

# 발 간 사

올해는 헌법재판소 설립 30주년을 맞이한 뜻 깊은 한 해였습니다. 헌법재판소는 1988. 9. 1. 설립된 이래 지난 30년 동안 3만 4천여 건의 결정을 통해 사회적 대립과 갈등의 양상을 보였던 많은 쟁점들에 여러 계층의 다양한 목소리를 반영함으로써 사회 통합 및 성숙한 민주사회로 나아가는 토대를 형성하는 등 헌법의 가치와 정신을 지키고 국민의 기본권을 보장하고자 노력해 왔습니다.

따라서 헌법재판소 결정에 대한 올바른 이해는 헌법재판소가 그 역할을 다하기 위하여 필수적일 뿐만 아니라, 국민들과 헌법재판소 간의 소통과 신뢰의 출발점이 된다 할 것입니다. 이에 헌법재판소는 중요한 의미가 있거나 내용이 복잡한 사건에 대해 헌법연구관들이 해설한 《결정해설집》을 매년 발간하여 왔는데, 올해에는 2017년도에 선고한 사건 중 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제33조 제3항 위헌제청 사건 등 17건에 대한 해설을 모은 열여섯 번째 《결정해설집》을 펴내게 되었습니다.

특히 이번 《결정해설집》에서는 입법례 자료조사자를 각주로 표기하는 등 자료의 출처를 명확히 하였고, 인용부분의 글꼴을 달리하여 본문 내용과 잘 구별되도록 개선하였습니다. 아무쪼록 이 해설집이 헌법재판소 결정에 대한 올바른 이해와 이를 통한 국민들의 기본권 인식의 고양 및 헌법해석 과정에 대한 참여에 도움이 되기를 기대합니다.

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

2018. 11.

헌법재판소 사무처장 김 헌 정



# 목 차

구 도로교통법 제93조 제1항 제12호 위헌제청 .....	김현영	1
공직선거법 제18조 제1항 제2호 등 위헌확인 사건 .....	공수진	19
기본권 침해 위헌확인 .....	이미래	37
자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제170조 제1항 등 위헌소원 사건 .....	공수진	69
4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 제6조 제3항 등 위헌확인 .....	박세영	99
전파법 제58조의2 제1항 등 위헌소원 사건 등 .....	김광욱	123
공무원연금법 제47조 제1항 제2호 위헌확인 .....	김지현	151
북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제33조 제3항 위헌제청 사건 .....	박준희	185
민사소송 인지제도에 대한 위헌제청 사건 .....	이재홍	209
청원경찰법 제5조 제4항 등 위헌확인 사건 .....	이종훈	235
형법 부칙 제2조 제1항 위헌소원 등 .....	김지현	267
변호인 참여신청서 요구행위 등 위헌확인 .....	민선홍	301
화성시와 국방부장관 간의 권한쟁의 .....	이문주	327

파견근로자보호 등에 관한 법률 제5조 제1항 등 위헌소원 .....	정유진 ..	347
열람·등사신청 거부행위 위헌확인 사건 .....	이의석 ..	369
변리사법 제3조 제2호 등 위헌확인 .....	민선홍 ..	391
서울교육대학교 등 2017년도 수시모집 입시요강 위헌 확인 사건 .....	나진이 ..	413

# 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호 위헌제청

- 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위와 운전면허의 필요적  
취소 사건 -

(헌재 2017. 5. 25. 2016헌가6, 판례집 29-1, 104)

김 현 영\*

## 【판시사항】

운전면허를 받은 사람이 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우에는 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 구 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제12호 중 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’ 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부(적극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 구 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제12호 중 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

구 도로교통법(2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13829호로 개정되기 전의 것)

제93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허는

---

\* 헌법연구관

제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 행정안전부령으로 정하는 기준에 따라 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호부터 제9호까지(정기 적성검사 기간이 지난 경우는 제외한다), 제12호, 제14호, 제16호부터 제18호까지의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다.

12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 경우

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

○○지방경찰청장은, 제청신청인이 2012. 1. 9. 22:00경 화성시에 있는 ○○공장에 주차되어 있던 화물차량을 절취하였다는 이유로, 2014. 3. 24. 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호를 적용하여 제청신청인의 제1종 대형 자동차운전면허 및 제1종 보통 자동차운전면허를 2014. 4. 29.자로 취소하였다.

제청신청인은 이에 불복하여 수원지방법원에 위 취소처분의 취소를 구하는 소(2015구단31194)를 제기하였고, 그 항소심(서울고등법원 2015누50780) 계속 중 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호에 대하여 위헌법률심판제청신청(서울고등법원 2015아1344)을 하였다. 제청법원은 위 제청신청을 받아들여 2016. 2. 2. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

### 2. 제청법원의 위헌제청이유

구 도로교통법 제93조 제1항 제12호는 자동차등을 훔치거나 빼앗는 범죄행위를 하기만 하면 그 범죄행위의 유형 및 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부, 당해 범죄행위에 이르게 된 경위, 당해 범죄행위로 인하여 교통상의 위험과 장애를 초래하였는지 여부 등 제반사정을 전혀 고려할 여지없이 필요적으로 운전면허를 취소하도록 규정하고 있다. 이에 따라 범죄행위 속에 나타난 운전자의 운전행태나 운전의 적격성 등에 비추어 볼 때 행정제재를 가할 필요가 없는 경우에도 운전면허를 취소할 수밖에 없게 되었다. 이는 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일절 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. 임의적 운전면허 취소제도를 통하여도 효과적으로 입법목적을 달성할 수 있음에도, 기본권 침해의 정도가 한층 큰 필요적 운전면허 취소제도를 도입한 위 조항은 침해의 최소성 원칙에 반하여 제청신청인의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해한다고 볼 만한 합리적인 의심이 든다.

### **【결정요지】**

심판대상조항은 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하여 자동차등의 운행과정에서 야기될 수 있는 교통상의 위험과 장애를 방지함으로써 안전하고 원활한 교통을 확보하기 위한 것이다. 그러나 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하더라도 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정하여도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능함에도, 심판대상조항은 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일절 배제하고 있다. 자동차 절취 행위에 이르게 된 경위, 행위의 태양, 당해 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 제반사정을 고려할 여지를 전혀 두지 아니한 채 다른 사람의 자동차등을 훔친 모든 경우에 필요적으로 운전면허를 취소하는 것은, 그것이 달성하려는 공익의 비중에도 불구하고 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하는 것이다. 그러므로 심판대상조항은 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해한다.

### **재판관 김창종의 반대의견**

자동차등을 대상으로 절도 범행을 저지르는 경우에는 범죄로 취득한 자동차등의 운행과정에서 교통의 안전과 원활에 장애를 초래하여 인적·물적 피해를 일으킬 우려가 크고, 이를 다시 다른 범죄의 도구나 수단으로 이용함으로써 심각하고 회복이 불가능한 피해를 야기할 수도 있다. 이처럼 다

른 사람의 자동차등을 훔친 운전면허 소지자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 자동차등을 운행할 기본적인 자격을 갖추지 못하였다고 볼 수 있으므로, 자동차등의 절도 범죄를 저지른 경우에는 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 하여 교통의 안전과 원활을 확보할 필요성이 있다. 심판대상조항에 해당하여 운전면허가 취소되더라도, 운전면허가 취소된 날부터 2년이 지나면 다시 운전면허를 받을 수 있다. 자동차등을 훔친 범죄행위로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 지나치다고 할 수 없다. 그러므로 심판대상조항은 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

제청법원은 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호 전부에 대하여 위헌법률심판제청을 하였는데, 위 조항은 다른 사람의 자동차등을 ‘훔친 경우’와 ‘빼앗은 경우’의 두 가지 행위로 구분되므로 심판대상을 한정할 필요가 있는지 여부가 문제된다. 다음으로 ‘운전면허를 받은 사람이 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’를 필요적 운전면허 취소사유로 규정한 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

### 2. 심판대상 한정 필요성

제청법원은 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호 전부에 대하여 위헌법률심판제청을 하였다. 위 조항은 다른 사람의 자동차등을 ‘훔친 행위’와 ‘빼앗은 행위’로 구분되는데, 이 사건 위헌법률심판제청 당시 실무는 자동차등을 훔친 행위는 ‘절도’를, 자동차등을 빼앗은 행위는 ‘강도’를 의미하는 것으로 보아 자동차등을 ‘절도·강도’한 경우에 국한하여 운전면허를 필요적으로 취소하고 있었다. 한편, 당해 사건의 범죄사실은 제청신청인이 다른 사람의 자동차등을 절취하였다는 것이므로, 헌법재판소는 심판대상을 제청신

청인과 관련된 부분인 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’ 부분으로 한정하였다.

### 3. 입법연혁

가. ‘다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때’를 운전면허의 임의적 취소 또는 정지사유로 하는 내용은 1990. 8. 1. 개정된 도로교통법(법률 제4243호)에 처음 도입되었고, 1991. 12. 14. 개정된 도로교통법(법률 제4421호)은 불법행위에 대한 제재를 강화하여 교통질서를 확립하고자 이를 필요적 취소사유로 변경하였다. 2005. 5. 31. 전부개정된 도로교통법(법률 제7545호)은 조문의 위치를 제93조 제1항 제12호로 이동하였고, 2006. 4. 28. 개정된 도로교통법(법률 제7936호)에서 다시 임의적 취소 또는 정지사유로 규정하였다가 2011. 6. 8. 도로교통법(법률 제10790호)을 개정하면서 거듭 필요적 취소사유로 변경되었다(심판대상조항). 2016. 1. 27. 개정된 도로교통법(법률 제13829호)은 취소되는 운전면허의 범위를 ‘운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함’하는 것으로 명확하게 규정하였다.

심판대상조항의 구체적인 변천과정은 다음 표와 같다.

1990. 8. 1. 법률 제4243호	1991. 12. 14. 법률 제4421호	2005. 5. 31. 법률 제7545호	2006. 4. 28. 법률 제7936호	2011. 6. 8. 법률 제10790호	2016. 1. 27. 법률 제13829호
제 78조(면허의 취소·정지) 시·도지사는 운전면허를 받은 사람이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 내무부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범	제 78조(면허의 취소·정지) 지방경찰청장은 ... 내무부령이 정하는 기준에 의하여 ... 정지시킬 수 있다. 다만, 제 1호·제 3호 또는 제 6호에 해당하는 때에는 그	제 93조(운전면허의 취소·정지) ① ... 다만 제 2호·제 3호, 제 6호 내지 제 8호, 제 11호 내지 제 13호, 제 16호 또는 제 17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여	제 93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 ... 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지	제 93조(운전면허의 취소·정지) ① ...다만, 제 2호, 제 3호, 제 7호부터 제 9호까지(정기적 성검사 기간이 지난 경우)는 제외한다, 제 12호, 제 14호, 제 16호부터 제	제 93조(운전면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은... 운전면허(운전자가 받은 모든 범위의 운전면허를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 취소하거나 1년 이내

1990. 8. 1. 법률 제4243호	1991. 12. 14. 법률 제4421호	2005. 5. 31. 법률 제7545호	2006. 4. 28. 법률 제7936호	2011. 6. 8. 법률 제10790호	2016. 1. 27. 법률 제13829호
<p>위안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 또는 제3호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>6. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때</p>	<p>운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>6. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때</p>	<p>야 한다.</p> <p>12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때</p>	<p>시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호, 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 때</p>	<p>18호까지의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 경우</p>	<p>의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호, 제3호, 제7호부터 제9호까지(정기적성검사기간이 지난 경우는 제외한다), 제12호, 제14호, 제16호부터 제18호까지, 제20호의 규정에 해당하는 경우에는 운전면허를 취소하여야 한다.</p> <p>12. 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 경우</p>
<p>임의적 취소 또는 정지</p>	<p>필요적 취소</p>	<p>필요적 취소</p>	<p>임의적 취소 또는 정지</p>	<p>필요적 취소</p>	<p>필요적 취소</p>

#### 4. 헌법재판소의 관련 선례

그간 헌법재판소가 운전면허의 필요적 취소사유에 대하여 판시한 사안들은 아래 표와 같이 정리할 수 있는데, 운전면허의 필요적 취소사유 중 ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 경우’에 대하여 두 차례에 걸쳐 위헌 결정을 하였다.

즉 헌법재판소는 ① ‘자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’를 운전면허의 필요적 취소사유로 규정한 구 도로교통법(2005. 5. 31. 법률 제7545호로 개정되기 전의 것) 제78조 제1항 제5호에 대하여, 중대범죄 및 고의범에 한정할 필요성이 있다는 이유로 명확성 원칙에 반하고, 과잉금지원칙에도 위배되어 직업의 자유 등을 침해한다며 위헌결정을 선고하였고(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378), ② 자동차등을 이용한 범죄행위의 예시로 ‘살인 또는 강간 등’을 추가하고, 하위법령인 행정자치부령에 구체적인 규율을 위임하는 내용으로 개정된 구 도로교통법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제11호에 대하여도, 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정하면 족하다는 취지로 직업의 자유 등을 침해한다며 재차 위헌결정을 선고하였다(헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6, 판례집 27-1하, 176).

필요적 취소 사유	사건번호	심판 대상 조항	결정 내용의 요지	위헌 여부
2회 이상 음주 운전 경력 자의 음주 운전	2006. 5. 25. 2005헌바91	구 도로교통법 제78조 제1항 제14호	<ul style="list-style-type: none"> <li>과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음</li> <li>운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 자 및 교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 자에 대하여 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 심판대상조항이 평등원칙에 반한다고 볼 수 없음</li> </ul>	합헌
	2010. 3. 25. 2009헌바83	도로교통법 제93조 제1항 제2호	<ul style="list-style-type: none"> <li>과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음</li> <li>누범기간을 3년으로 제한하고 있는 형법 제35조와 달리 운전행위 사이의 기간제한을 두지 않은 것이 평등원칙에 반한다고 볼 수 없음</li> </ul>	합헌

필요적 취소 사유	사건번호	심판 대상 조항	결정 내용의 요지	위헌 여부
	2014. 2. 27. 2013헌바197	도로교통법 제93조 제1항 제2호	<ul style="list-style-type: none"> <li>과잉금지원칙에 위배되지 아니하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음</li> <li>각 운전면허 취소·정지 사유 간의 체계정합성을 파괴할 만큼 형평성을 상실하여 평등원칙에 반한다고 볼 수 없음</li> </ul>	합헌
	2015. 11. 26. 2015헌바204			합헌
음주 측정 거부	2004. 12. 16. 2003헌바87	구 도로교통법 제78조 제1항 제8호	<ul style="list-style-type: none"> <li>과잉금지원칙에 반하여 청구인의 재산권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등을 침해하지 않음</li> <li>과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 않음</li> <li>음주음전자와 도주차량운전자에 대하여 임의적 면허취소를 규정하고 있다고 하여 음주측정거부자에 대해 필요적 면허취소를 규정한 심판대상조항이 평등권 침해한다고 볼 수 없음</li> </ul>	합헌 (반대의견 1인)
	2007. 12. 27. 2005헌바95			합헌
교통 사고 후 도주	2002. 4. 25. 2001헌가19· 20(병합)	구 도로교통법 제78조 제1항 제12호	<ul style="list-style-type: none"> <li>과잉금지원칙에 위배하여 직업선택의 자유나 행복추구권을 침해하지 않음</li> </ul>	합헌 (반대의견 2인)
자동 차등 이용 범죄	2005. 11. 24. 2004헌가28	구 도로교통법 제78조 제1항 제5호	<ul style="list-style-type: none"> <li>명확성원칙에 위반</li> <li>과잉금지원칙에 반하여 직업의 자유 내지 일반적 행동자유권을 침해</li> </ul>	위헌 (반대의견 1인)
	2015. 5. 28. 2013헌가6	구 도로교통법 제93조 제1항 제11호	<ul style="list-style-type: none"> <li>과잉금지원칙을 위반하여 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해</li> </ul>	위헌 (반대의견 1인)

## 5. 입법례<sup>1)</sup>

운전면허의 취소·정지와 같은 행정처분 제도는 1947년 미국에서 최초로 실시된 이래 일본, 독일 등 각국에서 실시되고 있다.

(1) 일본 도로교통법은 운전면허의 임의적 취소 또는 정지사유를 규정하고 있는데, ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’는 운전면허의 임의적 취소 또는 정지사유에 해당하지 않는다.

(2) 독일은 형법과 도로교통법에 운전금지과 운전면허박탈 제도를 각각 규정하고 있다(도로교통법 제3조, 제4조, 제25조 제1항, 형법 제44조, 제69조). 독일 형법 제69조는 “자동차운전 중에 또는 자동차운전과 관련되어 혹은 자동차운전자로서의 의무를 위반하여 위법행위를 하였다는 이유로 유죄 판결을 받거나 혹은 단순히 책임무능력이 입증되었거나 또는 책임무능력을 배제할 수 없다는 이유 때문에 무죄판결을 받은 행위자에 대해, 법원은 당해 위법행위로부터 당해 행위자가 자동차운전에 부적합하다는 사실이 판명된 경우에는 운전면허를 박탈한다.”라고 규정하고 있다. 판례는 ‘당해 위법행위로부터 행위자가 도로교통의 안전을 자신의 범죄적 이익보다 경시할 의도가 있음을 납득할 수 있을 정도로 추론할 수 있을 것을 요한다’는 취지로 판시하여 위법행위와 도로교통 사이의 관련성을 요하고 있다[2005. 4. 27. 연방민형사법원(BGH) 형사대합의부 결정]. 이에 비추어 보면 ‘다른 사람의 자동차등을 훔친 경우’는 운전면허의 박탈 사유에 해당한다고 보기 어렵다 할 것이다.

(3) 미국은 운전면허 취소와 관련하여 각 주마다 상이한 체계로 운영하고 있다. 자동차등의 절취를 운전면허의 임의적(플로리다, 캘리포니아) 또는 필요적(켄터키, 일리노이, 매사추세츠, 버지니아, 콜로라도) 취소·정지사유로 규정하고 있는 주들이 있는 반면, 자동차등의 절취가 운전면허의 취소 또는 정지 사유에 해당하지 않는 주들도 존재하는 것이다. 미국의 경

---

1) 이하의 내용은 소은영 연구원(일본), 김한석 연구원(독일), 예승연 연구원(미국, 영국)의 조사서 참조

우에는 대체로 자동차를 이용하여 저지른 범죄가 중죄(felony)에 해당하는 경우에만 운전면허를 취소하도록 하고 있는 반면, 우리 도로교통법은 법문상으로는 운전면허 소지자의 유죄판결을 고려하고 있지 않다는 점에서 구별된다.

(4) 영국의 경우 운전면허가 취소되는 사유는 ① 운전과 관련된 범죄로 유죄판결을 받았거나 ② 3년 안에 벌점을 12점 이상 받았을 경우로 나눌 수 있다. 특히 영국 절도법(UK Theft Act) §12A에 따르면, 허가받지 않고 취득한 타인의 차량을 위협하게 운전하거나, 절도한 차량을 운전하던 중 사람을 다치게 하거나 사망에 이르게 한 경우, 절도한 차량을 운전하던 중 대물 사고를 낸 경우, 절도한 차량에 손상을 입힌 경우에는 ‘가중처벌되는 차량 취득(aggravated vehicle taking)’에 해당하며, 이로 인해 유죄판결을 받은 자에 대해 법원은 도로교통범죄법(Road Traffic Offenders Act) 제34조에 따라 특별한 경우를 제외하고는 최소 12개월 이상의 기간 동안 운전면허를 필요적으로 취소(obligatory disqualification)하여야 하며, 처벌코드 UT50에 해당하여 3-11점의 벌점이 부과된다. 면허취소의 최소 기한은 재범인지 여부 및 과거 벌점 취득 여부에 따라 증가될 수 있다. 한편, 절도법 제12조에 규정된 ‘허가받지 않고 타인의 차량을 취득(taking motor vehicle without authority)’하여 유죄판결을 받는 경우에는 재량에 따른 임의적 면허 취소가 가능하다.

## 6. 심판대상조항에 의한 운전면허취소 현황

2016년 9월 기준으로 약 2,154만 대의 자동차가 등록 운행 중이며,<sup>2)</sup> 운전면허 소지자는 2015년 기준 3,029만여 명으로 이는 전 국민(2016년 9월 기준 51,664,244명<sup>3)</sup>)의 58%에 해당하는 수치이다.<sup>4)</sup> 심판대상조항이 시행된 이후의 연간 운전면허 취소현황과 그 중 심판대상조항에 의한 운전면허 취소현황은 아래 표와 같다.

2) 국토교통부 교통물류실 자동차운영보험과 자료 참조

3) 행정자치부 누리집(<http://rcps.egov.go.kr>) 중 주민등록 인구통계 참조

4) 운전면허소지자현황, 국가지표체계 누리집(<http://www.index.go.kr>)

연도	평균 (4년 평균)	2012년	2013년	2014년	2015년
전체 운전면허 취소자	195,718명	186,102명	193,721명	199,281명	203,769명
자동차등을 훔친 때	457.8명	574명	469명	467명	321명
자동차등을 빼앗은 때	19.5명	12명	27명	20명	19명

참고로 ‘다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 경우’가 운전면허의 임의적 취소 또는 정지사유였던 2006. 6. 1.부터 2011. 12. 8.까지 기간 동안의 운전면허 취소현황은 아래 표와 같다. 특기할 만한 사항은 2007년부터 2011년 사이에 자동차등을 훔치거나 빼앗은 사유로 운전면허가 취소된 사람의 연 평균 숫자가 2012년부터 2015년 사이에 같은 사유로 운전면허가 취소된 사람의 연 평균 숫자보다 2배 이상 많다는 점이다.

연도	평균 (5년 평균)	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
전체 운전면허 취소자	274,200명	265,703명	292,653명	284,980명	286,704명	240,962명
자동차등을 훔친 때	965.2명	1,036명	958명	1,188명	909명	735명
자동차등을 빼앗은 때	41.8명	35명	51명	61명	30명	32명

## 7. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 운전면허 소지자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부

#### (1) 제한되는 기본권 및 심사기준

「심판대상조항은 운전면허를 받은 사람이 다른 사람의 자동차등을 훔친 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 자동차등 운전예 적성 흠결이 있다고 보아 이미 운전면허를 취득한 자의 운전면허를 필요적으로 취소하는 경우에는 지나친 기본권 제한이 되지 않도록 헌법 제37조 제2항의 비례원칙을 준수하여야 할 것이다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28 참조; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6 참조).」

## (2) 위헌론

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

### 「(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

도로교통법상 운전면허는 신체적 조건이나 도로교통과 관련된 법령 등에 대한 지식 및 자동차등의 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(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28 참조; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6 참조).

심판대상조항은 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하여 자동차등의 운행과정에서 야기될 수 있는 교통상의 위험과 장애를 방지함으로써 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것으로서 그 입법목적의 정당하다. 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은 이러한 입법목적의 달성을 데 기여할 수 있으므로 수단의 적정성도 인정된다.

### (2) 침해의 최소성

어떤 법률의 입법목적의 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 일절 배제하는 필요적 규정으로 법의 목적을 실현하려 한다면, 이는 비례원칙의 한 요소인 침해의 최소성 원칙에 위배

된다(헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6 참조).

심판대상조항은 다른 사람의 자동차등을 훔치기만 하면 당해 범죄행위에 이르게 된 경위, 행위의 태양, 당해 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 제반사정을 고려할 여지를 전혀 두지 아니한 채 필요적으로 운전면허를 취소하도록 규정하고 있다. 이에 따라 범죄행위 속에 나타난 운전자의 운전행태나 운전의 적격성 등에 비추어 볼 때 자동차등을 훔친 행위가 교통상의 위험과 장애를 일으킬 우려가 전혀 없어 행정제재를 가할 필요가 없는 경우에도 운전면허를 취소할 수밖에 없는바, 이는 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일절 배제하여 그와 같은 범죄를 저지르지만 하면 그 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우를 포함하여 모든 경우에 운전면허를 취소할 수밖에 없도록 하는 것이어서 지나친 제재에 해당한다. 절도 범행으로 취득한 자동차등의 운행과정에서 교통의 안전과 원활에 장애를 초래하거나 인적·물적 피해를 일으키거나 다른 범죄의 도구나 수단으로 이용하여 심각하고 회복이 불가능한 피해를 야기하는 경우와 같이 운전면허를 취소하여야 할 경우도 있지만, 그 밖에도 자동차등의 절도에 포섭될 수 있는 행위 태양은 다양하므로 심판대상조항의 입법목적을 달성하기 위해 반드시 규제할 필요가 없는 범죄행위까지 이에 포함될 우려가 있는 것이다.

도로교통법은 적성검사를 받지 아니하거나 적성검사에 불합격한 경우를 운전면허의 필요적 취소사유로 규정하고 있다. 그런데 정기적성검사는 운전면허 취득 후 일정기간이 지나면 운전적성 적합여부를 검사받도록 하고, 운전에 적합한 신체적·정신적 조건을 갖춘 합격자에 대해서만 운전면허를 계속 유지할 수 있도록 함으로써 교통사고 발생 위험성을 방지하며 교통질서유지 및 안전을 도모하기 위한 제도이므로(헌재 2015. 2. 26. 2012헌바268 참조), 적성검사를 받지 아니하거나 적성검사에 불합격한 경우에는 그 자체로 자동차운전에 부적합하다고 평가할 수밖에 없다. 반면 자동차등의 절도에 포섭될 수 있는 행위 태양은 매우 다양하여 단지 자동차등을 훔쳤다는 사유만으로 그 행위자가 자동차운전에 부적합하다고 평가하기는 어렵다. 그러므로 운전면허를 취소할지 여부를 결정함에 있어서 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우가 적성검사를 받지 아니하거나 적성검사에 불합격한 경우에 비하여 중한 사유라고 볼 수 없다.

심판대상조항 시행 이전에 운전면허의 취소·정지에 관하여 규정하고 있던 구 도로교통법(2006. 4. 28. 법률 제7936호로 개정되고, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제12호는 운전면허를 받은 사람이

다른 사람의 자동차등을 훔친 때에는 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있도록 규정하고 있었다. 자동차등의 절도 범죄로 야기되는 교통상의 위험과 장애를 방지하기 위하여 그에 대한 행정적 제재를 강화할 필요가 있다 하더라도, 위와 같이 임의적 운전면허 취소 또는 정지 사유로 규정하면서 철저한 단속과 엄격한 법집행 등을 통해 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택하도록 하는 것으로도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능하다.

외국의 입법례를 보더라도 일본은 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우를 운전면허의 임의적 취소 또는 정지 사유로도 규정하고 있지 아니하고, 독일은 형법에서 자동차운전 중에 또는 자동차운전과 관련되어 또는 자동차운전자로서의 의무를 위반하여 위법행위를 한 경우 해당 위법행위로부터 운전자가 자동차운전에 부적합하다는 사실이 판명되면 법원으로 하여금 최소 6개월에서 최고 5년까지 운전면허의 재교부를 금지시키거나, 운전면허를 영원히 박탈하도록 하고 있다. 영국은 허가받지 않고 타인의 차량을 취득하여 유죄판결을 받은 경우를 임의적 운전면허 취소사유로 정하고 있다.

따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다.

### (3) 법익의 균형성

심판대상조항이 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하여 자동차등의 운행과정에서 야기될 수 있는 교통상의 위험과 장애를 방지함으로써 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것이 우리 사회의 중요한 공익이라는 점은 부정하기 어렵다. 그러나 심판대상조항은 자동차 절취행위에 이르게 된 경위, 행위의 태양, 당해 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 제반사정을 고려할 여지를 전혀 두지 아니한 채 자동차등을 훔치는 범죄행위에 해당하는 모든 경우에 필요적으로 운전면허를 취소하도록 함으로써 그것이 달성하려는 공익의 비중에도 불구하고 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 과도하게 제한하고 있다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위반된다.」

### (3) 합헌론

재판관 김창중은 심판대상조항이 운전면허 소지자의 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였는데, 그 이유의 요지

는 다음과 같다.

「가. 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

다수의견이 밝힌 것처럼, 심판대상조항은 운전면허를 본래의 목적에 배치되는 용도로 사용하는 경우에는 이에 대한 제재로서 운전면허를 취소할 필요성이 인정되고, 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하여 자동차등의 운행과정에서 야기될 수 있는 교통상의 위협과 장애를 방지함으로써 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 자동차등을 훔친 운전자의 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 것은 이러한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다.

나. 침해의 최소성

(1) 운전면허 취소사유와 그 취소 후 면허결격기간 등 운전면허제도의 구체적 내용은 각각 나라마다 교통량, 교통사고발생률, 준법정신, 교통질서에 대한 시민의 의식수준이나 문화풍토 등에 따라 그 규정상 의무이행의 확보 수단과 그 규제의 강도에 있어서 차이를 보이고 있다. 이 사건과 같이 다른 사람의 자동차등을 훔친 범죄행위를 한 경우에 그에 대한 행정적 제재조치로 어떤 수단을 택할 것인가의 문제 역시 입법자가 자동차등의 절도 행위의 행태나 그 위험성 등 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 결정할 입법정책의 문제로서(외국의 입법례를 보더라도 심판대상조항과 같이 필요적 취소사유로 규정한 예도 있고, 임의적 취소사유로 규정하거나 아무런 규정을 두지 않은 예도 있다), 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되는 분야이다(헌재 2006. 5. 25. 2005헌바91; 헌재 2007. 12. 27. 2005헌바95 등 참조).

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 대상으로 절도 범행을 저지르는 경우에는 범죄로 취득한 자동차등의 운행과정에서 교통의 안전과 원활에 장애를 초래하여 인적·물적 피해를 일으킬 우려가 크고, 이를 다시 다른 범죄의 도구나 수단으로 이용함으로써 심각하고 회복이 불가능한 피해를 야기할 수도 있다. 이와 같이 다른 사람의 자동차등을 훔친 운전면허 소지자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 자동차등을 운행할 기본적인 자격을 갖

추지 못하였다고 볼 수 있다. 이러한 점을 감안하여 입법자는 자동차등의 절도 범죄를 저지른 경우에는 그 운전면허를 반드시 취소하여 일정기간 운전을 하지 못하도록 하여 교통의 안전과 원활을 확보할 필요가 있고, 보다 완화된 제재수단인 운전면허의 임의적 취소나 정지만으로는 이러한 위험을 방지하기에 부족하다고 보아, 필요적 취소사유로 규정한 것이다. 이러한 입법자의 선택은 최대한 존중되어야 하고, 그것이 입법재량권의 범위나 한계를 현저히 일탈하였다고 보기는 어렵다.

또한, 적성검사를 받지 아니하거나 적성검사에 불합격한 경우와 같은 도로교통법상의 다른 필요적 취소사유와 비교하여 보아도 심판대상조항에 규정된 취소사유가 무거우면 무겁지 결코 가볍다고 보기는 어려우므로, 심판대상조항이 도로교통법상 면허취소·정지 사유 간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어났다고 볼 수도 없다. 그리고 설사 심판대상조항에 해당하여 운전면허가 취소되더라도, 운전면허가 취소된 날부터 2년이 지나면 다시 운전면허를 받을 수 있도록 하고 있는데(구 도로교통법 제82조 제2항 제6호), 이는 도로교통법이 정한 운전면허 결격기간 중에서 다른 사유로 면허가 취소된 경우에 비하면 비교적 단기간에 해당한다.

(2) 다수의견은 심판대상조항은 자동차등을 훔치기만 하면 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일절 배제하여 그 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우까지 포함하여 모든 경우에 운전면허를 반드시 취소할 수밖에 없도록 하고 있으므로 지나친 제재에 해당한다고 한다. 그러나 예컨대 음주측정을 거부한 경우, 적성검사를 받지 않은 경우, 운전면허증을 다른 사람에게 빌려준 경우 등과 같은 도로교통법상의 다른 필요적 취소사유의 경우에도 그 행위에 이르게 된 경위, 행위 태양이나 그 위법성의 정도, 운전자의 처벌 여부 등 구체적 사정을 고려할 여지없이 필요적으로 운전면허를 취소하는 점에 비추어 보면 자동차등을 훔친 경우를 필요적 취소사유로 규정한 것을 입법재량권의 범위나 한계를 현저히 일탈하여 지나친 제재를 가하는 것이라고 보기 어렵다.

(3) 다수의견은 심판대상조항은 자동차등을 훔친 행위를 필요적 취소사유로 규정하고 있지만, 구 도로교통법(2006. 4. 28. 법률 제7936호로 개정되고, 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항 제12호는 운

전면허를 받은 사람이 다른 사람의 자동차등을 훔친 때에는 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있도록 규정하고 있었던 점에 비추어 보면, 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정하여 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 하여도 충분히 그 입법목적을 달성할 수 있다고 한다.

그러나 입법자는 준법정신, 시민의 의식수준이나 운전문화풍토 등이 변화함에 따라 다른 사람의 자동차등을 훔친 행위에 대한 행정적 제재조치의 내용을 변경할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 입법재량의 범위 내에서 얼마든지 임의적 취소 또는 정지 대신 필요적 취소를 선택할 수도 있다. 그러므로 심판대상조항 시행 이전의 구 도로교통법에서 이를 운전면허의 임의적 취소·정지 사유로 규정하고 있었다는 사정만으로는 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다. 음주측정거부자에 대한 행정적 제재수단도 처음에는 임의적 운전면허 정지·취소사유였으나, 1999. 1. 29. 법률 제5712호로 필요적 취소사유로 개정되었다가, 이어 1999. 8. 31. 법률 제5999호에 의해 임의적 취소사유로 다시 개정되었고, 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 또다시 필요적 취소사유로 개정되었지만, 헌법재판소는 2004. 12. 16. 2003헌바87 결정, 2007. 12. 27. 2005헌바95 결정에서 위와 같은 법률개정 과정을 특별하게 고려함이 없이 음주측정거부를 필요적 취소사유로 규정한 도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제78조 제1항 단서 중 제8호 부분에 대하여 합헌결정을 한 바 있다는 점도 상기할 필요가 있다.

(4) 이러한 점을 종합하면, 심판대상조항이 다른 사람의 자동차등을 훔친 운전면허 소지자에 대하여 반드시 운전면허를 취소하도록 한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반되지 아니한다.

#### 다. 법익의 균형성

심판대상조항에 따라 운전면허가 취소되는 경우에는 2년 간 운전면허의 재취득이 금지되므로 자동차 운전을 생업으로 하는 자에게는 생계수단 박탈의 의미를 가질 수도 있어 사익에 미치는 영향이 적다고는 할 수 없다. 그러나 자동차등을 훔친 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 파생

되는 여타 간접적 피해의 정도는 심판대상조항에 의하여 달성하려는 국민의 생명, 신체에 대한 위험을 예방하고 교통질서를 확립하려는 공익의 중대함에 결코 미치지 못한다. 그러므로 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에 위반되지 아니한다.」

#### (4) 해설

이 사건에서 법정의견은, 자동차등을 훔친 범죄행위에 대한 행정적 제재를 강화하더라도 불법의 정도에 상응하는 제재수단을 선택할 수 있도록 임의적 운전면허 취소 또는 정지사유로 규정하여 자동차 절취행위에 이르게 된 경위, 행위의 태양, 당해 범죄의 경중이나 그 위법성의 정도, 운전자의 형사처벌 여부 등 제반사정을 고려할 여지를 두지 아니한 심판대상조항이 운전자의 기본권을 과도하게 제한한다고 보았다. 반면 반대의견은, 다른 사람의 자동차등을 훔친 운전면허 소지자는 법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있어 심각하고 회복이 불가능한 피해를 야기할 수도 있으므로 반드시 운전면허를 취소할 필요가 있고, 운전면허가 취소된 날부터 2년이 지나면 다시 운전면허를 받을 수 있다는 점에서 운전면허 소지자의 기본권을 침해하지 않는다고 보았다.

### 8. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은, ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’를 필요적 운전면허 취소사유로 규정하였던 구 도로교통법 조항을 위헌으로 선언한 종전 헌법재판소 선례들(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌가6)과 같은 맥락에서, 다른 사람의 자동차등을 훔친 경우를 운전면허의 필요적 취소사유로 규정하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제한 심판대상조항이 운전면허 소지자의 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하여 위헌임을 최초로 확인하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

## 공직선거법 제18조 제1항 제2호 등 위헌확인 사건

- 1년 이상 징역형을 선고받은 수형자의 선거권 제한 사건 -  
(헌재 2017. 5. 25. 2016헌마292등, 판례집 29-1, 209)

공 수 진\*

### 【판시사항】

1년 이상의 징역의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람의 선거권을 제한하는 공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 본문 중 “1년 이상의 징역의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람”에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 선거권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 본문 중 “1년 이상의 징역의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람”에 관한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

공직선거법(2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정된 것)

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

2. 1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람. 다만, 그 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중에 있는 사람은 제외한다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2016헌마292

청구인 1은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반(강간등상해) 등으로 징역 13년에 처하는 판결이 확정되어 현재 교도소에 수용 중이다. 청구인 1은 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 선거권이 없는 자에 해당한다는 이유로 2016. 4. 13. 실시될 제20대 국회의원선거에서 선거권을 행사하지 못하게 되자, 위 법률조항이 자신의 선거권 등을 침해한다고 주장하면서 2016. 4. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 2016헌마568

청구인 2 내지 5는 모두 병역법위반죄로 징역 1년 6개월에 처하는 판결이 확정되었고 이후 가석방되었다. 청구인들은 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원선거 당시 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 선거권이 없는 자에 해당한다는 이유로 선거권을 행사하지 못하였다. 이에 청구인들은 공직선거법 제18조 제1항 제2호 중 “1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람” 부분이 자신들의 선거권 등을 침해한다고 주장하면서 2016. 7. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

가. 국민주권의 원리에 비추어볼 때 심판대상조항은 목적의 정당성, 수단의 적합성이 인정되지 아니한다. 심판대상조항은 선고형을 유일한 기준으로 하여 과실범, 가석방 된 사람, 경미한 범죄로 1년 이상의 징역의 형을 선고받은 사람 등을 포함하여 1년 이상의 징역의 형의 선고를 받은 사람의 선거권을 일률적으로 제한하고 있어 침해의 최소성도 갖추지 못하였다. 심판대상조항을 통하여 달성하고자 하는 공익보다 선거권 불행사로 인한 불이익이 더욱 크므로 법익의 균형성도 인정되지 아니한다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 선거권, 행복추구권을 침해한다.

나. 심판대상조항은 1년 이상의 징역의 형의 선고를 받은 사람을 모두 동일하게 취급하고, 이들을 ① 1년 미만의 징역의 형의 선고를 받은 사람, ② 1년 이상의 징역의 형의 집행을 유예받은 사람과 비교할 때 차별 취급하여, 청구인들의 평등권을 침해한다.

### **【결정요지】**

심판대상조항은 공동체 구성원으로서 기본적 의무를 저버린 수형자에 대하여 사회적·형사적 제재를 부과하고, 수형자와 일반국민의 준법의식을 제고하기 위한 것이다. 법원의 양형관행을 고려할 때 1년 이상의 징역형을 선고받은 사람은 공동체에 상당한 위해를 가하였다는 점이 재판 과정에서 인정된 자이므로, 이들에 한해서는 사회적·형사적 제재를 가하고 준법의식을 제고할 필요가 있다. 심판대상조항에 따른 선거권 제한 기간은 각 수형자의 형의 집행이 종료될 때까지이므로, 형사책임의 경중과 선거권 제한 기간은 비례하게 된다. 심판대상조항이 과실범, 고의범 등 범죄의 종류를 불문하고, 침해된 법익의 내용을 불문하며, 형 집행 중에 이뤄지는 재량적 행정처분인 가석방 여부를 고려하지 않고 선거권을 제한한다고 하여 불필요한 제한을 부과한다고 할 수 없다. 1년 이상의 징역형을 선고받은 사람의 선거권을 제한함으로써 형사적·사회적 제재를 부과하고 준법의식을 강화한다는 공익이, 형 집행기간 동안 선거권을 행사하지 못하는 수형자 개인의 불이익보다 작다고 할 수 없다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 선거권을 침해하지 아니한다.

### **재판관 이진성의 반대의견**

수형자에 대한 형벌 이외의 기본권 제한은 수형자의 정상적 사회복귀라는 목적에 부응하는 것일 때 정당화될 수 있다. 수형자라고 하여 선거권을 제한하는 것은 이러한 목적에 부합한다고 볼 수 없으므로 수형자에 대한 사회적·형사적 제재라는 입법목적은 정당하지 않다. 법정의견은 입법목적으로 수형자 및 일반국민의 준법의식을 제고한다는 점도 제시하고 있으나, 선거권 제한이 준법의식을 제고하는 데 어떻게 기여하는지 밝히지 않고 있

다. 수행자의 선거권을 박탈한다면 사회구성원으로서 무력감, 반사회성, 정치혐오 등이 나타날 우려가 있으므로 준범의식을 강화하는 적절한 수단이라 볼 수도 없다. 이상을 고려하면, 심판대상조항은 여전히 1년 이상 징역형을 선고받은 수행자의 선거권을 침해하여 헌법에 위반된다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건의 쟁점

심판대상조항이 1년 이상의 징역의 형의 선고를 받았다는 이유로 그 형의 집행이 종료되지 아니한 수행자에 대하여 형 집행기간 동안 선거권을 제한하는 것이 청구인들의 선거권을 침해하는지 문제된다.

2016헌마568 사건의 청구인들은 심판대상조항이 1년 이상의 징역의 형을 선고받은 사람을 ① 1년 미만의 징역의 형을 선고받은 사람, ② 1년 이상 3년 이하의 징역의 형을 선고받았으나 집행유예를 받은 사람에 비하여 합리적 이유 없이 차별취급하고 있다고 주장하나, 이는 심판대상조항이 1년 이상의 징역의 형을 선고받은 사람에 한하여 선거권을 제한하는 것이 과잉금지원칙에 위반된다고 다투는 것과 다르지 않다. 따라서 헌재 2017. 5. 25. 2016헌마292등 결정(이하 ‘대상결정’이라 한다)은 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 선거권을 침해하였는지 여부에 대해서만 판단하였고, 평등권 침해 여부에 대해서는 별도로 판단하지 않았다.

2016헌마568 사건의 청구인들은 심판대상조항으로 인하여 행복추구권이 침해되었다는 주장도 하고 있으나, 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이므로(헌재 2011. 11. 24. 2010헌마510, 판례집 23-2하, 513, 518 참조), 선거권 침해 여부를 판단하는 대상결정에서는 행복추구권 침해 여부에 대하여도 별도로 판단하지 않았다.

### 2. 헌법재판소 선례 및 심판대상조항의 입법 경과

#### 가. 헌법재판소 선례

(1) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등 결정은 집행유예기간 중인 자와 수

형자의 선거권을 제한하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조 제1항 제2호 중 “유기징역 또는 유기금고의 선고를 받아 그 집행이 종료되지 아니한 자”에 관한 부분과 “유기징역 또는 유기금고의 선고를 받고 그 집행유예기간 중인 자”에 관한 부분 및 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제43조 제2항 중 수형자와 집행유예자의 “공법상의 선거권”에 관한 부분(위 조항들을 함께 ‘구법조항’이라 한다)이 청구인들의 선거권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 결정하였고, 구법조항 중 수형자에 관한 부분에 대하여 헌법불합치결정을 하였다. 법정의견의 요지는 다음과 같다.

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

구법조항은 집행유예자와 수형자의 선거권을 침해하는 조항으로 헌법에 위반된다. 구법조항 중 집행유예자에 관한 부분은 위헌선언을 통하여 선거권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있다.

하지만 구법조항 중 수형자에 관한 부분의 위헌성은 지나치게 전면적·확실적으로 수형자의 선거권을 제한한다는 데 있다. 그런데 그 위헌성을 제거하고 수형자에게 헌법합치적으로 선거권을 부여하는 것은 입법자의 형성재량에 속한다. 다만 선거권이 제한되는 수형자의 범위를 범죄의 종류나 침해된 법익을 기준으로 일반적으로 정하는 것은 실질적으로 곤란하다. 공직선거법이 선거법의 경우 선거권 제한을 구체적·개별적으로 정하고 있는 것과 같이, 개별적인 범죄 유형별로 선거권을 제한하는 것은 해당 법률에서 별도로 마련하는 방법이 현실적이다.

일반적으로 선거권이 제한되는 수형자의 범위를 정함에 있어서는, 선고형이 중대한 범죄를 나누는 합리적인 기준이 될 수 있다. 선고형에는 범인의 연령,

성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 양형조건이 참작된다. 또한 단기 자유형을 선고받은 사람을 선거권 제한 범위에서 제외하면, 불법성의 정도가 약한 가벼운 범죄를 저지른 사람들은 선거권을 행사할 수 있게 될 것이다. 따라서 입법자는 범죄의 중대성과 선고형의 관계, 선거의 주기 등을 종합적으로 고려하여 선거권 제한의 기준이 되는 선고형을 정하고, 일정한 형기 이상의 실형을 선고받아 그 형의 집행 중에 있는 수형자의 경우에만 선거권을 제한하는 방식으로 입법하는 것이 바람직하다. 이와 같이 수형자에게 선거권을 부여하는 구체적인 방안은 입법자의 입법형성의 범위 내에 있으므로, 헌법불합치 결정을 선고한다.」(판례집 26-1상, 136, 146-149 참조)

(2) 재판관 이진성의 집행유예자 부분에 대한 별개의견 및 수형자 부분에 대한 위헌의견의 요지는 다음과 같다.

「구법조항의 입법목적 중 유죄의 확정판결을 받은 사람들에 대한 사회적 제재라는 입법목적은 정당하지 아니하다. 구법조항의 다른 입법목적으로 준법의식 강화가 제시되고 있으나, 준법 의무는 모든 시민이 선거권을 행사하는 것으로부터 직접 도출되므로, 수형자와 집행유예자의 선거권을 제한하는 것이 위 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라고 보기 어렵다. 집행유예자와 수형자에 대한 선거권 제한은 헌법재판소가 단순위헌결정을 통하여 선거권에 대한 침해를 제거함으로써 합헌성이 회복될 수 있으므로, 구법조항 전체에 대한 단순위헌을 선언하여야 한다.」(판례집 26-1상, 136, 149-151 참조)

(3) 재판관 안창호의 수형자 부분에 대한 반대의견의 요지는 다음과 같다.

「집행유예자의 경우와 달리, 수형자는 그 범행의 불법성이 크다고 보아 금기 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 아직 종료되지 않은 자로서 공동체로부터 격리되어 정상적인 사회생활이 불가능해진 경우이다. 그들에 대해 격리된 기간 동안 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성과 공동체의 나아갈 방향을 결정짓는 선거권을 정지시키는 것은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것이라고 보이지 않는다. 그렇다면 심판대상조항 중 수형자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.」(판례집 26-1상, 136, 151-154 참조)

### 나. 수형자에 대한 선거권 제한 방법<sup>1)</sup>

선거권이 제한되는 수형자의 범위를 정하는 데 있어서는 ① 개별적인 범죄 유형별로 선거권을 제한하는 방법, ② 선고형을 기준으로 선거권을 제한하는 방법이 존재한다. 개별적인 범죄 유형별로 선거권을 제한하는 방법은 ㉠ 범죄 유형을 기준으로 일괄적으로 선거권을 제한하는 방법, ㉡ 범죄 유형을 기준으로 개별적인 판결에 의하여 선거권을 제한하는 방법으로 나누어질 수 있다.

개별적인 범죄유형별로 선거권을 제한하는 방법은 범죄의 유형을 기준으로 저지른 범죄와 선거권 간의 충분한 연계성이 있는 경우로 제한하기 때문에 헌법합치적으로 선거권을 제한할 수 있는 장점이 있다. 그런데 선거권이 제한되는 수형자의 범위를 범죄의 종류나 침해된 법익을 기준으로 일반적으로 정하는 것은 실질적으로 곤란하고(헌재 2014. 1. 27. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136, 148 참조), 범죄와 선거 및 민주제도 간의 명백하고 충분한 연계성이 있는 경우로 제한하기 위하여 어떠한 기준을 설정해야 할 것인지를 정하는 것도 쉽지 아니하다.

선고형을 기준으로 선거권을 제한하는 방법은 선고형에 양형조건이 참작되기 때문에 이를 기준으로 범죄의 중대성과 선고형의 관계에 따른 선거권 제한 기준을 정할 수 있도록 해주므로 모든 수형자에 대한 전면적·확일적인 선거권 제한은 피할 수 있다. 반면 위 방법은 범죄의 특성에 대한 검토 없이 오직 범죄의 중대성을 기준으로 모든 범죄에서 선고형을 기준으로 선거권을 제한하게 되므로, 범죄와 선거권 사이의 직접적인 연계성을 검토하지 않고 자동적으로 선거권을 제한하게 된다는 한계를 가진다. 더욱이 어느 정도 형량을 받아야 중대한 범죄인지에 대한 정확한 근거를 제시하기 어렵다.

헌법재판소 선례는 선고형을 기준으로 선거권을 부여하는 방법을 제시하였다(헌재 2014. 1. 27. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136, 148 참조). 심판대상조항의 입법 과정에서는 두 방법이 모두 제안되어 논의되었는바, 이 하에서 살펴본다.

1) 한국형사정책연구원, 수형자에 대한 합리적인 선거권 부여 방안, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2014, 75-83면 참조.

### 다. 심판대상조항의 입법 경과

(1) 위 헌법재판소 결정이 선고된 후 중앙선거관리위원회는 2014. 10. 18. 제19대 국회에 3년 초과 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람(가석방 중인 자 제외)에 한하여 선거권을 제한하도록 하고, 다만 3년 이하의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받더라도 자격정지형을 병과받은 수형자와 ‘헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법’에 따른 헌정질서 파괴범죄를<sup>2)</sup> 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람의 경우에는 선거권을 제한하도록 하는 내용의 공직선거법 개정의견을 제출하였다. 중앙선거관리위원회는 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에는 형의 집행유예가 가능하다는 점을 고려하여(형법 제62조 제1항 참조), 선거권 제한의 기준을 3년의 징역 또는 금고의 형으로 정하였다.<sup>3)</sup>

(2) 제19대 국회에 계류되었던 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대한 개정안으로는 김재윤 의원안(2014. 3. 7. 대표발의), 진선미 의원안(2014. 6. 30. 대표발의)이 있다. 김재윤 의원안은 3년 미만의 징역 또는 금고형을 선고받은 수형자에게 선거권을 부여하는 내용을, 진선미 의원안은 헌정질서 파괴범죄자를 제외한 모든 수형자에게 선거권을 부여하는 내용을 담고 있다. 내란, 외환, 반란, 이적의 죄 등 헌정질서 파괴범죄는 대부분 사형, 무기징역 또는 5년 이상의 징역을 법정형으로 하고 있으므로, 진선미 의원안은 헌법의 존립을 해치거나 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 중대한 범죄를 저지른 경우에만 예외적으로 선거권을 제한하려는 취지로 김재윤 의원안에 비하여 선거권 인정범위가 더욱 넓다.<sup>4)</sup>

(3) 제19대 국회 제333회(임시회) 제4차 공직선거법심사소위원회(2015. 5.

2) 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법 제2조(정의) 이 법에서 “헌정질서 파괴범죄”란 「형법」 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 「군형법」 제2편 제1장 반란의 죄, 제2장 이적(利敵)의 죄를 말한다.

3) 중앙선거관리위원회, ‘정치관계법 개정의견’, 2014. 10, 37-38면 참조.

4) 제19대 국회 안전행정위원회 전문위원, ‘공직선거법 일부개정법률안’ 검토보고서, 2014. 11, 35-37면 참조.

21), 제334회(임시회) 제6차 공직선거법심사소위원회(2015. 6. 11.)에서 이미 제출된 중앙선거관리위원회 의견, 김재윤 의원안, 진선미 의원안 및 1년의 선고형을 기준으로 선거권을 제한하자는 취지로 제출된 법무부안이 논의되었다. 개별적인 범죄 유형별로 선거권을 제한하는 방법은 범죄의 종류나 침해된 법익으로 통일적인 기준을 마련하는 것이 매우 곤란하다는 이유로 받아들여지지 않았고, 대신 선고형을 기준으로 선거권을 제한하는 방법을 채택하게 되었다.

나아가 기준이 되는 선고형에 대하여 논의되었는바, 법원의 양형관행을 고려하면 1년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받아 확정된 수형자는 공동체에 상당한 위해를 가하였다는 점이 재판 과정에서 인정된 자라는 점, 중범죄(felony)로 유죄판결이 확정된 사람의 선거권을 제한할 수 있다는 연방 대법원 판례가 형성된 미국에서는 중범죄(felony)와 경범죄(misdemeanor)가 통상 징역 1년의 형량으로 구별되는 점 등을 이유로 선고형 1년을 기준으로 하는 방법(이하 ‘1년 안’이라 한다)을 지지하는 견해와<sup>5)</sup> 헌정질서 파괴범죄자가 아닌 경우 선거권을 가급적 보장하는 것이 바람직하고, 이는 헌법재판소 결정 및 국제인권규범의 요청과도 부합하는 점 등을 이유로 선고형 3년을 기준으로 하는 방법(이하 ‘3년 안’이라 한다)을 지지하는 견해가 모두 제시되었다. 1년 안을 채택하면 기존 수형자의 약 17%가 선거권을 행사할 수 있고, 3년 안을 채택하면 기존 수형자의 약 50%가 선거권을 행사할 수 있게 된다.<sup>6)</sup>

공직선거법심사소위원회 심사 결과 1년 안이 대안으로 채택되었고, 제334회(임시회) 제9차 정치개혁특별위원회(2015. 7. 1.)는 위 같은 내용의 대안을 제안하였다.

5) 박찬걸, ‘최근 형법정책의 현황 및 과제’, 법과 정책연구, 제14권 제3호, 2014. 9. 941-942면도 같은 취지이다. “수형자의 경우에 있어서 선거권 제한의 기준이 되는 선고형의 범위를 어느 정도로 설정할 것인지는 보다 신중하게 결정해야 할 문제인데, 실무에서 3년 이하 선고형의 비율이 절대 다수를 차지하고 있는 점을 감안한다면 기준 선고형을 이보다 다소 낮게 책정하는 것이 바람직하다.”

6) 제19대 국회, ‘제333회 정치개혁특별소위 제4차 회의록’, 2015. 5. 21, 18-21면; 제19대 국회, ‘제334회 정치개혁특별소위 제6차 회의록’, 2015. 6. 11, 2-9면 참조.

(4) 제335회 국회는 2015. 7. 24. 공직선거법 일부개정법률안(대안)을 의결하였고(제적 224인 중 찬성 217인, 반대 1인, 기권 6인으로 가결), 위 법률안은 2015. 8. 13. 법률 제13497호로 공포되었다.

(5) 한편 2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정된 형법 제43조 제2항은 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 공법상의 선거권이 정지된다고 하면서도, 단서를 신설하여 “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에 따른다.”고 규정하였다. 일반법인 형법에 특별법인 공직선거법 조항의 내용을 반복하는 것은 입법기술상 부적절하다는 지적에 따라, 공직선거법 조항을 원용하는 형태로 입법된 것이다.<sup>7)</sup>

### 3. 현행법상 수형자의 선거권 제한

#### 가. 제한 범위

현행 공직선거법 제18조 제1항 제2호는 “선거일 현재 1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람은 선거권이 없다. 다만, 그 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중에 있는 사람은 제외한다.”고 규정하고, 형법 제43조 제2항은 “유기징역의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료될 때까지 선거권이 정지된다. 다만, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률에 따른다.”고 규정한다. 공직선거법 제18조 제1항은 선거를 기준으로 선거권이 없는 자의 범위를 정하고 형법 제43조 제2항은 개인에 대한 판결을 기준으로 그 효과를 정하여 그 규정 형식은 다르나, 위 두 조항은 범죄를 저지른 자가 1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받으면 그 형의 집행이 종료될 때까지 선거권이 제한된다는 본질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다.

형의 선고 시 법관은 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황

7) 제19대 국회, ‘제337회 5차 법안심사제1소위원회 회의록’, 2015. 11. 24, 35-36면 참조.

을 참작하여 형을 정한다(형법 제51조). 선고형을 기준으로 ① 1년 미만의 징역의 형의 선고를 받은 사람은 선거권을 행사할 수 있고(심판대상조항, 형법 제43조 제2항 단서), ② 1년 이상의 징역의 형의 선고를 받은 사람은 그 형의 집행이 종료될 때까지 선거권이 정지된다(심판대상조항, 형법 제43조 제2항 본문). 한편 법관은 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 형법 제51조의 사함을 참작하여 그 정상에 참작할만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있고(형법 제62조 제1항), 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중에 있는 사람은 선거권을 행사할 수 있다(공직선거법 제18조 제1항 제2호 단서).

징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개선의 정이 현저한 때에는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다(형법 제72조 제1항). 가석방기간은 유기형에 있어서 남은 형기로 하되, 가석방의 처분을 받은 후 그 처분이 실효 또는 취소되지 아니하고 가석방기간을 경과한 때에는 형의 집행을 종료한 것으로 본다(형법 제73조의 2, 제76조). 심판대상조항은 1년 이상의 징역의 형을 선고받은 사람이 가석방 된 경우 선거권 부여 여부에 대하여 어떠한 규정도 하지 않고 있으므로, 가석방기간을 경과하여 형의 집행을 종료하기 전까지는 선거권이 여전히 제한된다.<sup>8)9)</sup>

8) 직전 선례인 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등 결정은 가석방 된 자에 대하여 명시적인 판단을 하지 않았다. 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1462 결정은 가석방 된 자에 대하여 다음과 같이 판단하였다. 재판관 5인의 위헌의견은 가석방 된 자는 여러 정상이 고려되어 주된 형벌인 ‘교정시설에의 수용’을 면한 자이므로, 주된 형벌에 부수적으로 따른 선거권 제한의 제재를 그대로 유지하는 것은 타당하지 않다고 보았다(판례집 21-2하, 327, 346 참조). 반면 재판관 3인의 기각의견은 이미 금고 이상의 형 선고 시에 그 형의 집행종료 시까지 예정되어 있던 선거권 제한이라는 별도의 형사적 제재를 가석방처분을 받았다는 사후적인 사유로 일부 면할 것인지 문제되나, 입법자에게 그러한 시혜적 규정을 둘 의무가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다(판례집 21-2하, 327, 358 참조).

9) 한국형사정책연구원, 위의 보고서, 92면에서는 가석방 된 자에 대하여 다음과 같은 제안을 하고 있다. “가석방된 자에 대한 선거권의 복권에 대한 별도의 규정이 요청된다. 현재 형법의 자격제한에 관한 규정은 금고 이상의 형인 경우에 형기 집행 중 선거권을 제한하고 있어(형법 제43조 제2항), 수형자가 구금시설에 수용되어 있는 기간을 고려한 것으로 볼 수 있다. 선거권 제한 또는 상실 여부를 범죄의 성격이나 법관의 개별적인 판결에 따라 정하지 않고 선고형에 의해 자동부과되는 것은 현재의 자격정지 또는 상실이 주형이라 할지라도 자유형에 부과되는

## 나. 제한 현황

2015년을 기준으로 징역·금고형의 집행 중인 수형자의 형기별 인원은 다음과 같다.<sup>10)</sup>

형명	형기	인원(명)	백분율
무기징역		1,337	3.81%
징역	소계	33,694	96%
	1년 미만	5,724	16.31%
	1년 이상	12,001	34.19%
	3년 이상	6,870	19.57%
	5년 이상	5,216	14.86%
	10년 이상	3,283	9.35%
	20년 이상	600	1.71%
금고	소계	67	0.19%
	6월 미만	5	0.01%
	6월 이상	37	0.11%
	1년 이상	17	0.05%
	3년 이상	8	0.02%
계		35,098	100%

1년 미만의 징역 또는 금고의 형을 선고받은 사람이 전체 수형자의 16.43% [=5,766(=5,724+5+37)/35,098]에 해당하므로, 심판대상조항의 시행으로 인하여 전체 수형자의 약 16%가 선거권을 부여받게 될 것으로 짐작할 수 있다.

## 다. 투표 방법

1년 미만의 징역의 형의 선고를 받아 그 집행 중에 있는 자들은 공직선거

---

부수효과로서의 역할을 하고 있다고 보는 것이 타당하다. 이러한 점에서 자동부과에 따른 기본권 침해적 성격을 상쇄하기 위해서는 구금시설에 수용되어 있지 않으나 잔여형기가 남은 가석방 된 자에 대한 선거권 등의 자격 회복을 심사할 수 있는 절차를 마련하는 것이 필요하다.”

10) 법무부 기획재정담당관실, 법무연감, 2016. 9, 428면.

법 제38조 제4항 제2호에<sup>11)</sup> 따른 거소투표제도를 활용하여 투표하고 있다.

#### 4. 외국의 입법례

현재 2014. 1. 28. 2012헌마409등 결정이 선고된 후<sup>12)</sup> 수형자의 선거권 제한에 관한 영국, 프랑스의 입법례에 변화가 있었는데, 이를 간략하게 살펴본다.

영국의 경우, 유럽인권재판소가 2005. 10. 6. *Hirst v. the United Kingdom* 사건에서 모든 수형자의 선거권을 획일적, 무차별적으로 제한하는 영국 국민대표법 제3조는 유럽인권협약 제1의정서 제3조에 위반된다고 판단하였으나, 위 판결을 집행하기 위한 국내 입법이 이루어지지 않자, 유럽인권재판소는 위 *Hirst* 사건의 판시를 재확인하는 후속 판결을 하였다[*Greens and MT v. the United Kingdom*(2010), *Firth and Others v. the United Kingdom*(2014), *McHugh and Others v. the United Kingdom*(2015), *Millbank and Others*(2016)]. 이에 영국 정부는 2017년 11월 유럽인권재판소 판결의 집행기구인 각료회의(Committee of Ministers)에 위 *Hirst* 판결을 집행하기 위하여 가석방된 수형자(prisoners released on temporary licence), 전자감시 가택통금 대상이 되는 수형자(prisoners released on Home Detention Curfew)에 대해서는 선거권을 허용할 것이라는 내용이 담긴 시행계획을 제출하였다.<sup>13)</sup> 이에 각료회의는 위와 같은 조치들이 위 *Hirst* 판결 등의 취지에 부합한다고 판단하였다.<sup>14)</sup>

프랑스의 경우, 프랑스 선거법이 유럽연합 인권헌장에 위반되는지 여부

11) 공직선거법 제38조(거소·선상투표신고) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 거소(제6호에 해당하는 선원의 경우 선상을 말한다)에서 투표할 수 있다.  
2. 병원·요양소·수용소·교도소 또는 구치소에 기거하는 사람

12) 현재 2014. 1. 28. 2012헌마409등 결정이 선고될 당시 외국의 입법례에 관해서는 원유민, ‘공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인 등 - 집행유예자와 수형자의 선거권제한 사건 -’, 헌법재판소 결정해설집, 제13집, 2015, 63-76면 참조.

13) Committee of Ministers of the Council of Europe, ‘Communication from the United Kingdom concerning the case of *Hirst (No. 2) v. the United Kingdom*’, 02/11/2017, paras. 13-16.

14) Committee of Ministers of the Council of Europe, Decisions CM/Del/Dec(2017) 1302/H46-39, 07/12/2017, para. 3.

가 문제되었다. 프랑스 선거법이 1994. 3. 1. 시행되기 전 중범죄로 형이 확정된 자는 예외 없이 영구적으로 선거권을 박탈당하는데, 이에 따라 1988년 형이 확정되었고 개정된 선거법이 소급 적용되지 않는 결과 영구적으로 선거권을 박탈당한 프랑스 국민 Thierry Delvigne은 선거권을 제한하는 법이 유럽연합 인권헌장 위반임을 주장하였고, 유럽사법재판소는 2015. 10. 6. 수형자의 선거권 제한에 관한 최초의 판결을 선고하였다(Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre-Medoc and Prefet de la Gironde). 유럽사법재판소는 수형자의 선거권에 대한 제한은 범죄의 특성, 중대성 및 형의 기간을 고려하는 한 비례원칙을 충족할 수 있는데, 위와 같은 선거권 제한은 중대한 범죄로 5년 이상의 징역의 형이 확정된 수형자에게 적용되고 수형자는 복권을 신청할 수 있다는 점을 고려하면, 유럽연합 인권헌장에 위반되지 아니한다고 보았다.

유럽인권재판소의 법리는 일반적(general), 자동적(automatic), 무차별적(indiscriminate) 선거권 제한은 허용되지 아니하며[Hirst v. the United Kingdom(2005)], 대신 선거권 제한이 허용되려면 범죄사실과 선거권 제한의 제재 사이에 연계성이 있어야 하고, 이러한 제한은 가급적 법관에 의하여 결정되어야 한다는 것으로 요약할 수 있다[Frodl v. Austria(2010)]. 위 법리는 현재까지 유지되고 있다. 한편 유럽사법재판소는 수형자에 대한 선거권 제한은 범죄의 특성, 중대성 및 형의 기간을 고려하는 한 비례원칙을 충족할 수 있다는 입장으로 보인다.

## 5. 심판대상조항의 선거권 침해 여부

### 가. 선거권 제한의 한계 및 심사기준

(1) 선거권을 제한하는 입법은 모든 국민은 “법률이 정하는 바에 의하여” 선거권을 가진다고 규정한 헌법 제24조에 따라 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소

를 배제하고, 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로, 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136, 145).

선거권을 제한하는 입법을 심사함에 있어서는 선거권 제한 여부 및 적용 범위의 타당성에 관하여 보통선거원칙에 입각한 선거권 보장과 그 제한의 관점에서 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 비례심사를 하여야 한다(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등, 판례집 26-1상, 136, 146).

(2) 한편 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등 결정 중 재판관 안창호의 수형자 부분에 대한 반대의견은 선거권은 헌법 제24조에 근거하여 법률이 정하는 바에 의하여 보장되는 실정권이므로 입법자가 헌법에 명시된 선거제도의 원칙을 존중하는 가운데 입법목적의 달성을 위하여 어떠한 방법을 선택할 것인가는 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량영역에 속하므로, 선거권을 제한하는 입법을 심사함에 있어 입법자의 재량을 보다 존중하는 심사기준을 채택한 바 있다(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409등 중 재판관 안창호의 수형자 부분에 대한 반대의견, 판례집 26-1상, 136, 151-152 참조).

## 나. 법정의견(합헌의견)

### (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 공동체 구성원으로서 기본적 의무를 저버린 수형자에 대하여 사회적·형사적 제재를 부과하고, 수형자와 일반국민의 준법의식을 제고하기 위한 입법목적은 가지고 있다. 위와 같은 입법목적은 정당하고, 1년 이상의 징역의 형의 선고로 받고 그 집행이 종료되지 아니한 사람에 대하여 선거권을 제한하는 것은 이를 달성하기 위한 적합한 수단이다(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409, 판례집 26-1상, 136, 146 참조).

### (2) 침해의 최소성

선거권이 제한되는 수형자의 범위를 정함에 있어 선고형은 중대한 범죄

여부를 결정하는 합리적인 기준이 될 수 있고(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마 409등, 판례집 26-1상, 136, 148 참조), 법원의 양형관행을 고려할 때 1년 이상의 징역의 형을 선고받은 사람은 공동체에 상당한 위해를 가하였다는 점이 재판 과정에서 인정된 사람이므로, 이들에 한하여 사회적·형사적 제재를 가하고 준범의식을 제고할 필요성이 인정된다.

심판대상조항은 선고 시 법관의 양형을 통하여 확정된 범죄의 중대성 및 그에 따른 선거권 제한의 필요성을 고려하고 있다. 공직선거법 제18조 제1항 제2호 단서는 1년 이상 3년 이하의 징역의 형의 집행유예받은 사람은 선고 시 확정된 범죄의 중대성 및 그에 따른 선거권 제한의 필요성이 1년 이상의 형을 선고받은 사람에 비하여 크지 않으므로, 이들은 선거권을 제한받지 않는다. 한편 가석방 되었으나 가석방기간 중에 있어 형의 집행 중에 있는 사람은 교정기관의 재량적 조치의 대상이 될 뿐, 형의 선고 당시 법관에 의하여 인정된 범죄의 중대성이 감쇄되었다고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 이들의 선거권을 제한한다고 하여 불필요한 제한이라 보기 어렵다.

심판대상조항에 따른 선거권 제한 기간은 각 수형자의 형의 집행이 종료될 때까지이므로, 형사책임과 경중과 선거권 제한 기간은 비례하게 된다.

한편 심판대상조항은 과실범, 고의범 등 범죄의 종류를 불문하고, 침해된 법익의 내용도 불문하나, 재판을 통하여 1년 이상의 징역의 형을 선고받았다면 범죄자의 사회적·법률적 비난가능성이 결코 작지 않음은 앞서 본 바와 같다.

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항은 침해의 최소성에 위반되지 않는다.

### (3) 법익의 균형성

1년 이상의 징역형을 선고받은 사람의 선거권을 제한함으로써 형사적·사회적 제재를 부과하고 준범의식을 강화한다는 공익이, 형 집행기간 동안 선거권을 행사하지 못하는 수형자 개인의 불이익보다 작다고 할 수 없으므로 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖추고 있다.

### (4) 소결

심판대상조항은 청구인들의 선거권을 침해하지 아니한다.

## 다. 재판관 이진성의 반대의견(위헌의견)

### (1) 입법목적의 정당성

수형자에 대한 형벌 이외의 기본권 제한은 수형자의 정상적 사회복귀라는 목적에 부응하는 것일 때 정당화될 수 있다. 수형자라고 하여 선거권을 제한하는 것은 이러한 목적에 부합한다고 볼 수 없으므로 수형자에 대한 사회적·형사적 제재라는 입법목적은 정당하지 않다. 선거권은 국민주권 행사의 근간이 되는 권리이므로 자유형에 부수하여 선거권을 제한하는 것은 형사책임의 범위를 넘어선다.

### (2) 수단의 적합성

법정의견은 입법목적으로 수형자 및 일반국민의 준법의식을 제고한다는 점도 제시하고 있으나, 선거권 제한이 준법의식을 제고하는데 어떻게 기여하는지 밝히지 않고 있다. 수형자의 선거권을 박탈한다면 사회구성원으로서 무력감, 반사회성, 정치혐오 등이 나타날 우려가 있으므로 준법의식을 강화하는 적절한 수단이라 볼 수도 없다. 오히려 수형자에게도 선거권 행사의 기회가 제공됨으로써 건전한 시민참여의식을 함양할 수 있으므로 재사회화 목적에 부합하고 준법의식 강화에 도움이 된다.

### (3) 소결

심판대상조항은 청구인들의 선거권을 침해한다.

## 6. 결정의 의의

헌법재판소는 2014. 1. 28. 2012헌마409등 결정에서 모든 수형자의 선거권을 제한하는 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제2호 중 관련 부분이 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하면서, 위 법률조항은 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였

다. 이에 1년 이상의 징역의 형의 선고를 받고 그 집행을 종료하지 아니한 사람의 선거권을 제한하는 심판대상조항이 2015. 8. 13. 법률 제13497호로 개정되어, 2016. 1. 1.부터 시행되었다[공직선거법 부칙(2015. 8. 13. 법률 제 13497호) 제1조 단서 참조].

대상결정의 법정의견은 위 2012헌마409등 결정의 취지에 따라 이루어진 개선입법이 수형자의 선거권을 침해하지 아니하여 합헌이라고 판단하였다. 재판관 이진성의 반대의견은 위 2012헌마409등 결정에서부터 수형자에 대한 선거권 제한 자체가 입법목적의 정당성, 수단의 적합성이 인정되지 않는다는 입장으로 법정의견과 논의의 출발점을 달리하는바, 개선입법이 여전히 수형자의 선거권을 침해하여 위헌이라고 판단하였다.

## 기본권 침해 위헌확인

- 근속기간 3월 미만의 일용근로자 해고예고 적용제외 규정  
위헌확인 사건 -

(헌재 2017. 5. 25. 2016헌마640, 판례집 29-1, 234)

이 미 래\*

### 【판시사항】

일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자를 해고예고제도의 적용제외사유로 규정하고 있는 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제35조 제1호(이하, ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인의 근로의 권리를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제35조 제1호가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

청구인은 2016. 6. 9. 주식회사 ○○과, 2016. 6. 9.부터 2016. 7. 8.까지의 기간 동안 주방조리 보조업무를 하고 일급 70,000원을 받기로 하는 내용의 ‘일용직근로계약’을 체결하고, 주방조리 보조로 근무하였다. 청구인은 2016. 7. 8. 무렵 위 회사와 2016. 7. 12.까지 추가로 근무하는 데 합의하였으나, 2016. 7. 9. 해고당하여, 결국 2016. 7. 9.까지만 출근하였다.

청구인은, 해고예고제도의 적용예외 사유로서 “일용근로자로서 3개월을

---

\* 헌법연구관

계속 근무하지 아니한 자”를 규정하고 있는 근로기준법 제35조 제1호에 의해서 위 법 제26조가 정하는 해고수당을 받을 수 없게 되자, 위 법 제35조 제1호가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2016. 8. 1. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

해고예고제도는 근로관계 종료 전 사용자에게 근로자에 대한 해고예고를 하게 하는 것이어서, 근로조건을 이루는 중요한 사항에 해당하고 근로의 권리의 내용에 포함된다. 근로조건 결정은 근로조건 개선을 위한 법제의 정비 등 국가의 적극적인 급부와 배려를 통하여 비로소 이루어지는 것이어서, 해고예고제도의 구체적 내용인 적용대상 근로자의 범위, 예고기간의 장단 등에 대해서는 입법형성의 재량이 인정된다.

근로제공이 일시적이거나 계약기간이 짧은 경우에는 근로자에게 계속하여 근로를 제공할 수 있다는 기대나 신뢰가 존재한다고 볼 수 없다. 해고예고는 본질상 일정기간 이상을 계속하여 사용자에게 고용되어 근로제공을 하는 것을 전제로 하는데, 일용근로자는 계약한 1일 단위의 근로기간이 종료되면 해고의 절차를 거칠 것도 없이 근로관계가 종료되는 것이 원칙이므로, 그 성질상 해고예고의 예외를 인정한 것에 상당한 이유가 있다. 다만 3개월 이상 근무하는 경우에는 임시로 고용관계를 유지하고 있다고 보기 어렵고, 소득세법이나 산업재해보상보험법의 적용과 관련하여서도 상용근로자와 동일한 취급을 받게 되므로, 근로계약의 형식 여하에 불구하고 일용근로자를 상용근로자와 동일하게 취급하기 위한 최소한의 기간으로 3개월이라는 기준을 설정한 것이 입법재량의 범위를 현저히 이탈하였다고 볼 수 없다. 해고예고제도는 30일 전에 예고를 하거나 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하도록 하고 있는바, 일용근로계약을 체결한 후 근속기간이 3개월이 안 된 근로자를 해고할 때에도 이를 적용하도록 한다면 사용자에게 지나치게 불리하다는 점에서도 이 사건 법률조항이 입법재량의 범위를 현저히 이탈하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인의 근로의 권리를 침해한다고 보기 어렵다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 청구인은 이 사건 법률조항이 ‘일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자’를 해고예고의 적용예외 대상으로 규정하여 근로의 권리 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해하고, 다른 근로자들과 합리적 이유없이 차별하여 평등권을 침해한다고 주장하였다. 그러나, 근로관계에서 인간다운 생활을 보장하기 위한 최소한의 조건에 관한 보호가 근로의 권리 보장 문제이므로, 근로의 권리 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 인간다운 생활을 할 권리의 침해 여부에 대하여는 따로 판단하지 아니하였고, 해고예고제도의 적용을 받을 수 있는지 여부에 따라 일용근로자와 상용근로자 사이, 근속기간이 3개월 이상인 일용근로자와 그렇지 않은 일용근로자 사이에서 발생한다고 볼 여지가 있지만 이는 결국 근속기간 3개월 이상인 근로자에게만 해고예고제도를 적용하도록 한 것이 근로의 권리를 침해한다는 주장에 다른 아니므로 그 부분도 별도로 판단하지 아니하였다.

이하에서는 이 사건 법률조항이 규정한 해고예고제도의 연혁과 입법례 등을 살펴보고, 이어 본안 즉 근로의 권리 침해여부에 대하여 본다.

### 2. 해고예고제도

#### 가. 근로관계의 종료로서의 해고

##### (1) 해고의 의의

근로계약의 종료사유는 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸 등으로 나눌 수 있고, 그 중 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다 92148 판결 등).

## (2) 해고에 대한 법적 규제

근로계약관계의 종료는 곧 근로자의 근로기회의 상실을 의미하므로, 근로기준법은 사용자의 해지와 근로자의 해지를 동일하게 취급하지 아니하고<sup>1)</sup>, 사용자측의 해지에 해당하는 해고에 관하여는 여러 가지 제한을 두어 근로자의 근로의 기회를 보호하고 있다.

근로기준법은 제23조에서 근로계약상 사유로 근로자를 해고하기 위하여는 “정당한 이유”를, 제24조에서는 근로계약 외적인 사유로서, 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면, “긴박한 경영상의 필요”가 있을 것을 요한다고 규정하고 있다. 즉 근로기준법은 근로계약관계로부터 발생하는 해고사유는 근로기준법 제23조 제1항에서, 근로계약관계 외적인 영역에서 발생하는 사유에 의한 해고(정리해고)의 사유와 요건을 제24조에서 규율하여, 해고사유와 요건을 구별하는 이원적 규율구조를 채택하고 있다.<sup>2)</sup>

### (가) 근로기준법상 해고의 정당한 이유

근로기준법 제23조 제1항<sup>3)</sup>은 사용자는 근로자를 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 규정하고 있다. 위 조항의 입법취지는 근로자의 생존권과 노동권의 기초를 이루는 근로관계의 존속을 사용자의 자의적인 해고로부터 보호하여 근로자의 인간다운 생활을 보장하려는 것이다. 정당한 이유가 없는 해고는 당연히 무효이다. 다만 무엇이 정당한 이유인가에 관하여 근로기준법이 구체적으로 규정하는 바는 없으므로,<sup>4)</sup> 해석에 의할 수밖에 없다.

근로기준법 제23조 제1항 소정의 ‘정당한 이유’란 개별적 사안에 따라 구체적으로 결정될 일이지만 그 일반적 내용은 해당 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 계속 유지할 수 없을 정도의 이유, 즉 해당근로자와의 근로관

1) 민법상 일반원칙에 의한다면 고용관계의 해지에 관하여 근로자와 사용자를 구별하지 않고 당사자 일방의 일방적인 해지 의사표시에 의하여 해지통고기간의 경과로, 기간의 약정이 있는 경우에는 약정기간의 경과로, 기간 약정유무에 불구하고 즉시 해지사유가 있으면 그 즉시해지의 의사표시에 의하여 소멸한다(민법 제657조, 제658조, 제660조, 제661조, 제663조).

2) 김형배, 새로쓴노동법, 2016, 669면

3) 제23조(해고 등의 제한) ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 ‘부당해고등’이라 한다)을 하지 못한다.

4) 김수복, 근로기준법, (주)중앙경제, 2014, 589면

계 유지를 사용자에게 더 이상 기대할 수 없을 정도의 것이 되어야 한다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌바12, 판례집 17-1, 340, 350 참조).<sup>5)</sup> 이는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 사정을 종합적으로 검토하여 판단한다.

근로기준법이 허용하는 해고는, 사유별로, 일신상 사유에 의한 해고<sup>6)</sup>로서 통상해고, 행태상 사유<sup>7)</sup>에 의한 해고로서 징계해고, 그리고 경영상 이유에 의한 정리해고로 분류될 수 있는데, 일신상 사유나 행태상 사유는 근로자측에 해고의 원인 내지 귀책사유가 있는 것으로서 근로계약관계의 유지가 기대불가능할 정도의 해고사유를 의미하고, 각 유형별 구체적 사유에서도 역시 정당한 이유의 유무는 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단할 수 밖에 없다.

#### (나) 그 외 해고이유의 제한

현행 노동관계법은 특정한 사유들을 근로자의 해고 이유로 삼는 것을 금

- 
- 5) 업무에 대한 적성에 흠이 있거나 직무능력이 부족한 경우, 계약상의 노무급부를 곤란하게 하는 질병, 사업상의 기밀누설의 가능성, 무단결근이나 지각·조퇴, 근로제공의 거부, 업무능력을 갖추었음에도 불구하고 불완전한 급부 내지 열등한 급부의 제공, 범법행위의 초래, 특정 신조나 사상과 밀접히 연관된 소위 경향사업에 있어서 근로자가 이러한 경향성을 상실한 경우 등이 일반적으로 이러한 정당한 이유에 해당하는 것으로 인정되고 있다.
  - 6) 일신상 사유는 근로자가 근로계약상의 근로제공에 필요한 정신적, 육체적 또는 그 밖의 적격성을 현저하게 저해하는 사정이 발생하여 그 결과 근로자가 사업장 내에서 자신의 지위에 상응하여 정당하게 요구되는 업무를 감당할 수 없게 된 경우를 말한다. 질병, 공무원의 경우 국가공무원법상 당연퇴직사유 발생, 자격 등의 상실, 업무능력의 상실 등 직권면직사유 발생 등이 있다.
  - 7) 행태상 사유란 근로자가 유책하게 근로계약상의 의무 위반행위를 한 경우를 비롯, 다른 동료근로자와의 관계나 그 밖에 경영내적 또는 경영외적인 제도 및 조직과의 관계 등에서 발생하는 사유를 말한다. 구체적 예로는 학력이나 경력의 사칭, 은폐, 이력서의 허위 기재, 무단결근 등 불성실근무, 전근, 전보, 전직 등 인사명령 불응, 업무상 지시 위반, 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사, 범죄 행위와 중대 사고로 인한 손해 야기, 사생활 비행, 경업, 겸직 금지위반, 사업장 내 업무 외 활동 금지 위반, 쟁의행위 관련, 형사상 범죄와 유죄 판결, 회사에 대한 비방, 진정, 회사 비밀 누설 등 다양하다.

지하고 있다.

- ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제81조 제1호8)에 의하면 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 근로자를 해고할 수 없고, 그와 같은 부당노동행위로서의 해고는 효력이 없다.9)

- ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’ 제11조10) 및 근로기준법 제6조11)는 남녀의 차별적 대우나 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 한 근로조건상의 차별적 대우를 금지하고 있으므로, 혼인을 이유로 한 해고나, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 한 해고 역시 그 효력이 없다.

- 근로기준법 제104조에 의하면 근로자는 사업 또는 사업장에서 근로기준법이나 그 시행령을 위반한 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에게 통보할 수 있고, 사업자는 그 통보를 이유로 근로자를 해고할 수 없고 위조항에 반하는 해고 또한 효력이 없어 사법상 무효이다.12)13)

8) 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 ‘부당노동행위’라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

9) 김형배, 새로 쓴 노동법, 2016, 669면 참조,

- 노동조합법 제39조의 부당노동행위금지규정은 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하기 위한 것으로 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌규정을 두고 있는 한편 부당노동행위에 대하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 같은 법 제42조, 제43조에서 행정상의 구제절차까지 규정하고 있는 점에 비추어 이는 효력규정인 강행법규라고 풀이되므로 위 규정에 위반된 법률행위는 사법상으로도 그 효력이 없다 할 것이고, 근로자에 대한 불이익취급행위로서의 법률행위가 부당노동행위로서 무효인 이상 그것이 근로기준법 제27조 소정의 정당한 이유가 있는지 여부는 더 나아가 판단할 필요가 없다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결 등).

10) ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’

제11조(정년·퇴직 및 해고) ① 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에서 남녀를 차별하여서는 아니 된다.

② 사업주는 여성 근로자의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직 사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니 된다.

11) 근로기준법 제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

## (다) 해고시기의 제한

근로기준법 제23조 제2항<sup>14)</sup>은 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위해 휴업한 기간과 그 후 30일간 및 산전, 산후의 휴업기간과 그 후 30일간은 해고할 수 없다고 규정하고 있으며, 같은 항 단서 전단에서는 휴업기간이 장기화할 경우를 대비하여 사용자가 일시보상을 하고 근로계약관계를 소멸시킬 수 있는 가능성을 마련하고 있다.

## (라) 해고의 예고

## 1) 의의와 취지

해고를 위하여는 원칙적으로 적어도 30일 전에 해고하겠다고 예고하거나 예고에 갈음하여 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하여야 하고(근로기준법 제26조 본문), 이를 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제110조 제1호). 해고예고제도는 실무상 노동위원회를 통한 부당해고구제절차를 통한 확정된 구제명령 불이행에 따른 형사처벌을 제외하고는 해고에 관하여 형사처벌이 예정된 유일한 규정이다.

해고예고 혹은 예고수당의 지급은 정당한 이유가 있는 경우에 적용되는 것이므로, 해고예고를 했다고 하여 정당한 이유 없이 해고할 수 있는 것은 아니다.

해고예고제도는 사용자가 갑자기 근로자를 해고하면 근로자의 생활에 어려움이 있을 수 있으므로, 근로자에게 새로운 일자리를 구할 수 있는 시

12) 제104조(감독 기관에 대한 신고) ① 사업 또는 사업장에서 이 법 또는 이 법에 따른 대통령령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에게 통보할 수 있다.

② 사용자는 제1항의 통보를 이유로 근로자에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 하지 못한다.

13) 그 입법취지는 사용자로 하여금 법을 준수하도록 하고 감독기관의 기능을 확보하기 위한 것이다.-김수복, 근로기준법, 2014. 593면

14) 근로기준법 제23조(해고 등의 제한) ② 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

간적 여유를 주거나 그렇지 않으면 그 기간 동안의 생계비를 보장하여 해고로 인한 근로자의 어려움을 덜어주자는 데 그 취지가 있다.

### 2) 예고의무위반의 사법상 효력

정당한 이유가 없는 해고는 당연히 무효이므로 예고를 했는지 여부는 문제되지 않는다. 해고예고의무를 위반한 해고라 하더라도 해고의 정당한 이유를 갖추고 있는 한 해고의 사법상의 효력에는 영향이 없다(대법원 1993. 9. 24. 선고 93누4199 판결 등).

### 3) 즉시해고

#### 가) 특별한 사유(계약이후의 사정변경)에 의한 예외(제26조 단서)

근로기준법 제26조 단서는 “천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 예고절차 없이 즉시 해고할 수 있다”고 하여 ‘해고예고가 불필요한 해고’인 즉시해고를 규정하고 있다. 사용자가 자신의 귀책사유 없이 돌발적으로 야기된 불가항력적 상황으로 인하여 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우에까지 해고예고를 요구한다는 것은 형평에 반하고, 근로자가 사용자에 대하여 중대한 의무를 위반함으로써 기본적 신뢰관계가 깨어진 경우에까지 근로자에게 해고예고의 보호를 할 필요가 없기 때문이며,<sup>15)</sup>도저히 근로관계를 유지할 수 없는 이유가 있음에도 해고예고를 하는 것은 사회통념상 타당치 않기 때문이다.<sup>16)17)</sup>

#### - 부득이한 사유

당해 사업장의 중심이 되는 중요한 건물, 설비 또는 기계 등의 소실과

---

15) 김수복, 근로기준법, 2014, 626면

16) 하갑래, 근로기준법, 2015, 650면,

17) ILO도 1982년도의 고용종료에 관한 협약에 근로자의 심각한 잘못을 해고예외의 예외사유로 명시하고 있다(ILO 제158호 협약 제11조 고용이 종료되는 근로자는 고용주가 통고기간 중에도 그 근로자를 계속 고용하는 것이 타당하지 않을 정도의 잘못을 하지 않는 한 합리적인 통고기간을 가질 권리를 가진다.)- 하갑래, 위 책 650면에서 재인용

같이 돌발적이고 불가항력적인 경우에 인정된다. 부득이한 사유로 인하여 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우라 함은 사업의 전부 또는 대부분의 계속이 불가능한 경우를 말하며, 사업 일부의 계속이 불가능한 경우는 해당하지 않는다.

- 근로자의 귀책사유

근로기준법 제26조 단서 후단은 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상의 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우를 즉시해고가 가능한 경우로 규정하고 있다. 근로자에게 과실이 있을 뿐 고의가 인정되지 않거나 고용노동부령으로 정한 경우에 해당되지 않는 때에는, 해고를 할 수 있는 '정당한 이유'가 인정되더라도 즉시해고는 할 수 없으므로 해고의 예고를 하여야 한다.

나) 특수한 근로자에 대한 예외(제35조)

근로기준법 제26조 단서가 근로계약이 체결된 이후의 사정 즉 후발적 사유로 즉시해고가 가능한 경우를 규정하고 있음에 반하여, 근로기준법 제35조 각 호는 특수한 근로형태로서 단기간의 근로계약으로 취업하는 근로자에 대하여 해고예고제도가 적용되지 않는 경우를 열거하고 있다.

일용근로자로서 3개월을 계속 근로하지 아니한 자(1호), 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자(2호), 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자(4호), 수습 사용한 날로부터 3개월 이내인 수습 사용 중인 근로자(5호 및 근로기준법 시행령 제16조)에 대하여는 즉시해고가 가능하다. 근로기준법 제35조는 이 외에도 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고의 적용예외대상으로 규정하고 있었으나, 헌법재판소의 2015. 12. 23. 2014헌바3 사건 결정으로(해당 조항에 대한 단순위헌결정) 해당 규정은 효력을 상실하였다.

이와 같은 특수한 근로자에 대한 예외를 인정하는 이유는 근로관계의 계속성에 대한 근로자의 기대가능성이 적고 근로관계의 임시성에 대해 근로자도 용인하고 있다고 볼 수 있는 경우로서 돌발적인 해고로 인한 생활상 곤란의 예방이라는 해고예고제도의 취지와 부합하지 않기 때문이다.

다) 근로관계의 성질상 예외(정해진 기간의 만료로 근로관계가 종료되는 경우)

근로계약기간의 정함이 있는 경우에는 그 기간의 만료와 동시에 근로관계가 종료되므로 성질상 해고에 해당하지 않고, 이 때에는 해고예고가 적용될 여지가 없다.

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 ① 기간의 정함이 단순히 형식에 불과할 뿐이어서 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로관계가 인정되는 경우, ② 기간의 정함 자체는 유효하지만 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 경우 형식적으로 정한 기간이 만료되었다고 하더라도 근로관계가 종료되었다고 볼 수 없으므로, 해고를 위해서는 근로기준법 제26조가 정한 해고예고절차를 거쳐야만 한다.

라) 근로계약기간에 대한 판례의 경향

기간의 정함이 있는 근로계약에서 기간만료와 함께 사용자가 갱신을 거절할 경우 근로관계가 당연히 종료하는가의 문제에 대하여, 대법원 판례는 기간을 정한 근로계약관계의 두 가지 유형, 즉 ① 기간의 정함이 단순히 형식에 불과할 뿐이어서 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로관계가 인정되는 경우, ② 기간의 정함 자체는 유효하지만 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 경우에 대하여 기간만료로 인한 근로계약관계의 종료효과를 부인하는 법리를 형성하여 왔다.

즉 ①의 경우 갱신거절은 기간의 정함이 없는 근로관계에서의 해고가 되고, ②의 경우 계약갱신의 거절은 효력이 없으므로 기간만료 후의 근로계약관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 같이 동일한 내용을 가진 근로관계가 존속하게 된다.

- 단기의 근로계약이 여러 차례 반복, 갱신되는 등 해당 근로관계의 전체적인 사정을 종합하여 보면, 비록 매년 근로계약을 체결하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었던 것으로 보이므로, 근로계약 갱신 거절은 실질적으로 해고라고 봄이 상당하다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결18).

18) 대학입시학원 종합반 강사들이 매년 계약기간을 2월 중순경부터 그 해 11월경까

- 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결<sup>19)</sup>).

지로 정한 근로계약을 반복하여 체결한 경우에 계약기간이 아닌 기간에도 근로관계가 계속되었고, 매년 근로계약을 체결하는 형식을 갖추었다더라도 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보아 사용자의 근로계약 갱신 거절이 해고에 해당한다고 한 사례

“근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료된다. 그렇지만 한편, 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 된다고 보아야 한다”(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결)

- 19) 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후

- 서류상으로는 2개월마다 2, 3일씩 해고 되었다가 다시 채용된 것으로 되었다 하여도 사실상으로는 그 기간동안 계속하여 근로한 사람들의 경우 근로계약상으로는 일용으로 되었지만 일용관계가 간단없이 계속되어 상용 근로자로 봄이 상당하다(대법원 1975. 6. 24. 선고 74다1625,1626 판결<sup>20)</sup>).

(마) 서면에 의한 통지

근로기준법 제27조<sup>21)</sup>는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고 시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고할 때 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 준부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지에서 비롯된 것이다.

따라서 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때에는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.<sup>22)</sup>

**(3) 해고된 근로자에 대한 법적 보호**

앞서 본 것과 같이 해고에 정당한 이유가 없거나 해고를 금지한 시기에

의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다.  
(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)

20) 근로자가 서류상으로는 2개월마다 2,3일씩 해고되었다가 다시 채용된 것으로 되었지만 사실상으로는 그 기간 동안 계속하여 근로한 경우에는 해고로서의 효력은 생길 수 없으므로 상용근로자로 봄이 상당하고 이러한 상용근로자에 대하여서는 회사의 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 그에 규정된 제수당, 상여금 및 퇴직금을 지급하여야 한다고 본 사례

21) 제27조(해고사유 등의 서면통지) ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.

② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.

③ 사용자가 제26조에 따른 해고의 예고를 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 제1항에 따른 통지를 한 것으로 본다.

22) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다4324 판결

행하여진 해고는 그 효력이 인정되지 않는다.

한편 해고가 유효한 경우에도, 65세 이후에 고용되거나 자영업을 개시한 자, 소정근로시간이 대통령령으로 정한 시간 미만인 자, 국가공무원법과 지방공무원법에 따른 공무원, 사립학교 교직원 연금법의 적용을 받는 자, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자를 제외하고는 원칙적으로 적용사업장의 모든 근로자들이 고용보험법의 적용을 받는다(고용보험법 제10조, 고용보험법 시행령 제3조<sup>23)</sup>). 근로자가 실업하고 있는 경우, 고용안정, 직업능력개발사업의 대상이 될 뿐 아니라, 법률이 정한 일정한 요건을 구비하고 있는 경우 고용보험의 실업급여를 지급할 수 있다.

## 나. 해고예고제도

### (1) 취지

앞서 본 바와 같이 해고예고제도는 사용자가 갑자기 근로자를 해고하면 근로자의 생활에 어려움이 있을 수 있으므로, 근로자에게 새로운 일자리를 구할 수 있는 시간적 여유를 주거나 그렇지 않으면 그 기간 동안의 생계비를 보장하여 해고로 인한 근로자의 어려움을 덜어주는 데 그 취지가 있다.

### (2) 연혁

(가) 해고예고관련규정은 해고예고규정과 그 적용예외규정으로 구성되어 있다.

(나) 해고예고제도는 1961. 12. 4. 근로기준법(법률 제791호) 개정을 통해서 처음 도입된 이후, 표현이나 조문의 위치만 바뀌어 왔을 뿐 현재까지 신설 당시와 동일한 내용을 유지하고 있다. 내용적인 변화가 있었다면 해고예고를 하지 않아도 되는 “근로자의 귀책사유”의 요건이 1989. 3. 29. “노동위원회 인정”에서 “노동부장관의 승인”으로, 다시 1999. 2. 8. “노동부령

23) 고용보험법 시행령 제3조(적용 제외 근로자) ① 법 제10조 제2호에서 “소정근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자”란 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)를 말한다. 다만, 생업을 목적으로 근로를 제공하는 자 중 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 법 제2조제6호에 따른 일용근로자(이하 ‘일용근로자’라 한다)는 제외한다.

으로 정하는” 것으로, 2010. 6. 4.에는 “고용노동부령으로 정하는” 것으로 바뀐 것뿐이다. 이 같은 변화는 근로기준법이, 해고예고가 적용되지 않는 사유로서의 근로자의 귀책사유에 대한 인정을 보다 엄격히 하여 사용자의 해고로부터 근로자를 보다 두텁게 보호하는 방향으로 개정되어 온 것이라고 볼 수 있을 것이다.

(다) 해고예고의 적용제외규정은 1953. 5. 10.에 제정되어 같은 해 8. 9.부터 시행된 근로기준법(법률 제286호)이 현재의 퇴직금제도의 전신으로 신설한 ‘해고자에 대한 지급’ 규정(제28조, 해고하는 경우 30일분 이상의 평균임금 근로자에게 지급하되, 근속기간에 따라 이를 가산하여 지급하여야 한다)의 적용을 제외할 목적으로, 같은 법에 신설하였던 ‘해고자에 대한 지급의 예외’ 규정(제29조)에서 연원을 찾을 수 있다. 1961. 12. 4. 해고예고 규정(제27조의2)이 근로기준법에 신설되면서, 위 ‘해고자에 대한 지급의 예외’ 규정의 내용이 같은 법에 해고예외규정(제29조)으로 전환되어 명시되었다. 예고해고의 적용예외규정은 해고예고제도가 신설된 이후 조문의 위치 변동에 따른 표현 수정을 제외하고는 동일한 내용을 유지하고 있다. (뒤에서 보는 바와 같이 그 중 제3호 즉 ‘월급근로자로서 6월이 되지 못한 자’ 부분에 대하여 헌법재판소는 2015. 12. 23. 단순위헌결정을 하였고, 이에 따라 위 부분은 효력이 상실되었다)

### (3) 기간의 정함 유무와 해고예고

근로기준법상 근로계약에 기간을 정할 경우 기간은 원칙적으로 1년 이내로 하여야 한다.<sup>24)</sup> 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 계약기간이 종료되어 자동으로 퇴직하는 경우 해고나 그에 따른 해고예고의 문제는 처음부터 발생하지 않는다고 볼 것이나<sup>25)</sup>, 기간의 정함이 없는 근로계약에서는

24) 근로기준법 제16조(계약기간) 근로계약은 기간을 정하지 아니한 것과 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 것 외에는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.

25) 유기근로자(fixed term contracts)에 대하여 해고예고제도를 적용하는 것은 그 근로계약관계가 반복갱신되는 경우로서 기간의 정함이 단순한 형식에 지나지 않거나 근로자가 계약 갱신에 대한 기대권을 가지지만 그에게 귀책사유가 있거나 사용자에게 경영상의 사유가 있어 기간 도중에 해고를 하는 때에 한정되어야 할 것이고, 정당한 갱신거절에 의하여 기간이 만료되는 것은 해고가 아니므로 이 때에 예고는 필요하지 않은 것으로 보아야 한다. 김형배, 노동법, 2015,

물론, 기간의 정함이 있는 근로계약에 있어서도 사용자가 계약기간 종료 전 근로자를 해고하는 경우에는 원칙적으로 해고예고절차를 거쳐야 한다.

한편 앞서 본 바와 같이 기간을 정한 근로계약일 경우에도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되는 등으로 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약의 경우와 다를 바 없다.<sup>26)</sup>

#### (4) 해고예고제도 관련 헌법재판소 결정

헌법재판소는 2015. 12. 23. 2014헌바3 결정에서 ‘월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자’를 해고예고제도의 적용예외사유로 규정하고 있는 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제35조 제3호가 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 근로의 권리를 침해하고, 평등원칙에 위배된다고 하여 단순위헌결정을 하였다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3, 판례집 27-2하, 553).

한편 헌법재판소는 2001. 7. 19. 99헌마663 사건에서 위 조항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 개정된 것) 근로기준법 제35조 제3호 ‘월급근로자로서 6월이 되지 못한 자’를 해고예고제도의 적용에서 배제시키는 것이 평등원칙에 반하지 않는다고 판시한 바 있으나(헌재 2001. 7. 19. 99헌마663, 판례집 13-2, 66), 위 2014헌바3 결정으로 이를 변경하였다. 각 결정요지는 아래와 같다.

(가) 헌재 2001. 7. 19. 99헌마663 결정요지(판례집 13-2, 66)

##### 1) 법정의견

해고예고제도는 해고자체를 금지하는 제도는 아니며, 대법원 판례 또한 예고의무를 위반한 해고도 유효하다고 보므로 해고자체의 효력과도 무관한 제도이다. 즉 해고예고제도는 근로관계의 존속이라는 근로자보호의 본질적 부분과 관련되는 것이 아니므로, 해고예고제도를 둘 것인지 여부, 그 내용

---

684면 등 참조

26) 해고와 임금, 사법연수원, 2013, 342면; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등

등에 대해서는 상대적으로 넓은 입법 형성의 여지가 있다.

이 사건 법률조항은 근로자보호와 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성이라는 측면의 조화를 고려한 합리적 규정이라고 할 수 있고, 6월이라는 기간 또한 특별히 위와 같은 입법목적을 달성하는 수단으로는 너무 길어 해고예고제도의 입법취지를 몰각시킬 정도로 과도하다고 볼 근거는 없으며, 이 사건 법률조항이 근로기준법 제35조 각 호에서 규정하는 다른 적용제외사유들과 체계상 얼마간 불일치하는 점이 있다고 하더라도, 이는 입법자가 자신에게 주어진 입법형성의 여지 내에서 법을 제정함에 있어서 가질 수 있는 판단의 범위내의 문제로서 이로 인해 이 사건 법률조항이 위헌이라고 하기는 어렵다.

## 2) 재판관 권성, 재판관 김효종의 반대의견

“월급근로자로서 6월이 되지 못한 자”는 대체로 기간의 정함이 없는 근로계약을 한 자들로서 근로관계의 계속성에 대한 기대가 크다고 할 것이므로, 해고예고제도의 취지에 비추어 전직을 위한 시간적 여유를 갖거나 실직으로 인한 경제적 곤란으로부터 보호받아야 할 필요성이 더욱 크다는 점에서 이 사건 법률조항은 그 합리적 근거를 찾기 어렵고, 또한 이 사건 법률조항은 월급근로자만을 그 대상으로 규정하여 다른 형태로 보수를 지급 받는 근로자들에 비하여 월급근로자를 차별하고 있을 뿐만 아니라, 그 적용제외기간에 있어서도 근로기준법 제35조 각 호의 다른 제외사유들과 형평이 맞지 않는다.

### (나) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3 결정요지 (판례집 27-2하, 553)

해고예고제도는 근로조건의 핵심적 부분인 해고와 관련된 사항일 뿐만 아니라, 근로자가 갑자기 직장을 잃어 생활이 곤란해지는 것을 막는 데 목적이 있으므로 근로자의 인간 존엄성을 보장하기 위한 최소한의 근로조건으로서 근로의 권리의 내용에 포함된다. 해고예고제도의 입법 취지와 근로기준법 제26조 단서에서 규정하고 있는 해고예고 적용배제사유를 종합하여 보면, 원칙적으로 해고예고 적용배제사유로 허용될 수 있는 경우는 근로계약의 성질상 근로관계 계속에 대한 근로자의 기대가능성이 적은 경우로 한

정되어야 한다.

“월급근로자로서 6월이 되지 못한 자”는 대체로 기간의 정함이 없는 근로계약을 한 자들로서 근로관계의 계속성에 대한 기대가 크다고 할 것이므로, 이들에 대한 해고 역시 예기치 못한 돌발적 해고에 해당한다. 따라서 6개월 미만 근무한 월급근로자 또한 전직을 위한 시간적 여유를 갖거나 실직으로 인한 경제적 곤란으로부터 보호받아야 할 필요성이 있다. 그럼에도 불구하고 합리적 이유 없이 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한자”를 해고 예고제도의 적용대상에서 제외한 이 사건 법률조항은 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 근로의 권리를 침해하고, 평등원칙에도 위배된다.

### (5) 해고예고제도에 관한 외국의 입법례 요약

#### (가) 독일

민법 제622조 제2항에서 해고의 경우 개별 근로자의 근속기간을 기준으로 하여 각각 그 해지기간을 차별적으로 규율하고 있다(일용직, 월급제 등 보수율의 형태 등에 따른 차별은 없다). 근로자의 근속연수를 기준으로 2년 이상인 경우 1개월을, 5년 이상인 경우 2개월, 8년 이상인 경우 3개월을, 10년 이상인 경우 4개월, 12년 이상인 경우 5개월, 15년 이상인 경우 6개월, 20년 이상인 경우 7개월을 각각 해지기간으로 두고 당월의 말일로 근로관계를 해지할 수 있도록 하고 있다. 최대 6개월까지로 합의된 사용기간 중에는 2주의 해지기간을 두고 근로관계가 해지될 수 있다(독일 민법 제622조 제3항). 예외적으로 “중대한 계약 위반, 근무능력의 지속적 부재, 사용자에 대한 심각한 명예훼손 등의 충분한 사유”를 사용자가 입증하였을 때에는 그 사유가 발생한 날로부터 14일 이내에 통보하여 고용관계를 즉각적으로 종료시키는 특별해고가 가능하다.<sup>27)28)</sup> 사용자는 근로자가 새로운

27) 제626조(중대사유에 기한 즉시해지) ① 개별사안의 모든 사정을 고려하고 계약 당사자 쌍방의 이익을 형량할 때 해지기간의 경과시 또는 고용관계의 약정된 종료시까지 고용관계를 계속하는 것을 해지자에 있어서 기대할 수 없게 하는 사실이 존재하는 때에는, 각 계약당사자는 중대한 사유를 이유로 해지기간을 두지 아니하고 고용관계를 해지할 수 있다.

② 제1항의 해지는 2주 이내에만 행할 수 있다. 그 기간은 해지권자가 해지의 기초를 이루는 사실을 안 때부터 기산한다. 해지자는 상대방의 청구가 있으면 해지사유를 지체 없이 서면으로 통지하여야 한다.

일자리를 구할 수 있도록 상당한 시간을 근무에서 제외해 줘야 하고, 근무 제외 시간이 짧은 경우 사용자는 근로자가 근무하지 않더라도 보수를 계속 지급해야 한다.<sup>29)30)</sup>

#### (나) 프랑스

프랑스에서도 원칙적으로 사용자의 해고는 일정한 해고예고기간을 보장하고 있다. 그 기간은 재직기간에 따라 다른데, 근속기간 6개월 미만은 해지기간이 없고, 6개월 이상 1개월, 2년 이상 2개월의 기간을 보장한다(노동법 제122-5,6조). 즉 법이 정하는 최장의 해지기간은 2개월이며, 당사자 간 합의로 해지기간을 달리 규정하는 것도 가능하다.

#### (다) 영국

영국에서도 해고의 경우 근로자로 하여금 일정한 기간 동안 새로운 직장을 구하는 등 제반 준비를 할 수 있는 기간을 보장하고 있으며, 고용권법(Employment Right Act 1996) 제86조에서 사용자의 해고예고기간 준수 의무를 규정하고 있다. 영국에서도 앞서 본 독일, 프랑스의 경우와 마찬가지로 근로자의 근속연수에 따라 해지기간의 장단이 결정되는데, 1개월 이상 근무한 근로자에 대해서 해고예고제도가 적용되고, 근속연수 2년 미만의 경우 1주, 2년 이상의 경우 2주, 이후 매 1년마다 1주일 가산(최대 12주)하는 방식으로 해지기간이 정해진다. 예외적으로 심각한 비위행위와 같이 근로자가 고용계약상 중대한 의무를 위반했을 때 사용자는 해고예고나 그에 갈음하는 보상을 하지 않고 근로자를 즉시 해고할 수 있는데 이를 약속해고라고 한다(위 법 제86조 제6항).

#### (라) 일본

사용자는 근로자를 해고하려고 하는 경우 적어도 30일 전에 예고를 해

28) Nebe/Waldon, 독일의 근로자 해고 보호, 19면.

29) 제629조(구직을 위한 휴가) 계속적 고용관계의 해지 후에 노무청구권자는 의무자의 청구가 있으면 다른 고용관계를 구하기 위한 상당한 시간을 허용하여야 한다.

30) Nebe/Waldon, 독일의 근로자 해고 보호, 18면.

야 하고, 그렇지 않은 경우 30일분 이상의 평균임금을 지급하여야 한다(노동기준법 제20조). 단, 천재사변, 그 밖에 부득이한 사유 때문에 사업의 계속이 불가능해진 경우, 또는 근로자의 책임으로 돌려야 할 사유에 근거하여 해고하는 경우에는 예고 혹은 예고수당의 지불을 요하지 않는다. ① 일일 고용된 자, ② 2개월 이내 기간(계절적 업무의 경우에 4개월 이내의 기간)을 정하여 사용된 자, ③ 시용기간 중인 자에 대하여는 해고예고 의무 규정의 적용이 없다. 단 ①의 일일 고용된 자가 1개월을 넘어 계속 사용되기에 이른 경우, ②의 자가 소정의 기간(즉 2개월 혹은 4개월)을 넘어 계속 사용되기에 이른 경우, ③의 자가 14일을 넘어 계속 사용되기에 이른 경우에는 해고예고의무 규정이 적용된다(노동기준법 제21조 단서).

#### (마) 미국

미국에서 기간의 정함이 없는 고용계약에서 양당사자는 언제나 자유롭게 예고 없이 계약을 해약할 수가 있다. 이러한 해고자유의 원칙은 19세기 말에 확립된 “자유의 고용(employment at will)”이라고 부르는 보통법의 원칙에서 유래한다.

#### (바) 국제노동기구(ILO)

국제노동기구는 1963년의 고용주에 의한 고용종료에 관한 권고(제119호 권고) 제7조에서 “고용이 종료되는 근로자는 합리적인 예고기간과 이에 갈음하는 보상금을 받을 권리가 있다”라고 하고 있을 뿐 아니라(제1항), 이 경우 “실행이 가능한 한 근로자는 예고기간 중 다른 직장을 얻기 위하여 임금을 상실하지 않고 근무를 하지 않는 합리적인 시간을 부여받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있으며, 이 권고는 1982년 158호 협약으로 채택되어 제11조에서 “고용이 종료되는 근로자는 중대한 잘못을 저지르지 아니하는 한, 즉 사용자가 고용기간 중에도 그 근로자를 고용하는 것이 타당하지 않을 정도의 잘못을 저지르지 아니하는 한은 합리적인 예고 기간을 누릴 권리가 있다”라고 규정하여 근로자들이 해고로 인한 근로관계 종료의 경우에 해고예고기간 내지 예고수당을 통한 법적인 보호를 받을 권리가 있음을 명확히 하고 있다.

## 다. 일용근로자

### (1) 의의

근로기준법은 이 사건 법률조항 뿐 아니라 하위법령에서도 해고예고의 적용에서 제외되는 일용근로자에 대한 정의를 내리고 있지 않다.

#### (가) 일용근로와 일일근로를 구분하는 방식

통계청의 경제활동인구조사에서는 ‘근로계약을 정하지 않고 일거리가 있을 때 일 단위, 또는 주단위로 근무하는 근로자’인 일일근로자와 ‘고용계약 기간이 1월 미만인 근로자’인 일용근로자를 각기 구분하여 다르게 규율한다.<sup>31)</sup>

위 구분방법에 의한다면 일용근로자의 개념요소는 급여지급형태 혹은 근로의 성질 등에 관계없이 오로지 ‘고용되는 기간이 1개월 미만일 것’ 뿐이다.

고용보험법은 “1개월 미만 동안 고용되는 자”를 일용근로자로 정의하고(고용보험법 제2조 제6호<sup>32)</sup>), 일용근로자의 경우 근로시간이 적은 경우에도 예외적으로 고용보험의 적용대상으로 규율한다(고용보험법 시행령 제3조 제1항<sup>33)</sup>). 다만 이직의 확인(고용보험법 제16조), 구직급여의 수급요건(고용보험법 제40조, 제43조), 급여의 기초가 되는 임금일액(고용보험법 제45조) 부분에서 일반근로자와 요건을 달리 하여 규율하고 있다.

고용보험법에 기초한 ‘고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률’에서도 1개월 미만 동안 고용되는 자를 일용근로자로 정의하고 일반근로자와는 별도로 규율한다(고용보험법 제2조 제6호, 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 시행령 제29조의2 제2항, 제29조의3 제3항 제3호).

31) 하갑래, 노동법총서, 2016, 44면

32) 고용보험법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “일용근로자”란 1개월 미만 동안 고용되는 자를 말한다.

33) 제3조(적용 제외 근로자) ① 법 제10조 제2호에서 “소정근로시간이 대통령령으로 정하는 시간 미만인 자”란 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)를 말한다. 다만, 생업을 목적으로 근로를 제공하는 자 중 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 법 제2조제6호에 따른 일용근로자(이하 ‘일용근로자’라 한다)는 제외한다.

(나) 일용근로와 일일근로를 같은 개념으로 보는 접근

근속기간과는 관계없이 급여의 계산방법, 근로조건, 근로계약형식 등에 따라 구별하여 달리 규율하는 접근법이 있다. 이 경우에도 근속기간이 3월을 넘어가는 경우 그 형식과 관계없이 계속 근무하는 상용근로자와 다름없이 취급한다.

1) 근로대가의 계산방식 등에 따라 일용근로자를 정의하고 별도로 규율

- 소득세법 시행령은 ‘근로를 제공한 날 또는 시간에 따라 근로대가를 계산하거나 근로를 제공한 날 또는 시간의 근로성과에 따라 급여를 계산하여 받는 사람’으로서 건설공사나 하역작업에 종사하는 자 중 일부를 제외한 근로자 및 그 외 근로계약에 따라 동일한 고용주에게 3월 이상 계속하여 고용되어 있지 아니한 자를 일용근로자로 규정하고 있다(소득세법 시행령 제20조 제1항<sup>34)</sup>).

- 산업재해보상보험법 시행령도 이와 유사하게 “1일 단위로 고용되거나 근로일에 따라 일당형식의 임금을 지급받는 근로자”를 일용근로자로 보되, 근로관계가 3개월 이상 계속되거나, 같은 사업에서 같은 직종에 종사하는

34) 소득세법 시행령

제20조(일용근로자의 범위 및 주택임대소득의 산정 등) ① 법 제14조 제3항제 2호에서 “대통령령으로 정하는 일용근로자”란 근로를 제공한 날 또는 시간에 따라 근로대가를 계산하거나 근로를 제공한 날 또는 시간의 근로성과에 따라 급여를 계산하여 받는 사람으로서 다음 각 호에 규정된 사람을 말한다.

1. 건설공사에 종사하는 자로서 다음 각목의 자를 제외한 자
  - 가. 동일한 고용주에게 계속하여 1년 이상 고용된 자
  - 나. 다음의 업무에 종사하기 위하여 통상 동일한 고용주에게 계속하여 고용되는 자
    - (1) 작업준비를 하고 노무에 종사하는 자를 직접 지휘·감독하는 업무
    - (2) 작업현장에서 필요한 기술적인 업무, 사무·타자·취사·경비등의 업무
    - (3) 건설기계의 운전 또는 정비업무
2. 하역작업에 종사하는 자(항만근로자를 포함한다)로서 다음 각목의 자를 제외한 자
  - 가. 통상 근로를 제공한 날에 근로대가를 받지 아니하고 정기적으로 근로대가를 받는 자
  - 나. 다음의 업무에 종사하기 위하여 통상 동일한 고용주에게 계속하여 고용되는 자
    - (1) 작업준비를 하고 노무에 종사하는 자를 직접 지휘·감독하는 업무
    - (2) 주된 기계의 운전 또는 정비업무
3. 제1호 또는 제2호외의 업무에 종사하는 자로서 근로계약에 따라 동일한 고용주에게 3월이상 계속하여 고용되어 있지 아니한 자

다른 일용근로자의 근로조건, 근로계약의 형식, 구체적인 고용 실태 등을 종합적으로 고려할 때 근로형태가 상용근로자와 비슷하다고 인정되면 일용근로자로 보지 않는다(산업재해보상보험법 시행령 제23조, 제24조35).

2) 별도로 일용근로자에 대한 정의규정을 두지 않았으나, 일용근로자는 근무기간과 상관없음을 전제로, 일용근로자 중 근무기간이 짧은 경우를 별도로 규율

- 근로기준법 제35조 제1호 “1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지

35) 산업재해보상보험법 시행령

제23조(근로 형태가 특이한 근로자의 범위) 법 제36조 제5항에서 “근로형태가 특이하여 평균임금을 적용하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 1일 단위로 고용되거나 근로일에 따라 일당(미리 정하여진 1일 동안의 근로 시간에 대하여 근로하는 대가로 지급되는 임금을 말한다. 이하 같다) 형식의 임금을 지급받는 근로자(이하 ‘일용근로자’라 한다)에게 평균임금을 적용하는 경우. 다만, 일용근로자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 일용근로자로 보지 아니한다.

