국하려는 국민은 유효한 여권을 가지고 출국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 한다(출입국관리법 제3조 제1항 본문). 출입국관리공무원에 의한 출국심사는 출국하는 국민을 정확히 파악하고 공정한 출입국관리를 행하기 위하여 확인하는 것일 뿐이지 국민의 출국 그 자체를 허가하기 위하여 행하는 것은 아니다.<sup>9)10)</sup> 한편, 여권법 제12조 제1항 제1호는 외교부장관은 장기 2년 이상의 형(刑)에 해당하는 죄를 범하고 기소(起訴)되어 있는 사람에 대하여는 여권의 발급 또는 재발급을 거부할 수 있다고 규정하고 있다.

## (2) 출국금지의 요청

중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계기관의 장은<sup>11)</sup> 소관 업무와 관련하여 출국금지 대상자에 해당하는 사람이 있다고 인정할 때에는 법무부장관에게 출국금지를 요청할 수 있으며(출입국관리법 제4조 제3항), 요청 시 출국금지 요청 사유와 출국금지 예정기간 등을 적은 출국금지 요청서에 당사자가 출국금지 대상자에 해당하는 사실 및 출국금지가 필요한 사유에 대한 소명 자료를 첨부하여 법무부장관에게 보내야 한다(같은 법 시행령 제2조 제2항 본문, 같은 법 시행규칙 제6조의4 제1항<sup>12)</sup>).

9) 출입국관리법 해설(2011년 개정판), 법무부출입국·외국인정책본부, 31면

10) 국민에 대한 출국 제한에 관한 규정으로는 여권법상 여권 등의 반납 및 직접 회수, 여권발급 등의 거부·제한, 여권의 효력상실 및 사용 제한 등(제12조, 제13조, 제17조, 제19조, 제20조)과 출입국관리법상 출국금지(제4조, 제4조의2), 병역법상 국외여행의 허가 및 취소(제70조) 등이 있다.

11) 주요 요청기관은 검찰, 경찰, 국세청, 병무청, 관세청, 국가정보원, 금융감독원 등이다.

12) **출입국관리법 시행규칙 제6조의4(출국금지 등의 요청 시 첨부서류)** ① 영 제2조 제2항 본문에서 “법무부령으로 정하는 서류”란 다음 각 호의 서류를 말한다.

1. 다음 각 목의 사항에 대한 소명 자료

### (3) 법무부장관의 출국금지결정

법무부장관은 출국금지기간을 정하여 국민의 출국을 금지할 수 있으며, 심판대상조항에 따른 출국금지기간은 6개월을 초과할 수 없다. 한편, 법무부장관이 직권으로 출국을 금지하려는 경우에는 관계 기관의 장에게 의견을 묻거나 관련 자료를 제출하도록 요청할 수 있다(출입국관리법 시행령 제2조 제1항). 출국금지기간의 계산에 관하여는 그 기간이 일(日) 단위이면 첫날은 시간을 계산하지 않고 1일로 산정하고, 월(月) 단위이면 역서(曆書)에 따라 계산한다. 이 경우 기간의 마지막 날이 공휴일 또는 토요일이더라도 그 기간에 산입(算入)한다(같은 법 시행령 제1조의4). 이는 출국금지 대상자에게 유리하도록 형사소송법상 시효와 구속의 기간계산 방법에 따른 것이다.

### (4) 출국금지결정 등의 통지

법무부장관이 출국을 금지하거나 출국금지기간을 연장하였을 때에는 즉시 당사자에게 그 사유와 기간 등을 밝혀 서면으로 통지하여야 한다(출입국관리법 제4조의4 제1항). 출국금지를 해제하였을 때에도 마찬가지이다(같은 조 제2항). 이에 대한 통지서는 본인에게 직접 교부하거나 우편 등의 방법으로 보내야 한다(같은 법 시행규칙 제6조의7 제2항). 이는 출국금지 대상자에게 그 사실을 알려 알권리를 보장함과 동시에 이를 통하여 방어의 준비나 불복의 기회를 가질 수 있도록 하고자 함에 그 입법취지가 있는 것이다.

다만, ① 대한민국의 안전 또는 공공의 이익에 중대하고 명백한 위해(危害)를 끼칠 우려가 있다고 인정되는 경우, ② 범죄수사에 중대하고 명백한 장애가 생길 우려가 있다고 인정되는 경우(다만, 연장기간을 포함한 총 출국금지기간이 3개월을 넘는 때에는 당사자에게 통지하여야 한다.), ③ 출국이 금지된 사람이 있는 곳을 알 수 없는 경우에는 통지를 하지 아니할 수 있다(같은 법 제4조의4 제3항).

---

가. 당사자가 법 제4조 제1항 또는 제2항에 따른 출국금지 대상자에 해당하는 사실

나. 출국금지가 필요한 사유

2. 검사의 수사지휘서(법 제4조 제2항에 따른 범죄 수사 목적인 경우에만 해당한다)

### (5) 출국금지결정 등에 대한 이의신청 등

출국이 금지되거나 출국금지기간이 연장된 사람은 출국금지결정이나 출국금지기간 연장의 통지를 받은 날 또는 그 사실을 안 날부터 10일 이내에 법무부장관에게 출국금지결정이나 출국금지기간 연장결정에 대한 이의를 신청할 수 있다. 법무부장관은 이러한 이의신청을 받으면 그 날부터 15일 이내에 이의신청의 타당성 여부를 결정하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있으면<sup>13)</sup> 15일의 범위에서 한 차례만 그 기간을 연장할 수 있다. 법무부장관은 이의신청이 이유 있다고 판단하면 즉시 출국금지를 해제하거나 출국금지기간의 연장을 철회하여야 하고, 그 이의신청이 이유 없다고 판단하면 이를 기각하고 당사자에게 그 사유를 서면에 적어 통보하여야 한다(출입국관리법 제4조의5).

이의신청 제도는 출국이 금지된 자가 처분권자인 법무부장관에게 직접 처분에 대한 적정성의 판단을 구하는 1차적 구제수단으로서의 의의를 가지며, 이의신청이 기각된 출국금지 대상자는 행정소송을 통하여 권리구제 절차를 진행할 수 있다. 출국금지 대상자가 출입국관리법상의 이의신청을 거치지 아니하고 곧바로 행정소송을 제기하는 것도 가능하다.

### 라. 출국금지기간의 연장

출국금지를 요청한 기관의 장은 출국금지기간을 초과하여 계속 출국을 금지할 필요가 있을 때에는 출국금지기간이 끝나기 3일 전까지 법무부장관에게 출국금지기간을 연장하여 줄 것을 요청하여야 하며, 법무부장관은 출국금지된 자의 출국금지 사유가 지속되어 출국금지기간 연장이 필요하다고 판단되면 횟수의 제한 없이 출국금지 사유가 해소될 때까지 기간을 연장할 수 있으며, 출국금지기간을 연장하려면 그 기간을 정하여 연장하여야 한다(출입국관리법 제4조의2 참조).

13) “부득이한 사유가 있는 경우”란 이의신청과 관련하여 법무부장관이 요청기관 또는 이의신청자로부터 필요한 서류의 제출 또는 의견진술을 요구하였으나 피치 못할 사정으로 서류의 제출 또는 의견 진술이 지연되는 경우 등을 말한다.

### 마. 출국금지의 해제

법무부장관은 출국금지 사유가 없어졌거나 출국을 금지할 필요가 없다고 인정할 때에는 즉시 출국금지를 해제하여야 한다. 한편, 출국금지를 요청한 기관의 장은 출국금지 사유가 없어졌을 때에는 즉시 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청하여야 한다(출입국관리법 제4조의3). 하급심 판례는 출국금지사유가 소멸하였음에도 출국금지 해제요청을 하지 않아 출국시 피해를 입은 국민에 대한 국가의 배상책임을 인정한 바 있다.<sup>14)</sup>

## 4. 관련 선례

헌법재판소는 2004. 10. 28. 선고 2003헌가18 결정에서, 법무부령이 정하는 금액 이상의 추징금을 납부하지 아니한 자에 대하여 법무부장관이 출국을 금지할 수 있도록 한 출입국관리법(2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 것) 제4조 제1항 제4호 중 추징금 부분이 출국의 자유를 침해하지 아니한다고 판시한바 있다.

이에 대하여는 추징금 징수라는 행정편의를 위하여 출국금지 조치를 허용하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 헌법상의 중요한 기본권인 출국의 자유를 침해한다는 재판관 3인의 반대의견이 있다. 다만, 위 3인의 반대의견도 형사재판에 계속 중인 경우에는 출국의 자유를 제한할 수 있다고 하고 있어(판례집 16-2하, 86, 100) 추징금 미납과 달리 불 여지를 두고 있다(재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 주선회).

## 5. 외국 입법례

이 사건에서 문제되는 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지와 관련하여 참고할 만한 입법례는 발견되지 아니한다.

참고로, 국민의 출국금지와 관련하여서는 국가마다 다양한 방식으로 규율하고 있다. 미국의 경우에는 출국심사제도가 존재하지 아니하므로 수사기관에 의한 사전 체포 등으로 신병을 구속하지 않는 한 원칙적으로 국민

14) 서울민사지방법원 91나1102, 창원지방법원 2014나31602

의 출국을 제한할 수 없으나, 개별 법률에서 미국의 안보나 안전, 평화에 위해가 되는 등 미국의 이익에 손해를 끼치는 경우 예외적으로 출국을 제한할 수 있도록 하고 있다. 일본, 캐나다, 인도, 루마니아, 뉴질랜드, 호주 등의 경우에는 출국규제 제도는 없으나 중대한 범죄 혐의자 등에 대하여 여권발급을 거부하고, 기 발급된 여권은 반납을 명하거나 여권의 효력정지·실효 등의 규정을 적용하여 자국민의 출국을 사전에 제한하고 있다.<sup>15)</sup>

## 6. 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지 현황 등<sup>16)</sup>

### 가. 출국금지 현황

법무부가 집계한 자료에 의하면, 출국금지 건수는 2010년 6,981건, 2011년 7,222건, 2012년 8,568건으로 해마다 조금씩 증가하는 추세에 있고,<sup>17)</sup> 요청기관별로 보면 검찰의 요청에 의한 출국금지가 50% 정도로 압도적 우위를 차지하고 있으며, 사유별로는 범죄수사를 위한 출국금지(50~60%), 세금채납자에 대한 출국금지(15~20%), 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지(5~10%)순이다. 2012년 한 해 동안 불구속 구공판 된 자는 93,967명으로<sup>18)</sup> 이 중 714명(0.75%)에 대하여 출국금지처분을 한 것으로 보인다.

한편, 출국금지결정에 대한 이의신청 건수는 2010년 26건(인용 0건), 2011년 31건(인용 1건), 2012년 29건(인용 2건)에 그쳤다. 참고로 2013년 국민 출국자는 15,155,660명으로 2012년 14,065,176명 대비 7.8%(1,090,484명) 증가하였다.<sup>19)</sup>

15) 출입국관리법 해설(2011년 개정판), 법무부출입국·외국인정책본부, 35면 참조

16) 법무부, (2013년도 국정감사) 법제사법위원회 위원 요구자료. 4. 법제사법위원회 (과천: 법무부, 2013. 10.), 521-522면 참조

17) 2013년 1월부터 8월까지의 출국금지 건수는 5,750건이다.

18) 구속·불구속별 범죄자 수, 범죄분석통계, 통계청(<http://kosis.kr>)

19) 총 출입국자 현황, e-나라지표([www.index.go.kr](http://www.index.go.kr)) 참조



[사유별 출국금지 요청건수 및 결정건수]

구분	2009년			2010년			2011년			2012년			2013년 (1월~8월)		
	요청	결정	결정 율 (%)	요청	결정	결정 율 (%)	요청	결정	결정 율 (%)	요청	결정	결정 율 (%)	요청	결정	결정 율 (%)
계	8,168	7,550	92.4	7,553	6,981	92.4	7,519	7,222	96.1	8,737	8,568	98.1	5,905	5,750	97.4
사건 수사	4,752	4,561	96.0	4,837	4,705	97.3	4,689	4,606	98.2	4,374	4,296	98.2	3,407	3,252	95.5
형사 재판	205	177	86.3	347	317	91.4	489	475	97.1	734	714	97.3	545	532	97.6
형미 집행	208	200	96.2	290	280	96.6	357	344	96.4	413	406	98.3	286	285	99.7
벌금· 추징금 미납	543	509	93.7	517	495	95.7	475	434	91.4	669	650	97.2	397	393	99.0
세금 체납	2,057	1,713	83.3	1,196	826	69.1	1,087	950	87.4	2,206	2,161	98.0	1,069	1,017	95.1
기타	403	390	96.8	366	358	97.8	422	413	97.9	341	341	100.0	201	271	134.8

## 나. 형사재판 계속 중 해외로 도피한 피고인 현황

형사재판 계속 중 해외로 도피한 피고인을 포함하여 징역형 등의 집행이 끝나기 전에 해외로 도피한 사람의 수<sup>20)</sup>는 2009년 158명, 2010년 197명, 2011년 217명, 2012년 236명, 2013년 340명에 달하며, 불구속 수사와 불구속 재판이 늘면서 그 숫자가 매년 증가하는 추세에 있다.<sup>21)</sup> 한편, 피고인의 소재불명으로 재판이 중단된 영구미제사건<sup>22)</sup>도 2009년 243건, 2010년 295건, 2011년 332건, 2012년 420건, 2013년 544건으로 해마다 증가하고 있다.<sup>23)</sup>

20) 기소되어 재판이 확정되지 아니한 “형사재판에 계속 중인 사람”(심판대상조항) 뿐만 아니라, ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제23조에 따라 권석재판으로 징역형이나 금고형을 선고받거나 징역형이나 금고형 확정 이후 해외로 도피한 “징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 사람”(출입국관리법 제4조 제1항 제2호)도 포함되어 있다.

21) “실형 선고받은 범죄인 해외도피 매년 증가”, 2013. 10. 21.자 뉴시스 인터넷 기사 참조, “재판 도중 해외로 튕 340명, 언젠가 쫓값 치른다.”, 2014. 7. 11.자 벤쿠버 조선일보 기사 참조

22) 피고인 없이 재판을 진행할 수 없는 사형·무기 또는 장기 10년 이상의 징역·금고형에 해당하는 사건 가운데 구속영장이 2회 이상 발부되고 기소 후 1년이 지나도록 피고인의 소재가 파악되지 않아 재판 진행이 어려운 사건을 말한다.

23) “피고인 소재불명으로 재판중단…… 영구미제사건 5년 새 2.5배 급증”, 2014. 10.

반면 국외도피사범<sup>24)</sup> 중 국내로 송환되는 자는 2011년 74명, 20112년 99명, 2013년 120명으로 미미한 실정이다.<sup>25)</sup>

## 7. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 영장주의 위반 여부<sup>26)</sup>

#### (1) 의의

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있고, 영장주의란 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에서 도출되는 원리로서 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이다. 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672, 판례집 24-1하, 652, 656 참조; 헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153, 판례집 24-2하, 537, 550).

#### (2) 판단

심판대상조항에 따른 법무부장관의 출국금지결정은 형사재판에 계속 중인 사람의 출국의 자유를 제한하는 행정처분이므로, 이를 두고 신체에 대하여 직접적으로 물리적 강제력을 수반하는 강제처분이라고 할 수 없다. 따라서 영장주의가 적용되지 아니한다.<sup>27)</sup> 이와 같이 형사재판에 계속 중인

---

6.자 헤럴드 경제 인터넷 기사 참조

24) 국내에서의 각종 범법행위에 관련하여 형사처분을 면할 목적으로 범죄 직후, 수사단계 또는 형 집행 중에 국외로 도피한 내·외국인을 말한다.

25) 국외도피사범 송환현황, e-나라지표([www.index.go.kr](http://www.index.go.kr)) 참조

26) 헌법 제12조 제3항의 영장주의는 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙의 특별규정이므로(헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703, 711 참조), 영장주의 위반 여부를 먼저 살펴보기로 한다.

27) 개인에게 불리한 법적 의무가 부과되는 모든 경우에 대하여 법관이 발부한 영장을 요구하는 것은 현실적으로 불가능할 뿐 아니라 헌법적으로 요청되는 것이라

사람에 대한 법무부장관의 출국금지결정을 두고 법관의 영장을 필요로 하는 강제처분이라고 할 수 없는 이상 심판대상조항은 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배되지 아니한다.

### 나. 적법절차원칙 위반 여부

청구인은 형사소송절차의 일방 당사자인 검사에게 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지 요청을 할 수 있도록 하면서 타방 당사자인 형사재판에 계속 중인 사람에게는 사전통지를 하지 아니하여 청문의 기회를 박탈하므로, 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배된다는 취지로 주장한다.

헌법 제12조에서 선언하고 있는 적법절차원칙은 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되므로(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 17 참조), 이 사건과 같이 법무부장관이 행정절차상 형사재판에 계속 중인 사람의 출국의 자유를 제한함에 있어서도 헌법에서 정한 적법절차원칙에 따라야 할 것이다.

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18 참조; 헌재 2007. 10. 4. 2006헌바91, 판례집 19-2, 396, 408 참조).

살피건대, 심판대상조항에 의한 출국금지결정은 형사재판에 계속 중인 사람의 해외도피를 방지하여 국가의 형벌권을 확보하고자 함에 그 목적이 있는 것이므로 성질상 신속성과 밀행성을 요한다. 그런데 법무부장관으로 하여금 출국금지결정을 함에 있어 출국금지 대상자에게 사전통지나 청문을

---

볼 수 없다. 영장주의는 개인에게 국가기관에 의하여 직접 물리적 강제력이 행사되어 기본권 침해의 정도가 중대하고 사후에 효과적인 침해의 제거가 어려운 경우에 한하여 특수한 보호장치로서 기능한다(한수용, 헌법학 제5판, 법문사, 2015, 639면 참조).

실시하도록 한다면, 출국금지 대상자가 법무부장관의 출국금지결정 이전에 국가의 형벌권을 피할 목적으로 외국으로 도피할 가능성을 배제하기 어렵고, 이로 인하여 국가의 형벌권 확보라는 출국금지제도의 목적을 달성하는데 지장을 초래할 우려가 크다. 나아가 출입국관리법은 법무부장관으로 하여금 출국을 금지하였을 때에는 즉시 서면으로 통지하도록 하여(제4조의4 제1항) 해당 출국금지 대상자에게 방어에의 준비 및 불복의 기회를 보장하고 있고, 이의신청이나 행정소송을 통하여 출국금지 대상자가 충분히 의견을 진술하거나 자료를 제출할 기회도 보장하고 있다.

이러한 점에 비추어 보면 심판대상조항이 출국금지 대상자에게 사전통지를 하거나 청문의 기회를 부여하고 있지는 않지만 출입국관리법에서 출국금지 대상자가 출국금지처분에 대해 사후적으로 다룰 수 있는 기회를 제공하여 절차적 참여를 보장해주고 있으므로, 적법절차원칙에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배되지 아니한다.

#### 다. 무죄추정의 원칙 위반 여부

헌법 제27조 제4항에서 규정하고 있는 무죄추정의 원칙은, 피고인이나 피의자를 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 불이익을 주어서는 아니 된다는 것을 의미하고, 여기서 불이익이란 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별 취급을 가하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다(헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 744; 헌재 2014. 1. 28. 2012헌바298, 판례집 26-1상, 99, 106 참조).

그런데 심판대상조항에 따른 출국금지결정은 행정처분의 하나로서 형사절차 내에서 행하여지는 처분이 아니고, 형사재판 계속 중에 있는 사람이 국가의 형벌권을 피하기 위하여 해외로 도피할 우려가 있는 경우 법무부장관으로 하여금 출국을 금지할 수 있도록 하는 것일 뿐이므로, 비록 피고인이 일정 기간 동안 출국의 자유 제한이라는 불이익을 받기는 하지만 이를 두고 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익 즉, 유죄를 근거로 형사재판에 계속 중인 사람에게 사회적 비난 내지 응보적

의미의 제재를 가하려는 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 무죄추정의 원칙에 위배되지 아니한다.

## 라. 출국의 자유 침해 여부

### (1) 제한되는 기본권 및 심사기준

헌법 제14조의 거주·이전의 자유는 국가의 간섭 없이 자유롭게 거주와 체류지를 정할 수 있는 자유로서, 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성 신장을 촉진함으로써 헌법상 보장되고 있는 다른 기본권의 실효성을 증대시키는 기능을 한다. 거주·이전의 자유에는 국외에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 ‘해외여행 및 해외이주의 자유’가 포함되고, 이는 필연적으로 외국에서 체류하거나 거주하기 위해서 대한민국을 떠날 수 있는 ‘출국의 자유’와 외국체류 또는 거주를 중단하고 다시 대한민국으로 돌아올 수 있는 ‘입국의 자유’를 포함한다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 95-96 참조).

법무부장관이 형사재판에 계속 중인 사람에게 6개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지할 수 있도록 하는 심판대상조항은 헌법 제14조의 거주·이전의 자유 중 출국의 자유를 제한하므로(헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 95-96 참조), 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수할 것이 요구된다.

### (2) 합헌론

법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 청구인의 출국의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다. 즉 형사재판 계속 중에 해외로 도피하는 피고인의 수가 매년 증가하고 있는 등 국가형벌권 실현에 장애가 초래되고 있어, 필요한 경우에는 일정 기간 출국을 금지할 수 있도록 허용할 필요가 있으며, 출입국관리법령상 형사재판에 계속 중인 사람의 기본권 제한을 최소화하기 위한 여러 방안이 마련되어 있어 침해최소성 원칙도 준수하였다는 것이다.

## 『(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

형사재판에 계속 중인 사람의 해외도피를 막아 국가 형벌권을 확보함으로써 실제적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 하는 심판대상조항은 그 입법목적이 정당하고, 형사재판에 계속 중인 사람의 출국을 일정 기간 동안 금지할 수 있도록 하는 것은 이러한 입법 목적을 달성하는 데 기여할 수 있으므로 수단의 적정성도 인정된다.

## (나) 침해의 최소성

형사소송법상 불구속 수사·재판의 원칙에 따라 불구속 수사와 재판이 늘어나면서 형사재판 계속 중 해외로 도피하는 피고인의 수가 매년 증가하고 있으며, 이로 인하여 공판절차가 사실상 중단되어 영구미제 사건으로 남거나 형의 집행이 곤란하게 되는 등 국가형벌권 실현에 장애가 초래되고 있다. 이런 상황에서 불구속 상태로 형사재판에 계속 중인 사람의 해외도피를 막기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 일정 기간 동안 출국금지를 할 수 있도록 허용할 필요가 있다.

출입국관리법 시행규칙은 출국금지는 필요 최소한의 범위에서 하여야 하며, 단순히 공무수행의 편의를 위하여 하거나 형벌 또는 행정벌을 받은 사람에게 행정제재를 가할 목적으로 해서는 안 되고, 출국금지 대상자가 유효한 여권을 가지고 있다고 인정되는 경우에만 한다는 내용의 출국금지의 기본원칙을 정하고 있다(제6조). 또 법무부장관으로 하여금 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지 여부를 결정함에 있어 이러한 출국금지의 기본원칙, 출국금지 대상자의 범죄사실, 연령 및 가족관계, 해외도피 가능성을 반드시 고려하도록 하여(제6조의5 제1항), 피고인이 해외에 연고가 있거나 사업기반을 두고 있는지 여부, 출국이 빈번한지 여부 등 구체적 사정을 살펴 출국금지 여부를 결정하도록 하고 있다. 한편, 관계기관의 장이 출국금지를 요청하려면 출국금지 요청 사유와 출국금지 예정기간 등을 밝혀야 하고, 당사자가 형사재판에 계속 중인 사람에 해당하는 사실 및 출국금지가 필요한 사유에 대한 소명 자료도 첨부하여야 한다(출입국관리법 시행령 제2조 제2항 본문, 시행규칙 제6조의4 제1항).

실무에서도 심판대상조항에 따른 출국금지는 매우 제한적으로 운용되고

있다. 2012년의 경우 형사공판사건 불구속 피고인의 수가 319,545명이었는데, 심판대상조항에 따라 출국금지가 요청된 건수는 734건이었고 그 중 출국금지가 결정된 것은 714건에 불과하였다.

나아가 법무부장관이 출국금지결정을 한 경우, 국가안보 또는 공공 이익에 중대한 손해를 미칠 우려가 있는 경우와 같이 특단의 사정이 없는 한, 즉시 당사자에게 그 사유와 기간 등을 밝혀 서면으로 통지하여야 한다(출입국관리법 제4조의4 제1항). 또한 출국이 금지된 사람은 출국금지결정을 통지받은 날 또는 그 사실을 안 날부터 10일 이내에 법무부장관에게 출국금지결정에 대한 이의를 신청할 수 있고(제4조의5 제1항), 이의신청이 기각된 경우에는 행정소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있는 방안도 마련되어 있다. 물론 이의신청을 거치지 아니하고 곧바로 행정소송을 제기하는 것도 가능하며, 출국금지로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정되는 경우에는 취소소송을 제기한 뒤 출국금지 처분의 집행을 정지하는 결정을 받아 출국할 수 있는 가능성도 열려 있다.

그 밖에 법무부장관은 출국금지 사유가 없어졌거나 출국을 금지할 필요가 없다고 인정할 때에는 즉시 출국금지를 해제하여야 하고(출입국관리법 제4조의3 제1항), 만일 출국금지사유가 소멸하였는데도 출국금지를 요청한 기관의 장이 법무부장관에게 출국금지 해제요청을 하지 않아 국민이 피해를 받은 경우에는 국가배상청구도 할 수 있다. 심판대상조항은 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지기간이 원칙적으로 6개월을 초과할 수 없도록 기간을 제한하고 있다.

이와 같이 형사재판에 계속 중인 사람의 기본권 제한을 최소화하기 위한 여러 방안이 마련되어 있으므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되지 아니한다.

#### (다) 법익의 균형성

심판대상조항으로 인하여 형사재판에 계속 중인 사람이 입게 되는 불이익은 일정 기간 출국이 금지되는 것인 반면, 심판대상조항을 통하여 얻는 공익은 형사재판에 계속 중인 사람의 해외도피를 방지하여 국가 형벌권을 확보함으로써 실제적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 하는 것으로서 중

대하다. 따라서 심판대상조항으로 인하여 달성하려는 공익과 제한되는 사익 간에 법익의 균형성도 충족된다.』

### (3) 위헌론

재판관 이정미, 재판관 이진성은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 출국의 자유를 침해한다고 판단하였다. 즉, 법무부장관의 출국금지결정은 불가피한 경우에 한하여 최소한의 기간을 정하여 허용하여야 하는데, 출입국관리법이 출국금지기간의 연장 횟수에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않아 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 유·무죄 판결이 확정될 때까지 길게는 수년 동안 출국을 금지할 수도 있어 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다는 것이다.

#### 『(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

다수의견이 밝힌 바와 같이, 일정 기간 동안 형사재판에 계속 중인 사람의 출국을 금지시킬 수 있도록 한 심판대상조항은 형사재판에 계속 중인 사람의 해외도피를 방지하여 국가의 형벌권을 확보함으로써 실체적 진실발견과 사법정의를 실현하고자 하는 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 수단의 적정성 또한 인정된다.

#### (나) 침해의 최소성

법무부장관의 출국금지결정은 해외에서의 건문 및 직업활동을 통한 개성신장, 각종 정보의 교류, 문화적 편견 없는 인격의 형성 등을 위하여 국민이 누려야 할 헌법상의 중요한 기본권인 출국의 자유를 제한하는 것이므로(헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18 결정의 반대이견 참조), 국가형벌권의 확보를 위하여 불가피한 경우에 한하여 최소한의 기간을 정하여 허용할 필요가 있다.

국경을 초월하여 경제활동을 하거나 일상생활을 영위하는 것이 보편화된 오늘날 형사재판에 계속 중인 사람이라도 외국에 주된 생활의 근거지 또는 사업기반이 있거나 업무상 이유로 해외출장을 가야 하는 등으로 출국의 필요성이 얼마든지 있을 수 있으며, 이들에 대한 출국금지 여부는 범죄



의 종류나 죄질, 비난가능성, 해외도피 우려 등 구체적인 사정에 따라 달리 판단할 여지가 크다. 그런데 심판대상조항은 단순히 형사재판에 계속 중인 사람이라는 이유만으로 출국을 금지할 수 있도록 하고 있어, 출국의 필요성이 강하게 요청되는 불구속 피고인의 기본권을 과도하게 제한할 소지가 있다. 업무상 해외출장이 잦은 불구속 피고인의 경우에는 생계에 지장을 초래할 만큼 불이익을 받을 수도 있다는 점에서 더욱 그러하다. 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지 요청에 대한 법무부장관의 결정율이 97% 이상이라는 통계에 비추어 보더라도, 법무부장관이 출국금지 여부를 결정함에 있어 형사재판에 계속 중인 사람의 구체적인 사정을 고려하고 있다고 보기 어렵다.

나아가 출입국관리법은 출국금지기간의 상한인 6개월을 초과하여 계속 출국을 금지할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 그 기간을 연장할 수 있도록 하면서(제4조의2), 그 연장 횟수에 관하여는 특별한 제한을 두고 있지 아니하다. 그 결과 법무부장관은 횟수에 제한 없이 반복적으로 출국금지기간을 연장할 수도 있어, 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 유·무죄의 판결이 확정될 때까지 짧게는 수개월에서 길게는 수년 동안 출국을 금지함으로써 형사재판에 계속 중인 사람의 출국의 자유에 중대한 제한을 초래할 수 있다.

형사재판에 계속 중인 사람의 출국금지는 국가형벌권의 실현을 위하여 필요한 최소한에 그쳐야 한다. 구체적으로는 해외도피의 우려가 큰 경우 내지 공판기일에 불출석한 경우 등의 추가요건을 법률에 명시적으로 규정하여 엄격한 요건 하에 출국을 금지하는 방안, 범죄수사 목적으로 출국이 금지되는 자와 같이 1개월 이내의 기간을 정하여 출국을 금지하거나 연장 횟수를 제한하는 방안, 해당 사건에 관하여 가장 잘 알고 있는 담당재판부가 피고인의 공소사실, 증거인멸 가능성, 피고인의 태도, 출국의 필요성, 입국의 보장 여부 등 여러 가지 사정을 고려하여 출국허가 여부에 관한 의견을 제출하도록 하는 등으로 법원의 사전통제가 이루어질 수 있는 방안, 범죄사실의 경중에 따라 중한 죄를 범하여 기소된 경우로 한정하는 방안 등과 같이 입법목적 달성에 있어서 기본권을 덜 침해하는 다른 방법을 충분히 고려할 수 있다고 보인다.

다수의견은 이의신청이나 행정소송 등을 통하여 권리구제를 받을 수 있

다고 하나, 출입국관리법 제4조의5에서 규정하고 있는 이의신청 절차는 출국금지결정의 주체인 법무부장관에 의한 자체적인 구제절차라는 점에서 실효성이 크다고 보기 어렵다. 실제로 2010년부터 2012년까지 총 86건의 이의신청 중 3건만이 인용되었다는 사실에 비추어 보더라도, 이의신청을 통한 구제가능성이 희박함을 알 수 있다. 나아가 출국금지처분취소와 같은 행정소송을 제기하는 경우에는 소송에 비교적 오랜 시간이 소요된다는 점에서 행정소송 중 출국금지기간이 경과되어 소의 이익이 없다는 이유로 각하될 가능성을 배제할 수 없으므로 이 또한 효과적인 구제수단으로 보기는 어렵다.

통계에 의하면 범죄수사를 위하여 출국금지 되는 경우가 과반수에 해당하여 높은 비중을 차지하고 있기는 하나 형사재판에 계속 중인 사람이라는 이유로 출국금지 되는 경우도 전체 출국금지 건수의 5~10%를 차지하고 있어 그 수가 결코 적지 아니함을 알 수 있다. 외국의 입법례로는 중대한 범죄 혐의자에 대한 여권의 발급거부, 발급된 여권의 반납이나 실효 등을 통해 자국민의 출국을 제한하는 방법 등이 있는 것 이외에 우리와 같이 법무부장관이 형사재판에 계속 중인 사람에 대한 출국금지를 결정하는 입법례를 발견하기도 어렵다.

그렇다면 형사재판에 계속 중인 사람이라도 재판의 원활한 진행이 담보될 수 있는 경우에는 원칙적으로 출국의 자유를 보장받아야 할 것이므로, 재판 기간 내내 출국을 금지할 수 있도록 하는 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

#### (다) 법익의 균형성

심판대상조항은 업무상 출국하여야 하는 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 불이익을 초래하고, 그 밖의 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여도 일정 기간 동안 헌법상의 중요한 기본권인 출국의 자유를 제약하므로, 심판대상조항을 통하여 달성하고자 하는 해외도피 방지 및 재판의 원활한 진행이라는 공익에 비하여 지나치게 형사재판에 계속 중인 사람의 기본권을 제한한다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.』

### 마. 공정한 재판을 받을 권리 침해 여부

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 모든 국민에게 적법하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819-820). 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증을 하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바57, 판례집 22-2하, 387, 393-394).

청구인은 심판대상조항이 외국에 유리한 증거가 있는 피고인의 증거수집과 제출을 어렵게 하여 방어권을 제한함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 취지로 주장한다. 그러나 심판대상조항은 법무부장관으로 하여금 피고인의 출국을 금지할 수 있도록 하는 것일 뿐 피고인의 공격·방어권 행사와 직접 관련이 있다고 할 수 없고, 공정한 재판을 받을 권리에 외국에 나가 증거를 수집할 권리가 포함된다고 보기도 어렵다.

따라서 심판대상조항이 피고인의 공격·방어권 행사를 제한하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

## 8. 결정의 의의

이 사건 결정은, 법무부령이 정하는 금액 이상의 추징금을 납부하지 아니한 자에 대하여 법무부장관이 출국을 금지할 수 있도록 한 출입국관리법(2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 것) 제4조 제1항 제4호 중 추징금 부분이 출국의 자유를 침해하지 아니한다는 종전 헌법재판소 결정(헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86)에 이어 법무부장관이 형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있도록 한 출입국관리법(2011. 7. 18. 법률 제10863호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호도 출국의 자유를 침해하지 아니한다고 밝혔으며, 출국의 자유가 헌법 제14조의 거주·이전의 자유의 내용에 포함됨을 재차 확인하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.



# 치과의사전문회의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정 제18조 제1항 위헌확인

- 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람에 대하여  
치과전문의 자격시험에 응시할 수 없게 한 규정이 헌법에  
위반되는지 여부 -

(헌재 2015. 9. 24. 2013헌마197, 판례집 27-2상, 636)

강재원\*

## 【판시사항】

1. 치과전문의 자격 인정 요건으로 ‘외국의 의료기관에서 치과의사 전문의 과정을 이수한 사람’을 포함하지 아니한 ‘치과의사전문회의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정’(2010. 3. 15. 대통령령 제22075호로 개정된 것, 이하 ‘치과전문의규정’이라 한다) 제18조 제1항(이하, ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(적극)
2. 심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(적극)

## 【심판대상조문】

치과의사전문회의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정(2010. 3. 15. 대통령령 제22075호로 개정된 것) 제18조 (치과의사전문회의의 자격의 인정) ① 치과의사 전문회의의 자격을 인정받을 수 있는 사람은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 사람으로서 보건복지가족부장관이 실시하는 치과의사전문회의의 자격 시험에 합격한 사람으로 한다.

1. 치과의사로서 이 영에 따른 수련과정을 마친 사람
2. 제4조 제3항에 따라 치과의사로서 보건복지부장관이 수련을 마친 사

\* 서울중앙지방법원판사, 전 헌법연구관

람으로 인정한 사람

### 【사건개요】

1. 청구인들은 각 국내에서 치과의사면허를 취득한 미국 치과대학에서 레지던트 과정을 수료하고, 미국 치과의사 전문의 자격을 취득하였다. 청구인들은 국내에서 치과의사 전문의(이하 ‘치과전문의’라고 한다) 자격을 취득하려는 사람들이다.

2. 청구인들은 국내 치과전문의 자격을 취득하는 방법을 알아보던 중 2013. 1.경 심판대상조항에 의하면, 국내에서 치과의사면허를 취득한 후 외국의 의료기관에서 레지던트 등 소정의 과정을 이수한 자라도 국내 의료기관에서 전문의 과정을 이수하지 아니하면 치과전문의 자격인정을 위한 자격시험에 응시할 수 없음을 알게 되었다

3. 청구인들은 2013. 3. 29. 심판대상조항에 대하여 헌법소원을 제기하였다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항은 치과의사로서 외국의 의료기관에서 치과전문의 과정을 이수한 사람이라도 다시 국내에서 치과전문의 수련과정을 이수하도록 하여 국내 실정에 맞는 경험과 지식을 갖추도록 하기 위한 것이므로 입법목적이 정당하고, 그 수단 또한 적합하다. 외국의 의료기관에서 치과전문의 과정을 이수한 사람에 대해 그 외국의 치과전문의 과정에 대한 인정절차를 거치거나, 치과전문의 자격시험에 앞서 예비시험제도를 두는 등 직업의 자유를 덜 제한하는 방법으로도 입법목적을 달성할 수 있고, 이미 국내에서 치과의사면허를 취득하고 외국의 의료기관에서 치과전문의 과정을 이수한 사람들에게 다시 국내에서 전문의 과정을 다시 이수할 것을 요구하는 것은 지나친 부담을 지우는 것이므로, 심판대상조항은 침해의 최소성원칙에 위배되고 법익의 균형성도 충족하지 못한다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

2. 1976년부터 2003년까지 의사전문과의와 치과전문의를 함께 규율하던 구

‘전문회의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정’(2003. 6. 30. 대통령령 제 18040호로 치과전문의의 규정이 제정되기 전의 것)이 의사전문의의 자격 인정 요건과 치과전문의의 자격 인정 요건에 대하여 동일하게 규정하였던 점이나, 의사전문의와 치과전문의 모두 환자의 치료를 위한 전문성을 필요로 한다는 점을 감안하면, 치과전문의의 자격 인정 요건을 의사전문의의 경우와 다르게 규정할 특별한 사정이 있다고 보기도 어렵다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해한다.

### **재판관 이진성, 재판관 강일원의 별개의견**

심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해한다는 점에 관하여는 법정의견에 동의하지만, 직업수행의 자유가 침해되었다는 부분에 대한 견해를 달리한다.

즉 의사에 대한 의사전문의 비율에 비해 치과의사에 대한 치과전문의 비율이 현저히 낮고, 치과전문의 시험이 2008년부터 시행된 점 등을 고려할 때, 외국의 의료기관에서 이수한 수련과정과 취득한 치과전문의 자격에 대한 별다른 검증 없이 국내에서 치과전문의 자격을 인정할 지 여부 등 치과전문의 제도의 구체적인 내용 결정에는 행정입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정된다고 할 것인데, 이 사건의 경우 행정입법자가 국내의 여러 사정을 고려하여 치과전문의 자격 인정의 요건으로 국내의 의료기관에서 전문의 수련과정을 반드시 이수하도록 하는 방법을 택한 것이 행정입법자의 재량권의 범위를 일탈하였다고 보기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니하므로 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

### **재판관 김창종의 별개의견**

심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해한다는 점에 관하여는 법정의견에 동의하지만, 치과전문의는 입법자가 치과의사와 별도로 법령에 의해 신설한 국가자격이고, 의료법 및 치과전문의 규정에 의하면 치과전문의의 자격을 인정받기 위한 요건은 치과일반의와 전혀 다르므로, 치과전문의는 치과일반의와는 다른 독자적인 직업유형의 하나로 보아야 하고, 따라서 심판

대상조항에 의해 제한되는 기본권은 치과전문의라는 직업을 선택할 자유이다. 그리고 치과전문의라는 자격제도를 형성하는 심판대상조항의 과잉금지 원칙 위배 여부는 엄격히 심사할 것은 아니다.

전문의 자격제도를 둔 취지, 국내 실정에 맞는 의료지식 및 관행, 의료소비자의 양상 등을 숙지한 사람만 치과전문의 자격인정을 받을 수 있게 한 입법목적, 심판대상조항은 청구인들이 국내에서 전공의 수련과정을 이수하지 못하도록 하는 제한이 없는 점, 치과의사인 청구인들은 심판대상조항에 따라 외국에서 전문의 수련과정을 마치더라도 국내에서 전공의 수련과정을 마친 것과 동일하게 인정받지 못한다는 사실을 잘 알고 있었을 것으로 보이는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 심판대상조항이 입법제량의 범위를 벗어나 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점<sup>1)</sup>

이 사건에서는 우선 치과의사 전문의가 치과의사와 별개의 직업인지가 문제된다. 즉 심판대상조항에 의하여 제한되는 기본권이 직업선택의 자유인지, 직업수행의 자유인지가 문제되고, 원칙적으로 그에 따라 위헌성 여부에 관한 심사강도(밀도)가 달라지게 된다.

다음으로 심판대상조항으로 인하여 국내에서 치과의사면허를 취득한 후 외국 의료기관에서 치과전문의가 되기 위한 소정의 과정을 이수한 청구인들은 국내에서 치과전문의 자격시험에 응시할 수 없게 되는 결과 치과전문의라는 직업을 선택 또는 수행할 수 없게 된다. 따라서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되어 청구인들의 직업선택 또는 직업수행의 자유를 침해하는지가 문제된다.

마지막으로 심판대상조항은 외국의 치과의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 자를 국내의 치과의료기관에서 전문의 과정을 이수한 자와 달리 취급하고 있고, 다른 한편으로는 일반 전문의의 경우에는 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수하더라도 국내 전문의 자격시험에 응

1) 적법요건에 대한 판단 부분은 특별한 쟁점이 없으므로 생략한다.



시할 수 있는바, 치과전문의를 일반 전문의과 달리 처우하는 것이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부가 쟁점이 된다.

이하에선, 심판대상조항의 연혁과 치과전문의 제도의 시행 경위 등을 먼저 살펴보고, 이어 제한되는 기본권이 직업선택의 자유인지, 직업수행의 자유인지를 검토한 후, 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 기본권을 침해하는지, 그리고 평등권을 침해하는지를 살펴본다.

## 2. 치과전문의 제도의 의의, 연혁 등

### 가. 의의

의료법에는 전문의에 관한 정의규정이 존재하지 않는다. 다만 의료법 등 관련법령을 종합하면, 치과전문의를 포함한 전문의 제도는 의사면허를 가진 자 중에서 특정 의료분야에 관하여 전문성을 확보하여 이에 대하여 객관적인 자격인정을 받은 자를 전문의로 인정하는 것으로, 의료의 각 전문분야에 대한 임상과 연구가 깊이 있게 이루어지게 함으로써 의학발전을 도모하고, 그를 통하여 질병이나 질환으로부터 국민의 생명과 건강을 보다 효과적으로 보호하기 위한 것이다(헌재 2001. 3. 15. 2000헌마96 등, 판례집 13-1, 489, 507).

### 나. 연혁

#### (1) 1951년 국민의료법

1951년 제정된 국민의료법은 ‘전문과목 표방 허가제’를 규정하여 구강의과, 보철과, 교정과를 전문과목으로 표방할 수 있도록 하였고(제41조), 이를 위해서는 국립의료기관 또는 보건부장관이 인정한 의료기관에서 당해 과목에 관하여 5년 이상 임상실지수련을 하고 보건부장관의 허가를 얻을 것을 요건으로 하였는데(1951. 12. 25. 보건부령 제11호로 제정된 국민의료법 시행세칙 제34조), 이는 전문의 제도를 예정한 것이라고 할 수 있다.

## (2) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246 결정 이전까지의 경과

(가) 1951. 9. 25. 법률 제221호로 제정된 국민의료법은 의료업자를 의료·치과의사, 한의사, 보건원·조산원·간호원의 3종으로 분류하고(제2조), 의료업자는 주무부장관의 허가를 받아 전문과목을 표방할 수 있도록 하였고(제41조), 1962. 3. 20. 법률 제1035호로 전문 개정된 의료법(법명도 변경됨)도 유사한 내용을 규정하였다. 당시의 의료법 시행규칙 제16조는 치과의사가 표방할 수 있는 전문과목을 구강외과, 보철과, 교정과, 소아치과, 치주위병과로 규정하였다. 위 법률에 따라 1962. 10. 23. 제1회 치과의사 전문과목 표방허가 시험이 실시되었으나, 응시자 전원이 불참하여 시험이 무기한 연기되었다. 그 후의 의료법 개정(1965. 3. 23. 법률 제1690호로 개정, 1967. 7. 21. 보건사회부령 제119호로 ‘의사·치과의사 전문의 자격시험규정’이 공포되었다)에서도 전문과목 표방에 관하여 유사한 내용을 규정하였다. 그러나 1969. 12. 4.~12. 5. 시행 예정이던 제2회 치과전문의 자격시험도 무기한 연기되었다.

(나) 1973. 2. 16. 법률 제2533호로 의료법이 전문 개정되어 ‘의사 또는 치과의사로서 전문의가 되고자 하는 자는 보건사회부 장관의 자격인정을 받아야 하는 것’으로 개정되었으나(제55조), 대한치과의사협회 등의 반대로 치과전문의 자격시험은 실시되지 못하였다.

(다) 1973. 4. 13. 대한치과의사협회는 제22차 대의원총회에서 국민소득 1,000불 이상이 될 때, 의료보험제도가 실시되었을 때, 대다수 회원이 요망할 때까지 치과전문의 제도를 유보할 것을 결의하였다.

(라) 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 의료법이 개정되면서 의료법 제55조 “① 의사 또는 치과의사로서 전문의가 되고자 하는 자는 보건사회부장관의 자격인정을 받아야 한다. ② 제1항의 규정에 의하여 전문의의 자격인정을 받은 자가 아니면 전문과목을 표시하지 못한다. ③ 전문의의 전문과목은 다음 각호와 같다. 2. 치과의사에 있어서는 구강외과, 보철과, 교정과, 소아치과 및 치주위병과. ④ 전문의의 수련기간·수련방법 기타 자격의 인정과 자격증의 교부 및 전문과목의 표시등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하였다.

이에 따라 1976. 4. 15. 대통령령 제8088호로 ‘전문의의 수련 및 자격인정

등에 관한 규정'(이하, '전문의 규정'이라 한다)을 제정하였다(1979. 3. 2. 보건사회부령 제622호로 동 시행규칙 제정). '전문의 규정'이 제정된 이후 외국의 의료기관에서 소정의 과정을 이수한 사람이 치과전문의 자격시험에 응시하기 위한 요건은 아래와 같다.

<p><b>1976년 제정 '전문의 규정' (제17조 제1항 제2호)</b></p>	<p>2. 의사 또는 <b>치과의사</b>로서 보건사회부장관이 인정하는 <b>외국의 의료기관에서 소정의 인턴 및 레지던트 과정을 이수</b>하고 보건사회부장관이 지정하는 <b>국내의 보건기관 또는 의료기관에서 6월 이내의 파견수련을 이수한 자</b></p>
<p><b>1978. 10. 27. 개정 '전문의 규정'</b></p>	<p>2. 의사 또는 <b>치과의사</b>로서 보건사회부장관이 인정하는 <b>외국의 의료기관에서 소정의 인턴 및 레지던트 과정을 이수</b>하고 <b>외국에서 전문의 자격을 취득한 자</b></p>
<p><b>1982. 7. 23. 개정 '전문의 규정'</b></p>	<p>2. 의사 또는 <b>치과의사</b>로서 보건사회부장관이 인정하는 <b>외국의 의료기관에서 소정의 인턴 및 레지던트 과정을 이수</b>한 자</p>
<p>1994. 12. 23. 개정시 보건사회부가 보건복지부로 명칭 변경된 후 2003년 아래에서 보는 '치과의사의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정'이 제정되기 전까지 같은 내용이었다.</p>	

(마) 1981. 12. 31. 법률 제3504호로 의료법이 개정되고, 1982. 7. 23. 대통령령 제10874호로 '전문의 규정'을 개정하여 5개의 전문과목을 두도록 하였고, 1989. 12. 30. '전문의 규정' 시행규칙 개정안이 입법예고되었으나, 치과의료계(개업의)의 반대로 추진이 보류되었으며, 1995. 1. 28. 대통령령 제14516호로 전문의 규정이 다시 개정되어 치과전문의의 전문과목이 구강악안면외과, 치과보철과, 치과교정과, 소아치과, 치주과, 치과보존과, 구강내과, 구강악안면방사선과, 구강병리과, 예방치과로 세분화되고, 한편 "전문의 자격시험의 방법·응시절차 기타 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다"(1994. 12. 23 대통령령 제14446호)라고 규정되어 있었음에도 치과의료계의 반대로 치과전문의에 관한 시험제도를 실시할 수 있도록 하는 시행규칙을 마련하지 아니하였다.

(바) 1996. 1. 13. 위 규칙 개정안에 대해서도 치과의료계(개업의)는 반대하였는데, 치과전문과목 표방방법 개선(1차 기관에서의 전문과목 표방금

지), 의료보험수가 현실화, 치과의사법 제정, 치과의료 전달체계 확립 등 선행조건의 충족 후 실시를 요구하였다.

정부는 1997. 1. 22. 국민총리 산하의 자문기구인 ‘의료개혁위원회’를 설치하였고, 위 위원회가 치과전문의 제도를 실시하기로 결정하였다.

### (3) 치과전문의 자격인정을 위한 시험 불실시에 관한 위헌결정

위와 같은 상황에서 치과 전공의 수련과정을 이수하고 치과전문의 자격을 취득하려고 하였던 사람들이 보건복지부장관 등을 상대로, ‘전문의 규정’의 위입에 따라 치과전문의 자격시험제도를 실시할 수 있는 절차를 마련하지 아니한 입법부작위는 위헌임을 확인한다는 취지의 헌법소원을 제기하였고(96헌마246), 헌법재판소는 1998. 7. 16. ‘그와 같은 부작위는 치과전문의를 선택하고 수행할 자유를 침해하는 것이고, 전공의 수련과정을 거치지 않은 일반치과의사나 전문의시험이 실시되는 다른 의료분야의 전문의에 비해서 불합리한 차별을 받고 있다’는 이유로 위헌결정을 하였다.<sup>2)</sup>

### (4) 개정 경과 및 치과전문의 자격시험의 시행 등

(가) 보건복지부장관은 2003. 6. 12. 보건복지부령인 ‘전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정’ 시행규칙을 개정하여 치과전문의에 관하여도 적용될 수 있도록 ‘수련병원 또는 수련기관의 지정신청 및 지정기준’(제5조, 제6조 제4항, 별표 3) 등에 관한 규정을 마련하였다. 그 후 2003. 6. 30. 대통령령 제18040호로 “의료법 제55조 제1항 및 제3항의 규정에 따라 치과의사 전문의의 수련·자격인정 및 전문과목에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로” 하는 ‘치과의사 전문의의 수련 및 자격인정 등에 관한 규정’(‘치과전문의규정’)이 제정되었다.

(나) 2003. 6. 30. 제정된 ‘치과전문의 규정’ 제4조, 제5조에 의하면, 원칙적으로 치과전문의가 되려면 수련치과병원에서 인턴은 1년, 레지던트는 3

---

2) 위헌결정 후에도 대한치과의사협회는 2001년 대의원총회에서 ‘기존 치과의사의 기득권포기, 전체 치과의사의 8%만 전문의가 되도록 소수 정예의 전문의 유지, 1차 의료기관의 전문과목 표방 금지 등을 결의하는 등 치과전문의는 소수로 유지되어야 한다는 입장을 보였다.

년의 수련을 거쳐야 하고, 제17조에 의하면, 치과전문의의 자격인정을 받으려면, 그와 같은 수련을 마친 후 치과전문의 자격시험에 합격하여야 하는데, 그 자격시험에는 ‘치과의사로서 이 영의 규정에 의한 수련과정을 이수한 자’(제1호), ‘제4조 제2항의 규정에 따라 치과의사로서 보건복지부장관이 수련을 마친 자로 인정한 자’(제2호)만이 응시할 수 있다. 이로써 의사전문의와 치과전문의 사이에는 “의사로서 보건복지부장관이 인정하는 외국의 의료기관에서 소정의 인턴 및 레지던트과정을 이수한 자”가 전문의자격시험에 응시할 수 있는지에 큰 차이가 생기게 되었다. 그 후 2008. 12. 3. 대통령령 제21150호로 전부 개정되면서 위 규정은 제18조로 조문 위치가 변경되었고(심판대상조항이다), 2010. 3. 15. 주무관청의 명칭 변경에 따른 개정을 거쳐 현재에 이르렀다.

2003. 6. 30. 제정된 ‘치과전문의규정’ 시행 이후 ‘전문의 규정’과 ‘치과전문의규정’에 의한 전문의와 치과전문의의 각 자격인정을 받을 수 있는 요건의 차이는 아래 표와 같다.

‘전문의 규정’ 제17조 (현행은 제18조)	‘치과전문의 규정’ 제17조 (현행은 제18조)
제17조 (전문이자격의 인정) ① 의사로서 전문의의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당되는 자로서 보건복지부장관이 실시하는 전문의 자격시험에 합격하여야 한다. 1. 의사로서 이 영의 규정에 의한 수련과정을 이수한 자 2. <b>의사로서 보건복지부장관이 인정하는 외국의 의료기관에서 소정의 인턴 및 레지던트과정을 이수한 자</b> 3. 제3조 제3항의 규정에 의하여 의사로서 보건복지부장관이 수련을 마친 자로 인정한 자	제17조 (치과의사 전문의 자격의 인정) ① 치과의사 전문의의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당되는 자로서 보건복지부장관이 실시하는 치과의사 전문의 자격시험에 합격하여야 한다. 1. 치과의사로서 이 영의 규정에 의한 수련과정을 이수한 자 2. 제4조 제2항의 규정에 따라 치과의사로서 보건복지부장관이 수련을 마친 자로 인정한 자

(다) 치과전문의 자격시험은 치과의사회가 매년 1회 실시하며(치과전문의 규정 시행규칙 제11, 12조), 각 전문과목에 해당하는 과목으로 하며, 필기시험인 1차 시험과 실기시험 또는 구술시험인 2차 시험으로 구분한다. 1차 시

험 합격자는 다음의 1회에 한해 1차 시험은 면제된다(위 시행규칙 제13조).

(라) ‘치과전문의규정’은 “치과의사로서 이 영에 따른 수련과정을 마친 사람”만 치과전문의 자격시험에 응시할 수 있도록 규정하는 반면, 경과규정을 두지 않은 관계로, 위 규정 시행 이후인 2004년에 인턴 과정을 시작한 전공의에게만(2008년 1회 치과전문의 자격시험 실시전까지 레지던트를 마친 사람)만 치과전문의 자격시험에 응시할 수 있게 되었다.<sup>3)</sup>

(마) 치과전문의 자격시험은 2008. 1.에 최초로 실시되었다. 치과전문의 자격시험의 합격자는 2008년 221명, 2009년 258명, 2010년 275명, 2011년 272명, 2012년 271명, 2013년 274명이고,<sup>4)</sup> 2014년의 경우 1. 9. 치러진 1차 시험에 총 282명이 응시하여 273명(96.8%)이 합격하였으며, 2014. 1. 23. 치러진 2차 시험에는 277명이 응시하여 271명(97.8%)이 합격하였다.<sup>5)</sup> 전문과목별로 보면 구강악안면외과 60명, 치과보철과 42명, 치과교정과 44명, 소아치과 28명, 치주과 40명, 치과보존과 42명, 구강내과 11명, 구강악안면방사선과 2명, 구강병리과 1명, 예방치과 1명이다.

### 3. 직업의 자유 침해 여부

#### 가. 직업선택의 자유에 대한 제한 또는 직업수행의 자유에 대한 제한인지 여부

##### (1) 직업선택의 자유와 직업수행의 자유에 관한 일반적 설명

직업선택의 자유는 특정 직업을 선택할 것인지에 관하여 결정할 자유로서, 특정 직업 활동의 ‘여부’에 관한 것으로, 일정한 직업을 선택하거나 선

3) 이로 인하여 96헌마246 헌법소원을 제기하였던 치과의사들도 치과전문의 자격시험에 응시할 수 없게 되었다. 이 문제도 치과전문의의 전문과목 표방 및 전문과목외의 진료금지 문제와 더불어 계속 치과의료계에서 분쟁의 원인이 되고 있다. 이 문제에 관하여 국민권익위원회는 2013. 8. 26. “2007년 이전에 치과의사 전공의 과정을 수료한 사람에 대해서는 치과전문의시험 응시기회를 가질 수 있도록 치과전문의 규정에 응시기회 부여 등 구제방안(경과조치 등)을 마련할 것을 의견 표명한다”고 의결한 바 있다.

4) ‘치과전문의시험 응시기회 부여 등 구제방안 마련’을 요구하는 민원에 대한 국민권익위원회의 2013. 8. 26.자 의결서 5면

5) ‘현대건강신문’ 2014. 2. 3.자. 1차 시험 합격자는 다음 1회에 한해 1차 시험이 면제되므로 같은 연도의 1차 시험 합격자 수와 2차 시험 응시자 수가 일치하지 않을 수 있다.

택하지 않는 결정을 포함하며, 따라서 일정한 직업을 새로이 시작할 것인지에 대한 결정, 이와 더불어 그동안 수행하던 직업을 포기할 것인지 아니면 그 활동을 계속할 것인지에 대한 결정과 관련된다.

직업수행(행사)의 자유는 특정 직업을 어떤 방법으로 행사할 것인지, 즉 직업 활동의 형태, 수단, 범위, 내용 등에 관하여 결정할 자유로서 특정 직업 활동의 ‘방법’에 관한 것이다.<sup>6)</sup>

이 사건의 경우 심판대상조항에 의하여 청구인들은 따로 국내기관에서의 치과전문의 과정을 이수하지 않는 한 치과전문의 자격을 취득할 수 없지만, 의료법 제5조의 요건(치의학대학 졸업<sup>7)</sup> + 국가시험 합격 + 보건복지부장관의 면허 부여)은 갖추고 있으므로 치과전문의가 아닌 일반치과의사라는 직업은 영위할 수 있다. 치과전문의를 치과의사와 다른 직업으로 볼 것인지와 관련하여 심판대상조항으로 인해 제한되는 것이 직업의 자유 중 직업선택의 자유에 대한 것인지 직업수행의 자유에 대한 것인지가 문제된다.

## (2) 구별의 의의

헌법재판소는 노래연습장에 18세 미만자의 출입을 금지하는 법률조항에 대하여 판단하면서 “같은 직업의 자유에 대한 제한이라도 직업행사의 자유에 대한 제한은 직업선택의 자유에 대한 제한보다는 침해의 진지성이 작기 때문에 덜 엄격한 제약을 받는다고 할 수 있다. 그러나 직업행사의 자유를 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙은 지켜져야 할 것”이라고 판시하였다.<sup>8)</sup> 즉 직업선택에 대한 것인지 직업수행에 대한 것인지에 따라 심사강도(밀도)가 달라진다고 하고 보고 있다.<sup>9)</sup>

6) 한수웅, 헌법학(제4판), 박영사, 2014년, 657면

7) 보건복지부 장관이 인정하는 외국 치의학대학을 졸업한 경우에도 예비시험 및 국가시험을 합격하면 치과의사 면허를 취득할 수 있다(의료법 제1항 제3호).

8) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 139

9) 헌재 2014. 9. 25. 2013헌바162, 판례집 26-2상, 487, 496-496; 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700 등, 판례집 15-2하, 137, 152-152, 헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723-723; 헌재 2014. 6. 26. 2012헌마660, 판례집 26-1하, 646, 652-652 등 결정.

(3) 직업선택 또는 직업수행의 자유인지에 관한 헌법재판소 선례의 입장에겐대, 변호사가 되기 위해서는 법학전문대학원의 석사학위취득을 요구하는 것<sup>10)</sup>이나, 정원제로 사법시험합격자를 결정하는 것<sup>11)</sup>, 시각장애인에 한하여 안마사자격을 인정하는 것<sup>12)</sup>과 같은 경우는 의문의 여지 없이 직업선택의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 있다.

또한, 헌법재판소는 변리사의 직업분야에 대한 자격제도 등에 대하여 “이러한 자격제도는 고도의 전문적 지식과 기술이 요구된다고 판단되는 직업분야에 있어서 공공복리를 위하여 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 법률로써 전면적으로 금지한 다음, 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것으로서 그 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니다”<sup>13)</sup>고 판시하는 등 특정 직업에 관한 자격제도를 두는 것에 대해서는 원칙적으로 직업선택에 대한 것으로 보고 있다.<sup>14)</sup>

한편 변호사의 개업지 제한,<sup>15)</sup> 학교환경위생정화구역 안의 당구장 금지<sup>16)</sup> 등은 직업수행의 자유를 제한하는 것임에 의문이 없다.

그런데 실제 사건에서는 직업선택의 자유에 대한 제한인지, 직업수행의 자유에 대한 제한인지의 구별이 쉽지 않은 것으로 보인다.

### (가) 직업선택의 자유로 본 선례

○ 현재 2001. 9. 27. 2000헌마208 등, 판례집 13-2, 363, 373: 변리사의

10) 현재 2012. 3. 29. 2009헌마754, 판례집 24-1상, 564, 573

11) 현재 2010. 5. 27. 2008헌마110, 판례집 22-1하, 232, 240

12) 현재 2006. 5. 25. 2003헌마715, 판례집 18-1하, 112, 112-133, 현재 2008. 10. 30. 2006헌마1098 등, 판례집 20-2상, 1089, 1104-1110, 현재 2010. 7. 29. 2008헌마664, 판례집 22-2상, 427, 438-439

13) 현재 2001. 9. 27. 2000헌마208 등, 판례집 13-2, 363, 373

14) 같은 취지로는 국세 관련 경력공무원에게 세무사자격을 부여하는 조항(현재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338), 특허청 경력공무원에게 변리사자격을 부여하는 조항(현재 2001. 9. 27. 2000헌마208 등, 판례집 13-2, 363) 등 다수의 결정. 최근의 선례로는 외국에서 기술사 자격을 취득한 경우 필기시험을 면제해주던 것을 폐지한 것을 다룬 현재 2012. 4. 24. 2010헌마649, 판례집 24-1하, 213, 225 참조.

15) 현재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329

16) 현재 1997. 3. 27. 94헌마196 등, 판례집 9-1, 375



직업분야에 대한 자격제도 등에 대하여 “이러한 자격제도는 고도의 전문적 지식과 기술이 요구된다고 판단되는 직업분야에 있어서 공공 복리를 위하여 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 법률로써 전면적으로 금지한 다음, 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것으로서 그 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니다”고 판시함.

- 현재 2012. 4. 24. 2010헌마649, 판례집 24-1하, 213, 225: 외국에서 기술사 자격을 취득한 경우 필기시험을 면제해주던 것을 폐지한 것을 다툰 사건도 위와 같은 취지로 판시함.
- 현재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528(지적측량업무를 비영리법인만 대행할 수 있도록 규정한 지적법 제41조 제1항에 대한 사건): “이 법률조항으로 말미암아 비영리법인을 설립하지 아니하는 한 초벌측량의 대행용역 활동을 자신의 독립적인 직업으로 선택할 수 없는 것이므로, 이 법률조항은 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한” 하고 있다고 판시함.
- 현재 2002. 12. 18. 2001헌마370, 판례집 14-2, 882, 887: 무면허의료행위를 금지하는 의료법 제25조 제1항에 대한 위헌확인 사건(침구사 자격을 갖고 있지 않은 침술사가 침술을 시행한 것에 대해 무면허의료행위를 금지하는 의료법위반의 유죄판결을 받고 무면허침술사가 위헌성을 다툰 사안): “이 사건 법률조항은 ... 일정 직업의 정상적인 수행을 보장하기 위하여 요구되는 최소한의 요건, 예컨대 학력, 경력, 일정 자격요건 등을 규정하는 조항이다. 이로써 이 사건 법률조항은 ‘의료행위’를 개인의 경제적 소득활동의 기반이자 자아실현의 근거로 삼으려는 청구인의 기본권, 즉 직업선택의 자유를 제한하는 것이다” 고 판시함.
- 현재 2009. 9. 24. 2009헌바28, 판례집 21-2상, 633, 647: 기존에 자유업종이었던 인터넷컴퓨터게임시설제공업에 대하여 등록제를 도입하고 등록하지 아니하면 영업을 할 수 없도록 하는 게임산업진흥에 관한 법률 제26조 제2항에 대한 위헌소원 : “직업결정의 자유”를 제한하는 규정이라 할 것”이라고 판시함.

- 헌재 2000. 4. 27. 98헌바95 등, 판례집 12-1, 508, 536: 변호사 아닌 자의 법률사무취급을 포괄적으로 금지하는 변호사법 제90조 제2호에 대한 위헌소원사건(변호사 아닌 손해사정사가 교통사고의 가해자가 가입한 보험회사와 합의를 도와주고 대가를 일부 받았다는 이유로 변호사법위반으로 유죄판결을 받고 위 조항을 다툰 사안)에서 “이 사건 법률규정이 법률사건 전반에 관하여 변호사 아닌 자의 법률사무취급 및 알선을 금지하고 있는 것을 내용으로 하고 있으므로 일반 국민의 직업선택의 자유를 제한하고 있는 것은 분명하다”(헌재 2000. 4. 27. 98헌바95 등, 판례집 12-1, 508, 536)고 판시함.
- 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마156, 판례집 15-2상, 380, 387: 법무사 아닌 자가 등기신청대행 등의 법무행위를 업으로 하는 것을 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하는 법무사법 제3조 제1항 등에 대한 위헌확인사건에서 “위와 같은 자격제도는 국민의 기본권인 직업선택의 자유를 제한하는 것이기 때문에 필요한 최소한만큼 제한하도록 규율함으로써 그 목적과 수단 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 헌법적 정당성을 갖는다고 할 것이다”고 판시함.

(나) 직업수행의 자유로 본 선례

- 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 665-666: 한약사라는 독자적인 자격제도가 신설(창설)되면서 그 이전부터 한약을 조제하여 온 양약사의 한약조제 등을 금지하는 약사법 부칙(1994. 1. 7. 법률 제4731호) 제2항의 위헌성을 다룬 사건: “이 사건 법률조항은 그 개정 이전부터 한약을 조제하여 온 약사들에게 향후 2년간만 한약을 조제할 수 있도록 하고 그 이후는 이를 금지함으로써 직업수행의 자유를 제한하고 있다고 보인다”고 판시함(“약사라는 직업에 있어서 한약의 조제라는 활동은 약사직의 본질적인 구성부분으로서의 의미를 갖기보다는 예외적이고 부수적인 의미를 갖고 있었다”고 판시함).
- 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40-41: 기존에 유기장 영업을 하던 청구인이 6월의 유예기간이 경과하면 더 이상 ‘아케이드 이큅프먼트’란 유기기구를 이용한 유기장영업을 할 수 없게 된 사안

에서 “아케이드이킵프먼트라는 게임물을 이용한 게임장 운영자들로 하여금 위 법 시행일로부터 6월 이내에 등록을 하고 등급분류를 받지 아니하면 게임제공업의 영업을 계속할 수 없도록 하는 것이므로, 게임제공업의 영업 방법을 규율하는 규정으로서 청구인들의 직업수행의 자유를 제한하는 규정”이라고 판시함(“아케이드이킵프먼트 유키장업은 하나의 독립된 직업이 아니라 단지 게임제공업을 행사하는 방법의 하나라고 할 것”이라고 판시함).

- 현재 2011. 6. 30. 2008헌마595, 판례집 23-1하, 418, 426: 종합전문요양기관의 경우 당연히 산재보험의료기관이 되도록 규정한 산업재해보상보장법 제43조 제1항 제2호에 관한 사건에서 “산재보험 의료기관으로 지정되는 것을 원하지 아니함에도 강제로 지정되어 산재근로자를 치료하여야 함으로써, 치료할 환자의 선택이라는 직업수행의 방식을 제한받고 있다는 것이므로 이 사건에서 침해 여부가 문제되는 기본권은 직업수행의 자유이다”라고 판시함.
- 현재 2011. 10. 25. 2010헌마661, 판례집 23-2하, 101, 124: 외국인근로자의 고용에 관한 업무를 고용노동부장관이 지정하는 자에게 대행하게 할 수 있는 법률조항에 대한 사건에서 “엄격하고도 구체적인 요건을 갖춘 기관만이 대행기관으로 지정되어 외국인 근로자의 고용에 관한 업무를 대행할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 행정사 등의 업무를 직업으로서 수행하려고 하는 자로 하여금 행정사 등의 직업 자체를 선택하지 못하게 하는 것이 아니라 행정사 등의 업무의 일부인 외국인 근로자의 고용에 관한 업무를 일정한 요건을 갖추어 대행기관으로 지정받은 경우에만 대행할 수 있도록 제한하고 있는 것이므로, 위 고시 조항은 청구인 1 내지 6을 포함하여 위와 같은 행정사 등의 업무를 직업으로서 수행하려고 하는 자의 직업수행의 자유를 제한하는 규정이라고 봄이 타당하다”고 판시함.
- 현재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 870-871: 자동차소유자 자신에 관한 내용의 광고를 허용하면서 타인에 관한 내용의 광고를 금지하는 옥외광고물등관리법시행령 규정에 대한 위헌확인에서 “이 사건 시행령조항에 의한 제한이 청구인들의 인격발현과 개성신장

에 미치는 비교적 경미한 효과를 고려할 때, ‘비영업용 차량을 광고매체로 이용하는 광고대행업’은 하나의 독립된 직업이 아니라 단지 ‘광고대행업’을 행사하는 방법의 하나라고 판단되므로, 위 시행령조항은 ‘광고대행업’이란 직업의 행사방법을 제한하는 규정”이라고 판시함.

- 현재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367, 381: 한국방송공사와 이로부터 출자받은 회사에게만 지상파 방송광고 판매대행을 할 수 있도록 한 규정에 관하여 “민영 방송광고 판매대행업자는 지상파 방송사업자에 방송광고판매를 할 수 없도록 하여 … 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 유명무실하게 할 우려가 있다.”고 판시함.

(다) 직업선택의 자유인지 직업수행의 자유인지를 명확히 판시하지 않은 선례

- 현재 2013. 2. 28. 2011헌바398, 판례집 25-1, 74, 82: ‘면허된 것 이외의 의료행위’를 금지하고 있는 의료법 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항 본문 후단 부분에 관한 위헌소원(한의사가 골밀도 측정용 초음파진단기를 사용하여 성장판 검사를 하였다는 이유로 의료법위반에 대한 유죄판결을 받은 사안에서 “이 사건의 쟁점은 입법자가 한 의사제도를 형성하면서 ‘면허된 것 이외의 의료행위’를 모두 금지하여 의료기기 사용까지도 금지한 것이 입법재량의 범위를 벗어나 직업의 자유를 침해하는지 여부이다”라고만 판시하고, 한의사의 직업선택의 자유에 대한 것인지 직업수행에 대한 것인지 명시적인 판단을 하지 않았음.
- 현재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283: “(치과전문의 자격시험을 시행하기 위한) 시행규칙의 미비로 청구인들을 일반치과 의사로서 존재할 수밖에 없는 실정 … 직업으로서 치과전문의를 선택하고 이를 수행할 자유를 침해당하고 있는 것이다”라고 판시함.

#### (4) 가능한 견해

심판대상조항에 대하여도 ① 치과전문의는 자신의 수련한 전문과목에

대하여 치과의사보다 더 전문적인 진료행위를 제공할 수 있으나, 비록 치과전문의가 아니라 치과의사이기만 하면 치과의 모든 영역에 관한 진료가능하다는 점을 강조하여 직업수행의 자유에 대한 제한으로 보는 견해, ② 치과전문의가 되려면 치과의사 자격을 전제로 수년간 더 수련과정을 거쳐야 하는데, 그와 같은 선택은 일종의 직업적 결단이고, 전문의가 아니면 전문과목을 표시하지 못하므로(의료법 제77조 제2항 참조) 치과전문의는 독자적인 직업적 성격을 가지는 별개의 직업이라는 전제에서 직업선택의 자유에 대한 제한으로 보는 견해,<sup>17)18)</sup> ③ 치과전문의 자격시험을 사실상 응시할 수 없게 되면 치과의사로 존재할 수밖에 없고, 전문의라는 추가적인 자격을 내세우지 못하므로 전문의로서의 직업을 선택하고 이를 수행할 자유, 즉 넓은 의미에서 직업의 자유를 제한하는 것이라고 보는 견해를 상정할 수 있을 것이다.

17) 방승주, 한의사전문의제도의 실시와 기존수련경력자들의 기본권보호- 헌법재판소 2001. 3. 15. 2000헌마96·103(병합) - 한의사전문의의수련및자격인정등에관한 규정 제18조 등 위헌확인 결정에 대한 평석-, 인권과 정의 제310호, 2002년, 대한변호사협회, 4-5면은 이와 같은 견해를 취하고 있다.

18) 의료법 제77조는 의사, 치과의사 또는 한의사로서 전문의가 되려는 자는 대통령령으로 정하는 수련을 거쳐 보건복지부 장관에게 자격인정을 받아야 하도록 규정하면서(제1항), 전문의 자격을 인정받은 자만 전문과목을 표시하도록 규정하고 있었다(제2항). 그런데 의료법이 2011. 4. 28. [법률 제10609호로 일부 개정되면서 제77조 제3항에 “제2항에 따라 전문과목을 표시한 치과의원은 제15조 제1항에도 불구하고 표시한 전문과목에 해당하는 환자만을 진료하여야 한다. 다만, 응급환자인 경우에는 그러하지 아니하다.”라는 규정이 신설되었다. 즉 의사, 치과의사, 한의사 등에 공통적으로 전문과목을 표시할 수 있도록 하되, 치과의사 전문의에 대하여만 표시한 전문과목 외에는 진료를 하지 못하도록 한 것이다(2014. 1. 1.부터 시행).

위 조항에 대하여 현재 2015. 5. 28. 2013헌마799 결정은 ‘심판대상조항이 달성하고자 하는 적정한 치과 의료전달체계의 정립 및 치과전문의의 특정 전문과목에 의 편중 방지라는 공익은 중요하나, 심판대상조항으로 그러한 공익이 얼마나 달성될 수 있을 것인지 의문인 반면, 치과의원의 치과전문의가 표시한 전문과목 이외의 영역에서 치과일반의로서의 진료도 전혀 하지 못하는 데서 오는 사회적 불이익은 매우 크므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 직업수행의 자유를 침해함은 물론, 1차 의료기관의 전문과목 표시와 관련하여 의사전문의, 한의사전문의와 치과전문의 사이에 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 평등권을 침해한다’고 판단하여 위헌결정을 하였다(헌재 2015. 5. 28. 2013헌마799, 판례집 27-1하, 361).

위 현재 2013헌마799 결정 이전의 법 현실에서는 치과전문의로서 하나의 전문과목을 표시하면 다른 과목을 진료할 수 없게 되므로, 표시한 전문과목에 대한 업무수행은 보다 독자적인 성격을 가진다고 볼 수도 있는 것으로 생각한다.

## (5) 직업선택 혹은 직업수행에 대한 제한인지에 관한 대상결정의 판단

(가) 다수의견은 이와 관련하여 제한되는 기본권을 직업수행의 자유로 보면서 아래와 같이 실시하였다.

『일반적으로 의사, 치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 사람은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받고, 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다(의료법 제5조). 나아가 의사·치과의사 또는 한의사로서 전문의가 되려는 자는 수년간의 수련을 거쳐 보건복지부장관에게 자격 인정을 받아야 한다(의료법 제77조 제1항). 그와 같은 과정을 거쳐 치과전문의 자격을 인정받은 경우에만 전문과목을 표시하여 진료할 수 있다(같은 조 제2항). 이처럼 치과의사면허를 가진 자 중에서 일정한 요건을 갖추어 특정 치과의료분야에 관하여 전문성을 확보한 사람에게 치과전문의 자격을 인정하는 제도하에서, 치과전문의는 자신이 수련한 전문과목에 대해서 일반 치과의사보다 한층 전문적인 진료행위를 제공할 수 있고, 환자들의 입장에서도 특정된 치과의료분야에 관하여는 더욱 전문적인 진료를 기대하는 것이 일반적이다. 이 사건의 경우 청구인들은 국내에서 치과의사면허를 취득하였으므로 치과의사로서의 직업을 수행할 수 있지만, 심판대상조항으로 인하여 사실상 치과전문의 자격을 취득할 수 없게 된다.

즉 심판대상조항은 치과의사인 청구인들이 치과전문의 자격을 취득하여 자신이 수련한 전문과목을 표시하여 그 과목에 대해 보다 전문적으로 직업을 수행할 수 있는 ‘치과의사’로서의 직업수행의 자유를 제한한다.』

(나) 이에 비하여 재판관 김창중의 별개의견은 아래와 같은 이유로 심판대상조항을 ‘치과전문의가 될 수 있는 사람의 자격 요건’에 관한 규정임으로 주관적 사유에 의하여 ‘치과전문의라는 직업을 선택할 자유’를 제한하는 규정이라고 보았다.

『입법자가 치과일반의와는 별도로 ... 치과일반의 중에서 특정한 치과의료분야에서 상당한 기간 전문적인 지식과 경험을 쌓은 사람에게만 치과전문의 자격을 인정함으로써 치과일반의 보다 한층 더 전문적인 치료와 연구를 할 수 있도록 하고 환자들로 하여금 보다 전문적이고 수준 높은 치과 치료 서비스를 받을 수 있게 하겠다는 취지에서, 치과일반의와는 차별되는

‘치과전문의’라는 새로운 직업유형을 법적으로 형성한 것이(고), ... 치과일반의가 되기 위하여는 치의학대학을 졸업하고 치의학사 학위를 받은 자(치의학전문대학원을 졸업하고 치의학 석사학위 또는 박사학위를 받은 자, 보건복지부장관이 인정하는 외국의 치의학대학이나 치의학전문대학원을 졸업한 자로서 예비시험에 합격한 자 포함)가 치의학 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 하는(의료법 제5조 제1항) 반면에, 치과전문의의 자격을 인정받기 위하여는 치과의사 면허를 받은 사람으로서 치과전문의규정에 정한 치과의사전공의 수련과정(원칙적으로 인턴 1년, 레지던트 3년)을 마치고(보건복지부장관이 수련을 마친 사람으로 인정할 사람 포함) 치과전문의 자격시험에 합격한 후 보건복지부장관으로부터 자격인정을 받아야만 한다(의료법 제77조 제1항, 치과전문의규정 제18조). 또한, 치과전문의의 자격을 인정받지 않은 치과일반의의 경우는 전문과목(치과전문의규정 제3조는 구강악안면외과, 치과보철과, 치과교정과 등 10개 전문과목을 규정하고 있다.)을 표시하지 못하고(의료법 제77조 제2항), 이를 위반하면 형사처벌을 받게 된다(의료법 제90조). 그러므로 앞서 본 입법자가 치과전문의의 자격제도를 따로 신설하게 된 입법취지와 치과전문의가 되기 위한 자격요건이 치과일반의와 전혀 다른 점 및 치과전문의만이 자신이 수련한 전문과목을 표시할 수 있는 점 등에 비추어 보면 비록 그 통상적인 진료내용이 치과일반의와 다를 바 없다 하더라도 어떤 법률조항이 직업의 자유를 침해하는지 여부를 판단함에 있어서는 ‘치과전문의’라는 직업을 치과일반의와는 다른 독자적인 직업유형의 하나로 파악하여야 한다.』

## 나. 심사강도에 대한 검토

### (1) 심사강도에 관한 선례

직업의 자유에 대한 제한 법률의 위헌여부를 심사한 헌법재판소의 선례를 살펴보면, 최근까지도 “직업수행의 자유를 제한하는 것은 직업선택의 자유를 제한하는 것에 비해 상대적으로 인격발현에 대한 침해의 효과가 작다고 할 수 있으므로, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다”<sup>19)</sup>라고 판시하여 직업선택의 자유와 직업수행의 자유에 대한 제한 정도를 달리 보고 있다.

그런데 전문분야 자격제도에 의한 제한이 문제된 사안(예컨대 기술사 자격요건) 등의 경우에는 표현은 일부 달리하나, “자격제도를 시행함에 있어 각각의 직업에 어떤 자격요건을 설정할 것인가는 입법자의 재량사항으로 보아야 한다. … 입법자에게는 그 자격요건을 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려하여 재량에 따라 정할 수 있는 입법형성권이 인정되므로 (문제된 법률조항이) 청구인의 직업의 자유를 침해하는지 여부는 입법자가 (기술사) 자격요건을 정함에 있어 입법형성권을 자의적으로 행사하여 합리적인 입법한계를 일탈하였는지 여부를 살펴보면 족하다고 할 것이다”라고 하여 입법자의 넓은 형성권을 인정하고 있다.

구체적으로 ① 별도로 국가기술자격법에 의한 기사 등의 자격을 취득하지 않으면 초급기술자에서 중급 이상의 기술자로 기술등급이 승급되지 않도록 한 조항,<sup>20)</sup> ② 일정한 경력을 갖춘 세무직 공무원 등에 대하여 세무사자격시험 중 일부를 면제하고 있는 세무사법 조항,<sup>21)</sup> ③ 특허청 경력공무원에 대해 변리사시험의 일부를 면제해주는 조항,<sup>22)</sup> ④ 산업의학과 전문의 자격을 갖춘 의사만 특수건강진단업무를 할 수 있도록 한 조항,<sup>23)</sup> ⑤ 법학전문대학원의 석사학위 취득자에게만 변호사시험 응시자격을 부여하는 변호사시험법 조항,<sup>24)</sup> ⑥ 종래 국내 기술사 자격 검정에서 필기시험을 면제받아 왔던 미국 및 캐나다 기술사 자격 취득자를 필기시험 면제대상에서 제외한 구 국가기술자격법 시행규칙 조항<sup>25)</sup> 등에 관한 사건에서 헌법재판소는 자격제도에 관한 것이 “직업선택의 자유”에 대한 제한임을 인정하면서도 입법형성권을 넓게 보고 위와 같은 완화된 심사기준을 적용하였다.

19) 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마3, 판례집 15-1, 713, 723; 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마262, 판례집 19-1, 814, 824; 헌재 2014. 6. 26. 2012헌마660, 판례집 26-1하, 646, 652; 헌재 2014. 9. 25. 2013헌마162, 판례집 26-2상, 495-495

20) 헌재 2008. 11. 27. 2007헌마389, 판례집 20-2하, 422, 435

21) 헌재 2008. 12. 26. 2007헌마1149, 판례집 20-2하, 866, 875

22) 헌재 2010. 2. 25. 2007헌마956, 판례집 22-1상, 329, 340

23) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌마271 등, 판례집 22-1하, 563, 575

24) 헌재 2012. 3. 29. 2009헌마754, 판례집 24-1상, 564, 574

25) 헌재 2012. 4. 24. 2010헌마649, 판례집 24-1하, 213, 225



## (2) 심사강도에 관한 대상결정의 판단

다수의견은 ‘과잉금지원칙’의 준수 여부에 관하여 검토하면서 어떤 심사 강도를 채택하였는지 특별히 실시하지 아니하였으나, ‘광범위한 입법재량’ 또는 ‘넓은 입법형성권’ 등이라는 표현을 전혀 사용하지 않은 채 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 순차적으로 판단하면서 침해의 최소성 판단 부분에서 “직업수행의 자유를 덜 제한하는 방법” 또는 “다른 대체방안을 전혀 고려함이 없이…”라는 표현 등을 사용하였다. 이에 비추어 볼 때, 다수의견은 엄격한 과잉금지원칙을 적용한 것으로 볼 수 있다.

이에 비하여 재판관 이진성, 재판관 강일원의 별개의견은 다수의견이 과잉금지원칙을 엄격하게 적용하였다고 하면서, 심판대상조항은 치과전문의 제도의 구체적인 내용을 결정하는 것으로 행정입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정되는 영역이므로 과잉금지원칙에 관하여 엄격한 심사를 할 것은 아니라고 보았고, 재판관 김창종의 별개의견은 앞서 본 바와 같이 심판대상조항이 직업선택의 자유에 대한 제한이라고 보면서도 치과전문의라는 자격요건에 대한 규정으로서 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 그 내용이 명백히 불합리하거나 자의적이지 않는 한 헌법에 위반된다고 보기 어렵다면서 자격제도에 관한 선례의 일반적인 입장과 같은 기초의 의견을 취하였다.

## 다. 직업수행의 자유 침해 여부

### (1) 위헌론

다수의견은 아래와 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배된다고 판시하였다.

#### 『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

의료법이 치과전문의 제도(의료법 제77조)를 둔 것은 다른 의료분야와 마찬가지로 치과 분야에서 전문과목을 수련하고 전문성을 확보한 사람에게 치과전문의의 자격을 인정함으로써 치과분야에 대한 임상과 연구가 깊이 있게 이루어지게 하고, 아울러 치과의료 소비자의 전문분야에 대한 다양한 요구에 대응하여 그에 걸맞은 수준 높고 전문적인 치과진료서비스를 제공

하게 하기 위한 것으로, 궁극적으로는 치의학 발전 및 치과의료분야에 관한 국민건강의 보호와 증진을 효과적으로 달성하는 것을 목적으로 한다.

심판대상조항은, 치과전문의규정에 의한 전문의 수련과정을 마치고 치과전문의 자격시험에 합격한 사람은 치과전문의 자격을 인정받을 수 있도록 규정하여, 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 사람의 경우에는 진료능력이나 진료기술적인 측면에서는 전문성을 갖추었다고 하더라도, 반드시 국내의 치과전문의 수련과정을 다시 이수하도록 하여 그 과정을 통해 국내에서의 충분한 임상경험을 취득하고, 국내 실정에 맞는 의료 지식 및 관행, 의료소비자의 양상 등을 숙지하여 국내 치과의료계에 대하여 경험과 지식 등을 갖춘 후에야 치과전문의 자격 인정을 받을 수 있도록 하고 있다. 이는 치과전문의로서 갖추어야 할 자질과 능력 및 국내 실정에 맞는 전문성 등의 제고라는 정당한 입법목적의 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다.

#### (나) 침해의 최소성

우리나라와 외국의 치과의료에 관련된 교육이나 레지던트 등 전문의가 되기 위한 수련체계 또는 수련과정이 서로 다르고, 또한 교육 및 수련과정의 질적 수준에 차이가 있을 수 있으므로, 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 경우를 국내에서 수련을 마친 것과 동일하게 평가하기 어려운 경우가 있음에도 동일하게 치과전문의 자격을 인정받을 수 있도록 한다면, 치과전문의의 자질을 둘러싼 논란이나 국민보건에 대한 위험 발생의 우려가 있을 수 있다. 그러나 그와 같은 논란이나 위험은 청구인들의 직업수행의 자유를 덜 제한하는 방법으로 제거될 수 있으며, 이로써 심판대상조항의 입법목적의 달성은 여전히 가능하다.

즉 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 사람에 대한 치과전문의 자격 인정 여부를 정하기 위해서 외국 의료기관의 수련과정에서 당사자들이 필수적으로 이수해야 하는 과목, 수련기간, 임상경험의 정도, 실제 진료 경험의 유무, 그 국가의 의료수준, 소정의 전문의 과정 이수에 대한 공적인 신뢰의 정도, 자격시험의 유무나 그 수준, 합격률, 평균적인 성적 등 여러 요소를 확인하고, 이수자의 자질과 능력을 검증하여 그 결과에 따라

여러 가지 다른 방안을 채택할 수 있다. 예컨대 외국에서 이수한 전문의 과정이 치과전문의규정에서 정한 국내의 수련과정과 거의 동일하다고 판단되는 경우에는 바로 자격 인정의 요건을 갖춘 것으로 보거나, 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람들에 대하여는 치과전문의 자격시험을 위한 예비시험제도를 두는 방법, 예비시험제도를 두면서도 외국 의료기관 과정과의 동일성 정도를 더욱 면밀하게 검토하여 수련과정 등의 동일성이 인정되는 부분이 있으면 일부 과목을 면제하는 방법, 일부 전문의 수련과정이 동일하거나 유사하기는 하지만 추가적인 수련이 필요하다고 인정될 경우에는 국내에서 단기의 전문의 수련과정을 이수하도록 하는 방법 등이다.

한편 의료행위는 사람의 생명·건강의 회복과 유지를 위하여 이루어지고, 질병이나 부상으로부터 벗어날 수 있도록 함으로써 국민의 건강 및 사회의 안정을 도모한다(헌재 2012. 5. 31. 2011헌바127 참조). 다만 그러한 목적을 위해 많은 경우 환자의 신체에 대한 직접적인 침습행위를 수반하므로 그 업무의 성질상 위험방지를 위하여 필요한 전문성을 갖추어야 한다는 점에서 의사나 치과의사 사이에 본질적인 차이가 있다고 할 수는 없다.

의사전문의에 대해서는 과거부터 보건복지부장관이 인정하는 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 자에 대해서는 전문의 자격 인정을 받을 수 있도록 하였는데, 그로 인하여 국민의 보건에 대한 위험이 발생하였다고 보이지 않는 점이나 2003년 이전의 구 전문의규정에서 치과전문의에 대해서도 보건복지부장관이 인정한 외국의 의료기관에서의 전문의 과정 이수라는 자격 인정 요건을 규정한 것도 위와 같은 방법에 의한 치과전문의의 자질을 담보하고 전문성을 제고하는 것이 가능하다는 점을 뒷받침한다.

또한, 청구인들과 같이 국내에서 치과대학을 졸업하고 치과의사 면허를 취득한 후 외국에서 2년 또는 3년 동안 레지던트 과정을 이수한 사람들에게 다시 치과전문의 자격 인정을 위해 국내에서 외국의 의료기관에서와 동일 또는 유사한 과정인 1년의 인턴과 3년의 레지던트 과정을 반드시 이수할 것을 요구하는 것은 시간과 비용의 면에서 지나친 부담을 지우는 것이고, 국가경제적으로 바람직하지도 않다.

한편으로는 외국 의료기관에서의 전문의 과정 이수를 통하여 외국에서 개발되거나 발전된 새로운 의학지식과 기술을 전문적으로 습득한 사람들에

게도 치과전문의 자격을 인정하여 줌으로써 그들에 의한 의술 전수나 외국 의료기관과의 학문적·임상적 지식 교류를 통하여 세계화시대에 걸맞게 치의학계의 발전을 도모할 수도 있다.

그런데도 심판대상조항은 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 치과의사에 대하여 다른 대체방안을 전혀 고려함이 없이, 새로 국내에서 전문의 수련과정을 이수하게 하고, 이를 이수하지 아니하는 한 일률적으로 치과전문의 자격 인정을 받을 수 없도록 하고 있다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

#### (다) 법익 균형성

위에서 본 바와 같이 치과의사와 치과전문의는 자격 인정을 위한 요건은 물론, 치과전문의로 자격 인정을 받은 사람만이 전문과목을 표시할 수 있는 등 구체적인 직업수행 방법에 있어서도 상당한 차이가 있고, 환자들의 치과전문의에 대한 높은 기대 등은 모두 치과전문의라는 자격 및 그에 따른 활동과 결부된다고 할 것이므로, 치과전문의 자격의 제한은 치과전문의가 되려는 사람들의 직업수행의 자유에 큰 영향을 미친다. 그런데 심판대상조항으로 인하여 청구인들과 같이 국내에서 면허를 취득한 치과의사로서 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람들의 경우, 치과전문의 자격 인정을 받으려면 그들의 진료능력이나 기술, 전문성과 관계없이, 치과전문의규정에 따라 국내에서 1년의 인턴 과정과 3년의 레지던트 과정을 다시 이수하여야 하는데, 이는 청구인들에게 사실상 기대하기 어려운 부담을 지우는 것이다.

심판대상조항이 달성하고자 하는 국민건강의 보호와 증진이라는 공익의 중요성에 대해서는 다언을 요하지 않는다고 할 것이나, 국내에서 수련 과정을 마친 경우와 마찬가지로 진료능력이나 진료기술의 전문성이 인정되고, 충분한 경험을 갖추었다고 보이는 때마저도 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 마친 경우에는 일률적으로 전문의 자격 인정으로부터 배제하는 것은 심판대상조항에 의하여 달성되는 구체적 공익에 비하여 제한되는 사익이 더 클 수 있으므로 심판대상조항은 법익의 균형성도 충족하지 못한 것이라고 할 것이다.

(라) 따라서 이 사건 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다』

## (2) 합헌론

### (가) 재판관 이진성, 재판관 강일원의 별개의견

재판관 이진성, 재판관 강일원은 아래와 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

『심판대상조항의 구체적 목적은 국내 의료기관에서의 전문의 수련과정 이수를 통해 충분한 임상경험을 취득하고, 국내 실정에 맞는 의료지식 및 관행, 의료소비자의 양상 등을 숙지하는 등 국내 치과의료계에 대한 경험과 지식 등에서 전문성을 갖춘 후에 치과전문의 자격 인정을 받을 수 있게 하여 국민의 건강을 보호하고, 국민의 보건에 발생할 수 있는 위험을 방지하고자 하는 것이다. 그와 같은 치과전문의 제도의 구체적인 내용 결정에는 행정입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정된다. 언제부터 전문의제도를 도입할지, 어떠한 과정과 절차를 거친 자에 대하여 전문의 자격을 인정할지, 전체 의사 중 어느 정도의 비율에 해당하는 자에게 전문의 자격을 부여할지 등의 문제는 모두 입법자가 광범위한 재량 범위 내에서 결정할 사항이다(헌재 2001. 3. 15. 2000헌마96등 참조). 행정입법자로서는 광범위한 입법형성권에 따라 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 사람에 대하여도 국내에서 치과전문의 자격 인정을 받기 위한 추가적인 요건을 설정할 수 있다고 할 것이므로, 다수의견처럼 과잉금지원칙에 관하여 엄격한 심사를 할 것은 아니다.

치과전문의 제도가 2008년부터 시행되어 2013년까지 양성된 치과전문의의 숫자는 총 1,571명으로 전체 치과의사 중 약 5.73%에 불과하여 치과의사 중 치과전문의의 비율은 전체 의사 중 74.99%에 해당하는 의사전문회에 비해 현저히 낮다. 이와 같은 사정을 고려할 때 외국의 의료기관에서 이수한 수련과정과 취득한 치과전문의 자격에 대한 별다른 검증 없이 국내에서 치과전문의 자격을 인정할지 여부는 적정한 치과 전문의의 숫자는 어느 정도로 하여야 할 것인지, 최근 시행되어 이제 막 양성하기 시작한 치과전문의를 어떠한 의료전달체계 내에 위치하게 할 것인지 등 행정입법

자가 고려하여야 할 사항과 밀접한 관련이 있다. 나아가 이 문제는 국가상호주의 측면에서도 광범위한 재량이 인정된다. 이 사건의 경우 치과전문의와 관련하여 발생할 수 있는 국민 보건에 대한 위험을 방지하기 위한 방법으로 가장 확실한 국내 전문의 수련과정 이수와 비교하여 볼 때 다수의견이 말하는 보건복지부장관의 인정절차나 예비시험을 거치도록 하는 방법만으로는 충분하고 적절하다고는 할 수 없다. 행정입법자가 국내 치과의료 소비자의 특성과 양상을 고려하고 국내 실정에 맞는 치과의료체계의 확립을 위하여 치과전문의의 자격 인정의 요건으로 국내의 의료기관에서 전문의 수련과정을 반드시 이수하도록 하는 방법을 택한 것이 행정입법자의 재량권의 범위를 일탈하였다고 볼 만큼 필요성이 없는 것은 아니다.

그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니하므로, 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.』

#### (나) 재판관 김창중의 별개의견

재판관 김창중은 아래와 같은 이유로 심판대상조항이 직업선택할 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

『1) 행정입법자가 심판대상조항에서 치과전문의가 될 수 있는 자격 요건 중의 하나로서 반드시 국내에서 전공의 수련과정을 마치도록 규정하였다고 하더라도, 앞서 본 치과전문의의 자격제도를 두는 취지와 국내 의료기관에서 전공의 수련과정을 통하여 충분한 임상경험을 취득하고 국내 실정에 맞는 의료지식 및 관행, 의료소비자의 양상 등을 숙지한 사람만 치과전문의의 자격을 인정받을 수 있게 하여 국민의 생명과 건강을 보다 효과적으로 보호하려는 심판대상조항의 입법목적 등에 비추어 보면 심판대상조항이 행정입법자의 입법재량의 범위를 벗어나 청구인들의 치과전문의라는 직업을 선택할 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

2) 특히 ① 심판대상조항은 청구인들이 국내에서 전공의 수련과정을 이수하지 못하도록 어떠한 제한도 가하지 않고 있으므로, 청구인들은 외국에서의 전문의 과정 이수와 관계없이 국내에서 전공의 수련과정을 다시 마치게 되면 치과전문의의 자격을 얼마든지 취득할 수 있는 점, ② 치과의사인 청구인들은 심판대상조항에 따라 외국에서 전문의 수련과정을 마치더라도

국내에서 전공의 수련과정을 마친 것과 동일하게 인정받지 못한다는 사실을 잘 알고 있었을 것으로 보이고, 국내에서 아무런 법률적 제한 없이 전공의 수련과정을 정상적으로 이수할 수 있는 기회가 주어졌음에도 불구하고, 그들의 자유로운 선택에 따라 외국에서 전문의 과정을 이수한 것에 불과한 점, ③ 청구인들이 다시 국내에서 전공의 수련과정을 마치려면 시간과 비용 면에서 적지 않는 부담을 지게 되지만, 이는 청구인들이 치과의사 자격을 취득한 후 곧바로 아무런 법률적 제한 없이 국내에서 전공의 수련과정을 얼마든지 마칠 수 있었음에도 그들의 자유로운 선택에 따라 외국에서 전문의 과정을 마친 결과로 입게 된 것이므로, 이는 간접적이거나 사실상의 불이익에 지나지 않는 것이지, 이를 심판대상조항으로 인하여 입게 되는 법률상의 불이익이라고 볼 수 없는 점 등을 종합하면 심판대상조항이 더더구나 청구인들의 치과전문이라는 직업을 선택할 자유를 침해한다고 볼 수 없다.』

### (3) 해설

다수의견은, 과잉금지원칙에 따른 4단계 심사에 따라 심판대상조항이 외국의 의료기관에서 소정의 전문의 과정을 이수한 사람에 대한 치과전문회의 자격 인정 여부에 관하여 예비시험제도를 두는 방법, 일부 과목을 면제하는 방법, 수련기간을 단축하는 방법 등 보다 적게 기본권을 제한하는 방안이 있음에도 다른 대체방안을 전혀 고려하지 않고, 새로 국내에서 전문의 수련과정을 이수하게 하고, 이를 이수하지 아니하는 한 일률적으로 치과전문회의 자격 인정을 받을 수 없게 하는 것은 침해의 최소성에 위반되고, 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수하였음에도 일률적으로 국내에서 1년의 인턴 과정과 3년의 레지던트 과정을 다시 이수하도록 하는 것은 청구인들에게 사실상 기대하기 어려운 부담을 지우는 것이므로 법익 균형성에도 위반된다고 판단하였다.

반면, 별개의견은 심판대상조항에 의해 제한되는 치과전문회의라는 직업수행의 자유 또는 직업선택의 자유는 행정입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정되는 영역이고, 심판대상조항은 행정입법자의 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

이와 같은 결론의 차이는 원론적으로 보면, 직업선택의 자유 혹은 직업수행의 자유에 대한 제한인지에 관한 구별 여부와 그에 이어지는, 직업선택 또는 직업수행의 자유에 대한 제한입법의 위헌성을 심사하는 과잉금지 원칙의 심사강도의 차이에서 비롯된 것이라고 볼 수 있을 것이다.

객관적 사유에 의한 직업선택의 자유 → 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유 → 직업수행의 자유의 각 단계에 따라 심사강도를 순차적으로 완화하고 입법재량의 범위를 더 넓게 인정하는 것이 일반적인 이론(이른바 단계이론)과 실무의 태도라고 할 수 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 직업선택에 대한 제한인지 직업수행에 대한 제한인지를 구별할 수 있는 일률적인 기준을 설정하는 것은 실무상 쉽지 않은 작업이고,<sup>26)</sup> 대체적인 구분이 가능하더라도 그것이 의문의 여지 없이 명확하지는 않다는 점을 염두에 두어야 할 것이며, 제한되는 직업에 연관된 여러 요소, 즉 제한입법으로 달성하고자 하는 공익이 어느 영역에 속하는지 여부, 정신적 기본권과의 관련성 및 사회적 연관성 정도 등은 물론, 직업의 자유에 대한 제한으로 얻을 수 있는 공익에 대한 입증가능성과 제한하는 측에서 공익에 대한 기여를 실질적으로 입증하였는지 여부,<sup>27)</sup> 제한

26) 현재도 『직업의 자유는 “근세 시민사회의 출범과 함께 비로소 쟁취된 기본권으로서 중세 봉건적 신분사회에서는 인정될 수 없었던 것이며 현대사회에서도 공산주의 국가에서는 원칙적으로 인정되지 않는 기본권”( 현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374)으로서, 고도의 기술문명이 등장하면서 지속적인 경제발전이 이루어지고 있는 현대자본주의사회에서는 새로운 직업형태가 끊임없이 생성됨과 동시에 하나의 직업이 여러 가지로 분화되거나 전문화되는 것을 볼 수 있다. 이렇게 직업 자체가 역사적, 사회적, 경제적인 요인들에 의하여 생성되고 변화하며 소멸하는 것이므로, 어떠한 법률규정으로 인하여 직업의 자유가 침해되는지 여부는 그 직업의 구체적인 생성과정과 원인, 그 성질과 실태 등을 파악한 다음 판단되어야 한다.』고 실시한 바 있다(현재 2001. 3. 15. 2000헌마96 등, 판례집 13-1, 489, 509-510).

27) 현재는 입법자의 예측판단에 대한 심사에 관하여 『법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을



되는 직업을 선택·수행하는 것과 관련하여 외부적으로 표출된 기본권 주체의 의사 및 당해 직업을 선택 또는 수행할 수 있기까지 소요되는 준비기간, 비용, 제한이 기본권 주체의 장애에 미치는 영향력, 제한의 회피가능성 등 제한으로 인하여 수인해야 하는 기본권 주체의 불이익(과잉금지원칙 중 주로 법익의 균형성 요건에 대한 엄밀한 심사의 필요성), 그리고 자격제도에 대한 심사에서 광범위한 입법형성권을 인정하는 것에 대하여는 다양한 비판이 제기되고 있는 점<sup>28)</sup> 등도 면밀히 고려하여 이론적으로는 물론 실무적으로도 제한입법이 적용되는 영역, 제한 내용 등에 따라 심사기준 및 심사강도의 차이가 설득력 있게 제시되어 예측 가능하게 되고, 가능한 한 기본권 우호적인 심사기준을 마련하여 적용하도록 노력하여야 할 것이다.<sup>29)</sup>

헌재도 지상파방송사업자에 대한 방송광고판매를 한국방송광고공사 및 한국방송광고공사가 출자한 방송광고판매대행사에게만 허용한 법률조항에 대한 결정에서 『지상파방송사업자에 대한 방송광고 판매대행을 한국방송광고공사나 이로부터 출자를 받은 방송광고 판매대행사만 하도록 하는 것은 청구인과 같은 민영 방송광고 판매대행사의 직업수행의 자유를 유명무실하게 할 우려가 있다. 이와 같이 직업수행의 자유에 대한 제한이지만 그 실질이 직업수행의 자유를 형해화시키는 경우에는 그것이 직업선택이 아닌 직업수행의 자유에 대한 제한이라고 하더라도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다』라고 판시하여 심사강도에 관한 위 원칙 적용의 예외가능성을 언급한 바 있다.<sup>30)</sup>

---

심사하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 한계까지는 입법자가 무엇을 공익으로 보는가, 공익을 어떠한 방법으로 실현하려고 하는가는 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다.』는 의견을 취한 바 있다(헌재 2002. 10. 31. 99헌마76 등, 판례집 14-2, 410, 433-433). 같은 취지의 결정으로는 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 158-158 참조.

28) 한수용, 앞의 책 677면, 방승주, 직업선택의 자유: 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로, 헌법논총 제9집, 헌법재판소, 1998년 262면

29) 한수용, 앞의 책 673면도 단계이론의 문제점으로 ‘단계 사이의 구분의 모호함’, ‘단계이론의 경직성과 형식성’, ‘공익의 중대성에 대한 평가에 대한 헌법재판소의 주관성’ 등을 들면서 ‘제한의 실제적 중대함’이라는 기준에 따라 낮은 단계에서의 제한이라도 그 실질적인 효과에 있어서 높은 단계에서의 제한과 유사한 제한 강도를 보이는 경우에는 강화된 정당성의 요건에 의한 심사가 이루어져야 한다는 견해이다.