가. 근로관계가 3개월 이상 계속되는 경우

나. 그 근로자 및 같은 사업에서 같은 직종에 종사하는 다른 일용근로자의 근로조건, 근로계약의 형식, 구체적인 고용 실태 등을 종합적으로 고려할 때 근로 형태가 상용근로자와 비슷하다고 인정되는 경우

2. 둘 이상의 사업(보험료징수법 제5조제3항·제4항 및 제6조제2항·제3항에 따른 산재보험의 보험가입자가 운영하는 사업을 말한다)에서 근로하는 「근로기준법」 제2조제8호에 따른 단시간근로자(일용근로자는 제외하며, 이하 ‘단시간근로자’라 한다)에게 평균임금을 적용하는 경우

제24조(근로 형태가 특이한 근로자의 평균임금 산정 방법) ① 법 제36조 제5항에서 “대통령령으로 정하는 산정 방법에 따라 산정한 금액”이란 다음 각 호의 구분에 따라 산정한 금액을 말한다.

1. 제23조제1호에 해당하는 경우: 해당 일용근로자의 일당에 일용근로자의 1개월간 실제 근로일수 등을 고려하여 고용노동부장관이 고시하는 근로계수(이하 ‘통상근로계수’라 한다)를 곱하여 산정한 금액
2. 제23조제2호에 해당하는 경우: 평균임금 산정기간 동안 해당 단시간근로자가 재해가 발생한 사업에서 지급받은 임금과 같은 기간 동안 해당 사업 외의 사업에서 지급받은 임금을 모두 합산한 금액을 해당 기간의 총일수로 나눈 금액
  - ② 평균임금 산정사유 발생일 당시 해당 사업에서 1개월 이상 근로한 일용근로자는 제1항제1호에 따른 산정 방법에 따라 산정한 금액을 평균임금으로 하는 것이 실제의 임금 또는 근로일수에 비추어 적절하지 아니한 경우에는 실제의 임금 또는 근로일수를 증명하는 서류를 첨부하여 공단에 제1항 제1호에 따른 산정 방법의 적용 제외를 신청할 수 있다.
  - ③ 단시간근로자가 법 제36조 제2항에 따라 보험급여를 청구할 때에는 재해가 발생한 사업 외의 사업에 취업한 사실, 근로시간 및 임금을 증명하는 서류를 공단에 제출하여야 한다.<신설 2016.3.22>

아니한 자”의 “일용근로자”를 문자 그대로 해석한다면 1일 단위의 계약기간으로 고용된 근로자이므로, 사실상 해고가 적용되려면 1일의 근로계약도중에 해고통지를 듣게 되는 극히 예외적인 경우만을 상정할 수 있을 것이다. 따라서 제1호의 적용이 예정되는 일용근로자는 매일 근로계약을 동일한 내용으로 갱신하는 형식을 취하여 계속 근무하는 상용 근로자와 크게 다를 바가 없는 자로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>36)</sup>

- 근로기준법 시행령에 의하면 일용근로자의 평균임금은 고용노동부장관이 사업이나 직업에 따라 정하는 금액으로 하고(근로기준법 시행령 제3조)<sup>37)</sup>, 사용기간이 30일 미만인 일용근로자에 대하여는 근로자명부작성의 무 및 임금대장에의 주민등록번호와 임금 및 가족수당의 계산기초가 되는 사항에 관한 기재의무 또한 면제된다(동 시행령 제21조, 제27조).<sup>38)</sup> 반대해

36) 여기서 ‘3개월’ 역시 역수의 3개월이지 실제 근무일을 의미하는 것은 아니며, 반대해석상 사용자는 일용근로자를 3개월 이상 사용시 사실상 30일동안 계속 고용할 의무를 부담하고 이를 위반시 30일분의 통상임금을 지급할 의무를 부담한다는 견해도 있다.-노동법실무연구회, 근로기준법주해II, 2010, 271면; 김다영, ‘해고예고제도의 법적쟁점’, 2014, 206-107면에서 재인용

37) 일반적으로 일용근로자는 실제로 일하는 날이 고르지 않고 그 임금액도 사업자에 따라 일정하지 아니하므로 원칙적인 평균임금 산정방식에 따라 산정하는 것이 부적절할 수 있다.

38) 근로기준법 시행령

제3조(일용근로자의 평균임금) 일용근로자의 평균임금은 고용노동부장관이 사업이나 직업에 따라 정하는 금액으로 한다.

제21조(근로자 명부 작성의 예외) 사용기간이 30일 미만인 일용근로자에 대하여는 근로자 명부를 작성하지 아니할 수 있다.

제27조(임금대장의 기재사항) ① 사용자는 법 제48조에 따른 임금대장에 다음 각 호의 사항을 근로자 개인별로 적어야 한다.

1. 성명
2. 주민등록번호
3. 고용 연월일
4. 종사하는 업무
5. 임금 및 가족수당의 계산기초가 되는 사항
6. 근로일수
7. 근로시간수
8. 연장근로, 야간근로 또는 휴일근로를 시킨 경우에는 그 시간 수
9. 기본급, 수당, 그 밖의 임금의 내역별 금액(통화 외의 것으로 지급된 임금이 있는 경우에는 그 품명 및 수량과 평가총액)
10. 법 제43조 제1항 단서에 따라 임금의 일부를 공제한 경우에는 그 금액

② 사용기간이 30일 미만인 일용근로자에 대하여는 제1항제2호 및 제5호의 사항을 적지 아니할 수 있다.

석상 사용기간이 30일 이상인 일용근로자에 대해서는 상용근로자의 경우와 동일하게 근로자명부작성의무가 성립하고, 임금대장에 주민등록번호 등을 기재할 의무가 발생한다.

- 모든 사업장의 근로자는 직장가입자로 되어 국민건강보험의 대상이 되나, 고용기간이 1개월 미만인 일용근로자는 국민건강보험의 직장가입자에서 제외되므로(국민건강보험법 제6조 제2항 제1호39), 고용기간이 1개월 이상인 일용근로자의 경우 국민건강보험의 직장가입자가 될 수 있다.

(다) 대법원 판례

대법원은 일용근로자에 대한 정의를 내린 바는 없으나 “그 때 그 때의 필요에 의해 사용되는 근로자”<sup>40)41)</sup>를 일용근로자의 개념요소로 파악하는

39) 국민건강보험법

제6조(가입자의 종류) ① 가입자는 직장가입자와 지역가입자로 구분한다.

② 모든 사업장의 근로자 및 사용자와 공무원 및 교직원은 직장가입자가 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 제외한다.

1. 고용 기간이 1개월 미만인 일용근로자
2. 병역법』에 따른 현역병(지원에 의하지 아니하고 임용된 하사를 포함한다), 전환복무된 사람 및 군간부후보생
3. 선거에 당선되어 취임하는 공무원으로서 매월 보수 또는 보수에 준하는 급료를 받지 아니하는 사람
4. 그 밖에 사업장의 특성, 고용 형태 및 사업의 종류 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업장의 근로자 및 사용자와 공무원 및 교직원

40) 대법원은 구 근로기준법의 적용범위를 규정한 조항 중 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업을 해석하면서 사업장에 계속 근무하는 근로자와 그 때 그 때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자를 포함하여 해석하여야 한다고 판시하고 있다.

“구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것)의 적용 범위를 정한 같은 법 제10조 제1항 소정의 ‘상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장’이라 함은 ‘상시 근무하는 근로자의 수가 5인 이상인 사업 또는 사업장’이 아니라 ‘사용하는 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장’을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시라 함은 상태(상태)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상대적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다 할 것이고, 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때 그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자를 포함한다고 해석하여야 할 것이다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결)

41) 그런데, 앞서 연혁부분에서 살핀 바와 같이 이 사건 법률조항은 종래의 연원은 종래 퇴직금제도의 전신인 ‘해고자에 대한 지급’규정에서 예외 대상으로 적시하였던 대상을 거의 그대로 옮긴 것이고, 이 사건 법률조항을 제외한 나머지 각

듯한 태도를 보이고 있다.

(라) 정리

위와 같은 관계법령들의 규율과 대법원 판례, 문언 자체의 해석론을 종합하여 본다면, 일용근로자라 함은 “그 때 그 때의 필요에 따라 사용하는 근로자”로서 “1일 단위 혹은 시간 단위로 근로계약을 체결하고 그에 따라 급여를 계산하여 받는 자”로 봄이 상당하다. 건설공사나 하역작업에 종사하는 근로자를 대표적인 일용근로자로 볼 수 있을 것이다.

**(2) 일용근로자에 대한 법적 규율**

앞서 본 바와 같이 각 관계법령은 각 법의 입법목적이나 필요에 따라 일용근로자를 조금씩 달리 정의하고 있으나, 일용근로자를 “그 때 그 때의 필요에 따라 사용하는 근로자”로서 “1일 단위 혹은 시간 단위로 근로계약을 체결하고 그에 따라 급여를 계산하여 받는 자”로 정의할 때 그 법적 지위는 그 근속 기간에 따라 대략 아래와 같이 정리할 수 있다.

(가) 근속기간이 30일 미만인 경우

1) 1개월간 소정의 근로시간이 60시간 이상인 경우에는 고용보험법의 적용을 받을 수 있다(고용보험법 시행령 제3조 제1항).

2) 근로자에 대한 사용자의 근로자명부작성의무 및 임금대장예의 주민등록번호와 임금 및 가족수당의 계산기초가 되는 사항에 관한 기재의무가 면제된다(근로기준법 시행령 제21조, 제27조).

3) 근로기준법이 정한 ‘상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장’인지 여부를 가릴 때 근로자의 수에 포함되어 계산된다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결).

---

호의 전신이라고 볼 수 있는 부분은 그대로인 반면, 이 사건 법률조항과 대치할 만한 제1호는 “일용근로자로서 3월을 계속 근무하지 아니한 자”로서 현재의 “일용근로자”라는 표현과는 다르다.

이 점에 주목한다면, 해고예고제도를 신설할 때 입법자의 의도는 급여지불형태의 한 종류로서 일급을 받는 근로자 뿐 아니라, 그 때 그 때의 필요에 따라 사용되는 근로자까지 모두 포함하여 해고예고제도의 적용제외 대상으로 포섭하려 한 것이라고 볼 여지가 없지 않다.

4) 근로소득공제에서 1일 10만원을 공제액으로 하고, 근로소득에 대한 원천징수세율은 일률적으로 100분의 6으로 하는 등 소득세 관련 규정에서 상용근로자와는 달리 일률적인 기준을 적용하여 규율한다(소득세법 제47조 제2항, 제59조 제3항, 제129조 제1항 제4호 단서, 제134조 제3항 등).

5) ‘같은 사업에서 같은 직종에 종사하는 다른 일용근로자의 근로조건, 근로계약의 형식, 구체적인 고용 실태 등을 종합적으로 고려할 때 근로 형태가 상용근로자와 비슷하다고 인정되는 경우’를 제외하고는 산업재해보상 보험급여를 산정할 때 평균임금 대신 일용근로자의 1개월간 실제 근로일수 등을 고려하여 고용노동부 장관이 고시하는 근로계수를 곱하여 산정한 금액을 평균임금으로 본다(산업재해보상보험법 제36조 제5항, 시행령 제24조 제1항 제1호 등).

(나) 근속기간이 30일 이상 3개월 미만인 경우

국민건강보험법상 직장가입자가 되고(국민건강보험법 제6조 제2항 제1호), 고용보험법상 상용근로자와 동일하게 대우된다(고용보험법 제2조 제6호의 반대해석상).

(다) 근속기간이 3개월 이상인 경우

1) 근로기준법상 해고예고의 대상이 된다(근로기준법 제35조 제1호).

2) 소득세법, 산업재해보상보험법과 관련하여 일용근로자가 아닌 상용근로자와 동일하게 취급된다(소득세법 시행령 제20조 제1항 제3호, 산업재해보상보험법 시행령 제23조, 제24조).

3) 다만 소득세법과 관련하여 건설공사 및 하역작업의 소위 인부로 고용되는 경우 아래와 같이 상용근로자로 취급할 것인지에 대한 기준을 별도로 규정하고 있다.

건설공사에 종사하는 경우 ① 동일한 고용주에 대한 근속기간이 1년 미만이고, ② 작업준비 및 노무에 종사하는 자를 직접 지휘, 감독하는 업무, 작업현장에서 필요한 기술적인 업무, 사무, 타자, 취사, 경비, 건설기계 운전 또는 정비업무 이외의 업무를 하거나 위 업무 등을 하더라도 동일한 고용주에게 계속하여 고용되지 않는 경우에는 여전히 일용근로자로 본다(소

득세법 시행령 제20조 제1항 제1호).

하역작업에 종사하는 경우 ① 통상 근로를 제공한 날에 근로대가를 받고, ② 작업준비 및 노무에 종사하는 자를 직접 지휘, 감독하거나, 건설기계 운전 또는 정비업무 이외의 업무를 하거나 위 업무 등을 하더라도 동일한 고용주에게 계속하여 고용되지 않는 경우에는 여전히 일용근로자로 본다(소득세법 시행령 제20조 제1항 제2호).

### 3. 이 사건 법률조항이 일용근로자로서 3개월을 계속하여 근무하지 아니한 청구인의 근로의 권리를 침해하는지 여부

#### 가. 심사기준

헌법재판소는 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3 사건에서, “근로의 권리에는 일할 자리에 관한 권리 뿐 아니라 일할 환경에 관한 권리도 포함되고, 일할 환경에 관한 권리는 인간의 존엄성에 대한 침해를 막기 위한 것으로 건강한 작업환경, 정당한 보수, 합리적 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리까지 이에 포함된다. 해고예고제도는 근로관계 종료 전 사용자에게 근로자에 대한 해고예고를 하게 하는 것이어서 근로조건을 이루는 중요한 사항에 해당하고 근로의 권리의 내용에 포함된다. 그런데 근로조건 결정은 근로조건 개선을 위한 법제의 정비 등 국가의 적극적인 급부와 배려를 통하여 비로소 이루어지는 것이어서 해고예고제도의 구체적 내용인 적용대상 근로자의 범위, 예고기간의 장단 등에 대해서는 입법형성의 재량이 인정된다”는 취지의 결정을 이미 한 바 있고, 이 사건에서도 그와 같은 심사기준을 적용하여 위헌 여부를 심사하였다.

#### 나. 이 사건 법률조항이 청구인의 근로의 권리를 침해하는지 여부

이 사건 결정은 앞서 결정요지에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 근로의 권리를 침해하지 않는다고 보았다.

(1) 근로기준법 제26조가 근로자를 해고함에 있어 30일간의 해고예고기간을 두거나 30일분 이상의 임금을 예고수당으로 지급하도록 한 것은 갑작

스러운 실직의 위험으로부터 근로자를 보호하려는 데 그 취지가 있고, 사용자에게는 대체근로자를 찾는 과정에서 해당 근로자의 해고를 재고하는 일종의 숙려기간으로 작용하기도 하며, 근로자에게는 정당한 해고 사유의 유무에 대한 자기변호의 기회를 부여하기도 한다.

다만 사용자로 하여금 언제나 예외 없이 해고예고를 사전에 이행하도록 하면 사용자의 이익을 무단히 해치는 경우가 발생할 수 있다. 사용자가 자신의 귀책사유 없이 돌발적으로 야기된 불가항력적 상황으로 인하여 사업을 계속하는 것이 어려운 경우에만 해고예고를 요구하거나, 근로자가 사용자에게 대하여 중대한 의무를 위반함으로써 기본적 신뢰관계가 깨어진 경우에만 해고예고를 요구하는 것은 근로관계에서 일방 당사자인 사용자를 지나치게 불리하게 처우하는 것으로서 불합리한 결과를 야기하게 된다.

근로기준법 제26조 단서는 “천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 예고절차 없이 즉시 해고할 수 있다”고 하여 ‘해고예고가 불필요한 해고’인 즉시해고제도를 두어 사용자와 근로자 사이의 이해관계를 조정하고 있다.

한편, 해고예고는 본질상 일정기간 이상을 계속하여 사용자에게 고용되어 근로제공을 하는 것을 전제로 한다. 근로제공이 일시적인 경우이거나 계약기간이 짧은 경우 일정 시간 경과 후에도 계속하여 근로를 제공할 수 있다는 기대나 신뢰가 존재한다고 볼 수 없기 때문이다.

근로기준법 제35조는, 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자, 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 수습 사용 중인 근로자에 대한 적용예외를 두어 계약기간 도중에라도 해고예고를 거치지 않은 즉시해고가 가능하도록 하고 있다. 이 사유들은 모두 입법자가 근로관계의 지속성에 대한 근로자의 기대가능성이 적고 근로관계의 임시성에 대해 근로자도 용인하고 있다고 평가한 경우들이다.

(2) 이 사건 법률조항은 위에서 본 바와 같이 “일용근로자로서 3개월을

계속 근무하지 아니한 자”에 대하여 해고예고수당을 지급하지 않고 예고없이 해고할 수 있도록 하고 있다. 이 규정이 근로조건에 관한 근로의 권리를 침해하지 않으려면 일용근로자로서 3개월 미만 근로하는 근로자에게 계속적 근로에 대한 기대나 신뢰가 없거나 낮다고 볼 수 있어야 한다.

일용근로자라 함은 앞서 본 바와 같이 “그 때 그 때의 필요에 의하여 사용되는 근로자로 1일 단위 혹은 시간 단위로 근로계약을 체결하고 그에 따라 급여를 계산하여 받는 자”로서, 계약한 1일 단위의 근로기간이 종료되면 해고의 절차를 거칠 것도 없이 근로관계가 종료되는 것이 원칙이다. 이러한 근로관계에서는 일반적으로 계속고용에 대한 기대나 신뢰가 형성된다고 보기 어렵다. 따라서 그 성질상 일용근로자에게 해고예고의 예외를 인정하는 것은 납득할 수 있다.

다만 일용근로자라 하더라도 근로제공이 일정기간 계속되었다면, 계속고용에 대한 기대나 신뢰가 형성될 수 있고, 해고예고제도를 둔 취지에 비추어 그 근로계약형식을 불문하고 이를 적용받을 수 있도록 할 필요가 있다. 근로의 형식만을 가지고 보호 밖에 두면 이를 악용하는 경우가 얼마든지 발생할 수 있기 때문이다. 문제는 일용근로가 어느 정도 계속되어야 계속고용에 대한 기대나 신뢰가 형성되었다고 볼 수 있는냐인데, 이 사건 법률조항은 이를 3개월로 정하고 있다. 3개월을 계속하여 근로한 경우에는 그 형식과 상관없이 근로의 성질이나 근로자를 보호할 필요성이 상용근로자와 다르지 않다고 보아 근로기준법이 이를 보호하도록 한 것이다.

살피건대 3개월을 계속하여 근로한다는 것은 적어도 2회 이상의 계절을 거치는 동안 동일한 사용자에 대하여 근로를 제공하는 것이어서, 3개월이라는 기간 자체만으로 판단할 때에도 ‘임시’라고 보기 어렵다. 또한, 동일한 고용주에게 3개월 이상 계속하여 고용되어 근로를 제공할 경우, 소득세법이나 산업재해보상보험법의 적용과 관련하여서도 일용근로자가 아닌 상용근로자와 동일한 취급을 받게 되므로(소득세법 시행령 제20조 제1항, 산업재해보상보험법 시행령 제23조, 제24조), 근로자의 입장에서도 계속근로에 대한 기대감이나 신뢰가 생겨난다고 볼 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 근로계약의 형식 여하에 불구하고 일용근로자를 상용근로자와 동일하게 취급하기 위한 최소한의 기간으로 3개월이라

는 기준을 설정한 것이 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 없다.<sup>42)</sup>

게다가, 3개월이라는 기간이 일용근로자 보호를 위한 최소한의 기준이 될 수 있는지 여부는, 해고예고로 인한 사용자의 부담과 관련하여 해고예고의 기간을 얼마나 두었는지와 이를 이행하지 않았을 경우 어느 정도의 보상을 하도록 하고 있는지와도 깊게 관련된다. 해고예고기간의 장단이나 이에 따른 보상의 많고 적음은 제공된 근로기간이 어느 정도인지에 영향을 받을 수 밖에 없고, 근로기간이 짧은 경우에도 해고예고기간을 상당히 길게 둔다거나 이를 대체할 해고예고수당을 지나치게 많이 지급하도록 하는 것은 해고예고제도를 두는 취지와 부합한다고 볼 수 없기 때문이다.

현행 근로기준법 제35조는, 해고예고를 함에 있어 30일 전에 하도록 하고, 30일 전에 예고를 하지 않았을 경우 30일분 이상의 통상임금을 지급하도록 하고 있다. 그런데, 일용근로형식의 계약을 체결하고 근속기간이 미쳐 3개월에 이르지 못한 근로자를 해고할 때에도, 30일 전에 그 예고를 하게 하거나 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하도록 한다면, 이는 사용자에게 지나치게 불리하여 해고예고제도의 취지와 부합한다고 보기 어렵다. 특히 이 사건과 같이 30일 동안 근로하기로 하는 일용근로계약을 체결하고 실제 근로기간도 30일 남짓인 일용근로자를 해고할 때에도, 30일 전에 해고예고를 하도록 하거나 30일분 이상의 통상임금을 해고예고수당으로 지급하도록 한다면, 이는 정당한 이유가 있을 때조차 해고할 수 없도록 하는 것과 다를 바 없다. 이러한 측면에서도, 근속기간이 3개월이 되지 않은 일용근로자를 해고예고제도의 적용에서 제외하였다고 하여 이것이 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 없다.

42) 현행 제도의 문제점 및 외국의 사례를 볼 때, 단기 근로계약 및 임시직 업무에 대하여는 원칙적으로 해고예고가 적용되지 않는 것으로 하되, 계속하여 근무한 기간이 일정 기간을 상회하는 경우에는 해고예고가 적용 배제되지 않는 것으로 하는 개선방안과, 해고예고의 적용제외에 대한 예외로서 해고예외가 적용되는지 여부를 판단할 기준이 될 “계속하여 사용된 기간”을 사유별로 구분하지 않고 통일화하는 개선방안이 고려될 수 있을 것이다. - 고용노동부, ‘해고제도의 합리적 개선방안 마련을 위한 연구’, 2014, 14-15면.; 김기선, [월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도에서 제외하는 것은 위헌: 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3], 노동리뷰 2016년 2월호; 김태현, 70면에서 재인용

#### 4. 이 사건 결정의 의의

가. 헌법재판소는 2015. 12. 23. 2014헌바3 결정에서 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도의 적용예외 사유로 규정한 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제35조 제3호가 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 근로의 권리를 침해하고, 평등원칙에 위배된다고 보아 위헌이라는 결정을 내렸다. 위 결정은 실질적으로 동일한 내용을 규정한 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 개정되고 2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정되기 전의 것) 제35조 제3호가 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였던 종전의 선례(헌재 2001. 7. 19. 99헌마663 결정)를 변경한 것이었다.

나. 이 사건 결정은 근로기준법의 해고예고제도의 적용예외 사유를 열거한 근로기준법 제35조 중 제1호에 대하여 판단한 것인데, 위 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3 결정에서 실시한 것과 같은 취지로 해고예고에 관한 권리가 근로의 권리의 내용에 포함됨을 다시 한 번 확인하고, 다만, 구체적 적용대상이나 예고기간 등에 관하여 입법자에 입법형성의 재량이 주어졌음을 명시하였다. 그리고 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3 결정과는 달리 평등권 침해 여부에 대하여는 별도로 판단하지 않았다.



## 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제170조 제1항 등 위헌소원 사건

- 선의의 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있는 기간을 제한한 법률조항이 선의의 투자자의 재산권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2017. 6. 29. 2015헌바376등, 판례집 29-1, 275)

공수진\*

### 【판시사항】

회계감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 선의의 투자자에게 손해를 발생하게 한 경우, 선의의 투자자에 대한 회계감사인의 손해배상책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니하면 소멸한다고 규정한 심판대상조항들이 선의의 투자자인 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 구 증권거래법(1997. 12. 13. 법률 제5423호로 개정되고, 2007. 7. 19. 법률 제8527호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항 중 구 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항 본문을 준용하는 부분, ② 구 증권거래법(2008. 3. 21. 법률 제8985호로 개정되고, 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 제197조 제1항 중 구 ‘주식

---

\* 헌법연구관

회사의 외부감사에 관한 법률’(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항 본문을 준용하는 부분, ③ 구 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(2009. 2. 3. 법률 제9407호로 개정되고, 2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’을 ‘자본시장법’이라 한다) 제170조 제1항 중 구 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’(2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되고, 2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’을 ‘외부감사법’이라 한다) 제17조 제7항 본문을 준용하는 부분(이하 ①, ②, ③을 합하여 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

### 【심판대상조항】

구 증권거래법(1997. 12. 13. 법률 제5423호로 개정되고, 2007. 7. 19. 법률 제8527호로 개정되기 전의 것)

제197조(감사인의 손해배상책임) ① 선의의 투자자에 대한 감사인의 손해배상 책임은 주식회사의외부감사에관한법률 제17조 제2항 내지 제7항의 규정을 준용한다.

구 증권거래법(2008. 3. 21. 법률 제8985호로 개정되고, 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것)

제197조(감사인의 손해배상책임) ① 선의의 투자자가 사업보고서에 첨부된 감사보고서를 신뢰하여 손해를 입은 경우에 감사인의 손해배상책임은 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제17조 제2항부터 제7항까지의 규정을 준용한다.

구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2009. 2. 3. 법률 제9407호로 개정되고, 2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것)

제170조(회계감사인의 손해배상책임) ① 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제17조 제2항부터 제7항까지의 규정은 선의의 투자자가 사업보고서 등에 첨부된 회계감사인(외국회계감사인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 감사보고서를 신뢰하여 손해를 입은 경우 그 회계감사인의 손해배상책임에 관하여 준용한다.

## **【관련조항】**

구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(1998. 1. 8. 법률 제5497호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것)

제17조(손해배상책임) ② 감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 단서 생략

주식회사의 외부감사에 관한 법률(2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정된 것)

제17조(손해배상책임) ② 감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다. 단서 생략

구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것)

제17조(손해배상책임) ⑦ 제1항 내지 제4항의 규정에 의한 손해배상책임은 그 청구권자가 당해 사실을 안 날로부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날로부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니한 때에는 소멸한다. 다만, 제4조의 규정에 의한 선임에 있어서 계약으로 그 기간을 연장할 수 있다.

구 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되고, 2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정되기 전의 것)

제17조(손해배상책임) ⑦ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 손해배상책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니하면 소멸한다. 다만, 제4조에 따른 선임을 할 때 계약으로 그 기간을 연장할 수 있다.

## **【사건의 개요】**

### **1. 심판청구에 이르게 된 경위**

헌재 2017. 6. 29. 2015헌바376등(이하 ‘대상결정’이라 한다)은 17건이 병합되어 처리된 사건이다. 17건은 심판청구에 이르게 된 경위가 유사하므로, 공통적인 사실관계를 중심으로 살펴본다.

회계법인은 저축은행의 외부감사인으로서 재무제표에 대하여 '적정의견'을 표명한 감사보고서를 제출하였고, 저축은행이 발행한 후순위사채에 대한 증권신고서 및 투자설명서에는 위 재무제표에 대한 감사보고서가 첨부되어 있었으며, 이후 저축은행은 영업정지결정 및 파산선고를 받았다.

청구인들은 저축은행의 후순위사채를 취득한 사람으로서, 회계법인을 상대로 자본시장법 제170조 제1항 등에 기하여 후순위사채를 취득함으로써 발생한 손해의 배상을 청구하는 소를 제기하였으나, 당해 사실을 안 날로부터 1년 또는 감사보고서가 제출된 날로부터 3년이 지나 제척기간을 초과하였다는 이유로 모두 소각하 판결을 받았다.

이에 청구인들은 항소심 계속 중 자본시장법 제170조 제1항, 외부감사법 제17조 제9항에 대하여 위헌제청신청을 하였고, 각하 또는 기각결정을 받아, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장

가. 자본시장법상 회계감사인의 선의의 투자자에 대한 손해배상책임은 불법행위책임의 성질을 갖는바, 심판대상조항들은 합리적인 이유 없이 회계감사인의 손해배상책임의 제척기간을 민법상 불법행위책임의 소멸시효기간에 비하여 지나치게 짧게 정함으로써 선의의 투자자의 재산권을 침해한다.

나. 민법 제163조에 따른 채권과 구 자본시장법 제170조 제1항에 따른 손해배상청구권은 본질적으로 다름에도 불구하고 동일한 3년의 소멸시효기간 내지 제척기간을 적용받는다. 또한 민법 제755조 내지 제759조, 자동차손해배상 보장법 제3조, 제조물책임법 제4조(이하 위 조항들을 함께 '민법 제755조 등'이라 한다)에 따른 각 손해배상청구권과 구 자본시장법 제170조 제1항에 따른 손해배상청구권은 청구권자의 보호를 위하여 입증책임을 전환하였다는 점에서 본질적으로 동일함에도 불구하고, 전자는 3년 및 10년의 소멸시효기간(민법 제766조, 자동차손해배상 보장법 제4조, 제조물책임법 제7조 참조)을, 후자는 1년 및 3년의 제척기간을 각각 적용받아 다르게 취급된다. 따라서 심판대상조항들은 평등권을 침해한다.

## 【결정요지】

심판대상조항들은 소송의 증가와 장기화로 야기될 수 있는 회계감사인의 불안정한 법적 지위를 제거하여 자본시장의 안정을 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

“청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내” 중 “해당 사실을 안 날”이란 회계감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 하였다(이하 이를 ‘부실기재’라 한다)는 사실을 현실적으로 인식한 때를 의미하는데, 선의의 투자자들은 감독당국의 공시나 수사기관의 발표를 통하여 부실기재를 현실적으로 인식할 수 있고, 구 증권거래법 및 자본시장법상 손해배상책임은 입증책임이 전환되어 있으며, 손해배상액이 추정되어 있는 등 선의의 투자자가 손해배상청구권을 비교적 신속하고 용이하게 행사할 수 있으므로, 위 기간은 선의의 투자자가 그 손해배상청구권을 행사하기에 부족한 기간이라고 볼 수 없다.

“감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내”의 기간은, 그 기간 이내에 선의의 투자자가 감시당국의 공시 및 수사기관의 발표 등을 통하여 위 기간 내에 감사보고서의 부실기재를 인식할 수 있는 가능성을 열어두면서도, 위 기간이 지나면 소송의 증가와 장기화로 인하여 야기될 수 있는 회계감사인의 불안정한 법적 지위를 제거함으로써 선의의 투자자와 회계감사인의 충돌하는 이익을 조정하고, 나아가 자본시장의 안정을 도모하기 위한 합리적인 수단이 된다.

선의의 투자자들은 구 증권거래법·자본시장법상 손해배상책임과 민법의 불법행위책임을 다 함께 물을 수 있으므로, 심판대상조항들에 따른 제척기간이 경과하더라도 여전히 민법의 불법행위책임에 따른 손해배상청구를 할 수 있다.

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항들이 규정한 제척기간이 지나치게 단기간이어서 선의의 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구권을 행사하는 것을 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다고 볼 수는 없으므로, 입법자의 재량범위를 벗어나지 않았다. 따라서 심판대상조항들은 청구인들의 재산권을 침해하지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 이 사건의 쟁점

선의의 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있는 기간을 제한한 심판대상조항들이 선의의 투자자인 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부가 문제된다.

청구인들은 민법 제163조에 따른 채권과 구 자본시장법 제170조 제1항에 따른 손해배상청구권은 본질적으로 다름에도 불구하고 동일하게 취급되고 있고, 또한 민법 제755조 등에 따른 각 손해배상청구권과 구 자본시장법 제170조 제1항에 따른 손해배상청구권은 본질적으로 동일함에도 불구하고 다르게 취급되고 있으므로 평등권이 침해되었다고 주장하였다. 그런데 위 각 채권 및 손해배상청구권은 각자 그 취지가 다른 별개의 제도에 근거한 것이므로, 단순히 소멸시효 내지 제척기간의 적용을 받는다고 하여 민법 제163조의 채권, 민법 제755조 등에 따른 손해배상청구권과 구 증권거래법 제197조 제1항 내지 구 자본시장법 제170조 제1항에 따른 손해배상청구권이 의미 있는 비교대상이 된다고 보기 어렵다. 이와 같은 이유로 대상결정은 청구인들의 평등권 침해 주장은 받아들이지 않았다.

### 2. 심판대상 확정

#### 가. 구 증권거래법 및 자본시장법 개정 연혁

대상결정에서 문제된 구 증권거래법 제197조 제1항 및 구 자본시장법 제170조 제1항의 개정 연혁을 정리하면 다음 표와 같다.

	심판대상조항	시행기간	관련 부칙 조항
①	구 증권거래법(1997. 12. 13. 법률 제5423호로 개정되고, 2007. 7. 19. 법률 제8527호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항	1998. 4. 1. 부터 2008. 1. 19.	

	심판대상조항	시행기간	관련 부칙 조항
②	<p>구 증권거래법(2007. 7. 19. 법률 제8527호로 개정되고, 2008. 3. 21. 법률 제8985호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항</p>	<p>2008. 1. 20. 부터 2008. 3. 20.</p>	<p>증권거래법 부칙(2007. 7. 19. 법률 제8527호) 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.</p>
③	<p>구 증권거래법(2008. 3. 21. 법률 제8985호로 개정되고, 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 제 197조 제1항</p>	<p>2008. 3. 21. 부터 2009. 2. 3.</p>	<p>증권거래법 부칙(2008. 3. 21. 법률 제8985호) ②(적용례) 이 법은 <u>인법 시행 후 최초로 제출하는</u> 유가증권신고서, 사업설명서(예비사업설명서 및 간이사업설명서를 포함한다), 사업보고서, 반기보고서, 분기보고서 등부터 적용한다.</p>
④	<p>구 자본시장법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 제정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9407호로 개정되기 전의 것) 제 170조 제1항</p>		<p>증권거래법 부칙(2007. 8. 3. 법률 제8635호) 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 자본시장법 부칙(2007. 8. 3. 법률 제8635호) 제25조(감사인의 손해배상책임에 관한 경과조치) <u>중전의 「증권거래법」 제194조의3에 따라 회계감사를 한 감사인의 손해배상책임에 관하여는 제170조에 불구하고 중전의 「증권거래법」 제197조에 따른다.</u></p>
⑤	<p>구 자본시장법(2009. 2. 3. 법률 제9407호로 개정되고, 2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것) 제170조 제1항</p>	<p>2009. 2. 4. 부터 2014. 1. 27.</p>	<p>자본시장법 부칙(2009. 2. 3. 법률 제9407호) 제1조(시행일) 이 법은 2009년 2월 4일부터 시행한다.</p>
⑥	<p>자본시장법(2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정된 것) 제170조 제1항</p>	<p>2014. 1. 28. 이후</p>	<p>자본시장법 부칙(2014. 1. 28. 법률 제12383호) 제2조(손해배상에 관한 적용례) 제115조 제2항·제3항, <u>제170조 제1항 및 제241조 제2항·제3항의 개정규정은 이 법 시행일이 속하는 연도에 최초로 시작되는 사업연도에 대한 재무제표 및 감사보고서부터 적용한다.</u></p>

**나. 당해 소송사건에 적용되는 법률조항**

대상결정에서는 제척기간은 기산점으로 정하는 객관적 사실이 있는 날, 즉 회계감사인이 감사보고서를 제출한 날 당시에 시행되던 법률에 의하여 정해진다고 판단하였다.<sup>1)</sup> 위 2. 가. 부분에서 연혁별로 살펴본 구 증권거래법 제197조 제1항, 구 자본시장법 제170조 제1항 중 회계감사인이 감사보고서를 제출한 날을 기준으로 당해 소송사건에 적용되는 법률조항을 특정하면 다음과 같다.

	사채(발행일)	첨부된 감사보고서(제출일)	사건번호	적용되는 법률조항
○○ 저축 은행	제11회 후순위사채 (2007. 6. 22.)	23기 재무제표(2005. 8. 18.) 24기 재무제표(2006. 9. 7.)	2016헌바292	①
	제12회 후순위사채 (2008. 3. 28.)	24기 재무제표(2006. 9. 7.) 25기 재무제표(2007. 9. 10.)	2016헌바47, 292	①
	제13회 후순위사채 (2009. 4. 10.)	상동	2016헌바47, 292	①
	제14회 후순위사채 (2010. 3. 26.)	25기 재무제표(2007. 9. 10.) 26기 재무제표(2008. 9. 3.) 27기 재무제표(2009. 9. 4.)	2015헌바376, 394	①, ③, ⑤
	제15회 후순위사채 (2010. 9. 17.)	25기 재무제표(2007. 9. 10.) 26기 재무제표(2008. 9. 3.) 27기 재무제표(2009. 9. 4.) 28기 재무제표(2010. 8. 27.)	2015헌바376, 394	①, ③, ⑤

1) 당해 소송사건 중 1건(서울고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015나2022555)은 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 기준을 적용하여 제척기간을 도과하였다고 판단했으나 위 사건에서 감사보고서를 제출한 날을 기준으로 하더라도 3년을 도과하였음이 확인되고, 주관적 인식을 기준으로 기산점을 확정하는 것은 청구인들의 입증을 요하는 문제이므로, 여러 사건이 병합된 대상결정의 경우에는 객관적 사실인 감사보고서를 제출한 날을 기준으로 심판대상 연혁을 특정하였다.

	사채(발행일)	첨부된 감사보고서(제출일)	사건번호	적용되는 법률조항
□□ 저축 은행	제3회 후순위사채 (2009. 5. 29.)	6기 재무제표(2006. 9. 29.) 7기 재무제표(2007. 8. 31.)	2015헌바393	①
	제4회 후순위사채 (2009. 9. 11.)	6기 재무제표(2006. 9. 29.) 7기 재무제표(2007. 8. 31.) 8기 재무제표(2008. 9. 3.) 9기 재무제표(2009. 9. 4.)	2016헌바352	①, ③, ⑤
	제5회 후순위사채 (2010. 10. 22.)	7기 재무제표(2007. 8. 31.) 8기 재무제표(2008. 9. 3.) 9기 재무제표(2009. 9. 4.) 10기 재무제표(2010. 9.경)	2015헌바445	①, ③, ⑤
△△ 저축 은행	제3회 후순위사채 (2009. 10. 22.)	40기 재무제표(2007. 9. 27.) 41기 재무제표(2008. 9. 1.) 42기 재무제표(2009. 8. 31.)	2015헌바446	①, ③, ⑤
	제4회 후순위사채 (2010. 4. 16.)	41기 재무제표(2008. 9. 1.) 42기 재무제표(2009. 8. 31.)	2015헌바446	③, ⑤
▽▽ 저축 은행	제4회 후순위사채 (2006. 12. 22.)	34기 재무제표(2005. 9. 21.) 35기 재무제표(2006. 9. 12.)	2016헌바271, 366	①
	제5회 후순위사채 (2008. 6. 9.)	35기 재무제표(2006. 9. 12.) 36기 재무제표(2007. 9. 11.)	2016헌바271, 366	①
	제6회 후순위사채 (2009. 9. 29.)	35기 재무제표(2006. 9. 12.) 36기 재무제표(2007. 9. 11.) 37기 재무제표(2008. 9. 8.) 38기 재무제표(2009. 9. 9.)	2016헌바50, 273	①, ③, ⑤
	제7회 후순위사채 (2010. 3. 19.)	36기 재무제표(2007. 9. 11.) 37기 재무제표(2008. 9. 8.) 38기 재무제표(2009. 9. 9.)	2016헌바273	①, ③, ⑤
×× 저축 은행	제1회 후순위사채 (2009. 6. 19.)	37기 재무제표(2007. 9. 3.) 38기 재무제표(2008. 9. 4.)	2016헌바199	①, ③
◇◇ 저축 은행	제2회 후순위사채 (2009. 7. 17.)	38기 재무제표(2008. 9. 3.)	2016헌바256, 345	③
	제3회 후순위사채 (2009. 10. 23.)	39기 재무제표(2009. 9. 4.)	2016헌바255, 291	⑤

### 다. 심판대상조항

이 사건 심판대상은 위 2. 가. 부분에서 ①, ③, ⑤에 해당하는 구 증권거래법(1997. 12. 13. 법률 제5423호로 개정되고, 2007. 7. 19. 법률 제8527호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항 중 구 외부감사법(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항 본문을 준용하는 부분, 구 증권거래법(2008. 3. 21. 법률 제8985호로 개정되고, 2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 제197조 제1항 중 구 외부감사법(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되고, 2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항 본문을 준용하는 부분, 구 자본시장법(2009. 2. 3. 법률 제9407호로 개정되고, 2014. 1. 28. 법률 제12383호로 개정되기 전의 것) 제170조 제1항 중 구 외부감사법(2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되고, 2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정되기 전의 것) 제17조 제7항 본문을 준용하는 부분의 위헌 여부이다.

## 3. 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임

### 가. 민법상 손해배상책임

민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정한다. 제3자가 감사인에 대하여 민법 제750조에 따른 손해배상책임을 묻기 위해서는 감사인의 고의 또는 과실, 손해 발생, 인과관계의 존재, 손해액에 대하여 별도의 주장, 입증을 하여야 한다.

다만 대법원은 “주식거래에 있어서 대상 기업의 재무상태는 주가를 형성하는 가장 중요한 요인 중 하나이고, 대상 기업의 재무제표에 대한 외부감사인의 회계감사를 거쳐 작성된 감사보고서는 대상 기업의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반투자자에게 제공·공표되어 그 주가 형성에 결정적인 영향을 미치는 것이므로, 주식투자를 하는 일반투자자로서는 그 대상 기업의 재무상태를 가장 잘 나타내는 감사보고서가 정당하게 작성되어 공표된 것으로 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성되었으리라는 생각 아래 대상 기업의 주식을 거래한 것으로 보아야 할 것

이다.”라고 판시하여, 민법상 불법행위에 기한 손해배상책임 성립에 있어 인과관계를 사실상 추정하는 입장을 취한다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결; 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다28082 판결 등 참조).

민법상 손해배상청구의 경우 “주식을 매수한 원고가 소외 회사의 분식결산 및 피고의 부실감사로 인하여 입은 손해액은 위와 같은 분식결산 및 부실감사로 인하여 상실하게 된 주가 상당액이라고 봄이 상당하고, 이 사건의 경우 이와 같은 분식결산 및 부실감사로 인하여 상실하게 된 주가 상당액은 특별한 사정이 없는 한 분식결산 및 부실감사가 밝혀져 거래가 정지되기 전에 정상적으로 형성된 주가와 분식결산 및 부실감사로 인한 거래정지가 해제되고 거래가 재개된 후 계속된 하중가를 벗어난 시점에 정상적으로 형성된 주가의, 또는 그 이상의 가격으로 매도한 경우에는 그 매도가액과의 차액 상당”이라고 판시하였다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다20405 판결 등 참조). 사채를 매입하였던 경우 “손해액은 사채권의 매입대금에서 사채권의 실제가치, 즉 증권신고서와 투자설명서의 중요사항에 관한 부실 기재가 없었더라면 형성되었을 사채권의 가액을 공제한 금액으로서 원칙적으로 불법행위 시인 사채권의 매입 시를 기준으로 산정하여야 한다.”(대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다211032 판결).

민법상 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간, 불법행위를 한 날로부터 10년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다(민법 제766조).

## 나. 외부감사법에 따른 손해배상책임

외부감사법 제17조 제2항은 “감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정한다.

외부감사법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리를 적정하게 하도록 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(외부감사법

제1조). 외부감사의 대상이 되는 회사는 ① 직전 사업연도 말의 자산총액이 120억 원 이상인 주식회사, ② 주권상장법인과 해당 사업연도 또는 다음 사업연도 중에 주권상장법인이 되려는 주식회사, ③ 직전 사업연도 말의 부채총액이 70억 원 이상이고 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사, ④ 직전 사업연도 말의 종업원 수가 300명 이상이고 자산총액이 70억 원 이상인 주식회사로, 외부감사의 범위는 위 각 회사의 재무제표로 한정된다(외부감사법 제2조, 동법 시행령 제2조 제1항 제1호). 위와 같은 감사를 실시하는 감사인은 ① 공인회계사법 제23조에 따른 회계법인, ② 공인회계사법 제41조의 규정에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 총리령이 정하는 바에 의하여 등록을 한 감사반으로 한정된다(외부감사법 제3조 제1항). 이상의 규정에 비추어 보면, 외부감사법 제17조 제2항의 규정에 따라 손해배상책임을 지는 감사인은 동법 제2조에 따라 외부감사의 대상이 되는 회사에 대하여 외부감사를 하는 감사인에 한정된다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다 9311, 9328 판결 참조).

위 조항에 따른 손해배상책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니하면 소멸한다. 다만, 외부감사인을 선임할 때 계약으로 그 기간을 연장할 수 있다(외부감사법 제17조 제9항).

#### 다. 자본시장법에 따른 손해배상책임

자본시장법상 감사인의 책임은 제3편 ‘증권의 발행 및 유통’ 중 제125조, 제162조, 제170조 등에서 규정하고 있다. 구 증권거래법은 제14조, 제186조의2, 제197조 등에서 현행 자본시장법과 동일한 내용을 규정하였다.

증권의 발행과 관련하여 제125조 제1항 제3호는 “증권신고서 중 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 증권에 취득자가 손해를 입은 경우 그 증권신고서의 기재사항 또는 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하여 서명한 공인회계사·감정인 또는 신용평가를 전문으로 하는 자 등 대통령령으로 정하는 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다.”고 규정한다. 위 조항에 따른 배상의 책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 해당

증권에 관하여 증권신고서의 효력이 발생한 날부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니한 경우에는 소멸한다(자본시장법 제127조, 이하 자본시장법을 인용하는 경우 법률명은 생략한다).

증권의 유통과 관련하여 제162조 제1항 제3호는 “사업보고서·반기보고서·분기보고서·주요사항보고서(이하 ‘사업보고서 등’이라 한다) 및 그 첨부서류(회계감사인의 감사보고서는 제외한다)에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 사업보고서 제출대상법인이 발행한 증권에 취득자 또는 처분자가 손해를 입은 경우에는 그 사업보고서 등의 기재사항 및 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하여 서명한 공인회계사·감정인 또는 신용평가를 전문으로 하는 자 등 대통령령으로 정하는 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다.”고 규정한다. 위 조항에 따른 배상의 책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 해당 제출일로부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니한 경우에는 소멸한다(제162조 제5항).

회계감사인의 손해배상책임과 관련하여 제169조, 제170조 제1항이 적용된다. 제169조 제1항은 금융위원회와 거래소에 재무에 관한 서류를 제출하는 자 중 대통령령으로 정하는 자는 외부감사법에 의하여 회계감사를 받아야 하고, 다만 기업경영 등 비밀유지 및 기업부담과 투자자 보호와의 형평등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사항에 대하여는 그러하지 아니한다고 규정한다. 위 조항의 위임을 받은 자본시장법 시행령 제189조 제1항은 ① 사업보고서 제출대상법인, ② 동시행령 제167조 제1항 제2호 각 목의 어느 하나에 해당하는 증권에 대하여 동법 제130조에 따라 신고서를 제출하지 아니하고 모집 또는 매출을 한 법인은<sup>2)</sup> 회계감사를 받아야 한다고 규정한다.

2) 자본시장법 시행령 제167조(사업보고서 제출대상법인 등) ① 법 제159조 제1항 본문에서 “대통령령으로 정하는 법인”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 증권을 증권시장에 상장한 발행인 가. 주권 외의 지분증권[집합투자증권과 자산유동화계획에 따른 유동화전문회사등(「자산유동화에 관한 법률」 제3조에 따른 유동화전문회사등을 말한다)이 발행하는 출자지분은 제외한다]
- 나. 무보증사채권(담보부사채권과 제362조 제8항에 따른 보증사채권을 제외한 사채권을 말한다)
- 다. 전환사채권·신주인수권부사채권·이익참가부사채권 또는 교환사채권

다. 이때 “사업보고서 제출대상법인”이란 주권상장법인 및 ① 주권 이외의 일정한 증권<sup>3)</sup>을 상장한 발행인, ② 주권과 일정한 증권을 공모한 발행인, ③ 위 ②의 증권종류별로 그 소유자수가 500인 이상인 외부감사법상 피감사법인을 말한다(제159조 제1항, 동법 시행령 제167조 제1항 참조).

자본시장법 제170조 제1항은 “『주식회사의 외부감사에 관한 법률』 제17조 제2항부터 제9항까지의 규정은 선의의 투자자가 사업보고서 등에 첨부된 회계감사인의 감사보고서를 신뢰하여 손해를 입은 경우 그 회계감사인의 손해배상책임에 관하여 준용한다.”고 규정한다. 이하 이 글에서 자본시장법 제170조에 따른 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임을 ‘회계감사인의 선의의 투자자에 대한 손해배상책임’이라고 하고, 이에 관하여 다음 4.항에서 자세히 살펴본다.

라. 신주인수권이 표시된 것

마. 증권예탁증권(주권 또는 가목부터 라목까지의 증권과 관련된 증권예탁증권만 해당한다)

바. 파생결합증권

2. 제1호 외에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 증권을 모집 또는 매출(법 제117조의10 제1항에 따른 모집과 법 제130조 제1항 본문에 따른 모집 또는 매출은 제외한다)한 발행인(주권상장법인 또는 제1호에 따른 발행인으로서 해당 증권의 상장이 폐지된 발행인을 포함한다)

가. 주권

나. 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 증권

자본시장법 제130조(신고서를 제출하지 아니하는 모집·매출) ① 제119조 제1항에 따른 신고서를 제출하지 아니하고 증권을 모집 또는 매출하는 발행인은 투자자를 보호하기 위하여 재무상태에 관한 사항의 공시, 그 밖에 대통령령으로 정하는 조치를 하여야 한다. 다만, 제119조 제6항에서 정한 사유에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

자본시장법 시행령 제137조(신고서를 제출하지 아니하는 모집·매출) ① 법 제130조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 조치”란 다음 각 호의 조치를 말한다.

5. 다음 각 목의 결산에 관한 서류를 매 사업연도 경과 후 90일 이내에 금융위원회에 제출할 것. 다만, 법 제159조 제1항에 따른 사업보고서 제출대상법인, 제176조 제1항 각 호에 따른 외국법인등, 모집 또는 매출한 증권의 상황 또는 소각을 완료한 법인 및 제362조 제8항에 따른 보증사채권만을 발행한 법인의 경우에는 그러하지 아니하다.

라. 회계감사인의 감사보고서(회계감사인의 회계감사를 받은 법인만 해당한다)

- 3) 위 각주 3번에서 인용한 자본시장법 시행령 제167조 제1항 제1호 각 목에 규정된 증권을 말한다.

**라. 민법, 외부감사법, 자본시장법에 따른 손해배상책임의 관계**

**(1) 주요 차이점**

	민법	외부감사법	자본시장법
적용범위		자산총액이 120억 원 이상인 주식회사 등 (외부감사법 §2)	주권상장법인 등 (자본시장법 §169)
고의·과실	투자자의 주장·입증	외부감사인이 고의·과실 없음을 주장·입증 (외부감사법 §17⑤)	회계감사인이 고의·과실 없음을 주장·입증 (자본시장법 §170①, 외부감사법 §17⑤)
손해배상액	[부실감사사실이 밝혀지기 전 정상적으로 형성된 주가] - [부실감사사실이 밝혀지고 계속된 하중가를 벗어난 시점에 정상적으로 형성된 주가] (96다41991 등 판결)	손해배상액 산정에 관한 조항 없음 → 민법상 손해배상액에 관한 판례(96다41991 등)와 같이 판단될 것 <sup>4)</sup>	[증권 취득액] - [변론종결시 증권의 시장가격 혹은 변론종결 전 증권처분가격] (자본시장법 §170②)
소멸시효/제척기간	안 날부터 3년, 불법행위 시부터 10년(민법 §766)	안 날부터 1년, 감사보고서 제출일부터 3년 (외부감사법 §17⑨)	좌동(심판대상조항들)

위 표의 기재와 같이 각 법의 적용범위가 다른 점, 외부감사법 제18조 본문은 “공인회계사의 감사에 관한 자본시장법의 규정이 이 법과 다른 경우에는 그 규정을 적용한다.”고 규정한 점 등을 고려하면, 민법은 외부감사법, 자본시장법과의 관계에서 일반법, 외부감사법은 자본시장법과의 관계에서 일반법으로 볼 수 있다는 견해가 있다.<sup>5)</sup>

4) 이준섭, ‘채무정보공시에 대한 외부감사인의 손해배상책임’, 상사법연구 제17권 제2호, 1998, 171-172면; 이준섭, ‘공인회계사의 제3자에 대한 손해배상책임’, 고시계, 제47권 제11호, 2002. 10, 121-122면; 표성수, ‘주식회사 감사인의 특수한 법적 책임’, 인권과 정의, 제360호, 2006. 8, 99-100면 참조.

5) 김건식·정순섭, 자본시장법, 두성사, 제3판, 2013, 234면; 임재연, 자본시장법, 박영사, 2016, 476면; 이준섭, ‘외부감사인의 비례책임제도’, 상사법연구, 제33권 제3호, 2014. 11, 75-77면; 최광선, ‘감사인의 손해배상책임에 대한 비판적 검토: 청구권경합설을 중심으로’, 저스티스, 제149호, 2015. 8, 66-68면 참조.

## (2) 청구권경합

대법원은 구 증권거래법이 문제된 사안에서, 증권거래법상 감사인의 선의의 투자자에 대한 손해배상책임은 그 발생의 요건이 특정되어 있고, 그에 대한 입증책임이 전환되어 있을 뿐만 아니라 손해배상액이 추정되어 선의의 투자자가 보다 신속하게 구제받을 수 있게 하는 한편, 유가증권시장의 안정을 도모하기 위하여 그 책임을 물을 수 있는 기간이 단기간으로 제한되어 있는 손해배상책임으로서 민법상의 불법행위책임과는 별도로 인정되는 법정책임이라 할 것이므로, 감사인의 부실감사로 인하여 손해를 입게 된 선의의 일반 주식투자자들은 감사인에 대하여 증권거래법상의 손해배상책임과 민법상의 불법행위책임을 다함께 물을 수 있다고 판시하여 청구권경합설을 채택하고 있다(대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결 참조). 헌법재판소 역시 감사인은 민법상의 일반불법행위책임뿐만 아니라 구 증권거래법 제197조 제1항, 외부감사법 제17조 제2항에 따른 책임을 부담하게 된다고 판시하였다(헌재 1996. 10. 4. 94헌가8, 판례집 8-2, 239, 249 참조).

한편 청구권경합설을 취하게 되면 부실감사로 인한 분쟁의 신속한 종식을 통하여 자본시장의 안정을 도모한다는 자본시장법상 회계감사인의 손해배상책임의 입법목적이 무색해진다는 점, 청구권경합은 계약에 의한 청구권과 불법행위로 인한 청구권이 경합하는 경우에만 인정되는 것이므로 일반불법행위와 특별불법행위에 따른 각 손해배상청구권의 경우에는 인정될 여지가 없다는 점을 들어 대법원 판례를 비판하는 견해가 있다.<sup>6)</sup>

## 4. 회계감사인의 선의의 투자자에 대한 손해배상책임

### 가. 외부감사법 제17조 제2항의 준용

선의의 투자자가 사업보고서·반기보고서·분기보고서·주요사항보고서에 첨부된 회계감사인(외국회계감사인을 포함한다)의 감사보고서를 신뢰하여 손해를 입은 경우 그 회계감사인의 손해배상책임에 관하여 외부감사법 제17조 제2항부터 제9항까지의 규정을 준용한다[구 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’ 제17조 각 항은 2013. 12. 30. 법률 제12148호 개정으로 그 위치

6) 한국증권법학회, 자본시장법 주석서I, 박영사, 2009, 786-787면; 이준섭, ‘재무정보 공시에 대한 외부감사인의 손해배상책임’, 80-83면 참조.

가 바뀌었다. 이하 본문에서는 외부감사법(2013. 12. 30. 법률 제12148호로 개정된 것) 제17조 각 항을 인용한다. 외부감사법 제17조 제2항은 “감사인 이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정한다.

## 나. 주체

자본시장법상 회계감사인이란 외부감사법 제3조 제1항에 따른 감사인을 말하고(제114조 제3항 참조), 위 조항에 따른 감사인이란 ① 공인회계사법 제23조에 따른 회계법인, ② 공인회계사법 제41조의 규정에 의하여 설립된 한국공인회계사회에 총리령이 정하는 바에 의하여 등록을 한 감사관을 말한다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2001다9311, 9328 판결 참조).

## 다. 요건

### (1) 고의 또는 과실

#### (가) 판단기준

감사인은 주식회사에 대한 감사업무를 수행함에 있어서 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시함으로써, 피감사회사의 재무제표에 적정한 의견을 표명하지 못함으로써 인한 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 주의의무가 있다(외부감사법 제1조, 제5조 제1항). 외부감사법 제5조 제2항에 의하면 회계감사기준은 한국공인회계사회가 정하되, 금융위원회의 사전승인을 받아야 한다. 회계감사기준 및 한국공인회계사회가 그 시행을 위하여 마련한 회계감사준칙은 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것으로서 감사인의 주의의무 위반 여부에 대한 판단의 주요한 기준이 된다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결 참조).

#### (나) 증명책임의 전환

감사인 또는 감사에 참여한 공인회계사가 손해배상책임을 면하기 위해서는 그 임무를 게을리하지 아니하였음을 증명하여야 한다(외부감사법 제

17조 제7항 본문). 다만 외부감사법에 의하여 감사인을 선임한 회사, 은행, 보험회사, 종합금융회사, 상호저축은행에 해당하는 자가 감사인 또는 감사에 참여한 공인회계사에 대하여 손해배상 청구의 소를 제기하는 경우에는 그 자가 감사인 또는 감사에 참여한 공인회계사가 임무를 게을리하였음을 증명하여야 한다(외부감사법 제17조 제7항 단서).

## (2) 중요한 사항의 부실기재

회계감사인의 손해배상책임이 인정되려면 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 하여야 한다. 중요한 사항이란 회계에 관련된 재무정보로서 투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것이어야 하고, 이는 신중한 투자자를 기준으로 판단하여야 한다.<sup>7)</sup>

## (3) 인과관계

### (가) 신뢰인과관계

투자자는 “감사보고서를 신뢰하여” 거래를 하였다는 신뢰인과관계를 증명하여야 한다. 대법원은 “주식거래에 있어서 대상 기업의 재무상태는 주가를 형성하는 가장 중요한 요인 중의 하나이고, 대상 기업의 재무제표에 대한 외부감사인의 회계감사를 거쳐 작성된 감사보고서는 대상 기업의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반투자자에게 제공·공표되어 그 주가 형성에 결정적인 영향을 미치는 것이므로, 주식투자를 하는 일반투자자로서는 그 대상 기업의 재무상태를 가장 잘 나타내는 감사보고서가 정당하게 작성되어 공표된 것으로 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성되었으리라는 생각 아래 대상 기업의 주식을 거래한 것으로 보아야 한다.”고 판시하여 신뢰인과관계를 사실상 추정하고 있다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결 참조).

### (나) 손해인과관계

1) 투자자의 손해는 감사인의 부실기재가 원인이 되어 발생하였다는 손해인과관계도 존재하여야 한다.

7) 한국증권법학회, 위의 책, 788면.

## 2) 증명책임의 전환

배상책임은 질 자는 청구권자가 입은 손해액의 전부 또는 일부가 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 발생한 것이 아님을 증명한 경우에는 그 부분에 대하여 배상책임을 지지 아니한다(제170조 제3항).

## (4) 손해의 발생

(가) 감사인의 부실기재로 인하여 투자자에게 손해가 발생하여야 한다.

(나) 손해액의 추정

손해배상금액은 청구권자가 그 증권을 취득 또는 처분함에 있어서 실제로 지급한 금액 또는 받은 금액과 ① 손해배상을 청구하는 소송의 변론이 종결될 때의 그 증권의 시장가격(시장가격이 없는 경우에는 추정처분가격을 말한다), ② 위 소송의 변론종결 전에 그 증권을 처분한 경우 그 처분가격 중 하나에 해당하는 금액과의 차액으로 추정한다(제170조 제2항).

## (5) 소결

손해배상책임이 성립하기 위한 요건은 고의 또는 과실, 중요사항의 부실기재, 인과관계(신뢰인과관계 및 손해인과관계), 손해의 발생이다. 손해배상 청구권자인 투자자는 중요사항의 부실기재, 신뢰인과관계, 손해의 발생만 주장·증명하면 되고, 면책을 주장하는 회계감사인이 임무를 게을리하지 아니하였음(외부감사법 제17조 제7항 본문)과 손해인과관계가 없음(제170조 제3항) 증명하여야 한다.

## 라. 연대책임 및 비례책임

감사인이 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 해당 회사의 이사 또는 감사도 그 책임이 있으면 그 감사인과 해당 회사의 이사 및 감사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(외부감사법 제17조 제4항 본문). 다만, 손해를 배상할 책임이 있는 자가 고의가 없는 경우에는 그 자는 법원이 귀책사유에 따라 정하는 책임비율에 따라 손해를 배상할 책임이 있다(외부감사법 제17조 제4항 단서). 그러나 외부감사법 제17조 제4항 단서에

도 불구하고 손해배상을 청구하는 자의 그 손해배상 청구일이 속하는 달의 직전 12개월간의 소득인정액 합산금액이 1억 5천만 원 이하인 경우에는 감사인과 해당 회사의 이사 및 감사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(외부감사법 제17조 제5항, 동법 시행령 제17조 제1항).

외부감사법 제17조 제4항 단서에 따라 책임비율에 따라 손해를 배상할 책임이 있는 자 중 배상능력이 없는 자가 있어 손해액의 일부를 배상하지 못하는 경우에는 배상능력이 없는 자를 제외한 자가 각자 책임비율의 100분의 50 범위에서 그 책임비율에 비례하여 손해액을 추가로 배상할 책임을 진다(외부감사법 제17조 제6항, 동법 시행령 제17조 제2항).

#### 마. 제척기간

회계감사인의 손해배상책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니하면 소멸한다(외부감사법 제17조 제9항, 심판대상조항들). 여기서 “해당 사실을 안 날”이란 청구권자가 감사보고서의 기재누락이나 허위기재를 현실적으로 인식한 때라고 볼 것이고, 일반인이 그와 같은 사업보고서의 허위기재나 기재누락의 사실을 인식할 수 있는 정도라면 특별한 사정이 없는 한 청구권자도 그러한 사실을 현실적으로 인식하였다고 봄이 상당하다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결 참조).

법문에 “시효로 소멸한다”는 표현이 없는 이상 제척기간으로 보는 것이 다수설이다.<sup>8)</sup> 제척기간이 출소기간인지, 재판상 또는 재판외의 권리행사기간인지를 밝힌 대법원 판례는 발견되지 않으나,<sup>9)</sup> 당해 소송사건 법원들은

8) 임재연, 위의 책, 795-796면; 김건식·정순섭, 위의 책, 248면.

9) 임재연, 위의 책, 796면; 김건식·정순섭, 위의 책, 248면. 대부분의 학설은 단기매매차익 반환청구권에 관한 제척기간을 재판상 또는 재판외의 권리행사기간으로 보고 있는 다음의 판례(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다80203 판결)를 들어 심판대상조항들의 제척기간 역시 재판상 또는 재판외의 권리행사기간으로 보아야 한다는 입장이다. 『구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지, 이하 ‘구 증권거래법’이라 한다) 제188조 제2항의 단기매매차익 반환제도는 주권상장법인 또는 코스닥상장법인의 내부자가 6월 이내의 단기간에 그 법인의 주식 등을 사고파는 경우 미공개 내부정보를 이용하

제척기간을 재판상 또는 재판외 권리행사기간으로 보고 재판외의 의사표시로도 그 권리행사가 가능하여 권리행사 방법이 비교적 용이하고, 소멸시효의 경우와 달리 일단 그 권리를 행사하기만 하면 더 이상 제척기간으로 인한 권리소멸의 문제는 생기지 아니한다고 보고 있다.

외부감사법 제4조에 따라 피감사법인이 감사인을 선임할 때 계약으로 심판대상조항들에 따른 제척기간을 연장할 수 있다(외부감사법 제17조 제9항 단서).

## 5. 심판대상조항들의 연혁 및 헌법재판소 선례

가. 1973. 2. 6. 법률 제2481호로 개정된 증권거래법은 “피감사법인의 재무에 관한 서류 중 중요한 사항에 관하여 허위의 기재가 있거나 기재할 중요한 사항 또는 오해를 방지하기 위하여 필요한 중요한 사실의 기재가 누락된 것을 허위가 아니거나 누락되지 아니하였다고 증명한 공인회계사는 그로 인하여 손해가 발생한 선의의 투자자에게 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하여(제126조의7 제1항), 공인회계사의 제3자에 대한 손해배상책임을 도입하였다. 위 손해배상책임을 그 청구권자가 당해 사실을 안 날로부터 1년 내, 당해 유가증권에 관한 신고가 효력을 발생한 날로부터 3년 내에 그 청구권을 행사하지 아니한 때 소멸한다(제126조의7 제2항, 제8조의4).

나. 1980. 12. 31. 법률 제3297호로 외부감사법이 제정되어 제17조 제2항에서 외부감사인의 제3자에 대한 손해배상책임을 규정하였다. 이에 1982. 3. 29. 법률 제3541호로 개정된 증권거래법 제197조 제1항은 “선의의 투자자에 대한 감사인의 손해배상책임을 외부감사법 제17조 제2항 내지 제4항

---

였을 개연성이 크다는 점에서 거래 자체는 허용하되 그 대신 내부자가 실제로 미공개 내부정보를 이용하였는지나 내부자에게 미공개 내부정보를 이용하여 이득을 취하려는 의사가 있었는지를 묻지 않고 내부자로 하여금 거래로 얻은 이익을 법인에 반환하도록 하는 엄격한 책임을 인정함으로써 내부자가 미공개 내부정보를 이용하여 법인의 주식 등을 거래하는 행위를 간접적으로 규제하려는 제도로, 단기매매차익 반환청구권에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판외의 권리행사기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간은 아니다.」

의 규정을 준용한다.”고 규정하였다. 이에 의하여 준용되는 외부감사법(1980. 12. 31. 법률 제3927호로 제정된 것) 제17조 제2항 전단은 “감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 제3자에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 감사인은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하였다. 동법 제17조 제4항은 위 손해배상책임은 그 청구권자가 당해 사실을 안 날로부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날로부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 아니한 때에는 소멸하고, 다만, 외부감사인 선임에 있어서 계약으로 그 기간을 연장할 수 있다고 규정하였다.

한편 위 증권거래법 제197조 제2항은 손해배상액의 산정에 관하여는 제15조의 규정을 준용한다고 규정하였고, 제15조는 손해배상액은 청구권자가 당해 유가증권을 취득함에 있어서 실지로 지급한 액에서 ① 당해 유가증권에 관하여 소송이 제기되어 있는 때에는 변론종결시에 있어서의 시장가격, ② 위 소송의 변론종결 전에 당해 유가증권을 처분한 때에는 그 처분가격에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다고 규정하였다.

다. 1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정된 외부감사법 제17조 제2항 전단은 “감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하여 신뢰인관계가 인정되는 경우에만 감사인의 손해배상책임을 인정한다는 점을 명시하였다.

라. 헌재 1996. 10. 4. 94헌가8 결정은 증권거래법의 입법연혁, 입법목적, 다른 조항과의 균형 있는 해석을 통해 보면 구 증권거래법(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정되기 전의 것)<sup>10)</sup> 제197조 제1항 및 구 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것)<sup>11)</sup>

10) 연혁 표시에 관한 현행 실무상 기준에 따르면, 구 증권거래법(1982. 3. 29. 법률 제3541호로 개정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5423호로 개정되기 전의 것)으로 기재되어야 한다.

제17조 제2항 전단은 “회계법인인 감사인이 당해 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 위 구 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항 전단에 의한 손해배상책임을 지지 아니하는 것”으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하여, 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임을 과실책임이라는 점을 명확히 하였다(헌재 1996. 10. 4. 94헌가8, 판례집 8-2, 239, 244-251 참조).

위 결정은 증권거래법 제197조 제2항이 동법 제15조의 규정 중 “……의 금액으로 한다”라는 부분을 간주규정으로 규정한 것은 투자자보호를 강화한다는 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 볼 수 없어 헌법에 위반되므로, 위 규정을 추정규정으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다(헌재 1996. 10. 4. 94헌가8, 판례집 8-2, 239, 251-256 참조).

마. 2008. 3. 21. 법률 제8985호로 개정된 증권거래법 제197조 제1항은 “선의의 투자자에 대한 감사인의 손해배상책임”이라는 문언을 “선의의 투자자가 사업보고서에 첨부된 감사보고서를 신뢰하여 손해를 입은 경우”라고 개정하였다.

바. 2007. 8. 3. 법률 제8653호로 제정되고 2009. 2. 4. 시행된 자본시장법은 증권거래법을 폐지하였다(부칙 제2조 제1호). 위 자본시장법 제170조 제1항은 “주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항부터 제7항까지의 규정은 선의의 투자자에 대한 회계감사인의 손해배상책임에 관하여 준용한다.”고 규정하였고, 제2항은 손해배상액은 6. 나. 항 기재 손해배상액으로 추정한다고 규정하여 헌재 1996. 10. 4. 94헌가8 결정의 취지를 반영하였다.

사. 이후 자본시장법 제170조 제1항 및 준용되는 외부감사법 제17조가 몇 차례 개정되었으나, 자본시장법 제170조 제1항에서 선의의 투자자에 대한 회계감사인의 손해배상책임에 관하여 외부감사법 제17조 제2조 이하를

---

11) 연혁 표시에 관한 현행 실무상 기준에 따르면, 구 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’(1989. 12. 30. 법률 제4168호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것)으로 기재되어야 한다.

준용하고, 외부감사법상 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임은 그 청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내 또는 감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내에 청구권을 행사하지 않으면 소멸한다는 내용은 동일하다.

## 6. 외국의 입법례<sup>12)</sup>

### 가. 미국의 입법례

미국 연방법상 회계감사인의 투자자에 대한 책임의 주된 근거로는 증권법(Securities Act of 1933), 증권거래법(Security Exchange Act of 1934)이 있다.

발행시장을 규율하는 증권법 제11조에 따르면, 증권 등록신고서에 중요한 사실이 허위로 기재되었거나 등록신고서에 기재하도록 요구되거나 오해를 방지하기 위하여 기재할 필요가 있는 중요한 기재사항이 누락된 경우 발행시장에서 유가증권을 취득한 자는 회계사에 대하여 손해배상청구의 소를 제기할 수 있고, 위 소는 허위로 작성된 등록신고서가 발견되었거나 중요한 사실이 누락되었다는 것이 발견된 후로부터 1년 이내 또는 그러한 허위사실이나 누락이 합리적인 주의를 기울였다면 발견될 것으로 보이는 기간으로부터 1년 이내에 제기되어야 한다(증권법 제13조).

발행시장뿐만 아니라 유통시장까지를 규율하는 증권거래법 제10조(b)는 누구든지 중요한 사실에 대하여 허위기재를 하거나 당시의 상황에 비추어 볼 때 오해가 유발되지 않도록 하기 위하여 표시되어야 할 중요한 사실의 기재를 누락하는 행위를 하여서는 안 된다고 규정한다. 명시적 규정은 없으나 연방대법원은 위 증권거래법 제10조(b)를 근거로 하여 일반 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다고 인정한 바 있다. 위 소는 위반을 구성하는 사실의 발견 후 2년 이내 또는 그러한 위반 사실이 있는 후 5년 이내 중 빠른 기한 내에 제기되어야 한다[증권거래법 제1658조(b)].

12) 이하의 내용은 예승연 연구원(미국), 차원일 연구원(독일), 소은영 연구원(일본)의 조사서 참조

## 나. 독일의 입법례

감사인의 제3자에 대한 책임의 근거로는 사업설명서책임, 제3자를 위한 계약법리, 불법행위법리가 논의되며, 이 중 주로 ‘제3자 보호효를 갖는 계약’의 법리를 통하여 해결되고 있다. 제3자에 대한 손해배상책임은 외부감사인의 책임위험을 적절히 제한하려는 입법자의 의도를 고려할 때 엄격한 요건 하에서 인정되고, 인정 여부는 개별적으로 심사된다. 이는 외부감사인과의 명시적·묵시적인 합의에 의하여 적어도 제3자의 이해에 따라 외부감사인의 급부가 제공되어 계약체결 시 위험을 예측하거나 경우에 따라 별도로 보장할 수 있는 가능성이 있는 경우에 인정된다.

제3자의 손해배상청구권의 소멸시효를 단기로 규정하였던 구 증권소법 제46조가 삭제되면서, 현재 민법에 따른 일반적인 소멸시효 규정이 적용된다. 제3자의 손해배상청구권은 청구권을 발생시키는 사정을 알았거나 중대한 과실 없이 알았어야 하는 연도가 끝나는 때로부터 3년, 청구권의 성립 시로부터 10년이 지나면 시효로 소멸한다.

## 다. 일본의 입법례

일본 금융상품거래법은 유가증권보고서의 중요한 사항에 관하여 허위의 기재가 있거나 기재하여야 할 사항이 누락되어 있거나 또는 오해를 발생시키지 않기 위하여 기재가 필요한 중요한 사항에 관한 기재가 누락되어 있는 경우, 유가증권 취득자 또는 처분자에 대한 공인회계사 또는 감사법인의 손해배상책임을 인정한다(제22조 제1항, 제24조의4). 금융상품거래법이 손해배상청구권의 소멸시효·제척기간에 대한 특칙은 두고 있지 않아, 민법 일반 원칙에 따라 손해배상청구권은 손해를 안 날부터 3년, 유가증권보고서가 제출된 날부터 20년을 경과한 때 시효로 소멸한다(민법 제724조).

## 7. 심판대상조항들의 재산권 침해 여부

### 가. 심사기준

대상결정은 심판대상조항들이 선의의 투자자의 재산권의 내용 내지 제한을 정한 규정이라고 보고, 재산권 침해 여부를 판단하였다. 대상결정은

심사기준에 대하여 “선의의 투자자의 회계감사인에 대한 손해배상청구권의 생성, 행사, 소멸 등을 어떻게 정할지는 원칙적으로 입법자가 입법형성의 자유에 따라 정책적으로 결정할 사항이다. 일정한 권리의 행사기간을 제척기간으로 할 것인지, 소멸시효로 할 것인지, 나아가 행사기간의 기산점과 그 기간을 어느 정도로 할 것인지의 문제는 선의의 투자자를 보호한다는 이익, 회계감사인에 대한 소송의 증가 및 장기화를 방지하여 자본시장의 안정을 도모한다는 이익을 어떻게 조화시킬지의 문제로서, 이것 역시 원칙적으로 입법자의 재량사항에 속한다. 다만 선의의 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있는 기간이 지나치게 단기간이어서 그 권리행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다면 그것은 재산권의 본질을 침해하는 것이므로 허용될 수 없다.”고 판시하였다(판례집 29-1, 275, 283-284).

대상결정과 같이 재산권의 행사기간을 정한 법률조항에 대하여 입법형성권의 한계 일탈 여부를 판단한 사례로는 ① 친생부인의 소의 제척기간과 기산점을 그 출생을 안 날로부터 1년 내라고 규정한 민법 제847조 제1항(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등), ② 임금채권의 소멸시효를 3년으로 제한한 구 근로기준법 제41조(헌재 1998. 6. 25. 96헌바27), ③ 국가에 대한 금전채권의 소멸시효기간을 5년으로 정하고 있는 예산회계법 제96조 제2항(헌재 2001. 4. 26. 99헌바37), ④ 지방자치단체에 대한 금전채권의 소멸시효기간을 5년으로 정하고 있는 지방재정법 제69조 제2항(헌재 2994. 4. 29. 2002헌바58), ⑤ 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대하여 3년의 단기소멸시효기간을 정한 민법 제766조 제1항(헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90; 헌재 2012. 4. 24. 2011헌바41), ⑥ 채권자취소권을 행사하려는 채권자의 권리행사기간을 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내로 제한하고 있는 민법 제406조 제2항(헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66), ⑦ 장해연금 등 장기급여에 대하여 5년간 이를 행사하지 않으면 소멸한다고 규정한 구 공무원연금법 제81조 제1항 중 장기급여 부분(헌재 2009. 5. 28. 2008헌바107), ⑧ 부양의무 불이행으로 인한 증여계약 해제권은 해제원인이 있음을 안 날부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 때에는 소멸한다고 규정한 민법 제555조 제2항

중 관련 부분(헌재 2009. 10. 29. 2007헌바135), ⑨ 국채의 원금 및 이자의 소멸시효를 5년으로 규정한 국채법 제17조 본문(헌재 2010. 4. 29. 2009헌바120등), ⑩ 단기 매매차익의 반환청구권은 이익의 취득이 있는 날로부터 2년 내에 행사하지 아니한 때에는 소멸한다고 규정한 구 증권거래법 제188조 제5항 중 관련 부분(헌재 2012. 5. 31. 2011헌바102), ⑪ 과오납 보험료 환급청구권의 소멸시효기간을 3년으로 정하고 있는 구 국민건강보험법 제79조 제1항 제1의2호 중 관련 부분(헌재 2012. 11. 29. 2011헌마814), ⑫ 친생부인의 소의 제척기간을 규정한 민법 제847조 제1항 중 “부가 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내” 부분(헌재 2015. 3. 26. 2012헌바357)에 관한 것이 있다.

한편 과잉금지원칙에 따른 4단계 심사를 통하여 재산권 침해 여부를 판단한 사례도 발견되나(헌재 2004. 4. 29. 2003헌바5; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌바45; 헌재 2010. 7. 29. 2005헌바89; 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바253; 헌재 2010. 12. 28. 2009헌바20), 실질적인 판단 내용을 살펴보면 입법자에게 상당한 입법재량이 인정됨을 전제로 재산권의 행사기간이 합리적으로 정해졌는지 여부를 판단하고 있는바, 엄격한 의미의 4단계 과잉금지원칙 심사를 하였다고 보기는 어렵다.

## 나. 판단

대상결정은 심판대상조항들은 선의의 투자자의 회계감사인에 대한 손해배상청구권의 행사기간을 입법자의 재량 범위 내에서 규정하고 있으므로, 선의의 투자자인 청구인들의 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 그 이유는 다음과 같다.

「심판대상조항들은 소송의 증가와 장기화로 야기될 수 있는 회계감사인의 불안정한 법적 지위를 제거하여 자본시장의 안정을 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다(대법원 1998. 4. 24. 97다32215 판결; 대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결 참조).

“청구권자가 해당 사실을 안 날부터 1년 이내” 부분에 대하여 살펴본다. “해당 사실을 안 날”이란 회계감사인이 부실기재를 하였다는 사실을 현실적으로 인

식한 때를 의미하는데(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결 참조), 선의의 투자자들은 감독당국의 공시(외부감사법 제16조의2 등)나 수사기관의 발표를 통하여 부실기재를 현실적으로 인식할 수 있다. 심판대상조항이 출소기간을 정한 것으로는 보이지 않으므로 선의의 투자자는 재판 외 의사표시로 손해배상청구를 할 수 있고 이후 손해배상청구권을 행사하면 제척기간으로 인한 권리소멸 문제가 발생하지 않는다. 가사 출소기간으로 이해하더라도, 회계감사인의 손해배상책임은 입증책임이 전환되어 있고, 손해배상액이 추정되어 있는 등 선의의 투자자가 손해배상청구권을 비교적 신속하고 용이하게 행사할 수 있다. 따라서 위 기간은 선의의 투자자가 그 손해배상청구권을 행사하기에 부족한 기간이라고 볼 수 없다.

“감사보고서를 제출한 날부터 3년 이내” 부분에 대하여 살펴본다.<sup>13)</sup> 선의의 투자자는 감시당국의 공시 및 수사기관의 발표 등을 통하여 위 기간 내에 감사보고서의 부실기재를 인식할 가능성이 있다. 한편 위 기간이 지나면 소송의 증가와 장기화로 야기될 수 있는 회계감사인의 불안정한 법적 지위를 제거하여 자본시장의 안정을 유지하고자 한다. 이는 선의의 투자자와 회계감사인의 충돌하는 이익을 조정하고, 나아가 자본시장의 안정을 도모하기 위한 합리적인 수단이 된다.

증권의 발행 및 유통과 관련하여 공인회계사의 손해배상책임을 물을 수 있는 기간을 한정하고 있는 자본시장법 제127조, 제162조 제5항과 비교하여 볼 때에도, 심판대상조항들이 정하고 있는 손해배상청구권의 행사기간이 그 권리를 행사하기에 짧다고 보기는 어렵다.

한편 선의의 투자자들은 구 증권거래법·자본시장법상 손해배상책임과 민법의 불법행위책임을 다 함께 물을 수 있으므로, 심판대상조항들에 따른 제척기간이 경과하더라도 여전히 민법의 불법행위책임에 따른 손해배상청구를 할 수 있다.

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항들이 규정한 제척기간이 지나치게 단기간

13) 참고로 발행시장에서 증권신고서의 부실기재 및 유통시장에서 사업보고서의 부실기재에 관한 손해배상책임도 각 제출일로부터 3년의 제척기간을 적용받는다(제127조, 제162조 제5항). 이에 대하여는 “유가증권신고서나 사업보고서상의 부실표시 행위는 금융감독원의 조사 또는 검찰의 수사를 통하여 적발해 내는데 오랜 시간이 소요되는 경우가 대부분이며, 이러한 행정당국의 협조가 없으면 피해자가 직접 손해배상청구소송에 필요한 증거자료를 용이하게 구할 수 없다는 점을 고려할 때 거래의 안전도 중요하지만 피해의 구제라는 관점에서 제소기간을 늘릴 필요가 있다.”는 입법론이 있다. 한국증권법학회, ‘증권손해배상책임의 실제 법적 정비’, 증권거래소 연구용역 보고서, 2003. 11, 43-46면; 김건식·정순섭, 위의 책, 249면 참조.

이어서 선의의 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구권을 행사하는 것을 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 한다고 볼 수는 없으므로, 입법자의 재량범위를 벗어나지 않았다. 따라서 심판대상조항들은 청구인들의 재산권을 침해하지 아니한다.」

## 8. 결정의 의의

대상결정은 선의의 투자자가 회계감사인에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있는 기간을 제한한 구 증권거래법 및 구 자본시장법상 법률조항이 입법자의 재량범위 내에서 있어 재산권을 침해하지 않는다고 판단한 최초의 사례이다. 헌법재판소는 일정한 재산권의 행사기간을 제척기간으로 할지, 소멸시효로 할지, 행사기간의 기산점과 그 기간을 어느 정도로 할 것인지의 문제는 입법자의 재량사항에 속한다고 보고 입법재량의 한계를 일탈하였는지 여부를 판단하여 왔고, 대상결정도 이와 같은 심사기준을 채택하였다.

일정한 재산권의 행사기간을 정하는 것은 서로 충돌하는 이익을 고려하여 그 경계를 설정하고 조화를 이루는 문제이다. 대상결정에서는 회계감사인의 불안정한 법적 지위를 제거함으로써 자본시장의 안정을 도모한다는 이익과 선의의 투자자가 부실기재로 인한 손해로부터 구제받아야 할 이익이 충돌하는 상황이 문제되었다. 외부감사법 및 자본시장법상 공시, 입증책임 전환, 손해배상액 추정 등에 관한 제도를 고려하면서, 대상결정은 심판대상조항들은 위와 같이 충돌하는 이익을 조정하고 있고, 선의의 투자자의 권리행사를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하는 것도 아니므로, 입법재량의 한계 내에 있다고 판단하였다.



## 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 제6조 제3항 등 위헌확인

- 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 및 그  
시행령 조항들이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 -  
(헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654, 판례집 29-1, 305)

박세영\*

### 【판시사항】

1. ‘4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것, 다음부터 ‘세월호피해지원법’이라 한다) 중 위로 지원금 지급에 관한 구체적인 사항은 ‘4·16세월호참사 배상 및 보상 심의 위원회’(다음부터 ‘심의위원회’라 한다)에서 정하도록 규정한 제6조 제3항 후문, 심의위원회의 심의·의결사항 및 구성 등에 관하여 규정한 제8조, 배상금·위로지원금 및 보상금(다음부터 ‘배상금 등’이라 한다)의 지급절차 등에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정한 제15조 제2항에 대한 헌법소원심판청구가 기본권침해의 직접성 요건을 갖추었는지 여부(소극)
2. 세월호피해지원법 중 신청인이 배상금 등을 지급받고자 할 때에는 지급결정에 대한 동의서를 첨부하여 신청하도록 규정한 제15조 제1항, 국가의 손해배상청구권의 대위행사를 규정한 제18조가 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
3. 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 신청인이 동의한 때에는 국가와 신청인 사이에 민사소송법에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 보는 세월호피해지원법 제16조가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 재판청구권을 침해하는 것인지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

4. 배상금 등을 지급받으려는 신청인으로 하여금 ‘4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다’라는 내용이 기재된 배상금 등 동의 및 청구서를 제출하도록 규정한 세월호 피해지원법 시행령(2015. 3. 27. 대통령령 제26163호로 제정된 것, 다음부터 ‘세월호피해지원법 시행령’이라 한다) 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분(다음부터 ‘이의제기금지조항’이라 한다)이 법률유보원칙을 위반하여 청구인의 일반적 행동의 자유를 침해하는 것인지 여부(적극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제1항, 제2항, 제16조, 제18조, 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것)

제6조(배상금 및 위로지원금의 지급대상) ③ 국가는 피해자에게 위로지원금(4·16세월호참사와 관련하여 조성된 자원 중 관계 법률에 따라 각 피해자에게 지급되도록 결정된 금액을 포함한다)이 지급되도록 하여야 한다. 위로지원금 지급의 기준·절차 등 구체적인 사항은 희생자와의 관계, 피해의 정도, 실제 양육한 사정, 부양무의 이행 여부 등을 고려하여 심의위원회에서 정한다.

제8조(심의위원회의 심의·의결 등) ① 심의위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 제6조 및 제7조에 따른 배상 및 보상 등에 관한 사항
2. 제17조에 따른 임시지급에 관한 사항
3. 그밖에 심의위원회가 필요하다고 인정하는 사항

② 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하고, 위원은 다음 각 호의 사람 중에서 국무총리가 위촉 또는 임명한다. 이 경우 제1호 및 제2호에 해당하는 위원은 각각 위원 정수의 5분의 1 이상이 되어야 한다.

1. 법관 중에서 법원행정처장이 추천한 사람
  2. 변호사의 자격이 있는 사람 중에서 「변호사법」 제78조에 따른 대한변호사협회의 장이 추천한 사람
  3. 기획재정부, 교육부, 법무부, 행정자치부, 보건복지부, 해양수산부 소속 고위공무원단에 속하는 공무원 또는 검사
  4. 배상 및 보상업무 등 관련 분야에 관하여 학식과 경험이 풍부한 사람
- ③ 위원장은 위원 중에서 국무총리가 임명한다.
- ④ 심의위원회에는 제1항에 따른 심의·의결에 필요한 사실관계 확인, 관련 자료의 수집과 검토 등을 위한 지원조직을 둘 수 있다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에 규정된 사항 외에 심의위원회의 조직 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제15조(신청인의 동의와 배상금 등의 지급 등) ① 배상금·위로지원금 및 보상금 결정서정본을 송달받은 신청인이 배상금·위로지원금 및 보상금을 지급받고자 할 때에는 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 심의위원회에 지급을 신청하여야 한다.

② 제1항에 규정된 사항 외에 배상금·위로지원금 및 보상금의 지급 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제16조(지급결정 동의를 효력) 심의위원회의 배상금·위로지원금 및 보상금 지급결정에 대하여 신청인이 동의한 때에는 국가와 신청인 사이에 「민사소송법」에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.

제18조(국가의 손해배상청구권의 대위행사 등) 국가는 제12조의 지급결정 및 제17조의 임시지급결정에 따라 신청인에게 지급한 금액의 한도에서 신청인의 국가 외의 자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.

4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 시행령(2015. 3. 27. 대통령령 제26163호로 제정된 것)

제15조(신청인의 동의 및 지급청구) 법 제15조 제1항에 따라 배상금 등을 지급받으려는 신청인은 별지 제15호 서식의 배상금 등 동의 및 청구서에 인감증명서(서명을 한 경우에는 본인서명사실확인서를 말한다) 및 신청인의 배상금 등 입금계좌통장 사본을 첨부하여 심의위원회에 제출하여야 한다.

<b>■ 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법 시행령 [별지 제15호서식]</b>		
<div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: center;"> <div style="text-align: center;"> <p><b>[ ] 배 상 금 등</b></p> <p><b>[ ] 배상금 임시지급금</b></p> </div> <div style="text-align: center;"> <p><b>동의 및 청구서</b></p> </div> </div>		
<p>※ 색상이 어두운 난은 신청인이 적지 않습니다.</p>		
접수번호:	접수일:	처리기간: 30일
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 신청인은 「4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법」 ([ ]제12조 [ ]제17조)에 따라 ([ ]배상금등 지급결정 [ ]배상금 임시지급 결정)에 동의하고, ([ ]배상금등 [ ]배상금 임시지급금)을 받고자 합니다.</li> <li>2. 신청인은 배상금등 또는 배상금 임시지급금의 지급액 한도에서 국가 외의 자에 대한 손해배상 청구권 및 그 담보에 관한 권리를 국가가 대위 행사하는데 동의합니다(「민법」 제480조제2항, 제450조에 따른 통지권한의 위임을 포함합니다).</li> <li>3. 신청인은 배상금등을 받았을 때에는 4·16세월호참사로 인한 손해·손실 등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고, 4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이익을 제기하지 않을 것임을 서약합니다.</li> </ol>		
결정번호	제 호	결정일:
결정주문		
승선자 <small>(희생자 또는 구조된 승선자 * 해당되는 경우 작성)</small>	성명:	생년월일:
	주소:	
신청인 <small>(신청인대표자)</small>	성명:	생년월일:
	주소:	
	승선자와의 관계:            의	전화번호: 휴대전화번호:
대리인 <small>(선입한 경우)</small>	성명:	생년월일:
	연락처	전화번호: 휴대전화번호:
지급계좌	예금주:	은행명:
	계좌번호:	청구금액:
<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <span>년    월    일</span> </div>		
신청인 <span style="float: right;">(서명 또는 인)</span>		
<b>4·16세월호참사 배상 및 보상 심의위원회</b> 귀중		
첨부서류	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 신청인(신청인대표자)의 인감증명서 또는 본인서명사실확인서(동의 및 청구서에 서명한 경우에 한정합니다) 1부</li> <li>2. 신청인(신청인대표자)의 배상금등 입금계좌통장 사본 1부</li> </ol>	
<small>210mm·297mm[백상지 80g/㎡]</small>		

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 2014. 4. 16. 전남 진도군 조도면 병풍도 북방 1.8해리 해상에서 전복된 선박 ‘세월호’에 승선하고 있다가 사망한 사람들의 부모다. 세월호피해지원법은 세월호 참사로 인하여 희생된 사람을 추모하고 피해자에 대한 신속한 피해구제와 생활 및 심리안정 등의 지원을 통하여 피해지역의 공동체 회복을 도모하기 위한 목적에서 제정되어 2015. 3. 29.부터 시행되었다. 청구인들은 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제1항 및 제2항, 제16조, 제18조와 그 시행령 제15조 및 별지 제15호 서식이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며, 2015. 6. 19. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

#### 가. 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문 및 제8조

세월호 참사 피해자들에게 위로지원금 등을 지급하는 문제는 국가배상청구권, 재산권 등에 관한 본질적이고 중요한 문제이므로 그 기준·액수와 지급대상 등에 관한 기본적 사항은 입법자가 직접 결정하여야 함에도 불구하고, 위 조항들이 이와 관련한 일체의 내용을 심의위원회에서 정하도록 규정하고 있는 것은 법률유보원칙에 위반된다.

#### 나. 세월호피해지원법 제15조 제1항

이 조항은 세월호 참사에 대한 국가의 책임 여부를 묻지 않고 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 배상금 등의 지급을 신청하도록 함으로써, 마치 청구인들이 세월호 참사 희생자의 생명을 대가로 배상금이나 챙기려 한다는 불명예스러운 인상을 주어 청구인들의 인격권이나 명예권을 침해한다.

#### 다. 세월호피해지원법 제15조 제2항

배상금 등의 지급 절차 등에 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있는 이 조항은 손해의 내용과 유형, 손해배상액의 산정기준 등 배상과 보상에

관한 핵심적이고 중요한 내용을 법률에 정하지 않고 대통령령에 위임하여 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반된다.

#### **라. 세월호피해지원법 제16조**

이 조항에 따라 심의위원회 지급결정 시 재판상 화해가 성립된 것으로 보게 되면 추후 손해 등이 발견되더라도 더 이상 재판으로 다룰 수 없게 되므로 청구인들의 재판청구권, 재산권, 국가배상청구권을 침해한다.

#### **마. 세월호피해지원법 제18조**

국가의 손해배상청구권 대위를 규정하고 있는 이 조항은, 국가는 마치 아무런 법적 책임이 없는 것처럼 모든 책임을 제3자에 전가함으로써, 청구인들의 국가배상청구권을 침해하고 자기책임원칙에도 위반된다.

#### **바. 세월호피해지원법 시행령 제15조 중 별지 제15호 서식 가운데 일체의 이의제기를 금지한 부분(이의제기금지조항)**

‘세월호참사에 관하여 일체의 이의를 제기하지 않을 것을 서약한다’는 내용의 동의서를 제출하도록 규정하고 있는 이 조항은 위임입법의 한계를 넘어선 것으로, 청구인들의 재판청구권·표현의 자유·재산권을 침해한다.

### **【결정요지】**

1. 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문과 제8조는 심의위원회의 배상금 등 지급결정이라는 집행행위를 예정하고 있고, 세월호피해지원법 제15조 제2항은 대통령령 제정이라는 집행행위를 예정하고 있으므로, 위 조항들은 그 자체로 직접 청구인들의 자유를 제한하거나 의무를 부과한다고 볼 수 없다. 따라서 위 조항들에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하였다.

2. 세월호피해지원법 제15조 제1항은 피해자들이 세월호피해지원법에 따라 국가배상청구권을 정당하게 행사하는 절차의 일부를 규정한 것에 불과하므로, 청구인들의 명예에 관련된 법적 지위에 어떠한 영향도 미치지 아

니한다. 세월호피해지원법 제18조는 신속한 피해구제를 위하여 국가로 하여금 피해자에게 먼저 손해배상금 지급의무를 부담시킨 다음, 국가에게 신청인의 손해배상청구권을 대위하도록 규정한 것이므로, 국가의 세월호 참사에 대한 책임을 면제하는 의미라고 볼 수 없다. 따라서 위 조항들에 대한 심판청구는 기본권침해가능성이 인정되지 아니한다.

3. 세월호피해지원법 제16조는 지급절차를 신속히 종결함으로써 세월호참사로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위한 것이다. 세월호피해지원법에 따라 배상금 등을 지급받고도 또 다시 소송으로 다룰 수 있도록 한다면, 신속한 피해구제와 분쟁의 조기종결 등 세월호피해지원법의 입법목적은 달성할 수 없게 된다. 세월호피해지원법 규정에 의하면, 심의위원회의 제3자성, 중립성 및 독립성이 보장되어 있다고 인정되고, 그 심의절차에 공정성과 신중성을 제고하기 위한 장치도 마련되어 있다. 세월호피해지원법은 소송절차에 준하여 피해에 상응하는 충분한 배상과 보상이 이루어질 수 있도록 관련 규정을 마련하고 있다. 신청인에게 지급결정 동의의 법적 효과를 안내하는 절차를 마련하고 있으며, 신청인은 배상금 등 지급에 대한 동의에 관하여 충분히 생각하고 검토할 시간이 보장되어 있고, 배상금 등 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있다. 따라서 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의한 때 재판상 화해가 성립한 것으로 간주하더라도 이것이 재판청구권 행사에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다. 세월호피해지원법 제16조가 지급결정에 재판상 화해의 효력을 인정함으로써 확보되는 배상금 등 지급을 둘러싼 분쟁의 조속한 종결과 이를 통해 확보되는 피해구제의 신속성 등의 공익은 그로 인한 신청인의 불이익에 비하여 작다고 보기는 어려우므로, 법익의 균형성도 갖추고 있다. 따라서 세월호피해지원법 제16조는 청구인들의 재판청구권을 침해하지 않는다.

4. 세월호피해지원법은 배상금 등의 지급 이후 효과나 의무에 관한 일반규정을 두거나 이에 관하여 범위를 정하여 하위 법규에 위임한 바가 전혀 없다. 따라서 세월호피해지원법 제15조 제2항의 위임에 따라 시행령으로 규정할 수 있는 사항은 지급신청이나 지급에 관한 기술적이고 절차적인 사항일 뿐이다. 신청인에게 지급결정에 대한 동의의 의사표시 전에 숙고의 기회를 보장하고, 그 법적 의미와 효력에 관하여 안내해 줄 필요성이 인정

된다 하더라도, 세월호피해지원법 제16조에서 규정하는 동의의 효력 범위를 초과하여 세월호 참사 전반에 관한 일체의 이의제기를 금지시킬 수 있는 권한을 부여받았다고 볼 수는 없다. 따라서 이의제기금지조항은 법률유보원칙을 위반하여 법률의 근거 없이 대통령령으로 청구인들에게 세월호 참사와 관련된 일체의 이의 제기 금지 의무를 부담시킴으로써 일반적 행동의 자유를 침해한다.

### **이의제기금지조항에 대한 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대 의견**

신청인이 심의위원회의 지급결정에 동의하고, 배상금 등을 지급받아 재판상 화해가 성립된다고 하더라도, 그 효력이 미치는 범위는 ‘세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해’에 한정되는 것이지, 더 나아가 세월호 참사의 진상규명이나 책임자 처벌 요구를 하지 못하게 된다거나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 권리 등을 잃게 되는 효과가 발생하는 것이 아님은 명백하다.

세월호피해지원법 시행령 제15조의 별지 제15호 ‘배상금 등 동의 및 청구서’ 서식에서 ‘신청인은 배상금 등을 받았을 때 세월호 참사로 인한 손해·손실 등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고’라는 문언 다음에 곧바로 이어서 이의제기금지 취지의 기재가 추가되어 있으므로, 그 내용은 전단의 문언과 연관 지어 합리적으로 해석하여야지 이와 분리하여 독자적인 의미를 가지는 것으로 해석해서는 아니되는 점, 국가는 신청인에게 재판상 화해의 의미와 효력을 다시 한 번 확인시켜주고, 신청인이 지급결정에 대한 동의서를 제출할 때 충분히 숙고하여 신중을 기하도록 할 필요가 있는 점 등을 종합하면, 이의제기금지조항은 실질적으로 세월호피해지원법 제16조와 동일한 내용을 규정한 것에 불과하고, 이로 인하여 청구인들의 일반적 행동의 자유를 새롭게 제한하는 효과가 생기는 것은 아니다. 따라서 이의제기금지조항은 청구인들의 기본권을 새로이 침해하는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다.

## 【해 설】

### 1. 쟁점

이 사건 심판청구는 세월호피해지원법의 6개 조항과 세월호피해지원법 시행령의 1개 조항을 대상으로 제기되었다. 그 중 세월호피해지원법 제16조(다음부터 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)와 세월호피해지원법 시행령 조항(이의제기금지조항)에 대한 심판청구를 제외한 나머지 조항에 대한 심판청구는 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하되었고, 이 사건 법률조항에 대한 심판청구 역시 재판관 전원의 일치된 의견으로 기각되었으나, 이의제기금지조항에 대한 심판청구에 대해서는 재판관 6:2로 의견이 나뉘었다.

이하에서는 세월호피해지원법을 개관하고, 심판대상조항별로 문제되는 헌법적 쟁점에 대하여 검토하기로 한다.

### 2. 세월호피해지원법 개관

#### 가. 제정 및 경과

세월호 참사에 관하여 일반적인 배상절차에 따른 경우 배상책임이 있는 선사 등에 배상여력이 없어 피해구제가 불확실하고, 배상에 장기간이 소요될 것으로 예상되는 점 등을 감안하여, 세월호 참사로 신체적·정신적·경제적 피해를 입은 사람에 대하여 국가가 우선 손해배상금 등을 지급하여 신속히 피해구제를 도모하고, 생활 및 심리안정 등을 지원할 필요성이 제기되었다.<sup>1)</sup> 이에 2015. 1. 28. 법률 제13115호로 세월호피해지원법이 제정되어, 2015. 3. 29.부터 시행되었다.

한편, 2016. 4. 11.자 해양수산부 보도자료 및 2016. 5. 7.자 사실조회 회보에 의하면, 세월호피해지원법에 따른 배상금의 지급경과는 다음과 같다. 인적 손해배상 대상은 희생자 304명과 생존자 157명을 포함하여 총 461명이고, 그 중 348건(희생자 208건, 생존자 140건)의 신청이 접수되었다. 심의 위원회는 모두 21차례의 회의를 열어 341건(나머지 7건은 미수습자 6명 등을 포함하여 법원의 실종선고를 대기중)을 심의하여 총 998억여 원의 지급

1) 제19대 국회 제332회 농림축산식품해양수산위원회 회의록 및 국가법령정보센터 제정이유 참조

을 결정하였고, 그 중 316건에 대하여 911억여 원의 배상금이 지급되었다. 25건은 심의결과를 통보받은 날부터 1년 안에 동의서를 제출할 경우 지급이 가능하다. 1인당 배상금은 단원고 희생학생의 경우 평균 4.2억여 원의 지급이 결정되었고, 위로지원금은 희생자의 경우 약 5천만 원, 생존자의 경우 약 1천만 원의 지급이 결정되었다.

**나. 구체적 내용**

**(1) 심의기관(4·16세월호참사 배상 및 보상 심의위원회)**

국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하여야 할 의무에 대하여 확인하고 세월호 침몰사고와 관련하여 배상 및 보상 등에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 국무총리 소속으로 심의위원회를 두도록 규정하고 있다(제5조). 심의위원회는 배상금 등의 지급에 관한 사항, 배상금 일부의 임시지급에 관한 사항 등을 심의·의결한다(제5조, 제8조 제1항).

심의위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하고, 위원은 위원장 1인을 포함하여 15인 이내로 구성되며, 위원은 법관(3인), 변호사(3인), 정부 고위공무원 또는 검사(6인), 전문가(3명) 등 국무총리가 위촉 또는 임명한 자로 구성된다(제8조 제2항). 한편, 심의위원회는 위 심의·의결에 필요한 사실관계 확인, 관련자료의 수집과 검토 등을 위한 지원조직을 둘 수 있는바(제8조 제4항), 총리 훈령에 따라 해양수산부 소속으로 세월호 배상 및 보상 지원단을 두고 있다.<sup>2)</sup>

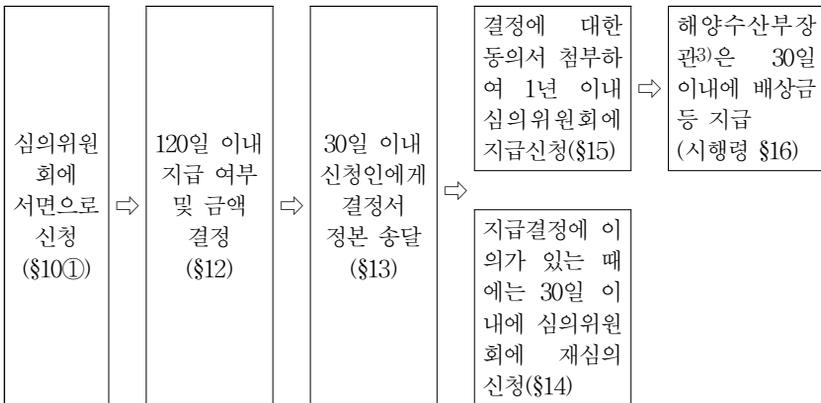
**(2) 배상금 등의 내용**

구분	내용
배상금 (\$6 ①)	① 세월호 참사로 인하여 발생한 손해(유류오염손해 및 화물에 관한 손해를 포함)에 대한 민법, 국가배상법 등 관련 법령에 따른 손해배상금 ② 국가가 ①의 손해배상금 지급의무가 있는 국가 외의 자에 대한 손해배상청구권을 대위 행사할 것을 전제로 하여 손해를 입은 사람에게 대위변제하는 손해배상금 상당의 금원

2) 세월호 배상 및 보상 지원단 구성 및 운영에 관한 규정(2015. 3. 27. 국무총리훈령 제645호로 제정된 것)

구분	내용
위로 지원금 (§6 ③)	세월호 참사와 관련하여 조성된 재원 중 관계 법률(기부금품 모집 및 사용에 관한 법률)에 따라 각 피해자에게 지급되도록 결정된 금액. 다만, 국민성금에서 지급하는 위로지원금은 성금모금단체로부터 지급 받음
보상금 (§7)	① 세월호 참사와 관련된 구조 및 수습에 직접 참여하거나 어업활동의 제한으로 피해를 입거나 수색작업으로 어구손실 등 피해를 입은 어업인이 입은 손실 ② 세월호 참사와 관련하여 수산물 생산감소, 어업활동의 실기로 인한 어업생산피해 및 어업인의 수산물 판매감소 등 피해를 입은 진도군 거주자가 입은 손실

### (3) 배상금 등의 지급 절차



### (4) 지급결정 동의의 효력

심의위원회가 배상금 등 지급결정을 하여 신청인에게 결정서 정본을 송달할 경우 신청인이 배상금 등을 지급받고자 할 때에는 그 결정에 대한 동의를 첨부하여 심의위원회에 지급을 신청하여야 하는데(제15조 제1항), 신청인이 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 대하여 동의한 때에는 국가와 신청인 사이에 민사소송법에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다(제16조). 따라서 신청인이 세월호피해구제법에 따른 배상금 지급을 원하지 않거나 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의하지 아니하는 경우, 직접

3) 실무는 세월호 배상 및 보상지원단에서 처리

세월호 선사 등 배상책임이 있는 자에게 손해배상청구소송을 제기할 수 있다.

그런데 민법상 화해계약은 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있으면 취소할 수 있는 등(민법 제733조 단서) 무효 또는 취소사유가 있는 때에는 무효, 취소에 관한 규정이 적용되는데 반하여, 재판상 화해가 이루어진 경우 재판상 화해조서는 확정판결과 같은 효력이 있어 당사자 사이에 기판력이 생기는 것이므로 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경이 없는 한 그 효력을 다룰 수 없다고 하는 것이 일관된 판례이므로(대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 판결, 대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 등), 신청인이 배상금 등 지급결정에 동의한 경우에는 그 동의에 무효 또는 취소사유가 있다 하더라도 당연무효사유가 없는 한 재심의 소에 의하지 않고는 그 효력을 다룰 수 없게 된다.

한편, 세월호피해구제법상 재판상 화해의 성립이 의제되는 범위에 관하여 선례나 관련 조항은 없으나, 유사 사건의 처리에 비추어 볼 때, 심의위원회가 신청인이 신청한 내용 중 일부에 관하여 명시적으로 세월호피해구제법에서 정한 신청요건에 해당하지 아니한다는 결정을 하지 아니한 이상, 신청인이 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의한 때에는 세월호피해구제법 제18조에 따라 위로지원금을 포함하여 그가 받은 배상금 등을 지급받은 세월호 참사와 관련하여 입은 피해 일체에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해와 동일한 효력이 발생한다고 봄이 상당하다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2012다45603 판결<sup>4)</sup> 참조).

4) 「민중화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」(이하 「민중화운동보상법」이라 한다)의 입법취지, 관련 규정의 내용, 신청인이 작성·제출하는 동의 및 청구서의 기재 내용에 대하여 특히 민중화운동보상법 제18조 제2항의 입법 목적이 신청인이 보상금 등 지급결정에 동의한 경우 재판상 화해와 같은 효력, 특히 기판력을 부여함으로써 소송에 앞서 보상심의위원회의 보상금 등 지급결정을 통하여 이를 신속히 종결·이행시키고 보상금 등 지급결정에 안정성을 부여하는 데 있는 점등을 종합하여 볼 때, 보상심의위원회가 신청인이 신청한 내용 중 일부에 관하여 명시적으로 민중화운동보상법에서 정한 민중화운동관련자 요건에 해당하지 아니한다는 결정을 하지 아니한 이상, 신청인이 보상심의위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때에는 민중화운동보상법 제18조 제2항에 따라 위자료를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민중화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해와 동일한 효력이 발생한다고 할 것이다. 따라서 피고의 위 노동조합활동 방해 및 강제해고, 블랙리스트 작성·관리 등 행위에 의하여 위 원고들이 입은 피해는 모두 위 원고들이 민중화운동보상법 제9조

### (5) 신청기간

세월호피해구제법에 의한 배상금, 위로지원금 및 보상금(이하 ‘배상금 등’이라 한다)의 지급신청은 특별한 사유가 없는 한, 세월호피해구제법 시행 후 6개월 이내(2015. 9. 28.까지)에 하여야 한다(제10조 제2항). 다만, 신청인이 일정기간 이상 국외에 거주하는 등 특별한 사유로 인하여 그 기간 내에 신청할 수 없는 때에는 그 사유가 해소된 날부터 6개월 이내에 신청하여야 한다(동항 단서).

### (6) 대위변제 및 손해배상청구권 대위행사와 구상권행사

국가는 세월호 참사로 인한 피해(인명피해<sup>5)</sup>, 유류오염피해<sup>6)</sup>, 화물피해)에 대하여 선사 등 배상책임이 있는 자가 배상하여야 할 민사상 손해배상액에 상당하는 금액을 세월호피해구제법에 따라 대위변제할 수 있는 한편(제6조 제2항), 신청인에게 지급한 배상금액의 한도에서 신청인의 국가 외의 자에 대한 손해배상청구권을 대위하고(제18조), 국가가 배상금을 지급한 경우 세월호 침몰사고에 원인을 제공한 자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제42조 제2항).

## 3. 적법요건에 관한 판단

### 가. 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제2항에 대한 심판청구

헌법재판소는 먼저 이 사건 심판청구 중 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못한 심판청구 부분에 대하여 판단하였다. 법령조항 자체가 헌법소원

---

소정의 생활지원금을 지급받는 데 동의한, 동일방직 노동조합 관련 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여, 민주화운동보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해와 동일한 효력이 미친다고 보아야 한다.」

- 5) 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- 6) 유류오염손해배상 보장법 제43조(일반선박의 유류오염 손해배상책임) ① 일반선박의 선박소유자는 일반선박의 연료유로 발생한 유류오염손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 해당 일반선박의 연료유로 발생한 유류오염손해가 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 손해를 배상할 책임이 없다.

의 대상이 될 수 있으려면, 구체적 집행행위를 기다리지 않고 그 법령조항 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겨야 하기 때문이다. 헌법재판소는 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문, 제8조, 제15조 제2항이 기본권침해의 직접성이 부인되는 논거에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

「심의위원회의 심의·의결 사항과 심의위원회의 조직 및 운영 등에 관한 사항을 규정하고 있는 세월호피해지원법 제6조 제3항 후문과 제8조는 심의위원회의 배상금 등 지급결정이라는 집행행위를 예정하고 있다. 따라서 제6조 제3항 후문과 제8조가 직접적으로 청구인들의 자유를 제한하거나 의무를 부과한다고 볼 수 없고, 청구인들의 권리 또는 법적 지위를 박탈하는 것이라고 보기도 어렵다. 또한, 배상금 등의 지급 절차 등에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있는 세월호피해지원법 제15조 제2항은 대통령령 제정이라는 집행행위를 예정하고 있으므로, 제15조 제2항 자체에서 어떤 의무의 부과나 금지를 설정하고 있다고 보기 어렵다.

이러한 이유로 이 부분 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.」

#### 나. 세월호피해지원법 제15조 제1항, 제18조에 대한 심판청구

다음으로 헌법재판소는 이 사건 심판청구 중 기본권침해가능성 요건을 갖추지 못한 심판청구 부분에 관하여 판단하였다. 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하기 위해서는 당해 법령 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우이어야 한다. 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 않는다면 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니하기 때문이다(헌재 2008. 2. 28. 2006헌마582; 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마166등 참조). 헌법재판소는 세월호피해지원법 제15조 제1항과 제18조가 기본권침해가능성이 인정되지 않는 구체적 논거에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

「청구인들은 세월호피해지원법 제15조 제1항이 청구인들에게 불명예스러운 인상을 줄 수 있어 위헌이라고 주장한다. 그런데 세월호피해지원법은 세월호 참사로 인하여 희생된 사람을 추모하고 신체적·정신적·경제적 피해를 입은 사람 등에 대한 신속한 피해구제와 생활 및 심리안정 등의 지원을 통하여 피해지역의 공동체 회복을 도모하는 것을 목적으로 제정되었다(제1조). 구체적으로는 피해자에 대하여 배상금 등을 지급하도록 하고(제6조, 제7조), 피해 회복을 위한 지원 대책을 마련하고 있다(제20조).

세월호피해지원법의 입법목적과 그 내용을 종합하여 볼 때, 배상금 지급신청을 한다는 사실만으로 세월호 참사의 희생자 유족 및 피해자가 부정적 평가를 받게 된다고 보기 어렵다. 세월호피해지원법 제15조 제1항은 배상금 등을 지급 받으려면 배상금 등 지급결정에 대한 동의서를 첨부하여 지급을 신청하라는 절차 규정일 뿐으로, 이 규정으로 인하여 배상금 등 지급을 신청하는 피해자가 세월호 희생자들의 생명을 대가로 배상금이나 챙기려는 사람으로 평가되어 명예가 훼손된다고 볼 수 없다. 이 규정은 피해자들이 세월호피해지원법에 따라 국가배상청구권을 정당하게 행사하는 절차의 일부를 규정하고 있는 것에 불과하다. 따라서 세월호피해지원법 제15조 제1항은 청구인들의 명예에 관련한 법적 지위에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.

한편, 청구인들은 세월호피해지원법 제18조가 세월호 참사와 관련하여 국가에게는 아무런 법적 책임이 없는 것과 같은 인상을 주어 위헌이라고 주장한다. 그런데 세월호피해지원법은 신속한 피해구제를 위하여 국가로 하여금 피해자에게 먼저 손해배상금을 지급할 의무를 부담시키고, 그 다음 피해자에게 지급한 금액의 한도 안에서 피해자를 대위하여 세월호 참사에 책임 있는 자에 대한 손해배상청구권을 대위 행사하거나 구상권을 행사할 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 국가가 피해자를 대위하여 손해배상청구권을 행사하도록 하였다고 하여 이것이 국가의 세월호 참사에 대한 책임을 면제하는 의미라고 볼 수 없고, 세월호피해지원법 제18조가 국가의 손해배상책임을 부인하는 것으로 볼 수도 없다.

이러한 이유로 이 부분 심판청구는 기본권침해가능성이 인정되지 아니하여 부적법하다.」

## 4. 본안에 관한 판단

### 가. 이 사건 법률조항에 관한 판단

#### (1) 쟁점

이 사건 법률조항은 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 대하여 신청인이 동의한 때에는 국가와 신청인 사이에 민사소송법에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 간주하도록 규정하고 있다. 재판상 화해는 확정판결과 같은 효력이 있으므로 신청인이 일단 배상금 등 지급결정에 동의한 경우에는 그 동의에 당연무효사유가 없는 한 재심의 소에 의하지 않고는 그 효력을 다룰 수 없게 된다. 따라서 이 사건 법률조항은 신청인이 동의한 심의위원회의 지급결정에 재판상 화해와 같은 효력을 부여함으로써 동의한 신청인에게 배상금 등 지급에 관한 소송을 제기하는 데 제약을 가하고 이로써 헌법 제 27조의 재판청구권을 제한한다. 이로 인해 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하여 재판청구권을 침해하는 것인지에 관한 쟁점이 주어졌다.

#### (2) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다. 특히 문제되었던 침해의 최소성에 관한 판단은 아래와 같다.

「피해구제를 신속히 하고 분쟁을 빨리 종결시켜 피해자들이 안정된 일상생활로 복귀하도록 하기 위해서는 배상금 등을 둘러싼 법적 분쟁 상태에서 조속히 벗어나도록 해야 할 필요성이 있다. 이 사건 법률조항은 배상금 등 지급절차를 통해 동의서를 제출하고 배상금 등을 지급받은 경우 재판상 화해의 효력을 부여하여 소송으로 더 이상 다룰 수 없도록 하고 있다. 세월호피해지원법에 따라 배상금 등을 지급받고도 또 다시 소송으로 다룰 수 있도록 한다면, 세월호피해지원법이 목적으로 하는 신속한 피해구제와 분쟁의 조기종결 등 입법목적은 달성할 수 없게 된다.

한편, 세월호피해지원법상 심의위원회는 국무총리 소속하에 두되, 위원회를 구성하는 위원장 1인을 포함한 15인 이내의 위원은 국무총리가 법관·변호사·고위공무원 또는 검사·관련분야 전문가 중에서 위촉 또는 임명하고, 위원 중에서 위원회의 위원장을 임명한다(제8조). 실제 심의위원회는 법관 3인, 변호사 3인,

고위공무원 또는 검사 6인, 전문가 3인으로 구성되어 있다. 세월호피해지원법은 심의위원회 위원이 심의 대상인 안건과 인적·물적으로 특수한 관계가 있는 경우에 제척·기피·회피 등에 의하여 그 안건의 직무집행에서 배제되도록 규정하고 있다(제8조 제5항). 국무총리의 심의위원회에 대한 지휘·감독권에 대한 규정도 두고 있지 않은데, 이런 규정 등을 종합하여 보면, 심의위원회의 제3자성과 중립성 및 독립성이 보장되고 있고, 심의의 공정성을 보장하기 위한 제도도 마련 되어 있다고 인정된다.

또한, 세월호피해지원법은 피해에 상응하는 충분한 배상과 보상이 이루어질 수 있도록 제6조 제1항 제1호에서 배상금이 민법, 국가배상법 등 관계 법령에 따른 손해배상금이라는 점을 명시하고 있다. 이러한 손해배상금을 정확하게 산정하려면 전문성과 기술성이 필요하므로, 심의위원회 위원 중 법관과 변호사에 해당하는 위원이 각각 위원 정수의 5분의 1 이상이 되도록 함으로써(제8조 제2항), 손해배상에 관한 전문가 심의 참여를 보장하고 있다.

신청인은 심의위원회의 심의 절차에서 배상 금액 등에 관한 의견을 진술할 수 있고(제11조), 심의위원회는 신청인으로부터 배상금 지급신청에 관한 증빙서류를 첨부하여 신청 받은 뒤 그 관계서류 등이 누락되거나 보완이 필요한 경우 신청인에게 보완을 요청할 수 있으므로(제10조 제1항), 심의절차에 당사자의 참여가 보장되고 있다. 그리고 심의위원회의 배상금 지급결정은 신청을 받은 날부터 120일 이내에 그 지급 여부 및 금액을 결정하도록 하되 사실조사를 위하여 필요한 때에는 한 차례 30일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있도록 하여(제12조), 신속한 피해구제를 도모하면서도 적절한 심의기간을 보장하고 있다. 심의위원회의 배상금 지급에 관한 결정에 이의가 있는 신청인은 결정서정보 송달일로부터 30일 이내에 심의위원회에 재심을 신청할 수 있도록 하여(제14조), 보상 절차의 공정성과 신중성을 제고하기 위한 장치도 마련되어 있다.

아울러, 신청인은 배상금 등 지급에 대한 동의를 포함한 지급 신청을 지급 결정서정보를 송달받은 날부터 1년 이내에 하도록 하여(제15조 제3항) 충분히 생각하고 검토할 시간을 보장하고 있다. 또 신청인이 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의하지 않는 경우 직접 손해배상금의 지급을 청구할 수 있으므로, 배상금 등 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있다. 나아가 신청인이 지급결정에 동의하여 민사소송법상 재판상 화해가 성립되게 하기 위한 전제로서, 배상금 등의 지급청구 시 신청인의 인감증명서와 함께 재판청구권 포기 의사가 명백하게 기재되어 있는 서류를 제출하게 하고 있어, 지급결정 동의의

법적 효과를 안내하는 절차를 마련하고 있다.

세월호피해지원법에는 피해에 상응하는 배상 등을 받을 수 있는 제도적 장치가 충분히 마련되어 있으므로 심의위원회의 배상금 등 지급결정에 동의한 때에는 재판상 화해가 성립한 것으로 간주하더라도 이것이 재판청구권 행사에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다.」

## 나. 이의제기금지조항에 관한 판단

### (1) 쟁점

세월호피해지원법 시행령 제15조는 배상금 등을 지급받으려는 신청인은 별지 제15호 서식의 배상금 등 동의 및 청구서를 제출하도록 하고 있는데, 별지 제15호 서식에는 배상금 등을 받았을 때에는 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고 ‘4·16세월호참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.’라는 표현이 들어 있다. 이의제기금지조항의 이와 같은 기재를 세월호피해지원법 제16조와 같은 내용을 단순히 확인하는 것에 불과하다고 본다면, 이의제기금지조항 자체는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없다. 그러나 청구인들은 이의제기금지조항이 세월호 참사의 진상규명 및 책임자 처벌 요구 등 의사를 표현하는 것이나 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 것 등을 포함하여 일체의 문제 제기를 할 수 없는 것으로 해석될 수 있다고 주장하고 있다. 이의제기금지조항이 청구인들의 주장과 같이 해석된다면 이의제기금지조항에 따른 기본권 제한을 인정한 뒤 그에 따른 기본권 침해 여부를 판단하여야 한다. 따라서 이의제기금지조항에 관한 판단에서는, 이의제기금지조항이 청구인들의 기본권을 제한하는 공권력의 행사인지, 그리고 이의제기금지조항의 공권력 행사성이 인정된다면, 이의제기금지조항에 의한 기본권 제한이 그 한계원리인 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 이루어진 제한인지 문제된다. 이의제기금지조항이 기본권 제한에 관한 방식, 즉 법률유보원칙을 위반하고 있어 그 자체로 위헌임을 면키 어렵다면, 기본권 제한의 정도가 과도한 것인지 여부를 떠나 헌법에 위반된다고 할 것이므로, 과잉금지원칙 위반 여부는 살필 필요가 없게 된다.

## (2) 헌법재판소의 판단

(가) 우선, 이의제기금지조항이 청구인들의 기본권을 제한하는 공권력의 행사인지에 관하여, 다수의견은 그 공권력 행사성을 인정하였고, 그에 따라 법률유보원칙 위반 여부에 관하여도 판단하였다.

문제되었던 공권력 행사성 인정 여부에 관하여는 다음과 같은 이유를 제시하여 공권력 행사성을 인정하였다.

「세월호피해지원법에 따른 배상금 등 지급신청은 특별한 사유가 없는 한 법시행 후 6개월 이내인 2015. 9. 28.까지 하여야 한다(제10조 제2항). 그런데 세월호 참사에 따른 인적 손해배상 대상자 461건(희생자 304명과 생존자 157명) 가운데 2016년 5월경까지 이 법에 따라 배상금 등 지급 신청을 한 것은 희생자 208건과 생존자 140건으로, 나머지 113건은 배상금 등 지급신청을 하지 않았다. 또 배상금 등 지급결정을 받고도 지급 신청을 하지 않은 건수도 적지 않다. 세월호피해지원법이 피해자에게 불리하지 않은 신속한 구제를 도모하고 있음에도 불구하고 이처럼 많은 피해자들이 아예 절차에 참여하지 않거나 지급결정을 받고도 지급신청을 하지 않은 것은, 배상금 등을 지급받기 위하여 위 시행령 서식에 따라 동의 및 청구서를 작성하면 청구인들의 주장과 같이 세월호 참사와 관련된 일체의 문제 제기를 할 수 없게 된다는 우려에 따른 위축효과 때문이라고 볼 수 있다.

청구인들은 일체의 이의를 제기하지 않는다는 서약서 기재로 인하여 표현의 자유 등이 제한되고 있다고 주장하는데, 이 부분 기재 내용을 제한적으로 해석하더라도 최소한 청구인들의 일반적 행동의 자유가 제한되는 것은 부인할 수 없다. 법률에 없는 표현을 임의로 추가하여 동의서 작성을 강제하고 있는 이 사건 시행령 규정을 법적으로 아무런 의미 없는 규정이라 단정하고 이 규정에 따른 기본권 제한을 호소하는 청구인들의 주장을 무시할 수는 없다.

이 부분이 재판상 문제가 될 경우 그 최종적 해석은 법원의 몫이고 법원이 이 부분은 법률적으로 의미 없는 기재라고 해석할 가능성은 다분하다. 그러나 이 사건 시행령규정으로 인하여 제한되는 청구인들의 일반적 행동의 자유는 재판 단계에서 법원이 이 규정을 해석하기 전에 일상생활에서 자신의 의사를 결정하고 그에 따른 행위를 하는 데 대한 자유권이다. 따라서 재판 단계에 이르러 이 규정이 아무런 법적 구속력이 없는 것이라고 해석될 가능성이 있다고 하여 청구인들의 자유권을 제한하는 공권력의 행사가 되지 않는다고 할 수는 없다. 청구

인들로서는 헌법소원 이외에 이와 같은 자유권 제한을 다룰 수 있는 방법이 없으므로, 이 사건 시행령 규정은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 보아야 한다.」

반면, 반대의견은 이의제기금지조항이 청구인들의 기본권을 새로이 침해하는 공권력 행사에 해당하지 않는다고 판단하였다. 즉 이의제기금지조항은 단지 이 사건 법률조항에 의하여 성립되는 재판상 화해의 의미와 효력을 다시 한 번 강조하고 확인하는 문언에 지나지 아니하는 것이고, 다수의 견처럼 청구인들의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 그 주요한 논거는 다음과 같다.

「- 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 한다. 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 할 것이다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다60065 판결; 대법원 2013. 2. 28. 선고 2012다98225 판결 등 참조). 이러한 법률행위 해석에 관한 법리는 신청인이 배상금 등을 지급받기 위하여 제출하여야 하는 ‘배상금 등 동의 및 청구서’ 중에 포함된 이의제기금지조항을 해석할 때에도 마찬가지로 적용되어야 한다.

- 세월호피해지원법 시행령 제15조의 별지 제15호 ‘배상금 등 동의 및 청구서’ 서식에 의하면 제3항 전단에 “신청인은 배상금 등을 받았을 때에는 4·16 세월호 참사로 인한 손해·손실 등에 대하여 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의하고,”라는 문언 다음에 곧바로 이어서 후단에 “4·16 세월호 참사에 관하여 어떠한 방법으로도 일체의 이의를 제기하지 않을 것임을 서약합니다.”라는 내용의 이의제기금지조항을 추가하고 있으므로, 이의제기금지조항을 ‘배상금 등을 받았을 때 국가와 재판상 화해를 한 것과 같은 효력이 있음에 동의한다.’는 전단의 문언과 연관 지어 그 객관적 의미를 합리적으로 해석하는 것이 당사자의 진정한 의사나 경험칙, 사회 일반의 상식 등에 부합하는 해석이고,

다수의견처럼 전단의 문언과 분리하여 이와 아무 상관이 없는 독자적인 의미를 가진 것으로 해석하여서는 아니 된다.

- 신청인이 배상금 등 지급결정에 동의하면 재판상 화해가 성립되어 세월호 참사와 관련하여 입게 된 손해나 손실에 대하여는 더 이상 다룰 수 없게 된다는 사실을 충분히 알아야만 선부른 동의로 인한 피해를 예방할 수 있을 것이므로, 국가는 재판상 화해의 의미와 효력에 관하여 신청인에게 충실히 설명 또는 안내할 필요가 있고, 그렇게 함으로써 지급결정에 대한 동의의 효력을 둘러싸고 새로운 분쟁이 생기는 것을 방지할 수 있다.

이러한 점들을 종합하면, ‘배상금 등 동의 및 청구서’ 서식 중에 이의제기금지조항을 특별히 포함시킨 것은 재판상 화해의 의미와 효력을 신청인에게 다시 한번 확인시켜주고, 신청인이 지급결정에 대한 동의서를 제출할 때 충분히 숙고하여 신중을 기하도록 할 필요성이 있기 때문이다.

이처럼 이의제기금지조항은 단지 신청인에게 이 사건 법률조항에 의해 성립되는 재판상 화해의 의미와 효력에 대하여 구체적으로 다시 설명하고 확인시켜 주는 의미만을 갖고 있을 뿐이다. 그러므로 이의제기금지조항은 실질적으로 이 사건 법률조항과 동일한 내용을 규정한 것에 불과하고, 이 조항으로 인하여 다수의견이 보는 바와 같은 청구인들의 일반적 행동의 자유를 새롭게 제한하는 효과가 생기는 것이 아니다.」

(나) 다수의견은 살펴본 바와 같이 이의제기금지조항의 공권력 행사성을 인정한 뒤, 본안판단에서 이의제기금지조항이 기본권 제한의 법률유보원칙을 위반하여 법률의 근거 없이 대통령령으로 청구인들에게 세월호 참사와 관련된 일체의 이의 제기 금지 의무를 부담시킴으로써 일반적 행동의 자유를 침해하였다고 판단하였다. 그 주요 논거는 다음과 같다.

「세월호피해지원법은 심의위원회의 배상금 등 지급결정이 있는 뒤 배상금 등을 지급받으려 할 때에는 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 심의위원회에 지급을 신청하도록 규정하고(제15조 제1항), 이와 같이 동의한 경우 국가와 신청인 사이에 민사소송법에 따른 재판상 화해의 성립이 의제된다는 점을 규정하고 있을 뿐(제16조), 배상금 등의 지급 이후 효과나 의무에 관한 일반규정을 두거나 이에 관하여 범위를 정하여 하위 법규에 위임한 바가 없다. 세월호피해지원법 제15조 제2항은 ‘동조 제1항에 규정된 사항 외에 배상금 등의 지급 절차 등에

필요한 사항'을 대통령령에 위임하고 있을 뿐이므로, 시행령으로 규정할 수 있는 사항은 지급신청 시 동의서를 첨부해야 한다는 점과 이와 같은 수준의 사항, 즉 지급신청 시 제출해야 하는 서류·청구서 양식·신청서류 제출기관·배상금 등 지급기관·지급방법 등 지급신청이나 지급에 관한 기술적이고 절차적인 사항일 뿐이며, 여기에 지급받은 이후의 효과나 의무까지 포함되지 않음은 분명하다.

신청인이 배상금 등의 지급결정에 동의한 경우 민사소송법에 따른 재판상 화해의 성립이 의제되어 당사자 사이에 세월호참사로 발생한 피해에 관하여 기관력이 발생하므로, 신청인이 지급결정에 대하여 동意的 의사표시를 하기 전에 충분히 숙고할 수 있는 기회를 보장할 필요가 있고, 이를 위해 지급결정에 대한 동意的 법적 의미와 효력에 관하여 명확하게 안내해 줄 필요성이 인정된다. 그러나 이 경우에도 세월호피해지원법 제16조에서 규정하는 동意的 효력 범위를 초과하여 세월호 참사 전반에 관한 일체의 이의 제기를 금지시킬 수 있는 권한을 부여받았다고 볼 수는 없다.

따라서 이의제기금지조항은 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반하여 법률의 근거 없이 대통령령으로 청구인들에게 세월호참사와 관련된 일체의 이의 제기 금지 의무를 부담시킴으로써 일반적 행동의 자유를 침해한 것이다.」

## 5. 결정의 의의

가. 세월호피해지원법은 세월호 참사로 신체적·정신적·경제적 피해를 입은 사람에 대하여 국가가 우선 손해배상금 등을 지급하여 신속히 피해구제를 도모하고, 생활 및 심리안정 등을 지원할 필요성을 인정하여 제정된 특별법이다. 그러나 세월호 참사의 피해구제 및 지원을 둘러싸고 당사자들의 기본권 침해에 관한 여러 주장이 제기되었다. 세월호 참사와 관련한 진정한 의미의 피해회복이 이루어지기 위해서는 세월호피해지원법의 위헌성 논란은 반드시 선행되어야 할 중요한 과제라 할 수 있었다. 대상결정은 세월호 참사에 관하여 마련된 특별법에 대하여 위헌 여부를 판단한 최초의 결정이다.

나. 대상결정에서는 세월호피해지원법의 여러 조항과 세월호피해지원법 시행령 조항에 대하여 판단하였는데, 그 중 이의제기금지조항에 대하여는 재판부의 의견이 갈리었다. 이의제기금지조항에 대하여 다수의견은 신청인

이 심의위원회의 지급결정에 동의하고, 배상금 등을 지급받아 재판상 화해가 성립될 경우 그 효력이 미치는 범위는 세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해에 한정되어야 하는바, 이를 초과하는 해석의 여지가 있는 이의제기금지조항은 위헌이라고 판단하였다. 이에 따라 이의제기금지조항에 근거하여 동의서를 제출하였다고 하더라도, 그 효과는 ‘세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해’에 한정되는 것이지, 이로 인하여 세월호 참사의 진상규명이나 책임자 처벌 요구 등의 의사를 표현하는 것, 또는 관련 형사소송에서 피해자로서 참여하는 것 등을 포함하여 일체의 문제제기가 금지되는 것이 아님을 명백히 하였다. 한편, 이의제기금지조항에 대한 재판관 2인의 반대의견은 동의서 제출에 의한 재판상 화해의 효력은 어디까지나 세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해에 한정됨이 해석상 명확하기 때문에, 이의제기금지조항 자체로 청구인들의 일반적 행동의 자유를 새롭게 제한하는 효과가 발생하는 것은 아니어서, 그 공권력 행사성을 인정할 수 없다는 의견을 내세웠다.

다. 결국 다수의견과 반대의견은 이의제기금지조항의 구체적인 해석을 두고 차이가 있을 뿐, 동의서 제출에 의한 재판상 화해의 효력은 어디까지나 세월호 참사와 관련하여 입은 손해나 손실 등 피해에 한정되어야 하고, 여기에서 더 나아가 세월호 참사의 진상규명이나 책임자 처벌 요구 등 세월호 참사를 둘러싼 문제 제기를 금지하는 것이어서는 아니된다는 점에서는 그 의견의 궤를 같이 한 것이라 볼 수 있다. 헌법재판소는 이러한 논의를 통해 세월호 참사와 관련한 진정한 의미의 피해회복이 이루어질 수 있는 헌법적 터전을 마련하였다고 평가할 수 있을 것이다.



## 전과법 제58조의2 제1항 등 위헌소원 사건 등

- 전과법상 방송통신기자재등에 대한 적합성평가 제도가  
헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2017. 7. 27. 2015헌바278, 2016헌바395(병합), 판례집 29-2상, 65)

김 광 욱\*

### 【판시사항】

방송통신기자재등을 제조·판매·수입하려는 자에 대하여 해당 기자재의 적합성평가를 받도록 한 전과법(2013. 3. 23. 법률 제11712호로 개정된 것) 제58조의2 제1항 및 적합성평가를 받지 않고 방송통신기자재등을 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입한 사람을 처벌하도록 한 구 전과법(2014. 6. 3. 법률 제12726호로 개정되고, 2015. 3. 27. 법률 제13233호로 개정되기 전의 것) 제84조 제5호 중 제58조의2 제1항 부분(이하 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 전과법(2013. 3. 23. 법률 제11712호로 개정된 것) 제58조의2 제1항(이하 ‘이 사건 의무조항’이라 한다) 및 구 전과법(2014. 6. 3. 법률 제12726호로 개정되고, 2015. 3. 27. 법률 제13233호로 개정되기 전의 것) 제84조 제5호 중 제58조의2 제1항 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 하고, 이 사건 의무조항과 묶어 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부로, 그 내용은 다음과 같다.

---

\* 헌법연구관

전파법(2013. 3. 23. 법률 제11712호로 개정된 것)

제58조의2(방송통신기자재등의 적합성평가) ① 방송통신기자재와 전자파장해를 주거나 전자파로부터 영향을 받는 기자재(이하 '방송통신기자재등'이라 한다)를 제조 또는 판매하거나 수입하려는 자는 해당 기자재에 대하여 다음 각 호의 기준(이하 '적합성평가기준'이라 한다)에 따라 제2항에 따른 적합인증, 제3항 및 제4항에 따른 적합등록 또는 제7항에 따른 잠정인증(이하 '적합성평가'라 한다)를 받아야 한다.

1. 제37조 및 제45조에 따른 기술기준
2. 제47조의2에 따른 전자파 인체보호기준
3. 제47조의3 제1항에 따른 전자파적합성기준
4. 「방송통신발전 기본법」 제28조에 따른 기술기준
5. 「전기통신사업법」 제61조·제68조·제69조에 따른 기술기준
6. 「방송법」 제79조에 따른 기술기준
7. 다른 법률에서 방송통신기자재등과 관련하여 미래창조과학부장관이 정하도록 한 기술기준이나 표준

구 전파법(2014. 6. 3. 법률 제12726호로 개정되고, 2015. 3. 27. 법률 제13233호로 개정되기 전의 것)

제84조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제58조의2에 따른 적합성평가를 받지 아니한 기자재를 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입한 자(판매를 중개하거나 구매 대행 또는 수입대행을 한 자를 포함한다)

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2015헌바278

(1) 청구인은 전과법상 적합성평가를 받지 않은 채 산업용기자재인들을 수입하여 판매하였다는 범죄사실로 약식명령을 받았다. 청구인은 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구하였고, 정식재판 계속 중 전과법 제84조 제5호, 제58조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다. 당해사건 법원은 2015. 8. 12. 청구인에 약식명령과 같은 금액의 벌금형을 선고하고,

같은 날 청구인의 제청신청을 기각하였다.

(2) 청구인은 2015. 8. 24. 전파법 제84조 제5호 및 제58조의2 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

## 나. 2016헌바395

(1) 청구인 1은 자동화제어기기 등의 도매업 및 수출입업 등을 목적으로 설립된 회사이고, 청구인 2는 청구인 1의 대표이사이다. 청구인 2는 2012. 1. 1.경부터 2014. 7. 31.까지 전파법상 적합성평가를 받지 않은 채 산업용 기자재를 수입하여 판매하였다는 범죄사실로, 청구인 1은 대표자인 청구인 2가 위와 같은 행위를 하였다는 범죄사실로 약식명령을 받았다. 청구인들은 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구하였고, 청구인 1은 벌금형의 선고유예를, 청구인 2는 벌금형을 받았다. 청구인들은 이에 대하여 항소하고, 항소심 계속 중 전파법 제84조 제5호, 제58조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다. 당해사건 법원은 2016. 10. 14. 청구인들의 항소를 모두 기각하고, 같은 날 청구인들의 제청신청을 기각하였다.

(2) 청구인들은 2016. 11. 18. 전파법 제84조 제5호 및 제58조의2 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장

가. 방송통신기자재와 같은 전자기기는 부품, 구조, 기능을 통해 대상을 명확히 특정할 수 있으므로, 이러한 전자기기를 제조·판매·수입하려는 자에 대하여 그 기기가 이미 적합성평가를 받아 적합인증을 받은 기기와 동일한 기기인지 여부의 구분 없이 일률적으로 적합성평가를 받도록 하는 것은 경쟁의 자유, 계약의 자유, 평등권을 침해하고, 사적자치 원칙에 위배된다.

나. 심판대상조항들은 동일기기의 병행수입을 원천적으로 금지하고 있어, 청구인들과 같은 병행수입업자들을 폐업에 이르게 하고, 외국 제조업체의 국내법인이 국내시장에서 독점적 지위를 누리도록 하고 있으므로, 국민의 경제상의 자유와 창의를 보장하고 독점방지의무를 규정한 헌법 제119조, 국가의 대외무역육성원칙을 규정한 헌법 제125조에 위반된다.

## 【결정요지】

적합성평가 제도는 방송통신기자재등에 대하여 사전적으로 기술기준 등에 적합한지 여부를 확인하는 데 그치는 제도가 아니라, 방송통신기자재등을 국내시장에 유통하고자 하는 사람의 책임 아래 방송통신기자재등이 기술기준 등에 적합한 상태로 국내시장에 유통될 수 있도록 하는 제도이다. 전과법은 방송통신기자재등마다 전파의 혼신·간섭을 일으킬 가능성, 또는 인체에 영향을 미칠 가능성에 따라 적합인증, 적합등록, 잠정인증으로 적합성평가의 종류를 나누는 한편, 적합성평가를 받은 방송통신기자재등에 대한 전파와 적합성을 확보하기 위하여 여러 가지 의무를 부담시키고 있다. 그리고 전과법은 국내시장에서의 상업적 유통을 염두에 두지 않은 경우에는 방송통신기자재등에 대한 적합성평가 의무를 면제함으로써 그 부담을 완화하고 있다.

입법자는 방송통신기자재등의 제조·수입·판매 단계에서만 아니라 그 이후의 단계에서도 방송통신기자재등의 안전성을 확보하고 그에 대한 책임을 효과적으로 부여하고자 방송통신기자재등의 성질, 불량률, 인체에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 동일한 종류의 방송통신기자재등에 대하여 적합성평가를 받을 의무를 면제하지 않도록 한 것이므로, 단지 동일한 종류의 방송통신기자재등에 대한 적합성평가 면제 제도를 두지 않았다는 것만으로 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 심판대상조항들이 달성하고자 하는 전파의 혼신·간섭의 방지 및 국민의 인체보호라는 공익은 중대하므로 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다.

### 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대의견

어떤 수입업자가 방송통신기자재등을 국내시장에 유통시키기 위하여 한 차례 적합성평가를 받았다면, 그로써 그 방송통신기자재등의 전자파 적합성은 이미 확인된 것이므로, 수입업자가 다르다는 이유만으로 수입업자별로 적합성평가를 받도록 하는 것은 무의미한 절차의 반복을 강요하는 것에 불과하다. 후발 수입업자에게는 같은 종류의 방송통신기자재등에 대한 적합성평가가 있었음을 확인받도록 하고, 이 절차를 거친 경우 적합성평가를

받은 것으로 간주함으로써 전파법상 각종 사후관리책임에 관한 규정을 적용하는 방법을 통해서도 입법목적은 충분히 달성할 수 있다. 선발 수입업자와 후발 수입업자 사이의 비용부담에 관하여 평등이 이루어지지 않는다는 지적이 있으나, 이러한 이유만으로 후발 수입업자에게 동일한 시간과 비용을 부담하게 하면서 동일한 절차를 밟도록 하는 것은 모두의 부담만을 가중할 뿐이고, 정당한 해결책이 될 수 없다.

따라서, 심판대상조항들은 침해의 최소성 요건을 충족한다고 볼 수 없고, 나아가 후발 수입업자가 입게 되는 사익의 침해가 공익에 비하여 작다고 볼 수 없으므로, 법익의 균형성 요건도 충족하지 않는다.

## 【해설】

### 1. 전파법상 적합성평가 제도 개관

#### 가. 전파의 개념과 전파법

전자파, 또는 전기자기파(電氣磁氣波)는 전기장과 자기장의 두 가지 성분으로 구성된 파동(波動)을 말한다. 전파(電波, Radio Frequency)는 인공적인 유도 없이 공간에 퍼져 나가는 전자파로서 국제전기통신연합이 정한 범위의 주파수를<sup>1)</sup> 가진 것을 말한다(전파법 제2조 제1항 제1호). 국제전기통신연합은 전파(電波)를 ‘인공적인 유도 없이 공간을 전파(傳播)하는 3,000GHz 이하 주파수의 전자파’로 정의하고 있다.<sup>2)</sup>

전파법은 전파의 효율적이고 안전한 이용 및 관리에 관한 사항을 정하여 전파이용과 전파에 관한 기술의 개발을 촉진함으로써 전파 관련 분야의 진흥과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 제정되었다(전파법 제1조). 전파는 통신과 방송산업 등을 태동시킨 모태이자 국민생활의 편익증진을 위해 필수 불가결한 자원이지만 다른 한편으로는 사용할 수 있는 주파수 대역이 한정적이어서 이를 효율적으로 이용할 필요가 있고, 또 전자파가

1) 주파수는 일정한 속도로 주기적으로 반복하는 상태가 1초 동안에 몇 번 발생하는지를 나타내는 수치, 즉 진동수를 의미한다. 1초 동안 진동수가 1번인 경우가 1Hz이고, 1초 동안 진동수가 10억 번인 경우가 1GHz이다. 신종철, 『전파법해설』, 진한엠엔비, 2013, 14쪽

2) 신종철, 앞의 책, 14쪽

인체에 영향을 끼칠 수 있다는 점에서 이에 관한 사항을 적정하게 규제할 필요가 있다.<sup>3)</sup>

### 나. 적합성평가 제도의 의의

(1) 적합성평가 제도는 방송통신기자재 또는 전자과장해를 주거나 전자과로부터 영향을 받는 기자재(이하 ‘방송통신기자재등’이라 한다)가 기술기준 등에 적합한지 여부를 시험하고 확인하는 제도이다(전과법 제58조의2 제1항).

방송통신기자재단 방송통신설비에 사용하는 장치·기기·부품 또는 선조(線條) 등을 말하고(전과법 제2조 제1항 제16호), 전자과장해란 전자과를 발생시키는 기자재로부터 전자과가 방사 또는 전도되어 다른 기자재의 성능에 장애를 주는 것을 말한다(제2조 제1항 제14호).

(2) 적합성평가 제도는 적합성평가를 신청하는 사람에 대하여 의무를 부과하고 있으나, 방송통신기자재등의 객관적인 기술적 적합성에 기초하여 행하여진다. 이는 방송통신기자재등이 기술기준에 적합하도록 할 의무를 그 제조자, 판매자, 수입판매자에게 부여하는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 적합성평가는 혼합적 성격을 가진다. 결국, 적합성평가 제도는 방송통신기자재등을 국내시장에 유통하려는 사람(제조자, 판매자, 수입판매자)의 책임 아래에서 방송통신기자재등이 기술기준 등에 적합한 상태로 국내시장에 유통될 수 있도록 하는 제도이다.<sup>4)</sup>

### 다. 적합성평가 제도의 변화

(1) 전과를 합리적으로 관리함으로써 공공의 복지를 증진하고자 1961. 12. 30. 법률 제924호로 전과관리법이 제정되었다. 당시 전과관리법은 무선국, 무선설비에 관한 사항을 주로 규정하고 있었는데, 무선설비에 관하여

---

3) 신종철, 앞의 책, 20-23쪽 참조.

4) 이는 외국의 입법례에서도 알 수 있다. 미국, 독일, 일본의 입법례는 물론 유럽연합도 ‘책임자가 누구인지를 규율함으로써, 방송통신기자재등의 국내유통에 있어 그 기술기준 등의 적합성을 책임자가 유지·관리하도록 하고 있다.

전파의 질이 적합할 것(제24조), 다른 무선설비의 기능에 지장을 주지 않을 것(제25조), 안전시설을 할 것(제26조) 및 그 외 각령이 정하는 기술기준에 적합하여야 할 것(제29조) 등을 규정하였을 뿐, 적합성평가 제도에 관한 규정은 없었다.

(2) 전파관리법이 1967. 3. 14. 법률 제1913호로 개정되면서, 주파사측정 장치, 경보자동수신기, 구명정용 휴대무선전신기기 등에 관해서 체신부장관이 행하는 검정에 합격한 것이 아니면 무선국에 시설하지 못하도록 하는 검정제도가 처음 도입되었다(제29조의2). 검정제도는 전파관리법이 1971. 1. 13. 법률 제2280호로 개정되면서 ‘형식검정’ 제도로 명칭이 변경되었다.<sup>5)</sup>

(3) 1989. 12. 30. 법률 제4193호로 개정된 전파관리법은 형식검정제도를 좀 더 자세히 규정하여, 형식검정의 대상이 되는 기기임에도 형식검정을 받지 않은 경우 이를 판매하거나 판매목적으로 제작·진열·보관 또는 운송하거나 무선국에 설치할 수 없도록 하였다(제29조의2).<sup>6)</sup> 또한, 전자파장해 기기를 제작 또는 수입하고자 하는 자는 그 기기에 대하여 체신부장관이 행하는 전자파장해검정을 받도록 함으로써 전자파장해검정제도도 도입하였다(제29조의5). 무선설비 기기에 대한 형식검정제도, 전자파장해기기에 대한 전자파장해검정제도는 전파관리법이 ‘전파법’(1991. 12. 14. 법률 제4441

5) 처음에는 형식검정대상이 되는 기기를 대통령령(1967. 3. 14. 개정)으로 정하도록 하였으나, 이후 체신부령(1976. 12. 31. 개정)으로 정하도록 하였다.

6) 제29조의2(형식검정) ① 무선설비의 기기를 제작 또는 수입하고자 하는 자는 그 기기에 대하여 체신부장관이 행하는 형식검정을 받아야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 무선통신의 연구·개발을 위하여 시험제작하거나 수입하는 것
2. 국내에서 판매하지 아니하고 수출용으로 제작하는 것
3. 외국으로부터 도입(임대차 또는 용선계약에 의한 경우를 포함한다)하는 선박 또는 항공기에 설치된 것

② 제1항의 규정에 의한 형식검정의 대상기기·방법 및 절차등은 체신부령으로 정한다. 이 경우 대상기기를 정하고자 할 때에는 관계중앙행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 형식검정 대상기기는 형식검정에 합격한 후 체신부령이 정하는 형식검정 합격표시를 하지 아니하면 이를 판매하거나 판매를 목적으로 제작·진열·보관 또는 운송하거나 무선국에 이를 설치할 수 없다.

호로 개정된 것)으로 개정된 후에도 그대로 유지되었다.

(4) 1996. 12. 30. 법률 제5218호로 개정된 전파법은 무선설비 기기에 대한 형식검정제도를 형식검정과 형식등록으로 나누고(제29조의2), 전자파장해검정제도를 전자파적합등록제도로 변경하였다(제29조의5). 개정된 전파법은 전자파장해기기 또는 전자파로부터 영향을 받는 기기를 전자파적합등록 대상으로 하면서도 전기통신기본법에 의한 형식승인을 받은 전기통신기자재를 전자파적합등록 대상에서 제외하였는데(전파법 제29조의5 제4호), 이로써 ① 무선기기에 대해서는 형식검정 또는 형식등록, ② 유선기기에 대해서는 형식승인, ③ 그 외 전자파장해기기 또는 전자파로부터 영향을 받는 기기에 대해서는 전자파적합등록이라는 인증정책의 틀이 마련되었다. 이러한 인증정책은 전파법이 2000. 1. 21. 법률 제6197호로 전부 개정된 뒤에도 그대로 유지되었다.<sup>7)</sup>

2008. 6. 13. 법률 제9128호로 개정된 전파법에서는 형식검정, 형식등록 및 전자파적합등록에 관한 권한이 정보통신부장관에서 방송통신위원회로 이관되었다. 이는 정부조직법의 개정으로 정보통신부가 폐지되고, 방송통신위원회가 신설된 데 따른 것이다.

(5) 전파법이 2010. 7. 23. 법률 제10393호로 개정되어 2011. 1. 24.부터 시행되면서, 형식검정, 형식등록 및 전자파적합등록으로 나누어져 있던 인증제도가 적합성평가 제도로 통합되었다. 기존의 인증제도는 기기의 종류에 따라 인증의 방식·절차를 달리하고 있었는데, 적합성평가 제도는 기기의 종류가 아닌 위해성의 정도를 기준으로 방송통신기자재등에 대하여 적합인증, 적합등록, 잠정인증을 받도록 하고 있다. 적합성평가 제도는 전파법이 2013. 3. 23. 법률 제11712호로 개정되면서 방송통신위원회에서 미래창조과학부장관으로 업무가 이관되었고, 2017. 7. 26. 법률 제14839호로 정부조직법이 개정됨에 따라 주관부처 명칭이 과학기술정보통신부장관으로 변경된 외에는 현재까지 큰 변화 없이 유지되고 있다.

7) 무선설비 기기에 대한 형식검정 또는 형식등록은 제46조, 전자파적합등록은 제57조에 규정되었다.

## 라. 적합성평가 기준

(1) 전파법·방송통신발전 기본법·전기통신사업법·방송법에 따른 기술기준, 인체보호기준, 전자과적합성기준 및 기타 다른 법률에서 과학기술정보통신부장관이 정하도록 한 기술기준이나 표준이 적합성평가의 기준이 된다(전파법 제58조의2 제1호 내지 제7호). 각 기준은 이를 정하는 주체 및 규정형식이 조금씩 다르다. 전자과적합성기준(전파법 제47조의3) 및 전기통신사업법상 기술기준(전기통신사업법 제61조, 제68조, 제69조)은 대통령령으로, 전파법상 기술기준(전파법 제37조, 제45조)은 과학기술정보통신부령으로, 인체보호기준(전파법 제47조의2), 방송통신발전 기본법상 기술기준(방송통신발전 기본법 제28조) 및 방송법상 기술기준(방송법 제79조)은 과학기술정보통신부장관의 고시로 정하도록 하고 있다.

(2) 한편, 과학기술정보통신부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 권한의 일부를 소속기관의 장에게 위임할 수 있는데(전파법 제78조 제1항), 이에 따라 적합성평가에 관한 권한이 국립전파연구원장에게 위임되었다(전파법 시행령 제123조). 국립전파연구원장은 ‘방송통신기자재등의 적합성평가에 관한 고시’(이하 ‘적합성평가 고시’라 한다)에서 적합성평가 대상기자재, 세부절차 등에 관한 사항을 규정하였다. 적합성평가 고시는 별표에서 적합성평가 대상 기자재를 비교적 상세히 규정하는 한편, 지정시험기관, 비지정시험기관, 자기시험기관의 시험을 거쳐야 하는 기자재에 관해서도 상세히 구별하여 규정하고 있다.

## 마. 적합성평가의 유형 및 절차

### (1) 적합성평가의 유형

방송통신기자재등을 제조·판매 또는 수입하려는 자는 방송통신기자재등에 대하여 적합성평가를 받아야 한다. 적합성평가는 크게 적합인증, 적합등록 및 잠정인증으로 나뉜다. 방송통신기자재등이 적합인증을 받아야 하는지 적합등록을 받아야 하는지는 원칙적으로 그 기자재의 위해성에 따라 결정된다. 적합성평가 고시 제3조는 별표1 내지 3에서 이를 세부적으로 분류하여 규정하고 있다.

## (2) 적합인증

전파환경 및 방송통신망 등에 위해를 줄 우려가 있는 기자재와 중대한 전자과장해를 주거나 전자파로부터 정상적인 동작을 방해받을 정도의 영향을 받는 기자재를 제조 또는 판매하거나 수입하려는 자는 지정시험기관의 적합성평가기준에 관한 시험을 거쳐 과학기술정보통신부장관의 적합인증을 받아야 한다(전파법 제58조의2 제2항). 전파법은 위 두 가지 경우에 해당하는 방송통신기자재등에 대하여 적합인증을 받도록 하고 있는데, 전파법 시행령은 이에 더하여 ‘그 밖에 사람의 생명과 안전 등에 중대한 위해를 줄 우려가 있는 방송통신기자재등’에 대해서도 적합인증을 받도록 하고 있다(전파법 시행령 제77조의2 제1항 제3호).

적합인증을 신청하고자 하는 자는 사용자설명서, 시험성적서, 외관도, 부품 배치도(또는 사진), 회로도, 대리인 지정서를 첨부한 적합인증신청서를 국립전파연구원장에게 제출하여야 한다(적합성평가 고시 제5조). 첨부하여야 하는 시험성적서는 지정시험기관의 장, 국립전파연구원장, 또는 상호인정협정을 체결한 국가의 시험기관 중 국립전파연구원장이 인정한 시험기관의 장이 발행한 것이어야 한다.

지정시험기관은 적합성평가 시험 업무를 하는 기관으로, 과학기술정보통신부장관이 지정한다. 지정시험기관은 적합성평가 시험에 필요한 설비·인력 및 국제기준에 적합한 품질관리규정을 확보하여야 하고, 과학기술정보통신부장관이 시험 업무의 객관성 및 공정성을 위하여 필요하다고 인정하는 사항을 갖춘 법인이어야 한다(전파법 제58조의5 제1항). 시험기관은 유선분야, 무선분야, 전자파적합성분야, 전자파 강도 분야, 전자파흡수율 분야로 구분된다(전파법 시행령 제77조의9 제1항).

국립전파연구원장은 제출서류의 적정성, 적합성평가 기준 적용의 적정성, 시험성적서의 유효성을 심사하고, 심사결과가 적합한 경우 적합인증서를 신청인에게 교부하며, 이에 관한 사항을 관보에 공고한다(적합성평가 고시 제7조).

## (3) 적합등록

(가) 적합인증의 대상이 아닌 방송통신기자재등을 제조 또는 판매하거나

수입하려는 자는 지정시험기관의 적합성평가 기준에 관한 시험을 거쳐 해당 기자재가 적합성평가 기준에 적합함을 확인한 후 그 사실을 과학기술정보통신부장관에게 등록하여야 한다. 다만, 불량률 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 기자재에 대하여는 스스로 시험하거나 지정시험기관이 아닌 시험기관의 시험을 거쳐 과학기술정보통신부장관에게 등록할 수 있다(제58조의2 제3항). 측정·검사용으로 사용되거나, 산업·과학용으로 사용되는 방송통신기자재등, 그 밖에 기자재의 특성이나 용도 등에 비추어 지정시험기관의 시험이 필요하지 아니한 방송통신기자재등은 자기시험 또는 비지정시험기관의 시험을 거쳐 적합등록될 수 있다(전과법 시행령 제77조의3 제2항). 적합인증 대상 기자재와 적합등록 대상기자재가 조합된 복합기자재는 적합인증의 대상이 되지만, 적합인증을 받은 무선 송·수신용 부품을 내장 또는 장착한 적합등록 대상 기자재는 적합등록의 대상이 된다(적합성평가 고시 제8조 제3항).

(나) 적합등록을 신청하고자 하는 자는 적합성평가 기준에 부합함을 증명하는 확인서 및 대리인 지정서가 첨부된 적합등록신청서를 국립전파연구원장에게 제출하여야 한다(적합성평가 고시 제8조 제1항). 국립전파연구원장은 적합등록 신청이 있는 때에는 적합등록필증을 교부하고 이에 관한 사항을 관보에 공고한다(적합성평가 고시 제9조).

(다) 적합등록을 한 자는 적합등록신청시 첨부한 서류, 사용자설명서, 시험성적서, 외관도 등을 비치하여야 한다(전과법 제58조의2 제4항, 적합성평가 고시 제10조). 국립전파연구원장은 사후관리 수행을 위하여 필요한 경우 위 서류들의 제출을 요구할 수 있다(적합성평가 고시 제10조 제2항).

(라) 앞서 본 바와 같이, 적합등록 대상 기자재 중 지정시험기관의 시험이 필요하지 않은 기자재는 자기시험 또는 비지정시험기관의 시험만으로도 적합등록이 가능한데, 적합성평가 고시 제3조 제3항 별표3은 이러한 자기시험 대상 기자재를 크게 12개로 나누어 정하고 있다.<sup>8)</sup>

8) 한편, 이 사건 청구인들이 수입하여 판매한 산업용기자재들은 적합성평가 고시 제3조 제3항 별표3에서 정한 '산업·과학용으로 사용되는 기자재류'로서 지정시험기관의 시험이 아니라, 자기시험만으로 적합등록할 수 있는 기자재였다.

#### (4) 잠정인증

(가) 방송통신망 이용에 피해를 주지 않거나, 전파이용 환경에 피해를 끼치지 않거나, 또는 기자재 이용상 위해가 없는 방송통신기자재등이 잠정인증의 대상이 된다. 위 방송통신기자재등에 관하여 적합성평가기준이 마련되어 있지 아니하거나, 그 밖의 사유로 적합인증·적합등록이 곤란한 경우에는 국내외 표준, 규격 및 기술기준 등에 따른 적합성평가를 한 후에 지역, 유효기간 등의 조건을 붙여 해당 기자재의 제조·수입·판매를 허용(잠정인증)할 수 있다(전파법 제58조의2 제7항).

(나) 잠정인증을 신청하고자 하는 자는 기술설명서, 자체 시험결과 설명서, 사용자설명서, 외관도, 회로도, 부품 배치도(또는 사진), 대리인 지정서를 첨부한 잠정인증신청서를 국립전파연구원장에게 제출하여야 한다(적합성평가 고시 제11조 제1항). 국립전파연구원장은 잠정인증심사위원회를 구성하여 잠정인증 신청에 대하여 심사한다(적합성평가 고시 제12조 제1항). 서류심사에서는 제출된 서류의 적정성, 해당 기자재가 잠정인증 대상에 해당하는지 여부, 주파수 분배의 적합성 여부 등을 심사하며(제2항), 제품심사는 국제표준기구(ITU, ISO/IEC 등)의 표준, 한국방송통신표준 및 한국산업표준, 방송통신 관련 표준, 기타 해당 제품에 대하여 국제적으로 통용되는 규격, 국제적으로 신기술인 경우 신청자가 제안하는 기준 중에서 적합성평가 기준을 정하여 심사한다(제3항).

(다) 잠정인증심사위원회는 위원장 1인(해당 분야의 전문가로 국립전파연구원장이 임명)과 간사 1인(국립전파연구원 소속 공무원)을 포함한 15인 이내의 위원 등으로 구성된다. 잠정인증심사위원회는 전파법 제58조의2 제7항 각호에 해당하는 사항, 제품심사에 적용할 적합성평가 기준에 관한 사항, 지역 및 유효기간 등 잠정인증에 대한 조건에 관한 사항 및 신청 기자재에 대한 잠정인증 허용 여부를 심의한다(적합성평가 고시 제14조 제3항).

(라) 잠정인증을 받은 자는 해당 기자재에 대한 적합성평가 기준이 제정되거나 적합성평가가 곤란한 사유가 없어진 경우에는 일정한 기한 내에 적합인증 또는 적합등록을 받아야 한다(제58조의2 제8항).

## 바. 적합성평가의 면제

전과법 제58조의3은 적합성평가의 전부 또는 일부 면제 사유를 규정하고 있다. ① 시험·연구, 기술개발, 전시 등 사용목적이 한정되는 기자재를 제조하거나 수입하는 경우(전과법 제58조의3 제1항 제1호), ② 국내에서 판매하지 아니하고 수출 전용으로 제조하는 경우(제2호), ③ 과학기술정보통신부장관이 잠정인증을 하는 때 잠정인증을 요청한 자가 해당 기자재에 대하여 지정시험기관의 시험결과를 제출한 경우(제3호), ④ 산업표준화법에 따른 인증을 받은 품목, ‘품질경영 및 공산품안전관리법’에 따라 안전인증을 받은 공산품, 자동차관리법에 따라 자기인증을 한 자동차, ‘소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률’에 따라 형식승인을 받은 소방기기, 의료기기법에 따라 품목류별 또는 품목별 허가를 받거나 신고한 의료기기로서 전과법에 준하는 전자파장해 및 전자파로부터의 보호에 관한 적합성평가를 받은 경우(제4호)가 이에 해당하는데, 전과법 시행령 제77조의7 제1항 별표 6의2는 면제대상 기자재, 면제수량, 면제 내용을 구체화하고 있다.

결국, 적합성평가가 면제되는 경우는 크게 연구, 전시 등 한정된 목적에 사용되는 경우, 오로지 수출 전용으로 제조되는 경우, 잠정인증을 받으면서 이미 지정시험기관의 시험을 받았거나 다른 법률에 따라 적합성평가에 준하는 수준의 평가를 받은 경우로 유형화할 수 있다.

## 사. 적합성평가 제도의 실효성 확보

### (1) 방송통신기자재등에 대한 판매 및 판매목적 제조·수입 금지

(가) 전과법 제58조의2 제1항(이 사건 의무조항)을 위반하여 적합성평가를 받지 아니한 기자재를 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(전과법 제84조 제5호, 이 사건 처벌조항).

(나) 이 사건 의무조항에 따른 적합성평가는 혼합적 성격을 가진다. 방송통신기자재등이 기준에 부합하는지를 심사하는 한편, 적합성평가를 신청한 제조·판매 또는 수입자에 대하여 전과법상 각종 의무가 지워지기 때문이다.

따라서 어떤 수입업자가 이미 특정 방송통신기자재등에 대하여 적합성

평가를 받았다고 하더라도 다른 수입업자가 동종의 방송통신기자재등을 수입하고자 할 때에는 별도로 적합성평가를 받아야 한다. 그리고 이를 위반하는 경우 이 사건 처벌조항에 의하여 처벌된다.

이 사건 의무조항과 이 사건 처벌조항과 규정 방식이 거의 동일했던 구 전파법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되기 전의 것) 제46조 제1항, 제84조 제2호<sup>9)</sup>에 관하여 대법원은 이와 동일하게 판단한 바 있다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도10373 판결). 즉, 구 전파법 제84조 제2호는 대법원은 수입업자에게 형식등록의 의무를 지움과 아울러 이에 위반하여 수입한 수입업자를 처벌하고자 하는 규정으로, 무선설비 등의 대물적인 관리뿐 아니라 이를 제공 또는 사용하는 대인적 관리도 필요한 점 등에 비추어, 동일한 형식의 무선설비를 수입하는 경우라고 하더라도 수입업자가 다른 경우에는 각각 법령에서 정한 형식등록을 하도록 의무를 지우는 규정이라는 것이다. 그 내용은 다음과 같다.

「원심은, 구 전파법(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되기 전의 것) 제84조 제2호는 “제46조 제1항 본문의 규정에 의한 … 형식등록을 하지 아니한 기기 … 를 판매할 목적으로 … 수입한 자”를 처벌한다고 규정하고, 제46조 제1항 본문은 “무선설비의 기기를 … 수입하고자 하는 자는 정보통신부장관이 행하는 형식검정을 받거나 형식등록을 하여야 한다”고 규정하는 등 ‘형식등록이 되어 있지 아니한 기기’라는 표현 대신 ‘형식등록을 하지 아니한 기기’를 ‘수입하고자 하는 자’라는 표현을 사용한 것은 수입업자에게 위 형식등록의 의무를 지움과 아울러 이에 위반하여 수입한 수입업자를 처벌하고자 하는 규정으로 해석되는

9) 구 전파법(2005. 12. 30. 법률 제7815호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되기 전의 것)

제46조(형식검정 및 형식등록 등) ① 무선설비의 기기를 제작 또는 수입하고자 하는 자는 방송통신위원회가 행하는 형식검정을 받거나 형식등록을 하여야 한다. 다만, 시험·연구 또는 수출용 무선설비의 기기 등 방송통신위원회 고시로 정하는 무선설비 기기의 경우에는 그러하지 아니하다.

제84조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제46조 제1항 본문의 규정에 의한 형식검정에 합격하지 아니하거나 형식등록을 하지 아니한 기기 또는 제57조 제1항 각호외의 부분 본문의 규정에 의한 전자과적합등록을 하지 아니한 기기를 판매할 목적으로 제작 또는 수입한 자

점, 구 전파법 제46조 제2항의 위임에 따른 정보통신부령인 정보통신기기 인증 규칙 제7조에서도 위 형식등록에 따른 인증표시에는 인증을 받은 기기의 명칭, 제조연월, 제조자(제조국가) 외에 인증을 받은 자의 상호와 식별부호도 표시하도록 하고, 같은 규칙 제10조 제1항 본문에서 전파관리소장은 인증을 받은 정보통신기기에 대하여 사후관리를 하고자 하는 경우 인증을 받은 자로부터 당해 기기를 제출받거나 구입하여 사후관리를 할 수 있도록 정하고 있는 점, 전파의 효율적인 이용 및 관리에 관한 사항을 정하여 전파이용 및 전파에 관한 기술의 개발을 촉진함으로써 전파의 진흥을 도모하고 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 하는 전파법의 목적을 달성하기 위해서는 무선설비 등 대물적인 관리뿐만 아니라 이를 제공 또는 사용하는 대인적 관리도 필요하다고 보이는 점 등의 사정에 비추어 보면, 이 사건 처벌의 근거규정인 구 전파법 제46조 제1항 본문은 동일한 형식(모델)의 무선설비를 수입하는 경우라 하더라도 수입업자가 다른 경우에는 각각 위 법령에서 정한 형식등록을 하도록 의무를 지우는 규정이라고 해석되고, 위 규정의 내용이 불명확하다거나 위와 같은 해석이 법문언의 정당한 해석을 벗어난 유추해석에 해당하지 아니한다고 판단함으로써...원심의 판단은 관계 법령의 목적과 취지 및 문언의 객관적 해석에 부합하는 해석으로서 정당할 것이고...

**(2) 적합성평가의 표시**

적합성평가의 표시는 국가통합인증마크와<sup>10)</sup> 식별부호를<sup>11)</sup> 표시함으로써

10) 국가통합인증마크는 다음과 같다(적합성평가 고시 별표5).



11) 식별부호는 다음과 같다(적합성평가 고시 별표5).

M	S	I	P	-	C	R	M	-	A	B	C	-	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
①				② ③ ④			⑤			⑥																		
방송통신 기기식별				기본인증 정보식별			신청자 정보식별			제품식별																		

①란에는 방송통신기자재등임을 나타내는 'MSIP'를 기재한다.  
 ②란에는 기본 인증정보로서 '인증분야 식별부호'를 기재한다.

인증분야	식별부호
적합인증	C (Certification)
적합등록	R (Registration)
잠정인증	I (Interim)

이루어진다. 다만, 디스플레이가 내장된 제품으로서 사용자가 디스플레이를 임의로 제거할 수 없는 기자재인 경우 제품의 표면에 물리적인 방법으로 표시하는 대신 펌웨어나 소프트웨어를 이용한 전자적 표시(e-labelling) 방법으로 적합성평가 표시를 할 수 있다. 적합성평가를 받은 자가 해당 기자재를 판매·대여하거나 판매·대여할 목적으로 진열(인터넷에 게시하는 경우를 포함한다)·보관·운송하거나 무선국·방송통신망에 설치하려는 경우에는 해당 기자재와 포장에 적합성평가를 받은 사실을 표시하여야 하고(제58조의2 제6항), 이를 위반하는 경우 300만 원 이하의 과태료를 물린다(제90조 제5의3호).

**(3) 적합성평가의 취소 등**

과학기술정보통신부장관은 적합성평가를 받은 방송통신기자재등이 적합성평가 기준에 적합하지 않게 된 경우, 적합성평가를 받은 자가 적합성평가 표시를 하지 않거나 거짓으로 표시한 경우, 적합성평가 변경신고를 하지 않은 경우, 적합등록에 관한 서류를 비치하지 않은 경우에는 적합성평가를 받은 자에 대하여 적합성평가를 취소하거나 개선, 시정, 수거, 철거, 파기 또는 생산중지, 수입중지, 판매중지, 사용중지 등 필요한 조치를 명할 수 있다(전과법 제58조의4 제1항). 과학기술정보통신부장관은 적합성평가를

③란에는 기본 인증정보로서 ‘시험분야 식별부호’를 기재한다.

시험분야	식별부호
무선분야	R (Radio)
유선분야	T (Telecommunication)
전자파분야	E (Electromagnetic Wave)
무선, 유선, 전자파 복합분야	M (Multi Function)

④란에는 기본 인증정보로서 ‘신청자의 업종형태 구분 식별부호’를 기재한다.

인증신청자 구분	식별부호
제조자	M (Manufacturer)
수입자	I (Importer)
판매자	S (Seller)

비고: 제조자와 판매자가 동일한 경우에는 제조자로, 수입자와 판매자가 동일한 경우에는 수입자로 기재한다.

⑤란에는 제5조에 따라 원장이 부여한 ‘신청자 식별부호’를 기재한다.

⑥란에는 신청자의 ‘제품 식별부호(영문, 숫자, 하이픈(-) 혼용 가능,-)’을 기재하여야 하며, 14자리 이내에서 신청자가 정할 수 있다.

받은 자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 적합성평가를 받은 경우, 개선명령 등 조치명령을 이행하지 않는 경우 적합성평가를 취소하여야 한다(제2항). 적합성평가의 취소처분을 받은 자는 그로부터 1년의 범위 내에서 대통령령으로 정하는 기간 내에는 해당 기자재에 대한 적합성평가를 받을 수 없다(제3항).

#### (4) 부적합 보고 등

적합성평가를 받은 자는 해당 기자재가 중대한 결함이 있음을 알게 되거나 적합성평가 기준에 적합하지 아니함을 알게 되었을 때에는 지체 없이 과학기술정보통신부장관에게 보고하고 스스로 시정하거나 수거하는 등 필요한 조치를 하여야 한다(전파법 제58조의11).

#### (5) 복제·개조·변조 등의 금지

누구든지 적합성평가를 받은 기자재를 복제하여서는 아니 되고, 타인의 정상적인 기자재 사용을 방해하거나 전파이용 질서를 저해할 정도로 개조·변조하여서는 아니 되며(전파법 제58조의10 제1항), 이를 위반하면 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(제84조 제6호). 복제·개조·변조한 기자재를 판매·대여하거나 판매·대여할 목적으로 진열·보관 또는 운송하거나 무선국·방송통신망에 설치하여서도 안되며(제58조의10 제2항), 이를 위반하면 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처해진다(제86조 제5의2호).

#### (6) 과학기술정보통신부의 조사 및 조치

과학기술정보통신부장관은 적합성평가를 받은 기자재가 적합성평가 기준대로 제조·판매·수입되고 있는지 확인이 필요한 경우 소속 공무원으로 하여금 이를 조사 또는 시험하게 할 수 있다(전파법 제71조의2 제1항 제2호). 과학기술정보통신부장관은 이 경우 관련 자료 또는 해당 기자재의 제출을 요구할 수 있으며, 해당 기자재의 설치 장소, 해당 기관의 사무실, 사업장 등 그 밖에 필요한 장소에 출입하여 설비를 조사 또는 시험하게 할 수 있다(제2항). 조사 또는 시험 결과 위반 사실이 확인되었을 때에는 해당

기자재를 제조·수입·판매·대여하는 자, 판매·대여할 목적으로 진열·보관·운송하거나 무선국·방송통신망에 설치하는 자에게 개선·시정·수거·철거·파기 또는 생산중지·수입중지·판매중지·사용중지 등 필요한 조치를 명하거나 관계 중앙행정기관의 장에게 필요한 조치를 명하도록 요청할 수 있다(제5항). 과학기술정보통신부 소속 공무원의 위 조사 등을 거부하거나 방해하는 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(제86조 제1호).

### 아. 적합성평가의 국가 간 상호인정

(1) 과학기술정보통신부장관은 방송통신기자재등에 대한 적합성평가 결과를 상호 인정하기 위하여 외국정부와 협정(상호인정협정)을 체결할 수 있다(제58조의8 제1항). 과학기술정보통신부장관은 상호인정협정을 체결한 경우 이를 고시하여야 한다(제3항).

(2) 상호인정협정(MRA: Mutual Recognition Agreement)은 상대국가에서 실시한 제품, 공정, 서비스의 적합성평가 결과와 절차를 자국에서 실시한 것과 동등하게 받아들이는 것이다.<sup>12)</sup> 상호인정협정은 인정범위에 따라 1단계인 시험성적서 인정과 2단계인 인증서 인정으로 구분된다.<sup>13)</sup> 대한민국은 캐나다(1997년), 칠레(2004년), 미국(2005년), 베트남(2006)과 상호인정협정을 체결하였으며,<sup>14)</sup> 대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정(한·EU FTA)이 체결됨에 따라 대한민국과 유럽연합 간 적합성평가 상호인정이 이루어졌다.

---

12) 신종철, 앞의 책, 179쪽

13) 신종철, 앞의 책, 179쪽

14) 신종철, 앞의 책, 179쪽

## 2. 심판대상조항의 위헌 여부

### 가. 이 사건의 쟁점

(1) 이 사건 의무조항은 방송통신기자재등을 제조·판매·수입하려는 사람에 대하여 해당 기자재의 적합성평가를 받을 의무를 지우고 있고, 이 사건 처벌조항은 적합성평가를 받지 않은 방송통신기자재등을 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입한 사람을 처벌하도록 하고 있다. 이처럼 심판대상조항들은 방송통신기자재등을 수입하여 판매하고자 하는 청구인들의 직업수행의 자유를 제한하므로, 이 사건의 쟁점은 심판대상조항들이 과잉금지 원칙에 위배되어 직업수행의 자유를 침해하는지 여부가 된다.

(2) 청구인들은 심판대상조항들이 평등권을 침해한다거나, 명확성원칙에 위배된다고도 주장하였으나, 헌법재판소는 청구인들의 이러한 주장은 결국 제3자가 이미 적합성평가를 받은 방송통신기자재등을 수입·판매하려는 사람에게도 다시 적합성평가를 받도록 하는 것이 과잉규제로서 위헌이라는 주장과 실질적으로 동일하다고 보았다. 한편, 청구인들은 심판대상조항들이 헌법 제119조 등에 위반된다고도 주장하였으나, 헌법재판소는 헌법 제119조는 헌법상 경제질서에 관한 일반조항으로서 국가의 경제정책에 대한 하나의 헌법적 지침일 뿐(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등 참조) 그 자체가 기본권의 성질을 가진다거나 독자적인 위헌심사의 기준이 된다고 할 수 없다는 이유로, 청구인들의 위 주장을 배척하였다.

### 나. 심판대상조항들이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부

헌법재판소는 다음과 같은 이유로 심판대상조항들이 과잉금지원칙에 위배되어 직업수행의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.

#### (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

심판대상조항들은 방송통신기자재등을 제조, 판매 또는 수입하려는 자에 대하여 그 기자재등이 기술기준, 안전기준, 전자파적합성기준 등에 부합할 것을 요구함으로써, 전파의 혼신·간섭을 방지하고 국민의 인체를 보호하는

데 목적이 있는바, 이러한 입법목적은 정당하다.

방송통신기자재등의 제조·수입·판매에 앞서 그 방송통신기자재등이 기술기준 등에 적합한지 여부를 확인하도록 하면, 방송통신기자재등이 기술기준 등에 적합한 상태로 국내시장에 유통될 수 있게 되어, 전파의 혼신·간섭을 피하고 국민의 인체를 보호할 수 있을 것인바, 방송통신기자재등을 제조·수입·판매하여 이를 국내시장에 유통하려는 사람에게 그 기자재등에 대한 적합성평가를 받도록 하고, 적합성평가를 받지 아니하고 방송통신기자재등을 제조·수입·판매한 자를 처벌하는 것은 이러한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 된다.

## (2) 침해의 최소성

(가) 전자파는 방송통신기자재등의 혼신·간섭을 일으킬 수 있고, 또 인체에 해로운 영향을 끼칠 수 있다는 점에서 그 효율적 이용 및 인체를 보호하기 위한 관리가 필수적이다. 전파법은 국내에 유통되는 방송통신기자재등에 대한 관리가 제대로 이루어지지 않을 경우 발생하게 될 불특정 다수의 이용자 또는 소비자의 피해를 방지하고자 방송통신기자재등을 제조·수입·판매하려는 사람에게 방송통신기자재등에 대한 적합성평가를 받도록 하고 있다. 이는 위와 같은 입법목적의 달성에 불가피한 것으로서 지나친 부담이라고 보기 어렵다. 다만 방송통신기자재등의 국내 유통을 위해 적합성평가가 반드시 필요하다고 하더라도 그 부담을 최소화하는 노력이 필요한바, 전파법은 아래에서 보는 바와 같이 방송통신기자재등이 전파나 인체에 미치는 영향의 정도에 따라 단계적으로 부담을 완화하고, 시중 유통이 전제되지 않는 경우에는 적합성평가를 면제하고 있다.

(나) 심판대상조항들은 방송통신기자재등마다 전파의 혼신·간섭을 일으킬 가능성, 또는 인체에 영향을 미칠 가능성이 다르다는 점을 감안하여 그 정도에 따라 단계적인 의무를 부과하고 있다. 전파환경 및 방송통신망에 위해를 줄 우려가 있는 기자재, 중대한 전자파장해를 주거나 전자파로부터 정상적인 동작을 방해받을 정도의 영향을 받는 기자재에 대해서는 지정시험기관의 시험을 거쳐 미래창조과학부장관의<sup>15)</sup> 적합인증을 받도록 하고(전

15) 2017. 7. 26. 개정 정부조직법이 시행됨에 따라, 주무장관은 미래창조과학부장관

과법 제58조의2 제2항), 적합인증의 대상이 아닌 방송통신기자재등에 대해서는 미래창조과학부장관에게 적합등록을 하도록 하며(제58조의2 제3항), 적합성평가 기준이 마련되어 있지 않거나 그 외의 사유로 적합인증 또는 적합등록을 받기 곤란한 방송통신기자재등에 대해서는 자체시험을 거쳐 미래창조과학부장관으로부터 지역, 유효기간 등의 조건이 붙은 잠정인증을 받도록 하고 있다(제58조의2 제7항).

(다) 또한, 전과법은 시험·연구, 기술개발, 전시 등 사용 목적이 한정되는 방송통신기자재등을 제조·수입하는 경우, 방송통신기자재등을 국내에서 판매하지 아니하고 수출 전용으로 제조하는 경우, 방송통신기자재등에 대하여 잠정인증을 받으면서 이미 지정시험기관의 시험을 받은 경우, 방송통신기자재등이 다른 법률에 따라 적합성평가에 준하는 수준의 평가를 받은 경우에는 적합성평가를 면제하고 있는바(전과법 제58조의3), 국내시장에서의 상업적 유통을 염두에 두지 않은 경우에 대하여는 그 방송통신기자재등에 대하여 적합성평가를 면제함으로써 그 부담을 완화하고 있다.

(라) 청구인들은 방송통신기자재등과 같은 전자기기는 부품, 구조, 기능을 통해 대상을 명확히 특정할 수 있고, 적합성평가를 받은 바 있는 방송통신기자재등은 이미 안전성이 확인되었으므로, 이와 동일한 방송통신기자재등을 다른 사람이 수입한다고 하여 새로 적합성평가를 받도록 하는 것은 시간적·금전적 낭비만을 초래하여 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 적합성평가 제도는 방송통신기자재등에 대하여 사전적으로 기술기준 등에 적합한지 여부를 확인하는 데 그치는 제도가 아니라, 방송통신기자재등을 국내시장에 유통하고자 하는 사람의 책임 아래 방송통신기자재등이 기술기준 등에 적합한 상태로 국내시장에 유통될 수 있도록 하는 제도이다. 따라서 동일한 종류의 방송통신기자재등에 대하여 이미 적합성평가가 이루어졌음을 이유로, 이후 다른 사람이 동일한 종류의 방송통신기자재등을 국내 시장에 유통시키고자 할 때 적합성평가를 받을 의무를 무조건적으로 면제하기는 어렵다. 방송통신기자재등의 안전한

---

이 아니라 과학기술정보통신부장관이 되었지만, 여기에서는 결정문에서 쓰인 표현을 그대로 사용하였다. 이하 2.항에서는 모두 같다.

이용을 위해서는 그 방송통신기자재등의 제조·수입·판매 단계에서만 아니라 그 이후의 단계에서도 해당 방송통신기자재등의 안전성 확보 및 그에 관한 책임의 부여가 필요하기 때문이다.

전파법은 적합성평가를 받은 사람에게 방송통신기자재등에 관하여 적합성평가 사실의 표시(전파법 제58조의2 제6항), 중대한 결함 또는 적합성평가 기준 부적합의 사유 발견시 미래창조과학부장관에 대한 보고 또는 필요조치(제58조의11) 등의 의무를 부여하고, 미래창조과학부장관은 일정한 사유가 있는 경우 적합성평가를 받은 사람에게 방송통신기자재등에 대한 개선·시정·수거·철회·과기·수입중지·판매중지 등의 명령(제71조의2 제5항) 또는 적합성평가 취소를 할 수 있도록 함으로써(제58조의4), 적합성평가를 받은 사람에게 그가 국내시장에 유통한 방송통신기자재등에 대한 사후관리 책임을 지우고 있다. 누군가가 방송통신기자재등에 대하여 적합성평가를 받은 바 있다는 이유로 그 이후 동일한 방송통신기자재등을 수입하여 판매하고자 하는 사람에 대해서 그 의무를 면제한다면, 국내시장에 유통된 방송통신기자재등에서 전자파 적합성에 관한 문제가 발견되더라도 위 기자재등을 국내시장에 유통시킨 사람을 찾아내어 그에게 전자파 적합성에 관한 의무를 지우거나 책임을 묻기가 어렵게 될 것이다. 그리고 이로 인한 피해는 결국 이용자나 소비자가 고스란히 안게 될 것이다.

물론 어떤 수입업자가 방송통신기자재등에 대해 이미 적합성평가를 받은 적이 있다면, 이후 다른 수입업자가 같은 방송통신기자재등을 수입하여 판매하고자 할 때에는 적합성평가를 받도록 할 의무 자체는 면제하되, 자신이 국내시장에 유통하는 방송통신기자재등에 대하여는 자신의 책임 아래 전자파 적합성을 유지할 수 있도록 하는 방안도 고려될 수 있다. 예컨대 구 ‘품질경영 및 공산품안전관리법 시행규칙’(2013. 3. 23. 산업통상자원부령 제1호로 개정되고, 2017. 1. 26. 산업통상자원부령 제238호로 폐지되기 전의 것) 제16조 제1항 제2호는 ‘제조업자나 수입업자가 안전인증기관으로부터 해당 공산품이 이미 인증받은 공산품과 같은 모델임을 확인받은 경우’ 안전인증을 면제할 수 있도록 하면서, 이 경우 구 ‘품질경영 및 공산품안전관리법’(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되고, 2016. 1. 26. 법률 제13859호로 폐지되기 전의 것) 제15조 제2항은 안전인증을 받은 것으로 간주하였는

바, 전파법에서도 이러한 절차를 둘 수도 있다.

그런데 방송통신기자재등을 국내시장에 유통시키려는 사람에게 방송통신기자재등의 전자파 적합성에 관한 책임을 어느 단계에서 어떻게 지을 것인지의 입법자가 방송통신기자재등의 성질, 불량률, 인체에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 정할 수 있는 문제이다. 입법자는 전파의 혼신·간섭의 방지 및 국민의 인체 보호라는 목적을 달성하고자 위와 같은 방송통신기자재등의 성질, 불량률, 인체에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여, 전파법상 적합성평가 제도에서는 동일한 종류의 방송통신기자재등에 대하여 적합성평가를 받을 의무를 면제하지 않도록 한 것이므로, 동일한 종류의 방송통신기자재등에 대한 적합성평가 면제 제도를 두지 않았다는 것만으로 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(마) 이상에서 본 바와 같이 방송통신기자재등을 제조, 판매 또는 수입하려는 사람에게 방송통신기자재등에 대한 적합성평가를 받도록 하고, 적합성평가를 받지 아니하고 방송통신기자재등을 제조·수입·판매한 자를 처벌하는 것이 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

### (3) 법익의 균형성

청구인들은 심판대상조항들로 인하여 방송통신기자재등의 제조·판매·수입 자체가 금지되는 것이 아니라 방송통신기자재등의 제조·판매·수입을 위하여 그 기자재에 대한 적합성평가를 받도록 하는 의무를 부담함에 그치는 것이어서 청구인들이 받는 직업수행의 자유의 제한은 그 정도가 중대하다고 보기 어렵다. 반면, 심판대상조항들이 달성하고자 하는 전파의 혼신·간섭의 방지 및 국민의 인체 보호라는 공익은 그보다 중대하다고 할 것이므로, 심판대상조항들은 법익의 균형성 원칙에 위배되지 않는다.

### (4) 소결

심판대상조항들은 과잉금지원칙에 위배되어 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

### 다. 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견

법정의견에 대하여, 심판대상조항들이 침해의 최소성, 법익의 균형성 원칙에 위배되어 과잉금지원칙에 위배되고, 따라서 직업수행의 자유를 침해한다는 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 반대의견이 있었다. 그 내용은 다음과 같다.

#### (1) 침해의 최소성

(가) 심판대상조항들에 따르면, 국외에서 방송통신기자재등을 제조한 자가 적합성평가를 받지 않은 경우 이를 국내시장에 판매할 목적으로 수입하고자 하는 자는 각 수입업자별로 그 방송통신기자재등에 대하여 적합성평가를 받아야 한다. 그러나 어떤 수입업자가 방송통신기자재등을 수입하면서 한차례 적합성평가를 받았다면, 그로써 그 방송통신기자재등의 전자파 적합성은 이미 확인된 것이므로, 수입업자가 다르다는 이유로 각 수입업자별로 적합성평가 절차를 각각 받도록 하는 것은 무의미한 절차의 반복을 강요하는 것에 불과하다.

(나) 법정의견에서는 전파법이 적합성평가를 받은 자에게만 각종 의무와 그에 따른 명령을 할 수 있는 등 그가 국내시장에 수입·판매한 방송통신기자재등에 대한 사후관리책임을 지우고 있으므로, 각 수입업자별로 그 방송통신기자재등에 대한 적합성평가를 받도록 하는 것이 불가피하다고 한다. 그러나 어떤 수입업자가 특정 방송통신기자재등을 수입·판매하기 위하여 이미 그에 대한 적합성평가를 받았다면, 같은 종류의 방송통신기자재등을 수입·판매하려는 후발 수입업자에 대해서는 적합성평가를 받도록 할 의무 자체는 면제하되, 그에게 이미 적합성평가를 받은 방송통신기자재등과 동일함을 확인받도록 하고, 그러한 절차를 거친 경우 적합성평가를 받은 것으로 간주함으로써, 전파법상의 각종 사후관리책임에 관한 규정(전파법 제58조의4, 제58조의11, 제71조의2 등)을 적용하는 방법을 통해서도 얼마든지 방송통신기자재등의 전자파 적합성에 관한 책임을 확보할 수 있다.

예컨대, 공산품 안전인증제도에 관하여 규정하고 있던 구 '품질경영 및 공산품안전관리법 시행규칙'(2017. 1. 26. 산업통상자원부령 제238호로 폐지되기 전의 것) 제16조 제1항 제2호, 구 '품질경영 및 공산품안전관리법'(2016.

1. 26. 법률 제13859호로 폐지되기 전의 것) 제15조 제2항은 ‘제조업자나 수입업자가 안전인증기관으로부터 해당 공산품이 이미 인증받은 공산품과 같은 모델임을 확인받은 경우’에는 안전인증을 면제할 수 있도록 하고, 이러한 확인절차를 거친 경우 안전인증을 받은 것으로 간주하였는바, 전과법상 적합성평가 제도 또한 이와 같은 절차를 통하여 후발 수입업자에 대한 절차를 간소화함으로써 직업의 자유를 덜 제한하면서도 입법목적은 충분히 달성할 수 있는 대안을 마련할 수 있는 것이다.

(다) 후발 수입업자에 대하여 적합성평가를 면제할 경우 선발 수입업자만 적합성평가 비용을 부담하게 되므로, 이것이 형평이 맞지 않는다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 비용부담에 관하여 이들 사이에 평등이 이루어지지 않는다는 이유만으로 후발 수입업자가 같은 종류의 방송통신기자채등에 대하여 동일한 절차를 밟아야만 한다는 것은 설득력이 없다. 선발 수입업자의 경우 비용을 부담한 만큼 국내 시장에서 독점적 지위를 누리는 이득을 얻었고, 또한 후발 수입업자로 하여금 간소화된 확인절차를 밟도록 하면서 일부 비용을 부담하도록 하는 등의 방법을 들 수도 있는 것이다. 따라서 비용지출의 형평을 이유로 후발 수입업자로 하여금 선발 수입업자와 동일한 시간과 비용을 부담하게 하면서 동일한 절차를 밟도록 하는 것은 모두의 부담만을 가중할 뿐이고, 이는 정당한 해결책이 될 수 없다.

(라) 이상과 같은 점들을 종합하면, 심판대상조항들은 침해의 최소성 요건을 충족한다고 볼 수 없다.

## (2) 법익의 균형성

심판대상조항들이 전과의 혼신·간섭의 방지 및 국민의 인체 보호라는 공익을 위한 것임은 인정된다. 그러나 심판대상조항들은 어떤 수입업자가 이미 적합성평가를 받은 같은 종류의 방송통신기자채등에 대해서도 수입업자가 다르다는 이유로 적합성평가를 받도록 함으로써 후발 수입업자에 대하여 시간과 비용의 지출을 강요하고 있고, 이 경우 앞서 본 바와 같은 입법적 대안도 있음을 감안하면 후발 수입업자가 입는 사익의 침해가 결코 위와 같은 공익에 비하여 작다고 할 수는 없다.

따라서 심판대상조항들은 법익의 균형성 요건도 충족한다고 볼 수 없다.

### (3) 소결

그렇다면 심판대상조항들은 과잉금지원칙에 반하여 후발 수입업자의 직업의 자유를 침해하므로, 헌법에 위반된다.

## 3. 이 사건 결정의 의의

가. 법정의견과 반대의견 모두 전과법상 적합성평가 제도 자체가 직업수행의 자유를 침해하는 것은 아니라고 보았다. 다만, 선행 수입업자가 어떤 방송통신기자재등에 대하여 이미 적합성평가를 받았음에도 후행 수입업자가 같은 기자재를 수입하여 판매하기 위해서는 다시금 적합성평가를 받도록 하고, 그렇지 않을 경우에 형사처벌하도록 하는 것이 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙에 위배되는 것인지 여부에 대하여 법정의견과 반대의견이 입장을 달리하였다.

법정의견은 적합성평가 제도는 방송통신기자재등을 국내시장에 유통하려는 사람의 책임 아래 전자파적합성을 유지한 채로 유통될 수 있도록 하는 데 그 목적과 의의가 있다고 하면서, 후행 수입업자에 대하여 적합성평가를 면제할 경우 발생할 수 있는 제도의 실효성 상실이나 부작용에 주목하였다. 반면, 반대의견은 동일 절차를 밟도록 하는 것이 절차의 번잡만을 초래할 뿐이고, 후행 수입업자에 대하여 적합성평가를 면제하면서도 제도의 실효성을 확보할 수 있는 다른 절차를 충분히 둘 수 있다고 보았다. 다만, 반대의견 또한 후행 수입업자에 대하여도 적합성평가 절차 자체를 간소화 또는 면제하더라도 후행 수입업자에 대하여 전과법이 정하고 있는 적합성평가에 관한 의무와 책임을 부담시켜야 함은 분명히 하였다.

나. 연혁적으로 안전인증에 관하여 동일 제품에 대한 면제 제도가 마련된 적은 있었다. 예컨대, 구 ‘전자파장해검정규칙’이나 구 ‘무선설비형식검정및기술기준확인증명규칙’에서 이미 검정을 받은 기기와 동일한 기기를 타인이 수입하고자 하는 경우에는 확인신청서만을 제출하도록 하여 위 검정을 면제한 바 있으나, 이러한 제도는 2010년에 위 규칙들이 통합되면서 폐지되었다. 또한, 공산품의 안전관리에 관한 사항을 규정하고 있던 ‘품질

경영 및 공산품안전관리법 시행규칙'도 제16조 제1항 제2호에서 '제조업자나 수입업자가 안전인증기관으로부터 해당 공산품이 이미 인증받은 공산품과 같은 모델임을 확인받은 경우'에는 안전인증을 면제할 수 있도록 하고 있었으나, '품질경영 및 공산품안전관리법'이 폐지되고, 새로 제정된 '전기용품 및 생활용품 안전관리법'(2016. 1. 27. 법률 제13859호로 제정되고, 2017. 1. 27.부터 시행된 것)에서는 이러한 경우에 대한 면제규정을 따로 두지 않고 있다.

이와 같은 동일 제품에 대한 인증 면제 제도에서도, 동일 제품임을 확인받도록 하는 절차 규정, 사후에 발생할 문제에 대한 책임과 의무를 부여하는 내용의 규정들은 모두 마련되어 있었다. 반대의견은 적합성평가에서도 이러한 절차를 뚫으로써 기본권 침해가 최소화할 수 있다고 보았지만, 법정의견은 인증 면제 제도를 둘 수 있다는 것과 별개로, 그러한 제도를 두지 않았다는 것만으로 침해의 최소화 원칙에 위배되는 것은 아니라고 보았다.

다. 한편 제19대 국회에서 '적합성평가를 받은 방송통신기자채등과 동일한 기자채로서 미래창조과학부장관의 확인을 받은 경우'를 적합성평가 면제사유로 추가하는 내용의 전과법 개정안(의안번호 1915273, 김장실 의원 대표 발의)이 발의된 바 있다. 위 개정법률안은 적합성평가에 소요되는 기간이 민간 지정시험기관의 시험대기 물량, 시험의 복잡성 등에 따라 다르나 통상 수일에서 수개월이 소요되고, 비용은 보급형 스마트폰의 경우 약 3,300만 원에 달하는 등 적합성평가에 상당한 시간과 비용이 소모되는데도 불구하고, 이미 적합성평가를 받은 기자채라도 판매·수입하는 자가 다른 경우에는 적합성평가를 다시 받도록 함으로써 시간과 비용이 낭비되고 있다는 지적을 반영한 것이다.<sup>16)</sup> 그러나 위 개정법률안은 제19대 국회의 임기만료로 폐기되었다.

16) 위 개정법률안 검토보고서(이인용 수석전문위원 작성)는 3가지 점에서 개정법률안이 더 논의될 필요가 있다고 하였다. ① 동일기자채 확인이 어렵다. ② 적합성평가를 받은 자보다 동일한 기자채로 확인을 받은 자가 오히려 가격경쟁력 면에서 우위를 점할 수 있어 형평성이 문제된다. ③ 동일한 기자채로 확인을 받아 적합성평가가 면제된 기자채에 대해 사후관리가 어렵다.



## 공무원연금법 제47조 제1항 제2호 위헌확인

- 지방의회의원에 대한 퇴직연금 지급을 정지하도록 한 것이 헌법에 위반되는지 여부 -

(헌재 2017. 7. 27. 2015헌마1052, 판례집 29-2상, 201)

김 지 현\*

### 【판시사항】

1. 공무원연금법상 퇴직연금수급자가 지방의회의원에 취임한 경우 그 재직기간 중 퇴직연금 전부의 지급을 정지하도록 규정한 공무원연금법(2015. 6. 22. 법률 제13387호로 개정된 것) 제47조 제1항 제2호 중 ‘지방의회의원’에 관한 부분 및 공무원연금법 부칙(2015. 6. 22. 법률 제13387호) 제12조 제1항 단서 중 ‘제47조 제1항 제2호의 지방의회의원’에 관한 부분이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

2. 위 조항들이 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 공무원연금법(2015. 6. 22. 법률 제13387호로 개정된 것) 제47조 제1항 제2호 중 ‘지방의회의원’에 관한 부분 및 ② 공무원연금법 부칙(2015. 6. 22. 법률 제13387호) 제12조 제1항 단서 중 ‘제47조 제1항 제2호의 지방의회의원’에 관한 부분(이하 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

청구인들은 공무원연금법상 퇴직연금수급자로, 2014. 6. 시의원, 도의원, 구의원 등으로 당선된 지방의회의원들이다. 2015. 6. 22. 개정된 공무원연금법 제47조 제1항 제2호에 의하면, 퇴직연금수급자가 선출직 공무원에 취임한 경우 그 재직기간 중 퇴직연금 전부의 지급을 정지하도록 하고 있다. 청구인들은 위 조항이 청구인들의 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 2015. 11. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 【결정요지】

심판대상조항은 연금재정의 악화를 개선하여 공무원연금제도의 건실한 유지·존속을 도모하기 위한 것이다. 청구인들은 지방의회의원에 취임함으로써 소득활동을 계속하게 되었으므로 실질이 ‘퇴직’한 것으로 볼 수 없고, 지방의회의원이 받는 의정비의 수준을 보면 연금을 통해 보호할 필요성이 있는 ‘사회적 위험’이 발생한 자라고 볼 수 없으며, 퇴직연금수급자가 다시 지방의회의원으로 취임한 경우 국민의 세금으로 보수와 연금이라는 이중수혜를 받게 되므로 연금 지급을 정지함으로써 이를 방지할 필요가 있다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

지방의회의원에 대하여 2006년부터 월정수당이 지급됨에 따라 지방의회의원이 받는 금원은 보수로서의 성격을 보다 강하게 가지게 되었고, 이러한 보수의 현실화로 과거의 법 상태에 대한 신뢰는 보호의 필요성이 적어졌다. 또한 선출직 공무원에 대한 연금 지급정지제도는 종전에도 몇 차례 시행된 바 있으므로 청구인들의 신뢰는 그다지 확고한 법질서에 기반한 것이었다고 보기도 어렵다. 반면, 연금정지조항이 추구하는 공익적 가치는 매우 중대하므로 연금정지조항이 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

## 재판관 김창중, 재판관 서기석의 헌법불합치 의견

보수와 이 중 지급 방지를 이유로 연금 지급을 정지하기 위해서는 연금

의 기능을 대체할 만한 소득이 있을 것이 전제되어야 한다. 그런데 지방의회의원이 받는 유일한 보수인 월정수당은 그 평균액이 3인, 4인 가구의 중위소득에 크게 미치지 못하고, 국회의원이나 지방자치단체장 등 다른 선출직 공무원의 급여와 비교해 보아도 매우 낮은 수준이며, 퇴직연금의 액수보다 적은 경우도 있다. 따라서 지방의회의원으로 취임하여 보수를 받게 되었다는 사정만으로 연금 전부의 지급을 정지하는 것은 지방의회의원들의 재산권에 대한 과도한 침해이다.

다만, 연금정지조항의 위헌성은 연금을 대체할 만한 충분한 보수를 지급받지 못하는 지방의회의원에 대해서까지 일률적으로 연금 전부의 지급을 정지하는 데에 있으므로 이러한 위헌성 제거에 관한 입법자의 입법재량을 존중하여 헌법불합치결정을 선고하여야 한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 청구인들은 심판대상조항으로 인하여 지방의회의원 재직기간 중 퇴직연금을 받지 못하게 되었으므로 이러한 연금수급권(재산권)의 제한이 과잉금지원칙에 반하는지 문제된다.

나. 심판대상조항에 의하면 시행일(2016. 1. 1.) 이후에 지급되는 퇴직연금부터 지급정지된다. 즉, 이미 발생하여 이행기에 도달한 퇴직연금수급권의 내용을 변경함이 없이 장래 이행기가 도래하는 퇴직연금수급권의 내용을 변경함에 불과하므로, 이미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법에는 해당하지 아니한다. 다만 청구인들이 지니고 있는 기존의 법적 상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 문제된다(헌재 2008. 2. 28. 2005헌마872등, 판례집 20-1상, 279, 296-297 참조).

### 2. 관련 제도 개관

#### 가. 공무원연금 지급정지제도

**(1) 지급정지의 유형과 취지**

(가) 퇴직연금(조기퇴직연금 포함) 수급자가 수급기간 동안 일정한 소득이 발생하는 경우 연금액의 전부 또는 일부의 지급을 정지하도록 하고 있는바, 다음과 같은 두 가지 유형이 있다.

① 퇴직연금의 수급자가 i) 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교직원연금법의 적용을 받는 공무원, 군인, 사립학교교직원으로 임용된 경우(공무원연금법 제47조 제1항 제1호), ii) 선거에 의한 선출직 공무원에 취임한 경우(제2호), iii) 국가나 지방자치단체가 전액 출자·출연한 기관에 임직원으로 채용된 자의 근로소득금액이 전년도 공무원 전체의 기준소득 월액 평균액의 100분의 160 이상인 경우(제3호 내지 제5호) : 연금 전부의 지급정지

② 퇴직연금의 수급자가 연금 외의 사업소득 또는 근로소득이 있고, 각 소득금액 또는 이를 합산한 소득금액의 월평균금액이 전년도 평균연금월액<sup>1)</sup>을 초과한 경우 : 초과액의 단계에 따라서 일정 비율로 퇴직연금 지급정지(소위 ‘소득심사제’). 이 경우 지급정지액은 퇴직연금의 2분의 1을 초과할 수 없다(위 법 제47조 제3항).

(나) 지급정지제도는 퇴직공무원이 소득활동을 지속적으로 하여 생계 및 부양 필요성이 적은 경우에는 연금지급을 정지하거나 제한하도록 함으로써, 한정된 재원을 연금제도의 취지에 맞게 운영하고, 연금제정의 건전성과 안정성을 도모하기 위한 것이다.

여기에 더하여 위 ① 유형의 경우에는 연금수급자가 국가의 부담, 즉 세금으로 보수와 연금이라는 이중의 수혜를 받게 되므로 연금지급을 정지함으로써 이중수혜를 막고자 하는 데도 그 취지가 있다. 따라서 ① 유형의 경우에는 ② 유형과 같이 소득액과 연계한 연금의 지급정지나 지급정지액의 상한(연금의 2분의1 초과금지) 등의 조건 없이 예외 없는 연금 전부의 지급정지를 규정하고 있다.

**(2) 지급정지제도의 변천과 연혁**

(가) 소득심사제 도입 전

---

1) 퇴직연금액과 유족연금액을 합한 금액을 해당 수급자수로 나눈 금액

1960년 공무원연금법 제정 당시에는 퇴직연금수급권자가 다시 공무원이 된 때에만 퇴직연금지급이 정지되었으나<sup>2)</sup>, 1975년 법이 개정되면서 ‘출자율 2분의 1 이상의 정부투자기관·재투자기관·정부재정지원기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받는 경우’, ‘선거에 의하여 취임하는 별정직공무원 중 봉급 또는 이에 준하는 급여를 받는 경우’에도 지급을 제한하도록 하였다. 이후 1981. 12. 1. 시행령 개정으로 ‘선거에 의하여 취임하는 별정직 공무원’이 ‘선거에 의하여 취임하는 공무원’으로 변경되었고, 1989. 3. 18. 시행령 개정으로 정부투자기관 등의 임직원과 선거 취임 공무원에 대하여는 ‘연금 전액 지급정지’에서 ‘2분의 1 지급정지’로 변경되었다(공무원연금법 시행령 제40조 제2항).

1995. 12. 29. 연금지급정지 대상기관이 대폭 확대되었는데(2000. 1. 1.부터 시행), 출자율 2분의1 이상의 정부투자기관 등만 포함시키던 것을 출자율에 관계없이 모두 포함시키고, 국·공유재산의 귀속·무상양여 및 무상대부에 의하여 설립된 기관, 법령의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 임원을 선임하거나 승인을 하는 기관을 새로 정지대상에 포함시켰다(구 공무원연금법 제47조 제2호 내지 제5호). 헌법재판소는 위 조항들에 대하여, ‘아무런 기준의 제시 없이 정부재정지원기관의 확정을 행정부에 일임하고 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여도 구체적 범위를 정하고 있지 않아 포괄위임금지원칙에 반한다’는 이유로 2003. 9. 25. 위헌결정을 하였다(2000헌바94등).

#### (나) 소득심사제 도입 및 지급정지대상의 축소

종래 민간기업 취업이나 자영업 등으로 소득이 있는 자는 연금지급 대상에서 제외되어 소득상실에 대비한 연금지급 취지에 어긋난다는 비판이 있었다. 이에 2000. 12. 30. 공무원연금법 개정으로 “퇴직연금 수급자가 연금외의 소득세법 제19조의 규정에 의한 사업소득 및 제20조의 규정에 의한 근로소득이 있는 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1의 범위 안에서 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 소득의 범위 및 지급정지금액 등에

2) 사립학교교직원연금법 적용대상자와 군인연금법 적용대상자는 각각 1988년과 2000년 법 개정으로 공무원연금 지급정지대상에 포함되었다.

관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”(제47조 제2항)고 규정하여 민간 부문에서 소득을 얻는 경우에도 소득에 따라 연금 일부를 감액하여 지급하는 이른바 소득심사제를 도입하였다. 다만 위 규정은 제도 도입의 충격을 완화하기 위하여 법 개정일로부터 5년 이내에 시행령을 마련하여 실시하도록 하였다.

그런데 위 시행령이 마련되기 전인 2003. 9. 25. 앞서 본 바와 같이 구 공무원연금법 제47조 제2호 내지 제5호에 대한 헌법재판소의 위헌결정(2000헌바94등)이 있었고, 국회는 위 결정취지에 따라 2005. 5. 31. 위 법 제47조 제2항을 개정하여 법률에서 직접 소득범위 및 지급정지금액에 관한 내용을 규정하였다.<sup>3)</sup> 이 개정조항에 대하여는 2008. 2. 28. 헌법재판소가 합헌결정을 한 바 있다(2005헌마872등).

이후 위 개정규정의 연금정지금액이 너무 적어 연금재정 안정화에 도움이 되지 못한다는 비판이 있어, 2009. 12. 31. 현행법과 같은 내용의 연금정지비율이 규정되었다.

소득심사제 도입 후 2005. 6. 30. 공무원연금법 시행령이 개정되면서 선거 취임 공무원과 정부투자기관 등의 임직원에 대한 연금 지급정지 규정은 삭제되었으나, 2015년 법 개정으로 다시 지급정지 대상에 포함되었다. 현행법에 대한 자세한 내용은 항을 달리 하여 살펴본다.

3) 구 공무원연금법(2005. 5. 31. 법률 제7543호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ② 퇴직연금 또는 조기퇴직연금 수급자가 연금 외의 「소득세법」 제19조 제2항의 규정에 의한 사업소득금액(대통령령이 정하는 사업소득금액을 제외한다) 또는 같은 법 제20조 제2항의 규정에 의한 근로소득금액이 있고, 각 소득금액 또는 이를 합산한 소득금액의 월평균금액(이하 ‘소득월액’이라 한다)이 전년도 평균임금월액을 초과한 때에는 퇴직연금 또는 조기퇴직연금에서 다음의 금액을 지급정지한다. 이 경우 지급정지액은 퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 2분의 1을 초과할 수 없다.

전년도 평균임금월액을 초과한 소득월액 : 초과소득월액	지급정지액
50만 원 미만	50만 원 미만 초과 소득월액의 100분의 10
50만 원 이상 100만 원 미만	5만 원 + 50만 원 초과 소득월액의 100분의 20
100만 원 이상 150만 원 미만	15만 원 + 100만 원 초과 소득월액의 100분의 30
150만 원 이상 200만 원 미만	30만 원 + 150만 원 초과 소득월액의 100분의 40
200만 원 이상	50만 원 + 200만 원 초과 소득월액의 100분의 50

〈공무원연금법상 선출직 공무원에 관한 연금 지급정지 규정의 변천 과정〉

연혁	제도 변천 내용	비고
① 1975. 4. 1. ~ 1981. 11. 31.	• 선거에 의해 취임하는 별정직공무원에 대한 전액지급정지(법 31조, 시행령 제38조 제1항 제2호)	지급정지제도 도입
② 1981. 12. 1. ~ 1989. 3. 17.	• 선거에 의해 취임하는 공무원에 대한 전액지급정지(위 시행령 개정)	지급정지대상 확대
③ 1989. 3. 18. ~ 2005. 6. 30.	• 선거에 의해 취임하는 공무원에 대한 연금액 1/2 지급정지(법 제31조, 시행령 제40조 제2항)	지급정지액 감액
④ 2005. 7. 1. ~ 2015. 12. 31.	• 지급정지규정 삭제	지급정지제도 폐지 (단, 소득심사제 도입에 따라 근로소득 등을 고려한 일부정지 적용)
⑤ 2016. 1. 1. ~ 현재	• 선거에 의해 선출직 공무원에 취임한 경우 전액지급정지(법 제4조 제1항 제2호)	지급정지제도 부활 (②시기와 동일)

(3) 지급정지제도에 관한 2015년 공무원연금법 개정내용

(가) 전액정지대상자의 확대

종전에는 퇴직연금의 수급자가 ① 공무원연금법의 적용을 받는 **공무원**<sup>4)</sup>, 군인연금법의 적용을 받는 **군인**, 사립학교교직원 연금법의 적용을 받는 **사립학교교직원**으로 임용된 경우에만 그 재직기간 중 해당 연금 전부의 지급을 정지하도록 규정하였으나, 2015년 개정으로, ② 선거에 의한 **선출직 공무원**에 취임한 경우, ③ ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제4조에 따른 공공기관 중 **국가가 전액 출자·출연한 기관에 임직원**으로 채용된 경우, 지방공기업법 제2조에 따른 지방직영기업·지방공사 및 지방공단 중 **지방자치단체가 전액 출자·출연한 기관에 임직원**으로 채용된 경우, ‘지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률’ 제2조 제1항에 따른 기관 중

4) 공무원연금법 제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공무원”이란 상시 공무에 종사하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 「국가공무원법」, 「지방공무원법」, 그 밖의 법률에 따른 공무원. 다만, 군인과 선거에 의하여 취임하는 공무원은 제외한다.

나. 그 밖에 대통령령으로 정하는 국가나 지방자치단체의 직원

지방자치단체가 전액 출자·출연한 기관에 임직원으로 채용된 경우가 지급 정지 대상에 추가되었다.

1) 선출직 공무원 재임용자(법 제47조 제1항 제2호)

선출직 공무원으로 취임한 자는 퇴직연금이 전액 지급정지된다. 이들은 모두 특수경력직공무원(정무직공무원)으로서, 대통령, 국회의원, 지방자치단체장, 지방의회의원, 교육감, 교육의원이 있다.<sup>5)</sup>

공무원연금을 수령하는 자가 선거에 의한 선출직 공무원에 취임하여 보수를 받는 것은 결국 동일한 고용주인 국가나 지방자치단체와 재차 공법상의 근무관계를 맺고 보수를 지급받는 것이라 볼 수 있다. 따라서 퇴직 후 소득보전의 필요성은 적은데 반해, 공무원연금으로 인한 재정 부담이 심대한 상황에서 국민에게 봉사하여야 할 선출직 공무원들이 국민 세금으로 보수를 지급받음과 동시에 국민 세금으로 연금까지 수령하는 것은 이중수급이라는 반성적 고려에 따라, 연금지급정지의 범위를 선출직 공무원에 대하여까지 확대하게 되었다.

〈 선출직 공무원 연금 지급정지로 인한 연금재정 절감 효과(2016. 6월 기준) 〉

(단위 : 백만 원)

구 분	계	국회의원 (19대+20대) (68명)	자치 단체장 (98명)	지방의원 (214명)	교육감 (7명)	교육의원 (5명)
절감효과	4,100	362	771	2,823	56	87

※ 사유발생일(2016.1.1)이 속한 달의 다음달(2월)부터 6월까지 누계액

법 제47조 제1항 제2호 신설로 2016. 6월 현재 약 41억 원의 연금재정 절감효과가 발생하였고, 연간 약 98억 원(월 약 8억 원)의 연금재정 절감효과가 발생할 것으로 예상됨.

5) 교육의원은 현재 제주도 교육의원 5명만 있다. 2010년 지방선거를 통해 전국 16개 시도에서 교육의원이 선출되었으나, 교육의원 직선제는 2014. 6. 30.까지만 유효한 것으로 명시되어 있었고(지방교육자치에 관한 법률 부칙 제2조 제1항, 제2항) 이에 따라 2014. 6. 30. 임기만료에 의한 교육의원 선거는 더 이상 실시되지 않았다(이른바 ‘교육의원 일몰제’). 다만 ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’에 따라 제주도에서만 2014. 6. 지방선거에서 교육의원 5명이 선출되었다(제64조).

## 〈 연금지급이 정지된 선출직 공무원의 유형별 수 및 연금액(2016. 6월 기준) 〉

구분	국회의원(20대)	자치단체장	지방의원	교육감	교육의원
인원	46명	98명	214명	7명	5명
월평균연금액	333만 원	329만 원	268만 원	321만 원	340만 원

2) 정부 출연·출자기관 고액 연봉 재취업자(법 제47조 제1항 제3호 내지 제5호)

① ‘공공기관의 운영에 관한 법률’ 제4조에 따른 공공기관 중 국가가 전액 출자·출연한 기관에 임직원으로 채용된 경우(제3호), ② 지방공기업법 제2조에 따른 지방직영기업·지방공사 및 지방공단 중 지방자치단체가 전액 출자·출연한 기관에 임직원으로 채용된 경우(제4호), ③ ‘지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률’ 제2조 제1항에 따른 기관 중 지방자치단체가 전액 출자·출연한 기관에 임직원으로 채용된 경우(제5호)(이하 위 기관들을 모두 합하여 ‘정부출자기관’이라 한다)에는 근로소득금액이 전년도 공무원 전체 기준소득월액 평균액의 100분의 160 이상인 경우 연금 전액의 지급이 정지된다.

정부출자기관 임직원의 근로소득금액이 전년도 공무원 전체 기준소득월액 평균액의 100분의 160 미만인 경우에는 법 제47조 제3항을 적용받게 되므로 소득액에 따라 연금 일부가 지급정지되며, 이 경우 지급정지액은 퇴직연금의 2분의 1을 초과할 수 없다.

## (나) 소득심사 기준금액의 변경

## 1) 초과소득의 판단기준(평균임금월액 → 평균연금월액)

종전에는 ‘각 소득금액 또는 이를 합산한 소득금액의 월평균금액(“소득월액”)이 전년도 평균임금월액<sup>6)</sup>을 초과한 경우’ 초과액수에 따라 퇴직연금의 지급을 정지하도록 규정하였으나, 2015년 법 개정으로 ‘소득월액이 전년

6) 구 공무원연금법(2015. 6. 22. 법률 제13387호로 개정되기 전의 것) 제47조(퇴직연금 또는 조기퇴직연금의 지급정지) ③ 제2항의 “평균임금월액”이란 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장(농업·임업 및 수산업은 제외한다)을 기준으로 「통계법」 제3조에 따라 고용노동부장관이 작성하는 근로자 임금에 관한 노동통계자료상의 근로자 1명의 임금총액의 연평균금액을 말한다.

도 **평균연금월액**(퇴직연금액과 유족연금액을 합한 금액을 해당 수급자수로 나눈 금액)을 초과한 경우' 지급정지하도록 변경되었다.<sup>7)</sup>

## 2) 부동산 임대소득 포함

종전에는 연금 외 소득을 판단함에 있어 '소득세법 제19조 제2항에 따른 사업소득금액(**대통령령으로 정하는 사업소득금액은 제외한다**)'이라고 규정하고 이에 따라 시행령에서 부동산 임대소득을 규정하였으나, 개정법은 '소득세법 제19조 제2항에 따른 사업소득금액'이라고만 규정하고 위 시행령 조항을 삭제하였다. 따라서 부동산 임대소득을 포함한 사업소득과 근로소득을 합산한 소득금액의 월평균금액을 소득월액으로 본다.

## 나. 공무원의 분류와 선출직 공무원의 특성

(1) 공무원은 임명주체 등에 따라 국가공무원과 지방공무원으로 구별되고, 이들은 다시 경력직 공무원과 특수경력직 공무원으로 구분된다(국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조).

(가) **경력직공무원** : 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되며 평생 동안(근무기간을 정하여 임용하는 공무원의 경우에는 그 기간 동안) 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말한다. ① **일반직공무원**(기술·연구 또는 행정 일반에 대한 업무를 담당하는 공무원)과 ② **특정직공무원**(법관, 검사, 외무공무원, 경찰공무원, 소방공무원, 교육공무원, 군인, 군무원, 헌법재판소 헌법연구관, 국가정보원의 직원과 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원)이 있다.

(나) **특수경력직공무원** : 경력직공무원 외의 공무원을 말하며, ① **정무직공무원**[선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의를 필요한 공무원, 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령비서실 및 국가안보실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원]과 ② **별정직공무원**(비서관·비

7) 2015년 기준 근로자평균임금은 388만원, 평균연금월액은 224만원인 점을 감안하면, 지급정지되는 초과소득월액의 기준이 낮아진 것으로 볼 수 있다.

서 등 보좌업무 등을 수행하거나 특정한 업무 수행을 위하여 법령에서 별정직으로 지정하는 공무원)으로 구별된다.

(2) 선출직 공무원은 특수경력직공무원 중 정무직공무원에 해당하는 자들로서, 유권자들의 지지를 얻어 국민(주민)의 대표로서 취임하며, 대통령, 국회의원, 지방자치단체장, 지방의회의원, 교육감 등이 있다. 국민의 정치적 신임에 의해서 선출되고 법이 정한 임기 동안 업무를 수행하므로, 능력과 실적에 따라 임용되고 정년까지 신분이 보장되는 경력직 공무원, 즉 협의의 공무원으로서의 직업공무원과 임용방식, 법적 지위, 보수체계 등 여러 가지 면에서 차이가 있다. 이들은 신분의 특수성으로 인해 장기근속을 전제로 하는 공무원연금법의 적용을 받지 않는다(공무원연금법 제3조 제1항 제1호 가목).

다만, 대통령은 ‘전직대통령 예우에 관한 법률’을 근거로 연금을 지급받고, 국회의원은 ‘대한민국헌정회 육성법’을 근거로 연금을 지급받아 왔으나, 전직 국회의원에 대한 과도한 특혜라는 지적이 있어 제19대 국회의원부터는 이를 원칙적으로 폐지하고 2014. 1. 1. 기준 연로회원지원금을 지급받고 있는 연로회원에 한해서만 계속 지급받을 수 있게 하였다.

## 다. 지방의회의원의 보수 현황 및 다른 선출직 공무원과의 비교

### (1) 지방의회의원 보수의 구성과 체계

#### (가) 유급제 도입과 의정비(議政費)

1988년 지방자치법은 지방의회의원을 무보수 명예직으로 하였으나, 회기 중에 한하여 일비와 여비를 지급하였다. 이후 1994년 3월 일비와 여비 외에 매월 의정활동비(비과세대상)를 지급하도록 개정하였고(지방의회의원의 명예직제도는 그대로 유지), 2003. 7. 18. 지방자치법에서 무보수 명예직 조항을 삭제하였으며, 2005. 8. 지방자치법을 개정하여 2006. 1.부터 월정수당(과세대상)<sup>8)</sup>이 지급되도록 하였다.

일반적으로 지방의회의원의 ‘의정비’를 지방의회의원의 보수와 같은 것으

8) 회기에 따라 지급되던 ‘회기수당’을 직무활동에 대하여 지급하는 ‘월정수당’으로 전환함.

로 인식하는 경우가 많으나, 의정비 중 월정수당만 보수로 보는 것이 타당하다는 견해도 있다.<sup>9)</sup>

법령에서는 의정비의 개념을 명시적으로 정의하고 있지 않다. 다만 지방자치법 제33조, 이 법 시행령 제33조 등을 종합할 때, 지방의회의원에게 지급하는 ‘의정비’란 지방의회의원의 의정활동에 소요되는 모든 비용(의정활동비, 여비, 월정수당)을 통칭하는 것으로 이해할 수 있다. 의정비는 의정비심의위원회가 그 지급기준을 결정한다.<sup>10)</sup>

**〈2016년 지방의회의원 의정비 평균 결정액〉**

(단위 : 만원)

구분	의정활동비	월정수당		계	
		연액	월액	연액	월액
광역(평균)	1,800	3,872	322.6	5,672	472.6
기초(평균)	1,320	2,447	203.9	3,767	376.7

9) 이용우, 현행 지방의원 의정비의 실상과 개선방안, 한국회회학회보 제3권 제1호, 2014. 12. 73-74쪽.

※ 일반직공무원의 경우 공무원보수규정 제4조에서 “봉급과 그 밖의 각종 수당을 합산한 금액”을 말한다고 규정하고 있다.

10) 지방자치법 제33조(의원의 의정활동비 등) ① 지방의회의원에게 다음 각 호의 비용을 지급한다.

1. 의정 자료를 수집하고 연구하거나 이를 위한 보조 활동에 사용되는 비용을 보전(補填)하기 위하여 매월 지급하는 의정활동비
2. 본회의 의결, 위원회의 의결 또는 의장의 명에 따라 공무로 여행할 때 지급하는 여비
3. 지방의회의원의 직무활동에 대하여 지급하는 월정수당

② 제1항 각 호에 규정된 비용의 지급기준은 대통령령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 의정비심의위원회에서 결정하는 금액 이내로 하여 지방자치단체의 조례로 정한다.

위 법 시행령 제33조(의정활동비·여비 및 월정수당의 지급기준 등) ① 법 제33조 제2항에 따라 지방의회 의원에게 지급하는 의정활동비·여비 및 월정수당의 지급기준은 다음 각 호의 범위에서 제34조에 따른 의정비심의위원회가 임기만으로 의한 지방의회의원 선거가 있는 해에 선거를 마친 후 해당 지방자치단체의 재정 능력 등을 고려하여 결정할 금액 이내에서 조례로 정한다.

1. 의정활동비 : 별표 4에 따른 금액
2. 여비 : 별표 5와 별표 6에 따른 금액
3. 월정수당: 별표 7에 따른 금액

② 제1항에 따른 의정활동비와 월정수당은 해당 지방자치단체 소속 공무원의 보수 지급일에 지급한다.

(나) 의정비의 구성

1) 의정활동비

의정활동비는 의정자료를 수집하고 연구하거나 이를 위한 보조활동에 사용되는 비용을 보전하기 위하여 매월 지급하는 경비를 말한다. 현재 지방의회의원에게 지급하는 의정활동비는 아래 표와 같이 구성되어 있으며, 2003년 인상된 이래 2016년까지 11년 동안 동결되어 있다.

**<2016년 지방의회의원 의정활동비 지급범위>**

(단위 : 만원)

구분	계	의정자료수집·연구비	보조활동비
광역의원	연 1,800(월 150)	연 1,440(월 120)	연 360(월 30)
기초의원	연 1,320(월 110)	연 1,080(월 90)	연 240(월 20)

2) 여비(旅費)

공무여행을 허가받고 실제로 여행을 다녀오는 의원에게 지급되는 경비로, 그 지급기준은 의정비심의위원회가 해당 지방자치단체의 재정능력 등을 고려하여 결정한 금액 이내에서 조례로 정한다. 그러나 실제 지방자치법 시행령 별표와 행정자치부 예산편성운영 기준에서 사실상 그 범위와 지급기준을 정해 놓고 있고, 의정비심의위원회에서는 별도의 심의 없이 이를 그대로 따르고 있다.

3) 월정수당

지방의회의원의 직무활동에 대한 대가로 매월 지급되는 것으로, 2006년 지방의회의원에게 대한 종전의 회기수당을 급여성 수당으로 변경한 것이다. 월정수당이 보수에 해당한다는 점에 대하여는 논란이 없으며,<sup>11)</sup> 의정비심

11) 대법원은 “지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전문 개정되기 전의 것) 제 32조 제1항(현행 지방자치법 제33조 제1항)은 지방의회의원에게 지급하는 비용으로 의정활동비와 여비 외에 월정수당을 규정하고 있는바, 이 규정의 입법연혁과 함께 특히 월정수당은 지방의회의원의 직무활동에 대하여 매월 지급되는 것으로서, 지방의회의원이 전문성을 가지고 의정활동에 전념할 수 있도록 하는 기틀을 마련하고자 하는 데에 그 입법취지가 있다는 점을 고려해 보면, 지방의회의원에게 지급되는 비용 중 적어도 월정수당은 지방의회의원의 직무활동에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종으로 봄이 상당하다.”(대법원 2009. 1. 30. 선고

의위원회가 해당 지방자치단체의 재정능력 등을 고려하여 월정수당 지급 기준액 산정방식(지방자치법 시행령 제33조 제1항 제3호 별표 7)에 따라 정한다. 2016년 기준 전국 243개의 지방의회의원의 월정수당을 보면, 매월 129.7만 원에서 370.8만 원 정도인바, 월 150만 원 이하의 월정수당을 지급 받고 있는 지방의회가 9개, 200만 원 이하의 월정수당을 지급받고 있는 지방의회가 138개이다.<sup>12)</sup>

(다) 기준 중위소득 및 퇴직연금과의 비교

보건복지부장관이 고시한 기준 중위소득<sup>13)</sup>과 비교해 보면, ① 의정비(의정활동비+월정수당)의 경우, 2016년 기준 광역의원 월 평균액(472.6만 원)은 4인 가구 중위소득과 5인 가구 중위소득의 중간 수준이고, 기초의원의 월 평균액(376.7만 원)은 3인 가구 중위소득과 4인 가구 중위소득의 중간 수준이다. ② 월정수당만 보면, 광역의원 월 평균액(322.6만 원)은 2인 가구 중위소득과 3인 가구 중위소득의 중간 수준이고, 기초의원 월 평균액(203.9

2007두13487 판결)고 판시하였는바, 월정수당을 지방의회의원의 보수라고 보는 점은 명백하나, 의정활동비가 보수에 포함되는지에 대하여는 명확히 밝히지 않았다.

12) 행정자치부 홈페이지 참조

13) ‘최저생계비’란 단순히 생활에 필요한 최소한의 비용을 뜻하지만(절대빈곤선), ‘기준 중위소득’은 총 가구를 소득순으로 매긴 뒤 가운데 그룹의 평균을 낸 소득을 말한다(상대빈곤선).

국민기초생활 보장법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

11. “기준 중위소득”이란 보건복지부장관이 급여의 기준 등에 활용하기 위하여 제20조 제2항에 따른 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 고시하는 가구소득의 중위값을 말한다.

※ 2015년 보건복지부는 최저생계비를 기준중위소득으로 단일화한다는 내용을 발표하고 아래와 같이 고시하였다.

2016년 기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준(2015. 7. 29. 보건복지부고시 제2015-136호)

1. 기준 중위소득

국민기초생활 보장법 제2조 제11호에 따라 급여의 기준 등에 활용하는 ‘기준 중위소득’을 다음과 같이 정한다.

구 분	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구	7인가구
금액(원/월)	1,624,831	2,766,603	3,579,019	4,391,434	5,203,849	6,016,265	6,828,680

\* 8인 이상 가구의 기준 중위소득: 1인 증가시마다 812,415원씩 증가(8인가구: 7,641,095원)

만 원)은 1인 가구 중위소득과 2인 가구 중위소득의 중간 수준이다.<sup>14)</sup>

2016년 6월 기준, 심판대상조항에 의하여 지급정지되는 지방의회의원에 대한 월 평균 퇴직연금액은 268만 원으로, 지급정지되는 퇴직연금액이 ① 의정비보다 더 큰 지방의회의원 수는 67명, ② 월정수당보다 더 큰 지방의회의원 수는 172명 정도이다.<sup>15)</sup>

〈 지방의회의원 중 공무원연금 수급대상자 현황 (2016년 6월 기준) 〉

구 분	지방의회의원		평균연금액	평균의정비
	전체 지방의회의원 수	공무원연금 수급대상자		
계	3,692명	214명 (5.8%)	268만원	328만원
광역의원	794명	40명 (5.0%)	281만원	458만원
기초의원	2,898명	174명 (6.0%)	265만원	296만원

## (2) 다른 선출직 공무원과의 비교

지방의회의원의 보수체계는 국회의원이나 지방자치단체장과 달리 지급 받는 금원의 종류와 수가 적고 세분화되어 있지 않다. 수당이나 업무추진비, 복리후생비가 지급되지 않고, 의정비심의위원회가 지방자치단체의 재정 능력 등을 고려하여 결정한 금액 이내에서 조례로 정하도록 하고 있으므로 지방자치단체의 재정 상태나 규모에 따라 큰 편차가 있으며, 그 내용이 수시로 변화될 수 있다.

### (가) 국회의원

국회의원은 연간 3,763만 원(월 313만 원)을 입법활동비로 지원받고, 회기 중 1일당 31,360원을 특별활동비로 지급받는다.<sup>16)</sup> 여기에 기본급에 속하는 일만수당 연 7,756만 원에 각종 수당(관리업무수당, 정액급식비)과 상여

14) 같은 집행기관의 공무원과 비교해 보면, 광역의원은 광역자치단체 내 집행기관의 7급과 8급 공무원 보수 사이, 기초의원은 기초자치단체 집행기관의 9급 공무원보다 낮은 수준이다[조영두·송광태, “지방의회의원 보수체계의 결정기준과 실태분석에 관한 연구”, 지방정부연구 제14권 제2호(2010 여름), 47-48쪽].

15) 2016. 11. 30.자 인사혁신처 사실조회 결과

16) 특별활동비는 폐회 중 미지급하고, 결석 시 감액함.

급(정근수당, 명절휴가비)을 합하여 총 연간 13,796만 원(월 평균액 1,149만 원)의 보수를 지급받고 있다.<sup>17)</sup> 또한 2005. 7. ‘국회의원수당 등에 관한 법률’을 개정하여 입법활동비와 특별활동비 외에 ‘입법 및 정책개발비’를 신설, 1인당 연 2,000만 원씩의 예산을 확보하여 ‘홍보물 유인비 및 발간비’ 등으로 지급받고 있다.

반면 지방의회의원은 의정보고서 제작비, 도서·용품구입비, 우편·통신비, 정책조사·자문비, 공용사무실 보조비, 차량유지비, 유류비, 도로통행비 등을 모두 월 150만 원(광역의원)과 월 110만 원(기초의원)씩 지급하는 의정활동비로 충당한다.<sup>18)</sup>

국회의원의 보수(입법활동비를 제외한 월 평균액 836만 원)와 지방의회의원의 월정수당을 비교하면, 기초의회의원 월 평균 183만 원은 국회의원의 21.8%, 광역의원 월 평균 299만 원은 국회의원의 35.7%에 불과하다.

한편, 국회의원에게는 개인 보좌인력 인건비로 연간 3억 6,880만원(월 3,074만원)을 정부가 지원하고 있는데, 국회의원 1인당 4급 보좌관 2명, 5급 비서관 2명, 6급 비서 1명, 7급 1명, 9급 1명, 인턴 2명 등 9명의 인력을 국비로 지원받고 있다. 이를 모두 합산하면, 국회의원은 연간 4억 8,110만원(월 4,010만원)의 의정활동비를 지원받음으로써 광역의원의 26.7배, 기초의원의 36.4배에 이르는 금액을 의정활동비로 지원받고 있다.