30) 헌재 2008. 11. 27. 2006헌마352, 판례집 20-2하, 367, 38

#### 4. 평등권의 침해 여부

##### (1) 비교집단의 문제

평등권 침해 여부를 심사함에 있어 비교대상이 되는 두 개의 사실관계에서 서로 다른 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 있는지를 검토하여야 하는데, 비교대상이 되는 두 개의 사실관계가 본질적으로 같은지는 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적을 고려하여 판단하여야 한다.<sup>31)</sup>

다수의견은 아래 (3).항에서 보는 바와 같이 의사전문의를 치과전문의를 비교대상으로 삼고 있다.<sup>32)33)</sup>

##### (2) 심사기준의 문제

평등권 침해 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사기준에 의할 것인지, 완화된 심사기준에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도 및 범위에 따라 달라진다. 구체적으로, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사기준을 적용하여야 할 것이다.<sup>34)</sup> 전자의 경우에는 차

31) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528, 548; 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마 102, 판례집 22-1하, 37, 49-50; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌마510, 판례집 23-2하, 513, 519.

32) 의사가 되기 위한 요건이나 치과 의사가 되기 위한 요건은 그 연수(年數)에 차이가 있으나(의학대학이든 치의학대학이든 모두 6년이나, 수련기간은 전문의는 인턴 1년, 레지던트 4년, 치과 의사 전문의는 인턴 1년, 레지던트 3년으로 차이가 있다), 의학·치의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 학위를 받은 후, 예비시험(외국의 의학대학 또는 치의학대학을 졸업한 자 등의 경우) 및 국가 시험에 합격하여야 하고, 더 나아가 전문의가 되려면 인턴과 레지던트 과정을 거쳐 전문의 자격시험에 합격하여야 하는 등 전문의의 자격요건을 위한 사실관계가 같다고 할 것이다. 심판대상조항을 포함한 ‘치과 의사 전문의 규정’이나 일반 전문의에 관하여 규정한 ‘전문 의 규정’의 의미와 목적은, 치과 의사 또는 일반 의사와는 구별되는 전문의를 양성하여 국민에 대한 의료서비스의 질을 향상하고자 하는 것으로 동일하다고 할 것이다.

33) 앞서 본 헌재 96헌마246 결정은 “... 제도가 미비한 탓에 치과 전문의의 자격을 취득할 수 없었고 ... 이 점에서 ... 전문의 시험이 실시되는 다른 의료분야의 전문의에 비하여 불합리한 차별을 받고 있다고 할 수 있다”고 판시하여 치과 전문의와 다른 전문의를 비교대상으로 인정한 바 있다.

34) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌

별취급의 목적과 수단 간에 비례관계가 성립하는지를 검토하는 엄격한 심사기준을 적용하고, 후자의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지, 즉 자의적인 차별이 존재하는지를 검토하는 완화된 심사기준을 적용한다.<sup>35)</sup>

위와 같은 선례에 따르면 심판대상조항은 직업수행의 자유에 대한 중대한 제한을 초래하는 것이라고 볼 수 있어 엄격한 심사기준을 적용하였어야 할 것으로 보인다. 그런데 다수의견이나 별개의견 모두 심사기준에 대하여는 따로 실시하지 아니하였다.<sup>36)</sup>

### (3) 평등권 침해 여부

다수의견과 별개의견 모두 심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해한다는 점에서는 의견이 일치하였는데, 그 이유는 아래와 같다.

『의료법은 전문의 제도의 기본적인 사항에 대하여 의사전문회의와 치과전문회의를 함께 규율하고 있고(의료법 제77조), 전문의 제도를 통한 의학발전의 도모와 전문적인 의료서비스 제공 및 그에 따른 국민건강보호와 증진이라는 입법목적은 의사전문회의나 치과전문회의의 경우에 마찬가지로 요구되는 것이라 할 것이다(헌재 2015. 5. 28. 2013헌마799 참조). 1976년 의사전문회의와 치과전문회의를 함께 규율하는 구 전문의규정이 제정된 이래 2003년 치과전문회의규정이 분리되어 시행될 때까지 의사전문회의 자격 인정 요건과 마찬가지로 치과전문회의 자격 인정 요건에 대하여 ‘보건복지부장관이 인정하는 외국의 의료기관에서 소정의 인턴 및 레지던트 과정을 이수한 사람’도 치과전문회의 자격 인정을 받을 수 있도록 규정하고 있었음은 앞서 치과전문회의 자격 인정제도의 변천과 관련하여 살핀 바와 같다. 또한, 의사전문회의와 치과전문회의 양자는 치료 등을 위해 환자의 신체에 대한 침습행위를 수반하는 관계로 고도의 전문성을 요함은 물론 환자에게 발생할 위험을 방지할 업무

---

마408, 판례집 23-2상, 118, 126; 헌재 2013. 7. 25. 2011헌마676, 판례집 25-2상, 266, 272-272

35) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403-404; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마197, 판례집 24-2상, 609, 619

36) 아래에서 보는 바와 같이 ‘합리성 심사’(자의금지원칙)를 한 것으로 평가할 수 있다.

상 주의의무의 정도 등에서 다르지 않으며, 의사전문의에 대해서는 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람에 대해 전문의 자격 인정을 해왔음에도 국민보건에 대한 위험이 발생하지 않고 있음은 앞서 직업수행의 자유 침해 여부와 관련하여 본 바와 같다.

결국 외국의 의료기관에서의 전문의 과정을 마친 치과의사의 경우에만 국내에서의 전문의 과정을 다시 이수하여야 할 정도로 이수기간, 이수과목 등이 미흡하다거나 그 이수자의 능력·자질 및 전문성 등이 부족하여 그 자격 인정 요건을 의사전문회의의 경우와 다르게 규정할 특별한 사정이 있다고 보기 어려우며, 심판대상조항이 의사전문회의와는 달리 치과전문회의에 관한 자격 인정 요건에서 ‘외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람’의 치과전문의 자격 인정에 관한 사항을 규정하지 아니한 것에 합당한 이유를 찾기 어렵다.

따라서 이 사건 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해한다.』

## 5. 위헌결정시 주문

대상결정은 아래와 같은 이유로 재판관 전원의 일치된 의견으로 개선시를 정하여 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명하는 주문을 선고하였다.<sup>37)</sup>

37) 심판대상조항은 법률이 아니라 대통령령, 즉 행정입법이므로, 헌법불합치결정이 아니라 단순위헌결정을 하여야 한다는 의견도 있을 수 있다. 비록 소수의견이긴 하지만, 경찰공무원임용령(2005. 5. 13. 대통령령 제18826호로 개정된 것) 제39조 제1항 중 순경 공개경쟁채용시험의 응시연령 상한을 ‘30세 이하’로 규정한 부분 등에 관한 위헌확인사건의 별개의견(재판관 김종대)은 “헌법불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는 위헌법률의 제거로 말미암아 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우만이 유일하다고 할 것인데, 이러한 경우에도 우리 재판소는, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 헌법불합치결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다는 신중한 입장을 취하고 있다”면서, ‘공개경쟁채용시험의 연령제한 규정을 위헌으로 결정하더라도 기존 응시연령 이하의 기존 수험생들이 응시하는데 아무런 지장이 없어 법적 안정성을 해하는 바가 없고, 오히려 기존 응시연령이 넘는 수험생들 중에는 신체적·체력적으로 우수한 자들이 선발될 수 있는 결과가 되는 등 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이 생기지 아니하고,’ 한편 “권력분립원칙과 민주주의 원칙의 관점에서 국민의 대표자인 입법자에게 위헌적인 상태를 제거할 수 있는

『심판대상조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 심판대상조항의 위헌성은 치과전문의 자격 인정 요건에 일정한 사유를 포함시키지 아니한 부작위에 있는 것이다. 만약 심판대상조항이 위헌 결정으로 즉시 효력을 상실할 경우 치과전문의 자격 인정 요건에 관한 근거규정이 없어지게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다.

행정입법자는 위와 같은 위헌성을 제거하기 위하여 심판대상조항을 개정하여 ‘외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 사람’도 치과전문의 자격 인정을 받을 수 있는 적절한 규정을 마련함으로써, 직업수행의 자유 및 평등권 침해를 최소화하는 방안을 강구하여야 할 것이다. 이 때 구체적으로 어떠한 입법형식을 취할 것인지에 대하여는 원칙적으로 행정입법자의 재량의 영역에 속한다.

행정입법자는 의사전문과의 같이 외국의 의료기관에서 전문의 과정을 이수한 치과의사에 대하여 바로 치과전문의 자격시험에 응시할 수 있게 할 것인지 또는 예비시험제도를 둘 것인지, 국내 의료기관에서의 단기간의 추가 수련 등 치과전문의 자격 인정 요건을 추가로 둘 것인지를 판단하여 적절한 개선입법을 할 필요가 있다.

따라서 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 행정입

여러 가지의 가능성을 감안하여 대화와 타협을 통하여 신중하게 법률을 제정하도록 기회를 주어야 할 헌법적 필요성이 인정”되는 법률과는 달리 “대통령령인 이 사건 심판대상 조항들에 응시자격을 규정할 수 있도록 권한을 위임하고 있는 근거법률인 경찰공무원법, 소방공무원법의 관련조항들은 이 사건 심판대상 조항들이 위헌으로 제거되더라도 아무런 영향을 받지 않으므로, 위 위임규정에 의거하여 담당 행정기관과의 상의 하에 대통령이 신속히 위헌결정의 취지에 맞는 내용으로 대통령령을 즉시 마련할 수 있다. 행정입법이란 것이 원래 탄력적으로 그때그때 신속히 제정하여 행정실무에 응하도록 한 것으로서 ‘신속성’과 ‘탄력성’이 그 특징이기 때문이다. 그러므로 법률을 집행하는 집행기관에 불과한 행정기관의 행정입법에 대하여, 그것도 ‘직접’ 국민의 권리의무를 구속하는 행정입법이라면 ‘처분성’이 인정되어 행정소송을 통해서도 간단히 제거할 수 있는 집행행위에 불과한 행정입법에 대하여, 단지 법률과 마찬가지로 추상적 규범형태의 외관을 취한다는 이유만으로 헌법재판소가 사법자제적 자세를 취할 필요는 전혀 없다. 따라서 헌법불합치결정이 정당화되는 사유로서의 ‘법적 공백’이란 ‘법률’에 대해 위헌선언을 할 경우나 발생할 수 있는 것이지 ‘대통령령’같은 행정입법에 대해 위헌선언을 할 경우에는 해당되지 않는다고 할 것”(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마278의 별개의견, 관례집 24-1하, 626, 644)이라는 의견을 제시한 바 있다. 헌법불합치결정이 너무 빈번하다는 비판도 있는 만큼 경정할 만한 의견이라고 생각한다.

법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다. 행정입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 개선입법을 해야 할 의무가 있다 할 것이므로, 늦어도 2016. 12. 31.까지 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2017. 1. 1.부터 효력을 상실한다.』

## 6. 결정의 의의

대상결정은 치과전문의 자격 인정에 관련된 심판대상조항에 대하여 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해함은 물론 합리적 이유 없이 의사전문의와 차별한다고 보아 평등권을 침해한다고 판단하였다.

대상결정은 제한되는 기본권을 치과전문의로서의 직업수행의 자유라고 보면서도, 자격제도에 관하여 광범위한 입법자의 형성권을 인정하던 다수의 선례와는 다른 심사구조, 즉 일반적인 과잉금지원칙에 따라 심사하였다는 의의가 있다. 앞으로 직업의 자유, 특히 전문자격제도에 관한 입법의 위헌성이 문제되는 사건에서 헌재가 어떤 심사기준을 채택하여 논증할지 기 대해 볼 부분이다.

## 축산법 제22조 등 위헌확인

- 소위 ‘공장식 축산’이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 반하는지 여부 -  
(헌재 2015. 9. 24. 2013헌마384, 공보 228, 1469)

류 지 현\*

### 【판시사항】

가축사육시설의 허가 및 등록기준인 구 축산법 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24455호로 개정되고, 2014. 2. 21. 대통령령 제25192호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항 별표 1 제1호 가목 4) 및 나목과 축산법 시행령(2013. 2. 20. 대통령령 제24388호로 개정된 것) 제14조의2 제2항 별표 1 제2호(이하 위 조항들을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 축산법 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24455호로 개정되고, 2014. 2. 21. 대통령령 제25192호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항 별표 1 제1호 가목 4) 및 나목(이하 ‘이 사건 허가기준’이라 한다)과 축산법 시행령(2013. 2. 20. 대통령령 제24388호로 개정된 것) 제14조의2 제2항 별표 1 제2호(이하 ‘이 사건 등록기준’이라 하고, ‘이 사건 허가기준’과 ‘이 사건 등록기준’을 합쳐 ‘이 사건 기준’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

구 축산법 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24455호로 개정되고, 2014. 2.

---

\* 헌법연구관

21. 대통령령 제25192호로 개정되기 전의 것)

제14조(축산업 허가의 절차 및 기준) ② 제1항에 따라 축산업 허가를 받으려는 자가 법 제22조 제1항에 따라 갖추어야 하는 시설·장비 및 단위면적당 적정사육두수와 위치에 관한 기준은 별표 1과 같다.

※ 별표 1 생략함.

축산법 시행령(2013. 2. 20. 대통령령 제24388호로 개정된 것)

제14조의2(가축사육업 등록의 절차 및 기준) ② 제1항에 따라 가축사육업의 등록을 하려는 자가 법 제22조 제2항에 따라 갖추어야 하는 시설·장비 등은 별표 1과 같다.

※ 별표 1 생략함.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 육류를 구입하고 섭취하는 소비자들이다. 청구인들은 밀집사육시설인 이른바 ‘공장식 축산’을 허용하고 그에 대한 절차 및 기준을 규정하고 있는 축산법 제22조, 같은 법 시행령 제13조, 제14조, 제14조의2, 제14조의4 및 ‘공장식 축산’으로 생산된 미국산 쇠고기의 수입에 대하여 규정하고 있는 ‘미국산 쇠고기 및 쇠고기제품 수입위생조건’이 청구인들의 생명 및 신체의 안전에 관한 권리 등을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

가. 심판대상 조항들은 대규모의 집약적 축산방식인 이른바 ‘공장식 축산’ 방식으로 가축을 사육하도록 함으로써 국가의 생명존중, 동물보호, 환경보전의 의무를 위반하여 청구인들의 환경권을 침해하고, 청구인들에게 정신적인 충격과 고통을 야기하여 청구인들의 인간으로서의 존엄과 행복추구권을 침해한다.

나. 심판대상 조항들에 따라 사육되는 가축들은 건강상태가 좋지 않아 각종 질환에 시달리게 되고, 이러한 축산물을 섭취하는 인간도 각종 질환



에 시달리게 된다. 따라서 심판대상 조항들은 국민의 생명·신체의 안전에 관한 국가의 기본권 보호의무를 위반하여 청구인들의 생명·신체의 안전 및 보건에 관한 권리와 소비자의 권리를 침해한다.

다. 심판대상 조항들은 사육규모나 사육두수에 아무런 제한도 두고 있지 않아 대규모 가축사육시설에서 다량의 분뇨와 이산화질소 등이 배출됨으로써 국가의 환경보전의무를 위반하여 청구인들의 환경권을 침해한다.

### 【결정요지】

이 사건 기준은 가축사육업 허가를 받거나 등록을 할 때 갖추어야 하는 가축사육시설기준으로서, 가축사육시설의 환경이 열악해지는 것을 막는 최소한의 기준이라 할 것이고, 그 규제 정도도 점진적으로 강화되고 있다. 따라서 이 사건 기준만으로 곧바로 가축들의 건강상태가 악화되어 결과적으로 청구인들의 생명·신체의 안전이 침해되었다고 보기는 어렵다. 또한, 국가는 이 사건 기준뿐만 아니라 축산법 기타 많은 관련법령등에서 가축의 사육 및 도축, 유통에 이르는 전 단계에 걸쳐 가축의 질병 발생과 확산을 방지하고 가축사육시설을 규제함으로써, 국민의 생명·신체에 대한 안전이 침해받지 않도록 여러 가지 조치를 취하고 있다. 따라서 이 사건 기준이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지원칙에 위배되었다고 볼 수는 없다.

### 【해 설】

#### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 당초 청구인들이 축산법 제22조 등 여러 조항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였는바, 이에 대하여 모두 판단하여야 하는지가 문제 되었다. 그리고 본격적으로 본안을 검토하기 전에 소위 ‘공장식 축산’이 무엇인지, 그 부작용은 무엇인지에 대한 검토가 먼저 이루어졌고, 이를 전제로 본안 판단을 함에 있어서 제한되는 기본권과 심사기준은 무엇인지, 현재 국가가 ‘공장식 축산’으로 인하여 발생할 수 있는 생명·신체의 안전에 대한 위험으로부터 국민을 보호하기 위한 조치를 다 하였는지 여부가 주된

쟁점이 되었다.

한편, 청구의 적법성과 관련하여 이 사건 기준으로 인한 기본권침해가능성을 인정할 수 있는지도 문제될 수 있었으나, 헌법재판소에서는, 이 사건 기준은 가축사육업 허가를 받거나 등록을 하고자 할 경우 사육시설이 갖추어야 하는 기준을 정한 것으로서, 시설장비기준 및 단위면적당 적정사육기준 등을 두어 과밀한 사육을 방지하는 등 가축의 건강을 담보함으로써 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호하기 위하여 취한 위헌방지 조치 중의 하나이고, 만약 이러한 기준이 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호하기 위하여 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취하지 못하였다면 이는 국가가 국민의 기본권을 보호할 의무를 위반하여 국민의 생명·신체의 안전을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당한다 할 것이므로, 기본권침해가능성은 인정된다는 전제 하에 분안 판단으로 나아갔다.

이하에서는, 우선 심판대상을 어떻게 정리할 것인지 살펴본 후 소위 ‘공장식 축산’에 대하여 개괄적으로 검토한 다음, 기본권침해 여부에 대한 분안 판단을 하고자 한다.

## 2. 심판대상의 정리

가. 청구인들은 당초 축산업 허가 및 등록에 대해 규정한 축산법 제22조, 허가를 받아야 하는 가축사육업의 종류에 대해 규정한 축산법 시행령 제13조, 축산업 허가 및 등록 절차에 대해 규정한 동 시행령 제14조 및 제14조의2, 비용지원에 대해 규정한 동 시행령 제14조의4 및 미국산 쇠고기제품에 대한 수입위생조건 고시인 ‘미국산 쇠고기 및 쇠고기제품 수입위생조건’에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 그러나 이 사건 심판청구에서 청구인들이 주로 다투고자 하는 바는 가축사육시설의 기준이 지나치게 열악하여 이러한 시설에서 사육되는 가축들의 건강상태가 악화되고 환경오염이 심화되어 결과적으로 인간의 생명·신체의 안전이 침해된다는 것이다. 그렇다면 이 사건 심판청구에서 청구인들이 주장하는 모든 조항들에 대하여 판단할 필요는 없고, 청구인들이 궁극적으로 다투고자 하는 부분, 즉 축산법 시행령 제14조 제2항 별표 1 및

제14조의2 제2항 별표 1 중에서도 가축사육시설 관련 부분에 대하여만 판단하면 충분하다 할 것이다.

따라서 이 사건에서는 이 사건 기준이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부에 대하여만 검토하기로 하였다.

### 3. 축산의 산업화

#### 가. 공장식 축산의 등장

##### (1) 공장식 축산의 의의

공장식 축산은 농장의 모든 생산수단을 집약적·효율적으로 사용하여 질적으로 표준화된 도축용 비육축을 만들어내는 양축법이다. 표준화된 부품·작업·제품이라는 현대적 대량생산의 원리를 농장에서도 구현하는 것이다. 이를 위하여 공장식 축산에서는 밀집사육, 각종 인공기술과 화학약품의 사용, 곡물사료의 투여, 단일품종 사육 등을 그 특징으로 한다.

‘공장식 축산’의 근간은 종축, 사료, 시설이라는 세 가지 핵심 요소의 경제적 조합이다. 따라서 공장식 축산은 ① 고성능의 가축품종의 통제 ② 그에 특화된 고효율의 사료 생산·투입, ③ 전기와 수도 등 산업인프라에 기반하여 농장 입지지역과 무관하게 최소의 노동력으로 가축을 키울 수 있는 사육환경을 갖추는 것을 그 요체로 한다. 예를 들어 세계적으로 보편화된 개량품종 돼지는 에너지와 라이신 요구량이 높기 때문에 그런 산육능력을 살리려면 반드시 에너지 함량이 높고 사료첨가제가 잘 배합된 사료를 사용하여야 한다. 이처럼 고성능의 가축품종과 그에 특화된 고효율의 사료급여를 표준화하는 것이 공장식 축산의 핵심이다.

한편, 고성능가축과 고효율사료의 완전한 결합, 그리고 그로부터 예측되는 표준화된 생산성 성과는, 축사와 기타 기자재로 구성되는 축산시설 하에서만 가능하다. 일례로 살코기가 많이 생산되도록 고도로 개량된 돼지품종은 비계가 얇아 체온조절 능력이 떨어진다. 따라서 그런 돼지는 온도, 습도, 환기 등이 인위적으로 통제되는 실내축사에 가뉘 키우지 않으면 종축에 장착된 성능이 무용지물이 된다. 가축의 효율적 격리·수용, 방역과 질병 예방, 폐기물 처리 등을 위해서도 동물용 건조환경(built environment)은

필수적이다. 그 외에도 생산성 제고를 위해 어느 정도의 집약적 사육을 전제로 할 수밖에 없고, 이러한 집약적 사육은 생물로서 가축의 적정 서식밀도를 무시하는 측면이 있기 때문에 여기에서 기인하는 각종 수의학적 문제도 관리·처리할 수 있어야 한다. 따라서 ‘공장식 축산’은 ‘과학적 축산’으로 간주된다.

## (2) 한국축산의 전업화·기업화

(가) 한국에서 농가의 부업적 활동에 불과했던 축산업은 1980년대를 거치면서 공장식 축산을 통해 농업과 분리된 독자적 산업으로 급속히 성장하여 상당히 규모화·집약화되었다. 축종에 상관없이 지난 30년간 가축의 사육두수는 2-5배 증가하였고(규모화), 전체 사육두수는 증가한 반면 농가는 감소하여 결과적으로 사육밀도는 증가하였다(집약화). 실제로 통계청 자료에 따르면, 농가당 한우 사육 마릿수는 1990년 평균 2.62마리에서 2010년 16.86마리로 6배, 돼지는 34.05마리에서 1237.63마리로 36배, 닭은 462.5마리에서 4만 1051.88마리로 무려 89배가 증가하였다. 특히, 아래 표에서 보는 바와 같이 전체 가축사육마릿수는 월등히 증가한 반면 사육농가 호수는 현저히 줄어들고 있고, 사육규모가 작은 농가는 점점 줄어드는 반면 사육규모가 큰 농가는 점점 늘어나고 있는 추세이다.

〈 가축사육마릿수 및 호수 〉

	한(육)우		젓소		돼지		닭	
	마릿수 (천마리)	호수 (천호)	마릿수	호수	마릿수	호수	마릿수 (천수)	호수 (천호)
1970	1,286	1,120	24	3	1,126	884	23,633	1,338
1990	1,622	620	504	33	4,528	133	74,463	161
2000	1,590	290	544	13	8,214	24	102,547	210
2010	2,922	172	430	6	9,881	7	149,200	3.6
2013	2,918	124	424	6	9,912	6	151,337	3.1

〈 가축별 사육규모별 호수 〉

		2000	2010	2013
한(육)우	계(천호)	290	172	124
	20마리 미만(천호)	274	135	88
	20-49(호)	11,380	24,110	21,626
	50 이상(호)	4,061	13,162	14,847
젖소	계(천호)	13.3	6.3	5.8
	10마리 미만	0.8	0.3	0.3
	10-49	8.8	1.9	1.5
	50 이상	3.7	4.2	4.0
돼지	계(천호)	23.8	7.4	5.6
	100마리 미만	13.9	4.1 (1,000마리 미만)	2.6 (1,000마리 미만)
	100-999	7.6		
	1,000마리 이상	2,340	3.3	3.0
닭	계(천호)	218	3.6	3.1
	5,000수 미만	214.3	0.4(10,000수 미만)	0.1
	5,000-9,999	0.7		0.2
	10,000수 이상	2.9	3.2	2.8

\* 닭: 2006년부터는 3,000수 이상 사육 가구수임.

\* 젖소: 2008년부터 20마리 미만, 20-49, 50마리 이상임.

(나) 축산학계에서는 이러한 축산업의 규모화·집약화 추세를 일반적으로 축산농가의 전업화·기업화로 설명한다.

전업·기업 축산농은 전통적인 부업형 축산가족농과 달리 이미 상업화된 축산농으로서 생계를 거의 전적으로 축산에 의존하기 때문에 가계와 축산 경영의 안정적 재생산을 위한 수지타산에 민감하다. 따라서 전업·기업 축산농은 단위 수익의 하락을 산출의 증대로 만회하기 위해 농장을 규모화하는 경향을 갖는다. 그리고 농장의 규모화는 규모에 적합한 경영방식으로서 농장의 기업적 운영과 생산과정의 합리화를 수반하는데, 이는 새로운 축산 기술의 도입과 고정자본 투자 등 축산의 산업화를 촉진하고, 가족노동이나 최소한의 고용노동으로 경영할 수 있는 수준에서 축산이 지속적으로 규모

화되기 위해서는 양축의 자동화·기계화도 필수적이며, 지가와 인건비 문제가 큰 한국 농업의 조건에서 축산규모의 확대는 필연적으로 생산의 집약화를 수반한다.

(다) 한편, 이러한 축산의 산업화가 가져오는 일차적인 성과는, 축산물 전반의 생산비 절감과 상품가격의 상대적 하락, 그리고 그에 따른 소비 증가라 할 수 있다. 축산물 생산량이 급증하고 생산성이 향상되면서 식육의 대량공급이 가능해진 것이다. 그 결과 한국농업에서 축산물은 여타 농산물보다 훨씬 높은 자급률을 보여, 현재 곡물자급률은 27%에 불과한 데 반해 육류자급률은 78%에 이른다.

## 나. 공장식 축산의 부작용

### (1) 가축의 본성에 반함

공장식 축산은 비용을 최대한 절감하는 표준화된 방법으로 가축을 사육하여 고기를 저렴한 가격에 대량공급하는 시스템이다. 살아 움직이는 생명체인 동물 또한 최대한의 고기를 생산하기 위해 치밀하게 짜인 자동화된 생산공정의 일부분이 된 것이다.

그런데 이러한 대규모의 집약적 사육방식은 여러 가지 면에서 가축의 본성에 반한다. 예를 들어, 닭은 날개를 펼치거나 모래목욕을 하거나 햇대에 앉는 습성을 가지고 있지만, 위와 같은 시설에서는 경제적이고 효율적인 관리를 위해 철사로 만든 비좁은 닭장을 여러 층으로 만들어 그러한 닭장에서 살도록 함으로써 닭은 본래의 습성을 유지하며 살지 못하고 있다. 또한, 공장식 축산에서는 다른 닭을 쪼지 않도록 부리를 자르거나 수평아리를 도태시키고 새끼돼지의 꼬리나 어금니, 송곳니 등을 자르거나 슛돼지를 거세하는 등의 행위가 이루어진다.

### (2) 질병 발생률의 증가

사육환경이 열악하면 가축은 스트레스를 받게 되어 면역력과 항균력이 저하되고 병원성 세균 또는 바이러스에 대한 감수성이 높아져 질병으로 이환되기가 쉽다. 스트레스는 동물에게 긴장, 압박, 자극을 주는 것으로, 동물의 생명유지와 생산 활동에 부정적으로 작용하는 환경적 자극요인으로서

생체활동에 영향을 주는 환경적 교란(추위, 더위, 영양 불균형, 피로, 두려움 등의 심리적 위축 등)을 의미하는데, 이는 직접적으로 질병 감수성을 증가시키거나 저항력을 약화시킬 수 있다.

그런데 공장식 축산에서 생산성 제고라는 목적을 극대화할 경우 축산업자는 한정된 공간에서 최대한 많은 수의 가축을 사육하고자 할 것이고, 결국 가축은 몸조차 자유롭게 움직일 수 없는 비좁은 공간에 갇혀 자라게 된다. 이 사건 허가기준에 의하더라도 산란계의 경우 케이지에서 닭 한 마리가 차지하는 공간은 500cm<sup>2</sup>이면 되는데, A4 복사용지 한 장의 면적이 623.7cm<sup>2</sup>라는 사실을 고려하면 상당히 좁은 면적이다. 이처럼 가축들이 마음대로 활동을 할 수 없으니 뼈가 약해서 더 쉽게 골절상을 입을 수 있고, 요로감염이 일어날 가능성도 높다.

또한, 공장식 축산에서는 식중독을 일으키는 노로바이러스를 비롯하여 살모넬라균, 포도상구균, 병원성 대장균 O-157, 리스테리아균과 같은 병원성 세균이 계속하여 돌연변이를 일으키고 있어 식중독에 걸릴 위험성도 높다. 물론 세균, 바이러스, 곰팡이, 기생충 등 식중독의 원인체는 인류가 발생하기 전부터 자연계에 존재해왔고, 앞으로도 완전히 박멸되기는 어렵다. 채식을 하거나 유기농 축산물만을 먹는다고 하여 식중독에 전혀 걸리지 않는 것은 아니다. 그러나 공장식 축산을 통해 식중독 원인이체가 보다 더 많이, 보다 더 빨리 퍼져나가고 있는 것도 부정하기는 어렵다. 식중독을 일으키는 세균이나 바이러스는 가축의 내장에 많이 살고 있기 때문에 분변을 통해서 쉽게 전염된다. 가축들은 분변으로 범벅이 된 채 도살장에 도착하고, 변을 제대로 닦지 않고 도축할 경우 도축되어 가공된 육류도 병원성 대장균에 오염될 수 있다. 공장식 축산 시스템에서 가축은 더 다양하고 강력한 세균에 감염되고 있고, 그것을 먹는 인간 역시 더 많은 위험에 노출되고 있는 것이다.

그 외에도 광우병, 조류독감, 돼지독감 같은 대재앙을 일으킨 전염병이 바로 공장식 축산에서 발원하였고, 공장식 축산은 바이러스가 부지기수로 생겨나는 슈퍼 배양소 역할을 하고 있다는 우려도 있다. 물론 구제역 등의 바이러스는 공장식 축산업이 발생하기 이전에도 존재하였고, 야생동물에게도 감염이 일어나고 있으므로, 유기축산 등 어떠한 사육 방식을 선택해도

구제역 같은 전염병이 발생하는 것을 전적으로 막기는 어렵다. 그러나 좁은 공간에서 밀집 사육하고 단일 지역에 축산 농장이 몰리는 등 공장식 축산은 구제역 바이러스가 퍼지기 좋은 조건을 만들었다. 공장식 축산방식은 생산성이 좋은 소수 품종을 집중적으로 사육하여 가축의 유전적 다양성을 파괴시켰다. 높은 스트레스로 면역력이 떨어진 가축은 전염병에 더욱 취약해졌다. 구제역 바이러스는 위산에 민감하기 때문에 음식 섭취로 발병할 가능성은 아주 희박하지만, 고기를 삼키기 전에 구강을 통해 감염될 수 있고, 특히 어린이나 입안, 입술 등에 궤양이 있는 면역력이 약한 사람의 경우는 드물게 구제역 바이러스에 감염될 수도 있다고 한다.

### (3) 항생제 등 과다 사용

공장식 축산에서는 질병을 치료하고 예방하기 위하여 많은 양의 항생제와 살충제, 소독약 등을 사용하고 있다. 한국의 축산업에서의 항생제 사용량은 연간 1,500톤가량 되는데, 이는 우리보다 축산물 생산량이 2배나 많은 일본의 1,000톤보다 많은 수치이고, 축산물 생산량이 우리의 1.2배가량인 덴마크의 94톤에 비하면 무려 16배나 많은 수치이다. 더욱이 식품의약품안전처에서 2006년 3월 발표한 ‘식품 중 식중독균 항생제 내성 모니터링’ 보고서를 보면, 육류의 40%에서 대장균, 장구균, 황색포도상구균 등 식중독 세균이 검출되었는데, 더 큰 문제는 이 식중독 세균들이 항생제에 내성을 가지고 있다는 것이다. 즉, 대장균은 테트라사이클린이라는 항생제에 대해 92.5%의 내성률을 보였고, 장구균의 내성률도 90%를 넘었다. 다만, 세균은 어느정도 Host Specificity를 가지고 있어, 가축에서 유래된 내성균이 사람의 내성균 발생에 직접적인 원인이라고 하기는 힘들지만, 축산환경에서의 항생제 내성균 문제는 내성균 발생과 전파의 측면에서 사람의 항생제 내성률 문제와 무관하다고 할 수 없다. 공장식 축산업이 여러 가지 항생제에 교차내성을 갖는 슈퍼 박테리아의 유일한 원인은 아니지만, 엄청나게 많은 항생제를 사용하는 공장식 축산업 때문에 인간을 위협하는 슈퍼 박테리아가 나타날 가능성이 높아진 것도 사실이다.



#### (4) 기타 문제

이 외에도 공장식 축산에서는 좁은 공간에서 더 많은 생산을 위해 성장 촉진제가 남용되고 있으며 심지어 초식동물에게 도축장 폐기물인 동물성 사료까지 투입된다. 이러한 동물성 사료의 투입은 광우병 발병 위험을 높인다. 그리고 대규모 공장식 축산농가에서는 다량의 분뇨가 발생하고, 이로 인한 악취와 환경오염도 근래 사회적 이슈로 대두되고 있다.

#### (5) 미국 퓨 위원회 보고서

공장식 축산이 공중보건에 어떠한 영향을 끼치는가에 대하여는 미국에서 2008. 3. 29. 채택된 퓨(Pew) 위원회 보고서<sup>1)</sup>에서 잘 보여주고 있다. 퓨 보고서에서는 ① 공장식 축산방식은 바이러스에 감염된 콧물과 재채기 등을 통해 인간에게 돼지독감을 전염시킬 수 있고, ② 공장식 축산방식은 한 곳에 많은 동물을 집중적으로 사육함으로써 아주 드문 바이러스 돌연변이가 일어날 수 있으며, ③ 공장식 축산방식은 밀집사육으로 인한 스트레스로 동물의 면역체계를 약화시키고, ④ 공장식 축산방식은 햇볕이 들지 않고 신선한 공기가 부족한 어두운 사육공간에서 병원체가 더 오랫동안 살 수 있도록 하며(햇볕 속에 들어있는 자외선은 인플루엔자 바이러스를 사멸시키는 아주 효과적인 수단인데, 오랫동안 축축하고 그늘진 곳에 가축을 사육함으로써 독감 바이러스가 오랫동안 살아남을 수 있다), ⑤ 공장식 축산방식은 분변더미에서 나오는 암모니아 가스가 동물의 호흡기를 공격하여 감염을 일으킬 수 있도록 하고, ⑥ 공장식 축산방식은 살아있는 가축을 먼 곳까지 수송함으로써 세계 곳곳의 사람들에게 동물의 질병을 퍼뜨릴 위험을 높인다고 평가하였다.

1) 퓨(Pew) 자선재단과 존스홉킨스대학 블룸버그 공중보건대학은 공장식 축산방식에 대한 공동 프로젝트를 진행하였다. 프로젝트를 진행하기 위해 수의학, 농업, 공중보건, 산업계, 정부, 농촌지역 옹호, 동물보호 등 다양한 분야를 대표하는 사람들로 구성된 퓨 위원회가 발족되었다. 이들은 2년 6개월 동안 축산업이 공중보건, 환경, 농촌공동체, 동물건강 및 복지에 미치는 영향에 관해 각 분야의 전문가들과 토론을 벌였다. 그 결과 2008. 3. 29. 공장식 축산방식에 대한 퓨 위원회 보고서가 채택되었다.

## 다. 공장식 축산에 대한 반동

### (1) 채식주의의 등장

공장식 축산으로 인한 육식의 증가에 대응하여 오늘날 채식을 주장하는 다양한 논거들이 등장하고 있다. 먼저 ‘건강상의 채식주의’는, 육식은 건강에 좋지 않기 때문에 피해야 한다는 입장이다. 육식은 비만과 당뇨, 심장병 등을 낳기 때문에 육식을 피하고 채식을 해야 한다는 것이다. ‘윤리적 채식주의’는, 육식은 죄 없는 동물을 죽이는 부도덕한 행위이기 때문에 행해서는 안된다는 입장이다. 이와 유사한 종교적 이유로 채식을 주장하는 종교적 채식주의도 있다. ‘생태적 채식주의’는 생태계 보전을 위해 채식을 해야 한다는 입장이다. 고기를 생산하기 위해서는 다량의 옥수수가 소요되는데, 닭고기 1kg을 생산하기 위해서는 옥수수 5kg, 돼지고기는 7kg, 소고기는 11kg의 옥수수가 필요하기 때문에 비효율적이라 할 수 있고, 만일 우리가 채식을 한다면 이런 생태계 파괴를 막을 수 있다는 것이다. ‘정치적 채식주의’는 생태적 채식주의와 마찬가지로 육식은 비효율적인데다가 8억 이상의 굶주리는 빈민에게 식량을 확보해주기 위해 채식을 해야 한다는 입장이다.

### (2) 유기축산의 등장

‘윤리적 채식주의’를 전제로 하는 ‘동물윤리학’에서는 원칙적으로 육식을 반대한다. 고기에 대한 인간의 기호로부터 발생하는 이익이 생명에 대한 동물의 이익보다 우선시 될 수는 없기 때문이다. 특히 ‘동물윤리학’에서는 공장식 축산으로 발생하는 동물들의 고통에 주목한다. 공장식 축산으로 인하여 동물들은 극심한 고통을 받고 있고, 인간의 필요에 부응하는 기능적 존재로 전락해, 자연이 준 본성과는 어긋나는 삶을 강요당하고 있다는 것이다. 이와 달리 ‘생태적 채식주의’ 내지 ‘생태주의’에서는 육식 자체가 육식을 위한 동물사육 자체는 반대하지 않지만, 동물을 사육하기 위해 옥수수 밭을 개간하여 야생을 파괴하는 것은 생태계의 수용능력을 벗어난 것으로 보기 때문에 공장식 축산은 반대한다. 따라서 ‘생태주의’에서는 생태계에 부담을 주지 않는 적정 상태의 생태친화형 축산, 즉 ‘유기축산’은 문제가 안 된다고 보고 있다.

생태계의 지속가능성을 강조하는 ‘유기축산’에서는 기본적으로 사육과정

에서 항생제 등 약품을 사용하지 않아야 한다. 그런데 축산에서 약품이나 항생제 사용을 최소화하면서도 위생적이며 건강하게 가축을 사육하기 위해서는 보다 쾌적한 사육환경과 동물복지를 고려할 수밖에 없다. 여기서 동물복지(animal welfare)란, 동물에게 청결한 주거환경의 제공, 관리, 영양 제공, 질병예방 및 치료, 책임감 있는 보살핌, 인도적인 취급, 필요한 경우의 인도적인 안락사 등 동물의 복리의 제 측면에 대한 고려를 포함하는 인간적인 의무라고 정의된다. 즉, 동물이 사람의 필요에 의해 사육되더라도 불필요한 스트레스를 주지 않고, 영양과 휴식을 충분히 제공하면서 위생이나 질병 예방, 그리고 치료에서도 적절한 조치를 취해야 하는 것이 동물복지라 할 수 있다. 결국, 유기축산은 동물복지축산의 하나의 실행형태라 할 수 있고, 유기축산은 기본적으로 동물복지 생산체계를 전제로 하는 것이다.

## 라. 동물복지축산의 세계적 동향

### (1) 영국

영국은 세계 최초로 동물복지 개념이 시작된 곳이고, 영국의 동물복지 관련 단체 및 그들의 움직임은 현대 동물복지 개념의 근간이 되므로 매우 중요하다. 1979년 설립된 영국의 농장동물복지위원회(The Farm Animal Welfare Council; FAWC)는 현재까지도 가축사육, 수송, 도축, 시장, 정부의 입법 등에서 동물복지에 대한 자문을 하고 있다. 위 FAWC에서는 1993년 동물복지를 위한 5가지 자유<sup>2)</sup>를 제시하며 축산관련업자에게 이를 준수하도록 권고하였는데, 이는 오늘날 EU 뿐만 아니라 전 세계적으로 동물복지의 가장 기본이 되는 개념으로 자리잡았다. 영국에서는 이를 기반으로 동물복지에 대한 많은 단체들이 활성화되기 시작했고, 동물복지에 대한 과학적 연구와 경제적 타당성에 대한 검토도 수행되었다. 그 결과 1996년에는 동물복지법을 제정하여 농장동물뿐만 아니라 실험동물에 대한 학대도 금지하였고, 1999년에는 모돈의 스톨 사육을 금지하였다.

한편, 영국 정부는 RSPCA(왕립동물학대방지협회; Royal Society for the Prevention do Cruelty to Animals)와 함께 농장동물의 복지를 소비자들에

2) ① 배고픔과 갈증으로부터의 자유 ② 불편함으로부터의 자유 ③ 통증, 부상, 질병으로부터의 자유 ④ 정상적인 행동 표현의 자유 ⑤ 공포와 고통으로부터의 자유

게 전달하는 것을 목적으로 1994년부터 Freedom Food Program을 운영하면서 소비자들에게 식품안전성을 보증하기 위해 정부 차원의 농가 인증제도를 시행하고 있는데, 동물복지농장에 대해 RSPCA가 검사와 인증을 하고 정부가 보증하여 freedom foods label을 붙여 높은 가격으로 판매토록 함으로써 농가 소득보전에 힘쓰고 있다. 이 외에도 위 RSPCA는 주요 축종별 농장동물복지기준을 제정하여 농장동물의 복지수준 향상에 필요한 정보 및 가이드라인을 제시하고 있는데, 이 가이드라인에서는 농장동물의 먹이, 음수, 사육환경, 사육방법, 건강관리, 수송 및 도축 등에 대한 사항을 자세히 다루고 있고, 이에 따라 제정된 동물복지인증기준에서는 육우의 경우 성장 단계를 체중 별로 나누어 두당 최소 사료조의 길이까지도 제시하고 있으며, 환경 항목에서는 사육시설의 면적 및 부피를 체중 별로 나누어 구체적인 수치를 제시하고 있다. RSPCA의 동물복지 인증 가이드라인은 현재 전 세계 동물복지 인증기준의 기초가 되는 WOAH에서 채택한 동물복지 가이드라인의 기초가 되었다.

## (2) EU

동물복지축산물시장은 EU를 중심으로 성장하고 있다. EU는 동물복지의 개념이 처음 시작된 곳이고 현재 어떤 농업선진국보다도 동물복지 분야에 선두에 있다. 제2차 세계대전 이후 유럽에서는 축산물에 대한 소비가 급증하여 공장식 집약적 축산업이 성행하였는데, 이러한 공장식 집약적 축산업에 대한 위협성을 바탕으로 영국에서부터 시작된 농장동물복지 운동이 유럽 전역으로 확산된 것이다. EU는 동물복지제도와 가축복지축산물에 대한 자체적인 제도를 만들고 있고(European Commission, 2010), 그 결과를 자신들의 무역 체결 기준과 국제기구의 기준에 반영하도록 하여 무역거래를 함에 있어서 EU가 유리한 입장에 서도록 하는 사실상의 무역장벽도 구축하고 있다. 만약 그 기준에 부합하지 않는 나라의 축산물은 수출이 불가능하게 되거나 가능하더라도 조건적 제재를 받는다. 현재 EU 27개국 중 총 12개국이 동물복지축산을 시행하고 있는데, 동물복지표시 라벨링을 기준으로 본다면, 스웨덴에서 생산되는 90%의 닭고기, 80%의 우유, 5%의 쇠고기, 네덜란드에서 생산되는 달걀의 95%, 덴마크에서 생산되는 30%의 쇠고

기, 12%의 닭고기가 동물복지제품이라 한다. 프랑스에서는 닭고기의 33%와 계란시장의 7%를 동물복지제품이 점유하고 있고, 영국의 경우 49%의 계란, 28%의 돼지고기, 5%의 닭고기 등이 동물복지축산물이라고 한다.

EU에서 제정된 동물복지에 관한 최초의 법률은 1978년 6월에 채택된 ‘농업 목적으로 사육된 동물의 보호를 위한 유럽협정의 체결에 관한 이사회 결정’(78/923/EEC; Council Decision of 19 June 1978 concerning the conclusion of the European Convention for the protection of animals kept for farming purposes)이다. 하지만 동물복지에 관한 EU 차원의 구체적인 기준이 처음으로 제시된 것은 1997년 6월 체결된 암스테르담조약(Treaty of Amsterdam)에 부속된 ‘동물보호 및 복지에 관한 의정서’(Protocol on the protection and Welfare of Animals)이다. 1999년부터 발효된 위 의정서에서는 생산에서 가공에 이르는 각 단계별로 준수해야 할 사항을 명시하고, EU 각 기관 및 회원국들은 농장동물과 관련된 농업, 운송 및 역내 시장 등의 EU 정책 및 법령을 수립·제정할 때에 반드시 동물복지를 고려해야 한다는 것을 명확하게 규정하고 있다. 그 후 EU의회는, 2006년 1월부터 성장촉진제, 항생제 사용을 전면 금지토록 하였고, 2008년부터는 생후 8주 이상된 송아지를 펜(폐쇄식 우리)에서 사육하는 것을 금지하였으며, 2012년부터는 산란계의 케이지 사육을 전면적으로 금지하였고, 2013. 1. 1.부터는 임신중인 어미돼지를 스톨에 가둬서 사육하는 것을 금지하였다.

이처럼 EU는 소, 돼지, 산란계 등 가축의 종류에 따라 사육단계부터 수송, 도축에 이르기까지 각 단계별로 지켜야 할 동물복지 기준을 정하고 있는데, 현재 축종별로 구체적인 기준을 보면 다음과 같다.

i) 산란계: (a) enriched cage(케이지 내부에 난상, 모래목용상자, 햇대가 있는 형태)의 경우 마리 당 최소 750cm<sup>2</sup>를 확보해야 함. (b) non enriched cage(battery cage)의 경우 마리 당 최소 550cm<sup>2</sup>를 확보해야 함. 다만, 이 유형의 닭장은 2003년부터 신축 금지, 기존의 닭장은 2012년부터 전면 사용 금지. (c) non-cage systems with nests(둥지를 가진 닭장)의 경우 닭 일곱 마리당 적어도 1개 이상의 둥지를 설치해야 하고 적당한 햇대가 있어야 하고, 사육밀도는 평방미터당 아홉 마리를 초과해서는 안 됨.

그리고 위 모든 유형에 공통되는 사항으로서, 마리당 15cm의 헛대 공간을 두어야 하고, 닭들이 쪼고 긁을 수 있는 깔짚이 제공되어야 하며, 닭이 대 길이는 마리 당 최소 10cm 이상일 것.

ii) 육용계: 두당 30kg/m<sup>2</sup> 미만의 사육밀도 준수. 이를 초과하는 고밀도사육(30~38kg/m<sup>2</sup>)의 경우 암모니아는 20ppm 이하, 이산화탄소는 3,000ppm 이하의 농도를 유지해야 함.

iii) 송아지(6개월 미만): 1998년부터 생후 8주 이후부터는 폐쇄된 개별우리를 사용하거나 이와 같은 형태의 축사를 신축 또는 개축하는 것이 금지됨. 2007년부터는 이 기준을 모든 축사에 대하여 적용. 220kg을 초과하는 송아지는 두당 1.5m<sup>2</sup> 이상의 개방공간이 제공되어야 함.

iv) 돼지: 2013년부터 모돈 및 미경산돈에게 각각 2.25m<sup>2</sup>, 1.64m<sup>2</sup>의 개방공간을 제공해야 함. 암컷의 경우 교미 후 4주부터 분만예정 12주 전까지 집단 사육.

v) 동물운송: 운전자는 운송증과 동물복지 교육 참가 및 시험 합격 증명서를 획득하여야 하고, 65km를 넘는 운송의 경우에는 운송허가서를 보유하여야 한다. 동물운송차량 중 새로 출고되는 차량은 2007년부터, 기존의 차량은 2009년부터 위성항법장치를 의무적으로 사용하여야 함. 위 장치를 이용하여 수송과 중간 휴식 시간을 모니터링할 수 있음.

vi) 도축 및 살처분: 용인되는 기절(고정볼트: Captive bolt pistol, 충격법, 전기기절법, 이산화탄소 가스법) 및 도축방법(충상, 감전사, 이산화탄소 가스법)만 가능.

### (3) 미국

미국에서 현재까지 유효한 연방차원의 동물복지 관련법은 1906년에 제정된 통칭 ‘28시간법’이다. 이 법은 동물을 주를 넘어 운송할 경우 29시간 이상 차량에 실은 상태로 두는 것을 금지하고 있다. 그러나 사전승인을 얻은 경우나 사고 등 불가피한 경우에는 최장 36시간까지 예외를 인정하고 있다. 1958년에는 인도적 도축법이 제정되어 도축과 도축장에서의 가축처리에 관한 방법을 규정하여 도축할 때 고통 없이 도축하도록 의무화하였으나 그 대상은 소, 말, 양, 돼지 등이고 가금류는 제외되었다. 1966년에 제정

된 동물복지법은 동물에 대해 인도적 처리를 할 것을 규정하였지만, 그 대상은 애완동물, 실험용 동물, 전시용 동물(서커스, 동물원 등)에 한정되고 가축은 제외되었다. 그 후 1985년에는 영장류 실험동물에 관한 동물복지법을 개정하여 실험동물을 인도적으로 도살하도록 하였고, 가축복지뿐만 아니라 식품안전에도 관심을 갖게 되어 2001년 미 의회에서는 농장안전에 대한 규정과 가축보호에 대한 수정안을 통과시켜 질병이나 부상으로 걸을 수 없는 가축을 수송하거나 판매하는 것을 금지하였으며, 농무성은 가축의 고통을 경감시키기 위한 연구와 인도적 도살에 대해 지원하고 있다.

그러나 전반적으로 미국은 농장동물에 대한 동물복지 차원의 규제가 유럽에 비하여 다소 느슨하고 연방 혹은 주 차원에서의 규제는 엄격하지 않은 편이다. 다만, 최근 들어 동물복지단체가 마스크를 통하여 동물복지에 대한 지침을 강력히 요구함에 따라 식품관련 업계는 자체적으로 동물복지 기준을 마련하는 등 점차 동물복지가 관련업계의 중요한 문제로 대두되고 있다. 즉, 미국 농장동물복지의 특징은 중앙정부 차원의 규제보다는 생산자 단체를 중심으로 자체적인 농장동물복지 가이드라인을 제정하거나 소비자 또는 동물복지단체의 압력에 따라 기업이 독자적인 가이드라인을 마련하는 경우가 대표적이라는 점이다. 따라서 미국의 동물복지는 현재 기관 및 기업마다 각각 다른 기준이 존재한다. 예를 들어, 식육 공급에 대하여는 미국식육협회(AMI)가 작성한 식육포장업자를 위한 가축처리 가이드라인이 이용되고 있고, 계란 공급에 대하여는 계란생산자연협회(UEP)가 작성한 산란계 사육 가이드라인에 약간 수정을 가한 것이 채택되고 있으며, 그 외에도 전국육우생산자협회가 작성한 ‘소·소고기 핸드북’(Cattle and Beef Handbook Facts and Figures), 돈육생산자단체가 작성한 ‘돼지사육 핸드북’(Swine Care Handbook) 등에서 가축사육에 대한 지침을 제시하고 있다.

그리고 동물복지단체의 압력을 통해 기업에서 자주적으로 동물복지 가이드라인을 도입한 대표적인 예가 바로 ‘McDonald와 PETA’ 사례이다. PETA는 1980년부터 시작한 동물복지 및 권리운동기구로서, 동물복지를 하지 않는 대규모 농장이나 식품업계에 압력을 행사하고 있다. 2000년에는 McDonald와 협의하여 인도적인 방법으로 사육하는 내용의 규정을 만들어 이를 실천하는 농장의 계란과 고기를 구입하도록 하였고, 수송 및 도축도

인도적으로 처리하도록 하였다. Mcdonald는 동물복지단체의 지속적인 압력을 통해 미국기업으로서의 최초로 자사에서 이용하는 축산물에 대해 동물복지를 위한 기준을 도입하였는데, 구체적으로 보면 돼지고기는 암탉지의 동물복지를 중시하는 업자로부터 구매하고, 닭고기와 달걀은 부리자르기를 실시하지 않는 공급업자로부터만 구매하며, 달걀은 일정 크기 이상의 케이지에서 산란계를 생산하고 강제 털갈이를 실시하지 않는 공급업자에게서만 구입하고 자사에서 이용하는 축산물의 도축 시 인도적인 차원에서의 도축이 이루어지는지 감시하는 등의 대응을 실시하였다. 그 후 2001년에는 버거킹과 웬디스에서도 동물복지기준을 준수하겠다고 공포하였고, KFC에서도 부화에서 도계까지 닭을 인도적으로 다루는 기준을 제정하였다.

#### (4) 일본

일본은 1987년에 가축의 사육, 위탁 사육 및 보관 등에 관한 법을 근거로 '산업동물 사육 및 보관에 관한 기준'을 만들었으나, 농장동물의 복지증진을 위한 구체적인 기준은 포함되지 않았다. 한국과 지리적, 기후적, 사회적 및 문화적 여건이 비슷한 일본은 소비자와 생산자간의 농장동물복지도입의 필요성에 대한 인식이 크지 않았기 때문에 보인다. 그러나 일본도 점점 축산기술협회 및 학계, 생산자 단체, 동물보호단체, 소비자 단체들을 중심으로 농장동물복지 인증제도를 위한 인증기준을 도입중이다. 2007년부터 돼지 및 산란계의 동물복지인증기준 초안을 시작하여 2009년 3월에 최종안을 보급하여 시행 중이고, 육계 및 젖소에 대한 지침은 2010년에 완료하였으며 현재는 육우와 말에 대한 동물복지지침을 개발 중이다.

#### (5) WTO

EU와 동물복지단체에서는 WTO가 국제교역의 자유화를 위한 기준은 강화하면서 동물복지문제에 대하여는 소홀하다고 우려한다. 즉, 동물복지기준으로 생산한 축산물이 공장식 축산에서 생산된 저가의 수입품에 의해 피해를 받지 않도록 보상할 수 있는 방법이 없으므로, WTO에서 수입품이 어떤 방법으로 생산되었는지에 대해 알 수 있는 방안에 대하여 논의하여야 한다고 주장한다. 다만, 동물복지문제는 경제, 윤리, 동물의 건강, 사람의 건강,



식품생산, 법적 문제 등이 교차되는 복합적 이슈로, 각국이 자국의 상황에 맞게 조정된 동물복지조치를 취할 수 있다는 점은 인정하고 있다.

(6) WOAH(세계동물보건기구; World Organization for Animal Health) -  
구 OIE(국제수역사무국)

WOAH(구 OIE)는 1924년 28개 회원국의 서명으로 프랑스 파리에서 최초 설립되었다. WOAH의 설립목적은 전 세계적인 농장가축 위생의 개선과 동물복지의 증진을 위한 것이었는데, 가축전염병으로 인한 전 세계 국가들이 처한 공통적인 위험에 신속하게 대처하고 피해를 최소화하기 위해서는 국경을 초월한 공동의 노력이 필요하므로 새로운 질병이 발생할 경우 WOAH를 통하여 각국에 통보하고 대처방안에 대한 유익한 정보를 제공하며 회원국의 위생상태의 개선과 가축 전염병의 근절 및 확산 방지를 위하여 설립되었다. 그 후 WOAH는 1995년에 동물검역에 관한 국제기준을 수립하는 국제기관으로 공인되었고, 2013년 현재 178개 회원국이 가입하고 있다(한국은 1953. 11. 18.에 정회원국으로 가입하였다). WOAH는 국제기구로서는 최초로 동물복지 문제를 공식적인 의제로 다루었고, 전 세계 36개 단체 및 기구들에 소속된 각 분야 전문가들의 의견을 수용하며 국가 간 협력 및 교류를 이끌어 내고 있다. 따라서 WOAH의 농장동물복지 가이드라인은 전 세계적인 농장동물복지의 국제표준으로 인정받고 있다.

WOAH에서 실시하고 있는 가장 기본적인 업무는 국제적인 동물 및 축산물 교역 시의 표준규범인 ‘동물위생규약’과 ‘가축전염병 진단 및 백신 매뉴얼’의 제정 및 개정이다. WOAH는 동물보건과 동물복지 사이에는 중요한 연관관계가 있음을 인식하고, 회원국과 협의하면서 동물복지에 대한 가이드라인을 제정하는 일을 진행해왔다. 2001년 이전에는 가축복지 가이드라인의 필요성을 찾고 가축복지를 2001년~2005년까지의 5개년 계획의 주요 사업으로 정하였다. 2005년에는 가축의 육상운송, 해상운송, 질병관리목적으로서의 가축살처분, 인간의 소비를 위한 도축 등 4가지 항목의 가이드라인을 결의하였고, 2006년에는 항공운송 분야에 대한 농장동물복지 가이드라인을 추가로 채택하였으며, 2010년까지 가축생산시스템(Animal Production System)에 대한 가이드라인을 제정한다는 목표를 세웠다. 위 가축생산시스

템 복지 가이드라인은 동물복지기준에 대하여 ‘자원기반기준(공간허용도, 면적, 온도, 깔짚, 공기, 사료, 물 및 위생조치 등)’ 및 ‘동물기반기준(생존률, 질병 및 상해빈도, 신체조건, 운동능력 및 동물의 반응 등)’의 두 가지 입장에서 서로 조화롭게 보완하는 것을 기초로 하여, ‘동물의 건강과 정상적인 기능의 보호’, ‘동물의 심리적 측면 보호’ 및 ‘종 특이적인 본래 습성에 따른 생존조건 제공’이라는 세 가지 목표가 적절하게 조화된 가이드라인의 제정을 목표로 한다. WOAH의 동물복지 가이드라인은 현재 국제표준으로 인정받고는 있지만, 지역 및 국가별로 동물의 사육방식이 다양하고 농장동물 복지에 대한 인식의 차이로 인해 일괄적용에는 어려움이 있다. 현재 위 가이드라인은 국가들에 대한 권고사항으로서, 국가 간의 무역 시 동물복지기준 설정 또는 그와 관련된 문제가 발생할 경우에는 해당 국가의 법규가 우선으로 적용된다.

#### (7) 국제식품규격위원회(CODEX)

유기농업적 가축사양방식에 가축복지 개념을 포함한 항목으로 제각·절미·발치의 금지, 자유행동, 질병예방, 충분한 사료와 물 공급, 축사구조, 수송방법, 계류사육금지, 스트레스와 고통 없는 도축방법 등 상세한 규정을 두고 있다.

## 4. 본안 판단

### 가. 제한되는 기본권과 심사기준 등

#### (1) 제한되는 기본권

(가) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여, 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다. 또한 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권으로

서, 헌법은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하여(제36조 제3항) 질병으로부터 생명·신체의 보호 등 보건에 관하여 특별히 국가의 보호의무를 강조하고 있고, 그 외에도 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여(제35조 제1항) 국가에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무도 부여하고 있다. 그런데 후자와 같이 환경권에 대하여 국가의 보호의무를 인정한 것은, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려한 것이므로(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711), 환경권 침해 내지 환경권에 대한 국가의 보호의무위반도 궁극적으로는 생명·신체의 안전에 대한 침해로 귀결된다.

결국, 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우, 국가로서는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취함으로써, 그 침해의 위협을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등 참조).

(나) 이 사건 기준은 가축사육업 허가를 받거나 등록을 하고자 할 경우 사육시설이 갖추어야 하는 기준이다. 그런데 가축사육시설의 환경이 지나치게 열악할 경우 그러한 시설에서 사육되고 생산된 축산물을 섭취하는 인간의 건강도 악화될 우려가 있다. 따라서 국가로서는 건강하고 위생적이며 쾌적한 시설에서 가축이 서식할 수 있도록 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취함으로써, 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 구체적인 헌법적 의무가 있다.

청구인들의 주장취지는, 이 사건 기준에서 정한 가축사육시설의 기준이 지나치게 낮고 가축을 건강하게 사육하기 위한 사육환경에 대한 세부적인 기준이 없어 위 시설에서 사육된 고기를 섭취하는 국민의 기본권이 침해된다는 것이다. 결국 이 사건 기준으로 인하여 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는지 여부가 문제되는데, 이 사건에서 제한되는 기본권은 국가의 보호의무에 상응하는 생명·신체의 안전에 관한 권리이다.

## (2) 심사기준

국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다 하더라도, 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다. 따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지 원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등).

### 나. 과소보호금지 원칙 위반 여부

#### (1) 가축사육시설 등이 인간의 생명·신체의 안전에 미치는 영향

이 사건 기준은 가축사육시설의 허가 및 등록기준이다. 그런데 가축사육 환경이 열악하면 가축은 스트레스를 받게 되어 면역력과 항균력이 저하되고, 병원성 세균 또는 바이러스에 대한 감수성이 높아져 질병으로 이환되기가 쉽다. 그리고 이렇게 질병에 걸린 가축으로 생산된 축산물을 섭취할 경우 인간도 질병에 걸릴 우려가 있다. 또한, 대규모의 밀집사육시설에서는 질병 치료와 예방을 위하여 항생제를 사용하고 있고, 이로 인하여 항생제 내성균이 나타나는 등의 부작용이 발생할 우려도 있다. 따라서 국가로서는 건강하고 위생적이며 쾌적한 시설에서 가축이 서식할 수 있도록 필요한 적절하고도 효율적인 조치를 취함으로써, 소비자인 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호할 구체적인 헌법적 의무가 있다.

그렇다면 아래에서는 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권을 보호하기 위하여 필요한 최소한의 조치를 다하고 있는지에 대하여 살펴보기로 한다.

## (2) 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 각종 규제 내용

## (가) 사육시설에 대한 규제

## 1) 가축사육업 허가 및 등록에 의한 규제

이 사건 기준은 가축사육업을 하고자 하는 자로 하여금 허가를 받거나 등록을 할 때 사육시설 등이 갖추어야 하는 최소한의 시설 및 장비요건과 단위면적당 적정사육기준을 정한 것이다.

축산법에서는 가축사육업이 무분별하게 이루어지는 것을 막기 위하여 일정 규모 이상의 가축사육업에 대하여는 이 사건 허가기준을 갖추어 허가를 받도록 하고 있는바(제22조 제1항 제4호), 이는 종전에 등록제로만 운영되던 가축사육업에 허가제를 도입하여 그 규율 수준을 높인 것이다. 더욱이 최근 축산법 시행령이 개정되면서(2014. 2. 21. 대통령령 제25192호로 개정된 것) 장차 사육시설 면적이 50제곱미터를 초과하는 소·돼지·닭·오리 사육업은 모두 허가대상이 되는 등 허가대상이 확대되고 있다(제13조). 또한, 축산법에서는 이 사건 허가기준 외에 등록기준도 두어 일정 규모 이상의 가축사육업을 하고자 할 경우에도 최소한의 요건을 갖추어 등록을 하도록 하고 있다(제22조 제2항). 그리고 가축사육업 허가를 받거나 등록을 하는 자는 일정한 준수사항을 지켜야 하고(제26조), 정기점검이나 교육이수 등의 의무도 부담한다(제28조 제1항, 제33조의2 제3항).

이처럼 축산법에서는 허가제 및 등록제를 통해 가축사육업 농가를 엄격하게 통제하고 있고, 허가 및 등록 시의 요건인 이 사건 기준은 사육시설 환경이 열악해지는 것을 막기 위한 최소한의 장치로서 기능하고 있다. 그리고 이 사건 기준은 그 구체적인 내용면에서 다른 국가들에 비하여 뒤떨어지는 것도 아니다.

## 2) 사육시설에서의 분뇨처리에 대한 규제

‘가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률’에서는 국가와 지방자치단체, 축산업자에 대하여 가축분뇨로 인한 환경오염을 방지하도록 노력하여야 하는 책무를 지우고(제3조 제1항, 제4항), 생활환경보호나 상수원 수질보전을 위하여 주거 밀집지역이나 상수원보호구역 등 일정한 지역에 대하여는 가축의 사육을 제한할 수 있도록 하고 있으며(제8조 제1항), 가축분뇨를 배출하거나 처리 등을 하는 자는 그러한 작업 시에 가축분뇨가 공공수역 등에 유

입되지 않도록 하여야 한다고 규정하고 있다(제10조 제1항). 특히 일정 규모 이상의 사육시설에서는 시장 등의 허가를 받아 배출시설을 설치하거나 시장 등에게 신고를 하고 배출시설을 설치하도록 하고 있다(제11조 제1항, 제3항).

이처럼 국가는 분뇨배출시설에 대하여 여러 가지 규율을 함으로써 가축 사육시설 설치 단계에서부터 국민의 생명·신체에 대한 안전이 침해받지 않도록 필요한 조치를 취하고 있다.

#### (나) 사육시설 내 가축에 대한 규제

##### 1) 항생제 등에 대한 규제

국내산 축산물에 대한 항생제 오남용이 사회적으로 문제가 되자, 정부에서는 지난 2005년부터 사료에 섞어 먹일 수 있는 동물용 의약품의 종류를 53종에서 25종(항생제 15, 항균제 1, 기타 9)으로 줄이기 시작하여, 2009. 1. 1.부터 사료에 첨가할 수 있는 항생제를 9종으로 축소하고, 2011. 7. 1.부터는 배합사료에 항생제 첨가를 전면 금지하였다. 그리고 최근 약사법이 개정되면서(2012. 2. 1. 법률 제11251호로 개정된 것), 동물용 의약품 도매상 허가를 받은 자는 오용·남용으로 사람 및 동물의 건강에 위해를 끼칠 우려가 있는 동물용 의약품인 마취제, 호르몬제, 항생·항균제 등을 수의사 등의 처방전 없이 판매할 수 없고(제85조 제6항 본문), 약국개설자도 주사용 항생물질 제제를 수의사의 처방전 없이 판매할 수 없게 되었다(제85조 제7항 단서 제1호). 또한, 농림축산식품부장관은 동물의 질병을 진료 또는 예방하기 위하여 사용되는 동물용 의약품으로서 동물의 체내에 남아 사람의 건강에 위해를 끼칠 우려가 있다고 지정하는 제제에 대하여는 사용 대상 동물, 용법·용량 및 사용 금지 기간 등 동물용 의약품의 사용 기준을 정할 수 있고, 이러한 동물용 의약품을 사용하려는 자는 위 기준을 지켜야 한다(제85조 제2항, 제3항). 구체적인 의약품 종류와 대상동물, 용법·용량, 휴약기간 등에 대하여는 ‘동물용의약품의안전사용기준’(농림축산검역본부고시 제2013-28호)에서 정하고 있다.

이처럼 국가는 가축에 대한 항생제 등의 오·남용을 규제함으로써 이것이 국민의 생명·신체에 미칠 악영향을 방지하고 있다.

## 2) 가축전염병에 대한 규제

‘가축전염병 예방법’에 따르면 국가 및 지방자치단체는 가축전염병을 예방하고 그 확산을 방지하기 위하여 가축전염병별 긴급방역대책 등 가축전염병 관리대책을 수립하여 시행하여야 하고(제3조), 가축 소유자 등은 축사와 그 주변을 청결히 하고 주기적으로 소독하여 가축전염병이 발생하는 것을 예방하고, 국가와 지방자치단체의 가축방역대책에 적극 협조하여야 하며(제5조), 가축방역기관장 등은 가축전염병이 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 인정할 때에는 지체 없이 역학조사(疫學調査)를 하여야 한다(제13조). 그 외에도 위 법률에서는 가축전염병이 발생하거나 퍼지는 것을 막기 위한 검사·주사 및 투약(제15조), 소독설비구비(제17조), 출입기록작성 및 보존(제17조의2), 격리와 폐쇄명령(제19조), 살처분명령(제20조) 등에 대하여 규정하고 있다.

이처럼 국가는 국민의 생명·신체에 위협을 초래할 수 있는 가축전염병의 발병과 확산을 막기 위해 여러 가지 규제를 하고 있다.

## 3) 가축 사료에 대한 규제

사료관리법에 따르면, 사료의 품질관리를 위하여, 사료제조업을 영위하려면 시·도지사에게 등록하여야 하고(제8조 제1항), 제조업자나 수입업자는 제조 또는 수입하려는 사료의 종류·성분 및 성분량 등을 등록하여 사료 포장 등에 표시하여야 한다(제12조 제1항, 제13조 제1항). 한편, 인체 또는 동물 등에 해로운 유해물질이나 동물용의약품이 허용기준 이상으로 함유되어 있거나 동물 등의 질병원인이 우려되어 사료로 사용하는 것을 금지한 동물 등의 부산물·남은 음식물 등은 사료로 제조·수입 또는 판매되거나 사료의 원료로 사용될 수 없는바(제14조 제1항), 이에 ‘사료 등의 기준 및 규격’(농림축산식품부고시 제2014-106호)에서는 사료 내 사용 가능한 동물용의약품의 종류 및 허용기준 및 사료 내에서 검출되어서는 아니되는 물질 등에 대하여 규정하고 있다(제11조 제1항 별표 16, 제2항 별표 17, 제3항 별표 18, 제5항 별표 19).

그 외에도 사료관리법에서는 사료의 원료관리, 제조 및 유통의 과정에서 위해(危害)한 물질이 해당 사료에 혼입되거나 해당 사료가 오염되는 것을 방지하기 위하여 사료별로 제조시설 및 공정관리의 절차를 정하거나 각 과

정별 위해요소를 중점적으로 관리할 수 있는 ‘위해요소중점관리기준’(안전관리인증기준; HACCP)을 정하고 있다(제16조 제1항, 제3항).

이러한 규정들은, 사육되는 가축이 섭취한 사료가 중독적으로 인체에 해로운 영향을 미치는 것을 차단하기 위한 것으로서, 국민의 생명·신체를 보호하기 위한 조치라고 볼 수 있다.

(다) 유통단계에서의 규제

1) 가축 및 축산물 이력관리에 의한 규제

‘가축 및 축산물 이력관리에 관한 법률’은 방역의 효율성을 도모하고 축산물의 안전성을 확보하기 위하여(제1조), 소와 돼지에 대하여 사육단계와 도축단계, 수입단계, 유통·판매단계로 나누어 각 단계마다 가축 및 축산물에 대하여 이력번호를 부여하여 그 이력을 관리하도록 하고 있고(제4조, 제6조 등), 이력관리를 위하여 작성하는 ‘가축및축산물식별대장’에 이력번호와 농장경영자 성명, 주민등록번호, 주소 및 위해축산물 해당 여부 등을 기재하도록 규정하고 있다(제19조).

2) 도축에 대한 규제

가축도축에 대하여는 ‘축산물 위생관리법’과 동물보호법에서 규제하고 있다. ‘축산물 위생관리법’은 축산물의 위생적인 관리와 그 품질의 향상을 도모하기 위하여 가축의 사육·도살·처리와 축산물의 가공·유통 및 검사에 필요한 사항을 정하고 있고(제7조 내지 제10조의2, 제11조 내지 제20조의3), 그 외에도 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 축산물 등의 유통을 금지하고 있으며(제33조 제1항), 일정한 경우 식품의약품안전처장으로 하여금 위해의 우려가 제기되는 축산물 등에 대하여 위해평가 및 일시적인 판매금지조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다(제33조의2 제1항, 제2항).

한편, 동물보호법에 따르면, 모든 동물은 도살과정에 불필요한 고통이나 공포, 스트레스를 받아서는 안되고, 특히 다른 법률에 동물을 도축하거나 살처분할 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 방법을 이용하여 고통을 최소화 하도록 규정하고 있다(제10조 제1항, 제2항).

3) 식품위생법에 의한 규제

식품위생법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해(危害)를 방지하고



식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공하여 국민보건의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 법으로서(제1조), 축산물을 비롯하여 모든 음식물의 최종 소비 직전 단계에서의 위생 상태에 대하여 규제하고 있는 법이다. 식품위생법에서는 위해식품 등이나 병든 동물고기 등의 유통을 금지하고(제4조, 제5조), 일정한 경우 식품의약품안전처장으로 하여금 위해의 우려가 제기되는 식품 등에 대하여 위해평가 및 판매금지조치를 취할 수 있도록 규정하고 있고(제15조 제1항, 제2항), 판매를 목적으로 하는 식품 등에 관하여 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준 및 성분 등에 관한 규격을 정하여 고시하도록 규정하고 있다(제7조 제1항, ‘식품의 기준 및 규격’(식품의약품안전처고시 제2015-4호)).

#### (라) 동물복지형 축산업

위에서 본 조치들 외에도, 이 사건 기준에 따라 설치된 시설이 생산성만을 강조하여 동물복지나 동물건강에 소홀히 할 위험에 대비하여, 항생제 등의 약품 사용을 규제하거나 보다 동물친화적으로 사육시설을 설치하도록 하는 등 다른 방식의 축산업 형태도 인정하고 있다. 여기에는 ‘친환경농어업 육성 및 유기식품 등의 관리·지원에 관한 법률’상의 유기축산 및 무항생제축산(제19조 제1항, 제34조 제1항), ‘축산물 위생관리법’상의 안전관리인증농장(제9조 제1항, 제3항), ‘가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률’상의 환경친화축산농장(제9조 제1항, 제3항), 동물보호법상의 동물복지축산농장(제29조) 등이 있다.

이에 따라 일반 소비자로서는 일반 농장에서 사육된 축산물을 구매할 것인지 아니면 유기축산물이나 무항생제축산물, 안전관리인증농장에서 사육된 축산물, 동물복지축산농장에서 사육된 축산물을 구매할 것인지 스스로 선택할 수 있다.

이상과 같은 조치들은 건강하게 가축을 사육하여 인체에 해로운 영향을 미치지 않도록 하기 위한 것으로서, 국민의 생명·신체의 안전을 위한 것이라 볼 수 있다.

### (3) 소결

이 사건 기준은 가축사육업 허가를 받거나 등록을 할 때 갖추어야 하는 가축사육시설기준으로서, 가축사육시설의 환경이 열악해지는 것을 막는 최소한의 기준이라 할 것이고, 그 규제 정도도 점진적으로 강화되고 있다. 따라서 이 사건 기준만으로 곧바로 가축들의 건강상태가 악화되어 결과적으로 청구인들의 생명·신체의 안전이 침해되었다고 보기는 어렵다. 또한, 국가는 이 사건 기준뿐만 아니라 축산법 기타 많은 관련법령들에서 가축의 사육 및 도축, 유통에 이르는 전 단계에 걸쳐 가축의 질병 발생과 확산을 방지하고 가축사육시설을 규제함으로써 국민의 생명·신체에 대한 안전이 침해받지 않도록 여러 가지 조치를 취하고 있다. 따라서 이 사건 기준이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하였다고 볼 수는 없다.

헌법재판소도 이 사건 기준이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지 원칙을 위반하지 아니하였다고 판단하였다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 헌법재판소가 축산법과 관련하여, 소위 공장식 축산으로 인한 문제와 그에 대한 국가의 보호 정도에 대하여 판단한 최초의 결정이다.

나. 이 사건 결정에서는 가축사육환경이 열악하면 결과적으로 인간의 생명·신체의 안전도 침해될 수 있음을 전제로, 다만 이미 국가에서 여러 규제들을 통해 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치는 취하고 있다고 판단하였다.

## 구 형법 제104조의2 위헌제청

- 국가모독행위를 처벌하는 구 형법 제104조의2가 표현의 자유를 침해하는지 여부 -

(헌재 2015. 10. 21. 2013헌가20, 판례집 27-2상, 700)

서 경 미\*

### 【판시사항】

대한민국 또는 헌법상 국가기관에 대하여 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 또는 기타 방법으로 대한민국의 안전, 이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있는 표현이나 행위에 대하여 형사처벌하도록 규정한 구 형법(1975. 3. 25. 법률 제2745호로 개정되고, 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정되기 전의 것) 제104조의2가 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 형법(1975. 3. 25. 법률 제2745호로 개정되고, 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 형법’이라 한다) 제104조의2(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 형법(1975. 3. 25. 법률 제2745호로 개정되고, 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정되기 전의 것)

제104조의2(국가모독등) ① 내국인이 국외에서 대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 모욕 또는 비방하거나 그에 관한 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하거나 기타 방법으로 대한민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나, 해할 우려가 있게한 때에는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

② 내국인이 외국인이나 외국단체등을 이용하여 국내에서 전항의 행위를 한 때에도 전항의 형과 같다.

---

\* 헌법연구관

③ 제2항의 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 제청신청인은 1975년 12월경 우리나라의 현실을 주제로 하여 ‘○○수첩’이라는 제목의 장편 시를 작성함에 있어, 대한민국은 독재국가로서 국민들은 무자비한 인권탄압으로 최소한의 기본권도 누리지 못한 채 억압당하고 있고, 정부는 비밀통정에 의해 몇 푼의 대가를 미끼로 군인들을 월남으로 보내 죽게 하였다고 묘사함으로써, 우리나라의 정치, 경제, 사회정세 전반 및 헌법에 의하여 설치된 국가기관에 관한 사실을 왜곡한 내용의 표현물을 작성한 후 보관하고 있다가 1976년 4월과 1977년 4월 말에 일본인, 미국인 등에게 교부하여, 일본인 잡지 ‘○○’ 1977년 6월호에 번역·게재되도록 함으로써 외국인을 이용하여 대한민국의 안전, 이익과 위신을 해하였다는 등의 범죄사실로 국가모독죄 및 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치’(1975. 5. 13. 대통령 긴급조치 제9호로 제정되고, 1979. 12. 7. 대통령공고 제67호로 해제된 것)위반으로 기소되었다.

나. 제청신청인은 1977. 12. 26. 위 범죄사실로 1심에서 징역 3년 및 자격정지 3년을 선고받았고(서울형사지방법원 77고합586), 항소(서울고등법원 78노196) 및 상고(대법원 78도1992)가 기각되어 1978. 9. 26. 그 형이 확정되었다. 제청신청인은 2012. 10. 26. 위 서울형사지방법원 77고합586 판결에 대한 재심을 청구하였으며, 서울중앙지방법원은 2013. 4. 19. 재심개시결정을 하였다(2012재고합23).

다. 제청신청인은 재심 계속 중인 2013. 6. 5. 국가모독죄를 규정한 구 형법 제104조의2에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 서울중앙지방법원은 2013. 6. 13. 위 제청신청에 따라 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다(2013초기1930).

### 2. 제청법원의 위헌제청이유

심판대상조항은 그 의미와 적용범위가 명확하지 않은 ‘위신’이나 자의적인 해석이 가능한 ‘기타 방법’ 등을 구성요건으로 규정하고 있어 의미내용

이 불명확할 뿐만 아니라, 국가를 제도화된 기구로 보지 않고 국가기관 담당자의 인격적 발현으로 보거나 국가유기체론과 같은 비민주적인 사상을 전제로 하면서, 국가의 참된 권위를 보호하기 보다는 정권의 기득권을 방어하기 위한 정치적 억압수단의 하나로 국민의 건전한 비판까지 금지하고 있으므로, 표현의 자유를 침해한다.

### 【결정요지】

심판대상조항의 신설 당시 제안이유에서는 ‘국가의 안전과 이익, 위신 보전’을 그 입법목적으로 밝히고 있으나, 언론이 통제되고 있던 당시 상황과 위 조항의 삭제 경위 등에 비추어 볼 때 이를 진정한 입법목적으로 볼 수 있는지 의문이고, 일률적인 형사처벌을 통해 국가의 안전과 이익, 위신 등을 보전할 수 있다고 볼 수도 없으므로, 수단의 적합성을 인정할 수 없다.

심판대상조항에서 규정하고 있는 “기타 방법”, 대한민국의 “이익”이나 “위신” 등과 같은 개념은 불명확하고 적용범위가 지나치게 광범위하며, 이미 형법, 국가보안법, 군사기밀보호법에서 대한민국의 안전과 독립을 지키기 위한 처벌규정을 두고 있는 점, 국가의 “위신”을 훼손한다는 이유로 표현행위를 형사처벌하는 것은 자유로운 비판과 참여를 보장하는 민주주의 정신에 위배되는 점, 형사처벌조항에 의하지 않더라도 국가는 보유하고 있는 방대한 정보를 활용해 스스로 국정을 홍보할 수 있고, 허위사실 유포나 악의적인 왜곡 등에 적극적으로 대응할 수도 있는 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에도 어긋난다.

나아가 민주주의 사회에서 국민의 표현의 자유가 갖는 가치에 비추어 볼 때, 기본권 제한의 정도가 매우 중대하여 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였으므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해한다.

### 【해 설】

#### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 제청신청인은 ‘내국인이 외국인이거나 외국단체 등을 이용하여 국가모독행위를 하였다’는 이유로 유죄확정판결을 받은 사람이므로, 당해사

건에 적용되는 법률조항은 구 형법 제104조의2 제2항이다. 그런데 제청법원은 이에 한정하지 않고 구 형법 제104조의2 전부 대하여 위헌법률심판제청을 하였는바, 심판대상을 구 형법 제104조의2 전부로 확장할 것인지 여부가 문제된다.

또한, 제청신청인은 국가모독죄와 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치’(1975. 5. 13. 대통령 긴급조치 제9호로 제정되고, 1979. 12. 7. 대통령공고 제67호로 해제된 것, 이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다)위반죄의 실제적 경합범으로 기소되어 유죄확정판결을 받았다. 헌법재판소는 2013. 3. 21. 2010헌바70 등 사건에서 긴급조치 제9호를 위헌으로 선언하였고, 이에 따라 제청신청인은 위 유죄확정판결에 대하여 재심을 청구하였다. 그런데 재심법원은 1개의 형이 확정된 경합범 중 일부 범죄사실에 대하여만 재심사유가 있는 경우 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결이므로, 그 판결 전부에 대하여 재심개시결정을 할 수밖에 없지만, 재심사유가 존재하지 않는 범죄사실에 대하여는 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없고, 양형에 필요한 범위 내에서만 심리할 수 있을 뿐이다. 따라서 재심사유가 존재하지 않은 국가모독죄 부분에 대하여 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

마지막으로 본안과 관련하여, 심판대상조항은 대한민국 또는 헌법상 국가기관에 대하여 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 또는 기타 방법으로 대한민국의 안전, 이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있는 표현이나 행위를 금지하고 형사처벌하므로, 표현의 자유를 침해하는지 여부도 문제된다.

## 2. 심판의 대상

구 형법 제104조의2는 국가모독행위를 ‘내국인이 국외에서 한 국가모독행위’와 ‘내국인이 국내에서 외국인이나 외국단체 등을 이용하여 한 국가모독행위’로 나누어 전자는 제1항에서, 후자는 제2항에서 규율하고 있다. 제청신청인은 국내에서 외국인을 이용하여 국가모독행위를 하였다는 이유로 유죄확정판결을 받은 사람이므로, 구 형법 제104조의2 제2항만이 당해사건에 적용되는 법률조항이다.

그런데 헌법재판소는 제청법원이 단일 조문 전체를 위헌제청하고 그 조

문 전체가 같은 심사척도가 적용될 위헌심사대상인 경우 그 조문 전체를 심판대상으로 확장하기도 한다(헌재 1996. 11. 28. 96헌가13, 판례집 8-2, 507, 516; 헌재 2003. 6. 26. 2001헌가17, 판례집 15-1, 602, 618 참조). 이 사건에서도 제청법원이 구 형법 제104조의2 전부에 대하여 위헌법률심판제청결정을 하였다는 점, 심판대상조항의 제1항과 제2항의 주요 행위태양이 동일하게 규정되어 있어 동일한 위헌심사기준을 적용할 수 있다는 점, 심판대상조항이 이미 폐지되어 위헌심사의 기회를 갖기 어렵다는 점 등을 고려하면, 심판대상을 구 형법 제104조의2 전부로 확장하는 것이 가능하다고 보인다. 헌법재판소도 이 사건 결정에서 구 형법 제104조의2 전부를 심판대상으로 보고 판단하였다.

### 3. 재판의 전제성

#### 가. 당해사건이 재심사건인 경우 재판의 전제성

당해사건이 재심사건인 경우, 심판대상조항이 ‘재심청구 자체의 적법 여부에 대한 재판’에 적용되는 법률조항이 아니라 ‘본안 사건에 대한 재판’에 적용될 법률조항이라면, ‘재심청구가 적법하고, 재심의 사유가 인정되는 경우’에 한하여 재판의 전제성이 인정될 수 있다.

당해사건의 재심청구가 부적법하거나 재심사유가 인정되지 않으면 본안 판단에 나아갈 수가 없고, 그 경우 심판대상조항은 본안 재판에 적용될 여지가 없으므로, 그 위헌 여부가 당해사건 재판의 주문을 달라지게 하거나 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 하는 데 아무런 영향을 미치지 못하기 때문이다(헌재 2000. 2. 24. 98헌바73, 공보 43, 247, 250; 헌재 2007. 12. 27. 2006헌바73, 공보 135, 91, 92; 헌재 2011. 4. 28. 2009헌바169, 판례집 23-1하, 39, 43-44 참조).

#### 나. 1개의 형이 확정된 경합범 중 일부 범죄사실에 대하여만 재심 사유가 있는 경우

1개의 형이 확정된 경합범 중 일부 범죄사실에 대하여만 재심사유가 있는 경우 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결

전부에 대하여 재심개시의 결정을 할 수밖에 없지만, 비상구제수단인 재심 제도의 본질상 재심사유가 없는 범죄사실에 대하여는 재심개시결정의 효력이 그 부분을 형식적으로 심판의 대상에 포함시키는데 그치므로, 재심법원은 그 부분에 대하여는 이를 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없고, 다만 그 부분에 관하여 새로이 양형을 하여야 하므로 양형을 위하여 필요한 범위에 한하여만 심리할 수 있다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도477 판결, 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1239 판결, 대법원 2010. 10. 29.자 2008재도11 전원합의체 결정 참조).

#### 다. 이 사건에서 재판의 전제성 인정

제청신청인은 국가모독죄와 긴급조치제9호위반죄의 실체적 경합범으로 기소되어 유죄확정판결을 받은 서울형사지방법원 77교합586 판결에 대하여 재심을 청구하였고, 당해법원인 재심법원은 긴급조치제9호위반죄 부분에 대하여만 재심사유가 존재함에도,<sup>1)</sup> 실체적 경합범으로 한 개의 형이 선고되었다는 이유로 위 유죄확정판결 전부에 대하여 재심개시결정을 하였다. 따라서 심판대상조항에 대하여 재판의 전제성이 인정되지 않는가 하는 의문이 제기될 수 있다.

그러나 일단 재심개시결정이 확정된 이상 재심법원은 당해사건에 대해 다시 재판을 하여야 하고, 재심법원이 국가모독죄 부분에 대한 양형을 다시 산정하기 위해서는 심판대상조항을 적용하여야 하므로, 심판대상조항은 재심본안에 적용되는 법률조항이다. 또한, 재심법원은 재심판결 당시의 법령을 적용하게 되므로(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 판결 참조), 헌법재판소가 심판대상조항에 대하여 위헌결정을 내리는 경우 재심법원은 소

1) 대법원은 형사소송법 제420조 제5호의 재심사유에서 무죄 등을 인정할 ‘증거가 새로 발견된 때’란 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거로서 이를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때는 물론이고, 형벌에 관한 법령이 당초부터 헌법에 위배되어 법원에서 위헌·무효라고 선언한 때에도 이에 해당한다고 보고 있다(대법원 2013. 4. 18.자 2010모363 결정 참조). 헌법재판소와 대법원은 긴급조치제9호에 대하여 위헌판결을 내렸고(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70 등, 대법원 2013. 4. 18. 결정 2011초기689), 당해법원은 이를 이유로 긴급조치제9호위반죄 부분에 대하여 재심사유를 인정한 것이다.



급하여 효력을 상실하는 국가모독죄 부분에 대하여 면소 판결이 아닌 무죄 판결을 내려야 하므로,<sup>2)</sup> 심판대상조항의 위헌 여부는 당해 재판의 결론에도 영향을 미치게 된다. 따라서 심판대상조항에 대하여 재판의 전제성을 인정할 수 있다. 헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 재판의 전제성이 인정되는지 여부에 대하여 명시적으로 언급하지는 않았으나, 재판의 전제성이 인정된다는 전제에서 본안에 나아가 판단하였다.

#### 4. 심판대상조항의 내용

##### 가. 의의

구 형법 제104조의2는 국가모독행위를 ① 내국인이 국외에서 행한 국가모독행위와 ② 내국인이 국내에서 외국인이나 외국단체 등을 이용하여 행한 국가모독행위로 나누어, 전자에 대하여는 제1항에서, 후자에 대하여는 제2항에서 규율하고 있다. 제1항과 제2항의 행위는 모두 7년 이하의 징역이나 금고에 처하며, 제2항의 행위에 대하여만 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

##### 나. 도입이유 및 폐지배경

국가모독죄는 형법이 1975. 3. 25. 법률 제2745호로 개정되면서 신설되었다가 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정되면서 폐지된 조항이다.

국가모독죄의 제안이유는 ‘세계화시대에 자주독립국가로서의 자각과 긍

2) 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다(대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결 등 참조). 나아가 형벌에 관한 법령이 제심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 ‘폐지’가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 형사소송법 제326조 제4호 소정의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만(대법원 1964. 4. 7. 선고 64도57 판결; 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도3532 판결 등 참조), 위와 같은 경우에는 이와 달리 면소를 할 수 없고 피고인에게 무죄의 선고를 하여야 하므로, 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결).

지를 고양하여야 함에도 불구하고 고질적인 사대정신으로 외국이나 외국단체 등에 대해서는 지나치게 비굴한 자세를 취하면서 대한민국과 헌법상의 국가기관에 대하여는 비방, 모욕하거나 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하는 등 국가모독행위로 국가의 독립과 안전을 위태롭게 할 우려가 있으므로, 이를 처벌함으로써 고질적인 사대풍조를 뿌리 뽑고, 자주독립국민으로서의 자각과 긍지를 드높여 국민윤리와 도의를 양양함과 아울러 국가의 안전과 이익, 위신을 보전하려는 것'이라고 설명되어 있다.<sup>3)4)</sup>

국가모독죄가 실제 적용된 사례에 대한 정확한 통계를 확인하기 어려우나, 국내 언론이 통제되고 있는 상황에서 외국 언론이나 외국단체·외국인과의 접촉을 억제하는 효과가 있었고, 정부에 대한 비판 등 정치적 표현을 억압하는 효과가 있었다는 지적이 있었다.<sup>5)</sup>

1988년 제13대 국회가 구성되면서 '민주발전을 위한 법률개폐특별위원회'가 발족되었고, 동 위원회는 국가모독죄가 국가발전을 위한 건전한 비판의 자유를 억제하고 자의적으로 해석 운영되어 반정부 인사를 탄압할 우려가 있다는 이유로 국가모독죄를 삭제하는 형법개정안을 제출하였다.<sup>6)</sup> 이에 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정된 형법에서는 국가모독죄가 삭제되었다.

#### 다. 보호법익 및 보호정도

국가모독죄는 국가의 안전·이익과 위신을 보호법익으로 하는 위태범이다.<sup>7)</sup> 그런데 국가모독죄는 대한민국 또는 그 국가기관을 모독함으로써 성

3) 1975. 3. 19. 법제사법위원회 심사보고서 참조.

4) 국가모독죄의 개정안 처리과정도 1975. 3. 18. 법제사법위원회에 회부되어 그 다음날인 1975. 3. 19. 수정가결되었고, 같은 날 제91회 국회(임시회) 제4차 본회의가 개의된 직후 바로 상정되어 1분만에 통과된 것으로 기록되어 있다(제91회 국회(임시회) 제4차 본회의 회의록 참조).

5) 대표집필 이회창, 보정판 주식 형법각칙(I), 1992, 한국사법행정학회, 70쪽; 남궁호경, 국가모독죄에 대한 고찰, 서울대법학(1992), 181쪽; 김태선, 표현의 자유와 국가의 명예훼손 소송 -국가가 제기한 명예훼손 소송에 대한 비판적 검토-, 연세공공거버넌스와 법 제1권 제1호, 2010. 02., 83쪽 참조.

6) 1988. 12. 13. 제144회 국회(정기회) 법제사법위원회 제11차 회의 회의록 14쪽; 1988. 12. 31. 법률 제4040호 형법 개정법률안 참조([http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill\\_id=011016](http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=011016)).

7) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도515 판결, 대법원 1986. 8. 19. 선고 86도1209판결.

립하는 범죄라는 점에서 볼 때 국가의 안전보다는 국가의 위신, 즉 국가 또는 헌법기관에 대한 해외에서의 여론·신뢰를 보호하는 데 중점이 있는 범죄라는 점에서 다른 외환의 죄와는 성질을 달리하며, 행위의 주체를 내국인에 제한하고 있다는 점에 특색이 있다.<sup>8)</sup>

## 라. 심판대상조항의 내용

### (1) 행위주체: 내국인

국가모독죄의 주체는 내국인, 즉 대한민국 국민에 한한다. 외국인이나 무국적자는 이 죄의 주체가 될 수 없다. 형법이 대한민국 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용되고(형법 제2조), 대한민국 영역 외에서 이루어진 외환의 죄에 대하여 외국인에게도 적용되도록 규정하고 있는데(형법 제5조), 국가모독죄는 위 일반적인 인적 적용범위와 달리 내국인만을 주체로 한정하고 있다. 이에 대하여 외환의 죄가 외부로부터 국가의 존립을 위태롭게 하는 범죄임에도 외국인을 처벌대상에서 제외하는 것은 외환죄의 기본적인 틀에 반한다는 지적이 있다.<sup>9)</sup>

### (2) 행위객체: 대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관

국가모독죄의 행위객체는 대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관이다. 국가모독죄가 규정되었던 당시의 헌법(1972. 12. 27. 헌법 제8호 제7차 개정헌법과 1980. 12. 27. 헌법 제9호 제8차 개정헌법)에 의하면, 헌법에 의하여 설치된 국가기관에는 대통령, 정부, 국회, 법원, 헌법위원회, 감사원, 중앙선거관리위원회 등이 있다. 헌법상 기관의 구성원인 국회의원, 감사위원 등이 포함될 것인지에 대하여는 부정적인 견해가 다수이고, 헌법에서 위임한 법령에 의하여 설치된 법령상의 기관 예컨대 당시의 내무부·법무부·시장·군수 등은 제외된다.<sup>10)</sup>

8) 이재상, 형법신강(각론II), 1989, 박영사, 241쪽; 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도515 전원합의체판결 대법관 이일규, 이회창의 반대이견 참조; 김일수, 신고 형법각론(1986), 한국사법행정학회, 602쪽-603쪽; 유기천, 전정신판 형법학(각론강의 下), 1988, 일조각, 245쪽 참조.

9) 남궁호경, 국가모독죄에 대한 고찰, 서울대법학(1992), 184쪽.

10) 김종원 등, 형법각론(1986), 한국사법행정학회, 604쪽; 이재상, 형법신강(각론II),

## (3) 장소: 제1항-외국, 제2항-국내

(가) 대한민국 영역 외에서 이루어진 국가모독행위는 구 형법 제104조의2 제1항, 대한민국 영역 내에서 이루어진 국가모독행위는 구 형법 제104조의2 제2항이 적용된다. 국내에서 국가모독행위를 할 때에는 외국인 또는 외국단체 등을 이용하여야 한다.

## (나) 국내에서 외국인 또는 외국단체 등을 이용하여(제2항)

구 형법 제104조의2 제2항의 국가모독죄가 성립하기 위해서는 내국인이 국내에서 ‘외국인 또는 외국단체 등을 이용’하여 국가모독행위를 하여야 한다. 이때 ‘이용하여’의 의미와 관련하여, 내국인이 외국인 또는 외국단체 등을 상대로 국가모독행위를 한 것 외에 외국인의 외국에서의 국가모독행위가 필요한지 여부가 문제되었는데, 국가모독죄 규정 당시 대부분의 형법 교과서에서는 심판대상조항을 형법 제34조의 간접정범에 대한 특칙규정으로 이해하여 외국인의 외국에서의 국가모독행위를 필요로 한다는 입장을 취하고 있었다.<sup>11)</sup> 그런데 대법원은 이와 달리 간접정범을 규정한 것으로 보지 않고, 내국인이 국내에서 외국인이나 외국단체 등을 상대로 국가모독행위를 하면 바로 국가모독죄의 기수에 이르는 것으로 보았다(대법원 1983. 6. 14. 선고 83도515 전원합의체판결 참조).

## (4) 국가모독행위

국가모독죄는 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 기타 방법으로 대한민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나, 해할 우려가 있게 한 때 처벌된다.

구 형법 제104조의2 제1항의 국가모독죄는 내국인이 국외에서 국가모독행위를 한 때에 기수에 이른다. 같은 조 제2항의 국가모독죄는 내국인이 국내에서 외국인이나 외국단체 등에게 국가모독행위를 한 때에 기수에 이르고, 외국인이나 외국단체 등이 외국에서 국가모독행위로 나아갈 필요는 없다고 한다(대법원 1983. 6. 14. 선고 83도515 전원합의체판결 참조). 국가모독죄에 대한 미수범 처벌규정은 없다.

1989, 박영사, 242쪽; 유기천, 전정신판 형법학(각론강의 下), 1988, 일조각, 246쪽.

11) 김종원 등, 형법각론(1986), 한국사법행정학회, 603쪽-604쪽; 이재상, 형법신강(각론II), 1989, 박영사, 242쪽; 유기천, 전정신판 형법학(각론강의 下), 1988, 일조각, 246쪽; 집필대표 김윤행, 주석 형법각칙(上), 1985, 55쪽.

## 5. 입법례

### 가. 일본

국가모독죄와 동일하거나 유사한 처벌조항은 없으며, 과거에 왕실에 대한 불경죄를 일본 구 형법과 형법에서 규정하고 있었으나, 1947년 형법개정으로 현재에는 모두 삭제되었다.

[참고] 삭제되기 전의 왕실에 대한 불경죄 규정

#### 일본 구 형법

**제116조** 천황3후황태자에 대하여 위해를 가하거나 또는 가하려고 하는 자는 사형에 처한다.

**제117조** 천황3후황태자에 대하여 불경한 행위를 한 자는 3월 이상 5년 이하의 중금고에 처하고, 20엔 이상 200엔 이하의 벌금을 부가한다.

황릉에 대하여 불경한 소위 있는 자 또한 같다.

**제118조** 황족에 대하여 위해를 가한 자는 사형에 처하고 그 위해를 가하려고 한 자는 무기도형에 처한다.

**제119조** 황족에 대하여 불경한 행위가 있는 자는 2월 이상 4년 이하의 중금고에 처하고 10엔 이상 100엔 이하의 벌금을 부가한다.

**제120조** 이 장에 기재한 죄를 범하여 경죄의 형에 처하는 자는 6월 이상 2년 이하의 감시에 불인다.

#### 일본 형법(1947년 삭제되기 전 규정)

**제73조** 천황, 태황태후, 황태후, 황후, 황태자 또는 황태손에 대하여 위해를 가하거나 또는 가하려고 하는 자는 사형에 처한다.

**제74조** ① 천황, 태황태후, 황태후, 황후, 황태자 또는 황태손에 대하여 불경한 행위를 한 자는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다.

② 신궁 또는 황릉에 대하여 불경한 행위를 한 자도 같다.

**제75조** 황족에 대하여 위해를 가한 자는 사형에 처하고, 위해를 가하려고 한 자는 무기징역에 처한다.

**제76조** 황족에 대하여 불경한 행위를 한 자는 2월 이상 4년 이하의 징역에 처한다.

## 나. 미국

국가모독행위를 처벌하는 형사처벌 조항은 발견되지 아니하고, 국가를 상대로 명예훼손 또는 모욕하는 행위를 처벌하는 조항 또한 발견되지 않는다.

미국은 민사상 손해배상소송에서도 정부나 국가는 명예훼손의 대상이 되는 사람이 아니라고 보아 명예훼손 등을 이유로 소송을 제기할 권리를 부인하여 왔고,<sup>12)</sup> 미국 연방수정헌법 제1조와 제14조의 표현의 자유 보장을 이유로 국가는 국가에 대하여 허위이거나 악의적인 발언을 한 자라 하더라도 그에 대하여 소송을 제기할 수 없다고 보고 있다.<sup>13)14)</sup>

## 다. 독일

독일은 국가 및 국가상징물에 대한 모독행위(독일 형법 제90a조)와 헌법기관에 대한 반헌법적 모독행위(독일 형법 제90b조)를 처벌하는 규정을 두고 있다. 그러나 이들 조항의 보호법익은 국가나 국가기관의 명예가 아니라 독일연방공화국이라는 자유민주적 법치국가 체제의 존립이라고 보고 있으며, 독일연방공화국의 헌법질서를 수호하는 데 그 취지가 있다고 한다.

12) State v. Time, Inc., 249 So. 2d 328, 45 A.L.R.3d 1304 (La. Ct. App. 1st Cir. 1971), writ denied, 259 La. 761, 252 So. 2d 456 (1971); Village of Grafton v. American Broadcasting Co., 70 Ohio App. 2d 205, 24 Ohio Op. 3d 259, 435 N.E.2d 1131 (9th Dist. Lorain County 1980); Johnson City v. Cowles Communications, Inc., 477 S.W.2d 750 (Tenn. 1972).

13) Johnson City v. Cowles Communications, Inc., 477 S.W.2d 750 (Tenn. 1972).

14) 45 A.L.R.3d 1315 (originally published in 1972), Right of Governmental Entity to Maintain Action for Defamation. State v. Time, Inc., 249 So. 2d 328, 45 A.L.R.3d 1304 (La. Ct. App. 1st Cir. 1971), writ denied, 259 La. 761, 252 So. 2d 456 (1971); City of Philadelphia v. Washington Post Co., 482 F. Supp. 897 (E.D. Pa. 1979); Town of Golden Meadow v. Comet-Press Newspaper, Inc., 532 So. 2d 528 (La. Ct. App. 1st Cir. 1988), writ denied, 535 So. 2d 746 (La. 1989) (municipality was constitutionally barred from bringing defamation action); Village of Grafton v. American Broadcasting Co., 70 Ohio App. 2d 205, 24 Ohio Op. 3d 259, 435 N.E.2d 1131 (9th Dist. Lorain County 1980) 등 참조.

**독일 형법 제90a조[국가 및 국가상징물 모독]**

- (1) 공연히, 집회에서 혹은 문서(제11조 제3항)의 배포를 통하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
1. 독일연방공화국 또는 그 어느 주(州), 독일연방공화국의 헌법질서를 모독하거나 악의적으로 비방한 경우 또는
  2. 독일연방공화국 또는 그 어느 주(州)의 휘장, 기, 문장 또는 찬가를 비방하는 경우
- (2) 공연히 게시된 독일연방공화국 또는 그 어느 주(州)의 기 또는 관청이 공연히 설치한 독일연방공화국 또는 그 어느 주(州)의 국장을 제거, 파괴, 손상, 사용불능 또는 식별불능케 하거나 이를 오용한 자도 제1항과 동일하게 처벌한다. 미수범은 처벌한다.
- (3) 행위자가 앞의 행위에 의하여 의도적으로 독일연방공화국의 존립 또는 헌법상의 제원칙에 반하는 계획을 실행한 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

**제90b조[헌법기관에 대한 반헌법적 모독]**

- (1) 공연히, 집회에서 혹은 문서(제11조 제3항)의 배포를 통하여 연방 또는 주(州)의 입법기관, 행정부, 헌법재판소 또는 그 직에 있는 구성원을 국가의 위신을 위협하는 방법으로 모독하고 또 이를 통해 의도적으로 독일연방공화국의 존립 또는 헌법상 제원칙에 반하는 계획을 실행한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
- (2) 앞의 행위는 관련 헌법기관 또는 구성원의 수권(授權)이 있는 경우에 한하여 소추된다.

독일의 경우 국가나 주 또는 헌법질서를 모독 내지 비방한 행위를 처벌하는 제90a조와 관련하여 존폐 논의가 있으며, 독일 헌법재판소는 합헌론을 전제로 신중한 해석·적용을 강조하는 입장이고, 학설은 어느 쪽이 다수라고 단정할 수는 없으나 폐지설이 유력설의 지위를 점하고 있다고 한다.<sup>15)</sup>

15) Paeffgen in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Kommentar zum StGB, 4. Aufl.(2013) §90a Rn. 2, Rn. 5.