#### (나) 지방자치단체장

정무직 공무원의 보수 책정에 대하여는 ‘고정급적 연봉제’를 적용하고 있다. 직위별로 연봉이 고정되는 고정급적 연봉제는 중앙정부의 경우 차관급 이상 정무직공무원 등을 대상으로 하고, 지방자치단체의 경우 정무직공무원인 단체장 등에게 적용하고 있다. 자치단체장의 연봉은 자치단체의 인구수에 따라 책정된 부단체장의 직급을 기준으로 직근 상위직급의 연봉 상한액을 기준으로 책정한다. 연봉 안에는 각종 수당이 포함되어 있고, 복리후

17) 2016년도 국회의원 수당 지급기준 참조.

18) 국회의원에 대하여는 연간 430만원의 차량유지비와 1,320만원의 차량유류비를 별도로 지원하고 있으며, 여기서 차량유류비는 기초의회의원의 1년 의정활동비 1,320만원과 같은 금액이다.

생비와 업무추진비를 별도로 지급받는다. 즉 봉급과 기말수당, 정근수당, 관리업무수당, 명절휴가비, 가계지원비, 직급보조비 등을 연봉으로 지급받고, 가족수당, 자녀학비보조수당, 직급보조비(연봉에 흡수되는 금액 제외) 및 정액급식비 등을 별도로 지급받는다.<sup>19)</sup> 그러나 지방의회의원에게는 월정수당 외에 수당이나 복리후생비 등이 전혀 지급되지 않는다.

**라. 참고 선례**

**(1) 선례의 흐름과 법 개정**

공무원연금법상 지급정지제도와 관련한 주요 선례와 그에 따른 법 개정 내용을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 2000. 6. 29. 구 법 제47조 제1호(퇴직연금수급권자가 사립학교교직원연금법의 학교기관으로부터 보수 등을 받는 경우 퇴직연금 지급정지)에 대한 **합헌결정**(98헌바106)
- ② 2003. 9. 25. 구 법 제47조 제2호 및 제3호(퇴직연금수급권자가 정부투자기관·재투자기관·정부재정지원기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관으로부터 보수 등을 받는 경우 그 기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금 지급 정지)에 대한 **위헌결정**(2000헌바94등)  
→ 2005. 5. 31. 위헌결정 취지에 따른 법 개정 : 구 법 제47조 제2항에서 직접 소득범위 및 지급정지금액 규정
- ③ 2008. 8. 28. 위 개정된 구 법 제47조 제2항 및 부칙 제2항 단서(법 시행 후 이행기가 도래하는 퇴직연금에 대하여 소득과 연계하여 일부 지급정지)에 대한 **합헌결정**(2005헌마872)

19) 지방공무원보수규정 제34조 별표 12  
< 고정급직 연봉제 적용대상 공무원의 연봉표 >

구분		연봉 (단위: 천원)
서울특별시장		120,868
광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사, 서울특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 교육감, 서울특별시의 정무부시장		117,383
시장·군수 및 자치구의 구청장	부시장·부군수·부구청장의 계급이 2급 또는 이에 상당하는 계급인 시·군·자치구의 경우	102,666
	위 계급이 3급인 경우	94,658
	위 계급이 4급인 경우	87,786

## (2) 위 선례들의 결정요지

(가) 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106(판례집 12-1, 833, 844-846)

### 1) 심판대상조항

공무원연금법상 퇴직연금수급자가 사립학교교직원연금법 제3조의 학교기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받는 경우 퇴직연금 지급을 정지하도록 한 구 공무원연금법 제47조 제1호

### 2) 판단

퇴직연금의 재원은 공무원 본인이 부담하는 기여금과 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 부담금 및 그 운용수익금으로 구성되어 있다. 국가 또는 지방자치단체는 학교법인에 보조금을 교부하거나 기타의 지원을 할 수 있으며 정부의 출연금 등으로 이루어진 한국사학진흥재단을 통하여 사립학교와 그 학교법인을 지원하기도 하므로 사립학교법 제3조의 학교기관에 의한 보수 기타 급여 중 일부는 국가 또는 지방자치단체에서 부담하는 것으로 볼 수 있다. 게다가 사립학교교직원연금의 재원 중 상당 부분을 국가가 부담하고 있다. 따라서 퇴직공무원이 사립학교기관에 재직함으로써 보수 기타 급여를 받고 사립학교교직원연금법의 적용을 받음과 동시에 퇴직연금까지 지급받으면 국가의 부담으로 중복하여 수혜를 받는 것이 된다.

한정된 재원으로 보다 많은 공무원과 그 유족에게 적절한 사회보장적 급여를 실시하기 위하여는 연금지급이 필요하지 않은 경우에 그 지급을 정지할 필요성이 있으므로 심판대상조항의 목적은 공공복리를 위한 것으로서 정당하다.

공무원연금제도와 사립학교교직원연금제도는 보험의 대상이 서로 달라 각각 독립하여 운영되고 있기는 하지만 동일한 사회적 위험에 대비하기 위한 하나의 통일적인 제도이다. 따라서 이들 사이에서 직종을 옮긴다 하더라도 전체적인 사회보험의 관점에서 보면 적용법률이 달라질 뿐 퇴직이라는 사회적 위험이 발생한 것은 아니며 퇴직연금 수급자가 학교기관의 교직원으로 재직하는 경우에는 실질적으로 퇴직연금의 지급사유가 있다고 보기 어렵다.

따라서 심판대상조항은 헌법 제23조, 제15조, 제11조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

(나) 현재 2003. 9. 25. 2000헌바94등(판례집 15-2상, 254, 263-267)

1) 심판대상조항

퇴직연금수급권자가 정부투자기관·재투자기관 또는 정부재정지원기관으로서 행정자치부령이 정하는 기관으로부터 “보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그 지급기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직연금의 전부 또는 일부의 지급을 정지”할 수 있도록 한 구 공무원연금법 제47조 제2호 및 제3호<sup>20)</sup>

2) 판단

가) 퇴직연금 지급정지제도는 기본적으로 그 목적이 퇴직 후의 소득상실 보전에 있고 그 제도의 성격이 사회보장적인 것이므로, 연금수급권자에게 임금 등 소득이 퇴직 후에 새로 생겼다면 이러한 소득과 연계하여 퇴직연금 일부의 지급을 정지함으로써 지급정도를 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 축소하는 것은 원칙적으로 가능한 일이어서 이 제도 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.

나) 심판대상조항은 헌법 제75조가 규정하는 포괄위임금지의 원칙에 위반된다.

지급정지제도의 본질에 비추어 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어서는 소득의 유무뿐만 아니라 소득의 수준에 대한 고려는 필수적인 것임에도 불구하고 심판대상조항은 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여 아무런 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 규정을 위임하고 있다. 실제 심판대상조항의 위임에 따른 시행령 제40조 제2항에서 아무리 적은 보수 또는 급여를 받는 경우에도 연금지급을 정지하도록 하고 그 지급정지율은 소득의 수준에 관계없이 연금액의 2분의 1로 하고 있다. 이에 따라 소득액보다 지급정지되는 연금액이 더 큰 경우도 발생할 수 있게 될 뿐만 아니라 소득이 적은 자와

20) 이와 거의 동일한 내용을 규정한 군인연금법 제21조 제5항 제2호 및 제3호, 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되기 전의 것) 제47조 제3호에 대하여도 같은 취지의 위헌결정이 있었음(현재 2003. 9. 25. 2001헌가22, 판례집 15-2상, 231; 현재 2005. 12. 22. 2004헌가24, 판례집 17-2, 625; 현재 2005. 10. 27. 2004헌가20, 판례집 17-2, 205).

많은 자를 가리지 아니하고 무조건 연금의 2분의 1에 해당하는 금액을 감액 하도록 함으로써 지급정지제도의 본질 및 취지와 어긋나는 결과를 초래하였다.

퇴직연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 임금의 후불적 성격이 강하므로 재산권적 보호가 더욱 강조되어야 하므로 이 부분은 정지의 범위에서 제외되어야 할 것인데 심판대상조항은 이 부분까지도 정지의 범위에 들어갈 수 있는 길을 열어 놓음으로써 재산권에 대한 과도한 제한의 위험을 초래하였다. 그러므로 심판대상조항은 퇴직연금의 2분의 1을 초과하지 않는 범위에서 지급을 정지할 수 있도록 기준을 명시하여 위임을 하였어야 한다.

※ 위 결정취지에 따라 2005. 5. 31. 구 법 제47조 제2항에서 직접 소득범위 및 지급정지금액 규정

(다) 현재 2008. 2. 28. 2005헌마872(판례집 20-1상, 279, 297-302)

1) 심판대상조항

법 시행일 이후에 이행기가 도래하는 퇴직연금에 대하여 소득과 연계하여 그 일부의 지급을 정지할 수 있도록 한 구 공무원연금법 제47조 제2항 및 같은 법 부칙 제2항 단서<sup>21)</sup>

2) 판단

연금 수급자들의 퇴직연금제도에 대한 신뢰는 반드시 “퇴직 후에 현 제도 그대로의 연금액을 받는다.”는 데에 대한 것으로는 볼 수 없고, 또 퇴직연금 수급자는 단순히 기존의 기준에 의하여 연금이 지속적으로 지급될 것이라는 기대 아래 소극적으로 연금을 지급받는 것일 뿐, 그러한 신뢰에 기하여 어떠한 적극적인 투자 등의 조치를 취하는 것도 아니다.

심판대상조항은 기존의 퇴직연금 수급자에게 전년도 평균임금월액을 초과한 소득월액이 있는 경우에만 그 초과 액수에 따라 퇴직연금 중 일부(1/2 범위 내)의 지급을 정지할 뿐이다. 즉 퇴직한 공무원이 평균임금월액을 초과한 소득월액을 얻는 경우는 드물 것이어서 지급정지 대상자 자체가 소수일 수밖에 없고 평균적인 지급정지액 역시 적은 액수에 그칠 것으로

21) 사립학교교원에 대하여 위 심판대상조항을 준용하도록 한 사립학교교직원 연금법 조항에 대하여도 같은 취지의 합헌결정이 있었음(현재 2009. 7. 30. 2007헌바 113, 판례집 21-2상, 225).

보이므로, 심판대상조항에 의하여 퇴직연금 수급자들이 입는 불이익은 그다지 크지 않다.

따라서 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

**마. 입법례<sup>22)</sup>**

**(1) 일본**

후생연금보험법 제46조에 의하면, 노령후생연금(우리의 퇴직연금에 해당함)의 수급권자가 국회의원 또는 지방공공단체의회 의원인 경우 세비의 월액(의원보수 월액) 및 기말수당액과 연금 액수에 따라서 연금의 일부 또는 전부의 지급이 정지된다(노령기초연금은 종래와 마찬가지로 전액 지급된다). 구체적 지급정지의 내용은 다음과 같다.

(가) 60세 이상 65세 미만의 재직노령연금(후생연금보험법 부칙 제11조) 기본월액<sup>23)</sup>과 총보수월액상당액<sup>24)</sup>에 따라 연금액의 전부 또는 일부의 지급이 정지될 수 있다(표의 지급정지액은 年 기준).

① 기본월액과 총보수월액상당액의 합계가 28만 엔 이하인 때	지급정지액 = 0엔(전액지급)
② 기본월액이 28만 엔 이하이고, 총보수월액상당액이 47만 엔 이하인 때	지급정지액 = (총보수월액상당액+ 기본월액-28만 엔)×1/2×12
③ 기본월액이 28만 엔 이하이고, 총보수월액상당액이 47만 엔을 초과할 때	지급정지액 = {(47만 엔+기본월액-28만 엔)×1/2 +(총보수월액상당액-47만 엔)}×12
④ 기본월액이 28만 엔을 초과하고, 총보수월액상당액이 47만 엔 이하인 때	지급정지액 = 총보수월액상당액×1/2×12
⑤ 기본월액이 28만 엔을 초과하고, 총보수월액상당액이 47만 엔을 초과할 때	지급정지액 = {47만 엔×1/2+(총보수월액상당액-47만 엔)}×12

22) 이하의 내용은 소은영 연구원(일본), 조수혜 연구원(미국), 차원일 연구원(독일)의 조사서 참조.

23) 연간 연금 액수를 12로 나눈 금액. 공제조합에서 노령후생연금도 받고 있는 경우에는 일본연금기구와 공제조합 등으로부터 받는 모든 노령후생연금을 합한 연금액을 12로 나눈 금액

24) 매월의 임금(표준보수월액)+1년간의 상여(표준상여액)를 12로 나눈 금액. 국회의원 또는 지방의회의원의 경우에는, 세비월액(또는 의원보수월액) 및 기말수당을 말한다.

(나) 65세 이상의 재직노령연금(후생연금보험법 제46조)

65세 미만인 자와는 별도의 재직노령연금 체계에 따라서 연금의 전부 또는 일부의 지급이 정지될 수 있다.

① 기본월액과 총보수월액상당액의 합계가 47만 엔 이하인 때	지급정지액 = 0엔(전액지급)
② 기본월액과 총보수월액상당액의 합계가 47만 엔을 초과할 때	지급정지액 = (총보수월액상당액+기본월액-47만 엔)×1/2×12

## (2) 미국

(가) 연방공무원연금제도

1983. 12. 31. 이후 임용된 연방공무원(연방 상·하원 국회의원도 포함)에게 적용되는 연방공무원은퇴시스템(Federal Employees Retirement System, “FERS”) 하에서는, 연금수급권자가 연방정부에서 임명직 또는 선출직으로 취임하는 경우, 일시불의 퇴직수당을 제외하고는, 실제로 근무하는 기간 동안의 연금 액수에 상당하는 금액이 연금수급권자의 임금에서 공제된다. 연방공무원이 은퇴한 후 연방정부가 아닌 곳에 취업하는 것은, 장애 연금을 받는 60살 미만인 경우를 제외하고는, 연금에 영향을 미치지 아니한다.

(나) 주공무원연금제도

미국에서 지방의원의 연봉과 연금은 주와 시의 규정에 따라 달리 정해지는데, 대표적으로 캘리포니아주와 뉴욕주를 살펴본다.

1) 캘리포니아주는 캘리포니아 공무원연금(California Public Employee’s Retirement System, “CalPERS”)을 운영하고 있으며, CalPERS의 은퇴혜택을 받는 사람이 CalPERS 적용 기관에서 정규직으로 근무하여 임금을 받는 것을 이중혜택으로 보고 제한한다. 은퇴 후 CalPERS 적용 기관에서 근무하기 위해서는 원칙적으로 은퇴에서 복귀하여 복직하여야 하고, 기존의 연금 및 의료비지원 혜택 등이 중지되며 이후에 다시 은퇴할 때 은퇴혜택 수령이 가능하다. 그러나 이러한 규정은 다른 공직 연금의 적용을 받는 곳이나 선출직·임명직으로 근무하는 경우에는 적용되지 않는다. 은퇴자는 은퇴 후 복직을 하거나 연금혜택의 중지 없이 ① 주지사가 임명하는 위원회

위원, 하원의원장, 상원의원장 대행, 주정부의 단체장, ② 배심원 또는 선거관리인, ③ 선출직 공무원, ④ 산하기관의 임명직 임원 등에 취입할 수 있다.

2) 뉴욕주 공무원의 은퇴시스템(New York State and Local Retirement System, “NYSLRS”)에 의하면, 은퇴 후 뉴욕주의 공무원으로 취입하는 것이 아닌 경우 연금에 영향을 주지 아니한다. 따라서 다른 주의 공무원으로 선출 또는 임명되거나, 연방정부에서 근무하는 경우 지속적으로 연금을 수령할 수 있다. 뉴욕주 공무원으로 복직하는 경우에는, 65세 미만으로 소득이 \$30,000/연(year) 미만인 경우 연금을 지속적으로 수령할 수 있으며, 그 외의 경우 승인을 얻어야 한다. 그러나 뉴욕주의 선출직·임명직 공무원에 취입하는 경우에는 적용되지 않는다. 즉 은퇴 전에 선출직으로 근무하지 않았던 은퇴 공무원이 선출직 또는 임명직 공무원으로 취입하는 경우 소득을 불문하고 연금에 영향을 받지 않는다. 그러나 은퇴 전에 같은 선출직 직위에서 계속 근무하였거나 은퇴 후 선출직 공무원으로 취입하고 재선되었다면, 소득제한 규정을 적용받아 연금이 중지될 수 있다.

### (3) 독일

#### (가) 연방의원법

연방의원법은 국고에서 지급되는 보수 내지는 연금이 증척될 경우, 이중 수혜를 막기 위해 공제에 관한 규정을 두고 있다(제29조). 연금수급자가 선출직 의원이 된 경우에는 기존의 연금이 공제된다. 따라서 연방의회의원이 의원 보수와 더불어 직무관계상 연금청구권 또는 공공기관의 종사에서 발생하는 연금청구권<sup>25)</sup>이 있는 경우 연금청구권의 합계는 80%까지 공제된다, 보수액을 초과해서 삭감할 수 없다(제29조 제2항 제1문).

#### (나) 주의원법

각 연방주의 주의원법은 연방의원법과 유사한 연금제한 규정을 두고 있다. 이에 따라 의원보수가 존재하고, 직무관계상 연금청구권 및 공공기관의 종사

25) 예컨대, 연방대통령, 연방총리, 연방장차관, 연방 공무원, 연방판사, 군인, 연방은행 임원, 공법상 제단 근무 등으로 인해 발생하는 연금청구권이 포함될 수 있다. 또한 유럽연합 공무원과 같이 국가 간 기구, 초국가적 기구에서의 종사에 따른 연금청구권도 포함된다.

에서 발생하는 연금청구권 등이 있는 경우에 연금 또는 보수가 제한된다.

(보수 삭감) 베를린주는 의원 보수가 50%까지 삭감될 수 있으며, 이때 연금의 50%를 초과해서 삭감할 수 없다. 헤센주와 튀링엔주는 기본 보수가 연금의 합계액만큼 공제되고, 바이에른주는 보수가 연금의 50%만큼 삭감되는데 이는 보수의 50%를 초과할 수 없다.

(연금 삭감) 노르트라인-베스트팔렌주의 경우, 의원 보수와 함께 다른 연금청구권이 있을 경우 연금이 65%까지 공제되며, 이때 의원 보수의 52.44%를 초과하여 공제할 수 없다.

### 3. 심판대상조항에 대한 판단

#### 가. 과잉금지원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부

##### (1) 합헌론

###### (가) 목적의 정당성과 수단의 적합성

심판대상조항은 수십 년간 누적되어온 연금재정의 악화를 개선하여 공무원연금제도의 건실한 유지·존속을 도모하기 위한 것으로 이러한 입법목적은 정당하다. 지방의회의원에 대한 퇴직연금 지급을 정지하게 되면, 그만큼 연금지출이 감소하여 공무원연금재정의 안정과 적자 해소에 기여할 수 있으므로 수단의 적합성도 인정된다.

###### (나) 침해의 최소성

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐지에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(공무원연금법 제1조), 위의 사유와 같은 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임 아래 보험기술을 통하여 공무원의 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다(헌재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 판례집 15-2상, 319, 352).

그런데 1988년 지방자치법은 지방의회의원을 무보수 명예직(회기 중에 한하여 일비와 여비 지급)으로 하였다가, 1994. 3. 일비와 여비 외에 매월 의정활동비를 지급하도록 하였고, 2003. 7. 18. 무보수 명예직 조항을 삭제

한 후 2005. 8. 법 개정으로 2006. 1.부터 월정수당을 지급하도록 규정하였다. 이에 따라 지방의회의원은 지방자치단체의 예산으로 매달 의정비(의정활동비와 월정수당)를 지급받게 되었는데, 보건복지부장관이 2016년 고시한 기준 중위소득과 비교해보면, 2016년 기준 광역의원 월 평균의정비는 472.6만 원으로 4인 가구 중위소득과 5인 가구 중위소득의 중간 수준이고, 기초의원의 월 평균의정비는 376.7만 원으로 3인 가구 중위소득과 4인 가구 중위소득의 중간 수준이다.

그렇다면 지방의회의원인 청구인들은 종전에 국가 또는 지방자치단체(이하 ‘국가 등’이라 한다)와 공무원관계에 있다가 지방의회의원으로 당선됨으로써 다시 소득활동을 계속하게 되었으므로, 실질이 ‘퇴직’한 것으로 볼 수 없고 연금을 통해 보호할 필요성이 있는 ‘사회적 위험’이 발생한 자라고 볼 수 없다.

또한 퇴직연금수급자가 지방의회의원으로 당선되어 지방자치단체의 예산으로 보수를 받는 경우에는 국민의 세금으로 현직공무원으로서의 보수와 퇴직공무원으로서의 연금이라는 이중수혜를 받게 되는 것이므로, 한정된 재원으로 보다 많은 퇴직공무원과 그 유족에게 적절한 급여를 지급하기 위해서는 이러한 이중지급을 방지할 필요성이 있다. 이 때문에 공무원연금법은 퇴직연금수급자가 다시 공무원이 된 때에는 그 기간 동안 연금지급을 정지하도록 하고 있는바, 지방의회의원들도 재차 공무원관계를 설정하여 다시 국가 등의 부담으로 보수를 받게 된 자들이라는 점에서 다른 일반 공무원과 차이가 없다.

한편 청구인들은, 연금 지급정지시 필수적으로 소득수준을 고려하여야 하고, 본인이 납부한 기여금에 해당하는 부분은 임금 후불적 성격이 강하므로 2분의 1 범위 안에서만 지급정지가 가능하다고 주장한다.<sup>26)</sup> 그러나 심판대상조항은 ‘소득정도에 따른 연금지급의 필요성’ 외에 ‘국가 등의 부담으로 보수와 연금을 모두 지급받는 것은 그 액수와 관계없이 그 자체가 이중수혜’라는 점이 고려된 것이므로, ‘공무원이 아닌 다른 근로활동을 통

26) 이러한 주장은 퇴직연금수급권자가 정부투자기관 등으로부터 보수를 받는 경우 연금지급을 정지할 수 있도록 한 공무원연금법 조항에 대한 위헌결정(헌재 2003. 9. 25. 2000헌바94등, 판례집 15-2상, 254, 263-267)을 참고한 것으로 보인다.

하여 급여를 받게 된 경우'와는 차이가 있다. 따라서 연금수급자가 '재차 공무원관계를 설정하여 다시 국가 등의 부담으로 보수를 받게 된 경우'에는 반드시 구체적 소득수준이나 기여율을 고려하여 지급정지되는 연금액을 결정해야 한다고 보기 어렵다. 헌법재판소도 '퇴직공무원이 사립학교교직원으로 재임용된 경우 연금 전액의 지급을 정지'하도록 한 조항에 대하여, 비록 소득과 연계된 지급정지나 1/2 범위에서의 지급정지와 같은 제한규정을 두지 않았으나, '퇴직공무원이 사립학교기관에 재직함으로써 보수 기타 급여를 받고 사립학교교직원연금법의 적용을 받음과 동시에 법상의 퇴직연금까지 지급받으면 국가의 부담으로 중복하여 수혜를 받는 것이 된다'는 이유로 합헌결정을 한 바 있다(헌재 2000. 6. 29. 98헌바106, 판례집 12-1, 833, 844-846 참조).

이상의 점들을 종합하면, 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

#### (다) 법익 균형성

지방의회의원은 심판대상조항으로 인하여 그 임기동안 퇴직연금을 지급받지 못하게 되었으나, 매월 지방자치단체로부터 보수를 지급받으므로 경제적 불이익이 크다고 보기 어렵다.

반면 심판대상조항은 수십 년간 누적되어온 연금재정의 악화를 개선하지 않으면 더 이상 공무원연금제도의 정상적인 운영과 존속 자체가 어렵다는 판단 하에 2015년 공무원연금개혁의 일환으로 이루어진 것인바, 이러한 입법배경과 공무원연금개혁에 대한 국민적 요구, 개선의 시급성과 불가피성 등을 고려할 때, 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익은 청구인들이 입게 되는 불이익에 비하여 더 중대하다고 할 것이다.

따라서 법익 균형성 원칙에 반하지 아니한다.

## (2) 위헌론

### (가) 목적의 정당성과 수단의 적정성

합헌론과 동일하다.

## (나) 침해의 최소성

공무원연금제도는 공무원이 퇴직한 후에도 공무원과 그 가족의 생계 및 부양에 어려움이 없도록 적절한 소득을 보장하기 위한 데 주된 취지가 있으므로, 연금지급을 정지하기 위해서는 연금의 기능을 대체할 만한 소득이 있을 것이 전제되어야 한다.

그런데 지방의회의원은 본래 무보수 명예직이었고, 의정활동비와 월정수당의 신설로 지급받는 금원이 상향조정되었으나 이러한 금원이 생계보장을 위한 보수로서의 기능을 대체하지 못하고 있다. 이는 실제 지급받는 금액을 보더라도 알 수 있으며, 산정항목이나 금액 등의 면에서 보수로서의 성격 또는 보수를 대체하는 성격을 가진다고 볼 수 있는 다른 선출직 공무원들(특히 국회의원이나 지방자치단체장)과 비교해보아도 그러하다.

현재 지방의회의원은 매월 의정활동비와 월정수당을 지급받는데, 의정활동비는 의정자료를 수집하고 연구하거나 이를 위한 보조활동에 사용되는 비용을 보전하기 위하여 지급되는 경비로, 노동에 상응하여 지급되는 실질적 의미의 보수라고 보기 어렵다. 결국 월정수당이 유일한 보수라고 볼 수 있는데, 2016년 기준 전국 243개의 지방의회의원의 월정수당은 매월 129.7만 원에서 370.8만 원 정도이며, 이 중 월 150만 원 이하의 월정수당을 지급받고 있는 지방의회가 9개, 200만 원 이하의 월정수당을 지급받고 있는 지방의회가 138개에 달한다. 보건복지부장관이 2016년 고시한 기준 중위소득과 비교해보면, 광역의원 월정수당 평균액(월 322.6만 원)은 2인 가구 중위소득과 3인 가구 중위소득의 중간 수준이고, 기초의원 월정수당 평균액(203.9만 원)은 1인 가구 중위소득과 2인 가구 중위소득의 중간 수준으로, 국회의원이나 지방자치단체장 등 다른 선출직 공무원의 급여와 비교해보아도 매우 낮은 수준이다[예컨대, 국회의원들은 일반수당 646만 원, 관리업무수당 581,760원, 정액급식비 13만 원, 입법활동비 313만 원, 국회개원일수에 상응하는 특별활동비, 연간 상여금 연 1422만 원을 연간 세비(약 1억 3,796여만 원)로 받는다. 여기에 9,000만 원 규모의 입법 및 정책개발지원금과 3억 원이 훨씬 넘는 보좌진 보수, 최고 3억 원까지 모금할 수 있는 정치후원금, 기타 출판기념회 모금 등을 받는다. 또한 지방자치단체장은 고정급적 연봉제를 적용받는바, 연봉 안에 각종 수당이 포함되어 있고, 복리후생비와

업무추진비를 별도로 지급받는다.]

또한 월정수당은 의정비심의위원회가 지방자치단체의 재정 능력 등을 고려하여 결정한 금액 이내에서 조례로 정하도록 하고 있으므로, 각 지방자치단체의 규모나 재정 상태에 따라 큰 편차가 있고, 그 내용이 수시로 변화될 수 있다는 점에서 안정성이 낮다.

이와 같이 지방의회의원들이 지급받는 보수의 수준이 그리 높지 않고 연금보다 안정적이라고 보기 어려운 이상, 지방의회의원이라고 하여 일률적으로 연금지급을 통한 생계보장의 필요성이 없는 자들이라고 단정할 수 없다.

또한, 퇴직연금수급권자가 공무원연금법의 적용대상이 되는 공무원으로 재임용된 경우에는 공무원연금법상 각종 급여(장애연금, 공무상요양비, 재해부조금, 사망조위금 등) 및 혜택, 재직기간의 합산, 기여금의 원천징수, 국가 등의 부담금과 보전금 납부 등 공무원연금법상 규율된 권리의무와 법적지위를 그대로 누리게 된다.

그런데 지방의회의원은 선출직 공무원으로서 공무원연금법의 적용대상에서 제외되어 있으므로(공무원연금법 제3조 제1항 가항 단서) 공무원연금법상 각종 급여를 받을 수 없고, 재임기간 중 연금지급이 정지된다고 하여 그 기간을 퇴임 후 합산하여 퇴직연금 산정에 반영할 수 있는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 국민의 세금으로 보수와 연금을 동시에 지급받는다 하는 이유만으로 연금전부의 지급을 정지하는 것은, 지방의회의원들의 재산권에 대한 과도한 침해일 뿐 아니라 신분의 특수성을 고려하여 선출직 공무원을 공무원연금제도의 적용대상에서 배제한 취지에도 맞지 않는다.

예외 없는 연금전액 지급정지 외에도, 청구인들의 기본권을 덜 제한하면서 연금재정의 안정화에 기여할 수 있는 다양한 방법이 있을 수 있다. 지방의회의원이 받는 금액은 지방자치단체의 재정 상황에 따라 다르고 연금을 대체할 만한 충분한 금전을 지급받는 경우도 있을 수 있으므로, 일률적으로 연금지급정지를 해제하는 것이 문제가 있다면 연금과 보수를 적절히 조정하여 합리성을 도모할 수 있을 것이다.

예컨대, 소득수준과 비례하여 지급정지되는 연금 액수를 결정하도록 하거나, 후불임금으로서의 성격을 지닌 1/2 범위를 초과하여서는 지급정지하지 못하도록 상한을 두는 방법, 보수와 연금 중 당사자가 어느 하나를 선

택하여 지급받게 하거나 둘 중 높은 액수의 금원을 지급받도록 하는 방법 등을 통하여도 연금지출을 충분히 절감할 수 있다.

참고로 일본은 노령후생연금(우리의 퇴직연금에 해당)의 수급권자가 국회의원 또는 지방공공단체의회 의원인 경우에는 세비의 월액(의원보수 월액) 및 기말수당액과 연금 액수에 비례하여 연금의 일부 또는 전부의 지급을 정지하도록 하여, 소득수준과 연계된 연금지급정지를 규정하고 있다. 미국과 독일은 ‘연방공무원이었다가 퇴직한 연금수급권자가 연방정부에 선출직 공무원으로 취임’하는 경우, 급여를 연금액만큼 감액하거나(미국) 연금을 급여액만큼 감액하도록 함으로써(독일, 단 연금의 80%를 넘어서 감액할 수 없음), 급여와 연금 중 더 높은 액수의 소득은 최소한 보장하고 있다.

이러한 점들에 비추어 보면, 심판대상조항은 침해의 최소성을 충족한다고 보기 어렵다.

#### (다) 법익 균형성

공무원연금제정의 악화를 개선하여 공무원연금제도의 유지·존속을 도모한다는 공익은 매우 중대하다.

그러나 심판대상조항은 지방의회의원이 지급받는 보수의 수준 등을 전혀 고려하지 않은 채 무조건적인 연금전액 지급정지를 규정하고 있는바, 보수의 액수가 생계비에 미치지 못하거나 오히려 퇴직연금의 액수보다 작은 경우도 있을 수 있으므로(2016. 6. 기준 지급정지되는 퇴직연금의 액수가 의정비보다 더 큰 지방의회의원은 67명, 월정수당보다 더 큰 지방의회 의원은 172명으로 조사됨), 연금이 주된 생계수단인 지방의회의원들의 경우에는 그로 인한 불이익이 매우 클 것이다.

그렇다면 청구인들이 침해받는 사익이 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익보다 작다고 보기 어려우므로 법익 균형성 원칙에 반한다.

### 나. 신뢰보호원칙을 위반하여 재산권을 침해하는지 여부

#### (1) 합헌론

퇴직연금수급권의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 국가의 재정, 다음 세대의 부담 정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변

경될 수 있는 것이고, 공무원연금제도가 공무원신분보장의 본질적 요소라고 하더라도 ‘퇴직 후에 현 제도 그대로의 연금을 받는다’는 신뢰는 적정한 것이라고 볼 수 없다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바42, 판례집 17-1, 973, 984). 연금의 내용은 그동안 재정 형편에 따라 무수한 변화를 겪어 왔고 지급정지제도 역시 그러하다. 지방의회의원의 경우 2006. 1.부터 월정수당의 지급으로 총 받는 금액이 상향조정됨으로써 보수로서의 성격을 보다 강하게 가지게 되었고, 이러한 보수의 현실화로 과거의 법 상태에 대한 신뢰는 보호의 필요성이 적어졌다. 따라서 청구인들이 ‘지방의회의원에 취임할 당시의 연금제도가 그대로 유지되어 그 임기동안 같은 액수의 퇴직연금을 계속 지급받을 수 있을 것’이라고 신뢰하였다 하더라도 이러한 신뢰는 보호가치가 크다고 보기 어렵다.

또한 선출직 공무원에 대한 연금지급정지제도는 심판대상조항에 의해 처음 도입된 것이 아니라, 공무원연금법 제정 후 몇 차례에 걸쳐 시행된 바 있다. ‘선거에 의하여 취임하는 별정직공무원’에 대하여는 1975. 4. 1.부터 1981. 11. 30.까지 연금전액의 지급이 정지되었고, 1981. 12. 1.부터는 ‘선거에 의하여 취임하는 모든 공무원’에 대하여 연금전액의 지급이 정지되었으며(약 14년간), 1989. 3. 18. 연금‘전액’ 지급정지가 연금액 ‘1/2’ 지급정지로 변경되었고(약 16년간), 2005. 7. 1. 소득심사제가 도입되면서 약 30년간 유지되어 왔던 선출직 공무원에 대한 연금지급정지규정이 삭제되었다. 이러한 입법연혁에 비추어 보면, 공무원연금제도가 시행된 후 선출직 공무원에 대하여는 오히려 연금지급이 계속되었던 기간보다 정지되었던 기간이 훨씬 더 길었음을 알 수 있으므로, ‘지방의회의원으로 재임하는 기간 동안 계속 연금을 지급받을 수 있을 것’이라는 청구인들의 신뢰는 그다지 확고한 법질서에 기반한 것이었다고 보기 어렵다.

반면, 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익은 공무원연금재정의 악화를 개선하여 공무원연금제도의 유지·존속을 도모하고자 하는 것으로, 이러한 공익은 매우 중대하다. 공무원연금은 제도 실시 후 약 50여년이 경과하는 동안 사회·경제적 환경이 크게 변화하였고, 인구의 고령화와 연금수급자의 증가, 부담보다는 급여가 많은 불균형 수급구조 등이 겹치면서 1995년, 2000년, 2009년 3차에 걸친 연금개혁에도 불구하고 재정이 급속도로 악

화되었다. 이러한 상황에서 연금재정의 안정성과 건전성을 확보하는 것은 공무원연금제도의 장기적 운영과 지속가능성을 위하여 반드시 실현되어야 할 요소이므로, 심판대상조항이 추구하는 공익적 가치는 매우 중대하고 긴급하다.<sup>27)</sup>

이러한 점들을 종합하면, 심판대상조항은 신뢰보호원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

## (2) 위헌론

종래 퇴직연금수급자가 선출직 공무원으로 취임한 경우 재임기간 동안 연금지급을 정지하도록 하는 제도가 몇 차례 시행된 바 있었으나, 2005. 7. 1. 소득심사제가 도입되면서 모두 삭제되었다. 따라서 선출직 공무원도 민간영업자와 마찬가지로 소득수준과 연계된 연금의 일부 지급정지만 가능하도록 하였고, 이러한 제도는 심판대상조항의 신설 전까지 약 10년 동안 유지되어 왔다. 이는 지방의회의원이 유급제로 전환된 2006년 이후에도 마찬가지로 유지되었는데, 이때부터 월정수당의 지급으로 지급받을 수 있는 금액이 오른 것은 사실이나, 그 금액이 많지 않아 이것이 연금을 완전히 대체할 만큼의 기능을 하는 충분한 금액이었다고 보기 어렵다. 따라서 월정수당의 신설 등으로 보수가 다소 상향조정되었다고 하더라도 계속하여 연금을 지급받을 수 있으리라는 청구인들의 법적 신뢰가 훼손된 것은 아니며, 이러한 신뢰는 구법질서에 근거한 합리적 신뢰로서 그 보호가치가 매우 크다.

현재 지방의회의원들이 지급받는 월정수당은 기초의원의 경우 월 평균액(203.9만 원)이 1인 가구 중위소득과 2인 가구 중위소득의 중간 수준에 불과하고, 월 150만 원 이하의 월정수당을 지급하는 지방의회도 9개에 달한다. 그마저도 지방자치단체의 재정 상태나 규모에 따라 큰 편차가 있으며 내용이 수시로 변화될 수 있어 청구인들이 수령하여 왔던 퇴직연금보다

27) 통계에 의하면, 2016년 6월 기준 지방의회의원의 연금지급을 정지함으로써 절감된 연금의 액수는 약 28억 2천 3백만 원으로, 선출직 공무원 전체에 대한 연금지급정지로 절감된 연금총액 약 41억 원 중 69%를 차지한다. 만약 2014년 선출된 지방의회의원들을 연금지급대상에서 배제할 경우(2016. 1.부터 2018. 6.까지 2년 6개월 간 이들에 대한 연금지급을 계속할 경우) 약 141억 1500만 원의 절감효과가 사라지게 될 것이다.

액수나 안정성 면에서 불리한 점이 많다. 따라서 청구인들의 경제적 능력이나 소득 수준에 따라서는 연금 지급정지가 생계 및 부양에 미치는 영향이 매우 클 수 있으며, 이러한 불이익은 ‘만약 차장 지방의회의원이라는 이유로 기존에 받아오던 연금지급이 정지될 수 있음을 알았다면 2014년 지방의회의원선거에 출마하지 않았을 수 있을 정도’의 매우 심각한 신뢰의 침해라고 할 것이다.

한편, 심판대상조항은 누적된 공무원연금의 재정적자를 해소하여 연금제정을 안정화하고 이를 통해 공무원연금제도의 장기적인 존속과 유지를 도모하기 위한 것인바, 이러한 공익이 매우 중대함은 의문이 없다.

그러나 재정적자를 이유로 연금의 취지를 몰각시키는 제도를 형성하는 것은 제도의 근간을 흔드는 것으로 용납되기 어렵다. 위에서 본 바와 같이 지방의회의원이 받는 보수는 경우에 따라 연금의 기능을 완전히 대체할 수 없는 경우도 있고, 다른 선출직 공무원과 달리 생계에 충분한 급여로서의 체계를 완전히 갖추고 있다고 보기도 어렵다. 그럼에도 불구하고 재정안정만을 위하여 지방의회의원에 대한 연금전부의 지급을 일률적으로 정지하는 것은 퇴직공무원의 생계보장이라는 연금제도의 취지를 훼손하는 것으로서, 이를 통하여 달성할 수 있는 공익이 크다고 볼 수 없다.

그러므로 심판대상조항은 신뢰보호원칙에 위반된다.<sup>28)</sup>

#### 4. 결론

헌법재판소는 합헌론의 근거에 따라 심판대상조항이 과잉금지원칙 및 신뢰보호원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.

#### 5. 결정의 의의

이 사건 결정 이전 전국 시장·군수·구청장 협의회 공동회장단이 선출직

28) 개정법 부칙 제12조는 원칙적으로 “이 법 시행 전에 지급사유가 발생한 급여의 지급은 종전의 규정에 따른다.”고 하여 기존 연금수급자들의 신뢰를 보호하는 경과규정을 두면서도, 유독 퇴직연금지급정지대상 확대규정(심판대상조항을 포함한 법 제47조의 개정규정)과 물가변동률에 따른 연금액 동결 규정(부칙 제5조)에 대하여만 “이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 사람에 대하여도 적용한다.”는 규정을 두고 있다.

공무원에 대한 공무원연금 지급정지가 부당하다는 입장을 표명한 바 있는데, 이 결정으로 인하여 이러한 논란에 종지부를 찍게 되었다.

다만 지방의회의원의 보수가 공무원연금의 기능을 대체할 수 있을 정도의 현실성 있는 보수인지에 대해서는 반대의견에서 지적하고 있는 바와 같이 여전히 논란의 여지가 남아 있다.



# 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제33조 제3항 위헌제청 사건

- 북한이탈주민 부정수급 지원금에 대한 필요적 몰수·추징이  
위헌인지 여부 -

(헌재 2017. 8. 31. 2015헌가22, 판례집 29-2상, 251)

박준희\*

## 【판시사항】

‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 이 법에 따른 보호 또는 지원을 받아 재물이나 재산상의 이익을 받은 경우 이를 필요적으로 몰수·추징하도록 규정하고 있는 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’ 제33조 제3항 중 제1항의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 보호 및 지원을 받은 자’ 부분이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률(2010. 3. 6. 법률 제10188호로 개정된 것) 제33조 제3항 중 제1항의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 보호 및 지원을 받은 자’ 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

---

\* 헌법연구관

가. 당해사건 피고인은 다음과 같은 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률위반등 범죄사실로 징역 8월에 집행유예 2년 및 추징금 23,600,000원을 선고받았다(제주지방법원 2014고단1747).

‘피고인은 1974. 6. 22. 군사분계선 이북지역인 함경남도에서 출생하여 1998. 6. 12. 두만강을 건너 탈북하여 중국에서 체류하다가 2011. 3. 25. 대한민국으로 입국한 뒤, 탈북일자, 탈북경위 및 체류지 등에 대하여 조사받는 과정에서 보호대상자 결정 및 정부지원을 받기 위해 실제 탈북일자인 1998. 6. 12.보다 5년 뒤인 2003. 6. 12.에 탈북하였다고 거짓으로 진술하여 2011. 8. 19. 북한이탈주민 보호대상자로 결정된 다음, 2011. 10. 4.부터 2014. 7. 11. 사이에 정부로부터 7회에 걸쳐 각종 지원금 명목으로 23,600,000원을 지원받았다.’

나. 당해사건 피고인이 항소하였는데, 항소심 법원(제청법원)은 소송계속 중 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 보호 또는 지원을 받아 재물이나 재산상의 이익을 얻은 경우’ 이를 필요적으로 몰수 또는 추징하도록 규정하고 있는 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’(이하 ‘법’이라 한다) 제33조 제3항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 및 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반하여 위헌이라고 의심할 상당한 이유가 있다며 2015. 7. 1. 직권으로 위헌법률심판제청을 하였다.

## 2. 제청법원의 위헌제청이유 요지

가. 심판대상조항에 따른 필요적 몰수·추징의 요건이 되는 범죄사실인 법 제33조 제1항의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 해당하는 구체적인 행위태양이나 그 죄질의 정도는 천차만별이다. 그럼에도 불구하고 이러한 사정의 차이를 고려함이 없이 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 이 법에 따라 지원받은 금액 전부를 필요적으로 몰수·추징하도록 한 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배된다.

나. 법은 생활이 어려운 사람들에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 입법목적으로 하는데, 국민기초생활수급자의 경우에는 ‘속임수나 그 밖의 부정한 방법’을 사용하였다고 하여도

‘그 비용의 전부 또는 일부를 징수할 수 있다.’고 하여 임의규정으로 하고 있고, ‘보조금 관리에 관한 법률’도 전부 또는 일부의 반환을 명하도록 규정한 것과 비교할 때, 심판대상조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

다. 북한이탈주민의 생활의 기초가 되는 지원금을 필요적으로 몰수·추징하는 것은 북한이탈주민의 생활기반마저 박탈할 수 있다는 점에서 국가가 국민으로 하여금 최소한의 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위해 필요한 최소한의 조치를 취해야 할 헌법상의 의무를 다하지 않은 것이다.

### 【결정요지】

북한이탈주민의 정착을 위한 한정된 예산을 일관되고 안정적으로 집행하기 위해서는 지원금이 부정한 방법으로 지급되지 않도록 방지하여야 하고, 부당하게 집행된 경우에는 이를 회수하여 재정건전성을 유지하여야 한다. 통일부장관은 보호대상자 결정과 보호 및 지원 단계에서 인도주의에 입각하여 북한이탈주민의 구체적인 사정을 고려한 재량권을 행사할 수 있다. 그런데 부정하게 수령한 지원금 등을 필요적으로 몰수·추징하지 않으면 보호대상자 기준에 해당하지 않음에도 거짓 자격을 만들어 보호 및 지원을 받을 가능성이 높아져, 부정 수령의 차단과 한정된 예산의 효율적 집행이라는 심판대상조항의 입법목적 달성을 어렵게 할 수 있다. 그러므로 북한이탈주민이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보호 및 지원을 받은 경우, 그 사용된 방법의 불법성 정도를 불문하고 필요적으로 몰수·추징을 하도록 정하였더라도 입법의 한계를 벗어난 것이라고 단정할 수 없다.

또한 부당하게 지원받은 금액에 한하여 몰수·추징하는 데 그치고, 범행으로 이득을 취한 바 없는 경우까지 몰수·추징할 수 있는 것은 아니므로, 심판대상조항이 행위에 비하여 책임이 과중한 것이라고 보기도 어렵다. 그러므로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

### 재판관 4인의 반대의견

심판대상조항의 요건이 되는 범죄사실인 법 제33조 제1항에 해당하는

행위태양이나 그 죄질의 정도는 매우 다양하다. 그러므로 개별적·구체적 사정을 고려하지 아니하고 단지 북한이탈주민이 부정한 방법으로 재물이나 재산상의 이익을 지원받았다는 이유만으로 획일적으로 이에 대하여 필요적 몰수·추징을 하는 것은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다.

탈북 초기에 이루어지는 정착지원금 등은 대한민국에 생활기반이 없고 경제활동을 할 수 있는 여건을 갖추지 못한 북한이탈주민에게 스스로 자립할 수 있는 기초를 마련해 주는 것이므로, 북한이탈주민이 지원받은 정착지원금 등을 획일적으로 몰수·추징하는 경우 그들의 조기정착과 생활안정에 심각한 손해가 될 수 있다. 반면에, 북한이탈주민이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원받은 경우에도, 필요적 몰수·추징이 아니라 임의적 몰수·추징으로 규정하고, 법관이 다양한 정상을 고려하여 합리적으로 몰수·추징 여부 및 그 범위를 정하더라도, 곧바로 법에서 정한 보호 및 지원의 기준이 무너진다고 단정할 수 없다. 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

## 【해설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 보호 또는 지원을 받아 재물이나 재산상 이익을 얻은 경우’ 이를 필요적으로 몰수 또는 추징하도록 규정하고 있는 심판대상조항이 헌법상의 과잉금지원칙을 위반하였는지 여부이다. 제청법원은 과잉금지원칙 위배 이외에 별도의 항목으로 심판대상조항으로 인하여 형사상 책임주의의 왜곡이 일어나고 법관의 양형재량권이 제약되어 불합리한 결과가 발생한다고 하나, 이러한 내용은 모두 과잉금지원칙 위배 여부에 포함시켜 검토할 수 있는 사항이다.

한편 제청법원은 심판대상조항이 평등원칙에 위배된다고 주장하나, 제청법원이 비교집단으로 들고 있는 ‘국민기초생활 보장법’과 ‘보조금 관리에 관한 법률’(이하 ‘보조금법’이라 한다)은 이 법과 그 입법취지와 보호 대상 및 지원 방식이 전혀 달라 비교대상이 되기 어렵고,<sup>1)</sup> 보조금법상 보조금수

1) ‘국민기초생활 보장법’은 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의

령자와 국민기초생활 보장법상 수급자는 법에 의한 북한이탈주민 지원금 수령자와 비교대상이 되는 집단이라 할 수 없으므로 차별취급이 발생한다고 볼 수 없다. 그러므로 평등원칙 위배 여부는 더 나아가 검토하지 아니한다.

또한 제정법원은 심판대상조항이 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 주장하나, 심판대상조항은 북한이탈주민의 보호 및 지원 요건을 정하고 있는 규정이 아니라 보호 및 지원 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 부정한 방법으로 지원을 받은 경우 이를 필요적으로 몰수·추징하는 규정으로서, 이 사건의 쟁점은 이러한 몰수·추징이 과도한 것인지가 핵심이다. 따라서 정착에 필요한 지원을 위한 요건을 정함에 있어 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한의 기준들을 갖추고 있는지의 문제는 이 사안과는 거리가 있다고 할 것이므로 이에 관하여는 검토하지 아니한다.

이하에서는 본안 판단에 들어가기에 앞서서, 본안 판단의 전제가 되는 사항들, 즉 ① 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원 체계, ② 국가의 급부 영역에서 그 대상자가 아님에도 불구하고 이를 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수령하는 경우 국가가 취하는 제재 방법, ③ 심판대상조항에서 문제가 되는 필요적 몰수·추징의 법적 성격 및 이에 대한 헌법재판소 선회의 판단 방법 등을 우선 검토하기로 한다.

## 2. 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원

### 가. ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’의 제정 및 입법목적

---

최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 하며(제1조), 국민기초생활보장수급자는 가구의 소득인정액이 최저생계비 이하이고 부양의무자가 없거나 부양을 받을 수 없는 사람을 말하므로(제2조, 제8조 참조), 입법취지와 지원 대상 및 지원 방식이 다르다.

또 보조금법은 보조금 예산의 편성, 교부 신청, 교부 결정 및 사용 등에 관하여 기본적인 사항을 정함으로써 보조금 예산의 적정한 관리를 도모함을 목적으로 하는 법률로서(제1조), 보조금 수령자는 원활한 공공시설 등의 설치와 관리 등을 달성하고자 사업을 수행하는 보조사업자로부터 국가가 재정상의 원조를 위하여 교부하는 보조금을 받는 자를 말하므로(제2조 참조), 입법취지와 보호대상이 전혀 다르다.

‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’(이하 ‘법’이라 한다)은 1997. 1. 13. 군사분계선이북지역에서 벗어나 대한민국의 보호를 받고자 하는 북한주민이 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에 있어서 신속히 적응·정착하는 데 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정함을 목적으로 제정되었다(제1조). 법의 기본원칙은 보호대상자를 인도주의에 입각하여 특별히 보호하는 것이다(제4조 제1항).

보호 및 지원대상자는 북한이탈주민<sup>2)</sup> 중 대한민국의 보호를 받으려는 의사를 표시한 사람으로 한정하며(제3조), 보호 및 지원 과정은 보호신청 → 임시보호조치<sup>3)</sup> → 조사<sup>4)</sup> → 보호여부 결정(보호대상자 결정) → 정착지원시설 보호 → 거주지 보호 등의 단계로 구분될 수 있다.

## 나. 보호 신청 및 보호대상자 결정

북한이탈주민의 보호신청에 대하여는 통일부장관이 북한이탈주민 대책 협의회의 심의를 거쳐 보호 여부를 결정하되, 예외적으로 국가안전보장에

2) 북한주민은 ① 대한민국 국민이면서, ② 군사분계선 이북의 지역, 즉 일종의 특수 지역에 거주하며, ③ 사실상 비국민(내국민도 외국인도 아닌 자)과 같은 지위에 있다고 볼 수 있다. 제성호, 해외 탈북자의 법적 지위와 처리방안, 법조 제52권 제1호, 2003, 62.

법 제2조 제1호에서 북한이탈주민의 정의를 규정하고 있다. “북한이탈주민”이란 군사분계선 이북지역(이하 ‘북한’이라 한다)에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람을 말한다.

북한이탈주민은 가족관계등록에 관하여 재외국민에 유사한 지위, ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’ 등에서와 같이 특별법 및 특례법 상의 보호를 받는 지위, 그 밖에 교육법령 및 병역법 등 기존 법률의 적용을 받는 지위 등을 가지고 있다.

3) 북한이탈주민으로부터 보호신청을 받은 재외공관장 등은 그 사실을 소속 중앙행정기관의 장을 거쳐 통일부장관과 국가정보원장에 통보하여야 하고(제7조 제2항), 위 통보를 받은 국가정보원장은 임시 보호나 그 밖의 필요한 조치를 한 후 지체 없이 그 결과를 통일부장관에게 통보하여야 한다(제7조 제3항).

4) 북한이탈주민이 남한에 입국하면 정부시설인 북한이탈주민보호센터(하나원)에 입소하여 합동조사를 받게 된다. 합동조사는 전문성과 객관성을 보장하기 위해 국가정보원·경찰청·국방정보본부·정보사·기무사 등 5개 기관이 합동으로 실시하며 국가정보원이 조사를 주관한다. 조사의 목적은 당해 북한이탈주민이 이 사건 법률 제9조의 보호대상자로 결정하지 아니할 수 있는 기준에 해당되는지를 가려내고 북한이탈주민의 사회정착을 지원할 때 기초자료로 삼을 수 있도록 신원사항과 학력·경력 등을 확인하기 위한 것이다.

현저한 영향을 줄 우려가 있는 사람<sup>5)</sup>에 대하여는 국가정보원장이 그 보호 여부를 결정한다(법 제8조 제1항).

법 제9조는 보호 결정의 기준을 정하고 있는데, 보호신청을 한 북한이탈주민 중 ①항공기 납치, 마약거래, 테러, 집단살해 등 국제형사범죄자, ②살인 등 중대한 비정치적 범죄자, ③위장탈출 혐의자, ④체류국에 10년 이상 생활 근거지를 두고 있는 사람,<sup>6)</sup> ⑤국내 입국 후 1년이 지나서 보호신청한 사람, ⑥보호대상자로 정하는 것이 부적당하다고 대통령령으로 정하는 사람<sup>7)</sup>은 보호대상자로 결정하지 않을 수 있다(제9조 제1항 각 호).

위 제9조 제1항의 입법 경위는 분명하게 확인되지 않지만, 법 제9조 제1항 제1호(항공기 납치, 마약거래, 테러, 집단살해 등 국제형사범죄자) 및 제2호(살인 등 중대한 비정치적 범죄자)의 입법에는 ‘난민의 지위에 관한 협

5) 제14조(국가안전보장에 현저한 영향을 끼칠 우려가 있는 사람의 범위) 법 제8조 제1항 단서에 따른 국가안전보장에 현저한 영향을 끼칠 우려가 있는 사람은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 「형법」 중 내란의 죄, 외환의 죄, 「군형법」 중 반란의 죄, 이적의 죄, 암호 부정사용죄 및 「국가보안법」(제10조는 제외한다) 또는 「군사기밀보호법」에 따른 죄를 범하였거나 범할 목적으로 있다가 전향의사를 표시한 사람
2. 북한의 노동당·내각·군·사회안전성 및 국가안전보위부에서 북한체제 수호를 위하여 적극 활동한 사람으로서 국가정보원장이 국가안전보장에 긴요하다고 판단하는 사람
3. 북한 최고권력자의 배우자 또는 그의 친인척
4. 국가안전보장에 밀접히 연관되는 첨단과학이나 그 밖의 특수전문분야에 중요한 첩보를 가지고 있는 사람

6) 보호신청자가 ‘체류국에 10년 이상 생활 근거지를 두고 있는 사람’이라고 하더라도 체류국 또는 보호신청자에게 ‘대통령령으로 정하는 부득이한 사정이 있는 경우’에는 체류국에 10년 이상 생활 근거지를 두고 있다는 이유로 보호대상자로 결정되지 않을 수는 없다(법 제9조 제2항). 여기서 ‘대통령령으로 정하는 부득이한 사정이 있는 경우’란 ‘본인의 의사에 반하여 체류국에서 억류되거나 감금되는 등의 사유로 자유로운 활동이 불가능했다고 인정되는 경우, 국내에 입국하는 과정에서 체류국의 수용시설 등에 장기간 구금되는 등의 사정이 있었던 경우, ‘체류국에서 은둔하거나 도피하는 등의 사정으로 정상적 또는 안정적인 생활이 불가능했다고 인정되는 경우, 위 각 경우에 준하는 사정으로서 통일부장관이 인정하는 경우’를 말한다(법 시행령 제16조 제2항).

7) ‘보호대상자로 정하는 것이 부적당하다고 대통령령으로 정하는 사람’이란 ‘보호대상자로 결정할 경우 정치적·외교적으로 대한민국에 중대한 어려움을 발생시킬 것으로 예상되는 사람, 임시보호 기간 중 다른 사람의 신변안전에 중대한 위해를 초래할 우려가 있는 폭력행위를 하거나 시설을 파손한 사람, 북한을 이탈한 후 제3국에서 합법적인 체류자격을 획득한 사람’을 말한다(법 시행령 제16조 제1항).

약(1951년)’에서의 난민 지위 배제에 관한 규정(제1조 제F항)이 참고가 된 것으로 보인다.<sup>8)</sup> 제3호 이하는 현실을 고려한 불가피한 정치적, 정책적 국민의 결과이나 선별수용의 방침으로 보일 수 있어 헌법상 국가의 국민의 기본권 보호의무에 부합하지 않는다는 지적도 있다.<sup>9)</sup>

헌법재판소는 마약거래범죄자인 북한이탈주민을 보호대상자로 결정하지 않을 수 있도록 한 법 제9조 제1항 제1호 중 ‘마약거래’에 관한 부분이 명확성 원칙에 위배되지 아니하고 마약거래범죄자인 북한이탈주민의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는다고 결정하였다(헌재 2014. 3. 27. 2012헌바192, 판례집 26-1상, 248).

보호대상자로 결정되지 못한 북한이탈주민은 새로운 사실관계 자료나 증거 자료가 있을 경우 최초로 보호 여부 결정을 통지받은 날부터 5년 이내에 다시 보호신청을 할 수 있다(시행령 제18조 제1항). 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 법에 따른 보호 및 지원을 받거나 다른 사람으로 하여금 보호 및 지원을 받게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하여진다(법 제33조 제1항).

#### 다. 보호 및 지원 내용

통일부장관은 법 제10조 제1항에 근거하여 안성시에 북한이탈주민에 대한 보호 및 정착지원을 위한 북한이탈주민정착지원사무소(이하 ‘하나원’이라 한다)를 설치, 운영하고 있다. 대한민국에 입국한 북한이탈주민은 국가정보원 등 관계기관으로 구성된 중앙합동신문센터에서 합동신문을 받은 후

8) 헌재 2012헌바192 연구보고서 참조.

위 협약 제1조 제F항은 “(a) 평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄 또는 인도에 반하는 범죄에 관하여 규정하고 있는 국제문서에서 정하여진 범죄를 저지른 자, (b) 난민으로서 피난국에 입국하는 것이 허가되기 전에 그 국가 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 저지른 자, (c) 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 자”에 대하여는 협약의 규정을 적용하지 않도록 하고 있다. 위 조항의 의미를 설명하고 있는 유엔난민고등판무관 발간의 ‘난민지위 인정 기준 및 절차 편람(1992. 1.)’에 의하면, 위 조항은 ‘국제적 보호를 받을 가치가 없는 것으로 인정되는 자’의 범주를 열거한 것이라고 한다. 또 위 조항의 적용지침을 제시하고 있는 ‘국제적 보호에 관한 지침 제5호’(2003. 9. 4. 채택)에 의하면, 가령 항공기 납치, 테러 등의 행위는 위 조항에 해당될 수 있을 것이라고 한다.

9) 이덕연, 북한이탈주민 보호 및 정착지원에 관한 법률상 탈북민의 법적 지위, 법학논총 제20권 제2호, 2013, 309

법에 따라 보호대상자로 결정되면 하나원에 입소하여 약 12주 동안 사회적응교육 등을 받고 거주지로 진출하게 된다. 하나원장은 보호대상자가 하나원에서 보호받고 있는 동안 신원 및 북한이탈 동기의 확인, 건강진단, 그 밖에 정착지원에 필요한 조치를 할 수 있다(법 제11조 제3항).

보호 및 지원 내용을 분류하면 다음과 같다.

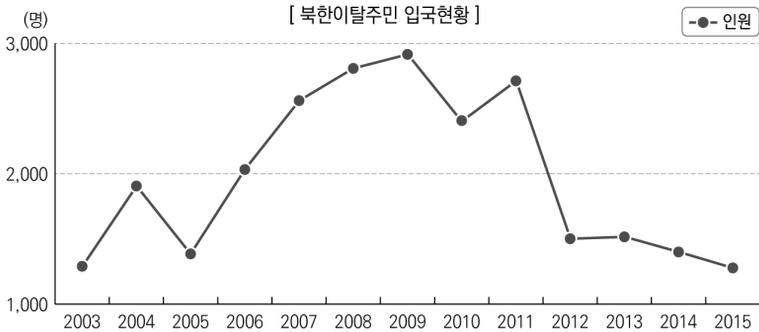
분류	보호 및 지원	구체적인 보호 및 지원 내용	근거법령
국적 확인	국민 지위 확인	가족관계 등록 창설 특례 이혼 특례	법 제19조 법 제19조의2
시설 보호	정착지원시설 보호	정착지원시설에서의 보호 사회적응교육 등	법 제11조 법 제15조
거주지 보호	거주지 보호	생활 안내, 신변 보호 등	법 제22조, 법 시행령 제41조의2, 제42조
금전 지급	정착금 등 지급	기본금, 장려금, 가산금 지급 보로금 지급	법 제21조, 법 시행령 제39조, 법 시행규칙 제5조, 제6조, 제6조의2
주거·복지	주거 지원	주택 무상제공 또는 주거지원금 지급	법 제20조, 법 시행령 제38조
	복지 지원	의료보호 생활보호 국민연금 특례	법 제25조 법 제26조, 법 제26조의2
교육·자격	학력·자격 인정	학력 인정 자격 인정	법 제13조 법 제14조
	교육 지원	특례 입학, 학자금 지원 예비학교 운영	법 제24조, 법 시행령 제45조, 제46조, 법 제24조의2, 법 시행령 제47조의2
취업	직업훈련 지원	직업훈련 실시 직업훈련수당 지급	법 제16조 법 시행령 제32조의2
	취업 보호, 고용 지원	취업알선, 고용사업주에 대한 고용지원금 지원 공무원 특별임용	법 제17조, 법 시행령 제35조 법 제18조

\* 굵은 글씨 부분 : 보호대상자로 결정되지 못한 북한이탈주민에게도 필요한 경우 부여될 수 있는 보호 및 지원 사항(법 제9조 제3항)

\* 보호대상자로 결정되지 못한 경우, 주거지원 및 정착금 지급/의료 및 생활보호혜택/취업보호에서는 혜택의 차이가 있음

### 라. 북한이탈주민 입국 현황 등

북한이탈주민의 수는 2016. 12. 기준으로 30,212명에 달한다.<sup>10)</sup> 북한을 탈출하여 중국 등 제3국에서 체류하고 있는 북한이탈주민의 수도 10만 명에서 20만 명에 이르는 것으로 추산되고 있다.<sup>11)</sup> 북한이탈주민은 보통 북한에서 중국 등 제3국으로 탈출한 후, 제3국 내 대한민국 외교공관을 통하여 남한으로 입국하는데, 과거에는 그 기간이 몇 년씩 소요되었으나 최근에는 탈북용역계약<sup>12)</sup>을 통하여 북한이탈주민이 남한에 입국하는 데까지 걸리는 시간이 6개월 이하로 단축되는 경우도 있다. 중국에서 체류하는 북한이탈주민 중 남한으로 입국하는 사람의 80~90%는 탈북 브로커를 통해 입국하고 있다.<sup>13)</sup> 북한이탈주민(보호결정이 이루어진 보호대상자를 기준으로 한다) 현황은 다음과 같다.<sup>14)</sup>



10) “통계자료”, 통일부 <http://www.unikorea.go.kr> 참조.

11) 이학인, 북한이탈주민에 대한 사법적 지원 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2015, 19

12) 탈북용역계약의 법적 성격에 관하여는 일종의 위임계약으로 본 하급심 판결이 있다(서울서부지방법원 2009. 6. 4. 선고 2008나9628 판결). 탈북용역계약의 효력에 관하여는 제103조에 반하지 않아 유효라고 하는 하급심 판결과 민법 제104조에 위반하는지에 관하여는 무효라고 본 판결과 유효라고 본 판결이 나뉘어 있다.

13) 중국에서 여권과 비자를 위조하여 곧바로 남한으로 입국하기도 하고, 중국에서 라오스, 태국, 캄보디아, 몽고 등 제3국을 거쳐 남한으로 입국하기도 한다. 이학인, 앞의 글, 29-30

14) “통계자료”, 통일부 <http://www.unikorea.go.kr> 참조. 북한이탈주민은 2005년 이후 지속적으로 증가추세를 유지하다가 2012년 이후부터는 연간 1,500명대로 입국인원이 감소하였으며, 2016년도에는 1,418명이 입국하였다. 성별 입국비율을 살펴보면 여성의 입국비율은 2002년을 기점으로 남성을 추월하여 현재 전체의 70%를 차지한다.

### 3. 심판대상조항의 의의

#### 가. ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 지원을 받은 경우에 대한 제재

##### (1) 부정한 이익의 환수에 관한 유사 규정

국가의 급부 영역에서 그 대상자가 아님에도 불구하고 이를 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수령하는 경우 국가 등은 반환명령이나 징수, 몰수·추징 등을 통하여 이를 환수할 수 있다. 국민기초생활보장법, 영유아보육법, 고용보험법에서 이러한 규정을 두고 있다.<sup>15)</sup>

---

##### 15) ■ 국민기초생활 보장법

제46조(비용의 징수)

② 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받거나 타인으로 하여금 급여를 받게 한 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 그 비용의 전부 또는 일부를 그 급여를 받은 사람 또는 급여를 받게 한 자(이하 ‘부정수급자’라 한다)로부터 징수할 수 있다.

제49조(벌칙) 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받거나 타인으로 하여금 급여를 받게 한 자는 1년 이하의 징역, 1천만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

##### ■ 영유아보육법

제40조(비용 및 보조금의 반환명령) 국가나 지방자치단체는 어린이집의 설치·운영자, 육아종합지원센터의 장, 보수교육 위탁실시자 등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이미 교부한 비용과 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다.

3. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우

제40조의2(보육비용 지원액의 환수) ① 국가 또는 지방자치단체는 보호자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제34조 및 제34조의2에 따른 비용을 지원받은 경우에는 그 비용의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다.

② 제1항에 따라 환수하는 경우에 비용을 반환할 자가 기한 내에 반환하지 아니한 때에는 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.

제54조(벌칙)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받거나 보조금을 유용한 자

##### ■ 고용보험법

제35조(부정행위에 따른 지원의 제한 등) ①고용노동부장관은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 장의 규정에 따른 고용안정·직업능력개발 사업의 지원을 받은 자 또는 받으려는 자에게는 해당 지원금 중 지급되지 아니한 금액 또는 지급 받으려는 지원금을 지급하지 아니하고, 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원금의 지급을 제한하며, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원받은 금액을 반환하도록 명하여야 한다.

제116조(벌칙) ② 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여·육아휴직 급여

## (2) ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’의 의미

거짓이나 부정한 방법으로 교부를 받는 것이 어떤 의미인지에 관하여 법상 정의 규정이 별도로 마련되어 있지 않으나, 헌법재판소는 영유아보육법상 어린이집 설치운영자가 보조금을 거짓이나 부정한 방법으로 지원받는 것이 어떤 의미인지에 관하여, ‘거짓’으로 보조금을 교부받는다든 것은 보조금을 받을 수 있는 요건을 갖추지 않고 서류를 거짓으로 작성하는 등 적극적 속임수를 사용하여 보조금을 받는 것이고, ‘그 밖의 부정한 방법’으로 보조금을 받는다는 것은 적극적 속임수 이외에 사회통념상 받아들일 수 없는 올바르지 않은 행위를 통해 보조금을 받는 것으로 해석할 수 있다(헌재 2016. 4. 28. 2015헌바247등, 판례집 28-1하, 37, 44-45 참조)고 한 바 있다. 대법원 판결에서도 마찬가지로 해석되고 있다.<sup>16)</sup>

앞에서 본 바와 같이 법은 대한민국의 보호를 받으려는 의사를 표시한 북한이탈주민에 대하여 적용하므로(제3조), 북한이탈주민이 보호 신청을 하여 보호대상자로 결정되어야 하며, 일정한 사유가 있는 경우 보호대상자로 결정하지 아니할 수 있다(제9조). 북한을 벗어나기 전에 외국 국적을 취득하고 북한을 벗어난 후 외국 국적을 그대로 보유하고 있는 사람이 외국 국적 보유 사실을 숨긴 채 북한 공민권자인 것처럼 허위진술을 하여 법에 의한 보호 및 지원을 받은 경우, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보호 및 지원을 받은 때’에 해당한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014도5939 판결<sup>17)</sup>).

## (3) 부가형으로서의 필요적 몰수·추징

보호대상자가 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 지원을 받은 경우 보

및 출산전후휴가 급여등을 받은 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 16) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015도3394 판결에서는 “‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이란 정상적인 절차에 의하여서 보조금 등을 지급받을 수 없음에도 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위로서 보조금 등의 교부에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 및 소극적 행위를 하는 것”을 의미한다고 판시하였다. 보조금 부정수급에 대해서는 사기죄가 성립할 수 있다.
- 17) 법은 민족적 결연 집단이 한반도 내 단일한 국가를 구성하여야 한다는 당위를 바탕으로 북한이탈주민에 대한 특별대우를 규정하고 있는 것이며, 단순히 북한에 거주하였다는 사실만으로 국적을 불문하고 위 법의 지원 대상이 될 수 없다(서울고등법원 2014. 4. 25. 선고 2013노2728 판결).

호 및 정착지원을 중지하거나 종료할 수 있고(법 제27조 제1항 제6호, 시행령 제48조 제6호), ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 법에 따른 보호 및 지원을 받은 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하여진다(법 제33조 제1항). 나아가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 받은 재물이나 재산상의 이익은 몰수하고, 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다(심판대상조항).

### 나. 몰수·추징의 의의 및 법적 성질<sup>18)</sup>

(1) 몰수라 함은 범죄 반복의 방지나 범죄에 의한 이득의 금지를 목적으로 범죄행위와 관련된 재산을 박탈하는 것을 내용으로 하는 재산형으로 원칙적으로 다른 형에 부가하여 과하는 부가형(형법 제49조)이고, 몰수의 법적 성질에 관하여 형법 제41조의 문구에 따라 형벌의 일종이라고 보는 설, 형식적으로는 형벌이나 실질적으로는 범죄 반복의 위험성을 예방하고 범죄에 의한 이득을 금지하는데 본질이 있다는 대물적 보안처분설 등<sup>19)</sup>이 있다.

(2) 추징은 몰수에 대한 환형처분으로 몰수 대상물의 전부 또는 일부를 몰수하기 불가능한 때에 몰수에 갈음하여 그 가액의 납부를 명령하는 것을 내용으로 하며, 추징의 법적 성질에 관해서는 몰수의 취지를 관철하기 위한 일종의 사법처분이나 실질적으로는 몰수에 갈음하는 부가형의 성격을 가진다고 본다(대법원 1988. 6. 21. 선고 88도551판결).

(3) 한편 몰수·추징은 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있는 임의적 몰수·추징의 경우도 있으나 요건이 있는 한 반드시 몰수·추징을 선고하여야 하는 필요적 몰수·추징의 경우도 있다.

헌법재판소는 몰수가 타형에 부과하여 가하는 형의 일종이므로 어떤 범죄에 대하여 몰수형을 규정할 것인지 여부와 이를 임의적으로 할 것인지 또는 필수적으로 할 것인지의 여부는 입법정책에 관한 사항으로 보면서도 어느 범죄에 대한 법정형이 지나치게 가혹하여 헌법상 평등의 원리나 과잉

18) 2009헌가28 사건 연구보고서, 2008헌바11 사건 연구보고서의 해당 부분 참조.

19) 그 밖에도 행위자 또는 공범 소유인 물건의 몰수는 재산형이나 제3자 소유인 물건의 몰수는 대물적 보안처분이므로 두 가지 경우로 나누어야 한다는 설, 경우에 따라 형벌적 성질을 가진 때도 있고 보안처분적 성질을 가진 때도 있는 등 다원적으로 파악해야 한다는 설이 있다.

입법금지의 원칙에 반하는 경우 헌법에 반하므로, 형의 일종인 필요적 몰수 규정도 지나치게 가혹할 경우 해당 몰수 규정은 과잉금지원칙 등에 위반되어 헌법에 위반된다고 하고 있다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550-551 참조).

(4) 몰수·추징의 범위와 관련하여 대법원 판례는 몰수·추징을 이익박탈적 성격에 그치는 것(형법상 뇌물죄의 몰수·추징이나 변호사법위반죄에 있어 몰수·추징 등)과 나아가 징벌적인 성격을 가지는 것(관세법, 마약류관리에 관한 법률<sup>20)</sup>, 외국환거래법<sup>21)</sup> 등)으로 나누어 보면서,<sup>22)</sup> 이익박탈적 성격만을 갖는 경우에는 실제로 이익이 귀속된 피고인에게 실제로 발생한 이익만을 몰수·추징할 수 있으나, 징벌적인 성격을 가지는 경우에는 범죄와 관련된 모든 물건(이익)에 대하여 관여한 피고인 전원에 대한 공동의 연대 추징이 가능하다고 하고 있다.

#### 다. 심판대상조항의 필요적 몰수·추징의 특성

(1) 심판대상조항의 필요적 몰수·추징이 거짓 또는 부정한 방법으로 법에 따라 지원받은 재물 또는 재산상 이익을 박탈하여 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것은 분명하다. 더 나아가 심판대상조항의 필요적 몰수·추징이 징벌적 성격을 가지고 있다고 볼 것인지는 법을 살펴보아야 한다.

법의 입법목적은 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원이고, 국가는 이러한 지원을 지속적으로 추진하고 이에 필요한 재원을 안정적으로 확보하기 위하여 노력하여야 한다(제4조의2). 심판대상조항의 부정한 이익에 대한 몰수·추징은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의하여 보호대상자로 지정되고 이 법 소정의 지원을 받는 것을 차단함으로써 정부가 북한이탈주민의 정착

20) 마약류관리에 관한 법률 제67조 (몰수) 이 법에 규정된 죄에 제공한 마약류 및 시설·장비·자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수한다. 다만, 이를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

21) 외국환거래법 제30조 (몰수·추징) 제27조제1항·제28조제1항 및 제29조제1항의 각호의 1에 해당하는 자가 당해 행위로 인하여 취득한 외국환 기타 증권·귀금속·부동산 및 내국지급수단은 이를 몰수하며, 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

22) 대법원 1998. 5. 21. 선고 95도2002 전원합의체 판결.

을 위한 한정된 예산을 공정하게 집행하는 데 기여한다.

법 제33조 제3항은 “제1항 또는 제2항에 따라 받은 재물이나 재산상의 이익은 몰수한다. 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추정한다.”고 규정한다. 그러므로 심판대상조항 이외에도, 법 제33조 제1항 후단(거짓이나 그 밖의 방법으로 ‘다른 사람으로 하여금’ 보호 및 지원을 받게 하는 행위)에 따라 받은 재물이나 재산상 이익과, 제33조 제2항(이 법에 따른 업무와 관련하여 알게 된 정보 또는 자료를 정당한 사유 없이 이 법에 따른 업무 외의 목적으로 이용하는 행위)에 따라 받은 재물이나 재산상 이익은 몰수·추정한다. 그런데 이들 조항은 ‘법 제33조 제1항 또는 제2항에 따라 받은 재물 또는 재산상 이익’을 몰수·추정하는 것이고, 이 때 몰수·추정의 대상은 ‘재물 또는 재산상 이익을 취득한 사람’으로 해석되므로, 심판대상조항과 마찬가지로 부정한 이익을 보유하지 못하게 함을 목적으로 한다고 보아야 한다.

그러므로 법의 입법목적과 기본원칙, 규율체계 등에 비추어 심판대상조항의 몰수·추정이 국가의 시혜적 보호 및 지원에 대한 환수조치를 넘어서 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 필요성이 있는 경우라고 보기는 어렵다.<sup>23)</sup>

(2) 한편 국가가 제공하는 사회보장적 성격의 급여의 경우 부정한 이익의 박탈을 위하여 벌칙 규정과 별도로 행정적인 징수 혹은 환수 처분의 근거를 두는 것이 일반적인 데 비하여, 심판대상조항은 벌칙조항에 부가형으로 필요적 몰수·추정 규정을 두고 있다.

## 라. 필요적 몰수·추정에 관한 선례

### (1) 선례의 판단 방법

필요적 몰수·추정 조항의 위헌 여부가 문제된 사건에서, ①제한되는 기본권을 명시하지 아니한 채 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위배 여부 내지는 비례원칙 위배 여부를 판단한 결정, ② 헌법 제37조 과잉입법금지

---

23) 이에 대해서는 심판대상조항이 제도의 활성화에 기여하고 북한이탈주민이 모든 생활영역에서 신속히 적응·정착하도록 하기 위하여 필요적으로 몰수·추정하도록 하는 징벌적 성격을 가지고 있다고 하는 이해관계기관인 제주지방검찰청 검사장의 의견이 있으나, 의견서에서 별다른 근거를 제시하고 있지 아니하다.

원칙에 반하여 국민의 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부를 판단한 결정, ③ 형벌과 비례원칙에 위배되는지를 판단한 결정 등이 있다. 그런데 형벌과 비례원칙 위배 여부를 판단하더라도 필요적 몰수·추징의 필요성(=목적의 정당성 및 수단의 적절성), 임의적 규정으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 의미의 필요적 규정을 둔 것인지(=최소침해성), 몰수·추징의 정도가 책임의 정도를 넘는지(=최소침해성 및 법익균형성) 여부를 판단하므로 실질적으로 판단되는 내용에는 차이가 없다고 할 수 있다. 또 법관의 양형 재량권의 침해 여부는 형벌과 비례원칙 위배 여부 및 과잉금지원칙 위배 여부의 한 요소로 판단하고 있다.<sup>24)</sup>

## (2) 필요적 몰수·추징 조항에 대하여 위헌으로 결정한 선례

필요적 몰수·추징 조항에 대해서는, ①임의적 몰수·추징만으로는 입법 목적을 달성하기 어렵고, ②주형의 구체적인 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 구체적 형평성을 기할 수 있다는 점에서 합헌으로 판단한 결정이 많이 있다.

다만 다음의 경우에는 필요적 몰수·추징 조항이 비례원칙에 위배된다고 보았다.

(가) 관세법상 타소장치허가를 받고 장치한 물품의 수입신고를 단순히 업무상 착오나 과실로 해태하고 반출한 경우와 같이 행위자의 책임이 무겁지 않은 경우에도 일률적으로 해당 물품 전부를 필요적으로 몰수·추징하는 경우(헌재 2004. 3. 5. 2001헌바89, 판례집 16-1, 346)

(나) 필요적 추징 규정으로 인하여 미신고 수입물품을 감정한 자가 행위나 책임의 불법성이 크지 않은 경우에도 몰수의 경우에 비하여 가액 상단에 대한 금전적 부담을 지게 되는 경우(헌재 2008. 10. 30. 2008헌바11, 판례집 20-2상, 868)

(다) 무등록음반업자가 소유·점유하는 모든 음반에 대하여 그것이 적법한 것인지 여부를 묻지 않고 필요적으로 몰수하도록 규정한 경우(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550)

24) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌가97 결정에서는 최소침해성의 한 요소로 판단하고 있다.

(라) 은닉·도굴된 문화재인 정을 알고 이를 보관한 것에 대하여, 그 문화재가 사적 소유권의 객체가 될 수 있고 구체적 행위 태양이 다양함에도 적법한 소유권한의 유무 등에 관계없이 필요적 몰수형을 정한 경우(헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377, 판례집 19-2, 90)

#### 4. 과잉금지원칙 위배 여부

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법 감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 몰수는 타형에 부가하여 과하는 형의 일종으로서 어떤 범죄에 대하여 몰수형을 규정할 것인지의 여부와 이를 임의적으로 할 것인지 또는 필요적으로 할 것인지도 입법자가 위와 같은 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550, 556; 헌재 2010. 5. 27. 2009헌가28, 판례집 22-1하, 167, 173-174).

#### 가. 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

(1) 법은 북한을 이탈하여 전혀 낯선 정치·경제·사회·문화 환경에서 생활을 영위하게 된 북한이탈주민을 보호하고 빠른 정착을 지원하기 위한 법률이다. 국가는 보호대상자의 성공적인 정착을 위하여 보호대상자의 보호·교육·취업·주거·의료 및 생활보호 등의 지원을 지속적으로 추진하고 이에 필요한 재원을 안정적으로 확보하기 위하여 노력하여야 한다(제4조의2). 법의 보호대상인 북한이탈주민의 수는 매년 늘어 최근 그 수가 30,000명을 초과하였고, 북한이탈주민의 정착 및 사회적응은 많은 비용 및 노력이 소요되는 일이다.<sup>25)</sup> 그런데 북한이탈주민 정착지원 총 예산 규모는 한계가

25) 북한이탈주민 예산의 62.6%는 북한이탈주민 정착금 지급이나, 북한이탈주민 지원 예산은 그 밖에도 북한이탈주민지원재단 운영(19.8%), 북한이탈주민 교육훈련(9.8%), 북한이탈주민 지역적응센터 운영(3.5%), 하나원 시설관리 외부 위탁비(2.1%), 북한이탈주민 대책운영(2%), 북한이탈주민 관리 시스템 구축 등에도 필요하다. 박현식, 사회보장기본권 확립을 위한 북한이탈주민보호 및 정착지원법

있으므로 신규 입국 탈북자 수가 꾸준히 증가하면 정착금 예산 비중이 늘어가는 만큼 재정보호에 어려움이 예상된다. 그러므로 급증하는 북한이탈주민에 대한 지원을 가장 효율적이고 적합하게 수행하게 위해서는 지원금이 부당하게 지급되는 것을 막을 필요성이 있다.

(2) 심판대상조항의 입법목적은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의하여 보호대상자로 지정되고 이 법 소정의 지원을 받는 것을 차단함으로써 북한이탈주민의 정착을 위한 한정된 예산을 효율적으로 집행하는 것이며, 이러한 목적을 달성하기 위하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원받은 재물 또는 재산상 이익을 필요적으로 몰수·추징하는 것은 적절한 수단이다.

### 나. 최소침해성

북한이탈주민의 정착을 위한 한정된 예산을 일관되고 안정적으로 집행하기 위해서는 지원금이 부정한 방법으로 지급되지 않도록 방지하여야 하고, 부당하게 집행된 경우에는 이를 회수하여 재정건전성을 유지하여야 한다. 따라서 다음과 같은 사정을 종합할 때, 심판대상조항이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원이 이루어진 경우 이를 필요적으로 몰수·추징하는 것은 위와 같은 입법목적 달성을 위한 불가피한 방법이다.

(1) 제정법원은 필요적 몰수·추징의 요건이 되는 범죄사실인 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 포함되는 구체적 내용의 차별성을 무시하고 필요적으로 몰수·추징하도록 정한 것은 최소침해성 원칙에 위배된다고 한다.<sup>26)</sup> 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의하여 지원금 등을 받는 것의 대표적인 예는 보호 결정의 기준에 해당하지 않음에도 불구하고 거짓 진술로 보호대

개선방안, 법학연구 제52집, 2013, 407-408

26) 구체적으로는, ① 법 제9조 제1항의 기준에 따라 보호대상자에서 제외되는 범위를 보면, 같은 항 제1호 내지 제2호를 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 회피한다면 그 거짓이나 그 밖의 부정한 방법의 정도가 상당히 중(重)한 경우임에 반하여, 제4호나 제5호의 경우는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법의 정도가 상대적으로 경(輕)하므로 그와 같은 차이를 고려하여야 하고, ②당해사건과 관련이 있는 제9조 제1항 제4호(‘체류국에 10년 이상 생활 근거지를 두고 있는 사람’)의 경우, 10년 이상 체류국에 체류한 북한이탈주민이 그 사실을 숨겼다고 하더라도, 그 정도(예를 들어 ‘10년에서 하루를 초과한 경우’ 등)와 사정의 차이를 고려하지 않으면 안 된다는 취지이다.

상자 결정을 받아 이 법에 따른 지원을 받는 경우를 들 수 있는데, 보호 결정의 기준에 해당하지 않는 사유에 경중(輕重)의 차이가 있으므로 부정수급한 재물 등의 몰수·추징 시에도 이를 고려하여야 한다는 취지이다.

그런데 법의 기본원칙은 보호대상자를 인도주의에 입각하여 특별히 보호하는 것이고(제4조 제1항), 통일부장관은 보호대상자로 결정하는 단계에서 법의 입법목적에 맞도록 일정한 재량권을 행사할 수 있다(제9조 제1항). 즉, 법 제9조 제1항 각 호는 보호 여부를 결정 할 때 보호대상자로 결정하지 않을 수 있는 사유를 열거하고 있으나, 보호 결정 자체가 통일부장관의 재량사항으로 규정되어 있으며, 법 제9조 제2항, 같은 법 시행령 제16조 제2항에서는 법 제9조 제1항 제4호, 제5호의 사유에 대해서는 상당히 많은 예외사유를 인정하고 있어 본인이 책임질 수 없는 사유로 체류국에 장기 체류한 경우에는 보호대상자로 지정될 수 있도록 하였다.

한편 통일부장관은 보호대상자로 지정되지 아니한 북한이탈주민에 대하여도 필요한 경우 법 제11조, 제13조, 제14조, 제16조, 제19조, 제19조의2, 제22조 및 제26조의2에 따른 보호와 그 밖에 사회정착에 필요하다고 대통령령으로 정하는 내용의 보호 및 지원을 할 수 있다(제9조 제3항).

이와 같이 법에 의한 보호 및 지원의 대상을 정하는 것은 자의적인 권한 행사가 아닌 한 재량의 영역에 해당하고<sup>27)</sup>, 통일부장관은 보호 결정과 보호 및 지원 단계에서 인도주의에 입각하여 적절히 재량권을 행사할 수 있으며, 보호대상자로 지정되지 아니한 북한이탈주민에 대하여도 일정한 보호 및 지원을 할 수 있는 규정을 두고 있는 점 등을 고려하면, 제9조 제1항 각 호 중 어느 사유를 회피하기 위하여 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’을 사용하였는지 여부에 관계없이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보호대상자로 결정되었거나 지원을 받았다는 점에 대하여 규범적으로 동일한 평가를 할 수 있고, 여기에 또 다시 재량의 여지를 인정하지 않는다고 하여 입법재량의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

(2) 필요적 몰수·추징이 아니라 임의적 몰수·추징으로도 심판대상조항의

27) 장소영, 북한이탈주민 정착지원에 관한 법제도 현황과 과제, 통일과 법률, 법무부, 통권 24호(2015), 81

입법목적을 달성할 수 있다면 심판대상조항의 위헌성이 커질 수 있다. 그런데 임의적 몰수·추징규정으로 하게 되면 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의한 지원금 수령을 막기 어렵다. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원금을 수령하더라도 그 몰수·추징은 임의적 사안에 불과하므로 부정한 수령에 대한 유혹을 차단하기 어렵기 때문이다.

앞에서 본 바와 같이 중국에서 체류하는 북한이탈주민 중 남한으로 입국하는 사람의 80~90%는 탈북 브로커를 통해 입국하고 있는데, 탈북용역계약은 보통 지불각서 형식과 차용증 형식으로 이루어지고 하나원 수수료 후 북한이탈주민에게 지급되는 초기 정착금을 그 지급 재원으로 한다.<sup>28)</sup> 즉, 북한이탈주민이 우리나라에 입국하는 데는 상당한 비용이 소요된다는 의미이다. 그런데 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의한 지원금 수령이 경우에 따라 그대로 용인될 가능성이 있다면 그 비용 충당을 위해 법에 의한 보호 결정 기준에 해당하지 않는 사람도 보호대상자로 결정되기 위하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법을 사용할 유인이 커질 수밖에 없다.

이와 같이 부정하게 지원받은 금액을 필요적으로 몰수·추징하지 않으면 일단 보호대상 자격이 되지 않는 경우에도 경제적 이익을 취할 목적으로 거짓 자격을 만들어 수령할 가능성이 높아지고, 이러한 부정의 만연은 심판대상조항이 목적으로 하는 지원금 부정 수령의 차단과 한정된 예산의 효율적 집행이라는 목적 달성을 어렵게 할 것이다.

(3) 제청법원은 피고인의 죄질이나 형사책임이 무겁지 않은 경우에도 일률적으로 피고인이 받은 지원금 등을 전부 몰수 또는 추징하도록 함으로써 경우에 따라서는 피고인에게 지나치게 가혹할 수도 있는 형벌을 과하고 있다고 한다.

그런데 책임과 형벌의 비례관계는 주형과 부가형을 통산하여 인정되는 것으로서, 주형의 구체적 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작함으로써 구체적 형평을 기할 수 있다. 법관은 주형에 대하여 선고로 유예하지 아니하면서 그에 부가할 추징에 대하여서만 선고를 유예할 수는 없으나(대법원 1979. 4. 10. 선고 78도3098 판결 참조), 주형에 대하여 선고를

28) 이학인, 앞의 글, 30

유예하는 경우에는 부가형인 몰수·추징에 대하여 선고를 유예할 수 있고 (대법원 1980. 12. 9. 선고 80도584 판결; 대법원 1978. 4. 25. 선고 76도 2262 판결 참조), 사안에 따라 필요적 몰수·추징이 가혹한 경우에는 주형을 양정하는 데 감안할 수도 있다. 그러므로 단순히 몰수·추징의 경우만을 따로 떼어내어 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다(헌재 2010. 5. 27. 2009헌가28, 판례집 22-1하, 167, 177; 헌재 2012. 5. 21. 2010헌가97, 판례집 24-1하, 269, 279 참조).

더욱이 심판대상조항의 필요적 몰수·추징은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의한 지원금 수령을 근절하고 북한이탈주민에 대한 실효적 지원을 담보하기 위한 것으로서, 비록 몰수·추징이 주형에 부가된 형벌의 일종이라 하더라도, 법에 따른 보호 및 지원을 받을 자격을 갖추지 못한 자가 부당하게 지원받은 금액에 한하여 몰수·추징하는 데 그치고, 범행으로 이득을 취한 바 없는 경우까지 몰수·추징할 수 있는 것은 아닌 점에서 행위에 비하여 그 책임이 과중한 것이라고 보기 어렵다.

#### 다. 법익균형성

급증하는 북한이탈주민에 대한 지원을 가장 효율적이고 적합하게 수행하게 위해서는 이에 필요한 재원을 안정적으로 확보할 필요성이 있는 점, 심판대상조항의 몰수·추징은 부정한 이익을 보유하지 못하게 함을 목적으로 하므로 부당하게 지원받은 금액에 한하여 몰수·추징하는 데 그치는 점 등을 고려할 때, 심판대상조항에 의하여 제한되는 재산권 등 사익이 한정된 예산의 효율적 집행을 통한 북한이탈주민의 보호 및 정착지원이라는 공익보다 더 크다고 할 수 없다.

#### 라. 소결

이상과 같은 이유로 법정의견은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다고 판단하였다. 이에 비하여 반대의견에서는 다음과 같은 점들을 논증하였다.

즉, 위헌론에서는 심판대상조항에 따른 필요적 몰수·추징의 요건이 되는

범죄사실인 법 제33조 제1항의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 해당하는 구체적인 행위태양이나 그 죄질의 정도는 매우 다양함에도, 심판대상조항은 제9조 제1항 각 호의 사유를 회피하기 위한 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 대하여 모두 같은 규범적인 평가가 가능하다는 전제 하에 이러한 사정의 차이를 고려함이 없이 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 이 법에 따라 받은 지원 금액 전액을 필요적으로 몰수·추징하도록 한 것으로서 최소침해성의 원칙에 위배되는 점, 북한이탈주민에 대한 지원은 대한민국에 사회경제적 기반이 없는 북한이탈주민이 우리 국민으로서 정착하여 적응할 수 있도록 일정한 경제적 지원을 하는 것인데, 이러한 목적에 비추어 보면 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 의한 지원금 수령의 경우에도 개별적 사정에 대한 고려를 통해 몰수·추징금을 정할 수 있어야 하고, 특히 탈북 초기에 이루어지는 정착지원은 대한민국에 아무런 생활기반이 없고 스스로 경제활동을 할 수 있는 능력과 여건을 갖추지 못한 주민에게 경제적 지원을 통하여 스스로 자립할 수 있는 기초를 마련해 주기 위한 것이라는 점에서 개별적 사정에 대한 고려의 필요성은 크다는 점, 임의적 몰수 규정에 따라 법관이 이 법의 입법목적과 구체적 범죄의 여러 가지 정상을 적절히 고려하여 합리적인 재량으로 몰수 여부를 결정하더라도, 곧바로 법의 지원 및 보호를 받을 수 있는 기준이 무너지는 결과를 가져온다거나 북한이탈주민의 정착지원 및 보호를 하고자 하는 법의 입법 목적을 달성하는 데 커다란 지장이 초래된다고 볼 수 없으므로, 필요적 몰수·추징을 규정한 심판대상조항은 필요 최소한의 제한으로 보기 어렵다는 점을 논증하였다. 나아가 심판대상조항은 요건사실의 다양성에도 불구하고 피고인의 죄질이나 형사책임이 무겁지 않은 경우에도 일률적으로 피고인이 받은 지원금 등을 전부 몰수 또는 추징하도록 함으로써 경우에 따라서는 피고인에게 지나치게 가혹할 수도 있는 형벌을 과하고 있고, 주형보다 부가형이 과도한 경우도 발생할 수 있는 등<sup>29)</sup> 몰수·추징의 정도가 책임의 정도를 넘어 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하였다는 점에서

29) 2014. 1. 21. 법률 제12288호로 개정되기 이전의 법률에서는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 보호 및 지원을 받은 경우’ 벌금형이 1천만 원 이하였으나, 현행법은 벌금형의 상한이 5천만 원으로 상향조정되어 현실적으로는 부가형이 주형보다 과도하게 될 가능성은 적다고 볼 수 있다.

위헌이라고 보았다.

## 5. 결정의 의의

헌법재판소는 필요적 몰수·추징 조항이 문제된 사건에서, ①임의적 몰수·추징만으로는 입법목적 달성이 어렵고, ②주형의 구체적인 양형과정에서 필요적 몰수·추징의 부가형을 참작하여 구체적 형평성을 기할 수 있다는 점에서 합헌으로 판단한 결정이 많이 있다. 이 결정은 그 연장선상에 있으며, 법에 의한 북한이탈주민 보호대상자 결정과 지원 과정에서 구체적 사정을 고려하여 보호 및 지원을 할 수 있도록 되어 있는데도 거짓으로 지원을 받은 경우 형사절차의 몰수 단계에서 이러한 사정들을 고려할 필요성은 적다는 점에서 합헌으로 결정한 것이다.



## 민사소송 인지제도에 대한 위헌제청 사건\*

- 인지액의 상한을 두지 않은 법률이 침해의 최소성 원칙에  
위반되는지 여부 -

(헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447, 판례집 29-2상, 363)

이 재 흥\*\*

### 【판시사항】

1. 항소심 확정판결에 대한 재심소장에 붙일 인지액을 항소장에 붙일 인지액과 같게 정한 민사소송 등 인지법(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된

---

\* 이 글은 2016헌바447 사건의 연구보고서, 위 연구보고서 중 일부를 발전시킨 헌법실무연구회 제160회 발표문, 위 실무연구회에서 정주백 교수님, 이민열 변호사님의 지정토론문, 우승아 선임헌법연구관님의 자유토론문, 그리고 위 실무연구회 발표문을 발전시킨 저스티스 2017년 12월호 게재 논문[拙稿, “과잉금지원칙의 논증구조 -침해의 최소성 원칙을 중심으로-”, 저스티스 통권 제163호(2017. 12.), 75-131쪽], 독일의 디터 그림 교수 등 외국 헌법학자 다섯 분을 패널로 하여 2018. 6. 19. 개최된 헌법재판소 비교헌법연구회 세미나 결과를 종합하여 작성한 것이다. 위 사건의 연구, 보고 과정에서 도움을 주신 재판관님들과 동료 연구관님들, 위 실무연구회에서 토론해 주신 지정토론자분들과 일반토론자분들, 비교헌법연구회 세미나에서 발표하고 질문해 주신 모든 분들, 그리고 시기와 장소를 불편하고 크고 작은 토론을 해 주신 동료 헌법연구관들 및 책임연구관들께서 비례원칙에 관해 알려 주신 데 대해 깊은 감사의 말씀을 드린다. 특히 필자가 침해의 최소성 논증구조에 관한 문제의식을 가진 초기에 법익의 균형성에 논증을 집중하는 독일연방헌법재판소의 논증구조 등 독일의 실무에 대해 알려주시고, Aharon Barak의 책을 추천해 주시는 등 결정적인 도움을 주시고 격려해 주신 이황희 선임헌법연구관께 깊은 감사의 말씀을 드린다. 또한 캐나다의 헌법교과서 등 비례원칙에 관한 소중한 자료들을 제공해 주시고 남아프리카공화국의 실무 등 비례원칙 논증구조에 대해 조언해 주신 이종훈 헌법연구관께도 깊이 감사드린다. 2016헌바447 사건의 연구보고서, 제160회 실무연구회 발표문, 저스티스 2017. 12.호 게재 논문 및 이 글의 내용 중, 독일의 사정에 관해서는 김한석 헌법연구원의, 캐나다의 사정에 관해서는 최정운 헌법연구원의 도움을 받았고, 깊이 감사드린다. 물론 오류가 있다면 모두 필자의 이해 부족에 기인한 것이다. 또한 이 글 중 헌법재판소 결정문에 포함되지 않은 내용은 모두 헌법재판소의 공식적인 견해와 무관한 개인적인 생각임을 밝혀둔다.

\*\* 헌법연구관

것) 제8조 제1항 중 같은 법 제3조 전단, 제2조 제1항에 따른 금액이 적용되는 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

2. 심판대상조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 ‘민사소송등인지법’(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것) 제8조 제1항 중 같은 법 제3조 전단, 제2조 제1항에 따른 금액이 적용되는 부분의 위헌 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 대한민국을 상대로 4,380,500,000원을 지급하라는 소송을 제기하였다. 제1심 법원은 2011. 11. 9. 청구 기각 판결을 하였고(서울중앙지방법원 2009가합81598), 항소심 법원은 2012. 9. 20. 항소 기각 판결을 하였다(서울고등법원 2012나14830). 대법원은 2013. 1. 15. 상고 기각 판결을 하였고(대법원 2012다93480), 이에 따라 위 판결들은 모두 확정되었다.

나. 청구인은 2015. 12. 10. 위와 같이 확정된 항소심 판결에 대한 재심을 청구하였다(서울고등법원 2015재나20100). 청구인은 서울고등법원으로부터 인지액 및 송달료 등을 보정하라는 보정명령을 받았으나, 이에 응하지 않았다. 서울고등법원은 2016. 11. 23. 청구인이 인지액 및 송달료 보정명령을 이행하지 아니하였다는 이유를 들어 재심소장각하명령을 하였고, 재심소장각하명령은 2016. 12. 3. 확정되었다.

다. 청구인은 재심 소송계속중인 2016. 5. 24. 서울고등법원에 ‘민사소송등인지법’(2009. 5. 8. 법률 제9645호로 개정된 것, 이하 ‘인지법’이라 한다) 제8조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다(서울고등법원 2016카기35). 서울고등법원은 2016. 11. 22. 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 청구인은 2016. 12. 12. 헌법소원심판을 청구하였다.

## 【결정요지】

1. 항소심 확정판결에 대한 재심을 청구하는 사람에 대하여, 소송 목적의 값에 비례하여 계산한 제1심 소장에 붙여야 할 인지액에 1.5를 곱한 값의 인지를 붙이도록 하는 것은 재판유상주의, 재판 업무의 완성도와 효율성 보장, 확정판결의 법적 안정성 보장을 위해 적합한 수단이다. 인지상한제와 같은 방법으로 인지액을 일률적으로 낮추면 재판유상주의가 후퇴하고, 반드시 필요하지 않는 소송이 늘어나 재판업무의 완성도나 효율성이 떨어질 위험이 있고, 확정판결의 법적 안정성이 후퇴될 우려도 있다. 심판대상조항에 의한 인지액 산정의 기초가 되는 제1심 인지액을 정하는 비율 자체가 낮게 정해져 있고, 개정 전 조항에 비해 항소심 가중치도 낮추어졌으며, 재심에 대한 특별한 가중치도 없다. 아울러 법원이 소송구조제도를 통해 인지액을 납부할 경제적 능력이 부족한 사람들을 구제할 수 있다는 점을 고려하면 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위반되지 않는다. 따라서 심판대상조항은 재판청구권을 침해하지 아니한다.

2. 항소심 확정판결에 대하여 재심을 청구하는 사람은 제1심 확정판결에 대해 재심을 청구하는 사람보다 법원의 재판을 한 번 더 받은 사람이고, 항소심의 사법자원은 제1심보다 희소하므로, 항소심 확정판결에 대해 재심을 청구하는 사람에게 제1심 확정판결에 대해 재심을 청구하는 사람보다 1.5배 많은 인지액을 부담시키는 데에는 합리적인 이유가 있다. 또한 항소심 확정판결에 대한 청구이의의 소는 항소심 확정판결에 대한 재심청구와는 본질적으로 동일한 비교대상이 아니다. 따라서 심판대상조항은 평등원칙에 위반되지 않는다.

## 재판관 강일원, 재판관 서기석, 재판관 이선애의 반대의견

소송목적의 값과 소송에 투입되는 시간·비용은 단순 비례관계에 있지 않다. 소송목적의 값이 아무리 커지더라도 개별 사건에 국가가 투입할 수 있는 비용과 시간은 일정한 수준으로 제한될 수밖에 없으므로, 인지액에도 일정한 상한을 두는 것이 합리적이다. 현행 제도에 따르면 경제력이 취약한 사람은 소송목적의 값이 큰 소송을 제기하기 어렵고, 고액 소송의 피고

가 되어 패소한 경우 상소하기도 어렵다. 소송구조제도가 있다고 하여 경제력이 취약한 사람의 재판청구권에 대한 제한이 실질적으로 해소되는 것도 아니다. 법원의 사건 통계에 의하면, 소송목적물이 고액인 소송은 전체 사건에서 차지하는 비율이 극히 적으므로, 인지 상한액을 합리적인 선에서 설정하면 인지 수입액의 감소는 미미한 수준에 그칠 것이고, 제도 운용 성과를 반영하여 순차적으로 상한액을 조정해 나가면 입법목적 달성에 부정적 영향을 미치지 않고 경제력이 취약한 사람의 재판청구권 제한을 최소화할 수 있다. 인지액 상한을 적정 수준으로 합리적으로 정하면 무분별한 소송이나 상소 또는 재심의 제기를 얼마든지 막을 수 있다. 따라서 심판대상조항 중 제1심 소장에 붙일 인지액을 정하는 부분은 인지액을 제한 없이 커지게 할 수 있으므로 재판청구권을 침해한다.

### 재판관 이진성의 다수의견에 대한 보충의견

심판대상조항에 의한 청구인의 구체적인 기본권 제한정도가 지나치게 과한 것인지 여부는 침해의 최소성 부분보다는 법익의 균형성 부분에서 판단하여야 한다. 헌법재판소의 많은 선례에서 법익의 균형성에서 다루어야 할 것을 침해의 최소성에서 혼합하여 논증하는 경향이 있었다. 그러나 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 그 성격에 따라 엄격히 구별하고, 법익의 균형성 판단에 집중하는 것이 과잉금지원칙의 판단요소를 누락하지 않으면서도 판단에 혼란을 초래하지 않을 수 있어서 과잉금지원칙을 보다 충실하고 효과적으로 적용하는 방법이다.

이 사건의 경우 인지상한제와 같이 인지액을 일률적으로 낮추는 입법대안들은 추가적인 재정부담을 야기하고, 재판유상주의 등 입법목적 달성을 어렵게 하므로 입법목적 달성에 있어 심판대상조항과 동등하게 효율적이지 않다. 따라서 인지상한제가 심판대상조항에 비해 청구인의 재판청구권을 덜 제한한다 해도 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙을 만족시킨다. 다수의견에 제시된 형량요소들을 살펴보면, 심판대상조항에 의한 구체적인 재판청구권 제한의 정도는 경미한 반면, 현재의 인지제도를 포기할 경우의 손실은 경미한 것으로 단정 짓기 어렵다는 결론에 이른다. 따라서 인지제도에 관한 입법자의 폭넓은 재량을 고려하면, 심판대상조항에 의한 재판청

구권 제한은 수인한도를 넘지 않는다. 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙을 만족시킨다.

## 【해 설】

### 1. 들어가는 말

이 사건의 실체적 쟁점은 아무런 상한을 두지 않은 채, 소송목적물의 값에 비례하여 인지액을 정하도록 하는 심판대상조항이 재판청구권을 침해하는지 여부이다. 헌법재판소는 종래 이에 관해 여러 차례 판단한 바 있다. 종래 선례와 이 사건 모두 결론에 있어서는 합헌이고, 이 사건의 반대의견 역시 종래 선례에서 판시된 반대의견과 같은 맥락이다. 그러므로 이 글에서는, 현행 인지제도의 위헌성에 자체에 관해서는, 관련 선례들을 간략히 정리하고 그에 관한 최근의 논의를 덧붙이는 데에 그치기로 한다.

이 사건의 실질적 내용이 선례의 반복에서 크게 벗어나지 않은 반면, 다수의견과 보충의견의 과잉금지원칙 논증구조는 선례와 구별된다. 특히, 이 사건의 보충의견을 통해 과잉금지원칙의 논증구조에 자체에 대해 본격적인 문제제기가 이루어졌다. 그 후 헌법재판소에서 개최된 제160회 헌법실무연구회를 통해 과잉금지원칙의 논증방식에 관하여 보다 심도 있는 논의가 있었다. 이 사건 및 헌법실무연구회 논의 결과까지를 모두 포함하여 종합적으로 분석한 글이 2017. 12. 학술지에 게재되었으므로,<sup>1)</sup> 이 글에서는 그에 관해서는 가급적 중복을 피하고, 위 학술지 논문 게재 이후인 2018. 6. 헌법재판소 비교헌법연구회 세미나에서 논의된 독일, 프랑스, 호주, 브라질, 일본의 비례원칙 논증구조 등 새로운 내용을 중심으로 과잉금지원칙의 논증방식을 규명하는 데에 중점을 두기로 한다.

## 2. 선례 및 학설

### 가. 인지제도 관련 선례<sup>2)</sup>

1) 拙稿, “과잉금지원칙의 논증구조-침해의 최소성 원칙을 중심으로-”, 저스티스 (2017. 12.), 제75-131쪽.

2) 승이도 헌법연구관 작성 2012헌마142 사건 연구보고서의 별지 2 및 정유진 헌법연

순번	사건번호	심판대상	결정이유 요약	결론
1	1994. 2. 24. 93헌바10	항소장에는 제1심보다 배액의 인지, 상고장에는 3배액의 인지를 붙이도록 규정한 민사소송 등 인지법 제3조	① 평등원칙 위반× [이유] 인지액은 국가역부에 비례한 비용의 성질을 가지는 점, 납소에 따른 법원의 권리보호기능 저하를 막는 점, 제1심 인지액 자체가 소가의 5/1000로서 소가에서 차지하는 비율이 근소한 점, 상소인은 제1심원고에 비해 법원의 재판을 거친 자라는 실질적 차이가 있는 점 ② 재판청구권 침해× [이유] 민사소송법 소송구조제도가 마련되어 있는 이상 법 제3조가 자력이 부족한 당사자에 대하여 항소 또는 상고의 기회를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단하는 규정이라고는 볼 수 없음	합헌 (9:0)
2	1996. 8. 29. 93헌바57	소장에 인지를 붙이도록 한 민사소송 등 인지법 제1조	평등원칙 위반×, 재판청구권 침해× [이유] 민사소송등인지법 제1조 : 소송구조제도 마련한 점, 소가의 5/1000라는 기준이 지나치게 고액이 아닌 점, 인지액은 입법자의 광범위한 재량영역인 점	각하 (9:0) 합헌 (9:0)
3	1996. 10. 4. 95헌가1 등	소송 목적의 값에 비례하여 5/1000에 해당하는 인지를 상한없이 일률적으로 요구하는 민사소송 등 인지법 제2조 제1항	<법정의견> ① 재판청구권 침해× [이유] 과잉금지원칙 심사. 인지 제도의 목적이 정당하고, 현행법은 인지액 산정비율을 종전에 적용되던 비율 중 가장 낮은 비율로 일원화하였으며, 소송구조제도가 마련되어 있고, 제한되는 재판청구권과 추구되는 공익 사이에 상당한 비례관계가 인정. ② 평등원칙 위반× [이유] 소송구조제도의 존재, 소가의 5/1000라는 기준이 과도하지 않음, 소가가 고액인 경우 인지가액의 증가는 비례제 채택으로 인하여 불가피하고 인지액이 고액일수록 당사자가 재판을 통해 확보할 잠재적 이익도 큼	합헌 (7:2)

순번	사건번호	심판대상	결정이유 요약	결론
			<p>&lt;재판관 김문희, 재판관 황도연 반대의견&gt;                      소가가 고액일 경우 수수료의 성격을 무색케 할 정도의 다액의 인지를 붙이도록 하여 실질적으로 재판받을 권리를 봉쇄하므로 위헌</p>	
4	2004. 8. 26. 2003헌바20	<p>대통령선거에 관한 소송에서 인지가액을 일반 행정소송의 10배로 규정한 공직선거및선거부정방지법 제229조</p>	<p>① 평등권 침해×                      [이유] 국가원수인 대통령지위의 법적 안정성을 위한 신속한 재판이 요구되는 점에 반해 차별의 결과 발생하는 제소권의 제한이라는 절차적 기본권은 제한의 정도가 적음                      ② 재판청구권 침해×                      [이유] 입법자에게 폭넓은 형성의 자유 있음. 관련된 공익이 사익보다 훨씬 크므로 재판청구권 본질적 요소를 침해하였다고 볼 만한 입법재량 일탈이 없음</p>	합헌 (9:0)
5	2006. 5. 25. 2004헌바22 등	<p>민사소송 제1심 인지액을 소가의 5/1000으로, 항소심에는 그 1.5배로 정한 민사소송 등 인지법 제2조 제1항, 제3조 전단, 항소심에 대한 제심사건에서 제심의 대상이 된 재판과 동일한 인지를 붙이도록 규정한 민사소송 등 인지법 제8조 제1항 중 제2조 제1항 및 제3조 전단에 관한 부분</p>	<p>① 인지법 제2조 제1항, 제3조 전단                      93헌바57, 95헌가1 결정이유를 인용하고, 위 결정 이후 개선입법으로 고액소송물의 경우 중전에 비하여 위헌성이 더욱 완화되었다는 논거를 추가                      ② 인지법 제8조 제1항 중 제2조 제1항 및 제3조 전단                      위 ①의 이유에 추가하여, 제심은 비상상의 불복신청방법으로서 법적안정성을 후퇴시키므로 상소보다 더 예외적으로 인정할 필요성 있는 점을 고려하면 재판청구권의 본질적 요소를 침해하는 정도의 입법재량 일탈이 없음 → 평등권 및 재판청구권 침해×</p>	합헌 (9:0)

순번	사건번호	심판대상	결정이유 요약	결론
6	2011. 8. 30. 2010헌바427	소가에 따라 제1심의 인지액을 정하도록 규정한 민사소송등인지법 제2조 제1항 및 항소심에는 1.5배의 인지료를 붙이도록 규정한 민사소송등인지법 제3조 전단	<p>&lt;법정의견&gt;                      ① 재판청구권 침해×                      [이유] 과잉금지원칙 판단. 인지제도의 입법목적이 정당하고, 수단의 적합성도 인정. 소가가 증가함에 따라 첩부할 인지의 비율을 낮추어 소가가 고액인 소송당사자의 부담을 경감시키므로 피해의 최소성 인정. 자력이 부족한 자를 위한 소송구조제도가 마련되어 있음을 추가로 고려하면 법익균형성도 인정.                      ② 평등원칙 위반×                      [이유] 소가가 증가함에 따라 소송당사자가 부담하는 인지액이 지나치게 무거워져 소제기가 제한되는 것을 막기 위해 소가가 고액이 될수록 인지액 낮춘 것이므로 합리적 이유 있음. 항소심 재판을 청구하는 사람은 이미 제1심 재판을 거쳤으므로 제1심에 비해 고액의 인지액을 규정하는 부분도 합리적 이유 있음</p> <p>&lt;재판관 송두환 반대의견&gt;                      남소방지는 인지제도의 부수적 효과일 뿐 주된 목적이 아님. 인지정액제 또는 상한제 등 덜 침해적인 대체수단이 존재하므로 과잉금지원칙에 위반. 재판청구권 침해로 위헌</p>	합헌 (8:1)
7	2015. 6. 25. 2014헌바61	인지액의 상한을 규정하지 않은 민사소송 등 인지법 제1조 본문 중 민사소송절차의 소장에 관한 부분	<p>&lt;법정의견&gt;                      인지제도는 입법자가 법률로 정할 성질의 것임. 소송구조제도가 마련되어 있는 점, 일반적으로 소송목적의 값이 클수록 소송비용이 증가함, 인지액의 상한을 규정하기가 용이하지 않음, 소송목적의 값이 고액일수록 인지액의 비율을 낮추어 고액소송에 대한 인지액을 낮추고 있으므로 재판청구권 침해나 평등원칙 위배로 볼 수 없음</p> <p>&lt;재판관 강일원, 재판관 서기석 반대의견&gt;                      과잉금지원칙 심사. 인지액을 정하는 것은 입법형성권의 범위이나, 소송물가액과</p>	합헌 (7:2)

순번	사건번호	심판대상	결정이유 요약	결론
			소송비용은 단순 비례관계에 있지 않은 점, 개별사건 해결에 수억 원이 넘는 예산이 투입되는 경우를 상정하기 어려운 점, 인지액 상한을 규정하기가 어렵지 않음, 경제력 없는 사람이 고액 소송의 피고가 된 경우 상소하기도 어려움.	

## 나. 국회의 개정법률안 및 각계의 의견

### (1) 국회의 개정법률안

현재 2015. 6. 25. 2014헌바61 결정 선고 이후 2015. 10. 27. 국회에서 변재일 의원과 참여연대 공익법센터 등이 공동 주최한 ‘인지제도와 재판청구권’ 토론회가 개최되었다. 그 후 변재일 의원이 2016. 6. 20. 민사소송 등 인지법 일부개정법률안을 대표 발의하였다.<sup>3)</sup> 이 개정안은 인지액 상한제를 도입하고 심급에 따른 가중치를 없애는 것을 내용으로 한다. 이 법률안은 인지액의 상한을 3백만 원으로 정한다. 또한 진영 의원이 2017. 9. 29. 대표 발의한 개정안은 인지액을 현행의 1/2로 낮추는 한편, 상한을 2,000만 원으로 하고, 심급별 인지액 차등을 없애는 것을 주요 내용으로 하고,<sup>4)</sup> 박주민 의원이 2017. 10. 11. 대표발의한 개정안은 행정소송과 국가배상청구소송에 인지를 붙이지 않도록 하는 내용이다.<sup>5)</sup>

### (2) 법원

인지액이 소의 제기 등의 의사결정에 대하여 어떠한 영향을 미치는가에 대한 실증적 데이터가 없는 상황에서 인지액의 적절한 상한을 일률적으로 확정하는 것에는 신중한 검토가 필요하다.<sup>6)</sup> 상소심의 인지액을 가중하는

3) 의안번호 2000344. 이 법률안은 2014. 2. 6. 변재일 의원이 대표발의했다가 임기만료로 폐기된 법률안의 내용과 동일하다.

4) 의안번호 2009796.

5) 의안번호 2009796

6) 법원행정처의 입장은 “민사소송비용제도의 정비 방안 연구”라는 연구용역 자료를 근거로 한 것으로 보인다. 이 연구용역자료는 각종 논문에도 인용되고 있으나, 법원도서관에 문의한 결과 대외비이기 때문에 제공할 수 없다는 입장이라서 부득이

것에 관해서도 상소심과 제1심의 실질적 차이, 남상소 방지의 필요성, 인지액 수입 감소에 따른 재정 부담 등을 고려하여 신중한 검토가 필요하다는 입장이다.<sup>7)</sup> 위와 같은 입장은 소송비용 중 인지액이 차지하는 비중이 크지 않고, 변호사비용과 같은 당사자비용의 영향이 크다는 점, 인지액 상한을 300만 원으로 설정할 경우를 가정하면 그 혜택을 보는 사건은 전체 사건의 약 1%에 불과한 점, 소송비용의 패소자 부담 원칙의 예외 제도의 활용 가능성도 근거로 한다.<sup>8)</sup>

### (3) 대한변호사협회

대한변호사협회는 2017. 6. 26. 인지대를 감액할 것을 촉구하는 성명을 발표했다. 그 요지는 고액의 인지대는 소가가 큰 소송, 다수의 피해자가 있는 집단소송의 경우 소송의 포기를, 징벌적 손해배상제도의 경우 제도 자체를 유명무실하게 만들 우려가 있다는 것이다. 대한변호사협회가 2017. 6. 발간한 ‘인지제도의 문제점과 개선방안에 관한 보고서’는 1심의 경우 200만원, 항소심과 상고심의 경우 2,000만 원의 인지액 상한을 도입하자는 것을 골자로 한다.

### (4) 학계 등

학계에서는 현행 인지제도가 적정한지 여부에 대해 소송목적의 값 2천만 원 이하의 사건에 대해 인지액을 정액으로 하는 방안, 인지액 상한제 채택, 1997. 이후 인지액 인상이 없었으므로 인지액 계산의 기본이 되는 수수료율을 인상하는 방안 등이 논의되고 있다.<sup>9)</sup>

파업으로 인한 손해배상 소송의 피고가 된 노동자들이 항소할 경우 혹은

---

하게 강남일 작성의 “변재일 의원 대표발의 민사소송 등 인지법 일부개정법률안에 대한 전문의원 검토보고서” 15쪽에 있는 내용을 재인용하였다.

- 7) 강남일 작성의 “변재일 의원 대표발의 민사소송 등 인지법 일부개정법률안에 대한 전문의원 검토보고서” 17쪽.
- 8) 심경, “인지제도와 재판청구권 지정토론문”, 이상민 법사위원장 등 공동주최 인지제도와 재판청구권 토론회 자료집(2015. 10. 27.), 80-83쪽.
- 9) 장완규, “인지액의 현실화 및 증액 방안에 대한 고찰 - 주요 선진국의 인지액 관련 제도와의 비교를 중심으로-”, 인하대학교 법학연구 제17집 제4호(2014. 12.), 264-273쪽.

과업에 대한 징계처분 취소소송의 경우 고액의 인지대로 인해 재판청구권이 침해되므로, 동일한 청구원인을 이유로 한 수개의 소송에서의 인지대 인하, 동일·유사한 쟁점의 징계사건에 대한 인지대 인하, 인지대 상한 설정 등을 주장하는 견해도 있다.<sup>10)</sup>

## 다. 재판청구권 침해 여부의 심사기준

### (1) 선례

#### (가) 선례의 심사기준 개관

재판청구권 침해 여부에 관한 심사기준에 관한 우리 재판소의 선례들은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 구체적으로 언급하지 않고 입법자가 합리적인 재량의 한계를 일탈하였는지를 심사한 선례들과,<sup>11)</sup> 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 언급하고 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 구체적으로 심사한 선례들로<sup>12)</sup> 크게 나누어 볼 수 있다. 최근의 대표적 선례는 다음과 같다.<sup>13)</sup>

- 
- 10) 송영섭, “경제적 약자인 노동자에게 소송비용 폭탄”, 이상민 법사위원장 등 공동 주최 인지제도와 재판청구권 토론회 자료집(2015. 10. 27.), 39-50쪽.
- 11) 이는 ‘재판받을 권리의 본질적 침해, 형해화’ 여부를 심사기준으로 삼은 경우까지 포함시킨 분류이다. 이 유형에 해당되는 선례들로는 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바78, 판례집 16-2하, 472; 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558; 헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66, 판례집 18-2, 429; 헌재 2009. 2. 26. 2007헌바8등, 판례집 21-1상, 45; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌바259, 판례집 21-1하, 900; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바25, 판례집 21-2하, 510; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바403, 판례집 24-1하, 419; 헌재 2012. 11. 29. 2012헌바180, 판례집 24-2하, 180; 헌재 2013. 3. 21. 2012헌바128, 판례집 25-1, 223, 223가 대표적이다.
- 12) 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842; 헌재 1999. 7. 22. 96헌바19, 판례집 11-2, 73; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289; 헌재 2007. 11. 29. 2004헌바39, 판례집 19-2, 548; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784가 대표적이다. 비례원칙을 명시적으로 언급하고 네 가지 하부원칙에 대해서는 면밀한 심사를 하지 않은 선례로, 헌재 1996. 8. 29. 93헌바63등, 판례집 8-2, 63; 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바38, 판례집 14-2, 689도 있다.
- 13) 송이도 헌법연구관 작성 2012헌마142 사건 연구보고서의 별지 2 및 정유진 헌법연구관 작성 2014헌마61 사건 연구보고서 별지 2를 토대로 일부 수정, 추가한 자료임

순번	사건번호	심판대상	심사기준	결론
1	2013. 10. 24. 2012헌바428	정식재판 청구기간을 약식명령 고지일로부터 7일 이내로 정한 법률 조항의 재판청구권 침해 여부	재판을 청구할 수 있는 기간 또는 재판에 불복할 수 있는 기간을 정하는 것 역시 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제라고 할 것이고 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 할 수 없다. [재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 서기석의 위헌의견 역시 심사기준은 동일]	합헌 (5:4)
2	2014. 2. 27. 2013헌바178	제3자가 친생자관계의 생존당사자 일방만을 상대로 친생자관계 존재 확인의 소를 제기할 수 있도록 하는 법률조항의 재판청구권 침해 여부	재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌심사기준은 합리성원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다.	합헌 (9:0)
3	2014. 2. 27. 2014헌마7	정당해산심판절차에 민사소송 관련 법령을 준용하는 법률규정의 재판청구권 침해 여부	절차적 기본권인 재판청구권은 원칙적으로 제도적으로 보장되는 성격이 강하므로, 그에 관하여는 상대적으로 폭넓은 입법형성권이 인정된다. 헌법 제27조 제1항의 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부는 현저히 불합리한 입법형성을 함으로써 그 한계를 벗어났는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.	합헌 (9:0)
4	2015. 4. 30. 2014헌바408	형사비용보상청구권의 제척기간을 무죄판결 확정일로부터 6개월로 규정한 법률조항의 재판청구권 침해 여부	심사기준에 대한 일반론 설시 없이 재판청구권과 재산권 침해 여부를 아울러 판단하면서, 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 위반 여부를 살피고 있다. 이와 같은 판단구조는 법정의견과 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 서기석의 반대의견 모두 동일하다.	합헌 (4:5)

순번	사건번호	심판대상	심사기준	결론
5	2016. 6. 30. 2013헌바370 등	패소한 당사자가 승소한 당사자의 변호사 보수를 소송비용의 형태로 부담하도록 한 법률 조항의 재판청구권 침해 여부	일반론 설시 없이 선례를 인용하여, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소화성, 법익의 균형성 위반 여부를 차례로 판단	합헌 (9:0)

(나) 인지제도가 주된 쟁점인 선례들의 심사기준

재판청구권 중 특히 이 사건과 같이 인지제도가 쟁점이었던 우리 재판소의 선례들은 결론에 있어서는 모두 재판청구권의 침해가 없다는 것으로 동일하였지만, 심사기준은 외형상 일관되어 있지 않다.

1) 명시적으로 과잉금지원칙을 언급한 선례

위 2. 가.에 든 인지제도에 관한 7건의 선례들 중 명시적으로 과잉금지원칙을 기준으로 재판청구권 침해여부를 판단한 것은 현재 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 258; 현재 2011. 8. 30. 2010헌바427, 판례집 23-2상, 353의 두 건이다. 또한 현재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46; 현재 2006. 5. 25. 2004헌바22등, 공보 제116호, 787; 현재 2015. 6. 25. 2014헌바61, 판례집 27-1하, 461 중 반대의견의 경우 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소화성, 법익의 균형성과 같은 과잉금지원칙의 세부 원칙에 대해 구체적 판단은 하지 않지만, 과잉금지원칙을 언급하며 결론을 이끌어내고 있다.

2) 과잉금지원칙을 명시적으로 언급하지 않은 선례

가장 최근의 선례인 현재 2015. 6. 25. 2014헌바61, 판례집 27-1하, 461의 법정의견을 포함한 나머지 세 건의 선례들은 과잉금지원칙을 심사기준으로 명시적으로 언급하지 않는다. 이 선례들은 표현에 있어서 다소간의 차이가 있으나, 입법자의 입법형성권을 광범위하게 인정하는 전제 하에서 인지제도로 인해 달성하려는 공익과 재판청구권의 제한 정도를 형량하고 있다. 예컨대, 가장 최근의 선례인 현재 2015. 6. 25. 2014헌바61, 판례집 27-1하, 461의 법정의견은 “자력이 부족한 자에 대하여는 제소의 기회를 형식상 보

장할 뿐 실질적으로는 소송에 의한 권리구제의 기회를 이용하기 심히 어렵게 만들어 결국 재판청구권을 침해할 가능성이 있”는지 여부를 판단하였다.

## (2) 학설

### (가) 합리성심사설<sup>14)</sup>

재판청구권에 관한 법률의 위헌심사에는 과잉금지원칙은 적용되지 않는다. 재판청구권은 법률에 의한 구체적인 형성을 필요로 하는 것이므로, 재판청구권의 침해 여부는 보호범위에 대한 제한이 과잉인지의 문제가 아니라, 입법자가 헌법상 부여된 형성권의 범위를 일탈하였는지의 문제이다.

과잉금지원칙을 적용하여 절차법규정의 위헌성을 판단하더라도 재판청구권의 제한이 기본권주체에게 어느 정도로 중대한 효과를 초래하는지의 관점을 판단할 수 있는 아무런 실제적인 근거를 제시하지 못하므로, ‘법익 균형성’의 심사는 사실상 불가능하다. 같은 이유로 ‘수단의 최소 침해성’의 심사도 형식적인 심사에 그칠 수밖에 없다. 따라서 과잉금지원칙에 의한 심사는 사실상 ‘목적의 정당성’ 및 ‘수단의 적합성’에 관한 심사에 제한되는 최소한의 합리성심사를 의미하는데, 이는 바로 재판청구권의 제한을 정당화하는 반대법익을 확인하는 작업에 해당한다.

### (나) 완화된 과잉금지원칙 심사설<sup>15)</sup>

헌법 제37조 제2항의 ‘권리’에는 재판청구권도 포함되므로, 재판청구권의 제한이 위헌인지 여부는 과잉금지원칙 내지 비례의 원칙에 따라 심사해야 한다. 따라서 재판청구권의 위헌 여부를 심사할 때에도 통상적인 비례의 원칙 심사기준을 그대로 적용하되, 다만 ‘최소침해성 원칙’에 있어서 좀 더 입법형성권을 존중하는 쪽으로 사안을 해석하는 것이 필요하다.

14) 한수웅, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위”, 저스티스 통권 95호(2006. 2.), 16-24면, 한수웅, 헌법학[제6판], 법문사(2016), 931-933면; 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고 - 과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 공법학연구 제10권 제3호(2009. 8.), 190쪽도 같은 결론이다.

15) 이명웅, 현재 2001. 2. 22. 2000헌가1, 판례집 13-1, 201에 관한 연구보고서 15-16면; 김종철, “인지제도에 대한 헌법적 검토”, 법과사회 50호(2015. 12.), 13-15쪽; 이명웅, “위헌여부 판단의 논증방법”, 저스티스 제106호(2008), 제318, 321쪽에 따르면, 헌법재판소의 재판청구권 심사기준이 완화된 과잉금지원칙 심사라고 한다.

(다) 적정보장원칙설<sup>16)</sup>

과잉금지원칙은 입법형성권을 크게 제약하고, 과소금지원칙은 입법형성권을 극도로 넓게 인정하므로 모두 청구권에 대한 심사기준으로 부적절하다. 따라서 그 중간 척도가 되는 적정보장원칙을 적용해야 한다. 적정보장원칙이란 입법자가 추구하는 정책목적과 선택된 수단 사이에 실질적인 관련성이 있는지를 판단하는 것이다. 그 구체적 내용은 문제된 사항이 해당 기본권에서 차지하는 의미의 중대성과, 관련되는 개인적 법익의 중대성을 평가하여 그 중대성이 클수록 실질적 관련성 충족 여부를 엄격하게 판단하는 방식으로 결정된다.

(라) 과잉금지심사설<sup>17)</sup>

인지제도는 기본적인 재판제도가 구축된 토대 위에 재판청구의 가능성을 오로지 경제적 요인을 기준으로 제한하는 것이므로 과잉금지원칙을 적용하여 심사하여야 한다.

### 3. 과잉금지원칙의 논증구조

#### 가. 문제점

이상에서 살펴본 바와 같이 재판청구권 침해 여부를 판단함에 있어 과잉금지원칙을 사용할 것인지 자체에 이견이 있다. 우리 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 “필요한 경우에 한하여”가 과잉금지원칙을 의미하므로, 국민의 자유와 권리를 제한함에 있어서는 모든 경우에 과잉금지원칙을 지켜야 한다. 자유와 권리를 “제한”하지 않는 경우에만 과잉금지원칙의 적용이 없다.<sup>18)</sup>

16) 김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로-”, 고려법학 제67호(2012. 12.), 64-68쪽.  
 17) 김종철, “현행 인지제도의 문제점”, 이상민 법사위원장 등 공동주최 인지제도와 재판청구권 토론회 자료집(2015. 10. 27.), 20-22쪽.  
 18) 그렇기 때문에 기본권의 ‘제한’이 무엇인지가 매우 중요하다. 기본권 제한과 기본권 제한이 아닌 것을 구별하는 방법에 관해서는 拙稿, “재산권 관련 법률에

물론 위와 같은 헌법 제37조 제2항의 분명한 문언에도 불구하고, 기본권을 제한하는 경우에도 과잉금지원칙을 적용하지 말아야 한다는 견해도 가능하다. 그러나 기본권 제한이 국민에게 미치는 영향을 고려하면, 위와 같은 견해에는 동의하기 어렵다. 따라서 재판청구권의 제한이 문제가 되는 이 사건에서 재판청구권 침해 여부 판단에는 과잉금지원칙이 적용된다고 봄이 타당하다.

그런데 일단 과잉금지원칙이 적용된다는 결론에 이른다 하더라도, 과잉금지원칙의 하위 원칙들을 어떻게 적용하여야 하는지의 문제가 남는다. 이 문제는 특히 과잉금지원칙의 세부 원칙들 중 침해의 최소성과 법익의 균형성을 어떻게 적용할지에서 두드러진다. 헌법재판소의 선례 중에는 침해의 최소성 심사를 생략하는 경우에서부터 엄격하게 하는 경우까지 다양한 심사례가 존재하기 때문에 이 문제는 더욱 혼란스럽다. 이 문제가 이 사건의 보충의견 및 이 글에서 말하고자 하는 핵심적인 주제이다.

## 나. 이 사건의 경우

### (1) 다수의견

다수의견은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되지 않으므로 재판청구권을 침해하지 않는다는 결론이다. 다수의견은 과잉금지원칙의 하부원칙 중 침해의 최소성 부분에서 다양한 근거를 제시하면서 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙을 만족시킨다는 결론에 이른다. 다수의견의 논증은 침해의 최소성에 집중되어 있다. 물론 다수의견은 법익의 균형성 판단도 하고 있으나, 다수의견의 법익의 균형성 판단은 아래와 같은 내용이 전부이다.

「항소심 확정판결에 대한 재심을 청구하는 사람에게 재심 대상 판결의 심급과 소송목적물의 값에 따라 결정된 인지액을 부담시킴으로써 재판유상주의를 실현하고, 재판 업무의 완성도 및 효율을 보장하며, 확정판결의 법정 안정성을 확보하여야 할 공익은 매우 중요하다. 반면 심판대상조항에 의한 재판청구권 제한은 상대적으로 적다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족한다.」

---

대한 위헌심사방법론 -민법 제746조(불법원인급여)의 위헌 여부 판단-, 저스티스 통권 제145호(2014. 12.), 제17-21쪽 참조.

다수의견의 법익의 균형성 판단은 공익이 매우 중요하고, 재판청구권 제한이라는 사익은 상대적으로 적다는 결론에 이르나 왜 그런지에 대한 이유 제시가 없다.

## (2) 반대의견

반대의견은 과잉금지원칙의 하부원칙을 단계별로 구별하여 실시하고 있지 않다. 다만, 그 논증의 핵심적인 부분은 인지상한제라는 대안이 가능하기 때문에 심판대상조항이 위헌이라는 것이다. 즉, 반대의견의 논증은 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위반되어 위헌이라는 구조이고, 법익의 균형성 판단은 별도로 하고 있지 않다.

## (3) 보충의견

보충의견은 심판대상조항에 대한 입법대안으로 인지상한제를 상정하여 그것이 심판대상조항과 똑같은 정도로 효율적으로 입법목적 달성을 수 있는지를 검토한다. 그런 다음 인지상한제가 심판대상조항 만큼 효율적으로 입법목적 달성을 수 없고 달리 입법대안을 상정하기 어려우므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙을 만족한다고 결론내린다.

법익의 균형성 판단에서는 심판대상조항에 의한 구체적인 기본권 제한 정도와 그러한 기본권 제한을 완화하거나 없었을 경우에 초래되는 손실의 정도를 비교한다. 심판대상조항에 의한 구체적인 기본권 제한 정도는 특히, 소송구조제도의 존재를 고려하여 그다지 크지 않다고 판단한다. 심판대상조항에 의한 기본권 제한을 완화하거나 없었을 경우에 초래될 손실은 곧 심판대상조항이 달성하려는 입법목적의 정도이다. 이는 대안적 인지제도의 모습에 따라 다양하므로, 그 손실의 정도가 적다고 단정할 수 없다고 보아, 결국 법익의 균형성을 만족시킨다는 결론에 이른다.

## 다. 보충의견 논증의 핵심

보충의견의 논증 중 핵심적인 부분은 침해의 최소성의 정의를 명확히 한 부분이다. 심판대상조항을 침해의 최소성 위반으로 만들 수 있는 입법대안은 심판대상조항과 똑같이 효율적으로 입법 목적을 달성하는 것이어야 한

다. 단순히 심판대상조항보다 기본권 제한의 정도가 적은 것만으로는 심판대상조항을 침해의 최소성 위반에 이르게 할 수 없다. 따라서 침해의 최소성 위반 여부는 두 차례의 비교를 통해 이루어진다. 첫째는 심판대상조항과 입법대안이 같은 조건에서 달성하는 입법목적의 정도가 동일한지이다. 이때 같은 조건이라 함은 입법 목적을 달성하기 위해 희생해야 하는 요소들(법률의 집행 비용을 포함한다)이 동일함을 의미한다. 둘째는 심판대상조항과 입법대안의 기본권 제한 정도를 비교한다. 이 두 번의 비교가 침해의 최소성에서 이루어지는 비교의 전부이다. 여기에서는 기본권 제한의 구체적인 정도와 달성되는 입법목적의 중요성 사이의 비교가 전혀 이루어지지 않는다는 점에 유의해야 한다. 양자 사이의 비교는 법익의 균형성의 내용이다.

### 라. 이 사건 이후의 변화

이 사건 이후 재판소의 결정 중에는 침해의 최소성 원칙을 실시함에 있어 ‘심판대상조항과 동등한 정도로 입법 목적을 달성하는 입법대안이 있는지’라는 분명히 검토하거나,<sup>19)</sup> 법익의 균형성 부분에서 구체적인 형량을 하는 경우가 종전보다 늘어나고 있다.<sup>20)</sup>

19) 예컨대, 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29; 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바100; 헌재 2018. 4. 26. 2016헌마116 중 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원의 반대의견; 헌재 2018. 5. 31. 2016헌바14등; 헌재 2018. 5. 31. 2016헌바250; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌가15; 헌재 2018. 6. 28. 2015헌마545; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바347등; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바77등 중 법정의견; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌마1153; 헌재 2018. 7. 26. 2017헌마1238; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마431; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마1029; 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바158 등 참조.

20) 예컨대, 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바401; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌마473; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바77등 중 재판관 조용호의 반대의견; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마260 중 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호, 재판관 유남석의 압류금지조항에 대한 위헌의견 등 참조. 그 중 특히 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마260 중 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호, 재판관 유남석의 압류금지조항에 대한 위헌의견은 침해의 최소성과 법익의 균형성을 엄격히 구별하고, 법익의 균형성 부분에서 본격적인 형량을 하고 있다.

## 마. 과잉금지원칙 논증구조 관련 최신 연구 성과

### (1) 헌법재판소 비교헌법연구회 세미나

2018. 6. 19. 헌법재판소에서 개최된 비교헌법연구회 세미나는 “비교법적 관점에서 본 비례성 심사 - 법익균형성 심사의 실재를 중심으로 -”를 주제로 열렸다. 이 세미나에는 독일의 Dieter Grimm, 프랑스의 Xavier Philippe, 호주의 Cheryl Saunders, 브라질의 Marcelo Figueiredo, 일본의 Koji Tonami 교수가 발표하였다.<sup>21)</sup> 그 중 이 글의 주제인 과잉금지원칙의 논증구조에 관해서는 독일과 호주의 사례가 눈길을 끈다.

먼저 독일의 디터그림 교수의 발표 및 질의·응답 요지는 다음과 같다.<sup>22)</sup>

「이 네 가지 심사는 순서대로 이루어진다. 만약 어떠한 법률이 어느 한 단계 심사를 통과하지 못하면, 나머지 단계들은 심사하지 않는다. 독일의 경우, 제1 단계나 제2단계를 통과하지 못하는 법률은 드물다. 독일연방헌법재판소가 심판 대상조항 만큼 입법목적에 달성하면서(reach the purpose equally well) 기본권은 덜 제한하는 입법대안을 확정한다(ascertain) 경우에 당해 법률은 3단계를 통과하지 못한다. 1단계나 2단계를 통과하지 못하는 경우보다는 3단계를 통과하지 못하는 경우가 더 자주 발생한다. 비례원칙을 위반한 법률들의 대다수는 4단계를 통과하지 못하기 때문이다.

2단계와 3단계는 수단-목적 관계에 관한 것이다. 이는 2단계와 3단계는 기본권을 제한하는 법률을 오직 법률의 수준에서만 살펴본다는 의미이다. 2단계와 3단계는 법률 자체의 목적과 수단일 뿐이다. 헌법은 2단계와 3단계에서 아무런 역할을 하지 않는다. 헌법은 (1단계에서 등장한 다음 2, 3단계에서 사라졌다가)<sup>23)</sup> 4단계에 이르러 다시 등장한다. 수단의 적합성이나 침해의 최소성 심사 단계에서는 기본권이 아무런 역할을 하지 않으므로, 비례원칙 심사를 하는 목적을 제대로 달성하려면, 법익의 균형성 심사로 나아가는 것이 필수불가결하다.

21) 이 세미나는 위 참석자들에게 사전에 7개 문항으로 된 질문지를 발송하고, 그에 대한 답변을 미리 서면으로 받아 참석자들에게 배포하는 형식으로 진행되었다. 그 질문 및 답변 내용(한국어 번역 포함) 및 현장에서의 질의, 응답, 사후 이메일로 이루어진 질의, 응답 내용은 헌법재판소 비교헌법연구회, 비교헌법연구회 세미나 발표자료집 2018. 6. 19., 헌법재판소(2018)에 수록되어 있다.

22) 위 자료집(각주 21), 제21-26쪽, 제145-148쪽 참조.

23) 괄호 안은 의미전달을 명확히 하기 위해 옮긴이가 추가한 부분이다.

법익의 균형성 심사는 평가를 전제로 한다. 심판대상조항이 해결하고자 하는 위험이 얼마나 큰지를 평가해야 하고, 심판대상조항이 기본권에 미치는 손실이 얼마나 큰지, 심판대상조항에 의해 보호되는 공익의 정도가 얼마나 큰지 등등을 평가해야 한다. 재판관들은 기본권의 제한 정도나 감수해야 하는 위험의 정도에 관해 서로 다른 평가를 내릴 수 있다. 그러나 12년 동안 독일연방헌법재판소에서 비례원칙을 적용해 본 개인적인 경험에 따르면, 저울의 양쪽이 가능한 한 정확한 요소로 채워진다면, 만장일치 의견에 이르는 것은 대개의 경우 쉬운 일이었다.»

다음으로 호주의 쉐릴 손더스 교수의 발표 요지는 다음과 같다.<sup>24)</sup>

「호주 헌법에는 한국 헌법 제37조 제2항과 같은 일반적 법률유보조항이 없다. 이는 호주 헌법이 독특하게도 권리장전에 관한 규정을 두지 않은 탓이 크다. 이와 같이 호주 헌법에는 인권 보장에 관한 명시적인 체계가 없음에도 불구하고, 비례원칙은 호주 헌법에서도 명백히 작동한다. 1980년대 이후로 호주 대법원은 ‘비례성’이라는 용어를 사용하였다. 이때 비례성이란, 법률이 이루려고 하는 목적과 법률이 채택한 수단 사이의 관계를 평가하는 의미이다.

호주대법원은 자신들의 유효성 심사 기준을 ‘합리적으로 유효적절한지(reasonably appropriate and adapted)’라는 말로 표현해 온 경향이 있었다. 최근까지도 호주연방대법원은 다른 나라에서 사용되고 있는 것과 같은 단계적 구조를 가진 비례원칙을 사용하는 대신에 위와 같은 심사기준을 사용하였다. 호주 대법원의 전통적인 심사척도와 다른 나라에서 사용되는 비례원칙은 실질적으로 심사되는 내용이 서로 유사하였고, 호주 대법원의 다수의견은 reasonably appropriate and adapted와 비례원칙이라는 표현을 구별할 필요가 없다는 입장이었다.

그러나 2015년에, 호주대법원의 다수의견은 정치적 의사교환의 자유(freedom of political communication)라는 목시적인 헌법적 권리에 관하여 ‘appropriate and adapted’ 심사에 대해 비판적인 입장을 밝히고 더욱 단계적인 비례원칙 심사를 도입했다. McCloy v New South Wales (2015) 257 CLR 178 사건에서 호주대법원은 정치기부금에 대한 제한이 정치적 의사교환의 자유라는 목시적인 자유에 수인할 수 없는 부담을 주는(impermissibly burdended) 것인지 여부를 판단해야만 했다. 7명의 대법관 중 4명은 어떠한 법률이 입법목적 달성을 위해

24) 위 자료집(각주 21), 제73-79쪽.

해 reasonably appropriate and adapted인지를 판단하는 것은 '비례원칙 심사'를 포함한다고 실시했다. 다수의견은 계속하여, 이러한 비례원칙 심사는 목시적 자유에 대한 제한이 정당화 될 수 있는지 여부를 판단하는 데에 유용한 수단이고, 다음과 같은 세 단계로 이루어진다고 실시하였다.

- ( i ) 적합성(suitability): 입법목적과 법률조항 사이에 합리적인 연관성이(rational connection) 있는가?
- ( ii ) 필요성(necessity): 심판대상조항과 동등하게 효과적이고 심판대상조항보다 자유를 더 적게 제한하는 분명하고도 실현가능한(obvious and compelling)<sup>25)</sup> 다른 수단이 있는가?
- ( iii ) 적절한 균형성(adequate in its balance): 법률을 통해 얻는 이득(benefit)과 자유에 가해지는 제한(restriction) 사이에 적절한 균형이 있는가?

McCloy 사건에서 다른 세 명의 대법관은 이와 같은 구체적인 단계의 비례원칙 심사를 지지하지 않았다. 특히 Gageler 대법관은 '규격화된 비례원칙 심사틀(template of standardised proportionality analysis)'은 호주의 헌법체계에는 도움이 안 된다고 보았다. 다수의견과 별개의견이 이와 같이 심사기준에 관해서는 견해를 달리했으나, 심사대상인 선거법의 위헌여부에 관해서는 모두 합헌의견이었다.

그 후로도 대법원은 비례원칙 심사가 헌법재판에 있어 유용한 틀인지 여부에 대해 의견이 나뉘었다. 2016년의 Murphy v Electoral Commissioner(2016) 90 ALJR 1027 사건에서 7명의 대법관 중 6명은 영연방 선거법의 위헌 여부 심사에 있어 단계적으로 구조화된 비례원칙심사를 적용하지 않았다. 2017년에는 Brown v Tasmania(2017) 91 ALJR 1089 사건에서 다수의견은 McCloy 사건에서 채택한 단계적인 비례원칙 심사가 목시적 자유에 대한 심사에서 여전히 유용한 도구로 남아있다는 점을 분명히 하였다.

---

25) 옮긴이 주; 이 때 compelling은 설득력이 있다는 통상적인 의미보다는 실현가능성을 의미하는 것으로 새기는 것이 더 적절하다. 입법대안이 심판대상조항 만큼 효과적면서도 자유를 덜 제한함이 '분명해야 하고 실현가능해야 한다'는 것은 침해의 최소성의 심사강도를 완화한다는 것과 동의어이다. 이와 같이 심사강도 완화를 침해의 최소성 원칙의 내용에 처음부터 집어넣음으로써, 침해의 최소성은 언제나 완화된 강도로 사용된다. 따라서 호주의 침해의 최소성은 우리나라 선례의 주류적인 침해의 최소성과 달리 통과하기 쉬운 심사척도가 될 것으로 예상된다. 이러한 호주의 심사기준은 권력분립구조상 사법부의 지위와 역할에 비추어 볼 때 그 합리성을 인정할 수 있다.

최근의 이 세 가지 판결을 종합해 보면, 결론적으로 적합성, 필요성, 적절한 균형성으로 이루어지는 구조화된 삼단계 비례원칙 심사는 목리적 자유인 정치적 의사교환의 자유에 관해서는 법원의 다수의견에 의해 지지되었다. 이러한 경향이 다른 영역에까지 확대될지는 아직 결정되지 않은 상태이다. 비례심사의 유용성에 관해서는 대법원에서 심각한 의견 대립이 있지만, 그러한 의견 대립이 언제나 심사의 결과에까지 영향을 미치는 것은 아니었다.

호주 대법원은 ‘필요성’과 ‘적절한 균형성’을 구별한다. 아직 단계적 비례심사가 충분히 발달하지 않았기 때문에 양자 사이의 관계를 구별할 수 있는 명확한 표지를 찾기는 어렵다. McCloy 사건에서 다수의견은 필요성과 균형성 심사가 모두 통과되었다고 보았다. Brown 사건에서는 필요성이 충족된다고 해서 늘 균형성이 충족되지는 않을 것이라는 암시는 있다. 세 명의 대법관은 적합성과 필요성 원칙에 위반된다고 보고 균형성 심사에는 나갈 필요가 없다고 보았기 때문이다.」

## (2) 헌법재판연구원 강일신 책임연구관의 연구성과

2018. 8.에는 헌법재판소 헌법재판연구원 강일의 책임연구관의 상반기 연구보고서인 “과잉금지원칙에서의 법익형량 -헌법이론적·비교헌법적 연구-”가 발간되었다.<sup>26)</sup> 이 연구는 법익형량의 본질에 관한 (헌)법이론적 연구, 캐나다 연방대법원과 독일 연방헌법재판소의 법익형량의 실제, 우리 헌법 실무에 대한 비판적 고찰을 주된 내용으로 한다. 이 연구는, 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용 실무가 침해의 최소성 중심으로 이루어진 데에는 몇 가지 현실적인 이유가 있으나, 법익의 균형성 심사를 충실히 하는 것은 사법 본질상 요청되는 것이므로, 향후 헌법실무에서 적절한 법익 균형성 논증방식을 고민할 필요가 있다고 결론짓는다.<sup>27)</sup>

## (3) 유럽연합법원과 유럽인권재판소의 비례원칙 논증구조

유럽인권재판소는 독일식의 구조화된 비례원칙을 사용하지 않은 채 인권 제한 조치가 유럽인권헌장상의 “민주사회에서 필요한 정도(necessary

26) 강일신, 과잉금지원칙에서의 법익형량 -헌법이론적·비교헌법적 연구-, 헌법재판소 헌법재판연구원(2018)

27) 강일신, 위의 책(각주 26), 73, 74쪽.

in a democratic society)”인지를 형량하는 방식으로 비례원칙을 사용해 왔다. 이러한 유럽인권재판소의 비례원칙 논증 구조에 관해서는 투명성이나 논리적 일관성이 부족하다는 지적이 있어 왔다.<sup>28)</sup> 그러다가 최근 명시적으로 침해의 최소성 원칙을 도입하는 판례를 내기 시작하였다. 이러한 현저한 변화는 “침해의 최소성 혁명(LRM revolution)”으로 불리기도 한다.<sup>29)</sup> 다만, 유럽인권재판소는 독일식의 순차적 3단계 심사(적합성→필요성→상당성)를<sup>30)</sup> 하는 것이 아니라, 침해의 최소성을 비례원칙 위반 여부를 판단하는 한 가지의 요소로 간혹 검토할 뿐이다.<sup>31)</sup>

반면, 초국가적 법원이라는 점에서 유럽인권재판소와 지위가 유사한 유럽법원(European Court of Justice)의 경우는 독일연방헌법재판소나 캐나다연방대법원처럼 단계화된 비례원칙 심사를 한다.<sup>32)</sup> 또한 독일연방헌법재판소도 1970년대 이후에 비로소 법익의 균형성 심사에 초점을 맞추어 위헌결정을 하는 사례가 늘었고,<sup>33)</sup> 캐나다연방대법원은 종래 침해의 최소성 중심의 비례원칙 심사를 해오다가 2009년 이후에 심사의 중심이 법익의 균형성으로 옮겨오고 있으며, 남아공헌법재판소는 침해의 최소성 부분에 심사의

28) Janneke Gerards, “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 2(2013), pp 467, 468.

29) 이 단락의 내용은 모두 Eva Brems, Laurens Lavrysen, “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Volume 15, Issue 1(2015), p140(확인필요)에서 인용한 것이다.

30) Eva Brems, Laurens Lavrysen는 위의 논문(각주 29)에서 Christoffersen의 분류에 따라, 이와 같은 비례원칙 심사를 수직적 비례원칙심사(vertical proportionality test)라고 부르고, 여러 가지 하위 기준을 병렬적으로 검토하는 유럽인권재판소의 심사방식을 수평적 비례원칙 심사(horizontal proportionality test)라고 부른다 [Eva Brems, Laurens Lavrysen 위의 논문(각주 29), p141]. 이러한 분류는 독일식 심사는 마치 물이 흘러내리거나 자동판매기에서 동전을 분류하듯이 순차적으로 이루어지고 한 단계를 통과하지 않으면 다음 단계로 넘어가지 않는 특징을 드러내므로 적절하다고 생각한다.

31) Eva Brems, Laurens Lavrysen, 위의 논문(각주 29), p166.

32) Janneke Gerards, 위의 논문(각주 28), p469

33) Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism - Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge University Press(2017), pp-86-92.

초점이 맞춰진다.<sup>34)</sup> 이러한 차이는 판결의 효력의 차이, 법원에 대한 사회적 신뢰의 정도 차이,<sup>35)</sup> 법원의 적극성 차이에서 비롯되는 것으로 보인다.<sup>36)</sup>

## 바. 결론

과잉금지원칙을 하위원칙으로 나눌지 말지는 선택의 문제이다. 결국 과잉금지원칙이란 기본권의 제한이 심한지 아닌지를 따지는 것이므로, 하위원칙을 어떻게 구성하든 그 핵심은 국민에게 문제가 되는 기본권 제한 상황을 참으라고 말하는 것이 정당한지 여부에 있기 때문이다. 이 판단만 제대로 한다면, 하위원칙으로 나누어 구조화된 판단을 하든 아니든 결론에 있어서는 차이가 없다.

그렇다면, 왜 일부 국가에서는 하위원칙으로 나누어 구조화된 심사를 하는 것일까? 가장 큰 이유는 판단의 효율성이다. 헌법상 용인될 수 없는 목적을 달성하기 위한 법률, 의도하고자 하는 합헌적인 목적을 달성하지 못하는 법률, 입법목적을 똑같이 효율적으로 달성하면서도 기본권 침해는 더 적게 할 수 있는 방법이 있음에도 불구하고 그 방법을 취하지 않은 법률을 가려내는 것은 기본권 제한 상황의 수인가능성을 판단하는 것보다 쉽다. 법익의 균형성 이전 단계의 쉬운 심사만으로 위헌의 결론에 이를 수 있다면, 구체적인 기본권 제한 상황의 수인가능성이라는 까다로운 판단을 할 필요가 없다.

두 번째 이유는 결정의 설득력을 확보하고, 정확한 결론 도출을 담보하기 위해서이다.<sup>37)</sup> 입법자의 수준이 높아질수록, 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성을 못 만족시키는 법률을 제정하는 일은 드물어진다.

34) 위 세 법원의 비례원칙 심사경향에 대한 종합적인 비교는, Niels Petersen, 위의 책(각주 33), pp113-115.

35) Niels Petersen, 위의 책(각주 33), pp114.

36) 유럽법원의 사법적극주의적 성향에 관해서는, 拙稿, 유럽공동체 지침(EC directive)의 규범력에 관한 연구 -유럽법원(European Court of Justice)에 의한 규범력 보장을 중심으로-, 서울대학교 석사학위논문(2006), 제120-122쪽 참조.

37) 같은 맥락에서 결정의 설득력 확보를 위해 유럽인권재판소도 단계화된 비례원칙 심사를 해야한다는 주장으로, Janneke Gerards, 위의 논문(각주 28), pp488-490.

대부분의 경우, 법률의 위헌성은 결국 심판대상조항으로 인한 기본권 제한의 정도가 심판대상조항을 없애거나 완화할 경우 발생할 손실의 정도에 비추어 볼 때 참으라고 말할 수 있는지 아닌지의 판단으로 귀결된다. 이것이 바로 법익의 균형성 판단이고, 기본권 제한이 과하지 않은지 여부의 핵심적인 내용이다. 이 판단을 법익의 균형성이 아닌 침해의 최소성에서 할 수도 있다. 그러나 그렇게 할 경우 형량의 대상이 무엇인지 분명히 드러나지 않는 문제가 있다.<sup>38)</sup> 법익의 균형성을 판단하려면, 한 쪽 저울에는 기본권이 제한되는 정도를, 다른 한 쪽 저울에는 기본권 제한을 없앨 경우 발생할 수 있는 손실의 정도(=심판대상조항이 달성하려는 목적의 정도)를 올려야 한다. 그러나 침해의 최소성 부분에서 이러한 판단을 할 경우에는 입법대안의 단점과 심판대상조항의 장점을 부각시키는 형태로 판단내용이 흐르기 쉽다. 이렇게 될 경우 기본권 제한의 정도가 수인가능한 것인지 본격적인 형량을 하지 않은 채, 심판대상조항의 장점에 비추어 보면 심판대상조항이 최소 침해적 대안이므로 합헌이라고 선언하는 데에 그칠 우려가 있다. 반대로 심판대상조항과 동일하게 효율적으로 입법목적을 달성할 수 없는 대안을 최소 침해적 대안이라고 성급히 결론 짓고 심판대상조항을 위헌으로 선언할 위험도 있다.

이와 같은 점을 종합해 보면, 침해의 최소성과 법익의 균형성을 엄격히 구별하고, 법익의 균형성 단계에서 제한되는 기본권의 정도가 과연 수인가능한 것인지를 형량하는 것이 바람직하다. 굳이 침해의 최소성 부분에서 모든 판단을 하고, 법익의 균형성 부분에서는 사실상 아무런 판단도 하지 않는 형태의 심사구조를 유지할 실익은 찾기 어렵다.

38) 예컨대, 인지제도의 위헌 여부에 관한 선례인 헌재 2015. 6. 25. 2014헌바61 결정의 범정의견은 (1) 소송구조제도가 있는 점, (2) 인지대를 선납하더라도 승소하면 패소한 당사자로부터 회수할 수 있는 점, (3) 인지액의 상환을 규정하기가 현실적으로 어려운 점, (4) 인지액의 상환을 정하면 남소방지라는 인지제도의 취지에 어긋날 수 있는 점, (5) 현행법은 소송목적의 값이 고액일수록 그에 상응하는 인지의 비율이 줄어들도록 되어 있는 점을 나열한 다음, 이를 종합하면, 재판청구권 침해가 아니라는 결론에 이른다.

#### 4. 이 사건 결정의 의의

##### 가. 인지제도의 재검토 촉구

이 사건은 인지제도의 위헌성에 관해서는, 인지상한제를 이유로 현행 법률이 위헌이라는 반대의견을 취한 재판관이 종전의 2인에서 3인으로 늘었다는 점에 의의가 있다. 이 결정 이후 인지상한제를 주요 내용으로 하는 진영의원의 개정법률안과 행정소송과 국가배상소송의 인지를 폐지하는 박주민의원의 개정법률안이 발의되었다.

##### 나. 과잉금지원칙의 논증구조 재검토

이 사건은 과잉금지원칙의 논증구조, 특히 침해의 최소성의 의미가 무엇이고, 법익의 균형성과 어떻게 구별되는지에 관한 논의를 촉발시킨 의의가 있다. 이는 우리나라만의 문제가 아니라, 캐나다, 유럽인권재판소, 호주 등 세계 각국의 최고법원들이 현재진행형으로 함께 고민하는 문제이다. 침해의 최소성과 법익의 균형성 자체에 대한 깊이 있는 연구와 그에 관한 비교법적 연구의 필요성을 환기시킨 데에 이 사건의 두 번째 의의가 있다.

## 청원경찰법 제5조 제4항 등 위헌확인 사건

- 청원경찰의 노동운동을 금지하는 조항이 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰인 청구인들의 근로3권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653, 판례집 29-2상, 485)

이 종 훈\*

### 【판시사항】

1. 청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용함으로써 노동운동을 금지하는 청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것) 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 부분을 준용하는 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰인 청구인들의 근로3권을 침해하는지 여부(적극)

2. 헌법불합치결정을 하되 계속 적용을 명한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 청원경찰법(2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 것) 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 부분<sup>1)</sup>을 준

---

\* 헌법연구관

- 1) 대법원은 국가공무원법상의 ‘노동운동’은 근로3권, 즉 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 의미한다고 해석한다(대법원 1992. 2. 14. 선고 90도2310 판결). “일반적으로 ‘노동운동’이라는 개념은 포괄적이고 애매한 사회통념적 용어로서 그에 의하여 금지되는 행위의 한계가 불분명하여질 위험성이 있으므로 헌법과 국가공무원법과의 관계 및 우리 헌법이 근로3권을 집회, 결사의 자유와 구분하여 보장하면서도 근로3권에 한하여 공무원에 대한 헌법적 제한규정을 두고 있는 점에 비추어 국가공무원법상의 ‘노동운동’은 헌법 및 노동법적 개념으로서의 근로3권, 즉 단결권,

용하는 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인들은 한국수력원자력 주식회사의 청원경찰로 임용되어, 월성원자력본부, 고리원자력본부, 한울원자력본부, 한빛원자력본부에서 청원경찰로 근무하고 있는 사람들이다. [별지 1] 기재 청구인들은 2014. 6. 30. 청원경찰로 임용되었고, [별지 2] 기재 청구인들은 2013. 9. 2. 이전에 청원경찰로 임용되었다.

나. 청구인들은 청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용함으로써 노동운동을 금지하는 청원경찰법 제5조 제4항 및 위 조항에 따라 준용되는 국가공무원법 제66조 제1항을 위반한 사람에 대하여 처벌하도록 규정한 청원경찰법 제11조가 청구인들의 근로3권과 평등권을 침해한다고 주장하며, 2015. 6. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인들의 주장

일반기업에서 근무하는 청원경찰은 원칙적으로 사용자인 청원주와의 고용계약에 의한 근로자로서, 대부분의 근로조건이 취업규칙에 따라 정해진다. 청원경찰은 청원주가 청원경찰의 배치를 폐지하거나 인원을 감축할 경우 당연 퇴직하게 되는 등 공무원과 같은 신분보장을 받지 못하며, 공무원이 일반적으로 누리는 혜택을 동등하게 누리지도 못한다. 청원경찰의 업무가 강한 공공성을 가지고 있다고 하더라도 심판대상조항이 일반기업에 근무하는 청원경찰의 근로3권을 전부 행사할 수 없도록 하는 것은 과잉금지 원칙을 위반하여 근로3권을 침해하는 것이다.

## 【결정요지】

1. 청원경찰은 일반근로자일 뿐 공무원이 아니므로 원칙적으로 헌법 제 33조 제1항에 따라 근로3권이 보장되어야 한다. 청원경찰은 제한된 구역의 경비를 목적으로 필요한 범위에서 경찰관의 직무를 수행할 뿐이며, 그 신분보장은 공무원에 비해 취약하다. 또한 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 근로조건에 관하여 공무원뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 비해서도 낮은 수준의 법적 보장을 받고 있으므로, 이들에 대해서는 근로3권이 허용되어야 할 필요성이 크다.

청원경찰에 대하여 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 시설의 안전 유지에 지장이 된다고 단정할 수 없다. 헌법은 주요방위산업체 근로자들의 경우에도 단체행동권만을 제한하고 있고, 경비업법은 무기를 휴대하고 국가중요시설의 경비 업무를 수행하는 특수경비원의 경우에도 쟁의행위를 금지할 뿐이다.

청원경찰은 특정 경비구역에서 근무하며 그 구역의 경비에 필요한 한정된 권한만을 행사하므로, 청원경찰의 업무가 가지는 공공성이나 사회적 과급력은 군인이나 경찰의 그것과는 비교하여 건지기 어렵다. 그럼에도 심판대상조항은 군인이나 경찰과 마찬가지로 모든 청원경찰의 근로3권을 획일적으로 제한하고 있다.

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항이 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 근로3권을 침해하는 것이다.

2. 심판대상조항의 위헌성은 모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한하는 점에 있으며, 입법자는 청원경찰의 구체적 직무내용, 근무장소의 성격, 근로조건이나 신분보장 등을 고려하여 심판대상조항의 위헌성을 제거할 재량을 가진다. 만약 심판대상조항에 대해 단순위헌결정을 하여 즉시 효력을 상실시킨다면, 근로3권의 제한이 필요한 청원경찰까지 근로3권 모두를 행사하게 되는 혼란이 발생할 우려가 있다. 그러므로 심판대

상조항에 대하여 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자는 늦어도 2018. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

본안 판단에 앞서, [별지 2] 기재 청구인들의 심판청구가 적법한지를 살펴본다.

본안 판단에 있어서는, 심판대상조항은 청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용함으로써 청원경찰의 노동운동을 금지하고 있다. 그렇다면 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 근로3권을 침해하는지가 쟁점이 된다.

이하에서는, 우선 적법요건으로서 청구기간을 검토한다. 다음으로는 청원경찰제도의 연혁, 그 내용, 타 제도와와의 비교, 근로3권의 의미와 제한을 살펴본다. 나아가 이를 전제로 본안을 검토하고, 헌법불합치결정을 한 이유를 분석한다.

### 2. 적법요건에 대한 판단

법령에 대한 헌법소원은 법령시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다(헌재 2007. 7. 26. 2006헌마1164).

헌법재판소는 [별지 2] 기재 청구인들은 모두 이 사건 심판청구일인 2015. 6. 19.로부터 1년 이전에 청원경찰로 임용되었으므로, 이들의 심판청구는 각각의 기본권침해사유가 발생한 날로부터 1년이 경과한 후에 제기된 것으로 청구기간을 초과하여 부적법하다고 판단하였다.

### 3. 청원경찰제도, 근로3권의 의미와 제한

#### 가. 청원경찰제도 개관

##### (1) 연혁

(가) 1962. 4. 3. 법률 제1049호로 제정된 청원경찰법은 국가기관 등의 중요시설 경영자가 소요경비를 부담할 것을 조건으로 경찰관의 배치를 신청하는 경우에 이에 응하여 청원경찰관을 배치하는 제도를 신설함으로써 경찰인력의 부족을 보완하고 건물 등의 경비 및 공안업무에 만전을 기하려는 취지에서 청원경찰제도를 두었다.<sup>2)</sup> 이 시기 우리나라는 산업화를 도모함에 따라 산업시설, 철도, 항만, 금융기관, 병원 등의 경비인력 수요가 많이 증가하였다. 그럼에도 당시의 경찰인력으로 이 수요를 충족시키기는 어려웠다. 그리하여 국가는 경찰과 민간경비업자 사이에 위치한 과도기적 형태로서 청원경찰제도를 신설한 것이다.<sup>3)</sup> 당시 정부는 2차 세계 대전 이전 일본에서 운용한 바 있는 ‘청원순사제도’를 참고한 것으로 알려졌다.<sup>4)</sup>

1962. 4. 23. 각령 제674호로 제정된 청원경찰법 시행령 제8조는 청원경찰관을 4급 및 5급의 국가공무원으로 하였으나, 동 조항은 1967. 4. 12. 대통령령 제3002호로 개정되어 청원경찰관의 신분을 배치된 시설 또는 기관의 경비구역내에서 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 행하는 자로 하였고, 현재까지 청원경찰의 신분은 공무원이 아닌 사용자와의 고용계약에 의한 근로자이다(청원경찰법 시행령 제18조 참조).<sup>5)</sup>

(나) 1973. 12. 31. 법률 제2666호로 전부개정된 청원경찰법은 청원경찰의 복무에 관하여는 경찰공무원에 관한 규정을 준용한다는 규정을 신설하였고(제5조 제4항), 청원자가 청원경찰경비를 부담하며(제6조 제1항), 청원경찰에게 지급할 봉급 및 제수당의 최저부담기준액과 청원자가 부담하는

2) 법제처 국가법령정보센터 개정이유 참조.

3) 윤성진·김경제, 청원경찰법 제11조의 위헌성, 유럽헌법연구 제18호, 2015. 8, 455-456쪽.

4) 이성용·김영식·김학경, 청원경찰 채용 교육 개선방안 연구(경찰청 제출 최종보고서), 계명대학교 산학협력단, 2016. 9, 4쪽.

5) 청원경찰법 시행령 제18조(청원경찰의 신분) 청원경찰은 「형법」이나 그 밖의 법령에 따른 벌칙을 적용하는 경우와 법 및 이 영에서 특별히 규정한 경우를 제외하고는 공무원으로 보지 아니한다.

청원경찰의 피복비 및 교육비의 부담기준액은 내무부장관이 정하여 고시한다고 규정하였고(동조 제2항), 청원경찰업무에 종사하는 자는 형법 기타 법령에 의한 벌칙의 적용에 있어서는 공무원으로 본다(제10조 제2항)를 두었다.

(다) 1980. 1. 4. 법률 제3228호로 개정된 청원경찰법은, 청원주는 청원경찰이 퇴직한 때에는 퇴직금을 지급하여야 하며, 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 퇴직금에 관하여는 따로 대통령령으로 정한다는 규정을 신설하였고(제7조의2), 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰을 제외한 청원경찰의 직무상 불법행위에 대한 배상책임에 관하여는 민법의 규정에 의한다는 규정을 두었다(제10조의2).

(라) 1991. 5. 31. 법률 제4369호로 개정된 청원경찰법은 청원주가 청원경찰에게 지급할 봉급 및 제수당의 최저부담기준액과 청원경찰의 피복비 및 교육비의 부담기준액을 경찰청장이 정하여 고시하도록 하였다(제6조 제2항).

(마) 2001. 4. 7. 법률 제6466호로 개정된 청원경찰법은 종래 청원경찰의 복무에 관하여 경찰공무원에 관한 규정을 포괄적으로 준용하던 제5조 제4항을 개정하여, 청원경찰의 복무에 관하여는 국가공무원법 제57조·제58조 제1항·제60조·제66조 제1항 및 경찰공무원법 제18조의 규정을 준용한다고 규정하였고<sup>6)</sup>, 청원경찰로서 국가공무원법 제66조 제1항의 규정에 위반한 자를 처벌하는 제11조를 신설하였다.

청원경찰의 신분보장과 관련하여, 청원경찰은 형의 선고·징계처분 또는 신체·정신상의 이상으로 직무를 감당하지 못할 때를 제외하고는 그 의사에 반하여 면직되지 아니한다는 규정을 신설하였다(제10조의4 제1항). 반면 청원주는 청원경찰이 배치된 시설이 폐쇄 또는 축소되어 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축할 필요가 있다고 인정될 때에는 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축할 수 있다는 규정과(제10조의5 제1항), 청원경찰의 배치가 폐지되었을 때 청원경찰은 당연퇴직된다는 규정을 신설하였다(제10조의6 제2호).

6) 청원경찰의 과도한 복무규정을 완화하기 위하여 국가공무원법상의 복종의무, 직장 이탈금지 의무, 비밀엄수 의무, 집단행위금지 의무 및 경찰공무원법상의 허위보고 금지 의무 규정만을 준용하도록 한 것이다. 법제처 국가법령정보센터 개정이유 참조.

(바) 2005. 8. 4. 법률 제7662호로 개정된 청원경찰법은 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 휴직 및 명예퇴직에 관하여는 국가공무원법 제71조 내지 제73조, 제74조의2의 규정<sup>7)</sup>을 준용한다는 규정을 신설하였다(제10조의7).

(사) 2010. 2. 4. 법률 제10013호로 개정된 청원경찰법은 공무원 신분이 아님에도 직무의 특수성으로 인하여 복무상 공무원에 준하는 여러 가지의무를 부담하고 있는 청원경찰에 대한 처우개선을 위해,<sup>8)</sup> 종래 대통령령에 규정되어 있었던 청원경찰의 징계에 관한 조항을 법률로 규정하고(제5조의2), 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 보수는 같은 재직기간에 해당하는 경찰공무원의 보수를 감안하여 대통령령으로 정하도록 하였다(제6조 제2항). 국가기관 또는 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰의 봉급·수당의 최저부담기준액은 여전히 경찰청장이 정하여 고시하도록 하였다(제6조 제3항).

(아) 2014. 12. 30. 법률 제12921호로 개정된 청원경찰법은, 국가 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 보수를 상향조정하여 근무여건을 개선하기 위해,<sup>9)</sup> 국가기관 및 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 보수단계별 재직기간을 단축하고 보수단계를 한 단계 더 신설하여 보수를 상향조정하였다(제6조 제2항). 청원경찰의 고용 불안을 해소하기 위해,<sup>10)</sup> 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축하는 경우 해당 청원주는 청원경찰의 고용이 보장될 수 있도록 노력하여야 한다는 규정을 신설하였다(제10조의5 제3항).

## (2) 주요내용

### (가) 청원경찰의 배치대상 및 직무범위

청원경찰의 배치대상 시설은 ① 국가기관 또는 공공단체와 그 관리 아래

7) 공무원의 휴직 사유, 휴직 기간, 휴직의 효력, 명예퇴직과 명예퇴직 수당에 관한 조항이다.

8) 법제처 국가법령정보센터 개정이유 참조.

9) 법제처 국가법령정보센터 개정이유 참조.

10) 법제처 국가법령정보센터 개정이유 참조.

에 있는 중요 시설 또는 사업장, ② 국내 주재 외국기관, ③ 그 밖에 행정자치부령으로 정하는 중요 시설, 사업장 또는 장소이다(청원경찰법 제2조). 청원경찰법 시행규칙제2조는 그 밖의 중요 시설, 사업장 또는 장소로서 ㉠ 선박, 항공기 등 수송시설, ㉡ 금융 또는 보험을 업(業)으로 하는 시설 또는 사업장, ㉢ 언론, 통신, 방송 또는 인쇄를 업으로 하는 시설 또는 사업장, ㉣ 학교 등 육영시설, ㉤ 의료기관, ㉥ 그 밖에 공공의 안녕질서 유지와 국민경제를 위하여 고도의 경비(警備)가 필요한 중요 시설, 사업체 또는 장소를 열거하고 있다.

청원경찰은 청원경찰의 배치결정을 받은 자(이하 ‘청원주’라 한다)와 배치된 기관·시설 또는 사업장 등의 구역을 관할하는 경찰서장의 감독을 받아 그 경비구역 안에 한하여 경비목적에 위하여 필요한 범위 안에서 경찰관 직무집행법에 의한 경찰관의 직무를 행하며(청원경찰법 제3조), 경찰관 직무집행법 제2조에 정한 직무규정에 따라 주로 국민의 생명·신체 및 재산의 보호, 범죄의 예방 및 진압, 시설경비 및 주요인사 경호 등을 행한다. 청원경찰이 직무를 수행할 때에는 경비 목적에 위하여 필요한 최소한의 범위에서 하여야 하고, 특히 직무 외의 수사활동 등 사법경찰관리의 직무를 수행해서는 아니 된다(청원경찰법 시행규칙 제21조).

#### (나) 임용 및 신분

청원경찰은 사용자인 청원주와의 고용계약에 의한 근로자로서 공무원 신분이 아니다(청원경찰법 제5조 제1항, 동법 시행령 제6조, 제7조, 제18조).<sup>11)</sup> 다만 위에서 보는 바와 같이 일정한 범위 안에서 경찰관의 직무를 수행하는 등 그 업무수행에 공공성을 가지기 때문에, 관할 지방경찰청장의 사전승인을 받아 청원주가 임명하고(청원경찰법 제4조, 제5조, 동법 시행령 제2조, 제4조),<sup>12)</sup> 임용에 있어서 국가공무원법상의 임용결격자는 청원경찰

11) 헌법재판소의 일관된 입장이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50, 65; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바160, 판례집 22-1상, 256, 266).

12) 구체적인 절차는 다음과 같다. 청원주의 배치신청(청원경찰법 제4조 제1항, 동법 시행령 제2조)→ 관할경찰서장 경우(동법 시행령 제2조)→ 관할지방경찰청장의 배치결정(청원경찰법 제4조 제2항)→ 청원주의 임용예정자에 대한 임용승인신청(동법 시행령 제4조 제1항)→ 관할지방경찰청장의 임용승인(청원경찰법 제5조

로 임용될 수 없으며(청원경찰법 제5조 제2항), 일정한 신체조건 등 별도의 자격이 요구된다(청원경찰법 시행규칙 제4조).

청원경찰의 복무관계에 있어서도 공무원에 대한 규율이 적용되기도 한다. 청원경찰은 경비구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위 내에서 경찰관 직무집행법에 따른 경찰관의 직무를 수행하고(청원경찰법 제3조), 청원경찰의 복무에 관하여는 국가공무원법상 복종의 의무, 직장 이탈 금지 의무, 비밀 엄수의 의무, 집단 행위의 금지에 관한 규정 및 경찰공무원법상 거짓 보고 등의 금지에 관한 규정을 준용한다(청원경찰법 제5조 제4항). 형법 기타 법령에 의한 벌칙 적용 시 공무원으로 간주하고(청원경찰법 제10조 제2항), 국가기관·지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 직무상 불법행위에 따른 배상책임에 있어 공무원으로 간주한다(청원경찰법 제10조의2).

청원경찰은 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때 또는 품위를 손상하는 행위를 한 때에 관할 경찰서장의 징계요청에 따라 징계를 받는데(청원경찰법 제5조의2 제1항, 동법 시행령 제8조 제1항), 징계의 종류는 파면, 해임, 정직, 감봉 및 견책으로 구분한다(청원경찰법 제5조의2 제2항).

(다) 근로조건

1) 보수

가) 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 봉급 및 수당

청원경찰경비는 청원주가 부담하는데, 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 보수는 같은 재직기간에 해당하는 경찰공무원의 보수를 감안하여 대통령령으로 정한다(청원경찰법 제6조 제2항).<sup>13)</sup> 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 봉급은 아래와 같다(동법 시행령 제9조 제1항 [별표 1]).

---

제1항)→ 청원주의 임용(청원경찰법 제5조 제1항)→ 청원주의 임용사항 보고(동법 시행령 제4조 제2항)→관할경찰서장 경유→관할지방경찰청장.

13) 구 청원경찰법 제6조(청원경찰경비) ② 국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 보수는 다음 각 호의 구분에 따라 같은 재직기간에 해당하는 경찰공무원의 보수를 감안하여 대통령령으로 정한다.

1. 재직기간 15년 미만: 순경
2. 재직기간 15년 이상 30년 미만: 경장
3. 재직기간 30년 이상: 경사

**국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 봉급표**  
(제9조 제1항 관련)

(월 지급액, 단위: 원)

호봉	재직기간	15년 미만	15년 이상 23년 미만	23년 이상 30년 미만	30년 이상
1		1,434,300	-	-	-
2		1,502,400	-	-	-
3		1,574,400	-	-	-
4		1,650,800	-	-	-
5		1,727,900	-	-	-
6		1,806,700	-	-	-
7		1,882,100	-	-	-
8		1,954,900	-	-	-
9		2,024,600	-	-	-
10		2,091,500	-	-	-
11		2,155,500	-	-	-
12		2,218,900	-	-	-
13		2,279,800	2,405,500	-	-
14		2,338,900	2,467,000	-	-
15		2,395,400	2,526,000	-	-
16		2,450,100	2,583,000	-	-
17		2,503,600	2,636,300	-	-
18		2,553,400	2,688,100	-	-
19		2,602,300	2,737,600	3,013,800	-
20		2,648,900	2,785,000	3,064,700	-
21		2,692,900	2,830,100	3,113,200	-
22		2,735,200	2,873,600	3,158,900	-
23		2,775,400	2,914,800	3,203,100	-
24		2,814,100	2,954,600	3,245,300	3,474,700
25		2,850,900	2,992,300	3,285,000	3,516,100
26		2,884,200	3,029,100	3,323,100	3,554,200
27		2,912,900	3,059,600	3,355,400	3,586,600
28		2,940,600	3,089,100	3,385,500	3,618,100
29		2,967,300	3,116,800	3,414,600	3,647,500
30		2,993,200	3,143,800	3,442,300	3,675,500
31		3,018,600	3,170,000	3,468,400	3,702,000

국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 각종 수당은 ‘공무원수당 등에 관한 규정’에 따른 수당 중 가계보전수당, 실비변상 등으로 하며, 그 세부 항목은 경찰청장이 정하여 고시한다(청원경찰법 시행령 제9조 제2항).

나) 국가기관 또는 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰의 봉급 및 수당

국가기관 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰 외의 청원경찰에게 지급할 봉급과 각종 수당의 최저부담기준액은 경찰청장이 정하여 고시한다(청원경찰법 제6조 제3항). 청원주는 고시액 이상을 계약에 따라 자율적으로 지급하고, 따라서 개별 사업장마다 보수가 상이하다. 2016년 경찰청장이 고시한 봉급의 최저부담 기준액은 순경의 봉급에 해당하는 수준이다.

최저부담기준액 이외의 다른 수당은 청원경찰이 배치된 사업장의 취업규칙이나 자체 내규에 따라 지급하며(2016. 5. 17. 경찰청고시 제2016-5호 제2호 다목), 호봉 승급에 필요한 기간은 취업규칙이나 자체 내규에 따르되 이에 관한 취업규칙이나 자체 내규의 규정이 없을 때에는 경찰공무원인 순경의 승급에 관한 규정을 준용한다(동호 라목).

## 2) 재해보상

국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 재해보상에 관하여 공무원연금법의 적용을 받으므로(제3조 제1항 제1호 나목, 동법 시행령 제2조 제1호)<sup>14)</sup>, 직무상 질병 또는 부상으로 인하여 장애 상태로 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 장애 상태로 된 때(제51조 제1호), 직무 외의 사유로 생긴 질병 또는 부상으로 인하여 장애 상태가 되어 퇴직한 때 또는 퇴직 후에 그 질병 또는 부상으로 인하여 장

14) 공무원연금법 제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공무원”이란 상시 공무에 종사하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

나. 그 밖에 대통령령으로 정하는 국가나 지방자치단체의 직원  
공무원연금법 시행령 제2조(정규 공무원 외의 직원) 「공무원연금법」(이하 ‘법’이라 한다) 제3조 제1항 제1호 나목에서 “대통령령으로 정하는 국가나 지방자치단체의 직원”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

1. 「청원경찰법」에 따라 국가 또는 지방자치단체에 근무하는 청원경찰

에 상태로 된 때(동조 제2호), 장해연금 또는 장해보상금을 받는다.<sup>15)</sup> 반면 국가기관 또는 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 직무상 부상·질병·사망 등의 재해를 입은 경우에 산업재해보상보험법이나 근로기준법에 따른 보상금을 받는다(청원경찰법 제7조, 동법 시행령 제13조)

### 3) 퇴직급여

국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 퇴직급여에 관하여 공무원연금법의 적용을 받는다(공무원연금법 제3조 제1항 제1호 나목, 동법 시행령 제2조 제1호). 반면 국가기관 또는 지방자치단체 외의 곳에서 근무하는 청원경찰의 퇴직급여에 관해서는 근로자퇴직급여 보장법이 적용된다.(청원경찰법 제7조의2).

### 4) 노동관계의 종료

청원경찰은 형의 선고, 징계처분 또는 신체상·정신상의 이상으로 직무를 감당하지 못할 때를 제외하고는 그 의사에 반하여 면직되지 아니한다(청원경찰법 제10조의4 제1항).

청원경찰은 나이가 60세가 되었을 때 당연 퇴직된다(청원경찰법 제10조의6 제3호).

청원주는 청원경찰이 배치된 시설이 폐쇄되거나 축소되어 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축할 필요가 있다고 인정하면 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축할 수 있는데, 이로써 청원경찰은 당연 퇴직된다(청원경찰법 제10조의5 제1항 본문, 제10조의6 제2호).<sup>16)17)</sup>

15) 2015. 6. 22. 개정된 공무원연금법은 비공무상 장해연금을 도입(제51조·제52조)하였다. 즉 종래 공무상 질병·장해 등에만 지급하는 장해연금을 비공무상 질병·장해 시에도 지급하되 그 금액은 공무상 장해연금의 50% 수준으로 하여, 공무원의 제직 중 질병·장애로 인한 보상범위를 확대하였다. 공무원연금법 일부 개정 이유 참조.

16) 다만, 청원주는 청원경찰을 대체할 목적으로 경비업법에 따른 특수경비원을 배치하는 경우, 청원경찰이 배치된 기관·시설 또는 사업장 등이 배치인원의 변동 사유 없이 다른 곳으로 이전하는 경우에는 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축할 수 없다(청원경찰법 제10조의5 제1항 단서). 청원주가 청원경찰을 폐지하거나 감축하였을 때에는 청원경찰 배치 결정을 한 경찰관서의 장에게 알려야 하며, 그 사업장이 지방경찰청장이 청원경찰의 배치를 요청한 사업장일

5) 휴직 및 명예퇴직

국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 휴직 및 명예퇴직에 관하여는 국가공무원법을 준용한다(청원경찰법 제10조의7). 그 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 국가공무원법상 휴직사유 및 휴직기간에 관한 규정(제71조, 제72조), 명예퇴직에 관한 규정의 적용을 받지 못한다. 이들의 휴직 및 명예퇴직에 관해서는 개별 사업장의 취업규칙에 따른다.

6) 복무에 관한 규율

청원경찰법 제5조 제4항에 의해 국가공무원법과 경찰공무원법이 준용되는 외에 청원경찰의 복무에 관하여는 해당 사업장의 취업규칙에 따른다(청원경찰법 시행령 제7조).

(라) 근무방법 및 지휘체계

청원경찰 중 자체경비를 위한 입초근무자는 경비구역의 정문 기타 지정된 장소에서 경비구역의 내부·외부 및 출입자의 동태를 감시하고, 업무처리 및 자체경비를 하는 소내근무자는 근무 중 특이한 사항이 발생하였을 때에는 지체 없이 청원주 또는 관할 경찰서장에게 보고하고 그 지시에 따라야 하며, 순찰근무자는 청원주가 지정한 일정한 구역을 순회하면서 경비 임무를 수행하며, 대기근무자는 소내근무를 협조하거나 휴식하면서 불의의

때에는 그 폐지 또는 감축 사유를 구체적으로 밝혀야 한다(동조 제2항). 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축하는 경우 해당 청원주는 배치폐지나 배치인원 감축으로 과원이 되는 청원경찰 인원을 그 기관·시설 또는 사업장 내의 유사 업무에 종사하게 하거나 다른 시설·사업장 등에 재배치하는 등 청원경찰의 고용이 보장될 수 있도록 노력하여야 한다(동조 제3항).

- 17) 국가공무원법상 직권 면직과의 비교: 임용권자는 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 따라 폐직 또는 과원이 되었을 때 공무원을 직권 면직시킬 수 있다(국가공무원법 제70조 제1항 제3호). 그러나 청원경찰과 달리 다음과 같은 엄격한 제한을 받는다. ① 사유(폐직 또는 과원): 직제와 정원의 개폐가 있으면 이에 관한 법령 개정이 수반되어야 한다(예컨대, 행정자치부와 그 소속기관 직제, 헌법재판소 사무기구에 관한 규칙 등). 국가의 예산안은 국회가 심의·확정한다(헌법 제54조 제1항). ② 절차: 임용권자는 미리 관할 징계위원회의 의견을 들어야 하고(동조 제2항), 임용 형태, 업무 실적, 직무수행 능력, 징계처분 사실 등을 고려하여 면직 기준을 정하여야 하며(동조 제3항), 면직 기준을 정하거나 면직 대상자를 결정할 때에는 임용권자 또는 임용제청권자별로 심사위원회를 구성하여 그 심사위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다(동조 제4항).

사고에 대비한다(청원경찰법 시행규칙 제14조).

청원경찰은 근무 중 제복을 착용하여야 한다(청원경찰법 제8조 제1항). 지방경찰청장은 청원경찰이 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하면 청원주의 신청을 받아 관할 경찰서장으로 하여금 청원경찰에게 무기를 대여하여 지니게 할 수 있으나(동조 제2항), 청원주 및 청원경찰은 이와 관련하여 관리상의 엄격한 규제를 받는다(청원경찰법 시행령 제16조, 동법 시행규칙 제16조).

청원주는 항상 소속 청원경찰의 근무 상황을 감독하고 근무 수행에 필요한 교육을 하여야 하며, 지방경찰청장은 청원경찰의 효율적인 운영을 위하여 청원주를 지도하고 감독상 필요한 명령을 할 수 있다(청원경찰법 제9조의3).

### (3) 비교

#### (가) 근무장소별 청원경찰 비교

청원경찰의 근무장소는 크게 국가기관 또는 지방자치단체와 그 외의 중요시설(국영기업·민영기업 등)로 나눌 수 있다. 앞서 본 바와 같이 청원경찰은 근무장소 또는 청원주에 따라 법적으로 달리 규율된다.<sup>18)</sup>

청원경찰의 근무관계를 근무장소별로 나누어 정리하면 다음과 같다.<sup>19)</sup>

18) 참고: 대법원은 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 국가공무원법이나 지방공무원법상의 공무원은 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 산업재해보상보험법이나 근로기준법이 아닌 공무원연금법에 따른 재해보상과 퇴직급여를 지급 받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 민법이 아닌 국가배상법이 적용되는 등의 특질이 있으며 그의 임용자격, 직무, 복무의무 내용 등을 종합하여 볼때, 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니라고 보았다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다47564 판결).

19) 이성용·김영식·김학경, 청원경찰 채용 교육 개선방안 연구(경찰청 제출 최종보고서), 계명대학교 산학협력단, 2016. 9, 12-13쪽 참조.

	국기기관·지방자치단체	그 외
보수	청원경찰법 시행령 제9조	경찰청장이 최저부담기준액을 고시, 취업규칙
재해보상	공무원연금법 제51조, 제52조	근로기준법 제78조 이하 또는 산업재해보상보험법
퇴직급여	공무원연금법 제46조	근로자퇴직급여 보장법 제8조 제1항 등
휴직사유 및 기간	국가공무원법 제71조, 제72조	취업규칙
명예퇴직	국가공무원법 제74조의2	취업규칙
신분보장	원칙적으로 의사에 반하여 면직되지 아니함. 다만 청원경찰의 배치를 폐지하거나 배치인원을 감축하는 경우에는 당연 퇴직함.	
기타 근로조건	취업규칙	

(나) 청원경찰과 경찰공무원, 민간경비원 비교

경찰공무원은 근무지역에 제한이 없고, 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 방지하며 범죄의 수사 등 직무를 수행한다(경찰법 제3조, 경찰관직무집행법 제2조). 청원경찰은 경찰관의 직무를 수행하나, 근무지역은 특정된 중요시설에 한정되며, 직무 수행은 경비구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위에서만 가능하다(청원경찰법 제3조). 그뿐만 아니라 청원경찰은 직무 외의 수사활동 등 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 없다(동법 시행규칙 제21조 제2항). 경범죄처벌법이나 도로교통법 위반에 대한 범칙금 납부 통고 처분 등 제재적 성격의 행정단속 사무도 수행할 수 없다.

청원경찰은 경비원과 근거 법률, 임용, 직무범위를 달리한다. 청원경찰은 청원경찰법에 따라 청원주가 임용하며, 임용에 지방경찰청장의 승인이 필요하고, 경비구역 내에서 경찰관의 업무를 수행한다. 반면, 경비원은 경비업법에 따라 지방경찰청장으로부터 경비업 허가를 받은 법인이 채용하며, 채용에 지방경찰청장의 승인이 필요하지 않고, 시설주의 관리권 행사 범위 내에서 경비업무를 수행한다. 청원경찰은 특정 시설 및 장소에 국한하여 경비업무를 한다는 점에서는 경찰공무원보다는 민간경비원과 유사한 속성을 가진다. 실제로 공항 등 중요 시설에서는 이미 청원경찰과 민간경비원

이 함께 근무하고 있고, 청원경찰법 시행령은 ‘경비업에 따른 경비업자가 중요 시설의 경비를 도급받았을 때에는 청원주는 그 사업장에 배치된 청원경찰의 근무 배치 및 감독에 관한 권한을 해당 경비업자에게 위임할 수 있다’고 정하고 있다(제19조 제1항). 이 규정은 경찰권을 행사하는 청원경찰에 대한 근무감독권을 민간경비업자에 위임할 수 있게 하는 것이다. 과거에는 청원경찰이 총기를 휴대할 수 있다는 점에서 민간경비원과 차별화되었으나, 2001년 경비업법 전부개정으로 도입된 특수경비원 제도에 따르면 민간경비원의 일종인 특수경비원도 총기를 휴대할 수 있으므로, 청원경찰과 민간경비원의 구별은 더욱 모호해졌다.<sup>20)</sup>

#### (4) 배치 현황

2015년도를 기준으로 국가기관에 1,866명, 지방자치단체에 7,351명, 그 밖의 곳에 3,771명의 청원경찰이 배치되어 있다.<sup>21)</sup> 국가기관·지방자치단체 이외의 곳 중 청원경찰이 다수 배치된 곳은 한국수력원자력 주식회사(490명), 한국공항공사(388명), 주식회사 인천항보안공사(110명), 한국마사회(73명), 여수광양항만공사(50명)<sup>22)</sup> 등이다.

### 나. 근로3권의 의미와 제한

#### (1) 의의

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하여 근로자의 근로3권을 보장하고 있다.

일반적으로 단결권이란 근로자가 근로조건을 유지·개선을 위하여 노동조합 등 단체를 결성하고 그 단체에 가입할 권리를,<sup>23)</sup> 단체교섭권은 근로

20) 이성용·김영식·김학경, 청원경찰 채용 교육 개선방안 연구(경찰청 제출 최종보고서), 계명대학교 산학협력단, 2016. 9. 14-15쪽.

21) 사이버 경찰청 정보공개자료실, 2015년도 시설별 청원경찰 현황 참조.

22) 이상 2016. 3. 31. 기준 공공기관 경영정보 공개시스템(alio.go.kr) 참조.

23) “헌법 제33조 제1항은 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권 등 근로3권을 보장하고 있는데, 이 때 단결권에는 개별 근로자가 노동조합 등 근로자단체를 조직하거나 그에 가입하여 활동할 수 있는 개별적 단결권뿐만 아니라 근로자단체

자가 단결체의 이름으로 사용자와 근로조건에 관하여 교섭할 수 있는 권리를,<sup>24)</sup> 단체행동권은 노동쟁의가 발생한 경우 근로자가 쟁의행위를 할 수 있는 권리를 말한다.<sup>25)</sup>

헌법이 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정한 취지는 경제적 약자인 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 단체협약을 체결할 수 있게 하자는 데 있다(헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 16). 즉 근로3권은 근로자단체의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장한다. 경제적 약자인 근로자가 사용자에 대항하기 위해서는 근로자단체의 결성이 필요하고, 단결된 힘에 의해서 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현되며, 근로자는 이를 바탕으로 근로조건을 향상을 꾀할 수 있는

가 존립하고 활동할 수 있는 집단적 단결권도 포함된다.”(헌재 2013. 7. 25. 2012헌바116, 판례집 25-2상, 203, 207)

노동조합 및 노동관계조정법 제5조(노동조합의 조직·가입) 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

- 24) “헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다”고 규정하여 근로자에게 “단결권, 단체교섭권, 단체행동권”을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다.”(헌재 2004. 8. 26. 2003헌바28, 판례집 16-2상, 240, 247) 노동조합 및 노동관계조정법 제29조(교섭 및 체결권한) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.
- 25) “단체행동권이라 함은 노동쟁의가 발생한 경우 쟁의행위를 할 수 있는 쟁의권을 의미하며, 이는 근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리라고 할 수 있다.”(헌재 2010. 4. 29. 2009헌바168, 판례집 22-1하, 74, 82) 노동조합 및 노동관계조정법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
5. “노동쟁의”라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 ‘노동관계 당사자’라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.
6. “쟁의행위”라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 44 참조).

한편 근로3권은 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고, 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 한다(헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 40 참조).

## (2) 근로조건의 결정

### (가) 일반근로자의 근로조건

일반근로자와 사용자 사이에는 원칙적으로 사적자치의 원리가 지배하므로 근로조건의 설정에 관하여는 양 당사자의 합의가 필요하다. 헌법은 경제적 약자인 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 근로3권을 기본권으로 보장하고 있다.

헌법재판소 역시, 근로자의 경우에는 공무원과는 달리 노사간의 자유로운 단체교섭에 기한 합의에 기하여 근로조건이 결정된다고 보았다(헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59, 71 참조).<sup>26)</sup>

### (나) 공무원의 근로조건

공법상의 근무·충성관계를 특징으로 하는 국가와 공무원 사이의 관계는, 사법상의 사용자와 근로자 사이의 관계와 근본적으로 법적 성격을 달리한다. 따라서 공무원의 근로조건은 대립하는 이해당사자 사이의 이익투쟁의 관점에 의해서가 아니라, 전체국민을 대표하는 국회의 입법에 의하여 형성된다.<sup>27)</sup>

헌법재판소 역시 같은 취지로, 공무원은 그 임용주체가 궁극에는 주권자인 국민 또는 주민이기 때문에 국민전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야

26) “공무원의 경우는 그 근로조건은 헌법상 국민전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률·예산의 형태로 결정되는 것이고, 노사간의 자유로운 단체교섭에 기한 합의에 기하여 결정될 수 있는 것도 아니므로, 일반 사기업의 경우처럼 단체교섭의 일환으로서의 쟁의권이 헌법상 일반적으로 당연히 보장된다고는 단정할 수 없는 일...”(헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59, 71)

27) 한수웅, 헌법학(제5판), 법문사, 2015, 1037쪽.

하는 특별한 지위에 있고, 그가 담당한 업무가 국가 또는 공공단체의 공공적인 일이어서 특히 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성 등이 요구되기 때문에 일반근로자와는 달리 특별한 근무관계에 있는 사람이라고 하였다. 나아가 공무원의 보수의 수준 등 근로조건에 향상을 위한 재정적 부담은 형식적으로는 국가 또는 지방자치단체가 부담하지만 궁극적으로는 조세 등을 통하여 실질적으로 국민전체의 부담이 되는 것이므로, 공무원의 근로조건에 향상은 그것이 전체국민의 복리의 증진을 부당히 침해하지 아니하고, 그 시대의 국가 또는 사회공동체의 경제수준 내지 담세능력과 조화될 수 있는 범위내에서 합리적으로 정해져야 하기 때문에 그 결정은 주권자인 전체국민을 대표하는 국회에서 민주적인 절차에 따라 입법과 예산의 심의·의결을 통하여 합목적적으로 이루어지는 것이라고 판시하였다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 264-265).

### (3) 근로3권의 제한과 헌법 개정 연혁

근로3권은 헌법의 개별 조항, 헌법 제37조 제2항에 따른 법률, 대통령의 긴급권 발동으로써 제한할 수 있다. 그런데 근로3권에 관한 헌법조항의 개정 연혁을 살펴보면, 헌법이 스스로 근로3권을 제한하는 범위는 시대에 따라 변화하여 왔음을 알 수 있다.

제헌헌법은 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다(제18조)고 규정하였다. 제5차 개정 헌법은 근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하면서(제29조 제1항), 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다고 규정하였다(동조 제2항).

제7차 개정 헌법, 소위 유신 헌법은 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권은 ‘법률이 정하는 범위 안에서’ 보장된다고 규정하여 일반근로자의 근로3권에 개별적 헌법유보를 두었고(제29조 제1항), 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다고 규정하였고(동조 제2항), 나아가 ‘공무원과 국가·지방자치단체·국영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에

종사하는 근로자'의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다고 규정하여 개별적 법률유보를 두었다(동조 제3항). 제8차 개정 헌법은 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지지만 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다고 규정하여, 제7차 개정 헌법에 비해 개별적 헌법유보의 범위를 축소하였다(제31조 제1항). 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다고 규정하고(동조 제2항), '국가·지방자치단체·국공영기업체·방위사업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자'의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다고 규정한 점(동조 제3항)은 제7차 개정 헌법과 유사하다.

현행 헌법은 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권·단체행동권 등 근로3권을 가진다고 규정하여 제7차, 제8차 개정 헌법에서 두었던 개별적 헌법유보를 삭제하고 제5차 개정 헌법의 규정 내용으로 회귀하였다(제33조 제1항). 공무원인 근로자에 대해서는 종전과 같이 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하였다(동조 제2항). '법률이 정하는 중요 방위산업체에 종사하는 근로자'의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다고 규정하여, 제7차, 제8차 개정 헌법에서 두었던 개별적 헌법유보의 범위를 제한하였다(동조 제3항).

#### (4) 근로3권 제한에 관한 법률규정

##### (가) 일반공무원·교원

국가공무원법과 지방공무원법은 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외하고 공무원의 노동운동을 금지하고(국가공무원법 제66조 제1항, 지방공무원법 제58조 제1항), 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하고 있다(국가공무원법 제84조의2, 지방공무원법 제83조).

한편, 교원의 노동운동도 오랫동안 금지되어 왔다. 국·공립학교 교원에 대해서는 공무원이라는 이유로 노동운동이 금지되고, 사립학교의 교원에 대해서는 공무원이 아님에도 국·공립학교의 교원에 관한 규정이 준용되었

다(사립학교법 제55조 제1항). 이러한 노동운동의 전면 금지에 대해서는 합리적 근거가 없고 국제적 기준에 맞지 않는다는 등의 비판이 있었다.<sup>28)</sup>

이러한 비판이 지속됨에 따라 교원의 노동운동을 허용하는 특별법이 제정되었고, 그 후 상당한 범위의 공무원에 대하여 노동운동을 허용하는 특별법도 제정되었다. 교원의 단결활동을 허용·규율하는 특별법은 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’로서, 1999. 1. 29. 법률 제5727호로 제정되어 1999. 7. 1.부터 시행되었다. 이 법의 핵심적인 내용은 교원에 대하여 단결권 및 단체교섭권은 보장하되 단체행동권은 인정하지 않는 것이다. 공무원의 단결활동을 허용·규율하는 특별법은 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’로서, 2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정되어 2006. 1. 28.부터 시행되었다. 이 법의 핵심적인 내용은, 일정 직급 이하의 공무원에 한하여 단결권 및 단체교섭권은 보장하되 단체행동권은 인정하지 않는 것이다.

#### (나) 경찰공무원

경찰공무원은 특정직 공무원으로서(국가공무원법 제2조 제2항 제2호), 노동조합의 가입 대상이 아니다(공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제6조 제1항).<sup>29)</sup> 경찰공무원은 노동운동이 금지되고(국가공무원법 제66조 제1항), 경찰공무원으로서 국가공무원법 제66조를 위반한 사람은 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다(경찰공무원법 제31조 제4항).

28) 임종률, 노동법(제14판), 박영사, 2016, 321-322쪽.

29) 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제3조(노동조합 활동의 보장 및 한계) ① 이 법에 따른 공무원의 노동조합(이하 ‘노동조합’이라 한다)의 조직, 가입 및 노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 「국가공무원법」 제66조 제1항 본문 및 「지방공무원법」 제58조 제1항 본문을 적용하지 아니한다.

제6조(가입 범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 일반직공무원
2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보 관리직 공무원
3. 삭제
4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원
5. 삭제

(다) 군인

군인은 특정직 공무원으로서(국가공무원법 제2조 제2항 제2호), 노동조합의 가입 대상이 아니다(공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제6조 제1항). 군인은 노동단체의 결성, 단체교섭 및 단체행동이 금지된다(군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 제31조 제1항 제1호).

(라) 주요방위산업체 근로자

주요방위산업체에 종사하는 근로자중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없다(노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제2항).

(마) 특수경비원

1) 제도의 도입

2001. 4. 7. 법률 제6467호로 전부개정된 경비업법은 국가중요시설에 대한 효율적인 경비체계의 구축을 위하여 경비업의 종류에 특수경비업무를 추가하여, 특수경비원제도를 도입하였다. 종래 군 또는 경찰이 직접 유지·관리하는 국가중요시설을 제외한 기타 국가중요시설의 경비 업무는 청원경찰이 수행하여 왔으나, 특수경비원제도가 도입됨에 따라 특수경비원도 국가중요시설의 경비업무를 수행할 수 있게 되었다. 따라서 국가중요시설에 대한 경비는 청원경찰에 의한 경비와 특수경비원에 의한 경비로 이원화되었다.<sup>30)</sup> 이 사건 청구인들이 근무하고 있는 한국수력원자력 주식회사도 발전소 경비를 위해 청원경찰과 특수경비원을 사용하고 있다.<sup>31)</sup>

2) 배치 대상

특수경비업무란 공항(항공기를 포함한다) 등 대통령령이 정하는 국가중

30) 신형석, 국가중요시설 방호직무 종사자의 법적지위와 노동기본권 제한, 경찰학연구 제15권 제1호, 2015, 164-165쪽; 김재광, 현행 경비업법과 청원경찰법의 비교 분석 연구, 경희법학 제39권 제3호, 2005, 328쪽.

31) 2015. 7. 기준으로 원자력발전소에 599명, 수력발전소에 187명의 특수경비원이 간접 고용되어 있다. 국회의원 전순옥, 원전 특수경비 노동자 차별처우 개선하고 안전 확보하라(보도자료), 2015. 7. 27. 참조

요시설의 경비 및 도난·화재 그 밖의 위험발생을 방지하는 업무를 말한다(경비업법 제2조 제1호 마목). 여기서 대통령령이 정하는 국가중요시설이라 함은 공항·항만, 원자력발전소 등의 시설 중 국가정보원장이 지정하는 국가보안목표시설과 통합방위법 제21조 제4항의 규정에 의하여 국방부장관이 지정하는 국가중요시설을 말한다(동법 시행령 제2조).<sup>32)</sup>

### 3) 직무 범위

특수경비원은 경비업의 허가를 받은 법인이 채용한 고용인으로서 특수경비업무를 수행하는 자이다(경비업법 제2조 제3호 나목). 2014년 12월 기준으로 10,650명의 특수경비원이 배치되어 있다.<sup>33)</sup>

특수경비원은 배치된 경비구역안에서 관할 경찰서장 및 공항경찰대장 등 국가중요시설의 경비책임자와 국가중요시설의 시설주의 감독을 받아 시설을 경비하고 도난·화재 그 밖의 위험의 발생을 방지하는 업무를 수행한다(경비업법 제14조 제1항). 지방경찰청장은 국가중요시설에 대한 경비업무의 수행을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관할경찰관서장으로 하여금 시설주의 신청에 의하여 무기를 대여하게 하고, 시설주는 특수경비원으로 하여금 무기를 휴대하게 할 수 있다(동조 제4항).

### 4) 의무

특수경비원은 국가중요시설에 대한 경비업무 수행 중 국가중요시설의 정상적인 운영을 해치는 장애를 일으켜서는 아니된다(경비업법 제14조 제2항). 특수경비원은 직무를 수행함에 있어 시설주·관할 경찰관서장 및 소속상사의 직무상 명령에 복종하여야 하며, 특수경비원은 소속상사의 허가 또는 정당한 사유없이 경비구역을 벗어나서는 아니 되고, 무기를 휴대하고 경비업무를 수행하는 때에는 무기의 안전사용수칙을 지켜야 한다. 특히 특수경비원은 파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체

32) 통합방위법상 국가중요시설이란 공공기관, 공항·항만, 주요 산업시설 등 적에 의하여 점령 또는 파괴되거나 기능이 마비될 경우 국가안보와 국민생활에 심각한 영향을 주게 되는 시설을 말한다(통합방위법 제2조 제13호).

33) 사이버 경찰청 정보공개자료실 참조.

의 쟁의행위를 할 수 없다(경비업법 제15조).

#### 5) 근로조건의 결정

특수경비원은 근로자이므로, 근로조건은 사용자와의 자유로운 합의에 의해 결정된다. 특수경비원의 임금, 근로시간, 휴식, 안전·보건·작업환경, 보상, 복리후생 등 근로조건은 취업규칙 또는 근로계약을 통해 정해지며, 이는 국가기관 또는 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰과 같다. 다만 특수경비원은 청원경찰과는 달리 단결권과 단체교섭권을 행사할 수 있으므로, 노동조합을 결성하여 사용자와 단체협약을 체결할 수 있다. 특수경비원은 주로 공공비정규직노동조합에 가입하고 있다.<sup>34)</sup>

#### 6) 특수경비원의 단체행동권 제한에 관한 선례

헌법재판소는 특수경비원에게 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 금지하는 경비업법 제15조 제3항이 특수경비원의 단체행동권을 박탈하여 헌법 제33조 제1항에 위배되는지가 문제가 된 사건에서, “특수경비원 업무의 강한 공공성과 특히 특수경비원은 소총과 권총 등 무기를 휴대한 상태로 근무할 수 있는 특수성 등을 감안할 때, 특수경비원의 신분이 공무원이 아닌 일반근로자라는 점에만 치중하여 특수경비원에게 근로3권 즉 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 모두를 인정하여야 한다고 보기는 어렵고, 적어도 특수경비원에 대하여 단결권, 단체교섭권에 대한 제한은 전혀 두지 아니하면서 단체행동권 중 ‘경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위’만을 금지·제한하는 것은 입법목적 달성에 필요불가결한 최소한의 수단이라고 할 것이다.”라고 판시하여 기각 결정을 내린 바 있다(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1359, 판례집 21-2하, 304, 317-318).

34) 공공비정규직노동조합은 공공기관의 공무원을 제외한 정규직과 무기계약직 및 기간제 노동자, 공공기관의 간접고용 청소, 경비, 시설, 사회복지문화 노동자 등이 가입되어 있다. <http://gbunion.org> 참조(최종방문일 2017. 4. 21.) 예를 들어, 정부세종청사를 경비하는 특수경비원들도 위 조합에 가입하고 있다(공공비정규직노동조합 충남세종지부 세종청사 특경분회).

## 4. 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰의 근로3권을 침해하는지 여부

### 가. 제한되는 기본권

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 하여 근로3권을 보장한다. 근로3권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권이라고 할 수 있다. 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는 근로3권은, 국가가 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9 참조).

헌법재판소는, “심판대상조항은 청원경찰의 복무에 관하여 국가공무원법 제66조 제1항을 준용하여 노동운동을 금지하고 있으므로, 자유권적 측면의 근로3권과 관련이 깊다.”라고 하여, 이 사건에서 자유권적 측면의 근로3권이 제한된다고 판단하였다.

### 나. 선례의 태도

(1) 헌법재판소는 2008. 7. 31. 2004헌바9 결정에서 청원경찰로서 국가공무원법 제66조 제1항의 규정에 위반하여 노동운동 기타 공무원이외의 일을 위한 집단적 행위를 한 자를 형사처벌하도록 규정한 청원경찰법 제11조는 근로3권을 침해하지 않는다고 판단하였는바, 그 결정의 주된 요지는 다음과 같다.

「청원경찰법 제11조는 청원경찰의 근로3권을 제한함으로써 청원경찰들이 관리하는 국가 등의 중요시설의 안전을 기하려고 하는 것으로서 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 이러한 수단은 위 목적에 기여할 수 있으므로 수단의 적정성도 인정할 수 있다.

청원경찰은 청원주가 임명하는 것이므로 기본적으로 공무원이 아니고 일반근로자에 불과하나, 그 신분이나 업무의 내용을 보면 공무원 특히 경찰공무원과 유사하다. 청원경찰이 경비하는 장소는 공공의 이익이나 국민경제에 밀접한 관

련이 있는 시설로서 항상 안정적인 운영이 요구되고, 만일 위와 같은 시설의 운영에 다소라도 지장을 받게 되면 국가나 사회에 큰 혼란이나 피해가 올 우려가 있다. 청원경찰 업무의 특성상 단결권행사나 단체교섭권한의 행사만으로도 시설의 경비업무에 지장을 초래할 가능성이 높고, 청원경찰에 대한 신분보장과 그 업무의 강한 공공성, 그리고 무기를 휴대하고 경찰관의 직무를 수행하는 업무수행의 특수성 등을 고려할 때, 군인이나 경찰관과 마찬가지로 청원경찰에 대하여도 단체행동권뿐만 아니라 단결권과 단체교섭권도 제한할 필요성이 충분히 인정되므로, 제한의 필요성과 피해의 최소성도 갖추었다.

청원경찰의 불이익에 비하여 국가나 사회의 증추를 이루는 중요시설의 운영에 안정을 기함으로써 얻게 되는 공익이 매우 크므로 법익의 균형성도 갖추었다.

따라서 과잉금지원칙을 위반하여 근로3권을 침해한다고 인정되지 아니한다.」

(2) 다만 위 결정에는, ① 공무원이 아닌 일반근로자에 불과한 청원경찰을 공무원과 동일하게 취급하여 근로3권 중 단체행동권뿐만 아니라 단결권, 단체교섭권까지 제한하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이므로 이 사건 청원경찰법 조항 중 청구인들의 단결권, 단체교섭권을 제한하는 부분은 헌법에 위반된다고 보아야 한다는 재판관 이강국, 재판관 민형기의 위헌의견, ② 청원경찰은 그 신분보장 수준이 공무원과는 달리 불안정하여 근로조건 향상을 위한 노동3권 보장의 필요성이 높음에도 일체의 노동기본권을 갖지 못하도록 규정한 것은 위헌이나, 청원경찰의 노동3권에 대하여 과연 어느 정도의 제한을 할 것인가는 입법자가 여러 요소들을 고려하여 개선입법하여야 한다는 재판관 김종대, 재판관 송두환의 위헌의견, ③ 청원경찰법 제11조를 청원경찰의 경비업무에 지장을 주지 않는 경우에도 청원경찰에게 적용하는 것은 헌법 제33조 제1항에 위반된다는 재판관 조대현의 한정위헌의견이 있었다.

#### 다. 근로3권 침해 여부

헌법재판소는 다음과 같은 이유에서 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰인 [별지 1] 기재 청구인들의 근로3권을 침해한다고 판단함으로써, 앞선 2004 헌바9 결정을 변경하였다.<sup>35)</sup>

### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 청원경찰의 근로3권을 제한함으로써 청원경찰이 관리하는 중요시설의 안전을 도모하려는 것이므로 목적의 정당성이 인정될 수 있고, 근로3권의 제한은 위와 같은 목적달성에 기여할 수 있으므로 수단의 적합성도 인정될 수 있다.

### (2) 침해의 최소성

#### (가) 청원경찰의 일반근로자로서의 지위

헌법 제33조 제1항이 근로3권을 인정한 취지는 근로조건의 향상을 위하여 경제적 약자인 근로자가 사용자와 대등한 입장에서 단체협약을 체결할 수 있게 하자는 데 있다.

공무원은 그 임용주체가 공극에는 주권자인 국민이기 때문에 국민전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있다. 공무원은 담당 업무가 국가 또는 공공단체의 공적인 일이고 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 요구된다. 헌법은 제7조 제1항, 제2항에서 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이고 국민에 대하여 책임을 지며, 그 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 규정하고 있고, 제33조 제2항에서 근로3권에 관하여 공무원에 대한 특별규정을 두고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27 참조).

그런데 청원경찰은 사용자인 청원주와의 고용계약에 의한 근로자일 뿐, 국민전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지며 그 신분과 정치적 중립성이 법률에 의해 보장되는 공무원 신분이 아니다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바160 참조). 법률이 정하는 바에 따라 근로3권이 제한적으로만 인정되는 헌법 제33조 제2항의 공무원으로 볼 수는 없는 이상, 일반근로자인 청원경찰에게는 기본적으로 헌법 제33조 제1항에 따라 근로3권이 보장되어야 한다.

#### (나) 청원경찰 업무의 공공성을 이유로 한 근로3권 제한

35) 이하 결정의 주요 내용을 소개하고, 이해의 편의를 돕기 위해 소목차를 붙였다.

청원경찰은 경찰 등과 달리 청원주의 감독을 받으면서 제한된 구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위에서 경찰관의 직무를 수행할 뿐이다(청원경찰법 제3조). 구체적으로 청원경찰 중 자체경비를 위한 입초근무자는 경비 구역의 정문 기타 지정된 장소에서 경비구역의 내부·외부 및 출입자의 동태를 감시하고, 순찰근무자는 청원주가 지정한 일정한 구역을 순회하면서 경비임무를 수행하며, 대기근무자는 소내 근무에 협조하거나 휴식하면서 불의의 사고에 대비한다(같은 법 시행규칙 제14조 제1항, 제3항, 제4항). 청원경찰은 직무 외의 수사활동 등 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 없다(같은 법 시행규칙 제21조 제2항). 이와 같이 청원경찰의 근무지역은 제한된 특정 경비구역에 국한되고, 그 권한 역시 경비구역의 경비에 필요한 범위로 엄격하게 한정된다.

청원경찰은 보수 등에 있어서 법적으로 일정한 보장을 받고 있으나, 이런 보장이 공무원과 동일하다고 할 수 없다. 청원주는 청원경찰이 배치된 시설이 폐쇄 또는 축소되는 경우 필요하다고 인정될 때에는 청원경찰의 배치를 폐지하거나 인원을 감축할 수 있고 이로써 청원경찰은 당연히 퇴직하게 되는 등 청원경찰의 신분보장은 공무원에 비해 취약하다(청원경찰법 제10조의5, 제10조의6).

따라서 심판대상조항이 청원경찰 업무의 공공성을 이유로 하여 일반근로자인 청원경찰의 근로3권 전부를 쉽사리 제한해서는 아니 된다.

(다) 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰에게 근로3권이 허용되어야 할 필요성

청원경찰의 신분보장 수준은 일반적인 공무원에 비하여 낮으며, 이를 쉽게 공무원의 경우와 동일시킬 수는 없다. 더욱이 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 근로조건에 관하여 공무원뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 비해서도 낮은 수준의 법적 보장을 받고 있다. 이들에 대해서는 근로3권이 허용되어야 할 필요성이 더욱 크다.

국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰의 보수는 같은 재직기간에 해당하는 경찰공무원의 보수를 감안하여 대통령령으로 정하고(청원경

찰법 제6조 제2항), 각종 수당은 ‘공무원수당 등에 관한 규정’에 따른 수당 중 가계보전수당, 실비변상 등으로 하지만(같은 법 시행령 제9조 제2항), 그 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰에게 지급할 봉급과 각종 수당은 최저 부담기준액만을 경찰청장이 정하여 고시할 뿐이다(같은 법 제6조 제3항). 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰은 재해보상, 퇴직급여에 관하여 공무원연금법의 적용을 받고(공무원연금법 제3조 제1항 제1호 나목, 같은 법 시행령 제2조 제1호), 휴직 및 명예퇴직에 관하여는 국가공무원법의 적용을 받지만(청원경찰법 제10조의7), 그 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 개별 사업장의 취업규칙 또는 근로계약 등에 따라 해당 근로조건이 정해진다.

국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰의 근로조건은 사인인 청원주와의 합의에 따라 정해진다. 이러한 청원경찰이 청원주와 실질적으로 동등한 지위에서 근로조건을 결정하기 위해서는, 근로3권이 일률적으로 부정되어서는 아니 된다.

그럼에도 심판대상조항은 근로조건이나 신분보장을 고려하지 않고 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하고 있다.

(라) 청원경찰의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 일괄적으로 제한할 필요성 없음

청원경찰의 업무의 내용과 성격을 고려할 때, 청원경찰에 대하여 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 경비하는 시설의 안전 유지라는 입법목적 달성에 반드시 지장이 된다고 단정할 수 없다.

헌법 제33조 제3항은 국가방위와 관련하여 업무의 공공성이 크다고 할 수 있는 방위산업체 근로자들의 경우에도 단결권과 단체교섭권에는 아무런 제한을 가하지 아니하고 단체행동권만을 제한하고 있으며, 그것도 모든 방위산업체가 아니라 주요한 방위산업체로 그 범위를 제한하고 있다. 그리고 청원경찰과 같이 무기를 휴대하고 국가중요시설의 경비 업무를 수행하는 특수경비원의 경우에도, 쟁의행위가 금지될 뿐 단결권과 단체교섭권은 제한되지 않는다(경비업법 제15조 제3항).

종래 교원과 공무원의 노동운동은 금지되었으나, 1999. 1. 29. 제정된 ‘교

원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’과 2005. 1. 27. 제정된 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’을 통해 교원과 일부 공무원에게 단결권과 단체교섭권이 인정되기에 이르렀다.

이러한 사정을 고려하면, 청원경찰 업무의 공공성이나 그의 무기 휴대를 이유로 모든 청원경찰의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 일괄적으로 제한할 필요는 없다.

#### (마) 군인, 경찰과의 비교

유사한 업무를 수행하는 다른 직역과의 관계에서, 공공성의 정도에 현저한 차이가 있음에도 불구하고 근로3권과 관련하여 동일한 제한을 가한다면 이는 지나친 제한이 될 수 있다.

청원경찰과 유사한 업무를 담당하고 있는 공적 영역의 직역으로는 군인과 경찰이 있다. 군인은 대한민국의 자유와 독립을 보전하고 국토를 방위하며 국민의 생명과 재산을 보호하고(군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 제1조, 제5조 제2항), 경찰은 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하고 범죄를 예방·진압·수사하는 등 공공의 안녕과 질서를 유지한다(경찰관 직무집행법 제2조). 군인과 경찰은 공무원으로서 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위를 가질 뿐만 아니라, 국가안전과 국민의 생명 및 안전보호 등 중요한 국가기능을 수행한다. 이에 군인과 경찰의 노동운동 등 집단행위는 금지되고 있다(군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 제31조 제1항 제1호, 경찰공무원법 제31조 제4항).

청원경찰은 특정 경비구역에서 근무하며 그 구역의 경비에 필요한 한정된 권한만을 행사하므로, 국가안전보장, 질서유지 등과 관련하여 청원경찰의 업무가 가지는 공공성이나 사회적 파급력은 군인이나 경찰의 그것과는 비교하여 견주기 어렵다. 그럼에도 심판대상조항은 군인이나 경찰과 마찬가지로 모든 청원경찰의 근로3권을 획일적으로 제한하고 있다.

#### (바) 검토

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항이 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어선 것이므로

로, 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

### (3) 법익의 균형성

심판대상조항으로 말미암아 청원경찰이 경비하는 중요시설의 안전을 도모할 수 있음은 분명하나, 이로 인해 받는 불이익은 모든 청원경찰에 대한 근로3권의 전면적 박탈이라는 점에서, 심판대상조항은 법익의 균형성도 인정되지 아니한다.

### (4) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 [별지 1] 기재 청구인들의 근로3권을 침해한다.

## 5. 헌법불합치결정과 잠정적용명령

헌법재판소는 모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한하는 점에 심판대상조항의 위헌성이 있다고 보았다. 그런데 심판대상조항에 대해 단순위헌결정을 한다면, 근로3권의 제한이 필요한 청원경찰까지 근로3권 모두를 행사하게 되는 혼란이 발생할 우려가 있다. 따라서 헌법재판소는 심판대상조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 잠정적용을 명하였다.

## 6. 이 사건 결정의 의의

가. 종래 헌법재판소는 국가공무원법 제66조 제1항을 위반하여 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 한 청원경찰을 형사처벌하도록 규정한 청원경찰법 제11조가 헌법에 위배되지 않는다고 판단한 바 있으나(2008. 7. 31. 헌재 2004헌바9), 이 사건에서는 심판대상조항이 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰인 청구인들의 근로3권을 침해하였다고 보아 선례를 변경하였다.

나. 헌법재판소는, 근로조건외의 향상을 위하여 경제적 약자인 근로자가 사

용자와 대등한 입장에서 단체협약을 체결할 수 있게 하는 데 근로3권의 취지가 있다고 보았다. 나아가, 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 근로조건에 관하여 공무원뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 비해서도 낮은 수준의 법적 보장을 받고 있음을 살폈다. 헌법재판소는 심판대상조항으로 말미암아 청원경찰의 근로3권이 전면적으로 제한되므로, 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰이 근로자단체를 결성하여 근로조건을 향상을 꾀할 수 없게 되었음을 지적하였다.

다. 헌법재판소는, 청원경찰에 대하여 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 경비시설의 안전 유지라는 입법목적 달성에 반드시 지장이 된다고 단정할 수 없다고 실시하여, 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰에게 근로3권 중 단결권과 단체교섭권은 인정될 여지가 있다는 태도를 보이고 있다.

라. 또한 헌법재판소는, 청원경찰의 업무가 가지는 공공성은 국가안전과 국민의 생명 및 안전보호 등 중요한 국가기능을 수행하는 군인·경찰보다는 작다고 판시함으로써, 청원경찰은 노동운동 등 집단행위가 금지되는 군인·경찰과 구별된다고 보았다.

마. 이 사건 헌법불합치 결정은 청원경찰의 근로3권에 대한 제한 자체가 위헌이라고 본 것이 아니라, 모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한한 점에 위헌성이 있다고 본 것이다. 국회는 청원경찰의 구체적 직무내용, 근무장소의 성격, 근로조건이나 신분보장 등 여러 요소들을 고려하여 심판대상조항의 위헌성을 제거할 의무가 있다.

## 형법 부칙 제2조 제1항 위헌소원 등

- 노역장유치기간의 하한을 정하면서 개정 조항의 시행 전 범죄행위에 대하여도 적용하도록 한 것이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2017. 10. 26. 2015헌바239등, 판례집 29-2하, 17)

김 지 현\*

### 【판시사항】

1. 1억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 정한 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항이 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 조항을 시행일 이후 최초로 공소제기되는 경우부터 적용하도록 한 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항이 형벌불소급원칙에 위반되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 ① 형법(2014. 5. 14. 법률 제12575호로 개정된 것) 제70조 제2항(이하 ‘노역장유치조항’이라 한다), ② 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제2조 제1항(이하 ‘부칙조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 2015헌바239 사건

청구인은 노역장유치조항의 시행 전에 저지른 허위세금계산서 작성 등

---

\* 헌법연구관

범죄사실로 노역장유치조항의 시행 후인 2014. 6. 26. 공소제기되어, ‘징역 1년 6월 및 벌금 20억 원에 처하고 벌금을 납입하지 아니하는 경우 400만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다’는 내용의 판결을 선고받아 확정되었다. 청구인은 위 재판 계속 중 부칙조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 2016헌바177 사건

청구인은 노역장유치조항의 시행 전에 저지른 허위세금계산서 작성 등 범죄사실로 노역장유치조항의 시행 후인 2015. 6. 11. 공소제기되어, ‘징역 2년 및 벌금 120억 원에 처하고 벌금을 납입하지 아니하는 경우 1,200만 원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다’는 내용의 판결을 선고받아 확정되었다. 청구인은 위 재판 계속 중 노역장유치조항과 부칙조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 노역장유치조항은 노역장유치제도의 공정성과 형평성을 도모하기 위한 것이다. 유치기간이 지나치게 짧게 정해지면 경제적 자력이 충분함에도 고액의 벌금을 회피할 목적으로 복역하는 자들이 있을 수 있으므로 벌금 납입을 심리적으로 강제할 수 있는 최소한의 유치기간을 정할 필요가 있고, 유치기간의 하한을 법률로 정해두면 1일 환형유치금액 간에 발생하는 불균형도 최소화할 수 있다. 노역장유치조항은 벌금 액수에 따라 유치기간의 하한이 증가하도록 하여 범죄의 경중이나 죄질에 따른 형평성을 도모하고 있고, 유치기간의 상한이 3년인 점과 선고되는 벌금 액수를 고려하면 그 하한이 지나치게 장기라고 보기 어렵다. 따라서 노역장유치조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 형벌불소급원칙에서 의미하는 ‘처벌’은 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 이에

준하는 정도에 이르는 경우를 포함한다. 노역장유치는 그 실질이 신체의 자유를 박탈하는 것으로서 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다. 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 자에 대하여 유치기간의 하한을 중하게 변경시킨 것이므로 이 조항 시행 전에 행한 범죄에 대해서는 행위 당시에 존재하였던 법률을 적용하여야 한다. 그런데 부칙조항은 노역장유치조항의 시행 전에 행한 범죄행위에 대해서도 공소제기의 시기가 노역장유치조항의 시행 이후이면 이를 적용하도록 하고 있으므로 헌법상 형벌불소급원칙에 위반된다.

### 재판관 강일원, 재판관 조용호의 부칙조항에 대한 별개의견

노역장유치는 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형의 집행방법이므로 노역장유치기간의 하한을 정함으로써 실질적으로 유치기간이 늘어났다고 하더라도 형벌불소급의 문제가 발생한다고 보기 어렵다. 다만, 부칙조항은 이미 종료된 범죄행위에 대하여 사후에 개정된 법률조항을 적용하도록 한 소급입법이므로 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 않는다.

청구인들이 범죄행위를 할 당시에는 벌금 액수와 상관없이 노역장유치조항에서 정한 기간보다 짧은 기간의 노역장유치를 선고받을 수 있다는 신뢰가 구축되어 있었다. 반면, 강화된 제재에 대한 경고 기능이 작동되지 않은 상태에서 행한 행위에 대해 고액 벌금형에 대한 납입기능을 강화하고 노역환산금액에 대한 형평성을 도모한다는 이유를 들어 사후입법으로 무겁게 책임을 묻는 것은 법질서 전체에 대한 불신만 키울 뿐이고 위와 같은 공익에 기여하는 바는 크지 않다. 따라서 부칙조항은 헌법상 소급입법금지원칙에 위반된다.

### 재판관 안창호의 노역장유치조항에 대한 보충의견

노역장유치조항은 주로 고액 벌금형의 필요적 병과를 규정한 특별형법상 범죄에 대하여 적용되는데, 고액 벌금형의 병과규정과 노역장유치조항이 결합할 경우 실질적으로 과중한 자유형이 선고된 것과 같을 수 있고,

경미한 공범이나 경제적으로 어려운 사람일수록 이러한 가능성이 커진다는 점에서 책임주의에 반할 수 있다. 그러므로 벌금형의 필요적 병과규정은 신중하게 입법하여야 하고 이를 규정한 기존의 특별형법 조항에 대하여도 입법개선의 노력을 기울여야 할 것이다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 노역장유치는 벌금 미납자를 일정 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 하는 것으로서 신체의 자유를 제한하는 것인바, 노역장유치조항은 벌금형의 액수가 1억 원 이상인 청구인들로 하여금 벌금 미납시 반드시 일정 기간 이상 노역장에 유치되도록 하고 있으므로 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해하는지 문제된다.

나. 부칙조항은 노역장유치조항이 개정, 시행되기 전에 범죄를 저지른 경우라 하더라도 공소제기가 노역장유치조항 시행 이후라면 노역장유치조항을 적용하도록 하고 있다. 노역장유치조항의 개정 전 범죄행위에 대하여 노역장유치조항을 적용하는 것이 ‘소급입법’에 해당하는지, 즉 개정 전 범죄행위라는 사실이 노역장유치와 관련하여 이미 완성된 사실관계라고 볼 수 있는지 문제된다.

만약 소급입법에 해당한다고 본다면(진정소급입법), 범죄행위에 대한 소급처벌은 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급원칙에 따라 금지되므로 노역장유치가 형벌로서의 성격을 가지는지 문제된다. ① 노역장유치가 형벌로서의 성격을 가진다면, 유치기간의 하한을 설정하고 이를 그 시행 전에 행한 범죄에 대해 적용하도록 하는 것은 형사제재를 가중하는 것과 동일하다고 볼 수 있으므로 형벌불소급원칙에 반할 가능성이 있고, ② 노역장유치가 형벌로서의 성격을 가지지 않는다면, 과거의 행위에 대해 개정된 법률의 적용을 받게 한다는 점에서 헌법상 법치국가원리에서 나오는 일반적인 소급입법금지원칙 위반 문제가 발생할 수 있다.

만약 소급입법에 해당하지 않는다고 본다면(부진정소급입법) 신뢰보호원칙 위반 여부가 문제될 것이다.

## 2. 관련 제도 개관

### 가. 노역장유치의 법적 성격<sup>1)</sup>

#### (1) 학계의 논의

노역장유치란 벌금형 및 과료형의 집행과 관련하여 벌금 등을 완납할 때까지 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 하는 환형처분을 말한다. 대부분의 학자는 노역장유치를 ‘환형처분’이라고만 기술할 뿐 그 근거와 의미에 관하여는 아무런 언급이 없다.<sup>2)</sup> 다만 학자에 따라서는 ① 재산형이 다시 자유형으로 환원된 것이라는 견해<sup>3)</sup>, ② 징역형에 가까운 일종의 환형처분이나 완전한 형태의 자유형에의 환형처분은 아니라는 견해<sup>4)</sup>, ③ 재산형을 자유형으로 전환시킨 환형처분의 성질을 가지나 강제노역에 의하여 벌과금을 대상(代償)토록 하는 점에서 재산형의 집행방식의 성질도 가진다는 견해<sup>5)</sup>, ④ 노역장유치를 벌금 또는 과료형에 대한 환형처분이라고 하면서도, 이는 벌금 또는 과료의 집행을 확보하기 위한 방법의 하나로 노역형, 즉 강제노동 자체를 내용으로 하는 형벌과 구별된다는 견해<sup>6)</sup>, ⑤ 벌금 또는 과료의 특별한 집행방법일 뿐 벌금 또는 과료를 자유형으로 바꾼 환형처분, 즉 ‘형’이라고는 할 수 없다는 견해<sup>7)</sup>가 있다.

- 
- 1) 이 부분은 편집대표 박재윤, 주석 형법, 형법총칙(2), 제2판, 2011, 672-673쪽(윤남근 집필부분) 참조.
  - 2) 김성천·김형준, 형법총론, 2005, 671쪽; 김용희, 형법총론, 2007, 376쪽; 김일수·서보학, 형법총론, 2006, 738쪽; 배종대, 형법총론, 2008, 790쪽; 임웅, 형법총론, 2004, 592쪽; 정성근·박광민, 형법총론, 2008, 660쪽; 정영일, 형법총론, 2007, 486쪽; 진재호·이준걸, 형법총론, 2007, 701쪽
  - 3) 박상기, 형법총론, 2007, 511쪽. 이 때문에 노역장유치는 자유형을 대체하여야 할 재산형이 다시 자유형으로 환원되는 것이라고 비판하면서, 사회봉사명령 같은 방법으로 대신하는 것이 형사정책적 견지에서 타당하다고 한다.
  - 4) 지광준, 현대사회와 형벌, 강남대학교출판부, 2004, 175쪽
  - 5) 구주석(하)(박재윤), 405쪽
  - 6) 이기현·최병각, 노역장유치제도에 관한 연구(1997), 한국형사정책연구원, 25쪽. 헌법재판소 2010헌바188등 결정도 이 견해를 따른 것으로 보인다[이 사건 연구보고서(유미라 연구관 작성) 참조].
  - 7) 주석형법, 앞의 책, 677쪽

## (2) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 “노역장유치의 법적 성격은 벌금미납자가 노역장에 유치되는 순간 유치일수만큼 벌금액이 탕감되므로 원칙적으로 벌금 납입의 대체수단이지만, 벌금미납자에게 벌금납입에 대한 강한 심리적 압박을 가한다는 점에서 납입강제의 기능도 함께 수행한다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 노역장유치는 위와 같이 벌금형 등에 대한 환형처분이라는 점에서 노역형, 즉 강제노동 자체를 내용으로 하는 형벌과는 구별된다.”(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등, 판례집 23-2상, 601, 607-608), “벌금형에 대한 노역장유치는 이미 형벌을 받은 사건에 대해 또 다시 형을 부과하는 것이 아니라 단순히 형벌 집행방법의 변경에 불과한 것이므로 이중처벌금지원칙과도 관련이 없다.”(헌재 2005. 7. 21. 2003헌바98, 판례집 17-2, 34, 41; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌바88, 판례집 22-2상, 270, 284 등)고 판시한 바 있다. 즉 노역장유치는 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형에 대한 환형처분으로, 벌금형의 집행방법일 뿐 형벌과는 구별된다는 입장이다.