## 6. 표현의 자유 침해 여부에 대한 헌법재판소의 판단 및 해설

### 가. 표현행위 규제에 대한 심사방법

심판대상조항은 대한민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있는 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 등의 행위를 처벌하므로, 결국 법률로써 국민의 표현행위를 제한하는 경우에 해당한다. 표현의 자유가 현대 민주사회에서 국민주권주의 의념의 실현에 불가결한 것이라는 점에 비추어, 헌법재판소는 심판대상조항처럼 국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우에는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건하에서만 허용된다고 하였다.

### 나. 과잉금지원칙 위배 여부에 대한 헌법재판소의 판단 및 해설

#### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성 판단 부분

심판대상조항은 제안이유에서 ‘대한민국과 헌법상의 국가기관에 대하여 비방, 모욕하거나 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하는 행위 등을 형사처벌함으로써 국가의 안전과 이익, 위신 등을 보전’하는 것을 입법목적으로 밝히고 있다.

그런데 국가모독죄의 도입과정을 보면, 1975. 3. 18. 법제사법위원회에 국가모독죄를 추가하는 형법개정안이 회부되어 그 다음날인 1975. 3. 19. 수정가결되었고, 같은 날 제91회 국회(임시회) 제4차 본회의가 개의된 직후 바로 상정되어 1분 만에 통과되었다.<sup>16)</sup> 또한, 다른 외환의 죄와 달리 내국인만을 주체로 한정하고 있고, 당시 국내 언론이 통제되고 있는 상황에서 위 조항이 국민의 건전한 비판을 억제하고 반정부 인사를 탄압하는 수단으로 악용될 소지가 있었으며, 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 형법이 개정되면서 국가모독죄가 삭제될 당시에도, ‘국가모독죄가 국가발전을 위한 건전한 비판의 자유를 억제하거나 자의적으로 해석 운영되어 반정부 인사를 탄압하는 기능을 할 우려가 있으므로, 국민의 건전한 비판을 통한 민주사회 발전에 이바지하기 위하여 국가모독죄를 삭제할 필요가 있다’는 이유로 삭제된 경위 등을 고려하면,<sup>17)</sup> 위 조항의 입법목적이 진정한 것인지 의문이

16) 제91회 국회(임시회) 제4차 본회의 회의록 참조.



든다. 헌법재판소도 이러한 이유로 심판대상조항의 입법목적에 대하여 의문을 표시하였다.

설령, 제안 이유상의 입법목적을 진정한 것으로 보고 목적의 정당성을 인정하더라도, 형사처벌을 통하여 국가의 안전이나 이익, 위신을 보전할 수 있다고 보기는 어렵다. 오히려 실질적으로 표현의 자유가 보장되지 않는 국가라는 평가를 받게 되어 대한민국의 이익이나 위신을 해하는 결과를 초래할 수도 있어, 헌법재판소는 대한민국의 안전이나 이익, 위신을 보호하기 위하여 국민의 표현행위를 금지하고 형사처벌하는 것은 입법목적 달성에 적합한 수단이 아니라고 하였다.

## (2) 침해의 최소성 판단 부분

우선, 헌법재판소는 심판대상조항이 금지되는 행위의 태양과 범위를 지나치게 불명확하고 광범위하게 규율하여 침해의 최소성원칙에 위배되었다고 하였다.

형벌조항의 규율방식은 크게 그 규율대상에 포섭되는 모든 사례를 구성요건으로 빠짐없이 열거하는 방식과, 규율대상의 공통적인 징표를 모두 포섭하는 용어를 구성요건으로 규정하는 방식 등으로 나누어 볼 수 있다. 전자는 규율대상이 명확하다는 장점이 있는 반면, 경우에 따라서는 범규범의 흠결이 발생하는 것을 막을 수 없다는 단점이 있고, 후자는 규율대상을 모두 포섭할 수 있다는 장점이 있는 반면, 법률을 해석·적용함에 있어 자의(恣意)가 개입함으로써 규율대상을 무한히 확대해 나갈 우려가 있다는 단점이 있다. 위와 같은 두 가지 규율방식의 단점을 보완하기 위하여 이른바 ‘예시적 입법’이라는 규율방식을 채택하는 경우가 있는데, 예시적 입법에서는 규율대상인 대전제를 규정함과 동시에 구성요건의 외연(外延)에 해당되는 개별사례를 예시적으로 규정하게 된다(헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508, 532-533 참조).

이러한 예시적 입법형식의 경우, 예시한 개별적인 구성요건이 그 자체로

17) 1988. 12. 13. 제144회 국회(정기회) 법제사법위원회 제11차 회의 회의록 14쪽; 1988. 12. 31. 법률 제404호 형법 개정법률안 참조([http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill\\_id=011016](http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=011016)).

일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐만 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시를 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이 되어야 한다(헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70, 판례집 14-1, 601, 608; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599, 609 참조).

그런데 심판대상조항은 “기타 방법” 앞에 “모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위 사실 유포”라는 행위태양을 예시하고 있으나, 이들 행위 사이에 공통적인 징표나 특징이 존재하지 않아 “기타 방법”이 무엇인지를 해석하기 위한 판단지침을 전혀 제공해주지 못하고 있다. 오히려 대한민국의 안전과 이익, 위신을 해하거나 해할 우려가 있다고 인정되기만 하면 대부분의 표현행위가 “기타 방법”에 포함될 수 있는 가능성이 있다.

또한, 대한민국의 “이익”이나 “위신”과 같은 개념 역시 구성요건으로서의 구체적인 표지를 가진 명확한 개념이라고 보기 어렵고, 심판대상조항은 대한민국의 “이익”이나 “위신”을 해할 우려가 있는 행위까지도 처벌대상에 포함시키고 있어, 경우에 따라서는 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부의 부정적인 언어나 예민한 정치적·사회적 이슈에 관한 비판적인 표현, 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현마저도 처벌대상에 포함될 가능성이 있었다.

민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구석구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다. 그런데 심판대상조항과 같이 대한민국이나 정부와 같은 헌법상 기관에 대하여 다소 격앙되거나 부정적이고 비판적인 표현을 사용하였다는 이유만으로 형사처벌의 대상이 될 수 있다고 한다면, 국가나 국가기관에 대한 자유로운 비판과 토론을 위축시킬 위험이 있으므로, 과도하게 표현의 자유를 제한하고 있는 것이다.

다음으로, 헌법재판소는 국가의 안전과 이익, 위신 보호를 위하여 내국인의 표현행위에 대하여 형사처벌을 하는 것은 과도하다고 판단하였다.

대한민국의 안전과 독립을 지키기 위하여 형법은 제2편 제2장 외환의 죄에서 외환유치죄(제92조), 여적죄(제93조), 모병이적죄(제94조), 시설제공이적죄(제95조), 시설파괴이적죄(제96조), 물건제공이적죄(제97조), 간첩죄(제98조), 일반이적죄(제99조) 등의 처벌규정을 두고 있고, 국가보안법이나

군사기밀보호법에서도 상세한 규정이 있으며, 이들 대부분의 규정들은 국가모독죄 보다 중한 형으로 규정되어 있어, 대한민국의 “안전”을 위하여 심판대상조항을 별도로 둘 필요가 없다는 점을 근거로 하였다.

대한민국의 “이익”을 보전하기 위하여 형사처벌하는 것 또한 과도하다고 판단하였는바, 대한민국의 “이익”이라는 개념은 추상적이고 불명확한 개념일 뿐만 아니라, 민주국가에서는 토론과 타협이라는 민주적 절차를 통하여 조정 또는 수렴되는 것이지, 형사처벌을 통하여 일방적으로 강제될 수 있는 성질의 것이 아니라고 하였다.

대한민국의 “위신”을 보호하기 위하여 형사처벌을 하는 부분에 대해서도 헌법재판소는 국가는 그 사회 공동체를 이루는 국민들을 대표하는 조직이므로, 국민들은 자유로이 국가에 대하여 비판할 수 있어야 하고, 이러한 과정을 통하여 형성된 국가에 대한 평가는 사회 공동체의 사회 공동체 스스로에 대한 평가라 할 수 있다고 보아, 국민과 분리된 국가를 전제로 국민들의 비판이나 부정적인 표현을 형사처벌하는 것은 민주주의 정신과 표현의 자유를 보장하는 취지에도 반한다고 판시하였다.

물론, 국가가 일정한 정책이나 업무를 수행하거나 대외적인 관계를 형성해나가면서 국가의 “안전”과 “이익”, “위신”을 보호할 필요는 있으나, 이는 국가 스스로 자신이 보유하고 있는 방대한 정보를 활용하여 허위사실의 유포나 악의적인 왜곡 등에 대응할 수 있으므로, 심판대상조항에서 형사처벌을 하는 것은 침해의 최소성 원칙에 어긋난다고 하였다.

### (3) 법익균형성 판단 부분

국가의 안전과 독립을 위협하는 행위에 대하여는 이미 형법이나 국가보안법, 군사기밀보호법 등의 법률에서 형사처벌을 할 수 있는 규정들을 두고 있으며, 이러한 행위에 해당하지 않는 표현들 중에 과연 국가의 안전과 독립에 직접적으로 해를 끼칠 수 있는 행위가 존재하는지 의문이고, 설령 그러한 행위가 존재한다고 하더라도 다른 외환의 죄와 달리 명시적으로 외국인을 배제하고 내국인의 표현행위만을 규제하려는 심판대상조항이 과연 국가의 안전보장과 독립수호에 얼마나 기여하는지도 의문이다. 또한, 민주국가에서 국가의 이익은 국민들의 자유로운 토론과 합의와 같은 민주적

인 절차와 방법을 통하여 결정되어야 하는 것인데, 이를 형사처벌을 통하여 확실히 강제한다는 것은 자칫 정부나 집권 여당의 일방적인 입장을 강요하는 수단으로 악용될 위험을 초래할 수 있고, 그러한 상황이 과연 진정한 의미에서 국가의 이익에 기여한다고 볼 수 있는지도 의문이다. 그뿐만 아니라 국민들의 국가에 대한 자유로운 비판과 토론을 보장하는 국가가 그렇지 않은 국가에 비하여 국제사회에서 보다 높은 평가를 받는다는 점을 고려하면, 국가에 대한 표현을 규제하려는 심판대상조항이 대한민국의 위신 보호에 얼마나 기여하고 있는지도 의문이다.

따라서 헌법재판소는 심판대상조항이 표현의 자유에 대한 심대한 위축 효과를 야기하는 것에 비하여, 국가의 안전, 이익, 위신이라는 공익에 대한 기여 효과는 불확실하고 불분명하다고 보아 법익의 균형성 원칙에도 위배된다고 판단하였다.

## 7. 결정의 의의

헌법재판소는 이 사건 결정을 통하여 민주국가에서 진정한 대한민국의 이익과 위신의 보호는 형사처벌과 같은 강제수단을 통한 확인적인 판단의 강요가 아닌 국민들의 적극적인 비판과 토론 및 참여를 통하여 이루어지는 것임을 분명히 밝혔다. 대한민국의 이익과 위신과 같은 불명확한 개념을 사용하여 국민들의 국가 및 국가기관에 대한 표현을 규제하는 것은 자칫 국가 및 국가기관에 대한 자유로운 비판과 토론을 위축시킬 우려가 있고, 이는 표현의 자유를 보장하는 헌법의 취지와 민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 헌법재판소는 국가모독행위를 형사처벌하는 심판대상조항을 위헌으로 선언함으로써 민주주의 사회에서 가장 중요하고도 기본적인 자유인 국민들의 국가 및 국가기관에 대한 표현의 자유가 위축되지 않고, 본연의 기능을 회복할 수 있도록 하였다.

## 습지보전법 제20조의2 제1항 위헌소원

- 습지보호지역 등에서의 광업권 매수 사건 -  
(헌재 2015. 10. 21. 2014헌바170, 판례집 27-2하, 44)

유 경 민\*

### 【판시사항】

1. 제1심인 당해사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 청구인들이 당해사건의 항소심에서 항소를 취하한 경우 재판의 전제성이 인정되는지 여부(적극)

2. 습지보호지역 등에서 광업권소유한 사람이 환경부장관이나 해양수산부장관에게 광업권을 매도하려는 경우 임의로 매수할 수 있도록 한 구 습지보전법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2014. 3. 24. 법률 제12525호로 개정되기 전의 것) 제20조의2 제1항 중 ‘광업권’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 광업권자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은, 구 습지보전법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2014. 3. 24. 법률 제12525호로 개정되기 전의 것) 제20조의2 제1항 가운데 ‘광업권’에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 습지보전법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2014. 3. 24. 법률 제12525호로 개정되기 전의 것)

제20조의2(토지등의 매수) ① 환경부장관 또는 해양수산부장관은 습지보호지역 등의 생태계를 보전하기 위하여 필요한 지역 등에서의 토지·건축물 그 밖의 물건 및 광업권·어업권 등의 권리(이하 “토지등”이라 한다)의 소유자가 토지등을 매도하고자 하는 경우에는 이를 매수할 수 있다.

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 인천 용진군 ○○면 ○○리 갯벌 일대 68.4km<sup>2</sup>에 속해 있는 광구의 광업권자들인데, 위 광구가 포함된 갯벌 일대가 2003. 12. 31. 구 습지보전법 제8조 제1항에 따라 습지보호지역으로 지정·고시되었다.

청구인들은 2013. 2. 1. 인천광역시 용진군수에게 습지보전법 제20조의2 제1항에 근거하여 청구인들의 광업권을 매수해 줄 것을 청구하였으나, 용진군수는 '이 사건 광구가 위치한 지역은 습지보전법 제13조 제1항 제4호에 따라 광물 채굴이 제한되어 있어 해당 습지보호지역 보전을 위한 조치가 이미 확보되어 있고, 습지보호지역 지정 이전에도 광물 채굴실적이 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때 국가가 광업권을 매수하는 것은 곤란하다'는 이유로 청구인들의 매수청구를 거부하였다.

청구인들은 2013. 9. 30. 위 매수청구 거부처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나(인천지방법원 2013구합3201) 기각되자, 이에 대하여 항소를 제기하였는데(서울고등법원 2014누54310), 항소심 계속 중이던 2015. 3. 9. 청구인들의 항소 취하로 소송이 종결되었다.

한편 청구인들은 위 제1심 소송 계속 중, 광업권 매수청구 거부처분의 근거가 된 습지보전법 제20조의2 제1항 등에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 위 법률조항에 대한 신청이 기각되자(인천지방법원 2013아433), 2014. 3. 18. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

습지보호지역으로 지정되면 습지보전법 제13조 제1항 제4호에 의하여 광물의 채굴이 금지되는데, 이러한 제한은 청구인들이 사회적으로 수인하여야 할 한도를 넘는 특별한 희생이다. 그럼에도 심판대상조항이 관할 행정청에 광업권 매수 여부에 관한 재량권을 부여하고 있는 것은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해한다.

## 【결정요지】

1. 제1심인 당해사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 청구인들이 당해사건의 항소심에서 항소를 취하하여 원고 패소의 원심판결이 확정된 경우, 당해사건에 적용되는 법률이 위헌으로 결정되면 확정된 원심판결에 대하여 재심청구를 함으로써 원심판결의 주문이 달라질 수 있으므로 재판의 전제성이 인정된다.

2. 공익적 목적으로 설정된 특정 지역 내에서 일정한 행위를 제한하는 조항(이하 ‘행위제한조항’이라 한다)이 재산권을 침해하는지가 문제되는 경우 비례원칙이 심사기준이 되지만, 행위제한에 대한 보상으로서 토지 등의 매수를 규정한 조항(이하 ‘매수조항’이라 한다)만이 심판대상이 되어 그 위헌성을 다투는 이 사건의 경우에는 ‘행위제한조항이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 초래하고 있는가’, ‘만약 그렇다면 매수조항을 비롯한 보상규정이 이러한 과도한 부담을 완화하여 재산권의 사회적 제약을 합헌적으로 조정하고 있는가’라는 두 단계의 심사를 거치는 것이 타당하다.

습지보호지역으로 지정되면 그 지역 내에서는 광물의 채굴이 금지되는데, 이로써 광업권자는 때에 따라 사회적 수인한도를 넘는 가혹한 부담을 받을 수도 있다. 그러나 미채굴 광물에 대하여 갖는 권리가 일반 재산권만큼 보호가치가 확고한 것은 아니고, 광물 채굴 절차의 진행 정도에 따라 광업권의 재산적 가치가 낮거나 거의 없을 수 있어, 광물의 채굴 금지로 인하여 광업권자에게 항상 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담이 부과된다고 볼 수는 없다.

심판대상조항이 행정청에 재량을 부여하면서 매수 요건에 관하여 ‘습지보호지역등의 생태계를 보전하기 위하여 필요한 지역 등에서’라고만 규정하여 그 요건에 대하여 구체적으로 정하지 않고 있더라도, 과도한 재산권의 부담을 완화·조정하는 역할을 하는 매수조항의 경우 반드시 법률로써 구체적인 보상의 요건을 규정하여야 하는 것은 아니고 법률에 보상의 근거를 두고 있으면 족한 점, 실제로 매수청구제도를 운용함에 있어서 행정기관은 광업권의 재산권 제한의 정도가 비교적 높을 수 있다는 점을 충분히 고려하여 매수 여부를 결정하여야 하고 법원도 이 점을 참작하여 재산권을

충분히 보장하는 방향으로 사법심사를 하여야 하는 점, 입법자가 관련조항에서 광업권의 분할매수제도를 통하여 광업권자의 부담을 특별히 배려하고 있는 점 등에 비추어, 심판대상조항은 광물의 채굴 금지에 따른 광업권의 부담을 합헌적인 범위 내에서 완화·조정하고 있다고 할 것이므로 광업권자의 재산권을 침해하지 않는다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 우선 심판대상 단계에서, 심판대상을 습지보호지역에서 광물의 채취를 제한하는 이른바 ‘행위제한조항’(구 습지보전법 제13조 제1항 제4호)으로 확장할 것인지 아니면 행위제한에 대한 보상으로서 광업권의 매수를 규정한 이른바 ‘매수조항’(심판대상조항)으로 한정할 것인지가 문제된다.

다음으로 적법요건 단계에서, 제1심인 당해사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 청구인들이 당해사건의 항소심에서 항소를 취하한 경우 재판의 전제성을 인정할 수 있는지가 문제된다.

마지막으로 본안 판단에 있어서는, 매수조항에 대한 재산권 침해 여부 심사구조가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다.

이 사건에서 심판대상의 확장 여부는 본안 판단과 밀접한 연관이 있으므로, 우선 항소 취하와 재판의 전제성 여부부터 간략히 살펴본 다음, 심판대상과 본안에 관한 판단을 검토하기로 한다.

### 2. 항소취하와 재판의 전제성

당해사건의 제1심 법원은 2014. 2. 6. 청구인들의 청구를 기각하는 판결을 선고하면서 청구인들의 위헌법률심판제청신청을 배척하였다. 이에 청구인은 2014. 2. 25. 당해사건에 대하여 항소하였다가(서울고등법원 2014누54310), 2014. 3. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구한 다음 2015. 3. 9. 당해사건의 항소심에서 항소를 취하하였다. 이와 같이 제1심인 당해사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 청구인들이 당해사건의



항소심에서 항소를 취하한 경우 재판의 전제성이 인정되는지 문제된다.

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 일치된 의견으로 재판의 전제성이 인정된다고 판단하였다.

『청구인들은 제1심인 당해사건에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하였는데, 당해사건의 항소심에서 항소를 취하하여 원고 패소의 원심판결이 확정되었다. 이 경우에도 당해사건에 적용되는 법률이 위헌으로 결정되면 확정된 원심판결에 대하여 재심청구가 가능하므로(헌법재판소법 제75조 제7항) 원심판결의 주문이 달라질 수 있다. 따라서 청구인들이 당해사건의 항소심에서 항소를 취하하였다고 하더라도 이 사건에서 재판의 전제성이 인정된다.』

① 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 경우 제청신청 시에 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 하는데, 이 사건의 경우 항소가 취하되더라도 제1심의 소송절차는 그대로 효력이 인정되므로 제청신청 시 당해사건이 법원에 계속 중이라는 요건이 충족된다. ② 당해사건에서 항소를 취하하는 경우 항소는 소급적으로 효력을 잃고 원고 패소의 원심판결이 확정되는데, 원심에 적용되는 법률이 위헌으로 결정되면 확정된 원심판결에 대하여 재심청구가 가능하므로(헌법재판소법 제75조 제7항) 원심판결의 주문이 달라질 수 있다. 즉, 소취하, 화해, 조정의 경우 법률의 위헌여부에 따라 판결의 주문이 달라지지 않는 것과는 구별할 필요가 있다. ③ 제1심 절차에서 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원을 제기하고 항소를 제기하지 않아 그대로 패소 확정된 경우에는 당연히 재판의 전제성이 인정되는데(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 249 참조), 항소 취하의 경우에 이와 달리 취급하여 재판의 전제성을 부정하는 것은 형평에 맞지 않는다.

따라서 헌법재판소는 당해사건의 제1심 절차에서 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하고 항소를 취하한 이 사건의 경우 재판의 전제성이 인정된다고 본 것이다.

### 3. 심판대상의 확장 여부

#### 가. 문제점

공익적 목적으로 특정한 지역이나 구역을 설정하고 그 지역 내의 토지소유자 등으로 하여금 일정한 행위를 하지 못하도록 하는 법제에서 종래 헌법적으로 주로 문제가 되었던 것은, 행위제한조항만 있고 이에 대한 보상규정이 없는 경우 재산권 침해에 해당하는지 여부였다. 헌법재판소는 원칙적으로 행위제한조항은 재산권의 내용과 한계를 형성하는 규정으로서 수범자는 이를 수인하여야 하지만, 사회적 기속성을 넘는 제약이 부과된 경우 이를 완화하는 보상규정이 없다면 비례의 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것이라고 판단하였다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 947-948; 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 406-408 참조). 헌법재판소의 위 결정 이후 입법자는 행위제한조항이 있는 다수의 법률에 보상규정을 새로이 도입하였고, 특히 보상규정의 일종으로서 토지 등의 매수를 규정한 매수조항이 다수 신설되었다. 이 사건은 보상규정이 없었던 기존의 선례들과 달리 매수조항이 존재하고 있지만, 매수조항이 행위제한조항의 과도한 제약을 충분히 완화하고 있는지가 문제되는 사안이다.

그런데 매수조항은 그 자체로 재산권을 제한하는 규정이 아니고 단지 행위제한조항에 의한 재산권의 과도한 부담을 완화·조정하는 역할을 하는 것이므로, 매수조항만을 분리해서 검토하는 것이 가능한 것인지, 그렇지 않다면 심판대상을 행위제한조항까지 포함하는 것으로 확장하여야 할 것인지가 문제된다. 이는 단순히 심판대상의 문제에 그치는 것이 아니라 기본권 침해의 심사기준과도 밀접하게 관련되어 있다. 행위제한조항을 심판대상에 포함하면 과잉금지원칙에 의한 심사가 가능한 데 반해, 매수조항만을 심판대상으로 보게 되면 과잉금지원칙에 의한 심사가 어려워질 수 있기 때문이다.

#### 나. 헌법재판소 선례

재산권의 사회적 제약을 넘는 과도한 제한을 하면서 보상규정을 두지 않은 것이 위헌인지 여부가 문제된 사안에서, 헌법재판소는 개발제한구역 지정조항과 행위제한조항(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927,

931 참조) 또는 행위제한조항(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 386-387 참조)을 심판대상으로 보고 심사하였고, 이후의 결정례들도 대체로 행위제한조항을 심판대상으로 하여 위헌 여부를 판단하고 있다.

한편 보상규정으로서 매수청구권을 보장한 매수조항을 심판대상으로 삼아 재산권 침해여부를 판단한 사례가 있으나(헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등, 판례집 17-2, 98, 125-126 참조), 이 결정은 매수조항의 내용이 불완전·불충분한지가 문제된 것이 아니라, 행위제한조항의 일부에 대해서만 매수조항을 두고 나머지 행위제한조항에 대해서는 ‘매수조항을 두지 않은 것’이 재산권을 침해하는지가 문제된 것이다.

따라서 매수조항의 불완전·불충분성에 대하여만 심판을 청구한 이 사건의 직접적인 선행은 존재하지 않는 것으로 보인다.

## 다. 판단

이에 관해서는 아래와 같은 견해대립이 가능하다.

### (1) 적극설

광업권자인 청구인들의 재산권을 직접적으로 제한하는 규정은 구 습지보전법 제13조 제1항 제4호(1999. 2. 8. 법률 제5866호로 제정되고, 2007. 1. 26. 법률 제8291호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 행위제한조항’이라 한다)이고, 구 습지보전법 제20조의2 제1항(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2014. 3. 24. 법률 제12525호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 매수조항’이라 한다)은 재산권의 사회적 제약을 넘는 제한을 합헌적으로 조정하는 보상규정의 성격을 가질 뿐이다.

이 사건 매수조항과 같은 조정적 보상규정은 재산권의 내용 형성에 필수적인 요소가 아니라, 입법자가 재산권을 형성함에 있어 위헌성이 있는 경우 이를 조정하기 위한 규정에 불과한데, 매수조항에 대한 독자적인 심사를 허용할 경우 입법자로 하여금 재산권의 내용을 충분히 보장하도록 하여 존속보장을 도모하려는 분리이론의 취지가 형해화될 우려가 있다.

따라서 이 사건 행위제한조항과 이 사건 매수조항은 서로 일체가 되어 재산권의 내용과 한계를 형성하는 규정이라고 보고, 이 사건 행위제한조항

이 재산권의 사회적 기속을 넘는 부담을 지우고 있는데도 불구하고 이 사건 매수조항이 손실보상을 불완전·불충분하게 규정하고 있는 경우, 양 조항은 불가분으로 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 판단함이 타당하다. 재산권 침해 여부를 심사하기 위해서는 반드시 행위제한의 내용과 정도를 살펴볼 수밖에 없으므로 개별적으로 이 사건 매수조항만의 위헌성을 심사하는 것은 의미가 없고, 매수조항은 행위제한조항에 대한 법익의 균형성 판단에서 하나의 판단요소로서 기능할 뿐이므로 독자적인 위헌성 심사가 가능하지도 않다.

## (2) 소극설

입법자가 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어 사회적 기속을 넘는 가혹한 부담을 부과하는 경우에는 이 사건 매수조항과 같은 조정적 보상을 규정하는 것이 불가피하다. 그런데 입법자가 입법을 통하여 조정적 보상의 요건과 범위에 대한 판단을 내리고 있는 이상, 당연히 그 내용에 대해서도 헌법재판소의 독자적인 심사와 통제가 이루어질 필요가 있다.

행위제한조항이 사회적 제약의 한계를 넘는 경우에 매수조항이 함께 규정되어 있어야 한다고 하더라도, 매수조항만을 분리하여 심판대상으로 삼아서 위헌여부를 판단하는 것이 충분히 가능하다. 물론 매수조항의 위헌심사 과정에서 제한적으로 행위제한조항의 내용이 검토될 필요가 있지만, 반드시 행위제한조항을 심판대상에 포함시켜야만 매수조항의 위헌성을 판단할 수 있는 것은 아니다. 매수조항만을 심판대상으로 하는 경우 위헌심사기준에 있어서 곧바로 과잉금지원칙을 적용하는 것은 어려울 수 있으나, 이 사건 행위제한조항에 의하여 재산권의 사회적 제약을 넘는 제한이 부과되고 있는지, 이 사건 매수조항에 의하여 재산권의 제한이 합헌적으로 조정되고 있는지를 검토하는 방법으로 충분히 재산권 침해 여부를 심사할 수 있다(자세한 심사방법은 재산권 침해 여부에서 후술함).

한편 이 사건 행위제한조항은 옹진군수의 거부처분에 직접적으로 적용된 법률조항이 아닐 뿐 아니라 그 위헌 여부에 따라 당해법원이 다른 판단을 하게 되는 법률조항에 해당하지도 않는다. 따라서 이 사건 행위제한조항은 어차피 재판의 전제성이 인정되지 않으므로 심판대상을 확장할 실익

이 없다.<sup>1)</sup> 당해 법원이 습지보호지역 지정조항과 행위제한조항에 대한 위헌제청신청을 각하한 취지도 존중할 필요가 있다.

### (3) 검토

헌법재판소는 심판대상의 확장 여부에 대하여 명시적으로 판단하지는 않았으나, 청구인이 청구한 바와 같이 심판대상을 이 사건 매수조항으로 한정하여 소극결과 결론을 같이 하였다. 이는 청구인의 주장이 습지보호지역지정이나 광물의 채굴 금지 자체를 다투는 것이라기보다는 매수조항을 재량행위형식으로 규정한 것을 다투고 있는 것이어서 매수조항의 적정성에 대한 별도의 판단이 필요하다는 점, 습지보호지역 지정조항과 행위제한조항은 매수거부처분취소를 다투는 당해사건에서 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.

## 4. 본안에 관한 판단

### 가. 습지보전법상 매수청구권의 성격

#### (1) 공법상 매수청구권의 성격

공법상 매수청구권의 성격에서 주로 논의되는 것은 기속규정인지 재량규정인지 여부와 손실보상에 갈음하는 규정인지 정책적 성격이 포함된 규정인지 여부이다. 공법상 매수청구제도는 공익적 목적으로 토지이용권을 규제하는 법제에 다수 도입되어 있는데, 개별 법률마다 그 목적과 요건이 상이하고 매수청구의 효과에서도 차이가 있어 일률적으로 그 성격을 말하기는 어려우나, 아래와 같이 유형화를 해볼 수 있다.

우선 기속행위 여부와 관련하여서는 ① 구체적 기준에 해당하는 경우 반드시 매수하여야 한다고 규정하여 기속행위로 볼 수 있는 경우(개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제17조 제2항, 도로법 제41조 제4항, 자연공원법 제77조 제2항), ② 예산의 범위 내에서 매수하여야 한다고 규

1) 참고로 이 사건 습지보호지역 지정조항에 재판의 전제성이 인정되려면 당해 소송은 해양수산부장관의 습지보호지역지정고시취소소송이 되어야 하고, 이 사건 행위제한조항에 재판의 전제성이 인정되려면 당해 소송은 습지보전법 제14조의 준지명령이나 원상회복명령에 대한 취소소송 또는 행위제한조항 위반에 따른 형사소송이 되어야 할 것이다.

정하여 예산의 제약 내에서 기속성을 부여하고 있는 경우(군사기지 및 군사시설 보호법 제17조 제2항, 백두대간 보호에 관한 법률 제10조의2 제2항), ③ 매수 여부를 재량으로 결정할 수 있으나 매수를 거절하는 경우 별도로 재산권의 사회적 제약을 완화시켜 주는 규정이 있는 경우(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제47조 제1항, 제7항), ④ 매수여부를 재량으로 결정할 수 있도록 한 경우(금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률 제8조)가 있다.<sup>2)</sup> 대체로 ①에서 ④로 갈수록 행정청의 재량의 폭이 넓어진다 고 볼 수 있는데, 이는 해당 매수청구권의 손실보상적 성격, 즉 토지 등의 현저한 효용 감소를 요건으로 하는 손실보상에 갈음하는 제도인지 아니면

2) 그 구체적인 법률규정(현행법 기준)의 내용은 다음과 같다.

**개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제17조(토지매수의 청구)** ② 국토교통부장관은 제1항에 따라 매수청구를 받은 토지가 제3항에 따른 기준에 해당되면 그 토지를 매수하여야 한다.

**도로법 제41조(접도구역에 있는 토지의 매수청구)** ④ 도로관리청은 제1항에 따라 매수청구를 받은 경우 해당 토지가 효용의 감소 등 대통령령으로 정한 기준에 해당되면 이를 매수하여야 한다.

**자연공원법 제77조(토지매수의 청구)** ② 공원관리청은 제1항에 따라 매수를 청구받은 토지가 제3항에 따른 기준에 해당될 때에는 이를 매수하여야 한다.

**군사기지 및 군사시설 보호법 제17조(토지의 매수청구 등)** ② 국방부장관은 제1항에 따라 매수청구를 받은 토지가 제3항에 따른 기준에 해당되는 때에는 예산의 범위 내에서 매수하여야 한다.

**백두대간 보호에 관한 법률 제10조의2(토지등의 매수청구)** ② 산림청장은 제1항에 따른 토지등의 매수청구를 받았을 때에는 예산의 범위에서 그 토지등을 매수하여야 한다.

**국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제47조(도시·군계획시설 부지의 매수 청구)** ⑦ 제1항에 따라 매수 청구를 한 토지의 소유자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제56조에 따른 허가를 받아 대통령령으로 정하는 건축물 또는 공작물을 설치할 수 있다. 이 경우 제58조와 제64조는 적용하지 아니한다.

1. 제6항에 따라 매수하지 아니하기로 결정한 경우
2. 제6항에 따라 매수 결정을 알린 날부터 2년이 지날 때까지 해당 토지를 매수하지 아니하는 경우

**금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률 제8조(토지등의 매수)** ① 금강수계 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역의 토지 또는 그 토지에 정착된 시설(이하 “토지등”이라 한다)의 소유자가 국가에 그 토지등을 매도하려고 하면 국가는 제31조에 따른 금강수계관리기금(이하 “기금”이라 한다)으로 이를 매수하여 수변생태벨트를 조성하는 등 금강수계의 수질 개선을 위하여 활용할 수 있다.

1. 상수원보호구역
2. 수변구역
3. 상수원 수질보전을 위하여 필요한 지역으로서 환경부령으로 정하는 지역

공익적 목적을 추구하기 위한 정책적 제도인지와도 관련이 있다.

매수청구권의 손실보상적 성격과 관련하여서는 ① 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 경우 또는 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능하게 된 경우와 같이 특별한 희생을 요건으로 매수청구권을 인정하는 법제는 손실보상에 갈음하는 성격으로 볼 수 있고, ② 토지의 이용제한이 특별한 희생에 해당할 것을 요건으로 하지 않고 단순히 정책적 배려에 의하여 매수청구권을 인정하는 법제는 손실보상적 성격이 없거나 약화된다고 할 것이다.

## (2) 판단

헌법재판소는 다음과 같이 심판대상조항이 규정하는 토지등의 매수의 성격을 판단하였다.

『이 사건 매수조항은 환경부장관 또는 해양수산부장관이 습지보호지역 등의 생태계를 보전하기 위하여 필요한 지역 등에서 토지등을 매수할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 매수요건으로서 ‘토지등을 종래의 용도대로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 경우 또는 토지등의 사용 및 수익이 사실상 불가능하게 된 경우’와 같은 요건을 두고 있지 않다. 또한, 이 사건 매수조항은 법문상 “행정청이 매수할 수 있다”고만 규정되어 있고, 습지보전법 시행령 제17조의2 또한 환경부장관이나 해양수산부장관으로 하여금 토지등의 매수청구를 받은 때 당해 연도 예산의 범위 안에서 매수 여부를 결정하도록 하고 있어 토지등의 매수 여부가 행정청의 재량인 것처럼 규정하고 있다. 이러한 점을 종합하면, 이 사건 매수조항은 손실보상에 갈음하는 제도라기보다는 생태계 보전 등의 정책적 성격이 강한 제도를 규정한 것으로 이해할 수 있다. 그러나 습지보전법 제13조 제1항의 행위제한을 받는 사람에게 이 사건 매수조항에 의하여 매수결정이 이루어져 보상금이 지급되면 결과적으로 손실보상의 성격 또한 가지게 된다는 점을 부인하기는 어렵다.

결론적으로, 습지보전법이 규정하는 토지등의 매수는 원칙적으로 습지의 효과적인 보전을 위한 정책적 성격을 지닌 것이지만, 토지등의 효용이 감소됨으로써 발생한 손실을 보상해 주는 성격도 가지는 것으로 볼 것이다.』

## 나. 재산권 침해 여부

### (1) 심사방법

#### (가) 판단

헌법재판소는 우선 이 사건이 헌법 제23조 제3항의 문제가 아니라 제23조 제1항 및 제2항이 적용되는 문제라는 점을 밝힌 후, 비례원칙이 심사기준이 되는 행위제한조항과는 달리 매수조항만을 심판대상으로 하여 그 위헌성을 다투는 이 사건의 경우에는 ‘행위제한조항이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 초래하고 있는가’, ‘만약 그렇다면 매수조항을 비롯한 보상규정이 이러한 과도한 부담을 완화하여 재산권의 사회적 제약을 합헌적으로 조정하고 있는가’라는 두 단계의 심사를 거치는 것이 타당하다고 판시하였다.

『습지보전법 제13조 제1항 제4호(이하 ‘이 사건 행위제한조항’이라 한다)는 습지의 보호와 국제협약의 이행 등을 위하여 습지보호지역 내에서 광물의 채굴 행위를 제한하고 있다. 이 사건 행위제한조항은 입법자가 광업권이라는 재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는, 재산권의 내용과 한계에 관한 규정이면서 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이고(헌법 제23조 제1항 및 제2항), 이미 형성된 구체적인 재산권을 공익을 위하여 개별적·구체적으로 박탈하거나 제한하는 것이 아니므로 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항의 수용·사용 또는 제한을 규정한 것이라고 할 수는 없다.

심판대상조항을 손실보상적 성격의 측면에서 보면, 이 사건 행위제한조항으로 인한 광업권의 제한이 사회적 수인한도를 넘는 경우에 광업권자로부터 이를 매수하여 광업권의 제한을 합헌적으로 완화·조정하는 규정이 된다.……

헌법재판소는 종래 토지재산권 침해 여부를 심사함에 있어, 토지재산권의 강한 사회적 내지 공공성을 고려하더라도 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 한다고 하면서, 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 반하여 과잉된 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사



회적 제약의 한계를 넘는 것이라고 하였다(헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등). 특히 구체적으로는 법익의 균형성 부분에서 행위제한조항의 부담을 완화하는 매수조항 등 보상규정이 존재하는지를 검토하여 위헌 여부를 판단하여 왔다(예컨대, 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18).

이 사건은 공익적 목적으로 설정된 특정 지역 내에서 일정한 행위를 제한하는 조항(행위제한조항)이 심판대상이 된 선례와 다르게, 보상규정의 일종으로서 토지 등의 매수를 규정한 조항(매수조항)만이 심판대상이 된다. 비례원칙이 심사기준이 되는 행위제한조항과는 달리 매수조항만을 심판대상으로 하여 그 위헌성을 다투는 이 사건의 경우에는 ‘행위제한조항이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 초래하고 있는가’, ‘만약 그렇다면 매수조항을 비롯한 보상규정이 이러한 과도한 부담을 완화하여 재산권의 사회적 제약을 합헌적으로 조정하고 있는가’라는 두 단계의 심사를 거치는 것이 타당하다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상의 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 기속성(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 하는데(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등 참조), 재산권의 내용 형성 과정에서 수인한도를 넘는 사회적 제약이 부과되고 있는 것이 확인된 상황에서는, 위와 같은 제약이 조정적 보상규정에 의하여 비례성을 회복하여 재산권이 보장되고 있는지를 검토할 필요가 있기 때문이다.』

#### (나) 해설

행위제한조항이 심판대상이 된 선례와 달리, 매수조항만이 심판대상이 되는 이 사건과 같은 경우에는 재산권 침해 여부를 심사함에 있어 곧바로 엄격한 과잉금지원칙 또는 비례원칙을 사용하기에 적절치 않은 측면이 있다. 매수조항은 기본권을 제한하기 위한 것이 아니라 단지 재산권의 과도한 사회적 제약을 완화하기 위한 규정일 뿐이므로, 매수조항에 곧바로 과잉금지원칙을 적용하면 법익의 균형성은 물론이고 입법목적의 정당성부터 검토하기 어려운 결과가 되기 때문이다.<sup>3)</sup> 한편 매수조항을 심판대상으로 삼으면서도 행위제한조항을 대상으로 과잉금지원칙 준수 여부를 심사하는

방법도 고려해 볼 수 있으나, 만약 행위제한조항이 입법목적의 정당성이나 방법의 적정성이 인정되지 않아 위헌으로 판단되는 경우라면 이러한 행위 제한조항의 위헌성은 법익의 균형성 단계에만 관여하게 되는 매수조항의 위헌성과 무관한 것이 되어 더는 매수조항에 대한 심사를 진행하기 어려운 문제가 발생할 수 있다. 예컨대 목적이 부당하고 수단이 부적절한 행위제한조항이 있다고 할 때 매수조항이 이를 합헌적으로 조정할 수는 없으므로 매수조항의 위헌성 판단은 유보될 수밖에 없기 때문이다.

결국 매수조항만을 심판대상으로 하여 그 위헌성을 다투는 이 사건의 경우 ‘행위제한조항이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 초래하고 있는가’, ‘만약 그렇다면 매수조항을 비롯한 보상규정이 이러한 과도한 부담을 완화하여 재산권의 사회적 제약을 합헌적으로 조정하고 있는가’라는 두 단계의 심사를 거치는 것이 타당하다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상의 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 기속성(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 하는데(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944-945 참조), 재산권의 내용 형성 과정에서 수인한도를 넘는 사회적 제약이 부과되고 있는 것이 확인된 상황에서는, 위와 같은 제약이 조정적 보상규정에 의하여 비례성을 회복하여 재산권의 최소한의 내용이 보장되고 있는지를 검토할 필요가 있기 때문이다.

우선 이 사건 행위제한조항이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 부과하고 있는지 검토할 필요가 있다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 행위제한조항은 심판대상에 포함되지 않으므로 행위제한조항 자체의 목적의 정당성과 수단의 적합성까지 엄밀히 심사하여야 하는 것은 아니고 일종의 완화된 비례원칙을 적용하여, 제한되는 행위의 내용과 성질, 제한되는 재산권의 종래의 용도, 제한 이후의 사용 가능성, 재산권의 사회적 연관성 등을 고려하여 재산권의 사회적 제약을 넘는지를 판단하면 족할 것이다.

3) 기본권을 제한하는 규정의 입법목적의 정당성은 결국 추구하는 공익, 즉 기본권을 제한하는 이유를 확인하는 것인데, 이 사건 매수조항의 입법목적은 재산권을 제한함으로써 달성하고자 하는 공익이 무엇인지를 설명하지 못한다.

행위제한조항이 사회적으로 수인하여야 할 범위 내에서 재산권의 내용과 한계를 정하고 있다면,<sup>4)</sup> 이 사건 매수조항은 손실보상과 무관한 정책적 배려에 기한 제도를 규정한 것으로 볼 수 있고, 심판대상조항에 대한 재산권 침해 여부는 검토할 필요조차 없게 된다.

만약 이 사건 행위제한조항이 재산권의 사회적 제약을 넘는 과도한 제한을 초래하는 경우라면, 비로소 이 사건 매수조항은 손실보상에 갈음하는 성격을 가지게 되므로 이 사건 매수조항에 의하여 행위제한조항이 합헌적으로 조정되는지를 검토할 필요가 있다. 그리고 이를 심사함에 있어서는 조정적 보상이 법률에 근거를 두고 있는지, 행위제한조항의 사회적 기속성을 유지하기 위한 다른 조치들이 있는지, 재산권 보장을 실현함에 있어 행정부의 지나친 자의가 개입될 여지는 없는지(심판대상조항의 규정형식이 전면적인 재량행위인지 기속적 성격을 가지는지) 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

## (2) 구체적 판단

### (가) 판단

헌법재판소는 우선 이 사건 행위제한조항이 청구인의 광업권에 수인한 도를 넘는 제한을 가할 수 있으나, 항상 사회적 한계를 넘는 부담을 부과하는 것은 아니라는 점을 확인하였다.

『이 사건 행위제한조항은 습지보호지역 내에서 광물을 채굴하는 행위를 금지하고 있는데, 채굴권은 광업권의 중요한 요소 가운데 하나이므로 이를 전면적으로 금지하는 경우 사회적으로 수인의 한계를 넘는 부담이 초래될 가능성이 있음을 부정할 수는 없다. 그러나 앞서 본 바와 같이 광업권의 설정 시 광물에 대하여 어떠한 대가를 지불하고 취득하는 것이 아니어서 미채굴 광물에 대하여 갖는 권리가 일반 재산권만큼 보호가치가 확고한 것은 아니라는 점을 전제로 아래와 같은 경우들을 고려하면, 광업권자에게 부과된 위와 같은 사용제한이 항상 광업권자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘어 가혹한 부담을 발생시킨다고 볼 수는 없다.

4) 광업권의 실질적 가치가 거의 없는 경우, 광업권의 제한을 이미 수인하고 양수한 경우, 광물의 채굴이 예외적으로 허용되는 경우 등이 여기에 해당할 수 있다.

광업권 설정등록을 마친 광업권자라 하더라도 실제로 광물을 채취하기 위해서는 채굴계획 인가를 받아야 하고(광업법 제42조 제1항, 제4항), 특히 공유수면에서 광물을 채취하기 위해서는 공유수면의 점용 및 사용의 허가를 받아야 하는데(‘공유수면 관리 및 매립에 관한 법률’ 제8조 제1항 제10호), 위 채굴계획 인가나 공유수면 점·사용 허가는 모두 수익적 행정처분으로 행정청의 재량행위에 속하므로 관할 행정청은 채굴계획에 나타난 사업의 내용, 규모, 방법과 그것이 환경에 미치는 영향 또는 공유수면의 이용 현황, 공유수면과 관련된 정부의 정책과 관리지침, 관계 행정기관과의 협의 결과, 기타 공익상의 필요성 등 제반사정을 종합하여 그 허가 여부를 결정할 수 있다(대법원 2008. 9. 1. 선고 2006두7577 판결 등 참조). 즉 광업권자라 하더라도 광물 채굴 절차의 진행 정도에 따라 광업권의 재산적 가치가 낮거나 거의 없을 수 있다.

습지보호지역으로 지정된 사실을 알고 광업권을 양수한 광업권자의 경우 광업권의 제한을 수인하고 광업권을 취득한 것으로 볼 수 있고, 습지보호지역 지정 후 광업권 등록기간을 계속 연장해 온 경우도 마찬가지다.

습지보전법은 예외적으로 물적 자원개발을 위하여 불가피한 경우 등 공익상 부득이한 경우 환경부장관 등의 승인을 얻어 습지보호지역 내에서도 광물을 채굴할 수 있도록 규정하고 있는데(습지보전법 제13조 제5항 제3호, 같은 법 시행령 제11조의2 제3항 제1호), 이러한 경우에는 광업권의 제한이 있다고 보기는 어렵다. 나아가 습지가 가치를 잃거나 보전할 필요가 없게 되면 습지보호지역 지정을 해제하거나 축소·변경할 수 있으므로(습지보전법 제10조 제1항) 광업권이 일시적으로 제한될 수도 있는데, 짧은 기간 동안 광물의 채굴이 금지된 경우까지 보상이 필요한 과도한 제한이라고 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 행위제한조항에 의하여 예외 없이 모든 광업권자에게 사회적 수인한도를 넘는 재산권의 부담이 지워져 있다고 볼 수는 없다.』

나아가 헌법재판소는 심판대상조항이 비록 재량행위형식으로 규정되어 있다고 하더라도 이 사건 행위제한조항의 과도한 부담을 적절히 완화·하고 있어 재산권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

『이 사건 습지보전법에서 입법자는 광업권자에 대한 가혹한 부담을 조

정하는 방법으로써 매수청구권을 선택하고 있는데, 이 사건 행위제한조항에 의한 광업권의 사회적 제약이 항상 수인한도를 넘는 것이 아닌 이상, 입법자가 매수조항을 재량행위형식으로 규정하였다고 하더라도 곧바로 불충분·불완전한 보상규정이거나 재산권을 침해하는 것으로 볼 수는 없다. 다만 입법자가 행정청에 재량을 부여하면서도 매수 요건에 관하여 ‘습지보호지역등의 생태계를 보전하기 위하여 필요한 지역 등에서’라고만 규정하여, 보상의 요건에 대하여 구체적으로 정하지 않은 것이 광업권자에 대한 가혹한 부담을 완화·조정하기에 미흡하지 않은지 살펴본다.

입법자가 재산권을 직접적으로 제한하는 규정인 행위제한조항을 입법하는 경우에는 재산권의 내용과 한계 및 사회적 제약의 요건을 구체적으로 직접 정하여야 하지만, 과도한 재산권의 부담을 완화·조정하는 역할을 하는 매수조항을 입법하는 경우에는 반드시 법률로써 구체적인 보상의 요건을 규정하여야 하는 것은 아니고, 법률에 보상의 근거를 두고 있으면 족하다. 재산권의 사회적 제약이 언제 수인한도를 넘어 보상이 필요한지는 개개의 재산권의 성질, 가치, 제한의 정도, 재산권 양수 당시의 사정 등 구체적·개별적 사안에 따라 다양하게 평가될 수 있으므로, 법률에 획일적으로 매수 요건을 규정하는 것이 재산권의 적정한 보장과 반드시 합치되는 것도 아니기 때문이다.

이 사건에서 입법자가 광업권의 사회적 제약이 수인한도를 넘는 경우를 심판대상조항에서 구체적으로 열거하지 않았다고 하여, 사회적 기속을 넘는 재산권 침해를 보상 없이 수인하도록 용인한다는 취지로 볼 수는 없다. 실제로 심판대상조항에 의하여 매수청구제도를 운용함에 있어서 행정기관은 광업권의 경우 재산권 제한의 정도가 비교적 높을 수 있다는 점을 충분히 고려하여 매수 여부를 결정하여야 하고, 법원은 이 점을 참작하여 재산권을 충분히 보장하는 방향으로 사법심사를 하여야 하는바, 행정기관의 매수 여부가 재량행위로 규정되었다고 하여 그 취지가 달라지는 것은 아니다.

한편 이 사건 매수조항은 손실보상에 갈음하는 매수뿐만 아니라 습지의 생태계 보전의 필요에 의하여 정책적으로 매수하는 제도도 포함하고 있는데, 광업권의 경우에만 별도로 기속행위로 규정한다면 습지보전의 필요에 의하여 정책적으로 매수하고자 하는 심판대상조항의 입법목적을 달성할 수

없게 될 수 있다. 특히 습지보전과 같이 전문적·과학적·탄력적 판단이 중요한 환경정책 분야에 있어서는 입법자가 직접 모든 요건을 규정하는 것보다는, 행정기관이 변화하는 습지환경과 습지보전의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 매수 여부를 결정하도록 하는 것이 적절하다는 점도 고려할 필요가 있다.

환경부장관이나 해양수산부장관은 광업권의 매수를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 광업법에도 불구하고 산업통상자원부장관과 협의하여 광업권을 분할하여 매수할 수 있다(습지보전법 제20조의2 제3항). 광업법 제34조가 공익상 이유에 의한 광구의 감소처분을 규정하고 있음에도 입법자가 습지보전법에 별도로 광업권의 분할매수제도를 규정한 것은 광업권자의 재산권을 더욱 두텁게 보장해 주기 위한 것으로 볼 수 있다. 직권처분인 광구의 감소처분과 달리 습지보전법상 광업권 분할매수 제도는 광업권자의 매수신청을 요건으로 하므로, 광물의 채굴이 제한된 광업권자는 위와 같은 분할매수제도를 통해서 더욱 용이하게 손실을 보상받을 수 있다.

이러한 사정을 종합하면, 심판대상조항은 이 사건 행위제한조항의 재산권 제한에 따른 과도한 부담을 완화하여 합헌적으로 조정하는 역할을 충분히 하고 있다.』

#### (나) 해설

심판대상조항은 이 사건 행위제한조항에 의한 부담을 완화·조정하는 유일한 조항이므로, 매수청구뿐만 아니라 이른바 조정적 보상 전체를 규율하는 조항으로 볼 수 있다. 따라서 만약 이 사건 행위제한조항이 광업권자에게 항상 사회적 제약의 한계를 넘는 부담을 부과하고 있다면, 매수 여부를 행정기관이 재량으로 판단하도록 규정한 심판대상조항은 더 검토할 것도 없이 불충분·불완전한 보상을 규정한 것이 되어 위헌임을 면치 못할 것이다. 그러나 이 사건 행위제한조항이 부과하는 부담이 사회적 제약을 넘을 때도 있고, 그렇지 않을 때도 있다면 심판대상조항이 재량행위형식으로 규정되어 있더라도 재산권의 부담을 합헌적으로 완화·조정하고 있다고 볼 가능성이 있다.

헌법재판소는 이 사건 행위제한조항이 항상 광업권자에게 사회적 제약

을 넘는 부담을 부과하고 있지는 않다고 보았다. 따라서 재량행위형식으로 규정된 심판대상조항이 곧바로 위헌이라고 볼 수는 없고, 경우에 따라 이 사건 행위제한조항에 의하여 부과될 수 있는 사회적 수인한도를 넘는 부담을 심판대상조항이 합헌적으로 완화·조정하고 있는지에 대하여 추가적으로 살펴볼 필요가 있다.

한편 심판대상조항은 광업권뿐만 아니라 제한의 정도가 동일하다고 볼 수 없는 토지, 건축물, 어업권 등에 대한 매수를 같이 규정하고 있고, 습지보호지역뿐만 아니라 습지보호지역 등의 생태계를 보전하기 위하여 필요한 지역 등으로 대상지역을 확대하고 있으며, 반드시 손실보상에 갈음하는 매수뿐만 아니라 습지의 생태계 보전의 필요에 의하여 정책적으로 매수하는 것도 포함하고 있는바, 입법자는 위와 같은 다양한 형태의 매수제도를 일괄적으로 규정할 것인가 분리하여 규정할 것인가에 대한 입법형성의 자유가 있으므로, 이를 포괄적으로 규정하였다는 사실만으로 곧바로 위헌이라고 보기는 어렵다. 오히려 심판대상조항은 매수청구의 대상을 반드시 습지보호지역 내의 물건이나 권리로만 한정하지 않는 등 강한 정책적 요소를 가지고 있는데, 광업권의 경우에만 별도로 기속행위로 규정한다면 습지보전의 필요에 의하여 정책적으로 매수하고자 하는 심판대상조항의 입법목적 달성을 수 없게 될 수 있다.

위와 같은 사정을 고려하여 헌법재판소는, 광물 채굴의 금지로 인하여 광업권의 사회적 제약을 넘어 보상이 필요한 경우에도 심판대상조항이 이 사건 행위제한조항의 재산권의 과도한 제한을 완화하여 합헌적으로 조정하는 역할을 충분히 하고 있다고 판시하였다.

다만 재산권의 내용과 한계를 법률로써 정하도록 한 헌법 제23조 제1항의 취지에 비추어, 입법자는 단지 법률에 보상의 근거를 두고 있으면 족한 것이 아니라 ‘언제 재산권의 사회적 제약을 넘어 보상이 필요한지’, 즉 보상의 요건을 구체적으로 규정하여야 한다는 반론이 있을 수 있고, 재산권의 보장과 실현은 행정관청의 재량이나 법원의 해석에 맡겨둘 것이 아니라 일차적으로 입법자의 의무라는 점에서 향후 충분히 고려할 수 있는 지적이라고 생각한다.

### 다. 독일 연방헌법재판소 판례 소개<sup>5)</sup>

이 사건은, 문화기념물로서 보존가치가 있는 건축물을 철거하는 경우 허가를 받도록 하고 허가요건으로 공공복리에 따른 철거 필요성과 문화기념물 보호이익을 형량하도록 규정한 조항(행위제한조항), 불허가조치로 인하여 목적물을 더 이상 기존 용도대로 사용할 수 없거나 그 경제적 활용가능성이 현저히 제약되는 경우 적절한 보상을 하도록 하는 조항(보상조항)의 위헌성이 문제된 사건이었다.

독일 연방헌법재판소는 우선, 소유자가 자신의 건축물을 철거함에 있어서 행정관청의 허가를 받도록 하는 것은 법률로써 재산권의 내용과 한계를 정한 것으로서 이 경우에도 비례성과 평등원칙을 준수하여야 한다고 하였다. 그리고 이 사건에서 행위제한조항은 허가요건으로 재산권에 관한 이익을 전혀 고려하지 않고 공익 간의 형량만 하고 있는바, 문화기념물의 소유자가 목적물을 합리적으로 사용할 수 없고 사실상 양도할 수도 없어 사적 사용가능성이 전면적으로 폐지된 것과 마찬가지로만 경우에도 단지 공익을 위해 그 목적물을 보유하고 유지·관리할 부담을 지우는 결과가 될 수 있으며, 이와 같이 비례성에 어긋나는 부담이 부과될 가능성이 있다면 곧바로 위헌성이 도출된다고 하였다.

그러나 행위제한조항이 그 자체로는 재산권을 과도하게 제약한다고 하더라도 입법자가 보상적 조치와 결부시킴으로써 예외적으로 헌법적으로 허용되는 것으로 될 수 있다. 다만 보상규정이라는 것은 헌법상 일반적으로 허용되는 수단인 것은 아니고, 재산권의 내용과 한계를 규정하는 규범은 원칙적으로 보상규정 없이도 재산권의 요체를 보장하는 것이어야 하며, 예외적으로 보상규정이 고려될 수 있다고 하였다.

한편 위 결정에 따르면 보상규정은 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

- ① 보상에 법률상 근거가 필요하다. 입법자는 법률에 재산권 행사의 전면적 금지를 규정하면서 행정청이나 법원이 보상적 조치 또는 금전급부를 통하여 재산권침해를 보완하리라고 신뢰해서는 안된다.
- ② 재산권의 존속보

5) BVerfG, Beschl. v. 2. 3. 1999, 1 BvL 7-91, BVerfGE 100, 226.

이 사건은 행위제한조항이 심판대상이 되었던 사건이지만, 보상규정의 헌법적 한계에 관하여 비교적 상세히 실시하고 있어 본 판례해설에 소개하였다.



장을 위하여 경과규정, 예외규정 또는 면제규정을 두거나 그 밖의 행정적·기술적 예방조치를 취할 필요가 있고 그와 같은 조정에 과다한 비용이 필요하다면 금전적 보상 또는 배수청구권을 인정할 수 있다. ③ 입법자는 소유자와 행정법원이 보상의 요건, 유형, 범위(금전보상의 경우 청구권의 존부까지)를 알고 판단할 수 있도록 보상규정을 절차적으로 규정하여야 하고, 행정청은 행정행위를 통하여 재산권 제한을 현실화하는 과정에서 입법자가 보상규정을 입법한 취지를 고려하여야 한다.

## 5. 결정의 의의

### (1) 재판의 전제성

당해사건의 항소심에서 소송종료행위를 한 사례로는 ① 항소취하간주로 제1심 판결이 확정되었으나 제1심 판결의 사실인정에 의할 때 재판에 적용될 법률이 아니어서 재판의 전제성이 부정된 사례(헌재 2000. 11. 30. 2000헌바24, 판례집 12-2, 318, 323-324 참조), ② 당해사건의 원고가 제1심에서 승소판결을 받은 이후 항소심 계속 중에 당해사건 피고가 항소를 취하하여 원고의 승소로 사건이 종결된 경우 재판의 전제성이 부정된 사례(헌재 2012. 7. 26. 2011헌가40, 공보 제190호, 1295, 1296 참조), ③ 항소심에서 소를 취하하여 당해사건이 종결된 경우 재판의 전제성이 부정된 사례(헌재 2010. 5. 27. 2008헌바110, 판례집 22-1하, 232, 239; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌바412, 공보 제182호, 1841, 1843 참조), ④ 항소심에서 당사자들 간에 임의조정이 성립되거나(헌재 2010. 2. 25. 2007헌바34, 공보 제161호, 452, 453-454 참조), 청구인이 소를 취하한다는 내용의 화해가 성립되어(헌재 2012. 2. 23. 2009헌바222, 4-5) 소송이 종결되어 재판의 전제성이 부정된 사례가 있으나, 이 사건과 같이 제1심에서 위헌제청신청이 기각되어 헌법소원심판을 청구하고, 제1심에서 패소판결을 받은 후 항소 제기를 하였다가 항소를 취하한 직접적인 선례는 없었다. 이 사건은 제1심 패소판결 후 위헌소원을 제기하고 항소를 취하한 사안에서 재판의 전제성을 인정하는 선례가 될 수 있을 것으로 보인다.

## (2) 매수조항의 심사방법

헌법재판소는 행위제한조항이 재산권을 침해하는지가 문제되는 경우 비례원칙이 심사기준이 되지만, 매수조항이 심판대상이 되어 그 위헌성을 다투는 경우에는 ‘행위제한조항이 재산권의 사회적 제약의 한계를 넘는 과도한 부담을 초래하고 있는가’, ‘만약 그렇다면 매수조항을 비롯한 보상규정이 이러한 과도한 부담을 완화하여 재산권의 사회적 제약을 합헌적으로 조정하고 있는가’라는 두 단계의 심사를 거치는 것이 타당하다고 하였다.

매수조항이 대거 도입된 현행 법제에 비추어, 앞으로는 보상규정의 ‘존부’가 아니라 보상규정의 ‘내용’을 다투는 청구가 늘어날 것으로 예측되고, 이 사건은 보상규정의 위헌 여부를 독자적으로 판단하는 선례의 역할을 할 수 있을 것으로 보인다.

다만 ① 매수조항이 재산권을 직접 제한하는 규정이 아니라는 점에서, 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원에서도 매수조항을 독자적인 심판대상으로 삼아 심사할 수 있는지 여부, ② 입법자가 행위제한조항을 엄밀히 규정하지 않고 만연히 매수조항을 도입하여 재산권 제한을 완화하려고 시도하는 경우 이를 헌법적으로 규제하기 위하여 심사밀도를 강화할 필요가 있는지 여부 등은 향후 연구가 필요한 사항이라 하겠다.

## 원자력안전법 시행령 제2조 제4호 별표1 위헌확인 등

- 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 기본권보호의무에  
위배되었는지 여부 등 -

(헌재 2015. 10. 21. 2012헌마89·955(병합), 판례집 27-2하, 84)

장 혜 진\*

### 【관시사항】

1. 헌법소원의 대상인 공권력의 불행사를 인정할 수 없어 심판청구를 부적법하다고 본 사례
2. 일반인의 방사선 피폭선량 한도를 정한 ‘원자력안전법 시행령’(2011. 10. 25. 대통령령 제23248호로 제정된 것) 제2조 제4호 별표 1 중 ‘일반인’ 부분이 국가의 기본권보호의무를 위반하였는지 여부(소극)
3. 식품의 방사능 기준을 정한 ‘식품의 기준 및 규격’(2011. 8. 19. 식품의약품안전청 고시 제2011-41호로 개정된 것) [제1권] 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 5. 식품일반의 기준 및 규격 7) 방사능 기준이 국가의 기본권보호의무를 위반하였는지 여부(소극)

### 【심판대상】

2012헌마89 사건의 심판대상은 ① 원자력안전법 시행령(2011. 10. 25. 대통령령 제23248호로 제정된 것) 제2조 제4호 별표 1 중 ‘일반인’ 부분(이하 ‘이 사건 시행령 별표’라 한다), ② ‘식품의 기준 및 규격’(2011. 8. 19. 식품의약품안전청 고시 제2011-41호로 개정된 것) [제1권] 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 5. 식품일반의 기준 및 규격 7) 방사능 기준(이하 ‘이

---

\* 헌법연구관

사건 고시'라 한다), ③ 서울 ○○동 도로에 소재한 방사성 폐아스콘에 대하여 수거·폐기 등 조치를 하지 아니한 원자력안전위원회 위원장의 부작위(이하 '원자력안전위원회 위원장의 부작위'라 한다), ④ 일본산 수산물에 대하여 전면 수입금지조치를 하지 아니한 식품의약품안전청장의 부작위(이하 '식품의약품안전청장의 부작위'라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

2012헌마955 사건의 심판대상은 이 사건 고시가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

원자력안전법 시행령(2011. 10. 25. 대통령령 제23248호로 제정된 것)

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. “선량한도”(線量限度)란 외부에 피폭하는 방사선량과 내부에 피폭하는 방사선량을 합한 피폭방사선량(被曝放射線量)의 상한값으로서 그 값은 별표 1과 같다.

[별표 1] 선량한도 (제2조 제4호 관련)

구분		방사선작업종사자	수시출입자 및 운반종사자	일반인
1. 유효선량한도		연간 50밀리시버트를 넘지 않는 범위에서 5년간 100밀리시버트	연간 12밀리시버트	연간 1밀리시버트
2. 등가선량한도	수정체	연간 150밀리시버트	연간 15밀리시버트	연간 15밀리시버트
	손·발 및 피부	연간 500밀리시버트	연간 50밀리시버트	연간 50밀리시버트

비고

1. 위 표에서 “5년간”이란 임의의 특정 연도부터 계산하여 매 5년씩의 기간(예: 1998 ~ 2002)을 말한다. 다만, 1998년도 이전의 기간에는 이를 적용하지 않는다.
2. 일반인의 경우 5년간 평균하여 연 1밀리시버트를 넘지 않는 범위에서 단일한 1년에 대하여 1밀리시버트를 넘는 값이 인정될 수 있다.
3. 방사선작업종사자 중 임신이 확인된 사람과 일반인 중 방사성동위원소등을 제한적 또는 일시적으로 사용하는 사람에 대해서는 위원회가 따로 정하여 고시하는 바에 따른다.

식품의 기준 및 규격(2011. 8. 19. 식품의약품안전청 고시 제2011-41호로 개정된 것)

[제I권]

제 2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격

5. 식품일반의 기준 및 규격

7) 방사능 기준

핵 종	대 상 식 품	기준(Bq/kg, L)
<sup>131</sup> I	영아용 조제식, 성장기용 조제식, 영·유아용 곡류 조제식, 기타 영·유아식, 영·유아용특수조제식품	100 이하
	유 및 유가공품	100 이하
	기타 식품★	300 이하
<sup>134</sup> Cs + <sup>137</sup> Cs	모든 식품	370 이하

★ 기타식품은 영아용 조제식, 성장기용 조제식, 영·유아용 곡류조제식, 기타 영·유아식, 영·유아용특수조제식품, 유 및 유가공품을 제외한 모든 식품을 말한다.

**【사건의 개요】**

**1. 심판청구에 이르게 된 경위**

**가. 2012헌마89 사건**

청구인들은 국내에 거주하는 대한민국 국민이다. 청구인들은 방사능 기준을 정하고 있는 ① 이 사건 시행령 별표의 선량한도 및 ② 이 사건 고시의 식품 내 방사성물질 기준이 지나치게 완화되어 있고, ③ 원자력안전위원회 위원장이 서울 ○○동 도로에서 높은 수치의 방사능이 검출되었음에도 해당 도로의 아스콘을 뜯어낸 뒤 노원구청 뒤 공용주차장 등에 쌓아둔 채 수거하여 이전하지 않고 있으며, ④ 식품의약품안전청장이 일본 원전사고 이후에도 일본산 수산물에 대하여 전면 수입금지조치를 하지 않고 있어, 기본권보호의무에 위배하여 청구인들의 생명권, 보건에 관한 권리 등을 침해한다고 주장하면서, 2012. 1. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

**나. 2012헌마955 사건**

청구인들은 2010년 내지 2012년에 태어난 영아들로 ‘○○분유 프리미엄’

(이하 ‘○○분유’라 한다)을 섭취하였다. 2012. 8. 3. 환경운동연합의 의뢰로 ○○대학교 산학협력단이 방사성물질 검출 검사를 한 결과, ○○분유에서 세슘-137이 0.391Bq/kg 검출되어 이 사실이 보도되었다. 이후 서울시는 ○○분유의 방사성물질 검출 검사를 다시 실시하여 2012. 8. 17. 세슘-137의 검출량이 1Bq/kg으로서 이 사건 고시의 기준치인 370Bq/kg을 넘지 않았다고 하면서 ○○분유를 ‘적합’으로 판정하여 발표하였다.

청구인들은 연령이 낮을수록 방사능이 인체에 미치는 위해가 큰데도 불구하고, 위 식품의약품안전청 고시에서 영·유아용 식품에 대해 별도의 강화된 기준으로 세슘-137 함량 기준치를 정하지 아니한 것이 청구인들의 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리 및 보건권을 침해한다고 주장하면서, 2012. 11. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장, 이해관계기관 의견의 요지

### 가. 청구인들의 주장요지

#### (1) 2012헌마89 사건

(가) 이 사건 시행령 별표는 일반인에 대한 선량한도를 연간 1밀리시버트로 규정하고, 이에 근거하여 이 사건 고시는 식품에 관한 방사능 기준을 정하고 있는바, 이 사건 시행령 별표 및 이 사건 고시의 기준을 넘지 아니하는 방사능 유출 또는 방사성물질 검출에 관하여 국가는 허용치 이내라는 이유로 적극적인 조치를 하지 아니하게 되어, 청구인들은 기준치 미만에 해당하는 방사선에 노출될 우려가 있다.

(나) 2011. 11. 경 서울 ○○동 도로에서 방사선 이상 수치가 측정되자 해당 도로의 아스콘을 뜯어 공용주차장 등에 쌓아놓은 채, 수거하는 등 조치하지 아니한 원자력안전위원회 위원장의 부작위로 인하여 청구인들이 방사선에 피폭될 우려가 있다.

(다) 일본 원전사고 이후 일본산 수산물의 방사능 오염 위험이 증가하였음에도 식품의약품안전청장이 전면 수입금지조치를 취하지 아니하여, 기준치를 넘지 아니하는 방사성물질을 포함한 일본산 수산물 또는, 표본 조사로 인하여 검사 대상에서 제외되어 부적합함에도 검사를 통과한 일본산 수

산물이 유통될 수 있다.

(라) 이와 같이 이 사건 시행령 별표와 이 사건 고시, 원자력안전위원회 위원장의 부작위 및 식품의약품안전청장의 부작위는 국가의 기본권보호의무를 위반하여 청구인들의 생명권 및 건강권, 행복추구권, 소비자의 권리, 인간의 존엄과 가치를 침해한다.

## (2) 2012헌마955 사건

방사선은 인체에 매우 유해하고, 특히 음식에 방사성물질이 포함되면 신체의 내부에서 피폭이 일어나 더욱 위험성이 크며, 피폭되는 연령이 낮을수록 암으로 사망할 가능성이 높다. 그러므로 영·유아용 식품에는 방사성물질이 포함되지 않도록 별도의 강화된 기준으로 관리할 필요가 있다. 일본 및 유럽연합(EU)등 외국의 사례도 영·유아용 식품에 관하여는 방사성세슘의 함유기준치를 더 강화하여 정하고 있다. 그러나 이 사건 고시는 영·유아용 식품에 대한 방사성 세슘의 규제 기준을 성인과 마찬가지로 370Bq/kg으로 정하고 있어, 국가의 기본권보호의무에 위배하여 청구인들의 생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리, 보건권을 침해한다.

## 나. 원자력안전위원회 위원장의 의견

### (1) 이 사건 시행령 별표

이 사건 시행령 별표의 수범자는 방사성동위원소 등을 생산·판매·사용 또는 이동사용하려는 자(원자력안전법 제53조 제1항, 제55조 제1항 제2호) 또는 원자력관계사업자(제91조 제2항)로, 이들이 선량한도를 위반하면 행정청으로부터 허가취소처분이 있게 되는 등 별도의 구체적인 집행행위가 취해지게 되므로, 이 사건 시행령 별표는 청구인들의 기본권을 직접적으로 침해한다고 할 수 없다.

이 사건 시행령 별표는 국제방사선방호위원회(ICRP)의 1990년 권고 및 국제원자력기구(IAEA) 1996년 안전기준에 따라 만들어진 것으로 국제연합산하의 국제기구인 WHO가 이를 승인하는 등, 현재의 시점에서 국제적으로 합의된 과학적·의학적 근거에 따라 결정된 것이다. 전 세계 인류가 자연방사선에 의하여 연간 평균 2.4밀리시버트의 방사선 피폭을 받고, 자연방

사선량은 지역에 따라 큰 편차가 있으며, 우리나라의 경우 연간 평균 3.08 밀리시버트의 자연방사선 피폭을 받는다는 점을 고려한다면 인공방사선 선량한계를 1밀리시버트로 정한 것이 기본권보호의무에 위배되는 정도라고 볼 수 없다.

## (2) 원자력안전위원회 위원장의 부작위

원자력안전위원회 위원장이 폐아스콘을 수거·이전할 작위의무는 헌법이나 관계규정상 규정되어 있지 아니하다. 조사 결과 폐아스콘의 방사선량은 크지 않아 이를 수거·이전할 작위의무가 헌법의 해석상 도출된다고도 할 수 없어, 원자력안전위원회 위원장의 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 부작위라고 할 수 없다.

청구인들 중 폐아스콘의 보관지역 외의 전국의 일반국민들은 방사선 피폭 가능성이 전혀 없으므로 자기관련성이 없다. 원자력안전위원회 소속 기관의 조사 결과 ○○동 도로를 이용하는 주민도 자연방사선량에 미치지 못하는 양의 방사선에 노출된 것에 불과하여, 안전성에 문제가 없으므로 ○○동 주민이라고 하더라도 자기관련성이 없다.

청구인들은 원자력안전위원회 위원장에 대하여 의무이행심판을 청구하거나 부작위위법확인소송을 제기할 수 있음에도 이러한 구제절차를 거치지 아니한 채 제기된 이 사건 헌법소원심판은 보충성 요건을 충족하지 못하였다.

원자력안전위원회 위원장은 2011. 11. 1. 노원구 ○○동 도로에서 방사선 이상준위가 측정되었다는 민원이 접수된 후 즉시 방사선량을 측정하여, 이를 후 조사결과를 발표하였다. 노원구청이 해당 도로의 아스콘을 철거하자, 원자력안전위원회 위원장은 폐아스콘을 적절히 보관하여 유출되지 아니하도록 하고, 일반인의 접근을 방지할 수 있는 안전조치를 취하도록 권고하였다. 원자력안전위원회 위원장은 같은 달 8. 현장조사와 시료분석조사 결과를 발표한 바, 해당 도로의 방사선 준위로 인한 예상피폭량이 연간선량한도 1밀리시버트 미만임을 확인하였다. 이후에도 원자력안전위원회 위원장은 폐아스콘의 보관 및 운반·운영관리·처분에 관하여 노원구에 가이드라인을 제공하고, 주기적으로 현장점검하여 개선을 요구하는 등 조치하였으며, 국무총리 주재 관계기관 회의를 통하여 폐아스콘 이전 부지 확보 등



을 위하여 노력하여왔다. 이러한 점을 종합하면, 원자력안전위원회 위원장이 국민의 방사능 안전에 관하여 아무런 보호조치를 취하지 아니하였다거나, 취한 조치가 부적합하거나 불충분함이 명백하다고 단정할 수 없으므로, 기본권보호의무에 위배된다고 볼 수 없다.

#### 다. 식품의약품안전청장의 의견

##### (1) 이 사건 고시에 대한 의견

(가) 이 사건 고시에 대한 청구는 행정입법 부작위에 관한 것으로서, 식품의약품안전청장에게 이 사건 고시를 개정하여야 할 작위의무가 없어 부적법하다.

(나) 이 사건 고시는 국제기준을 참고하고 국민의 식품섭취량을 고려하여 설정된 것으로서, 음식물 중 10%가 기준치의 방사성물질에 오염된 것으로 가정하였을 때 식품 섭취로 인한 방사선량이 연간 최대 1밀리시버트를 초과하지 않도록 만들어진 것이다. 이 사건 고시의 방사능 기준은 최근 원전사고로 기준을 강화할 계획인 일본을 제외하면, 국제기준과 동일하거나 엄격한 수준이다. 방사성 요오드와 방사성 세슘을 제외한 방사성물질에 관하여서는 ‘식품의 기준 및 규격’ [제1권] 제1. 총칙 1. 일반원칙 28)에서 국제식품규격위원회(Codex)의 규정을 준용할 수 있도록 정하고 있다. 그러므로 이 사건 고시가 기본권보호의무에 위배된다고 볼 수 없다.

##### (2) 식품의약품안전청장의 부작위에 대한 의견

(가) ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제37조 제2항에 따라 식품의약품안전청장은 식품위생법 제19조에 따른 수입 식품등의 신고의 수리 및 검사 업무 중 수산동식물에 관한 권한을 농림수산식품부장관에게 위탁하였으므로 식품의약품안전청장의 작위의무를 전제로 하는 심판청구는 각하되어야 한다.

(나) 일반국민은 수입금지조치를 신청할 권리가 없으며, 수입금지조치는 식품위생법 제7조 및 제21조에서 식품의약품안전청장의 재량에 따라 할 수 있는 것으로 규정되어 있어 식품의약품안전청장에게는 수입금지조치를 해야 할 법적 의무가 없으므로, 수입금지조치의 부작위에 대한 심판청구는

각하되어야 한다.

(다) 식품의약품안전청장 및 수산물에 관한 권한 위탁을 받은 농림수산물식품부장관은 일본에서 출하제한된 식품에 관하여서는 국내 수입을 금지하였고, 일본산 수입식품은 모두 방사능 검사를 실시하고 있다. 이는 미국이나 EU에 비하여 엄격한 방사능 관리를 하는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 일본산 수산물에 대하여 수입금지조치를 하지 아니한 것이 기본권보호의무에 위배된다고 할 수 없다.

### 【결정요지】

1. 원자력안전위원회 위원장은 연간 최대 개인피폭 예상량이 일반인 선량한도에 미치지 아니하고 긴급 이전이 필요하지 아니하다는 이유로 서울 노원구 ○○동 도로의 아스콘을 철거 후 임시 보관하여 일반인 접근 방지 조치를 취하고, 중국적으로 경주방사성폐기물처분시설로 이전하였다. 그리고 식품의약품안전청장은 일본의 출하정지대상품목에 대하여 잠정 수입중단조치를 하고 방사성물질 검사 결과를 공개하였으며 일본산 수입식품에 대한 방사성 세습 기준을 강화하여 후쿠시마 주변 8개현의 수산물 수입을 전면 금지하였다. 그렇다면 원자력안전위원회 위원장이나 식품의약품안전청장은 청구인들이 주장하는 바와 같이 작위의무를 위반하였다고 볼 수 없고, 따라서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 있었다고 할 수 없으므로 이에 대한 심판청구는 모두 부적법하다.

2. 이 사건 시행령 별표는 국제방사선방호위원회 권고와 동일한 수준의 선량한도를 정하고 있으며, 위 권고가 정하지 아니한 손·발의 등가선량한도도 별도로 정하고 있다. 나아가 국가는 국내 유통 식품의 검사 및 수입 식품의 검역, 방사능 위험지역 생산 식품에 대한 수입제한, 방사선원의 안전관리, 환경방사능 감시 등을 통하여 국민의 방사선 노출을 줄이기 위한 다양한 조치를 시행하고 있다. 이러한 점들을 종합하면, 이 사건 시행령 별표는 그 기준이 지나치게 낮거나 자의적이라고 볼 수 없으므로, 방사능으로부터 국민을 보호하기 위하여 필요한 최소한의 보호조치를 취하지 않은 것이라고 보기 어렵다.

3. 이 사건 고시는 1년 동안 섭취하는 식품의 10%가 이 사건 고시가 정

한 기준치의 방사성물질에 오염될 경우를 가정하여 연간 1밀리시버트의 방사선에 노출되지 않도록 설정된 것이다. 성인의 연간 식품 섭취량 통계에 따르면, 총 섭취 식품 중 10%가 이 사건 고시가 정한 기준치의 방사성 요오드 또는 방사성 세슘에 오염된 경우라고 하더라도 이로 인한 방사선 노출량은 연간 기준치(1밀리시버트) 미만으로 평가된다. 반면 영·유아는 우유(분유를 물에 섞은 액체상태)를 주된 영양소 공급원으로 계속 섭취하므로 우유에 대하여는 10%가 아닌 100%가 오염될 경우를 가정하고 판단하면, 영·유아의 연간 식품 섭취량 통계에 따라 영아(1세 이하)는 우유 섭취량의 100%, 유아(1-6세)는 우유 섭취량의 100% 및 기타 식품 섭취량의 10%가 방사성 요오드 또는 방사성 세슘에 오염된 경우라고 하더라도, 이로 인한 방사선 노출량은 방사능에 민감한 영·유아를 고려한 일반인에 대한 연간 기준치(1밀리시버트)에 현저히 미달한다. 그렇다면 이 사건 고시의 기준이 지나치게 낮다거나 불합리하다고 볼 수 없으므로 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위하여 필요한 최소한의 조치를 취하지 않은 것이라고 보기 어렵다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

원자력안전위원회 위원장의 부작위와 식품의약품안전청장의 부작위에 관한 청구는 행정부작위에 대한 헌법소원청구이다. 헌법소원이 허용되려면 공권력의 행사 또는 불행사가 있어야 하는데, ‘공권력의 불행사’가 있다고 인정하려면 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 존재하고 이에 의거하여 기본권의 주체가 그 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 게을리하는 경우이어야 한다. 그런데 청구인이 주장하는 특정한 작위의무가 헌법상 도출되지 않는 경우라고 하더라도, 해당 공권력 주체는 헌법상 포괄적이고 일반적인 공권력 행사의 의무를 지는 것이 보통이다. 공권력 주체가 포괄적이고 일반적인 작위의무를 게을리하면 청구인이 주장하는 의무를 게을리 한 경우가 아니라도 ‘공권력의 불행사’가 있음이 인정될 수 있을 것이므로, 공권력 주체에게 헌법상 유래하

는 작위의무를 규명하고 이를 이행하였는지 여부를 적법요건 판단 단계에서 판단할 필요가 있다. 이 사건 헌법소원심판에 있어서는 원자력안전위원회 위원장 및 식품의약품안전청장에게 인정되는 헌법상 작위의무가 무엇인지와, 그 의무가 이행되었는지 여부가 적법요건 단계에서 문제된다.

다음으로 이 사건 시행령 별표와 이 사건 고시가 규정한 방사능 기준이 헌법상 국가의 기본권보호의무를 위반하였는지 여부가 문제된다. 이 때 기본권보호의무 위반 여부의 심사기준이 해설될 필요가 있다.

그리고 방사능 기준을 설정하는 것은 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이다. 이러한 전문적이고 기술적인 영역의 판단에 있어서는 기준의 설정 당시에 설정의 근거가 합리적인지 평가하고, 나아가 현재 통용되는 과학기술 및 국제기준에 비추어 이 사건 시행령 별표 및 이 사건 고시의 기준이 전제된 위험에 관한 판단이 여전히 합리적인 범위 내에 있는지가 쟁점이다.

먼저 판단의 기초가 되는 방사능에 관한 기본사항을 정리하고 각 쟁점을 해설하겠다.

## 2. 방사능과 관련한 기초사항의 정리

### 가. 방사능의 개요

방사능(radioactivity)이란 불안정한 원소의 원자핵이 붕괴하면서  $\alpha$ ,  $\beta$ ,  $\gamma$  등의 방사선을 방출하는 능력을 말하고, 이러한 방사능을 지니고 있는 물질을 방사성물질이라고 한다.

### 나. 방사선이 인체에 미치는 영향

#### (1) 결정론적 영향과 확률론적 영향

방사선에 노출된 경우 인체에는 결정론적 영향(deterministic effects)과 확률론적 영향(stochastic effects)이 나타날 수 있다.

#### (가) 결정론적 영향

짧은 시간 안에 많은 양의 방사선에 노출되는 경우, 인체에는 탈모, 구토, 불임, 피부 박리 및 궤사 내지 사망에 이르는 영향이 나타날 수 있는

데, 이러한 일정량 이상의 고선량의 방사선에 노출되면 증상이 발현되기 때문에 결정론적 영향이라고 일컬어진다.

(나) 확률론적 영향

결정론적 영향이 나타나지 않는 저선량의 방사선이라고 하더라도, 인체에 아무런 영향을 미치지 않는 것은 아니고, 암이나 유전질환 등을 일으킬 가능성이 있다. 저선량 방사선에 의한 영향은 선량이 증가함에 따라 그 발생의 확률이 커지는 것이어서 확률론적 영향이라고 일컬어진다.

(2) 확률론적 영향에 관한 두 가설

확률론적 영향의 경우 역치가 존재하는지 여부에 관하여 논란이 있고 실험적 자료를 얻는 데에도 한계가 있어, 크게 두 가지 모델이 제시되고 있다. 즉 방사선 노출량이 1시버트에 이르는 경우 암 발생 확률은 5.5% 높아지는 것으로 받아들여지고 있으나, 방사선 노출량이 이에 미치지 아니하는 경우 암 발생 확률이 노출량에 비례하여 줄어들 것인지, 또는 일정량 이하의 저선량은 아무런 인체의 해악이 없다고 할 수도 있는지에 관하여는 입증되지 않고 있다. 이에 따라, 방사선 방호정책이 결과적으로 어느 정도의 확률론적 영향의 위험을 가져오는지는 가설에 따라서 그 평가가 달라질 수 있기 때문에 논란이 된다.

(가) 선형 무역치 가설

선형 무역치 가설은 방사선의 확률론적 영향에는 역치가 없고, 아무리 적은 양의 방사선이라도 이에 정비례하는 확률론적 영향을 인체에 미칠 수 있다는 것이다. 즉 1Sv의 방사선 노출이 5.5%의 암 발생 증가를 가져온다면, 1mSv의 방사선 노출은 0.55%의 암 발생 증가를 가져온다는 가설이다.

(나) 역치가 존재한다는 가설

아직까지 100mSv 이하의 저선량 노출의 영향은 실험적으로 입증되지 못하였으므로 역치 이하의 저선량의 방사선은 아무런 영향이 없다고 보는 것이 이 가설이다.

(다) 평가

선형무역치가설은 저선량의 영향을 과대평가할 수 있으나, 방호정책의 수립 측면에서 보다 위험을 방지할 수 있다. 국제방사성방호위원회의 1990년 권고인 ICRP 60은 선형무역치가설에 근거하여 선량한도를 정하였고, 우리나라의 방사능 기준은 이에 따르고 있다.

**다. 관련 단위**

(1) 등가선량, 유효선량(시버트, Sv, Sivert)

시버트(Sv)는 방사선의 종류나 방사성물질의 종류에 불구하고, 방사선이 생물학적으로 인체에 영향을 미치는 정도를 나타내는 단위로 국제규격(SI)이다. 특히 저선량의 방사선이 인체에 미치는 영향을 나타내는 단위로, 방사선 노출량이 1시버트 늘어날 때마다 암 발생확률이 5.5% 높아지는 것으로 예측된다.

(2) 방사성물질량(베크렐, Bq, Becquerel)

1초당 방사성물질의 붕괴횟수를 말한다. 방사성 동위원소 세슘-137이 1Bq이라고 말할 경우, 1초에 세슘-137 원자가 1회 붕괴할 정도의 양이 존재한다고 볼 수 있다.

**라. 식품내 방사성물질량과 등가선량의 변환**

일정량의 방사성물질을 식품으로 섭취하게 되면, 시간이 지남에 따라 대사 등을 통하여 일정량은 체외로 배출된다. 남은 방사성물질도 반감기에 따라 붕괴하여 점차 감소하게 되지만, 체내에 잔류하는 동안 지속적으로 방사선을 방출하게 되므로 한 번의 방사성물질 섭취로 인하여 오랜 기간 방사선에 인체가 노출되게 된다.

방사성물질의 섭취에 의한 영향은, 인체의 대사 속도 및 방사성물질의 특성에 따라 달라지는데 이러한 영향을 고려하여, 각 방사성물질 별로 섭취할 경우 평생(70세 까지) 노출되는 방사선량의 총합<sup>1)</sup>을 계산할 수 있다

---

1) 이를 예탁선량이라고 한다.

록 설정된 것이 ‘선량환산계수’이다.

식품의약품안전청의 의견서에 따르면, 우리나라 방사성 방호정책에서 적용하고 있는 선량환산계수는 다음과 같다.

방사능	성인	유아	영아	근거
요오드( <sup>131</sup> I)	$2.2 \times 10^{-5} mSv/Bq$	$5.2 \times 10^{-5} mSv/Bq$	$1.8 \times 10^{-4} mSv/Bq$	ICRP 72 (1996)
세슘( <sup>137</sup> Cs)	$1.3 \times 10^{-5} mSv/Bq$	$1.0 \times 10^{-5} mSv/Bq$	$1.2 \times 10^{-5} mSv/Bq$	ICRP 72 (1996)

### 3. 원자력안전위원회 위원장의 부작위와 식품의약품안전청장의 부작위에 관한 적법요건 판단

#### 가. 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사”를 헌법소원 심판의 대상으로 하고 있으므로, 부작위에 관한 헌법소원이 적법하기 위하여는 공권력의 불행사가 있음이 인정되어야 한다. 단순히 공권력 주체의 부작위가 있어 이로 인하여 피해를 입었다는 주장만으로는 공권력의 불행사가 있었음을 인정하기는 어렵고, 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 게을리 하는 경우에 한하여 공권력의 불행사가 있음이 인정된다(헌재 2007. 2. 22. 2003헌마428등, 판례집 19-1, 118, 134).

#### 나. 헌법상 작위의무의 도출

헌법에서 유래하는 작위의무는 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우에 인정된다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마621 참조).

이 사건에서 헌법재판소는 ‘원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법

률’ 제1조가 규정한 원자력안전위원회의 설치목적과, 제2조가 규정한 원자력안전위원회의 ‘원자력의 연구·개발·생산·이용에 따른 안전관리에 필요한 대책을 마련하고 이행에 노력’할 의무로부터, 원자력안전위원회에 “방사선 재해가 발생할 경우 국민을 보호하기 위한 적절한 조치를 하여야 할 의무”가 있음을 인정하였다. 이는 관련 법률에서 규정한 원자력안전위원회의 작위의무가 헌법에서 유래하는 작위의무임을 인정한 것이다. 또, 식품의약품안전청장의 부작위와 관련하여서는 식품위생법상의 규정들<sup>2)3)</sup>로부터 “수입

2) 식품의약품안전청장은 권한위탁에 관한 일반규정인 ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제3조에 근거하여 식품의약품안전청장이 수산물에 관한 조치 권한을 농림수산식품부장관에 위임하였고, 그 경우에도 위탁기관의 장은 위탁사무에 대하여 지휘·감독하여야 하고 사무에 대하여 감사할 수 있으므로(같은 법 제8조, 제9조), 식품의약품안전청장이 위해 수산물에 대하여도 적절히 조치할 의무가 있다. 2013. 3. 23. 식품의약품안전청은 식품의약품안전처로 이름이 변경되었다. 같은 날 ‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’이 개정되어 제37조 제2항이 삭제되었고, 수산물 수입 금지에 관한 권한의 위탁도 종료되어 식품의약품안전처로 이관되었다.

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(2010. 1. 6. 대통령령 제21978호로 전부개정되고, 2013. 3. 23. 대통령령 제24463호로 개정되기 전의 것)

제3조(위임 및 위탁의 기준 등) ① 행정기관의 장은 허가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무 및 일상적으로 반복되는 사무로서 그가 직접 시행하여야 할 사무를 제외한 일부 권한(이하 “행정권한”이라 한다)을 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장, 다른 행정기관의 장, 지방자치단체의 장에게 위임 및 위탁한다.

② 행정기관의 장은 행정권한을 위임 및 위탁할 때에는 위임 및 위탁하기 전에 수입기관의 수입능력 여부를 점검하고, 필요한 인력 및 예산을 이관하여야 한다.

③ 행정기관의 장은 행정권한을 위임 및 위탁할 때에는 위임 및 위탁하기 전에 단순한 사무인 경우를 제외하고는 수입 및 수탁기관에 대하여 수입 및 수탁사무 처리에 필요한 교육을 하여야 하며, 수입 및 수탁사무의 처리지침을 시달하여야 한다.

제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수입 및 수탁기관의 수입 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

제8조(책임의 소재 및 명의 표시) ① 수입 및 수탁사무의 처리에 관한 책임은 수입 및 수탁기관에 있으며, 위임 및 위탁기관의 장은 그에 대한 감독책임을 진다.

② 수입 및 수탁사무에 관한 권한을 행사할 때에는 수입 및 수탁기관의 명의로 하여야 한다.

제9조(권한의 위임 및 위탁에 따른 감사) 위임 및 위탁기관은 위임 및 위탁사무 처리의 적정성을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 수입 및 수탁기관의 수입 및 수탁사무 처리 상황을 수시로 감사할 수 있다.

제37조(식품의약품안전청 소관) ② 식품의약품안전청은 「식품위생법」 제19조에 따른 수입 식품등의 신고의 수리 및 검사업무 중 수산동식물(식품첨가물이나 다른 원료를 사용하지 아니하고 원형을 알아볼 수 있는 정도로 단순히 가열·



대상 식품이 방사성물질에 오염되어 위해가 발생할 우려가 있을 경우 수입 금지 등 적절한 조치를 할 의무”를 도출하여, 위 의무가 헌법에서 유래하는 작위의무임을 인정하였다.

다만 위 작위의무들은 청구인들이 주장하는 ‘폐아스콘을 즉시 수거·이전할 의무’, ‘일본산 수산물을 전면수입금지할 의무’와 같이 구체적으로 특정된 의무와는 다르다.

#### 다. 헌법상 작위의무를 게을리하였는지 여부

헌법재판소는 위와 같이 도출된 작위의무의 이행 여부를 검토하였다. 먼저 2011. 11. 1.경 서울 ○○동 도로에서 방사선 이상 수치가 측정되었다는 민원이 접수된 후, 원자력안전위원회가 같은 날부터 현장조사에 착수하고, 해당 도로의 아스콘을 철거한 노원구에 일반인이 폐아스콘에 접근하지 않도록 안전조치를 하도록 권고한 사실을 인정하였다. 또 폐아스콘의 임시보관장소에 대한 현장 정밀조사를 실시하여 폐아스콘으로부터 방출되는 방사선량이 긴급한 이전을 필요로 하지 않는 정도임을 확인한 후, 2014. 7.까지 종국적으로 경주방사성폐기물처분시설로 이전한 사실을 인정하였다. 헌법재판소는 이러한 일련의 판단과정과 조치 내용을 고려하여 원자력안전위원회 위원장이 ‘방사선재해가 발생할 경우 국민을 보호하기 위한 적절한 조치를 하여야 할 의무’를 게을리 하지 않았다고 판단하였다.

숙성·건조 또는 염장한 수산동식물을 포함한다)에 관한 권한을 농림수산식품부장관에게 위탁한다.

- 3) 식품의약품안전청장은 국내외에서 유해물질이 함유된 것으로 알려지는 등 위해의 우려가 제기되는 식품등이 식품위생법상 위해식품등에 해당한다고 의심되는 경우에는 그 식품등의 위해요소를 신속히 평가하여 그것이 위해식품등인지를 결정하여야 하고, 위해평가가 끝나기 전까지 국민건강을 위하여 예방조치가 필요한 식품등에 대하여는 판매하거나 판매할 목적으로 채취·제조·수입·가공·사용·조리·저장·소분·운반 또는 진열하는 것을 일시적으로 금지할 수 있으며, 다만 국민건강에 급박한 위해가 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 식품의약품안전청장이 인정하는 경우에는 그 금지조치를 하여야 한다(식품위생법 제15조). 식품의약품안전청장은 특정 국가 또는 지역에서 채취된 식품등이 그 특정 국가 또는 지역에서 위해한 것으로 밝혀졌거나 위해의 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그 식품등을 수입·판매하거나 판매할 목적으로 제조·가공·사용·조리·저장·소분·운반 또는 진열하는 것을 금지할 수 있고(같은 법 제21조 제1항), 위해평가 또는 신고된 수입 식품에 대한 검사 후 식품등에서 유독·유해물질이 검출된 경우에는 해당 식품등의 수입을 금지하여야 한다(같은 조 제2항).

그리고 식품의약품안전청장에 의하여 권한을 위탁받은 농림수산물식품부 장관이 일본 원전사고가 발생한 이후 일본에서 출하정지대상으로 지정한 품목에 대하여 잠정수입중단조치를 한 사실을 인정하고, 일본으로부터 수입되는 수산물에 대하여 매건별로 방사성물질 검출 검사를 하였으며 그 검출량이 미량에 그친 사실과 방사성 세슘 또는 방사성 요오드가 검출된 건이 모두 반송된 사실, 일본산 수산물에 대한 잠정수입중단의 범위를 확대하여온 사실을 인정하였다. 청구인들의 주장과 같이 일본산 수산물에 대하여 전면수입금지조치를 취한 것은 아니지만, 식품의약품안전청장이 위와 같은 일련의 조치들을 행함으로써 ‘수입대상 식품이 방사성물질에 오염되어 위해가 발생할 우려가 있을 경우 수입금지 등 적절한 조치를 할 의무’를 이행한 것으로 보아, 헌법재판소는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 인정되지 아니한다고 보았다.

이와 같이, 이 사건에서 헌법재판소는 작위의무 이행여부에 대한 판단을 적법요건 단계에서 심사하였다. 이는 작위의무가 이행된 경우에는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 있음이 인정되지 아니하기 때문이다.

#### 4. 기본권보호의무 위반 여부의 심사기준

##### 가. 기본권보호의무 위반으로 인한 기본권 침해가능성

헌법재판소는 교통사고처리특례법에 대한 헌법소원심판 사건에서 국가의 기본권 보호의무 위반으로 인하여 기본권이 침해될 가능성을 인정하여 이에 대하여 판단한 이래(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등), 사망한 태아의 손해배상청구권을 인정하지 아니한 조항이 태아의 생명권을 보호하는데 미흡하여 국가의 기본권 보호의무를 위반한 것인지 여부를 판단하였고(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81), 미국산 쇠고기 수입위생조건이 쇠고기 소비자의 생명과 신체에 관한 기본권 보호의무를 위반하였는지 여부(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등), 담배사업법이 기본권 보호의무를 위반하였는지 여부(헌재 2015. 4. 30. 2012헌바38)를 심사함으로써, 국가의 기본권 보호의무를 인정하고 나아가 국가가 기본권 보호의무를 위반할 경우 관련된 국민의 기본권이 침해될 가능성이 있음을 인정하여 헌법소원심판에서 이를 판단하여

왔다.

이 사건 고시와 이 사건 시행령 별표는 일반인에 대한 방사능 기준을 정한 것으로서 이러한 국가의 보호조치가 국가의 기본권 보호의무를 위반하는 경우 국민인 청구인들의 생명 또는 신체의 안전과 같은 기본권이 침해될 가능성이 있으므로, 이 사건 헌법소원심판에서는 국민의 생명 및 신체의 안전에 관한 기본권 보호의무 위반 여부를 심사하였다.

#### 나. 기본권 보호의무 위반여부의 심사기준

기본권 보호의무 위반여부를 심사할 때의 심사기준에 관하여, 국가가 기본권을 제한하는 경우와 다른 독자적인 심사기준을 가져야 할 것인지 문제된다.

헌법재판소는 이 사건에서 「국가가 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 의무를 진다하더라도 국가의 보호의무를 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 권력분립과 민주주의의 원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 입법자 또는 그로부터 위임받은 집행자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다. 그렇다면 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는지를 기준으로 삼아야 한다.」고 보아 선례(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등; 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등 참조)와 마찬가지로 ‘국가가 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는’지를 기준으로 판단하였다.<sup>4)</sup>

4) 이와 관련하여, 기본권 보호의무위반 여부의 심사 기준에 대한 독일연방헌법재판소의 원칙적 입장은 “공권력이 보호규정을 전혀 만들지 않았거나 명백하게 규율이나 처분이 보호목적을 달성하는 데에 완전히 부적절하거나 완전히 불충분한 경우에 보호의무 위반을 결정할 수 있다”는 것이다(BVerfGE 79, 175, 202; 이은선 헌법연구원의 ‘원자력 관련 사건에서 심사기준에 관한 독일의 논의’에서 재인용). 다만, 기본권 보호의무위반이 문제되는 경우라고 하더라도 핵발전소의 건설인가에 관한 규정에 관한 뮐하임-케일리히(Mülheim-Kärlich)결정에서 보는 국가가 재정을 마련하고 법률을 입법하여 핵에너지의 경제적 사용을 가능토록 하였다는 측

이 사건 고시와 이 사건 시행령 별표는 인체의 방사선 노출을 일으킬 수 있는 사인의 활동을 포함한 모든 국가 내 활동에 있어서 방사능 기준을 마련한 것으로 기본권 침해를 방지하기 위해 행해진 보호조치이다. 이러한 보호조치를 형성함에 있어서는 입법자 및 그로부터 권한을 위임받아 행정입법을 하는 집행자의 형성의 재량이 인정될 수밖에 없다는 측면에서, 헌법재판소는 ‘국가가 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는지’를 심사기준으로 하여 제한적으로 보호의무 이행 여부를 심사한 것이다.

또 방사능 기준의 설정은 곧 국가가 방사선 피폭을 수반할 수 있는 활동을 제한하는 기준도 되므로, 경미한 위해를 초래할 가능성조차 절대적이고 확실히 배제할 정도의 기준을 마련하는 것은 충돌하는 법익을 고려할 때 이를 국가에 요구할 수 없고, ‘감수할만한 위험수준’을 결정할 필요가 있다. 이 때 ‘감수할만한 위험수준’을 정하고 판단하는 것은 정치적 책임을 지는 입법자의 몫 내지는 이로부터 권한을 위임받은 집행자의 몫이므로, 입법자 또는 그로부터 권한을 위임받은 집행자가 사회적으로 감수할 수 있는 위험수준에 대하여 내린 결단은 원칙적으로 존중되어야 한다.

#### 다. 전문적 기술적 영역에 대한 심사의 한계 및 방법

방사능 기준을 설정하는 경우 위험의 평가와 예측은 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이다. 방사선 피폭이 인체에 미치는 위해와 같은 과학적이고 전문적인 영역에 대하여는 헌법재판소가 독자적으로 심사하기는 어려우므로, 심사 당시까지 통용되는 과학기술과 국제기준 등에 비추어 객관적으로 검토하여야 할 것이다.

---

면에서, 그로 인하여 생명 및 신체에 대한 위험이 야기되었기 때문에 “핵발전소의 인가에 관한 실체법 내지 절차법 규정들에 대한 헌법적인 판단을 할 경우에, 국가에 의한 침익적 법률을 심사하는 경우와 마찬가지로 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다”는 적극적인 견해를 취한 바 있다(BVerfGE 53, 30, 57f. = NJW 1980, 759; E.Klein, NJW 1989, 1633, 1635f.; 이은선 헌법연구원의 ‘원자력 관련 사건에서 심사기준에 관한 독일의 논의’에서 재인용). 독일연방헌법재판소의 뮐하임-케얼리히 결정의 문제상황은 기본권 보호의무 위반여부에 관한 심사라고 하더라도 해당 공권력 행사가 위험을 야기하는 경우에는 엄격한 심사가 이루어질 필요가 있다는 시사점을 준다.

그렇다면 헌법재판소는 위와 같은 통용되는 과학기술과 국제기준을 토대로 입법자 등이 위험수준을 판단한 과정이 자의적인지 여부, 객관적 국제기준 등에 비추어 지나치게 완화된 기준을 정하였음에도 합리적인 이유가 없는지 여부, 기준을 정한 때와 사정이 변경되었거나 그 과학적 이론적 근거가 변경되어 심사 당시에 해당 기준이 더 이상 타당하지 않게 되었는지 여부 등을 심사하여야 한다.

## 5. 이 사건 시행령 별표 및 이 사건 고시의 기본권 보호의무 위배 여부

### 가. 이 사건 시행령 별표

이 사건 시행령 별표는 국제방사선방호위원회의 1990년도 권고인 ICRP 60<sup>5)</sup>을 근거로, ICRP 60의 기준인 연간 1밀리시버트의 유효선량한도에 더하여 손·발에 대한 일반인 등가선량한도를 추가로 정한 것이다. 국제방사선방호위원회는 공인된 국제기구로, 독일, 프랑스, 스웨덴, 핀란드, 호주 등 많은 나라와 국제기본안전표준(BSS)과 같은 국제표준, 여러 국제노동협약, EC 규약 그리고 WHO 등도 국제방사선방호위원회의 권고에 근거하여 방사선방호를 하고 있으므로, 일응 이 사건 시행령 별표의 기준은 국제기준

#### 5) <ICRP 60 상의 권고선량한도<sup>1)</sup>(1990 Recommendations of the ICRP, 46쪽)>

적용 범위	선량한도	
	종사자	일반
유효선량	5년 동안 평균하여 1년당 20밀리시버트 <sup>2)</sup>	1년당 1밀리시버트 <sup>3)</sup>
연간 등가선량		
수정체	150밀리시버트	15밀리시버트
피부 <sup>4)</sup>	500밀리시버트	50밀리시버트
손과 발	500밀리시버트	-

<sup>1)</sup>이 선량한도는 외부피폭과 내부피폭으로 인한 향후 50년간의 예탁선량의 합에 적용된다.