## (3) 법원 판례

노역장유치의 법적 성격에 대하여 직접적으로 밝힌 법원 판례는 없다. 다만 대법원은 불이익변경금지원칙과 관련하여, ① 벌금액이 같고 노역장유치기간이 길어진 때에는 불이익변경이 된다고 하면서도, ② 벌금액이 감경되면서 노역장유치기간이 길어진 경우나 자유형을 벌금형으로 변경하면서 벌금형에 대한 노역장유치기간이 자유형을 초과하는 경우에는 불이익변경이 아니라고 판시하였다.<sup>8)</sup>

8) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도3945 판결

- 한편, 일본 최고재판소는 “벌금형은 형법상 인정되고 있는 형벌의 일종이며 환형처분을 정한 형법 제18조(노역장유치)의 규정은 벌금의 특별한 집행방법을 정한 것으로 벌금형의 효과를 다하기 위한 조항이다”라고 판시하였다[日,最判 1950. 6. 7.(形集 4-6, 956)], “노역장유치는 소위 환형처분으로 그 본건에 준하여야 할 성질의 것이고, 자유형이 과해진 경우와 아무런 차이가 없기 때문에 벌금을 완납하지 아니하였을 때의 노역장유치의 선고에 관해서도 소위 불이익변경금지의 규정이 적용된다”고 판시하기도 하였다([日,最判 1951. 10. 16.(形集 4-6, 956)][주석형법(앞의 책), 674쪽 참조]

#### (4) 검토

노역장유치는 형법 제41조에서 규정한 형의 종류에 포함되어 있지 않고, 벌금형을 선고받았음에도 이를 납입하지 않는 경우에만 집행된다. 또한 벌금형의 시효가 완성되면 집행될 여지가 없으며 노역장유치의 집행 중에는 벌금형의 시효가 완성되지 않는다. 이러한 점들을 고려하면, 노역장유치는 벌금형에 부수되는 처분일 뿐 그 자체를 독립된 형벌이라고 보기는 어렵다. 다만 노역장유치를 통하여 벌금납입 효과가 발생하므로 벌금형의 특수한 집행방법으로 볼 수 있으며, 그 실질이 자유를 박탈하는 측면을 가지고 있으므로 재산형을 자유형으로 전환하는 환형처분으로서의 성격도 갖고 있다고 보는 것이 타당하다.

#### 나. 관련 선례

헌법재판소는 ‘벌금을 납입하지 아니한 자를 1일 이상 3년 이하의 기간 노역장에 유치’하도록 한 형법 제69조 제2항과 ‘벌금을 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고’하도록 한 형법 제70조에 대하여 합헌결정을 한 바 있다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등, 판례집 23-2상, 601).<sup>9)</sup>

9) 결정 요지는 다음과 같다.

: 이 사건 법률조항들은 벌금의 철저한 징수를 통하여 벌금형의 형벌효과를 유지, 확보하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정되며, 벌금을 납입하지 아니할 경우 자유박탈을 내용으로 하는 노역장유치는 벌금납입을 대체 혹은 강제할 수 있는 유효한 수단이라는 점에서 수단의 적합성도 갖추었다.

사회봉사특례법은 경제적인 이유로 벌금을 낼 수 없는 사람이 일정한 요건을 충족한 경우에는 벌금 미납에 따른 노역장유치를 사회봉사로 대신하도록 규정하고 있으므로, 벌금의 납부의사가 있지만 경제적 능력이 없는 자가 벌금을 미납하였다고 하여 바로 노역장에 유치되는 것은 아니다. 납부의무자가 일시에 벌금 전액을 납부하기 어려운 부득이한 사유가 있는 경우에는 검사에게 벌금의 일부납부나 납부연기를 신청할 수 있고(재산형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제12조), 노역장에 유치할 수 있는 기간도 3년 이내로 제한되어 있으며(형법 제69조 제2항), 납부의무자가 18세 미만인 경우에는 노역장유치 선고를 할 수 없다(소년법 제62조 본문). 또한 소년이거나 형집행정지사유가 있고, 강제집행할 재산이 없는 경우에는 검사는 집행절차정지처분을 할 수도 있다(위 규칙 제24조의2 제2항). 따라서 피해의 최소성에 반한다고 볼 수 없다.

이 사건 법률조항들로 인하여 납부의무자는 벌금을 미납할 경우 노역장에 유치되어 구금되는 불이익을 입을 수 있으나, 노역장유치를 통하여 벌금형의 집행율을 제고하고 형벌의 목적을 달성하려는 공익은 노역장유치자가 입게 되는 불

### 다. 노역장유치제도의 부작용과 개선방안<sup>10)</sup>

(1) 노역장유치제도는, 벌금납입 능력이 없는 자에게는 그 실질이 단기 자유형과 다를없이 벌금형의 장점을 훼손시킨다는 단점이 있다. 즉, 경제적 불평등으로 인한 형벌의 불평등 초래, 단기 수용으로 인한 범죄적 악성감염과 낙인효과, 과밀수용의 폐해, 수용비용 증가 및 교정업무의 증가 등 애초 벌금형으로 제거하려던 단점의 대부분이 문제점으로 등장한다. 이 때문에 노역장유치를 사회봉사명령으로 대체하거나<sup>11)</sup>, 노역장유치를 대체자유형으로 보고 노역장유치에 관한 집행유예를 도입하는 방안, 노역수형자에 대한 가석방제도를 도입하거나<sup>12)</sup>, 독립된 노역장(Work House)을 설치하는 방안 등이 제시되고 있다. 그 밖에 벌금형의 단점을 개선하기 위하여 논의되는 일수벌금제도의 도입<sup>13)</sup>, 벌금형에 대한 집행유예의 도입<sup>14)</sup>, 벌금형의

---

이익에 비하여 현저히 작다고 할 수 없으므로 범의 균형성에 위배된다고도 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 반하여 벌금 미납자의 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다(헌재 2011. 9. 29. 2010헌바188등, 판례집 23-2상, 601, 609-610).

- 10) 김상훈, “이른바 황제노역 사건의 형사재판 실무상 문제점 - 노역장유치 量刑適正性 및 벌금형 執行 實效性의 문제의식에서 -”, 인권법평론 제13호, 2014, 106쪽~111쪽 참조.
- 11) 현재 ‘벌금미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법’이 제정, 시행되고 있다. 기본 구조는 벌금미납자의 신청(제4조) → 검사의 청구(제5조) → 법원의 허가결정(제6조) → 보호관찰관 집행(제10조)의 순으로 진행된다. 사회봉사를 전부 또는 일부 이행한 경우에는 집행한 사회봉사 시간에 상응하는 벌금액을 낸 것으로 본다(제13조). 같은 법 시행령은 확정된 벌금형의 금액을 300만 원으로 정하고 있는데(제2조), 이는 고액의 벌금형을 선고받은 자가 벌금을 납부하지 않고 사회봉사로 대체하는 것을 방지하기 위한 것이다.
- 12) 노역장유치에 관하여 집행유예 및 가석방이 도입되려면 그 전제로 노역장유치의 법적 성격을 단기자유형으로 선언하는 등의 입법적 근거가 마련될 필요가 있다는 견해가 있다. 독일은 일수벌금제를 전제로 벌금의 대체자유형 근거가 마련되어 있다(독일 형법 제43조).
- 13) 총액벌금제도를 유지한다면 양형과정에서 범죄의 경중에 따라 벌금액을 먼저 정하게 되는데, 이 경우 양형의 적정성은 물론 노역장유치제도의 효율성을 달성하기 위해서는 벌금을 납입할 경제적 능력이 없는 자에게는 1일 벌금액을 높여 유치일수를 줄이고, 벌금납입능력이 있으면 1일 벌금액을 내려 유치일수를 늘리는 것이 타당하다. 일수벌금제도의 경우 범죄의 경중에 따라 일수를 먼저 정한 다음 경제능력을 고려하여 1일 벌금액을 산정하는데, 1일 벌금액은 부유한 자에게는 높은 액수로 책정된다(최병각, “노역장유치의 실제와 벌금양형”, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000, 219쪽; 김상훈, 앞의 글, 111쪽).

과태료 전환 등도 벌금 납부능력이 없는 자에 대한 배려를 통해 노역장유치에 의한 단기자유형의 폐해를 막고자 하는 데 그 기본 방향이 있다.

(2) 노역장유치자가 복역을 선택하는 것은 벌금납입 능력이 없는 경우가 일반적이겠지만, 벌금납입 능력이 있음에도 벌금을 납입할 의사가 없어서 복역하는 경우도 있을 수 있다. 고액의 벌금납입을 회피할 목적으로 복역하는 자에게는 노역장유치제도가 벌금 탕감의 통로로 전락하여 벌금납입 촉구의 기능을 전혀 수행하지 못한다는 문제가 있다.<sup>14)</sup> 노역장유치조항은 이러한 문제점을 개선하기 위하여 제정된 것인바, 아래에서 자세한 내용을 살펴본다.

## 라. 노역장유치조항의 입법배경 등

### (1) 입법배경

고액 벌금형의 경우 피고인이 벌금을 납입하지 않더라도 단기간 노역장에 유치되는 것만으로 벌금액 전액을 면제받게 되어 형평성에 어긋난다는 비판이 있었다. 대표적으로 2010년 前 대구그룹 회장의 법인세 포탈 및 횡령 사건과 관련하여 법원이 254억 원의 벌금형에 처하면서 노역장유치의 1일 대가를 5억 원으로 정하는 내용의 판결을 선고하였다. 그 결과 49일만 노역장에 유치되면 벌금액 전액을 면제받을 수 있게 되자, 이 사건이 소위 황제노역 사건으로 뒤늦게 언론에 보도되면서 2014년 초 법조계 및 언론의 관심이 집중되었다.

### (2) 입법과정

#### (가) 법원 내부의 기준안 마련

대법원은 2014. 3. 28. 전국수석부장관사회의를 열고 환형유치제도를 전면 개선하는 권고 기준안을 마련하였다. 그 골자는 ① 벌금이 1억 원 미만 일 경우 환형유치 1일 환산금액을 10만 원으로 하고, ② 벌금이 1억 원을 초과하면 1일 환산금액을 벌금액의 1/1,000로 정하되, ③ 벌금 1억 원 이상

14) 2016. 1. 6. 형법이 개정되어, 2018. 1. 17.부터는 500만 원 이하의 벌금형을 선고할 경우 집행유예를 할 수 있게 되었다(형법 제62조 제1항).

15) 최병각, 앞의 글, 217쪽.

의 사건이라도 징역형과 함께 벌금형이 병과되는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상의 조세, 관세, 뇌물, ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상의 수재 사건에 대하여는 노역장유치기간의 하한선을 정하였다.<sup>16)</sup> 대법원의 권고안과 노역장유치조항의 내용을 비교하면 아래와 같다.

	벌금형 <sup>17)</sup>	유치기간 하한
대법원 권고안 (특가법, 특경법상 경제사범)	1억 원 이상 ~ 5억 원 미만	300일
	5억 원 이상 ~ 50억 원 미만	500일
	50억 원 이상 ~ 100억 원 미만	700일
	100억 원 이상	900일
노역장유치조항 (모든 범죄)	1억 원 이상 ~ 5억 원 미만	300일
	5억 원 이상 ~ 50억 원 미만	500일
	50억 원 이상	1,000일

(나) 형법 일부개정안 발의

이와 관련하여 국회에서 총 5건의 개정안이 발의되었다. 각 개정안의 구체적 내용에는 차이가 있으나, 노역장유치기간에 대한 일응의 기준을 마련함으로써 법원의 양형 재량을 통제하고 고액 벌금형을 단기 노역장유치로 무력화하지 못하게 한다는 데 기본 취지가 있음은 동일하다. 각 개정안의 내용은 아래 표와 같다.

개정안	주요내용	검토보고서(법제사법위원회)
이상규 대표발의 (14.3.25.)	<1일 환형유치금액 제한> - 1일 노역장유치에 공제하는 벌금 산정액은 벌금 최소액의 10배를 초과하지 못하도록 함. - 공포 후 1년 경과한 날부터 시행	- 1일 벌금 산정액이 50만 원을 초과하지 못하므로 벌금 10억 원의 경우 2,000일 이상, 벌금 100억 원의 경우 20,000일 이상 노역장 유치가 가능함. 선택형인 징역형 또는 금고형을 선고하는 경우보다 재산형인 벌금형을 집행하는 것이 더 장기간 신체의 자유를 침해하게 되어 죄형법정주의, 비례원칙에 위배될 소지 있음.

16) 다만, 피고인이 탈세액이나 뇌물액 등 범죄 이익 금액을 선고 전에 스스로 냈을 경우 재판부가 본래 기준보다 한 단계 낮은 구간의 유치기간을 선택할 수 있게 하였다.

17) 2009년부터 2013년까지 선고된 벌금액 액수의 현황을 보면, 1억 원 미만이 99.93%로 대다수를 차지하고 있다[제323회 국회(임시회) 제5차 법제사법위원회(2014. 4. 15) 회의록 참조].

개정안	주요내용	검토보고서(법제사법위원회)
박민식 대표발의 (14.3.26.)	<p>&lt;1일 환형유치금액 제한&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 50억 원 이상 벌금 선고 시 1일 환형유치금액이 벌금액의 1/1,000을 넘지 못하도록 함.</li> <li>- 공포 후 6개월 경과한 날부터 시행</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 50억 원 이상 벌금 선고 시 1일 환형유치금액이 500만 원 이하여야 하므로 노역장 유치일수는 1000일 이상 3년 이하임.</li> <li>- 1일 환형유치금액을 기준으로 정하기보다 유치일수의 하한을 정하는 방식이 형법의 체계를 존중하는 것임.</li> </ul>
권성동 대표발의 (14.3.27.)	<p>&lt;노역장유치기간의 하한 설정&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 벌금액이 5억 원 이상 50억 원 미만이면 최소 500일 이상의 유치기간을, 50억 원 이상이면 최소 1,000일 이상의 유치기간을 정하도록 함.</li> <li>- 공포 후 6개월 경과한 날부터 시행</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 고액 벌금을 단기간의 노역으로 탕감받는 문제는 상당부분 해소할 수 있을 것으로 보이나, 형벌의 비례원칙과 법원의 양형 재량 등을 고려하여 입법정책적으로 신중하게 검토할 필요 있음.</li> </ul>
김재원 대표발의 (14.3.27.)	<p>&lt;1일 환형유치금액 제한 + 잔액 벌금 면제&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 노역장유치에 따라 공제 받는 벌금액 한도를 1일 300만 원 이하로 하되, 노역장유치기간이 3년인 경우 공제 후 벌금 잔액을 면제할 수 있도록 함.</li> <li>- 공포 후 6개월 경과한 날부터 시행</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1일당 벌금액의 상한을 정하는 방식은 전체 벌금과 유치기간만 정하도록 한 현행 법체계와 부합하지 않음.</li> <li>- 벌금 잔액 면제는 노역장유치제도가 벌금의 일부가 아닌 전체를 대상으로 하는 점과 부합하지 않음.</li> <li>- 유치기간이 3년인 경우에 한하여 벌금 잔액을 면제할 수 있도록 하는 것은 동일한 벌금형이라도 법원의 1일 벌금액과 유치기간의 선택에 따라 불평등한 결과를 야기할 수 있음.</li> <li>- 유치기간이 3년에 근소하게 미달하는 경우 노역장 유치와 함께 잔액 벌금에 대한 납부의무도 부담하게 되어 실질적으로 ‘자유형+벌금형’을 부과하는 경우가 될 우려가 있음. 이는 같은 액수의 벌금형 및 같은 기간의 자유형보다 더욱 과중한 형을 부과하는 셈이 되어 형법상 비례 원칙에 위배될 소지가 있음.</li> </ul>

개정안	주요내용	검토보고서(법제사법위원회)
서기호 대표발의 (14.4.1.)	<ul style="list-style-type: none"> <li>&lt;1일 환형유치금액 제한 + 잔여 벌금 납입&gt;</li> <li>- 벌금 대체 노역장유치 환산금액을 1일 100만원 이하로 함.</li> <li>- 최장 유치일수 3년을 초과하는 벌금액이 있을 경우 별도로 납입하도록 함.</li> <li>- 별도 납입금을 완납하지 않은 때에는 유치일수를 공제하지 못하도록 함.</li> <li>- 공포한 날부터 시행</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1일당 벌금액의 상한을 정하는 방식은 전체 벌금과 유치기간만 정하도록 한 현행 법체계와 부합하지 않음.</li> <li>- 유치기간 3년의 도과 후 남은 벌금액에 대하여 별도 납부의무를 부과하는 점은 벌금의 일부가 아닌 전체를 대상으로 하는 현행 유치제도의 취지를 고려하여 신중한 검토가 필요함.</li> <li>- 유치기간이 3년 도과한 후에도 노역장유치와 함께 잔액 벌금에 대한 납부의무를 부담하므로, 실질적으로 ‘자유형+벌금형’을 받는 셈임. 벌금을 납부한 같은 액수의 벌금형 및 같은 기간의 자유형보다 더욱 과중한 형벌이므로(특히 징역형과 벌금형을 병과하는 경우 더욱 그러함), 헌법상 평등원칙 및 비례원칙에 반할 소지 있음.</li> </ul>

※ 법제사법위원회는 위 각 개정안과 관련하여, 노역장유치제도의 개선 방안으로 다음과 같은 종합검토의견을 개진하였다.

「재판실무에 따르면 피해의 보전 상황, 피고인의 사회 복귀 필요 등 양형요소를 고려하여 선택형 중 경한 벌금형을 선고하는 경우가 많은바, 벌금형이 노역장유치를 통하여 실제로는 징역형의 결과를 가져오게 되는 측면이 있는 점을 신중하게 검토할 필요가 있음.

현재 형벌조항 중 대다수가 징역형 또는 금고형과 벌금형을 선택적으로 규정하고 있는 점을 고려하여 불법이 중한 경우에는 재판 단계에서 징역형 또는 금고형을 선고하도록 할 필요가 있고, 벌금형을 선고하거나 병과하는 경우에는 형의 집행 단계에서 벌금형의 집행에 만전을 기하도록 집행 제도의 개선을 검토할 필요가 있으며, 무자력을 가장하는 경우가 빈번함을 고려하여 피고인의 재산상황을 파악할 수 있는 제도적 장치의 마련이 필요함.

또한, 노역장유치기간이 장기화되어 벌금형이 실무적으로 징역형으로 기능하게 될 경우 오히려 사법 실무에서 벌금형의 선고를 꺼리게 될 수도 있음을 고려할 필요가 있음.」

#### (다) 국회 회의 결과

각 개정안은 제323회 국회(임시회) 제5차 법제사법위원회(2014. 4. 15.)에 상정 후 제안설명, 검토보고 및 대체토론을 거쳐 법안심사제1소위원회에 회부되었고, 제323회 국회(임시회) 제1차 법안심사제1소위원회(2014. 4. 17.)에서 위 5건의 법률안의 내용을 통합·조정하여 대안(노역장유치조항)을 위원회안으로 제안하기로 의결하였으며, 위 대안은 제324회 국회 본회의(2014. 4. 29.)에서 가결되었다.

※ 부칙조항과 같은 내용의 경과규정은 어떠한 안에서도 발의된 바 없으며, 노역장유치조항의 시행시기와 관련하여서는 개정안 심사·검토 단계나 국회 회의 과정에서 전혀 언급되거나 논의된 바 없다.

한편, 노역장유치조항의 신설 후에도 유치기간의 상한이 여전히 3년으로 제한되어 황제노역 논란이 끊이지 않는다는 비판이 일자(전두환 전 대통령의 차남이 38억 6000만 원의 벌금을 미납해 노역장에 유치됐지만 1일 환형 유치금액이 400만 원에 달함), 다른 벌금형을 받은 사람과의 형평성을 도모하고 무자력을 가장해 벌금 납입을 회피하는 일부 재력가들의 행태를 근절해야 한다는 이유로 2016. 7. 노역장유치기간의 상한을 현행 3년에서 6년으로 늘이는 형법 개정안이 발의되었다.

### (3) 입법목적

형법은 벌금을 납부하지 않는 경우 1일 이상 3년 이하 기간 동안 노역장에 유치하도록 규정하고 있을 뿐, 구체적으로 노역장유치기간을 정하는 기준에 대해서는 특별한 규정을 두지 않았다. 따라서 법관이 개별 사건마다 재량으로 노역장유치기간을 정하여 왔으며, 3년을 초과하지 않도록 1일 환형유치금액을 정해온 결과, 죄질이 중하여 고액 벌금형을 선고하는 경우 환형유치금액을 1일 1,000만원, 1억 원, 5억 원처럼 지나치게 높게 정하는 경우도 있었다. 이와 같이 1일 환형유치금액 간 불균형이 심각하고, 벌금 납부능력이 충분한 피고인이 무자력을 가장해 단기간 노역장에 유치되는 것만으로 벌금 전액을 면제받게 되는 사례가 발생하자, 노역장유치제도의 공정성과 형평성에 논란이 제기되었다. 또한 본래 노역장유치제도의 벌금 탕감 기능은 경제력이 부족하여 벌금을 납입하기 어려운 자에게 주된 의미

를 갖는 것인데, 경제적 자력이 충분한 자들이 이를 악용함으로써 노역장유치제도의 본래 취지 및 기능에도 반하게 되었다.

이에 노역장유치조항은 일정 액수 이상의 벌금형을 선고하는 경우 노역장유치의 최소 기간을 정함으로써, 고액 벌금형을 단기의 노역장유치로 무력화하지 못하도록 하고 벌금의 성실 납부 유도라는 노역장유치제도의 주된 기능을 살리도록 하였다.<sup>18)</sup> 또한 노역장유치기간 산정에 대한 일응의 기준을 법률에 직접 마련함으로써 개별 사건에서 법관의 재량에 따라 1일 환형유치금액에 지나친 불균형이 발생하지 않도록 하였다.

#### (4) 노역장유치조항의 적용대상인 범죄

(가) 1억 원 이상의 고액 벌금형은 대체로 특별형법에서 ‘범죄이익의 일정 배수 이상’을 벌금형의 하한으로 규정하고 있는 범죄에 대하여 선고되며(소위 ‘배수벌금형’)<sup>19)</sup>, 대부분 징역형과 필요적으로 병과된다[임의적 병과규정은 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제3조(특정재산범죄 가중처벌)와 제4조(재산국외도피죄) 등이 있음].

- **특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률**

뇌물죄(제2조), 관세법 위반(제6조), 조세포탈(제8조), 세금계산서 교부의무 위반(제8조의2)

- **특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률**

특정재산범죄의 가중처벌(제3조), 재산국외도피의 죄(제4조), 수재 등의 죄(제5조)

- **보건범죄 단속에 관한 특별조치법**

부정식품 제조 등(제2조), 부정의약품 제조 등(제3조), 부정유독물 제조 등(제4조)

18) 형법 일부개정법률안(대안)의 제안이유(의안번호 10351)와 법제처 홈페이지상의 개정이유 참조.

19) 배수벌금형이란 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제8조 제2항의 ‘2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금’과 같이 00억의 0배 이하에 상당하는 벌금 또는 00억의 0배 이상 0배 이하에 상당하는 벌금 형태로 규정하는 경우로 독특한 벌금형의 입법형식이다[윤해성, 형사법개정연구(IV) 재산형제도의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2009, 113쪽].

● **환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률**

멸종위기 야생생물의 포획 등(제6조), 폐기물 불법처리(제7조)

● **식품위생법**

금지된 원료를 사용한 식품 등의 판매, 위해식품 등의 제조·판매, 유독기구 사용, 무허가 영업행위, 허위과장광고(제94조)

● **건강기능식품에 관한 법률**

무허가 영업행위, 위해 건강기능식품 등의 제조·판매, 허위과장광고(제43조)

(나) 배수벌금형은 형식적으로는 형벌의 일종이지만 실질적으로는 불법 행위에 기초한 이익박탈적 행정처분이나 민사상의 손해배상과 유사한 기능을 가지고 있으며 경제범죄나 환경범죄 영역에서 주로 찾아볼 수 있다. 배수벌금형은 행위의 죄악성을 처벌하기 위한 것이면서 동시에 불법하게 취득한 이익의 완전한 박탈이나 국고에 미친 금전상의 손실에 대한 보전에도 주된 목적을 두고 있다.<sup>20)</sup> 경제적 이익을 목적으로 하는 범죄의 경우 그러한 범죄로 인한 수익의 최소 몇 배 이상의 금액을 벌금이란 이름으로 박탈함으로써 오히려 해당 범죄가 막대한 경제적 손실을 초래함을 경고하여 범죄를 예방하고자 하는 것이다.<sup>21)</sup>

범죄수익을 박탈하기 위한 제도로 몰수·추징제도가 있으나<sup>22)</sup>, 몰수·추징

20) 윤해성, 앞의 책, 89쪽. 배수벌금형은 조세범죄 영역에서 과거 국고주의 사상에 근거하여 형성된 제도로서 결과책임을 인정하는 것이라 할 수 있고, 범행 동기나 범정에 따른 정상참작의 여지를 배제하는 행위자의 책임에 상응할 수 없는 형벌로서 책임주의에 반한다고 할 수 있으며, 과중한 형벌 부과는 헌법상의 과잉금지원칙에 반할 수도 있다는 문제점이 제기된다(이천현, 벌금형의 규정방식에 관한 고찰, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007년 가을호, 483-485면 참조). 또한 배수벌금제의 경우 중소기업에게는 다액의 금전적 부담으로 인하여 도산을 초래하는 경우가 있을 수 있기 때문에 이러한 과중처벌 규정은 법집행자로 하여금 법적용을 기피케 하는 요인으로 작용하고, 법적용의 기피는 처벌의 실효성을 떨어뜨리게 하여 결국은 형벌의 예방효과를 기대할 수 없게 만드는 부정적인 파급효과를 낳는다(윤해성, 앞의 책, 89-90쪽).

21) 윤해성, 앞의 책, 117쪽

22) 형법 제48조(몰수의 대상과 추징) ① 범인이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄후 범인이외의 자가 정을 알면서 취득한 다음 기재의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.

1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건.

2. 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건.

은 그 돈이 범죄행위로부터 유래된 것인지를 입증해야 하고, 벌금형에 대한 노역장유치제도와 같이 몰수·추징을 강제할 수 있는 수단이 없다는 점에서 한계가 있다. 특히 특별법상 벌금형이 배수형식으로 되어 있는 경우 별도로 몰수·추징 규정을 두고 있는 경우가 많지 않고[별도로 몰수·추징 규정을 두고 있는 경우는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제2조의 뇌물죄(→형법 제134조), 위 법 제6조의 관세법 위반죄(→관세법 제282조), ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제4조의 재산국외도피죄 및 제5조의 수재 등의 죄(→같은 법 제10조)가 있음]<sup>23)</sup>, 형법상 몰수·추징규정으로 범죄수익을 환수하는 데 한계가 있다. 따라서 특별법상 배수벌금형은 범죄수익 이상의 상당액을 벌금형으로 부과하도록 함으로써 범죄로 인한 수익을 박탈함은 물론 범죄이익 환수 차원을 넘는 금전적 고통을 가하여 벌금형 본래의 기능도 수행하게 된다.

3. 전 2호의 대가로 취득한 물건.

② 전항에 기재한 물건을 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징한다.

23) 형법 제134조(몰수, 추징) 범인 또는 정을 아는 제삼자가 받은 뇌물 또는 뇌물에 공할 금품은 몰수한다. 그를 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징한다.

관세법 제282조(몰수·추징) ① 제269조 제1항의 경우에는 그 물품을 몰수한다.

② 제269조 제2항·제3항 또는 제274조 제1항 제1호의 경우에는 범인이 소유하거나 점유하는 그 물품을 몰수한다. 다만, 제269조 제2항의 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물품은 몰수하지 아니할 수 있다.

1. 제154조의 보세구역에 제157조에 따라 신고를 한 후 반입한 외국물품
2. 제156조에 따라 세관장의 허가를 받아 보세구역이 아닌 장소에 장치한 외국물품

③ 제1항과 제2항에 따라 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없을 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다. 다만, 제274조 제1항 제1호 중 제269조 제2항의 물품을 감정한 자는 제외한다.

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조(몰수·추징) ① 제4조 제1항부터 제3항까지의 경우 범인이 도피시키거나 도피시키려고 한 재산은 몰수한다.

② 제5조부터 제7조까지 및 제9조 제1항·제3항의 경우 범인 또는 정황을 아는 제3자가 받은 금품이나 그 밖의 이익은 몰수한다.

③ 제1항 또는 제2항의 경우 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다.

### 3. 노역장유치조항에 대한 판단

#### 가. 합헌론

##### (1) 목적의 정당성과 수단의 적합성

노역장유치조항은 노역장유치가 고액 벌금 납부에 대한 회피수단으로 이용되는 것을 막고 벌금형을 선고받는 자들 사이에 노역장유치 환산금액에 대한 형평성을 도모하기 위한 것인바, 이러한 입법목적은 정당하다. 1억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 법률에 정해 두게 되면, 벌금납입을 심리적으로 강제할 수 있고 환형유치금액 간의 지나친 차이를 좁혀 형평성을 담보할 수 있으므로, 위 입법목적 달성에 효과적이고 적절한 수단이다.

##### (2) 침해 최소화

(가) 종래 형법은 벌금을 납부하지 않을 경우 1일 이상 3년 이하의 기간 동안 노역장에 유치하도록 규정하고 있었을 뿐, 노역장유치기간 설정에 대한 그 밖의 특별한 기준을 두고 있지 않았다. 그 결과 고액 벌금형이 선고 되는 경우 1일 환형유치금액이 1,000만원, 1억 원, 5억 원처럼 지나치게 높게 정해지는 경우가 있어, 벌금 납부능력이 충분함에도 무자력을 가장해 단기간의 노역장유치로 벌금 전액을 면제받는 사례가 발생하였고, 법관의 재량에 따라 1일 환산금액과 노역장유치기간에 큰 차이가 발생하여 노역장유치제도의 공정성과 형평성에 논란이 제기되었다.

본래 노역장유치는 벌금을 납입하지 않으면 자유박탈이라는 강한 제재를 받게 된다는 경고를 주어 벌금납입을 강제하는 데 주된 목적이 있으며, 벌금납입 대체 기능은 벌금납입 의사가 있으나 경제력이 부족하여 벌금을 납입하기 어려운 자들에 대하여 의미를 갖는다.<sup>24)</sup> 그런데 벌금액수에 비해

24) 형법에서 벌금액과 유치 일수에 관한 규정을 두고 있을 뿐 '1일 환형유치금액'에 대해서는 따로 정의나 법문을 두고 있지 않은 것에 비추어, 노역장유치제도 자체는 벌금 납부를 독려하고 강제하기 위한 제도이지 노역으로 1일 얼마씩 벌금을 당감하는 데 주안점을 두고 있는 제도가 아니다[법제사법위원회 수석전문위원 임중호, 형법 일부개정법률안 검토보고, 박민식의원 대표발의(2014. 3. 26), 5-6쪽].

반면, 노역장유치의 법적 성격은 기본적으로는 벌금납입의 대체수단이며, 자유박탈의 위협이 미납벌금을 납입할 수 있는 자에게 벌금완납을 강제한다는 점에서

노역장유치기간이 지나치게 짧게 정해지면 경제적 자력이 충분함에도 고액의 벌금납입을 회피할 목적으로 복역하는 자들이 있을 수 있으므로, 벌금납입을 심리적으로 강제할 수 있는 최소한의 기간 이상을 노역장유치기간으로 정할 필요성이 있다. 또한 현행법상 노역장유치기간의 상한이 3년으로 정해져 있어 고액 벌금일수록 1일 환형유치금액이 커지는 문제는 계속 발생할 수밖에 없으므로<sup>25)</sup>, 그나마 고액 벌금형에 대한 유치기간의 하한을 법률로 정해두어야 1일 환형유치금액 간에 지나친 불균형이 발생하는 것을 막을 수 있다. 이러한 점에서 노역장유치기간의 하한 설정은 벌금납입의 실효성을 담보하고 환형유치금액 간의 형평성을 도모하기 위한 불가피한 방법이다.

(나) 노역장유치조항은 벌금형의 액수가 '1억 원 이상'인 경우부터 노역장유치기간의 하한을 정하고 있는바, 주로 특별형법상 '범죄이익의 일정 배수 이상'을 벌금형의 하한으로 규정하고 있는 경제범죄나 식품안전에 관한 범죄 또는 환경범죄가 그 대상이 된다. 예컨대, '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률'상의 뇌물죄(제2조), 관세법 위반(제6조), 조세포탈(제8조), 세금계산서 교부의무 위반(제8조의2), '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'상의 수재 등의 죄(제5조), '보건범죄 단속에 관한 특별조치법'상 부정식품·부정의약품·부정유독물 제조(제2조~제4조), '환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률'상 멸종위기 야생생물의 포획(제6조), 폐기물 불법처리(제7조), 식품위생법상 금지된 원료를 사용한 식품 판매, 위해식품 제조·판매, 유독기구 사용, 무허가 영업행위, 허위과장광고(제94조), '건강기능식품에 관한 법률'상 무허가 영업행위, 위해 건강기능식품 제조·판매, 허위과장광고(제43조) 등이 있다. 이러한 범죄들은 대체로 경제적 이익을 목적으로 하는 범죄로서 피해액이 크고 경제 질서를 교란시키거나 사람의 생명·신체

---

압박수단으로서의 기능도 함께 수행한다고 보는 견해도 있다[한영수, “벌금미납자에 대한 노역장유치”, 제10권 제4호(1999), 한국형사정책연구원, 239쪽].

25) 예컨대, 수백억 원 이상의 고액벌금을 선고받은 자의 노역장유치기간을 1,000일로 제한한다고 하더라도 환형유치일당이 수천만 원에 달하게 되어 법원 내부의 양형기준인 환형유치일당 10만원과 비교할 때 엄청난 차이를 가져오게 되므로, 형집행의 불평등을 초래할 우려는 여전히 남아 있다.

에 중대한 피해를 입히는 등 불법성이 중하다는 특징을 가지느냐, 벌금 납부의 철저한 집행을 통해 범죄수익 박탈과 함께 막대한 경제적 손실을 가하지 않으면 그 범죄 발생을 막기 어렵다. 따라서 벌금 납부를 실효적으로 강제할 수 있는 노역장유치기간의 하한 설정이 신체의 자유에 대한 과도한 제한이라고 볼 수 없다.

(다) 노역장유치조항은 벌금 액수에 따라 단계별로 유치기간의 하한이 증가하도록 하고 있어 범죄의 경중이나 죄질에 따른 형평성을 기하고 있다. 노역장유치조항에 의한 1일 환형유치금액은 벌금액이 1억 원 이상 5억 원 미만인 경우 333천원에서 166만 6천원, 벌금액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우 100만 원에서 1000만 원, 벌금액이 50억 원 이상인 경우 500만 원 이상으로, 우리 사회의 경제 사정이나 사회통념에 비추어 지나친 수준이라고 보기 어렵고, 노역장유치기간의 상한이 3년으로 제한되어 있는 점을 고려하면 노역장유치조항에서 정한 300일, 500일, 1000일의 하한은 지나치게 장기라고 보기 어렵다.

(라) 노역장유치조항은 노역장유치기간의 하한을 정하고 있을 뿐이므로 법원은 그 범위 내에서 다양한 양형요소들을 고려하여 1일 환형유치금액과 노역장유치기간을 정할 수 있다. 특히 범죄행위로 인한 수익을 모두 몰수·추징당하거나 그 피해를 회복시키기 위해 적극적으로 노력하는 등의 양형요소가 있으면 벌금액수를 감경하거나 선고유예를 할 수도 있으므로 노역장유치조항의 일률적·확일적 적용을 피할 수 있고, 노역장유치조항의 적용을 받는 범죄들은 대부분 자유형과 벌금형의 필요적 병과로 규정되어 있으므로 노역장유치조항에서 정한 유치기간의 하한이 지나치게 장기라고 판단될 경우 자유형의 기간을 조정하는 방법으로도 피고인의 구체적이고 개별적인 사정들을 고려할 수 있다.

(마) 이러한 점들을 종합하면, 노역장유치조항은 침해의 최소성에 반하지 아니한다.

### (3) 법익 균형성

노역장유치조항은 고액 벌금형을 단기의 노역장유치로 무력화시키지 못하도록 하고, 1일 환형유치금액 사이에 지나친 차이가 발생하지 않게 함으로써 노역장유치제도의 공정성과 형평성을 제고하기 위한 것인바, 이러한 공익은 매우 중대하다.

반면, 그로 인하여 청구인들이 입게 되는 불이익은 벌금 미납시 일정 기간 이상 노역장에 유치되어 신체의 자유를 제한받게 된다는 것인바, 노역장유치는 벌금을 납입하지 않는 경우에 대비한 것으로 벌금 납입시에는 집행될 여지가 없고, 노역장유치로 벌금형이 대체되는 점 등을 고려하면, 청구인들이 입는 불이익이 노역장유치조항으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 현저히 크다고 보기 어렵다. 따라서 법익 균형성에 반한다고 볼 수 없다.

## 나. 위헌론

### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

합헌론과 동일하다.

### (2) 침해 최소성

(가) 노역장유치조항의 적용을 받게 되는 범죄는 위에서 본 바와 같이 경제적 이익을 목적으로 하는 범죄로서 대부분 자유형과 병과된다는 특징을 갖는다. 그런데 벌금액수에 따른 노역장유치기간의 하한 설정으로 노역장유치조항에서 정하고 있는 구간대의 고액 벌금형을 선고받게 되면 유치기간이 늘어날 수밖에 없고, 이 경우 징역형과 노역장유치기간이 합쳐져 지나치게 과중한 형벌이 될 가능성이 높다. 특히 50억 이상의 벌금형이 선고되는 경우 최소한 2년 9개월이라는 기간을 노역장에 유치당하게 되는데, 이것이 징역형과 더해지면 범죄와 형벌 사이에 균형을 상실하게 될 우려가 크다.

(나) 노역장유치조항은 벌금의 액수만을 기준으로 노역장유치기간의 하한을 정하고 있어 개별 구체적 사건의 특수성이나 다양한 양형요소들을 고

려하는 데 어려움이 있다.

벌금형에 대한 작량감경이나 선고유예가 가능하다고 하더라도, 작량감경은 다액의 2분의 1로 제한되며,<sup>26)</sup> 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 선고유예를 할 수 없다.<sup>27)</sup> 무엇보다 선고유예는 범행의 가담 정도가 극히 경미하거나 실질적 피해가 거의 없는 경우 등과 같이 유죄임에도 형의 선고를 유예할 만한 특별한 사정이 있는 경우 예외적으로 이루어지는 것인데, 1억 원 이상의 고액 벌금형을 선고하는 사안에서 죄질이나 불법성, 피해의 정도가 경미하다고 보아 선고유예를 하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 벌금형에 대한 작량감경이나 선고유예가 가능하다는 것만으로는 노역장유치조항의 일률적·획일적 적용을 피하기 어렵다.

또한 6개월 미만의 단기 자유형 선고가 가능하고 노역장유치기간의 상한이 3년인 점을 고려하면 노역장유치조항에서 정한 300일(약 10개월), 500일(약 17개월), 1000일(약 33개월)은 상당히 긴 기간으로서, 이러한 하한이 법률로 정해져 있는 상태에서 여러 양형요소를 고려하여 구체적 타당성 있는 유치기간을 정하는 것은 한계가 있다.<sup>28)</sup>

(다) 벌금형은 범죄인에게 경제적 부담을 가하여 금전적 고통을 주는 데

26) 작량감경은 법률상의 감경범위를 벗어날 수 없으므로 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1 범위에서 이루어져야 한다(형법 제53조, 제55조 제1항 제6호).

27) 형법 제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.

② 형을 병과할 경우에도 형의 전부 또는 일부에 대하여 그 선고를 유예할 수 있다.

제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다.

1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
2. 피해자에 대한 관계
3. 범행의 동기, 수단과 결과
4. 범행 후의 정황

28) 예컨대, 기업 내에서의 탈세가 문제되어 기소되는 경우 그 기업의 사주뿐만 아니라 모든 경영진과 회사원들이 다 공범이 되어 필요적 벌금형이 부과될 수 있는바, 노역장유치조항에 의하면 말단 직원부터 회장까지 모두 동일한 기간의 노역장유치에 처하게 되고, 모든 피고인들에 대해 전부 3년에 가까운 형을 사실상 집행하는 결과가 발생할 수 있다.

그 본질이 있고, 범죄행위로 인하여 얻은 이익의 환수는 몰수나 추징이라는 별도의 제도를 통하여 이루어지는 것이다(형법 제48조). 특히 노역장유치조항의 적용대상이 되는 1억 원 이상의 벌금형 선고가 가능한 범죄들 중에는 범죄이익 환수를 위한 몰수·추징규정을 별도로 두고 있는 경우가 있는바, 가령 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상의 뇌물죄(제2조)는 형법 제134조에서, 위 범상 관세법 위반죄(제6조)는 관세법 제282조에서, ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상의 재산국외도피죄(제4조)와 수재 등의 죄(제5조)는 같은 법 제10조에서 몰수·추징을 규정하고 있으므로, 벌금형을 통하지 않더라도 범죄이익의 박탈은 당연히 예정되어 있다. 따라서 노역장유치조항이 이익환수의 필요성이 큰 경제사범들을 주요 대상으로 한다고 하여 특별히 다른 범죄들에 비하여 벌금징수의 필요성이 더 크다고 볼 수는 없다.

(라) 이러한 점들을 고려하면, 노역장유치조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다.

### (3) 법의 균형성

청구인들은 노역장유치조항으로 인하여 개별·구체적 사정에 따른 양형요소를 전혀 고려 받지 못한 채 벌금 미납시 상당히 장기간 동안 노역장에 유치되어야 하는 불이익을 입게 되었다. 이는 사실상 자유형을 장기화하는 결과를 초래하는 것으로서 신체의 자유에 대한 매우 중대한 제한인바, 이러한 사익은 노역장유치조항으로 달성하고자 하는 공익보다 작다고 보기 어려우므로 법의 균형성 원칙에 반한다.

## 다. 소결

헌법재판소는 위 합헌론의 논거에 따라 노역장유치조항이 청구인들의 신체의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.

## 4. 부칙조항에 대한 판단

### 가. 소급입법인지 여부

#### (1) 소급입법 부정설(부진정소급입법설)

노역장유치는 벌금형이 선고·확정되고 이를 미납할 경우에만 집행된다는 점에서 (벌금형 자체와 달리) 범죄행위만으로는 노역장유치라는 결과가 발생할 것인지 여부가 확정되지 않는다. 즉 범죄행위뿐 아니라 ‘벌금형의 선고 및 확정’, ‘벌금 미납’이라는 추가적인 요건을 갖추어야 비로소 노역장유치가 집행되므로, 범죄행위가 종료되었다고 하더라도 벌금형이 선고되지 않았고 벌금을 미납한 경우도 아니라면 노역장유치에 관한 사실 내지 법률관계는 아직 완성된 것이라고 볼 수 없다. 따라서 노역장유치조항에서 노역장유치기간의 하한을 새롭게 정하면서 ‘위 조항 시행 후 최초로 공소제기가 된 사건’부터 개정 조항을 적용하도록 한 것은 아직 진행 중인 사실 내지 법률관계에 대한 규율이므로 소급입법에 해당하지 않는다.<sup>29)</sup>

#### (2) 소급입법 긍정설(진정소급입법설)

노역장유치는 그 자체로 독립된 처분이 아니라 벌금형 선고와 동시에 이루어지는 벌금형에 부수되는 처분이다. 따라서 이미 완성된 사실 내지 법률관계에 대한 소급입법인지를 판단함에 있어 벌금형과 노역장유치를 분리하여 판단하는 것은 타당하지 않다. 즉, 범죄행위가 종료되면 해당 범죄행위에 대하여 적용될 형벌의 종류와 법정형, 벌금형 선고시의 노역장유치와 관련된 모든 사실관계는 완성되는 것이며, 형벌(벌금형)과 별도로 노역장유치에 대하여만 ‘벌금형의 선고 및 확정’, ‘벌금 미납’이라는 사후 절차의 발생을 기다려 사실관계가 완성된다고 볼 수는 없다. 그러므로 이미 종료된 범죄행위에 대하여 사후에 개정된 노역장유치에 관한 법률조항을 적용하여 판결을 선고하는 것은 완성된 사실·법률관계를 규율하는 진정소급입법에 해당한다.

29) 이 견해에 따른 경우, 노역장유치가 형벌불소급원칙의 적용대상이 되는지 여부를 살펴볼 필요 없이 헌법상 신뢰보호원칙에 반하는지 여부만을 판단하면 될 것이다.

### (3) 소결

헌법재판소는 이미 발생하여 종료한 범죄행위에 대하여 그 후 개정·시행된 노역장유치조항을 적용하는 것은 진정소급입법에 해당한다고 보았다.

#### 나. 노역장유치가 형벌불소급원칙의 적용대상이 되는지 여부

##### (1) 형벌불소급원칙 적용 긍정설

(가) 형벌불소급원칙은 사후에 만들어진 법률로 과거의 행위를 “처벌”할 수 없음을 의미하며, 이는 구성요건을 새롭게 만드는 것 외에 법정형을 중하게 변경하는 것, 그리고 실질적으로 가혹한 처벌을 받을 가능성을 높이는 경우까지를 포함한다.

노역장유치는 벌금납입의 대체수단이자 납입강제기능을 갖는 벌금형의 집행방법이다. 벌금형을 선고하는 경우 이를 납부하지 못하는 경우를 대비하여 노역장유치기간도 함께 정함으로써 벌금 납부를 강제하는 동시에 노역장유치가 벌금형의 대체기능을 하도록 하고 있는 것이다. 이와 같이 본형에 대한 대체수단이 마련되어 있어 언제든지 대체수단으로 형이 집행될 가능성이 있는 경우에는 그 형의 경중을 판단할 때 대체수단까지를 고려한 전체적이고 종합적인 판단이 필요하다. 본형과 대체수단이 모두 동일한 하나의 범죄행위에 대해 책임을 지는 것이므로, 법률상 본형에 변경이 없더라도 이를 대체하는 수단이 강화된다면 대체수단으로 형을 집행당하는 당사자는 책임의 양이 증가하여 과중한 형벌을 받는 결과가 될 수 있기 때문이다. 따라서 본래의 형인 벌금형은 그대로인데 그 대체수단인 노역장유치기간이 종래보다 길어져 노역장유치로 형이 집행될 경우 종전보다 장기로 노역장유치를 당하게 될 가능성이 생겼다면, 이는 종래보다 책임성이 강화된 것으로서 과거의 형을 중하게 바꾼 것과 같으므로 형벌불소급원칙이 적용되어야 한다.

(나) 형벌은 ‘과거의 불법에 대한 책임을 기초로 하는 제재’이므로 형벌불소급원칙이 적용되나, 보안처분은 ‘장래의 재범위험성에 대비한 예방적 제재’라는 점에서 원칙적으로 형벌불소급원칙이 적용되지 않는다. 다만 보안처분이라 하더라도 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하여 형벌적 성격이 강한 경우에는 형벌불소급원칙이 적

용된다는 것이 헌법재판소의 기본 입장이다(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 등, 판례집 24-2하, 281, 297; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337, 369 참조).<sup>30)</sup> 이러한 기준에 의하면, 노역장유치는 비록 그 자체가 형법에서 정한 형벌은 아니지만 벌금형의 집행방법으로서 본래의 벌금형이 갖고 있는 ‘과거의 불법에 대한 책임을 기초로 부과되는 제재’로서의 성격을 그대로 가지고 있고, 실질적으로 자유형과 동일한 정도의 신체의 자유 제한을 초래한다는 점에서 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다고 보아야 한다. 장래의 재범위험성에 대비한 보안처분에 대하여도 그 실제적 효과를 증시하여 예외적으로 형벌불소급원칙의 적용대상이 될 수 있음을 인정하면서, 오히려 제재의 목적(책임에 대한 응보)이나 효과(자유박탈) 면에서 보안처분보다 더 형벌적 성격이 강하다고 볼 수 있는 노역장유치에 대하여 형벌불소급원칙을 적용하지 않는 것은 선례의 취지에 부합하지 않는다.<sup>31)</sup>

30) “보안처분은 형벌과는 달리 행위자의 장래 재범위험성에 근거하는 것으로서, 행위가 아닌 재판시의 재범위험성 여부에 대한 판단에 따라 보안처분 선고를 결정하므로 원칙적으로 재판 당시 현행법을 소급적용할 수 있다고 보는 것이 타당하고 합리적이다. 그러나 보안처분의 범주가 넓고 그 모습이 다양한 이상, 보안처분에 속한다는 이유만으로 일률적으로 소급효금지원칙이 적용된다거나 그렇지 않다고 단정해서는 안되고, 보안처분이라는 우회적인 방법으로 형벌불소급의 원칙을 유명무실하게 하는 것을 허용해서도 안된다. 따라서 보안처분이라 하더라도 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 소급효금지원칙을 적용하는 것이 법치주의 및 죄형법정주의에 부합한다.”(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등 판례집 24-2하, 281, 297; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337, 369)

31) 헌법재판소는 일찍이 보안처분인 구 사회보호법상 ‘보호감호’에 대하여 ‘상습범 등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다.’고 판시하여 ‘형법이 규정한 형벌’ 외의 제재에 대해서도 형벌불소급원칙이 적용될 수 있음을 밝힌 바 있다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 81 참조). 대법원도 구 사회보호법상의 ‘보호감호’에 관하여 사회보호법 시행 이후에 저지른 범죄에 대하여만 보호감호 청구의 대상이 된다고 판시하였고(대법원 1982. 2. 9. 선고 81도2897 판결 참조), ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’이 정한 보호처분 중 하나인 ‘사회봉사명령’에 대하여도, 보안처분의 성격을 가지는 것이나 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로 형벌불소급원칙에 따라 행위시법을 적용하여야 한다는 취지로 판결하였다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4 판결 참조).

이와 같이 헌법재판소와 대법원은 범죄행위에 따른 제재를 부과할 때 그 제재의 형식적 분류보다는 그 제재의 실질이 가져오는 형벌적 불이익의 정도에 따라 형

## (2) 형벌불소급원칙 적용 부정설

(가) 범죄행위에 대한 형벌은 벌금이고, 이에 따르는 노역장유치는 벌금납입의 대체수단이자 납입강제수단일 뿐이지 형벌 자체는 아니다. 즉 노역장유치는 벌금대체의 효과가 있는, 벌금과 등가로 평가되는 형 집행방법일 뿐이다. 물론 노역장유치가 신체의 자유를 제한하는 자유형과 같은 외형을 가진다는 점에서 그 실제 효과는 형벌과 유사하다고 할 수 있으나, 그것은 벌금형 집행방법을 노역장유치로 선택하였기 때문에 일어나는 현상일 뿐이다. 만일 벌금납입 대체수단으로 노역장유치가 아닌 사회봉사명령을 선택하였다면 이를 형벌에 해당한다고 보기 어려울 것인데, 벌금납입 대체수단으로 어떤 것을 선택하느냐에 따라 그 법률적 의미가 달라진다고 보는 것은 곤란하다.

그렇다면 노역장유치기간이 늘어난다고 하더라도 피고인에 대한 형벌인 벌금이 증액되는 것이 아닌 이상 형벌이 과중하게 변경된 것이라 볼 수 없으므로, 노역장유치조항을 그 시행 전에 행한 범죄에 적용하도록 하더라도 형벌불소급원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(나) 노역장유치는 벌금형을 대체하는 집행방법에 지나지 않고 부칙조항은 노역장유치조항의 시행에 관한 경과규정임에 반하여, 구 사회보호법상의 ‘보호감호’ 및 ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’상의 ‘사회봉사명령’은 위 각 특별법의 본칙에서 독자적인 제재로 규정되어 있고 신체의 자유를 제한하는 보안처분적 성질을 가지고 있는바, 양자는 그 입법취지와 규정형식 및 법적 성질 등이 다르다. 따라서 ‘보호감호’나 ‘사회봉사명령’에 대하여 형벌불소급원칙을 적용한 헌법재판소 선례 및 대법원 판례를 ‘노역장유치’에 그대로 적용할 수는 없으며, 노역장유치가 단지 신체의 자유를 제한한다는 이유로 독자적인 제재 또는 형벌과 동일한 평가를 할 수 있는 정도의 불이익한 제재라고 보기는 어렵다.

## (3) 소결

헌법재판소는 노역장유치에 대하여 형벌불소급원칙이 적용된다고 보면

---

벌불소급원칙의 적용 여부를 판단하고 있다.

서, 과거에 행한 범죄행위에 대해 중하게 변경된 사후 법률을 적용하도록 한 부칙조항은 형벌불소급원칙에 반한다고 판단하였다. 반면, 재판관 2인의 별개의견은 노역장유치가 형벌불소급원칙의 적용대상은 아니나, 불리하게 개정된 노역장유치조항을 소급 적용하는 것은 법치국가원리에서 비롯된 소급입법금지원칙에 반한다고 판단하였다.

법정의견과 별개의견의 차이는 부칙조항의 위헌성을 판단함에 있어 공·사익의 비교형량 과정을 거치게 되는지 여부에 있다. 법정의견과 같이 형벌불소급원칙을 적용하여 판단할 경우 공익과 사익(신뢰이익)의 비교형량에까지 나아갈 필요 없이 불리하게 개정된 사후입법을 소급적용하였다는 사실만으로 곧바로 위헌성을 인정할 수 있다. 반면, 소급입법금지원칙을 적용한 별개의견에 의할 경우 공·사익의 비교형량을 거쳐 부칙조항의 위헌 여부를 판단하게 된다.

법정의견과 별개의견 모두 노역장유치가 벌금납입의 대체수단일 뿐 형벌과 구별된다는 점에 대하여는 의견을 같이 하였다. 다만, ① 법정의견은 ‘노역장유치가 가져오는 실질적 효과’에 중점을 두어, 자유형에 준하는 신체의 자유의 박탈을 가져온다는 점에서 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다고 본 반면, ② 별개의견은 ‘노역장유치의 법적 성격’에 중점을 두어, 벌금 미납시에만 집행되는 벌금형의 집행방법일 뿐 형벌과 동일한 평가를 할 수 있는 별도의 불이익한 제재라고 보기 어렵다는 이유로 형벌불소급원칙의 적용대상이 아니라고 보았다.

## 다. 소급입법금지원칙 위반 여부

### (1) 합헌론

어떠한 범죄행위로 인하여 어떠한 처벌을 받을 수 있는지, 즉 범죄의 구성요건이나 법정형에 관한 구법질서에 대한 신뢰는 합리적이고 정당한 것으로서 보호되어야 한다. 그러나 노역장유치는 벌금을 미납할 경우에만 집행되는 벌금형의 특별한 집행방식에 불과하므로, 일반 국민들이 본형인 벌금형 자체 외에 벌금형의 집행방식인 노역장유치에 대한 부분까지 고려하여 행위의 기준이나 신뢰의 대상으로 삼는다고 볼 수 있는지 의문이다.

이 사건에서 노역장유치와 관련한 청구인들의 법적 신뢰를 상정해보면,

‘고액의 벌금형을 선고받더라도 노역장유치조항이 정한 기간보다 더 짧은 기간 노역장에 유치될 수 있었다’는 것인데, 과거에도 1일 이상 3년 이하의 범위 내에서 법관의 재량에 따라 노역장유치기간이 정해졌으므로 노역장유치조항이 신설되기 전이라고 하여 반드시 더 짧은 기간 노역장에 유치되었으리라고 단정할 수 없다. 물론 유치기간의 하한이 정해져 있지 않았으므로 고액 벌금형이 선고되는 경우라도 노역장유치조항에서 정하고 있는 기간보다 짧은 기간 유치될 가능성이 있었고, 실제 그러한 실무례도 발견된다. 그러나 ‘노역장유치조항이 정한 기간보다 더 짧은 기간 노역장에 유치될 것이라는 신뢰’가 법적으로 보호되어야 할 정도로 확고하였던 것은 아니며, 가사 이러한 신뢰를 가졌다고 하더라도 이는 불확실한 가능성에 근거한 기대에 지나지 않으므로 그 보호가치가 크다고 보기 어렵다.

더욱이 노역장유치가 벌금형의 집행방법이라는 점을 강조하면, 노역장유치는 범죄행위 자체보다 벌금형의 선고 및 확정과 더 관련되어 있다고 볼 수도 있고, 벌금형의 액수가 정해진 후에야 그에 따른 부수적 처분으로서 노역장유치기간이 정해지게 되므로, ‘행위시범’이 아닌 ‘벌금형 선고시(판결 선고시)’의 법률을 근거로 하는 것이 타당하다고 볼 여지도 있다. 그런데 부칙조항은 노역장유치조항을 ‘위 조항의 시행 후 최초로 공소제기가 되는 사건’부터 적용하도록 함으로써, 노역장유치조항 시행 전에 공소제기가 된 사건에 대하여는 종전 규정에 따라 유치기간을 정하도록 하고 있다. 즉, 노역장유치조항 시행 후 판결을 선고하는 경우에도 공소제기가 노역장유치조항 시행 전에 이루어져 형벌 부과를 위한 절차가 상당부분 진행된 사건에 대해서는 판결선고시 법(노역장유치조항)이 아니라 종전 규정에 따라 유치기간을 정하도록 함으로써 기존 법 상태에 대한 신뢰를 어느 정도 보호하고 있다고 볼 수 있다.

반면, 노역장유치조항의 입법배경과 동기에 비추어 이를 통하여 달성하고자 하는 공익은 그 중대성과 긴급성이 심대하다. 더구나 노역장유치조항이 신설된 후에도 유치기간의 상한이 여전히 3년으로 제한되어 있고 유치기간을 채우면 벌금액의 다과를 막론하고 전역 탕감되도록 하는 현행 제도의 한계로 인해 황제노역 논란이 끊이지 않고 있는 점을 고려하면, 노역장유치조항 시행 후 공소제기되는 모든 사건들에 대하여 노역장유치조항을

적용함으로써 조속히 이러한 입법목적을 달성할 필요성 또한 매우 크다.

그렇다면 부칙조항은 진정소급입법이지만 이를 통해 침해되는 신뢰가 심각하다고 볼 수 없는 반면, 이를 통해 달성되는 공익은 매우 중대하므로 예외적으로 진정소급입법이 허용되는 경우에 해당한다. 따라서 부칙조항은 소급입법금지원칙에 반한다고 볼 수 없다.

## (2) 위헌론

노역장유치는 벌금형의 집행방법일 뿐 형 자체는 아니나, 실질이 자유형과 다름없어 동일한 벌금액수에 대해 이전보다 노역장유치기간이 늘어날 경우 중대한 기본권 제한의 결과를 초래할 수 있다. 따라서 어떠한 범죄로 어떠한 형벌에 처해질 수 있는지 뿐 아니라, 벌금형을 선고받고 이를 미납할 경우 어느 정도의 기간 동안 노역장에 유치될 수 있는지, 유치기간의 상한이나 하한이 존재하는지 등 종전 법질서에 대한 신뢰는 합리적이고 정당한 신뢰로서 그 보호의 필요성이 크다.

이 사건 청구인들의 범죄행위 당시에는 1일 이상 3년 이하의 기간 동안 노역장유치를 할 수 있다는 규정만 있었을 뿐 노역장유치기간의 하한이 정해져 있지 않았고, 이와 같은 법질서 하에서 벌금액이 고액이더라도 노역장유치기간이 그에 비례하여 장기화되지는 않는 실무 관행이 존재하고 있었으므로, 청구인들은 ‘벌금 액수와 상관없이 노역장유치조항이 정한 기간보다 더 짧은 기간의 노역장유치를 선고받을 수 있다는 신뢰’(구체적으로는 ‘1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에도 300일 미만의, 5억 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에도 500일 미만의, 50억 원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에도 1,000일 미만의 노역장유치에 처해질 수 있다는 신뢰’)를 가지고 있었다. 그런데 노역장유치조항은 1억 원 이상의 벌금형을 선고하는 경우 반드시 일정 기간 이상의 노역장유치에 처하도록 유치기간의 하한을 정함으로써 1억 원 이상의 벌금형을 선고받는 자에 대한 노역장유치기간을 종전보다 장기화하였는바, 부칙조항은 이미 구법질서를 신뢰하여 행위하고 법적 지위를 형성해 온 청구인들에 대하여 불리하게 개정된 노역장유치조항을 적용하도록 함으로써 청구인들의 위와 같은 신뢰이익을 침해하고 있다.

한편, 고액 벌금형을 선고하는 경우 노역장유치제도의 벌금납입 강제기능을 강화하고 노역환산금액에 대한 형평성을 도모하고자 하는 노역장유치조항의 입법목적 자체는 중대하나, 이러한 입법목적은 노역장유치조항이 시행되기 전에 범죄를 저지른 자에 대하여까지 소급적용함으로써 달성할 수 있는 공익은 중대하다고 볼 수 없다. 고액 벌금형을 단기의 노역장유치로 무력화하지 못하도록 하면서 벌금의 성실한 납입을 유도하겠다는 목적은 노역장유치조항과 같은 강화된 입법으로 비로소 효과를 발휘하게 되는 것이고, 이러한 입법이 존재하지 않았던 그 이전 상황에서는 그와 같은 효과를 기대하기가 어렵기 때문이다. 오히려 동일한 시기에 이루어진 유사한 형태의 범죄행위라도 검사의 공소제기가 언제 이루어지는지에 따라 노역장유치기간에 현저히 불합리한 결과를 가져오게 함으로써 더 큰 공익을 해치게 될 위험이 있다.

따라서 부칙조항은 소급입법금지원칙에 반한다.

### (3) 소결

이 사건 결정의 별개의견은 위헌론의 논거에 따라 부칙조항이 소급입법금지원칙에 위반된다고 판단하였다.

### 라. 평등원칙 위반

헌법재판소는 부칙조항이 형벌불소급원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 보았으므로 평등원칙 위반 여부에 대하여는 더 나아가 판단하지 않았으나, 아래에서 보는 바와 같이 평등원칙 위반도 인정할 수 있다.

부칙조항은 ‘공소제기시점’을 기준으로 노역장유치조항의 적용 여부를 달리 하고 있어 같은 날 같은 범죄행위를 저지른 공범들이라 하더라도 공소제기가 노역장유치조항의 시행 전에 이루어졌는지 그 후에 이루어졌는지에 따라 노역장유치기간의 하한 적용 여부가 달라지게 되고, 결과적으로 유치기간에 큰 차이가 발생할 수 있다. 실제 이 사건 청구인들의 경우 공소제기가 노역장유치조항의 시행 후에 이루어졌다는 이유 때문에 공범에 비해 적게는 3배, 많게는 17배 가까이 더 장기간 노역장유치에 처하는 판결을 선고받았다.

그러나 공소제기에 관한 사항은 전적으로 검사의 재량에 속하고 공소제기의 시점은 그야말로 우연한 사정에 지나지 않는데, 이를 기준으로 노역장유치조항의 적용 여부를 정하는 것은 합리적이라고 볼 수 없다. 부칙조항에 의하면, 거의 동일한 시기에 이루어진 유사한 형태의 범죄행위일지라도 수사절차가 빠르게 진행되어 노역장유치조항의 시행 전에 공소가 제기된 경우에는 종전 규정에 의해 노역장유치기간이 정해지고, 노역장유치조항이 시행된 뒤 뒤늦게 공소제기가 된 경우에는 노역장유치조항이 적용됨으로써 노역장유치기간에 상당한 차이가 발생할 수 있다. 범죄의 경중이나 피해의 정도, 그에 따른 벌금형의 액수, 행위 당시 노역장유치에 관한 근거 법령의 내용 등 노역장유치기간을 정함에 있어서 고려되어야 할 본질적 요소에 차이가 없음에도 불구하고 검사의 공소제기시를 기준으로 법 적용 여부가 정해짐으로써 이러한 차이가 발생하는 것은 합리적으로 납득하기 어렵다. 고액 벌금채납자의 벌금 납부를 강제하고 환형유치금액에 대한 형평성을 도모하기 위해서는 노역장유치조항을 조속히 적용하는 것이 바람직할 수 있으나, 그렇다고 하여 우연한 사정에 지나지 않는 검사의 공소제기시를 기준으로 개정된 법률의 적용 시기를 나누는 것은 자의적이라고 하지 않을 수 없다.

## 5. 결론

헌법재판소는 노역장유치조항이 청구인들의 신체의 자유를 침해하지 않는다고 판단한 반면, 이를 소급적용하도록 한 부칙조항에 대하여는 형벌불소급원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 판단하였다. 부칙조항에 대한 재판관 2인의 별개의견은 부칙조항이 헌법에 위반된다는 결론에 있어서는 법정의견과 견해를 같이 하였으나, 형벌불소급원칙이 아닌 소급입법금지원칙 위반을 그 이유로 하였다.

## 6. 결정의 의의 및 사후경과

### 가. 결정의 의의

이 결정은 ① 소위 ‘황제노역’의 폐해를 방지하기 위하여 고액 벌금형을

선고하는 경우 노역장유치기간의 하한을 정한 개정 형법 조항에 대하여 합헌임을 확인하였다는 점과 ② 제재의 실질이 신체의 자유 박탈에 이르는 등 형벌적 성격이 강한 경우에는 비록 그 제재가 형법에 규정된 형벌이 아니고 본형(벌금형)의 대체수단(노역장유치)에 불과하다고 하더라도 형벌불소급원칙이 적용된다는 점을 명확히 하였다는 점에서 중요한 의의를 가진다. 또한 범죄행위에 따른 제재의 내용이나 실제적 효과가 가중되거나 부수효과가 불이익하게 변경되는 경우에도 행위시법을 적용함이 바람직하다고 판시함으로써 국민의 신뢰와 법적안정성, 예측가능성을 한층 더 강하게 보호하였고, 불이익하게 개정된 사후 입법의 소급적용에 신중을 기하도록 하였다.

#### 나. 부칙조항의 위헌결정에 따른 재심청구

(1) 이 결정에 따라 부칙조항은 그 효력을 상실하였으므로 노역장유치조항이 시행되기 전(2014. 5. 14. 전)<sup>32)</sup>에 저지른 범죄행위에 대하여는 행위 당시의 법률에 근거하여 노역장유치를 선고하여야 한다(형법 제1조 제1항).<sup>33)</sup>

(2) 이 결정의 당해사건 중 2016헌바177 사건의 청구인은 확정판결에 대해 재심을 청구하여(헌법재판소법 제75조 제7항) 노역장유치기간이 단축되었다(1000일에서 375일로).<sup>34)</sup>

이 사건 청구인들 외에도 부칙조항에 따라 노역장유치조항이 시행되기 전 범죄행위에 대하여 노역장유치조항을 적용받아 판결이 선고·확정된 자들이 재심을 청구하여 재심개시결정이 내려지고 있다.<sup>35)</sup> 그러나 재심에서

32) 형법 부칙(2014. 5. 14. 법률 제12575호) 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

33) 형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다.

34) 헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑦ 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

※ 이 사건 결정 당시 2016헌바177 사건의 청구인은 노역장유치 집행 중에 있었으나(노역장유치기간 1000일), 2015헌바239 사건의 청구인은 이미 노역장유치 집행이 종료된 상태였다(노역장유치기간 500일).

35) 서울남부지방법원 2018제고합2, 서울고등법원 2017제노228 등

반드시 노역장유치기간이 단축되는 것은 아닌바, 대법원은 “재심법원이 구 형법 제70조를 적용하여 노역장유치의 환산금액을 정할 때 양형 재량의 범위 내에서 재심대상판결의 환산금액과 동일한 액수를 정하였다고 하더라도 헌법재판소법 제47조 제1항에서 정한 위헌결정의 기속력을 위반한 것이라고 볼 수 없다”고 판시하였다.<sup>36)</sup>

#### 다. 후속 사건에서 부칙조항에 대한 헌법재판소의 각하결정

이 결정 후 부칙조항의 위헌 여부가 다른 사건에서 또 다시 문제되었다. 헌법재판소는 “부칙조항은 헌법재판소법 제47조 제3항에서 규정한 ‘형벌에 관한 법률조항’에 해당하고, 부칙조항을 적용하여 벌금형에 대한 노역장유치를 선고한 확정판결에 대하여 헌법재판소법 제75조 제6항, 제47조 제4항에 따라 재심을 청구할 수 있으므로, 부칙조항에 대한 심판청구는 심판의 이익이 없어 부적법하다”고 판시하였다(헌재 2018. 3. 29. 2016헌바202등, 공보 258, 537).<sup>37)</sup>

반면, 이 사건 결정에서 별개의견을 개진하였던 재판관 2인은 “부칙조항은 헌법재판소법 제47조 제3항에서 규정한 ‘형벌에 관한 법률조항’에 해당하지 않고, 이를 적용하여 벌금형에 대한 노역장유치를 선고한 확정판결에 대하여는 헌법재판소법 제47조 제4항에 의한 재심을 청구할 수 없으므로, 청구인이 헌법재판소법 제75조 제7항에 의한 재심을 청구할 수 있도록 위헌확인결정을 선고하여야 한다”고 밝혔다.

36) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018도6279 판결

37) 헌법재판소법 제75조(인용결정) ⑥ 제5항의 경우 및 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조를 준용한다.

제47조(위헌결정의 효력) ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.



## 변호인 참여신청서 요구행위 등 위헌확인

- 검찰수사관인 피청구인이 피의자신문에 참여한 변호인인 청구인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위가 청구인의 변호권을 침해하는지 여부 -

(헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503, 판례집 29-2하, 224)

민 선 홍\*

### 【판시사항】

검찰수사관인 피청구인이 피의자신문에 참여한 변호인인 청구인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위(이하 '이 사건 후방착석요구행위'라 한다)가 변호인인 청구인의 변호권을 침해하는지 여부

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 피청구인이 2016. 4. 21. 17:15경 부산지방검찰청 동부지청 수사과 2호실에서 피의자신문에 참여한 청구인에게 피의자 후방에 앉으라고 요구한 행위가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2016. 4. 21. 16:30경 피청구인으로부터 구속된 피의자가 변호인 참여 없이 조사를 받지 않겠다고 하니 즉시 와달라는 연락을 받고 17:15경 부산지방검찰청 동부지청 수사과 2호실에 도착하여 피의자 옆에 앉으려고 하였는데, 피청구인이 피의자 후방에 앉으라고 요구하여, 피의자

---

\* 헌법연구관

의 오른쪽 뒤에 앉아 피의자신문에 참여하였다. 청구인은 이 사건 후방착석요구행위 등이 변호인인 청구인의 피의자에 대한 접견교통권을 침해하였다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장 요지

형사소송법은 피의자신문에 참여하는 변호인의 위치를 제한하고 있지 않고, ‘변호인의 피의자신문 참여 운영 지침’(2005. 6. 20. 시행 대검찰청 지침, 이하 ‘변호인참여지침’이라 한다) 제5조 제1항(이하 ‘이 사건 지침’이라 한다)은 검찰 내부지침으로서 대외적 구속력이 없으며, 수사기관의 신문사항에 대하여 변호인이 적시에 적절한 조력을 하려면 피의자의 바로 옆에 앉을 필요가 있으므로 이 사건 후방착석요구행위는 과잉금지원칙에 반하여 변호인의 접견교통권을 침해한다.

### 【결정요지】

변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단이므로 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다.

피의자신문에 참여한 변호인이 피의자 옆에 앉는다고 하여 피의자 뒤에 앉는 경우보다 수사를 방해할 가능성이 높아진다고거나 수사기밀을 유출할 가능성이 높아진다고 볼 수 없으므로, 이 사건 후방착석요구행위의 목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 없다.

이 사건 후방착석요구행위로 인하여 위축된 피의자가 변호인에게 적극적으로 조언과 상담을 요청할 것을 기대하기 어렵고, 변호인이 피의자의 뒤에 앉게 되면 피의자의 상태를 즉각적으로 파악하거나 수사기관이 피의자에게 제시한 서류 등의 내용을 정확하게 파악하기 어려우므로, 이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 피의자신문참여권을 과도하게 제한한다. 그런데 이 사건에서 변호인의 수사방해나 수사기밀의 유출에 대한 우려가 없고, 조사실의 장소적 제약 등과 같이 이 사건 후방착석요구행위를 정당화할 그 외의 특별한 사정도 없으므로, 이 사건 후방착석요구행위

는 침해의 최소성 요건을 충족하지 못한다.

이 사건 후방착석요구행위로 얻어질 공익보다는 변호인의 피의자신문참여권 제한에 따른 불이익의 정도가 크므로, 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

따라서 이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 변호권을 침해한다.

### **재판관 강일원, 재판관 조용호의 이 사건 후방착석요구행위에 대한 별개의견**

이 사건 후방착석요구행위에 대하여 위헌확인을 하여야 한다는 점에 있어서는 법정의견과 견해를 같이 하나, 변호인의 변호권은 법률상 권리에 불과하므로 법정의견이 변호인의 변호권을 헌법상 기본권으로 파악한 부분에 대해서는 동의하기 어렵고, 이 사건 후방착석요구행위는 청구인의 직업수행의 자유를 침해한 것으로 보면 충분하다.

### **재판관 안창호의 이 사건 후방착석요구행위 법정의견에 대한 보충의견**

피의자 및 피고인에 대하여 변호인이 조력할 권리는 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상 기본권으로서 보호될 수 있다. 따라서 이 사건 후방착석요구행위에 관하여 변호사의 직업수행의 자유가 아니라 피의자 및 피고인에 대하여 변호인이 조력할 권리를 침해하는지 여부를 살펴볼 수 있으며, 엄격한 기준에 의해 심사하는 것이 상당하다.

### **재판관 김창중의 이 사건 후방착석요구행위에 대한 반대의견**

형사소송법 등 관련 법령에 피의자신문에 참여하는 변호인의 좌석 위치에 관하여 아무런 규정이 없고, 이 사건 지침은 대외적인 효력이 없으므로, 청구인은 이 사건 후방착석요구행위에 따라야 할 법률상 의무를 부담하지

않는다. 피의자신문에 참여하는 변호인은 피의자와는 달리 수사기관과 대등한 위치에 있으므로, 청구인이 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 심리적으로 위축되어 부득이 그 요구에 그대로 따랐다고 보기도 어렵다. 실제로 청구인은 이 사건 후방착석요구행위에 대하여 강하게 항의한 후 피청구인이 요구한 위치보다 피의자와 더 가까운, 피의자 뒤 오른편 대각선 위치에 앉았고, 피의자신문에 참여하여 피의자를 충분히 조력하였으므로, 청구인이 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 어떠한 불이익을 받았다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 후방착석요구행위는 비권력적 사실행위에 불과하여 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 않는다.

‘변호인으로서 조력할 권리’는 피의자 등의 헌법상 기본권인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실하게 보장하기 위하여 입법자가 형사소송법 등 개별 법률을 통하여 구체적으로 형성한 결과로서 인정되는 ‘법률상의 권리’에 불과하다. 다수의견처럼 변호인의 피의자신문참여권이 헌법상 기본권에 해당한다고 보더라도, 청구인은 적극적으로 피의자에게 진술거부권 행사를 조력하는 등 피의자신문참여권을 행사함에 있어 어떠한 지장도 받지 않았으므로 이 사건 후방착석요구행위에 대한 심판청구는 기본권침해가능성이 없다.

다수의견과 같이 이 사건 후방착석요구행위가 권력적 사실행위에 해당한다면 형사소송법 제417조의 ‘제243조의2에 따른 변호인 참여 등에 관한 처분’에 해당하여 준항고로 다룰 수 있으므로, 준항고 절차를 거치지 아니한 채 제기된 이 사건 후방착석요구행위에 대한 심판청구는 보충성 요건을 구비하지 못하였다.

이 사건 후방착석요구행위는 이미 종료하였으므로 이에 대한 심판청구는 주관적 권리보호이익이 없고, 수사기관의 후방착석요구행위가 변호인의 피의자신문참여권을 침해하는지 여부는 수사기관이 형사소송법 제243조의2에 규정된 변호인의 권리를 침해하였는지 여부의 문제, 즉 ‘위법성 판단’의 문제에 불과하므로 심판청구의 이익도 인정할 수 없다.

따라서 이 사건 후방착석요구행위에 대한 심판청구는 부적법하다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

적법요건과 관련하여, 사실행위인 이 사건 후방착석요구행위의 공권력 행사성이 인정되는지 여부, 피의자가 아니라 변호인인 청구인의 기본권침해가능성을 인정할 수 있는지 여부, 다른 구제수단이 없는 경우에 대하여 보충성을 인정할 수 있는지 여부, 이미 종료된 이 사건 후방착석행위에 대한 헌법적 해명의 필요성을 인정할 수 있는지 여부가 문제된다.

본안에서는 이 사건 후방착석요구행위가 과잉금지원칙에 반하여 변호인인 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부가 문제된다.

### 2. 공권력 행사성

#### 가. 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위의 판단 기준

헌법소원은 공권력 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 권리구제수단이다. 행정청의 사실행위는 경고·권고·시사와 같은 정보제공 행위나 단순한 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위만 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하고 비권력적 사실행위는 공권력 행사에 해당하지 아니한다.

그런데 일반적으로 어떤 행정청의 사실행위가 권력적 사실행위인지 또는 비권력적 사실행위인지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마617; 헌재 2012. 10. 25. 2011헌마429 등 참조).

#### 나. 이 사건 후방착석행위가 법률상 강제력을 갖는지 여부

반대의견은 청구인이 이 사건 후방착석행위에 따라야 할 법률상의 의무

를 부담하지 않고, 형사소송법 제234조의2에 따라 피의자신문참여권을 갖는 변호인인 청구인이 사건 후방착석행위에 불응하더라도 어떠한 불이익을 받는 것이 아니라고 보았다.

「형사소송법상 피의자신문에 참여한 변호인이 았을 착석의 위치에 관하여 아무런 규정이 없고, “검사는 피의자 후방의 적절한 위치에 신문에 참여하는 변호인의 착석을 마련하여야 한다.”고 규정한 이 사건 지침은 검찰청 내부의 업무처리 지침 내지 사무처리준칙에 불과하여 변호인인 청구인을 비롯한 국민의 권리·의무를 규율하는 대외적인 효력이 없으므로, 검사나 사법경찰관(이하 ‘수사기관’이라 한다)은 피의자신문에 참여한 변호인에게 특정한 위치에 있는 착석에 앞도록 강제적으로 지정하거나 요구할 어떠한 권한을 가진다고 볼 수 없고, 청구인은 이 사건 지침에 근거하여 한 피청구인의 이 사건 후방착석요구행위에 따라야 할 법률상 의무를 부담하지 않는다.

또한, 수사기관은 형사소송법 제234조의2에 따라 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 하고, 여기서 ‘정당한 사유’란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우 등을 말하므로(대법원 2008. 9. 12.자 2008모793 결정 참조), 단순히 이 사건 후방착석요구행위에 불응하였다는 이유만으로는 수사기관이 청구인의 피의자신문참여권을 제한할 수 없기 때문에, 청구인이 이 사건 후방착석요구행위에 불응하더라도 피의자신문 자체에 참여할 수 없게 된다거나 신문참여과정에서 변호인의 권리를 행사하는 데 제한을 받는 등 어떠한 불이익을 받게 되는 것도 아니다.」

법정의견은 이 점에 관하여 명시적으로 언급하고 있지 않으나, 이 사건 후방착석요구행위의 공권력 행사성을 인정하면서 청구인이 이에 따라야 할 법률상 의무를 부담한다거나 불응할 경우 법률상 예정된 불이익이 있다는 것을 논거로 삼은 것은 아니므로, 이 부분에 있어서는 반대의견과 같은 입장인 것으로 보인다.

#### 다. 이 사건 후방착석요구행위가 사실상 강제력을 갖는지 여부

법정의견은 피의자가 구속상태로 2016. 4. 21. 16:30경 피청구인에게 변

호인의 참여를 요청하였고, 그로부터 45분이 경과한 17:15경 청구인이 부산 지방검찰청 동부지청 수사과 2호실에 도착하여 피의자 바로 옆에 앉으려고 하였으나 피청구인이 청구인을 잠재적으로 피의자신문을 방해할 수 있는 존재로 파악하여 피의자신문이 본격적으로 시작되기 전부터 이 사건 후방착석요구행위를 한 것으로 보이는 점, 이 사건 후방착석요구행위는 수사기관의 신문실이라는 밀폐된 공간에서 이루어진 만큼, 변호인의 역할을 통제하려는 의도가 있었다고 보이는 점, 청구인이 이 사건 후방착석요구행위에 대하여 시정을 요구할 경우 신문을 방해하였다는 구실로 청구인의 퇴실을 명할 가능성도 배제할 수 없는 점 등을 고려하여 보면, 이 사건 후방착석요구행위는 피청구인이 자신의 우월한 지위를 이용하여 청구인에게 일방적으로 강제한 것으로서 권력적 사실행위에 해당한다고 보았다.

이에 대하여 반대의견은 다음과 같은 이유에서 이 사건 후방착석요구행위는 청구인에게 구속력이 없는 비권력적 사실행위에 불과하다고 보았다.

「수사 대상으로서의 피의자가 통상 많은 정보를 가지고 피의자신문을 하는 수사기관에 비하여 여러 측면에서 열악한 지위에 있고, 심리적으로도 위축된 상태에 있게 되는 것은 사실이다. 그러나 수사절차에서의 변호인은 전문적인 법률지식을 가지고 피의자가 수사기관과 대립되는 당사자의 지위에서 적극적으로 방어하는 것을 지원하는 조력자로서의 역할과 피의자에게 유리하게 형사절차에 영향을 미치고 피의자의 수사절차 상의 권리가 제대로 준수되는지를 감시·통제하는 역할을 담당하므로(헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138 참조), 피의자신문에 참여하는 변호인은 피의자와는 달리 수사기관과 대등한 위치에 있다고 보아야 한다.

실제로 이 사건에서 청구인은 이 사건 후방착석요구행위를 하는 피청구인에 대하여 “그간 많은 다른 사건들에서도 조사 참여를 하였다. 그러나 피의자 옆이 아닌 뒤에 그것도 떨어져 앉으라는 말은 처음이다. 기소 이후인 법정에서도 변호인은 피고인 옆에 앉는다. 그런데 피의자인데도 뒤에 떨어져 앉으라는 근거가 뭐냐?”고 강하게 항의하였다. 그리고는 당초 피청구인이 앉도록 요구한 위치에 앉지 않고, 그보다 앞쪽인 피의자 뒤 오른쪽 대각선 위치에 앉았다. 이러한 점에 비추어 보면 피청구인의 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 청구인이 심리적으로 위축되어 부득이 그 요구에 그대로 따랐다고 보기도 어렵다.

다수의견은 청구인이 이 사건 후방착석요구행위에 대하여 시정을 요구할 경우

신문을 방해하였다는 구실로 청구인의 퇴실을 명할 가능성도 배제할 수 없다고 하나, 대법원은 이 사건 발생 전에 이미 사법경찰관이 피의자 옆에 나란히 앉아 있는 변호인에게 피의자로부터 떨어진 곳으로 옮겨 앉을 것을 요구하였으나 변호인이 불응하자 퇴실을 명한 행위가 변호인의 피의자신문참여권을 침해한 처분에 해당한다고 판단한 바 있고(대법원 2008. 9. 12.자 2008모793 결정), 검찰 수사관인 피청구인이나 변호사인 청구인은 위와 같은 대법원 결정의 내용이나 관련 법령의 규정을 잘 알고 있었을 것으로 보인다.」

### 3. 기본권침해가능성

#### 가. ‘변호인으로서 조력할 권리’가 기본권인지 여부에 관한 헌법재판소 선례

##### (1) 현재 1991. 7. 8. 89헌마181(접견교통권 관련)

###### (가) 법정의견

「헌법 제12조 제4항 본문에 의하면 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하였는바, 이와 같은 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이 구속피의자·피고인의 변호인과의 접견교통권이며 따라서 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이 된다고 할 것이다. 그러나 이러한 헌법상의 변호인의 접견교통권은 위 헌법 조항의 문언에 비추어 체포 또는 구속당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체적 자유에 관한 기본권이지, 그 규정으로부터 변호인의 구속 피의자·피고인의 접견교통권까지 파생된다고 할 수는 없을 것이다. 따라서 변호인 자신의 구속피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며, 헌법상 보장되는 피의자·피고인의 접견교통권과는 별개의 것으로 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임에 그친다고 할 것이다. 그렇다면 변호인인 청구인이 자신의 헌법상 보장되는 기본권의 침해가 있었음을 전제로 하여 구하는 이 사건 심판청구는 더 나아가 살필 필요도 없이 부적법한 청구임을 면치 못할 것이다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 367-368).」

###### (나) 재판관 조규광, 재판관 변정수의 반대의견

「접견교통권이란 구속된 피고인이나 피의자와 변호인과의 사이에 있어서의 필요적·상호적인 공동관계에서 비로소 실현될 수 있는 것으로서 위 헌법상의 권리

가 피고인이나 피의자의 한쪽에만 있고, 그 대항적인 지위에 있는 변호인에게는 허용되지 않는다고 하는 것은 논리상 모순이라고 아니할 수 없다. 따라서 변호인 자신의 구속된 피고인·피의자와의 접견교통권 역시 피구속자의 변호인 접견교통권과 상호적이고 보완적으로 작용하여 피구속자의 인권보장과 방어준비를 위하여 위 헌법 제12조 제4항 본문에서 당연히 우러나오는 헌법상의 권리라고 할 것이며, 형사소송법 제34조가 규정하고 있는 변호인의 접견교통권은 바로 위 헌법상의 기본권 성격을 해당 일반 법률에서 구체적으로 명문화한 것이라고 할 것이다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 371-372).

## (2) 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474(구속적부심사절차에서 고소장, 피의자신문조서 열람·등사 관련)

「헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상의 기본권으로 격상하여 이를 특별히 보호하고 있거니와 변호인의 “조력을 받을” 피구속자의 권리는 피구속자를 “조력할” 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 된다. 그러므로 피구속자를 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피구속자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은, “조력을 받을 피구속자의 기본권”과 표리의 관계에 있기 때문에 이러한 핵심부분에 관한 변호인의 조력할 권리 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다.

여기서 말하는 “변호인의 조력”이란 “변호인의 충분한 조력”을 의미하므로(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 59; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 696-698), 이 사건과 같이 고소로 시작된 형사피의사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호를 맡은 청구인으로서의 피구속자에 대한 고소장과 경찰의 피의자신문조서를 열람하여 그 내용을 제대로 파악하지 못한다면 피구속자가 무슨 혐의로 고소인의 공격을 받고 있는 것인지 그리고 이와 관련하여 피구속자가 수사기관에서 무엇이라고 진술하였는지 그리고 어느 점에서 수사기관 등이 구속사유가 있다고 보았는지 등을 제대로 파악할 수 없게 되고 그 결과 구속적부심절차에서 피구속자를 충분히 조력할 수 없음이 사리상 명백하므로 위 서류들의 열람은 피구속자를 충분히 조력하기 위하여 변호인인 청구인에게 그 열람이 반드시 보장되지 않으면 안되는 핵심적 권리로서 청구인의 기본권에 속한다(헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474, 판례집 15-1, 282, 288).

**(3) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610(체포적부심사절차에서 체포영장 등사 관련)<sup>1)</sup>**

(가) 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대 의견

「헌법 제12조 제4항, 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고, 나아가 헌법 재판소는 불구속 피의자·피고인의 경우에도 헌법상 법치국가원리, 적법절차원리에 의하여 변호인의 조력을 받을 권리가 당연히 인정된다고 판시하였다(헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138 참조). 이처럼 헌법이 형사절차상 변호인의 지위를 유독 중요하게 다루는 것은 피의자·피고인이 국가권력의 일방적인 형벌권 행사의 단순한 객체로 머무는 것이 아니라, 형사절차의 한 당사자로서 자신의 권리를 적극적으로 행사함으로써 국가권력으로부터 자신을 적절하게 방어하기 위해서는 변호인의 존재가 필수적이기 때문이다. 그렇다면 형사절차에서 변호인, 특히 신체구속을 당한 사람이 선임한 변호인이 가지는 일정한 권리들은 민사, 행정 절차에서 변호사가 가지는 법률상 권리와 비교할 때 더욱 특별한 헌법상 보호를 받아야 한다.

헌법 제12조 제4항에 규정된 피체포자의 변호인의 조력을 받을 권리는 피체포자와 변호인 사이의 상호관계에서 비로소 실현될 수 있는 것이므로, 변호인의 조력을 받을 피체포자의 권리는 피체포자를 조력할 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 된다. 따라서 피체포자를 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피체포자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은, 조력을 받을 피체포자의 기본권과 표리의 관계에 있기 때문에 이러한 핵심부분에 관한 변호인의 조력할 권리 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다(헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474 참조).

앞서 살펴보았듯이 이 사건 거부처분으로 인하여 변호인인 청구인 천○봉, 조○선은 청구인 노○희를 위한 충분한 방어활동을 펼칠 수 없었으므로, 변호인으로서 피체포자를 조력할 권리를 제한한다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610, 판례집 27-2상, 293, 301).」

1) 법정의견은 권리보호이익이 인정되지 않는다는 이유로 헌법소원심판청구가 부적법하다고 판단하였다.

### 【재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 별개의견】

「변호인의 조력을 받을 권리」는 국가의 일반적인 형벌권 행사에 대항하여 피체포자나 피의자·피고인(이하 편의상 ‘피체포자 등’이라고 한다)이 실제적인 기본권(신체의 자유) 및 공정한 재판을 받을 권리(재판청구권)를 실질적으로 보장받기 위하여 반드시 필요한 헌법상의 기본권이다. 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한다는 것은 피체포자 등을 돕기 위한 변호인의 활동을 충분히 그리고 실질적으로 보장한다는 것을 의미한다. 그리하여 형사소송법에서는 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 구체적인 수단으로서 변호인의 접견교통권(제34조), 변호인의 수사 및 소송기록 열람·등사권(제35조, 제266조의3), 수사 및 공판 등 각종 절차에서 변호인의 참여권(제121조, 제161조 제3항, 제243조의2 등) 등을 인정하고 있다.

변호인에게 기록 열람·등사권이나 접견교통권 등과 같은 특별한 권리를 인정하는 이유는 모두 피체포자 등이 가지는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실하게 보장하기 위한 목적에서 비롯된 것이지, 그것이 변호인 자신의 기본권을 보장하기 위하여 인정되는 권리라고 볼 수는 없다. 변호인은 자기 자신의 기본권 보호를 위해서가 아니라 피체포자 등의 조력자로서 피체포자 등을 위하여 형사소송법에서 인정한 ‘변호인으로서 조력할 권리’를 행사하는 것이다. 그러므로 ‘변호인으로서 조력할 권리’는 피체포자 등의 헌법상 보장된 기본권인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실하게 보장하기 위하여 입법자가 형사소송법 등 개별 법률을 통하여 구체적으로 형성한 결과로서 인정되는 법률상의 권리라고 보아야 한다.

이 사건의 경우, 체포영장의 등사를 제한한 이 사건 거부처분으로 인하여 신체의 자유나 재판청구권을 침해받았다고 한다면 변호인이 아니라 직접 기본권 침해받은 피체포자 본인(청구인 노○희)이 헌법소원심판청구를 하여 권리구제를 받아야 하는 것이고, 또 그것만으로도 그 권리구제의 목적을 충분히 달성할 수 있으므로, 피체포자의 조력자에 불과한 변호인에게 이와 관련하여 별도로 기본권을 보장하여야 할 필요성도 없다.

결국, 청구인 천○봉, 조○선이 주장하는 ‘변호인으로서 조력할 권리’는 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없고, 그러므로 이들의 이 사건 심판청구는 기본권침해가능성이 없어서 부적법하다는 이유로 각하하여야 한다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610, 판례집 27-2상, 293, 303-305).<sup>2)</sup>

2) 대법원은 2002. 5. 6.자 2000모112 결정에서 “변호인의 구속된 피고인 또는 피의

## 나. '변호인으로서 조력할 권리'에 관한 학설

### (1) 기본권 긍정설

변호인의 피의자를 조력할 권리 중 핵심적인 부분은 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다는 학설은 위 헌법재판소 선례의 같은 의견과 마찬가지로 논거를 들고 있다.<sup>3)</sup>

특히 변호인의 피의자신문 참여권과 관련하여, 피의자신문은 수사의 방향을 결정하고 유죄입증을 위한 증거자료로 사용되는 등 형사절차에서 중요한 의미를 가지는데, 변호인의 참여를 허용하여야 피의자의 인권보장과 진술의 임의성을 담보할 수 있고 피의자의 방어권이 효과적으로 보장될 수 있으므로, 변호인의 피의자신문 참여권은 변호인의 피의자를 조력할 권리 중 핵심적인 부분에 해당하여 헌법상 기본권에 해당한다고 밝히는 견해도 있다.<sup>4)</sup>

### (2) 기본권 부정설

변호인의 피의자를 조력할 권리는 헌법상 기본권이 아니라 법률상 권리에 불과하다는 학설은 위 헌법재판소 선례의 같은 의견과 마찬가지로 논거를 들고 있다.<sup>5)</sup>

---

자와의 접견교통권은 피고인 또는 피의자 자신이 가지는 변호인과의 접견교통권과는 성질을 달리하는 것으로서 헌법상 보장된 권리라고는 할 수 없고, 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리이지만(헌법재판소 1991. 7. 8. 89헌마181 결정 참조), 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 수사기관의 처분 등에 의하여 이를 제한할 수 없고, 다만 법령에 의하여서만 제한이 가능하다(대법원 1990. 2. 13. 자 89모37 결정 참조)."고 판시하였다.

- 3) 김학성, 헌법개론 제3판, 피앤씨미디어, 2016, 251면, 성낙인, 헌법학 제16판, 법문사, 2016, 1101면, 신동운, 신형사소송법 제4판, 법문사, 2012, 101, 102면, 박순성, 피의자신문과 변호인의 참여, 사법논집 제39집, 법원도서관, 2004, 100, 101, 116-118면, 정진연, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계, 형사법과 헌법이념 제2권, 박영사, 2007, 144면 등 참조.
- 4) 신동운, 신형사소송법 제4판, 법문사, 2012, 101, 102면, 박순성, 피의자신문과 변호인의 참여, 사법논집 제39집, 법원도서관, 2004, 100, 101, 116-118면, 정진연, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계, 형사법과 헌법이념 제2권, 박영사, 2007, 144면 참조.
- 5) 한수용, 헌법학 제6판, 법문사, 2016, 654면, 김대웅, 불구속 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리 : 피의자신문서 변호인참여권을 중심으로, 사법연수원논문집 제5

변호인의 피의자신문 참여권과 관련하여, 다음과 같은 논거를 추가로 제시하는 견해도 있다.<sup>6)</sup>

- 헌법재판소는 변호인의 접견교통권은 헌법상 권리로 보지 않으면서, 수사기록 열람·등사권은 변호인 자신의 헌법상 권리로 인정하였는데, 피의자신문 참여권은 그 성격이 접견교통권과 유사하다. 피의자의 수사기록 열람·등사권과 변호인의 수사기록 열람·등사권은 대상과 목적 면에서 항상 일치하는 것이 아니고 오히려 다른 경우가 많으므로 위 두 권리는 대등한 관계에서 상호보완적 기능을 하며, 효과적인 변호인의 조력을 달성하기 위해 위 두 권리를 모두 헌법상 권리로 인정할 필요가 있다. 반면에 접견교통권과 피의자신문 참여권은 그 권리의 주체가 피의자이든 변호인이든 언제나 피의자와 변호인 간의 접견교통, 피의자신문 참여라는 동일한 목적을 위하여 행사되는 것이어서, 피의자가 자신의 권리를 행사하는 것만으로 곧바로 그 목적이 달성된다. 따라서 변호인에게 귀속된 접견교통권과 피의자신문 참여권은 피의자의 그것과 대등한 관계에 있는 것이 아니라 피의자의 권리를 보충하는 성격이 강하며, 피의자의 권리와 별도로 변호인 자신의 헌법상 권리로 인정할 필요가 없다.

- 형사소송법 제243조의2 제2항은 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자, 검사 또는 사법경찰관이 신문에 참여할 변호인 1인을 지정할 수 있다고 규정하고 있어 공동변호인들의 참여권 제한에 대하여 헌법상 기본권 제한 사유의 고려가 전혀 없으므로, 변호인의 피의자신문 참여권이 헌법상 기본권이 아님을 전제하고 있다.

---

집, 사법연수원, 2008, 328, 329면, 전승수, 피의자신문시 변호인참여권 -형사소송법 제243조의2의 해석을 중심으로-, 형사판례연구 17권, 한국형사판례연구회, 2009, 401, 402면 참조.

6) 김대웅, 불구속 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리 : 피의자신문시 변호인참여권을 중심으로, 사법연수원논문집 제5집, 사법연수원, 2008, 328-329면, 전승수, 피의자신문시 변호인참여권 -형사소송법 제243조의2의 해석을 중심으로-, 형사판례연구 17권, 한국형사판례연구회, 2009, 401, 402면 참조.

## 다. 이 사건의 판단

### (1) 법정의견

법정의견은 ‘변호인의 조력할 권리 중 핵심적인 부분은 헌법상 기본권에 해당한다.’는 선례의 의견에 따라 변호인이 피의자신문에 참여할 권리도 헌법상 기본권에 해당한다고 보았다.

「피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리는 그들과 변호인 사이의 상호관계에서 구체적으로 실현될 수 있다. 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리는 그들을 조력할 변호인의 권리가 보장됨으로써 공고해질 수 있으며, 반면에 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 될 수 있다. 피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은 헌법상 기본권인 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있다 할 수 있다. 따라서 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는, 피의자 및 피고인에 대한 변호인의 조력할 권리의 핵심적인 부분(이하 ‘변호인의 변호권’이라 한다)은 헌법상 기본권으로서 보호되어야 한다(헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474 참조).

피의자신문의 결과는 수사의 방향을 결정하고, 피의자의 기소 및 유죄 입증에 중요한 증거자료로 사용될 수 있으므로, 형사절차에서 매우 중요한 의미를 가진다. 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 없다면, 변호인은 피의자가 조언과 상담을 요청할 때 이를 시의적절하게 제공할 수 없고, 나아가 스스로의 판단에 따라 의견을 진술하거나 수사기관의 부당한 신문방법 등에 대하여 이의를 제기할 수 없게 된다. 그 결과 피의자는 형사절차에서 매우 중요한 의미를 가지는 피의자신문의 시기에 변호인으로부터 충분한 조력을 받을 수 없게 되어 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리가 침해될 수 있다.

따라서 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단이라고 할 수 있으므로 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다.

뒤에서 보는 바와 같이 피의자가 수사기관에서 조사받을 때에 변호인이 피의자의 옆에서 조력하는 것은 피의자에 대한 변호인의 충분한 조력을 위해서 보장되어야 하므로 변호인의 피의자신문참여에 관한 권리의 주요부분이 된다. 따라서 수사기관이 변호인에 대하여 피의자신문 시 후방착석을 요구하는 행위는 변

호인의 피의자신문참여를 제한함으로써 헌법상 기본권인 변호인의 변호권을 제한할 수 있다.」

## (2) 별개의견

별개의견은 ‘변호인의 조력할 권리’를 독자적인 헌법상 기본권으로 볼 수는 없지만, 이 사건 후방착석요구행위는 청구인의 직업수행의 자유를 제한한다고 보았다.

「변호인의 변호권은 피의자나 피고인의 헌법상 기본권인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실하게 보장하기 위하여 형사소송법 등 개별 법률을 통하여 구체적으로 형성된 법률상의 권리이다. 변호인은 피의자나 피고인의 기본권 보호를 위해 법률로 보장된 변호권을 행사하는 것이지, 변호권 자체를 변호인의 기본권으로 볼 수는 없다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610 재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 별개의견 참조). 변호사도 헌법 제15조가 보장하는 직업수행의 자유를 가지며, 이 사건 후방착석요구행위는 청구인의 직업수행의 자유를 침해한 것으로 보면 충분하지 굳이 변호인의 변호권을 독자적인 헌법상의 기본권으로 창출해낼 이유가 없다.

법정의견과 같이 기본권을 확대하다 보면 생명권을 보호하는 의사의 진료권이나 약사의 의약품 조제권 등과 같이 전문가의 직업수행의 자유는 대부분 독자적인 기본권으로 해석될 수 있는 여지가 있다. 헌법이 명시적으로 선언하고 보호하고 있는 직업의 자유가 있음에도 불구하고 전문직업군의 직업의 자유에 별도 명칭을 붙여 다양한 기본권을 창출해 낼 아무런 실익이 없다. 오히려 직업수행의 자유에 포함되지 않는 전문직역의 직업수행과 관련된 독자적 기본권 개념을 만들면 전문가와 비전문가의 직업의 자유에 차등이 있는 것으로 비춰질 염려가 있다. 변호인의 피의자나 피고인을 조력할 권리나 의사의 진료권 등은 모두 직업의 자유에 포함되는 것으로 피의자나 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리 또는 환자의 생명권 보호를 위해 일반적 직업의 자유보다 더 강하게 보호되는 것으로 해석하는 것이 합리적이다.」

## (3) 보충의견

보충의견은 ‘변호인의 조력할 권리’를 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업

수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상의 기본권으로 보았다.

「피의자나 피고인에 대한 변호인의 조력하는 행위는 변호사의 직업수행의 자유의 범주에 포함될 수 있다. 그런데 직업수행의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다(헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661).

피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리는 피의자 및 변호인이 가지는 헌법상 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있으며 이러한 권리를 보다 확실하게 보장하기 위해서는 변호사의 직업수행의 자유의 침해 여부를 판단하는 심사기준보다 엄격한 기준을 적용할 필요가 있다.

따라서 피의자 및 피고인에 대한 변호인의 조력할 권리는 단지 변호사의 직업수행의 자유의 한 내용으로서가 아니라, 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상의 기본권으로서 보호될 수 있다.

이 사건 후방착석요구행위는 변호인의 피의자신문참여권을 제한함으로써 변호인의 헌법상 기본권인 피의자 및 피고인에 대한 변호인의 조력할 권리를 제한하는 것이므로 엄격한 기준에 의해 위헌 여부를 심사하는 것이 상당하다.」

#### (4) 반대의견

반대의견은 ‘변호인의 조력할 권리’는 법률상 권리에 불과하고, 기본권에 해당한다고 하더라도 피의자의 후방에 착석하는 것만으로 변호인이 조력에 제한을 받게 되는 것은 아니므로 기본권침해가능성이 없다고 보았다.

「변호인의 조력을 받을 권리는 국가의 일방적인 형벌권 행사에 대항하여 피체포자나 피의자·피고인(이하 ‘피의자 등’이라 한다)이 실제적인 기본권(신체의 자유) 및 공정한 재판을 받을 권리(재판청구권)를 실질적으로 보장받기 위하여 반드시 필요한 헌법상의 기본권이다. 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한다는 것

은 피의자 등을 돕기 위한 변호인의 활동을 충분히 그리고 실질적으로 보장한다는 것을 의미한다. 그리하여 형사소송법에서는 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 구체적인 수단으로서 변호인의 접견교통권(제34조), 변호인의 수사 및 소송기록 열람·등사권(제35조, 제266조의3), 수사 및 공판 등 각종 절차에서 변호인의 참여권(제121조, 제163조, 제243조의2 등) 등을 인정하고 있다.

이처럼 변호인에게 피의자 등과의 접견교통권이나 피의자신문참여권 등과 같은 특별한 권리를 인정하는 이유는 모두 피의자 등이 가지는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실하게 보장하기 위한 목적에서 비롯된 것이지, 그것이 변호인 자신의 기본권을 보장하기 위하여 인정되는 권리라고 볼 수는 없다. 변호인은 자기 자신의 기본권 보호를 위해서가 아니라 피의자 등의 조력자로서 피의자 등을 위하여 형사소송법에서 인정한 ‘변호인으로서 조력할 권리’를 행사하는 것일 뿐이다. 결국 ‘변호인으로서 조력할 권리’는 피의자 등의 헌법상 보장된 기본권인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실하게 보장하기 위하여 입법자가 형사소송법 등 개별 법률을 통하여 구체적으로 형성한 결과로서 인정되는 ‘법률상의 권리’라고 보아야 한다(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610 결정 중 재판관 김창중, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 별개의견 참조).

실사 다수의견처럼 변호인의 피의자신문참여권이 헌법상 기본권에 해당한다 하더라도, 수사기관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 착석할 것을 요구하기만 하면 언제나 곧바로 변호인의 피의자에 대한 조력이 제한된다고 볼 수는 없고, 그로 인하여 변호인이 의견진술, 부당한 신문방법에 대한 이의제기, 피의자신문조서 열람, 기명날인 또는 서명 등과 같은 형사소송법 제243조의2에 규정된 권리를 행사함에 있어 어떠한 지장을 받은 경우에만 비로소 그 제한을 인정할 수 있다.

그런데 기록상 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 청구인이 형사소송법 제243조의2에 규정된 변호인의 권리를 행사하여 피의자를 조력하는 데에 어떠한 지장을 받았다고 볼 만한 사정을 발견할 수 없다. 오히려 청구인이 참여한 2016. 4. 21.자 피의자신문조서 기재에 의하면, 청구인은 피의자신문이 진행되는 도중에 피청구인에게 “그런 내용이 범죄사실에 들어 있나요.”라고 질문하였고, 이에 피청구인이 청구인에게 “범죄사실과 관련이 있어 질문합니다.”라고 말하자, 청구인은 피의자에게 “‘범죄사실과 관련이 없으므로 답하지 않겠습니다.’라고 대답하세요.”라고 조언하였으며, 피의자는 “그럼 그 부분에 대하여는 대답하

지 않겠습니다.”라고 말하고는 그 후 이어지는 피청구인의 다섯 차례의 질문에 답변하지 않거나 범죄사실에 해당하지 않아 답변을 거부한다는 취지로 진술한 사실이 인정되고, 피의자신문이 종료되자 청구인은 그 조서를 열람한 후 조서 마지막에 자필로 서명까지 한 사실이 인정된다. 그러므로 청구인은 그 작성 위치에 관계없이 변호인으로서 피의자신문참여권을 아무런 제한 없이 행사하는 등 피의자를 위하여 충분한 조력을 다한 것으로 보아야 한다.」

## 라. 해설

이 결정에서 법정의견은 ‘변호인의 조력할 권리 중 핵심적인 부분은 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다.’는 기존의 법리를 따르면서 변호인의 피의자신문참여권이 변호인의 조력할 권리 중 핵심적인 부분에 해당한다고 판단하였다. 반면 별개의견은 선례에서 언급되지 않았던 ‘직업수행의 자유’의 관점에서 기본권 제한을 인정하였고, 보충의견은 변호인의 조력할 권리를 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상 기본권으로 보았다.

별개의견과 보충의견에 따르면 ‘피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분’에 해당하는지 여부를 별도로 검토할 필요 없이, 변호인의 업무에 관한 제한에 해당한다면 기본권 제한을 인정할 수 있다는 점에서 기존의 법정의견과 차이가 있다.

심사강도와 관련하여, 헌법재판소의 선례 중에는 직업수행의 자유의 경우 직업선택의 자유에 비하여 폭넓은 제한이 허용된다고 판시한 것들이 있는데(헌재 2009. 3. 26. 2007헌마988등, 판례집 21-1상, 689, 701; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌마451, 판례집 21-1하, 872, 891 등 참조), 별개의견은 직업수행의 자유로 보더라도 피의자나 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리 보호를 위해 일반적 직업수행의 자유보다 더 강하게 보호되는 것으로 해석할 수 있다는 입장이고, 보충의견은 변호인의 조력을 보다 확실하게 보장하기 위해서 별도의 기본권으로 인정할 필요가 있다는 입장이다. 따라서 법정의견, 별개의견, 보충의견이 심사강도에 있어서 실질적인 차이를 가져오는 것

은 아니라고 생각된다.

#### 4. 보충성

법정의견은 형사소송법 제417조는 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 준항고를 제기할 수 있다고 규정하고 있지만, 이 사건 후방착석요구행위와 같은 행위에 대하여 준항고가 제기된 사례가 발견되지 아니하는데다가, 실제로 형사소송법 제417조의 준항고로 다룰 수 있는지 여부도 불명확하므로, 보충성의 예외가 인정된다고 보았다.

이에 대하여 반대의견은 다수의견과 같이 이 사건 후방착석요구행위가 권력적 사실행위에 해당한다고 본다면 형사소송법 제417조에 따른 준항고를 제기할 수 있으므로 보충성 요건을 구비하지 못하여 부적법하다고 보았다.

「다수의견과 같이 이 사건 후방착석요구행위가 권력적 사실행위에 해당하여 그 자체만으로도 변호인의 피의자신문참여권을 제한하는 공권력 행사에 해당한다면, 그것은 변호인의 피의자신문 참여 과정에서 이루어진 처분이므로 ‘형사소송법 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분’에 해당하고, 따라서 형사소송법 제417조의 준항고의 대상이 된다.

대법원은 2007. 6. 1. 형사소송법 제417조가 개정되어 준항고의 대상에 ‘제243조의2에 따른 변호인 참여 등에 관한 처분’이 추가되기 이전에 수사기관의 피의자신문에 참여하는 변호인 위치와 기록행위를 제한하는 처분은 준항고 대상인 ‘구금에 관한 처분’으로 볼 수 없다고 하면서, 이 점은 2007. 6. 1. 개정된 형사소송법 제417조에서 ‘구금에 관한 처분’과는 별도로 ‘수사기관의 피의자신문에 참여하는 변호인의 참여 등에 관한 처분’을 준항고 대상으로 삼을 수 있도록 한 데서도 명백히 나타난다고 판시하였다. 이것은 ‘수사기관이 피의자신문에 참여한 변호인의 위치를 제한하는 처분’이 ‘제243조의2에 따른 변호인 참여 등에 관한 처분’에 해당한다는 점을 간접적으로 밝힌 것이다.

또한 청구인이 참여한 2016. 4. 21.자 피의자신문절차는 이미 종료되었지만 이 사건 후방착석요구행위가 취소된다면 본안 형사재판에 제출된 당해 피의자신문조서는 형사소송법 제243조의2를 위반하여 작성된 것이 되어 그 증거능력 유무 판단에 결정적인 영향을 미칠 수 있고, 해당 준항고인인 변호인에 대하여 앞

으로 진행될 또 다른 피의자신문 과정에서도 계속 후방착석요구행위를 반복적으로 요구할 위험이 있을 수도 있으므로 피의자신문절차가 이미 종료되었다라고 준항고를 통하여 이 사건 후방착석요구행위의 취소를 구할 법률상 이익이 충분히 인정된다고 보아야 한다. 대법원도 사법경찰관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 퇴실을 명한 사안에서 피의자신문절차가 이미 종료되었음에도 준항고를 기각하지 아니하고 법률상 이익을 인정하여 인용하였다(대법원 2008. 9. 12.자 2008모793 결정 참조).」

## 5. 권리보호이익

이 사건 후방착석요구행위는 2016. 4. 21. 종료되었으므로, 이에 대한 심판청구가 인용된다고 하더라도 청구인의 권리구제에는 도움이 되지 아니한다. 그러나 기본권 침해행위가 장차 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판이익을 인정할 수 있다(헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285; 헌재 2016. 5. 26. 2013헌마879 등 참조).

법정의견은 “검사는 피의자 후방의 적절한 위치에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련하여야 한다.”고 규정한 이 사건 지침은 행정조직 내부에서 업무처리지침으로서의 효력만을 갖는 행정규칙에 불과하지만(대법원 2007. 11. 30.자 2007모26 결정 참조), 수사기관이 이 사건 지침에 근거하여 피의자 옆에 앉으려는 변호인에게 이를 허용하지 아니하고 피의자의 후방에 착석하여야 한다는 요구를 할 가능성을 배제할 수 없으므로, 후방착석요구행위는 앞으로 반복될 위험성이 있다고 보았다.

또한 수사기관이 변호인에 대하여 행한 ‘피의자신문 시 후방착석요구행위’가 헌법상 기본권을 제한하는 행위인지, 그 행위가 헌법상 기본권을 제한한다면 그 행위의 헌법적 한계를 확정짓고 그에 대한 합헌적 기준을 제시하는 문제는, 단순히 개별행위에 대한 위법 여부의 문제를 넘어 변호인의 피의자신문참여에 관한 권리에 대한 헌법적 성격과 그 범위를 확인하고 이를 제한하는 행위의 헌법적 한계를 확정짓는 것이므로 헌법적 해명이 필요한 문제라고 보았다.

이에 대하여 반대의견은 이 사건 후방착석요구행위가 변호인의 권리를

침해하느냐 여부의 문제는 단지 수사기관이 피의자신문을 하는 과정에서 형사소송법 제243조의2에 규정된 변호인의 권리를 침해하였는지 여부의 문제, 즉 ‘위법성 판단’의 문제에 불과하므로, 헌법적 해명의 필요성이 인정되지 않는다고 보았다.

「다수의견은 수사기관이 변호인에게 피의자 후방에 착석할 것을 요구하는 행위를 하면 그것만으로 곧바로 변호인의 피의자신문참여권 등 변호권이 제한된다는 전제에 서 있다. 그러나 앞서 본 것처럼 수사기관의 그러한 후방착석요구행위 그 자체만으로는 언제나 곧바로 변호인의 권리행사에 어떠한 지장이 생긴다고 볼 수 없고, 수사기관이 변호인에게 피의자 후방에 착석할 것을 요구하는 행위 그 자체가 변호인의 피의자신문참여권을 침해하는지 여부는 피의자신문 장소의 크기와 여유 공간의 위치, 수사기관이 변호인에게 피의자 후방에 착석할 것을 요구한 동기와 경위, 수사기관이 변호인에게 착석 요구한 위치가 피의자로부터 얼마나 떨어져 있는지, 수사기관이 착석 요구한 위치에 앉을 경우 그것만으로 변호인이 피의자를 조력하는 데 지장을 받을 가능성이 있는지, 변호인이 착석하고자 한 위치에 있을 경우 수사에 지장을 초래할 가능성이 있는지, 변호인이 피의자를 조력하기 위하여 수사기관이 요구한 위치에서 피의자 옆으로 잠시 이동하는 것이 전혀 허용되지 않았는지 등 개개의 사건의 구체적인 사정을 고려하여 사안마다 달리 판단할 수밖에 없다. 예컨대 다수의 공범을 함께 조사하거나 피해자와 대질신문을 하여야 하는 탓에 변호인의 자리를 피의자 옆에 마련하기 어려운 경우라든가 피의자신문 장소가 협소하여 피의자 옆에 의자를 두는 것이 물리적으로 불가능한 경우 등과 같이 개별 사건마다 변호인을 피의자 바로 옆에 앉도록 하기 어려운 다양한 사정이 있을 수 있고, 피의자 후방이라 하더라도 피의자와 귓속말로 소통할 수 있을 정도의 바로 뒤일 수도 있고 피의자와 멀찌막이 떨어진 위치인 경우도 있을 수 있는데, 이러한 구체적인 사정을 고려하지 않은 채 단순히 수사기관이 변호인에게 피의자 후방에 착석하도록 요구하기만 하면 곧바로 변호인의 피의자신문참여권을 침해하는 행위라고 판단할 수는 없는 것이다.

따라서 수사기관이 변호인의 착석 위치를 제한하는 행위가 변호인의 피의자신문참여권을 침해하는지 여부를 판단하기 위해서는 구체적인 사실관계의 확인이 선행되어야 하고, 그렇게 확정된 사실관계를 기초로 하여 구체적인 사정에 따라 그것이 과연 변호인의 피의자신문참여권을 제한하는 것인지 여부는 개별 사안마

다 개별적·구체적 판단을 통하여 그 권리의 제한 여부를 판단할 수밖에 없다.

그러므로 이 사건 후방착석요구행위와 같이 수사기관이 피의자신문에 참여한 변호인의 작성 위치를 제한하는 행위가 변호인의 권리를 침해하느냐 여부의 문제는, 그것이 당해 사건을 떠나 일반적이고 중요한 의미를 지니고 있어서 헌법 질서의 유지·수호를 위하여 그 해명이 긴요한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 단지 수사기관이 피의자신문을 하는 과정에서 형사소송법 제243조의2에 규정된 변호인의 권리를 침해하였는지 여부의 문제, 즉 '위법성 판단'의 문제에 불과하다. 따라서 설사 일부 수사기관이 변호인에게 피의자 후방에 착석하라고 요구하는 행위가 앞으로 반복될 가능성이 있다고 하더라도, 그에 대한 헌법적 해명의 필요성이 인정되지 않는다.」

## 6. 이 사건 후방착석요구행위의 변호권 침해 여부

### 가. 법정의견

법정의견은 이 사건 후방착석요구행위가 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 변호권을 침해하였다고 판단하였다.

「(1) 변호인의 피의자신문 참여를 제한하는 공익으로는 변호인의 수사방해 등을 배제함으로써 실제적 진실을 발견하고 형사소추의 효율성을 달성하는 공익과, 수사기밀의 유출을 막아 공범 기타 사건관계인의 도주나 증거인멸을 방지하고 피해자나 참고인의 생명 및 신체의 안전을 보장하는 공익을 들 수 있다.

그러나 변호인이 피의자신문에 참여하는 이상 피의자 옆에 앉는다고 하여 피의자 뒤에 앉는 경우보다 일반적으로 수사를 방해할 가능성이 높아진대거나 수사기밀을 유출할 가능성이 높아진다고 단정할 수 없다. 더욱이 청구인은 변호인으로서 과거에 수사를 방해하거나 수사기밀을 유출한 사실이 없고, 달리 그 목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 명백한 사정도 발견되지 아니한다.

(2) 일반적으로 수사기관은 피의자신문에 앞서 참고인이나 전문가 등의 진술과 다양한 경로로 수집한 수사자료를 확보하고 있다. 이러한 수사기관으로부터 신문물을 받는 피의자는 범죄의 혐의가 있는 수사의 대상으로서, 수사기밀이 유지될 수 있는 조사실 등에서 질문을 받고 그 진술의 진위에 대한 추궁을 받을 수 있어 심리적으로 위축될 수 있다.

그런데 수사기관이 피의자신문을 본격적으로 시작하기도 전에 변호인이 피의

자 옆에 앉아 조연하려는 것을 거절하게 되면 변호인의 참여에 대해 비우호적인 분위기가 조성되고, 수사기관은 변호인이 피의자 바로 옆에 앉지 못하게 하려는 자신의 뜻을 관철함으로써 피의자와 변호인을 제압할 수 있다. 이처럼 위압적인 분위기가 형성된 가운데 피의자는 더욱 위축된 상태에서 피의자신문에 응하게 될 수 있다. 이와 같은 피의자의 심리상태 등을 고려하면, 피의자가 필요할 때마다 시야에서 벗어나 있는 변호인에게 적극적으로 조연과 상담을 요청하는 것은 기대하기 어렵게 된다고 할 수 있다.

한편 뒤에 앉아 있는 변호인으로는 피의자의 상태를 즉각적으로 파악하는데 한계가 있다. 또한, 수사기관이 피의자에게 서류 등을 제시하면서 신문하는 경우, 변호인은 서류 등의 내용을 정확하게 파악하여 이의를 제기하거나 의견을 진술하기도 어렵다. 변호인이 수사기관의 신문 내용을 청취하기만 할 경우, 숫자, 도표, 법조문 등으로 이루어진 복잡한 서류의 내용을 바탕으로 법률적 쟁점이 될 사항을 즉각적으로 파악하기는 쉽지 않기 때문이다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 참조).

따라서 이 사건 후방착석요구행위는 피의자의 요청이나 스스로의 판단에 따른 피의자에 대한 실질적인 조력을 내용으로 하는 변호인인 청구인의 피의자신문참여에 관한 권리를 과도하게 제한한다.

피의자신문 시 변호인에 대한 후방착석요구행위를 정당화하는 사유는 막연하게 변호인의 수사방해나 수사기밀의 유출에 대한 우려가 있다는 추상적인 가능성만으로는 부족하고 그러한 우려가 현실화될 구체적 가능성이 있어야 한다.

이 사건에서 청구인이 변호인으로서 과거에 수사를 방해하거나 수사기밀을 유출하는 등의 행위를 한 적이 없는 등 이러한 우려가 현실화될 구체적 가능성을 인정할 자료는 발견되지 아니한다. 그 밖에 다수의 피의자 및 참고인에 대한 수사나 조사실의 장소적 제약 등과 같이 이 사건 후방착석요구행위를 정당화할 그 외의 특별한 사정도 발견되지 아니한다. 따라서 이 사건 후방착석요구행위는 변호인의 변호권에 대한 제한을 정당화할 사유가 있다고 할 수 없다.

피의자신문과정이 위압적으로 진행되는 과정에서 발생할 수 있는 인권 침해의 요소를 방지하기 위하여 진술거부권의 고지, 증거능력의 배제와 같은 규정들이 마련되어 있다(형사소송법 제244조의3, 제309조). 그러나 진술거부권이 규정되어 있다고 하더라도, 피의자가 수사기관에서 신문을 받음에 있어서 진술거부권을 제대로 행사하기 위해서 뿐만 아니라 진술거부권을 행사하지 않고 적극적으로 진술하기 위해서는 변호인이 피의자의 후방에 착석할 것이 아니라 피의자의

옆에 앉아 조력할 필요가 있다. 그리고 증거능력의 배제는 피의자신문과정의 인권 침해에 대한 사후적이고 간접적인 구제수단에 불과하고, 공판단계에서 사후적으로 기능할 여지가 있을 뿐이다. 따라서 위와 같은 규정들이 마련되어 있다는 사정만으로 이 사건 후방착석요구행위의 위헌성이 치유된다고 볼 수도 없다.

이러한 사정을 종합하여 보면, 이 사건 후방착석요구행위는 피의자에 대한 변호인의 피의자신문참여에 관한 권리를 제한하는 행위로서 침해의 최소성 요건을 충족한다고 할 수 없다.

(3) 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 변호인은 단순히 피의자신문에 입회할 수 있을 뿐, 피의자의 요청을 통한 또는 스스로의 판단에 따른 피의자에 대한 적극적인 조력활동을 하는 데 구체적으로 제한을 받게 되므로, 이 사건 후방착석요구행위로 얻어질 공익보다는 변호인의 피의자신문참여에 관한 권리 제한에 따른 불이익의 정도가 크다. 따라서 이 사건 후방착석요구행위는 법익의 균형성 요건도 충족한다고 할 수 없다.」

## 나. 반대의견

반대의견은 각하의견이지만, 이 사건 후방착석요구행위가 그 자체로 변호인의 조력을 제한하는 것은 아니라는 입장에서 변호인의 피의자신문참여권이나 변호사로서의 직업수행의 자유를 침해한다고 보기 어렵다는 의견을 밝혔다.

「다수의견은 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 위촉된 피의자가 필요할 때마다 시야에서 벗어나 있는 변호인에게 적극적으로 조언과 상담을 요청하기를 기대하기는 어렵고, 뒤에 앉아 있는 변호인이 피의자의 상태를 즉각적으로 파악하는 데 한계가 있다고 한다. 그러나 청구인은 피의자신문 중 피의자가 먼저 조력을 요청하지 않더라도 자발적으로 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기하거나 수사기관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다. 그러므로 반드시 피의자가 뒤를 돌아보거나 피의자의 상태를 즉각적으로 파악하여야만 변호인이 참여권을 행사할 수 있는 것은 아니고, 그렇지 않더라도 변호인은 스스로의 판단에 따라 얼마든지 피의자를 위하여 충분한 조력이 가능하고, 또 그렇게 하는 것이 변호인으로서의 역할을 제대로 수행하는 것이다. 변호인이 피의자신문참여권을 행사하는 데 피의자의 상태를 즉각적으로 파악할 필요가 있다는 것이 어떠한 의미인

지 불분명하고, 설사 피의자가 뒤를 돌아보아야만 청구인의 조언과 상담을 구할 수 있다고 하더라도 이는 단지 청구인이 피의자를 조력하는데 조금 불편이 따른다는 것일 뿐이지 이것 때문에 변호인의 피의자신문참여권이 곧바로 제한된다고 할 수 없다. 청구인의 피의자신문참여권에 대한 제한이 인정되려면 실제로 피의자신문 과정에 변호인으로서 조력하는 데 정당한 사유 없이 어떠한 제한을 받았다는 사실이 드러나야 할 것인데, 앞서 본 것처럼 기록상 그러한 제한을 받은 사실은 인정되지 아니하고 오히려 청구인은 피의자를 위하여 충분한 조력을 하였다.

나아가 다수의견은 수사기관이 피의자에게 서류 등을 제시하면서 신문하는 경우 변호인이 피의자 뒤에 앉아 신문 내용을 청취하기만 하면 서류 등의 내용을 파악하기 어렵다고 한다. 그러나 이 사건 후방착석요구행위로 인하여 변호인인 청구인은 피의자신문이 끝날 때까지 언제나 한번 앉은 자리에서 그 위치를 변동할 수 없도록 강제된다고 할 수 없고, 얼마든지 자기 좌석에서 일어나 피의자 옆으로 이동한 다음 수사기관이 제시한 서류를 함께 검토할 수 있는 것이므로 다수의견에 찬성할 수 없다.」

## 7. 결정의 의의

가. 이 결정은 수사기관의 사실행위가 변호인에게 미치는 사실상의 영향력만으로 공권력 행사성을 인정한 사례로서 의미가 있다.

나. 헌법재판소 선례들은 변호인의 조력할 권리가 기본권인지 여부에 관하여 확립된 입장을 갖지 못하고 있었다. 이 사건 법정외의견은 ‘변호인의 조력할 권리 중 핵심적인 부분은 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다.’는 기존의 법리를 따르면서 변호인의 피의자신문참여권이 변호인의 조력할 권리 중 핵심적인 부분에 해당한다고 판단하였는데, ‘직업수행의 자유’의 관점에서 기본권 제한을 인정한 별개의견과 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상 기본권으로 본 보충외의견이 새로이 등장하였다. 변호인의 조력할 권리의 기본권성에 관하여는 향후에도 상당한 논의가 필요할 것으로 보인다.

다. 이 결정은 수사기관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방

에 착석할 것을 요구하는 행위가 헌법상 기본권을 제한하는 것이라는 점을 밝히고 그와 같은 행위가 허용될 수 있는 한계를 제시하였다. 이를 통하여 수사방해 등의 특별한 사정이 없음에도 수사기관이 피의자신문에 참여한 변호인에게 피의자 후방에 착석할 것을 요구하는 관행을 시정하고 수사절차에서 피의자 및 변호인의 기본권을 충실히 보호하는 데 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

# 화성시와 국방부장관 간의 권한쟁의

- 군공항이전법 사건 -

(헌재 2017. 12. 28. 2017헌라2, 판례집 29-2하, 276)

이 문 주\*

## 【판시사항】

1. 청구인과 수원시 관할 구역에 걸쳐 있는 수원 군 공항(이하 ‘이 사건 공항’이라 한다)에 대해, 피청구인이 수원시장만의 이전건의에 기초하여 ‘군공항 이전 및 지원에 관한 특별법’(2013. 4. 5. 법률 제11733호로 제정된 것, 이하 ‘군공항이전법’이라 한다) 제4조 제2항에 따라 2017. 2. 16. 화성시 우정읍에 있는 화옹지구일대를 이 사건 공항의 예비이전후보지로 선정한 것이(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다) 청구인의 자치권한을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)

2. 이 사건 처분이 청구인의 군공항이전법 상 이전건의의권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 이 사건 처분이 청구인의 자치권한 및 군공항 이전건의의권을 침해한 것으로서 무효인지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 수원 군 공항(6,294,141㎡, 이하 ‘이 사건 공항’이라 한다)은 1954. 10.

---

\* 헌법연구관

경 수원시 권선구 장지동 99번지 일원에 설치되어 현재 공군 제10전투비행단이 주둔하고 있다. 이 공항은 화성시 배양동 4-126에 있는 탄약고 시설부지(1,073,049㎡, 이하 ‘이 사건 탄약고부지’라 한다)와 수원시 권선구 장지동 99 및 같은 구 권선동 235에 있는 비행장 부지, 체력단련장 부지 등(5,221,092㎡, 이하 ‘이 사건 비행장 등 부지’라 한다)으로 구성되어 있다.

나. 수원시장은 2014. 3. 20. ‘군 공항 이전 및 지원에 관한 특별법’(이하 ‘군공항이전법’이라 한다) 제4조 제1항에 따라 피청구인에게 이 사건 공항의 이전을 건의하였다(이하 ‘이 사건 최초건의’라 한다). 위 건의는 수원시가 관할하는 지역에 있는 이 사건 비행장 등 부지만을 대상으로 했으며, 청구인이 관할하는 지역에 있는 이 사건 탄약고부지는 제외하였다. 수원시장은 이후 국방부의 보완요청 등에 따라 2014. 12. 3. 이 사건 탄약고부지도 이전대상에 포함하는 내용으로 다시 건의하였다(이하 ‘이 사건 수정건의’라 한다).

다. 청구인은 수원시로부터 이 사건 수정건의에 이 사건 탄약고부지가 포함된 것과 관련된 의견회신 요청을 받고 2015. 1. 14. 이에 대해서는 동의한다는 의견을 회신하였다. 그러나 다시 피청구인이 2015. 1. 26. 청구인에게 이 사건 수정건의의 내용에 대한 동의여부 회신을 요청한 것에 대해, 청구인은 2015. 1. 30. 부동의 의견을 회신하였다. 수원시장은 2015. 3. 20. 이 사건 탄약고부지를 제외하는 내용으로 이 사건 공항 이전을 다시 건의하였고(이하 ‘이 사건 최종건의’라 한다), 피청구인은 2015. 6. 4. 이를 승인한 후 이 사건 공항 이전을 계속 추진하였다. 청구인은 이 사건 공항을 이전하는 것에 대해서는 찬성하나, 청구인 관할 내로 이전하는 것은 반대한다는 입장이다.

라. 피청구인은 이 사건 최종건의에 기초해 군공항이전법 제4조 제2항에 따라 2017. 2. 16. 화성시 우정읍에 있는 화옹지구일대를 이 사건 공항의 예비이전후보지로 선정하고(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다) 수원시 및 청구인 등에 이를 통보하였다.

마. 이에 청구인은 2017. 4. 14. 이 사건 처분에 대한 무효 확인 또는 취소를 구하는 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

## 2. 청구인, 피청구인 및 이해관계인의 주장

### 가. 청구인의 주장요지

#### (1) 이 사건 심판청구의 적법 여부

군공항이전법에 따른 군 공항 이전사무는 자치사무에 해당한다. 또한 군 공항이전법상 종전부지 지방자치단체의 장의 이전건의권 행사는 자치사무에 해당한다. 피청구인은 이 사건 공항의 이전을 위해 그 전제로서 이 사건 처분을 함에 따라 청구인의 법적 지위에 영향을 미치게 되었다. 이로써 이 사건 처분은 청구인의 헌법상 자치권과 이전건의권을 침해하였다. 따라서 이 사건 심판청구는 적법하다.

#### (2) 청구인의 권한 침해 여부

이 사건 탄약고부지는 이 사건 비행장 등 부지와 일체·불가분적으로 결합되어 있는 시설이므로 양 부지의 분리 이전은 불가능하다. 군공항이전법의 취지상 군 공항이 복수의 지방자치단체에 걸쳐있는 경우 이전건의권은 공동으로 행사되어야 한다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 청구인의 이전건의권을 잠탈할 의도로 청구인의 이전건의가 없었음에도 수원시 행정구역에 위치한 이 사건 비행장 등 부지만을 이전하려는 수원시의 이전건의를 수용함으로써 청구인의 자치권한과 군 공항 이전건의권을 침해하였다. 따라서 이 사건 처분은 무효이거나 취소되어야 한다.

### 나. 피청구인의 답변요지

#### (1) 이 사건 심판청구의 적법 여부

군 공항 이전사업은 국가사무이므로 이로 인해 지방자치단체인 청구인의 권한침해가 발생하지 않는다. 군공항이전법상 이전건의권은 피청구인에게 그 이전 의견 등을 전달하고 그에 대한 피청구인의 타당성 검토를 통보받을 권리를 의미하는 것이고, 군 공항 이전과 관련된 선택권까지 포함하는 것이 아니다. 또한 청구인은 이전건의를 스스로 행사하지 않고 있을 뿐, 이 사건 처분으로 청구인의 이전건의권이 제한된 바는 없다. 따라서 청구인의 권한이 침해될 여지가 없다. 나아가 이 사건 처분은 청구인의 이전건

의권 등 권리·의무에 어떠한 영향을 미치지 않으므로 처분성을 인정할 수 없다. 그러므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

## (2) 청구인의 권한 침해 여부

군공항이전법령상 복수의 종전부지 지방자치단체의 장이 이전건의권을 공동으로 행사하도록 제한하는 규정은 없다. 오히려 종전부지 지방자치단체의 장의 이전건의권 행사가 있다면 피청구인은 이에 대해 검토하여 예비이전후보지 선정 등 후속 절차로 나아가야 할 법률상 의무가 있다. 또한 군 공항을 폐쇄하여 이전하는 이상 종전부지 전부를 사업대상으로 하지 않고 종전부지 일부에 대해서만 군 공항 이전사업을 진행하는 것도 가능하다. 따라서 청구인의 주장은 타당하지 않다.

## 다. 이해관계인 수원시의 의견요지

청구인은 애초 수원시의 이전건의권 행사에 동의하다가 부동의하는 것으로 태도를 바꾸고 협의과정을 거부하고 있는데, 이는 자신의 관할구역이 군 공항 이전대상부지로 될 것을 염려하였기 때문이다. 또한 청구인의 관할구역에 속한 이 사건 탄약고 부지는 이 사건 공항 부지 중 약 17%에 불과하므로, 청구인은 이전건의권 행사에 있어서 부수적인 지위에 있을 뿐이다. 나아가 군공항이전법상 종전부지 일부에 대해서만 군 공항 이전사업을 진행하는 것이 가능하다면 그 이후 절차를 적법하게 진행할 수 있는 것이므로, 이 사건 처분이 위법하다고 볼 수 없다.

## 【결정요지】

1. 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사업은 국방에 관한 사무이므로 그 성격상 국가사무임이 분명하다. 군공항이전법도 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사업이 국가사무임을 전제로 하고 있다. 따라서 국가사무인 군 공항 이전사업이 청구인의 의사를 고려하지 않고 진행된다고 하더라도 이로써 지방자치단체인 청구인의 자치권한을 침해하였다거나 침해할 현저한 위험이 있다고 보기 어렵다.

2. 이전건의권은 군 공항 이전사업에 대한 국가권한의 행사를 촉구하고 그에 대한 검토 결과를 통보받을 수 있는 권한에 불과하므로 모든 종전부지 지방자치단체의 장이 함께 행사하여야 하는 것은 아니다. 또한 청구인은 이 사건 처분으로 인하여 이전건의권을 행사하지 못한 것이 아니라, 수원시와 공동으로 또는 단독으로 이전건의권을 행사할 수 있었음에도 스스로 행사하지 않은 것이다. 그러므로 수원시장의 이전건의권 행사를 근거로 이 사건 처분이 내려진 것이더라도 청구인의 이전건의권이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 볼 수 없고, 청구인은 여전히 자신의 이전건의권을 행사할 수 있다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건 결정에서는 청구인의 헌법상 자치권과 군공항이전법상 이전건의권이 침해될 가능성이 있는지 여부가 쟁점으로 다루어졌다. 전자와 관련하여서는 청구인이 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사무와 관련된 자치권한을 가지는지 여부가 문제되었다. 후자와 관련하여서는 이전건의권의 법적 성격과 복수의 종전부지 지방자치단체의 장이 있는 경우 이전건의권의 공동행사가 필수적인지 여부가 문제되었다.

아래에서는 먼저 관련 제도 등을 개관하고, 위의 쟁점들에 관하여 검토하기로 한다.

### 2. 군공항이전법과 이전건의권 개관

#### 가. 군공항이전법의 제정 배경

##### (1) 군 공항의 개념과 군 공항 이전사업의 필요성

군공항이전법은 군 공항을 “『군사기지 및 군사시설 보호법』 제2조 제4호가목의 전술항공작전기지 중 소음피해 정도, 재원조달 및 작전운용 측면 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 군 공항을 말한다.”고 정의하고 있다(제2조 제1호). ‘군사기지 및 군사시설 보호법’상 전술항공작전기지란, “군의 전술항공기를 운용할 수 있는 기지”를 일컫는데, 이는 항공작전기지의

네 유형 중 하나로서(제2조 제4호), 가장 규모가 크다.<sup>1)</sup>

군공항이전법상 군 공항(이하 ‘군 공항’이라 한다)은 결국 이 전술항공작전기지 중 대통령령이 정하는 공항을 말하는데, 군공항이전법 시행령 제2조는 이를 “『군사기지 및 군사시설 보호법 시행령』 별표 2 제1호 가목부터 너목까지의 전술항공작전기지를 말한다.”고 정하고 있다. 여기에 해당하는 군 공항으로는, K-1(부산광역시 강서구), K-2(대구광역시 동구), K-3(경상북도 포항시), K-4(경상남도 사천시), K-6(경기도 평택시), K-8(전라북도 군산시), K-13(경기도 수원시), K-16(경기도 성남시), K-18(강원도 강릉시), K-46(강원도 원주시), K-55(경기도 평택시), K-57(광주광역시 광산구), K-58(경상북도 예천군), K-59(충청북도 청원군), K-75(충청북도 충주시), K-76(충청남도 서산시)가 있다(군사기지 및 군사시설 보호법 시행령 별표 2 제1호 참조).

군 공항은 건설 당시에는 도시 외곽에 있었지만, 경제 발전과 도시인구의 폭발적 성장으로 인해 군 공항 인근지역으로도 주민이 유입되어, 현재는 도시 중심에 자리하는 상황도 발생하게 되었다. 이에 따라 군 공항의 소음으로 인하여 주민의 생활권 침해 문제가 발생하였고, 해당 지역 주민들은 군 공항 이전을 요구하는 상황이 지속되었다.<sup>2)</sup> 또한 군 공항 소음에 대한 손해배상소송이 잇따라 제기되어 국가가 해당 주민들에게 막대한 금액의 배상을 하도록 판결이 내려져 국가 재정에 심각한 부담을 미치게 되었다.<sup>3)</sup>

이에 따라 군 공항 이전사업을 통하여 군 공항의 기능을 유지하면서 동시에 인근지역 주민의 생활권을 보호할 수 있도록 법령상의 관련 제도가 정비될 필요가 있었다.

1) 나머지 유형으로는, 지원항공작전기지(군의 지원항공기를 운용할 수 있는 기지), 헬기전용작전기지(군의 회전익항공기(回轉翼航空機)를 운용할 수 있는 기지), 예비항공작전기지(전시·사변 또는 이에 준하는 비상시에 항공작전기지로 활용할 수 있는 비상활주로, 헬기예비작전기지 및 민간비행장)가 있다.

2) 심교언 외, 군 공항 이전사업 이해와 과제, 도시경보(제396권), 2015, 3면 참조.

3) 해당 배상액은 2009년 14억 원을 시작으로 2012년까지 4,080억 원이 지급되었고 고 한다. 이상 심교언 외, 군 공항 이전사업 이해와 과제, 도시경보(제396권), 2015, 3면 참조.

## (2) 군공항이전법 제정 이전의 관련 법령상 군 공항 이전사업의 전개

군공항이전법 제정 이전에는 국방·군사시설 이전사업이 ‘국방·군사시설 사업에 관한 법률’(이하 ‘국방시설사업법’이라 한다), ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’, 국유재산법 등에 따라 진행되었다. 군 공항 이전사업도 위 법률들에 따라 진행되었다.

이에 따르면 사업시행자가 국방·군사시설사업을 시행하려는 경우 국방·군사시설사업계획을 작성하여 국방부장관의 승인을 받아야 하는데(국방시설사업법 제4조 제1항), 국방부장관이 위 승인을 하기 위해서는 사업계획을 공고하여 사업예정지역의 토지소유자 및 이해관계인의 의견을 듣고, 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장과 협의하여야 하도록 정하였다(국방시설사업법 제4조 제3항).

국방시설사업법은 국방·군사시설 이전사업의 방식으로서 기부 대 양여 방식을 도입하고 있다(국방시설사업법 제12조). 이에 따라 사업시행자는 기존의 국방·군사시설을 이전하기 위하여 새로 설치한 국방·군사시설(해당 시설의 이용·유지 또는 관리에 필요한 물품을 포함한다)을 국가에 기부할 수 있고, 국가는 사업시행자에게 그 기능이 대체되어 용도폐지된 일반재산을 국유재산법에 따라 양여할 수 있다(국방시설사업법 제12조 제1항, 제2항).

이와 같은 방식으로 추진되는 국방·군사시설 이전사업에 대해서는 몇 가지 비판이 제기되었다. 우선 국가 주도로 군 공항 이전과 같은 대규모의 국방·군사시설 이전사업을 추진하는 과정에서 지역주민의 의견이 무시된다는 것이다. 이로 인해 국방·군사시설 이전사업 추진시 지역주민과 심각한 갈등이 발생하고 사업의 비민주성이 부각되어 국방·군사시설에 대한 부정적 이미지가 강화되었다.<sup>4)</sup> 다음으로 대체로 국방·군사시설을 기피하기 때문에 국방·군사시설 이전사업을 추진하는 과정에서 지방자치단체별로 이해관계가 대립됨에 따라 반목이 격화되어 관련 법령에 따라 그 이전사업을 추진하는 것이 쉽지 않다는 문제가 있다. 또한 국방·군사시설이 지방자치단체 관할 구역 내에 있을 경우 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’ 제30조에 따른 도시관리계획 등을 결정하기 위해서는 미리 국방부장관과 협의하

4) 대표적으로 제주해군기지 건설 사례를 들 수 있다.

여야 하는 등(국방시설사업법 제14조) 해당 지방자치단체나 주민의 자치권이 제한되는 반면, 국방·군사시설 이전사업의 추진 과정에서 중앙부처와 지방자치단체들 간의 정보 교류나 협의절차가 마련되어 있지 않아 국방·군사시설 이전사업에서 지방자치단체와 해당 주민들의 의견이 반영될 수 있는 절차가 미흡하였다.

그 결과 실제 군공항이전법 제정 이전에는 군 공항 이전사업이 시행되지 못하였다. 이에 따라 군 공항 이전사업을 시급하게 추진하기 위해서 기존의 방식과 다른 새로운 절차가 도입될 필요가 있었다.

### (3) 군공항이전법의 제정

제18대 국회에서는 군 공항 이전과 관련하여 ‘도심항공작전기지 이전 및 지원에 관한 특별법안’(김진표 의원 대표발의), ‘도심군공항 이전 및 지원에 관한 특별법안’(이시종 의원 대표발의), ‘군공항 이전 및 지원에 관한 특별법안’(유승민 의원 대표발의), ‘군공항 이전 및 지원에 관한 특별법안’(김동철 의원 대표발의) 등 총 4개의 법률안이 제출되었다.

이 중 유승민 의원이 대표발의한 군공항 이전 및 지원에 관한 특별법안이 가장 유력하게 검토되었다. 유승민 의원 안의 핵심은 경주에서 방사능 폐기물 처리장을 유치한 과정을 반면교사로 삼아, 군 공항 이전 건의에서부터 최종 이전부지 선정에까지 지방자치단체가 직접 참여할 수 있게 하고, 이전부지 주변지역에 대해서는 지원사업을 통하여 군 공항을 유치할 유인을 제공하겠다는 것이었다. 당시 가장 유력한 군 공항 이전사업 추진 방식은 군 공항 이전 예산을 특별회계 등으로 편성하여 추진하는 것이었으나, 위 법안은 기부 대 양여 방식을 도입하여 관련 지방자치단체의 적극적인 참여를 유도하려고 하였다.

그러나 위 법률안들은 국회를 통과하지 못하고 임기 만료로 폐기되었다.

그 후 제19대 국회에서 다시 4개의 군 공항 이전 및 지원에 관한 특별법안(김동철 의원 대표발의/ 김진표 의원 대표발의/ 신장용 의원 대표발의/ 유승민 의원 대표발의)이 제출되었다. 각 법안들의 내용은 제18대 유승민 의원 안을 기초로 마련된 것으로 체제 상 크게 다르지 않았다. 이에 대해 국회 국방위원회 심사를 거치면서 국방위원회가 대안을 마련하여 통과시키

는 것으로 합의되었다. 이에 따라 2013. 4. 5. 군공항이전법(법률 제11733호)이 제정되어 2013. 10. 6.부터 시행되었다.

## 나. 군공항이전법에 따른 군 공항 이전사업 절차

### (1) 이전건의 단계

군공항이전법상 군 공항 이전사업은 종전부지 지방자치단체<sup>5)</sup>의 장이 국방부장관에게 그 이전을 건의하는 것으로 시작된다(군공항이전법 제4조 제1항). 국방시설사업법이 국방부 소속기관장이나 육군참모총장, 해군참모총장, 공군참모총장, 해병대사령관 등 국방부나 군에서 국방·군사시설 사업을 시행할 수 있도록 규정하고 있는 것(국방시설사업법 제3조 제1호, 제2호)과 달리 군공항이전법은 종전부지 지방자치단체에게 군 공항 이전사업의 절차를 개시할 수 있는 지위를 부여하고 있다.

종전부지 지방자치단체의 장이 군 공항 이전을 건의하려면 종전부지 활용방안, 군 공항 이전사업 및 이전주변지역 지원사업의 시행방법, 소요재원 및 재원조달계획, 공청회 등을 통한 해당 지방자치단체의 주민 및 지방의회의 의견 수렴 결과 등이 포함된 이전건의서를 작성하여 국방부장관에게 제출하여야 한다(군공항이전법 시행령 제4조 제1항).<sup>6)</sup>

국방부장관은 이전건의서의 타당성을 검토한 후 그 결과를 종전부지 지방자치단체의 장에게 통보하여야 한다(군공항이전법 시행령 제4조 제2항). 종전부지 지방자치단체의 장이 군 공항 이전을 건의하더라도, 실제 군 공항 이전사업을 개시할 것인지는 국방부장관이 결정하게 된다.<sup>7)</sup>

- 
- 5) 군공항이전법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
    3. “종전부지”란 군 공항이 설치되어 있는 기존의 부지를 말한다.
    6. “종전부지 지방자치단체”란 종전부지를 관할하는 시·군·구 또는 특별시·광역시·도를 말한다.
  - 6) 이전건의서의 구체적인 내용과 제출 등의 절차에 관하여서는 군공항이전법 시행령 제4조 제3항에 따라 제정된 ‘군 공항 이전건의서 작성지침’(2013. 12. 24. 국방부고시 제2013-462호로 제정된 것)에서 자세하게 규정하고 있다.
  - 7) 이전건의서의 타당성 검토에 대한 사항은 ‘군공항이전사업단 자문위원 운영 및 이전건의서 평가 훈령’(2018. 6. 28. 국방부훈령 제2174호로 개정된 것)에서 자세하게 규정하고 있다.

## (2) 이전부지 선정 단계

국방부장관이 군 공항을 이전하기로 결정하는 경우 군사작전 및 군 공항 입지의 적합성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 요건<sup>8)</sup>을 충족하는 지역을 군 공항 예비이전후보지(이하 ‘예비이전후보지’라고 한다)로 선정할 수 있다(군공항이전법 제4조 제2항). 국방부장관은 예비이전후보지를 선정하는 경우 관계 지방자치단체의 장과 협의하고 선정 결과를 통보한다(군공항이전법 제4조 제3항).

국방부장관은 예비이전후보지 중에서 군 공항 이전후보지를 선정하기 위해서는 군 공항 이전부지 선정위원회의 심의를 거쳐야 한다(군공항이전법 제5조). 군 공항 이전부지 선정위원회(이하 ‘선정위원회’라고 한다)는 군 공항 이전후보지 및 이전부지의 선정과 이전주변지역의 지원방안 등을 심의하기 위해 국방부에 설치된다(군공항이전법 제6조 제1항). 위원장은 국방부장관이고, 당연직위원은 기획재정부차관, 국토교통부차관, 종전부지 지방자치단체의 장, 예비이전후보지를 포함한 이전주변지역 지방자치단체의 장, 종전부지 및 이전주변지역을 관할하는 특별시장·광역시장 또는 도지사이며, 위촉위원은 이전부지 선정을 위하여 필요하다고 인정하여 국방부장관이 위촉하는 사람으로 한다(군공항이전법 제6조 제2항). 선정위원회는 ① 이전후보지 및 이전부지 선정, ② 종전부지 활용방안 및 종전부지 매각을 통한 이전주변지역 지원방안, ③ 예비이전후보지 선정 후 군 공항 이전후

- 
- 8) 선정 요건은 군사작전적합성과 공항입지적합성으로 구분된다(군공항이전법 시행령 제5조 제1항 별표). 전자는 1. 군 공항을 이전하기 전과 같은 수준 이상의 항공작전운용이 가능할 것, 2. 전방위 항공작전 수행이 가능하며 균형적인 전력 배치가 가능할 것, 3. 「군용항공기 운용 등에 관한 법률」 제3조에 따른 비행기준·절차·방식 등의 준수가 가능할 것, 4. 다른 공항의 공역(空域)과 중복되지 않을 것(다만, 공역이 중복되더라도 관계 기관과 공동사용에 관한 협의가 가능한 경우에는 그러하지 아니하다), 5. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제10조에 따른 비행안전구역에서의 행위제한 등의 적용이 용이하고, 장애물로 인하여 비행안전에 지장이 없을 것, 6. 바람, 안개, 강우 등 계절별 기상조건이 군사작전 수행 및 비행안전에 적합할 것이고, 후자는 1. 소음피해 인구수와 소음보상 및 소음대책사업 등에 따른 비용이 감소될 수 있을 것, 2. 정부 및 지방자치단체가 고시한 개발계획에 포함되지 않거나 해제·변경이 가능할 것, 3. 시공성·토공량(土工量) 등을 고려하여 지형이 공항입지로 적합할 것, 4. 전력, 상하수도, 가스 등 기반시설의 공급이 용이할 것, 5. 철도, 도로, 항만 등과 연결이 용이할 것, 6. 국가지정문화재·천연기념물 등의 보존이 가능할 것, 7. 향후 군 공항의 확장이 가능할 것이다.

보지 및 이전부지 선정절차와 기준, ④ 그 밖에 군 공항 이전에 필요하다고 인정되는 사항에 대해 심의한다(군공항이전법 제6조 제3항). 따라서 종전부지 지방자치단체의 장뿐만 아니라 예비이전후보지를 포함한 이전주변 지역 지방자치단체의 장 등은 선정위원회의 당연직위원으로서 이전후보지 및 이전부지의 선정에 직접 참여할 수 있기 때문에, 이를 통해 개별 지역의 이익과 의견이 대변될 수 있도록 하였다.

국방부장관은 이전후보지 중 이전부지를 선정하기 위하여 이전부지 선정계획을 수립·공고하는데, 그 이전부지 선정계획에는 이전후보지, 이전주변지역 지원방안 및 이전부지 선정절차와 기준, 이전주변지역 지원계획 등이 포함되어야 한다(군공항이전법 제7조). 이를 통해 이전후보지 지방자치단체의 주민들에게 군 공항 이전사업의 내용을 미리 제공함으로써 군 공항을 유치할 것인지 여부를 숙고할 수 있도록 하고 있다.

국방부장관은 이전부지 선정계획이 공고된 이전후보지 지방자치단체의 장에게 주민투표법 제8조에 따라 주민투표를 요구할 수 있다(군공항이전법 제8조 제1항). 지방자치단체의 장은 주민투표 결과를 충실히 반영하여 국방부장관에게 군 공항 이전 유치를 신청한다(군공항이전법 제8조 제2항). 이전부지 선정을 위해 주민투표가 필수적인 것은 아니다. 다만 군 공항을 유치할 경우 그 주변지역 주민들의 반대를 충분히 예상할 수 있으므로, 주민투표는 이전부지 지방자치단체의 주민들이 숙의를 거칠 수 있도록 기회를 제공하고, 이전부지 지방자치단체의 장의 유치신청 의사에 민주적 정당성을 부여한다는 측면에서 중요한 역할을 한다. 나아가 주민들 사이의 의견 대립이 격화될수록 결정적인 기능을 할 가능성이 크다.

국방부장관은 유치를 신청한 지방자치단체 중에서 선정위원회의 심의를 거쳐 이전부지를 선정한다(군공항이전법 제8조 제3항). 따라서 이전후보지로 선정된 지방자치단체라도 스스로 유치를 신청하지 않는다면, 그 관할 지역 내로 군 공항이 이전될 수 없다. 이로써 군 공항 이전사업이 국가나 특정 지방자치단체(특히 종전부지 지방자치단체)의 일방적인 입장에 따라 추진되지 않도록 보장된다.

### (3) 이전사업 시행 단계

이전사업은 국유재산법 제13조(기부채납), 제55조(양여) 및 국방시설사업법 제12조(기부 및 양여의 특례)에 따라 일정한 자격을 갖춘 사업시행자가 군 공항 대체시설을 기부하고, 국방부는 용도 폐지된 재산을 양여하는 방식으로 추진한다(군공항이전법 제9조 제1항). 즉, 이전사업은 기본적으로 기부 대 양여 방식으로 추진된다.

일반적으로 기부 대 양여 방식에 따르면, 당초시설이 입지하고 있는 지방자치단체의 장이 대체시설의 기부 및 당초시설의 양여를 전제로 주무부처와 기부 대 양여 사업 협약을 체결한 후, 대체시설을 준공하여 당초시설의 주무부처에 이를 기부하고, 당초시설의 기능이 대체시설로 이전되면 주무부처가 당초시설을 지방자치단체에 양여하고, 지방자치단체는 당초시설에 대하여 수립된 개발계획에 따라 해당 부지를 개발하는 사업을 추진하게 된다.<sup>9)</sup>

군공항이전법상의 기부 대 양여 방식은 일반적인 방식과 차이가 있다. 이는 원활한 군 공항 이전을 위하여 국유재산법에서 정하고 있는 기부 대 양여 방식과 다른 사항을 특례로 정한 것이다. 우선 사업시행자는 용도 폐지된 재산의 가액에서 신규로 건설되는 군 공항의 가액을 뺀 금액의 범위에서 지원사업을 할 수 있고, 이 경우 지원사업으로 설치되는 시설은 대체시설에 포함되는 것으로 본다(군공항이전법 제9조 제2항). 또한 국방부장관은 군 공항시설의 원활한 이전을 위하여 필요한 경우에는 이전주변지역 지방자치단체에 지원사업으로 설치되는 시설을 양여할 수 있다(군공항이전법 제9조 제3항).

일반적인 기부 대 양여 방식이 종전부지 지방자치단체와 주무부처 사이에서 당초시설과 대체시설의 등가적 교환에 초점을 맞추고 있다면, 군공항이전법상의 기부 대 양여 방식은 종전부지 지방자치단체와 주무부처 사이의 교환뿐만 아니라 제3자인 이전주변지역 지방자치단체에 대한 지원사업까지 포함하고 있다. 이를 통해 이전주변지역 지방자치단체에 귀속될 지원사업으로 설치되는 시설 등을 유인책으로 제시하여 이전사업이 원활히 추진

9) 이문규 외, 기부대양여 사업의 개선방안에 관한 연구, 도시행정학보 제25집 제2호, 2012, 237면 이하 참조.

될 수 있도록 한다. 그리고 이 전주변지역 지방자치단체도 별도의 사업이나 절차를 통하지 않고 군 공항 이전사업 자체를 통하여 지원사업으로 설치되는 시설 등을 양여받을 수 있으므로 예측가능성이 확보되는 장점이 있다.

군공항이전법은 이 전주변지역 지원사업 및 지원 방법과 절차 등에 대하여 여러 규정을 두고 있다(군공항이전법 제4장, 제5장).

### 다. 이전건의권의 법적 성격

#### (1) 소극적 측면

일반적으로 법률상 특정기관 등에 “건의”할 수 있는 권한을 부여하는 경우, 이에 대한 후속절차를 규정하지 않는 이상 건의 상대방의 재량권 행사를 촉구하는 의미로 해석될 수 있을 뿐이다.

후속절차를 규정하지 않은 경우	후속절차를 규정한 경우
<p><b>계업법 제2조(계업의 종류와 선포 등) ⑥</b> 국방부장관 또는 행정안전부장관은 제2항 또는 제3항에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 국무총리를 거쳐 대통령에게 계업의 선포를 건의할 수 있다.</p>	<p><b>농촌진흥법 제12조(연구개발 성과의 확산) ②</b> 지방자치단체의 장은 자체적으로 실시한 연구개발사업의 성과를 농촌지도사업에 반영할 필요가 있는 경우에는 농촌진흥청장에게 반영하여 줄 것을 요청할 수 있으며, 농촌진흥청장의 의견을 들어 관계 중앙행정기관의 장에게 기술보급과 지원에 관한 정책을 <u>건의할 수 있다.</u></p>
<p><b>고용정책 기본법 제32조의2(고용재난지역의 선포 및 지원 등) ①</b> 고용노동부장관은 대규모로 기업이 도산하거나 구조조정 등으로 지역의 고용안정에 중대한 문제가 발생하여 특별한 조치가 필요하다고 인정되는 지역에 대하여 고용재난지역으로 선포할 것을 대통령에게 <u>건의할 수 있다.</u></p> <p>② 제1항에 따라 고용재난지역의 선포를 건의받은 대통령은 국무회의의 심의를 거쳐 해당 지역을 고용재난지역으로 <u>선포할 수 있다.</u></p>	<p>③ 제1항과 제2항에 따라 정책 건의를 받은 중앙행정기관의 장은 이에 대한 정책을 마련하여 개발된 기술 등이 신속히 보급되도록 <u>조치하여야 한다.</u></p>
<p><b>공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법 제55조(법률 등의 위반자에 대한 행정처분) ①</b> 국토교통부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 이 법에 따른 지정 또는 승인 등을 취소하거나 공사의 중지, 건축물 또는 장</p>	<p><b>지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법 제24조(시·군·구의 통합절차) ②</b> 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방자치단체의 장, 지방의회 또는 「주민투표법」 제5조에 따른 주민투표권자 총수의 100분의 1 이상 50분의 1 이하의 범위에서</p>

후속절차를 규정하지 않은 경우	후속절차를 규정한 경우
<p>예물 등의 개축 또는 이전 그 밖에 필요한 처분을 하거나 조치를 명할 수 있다.</p> <p>② 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당되는 자에 대하여 그 처분이나 조치를 하여줄 것을 국토교통부장관에게 <u>건의할 수 있다.</u></p> <p><b>수산업기술진흥을 위한 시험연구 등에 관한 법률 제6조(기술보급사업에의 반영 등)</b> ② 지방자치단체의 장은 자체적으로 실시한 시험연구사업의 결과를 종합평가하여 기술보급사업에 반영할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 해양수산부장관에게 기술보급사업에 반영하여 줄 것을 요청할 수 있으며, 이에 대한 지원 등이 필요한 사항에 대하여는 해양수산부장관에게 지원시책 등을 <u>건의할 수 있다.</u></p> <p>③ 제2항에 따라 지원시책 등의 건의를 받은 해양수산부장관은 지원시책 등을 강구하여 개발된 기술 등이 수산업 현장에 보급되도록 조치할 수 있다.</p>	<p>대통령령으로 정하는 일정 수 이상의 주민은 인근 지방자치단체와의 통합을 위원회에 <u>건의할 수 있다.</u></p> <p>③ 위원회는 시·군·구 통합방안을 마련하되, 제2항에 따른 건의가 있는 경우에는 이를 <u>참고하여야 한다.</u></p>

군공항이전법상 군 공항 이전사업은 종전부지 지방자치단체의 장이 국방부장관에게 그 이전을 건의하는 것으로 시작된다(군공항이전법 제4조 제1항). 따라서 종전부지 지방자치단체의 장이 군 공항의 이전을 건의하지 않는다면, 군 공항 이전사업의 절차가 개시될 수 없다. 이는 군공항이전법 제정 이전에는 국방시설사업법에 따라 국방부나 군이 지방자치단체의 의견과 상관없이 군 공항 이전사업을 개시할 수도 있었던 것과 차이가 있는 부분이다.

종전부지 지방자치단체의 장이 이전건의권을 행사하면, 국방부장관은 이전건의서의 타당성을 검토한 후 그 결과를 종전부지 지방자치단체의 장에게 통보하여야 한다(군공항이전법 시행령 제4조 제2항). 따라서 실제 군 공항 이전사업이 개시되는 것은 국방부장관이 이전건의를 검토하여 군 공항을 이전하기로 결정하는 때이다. 종전부지 지방자치단체의 장이 군 공항

이전을 건의하더라도, 실제 군 공항 이전사업을 개시할 것인지는 국방부장관이 결정하게 된다. 국방부장관이 군 공항을 이전하기로 결정하는 경우 군사작전 및 군 공항 입지의 적합성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 지역을 예비이전후보지로 선정할 수 있다(군공항이전법 제4조 제2항).

이를 종합하면, 군공항이전법상 종전부지 지방자치단체의 이전건의권은 국방부장관이 군 공항 이전사업을 실제 개시하기 위하여 그 권한의 행사를 촉구하는 성격을 지닌다. 다만, 군공항이전법상 군 공항 이전사업을 위해 이전건의권의 행사가 필수적이고, 그에 대한 국방부장관의 검토 결과를 통보 받을 수 있다는 점에서 의미가 있다.

## (2) 적극적 측면

앞에서 살펴본 바와 같이, 군공항이전법이 제정되기 전의 관련 법령에 따른 국방·군사시설 이전사업은 사업진행의 비민주성과 지방자치단체 사이의 이해관계의 대립으로 인해 지방자치단체와 주민들의 반발이 심하여 사업 시행이 용이하지 않았다.

이러한 문제점을 극복하고자 제정된 군공항이전법은 군 공항 이전사업에 대한 지원 및 군 공항 이전부지 주변지역에 대한 지원체계를 마련함으로써 군 공항 이전사업을 원활하게 시행하고, 군 공항 이전부지 주변지역 주민의 복리증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다(군공항이전법 제1조). 이에 따라 군공항이전법은 군 공항 이전사업의 절차마다 관련 지방자치단체의 참여를 보장하고, 군 공항 이전부지 주변지역에 대한 지원에 관하여 확실한 법률적 근거를 마련하여, 군 공항 이전사업이 민주적으로 진행되는 동시에 각 지역 주민들의 이해관계를 합리적으로 조정할 수 있도록 하고 있다.

특히 앞에서 살펴본 바와 같이, 군공항이전법은 군 공항 이전사업을 기부 대 양여방식으로 추진하도록 정하면서 종전부지 지방자치단체와 주무부처 사이의 교환뿐만 아니라 제3자인 이전주변지역 지방자치단체에 대한 지원사업까지 포함하도록 하는 특징이 있다. 이에 따르면 군 공항 이전을 희망하는 종전부지 지방자치단체에게 이전건의권을 부여하고, 향후 사업시행자로서 군 공항 이전사업을 진행할 경우 이전주변지역 지방자치단체에 귀

속될 지원시설을 매개로 다른 지방자치단체를 설득할 유인을 제공하도록 한 것이다. 그러므로 이러한 측면에서 군공항이전법상 이전건의권은 군공항이전법에 따른 군 공항 이전 절차에 주도적으로 참여하는 지위를 제공한다는 적극적인 의미도 지니고 있다.

한편, 종전부지 지방자치단체에게 이전건의권을 부여함으로써 절차적으로 적극적인 지위를 보장한다고 하더라도, 이에 따라 이전후보지 지방자치단체가 일방적으로 불리한 지위에 놓이게 되는 것은 아니다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 이전후보지 지방자치단체는 주민투표를 통해 군 공항 이전 유치에 대한 주민의 반대 의사가 확인될 경우 그 유치를 포기함으로써 군 공항 이전을 수용하지 않을 수 있으므로(군공항이전법 제8조), 군 공항 이전사업이 국가나 특정 지방자치단체의 일방적인 입장에 따라 추진되지 않도록 보장하고 있다. 이처럼 군공항이전법은 이해관계가 충돌하는 지방자치단체 사이에 절차적 권한을 합리적으로 배분하고 있다.

### (3) 복수의 종전부지 지방자치단체의 장이 있는 경우 이전건의권의 행사 방법

군 공항이 복수의 지방자치단체에 걸쳐 있는 경우 이전건의권을 공동으로 행사하여야 하는지, 일부 지방자치단체의 장만이 이전건의권을 행사한 경우 후속 절차는 어떻게 되는지 문제된다. 군공항이전법은 이에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 이전건의권의 소극적인 측면에 따르면, 이전건의권은 군 공항 이전사업에 대한 국가권한의 행사를 촉구하고 그에 대한 검토 결과를 통보받을 수 있는 권한에 불과하므로 모든 종전부지 지방자치단체의 장이 함께 행사하여야 하는 것은 아니다. 또한 이전건의권의 적극적인 측면을 고려하더라도, 각 지방자치단체는 자신의 이익을 고려하여 이전건의권을 단독으로 행사할지 공동으로 행사할지를 결정할 수 있다고 할 수 있다.

다만, 일부 지방자치단체의 장만이 이전건의권을 행사한 결과, 국방부장관이 군 공항 이전사업을 개시하기로 결정한 경우에도, 군 공항으로서의 기능을 그대로 유지할 수 있도록 기존의 군 공항의 각 시설이 모두 새로운

공항으로 이전될 필요가 있다. 그렇다면 실질적으로 모든 종전부지에 있던 군 공항 시설이 전체적으로 이전하는 것으로 볼 수 있다는 점에서, 복수의 종전부지 지방자치단체의 장 모두가 함께 이전건의권을 행사하는 것이 바람직하기는 하다.

### 3. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한이 침해될 가능성이 있는지 여부

#### 가. 청구인의 자치권이 침해될 가능성이 있는지 여부

청구인이 이 사건 처분으로 인해 자치권한이 침해되었다고 주장하므로, 헌법재판소는 먼저 청구인이 관할구역 내에서 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사무와 관련된 자치권한을 가지는지, 청구인의 자치권이 침해될 가능성이 있는지에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

「자치사무는 지역의 이익에 관한 사무로 지역적 특성에 따라 달리 다루어야 할 필요성이 있는 사무임에 반하여(지방자치법 제9조 제2항 참조), 국가사무는 국가적 이익에 관한 사무로 국가의 존립에 필요하거나 전국적인 통일을 기할 필요성이 있는 사무 등을 일컫는다(지방자치법 제11조 참조). 만약 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사무가 국가사무에 해당한다면, 이 사건 처분으로 인해 청구인의 자치권에 대한 침해가 발생한다고 보기 어려울 것이다.

그런데 국방과 같이 국가의 존립에 필요한 사무는 국가사무에 해당하는데(지방자치법 제11조 제1호), 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사업(혹은 더 나아가 군 공항 이전 사업)도 국방에 관한 사무이므로 그 성격상 국가사무임이 분명하다. 군공항이전법도 피청구인에게 군 공항 예비이전후보지를 선정할 수 있는 권한을 부여하여(군공항이전법 제4조 제2항 참조) 그 사무의 권한과 책임을 피청구인에게 귀속시키고 있으므로, 이 사건 공항의 예비이전후보지 선정사업(혹은 더 나아가 군 공항 이전사업)이 국가사무임을 전제로 하고 있다.

따라서 국가사무인 군 공항 이전사업이 청구인의 의사를 고려하지 않고 진행 된다고 하더라도 이로써 지방자치단체인 청구인의 자치권한을 침해하였다거나 침해할 현저한 위험이 있다고 보기 어렵다.」

## 나. 청구인의 군공항이전법상 이전건의권이 침해될 가능성이 있는지 여부

헌법재판소는 군공항이전법상 이전건의권의 법적성격을 전제로 다음과 같이 판단하였다.

「청구인은 이 사건 탄약고부지와 이 사건 비행장 등 부지가 불가분적 일체를 이루고 있으므로 이 사건 공항 이전사업을 진행하기 위해서는 청구인의 이전건의권 행사가 필수적이고, 수원시의 이 사건 최종건의를 근거로 이 사건 공항을 이전대상으로 삼아 이 사건 처분이 내려진 것은 청구인의 이전건의권을 침해한 것이라고 주장한다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 이전건의권은 군 공항 이전사업에 대한 국가권한의 행사를 촉구하고 그에 대한 검토 결과를 통보받을 수 있는 권한에 불과하므로 모든 종전부지 지방자치단체의 장이 함께 행사하여야 하는 것은 아니다. 군 공항 이전 건의를 받은 국방부장관은 군사작전 및 군 공항 입지의 적합성 등을 고려하여 군 공항 예비이전후보지를 선정할 권한이 있으며(군공항이전법 제4조 제2항), 국방부장관이 독립적 지위에서 객관적으로 예비이전후보지를 선정하는 것이므로 종전부지 지방자치단체의 장 중 일부 또는 전부가 이전건의권을 행사한 경우라고 해서 그 결과에 차이가 있는 것이 아니다. 또한 군공항이전법이 군 공항 이전사업을 기부 대 양여 방식으로 추진하도록 정하고 있기 때문에, 복수의 종전부지 지방자치단체의 장이 있는 경우 각 지방자치단체는 자신의 이익을 고려하여 이전건의권을 단독으로 행사할지 공동으로 행사할지를 결정할 수 있다.

따라서 수원시장이 단독으로 이전건의권을 행사하여 이 사건 처분이 내려진 것일지라도, 그것이 청구인의 이전건의권을 침해하는 것은 아니다.

다만, 이 사건 탄약고부지도 이 사건 공항의 부분이므로 이 사건 공항의 이전 시 함께 이전되는 것이 합리적이고, 청구인과 수원시가 함께 이전건의권을 행사하는 것이 바람직하다. 사건개요에서 살펴본 바와 같이, 수원시장이 이 사건 비행장 등 부지만을 대상으로 이 사건 최초건의를 하자, 국방부도 이에 대한 보완요청을 하여 수원시장이 다시 이 사건 탄약고부지도 이전대상에 포함시키는 내용으로 이 사건 수정건의를 하였던 것이 이를 뒷받침한다.

그런데 청구인은 최초 수원시에 대해 이 사건 수정건의에 이 사건 탄약고부지가 포함된 것에 관하여 동의한다는 의견을 회신하였다가, 그 후 피청구인에 대해서는 부동의한다는 의견으로 변경하여 회신하였고, 이에 따라 수원시장이 재

차 이 사건 탄약고부지를 제외하는 내용의 이 사건 최종건의를 하여 이를 근거로 이 사건 처분이 내려지게 되었다. 이를 종합해 보면, 청구인은 이 사건 처분으로 인하여 이전건의권을 행사하지 못한 것이 아니라, 수원시와 공동으로 또는 단독으로 이전건의권을 행사할 수 있었음에도 스스로 행사하지 않은 것이다.

그러므로 수원시장의 이전건의권 행사를 근거로 이 사건 처분이 내려진 것이더라도 청구인의 이전건의권이 침해되거나 침해될 현저한 위험이 있다고 볼 수 없고, 청구인은 여전히 자신의 이전건의권을 행사할 수 있다.]

#### 다. 결론

헌법재판소는 위와 같은 이유로 이 사건 처분은 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있다고 할 수 없어 이 사건 심판청구를 각하하였다.

### 4. 이 사건 결정의 의의

군 공항을 포함한 국방·군사시설이나 방사능폐기물 처리장과 같은 사회적 기피시설의 경우, 그에 대한 이전사업을 진행할 필요가 있는 경우에도 지방자치단체와 지역 주민들의 이해관계에 따라 이를 이전하는 것이 곤란한 것이 현실이다.

이 사건 결정은, 군공항이전법상의 이전건의권의 법적 성격을 명확히 함으로써, 군 공항 이전사업에 있어서 지방자치단체의 이해관계가 나뉜다는 이유로 군 공항 이전 사업에 차질이 생기는 것을 방지하였다. 또한 지방자치단체 사이에 이해관계가 대립되더라도 군공항이전법의 절차를 통해 관련 지방자치단체들 모두 자신의 이익을 적극적으로 보장받고 균등한 기회를 부여받는다는 점을 설명하였다. 이로써 향후 군 공항 이전사업의 절차가 계속되는 경우에도 지방자치단체들 상호 간에 바람직한 관계를 설정할 수 있는 기초가 되었다는 점에서, 이 사건 결정의 의미가 있다고 할 수 있다.



## 파견근로자보호 등에 관한 법률 제5조 제1항 등 위헌소원

- 제조업의 직접생산공정업무를 근로자파견의 대상 업무에서 제외하고, 이에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받는 것을 금지하며, 위반 시 처벌하는 것이 헌법에 위반되는지 여부 -  
(헌재 2017. 12. 28. 2016헌바346, 판례집 29-2하, 369)

정 유 진\*

### 【판시사항】

제조업의 직접생산공정업무를 근로자파견의 대상 업무에서 제외하는 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 것) 제5조 제1항 중 “제조업의 직접생산공정업무를 제외하고” 부분, 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받는 것을 금지하고, 위반 시 처벌하는 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 것) 제5조 제5항 중 “제1항의 규정을 위반하여 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자”에 관한 부분 및 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2014. 5. 20. 법률 제12632호로 개정된 것) 제43조 제1의2호 중 “제5조 제5항의 규정을 위반한 자 가운데 제5조 제1항의 규정을 위반하여 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받은 자”에 관한 부분(이하 위 조항들을 모두 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

---

\* 헌법연구관

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 「과건근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 것) 제5조 제1항 중 “제조업의 직접생산공정업무를 제외하고” 부분, 같은 법 제5조 제5항 중 “제1항의 규정을 위반하여 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자과건의 역무를 제공받은 자”에 관한 부분 및 「과건근로자보호 등에 관한 법률」(2014. 5. 20. 법률 제12632호로 개정된 것) 제43조 제1의2호 중 “제5조 제5항의 규정을 위반한 자 가운데 제5조 제1항의 규정을 위반하여 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자과건의 역무를 제공받은 자”에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인 주식회사 ○○(이하 ‘청구인 회사’라 한다)는 휴대폰 케이스 제조업을 영위하는 법인이고, 청구인 손○준은 위 회사의 대표이사였던 사람이다.

청구인들은, “누구든지 제조업의 직접생산공정업무에는 근로자과건사업을 행하는 자로부터 근로자과건의 역무를 제공받아서는 아니 됨에도, 청구인 손○준은 총 27명의 근로자를 과건받아 청구인 회사의 조립팀에서 휴대폰 케이스 조립 등 업무를 하게 하여 제조업의 직접생산공정업무에 근로자과건의 역무를 제공받았고, 청구인 회사는 당시 대표이사였던 청구인 손○준이 위와 같은 법 위반행위를 하였다”는 과건근로자보호등에관한법률위반 혐의로 약식기소되어, 각 벌금 500만 원의 약식명령을 고지받고 정식재판을 청구하였다(인천지방법원 2016고정362).

나. 청구인들은 위 재판 계속 중 「과건근로자보호 등에 관한 법률」(이하 ‘과건법’이라 한다) 제5조 제1항, 제2항, 제5항 및 제6조 제4항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(인천지방법원 2016초기784) 위 신청이 기각되자, 위 조항들에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장

심판대상조항으로 인하여 사용사업주는 심각한 인력난에 시달리고 근로자는 직장을 잃게 되며, 불법파견의 문제가 양산된다. 파견법 제5조 제2항에 따라 파견근로자의 일시 사용이 허용된다 하더라도 중소기업체의 인력난 해소에는 전혀 도움이 되지 않는다. 제조업의 직접생산공정업무에 근로자파견을 허용하되 파견기간을 제한하고 직접고용의무를 부과하는 방식으로 입법목적은 달성할 수 있음에도, 심판대상조항이 제조업의 직접생산공정업무를 획일적으로 근로자파견의 대상 업무에서 제외한 것은 과도한 기본권 제한이다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 사용사업주와 파견사업주가 근로자파견계약의 체결 여부와 그 내용을 자유롭게 결정할 자유를 침해하고, 사용사업주의 기업의 자유를 침해한다.

### 【결정요지】

심판대상조항은 제조업의 핵심 업무인 직접생산공정업무의 적정한 운영을 기하고 근로자에 대한 직접고용 증진 및 적정임금 지급을 보장하기 위한 것으로 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

심판대상조항은 제조업의 직접생산공정업무에 관한 근로자파견 자체를 금지하고 위반 시 처벌하고 있으나, 현재로서는 근로자파견의 확대에 의한 사회·경제적 부작용을 충분히 방지할 수 있다고 보기 어렵고, 제조업의 특성상 숙련되지 못한 근로자의 파견 또는 근로자의 잦은 변동을 방지할 필요성이 크며, 제조업의 직접생산공정업무의 경우에도 일정한 경우에는 예외적으로 근로자파견이 허용되고, 행정상의 제재수단만으로 입법 목적을 실효적으로 달성할 수 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 침해의 최소성을 위반하였다고 보기 어렵다.

또한, 제조업의 직접생산공정업무의 적정한 운영, 근로자의 직접고용 증진 및 적정임금 보장이라는 공익이 사용사업주가 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받지 못하는 직업수행의 자유 제한에 비하여 작다고 볼 수 없으므로, 법익의 균형성도 충족된다.

따라서 심판대상조항이 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자과견의 역무를 제공받고자 하는 사업주의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

청구인들은 과건법 제5조 제1항, 제2항, 제5항 및 제6조 제4항 제2호에 대하여 위헌법률심판 제청신청 및 이 사건 심판청구를 하였다. 그런데 앞서 본 바와 같이 청구인들에 대한 범죄사실의 요지는 “근로자과견이 금지된 제조업의 직접생산공정업무에 대하여 근로자과견의 역무를 제공받았다”는 것인바, 이 사건에서는 본안 판단에 앞서 위 조항들 중 청구인들에 대한 유죄판결의 근거가 되고 청구인들이 위헌성을 다투는 부분으로 심판의 대상을 한정할 것인지 여부 및 과건법상 처벌조항인 과건법 제43조 제1의2호 및 제45조를 직권으로 심판의 대상에 추가할 것인지 여부가 문제되었다.

본안 판단에 있어서는 심판대상조항이 과잉금지원칙에 반하여 제조업의 직접생산공정업무에 근로자과견의 역무를 제공받고자 하는 사업주의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다.

이하에서는 우선 심판대상의 확정에 대한 헌법재판소의 판단 및 과건법상 근로자과견제도의 개관을 살펴보고, 이어서 직업수행의 자유 침해 여부에 대한 헌법재판소의 구체적 판단을 살펴본다.

### 2. 심판대상의 확정

#### 가. 과건법 제5조 제2항 및 제6조 제4항 제2호의 경우 심판대상에서 제외

이 사건에서 헌법재판소는 다음과 같이 당해 사건의 쟁점 및 청구인들의 주장 취지를 고려하여 과건법 제5조 제2항을 심판의 대상에서 제외하였고, 위 조항의 적용을 전제로 적용되는 과건법 제6조 제4항 제2호도 함께 심판의 대상에서 제외하였다.

「당해 사건에서 청구인들이 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있어 제

조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받은 것인지 여부는 쟁점이 되지 않았다. 또한, 파견법 제5조 제2항의 위헌성에 관한 청구인들의 주장은 위 조항의 불명확성을 다룬다기보다는 당해 사건에서 위 조항을 적용받지 못한 것이 부당하다는 취지로, 그 실질은 당해 사건 법원에 의한 사실관계의 인정 및 법률 해석·적용의 부당함을 다투는 것에 불과하다. 그러므로 파견법 제5조 제2항 및 이를 전제로 적용되는 파견법 제6조 제4항 제2호는 심판대상에서 제외한다.」

#### 나. 파견법 제5조 제1항, 제5항과 관련한 심판대상의 한정

파견법 제5조 제1항은 “제조업의 직접생산공정업무”를 근로자파견의 대상 업무에서 제외하는 한편 대통령령으로 정하는 일정한 업무에 한하여 근로자파견을 허용하는 조항이고, 파견법 제5조 제5항은 “파견법 제5조 제1항 내지 제4항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하거나 근로자파견의 역무를 제공받는 것”을 금지하는 조항이다. 당해 사건에서 청구인들에게 적용되고 청구인들이 위헌성을 다투는 부분은 위 조항들 중 “제조업의 직접생산공정업무”를 근로자파견의 대상 업무에서 제외하고, 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받는 것을 금지하는 부분이므로, 헌법재판소는 위 조항들 중 해당 부분으로 심판의 대상을 한정하였다.

#### 다. 처벌조항과 관련한 심판대상의 직권 추가

청구인들은 파견법 제5조 제5항을 위반한 사용사업주를 처벌하는 조항인 파견법 제43조 제1의2호 및 법인의 대표자 등이 그 법인의 업무에 관하여 파견법 제43조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게도 해당 조문의 벌금형을 과하도록 규정한 파견법 제45조에 대하여는 위헌법률심판 제청신청 및 헌법소원 심판청구를 하지 아니하였다. 그러나 당해 사건이 파견법 제5조 제5항 가운데 “제1항 중 제조업의 직접생산공정업무에 관한 부분”을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 청구인들에 대한 형사처벌 여부가 문제되는 사안이므로, 헌법재판소는 직권으로 청구인 손○준에게 적용된 처벌조항인 파견법 제43조 제1의2호 중 당해 사건 재판의 전제가 되는 부분을 심판대상에 포함시켰다.

다만, 청구인 회사에 적용된 양벌규정인 제45조 중 제43조 제1의2호에 관한 부분은, 청구인들이 위 조항이 규율하는 부분에 대하여 독자적이고 구체적인 위헌 주장을 하지 아니하고, 심판대상에 포함될 나머지 법률조항들의 위헌성이 드러날 경우 위 양벌규정 또한 그 적용이 배제될 것이므로, 위 양벌규정까지 심판의 대상에 포함시키지는 않은 것으로 보인다.

### 3. 근로자파견제도 개관

#### 가. 근로자파견의 의의<sup>1)</sup>

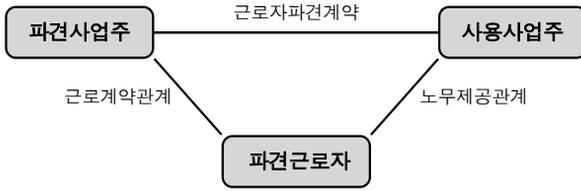
근로자파견이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라<sup>2)</sup> 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다(파견법 제2조 제1호).

근로자파견은 고용과 사용이 분리되는 고용형태로서, 근로자파견계약은 파견사업주와 사용사업주 간에 체결되고, 근로자파견계약에 따라 파견사업주는 사용사업주에게 그가 필요로 하는 직업 또는 기술상의 자격을 갖춘 근로자를 파견기간 동안 공급하며, 파견근로자는 사용사업주에게 노무를 제공하고, 사용사업주는 근로자파견의 대가를 지급하게 된다.

1) 김형배·박지순, 노동법강의, 383-384면 참조, 신조사, 제4판, 2015

2) 근로자파견계약의 당사자는 고용노동부령이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항이 포함되는 근로자파견계약을 서면으로 체결하여야 한다(파견법 제20조 제1항).

1. 파견근로자의 수
2. 파견근로자가 종사할 업무의 내용
3. 파견사유(제5조 제2항의 규정에 의하여 근로자파견을 행하는 경우에 한한다)
4. 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지 기타 파견근로자의 근로장소
5. 파견근로중인 파견근로자를 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항
6. 근로자파견기간 및 파견근로 개시일에 관한 사항
7. 시업 및 종업의 시각과 휴게시간에 관한 사항
8. 휴일·휴가에 관한 사항
9. 연장·야간·휴일근로에 관한 사항
10. 안전 및 보건에 관한 사항
11. 근로자파견의 대가
12. 기타 고용노동부령이 정하는 사항



[그림] 근로자파견의 법률관계

## 나. 근로자파견 대상 업무의 제한

### (1) 의의

파견대상업무를 제한하는 형식에는 ‘대상업무 열거(Positive List) 방식’과 ‘금지업무 열거(Negative List) 방식’이 있는데, 파견법은 대상업무 열거 방식을 채택하여 파견대상업무로 법에서 열거된 업무에 대하여만 원칙적으로 파견근로를 허용하고 그 이외의 업무에 대하여는 예외적으로 일정한 사유가 있는 경우에 한하여 일시적인 파견근로만을 허용하고 있다.

파견법에서 근로자파견대상업무를 제한하는 취지는 원칙적으로 근로자를 직접 고용해서 사용해야 하고 예외적으로 필요성이 있는 경우에만 파견근로자를 사용하라는 것으로, 파견근로자를 보호하고 파견근로자에 의한 상용근로자의 대체를 저지하기 위한 것이다.

### (2) 파견대상업무

파견법상 파견대상업무는 (i) 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려한 통상허용업무, (ii) 출산·질병·부상 등으로 인한 결원 또는 일시적 인력 확보의 필요성에 따른 일시사용업무, (iii) 근로자파견이 절대적으로 금지되는 절대금지업무로 구분할 수 있다.

그 중 이 사건에서 문제되는 제조업의 직접생산공정업무는 파견법 제5조 제1항에 의하여 원칙적으로는 근로자파견의 대상에서 제외되는 업무에 해당하나, 제5조 제3항에 따라 근로자파견이 절대적으로 금지되는 업무에 해당하지 아니하므로, 같은 조 제2항에 따라 예외적으로 근로자파견이 허용될 수 있는 업무이다.

## (가) 통상허용업무

파견법 제5조 제1항은 “근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다.”라고 규정하고 있다. 그에 따라 파견법 시행령 제2조 제1항 및 별표 1에서는 통계청의 한국표준직업분류표에 따른 32개의 업무를 근로자파견이 허용되는 업무로 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 이러한 업무에 대하여는 근로자파견이 통상적으로 허용된다.

## (나) 일시사용업무

파견법 제5조 제2항은 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보해야 할 필요가 있는 경우에는 근로자파견 대상업무가 아니더라도 근로자파견사업을 할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 파견법은 통상허용업무에 해당되지 않는 업무에 대해서도 예외적으로 사용자에 일시적인 노동력을 사용해야 할 필요성이 인정되는 경우에는 일정한 기간 동안 파견근로자를 사용하는 것을 허용하고 있다. 이러한 일시사용업무에 파견근로자를 사용하고자 하는 사용자업주는 당해 사업 또는 사

3) 파견법 제5조 제1항, 같은 법 시행령 제2조 제1항 및 별표 1에 의한 근로자파견의 대상 업무는 다음과 같다(괄호 안의 숫자는 한국표준직업분류 코드임). 『컴퓨터 관련 전문가의 업무(120), 행정·경영 및 재정 전문가의 업무[16, 행정전문가(161)의 업무를 제외한다], 특허전문가의 업무(17131), 기록 보관원·사서 및 관련 전문가의 업무[181, 사서(18120)의 업무를 제외한다], 번역가 및 통역가의 업무(1822), 창작 및 공연 예술가의 업무(183), 영화·연극 및 방송 관련 전문가의 업무(184), 컴퓨터 관련 준전문가의 업무(220), 기타 전기공학 기술공의 업무(23219), 통신기술공의 업무(23221), 제도 기술종사자·카드 포함의 업무(234), 광학 및 전자장비 기술종사자의 업무[235, 보조업무에 한한다. 임상병리사(23531), 방사선사(23532), 기타 의료장비 기사(23539)의 업무를 제외한다], 정규교육 이외 교육 준전문가의 업무(252), 기타 교육 준전문가의 업무(253), 예술·연예 및 경기 준전문가의 업무(28), 관리 준전문가의 업무(291), 사무 지원 종사자의 업무(317), 도서·우편 및 관련 사무 종사자의 업무(318), 수급 및 관련 사무 종사자의 업무(3213), 전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무(3222, 전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무가 당해 사업의 핵심 업무인 경우를 제외한다), 고객 관련 사무 종사자의 업무(3230), 개인보호 및 관련 종사자의 업무(411), 음식조리 종사자의 업무(421, 관광진흥법 제3조의 규정에 따른 관광 숙박업의 조리사 업무를 제외한다), 여행안내 종사자의 업무(432), 주유원의 업무(51206), 기타 소매업체 판매원의 업무(51209), 전화통신 판매 종사자의 업무(521), 자동차 운전 종사자의 업무(842), 건물 청소 종사자의 업무(9112), 수위 및 경비원의 업무의 업무(91221, 경비업법 제2조 제1호에 따른 경비업무를 제외한다), 주차장 관리원의 업무(91225), 배달·운반 및 검침 관련 종사자의 업무(913),』

업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 사전에 성실하게 협의하여야 한다(과건법 제5조 제4항).

(다) 절대금지업무

위와 같이 통상허용업무 이외의 업무에는 일정한 요건 아래 일시적·간헐적인 과건근로가 허용되나, 과건법 제5조 제3항 및 같은 법 시행령 제2조 제2항은 이러한 일시사용사유가 있더라도 과건근로가 절대적으로 금지되는 업무를 규정하고 있다.<sup>4)</sup>

**(3) 위반의 효과**

(가) 벌칙

누구든지 근로자과건대상 업무를 제한하고 있는 과건법 규정을 위반하여 근로자과건사업을 행하거나 그 근로자과건사업을 행하는 자로부터 근로자과건의 역무를 제공받아서의 아니 되는바(과건법 제5조 제5항), 이를 위반하여 근로자과건사업을 행한 자 및 근로자과건의 역무를 제공받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(법 제43조 제1호 및 제1의2호).

『성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률』 제2조 제1항 제1호에 따른 성매매 행위 등 과건법 제42조 제1항 각 호에 규정된 업무에<sup>5)</sup> 취업시킬

4) 과건법 제5조 제3항 각 호 및 같은 법 시행령 제2조 제2항 각 호에 의하여 절대적으로 과건이 금지되는 업무는 다음과 같다.

『건설공사현장에서 이루어지는 업무, 항만운송사업법 제3조 제1호·한국철도공사법 제9조 제1항 제1호·‘농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률’ 제40조·물류정책기본법 제2조 제1항 제1호의 하역업무로서 직업안정법 제33조의 규정에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무, 선원법 제2조 제1호에 따른 선원의 업무, 산업안전보건법 제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무, ‘진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률’ 제2조 제3호에 따른 분진작업을 하는 업무, 산업안전보건법 제44조에 따른 건강관리수첩의 교부대상 업무, 의료법 제2조에 따른 의료인의 업무 및 같은 법 제80조에 따른 간호조무사의 업무, ‘의료기사 등에 관한 법률’ 제3조에 따른 의료기사의 업무, ‘여객자동차 운수사업법’ 제2조 제3호에 따른 여객자동차운송사업의 운전업무, ‘화물자동차 운수사업법’ 제2조 제3호에 따른 화물자동차운송사업의 운전업무』

5) 구 과건법(2014. 5. 20. 법률 제12632호로 개정되고, 2017. 4. 18. 법률 제14790호로

목적으로 근로자파견을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하며, 미수범도 처벌한다(파견법 제42조 제1항, 제2항 참조).

(나) 행정처분

파견법 제5조 제5항을 위반하여 근로자파견사업을 한 파견사업주는 노동부장관으로부터 영업정지명령을 받거나 근로자파견사업의 허가가 취소될 수 있다(파견법 제12조 제1항 제4호 및 같은 법 시행규칙 별표).

(다) 직접고용의무

사용사업주가 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하거나(파견법 제5조 제2항에 따라 근로자파견사업을 행한 경우는 제외) 근로자파견이 절대적으로 금지되는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우에는 원칙적으로 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다(파견법 제6조의2 제1항 제1호 및 제2호).

## 나. 파견기간의 제한

### (1) 의의

파견기간이란 파견사업주가 사용사업주와 체결한 근로자파견계약에 의하여 사용사업주가 자신의 지휘·감독 아래 파견근로자를 사용하는 기간을 말한다. 파견법은 이러한 파견기간을 일정한 기간 이내로 제한하고 있는바, 그 입법취지는 장기간 파견근로자를 사용함으로써 인한 상용근로의 대체를 저지하는 데 있다.

### (2) 파견기간

#### (가) 통상허용업무

---

개정되기 전의 것) 제42조 제1항은 ‘공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 취업시킬 목적으로 근로자파견을 한 자’를 처벌하도록 규정하고 있었으나, 헌법재판소가 2016. 11. 24. 2015헌가23 결정(판례집 28-2하, 104)에서 위 조항 중 ‘공중도덕상 유해한 업무’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 함에 따라, 2017. 4. 18. 법률 제14790호로 위 조항을 개정하여 처벌대상인 업무를 구체적으로 열거하고 있다.

전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 파견근로에 적합하다고 판단되는 32개의 통상허용업무에 대한 근로자파견의 기간은 1년을 초과하지 못한다. 다만, 파견사업주와 사용자업주 및 파견근로자 3자 사이의 합의가 있는 경우에는 파견기간을 연장할 수 있는데, 이 경우 1회를 연장할 때에는 그 연장기간은 1년을 초과하지 못하며 연장된 기간을 포함한 총 파견기간은 총 2년을 초과하지 못한다(파견법 제6조 제1항 및 제2항). 따라서 통상허용업무에 있어서 파견근로자를 사용할 수 있는 기간은 최대 2년으로 제한된다.

(나) 일시사용업무

출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우 예외적으로 파견근로자의 사용이 허용되는 일시사용업무에 대한 근로자파견의 기간은 그 사유에 따라 아래와 같이 구분된다(파견법 제6조 제4항).

① 출산·질병·부상 등 그 사유가 객관적으로 명백한 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간

② 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3개월 이내의 기간. 다만, 그 사유가 해소되지 아니하고 파견사업주·사용사업주·파견근로자 간의 합의가 있는 경우에는 1회에 한하여 3개월의 범위 내에서 그 기간을 연장할 수 있다.

(다) 고령자에 대한 파견기간 제한의 예외

‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’ 제2조 제1호의 규정에 따라 만 55세 이상 고령자인 파견근로자에 대하여는 2년을 초과하여 근로자파견기간을 연장할 수 있다(파견법 제6조 제3항). 다만, 이 경우에도 파견법 제6조 제1항 및 제2항의 규정에 따라 1회의 파견기간은 1년을 초과하지 못한다.

**(3) 위반의 효과**

(가) 벌칙

파견법에서 제한하고 있는 파견기간을 초과하여 파견근로자를 사용하면

근로자파견사업을 행한 자와 근로자파견의 역무를 제공받은 자에게 각각 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(파견법 제43조 제1호 및 제1의2호).

(나) 행정처분

파견사업주는 영업정지명령을 받거나 근로자파견사업의 허가가 취소될 수 있다(파견법 제12조 제1항 제5호 및 같은 법 시행규칙 별표).

(다) 직접고용의무

사용사업주가 통상허용업무에 관하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하거나, 파견법 제6조 제4항의 일시사용기간 규정을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우에는 원칙적으로 파견근로자를 직접 고용하여야 한다(파견법 제6조의2 제1항 제3호 및 제4호).

#### 4. 심판대상조항의 과잉금지원칙 위반 여부

##### 가. 제한되는 기본권

심판대상조항은 제조업의 직접생산공정업무를 근로자파견의 대상 업무에서 제외하고, 이에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받는 것을 금지하며, 위반 시 형사처벌하도록 함으로써 제조업의 직접생산공정업무에 파견근로자를 사용하고자 하는 사업주의 직업수행의 자유를 제한하고 있다.

청구인들은 심판대상조항이 파견사업주와 사용사업주의 계약의 자유를 침해한다는 주장도 하였으나, 헌법 제10조의 보장 내용인 사적자치의 원리, 계약의 자유 등이 직업수행의 영역에서 구체화된 것이 바로 직업수행의 자유이므로, 행복추구권이 보충적으로 보장하고자 하는 내용은 이미 그와 특별관계에 있는 헌법 제15조의 직업수행의 자유에 의하여 보호된다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36등 참조). 이에 헌법재판소는 심판대상조항의 직업수행의 자유 침해 여부에 대하여서만 중점적으로 판단하였다.

##### 나. 관련 헌법재판소 선행

(1) 헌법재판소는 2013. 7. 25. 2011헌바395 결정(판례집 25-2상, 106)에

서 재판관 전원 일치 의견으로, 법에서 정한 근로자파견의 대상 업무 외에 근로자파견사업을 행한 자를 형사처벌하도록 규정한 구 ‘파견근로자보호 등에 관한 법률’(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되고, 2014. 5. 20. 법률 제12632호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1호 중 “제5조 제5항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자” 부분이 파견사업주의 직업의 자유를 침해하지 아니한다고 판단한 바 있다.<sup>6)</sup> 해당 부분 결정이유의 요지는 다음과 같다.

「간접고용의 특성상 파견근로자는 직접고용의 경우에 비하여 신분 또는 임금에 있어 열악한 지위에 놓일 가능성이 있는바, 심판대상조항은 근로자파견사업의 허용대상 범위를 제한함으로써 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하여 근로자의 직접고용을 증진하고 적정임금을 보장하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 이를 위하여 근로자파견이 허용되는 업무를 정하고 이를 위반하는 사업주에게 형벌을 부과하는 것은 적절한 수단이다.

제조업의 직접생산공정업무 등을 제외하고 전문지식, 기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무 등에 대해서는 근로자파견이 허용되고, 근로자파견이 허용되지 않는 경우에도 건설공사업무 등 일부 절대금지업무를 제외하고는 출산 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 일정 기간 동안 근로자파견이 허용된다. 제조업의 직접생산공정업무는 핵심업무로서 탄력적인 인력관리의 필요성이 적을 뿐 아니라 이러한 영역에 근로자파견을 허용할 경우 전체 근로자의 상당수가 종사하고 있는 제조업 전체가 간접고용형태의 근로자로 바뀔으로써 고용이 불안해지는 등 근로조건이 열악해질 가능성이 높다.

과태료나 이행강제금은 금전적 부담만을 지우게 되므로 위법을 통하여 얻을 수 있는 금전적 이익이 과태료보다 큰 경우 이를 납부하고서라도 위법한 근로자

6) 위 선례에서는 파견법 제43조 제1호 중 “제5조 제5항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자” 부분 외에도 위 조항과 거의 동일한 내용을 규정하고 있던 구 파견법 제43조 제1호 중 “제5조 제4항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자” 부분이 함께 심판대상이 되었다. 또한, 위 선례에서는 위 조항들이 파견사업주의 직업의 자유를 침해하는지 여부 외에 위 조항들이 규정하고 있는 ‘근로자파견’의 의미가 불명확하여 명확성원칙에 위반되는지 여부 및 위 조항들이 부당해고를 한 사업주에 비하여 파견사업주를 불합리하게 차별취급하여 평등원칙에 위반되는지 여부도 함께 쟁점이 되었고, 헌법재판소는 위 조항들이 직업의 자유를 침해하지 아니하고 명확성원칙 및 평등원칙에도 위반되지 아니한다고 판단하였다.

파견계약을 유지할 동기가 있다는 점 등을 고려하면, 과태료나 이행강제금 등의 단순한 행정상의 제재수단만으로 심판대상조항의 입법목적을 달성하는 데에 충분하다고 단정하기 어렵다.

따라서 심판대상조항은 근로자파견을 행하려는 자들의 직업의 자유를 침해하지 아니한다.」

(2) 다만, 위 선례에서는 근로자파견의 대상 업무를 범으로 제한하고 이를 위반할 경우 행정상 제재가 아닌 형사처벌로써 제재하는 것의 위헌 여부가 주된 쟁점이 되었다는 점에서, 제조업의 직접생산공정업무를 원칙적으로 근로자파견의 대상 업무에서 제외하는 것의 위헌 여부가 주된 쟁점이 된 이 사건과 차이가 있다.

#### 다. 판단 및 해설

(1) 이 사건에서 헌법재판소는 헌법 제32조 제1항 2문 및 제32조 제3항에 비추어 볼 때 입법자가 간접고용에 관한 사항을 규율함에 있어서는 근로자의 고용안정과 복지를 저해하지 않는 범위 내에서 노동시장의 유연성을 확보할 수 있도록 하여야 한다고 실시하고, 파견법상 근로자파견의 대상 업무에서 원칙적으로 제외되는 ‘제조업의 직접생산공정업무’의 의미를 밝혔으며, 관여 재판관 전원 일치 의견으로 심판대상조항이 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받고자 하는 사업주의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 구체적 실시는 다음과 같다.

##### (가) 간접고용에 대한 입법적 규율

「헌법 제32조 제1항 2문은 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 한다고 규정하고 있고, 헌법 제32조 제3항은 근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다고 규정하고 있다.

근로자파견, 도급 등과 같은 간접고용은 개별 사용자에게 단기적으로는 노무관리의 편의성 증진과 인건비의 절감 효과를 주지만, 장기적으로는 기술축적 기회의 상실, 업무충실도 저하 등으로 기업의 체질을 악화시키고, 개별 근로자에

게는 정규직 근로자와 같은 일을 하면서도 그보다 낮은 수준의 임금을 지급받고 신분이 불안정하게 되는 등 여러 가지 불이익을 줄 수 있다(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바395 참조). 그러므로 입법자가 근로자파견을 비롯한 간접고용에 관한 사항을 규율함에 있어서는 간접고용의 사회·경제적 부작용을 충분히 고려하여 근로자의 고용안정과 복지를 저해하지 않는 범위 내에서 노동시장의 유연성을 확보할 수 있도록 하여야 한다.]

(나) ‘제조업의 직접생산공정업무’의 의미

「제조업은 우리나라 국내총생산 중 약 30%의 비중을 차지하고(한국은행 2011년-2015년 ‘국민계정’ 통계 참조) 전체 근로자의 약 30%에 해당하는 수의 근로자가 종사하고 있는(고용노동부 2011년-2015년 ‘고용형태별근로실태조사’ 참조) 중요산업이다. 파견법은 ‘제조업의 직접생산공정업무’에 관한 정의조항을 두고 있지 않으나, 통계청장이 한국표준산업분류(통계청 고시 제2017-13호)를 통해 제조업의 업종을 25개 중분류, 85개 소분류, 183개 세분류, 477개 세세분류로 구분하고 있는 점,<sup>7)</sup> ‘직접’이란 ‘중간에 아무것도 개재시키지 아니하고 바로’라는 사전적 의미를 지니는 점, ‘생산공정(生産工程)’이란 ‘원료나 재료로부터 제품이 완성되기까지 제조 과정에서 행하여지는 일련의 과정’이라는 사전적 의미를 지니는 점에 비추어 볼 때, ‘제조업의 직접생산공정업무’란 각종 공정기술을 활용하여 원료나 재료의 가공, 성형, 조립 등의 과정을 거쳐 제품을 완성하

7) [한국표준산업분류상 제조업의 분류]

2017. 1. 13. 통계청장이 고시한 한국표준산업분류(통계청 고시 제2017-13호)는 전체 산업을 총 21개 항목의 대분류, 77개 항목의 중분류, 232개 항목의 소분류, 495개 항목의 세분류, 1,196개 항목의 세세분류로 구분하고 있다. 제조업은 대분류 중 하나에 해당하고, 제조업의 업종은 25개의 중분류, 85개의 소분류, 183개의 세분류, 477개의 세세분류로 나누어진다.

제조업(대분류 C.)에 속하는 25개의 중분류 항목(중분류 10. 내지 34.)을 살펴보면, 10. 식료품 제조업, 11. 음료 제조업, 12. 담배 제조업, 13. 섬유제품 제조업; 의복제조, 14. 의복, 의복액세서리 및 모피제품 제조업, 15. 가죽, 가방 및 신발 제조업, 16. 목재 및 나무제품 제조업; 가구제외, 17. 펄프, 종이 및 종이제품 제조업, 18. 인쇄 및 기록매체 복제업, 19. 코크스, 연탄 및 석유정제품 제조업, 20. 화학물질 및 화학제품 제조업; 의약품 제외, 21. 의약품 물질 및 의약품 제조업, 22. 고무 및 플라스틱제품 제조업, 23. 비금속 광물제품 제조업, 24. 1차 금속 제조업, 25. 금속가공제품 제조업; 기계 및 가구 제외, 26. 전자부품, 컴퓨터, 영상, 음향 및 통신장비 제조업, 27. 의료, 정밀, 광학기기 및 시계 제조업, 28. 전기장비 제조업, 29. 기타 기계 및 장비 제조업, 30. 자동차 및 트레일러 제조업, 31. 기타 운송장비 제조업, 32. 가구 제조업, 33. 기타 제품 제조업, 34. 산업용 기계 및 장비 수리업이 이에 해당한다.

고 이를 검사 및 포장하는 업무 등 제조업의 근간이 되는 핵심 업무를 의미하는 것으로 볼 수 있다.」

#### (다) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

「심판대상조항은 제조업의 핵심 업무인 직접생산공정업무의 적절한 운영을 기하고 해당 업무에 종사하는 근로자에 대한 직접고용 증진 및 적정임금 지급을 보장하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 의무를 제공받는 것을 원칙적으로 금지하고 이를 위반한 사용자업주를 형사처벌하는 것은 위와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당한다.」

#### (라) 침해의 최소성

「심판대상조항은 제조업의 직접생산공정업무에 관한 근로자파견의 허용 범위나 방식, 기간 등을 규제하는 대신 근로자파견 자체를 원칙적으로 허용하지 않음으로써 보다 강력한 규제 방식을 채택하고 있다. 그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

1) 충분한 재정적 기반과 전문성을 갖춘 근로자파견업체가 다수 존재하고 이들에 대한 관리·감독 및 지원이 효과적으로 이루어지는 경우에는, 파견근로자들에게 안정적인 임금이 보장되고 경력 향상에 필요한 적절한 교육이 실시되며, 충분한 경험과 실력을 쌓은 근로자라면 누구나 근로자파견업체를 통해 언제든지 양질의 일자리를 구할 수 있을 것이고, 근로자가 해고된 경우라 하더라도 구직 기간 동안 충분한 실업급여를 받으며 용이하게 재취업할 수 있을 것이다. 이러한 노동환경에서라면 근로자파견을 확대할 경우 노동시장의 유연성 확보라는 순기능이 제대로 발휘될 수 있을 것이나, 현재로서는 근로자파견의 확대에 인한 사회적·경제적 부작용을 방지할 수 있는 여건이 충분히 갖추어졌다고 단정하기 어렵다. 이러한 상황에서 제조업의 핵심 업무인 직접생산공정업무에 근로자파견을 허용할 경우 점차 제조업 전반으로 간접고용이 확대되어 수많은 근로자들이 열악한 근로조건과 고용불안에 내몰리게 되고, 이로 인하여 인력난이 심화되는 악순환이 초래되어 결국 제조업의 적절한 운영 자체를 어렵게 할 우려가 있다.

또한, 제조업의 특성상 근로자가 각종 공정기술을 습득하고 전문적인 설비를 취급하여야 하는 경우가 많은데, 숙련되지 못한 파견근로자가 업무의 내용이나 작업 환경 등에 대한 충분한 정보 없이 업무에 투입될 경우 사고가 발생하거나

작업의 안정성·효율성을 저해할 수 있고, 근로자의 잦은 변동은 전문 인력의 양성 및 노하우(know-how)의 집적을 어렵게 만들어 기술의 첨단화를 통해 미래 산업의 동력을 창출하여야 할 제조업의 성장을 가로막게 될 것이다.

이러한 사정을 고려하면, 현재로서는 제조업의 직접생산공정업무를 근로자파견의 대상 업무에서 제외하는 것이 불가피하다. 더욱이, 파견법은 제조업의 직접생산공정업무의 경우에도 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 일정 기간 동안 근로자파견의 역무를 제공받을 수 있도록 규정함으로써 사용자업주의 직업수행의 자유에 대한 제한을 최소화하고 있다(제5조 제2항 및 제6조 제4항 참조).

2) 물론, 이미 많은 중소기업체가 인력 수급에 어려움을 겪고 있고, 이에 따라 파견법 제5조 제2항에 규정된 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우’에 해당하지 않음에도 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받는 경우 또는 외형상으로는 사내도급의 형태를 띠고 있으나 실질적으로는 근로자파견의 역무를 제공받는 경우 등 불법파견이 만연하고 있는 현실을 도외시킬 수만은 없다. 그러나 제조업의 직접생산공정업무에 근로자파견을 허용한다 하더라도, 불법파견의 형태로 일하고 있던 근로자들이 합법적인 파견근로자로 채용됨으로써 명목상의 고용률 및 해당 근로자들의 법적 지위가 다소 향상되는 정도를 넘어 제조업체의 인력난이 근본적으로 해결될 것으로 보기는 어렵다. 제조업체의 인력난은 무엇보다도 근로자들이 상시적, 장기적으로 일할 수 있는 양질의 일자리를 창출함으로써 해결하여야 할 문제이기 때문이다.

3) 파견법 제6조의2는 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 등의 경우 사용자업주에게 직접고용의무를 부과하고 있으나, 위 조항은 파견근로의 장기화를 예방하고 사용자업주가 상용근로자를 파견근로자로 대체하는 것을 방지하기 위한 것인 반면, 심판대상조항은 제조업의 직접생산공정업무에 종사하는 근로자의 직접고용 증진 및 적정임금 보장 외에도 제조업의 직접생산공정업무 자체의 적절한 운영을 위한 것으로 그 입법목적에 차이가 있다. 또한, 파견법 제46조 제2항은 제6조의2의 직접고용의무를 위반한 사용자업주를 3천만 원 이하의 과태료에 처한다고 규정하고 있을 뿐 처벌하는 규정은 두고 있지 아니한바, 이와 같은 금전적 부담의 부과만으로 직접고용의무 이행의 실효성이 충분히 확보된다고 보기 어렵다.

그리고 파견법 제21조는 제1항에서 파견사업주와 사용자업주에게 파견근로자

임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자를 차별적으로 처우하는 것을 금지하고, 제2항 및 제3항에 관련 시정절차를 규정하고 있다. 파견법 제21조의2는 파견사업주와 사용사업주가 파견법 제21조 제1항을 위반하여 차별적 처우를 한 경우 고용노동부장관이 그 시정을 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 차별처우 금지규정은 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사용사업주에게는 적용되지 아니하고(파견법 제21조 제4항), 차별적 처우, 그 시정조치의 내용 및 책임주체가 누구인지 등과 관련하여 다툼이 있을 수 있으며, 관련 절차를 통하여 파견근로자가 권리구제를 받기까지 상당한 기간이 소요될 수 있다.

그러므로 위와 같이 직접고용의무를 부과하거나 차별적 처우를 금지하는 규정만으로는 제조업의 직접생산공정업무의 적절한 운영을 기하고 해당 업무에 종사하는 근로자의 적정임금을 보장한다는 입법목적을 실효적으로 달성할 수 있다고 보기 어렵다.

4) 심판대상조항은 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 의무를 제공받은 사용사업주를 형사처벌하도록 규정하고 있다. 그러나 과태료나 이행강제금의 경우 오로지 금전적인 부담만을 부과하여 이를 납부하고서라도 위법한 근로자파견계약을 유지할 동기가 있을 수 있으므로 이러한 행정상의 간접적인 제재수단만으로 심판대상조항의 입법 목적을 충분히 달성할 수 있다고 단정하기 어렵다. 심판대상조항 중 처벌조항인 파견법 제43조 제1의2호 중 제5조 제5항에 관한 부분은 징역형 외에 벌금형을 선택적으로 규정하면서 그 법정형을 3년 이하의 징역형 또는 3천만 원 이하의 벌금형으로 규정하여 법관의 양형선택권을 폭넓게 인정하고 있으므로 이를 과도한 형벌로 보기도 어렵다.」

#### (마) 법익의 균형성

「심판대상조항이 달성하고자 하는 제조업의 직접생산공정업무의 적절한 운영, 해당 업무에 종사하는 근로자의 직접고용 증진 및 적정임금 보장이라는 공익은 매우 중대하고, 이러한 공익이 사용사업주가 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 의무를 제공받지 못함으로써 받게 되는 직업수행의 자유 제한에 비하여 결코 작다고 볼 수 없으므로, 심판대상조항은 법익의 균형성도 충족한다.」

(2) 제조업의 직접생산공정업무에 대한 근로자과건의 허용 여부는 과건법과 관련하여 사업주와 근로자의 이해관계가 가장 첨예하게 대립하는 쟁점 중 하나이다. 이와 관련하여 국회에서도 서로 상반되는 입장에서 과건법에 대한 개정 논의가 진행되어 왔는데, 제19대 국회에서 이인제의원 등 159인은 2015. 9. 16. 고령 근로자와 고소득 전문직 및 ‘뿌리산업’(주조, 금형, 소성가공, 용접, 표면처리, 열처리 등 제조업의 전반에 걸쳐 활용되는 공정기술을 활용하여 사업을 영위하는 업종 등 ‘뿌리산업 진흥과 첨단화에 관한 법률’ 제2조 제2항에 정의된 업종을 의미함)에 대한 근로자과건을 허용하는 것 등을 내용으로 하는 과건법 개정안을 발의하였고(의안번호 1916869), 위 법안이 임기만으로 폐기되자 제20대 국회에서 이완영의원 등 122인이 재차 위와 같은 내용의 과건법 개정안을 발의하였다(의안번호 2000031). 반면, 제20대 국회에서 송옥주 의원 등 21인은 제조업의 직접공정업무에 대한 근로자과건을 절대적으로 금지하는 것 등을 내용으로 하는 과건법 개정안을 발의한 상태이다(의안번호 2001502).

(3) 이 사건에서 청구인들은 “중소 제조업체들의 경우 대부분 대기업의 발주 물량에 따라 필요한 인력의 수가 급변하는데, 심판대상조항이 획일적으로 제조업의 직접생산공정업무를 근로자과건의 대상 업무에서 제외함에 따라 만성적인 인력난에 시달리게 되고, 그 결과 불법과건이 만연하게 되어 근로자들 또한 최소한의 법적 지위조차 보장받지 못하고 있다”고 하면서, 심판대상조항이 제조업의 직접생산공정업무에 대하여 근로자과건 자체를 원칙적으로 허용하지 않는 것이 비현실적인 규제라고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 제조업체들의 인력난과 그로 인한 불법과건 등의 현실적 문제를 인식하면서도, 국가의 중요산업인 제조업의 근간을 이루는 핵심 업무인 ‘직접생산공정업무’가 적정하게 운영되도록 할 필요성이 크고 현재로서는 근로자과건의 확대에 의한 사회·경제적 부작용을 방지할 수 있는 여건이 충분히 갖추어졌다고 보기 어렵다는 점을 고려하여<sup>8)9)10)11)</sup> 합헌 결정

8) 고용노동부 ‘고용형태별근로실태조사’에 의하면, 2013년-2015년 정규근로자(특수형태근로종사자제외)의 월총근로시간은 177.7-187.4 시간, 월급여액은 256만-277만 원이었고, 과건/용역근로자의 월총근로시간은 181.3-184.9 시간, 월급여액은 154만-157만 원이었는데, 정규근로자와 과건/용역근로자의 근로시간에는 큰 차이

을 한 것으로 보인다.

가 없는 반면 월급여액은 상당한 차이를 보였다.

- 9) 근로자파견사업의 적정한 운영을 위하여 파견법은 근로자파견사업을 하고자 하는 고용노동부령이 정하는 바에 따라 노동부장관의 허가를 받아야 하도록 규정하고 있다(제7조 제1항). 그러나 파견법 제9조 제1항, 제2항 및 같은 법 시행령 제3조에서 규정하고 있는 근로자파견사업의 허가요건을 살펴보면, 적극적 요건으로는 (i) 상시 5인 이상의 근로자(파견근로자를 제외한다)를 사용하고 4대 보험에 가입되어 있을 것, (ii) 1억 원 이상의 자본금(개인인 경우에는 자산평가액)을 갖출 것, (iii) 전용면적 20제곱미터 이상의 사무실을 갖출 것을 규정하고, 소극적 요건으로는 당해 사업이 특정한 소수의 사용사업주를 대상으로 하여 근로자파견을 행하는 것이 아닐 것을 규정하고 있을 뿐이어서, 영세하거나 전문성이 없는 업체가 난립할 우려가 있다. 고용노동부의 '2015년 하반기 근로자파견사업 현황'에 의하면, 2015년 하반기 2,492개 파견업체 중 파견근로자의 규모가 50인 미만인 사업체가 1,333개로 53.5%를 차지했고, 파견근로자가 0명인 업체도 738개로 29.6%나 되었다. 또한, 파견법은 제23조에서 파견사업주로 하여금 파견근로자의 복지증진에 노력할 것을 규정하고, 제30조 및 제31조에서 파견근로가 적정하게 행하여지도록 필요한 조치를 강구할 것을 규정하고 있을 뿐, 파견사업주나 사용사업주에게 파견근로자의 희망과 능력에 적합한 취업 및 교육훈련기회의 확보, 근로조건의 향상 기타 고용안정을 기하기 위하여 필요한 조치를 하도록 구체적인 의무를 부과하거나 이를 강제할 만한 수단을 두고 있지 않다.
- 10) 한국고용연구원원의 해외노동통계에 의하면, 우리나라의 최저임금은 최근 꾸준히 상승하고 있으나, 구매력평가지수(Purchasing power parities: PPPs)를 이용하여 산정한 우리나라의 시간당 실질최저임금은 2015년 5.45달러로 프랑스(10.90달러), 독일(10.21달러)의 약 절반 수준이고 영국(8.17달러), 미국(7.24달러), 일본(6.95달러)에 비하여도 낮은 수준으로 나타났다.
- 11) 고용보험법에 따라 지급되는 실업급여는 구직급여와 취업촉진 수당으로 구분되는데, 그 중 구직급여는 소정의 수급요건을 충족한 수급자격자에게 실업인정을 통하여 지급하는 것으로 실업급여의 핵심이 되는 급여이다. 구직급여는 수급자격자의 평균임금(평균임금이 통상임금보다 적을 경우는 통상임금)을 기준으로 기초일액을 산정하는 경우에는 그 수급자격자의 기초일액에 100분의 50을 곱한 금액, 최저일액을 기준으로 기초일액을 산정하는 경우는 그 수급자격자의 기초일액에 100분의 90을 곱한 금액으로 산정된다(고용보험법 제45조, 제46조). 하나의 수급자격에 따라 구직급여를 지급받을 수 있는 소정급여일수는 피보험기간 및 연령에 따라 달라지는데, 이직일 현재 30세 이상 50세 미만의 근로자의 피보험기간이 1년 미만인 경우의 소정급여일수는 90일, 1년 이상 3년 미만인 경우는 120일, 3년 이상 5년 미만인 경우는 150일, 5년 이상 10년 미만인 경우는 180일, 10년 이상인 경우는 210일이다(고용보험법 제50조 제1항, 별표 1 참조). 구직급여는 기여요건, 수급자격요건, 지급수준, 지급기간의 네 가지 요소에 의하여 좌우되는데, 12개국을 대상으로 실업급여를 비교한 결과에 따르면, 우리나라의 경우 수급자격을 가장 엄격하게 운용하고 있으며, 지급기간과 급여수준도 다른 나라에 비해서 관대성이 가장 낮다고 한다(전병유·이병희·안태현, 실업급여의 고용 성과 분석, 22면, 국회예산정책처, 2014 참조). 한편, 위 '실업급여의 고용 성과 분석' 보고서에 의하면, 2009년-2012년 구직급여 수급자의 조임금대체율(구직급여일액/이직 전 3개월 평균임금)은 약 50% 수준이었다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 헌법재판소가 ‘제조업의 직접생산공정업무’를 원칙적으로 근로자파견의 대상 업무에서 제외하고, 이에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받는 것을 금지하며, 이를 위반할 경우 처벌하는 것이 제조업의 직접생산공정업무에 관하여 근로자파견의 역무를 제공받고자 하는 사업주의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다고 명시적·구체적으로 판단한 최초의 사례이다.



## 열람·등사신청 거부행위 위헌확인 사건

- 검사의 수사기록 등사 거부행위가 재판청구권 등을  
침해하는지 여부 -

(헌재 2017. 12. 28. 2015헌마632, 판례집 29-2하, 417)

이 의 석\*

### 【판시사항】

1. 형사소송법 제266조의4에 따른 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 해당 수사서류의 등사를 거부한 경우 위와 같은 등사 거부행위에 대하여 헌법소원심판을 청구할 권리보호이익 및 심판의 이익이 인정되는지 여부(적극)
2. 위 등사 거부행위가 청구인들의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)
3. 위 등사 거부행위의 기본권 침해 여부를 판단함에 있어서 수사서류 등사를 거부할 만한 정당한 이유가 있었는지를 별도로 심사할 필요가 있는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 서울중앙지방법원 2014고합○○○○○ 체포치상 등 사건에 관하여 2015. 3. 11. 위 법원이 한 열람·등사 허용 결정에 따라 청구인들의 변호인이 아래 순번 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9번 수사서류(이하 ‘이 사건 수사서류’라 한다)에 대하여 한 열람·등사 신청 중 등사 부분에 대하여 2015. 4. 7. 피청구인 검사가 이를 거부한 행위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

---

\* 헌법연구관

순번	서류표목	면수
1	의견서	1-1 이하
2	내사착수보고	7
3	내사보고(업견지휘건의)	360-378
4	수사지휘서	379
5	수사보고(8. 21. 관련 기동대 경찰관 사진 첨부)	478-481
6	국가인권위원회 '의견진술서' 첨부자료	1303-1372
7	수사지휘건의	1536
8	수사결과보고	1537-1565
9	수사지휘서	1566

### 【사건의 개요】

1. 청구인들은 ‘민주사회를 위한 변호사모임’에 소속된 변호사들로서, 옥외집회과정에서 관할 경찰서 경비과장의 범죄예방 및 질서유지에 관한 정당한 직무집행을 방해하고, 피해자인 위 경비과장을 체포하는 과정에서 피해자에게 상해를 가하였다는 범죄사실(공무집행방해 및 체포치상) 등으로 기소되었다(서울중앙지방법원 2014고합○○○○).

2. 청구인들의 변호인은 피청구인에게 위 형사사건의 수사기록 중 증거로 제출되지 아니한 수사서류에 대하여 열람·등사신청을 하였으나, 피청구인은 2014. 11. 25. 검찰사건사무규칙 제112조의3 제1항에 따라 ① 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀, 생명·신체의 안전, 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있고(제1호), ② 법령상 타인에게 제공 또는 누설 등이 금지된 정보·자료 또는 수사방법상의 기밀을 보호할 필요가 있으며(제2호), ③ 수사기관의 의견 또는 법률판단 등이 기재된 내부문서이고(제3호), ④ 형사소송법 제266조의3 제1항 제3호 또는 제4호 소정의 관련성이 인정되지 아니한다(제5호)는 이유로 이를 전부 거부하였다. 이에 청구인들의 변호인은 관할 법원에 위 형사사건의 수사기록 열람·등사를 허용해 줄 것을 신청하였다.

3. 법원은 2015. 3. 11. 공판준비기일에서 위 수사서류를 검사로부터 제출받아 검토한 후, 이 사건 수사서류에 대하여 열람·등사를 허가하는 결정을 고지하였다(이하 ‘이 사건 열람·등사 허용 결정’이라 한다). 청구인들의 변

호인은 법원의 열람·등사 허용 결정에 따라 이 사건 수사서류에 대하여 다시 피청구인에게 열람·등사를 요청하였으나, 피청구인은 이 사건 수사서류에 대한 열람만을 허용하고 등사를 허용하지 아니하였다(이하 ‘이 사건 등사 거부행위’라고 한다).

4. 청구인들은 피청구인의 이 사건 등사 거부행위가 청구인들의 기본권을 침해하였다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 【결정요지】

1. 청구인들에 대한 형사사건이 현재 대법원에 계속 중이어서 수사서류를 등사한다고 하더라도 이를 새로운 증거로 제출할 수는 없으나, 대법원에서 원심판결을 파기하는 경우 항소심 절차가 다시 진행될 수 있어 수사서류를 증거로 제출할 수 있는 기회가 완전히 봉쇄되었다고 볼 수 없고, 대법원에서도 공판기일을 지정하여 변호인으로 하여금 피고인을 위하여 변론하도록 하거나(형사소송법 제387조, 제388조) 필요한 경우에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있으므로(형사소송법 제390조 제2항), 이 사건 헌법소원심판 청구가 청구인들의 권리구제에 더 이상 도움이 되지 않는다고 볼 수는 없다.

또한, 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 수사서류의 등사를 거부하는 검사의 행위가 앞으로도 반복될 가능성이 있고, 이 사건과 동일한 쟁점에 대하여 헌법적 해명이 이루어진 바 없으므로, 설령 청구인들에 대한 권리보호이익이 소멸하였다고 하더라도 이 사건 심판청구의 이익은 여전히 존재한다.

2. 피청구인은 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정 이후 해당 수사서류에 대한 열람은 허용하고 등사만을 거부하였는데, 변호인이 수사서류를 열람은 하였지만 등사가 허용되지 않는다면, 변호인은 형사소송절차에서 청구인들에게 유리한 수사서류의 내용을 법원에 현출할 수 있는 방법이 없어 불리한 지위에 놓이게 되고, 그 결과 청구인들을 충분히 조력할 수 없음이 명백하므로, 피청구인이 수사서류에 대한 등사만을 거부하였다 하더라도 청구인들의 신속·공정한 재판받을 권리 및 변호인의 조력을 받을

권리가 침해되었다고 보아야 한다.

3. 신속하고 실효적인 구제절차를 형사소송절차 내에 마련하고자 열람·등사에 관한 규정을 신설한 입법취지와, 검사의 열람·등사 거부처분에 대한 정당성 여부가 법원에 의하여 심사된 마당에 헌법재판소가 다시 열람·등사 제한의 정당성 여부를 심사하게 된다면 이는 법원의 결정에 대한 당부의 통제가 되는 측면이 있는 점 등을 고려하여 볼 때, 수사서류에 대한 법원의 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요 없이 그 거부행위 자체로써 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 되고, 이는 법원의 수사서류에 대한 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사인 피청구인이 해당 서류에 대한 열람만을 허용하고 등사를 거부하는 경우에도 마찬가지이다.

### 재판관 안창호의 심판의 이익에 관한 별개의견

이 사건에서 권리보호이익이 없다고 볼 경우 심판의 이익이 인정되는지에 관해서는 다음과 같은 이유로 다수의견과 견해를 달리한다.

헌법재판소는 2010. 6. 24. 2009헌마257 사건에서, 법원이 형사소송법 제266조의3, 제266조의4에 기초하여 수사서류에 대하여 열람·등사를 허용한 결정을 따르지 아니한 검사의 거부행위가 위헌임을 확인하는 결정을 하였고, 이 사건은 법원이 위 형사소송법 조항들에 기초하여 수사서류에 대하여 열람·등사를 허용한 결정에 대하여 검사가 열람만 허용하고 등사는 허용하지 아니한 사안으로, 현재 2009헌마257 사건과 달리 이 사건에서 청구인들은 헌법적으로 의미있는 주장을 하고 있지 아니하므로 이 사건 등사 거부행위와 관련하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 가지고 있다고 할 수 없다.

한편, 심판의 이익을 인정하기 위해서 요구되는 권력적 사실행위의 반복위험성은 권력적 사실행위의 근거 또는 관련 법령에서 유래된 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용의 반복위험성을 의미하며, 이러한 내용의 반복위험성은 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있는지 여부를 판단하기 위한 징표로 기능한다. 헌법재판소가 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용이

헌법에 위반된다고 헌법적 해명을 하면, 모든 국가기관과 지방자치단체는 헌법재판소의 위헌결정에 따라야 할 의무가 있으므로(헌법재판소법 제75조 제1항 참조), 그러한 권력적 사실행위의 반복위험성은 부정된다. 이처럼 헌법재판소에서 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용에 대하여 헌법에 위반된다고 확인한 경우 그 권력적 사실행위에 포섭되는 행위는 반복의 위험성이 인정되지 아니하고, 이러한 경우 청구인들은 위법한 권력적 사실행위와 관련하여 법원에 권리구제절차를 밟는 것이 가능하다. 결국 법원의 등사허용결정을 위반한 이 사건 등사 거부행위는 헌법재판소의 위헌결정의 취지에 반하여 한 권력적 사실행위로서 그 반복가능성도 인정되지 아니한다.

그렇다면 이 사건 등사 거부행위에 대한 심판청구는 심판의 이익이 인정되지 아니한다.

## 【해설】

### 1. 사안의 쟁점

이 사건의 경우 본안에 들어가기에 앞서 먼저 이 사건 등사 거부행위의 법적 성격을 행정처분으로 볼 것인지 아니면 권력적 사실행위로 볼 것인지, 이미 종료된 이 사건 등사 거부행위에 대하여 헌법소원심판을 청구할 주관적 권리보호이익을 인정할 수 있는지, 심판의 이익과 관련하여 이 사건 등사 거부행위의 기본권 침해 여부에 대한 헌법적 해명이 필요한 사안인지가 문제된다. 다음으로 본안 판단을 함에 있어서는, 이 사건 등사 거부행위가 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였는지가 문제된다.

이하에서는 먼저 형사소송법상 증거개시제도 및 이 사건과 비교할 필요가 있는 헌재 2009헌마257 사건에 대해서 살펴본 다음 위와 같은 쟁점들에 대하여 차례대로 검토해 보고자 한다.

### 2. 증거개시제도 일반<sup>1)</sup>

1) 이 부분에 대해서는 법원실무제요 형사(Ⅰ)(2014년), 법원행정처, 626면 이하의 내용을 주로 참고하였다.

## 가. 제도적 의의

구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제35조는 “변호인은 소송계속 중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다.”라고 규정하고 있었다. 그런데 여기서 ‘소송계속 중의 관계서류 또는 증거물’에 검사가 공소제기 후 아직 법원에 증거로 제출하지 않은 관계서류나 증거물 또는 증거로 제출하지 않을 서류도 포함되는지에 대해서 논란이 있어 왔다. 특히 법원에서 공소장일본주의가 강조되고 증거분리제출이 2006. 4. 1.부터 시행되어 정착되면서, 검사가 기소 후에도 수사기록을 법원에 제출하지 않는 경우가 생기고, 이에 대하여 피고인 및 변호인이 이를 열람·등사하고자 하면서 다툼이 발생하게 되었다.

이에 피고인의 방어권을 충실히 보장하고 신속한 재판을 가능하도록 하기 위하여 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 형사소송법을 개정하여 피고인 또는 변호인이 검사에게 공소제기된 사건과 관련된 서류나 물건의 열람·등사를 신청할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다.

## 나. 피고인·변호인의 열람·등사 신청

### (1) 열람·등사의 대상

피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 또는 물건의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다(형사소송법 제266조의3 제1항). 이와 같이 형사소송법은 ‘공소제기 후’ 검사가 신청할 증거 이외에 피고인에게 유리한 증거를 포함한 전면적 열람·등사를 허용하고 있다.

#### (가) 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록

당해 사건과 관련하여 검사가 보관 중인 서류나 물건에 대한 전체 목록을 지칭하는 것으로서 구체적으로는 기록목록과 압수물 총목록을 의미하고, 검사가 법원에 제출할 증거목록만을 의미하는 것은 아니다. 서류 또는 물건의 목록은 절대적 개시대상이므로, 검사는 반드시 열람·등사를 허용하여야 한다(형사소송법 제266조의3 제5항).

(나) 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 또는 물건

1) 형사소송법 제266조의3 제1항은 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 등(‘서류 또는 물건’을 말한다. 이하 같다.)으로서 다음과 같은 것을 들고 있다.

- ① 검사가 증거로 신청할 서류 등
- ② 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류 등
- ③ 위 ①, ②의 서면 또는 서류 등의 증명력에 관련된 서류 등
- ④ 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 등

법률상 주장이란 법률의 해석·적용과 관련된 주장으로서 구성요건해당성에 관한 법률상 주장, 위법성조각사유나 책임조각사유에 관한 법률상 주장, 소송조건에 관한 주장 등을 의미하고, 사실상 주장이란 사실 자체의 존부와 관련된 주장으로서 공소사실의 부인 주장, 알리바이 또는 심신상실 주장 등을 의미한다. 관련 형사재판확정기록, 불기소처분기록 등도 위 서류 등에 포함된다. 피고인의 주장이 공판준비기일이나 공판기일에 행해진 이후라야 하는 것은 아니고, 적절한 시기에 피고인 측의 주장을 기재한 공판준비서면 등을 법원에 제출하면 법률상·사실상의 주장을 한 것으로 볼 수 있다. 경우에 따라서는 열람·등사 신청서에 기재된 내용만으로도 그러한 주장이 있는 것으로 볼 여지가 있다.

2) 결국 공소사실의 인정 및 양형에 영향을 줄 수 있는 모든 자료가 열람·등사의 대상이 될 수 있다. 따라서 검사가 보관하고 있는 자료로서, 피고인의 방어를 위하여 필요하고 피고인의 유·무죄와 양형에 영향을 미칠 가능성이 있는 이상, 검사는 그것이 증거개시 각 호의 어느 하나에 정확히 해당되지 않는다는 이유로 열람·등사를 거부할 수는 없다.

3) 수사기관의 내부문서가 증거개시의 대상이 되는지 여부가 문제된다. 이에 대해서는 견해가 대립될 수 있는데, 범죄적발보고서, 압수경위서 등 수사기관의 내부문서라 하더라도 형사소송법 제266조의3 제1항에 따라 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 등에 해당하는 한 원칙적으로 열람·등사의 대상이 되고, 다만 문서의 실질적인 내용이 피고인의 방어권 행사에 영향이 없고, 수사기관 내부에서만 사용될 목적으로

작성된 것이라면 사건과의 관련성을 부정하여 열람·등사의 제한을 인정할 수도 있을 것이다.