<sup>2)</sup>어느 한 해에 50밀리시버트를 초과하여서는 안된다. 임신중인 종사자에 대하여는 추가적인 제한이 필요하다.

<sup>3)</sup>특정한 상황에서, 일년간 더 높은 유효선량한도가 용인될 수 있으나, 5년간의 평균이 1밀리시버트를 넘어서는 안된다.

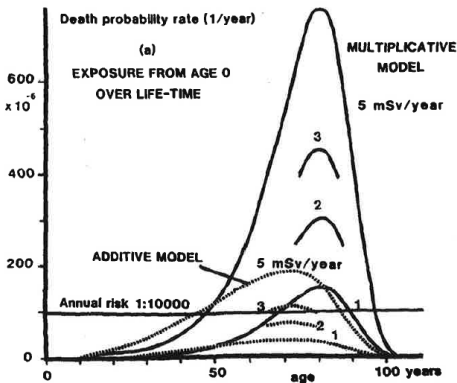
<sup>4)</sup>유효선량한도는 확률론적 영향에 대하여 충분한 방호가 될 수 있다. 그러나 국소피폭의 경우에는 결정론적 영향을 방지하기 위하여 추가의 선량한도가 설정될 필요가 있다.

에 비추어 최소한의 보호조치를 하고 있는 것이라 인정할 수 있다.

또 헌법재판소는 ICRP 60 기준의 설정 근거를 검토하였는데, 이는 연간 1밀리시버트의 기준은 당시의 과학기술에 의한 위험평가를 근거로 하여 위 기준 만큼의 방사선에 평생 피폭되는 경우 약 70세 이상의 연령의 인구에서 1년에 1만 명당 1명 정도의 사망률 증가가 예측되는 확률적 위험<sup>6)</sup>을 가지는 것이었다. 또 세계적으로 연간 자연방사선 준위가 2.4밀리시버트를 평균으로 지역에 따라 수 밀리시버트의 편차를 가지는 점을 고려하여 ICRP 60은 1밀리시버트의 방사선 피폭이 감수할 만한 위험수준이라고 판단하였다. 결국 이 사건 시행령 별표의 입법자가 ICRP 60의 기준을 받아들인 것은, 위와 같은 위험을 감수하는 것으로 결단한 것이라 할 것이다. 그렇다면 비록 이 사건 시행령 별표는 방사선으로 인한 위험을 절대적으로 배제하는 것은 아니지만, 입법자가 위와 같은 위험의 정도를 감수할만한 것이라 판단한 것을 두고 현저히 자의적이거나 부당하다고 하기는 어렵다.

한편 2007년 국제방사선방호위원회는 추가된 조사·연구결과를 바탕으로 ICRP 60과 마찬가지로 유효선량한도를 1밀리시버트로 정한 새로운 국제권고를 하였다(ICRP 103). 이러한 사정을 고려한다면, 이 사건 시행령 별표가 최근의 국제기준 내지 과학기술에 비추어서도 처음 기준의 설정 당시와 마찬가지로 타당성을 가진다고 할 수 있다.

6) 0세부터 평생 해당 선량의 방사선에 노출되는 경우, 연령대별 사망률 증가 예측 (1990 Recommendations of the ICRP, 185쪽)



이와 같이 헌법재판소는 이 사건 시행령 별표의 설정 근거가 된 국제기준이 설정된 과정 및 기준이 택해진 이유를 살폈고, 위험 평가를 위한 조사와 연구가 현재까지 타당한 것인지 검토하였다. 방사능 관련 활동을 허용함으로써 감수하여야 할 위험의 수준에 관하여는 원칙적으로 입법자의 결단을 존중하면서, 다른 나라의 기준과도 비교하여 이 사건 시행령 별표의 기준이 지나치게 낮다거나 자의적이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

### 나. 이 사건 고시

이 사건 고시는 식품 내 방사성 요오드와 방사성 세슘의 기준치를 정하고 있다. 이는 1년 동안 섭취하는 식품 중 성인의 경우 10%가, 영유아의 경우 주식인 우유가 100% 해당 기준치만큼의 방사성 물질에 오염된 경우에도 이 사건 시행령 별표에서 정한 연간 유효선량한도 미만으로 내부피폭이 한정되도록 정한 것이다<sup>7)</sup>. 헌법재판소는 현재 우리나라에 유통되는 식품의 방사성 물질에 의한 오염 정도가 10%에 현저히 못미치는 상황을 고려하여 이 사건 고시가 지나치게 낮은 기준을 설정한 것은 아니라고 보았다.

헌법재판소는 다른 나라 및 국제식품규격(Codex)기준<sup>8)</sup>과 비교하여 이 사건 고시가 특별히 불합리하지 않다고 보았다.

한편 이 사건 고시에서는 방사성 요오드와 방사성 세슘에 관하여만 식품 내 함유 기준을 정하고 있으므로 이 사건 고시에서 정하지 아니한 다른 방

#### 7) 국민건강영양조사등 통계상의 연간 식품섭취량

구분	연간섭취량			근거
	우유류	기타식품	계	
성인(19세 이상)	27kg	488kg	515kg	국민건강영양조사
유아(1-6세)	78kg	225kg	303kg	계절별 영유아 식품섭취량 조사
영아(1세 이하)	200kg		200kg	국민건강영양조사, WHO

#### 8) 국제식품규격위원회 방사능 기준

Codex(단위: Bq/kg)		
핵종(총합)	영유아식	기타식품
$^{238}\text{Pu}+^{239}\text{Pu}+^{240}\text{Pu}+^{241}\text{Am}$	1	10
$^{90}\text{Sr}+^{106}\text{Ru}+^{129}\text{I}+^{131}\text{I}+^{235}\text{U}$	100	100
$^{35}\text{S}+^{60}\text{Co}+^{89}\text{Sr}+^{103}\text{Ru}+^{134}\text{Cs}+^{137}\text{Cs}+^{144}\text{Ce}+^{192}\text{Ir}$	1,000	1,000
$^3\text{H}+^{14}\text{C}+^{99}\text{Tc}$	1,000	10,000

사성 물질로 인한 식품의 오염에 관하여 국가가 기본권 보호의무를 게을리한 것인지도 문제되었다. 먼저 이 사건 고시가 우선적으로 규제대상으로 방사성 요오드와 방사성 세슘을 정한 것은 원전사고 발생시 가장 많이 방출되는 핵종이면서, 분석소요시간이 짧아 식품의 유통기간을 고려하여 사전검사가 용이하다는 점, 방사성 세슘이나 방사성 요오드가 검출된 경우 기타 핵종에 의한 오염여부를 추가적으로 확인하도록 하는 규정을 둔 점, 다른 나라의 경우도 유사하게 검사 핵종을 제한하고 있다는 점에서 이 사건 고시가 방사성 요오드와 방사성 세슘에 관하여 우선적 규제를 한 것에 관하여도 합리적 이유가 인정된다고 보았다.

## 6. 결정의 의의

이 사건에서 선례와 마찬가지로 헌법재판소는 행정부작위에 관한 헌법소원심판의 적법요건 단계에서 공권력의 불행사의 존부를 판단하기 위하여 헌법상 작위의무를 규명하고 작위의무의 이행 여부를 심사하였다.

그리고 국가가 기본권 보호의무에 위배하는 경우에도 개인의 기본권 침해로 이어질 수 있다는 전제에서, 기본권 보호의무 위반 여부를 심사하였다. 국가가 국민의 기본권을 보호하기 위하여 취한 조치에 대한 심사기준에 관하여, 선례와 마찬가지로 국가가 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는지를 기준으로 판단하였다. 특히 국가가 일정한 위험을 수반하는 활동을 허용하는 기준치를 정하는 데 있어서는 감수할만한 위험수준을 결단하지 않을 수 없는데, 이렇게 감수할만한 위험수준을 결정하는 것은 정치적 책임을 지는 입법자의 몫이므로, 헌법재판소는 위험수준을 판단한 과정의 합리성을 평가하고 결과물이 결단 이후의 현재의 이론과 과학수준에 비추어서도 타당성을 가지는지를 평가하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 위험의 감수에 관한 입법자의 결단을 존중하면서도 그 판단과정과 근거에 관하여는 알려진 과학이론과 국제기준에 비추어 객관적으로 평가하여, 이 사건 시행령 별표 및 이 사건 고시가 정한 방사능 기준이 헌법상 국가의 기본권 보호의무에 위배되는 것이 아니라고 판시하였다.



## 변호인접견불허 위헌확인

- 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견 횟수 및 시간 -

(헌재 2015. 11. 26. 2012헌마858, 판례집 27-2하, 306)

남 상 규\*

### 【판시사항】

1. 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견을 일반 접견에 포함시켜 시간은 30분 이내로, 횟수는 월 4회로 제한한 구 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정되고, 2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정되기 전의 것) 제58조 제2항 및 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정된 것) 제58조 제2항 중 각 ‘수형자’에 관한 부분, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정된 것) 제58조 제3항이 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하면서 계속 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정되고, 2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정되기 전의 것) 제58조 제2항 및 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정된 것) 제58조 제2항 중 각 ‘수형자’에 관한 부분, 그리고 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정된 것) 제58조 제3항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

\* 헌법연구관

구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 전부개정되고, 2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정되기 전의 것)

제58조(접견) ② 변호인과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견 시간은 회당 30분 이내로 한다.

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

제58조(접견) ③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 개정된 것)

제58조(접견) ② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다. 이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2012. 9. 27. 사기미수죄로 징역 1년 형이 확정되어 ○○구치소에 수용되어 있던 사람으로, 2010. 10. 1. 오○진을 상대로 대여금 지급을 구하는 민사소송을 제기하였으나 패소하자 2012. 5. 11. 항소하였다. 청구인의 소송대리인인 변호사 박○옥은 위 항소심 사건의 상담을 위해서는 일반 접견만으로 충분하지 않다고 생각하여, 항소심 계속 중이던 2012. 10. 16. ○○구치소 변호인 접견실에 접견 신청을 하였으나, 민사소송사건의 대리인인 변호사는 변호인에 해당하지 않는다는 이유로 불허되었다.

이에 청구인은 소송대리인인 변호사와의 접견을 시간은 일반 접견과 동일하게 회당 30분 이내로, 횟수는 다른 일반 접견과 합하여 월 4회로 제한하는 것은 위헌이라고 주장하면서 2012. 10. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장

수형자와 소송대리인인 변호사의 접견이 시간은 일반 접견과 동일하게 회당 30분 이내로, 횟수는 다른 일반 접견과 합하여 월 4회로 제한되어, 수형자가 변호사와 소송을 위한 상담이나 준비를 하기에 부족하므로, 이로 인해 청구인과 같은 수형자의 재판청구권, 행복추구권, 평등권이 침해된다.

### 【결정요지】

1. 수형자와 소송대리인인 변호사가 접견 이외에 서신, 전화통화를 통해 소송준비를 하는 것이 가능하다고 하더라도, 서신, 전화통화는 검열, 청취 등을 통해 그 내용이 교정시설 측에 노출되어 상담과정에서 위축되거나 공정한 재판을 받을 권리가 훼손될 가능성이 있으며, 서신은 접견에 비해 의견교환이 효율적이지 않고 전화통화는 시간이 원칙적으로 3분으로 제한되어 있어 소송준비의 주된 수단으로 사용하기에는 한계가 있다. 따라서 수형자의 재판청구권을 실효적으로 보장하기 위해서는 소송대리인인 변호사와의 접견 시간 및 횟수를 적절하게 보장하는 것이 필수적이다.

변호사 접견 시 접견 시간의 최소한을 정하지 않으면 접견실 사정 등 현실적 문제로 실제 접견 시간이 줄어들 가능성이 있고, 변호사와의 접견 횟수와 가족 등과의 접견 횟수를 합산함으로써 인하여 수형자가 필요한 시기에 변호사의 조력을 받지 못할 가능성도 높아진다. 접견의 최소시간을 보장하되 이를 보장하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 일정한 범위 내에서 이를 단축할 수 있도록 하고, 횟수 또한 별도로 정하면서 이를 적절히 제한한다면, 교정시설 내의 수용질서 및 규율의 유지를 도모하면서도 수형자의 재판청구권을 실효적으로 보장할 수 있을 것이다.

이와 같이 심판대상조항들은 법률전문가인 변호사와의 소송상담의 특수성을 고려하지 않고 소송대리인인 변호사와의 접견을 그 성격이 전혀 다른 일반 접견에 포함시켜 접견 시간 및 횟수를 제한함으로써 청구인의 재판청구권을 침해한다.

2. 심판대상조항들의 위헌성은 수형자의 일반 접견에 대해 시간 및 횟수를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 소송대리인인 변호사와의 접견

시간 및 횟수에 대한 별도의 규정을 두지 않은 것에 있다. 만약 심판대상 조항들에 대하여 단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시킬 경우, 수형자의 다른 일반 접건의 시간 및 횟수를 제한할 수 있는 근거 조항까지 없어지게 되어 법적 공백으로 인한 혼란이 발생할 우려가 있으므로, 헌법 불합치결정을 하되 심판대상조항들은 행정입법자가 개정할 때까지 계속 적용하기로 한다.

### 재판관 김창종의 위헌의견

심판대상조항들은 수형자와 소송대리인인 변호사와의 접건을 일반 접건에 포함시켜 접건 시간 및 횟수를 제한하고 있지만 이에 대해서는 폭넓은 예외가 인정되고 있으며, 서신, 집필, 전화통화를 통해서, 그리고 재판에 직접 출석하여 변론하는 기회에 소송대리인인 변호사와 의견교환을 할 수 있으므로 접건 이외의 다른 여러 제도적 장치를 통해 변호사와 충분한 소송준비를 하는 것이 가능하다. 또한 헌법재판소의 2011헌마122 결정 및 2011헌마398 결정으로 소송대리인인 변호사와의 접건도 접촉차단시설이 없는 장소에서 행해지도록 관련 규정이 개정되고 소송대리인인 변호사와의 접건 내용을 녹음, 기록할 수 없게 되면서, 현재는 그 접건 장소가 접촉차단시설 및 녹취시설이 없는 변호인 접견실로 변경되고 이로 인해 접건 시간이 늘어나는 등 소송대리인인 변호사와의 접건이 수형자의 재판청구권을 더욱 충실히 보장할 수 있는 방식으로 이루어지고 있다. 한편, 소송대리인인 변호사와의 접건 시에 충분한 소송준비를 할 수 있도록 그 접건 횟수와 시간을 일반 접건과 달리 정하여야 한다면, 변호사 아닌 다른 소송대리인들의 경우도 동일하게 취급하는 것이 마땅하고, 변호사만을 특별하게 대우하여야 할 어떠한 합리적 근거를 찾기 어렵다. 이와 같이 심판대상조항들은 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어 수형자와 변호사 사이의 접견권을 지나치게 제한한다고 볼 수 없으므로, 심판대상조항들은 청구인의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 수형자 접견제도 개관

#### 가. 접견의 시간 및 횟수

‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(이하 ‘형집행법’이라 한다)에 의하면, 수용자는 수형자, 미결수용자, 사형확정자 등으로 구분되는데, 이 중 수형자란 징역형, 금고형 등의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말하고, 미결수용자란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 말한다(제2조).

수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다(형집행법 제41조 제1항 본문). 수용자 중 미결수용자는 헌법상 보장되는 변호인과의 접견교통권의 주체로서(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144 참조), 변호인과의 접견에 있어서는 시간과 횟수의 제한을 받지 않으며(형집행법 제84조 제2항), 다만 그 외의 접견에 있어서는 시간은 회당 30분 이내, 횟수는 매일 1회의 제한을 받는다(형집행법 시행령 제58조 제2항, 제101조). 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자 역시 변호인 접견에 있어서는 시간과 횟수의 제한을 받지 않는다(형집행법 제88조). 수형자는 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있어 변호인과 접견하는 경우가 아니면, 접견 시간은 회당 30분 이내로, 접견 횟수는 원칙적으로 매월 4회로 제한된다(심판대상조항들).

한편 수형자와 형사사건을 제외한 나머지 사건의 소송대리인인 변호사 사이의 접견은 변호인 접견에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 형집행법 등에 그 시간 및 횟수에 관한 별도의 규정도 없으므로, 시간과 횟수에 있어 일반 접견과 동일한 제한을 받는다.

다만, 수형자의 접견 시간 및 횟수의 제한에 대해서는 일정한 예외가 마련되어 있는데, 교정시설의 장은 수형자의 교화 또는 건전한 사회복지를 위하여 특히 필요하다고 인정하면 접견시간을 연장할 수 있고, 수형자가 19세 미만이거나, 교정성적이 우수하거나, 또는 교화나 건전한 사회복지를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때에는 접견 횟수를 늘릴 수 있다(형집행법 시행령 제59조 제1항, 제2항).

## 나. 법무부의 2009. 4. 16.자 기결수형자에 대한 변호인 접견 관련 업무 기준

수형자와 소송대리인인 변호사의 접견은 변호인 접견과 구분됨에도 불구하고, 일선 교정시설에서 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견에 변호인 접견에 준하는 시간, 횟수, 장소(변호인 접견실)를 제공하는 것이 기존의 관행이었다.

그러나 법무부는 2009. 4. 16. 변호인이 아닌 변호사와 수형자의 접견은 일반 접견에 해당함에도 불구하고 일선 교정시설에서 수형자와 변호사 접견 시 시간, 횟수 및 장소에 대하여 일상적으로 예외를 인정하는 기존 관행의 문제점을 지적하며, 각 교정시설에 그 시정을 명하는 ‘기결수형자의 변호인 접견 관련 업무 기준’을 내려 보냈다. 위 업무 기준은 변호인이 아닌 변호사와 수형자의 접견은 다른 일반 접견과 마찬가지로 형집행법 시행령 제58조에 따라 접촉차단시설이 설치된 접견실에서 매월 4회, 회당 30분의 범위 내에서 집행하는 것을 원칙으로 하되, 다만 형집행법 시행령 제59조에 해당하는 경우에만 예외적으로 장소, 시간 또는 장소를 변경할 것을 지시하였다.

## 다. 헌법재판소의 위헌결정 및 그에 따른 접견 장소의 변경

헌법재판소는 2013. 8. 29. 2011헌마122 사건에서 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정한 구 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’(2008. 10. 29. 대통령령 제21095호로 개정된 것) 제58조 제4항에 대해 수용자의 재판청구권을 침해한다는 이유로 헌법불합치결정을 하였다. 이에 따라 위 조항은 2014. 6. 25. 대통령령 제25397호로 소송대리인인 변호사와의 접견을 접촉차단시설이 없는 장소에서 실시하도록 개정되었다.

위 위헌결정 이후, 법무부는 2014. 4. 전국 교정시설에 ‘소송대리인인 변호사와 접견 시 업무처리 지침’을 내려, 2014. 8. 1.부터 수용자와 소송대리인인 변호사의 접견을 접촉차단시설이 없는 기존의 변호인 접견실에서 실시하되, 변호인 접견실을 이용할 수 없는 때에는 접촉차단시설이 없는 수사접견실이나 상담실에서 실시하도록 지시하였다. 이에 따라 현재 전국 교

정시설에서는 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 변호인 접견실에서 실시하고 있다.

소송대리인인 변호사와의 접견이 접촉차단시설이 있는 일반접견실에서 이루어졌을 때에는, 접견실의 개수, 접견 신청 인원 등과 같은 일반 접견실 운영의 현실적 문제로 인해, 교정시설에 따라 적게는 회당 7분 내지 10분의 접견 시간이 주어지는 경우도 있었다. 그러나 현재는 소송대리인인 변호사와의 접견이 변호인 접견실에서 행해지고, 변호인 접견실이 일반 접견실보다 그 운영에 여유가 있어, 일반적으로 일반 접견실에서보다는 많은 시간이 30분 이내의 범위 내에서 소송대리인인 변호사와의 접견에 주어지고 있다.

## 2. 외국의 입법례

### 가. 독일

연방행형법에 따르면 수용자와 변호사의 접견은 변호인 접견과 마찬가지로 접견 시간 및 횟수에 있어 제한을 받지 않는다. 이는 법률적 조언에 대한 제한 없는 접근권을 수용자에게 보장하기 위함이다.

### 나. 일본

‘형사시설 및 피수용자의 처우에 관한 법률’ 등에 따르면, 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견은 일반 접견과 동일한 제한을 받는다. 접견 시간은 원칙적으로 30분을 하회하여서는 아니 되나, 접견 신청 상황, 접견 장소 수 등의 사정에 비추어 어쩔 수 없다고 인정할 때에는 5분을 하회하지 않는 범위 내에서 30분을 하회하는 시간의 제한을 할 수 있다. 접견 횟수는 수형자의 분류에 따라 매월 2회 내지 7회 이상으로 교정시설이 정하는 횟수로 제한된다.

### 다. 미국

연방행정규칙 제28권(28 C.F.R.)에 따르면, 교정시설의 장은 수용자가 선임했거나 장래에 선임하고자 하는 변호사와 수용자의 접견을 허용해야 하

며, 변호사와의 접견 횟수는 관련 법률문제의 성질이나 긴급성에 따라 달라질 수 있으므로 원칙적으로 그 횟수를 제한하여서는 아니 된다. 나아가 교정시설의 장은 접견 신청이 있으면 변호사 접견을 위한 시간과 장소를 정해야 하는데, 일정수준의 프라이버시가 허용되는 시간과 장소를 지정하여야 한다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌여부

#### 가. 이 사건의 쟁점

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있고, 이 때 재판을 받을 권리에는 헌법재판, 민사재판, 형사재판, 행정재판 등이 모두 포함된다. 법률에 의한 재판을 받을 권리를 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적인 형성이 필요하지만, 이는 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다. 따라서 현대 사회의 복잡다단한 소송에서의 법률전문가의 증대되는 역할, 민사법상 무기 대등의 원칙 실현, 헌법소송의 변호사강제주의 적용 등을 감안할 때, 교정시설 내 수용자와 그 소송대리인인 변호사 사이의 접견교통권의 보장은 헌법상 보장되는 재판청구권의 한 내용 또는 그로부터 파생되는 권리로 볼 수 있다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 참조). 심판대상조항들은 수행자와 소송대리인인 변호사 사이의 접견 시간 및 횟수를 제한하고 있으므로, 이로 인해 수행자인 청구인의 재판청구권이 제한된다. 따라서 이 사건에서는 심판대상조항들이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부에 대하여 판단하였다.

청구인은 심판대상조항들이 청구인의 행복추구권을 침해한다고 주장하였으나, 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로(헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등 참조), 재판청구권 침해 여부에 대하여 판단한다는 이유로 행복추구권 침해 여부에 대해서는 별도로 판단하지 않았다.

또한 청구인은 심판대상조항들이 청구인과 같은 수행자를 교정시설에



수용되어 있지 않은 일반인과 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해한다고도 주장하였으나, 수형자의 접견 횟수 및 시간을 제한하는 것은 수형자에 대한 신체적 구속을 확보하고 교정시설 내의 수용질서 및 규율 등을 유지하기 위한 것이라는 점을 고려하면, 심판대상조항들과의 관계에서 청구인과 같은 수형자와 교정시설 내에 수용되어 있지 않은 일반인 간에는 평등권 침해를 논할 비교집단이 설정되지 않는다는 이유로(헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398 참조), 이 부분 주장 또한 더 나아가 살피지 않았다.

## 나. 법정의견

법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항들이 과잉금지원칙에 위배되어 수형자의 재판청구권을 침해한다고 판단하였다.

(1) 법정의견은 심판대상조항들이 수형자의 접견 시간 및 횟수를 제한하는 것은 교정시설 내의 수용질서 및 규율을 유지하고 수형자의 신체적 구속을 확보하기 위한 것이며(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398 참조), 소송대리인인 변호사와의 접견을 일반 접견에 포함시켜 그 시간 및 횟수를 제한하는 것은 이러한 목적의 달성에 기여한다는 이유로, 목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정하였다.

(2) 그러나 법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항들이 침해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위반된다고 판단하였다.

(가) 수형자가 소송대리인인 변호사와 주고 받는 서신의 내용은 일정한 경우 검열이 가능하고, 전화통화 또한 청취, 녹음이 가능하다(형집행법 제43조 제4항, 형집행법 시행규칙 제28조 제1항). 따라서 수형자와 소송대리인인 변호사가 서신이나 전화통화를 통해 소송상담이나 준비를 하는 경우 그 내용이 교정시설 측에 그대로 노출될 수 있으므로, 이로 인해 수형자와 변호사는 상담과정에서 위축될 수 있다. 특히 수형자가 국가, 교정시설의 장 등을 상대로 교정시설 등에서의 부당처우를 다루는 내용의 소송일 경우에는 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등이나 공정한 재판을 받을 권리가 훼손될 가능성이 더 커진다(헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398 참조). 뿐만 아니라 서신수수는 접견에 비해 의견교환이 효율적이지 않고, 전화통화는 통화시간이 원칙적으로 3분으로 제한되어 있어(형집행법 시행규칙 제25조 제

3항), 소송상담이나 준비의 주된 수단으로 사용하기에는 한계가 있다. 이러한 점들에 비추어 보면, 수행자가 소송대리인인 변호사와 서신수수, 전화통화를 하는 것이 가능하다 하더라도, 그 재판청구권을 실효적으로 보장하기 위해서는 소송대리인인 변호사와의 접견 시간 및 횟수를 적절하게 보장하는 것이 필수적이다.

일반 접견실 대신 변호인 접견실을 사용하는 것으로 인한 반사적 효과로 소송대리인인 변호사와의 접견에 과거보다 많은 시간이 주어지고는 있지만, 접견 시간의 최소한을 정하지 않은 심판대상조항들이 그대로 존재하는 이상, 추후 접견실의 현실적 운영 문제 등으로 실제 접견 시간이 다시 줄어들 수 있는 가능성은 언제든지 열려 있다. 과거 일반 접견실에서 소송대리인인 변호사 접견에 주어지던 적제는 7분 내지 10분의 시간은 소송상담이나 준비의 실무를 고려할 때 수행자의 재판청구권을 보장하기에 적절한 시간이라 보기는 어렵다. 입법기술상, 예컨대 소송대리인인 변호사의 접견시 원칙적으로 최소 30분 이상의 시간을 보장하되, 접견 수요 등으로 인하여 이와 같은 최소시간을 보장하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 일정한 범위 내에서 최소시간을 단축할 수 있도록 규정하는 것이 가능하다. 위와 같이 규정한다면 교정시설 내의 수용질서 및 규율의 유지를 도모하면서 동시에 수행자의 재판청구권을 실효적으로 보장할 수 있을 것이다.

(나) 심판대상조항들은 수행자와 소송대리인인 변호사 사이의 접견 횟수를 일반 접견과 합하여 월 4회로 제한하고 있다. 소송대리인인 변호사와의 접견은 수행자로 하여금 변호사의 조력을 받을 수 있게 함으로써 재판청구권을 보장하는 것을 목적으로 하는 반면, 가족, 친구 등과의 접견은 수행자의 교화 및 갱생 등을 목적으로 한다(헌재 2009. 9. 24. 2007헌마738 참조). 수행자의 입장에서 변호사의 도움을 받을 권리의 핵심 중 하나는 필요한 시기에 즉시 도움을 구할 수 있는지 여부인데(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 참조), 위와 같이 목적이 서로 다른 소송대리인인 변호사와의 접견 횟수와 가족, 친구 등과의 일반 접견 횟수를 합산하다 보니, 수행자가 소송을 제기당하는 등 수행자 스스로 소송상담이나 준비의 필요성을 예상할 수 없거나, 동시에 복수의 소송이 진행 중이어서 여러 건의 소송준비가 필요하

거나, 또는 사건이 복잡하여 일정 시간 내에 여러 차례의 소송상담이나 준비가 필요한 등의 경우에는 적시에 변호사로부터 조력을 받지 못할 가능성이 있다.

특히 접견 실무상 형사소송법상의 재심청구 사건이나 상소권회복청구 사건에 대해서는 변호인 접견을 인정하지 않아, 수형자는 이러한 사건과 관련하여 변호사의 조력을 받으려면 일반 접견을 이용할 수밖에 없다.<sup>1)</sup> 형사소송법상의 재심청구 사건이나 상소권회복청구 사건 등과 같이 그 요건이나 절차가 까다로울 뿐만 아니라 형 집행의 직접적 원인이 되는 확정판결의 불복절차에 관한 사건에 있어서는, 변호사와의 접견을 더욱 충실하게 보장할 필요가 있다. 예컨대 소송대리인인 변호사의 접견 횟수를 일반 접견과 별도로 정하면서 그 횟수를 적절히 제한한다면, 교정시설 내의 수용질서 및 규율의 유지를 도모하면서도 수형자의 재판청구권을 실효적으로 보장할 수 있을 것이다

(다) 수형자의 일반 접견은 경비처우급에 따라 월 4회 이상 허용될 수 있고(형집행법 시행규칙 제87조 제1항), 소장은 접견 시간을 연장하거나 접견 횟수를 늘릴 수 있다(형집행법 시행령 제59조 제1항, 제2항). 그러나 경비처우급은 도주 등의 위험성에 따라 수용시설과 계호의 정도를 구분하고 범죄성향의 진전과 개선정도, 교정성적에 따라 처우수준을 구분하는 기준으로서(형집행법 시행규칙 제72조), 소송준비의 필요성과는 직접적 연관이 없다. 또한 접견 시간의 연장은 “교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정”될 것을 요건으로 하며, 접견 횟수의 연장은 “19세 미만인 때”, “교정성적이 우수한 때” 또는 “교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때”를 요건으로 하고 있는바, 이러한 요건을 충족하는지 여부와 소송준비가 필요한지 여부와도 직접적 연관성이 있다고 보기 어렵다. 이와 같이 일정한 예외 조항들이 마련되어 있기는 하나, 이는 소송대리인인 변호사와의 접견과 그 취지 및 요건이 상이하여, 이로써 소송대리인인 변호사와의 접견이 실효적으로 보장되고 있다고 볼 수

1) 이승호, “수형자와 변호인의 접견교통”, 일감법학 제15권, 건국대학교 법학연구소, 2009; 조성용, “변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수”, 형사정책연구 제89권, 한국형사정책연구원, 2012 참조.

는 없다.

(라) 소송대리인인 변호사와의 접견을 일반 접견과 시간 및 횟수에 있어 다르게 취급한다 하더라도, 변호사의 공적 성격을 고려하면 교정시설 내의 수용 질서 및 규율을 유지하고 수형자의 신체적 구속을 확보한다는 입법 목적을 몰각시킬 가능성도 크지 않다.

집사(執事)변호사 등을 이용한 변호사 접견의 악용 가능성은, “수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때”, “시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때” 등의 사유가 있는 경우에는 수형자의 접견을 제한하거나 중지할 수 있도록 하고 있는 형집행법 제41조 제1항, 제42조 등의 현행 규정에 의해서도 얼마든지 예방이 가능하다. 또한 소송대리인인 변호사와의 접견의 시간 및 횟수를 일반 접견과 별도로 규정하더라도, 시간에 상한을 두거나 횟수에 일정한 제한을 둔다면 변호사 접견의 악용 가능성을 방지할 수 있을 것이다.

(마) 심판대상조항들에서 소송대리인인 변호사와의 접견 시간을 일반 접견과 동일하게 제한하면서, 접견 횟수 또한 일반 접견의 횟수에 포함시키는 것은 그 입법목적을 달성하기 위해 수형자의 재판청구권을 덜 제한하는 방안이 있음에도 필요한 한도를 넘어 과도하게 제한하는 것이다.

심판대상조항들로 인하여 수형자의 신체적 구속 확보와 교정시설 내의 수용질서 및 규율 유지를 보다 효과적으로 도모할 수 있고, 이로 인하여 달성할 수 있는 공익이 중대하기는 하나, 심판대상조항들은 앞서 본 바와 같이 법률전문가인 변호사와의 소송상담의 특수성을 고려하지 않고 소송대리인인 변호사와의 접견을 그 성격이 전혀 다른 일반 접견에 포함시켜 접견 시간 및 횟수를 규정함으로써 수형자의 재판청구권을 지나치게 제한함으로써 침해되는 사익이 달성되는 공익보다 훨씬 중대하다.

#### 다. 재판관 김창종의 반대의견

반대의견은 심판대상조항들이 수형자의 재판청구권을 침해하지 않는다 고 판단하였는데, 다음과 같은 근거를 제시하였다.

심판대상조항들이 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 접견 횟수는 다른 일반 접견과 합하여 매월 4회로, 접견시간은 일반 접견과 동일

하게 회당 30분 이내로 제한하고 있지만, 형집행법 등에서 이에 대한 폭넓은 예외를 인정함으로써 접견 횟수나 시간의 제한으로 인하여 입게 될 피해를 최소화할 수 있는 장치를 마련해 두고 있다. 접견 이외에도 서신수수, 전화통화 등을 통해 변호사의 도움을 받을 수 있는 길도 열려 있다.

헌법재판소는 2013. 8. 29. 2011헌마122 사건에서 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정한 구 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령’ 제58조 제4항에 대해 헌법불합치결정을 하였고, 이에 따라 위 조항은 소송대리인인 변호사와의 접견 또한 접촉차단시설이 없는 장소에서 하도록 개정되었다. 또한, 헌법재판소는 2013. 9. 26. 2011헌마398 사건에서 교정시설의 장이 수형자와 헌법소원심판사건의 국선대리인인 변호사와의 접견내용을 녹취한 것이 위헌임을 확인함으로써, 더 이상 교정시설의 장이 수형자와 헌법소원 등 소송대리인인 변호사와의 접견내용을 녹음, 기록할 수 없도록 하였다. 이에 따라 현재는 교정시설에서 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설 및 녹취시설이 없는 변호인 접견실 등에서 실시할 뿐 아니라, 접견 시간 또한 일반 접견실에서보다는 많은 시간이 부여되고 있는 등 수형자와 변호사 사이의 접견이 수형자의 재판청구권을 더욱 충실히 보장할 수 있는 방식으로 이루어지고 있다.

수형자가 소송대리인인 변호사와의 접견 시에 충분한 소송준비와 의사소통을 할 수 있도록 그 접견 횟수와 시간을 일반 접견과 달리 정하여야 한다면, 변호사 아닌 다른 소송대리인들의 경우도 동일하게 취급하는 것이 마땅하고, 변호사만을 특별하게 대우하여야 할 어떠한 합리적 근거를 찾기 어렵다. 소송대리인인 변호사와의 접견에 대하여만 특별한 취급을 인정할 경우 자유롭게 외부인과 교류하는 방편으로 소송대리인인 변호사와의 접견권을 남용하거나 악용할 가능성을 배제할 수 없게 되고, 일부 유력한 수형자들의 옥중수발이나 자질구레한 심부름을 해주는 이른바 ‘집사(執事)변호사’가 접견을 핑계 삼아 수형자의 위법행위에 동조하여 접견 질서를 크게 훼손할 가능성이 더 높아질 수 있다.

## 라. 헌법불합치 결정

심판대상조항들의 위헌성은 수행자의 일반 접견에 대해 시간 및 횟수를 제한하는 것 자체에 있는 것이 아니라, 소송대리인인 변호사와의 접견 시간 및 횟수에 대한 별도의 규정을 두지 않고 일반 접견에 포함시켜 이를 제한하는 데 있다. 만약 심판대상조항들에 대하여 단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시킬 경우, 수행자의 다른 일반 접견의 시간 및 횟수를 제한할 수 있는 근거 조항까지 없어지게 되어 법적 공백으로 인한 혼란이 발생할 우려가 있다. 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 행정입법자는 심판대상조항들의 위와 같은 위헌적 상태를 해소하기 위해 소송대리인인 변호사의 접견 시간을 최소시간을 정하여 늘리고, 접견 횟수를 일반 접견과 별도로 정하면서 그 횟수를 적절히 제한하는 등의 다양한 방법을 고려해 볼 수 있다.

이러한 이유로 헌법재판소는 심판대상조항들에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 계속적용의 헌법불합치결정을 하였다.

## 4. 결정의 의의

가. 헌법재판소는 수행자와 소송대리인인 변호사의 접견 시간을 하한의 제한 없이 30분 이내로 제한하고, 접견 횟수는 다른 일반 접견과 합하여 월 4회로 제한하는 것이 위헌이라고 판단하였다. 이 사건 헌법불합치 결정에 따라 행정입법자는 2016. 6. 30.까지 심판대상조항들을 개정하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항들은 효력을 상실하게 된다.

나. 헌법재판소는 2004. 12. 16. 2002헌마478 사건에서 수행자와 변호사의 접견을 일반 접견에 포함시켜 월 4회로 접견 횟수를 제한하는 것은 수행자의 재판청구권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있는데, 이는 이 사건 결정 중 접견 횟수에 관한 조항에 대한 판단과 저촉되므로 이 범위 내에서 위 2002헌마478 결정을 변경하였다.

다. 2013. 8. 29. 2011헌마122 결정에서 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정한 구 ‘형의 집행

및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령' 제58조 제4항에 대해 헌법불합치결정을 하였고, 이에 따라 위 조항은 소송대리인인 변호사와의 접견 또한 접촉차단시설이 없는 장소에서 하도록 개정되었다. 또한, 2013. 9. 26. 2011헌마398 결정에서 교정시설의 장이 수형자와 헌법소원심판사건의 국선대리인인 변호사와의 접견내용을 녹취한 것이 위헌임을 확인함으로써, 더 이상 교정시설의 장이 수형자와 헌법소원 등 소송대리인인 변호사와의 접견내용을 녹음, 기록할 수 없도록 하였다. 이에 따라 현재 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설 및 녹취시설이 없는 변호인 접견실 등에서 이루어지고 있다.

이 사건 결정으로 접견 시간 및 횟수 또한 개선될 것이어서, 앞으로 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견은 과거보다 그 양과 질에서 모두 많은 발전이 있을 것으로 예상된다.





# 시체 해부 및 보존에 관한 법률 제12조 제1항 위헌확인

- 무연고 시신을 생전 본인 의사와 무관하게 해부용 시체로 제공될 수 있도록 한 법률 규정의 위헌 여부 -  
(헌재 2015. 11. 26. 2012헌마940, 판례집 27-2 하, 335)

서 인 선\*

## 【판시사항】

인수자가 없는 시체를 생전의 본인의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공될 수 있도록 규정하는 시체 해부 및 보존에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11519호로 개정된 것) 제12조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(적극)

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘시체의 해부 및 보존에 관한 법률’(2012. 10. 22. 법률 제11519호로 개정된 것, 이하 ‘시체해부법’이라 한다) 제12조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

시체 해부 및 보존에 관한 법률(2012. 10. 22. 법률 제11519호로 개정된 것) 제12조 (인수자가 없는 시체의 제공 등) ① 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 인수자가 없는 시체가 발생하였을 때에는 지체 없이 그 시체의 부패 방지를 위하여 필요한 조치를 하고 의과대학의 장에게 통지하여야 하며, 의과대학의 장이 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체를 제공할 것을 요청할 때에는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한

\* 부산지방검찰청검사, 전 헌법연구관

다. 다만, 14세 미만으로 인정되는 시체의 경우에는 그러하지 아니하다.

### 【사건의 개요】

청구인은 자가면역질환의 일종인 루푸스라는 질병을<sup>1)</sup> 앓고 있는 1962년 생의 미혼 여성으로, 부(父), 모(母), 오빠는 각 사망하였고, 언니(1950년생), 남동생(1967년생)은 현재 모두 생존해 있기는 하나 청구인의 주장에 따르면 그들과는 약 30여년 간 서로 연락을 하지 않고 지내고 있다고 한다.

청구인은 2012. 5. 30.자 헤럴드경제의 『가족 없는 노숙자가 죽었을 때는 해부용으로?』라는 기사를 통해 ‘시체 해부 및 보존에 관한 법률’(2012. 10. 22. 법률 제11519호로 개정된 것) 제12조 제1항 본문에 의하여 청구인의 의사와는 상관없이 청구인 사망 후 인수자가 없으면 그 시체가 의과대학에 해부용으로 제공될 수 있다는 사실을 알게 되었다. 이에 청구인은 2012. 8. 24. 국선대리인 선임신청을 하고 2012. 11. 23. 위 조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

이 사건 법률조항은 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공될 수 있도록 함으로써 사인(死因)의 조사와 병리학적·해부학적 연구의 기초가 되는 해부용 시체의 공급을 원활하게 하여 국민 보건을 향상시키고 의학의 교육 및 연구에 기여하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다.

최근 5년간 이 사건 법률조항으로 인하여 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공한 사례는 단 1건에 불과하고, 실제로 의과대학이 필요로 하는

---

1) 루푸스(systemic lupus erythematosus) ; 면역계의 이상으로 온몸에 염증이 생기는 만성 자가면역질환 [출처 : 서울대학교병원 의학정보]

루푸스의 정확한 이름은 전신성 홍반성 루푸스이며, 주로 가임기 여성을 포함할 젊은 나이에 발병하는 만성 자가면역질환이다. 자가면역이란 외부로부터 인체를 방어하는 면역계가 이상을 일으켜 오히려 자신의 인체를 공격하는 현상을 의미하며, 이로 인해 피부, 관절, 신장, 폐, 신경 등 전신에서 염증 반응이 일어나게 된다. 루푸스는 만성적인 경과를 거치며 시간에 따라 증상의 악화와 완화가 반복된다. 루푸스는 아직 완치할 수 있는 방법이 없지만, 현재 루푸스의 10년 생존율은 90% 이상이다.

해부용 시체는 대부분 시신기증에 의존하고 있어 이 사건 법률조항이 아니라도 의과대학에서 필요로 하는 해부용 시체는 다른 방법으로 충분히 공급될 수 있다.

그런데 시신 자체의 제공과는 구별되는 장기나 인체조직에 있어서는 본인이 명시적으로 반대하는 경우에는 그의 의사와 무관하게 이식·채취될 수 없도록 규정하고 있음에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 본인이 인수자가 없는 시체가 된 이후 해부용 시체로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 표시할 수 있는 절차도 마련하지 않고, 인수자가 없는 시체를 생전의 본인의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공될 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 침해의 최소성 원칙을 충족했다고 보기 어렵고, 실제로 해부용 시체로 제공된 사례가 거의 없는 상황에서 이 사건 법률조항이 추구하는 공익이 사후 자신의 시체가 자신의 의사와는 무관하게 해부용 시체로 제공됨으로써 침해되는 사익보다 크다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 청구인의 시체 처분에 대한 자기결정권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건 법률조항은 “특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 인수자가 없는 시체가 발생하였을 때에는 지체없이 그 시체의 부패방지를 위하여 필요한 조치를 하고 의과대학의 장에게 통지하여야 하며, 의과대학의 장이 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체를 제공할 것을 요청할 때에는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다”라고 규정하고 있다.

따라서 이 사건의 경우 본인 검토에 들어가기 전에 먼저 청구인이 아직 사망하지 아니하였고, 향후 청구인이 사망하더라도 가족관계등록부상 형제자매가 있으므로 청구인이 “인수자가 없는 시체”가 될 수 있는지 여부가 문제된다. 뿐만 아니라 청구인이 장래 ‘인수자가 없는 시체’가 된다 하더라도 본인의 반대 의사에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 그 시체가 해부용으로 제공될 것인지 여부 등과 관련하여 청구인의 기본권 침해에 대한 자기관련성과 현재성 인정 여부가 문제된다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 생전에 본인이 시체 제공에 반대하는 의사표시를 할 수 있는 절차를 마련하지 아니한 이 사건 법률조항이 청구인의 자기결정권을 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다.

이하에서는 적법요건으로서 기본권 침해의 자기관련성과 현재성에 관한 검토를 한 다음 이 사건 법률조항의 연혁과 입법례 등을 살펴보고, 이어 본안에 대한 판단을 하고자 한다.

## 2. 적법요건과 관련한 쟁점

### 가. 기본권침해가능성

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는... 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이므로, 공권력의 행사로 인하여 헌법소원을 청구하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 11-1, 667, 671).

청구인은 인수자가 없는 시체를 해부용 시체로 제공하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항으로 인해 자신의 헌법상 기본권 중 하나인 자기결정권이 침해되었다고 주장하고 있는바, 시체에 대한 처분권을 헌법상 보장되는 기본권으로 인정할 수 있는지 여부에 대해서는 다음과 같이 견해가 나눌 수 있다.

#### (1) 부정설

사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 되는 것이므로(민법 제3조), 사망한 후에는 그 주체가 될 수 없는 것이다. 특히 인격권 내지 자기결정권은 그 주체의 인격에 전속하여 그 주체와 분리될 수 없는 것이므로, 재산권과는 달리 양도나 상속의 대상이 될 수 없고, 따라서 법률에 특별한

규정이 없는 한 그 귀속주체가 사망함에 따라 소멸한다고 보아야 한다. 사자(死者)의 ‘기본권적 보호의 필요성’과 ‘기본권의 주체성’은 일치하는 것은 아니다.

민법상 사람의 시체는 물건에 해당하며, 다만 그에 대한 소유권은 보통의 소유권처럼 사용·수익·처분할 수 없고 오직 매장·제사·공양 등을 할 수 있는 권능과 의무가 따르는 특수한 소유권이라는 것이 학계 다수의 견해이다. 즉 사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물으로써 이에 대한 권리는 제사 주재자에게 속하는 것이고, 망인이 생전에 자신의 시체의 처리방법 등에 대하여 한 의사표시를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고,<sup>2)</sup> 망인이 생전에 향유하는 인격권 또는 자기결정권이 사후에까지 미친다고도 볼 수 없다.

따라서 청구인은 현재 살아있는 자연인으로서 인격권이나 자기결정권 등 기본권을 향유하고 있다 하더라도, 사후의 자신의 시체에 대하여 어떠한 기본권을 가지고 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 가능성이 없다고 봄이 상당하다.

## (2) 긍정설

사람의 신체는 그의 본질적 속성이다. 그리고 신체는 가장 뚜렷한 ‘내 것’으로서, 내가 소유하는 어떠한 물건보다도 더욱 현저하게 나에게 속하며 나의 의사에 의하여 지배된다. 자신의 신체에 대한 권리는 인격권의 핵심으로서 당사자가 살아 있는 동안에는 물론 그 사후에도 최대한 존중되어야 하며, 자신의 사후 시체의 처리에 관한 한 ‘사후적 인격보호’의 한 내용으로서 법적 효력을 가진다고 하여야 한다.<sup>3)</sup>

사람이 사망한 후에는 더 이상의 권리의무의 주체가 되지 못한다는 것이 현행법의 일반원칙이기는 하나, 그렇다고 하여 권리능력을 상실하기 전에 생전행위 또는 유언으로 자기 신체의 처분에 관한 의사표시를 한 경우 그 의사표시의 효력을 사후에까지 유지시켜 법적 구속력을 인정하는 것까지

2) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결 중 다수의견 및 대법관 이홍훈, 김능환의 보충의견 참조

3) 위 대법원 판결, 대법관 박시환, 전수안, 안대희, 양창수 반대의견 참조

부정되어야 할 필요는 없다.

살아있는 자가 생전에 시체의 처분에 대하여 표시한 의사를 존중하는 것은 살아있을 때 지니고 있던 인격권 내지 자기결정권을 사후에도 존중하여 준다는 측면에서 여전히 인간이 보유하고 있는 기본권에 대한 존중의 일환이라고 볼 수 있다. 시체해부법 제4조 제1항 제1호는 시체의 해부에 관하여 민법 제1060조에 의한 유언이 있는 때에는 유족의 의사에 우선하도록 규정하고 있는바, 이는 사자가 생전에 유언의 형식으로 표시한 자신의 시체에 대한 처분의사를 존중하고자 하는 취지라고 할 것이다. 만일 자신의 사후에 시체가 본인의 의사와는 무관하게 처리될 수 있다고 한다면 기본권 주체인 살아있는 자의 인격권 내지 자기결정권이 보장되고 있다고 보기 어렵기 때문이다.<sup>4)</sup>

따라서 이 사건 법률조항은 청구인이 현재 살아 있으면서 보유하고 있는 인격권 내지 자기결정권 등 기본권을 침해할 가능성이 인정된다고 봄이 상당하다.

### (3) 해설

이에 대하여 재판관들은 결정문에는 명시하지 않았으나 긍정설에 입각하여 살아있는 자가 생전에 시체의 처분에 대하여 표시한 의사에 대하여 살아있을 때 지니고 있던 인격권 내지 자기결정권을 사후에도 적극적으로 존중하고자 하였다.

## 나. 자기관련성

청구인은 법령에 의하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 한다. 원칙적으로 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이고, 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409).

청구인이 이 사건 법률조항에 의하여 스스로 법적으로 관련되어 있다고 할 수 있으려면 먼저 청구인이 장래 사망할 경우 ‘인수자가 없는 시체’에

4) 정규원, <장기이식의 법적 문제>, 의료법학 4권 2호, 2003., 338-339면 참조

해당하여야 한다. 또한 청구인이 장래 ‘인수자가 없는 시체’가 된다 하더라도, 본인의 반대 의사에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 그 시체가 해부용으로 제공되어야 한다.

(1) ‘인수자가 없는 시체’ 해당 여부

(가) 시체해부법은 ‘인수자’의 개념에 대하여 명확한 정의 규정을 두고 있지 않고, 다만 제4조 제3항에서 “시체의 인수자가 있는지를 확인하기 위한 방법·절차 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다”라고만 규정하고 있으며, 시체 인수자의 확인 방법 및 절차와 관련하여 법 시행령 제3조는 “사망자의 신분증·유류물품 등에 의하여 사망자의 신원과 연고자를 탐문·조사하여 시체의 인수자가 있는지 여부를 확인하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐이다.

법 시행령 제5조 제3항은 시장 등이 의과대학의 장으로부터 시체 교부 요청을 받은 때 공고하여야 할 사항에 대하여

1. 다음 각목의 사항과 시체의 인수(연고)자를 찾는다는 내용

3. 유족 기타 사망자와 상당한 관계가 있는 자가 시체의 인도 등을 요구하는 때에는 시체를 인도하겠다는 내용

등을 공고하도록 규정하고 있다. 위 3호에 의하면 ‘유족 기타 사망자와 상당한 관계가 있는 자’를 인수자로 볼 수 있을 것이고, 위 1호에 의하면 인수자와 연고자는 같은 의미로 사용된 것으로 보이나, 법과 시행령 모두 ‘연고자’의 개념에 대하여도 명확한 정의 규정을 두지 않고 있다.

(나) 한편 ‘연고자’에 대하여는 ‘장사 등에 관한 법률’ 제2조 제16호에서 다음과 같이 그 개념을 규정하고 있다.

“연고자란 사망한 자와 다음 각 목의 관계에 있던 자를 말하며, 연고자의 권리·의무는 다음 각 목의 순서로 행사한다. 다만, 순위가 같은 자녀 또는 직계비속이 2명 이상이면 최근친(最近親)의 연장자가 우선 순위를 갖는다.

가. 배우자

나. 자녀

다. 부모

라. 자녀 외의 직계비속

마. 부모 외의 직계존속

바. 형제·자매

사. 사망하기 전에 치료·보호 또는 관리하고 있었던 행정기관 또는  
치료·보호기관의 장으로서 대통령령으로 정하는 사람

아. 가목부터 사목까지에 해당하지 아니하는 자로서 시신이나 유골  
을 사실상 관리하는 자”

(다) 자기관련성 인정 여부

1) 긍정설

보건복지부가 밝힌 통계에 의하면 최근 3년간(2009년 ~ 2011년) 발생한  
인수자가 없는 시체는 총 1,912구였는데, 그 중에서도 연고자가 없거나 사  
망자의 신원이 확보되지 않아 연고자를 알 수 없는 시체가 1,300구이고, 연  
고자가 있음에도 사회적·경제적 능력 부족 및 가족관계 단절 등을 이유로  
시체 인수를 거부하여 무연고로 처리한 시체가 612구였다고 한다.<sup>5)</sup>

청구인의 경우 가족관계등록부상 언니와 남동생이 존재하고 있으나 청  
구인의 주장에 의하면 30여년 동안 연락을 하지 않고 살아왔다는 것이므  
로, 장래 청구인 사망시 행정당국이 청구인의 언니와 남동생에게 연락을  
취하고자 하더라도 연락이 되지 않을 가능성도 있고, 설사 연락이 되더라  
도 청구인의 시체를 인수하지 않을 가능성이 농후하다고 할 것이므로 자기  
관련성을 인정할 수 있다.

2) 부정설

청구인의 언니와 남동생이 청구인의 주장대로 30여 년간 청구인과 연락  
을 하지 않고 살아왔다 하더라도, 그들이 청구인의 시체를 인수하지 않겠  
다는 의사를 명시하였다는 증빙자료도 없고, 향후 청구인이 사망할 경우  
청구인의 시체를 인수할 것인지 여부에 대한 의사를 확인한 바도 없다. 따  
라서 현재 상태에서는 청구인이 실제 사망하였을 때 청구인의 시체를 인수

5) 2015. 5. 26.자 보건복지부, 사실조회에 대한 답변 회신



할 가능성이 없다고 단언할 수 없고 청구인이 ‘인수자가 없는 시체’가 될 것인지 여부가 확실하다고 보기는 어려우므로 자기관련성이 있다고 보기 어렵다.

### 3) 소결

실제 형제자매 등 가족들에게 연락을 해도 그 시체를 인수하지 않는 경우가 종종 발생하고 있고, 그러한 경우 실무상으로는 인수자가 없는 시체로 처리하는 점, 이 사건 청구인의 경우에도 비록 가족관계등록부상으로는 형제자매가 생존해 있다 하더라도 수십 년간 연락이 두절된 채 지내온 점 등에 비추어 청구인은 인수자가 없는 시체가 될 가능성이 농후하다고 볼 수 있다. 비록 결정문에 명시하지는 않았으나 재판관들은 위와 같은 점들을 고려하여 긍정설에 입각하여 적극적으로 자기관련성을 인정하였다.

## (2) 시체 해부의 대상 여부

(가) 설령 장래 청구인이 사망하였을 때 ‘인수자가 없는 시체’가 된다고 하더라도, 자기관련성이 인정되기 위해서는 청구인이 생전에 반대의 의사표시를 하였음에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 청구인의 시체가 해부용으로 제공되어야 한다.<sup>6)</sup>

물론 청구인의 반대 의사에도 불구하고 인수자가 없는 시체가 되었다는 이유만으로 해부용 시체로 제공되는 것은 매우 부당한 일일 것이다. 청구인은 이 사건 법률조항에 생전에 본인이 명시적으로 반대의 의사표시를 할 수 있는 절차가 전혀 규정되어 있지 않기 때문에 본인의 의사와는 상관없이 시체가 해부용으로 제공될 위험이 있다고 주장한다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 의하여 본인 의사와는 상관없이 시체가 해부용으로 제공되는 것인지, 자신의 시체가 해부용으로 제공되는 것에 반대하는 의사표시를 할 수 있는 방법이 없는 것인지 여부를 살펴볼 필요가 있다.<sup>7)</sup>

6) 의학교육과 연구에 쓰이는 시체를 의학용어로 커데버(Cadaver)라 한다.

7) 한편 ‘장기 등 이식에 관한 법률’이나 ‘인체조직안전 및 관리에 관한 법률’은 장기 등의 적출과 인체조직의 채취에 있어 반드시 본인의 동의를 있어야 하는 것으로 규정하고 있으며, 동의를 방식에 대하여도 “본인이 서명한 문서에 의한 동의 또는 민법의 유언에 관한 규정에 따른 유언의 방식으로 한 동의”를 규정하고 있다

(나) 유언으로 반대 의사표시가 가능한지 여부

시체해부법 제4조 제1항은 시체의 해부와 유족의 승낙에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“시체를 해부하려면 그 유족의 승낙을 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 시체의 해부에 관하여 민법 제1060조에 따른 유언이 있을 때
2. 사망을 확인한 후 60일이 지나도 그 시체의 인수자가 없을 때
3. 2명 이상의 의사(치과의를 포함한다. 이하 같다)가 진료하던 환자가 사망한 경우 진료에 종사하던 의사 전원이 사인(死因)을 조사하기 위하여 특히 해부가 필요하다고 인정하고 또한 그 유족이 있는 곳을 알 수 없어 유족의 승낙 여부가 판명될 때까지 기다려서는 해부의 목적을 달성할 수 없을 때” (이하 생략)

여기서 유언은 요식행위로서 형식에 적합하여야만 유효하다. 민법이 정하는 유언의 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서의 5종이 있으며(민법 제1065조), 민법 제1065조 내지 1072조에서 정한 유언의 방식이나 요건을 하나라도 결여한 경우에는 효력이 없다.

실제 사후 시신기증 의사를 전달받는 방법을 조사한 연구에 의하면, 민법상 엄격한 유언의 형식을 제대로 갖춘 경우는 그다지 많지 않은 것으로 드러났다. 조사결과 전국 28개 의과대학이 45가지의 방법으로 기증의사를 전달받고 있었는데, ‘본인이 직접 작성·제출하는 대학 소정양식의 유언’이 26개교로서 전체 중 92.9%를 차지했고, ‘타인 또는 우편으로 제출하는 대학 소정양식의 유언’이 11개교로 39.3%, ‘본인이 제출하는 자필증서 유언’이 5개교로 17.9%였으며, ‘타인 또는 우편으로 제출하는 자필증서 유언’이 2개교, ‘녹음된 유언’이 1개교가 있었다고 한다. 이에 비해 ‘공정증서에 의한 유언’이나 ‘구수증서에 의한 유언’을 통해 사후 시신기증 의사를 전달받은 경우는 없었다고 한다.<sup>8)</sup>

---

(장기 등 이식에 관한 법률 제12조, 제22조, 인체조직안전 및 관리에 관한 법률 제7조, 제8조).

이와 관련하여, 생전에 유언으로서 해부용 시체로 제공되는 것에 반대하는 의사표시를 할 수 있는지 여부에 대하여는 다음과 같이 두 가지 견해가 나뉠 수 있다.

1) 부정설

시체의 해부에 관하여 민법 제1060조에 따른 유언이 있는 경우라 함은 유언으로 자신의 사후에 시체를 기증하여 해부할 수 있도록 동의한 경우를 의미한다.

유언과 관련한 위 제4조 제1항 단서 및 위 1호의 의미와 관련하여, 문언의 1차적 해석에 의하면 시체를 해부하려면 원칙적으로 유족의 승낙이 있어야 하나, 본인이 생전에 시체의 해부에 관하여 동의하는 내용의 유언을 한 경우에는 유족의 승낙이 없더라도 시체를 해부할 수 있다고 해석된다. 즉, 단서의 “그러하지 아니하다”는 유족의 승낙을 요하지 않는다는 의미로 해석된다. 2호, 3호와의 관계를 보아서도 이러한 해석이 논리적·체계적 법률해석이라 할 것이다.

한편 본인이 생전에 시체 해부에 반대하는 내용의 유언을 한 경우에는 유족의 승낙이 있더라도 시체를 해부할 수 없다고 보는 것이 상당하나, 이러한 해석이 위 단서 및 제1호에 근거하여 가능한 것인지에 대하여는 의문이 있다. 1호의 문언상 유언이 시체 해부에 대한 동의의 내용인지 반대의 내용인지 여부를 특정하지 않고 있으므로 1호의 문언 자체로서는 일견 둘 다 가능한 것으로 보이나, 2호, 3호를 포함한 1항 전체의 의미와 관계를 고려하면 “그러하지 아니하다”의 의미에서 정반대로 “유족의 승낙이 있더라도 본인이 생전에 시체 해부에 반대하는 내용의 유언을 한 경우에는 시체를 해부할 수 없다”는 의미까지 해석하는 것은 법률해석의 한계를 넘어선 확장해석이라 할 것이다.

2) 긍정설

본인이 생전에 시체 해부에 반대하는 내용의 유언을 한 경우에는 시체를 해부할 수 없다고 보는 것이 상당하다. 그러나 부정설과 같이 그 문언에만 치우쳐 엄격한 문리해석에 치중한다면 청구인이 인수자가 없는 시체가 될

---

8) 박창석, ‘시체해부 및 보존에 관한 법률에 대한 소고’, 법학논총 제30집 제4호, 2013., 13면.

경우 시체 해부에 반대하는 내용의 유언을 할 수 없게 되어 심히 부당한 결과를 초래하게 된다. 따라서 법률을 해석함에 있어 법질서에서 객관적으로 요구되어지는 이성적인 목적에 따라서 법규의 의미를 찾는 목적론적·객관적 해석방법이 필요하게 된다.

즉 시체해부법 제4조 제1항을 해석하는 데 있어 반드시 해당 조항 전체를 하나의 구조로 파악함으로써 제1항 단서의 “그러하지 아니하다”를 유족의 승낙이 필요 없는 경우로 한정하여 엄격한 문리해석을 해야 할 필요는 없다. 제1항 제1호는 “시체의 해부에 관하여 민법 제1060조에 따른 유언이 있을 때”라고 규정하고 있을 뿐 문언상 유언의 내용을 동의 또는 반대로 한정하고 있지 아니하므로, 시체의 해부에 대하여 동의하는 유언 뿐만 아니라 반대하는 내용의 유언도 충분히 가능하다고 해석된다.

위와 같이 해석함으로써 청구인은 장래에 인수가 없는 시체가 된다 하더라도 위 1호에 의하여 반대하는 내용의 유언을 함으로써 해부용 시체로 제공되지 않을 수 있을 것이다.

### 3) 소결

공정설은 다소 무리한 문리해석에 근거한 것으로, 통상적으로 일반 국민들이나 소관 행정부서에서 공정설에 입각하여 반대의 의사표시를 할 수 있다고 해석하기는 어려울 것이다.

#### (다) ‘특별한 사유’ 해당 여부

한편 이 사건 법률조항은 시장 등이 “특별한 사유”가 있으면 의과대학장의 시체 제공 요청에 따르지 않을 수 있다고 규정하고 있다. 청구인이 생전에 명시적으로 시체 해부에 반대하는 의사를 표시하였다면 여기서의 “특별한 사유”에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 시체 해부에 반대하는 의사는 본인이 서명한 문서 또는 유언 등 여러 가지 방식으로 밝힐 수 있고, 이를 평소 소지하거나, 지인에게 맡겨서 관할 행정기관에 알리는 등 다양한 방법으로 표시할 수 있을 것이다.

보건복지부에서는 실무상 시체를 해부용으로 제공하는 것에 대한 반대의사표시를 한 것으로 확인되는 경우에는 유족의 승낙이 있다 하더라도 시체를 해부하지 않으며, 시장 등의 재량으로 시체의 제공이 적절하지 않은

경우에는 ‘특별한 사유’에 해당하는 것으로 판단하여 의과대학 장의 요청을 거부할 수 있다고 한다.<sup>9)</sup>

그러나 인수자가 없는 시체 중에서 생전에 시체 해부에 대한 반대의 의사표시가 있는 경우에도, 이 사건 법률조항에 의하면 일단 시장 등은 의과대학 장에 통지를 하여야 하고, 그에 대하여 의과대학 장이 시체 제공 요청을 하였을 때 비로소 반대의 의사표시가 있었음을 특별한 사유로써 주장하여 그 요청에 따르지 않을 수 있다는 것에 불과하게 된다. 이러한 점에서 ‘특별한 사유’에 본인이 반대하는 경우가 포함된다고 해석하는 것은 무리가 있고 결국 이 사건 법률조항은 본인이 반대 의사를 표시할 수 있는 절차를 예정하고 있다고 보기는 어렵다.

#### 다. 현재성

청구인은 원칙적으로 공권력작용과 현재 관련이 있어야 하며, 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로는 헌법소원을 제기하기에 족하지 않다. 다만, 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측되는 경우에는 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성이 인정될 수 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669)

##### (1) 긍정설

청구인의 경우 언니와 남동생이 생존해 있으나 30여 년간 서로 연락 없이 지내왔으므로 장래의 알 수 없는 어느 시기에 청구인이 사망하더라도 그들과 연락이 되지 않거나 연락이 되더라도 청구인의 시체를 인수하기를 거절할 가능성이 농후하므로 기본권 침해의 현재성을 인정할 수 있다.

##### (2) 부정설

현재 상태에서 장래 언젠가 청구인이 사망하였을 때 그들이 시체 인수를 거절할 것이 확실히 예측된다고 인정할 수 있는 자료는 없다. 청구인이 ‘인

9) 그러나 통지건수 자체가 거의 없기 때문에(5년간 2건), 의과대학 장의 요청을 거부한 사례는 발견할 수 없었다고 한다(2015. 5. 26.자 사실조회에 대한 답변 회신, 보건복지부).

수자가 없는 시체'가 되어 이 사건 법률조항에 의하여 기본권 침해 받을 우려가 있다 하더라도 이는 하나의 가능성에 불과하다. 따라서 장래에 기본권 침해가 확실히 예측된다고 보기는 어려우므로 기본권 침해의 현재성을 인정할 수 없다.

### (3) 소결

비록 가족관계등록부상 청구인에게 형제자매가 있는 것으로 확인되었다 하더라도 그들과 연락하지 않고 지낸 지가 수십 년이 지났다고 하는 점에 비추어 향후 청구인이 사망하더라도 그들이 청구인의 시체를 인수할 가능성은 희박하다고 보여진다. 따라서 현재로서는 장래에 청구인의 기본권 침해가 거의 확실히 예측된다고 봄이 상당하다.

### 라. 직접성

법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권을 침해받아야 한다. 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823).

법령에 대한 헌법소원에 있어서 '기본권 침해의 직접성'을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권 침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다.

구체적 집행행위가 존재한다고 해당한다고 하더라도, 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않을 경우에는 당해 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다(헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303).

이 사건 법률조항에 있어 시장 등의 시체 제공 행위는 의과대학의 장의 요청이 없으면 이루어지지 않고(2009년부터 3년간 인수자가 없는 시체

1,912구 중 의과대학 장이 요청한 경우는 한 건도 없었고, 2012년~2013년 2년간 해부용 시체 제공은 1건에 불과하였다), 의과대학 장의 요청이 있다 하더라도 ‘특별한 사유’가 있으면 그 요청에 따르지 않을 수도 있는 것이어서 별도의 구체적 집행행위가 필요한 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 시장 등의 시체 제공 행위가 이루어지는 시점은 청구인이 사망한 이후로, 청구인이 그에 대한 구제절차를 이행하는 것은 물리적으로 불가능하다고 할 것이므로 예외적으로 이 사건 법률조항의 직접성을 인정할 수 있다.

#### 마. 보충성

법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 곧바로 헌법소원을 청구할 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌마68 등, 공보 18, 590).

#### 바. 청구기간 및 그 외 적법요건

이 사건의 경우 장래에 발생할 기본권 침해 여부가 문제되는 것이므로 청구기간 도과의 문제나 권리보호의 이익의 문제는 발생하지 아니하고, 변호사가 국선대리인으로 선임되었으며, 기타 적법요건은 문제되지 아니한다.

### 3. 입법연혁과 입법례 등

#### 가. 입법연혁

우리나라에서 해부용 시신의 수집, 보관, 처리에 관한 정확한 기록은 없으나 1910년경 경성부사의 ‘행려환자이송에 관한 사항’에 의하면 서울 관내에서 행려병자가 사망하면 의학생 해부 실습용으로 교부하였다는 기록이 남아 있다.<sup>10)11)</sup> 해부학 실습은 대부분 일제시대 전후 경제적 빈곤 시기에

10) 이주주, <시신기증 영향요인 및 활성화 방안에 관한 연구>, 가톨릭대학교 석사학위 논문, 2011., 28면

11) 한편 인체 해부학은 기원전 300년경 이집트의 알렉산드리아에서 시작되었다고 알려져 있다.

프톨레마이오스 1세는 의학연구를 위해 시체 해부를 찬성한 최초의 지도자였다.

아무런 연고 없이 길거리에서 죽은 행려 사망자들을 대상으로 이루어졌다. 이후에도 우리나라는 시신 훼손을 금기시하고 화장을 꺼리는 오랜 전통적 유교적 관습에서 비롯된 매장문화로 인해 해부용 시신의 확보는 대부분 행려병자나 무연고 시체에 의존해야 했고 그 수도 부족하였다. 그러던 중 1962. 2. 법률 제1021호로 제정된 시체해부보존법에 따라 제11조(인수자가 없는 시체), 제12조(시체교부증명서), 제13조(시체의 인도), 제16조(시체의 보존) 등에 의거하여 무연고자의 시체가 시, 군, 구청장 등이 발행하는 시체교부증명서에 의해 합법적으로 의과대학에 인도되었다.<sup>12)</sup>

1980년대 이후 국내 의과대학의 계속적 증설로 1992.경에는 41개교에 이르고 학생 수는 5배 이상 증가하여 해부용 시신의 수가 차츰 부족해지게 되자 1992. 7. 서울시는 행려 사망자들의 시신을 해부용으로 의과대학에 교부할 수 있도록 각 구청에 지침을 내려 보냈던 적도 있다고 한다.<sup>13)</sup>

1990년대에 접어들면서 국민의 생활 및 복지 수준 향상과 주민등록 시스템의 전산화, 각종 대중매체 등의 발달에 따라 무연고자나 행려병자의 급격한 감소를 초래하였고 이로 인해 해부용 시신 확보에 많은 어려움을 겪게 되었다. 이에 시체해부보존법은 1995. 1. 5. 법률 제4915호로 전부 개

---

그는 처형된 죄수들의 시체를 의사들이 해부하도록 장려하는 직령을 발표했다고 한다. 해부학의 아버지라고 불리는 헤로필루스(Herophilus)는 인간의 신체를 해부한 최초의 의사였다.

처형한 죄수를 해부하는 전통은 서구에서 오랫동안 지속되다가 18세기와 19세기 영국에서 본격적으로 확대되었다. 사립 해부학교가 증가하면서 만성적으로 해부용 시체 수가 부족하게 되었고, 1836년 해부법이 통과될 때까지 영국에서 합법적으로 해부할 수 있는 시체는 처형된 살인자들의 시체 뿐이었다. 이러한 상황을 타개하기 위하여 병원에서 사망한 빈민들 가운데 인수자가 없는 시체를 해부에 이용하기도 했고, 한편으로는 속칭 '시체 들치기'라는 것이 유행하였는데, 이는 묘지에 숨어 들어가 갓 죽은 시신을 빼돌려 해부용 시체로 파는 것이었다고 한다. - - <STIFF ; The Curious Lives of Human Cadavers - 인체재활용(부제;당신이 몰랐던 사체 실험 리포트)> 메리 로치, 세계사, 2010. 4. 26., p. 39-46

12) 구 시체해부보존법(1962. 2. 9. 법률 제1021호로 제정) 제11조(인수자가 없는 시체) ① 구청장, 시장 또는 군수는 인수자가 없는 시체에 대하여 의과대학장(치과대학장을 포함한다. 이하 같다)으로부터 의학의 교육 또는 연구를 위한 시체의 교부요청이 있을 때에는 그 사망을 확인한 후 이를 교부할 수 있다.

13) 이영일, <한국인 시신 기증자의 인구학적 특성에 관한 데이터베이스 연계연구>, 대한체질인류학회지, 제16권 제4호(2003), 205-206면



정되면서 법 명칭을 ‘시체 해부 및 보존에 관한 법률’로 변경하여, 시장 등은 인수자가 없는 시체가 발생하면 의과대학장에게 통보하여야 하고, 의과대학장의 요청이 있는 경우 특별한 사유가 없으면 이에 응하도록 함으로써 의과대학이 더 많은 해부용 시신을 확보할 수 있도록 하였고, 이후 2012. 10. 22.에 이르기까지 14차례의 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.<sup>14)</sup>

그러나 경제발전에 의한 환경 및 위생상태의 개선으로 인해 행려 사망자들의 수는 갈수록 줄어들어 사후에 자신의 몸을 의과대학에 기증하는 시신 기증의 필요성이 날로 증가하게 되었고, 오늘날에는 오히려 대부분의 해부용 시신이 기증에 의존하고 있다.<sup>15)16)</sup> 2015. 3. 현재 국내 대학 중 가장 시신기증이 많은 것으로 알려진 가톨릭대학교의 경우 매년 수백 명의 시신기증 신청자가 몰려 시신보관소(냉동고)가 부족할 정도라고 한다.<sup>17)</sup>

이 사건 법률조항에 대하여는 본인의 동의가 없어도 무연고 시체에 대한 해부가 가능하도록 규정하고 있어 사회적으로 문제가 제기되자 이 사건 법률조항 및 관련 규정을 삭제하는 내용의 개정안이 2013. 6. 7. 민주통합당

14) 14차례의 개정 중 6차례의 개정은 타법의 개정으로 인한 단순한 용어의 변경에 불과하고, 나머지 8차례의 개정에서 일부 내용상의 개정이 있었다.

15) 김원식, <인체해부실습과 시체해부 및 보존에 관한 법률의 한계>, 대한체질인류학회지 제24권 제1호(2011), 41면

16) 이미 2006. 9.경에 사랑의 장기기증 운동본부는 공식 기자회견을 열고 시신기증 운동을 중단한 바 있다. 장기기증본부는 1992년 4구의 시신을 시작으로 15년 간 매년 평균 70구 이상의 시신을 기증받아 의과대학에 연계하는 사업을 실시해 왔다. 그러나 시신 기증이 폭발적으로 증가함에 따라 각 의과대학 시신 안치 냉장고가 턱없이 부족하여 더 이상 시신 기증 연계사업을 계속할 수 없어 2006. 9. 14.부로 그동안 장기기증본부가 맡아왔던 모든 시신기증업무를 중단했다고 한다.<기독신문, 2006. 9. 19.자 “시신기증운동 중단합니다.”>

한편 시신의 공급이 원활하지 않은 경우에는 시신을 수입하거나 해외 원정 해부실습이 이루어지기도 하는데, 2010년에는 방부처리, 사체검역을 받지 아니하고 불법으로 해부용 사체를 수입한 인체조직은행이 적발되기도 하였다. <해부용 사체(Cadaver) 부정수입 사건 수사결과, 인천지방검찰청>

17) 2015. 3. 5.자 머니투데이 기사 “죽어서 짐 되기 싫어” 시신 기증하는 ‘독거노인들’; 2014. 7. 4.자 한겨레신문 칼럼 “시신 기증 선진국”, 정민식 아주대 의대 해부학교실 교수.

시신기증의 확대는 사회 인식 변화와 화장 문화의 확산이 가장 큰 원인으로 꼽히고 있지만 최근 들어 노인인구가 급증함에 따라 독거노인들이 자식들에게 짐이 되기 싫다며 시신기증을 신청하는 사례도 점차 증가하고 있다고 한다. 그와는 반대로 장례를 치르기 어렵다며 자식들이 부모 사망 후 대학이나 시민단체를 통해 시신기증을 문의하는 사례도 있다고 한다.

이학영 의원이 대표발의로 제안되었고, 정부(보건복지부)도 2015. 1. 19. 이 사건 법률조항 등이 “무연고자인 사망자의 인권을 침해하고 인간으로서의 존엄성을 훼손할 우려가 있으며, 2011년부터 3년간 지방자치단체로부터 의과대학으로 교부된 무연고자 시체가 1구에 불과하는 등 실제로 운영되지 않고 있다”는 이유로 이를 폐지하는 개정안을 마련하였다.

#### 나. 무연고 시신 내지 인수자가 없는 시체의 처리절차

무연고 시체의 처리 절차에 대해서는 기본법인 ‘장사 등에 관한 법률’과 시체해부법이 규율하고 있다.

‘장사 등에 관한 법률’ 제12조(무연고 시신의 처리) 제1항은 “시장 등은 관할 구역 안에 있는 시신으로서 연고자가 없거나 연고자를 알 수 없는 시신에 대해서는 일정 기간 매장하거나 화장하여 봉안하여야 한다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

시체해부법 제4조 제1항 제2호는 ‘사망을 확인한 후 60일이 지나도 그 시체의 인수자가 없을 때’에는 유족의 승낙을 받지 않더라도 시체를 해부할 수 있다고 규정하고, 이 사건 법률조항은 의학 교육 또는 연구를 위해 의과대학 장이 요청하는 경우 인수자가 없는 시체를 제공하도록 규정하고 있다.

즉 인수자가 없는 시체는 1차적으로 의과대학 장의 요청이 있는 경우 해부용으로 제공되고, 그렇지 않은 경우에는 ‘장사 등에 관한 법률’에 의해 일정 기간(10년) 매장하거나 화장하여 봉안된다. 매장 또는 봉안의 기간이 끝났을 때에는 일정한 장소에 집단으로 매장하거나 자연장하여야 한다. 이 경우 무연고 시체 등을 화장하지 아니하고 매장 또는 봉안한 경우에는 화장을 하여야 한다(장사 등에 관한 법률 시행령 제9조).

사인을 알 수 없는 시체(변사체) 중 인수자가 없는 시체 또는 신원이 판명되지 않은 시체는 시체가 현존하는 지역의 시장, 군수, 구청장에게 인도하여 위와 같은 절차로 처리하게 된다[범죄수사규칙(2014. 12. 24. 개정 경찰청 훈령 제750호) 제37조 제1항].

#### 다. 인체기증의 종류 및 절차

인체기증은 사람의 몸의 일부 또는 전부를 질병의 치료나 연구 등에 사

용하도록 기증하는 것을 총칭하는 것으로 넓은 의미로는 난자나 정자, 혈액이나 조혈모세포의 세포 단위의 기증에서부터 장기기증, 뼈나 피부와 같은 조직의 기증 등을 포함한다.

인체기증은 크게 장기기증, 인체조직기증, 시신기증으로 나눌 수 있는데, 장기기증은 장·간장·췌장·심장·폐 등 장기를 이식이 필요한 사람에게 기증하는 것으로 이에 대하여는 ‘장기 등 이식에 관한 법률’이 규율하고 있다. 인체조직기증은 뼈·연골·피부·인대·혈관 등 장기 이외의 조직을 이식이 필요한 사람에게 기증하는 하는 것으로 이에 대하여는 ‘인체조직안전 및 관리에 관한 법률’이 규율하고 있다. 한편 시신기증은 시신을 병리학적·해부학적 연구 및 교육을 위해 기증하는 것으로 이에 대하여는 시체해부법이 규율하고 있다.

장기와 인체조직을 살아있는 사람으로부터 적출·채취하는 것은 본인이 동의한 경우에만 가능하며, 뇌사자 또는 사망한 자로부터 적출·채취하는 것은 본인이 뇌사 또는 사망하기 전에 동의하였거나, 본인의 의사가 확인되지 아니한 경우에는 가족 또는 유족이 동의한 경우에 한한다(‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제22조, ‘인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률’ 제8조). 동의의 방식은 본인이 서명한 문서에 의한 동의 또는 민법의 유언에 관한 규정에 따른 유언의 방식으로 한 동의 모두 가능하다(‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제12조 제1항, ‘인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률’ 제7조 제1항).

그러나 시체의 경우, 의과대학의 해부학·병리학 또는 법의학을 전공한 교수·부교수 또는 조교수가 직접 해부하거나 의학을 전공하는 학생으로 하여금 자신의 지도하에 해부하게 하는 경우, 제6조에 의거하여 보건복지부장관·국방부장관 등의 시체해부명령이 있는 경우, 형사소송법에 따른 해부, 검역법상의 해부, 기타 시장 등이 필요하다고 인정하는 경우에만 해부할 수 있다(시체해부법 제2조). 시체를 해부하려면 원칙적으로 유족의 승낙을 받아야 하며, 예외적으로 본인이 민법에 따른 유언으로 동의한 경우, 사망을 확인한 후 60일이 지나도 시체의 인수자가 없는 경우, 2명 이상의 의사가 진료하던 환자가 사망한 경우 진료에 종사하던 의사 전원이 사인을 조사하기 위하여 특히 해부가 필요하다고 인정하고 또한 그 유족이 있는 곳을 알 수 없어 유족의 승낙 여부가 판명될 때까지 기다려서는 해부의 목적

을 달성할 수 없을 때에는 유족의 승낙 없이도 시체를 해부할 수 있다(시체해부법 제4조).

## 라. 외국의 입법례

### (1) 미국

미국에서 무연고 시체의 해부에 대하여는 주법에 의해 관리된다. 오하이오, 알칸소, 델라웨어 등의 주에서는 의학의 교육 및 연구를 위하여 무연고 시체를 의료기관 또는 의학교육기관이 기증받을 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 텍사스, 콜로라도, 플로리다 주를 포함한 대부분의 주에서는 주 정부 소속 또는 의료 및 의학교육기관협회에서 운영하는 위원회에서 무연고 시체의 처리방안(주로 어느 교육기관에 어느 순서로 시체를 배정할 것인지 여부)을 결정한다.

뉴욕, 캘리포니아, 네바다, 조지아 등 일부 주에서는 무연고 시체가 발생하더라도 교육 또는 연구 목적으로 시체를 해부하지 않고 정부의 예산으로 매장 또는 화장하고 있다.

주로 인구는 많은데 의학기관이 적은 주는 무연고 시체의 사용을 지양하며(예, 로드아일랜드주), 인구는 적지만 많은 의학시설을 유치한 경우에는 무연고 시체의 사용을 허용한다(예, 오리건주).

한편 사체의 기증과 관련하여 미국 보통법은 사체에 대한 권리를 재산권에 준하는 권리로 보아왔다. 그러나 장기이식 등 현대의학이 발달함에 따라 사체의 처리에 대한 결정권을 법률로 인정하려는 추세를 보이고 있는데, 뉴욕주, 플로리다주, 펜실베이니아주를 제외한 47개 주와 워싱턴 특별자치구는 표준장기기증법(Uniform Anatomical Gift Act, UAGA)을 채택하고 있다. UAGA는 자신의 사체를 처리할 권리를 법률로 인정하며, 무연고자라 하더라도 자신의 사체를 처리할 의사표시를 할 권리를 제도적으로 보장한다. 사체기증을 거부하는 의사표시가 있는 경우 그 사체는 기증될 수 없으며, 사체의 기증을 거부하는 의사표시가 없는 경우에 유족 등은 사체를 기증할 수 있다.

## (2) 독일

독일에서 장사에 관한 사항은 각 주법으로 정한다. 장사의 방식에 대하여는 원칙적으로 생존 당시에 작성한 장사에 관한 사전의향서에 의하는데, 통상 유서와는 별도의 문서형태로 남기게 된다. 장사의향서가 존재하지 아니하는 경우에는 매장의 유형과 실시에 관하여 가족 중 장사의무를 지는 자가 결정하게 된다.

특히 바덴뷔어템베르그 주 장사법의 경우 신원불명의 시체를 해부학 연구소에 학문적 목적으로 기증할 수 있는 근거규정을 두고 있다. 신원불명자의 경우, 매장하거나 시체를 기증하기 위해서는 별도로 검사나 구법원의 서면승인을 요한다. 그러나 유족들은 본인의 동의 없이 시체를 기증할 수 없다.

## (3) 일본

일본의 시체 해부 관련 법제는 우리나라의 시체해부법과 유사한 목적과 기능을 가진 ‘사체해부보존법’이 있다. 특히 교육 목적을 위한 시체 기증에 관하여는 ‘의학 및 치학의 교육을 위한 헌체에 관한 법률’이 별도로 규정되어 있다.

사체해부보존법 제12조는 인수자가 없는 시체는 소재지 시정촌장이 의학에 관한 대학의 장으로부터 의학의 교육 또는 연구를 위한 교부의 요구가 있는 때에는 그 시체 확인 후 교부할 수 있다고 규정하고 있다. 제13조부터 제16조까지는 그 절차를 규율하고 있는데, 우리나라에서와 같은 유족의 승낙이나 생전 유언에 관한 조항은 규정하고 있지 아니하다.

## 4. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 기본권이 무엇인가에 대하여는 다음과 같이 자기결정권이라는 견해, 인격권이라는 견해로 나뉠 수 있다.

### 가. 자기결정권이라는 견해

청구인은 이 사건 법률조항으로 인하여 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 파생되는 자기결정권이 제한되고 있다고 주장하고

있다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하여 모든 기본권 보장의 종국적 목적이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권, 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 310).

자기결정권은 원칙적으로 살아있는 사람만 누리는 것이기 때문에 사자(死者)의 경우에도 그 의사가 존중되어야 하는가에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 일반적으로 권리의 주체가 되는 사람은 살아있는 사람이기 때문에 원칙적으로 사자(死者)는 권리의 주체가 되지 않는다고 해석된다. 그러나, 살아있는 자가 생전에 시체의 처분에 대하여 표시한 의사를 존중하는 것은 살아있을 때 행한 자기결정권을 사후에도 존중하여 준다는 측면에서 여전히 인간이 보유하고 있는 기본적 권리인 자기결정권에 대한 존중의 일환이라고 볼 수 있다. 시체해부법 제4조 제1항 제1호가 시체의 해부에 관하여 민법 제1060조에 의한 유언이 있는 때에는 유족의 의사에 우선하도록 규정하고 있는바, 이는 사자가 생전에 유언의 형식으로 표시한 자신의 시체에 대한 처분의사를 존중하고자 하는 취지라고 할 것이다. 만일 자신의 사후에 시체가 본인의 의사와는 무관하게 처리될 수 있다고 한다면 기본권 주체인 살아있는 자의 자기결정권이 보장되고 있다고 보기 어렵기 때문이다.<sup>18)</sup>

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 보장되는 청구인의 자기결정권을 제한하고 있다.

#### 나. 인격권이라는 견해

헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권을 보장하고 있다.

한편 인격권의 전제가 되는 개인의 자기결정권은 기본권 주체의 사적 영역에서의 자신의 자유의지에 따라 국가의 간섭 없이 결정할 수 있는 권리인데, 사후의 시체의 처리가 기본권 주체의 사적 영역이라고 보기는 어렵

18) 정규원, <장기이식의 법적 문제>, 의료법학 4권 2호, 2003, 338-339면 참조

다. 자기결정권은 자기가 결정한 대로 추진할 수 있는 권능이 있다는 것을 전제로 하는 것이다. 예컨대, 다른 사람의 물건을 내 마음대로 사용하겠다고 결정하는 것은 자기결정권의 내용이라고 볼 수 없다. 민법상 시체는 물건성을 갖고 있고, 시체에 대한 권리는 제사 주재자에게 있다고 보는 것이 학계 다수 및 대법원의 견해이므로, 생전에 자신의 시체에 대하여 자기결정권을 갖고 있다고 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인이 ‘죽은 뒤’ 자기 시신이 청구인이 원하지 않는 방식으로 처리됨으로써 ‘현재’ 청구인의 인격발현의 기본조건인 인격권에 제한을 가하고 있는 것이라고 할 수 있다.

#### 다. 소결

이에 대하여 재판관들은 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권을 “청구인의 시체의 처분에 대한 자기결정권”으로 보고 다음과 같이 판시하였다.

『헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하여 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권, 행복추구권에서 개인의 자기결정권이 파생된다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 참조).

만일 자신의 사후에 시체가 본인의 의사와는 무관하게 처리될 수 있다고 한다면 기본권 주체인 살아있는 자의 자기결정권이 보장되고 있다고 보기는 어렵다. 따라서 본인의 생전 의사에 관계없이 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 청구인의 시체의 처분에 대한 자기결정권을 제한한다고 할 것이다.』

### 5. 자기결정권 침해 여부

#### 가. 위헌론

재판관들은 다음과 같이 전원이 일치하여 이 사건 법률조항이 청구인의 자기결정권을 침해한다고 판시하였다.

### 『(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성』

이 사건 법률조항은 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공할 수 있도록 함으로써, 사인(死因)의 조사와 병리학적·해부학적 연구의 기초가 되는 해부용 시체의 공급을 원활하게 하여, 국민 보건을 향상시키고 의학의 교육 및 연구에 기여하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정된다.

### (2) 침해의 최소성

우선 이 사건 법률조항에 의하여 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공하는 사례가 거의 없어져 그 실효성이 현저히 떨어졌다. 2009년부터 2013년까지 발생한 인수자가 없는 시체 중 의과대학에 통지된 것은 2건, 그 중 실제로 의과대학에 해부용으로 제공된 시체는 단 1건에 불과했다.

또한 의과대학에서 필요로 하는 해부용 시체는 이 사건 법률조항이 아니라도 다른 방법으로 충분히 공급될 수 있다. 최근 우리 사회의 인식 변화에 따라 시신기증이 활발히 이루어져 현재 해부용 시체의 공급은 대부분 시신기증에 의존하고 있다. 따라서 시신의 훼손이나 화장을 꺼리는 장제 문화의 변화, 적절한 홍보활동, 기증자와 그 유가족의 숭고한 뜻이 존중될 수 있는 적절한 예우 등을 통해 시신기증을 활성화함으로써 해부용 시체의 공급을 확보할 수 있게 되었다.

한편 현행 법령은 시체 자체의 제공과는 구별되는 장기나 인체조직에 있어서는 본인이 명시적으로 반대하는 경우에는 그의 의사와 무관하게 이식·채취될 수 없도록 규정하고 있다. 즉 신장·간장·심장·안구·골수 등의 적출·이식과 관련한 ‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제22조는 뇌사자와 사망한 자의 장기에 대하여는 생전에 본인이 동의하였거나(본인이 동의하였더라도 가족 또는 유족이 거부하는 경우는 제외), 생전에 본인이 동의 또는 반대한 사실이 확인되지 아니한 경우로서 가족 또는 유족이 동의한 경우에만 장기 등의 적출·이식을 할 수 있도록 규정하고 있고, 제12조는 본인이 서명한 문서에 의한 동의 또는 민법의 유언에 관한 규정에 따른 유언의 방식으로 한 동의만을 동의로서 인정하고 있다. 뼈·피부·혈관·인대 등의 채취에 관한 ‘인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률’에서도 마찬가지이다(제7조, 제8조).



그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 본인이 자신의 시체의 인수자가 없는 경우 생전에 본인의 시체가 해부용으로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 할 수 있는 절차를 마련하지 않아, 생전의 본인의 의사와는 무관하게 본인의 시체가 해부용으로 제공될 수 있도록 규정하고 있다.

시체해부법 제4조 제1항 제1호는 “시체를 해부하려면 그 유족의 승낙을 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 시체의 해부에 관하여 민법 제1060조에 따른 유언이 있을 때”라고 규정하고 있으나, 이는 시체의 해부에 대해 생전에 본인이 민법 제1060조에 따른 유언에 의하여 동의한 때에는 별도로 유족의 승낙을 받을 필요가 없다는 의미일 뿐, 생전에 본인이 민법에 따른 유언으로 반대하는 의사표시를 할 수 있다는 내용까지 포함한다고 해석하기는 어렵다.

이상의 사정들을 종합하면 보면, 본인의 시체가 해부용으로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 할 수 있는 절차를 마련하여 본인이 반대하면 그의 시체를 해부용으로 제공할 수 없도록 하든지, 또는 아예 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공하는 것을 금지하는 등, 이 사건 법률조항은 그 입법목적은 달성하기 위하여 청구인의 기본권을 침해하지 않는 다른 방안이 있음에도 인수자가 없는 시체를 생전의 본인의 의사와는 무관하게 해부용으로 제공할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 침해의 최소성 원칙에 위반된다.』

## 나. 합헌론

이 사건에서 재판관들은 전원 일치로 이 사건 법률조항이 청구인의 자기결정권을 침해한다고 결정하였으나, 참고적으로 합헌론을 다음과 같이 부기하기로 한다.

### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

이 사건 법률조항은 사인(死因)의 조사와 병리학적·해부학적 연구의 기초가 되는 해부용 시체의 공급을 원활하게 함으로써 국민 보건을 향상시키고 의학의 교육 및 연구에 기여하기 위한 것으로, 이러한 입법목적은 정당

하다.

이 사건 법률조항이 인수자가 없는 시체의 경우에는 시장 등의 통지로 의과대학의 장이 시체의 교부를 요청하게 하고 그러한 요청에 대하여 시체를 교부하도록 하는 것은, 의과대학의 해부용 시체의 공급을 원활하게 하는 방법이 되므로 위와 같은 입법목적에 대한 적합한 수단이 될 수 있다. 최근에 시신 기증이 활발하게 이루어져 대부분의 의과대학에서 해부용 시체를 시신기증에 의해 제공받고 있다고는 하나 이는 최근 몇 년 간의 현상에 불과하고, 향후 사회인식의 변화 기타 다른 요인으로 인해 시신기증 활동이 위축될 가능성도 배제할 수 없다.

## (2) 침해의 최소성

시체 해부 및 보존에 관한 법률은 인수자가 없는 시체를 확인하는 방법을 엄격히 규정하고, 인수자가 없는 시체로 판명된 경우에도 이를 해부용 시체로 제공하는 절차를 엄격하게 규정함으로써 그 피해를 최소화하고 있다.

인수자가 없는 시체가 발생한 경우 시장 등은 지체없이 그 시체의 부패방지를 위하여 냉동보관 등 필요한 조치를 취하고, 사망자의 옷·소지품 등 유류물품의 사진을 촬영하여 이를 3년간 보존하여야 하고(법 시행령 제6조의2), 사망자의 신분증·유류물품 등에 의하여 사망자의 신원과 연고자를 탐문·조사하여 시체의 인수자가 있는지 여부를 확인하여야 한다(법 시행령 제3조). 인수자가 없는 시체가 발생하여 의과대학의 장이 시체 제공을 요청한 경우에도 시장 등이 시체를 교부하려면 일간 신문에 2회 이상 사망자의 신체적 특징, 발견 경위 및 사망원인, 시체 교부·보존 계획 뿐만 아니라 유족 기타 사망자와 상당한 관계가 있는 자가 시체의 인도 등을 요구하는 때에는 시체를 인도하겠다는 내용까지 포함하여 공고하여야 한다(법 시행령 제5조). 시체를 교부받은 의과대학의 장은 연고자 확인 등을 위하여 시체를 교부받은 날부터 5일 이내에 시체 얼굴과 전신 등 신체의 특징을 확인할 수 있는 부위의 사진을 촬영하여 각 1매는 시장 등에게 교부하고, 각 1매는 3년간 자체 보존하여야 한다(법 시행령 제6조). 위와 같이 제공된 시체는 사망이 확인된 날부터 60일이 지나기 전에는 해부할 수 없다(법 제12조 제3항).

또한 이 사건 법률조항이 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공함에 있어 사망자의 생전의 의사를 확인하는 절차를 명시적으로 규정하고 있지는 아니하나, 생전에 충분히 본인이 반대의 의사표시를 하여 해부용 시체로 제공되지 않을 수 있다. 우선 법 제4조 제1항은 시체의 해부에 있어서 유언에 의한 사망자 본인의 의사를 가장 우선시하는 것으로 볼 수 있고, 이러한 취지에 의하면 유언으로써 자기의 시체가 해부용으로 제공되는 것을 거부할 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 현실적으로 시신기증은 엄격한 유언의 방식을 따르지 않고도 많이 이루어지고 있으므로, 시신기증에 반대하는 의사도 유언 외의 방법으로도 얼마든지 표시할 수 있다. 미국의 UAGA 제7조에서 정하는 바와 같이 본인 또는 본인의 지시를 수행하는 사람에 의하여 서명된 기록에 의하거나, 2명 이상의 증인이 있는 녹음 또는 동영상 기타 모든 형태의 의사표현에 의하거나, 그 외에도 생전에 지인에게 반대의사를 알려 두거나 행정관청에 탄원서를 제출하는 등 다양한 방법으로 거부의 의사표시를 할 수 있고, 이러한 경우 이 사건 법률조항이 규정하는 '특별한 사유'에 해당하여 시체 제공을 거부할 수 있다는 점 등에 비추어 이 사건 법률조항 최소침해성 원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

### (3) 법익 균형성

해부 실습과정이 의학교육 및 의학발전에서 차지하는 중요성, 이를 통해 보다 많은 질병으로부터 인간의 생명과 건강을 보호할 수 있다는 점 등을 고려하면 인수자가 없는 시체를 해부용 시체로 제공하는 것이 과도한 자기결정권의 침해라고 볼 수 없다.

## 6. 결정의 의의

가. 이 사건은 사후에 무연고 시신이 되더라도 해부용 시체로 제공되는 것에 반대한 경우에는 본인의 의사를 존중해서 해부용 시체로 제공되지 않도록 해야 한다는 점을 명시한 최초의 사례라는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.

나. 먼저 이 사건에서는 청구인은 생존한 상태이고, 공부상 형제자매가

생존해 있으며 이 사건 법률조항은 사후의 시체의 처리에 대한 내용을 담고 있어 과연 기본권침해의 가능성이 있는 것인지, 자기관련성이나 침해의 현재성을 부정해야 하는 것은 아닌지 여부가 문제되었으나, 비록 청구인이 지금 생존한 상태이고 형제자매가 있다 하더라도 향후 청구인이 사망할 경우 인수자가 없는 시체가 될 가능성이 농후한 점에 비추어 기본권침해가능성, 자기관련성, 현재성 등을 넓게 인정하고 적법요건을 충족한 것으로 판단하여 본안 판단에 나아갔다.

다. 다음으로 과연 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 청구인의 기본권이 무엇인지가 쟁점이 되었다. 이 사건 결정에서는 만일 자신의 사후에 시체가 본인의 의사와는 무관하게 처리될 수 있다고 한다면 기본권 주체인 살아있는 자의 자기결정권이 보장되고 있다고 보기 어려울 것이라는 점에 착안하여, 생전에 자신의 시체의 처분에 대한 의사표시를 존중하여 이를 자기결정권이라는 기본권으로 인정하였다. 그리하여 본인의 생전 의사에 관계없이 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 청구인의 시체의 처분에 대한 자기결정권을 침해한다고 판단하였다.

라. 헌법재판소의 이 사건 결정 이후 국회는 시체해부법을 개정하여 이 사건 법률조항을 비롯하여 인수자가 없는 시체의 제공과 관련한 조항들을 모두 삭제하였다(2016. 6. 30. 법률 제13652호).

# 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌제청

- 성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료명령에 관한 규정이  
헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391)

성 왕\*

## 【판시사항】

1. 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 재범의 위험성이 인정되는 19세 이상의 사람에 대해 법원이 15년의 범위에서 치료명령을 선고할 수 있도록 한 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2012. 12. 18. 법률 제11557호로 개정된 것) 제4조 제1항 및 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2010. 7. 23. 법률 제10371호로 제정된 것) 제8조 제1항이 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해하는지 여부(일부 적극)
2. 합헌 부분과 위헌 부분의 경계가 불확실하고 이를 시정할 입법자의 형성권을 존중하여 헌법불합치 결정을 하면서 계속적용을 명한 사례

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2012. 12. 18. 법률 제11557호로 개정된 것) 제4조 제1항(이하 ‘이 사건 청구조항’이라 한다) 및 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2010. 7. 23. 법률 제10371호로 제정된 것) 제8조 제1항(이하 ‘이 사건 명령조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다(이하에서 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’은 연혁에 관계없이 ‘성충동약물치료법’

---

\* 헌법연구관

이라 하고, 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조항들’이라 한다. 또한 조문 인용 시 별도로 범명을 표시하지 아니한 것은 성충동약물치료법의 규정을 의미한다).

성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률(2010. 7. 23. 법률 제10371호로 제정된 것)

제8조 (치료명령의 판결 등) ① 법원은 치료명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 판결로 치료명령을 선고하여야 한다.

성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11557호로 개정된 것)

제4조 (치료명령의 청구) ① 검사는 사람에게 대하여 성폭력범죄를 저지른 정도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에게 대하여 약물치료명령(이하 “치료명령”이라고 한다)을 법원에 청구할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 당해사건 피고인은, 2009. 6. 7.경 대전 동구에 있는 한 공동주택의 주차장에서 당시 5세였던 피해자를 보고 추행하기로 마음먹은 후, 피해자를 위 공동주택 4층 옥상으로 유인하여 피해자를 반항하지 못하게 한 다음 피해자의 엉덩이와 항문에 피고인의 성기를 대고 비벼 피해자를 강제추행하고, 2009. 7. 1. 대전 동구의 한 주택가에서 당시 6세였던 또 다른 피해자를 보고 추행하기로 마음먹은 후, 피해자를 주택가 뒤 후미진 곳으로 유인하여 위와 같은 방법으로 추행하였다는 범죄사실로 공소제기되었고(대전지방법원 2012고합512), 치료의 필요성 및 재범의 위험성이 있다는 이유로 치료감호(대전지방법원 2012감고17) 및 성충동 약물치료청구(대전지방법원 2012치고1)가 되었다.

나. 제청법원은, 검사의 약물치료명령 청구의 근거가 된 성충동약물치료법 제4조 제1항과 치료명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 법원으로 하여금 치료명령을 선고하도록 규정한 같은 법률 제8조 제1항이 과잉금지

원칙에 위반하여 치료명령 피청구자의 기본권을 침해한다는 이유로 2013. 2. 8. 직권으로 위 심판대상조항들에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유

심판대상조항들은 성폭력범죄의 재범을 방지하고, 성폭력범죄자의 사회 복귀를 촉진하고자 하는 것으로서 입법목적의 정당성은 인정된다. 그러나 아직까지 약물에 의한 성호르몬의 조절·통제로 피치료자의 공격적인 성적 행동을 예방할 수 있다는 치료효과에 대하여 국내에서 과학적으로 검증된 실증적 연구결과가 없고, 약물치료가 중단될 경우의 재범가능성이 여전하다는 점에서 그 효과가 제한적일 수밖에 없으므로 심판대상조항들에 의한 약물치료가 목적 달성에 적합한 수단이라 인정하기 어렵다.

또한 심판대상조항들에 의한 치료명령은 피고사건의 판결 선고와 동시에 이루어지므로 치료명령의 실제 집행시점(형 집행 종료 등으로부터 2개월 전)과 판단시점 사이에 상당한 간격이 있어 재범의 위험성에 관한 오판 가능성이 있는 점에서 불필요한 기본권 침해를 방지하기 위한 수단을 마련하지 않은 것이라 볼 수 있고, 현재 치료에 사용될 약물의 부작용에 관하여 충분한 연구가 이루어지지 않은 상태임에도 불구하고 약물투여로 인한 부작용 등을 방지할 대책이 충분히 마련되어 있지 아니하다.

성폭력범죄로부터 국민을 보호할 공익은 매우 크다고 할 것이나, 심판대상조항들에 의한 약물치료는 피치료자의 동의를 요건으로 하지 않고, 피치료자의 신체적·정신적 건강에 심대한 악영향을 미칠 수 있는 것임에도 그러한 불이익을 최소화할 수 있는 방안이 마련되어 있지 아니한 점을 고려할 때, 현재 상황에서는 법익균형성이 인정된다고 보기 어렵다.

따라서 심판대상조항들은 과잉금지원칙에 위반하여 치료명령 피청구인의 신체의 자유, 자기결정권, 인격권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 【결정요지】

1. 심판대상조항들은 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자의 동종 재범을 방지하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 성충동 약물치료는 성도착증 환자의 성적 환상이 충동 또는 실행으로 옮겨지는 과정의 핵심에 있

는 남성호르몬의 생성 및 작용을 억제하는 것으로서 수단의 적절성이 인정된다. 또한 성충동 약물치료는 전문의의 감정을 거쳐 성도착증 환자로 인정되는 사람을 대상으로 청구되고, 한정된 기간 동안 의사의 진단과 처방에 의하여 이루어지며, 부작용 검사 및 치료가 함께 이루어지고, 치료가 불필요한 경우의 가해제도가 있으며, 치료 중단시 남성호르몬의 생성과 작용의 회복이 가능하다는 점을 고려할 때, 심판대상조항들은 원칙적으로 침해의 최소성 및 법익균형성이 충족된다. 다만 장기형이 선고되는 경우 치료명령의 선고시점과 집행시점 사이에 상당한 시간적 간극이 있어 집행시점에서 발생할 수 있는 불필요한 치료와 관련한 부분에 대해서는 침해의 최소성과 법익균형성을 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 청구조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하나, 이 사건 명령조항은 집행 시점에서 불필요한 치료를 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않은 점으로 인하여 과잉금지원칙에 위배되어 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해한다.

2. 이 사건 명령조항에는 위헌적 부분과 합헌적 부분이 공존하고 있고, 장기형 선고로 치료명령 선고시점과 집행시점 사이에 상당한 시간적 간극이 존재하는 경우 불필요한 치료가 이루어질 가능성을 배제할 수 있는 구체적인 방법과 절차의 형성은 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다. 또한 이 사건 명령조항의 위헌적 부분은 치료명령의 선고에 의하여 곧바로 현실화되는 것이 아니라 집행시점에서 비로소 구체적으로 문제가 되며, 그 집행시점까지 개선입법을 함으로써 제거될 수 있으므로, 법적 혼란의 방지를 위하여 헌법불합치 결정을 선고하되, 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.

### 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호의 반대의견

심판대상조항들의 입법목적의 정당성에는 의문이 없으나, 성폭력범죄의 동기나 행위태양의 다양성에 비추어 성기능 무력화가 성폭력범죄를 불가능하게 한다고 보기 어렵고, 성충동 약물치료에 사용되는 약물은 성도착증의 병리적 문제를 근본적으로 해결하는 치료제가 아닌 점 등을 고려할 때 수단의 적절성에 의문이 있다. 또한 자발적 치료의지가 없는 치료대상자에 대한 약물치료의 효과를 기대하기 어려운 점, 성폭력범죄의 원인이 된 성



도착증의 치료와 재범방지는 현행법상 치료감호제도 및 보호관찰, 전자발찌 부착 등 대책을 결합하여 대처할 수 있는 점, 법정 의견이 지적하는 위헌성 등을 종합하여 보면, 심판대상조항들은 목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한을 규정하여 침해의 최소성에 반한다. 나아가 심판대상조항들에 의한 재범 억제 효과는 제한적이거나 한시적이고 그 달성 여부가 불확실하나, 피치료자가 받게 되는 불이익은 심대하므로, 심판대상조항들은 인간의 존엄과 가치에 반하여 법익균형성이 인정되지 않는다. 따라서 심판대상조항들은 모두 과잉금지원칙에 위배되어 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 재판관 이진성의 반대의견에 대한 보충의견

치료대상자의 동의 없이 성충동 약물치료명령의 청구와 선고가 가능하도록 한 심판대상조항들의 위헌성에 대해서는 반대의견에 동의하나, 치료대상자의 진정한 동의가 있는 때에는 처음부터 신체의 자유나 자기결정권 등 기본권 제한의 문제가 없으므로 달리 판단하여야 한다.

## 【해 설】

### 1. 성충동약물치료법의 입법연혁 및 성충동약물치료명령 현황

가. 이 사건 결정에서 실시하고 있는 것과 같이, 성충동약물치료법은 2010. 6. 29. 제291회 국회 본회의에서 재석 의원 180명 가운데 137명의 찬성으로 의결되었으며, 2010. 7. 23. 공포되어 2011. 7. 23.부터 시행되었다.

나. 성충동약물치료법의 시행 이후에도 성폭력 강력범죄는 끊이지 않았고, 아동·여성 대상 성폭력 대책 특별위원회는 김희정 의원 등 13인의 개정안(피해자의 나이에 제한을 두지 아니함), 권성동 의원 등 11인의 개정안(피해자의 나이를 16세 미만에서 19세 미만으로 확대)을 병합심사하여, 2012. 11. 22. ‘16세 미만의 사람’을 대상으로 하였는지를 불문하고 성폭력 범죄자가 성도착증 환자인 경우에는 치료명령을 할 수 있도록 성충동약물치료법 제1조, 제4조 제1항, 제22조 제1항의 ‘16세 미만의 사람’을 ‘사람’으로 개정하는 내용의 대안을 발의하였다. 위 대안은 2012. 11. 22. 국회 본회

의를 통과하여, 2012. 12. 18. 공포되었고, 2013. 3. 18. 시행되었다.

다. 한편 약물치료가 갖고 있는 약물 내성과 부작용, 치료단절에 따른 충동 발생 등 문제점 등에 의하여 약물치료가 근본적 대책이 되지 않는다는 이유로 형벌로서 ‘물리적 거세’ 제도를 도입하는 취지의 형법 개정안 및 ‘아동 성폭력범죄자의 외과적 치료에 관한 법률안’이 2011. 1. 제출된 바 있으나, 임기만으로 폐기되었고, 동일한 취지의 법률안이 2012. 9. 제출되었으나, 심의 결과 법익균형성 및 침해의 최소성 원칙에 위반될 소지가 있다는 이유로 본회의에 부의하지 않는 것으로 의결되었다.

라. 성충동약물치료법에 따른 법원의 치료명령 판결은 2013. 4. 최초로 확정된 바 있으며, 치료 대상자는 13세 미만 남녀 아동을 대상으로 한 5회의 강제추행 범죄로 유죄판결을 선고받고 집행유예 기간 중에 남자 아동을 대상으로 다시 강제추행 범죄를 저지른 21세의 남성이었다.<sup>1)</sup> 2015. 6. 30. 법무부장관이 제출한 보충서면에 의하면, 2015. 4. 기준으로, 심판대상조항들에 따라 15명에 대하여 성충동약물치료명령이 이루어졌고, 이들 가운데 10명은 징역 10년 이상의 형을 선고받았으며, 치료감호와 치료명령이 함께 선고된 경우는 15건 중 3건이었다.

마. 심판대상조항들에 의한 성충동약물치료명령은 2015. 4. 기준으로 집행이 개시된 사례가 없었고, 다만 성충동약물치료법 제25조 내지 제29조에 따라 치료감호심의위원회의 결정에 의하여 8명에 대해 류프롤리드 아세테이트(Leuprolide acetate) 주사제를 투여하는 성충동약물치료가 실시되었으며, 이들에 대한 남성 호르몬 테스토스테론 수치 검사 결과 대체로 약물 투여 후 수개월 이내에 테스토스테론 수치가 약물 투여 이전보다 현저히 낮은 수준 또는 물리적 거세 수준에 가깝게 낮아진 것으로 나타났다. 다만 이들 중 1명은 치료기간 중 일시적으로 약물 투여 개시 시점 이전 보다 높은 테스토스테론 수치가 나타났으나, 그 원인은 명확하게 밝혀지지 않았고, 치료의 계속에 따라 다시 수치는 감소되었다.<sup>2)</sup>

1) 2013. 9. 11. 법무부장관이 헌법재판소에 제출한 「성충동약물치료법 위헌제청 사건 심리에 필요한 자료제출」 참조.

2) 2015. 4. 29. 법무부장관이 헌법재판소에 제출한 변론요지서 참조.

## 2. 성충동약물치료법의 개요

### 가. 성충동 약물치료명령의 종류

이 사건 결정에서 실시하고 있는 것과 같이 성충동약물치료법에 의한 성충동 약물치료명령은, ① 법원의 판결에 의한 치료명령(제4조 내지 제12조), ② 법원의 결정에 의한 치료명령(제22조 내지 제24조), ③ 치료감호심의위원회에 의한 치료명령(제25조 내지 제29조)으로 나누어지는데, 이 사건에서 문제된 제도는 위 ① 법원의 판결에 의한 치료명령(제4조 내지 제12조)의 경우였다.

### 나. 법원의 판결에 의한 치료명령의 절차와 내용

법원의 판결에 의한 치료명령의 절차는 이 사건 결정에서 실시하고 있는 바와 같다.

다만 치료명령 청구대상자의 정의 중 사용된 “성도착증 환자” 개념은, “① ‘치료감호법’ 제2조 제1항 제3호(소아성기호증, 성적가혹증 등 성적 성벽이 있는 정신성적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자)에 해당하는 사람 및 ② 정신건강의학과 전문의의 감정에 의하여 성적 이상 습벽으로 인하여 자신의 행위를 스스로 통제할 수 없다고 판명된 사람”을 말하고(제2조 제1호), 이러한 의미의 ‘성도착증 환자’는 의학적 의미의 성도착증 환자 개념과는 구별되는 것이다.

미국 정신의학회의 진단분류체계(DSM-IV-TR)에 따르면, 의학적인 의미의 성도착증은, 1) 인간이 아닌 대상, 2) 개인 자신이나 상대방의 고통이나 굴욕감, 3) 소아나 동의하지 않는 사람 등이 있는 상황에서 성적인 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되며 적어도 6개월 이상 지속된다(진단기준 A). 일부 개인들에게 있어서는 성도착적 환상이나 자극이 성적 흥분에 있어서 필수적인 것으로서 성행위시 항상 동반된다. 한편 다른 유형으로, 성도착증이 간헐적으로 나타나며(예: 스트레스를 받는 기간), 성도착적 공상이나 자극 없이도 성적으로 기능할 수 있는 경우도 있다. 다만 성적 행동, 성적 충동, 환상이 임상적으로 심각한 고통이나 사회적, 직업적, 또는 기타 중요한 영역에서 장애를 일으킨다(진단기준 B).

의학적 의미의 성도착증의 발생 원인은 명확하게 밝혀져 있지 않지만, 강박충동장애, 충동통제장애, 극단적 성욕주의 등이 복합적으로 결합된 것이라거나, 본능, 분노, 억압, 강박, 사회적 행동을 조정하는 모노아민계 신경전달물질(도파민, 세로토닌 등) 결핍으로 장애가 발생한 것이라거나, 성호르몬인 테스토스테론 과다분비로 비정상적인 성적 충동, 환상을 가지는 경우라거나, 러브맵핑(이상적 연인이나 성적 대상의 형상화)의 연속적 행위 또는 구애(courtship)의 장애라는 등의 연구가 있다.

성도착증 환자로 분류되는 사람들의 특성을 살펴보면, 성숙한 성적 관계를 갖지 못하고, 상대방부터 거절당하지도 모르는 성관계를 두려워하는 경향이 있으며, 자존감이 낮거나 부적절한 자아개념을 가지고 있는 경우가 있고, 우울증을 보이기도 한다. 성도착증에는 노출증, 소아 성애증(소아 기호증), 성적 피학증, 성적 가학증, 복장 도착증(의상도착증), 관음증, 마찰 도착증이 포함된다. 나머지 범주는 달리 분류되지 않는 성도착증으로 빈도가 적은 성도착증(동물기호증, 전화외설증, 시체성애증, 오물기애증 등)이 포함된다. 성도착증의 치료는 개인심리치료, 집단치료를 통해 정신분석치료가 이루어질 수 있고, 행동치료로는 자극포만치료, 내면적 민감화기법, 수기혐오치료 등이 있고, 인지치료도 이루어진다. 약물치료로는 항안드로겐제제, 세로토닌 재흡수 억제제가 이용되고, 그 밖에 항정신병약물, 항우울제를 포함하는 기타 약물치료가 이용될 수 있다.<sup>3)</sup>

한편 심판대상조항들에 의한 성충동약물치료는 비외과적(non-surgical)이고 회복가능하다(reversible)는 점에서, 성적 충동과 관련되어 있는 호르몬을 생성하는 고환을 제거하는 외과적(surgical)이고, 회복불가능한(irreversible) 시술<sup>4)</sup>과 대비된다.

3) 허경미, 성도착사범 처벌의 한계에 관한 연구, 한국공안행정학회보, 제42호(2011), 제338-343면 참조.

4) 고환적제술(orchietomy) 등. 이러한 수술 결과를 관찰한 한 연구에 의하면, 수술 대상자의 75%는 성기능을 완전히 상실하였고, 10%는 강한 자극 하에서 부분적인 성기능 회복을 보였으며, 15%는 부분적으로 성기능을 상실하였으나 테스토스테론을 주사하는 경우 회복되기도 하였다고 하는데[William Winslade, T. Howard Stone, Michele Smith-Bell & Denise M. Webb, Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?, 51 SMU L. Rev. 349, 376(1998); 설민수, 아동 대상 성폭력범죄자

### 3. 성충동약물치료명령과 치료감호의 비교

2008. 6. 13. 법률 제9111호로 치료감호법이 개정(2008. 12. 14. 시행)되면서, ‘소아성기호증, 성적가학증 등 성적 성벽이 있는 정신성적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자’에 대한 치료감호 제도가 도입되었으며, 위와 같은 치료감호 대상자는 성충동 약물치료의 대상인 성도착증 환자의 한 유형으로도 규정되어 있다.

치료감호법이 위와 같이 개정되기 이전에도 심신장애자 등 범죄자로서 치료감호의 대상이 되는 자 가운데 성폭력범죄자는 존재하였으나, 그 수(청구 기준)는 2003년(313명 중) 22명, 2004년(255명 중) 19명, 2005년(284명 중) 22명, 2006년(304명 중) 7명, 2007년(322명 중) 18명, 2008년(304명 중) 12명으로 많지 아니하였고,<sup>5)</sup> 성폭력과 관련한 특별한 질환을 치료하려는 시도는 미미하였다.

2008년 개정된 치료감호법이 시행된 이후로도 성폭력범죄자에 대한 치료감호 청구 및 선고는 활발하지 아니하다. 2009. 1.부터 2010. 7.까지 약 14건이 청구되어 12건이 인용되었을 뿐이고, 인용된 12건 가운데 5건은 소아성기호증, 나머지는 구체적인 병명을 언급하지 아니한 채 정신성적 장애라고만 언급하고 있다.<sup>6)</sup>

2013. 9. 기준으로 국립법무병원(치료감호소)에 수용중인 정신성적 장애자는 77명인데, 소아기호증 환자가 36명, 관음증 환자가 2명, 노출증 환자가 4명, 기타 성도착증 환자가 16명, 기타 정신성적 장애자가 10명, 충동조

---

에 대한 성충동 약물치료의 실효성과 합헌성, 그리고 그 한계, 법조, 2010. 10., 제 32면에서 재인용], 1929년부터 1959년까지 덴마크의 수술대상자 중 재범율은 2.2%였고, 다른 국가에서의 경우까지를 포함한 3,200명을 대상으로 한 연구도 2.2%의 재범율을 보였다고 한다[Stacy Russel, Castration of Repeat Sexual Offenders: An International Comparative Analysis, 19 Hous. J. Int'l L. 425(1997), 설민수, 전계논문, 제33면에서 재인용]. 물리적 거세와 관련하여 완벽한 성범죄 예방을 기대할 수 없는 이유에 대하여, 남성호르몬의 95%는 고환에서 생성되지만, 나머지 5%는 부신에서 생산되기 때문에 고환제거만으로 호르몬의 완전한 통제가 이루어지지 않고, 따라서 고환을 제거하더라도 성욕의 발생 및 성행위가 가능하기 때문이라는 의견이 있다(정재준, 물리적 거세법안의 의료법적 성격과 한계, 한국의료법학회지 제20권 제1호, 2012, 제10면 참조).

5) 법무부, 법무연감, 2010, 제379면 참조

6) 설민수, 전계논문, 제38-39면 참조

절장애자가 2명, 인격장애자가 1명, 조현병자(정신분열, 망상장애 등)가 1명, 알콜사용장애자가 2명, 지적장애자가 3명인 것으로 나타났다. 국립법무병원에서는 피치료감호자의 효과적인 치료를 위하여 신규 입소자를 검사병동에 수용하여 정신의학적 진단과 검사를 행한 후, 증상에 따라 분류하여 각 병동에 분리수용하고 정신과적 치료와 함께 치료경과에 따라 단계적인 사회적응훈련과 예술요법, 작업요법(직업재활훈련), 사이코드라마와 같은 집단요법 등 정신재활기법을 시행하고 있다. 정신과적 치료는 담당의사의 치료계획에 따른 정신요법, 약물요법, 환경요법을 포함한다. 이 가운데 약물치료는 수용중인 정신성적 장애자 77명 가운데 공존질환 환자(성적 성벽 이외의 정신질환을 함께 가지고 있는 환자) 20명에 대하여 실시되고 있으며, 강박증, 충동조절장애, 우울증이 공존하는 환자에게는 세로토닌 재흡수 차단제를, 이외에 우울증에는 삼환계 항우울증제를, 충동성에 대해서는 기분조절제와 항정신병약제를, 불면, 불안증에는 항불안제를 보조적으로 사용하고 있는 것으로 나타났다.<sup>7)</sup>

성충동약물치료법상 약물치료명령과 치료감호법상 성폭력범죄자에 대한 치료감호명령을 비교하면 아래 표와 같다.

	성충동 약물치료명령	치료감호
대상자	성폭력범죄를 저지른 “1. 치료감호법 제2조 제1항 제3호에 해당하는 자(오른쪽 3호 참조), 2. 정신건강의학과 전문의의 감정에 의하여 성적 이상 습벽으로 인하여 자신의 행위를 스스로 통제할 수 없다고 판명된 사람”으로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 자	“1. 심신장애자로서 금고이상의 형에 해당하는 자, 2. 마약, 알코올 등의 흡입 등 습벽이 있거나 중독된 자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자, 3. 소아성기호중, 성적가학증 등 성적 성벽이 있는 정신성적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자(2008년 도입)”로서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자
대상 성폭력 범죄	1. 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등)의 죄	성충동약물치료법상 ‘성폭력범죄’에서 ① 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 제9조(강간 등 상해·치상)·제10조

7) 2013. 9. 11. 법무부장관이 헌법재판소에 제출한 「성충동약물치료법 위헌제청 사건 심리에 필요한 자료제출」 참조.

	성충동 약물치료명령	치료감호
	2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조(특수강도강간 등)부터 제13조(통신매체를 이용한 음란행위)까지의 죄 및 제15조(미수범)의 죄(제3조부터 제9조까지의 미수범만을 말한다) 3. 「형법」 제297조(강간)·제298조(강제추행)·제299조(준강간, 준강제추행)·제300조(미수범)·제301조(강간 등 상해·치상)·제301조의2(강간등 살인·치사)·제302조(미성년자등에 대한 간음)·제303조(업무상위력등에 의한 간음)·제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)·제339조(강도강간) 및 제340조(해상강도)제3항(부녀를 강간한 죄만을 말한다)의 죄 4. 1에서 3까지의 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄	(강간 등 살인·치사)의 죄 추가 ② 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제11조부터 제13조는 제외 ③ 「형법」 제305조의2(상습범)·제342조(미수범)의 죄(제339조 및 제340조 제3항 중 사람을 강간한 죄의 미수범만을 말한다) 추가 ④ 위 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄
청구	전문의 진단이나 감정을 받아 검사가 법원에 청구	전문의의 진단이나 감정을 참고하여(대상자 중 3.에 해당하는 자에 대하여는 진단이나 감정이 필수) 검사가 법원에 청구
판결	* 치료명령청구가 이유있는 때에는 판결로 치료명령 선고 * 피고사건의 판결과 동시에 선고	* 치료감호청구가 이유있는 때에는 판결로 치료감호 선고 * 피고사건의 판결과 동시에 선고
내용	① 「의료법」에 따른 의사의 진단과 처방에 의한 약물 투여, ② 「정신보건법」에 따른 정신보건전문요원 등 전문가에 의한 인지행동 치료 등 심리치료 프로그램의 실시	치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치 (치료의 구체적 내용은 규정되어 있지 아니함)
기간	15년 이내	대상자 중 1., 3.의 경우 15년 이내, 2.의 경우(마약 등 중독) 2년 이내
집행순서	석방되기 전 2개월 이내에 치료명령을 집행	형이 병과된 경우 치료감호 먼저 집행하고, 그 기간은 형집행기간에 산입

#### 4. 성충동 약물치료에 사용되는 약물의 효과 및 부작용<sup>8)</sup>

현재 법무부 고시에 의하여 성충동 약물치료에 사용되는 약물로 규정된 약물 가운데 ① 메드록시프로게스테론 아세테이트(Medroxyprogesterone acetate, 이하 MPA라 한다), ② 류프롤리드 아세테이트(Leuprolide acetate)와 트립토텔린 아세테이트(Triptorelin acetate)(모두 Lutenizing Hormone Releasing Hormone Agonists에 해당하는데, 이하 LHRH 작용제라 한다), ③ 사이프로테론 아세테이트(Cyproterone acetate, 이하 CPA라 한다)의 작용원리, 약물투여의 실제 및 효과, 부작용에 대하여 살펴본다.<sup>9)10)</sup>

#### 가. MPA

##### (1) 작용원리

MPA는 합성 프로게스틴(progestin)으로서 데포-프로베라(Depo-Provera)<sup>11)</sup>

- 
- 8) 문수진, 민정원, 박건호, 미성년자 대상 성범죄자의 화학적 거세에 대한 임상적 고찰, 대한정신약물학회지, 2011, 제119-126면 참조
- 9) 성충동 약물치료에 사용되는 약물들은 치매환자에게서 나타나는 부적절한 성행동의 치료(보통 항우울제를 우선 투여 하고 반응이 없으면 항안드로겐 제제 등 성충동 약물치료에 사용되는 약물들을 이용함)에도 사용되는데, 그에 관한 연구결과에 의하면, ① CPA의 경우, 초기 가장 흔한 부작용이 전신 쇠약감이 있고, 흔하지 않으나, 정맥혈전색전증, 부신피질 기능저하증, 세포증식증이 발생할 수 있다고 하고, ② MPA의 경우, 체중증가의 부작용이 가장 흔하다(18%)고 한다. ③ LHRH 작용제는 부작용으로 안면홍조가 가장 흔하고(56-100%), 체모의 성장 감소(2-23%)와 고환의 크기 감소(4-20%)도 흔한 편이라고 한다. LHRH 작용제는 효과가 늦게 나타나기 때문에 초기에 항안드로겐 제제를 같이 사용했다가 중단하는 것이 좋고 그 외 에스트로겐 제제도 사용할 수 있다고 한다. 그 밖에 항안드로겐 제제는 골밀도를 감소시키는 부작용이 있다고 하고, 경구/경피 제제나 LHRH 작용제는 효과가 천천히 발현되므로, 보다 빠른 효과가 필요한 경우 항안드로겐 제제의 근육주사가 효과적이라고 한다(이동현, 김경미, 치매환자에서의 부적절한 성행동, 노인정신의학, 2010, 제12-13면 참조).
- 10) 약물치료의 경우와 대비하여, 물리적 거세에 따르는 부작용을 살펴보면, 고혈압, 심장병 등 심혈관계 이상이 생기거나 근육의 감소로 인한 복부비만, 골밀도 감소, 안면홍조 등 여성갱년기 증상과 같은 화학적 거세에서 나타나는 부작용이 그대로 나타날 수 있다. 나아가 정신적 충격으로 더 변태적 성행위에 몰두할 가능성이 높다는 주장도 있다(정재준, 전계논문, 제19면 참조).
- 11) 데포-프로베라는 피임약 중 위험한 피임약이어서 1972년 미국식품안전청(FDA)가 승인을 철회했다가 1992년 다시 승인하였다고 한다. 여성 피임약으로 사용할 때, 체중증가, 긴장, 무기력, 식은 땀, 악몽, 붉은 반점, 근육통 등 여러 가지 부작용을 일으킬 수 있다고 한다[Flack, Courtney. (2005), "Chemical Castration:



로도 알려져 있다. 프로게스테이션(progestation)의 합성 유도체로서 시상하부성-뇌하수체 축에 음성 피드백을 주어 생식샘자극호르몬과 황체형성호르몬의 분비를 감소시킨다. 또한 간의 테스토스테론 환원 효소의 기능을 증가시켜 테스토스테론의 대사를 증가시키고 이로 인해 혈중 테스토스테론의 농도는 감소(치료 전의 25-50% 수준)하게 된다.

## (2) 약물 투여의 실제 및 효과

미국에서 여성의 피임약으로 널리 사용되었고, 남성 성범죄자의 이상 성행위에 대한 치료제로써 사용되어 왔다. 유럽, 캐나다 등에서는 사용되고 있지 않다. 국내에서는 속발성 무월경, 기능성 자궁출혈, 경증 또는 중등도 자궁내막증, 자궁적출수술을 받지 않은 폐경기 여성에 대한 에스트로젠 투여시 병용요법으로 사용되고 있다. 경구 약제로도 사용가능하나, 주로 근육 주사가 선호된다.

(의학적 의미의) 성도착증의 치료에 효과가 있고, 성적 기능과 관련이 없는 치료가 어려운 공격성을 가진 환자집단에도 일부 효과가 있다는 연구 결과가 있다.<sup>12)13)</sup>

---

An Effective Treatment for the Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?”, *The Journal of Law in Society*, 7: 173-195; 김현우, 성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료의 문제점 및 개선방안, 사회과학연구 제18권 제2호, 제90면에서 재인용].

- 12) 다만 이러한 연구 결과는 주로 미국에서 소규모의 표본집단을 대상으로 이루어진 것이어서 일반화할 수 있는지 여부에 관하여 의문이 있고, 미국에서 이루어진 11개의 연구결과를 종합하면, 치료 결과 0-83%의 재범율을 보이며, 평균 재범율은 27%정도로 나타났다고 한다(Ariel Rosler & Eliezer Witztum, *Pharmacotherapy of Paraphilias in the next millenium*, 18 *Behavioral Sci. L.* 43, 47(2000); 설민수, 전계논문, 제13면에서 재인용).
- 13) 한편 MPA의 효과에 대한 또 다른 연구결과에 의하면, 성범죄자의 유형을 ① 자신이 성범죄를 저질렀다는 사실을 부인하거나 자신이 범한 행위가 성범죄가 아니라고 인식하고 있는 사람, ② 자신이 성범죄를 범한 점은 인정하지만 그 원인을 비(非)성적이거나 비(非)개인적인 요소, 예컨대 알콜, 약물, 스트레스 등에서 찾는 사람, ③ 성범죄행위를 성적 충동이 아닌 권력이나 폭력성의 발현 내지 분노의 발산의 일환으로 행하는 폭력성 범죄자, ④ 특수한 성적 환상 또는 그 실현에 의해 특징지어지는 성도착증환자, 예컨대 소아기호증, 노출증, 의상도착증, 관음증, 마찰성욕도착증, 절편음란증, 성적 가학증, 성적 피학증 등 정신장애 성행위자로 나누었을 때, MPA는 위 네 번째 유형의 범죄자에게만 효과가 있는 치료수단이라고 한다. (Edward A. Fitzgerald, *Chemical Castration: MPA*

### (3) 부작용

뼈농도의 감소, 과도한 체중 증가, 두통 및 권태감 등이 있으며, 드물게 정맥혈전색전증, 근육 뻣뻣함, 담석 등이 생길 수 있다. 졸음증, 발한, 악몽, 연하곤란(삼킴장애), 고혈당, 저혈당, 불면, 핫 플래시(hot flashes), 콜드 플래시(cold flashes) 등도 보고된 바 있다.<sup>14)</sup>

## 나. LHRH 작용제

### (1) 작용원리

LHRH 작용제는 테스토스테론의 박동성 분비를 억제하여 최종적으로 테스토스테론을 물리적 거세 수준까지 떨어뜨린다. 이 약의 생물학적 효과는 사용기간에 달려있으며, 초기에는 성호르몬의 혈중 농도가 일시적으로 증가하기 때문에 처음 1, 2개월은 항남성호르몬을 함께 사용하는 것이 권장된다.

### (2) 약물 투여의 실제 및 효과

LHRH 작용제는 근육주사로 투여되는데, 성욕조절뿐만 아니라 전립선암, 자궁내막증, 성조숙증, 자궁섬유근종 및 여성 불임 등에도 사용되고 있다. 골다공증과 뇌하수체 질환을 가진 경우에는 사용이 어렵다.

성도착증 또는 달리 분류되지 않는 성적 장애를 가진 환자들에게 사용한 결과 성적 흥분, 성적 판타지, 노출증, 공공장소에서의 자위, 성적 흥미가 감소하였다는 연구결과들이 있다.

### (3) 부작용

MPA나 CPA에 비해 전반적으로 부작용이 적은 치료제이나, 주요 부작

---

Treatment of the Sexual Offender, 18 American journal of criminal law 1, 1990, 4-5, 황성기, 전계논문, 제128면에서 재인용)

14) 세계생물정신의학연합회 성장애연구팀이 제시한 소아성기호증환자의 생물학적 치료 가이드라인에 의하면, MPA는 가격이 저렴하나 치료효과와 위험을 비교해 볼 때 사용의 의미가 없으며, 유럽에서는 이 약물이 이미 폐기되었다고 보고하였다(조성자, 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 쟁점에 관한 검토, 강원법학 제36권, 2012, 제399면 참조).

용으로 골밀도 감소가 특징적이고, 이에 대한 세심한 관찰 및 신중한 대처가 요구된다. 골밀도 감소에 대한 예방 및 치료법으로는 칼슘과 비타민 D의 보충, 비스포스포네이트(bisphosphonate)나 부갑상선 호르몬의 투여, 저용량 남성호르몬의 보충 등이 있다. 주사부위의 육아종은 드물게 보고되는 부작용이다<sup>15)</sup>.

## 다. CPA

### (1) 작용원리

CPA는 주로 남성호르몬 수용체의 경쟁적 억제를 통해 테스토스테론의 생물학적 효과에 대항하고(항남성호르몬성 효과), 세포 내 테스토스테론의 섭취, 세포 내 남성호르몬의 대사를 억제한다. 또한 혈중 테스토스테론 농도가 감소할 때 보상적으로 상승하는 생식샘자극호르몬의 증가를 억제한다(프로게스테론성 효과). 테스토스테론이 치료전의 22-50% 수준으로 감소한다.

CPA의 항남성호르몬성 효과는 변태 성욕의 치료에 있어 주된 작용을 하고, 프로게스테론성 효과는 보다 안전하고 효과적인 장기 유지 치료가 가능하게 하며, 이 두 가지 효과가 평형을 이루기 위해서는 장기간의 치료가 필요하다.

### (2) 약물 투여의 실제 및 효과

경구 투여가 가능하고, 근육주사로도 사용된다. 성적 욕구, 성적 흥미의 감소에 효과가 있다는 연구결과가 있다. 국내에서는 전립선암 환자의 치료에 사용되고 있다.

### (3) 부작용

모든 항남성호르몬의 장기 사용은 골감소증과 골다공증을 초래할 수 있지만, CPA와 MPA는 프로게스테론성 효과가 지니는 뼈보호효과로 LHRH 작용제에 비하여 그러한 부작용이 덜하다. CPA 사용시 초기에 가장 많이

---

15) 국내에서는 1건 보고된 바 있다(우유리 외, 소아성애증 환자에서 화학적 거세 치료주사 부위에 발생한 육아종, 대한피부과학회지, 제51권 제5호, 제376-377면 참조).

발생하는 부작용은 권태감이고, 흥조, 어지러움, 우울, 정맥성 혈전색전증, 다모증, 정신병적 반응, 체중 감소 또는 증가 등이 보고되고 있으며, 여성형 유방, 쇠약, 심각한 간세포 손상도 나타날 수 있다. 가장 심각한 부작용 중 하나는 시상하부-뇌하수체-부신 축의 억제로 인해 부신 기능 부전 또는 부신 과다형성 등이 초래되는 것이다.

### 라. 성충동 약물치료의 효과 등에 관한 의학적 연구의 어려움 및 신빙성에 관한 의문

성충동 약물치료의 효과 및 부작용에 관한 의학적 연구에는 다음과 같은 어려움이 있으며, 그에 따라 연구결과의 신빙성에도 다소 의문이 있는 것이 사실이다.

첫째, 성충동 약물치료가 효과가 있는지 여부를 판별하는 가장 좋은 방법은 성범죄자들을 무작위로 약물치료군과 비약물치료군으로 나누어 비교하는 것이지만, 법적·윤리적 이유로 거의 시행이 어렵다.<sup>16)</sup> 둘째, 약물치료 효과와 관련하여 성범죄의 빈도를 측정할 기술을 찾기 어렵고, 성범죄자의 자제 보고는 믿기 어려우며, 체포 등 기록은 암수를 반영하지 못하여 축소된 경우가 대부분이다. 셋째, 약물치료 후 요구되는 추적관찰과 관련하여, 성범죄자의 특성상 장기간 추적이 쉽지 않다. 넷째, 연구목적의 치료대상자를 선정하는 것이 쉽지 않다. 그 밖에 약물 치료로 인한 부작용으로 치료가 지속되기 어려운 경우가 발생할 수 있다.<sup>17)</sup>

## 5. 외국의 입법례

성충동 약물치료 제도 또는 물리적 거세제도가 시행되고 있는 나라들의 입법례를 살펴본다.

16) 원칙적으로 의학적인 치료법의 인정을 위해서는, 치료대상자 그룹이 숫자가 다수여서 비교가 가능해야 하고, 동일한 환자 그룹을 대상으로 치료를 받지 않은 사람, 치료를 받았다고 착각한 사람, 치료를 받은 사람들 사이에 치료효과가 명백히 차이가 나야 하며, 장기적인 재발가능성이 관측되어야 한다. 그러나 외국의 경우에도 이러한 요건을 충족시키는 연구결과를 찾기 어렵다.

17) 조성자, 전계논문, 제379면; 설민수, 전계논문, 제52-53면 참조

## 가. 미국

(1) 근대 미국에서는, 노예나 노예에서 벗어난 직후 백인에 대하여 성폭력범죄를 저지른 흑인들에 대한 물리적 거세형이 행해진 바 있고, 1900년대 이후 우생학적 이유로 정신지체자나 유전적 결함을 가지고 있다고 생각되는 집단을 상대로 거세 등 이른바 단종법(sterilization statutes)이 시행된 바 있다.<sup>18)19)</sup> 범죄자 역시 우생학적 문제를 가진 집단으로 여겨졌기 때문에 생식능력 박탈의 대상이 되었으나, 이를 근본적 기본권 침해로 여기는 인식이 확산되면서 2차 세계대전을 전후로 거의 사라지게 되었다.

(2) 1990년대 말 캘리포니아에서 최초로 성충동 약물치료 제도를 도입하였고, 현재 캘리포니아를 포함하여 6개 주에서 약물치료(화학적 거세) 제도를, 1개 주(텍사스)에서 외과적(물리적) 거세 제도를 시행하고 있으나(아래 표 참조), 실제 집행례는 많지 않다고 한다. 그 이유는 성충동 약물치료의 전제가 되는 가석방 등이 성폭력범죄자에 대하여 드물게 이루어지고, 성충동 약물치료가 구금형을 줄이기 위한 방어수단으로 인식되는 경향이 있으며, 약물치료를 집행할 의료전문가의 호응이 저조하기 때문이라고 한다. 학계에서는 ① 수정헌법 제8조가 금지하는 잔인하고 비상식적인 형벌(cruel and unusual punishment)인지 여부, ② 평등원칙(equal protection)에 위배되는지 여부, ③ 수정헌법 1조의 프라이버시권(right to privacy) 침해 여

18) 미국 연방대법원은 정신지체자에 대한 버지니아주의 강제불임법에 대하여, “자손이 범죄를 저질러 처형될 때까지 기다리거나 저능 때문에 굶어 죽도록 내버려두는 것보다는 그 중을 존속하는 것이 명확하게 부적합한 자들은 사회에서 태어나지 못하도록 하는 것이 온 세계를 위하여 바람직하다. ... 저능은 삼대로 충분하다(Three generations of imbeciles are enough).”[Buck v. Bell 274 U.S. 200 (1927)]고 판단하였는데, 저능이라는 이유로 이 사건에서 불임수술 시행의 대상이 된 여성과 그 여성의 딸은 실제로 심신장애자가 아니었던 것으로 후에 밝혀졌고, 위 판결 이후 미국 33개주에서 시행된 단종법에 의하여 60년대까지 6만5천여명이 불임수술을 받았으며, 미국의 우생정책은 독일의 우생정책에도 큰 영향을 미쳤다.

19) 미국 연방대법원은, 상습범에 대한 처벌로서 강제적인 생식능력 박탈을 규정한 오클라호마주 법률에 대하여, 횡령과 같은 화이트칼라 범죄에 대하여 예외를 인정하고 있다는 점에서 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반된다고 판단하였다[Skinner v. Oklahoma 316 U.S. 535 (1942)]. 그러나 이 판결은 단지 ‘처벌’로서의 강제적인 단종을 중지시켰을 뿐이다. 이 판결은 Buck v. Bell 판결을 변경한 것이 아니었고, 정신지체자 등에 대한 단종법은 이후로도 계속 시행되었다(미국에서 실시된 강제적 불임수술의 3분의 1은 이 판결 이후에 실시되었다).

부, ④ 이중 처벌 문제(double jeopardy)를 둘러싼 논란이 있으나, 이에 대한 연방대법원의 판례는 없다.

주(州)	대상 범죄	재량(d) 의무적(m) 자발적(v)	사용 약물	의학적, 심리적 평가요구	정보 제공	치료 중단
캘리포니아	강제적 항문성교행위 관련 범죄, 14세 미만자에 대한 강제추행, 구강성교, 삽입성교 등	초범 - d 재범 - m	MPA 또는 그에 상응하는 화학적 약물	없음	부작용 설명	더 이상 필요 없을 때까지
플로리다	성적인 삽입 등	초범 - d 재범 - m	MPA	법원이 의학적 전문가의 판단에 기속	자발적 물리적 거세에 관한 설명	더 이상 필요 없을 때까지
아이오와	12세 이하 아동에 대한 중대한 성범죄	초범 - d 재범 - m (가석방시)	MPA 또는 승인받은 약물	치료가 효과적이지 결정하기 위한 적절한 평가	없음	더 이상 필요 없을 때까지
루이지애나	13세 미만 아동 대상 성추행, 강제적 강간 등	초범 - d 재범 - m	MPA 또는 그에 상응하는 화학적 약물	유효성에 관한 의학전문가의 결정 필요	부작용 설명	더 이상 필요 없을 때까지
몬타나	16세 미만 아동에 대한 성폭행, 강간, 근친상간 등	d	MPA 또는 그에 상응하는 화학적 약물 또는 의학적으로 안전한 약물	없음	부작용 설명	더 이상 필요 없을 때까지
위스콘신	중대한 어린이 대상 성범죄자	d(치료 참여 거부시 가석방 등 거부 가능)	안티안드로젠이나 그에 상응하는 화학적 약물	불명확	없음	없음

주(州)	대상 범죄	재량(d) 의무적(m) 자발적(v)	사용 약물	의학적, 심리적 평가요구	정보 제공	치료 중단
텍사스	17세 미만 아동 성추행, 성폭행 등	v	해당 없음(외과적, 물리적)	정신과 의사 등의 상담, 설명	충분한 정보 제공 상담 절차	해당 없음

## 나. 독일

독일에서의 성범죄자에 대한 거세는 이미 1933년 나치시대에 제정되었고, 당시에는 강제적 실시를 규정하고 있었다. 이는 우생학의 등장과 깊은 연관관을 가지고 있다. 독일 민족의 우월성을 주장하는 우생학은 나치즘의 핵심원리에 포함되었고, 우생학 프로그램에 따라 ‘부적격자’에 대한 거세 제도가 도입되었으며, 1934년부터 1945년까지 약 30만 명의 허약자들이 인종개량 명목으로 거세당하였는데, 성범죄자에 대한 거세는 이런 과정의 일환으로 볼 수 있다.<sup>20)</sup>

이후 69년 제정된 ‘자발적 거세 및 기타 치료방법에 관한 법률’(Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden)은 25세 이상 성인에 대한 동의를 조건으로 한 거세<sup>21)</sup>를 인정하고 있다. 이 법에 의한 거세의 대상은 성범죄자에 국한되지 아니하고, 살인, 상해 등의 중범죄자도 비정상적인 성적 충동이 있는 경우 거세대상에 해당한다.<sup>22)</sup>

20) 정재준, 전계논문, 제16면 참조

21) 생식선을 의도적으로 제거하거나 영구히 무력화시켜 비정상적 성적 욕구를 방지하는 것을 목적으로 한 합법적 치료 시술

22) 위 법률에 대한 독일 연방헌법재판소의 판단은 존재하지 아니한다. 다만 독일 연방헌법재판소는 경미한 범죄로 기소된 자의 책임능력에 의문을 가진 법원이 뇌수액 및 척수액에 대한 의학적 검사를 명령한 것이 헌법에 위반되는지 여부와 관련하여, 형사소송법에 의하여 신체적 불가침권이 제한될 수 있으나, 수사바늘을 통한 채취의 채취는 중대한 신체적 제한에 해당하고, 해당 사례의 경우 사소한 범죄 혐의로 기소된 점에 비추어 법원의 명령이 비례원칙에 위반된다고 판단한 바 있다(BVerfGE 16, 194).

#### 다. 유럽<sup>23)</sup>

(1) 덴마크는 1929년 거세법을 제정함으로써 유럽에서 외과적 거세를 합법화한 최초의 나라이다. 그런데 외과적 거세에 대해 비인간적이라는 비판이 제기됨에 따라 1973년부터 화학적 거세를 적용하고 있으며, 행동치료가 실패한 이후에 이용되고 있고, 외과의사에 의해서 시술의 성격과 그 직접적인 결과 및 발생할 수 있는 위험성에 관한 사전고지가 이루어진 상태에서 거세대상자의 동의가 필요하다.

(2) 스웨덴에서는 1944년 제정된 거세법이 오늘날까지 시행되고 있다. 거세는 23세 이상의 자에 대해서 본인의 동의가 있는 경우에만 허용된다(당사자가 정신적으로 무능력자인 경우의 예외 인정).

(3) 핀란드의 거세법은 1970년도에 제정되었으며, 본인의 신청에 의해 허용된다.

(4) 노르웨이의 경우 1977년 거세법이 제정되었고, 본인의 사전동기가 필수적이다.

(5) 체코는 1966년 거세법을 제정하였고, 1991년 거세의 요건을 보다 명확하게 개정하였는데 오직 자발적인 요청에 의한 거세만이 시행될 수 있다. 2009년을 기준으로 10여년 동안 성폭력범 94명에 대한 거세를 단행하였다.<sup>24)</sup>

(6) 폴란드는 2009년 일정한 성범죄자들에 대하여 정신과 진단을 거쳐 법원의 판결로 형집행 종료시에 강제적인 성충동 약물치료(화학적 거세)를 실시할 수 있도록 하는 법률을 제정하였다.

---

23) Stacy Russel, *Castration of Repeat Sexual Offenders: An International Comparative Analysis*, 19 *Houston Journal of International Law* 425, 440-447 (황성기, 상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰, 공법학연구 제9권 제3호, 제131-132면; 이상경, 성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료처분의 헌법적 제도명, 헌법판례연구, 2011, 제106-107면에서 재인용); Thomas Douglas 외 4인, *Corecion, Incarceration, and Chemical Castration: An Argument From Autonomy*, *Bioethical Inquiry*(2013), 396면 참조

24) 정제준, 전게논문, 제16면 참조



## 6. 심판대상조항들의 위헌 여부

이 사건 결정에서 실시하고 있는 것과 같이, 성충동약물치료는 재범의 방지 및 이를 통한 사회 방위를 위한 것으로서 동종 재범의 위험성을 치료 명령의 요건으로 하고 있으며, 행위자의 불법에 대한 책임과 무관하게 이루어진다는 점에서 보안처분에 해당한다. 따라서 형벌과 병과된다고 하더라도 이중처벌금지원칙 위배 여부는 문제되지 아니하고, 이 점에 있어서 제청법원 역시 같은 견해를 취하였다. 다만 문제되는 것은 성충동약물치료에 의하여 피치료자의 기본권이 침해되는지 여부이다.

### 가. 제한되는 기본권

이 사건 결정은 심판대상조항들에 의하여 성충동약물치료명령이 이루어지고, 집행되면, 피치료자의 신체의 완전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 신체의 자유, 사생활의 자유, 개인의 자기결정권, 인격권을 제한한다고 보았다.

우리나라의 경우 독일과 달리 명문으로 ‘신체를 훼손당하지 아니할 권리’(신체 불훼손권, Recht auf körperliche Unversehrtheit; 기본법 제2조 제2항 제1문)를 규정하고 있지 아니하고,<sup>25)</sup> 우리나라의 학설상으로는 헌법 제10조의 행복추구권을 근거로 보아야 한다는 견해, 헌법 제12조의 신체의 자유를 근거로 보아야 한다는 견해, 헌법 제10조의 인간의 존엄, 제12조 신체의 자유, 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권을 종합적으로 근거로 삼아야 한다는 견해, 헌법 제10조와 제37조 제1항을 근거로 삼아야 한다는 견해가 나뉘어 있다.

헌법재판소는 이 결정에서 헌법 제12조를 근거로 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 인정하였다. 이는 종래 헌법재판소가 취하여 온 입장, 즉 (건

25) 독일의 경우 신체를 훼손당하지 아니할 권리가 규정되어 있으므로, ‘신체의 자유’(인신의 자유, Freiheit der Person; 기본법 제2조 제2항 제2문)는 ‘신체적인 거동, 활동의 자유’로 해석된다. 생리학적 침해와 심리학적 침해의 경계가 명확하지 않은 이상 신체를 훼손당하지 아니할 권리는 육체적 고통뿐만 아니라 심리적, 정신적 영역에도 적용될 수 있다. 한편 독일 연방헌법재판소는 환자는 기본법 제2조 제2항 제1문을 근거로 자신의 신체적, 정신적 완전성에 대한 전적인 자기결정권을 갖는다고 보고 있다.

강에 영향을 미치는) ‘계구 사용’이 문제된 사안에서 ‘신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다.’(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 576; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마 49, 판례집 17-1, 754, 763 참조)고 본 사례나, 금치처분을 받은 수형자에 대한 절대적 운동금지가 문제된 사안에서, 신체의 안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 제12조의 신체의 자유를 침해한다고 본 사례(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 563)에서의 입장을 유지한 것으로 보인다.

한편 우리 헌법 제10조가 규정하는 인간의 존엄과 가치가 그 자체로 주관적 권리성을 가지는지 여부에 관하여 논란이 있으나,<sup>26)</sup> 이 결정은 인간의 존엄과 가치 자체를 제한되는 기본권으로 보지 아니하였으며, 이는 인간의 존엄과 가치의 최고 헌법 원리로서의 성격, 본질적 내용과 그 밖의 부분을 구별할 수 없는 특성 등을 고려할 때 결과적인 침해 여부만이 문제될 뿐 정당한 제한을 인정하기 어렵다는 전제에 선 것으로 보인다.

#### 나. 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 결정은 앞서 결정요지에서 살핀 것과 같은 취지로 심판대상조항들 중 이 사건 청구조항은 피치료자의 기본권을 침해하지 아니하고, 이 사건 명령조항은 피치료자의 기본권을 침해한다고 보았다.

법정의견은, 성도착증 증세와 성폭력의 상관관계에 관한 정신의학계 연구결과 등<sup>27)</sup>을 기초로 성적 욕구와 충동이 성행동으로 나아가는 과정에 작

26) 주관적 권리성을 인정할 수 있다는 견해와 부인하는 견해, 구별이 무의미하다는 견해로 나뉘어 있다. 다만 인정론을 취하더라도 인간의 존엄과 가치의 제한가능성을 부인하는 견해는 부인론과 구별의 실익이 크지 않은 것으로 보인다.

27) 2004년도의 한 연구에 의하면, 각종 도착적 성애와 성범죄의 재범은 중간치로 보아도 36%의 상관관계를 가지고 있고, 아동에 대한 성적 관심은 34%, 성적 행위에 대한 강박적 집착은 51%의 상관관계를 가진다고 한다(R. Karl Hanson & Kelly Morton-Bourgon, Department of the Solicitor Gen. Can., Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis, 29(2004); 설민수, 전개논문, 제 18면에서 재인용). 한편 이 사건 변론에 참고인으로 출석한 정신의학 전문의와

용하는 남성호르몬의 생성과 작용의 억제가 성폭력범죄의 재범 방지 및 사회 방위라는 정당한 입법목적에 기여하는 적합한 수단에 해당한다고 보았다. 이는 입법의 기초가 된 과학적 연구 결과의 해석을 둘러싼 논란에도 불구하고, 연구결과가 명백히 허위이거나 연구 과정에 중대한 오류가 있다고 인정하기도 어려운 상황에서 연구결과에 대한 입법자의 판단을 존중한 것으로 보인다.

한편 법정의견이 심판대상조항들에 의하여 성충동 약물치료를 할 수 있도록 하는 것에 대하여 원칙적으로 침해의 최소성과 법익균형성을 인정한 것은, 성충동 약물치료의 요건이 의학적인 판단에 기초하여, 치료가 필요하고 치료 효과가 기대되는 집단에 대하여 목적 달성에 필요한 범위 내에서 제한적으로 이루어지도록 설정되었음을 인정한 것이다. 특히 법원이 '성폭력범죄를 다시 범할 위험성'에 관하여 엄격하고 제한적인 해석을 하고 있다는 점(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도6930 판결)과 치료 종료 후 원상회복이 가능한 점, 의학전문가에 의한 집행과 부작용 검사·치료의 보장, 불필요한 치료의 방지 장치로서 가해제 제도의 보장, 나아가 성충동 약물치료는 전적으로 타인이나 사회를 위한 것만이 아니라 대상자 자신을 위한 '의학적 치료'라는 점을 중요하게 고려한 것으로 보인다.

다만 법정의견은, 이러한 판단은 성충동 약물치료가 치료명령의 선고 시점에는 물론 그 집행 시점에도 성충동약물치료법이 규정하는 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성, 즉 치료의 필요성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 법률이 정하는 절차와 방법에 따라 집행되는 것을 전제로 한 것이라는 점을 명시하고, 이 사건 명령조항은 성충동약물치료명령의 선고시점을 기준으로 장래의 위험성을 판단하도록 하고 있는 점에서 위와 같은 전제가 충족되지 않는 부분이 있음을 지적하였다. 즉 성충동약물치료명령은 피고사건 선고와 동시에 이루어지고, 치료명령의 실제 집행은 성충동약물치료법 제14조 제3항에 의하여 형의 집행이 종료되거나 면제·가

---

치료감호소장은 성충동 약물치료의 효과에 관한 의견대립에도 불구하고 성적 욕구와 충동을 조절하는 성충동 약물치료의 작용원리에 대해서는 일부 공통된 의견을 표시하였다(참고인 진술 및 신문조서 참조).

석방 또는 치료감호의 집행이 종료·가종료 또는 치료위탁으로 석방되기 전 2개월 이내에 이루어지게 된다. 그런데 피치료자에게 장기형이 선고된 경우에는 치료명령의 선고 시점과 집행 시점 사이에 상당한 시간적 간극이 존재할 수 있음에도, 이에 따라 발생할 수 있는 사정변경, 즉 치료의 필요성의 변경에 대응하여 집행 자체를 개시하지 않을 수 있는 방안이 마련되어 있지 않다는 점에서 이 사건 명령조항은 침해의 최소성 및 법익균형성이 인정되지 아니하고, 과잉금지원칙에 위배하여 피치료자의 기본권을 침해한다고 본 것이다.

#### 다. 헌법불합치 결정의 필요성

이 사건 결정은, 이 사건 명령조항의 위헌성은 치료명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 판결로 치료명령을 선고하도록 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라, 피치료자가 치료명령의 집행 시점에서 치료감호에 의한 치료 등으로 치료의 필요성이 달라졌다고 주장하며 그 치료에 이의를 제기하는 경우 치료의 필요성에 관하여 다시 법원의 판단을 거치게 하는 등 불필요한 치료가 이루어지는 것을 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않음에도, 일률적으로 그 선고 시점에서 치료명령의 요건이 충족된다고 판단하는 때에는 치료명령을 선고하도록 한 데에 있다고 보았다. 그에 따라 입법 목적을 달성하면서도, 치료명령 선고 시점과 집행 시점의 시간적 간극으로 인하여 불필요한 치료가 이루어질 가능성을 배제할 수 있는 구체적인 방법과 절차에 관하여는 이를 입법자의 판단에 맡기는 것이 바람직하다고 보고 헌법불합치 결정을 하였다. 다만 이 사건 명령조항의 위헌적인 부분은 치료명령의 선고에 의하여 곧바로 현실화되는 것이 아니고, 집행 시점에서 비로소 구체적으로 문제가 되며, 그 집행 시점까지 개선입법을 함으로써 제거될 수 있음에도, 이 사건 명령조항에 대하여 적용 중지를 명한다면 법원이 치료명령의 선고를 할 수 없게 됨은 물론, 동시에 선고하고 있는 피고사건의 선고마저 할 수 있는지 여부에 관하여 논란을 불러일으키는 등 법적 혼란이 생길 우려가 있다는 이유를 들어 계속 적용을 명함이 상당하다고 판단하였다. 그리고 입법자는 가능한 빠른 시일 내에 개선입법을 해야 할 의무가 있으므로, 늦어도 2017. 12.

31.까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 명령조항은 2018. 1. 1.부터 효력을 상실한다고 결정하였다.

현재까지 성충동약물치료명령이 확정된 사례들 가운데 상당수는 장기형이 선고된 사례이나, 위와 같은 결정에 의할 때, 단기의 형이 선고된 일부 사례의 경우 개선입법 시한 이전에 치료명령의 집행이 개시될 수 있는 것이 아닌가 하는 문제 제기가 있을 수 있다. 그러나 위 결정은 그러한 경우에는 치료명령 선고시점과 집행시점 사이의 간극이 좁아 이 사건 결정에서 지적하는 문제가 발생할 가능성, 사정변경의 가능성이 없는 사례에 해당한다고 본 것으로 이해된다.

## 7. 재판관 3인의 반대의견

재판관 3인의 반대의견은, 앞서 결정요지에서 살핀 것과 같이, 심판대상 조항들의 입법목적의 정당성에 관하여는 법정의견에 동의하였으나, 피치료자의 동의없는 성충동 약물치료의 성폭력범죄예방 효과에 관한 연구결과의 정확성과 신뢰성에 의문이 있는 상태에서 수단의 적합성을 인정할 수 있는지 의문을 표하였고, 침해의 최소성이나 법익균형성을 인정하기 어렵다고 판단하였다.

성폭력범죄의 태양 가운데 성기의 삽입은 일부분에 불과하고, 특히 성도착증 환자의 성폭력범죄나 많은 아동 대상 성폭력범죄의 경우 성기 이외 물질의 삽입이나 기타 추행의 형태로 나타나는 점<sup>28)</sup>에 비추어 보면, 성폭력범죄자의 성기능 무력화가 성폭력범죄를 불가능하게 하는 것이 아니라고 볼 가능성이 충분하다. 또 아동 대상 성폭력 가해자에 대한 여러 연구들은 정서적 욕구 또는 통제욕구의 충족이 범행의 중요 동기임을 공통적으로 시사하고 있고,<sup>29)</sup> 일반적인 성폭력범죄의 경우에도 성적 환상 이외에 분노,

28) 아동 성폭력범죄의 피해유형과 관련한 2003년의 연구결과(318건 조사)에 의하면, 성기삽입(37.2%), 항문성교(2.5%), 구강성교(피해자에게 가해자의 성기를 구강성교, 12.4%), 구강성교(가해자가 피해자의 성기를 구강성교, 6%), 이물질 삽입(1.2%), 손가락 삽입(15.4%), 가해자의 성기를 아동의 성기 외 부분에 마찰(5%), 피해자 성기 접촉(12.4%), 가해자 성기 접촉(1.2%), 성기외 접촉(4.2%), 옷을 벗김(2%)로 나타냈다(강은영, 아동성폭력 가해자에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003, 제95면 참조).

열등감, 고립감, 정서공감력의 부재, 남성 중심적이고 폭력적인 성의식, 미약한 법준수 의식 등이 심리적 원인으로 주목되고 있다는 점<sup>30)</sup>, 비교적 최근에는, 성폭력은 남성 위주의 사회적 구조나 성적 역할에 대한 불평등한 생각을 포함한 문화적 영향이나 각종 사회적 관념 등에 영향을 받은 복잡한 작용이므로 습관성 재발방지 훈련, 사회화 훈련, 그리고 성폭력에 대한 인식 확대 등 인지행동치료가 필요하다고 보는 견해가 유력한 점<sup>31)</sup>에 비추어 보면, 병리적인 성적 충동이나 환상만이 범행의 동기가 되는 것이 아님에도 이를 억제한다고 하여 성폭력범죄가 예방될 수 있는지 의문을 제기하는 바당에서 반대의견의 입장을 이해할 수 있을 것으로 보인다.

또한 반대의견이 명시하고 있는 바와 같이, 사람의 신체적 기능을 본인의 의사에 반하여 훼손하고, 이러한 신체 기능 통제를 통하여 정서적 변화, 인간 개조를 이끌어내려는 시도들이 동물이나 물건과 다른 인간으로서의 정체성을 위협하는 것은 아닌지에 관한 근본적 의문에 대하여 향후 지속적인 연구가 필요할 것으로 보인다.

한편 재판관 1인은 피치료자의 진정한 동의가 있는 경우 기본권 제한이 문제되지 아니한다는 의견을 표시하였는데, 이는 피치료자의 동의를 요구하지 아니하는 심판대상조항들에 대한 판단은 아니지만, 가정적 판단으로서 의미를 가진다고 볼 것이다.

## 8. 결정의 의의

헌법재판소의 이 사건 결정은 보안처분에 대한 법치국가적 통제로서 기본권 침해 여부에 관한 과잉금지원칙 위반 여부 심사를 하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있을 것이다.

성폭력범죄가 지속적으로 증가하고 있는 현실과 잔인하고 충격적인 성

29) 신성원 외, 아동성폭력의 실태 및 가해자의 심리, 한국범죄심리연구 제4권 제2호, 2008, 제115-116면 참조

30) 고선영 등, 성폭력범죄의 원인과 개입전략에 대한 고찰, 한국심리학회지:사회문제, 2004, 제122-126면; 강은영, 아동 성폭력 가해자에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 제214면 참조

31) 설민수, 전개논문, 제11-12면 참조

폭력 사건이 언론에 의하여 생생하게 재현됨에 따라 일반인이 체감하는 성폭력범죄의 심각성은 매우 심각한 수준에 이른 상황에서, 헌법재판소는 성폭력범죄의 재범방지와 사회 방위라는 중대한 공익의 달성을 위하여 성충동 약물치료의 수단을 택하는 것이 원칙적으로 피치료자인 성폭력범죄자의 기본권을 침해하지 않는다고 보았지만, 불필요한 치료가 이루어져서는 안 된다는 점, 치료명령의 요건이 엄격하게 제한적으로 해석·적용되어야 한다는 점을 확인하였고, 집행시점에서 불필요한 치료가 이루어지는 것을 방지하기 위한 대책을 마련할 것을 요구하는 헌법불합치 결정을 함으로써 피치료자의 기본권을 보장을 위한 안전장치를 마련하고, 성충동 약물치료 제도에 관한 입법자의 재검토의 기회를 마련하였다고 평가할 수 있을 것이다.

입법자로서는, 성충동 약물치료제도가 ‘눈에는 눈, 이에는 이’라는 동해보복을 통한 일반 시민의 응보감정의 충족에 그치지 않고 실질적 재범 방지에 기여하는 제도가 될 수 있도록 하기 위하여 불필요한 치료를 방지하는 장치를 마련하는 등 제도를 개선하고, 그 밖에 다양한 원인에 기하여 이루어지는 성폭력에 관한 근본적인 대책을 마련하기 위한 노력을 게을리해서는 안 될 것이다.





# 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제 해결과 경제협력에 관한 협정 제2조 제1항 등 위헌소원 등

- 구 ‘태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률’  
제5조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2015. 12. 23. 2009헌바317, 2010헌가74(병합), 판례집 27-2하, 432)

이 황 회\*

## 【판시사항】

1. 대한민국과 일본국 및 그 국민의 재산 등과 양 체결국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제를 완전히 그리고 최종적으로 확인하고 그 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여 어떠한 주장도 할 수 없도록 하는 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(1965. 12. 18. 조약 제172호, 이하 ‘한일청구권협정’이라 한다) 제2조 제1항 및 제3항이 구 ‘태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률’(2007. 12. 10. 법률 제8669호로 제정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10143호로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘국외강제동원자지원법’이라 한다)에 따른 강제동원피해자에 대한 미수금 지원금 결정에 관한 재심의 기각결정의 취소를 구하는 당해사건에서 재판의 전제성을 가지는지 여부(소극)
2. 일제에 의하여 군무원으로 강제동원되어 그 노무 제공의 대가를 지급받지 못한 미수금피해자에게 국외강제동원자지원법 제5조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 따라 지급되는 미수금 지원금의 법적 성격
3. 위 미수금 지원금을 산정할 때 당시의 일본국 통화 1엔에 대하여 대

\* 헌법연구관

한민국 통화 2천 원으로 환산하도록 한 이 사건 법률조항이 입법 재량을 벗어나 위헌인지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(1965. 12. 18. 조약 제172호) 제2조 제1항 및 제3항, ② 구 ‘태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률’(2007. 12. 10. 법률 제8669호로 제정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10143호로 폐지되기 전의 것) 제5조 제1항 및 제18조 제1항, ③ 구 ‘태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 시행령’(2008. 6. 10. 대통령령 제20807호로 제정되고, 2010. 4. 20. 대통령령 제22125호로 폐지된 것) 제16조 및 별지 제13호 서식 제3항의 위헌 여부이다.

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(1965. 12. 18. 조약 제172호)

제2조 ① 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.

③ 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정 서명일에 타방체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.

구 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률(2007. 12. 10. 법률 제8669호로 제정되고, 2010. 3. 22. 법률 제10143호로 폐지되기 전의 것)

제5조 (미수금 지원금) ① 국가는 미수금피해자 또는 그 유족에게 미수금피해자가 일본국 또는 일본 기업 등으로부터 지급받을 수 있었던 미수금을 당시의 일본국 통화 1엔에 대하여 대한민국 통화 2천원으로 환산하여

지급한다.

제18조 (신청인의 동의와 위로금등의 지급) ① 결정서 정본을 송달받은 신청인이 위로금등을 지급받으려는 경우에는 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 위원회에 위로금등의 지급을 청구하여야 한다.

구 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 시행령 (2008. 6. 10. 대통령령 제20807호로 제정되고, 2010. 4. 20. 대통령령 제 22125호로 폐지된 것)

제16조 (동의 및 지급청구) 법 제18조에 따라 위로금등 지급결정서 정본을 송달받은 신청인은 위로금등을 지급받으려면 별지 제13호서식의 위로금등 지급결정 동의 및 지급청구서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 위원회에 제출하여야 한다.

1. 위로금등의 지급결정서 정본 1부
2. 위로금등을 받을 수 있는 금융기관의 거래통장 사본 1부
3. 신청인의 인감증명서 1부

[별지 제13호서식]

	처리기간					
	30일 내					
<b>위로금등 지급결정 동의 및 지급청구서</b>						
1. 신청인은 「태평양전쟁전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률」 제15조와 같은 법 시행령 제13조에 따른 지급결정에 대하여 이의가 없습니다. 2. 신청인은 그 지급결정액을 받으려고 합니다. 3. 신청인은 위로금등을 받았을 때에는 그 사건에 관하여 같은 내용으로 법원에 제소하지 않는 등 어떠한 방법으로도 다시 청구하지 않을 것을 서약합니다.						
접수번호	태강위	심사	제	호	결정일자	
결정내용						
신청인 ※ 2명 이상은 별지 제6호 서식에 작성	성 명(한자)	(            )			주민등록번호	-
	주 소					
	희생자 (또는 생존자)와의 관계				유선전화:	휴대전화:



의 해결과 경제협력에 관한 협정' 제2조 제1항, 제3항 및 '태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률' 제5조 제1항 등에 대하여 위헌 법률심판제청신청을 하였으나 2009. 10. 23. 각하되자(서울행정법원 2009헌아1708), 2009. 11. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 나. 2010헌가74

(1) 제청신청인의 배우자인 김○준은 1944. 8. 1.경 일제에 의하여 중국 지역에 군인으로 강제동원되었다가 귀환한 후 1987. 12. 14. 사망하였다. '위원회'는 '태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률'에 따라 2009. 6. 18. 김○준이 일본국으로부터 지급받을 수 있었던 급료 등 미수금을 270엔으로 결정하고, 위 미수금에 대하여 제청신청인과 김○준의 아들인 김○식을 유족으로 인정하여 각 27만 원씩의 미수금 지원금을 지급하기로 결정하였다.

(2) 제청신청인은 2009. 9. 4. 위 처분의 취소를 구하는 소송(서울행정법원 2009구합36644호)을 제기하는 한편, 위 법률 제5조 제1항 등에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 위 법원은 2010. 7. 1. 위 법률 제5조 제1항에 대한 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 청구인의 주장 요지

### 가. 청구인의 주장(2009헌바317)

(1) 한일청구권협정 제2조 제1항, 제3항은 청구인의 미수금과 관련하여 가해자인 일본 정부 및 기업에 대하여 어떠한 청구도 할 수 없도록 함으로써 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법상 과잉금지원칙에 위배된다.

(2) 국외강제동원자지원법 제5조 제1항, 제18조 제1항, 국외강제동원자지원법 시행령 제16조, 별지 제13호 서식 제3항은 태평양전쟁 전후 강제동원에 따른 미수금피해자로 하여금 1엔을 2,000원으로 환산한 지원금만을 받도록 하고, 이 경우 그 사건에 관하여 같은 내용으로 법원에 제소하지 않는 등 어떠한 방법으로도 다시 청구하지 않을 것을 서약하게 함으로써, 미수금 피해에 대한 정당한 보상을 받지 못하도록 하고 있으므로 헌법 제23

조, 제27조 및 제37조 제2항에 위반하여 청구인의 재산권 및 재판청구권을 침해하고 있다.

#### 나. 제청법원의 위헌제청이유(2010헌가74)

(1) 이 사건 미수금 지원금은 1965년 한일청구권협정 체결 후 최초로 미수금피해자들에게 국가가 지급하는 금원인 점, 1975년 대일민간청구권 제한에 따른 보상을 실시하였으나 미수금피해자는 보상 대상에서 제외된 점, 국가에게 미수금피해자에 대하여 보상을 할 헌법상 의무가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 한일청구권협정으로 인한 재산권 제한에 따른 보상금으로 봄이 타당하다.

(2) 재산권에 대한 사용, 수용, 제한에 대하여는 정당한 보상을 하여야 한다. 그런데 1945년부터 2005년까지의 소비자물가상승률만을 기초로 산정한 이 사건 미수금 지원금은 강제동원이라는 정신적 피해에 관하여는 아무런 고려를 하지 않고 미수금 그 자체의 현재 가치 환산만을 염두에 둔 것으로 정당한 보상으로 볼 수 없다.

(3) 한일청구권협정의 체결경위, 배경 등에 비추어 불법행위로 인한 손해배상청구권은 한일청구권협정에 의하여 일본국에 대하여 행사할 수 없는 권리에 해당되지 않는다고 볼 경우에도 한일청구권협정은 수용과 유사한 효과를 가져 오므로 이에 대한 보상은 완전한 보상이어야 한다. 1엔당 2,000원의 환산 근거가 된 1975년 당시의 엔화 환율은 현재의 1/8수준인 점, 1945년부터 2000년까지의 우리나라의 소비자물가상승률만 하더라도 약 93,000배에 이르는 점, 1975년까지는 일본국의 물가상승률을 기준으로 하고 1975년 이후로는 우리나라의 물가상승률을 기준으로 한 다음 양자를 곱하는 방식으로 미수금 보상금을 결정하여야 할 합리적 이유를 찾기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 법률조항 소정의 1엔당 2,000원이라는 보상기준은 정당한 보상이라고 보기 어렵다.

#### 【결정요지】

1. 강제동원피해자에 대한 미수금 지원금 지급결정에 관한 재심의 신청을 기각한 결정의 취소를 구하는 소송에서 한일청구권협정 제2조 제1항,

제3항은 처분의 근거조항이 아니어서 당해사건에 적용되는 법률조항이라고 보기 어려우므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

2. 헌법재판소는 국외강제동원자지원법에 규정된 위로금 등의 각종 지원이 태평양전쟁이라는 특수한 상황에서 일제에 의한 강제동원 희생자와 그 유족이 입은 고통을 치유하기 위한 시혜적 조치라고 판단한 바 있고, 국외 강제동원자지원법은 미수금 지원금이 강제동원희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 지급하는 위로금임을 명시적으로 밝히고 있으며, 미수금 지원금을 받게 될 ‘유족’의 범위를 강제동원으로 인한 고통과 슬픔을 함께한 ‘친족’으로 한정하고 있으므로, 미수금 지원금은 인도적 차원의 시혜적인 금전 급부에 해당한다.

3. 인도적 차원의 시혜적 급부를 받을 권리는 헌법 제23조에 의하여 보장된 재산권이라고 할 수 없으나, 미수금 지원금이 한일청구권협정으로 말미암아 대일민간청구권의 행사에 상당한 어려움을 안게 된 강제동원피해자들을 국가적 차원에서 지원하고자 하는 의도로 지급되게 되었다는 점을 고려한다면, 그 산정방식은 입법자가 자의적으로 결정해서는 안 되고 미수금의 가치를 합리적으로 반영하는 것이어야 한다는 입법적 한계를 가진다. 피징용자의 미수금을 1945년 당시 1엔당 2,000원으로 환산하도록 한 것은 위 한일청구권협정 체결 후 ‘청구권 자금의 운용 및 관리에 관한 법률’(1966. 2. 19. 법률 제1741호로 제정된 것) 등과 같은 일련의 대일 민간청구권 보상에 관한 법률이 제정되어 그에 따른 보상이 일부 이루어졌음에도 미수금피해자의 경우에는 보상대상에서 제외되어 보상을 받지 못한 점을 참작한 것으로 위의 보상이 시작된 해인 1975년을 기준으로 하여 1945년부터 1975년까지의 일본국 소비자물가상승률에 1975년 당시의 엔화 환율을 곱하고, 그 수치에 다시 1975년부터 2005년까지의 우리나라 소비자물가상승률을 곱한 수치를 근거로 하여 산출된 것이므로, 이 사건 법률조항의 환산법은 그 나름의 합리적 기준으로 미수금의 가치를 반영하고 있다. 따라서 위 미수금 지원금의 산정방식은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

### **재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수의 반대의견**

이 사건 미수금 지원금은 일제에 의해 강제동원되어 노무를 제공하고도

받지 못한 급료 등에 관한 것이므로 전적으로 시혜적인 성격만 갖는다고 단정할 수 없다. 헌법 전문, 제10조, 제30조를 종합하면, 국가는 피징용자들에게 대한 각종 지원 법률을 제정하여야 하는 특별한 헌법상 의무가 있고, 지원금 산정에서도 그에 따른 한계가 설정된다. 1945년 당시 일본 돈 1엔과 한국 돈 1원은 1:1비율로 교환되었고 1953년 대비 2007년의 1인당 명목 GDP 상승률은 약 10,000배에 이르는 점, 1945년부터 2000년까지의 우리나라 소비자물가상승률만 하더라도 약 93,000배에 이르는 점 등을 고려하면 1엔당 2,000원이라는 환산기준은 미수금의 현재가치를 제대로 반영하지 못하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 쟁점

적법요건과 관련하여, 국외강제동원자지원법 시행령 및 별지에 관한 청구 부분이 적법한지, 강제동원피해자에 대한 미수금 지원금 지급결정에 관한 재심의 신청을 기각한 결정의 취소를 구하는 소송에서 한일청구권협정 제2조 제1항, 제3항 등의 위헌여부가 재판의 전제성을 가지는지 여부가 문제된다.

본안판단과 관련하여, 일제에 의하여 군무원으로 강제동원되어 그 노무제공의 대가를 지급받지 못한 미수금피해자에게 당시의 일본국 통화 1엔에 대하여 대한민국 통화 2천원으로 환산한 미수금 지원금을 지급하도록 한 것이 헌법에 위반되는지 여부가 문제되는데, 특히 여기서 위 미수금 지원금이 헌법상 재산권에 속하는 것인지가 관건이 된다.

### 2. 적법요건에 관한 판단

재판소는 우선 국외강제동원자지원법 시행령 제16조와 별지 제13호 서식 제3항은 ‘대통령령’이므로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 보았다. 또한, 당해사건이 강제동원피해자에 대한 미수금 지원금 지급결정에 관한 재심의 신청을 기각한 결정의 취소를 구하는 소송임을 감안하면, 한일청구권협정 제2조 제1항, 제3항은 당해소송에서 다투어지는 처분의 근거조항이 아니어서 당해사건에 적용되는 법률조항이라



고 보기 어렵고, 위로금 등의 지급청구 방법을 규율하는 국외강제동원자지원법 제18조 제1항 역시 당해소송에서 다투어지는 처분에 적용되는 법률조항이라고 보기 어려우므로, 그 위헌 여부에 따라 당해사건의 재판의 주문이나 이유가 달라지는 경우라고 할 수 없다고 하였다.

이에 따라 위 시행령 부분 등에 대한 청구는 모두 부적법하다고 판단하였다.

### 3. 한일청구권협정의 체결과 대일민간청구권 보상 개관

#### 가. 한일청구권협정 체결

1951년 연합국과 일본국과의 평화조약 제21조, 제4조에 의거하여 1965. 6. 22. 한일 양국 간에 양국 및 양국 국민간의 재산 및 청구권에 관한 해결을 위한 협정을 체결하였는데, 그 주요 골자는 무상 3억불, 유상 2억불의 차관을 일본정부가 우리나라에 제공하고, 대일민간청구권 문제를 완전히·최종적으로 해결한다는 것이었다. 특히 본 사건의 쟁점인 피징용자의 미수금에 대해서는 협상과정에서 우리 정부가 명시적으로 일본정부에 변제를 청구한 점(소위 대일 8개 항목에 포함), 양 측이 이를 논의했던 점 등에 비추어 피징용자 미수금에 대한 사항 역시 위 협정에 포함되었다는 평가가 일반적이었다.<sup>1)</sup>

이에 따라 정부는, 우리 국민의 대일민간청구권을 보상하기 위한 후속 입법인 ‘청구권 자금의 운용 및 관리에 관한 법률’(1966년), ‘대일 민간 청구권 신고에 관한 법률’(1971년), ‘대일 민간 청구권 보상에 관한 법률’(1974년)을 순차로 제정하여 1975. 7. 1.부터 1982.경까지 합계 91억 8,769만 3천 원을 지급하였다. 위 법률들은 1982년 일괄 폐지되었다.<sup>2)</sup>

#### 나. 보상입법의 구체적인 내용

##### (1) 청구권 자금의 운용 및 관리에 관한 법률(1966년)

한일청구권협정이 타결된 후 정부는 대일민간청구권 보상을 위한 첫 단

1) 자세한 경위는 2006헌마788 위안부사건 결정문 3. 가. ‘체결경위’ 참조

2) 1982. 12. 31 법률 제3613호, 제3614호, 제3615호로 각 폐지되었다.

추로, ‘청구권 자금의 운용 및 관리에 관한 법률’(1966. 2. 19. 법률 제1741호, 이하 “청구권자금법”이라 한다)을 제정하였다. 한일협정에 의하여 수입되는 자금을 효율적으로 운용·관리 또는 도입함에 필요한 사항을 규정할 목적으로 제정하였는데(제1조), 동법 제5조 제1항은 “대한민국 국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다.”라고 규정하고, 같은 조 제2항은 “전항의 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.”라고 규정하였다.

## (2) 대일 민간 청구권 신고에 관한 법률(1971년)

청구권자금법 제5조 제1항에 규정된 대일민간청구권의 정확한 증거와 자료를 수집함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 1971년 ‘대일 민간 청구권 신고에 관한 법률’(1971. 1. 19. 법률 제2287호, 이하 “청구권신고법”이라 한다)을 제정하였다(제1조). 동법 제2조 제1항은 신고대상을 “1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국 국민(법인을 포함한다)이 1945년 8월 15일 이전(제1호·제5호 및 제7호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다)에 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다.)에 대하여 가졌던 청구권 등으로서 다음 각 호에 계기하는 것”이라고 규정하였다.<sup>3)</sup>

3) 제2조 (신고대상의 범위) ① 이 법의 규정에 의한 신고대상의 범위는 1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국 국민(법인을 포함한다. 이하 같다)이 1945년 8월 15일 이전(제1호·제5호 및 제7호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다)에 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다. 이하 같다)에 대하여 가졌던 청구권 등으로서 다음 각 호에 계기하는 것(이하 “대일민간청구권”이라 한다)으로 한다.

1. 구 군정법령 제57호 “일본은행권·대만은행권의 예입”의 규정에 의하여 지정된 금융기관에 예입한 예입금과 금융기관이 보유하고 있는 일본은행권 및 일본국정부의 보조화폐
2. 1945년 8월 15일 이전에 발행된 것으로서 현물이 있는 다음의 유가증권
  - 가. 일본국정부가 발행한 국채
  - 나. 일본저축권
  - 다. 일본국의 지방채
  - 라. 일본국에 본점(본사와 주사무소를 포함한다. 이하 같다)을 둔 일본국의 공법인으로서 대통령령이 정하는 법인이 발행한 사채와 일본국정부가 보증한 사채
3. 일본국에 본점을 둔 일본국에 소재한 일본국금융기관에 예입된 예금

9개 신고대상 중, 1호부터 8호까지는 대부분 우리 국민이 보유하고 있던 일본정부의 화폐, 유가증권, 예금, 채권 등의 통화성 현물재산이고(①화폐, ②국·공채 등 유가증권, ③예금, ④해외송금, ⑤기탁금, ⑥보험료와 보험금, ⑦일본법인의 주주의 지분, ⑧우편저금, 우편연금), 9호가 ‘강제동원’과 관련한 ‘피징용 사망자’였으며, 이 사건에서 문제된 피징용자들의 미수금은 신고대상에 포함되지 않았다.

당시 피징용 사망자는 신고대상으로 규정하면서 이 사건에서 문제된 피징용자들의 미수금은 왜 포함시키지 않았는지는 사실 명확하지 않다. 아마도 우리 정부가 당시 피징용자들의 미수금에 대해서는 구체적인 자료나 증거가 없었던 상황도 이유가 되었을 것이다. 우리 정부가 일본 정부로부터 미수금에 관한 자료를 입수함으로써 비로소 정부가 국외강제동원자지원법을 제정하여 미수금을 지급하게 된 것은 아니었을까 생각된다.<sup>4)</sup>

### (3) 대일 민간 청구권 보상에 관한 법률(1974년)

청구권자금법 제5조 제2항의 규정에 의하여 대한민국 국민이 가지고 있는 일본국에 대한 민간청구권의 보상에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 1974년 ‘대일 민간 청구권 보상에 관한 법률’(1974. 12. 21. 법률 제 2685호, 이하 “청구권보상법”이라 한다)을 제정하였다(제1조). 동법 제2조

- 
4. 일본국에 본점을 둔 일본국에 소재한 일본국금융기관에 일본국 이외로부터 송금되어온 해외송금. 다만, 환거래결재분에 한하며 일본은행권 이외의 일본계 통화 및 일본군표는 제외한다.
  5. 1945년 8월 15일부터 1947년 8월 14일까지 일본국으로부터 귀국한 대한민국 국민이 귀국할 때에 일본국정부기관에 기탁한 기탁금
  6. 일본국에 본점을 둔 일본국의 생명보험회사에 대한민국 또는 일본국에서 납입한 보험료와 수취하게 된 보험금
  7. 대한민국에 본점을 둔 법인의 일본국에 있던 지점의 재산정리로 인하여 생긴 잉여금중 대한민국 국민인 주주의 지분
  8. 일본국에서 예입 또는 납입한 일본국정부에 대한 다음의 채권
    - 가. 우편저금·진체저금 및 우편 위채
    - 나. 간이생명보험 및 우편연금의 납입금
  9. 일본국에 의하여 군인·군속 또는 노무자로 소집 또는 징용되어 1945년 8월15일이전에 사망한 자(이하 “피징용사망자”라 한다)
- 4) ‘대일 항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외 강제동원 희생자 등 지원 위원회’의 ‘미수금 지원금 관련 자료’에는, “미수금은 '75년 정부보상시 거증자료 미비 및 확인의 어려움 등으로 보상대상에서 제외’되었다는 점이 기재되어 있다.

제1항은 “청구권신고법 제6조의 규정에 의하여 대일민간청구권신고관리위원회에서 증거 및 자료의 적부를 심사하여 당해 청구권신고의 수리가 결정된 것”을 보상의 대상으로 하고 있다.

청구권자금법 제5조 제1항은 “대한민국 국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권”을 보상의 대상으로 규정하였지만, 위에서 본 바와 같이 그 후에 제정된 청구권보상법은 청구권신고법이 정한 신고대상 청구권 중 신고관리위원회에서 신고를 수리한 것만을 보상해 주도록 하였다.<sup>5)</sup> 그 결과 대일민간청구권 중 어떤 것이 보상을 받고, 어떤 것이 보상을 받지 못하는지의 여부는 청구권신고법의 규정, 특히 동법 제2조 제1항의 규정내용에 따라 결정되었다. 그런데 앞서 본 대로 피징용자의 미수금은 신고대상에서 포함되지 않았기 때문에 이들에 대한 보상은 원천적으로 불가능했다.

한편, 보상금은 당시 일본국통화 1엔당 대한민국통화 30원으로 하고, 피징용 사망자에 대하여는 일률적으로 1인당 30만원을 지급하였다.<sup>6)</sup> 보상금 청구권은 2년의 단기소멸시효로 하고<sup>7)</sup>, 1975년 7월 1일부터<sup>8)</sup> 1977년 6월 30일까지(2년간) 청구한 사람에 대해서만, 사망자 약 26억 원(8,552명), 개인 재산권 약 66억 원(74,963건) 합계 약 92억 원을 보상하였다.

- 
- 5) 그렇게 된 것은, 청구권자금법 제5조 제2항이 ‘보상에 관하여 필요한 사항’을 법률로 정한다고 규정하였고, 청구권신고법이 제2조 제1항이 신고대상을 한정하였으며 청구권보상법은 청구권신고법에 따라 신고된 청구권에 대해서만 보상의 대상으로 삼았기 때문이다.
- 6) 제4조 (청구권보상금) ① 청구권보상금은 일본국통화 1엔에 대하여 대한민국통화 30원으로 한다. 다만, 일본국통화 100엔 미만의 청구권에 있어서는 일본국통화 100엔을 신고한 것으로 본다. ② 청구권신고법 제2조제1항제9호의 피징용 사망자에 대한 청구권보상금은 1인당 30만원으로 한다.
- 7) 제10조 (청구권의 소멸) 청구권은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 소멸된다.  
3. 청구권보상금의 지급이 개시된 날로부터 2년이 경과될 때까지 보상을 청구하지 아니한 때  
4. 청구권신고법 제2조의 규정에 의한 신고대상의 범위에 속하지 아니한 사실이 확인된 때
- 8) 동법 부칙(1974. 12. 21. 법률 제2685호로 제정된 것) ① (시행일) 이 법은 공포한 날로부터 시행한다. ② (보상금 지급 개시일) 청구권보상금은 1975년 7월 1일부터 지급한다.

## 다. 미수금의 실태

1938년부터 1945년까지 일제에 의해 국외로 강제동원된 우리 국민이 얼마나 되는지, 이들의 미수금이 얼마인지는 현재까지도 정확히 밝혀지지 않았다. 우리 정부는 약 80만~100만 명으로 추정하고 있으며, 동원된 지역도 일본 본토뿐만 아니라 남양군도, 태국, 필리핀, 사할린까지 광범위하였던 것으로 여긴다. 군인·군무원의 경우 당시 매월 약 80엔~100엔의 급료를 받았는데, 이들은 모두 전장에 있었기 때문에 이들의 급료는 전액 군사우편저금에 예치되었고, 노무자의 경우 매월 약 20엔~50엔의 급료를 받았는데, 그 중 상당한 부분이 우편저금에 강제 예치되었던 것으로 알려져 있다.

1945년 전쟁이 끝난 후 피징용자들은 예치돼 있던 임금을 지급받지 못한 상태에서 귀국하였다. 1946년경 일본의 미군정은 미불임금을 조사한 후 군정명령으로 이들에 대한 미불임금을 일본 은행에 공탁하도록 하였는데, 이 때 일본 정부와 일본 기업들이 공탁한 금액이 정확히 얼마인지는 알 수 없으나 현재 공탁되어 있는 것은 앞서 본 대로 약 3억6백만 엔 정도이다.<sup>9)</sup>

강제동원 피해자들의 미불임금 공탁 현황은 다음과 같다. 강제동원 노무 피해자들의 미불금은 모두 215,147,000엔인데, 그 중 현금(공탁금)이 167,791,400엔, 유가증권이 47,355,600엔이다. 강제동원 군인, 군속의 미불금은 91,316,115엔 정도이다. 공탁금은 전쟁 후 일본은행에 공탁된 것으로 합계 약 3억 6백만 엔이고 현재 가치로 환산한 정확한 액수는 알 수 없다. 일본 정부는 위 미불금(공탁금)은 특수한 경우이므로 시효소멸하지 않는다고 규정(정령 제55호)하여 국고에 환수하지 않고 공탁된 그대로 계속 보관하고 있는 상태이다.

우리 정부는 2009년 12월 일본 외무성으로부터 군인·군무원의 공탁금 명세서부분(약 11만 4천건; 육군6만 건, 해군5만4천 건)을, 2010년 4월 노무자 공탁금 명세서(약 6만 4천 건)를 각 건네받았으며, 이들 자료 외에 미수금에 관한 기타 자료도 입수하였다고 한다.

9) 미군정은 1946. 8. 27. 각 기업별 미불금 내역을 조사하여 노무자들에 대한 미불 임금을 민사국장 통달로 공탁하였고, 1950. 2. 28. 정령 55호로 군인·군속의 미불 임금을 공탁하도록 하였다.

## 4. 이 사건 미수금 지원금의 법적 성격

### 가. 사건의 배경과 경과

#### (1) 심판 제기 당시의 상황

앞서 본 바와 같이 한일청구권협정 체결 이후 이루어진 보상과정에서 충분한 보상이 이루어지지 않았던 점에 대한 불만이 있었고, 특히 피징용자 미수금은 전혀 보상이 이루어지지 않았으며, 80년대 이후 미수금 피해자들이 일본 은행에 예치되어 있는 징용미수금 공탁금에 대해 반환을 요구하는 등 미수금에 대한 보상요구의 목소리가 높아졌다. 이는 결국 국외강제동원 희생자지원법 법률안 마련으로 이어졌다.

이 사건 심판이 제기될 당시에는, 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 미수금이 한일청구권협정에 포함되어 있었다는 인식이 컸다. 제청법원이 이 사건 미수금 지원금은 1965년 한일청구권협정 체결 후 최초로 미수금피해자들에게 국가가 지급하는 금원인 점, 1975년 대일민간청구권 제한에 따른 보상을 실시하였으나 미수금피해자는 보상 대상에서 제외된 점, 국가에게 미수금피해자에 대하여 보상을 할 헌법상 의무가 있는 점을 숙고하여 위헌 제정을 한 것은 그러한 인식에 기초했기 때문일 것이다. 청구인들 또한 한일청구권협정으로 인해 이 사건 미수금과 관련하여 가해자인 일본 정부 및 기업에 대하여 어떠한 청구도 할 수 없게 된 점을 내세워 이 사건 법률조항의 위헌성을 다투고 있었다.

#### (2) 보상금 vs 지원금

이 같은 상황에서 이 사건 미수금 지원금이 재산권 제한에 따른 보상금의 성격을 갖는다고 볼 수 있을 만한 다음과 같은 여러 정황이 존재하였다.

- 이 사건 미수금은 한일청구권협정의 적용을 받아 일괄 타결된 대일민간청구권에 포함된 것으로 해석될 수 있다.
- 한일청구권협정을 통해 강제동원 피해자들의 미수금 청구권을 제한하였다면 국가는 침해된 국민의 재산권을 보상할 헌법상의 의무가 있다.
- 한일청구권협정 체결 후 대일민간청구권 보상에 관한 법률을 차례로 제정하여 대일민간청구권 제한에 따른 보상을 하였으나 미수금 피해

자는 보상 대상에서 제외되었기 때문에 이 사건 법률조항에 따른 미수금 지원금은 미수금 피해와 관련하여 한일협정이 발효된 1965. 12. 18. 이후 국가로부터 받는 최초의 금원이다.

- 헌법상 보상의무를 이행하지 않은 상황에서 보상금이 아닌 인도적 차원의 위로금을 지급한다는 것은 여러모로 사리에 맞지 않는다.
- 강제동원희생자지원법에 의한 위로금등 지급 대상자 중에는 대일민간 청구권 보상에 관한 법률에 따라 이미 보상금을 지급받은 강제동원희생자가 포함되어 있으므로 이들에 대한 위로금등에 대해서는 보상금이 아니라 위로금으로 볼 여지가 있겠으나, 이 사건 미수금 지원금은 국가가 미수금 피해자에게 지급하는 최초의 금원이므로 위의 위로금 등과는 그 성격을 달리 파악해야 한다.

반면, 다음과 같은 점에서 이 사건 미수금 지원금은 일체의 강제동원 피해자에 대한 인도적 차원의 지원금으로 볼 여지도 있었다.

- 국외강제동원자지원법은 강제동원희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 위로금 등을 지원함으로써 이들의 고통을 치유하고 국민화합에 기여함을 목적으로(법 제1조)한다고 명시적으로 밝히고 있다.
- 한일청구권협정의 적용을 받아 제한된 대일 민간청구권을 보상하기 위한 법률을 차례로 제정하여 강제동원 희생자에 대하여 보상을 하였음에도 다시 국외강제동원자지원법을 통해 이들에게 위로금, 의료지원금을 지급하고 있다.
- 이 사건 미수금 지원금을 받게 될 ‘유족’의 범위를 민법상의 재산상속인으로 하지 않고 강제동원으로 인한 고통과 슬픔을 함께한 ‘친족’으로 한정하고 있다.
- 강제동원희생자에 대한 위로금, 의료지원금은 그 내용 및 성질상 보상금이라기보다 인도적 차원의 지원금이라고 보이는데, 동법의 같은 지원금인 이 사건 미수금 지원금만 그 법적 성격을 보상금으로 보는 것은 이례적인 해석이다.

### (3) 대법원의 이른바 ‘미쓰비시 판결’

위와 같은 논의 구도는 대법원이 2012. 5. 24. 선고한 2009다22549 판결로 인해 전환을 맞게 된다. 대법원은 위 2009다22549 판결에서, 한일청구권협정을 통해 해결된 사항은 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계에 불과하므로, 위 청구권협정은 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이나 국가와 별개의 법인격을 가진 국민이 개인적으로 소유하는 대일 청구권에는 영향을 주지 않는다고 판단하였다.

청구권협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것으로서, …… 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권……에 대하여는 청구권협정으로 개인청구권이 소멸하지 아니하였음은 물론이고, 대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 아니하였다고 봄이 상당하다.

나아가 국가가 조약을 체결하여 외교적 보호권을 포기함에 그치지 않고 국가와는 별개의 법인격을 가진 국민 개인의 동의 없이 국민의 개인청구권을 직접적으로 소멸시킬 수 있다고 보는 것은 근대법의 원리와 상충되는 점, 국가가 조약을 통하여 국민의 개인청구권을 소멸시키는 것이 국제법상 허용될 수 있다고 하더라도 국가와 국민 개인이 별개의 법적 주체임을 고려하면 조약에 명확한 근거가 없는 한 조약 체결로 국가의 외교적 보호권 이외에 국민의 개인청구권까지 소멸하였다고 볼 수는 없을 것인데, 청구권협정에는 개인청구권의 소멸에 관하여 한일 양국 정부의 의사의 합치가 있었다고 볼 만큼 충분한 근거가 없는 점…… 등을 고려해 보면, 원고 등의 청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 하더라도 그 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸한다고 볼 수는 없고, 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기됨으로써 일본의 국내 조치로 해당 청구권이 일본국 내에서 소멸하더라도 대한민국이 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐이다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결).



대법원은, 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이나 개인적으로 보유하는 대일 청구권이 모두 한일청구권협정에 의해 타결되었다는 그간의 일반적인 인식과 달리, 위 청구권들이 모두 여전히 소멸되지 않고 남아 있음을 분명히 하였다.

이 대법원 판결로 인해 이 사건 심판이 제기될 당시 이 사건 법률조항의 위헌성을 뒷받침하던 유력한 전제들이 사라진 셈이다. 이 판결에 따르면, 청구인 등은 여전히 일본국 정부를 상대로 미수금에 대한 청구를 할 수 있는 상태에 있다.

## 나. 헌법재판소의 판단

이러한 배경 하에서, 헌법재판소는 이 사건 미수금 지원금의 법적 성격을 일종의 시혜적인 것으로 판단하였다. 재판소는, 종래 결정에서 국외강제동원자지원법에 규정된 위로금 등의 각종 지원이 태평양전쟁이라는 특수한 상황에서 일제에 의한 강제동원 희생자와 그 유족이 입은 고통을 치유하기 위한 시혜적 조치라고 판단한 바 있는 점(헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마182등; 헌재 2012. 7. 26. 2011헌바352 참조), 국외강제동원자지원법은 강제동원희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 위로금 등을 지원함으로써 이들의 고통을 치유하고 국민화합에 기여함을 목적으로 한다고 명시적으로 밝히고 있는 점(법 제1조), 이 사건 미수금 지원금을 받게 될 ‘유족’의 범위를 민법상의 재산상속인으로 하지 않고 강제동원으로 인한 고통과 슬픔을 함께한 ‘친족’으로 한정하고 있는 점(법 제3조) 등을 고려하여, 이 사건 미수금 지원금은 피해자나 유족들이 받은 손해를 보상 내지 배상하는 것이라기보다는 인도적 차원의 시혜적인 금전 급부에 해당한다고 판단하였다.

## 다. 검토

### (1) 쟁점의 의미

만약 이 사건 미수금 지원금을 한일청구권협정으로 인한 재산권 제한에 따른 보상금의 성격을 가진다고 본다면, 이는 정당한 보상이어야 하므로 과거 미수금을 오늘날의 가치로 산정한 결과에 비해 이 지원금이 미흡할수

록 위헌의 성격이 커진다. 반면, 일종의 시혜적 급부로 보게 되면 이 지원금은 미수금의 현재가치에 이르지 않는다 해도 위헌이라고 보기 힘들다. 따라서 이 사건 미수금 지원금의 성격을 어떻게 보느냐의 문제는 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단함에 있어서 결정적인 대목에 해당한다.

## (2) 검토

헌법재판소는 법률상 드러난 입법목적에 중점을 둔 해석을 통해 이 사건 미수금 지원금을 인도적 차원의 시혜적 금원으로 해석하였다.<sup>10)</sup> 그러나 재판소가 이 판단과 관련하여 법률상 규정된 입법목적을 내세웠다 해도, 더 큰 영향을 끼친 요인은 바로 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결의 논리 때문이었을 것으로 추측된다. 대법원의 논리에 따르면, 청구인 등은 여전히 일본국 정부 등을 상대로 미수금 반환청구를 할 수 있다. 반면, 만약 이 사건 미수금 지원금을 한일청구권협정으로 건네받은 자금에 기초한 보상금으로 본다면, 위 대법원 판결의 논리와 달리 개인의 대일 청구권이 한일청구권협정에 의해 소멸되었다고 해석될 여지가 생긴다. 이는 한일청구권협정에 따라 불법행위로 인한 손해배상금 등을 포함한 모든 양국 간 채권·채무가 완전히·최종적으로 해결되었다는 일본국 정부의 입장과 일맥상통하는 것이다. 사할린 동포들의 대일 청구권과 같이 한일청구권협정이 그대로 적용되기에는 부당한 사안들이 현존하는 상황에서, 헌법재판소는 한일청구권협정이 제한적인 의미를 가진다는 대법원의 해석을 존중하고자 했던 것으로 보인다. 재판소가 위 미수금 지원금을 인도적 차원의 시혜적 금원으로 해석한 것은 미수금에 관한 청구인 등의 대일 청구권에 영향을 주지 않기 위한 법리적 선택으로 볼 대목도 없지 않다.

## 5. 이 사건 법률조항의 위헌여부

### 가. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는, 인도적 차원의 시혜적 급부를 받을 권리는 헌법 제23조에

10) 국외강제동원자지원법 제1조는 “이 법은 … 국가가 … 강제동원희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 위로금 등을 지원함으로써 이들의 고통을 치유하고 국민화합에 기여함을 목적으로 한다.”고 규정한다.

의하여 보장된 재산권이라고 할 수 없으므로, 이 사건 미수금 지원금의 액수가 너무 적다고 해서 재산권 침해 문제가 발생하지는 않는다고 하였다. 그러면서도 이 사건 미수금 지원금의 역사적 배경 등을 고려하여, 이 지원금 산정방식을 정함에 있어서는 일정한 입법적 한계가 존재한다고 이해하면서도, 이 사건 법률조항은 그와 같은 입법적 한계를 일탈하지 않았다고 판단하였다.

『이 사건 미수금 지원금이 시혜적 급부로서 사회보장적인 성격을 가진다고 하더라도, 이 지원금이 한일청구권협정으로 말미암아 대일민간청구권의 행사에 상당한 어려움을 안게 된 강제동원피해자들을 국가적 차원에서 지원하고자 하는 의도로 지급되게 되었다는 점을 고려한다면, 이 지원금의 산정방식은 입법자가 자의적으로 결정해서는 안 되고 위 입법취지에 따라 미수금의 가치를 합리적으로 반영하는 것이어야 한다는 입법적 한계를 가진다고 볼 여지도 있다. 그러나 이 점과 관련하여 판단할 때에도 아래와 같은 이유에서 입법자가 이 사건 법률조항에서 설정한 지원금 산정방식이 합리성을 결여하였다거나 부당한 것이라고 단정하기 어렵다.

이 사건 법률조항은 피징용자의 미수금을 1945년 당시 1엔당 2,000원으로 환산하여 지급하도록 하고 있는데, 1엔당 2,000원을 기준으로 한 것은 한일청구권협정 체결 후 ‘청구권 자금의 운용 및 관리에 관한 법률’(1966. 2. 19. 법률 제1741호로 제정된 것), ‘대일 민간청구권 신고에 관한 법률’(1971. 1. 19. 법률 제2287호로 제정된 것), ‘대일 민간청구권 보상에 관한 법률’(1974. 12. 21. 법률 제2685호로 제정된 것)과 같은 일련의 대일 민간청구권 보상에 관한 법률이 제정되어 그에 따른 보상이 일부 이루어졌음에도 미수금피해자의 경우에는 보상대상에서 제외되어 보상을 받지 못한 점을 참작한 것이다. 즉, 1엔당 2,000원의 환산법은 위의 보상이 시작된 해인 1975년을 기준으로 하여, 1945년부터 1975년까지의 일본국 소비자물가상승률인 149.8배에 1975년 당시의 엔화 환율인 1엔당 1.63원을 곱하고, 그 수치에 다시 1975년부터 2005년까지의 우리나라 소비자물가상승률인 7.8배를 곱한 수치인 1,904원(약 2,000원)을 근거로 하여 산출된 것으로 보이는 까닭이다. 그렇다면 소비자물가상승률과 환율을 참작한 이 사건 법률조항의 산정방식은 그 나름의 합리적 기준으로 화폐가치를 반영하고 있다고 보

인다.

요컨대 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 미수금 지원금이 보상금이 아니라 인도적 차원의 시혜적인 금원이라는 점을 감안해서 본다면, 지원금의 불충분함을 이유로 곧바로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 또한 이 사건 법률조항의 지원금 산정방식이 자의적이라거나 미수금의 가치를 합리적으로 반영하지 못한 것이라고 단언할 수 없으므로, 이 사건 미수금 지원금을 1엔당 2,000원으로 환산하여 지급하도록 한 것이 입법 재량을 벗어나 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.』

## 나. 검토

이 사건 미수금 지원금이 헌법상 재산권으로 보호되는 보상금이 아니라면, 즉 인도적 차원의 지원금에 불과하다면, 이 같은 금원이 다소 부족한 액수로 책정되었다 해서 그것을 위헌으로 보기 어렵다. 기실 인도적 차원의 지원금이란 원래 지급할 의무가 있는 것은 아니지만 여러 사정을 고려하여 법적 차원이 아니라 단지 인도적 차원에서 지급하는 것이기 때문이다. 지원금 지급의무가 없다면 그것이 적은 금원이라 해서 위헌이 될 수는 없다. 따라서 이 사건 미수금 지원금의 성격을 인도적 차원의 지원금으로 보는 이상 이 지원금의 지급수준이 미흡하다는 측면이 어떤 헌법적 가치와 충돌한다고 보기 어렵다.

이 같은 지원금도 만약 그것이 불평등한 방식으로 지급된다면 헌법상 평등권 침해 혹은 평등원칙 위반이 문제될 수 있다. 예컨대, 지원금의 지급대상 범위를 확정할 때 자의적 기준이 적용되어 누군가가 타당한 이유 없이 지급대상에서 제외된다면 이 사람은 평등원칙이나 자신의 평등권이 존중되지 않았음을 근거로 자신에게도 지원금이 지급되어야 한다고 주장할 수 있다.

이 사건 심판에서 헌법재판소는 이 사건 미수금 지원금의 성격을 인도적 차원의 지원금으로 규정함으로써 이 금원이 헌법상 재산권으로 보호되지 않는다는 입장을 분명히 하였다. 순수한 법 논리에 입각한다면, 주지 않아도 위헌이 아닌 금원이 단지 수령자의 기준에서 미흡하게 보인다 해서 위헌이 되는 것은 아니므로, 미수금 지원금의 성격을 논증한 다음 어떤 추가적 심사 없이도 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 않음을 선언하는 결

정도 가능했다고도 생각된다.

반면, 재판소는 이 사건 미수금 지원금이 “한일청구권협정으로 말미암아 대일민간청구권의 행사에 상당한 어려움을 안게 된 강제동원피해자들을 국가적 차원에서 지원하고자 하는 의도로 지급되게 되었다는 점”에 주목하여 이 지원금의 산정방식은 미수금의 가치를 합리적으로 반영해야 한다는 입법적 한계를 가진다고 해석하였다. 이 사건 지원금에 이러한 입법적 한계를 부과하는 것은 논리적으로 어색한 감이 있다. 개인적인 견해로, 아마도 재판소는 비록 이 사건 지원금이 보상금은 아니라 하더라도, 미수금에 대한 최초 지급 금원이라는 점에서 어느 정도는 그 금액이 합리적으로 책정된 것임을 논증할 일종의 의무감을 느꼈기 때문일 것으로 생각하는 편이다. 실제로 현재 2015. 12. 23. 2010헌마620(판례집 27-2하, 648) 사건은 유사한 쟁점을 다룬 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판사건이었는데, ‘대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법’에 규정된 위로금을 인도적 차원의 시혜적인 금전 급부로 이해하는 이상 그 위로금은 국외강제동원 희생자 유족의 재산권에 포함된다고 하기 어려우므로 이 사건 심판청구는 기본권 침해 가능성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 결정하였다. 2010헌마620 사건은 기본권 침해여부가 쟁점이었으므로 침해되는 기본권이 없는 이상 더 이상 판단할 수 있는 대상이 없었을 것이므로, 규범통제사건인 이 사건 심판과는 차이가 있다. 그러나 이 사건 심판에서 위 지원금에 이러한 입법적 한계를 도출하는 논리가 헌법적인 차원에서 성립된 것인지는 의문이 있다.

이 지원금의 산정방식이 미수금의 가치를 합리적으로 반영해야 한다는 입법적 한계를 안고 있다고 이해한 재판소는, 이어서 미수금 1엔당 2,000원으로 환산한 셈법이 미수금의 가치를 합리적으로 반영한 것인지 여부에 대한 판단으로 나아갔다. 여기서 재판소는 대일 민간청구권 보상이 개시된 1975년 즈음을 기준으로 하여 그 전에는 일본국 소비자물가상승률을, 그 후에는 우리나라 소비자물가상승률을 고려하여 미수금의 가치를 산정하였다.

## 5. 결정의 의의

이 사건에서 언론의 관심은 한일청구권협정의 위헌여부에 쏠려 있었다.<sup>11)</sup> 그러나 헌법재판소는 한일청구권협정 조항에 대하여 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 보아 이에 대해서는 본안판단을 하지 않았다. 이에 관한 비판이 적지 않지만, 우리 헌법재판제도가 구체적 규범통제체도를 채택하고 있는 이상 한일청구권협정의 부당함을 다투고자 하는 심판청구가 부적법하다는 소송요건 판단은 불가피한 측면이 있었다고 보인다.

헌법재판소가 이 사건 미수금 지원금의 성격을 인도적 차원의 시혜적 금원으로 파악한 대목에서 사건의 결론이 합헌임은 어렵지 않게 파악할 수 있다. 재판소가 위 지원금을 그렇게 해석한 것은, 일차적으로는 국외강제동원자지원법의 성격에 관한 해석의 결과일 터이나, 그 기저에는 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결의 논리에 대한 존중이 있었기 때문으로 보인다. 재판소는 위 미수금 지원금의 성격을 시혜적인 것으로 봄으로써, 개인의 대일 청구권의 존재를 법적으로 확인해 준 위 대법원 판결에 기초해 이 사건 청구인들의 대일 청구권을 훼손하지 않으려 했던 것은 아닐까 생각한다.