## (2) 열람·등사 신청방법

열람·등사 신청은 서면으로 하되, 공판준비기일이나 공판기일에서 법원의 허가를 얻어 구두로 할 수도 있다(형사소송규칙 제123조의2, 제123조의5 제1항). 한편, 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다(형사소송법 266조의3 제1항 단서).

열람·등사 신청은 공소가 제기된 법원에 대응하는 검찰청 소속 검사에게 하여야 한다. 열람·등사의 대상이 되는 수사기록을 다른 검찰청이 보관하고 있다고 하더라도 마찬가지이다.

## (3) 열람·등사의 제한

(가) 검사는 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다(형사소송법 제266조의3 제2항). 따라서 검사는 열람·등사의 신청이 있는 경우에는 원칙적으로 열람·등사를 허용해야 하며, 예외적으로 국가안보 등 정당한 제한 사유가 있는 경우에만 열람·등사를 제한할 수 있다.

검사는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 때에는 지체 없이 그 이유를 서면으로 통지하여야 하고(형사소송법 제266조의3 제3항), 대상이 된 수사기록 중 어느 부분이 어떠한 제한 사유에 해당되는지를 구체적으로 주장·입증하여야 한다.

(나) 검찰사건사무규칙(2008. 1. 7. 법무부령 제625호로 개정된 것) 제112조의3 제1항은, 검사는 형사소송법 제266조의3 제2항에 따라 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유가 있거나 다음 각 호와 같이 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있는 때에는 서류 등의 목록을 제외한 나머지 서류 등에 대하여 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부

하거나 그 범위를 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

- ① 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우(1호)
- ② 법령상 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외 사용이 금지된 정보·자료 또는 수사방법상의 기밀을 보호할 필요가 있는 경우(2호)
- ③ 수사기관의 의견 또는 법률판단 등을 기재한 내부문서인 경우(3호)
- ④ 열람·등사 대상 서류 등이 없거나 특정되지 아니한 경우(4호)
- ⑤ 형사소송법 제266조의3 제1항 제3호 또는 제4호 소정의 관련성이 인정되지 아니하는 경우(5호)

그러나 검찰사건사무규칙은 검찰청법 제11조의 규정에 따라 각급 검찰청의 사건의 수리·수사·처리 및 공판수행 등에 관한 사항을 정함으로써 사건사무의 적절한 운영을 기함을 목적으로 하여 제정된 것으로서 그 실질은 검찰 내부의 업무처리 지침으로서의 성격을 가지는 것에 불과하므로(대법원 2007. 10. 25. 2007도4961 판결 참조), 위 검찰사건사무규칙 조항에 열거되어 있는 사유에 해당한다는 사정만으로 검사의 열람·등사 거부행위에 정당한 사유가 있다고 인정하기는 어렵고, 형사소송법 제266조의3 제2항의 거부사유에 해당하는지 별도로 판단하여야 할 것이다.

## 다. 법원의 열람·등사에 관한 결정

### (1) 신청절차

피고인 또는 변호인은 검사가 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하거나 또는 검사가 신청을 받은 때부터 48시간 이내에 거부의 통지를 하지 아니하는 때에는 법원에 그 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다(형사소송법 제266조의4 제1항, 제266조의3 제4항).

### (2) 열람·등사 허부 여부의 판단

법원은 피고인 또는 변호인의 열람·등사 신청이 있는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 경우에 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류 등의 중요성 등

을 고려하여 검사에게 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명할 수 있다. 이 경우 열람 또는 등사의 시기·방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있다(형사소송법 제266조의4 제2항). 법원은 위 결정을 하는 때에는 검사에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 부여하여야 하고(같은 조 제3항), 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 해당 서류 등의 제시를 요구할 수 있고, 피고인이나 그 밖의 이해관계인을 심문할 수 있다(같은 조 제4항).

열람·등사의 제한 여부를 결정함에 있어서는 열람·등사된 서류 등이 당해 사건의 피고인의 방어 목적으로만 사용되는 것이고 그 남용에 대한 제재수단도 있는 등 그 사용범위가 엄격히 제한되므로(형사소송법 제266조의16 참조), 제3자에게 유출될 가능성이 없다는 것을 전제로 한다. 따라서 검사가 내세우는 거부사유는 단순히 열람·등사로 인한 폐해의 발생이 우려된다는 정도의 막연한 위험성으로는 부족하고, 폐해의 발생이 있을 것이라는 구체적 위험에 대한 소명이 있는 경우에만 인정될 수 있다.

### (3) 검사의 불이행에 대한 조치

(가) 검사가 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 않은 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없다(형사소송법 제266조의4 제5항). 이는 법원의 열람·등사 허용결정의 실효성을 담보하기 위한 것이다. 다만, 검사가 증거로 제출하지 않은 기록 중 피고인 등이 검사에게 열람·등사를 허용해 줄 것을 신청하는 서류 등은 피고인에게 유리한 경우가 대부분일 것이므로 검사가 이를 증거로 제출할 수 없다는 제재 수단은 별다른 실효성은 없다.

(나) 헌법재판소는, 법원의 열람·등사 허용 결정이 있었음에도 검사가 이를 불이행한 경우, 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요 없이 그 자체로써 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하는 헌법에 위반되는 행위이므로 허용될 수 없다고 판시하였고(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257, 판례집 22-1하, 621, 638), 대법원은, 국가는 검사의 열람·등사 불이행으로 인하여 열람·등사권

을 침해당한 피고인에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 판시한 바 있다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다48452 판결 참조).

#### (4) 결정에 대한 불복

형사소송법 제403조 제1항은 “법원의 관할 또는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 외에는 항고하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 법원의 열람·등사 허용 여부에 관한 결정은 피고사건 소송절차에서의 증거개시와 관련된 것으로서 위 형사소송법 조항의 ‘판결 전의 소송절차에 관한 결정’에 해당하고, 이에 대하여는 형사소송법에서 별도로 즉시항고에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 법원의 열람·등사 허용 여부에 관한 결정에 대하여는 형사소송법 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 없다(대법원 2013. 1. 24.자 2012모1391 결정 참조).

#### 라. 검사의 열람·등사 신청

검사는 피고인 또는 변호인이 공판기일 또는 공판준비절차에서 현장부재·심신상실 또는 심신미약 등 법률상·사실상의 주장을 한 때에는 피고인 또는 변호인에게 ① 피고인 또는 변호인이 증거로 신청할 서류 등, ② 피고인 또는 변호인이 증인으로 신청할 사람의 성명, 사건과의 관계 등을 기재한 서면, ③ 위의 서면의 증명력과 관련된 서류 등, ④ 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상의 주장과 관련된 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 요구할 수 있다(형사소송법 제266조의11 제1항). 이는 당사자 대등주의와 신속한 재판 및 집중심리를 위한 전제이다.

### 3. 현재 2009헌마257 사건과의 비교

형사소송법 제266조의4에 기한 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 해당 서류의 열람·등사를 거부한 행위와 관련하여, 헌법재판소는 그러한 행위가 피고인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다는 결정을 한 바 있다(현재 2010. 6. 24. 2009헌마257, 판례집 22-1하, 621). 위 사건은 이른바 ‘용산사건’으로, 이 사건과의 차이점을 비교해 보면 다음과 같다.

	2009헌마257	이 사건
심판대상	법원의 열람·등사 허용 결정에 따라 수사기록에 대하여 열람·등사를 할 수 있도록 해달라는 요청을 받았음에도 불구하고 이를 거부한 검사의 행위가 피고인인 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부	법원의 열람·등사 허용 결정에 따라 수사서류에 대하여 열람·등사를 할 수 있도록 요청을 받았음에도 열람만을 허용하고 등사를 거부한 검사의 행위가 피고인인 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부
검사의 열람·등사 거부 범위	수사기록 1만 페이지 중 증거로 미제출한 3천 페이지 분량에 대하여 법원의 열람·등사 허용 결정 후 열람·등사 허용 거부	증거로 미제출한 수사기록 150여 페이지에 대하여 법원의 열람·등사 허용 결정 후 열람은 허용하고 등사를 거부
당해 형사사건	청구인들은 공무집행 중인 경찰을 사망 및 상해에 이르게 했다는 특수공무집행방해치사 등 혐의로 기소되었고, 적법한 공무집행 여부가 문제됨	청구인들은 공무집행 중인 경찰관을 체포하려다 상해에 이르게 했다는 체포치상 및 공무집행방해 등의 혐의로 기소되었고, 적법한 공무집행 여부가 문제됨
법원의 거부 기록 검토 여부	법원이 검사가 제출하지 아니한 수사기록에 대하여 검토하지 못함	법원이 이 사건 수사서류를 검토한 후 열람·등사 허용 결정
열람·등사 여부	형사사건 종료 전 경찰청장에 대한 재정신청에 제출된 기록을 열람·복사함	대법원에 형사사건 계속 중이고, 이 사건 결정 당시까지 열람·복사를 하지 못함

#### 4. 이 사건에서의 검토

##### 가. 이 사건 등사 거부행위의 법적 성격

이 사건의 경과를 보면, ① 변호인들의 2014. 11. 24.자 피청구인에 대한 수사기록 열람·등사 신청, ② 피청구인의 2014. 11. 25.자 거부통보, ③ 변호인들의 2014. 12. 9.자 법원에 대한 수사기록 열람·등사 허용신청, ④ 법원의 2015. 3. 11.자 이 사건 열람·등사 허용 결정, ⑤ 법원의 결정에 따른 변호인의 피청구인에 대한 이 사건 수사서류 열람·등사 요청, ⑥ 피청구인의 2015. 4. 7.자 이 사건 등사 거부행위의 순서로 진행되었다.

여기서 이 사건 등사 거부행위의 법적 성격이 문제되는데, 이에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 이 사건 등사 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 볼 수 없다고 판단하면서, 행정쟁송 절차

는 이 사건 등사 거부행위에 대한 구제절차로 볼 수 없고, 다른 법률에도 이 사건 등사 거부행위에 대한 구제절차가 마련되어 있다고 볼 수 없으므로, 청구인들이 별도의 구제절차를 거치지 아니하고 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다고 하더라도 그것이 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 보충성원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

「① 법원의 이 사건 열람·등사 허용 결정은 법원이 피청구인의 2014. 11. 25.자 거부통보에 대한 형사소송법 제266조의4 소정의 불복절차에서, 열람·등사를 허용할 경우 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류 등의 중요성 등을 고려해 볼 때, 피청구인의 거부통보에 정당한 사유가 없다고 판단하고, 법률에 따라 피청구인에게 이 사건 수사서류에 대한 열람·등사를 허용하도록 명한 것이고, ② 이 사건 열람·등사 허용 결정에 따른 변호인의 피청구인에 대한 이 사건 수사서류 열람·등사 요청은 종전 신청에 대한 거부처분이 있을 후 다시 형사소송법 제266조의3 제1항 소정의 열람·등사 신청권을 행사한 것이 아니라 이 사건 열람·등사 허용 결정의 이행을 촉구하는 의미에 불과하며, ③ 피청구인의 이 사건 등사 거부행위는 이 사건 열람·등사 허용 결정의 이행을 일부 거절하고 있는 것이라 할 것이다.

따라서 피청구인의 이 사건 등사 거부행위는 이 사건 열람·등사 허용 결정상의 의무 중 일부를 이행하지 않음으로써 수사서류에 대한 열람·등사권의 완전한 행사를 방해하는 권력적 사실행위로서의 공권력 행사에 해당할 뿐, 종전의 피청구인의 거부처분과는 별도로 어떤 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위라고 보기는 어려워 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.」

앞서 본 헌재 2009헌마257 사건에서 헌법재판소는 형사소송법 제266조의4에 기한 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 해당 서류의 열람·등사를 거부한 행위가 권력적 사실행위에 해당하고 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다고 판단하였는데(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257, 판례집 22-1하, 621, 632, 633), 이 사건 등사 거부행위의 법적 성격에 대한 위와 같은 판단은 헌재 2009헌마257 결정의 취지에 따른

것으로 보인다.<sup>2)</sup>

## 나. 권리보호이익 및 심판의 이익 인정 여부

### (1) 권리보호이익 인정 여부

(가) 헌법소원제도는 국민의 기본권 침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있는 경우에 비로소 이를 제기할 수 있다. 즉 권리보호의 이익이 없는 헌법소원심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 107 등 참조).

권리보호이익은 국가적·공익적 입장에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 입장에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것으로 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이다.<sup>3)</sup>

한편 헌법소원이 비록 적법하게 제기되었더라도 권리보호이익은 헌법재판소의 결정 당시에도 존재해야 한다. 그러므로 헌법소원심판청구 당시에는 권리보호이익이 인정되었으나 심판계속 중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 기본권의 침해가 종료된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없어 부적법한 헌법소원이 된다(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370; 헌재 2007. 5. 31 2003헌마579, 판례집 19-1, 662, 664 참조).<sup>4)</sup>

(나) 이 사건에서 권리보호이익의 존재 여부에 대하여 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 이를 긍정하였다.

- 2) 재판관들은 이 사건 등사 거부행위의 법적 성격을 위와 같이 권력적 사실행위로 보면서도 다음과 같은 가정적 판단을 부가하였다. 이 역시 헌재 2009헌마257 결정의 취지에 따른 것이다(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257, 판례집 22-1하, 621, 633).

『이와 달리 피청구인의 이 사건 등사 거부행위를 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보더라도, 청구인들이 형사소송법 제266조의4 소정의 구제절차를 거쳐 법원으로부터 이 사건 열람·등사 허용 결정을 받았음에도 피청구인이 이를 전부 이행하지 아니한 채 이 사건 수사서류에 대한 등사를 거부하고 있는 상황에서, 청구인들로 하여금 재차 행정쟁송 절차를 거치게 하는 것은 권리구제의 실익이 없는 반복적인 절차의 이행을 요구하는 것에 지나지 않는다. 따라서 청구인들이 행정쟁송 절차를 거치지 아니하고 바로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다고 하더라도 이는 보충성원칙의 예외로서 허용된다고 보아야 할 것이다.』

- 3) 헌법재판실무제요(제2개정판)(2015년), 헌법재판소, 343면  
4) 헌법재판실무제요(제2개정판)(2015년), 헌법재판소, 345면

「청구인들에 대한 서울중앙지방법원 2014고합○○○○ 사건은 피청구인의 이 사건 등사 거부행위 이후 그 공판절차가 진행되어 2015. 8. 20. 제1심판결이 선고되었고, 이에 검사와 청구인들이 모두 항소하였으나 2016. 10. 27. 항소기각판결이 선고되었으며(서울고등법원 2015노○○○○), 이에 다시 검사와 청구인들이 모두 상고하여 현재 대법원에 계속 중이다(대법원 2016도○○○○). 따라서 청구인들로서는 이 사건 심판청구가 인용되어 이 사건 수사서류를 등사할 수 있다 하더라도 이를 새로운 증거로 제출할 수는 없는 상황이다.

그러나 대법원이 청구인들에 대한 원심판결을 파기하여 형사소송법 제397조에 따라 원심법원에 환송하는 경우 다시 항소심 절차가 진행될 수 있어 이 사건 수사서류를 증거로 제출할 수 있는 기회가 완전히 봉쇄되었다고 볼 수는 없는 점, 대법원은 공판기일을 지정하여 변호인으로 하여금 피고인을 위하여 변론하도록 하거나(형사소송법 제387조, 제388조) 필요한 경우에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있는데(형사소송법 제390조 제2항), 청구인들이 이 사건 수사서류를 등사하여 참고자료로 제출함으로써 위와 같은 변론 기회를 부여받을 수도 있는 점 등에 비추어 보면, 청구인들이 현재 이 사건 수사서류를 증거로 제출할 수 없다는 사정만으로 이 사건 심판청구가 청구인들의 권리구제에 더 이상 도움이 되지 않는다고 볼 수는 없다.

권력적 사실행위는 그 속성상 침해행위가 헌법소원심판 당시까지 계속되는 경우가 거의 없다. 따라서 헌법소원심판에서 권리보호이익을 지나치게 좁게 인정하면 재판을 받을 권리를 부당하게 박탈하는 결과를 가져올 수도 있는데, 위와 같은 판단은 권력적 사실행위가 종료되었다고 하더라도 권리보호이익의 소멸 여부에 대해서는 엄격하고 신중한 검토가 필요하다는 취지로 이해할 수 있다.

## (2) 심판의 이익 인정 여부

(가) 헌법소원제도는 개인의 권리구제뿐만 아니라 헌법질서의 수호·유지도 겸하고 있으므로, 헌법소원심판청구가 청구인들의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판의

이익을 인정할 수 있다(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 108 등 참조).

(나) 다수의견은 다음과 같이 설령 이 사건 등사 거부행위의 주관적 권리보호이익이 소멸하였다고 하더라도 이 사건 심판청구에 있어서는 여전히 심판청구의 이익이 존재한다고 보았다.

「피청구인은 법원의 이 사건 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 이 사건 수사 서류에 대한 열람·등사를 제한하는 것이 가능하다는 입장이므로, 앞으로도 이 사건과 같은 유형의 침해행위가 반복될 가능성이 크다 할 것이다.

헌법재판소는 형사소송법 제266조의4에 기한 변호인의 수사기록에 대한 열람·등사 사건에 관하여 이미 헌법적 해명을 한 바 있으나(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257 참조), 이는 법원이 형사소송법 제266조의4 제2항에 따라 열람·등사를 허용한 수사서류에 대하여 검사가 그 열람·등사를 거부한 행위가 문제된 반면, 피청구인은 이 사건 수사서류에 대하여 열람은 허용하고 등사만을 거부하였으므로 두 사건은 차이가 있다.

따라서 이 사건과 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 가능성이 크고, 이 사건 쟁점에 대한 헌법적 해명은 헌법질서의 수호를 위하여 매우 긴요하다고 할 수 있으므로, 가사 청구인들에 대한 주관적 권리보호의 이익이 소멸하였다고 하더라도 이 사건 심판청구에 있어서는 심판청구의 이익이 여전히 존재한다 할 것이다.」

(다) 이러한 다수의견에 대하여 재판관 안창호는 이 사건에서 권리보호 이익이 있고 이 사건 등사 거부행위가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다는 점에 대해서는 다수의견과 견해를 같이하면서도, 권리보호이익이 없다고 볼 경우에는 심판의 이익을 인정할 수 없다는 별개의견을 개진하였다. 그 요지는 다음과 같다.

「가. 헌법재판소는 2010. 6. 24. 2009헌마257 사건에서, 법원이 형사소송법 제266조의3, 제266조의4에 기초하여 수사서류에 대하여 열람·등사를 허용한 결정을 따르지 아니한 검사의 거부행위는 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리

와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이므로 위헌임을 확인하는 결정을 하였다. 이 사건은 형사소송법에 기초한 불복절차에 따른 법원의 수사기록에 관한 열람·등사 허용 결정에 대하여, 검사가 열람만 허용하고 등사를 허용하지 아니한 사안이다. 이는 현재 2009헌마257 사건에서 이미 헌법적으로 해명한 ‘법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정을 따르지 아니한 검사의 거부행위’에 당연히 포섭된다. 따라서 이 사건 등사 거부행위를 포섭하는 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용에 대한 헌법적 해명이 이미 이루어졌고, 달리 이 사건에서 청구인들은 헌법적으로 의미있는 주장을 하고 있지 아니하므로, 이 사건 등사 거부행위와 관련하여 중대한 의미를 가지는 헌법적 해명이 필요하다고 할 수 없다.

나. 한편, 심판의 이익을 인정하기 위해서 요구되는 권력적 사실행위의 반복위험성은 권력적 사실행위의 근거 또는 관련 법령에서 유래된 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용의 반복위험성을 의미한다. 그리고 ‘권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용’의 반복위험성은 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있는지 여부를 판단하기 위한 징표로 기능한다. 통상 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용의 반복위험성이 없으면, 헌법적 해명이 필요한 특별히 예외적인 경우를 제외하고는, 헌법적 해명이 중대한 의미를 가진다고 할 수 없다. 또한 그러한 반복위험성이 있다고 하더라도 헌법적 해명이 중대한 의미를 가지고 있지 아니하면 헌법적 해명의 필요성이 인정된다고 할 수 없다.

헌법재판소가 심판대상인 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용이 헌법에 위반된다고 헌법적 해명을 하면, 모든 국가기관과 지방자치단체는 헌법재판소의 위헌결정에 따라야 할 의무가 있다(헌법재판소법 제75조 제1항 참조). 이러한 위헌 결정의 기속력과 헌법을 최고규범으로 하는 법질서의 체계적 요청에 비추어 보면, 법집행기관은 이러한 위헌결정의 취지에 반하여 집행행위를 할 수 없다(대법원 2012. 2. 16. 2010두10907 전원합의체 판결 참조).

이러한 사정을 종합하면, 헌법재판소에서 권력적 사실행위의 일반적·추상적 내용에 대하여 헌법에 위반된다고 확인한 경우에는 그 권력적 사실행위에 포섭되는 것은 반복의 위험성이 인정되지 아니한다고 할 수 있다. 다만 위법한 권력적 사실행위와 관련하여 상대방은 헌법재판의 권리보호이익이나 심판의 이익이 인정되지 아니하는 경우에도 법원에 권리구제절차를 밟을 수 있다.

헌법재판소는 2010. 6. 24. 2009헌마257 사건에서 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 경우에 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 것은 헌법에 위반된다고

헌법적 해명을 하였다. 이 사건에서 검사는 법원의 열람·등사 허용결정을 위반하여 청구인에게 열람만 허용하고 등사를 거부하였으므로, 이는 검사가 헌법재판소의 위헌결정의 취지에 반하여 한 권력적 사실행위로서 그 반복위험성이 인정되지 아니한다.

다. 그렇다면 이 사건 등사 거부행위에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없다고 볼 경우 심판의 이익이 인정되지 아니한다. 한편 입법론적으로는 수사기록 열람·등사 허용 여부의 중대성 및 신속한 절차진행의 필요성에 비추어 볼 때, 법원의 열람·등사에 관한 결정에 대한 불복수단으로 집행정지효가 있는 즉시항고를 명문으로 허용하는 것을 적극 검토하는 것이 바람직하다 할 것이다.」

(라) 다수의견과 별개의견은 헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257 결정을 통하여 이 사건 등사 거부행위의 기본권 침해 여부에 대한 헌법적 해명도 함께 이루어졌다고 볼 것인지에 대하여 견해를 달리 하고 있다. 다수의견은 위 헌재 선례를 통하여 이 사건 등사 거부행위의 헌법적 해명까지 이루어지는 않았다고 본 것이고, 별개의견은 그에 대한 헌법적 해명이 이루어졌다고 보아 심판의 이익을 부정한 것이다.

다만 앞서 본 바와 같이 재판관들이 일치된 의견으로 권리보호이익을 인정한 이상, 다수의견과 별개의견 모두 심판의 이익 인정 여부에 대해서 가정적 판단을 한 것에 불과하므로, 다수의견과 별개의견의 위와 같은 차이가 이 사건 결론에까지 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

#### 다. 이 사건 거부 행위의 기본권 침해 여부

(1) 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 이 사건 등사 거부행위로 인하여 청구인들의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 판단하였다.

「형사소송법 제266조의4 제5항은 검사가 수사서류의 열람·등사에 관한 법원의 허용 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다.

그런데 이 조항은 검사가 그와 같은 불이익을 감수하기만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 피고인의 열람·등사권을

보장하기 위하여 검사로 하여금 법원의 열람·등사에 관한 결정을 신속히 이행하도록 강제하는 한편, 이를 이행하지 아니하는 경우에는 증거신청상의 불이익도 감수하여야 한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 그러한 거부처분이 피고인의 헌법상 기본권을 침해한다는 취지에서 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 할 것이다.

그러므로 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마 257 참조).

이 사건에서 피청구인은 법원의 이 사건 열람·등사 허용 결정 이후 이 사건 수사서류에 대한 열람은 허용하고 등사만을 거부하였는바, 변호인이 수사서류를 열람은 하였지만 등사가 허용되지 않는다면, 변호인은 형사소송절차에서 청구인들에게 유리한 수사서류의 내용을 법원에 현출할 수 있는 방법이 없어 불리한 지위에 놓이게 되고, 그 결과 청구인들을 충분히 조력할 수 없음이 명백하다. 따라서 피청구인이 이 사건 수사서류에 대한 등사만을 거부하였다 하더라도 청구인들의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 보아야 한다.]

(2) 한편 재판관들은 다음과 같이 일치된 의견으로 피청구인의 이 사건 등사 거부행위에 정당한 사유가 존재하는지 여부에 대하여 별도로 심사할 필요 없이 그 등사 거부행위 자체만으로 청구인들의 기본권이 침해되었다고 판단하였다.

「신속하고 실효적인 구제절차를 형사소송절차 내에 마련하고자 열람·등사에 관한 규정을 신설한 입법취지와, 검사의 열람·등사 거부처분에 대한 정당성 여부가 법원에 의하여 심사된 마당에 헌법재판소가 다시 열람·등사 제한의 정당성 여부를 심사하게 된다면 이는 법원의 결정에 대한 당부의 통제가 되는 측면이 있는 점 등을 고려하여 볼 때, 수사서류에 대한 법원의 열람·등사 허용 결정이

있음에도 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요 없이 그 거부행위 자체로서 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 된다(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257 참조).

이는 이 사건과 같이 법원의 수사서류에 대한 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 해당 서류에 대한 열람만을 허용하고 등사를 거부하는 경우에도 마찬가지이다. 피고인 또는 변호인이 수사서류에 대한 열람·등사 신청을 한 경우 법원은 검사에게 해당 서류 등의 제시를 요구할 수 있고, 피고인이나 그 밖의 이해관계인을 심문한 후 열람·등사에 관한 결정을 할 수 있다(형사소송법 제266조의4 제4항). 이 사건에서 법원은 위 형사소송법 조항에 따라 2015. 3. 11. 공판준비기일에서 이 사건 수사서류를 제시받아 검토한 후 피청구인의 제함에 정당한 사유가 없다고 보아 이 사건 열람·등사 허용 결정을 하였고, 그럼에도 피청구인은 이 사건 수사서류에 대한 열람만 허용하고 그 등사는 거부하였다.

따라서 피청구인의 이 사건 등사 거부행위에 정당한 사유가 존재하는지 여부에 대하여 별도로 심사할 필요 없이 그 등사 거부행위 자체만으로 청구인들의 기본권이 침해되었다고 볼 것이다.」

(3) 앞서 본 바와 같이 헌재 2009헌마257 사건과 이 사건은 여러 차이점이 있는데, 위와 같은 판단에는, 그러한 차이점에도 불구하고 헌재 2009헌마257 결정의 취지를 고려하여 이 사건 등사 거부행위의 기본권 침해 여부를 판단하여야 한다는 점이 전제되어 있다고 볼 수 있다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

형사소송법 제266조의4에 기한 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 해당 서류의 열람·등사를 거부한 행위와 관련하여, 헌법재판소는 그러한 행위가 피고인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다는 결정을 선고하였다(헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257, 판례집 22-1하, 621 참조).

이 사건 결정을 통하여 헌법재판소는 위 형사소송법 조항에 따라 법원이 열람·등사를 허용한 수사서류에 대하여 검사가 열람은 허용하고 등사만을 거부한 행위에 대해서도 같은 취지의 위헌 결정을 선고함으로써, 위 형사

소송법 조항에 기한 법원의 수사서류 열람·등사 허용 결정의 의미와 효력을 보다 분명히 한 것으로 생각된다.



## 변리사법 제3조 제2호 등 위헌확인

- 변리사회 강제가입조항 및 의무연수조항의 기본권 침해 여부 -  
(헌재 2017. 12. 28. 2015헌마1000, 판례집 29-2하, 487)

민 선 홍\*

### 【판시사항】

1. 변리사의 변리사회 가입의무를 규정한 변리사법(2013. 7. 30. 법률 제 11962호로 개정된 것) 제11조 중 “제5조 제1항에 따라 등록한 변리사” 부분(이하 ‘이 사건 가입조항’이라 한다)이 청구인의 소극적 결사의 자유, 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 변리사의 연수의무를 규정한 변리사법(2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정된 것) 제15조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 연수조항’이라 한다)이 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 변리사법(2013. 7. 30. 법률 제11962호로 개정된 것) 제11조 중 “제5조 제1항에 따라 등록한 변리사” 부분, 변리사법(2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정된 것) 제15조 제1항 본문이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

### 【사건의 개요】

---

\* 헌법연구관

## 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2014. 4. 8. 변호사시험에 합격하여 변호사 업무를 수행하던 중 2015. 7. 16. 변리사 등록을 하였다. 청구인은 변리사 등록을 한 자의 대한 변리사회(이하 ‘변리사회’라 한다) 가입의무를 규정한 변리사법 제11조 중 “제5조 제1항에 따라 등록한 변리사” 부분, 변리사 등록을 한 자의 연수교육을 받을 의무를 규정한 제15조 제1항 중 “제5조 제1항에 따라 등록한 변리사” 부분에 변호사 자격이 있는 사람을 포함하여 해석하는 것이 청구인의 소극적 결사의 자유, 행복추구권, 평등권을 침해한다고 주장하면서 2015. 10. 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장 요지

이 사건 가입조항은 대한변호사협회에 가입하여야 하는 변호사로 하여금 변리사회에 의무적으로 가입하도록 규정하여 청구인의 소극적 결사의 자유, 평등권을 침해한다. 이 사건 연수조항은 대한변호사협회가 시행하는 연수를 받아야 하는 변호사로 하여금 변리사회가 시행하는 연수를 의무적으로 받도록 규정하여 청구인의 평등권을 침해한다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 가입조항은 변리사의 변리사회 의무가입을 통하여 변리사회의 대표성과 법적 지위를 강화함으로써 변리사회가 공익사업 등을 원활하게 수행할 수 있도록 하고, 산업재산권에 대한 민관공조체제를 강화하여 궁극적으로 산업재산권 제도 및 관련 산업의 발전을 도모하기 위한 것으로, 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

임의가입 제도 하에서는 변리사회의 대표성과 법적 지위가 약화되고, 변리사 단체 가입률이 낮아져 변리사 단체가 공익적 기능을 수행하는 데 어려움을 겪게 된다. 임의가입 제도로 전환할 경우 변리사회 이외의 단체가 설립될 가능성도 있으나, 공익사업 등은 회원인 변리사에게 직접적으로 이익이 되는 것이 아니어서 복수 단체가 경쟁적으로 수행할 것을 기대하기도 어렵다. 변호사 업무와 변리사 업무는 그 내용이 다르고, 대한변호사협회와

변리사회는 그 설립목적, 제공하는 서비스의 내용, 사회적 기능 및 공적 역할이 다르므로, 변호사이더라도 변리사 업무를 수행하는 이상 변리사회에 가입할 필요가 있다. 따라서 이 사건 가입조항은 침해의 최소성 요건도 갖추었다.

이 사건 가입조항으로 인하여 변리사들이 받는 불이익은 변리사회에 가입할 의무가 발생하는 것에 불과한 반면, 이 사건 가입조항이 달성하고자 하는 공익은 중대하므로 이 사건 가입조항은 법익의 균형성 요건도 갖추었다.

따라서 이 사건 가입조항은 청구인의 소극적 결사의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

2. 이 사건 연수조항은 변리사에게 연수교육을 받을 의무를 부과함으로써 변리사의 전문성과 윤리의식을 높이고 산업재산권 및 그 권리자를 보호하여 관련 산업의 발전을 도모하기 위한 것으로 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

변리사법은 연수교육을 받아야 하는 변리사의 범위를 변리사 업무를 하고자 등록한 자로 한정하고 있고, 연수의무 면제 사유도 규정하고 있다. 또한 연수교육에 관한 사항을 변리사회가 연수규칙으로 정하도록 하여, 연수교육이 영업활동에 지장을 주지 않도록 구체적인 내용을 정할 수 있는 길을 열어 놓으면서도, 변리사회의 연수규칙에 대하여 특허청장의 승인을 받도록 함으로써 교육 내용의 부실화를 방지하고 있다. 변호사와 변리사는 주된 업무 내용이 다르므로, 변호사이더라도 변리사 업무를 수행하는 이상 변리사 연수를 받을 필요가 있다. 따라서 이 사건 연수조항은 침해의 최소성 요건도 갖추었다.

이 사건 연수조항으로 인하여 청구인은 연수교육을 받는 시간만큼 영업활동을 할 수 없게 되는 불이익을 받게 되나, 이와 같은 불이익이 이 사건 연수조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 크다고 볼 수 없으므로 이 사건 연수조항은 법익의 균형성 요건도 갖추었다.

따라서 이 사건 연수조항은 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.

3. 이 사건 가입조항이 변리사시험에 합격한 사람과 변호사 자격을 가진

사람 모두 변리사회에 가입하도록 규정하고, 이 사건 연수조항이 변리사시험에 합격한 사람과 변호사 자격을 가진 사람 모두 연수교육을 받도록 규정한 것은 변리사 업무를 수행함에 있어서 근본적으로 같은 것을 같게 취급하는 것이므로 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

### **재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 이 사건 가입조항에 대한 위헌의견**

변리사회는 사법상의 법인이고, 변리사법은 산업재산권 제도의 발전을 도모하고 변리사의 품위향상 및 업무개선을 위하여 변리사회를 둔다고 규정하고 있을 뿐, 변리사회가 공익사업 등을 수행하여야 한다고 강제하고 있지 않다. 특허청이나 그 소속기관, 변리사 개인, 변리사회 이외의 단체도 충분히 공익사업 등을 수행할 수 있다. 따라서 변리사회가 공익사업 등을 수행하는 것은 변리사회 의무가입의 정당한 목적이 될 수 없고, 변리사회 의무가입이 공익사업 등의 수행에 적합한 수단이라고 볼 수도 없다.

변리사회를 통하여 민관공조체제를 구축한다는 것은 변리사회가 특허청과 변리사 사이에서 의견과 정보를 전달하는 매개체의 역할을 수행하도록 한다는 것인데, 변리사회가 그와 같은 활동을 하는 것은 변리사회의 설립 목적상 당연하고, 전문가격사인 변리사들의 이익이 언제나 공익과 합치되는 것도 아니다. 따라서 민관공조체제 강화 역시 변리사회 의무가입의 정당한 목적이 될 수 없다. 오히려 이 사건 가입조항으로 인하여 유일 단체로서의 변리사회의 법적 지위가 강화되면 다양한 이해관계인의 자유로운 의사 표출이 억제되고 소수 세력의 목소리가 매몰될 우려가 있으므로, 이 사건 가입조항이 산업재산권에 대한 민관공조체제 강화에 적합한 수단이라고 볼 수도 없다.

이 사건 가입조항으로 인하여 경쟁단체의 출현이 어렵게 되어 변리사회가 독점적 지위를 누리게 되므로, 복수단체 간 자유경쟁을 통한 서비스 향상을 기대할 수 없어 변리사회가 제공하는 각종 서비스의 질이 저하될 우려가 있다. 따라서 이 사건 가입조항은 변리사회의 설립목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수도 없다.

결국 이 사건 가입조항의 실질적 입법목적은 유일한 변리사단체를 구성

함으로써 변리사회의 대표성과 법적 지위를 강화하는 것 외에는 인정할 수 없고, 이 사건 가입조항이 그와 같은 입법목적을 달성하는 데에는 적합할지 몰라도, 변리사회의 설립목적이나 공익사업 등의 수행 및 민관공조체제의 강화를 위해서는 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

변리사들의 소극적 결사의 자유 및 직업수행의 자유를 제한하지 않으면서도 공익사업 등의 수행 및 민관공조체제의 강화 등의 입법목적을 달성할 수 있는 임의가입 제도라는 대체 수단이 존재하므로, 이 사건 가입조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

변리사회는 사법인에 불과함에도 불구하고 이 사건 가입조항이 변리사회 가입의무를 부과함으로써 발생하는 소극적 결사의 자유 및 직업수행의 자유에 대한 제한의 정도는 매우 큰 반면, 이 사건 가입조항을 통하여 달성하려고 하는 입법목적은 공익과는 아무런 관계도 없는 변리사회의 대표성과 법적 지위 강화에 불과하다. 따라서 이 사건 가입조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

그렇다면 이 사건 가입조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 결사의 자유 및 직업의 자유를 침해한다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

변리사회는 사법상의 결사에 해당하므로 변리사들은 변리사회에 자유롭게 가입하고 탈퇴할 수 있는 헌법상 결사의 자유를 누릴 수 있다 할 것인데, 이 사건 가입조항은 변리사법 제5조 제1항의 규정에 따라 등록된 변리사로 하여금 변리사회에 의무적으로 가입하도록 규정하고 있으므로, 청구인의 소극적 결사의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

또한 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항은 변리사 업무를 하고자 변리사법 제5조 제1항의 규정에 따라 등록된 변리사에 대하여 변리사회 가입 의무 및 연수의무를 부과하고 있으므로, 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항이 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

아울러 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항은 변리사 시험에 합격한

자와 변호사 자격이 있는 자를 구분하지 아니하고 변리사회 가입의무 및 연수의무를 부과하고 있으므로 변호사인 청구인의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다.

## 2. 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항의 연혁

### 가. 이 사건 가입조항과 사업자단체 가입 규제의 연혁<sup>1)</sup>

#### (1) 사업자단체의 규제 필요성과 변리사회 가입 의무 부과

사업자단체는 산업정책을 신속히 업계에 전달하고 해당 산업에 대한 국·내외 정보 및 업계의 요구를 정부에 전달하는 매개체 역할을 함으로써 산업정책의 효율적인 수립과 집행을 도울 수 있고, 전문성과 행정력이 부족한 정부로부터 행정사무를 위탁받아 처리할 수 있다. 이러한 행정적 필요성에 따라 정부는 사업자단체에 대하여 설립강제 또는 설립조건 부과, 가입강제, 단체 운영 관련 승인·보고 의무 부과, 회원 교육, 자격 등록, 징계 등 정부업무의 위탁 등의 규제를 해왔다. 변리사법은 1961년 제정 시부터 변리사회 설립을 법정화하고 변리사에 대하여 변리사회 가입의무를 부과하였다.

#### (2) 1999년 사업자단체 규제 개혁과 변리사회 강제가입제도 폐지

1998년 규제개혁위원회는 다음과 같은 사업자단체 규제의 문제점을 인식하고, 사업자단체의 설립 및 가입을 자유화하고 행정사무의 위탁을 원칙적으로 폐지함으로써 독점적 구조를 깨뜨려 사업자단체가 수행하는 역할 내지 사업의 효율성을 향상시키고 사업자의 자유로운 활동을 보장하기 위해서 변리사회, 변호사회, 세무사회, 관세사회, 공인회계사회, 법무사회, 노무사회 등 37개 사업자단체의 설립 및 가입강제를 폐지하기로 하였다.

1) 규제개혁위원회, 1998년도 규제개혁백서, 170, 233면, 규제개혁위원회, 1999년도 규제개혁백서, 271, 290-302면, 규제개혁위원회, 2000년도 규제개혁백서, 119-129면, 국회 산업자원위원회, 1998. 12. 변리사법중개정법률안 심사보고서, 3-4면, 같은 위원회, 2005. 12. 변리사법 일부개정법률안 심사보고서, 2-8면, 사공영호, 건설산업분야 사업자단체 규제의 개혁방안, 규제연구 제13권 제2호, 2004, 93-97면, 김의영, 진입장벽 완화: 사업자단체 규제개혁 사례, 한국 경제개혁 사례연구, 2002, 139-157면, 고동수, 사업자단체 관련 규제 개선방안, KIET산업경제 통권 73호, 2004, 60-68면 참조.

- 사업자단체가 집단이익을 관철하기 위하여 정부에 영향력을 행사하여 공공의 이익을 훼손함

- 구성사업자에게 과도한 권한과 영향력을 행사하여 자유로운 사업활동을 제한함

- 경쟁 단체의 출현이 어렵게 되어 이해관계의 자유로운 표출이 억제되고, 소수 및 개혁 세력의 목소리가 무시됨

- 사업자단체의 설립·가입 및 회비납부의 법정의무화로 인하여 회원들에게 불필요한 부담을 줌

- 행정사무의 독점위탁은 경쟁을 억제하여 서비스 수준의 저하와 가격인상을 유발하고, 비영리법인인 사업자단체의 사업기관화를 초래함

이에 따라 1999. 2. 8. 법률 제5826호로 개정된 변리사법은 변리사회의 복수단체 설립이 가능하도록 변리사회 설립을 임의화하고 변리사회 강제가입제도를 폐지하였다. 입법자는 이로써 변리사회에 가입하지 않고서도 변리사 업무를 수행할 수 있도록 하여 변리사의 자율성을 제고하고 복수단체 간 자유경쟁을 통해 대국민·대회원 서비스를 향상시킬 수 있을 것이라 기대하였다.

같은 이유에서 대한행정사회, 한국공인노무사회, 한국감정평가업협회, 대한건축사협회, 전국부동산중개인협회 등 35개 사업자단체의 설립 및 가입 강제 제도가 폐지되었다. 다만 대한변호사협회, 한국공인회계사회, 한국세무사회, 한국관세사회, 대한법무사회의 설립 및 가입강제 제도는 관련 협회가 다음과 같은 이유로 반발하는 등으로 인하여 존치되었다.

- 전문자격사단체는 일반 사업자단체와는 달리 국가와 소비자를 위한 여러 가지 공익적 기능을 담당하고 있음

- 복수단체화와 임의가입이 허용되면 단체의 난립과 단체 미가입자의 발생 등으로 인하여 공익적 업무의 효율적인 수행이 어려워지고 결과적으로 대국민 서비스의 질이 저하됨

- 등록권, 감독권, 징계권 등의 국가회수는 정부의 규제완화의 논리에 어긋남

- 공정거래위원회의 규제에 의하여 전문자격사단체의 보수결정 카르텔 위험이 없어졌음

### (3) 2006년 변리사회 강제가입제도 재도입

변리사회 강제가입제도가 폐지된 후 변리사회 가입률이 점차 감소하여 2005년 10월 말 기준 37%에까지 이르게 되자 공익변리사 특허상담센터, 특허법률 구조사업 등 공익사업 수행에 어려움을 겪게 되었고, 지식재산권의 가치가 증가하고 국제경쟁이 가속화됨에 따라 지식재산분야의 민간 전문가 단체인 변리사회의 연구역량 및 대외협력을 강화할 필요성이 대두되었다. 이에 2006. 3. 3. 법률 제7870호로 개정된 변리사법 제11조는 변리사회 강제가입제도를 재도입하였다.

변리사법 제11조는 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되면서 자구수정이 있었고, 2013. 7. 30. 법률 제11962호로 개정되면서 특허법인 및 특허법인(유한)에 관한 내용이 추가되었을 뿐 현재까지 동일한 내용으로 유지되고 있다.

## 나. 이 사건 연수조항과 보수교육제도의 연혁<sup>2)</sup>

### (1) 사업자교육 관련 규제

정부는 사업자의 자질 향상, 영업 종사자 및 일반 국민의 안전·보전 확보 등을 위하여 국가자격 취득자, 국가공인 민간자격 취득자, 특정업종 사업자에 대하여 사업·업무관련 교육 의무를 부과해 왔다.

사업자교육은 자격취득 시 또는 영업개시 전에 이루어지는 사전교육과 자격취득 또는 영업개시 후 이루어지는 보수교육으로 구분된다. 중앙행정기관의 장은 지방자치단체에 위임하거나 사업자단체·대학 등에 위탁하여 교육을 실시하고 있는데, 전문자격사 관련 교육은 전문성을 고려하여 협회에서 실시하고 있다.

### (2) 1998년 규제 개혁

---

2) 규제개혁위원회, 1998년도 규제개혁백서, 172면, 규제개혁위원회, 2006년도 규제개혁백서, 89-101면, 국회 지식경제위원회, 2011. 4. 변리사법 일부개정법률안 심사보고서, 13-15면, 국회 기획재정위원회, 2012. 12. 세무사법 일부개정법률안 심사보고서, 3-6면, 국회 기획재정위원회, 2013. 12. 관세사법 일부개정법률안 심사보고서, 6-7면, 제298회 국회 지식경제위원회회의록 제1차(2011. 3. 3.), 31-32면, 국회 환경노동위원회, 2010. 4. 공인노무사법 일부개정법률안 심사보고서 9면 참조.

1998년 규제개혁위원회는 ① 보수교육은 해당 분야 종사자의 경쟁력에 직결되는 문제이므로 국가가 강제할 필요성이 적고, ② 교육내용이 사업과 무관하거나 형식적인 경우가 빈번하여 오히려 교육 대상자들의 사업활동에 지장을 초래하고 있으며, ③ 사업자단체가 교육사업을 이권사업으로 활용하려는 경향이 있고 일부 협회에서는 교육 참석자에게 협회비 납부를 강요하여 사실상 협회가입을 강제하고 있다는 점 등을 고려하여 의사, 약사 등 국민건강 관련 보수교육 및 유독물 관리자 교육 외에 세무사, 관세사 등 46종의 보수교육 의무제도를 폐지하고 협회가 자율적으로 실시하도록 개선하기로 결정하였다.

이에 따라 대한행정사회, 한국공인노무사회, 대한건축사협회, 전국부동산중개인협회 등 47개 사업자단체의 보수교육이 폐지되었고, 한국세무사회, 한국관세사회 등의 보수교육은 존치되었다.

### (3) 2006년 규제 개혁

2005년 말 기준 16개 중앙행정기관이 소관 118개 법률에 의거 총 232종의 교육과정을 운영하고 있었다. 2006년 규제개혁위원회는 1998년과 같은 이유에서 국민의 생명·건강·안전 등에 직접 관련이 적은 국가자격 취득자의 보수교육 이수 의무를 폐지하기로 하였다. 다만, 자격관리기관(정부, 협회 등)이 자격취득자의 전문성 제고를 위해 필요시 희망자에 한해 교육을 실시하는 것은 허용하고, 자격취득 시나 영업종사 전에 실시하는 사전교육은 존치하도록 하였다.

이에 따라 보수교육 폐지대상으로 선정된 국가자격으로는 공인회계사, 세무사, 관세사, 보세사, 보험계리사, 손해사정사, 경매사, 호텔경영사, 호텔관리사, 호텔서비스사, 관광통역안내사, 국내여행안내사가 있다.

한편, 국민의 생명·건강·안전 등과 직접 관련된 국가자격 취득자의 경우에도 취업, 고객 유치 등을 위해 스스로 전문성 유지·제고노력을 하고 있음을 감안하여 영업에 종사하지 않을 경우 보수교육 의무를 면제하고, 영업종사 시에도 정기 교육보다는 중요 정책의 변경, 급격한 기술변화 등 특별히 필요성이 있는 경우에 교육을 실시하며, 교육대상자에 따른 교육내용·시간 등의 차별화, 순회교육·원격교육의 도입 등으로 교육의 실효성을

제고하고 교육대상자의 편의를 고려하도록 하였다.

그 결과 2007년 관세사에 대한 보수교육의무가, 2009년 세무사에 대한 보수교육의무가 각 폐지되었다.

#### (4) 보수교육제도의 재도입

위와 같이 규제개혁위원회의 결정으로 보수교육이 폐지되었으나 전문가격사의 전문성과 윤리의식을 제고하기 위해서는 보수교육이 필요하다는 지적이 계속되었다. 또한 세무사회와 관세사회는 법률상 보수교육의무가 폐지되었음에도 불구하고, 회칙에 회원의 보수교육의무를 규정하여 계속하여 보수교육을 시행하였다.

이에 따라 노무사는 2010년, 행정사와 건축사는 2011년, 세무사는 2013년에 보수교육의무가 다시 도입되었다. 관세사의 경우 2014년 관세사회가 연수를 실시할 수 있다고 규정되었다.

#### (5) 이 사건 연수조항의 제정

이 사건 연수조항은 국제공조 강화와 기술·산업의 발전에 따라 변리사업무 관련 법·제도가 빈번하게 변화하고 있는 점, 자율적 연수 하에서 전체 등록 변리사 중 약 4%만이 변리사 연수에 참여하여 실질적인 교육이 이루어지지 못한 점을 감안하여, 변리사의 전문성과 윤리의식을 높이기 위하여 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 제정되었다.

국회 지식경제위원회 회의에서 변호사로서 변리사 자격이 있는 자에게도 변리사 연수 의무를 부담시키는 것은 과중하다는 지적이 있었으나 원안 그대로 입법이 되었다.

#### 다. 전문가격사의 협회 가입 및 연수에 관한 규정

앞서 본 것과 같은 개정 과정을 거쳐 현행법은 변리사, 변호사(변호사법 제7조 제2항, 제68조 제1항), 세무사(세무사법 제18조 제2항), 관세사(관세사법 제21조 제3항), 공인노무사(공인노무사법 제24조의2 제1항), 법무사(법무사법 제28조), 공인회계사(공인회계사법 제42조), 감정평가사(‘감정평가 및 감정평가사에 관한 법률’ 제35조 제1항)에게 협회 가입 의무를 부과하

고 있다. 건축사의 경우 건축사법에 의하여 협회의 설립 및 가입이 강제되지 않고 있어(건축사법 제31조 제1항), 대한건축사협회, 새건축사협의회 등 다수의 사업자단체가 존재하고 있다.

변리사, 변호사(변호사법 제85조), 세무사(세무사법 제18조의2), 관세사(관세사법 제21조의2), 공인노무사(공인노무사법 제5조의2), 법무사(법무사법 제29조), 공인회계사(공인회계사법 제46조), 감정평가사(‘감정평가 및 감정평가사에 관한 법률’ 제38조), 건축사(건축사법 제30조의2) 모두 법률에서 자격사의 연수 의무 또는 협회의 연수 실시 의무를 규정하고 있다.

### 3. 변리사회의 성격·사업 및 변리사의 가입의무

#### 가. 변리사회의 법적 성격

변리사회는 산업재산권 제도의 발전을 도모하고 변리사의 품위향상 및 업무개선을 위하여 변리사법에 의하여 설립된 법인이고(변리사법 제9조 제1항, 제2항), 회칙의 제·개정 시 특허청장의 인가를 받는 등 그 운영에 관하여 특허청장의 감독을 받으며(변리사법 제10조 제1항, 제13조), 특허법률구조사업 등 공익사업을 수행한다는 점에서(변리사회 회칙 제2조 제5호) 일부 공법인으로서의 성격을 지니고 있다.

그러나 변리사회에 관하여는 변리사법이 규정한 사항을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정이 준용되고(변리사법 제9조 제3항), 법률상 임·직원을 그 지위와 관련하여 공무원으로 간주하거나 변리사회가 행한 결정에 대한 불복으로 행정심판에 의한 구제를 밟도록 하는 규정이 마련되어 있지 않은 점, 변리사회 회칙은 변리사회의 설립목적으로 변리사의 지위향상과 그 업무의 지원, 품위향상 및 친목도모 등 구성원의 공동이익을 도모하기 위한 목적을 들고 있고(회칙 제2조), 임원의 선출, 예산과 결산의 승인 등은 행정청의 개입이 없이 회원총회에서 출석회원 과반수로서 자발적으로 의결하는 등(회칙 제40조, 제41조) 변리사회 내부 회원들 사이의 사법상의 법률관계를 규율하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 변리사회는 오히려 사법인으로서의 성격을 지니고 있다 할 것이다.

그렇다면 변리사회는 사법상의 법인으로서, 변리사들이 공동의 목적을

위하여 결합하고 조직할 수 있는 사법상의 결사에 해당한다(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마666, 판례집 20-2상, 319, 329-330 참조).

## 나. 변리사회 주요 활동<sup>3)</sup>

### (1) 변리사 등록 및 각종 신고·신청의 수리·접수 업무

변리사회는 특허청장으로부터 변리사 등록, 등록거부 및 등록취소에 관한 업무(‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제51조 제2항 제1호, 제3호, 제4호, 제5호, 제7호, 변리사법 시행규칙 제6조), 개업, 휴업, 사무소 설치·이전 등 신고 수리 업무(‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제51조 제2항 제6호), 특허법인·특허법인(유한)의 설립인가 신청, 조직변경 신청, 정관 변경인가 신청, 해산신고의 접수 업무(‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제51조 제2항 제8호, 변리사법 시행령 제24조 제1호, 제3호, 제4호), 특허법인·특허법인(유한)의 소속변리사와 관련된 신고의 수리 업무(‘행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정’ 제51조 제2항 제9호, 변리사법 시행령 제24조 제2호)를 위탁받아 수행하고 있다.

### (2) 변리사정보 공개 업무

변리사회는 의뢰인의 변리사 선임의 편의를 위하여 인터넷 홈페이지에 변리사의 전문분야, 자격취득사항 등 필요한 정보를 공개할 의무가 있다(변리사법 제14조 제1항).

### (3) 교육·연수 사업

변리사회는 변리사에 대한 연수교육을 시행하고 있다(변리사법 제15조 제1항 내지 제3항). 변리사회는 그 외에 자체적으로 특허도면사·사무요원 양성 교육 등도 실시하고 있다.

### (4) 국제협력사업

변리사회는 미국, 일본, 프랑스, 중국, 영국, 독일 등의 변리사협회와 결

---

3) 변리사회 홈페이지(www.kpaa.or.kr) 등 참조.

연을 맺고, 지식재산권 관련 국제회의에 지속적으로 참석하고 있다. 2012년에는 ‘Global IP Summit Meeting’을 서울에서 개최하였다.

### (5) 공인감정 가치평가사업

변리사회는 지식재산권의 침해 여부, 가치평가 등 지식재산권에 대한 공정한 감정 및 가치평가업무를 수행하고 있다.

### (6) 조사·연구 사업

변리사회는 정부 및 공공기관의 지식재산권 관련 연구용역 과제를 수행하고 회지(특허와 상표), 학술지(지식과 권리), 관련 서적을 발간하는 등 지식재산권 관련 조사·연구 사업을 수행하고 있다.

### (7) 공익사업

변리사회는 무료변리 사업(학생, 장애인, 기초생활수급자 등의 발명을 무료로 출원해 주는 사업), 무료상담 사업(특허청 상담센터, 전화 상담센터 등 운영) 등 공익사업을 수행하고 있다.<sup>4)</sup>

### (8) 변리사회 운영과 회원에 관한 권한

변리사회는 회칙 및 회원의 직업윤리에 관한 규정을 제정할 의무를 부담하고(변리사법 제10조, 제12조 제1항), 회원이 징계사유가 있다고 인정하는 경우 특허청장에게 징계를 요구할 권한이 있다(변리사법 제17조 제3항).

---

4) 다만, 변리업무 관련 공익사업·교육사업 등을 변리사회만 수행하고 있는 것은 아니다. 특허청 소속기관인 국제지식재산연수원은 공무원에 대한 교육, 외국인 지식재산권 업무종사자에 대한 교육, 변리사시험 합격자에 대한 교육, 발명교육센터의 운영, 지식재산권제도에 관한 조사·연구 업무 등을 수행하고 있고(‘특허청과 그 소속기관 직제’ 제2조 제1항, 제24조), 기타 공공기관인 한국지식재산보호원은 중소기업·중견기업에 대한 국제지재권분쟁 예방 컨설팅 사업 등을 수행하고, 권리취득 관련 서류 작성, 심판·심결취소소송의 대리, 산업재산권 침해소송에 대한 민사소송비용의 지원 등을 하는 공익변리사 특허 상담센터를 운영하고 있다[한국지식재산보호원 홈페이지(www.koipa.re.kr) 참조].

### 다. 변리사의 변리사회 가입의무 등

변리사 자격을 가진 사람이 변리사 업무를 시작하려는 때에는 특허청장에게 등록하여야 하고(변리사법 제5조 제1항), 제5조 제1항에 따라 등록한 변리사(이하 ‘등록변리사’라 한다)는 이 사건 가입조항에 따라 변리사회에 가입하여야 한다.

등록변리사는 변리사회 가입 여부와 관계없이 정보 공개를 위하여 필요한 정보를 변리사회에 제공할 의무가 있고(변리사법 제14조 제2항), 변리사회가 시행하는 연수교육을 받을 의무가 있다(변리사법 제15조 제1항).

변리사회에 가입한 변리사는 추가로 변리사회가 제정한 회칙 및 윤리규정의 준수 의무(변리사법 제12조 제2항 참조), 회비납부의무(입회비 200만원, 월회비 4만 원 등, 변리사회 회칙 제6조 제2항, 회비규정 제3조), 무료 변리, 무료상담, 감정평가 등 변리사회에서 지정받은 업무의 처리 의무(변리사회 회칙 제17조 제3항)를 부담하게 된다.

특허청장은 변리사가 변리사법 또는 변리사법에 따른 명령을 위반하는 행위를 하였을 때에는 징계를 할 수 있고(변리사법 제17조 제1항), 변리사회는 회원인 변리사가 징계사유가 있다고 인정하는 경우에는 특허청장에게 그 변리사의 징계를 요구할 수 있다(변리사법 제17조 제3항).

## 4. 변리사 연수의 내용

### 가. 대상 및 면제 사유

등록변리사는 이 사건 연수조항에 따라 변리사회가 시행하는 연수교육을 받아야 한다. 다만 휴업 등으로 연수교육을 받을 수 없는 정당한 사유가 있는 경우, 질병, 부상, 출산, 군복무, 장기 국외 체류 등으로 정상적인 변리사 업무를 수행할 수 없는 경우, 만 70세 이상인 경우 연수의무가 감면된다[변리사법 제15조 제1항 단서, 변리사법 시행령 제17조의5 제2항, 변리사 의무연수 규칙(변리사회 회칙, 이하 ‘연수규칙’이라 한다) 제4조 제2항, 제5조 제1항].

### 나. 시간·방법

연수교육의 시간은 2년에 24시간이고, 직업윤리 과목을 2시간 이상 포함하여야 한다. 연수교육을 받지 아니한 시간은 다음 2년에 받아야 할 연수교육의 시간에 합산한다(변리사법 시행령 제17조의5 제1항, 연수규칙 제6조 제2항).

교육은 직접 출석하여 이루어지는 집합연수와 온라인연수로 나뉘며, 온라인연수는 수도권(서울·경기·인천) 소재 사무소에 근무하는 경우 2년 최대 15시간 이내로, 수도권을 제외한 지역 소재 사무소에 근무하는 경우 2년 최대 20시간 이내로 한정된다(연수규칙 제8조 제1항, 제3항).

변리사회는 연수에 참가한 변리사에게 비용 등을 징수할 수 있다(연수규칙 제15조 제2항). 변리사회 홈페이지에 따르면 실제로 비용을 징수하는 경우도 상당하나, 무료 연수만으로도 연수의무를 이행하는 것이 가능한 것으로 보인다.

#### 다. 미이수자에 대한 조치

연수의무 불이행도 징계사유에 해당하고(변리사법 제17조 제1항), 변리사법 제15조 제1항을 위반하여 연수교육을 받지 아니한 사람에게는 특허청장이 500만원 이하의 과태료를 부과한다(변리사법 제27조). 변리사법 제15조에 따른 연수교육 이수 현황은 변리사회의 인터넷 홈페이지를 통하여 공개된다(변리사법 제14조 제1항, 같은 법 시행령 제17조의4 제1항 제8호, 제2항).

### 5. 이 사건 가입조항의 소극적 결사의 자유 및 직업수행의 자유 침해 여부

이 사건 가입조항이 소극적 결사의 자유 및 직업수행의 자유를 침해하는지 여부에 관하여는 재판관 4인의 합헌의견과 재판관 5인의 위헌의견으로 의견이 나뉘었다.

#### 가. 입법목적의 정당성

재판관 4인의 합헌의견은 이 사건 가입조항의 입법목적은 변리사의 변

리사회 의무가입을 통하여 ① 변리사회의 대표성과 법적 지위를 강화함으로써 ② 변리사회가 무료 변리 등의 공익사업, 산업재산권 및 변리사 제도·정책에 대한 연구·조사사업, 산업재산권에 관한 국제협력 및 교류 사업(이하 ‘공익사업 등’이라 한다)을 원활하게 수행할 수 있도록 하고 ③ 산업재산권에 대한 민관공조체제를 강화하여 궁극적으로 산업재산권 제도 및 관련 산업의 발전을 도모하기 위한 것으로 보고, 그 입법목적이 정당하다고 판단하였다.

이에 대하여 재판관 5인의 위헌의견은 공익사업 등의 수행과 민관공조체제 강화는 정당한 입법목적이 될 수 없다고 보았다.

먼저 변리사회는 변리사들이 공동의 목적을 위하여 조직한 사법상의 법인이고, 변리사법은 산업재산권 제도의 발전을 도모하고 변리사의 품위향상 및 업무개선을 위하여 변리사회를 둔다고 규정하고 있을 뿐(제9조 제1항), 변리사회가 공익사업 등을 수행하여야 한다고 강제하고 있지 않은 점, 특허청이나 그 소속기관인 국제지식재산연수원, 한국지식재산보호원 등이 공익사업 등을 수행하고 있고, 변리사 개인이나 변리사회 이외의 단체도 충분히 공익사업 등을 수행할 수 있으므로, 변리사회가 반드시 공익사업 등을 수행하여야 할 현실적인 필요성이 큰 것도 아닌 점을 고려하면 공익사업 등의 수행이 변리사회 의무가입의 정당한 목적이 될 수 없다고 보았다.

또한 변리사회를 통하여 민관공조체제를 구축한다는 것은 변리사회가 특허청과 변리사 사이에서 산업재산권 제도 및 정책에 관한 의견과 정보를 전달하는 매개체의 역할을 수행하도록 한다는 것인데, 변리사회가 그 구성원인 변리사들의 이익을 위하여 산업재산권 제도 및 정책에 관한 의견을 표출하는 것은 변리사회의 설립목적상 당연한 활동이고, 전문자격사인 변리사들의 이익이 언제나 공익과 합치되는 것도 아니므로, 이 사건 가입조항이 변리사들에게 가입의무를 부과함으로써 변리사회의 위와 같은 활동을 제도적으로 뒷받침하여야 할 필요성을 인정할 수 없다는 이유에서 민관공조체제 강화 역시 변리사회 의무가입의 정당한 목적이 될 수 없다고 보았다.

결국 재판관 5인의 위헌의견은 변리사회에의 의무가입을 통하여 유일한 변리사단체를 구성함으로써 변리사회의 대표성과 법적 지위를 강화하는 것만이 이 사건 가입조항의 실질적 입법목적에 해당한다고 판단하였다.

## 나. 수단의 적합성

재판관 4인의 합헌의견은 변리사가 변리사회에 의무적으로 가입하게 되면 변리사회가 변리사 전체의 이익을 대변한다는 대표성과 법적 지위를 갖게 되고, 위와 같은 공익적 기능을 수행하기 위한 조직과 역량을 확보할 수 있게 되므로, 이 사건 가입조항의 수단의 적합성이 인정된다고 보았다.

이에 대하여 재판관 5인의 위헌의견은 이 사건 가입조항이 변리사회의 대표성과 법적 지위를 강화하는 데는 적합할지 몰라도, 산업재산권 제도의 발전을 도모하고 변리사의 품위향상과 그 업무개선을 도모하는 설립목적이나 공익사업 등의 수행 및 민관공조체제의 강화를 위해서는 적합한 수단이라고 볼 수 없다고 보았다.

공익사업 등 수행과 관련하여서는, 앞서 본 바와 같이 변리사회는 그 구성원의 이익을 도모하는 사법상의 법인이지 공익사업 등을 수행하기 위하여 설립된 단체가 아니고 공익사업 등의 수행은 다양한 주체가 할 수 있으므로, 변리사회에 강제로 가입하도록 하더라도 그것이 공익사업 등 수행으로 이어지는 것은 아니라는 점에서 수단의 적합성을 부정하였다.

또한, 산업재산권에 대한 민관공조체제가 강화되기 위해서는 변리사들의 산업재산권 제도 및 정책에 관한 다양한 의견이 특허청 등 국가기관에 전달되는 것이 필수적인데, 이 사건 가입조항과 같이 변리사들로 하여금 하나의 단체에 가입하도록 의무를 부과하면, 변리사회의 법적 지위 강화에 따른 소속 임원들의 대내적 위치의 공고화로 오히려 단체 내부의 자율적 정화 움직임이 차단되어 다양한 이해관계인의 자유로운 의사 표출이 억제되고 소수 세력의 목소리가 매몰될 우려가 있다는 이유에서 민관공조체제의 강화를 위한 수단의 적합성도 부정하였다.

재판관 5인의 위헌의견은 오히려 이 사건 가입조항과 같이 변리사들로 하여금 하나의 단체에 가입하도록 의무를 부과하면, 경쟁단체의 출현이 어렵게 되어 변리사회가 독점적 지위를 누리게 되므로, 복수단체 간 자유경쟁을 통한 서비스 향상을 기대할 수 없어 변리사회가 국민 또는 구성원들을 위해서 제공하는 각종 서비스의 질이 저하될 우려가 있으므로, 이 사건 가입조항은 변리사의 품위향상과 그 업무개선을 통하여 산업재산권 제도의 발전을 도모하고자 하는 변리사회의 설립목적을 저해할 우려가 있다고 보

았다.

#### 다. 침해의 최소성

재판관 4인의 합헌의견은 임의가입 제도로 전환할 경우 변리사회의 대표성과 법적 지위가 약화되고, 변리사 단체에 가입하지 않는 변리사의 수가 증가하면 변리사 단체가 위와 같은 공익적 기능을 수행하는 데 어려움을 겪게 되는 점, 변리사회 이외의 단체가 설립될 가능성도 있으나, 공익사업 등은 회원인 변리사에게 직접적으로 이익이 되는 것이 아니어서, 복수단체가 위와 같은 사업을 경쟁적으로 수행할 것을 기대하기도 어려운 점을 고려하면, 강제가입 제도는 불가피한 수단에 해당한다고 보았다.

특히 재판관 4인의 합헌의견은 1999. 2. 8. 법률 제5826호로 개정된 변리사법이 변리사회의 임의가입 제도를 도입한 바 있으나, 변리사회의 가입률이 37% 정도로 낮아져 실제로 공익변리사 특허상담센터, 특허분쟁 법률구조 등 공익사업의 수행과 지적재산권에 관한 국제협력 및 교류 사업에 어려움이 발생하였던 점을 강조하였다.

반면 재판관 5인의 위헌의견은 임의가입 제도를 도입하면 변리사회에 자유롭게 가입하고 탈퇴할 수 있는 소극적 결사의 자유를 제한하지 않고, 앞서 본 바와 같이 공익사업 등의 수행과 민관공조체제 강화 등의 입법목적 및 변리사회의 설립목적 달성에 장애가 된다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 가입조항이 침해의 최소성 원칙에도 위배된다고 보았다.

#### 라. 법익의 균형성

재판관 4인의 합헌의견은 이 사건 가입조항으로 인하여 변리사들이 받는 불이익은 변리사회에 가입할 의무가 발생하는 것에 불과한 반면, 변리사회의 대표성과 법적 지위를 강화함으로써 변리사회가 공익사업 등을 원활하게 수행할 수 있도록 하고 산업재산권에 대한 민관공조체제를 강화하여 궁극적으로 산업재산권 제도 및 관련 산업의 발전을 도모하고자 하는 공익은 매우 중대하므로, 이 사건 가입조항은 법익의 균형성 요건도 갖추었다고 판단하였다.

재판관 5인의 위헌의견은 변리사회는 본질적으로 사법인에 불과하므로

변리사들이 자유롭게 가입하고 언제든지 탈퇴할 수 있어야 함에도 불구하고, 이 사건 가입조항은 변리사들로 하여금 변리사회에 의무적으로 가입하도록 규정하고, 이를 통하여 경쟁단체의 출현을 억제하고 있으므로, 그 결과 발생하는 소극적 결사의 자유에 대한 제한의 정도도 매우 큰 반면, 이 사건 가입조항을 통하여 달성하려고 하는 입법목적은 공익과는 아무런 관계도 없는 변리사회의 대표성과 법적 지위 강화에 불과한 점, 이 사건 가입조항으로 인하여 오히려 유일한 변리사단체로서의 집단이익을 관철하기 위해 국회·정부 등에 영향력을 행사하여 공공의 이익을 훼손할 위험성이 크고, 회원인 변리사들에게 과도한 권한과 영향력을 행사하여 그들의 자유로운 활동을 제한하거나 구성원의 이익이 아닌 단체 또는 그 임직원의 특정한 이익만을 추구할 가능성도 큰 점을 고려할 때, 이 사건 가입조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다고 판단하였다.

## 6. 이 사건 연수조항의 직업수행의 자유 침해 여부

이 사건 연수조항이 직업수행의 자유를 침해하지 않는다는 점에 관하여는 재판관들의 견해가 일치하였다.

이 사건 연수조항은 변리사에게 연수교육을 받을 의무를 부과함으로써 변리사의 전문성과 윤리의식을 높이고 산업재산권 및 그 권리자를 보호하여 관련 산업의 발전을 도모하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다고 보았다.

변리사법은 연수교육을 받아야 하는 변리사의 범위를 변리사 업무를 하고자 등록한 자로 한정하고 있고(변리사법 제15조 제1항 본문), 질병·휴업 등으로 연수교육을 받기에 적당하지 아니한 경우에는 연수의무를 면제해 주고 있는 점(변리사법 제15조 제1항 단서), 연수교육의 방법, 절차, 대통령령으로 정하는 범위 내에서의 연수교육의 시간 등 필요한 사항을 변리사회가 연수규칙으로 정하도록 하여(변리사법 제15조 제1항 본문, 제2항), 연수교육이 영업활동에 지장을 주지 않도록 구체적인 내용을 정할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 점, 변리사회의 연수규칙에 대하여 특허청장의 승인을 받도록 하여(변리사법 제15조 제2항), 교육 내용의 부실화를 방지하고 있는

점 등을 고려할 때, 영업 활동에 대한 제한을 최소화하고 교육의 실질적 효과를 담보하기 위한 제도적 장치를 마련하고 있으므로, 침해의 최소성 요건도 갖추었다고 판단하였다.

이 사건 연수조항으로 인하여 연수교육을 받는 시간만큼 영업활동을 할 수 없게 되는 불이익이 변리사의 전문성과 윤리의식을 높임으로써 산업재산권 및 그 권리자를 보호하고 관련 산업의 발전을 도모하고자 하는 공익에 비하여 크다고 볼 수 없으므로, 법익의 균형성 요건도 갖추었다고 보았다.

## 7. 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항의 평등권 침해 여부

청구인은 대한변호사협회에 가입하여 대한변호사협회가 시행하는 연수를 받아야 하는 변호사로 하여금 변리사회에도 의무적으로 가입하도록 규정하고, 변리사회가 시행하는 연수도 의무적으로 받도록 규정하는 것은 청구인의 평등권을 침해한다고 주장하였다.

이에 대하여는 재판관들의 일치된 의견으로 이 사건 가입조항 및 이 사건 연수조항에 의한 차별취급이 존재하지 않는다고 보았다. 변리사시험에 합격한 사람과 변호사 자격을 가진 사람은 변리사의 자격을 취득하는 과정이 서로 다르기는 하나 변리사 업무를 수행함에 있어서는 어떠한 차이가 발생한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 가입조항이 변리사시험에 합격한 사람과 변호사 자격을 가진 사람 모두 변리사회에 가입하도록 규정하고, 이 사건 연수조항이 변리사시험에 합격한 사람과 변호사 자격을 가진 사람 모두 연수교육을 받도록 규정한 것은 변리사 업무를 수행함에 있어서 근본적으로 같은 것을 같게 취급하는 것에 해당한다는 것이다.

## 8. 결정의 의의

헌법재판소는 2008. 7. 31. 2006헌마666 결정에서, 이 사건 가입조항과 동일한 내용을 규정하고 있었던 변리사법(2006. 3. 3. 법률 제7870호로 개정되고, 2011. 5. 24. 법률 제10706호로 개정되기 전의 것) 제11조 중 “제5조 제1항의 규정에 따라 등록된 변리사” 부분에 대하여, 재판관 3인은 각하의견을, 재판관 2인은 합헌의견을, 재판관 4인은 위헌의견을 표시하여 위헌의견

이 다수였으나 위헌 정족수에 이르지 못하여 심판청구를 기각하였다. 이 사건에서도 이 사건 가입조항에 대하여 위헌의견이 다수였으나 위헌 정족수에 이르지 못하여 심판청구를 기각하여 종전의 선례의 결론을 유지하였다.

전문자격사단체는 해당 자격사들의 이익 추구를 위한 사적 단체이지만, 행정관청의 위탁 또는 감독 하에 공적 기능도 수행하고 있다. 이러한 전문자격사단체의 두 가지 측면 중 어느 것을 중시하는지에 따라 전문자격사단체에 대한 규제도 완화되었다가 다시 강화되는 변화를 겪었다. 이 결정의 합헌의견과 위헌의견은 입법목적의 정당성부터 다른 견해를 취하였는데, 이는 전문자격사단체를 보는 시각의 차이가 반영된 것으로 보인다. 이 사건에서 다루어진 전문자격사단체는 대한변리사회이지만, 이 사건에서 논의된 쟁점들은 다른 전문자격사단체에도 공통적으로 적용될 수 있을 것이다.



# 서울교육대학교 등 2017년도 수시모집 입시요강 위헌 확인 사건

- 검정고시 출신자의 수시모집 지원을 제한하는  
국립교육대학교 등의 입시요강이 청구인들의 교육을 받을  
권리를 침해하는지 여부 -

(헌재 2017. 12. 28. 2016헌마649, 판례집 29-2하, 537)

나 진 이\*

## 【판시사항】

검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들(이하 ‘검정고시 출신자’라 한다)의 수시모집 지원을 제한하는 내용의 피청구인 국립교육대학교 등의 ‘2017학년도 신입생 수시모집 입시요강’(이하 ‘이 사건 수시모집요강’이라 한다)이 청구인들의 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)

## 【심판대상】

이 사건 심판대상은 피청구인들이 이 사건 수시모집요강에서 검정고시로 고등학교 졸업학력을 취득한 사람들의 수시모집 지원을 제한하는 것이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

## 【사건의 개요】

청구인들은 비인가 대안학교에 재학 중인 학생들로서, 2016년도 제2회 고등학교 졸업학력 검정고시에 합격하여 고등학교 졸업학력을 취득하였다.

---

\* 광주지법 순천지원 부장판사

피청구인들은 초등학교 교원 등을 양성하기 위하여 설립된 국립대학의 총장들로서(이하 위 학교들을 통칭하여 ‘피청구인들 대학’이라 한다), 2016. 5. 경 이 사건 수시모집요강을 공표하였는데, 장애인, 기초생활수급자 또는 차상위계층 등을 대상으로 하는 일부 특별전형은 제외한 대부분의 전형에 있어 고등학교 졸업자 또는 졸업예정자로 지원자격을 한정하고 있다. 이에 따라 검정고시 출신자는, 앞서 본 일부 특별전형의 대상에 해당되지 않는 이상, 피청구인들 대학의 수시모집에 지원할 수 없다.

청구인들은 이러한 피청구인들 대학의 이 사건 수시모집요강이 검정고시 출신으로 피청구인들 대학에 진학하여 초등학교 교원이 되고자 하는 청구인들의 교육받을 권리 등 기본권을 침해하고 있다고 주장하면서 이 사건 심판청구를 하였다.

### 【결정요지】

현행 대입입시제도 중 수시모집은 대학수학능력시험 점수를 기준으로 획일적으로 학생을 선발하는 것을 지양하고, 각 대학별로 다양한 전형방법을 통하여 대학의 독자적 특성이나 목표 등에 맞추어 다양한 경력과 소질 등이 있는 자를 선발하고자 하는 것이다. 수시모집은 과거 정시모집의 예외로서 그 비중이 그리 크지 않았으나 점차 그 비중이 확대되어, 정시모집과 같거나 오히려 더 큰 비중을 차지하는 입시전형의 형태로 자리 잡고 있다. 이러한 상황에서는 수시모집의 경우라 하더라도 응시자들에게 동등한 입학 기회가 주어질 필요가 있다. 그런데 이 사건 수시모집요강은 기초생활수급자·차상위계층, 장애인 등을 대상으로 하는 일부 특별전형에만 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있을 뿐 수시모집에서의 검정고시 출신자의 지원을 일률적으로 제한함으로써 실질적으로 검정고시 출신자의 대학입학 기회의 박탈이라는 결과를 초래하고 있다. 수시모집의 학생선발방법이 정시모집과 동일할 수는 없으나, 이는 수시모집에서 응시자의 수학능력이나 그 정도를 평가하는 방법이 정시모집과 다른 것을 의미할 뿐, 수학능력이 있는 자들에게 동등한 기회를 주고 합리적인 선발 기준에 따라 학생을 선발하여야 한다는 점은 정시모집과 다르지 않다. 따라서 수시모집에서 검

정고시 출신자에게 수학능력이 있는지 여부를 평가받을 기회를 부여하지 아니하고 이를 박탈한다는 것은 수학능력에 따른 합리적인 차별이라고 보기 어렵다. 피청구인들은 정규 고등학교 학교생활기록부가 있는지 여부, 공교육 정상화, 비교내신 문제 등을 차별의 이유로 제시하고 있으나 이러한 사유가 차별취급에 대한 합리적인 이유가 된다고 보기 어렵다.

그렇다면 이 사건 수시모집요강은 검정고시 출신자인 청구인들을 합리적인 이유 없이 차별함으로써 청구인들의 균등하게 교육을 받을 권리를 침해한다.

### 재판관 안창호, 재판관 이선애의 보충의견

헌법 제31조 제1항에 규정된 교육을 받을 권리는 기본적으로 교육영역에서 평등원칙을 구체화하는 것으로서, ‘국민이 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않을 권리’와 ‘국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리’를 포함한다. 전자는 자유권적 기본권의 성격을, 후자는 사회권적 기본권의 성격을 가진다.

검정고시 출신자인 청구인들이 피청구인들에 대하여 수시모집 지원자격의 부여를 요구하는 것은 기존의 교육자원 및 시설에서 국가로부터 차별이나 간섭을 받지 아니하고 각자의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있게 해 달라는 것으로서 자유권적 성격을 가지고, 따라서 이 사건 수시모집요강은 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 제한한다. 그렇다면 이 사건 수시모집요강이 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부에 대하여는 비례성 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 심사되어야 한다.

이 사건 수시모집요강은 차별취급에 합리적인 이유가 없으므로 합리성 심사에 따라 평등권으로서 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부를 판단하더라도 헌법에 위반된다. 다만, 이 사건 수시모집요강이 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 제한하는 이상, 그 기본권을 침해하는지 여부는 보다 엄격한 심사기준에 따라 판단하는 것이 타당함을 지적해 둔다.

## 【해 설】

### 1. 사안의 쟁점

가. 고등학교 졸업학력 검정고시(이하 ‘고졸 검정고시’라 한다)에 합격한 사람은 초·중등교육법 제27조의2 제1항 및 초·중등교육법 시행령 제98조 제1항 제1호에 따라 상급학교 입학 시 고등학교를 졸업한 사람과 같은 수준의 학력을 인정받으므로, 고등학교를 졸업한 사람과 마찬가지로 대학에 입학할 수 있는 자격을 가진다(고등교육법 제33조 제1항).

그런데 피청구인들 대학은 대학입학 전형을 수시모집과 정시모집으로 구분하여 신입생을 선발하면서 수시모집 전형에 있어서는 검정고시 출신자의 지원을 제한하고 있는바, 이러한 이 사건 수시모집요강이 고등학교를 졸업한 사람과 검정고시 출신자를 차별하여 취급함으로써 헌법 제31조 제1항의 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하는 것은 아닌지가 문제된다.

나. 청구인들은, 이 사건 수시모집요강이 초등학교 교사가 되고자 하는 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고도 주장하였다. 피청구인들 대학을 졸업하면 초등학교 정교사 자격이 주어지므로(초·중등교육법 제21조 제2항 별표 2 참조), 이 사건 수시모집요강이 결과적으로 초등학교 교사가 될 수 있는 기회를 제한하는 측면은 있다.

그러나 이 사건 수시모집요강 자체는 대학입학 자격을 규정하는 것이지 직업선택에 필요한 자격을 규정하는 것이 아니므로, 이와 직접적으로 관련된 기본권은 교육을 받을 권리라 할 것이고, 헌법재판소 역시 같은 취지에서 “청구인들이 이 사건에서 직접적으로 문제삼는 것은 직업선택에 필요한 자격요건의 제한이 아니라 대학입학 자격요건의 제한이어서 이 사건 수시모집요강과 관련하여 직접적으로 관련된 기본권은 교육을 받을 권리”라고 판단하였다.

다. 따라서 이하에서는 우리나라의 대학입시제도에 관하여 간단히 살펴본 다음, 이를 바탕으로 이 사건 수시모집요강이 청구인들의 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하는 것은 아닌지 여부를 살펴보기로 한다.

## 2. 우리나라 대학입시제도 개관

### 가. 대학입시제도의 체계 : 관련 법령을 중심으로

#### (1) 대학 입학 자격

‘고등학교를 졸업한 사람’이나 ‘법령에 따라 이와 같은 수준 이상의 학력이 있다고 인정된 사람’은 대학에 입학할 수 있다(고등교육법 제33조 제1항). ‘법령에 따라 이와 같은 수준 이상의 학력이 있다고 인정되는 사람’이라 함은 초·중등교육법 제27조의2 제1항 및 초·중등교육법 시행령 제98조 각 호에서 정하고 있는 ‘상급학교 입학 시 고등학교를 졸업한 사람과 같은 수준의 학력이 있다고 인정하는 자’를 의미하는 것으로, 고등학교 졸업학력 검정고시에 합격한 사람이 그 대표적인 경우이다(초·중등교육법 시행령 제98조 제1호).

#### (2) 학생의 선발방법

(가) 대학은 고등교육법 제33조 제1항에 따라 대학에 입학할 수 있는 자격이 있는 사람 중에서 일반전형이나 특별전형에 의하여 입학할 허가를 학생을 선발한다(고등교육법 제34조 제1항).

‘일반전형’이란 일반학생을 대상으로 보편적인 교육적 기준에 따라 학생을 선발하는 전형을 말하고, ‘특별전형’이란 특별한 경력이나 소질 등 대학이 제시하는 기준(‘대학별 독자적 기준 전형’이라 한다) 또는 차등적인 교육적 보상기준에 의한 전형이 필요한 자를 대상으로(‘고른 기회 대상자 전형’이라 한다) 학생을 선발하는 전형을 말한다(고등교육법 제34조 제2항, 고등교육법 시행령 제34조).

(나) 대학은 원칙적으로 학칙이 정하는 모집단위별 입학정원의 범위에서 입학할 허가하여야 한다(고등교육법 시행령 제29조 제1항). 다만 재외국민, 각종 장애 또는 지체로 인하여 특별한 교육적 요구가 있는 자, 농어촌지역 또는 도서·벽지의 학생, 기초생활수급권자나 국민기초생활보장법상 차상위 계층 등 일정한 경우에는 그 정원이 따로 있는 것으로 보아 입학할 허가할 수 있다(고등교육법 시행령 제29조 제2항). 이를 통상 ‘정원 외 특별전형’이라 한다.

(다) 대학은 수시모집·정시모집 및 추가모집으로 시기를 구분하여 학생을 선발할 수 있다(고등교육법 시행령 제41조).

‘수시모집’은 대학수학능력시험 성적 이외에 다양한 능력과 재능을 반영하여 학생을 선발하기 위해 정시모집에 앞서 선발하는 전형이다. 2017학년도 수시모집의 경우 2016. 9. 12.부터 원서접수가 시작되어 2016. 12.까지 전형이 계속되며 최대 6회까지 지원이 허용되었다. ‘정시모집’은 대학수학능력시험을 치르고 난 후인 2017. 12. 31.부터 원서접수가 시작되어 2017. 2.까지 진행되었으며 총 3개(가·나·다군)의 모집군별로 한 번씩 지원이 가능하다. ‘수시모집’에서 합격하는 경우 ‘정시모집’에는 지원할 수 없다.

‘수시모집’은 1997년에 도입된 것으로 짧은 기간 동안 학생을 심사 평가하여 선발하는 정시모집의 한계를 극복하기 위해 도입된 보완적인 모집 형태였으나, 점차 그 비중이 늘어 4년제 대학을 기준으로 2016년도에는 전체 모집인원의 67.4%를 수시모집에서 선발하였고, 2017년도에는 70.5%를 수시모집에서 선발하는 것으로 되어 있다<sup>1)</sup>.

[4년제 대학 수시모집 비율]

구분	대학수	수시 모집인원 (명)	총 모집인원 (명)	총 모집인원 대비 비율(%)
2015학년도	197	241,448	370,364	65.2%
2016학년도	198	240,976	357,278	67.4%
2017학년도	197	246,891	350,020	70.5%

### (3) 입학전형 자료

(가) 교육부장관은 대학 입학전형 자료로 활용하기 위하여 대학수학능력시험을 실시할 수 있다(고등교육법 제34조 제3항). 교육부장관은 대학수학능력시험의 출제, 배점, 성적통지, 시험일정 등을 포함하는 대학수학능력시험시험 기본계획을 작성하여 시험을 실시하는 해의 3월 31일까지 공표하여야 한다(고등교육법 시행령 제36조). 교육부장관은 「행정권한의 위임 및 위

1) 한국대학교육협의회 2016. 7. 발표자료 참조. 이하 통계는 한국대학교육협의회 발표 자료이다.

탁에 관한 규정」 제45조 제3항 제2호에 의하여 대학수학능력시험의 출제, 문제지의 인쇄, 채점 및 성적통지 등의 업무를 한국교육과정평가원에 위탁하고 있다.

(나) 대학은 입학자를 선발하기 위하여 고등학교 학교생활기록부의 기록, 대학수학능력시험의 성적, 대학별고사(논술 등 필답고사, 면접·구술고사, 신체검사, 실기·실험고사 및 교직적성·인성검사를 말한다)의 성적과 자기소개서 등 교과성적 외의 자료 등을 입학전형 자료로 활용할 수 있다(고등교육법 시행령 제35조 제1항). 학교교육의 정상화와 사교육 감소에 기여할 수 있는 방향으로 대학입시 제도가 운영되면서, 많은 대학들이 수시모집에서는 학교생활기록부를, 정시모집에서는 대학수학능력시험 성적을 주된 입시전형자료로 삼고 있다.

#### (4) 학교생활기록부

(가) 학교의 장은 학생의 학업성취도와 인성 등을 종합적으로 관찰·평가하여 학생지도 및 상급학교의 학생 선발에 활용할 수 있는 인적사항·학적사항·출결상황·자격증 및 인증 취득상황·교과학습 발달상황·행동특성 및 종합의견, 그밖에 교육목적에 필요한 범위에서 교육부령으로 정하는 사항 등의 자료를 교육부령으로 정하는 기준에 따라 작성·관리하여야 한다(초·중등교육법 제25조 제1항).

초·중등교육법 시행규칙은 위 법률조항의 위임을 받아 초·중등교육법이 정하는 사항 이외에도 학교정보, 학생의 수상경력, 학생의 진로희망사항, 창의적 체험활동상황, 독서활동상황 등을 학교생활기록부에 기재하도록 하는 한편(제22조 제1항), 학교생활기록의 작성기준 등을 규정하면서 그 외에 학교생활기록의 작성 등에 필요한 사항은 교육부장관이 정하도록 하고 있고(제21조), 이에 따라 교육부는 훈령 형식으로 ‘학교생활기록 작성 및 관리지침’을 마련하고 있다.

『학교생활기록 작성 및 관리지침』(교육부훈령 제169호, 2016. 4. 5. 시행) 중 몇 가지를 소개하면, ‘수상경력’은 재학 중 학생이 교내에서 수상한 경력만을 입력하도록 하고 있고, ‘자격증 및 인증 취득상황’도 재학 중에 취득한 것으로 국가기술자격법에 의한 국가기술자격증, 개별법령에 의한 국

가자격증, 자격기본법에 의한 국가공인을 받은 민간자격증 중 기술과 관련 있는 내용만을 입력하도록 하고 있다.

또한 자율활동, 동아리활동, 봉사활동, 진로활동 등 4개 영역을 ‘창의적 체험활동’이라 하여 그 활동내용, 평가방법 및 기준은 교육과정을 근거로 학교별로 정하도록 하면서 학교생활기록부에 각 영역별 이수시간 및 특기사항을 입력하도록 하고, ‘교과학습발달상황’은 평가결과에 따라 교과, 과목, 단위수, 원점수/과목평균, 성취도, 석차등급을 산출하여 각 학기말에 입력하되, ‘비고’란이나 ‘특기사항란’ 등에 교육과정 운영에 따른 특기사항이나 성취수준의 특성 등 특기할 만한 사항에 대하여는 간략하게 문장으로 입력할 수 있도록 하였다.

그리고 ‘행동특성 및 종합의견’은 수시로 관찰하여 누가 기록된 행동특성을 바탕으로 총체적으로 학생을 이해할 수 있는 종합의견을 문장으로 입력하도록 하고 있다. 가해학생이 학교폭력으로 인하여 학교폭력예방법 제17조 제1항에 열거된 조치를 받은 경우에는 이 역시 학교생활기록부에 입력하여야 한다.<sup>2)</sup>

##### (5) 한국대학교육협의회 대학입학전형기본사항 등

(가) 대학은 고등교육의 발전을 위하여 각 학교의 대표자로 구성하는 협의체를 운영할 수 있는바(고등교육법 제10조), 전국 4년제 대학의 협의체로서 ‘한국대학교육협의회’가 『한국대학교육협의회법』에 따라 설립되어 있다.

(나) 학교협의체는 매 입학연도의 2년 전 학년도가 개시되는 날의 6개월 전까지 입학전형에 관한 기본사항을 공표하여야 한다(고등교육법 제34조의5 제1항). 그리고 대학의 장은 매 입학연도의 전 학년도가 개시되는 날의 10개월 전까지 대학입학전형시행계획을 수립하여 공표하여야 하는데, 이때 학교협의체가 공표한 대학입학전형기본사항을 준수하여야 한다(고등교육법 제34조의5 제2항).

2) 헌법재판소는 이러한 ‘학교생활기록 작성 및 관리지침 조항’이 가해학생의 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 판시하였다(헌재 2016. 4. 28. 2012헌마630, 판례집 28-1하, 87).

## 나. 검정고시 출신자의 수시모집 전형 제한 관련 문제

### (1) 검정고시

(가) 검정고시는 상급학교 진학에 필요한 학력을 검정하기 위한 시험으로 초등학교·중학교·고등학교 등 학교 급별로 졸업 학력을 검정하고 있는 바, 고등학교 졸업학력 검정고시 합격자는 상급학교 진학시 고등학교 졸업자와 같은 수준의 학력을 가진 것으로 인정받는다.

고졸 검정고시는 연 2회 시행되고 있는데 「고등학교 졸업학력 검정고시 규칙」 제9조에 따라 필수 과목(국어, 사회, 국사, 수학, 과학, 영어)과 선택 2과목<sup>3)</sup>으로 구성되며, 4지 선다형으로 각 과목 100점 만점으로 하여 평균 60점 이상을 획득하면 합격한다. 과목별 합격이 인정되어 이미 합격한 과목의 경우 차회 이후의 검정고시에서 면제받을 수 있다.

[고졸 검정고시 연령별 합격현황]

연령별	2015-1		2015-2		2016-1		2016-2	
	응시자	합격자	응시자	합격자	응시자	합격자	응시자	합격자
12~19세	11,513	7,573	14,594	11,025	12,309	8,597	13,971	11,504
20~29세	9,534	4,554	5,557	3,257	5,282	2,616	4,035	2,746
30~39세	1,507	792	1,136	777	1,352	783	1,148	897
40~49세	1,245	683	1,157	792	1,144	650	1,190	891
50~59세	2,376	1,055	2,309	1,405	2,075	931	2,143	1,494
60세 이상	974	375	783	410	778	277	769	473
<b>합 계</b>	<b>27,149</b>	<b>15,032</b>	<b>25,536</b>	<b>17,666</b>	<b>22,940</b>	<b>13,854</b>	<b>23,256</b>	<b>18,005</b>

(나) 과거에는 경제적인 사정으로 불가피하게 학업을 계속할 수 없었던 사람들의 검정고시 응시가 많았으나, 최근에는 학교 부적응 등의 이유로 학교를 중퇴하거나 또는 이른바 ‘특수목적 고등학교’ 등의 학생이 내신 성적의 불리함을 검정고시를 통하여 극복해 보고자 학교를 중퇴하는 경우 또는 조기에 고등학교 과정을 종료하기 위하여 검정고시를 응시하는 경우가

3) 도덕, 기술가정, 체육, 음악 또는 미술 중 1과목, 정보사회와 컴퓨터, 농업과학, 공업기술, 기업경영, 해양과학, 가정과학, 독일어1, 프랑스어1, 스페인어1, 중국어1, 일본어1, 러시아어1, 아랍어1 또는 한문 중 1과목

증가하고 있다.<sup>4)</sup>

『고등학교 졸업학력 검정고시 규칙』은 고등학교 퇴학자의 검정고시 응시 증가를 예방하고 정규 고등학교의 이수를 유도하기 위하여 고등학교를 퇴학한 자는 퇴학일로부터 6개월이 경과하지 아니하면 시험에 응시할 수 없도록 하고 있으나(제10조 제1항),<sup>5)</sup> 고졸 검정고시에 합격했던 자의 검정고시 재응시를 제한하고 있지는 아니하므로 검정고시에서 보다 높은 점수를 획득할 목적으로 검정고시에 다시 응시할 수 있다.<sup>6)7)</sup>

## (2) 검정고시 출신자의 수시모집 제한과 국가인권위원회의 관련 결정

(가) 대학들은 대학수학능력시험 성적을 주된 입시전형자료로 삼고 있는 정시모집에서는 검정고시 출신자의 지원을 특별히 제한하고 있지 않으나, 학교생활기록부를 주된 입시전형자료로 삼고 있는 수시모집에서는 검정고시 출신자의 지원을 제한하는 경우가 있다.

(나) 국가인권위원회는 2006. 10. 9. 05진차100, 05진차236, 05진차534, 06

- 4) 20대 이하의 검정고시 응시율이 가장 높은 것도 이러한 경향에 기인한 것으로 보인다.
- 5) 헌법재판소는, ‘고등학교 졸업학력 검정고시 규칙 제10조 제1항에 대한 위헌확인 사건’에서 위 규칙조항은 고등학교 퇴학자의 응시 증가를 줄이고 정규 학교교육 과정의 이수를 유도하기 위한 것으로 교육을 받을 권리 등을 침해하지 않는다고 하였다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456 결정).
- 6) 헌법재판소는 고졸 검정고시에 합격했던 자는 해당 검정고시에 다시 응시할 수 없도록 응시자격을 제한한 ‘전라남도 교육청 공고 등에 대한 위헌확인 사건’에서, 우리나라의 검정고시제도는 기본적으로 학력인정을 위한 것이면서, 실질적으로는 상급학교 진학에 있어서 평가 자료로 활용될 수 있는 성적평가시험으로도 일부 기능하고 있다면서, 위 응시자격 제한이 정규 교육과정의 학생이 검정고시제도를 입시전략에 활용하는 것을 방지함으로써 발생할 수 있는 공교육의 붕괴를 막고, 상급학교 진학 시 검정고시 출신자와 정규학교 출신자 간의 형평성을 도모하고자 하는 것이라 하더라도 최소침해성 원칙 및 법익 균형성에 반하여 교육을 받을 권리 등을 침해한다고 하였다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마139·157·408·409·423(병합) 결정).
- 7) 경기도교육청에 따르면, 2016. 8. 3. 실시된 관내 고졸 검정고시 지원자는 5,513명으로 이 가운데 4,554명이 응시해 3,601명이 합격하였는데, 지원자 중 697명, 응시자 중 581명, 합격자 중 578명이 이미 검정고시에 합격한 상태, 즉 전체 응시자 중 12.7%가 검정고시에 이미 합격했음에도 다시 시험에 응시하였다고 밝혔다. 이러한 상황에 대하여 검정고시가 대학 진학 때 좋은 내신등급을 받기 위한 수단이 되어서는 안된다는 비판도 있다. 경기일보 2016. 8. 29.자 “고졸 검정고시 보고 또 보고 내신성적 올리기 수단 변질” 기사 참조

진차29, 06진차171(병합) 사건에서 “대학입학전형 중 수시모집에서 검정고시 출신자에 대한 응시를 제한하는 것은 평등권 침해의 차별행위임을 인정하고, 피진정인 대학교 총장에게 수시모집 중 일반전형에서 검정고시 출신자가 배제되지 않도록 신입생 선발제도를 개선할 것을 권고하며, 수시모집 중 어느 한 유형의 특별전형에서도 검정고시 출신자가 지원할 수 없도록 한 신입생 선발제도를 개선할 것을 권고하고, 교육부장관에게 각 대학교의 수시모집에서 검정고시 출신자라는 이유로 응시기회가 배제되지 않도록 제도개선 등 필요한 조치를 취할 것”을 권고하였다.

또한 2013. 9. 23. 12진정0895800 사건에서도 “피진정인에게 수시모집 중 일반전형에서 검정고시 출신자의 지원이 전면 제한되지 않도록 신입생 선발제도를 개선할 것”을 권고하였다.

한편 위 두 결정 모두 반대의견이 있었던 바<sup>8)</sup>, 그 취지는, 검정고시는 최소한의 고등학교 졸업 학력을 검증하는 데 목적이 있는 것으로 검정고시 출신자에 대하여는 수시모집보다는 정시모집을 통하여 대학수학능력평가 시험성적을 중심으로 평가하겠다는 대학의 방침이 비합리적이지 아니하고, 대학의 수시모집 전형에서 검정고시 출신자에 대해 학교생활기록부를 대체하는 방식의 채택을 획일적으로 요구하는 것은 대학의 자율성을 침해하는 것이며, 오히려 정규 고등학교 졸업생을 차별한다는 것이었다.

### (3) 주요 대학의 2017학년도 수시모집 전형 개요

(가) 주요 대학의 2017학년도 수시모집 요강을 보면, 많은 학교가 검정고시 출신자가 지원할 수 있는 수시모집 전형을 두고 있으나, 그렇다고 하여 수시모집의 모든 전형에서 일률적으로 검정고시 출신자의 지원이 허용되는 것은 아니다.

피청구인들 대학과 마찬가지로 초등학교 교원 양성을 목적으로 하는 이화여자대학교 초등교육과<sup>9)</sup>는 논술 위주의 ‘논술전형’에서 검정고시 출신자

8) 앞선 결정에서는 전원위원회 10인의 위원 중 2인의 반대의견이 있었고, 후속 결정에서는 4인의 반대의견이 있었다.

9) 피청구인들과 같은 교육대학을 졸업하는 이외에 ‘사범대학을 졸업한 사람으로서 초등교육과정을 전공한 사람’도 초등학교 정교사(2급) 자격을 갖게 되는바(초·중등교육법 제21조 제2항 별표 2), 현재 사범대학 내 초등교육과는 이화여자대학교

의 지원을 허용하고 있고, ‘미래인재전형 학생부 종합 전형’에서도 원칙적으로 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있으나 정규 교육과정에서 통산 3학기 이상의 성적을 취득할 것을 그 조건으로 하고 있으며, 그밖에 검정고시 출신자가 지원할 수 없는 ‘학교장추천 전형’ 등도 실시하고 있다.

제주대학교 초등교육과 역시 학교생활기록부 교과와 면접을 입시전형자료로 하는 ‘일반1 전형’에서는 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있으나, ‘지역인재 전형’이나 ‘일반2 전형(학생부 종합)’에서는 검정고시 출신자의 지원을 허용하지 않고 있다.

(나) 입학전형에 있어 학교생활기록부 성적이 필요한 경우, 검정고시 출신자의 학교생활기록부 성적은 논술이나 면접고사 성적, 검정고시 성적 등을 기초로 비교평가하여 학교생활기록부 성적을 산출하는 이른바 비교내신의 방법을 사용하고 있으나, 구체적인 비교내신 방법은 대학마다 다르다.

#### 다. 피청구인들 대학의 2017학년도 신입생 입학전형 개요

(가) 피청구인들 대학의 수시모집 및 정시모집 비율은 다음과 같다.

학년도	2016					2017					
	대학	수시	비율	정시	비율	계	수시	비율	정시	비율	계
	서울교대	192	49.0%	200	51.0%	392	220	56.4%	170	43.6%	390
	경인교대	368	55.4%	296	44.6%	664	395	60.0%	263	40.0%	658
	춘천교대	142	41.2%	203	58.8%	345	208	60.3%	137	39.7%	345
	청주교대	100	32.1%	212	67.9%	312	100	32.1%	212	67.9%	312
	공주교대	192	51.1%	184	48.9%	376	208	54.6%	173	45.4%	381
	전주교대	45	14.7%	262	85.3%	307	65	21.3%	240	78.7%	305
	광주교대	211	59.6%	143	40.4%	354	210	59.5%	143	40.5%	353
	대구교대	193	46.0%	227	54.0%	420	193	46.1%	226	53.9%	419
	진주교대	188	54.0%	160	46.0%	348	188	54.3%	158	45.7%	346
	부산교대	232	59.9%	155	40.1%	387	232	59.9%	155	40.1%	387
	한국교원대	381	64.1%	213	35.9%	594	381	64.1%	213	35.9%	594
	합계	2244	49.9%	2255	50.1%	4499	2405	53.4%	2090	46.6%	4495

와 제주대학교에만 설치되어 있다.

(나) 수시모집에서는 학교생활기록부를 주된 전형자료로 하면서 면접을 함께 병행하는 경우가 대부분이고, 논술이나 구술고사 등을 실시하고 있지는 않다. 통상 학교생활기록부, 추천서, 자기소개서 등의 서류심사로 선발인원의 일정배수를 선발한 후 면접 등을 거쳐 최종 선발하는 절차를 거친다.

수시모집에서는 특별전형 중 기초생활수급자 및 차상위계층 또는 장애인을 대상으로 한 전형에 있어 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있으나, 다른 전형에 있어서는 검정고시 출신자의 지원이 허용되지 않는다(전주교육대학교는 국가보훈대상자를 대상으로 한 특별전형에 있어서도 검정고시 출신자의 지원을 허용하고 있다).<sup>10)</sup>

(다) 정시모집에서는 대학수학능력시험 성적을 주된 전형자료로 하면서 학교생활기록부나 면접 등을 함께 평가하는 경우가 많다.

정시모집에서는 농어촌가정 전형 등 일부 특별전형에서 검정고시 출신자의 지원을 제한하는 것 이외에는 검정고시 출신자의 지원을 원칙적으로 허용하고 있다.

검정고시 출신자 등 학교생활기록부가 없는 지원자들에 대하여는 대학수학능력시험 성적을 기초로 한 ‘비교내신’ 제도를 시행하고 있는바, 구체적인 산정방법은 학교별로 다르다.

### 3. 이 사건 수시모집요강이 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해

#### 가. 교육을 받을 권리의 성격과 위헌심사 기준

(1) 헌법재판소는 “헌법 제31조 제1항은 헌법 제11조의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로서 교육의 영역에서 평등원칙을 실현하고자 하는 것이다. 평등권으로서 교육을 받을 권리는 ‘취학의 기회균등’, 즉 각자의 능력에 상응하는 교육을 받을 수 있도록 학교 입학에 있어서 자의적 차별이 금지되어야 한다는 차별금지원칙을 의미한다”고 판시하면서, 이 사건 결정에 있어서도 이 사건 수시모집요강이 고등학교 졸업자와 검정고시 출신자를 차별하는 데 있어 그 합리적인 이유가 있는지 여부를 위헌심사의 기준으로 삼았다.

10) 수시모집 총 정원 2,405명 중 검정고시 출신자들이 응시할 수 있는 특별전형의 정원은 128명 정도이다.

(2) 이에 대하여 재판관 안창호, 재판관 이선에는 보충의견에서 ‘헌법 제 31조 제1항에 규정된 교육을 받을 권리는 기본적으로 교육영역에서 평등원칙을 구체화한 것’이라는 데에는 의견을 같이 하면서도, “(교육을 받을 권리에) ‘국민이 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않을 권리’와 ‘국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리’를 포함한다. 전자는 자유권적 기본권의 성격을, 후자는 사회권적 기본권의 성격을 가진다. 이 사건 수시모집요강은 청구인들과 같은 검정고시 출신자로 하여금 자신의 수학능력과는 무관하게, 그리고 수시모집에서 자신의 수학능력을 증명할 기회도 부여받지 못한 채 수시모집 지원에서 배제되게 한다. 이는 검정고시 출신자가 기존의 교육자원 및 시설에서 국가로부터 차별이나 간섭을 받지 아니하고 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리, 즉 자유권적 성격의 권리가 이 사건 수시모집요강에 의하여 제한되는 것을 의미한다. 따라서 이 사건 수시모집요강이 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부는 비례성 심사를 하여야 한다.”고 주장하였다.

교육을 받을 권리에 자유권적 성격이 포함되어 있는지 여부에 대하여는 학설상 다툼이 있다. 우선 이를 긍정하는 입장에서는, 교육을 받을 권리에 도 자유권으로서 보호영역이 인정될 수 있고, 이에 대한 국가의 제약으로부터 보호하고자 하는 대국가적 방어권의 성격이 포함되어 있다고 한다.<sup>11)</sup> 반면 자유권으로서의 성격을 부정하는 견해는 교육을 받을 권리의 자유권적 측면은 공교육과 관련된 반쪽의 자유권일 뿐이며, 개인이 국가의 간섭과 방해를 받지 않고 교육을 통하여 자유롭게 인격을 발현할 자유는 헌법 제10조의 문제이므로, 헌법 제31조에 의하여 보호되는 것이 아니라고 한다.<sup>12)</sup>

11) 김하열, *교육을 받을 권리의 자유권적 성격과 내용*, 헌법학연구 제22권 제3호, 2016, 339쪽~341쪽

12) *교육을 받을 권리의 자유권적 성격을 긍정하는 견해*로는 계획열, 헌법학(중), 2007, 751쪽; 성낙인, 헌법학, 2016, 136쪽; 장영수, 헌법학, 2015, 815쪽~817쪽; 김하열, 전개논문, 338쪽 등이 있고, *자유권적 성격을 부정하는 견해*로는 한수웅, 헌법학, 2016, 975쪽~976쪽 등이 있다.

헌법재판소는 고시 공고일을 기준으로 고등학교에서 퇴학된 날로부터 6월이 지나지 아니한 자의 고등학교 졸업학력 검정고시 응시자격을 제한한 고등학교 졸업학력 검정고시 규칙에 대한 위헌확인 사건 등에서, “헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리는, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않을 권리와 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리로 구성되는바, 전자는 자유권적 기본권의 성격이, 후자는 사회권적 기본권의 성격이 강하다고 할 것이다. 그런데 이 사건 규칙조항과 같이 검정고시응시자격을 제한하는 것은, 국민의 교육받을 권리 중 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 국가로부터 방해받지 않을 권리 즉 자유권적 기본권을 제한하는 것이므로, 그 제한에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 의한 심사, 즉 과잉금지원칙에 따른 심사를 받아야 할 것이다”라고 판시한 바 있다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 731; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마139등, 판례집 24-1하, 595, 615-616 참조).

재판관 안창호, 재판관 이선애의 보충의견은 위 판례와 같은 전제에서 이 사건 수시모집요강이 자유권적 성격의 교육을 받을 권리를 침해한다고 보고 비례성 심사를 하여야 한다고 주장하였으나, 합리성 심사에 따라 평등권으로서 교육을 받을 권리를 침해하는지 여부를 판단하더라도 이 사건 수시모집요강은 헌법에 위반된다고 재판관 전원일치로 판단함으로써, 이에 대한 심도 있는 논의는 더 이상 이루어지지 아니하였다.

## 나. 합리적 차별인지 여부

(1) 대학은 모집시기에 따라 수시모집·정시모집 및 추가모집으로 구분하여 학생을 선발할 수 있다(고등교육법 시행령 제41조 제1항). 그 중 수시모집은 대학수학능력시험 성적 이외에 다양한 능력과 재능 등을 반영하여 학생을 선발하기 위해 정시모집에 앞서 실시하는 전형이다.

피청구인들 대학은 수시모집과 정시모집으로 구분하여 학생을 선발하면서 정시모집에서와 달리 수시모집에서는 기초생활수급자 및 차상위계층, 장애인 등을 대상으로 하는 일부 특별전형 이외에는 검정고시 출신자의 지

원을 배제하고 있다.

이에 대하여 피청구인들 대학은 “정시모집 단계에서는 대학수학능력시험 성적을 주된 입시전형자료로 활용하면서 검정고시 출신자의 지원을 특별히 제한하고 있지 아니하므로, 검정고시 출신자는 정시모집에서 피청구인들 대학에 얼마든지 지원할 수 있다. 즉 피청구인들 대학은 입시의 전 과정에서 검정고시 출신자를 배제하는 것이 아니라 수시모집에 있어서만 그 전형의 특성에 맞게 검정고시 출신자의 지원을 제한하고 있을 뿐이다.”는 취지로 주장하였다.

그러나 헌법재판소는 “수시모집은 대학수학능력시험 점수를 기준으로 획일적으로 학생을 선발하는 것을 지양하고, 각 대학별로 다양한 전형방법을 통하여 대학의 독자적 특성이나 목표 등에 맞추어 다양한 경력과 소질 등이 있는 자를 선발하고자 하는 것이다. 과거에는 수시모집은 정시모집의 예외로서 그 비중이 그리 크지 않았으나 최근에는 그 비중이 점차 확대되고 있다. 2017학년도에는 전체 4년제 대학을 기준으로 모집인원의 70.5%를 수시모집에서 선발하고 있고, 피청구인들 대학의 경우도 이러한 추세에 예외가 아니어서 2017학년도에 적게는 21.3%에서부터 많게는 64.1%에 이르기까지 평균 53.4% 상당을 수시모집에서 선발하고 있다. 이처럼 수시모집은 더 이상 대학입학전형에서 소수의 학생만을 선발하는 예외적인 형태가 아니라, 정시모집과 같거나 오히려 더 큰 비중을 차지하는 입시전형의 형태로 자리 잡고 있다. 이러한 상황에서는 수시모집의 경우라 하더라도 응시자들에게 동등한 입학 기회가 주어질 필요가 있다.”면서 “이 사건 수시모집요강이 수시모집에서 검정고시 출신의 응시자에게 수학능력이 있는지 여부를 평가할 수 있는 기회를 부여하지 아니하고 이를 박탈한다는 것은 수학능력에 따른 합리적인 차별이라고 보기 어렵다.”고 판단하였다.

(2) 피청구인들 대학은 또한, 일반적으로 대학의 수시모집 전형에서는 고등학교 학교생활기록부를 주된 입학전형자료로 활용하고 있는데다가, 특히 초등학교 교원 양성을 위하여 설립된 피청구인들 대학의 경우 고등학교 학교생활기록부는 그 설립목적과 교육목표에 맞는 학생을 선발하기 위한 입학전형자료로서 활용하기에 적합하다고 볼 수 있으므로, 고등학교 학교

생활기록부를 주된 입학전형자료로 하는 수시모집 전형에서 검정고시 출신자의 응시를 제한하는 것은 합리적인 이유가 있다는 취지로도 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 “검정고시 출신자들이 정규 고등학교 과정을 이수하지 못하였다는 사정만으로 초등학교 교사로서의 자질을 습득할 수학적 능력이 부족하다고 단정할 수 없다. 오히려 검정고시 출신자들의 다양한 배경과 경험은 학생들을 지도함에 있어 도움이 될 수 있다. 그리고 대학은 고등학교에서 작성된 학교생활기록부가 없더라도 자기의견서, 추천서, 교직적성·인성검사, 심층면접 등 학교생활기록부를 대신할 다른 평가방법을 개발함으로써 응시자들에 대한 교사로서의 품성과 자질 등을 평가할 수 있다. 검정고시 출신자들에게는 정규 고등학교의 학교생활기록부가 없어 초등학교사로서의 품성과 자질 등을 다방면에서 평가할 자료가 없다는 이유로 검정고시 출신자로 하여금 피청구인들 대학의 수시모집에 전혀 지원할 수 없도록 하는 것은 불합리하다고 볼 수밖에 없다.”고 판단하였다.

피청구인들 대학의 위 주장은 피청구인들 대학과 마찬가지로 초등학교 교원 양성을 목적으로 하는 이화여자대학교 초등교육과와 제주대학교 초등교육과가 검정고시 출신자가 지원할 수 있는 수시모집 전형을 두고 있는 상황에서 설득력이 떨어진다고 볼 수 있다. 헌법재판소 역시 이 사건 결정에서 위 두 학교의 사례를 언급하였다.

(3) 한편 학교생활기록부란 고등학교 3년 동안의 학업성취도 등이 모두 기록되어 있는 것으로 이를 일회의 검정고시 내지 논술·면접 성적으로 대체하는 것이 과연 공정한 것인지에 대하여 의문이 제기될 수 있고, 특히 검정고시는 최소한의 고등학교 졸업학력을 검증하는 것으로서 이를 고등학교 3년의 내신 성적과 같은 평면에서 평가하는 것이 반드시 합리적이라고 보기 어려운 것도 사실이다.

피청구인들 역시 이러한 측면에서 “학교생활기록부가 수시모집에서 주된 입시전형자료가 되는데 검정고시 출신자의 경우 비교내신으로 학교생활기록부 점수를 환산함으로써 인하여 오히려 성실히 고등학교 과정을 이수한 일반 학생들이 상대적으로 불이익을 당하게 되고, 이로 인하여 많은 학생들이 고등학교 자퇴 후 검정고시를 선택하는 상황에 이르게 될 수 있다.”면

서 수시모집에서 검정고시 출신자의 지원을 제한하는 것은 공교육을 정상화하기 위한 조치라는 취지로 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 “대학입학 제도에서 학교생활기록부를 활용하는 것이 공교육을 정상화하기 위한 하나의 수단이 될 수 있음을 인정하더라도, 학교라는 공교육 과정과는 별도로 동일한 학력을 인정하는 검정고시 제도를 둔 이상, 공교육에서 이탈한 학생들을 수시모집에서 제외하는 방식으로 공교육의 정상화를 달성하려는 것은 바람직한 방법이라고 보기 어렵다. 또한 (중략) 이미 많은 대학들이 수시모집에서 검정고시 출신자의 지원에 제한을 두고 있지 않은 상황에서 피청구인들 대학의 수시모집에서 검정고시 출신자의 지원을 허용한다고 하여 고등학교 졸업자가 검정고시 출신자보다 불이익을 입는다고 단정할 수 없다. 피청구인들 대학이 지적하는 비교내신에 관한 문제는 검정고시 출신자의 수시모집 지원 때문이 아니라 비교내신의 산출방식에서 초래되는 것이므로, 대학으로서는 검정고시 출신자가 고등학교를 자퇴시 그 때까지의 학교생활기록부를 반영하거나, 비교내신을 잘 받기 위하여 검정고시를 여러 번 치른 경우 해당 성적을 모두 반영하도록 하는 등의 다양한 방안을 강구하여 그 형평성을 제고할 수 있다.”고 판시하였다.

즉 헌법재판소는 피청구인들 대학이 주장하는 문제점 등을 인식하면서도 그와 같은 사정만으로 검정고시 출신자의 수시모집 지원을 제한하는 것은 바람직하지 않고, 다른 방안들을 적극적으로 강구하여 그 문제점을 해결하도록 해야 한다고 본 것이다.

#### 4. 이 사건 결정의 의의

대학은 헌법 제31조 제4항에 따라 대학의 자율성을 보장하고, 학생의 선발 및 입학전형 등에 관한 사항은 대학의 자율성의 핵심적 요소라고도 할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 이 사건 결정에서 “대학이 학생의 선발 및 전형 등 대학입시제도를 자율적으로 마련할 수 있다 하더라도, 이러한 대학의 자율적 학생 선발권을 내세워 국민의 ‘균등하게 교육을 받을 권리’를 침해할 수 없으며, 이를 위해 대학의 자율권은 일정부분 제약을 받을 수

있다.”고 판시하면서 이 사건 수시모집요강에서 검정고시 출신자의 수시모집 지원을 제한하는 것은 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한다고 판단함으로써 국민의 기본권을 더욱 보장하고자 하였다.

특히 이 사건 결정은, 수시모집이 더 이상 대학입학전형에서 소수의 학생만을 선발하는 예외적인 형태가 아니라, 정시모집과 같거나 오히려 더 큰 비중을 차지하는 입시전형의 형태로 자리 잡고 있는 교육 현실을 적극적으로 반영하여, 청구인들과 같은 검정고시 출신자의 기본권을 구제하였다는 점에서도 그 의미가 있다.



## 헌법재판소결정해설집 (2017년)

---

2018年 10月 印刷

2018年 10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)