---

11) “헌재, 한일청구권협정 위헌 여부 오늘 결정”, 연합뉴스 2015. 12. 23.자 입력기사 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/12/22/0200000000AKR20151222201600004.HTML>); “헌재, 한일 청구권 협정 헌법소원 사건 내일 선고”, SBS 뉴스 2015. 12. 22.자 입력기사([http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1003324875&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND](http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1003324875&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND)) 등.

## 주민등록법 제7조 제3항 등 위헌소원 등

- 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 것이 주민등록번호 소유자의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부 -  
(헌재 2015. 12. 23. 2013헌바68, 2014헌마449(병합), 판례집 27-2하, 480)

박 세 영\*

### 【판시사항】

1. 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 주민등록법(2007. 5. 11. 법률 제8422호로 전부개정된 것) 제7조가 주민등록번호 소유자의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(적극)
2. 계속적용 헌법불합치결정을 한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 주민등록법(2007. 5. 11. 법률 제8422호로 전부개정된 것) 제7조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부 및 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

주민등록법(2007. 5. 11. 법률 제8422호로 전부개정된 것)

제7조(주민등록표 등의 작성) ① 시장·군수 또는 구청장은 주민등록사항을 기록하기 위하여 전산정보처리조직(이하 “전산조직”이라 한다)으로 개인별 및 세대별 주민등록표(이하 “주민등록표”라 한다)와 세대별 주민등록표 색인부를 작성하고 기록·관리·보존하여야 한다.

② 개인별 주민등록표는 개인에 관한 기록을 종합적으로 기록·관리하며 세대별(世帶別) 주민등록표는 그 세대에 관한 기록을 통합하여 기록·관리

---

\* 헌법연구관

한다.

③ 시장·군수 또는 구청장은 주민에게 개인별로 고유한 등록번호(이하 “주민등록번호”라 한다)를 부여하여야 한다.

④ 주민등록표와 세대별 주민등록표 색인부의 서식 및 기록·관리·보존 방법 등에 필요한 사항과 주민등록번호를 부여하는 방법은 대통령령으로 정한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 2013헌바68 사건

청구인들은 “인터넷 포털사이트 또는 온라인 장터의 개인정보 유출 또는 침해 사고로 인하여 주민등록번호가 불법 유출되었다.”는 이유로 각 관할 지방자치단체장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나, 현행 주민등록법령상 주민등록번호 불법 유출을 원인으로 한 주민등록번호 변경은 허용되지 않는다는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 받아, 주민등록번호 변경신청 거부처분 취소의 소를 제기하고, 재판 계속중 주민등록법 제7조 제3항, 제4항 등에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 2014헌마449 사건

청구인들은 “2014. 1.경 발생한 신용카드 회사의 개인정보 유출사고로 인하여 주민등록번호가 불법 유출되었다.”는 이유로 각 관할 지방자치단체장에게 주민등록번호를 변경해 줄 것을 신청하였으나, 현행 주민등록법령상 주민등록번호 불법 유출을 원인으로 한 주민등록번호 변경은 허용되지 않는다는 이유로 주민등록번호 변경을 거부하는 취지의 통지를 받아, 주민등록법 제7조 제3항, 제4항, 주민등록법 시행령 제7조 제4항, 제8조 제1항 및 주민등록법 시행규칙 제2조가 불법유출된 주민등록번호에 대한 주민등록번호 변경절차를 두고 있지 않은 것에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.



## 【결정요지】

1. 주민등록번호는 표준식별번호로 기능함으로써 개인정보를 통합하는 연결자로 사용되고 있어, 불법 유출 또는 오·남용될 경우 개인의 사생활뿐만 아니라 생명·신체·재산까지 침해될 소지가 크므로 이를 관리하는 국가는 이러한 사례가 발생하지 않도록 철저히 관리하여야 하고, 이러한 문제가 발생한 경우 그로 인한 피해가 최소화되도록 제도를 정비하고 보완하여야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 주민등록번호 유출 또는 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 주민등록번호 변경을 일체 허용하지 않는 것은 그 자체로 개인정보자기결정권에 대한 과도한 침해가 될 수 있다.

비록 국가가 개인정보보호법 등으로 정보보호를 위한 조치를 취하고 있더라도, 여전히 주민등록번호를 처리하거나 수집·이용할 수 있는 경우가 적지 아니하며, 이미 유출되어 발생한 피해에 대해서는 뚜렷한 해결책을 제시해주지 못하므로, 국민의 개인정보를 충분히 보호하고 있다고 보기 어렵다. 한편, 개별적인 주민등록번호 변경을 허용하더라도 변경 전 주민등록번호와의 연계 시스템을 구축하여 활용한다면 개인식별기능 및 본인 동일성 증명기능에 혼란이 발생할 가능성이 없고, 일정한 요건 하에 객관성과 공정성을 갖춘 기관의 심사를 거쳐 변경할 수 있도록 한다면 주민등록번호 변경절차를 약용하려는 시도를 차단할 수 있으며, 사회적으로 큰 혼란을 불러일으키지도 않을 것이다. 따라서 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해한다.

2. 심판대상조항의 위헌성은 주민등록번호 변경에 관하여 규정하지 아니한 부작위에 있는바, 이를 이유로 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 주민등록번호제도 자체에 관한 근거규정이 사라지게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되고, 주민등록번호 변경제도를 형성함에 있어서는 입법자가 광범위한 입법재량을 가지므로, 심판대상조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하되, 2017. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 적용하기로 한다.

### 재판관 이진성의 심판대상조항 특정에 대한 반대의견

주민등록번호 변경제도를 마련하지 아니한 부진정 입법부작위와 가장 밀접하게 연관되는 조항은 주민등록법 제7조 전체가 아닌 같은 조 제4항이고, 주민등록번호 제도나 주민등록표 제도 자체에는 다수의견이 지적하는 위헌성이 없으므로 그 근거규정이 되는 주민등록법 제7조 나머지 항들은 합헌이며, 오직 같은 조 제4항을 심판대상조항으로 삼아 헌법불합치 선언을 하여야 한다.

### 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견

주민등록번호제도는 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리하여, 주민생활의 편익을 증진시키기 위한 것인바, 개별적인 주민등록번호 변경을 인정하는 경우 주민등록번호의 개인식별기능이 약화되어 주민등록번호 제도의 입법목적 달성이 어렵게 되고, 범죄은폐, 탈세, 채무면탈 또는 신분세탁 등의 불순한 용도로 이를 악용하는 경우까지 발생할 우려가 있으며, 수많은 변경을 모두 허용하게 되면 사회적 혼란이 야기될 수도 있다. 그런데 입법자는 개인정보보호법 등의 입법을 통하여 주민등록번호의 유출이나 오·남용에 대한 사전적 예방과 사후적 제재 및 피해구제 등의 조치를 강구하고 있다. 현대사회의 행정사무는 국민의 기본권을 보장하기 위한 영역으로 확장하고 있는바, 주민등록번호제도를 통한 행정사무의 적정하고 효율적인 처리는 국민의 기본권을 보장하는 데에도 중요하다. 이러한 점들을 종합하면, 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건의 쟁점

가. 이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 심판대상을 주민등록법 제7조 전체로 삼을 것인지 아니면 주민등록법 제7조 제4항에 한정할 것인지 여부가 문제되었다. 청구인들의 주장은 주민등록번호의 변경에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 것이 헌법에 위반된다는 것으로, 부진

정 입법부작위가 위헌이라는 것인데, 청구인들의 이러한 주장과 가장 밀접하게 관련되는 조항에 대한 평가와 관련된다.

나. 다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 심판대상조항이 청구인들의 개인 정보결정권을 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다.

## 2. 심판대상조항의 특정

### 가. 법정의견

법정의견은 다음과 같이 주민등록법 제7조 전체를 심판대상조항으로 특정하였다.

『청구인들이 주장하는 것은 주민등록번호의 잘못된 이용에 대비한 ‘주민등록번호 변경’에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 것이 헌법에 위반된다는 것이므로, 이는 주민등록번호 부여제도에 대하여 입법을 하였으나 주민등록번호의 변경에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니한 부진정 입법부작위가 위헌이라는 것이므로, 청구인들의 이러한 주장과 가장 밀접하게 관련되는 조항인 주민등록법 제7조 전체를 심판대상으로 삼기로 한다.』

이 사건은 주민등록번호의 변경 제도에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 것이 헌법에 위반된다는 결론으로 귀결되었는바, 법정의견이 심판대상조항을 주민등록법 제7조 전체로 삼은 것은 개선입법이 주민등록번호 제도 자체에 대한 근본적인 고민 후에 주민등록법 제7조 전체를 검토하고 변경 제도에 대해서도 규정해야 한다는 점을 고려한 것으로 해석할 수도 있다.

### 나. 반대의견

이에 대하여 재판관 이진성은 주민등록번호 변경제도를 마련하지 아니한 부진정 입법부작위와 가장 밀접하게 연관되는 조항은 주민등록법 제7조가 아닌 같은 조 제4항이므로, 오직 같은 조 제4항을 심판대상조항으로 삼아야 한다는 의견을 제시하였는데, 그 이유는 아래와 같다.

(1) 청구인들이 입법부작위라고 주장하는 주민등록번호의 변경은 주민등록번호 제도 그 자체가 아니라 주민등록번호의 부여 방법에 관한 구체적 내용으로 보는 것이 상당하므로, 그 근거규정인 주민등록법 제7조 제4항을

심판대상조항으로 삼아야 한다. 주민등록번호의 변경은 주민등록번호를 다르게 바꾸어 새롭게 고치는 것을 의미하는 것이므로 주민등록번호가 부여된 이후에 사후적으로 발생하는 문제이기 때문이다. 주민등록법 제7조 제4항의 위임을 받아 마련된 주민등록법 시행령 제8조에서 주민등록번호가 부여된 이후 그 잘못된 기재를 바로잡는 ‘주민등록번호의 정정’을 규정하고 있는 점에 비추어도 사후적으로 주민등록번호를 고치는 제도로서 ‘주민등록번호의 변경’은 주민등록법 제7조 제4항에 의한 ‘주민등록번호의 부여 방법’의 범주 내에 있는 것으로 볼 수 있다. 주민등록번호 변경 제도를 마련하지 아니한 것이 위헌이라는 청구인들의 주장도 주민등록번호 제도의 존재를 긍정하는 데서 출발하는 것이므로 이는 주민등록번호 제도의 문제가 아니라 부여 방법에 관한 문제로 봄이 타당하다. 또한, 청구인들 중 일부는 주민등록번호가 개인정보를 포함하고 있어 개인정보자기결정권을 침해한다고 주장하면서 개인정보가 포함되지 아니한 임의의 식별번호가 필요하다고 하는바, 이는 주민등록번호의 부여 방법에 관한 문제이지 주민등록번호 제도의 위헌성에 관한 문제는 아니다. 따라서 이 사건 부진정 입법부작위와 가장 밀접하게 관련된 조항은 ‘주민등록번호의 부여 방법’에 관하여 규정하고 있는 주민등록법 제7조 제4항이라 할 것이다.

(2) 다수의견의 가장 근본적인 문제는 주민등록법 제7조 모두에 대한 헌법불합치 결정의 효력으로 주민등록번호 제도뿐만 아니라 청구인들이 심판 대상으로 청구하지도 아니한 주민등록표 제도에 관해서까지 법적 공백과 혼란이 발생할 가능성이 있다는 것이다. 다수의견은 주민등록법 제7조에 대하여 2017. 12. 31.까지 주민등록번호 변경에 관한 입법자의 개선입법이 이루어져야 하고, 개선입법 없이 기한을 초과하게 될 경우 주민등록법 제7조가 효력을 상실할 것임을 명백히 하였다. 헌법불합치 결정은 입법자에 의한 신속한 개선입법을 전제로 하는 것이고, 입법자는 개선입법의무의 이행을 제때에 성실히 수행하여야 할 의무가 있으나, 그럼에도 불구하고 입법자가 개선입법의 시한을 준수하지 않는 경우가 적지 않게 발생하고 있다. 이 사건의 경우 주민등록법 제7조는 ‘주민등록번호 제도’와 ‘주민등록표 제도’ 자체의 근거규정이기 때문에 입법자가 개선입법의 시한을 지키지 아니할 경우 헌법불합치 결정의 효력으로 주민등록번호와 주민등록표 제도의

근거가 상실되어 도저히 용인하기 어려운 법적 공백과 혼란이 발생하게 된다. 이러한 결과는 주민등록번호 변경에 관한 입법부작위만을 심리 대상으로 삼은 다수의견도 의도하지 않은 것이고, 그 부분에 한정하여 잠정적용 헌법불합치로 결정하는 취지에 정면으로 반하게 되는 결과라 할 것이다. 이와 같은 법적 공백과 혼란의 가능성은 다수의견이 주민등록번호 변경 제도와 밀접한 관련성이 없는 주민등록법 제7조의 나머지 규정까지 심판대상조항으로 함으로써 발생하게 되는 것이다.

(3) 다수의견도 주민등록번호 제도나 주민등록표 제도 자체의 위헌성을 지적하는 것은 아니므로, 그 근거규정이 되는 주민등록법 제7조 제3항을 비롯한 제1항, 제2항은 합헌이고, 주민등록번호 변경 제도를 마련하지 아니한 이 사건 부진정 입법부작위와 가장 밀접하게 연관된 조항인 주민등록법 제7조 제4항을 심판대상조항으로 삼아 헌법불합치 선언을 하여야 할 것이다.

### 3. 주민등록번호 제도 개관

#### 가. 주민등록번호 제도의 연혁<sup>1)</sup>

(1) 현행 주민등록제도는 박정희 전 대통령의 집권 초기에 처음 도입되었다.

5·16 군사쿠데타 이후 국가재건최고회의는 1962. 1. 15. 본적지 이외의 일정한 장소에 30일 이상 주소 또는 거소를 정한 자, 즉 기류자에게 신고 의무를 부여하고 1가구별 1용지의 기류부를 편제하도록 하는 내용의 ‘기류법’을 제정하였으나, 같은 해 5. 10. 법률 제1067호로 ‘주민등록법’을 제정하면서 ‘기류법’을 폐지하였다.

주민등록법은 “주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고 간이한 처리를 도모하기 위한 목적으로” 본적지를 떠났는지 여부에 관계없이 모든 국민에게 이름, 성별, 생년월일, 주소, 본적 등을 시장 또는 읍, 면장에게 등록하도록 하고, 세대의 전부 또는

1) 고문현, “주민등록제도의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제13권 제4호, 271~273쪽, 권건보, “개인정보보호와 자기정보통제권”, 경인문화사, 2005, 251~255쪽, 이장희, “주민등록번호제에 대한 헌법적 쟁점”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013 등 참조

일부가 이동할 때에도 퇴거와 전입신고를 하도록 의무화하였다.

‘주민등록증 제도’는 1968. 5. 29. 주민등록법 제1차 개정 때 도입되었는데, 당시에는 “18세 이상의 주민등록자에게 주민등록증을 발급할 수 있다.”고 규정하였을 뿐 그 발급이 강제되지는 않았다. 그러나 1970. 1. 1. 제2차 개정 때 간첩이나 불순분자를 용이하게 식별·색출하여 반공태세를 강화하고 행정상 주민등록증을 활용할 수 있도록 하여 행정능률과 주민의 편의를 도모하려는 목적으로 18세 이상의 모든 주민등록자에게 주민등록증을 발급하도록 의무화하고, 사법경찰관이 간첩의 색출, 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어 주민의 신원이나 거주관계를 확인할 필요가 있는 때에는 주민등록증의 제시를 요구할 수 있도록 하였다.

1975. 7. 25. 제3차 개정 때에는 안보태세를 강화하기 위하여 주민등록을 거주사실과 일치시키고 민방위대, 예비군 기타 국가의 인력자원을 효과적으로 관리하여 총력전 태세의 기반을 확립하기 위한 목적으로, 주민등록증 발급대상자 연령을 민방위대 및 전시인력동원대상자의 연령과 같은 17세로 낮추고, 주민등록신고를 고의로 기피하는 자 등에 대한 처벌규정을 신설하였다.

그 후 주민의 인적사항에 관한 기록을 주소지 읍·면·동·출장소에서 관리하는 개인별 주민등록표에 종합적으로 관리함으로써 인적자원의 합리적인 관리와 행정의 능률을 도모하고 주민의 주소 이전시 각종 법령에 의한 제신고의무를 주민등록법에 의한 신고로 단일화하여 주민의 편의를 도모하려는 목적에서 1977. 12. 31. 제4차 개정 때 ‘세대별 주민등록표’ 외에 ‘개인별 주민등록표’를 작성하도록 하면서 ‘개인별 주민등록표’는 주민등록번호순으로 정리하도록 하였다.

한편 1997. 12. 17. 제9차 개정 때 주민등록증을 전자주민카드로 갱신하고자 하였으나 국민의 프라이버시권 침해 우려 및 예산 문제 등으로 사업이 보류되면서 1999. 5. 24. 제10차 개정 때 전자주민카드의 발급 대신 위·변조가 어려운 소재의 새로운 주민등록증으로 갱신하였다.

위와 같이 주민등록법은 1962. 5. 10. 제정된 이래 2014. 11. 19. 법률 제 12844호로 개정될 때까지 총 24회에 걸친 개정을 거쳐 현재에 이르고 있는 바, 현행 주민등록제도는 대체로 주민에 의한 등록사항의 신고, 시장·군수·구청장의 주민등록표 작성 관리와 주민등록번호의 부여, 주민등록증의 발

급, 주민등록표의 열람 또는 등·초본의 교부 및 주민등록전산정보자료의 이용, 행정자치부장관의 주민등록사무에 대한 지도·감독 등의 내용으로 구성되어 있다.

(2) 주민등록번호는 주민등록의 대상자인 주민에 대하여 행정청이 부여하는 고유한 번호로서 주민등록제도의 일부이다.

주민등록번호는 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장이 주민등록의 대상이 되는 주민에게 부여한다. 시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 관할 구역에 주소나 거소를 가진 자료부터 주민등록사항의 신고를 받아 해당 사항을 등록하는데, 주민의 출생신고 등이 있는 경우 해당 주민의 등록기준지를 확인하여 주민등록번호를 부여하게 된다.<sup>2)</sup> 그리고 개인에 관한 기록을 종합적으로 기록·관리하는 개인별 주민등록표를 주민등록번호의 순서로 정리한다.

주민등록번호가 처음 규정된 것은 1968. 9. 16. 대통령령 제3585호로 개정된 주민등록법 시행령이었다. 1968. 5. 29. 주민등록법 제1차 개정 때 주민등록증 발급 제도가 처음으로 도입됨에 따라, 위 시행령은 시장 또는 읍·면장이 주민등록을 한 때에는 개인별로 그 등록번호를 붙이도록 하면서 그 작성에 관하여 필요한 사항은 내무부령으로 정하도록 하였고, 그 위임을 받은 주민등록법 시행규칙(내무부령 제32호)은 ‘지역표시번호’와 ‘성별표시번호’ 및 ‘개인표시번호’를 차례로 배열하여 주민등록번호를 작성하되, 개인표시번호는 주민등록의 일시순과 주민등록표에 등재된 순위에 따라 차례로 일련번호를 붙이고 성별표시번호에 연결하여 6자리의 숫자로 배열하도록 하였다. 이에 따라 당시 주민등록번호는 12자리의 숫자로 작성되었는데, 앞의 6자리 숫자는 지역을, 뒤의 6자리 숫자는 거주세대와 개인번호를 나타내는 것이었다.<sup>3)</sup>

그 후 1975. 10. 31. 내무부령 제189호로 주민등록법 시행규칙이 개정되면서 “주민등록번호는 생년월일, 성별, 지역 등을 표시할 수 있는 13자리의

2) 출생, 외국인의 귀화, 미신고자에 대한 사후신고 등이 주민등록번호의 신규발급사유가 된다.

3) 이에 따라 1968. 11. 당시 박정희 대통령 부부에게는 110101-100001과 10101-200002가 부여되었다. 한겨레신문 1992. 11. 18.자 18면

숫자로 작성한다.”고 규정함으로써 주민등록번호는 기존의 12자리에서 현재와 같은 13자리 체계로 변경되었다.

주민등록번호는 위와 같이 1968. 9. 16. 주민등록법 시행령 개정으로 도입된 이후 오랫동안 법률상 근거 없이 시행되어 오다가, 2001. 1. 26. 주민등록법 제12차 개정 때 제7조 제3항을 신설하여 “시장·군수 또는 구청장은 주민에 대하여 개인별로 고유한 등록번호(이하 ‘주민등록번호’라 한다)를 부여하여야 한다.”고 규정함으로써 비로소 그 법률상 근거가 마련되었다.

#### 나. 주민등록번호 부여 방법 및 그 정정

(1) 현행 주민등록법은 시장·군수 또는 구청장은 주민에 대하여 주민등록번호를 부여하도록 하는 한편 주민등록번호를 부여하는 방법에 관하여는 대통령령에 정하도록 규정하고 있고(제7조 제3항, 제4항), 주민등록법 시행령은 시장·군수 또는 구청장은 등록기준지를 확인하여 주민등록번호를 부여하도록 하면서 주민등록번호의 부여에 필요한 사항은 행정자치부 장관이 정하도록 규정하고 있으며(제7조 제1항, 제4항), 주민등록법 시행규칙은 주민등록번호는 생년월일·성별·지역 등을 표시할 수 있는 13자리의 숫자로 작성하도록 규정하고 있다(제2조).

이에 따라 현행 주민등록번호는 000000-XXXXXXX 식으로 표시되는데, 앞의 6자리는 생년월일을 표시하고, 뒤의 7자리 중 첫 번째는 성별<sup>4)</sup>, 두 번째부터 다섯 번째까지는 최초 주민등록번호 발급기관의 고유번호(지역), 여섯 번째는 신고순서대로 신고당일 해당 지역의 같은 성을 쓰는 사람들 중에서 몇 번째로 신고하였는지를 표시하며, 마지막 일곱 번째는 주민등록번호가 맞는지, 번호들이 정상적으로 조합되었는지 여부를 증명해 주는 오류검증번호<sup>5)</sup>이다.

4) 1800년대 출생한 남자는 9번, 여자는 0번, 1900년대 출생한 남자는 1번, 여자는 2번, 2000년대 출생한 남자는 3번, 여자는 4번의 번호를 부여받게 된다.

5) 주민등록번호의 13자리 중 맨 끝자리를 제외한 나머지 12자리를 각 숫자별로 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 2, 3, 4, 5를 각각 곱해주고 각각의 곱을 모두 더한다. 그 합을 11로 나누어 나눈 몫은 버리고 나머지만을 취하여 이 나머지를 다시 11에서 뺀다. 여기서 나온 차가 주민등록번호의 맨 끝자리와 일치하면 이 주민등록번호는 올바른 조합으로 이루어진 것이다. 이와 같은 조합체계는 이미 인터넷 등을 통하여 많은 사람들에게 알려져 있고, 이러한 조합방식을 프로그램으로 만든 ‘주민등



한편 지역번호의 경우 업무관장지역의 폐치 또는 분합이 발생할 경우 시장·군수 또는 구청장이 절차를 밟아 특별시장·광역시장 또는 도지사를 거쳐 행정자치부장관에게 지역표시번호의 조정을 요청하도록 되어 있다. 따라서 지역번호는 행정구역의 변경에 의하여 그 내용에 변화가 있을 수 있으나, 원칙적으로 이미 주민등록번호를 부여받은 자에게는 별다른 영향이 없고 다만 행정처리과정이나 변경 이후에 주민등록을 하는 자의 주민등록번호에 영향을 줄 뿐이다.<sup>6)</sup>

(2) 위와 같은 방식으로 부여된 주민등록번호는 평생 동안 변경되지 않는 것이 원칙이나, 주민등록법 시행령은, ① 주민등록법 제14조<sup>7)</sup>에 의하여 주민등록사항을 정정한 결과 주민등록번호를 정정하여야 하는 경우,<sup>8)</sup> ②

록번호 생성기가 유효되기도 하였다.

6) 2012. 7. 1. 출범한 세종특별자치시는 원래 지역번호로 '44'를 부여받았으나, 세종특별자치시에서 출생한 여아에 대하여 주민등록번호 뒷자리 숫자가 지역번호인 '44'와 여자를 뜻하는 '4'가 연결되고, 경우에 따라 읍면동 번호인 '4'가 연결되기도 하여 '4444~'로 부여되자, 지역번호를 '44'에서 '96'으로 변경하고 2012. 9. 26. 출생신고부터 위 지역번호를 적용하였다. 그런데 2012. 7. 1.부터 2012. 9. 25. 사이에 출생한 아이에 대하여는 소급 적용되지 않자, 일부 주민이 세종특별자치시 행정심판위원회에 '주민등록부여처분 취소 및 변경부여'를 청구하여 2012. 12. 14. 인용되었고, 행정안전부도 이를 수용하여 지역번호를 '44'에서 '96'으로 소급 변경하여 주민등록번호를 정정한 사안이 있었다. 충북일보 2013. 2. 18.자 기사 참조.

7) **주민등록법 제14조(가족관계등록신고 등에 따른 주민등록표의 정리)** ① 이 법에 따른 신고사항과 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고사항이 같으면 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고로써 이 법에 따른 신고를 갈음한다.

② 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장은 제1항에 따라 이 법에 따른 신고에 갈음되는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고를 받으면 주민등록표에 등재하거나 등록사항을 정정 또는 말소하여야 한다.

③ 신고대상자의 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제4조에 따른 신고지(이하 "가족관계등록 신고지"라 한다)와 주민등록지가 다를 경우에 가족관계등록 신고지의 시장·구청장 또는 읍·면장이 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고를 받아 가족관계등록부의 기록사항을 변경하면 지체 없이 그 신고사항을 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장은 이에 따라 관계 사항을 주민등록표에 등재하거나 등록사항을 정정 또는 말소하여야 한다.

④ 제1항에 따라 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 신고로써 이 법에 따른 신고에 갈음되는 신고사항은 대통령령으로 정한다.

8) 예를 들어, 생년월일을 정정하거나 성별을 전환하는 경우 '가족관계의 등록 등에 관한 법률'에 따른 정정 신고를 하게 되면, 주민등록법 제14조에 따라 주민등록사항 역시 정정하게 되고, 주민등록법 시행령 제8조 제1항에 따라 주민등록번호가 정정된다.

주민으로부터 주민등록번호 오류의 정정신청을 받은 경우, ③ 주민등록번호에 오류가 있음을 발견한 경우에는 주민등록번호를 정정하도록 규정하고 있다(제8조 제1항).<sup>9)</sup>

‘① 주민등록사항의 정정으로 인한 주민등록번호의 정정’도 당초 주민등록번호의 오류로 인한 정정이라 볼 수 있으므로, 주민등록법 시행령은 결국 주민등록번호의 오류가 있는 경우에 그 잘못된 기재를 바로 잡는 의미에서의 ‘주민등록번호 정정’만을 허용하고 있는 셈이다.

한편 ‘주민등록번호의 오류’가 있는 경우가 아님에도 불구하고 주민등록번호 정정의 특례를 규정하고 있는 법률로는 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’이 있다.

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의3은 북한이탈주민 중 정착지원시설의 소재지를 기준으로 하여 주민등록번호를 부여받은 사람은 거주지의 시장·군수·구청장 또는 특별자치도지사에게 자신의 주민등록번호 정정을 한 번 신청할 수 있도록 하여 그 특례를 인정하고 있는데, 이는 주민등록번호로 인하여 북한이탈주민의 식별이 가능한 경우에 받을 수 있는 불이익을 없애도록 1회에 한하여 정착지원시설 소재지를 기준으로 하는 기존의 주민등록번호를 현 거주지를 기준으로 정정할 수 있도록 한 것이다.<sup>10)</sup>

#### 다. 주민등록번호 유출 사고 등의 발생과 관련 법령의 정비

(1) 현행 주민등록번호는 국민 각자에게 부여되는 고유한 번호로서 서로 중복되는 경우가 없고(고유성), 일단 부여받은 다음에는 변경되는 일이 없

9) 2001년부터 2013년까지 192,969명에 대한 주민등록번호 정정이 이루어졌다고 한다(번호부여 오류 18,479명/가족관계등록부 변경 174,490명). 금창호, “주민등록번호 개선방안”, 주민등록번호 개선방안에 관한 공청회 자료(2014. 9. 29.), 안정행정부, 한국지방행정연구원 주관

10) 중국에서는 북한이탈주민이 자국 내에서 여러 문제들을 자주 일으킨다는 이유로 탈북자의 입국을 제한하고 있는데, 2007. 6.경 중국으로 신희여행을 갔던 류OO은 그 주민등록번호 중 출생신고 지역코드가 북한이탈주민의 정착지원시설 소재지가 있는 경기도 안성의 주민등록번호 ‘25’와 같아 탈북자로 오해되어 중국 공안이 호텔에서 하루 머물게 한 후 한국으로 돌려보낸 사안도 있었다. SBS, 8시 뉴스 2007년 7월 10일 방송, 이희훈, “주민등록번호에 대한 헌법적 고찰”, 사단법인 한국토지공법학회, 토지공법연구 제37집 제1호(2007. 8.) 재인용

으며(불변성), 법으로 강제 부여되고(강제성), 개인을 특정하는 데 사용되는 특성을 가진다(전속성).

이에 따라 주민등록번호는 제도 도입 초기의 주민관리용 식별기능에서 더 나아가 모든 영역에서 특정 개인을 다른 사람과 구별하고(식별기능), 본인 여부나 일정한 신분을 확인하거나 증명해 주며(인증기능), 그 속에 담긴 생년월일, 성별, 출신지역 등 정보를 통해 개인이 가진 특징을 묘사하기도 한다(묘사기능). 특히 오늘날 정부가 보유하고 있는 수많은 개인정보파일은 주민등록번호를 중심으로 구축되어 있어서 주민등록번호는 정보통신망을 통해 다양한 데이터를 서로 연결하거나 조회하거나 통합할 수 있게 하는 매개자로서의 기능을 한다(연결기능).<sup>11)</sup>

(2) 주민등록번호의 위와 같은 특성과 기능은 주민등록번호의 유용성과 필요성을 강조하는 논거가 되는 한편, 기본권 침해 주장의 논거가 되기도 한다.

주민등록번호에 대하여는 그 태생부터가 국민감시 및 통제를 위하여 도입된 제도라든지 또는 행정사무의 편의를 위하여 사람에게 대해 번호를 붙이는 것은 사람을 사물과 같이 다루는 것이어서 인간의 존엄성을 해한다든지 하는 등의 많은 사회적 비판이 그 제도 도입 당시부터 제기되었으나, 민주화의 정착과 더불어 행정의 전산화가 진전됨에 따라 주민등록번호가 전 국민을 하나의 번호체계에 따라 특정하면서 효율적으로 관리하고 국가행정작용을 수행하는 기초로서 기능하고 있다는 점 또한 부인할 수 없었다.<sup>12)</sup>

그런데 주민등록법이 주민등록번호의 수집·이용에 대한 범위나 제한을 명시적으로 규정하지 않은데다가<sup>13)</sup> 앞서 본 바와 같은 주민등록번호의 특

11) 고문현, 전게서, 273~274쪽

12) 이장희, 전게서, 9~10쪽

13) 주민등록번호의 부정 사용자 등에 대한 형사처벌 규정은 두고 있다.

**주민등록법 제37조(벌칙)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제7조제4항에 따른 주민등록번호 부여방법으로 거짓의 주민등록번호를 만들어 자기 또는 다른 사람의 재물이나 재산상의 이익을 위하여 사용한 자
2. 주민등록증을 채무이행의 확보 등의 수단으로 제공한 자 또는 그 제공을 받은 자
3. 제10조 제2항 또는 제10조의2 제2항을 위반하여 이중으로 신고한 사람
- 3의2. 주민등록 또는 주민등록증에 관하여 거짓의 사실을 신고 또는 신청한 사람

성과 기능으로 인하여 주민등록번호가 다양한 행정영역뿐만 아니라 민간영역에 있어서도 그 활용이 일상화되었고, 그에 따라 주민등록번호의 유출이나 오·남용으로 인해 언제든지 개인의 사생활이 심각하게 침해될 수 있다는 우려가 제기되었다. 그리고 실제로 주민등록번호의 대량 유출사고가 발생하고 그로 인하여 유출된 주민등록번호가 도용되면서 발생하는 피해 역시 매우 다양한 형태로 나타나게 되면서<sup>14)</sup>, 주민등록번호 제도에 대한 논란은 가속화되었다.

#### 〈 주요 개인정보 침해사고 〉<sup>15)</sup>

발생시기	발생처	사건 내용
2004. 5.	엔씨소프트	리니지2 가입자 8,500명 정보 유출
2006. 3.	국민은행	안내메일에 3만 명 고객정보를 파일 첨부 발송
2007. 9.	다음	직원 아이디 이용 해킹 통해 7,000명 개인정보 유출
2007. 9.	국민건강보험공단	약사 공인인증서 이용해 72만명 개인정보 유출
2008. 2.	옥션	해킹 통해 회원 1,081만 명 개인정보 유출

4. 거짓의 주민등록번호를 만드는 프로그램을 다른 사람에게 전달하거나 유포한 자
5. 제29조 제2항부터 제4항까지의 규정을 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 다른 사람의 주민등록표를 열람하거나 그 등본 또는 초본을 교부받은 자
6. 제30조 제5항을 위반한 자
7. 제31조 제2항 또는 제3항을 위반한 자
8. 다른 사람의 주민등록증을 부정하게 사용한 자
9. 법률에 따르지 아니하고 영리의 목적으로 다른 사람의 주민등록번호에 관한 정보를 알려주는 자
10. 다른 사람의 주민등록번호를 부정하게 사용한 자. 다만, 직계혈족·배우자·동거친족 또는 그 배우자 간에는 피해자가 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

14) 유출된 주민등록번호가 도용되면서 발생하는 피해는, 첫째, 인터넷 사이트 회원가입 후 유료콘텐츠 이용, 사이버머니 등 요금을 본인에게 전가하거나, 둘째, 신용카드 발급, 대포폰, 대포통장 개설, 위조 면허증으로 경찰수사 방해 등 범죄에 악용되고, 셋째, 인터넷상의 명예훼손, 사이버폭력 등을 유발하며, 넷째, 신원사청 또는 신원절도가 이루어진 사이트는 본인 가입이 불가능해지고 원상회복을 위한 모든 노력이 본인에게 전가되는 형태 등으로 나타난다. 한상희 외, “주민등록번호 사용현황 실태조사”, 2005년도 인권상황실태조사 연구용역최종보고서, 국가인권위원회(2005. 12.), 23쪽. 김재광, “주민등록번호의 수집 이용 현황과 법적 문제점”, 법학논총 제34권 제2호(2010. 12.), 266쪽 재인용.

15) 금창호, 전게서, 9쪽

발생시기	발생처	사건 내용
2008. 2	하나로텔레콤	회원 동의 없이 텔레마케팅업체 등에 600만 명 고객정보 유출
2008. 3.	LG텔레콤	네이버직원에게 고객정보 관리서버 접속을 허용해 370여명 고객 개인정보 유출
2008. 5	모아저축은행 등	해킹 통해 970만여건 개인정보 유출
2008. 7.	다음	업그레이드 과정에서 프로그램 오류로 개인정보 유출
2008. 8.	국민건강보험공단	직원이 개인정보 1,855건 불법 유출
2008. 8.	LG텔레콤	회원 아이디 통해 최대 1,350명 개인정보 유출
2008. 9.	GS칼텍스	회사직원이 1,100만 명 정보 유출
2008. 9.	NHN	테스트 중 회원 ID 및 이름 유출
2008. 11.	국민건강보험공단	건강보험공단 전용 ID 등 도용하여 채권추심 대상자 70만여명 개인정보 유출
2011. 11.	넥슨	이용자 1,320만 명 주민등록번호 해킹으로 유출
2014. 1.	KB국민,농협, 롯데카드	카드사 전산 구축작업 과정에서 주민등록번호 비롯한 고객정보 8,500만 건 유출

(3) 개인정보 유출사고가 빈번하게 발생하고 이로 인하여 주민등록번호 제도를 둘러싼 논란이 가속화되면서, 정부에서도 관련 법령을 정비하기에 이르렀다.<sup>16)</sup>

(가) 개인정보보호법

- 1994. 1. 7. 공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호를 위하여 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’이 제정되었다. 그러나 정보사회의 고도화와 개인정보의 경제적 가치 증대로 사회 모든 영역에 걸쳐 개인정보의 수집과 이용이 보편화되고 있는 반면, 국가사회 전반을 규율하는 개인정보 보호원칙과 개인정보 처리기준이 마련되지 못해 개인정보 보호의 사각지대가 발생할 뿐만 아니라, 개인정보의 유출·오용·남용 등 개인정보 침해 사례가 지속적으로 발생함에 따라, 공공부문과 민간부문을 망라하여 개인정보에 대한 권리를 보장

16) 이하 이장희, “개인식별수단의 헌법적 한계와 주민등록번호의 강제적 부여의 문제점 검토”, 고려법학 제69호(2013. 6.), 99~103쪽 참조

하기 위하여 2011. 3. 29. ‘개인정보보호법’을 제정하고 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’을 폐지하였다.

개인정보 보호에 관하여는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다)’ 또는 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 ‘신용정보법’이라 한다)’ 등 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 개인정보보호법이 정하는 바에 따르도록 되어 있으므로(제6조), 개인정보보호법은 개인정보 보호에 관한 일반법으로서 기능한다.

- 주민등록번호 역시 ‘고유식별정보’에 속하는 ‘개인정보’의 하나로서 개인정보보호법의 적용을 받는다. 개인정보보호법은 “개인정보처리자<sup>17)</sup>는 주민등록번호 등 법령에 따라 개인을 고유하게 구별하기 위해 부여된 고유식별정보를 원칙적으로 처리할 수 없되, 별도의 동의를 얻거나 법령에서 구체적으로 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에만 그 예외를 인정”하는 한편, 대통령령으로 정하는 개인정보처리자는 홈페이지 회원가입 등 일정한 경우 주민등록번호 외의 방법을 반드시 제공하도록 의무화<sup>18)</sup>하였다(제24조 제1항, 제2항).
- 그러나 개인정보보호법 제정 이후에도 대량의 주민등록번호 유출 및 악용이 빈번하게 발생하자, 2013. 8. 6. 개인정보보호법을 개정하면서(2014. 8. 7. 시행), 제24조의2(주민등록번호 처리의 제한)를 신설하여 i) 법령에서 구체적으로 주민등록번호의 처리를 요구하거나 허용한 경우<sup>19)</sup>, ii) 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익

17) ‘개인정보처리자’란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다. 개인정보보호법 제2조 제5호.

18) 이를 위반한 경우 3,000만 원 이하의 과태료가 부과된다. 개인정보보호법 제75조 제2항

19) 2013년도 기준 개인정보보호법의 예외가 적용되는 법령은 법률 77개, 시행령 404개, 시행규칙 389개, 시행규칙 서식 7,648개이라고 한다. 신영진, 한상국, “공공분야의 주민등록번호 수집 최소화방안에 관한 연구 : 주민등록번호 수집의 법적 근거 및 필요성에 관한 실태조사를 중심으로”, 국정관리연구 제8권 제2호(2013. 12.), 118쪽, 장여경, “개인정보보호에서 정보인권보장으로”, 개인정보유출 제발방지를 위한 입법정문회 자료(2014. 2. 19.), 안전행정위원회, 47쪽 참조  
한편 2015. 2. 기준 개인정보보호법의 예외가 적용되는 법령이 약 1,084개 정도라고도 한다. 머니투데이 2015. 2. 11.자 인터넷 뉴스 “주민번호 수집 예외법령만

을 위하여 명백히 필요하다고 인정되는 경우, iii) 이에 준하여 주민등록번호 처리가 불가피한 경우로서 안전행정부령으로 정하는 경우<sup>20)</sup>를 제외하고는 개인정보처리자의 주민등록번호 처리를 원칙적으로 금지하는 한편, 기업이 주민등록번호 등 개인정보보호를 위한 책임을 다하도록 하려는 목적으로, 주민등록번호가 분실·도난·유출·변조·훼손된 경우 개인정보처리자에게 5억 원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있도록 하고(제34조의2), 개인정보보호와 관련된 법규의 위반행위가 있다고 인정될 만한 상당한 이유가 있을 때에는 관할 수사기관에 그 내용을 고발하며, 대표자 또는 책임 있는 임원을 징계할 것을 권고할 수 있도록 하였다(제65조).

- 그 후 2014. 3. 24. 개인정보보호법을 다시 개정하면서, 주민등록번호를 보관하는 개인정보처리자는 주민등록번호가 분실·도난·유출·변조 또는 훼손되지 않도록 암호화 조치를 통하여 안전하게 보관하도록 의무화하고, 이 경우 암호화 적용 대상 및 대상별 적용 시기 등에 관하여 필요한 사항은 개인정보의 처리 규모와 유출 시 영향 등을 고려하여 대통령령으로 정하도록 하였다(제24조의2 제2항). 또한 2015. 7. 24. 다시 개인정보보호법을 개정하여, 징벌적 손해배상제 및 법정 손해배상제를 도입하여 개인정보 유출 등에 대한 피해구제를 강화하고<sup>21)</sup>(제39조 제3항, 제4항, 제39조의2<sup>22)</sup>), 부정한 수단이나 방법으로

1000여개, 정비는 뒷전” 참조.

- 20) ‘불가피성’이란 주민등록번호를 수집하지 않으면 그 해당업무의 수행이 근본적으로 불가능한 경우를 의미한다. 현재 안전행정부령으로 주민등록번호 처리가 불가피한 경우가 정해진 것은 없다.
- 21) 위 개정부분은 2016. 7. 25.부터 시행하고 법 시행 후에 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 개인정보에 관한 손해배상청구분부터 적용된다.
- 22) **개인정보보호법 제39조(손해배상책임)** ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.
  - ③ 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우로서 정보주체에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상액을 정할 수 있다. 다만, 개인정보처리자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

취득한 개인정보를 영리 또는 부정한 목적으로 제3자에게 제공한 자에게 10년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 하며, 개인정보 불법유통 등으로 인한 범죄수익은 몰수 추정할 수 있도록 하는 등 제재수준을 강화하였다(제70조, 제74조의2).

(나) 정보통신방법

- ‘정보통신방법’은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하려는 목적으로 제정되었는데(제1조), 정보통신망에서 대규모 개인정보 유출사고가 발생하거나 주민등록번호의 무분별한 수집과 이용이 빈번한 현실을 개선하기 위하여 정보통신망에 있어서 개인정보 보호의 체계를 전반적으로 강화하고자, 2012. 2. 17. 법률 제11322호로 개정하였다.
- 개정된 정보통신방법은 ‘주민등록번호’와 관련하여, 정보통신서비스 제공자<sup>23)</sup>는 i) 정보통신방법 제23조의3에 따라 본인확인기관으로 지정

④ 법원은 제3항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
3. 위반행위로 인하여 개인정보처리자가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 개인정보처리자의 재산상태
7. 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보 분실·도난·유출 후 해당 개인정보를 회수하기 위하여 노력한 정도
8. 개인정보처리자가 정보주체의 피해구제를 위하여 노력한 정도

**제39조의2(법정손해배상의 청구)** ① 제39조제1항에도 불구하고 정보주체는 개인정보처리자의 고의 또는 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우에는 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

② 법원은 제1항에 따른 청구가 있는 경우에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

③ 제39조에 따라 손해배상을 청구한 정보주체는 사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전까지 그 청구를 제1항에 따른 청구로 변경할 수 있다.

- 23) ‘정보통신서비스 제공자’란 전기통신사업법 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다. 정보통신방법 제2조 제1항 제3호



받은 경우, ii) 법령에서 이용자의 주민등록번호 수집·이용을 허용하는 경우, iii) 영업상 목적을 위하여 이용자의 주민등록번호 수집·이용이 불가피한 정보통신서비스 제공자로서 방송통신위원회가 고시하는 경우를 제외하고는 이용자의 주민등록번호를 수집·이용할 수 없도록 하고(제23조의2 제1항), 제2호 또는 제3호에 따라 주민등록번호를 수집·이용할 수 있는 경우에도 이용자의 주민등록번호를 사용하지 아니하고 본인을 확인하는 방법을 제공하도록 의무화하며(23조의2 제2항), 이를 위반하는 자에게 과태료를 부과하도록(정보통신망법 제76조 제1항 제2호) 하였다. 또한 주민등록번호를 사용한 회원가입 방법을 제공하고 있는 정보통신서비스 제공자는 제23조의2 제1항 각호에 해당하지 아니하는 이상 이 법 시행일로부터 2년 이내에 보유하고 있는 주민등록번호를 파기하여야 하고 이를 파기하지 아니할 경우 제23조의2 제1항을 위반한 것으로 본다고 규정하였다(부칙 제2조).<sup>24)</sup>

- ‘정보통신망법’은 2014. 5. 28. 다시 개정되어, 개인정보 누출 등에 대한 통지 및 신고를 지체 없이 하되, 정당한 사유 없이 24시간을 경과하지 아니하도록 그 시한을 명시하고 부득이 24시간을 경과하여 신고하는 경우에는 정당한 사유를 소명하도록 하며(제27조의3), 정보통신서비스제공자에게 개인정보를 파기할 경우 이를 복구·재생할 수 없도록 필요한 조치를 하도록 하고, 이를 위반시 처벌을 강화하며(제29조 제1항, 제73조 제1호의2), 정보통신서비스 제공자등이 관리하고 있는 자신의 개인정보가 분실·도난·누출된 경우 등에는 300만 원 이하의 범위에서 법정손해배상을 청구할 수 있도록 하는(제32조의2) 등의 내용을 추가하였다.

24) 개정법은 그 외에도, 개인정보 누출 시 이용자에게 해당 사항을 통지하고 방송통신위원회에 신고하도록 하고, 개인정보보호 관리체계 인증제도를 도입하며, 중대한 개인정보보호법규 위반행위가 있는 경우에는 방송통신위원회가 해당 정보통신서비스 제공자 등을 수사기관에 고발할 수 있도록 하는 등 개인정보보호 체계를 전반적으로 강화하는 한편, 기존 정보보호 안전진단제도를 폐지하고 기업의 정보보호를 체계적으로 관리·지원할 수 있는 정보보호 관리체계 인증제도로 일원화하고, 정보보호 사전점검 제도에 대한 법적 근거를 마련하며, 개인정보 누출의 통지·신고의무 등을 이행하지 아니한 자에 대하여 과태료를 부과하는 등의 내용을 포함하고 있다.

(다) 신용정보법

- ‘신용정보법’은 신용정보업을 건전하게 육성하고 신용정보의 효율적 이용과 체계적 관리를 도모하여 신용정보의 오용·남용으로부터 사생활의 비밀 등을 적절히 보호함으로써 건전한 신용질서의 확립에 이바지함을 목적으로 제정되었는데(제1조), ‘주민등록번호’는 특정 신용정보주체를 식별할 수 있는 정보로서 신용정보에 해당하므로, 위 법의 적용을 받는다.
- 신용정보법은 신용정보의 수집·조사 및 처리 등에 관한 사항 등을 규정하면서 신용정보주체를 보호하는 방향으로 개정되어 왔으나, 특히 최근의 개인정보 유출 사태를 계기로 신용정보의 보호를 강화할 필요성이 제기됨에 따라 신용정보 유출에 대한 사전적 예방과 사후적 제재 및 소비자의 피해구제를 강화하기 위하여 2015. 3. 11. 법률 제 13216호로 개정하면서(2015. 9. 12. 시행 예정), 신용정보집중기관에 대한 공적 통제 제고, 신용조회업의 부수업무 제한, 신용조회회사의 영리목적 겸업 및 계열회사에 대한 정보 제공 금지, 신용정보관리·보호인의 임원 지정, 신용정보 보존 기간 제한, 개인신용정보의 제공·활용에 대한 동의 절차 강화, 신용조회사실통지 및 개인신용정보 삭제 요구 제도 도입, 정보유출 시 신용정보회사 등에 대한 업무정지, 징벌적 과징금 및 징벌적 손해배상 책임, 법정손해배상책임 부과, 손해배상책임 보장을 위한 보험 가입 또는 적립금 예치, 정보유출 행위자에 대한 형벌 상향 등의 내용을 포함시켰다.

**라. 주민등록번호 제도를 둘러싼 논란 및 그에 관한 개선 논의**

(1) 위와 같이 개인정보보호법 또는 정보통신망법 등에 의하여 주민등록번호의 수집·이용에 대한 법적 제한이 마련되었음에도 불구하고, 주민등록번호 제도를 둘러싼 논란은 계속되고 있었다.

주민등록번호 제도가 사회복지제도 등 공공행정관리의 효율성을 높이고 각종 국민의 권리와 의무의 이행을 위해 적절한 수단이 된다는 점 등을 이유로 이를 옹호하는 입장이 있는가 하면, 앞서 본 바와 같은 법제의 개선에도 불구하고 주민등록번호의 수집·이용을 예외적으로 허용하는 경우가

적지 아니하고, 주민등록번호의 유출은 여전히 가능할 뿐만 아니라, 주민등록번호가 이미 광범위하게 유출된 상태에서 오·남용의 위험성은 여전히 있다고 보아 그 폐지 및 개선을 주장하는 입장이 있었다.

특히 주민등록번호 제도의 개선을 주장하는 입장에서는, 현행 주민등록번호가 개인의 생년월일이나 성별, 지역 등을 포함하는 번호로 생성된 후 강제적으로 부여되고 사후변경을 허용하지 아니하고 있는 점, 주민등록번호의 사용목적과 그 범위가 제한되지 아니한 채 남용되고 있는 점, 유출된 주민등록번호에 대한 후속 피해의 위험성 등을 주된 문제로 제기한다. 이에 따라 i) 현행 주민등록번호를 폐지하는 대신 개인의 신원확인이 필요한 분야마다 별도의 비고정식 식별번호를 부여하는 시스템으로 전환하자는 방안, ii) 주민등록번호의 조합체계를 무의미한 일련번호의 형태나 일정한 규칙 속에서 무작위의 번호를 부가하는 형태로 바꾸고, 일정 기간이 지나거나 재발급을 희망할 경우에 부여된 번호를 변경할 수 있도록 하자는 방안, iii) 현행 주민등록번호(관리번호)는 그대로 두고 행정청이 주민등록증을 발급할 때 별도의 시스템에 의하여 개인적 고유번호(상용번호)를 부여하자는 방안 등이 다양하게 제시되고 있었다.<sup>25)</sup>

## (2) 국가인권위원회의 결정

국가인권위원회는 2014. 8. 5. 주민등록번호 제도와 관련하여, “1. 국무총리에게, ‘주민등록번호를 주민등록관련 행정업무와 사법행정업무에 한정하여 사용하고 다른 공공영역에 대하여는 목적별 자기식별번호 체계를 도입할 것과 민간영역에서 주민등록번호 사용을 허용하고 있는 법령을 재정비하여 주민등록번호 사용을 최소화할 것’을, 2. 국회의장에게, ‘임의번호로 구성된 새로운 주민등록번호체계를 채택하고, 주민등록번호 변경절차를 마련하며, 주민등록번호의 목적 외 사용을 금지’하는 내용으로 주민등록법이 개정될 수 있도록 노력할 것”을 권고하였다.

국가인권위원회는 위 권고문에서, 주민등록번호는 공공영역이나 민간영역 구분 없이 축적된 개인정보에 대한 접근을 가능케 하는 만능열쇠이자

25) 2014. 8. 5.자 국가인권위원회 결정 참조

개인정보 데이터베이스 사이의 연결자 역할을 하므로, 주민등록번호가 유출되거나 오·남용될 때 프라이버시를 침해하거나 범죄에 활용될 가능성이 높아지며, 국가안보에도 혼란을 일으킬 수 있다고 보면서, 현행 주민등록번호 제도의 핵심적 문제는 평생 변하지 않는 불변성과 영역의 제한 없이 모든 영역에서 사용되는 범용성이 결합되어 나타나는 연결기능이므로 개선방안의 핵심을 주민등록번호의 연결기능을 완화시키는 것이 되어야 하는데, 정부의 대책은 민간영역에서의 주민등록번호 수집과 이용제한에 그 초점이 맞추어져 있어 미흡하다고 적시하였다.

## 마. 입법례

### (1) 미국

미국은 원칙적으로 개인식별번호를 가지고 있지 않으나, 사회보장번호(Social Security Number)가 사실상 신분번호로서 사용되고 있다. 대공황 이후 1935년에 제정된 사회보장법에 의하여 뉴딜정책의 일환으로 개인소득 파악과 조세행정 등 사회보장행정 기능을 원활하게 수행할 목적으로 처음 발급되었으나, 공공부문은 물론 민간부문에서도 사용범위가 광범위하게 확대되고 있다. 그러나 원칙적으로 사회보장번호는 당사자의 신청으로 발급되고, 신용도용을 당한 경우 등의 특별한 경우<sup>26)</sup>에는 변경을 허용한다. 한편 미국연방정보보호법은 공공기관에서의 사회보장번호의 공개를 금지하고, 연방이나 주 정부기관이 이를 요구하는 경우 제출의 필요성 여부, 요구의 법률 근거, 제공된 사회보장번호의 사용목적 및 제시 거부의 경우 처리방법 등을 미리 고지하도록 하고 있으며, 법령이 정하는 경우를 제외하고는 공공기관이 사회보장번호를 요구하는 것을 금지시키고, 이를 제공하지 않았다는 이유로 서비스 제공을 거부해서는 안 된다는 규정을 두고 있다.

26) 가족에게 부여된 연속된 번호로 인하여 문제가 야기되는 경우, 동일한 번호가 2명 이상에게 부여된 경우, 신분 도용 피해자가 같은 번호로 계속 사용함으로써 피해를 보는 경우, 학대, 생명 위협 등의 위험성이 있는 경우, 종교적 또는 문화적 이유로 인하여 특정 숫자 사용을 기피하는 경우에는 번호 변경을 허용한다.

<https://faw.ssa.gov/link/protral/34011/34019/Article/3789/Can-I-change-my-Social-Security-number> 참조

## (2) 영국

영국은 개인식별번호가 없고, 개인특성이 나타나지 않은 9자리 문자숫자 조합의 국가보험번호(National Insurance Number)가 의료 등 공적영역에서 사용되고 있으나, 미국의 사회보장번호만큼 보편적으로 사용되고 있지 않다. 국가보험번호는 대부분 16세 생일 직전, 또는 영국에 도착했을 때나 직장에 등록했을 때 의무적으로 발급된다. 임시번호가 부여되는 경우 이외에는 번호를 변경할 수 없다.

## (3) 독일

독일은 개인식별번호를 두고 있지 아니하나, 1986. 4. 1. 제정된 신분증법에 따라 모든 독일 거주민은 16세가 되면 의무적으로 신분증을 신청해야 한다. 2010년에는 전자신분증 제도가 도입되었는데, 신분증에는 고유번호가 있으나 10년마다 새로운 신분증이 발급되고 이 때 고유번호도 새로이 부여되며, 신분증 번호에는 인적사항이나 기타 사항을 암시하는 내용을 담을 수 없도록 하고, 공공부문은 물론 민간부문에서도 데이터베이스로부터 개인정보를 추출하거나 데이터베이스의 연결을 가능하게 하는데 신분증 번호의 사용을 금지하고 있다. 독일은 위와 같은 신분증 외에도 각 정부기관이 자신의 고유한 업무를 수행하기 위하여 각종의 카드를 발급하고 각 카드마다 별도의 번호를 부여하고 있지만, 이는 각각 고유한 목적을 위해서 해당 영역에만 사용될 뿐이다.

## (4) 오스트리아

오스트리아는 10자리 숫자로 된 사회보장번호가 있는데, 의료보험, 세금, 교육, 기타 행정목적 등 그 사용이 법에 의해 엄격히 제한된다. 앞의 6자리는 생년월일을 나타내며, 뒤의 숫자 4자리는 일련번호 3자리, 체크번호 1자리로 구성되어 있어 프라이버시 민감정보로 간주되어 일반적인 개인식별자로서 역할을 수행하지 못한다.

일반적인 개인식별자 역할을 하는 것으로는 원 개인식별번호와 부문별 개인식별번호가 있는데, 원 개인식별번호는 모든 국민에게 부여되는 유일한 식별번호로서 중앙주민등록청이 가지고 있고, 개별 정부부문은 원 개인

식별번호에서 암호화되어 특정의 문자/숫자 조합으로 구성된 부문별 개인 식별번호를 부여받게 된다. 각 부문별 개인식별번호는 서로 다르고, 부문별 개인식별번호로 원 개인식별번호를 계산하거나 다른 부문의 개인식별번호를 알 수 없도록 되어 있다.

#### (5) 네덜란드

네덜란드는 조세·연금 등 한정된 범위에서 사용되던 기존 사회보장번호를 대체하고, 공공기관 간 정보보유 확대 등 활용성 제고를 위해 2007. 11. 부터 시민서비스번호(Burger Service Number)를 전격 도입하여 기존 사회보장번호(Social Fiscal Number)를 대체하고 있다. 시민서비스번호는 기존 사회보장번호와 같이 9자리 숫자 조합으로 구성되는데, 번호의 조합에는 신분을 드러낼 수 있는 특정 정보가 없으나, 동일지역 출생 형제·자매의 경우 첫 4자리 숫자가 동일하다.

시민서비스번호는 조세·복지 등 공공업무 외, 취업·은행계좌 개설·병원 이용·수당 신청 등 일상생활 전분야로 활용범위가 점차 확대되는 추세이다. 한편 개인정보보호법(Personal Data Protection Act)에 의거, 공공기관이 시민서비스번호를 통해 접근할 수 있는 정보의 범위가 엄격히 제한되고 있으며, 개인사업자 등이 시민서비스번호를 취급할 경우 사전 허가된 사람만 접근할 수 있도록 철저한 보안시스템의 설치를 의무화하고 있다.

#### (6) 스웨덴

스웨덴에서는 우리 주민등록번호 제도와 유사한 개인식별번호 제도를 운영하고 있다. 이 제도는 사회보장 등 국민의 편의성과 생활 안정 등 사회보장 서비스 전달의 효율성을 위하여 개인식별번호 제도로써 도입된 것이다. 스웨덴에서는 출생신고와 동시에 10자리 숫자로 구성된 개인식별번호가 부여되는데, 이 번호는 생년월일이 포함되어 있으므로 연령을 확인할 수 있고 성별의 구분도 가능하게 되어 있다. 위 번호는 국가에서 제공하는 의료 교육 등 각종 복지혜택을 비롯하여 은행계좌 개설 신용카드 발급 등 금융서비스에도 광범위하게 활용되고 있다.

1998년 개인정보법을 대폭 개정하여 국가등록 개인정보의 범위 및 용도

를 엄격히 제한하고, 필요시 개인의 명시적 동의를 받도록 명문화해 개인정보의 무분별한 유출을 방지하고 있다. 1998년 제정된 스웨덴의 개인정보보호법은 22조에서 처리 목적, 신원보안의 중요성, 기타 중요한 사유가 명확한 경우를 제외하고는 본인의 동의 없이 개인식별번호를 사용할 수 없도록 하고, 제50조에서는 정부 또는 정부가 지명한 기관으로 하여금 개인식별번호를 사용할 수 있는 범위를 특정하도록 하는 등 개인식별번호의 사용을 엄격하게 제한하고 있다.

#### (7) 이탈리아

이탈리아는 원칙적으로 개인식별번호를 가지고 있지 않으나, 이와 유사한 세무번호가 존재한다. 세무번호는 정부의 조세행정 효율화를 도모하기 위하여 1973년 도입되었는데, 출생시 모든 국민에게 일괄적으로 부여된다. 오늘날 세무번호는 사실상 개인식별번호로서 기능을 하고 있고 일상생활에서 널리 활용되어 있는바, 1966년부터 개인정보처리보호법을 제정하여 기업이나 회사가 취득한 일반 개인의 세무번호를 무단공개하거나 사용하지 못하도록 하고 있다. 세무번호는 16자리의 알파벳 및 숫자의 조합으로 구성되어 있는데, 성과 이름에서 각 알파벳 3개로 6자리, 출생연도(2자리), 출생월(1자리), 출생일(2자리)로 5자리, 알파벳 1자리와 3자리 숫자로 출생도시코드, 알파벳 1자리의 자체 통제코드 등으로 되어 있다.

#### (8) 일본

일본은 1999년에 주민기본대장법을 개정하여 주민표 코드를 모든 주민에게 부여할 수 있는 근거를 마련하고 2002. 8. 5.부터 이를 시행하고 있다. 주민표 코드는 태어날 때부터 의무적으로 발급되지만, 무작위의 10자리 숫자와 1자리 검사숫자로 조합된 번호로서 주민의 신청에 의하여 언제나 변경될 수 있다. 또한 정보를 제공하는 행정기관의 범위와 이용목적에 제한하는 동시에 영업을 위하여 제3자의 주민표 코드를 요구하지 못하도록 민간이용범위를 제한하고 있다.

한편 일본은 시민단체의 반대에도 불구하고 2016년부터 ‘공동번호(My Number System)’라는 새로운 제도를 시행할 예정인데, 이는 기존의 주민

표 코드에 비해 민간영역 등 훨씬 광범위한 사회영역에서 범용 식별번호로 사용될 예정이다. 공통번호 역시 주민표 코드와 마찬가지로 태어날 때부터 의무적으로 발급되며, 일반적으로 변경할 수 없지만, 번호가 유출되어 부정하게 사용될 가능성이 있는 경우에는 변경할 수 있다<sup>27)</sup>.

### (9) 기타

포르투갈은 헌법 제35조 제3항에서 “모든 국민에게 단 하나의 고유번호를 할당하는 행위를 금한다”<sup>28)</sup>고 규정하고 있다. 헝가리는 과거 개인식별 코드라는 보편적 식별자가 있었으나, 1991년 헌법재판소가 보편적 식별자는 위헌이라고 결정함에 따라 보편식별자를 금지하고, 사회보장식별코드, 조세식별코드, 개인식별자 등을 두어 각 영역별 식별시스템을 작동하고 있다. 이 중 개인식별자는 모든 국민에게 출생시 의무적으로 부여되고 같은 번호가 오류로 발급되었다는 등의 예외적인 경우를 제외하고는 변경할 수 없으며, 민간에서는 개인식별자를 수집할 수 없도록 하고 있다.

#### 27) 행정절차에서 특정 개인을 식별하기 위한 번호의 이용 등에 관한 법률(일본)

**제7조(지정 및 통지)** ① 시정촌장(특별구의 구장을 포함한다. 이하 같다)은 주민기본대장법 제30조의3 제2항의 규정에 의하여 주민표에 주민표 코드를 기재한 때는, 정령으로 정하는 바에 따라 신속하게 다음 조 제2항의 규정에 의한 기구로부터 통지받은 개인번호로 하여야 하는 번호를 그 자의 개인번호로 지정하고, 그 자에 대하여 당해 개인번호를 통지 카드(성명, 주소, 생년월일, 성별, 개인번호 기타 총무성령으로 정하는 사항이 기재된 카드를 말한다. 이하 같다)에 의하여 통지하여야 한다.

② 시정촌장은 당해 시정촌(특별구를 포함한다. 이하 같다)이 구비하고 있는 주민기본대장에 기재되어 있는 자의 개인번호가 유출되어 부정하게 사용될 우려가 있다고 인정될 때는, 정령으로 정하는 바에 따라 그 자의 청구 또는 직권에 의하여 그 자의 종전 개인번호에 갈음하여 다음 조 제2항의 규정에 의하여 기구로부터 통지받은 개인번호로 하여야 할 번호를 그 자의 개인번호로 지정하고, 신속하게 그 자에 대하여 당해 개인번호를 통지 카드에 의하여 통지하여야 한다.

#### **제8조(개인번호로 하여야 할 번호의 생성)**

② 기구는 전항의 규정에 의하여 시정촌장으로부터 개인번호로 하여야 할 번호의 생성을 요구받은 때는, 정령으로 정하는 바에 따라 다음 항의 규정에 의하여 설치된 전자정보처리조직을 사용하여 다음에 열거하는 요건에 해당하는 번호를 생성하고, 신속하게 당해 시정촌장에 대하여 통지하는 것으로 한다.

1. 다른 누군가의 개인번호(전조 제2항의 종전의 개인번호를 포함한다)와 다를 것.
2. 전항의 주민표 코드를 변환하여 얻어진 것일 것.
3. 전항의 주민표 코드를 복원할 수 있는 규칙성을 구비하는 것이 아닐 것.

28) Citizens shall not be given an all-purpose national identity number.



## 4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### 가. 판단

#### (1) 법정의견

법정의견은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해한다고 판단하였다.

(가) 주민등록제도는 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여, 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하기 위한 목적으로 만들어진 것이다(주민등록법 제1조). 그리고 주민등록번호제도는 이러한 주민등록제도의 일부로서, 주민등록 대상자인 주민에게 주민등록번호를 부여하여 주민등록자의 동태를 파악할 수 있도록 함으로써, 오늘날 국가나 지방자치단체로 하여금 국방, 치안, 조세, 사회복지 등의 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 한다.

심판대상조항이 모든 주민에게 고유한 주민등록번호를 부여하면서 이를 변경할 수 없도록 한 것은 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리하기 위한 것으로서, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.

(나) 그러나 한편, 주민등록번호는 단순한 개인식별번호에서 더 나아가 표준식별번호로 기능함으로써, 개인에 관한 정보가 주민등록번호를 사용하여 구축되고 그 번호를 통해 또 다른 개인정보와 연결되어 결과적으로 개인정보를 통합하는 연결자(key data)로 사용되고 있다. 이러한 점은 개인에 대한 통합관리의 위험성을 높이고, 중국적으로는 개인을 인격체로서가 아니라 모든 영역에서 국가의 관리대상으로 전락시킬 위험성이 있으므로 주민등록번호의 관리나 이용에 대한 제한의 필요성이 크다. 특히 현재의 주민등록번호는 목적별로 식별번호를 구분하여 사용하지 않고 모든 영역에 걸쳐 통합 사용되고 있는바, 공공부문에서 행정사무처리의 효율성을 높이는 기능을 하는 이외에 민간부문에서도 각종 상거래 등에 광범위하게 사용되는 등 국민의 사회경제생활에 필수적인 도구가 되었기 때문에, 이를 관리하는 국가는 주민등록번호가 유출되거나 악용되는 사례가 발생하지 않도록 철저히 관리하여야 하며, 그럼에도 불구하고 문제가 발생하는 경우 그로 인한 피해

가 최소화되도록 제도를 정비하고 보완하여야 할 의무가 있다.

더욱이 오늘날 현대사회는 인터넷의 발달과 전산화의 실시로 인해 개인의 인적사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있게 되었다. 이러한 사회적 상황에서 개인정보를 통합하는 연결자 기능을 하는 주민등록번호가 불법 유출 또는 오·남용되는 경우 개인의 사생활뿐만 아니라 생명·신체·재산까지 침해될 소지가 크고, 실제 유출된 주민등록번호가 다른 개인정보와 연계되어 각종 광고 마케팅에 이용되고 사기, 보이스피싱 등의 범죄에 악용되는 등 해악이 현실화되고 있음은 신문이나 방송을 통하여 쉽게 목도할 수 있다.

이러한 현실에서 주민등록번호 유출 또는 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 주민등록번호 변경을 일률적으로 허용하지 않는 것은 그 자체로 개인정보자기결정권에 대한 과도한 침해가 될 수 있다. 비록 국가가 개인정보보호법이나 정보통신망법 등의 입법을 통하여 주민등록번호 처리와 수집·이용을 제한하고, 주민등록번호의 유출이나 오·남용을 예방하는 조치를 취하고 있다고는 하나, 여전히 법령 등에 의하여 주민등록번호를 처리하거나 수집·이용할 수 있는 경우가 적지 아니할 뿐만 아니라, 이미 주민등록번호가 유출되어 발생되었거나 발생될 수 있는 피해 등에 대해서는 뚜렷한 해결책을 제시하지 못하고 있으며, 위와 같은 입법조치 이전에 이미 주민등록번호가 유출된 경우도 상당수 존재하므로, 위와 같은 조치만으로는 국민의 개인정보자기결정권에 대한 충분한 보호가 된다고 보기 어렵다.

한편 개별적인 주민등록번호 변경을 허용할 경우 주민등록번호의 개인 식별기능과 본인 동일성 증명기능이 약화되어 주민등록제도의 목적 달성이 어렵게 되고, 범죄은폐 또는 신분 세탁 등의 불순한 용도로 이를 악용하려는 경우가 생길 수 있으며, 이미 수많은 주민등록번호가 유출되어 있는 상황에서 주민등록번호의 변경을 모두 허용하게 되면 사회적 혼란이 야기될 수 있다는 점 등의 우려가 제기될 수 있다. 그러나 주민등록번호가 변경된다고 하더라도 변경 전 주민등록번호와의 연계 시스템을 구축하여 활용한다면 본인확인이 가능할 것이고, 이러한 점은 공인인증서(NPKI)나 전자관

인(GPKI)이 1년 내지 2년마다 갱신되어야 하지만, 개인식별기능에 별다른 문제가 발생한 바가 없다는 점에 의해서도 충분히 증명된다. 또한 주민등록번호를 무분별하게 변경할 수 있도록 허용하는 것이 아니라, 예컨대 생명·신체에 대한 위해를 입거나 입을 우려가 있는 경우 등과 같이 입법자가 정하는 일정한 요건을 구비한 경우에 객관성과 공정성을 갖춘 행정기관 또는 사법기관의 심사를 거쳐 변경을 할 수 있도록 허용한다면, 범죄오피세 또는 신분 세탁 등의 불순한 용도로 주민등록번호 변경절차를 악용하려는 경우를 차단할 수 있으며, 사회적으로 큰 혼란을 불러일으키지도 않을 것이다. 2010년 전후로 한해 평균 16만 1천여 명이 개명을 신청하고, 그 인용률은 94.1%에 이르지만, 이로 인해 사회적인 혼란이 일어나지는 않았다.

이러한 사정들을 종합하여 보면, 심판대상조항이 모든 주민에게 고유한 주민등록번호를 부여하면서 주민등록번호 유출이나 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 일률적으로 이를 변경할 수 없도록 한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

(다) 심판대상조항에서 주민등록번호 변경을 허용하지 않음으로써 얻어지는 행정사무의 신속하고 효율적인 처리를 통한 공익이 중요하다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 주민등록번호의 유출이나 오·남용으로 인하여 발생할 수 있는 피해 등에 대한 아무런 고려 없이 일률적으로 주민등록번호를 변경할 수 없도록 함으로써 침해되는 주민등록번호 소지자의 개인정보 자기결정권에 관한 사익은 심판대상조항에 의하여 달성되는 구체적 공익에 비하여 결코 적지 않다고 할 것이므로, 심판대상조항은 법익의 균형성도 충족하지 못하였다.

## (2) 반대의견

한편, 재판관 2인은 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

(가) 주민등록법이 주민등록번호 제도를 둔 것은 주민등록 대상자인 주민을 고유하게 구별하여 파악할 수 있도록 함으로써 국가나 지방자치단체로 하여금 국방, 치안, 조세, 교육, 사회복지 등의 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 하기 위한 것으로, 궁극적으로는 주민생활의

편익을 증진시키기 위한 목적이라 볼 수 있다.

다수의견은 이러한 심판대상조항의 입법목적의 정당성이나 수단의 적절성은 인정하면서도 심판대상조항이 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 아니한 것이 침해최소성 및 법익균형성 원칙에 위반된다고 한다.

현행 주민등록번호가 공공부문과 민간부문에 걸쳐 다양한 용도로 활용되면서 개인에 대한 여러 가지 정보가 주민등록번호를 사용하여 구축되고 그 번호를 통해 또 다른 개인정보와 연결되어 개인정보를 통합하는 ‘연결자’로 사용되고 있으므로 그 보호의 필요성이 크다는 점에는 다수의견과 견해를 같이 하나, 그렇다고 하여 그것이 개인의 주민등록번호 변경신청권을 반드시 보장하여야 한다는 결론에 이르는 것은 아니다.

(나) 우선 주민등록번호는 개인마다 하나의 고유한 번호가 부여되기 때문에 표준적·통일적 개인식별번호로서의 기능을 갖게 되는데, 그 번호가 고정되는 경우에는 위와 같은 기능을 확실하게 담보할 수 있게 되는데 반해, 주민등록번호의 개별적인 변경을 인정하는 경우에는 주민등록번호의 개인식별기능이 약화되어 주민등록번호 제도의 입법목적 달성이 어렵게 된다.

실제로 우리나라는 1968년 주민등록번호 제도를 도입한 이래 주민등록번호 변경을 허용하지 아니하고 고정된 주민등록번호만을 부여해 옴으로써 국민들의 신원을 보다 용이하게 확인할 수 있어 범죄의 예방이나 범인 검거 등에 있어 상당한 효과를 거두었음은 부인할 수 없고, 최근에는 주민들에게 신속하고 안정적인 각종 행정서비스·사회복지 등을 지속적으로 제공하는 데에도 중요한 기능을 수행하고 있다. 또한 우리나라는 분단국가로서 아직도 체제대립이 상존하고 있는 실정이므로, 그러한 사정에 있지 아니한 다른 나라들에 비하여 국가안보차원에서 국민의 정확한 신원확인 필요성이 크다는 점도 고려하지 않을 수 없다.

그런데 만일 개별적인 주민등록번호 변경을 허용하게 되면 범죄은폐, 탈세, 채무면탈 또는 신분세탁 등의 불순한 용도로 이를 악용하는 경우까지 발생할 우려가 있고, 주민등록번호 변경에 따른 각종 기록의 정정·변경 등 막대한 사회적 비용이 발생할 뿐만 아니라, 이미 수많은 주민등록번호가 유출되어 있는 상황에서 이러한 주민등록번호의 변경을 모두 허용하게 되면 사회적 혼란이 야기될 수도 있으며, 변경을 허용한다고 하더라도 불법

유출 문제의 반복적 발생 가능성을 배제할 수 없는 상황에서 그 때마다 변경을 허용할 것인지도 문제이다.

다수의견은 주민등록번호 변경 신청시 객관성과 공정성을 갖춘 행정기관 또는 사법기관의 심사를 거치도록 한다면 불순한 용도로 변경절차를 악용하려는 경우를 차단할 수 있다고 하나, 변경의 요건을 형식적으로 구비하여 변경신청을 하는 경우 그 내심의 의사를 살펴 제도를 악용하려는 경우를 밝혀내는 것이 현실적으로 용이한 일이 아니며, 주민등록번호 변경 제도를 오·남용함으로써 주민등록번호가 갖는 개인식별기능을 유명무실하게 만들 가능성만 높아진다. 다수의견은 ‘개명’의 예를 들어 사회적 혼란의 우려가 없다고 한다. 그러나 성명은 개인이 선택하여 가지는 것이므로 그 변경(개명)이 가능할 것이나, 주민등록번호는 일정한 행정목적을 위하여 행정청이 부여하는 고유한 번호이므로 그 성질이 다르다(학번, 군번, 예금계좌번호, 여권번호, 운전면허번호, 의료보험번호는 물론 각종 지명, 주소 등의 경우도 마찬가지다).

또한 주민등록번호로 인한 기본권 침해가 구체적으로 문제되는 것은 주민등록번호를 매개로 개인정보가 축적되고 그것이 유출 또는 오·남용되는 경우라 할 것인데, 이는 주민등록번호 자체의 문제라기보다는 전반적인 개인정보 보호의 문제라고도 할 수 있다.

그런데 입법자는 개인에게 주민등록번호 변경신청권을 인정하지 않는 대신, 법률에 따르지 아니하고 영리의 목적으로 다른 사람의 주민등록번호에 관한 정보를 알려주는 자 또는 다른 사람의 주민등록번호를 부정하게 사용한 자를 형사처벌하고(주민등록법 제37조 제9호, 제10호), 개인정보처리자 또는 정보통신사업 제공자 등의 주민등록번호 수집·이용을 관련 법령이 정한 사유의 경우 등에만 예외적으로 허용함으로써 주민등록번호의 수집·이용을 제한하며(개인정보보호법 제24조의2 제1항, 정보통신망법 제23조의2 제1항), 주민등록번호 수집·이용이 허용되는 경우라도 주민등록번호의 대체수단을 제공하도록 의무화하고(개인정보보호법 제24조의2 제2항, 정보통신망법 제23조의2 제2항), 이를 위반하는 경우 과태료를 부과하며(개인정보보호법 제75조 제2항 제4의2호, 제5호, 정보통신망법 제76조 제1항 제2호), 주민등록번호가 분실·도난·유출·변조·훼손된 경우 개인정보처리자

에게 5억 원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있도록 하고(개인정보보호법 제34조의2), 개인정보 유출 등에 대한 피해구제를 강화하고자 징벌적 손해배상 및 법정 손해배상 제도를 도입하는 등(개인정보보호법 제39조, 제39조의2) 여러 입법을 통하여 주민등록번호의 유출이나 오·남용에 대한 사전적 예방과 사후적 제재 및 피해 구제 등의 조치를 강구하고 있기도 하다.

이러한 점들을 종합적으로 고려할 때, 심판대상조항이 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 아니한 것이 침해최소성의 원칙에 반한다고 보기는 어렵다.

(다) 주민등록번호 제도가 처음 도입될 당시에는 사회복지 등의 행정서비스 차원보다는 국가의 관리나 통제를 위한 것이 주된 목적이었던 것은 틀림없으나, 현대사회에서의 행정사무는 과거와 같이 국방, 치안, 조세 등의 영역에만 머무는 것이 아니라 참정권 행사, 교육받을 권리, 의료보험, 사회보장 분야 등 국민의 기본권을 보장하기 위한 다양한 영역까지 확장하고 있는바, 이러한 행정사무를 적정하고 효율적으로 처리하는 것은 국민의 기본권을 보장하고 신장시키는 데에도 중요하다.

한편, 심판대상조항이 주민등록번호 변경을 인정하지 않고 있다는 점 자체만으로 국민에게 발생하는 현실적인 불이익이 크다고 보기는 어렵고, 청구인들이 주장하는 주민등록번호 불법 유출 등의 경우에도 그로 인한 현실적인 피해가 항상 발생하는 것은 아니며, 현실적인 피해가 발생하는 경우라도 민·형사상 절차 등을 통한 사후적 피해 구제 등의 조치가 가능하다.

따라서 심판대상조항이 국가나 지방자치단체로 하여금 국방, 치안, 조세, 사회복지 등의 행정사무를 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 주민등록의 대상자인 주민에게 주민등록번호 변경을 허가하지 아니함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 그로 인한 정보주체의 불이익에 비하여 결코 더 작다고 보기는 어려울 것이므로, 법익균형성의 원칙에도 반하지 않는다.

(라) 그러므로 심판대상조항이 주민등록번호 변경에 관한 규정을 두고 있지 않은 것이 과잉금지원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해한다고 볼 수 없다.

(마) 요컨대 주민등록번호 변경 허용 여부는 위헌 판단의 문제가 아니라, 주민등록번호 제도의 취지, 목적 및 그 변경을 허용하는 경우와 허용하지

아니하는 경우에 각각 발생할 수 있는 피해, 혼란의 정도와 사회적 비용 등 다양한 현상을 종합적으로 검토하여 사회적 합의에 따라 입법정책적으로 결정해야 할 문제인 것이다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 주민등록번호 제도에 관하여 판단한 최초의 헌법재판소 결정이다. 그간 주민등록번호 제도를 둘러싼 논란이 지속적으로 전개되어 왔고, 주민등록번호의 대량 유출사고가 발생하면서 그 논란은 가속화되었다. 이 사건 결정은 주민등록번호의 변경을 허용하여 주민등록번호를 통한 개인정보의 연결을 단절시켜야 할 필요가 있는 경우에도 그 변경에 관하여 규정하지 아니한 채 일률적으로 주민등록번호를 부여하는 제도는 헌법에 합치되지 아니함을 명백히 선언하였다. 이 결정을 통해 헌법재판소가 개인정보의 보호를 위한 자신의 사회적 책무를 일정 부분 수행했다고도 볼 수 있다.

나. 입법자는 잠정적용의 종기로 정한 2017. 12. 31.이 되기 전인 2016. 5. 29. 법률 제14191호로 주민등록법을 개정하여 주민등록번호의 변경에 관하여 규정하였고, 2017. 5. 30. 시행을 앞두고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

주민등록법(2016. 5. 29. 법률 제14191호로 개정된 것)

제7조의4(주민등록번호의 변경) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 대통령령으로 정하는 바에 따라 이를 입증할 수 있는 자료를 갖추어 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 주민등록번호의 변경을 신청할 수 있다.

1. 유출된 주민등록번호로 인하여 생명·신체에 위해(危害)를 입거나 입을 우려가 있다고 인정되는 사람
2. 유출된 주민등록번호로 인하여 재산에 피해를 입거나 입을 우려가 있다고 인정되는 사람
3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 유출된 주민등록번호

로 인하여 피해를 입거나 입을 우려가 있다고 인정되는 사람

가. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제6호에 따른 피해아동·청소년

나. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 성폭력피해자

다. 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제2조 제1항 제4호에 따른 성매매피해자

라. 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제5호에 따른 피해자

4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람

② 제1항 및 제4항에 따른 신청 또는 이의신청을 받은 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장은 제7조의5에 따른 주민등록번호변경위원회에 주민등록번호 변경 여부에 관한 결정을 청구하여야 한다.

③ 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장은 제7조의5에 따른 주민등록번호변경위원회로부터 주민등록번호의 변경 결정을 통보받은 경우에는 제1항에 따른 신청인의 주민등록번호를 지체 없이 변경하고 이를 신청인에게 통지하여야 한다.

④ 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장은 제7조의5에 따른 주민등록번호변경위원회로부터 주민등록번호의 변경 결정 이외의 결정을 통보받은 경우에는 그 사실과 사유를 그 신청인에게 통지하여야 하며, 이의가 있는 신청인은 그 통지를 받은 날부터 30일 이내에 그 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 이의신청을 할 수 있다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 주민등록번호의 변경 신청, 변경 결정 청구, 변경 통보, 이의신청 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제7조의5(주민등록번호변경위원회) ① 주민등록번호의 변경에 관한 사항을 심사·의결하기 위하여 행정자치부에 주민등록번호변경위원회(이하 “변경위원회”라 한다)를 둔다.

② 변경위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

③ 변경위원회는 제7조의4제2항에 따른 청구를 받은 날부터 6개월 이내



에 심사·의결을 완료하고 그 결과(변경 결정 이외의 결정을 한 경우에는 그 사유를 포함한다)를 해당 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 통보하여야 한다. 다만, 이 기간 안에 심사·의결을 완료하기 어려운 경우에 변경위원회는 그 의결로 3개월의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.

④ 변경위원회는 제7조의4 제2항에 따른 청구를 심사한 결과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 청구를 받아들이지 아니하는 결정 등을 할 수 있다.

1. 범죄경력을 은폐하거나 법령상의 의무를 회피할 목적이 있는 경우
2. 수사나 재판을 방해할 목적이 있는 경우
3. 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우

⑤ 변경위원회는 위원장 1명을 포함하여 11명 이내의 위원으로 구성하며, 그 중 1명은 상임위원으로 한다.

⑥ 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 행정자치부장관이 임명하거나 위촉한다. 이 경우 공무원이 아닌 위원의 수는 위원장과 상임위원을 포함한 위원 수의 2분의 1 이상이어야 한다.

1. 행정자치부 및 관계 행정기관(「개인정보 보호법」 제7조에 따른 개인정보 보호위원회를 포함한다) 소속 공무원
2. 판사, 검사, 변호사 또는 의사의 직에 5년 이상 재직한 사람
3. 금융 관련 업무에 5년 이상 종사한 사람
4. 개인정보 보호 업무 또는 주민등록 업무에 관하여 전문적 학식과 경험이 풍부한 사람

⑦ 위원장은 위원 중에서 공무원이 아닌 사람으로 행정자치부장관이 위촉한다.

⑧ 위원장과 위원의 임기는 2년으로 하되, 한 차례만 연임할 수 있다. 다만, 제6항제1호에 따라 임명된 공무원인 위원은 그 직에 재직하는 동안 재임한다.

⑨ 변경위원회는 심사를 위하여 필요하다고 인정하면 다음 각 호의 행위를 의결할 수 있다.

1. 전과조회, 신용정보조회 등 대통령령으로 정하는 방법으로 행하는 사

실조사

2. 신청인 또는 관계 공무원 등의 출석 요구

3. 신청인 또는 관계 기관 등에 대한 자료의 제출 요구

⑩ 변경위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의(開議)하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

⑪ 변경위원회의 사무를 지원하기 위하여 변경위원회에 사무국을 둔다.

⑫ 변경위원회와 제11항에 따른 사무국의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

다. 한편, 주민등록번호의 변경을 허용하지 않고 있는 부분에 대한 논의는 근본적으로 고유 불변의 주민등록번호 제도 자체에 대한 논의와 연결되어 있다. 또한, 이 결정에 의하여 주민등록번호의 변경을 허용하게 된다고 하더라도 변경의 요건이나 인정 주체 등에 관하여는 광범위한 선택의 여지가 있고, 이에 관한 논의는 주민등록번호 제도 자체에 대한 근본적인 논의와 함께 그 자체로 또 다른 개인정보자기결정권의 침해 문제를 불러올 수 있다.

그러나 이 결정은 주민등록번호 부여체계의 위헌성이라던가 주민등록번호 변경의 요건 등에 관하여는 특별한 언급을 하지 아니하였는바, 이는 위 사항들이 주민등록번호 제도의 취지, 목적 및 그 변경을 허용하는 경우 발생할 수 있는 피해, 혼란의 정도와 사회적 비용 등 다양한 점을 종합적으로 검토하여 사회적 합의에 따라 입법정책적으로 결정할 사항이라는 고려하여 입법자의 입법형성권을 존중한 것이라고 할 것이다.

## 정치자금법 제45조 제1항 등 위헌소원

- 정당에 대한 후원을 금지한 정치자금법 규정의 위헌 여부 -  
(헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2 하, 511)

서 인 선\*

### 【판시사항】

1. 심판대상을 개정된 신법 조항으로 확장한 사례
2. 정당에 대한 후원을 금지하고 위반시 형사처벌하는 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분이 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)
3. 법적 공백이나 혼란을 방지하기 위해 헌법불합치결정을 하면서 잠정 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제90975호로 개정되기 전의 것) 제6조(이하 ‘구 정치자금법 제6조’라 한다), 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조(이하 ‘개정 정치자금법 제6조’라 한다) 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 하고, 위 조항들을 총칭하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률

\* 부산지방검찰청검사, 전 헌법연구관

제9975호로 개정되기 전의 것)

제6조 (후원회지정권자) 다음 각 호에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 삭제

2. 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함한다)

2의2. 대통령선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “대통령후보자등”이라 한다)

3. 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “대통령선거경선후보자”라 한다)

4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “국회의원후보자등”이라 한다). 다만, 후원회를 둔 국회의원의 경우에는 그러하지 아니하다.

5. 중앙당의 대표자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “당대표경선후보자”라 한다)

6. 특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자(이하 “시·도지사후보자”라 한다)  
정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것)

제45조 (정치자금부정수수죄) ① 이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 그 밖에 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 정치자금을 기부하거나 기부받은 자의 관계가 「민법」 제777조(친족의 범위)의 규정에 의한 친족인 경우에는 그러하지 아니하다.

정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것)

제6조 (후원회지정권자) 다음 각 호에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 삭제

2. 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함한다)

2의2. 대통령선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “대통령후보자등”이라 한다)

3. 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “대통령선거경선후보자”라 한다)

4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보

자(이하 “국회의원후보자등”이라 한다). 다만, 후원회를 둔 국회의원의 경우에는 그러하지 아니하다.

5. 중앙당의 대표자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “당대표경선후보자”라 한다)

6. 지방자치단체의 장선거의 후보자(이하 “지방자치단체장후보자”라 한다)

### 【사건의 개요】

청구인 이○○는 진보신당의 사무총장 겸 회계책임자, 청구인 김○○는 진보신당의 회계업무 담당자이고, 나머지 청구인들은 전국사무금융노동조합 산하 개별 노동조합인 ○○ 등의 노동조합위원장 등으로, 정당 후원회 제도가 폐지되어 정당이 개인으로부터 직접 후원금을 기부받을 수 없게 되자 당원으로서의 권리, 의무가 없는 ‘후원당원’ 제도를 이용하여 불법으로 정치자금을 수수하기로 하고, 청구인 이○○, 김○○는 나머지 청구인들로부터 2009. 12. 8.부터 2009. 12. 31.까지 1억 8천여만 원의 불법 정치자금을 수수하여 정치자금법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 주고 받은 사실로 2012. 10. 15. 기소되었고, 재판 계속 중(서울중앙지방법원 2011고합1056) 정치자금법 제6조 및 제45조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 2013. 5. 10. 기각되자, 2013. 6. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 정치자금법 제6조 제6호 중 개정된 부분은 정당 후원회와 무관하고, 개정 정치자금법에 의하더라도 후원회 지정권자에서 정당이 제외된 것은 마찬가지이어서 그 위헌여부에 관하여도 구 정치자금법과 동일한 결론에 이르게 됨이 명백하므로 개정된 정치자금법 제6조를 심판대상에 포함한다.

2. 이 사건 법률조항은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것으로, 입법목적의 정당성은 인정된다.

그러나 정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된

것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로 일반 국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원천적으로 봉쇄할 필요는 없고, 기부 및 모금한 도액의 제한, 기부내역 공개 등의 방법으로 정치자금의 투명성을 충분히 확보할 수 있다.

정치자금 중 당비는 반드시 당원으로 가입해야만 납부할 수 있어 일반 국민으로서 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 하기 위해 반드시 당원이 되어야 하므로, 정당법상 정당 가입이 금지되는 공무원 등의 경우에는 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 할 수 있는 방법이 없다. 그리고 현행 기탁금 제도는 중앙선거관리위원회가 국고보조금의 배분비율에 따라 각 정당에 배분·지급하는 일반기탁금제도로써, 기부자가 자신이 지지하는 특정 정당에 재정적 후원을 하는 것과는 전혀 다른 제도이므로 이로써 정당 후원회를 대체할 수 있다고 보기도 어렵다.

나아가 정당제 민주주의 하에서 정당에 대한 재정적 후원이 전면적으로 금지됨으로써 정당이 스스로 재정을 충당하고자 하는 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 매우 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다.

3. 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌 결정을 하여야 할 것이나, 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 후원회를 지정할 수 있는 근거규정이 없어지게 되어 법적 공백상태가 발생되고, 이로 말미암아 정치자금법상 후원회를 통하지 않고 기부한도 등의 제한이나 선거관리위원회의 통제 없이 정치자금의 후원이 이루어지게 되어 정경유착과 금권선거의 폐해가 발생할 우려가 있으므로, 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 하기로 한다. 이 사건 법률조항은 그 위헌성이 제기될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2017. 6. 30.까지는 새 입법을 마련하여야 한다.

### 재판관 조용호의 반대의견

우리 정치현실에서 이권과 특혜를 노리는 기업과 돈이 필요한 정치권은 유착의 유혹에 항상 노출되어 왔다. 이들의 유착은 매우 은밀하고 대범하

게 불법 정치자금의 수수로 이루어졌고, 정치자금법을 통해 기부액과 모금액에 한도를 두고 불법 정치자금 수수를 처벌하는 등의 수단으로는 이를 근절하기 어려웠던 것이 우리 정치의 현실이자 경험이었다. 따라서 이를 막기 위해서는 기업과 정당 간의 정치자금 수수를 금지하는 것이 입법자의 불가피한 최선의 결단이었다.

이 사건 법률조항은 정당 후원회를 통한 정치자금 기부를 금지할 뿐이고, 일반 국민들은 자신이 지지하는 정당에 속한 정치인 개인 후원회에 정치자금을 기부함으로써 간접적으로 특정 정당에 대한 자신의 정치적 지지를 표명할 수 있는 길이 열려 있다. 뿐만 아니라 특정 정당에 가입하여 당원으로 당비를 납부할 수도 있고, 정당에 가입하지 않더라도 중앙선거관리위원회에 정치자금을 기탁하는 등의 방법으로 얼마든지 정당에 대한 재정적 후원을 할 수 있는 길이 열려 있으므로 이 사건 법률조항이 국민의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하였다고 단정하기 어렵다.

정당에 대한 후원을 부활할 경우 군소정당 내지 신생정당보다는 오히려 거대정당 내지 기득정당이 더 큰 망외의 이익을 보리라는 것은 불을 보듯 명확하고, 정당 후원회 부활의 문제는 지구당 제도, 당원협의회 사무소 설치 문제, 국고보조금과 기탁금 제도의 개선 등과 전체적으로 연동하여 함께 입법정책적으로 결단할 문제이므로, 헌법재판소가 그중 정당 후원회만을 먼저 부활시키려 하는 것은 헌법재판의 기능적 한계에도 반한다.

결국 정당에 대한 후원회를 금지한 이 사건 법률조항은 정당 활동의 자유와 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 심판대상과 관련하여 정치자금법 제6조를 포함할지 여부 및 심판대상의 확장 여부가 문제된다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 정당에 대한 재정적 후원을 전면적으로 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 정당활동의 자유와 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부가 가장 중요한 쟁점이라 할 수 있다.

이하에서는 심판대상과 관련하여 정치자금법 제6조의 포함 여부 및 심

판대상의 확장 문제를 검토한 다음 정치자금제도와 관련한 입법연혁, 정치자금의 종류와 정당의 수입구조, 정당 후원제도 폐지의 입법취지, 외국의 입법례, 관련 선례 등을 살펴보고, 이어 본안에 대한 판단을 하고자 한다.

## 2. 심판대상 관련

### 가. 정치자금법 제6조 포함 여부

#### (1) 문제점

당해사건은 진보신당이 후원회를 지정하지 아니하고 후원당원 세액공제 사업을 이용하여 불법으로 정치자금을 수수한 것인바, 과연 후원회지정권자를 규정하는 정치자금법 제6조를 심판대상으로 삼을 것인지, 정치자금법 제45조 제1항과의 관계에서 어떤 형태로 심판대상을 특정할 것인지, 각각의 경우 주문의 형태는 어떻게 할 것인지 여부가 문제된다.

#### (2) 당해사건과 정치자금법 제6조의 관계

먼저 당해사건의 범죄사실 요지와 적용법조는 다음과 같다.

#### ◆ 범죄사실 요지

청구인 이○○는 진보신당 회계책임자, 청구인 김○○는 진보신당 살림실장, 청구인 이△△ 외 6명은 주식회사 □□의 노조 위원장 등으로, 2004. 3. 12. 정치자금법 개정으로 정당이 개인으로부터 직접 후원금을 기부받을 수 없게 되자 청구인 이○○, 김○○는 신생 정당인 진보신당의 정치자금 조달을 위하여 당원으로서의 권리, 의무가 없는 ‘후원당원 세액공제사업’을 통해 정치자금을 모금하기로 하고, 청구인은 이△△ 외 6명은 선관위에 신고되지 않은 김○○의 “개인 명의”의 계좌 또는 자기앞수표 등으로 1억 8천여만원을 송금·교부하여 정치자금법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부·수수

#### ◆ 적용법조 : 정치자금법 제45조 제1항

※ 김○○는 그중 3천만원을 개인적으로 주식투자에 사용하여 업무상횡령도 기소



**정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것)**

**제45조(정치자금부정수수죄)** ① 이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 그 밖에 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

**제6조(후원회지정권자)** 다음 각 호에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 삭제<2008. 2. 29.>
2. 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함한다)  
2의2. 대통령선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “대통령후보자등”이라 한다)
3. 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “대통령경선후보자”라 한다)
4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다) 국회의원선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “국회의원후보자등”이라 한다). 다만, 후원회를 둔 국회의원의 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 중앙당의 대표자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “당대표경선후보자”라 한다)
6. 특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자(이하 “시·도지사 후보자”라 한다)

청구인들은 당해사건에서 ‘후원당원’도 진보신당의 당원이고, 위와 같이 김○○ 명의의 계좌에 송금하거나 수표를 교부한 것은 당원으로서 당비를 납부하고 납부받은 것이라고 주장하였으나, 이에 대해 법원은 ‘후원당원’은 당원으로서의 권리, 의무가 없어 당원으로 볼 수 없다며 위와 같은 주장을 배척하였다.

당해사건에서 진보신당은 후원회를 지정한 바 없었고, 따라서 당해사건의 기소 및 재판과정에서 후원회지정권자를 규정하는 정치자금법 제6조는 적용되지 아니하였다.

**(3) 정치자금법 제6조의 심판대상 포함 여부**

이와 관련하여 재판관들은 포함설의 입장에서 판시하였는데, 이하 정치자금법 제6조의 심판대상 포함여부와 관련된 논의들을 살펴보도록 한다.

## (가) 포함설

정치자금법은 정치자금법에 정하는 방법에 의해서만 정치자금을 기부하거나 기부받을 수 있다고 규정하고(제2조), 정치자금 중 후원금은 반드시 관할 선거관리위원회에 등록된 후원회를 통해서만 할 수 있도록 하고 있으며(제3조 제4호, 제7호), 후원회를 둘 수 있는 자를 한정적으로 규정하고 있다(제6조). 따라서 과거에는 정당에 대해 후원하기 위해서는 반드시 정당 후원회를 통해서만 할 수 있었다.

그러나 정당 후원회 제도는 2004. 3. 12. 구 정치자금에 관한 법률 개정시 부칙 제5조 “이 법에 의한 정당의 중앙당 및 시·도당 후원회는 이 법 시행 후 2년 후에 이를 폐지하고, 정당의 중앙당 및 시·도당 후원회와 관련된 규정은 모두 폐지한다.”라는 규정에 의해 2006. 3. 13.부터 폐지되었고, 2008. 2. 29. 정치자금법 개정시 제6조(후원회지정권자)에서 “1. 중앙당(중앙당창당준비위원회를 포함한다), 시·도당” 부분이 삭제된 채 그대로 유지됨으로써 현행 정치자금법상 정당에 대한 후원은 전면 금지되어 있다.

청구인들은 후원금을 기부하는 데 있어 반드시 후원회를 통해서 하도록 규정하고 있는 ‘후원회 제도’ 자체의 위헌성을 다투는 것이 아니다. 그러나 정치자금법 제6조가 여러 후원회지정권자 중 ‘정당’을 삭제함으로써 결과적으로 정당에 대한 어떠한 후원도 할 수 없게 되었기 때문에 후원회지정권자에서 정당을 배제하고 있는 정치자금법 제6조를 심판대상에 포함시켜야 한다고 주장한다.

특히 이 사건 심판청구는 정치자금법상 후원회지정권자를 규정하면서도 이 사건 법률조항이 정당을 제외함으로써 불완전, 불충분 또는 불공정한 입법을 한 것임을 다투고 있어 부진정입법부작위에 대한 주장이라고 볼 수 있으므로 이와 가장 밀접한 관련이 있는 정치자금법 제6조 전체를 심판대상으로 삼는 것이 상당하게 된다. 또한 정치자금법 제45조 제1항은 금지조항과 처벌조항이 결합된 법률조항이고, 제6조는 제45조 제1항과 결합하여 금지내용을 보충하므로 두 조항 모두 심판대상으로 삼게 된다.

따라서 심판대상은 “정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제6조 및 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분”으로 한정하게 된다.

이와 관련하여 헌법재판소는 지방자치단체장 입후보자가 후원회를 통하지 않고 정치자금을 수수한 사실로 공소가 제기된 사건에서, 개인후원회를 둘 수 있는 자의 범위를 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자로 한정하는 구 정치자금에 관한 법률 제3조 제8호는 공소가 제기된 법률조항이 아님에도 불구하고 이를 적극적으로 헌법소원의 심판대상으로 삼고 본안 판단에 나아간 바 있다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469, 471, 473).

한편 후원회를 둘 수 없는 지방자치단체장 선거의 예비후보자가 후원금을 수수한 사실로 정치자금법위반으로 기소된 사건에서, 대법원은 정치자금법 제45조 제1항 및 같은 법 제6조에 대한 위헌법률심판제청신청을 기각하면서 정치자금법 제6조가 지방자치단체장 선거의 예비후보자에 대하여 후원회를 인정하지 아니한 것은 차별의 합리성을 인정할 수 있으므로 평등 원칙에 반한다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2015. 6. 24. 선고 2015도3856).<sup>1)</sup>

[포함설에 의할 경우에는 후원회지정권자에 정당을 추가하는 법률 개정을 촉구하며 잠정 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 함이 상당할 것이나, 이 사건 청구인들이 당해사건과 관련하여 구제되기는 어렵게 된다.

즉, 후원회지정권자에서 정당을 배제하고 있는 정치자금법 제6조를 심판대상에 포함시키는 견해에 의하면 이 사건 심판청구는 정치자금법상 후원회지정권자를 규정하면서도 이 사건 법률조항이 정당을 제외함으로써 불완전, 불충분 또는 불공정한 입법을 한 것임을 다투고 있으므로 부진정입법 부작위에 대한 주장이라고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 심판대상에 대하여는 정당활동의 자유와 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하여 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 해야 할 것이나, 위헌결정으로 이 사건 법률조항의 효력을 즉시 상실시키거나 그 적용을 중지할 경우에는 정치자금법상 후원회를 지정할 수 있는 근거규정이 없어지게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되므로, 입법자가 합헌적인 내용으로 법률을 개정

1) 청구인은 상고기각 판결을 선고받은 후 2015. 7. 3. 정치자금법 제45조 제1항 및 제6조에 대하여 헌법소원심판을 청구하여 현재 심리 중(2015헌바228 정치자금법 제6조 등 위헌소원).

할 때까지 이 사건 법률조항을 계속 존속하게 하여 적용되도록 할 필요가 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법에 합치되지 아니하나, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하기로 하는 헌법불합치를 결정함이 상당하다.

#### (나) 불포합설

만약 현행법상 정당 후원회가 금지되고 있음에도 불구하고 청구인들이 진보신당의 후원회를 통해 후원금을 수수하였다면 후원회지정권자에서 정당을 배제하고 있는 정치자금법 제6조를 심판대상으로 삼아야 할 것이나, 당해 사건에서는 진보신당 후원회가 문제되지 않았기 때문에 정치자금법 제45조 제1항 위반으로 기소되었을 뿐이고 정치자금법 제6조는 적용될 여지가 없었으므로 정치자금법 제6조를 심판대상으로 삼을 수는 없다.

이 사건에서 정치자금법 제6조를 심판대상으로 삼아야 한다는 청구인들의 주장은 ‘만약 정당 후원회가 허용되었다면 청구인들은 당해사건에서와 같은 후원당원 세액공제사업을 하지 않았을 것이고 정치자금법 제45조 제1항 위반으로 처벌받지도 않았을 것이므로, 따라서 이 사건 헌법소원심판에서 정치자금법 제6조의 위헌 여부도 함께 심판할 필요가 있다’라는 취지이나, 이는 어디까지나 당해사건의 실제와는 관련이 없는 가정적 판단을 전제로 한다는 난점이 있다. 따라서 이 사건 심판대상에서 정치자금법 제6조는 제외함이 상당하다.

다만, 정치자금법 제45조 제1항 본문은 정치자금법에서 정하지 아니한 무수히 다양한 불법 양태를 포함하고 있으므로, 정당에 대한 후원 금지와 관련된 이 사건에서는 정치자금법 제45조 제1항 본문 전체를 심판대상으로 삼기 보다는 당해 사건 재판에 적용되는 부분으로 심판대상을 한정해야 할 필요가 있다.

따라서 이 사건 심판대상은 “정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문 중 ‘이 법이 정하지 아니한 방법’ 부분”으로 한정함이 상당하다.

[심판대상에서 정치자금법 제6조를 제외하는 불포합설에 의하더라도, 심

판대상을 “정치자금법 제45조 제1항 본문 중 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’으로 삼는 견해에 따르면 주문은 “이 사건 법률조항 중 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’에 ‘정당에 대해 후원하는 것’이 포함되는 것으로 해석하는 한 이는 헌법에 위반된다는 내용의 한정위헌 결정을 함이 상당하다.

다만 한정위헌 결정이 있게 되면 정당에 대한 후원이 허용되고 법 개정을 통해 후원회지정권자에 정당을 포함시키기 전까지 각 정당은 후원회를 통하지 않고 직접 후원금을 조달하게 될 것인바, 이 기간 동안에는 후원금의 모금·기부한도에 대한 제한도 받지 않게 되고(법 제12조), 정치자금 영수증 등 정치자금법이 정하는 후원금 모금방법에 대한 적용도 받지 않는 등(법 제14조) 정당 후원과 관련한 절차적 규제가 전혀 없게 되어 법적 혼란이 발생할 우려를 배제할 수 없게 된다.]

## 나. 심판대상의 확장 및 한정

(1) 이에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 심판의 대상을 확장함이 옳다고 판단하였다.

『국회는 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 정치자금법을 개정하면서 정치자금법 제6조 제6호 “특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자(이하 ‘시·도지사후보자’라 한다)”로 개정하였다.

그러나 개정된 부분은 정당 후원회와는 무관하고, 개정 정치자금법에 의하더라도 후원회지정권자에서 정당이 제외된 점에 있어서는 구 정치자금법과 내용이 동일하여 그 위헌 여부에 관하여도 구 정치자금법과 동일한 결론에 이르게 되는 것이 명백하므로, 이 사건 심판대상에는 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 정치자금법 제6조까지 포함시키기로 한다.』

살피건대, “정치자금법(2008. 2. 9. 법률 제8880호로 개정된 것) 제6조(이하 ‘이 사건 후원회지정권 조항’이라 한다) 관련, 국회는 이후 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 정치자금법을 개정하면서 제6조 제6호 “특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자(이하 ‘시·도지사후보자’라 한다)”를 “지방자치단체의 장선거의 후보자(이하 ‘지방자치단체장후보자’라 한다)로 개정하였다.

위와 같이 개정된 부분은 정당 후원회와는 무관한 부분이고, 개정 정치자금법에 의하더라도 후원회 지정권자에서 정당이 제외되고 있는 점에 있

어서는 구 정치자금법과 내용이 동일하므로 그 위헌 여부에 관하여도 구 정치자금법과 동일한 결론에 이르게 되는 것이 명백하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상에는 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 정치자금법 제6조까지 포함시키는 것이 상당하다 할 것이다(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가 4, 판례집 20-2, 20; 헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377, 판례집 19-2, 93, 94).

(2) 또한 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 심판의 대상을 한정함이 옳다고 판단하였다.

『청구인은 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 당해사건 범죄사실은 후원회를 지정할 수 없는 정당이 후원금을 수수함으로써 정치자금법 제45조 제1항을 위반한 것이므로 심판대상을 이와 관련된 부분으로 한정할 필요가 있다.』

살피건대, 정치자금법 제45조 제1항은 “이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 그 밖에 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 정치자금을 기부하거나 기부받은 자의 관계가 민법 제777조(친족의 범위)의 규정에 의한 친족인 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

그러나 당해사건의 범죄사실은 위에서 살펴본 바와 같이 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 “후원회를 지정할 수 없는 정당이 후원금을 수수”하였다는 것이므로, 심판대상을 위와 같이 한정함이 상당하다.

따라서 심판대상조항은 다음과 같다.

- 1) 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 후, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조
- 2) 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조
- 3) 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분

### 3. 정치자금제도 일반

#### 가. 입법 연혁

1965. 2. 9. 법률 1685호로 제정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 정당에 대한 정치자금 후원제도를 도입하여 누구든지 기명 또는 익명으로 중앙선거관리위원회를 통하여 특정 정당에 정치자금을 기부할 수 있고, 2 이상의 정당을 지정하여 기부할 경우에는 배분비율을 정할 수 있도록 하였다(지정기탁금제). 기부의 주체와 기부금액의 한도에 제한을 두지 않아 개인은 물론 단체도 자유롭게 정당에 정치자금을 기부할 수 있었으나, 정치인 개인에 대한 후원제도를 규정하지 않아 정치자금의 조달은 정당 중심으로 이루어졌다.

1980. 12. 31. 법률 제3302호로 전부 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 정당 후원회 제도를 도입하여 국민들이 중앙선거관리위원회에 기탁하지 않고 후원회를 통하여 직접 정당에 후원금을 기부할 수 있도록 하고, 국고보조금 제도를 신설하였다. 당시 정당 후원회는 원내교섭단체를 구성할 수 있는 정당의 중앙당에 한하여 1개의 후원회를 지정할 수 있도록 하고, 시·도지부나 지구당은 후원회를 둘 수 없었다.

1989. 12. 30. 법률 제4186호로 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 국회의원 후원회 제도를 신설하여 개인 후원회 제도를 처음으로 도입하고, 중앙당 외에 시·도지부 및 지구당도 독자적으로 후원회를 둘 수 있도록 하였으며, 1994. 3. 16. 법률 제4740호로 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 원내 교섭단체의 구성여부에 관계없이 모든 정당의 지구당에 후원회의 결성을 허용하는 등 정치자금의 조달이 정당 후원회 중심으로 점차 확대되었다.

2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’ 제5조(후원회) 제1항 제1호는 후원회지정권자로 ‘정당의 중앙당[정당법 제8조(신고)의 규정에 의한 중앙당창당준비위원회를 포함한다], 정당의 시·도당’을 규정하고 있었으나, 2002년 불법 대선자금 사건의 여파로 정경유착을 유발하는 불법 정치자금의 수수를 막기 위해 부칙 제5조에서 “이 법에 의한 정당의 중앙당 및 시·도당 후원회는 이 법 시행 후 2년 후에 이를 폐지하고, 정당의 중앙당 및 시·도당의 후원회와 관련된 규정은 모두 폐지한다.”라고 규정하고, 단체의 정치자금 기부도 일절 금지하였다.

위 ‘정치자금에 관한 법률’은 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 ‘정치자금법’으로 전부 개정되었고, 위와 같이 개정된 법률 부칙 제2조에서 “이 법에 의한 중앙당 및 시·도당의 후원회는 2006년 3월 13일에 이를 폐지하고, 중앙당 및 시·도당의 후원회와 관련된 규정은 모두 폐지한다.”라고 규정함에 따라 2006. 3. 13.부터는 정당 후원회 제도가 전면적으로 폐지되었다[다만 위와 같이 개정된 정치자금법 제6조(후원회지정권자) 제1호는 여전히 후원회지정권자로 정당을 규정하고 있다가, 2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되면서 삭제되었다]. 한편 대통령선거경선후보자, 시·도지사선거후보자 등도 후원회를 둘 수 있도록 하여 개인 후원회 제도를 더욱 확대하였다.

## 나. 현행법상 정치자금의 종류와 정당의 수입구조

### (1) 정치자금의 종류

정치자금법상 정치자금의 종류에는 당비, 후원금, 기탁금, 보조금 및 정당의 부대수입이 있다.

당비는 명목여하에 불구하고 정당의 당헌·당규 등에 의하여 정당의 당원이 부담하는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건으로, 최고한도액의 제한이 없다.

후원금은 후원인이 정치자금법 규정에 의하여 후원회에 기부하는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건으로, 1인이 후원할 수 있는 연간 최고한도는 2천만 원이고, 1회 10만 원 이하 또는 연 120만 원에 한하여 익명으로 기부할 수 있다.

기탁금은 정치자금을 정당에 기부하고자 하는 개인이 정치자금법에 의하여 기명으로 선거관리위원회에 기탁하는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건으로, 국고보조금 배분비율에 따라 각 정당에 배분된다. 1인이 기탁할 수 있는 금액은 연간 1억 원 또는 전년도 소득의 5/100 중 다액 이하이다. 중앙선거관리위원회가 기탁금을 배분·지급하는 때에는 1회 300만 원을 초과하여 기탁한 자의 성명 등 인적사항을 공개하여야 한다.

보조금은 정당의 보호·육성을 위하여 국가가 정당에 지급하는 금전이나 유가증권으로, 경상 보조금과 공직선거가 있는 연도에 특별히 지급하는 선거 보조금 및 기타 공직후보자 여성추천 보조금과 공직후보자 장애인추천



보조금이 있다. 보조금은 국회 교섭단체 구성여부, 국회 의석수, 득표수 비율에 따라 배분되고, 경상 보조금은 매년 분기별로 균등 분할하여 지급되며, 선거 보조금은 후보자 등록마감일 후 2일 이내에 당해 선거에 후보자를 추천한 정당에 지급된다.

한편 외국인과 국내·외의 법인 또는 단체는 정치자금을 기부할 수 없고, 단체와 관련된 정치자금의 기부도 금지된다.

## (2) 정당의 수입구조

정당 후원회 제도가 폐지되기 전인 2005년의 정당 수입구조를 보면, 국고보조금은 한나라당 약 115억 원(65.5%), 열린우리당 약 119억 원(54.6%)인 반면 민주노동당은 약 20억 원(13.7%)에 불과하였다. 반면 후원금은 한나라당 약 2억 7천만 원(1.5%), 열린우리당 약 6억 6천만 원(3.0%)에 불과한 반면, 민주노동당은 약 55억 원(36.7%)이었다. 즉 정당 후원회 제도가 폐지되기 전 거대정당들은 정당 수입의 대부분을 주로 국고보조금에 의존하였던 반면, 군소정당들은 후원금에 의존하는 비중이 컸다.

정당 후원회 제도가 폐지된 이후에는 국고보조금이 점차 확대되어, 대통령선거가 있었던 2012년 정당에 지급된 국고보조금은 새누리당이 약 518억 원(정당 수입의 65.6%), 민주통합당이 약 431억 원(정당 수입의 68.2%), 통합진보당이 약 75억 원(정당 수입의 45.12%)이었다. 2013년에는 새누리당이 약 173억 원(정당 수입의 55.4%), 민주당이 약 158억 원(정당 수입의 58.1%), 통합진보당이 약 27억 원(정당 수입의 35.5%), 정의당이 약 20억 원(정당 수입의 54.6%)을 지급받는 등, 국고보조금은 해마다 계속 증가하는 추세에 있다.

현행 정치자금법상 정당의 수입은 당비, 기탁금, 보조금 및 부대수입으로 이루어지는데, 이 가운데 국고보조금과 당비를 합한 금액이 정당 수입의 약 90%를 차지한다. 다만, 전체수입에서 차지하는 국고보조금과 당비의 비율은 정당마다 다른데, 거대정당의 경우에는 국고보조금이 수입의 약 50%를 차지하여 국고보조금에 대한 의존도가 높은 반면, 군소정당의 경우에는 당비가 수입의 50%를 넘어 상대적으로 당비에 대한 의존도가 높다. 이는 정당 후원회 제도가 폐지된 이후 정당의 주 수입원은 당비와 국고보조금인

데, 국고보조금이 국회의석수 등을 기준으로 배분·지급됨에 따라 거대정당에 상대적으로 많이 지급되는 반면 거대정당의 당비 납부율은 낮고, 군소정당은 국고보조금이 적게 배분·지급되는 반면 당원의 당비 납부율이 상대적으로 높기 때문이다.

### 주요 정당별 수입내역

(단위 : 백만원, 자료출처 : 중앙선거관리위원회)

연도	정당	당비	기탁금	국고 보조금	정당 후원회 기부금	합계
1996	신한국당	3,440	34,079	18,822	11,200	67,541
	새정치국민회의	4,534	0	10,034	4,400	18,968
	민주당	556	0	8,696	261	9,513
	자유민주연합	3,712	0	10,184	350	14,246
1998	한나라당	2,549	0	32,873	2,199	37,621
	새정치국민회의	2,546	0	24,585	31,000	58,131
	자유민주연합	1,103	0	20,138	7,240	28,481
2000	한나라당	3,311	0.4	21,047	4,505	28,863
	새천년민주당	2,163	0.4	18,417	40,000	60,580
	자유민주연합	478	0.2	9,566	7,815	17,859
2002	한나라당	16,658	0.4	53,112	30,991	100,761
	새천년민주당	15,568	0.4	49,428	57,029	122,025
	자유민주연합	2,275	0.1	7,358	5,976	15,609
2003	한나라당	14,617	1.3	11,572	12,477	38,667
	새천년민주당	8,394	1.2	10,097	13,354	31,846
	열린우리당	2,403	0	1,356	389	4,148
2004	한나라당	4,781	0.4	20,509	1,097	26,387
	열린우리당	10,896	0.2	15,652	4,322	30,870
	새천년민주당	1,387	0.3	11,160	109	12,656
	민주노동당	6,685	0.02	2,217	1,024	9,926
	자유민주연합	479	0.08	3,282	2,348	6,109

연도	정당	당비	기탁금	국고 보조금	정당 후원회 기부금	합계
2005	한나라당	5,657	108	11,454	271	17,490
	열린우리당	9,129	114	11,895	661	21,799
	민주당	2,885	19	2,010	199	5,113
	민주노동당	7,377	20	2,037	5,462	14,896
	자유민주연합	122	7	784	50	963
2006	한나라당	19,495	948	23,068	1,769	45,280
	열린우리당	19,196	989	23,480	231	43,896
	민주당	7,568	169	4,028	763	12,528
	민주노동당	11,162	171	3,943	2,660	17,936
	국민중심당	1,789	22	3,017	108	4,936
2007	한나라당	19,767	1,791	21,461	0	43,019
	대통합민주신당	6,121	1,842	22,980	0	30,943
	민주당	3,249	349	5,230	0	8,828
	민주노동당	11,236	327	4,073	0	15,636
	국민중심당	106	241	3,022	0	3,369
2008	한나라당	17,295	2,110	24,338	0	43,743
	민주당	7,591	2,508	25,058	0	35,157
	자유선진당	992	128	3,584	0	4,704
	친박연대	739	240	1,392	0	2,371
	민주노동당	7,703	376	5,707	0	13,786
	진보신당	2,319	4	454	0	2,777
	창조한국당	673	17	592	0	1,282
2010	한나라당	21,387	3,187	28,980	0	53,554
	민주당	21,120	2,667	23,760	0	47,547
	자유선진당	1,253	543	4,638	0	6,434
	민주노동당	7,703	469	4,054	0	12,226
	창조한국당	132	191	1,622	0	1,945
	국민참여당	2,760	4	325	0	3,089
	진보신당	4,139	188	1,601	0	5,928

연도	정당	당비	기탁금	국고보조금	정당후원회기부금	합계
2012	새누리당	22,917	4,192	51,795	0	78,904
	민주통합당	17,083	3,035	43,150	0	63,268
	통합진보당	8,574	541	7,494	0	16,609
	진보정의당	170	0	499	0	669
2013	새누리당	9,835	4,115	17,359	0	31,309
	민주당	7,562	3,827	15,803	0	27,192
	통합진보당	4,324	659	2,738	0	7,721
	정의당	1,197	498	2,041	0	3,736
	노동당	1,613	0	0	0	1,613

- 2006. 3. 13.부터 정당후원회 제도가 전면적으로 폐지됨  
- 1998년에는 제2회 전국동시지방선거, 2000년에는 제16대 국회의원선거, 2002년에는 제3회 전국동시지방선거와 제16대 대통령선거, 2004년에는 제17대 국회의원선거, 2006년에는 제4회 전국동시지방선거, 2007년에는 제17대 대통령선거, 2008년에는 제18대 국회의원선거, 2010년에는 제5회 전국 동시지방선거, 2012년에는 제19대 국회의원선거, 제18대 대통령선거가 실시됨

후원회의 기부한도는 2004년 구 정치자금에관한법률 개정 당시, 종전 연간 개인 1억 2천만 원, 법인 2억 5천만 원까지 기부할 수 있었던 것이 자연인, 법인 구분 없이 연간 2천만 원을 초과하여 기부할 수 없는 것으로 크게 줄어들었고, 후원금을 받는 후원회의 경우에도 중앙당후원회 연간한도는 200억 원에서 50억 원으로, 시·도당후원회의 경우 20억 원에서 5억 원으로 줄어들면서 기부한도가 감소하였으며, 지구당의 폐지로 지구당 후원회를 둘 수 없게 되어 2004년부터 정당 후원금은 크게 감소하였다.

위와 같은 이유로 주요 정당의 경우 정당의 정치자금 중 정당 후원회 기부금이 차지하는 비중이 낮고 국고보조금에 대한 의존이 큰 상태였기 때문에 여야 합의로 정당 후원회가 폐지될 수 있었던 것으로 판단된다.

반면 민주노동당이나 자유민주연합과 같은 신생정당 또는 원내 군소정당의 경우 당비나 정당 후원금으로 상당한 정치자금을 확보하고 있었던 상황이었다.

정당 후원회가 폐지되던 해인 2006년과 그 전해인 2005년의 경우 전체 정당에 대한 후원회 기부금 중 민주노동당 후원회에 대한 기부금이 상당한 부분을 차지하고 있는 반면 기탁금과 보조금의 경우 의석수를 확보하여 교섭단체를 구성한 주요정당이 약 70% ~ 90%에 이르는 기탁금과 보조금을 지급받고 있음을 알 수 있고, 이러한 기탁금 및 보조금의 주요정당 편중현상은 최근까지도 지속되고 있음을 알 수 있다.

2006년 정당후원회가 폐지된 이후 정당 후원회 기부금이 사라진 대신 정당들이 국가로부터 지급받는 수입이 전반적으로 상승하였고, 특히 대통령선거가 있었던 2012년 새누리당은 약 517억 9,500만 원, 민주통합당은 431억 5,000만 원을, 통합진보당은 74억 9,400만 원을 국고보조금으로 지급 받은 바 있다.

**정당별 수입(당비·기탁금·보조금·후원회기부금) 합계 대비  
당비, 보조금, 후원회 기부금 비율**

(단위 : %, 자료 출처 : 중앙선거관리위원회)

연도	정당	당비	보조금	후원회 기부금
2002	한나라당	16.5	52.7	30.7
	새천년민주당	12.7	40.5	46.7
	자유민주연합	14.5	47.1	38.2
2004	한나라당	18.1	77.7	4.1
	열린우리당	35.2	50.7	14
	민주노동당	67.3	22.3	10.3
2005	한나라당	32.3	65.4	1.5
	열린우리당	41.8	54.5	3.0
	민주당	56.4	39.3	3.8
	민주노동당	49.5	13.6	36.6
	자유민주연합	12.6	81.4	5.1
2006	한나라당	43	50.9	3.9
	열린우리당	43.7	53.4	0.5
	민주당	60.4	32.1	6.0
	민주노동당	62.2	21.9	14.8
	국민중심당	36.2	61.1	2.1

연도	정당	당비	보조금	후원회 기부금
2007	한나라당	45.9	49.8	0
	대통합민주신당	19.7	74.2	0
	민주당	36.8	59.2	0
	민주노동당	71.8	26	0
	국민중심당	3.1	89.7	0
2008	한나라당	39.5	55.6	0
	민주당	21.5	71.2	0
	자유선진당	21	76.1	0
	친박연대	31.1	58.7	0
	민주노동당	55.8	41.3	0
	진보신당	83.5	16.3	0
	창조한국당	52.4	46.1	0
2010	한나라당	39.9	54.1	0
	민주당	44.4	49.9	0
	자유선진당	19.4	72	0
	민주노동당	63	33.1	0
	창조한국당	6.7	83.3	0
	국민참여당	89.3	10.5	0
	진보신당	69.8	27	0
2012	새누리당	29	65.6	0
	민주통합당	27	68.2	0
	통합진보당	51.6	45.1	0
	진보정의당	25.4	71.3	0
2013	새누리당	31.4	55.4	0
	민주당	27.8	58.1	0
	통합진보당	56	35.4	0
	정의당	32	54.6	0

국고보조금을 지급받을 당시 여당 또는 제1야당이었던 정당의 경우 꾸준히 100억원 이상의 돈을 보조금으로 지급받고 있으며, 그 비율도 적게는 40.5%(2002년 새천년민주당)부터 77.7%(2004년 한나라당)까지 매우 큰 부

분을 차지하고 있는 것을 알 수 있다.

반면 민주노동당의 경우 정당 후원회가 폐지되기 직전까지 정당 후원금이 차지하는 비중이 위와 같은 여당 또는 제1야당에 비하여 월등히 높았던 사실을 알 수 있으며, 정당 후원회가 완전 폐지된 직후인 2007년에는 당비가 차지하는 비율이 급격히 높아진 것을 알 수 있다.

**정당별 당비를 내는 당원 현황**

(단위 : 명, 자료출처 : 중앙선거관리위원회)

연도	정당	당원수	납부자수	당비납부비율(%)
2002	한나라당	2,778,185	52,559	1.89
	새천년민주당	1,889,337	17,280	0.91
	자유민주연합	1,097,246	663	0.06
2003	한나라당	2,170,228	15,661	0.72
	새천년민주당	1,544,623	11,802	0.76
	열린우리당	159,630	12,474	7.81
	자유민주연합	988,945	255	0.03
2004	한나라당	1,086,329	3,835	0.35
	열린우리당	276,269	77,697	28.1
	새천년민주당	469,221	34,356	7.32
	민주노동당	45,928	45,928	100
2005	한나라당	1,152,167	259,649	22.5
	열린우리당	1,090,902	496,536	45.5
	민주당	300,458	216,488	72.1
	민주노동당	69,888	69,888	100
	자유민주연합	51,640	77	0.1
2006	한나라당	1,108,115	278,111	25.1
	열린우리당	1,092,126	96,007	8.8
	민주당	394,035	114,284	29
	민주노동당	79,021	54,816	69.4
2007	한나라당	1,650,011	200,583	12.2
	대통합민주신당	1,218,297	86,032	7.1
	민주당	436,330	62,747	14.4
	민주노동당	82,262	51,655	62.8
	국민중심당	199,324	75	0.0

연도	정당	당원수	납부자수	당비납부비율(%)
2008	한나라당	1,794,071	199,436	11.1
	민주당	1,643,021	23,333	1.4
	자유선진당	225,134	352	0.3
	친박연대	19,490	44	0.2
	민주노동당	70,670	40,227	57
	진보신당	15,260	9,891	64.8
	창조한국당	32,897	187	0.6
2010	한나라당	2,090,976	293,470	14.0
	민주당	1,918,474	160,820	8.4
	자유선진당	479,576	18,345	3.8
	민주노동당	76,053	43,384	57
	창조한국당	31,660	926	2.9
	국민참여당	38,837	12,543	32.3
	진보신당	25,819	20,051	77.7
2012	새누리당	2,474,036	202,722	8.2
	민주통합당	2,132,510	117,634	5.5
	통합진보당	104,692	41,444	39.6
	진보정의당	6,750	3,783	56
2013	새누리당	2,596,763	190,082	7.3
	민주당	2,421,461	373,578	15.4
	통합진보당	98,792	31,717	32.1
	정의당	9,578	5,734	59.9

#### 다. 정당 후원제도 폐지의 입법취지

국회 회의록 기타 정치자금법 개정에 관한 법령 연혁집 등을 찾아보아도 2004년 정당 후원제도를 폐지한 직접적이고 명시적인 이유는 발견되지 않는다.<sup>2)</sup> 다만, 2002년 대통령선거 과정에서 나타났던 대기업으로부터의 거

2) 이를 파악하기 위하여 국회 법제사법위원회의사록, 정치개혁특별위원회 회의록, 법령연혁집 등을 찾아보았으나 "... 음성적 정치자금을 원천적으로 차단하여 ... 깨끗한 정치문화를 정착시키려는 것임"이라고만 나와 있고 이 사건 법률조항의 입법배경이나 폐지의 명확한 이유는 언급이 없었음. 다만, 당시 정치개혁특별위원회에서 이에 대한 언급은, '①중앙당 슬림화(원내 정당화)의 필요가 있다 ②국고 보조금으로만 중앙당을 운영하자 ③소액다수 기부제로의 전환이 바람직하다 ④기업의 정당 후원이 사실상 뇌물성이다' 는 등의 발언 부분이 발견된다.



액의 정치자금 불법수수에 대한 국민적 비판과 깨끗한 정치를 원하는 시민들의 요청에 부응해야 한다는 정치권의 자성(自省) 등 당시의 정치상황 및 정치개혁 특별위원회 회의록에 나타난 의원들의 발언 내용에 비추어 볼 때, 정당 후원회 제도가 대기업 등 일부 재력가들로부터 거액의 불법 정치자금을 수수하는 수단이 되어왔고, 정경유착을 유발하는 등 대의민주제에 폐해를 초래하였다는 반성적 고려에 따라 음성적인 정치자금 수수의 통로를 원천 봉쇄하여 정경유착을 막고 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것으로 보인다. 그러나 정당 후원회 제도의 전면폐지에 대해서는 입법 당시 국회에서조차 논란이 많았고 폐지 이후에도 정치권은 물론 전문가들로부터 많은 비판이 있었으며, 정당 후원회 제도를 부활시켜야 한다는 주장이 끊이지 않고 있다.<sup>3)</sup> 즉, 정당후원회 제도는 뚜렷한 논리적 근거가 없이 폐지된 측면이 강할 뿐만 아니라 개인 후원회 제도에 비해 정치발전 에 긍정적 효과가 크기 때문에 정당 후원회 제도를 부활시켜야 한다는 것이다.<sup>4)</sup>

---

위와 같은 언급 등에 비추어 볼 때, 당시 정치개혁의 필요성과 특정 상황이 결합하여 정당후원회 폐지로 나아간 것으로 보인다(당시 오세훈 의원이 주도한 일명 ‘오세훈법’으로 회자되고 있음). **당시 한나라당은 정당 후원회 전면폐지를 당론으로 삼아 적극적으로 폐지를 주장한 반면 열린우리당(정장선 의원)과 민주당(황장주 의원)은 정당 후원회 전면 폐지에 반대**하면서 후원회를 유지하되, 기부금액과 모금액에 법정한도를 두면 족하다고 맞섰다. 특히, 불법자금수수를 막기 위해서는 오히려 정당 후원회제도를 양성화할 필요가 있다고 주장하였다. 그러나 2년 후 폐지하는 것으로 최종 합의되었다(國會政治改革特別委員會會議錄- 제244회 국회, 정개특소위 회의록 **별첨 자료 참조**)

- 3) 김민전, “정당의 후원회 설립을 허용하라” 중앙일보, 2008. 4. 18.자 시론 등; 정당후원회제도가 폐지되면서 국고보조나 당비가 아니고서는 정치자금을 마련할 수 없게 되었고 거대 정당이 유리하게 배분되는 보조금제도로 인해 군소정당의 돈가뭇은 더욱 심해졌다. 그 결과 특별당비 형식의 밀실공천이 성행하게 되었다. 이러한 한국정치의 퇴행을 막기 위해서는 정당후원회를 허용하되 기부 상한액과 기부명세의 공개를 통해 소액의 투명한 돈이 정당을 건강하게 만들도록 하고, 당비 명세를 공개하고 당비에 대해서도 상한액을 설정해 정당이 자신들이 공천한 공직자들로부터 리베이트를 받거나 소수의 부자들만이 공직후보가 되는 것을 막아야 한다고 주장한다.
- 4) 임성학, ‘17대 대선을 통해 본 政治資金制度의 問題點과 改善方案’ 韓國政治外交史論叢 제31집 제2호, 346쪽

## 라. 외국의 입법례<sup>5)</sup>

### (1) 영국

정당 정치의 오랜 전통을 갖고 있는 영국은 정당 후원제도가 잘 발달되어 있다. 개인과 단체의 정당에 대한 정치자금기부가 허용되고, 기부금액의 한도도 없으며, 정치자금 기부자 공개나 회계보고 의무도 없다.<sup>6)</sup> 보수당의 주요 수입원은 기업 및 개인의 후원금이고 개인 후원금의 비중이 점차 증가하고 있다. 이에 반하여 노동당의 주된 수입원은 노동조합의 기부금인데, 노동조합의 기부금은 점차 감소하는 추세에 있다. 한편, 정치인 개인에 대한 정치자금 기부에도 아무런 제한이 없다. 당비 납부제도는 있으나 정당에 대한 국고 보조금 제도는 두고 있지 않다.<sup>7)</sup> 영국의 경우 정치자금에 대한 법적 규제가 거의 없는 나라이다.

### (2) 미국

정당 및 정치인에 대한 정치자금 후원제도가 활성화되어 있다. 개인의 2년 간 기부할 수 있는 상한선은 12만 6,000달러이다(최근 연방선거법 위헌 결정으로 360만 달러까지 확대되었다).<sup>8)</sup> 국고보조금 제도<sup>9)</sup>와 당비 납부 제도는 없으나, 다수 시민의 자발적인 소액기부제도가 잘 정착되어 있다. 미국의 특이한 점은, 특정의 정치적 목적을 위해 구성된 정치자금모금단체(PAC, Political Action Committee, 정치활동위원회)가 구성원으로부터 조

5) “외국정당·정치자금제도자료집; 중앙선거관리위원회, 2002년 발간 자료집 참고

6) 다만, 주요 정당은 자발적으로 매년 수입과 지출내역에 대한 회계보고를 작성·공개한다고 한다.

7) 다만, 의회의 입법활동을 보조하기 위한 지원금(일명 Short Money)제도를 두고 있는데, 주로 야당만이 지급받는다 고 한다. Short Money 제도는 여당도 청구할 수는 있으나(2석 이상의 의원수를 갖거나 15만표 이상 득표한 정당) 보수당은 국가 보조 자체가 민주주의 원리에 맞지 않고 국민의 지지가 있으면 정치자금을 조달하는 데 어려움이 없다는 이유로 이를 반대하고 있다고 한다.

8) 2014. 4. 2. 선고된 *McCutcheon v. Federal Election Commission* 판결

9) 1976년 연방선거법을 개정하여 투명한 정치자금 수수를 위해 대통령 예비선거 및 본선거의 선거운동경비를 후보자가 일정 이상의 득표를 하거나 일정 이상의 선거운동기금을 모금할 것 등 엄격한 요건하에 그 비용을 국고에서 보조하는 제도를 도입했다. 다만, 우리나라와 같은 일반적인 정당운영비용 내지 선거비용의 국고 보조제도와는 차이가 있다(김선화, 미국의 정치자금법 법제연구, 한국법제연구원, 2002. 33쪽-41쪽, 위 중앙선거위 자료집, 37쪽-46쪽)

성한 자금을 정당이나 정치인에게 기부하는 것이다. PAC는 특정 정당이나 특정 후보자와 직접적인 관련을 맺고 있지 않 으면서도 기부금을 통해 정치적 영향력을 행사하는 일종의 정치적 이익단체로 총기, 알콜, 직업단체, 노동조합, 정치, 교육, 법률, 의료단체 등 다양한 영역에서 약 4,000개가 구성되어 있다. PAC는 연방선거위원회(FEC)에 등록하고 정기적으로 수입과 지출내역을 보고해야 하지만, PAC가 정당이나 후보자에게 기부할 수 있는 한도액에 제한은 없다.

한편, 개인이나 단체(PAC 포함)가 특정 후보의 선거운동을 위하여 직접 기부하는 경성자금(Hard Money, 선거운동자금)은 연방선거관리위원회의 규제를 받는 반면, 그 외 정당의 조직관리, 유권자 등록운동 또는 특정의 정치적 이슈에 대한 정치광고 등의 명목으로 기부하는 연성자금(Soft Money, 일반 정치자금)은 규제를 받지 않는다. 이처럼 Soft Money는 Hard Money와 달리 규제를 받지 않기 때문에 무제한으로 정치권으로 유입되어 정경유착과 고비용 정치구조를 야기했다고 한다. 1976년 미국 연방대법원은 Buckley v. Valeo 결정에서 기부한도 제한에 대해서는 합헌성을 인정하면서도 정치자금의 지출한도를 제한하는 것은 연방헌법 수정 제1조의 정치적 표현의 자유를 침해한다는 이유로 위헌결정을 내린 바 있다.<sup>10)</sup>

### (3) 독일

개인이나 단체의 정당에 대한 기부가 제도화되어 있다. 기부액에 한도가 없고<sup>11)</sup> 개인의 소액 기부에 대해서는 면세혜택을 제공하여 기부를 권장·장려하고 있다. 다만, 외국법인 등 부적절한 정치적 영향력 행사가 예측되는 단체 등의 기부는 제한하고 기부내역의 공개와 회계보고를 의무화하여 투명성을 제고하고 있다.<sup>12)</sup> 한편, 1959년 선거비용 및 정당운영경비에 대한

10) *Buckley v. Valeo (1976)*

11) 법상 개인의 기부금액에 대한 제한 규정을 찾을 수 없다.

12) 독일 정당법 제25조

제1항 : 정당은 기부금을 받을 수 있다. 기부금은 1000유로까지 현금으로 받을 수 있다.

제2항 : 정당은 다음 각 호에 해당하는 기부금은 받을 수 없다.

1. 공법적 단체, 원내교섭단체 및 원내그룹의 기부금
2. 정관, 재단업무나 그외의 규약과 사실상의 업무집행에 따라 전적으로 그리고

국고보조금 제도를 도입·운영하고 있으며, 당비 납부제도도 활성화되어 있다. 정당의 수입구조의 비율을 보면, 보조금(50%), 기부금(35%), 당비(15%) 순으로 국고보조금과 기부금의 비중이 높은 편이다(2000년 기준).

#### (4) 일본

개인과 단체의 정당에 대한 기부가 허용된다. 개인의 연간 기부한도는 ¥2,000만, 기업이나 노동조합 등 단체는 ¥750만~¥1억이다(자본금액, 조합원수 등에 따라 한도액이 다르다)<sup>13)</sup>. 다만, 외국인, 보조금을 받는 회사 등의 기부, 타인 명의 및 익명 기부는 금지되고<sup>14)</sup>, 기부자 공개, 정당의 수입과 지출내역에 대한 회계보고 및 공표를 의무화하고 있다. 한편, 국고 보조금 제도는 없으나<sup>15)</sup> 당비 납부제도는 있다.

#### (5) 프랑스

프랑스도 정당에 대한 기부가 허용된다. 과거에는 법인이나 단체도 정당에 기부금을 낼 수 있었으나 2002년부터 금지되었다.<sup>16)</sup> 프랑스의 특이한 점

---

직접적으로 자선목적이나 교회의 목적에 기여하는 단체, 사단 및 정치재단으로부터의 기부금

3. 이 법률의 효력범위 밖으로부터의 기부금(몇 가지 예외에 관하여는 번역을 생략함)

4. 직업단체가 받은 기부금을 다시 정당에게 전달할 것을 조건으로 받은 경우, 직업단체의 기부금

5. 전체적으로 또는 부분적으로 공공관리자로서 국가의 재산인 기업, 국가의 직접적인 투자지분이 25% 이상인 국가가 행정관리를 하거나 운영되는 기업의 기부금

6. 500유로 이상의 금액으로서 기부자를 확인할 수 없거나 또는 익명의 제3자의 기부금을 전달하려고 하는 성격이 명백한 기부금

7. 특정 정치적 또는 경제적 이익을 기대하여 제공된 것으로 인정되는 기부금

8. 정당이 지불해야 할 대가를 위하여 제3자가 모집한 기부금, 단 정당이 지불해야 할 대가가 모집된 기부금 가액의 25%가 넘는 경우에 한함.

13) 정당에 대한 기부한도는 위와 같으나, 공직후보자(정치인 개인)에 대한 기부는 개인의 경우 연간 ¥1,000만, 기업이나 노동조합은 ¥375만~¥5,000만으로 제한되고, 그 경우 1후보자나 하나의 정치단체에 대한 개인 및 단체의 연간 기부한도는 ¥150만이다(일본 政治資金規正法 제21조의3).

14) 단, 가두 또는 공개된 장소에서의 ¥1,000 이하의 익명 기부는 허용하고 있다고 함.

15) 다만, 원내교섭단체에 대해 참의원 1인당 일정액을 입법조사연구비 명목으로 지급하는 제도는 있다.

은, 모든 정당에 대하여 국가가 승인하는 재정대리인<sup>17)</sup>을 두도록 하여 정당의 수입과 지출을 관리하고 공개하도록 하고 있는 점이다. 한편, 국고보조금 제도와 당비 납부제도를 두고 있다.

#### (6) 기타 국가들

노르웨이, 핀란드, 스웨덴 등 북유럽 국가 및 헝가리, 체코, 포르투갈도 정당에 대한 기부가 허용된다. 다만, 국고보조금 제도가 잘 발달되어 있어 정당 재정에서 국고보조금이 차지하는 비중이 높다.

#### (7) 평가

종합해 보건대, 나라별로 방법이나 정도의 차이는 있으나 정당에 대한 기부를 금지하는 국가는 찾아 볼 수 없다. 다만, 기부주체(외국인, 이익단체 등), 기부액 및 모금액의 한도를 설정하거나 기부내역의 공개, 회계책임자(재정대리인)제도 등을 두어 정치자금의 조달과 정당운영의 투명성을 확보하고 있다. 이는 정당에 대한 정치자금기부가 대의제 민주주의에서 주권자인 국민의 자연스러운 정치참여현상이자 정치적 견해를 표현하는 행위로 인식하고 있기 때문이라고 생각된다. 한편, 선거비용, 정당운영비 등에 대한 국고보조금 제도를 두어 정당 간 형평성을 도모하고 저비용 정치구조를 구현하려 노력하고 있다는 점도 일반적이다.

### 마. 정치자금 기부금지에 관한 헌법재판소 선례

정치자금 기부금지에 대해 헌법재판소가 다룬 최초의 사건은 1999. 노동조합의 정치자금 기부금지 사건(95헌마154)이다. 이 사건에서 헌법재판소는, 노동조합의 정치자금 기부를 금지한 것은 헌법상 보장된 노동조합의 정치적 자유와 그 행사가능성을 공동화시킨 것일 뿐만 아니라 다른 이익단체, 특히 사용자의 이익을 대변하는 기업이나 사용자단체의 정치현금을 허

16) 전학선, 프랑스의 정치자금제도에 관한 연구, 한국법제연구원, 2003, 제16권, 제27쪽

17) 정당이 재정대리인(자연인 또는 단체)을 임명하지만, 재정대리인은 국가의 승인 즉, 임기 5년의 9명으로 구성되는 『국가선거운동경비 및 정자금통제위원회』의 승인을 받아야 함.

용하면서 유독 노동단체에게만 정치자금의 기부를 금지한 것은 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.<sup>18)</sup>

(1) 노동조합의 정치자금 기부금지 위헌결정 (헌재 1999. 11. 25. 95헌마 154)

노동단체가 단지 단체교섭 및 단체협약 등의 방법으로 ‘근로조건의 향상’이라는 본연의 과제만을 수행해야 하고 그 외의 모든 정치적 활동을 해서는 안 된다는 사고에 바탕을 둔 이 사건 법률조항의 입법목적은, 법의 개정에 따라 그 근거를 잃었을 뿐만 아니라 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미 및 그 행사가능성을 공동화시키는 것이다. 노동조합에게 요구되는 ‘자주성’은 엄격한 정치적 중립이나 종교적 또는 세계관적 관점에서의 중립성을 뜻하는 것이 아니라 사실적인 측면에서 조직상의 독립과 법적 측면에서 의사결정구조의 자주성을 의미하는 것이다. 그러므로 사회적·경제적으로 같은 상황에 있고 정치적으로 같은 목적을 추구하는 노동자들이 그들의 근로조건의 향상을 위하여 노동조합을 결성하고 그들의 자유의사에 근거하여 그들의 지도원칙에 따라 노동활동을 함으로써 국민의 정치적 의사형성과정에 영향력을 행사하려고 하는 것은 노동단체의 자주성과는 직접적인 관련이 있는 것이 아니다. 민주주의에서 사회단체가 국민의 정치의사 형성과정에 있어서 가지는 의미와 기능의 관점에서 본다면, 노동단체는 다른 사회단체와 본질적으로 같은 것으로서 같게 취급되어야 하는데, 이 사건 법률조항이 다른 이익단체, 특히 사용자의 이익을 대변하는 기업이나 사용자단체의 정치헌금을 허용하면서 유독 노동단체에게만 정치자금의 기부를 금지한 것은 노동단체로 하여금 정당에 영향력을 행사할 수 있는 정치활동의 영역을 다른 사회단체와 달리 차별대우하고 있다고 볼 수밖에 없다(판례집 11-2, 555, 556).

18) 그런데 위 사건이 헌법재판소에서 심리중이던, 1996년 『노동조합및노동관계조정법』(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정된 것)에 의하여 노동조합의 정치활동이 금지됐던 구 ‘노동조합법’ 제12조가 폐지되고, 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 ‘공직선거 및 선거부정 방지법’에 의하여 노동조합의 정치활동이 허용되었다.

위 위헌 결정 후인, 2000년 국회는 정치자금법을 개정하여 노동단체의 정치자금 기부금지 조항을 삭제하여 노동조합의 정치자금 기부를 허용하였다.<sup>19)</sup> 그러다가 2002년 대선자금 수사로 기업의 정치헌금에 따른 정경유착이 정치·사회적으로 큰 파문을 일으키자 국회는 2004년 정치자금법을 개정하여<sup>20)</sup> 기업의 정치헌금을 원천적으로 봉쇄하기 위하여 『단체의 정치자금 기부 및 단체와 관련된 자금의 기부를 금지』하고, 정당 후원회 제도를 아예 폐지하였다.

2010년 ‘단체와 관련된 자금의 기부를 금지’한 위 정치자금법에 대한 위헌소원이 제기되었으나 헌법재판소는 단체자금의 기부는 정치권 및 유권자의 선거권 행사에 심대한 영향을 미치므로 그 제한의 필요성이 크고 단체자금의 기부금지가 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이 아니라는 이유로 합헌 결정을 하였다.

(2) 단체자금의 정치자금 기부금지 합헌결정 (헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89)

이 사건 기부금지 조항은 단체의 정치자금 기부금지 규정에 관한 탈법행위를 방지하기 위한 것으로서, 단체의 정치자금 기부를 통한 정치활동이 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나, 선거의 공정을 해하는 것을 방지하고, 단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지하는 것인바, 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 한편 단체의 정치적 의사표현은 그 방법에 따라 정당·정치인이나 유권자의 선거권 행사에 심대한 영향을 미친다는 점에서 그 방법적 제한의 필요성이 매우 크고, 이 사건 기부금지 조항은 단체의 정치적 의사표현 자체를 금지하거나 그 내용에 따라 규제하도록 한 것이 아니라, 개인과의 관계에서 불균형적으로 주어지기 쉬운 ‘자금’을 사용한 방법과 관련하여 규제를 하는 것인바, 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이라고 볼 수 없다. 나아가 이 사건 기부금지 조항에 의

19) 2000. 2. 16. 법률 제6270호로 개정된 것. 다만, 노동조합은 정치자금의 기부를 위한 별도의 기금을 설치·관리하도록 하였다.

20) 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정된 정치자금법 제12조 제1항

한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌 반면, 금권정치와 정경유착의 차단, 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 이 사건 기부금지 조항에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 매우 크고 중요하다는 점에서 법익균형성 원칙도 충족된다. 이 사건 기부금지 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유 등을 침해하는 것이라 볼 수 없다(판례집 22-2하, 659, 660).

한편, 위에서 본 바와 같이 입법자는 개인후원회를 둘 수 있는 정치인의 범위를 점진적으로 확대해 왔다. 즉, 국회의원→국회의원선거후보자→대통령선거후보자→지방자치단체장선거후보자로 점차 확대해 왔는데, 그 과정에서 국회의원입후보예정자, 시·도의회의원, 지방자치단체장이 자신들에게 개인후원회를 허용하지 않는 것은 평등원칙에 위배된다는 이유로 제기된 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 정치활동을 위한 경비지출의 객관적 시점에 대한 판단이나 정치자금의 필요로 하는 정도나 그 질과 양에 따라 개인후원회를 허용할지 여부에 대한 판단은 입법자가 어느 정도 형성할 수 있다는 이유로 모두 합헌 결정을 한 바 있다.

### (3) 국회의원입후보예정자 후원회금지 (헌재 1997. 5. 29. 96헌마85)

정당이나 국회의원 및 국회의원입후보등록자에 한하여 후원회를 통한 정치자금의 조달을 허용하고 단순한 국회의원입후보예정자에 대하여는 이를 허용하지 아니한 것은 정당이나 국회의원 및 국회의원입후보등록자는 이미 정치활동을 위한 경비의 지출이 객관적으로 예상되는 명확한 위치에 있는 자들인 반면, 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가 객관적으로 명확하지 아니한 데 따른 것으로 합리적인 이유가 있는 차별이므로 헌법상 평등원칙에 위배되지 아니한다(판례집 9-1, 558, 560)<sup>21)</sup>

21) 동지 판례 ; 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 695; 헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 200



## (4) 시·도의원 후원회금지(헌재 2000. 6. 1. 99헌마576)

국회의원이 국민의 대표로서 그 활동범위가 국정 전반에 걸치고 정치를 전업으로 하는데 반해 시·도의원은 그 활동범위가 해당 시·도의 지역사무에 국한되고 무보수 명예직으로서 정치는 비전업의 부업에 지나지 않는다. 같은 정치활동이라 하더라도 그 질과 양에서 근본적인 차이가 있고 그에 수반하여 정치자금을 필요로 하는 정도나 소요자금의 양에서도 현격한 차이가 있으므로 국회의원에 대해서는 개인후원회를 허용하면서 시·도의원에게는 이를 금지하였다 하여 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다(판례집 12-1, 724, 725).

## (5) 지방자치단체장 후원회금지 (헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5)

후원회제도에 관한 각국의 입법례를 보면 각 나라마다 정당 또는 공직후보자가 정치자금 내지 선거자금을 마련하는 방법 및 이에 대한 규제의 태도 또한 다양한 모습을 보이고 있는바, 이는 각 나라의 역사 및 정치풍토 내지는 정치문화가 다른 데 따른 자연스러운 현상이라고 할 수 있고, 따라서 개인 후원회 제도를 둘 것인지 여부 및 그에 관한 규제의 정도나 내용은 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 사항이라고 할 수 있다.

지방자치단체장은 본질적으로 집행기관으로서 그 지위와 성격 및 기능에서 국회의원과 본질적으로 차이가 있고, 그 직무수행상 필요한 자금도 개인의 선거비용 이외에는 모두 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 책정되어 있을 뿐만 아니라 집행기관으로서의 엄결성을 확보하기 위하여 정치자금의 조달방법에서도 지방자치단체장 또는 지방자치단체장 선거에 후보보하는 자는 개인 후원회를 둘 수 없도록 한 것이므로 이러한 차별은 합리적 근거있는 차별이라고 할 것이다(판례집 13-2, 469, 470).

위 판례들에서 헌법재판소가 ‘후원회를 허용할지 여부는 원칙적으로 입법정책의 문제이고 따라서 자의적 입법이 아닌 한 위헌이 아니다’라는 취지의 판시를 볼 때, 정당 후원회 폐지에 관한 이 사건에서도 후원회 허용여부는 입법자의 형성에 맡겨진 것이므로 엄격심사가 아닌 자의성 심사 내

지 명백성 심사로 족한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 위 판시 사례들과 정당에 대한 기부를 못하도록 정당후원회를 폐지한 이 사건은 전혀 그 본질을 달리한다. 첫째, 위 사례들은 정치자금기부를 통한 일반 국민의 정치적 표현의 자유나 국가로부터의 정당의 자유에 대한 침해가 헌법에 위반되는지를 판단한 것이 아니다. 단지 정치인 개인의 입장에서 다른 정치인과의 관계에서 후원회를 허용하지 않는 것이 형평에 반하는지 및 공무담임권을 침해하는지에 대한 판단이다. 둘째, 위 사례들은 정치활동의 중심주체인 정당에 대한 후원제도가 존재하는 가운데, ‘개인’ 후원회의 허용범위를 어디까지로 할 것인지에 관한 것이고, 이 사건은 정치 후원금을 통한 정치적 기본권 행사에서 가장 중요한 의미를 갖는 정당에 대한 정치자금 기부 자체를 금지한 것의 위헌 여부이다. 판시에서 본 바와 같이 국회의원 외에 국회의원입후보예정자나 시·도의원에게까지 개인 후원회를 허용할지 여부는 정치자금의 소요시기, 정치활동의 질과 양 등을 고려하여 입법자가 형성할 수 있다고 하겠지만, 특정 기본권 주체의 정치자금 기부 자체를 금지하거나 정치활동의 핵심주체인 정당에 대한 정치자금 기부를 금지하는 것은 일반 국민의 정치적 표현의 자유 및 정당활동의 자유를 제한하는 것으로 그 기본권 침해의 국면과 침해의 진지성에서 전혀 다른 문제라 할 것이다. 즉, 위 판례들은 정치자금기부금지의 헌법적 문제점에 대해서는 전혀 고려없이 정치자금 모금의 필요성 측면에서 경계선상에 있는 정치인들에 대한 모금의 허용 한계를 판단한 것에 불과하다고 할 것이다.

국민의 정치적 표현의 자유를 제한하는 입법이나 헌법이 특별히 보호하고 있는 정당활동의 자유를 제한하는 입법의 경우에는 전형적인 기본권 제한의 일반 법리인 과잉금지의 원칙에 따라 엄격한 위헌 심사가 이루어져야 한다. 이는 이 재판소가 생긴 이래 흔들림없이 견지해 온 확립된 태도이다. 그런 점에서 노동단체의 정치자금기부금지(95헌마15) 및 단체와 관련된 자금의 기부금지(2008헌바89)로 인하여 정치적 표현의 자유 및 정당활동의 자유 제한이 헌법적으로 정당화되는지에 대한 위 두 판례가 이 사건의 선례(precedent)가 된다고 할 것이다.

## 4. 판 단

### 가. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권에 대하여 재판관들은 다음과 같이 판시하였다.

『이 사건 법률조항은 국민이 정당에 대한 재정적 후원을 통해 정당의 정책과 후보자를 지지하는 것을 금지함으로써 국민의 정치적 의사표현의 자유를 제한한다. 또한 이 사건 법률조항은 정당이 목적에 따른 활동에 필요한 비용을 마련하기 위해 후원회를 지정·운영하는 것을 금지함으로써 헌법 제8조가 보장하는 정당활동의 자유를 제한한다.

청구인들은 이 사건 법률조항이 정치인 개인에게 기부하는 자와 정당에 기부하는 자를 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 ‘모든 국민’에 대하여 개인 후원을 허용하고 정당 후원을 금지하여 동등하게 취급하고 있어 차별적 취급이 존재하지 아니하므로 평등권 침해의 여지는 없다고 할 것이다.』

이하에서는 제한되는 기본권으로서 거론되는 정치적 표현의 자유와 일반적 행동자유권 및 행복추구권, 정당의 자유, 평등권 등에 대해서 구체적으로 검토해 보기로 한다.

#### (1) 정치적 표현의 자유

청구인들은 이 사건 법률조항에 의해 정치적 표현의 자유가 제한된다고 주장한다. 기부행위가 표현의 자유로 보호받기 위해서는 헌법 제21조의 언론·출판, 집회·결사에 포함되어야 한다. 그런데 특정 정당 또는 정치인에 대한 ‘기부행위’는 자신의 생각과 의견에 대한 순수한 표현(pure speech)은 아니다. 기부자의 의사(意思)를 담고 있는 행동, 즉 의사표현적 행동(expressive conduct)이다. 어떤 행동이 언론(speech)에 해당하여 표현의 자유에 의하여 보호되는지, 보호된다면 어느 정도로 보호되는지에 대해서는 미국에서 많은 논란이 있다.<sup>22)</sup>

22) 미국 연방대법원은, 인간이 수행하는 모든 활동에서 표현행동의 요소를 발견할 수 있지만 그러한 요소만으로 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 의하여 보호되는 것은 아니며, ①행동이 특정한 메시지를 전달할 의도가 있고, ②주변상황에 비추

그런데 헌법재판소는 기부행위가 ‘표현행위’인지에 대한 별다른 설명없이 정치자금의 ‘기부’를 제한하는 것은 정치활동의 자유 즉, 정치적 표현의 자유를 제한한다고 하였다.<sup>23)</sup> 미국 연방대법원은 1975년 Buckley v. Valeo 사건에서 정치자금(선거자금)<sup>24)</sup>의 기부와 지출을 구별하면서, 지출제한은 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 직접적으로 제한하는 것으로 위헌인 반면, 기부제한은 표현의 자유를 제약하는 효과가 작아 합헌이라고 하였다. 그 요지는 이렇다. ‘오늘날 현대 대중사회에서 모든 의견교환의 수단은 비용의 지출을 필요로 한다. 선거비용의 지출을 제한하는 것은 직접적으로 표현의 양과 질을 제한한다. 그러나 기부 금액의 상한을 설정하더라도 기

---

어 그 행동을 본 사람들에게 의하여 그 메시지가 이해될 만한 실질적인 가능성이 있을 때, 비로소 그러한 행동은 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 ‘표현’이라고 하였다(City of Dallas v. Stanglin, 490, U.S. 19, 25; Spence v. Washington, 418, U.S. 405, 410-411). 그러면서 하나의 행동에 ‘표현’(speech)과 ‘비표현’(nonspeech)적 요소가 결합되어 있는 경우 비표현적인 요소를 제한해야 할 공익이 있는 경우에 부수적인 표현에 대한 제한은 정당화될 수 있다고 본다.

### 23) 【노동조합의 정치자금 기부금지 위헌결정】

이 사건 법률조항은 노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지함으로써 청구인이 정당에 정치자금을 기부하는 형태로 정치적 의사를 표현하는 자유를 제한하는 한편, 정치자금의 기부를 통하여 정당에 정치적 영향력을 행사하는 결사의 자유(단체활동의 자유)를 제한하는 규정이므로, 이 사건 법률조항에 의하여 침해된 기본권은 헌법 제33조의 단결권이 아니라 헌법 제21조의 노동조합의 정치활동의 자유, 즉 표현의 자유, 결사의 자유, 일반적인 행동자유권 및 개성의 자유로운 발현권을 그 보장내용으로 하는 행복추구권이라고 보아야 한다(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154, 판례집 11-2, 555, 573)

#### 【단체자금의 기부제한 사건】

특정한 정당이나 정치인에 대한 정치자금의 기부는 그의 정치활동에 대한 지지·지원인 동시에 정책적 영향력 행사의 의도 또는 가능성을 내포하고 있다는 점에서 일종의 정치활동 내지 정치적인 의사표현이라 할 것인바, 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 이 사건 기부금지 조항은 정치활동의 자유 내지 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한이 된다고 볼 수 있다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89, 판례집 22-2하, 659, 671)

- 24) 미국에서 ‘정치자금’(Political Funds)은 ‘선거자금’(Election Funds)과 동의어로 쓰인다. 이는 ‘정치=선거’라는 등식이 성립되어 있는 미국의 정치현실에 기인한 것으로 실제 정치자금에 대한 규율도 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)이 규정하고 있다. 그래서 연방대법원의 판례도 바로 연방선거운동법상의 정치자금의 기부제한, 지출제한에 관한 것이다. 미국의 경우 선거운동에 대한 제한이 거의 없다. 선거운동의 기간이나 방법에 특별한 제한을 두고 있지 않다. 선거운동은 정치적 표현이고, 정치적 표현은 수정헌법 제1조에 의하여 보장된다고 보기 때문이다. 선거운동에 대한 거의 유일한 제한은 1974년 연방선거운동법의 개정으로 도입된 정치자금(선거자금)의 기부 및 지출 제한이다.

부라는 상징적 지지의 표현은 여전히 허용되는 것이고, 그 밖에 기부자의 정치적 의견을 표현할 자유를 어떠한 방식으로든 제한하는 것은 아니다'. 이 결정에 대해서는 미국에서도 많은 비판과 논란이 있었고 후속 사건에서 연방대법원 재판관들 사이에서도 의견이 일치되지는 않았지만 위 Buckley v. Valeo 판결<sup>25)</sup>의 기본 태도는 비교적 최근까지도 그대로 유지돼 왔다.

그런데 2014. 4. 2. 연방대법원은 *McCutcheon v. Federal Election Commission* 결정에서 개인이 공직선거후보자나 정당에 기부할 수 있는 총액을 제한하는 연방선거법에 대해 재판관 5:4의 의견으로 위헌으로 결정하여 기부 제한에 대해서도 헌법적 보호를 더 강화하는 태도를 보이고 있다.<sup>26)</sup>

살피건대, 정치자금 기부가 순수한 의미의 '언론'은 아니지만 거기에는 '특정 정당을 지지한다'는 기부자의 정치적 견해 표명이 들어 있음은 분명하다. 따라서 정치자금의 기부 자체를 금지하는 것은 물론 기부 금액의 한도를 설정하는 것 또한 기부자의 정치적 표현의 자유를 제한한다. 비록 헌법재판소가 위 결정들에서 意思表現的 行動(기부)에 대한 법적 성격 내지 의미를 정의하지 않고 바로 정치적 표현의 자유를 제한한다고 판단함으로써 향후 위와 같은 표현적 행동에 대해 적용할 일반적 기준을 제시하지 못한 아쉬움은 있지만, 기부제한이 정치적 표현의 자유를 제한한다는 결론에 있어서는 옳다고 할 것이므로 이 사건에서 새삼스럽게 이에 대한 헌법적 의미를 정의하는 것은 적절치 않다고 판단된다. 다만, 어떠한 의사표현적 행동이 우리 헌법 제21조가 보호하는 '언론'에 해당하는지, 해당한다면 어느 정도로 보호되는지는 이를 제한하는 입법에 대한 위헌심사에서 필수적인 선결문제(先決問題)이므로 향후 유사한 사안을 다룰 경우에는 이에 대한 분명한 헌법적 판단이 이루어져야 할 것이다.

이 사건과 관련하여 미국 연방대법원의 논의가 우리에게 시사(示唆)하는 바는, 정치자금의 지출행위이든 기부행위이든 모두 표현의 자유에 의하여

25) 424 U.S. 1 (1976).

26) 이번에 위헌 판결을 받은 조항은 1970년 '워터게이트' 스캔들 뒤 거액 기부를 막고자 개인의 정치자금 기부 총액을 2년 간 최대 12만3200달러로 제한하고 있었다(개인에 대해서는 4만8600달러(후보자 1명에 대하여는 \$2,600), 정당에 대해서는 7만4600달러). 그러나 이번의 위헌 판결로 2년 간 개인이 기부할 수 있는 정치자금의 상한선이 3백60만달러까지 늘었다.

보호되지만, 지출 금액의 제한은 표현의 양과 질을 직접적으로 제한하는 것으로 헌법 제21조의 ‘완전한’ 보호를 받는 반면, 기부 금액을 제한하는 것은 기부자의 표현의 자유제한에 미치는 효과가 간접적이라는 점에서 지출 액수의 제한보다는 보호의 정도가 낮을 수 있다는 점이다.<sup>27)</sup>

## (2) 일반적 행동자유권 및 행복추구권

정치자금 기부제한은 정치적 표현의 자유를 제한함과 동시에 자기가 하고 싶은 일을 자유롭게 할 수 있는 자유인 일반적 행동자유 및 개인의 인격실현의 수단을 포함하는 행복추구권을 제한하는 것이기도 하다. 그러나 이들 기본권이 정치적 표현의 자유와의 관계에서 보충적인 점, 기부금지로 인한 정치적 표현의 자유 제한의 헌법적 중대성 등을 감안할 때, 이들 기본권의 침해 여부를 별도로 판단하지 않고 정치적 표현의 자유 침해 여부에 포함하여 함께 판단하면 족하다고 할 것이다.

## (3) 정당의 자유(정당활동의 자유)

정당 후원 금지는 후원을 하려는 일반 국민의 헌법상 보장된 정치적 표현의 자유 등을 제한함과 동시에 정당의 입장에서 보면 국민들로부터의 재정적 후원을 통하여 자유롭게 재정을 충당하는 정당활동의 자유에도 영향을 미친다. 헌법 제8조의 정당의 자유에는 정당이 스스로 자신의 설립목적에 따른 활동을 위해 그에 필요한 비용을 마련하기 위한 모금활동의 자유

27) 예컨대, 현행 기부금(또는 모금액)의 법정한도를 규정하고 있는 정치자금법조항의 위헌 여부가 문제될 경우 정치자금(선거자금) 지출의 법정한도를 규정하고 있는 법조항에 대한 위헌심사보다 심사기준이 낮아질 수 있다. 한편, 기부나 지출 모두 정치적 표현행위의 보호영역에는 포함된다고 할 것이다. 다만, 헌법적 보호의 정도는 다를 수 있다. 기부는 간접적으로 정치적 지지를 표명하는 것이고, 지출은 직접적으로 정치적 견해를 표명하는 것과 같다. 따라서 지출은 헌법적으로 완전한 보호를 받는 반면 기부는 그 보다는 보호의 강도가 낮을 수 있다고 할 것이다. 미국연방대법원도 지출은 수정헌법 제1조에 의하여 완전한 보호를 받는 반면 기부는 그에 미치지 못한다고 하면서 지출제한은 위헌인 반면 기부제한은 합헌이라고 하였다. 이는 기부행위 자체가 수정헌법 제1조에 의하여 보호되지 않는다는 것이 아니라 지출행위에 비하여 그 보호의 정도가 약하다는 것으로 이해된다. 특히 미국은 기본권의 보호영역에 관한 관념이 없고 다만, 기본권의 보호 정도에 대한 개념이 발달되어 있는 것도 위와 같은 해석이 나온 이유로 보여진다.

도 포함된다할 것이고, 따라서 정당에 대한 기부금지는 정당활동의 자유를 제한한다.

#### (4) 평등권

청구인들은 이 사건 법률조항이 정치인 개인을 후원하려는 자에 비하여 정당을 후원하려는 자를 차별하는 것으로 평등원칙에 위배된다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 단지 ‘모든 국민’에 대하여 개인 후원을 허용하고 정당 후원을 금지하고 있을 뿐, 모든 국민을 동등하게 취급하고 있다.<sup>28)</sup> 즉, 정당 후원이 금지됨에 따라 국민의 정치적 표현의 자유가 제한하고 있을 뿐, 이 사건 법률조항이 특정 인적 집단을 차별하고 있는 것이 아니다.<sup>29)</sup> 따라서 이 사건에서는 정당에 대한 후원을 금지하는 것이 헌법적으로 정당화되는지를 판단하면 족하고 별도로 평등위반 여부는 문제되지 않는다.

### 나. 위헌론

#### (1) 정치적 표현의 자유 행사로서 정치자금의 기부

오늘날 정치적 기본권은 선거권, 공무담임권, 국민투표권 등 이른바 ‘참정권’ 뿐만 아니라, 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 인식되고 있다. 그중 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유이다. 이러한 정치적 자유권은 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활

28) 특정한 행위를 금지하는 것은 차별이 아니다. 헌법상 차별이란, 비교할 수 있는 대상 가운데 ‘특정 인적 집단’에 대한 차별을 뜻한다. 청구인 주장과 같은 차별이 의미가 있으려면 개인과 정당에 대한 정치후원이 허용된다는 전제하에 양자 중 어느 한 행위에 대해 조세감면 내지 중과세를 한다면 가능한 얘기이다.

29) 다만, 정치자금을 기부받는 입장에서 볼 때, 개인은 후원을 받을 수 있는 반면 정당은 후원을 받을 수 없다는 점에서 개인에 비하여 정당이 차별취급받고 있다고 볼 수는 있다. 그러나 이 사건에서 이러한 평등비교는 무의미하다. 왜냐하면 이 사건 법률조항은 ‘정당’과 기업간의 정경유착방지를 위하여 ‘정당’의 후원금 수수를 금지하고 있으므로 비교집단을 정치인 개인과 정당으로 삼게 되면 이 사건 법률조항의 입법목적을 확인하는 것에 불과하고 의미있는 비교가 될 수 없기 때문이다. 더욱이 이 사건 청구인은 정당도 아니다.

동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 하는 것이다(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).

그런데 정당제 민주주의 하에서는 중요한 정치적 결정이 정당에 의하여 준비되고 내려지는 경우가 많다. 정당은 정치권력에 영향을 행사하려는 사람들의 다양한 주장과 견해들을 취합·선별하여 내부적으로 조정을 한 다음, 국민이 선택할 수 있는 정책으로 형성한다. 정당은 정부와 국회와 주요 핵심 공직의 선출이나 임명에 결정적인 역할을 하고, 의회와 정부 등 정치적 지도기관의 정책 결정에 영향력을 행사함으로써, 국가의사형성에 결정적 영향을 미친다. 정당은 개인과 국가를 잇는 중간매체로서, 정당의 중개인적 역할로 말미암아 국민의 정치적 의사가 선거를 통하지 아니하고도 국가기관의 의사결정에 영향력을 미칠 수 있다. 물론, 다른 사회단체도 국회, 정부에 대하여 직접 로비활동을 하는 등 영향력을 행사할 수 있지만, 오늘날의 정당국가에서는 정당을 통하여 비로소 국가기관의 결정에 효율적으로 영향을 미칠 수 있다(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154 참조). 위와 같은 정당의 역할과 기능을 생각할 때, 정당에 대한 정치자금 기부는 개체로서의 국민이 자신의 정치적 견해를 표명하는 매우 효과적인 수단일 뿐만 아니라, 정당에 영향력을 행사하는 중요한 방법의 하나가 된다.

## (2) 정당활동의 자유와 정치자금

헌법은 정당제 민주주의를 채택하여 정당설립의 자유와 국가의 보호를 규정함으로써(제8조 제1항, 제3항) 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 광범위하게 보장하고 있으며, 이에 따라서 정당법도 정당활동의 자유를 보장하고 있다(제30조). 정당은 정치적 결사로서 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계 각층의 이익을 대변하며 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는 등 현대의 대의제 민주주의에 없어서는 안 될 중요한 공적 기능을 수행하고 있다(헌재 2009. 10. 29. 2008헌바146 등 참조).

정당이 국민 속에 뿌리를 내리고, 국민과 밀접한 접촉을 통하여 국민의 의사와 이익을 대변하고, 이를 국가와 연결하는 중개자로서의 역할을 수행



하기 위해서 정당은 정치적으로뿐만 아니라 재정적으로도 국민의 동의와 지지에 의존하여야 하며, 정당 스스로 국민들로부터 그 재정을 충당하기 위해 노력해야 한다. 이러한 의미에서 정당이 당원 내지 후원자들로부터 정당의 목적에 따른 활동에 필요한 정치자금을 모금하는 것은 정당의 조직과 기능을 원활하게 수행하는 필수적인 요소이자 정당활동의 자유를 보장하기 위한 필수불가결한 전제로서, 정당활동의 자유의 내용에 당연히 포함된다고 할 수 있다.

### (3) 과잉금지원칙 위배 여부

#### (가) 목적의 정당성

이 사건 법률조항은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것이다. 정당과 기업의 유착은 필연적으로 민의를 왜곡시키고 정치적 부패를 야기함으로써 헌법이 지향하고 있는 정당제 민주주의를 훼손시킬 우려가 크기 때문에 이를 방지할 필요가 있다는 점에서, 이 사건 법률조항의 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

#### (나) 수단의 적합성 및 침해의 최소성

불법 정치자금 수수로 인한 정경유착의 폐해를 방지하기 위해 정당에 대한 정치자금 기부를 제한할 필요가 있다 하더라도, 정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된 것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로, 일반 국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원칙적으로 봉쇄할 필요는 없다. 특히 정당 후원회 제도를 폐지하게 된 계기를 제공한 정경유착의 문제는 정당 후원회를 통로로 하여 발생했던 것이 아니라, 합법적인 정당 후원회 제도가 주는 절차적 번거로움과 불편함을 피해 법 제도 밖에서 불법적·음성적으로 정치자금을 수수함으로써 발생했다는 점에서 더더욱 그러하다.

불법 정치자금의 수수로 인한 정경유착의 폐해를 방지하기 위해 정당 후원회 제도를 일정한 범위에서 제한할 필요가 있다 하더라도, 정당 후원회 제도 자체를 전면적으로 금지하기보다는 기부 및 모금한도액의 제한, 기부

내역 공개 등의 방법으로 정치자금의 투명성을 확보함으로써 충분히 그 목적을 달성할 수 있다.

현행 정치자금법상 정치자금은 수입과 지출의 공개를 원칙으로 하고, 타인의 명이나 가명으로 정치자금을 기부할 수 없도록 하고 있다. 일정액 이상의 기부 및 지출은 반드시 수표나 계좌이체 등 실명을 요하고, 개인의 연간 기부한도 및 후원회의 연간 모금한도를 정하고 있다. 수입·지출에 대한 영수증 발급 및 회계책임자 제도를 두고, 불법 정치자금의 수수를 형사 처벌하며, 정치자금범죄로 인한 공무담임을 제한하는 등 정치자금을 엄격히 통제하고 투명성을 보장하기 위한 제도를 마련하고 있다. 뿐만 아니라 정경유착의 폐해를 방지하기 위하여 국내·외의 법인 또는 단체의 정치자금 기부를 금지하고, 누구든지 국내·외의 법인 또는 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 규율하고 있다.

이와 관련하여 일반 국민은 정당에 가입하여 당비를 납부하거나 기탁금을 기부함으로써 얼마든지 자신의 정치적 의사를 표현할 수 있고, 정당으로서도 당비, 기탁금, 보조금으로 정당 수입을 충당할 수 있다는 견해가 있으므로 이에 관하여 살펴본다.

먼저 정치자금 중 당비는 반드시 당원으로 가입해야만 납부할 수 있다. 현대 사회에서 정당이 정당활동에 필요한 정치자금을 모금하기 위해 당원을 모집하는 데에는 현실적인 한계가 있으므로 당원이 납부하는 당비만으로는 정당의 활동자금을 충당하기 어렵다. 또한 일반 국민으로서도 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 하기 위해 반드시 당원이 되어야 한다는 것은 간접적으로 정당 가입이 강제되는 결과를 가져오게 된다. 뿐만 아니라 누구든지 정당법상 2 이상의 정당의 당원이 될 수 없으므로 특정 정당에 가입한 당원이라 하더라도 소속 정당이 아닌 다른 정당에 정치자금을 기부하는 것은 불가능하게 되고, 정당법상 정당 가입이 금지되는 공무원 등의 경우에는 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 할 방법이 없게 된다.

현행법상 국민은 정당에 가입하지 않더라도 중앙선거관리위원회에 정치자금을 기탁함으로써 정당에 대한 재정적 후원을 할 수는 있다. 그러나 현행 기탁금 제도는 기부자가 특정 정당을 지정하거나 기탁금의 배분비율을 지정할 수 있는 지정기탁금제도가 아니라 단지 일정액을 기탁하면 중앙선

거관리위원회가 국고보조금의 배분비율에 따라 각 정당에 배분·지급하는 일반기탁금제도로써 정치발전기금 내지 정당발전기금의 성격을 가지며, 기부자가 자신의 정치적 선호에 따라 특정 정당에 재정적 후원을 하는 것은 전혀 다른 제도이므로, 당비나 기탁금 제도로는 정당 후원회를 대체할 수 있다고 보기 어렵다.

헌법 제8조 제3항은 “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.”고 규정하고 있고, 이에 따라 정치자금법에서 정당 운영자금에 대한 국가보조를 규정하고 있다. 그러나 국가보조는 정당의 공적 기능의 중요성을 감안하여 정당의 정치자금 조달을 보완하는 데에 그 의의가 있으므로, 본래 국민의 자발적 정치조직인 정당에 대한 과도한 국가보조는 정당의 국민의존성을 떨어뜨리고 정당과 국민을 멀어지게 할 우려가 있다. 이는 국민과 국가를 잇는 중개자로서의 정당의 기능, 즉 공당으로서의 기능을 약화시킴으로써 정당을 국민과 유리된 정치인들만의 단체, 즉 사당으로 전락시킬 위험이 있다. 뿐만 아니라 과도한 국가보조는 국민의 지지를 얻고자 하는 노력이 실패한 정당이 스스로 책임져야 할 위험부담을 국가가 상쇄하는 것으로서 정당간 자유로운 경쟁을 저해할 수 있다. 정당 스스로 재정충당을 위하여 국민들로부터 모금 활동을 하는 것은 단지 ‘돈을 모으는 것’에 불과한 것이 아니라 궁극적으로 자신의 정강과 정책을 토대로 국민의 동의와 지지를 얻기 위한 활동의 일환이며, 이는 정당의 헌법적 과제 수행에 있어 본질적인 부분의 하나인 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 정당 후원회 자체를 금지하는 것은 일반 국민의 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하고, 스스로 재정을 충당하려는 정당활동의 자유를 과도하게 침해한다. 더군다나 현행 국고보조금 및 기탁금 제도가 거대정당 내지 원내 교섭단체가 구성된 기득정당에 비하여 군소정당 내지 신생정당에게 현저히 불리하게 운영되고 있는 현실에서, 이 사건 법률조항이 정당으로 하여금 일반 국민들로부터 정치자금을 조달하는 것마저 금지하는 것은 군소정당이나 신생정당에게 지나치게 가혹할 뿐만 아니라, 결과적으로 다양한 신진 정치세력의 진입을 막고 정당간 자유로운 경쟁을 막아 정당정치 발전을 가로막게 될 우려가 있다.

정당에 대한 후원은 이를 전면적으로 금지할 것이 아니라 오히려 일반 국민들의 정당에 대한 소액 다수의 기부를 장려·권장함으로써 국민과 정당 간의 연대를 강화하고, 정당을 통한 국민의 정치참여 기회를 확대하며, 정당 간의 건전한 경쟁을 유도할 필요가 있다. 그것이 진정 정당 정치의 발전 토대를 구축하는 데에 기여하는 것이고, 헌법이 지향하는 정당제 민주주의를 국민 속에 뿌리내리게 하는 것이 될 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 수단의 적합성 요건과 침해최소성 요건을 갖추지 못하였다.

#### (다) 법익 균형성

이 사건 법률조항이 보호하려는 공익은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하는 것이나, 정당제 민주주의 하에서 정당에 대한 재정적 후원이 전면적으로 금지됨으로써 정당이 스스로 재정을 충당하고자 하는 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유가 제한되는 불이익은 이보다 더욱 크다고 할 것이어서 법익 균형성도 충족되었다고 보기 어렵다.

#### (라) 소결

따라서 이 사건 법률조항은 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해한다.

#### (4) 개선의견

다수의견은 이 사건 결정으로 인하여 정당 후원회를 허용하게 되더라도, 정치자금을 더욱 투명하게 운영하고 정당간 자유로운 경쟁을 보장할 수 있는 정당의 수입구조를 마련하기 위하여 다음과 같은 부분에 대한 개선도 병행되어야 한다는 점을 함께 밝혔다.

첫째, 현행 정치자금법상 1회 10만 원 이하, 연간 120만 원 이하의 후원금은 익명으로 기부할 수 있고, 정당의 회계책임자는 정기적으로 선거관리위원회에 정당의 정치자금 수입과 관련하여 1회 30만 원 초과 또는 연간

300만 원(대통령후보자등후원회·대통령선거경선후보자후원회의 경우에는 500만 원)을 초과하여 수입을 제공한 자의 경우에는 성명·생년월일·주소·직업·전화번호와 수입일자 및 그 금액을, 그 이하 금액의 수입을 제공한 자의 경우에는 일자별로 그 건수와 총금액만을 회계보고하도록 규정하고 있어서, 기부내역 중 일부만이 선거관리위원회에 보고되고 있을 뿐이고 상세한 기부내역이 일반 국민들에게 상시적으로 공개되고 있지 아니하다. 따라서 외국의 경우와 같이 익명 기부를 금지하고, 모든 기부내역에 대하여 기부자의 직업을 포함한 상세한 신원과 자금 출처를 완전하게 상시적으로 공개하여 투명성을 높이는 방안 등을 세심하게 마련할 필요가 있다는 것이다.

둘째, 현행 정치자금법상 국고보조금과 기탁금은 우선 국회 교섭단체를 구성한 정당에 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 분할하여 배분·지급하고, 국회 교섭단체를 구성하지 못한 정당 중 5석 이상의 의석을 가진 정당에 대하여는 100분의 5씩을, 의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당에 대하여는 득표수 비율에 따라 100분의 2씩을 배분·지급하며, 잔여분 중 100분의 50은 지급 당시 국회의석을 가진 정당에 그 의석수의 비율에 따라 배분·지급하고, 그 잔여분은 국회의원선거의 득표수 비율에 따라 배분·지급하도록 규정하고 있다. 이러한 배분 구조에 따르면 국회에 의석이 없는 군소정당의 경우에는 국고보조금이나 기탁금을 거의 지급받지 못하게 되므로, 군소 정당이나 신생 정당의 경우에는 당비 외에는 재정을 충당할 수 있는 방법이 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 뿐만 아니라 거대정당들이 국고보조금에 의존하여 운영됨으로써 국가의 정치적 영향력이 가중되고 일반 국민과의 거리가 멀어지게 될 우려도 존재한다. 정당 후원회가 허용되면 정당은 목적에 따른 활동에 필요한 비용을 자율적으로 모금할 수 있게 되어 현행 수준과 같은 거액의 국고보조금과 기탁금을 지급할 필요성도 상대적으로 적어질 것이므로, 향후 정당 후원회가 허용될 경우에는 위와 같은 점을 고려하여 국고보조금과 기탁금의 배분·지급 구조도 함께 개선해야 할 필요가 있다는 점이다.

#### 다. 합헌론

조용호 재판관은 이 사건 법률조항이 국민의 정치적 의사표현의 자유를

제한하거나 정당활동의 자유를 제한하여 헌법에 위반된다고 생각하지 아니한다고 하면서 아래와 같이 의견을 밝혔다.

(1) 이 사건 법률조항은 다수의견도 밝히고 있듯이, 불법 정치자금 수수의 통로인 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것이다. 정당과 기업의 유착은 필연적으로 민의를 왜곡시키고 정치적 부패를 야기함으로써 헌법이 지향하고 있는 정당제 민주주의를 훼손시킬 우려가 크기 때문에 이를 방지할 필요가 있다는 점에서, 이 사건 법률조항의 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

다수의견은 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된 것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로 일반국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원천적으로 봉쇄할 필요는 없다고 한다. 그러나 우리의 정치현실에서 불법 정치자금 수수의 문제가 오로지 일부 재벌기업에 국한되는 것이 아니라 중소기업은 물론 일반 유권자들에게까지 널리 관련되어 있음은 역사적 경험으로 알고 있는 바이다. 즉, 이권과 특혜를 노리는 기업 또는 국민과 돈이 필요한 정치권은 유착의 유혹에 항상 노출되어 왔고, 이들의 유착은 매우 은밀하고 대범하게 불법 정치자금의 수수로 이루어졌으며, 정치자금법을 통해 기부액과 모금액에 한도를 두고 불법 정치자금 수수를 처벌하는 등의 수단으로는 이를 근절하기 어려웠던 것이 우리의 정치현실이자 경험이었다. 따라서 이를 막기 위해서 정당 후원회 제도 자체를 전면적으로 금지하는 것이 입법자의 불가피한 결단이었다고 할 수 있다.

이 사건 법률조항은 정당 후원회를 통한 정치자금의 기부를 금지할 뿐이고, 일반 국민들은 자신의 정치적 선호에 따라 지지하는 정당에 속한 정치인 개인 후원회에 정치자금을 기부함으로써 간접적으로 특정 정당에 대한 자신의 정치적 지지를 표명할 수 있는 길이 열려 있다. 뿐만 아니라 특정 정당에 가입하여 당원으로 당비를 납부할 수도 있고, 정당에 가입하지 않더라도 중앙선거관리위원회에 정치자금을 기탁하는 등의 방법으로 얼마든지 정당에 대한 재정적 후원을 할 수 있는 길이 열려 있으므로, 이 사건 법률조항이 국민의 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하였다고 단정하기

어렵다(도대체 정당 후원회를 통한 재정적 후원 또는 기부를 하지 못하여 자신의 정치적 표현의 자유가 침해받고 있다고 느낄 국민이 얼마나 될 것인지조차 의문이다).

다수의견은 현행 국고보조금 및 기탁금 제도가 거대정당 내지 원내 교섭단체가 구성된 기득정당에 비하여 군소정당 내지 신생정당에게 불리하게 운영되고 있는 현실에서, 이 사건 법률조항이 정당으로 하여금 일반 국민들로부터 정치자금을 조달하는 것마저 금지함으로써 군소정당이나 신생정당에게 지나치게 가혹하고 정당정치 발전을 가로막게 될 우려가 있다고 한다. 위와 같은 다수의견은 일면 일리가 있는 주장이다. 그러나 현행 국고보조금 및 기탁금 제도가 거대정당 내지 원내 교섭단체가 구성된 기득정당에 비하여 군소정당 내지 신생정당에게 불리하게 운영되고 있는 현실 역시 주권자인 국민의 선택의 결과에 따른 입법자의 결단인 것이고, 만일 군소정당 내지 신생정당의 이익을 위하여 일반 국민들의 정당에 대한 후원을 부활할 경우 그로 인한 이익은 군소정당 내지 신생정당보다는 오히려 거대정당 내지 기득정당이 더 큰 망외(望外)의 이익을 보리라는 것은 불을 보듯 명확하다.

다수의견도 정당 후원회를 허용하게 될 경우 야기될 여러 가지 부작용과 폐단을 염려하여 몇 가지 제도 개선을 병행할 것을 주문하고 있다. 그 중 하나인 ‘익명 기부금지와 모든 기부내역(기부자의 상세한 신원과 자금 출처 등)에 대한 상시 공개’는 우리의 정치풍토와 정치문화 또는 일반 국민의 현실인식을 도외시한 제도로서 오히려 일반 국민의 정당에 대한 후원에 장애물로 작용할 뿐이다. 정당 후원회가 허용될 경우 국고보조금과 기탁금의 배분·지급 구조도 함께 개선할 것을 주문하고 있는바, 앞의 ‘입법연혁’에서 살펴보았듯이 정당 후원회 제도의 폐지는 그 자체의 문제점 뿐만 아니라 지구당(시·도당) 운영에 따른 폐해와도 맞물려 있던 것이었고, 그에 대한 보완대책의 하나로 개인 후원회 제도와 국고보조금 제도의 확대에 이르게 되었다. 따라서 정당 후원회 제도의 부활은 단순히 정당 후원회 제도 하나만의 문제가 아니라 지구당 제도의 부활 내지 당원협의회 사무소의 설치 허용 여부, 국고보조금 및 기탁금 제도의 개선 등과 전체적으로 연동하여 함께 정치권(입법자)에서 입법정책적으로 결단할 문제인 것이다. 우리 재판

소는 일찍부터 ‘개인 후원회’를 둘 것인지 여부 및 그에 관한 규제의 정도나 내용은 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법형성의 자유에 속하는 사항이라고 판시하여 왔는바(헌재 1997. 5. 29. 96헌마85; 헌재 2000. 6. 1. 99헌마576; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5 참조), 정당 후원회의 경우도 개인 후원회와 달리 판단할 이유가 없다.

필요하다면 언제라도 정당 후원회 제도의 부활을 입법적으로 도입할 수 있는 정치권에서조차 아직 그 필요성을 느끼지 못하고 있는 상황에서 헌법재판소가 위헌심사라는 명분으로 선불리 연동된 여러 가지 제도 중에서 정당 후원회 제도만을 먼저 부활시키려 한다면 이는 헌법재판의 기능적 한계에도 반한다.

나아가 법익균형성의 점에서 보더라도, 이 사건 법률조항의 정당 후원금지로 인해 잃게 될 일반 국민들의 정치적 표현의 자유에 대한 제한보다 그로 인하여 얻게 될 정당 운영의 투명성 확보 내지 정치적 부패방지라는 공익적 효과가 훨씬 크다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인들의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

(2) 한편, 정당은 책임있는 정치적 주장과 정책을 통하여 국민의 동의와 지지를 바탕으로 국민의 정치적 의사를 형성하고 국가의 중요한 결정에 영향력을 행사함으로써 국민과 국가를 연결하는 중간매체로서의 기능을 하는 정치적 결사체이다. 따라서 국민의 의사를 집약·선별하고 선거운동을 하는 등 정당의 기능에 필수적인 활동과는 달리, 재정 충당을 위한 모금 활동 자체는 정당의 헌법적 과제 수행에 필수적이고 본질적인 활동은 아니며, 공익적 요청이 있는 경우에는 정당의 모금활동도 일정한 범위에서 제한될 수 있다. 즉, 입법자는 정당의 헌법적 기능에 비추어 정당에 대해 부적절한 영향력이 행사될 가능성이 있는 모금활동을 제한할 수 있고, 정당 운영에 필요한 자금을 국가가 보조할 수 있도록 입법을 형성할 수 있다. 우리 헌법이 제8조 제3항에서 “……국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.”고 규정하고, 제116조 제2항에서 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.”고 규정하여 정당 운영비용에 대한 국고보조의 가능성과 선



거공영제를 입법자의 형성에 맡긴 것도 이와 같은 취지이다.

(3) 거액의 정치현금을 통한 기업과 정당 간의 유착은 정치적 부패를 야기하여 정당제 민주주의를 파괴할 위험이 있기 때문에 이를 방지해야 할 공익적 필요성이 크다. 물론 정당에 대한 정치자금 기부를 허용하면서도 기부나 모금의 법정한도를 두거나 기부내역을 공개하는 등의 정치자금 조달의 투명성을 확보하는 방법으로도 정경유착의 위험을 어느 정도 방지하는 효과를 기대할 수는 있다. 그러나 위와 같은 수단을 통한 입법자의 시도는 대체로 실패했고, 결국 우리 현대정치사는 정경유착의 폐해로 얼룩졌다. 이러한 사정을 감안하여 정치권(입법자) 스스로 자신들의 가장 중요한 정치자금의 통로를 차단하면서까지 정경유착의 위험을 제거하고자 한 것은 충분히 이해할 수 있으며, 정당 후원회가 금지되더라도 정당으로서는 당비, 소속 정치인 개인에 대한 후원, 국고보조금 및 기탁금 등을 통해 정당 본연의 활동에 필요한 비용을 조달할 수 있다. 뿐만 아니라 2004년 정치자금법의 개정으로 불법 정치자금 수수의 온상이 되었던 지구당 제도가 폐지되고 유급 사무직원이 감축됨에 따라 기존 정당 후원회 제도를 유지해야 할 필요성도 상당 부분 감소되었다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 정당 후원회를 금지하였다는 이유만으로 정당활동의 자유를 과도하게 침해하고 있다고 보기는 어렵다.

(4) 결론적으로, 정당에 대한 후원회를 금지한 이 사건 법률조항이 국민의 정치적 표현의 자유와 정당활동의 자유에 관한 입법자가 가진 입법재량의 한계를 벗어나 이를 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

## 5. 헌법불합치 결정과 잠정적용 명령

다수의견은 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우 후원회를 지정할 수 있는 근거규정이 없어지게 되어 법적 공백상태가 발생되고, 이로 말미암아 정치자금법상 후원회를 통하지 않고 기부한도 등의 제한이나 선거관리위원회의 통제 없이 정치자금의 후원이 이루어지게 되어 정경유착과 금권선거의 폐해가 발생할 우려가 있고, 후원회제도 자체를 위

헌으로 판단한 것이 아닌데도 제도 자체가 위헌으로 판단된 경우와 동일한 결과가 나타날 것이므로 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌 결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 하였다.

뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용되어야 하고, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2017. 6. 30.까지는 새 입법을 마련하여야 함을 명시하였다.

## 6. 결정의 의의

가. 정당에 대한 후원제도는 1965년부터 2006. 3. 12.까지 약 40년간 존재하다가 2002년 불법 대선자금 사건의 여파로 2006. 3. 13. 폐지되었으나, 이 사건 결정으로 인하여 앞으로 국회의 입법에 의하여 다시 부활할 수 있게 되었다.

나. 다만 불법 정치자금의 수수와 정경유착의 폐해가 다시 발생하지 않도록 기부내역을 완전히 그리고 상시적으로 공개하는 것이 필요하며, 과도한 국고보조에 의존하는 정당 수입구조도 함께 개선해 나가야 함을 밝혔다.

## 의료법 제56조 제1항 등 위헌소원

- 사전심의를 받지 아니한 의료광고를 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 의료법조항이 사전검열금지원칙에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75, 판례집 27-2하, 627)

이 중 훈\*

### 【판시사항】

사전심의를 받지 아니한 의료광고를 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정된 것) 제89조 가운데 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’에 관한 부분이 사전검열금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정된 것) 제89조 가운데 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’에 관한 부분(이하자를 ‘이 사건 금지규정’, 후자를 ‘이 사건 처벌규정’이라 하고, 이들을 합쳐 ‘이 사건 법률규정들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것)

제56조 (의료광고의 금지 등) ② 의료법인·의료기관 또는 의료인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 의료광고를 하지 못한다.

---

\* 헌법연구관

9. 제57조에 따른 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정된 것)

제89조 (벌칙) 제15조 제1항, 제17조제1항·제2항(제1항 단서 후단과 제2항 단서는 제외한다), 제56조 제1항부터 제4항까지, 제57조 제1항, 제58조의6 제2항을 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 황○범은 의원을 운영하는 의사이고, 청구인 안○준은 광고업과 의료기기 판매업을 하는 사람이다. 청구인들은 의료법인·의료기관·의료인이 의료법에 규정된 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 경우 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 함에도 불구하고 공모하여, 2013. 9. 24.경부터 같은 달 27.경까지 청구인 황○범이 운영하는 의원 건물 앞 벽면에 “최신 요실금 수술법, IOT, 간편시술, 비용저렴, 부작용無” 등의 문구가 적힌 현수막을 설치하는 방법으로 보건복지부장관의 심의를 받지 아니하고 의료광고를 하였다는 범죄사실로 약식명령(대전지방법원 2013고약15224)을 받았다.

나. 청구인들은 정식재판을 청구한 다음(대전지방법원 2014고정206), 그 재판을 받던 중 의료법 제56조 제1항 등에 대하여 위헌법률심판제청신청(대전지방법원 2014초기359)을 하였으나, 위 법원은 2015. 2. 12. 청구인들에게 유죄판결을 선고하면서 이를 기각하였다. 이에 청구인들은 2015. 2. 24. 위 조항들에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

가. 이 사건 법률규정들은 사전심의를 거치지 아니한 의료광고를 금지하고 그 위반행위를 처벌하고 있는바, 이는 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지의 원칙에 위반된다.

나. 이 사건 법률규정들은 행정처분, 과징금 또는 과태료 등 다른 수단에 따라 입법목적을 충분히 달성할 수 있음에도 사전심의를 거치지 아니한 경

우 무조건 형벌을 가하도록 규정하고 있어 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 반하여 청구인들의 표현의 자유 및 의료소비자의 알 권리를 침해한다.

### 【결정요지】

헌법이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두지 않은 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 규제의 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없다는 점 등을 고려하면, 헌법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 하므로 의료광고 역시 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다.

의료광고의 사전심의는 보건복지부장관으로부터 위탁을 받은 각 의사협회가 행하고 있으나 사전심의의 주체인 보건복지부장관은 언제든지 위탁을 철회하고 직접 의료광고 심의업무를 담당할 수 있는 점, 의료법 시행령이 심의위원회의 구성에 관하여 직접 규율하고 있는 점, 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 하는 점, 보건복지부장관은 의료인 단체에 대해 재정지원을 할 수 있는 점, 심의기준·절차 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 각 의사협회는 행정권의 영향력에서 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심 의업무를 수행하고 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률규정들은 사전검열금지원칙에 위배된다.

### 재판관 조용호의 반대의견

사전검열금지원칙은 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 한다. 의료는 국민 건강에 직결되므로 의료광고에 대해서는 합리적인 규제가 필요하고, 의료광고는 상업 광고로서 정치적·시민적 표현행위 등과 관련이 적으므로, 의료광고에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

가사 의료광고에 대해 사전검열금지원칙이 적용된다고 할지라도, 의사·치과의사·한의사로 구성된 민간단체인 각 의사협회가 사전심의를 업무를 처리하고 있는 점, 심의위원회의 심의위원 위촉에 보건복지부장관의 관여가 배

제되어 있는 점, 심의위원회는 자체적으로 운영규정 및 의료광고 심의기준을 제·개정해 왔다는 점, 심의위원회는 수수료를 재원으로 하여 독립적으로 운영된다는 점, 보건복지부장관은 심의내용에 관해 구체적인 업무지시를 하지 않고 있는 점 등을 고려하면, 각 의사협회는 행정권으로부터 독립된 민간 자율기구로서 행정주체성을 인정하기 어렵다.

따라서 이 사건 법률규정들은 사전검열금지원칙에 위배되지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 의료광고 사전심의제도 개관

#### 가. 사전심의의 대상

의료법인·의료기관·의료인은 ‘신문 등의 진흥에 관한 법률’ 제2조에 따른 신문·인터넷신문 또는 ‘잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률’ 제2조에 따른 정기간행물, ‘옥외광고물 등 관리법’ 제2조 제1호에 따른 옥외광고물 중 현수막(懸垂幕), 벽보, 전단(傳單) 및 교통시설·교통수단에 표시되는 것, 전광판, 대통령령으로 정하는 인터넷 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 경우 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다(의료법 제57조 제1항 제1호 내지 제4호).

#### 나. 심의업무의 위탁

보건복지부장관은 의료광고의 심의에 관한 업무를 의료인 단체에 위탁할 수 있는바(의료법 제57조 제3항), 이에 따라 의사회가 의사, 의원, 병원, 요양병원, 종합병원(치과는 제외한다), 조산원이 하는 의료광고의 심의업무를, 치과 의사사회가 치과 의사, 치과 의원, 치과 병원, 종합병원(치과만 해당한다)이 하는 의료광고의 심의업무를, 한 의사사회가 한 의사, 한 의원, 한방 병원, 요양 병원(한의사가 설립한 경우로 한정한다)이 하는 의료광고의 심의업무를 각각 위탁받아 수행하고 있다(구 의료법 시행령 제24조 제2항 제1호 내지 제3호).

심의기관은 의료광고를 심의하기 위하여 심의위원회를 설치·운영하여야 하는바(의료법 시행령 제28조 제1항), 현재 대한의사협회 의료광고심의위원

회, 대한치과의사협회 의료광고심의위원회, 대한한의사협회 의료광고심의위원회가 설치되어 있다.

#### 다. 심의위원회의 구성 및 운영

심의위원회는 위원장 1명과 부위원장 1명을 포함한 10명 이상 20명 이하의 위원으로 구성된다(구 의료법 시행령 제28조 제2항). 심의위원회의 위원장은 심의기관의 장이 위촉하고, 부위원장은 심의위원회에서 호선하며(의료법 시행령 제28조 제3항), 위원은 해당 심의기관의 회원이 아닌 다른 직역의 의료인(조산사와 간호사는 제외한다), 해당 심의기관의 회원, ‘소비자기본법’ 제2조 제3호에 따른 소비자단체의 장이 추천하는 자, 변호사 자격을 가진 자, 그 밖에 보건의료에 관한 학식과 경험이 풍부한 자의 어느 하나에 해당하는 자 중에서 심의기관의 장이 위촉한다(구 의료법 시행령 제28조 제4항). 심의위원회 위원의 임기는 1년으로 하되, 연임할 수 있다(의료법 시행령 제28조 제5항).

심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 분기별로 분기가 끝난 후 30일 이내에 보건복지부장관에게 보고하여야 한다(의료법 시행령 제28조 제6항). 그 밖에 심의위원회의 구성·운영 및 심의에 필요한 사항은 심의위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다(의료법 시행령 제28조 제7항).

#### 라. 심의절차

의료광고의 심의를 받으려는 의료법인·의료기관·의료인은 신청서에 해당 의료광고 내용을 첨부하여 심의기관에 제출하여야 한다(구 의료법 시행령 제25조 제1항). 신청인은 통지받은 심의 결과에 이의가 있으면 심의 결과를 통지받은 날부터 15일 이내에 재심의를 요청할 수 있고(구 의료법 시행령 제25조 제3항), 재심의를 요청받은 심의기관은 심의위원회의 재심의를 거쳐 재심의를 요청받은 날부터 30일 이내에 재심의 결과를 신청인에게 문서로 통지하여야 한다(구 의료법 시행령 제25조 제4항).

#### 마. 위반에 대한 제재

사전심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고는 금지

된다(의료법 제56조 제2항 제9호). 보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 이를 위반한 때 시정을 명할 수 있고(의료법 제63조), 그 의료업을 1년의 범위에서 정지시키거나 개설 허가를 취소하거나 의료기관 폐쇄를 명할 수 있으며(의료법 제64조 제1항 제5호), 의료업 정지 처분에 갈음하여 5천만 원 이하의 과징금을 부과할 수도 있다(의료법 제67조 제1항). 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 의료광고를 한 자는 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처한다(의료법 제89조).

## 2. 이 사건 법률규정들에 대한 판단

### 가. 쟁점

이 사건 법률규정들은 사전심의를 거치지 아니한 의료광고를 금지하고 그 위반에 대하여 형벌을 부과하고 있으므로, 사전검열금지원칙 위반 여부가 쟁점이 된다. 이 사건에서 다수의견과 반대의견은 첫째, 상업광고의 성격을 가지고 있는 의료광고가 표현의 자유에 의해 보호를 받는지, 둘째, 의료광고가 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙의 적용대상이 되는지, 셋째, 이 사건 의료광고 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지에 관하여 상반된 입장을 취하였다.

### 나. 의료광고가 표현의 자유의 보호를 받는지 여부

(1) 다수의견은 아래와 같이 의료광고도 표현의 자유의 보호를 받는다고 보았다.

『이 사건 법률규정들은 사전심의를 거치지 아니한 의료광고를 금지하고 그 위반에 대하여 형벌을 부과하고 있으므로 청구인들의 표현의 자유를 제한한다.……헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 표현의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다. 그러므로 의사표현의 매개체가 의사표현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다. 그리고 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능



하며, 그 제한이 없다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17). 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이고(헌재 1998. 2. 27. 96헌바2), 상업적 광고 표현 또한 보호 대상이 된다(헌재 2000. 3. 30. 99헌마143).』

(2) 이러한 다수의견에 대하여, 재판관 조용호는 반대의견에서 『나는 기본적으로 의료광고와 같은 상업적 광고는 표현의 자유에 의해 보호를 받는 대상이 되지 않는다고 생각한다.』라는 의견을 개진하였다.

(3) 헌법재판소는 광고가 헌법 제21조 제1항의 보호대상이 되는지가 문제된 최초의 사건인 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2 결정에서, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다고 판시하였다. 그 후 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764 결정에서 “광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다.”라고 판시하여, 상업광고는 ‘그 내용이 공익을 포함하는 때’에만 표현의 자유로서 보장받을 수 있는 것인지에 대한 의문이 있었으나, 헌법재판소는 위 결정 이후 일관되게 “상업광고도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다.”라고만 판시하여, 그 내용이 공익을 포함하는지를 묻지 않고 상업광고가 표현의 자유의 보호영역에 속함을 명백히 하였다.<sup>1)</sup>

이에 대해서는, 상업적 광고는 민주사회의 토론과 여론 형성에 이바지하기 위한 것이 아니라 영업이나 상품의 홍보와 판매촉진을 주된 목적으로 하는 영리적 활동이므로, 표현의 자유가 아닌 영업활동의 자유(헌법 제15조)에 포섭될 뿐이라는 소수의견이 개진된 바 있다. 이 견해는 헌법 제21조의 ‘언론·출판’은 ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 토론 및 여론 형성에 기여하기 위하여 불특정 또는 다수인에게 공표하거나 전파하는 행위·수단’을 의미하는 것으로 제한적으로 해석하여야 한다고 주장하

1) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3(의료광고), 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마248(세무사 광고), 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506(텔레비전 방송광고), 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75(건강기능식품 표시·광고), 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마318(상조업 광고).

며, ‘언론·출판’에 모든 의사표현행위와 모든 표현수단과 매개체를 포함된다고 해석하는 것은 언론·출판의 개념을 지나치게 확대한 것이라고 비판하였다.<sup>2)</sup>

이 사건에서 다수의견은 상업적 광고표현도 언론·출판의 자유의 보호를 받는다는 헌법재판소의 선례에 따르고 있는데 반해, 재판관 조용호의 반대 의견은 언론·출판의 자유의 보호 영역을 제한적으로 보고자 하였다.

#### 다. 의료광고가 사전검열금지원칙의 적용대상이 되는지 여부

##### (1) 헌법상 사전검열금지원칙의 의미 및 요건

헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률에 의하더라도 불가능하다.

언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라, 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써, 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만을 허용하는 결과를 초래할 것이다. 따라서 이러한 사전검열은 절대적으로 금지된다. 그런데 사전검열금지원칙이 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지한다. 헌법재판소는 헌법이 금지하는 사전검열의 요건으로 첫째, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재할 것, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재할 것, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지할 것, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것을 제시하고 있다(헌재 1996. 10. 31. 94헌가6; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 참조).

2) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 재판관 조대현의 별개의견; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 재판관 조대현의 별개의견.

(2) 판단

(가) 다수의견은 다음과 같은 이유로 의료광고에 대해서도 사전검열금지 원칙이 적용됨을 긍정하였다.

『현행 헌법이 사전검열을 금지하는 규정을 두면서 1962년 헌법과 같이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두고 있지 아니한 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 이에 대한 규제 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없어 중국적으로는 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제할 가능성을 배제할 수 없게 된다는 점 등을 고려하면, 현행 헌법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 한다.

헌법재판소도 사전검열은 절대적으로 금지되고(헌재 1996. 10. 31. 94헌가6; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 등), 여기에서 절대적이라 함은 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현에 대해서는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다는 의미라고 하고 있다(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 참조).』

(나) 이에 대하여 재판관 조용호는 상업광고의 하나인 의료광고에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다는 반대의견을 밝혔다.

『사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 ‘사전검열행위’ 자체의 범위를 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위 내로 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라, ‘사전검열금지원칙이 적용될 대상’ 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고, 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 한다. 그렇지 않으면 표현의 자유에 있어서 표현의 대상이나 내용, 표현매체나 형태 등이 어떠한 간에 헌법 제21조 제1항의 언론·출판에 해당하기만 하면 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 무조건 금지된다는 부당한 결론에 이르거나, 헌법이 표현의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 진정한 목적에 전혀 맞지 않게 사전검열금지원칙을 운용하는 결과가 될 수 있고, 표현의 자유가 생명권, 건강권과 같은 다른 중요한 법익과 충돌하는 경우에도 일방의 기본권 주체의 표현의 자유만을 과도하게 보호하는 결과가 될 수 있기 때문이다(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 법정외견 참조).

특히 의료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요하고 국민의 건강에 직결되는 것이므로 잘못된 의료정보가 전파되는 것을 방지하여 의료소비자를 보호하기 위해서는 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하다. 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는 등 광범위한 해악이 초래될 수 있고, 허위·과장 광고 등에 대해 사후적인 제재를 하더라도 소비자들이 신체·건강상으로 이미 입은 피해는 그 회복이 사실상 불가능할 수 있어서 실효성이 별로 없다는 문제가 있으므로, 잘못된 의료광고 표현에 대한 사전규제는 필수적이다.

한편, 의료광고는 영리 목적의 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 관련이 적고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다.

따라서 의료광고와 같이 규제의 필요성이 큰 표현에 대해, 입법자가 국민의 표현의 자유를 보장함과 동시에 국민의 보건권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위하여, 기본권들 사이의 균형을 기하는 차원에서 사전심의절차를 법률로 규정하였다면, 이에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

이와 같은 취지에서 우리 재판소는 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의절차에 관하여 규정한 ‘건강기능식품에 관한 법률’ 관련 조항에 대하여 합헌 결정을 한 바 있다(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 법정의견 참조).』

#### (다) 해설

1) 절대적 사전검열금지원칙의 적용범위를 제한하려는 견해는 종래 헌법재판소의 소수의견으로 몇 차례 제시된 바 있으나, 다수의견에 이르지 못하였다.<sup>3)</sup> 텔레비전 방송광고 사전심의를 관한 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 결정에서도 다수의견은 방송광고는 표현의 자유 보호의 대상이 되며, 나아가 사전검열금지원칙을 적용하여 텔레비전 방송광고 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 판단하였다.

2) 그러던 중 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의를 관한 헌재

3) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9(영화 등급분류보류), 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8(외국 비디오물 수입추천).

2010. 7. 29. 2006헌바75 결정에서 이 문제가 다시 논의되었는데, 결론은 7:2 합헌이었으나 상업광고에 사전검열금지원칙이 적용되는지를 두고 팽팽하게 의견이 나뉘었다.

법정의견(재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준)은, 상업광고도 표현의 자유의 보호대상이지만 사전검열금지원칙이 적용될 대상 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것이며, 건강기능식품에 대한 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는 등 광범위한 해악이 초래될 수 있어 건강기능식품의 기능성 표시·광고에는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 보았다. 재판관 조대현의 별개의견은, 건강기능식품의 기능성에 대한 표시·광고는 민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 공표하는 것이 아니어서 헌법 제21조의 언론·출판에 해당된다고 볼 수 없으며, 따라서 이에 대하여 사전에 심의를 받게 하더라도 헌법 제21조 제2항에 위반된다고 볼 수 없다고 보았다.

반면, 재판관 이강국, 재판관 송두환의 별개의견 및 재판관 이공현, 재판관 김종대의 반대의견은 헌법 제21조 제1항의 언론·출판에는 상업광고도 포함되며, 상업광고의 성격을 가진 건강기능식품 광고가 표현의 자유에 의한 보호를 받는 이상 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 절대적으로 금지된다고 보았다.

위 결정에서 사전검열금지원칙의 적용을 부정한 재판관은 총 5인으로, 상업광고에 사전검열금지원칙이 적용된다는 선례를 변경하기 위해 필요한 6인의 동의를 얻지는 못하였다.

3) 사전검열금지원칙의 적용범위에 대한 견해의 대립은 일정한 표현에 대한 사전규제의 필요성에 의해 촉발되었다. 일부 표현, 예컨대 건강과 관련된 상업광고에 대해서 사전검열금지원칙의 적용이 배제될 수 있어야 한다는 견해의 가장 큰 논거는, 사전검열금지원칙의 절대적 적용은 공익과 사익을 적절하게 조화시키기에 지나치게 경직적이라는 것이다. 반면 사전검열금지원칙을 절대적으로 적용해야 한다는 견해는 영화나 연예에 대한 검열을 허용한 1962년 헌법과는 달리 현행 헌법은 특정한 표현에 대한 검열을 허용하는 규정을 두지 않은 점, 규제의 필요성에 따라 사전검열금지

원칙의 적용이 배제되는 영역을 설정할 경우 그 기준의 객관성을 담보하기 어려워 헌법재판의 자의적으로 변할 수 있다는 점, 사전검열금지원칙은 과잉금지원칙에 앞서 적용되는 심사기준인데 규제의 필요성이나 이익형량을 통해 사전검열금지원칙의 적용대상성을 판단하게 된다면 사전검열금지원칙의 우선적 지위가 퇴색된다는 점을 논거로 한다.

이 사건에서 다수의견은 상업광고인 의료광고에 대해서 헌법 제21조 제2항을 적용하면서 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현에 대해서는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다고 실시하여, 사전검열금지원칙을 상대적으로 적용할 수 없음을 재차 확인하였다.

## 라. 이 사건 의료광고 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부

### (1) 판단

(가) 다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 의료광고 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 보았다.

『이 사건 의료광고 사전심의를 헌법이 금지하는 사전검열의 4가지 요건을 충족하는지 차례로 살펴본다.

#### 1) 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 있는지 여부

의료법 제57조 제1항은 의료법인·의료기관·의료인이 동조항 각 호에 해당하는 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 경우 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받도록 하고 있다. 그리고 구 의료법 시행령 제25조 제1항은 의료광고의 심의를 받으려는 의료법인·의료기관·의료인은 신청서에 해당 의료광고 내용을 첨부하여 의료광고 심의업무를 위탁받은 기관에 제출하도록 하고 있다. 이는 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무를 부과한 것에 해당한다.

#### 2) 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지하는지 여부

이 사건 금지규정은 의료법인·의료기관 또는 의료인은 제57조에 따른 심의를 받지 아니한 의료광고를 하지 못한다고 규정하고 있다. 이는 허가받지 않은 의사 표현을 금지하는 것에 해당한다.

3) 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재하는지 여부

이 사건 처벌규정은 의료법인·의료기관 또는 의료인이 사전심의를 받지 않은 의료광고를 하는 경우 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하여 사전심의를 받을 수밖에 없도록 강제하고 있다. 이와 같은 형벌의 부과는 사전심의를 관철하기 위한 강제수단에 해당한다.

4) 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재하는지 여부

헌법상 검열금지원칙은 검열이 행정권에 의하여 행하여지는 경우에 한하므로, 이 사건 의료광고의 심의기관인 각 의사협회가 행정기관에 해당하느냐 여부에 대해 살펴본다.

의료광고의 심의기관이 행정기관인가 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 한다. 따라서 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도, 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 그 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술상의 문제에 지나지 않음에도 불구하고 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등; 헌재 2007. 10. 4. 2004헌바36; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 2008. 10. 30. 2004헌가18 참조).

민간심의기구가 심의를 담당하는 경우에도 행정권이 개입하여 그 사전심의에 자율성이 보장되지 않는다면 이 역시 행정기관의 사전검열에 해당하게 될 것이다(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 참조). 또한 민간심의기구가 사전심의를 담당하고 있고, 현재에는 행정기관이 그 업무에 실질적인 개입을 하고 있지 않더라도 행정기관의 자의에 의해 언제든지 개입할 가능성이 열려 있다면 이 경우 역시 헌법이 금지하는 사전검열이라는 의심을 면하기 어려울 것이다. 개입 가능성의 존재 자체로 민간심의기구는 심의 업무에 영향을 받을 수밖에 없을 것이기 때문이다.

그런데 의료광고 심의업무 관련 법령에 의하면, 의료광고의 심의업무를 보건복지부장관에게 하도록 하면서도(의료법 제57조 제1항), 보건복지부장관은 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한 의사협회에 의료광고 심의업

무를 위탁할 수 있고(의료법 제57조 제3항, 구 의료법 시행령 제24조 제2항), 심의업무를 위탁받은 민간단체인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의학협회는 의료광고를 심의하기 위하여 산하에 각 의료광고 심의위원회를 설치·운영하도록 하고 있다(의료법 시행령 제28조 제1항). 이와 같이 이 사건 의료광고의 사전심의를 그 심의주체인 보건복지부 장관이 행하지 않고 보건복지부 장관으로부터 위탁을 받은 각 의사협회가 행하고 있는데, 이러한 형태의 의료광고 사전심의를 행정기관이 주체가 된 사전검열에 해당하는지를 살펴본다.

첫째, 의료법은 제57조 제1항에서 “의료법인·의료기관·의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 경우 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부 장관의 심의를 받아야 한다.”라고 규정하여 그 심의주체를 보건복지부 장관으로 정하고 있고, 그 제3항에서 “보건복지부 장관은 제1항에 따른 심의에 관한 업무를 제28조에 따라 설립된 단체에 위탁할 수 있다.”라고 규정하여 의료광고 심의업무의 위탁 근거를 마련하고 있다. 위에서 본 바와 같이 의료광고 사전심의를 민간단체인 각 의사협회가 담당하고 있으나, 의료법상으로는 행정기관인 보건복지부 장관이 심의의 주체이며, 법률은 보건복지부 장관이 그 위탁을 철회하고 직접 의료광고 심의업무를 담당할 수 있는 가능성을 열어두고 있다.

둘째, 의료법 시행령은 의료광고 심의위원회를 설치토록 하면서(제28조 제1항), 심의위원회 위원의 수와 구성 비율, 위원의 자격과 임기, 위원장과 부위원장의 위촉 방식 등 심의위원회의 구성에 관하여 직접 규율하고 있다(제28조 제2항 내지 제5항). 이는 곧 심의위원회 구성에 행정권이 개입할 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 의료법 시행령의 개정을 통해 행정권이 심의위원회의 구성에 영향을 미칠 가능성이 존재하는 이상 그 구성에 자율성이 보장된다고 보기 어렵다.

셋째, 보건복지부 장관은 심의의 주체로서 공무수탁사인에 해당하는 심의기관인 각 의사협회에 대하여 위임사무 처리에 대한 지휘·감독권을 가지고 있을 뿐만 아니라, 의료법 시행령 제28조 제6항에 의하면 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 분기별로 분기가 끝난 후 30일 이내에 보건복지부장관에게 보고하도록 하고 있으므로, 심의기관은 의료광고 사전심의 업무



를 처리함에 있어서도 행정기관인 보건복지부장관의 영향력 아래 있다고 할 것이다. 설령 현재 보건복지부장관이 의료광고 심의에 구체적인 지시를 하지 않고 있다고 하더라도, 제도적으로 자율성이 보장되지 않는 이상에는 심의에 아무런 영향이 없다고 할 수 없다.

넷째, 보건복지부장관 또는 시·도지사는 국민보건 향상을 위하여 필요하다고 인정될 때에는 의료인·의료기관·중앙회 또는 의료 관련 단체에 대하여 시설, 운영 경비, 조사·연구 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있으므로(의료법 제83조 제1항), 법률상 위와 같은 재정지원을 통하여 행정권이 언제든지 사전심의절차에 영향력을 행사할 가능성이 존재한다.

다섯째, 의료법은 심의기준·절차 등 의료광고의 심의에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으므로(제57조 제4항), 행정권은 의료법 시행령의 개정을 통해 언제든지 심의기준을 설정하거나 변경할 수 있으며, 이에 따라 자신이 원하는 대로 심의 내용에 영향을 줄 수 있다. 의료법 시행령 제23조 제1항 각 호는 금지되는 의료광고의 구체적 기준에 관하여 규정하고 있는데, 현재 각 의사협회의 의료광고 심의기준은 이 시행령 규정을 거의 그대로 전채하고 있어 심의에 실제 영향이 없다고 보기 어렵다.

이상과 같은 사정들을 종합하여 보면, 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회나 그 산하의 각 심의위원회가 의료광고의 사전심의업무를 수행함에 있어서 보건복지부장관 등 행정권의 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의를 하고 있다고 보기 어렵고, 결국 심의기관인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회의 행정기관성은 이를 부인할 수 없다.』

(나) 이에 대하여 재판관 조용호는 가사 의료광고에 대해 사전검열금지 원칙이 적용된다고 하더라도, 이 사건 의료광고 심의기관인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회의 경우에는 아래와 같은 이유에서 ‘행정주체성’을 인정하기 곤란하므로 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하지 않는다는 반대의견을 개진하였다.

『첫째, 의료법이 사전심의를 주체로 보건복지부장관을 규정하고 있다고 하더라도, 이는 의료와 관련한 전반적인 관리감독청이 보건복지부장관이라

는 것일뿐, 실제로 의료광고에 대한 사전심의주체가 보건복지부장관이 되어야 한다는 의미는 아니다. 의료법 제57조 제3항은 “보건복지부장관은 제1항에 따른 심의에 관한 업무를 제28조에 따라 설립된 단체에 위탁할 수 있다.”라고 하여 의료광고에 대한 위탁 근거를 마련함으로써 이를 명확히 하고 있다. 이 사건 의료광고의 심의를 위탁받은 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의학협회는 각각 의사, 치과의사, 한의사로 구성된 민간단체로서 의료광고의 사전심의업무를 처리하고 있으나, 이 업무와 관련하여 보건복지부장관의 구체적인 관리·감독을 받는 것은 아니다.

둘째, 의료광고 사전심의업무를 실제 수행하는 각 의료광고 심의위원회의 심의위원은 해당 심의기관의 회원이 아닌 다른 직역의 의료인, 해당 심의기관의 회원, 소비자단체의 장이 추천하는 자, 변호사 자격을 가진 자, 그 밖에 보건의료에 관한 학식과 경험이 풍부한 자와 같은 민간 전문가 중에서 심의기관의 장이 위촉하며(구 의료법 시행령 제28조 제4항), 심의기관의 장인 대한의사협회장, 대한치과의사협회장, 대한한의학협회장은 모두 회원들이 직선 또는 간선으로 선출하고 있다. 또한 심의위원회의 위원장은 심의기관의 장이 위촉하고, 부위원장은 심의위원회에서 호선하고 있다(의료법 시행령 제28조 제3항). 따라서 심의기구 구성에 있어 자율성이 보장되고 있으며 보건복지부장관의 관여는 완전히 배제되고 있다.

셋째, 의료법 시행령에서 정한 것 외에 심의위원회의 구성·운영 및 심의에 필요한 사항은 심의위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정하게 되어 있는바(의료법 시행령 제28조 제7항), 실제로 각 의료광고 심의위원회는 자체적으로 심의위원회 운영규정 및 의료광고 심의기준을 제·개정하여 왔다. 각 의사협회는 심의위원회의 소집권자, 의사·의결정족수 등 심의위원회 운영에 관해 자율적으로 정하며, 심의 역시 스스로 정한 구체적인 심의기준에 따라 이루어진다. 또한 심의 결과에 이의가 있는 신청인의 재심의 요청이 있으면 심의위원회가 직접 이를 다시 심사하게 되어 있다(구 의료법 시행령 제25조 제3항, 제4항). 이처럼 심의업무 수행에 있어 독립성 및 자율성이 확보되어 있다.

넷째, 보건복지부장관 또는 시·도지사는 국민보건 향상을 위하여 필요하다고 인정될 때에는 의료인·의료기관·중앙회 또는 의료 관련 단체에 대하

여 시설, 운영 경비, 조사·연구 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있지만(의료법 제83조 제1항), 이는 일반적인 운영 비용 등에 대한 보조일 뿐이며, 심의와 관련된 비용은 심의기관의 장이 정하여 공고하는 수수료로 충당되므로(의료법 제57조 제2항, 의료법 시행규칙 제47조 제3항, 제4항), 각 의료광고 심의위원회는 정부의 보조금이 아니라 수수료를 주된 재원으로 하여 독립적으로 운영되고 있다고 할 수 있다.

다섯째, 심의결과의 보고는 단순히 심의 및 재심의 결과에 관한 것이며, 실제 보건복지부장관은 심의 및 재심의 결과에 관한 보고를 받은 뿐 심의 내용에 관해 구체적인 업무지시를 하고 있지 아니하므로, 이러한 보고의무만을 가지고 행정권의 관리·감독이 이루어진다고 할 수는 없다.

위와 같은 점들을 종합하면, 이 사건 의료광고의 심의기관인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회는 행정권으로부터 독립된 민간 자율 기구로서, 그 행정주체성을 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 의료광고의 사전심의절차는 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지되는 사전검열에 해당하지 아니한다.』

## (2) 해설

다수의견과 반대의견은 이 사건 의료광고의 심의기관인 각 의사협회가 행정기관에 해당하는지에 대해 견해를 달리하였다. 다수의견은 현재에는 행정기관이 사전심의업무에 실질적인 개입을 하고 있지 않더라도 행정기관이 자의적으로 개입할 가능성이 존재한다면 심의기구의 행정권성을 인정한다. 반면 반대의견은 행정권이 현재 실제로 민간기구인 각 의사협회의 심의에 개입하고 있지 않다는 점을 강조함으로써 다수의견과 대비를 이루고 있다.

## 3. 결정의 의의

이 사건 결정은, 상업광고는 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호 대상이 되며, 상업광고에도 동조 제2항의 사전검열금지원칙이 적용된다는 점을 재차 밝혔다. 다음으로 민간심의기구가 사전심의를 담당하고 있을지라도 행정기관이 심의 업무에 자의적으로 개입할 가능성이 있다면 행정권

이 주체가 된 사전심사절차라고 보아, 표현물의 사전심의에 있어 행정기관의 자의적인 개입을 차단하고 민간기구에서 이루어지는 심의의 자율성을 확보하고자 하였다.

## 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제82조 위헌확인

- 재판에 출석하는 수형자의 사복착용 금지에 관한 사건 -  
(헌재 2015. 12. 23. 2013헌마712, 판례집 27-2 하, 670)

송 창 성\*

### 【관시사항】

1. ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’(이하 ‘형집행법’이라 한다) 제88조가 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여, 사복착용을 허용하는 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것이 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해하는지 여부(적극)

2. 형집행법 제88조가 민사재판의 당사자로 출석하는 수형자에 대하여, 사복착용을 허용하는 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것이 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 형집행법(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것) 제88조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

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

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

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 무고 등의 혐의로 기소되어 2013. 9. 12. 징역 3년의 유죄판결이 확정되었다(대법원 2013도6114). 청구인은 ○○구치소에 수용되어 있을 당시 자신이 피고인인 별건 형사재판(수원지방법원 2012고단6266등)과 원고인 민사재판(서울동부지방법원 2012가단32165)과 관련하여, 위 대법원 판결이 확정되기 전까지는 형집행법 제82조에 의하여 사복을 착용하고 법정에 출석할 수 있었으나, 판결이 확정된 이후에는 미결수용자가 아니라는 이유로 사복착용이 불허되었다.

이에 청구인은 2013. 10. 21. 주위적으로 위 법률조항의 위헌확인을 구하고, 예비적으로 위 사복착용 불허행위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장

심판대상조항은 형사사건으로 재판을 받고 있는 수형자의 사복착용을 불허함으로써 무죄추정의 원칙에 위반되고, 청구인으로 하여금 수형자로서 형사재판을 받거나 민사재판의 당사자로 출정할 경우 모욕감, 수치심을 느끼게 하여 인격권, 행복추구권을 침해하며, 방어권 등을 제대로 행사할 수 없도록 하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. 또한 심판대상조항이 수형자가 형사재판을 받거나 민사재판의 당사자로 출석할 경우 사복착용을 전면 제한하는 것은 미결수용자와의 사이에서 합리적 이유가 없는 차별이므로 청구인의 평등권을 침해한다.

## 【결정요지】

1. 수형자라 하더라도 확정되지 않은 별도의 형사재판에서만큼은 미결수용자와 같은 지위에 있으므로, 이러한 수형자로 하여금 형사재판 출석 시 아무런 예외 없이 사복착용을 금지하고 재소자용 의류를 입도록 하여 인격적인 모욕감과 수치심 속에서 재판을 받도록 하는 것은 재판부나 검사 등 소송관계자들에게 유죄의 선입견을 줄 수 있고, 이미 수형자의 지위로 인

해 크게 위축된 피고인의 방어권을 필요 이상으로 제약하는 것이다. 또한 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자의 사복착용을 추가로 허용함으로써 통상의 미결수용자와 구별되는 별도의 계호상 문제점이 발생된다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항이 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 허용하지 아니한 것은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다.

2. 민사재판에서 법관이 당사자의 복장에 따라 불리한 심증을 갖거나 불공정한 재판진행을 하게 되는 것은 아니므로, 심판대상조항이 민사재판의 당사자로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 불허하는 것으로 공정한 재판을 받을 권리가 침해되는 것은 아니다.

수형자가 민사법정에 출석하기까지 교도관이 반드시 동행하여야 하므로 수용자의 신분이 드러나게 되어 있어 재소자용 의류를 입었다는 이유로 인격권과 행복추구권이 제한되는 정도는 제한적이고, 형사법정 이외의 법정 출입 방식은 미결수용자와 교도관 전용 통로 및 시설이 존재하는 형사재판과 다르며, 계호의 방식과 정도도 확연히 다르다. 따라서 심판대상조항이 민사재판에 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 허용하지 아니한 것은 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해하지 아니한다.

### **민사재판에 당사자로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 불허하는 것에 대한 재판관 이정미, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견**

재판 과정에서 재소자용 의류의 착용을 강제하는 것이 과연 도주의 방지라는 목적 달성에 어느 정도로 효과가 있는지 의문이다. 이송 도중의 도주가 문제된다면 이송 중에는 재소자용 의류를 입도록 하고 법정에서만 사복을 입도록 할 수도 있고, 도주우려가 크거나 특히 부적당한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 사복착용을 제한하는 등 기본권을 덜 제한하는 다른 수단이 얼마든지 가능하다. 재소자용 의류의 착용으로 인하여 소송관계자들에게 부정적 인상을 주거나, 수형자가 수치심, 모욕감을 갖고 그로 인하여 소송 수행에 있어 위축감을 느끼며 어려움을 겪는 것은 형사재판인지 민사재판인지에 따라 달라지는 것이 아니다. 따라서 심판대상조항이 아

무런 예외 없이 민사재판에 당사자로 출석하는 수형자의 사복착용을 불허하는 것은 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 심판대상을 청구인이 심판청구를 제기한 형집행법 제82조로 삼을 것인지 아니면 형사재판을 받는 수형자 등에 대해 미결수용자의 처우에 관한 조항들 중 일부를 준용하고 있는 형집행법 제88조로 변경 내지 확장할지 여부가 문제된다. 또한 청구인이 법령과 법령에 근거한 집행행위를 동시에 다룰 경우의 판단 방법도 문제된다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 심판대상조항이 형사재판의 피고인 및 민사재판의 당사자로 출석하는 수형자에 대하여 형집행법 제82조를 준용하지 아니함으로써 청구인은 재소자용 의류를 입고 일반에게 공개된 재판에 출석하여야 하는데, 이로 인하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권 및 행복추구권이 침해되는지 여부가 문제된다.

한편 청구인은 심판대상조항이 미결수용자가 재판 출석 시 사복을 착용할 수 있는 것과 비교하여 청구인을 자의적으로 차별취급 한다고 주장하나, 이에 대해서는 공정한 재판을 받을 권리 등에 관한 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하면서 함께 논의될 수 있는 성질의 것이므로, 위 주장에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

이하에서는, 심판대상의 확정에 관한 검토를 한 다음 심판대상조항의 연혁과 입법례를 살펴보고, 이어 본안에 대한 판단을 하고자 한다.

### 2. 심판대상의 확정

#### 가. 심판대상의 변경 여부

재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 심판대상을 형집행법 제82조에서 형집행법 제88조로 변경하였다.

『청구인은 주위적으로 형집행법 제82조의 위헌확인을 구하나, 수형자인



청구인이 형사재판의 피고인과 민사재판의 당사자로 법정에 출석할 때 사복착용이 불허된 것은 형집행법 제88조가 위와 같은 경우에 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것에 기인하므로, 이 사건 심판대상을 형집행법(2008. 12. 11. 법률 제9136호로 개정된 것) 제88조가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부로 변경한다.』

이에 대하여는, 이 사건에서 ○○구치소장은 형집행법 제82조에 근거해 청구인의 법정 출석 시 사복착용을 불허한 점, 청구인은 수형자의 민사재판 출석 시 사복착용 금지에 관하여도 다투고 있는데, 이는 형집행법 제88조(심판대상조항)의 관련성이 크지 않을 수 있는 점, 헌법재판소의 판단에 따라 추후 개선입법 시 준용규정을 활용할지 여부 등은 입법자의 몫이라는 점에서 굳이 심판대상을 변경, 확장하지 않아도 무방하다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 형집행법 제82조는 ‘제9장 미결수용자의 처우’에 관한 조항들(제79조 내지 제88조)의 일부이고, 형집행법 제88조가 ‘형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자에 대하여는 제84조 및 제85조를 준용한다.’라고 규정하여 미결수용자의 처우에 관한 내용의 일부를 여타의 경우에 준용하는 형태를 취하는바, 법률조항들의 체계상 청구인이 다투는 부분은 준용조항인 형집행법 제88조에서 논의함이 더 적절하다는 관점에서, 위와 같이 심판대상을 변경한 헌법재판소의 판단을 이해할 수 있다. 이와 관련하여 심판대상을 형집행법 제82조에서 제88조로 확장하는 방안도 가능할 여지가 있겠으나 헌법재판소는 제88조로 변경하는 방안을 택하였다.

#### 나. 법령에 근거한 집행행위에 관한 판단 여부

청구인은 이 사건에서 주위적으로 법률조항의 위헌확인을 구하고, 예비적으로 법률조항에 근거한 집행행위의 위헌확인을 구하였는바, 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 법률조항만을 심판대상으로 삼으면서 그 집행행위는 심판대상에서 제외하였다.

『청구인이 예비적으로 위헌확인을 구하는 ○○구치소장이 2013. 10. 22., 2013. 11. 6., 2013. 12. 4., 2013. 12. 18. 형사재판 또는 민사재판에 출석하는 청구인의 사복착용을 각 불허한 행위는 형집행법 제88조에 따라 재량의

여지없이 이루어지는 집행행위이고, 그 근거가 된 법률조항을 심판대상으로 판단하므로, 위 각 행위에 대해서는 별도로 판단할 필요가 없어 이를 심판대상에서 제외한다(헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등 참조).』

이와 같은 심판대상의 정리는 적법요건을 만족하지 못한다는 등 청구인이 심판을 구한 집행행위에 관하여 어떠한 구체적인 판단을 근거로 하였다 기보다, 집행행위의 근거 법령이 심판대상이 되고 있고 그에 대한 판단만으로도 청구인이 이 사건에서 구하는 헌법적 문제에 관하여 충분히 판단할 수 있다는 점을 강조한 것이다. 청구인이 법령과 법령에 근거한 집행행위를 동시에 다투는 경우 위와 같은 이유로 집행행위를 심판대상에서 제외하고 법령만을 심판대상으로 삼은 예로는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인 사건(헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337, 352), 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조 등 위헌확인 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122, 판례집 25-2상, 494, 499) 등이 있다. 앞의 사건은 디엔에이감식시료를 채취한 행위와 그 근거법령이, 뒤의 사건은 변호인접견실에서의 접견을 거부한 행위와 그 근거법령이 문제된 경우이다.

한편, 결정문에서 구체적인 판단이 있었던 부분은 아니나, 이 사건에서 청구인의 사복착용이 금지된 것은 심판대상조항이 아니라 수형자의 자비구매물품, 휴대금품 등에 관한 형집행법 제24조 내지 제27조 및 그 하위법령들의 구체적인 집행행위에 의한 것이라는 견해가 있을 수 있다. 예를 들어 형집행법 시행령 제32조는 수형자의 자비구매의류의 사용을 소장의 허가사항으로 규정하고 있고, 수형자가 입소 시 가져온 옷에 대해서는 형집행법 시행령 제34조 제2항이 그 사용 여부를 허가사항으로 규정하고 있다. 위와 같이 이 사건에서 청구인의 사복착용이 불허된 행위의 근거법령을 달리 보는 견해를 따를 경우, 심판대상조항은 자기관련성 내지 직접성이 없게 되고 오히려 집행행위를 심판대상으로 삼아야 될 여지가 있다. 그러나 이 사건 결정은 형집행법 제88조를 심판대상으로 삼고 구체적인 집행행위를 심판대상에서 제외함으로써, 청구인의 사복착용이 금지되는 것은 형집행법 제88조에 의해 일률적으로 결정되는 사항으로 보았고, 위와 같이 여타 형집행법 시행령 조항에 따른 소장의 재량사항으로 파악하지는 않았다.

### 3. 입법연혁 및 관련 선례, 수형자 외출 시 사복착용에 관한 입법례

#### 가. 입법연혁 및 관련 선례

형집행법 제82조와 같이 미결수용자의 사복착용을 일정 부분 허용하는 규정은 현재 1999. 5. 27. 97헌마137등 결정(판례집 11-1, 653)이 미결수용자로 하여금 재소자용 의류를 입게 하여 수사 또는 재판을 받게 한 행위에 대해 위헌확인을 하기 전까지 존재하지 아니하였다. 위 결정 이후 행형법이 1999. 12. 28. 개정되어, 미결수용자가 재판 등에 참석할 때 사용하기 위해 의류 및 신발의 자비부담을 신청하는 경우에는 특히 부적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 소장은 이를 허가해야 한다는 규정이 신설되었다(제22조 제2항). 현재 2010. 4. 29. 2008헌마412등 결정(공보 163, 1)은 위 조항은 소장의 허가 또는 불허가라는 집행행위가 있어야 비로소 청구인들에 대한 기본권의 침해 여부가 현실화되는 것이므로 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다는 이유로, 위 조항에 대한 심판청구를 각하한 바 있고, 현재 2011. 2. 24. 2009헌마209 결정(판례집 23-1상, 157)은 위 조항 시행 당시에, 소장이 민사법정에 출석하는 수형자인 청구인의 운동화 착용을 불허한 행위는 법률유보원칙에 위반되지 아니하고 공정한 재판을 받을 권리, 평등권, 인격권과 행복추구권을 침해하지 아니한다는 이유로, 위 행위에 대한 심판청구를 기각한 바 있다. 이후 행형법이 2007. 12. 21. 형집행법으로 전부개정되면서 제82조에 ‘미결수용자는 수사·재판·국정감사 또는 법률로 정하는 조사에 참석할 때에는 사복을 착용할 수 있다. 다만, 소장은 도주우려가 크거나 특히 부적당한 사유가 있다고 인정하면 교정시설에서 지급하는 의류를 입게 할 수 있다.’는 내용이 규정되어 현재에 이르고 있다. 그리고 심판대상조항은 위 전부개정 시에 “형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에 대하여는 제84조 및 제85조를 준용한다.”로 신설된 이후, 2008. 12. 11. ‘사형확정자’에 대해서도 같은 제84조와 제85조를 준용하는 것으로 개정되었으나, 형집행법 제82조를 준용하지 않는 점에는 변화가 없었다.

## 나. 수형자 외출 시 사복착用に 관한 입법례

### (1) 수용자 처우에 관한 최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)

1955년 유엔 범죄방지 및 범죄자처우 회의가 채택하여, 1957년 유엔 경제사회이사회(UNESCO)가 승인한 ‘수용자 처우에 관한 최저기준규칙’은 그 자체로서 법적 구속력은 없지만 수용자의 처우와 시설의 관리에 바람직한 원칙과 실무지침으로서 일반적으로 받아들여지고 있는 것을 표명한 것이다. 1971년 유엔 총회는 위 규칙을 각국이 국내 입법에 수용함으로써 그 내용을 이행하도록 권고한 바 있는데, 위 규칙 제17조 제3항은 ‘예외적인 상황에서, 수용자가 정당하게 인정된 목적을 위하여 시설 밖으로 나갈 때에는 언제나, 자신의 사복(his own clothing) 또는 눈에 띄지 않는(inconspicuous) 의복을 입도록 허용되어야 한다.’고 규정한 바 있다. 이후 2015년 개정된 ‘수용자 처우에 관한 유엔최저기준규칙(Untied Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)’도 제19조 제3항에서 같은 내용을 규정하고 있다.

### (2) 유럽교정시설규칙(the European Prison Rules)

유럽평의회는 1987. 2. 12. 제404회 회의에서 유엔 총회의 권고를 받아들여 위 최저기준규칙의 내용과 유사하면서도 유럽의 현실을 감안한 유럽교정시설규칙을 채택하였고, 회원국들에게 그 규칙을 점진적으로 실시할 목적으로 국내 입법과 실무지침에서 활용하도록 권고하였다. 1987년에 채택된 유럽교정시설규칙 제22조 3항은, “수용자가 시설 밖으로 외출허가를 받은 때에는 언제나 자신의 사복(their own clothing) 또는 눈에 띄지 않는(inconspicuous) 의복을 입도록 허용되어야 한다.”고 규정하였고, 이후 2006년 개정된 유럽교정시설규칙은 제20.4조에서 ‘수용자가 시설 밖으로 외출허가를 받은 때에는 수용자임을 인지할 수 있는 의류를 입도록 요구받지 않아야 한다.’고 규정하고 있다.

### (3) 일본

관련 법령에서 법정에서 착용하는 복장에 관해서는 특별히 따로 규정하고 있지 아니하다. 다만, 외출 및 외박의 경우 사용하는 의류에 관하여, ‘형

사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률(刑事收容施設及び被收容者等の處遇に關する法律) 제42조 제1항 제4호는 원칙적으로 외출·외박 시에 사용할 의류 기타 물품은 자비부담으로 하고, 동조 제2항은 자비부담의 물건을 사용할 수 없는 경우에는 이를 대여 또는 지급하도록 규정하고 있다. 또한 ‘형사시설 및 피수용자의 처우에 관한 규칙(刑事施設及び被收容者の處遇に關する規則) 제15조 제2항에서는 호송 및 외부통근 작업을 할 때 의류의 자비부담 물품의 사용을 허가할 수 있다고 한다.

#### (4) 미국

미국 연방규칙상 수용자는 민사재판 또는 형사재판에 출석하거나 가족의 장례 등을 위해 교도소장의 허가를 받아 임시외출을 할 수 있다.<sup>1)</sup> 같은 규칙상에는 임시외출 시 복장에 관한 규정은 없으나, 이와 같은 임시외출이라는 상황 하에서는 피수감자가 수의와 수갑 등을 착용하지 아니할 헌법적 혹은 연방법적 자유권이 생성되지 않는다고 판시한 하급심 판결례가 있다[Farmer v. Crews, 804 F.Supp. 1516, (1992)].<sup>2)</sup>

#### (5) 독일

독일에서 수형자가 법원의 소환을 받은 경우 교도소장은 i) 외출 또는 휴가를 허가하거나[독일 행형법(StVollzG) 제36조 제1항] ii) 동반외출을 허가할 수 있고(독일 행형법 제36조 제2항), 동반외출 시 수형자가 도주의 위험이 없다고 판단되는 경우 자신의 복장(Kleidung)을 착용하도록 허가한다(독일 행형법 제20조 제2항). 독일 연방헌법재판소 지정재판부 결정례 가운데 위 동반외출 시 수형자의 본인 의복 착용에 대한 권리는 그의 도주가 예상되지 않거나 그밖에 시설 장의 재량에 따라 인정되는데, 이러한 재량 결정 시 수형자가 적합하다고 느끼는 복장으로 법원에 출정하게 함으로써 수형자의 일반적 인격권을 고려하는 것이 헌법적 요청에 부합한다고 판시한 사례가 있다.<sup>3)</sup>

1) 28 CFR 570.33 Justification for furlough

2) 이 사건은 제11지구 연방고등법원에서 확정됨[Farmer v. Crews, 995 F.2d 236 (Table), 11th Cir. 1993].

#### 4. 심판대상조항의 위헌 여부

##### 가. 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 불허하는 것의 기본권 침해 여부

###### (1) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 심판대상조항이 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 불허하는 것은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다고 판시하였다. 그 이유의 요지는 다음과 같다.

###### 『(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

수형자가 사복을 입고 법정에서 출석하게 되면 도주할 우려가 있고, 실제 도주를 하면 일반인과 구별이 어려워 이를 제지하거나 체포하는 데에도 어려움이 있다. 수형자가 형사재판의 피고인으로 출석할 경우 재소자용 의류를 입게 하는 것은 이와 같은 도주예방과 교정사고 방지에 필요하고도 유용한 수단이므로, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다.

###### (나) 침해의 최소성

국가형벌권은 국가권력 중에서 가장 강력하고 그 대상자에게 가혹한 강제력을 수반하며, 형사재판은 이러한 형벌권의 적정한 실현을 목적으로 하는 절차로서 대등한 주체 사이의 민사적 분쟁해결을 목적으로 하는 민사소송 등 다른 소송절차와는 그 목적과 수단 등에 있어 본질적인 차이가 있다(헌재 2013. 2. 28. 2010헌바450등). 이러한 형사재판에서 피고인의 불리한 지위를 감안하여 우리 헌법은 제12조에서 피고인의 방어권 행사와 관련하여 특별한 보호를 하고 있고, 헌법 제27조 제4항은 무죄추정의 원칙을 선언하고 있는바, 이는 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린되기 쉬운 피고인의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하는 헌법이념에서 나온

---

3) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 03. November 1999 - 2 BvR 2039/99 - Rn. (1-22).

것이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418 참조).

비록 수형자라 하더라도 확정되지 않은 별도의 형사재판에서만큼은 미결수용자와 같은 지위에 있는 것이므로, 그를 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니 된다. 그런데 이러한 수형자로 하여금 형사재판 출석 시 아무런 예외 없이 사복착용을 금지하고 재소자용 의류를 입도록 하여 인격적인 모욕감과 수치심 속에서 재판을 받도록 하는 것은, 그 재판과 관련하여 미결수용자의 지위임에도 이미 유죄의 확정판결을 받은 수형자와 같은 외관을 형성하게 함으로써 재판부나 검사 등 소송관계자들에게 유죄의 선입견을 줄 수 있는 등 무죄추정의 원칙에 위배될 소지가 크다.

한편, 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속재판이 원칙이고, 예외적으로 피고인이 도망할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속재판이 허용될 따름이다. 구속된 피고인, 즉 미결수용자는 그것만으로도 불안, 공포, 절망 등 불안정한 상태에 빠지게 되고, 수입상실, 사회활동의 억제, 명예의 추락 등 많은 불이익을 입게 되는데, 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자의 경우에는 별건 형사재판이 유죄로 확정되었다는 사정에 의해 구속 사유의 유무에 관계없이 위와 같은 미결수용자보다 더 열악한 지위에 처하게 된다. 따라서 수형자로 하여금 별건 형사재판에서 미결수용자와 달리 사복을 입지 못하도록 하는 것은, 이미 수형자의 지위로 인해 크게 위축된 피고인으로 하여금 인격적 모욕감과 수치심 속에서 형사재판을 받도록 하는 것으로써 피고인의 방어권을 필요 이상으로 제약하므로 실제적 진실의 발견을 저해할 우려가 크고, 공정한 재판을 받을 권리, 인격권 및 행복추구권을 지나치게 제한하게 된다.

수형자의 경우에도 기본권 제한은 형의 집행과 도주의 방지라는 구금의 목적과 관련한 신체의 자유와 거주이전의 자유 등 일부 기본권에 한정되어야 하며, 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478). 수형자도 미결인 형사재판과 관련해서는 변호인과의 자유로운 접견 및 서신수수를 할 수 있고, 징벌대상자로서 조사를 받거나 징벌 집행 중에도 소송서류의 작성, 변호인과의 접견·서신수수, 그 밖의 수사 및 재판 과정에서의 권리행사를 할 수 있는 것처럼(형집행법 제88조, 제84조, 제85

조), 미결인 형사재판에 출석한 상황에서만큼은 어디까지나 미결수용자와 동일한 지위에 있으므로, 도주 및 교정사고의 방지를 위해 불가피하지 않는 한 미결수용자와 같이 사복을 착용할 수 있도록 하는 것이 형사소송에서 당사자 대등주의에도 부합하고 공정한 재판을 받을 권리를 보다 충실히 보장하는 길이다.

그런데 헌법재판소가 1999. 5. 27. 미결수용자의 재판 출석 시 사복착용 금지가 위헌임을 확인한 이후(97헌마137등), 미결수용자는 형사재판에 참석할 때 사복을 착용할 수 있게 되었는데(형집행법 제82조), 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자의 사복착용을 추가로 허용함으로써 통상의 미결수용자와 구별되는 별도의 계호상의 문제점이 발생된다고 보기 어렵다. 설령 사복착용의 허용으로 계호상의 부담이 증가한다 하더라도, 이동 중에는 재소자용 의류를 입고 형사재판 출석을 위하여 구치감에서 대기할 때 사복으로 갈아입도록 하는 등 다른 수단도 충분히 가능하다.

나아가 형집행법 제82조 단서와 같이 도주우려가 크거나 특히 부적당한 사유가 있는 경우에는 사복착용을 제한함으로써 도주 및 교정사고의 위험을 줄일 수 있으므로 형사재판과 같이 피고인의 방어권 보장이 절실한 경우조차 아무런 예외 없이 일률적으로 사복착용을 금지하는 것은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

#### (다) 법익의 균형성

심판대상조항을 통한 도주예방 및 교정사고 방지라는 공익보다는 수형자가 열악한 지위에서 형사재판을 받으면서 재소자용 의류를 착용함으로써 입는 인격적 모욕감과 수치심은 매우 크다고 할 것이고, 이를 통해 방어권 행사를 제대로 할 수 없고 무기대등의 원칙이 훼손될 위험도 있으므로 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

#### (라) 소결

따라서 심판대상조항이 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다.』



## (2) 해설

이상과 같은 헌법재판소의 판단에 관하여는 다음과 같은 비판이 있을 수 있다. 곧, 수형자가 형사재판에 당사자로 출석하면서 재소자용 의류를 입는 것은 당해 형사재판에서의 유죄 인정으로 인한 불이익이 아니고 별건 형사재판에서의 유죄 인정에 의한 것이므로, 당해 형사재판에 관한 무죄추정의 원칙이 적용되는 영역이 아니고, 형사재판에서 법관이 당사자가 사복이 아니라 재소자용 의류를 입었다는 이유만으로 불리한 심증을 갖거나 불공정한 재판진행을 하게 된다고 볼 수 없으며, 피고인이 형사재판 진행 중 재소자용 의류를 입음으로 인해 모욕감과 수치심을 느낀다 하더라도, 이는 어디까지나 방어권 행사에 관한 간접적 불이익 내지 피고인의 감정과 관련된 문제일 뿐이라는 주장이 가능하다.

그러나 헌법재판소는 비록 수형자라 하더라도 확정되지 않은 별도의 형사재판에서만큼은 미결수용자와 같은 지위에 있다는 점을 강조하였다. 미결수용자를 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니 되는바, 위와 같은 수형자로 하여금 형사재판 출석 시 아무런 예외 없이 사복착용을 금지하고 재소자용 의류를 입도록 하여 인격적인 모욕감과 수치심 속에서 재판을 받도록 하는 것은 재판부나 검사 등 소송관계자들에게 유죄의 선입견을 줄 수 있는 등 무죄추정의 원칙에 위배될 소지가 크고, 이미 수형자의 지위로 인해 크게 위축된 피고인의 방어권을 필요 이상으로 제약하는 것이라고 보았다. 나아가 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자의 사복착용을 추가로 허용함으로써 통상의 미결수용자와 구별되는 별도의 계호상 문제점이 발생된다고 보기 어렵다는 점 등을 근거로 심판대상조항이 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 일률적으로 사복착용을 허용하지 아니한 것은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다고 판시하였다.

## 나. 민사재판에 당사자로 출석하는 수행자에 대하여 사복착용을 불허하는 것의 기본권 침해 여부

(1) 심판대상조항이 민사재판의 당사자로 출석하는 수행자에 대하여 사복착용을 불허하는 것(이하 ‘심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허’라 한다)의 기본권 침해 여부에 관하여는 재판관들의 의견이 나뉘었다. 다수의견인 합헌론과 반대의견인 위헌론은 다음과 같다.

### (2) 합헌론

다수의견은 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허는 청구인의 기본권을 침해하지 않는다고 판시하였다. 우선 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허가 다음과 같은 이유로 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 아니한다고 판단하였다.

『무죄추정의 원칙이나 방어권은 원칙적으로 형사재판에서 문제되는 기본권인데, 여기서 문제되는 것은 형사재판이 아니라 청구인이 자신의 민사상 분쟁을 해결하기 위하여 당사자로 출석하는 민사재판이다.

그런데 민사재판에서 법관이 당사자의 복장, 즉 사복이 아니라 재소자용 의류를 입었다는 이유로 불리한 심증을 갖거나 불공정한 재판진행을 하게 될 우려가 있다고 볼 수는 없으므로, 심판대상조항이 민사재판의 당사자로 출석하는 수행자에 대하여 사복착용을 불허하는 것으로 인하여 공정한 재판을 받을 권리가 침해되는 것은 아니다.』

다음으로 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허가 과잉금지 원칙에 위배되어 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해하는 것도 아니라고 판단하였다.

『심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허는 시설 바깥으로의 외출이라는 기회를 이용한 도주를 예방하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고, 사복착용의 불허는 위와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이 된다.

그런데 수행자가 민사법정에 출석하기까지 도주 및 교정사고의 방지를 위해 교도관이 반드시 동행하여야 하므로 수용자의 신분은 의복의 종류에 관계없이 드러나게 되어 있어 재소자용 의류를 입었다는 이유로 인격권과

행복추구권이 제한되는 정도는 제한적이다. 또한 수형자가 재판에 참석하기 위하여 수용 시설 외부로 나가는 경우에는 시설 내에 수용되어 있을 때에 비하여 도주의 우려가 높아진다. 시설 내에 있을 때와는 달리 동행 교도관이나 교정설비의 한계로 인하여 구금기능이 취약해질 수밖에 없는 상황에서, 사복은 도주의 의지를 불러일으킬 수 있고 도주를 용이하게 하거나 도주를 감행했을 때 체포도 상대적으로 어렵게 만들 수 있는데, 특히 형사법정 이외의 법정 출입 방식은 미결수용자와 교도관 전용 통로 및 시설이 존재하는 형사재판과 다르고, 계호의 방식과 정도도 확연히 다르다. 도주를 예방하기 위해 계구를 사용하는 것도 아니므로, 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허는 침해의 최소성 및 법익균형의 원칙에도 위반되지 아니한다.

비교법적으로 보더라도, 독일과 일본의 행형에 관한 법령에 따르면 수용자가 외출할 때 사복착용을 허가할 지 여부는 교도소장의 재량사항으로 규정되어 있으며, 미국에서는 연방규칙에 법정 출석 등 임시외출의 허가 여부가 교도소장의 재량사항으로 규정되어 있을 뿐이다(헌재 2011. 2. 24. 2009헌마209 참조).

따라서 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허는 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.』

### (3) 위헌론

이러한 다수의견에 대하여, 재판관 이정미, 재판관 이진성, 재판관 강일원은 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허가 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해하여 헌법에 위반된다는 반대의견을 개진하였다. 반대의견은 수형자의 경우 유죄가 확정되었다는 점에서 미결수용자의 경우와는 달리 무죄추정의 원칙이나 공정한 재판을 받을 권리가 문제되지 않는다고 하더라도, 인간으로서의 존엄과 가치를 바탕으로 하는 인격권과 행복추구권에 대한 제한에 있어서는 미결수용자의 경우와 달리 보아야 할 아무런 이유가 없다고 보았는데, 그 판시 요지는 다음과 같다.

『재판 과정 자체에서 재소자용 의류의 착용을 강제하는 것이 과연 도주의 방지라는 목적 달성에 어느 정도로 효과가 있는지가 의문이다. 이송 도

중의 도주가 문제된다면 이송 중에는 재소자용 의류를 입게 하다가 법정 출석을 위하여 구치감에서 대기할 때 사복으로 갈아입도록 하거나 법정에서만 사복을 걸쳐 입도록 할 수도 있고, 형집행법 제82조 단서와 같이 도주우려가 크거나 특히 부적당한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 사복착용을 제한하는 등 기본권을 덜 제한하는 다른 수단이 얼마든지 가능하며, 이는 재판의 종류와 무관하다.

반면, 수용 시설 밖으로 나가는 수형자에게 그의 의사에 반하여 재소자용 의류를 강제로 착용하게 하는 것은 그 수형자로 하여금 모욕감과 수치심을 불러일으킬 수 있다. 형사재판은 무죄추정의 원칙이 적용되지만 이미 검사가 처벌의 필요성을 인정하여 기소를 한 상황이고 형사법정에서는 다수의 다른 피고인들도 함께 있으나, 민사재판은 형사처벌과는 무관할뿐더러 민사법정에서 다수의 일반인들 가운데 재소자용 의류를 착용한 수형자가 있게 되면 더욱 눈에 띄게 되므로, 그가 느끼는 수치심은 민사재판의 경우가 오히려 더 클 수 있다. 그런데 수형자에게 그러한 수치심이나 모욕감을 안김으로써 인격권과 행복추구권을 제한하는 것은 행형의 정당한 목적에는 포함되지 않는다. 이러한 수치심과 모욕감은 수형자로 하여금 민사재판에서의 공격·방어를 위축시킬 우려도 있어 공정한 재판을 받을 권리의 침해와 무관하다고 보기도 어렵다. 다수의견은 무죄추정의 원칙, 피고인의 방어권 등을 들어 형사재판과 민사재판의 경우를 달리 보고 있으나, 재소자용 의류의 착용으로 인하여 법관 등 소송관계자들에게 부정적 인상을 주거나, 수형자 자신이 수치심, 모욕감을 갖고 그로 인하여 소송 수행에 있어 위축감을 느끼며 어려움을 겪는 것은 형사재판인지 민사재판인지에 따라 달라지는 것이 아니다.

결국 민사재판을 받는 모든 수형자에게 재소자용 의류를 착용하도록 강제하는 것은 행형의 목적 달성을 위한 정당한 기본권 제한이라고 보기 어렵다. 이러한 판단은 시설 내에서는 사복을 입는 것이 허용되지 아니하는 피구금자에 대하여도 그가 ‘정당하게 인정된 목적을 위하여 시설 밖으로 외출할 때에는 언제나 자신의 사복 또는 눈에 띄지 않는 의복을 입도록 허용되어야 한다’고 규정한 ‘피구금자 처우에 관한 최저기준규칙’(유엔 범죄방지 및 범죄자처우 회의) 제17조 제3항에 비추어 볼 때 더욱 타당하다(헌재

1999. 5. 27. 97헌마137등).』

#### (4) 해설

결국 다수의견은 무죄추정의 원칙이나 방어권이 문제되지 않는 민사재판에서 당사자가 재소자용 의류를 입었다는 이유로 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 볼 수 없고, 수형자가 민사법정에 출석하기까지 교도관이 동행하므로 재소자용 의류로 인한 인격권 및 행복추구권 제한의 정도는 제한적이며 형사법정 이외의 법정 출입 방식은 형사재판의 그것과 확연히 다르다는 점 등을 고려할 때, 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허는 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

반면, 반대의견은 기본권을 덜 제한하는 다른 수단이 얼마든지 가능하다는 점, 재소자용 의류의 착용으로 인하여 소송관계자들에게 부정적 인상을 주거나 수형자가 수치심, 모욕감을 갖고 소송 수행에 있어 위축감을 느끼며 어려움을 겪는 것은 형사재판인지 민사재판인지에 따라 달라지는 것이 아닌 점 등을 고려할 때, 심판대상조항이 아무런 예외 없이 민사재판에 당사자로 출석하는 수형자의 사복착용을 불허하는 것은 청구인의 인격권과 행복추구권을 침해한다고 보았다.

앞서 헌법재판소는 전원일치 의견으로 심판대상조항이 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 사복착용을 불허하는 것에 대하여 위헌으로 판단하였는바, 이와 달리 심판대상조항의 민사재판 출석 시 사복착용 불허에 대하여 합헌의견을 취한 다수의견은 민사재판과 형사재판의 차이를 강조하는 방식으로 논지를 강화하고 있다. 그러나 앞선 입법례 조사에서도 재판의 종류에 따라 외출 수형자의 복장을 달리하는 경우는 찾기 어렵고, 반대의견이 지적하는 바와 같이 재소자용 의류로 인한 인격권 등의 침해의 정도가 재판의 종류에 따라 달라진다고 보기 어려운 측면이 존재한다. 그러나 민사재판과 달리 형사재판은 이에 출석한 수형자가 그 재판에서만큼은 미결수용자와 같은 지위에 있는 것인바, 이 사건 결정을 미결수용자의 재판 출석 시 사복착용금지에 관하여 위헌 결정을 내린 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등 결정과의 관계 하에서 볼 때, 이러한 미결수용자의 지위가 고

려될 수 없는 민사재판의 경우를 형사재판의 경우와 구별한 위 다수의견의 판단을 이해할 수 있다.

## 5. 결정의 의의

가. 이 사건 결정은, 재판에 출석하는 수형자의 사복착용을 금지하는 것이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부에 관하여, 형사재판의 경우와 민사재판의 경우를 달리하여 판단을 하였다. 우선 형집행법 제88조가 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여, 사복착용을 허용하는 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다고 판시하였는데, 이는 현재 1999. 5. 27. 97헌마137등 결정이 미결수용자의 재판 출석 시 사복착용금지에 관하여 위헌으로 판단한 것에 한발 더 나아가 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자의 사복착용금지의 경우에도 기본권 침해를 인정하여 위헌 결정을 하였다는 점에 그 의의가 있다.

나. 다음으로 형집행법 제88조가 민사재판의 당사자로 출석하는 수형자에 대하여, 사복착용을 허용하는 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것에 대하여 다수의견은 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권이 침해되지 아니하였다고 판단하였는바, 미결수용자의 지위가 고려되는 형사재판의 경우와 민사재판의 경우를 명확히 구별하였다는 점에서 그 의미가 있다. 이와 관련하여 과거 헌법재판소에서는 교도소장이 민사법정에 출석하는 수형자인 청구인의 운동화 착용을 불허한 행위가 공정한 재판을 받을 권리, 평등권, 인격권과 행복추구권을 침해하지 아니한다고 판시한 사례가 있다(현재 2011. 2. 24. 2009헌마209).

## 소년법 제32조 등 위헌확인

- 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 아니하는 소년법 규정의 위헌 여부 -  
(헌재 2015. 12. 23. 2014헌마768, 판례집 27-2 하, 693)

서 인 선\*

### 【판시사항】

소년보호사건에 있어 제1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 아니하는 소년법(2007. 12. 21. 법률 제 8722호로 개정된 것) 제33조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 무죄추정원칙에 위반되는지 여부 및 청구인의 신체의 자유, 평등권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 소년법(2007. 12. 21. 법률 제8722호로 개정된 것) 제33조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

소년법(2007. 12. 21. 법률 제8722호로 개정된 것)

제33조 (보호처분의 기간) ① 제32조 제1항 제1호·제6호·제7호의 위탁기간은 6개월로 하되, 소년부 판사는 결정으로써 6개월의 범위에서 한 번에 한하여 그 기간을 연장할 수 있다. 다만, 소년부 판사는 필요한 경우에는 언제든지 결정으로써 그 위탁을 종료시킬 수 있다.

② 제32조 제1항 제4호의 단기 보호관찰기간은 1년으로 한다.

---

\* 부산지방검찰청검사. 전 헌법연구관

③ 제32조 제1항 제5호의 장기 보호관찰기간은 2년으로 한다. 다만, 소년부 판사는 보호관찰관의 신청에 따라 결정으로써 1년의 범위에서 한 번에 한하여 그 기간을 연장할 수 있다.

④ 제32조 제1항 제2호의 수강명령은 100시간을, 제32조 제1항 제3호의 사회봉사명령은 200시간을 초과할 수 없으며, 보호관찰관이 그 명령을 집행할 때에는 사건 본인의 정상적인 생활을 방해하지 아니하도록 하여야 한다.

⑤ 제32조 제1항 제9호에 따라 단기로 소년원에 송치된 소년의 보호기간은 6개월을 초과하지 못한다.

⑥ 제32조 제1항 제10호에 따라 장기로 소년원에 송치된 소년의 보호기간은 2년을 초과하지 못한다.

⑦ 제32조 제1항 제6호부터 제10호까지의 어느 하나에 해당하는 처분을 받은 소년이 시설위탁이나 수용 이후 그 시설을 이탈하였을 때에는 위 처분기간은 진행이 정지되고, 재위탁 또는 재수용된 때로부터 다시 진행한다.

### 【사건의 개요】

청구인은 18세의 소년으로(1995. 6. 24.생), 재물손괴 등 사건으로(서울가정법원 2013푸3101) 장기 보호관찰을 받던 중 2013. 9. 28.경 서울 노원구 소재 주차장에서 함께 술을 마시던 피해자의 얼굴을 때려 요치 6주의 상해를 가한 사실로 2014. 1. 23. 서울가정법원에서 소년법 제32조 제1항 제10호의 장기 소년원 송치처분 결정을 받고(2013푸7823), 같은 날 그 결정이 집행되어 서울소년원에 송치되었다. 청구인은 2014. 1. 29. 위 결정에 대해 항고하였고, 서울가정법원은 2014. 6. 17. 항고를 인용하여 1심 결정과 2013푸3101 사건의 보호처분 결정(1호, 5호)을 취소하고 소년법 제32조 제1항 제9호의 단기 소년원 송치처분을 결정하였다(2014크4).

1심 결정일인 2014. 1. 23.으로부터 6개월이 도과한 이후에도 계속하여 수용되어 있던 청구인은 소년법 제32조 제5항, 제33조, 제35조, 제45조 제2항, 제46조가 제1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니하여 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙에 위배되고 청구인의 신체의 자유와 재판청구권, 평등권을 침해한다고 주장하면서 2014. 9. 12. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원



심판을 청구하였다.<sup>1)2)</sup>

### 【결정요지】

1. 소년보호사건은 소년의 개선과 교화를 목적으로 하는 것으로서 통상의 형사사건과는 구별되어야 하고, 법원이 소년의 비행사실이 인정되고 보호의 필요성이 있다고 판단하여 소년원 송치처분을 함과 동시에 이를 집행하는 것은 무죄추정원칙과는 무관하다. 소년보호사건에서 소년은 피고인이 아닌 피보호자이며, 원 결정에 따라 소년원 송치처분을 집행하는 것은 비행을 저지른 소년에 대한 보호의 필요성이 시급하다고 판단하였기 때문에 즉시 보호를 하기 위한 것이지, 소년이 비행을 저질렀다는 전제하에 그에게 불이익을 주거나 처벌을 하기 위한 것이 아니다. 또한 항고심에서는 1심 결정과 그에 따른 집행을 감안하여 항고심 판단 시를 기준으로 소년에 대한 보호의 필요성과 그 정도를 판단하여 새로운 처분을 하는 것이다. 따라서 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 않더라도 이는 무죄추정원칙과는 관련이 없으므로 이 사건 법률조항은 무죄추정원칙에 위배되지 않는다.

2. 이 사건 법률조항은 소년의 환경과 특성에 적합한 처분을 함으로써 소년의 건전한 육성을 도모하기 위한 것으로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 것은 보안처분으로서 보호처분의 본질에 비추어 오히려 부적절한 측면이 있다. 항고심은 보호의 필요성이 없을 경우 불처분 결정도 할 수 있고, 항고를 인용하여 새로운 보호처분을 하면 소년원 수용기간이 단축되며, 항고를 기각하는 때에도 그때까지의 수용기간이 전부 산입되어 그 불이익이 크지 않다. 그리고 법원은 소년원 수용처분에 관하여 ‘장기’ 또는

1) 청구인의 주장에 의하면 청구인은 1심 결정일인 2014. 1. 23.부터 소년원에 수용되었으므로 그때부터 2심 결정시인 2014. 6. 17.까지의 수용기간 146일을 산입하여야 하고, 그렇다면 청구인은 2014. 7. 23.에는 석방되었어야 한다고 주장한다.

2) 청구인은 그 후 2014. 7.경 춘천소년원으로 이송되었다가 2014. 10. 31. 6개월의 보호관찰을 조건으로 임시퇴원하였다가 임시퇴원이 취소되는 등 특별한 사유 없이 2015. 4. 30. 보호관찰 기간이 만료됨으로써 퇴원한 것으로 간주되었다.

‘단기’로만 그 종류를 결정할 뿐이고, 수용 중 교정성적이 양호한 경우에는 임시퇴원을, 교정목적이 달성된 경우에는 퇴원도 가능하므로 부당하게 장기간 수용되는 일이 없도록 하는 제도적 장치도 마련되어 있다.

이 사건 법률조항에 의하여 청구인은 일정기간 신체의 자유가 제한되는 불이익을 받게 되나, 이보다 소년에게 가장 적합한 보호처분을 함으로써 소년의 건전한 육성을 도모하고자 하는 공익이 더 크다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 청구인의 신체의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항에 의하여 청구인과 형사사건에서 미결구금일수가 본형에 산입되는 자와의 차별취급이 존재하나, 소년원 수용이라는 보호처분은 도망이나 증거인멸을 방지하여 수사, 재판 또는 형의 집행을 원활하게 진행하기 위한 것이 아니라 반사회성 있는 소년을 교화하고 건전한 성장을 돕기 위한 것이어서 그 차별대우를 정당화하는 합리적 이유가 존재하므로 청구인의 평등권도 침해하지 아니한다.

### **재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호의 반대의견**

소년보호는 소년이 건전하게 성장하는 것을 돕는 것을 목적으로 하므로 복지적·행정적 기능도 갖지만, 반사회성 있는 소년에 대한 강제조치를 수반하므로 사법적 기능도 아울러 갖고 있다. 특히 소년원 수용처분의 경우 일정기간 시설에 감금하여 신체의 자유를 제한한다는 점에서 사실상 형사 처벌과 같은 효과가 있다.

소년법상 항고는 집행정지의 효력이 없고, 산입되지 않는 수용기간의 상한이 없으므로 항고심 심리가 지연될 경우에는 그 수용기간이 부당하게 장기화될 우려가 있다. 뿐만 아니라 소년보호처분과 같은 보안처분의 일종인 치료감호에 있어서는 형 집행기간에 산입하는 규정이 있는 점과 비교하여 볼 때, 소년보호사건에서도 항고심 결정시 보호의 필요성과 정도에 따라 일부라도 산입할 수 있도록 하여야 한다.

따라서 이 사건 법률조항이 유독 소년보호사건에서만 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 소년원 수용기간에 전혀 산입할 여지가 없도록 하는 것은 청구인의 신체의 자유를 침해하는 것이다.

소년원에의 수용은 일정 기간 신체의 자유를 박탈한다는 점에서 형사사건에서의 미결수용과 본질적으로 동일하다. 형사사건에서는 판결확정전 미결구금일수 전부를 본형에 산입하고, 소년 형사사건에서도 소년분류심사원에 위탁한 경우 형법 제57조 제1항을 준용하여 그 위탁기간을 산입한다. 그에 비하여 소년보호사건에서 이 사건 법률조항이 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 전혀 산입할 여지가 없도록 한 것은 차별취급에 합리적 이유를 찾아보기 어려워 청구인의 평등권을 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안 검토에 들어가기 전에 먼저 청구인의 기본권 침해가 종료되었으므로 권리보호이익이 없는 것은 아닌지 등 적법요건을 검토하여야 한다.

다음으로 본안 판단을 함에 있어서, 소년보호처분 제도와 소년심판절차를 개관하고, 외국의 입법례 등을 살펴보고 이어 이 사건 법률조항이 청구인의 신체의 자유나 평등권을 침해하는지 여부에 대한 판단을 검토하기로 한다.

### 2. 심판대상의 한정

다수의견은 다음과 같은 이유로 심판대상을 소년법 제33조로 특정하였다.

『청구인은 소년법 제32조 제5항, 제33조, 제35조, 제45조 제2항, 제46조에 대하여 위헌확인을 구하고 있다. 소년법 제32조(보호처분의 결정) 제5항은 보호처분 결정 시 소년을 인도하면서 처분을 집행하는 자에게 참고자료를 넘겨야 한다는 내용이고, 제33조(보호처분의 기간)는 각 보호처분의 기간을 정한 규정이며, 제35조(결정의 집행)는 소년부 판사가 보호처분 결정을 하였을 때 결정의 집행과 관련하여 송치받을 기관 소속의 직원 등에게 보호처분 결정을 집행하게 할 수 있다는 내용이고, 제45조(항고의 재판) 제2항은 항고의 재판과 관련하여 항고가 이유 있다고 인정한 경우의 항고법원의

처리에 대한 규정이며, 제46조(집행정지)는 항고는 결정의 집행을 정지시키는 효력이 없다는 내용의 규정이다.

그런데 청구인이 주장하는 것은 위 조항들의 내용 자체가 위헌이라는 것이 아니라 소년보호사건에 있어서 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 것이 위헌이라는 부진정입법부작위에 대한 주장이므로, 이러한 주장과 가장 밀접하게 관련되는 조항인 소년법 제33조(보호처분의 기간) 전체를 심판대상으로 삼기로 하고, 나머지 조항들은 심판대상에서 제외하기로 한다.

따라서 이 사건 심판대상은 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 소년법(2007. 12. 21. 법률 제8722호로 개정된 것) 제33조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.』

이에 대하여 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호는 다음과 같은 반대의견을 개진하였다.

『청구인이 부진정입법부작위를 주장하는 이 사건에서 이 주장과 가장 밀접하게 관련되는 조항은 소년법 제33조 전체가 아니다. 제1심에서 제32조 제1항 제10호의 장기 소년원 송치처분을, 항고심에서 같은 항 제9호의 단기 소년원 송치처분을 받은 청구인에게 적용되는 가장 밀접한 조항은 소년법 제33조 제5항과 제6항이지, 아무 관련이 없는 같은 조 제1항 내지 제4항, 제7항이 아니다.

법정의견이 심판청구를 기각하는 이 사건에서 심판대상조항 확정이 결정적인 의미를 가지지는 아니하므로 심판대상조항에 관하여 이러한 점을 지적하는 데 그치기로 한다.』

따라서 본 해설에서는 다수의견에 따라 심판대상을 정하고 논의를 전개하기로 한다.

### 3. 적법요건에 관한 검토

#### 가. 공권력 행사성

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사”로 인하여 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 여기

에서 말하는 “공권력”이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하며(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692), 공권력은 크게 입법작용, 행정작용 및 사법작용으로 나눌 수 있다.

청구인은 이 사건 법률조항 자체를 대상으로 하여 그것이 직접 청구인의 기본권을 침해하여 헌법에 위반된다는 헌법소원을 제기하였으므로 공권력 행사성이 인정된다.

#### 나. 법적 관련성 (자기관련성, 현재성, 직접성)

청구인은 2014. 1. 23. 1심 결정의 집행에 의해 소년원에 수용된 이후 2014. 6. 17. 항고심에서 6월의 단기 소년원 송치 처분이 결정되었음에도, 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 이 사건 법률조항으로 인해 심판청구 당시 항고심에서 정한 6개월의 수용기간보다 더 장기인 8개월 이상 소년원에 수용 중이었으므로 이 사건 법률조항에 관한 기본권 침해의 자기관련성 및 현재성이 인정된다.

또한 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해는 소년원 수용이라는 집행 또는 법원의 수용기간 불산입이라는 별도의 집행행위에 의해 비로소 발생하는 것이 아니라 이 사건 법률조항 자체에 의해 이미 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간이 항고심 결정에 의한 수용기간에 산입되지 않는 불이익이 발생한다고 볼 수 있으므로 기본권 침해의 직접성도 인정된다.

#### 다. 보충성

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사가 직접 청구인의 기본권을 침해할 것을 요건으로 하고 있으며, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다. 여기서 말하는 권리구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것으로서 사후적·보충적 구제수단을 의미하는 것은 아니며, 구제절차가 있는 경우에도 헌법소원 심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이

유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우라든지 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우 등에는 바로 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다(헌재 2000. 12. 24. 2000헌마659, 판례집 12-2, 437, 444).

법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공보 18, 590).

#### 라. 청구기간

헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항).

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고(헌재 1999. 4. 29. 96헌마352등, 판례집 11-1, 477, 496), 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 153), 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에(헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89, 101) 헌법소원을 청구하여야 한다.

이 사건의 경우 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간이 산입되지 않는 불이익은 2심 결정일인 2014. 6. 17.에 발생하였다고 할 것이고, 청구인은 2014. 1. 23.부터 6개월인 2014. 7. 22.에는 집행이 종료되었음에도 퇴원하지 못한 2014. 7. 23.에는 기본권 침해의 사실을 알았다고 할 것인데, 청구인은 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내인 2014. 9. 12.에 이 사건 심판청구를 하였으므로 청구기간은 준수되었다.

### 마. 권리보호이익

헌법소원이 비록 적법하게 제기되었더라도 권리보호이익은 헌법재판소의 결정 당시에도 존재해야 한다. 그러므로 헌법소원 심판청구 당시 권리보호이익이 인정되더라도 심판계속 중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권 침해가 종료된 경우에는 권리보호이익이 없으므로 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다(헌재 1994. 7. 29. 91헌마137, 판례집 6-2, 122, 133 참조).

청구인의 경우 이 사건 헌법소원심판청구 이후인 2014. 10. 31. 6월의 보호관찰을 조건으로 소년원에서 임시퇴원하였다가 2015. 4. 30. 보호관찰기간이 만료되어 퇴원으로 간주됨으로써 기본권 침해가 종료되었으므로 이 사건 법률조항의 위헌확인이 청구인의 권리구제에 도움이 되지 않는다고 볼 여지도 있다.

그러나 헌법소원 제도는 개인의 권리구제 뿐만 아니라 헌법질서 보장의 기능도 가지므로, 헌법소원 심판청구가 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 그러한 동종의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56~57 참조).

청구인의 경우와 같이 1심 결정에 따른 소년원 수용기간의 산입 문제는 앞으로도 반복될 우려가 있고, 보호소년에 대한 신체의 자유와 관련된 중요한 문제로서 그에 대한 헌법적 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중요한 의미를 가진다고 할 것이므로, 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 108).

### 바. 그 외 적법요건

이 사건에는 대리인이 선임되었으며, 다른 적법요건상 하자는 없다.

### 3. 본안에 관한 검토

#### 가. 소년보호처분 제도 개관

##### (1) 의의

소년보호란 소년이 건전하게 성장하도록 돕기 위하여 반사회성이 있는 소년에 대하여 형사처벌 대신 보호처분을 행함으로써 성행을 교정하고 환경을 조정하여 소년을 교화하고 그 범죄적 위험성을 제거하여 반사회성을 예방하려는 일련의 활동을 말하고, 보호처분이란 소년보호의 이념 아래 비행소년의 환경조정 및 품행교정을 목적으로 하는 조치를 말한다.

소년법에서 정하는 소년보호처분으로는 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁(제32조 제1항 제1호), 수감명령(2호), 사회봉사명령(제3호), 보호관찰관의 단기 보호관찰(제4호), 보호관찰관의 장기 보호관찰(제5호), 아동복지법에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호위탁(제6호), 병원, 요양소 또는 ‘보호소년 등의 처우에 관한 법률’에 따른 소년의료보호시설에 위탁(제7호), 1개월 이내의 소년원 송치(제8호), 단기 소년원 송치(제9호), 장기 소년원 송치(제10호) 처분이 있다.

##### (2) 법적 성격

소년법은 반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다(제1조). 이는 소년에 대해 교육과 원호를 통한 개선을 도모한다는 것과, 형사처분을 함에 있어서도 성인과 다른 특별한 절차와 처분을 함으로써 소년을 보호한다는 것을 의미하는 것으로, 특히 보안처분의 일종인 보호처분을 함에 있어 우리 소년법이 교정주의 내지 보호주의 이념에 입각하고 있다고 볼 수 있다.

즉, 보호처분은 소년의 장래 신상에 아무런 영향을 미치지 아니하고(제32조 제5항), 전문가의 진단과 소년분류심사원의 분류 결과 및 소년 조사관의 조사결과를 참작하여 소년의 요보호성을 해소하며(제9·11·12·18조 등), 소년의 요보호성의 변화에 따라 보호처분이 변경 또는 취소될 수 있는 것(제37조, 제38조) 등이 소년법의 보호처분의 교정주의 및 보호주의적 성격을 나타내고 있다.



### (3) 형벌과의 비교

보호처분은 소년의 개선과 교화가 주목적이고 일반예방이나 응보적 내용은 부차적인 반면, 형벌은 사회질서의 유지 내지는 사회정의의 실현을 위한 일반예방적 기능이 중요시된다. 따라서 형벌 집행에 있어서는 책임주의원칙, 형평성, 비례성 등이 지켜져야 하지만 보호처분은 개별화된 처우를 위한 재량과 집행의 융통성이 허용된다. 보호처분은 행위의 질과 양도 참작하지만 주로 소년의 환경과 개인적 특성을 근거로 부과되는 반면 형벌은 책임주의원칙에 근거한다(헌재 2012. 7. 26. 2011헌마232, 판례집 24-2, 311, 317~318면).

### (4) 소년보호사건의 특성<sup>3)</sup>

소년보호는 소년이 건전하게 성장하는 것을 돕는 것을 목적으로 하므로 필연적으로 복지적·행정적 기능을 갖게 되지만, 다른 한편 그 대상소년이 반사회성 있는 소년이고 경우에 따라서는 강제조치를 수반하므로 사법적 기능도 아울러 가지고 있다. 복지적·행정적 기능에서 보면 소년보호절차는 합목적적, 실질적, 개별적, 사회적, 과학적 성격을 가질 것이 요구되는 데 비하여 사법적 기능에서 보면 소년심판도 형사재판에서와 같이 법적 안정성, 형식성, 보편성을 가질 것이 요구된다. 소년보호절차에서 위의 양 기능 사이의 우열을 가리는 것은 매우 어려운 것이고, 결국 양 기능은 보호절차의 전 과정을 통하여 병렬적으로 균형 있게 작용하여야 한다.

이러한 소년보호사건의 특성은 다음과 같이 실체법상의 특성과 절차법상의 특성으로 나누어 살펴볼 수 있다.

#### (가) 실체법상 특성

1) 보호주의: 소년은 심신이 미성숙하기 때문에 형벌에 대한 응보의 감정이 희박하고 형사처분을 받으면 심리적으로 오히려 나쁜 영향을 받기 쉬우며, 소년 비행은 환경적인 압력에 충동되어 우발적으로 발생하는 경우가 많아 형사처분에 의한 일반예방적인 효과는 기대하기 어려우므로, 소년의

3) 소년보호사건의 실체법상 및 절차법상 특성에 대하여는 <소년사건실무> 2010., 법원 공무원교육원 10~12면, <법원실무제요 - 소년> 2014. 12. 22., 4면 이하 참조

장래성을 고려하여 반사회성 있는 소년에 대하여 보호처분을 행함으로써 소년의 건전한 육성을 기하는 보호주의의 원칙을 채용하고 있다.

2) 교육주의: 소년의 비행은 성행과 환경의 역동적인 상관관계에 기인하고 있기 때문에 소년의 보호·육성을 기하기 위하여는 반사회성 있는 소년의 성행을 치료·교정하고 그 소년을 둘러싼 반사회적인 환경을 조정·개선하여야 한다는 교육주의 원칙을 채용하고 있다.

3) 인격주의: 소년의 보호대상은 과거의 행위보다 현재의 인격을 중시하며 소년보호는 소년의 인격에 내재하고 있는 범죄적 위험성(요보호성)을 제거하는 데 있으므로 인격주의는 그로부터 자연스럽게 요청되는 원칙이다.

소년법상 ‘소년’의 개념은 사법의 개별화의 원리에 따른 인격주의의 표현이라 할 수 있다.

4) 예방주의: 소년보호는 범죄소년 뿐만 아니라 장래 죄를 범할 우려가 있는 우범소년 또는 14세 미만의 촉법소년도 그 대상으로 하여 범죄의 증상이 본격적으로 나타나기 전에 조기에 발견하여 치료하고 재범하지 않도록 진단 치료함으로써 소년의 범죄 또는 재범을 미연에 방지하고 또는 예방하기 위하여 보호교육을 원칙으로 하고 있다.

#### (나) 절차법상 특성

법원이 소년보호사건에 대하여 조사·심리·판단하는 것을 소년심판이라고 하는데, 소년심판절차는 형사소송절차와 비교하여 다음과 같은 특성이 있다.

1) 통고주의: 형사소송절차는 원칙적으로 검사의 기소에 의하여서만 시작되는 데 비하여 소년보호절차는 검사의 송치뿐만 아니라 법원·경찰서장의 송치나 보호자 또는 학교·사회복지시설·보호관찰소의 장의 통고에 의하여서도 시작된다.<sup>4)</sup> 이것은 비행소년을 조기에 발견할 필요가 있기 때문이다.

2) 직권주의: 소년심판절차는 쟁송적 요소를 가진 형사소송절차와는 달

4) 소년법 제4조(보호의 대상과 송치 및 통고) ② 제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 소년이 있을 때에는 경찰서장은 직접 관할 소년부에 송치하여야 한다.

③ 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 소년을 발견한 보호자 또는 학교·사회복지시설·보호관찰소(보호관찰지소를 포함한다. 이하 같다)의 장은 이를 관할 소년부에 통고할 수 있다.

리 소년에 대한 후견적 입장에서 법원의 직권에 의해 진행되는 심문절차이다. 소년심판에서 소년은 당사자가 아니라 심리의 객체로 취급된다.

3) 실질주의·과학주의: 소년심판은 소년의 처벌이 아닌 건전한 육성을 기하기 위한 합목적성을 추구한다. 따라서 형사소송절차보다 절차의 형식성, 증거의 엄격성이 완화되고, 의학, 심리학, 교육학 및 사회학 등 전문적 지식을 활용할 것이 요구된다.

4) 개별주의·비공개주의: 소년이 건전하게 성장하도록 돕기 위하여 소년 보호는 소년 한 사람 한 사람에게 개별적으로 이루어져야 한다. 또한 소년의 장래를 위하여 공개하지 아니한다.

소년심판은 위와 같이 형사소송과는 다른 특성을 가지고 있으므로 이를 특별히 규율하기 위하여 별도로 소년법과 소년심판규칙이 마련되어 있다. 따라서 형사소송법의 모든 규정이 소년심판에 당연히 준용되는 것은 아니다.

## 나. 소년심판절차

(1) 소년심판절차에서 소년부 판사가 보호처분 여부와 종류를 결정함에 있어서는 비행사실과 보호의 필요성이<sup>5)</sup> 인정되어야 한다. 소년에게 비행사실이 인정되는 경우 소년부 판사는 보호의 필요성의 유무·정도에 따라 심리불개시(제19조 제1항), 불처분(제29조 제1항), 검사에의 송치(제7조 제1항, 제49조 제2항), 법원으로의 이송(제51조), 보호처분(제32조 제1항) 등 종국결정을 위한 처우선택을 하게 된다.

처우선택에 있어서는 소년의 건전한 육성을 도모하기 위하여 ① 행위요소(비행내용, 동기, 수단, 시간, 장소 등), ② 행위자요소(나이, 성별, 직업, 비행의 전력, 가출경험, 심신상태, 태도 등), ③ 보호환경요소(가정환경, 보호자의 감독상황과 보호능력, 보호자와의 관계, 친구관계, 학교생활, 기타

5) 여기서 보호의 필요성은 범죄적 위험성, 교정 가능성, 보호의 상당성을 포함하는 개념으로, ① 범죄적 위험성은 현재 소년에게 잠재하고 있는 반사회성이 장래에 드러나 다시 비행할 가능성이 있는 인격적 속성을 의미하고(비행반복의 위험성), ② 교정 가능성은 성행의 교정 및 환경의 조정을 통하여 비행반복의 개체적, 환경적 위험성이 개선될 가능성이며(보호처분의 유효성), ③ 보호의 상당성은 보호처분에 의한 보호가 소년의 건전한 성장을 위한 가장 필요·적절한 수단으로 인정되는 것을(보호처분의 상당성·허용성) 의미한다. <법원실무제요 - 소년> 2014. 12. 22. 6-7면 이하

사회생활), ④ 기타 피해자와의 관계, 합의 여부, 위탁 여부, 조사관 의견 등(제9조, 소년심판규칙 제11조) 개개의 소년의 자질·환경·비행내용 등을 종합 판단하여 그에게 가장 적절한 처우를 결정한다.

(2) 이러한 보호처분의 결정은 고지와 동시에 집행력이 생긴다(제32조 제5항, 제35조). 이는 반사회성이 있고 보호가 시급한 소년에 대하여 즉시 보호처분을 집행함으로써 성행을 교정하고 환경을 조정해야 할 필요가 있기 때문이다. 이 결정의 집행력은 결정의 확정 전에 이미 발생하여 항고가 있더라도 그 집행이 정지되지 아니한다(제46조). 소년법은 적법절차의 보장과 소년의 권리보호를 위하여 보호처분의 결정 등에 대한 항고제도를 두고 있으나, 보호의 필요성이 시급한 소년에 대하여 보호처분의 집행을 정지시키는 것은 소년보호사건의 교육적·복지정책적 이념에 부합하지 않기 때문이다.

(3) 항고법원은 항고가 이유 있다고 인정한 경우에는 원칙적으로 원결정을 취소하고 사건을 원소년부에 환송하거나 다른 소년부에 이송하여야 한다. 다만, 환송 또는 이송할 여유가 없이 급하거나 그 밖에 필요하다고 인정한 경우에는 원결정을 파기하고 불처분 또는 보호처분의 결정을 할 수 있다(제45조). 즉 항고심은 소년의 권리보호를 위하여 신속한 사건 처리가 필요하거나 보호처분의 효과를 높이기 위하여 항고법원이 직접 적절한 보호처분 결정을 하는 것이 바람직한 경우 등에는 원결정을 파기하고 불처분 또는 보호처분의 결정을 할 수 있다고 할 것이다.

소년보호사건에 있어 항고심은 원결정의 당부를 판단의 대상으로 하고 원칙적으로 재판이 인정되지 않기 때문에 통상 사후심으로 해석되나, 보호처분의 본질에 비추어 항고심 재판을 할 때를 기준으로 다시 보호의 필요성에 관하여 판단하게 된다.

## 다. 외국의 입법례

### (1) 미국

미국의 소년사법 및 비행방지법(Juvenile Justice and Delinquency Act)상의 소년보호절차는 소년의 처벌이 아니라 교화가 주목적으로 형사절차가 아니며 소년보호절차에 의하여 내려지는 처분은 민사상의 처분으로 해석된다.

소년보호절차상의 구금형과 관련하여 이 사건과 같이 1심 결정에 의한 집행기간을 항고심 집행기간에 산입하는 조항은 별도로 규정되어 있지 아니다.

다만 연방고등법원은 소년보호절차에는 미결구금의 산입에 대한 조항이 없고 형사절차와는 다른 목적을 가진 별개의 절차이기는 하지만 형사절차와 유사한 점이 많으며, 입법자가 미결구금 산입조항에 대한 예외를 두지 않아 모든 형태의 연방 구금에 대하여 이 조항이 적용된다고 해석되는 것이 타당하고, 소년보호절차의 소년들은 형사절차에서 받았을 권리를 모두 보장받아야 하므로 소년보호절차의 구금도 미결구금에 포함되어 산입되어야 하며, 소년도 이 조항의 혜택을 받아야 한다고 판시한 바 있다[*Stapf v. U.S.*, 367 F.2d 326, 328 (D. C. cir. 1966); *United States v. Wilson*, 503 U.S. 329, 334-37(1992)].

## (2) 일본

일본 소년법 제24조에서는 소년에 대한 보호처분의 일종으로서 가정재판소가 ‘소년원에 송치’하는 처분을 결정할 수 있도록 규정하고는 있으나 그 수용기간을 우리나라와 같이 ‘장기’와 ‘단기’로 구분하지 않는다. 실무상 단기처우와 장기처우를 구분하여 수용하고 있으나 가정재판소는 이를 ‘권고’할 수 있을 뿐이며, 법적 권한은 집행기관에 있다.

다만 집행기관은 대체로 가정재판소의 권고를 따르고 있다. 따라서 가정재판소의 소년원 송치 결정에 대해 항고하더라도 이는 소년원 송치 결정 자체가 부당하다는 취지의 항고에 불과하고, 항고가 인용되더라도 그때까지 수용된 기간을 산입하는 규정은 별도로 존재하지 않는다.

## (3) 독일

독일의 소년법원법(Jugendgerichtsgesetz, “JGG”)은 ‘처벌 이전에 교육’이라는 목적 아래 범죄소년에 대해 교육처분(Erziehungsmaßregel), 징계처분(Zuchtmittel), 소년형(Jugendstrafe) 등 삼원적 제도를 마련하고 있다.

우리나라의 소년원 송치와 유사한 제도는 교육처분의 일종인 사회법 제 34조상의 보호시설 등으로의 수용(Heimerziehung)처분으로, 수용기간 제한

에 대한 규정이 없다. 소년에 대한 보호시설 등으로의 수용처분과 관련하여 형사사건에 있어서의 미결구금산입과 같은 산입규정은 없고, 1심 결정에 의한 집행기간을 항소심에서 산입하는 조항도 별도로 규정되어 있지 아니하다.

한편 독일의 소년법원법은 소년형이 권장되지 않을 경우 부과되는 징계처분의 일종으로 최장 4주까지 구금되는 ‘소년구금(Jugendarrest)’이라는 제도를 두고 있는데, 소년구금과 관련하여 미결구금 등으로 그 목적이 전부 또는 부분적으로 달성된 경우 법원은 소년구금을 전부 또는 일부 집행하지 않는 판결을 선고할 수 있다는 특별규정을 두고 있다(소년법원법 제52조).

#### 라. 제한되는 기본권

(1) 이 사건 법률조항은 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니하여 청구인의 신체의 자유를 제한하고, 형사사건에서는 미결구금일수를 산입하는 데 비하여 소년보호사건에서는 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 않음으로써 형사사건에 있어서의 피고인과 비교하여 소년보호사건에 있어서의 청구인의 평등권을 제한한다.

(2) 한편 청구인은 이 사건 법률조항이 항고를 제기함에 있어 수용기간이 연장될 수 있다는 부담을 줌으로써 청구인의 재판청구권을 제한한다고 주장하나, 이 사건 법률조항은 청구인의 항고를 제한하거나 재판의 효율성을 높이는 것을 목적으로 하는 것이 아니고, 설사 청구인이 항고를 제기함에 있어 처분기간이 연장될 수 있다는 부담을 가지게 된다 하더라도 이는 간접적, 사실적, 반사적 불이익에 불과하여 청구인의 재판청구권이 제한된다고 볼 수는 없다.

#### 마. 신체의 자유 침해 여부

(1) 헌법상 신체의 자유의 보장과 적법절차의 원칙 위배 여부

헌법 제12조 제1항 전문은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 선언하면서, 이를 구체적으로 보장하기 위하여 같은 항 후문에서 “누구든지

법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하여 신체의 자유를 보장하기 위한 적법절차의 원칙을 명시하고 있다.

특히 적법절차의 원칙과 관련하여 우리 재판소는 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 것이라 할지라도 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않아야 할 뿐만 아니라 비례의 원칙이나 과잉금지원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 한다고 판시하고 있다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-878).

1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 것은 이 사건 법률조항에 따른 것이고, 본건에서는 이 사건 법률조항이 비례의 원칙 내지 과잉금지원칙을 위배하였는지 여부가 문제되므로 적법절차원칙을 위배하였는지 여부에 대하여는 뒤에서 함께 판단하기로 한다.

## (2) 무죄추정원칙 위배 여부

### (가) 의의

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하여 이른바 무죄추정원칙을 선언하고 있다. 무죄추정원칙은 형사절차와 관련하여 아직 공소가 제기되지 아니한 피의자는 물론 비록 공소가 제기된 피고인이라 할지라도 유죄의 판결이 확정될 때까지는 원칙적으로 죄가 없는 자로 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요최소한에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다는 원칙을 말한다(헌재 1997. 5. 29. 96헌가17, 판례집 9-1, 509, 517).

여기서 무죄추정원칙상 금지되는 ‘불이익’이란 ‘범죄사실의 인정 또는 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 응보적 의미로 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익’을 뜻하며(헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58, 68), 이러한 무죄추정원칙은 비단 형사절차 내에서의 불이익 뿐만 아니라 기타 일반 법생

할 영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용된다(헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 1-1하, 58, 68).

#### (나) 다수의견의 판단

무죄추정원칙 위배 여부와 관련하여 다수의견은 다음과 같이 판시하였다.

『소년보호사건은 소년의 개선과 교화를 목적으로 하는 것으로서 통상의 형사사건과는 구별되어야 하고, 법원이 소년의 비행사실이 인정되고 보호의 필요성이 있다고 판단하여 소년원 송치처분결정을 선고함과 동시에 이를 집행하는 것은 무죄추정원칙과는 무관하다. 즉 소년보호사건에서 소년은 피고인이 아닌 피보호자이며, 원 결정에 따라 소년원 송치처분을 집행하는 것은 비행을 저지른 소년에 대한 보호의 필요성이 시급하다고 판단하였기 때문에 즉시 보호를 하기 위한 것이지, 소년이 비행을 저질렀다는 전제하에 그에게 불이익을 주거나 처벌을 하기 위한 것이 아니기 때문이다. 또한 항고심에서는 1심 결정과 그에 따른 집행을 감안하여 항고심 판단시를 기준으로 소년에 대한 보호의 필요성과 그 정도를 판단하여 새로이 처우를 결정하는 것이다.

따라서 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 아니하더라도, 이는 무죄추정원칙과는 관련이 없으므로 이 사건 법률조항은 무죄추정원칙에 위배되지 않는다.』

한편 반대의견에서는 무죄추정원칙 위배 여부에 대하여 별도로 판단하지 아니하였다.

#### (3) 비례의 원칙 내지 과잉금지원칙 위배 여부

##### (가) 합헌론

다수의견은 다음과 같이 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

『이 사건 법률조항이 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 것은 소년보호사건의 특성상 소년의 비행의 내용과 정도, 비행반복의 위험성, 교정 가능성, 보호의 상당성 등을 신중하게 판단하여 소년의 환경과 특성에 따른 가장



필요하고도 적합한 처분을 통해 그의 품행과 환경을 조정함으로써 소년의 건전한 육성을 도모하기 위한 것으로서, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.

1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 것은 보호처분의 본질에 비추어 오히려 부적절한 측면이 있다. 특히 소년원은 구금시설이 아닌 소년보호기관으로서, 비행사실에 대한 응보와 처벌이 아닌 소년의 보호와 교육에 주안점을 둔 시설이다. 소년원은 학교로서 기능하며, 행정명칭은 비록 소년원이지만 전국의 모든 소년원은 '학교'를 대내외 공식 명칭으로 사용한다. 소년원학교는 초·중등교육법에 의한 정규학교로서 비행으로 인하여 학업을 중도에 포기한 보호소년에게 진로개척에 필요한 학력을 취득할 수 있는 기회를 부여하여 사회적응을 원활하게 할 수 있도록 하기 위한 것이다.

또한 소년법상 항고심은 소년에 대한 보호의 필요성이 없다고 판단되는 경우에는 불처분의 결정도 할 수 있다(제29조). 보호처분결정을 하는 경우에도 이 사건과 같이 인용하는 때에는 소년원 수용기간이 단축되고, 기각하는 때에도 1심 결정 시부터 항고심 결정 시까지의 소년원 수용기간이 전부 산입되는 셈이므로 그 불이익이 크지 않다.

그리고 법원은 소년원 수용처분에 대하여 “장기” 또는 “단기”로만 그 종류를 결정할 뿐이고, 장기의 경우에는 최장 2년, 단기의 경우에는 최장 6월을 한도로 하여 수용 중 교정성적이 양호한 소년은 보호관찰을 조건으로 임시퇴원할 수 있으며, 교정목적이 달성되었다고 인정될 경우에는 퇴원도 가능하다(보호소년 등의 처우에 관한 법률 제43조, 제44조). 실제로 최근 3년간 전체 소년원 수용인원 중 임시퇴원 인원의 비율은 42.6%에 달하고, 단기 소년원 수용자들의 평균 수용기간은 4월 29일, 장기 소년원 수용자들의 평균 수용기간은 15월 25일로 나타났다. 이와 같이 소년법은 소년의 보호와 교화의 목적을 달성하였음에도 부당하게 장기간 수용되는 일이 없도록 그 불이익을 최소화할 수 있는 제도적 장치도 마련하고 있다.

위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기는 어렵다.

이 사건 법률조항에 의하여 1심 결정 시부터 항고심 결정 시까지의 소년

원 수용기간이 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입되지 않음으로써 청구인은 신체의 자유가 일정 기간 제한되는 불이익을 받게 되나, 이러한 불이익보다 비행사실과 보호의 필요성이 인정되는 소년에 대하여 그의 특성과 장래를 고려하여 그에게 가장 적합한 보호처분을 행함으로써 소년의 건전한 육성을 도모하고자 하는 이 사건 법률조항이 보호하려는 공익이 더 크다고 할 것이어서 법익 균형성도 충족된다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에도 위반되지 아니한다.』

#### (나) 위헌론

이러한 다수의견에 대하여 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호는 이 사건 법률조항이 다음과 같은 이유로 과잉금지원칙에 위배된다는 반대의견을 개진하였다.

『소년보호는 소년이 건전하게 성장하는 것을 돕는 것을 목적으로 하므로 필연적으로 복지적·행정적 기능을 갖게 되지만, 다른 한편 그 대상소년이 반사회성 있는 소년이고 경우에 따라서는 강제적 조치를 수반하므로 사법적 기능도 아울러 가지고 있다. 특히 보호처분 중에서도 소년원에 수용하는 경우에는 일정 기간동안 일정한 시설에 감금하여 신체의 자유를 제한한다는 점에서 실질적으로 형사처벌과 같은 효과가 있다고 할 수 있다.

복지적·행정적 기능에서 보면 소년보호사건은 합목적적, 실질적, 개별적, 사회적, 과학적 성격을 가질 것이 요구되는 데 비하여 사법적 기능에서 보면 소년보호사건도 형사사건에서와 같이 법적 안정성, 형식성, 보편성을 가질 것이 요구된다. 소년보호사건에서 위와 같은 두 가지 기능 사이의 우열을 가릴 필요는 없는 것이고, 결국 양 기능은 소년보호사건의 전 과정을 통하여 병렬적으로 균형있게 작용하여야 한다.

이 사건 법률조항은 소년의 환경과 특성에 따른 필요하고도 적합한 처분을 통해 그의 품행과 환경을 조정함으로써 소년의 건전한 육성을 도모하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다.

그러나 보호처분이 부과되는 절차를 살펴보면 통상 경찰과 검찰의 수사를 거쳐 검사가 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 경우에 관찰법원에 송치하므로, 해당 소년은 이러한 절차를 통해 사실상 자신이 행한

범죄에 대한 처벌을 받는다고 인식하게 되며, 특히 소년원에의 수용은 법원의 결정이 확정되지 않은 상태에서 신체의 자유를 박탈하는 구금이라는 점에서 사실상 형사사건에 있어 미결구금과 다를 바 없다.

소년보호처분과 같은 보안처분의 일종인 치료감호처분의 경우, 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행하고, 치료감호의 집행기간은 형 집행기간에 산입하도록 규정하고 있는 점(치료감호법 제18조)과 비교하여 볼 때 유독 소년보호처분에 있어서만 1심 결정의 집행에 의한 소년원 수용기간을 전혀 산입하지 않는 것은 신체의 자유에 대한 과도한 제한이라 할 것이다.

법정의견은 항고심 법원이 1심 결정의 내용과 집행상황 등을 감안하여 새로이 처분을 한다고는 하나, 이는 오히려 산입규정이 없기 때문에 항고심 법원이 스스로 그러한 감안을 하여 새로운 처분을 하고 있는 관행일 뿐이며, 실제로는 항고심 법원에서 1심 결정에 의한 수용기간을 감안하지 않는 경우도 얼마든지 있을 수 있고 청구인으로서 그 여부를 확인할 수도 없다. 뿐만 아니라 소년법 제46조에 의하면 항고는 결정의 집행을 정지시키는 효력이 없고, 산입되지 않는 수용기간의 상한이 정해지지 아니함으로 인하여 항고심 심리가 지연될 경우에는 그 수용기간이 부당하게 장기화될 우려가 있다.

소년보호의 시급성 때문에 1심 결정이 확정되기 전 즉시 집행하여 수용할 필요가 있다 하더라도, 항고심 결정시까지의 수용기간 중 전부 또는 일부를 산입하는 명시적인 규정을 두어 보호의 필요성과 정도에 따라 일부라도 산입할 수 있도록 하고 항고심에서는 그에 따라 새로운 보호처분의 종류를 충분히 결정할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고, 1심 결정시부터 항고심 결정시까지의 소년원 수용기간을 전혀 산입하지 아니하는 이 사건 법률조항은 청구인을 부당하게 장기간 수용하는 결과를 야기하게 되고 이는 소년의 교화와 개선이라는 소년법의 이념과도 부합하지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

법의 균형성에 있어서도, 이 사건 법률조항에 의하여 보호하려는 공익은 소년의 건전한 육성을 도모하는 것이고, 침해되는 사익은 1심 결정시부터 항고심 결정시까지 소년원에 수용된 기간이 항고심 결정에 의한 보호기간

에 산입되지 않음으로써 신체의 자유가 제한되는 것이다. 이 사건 법률조항이 산입기간을 두지 않아 소년을 부당하게 장기간 수용하게 되어 오히려 소년의 건전한 육성을 도모하기 어려운 점, 신체의 자유는 인간에게 있어 가장 본질적인 기본권 중의 하나로, 이에 대한 침해가 중대한 점 등에 비추어 이 사건 법률조항은 법익 균형성도 충족하였다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해한다.』

## 바. 평등권 침해 여부

### (1) 심사기준

평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사척도(비례의 원칙)에 의할 것인지, 완화된 심사척도(자의금지 원칙)에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 다르게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. 그러나 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우 이외에는 완화된 심사척도인 자의금지 원칙에 의하여 심사하면 족하다(헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 55, 565-566; 헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144, 판례집 22-2하, 499, 504-505 등 참조).

이 사건 법률조항에 의하여 발생하는 기본권 제한은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우라고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항에 대하여는 완화된 심사척도인 자의금지 원칙에 따라 판단하면 족하다.<sup>6)</sup>

6) 헌법재판소가 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다는 이유로 엄격한 심사를 한 사례는 대체적으로 공무원임권과 관련하여 일정한 인적 집단에게 혜택을 부여한 사례이다. 이 같은 사례들로는 공무원 채용시험시 국가유공자 가족 가산점 부여 사건(헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1상, 269), 국·공립학교 채용시험의 동점자처리에서 국가유공자에게 우선권을 주도록 하는 규정(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마44, 판례집 18-1하, 319), 국립사범대학 졸업자 교원우선임용조항에 대한 위헌결정 이전에 임용이 예정되어 있던 자에 대한 특별채용 사건(헌재 2006. 3.

일반적으로 자의금지 원칙에 관한 심사요건은, 첫째 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, 둘째 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편, 첫째 요건에 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, 둘째 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 49 참조).

## (2) 판단

### (가) 합헌론

다수의견은 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다.

『이 사건 법률조항에 의하여 발생하는 기본권 제한은 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우라고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 대하여는 완화된 심사척도인 자의금지원칙에 따라 판단하면 족하다.

소년원에의 수용은 일정 기간 신체의 자유를 박탈한다는 점에 있어서는 형사사건에 있어서의 미결수용과 동일하다고 할 수도 있다. 그럼에도 형사사건에서는 형기는 판결이 확정된 날로부터 기산하며, 판결확정 전 미결구금일수는 그 전부를 본형에 산입한다(형법 제57조 제1항). 상소제기 후의 판결선고 전 구금일수, 상소제기기간 중의 판결확정 전 구금일수, 상소법원이 원심판결을 파기한 후의 판결선고 전 구금일수도 전부 본형에 산입한다(형법 제57조 제1항, 형사소송법 제482조 제1항, 제2항, 제5항). 소년에 대한 형사사건에 있어서도 소년을 분류심사원에 위탁한 후 형벌을 선고하는 경우 형법 제57조 제1항을 준용하여 위탁기간을 전부 본형에 산입한다(소년법 제61조, 제18조 제1항 제3호).

---

30. 2005헌마598, 판례집 18-1상, 439; 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마821, 판례집 18-2, 305)이 있다.

그에 비하여 소년보호사건에서는 이 사건 법률조항이 1심 결정의 집행에 따른 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니함으로써, 형사사건에 있어 미결구금일수가 본형에 산입되는 자와 소년보호절차의 대상인 청구인과의 사이에 차별취급이 존재한다.

그런데 형사사건에 있어서 판결선고 전 구금, 즉 미결구금은 도망이나 증거인멸을 방지하여 수사, 재판 또는 형의 집행을 원활하게 진행하기 위하여 무죄추정원칙에도 불구하고 불가피하게 피의자 또는 피고인을 일정 기간 일정 시설에 구금하여 그 자유를 박탈하게 하는 재판확정 전의 강제적 처분이다. 비록 국가의 형사소송적 필요에 의하여 적법하게 구금되었다더라도 미결구금은 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 박탈하고 있다는 점에서 실질적으로 자유형의 집행과 유사하기 때문에 무죄추정원칙에 따라 그 구금기간에 대한 정당한 평가와 보상이 이루어져야 하는 것이다. 따라서 구금된 피고인이 무죄판결을 받은 경우 형사보상법 등에 의하여 미결구금일수에 따른 금전적 보상을 받을 수 있고, 유죄판결을 받은 경우에는 미결구금일수를 본형에 통산하여야 한다(헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25 참조).

이에 반하여 소년원 수용이라는 보호처분은 소년의 도망이나 증거인멸을 방지하여 수사, 재판 또는 형의 집행을 원활하게 진행하기 위한 것이 아니라, 반사회성 있는 소년에 대하여 품행을 교정하고 환경을 조정함으로써 소년을 교화하고 범죄적 위험성을 제거하여 건전한 성장을 돕기 위한 보호처분이다.

따라서 이러한 보호처분의 특수성을 감안하면, 이 사건 법률조항에서 형사사건에 있어 미결구금일수를 본형에 산입하는 것과 달리 1심 결정의 집행에 따른 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니한 데에는 그 차별취급을 정당화하는 객관적으로 합리적인 이유가 있다.

결국 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권도 침해하지 아니한다.』

#### (나) 위헌론

이에 대하여 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호는 다음과 같은 이유로 반대의견을 개진하였다.

『소년원에의 수용은 일정 기간 신체의 자유를 박탈한다는 점에서 형사 사건에 있어서의 미결수용과 본질적으로 동일하다. 형사사건에서 판결확정 전 미결구금일수 전부를 본형에 산입하고, 소년에 대한 형사사건에서 소년을 분류심사원에 위탁한 경우 형법 제57조 제1항을 준용하여 그 위탁기간을 산입한다. 그에 비하여 소년보호사건에서는 이 사건 법률조항이 1심 결정의 집행에 따른 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하는 규정을 두지 아니함으로써, 형사사건에 있어 미결구금일수가 본형에 산입되는 자와 소년보호절차의 대상인 청구인과의 사이에 차별취급이 존재한다.

보호처분의 특성상 보호의 시급성으로 인하여 1심 결정이 확정되기 전에 집행할 필요가 있다 하더라도, 항고절차가 진행되는 경우에는 대상소년의 보호의 필요성과 정도에 따라 수용기간 중 일부라도 산입할 수 있도록 할 수 있음에도, 이 사건 법률조항은 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 전혀 산입할 여지가 없도록 하였다는 점에서 그 합리적 이유를 찾아보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 형사사건에 있어 미결구금일수가 본형에 산입되는 자와 비교하여 청구인을 불합리하게 차별하여 취급함으로써 청구인의 평등권을 침해한다.』

#### 4. 결정의 의의

가. 이 사건은 소년보호사건에 있어서는 형사상 미결구금일수 산입과는 달리 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 않더라도 소년의 신체의 자유나 평등권 등 기본권을 침해하지 않는다는 점을 처음으로 확인한 사건이다.

나. 특히 이 사건에서는 보호처분이기는 하나 사실상 형사처벌과 같은 효과가 있는 소년원 수용처분과 관련하여 무죄추정원칙, 적법절차원칙을 적용할 것인지의 문제가 있었으나 다수의견은 무죄추정원칙과는 관련이 없다는 입장이었고, 반대의견은 이에 대해 명시적으로 판단하지 않았다. 이와 관련해서는 앞으로도 추가 논의가 필요해 보인다.





## 결정색인(2015년)

### 선고일 및 사건번호(판례집 기재면수)

현재 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합), 판례집 27-1상, 20	1
현재 2015. 2. 26. 2013헌바374, 판례집 27-1상, 146	21
현재 2015. 3. 26. 2014헌가5, 판례집 27-1상, 226	49
현재 2015. 3. 26. 2013헌마517, 판례집 27-1 상, 342	59
현재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192· 264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합), 판례집 27-1상, 453	87
현재 2015. 4. 30. 2012헌마38, 판례집 27-1하, 12	117
현재 2015. 4. 30. 2013헌마623, 판례집 27-1하, 107	141
현재 2015. 5. 28. 2013헌가6, 판례집 27-1하, 176	159
현재 2015. 5. 28. 2013헌바129, 판례집 27-1하, 251	185
현재 2015. 5. 28. 2013헌마671, 2014헌가21(병합), 판례집 27-1하, 336	207
현재 2015. 5. 28. 2012헌사496, 판례집 27-1 하, 393	231
현재 2015. 6. 25. 2013헌가17·24, 2013헌바85(병합), 판례집 27-1하, 402	259
현재 2015. 6. 25. 2011헌마769, 2012헌마209·536(병합), 판례집 27-1하, 513	287
현재 2015. 7. 30. 2010헌라2, 판례집 27-2상, 54	313
현재 2015. 7. 30. 2012헌마734, 2013헌바338(병합), 판례집 27-2상, 308	341

현재 2015. 7. 30. 2014헌마340·672, 2015헌마99(병합), 판례집 27-2상, 370 .....	361
현재 2015. 9. 24. 2013헌가21, 판례집 27-2상, 461 .....	391
현재 2015. 9. 24. 2012헌바302, 판례집 27-2상, 514 .....	403
현재 2015. 9. 24. 2013헌마197, 판례집 27-2상, 636 .....	429
현재 2015. 9. 24. 2013헌마384, 공보 228, 1469 .....	463
현재 2015. 10. 21. 2013헌가20, 판례집 27-2상, 700 .....	491
현재 2015. 10. 21. 2014헌바170, 판례집 27-2하, 44 .....	509
현재 2015. 10. 21. 2012헌마89·955(병합), 판례집 27-2하, 84 .....	531
현재 2015. 11. 26. 2012헌마858, 판례집 27-2하, 306 .....	553
현재 2015. 11. 26. 2012헌마940, 판례집 27-2 하, 335 .....	569
현재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391 .....	597
현재 2015. 12. 23. 2009헌바317, 2010헌가74(병합), 판례집 27-2하, 432 .....	625
현재 2015. 12. 23. 2013헌바68, 2014헌마449(병합), 판례집 27-2하, 480 .....	647
현재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2 하, 511 .....	683
현재 2015. 12. 23. 2015헌바75, 판례집 27-2하, 627 .....	731
현재 2015. 12. 23. 2013헌마712, 판례집 27-2 하, 670 .....	749
현재 2015. 12. 23. 2014헌마768, 판례집 27-2 하, 693 .....	767

## 헌법재판소결정해설집 (2015년)

---

2016年 11月 印刷

2016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)

